

REVIEW of the Red Cross

红十字国际评论

目标和范围

《红十字国际评论》是由红十字国际委员会出版的期刊。本评论的宗旨是,在发生武装冲突和其它集体武装暴力事件的局势下,促进人们对人道法、人道政策与行动的思考。作为人道法的专门刊物,它致力于传播人道法知识和要义并推动人道法的发展,同时有助于防止有违基本权利与价值保护规则的行为发生。本评论为讨论当代人道行动以及分析冲突原因和特性提供了一个平台,从而就冲突所引发的人道问题提出了更清晰的见解。最后,本评论可以使读者了解有关国际红十字与红新月运动,特别是红十字国际委员会的行动和政策方面的问题。

红十字国际委员会

红十字国际委员会是一个公正、中立和独立的组织, 其特有的人道使命是保护武装冲突和其他暴力局势受难者 的生命与尊严,并向他们提供援助。红十字国际委员会还 致力于通过促进和巩固人道法与普遍人道原则的方式防止 苦难发生。红十字国际委员会创建于1863年,它是《日内 瓦公约》和国际红十字与红新月运动的发起者。该组织负 责指导和协调国际红十字与红新月运动在武装冲突和其他 暴力局势中开展的国际行动。

编辑部成员

吉莉恩·拉弗蒂(Jillian Rafferty) 莱亚·梅里哈·雷代(Lea Mehari Redae) 努尔·阿萨夫(Nour Assaf) 尼古拉·霍克(Nicolas Hocq)

主编

布鲁诺·德梅耶尔(Bruno Demeyere)

编辑委员会

穆尼亚·阿马尔(Monia Ammar) 突尼斯最高法院法官

洛兰·安德森(Lorraine Anderson) 加拿大女性、和平与安全大使特别助理

塞西尔·阿普泰尔(Cécile Aptel) 布官诺斯艾利斯大学 (阿根廷)

塔尔西索·达尔马索(Tarciso Dal Maso) 巴西联邦参议院国际关系与国防事务立法顾问 阿达马·迪昂(Adama Dieng) 联合国秘书长防止灭绝种族问题特别顾问 (塞内加尔)

格洛丽亚·加焦利(Gloria Gaggioli) 日内瓦国际人道法与人权学院校长

埃马努埃拉-基娅拉·吉拉德 (Emanuela-Chiara Gillard) 牛津大学伦理法和武装冲突研究所

胡安娜·阿科斯塔·洛佩斯(Juana Acosta López) 拉萨瓦纳大学公共利益/人权诊所所长,副教授

朴智炫(Jihyun Park) 韩国釜山灵山大学法学院国际法教授

比马尔·N.帕特尔(Bimal N. Patel) 印度拉什特里亚·拉克沙大学校长、国际公法教授

玛丽安娜·萨拉萨尔(Mariana Salazar) 墨西哥墨西哥城伊比利亚美洲大学国际人道法教授

索利曼·M.桑托斯(小)(Soliman M. Santos Jr.) 菲律宾比科尔区那牙市地区初审法院法官

迈克尔·施米特(Michael Schmitt) 美国海军军事学院,埃克塞特大学(美国)

森达什·西瓦库马兰(Sandesh Sivakumaran) 剑桥大学劳特派特中心联合副主任,国际法副教授

奧利·斯特恩(Orly Stern) 南非研究员、顾问和律师(专注于武装冲突、 性别与法律)

福拉克·塔菲塔(Dr. Folake Tafita) 尼日利亚伊巴丹大学法学院高级讲师和法律诊所 导师

巴赫蒂亚尔·涂兹穆哈梅多夫 (Bakhtiyar Tuzmukhamedov) 国际法教授、俄罗斯国际法协会副主席

伊薇特·泽根黑根(Yvette Zegenhagen) 澳大利亚红十字会国际人道法部门负责人

朱利江(Lijiang Zhu) 中国政法大学国际法学院副院长、国际法教授

REVIEW of the Red Cross

红十字国际评论 2022年文选



目 录

- 1 "安全区": 国际法律框架 埃马努埃拉-基娅拉·吉拉德
- 31 海军机器人与海上救援 罗伯特·斯派罗、罗伯·麦克劳克林和马克·霍华德
- 53 越过红线:在叙利亚使用化学武器,现在应怎样 亚斯明·纳克维 (Yasmin Naqvi)
- 91 人道问责制与人道准入是此消彼长的关系吗? ——冲突背景下有关保护工作问责制的替代性思路 纳塔莉·克莱因-凯利(Natalie Klein-Kelly)
- 123 探讨武装冲突中"持续作战职责"这一概念:当前是否应扩 大其适用范围? 塞布丽娜·亨利
- 145 网络行动和《日内瓦第二公约》 杰弗里·比勒
- 167 在土耳其、伊朗与中国的个人经历:红十字国际委员会有必要适应多极化的世界

高兰博 (Pierre Ryter)

- 181 在线战争3.0. 在网络行动期间保护平民居民 近克尔·施密特
- 207 破译亚太地区的国际人道法格局 ^{苏珊娜·林顿}
- 245 让学校免遭战火:阻止将学校用于军事用途的全球法律和 政策工作为何至关重要 比德:谢泼德
- 281 国际人道法上"害敌行为"的概念 罗伯特·科尔布和中岛布美子
- 313 问答: 红十字国际委员会与"人道-发展-和平之联结"议题 菲利帕·施密茨·吉诺特

"安全区": 国际法律框架

埃马努埃拉-基娅拉·吉拉德**

摘 要

近年来,人们一再呼吁在多地设立所谓的"安全区",以保护平民免受敌对行动的影响。本文介绍了与设立和运作此类区域有关的国际法框架,具体涉及:国际人道法关于受保护地带的规定;在交战方未达成协定的情况下规制诉诸武力的规则和多国部队设立此类区域的安理会授权与任务授权;以及这些地带所引发的难民和国际人权问题。接下来,本文以南苏丹"保护平民地点"为例,重点介绍了安全区所带来的一些运作层面的挑战。最后,本文就如何提高交战方今后设立此类受保护地带的可能性进行了思考。

关键词:安全区;受保护地带;安理会授权;保护平民地点;南苏丹。

^{*} 埃马努埃拉-基娅拉·吉拉德是牛津大学道德、法律与武装冲突研究所高级研究员,欧洲大学学院"战争个体化" (Individualisation of War)项目研究员,以及查塔姆研究所国际法项目副研究员。

^{*} The research leading to these results has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP/2007-2013) and ERC Grant Agreement No. 340956. A first draft of this article was presented at a workshop on "Safe Areas as a Response to Humanitarian Crises?" hosted by the Freie Universität Berlin and funded by the Thyssen Foundation in October 2015. The author would like to express her gratitude to the workshop participants for their feedback, as well as to the peer reviewers.

.

近年来,有人呼吁在一些经历武装冲突的国家安排设立多种区域,为平民提供最为基本的安全保障。这其中包括利比亚的"安全地带"¹和叙利亚的"安全港"或"缓冲地带"(二者可互换使用)。²虽然平民在这些国家和地区遭受了沉重的苦难,但上述呼吁有时也带有别有用心的政治目的,亦或是阻止难民潮,³亦或是向在拟议地区开展行动的反对派部队提供一定程度的支持和合法性依据。就根据2017年5月《阿斯塔纳协议》在叙利亚设立的"冲突降级区"而言,此等政治动机就是显而易见的。协议声称要实现如下目标:在"温和"的反对派团体和叙利亚政府之间实现停火,加强人道准人;协助修复基本的基础设施;为提供医疗援助和满足平民的基本需求创造条件;以及使难民和国内流离失所者能够安全、自愿返回。⁴虽然各个降级区的确切情况和当地动态有所不同,但实际上,此举并未减少暴力,也未能加强人道准人。相反,划入降级区的地点,例如最为臭名昭著的东古塔,在近月来还见证了一些最激烈的战斗,反而使设立降级区是旨在削弱反对派的"战争管理战略"这一观点增加了可信度。⁵

除却动机不谈,重要的是要认识到设立和运作此类区域的复杂性。安全区是否可行,能否成功,取决于诸多因素,首先就是交战各方就安全区达成一致的政治意愿,或是在未达成一致的情况下由安理会和第三国设立此类区域的政治意愿。此外,做出设立所谓"安全区"的决定仅仅是第一步,实践

¹ League of Arab States, Res. 2360, "Outcome of the Council Meeting at the Ministerial Level", 12 March 2011.

² See, for example, Patrick Wintour, "Syria: Former UK Development Secretaries Appeal for Safe Havens", *The Guardian*, 1 February 2016; "Drawing in the Neighbours", *The Economist*, 2 July 2015; Erin Cunningham, "U.S., Turkey Aim to Create Buffer Zone on Syrian Border. Nobody Knows How", *Washington Post*, 12 August 2015.

³ See, for example, Bill Frelick, "Blocking Syrian Refugees Isn't the Way", The New York Times, 24 April 2013.

⁴ Memorandum on the Creation of De-Escalation Areas in the Syrian Arab Republic, 14 September 2017, available at: https://syria.liveuamap.com/en/2017/4-may-heres-the-full-text-of-the-syria-deescalation-zone (所有互联网参考资料均访问于2018年11月).

Hashem Osserian, "How De-Escalation Zones in Syria Became a War Management Strategy", News Deeply, 6 February 2018, available at: www.newsdeeply.com/syria/articles/2018/02/06/how-de- escalation-zones-in-syria-became-a-war-management-strategy. See also Nada Homsi and Anne Barnard, "Marked for Deescalation, Syrian Towns Endure Surge of Attacks", The New York Times, 18 November 2017.



中的具体实施过程还会带来大量法律和实际层面的挑战。

本文重点讨论在考虑设立"安全区"时必须解决的一个关键框架性问题:即国际法律框架。这是因为这一层面虽然有时会遭到歪曲或掩盖,但其本身十分重要,而且该层面突出了一些安全区如要兑现为寻求庇护之人确保安全的承诺,就必须要解决的核心运作问题。

国际法的一些不同领域与武装冲突局势中"安全区"的设立和运作有关。其中包括:国际人道法,又称战时法,是规制敌对行动,并保护不参加或不再直接参加敌对行动之人的法律体系,诉诸战争权,亦即对诉诸使用武力加以规制的规则;以及难民法和国际人权法。本文将较为详细地探讨前两个法律领域,并提出和"安全区"有关的一些难民和人权法关切。本文还将强调与更广泛的管理框架有关的其他考量因素,包括在交战方未能就设立安全区达成一致的情况下安理会设立此类区域的任务授权,以及在实践中具体实施运作时所面临的挑战。

国际人道法

"安全区"这一表述未见于任何条约,而国际人道法所使用的表述则是"受保护地带"。这一用语更为可取,因其不仅指代国际法中所界定的概念,还突出了现实情况:即此类区域虽然可能在法律上被赋予特别保护,但在实践中却不一定能为寻求庇护的民众提供安全保障。

就这一问题而言,首先必须要强调三点。第一,在法律层面,武装冲突各方必须始终尊重和保护平民居民以及伤病战斗员,不论受保护地带是否设立。在实践层面,正是因为交战方不遵守这一义务,而是攻击平民,并以不分皂白的方式开展敌对行动或强迫平民流离失所,才使得人们考虑设立此类地带。

第二,即使设立了受保护地带,规制敌对行动的国际人道法一般规则也依然继续适用,而且无论是对已在此类地带内寻求庇护的人员,还是尚未寻求庇护的人员而言,都至关重要。下文将更详细地介绍这些规则。

第三,就国际人道法关于受保护地带的规定而言,其保护对象是该地

带,而非在其中寻求庇护的人。这些人员必须单独受到尊重和保护,而受保护地带仅仅是一种尽可能有效实施这种保护的方式。⁶

本文并不旨在详尽分析国际人道法的相关规则,而是提炼出这些规则的 关键要素。国际人道法设想了国际性武装冲突中不同类型的受保护区,虽然 主要就可进入区域的人员类别而言略有差异,但均旨在实现同一个目标:即 为伤者病者和平民居民创造能够躲避敌对行动影响的地区。需谨记的一个关 键点是,国际人道法条约通常不会仅做劝诫,但有关这一问题的条款却一反 常态,并未要求交战方设立受保护地带,而只是提出各方有设立此类区域的 可能性。一方设立的受保护地带只有在获得对方承认且仅在承认期间方可享 有特别保护。在1949年日内瓦四公约谈判期间,各国尽管承认拟议受保护地 带的人道价值,但却不愿要求建立并承认此种地带。⁷这种情况在1977年附 加议定书谈判期间也未改变。

《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》: 医院及安全地带与处所

受保护地带的类型

在国际性武装冲突局势中,《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内 瓦公约》(《日内瓦第一公约》)和《关于战时保护平民之日内瓦公约》 (《日内瓦第四公约》)预见了设立医院及安全地带与处所的可能性。⁸如 前所述,其受特别保护的地位取决于交战方之间的协定。

关于武装部队的伤者病者, 9《日内瓦第一公约》第23条规定:

⁶ Jean Pictet (ed.), Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 4: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, ICRC, Geneva, 1958 (ICRC Commentary on GC IV), p. 127.

⁷ ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd ed., Geneva, 2016 (2016 Commentary on GC I), para. 1893.

^{8 《}日内瓦第一公约》第23条提及"医院地带及处所"、《日内瓦第四公约》第14条则提及"医院及安全地带与处所"。

^{9 &}quot;伤者病者"还包括《日内瓦第一公约》第13条提及的有关人员。



平时各缔约国及战事开始后冲突各方,均得在其领土内,于必要时在占领地内,设立医院地带及处所,加以适当的组织以便保护伤者、病者,及在该地带处所负责组织与管理工作以及照顾集中于该处人们之人员,俾免受战争影响。

在战事开始时,及其进行中,有关各方得缔结协定互相承认其所设立之医院地带及处所。为此目的并得执行本公约所附协定草案之规定,连同其所认为必要之修改。

为便利此等医院地带及处所之设立与承认,保护国及红十字国际委员会当被邀从事斡旋。

《日内瓦第四公约》第14条使用基本相同的表述,预见了为伤病平民设立类似地带的可能性。在法律层面,1949年日内瓦四公约中对武装部队伤者病者和伤病平民之间进行的明确区分未在1977年《第一附加议定书》中沿用,该议定书中提到的"伤者病者"同时涵盖了平民和武装部队人员。¹⁰在实践层面,医院地带收治伤病战斗员及平民也不存在任何阻碍。必须要指出的是,在给予进入医院地带及处所的许可时不得加以不利区别,因此也可给予敌方伤者病者,包括敌方战斗员。

除"医院地带"之外,《日内瓦第四公约》第14条还提及设立"安全地带与处所"的可能性,即设想用于为平民居民中被认为特别脆弱和难以对敌人构成威胁的人员提供庇护的地区。该条虽提及"老者、十五岁以下儿童、孕妇、及七岁以下儿童之母亲",但只要其他平民并未构成此等威胁,似乎也可大胆假设所有平民都可在这些地带和处所寻求庇护。医院地带的情况也是如此:依据不歧视原则,对于具有敌国国籍的脆弱平民,也应准予其进入受保护地带。"实践中,不同类型的受保护区很可能会合并一处,既收容武装部队伤者病者和伤病平民,也收容其他脆弱人群。

^{10 《}第一附加议定书》第8条。

¹¹ ICRC Commentary on GC IV, above note 6, pp. 125–126;《日内瓦第四公约》第13条。

在上述条款于1949年通过之时,武装部队伤者病者、为其提供治疗之人以及医疗所长期以来本就有权得到保护。¹²就这些人员和设施而言,根据《日内瓦第一公约》的规定设立医院地带,只会更加便于相关保护措施的具体落实。但平民的情况就有所不同了。伤病平民居民、为其提供治疗之人及民用医疗所直至《日内瓦第四公约》通过,才享有类似的保护。¹³除此之外,在国际人道法条约中,很少有明确的规定保护平民居民和民用物体免受敌对行动的影响,¹⁴相关保护直至1977年附加议定书通过才编纂为成文规定。因此,在此之前,医院和安全地带如得以建立并得到承认,也是加强平民依法享有的保护并减少平民实际遭遇风险的重要途径。

《日内瓦第一公约》第23条和《日内瓦第四公约》第14条设想了在和平时期设立医院和安全地带的可能性。虽然这似乎从未在和平时期实施,但如加以落实,可使缔约国能够为此类地带准备好必要的装备和物资。即使此类地带在敌对行动爆发后才予以设立,将伤者病者集中于专门准备的区域内,也有利于对其进行治疗,且有助于应对武装冲突的一些不利影响,如医疗物资短缺或医疗服务崩溃。15

如上文所强调的,虽然交战方可设立医院或安全地带及处所,但是 除非所设立地带得到敌方承认且直到敌方承认之时,此举不会产生任何作 用。不过正如上文所指出的,重要的一点是,即使未达成相关协定,也不 会剥夺在此类地带寻求庇护之人依据国际人道法关于敌对行动之一般规则 所享有的保护。

^{12 1906}年和1929年《日内瓦公约》以及更为近期的《日内瓦第一公约》第12条要求交战方尊重和保护武装部队伤者病者。同样,1864年、1906年和1929年《日内瓦公约》,以及更为近期的《日内瓦第一公约》第24条至26条,要求交战方尊重和保护为武装部队伤者病者提供医疗服务之人。1907年《海牙章程》第27条要求缔约国在敌对行动中,尽可能保全伤者病者的集中场所。《日内瓦第一公约》第19条重申这一保护,并进一步予以巩固,规定武装部队人员之医疗所在任何情况下不得被攻击,而应随时受到尊重和保护。

^{13 《}日内瓦第四公约》第16条、第18条和第20条。

¹⁴ See, for example, Emanuela-Chiara Gillard, "Protection of Civilians in the Conduct of Hostilities", in Rain Liivoja and Tim McCormack (eds), Routledge Handbook on the Law of Armed Conflict, Routledge, New York, 2016.

^{15 2016} Commentary on GC I, above note 7, para. 1905.



《关于医院及安全地带与处所协定草案》

承认受保护地带的可能性取决于很多因素。其中的关键是为确保这些地带事实上仅用于人道目的且不致遭到滥用而所采取的措施。《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》均附有措辞几乎完全相同的协定草案,为冲突各方设立医院及安全地带与处所提供了指导。令人遗憾的是,这些协定草案在文献中鲜有提及,而且在近期就可能设立受保护区的讨论中也未加以考量,因为草案规定了此类区域为实现其预期目的,即保护特定类别之失去战斗力人员免受敌对行动的影响,而应满足的关键条件。

协定草案包含三组关键条款。这些条款值得突出强调,因其根本考量与 所有受保护地带均有相关性:无论其是按照国际人道法规定根据协定设立, 还是依据其他模式设立。具体内容详见下文。

第一组条款旨在确保受保护地带收容之人绝不参与敌对行动,从而使该 地带在实际层面和外界认知层面始终保有纯粹的人道目的,且不损害其受保 护地位。该组条款的内容涉及:

- 要求此地带必须严格保留,以供伤者病者、平民、管理该地带和提供医疗服务之人,以及在该地带内有永久居所之人员之用;
- 由此,设立和运作该地带之人有义务采取一切必要之措置,对于无权在该地带居住者,禁止人内,并
- 要求居住在该地带内之人不得在该地带内外从事任何直接与军事行动有关之活动。

虽然协定草案和日内瓦四公约均未加以详细解释,但是确保该地带遵守上述条件的责任是由设立一方来承担的。履行这一责任,可能工作十分繁重,且有可能需要配备多种人员,并在提供物资和服务方面具备强大的能力。可能需要安保人员确保将武装人员阻挡在外,并维护受保护地带内的法律和秩序状况。¹⁶另外,还有必要提供食物、医疗服务,并在此类地带存续

See, for example, Jean Pictet (ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Vol. 1: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 1952, pp. 418, 421.

时间较长的情况下提供教育服务。居民数量越多,受保护地带的使用时间越长,运作工作就会越繁重。虽然联合国南苏丹特派团"保护平民地点"并非国际人道法所设想的受保护地带类型,但下文就此探讨的相关经验重点突出了在运作方面所涉及的一些挑战。

协定草案的第二组条款是旨在提升此类地带自身安全性的措施,包括以下要求:

- 该地带仅占所在国领土的一小部分。如占地面积较大,可能会损害 敌方开展敌对行动的能力,从而可能削弱地带本身的安全性;
- 应远离并无军事目标,不应设在可能变成军事要地之区域,且不得 以军事方法防御之;
- 该地带之交诵线不得用于军事目的:
- 医院地带以红十字/红新月为标志,其他受保护地带和处所可用各方 同意的其他标志。

协定草案中最后一组条款是监督措施,以确保这些地带按照设想进行运作。承认某一地带的一方有权要求由独立机构进入该地带进行检查,并确认该地带符合前述规定的基本要求。如果发现有不符之处,设立地带的一方必须在规定时间内予以纠正,如未能纠正,则敌方可宣布不再承认该地带的受保护地位。但是,这不会影响该地带所收容人员根据关于敌对行动的国际人道法一般规则所享有的保护。

《日内瓦第四公约》:中立化地带

《日内瓦第四公约》预见到可设立一种更进一步的受保护地带:中立化地带。《日内瓦第四公约》第15条规定:

任何冲突之一方,得直接或通过一中立国或人道组织,向其敌方建 议在作战区域内设立中立化地带,保护下列人等免受战争之影响, 不加歧视:

- (甲) 伤、病战斗员或非战斗员;
- (乙)不参加战事及虽居住在该地带内而不从事军事性工作之平民。 如有关各国对于拟议之中立化地带之地理位置、管理、食物供给及



监督均予同意,应由冲突各方之代表签定一书面协定,该协定应规 定该地带之中立化之开始及期限。

《日内瓦第四公约》的起草者认识到了医院或安全地带与中立化地带之间的三个主要区别。前者一般应设于远离战区之地,而且会长期面向特定类别的尤为脆弱的平民;相反,中立化地带设于实际作战区域内,旨在为伤病战斗员、平民以及所有平民居民提供临时避难所。实践中,已经设立的受保护地带往往采取了中立化地带的形式:设于作战区域,既收容平民,也收容伤者病者。¹⁷

虽然严格说来,《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》所附协定草 案均和医院与安全地带及处所相关,但其所规定的措施与中立化地带同样相 关,只不过后者往往设于实际作战区域。

《第一附加议定书》: 非军事化地带

国际人道法所设想的受保护地带之范围在《第一附加议定书》中得到了进一步扩展,该议定书预见到设立非军事化地带的可能性。¹⁸此类地带与《日内瓦第四公约》第15条的中立化地带均为达成相似的目的:将处所或地带及其非战斗人群置于战场之外。¹⁹为此,日内瓦四公约预见到了可以设立能够重新安置平民和伤者病者的地带,而非军事化地带则是通过将这一区域与军事行动"隔离",以保护所有平民。设立非军事化地带的一方必须确保该地带不会被用于广义的敌对活动(下文将进行介绍);而且如果其承认该

¹⁷ 其中包括1948年在耶路撒冷和1974年在尼科西亚设立的中立化地带,以及1991年在杜布罗夫尼克地区 建立的一些医院。See Yves Sandoz, "The Establishment of Safety Zones for Persons Displaced within their Country of Origin", in Najeeb Al-Nuaimi and Richard Meese (eds), *International Legal Issues Arising under* the United Nations Decade of International Law, Martinus Nijhoff, The Hague and London, 1995, p. 800.

^{18 《}第一附加议定书》第59条还预见到设立"不设防地方"的可能性。虽然此类区域也可增强平民的安全,但其在性质上与本文概述的其他类型的受保护地带不同,而且近年来并无设立此类区域的呼吁,因此不作进一步讨论。

¹⁹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987 (ICRC Commentary on APs), para. 2260. "非军事化地带"一词被用于指代多种不同的举措,包括作为停战的一部分在交战各方之间设立的缓冲区,或通过和平条约强加给战败方的地区。本文中,该词仅指为保护居住在相关地区的平民居民这一人道目的而设立的非军事化地带。Ibid., paras 2299–2301.

地带的话,敌方的"军事行动"就不得波及该地带。此处所述"军事行动"也是广义层面上的。²⁰

非军事化地带是由交战方根据协议设立的符合下列条件的区域:

- (一) 所有战斗员以及机动武器和机动军事装备必须已经撤出;
- (二) 固定军事装置或设施不应用于敌对目的;
- (三) 当局或居民均不应从事任何敌对行为;而且
- (四)任何与军事努力有关的活动均应已经停止。21

设立非军事化地带的协议得用口头或书面订立,必须尽可能明确地规定 地带的位置和界限,并于必要时,就遵守上述条件的情况规定监督的方法。²²

交战方不得将其军事行动扩展到其授以非军事化地带这一地位的区域。²³如果冲突一方对上述规定作出实质的破坏,或者该地带被用于和军事行动有关的目的,则承认非军事化地带的他方得以即行解除其依据协议所承担的义务。²⁴遇有这种情事,根据敌对行动一般规则所赋予平民和伤者病者的保护仍然继续适用。

非国际性武装冲突

前文所述的关于各种受保护地带的规则仅见于规制国际性武装冲突的条约中。而就非国际性武装冲突而言,缺少类似规定并不重要,因为并无规定禁止冲突各方缔结具有同样效力的协定。事实上,日内瓦四公约共同第3条就特别提到各方缔结特别协定,以使公约其他规定发生效力的可能性。

无论是在法律层面,还是事实层面,确定冲突性质属于国际性还是非国际性均极为困难,而且这一问题往往还带有浓厚的政治色彩。20世纪90年代的前南斯拉夫冲突一例就能证明这一观点。交战方本有可能为明确冲突的性质而陷入毫无结果的争论,从而阻碍受保护地带的设立,但为就设

²⁰ 相关讨论见ibid., paras 2304-2306。

^{21 《}第一附加议定书》,第60条第3款。

²² 同上注,第60条第2款。

²³ 同上注, 第60条第1款。

²⁴ 同上注, 第60条第7款。



立工作达成一致,交战方通过红十字国际委员会的斡旋,最终同意缔结特 别协定。²⁵

受保护地带:实践中的设立和运作

就国际人道法规定的受保护地带而言,其界定要素是交战方之间需要达成协定,而这也是受保护地带极少得以设立的一个重要原因。日内瓦四公约建议在和平时期建立受保护地带,但如前所述,这一建议似乎从未得到落实,而在敌对行动爆发后要达成协定也极为艰难,这是可以理解的。虽然交战方可以进行直接谈判,但可信赖的中立调解人可能在帮助各方达成协定方面发挥重要作用。《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》关于医院地带的条款特别提及保护国和红十字国际委员会在这方面可能发挥的作用。²⁶就目前为数不多基于协定设立的受保护地带而言,红十字国际委员会参与了其中大多数地带的谈判过程,在发起谈判和促进缔结协定方面发挥了核心作用。²⁷

国际人道法并未具体规定协定应采取的形式,²⁸但书面协定显然在明确程度方面具有优势。比形式更重要的是协定所应解决的关键问题,包括如《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》所附协定草案中所概述的,确保受保护地带纯粹的人道性质,并使此类地带能够被准确识别的措施。

相关条约中没有任何条款就何人应负责运作受保护地带,包括确保其满足协定中规定的条件、提供基本服务并维护法律和秩序这一核心问题作出规定。虽然由设立的一方来负责此项工作是合理的,但值得注意的是在为数不多的根据协定设立的受保护地带中,有相当一部分均由红十字国际委员会承

²⁵ Y. Sandoz, above note 17, p. 920.

^{26 《}日内瓦第一公约》第23条第3款;《日内瓦第四公约》第14条第3款。

²⁷ See Y. Sandoz, above note 17; Jean-Philippe Lavoyer, "International Humanitarian Law, Protected Zones and the Use of Force", in Wolfgang Biermann and Martin Vadset (eds), UN Peacekeeping in Trouble: Lessons Learned from the Former Yugoslavia: Peacekeepers' Views on the Limits and Possibilities of the United Nations in a Civil War-like Conflict, Ashgate, Aldershot, 2000, p. 262.

²⁸ 关于非军事化地带,《第一附加议定书》第60条第2款指出协议可以是口头或书面的。关于其他受保护地带的条款则没有探讨这一问题。

担起了上述全部职责,这一现象引人关注。²⁹出于多种原因,此种机制在当时情况下很可能是可行的,首要原因就是这些受保护地带面积有限,且仅存续一段时间。

虽然人道参与方可能对运作受保护地带作出重要贡献,但其并无开展所有必要活动的任务授权,尤其是对进入地带的人员进行筛查并解除武装,或维持受保护地带内部的法律和秩序等活动。此外,如受保护地带并非依据所有交战方的协定而设立,人道参与方可能会在涉足此类地带时有所保留,因为这会在敌方未予以承认,该地带安全性无法得到保障的情况下引发他人对其安全状况的误解,还会破坏人道组织的中立性,使其工作人员面临风险。³⁰另外,如建立这些地带是为了防止人们越过边界寻求庇护,也可能产生重大保留意见。³¹监督受保护地带以保证其符合各方达成一致的关键条件则是另一个层面的问题,此项工作应由相互信任的调解人承担。正如上文所述,调解人可以是,而且经常是一个人道组织。

自1949年日内瓦四公约通过以来,无论是何种类型的受保护地带,仅有 为数不多的是根据国际人道法设立的。³²其中引用频次最高的实例包括:

- 由红十字国际委员会建立的一些临时受保护地带,包括1971年在达卡;1974年在尼科西亚;1975年在西贡和金边;以及1979年在尼加拉瓜建立的地带;33
- 1982年福克兰/马尔维纳斯群岛冲突期间斯坦利港的一些地区和海上 "红十字区"; ³⁴以及

²⁹ 例如,红十字国际委员会于1948年在耶路撒冷运作多个中立化地带,并于1991年在克罗地亚运作奥西耶克受保护地带。See Y. Sandoz, above note 17, p. 906; J.-P. Lavoyer, above note 27, pp. 268 ff.

³⁰ See, for example, Trevor Keck, "What You Need to Know About 'Safe Zones'", *Intercross Blog*, 27 February 2017, available at: http://intercrossblog.icrc.org/blog/what-you-need-to-know-about-safe-zones. 凯克指出, "红十字国际委员会不会管理任何由军事力量保护或设立的地区,因为这会损害我们的中立性和独立性。"

³¹ 这是联合国难民署经常需要努力解决的问题。See, for example, Katy Long, "In Search of Sanctuary: Border Closures, 'Safe' Zones and Refugee Protection", *Journal of Refugee Studies*, Vol. 26, No. 3, 2013. 考虑到联合国难民署的职责除援助流离失所者外,还包括促进难民法原则和保护,此种困境对难民署而言可能特别明显,但这与所有人道参与方都是相关的。

³² 关于1949年以前所设立避难地带的实例, 见Y. Sandoz, above note 17, pp. 904–907。

ICRC Commentary on APs, above note 19, para. 2261; Y. Sandoz, above note 17, pp. 909–911.

³⁴ Y. Sandoz, above note 17, pp. 915–916.



• 1991年在奥西耶克和杜布罗夫尼克地区的其他医院设立的受保护地带。³⁵

在这些情况下,有可能促成交战各方达成协定的因素似乎包括:第一,存在一个可信可靠的调解人,能够推动受保护地带的设立,最常见的就是红十字国际委员会(但并不局限于此);第二,受保护地带的面积有限,所容纳人员仅局限于特定类别(最常见的是只有伤者病者),可容纳人数有的,且仅存续一段时间。这使受保护地带更有可能被接纳并得到尊重,也使负责运作该地带的相关方更易于遵守此地带不构成军事威胁这一要求;而且,考虑到相关地带面积有限,也不太可能会阻碍军事行动。

更为近期的一个实例突显出在未与敌方达成协定的情况下设立所谓受保护地带的风险: 斯里兰卡政府于2009年初单方面连续建立了三个 "停火区",声称旨在为留在泰米尔伊拉姆猛虎解放组织(以下简称"猛虎组织")控制下不断缩小的地区内的平民提供安全保障。但猛虎组织不承认这些区域,也未采取任何措施阻止武装人员进入。在战斗的最后几周,这些区域不断遭到政府军的攻击,导致区域内大量平民伤亡且医院被毁。³⁶

以往人们关注的重点在于设立地带,保护弱势群体。然而,在敌对行动期间损坏或毁坏民用物体,特别是提供基本服务的基础设施,如医疗机构、发电和配电网络以及水处理和配水设施,也会对平民的福祉产生严重影响。考虑到这些因素,自2017年以来,红十字国际委员会一直在推动乌克兰当局、欧洲安全与合作组织以及顿涅茨克和卢甘斯克非政府控制区的代表之间进行谈判。谈判目标是达成一项协议,在乌克兰东部的两个供水设施(一个泵站和一个过滤站)周围沿前线设立安全地带。如果能成功缔结协议并予以遵守,该协议将能确保为前线两侧180多万人提供清洁水的基础设施可以继续运行。³⁷

³⁵ J.-P. Lavoyer, above note 27, pp. 266-270.

³⁶ Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka, 31 March 2011, paras 80–89, 100–102, 115–123. See also Human Rights Watch, War on the Displaced: Sri Lankan Army and LTTE Abuses against Civilians in the Vanni, February 2009, available at: www.hrw.org/report/2009/02/19/war-displaced/sri-lankan-army-and-ltte-abuses-against-civilians-vanni.

³⁷ ICRC, "Safety Zones: Questions and Answers with Alain Aeschlimann, Head of the ICRC in Ukraine", 10 July 2017, available at: http://ua.icrc.org/2017/07/10/safety-zones-questions-answers-alain-aeschlimann-head-icrc-ukraine/.

此例突出表明了采取行动使关键基础设施免受敌对行动影响的价值。这种受保护地带在很大程度上遭到忽视,但值得更为密切的关注。缔结和实施这种人道安排的条件与为弱势人员设立受保护地带的条件相似:交战各方达成协定、明确识别和划定有关地区的范围,并监督协定条款的遵守情况。

规制敌对行动的国际人道法一般规则

正如本文所反复指出的,对保护区所赋予的保护是在平民、失去战斗力之人(如受伤战斗员)和民用物体根据国际人道法规制敌对行动的一般规则所享有保护的基础之上的额外保护。此种保护在国际性和非国际性武装冲突中基本是相同的,包括:

- 尊重和保护平民及伤者病者的义务; 38
- 禁止攻击平民和民用物体: 39
- 禁止攻击医疗机构; 40
- 禁止不分皂白的攻击,包括"不成比例的攻击",亦即可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击;⁴¹
- 禁止利用平民或其他被保护人使地区免受攻击或掩护军事行动;42
- 在可能范围内避免将军事目标设在人口稠密区或其附近的义务; 43以及

^{38 《}第一附加议定书》第10条和第48条;《第二附加议定书》第7条和第13条。

^{39 《}第一附加议定书》第51条第2款和第52条,《第二附加议定书》第13条第2款,让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克编,《习惯国际人道法:第一卷:规则》,英文版于2005年出版,红十字国际委员会与剑桥大学出版社,中文版由红十字国际委员会组织编译,于2007年出版,红十字国际委员会与法律出版社(以下简称红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》),规则1和规则7。

^{40 《}日内瓦第一公约》第19条,《日内瓦第四公约》第18条,《第一附加议定书》第12条,《第二附加 议定书》第11条,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,见前注39,规则28。

^{41 《}第一附加议定书》第51条,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,见前注39,规则11至规则13。

^{42 《}日内瓦第三公约》第23条,《日内瓦第四公约》第28条,《第一附加议定书》第51条第7款,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,见前注39,规则97。

^{43 《}第一附加议定书》第58条:红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》、见前注39、规则23。



• 在进行军事行动时经常注意不损害平民居民和民用物体,并在攻击和防御时采取预防措施的义务。⁴⁴

回顾上述一般性保护规则极为重要,出于以下几点原因:第一,即使设立了受保护地带,即使受保护地带按照设想运作并提供保护,未到此地带寻求庇护的人员也仍根据这些一般规则受到保护。受保护地带的设立绝不会减少他们可享有的保护,也不会减少交战方对其承担的义务。

第二,这些一般规则在受保护地带的运作期间继续适用于各方。例如,如受保护地带内有任何人参加敌对行动,他们就必须遵守与防御时的预防措施相关的规则,包括禁止使用人盾,禁止将军事目标设于人口稠密地区(如受保护地带本身)或其附近。应对此等攻击的各方也受到类似的约束,其中最重要的一点是禁止不分皂白的攻击。

最后,如前所述,如受保护地带不论出于何种原因失去了受保护的性质,在此避难的人员也仍然受到上述一般规则的保护。

根据交战各方协定以外的其他方式设立的"安全区"

国际人道法预见的各种受保护地带所依据的假设是,平民和伤者病者遭遇了敌对行动,且在已采取必要措施确保受保护地带实际上纯粹属于人道性质的情况下,交战各方将愿意就其设立达成一致。然而,在平民居民被蓄意作为攻击目标的情况下,这一假设并不成立。攻击平民一方的目的就是伤害平民或强迫其流离失所,因此不太可能会愿意设立保护平民的区域。除此种最为极端的情况之外,交战各方拒绝同意设立受保护地带,还有可能是根本未曾考虑这一举措,或是并未开展充分的工作,为其就受保护地带达成协定提供便利。

在过去25年间,为应对大量系统性针对平民的冲突,有些受保护地带是 在未经交战方达成协定的情况下设立的,有时还存在未经冲突当事国同意就

^{44 《}第一附加议定书》第57条和第58条,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,见前注39,规则 15至规则24。

在其领土内设立的情况。其中包括1991年伊拉克北部的"安全港"、1992年 波斯尼亚的"安全区",以及1994年卢旺达西南部的"安全人道地带"。⁴⁵

在这种情况下建立所谓的"安全区"时,除上文所述规制敌对行动的国际人道法规则之外(这些规则依然适用),另一种法律体系也开始发挥作用,即诉诸战争权——对诉诸武力加以规制的规则。而且,如果安全区是由多国部队设立并管理的,除首先需要联合国安理会的必要授权才能诉诸武力外,还必须考虑为这些部队所赋予的任务,以确定该任务是否授权部队设立此类地带,以及至关重要的是,是否授权部队使用武力保卫这些地带。

下一节内容简要介绍了伊拉克北部、卢旺达以及波黑的案例,目的并非分析某些区域在提供保护方面比其他区域更成功的原因(因为这已经得到了广泛的研究),⁴⁶而是概述了这三个案例中管理框架的关键要素:运作安全区的外国部队进行部署的法律依据,及其任务授权。

诉诸战争权的相关考量

伊拉克北部、波黑以及卢旺达的安全区是由第三国武装部队在冲突当事 国领土上设立的。这在诉诸战争权,亦即对诉诸使用武力进行规制的国际法 规则方面引发了诸多问题。

《联合国宪章》第2条第4款禁止"使用威胁或武力……侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立"。这一禁止性规定只有两种可能的例外情况:单独或集体自卫,⁴⁷以及安理会根据宪章第七章授权的集体行动。⁴⁸无论出于何种原因,一国武装部队在另一国领土上进行部署,均构成对禁止使用武力这一规定的违反,除非部署行动属于上述例外情况,或领土国同意部署。武装部队中包括设立并(或)运作安全区的部队。上述与设立安全区相

⁴⁵ See, for example, Karin Landgren, "Safety Zones and International Protection: A Dark Grey Area", International Journal of Refugee Law, Vol. 7, No. 3, 1995, pp. 442–451.

⁴⁶ See, for example, Carol McQueen, Humanitarian Intervention and Safety Zones: Iraq, Bosnia and Rwanda, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2005; and, more recently, Stefano Recchia, "The Paradox of Safe Areas in Ethnic Civil Wars", Global Responsibility to Protect, Vol. 10, No. 3, 2018.

^{47 《}联合国宪章》第51条。

⁴⁸ 同上注, 第42条。



关的三个实例必须根据这一框架加以分析。各国从未以单独或集体自卫为由来设立或运作此类地区;相反,在大多数情况下,这些案例属于安理会授权使用武力的情况。⁴⁹

在第一个案例,即1991年伊拉克北部的"提供舒适行动"中,伊拉克没有同意建立"安全港"(至少最初并未同意),但安理会的授权并不明确。1991年4月,安理会通过了第688号决议,作为对伊拉克在库尔德人聚居地区镇压平民居民的回应,决议坚持"伊拉克立即允许国际人道主义组织与伊拉克境内所有地区一切需要援助的人们接触",并呼吁"所有会员国及一切人道主义组织为此人道主义救济工作作出贡献"。50虽然安理会判定,对平民居民的镇压导致大量人口越过国际疆界,而且导致越界事件,从而威胁国际和平与安全,但却没有明确提及第七章。

尽管如此,该决议仍被援引为美国领导的多国行动的基础。联军先进行空投,后在伊拉克境内部署了地面部队,以保护流离失所者并建立营地。联军还利用地面部队和空军在伊拉克北部设立了一个"安全地带",允许平民返回家园。⁵¹伊拉克政府和联合国最终签署了一份谅解备忘录,以联合国在伊拉克的人道活动取代联军,但联军根据第688号决议进行的部署以及所开展的行动并未征得伊拉克的同意。⁵²在此基础上,再加上安理会在声称授权使用武力方面含糊其辞,致使伊拉克政府称其主权和领土完整遭到了侵犯,⁵³一些评论人士也支持这种观点。⁵⁴

⁴⁹ 有人认为, 1991年在伊拉克北部建立的安全港是人道干预的一个例证。See, for example, Michael E. Harrington, "Operation Provide Comfort: A Perspective in International Law", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2, 1993. 尽管近年来进行了大量探讨,但目前多数人仍然认为,"人道干预"并非禁止使用武力的又一例外。See, for example, Vaughan Lowe and Antonios Tzanakopoulos, "Humanitarian Intervention", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, May 2011.

⁵⁰ 联合国安理会1991年4月5日第688号决议,执行段落第3段和第6段。

⁵¹ See, for example, Airforce Historical Studies Office, "Operation Provide Comfort and Northern Watch", available at: www.afhistory.af.mil/FAQs/Fact-Sheets/Article/458953/operation-provide-comfort-and-northern-watch/; "Operation Provide Comfort", GlobalSecurity.org, available at: www.globalsecurity.org/military/ops/provide_comfort.htm.

⁵² K. Landgren, above note 45, p. 443; Dietrich Schindler, "Humanitarian Assistance, Humanitarian Interference and International Law", in Ronald St John Macdonald, Essays in Honour of Wang Tieya, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 699.

^{53 《1991}年4月21日伊拉克常驻联合国代表给秘书长的信》, 联合国S/22513号文件, 1991年4月22日。

⁵⁴ See, for example, Peter Malanczuk, "The Kurdish Crisis and Allied Intervention in the Aftermath of the Second Gulf War", European Journal of International Law, Vol. 2, No. 2, 1991.

无论是第688号决议,还是后续决议,均未探讨"安全港"的细节,包括授权设立安全港的任务,或使用武力保护在安全港内寻求庇护之人的授权。⁵⁵虽然联军部署的合法性和授权设立这些地带的实际任务都值得怀疑,但联军采取了强有力的方法来保护这些地带。在伊拉克军队被驱逐出科威特之后,为保卫这些地带而威胁采取军事行动的举措立即产生了必要的威慑作用。⁵⁶

与伊拉克北部不同,根据诉诸战争权,最终负有保护波斯尼亚"安全区"之任务的联合国(多国)保护部队进行部署的合法性则是毋庸置疑的。安理会通过第743号决议,在征得南斯拉夫政府同意的情况下建立了联合国保护部队(以下简称"联保部队")。⁵⁷第758号决议将其任务扩展至波黑。⁵⁸

在波斯尼亚设立安全区的依据同样是明确的:安理会根据第七章采取行动,在第819号决议中要求"所有各当事方和其他有关方面将斯雷布雷尼察及其周围地区视为安全区,不应受到任何武装攻击或任何其他敌对行动"。⁵⁹同样根据第七章通过的第824号决议宣布,"萨拉热窝和其他此种受威胁地区,特别是图兹拉、泽帕、戈拉日德、比哈奇",也是"安全区",不应受到武装攻击。⁶⁰

安理会对波斯尼亚安全区的处理方式也有另一个缺点。第819号决议请秘书长"以期监测此安全区的人道主义情况",增加驻在斯雷布雷尼察及其周围地区的联保部队人员,并要求所有各当事方为此目的与联保部队合作。⁶¹第824号决议对被指定为安全区的其他地点也提出了类似的要求。⁶²然而,安理会直到1993年6月才为联保部队赋予使用武力保卫安全区的任务授权,而且

⁵⁵ 在第688号决议通过后,安全地带问题并未提交安理会,因为人们认为所有常任理事国都支持安全地带是不太可能的。See, for example, Oscar Schachter, "United Nations Law in the Gulf Conflict", *American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 3, 1991, p. 469; P. Malanczuk, above note 54.

⁵⁶ See S. Recchia, above note 46.

⁵⁷ 联合国安理会1992年2月21日第743号决议。

⁵⁸ 联合国安理会1992年6月8日第758号决议。

⁵⁹ 联合国安理会1993年4月16日第819号决议,执行段落第1段。

⁶⁰ 联合国安理会1993年5月6日第824号决议,执行段落第3段。

⁶¹ 联合国安理会1993年4月16日第819号决议,执行段落第4段。

⁶² 联合国安理会1993年5月6日第824号决议,执行段落第6段。



即使在当时也没有为这项任务增派部队。⁶³这一点,再加上这些地区未实现 非军事化⁶⁴(亦即这些地区内在开展军事行动,且导致敌军反攻),使联保 部队无法在敌对行动加剧时保护其免受波斯尼亚塞族的攻击,导致在该地区 寻求庇护的波斯尼亚男子和男童遭到屠杀。

在此案例中,从诉诸战争权的角度来看,多国部队的部署无疑是合法的,而且他们有设立和管理安全地带的明确任务规定。然而,未能使这些地带实现非军事化,且缺乏使用武力对其加以保卫的任务授权,共同造成了毁灭性的后果。⁶⁵

在卢旺达,安理会根据第872号决议在卢旺达政府和卢旺达爱国阵线的同意下,先是建立了一支联合国部队,即联合国卢旺达援助团(以下简称"联卢援助团")。66虽然联卢援助团进行部署是合法的,但却没有设立安全区的任务授权。相反,所谓"保护地点"是在人们逃往他们所知晓的援助团人员驻扎地,或援助团部队被派往平民聚集点时自发出现的。虽然联卢援助团为拯救生命作出了贡献,但其根本不具备应对此等大规模危机的能力。67鉴于危机极为严重,且联卢援助团在扩充兵力方面出现延误,安理会在九个月后根据第七章采取行动,通过了第929号决议,授权发起一项"在国家指挥和控制下的临时行动,旨在以公正的方式促进卢旺达境内流离失所者、难民和面临危险的平民的安全并给予保护"。68从最初开始,这支部队就被授权使用一切必要手段——包括使用武力——为卢旺达境内流离失所者、难民和面临风险之平民的安全和保护作出贡献,包括在可行的

⁶³ 联合国安理会1994年6月4日第836号决议,执行段落第5段,指出安理会"又决定为此目的扩大联合国保护部队的任务规定,使其除了依照1992年9月14日第776 (1992)号决议的规定参与向居民运送人道主义救济物资之外,能在第824 (1993)号决议所述的安全区内遏阻对安全区的攻击、监测停火、促使非属波斯尼亚-黑塞哥维那共和国政府的军事和准军事部队撤出并据守当地的一些关键据点"。

⁶⁴ See K. Landgren, above note 45, p. 445.

⁶⁵ 国际社会对冲突予以应对的许多其他方面也促成了这一结果。See S. Recchia, above note 46, and references cited therein.

⁶⁶ 联合国安理会1993年10月5日第872号决议,执行段落第2段。

⁶⁷ 在种族灭绝事件开始两周后通过的第912号决议中,联合国安理会考虑到在卢旺达的行动再也无法实现联卢援助团支持和平进程这一任务宗旨,故而将援助团的兵力从2548人减至270人。

⁶⁸ 联合国安理会1994年6月22日第929号决议,执行段落第2段。

情况下建立和维护安全的"人道区域"。⁶⁹在法国的领导下,并在提供大量 兵力和装备(包括直升机和战斗机)的情况下,"绿松石行动"在卢旺达 建立了"人道安全地带",占该国领土的五分之一。⁷⁰不过令人遗憾的是, 该行动仅在种族灭绝暴力开始逐渐消退之时才予以开展,且部队部署时间 不超过两个月。

从诉诸战争权的角度来看,联卢援助团进行部署是合法的。它承担了提供保护的任务,但其规模完全不足以应对严重的暴力局势。就"绿松石行动"而言,其部署也没有引起诉诸战争权方面的关切,而且从一开始,这支部队就具备必要的任务授权:一是设立安全区(最终规模远远超出了国际人道法的设想),二是使用武力确保安全区得到保护。鉴于"人道安全地带"的规模,人们不禁怀疑,如果这些地带是在暴力局势中更早期时就加以设立,该部队实际上是否还有能力保护相关地带内的人员。

任务授权、"行动概念"和关于使用武力的指令

虽然在未经领土国同意的情况下,安理会的授权对于多国部队在进行部署时不侵犯该国的主权和领土完整,且不违反禁止使用武力的规定而言是非常必要的,但授权只是第一步。正如联保部队的经验所突出强调的,对于任何已经设立的安全区,确保其安全本身是不够的。该部队还需要设立和管理安全区的任务授权,⁷¹而且重要的是,这一任务授权应当是强有力的,足以阻止并应对针对安全区内民众的攻击。

此外,多国部队为执行任务而制定的各种内部文件,包括"行动概念"和关于使用武力的指令,必须应对在敌对行动持续期间安全区的存在可能引发的一系列问题。例如,文件中应包括为达到如下目的而可以采取的措施:阻止和终止敌方部队针对在安全区内寻求庇护之人的暴力行为、确保救济物

⁶⁹ 同上注,执行段落第3段。

⁷⁰ K. Landgren, above note 45, pp. 449 ff.

⁷¹ 关于在缺少安理会所赋予任务授权的情况下,维和部队是否具有设立安全区之暗含任务授权的讨论, 见Bruce Oswald, "The Creation and Control of Places of Protection during United Nations Peace Operations", International Review of the Red Cross, Vol. 83, No. 844, 2001。



资能够运抵安全区,以及确保安全区内的安全和安保(包括对进入安全区的人员进行筛查、解除武装,确保安全区内不开展任何军事活动,并维持安全区内的法律和秩序)。其中一些行动需要军事人员和其他警察人员;如下一节所强调的,这些行动还可能涉及与人道参与方的密切联系,因此也需要具备军民协调经验的工作人员。特别任务团必须配备适当的工作人员。

安全区的新模式:南苏丹"保护平民地点"

截至目前,本文所探讨的安全区,无论是根据交战各方之间的协定设立,还是由安理会设立,均事先进行了规划。而在2013年12月底南苏丹爆发战斗之后,该国出现了一种不同形式的安全区:平民在逃离暴力局势时在南苏丹特派团基地内及其附近寻求庇护,"保护平民地点"由此自发形成。

在此之前,关注点还主要集中在设立安全区的模式上,但南苏丹的保护平民地点在实践运作方面引发了大量挑战。经常有观点认为保护平民地点是"前所未有的",或提出了"独特的挑战"。⁷²虽然可能确实从未有如此规模的群体在维和基地内如此长时间地寻求庇护,⁷³但此种情况绝非首次发生,⁷⁴未来也有可能再次出现。⁷⁵平民保护地点在运作方面产生了无数挑战,

⁷² See, for example, Jenna Stern, Establishing Safety and Security at Protection of Civilians Sites: Lessons Learned from the United Nations Peacekeeping Mission in South Sudan, Civilians in Conflict Policy Brief No. 2, September 2015, p. 5; Jan Egeland, "Foreword", in Caelin Briggs and Lisa Monaghan, Protection of Civilian Sites: Lessons Learned from South Sudan for Future Operations, Norwegian Refugee Council, 31 May 2017, available at: www.nrc.no/globalassets/pdf/reports/poc-sites_lessons-from-south-sudan-copy.pdf.

⁷³ 截至2018年3月,超过20万平民居住在六个保护平民地点内。UNMISS, "PoC Update",12 March 2018, available at: https://tinyurl.com/y82a3do5. 自2015年底以来,人口数据始终维持在这一水平。See Lisa Sharland and Aditi Gorur, Revising the UN Peacekeeping Mandate in South Sudan: Maintaining Focus on the Protection of Civilians, Stimson Center and Australian Strategic Policy Institute, Washington, DC, December 2015, p. 14.

⁷⁴ 在2013年12月暴力升级之前,平民曾多次在南苏丹特派团基地附近寻求庇护,但他们的人数相对较少,且所需庇护的时间较短。2013年4月,南苏丹特派团制定了应对此类情况的指南,其前提是平民最多可停留72小时。尽管这些指南很有价值,但其针对的是与2013年12月之后的局势截然不同的情况。UNMISS, Guidelines: Civilians Seeking Protection at UNMISS Bases, 30 April 2013. 平民还曾在其他国家和地区的维和部队基地内或其附近寻求庇护;实例见C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, pp. 17–18。

⁷⁵ 联合国和平行动部也承认了这一点。DPKO, "Practice Note on Civilians Seeking Protections at UN Facilities", 2015.

但对全部挑战进行介绍和分析就远远超出了本文的范围;⁷⁶另外,本文也无意对其加以批评,因为它们在为南苏丹提供保护方面发挥了重要作用。相反,本文将重点讨论平民保护地点在运作过程中出现的少量问题,因为安全区无论通过何种方式设立,都有可能存在类似问题。

在管理框架方面,联合国安理会根据《联合国宪章》第七章,于2011年7月成立了南苏丹特派团。从一开始,其任务授权就包括保护平民的层面,并且获得了使用武力实施这一任务的授权。最初,任务的重点在于向苏丹政府提供支持,以发展政府在这一领域的能力。⁷⁷2013年底,暴力局势爆发,但直到2014年5月,特派团的任务才从支持政府转变为采取措施应对平民所面临的若干威胁,包括在保护平民地点内外制止针对平民的暴力行为,以及维持保护平民地点内的公共安全和安保。⁷⁸因此,虽然安理会从未向南苏丹特派团赋予管理保护平民地点的任务授权,但最终还是明确要求特派团保护在相关区域寻求庇护之人,并维持保护平民地点内的公共安全和安保。

仅仅是数以千计的人长期停留在南苏丹特派团处所内或其附近,就意味着寻求庇护之人不仅要向特派团寻求保护,而是还要寻求援助和其他基本服务。南苏丹特派团不愿开展超出其任务授权和能力范围的活动,故而需要与在南苏丹开展行动的一些人道参与方进行合作。⁷⁹这种合作往往存在问题:首先,一些人道工作者不愿由于向军事基地提供援助而被与武装行为方联系在一起,⁸⁰另外,其他方面也存在困难:特定任务应如何进行责任分配;最终决策权由谁掌握;这些地点在充足食物、水、卫生和医疗服务方面应达到何种最低限度标准;谁应承担修建围栏等改善相关地点条件的费用;以及如何就是否关闭这些地点作出决定。⁸¹最终,相关指南得到通过,规定了在运

⁷⁶ 关于全面分析, 见C. Briggs and L. Monaghan, above note 72。

⁷⁷ 联合国安理会2011年7月8日第1996号决议,执行段落第1段、第3段和第4段。

⁷⁸ 联合国安理会2014年5月27日第2155号决议,执行段落第4(a)(一)段和第4(a)(四)段。

⁷⁹ L. Sharland and A. Gorur, above note 73, pp. 14–17; International Organization for Migration (IOM) South Sudan, If We Leave We are Killed: Lessons Learned from South Sudan Protection of Civilians Sites 2013– 2016, 2016.

⁸⁰ IOM South Sudan, above note 79, p. 24.

⁸¹ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, Chapters 4–10; IOM South Sudan, above note 79, pp. 24–26; L. Sharland and A. Gorur, above note 73, p. 17; J. Stern, above note 72, p. 7.



作保护平民地点时各方的角色和责任。82

即使是执行安理会明确指派给南苏丹特派团的各项活动,特别是确保保护平民地点的安全,免受外界威胁,并维持此类地点内部安全和安保的工作,也在运作方面带来了挑战。这些地点内出现前战斗员和尚未完全解除武装的人员,可获得武器,且爆发了与冲突有关的部族间暴力,均引发了重大安全问题。⁸³此外,考虑到大量人员处于狭小空间时常常会产生犯罪问题,这些地点也是如此:这里暴力事件频发(包括性暴力或性别暴力,以及与帮派、社区或家庭纠纷有关的暴力事件),还存在盗窃和毒品走私现象。⁸⁴

维持保护平民地点的民用性质是防止敌对部队攻击的关键。这方面的主要挑战之一是前战斗员也身处其中。南苏丹特派团最终通过了相关指南,就寻求进入此类场所的武装战斗员的待遇做出了规定。⁸⁵但在南苏丹,战斗员与武装平民很难区分,而且战斗员可能利用保护平民地点以临时避难的风险仍然存在。⁸⁶这破坏了保护平民地点的安全性,而且由于这些地点现在的主要收容对象是反政府族群,可能会让人误以为此类地点的管理者并不中立,而是在间接向该冲突方提供支持。⁸⁷

人们经常将保护平民地点比作国内流离失所者营地,但二者实际上存在重要差异。⁸⁸从管理角度来看,保护平民地点位于南苏丹特派团基地内,就意味着其根据联合国与南苏丹之间缔结的《部队地位协定》是"不可侵犯的",而且"处于联合国的完全控制和管辖之下"。⁸⁹虽然在国内流离失所者营地中,大量行政职能(尤其是预防和应对营地内犯罪活动的职能)一般由东道国来履行,但就保护平民地点而言,由于特派团基地的地位,行政职

⁸² UNMISS, Responsibilities in UNMISS POC Sites for Planning and Budgetary Purposes, 19 September 2014.

⁸³ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, Chaps 6–8; J. Stern, above note 72, p. 10.

⁸⁴ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, Chaps 6–8; J. Stern, above note 72, p. 10.

⁸⁵ UNMISS, "Supplemental Guidance No. 3 to the UNMISS Guidelines on Civilians Seeking Protection at UNMISS Bases (2013)", 2015.

⁸⁶ IOM South Sudan, above note 79, p. 58.

⁸⁷ See, for example, Matt Wells, "The Mixed Record of UN Peacekeeping in South Sudan", *Humanitarian Exchange*, No. 68, January 2017, p. 14; C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, p. 65.

⁸⁸ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, Chap. 3.

⁸⁹ Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan, 8 August 2011, Section 16.

能是由南苏丹特派团负责的。⁹⁰然而,该特派团却因其任务授权中缺少执法或司法权的层面(即所谓"行政任务"),无法调查罪行、进行审前拘留以及起诉和拘留犯下罪行之人,其维持保护平民地点内部安全的能力就受到了阻碍。⁹¹再考虑到南苏丹刑事司法机构较为薄弱,且由于向地方当局移交嫌疑人可能会使其面临人权遭到侵犯的风险,移交工作常常无法进行,这就要求特派团采用其他方法应对犯罪问题。⁹²其中包括社区观察小组,目的是监测保护平民地点内的情况,并在出现骚乱时向南苏丹特派团警察报告,另外还有非正式调解和争端解决机制,处理对保护平民地点内公共秩序或安全不构成重大风险的破坏安全的行为。⁹³同时,传统司法机制也继续在此类地点内发挥作用。⁹⁴如出现更为严重的破坏安全的行为,且涉及对公共安全构成重大威胁的人员,这些人员就会移交至南苏丹特派团并由其进行关押。关押有时可能会持续较长时间,且其中一些人员会被驱逐出保护平民地点。⁹⁵正如下文所探讨的,在缺乏行政任务授权和法律框架对特派团剥夺他人自由的行为进行规制的情况下,就会在遵守国际人权法方面产生问题。

保护平民地点挽救了数以万计的生命,但也凸显了在特派团、人道参与方和东道国之间进行责任分配和协调时存在的许多运作方面的挑战。这些挑战与大多数安全区的运作均有关联。

⁹⁰ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, pp. 22–25.

⁹¹ 关于行政任务,例如,见DPKO and DFS, "United Nations Police in Peacekeeping Operations and Special Political Missions", 1 February 2014, paras 58 ff., available at: https://trainingfor peace.org/publications/ united-nations-police-in-peacekeeping-operations-and-special-political-missions/。

⁹² J. Stern, above note 72. See also C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, Chap. 8.

⁹³ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, pp. 76-81.

⁹⁴ Ibid

⁹⁵ Ibid, pp. 78–81. See also Flora McCrone, Justice Displaced: Field Notes on Criminality and Insecurity in South Sudan's UN Protection of Civilian Sites, Justice Africa Report, Spring 2016, available at: http://justiceafrica.org/wp-content/uploads/2016/07/Justice-displaced-EDITED.pdf; IOM Sudan, above note 79, pp. 51–52; J. Stern, above note 72.



安全区内的保护、难民法和人权法考量

安全区还引发了一些与难民法和人权法有关的问题。最明显的是存在一些严重关切,有人担心在有些国家和地区,建立安全区并非是希望为弱势群体建立避难所,其主要动机反而是防止或制止难民跨越边界,或在当地条件不允许的情况下促进或促使难民返回。⁹⁶

在法律上,立场很简单:安全区的存在不得用于限制人们根据难民法寻求庇护的权利,⁹⁷也不能用来促使难民在确保安全之前返回。在实践中,已经多次为此目的设立或建议设立安全区。这为人道参与方,特别是联合国难民署,提出了非常复杂的问题。难民署是否应当为了避免他方认为其支持有损于难民保护之本质的安排,而推动对难民法原则(包括获得庇护和不推回原则)的尊重,并拒绝为安全区内民众开展活动,即使这意味着会使有需求的民众无法获取基本服务? ⁹⁸

另外,安全区无论以何种方式建立,均会引发人权法问题。运作安全区的各方已对区域内的居民实施了一定程度的控制,因而也要对其承担人权义务。 ⁹⁹由此就产生了关于人权义务域外适用范围的问题,以及在安全区受多国部队控制的情况下人权法如何适用于这些部队的问题。近年来,这两个话题一直是法律诉讼和大量学术辩论的主题。本文不会就此进行详细讨论,但

⁹⁶ See the examples in K. Long, above note 31, 包括土耳其于1990年对来自伊拉克的库尔德难民关闭边境。See also Bill Frelick, "Unsafe Havens: Reassessing Security in Refugee Crises", *Harvard International Review*, Vol. 19, No. 2, 1997. 更为近期与叙利亚相关的实例,见B. Frelick, above note 3; Bill Frelick, "Safe Zones in Name Only", *Huffington Post*, August 2015, available at: www.huffingtonpost.com/bill-frelick/safe-zones-in-name-only_b_8021010.html; Norwegian Refugee Council *et al.*, *Dangerous Ground: Syria's Refugees Face an Uncertain Future*, February 2018.

⁹⁷ 联合国难民署国际保护问题工作组早在1992年讨论"预防"时就明确承认了这一点。工作组认为"预防"是个包罗万象的词汇,包括减少离境原因和减少或遏制跨边界流动的活动。工作组明确指出, "然而,预防不是对庇护的替代,所以,还必须要继续坚持寻求和享有庇护的权利"。联合国大会,《关于国际保护的说明》(高级专员提交),联合国A/AC.96/799号文件,1992年8月25日,第7页。

⁹⁸ See, most recently, K. Long, above note 31. See also Jennifer Hyndman, "Preventive, Palliative or Punitive? Safe Spaces in Bosnia-Herzegovina, Somalia and Sri Lanka", *Journal of Refugee Studies*, Vol. 16, No. 2, 2003; K. Landgren, above note 45.

⁹⁹ 运作安全地带的交战方还将对其有效控制之下的人员承担国际人道法义务,包括要求按照《第一附加 议定书》第75条和共同第3条所规定的最低限度标准予以对待。

为本文目的而言,仅需指出以下两点即可。第一,近期的人权判例在一国对外国领土区域行使"有效控制"时,¹⁰⁰或当一国代理对另一国国民行使实际控制和权力时,将域外义务归于该国。¹⁰¹这是广义上的理解,可能包括海外拘留行动,还包括国家工作人员对通过检查站的人员进行控制的情况,甚至通过以他们为目标或使用武力加以控制。¹⁰²第二,联合国安理会建立的多国部队必须遵守国际人权法。这是因为联合国本身必须尊重人权,而且参加多国部队的军队仍然受到派遣国人权义务的约束。¹⁰³

荷兰最高法院2013年审理的两起相关案件确认了荷兰根据《欧洲人权公约》¹⁰⁴和《公民及政治权利国际盟约》¹⁰⁵所承担义务的域外适用,以及多国部队派遣国的责任。这两个案件与联保部队荷兰营参与斯雷布雷尼察"安全区"有关。特别是,法院认为,荷兰营对聚居区人员实行了有效控制,因而产生了人权义务。由于荷兰营不允许原告亲属留在安全区内,导致亲属被波斯尼亚-塞族部队杀害,该营及其所代表的荷兰侵犯了《欧洲人权公约》和

¹⁰⁰ 此种控制可能是合法军事行动的结果,也可能是非法军事行动的结果。European Court of Human Rights (ECtHR), *Al-Skeini and Others v. UK*, Appl. No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, para. 136. 关于人权域外适用范围的近期著作,尤其见Daragh Murray, Elizabeth Wilmshurst, Françoise Hampson, Charles Garraway, Noam Lubell and Dapo Akande (eds), *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016, Chap. 3 and paras 3.39–3.58及其中的参考文献。

¹⁰¹ See D. Murray et al. (eds), above note 100. See also Marko Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, Oxford University Press, Oxford, 2011, esp. Part IV; Marko Milanovic, "Al Skeini and Al Jedda in Strasbourg", European Journal of International Law, Vol. 23, No. 1, 2012; Ralph Wilde, "The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights", in Scott Sheeran and Nigel Rodley (eds), Routledge Handbook of International Human Rights Law, Routledge, London, 2013.

¹⁰² D. Murray et al. (eds), above note 100, para. 3.59 and references therein.

¹⁰³ 例如,联合国人权事务委员会明确指出,各国必须尊重并确保《公民及政治权利国际盟约》下"在境外采取行动的缔约国武装部队的权力范围或者有效控制下的所有人"所享有的权利,"而不论这种权力或有效控制是在何种情况下获得的,例如,这种武装部队是缔约国因为参加国际维持和平行动或者强制实现和平行动而派出的"。人权事务委员会第31号一般性意见:《〈公约〉缔约国的一般法律义务的性质》,联合国CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13号文件,2004年5月26日,第10段。虽然人权事务委员会迄今尚未审议针对多国部队被控侵权行为的申诉,但在对定期国家报告的结论意见中,委员会不断主张,当一国部队参加此类行动时,《公民及政治权利国际盟约》仍然适用。See Kijetl Mujezinovic Larsen, *The Human Rights Treaty Obligations of Peacekeepers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 181 ff. and references therein. See also D. Murray *et al.* (eds), above note 100, paras 16.07 ff.

^{104 《}欧洲保障人权和根本自由公约》, 213 UNTS 222, 1950年。

^{105 《}公民及政治权利国际盟约》, 999 UNTS 171, 1966年。



《公民及政治权利国际盟约》所规定的生命权,并违反了禁止施以酷刑和予以残忍、不人道或侮辱之处遇或惩罚的规定。 106

根据现行判例,域外人权义务仅针对特定情况下实际受一国控制的权利而产生。¹⁰⁷在占领局势中,各国必须确保各项人权得以保障,在其他局势中,特别是责任源自对个人实行的有效控制时,所需保障的人权在范围上则更加有限,可包括生命权、禁止任意剥夺生命或人身自由,以及禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。¹⁰⁸因此,与安全区有关的域外人权义务的确切性质和范围将取决于诸多因素,包括多国部队对安全区居民实施控制的程度;领土国被排除在外,并因而无法履行其对居民之人权义务的程度;以及有关的具体人权。¹⁰⁹在此方面的极端示例是,为保护平民,如某国实行禁飞区,而另一国运作封闭安全区,则前者的人权义务远不及后者繁重。

如果多国部队的任务授权是在安全区执行特定工作任务(例如,南苏丹特派团在保护平民地点的任务),则在予以履行时必须遵守与所涉及任务有关的人权义务。例如,在维护保护平民地点内部的公共安全和安保时,南苏丹特派团必须遵守与执法行动中武力使用有关的人权标准。如果特派团剥夺了人的自由,就必须确保被拘留者按照人权标准享有相应待遇,并享有正当的诉讼程序。¹¹⁰

¹⁰⁶ Supreme Court of the Netherlands, *The State of the Netherlands v. Hasan Nuhanovic* and *The State of the Netherlands v. Mehida Mustafic-Mujic et al.*, 6 September 2013; Tom Dannenbaum, "Dutch Supreme Court Affirms that Dutchbat Acted Unlawfully in Srebrenica", *EJIL: Talk!*, 8 September 2013, available at: www.ejiltalk.org/dutch-supreme-court-affirms-that-dutchbat-acted-unlawfully-in-srebrenica/.

¹⁰⁷ 例如,见欧洲人权法院在*Al-Skeini*案中认为,当一国通过其代理在域外对某人行使控制或权力时,该国必须保证该人享有"与该人情况有关的"权利。"因此,在这个意义上,盟约的权利可以'进行分割和调整'。"ECtHR, *Al-Skeini*, above note 100, para. 137. 另见相关分析; D. Murray *et al.* (eds), above note 100, paras 3.19 ff。

¹⁰⁸ D. Murray *et al.* (eds), above note 100. 米兰诺维奇通过区分两点进一步完善了这一分析,其一是国家尊重人权的消极义务,在适用范围上更广,不受领土限制,其二是各国保障或确保人权或防止侵犯人权行为的积极责任,在域外情况下仅限于国家实施有效全面控制的地区。M. Milanovic, above note 101, Part IV.4. 穆耶齐诺维奇·拉森也采用了这种方法,并分析了多国部队在实践中对这一方法的应用:见K. Mujezinovic Larsen, above note 103, Chap. 9。

¹⁰⁹ See K. Mujezinovic Larsen, above note 103, Chap. 4.

¹¹⁰ 联合国负责法律事务的副秘书长特别承认了这一点。UN Under-Secretary-General for Legal Affairs and Legal Counsel, Statement to the International Law Commission, 14 May 2014, p. 11, available at: http://legal.un.org/ola/media/info_from_lc/mss/speeches/MSS_ILC_statement-14-May-2014.pdf.

虽然南苏丹特派团可能并未公开表示其对保护平民地点内的居民负有人权义务,但其针对具体问题的处理方式依然表明其认为情况确实如此。例如,特派团在对涉嫌犯有严重破坏安全行为之人进行关押的问题上就保持沉默,因为如上所述,如果没有"行政任务",在这种情况下进行关押可能构成任意剥夺自由。¹¹¹另外,南苏丹特派团向南苏丹司法部就向国家当局移交嫌疑人这一问题提交的谅解备忘录草案里也存在类似关切。这是为了履行特派团根据人权法所承担的义务,即如果存在可能遭受酷刑或虐待、不符合最低标准的审判或被判处死刑的切实风险,则不得移交人员。¹¹²

结论

自第二次世界大战以来设立的"安全区"的成绩充其量是好坏参半。要运作成功,需要依赖于交战各方对安全区予以尊重的意愿。实现这一目标有两种途径:或达成协定,设立安全区;或在没有协定的情况下,通过采取强有力的措施保卫安全区。¹¹³

不出意料的是,最有效的安全区就是国际人道法所设想的由交战方根据协定设立的安全区。特别是,存续时间较短、收容人数有限,收容人员类别为特定弱势群体的小型非军事化地带似乎最有可能取得成功。

有鉴于此,是否应修订国际人道法,要求交战各方同意设立和尊重受保护地带?这基本上并无可能。第一,更一般而言,各国仅仅为了修改受保护地带的条款就开放日内瓦四公约及其附加议定书供修订,其可能性是极低的。无论对这些规则进行任何修改,都必须在开展更大范围的修订工作时进行,而目前并无开展大范围修订的规划,且考虑到当前的政治气候,有充分

¹¹¹ C. Briggs and L. Monaghan, above note 72, Chap. 8.

¹¹² J. Stern, above note 72, p. 11; Statement of the Under-Secretary-General for Legal Affairs, above note 110.

¹¹³ 联合国秘书长关于斯雷布雷尼察陷落的报告得出了类似的结论,指出"保护区和安全区可以在武装冲突中保护平民。但显然,它们必须是非军事化并由交战方的协议设立的,如国际人道主义法承认的'保护区'和'安全避难所'那样,或它们必须是真正的'安全区',得到可靠的军事威慑力量的充分保护。这两个概念绝对不同,不应相互混淆。"《秘书长依照大会第53/35号决议提出的报告:斯雷布雷尼察的陷落》,联合国A/54/549号文件,1999年11月15日,第499段。



的理由担心此举反而会减少,而非加强现有的保护。第二,各国曾有两次机会通过要求交战方设立受保护地带的条款:一次是在1949年日内瓦四公约谈判期间,另一次是在1977年附加议定书谈判期间。但在这两个场合下,各国均未通过此等条款。所以,认为各国现在会采取不同的做法是不现实的。

尽管如此,经验依然表明,要使安全区有效运作,交战各方就必须在设立和运作安全区的细节方面达成一致。这不仅为安全区设定了明确的限制,而且还解决了可能是关键问题的关切:即非军事化和监督措施。此外,就协定开展谈判的过程可能有助于在交战各方之间形成信任与合作的氛围——这对安全区在实践中的有效运作至关重要,也可能在一般意义上有利于遵守国际人道法。

通过交战各方之间的协定设立安全区还有另一项优势:即可能会缓和 人道参与方对在这些地区开展行动,至少在参与冲突一方所强加安排方面的 保留态度。反之,如果设立安全地带是为了阻止难民潮,则仍应持有保留意 见,因为这会损害居民寻求庇护的权利。

虽然征得交战方同意这一要求往往被认为妨碍了对平民的保护措施,但 就安全区而言,这一要求通过使各方负起责任,建立信任,并确保进行明确 安排以加强其有效性,实际上反而可能会产生促进平民保护的效果。

考虑到所有上述情况,与其呼吁进行法律改革,还不如大力加大投入, 鼓励交战各方就设立和承认受保护区达成协定。与在安理会的政治聚光灯下 进行呼吁相比,静默外交更有可能成功,而且一如既往,人道谈判应与政治 性讨论完全分离。在交战各方未达成协定的情况下应慎重发出建立安全区的 呼吁,以免破坏可能正在进行的谈判。建议作出此种安排之人还应铭记以往 的经验,包括设立安全区的任务授权、意愿和能力,以及南苏丹特派团保护 平民地点的相关经验中所凸显的运作安全区时所需应对的一系列挑战。

海军机器人与 海上救援

罗伯特・斯派罗、罗伯・麦克劳克林和 马克・霍华德*

摘要

用于海战的无人系统的发展对有关在海上战争中处理遇船难者和伤者的现有公约构成了深刻的挑战。1949年《日内瓦第二公约》第18条规定,交战各方必须采取"一切可能之措施",在每次交战后搜寻和收集留在水中的海员。本文作者分析了该公约的伦理基础,并主张国际社会应要求用于海上战争的无人系统应当具有一定的搜索和救援行动的能力。

关键词:无人系统;无人机;救援责任;遇船难者;道德;水面无人艇;无人潜航器;无人水上装备。

^{*} 罗伯特·斯派罗博士是哲学课程教授,澳大利亚研究委员会电材料科学卓越中心的首席研究员,以及 莫纳什大学莫纳什生物伦理学中心的兼职教授,研究方向为新技术引发的伦理问题。他是国际机器人 伦理技术委员会的联合主席,也是国际机器人武器控制委员会的创始成员之一。

罗伯·麦克劳克林博士是新南威尔士大学堪培拉分校(澳大利亚国防军学院)军事和安全法教授,也是澳大利亚武装冲突与社会研究中心主任。在此之前,他曾在澳大利亚皇家海军担任海员和法律官员二十多年,曾任毒品和犯罪问题办公室海事犯罪项目负责人(2012年-2014年),并担任澳大利亚国立大学法学院副教授(2012年-2017年)。

马克·霍华德博士是莫纳什大学哲学课程的教学和研究助理,专业方向是政治哲学和应用伦理学,目前教授人权理论。

.

引言

在未来几十年的海战中机器人将发挥重要作用。¹世界各地的海军开始部署无人机(UAVs)、水面无人艇(USVs)和无人潜航器(UUVs)承担对人类来说"枯燥、肮脏且危险"的任务。在遥远的未来,有可能技术先进的对手之间的战争几乎完全使用这种系统。然而,在可预见的未来,海战很可能是由人类和机器人并肩作战。这一前景的行动和战略影响现在开始受到高度重视。²海战中使用无人系统所引发的伦理和法律问题,到目前为止,受到的关注相对较少。³本文旨在提请人们对一个特别的伦理和法律问题的认识:无人系统的开发和部署对那些在军事行动结束后发现自己在水中的个人的前景的影响。1949年《日内瓦第二公约》第18条强调,经历了几代出海者的演变,互助的强烈期望即使在战时对也存在:在每次交战结束时,交战各方应

Bruce Berkowitz, "Sea Power in the Robotic Age", Issues in Science and Technology, Vol. 30, No. 2, 2014.

Tim Barrett, *The Navy and the Nation: Australia's Maritime Power in the 21st Century*, Melbourne University Press, Melbourne, 2017, pp. 53–55; Bryan Clark, *The Emerging Era in Undersea Warfare*, CSBA, Washington, DC, 2015; US Department of Defense (DoD), *Unmanned Systems Integrated Roadmap: FY2013–2038*, Washington, DC, 2014 (UMS Roadmap); US Navy, *The Navy Unmanned Surface Vehicle (USV) Master Plan*, Washington, DC, 2007 (USV Master Plan).

³ Robert Sparrow and George Lucas, "When Robots Rule the Waves?", Naval War College Review, Vol. 69, No. 4, 2016, 对在海上战争中使用无人系统所引发的伦理问题进行了最全面的讨论,迄今为止我们已经意识到这些问题。我们所知道的关于法律问题的最广泛的讨论见Capt. Andrew Norris, Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems, US Naval War College, Newport, RI, 2013. 另见Brendan Gogarty and Meredith Hagger, "The Laws of Man over Vehicles Unmanned: The Legal Response to Robotic Revolution on Sea, Land and Air", Journal of Law, Information and Science, Vol. 19, No. 1, 2008; Andrew H. Henderson, "Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles", Naval Law Review, Vol. 53, 2006; Rob McLaughlin, "Unmanned Naval Vehicles at Sea: USVs, UUVs, and the Adequacy of the Law", Journal of Law Information and Science, Vol. 21, No. 2, 2011. 在海战中使用自主武器系统,当然会引起关于自主武器系统发展和部署的伦理问题的更大争论。最近的调查和更进一步的资料见Robert Sparrow, "Robots and Respect: Assessing the Case against Autonomous Weapon Systems", Ethics and International Affairs, Vol. 30, No. 1, 2016.



采取"一切可能之措施以搜寻并收集遇船难者、伤者与病者"。⁴海战中无人系统的发展可能会破坏这一预期,因为如果没有主动决定赋予无人系统协助搜救行动的能力,当在拯救生命的时间范围内唯一能够响应的是无人系统时,"一切可能之措施"实际上可能是"无"。因此,开发用于海战的无人系统有可能最终使那些未来冲突中在海上失踪的人的救援希望完全破灭。

本文的第一部分题为"无人系统和海战的未来",对已经部署或处于发展后期阶段的海军无人系统进行了简介,以引出后面的讨论。第二部分"救助义务的道德基础",阐述了海战中救助义务的道德和现实基础,强调了救助社会实践对所有出海人员的好处。第三部分"无人系统与救助:伦理挑战",描述并强调了无人系统的发展对这种社会实践的未来构成的挑战。在第四部分"反对无人系统的救助义务"中,我们总结了可能会反对这种观点的论点,即无人系统应该被要求有能力为搜索和救援行动作出贡献。只要我们认为无人系统是类似于水雷、鱼雷或巡航导弹的武器,那么应该为它们配备有助于搜索和救援行动的手段的想法就可能看起来是难以置信的。然而,正如我们在文章第五部分"无人系统的救助义务"中指出的那样,无人系统的任务越复杂,似乎就越应该要求它们具备为搜索和救助行动作出贡献的能力。因此,在第六部分"为救助而设计的无人系统"中,我们将讨论各种类型的无人系统可能具备救助能力的方法。最后的结论是,国际社会应迅速采取行动,建立一种期望,即无人系统将有能力为搜索和救援行动作出贡献,以便交战各方将来能够继续履行《日内瓦第二公约》第18条规定的义务。

^{4 《}一九四九年八月十二日改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》,75 UNTS 85 (1950年10月21日生效),第18条。这种期望既是一项法律条款(例如,1907年《日内瓦公约原则适用于海上战争的海牙公约》第16条第1款),又被广泛地视为一项义务,例如,红十字国际委员会《日内瓦第二公约》新版评注,2017年,第1619段。当然,重要的是,和平时期也存在救援的义务,见 International Convention for the Safety of Life at Sea, 1184 UNTS 278, 1 November 1974. 另见 Martin Davies, "Obligations and Implications for Ships Encountering Persons in Need of Assistance at Sea", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, Vol. 12, No. 1, 2003; Irini Papanicolopulu, "The Duty to Rescue at Sea, in Peacetime and in War: A General Overview", *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, No. 902, 2016; Robert D. Peltz, "Adrift at Sea – The Duty of Passing Ships to Rescue Stranded Seafarers", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 38, No. 2, 2014; Matteo Tondini, "The Legality of Intercepting Boat People Under Search and Rescue and Border Control Operations with Reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the Ecthr Decision in the Hirsi Case", *Journal of International Maritime Law*, Vol. 18, No. 1, 2012.

无人系统和海战的未来

无人系统是由控制无人载具的必备要件组成的系统,根据美国国防部 (DoD) 的说法,该系统至少由"设备,网络和人员"组成。⁵在提到海洋 领域时,无人系统可以分为支持无人水上装备两个子类别操作系统——水面 无人艇和无人潜航器——并包括"所有必要的支持组件,以及完成任务所需 的完全集成的传感器和有效载荷"。⁶水面无人艇的操作"与水面近乎连续接触",⁷而无人潜航器是"自行式潜水器,其操作是完全自主的(预编程 或实时自适应任务控制)或处于最低程度的监督控制之下"。⁸当然,海军 对无人机在海上作战中的潜力也非常感兴趣。

美国国防部承认,对无人系统的军事需求"继续有增无减",它们在越来越多的战斗场景中的应用也正在扩大。美国海军已经部署了无人系统来执行诸如扫雷、情报、监视和侦察(ISR)以及特别行动等任务。⁹虽然这里主要讨论我们最熟悉的美国计划,但其他重要军事大国也在迅速发展和部署海军无人系统。¹⁰因此,现在正在开发的用于海战的无人系统比我们能够希望在此列出的要多。然而,即使对一些最知名和/或最复杂的系统进行简单的调查,也表明世界各地的海军都在投资用于海上战争的机器人。

空中无人机在很多方面都是无人系统效用的典范,海军部队很快就看到了它们在海战中的潜力。美国海军已经在阿富汗和濒海战斗舰上部署了MQ-8火力侦察兵无人机。这种直升机系统的更大版本MQ-8C最近已经被开发出来。"虽然著名的UCAS-DUCLASS项目现在已经演变成MQ-25刺鳐无人

⁵ DoD, DoD Dictionary of Military and Associated Terms, Washington, DC, 2017, p. 246.

⁶ UMS Roadmap, above note 2, p. 8.

⁷ USV Master Plan, above note 2, p. 7.

⁸ US Navy, *The Navy Unmanned Undersea Vehicle (UUV) Master Plan*, Washington, DC, 2004, p.4. 除了传统的 船体结构, 水面无人艇还包括水翼和半潜式(即连续浮潜)船:见USV Master Plan, above note 2, p. 7.

⁹ UMS Roadmap, above note 2, p. 109.

¹⁰ 英国、俄罗斯和中国项目的一些信息可访问: www.royalnavy.mod.uk/search?q=Maritime+Autonomy+Surface+Testbed; "United Kingdom Naval Drones", Naval Drones, 可访问: www.navaldrones.com/United-Kingdom-Naval-Drones.html; "China's Naval Drones", Naval Drones, 可访问: www.navaldrones.com/China.html; "Russia's Naval Drones", Naval Drones, 可访问: www.navaldrones.com/Russian-Naval-Drones.html.

¹¹ 见 "Fire Scout", Northrop Grumman, 可访问: https://tinyurl.com/y9zkjojz.



机,其主要作用是给无人机进行空中加油,但该系统或其后代可能最终会发挥更大的作用,包括情报、监视和侦察,甚至可能是战斗角色。¹²

关于无人潜航器的讨论总是会促进其在情报、监视和侦查中的作用,美国海军已经确定,在有争议或无法进入(被拒绝)的区域中,持续地情报、监视和侦查是一项特别适合无人潜航器的任务。部分原因是,人们期望无人潜航器能够实现超越其他海军系统的秘密能力,并将在情报、监视和侦查中为高价值资产和人员提供更大的保护。¹³例如"海上潜行者"和"海上独行者"这样的无人潜航器可以在1000英尺深的水下操作,专门为情报、监视和侦查行动和目标探测而设计,而前者也能够携带武器。¹⁴无人潜航器计划,如Mk 18 Mod 2"金鱼"和Mk 18 Mod 1"剑鱼",补充了这些和类似的无人潜航器的情报、监视和侦查功能。"金鱼"的任务能力据说包括水面战/反水面战和水雷战/有组织的水雷对抗,而"剑鱼"的能力包括水雷战/有组织的水雷对抗,此外还包括爆炸物处理。¹⁵

随着技术的成熟,预计海军无人系统将履行更复杂的角色,如港口安全和海洋跟踪,¹⁶美国国防部雄心勃勃的无人水上装备研究和部署计划扩展到武器化行动。¹⁷海军机器人的角色越来越多地包括作战行动。例如,美国海军的水面无人艇总体规划¹⁸确定了水面无人艇的高优先级任务,包括支持海上封锁行动、反潜战和水面战,预计水面无人艇将使用致命和非致命武

¹² Sam LaGrone, "Pentagon to Navy: Convert Uclass Program into Unmanned Aerial Tanker, Accelerate F-35 Development, Buy More Super Hornets", *USNI News*, 1 February 2016, 可访问: https://tinyurl.com/hwk9gtx; Kris Osborn, "Navy Awards MQ-25 Stingray Tanker Deal", *Defense Systems*, 24 October 2016, 可访问: https://defensesystems.com/articles/2016/10/24/stingray.aspx.

¹³ UUV Master Plan, above note 8, p. 9.

^{14 &}quot;Sea Stalker UUV", Naval Drones, 可访问: www.navaldrones.com/Sea-Stalker-UUV.html; "Sea Maverick UUV", Naval Drones, 可访问: www.navaldrones.com/Sea-Maverick.html. "海上潜行者"和 "海上独行者" 计划分别于2008年和2009年启动, 两者都在2010年进行了最终演示: 参见US Defense Science Board (DSB), The Role of Autonomy in DoD Systems, Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, Washington, DC, 2012, p. 89.

¹⁵ DSB, above note 14, p. 88.

¹⁶ 有关当前和未来操作的详细叙述, 见UMS Roadmap, above note 2, pp. 109, 88.

¹⁷ 见DSB, above note 14, pp. 85-86.

¹⁸ USV Master Plan, above note 2, pp. 11, 38.

器。同样的无人潜航器总体规划¹⁹确定高优先级任务是情报、监视和侦察,还有反潜战,有效载荷交付和时间关键打击。²⁰也许最有野心的计划是开发了大排量无人潜航器,能够进行远洋运输,并且在没有直接人工监督的情况下运行超过七十天。²¹国防部打算让这架无人潜航器具有反潜能力,²²克拉克建议大排量无人潜航器将能够携带和部署大量的普通超轻型鱼雷。²³在水面无人艇领域,反潜连续跟踪无人载具或"海上猎人"是一种大型水面无人艇,目前正在开阔水域进行测试。132英尺长的三体船水面无人艇已成功承载情报、监视和侦察的有效载荷,计划一次在远海运行一个多月,可覆盖数千公里。²⁴

可以说,今天在作战行动方面最有潜力的系统是"保护者"水面无人艇。"保护者"具有坚固的充气船体结构,并可重新配置,以保证在任务中的灵活性。其任务范围包括情报、监视和侦察,反潜战,海战和反水面战,而2012年推出的第五代(11米)变体包括"迷你台风"武器站。该武器站支持小口径火炮,如勃朗宁.50口径机枪和40毫米榴弹发射器,可以容纳尖刺导弹,后者在拉斐尔先进防御系统公司最近的弹药演示中成功发射。²⁵据悉,安装在"保护者"上的尖刺导弹(台风MLS-ER)支持尖刺扩展射程或超长射程导弹,其操作模式使导弹在发射后转向或"射后不理"。²⁶"保护

¹⁹ UUV Master Plan, above note 8, pp. 7–15.

²⁰ 美国重述了作战任务对无人系统研究和部署的核心作用:见DSB, above note 14, p. 17.

²¹ 同上, 第86页。

²² 参见Richard Scott, "ONR to Swim Ahead on ASW Package for Large UUV", IHS Jane's Navy International, 20 November 2014.

²³ B. Clark, above note 2, p. 13.

^{24 &}quot;海上猎人"现在被认为是一种中等排量的无人水面艇,这一特征表明美国海军有兴趣扩大其水面作战的能力。参见Richard Scott, "Surface Navy 2017: Sea Hunter Trials to Inform Unmanned Debate for Next Surface Combatant", *IHS Jane's Navy International*, 11 January 2017; Geoff Fein, "Sea Hunter Begins Operational Testing, Readies for 2017 Colregs Certification", *Jane's International Defence Review*, 5 December 2016; Richard Scott, "Talons Raised Aloft in USN Testing", *IHS Jane's Navy International*, 17 November 2016.

^{25 &}quot;Protector USV", Naval Drones, 可访问: www.navaldrones.com/protector.html; "Protector Unmanned Surface Vehicle (USV), Israel", Naval Technology, 可访问: www.naval-technology.com/projects/protector-unmanned-surface-vehicle/.

²⁶ Huw Williams, "Rafael Launches Spike Missiles from Protector USV", Jane's International Defence Review, 8 March 2017.



者"上的子系统,如光电导引头,能够昼夜跟踪目标,并具有很高的"目标命中和杀伤"概率。²⁷

目前,这些系统中的大多数都是远程操作而不是自主的,但很明显,随着相关技术的进步,无人系统将获得越来越多的自主权。²⁸远程控制无人系统所需的通信基础设施是这些系统的一个薄弱环节,显然会是技术先进的对手的攻击目标。潜水器尤其如此。在水下远距离传输大量数据的困难使得无法实时远程控制潜水器。事实上,当潜水器发出任何类型的信号以将数据传输给人类控制器时,就会容易被敌人发现和破坏。²⁹随着其他国家开始部署自主系统,不难想象,作战节奏将会加快,以至于最终只有自主系统才能对某些海战形式作出有效贡献。³⁰

如果海战完全由无人系统进行,战斗员进行搜救行动的需要可能会大大减少。不过即便如此,军用运输工具似乎仍有可能继续将部队运过大洋。载有船员和(或)乘客的民用船只也可能被故意击沉,可能会因其行为而受到攻击(例如,作为《圣雷莫手册》第13(h)条规定的辅助船只,或作为中立商船,根据《圣雷莫手册》规则⁶⁷失去了免于攻击的豁免权),或意外,或甚至在攻击具有较高价值军事目标时作为可接受的附带损害。³¹再加上技术在世界范围内的普及程度参差不齐,载人和无人系统同时参与作战的时间将会延长。只要人们在战争期间继续勇敢地出海,就必然会有一些人最终需要救援。因此,无人系统在这种情况下能够做些什么,至少在未来几十年里这仍将是一个至关重要的问题。

^{27 &}quot;Protector Unmanned Surface Vehicle (USV), Israel", above note 25.

²⁸ Peter Warren Singer, Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century, Penguin, New York, 2009, pp. 126–128; R. Sparrow, "Robots and Respect", above note 3.

²⁹ 文献中暗示,最近的技术突破大大提高了潜水器与其他船只和海岸设施的通信能力,而不会暴露它们的位置(见,例如B. Clark, above note 2, p. 14). 特别是,来自已部署设备的短脉冲传输,定时在潜艇离开该地区后传输,都在目前的库存范围内。尽管如此,我们认为任何此类技术都不太可能允许在战斗条件下连续远程操作无人系统,而不会危及无人系统的安全。

³⁰ Thomas K Adams, "Future Warfare and the Decline of Human Decision Making", *Parameters*, Vol. 31, No. 4, 2001; R. Sparrow, "Robots and Respect", above note 3.

³¹ Louise Doswald-Beck (ed.), San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Cambridge University Press, Cambridge and New York, 1995. —旦有了这种技术,大多数商业船舶最终也可能是无人驾驶的,在这种情况下,只有部队运输或商业客船的存在才会造成人员遇难、受伤或生病的风险。

救助义务的道德基础

正义战争理论和现代武装冲突法(也称为国际人道法)的伦理传统摒弃了和平主义和"全面战争",以试图使看似不可避免的人类罪恶:战争文明化。³²粗略地说,这些伦理和法律(分别)传统试图在军事必要的要求与尊重人类的道德义务之间取得平衡。³³试图实现这种平衡的一个——不是唯一的——方法是给每一个要求它应有的顺序。战争通常都有节奏,由相对平静的时期和战斗时期组成。虽然战斗员的一些道德和法律义务——例如,不让平民成为攻击对象³⁴——在战斗期间要求最高,但在战斗员实际战斗期间,其他义务可能会松一些,只是在战斗结束后有更多的约束力。后一类义务的一个重要例子是援助伤者和埋葬死者的法律义务,虽然在岸上必须持续履行,但在海上仅在交战间歇时才需要。《日内瓦第一公约》(第15条)和《日内瓦第四公约》(第16条)³⁵概述了这项义务,但在《日内瓦第二公约》中得到了特别明确的表述,因为(下文将进一步讨论)海洋本身对所有出海者构成威胁,在这种情况下,不照顾伤者病者和遇船难者尤其令人震惊。³⁶《日内瓦第二公约》第18条规定:

每次战斗之后,冲突各方应立即采取一切可能之措施以搜寻并收集 遇船难者、伤者与病者加以保护借免抢劫及虐待,而予以适宜之照 顾,并搜寻死者而防其被剥劫。

³² 正义战争理论是关于战争伦理的道德、政治和哲学论证传统、对国际人道法的发展产生了重要影响。传统上、正义战争理论既涉及国家诉诸战争的正当性问题(国家诉诸战争权),也涉及战争如何被允许进行的问题(战时法)。关于正义战争理论,当代最有影响力的著作是:Michael Walzer's Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations, 由Basic Books出版社出版,目前是第五版(2015年)。关于这一传统的历史, see James T. Johnson, Ideology, Reason and Limitation of War: Religious and Secular Concepts, 1200–1740, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1981.

^{33 1868}年《圣彼得堡宣言》; Geoffrey S Corn et al., The Law of Armed Conflict: An Operational Approach, Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2012.

^{34 《}一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》,1125 UNTS 3,1977年6月8日(1978年12月7日生效)(《第一附加议定书》),第48条。

^{35 《}一九四九年八月十二日改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》,75 UNTS 31 (1950年10月21日生效)(《日内瓦第一公约》);《一九四九年八月十二日关于战时保护平民之日内瓦公约》,75 UNTS 287,(1950年10月21日生效)。

³⁶ I. Papanicolopulu, above note 4.



正如红十字国际委员会《日内瓦第二公约》评注所述,"国际人道法中 采取'一切可能措施'的义务适用于所有'冲突各方'。"³⁷

正确理解这项义务的强度和道德基础至关重要,以便理解当无人系统的 引入对义务构成威胁时所面临的风险。至少存在四个单独的考虑因素,需要 交战各方在每次交战结束时进行搜索和救援行动。

第一,由于海洋是不可预测且危险的环境(在战时更是如此),任何人都可能发现自己在水中,拼命希望被拯救。海洋环境的敌对性质意味着,即使是在交战部队行动时被抛在后面的健康的人,也几乎肯定会因溺水或暴露而死亡。当一个人需要被救助时,社会救援实践的存在的好处是巨大的。相比之下,在一般情况下确认义务的成本通常较低。大多数船只只会偶尔被要求执行搜索和救援行动。在战时,一旦敌舰被击沉或瘫痪,船上人员的死亡对确保军事胜利几乎没有更多的作用,特别是与他们被俘虏的替代方案相比。³⁸由于保持对交战各方将按需要进行搜索和救援行动的期望的好处是很大的,而代价是很小的(大多数申明愿意进行这种行动的人其实永远不会被要求这样做),所以这种期望的存在符合每一个出海的人的利益,特别是那些在战时出海的人。

第二,开展搜救行动符合遇难者家属和亲人的切身利益。即使不知道 儿子、女儿、丈夫、妻子是死是活,也不知道他们已经死了,但在没有遗 骨的情况下,无法为他们举行葬礼,也是毁灭性的打击。³⁹我们在这里讨论 的考虑因素中,这一点最有力地支持了搜寻和防止剥劫在海战中丧生者尸 体的义务。

第三,除了直接涉及遇难者和关心他们的人的利益外,承认救援责任也 为这些人带来了希望,否则他们将一无所有。不管那些在海上失踪的人是否 真的获救,让脆弱的人们失去获救的希望,抛弃他们就是更深且更明显的罪

³⁷ ICRC Commentary on GC II, above note 4, para. 1619.

³⁸ 的确,在运送和照顾战俘方面,有时确实有很大的不便。但这种做法对那些本来会被淹死的人带来的好处显然超过了这些不便。

³⁹ Pauline Boss, "Families of the Missing: Psychosocial Effects and Therapeutic Approaches", *International Review of the Red Cross*, Vol. 99, No. 905, 2017.

恶。同样,让那些在海上失踪的人的亲属失去希望,不知道他们所爱的人的 命运,这无疑是雪上加霜。

最后,也是与此相关的,确认救援的义务承认了关于战争的一个重要事实,并肯定了敌人的人性。战斗员之所以是敌人,是因为他们作为战斗员,而不是作为个人而成为敌人,正如卢梭所指出的,是国家有理由发动战争,并迈向战争。⁴⁰在国家开战之前,战斗员个人通常既无理由去试图杀害敌方国民,也没有这样做的正当理由。⁴¹当敌人因生病、受伤或遇船难而失去战斗力时,他们就不再是战斗员,从道德上说——如果不是法律上的话——只是另一个有需要的人。⁴²通过承认这一事实,交战间歇进行搜救行动的社会实践在更普遍地使战争文明化方面发挥重要的作用。

人们普遍认为,这种对战斗员的道德义务的表述具有两个特点,对其在 实践中的影响至关重要。第一,虽然"立即"采取行动的表述强调了任务的 紧迫性,但如上文所述,营救遇难海员的义务只适用于"每次战斗之后", 也就是说,在特定的行动暂停或结束之后,才允许搜索和救援活动。⁴³特别 是,除非达成停战协议,否则如果附近仍有其他敌舰或其他部队(如飞机) 能够参与战斗,则不能期望参战者在敌舰沉没后立即营救那些被困在水中的 人。第二,虽然"一切可能之措施"的提法设定了很高的标准,但我们对什 么为可能的理解本身就必须接受其合理性的隐性测试。正如红十字国际委员 会在《日内瓦第二公约》的评注中所表述:

⁴⁰ Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, trans. Maurice Cranston, Penguin, London, 2003, p. 56. 内战和 反叛乱现象使卢梭的主张成为问题,但即使在非国际性武装冲突的情况下,行为者也必须是集体的和 "类似国家的",才能证明将冲突描述为"战争",而不是另一种组织程度较低的政治暴力,如内乱 或土匪。

⁴¹ Robert Sparrow, "'Hands up Who Wants to Die?': Primoratz on Responsibility and Civilian Immunity in Wartime", Ethical Theory and Moral Practice, Vol. 8, No. 3, 2005.

⁴² 由于失去战斗力而成为非战斗员的(前)战斗员的法律地位更为复杂,例如,他们可能被视为战俘,而平民非战斗员可能不会。因此,从法律上讲,虽然禁止攻击这些人,但他们仍然是"敌对"国民。见尤其是,《日内瓦四公约》共同第3条;《日内瓦第一公约》第12条;《日内瓦第二公约》第12条;《第一附加议定书》第10条,第41条第2款;《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》,1125 UNTS 609,1977年6月8日(1978年12月7日生效),第4条,第7条。

^{43 《}日内瓦第二公约》第18条。



冲突一方根据第18条第(1)款实际负有的义务范围将取决于对"可能"这一限定词的解释。在发生的情况下什么将是可能的根据具体情况而有所不同。因此,具体情形下必须采取的措施必须予以善意地决定,根据的是当时的情况和现场或附近指挥官以及代表冲突一方行事的其他机关能够合理掌握的信息。44

有些行动在理论上可能是可行的,但对于战斗员来说是不可接受的,例如,执行这些行动会对他们自己的生命以及他们的船只所代表的能力构成不可接受的和不成比例的风险。事实上,法律在和平时期和战时都对此有明确规定,并且有许多著名的诉讼案例,例如"拉科尼亚令",其中已经详细讨论了这些限制。⁴⁵对义务的这两项限制都承认,战斗员(和非战斗员)的自我保护权利以及军事必要的要求,必须与我们对伤者病者或遇船难者生命的关切同时加以权衡。

无人系统与救助:伦理挑战

无人系统的发展和出现无疑对海战中伤者和遇船难者待遇的现有公约提出了深刻的挑战。如上所述,交战各方必须采取"一切可能之措施",在每次战斗后搜寻和收集在海上遇难的病者、伤者和遇船难者。然而,除非无人系统被有意识地、特意地赋予进行此类搜索和救援行动的能力,否则就不太可能有这样做的能力。如果在现有资源的情况下不可能采取任何措施,那么交战各方实际上就没有义务在每次交战结束后进行搜索和救援行动。"因此,

⁴⁴ ICRC Commentary on GC II, above note 4, para. 1636.

^{45 1942} 年,德国海军元帅卡尔·邓尼茨发布了"拉科尼亚令",当时盟军袭击了一艘德国U型潜艇,该潜艇参与营救了德国袭击皇家邮政轮船"拉科尼亚号"的幸存者。该命令指示U型潜艇舰队的指挥官停止进行救援行动。邓尼茨发布"拉科尼亚令"是在纽伦堡审判邓尼茨战争罪的关键问题之一。See Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 13, 125th Day, 9 May 1946, available at: http://avalon.law.yale.edu/imt/05-09-46.asp; G. Harry Bennett, "The 1942 Laconia Order, the Murder of Shipwrecked Survivors and the Allied Pursuit of Justice 1945–46," Law, Crime and History, Vol. 1, No. 1, 2011; Maurer Maurer and Lawrence J. Paszek, "Origin of the Laconia Order", Royal United Services Institution Journal, Vol. 109, No. 636, 1964; William J Fenrick, "The Exclusion Zone Device in the Law of Naval Warfare", Canadian Yearbook of International Law, Vol. 24, 1986, p. 103. 另见下文注释53.

⁴⁶ 另一种表述是坚持交战各方仍然有义务但无法履行义务,或者他们有不履行义务的借口。但无论哪种方式,他们实际上都没有义务执行任何可能使在这种情况下需要救援的人受益的特定行动。

那些在无人系统袭击后被留在水中的人可能会被剥夺救援的希望,而以前他们至少在有人驾驶船只袭击后有一些获救的希望。实际上,无人系统可以降低友军战斗员生命和能力的风险,但代价是增加敌方和中立方伤者病者和遇船难者的风险。⁴⁷这不仅会使海战战场上所有的人身处更加危险的境地,而且还会破坏一种社会实践,正如上文所述,这种实践在战争文明化和更广泛地支持对国际人道法的尊重方面发挥着重要作用。采用无人系统的这种结果将是双重不幸的,因为支持开发无人系统特别是自主版本的一个有影响力的论点是,采用无人系统将减少非战斗员的风险,拯救非战斗员的生命。⁴⁸

如果无人系统确实有能力进行搜索和救援行动,情况就会有所不同。在 这种情况下,"一切可能之措施"将包括使用无人系统,交战各方将有义务 使用无人系统在每次交战结束时去尽力挽救那些在水中漂流或其他处于危险 之中的人的生命。

因此,眼前的问题是,在无人系统发展所带来的新情况下,我们应该如何概念化各方在搜索和救援行动方面的法律和道德义务。我们是否应该期望设计者和制造商尽可能为这些系统提供开展或者至少是协助搜索和救援行动的能力?这个道德问题是一个紧迫的问题,因为在设计前几个系统时作出的选择将在塑造未来期望方面发挥很重要的作用。

除非国际社会迅速采取行动建立这种期望,否则设计师可能会设计出最 终将消除战时海上遇险者救援的任何希望的系统。批评人士经常担心,无人 系统的发展会让那些启动或操作这些系统的人远离他们行为的后果。通常他 们担心的是,这些系统带来的与目标的地理和(也许)情感距离将使人们更

⁴⁷ Paul W. Kahn, "The Paradox of Riskless Warfare", *Philosophy & Public Policy Quarterly*, Vol. 22, No. 3, 2002, 他认为,与高科技战争中涉及的其他系统一样,无人系统以威胁使用武力的传统正当理由将风险从战斗员转移到非战斗员身上。但据我们所知,我们是首先注意到这种转变可能发生的特殊方式的人。

⁴⁸ Ronald C. Arkin, "Lethal Autonomous Systems and the Plight of the Non-Combatant", AISB Quarterly, No. 137, 2013.



容易杀人,因此更有可能去杀人。⁴⁹这种担忧也可能出现在救援任务方面: 人们可能会担心,控制远程操作系统的人在拯救数百公里外溺水者的生命 时,其积极性将不如救助那些实际上就在附近的人。然而,这里的相关问题 是系统设计者与其使用环境之间的距离。⁵⁰设计无人系统的工程师几乎没有 理由担心,有一天他们可能会发现自己漂浮在水中,祈祷有人能救出他们。 因此,与那些实际出海的人不同,他们几乎没有个人理由去关心有关搜索和 救援的公约的未来。让那些有权发起或阻止搜救行动的人远离那些可能需要 他们的人,这使得用于海战的无人系统的发展给战时进行搜救行动的公约的 未来造成了独特的挑战。

反对无人系统的救助义务

反对赋予无人系统以救援能力的主张有两种形式。第一,人们可能会否认,设计者负有任何伦理上的义务——更不用说法律上的义务——让这些系统有能力进行搜索和救援行动。第二,可以主张,虽然这样做的伦理义务确实存在,但其权重不如其他与道德相关的考虑因素。

反过来,有两种方法可以提出第一个论点。其中一种方法是关注其他武器的使用、设计和历史发展。目前在绘图板上的许多无人系统被可信地认为是"智能"水雷或鱼雷,或者轻型飞机。海军水雷和鱼雷具有悠久的军事用

⁴⁹ Bryan Bender, "Attacking Iraq, from a Nev. Computer", *Boston Globe*, 3 April 2005; P. W. Singer, above note 28, pp. 330–333; David L. Ulin, "When Robots Do the Killing", *Los Angeles Times*, 30 January 2005. 对这一主张的批判性评估, see Robert Sparrow, "Robotic Weapons and the Future of War", in Jessica Wolfendale and Paolo Tripodi (eds), *New Wars and New Soldiers: Military Ethics in the Contemporary World*, Ashgate, Surrey and Burlington, VA, 2011. 关于操作员与远程控制系统的行动之间的地理距离对操作员能在多大程度上培养武德的影响, see Robert Sparrow, "War without Virtue?", in Bradley Jay Strawser (ed.), *Killing by Remote Control*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁵⁰ 当然,工程师和武器设计师几乎总是离前线很远。无人系统的独特之处在于这些武器的设计和编程包含了越来越多的使用内容。事实上,无人系统开发的逻辑终点是创建只需要启动的系统,然后就可以进行完全自主的作战行动。在这种情况下,这些系统的设计者将对正式执行此战斗角色的战斗员先前作出的所有决定负责。关于在无人系统设计过程中出现的伦理问题的更广泛地讨论,see Robert Sparrow, "Building a Better Warbot: Ethical Issues in the Design of Unmanned Systems for Military Applications", *Science and Engineering Ethics*, Vol. 15, No. 2, 2009.

途历史,尽管没有能力进行搜索和救援行动。这些武器和(或)支持它们的系统的设计者们也没有受到多大的压力,去赋予这些武器以搜救能力。⁵¹同样,巡航导弹没有能力进行搜救行动,据我们所知,没人抱怨这一事实。许多用于海战的攻击机影响搜救行动的能力也非常有限,而这并不会被视作设计者的道德失败。⁵²

另一种否认无人系统设计师有任何伦理或法律义务赋予系统进行搜索和救援的能力的论点是,坚持认为存在此种义务的建议是将无人系统误认为战争的参与者,而实际上它们只是真正参与者——人类——使用的工具。交战各方有法律义务在每次海战后进行搜救行动,但它们没有法律或伦理义务使用本身可以进行这种行动的武器。因此,设计者没有法律或伦理上的义务提供具有这种行动能力的武器系统。第二种论点本身因第一种论点而得到强化,其中已经含蓄地强调了无人系统作为武器系统的性质——的确,在许多情况下,与其他武器相比,是一种武器。

即使设计者具有一些道德义务赋予无人系统开展搜索和救援行动的能力,但这种义务也可能被其他道德上的相关考量所超越。如上所述,人类战斗员的法律义务——也可以说是道德义务——受到其自我保护权和保持其所代表的军事能力的需要的限制,在无人系统问题上也可以提出类似的论点。某些情况下,进行救援将使无人系统本身处于危险之中,即使不是立即发生,在未来的交战中也可能发生——例如,使敌人更容易定位和跟踪它。潜水器尤为如此,潜水器的军事用途很大程度上是指它们在不被敌军发现的

⁵¹ 在评估义务遵守情况时,区分武器、武器系统和代理在法律和道德方面仍然是一项重大挑战。 See Robert Sparrow, "Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapon Systems and the Recognition of Surrender", *International Law Studies*, Vol. 91, 2015. 遗憾的是,各国对所有新的作战手段和方法进行武器审查的持续义务(《第一附加议定书》第36条)远未得到普遍遵守。 See, generally, ICRC, "A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, 2006.

⁵² 攻击机通常具有在交战后通知附近水面舰艇在水中存在幸存者的能力,并且当它们确实具备这种能力时,在道德上也有这样做的义务。



情况下运行。⁵³更具争议性的是,有人可能会主张,无人系统作为武器系统被赋予搜救能力所带来的效率成本太高,因为没有这种能力的无人系统通常会更快、更轻、更便宜且更可靠。可以这样主张,即任何这种牺牲战斗力的做法在道德上都是有意义的,因为更好的武器能够使作战人员保住自己的生命和他们所代表的军事能力。然而,这一论点是有争议的,因为就其本质而言,正义战争理论对交战国和战斗员的活动施加了道德上的限制,而这些限制有时要求它们放弃在追求军事胜利时倾向于采取的政策或行动。

无人系统的救助义务

设计人员有义务为无人系统提供进行搜索和救援行动的能力的情况,首 先要强调现有救援责任的力量和重要性。救助义务的道德理由前文已经详细 阐述过了,所以这里我们简单地假设其存在。

可以通过广义地解释冲突方有义务采取"一切可能之措施"的主张,并坚持认为,这项禁令本身要求他们尽可能使用能够帮助定位和营救遇船难者的武器系统,并在这些系统中设计此种能力,从而直接论证无人系统设计人员负有这种义务。但是,我们已经指出了这种主张的一个问题:在海战中发

⁵³ 从历史上看,规范海上冲突,尤其是与救援有关的公约和议定书,都以水面舰艇的行为为中心,这给潜艇带来了明显的问题。第一,由于潜水器的军事用途和战略优势取决于其作为"隐形车辆"的地位,探测对其军事能力构成了独特的威胁,使其极易受到敌人的攻击。因此,强制参与水面行动的法规会明显危及潜水器。第二,潜艇船员少,空间和资源有限,所有这些都限制了它们进行救援的能力。因此,从历史上看,这些载具在为非战斗员提供安全方面的要求一直不清楚。See Jeffrey Legro, Cooperation under Fire: Anglo-German Restraint During World War II, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1995, pp. 35-40. 在纽伦堡审判期间,德国认为"作为海洋的第一规则,潜艇的安全对救援至关重要",而且由于救援给潜艇带来了"不寻常的额外危险",因此潜水器的救援职责有理由存在例外。此外,他们认为,由于我们在这里提到的原因(空间、船员、隐身),潜艇应该"受到特殊考虑",因为救援"损害了军事任务"。随后,虽然公认德国海军元帅邓尼茨在1942年9月17日已禁止所有潜艇救援行动,但对邓尼茨的战争罪判决"并未以他违反潜艇战之国际法为由进行评估"。See Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 18, 179th Day Tuesday, 16 July 1946, available at: http://avalon.law.yale.edu/imt/07-16-46.asp; Judgement: Doenitz, available at: http://avalon.law.yale.edu/imt/juddoeni.asp.

展和使用鱼雷和海军水雷的历史几乎没有提供证据证明存在这种义务。54

显然,武器不具备进行搜救行动的能力这一事实并不排除其使用是合乎道德的。然而,(某些)无人系统与此类武器系统有两个重要的区别。第一,就其性质而言,鱼雷和水雷在击中目标时会被摧毁。对于有些无人系统来说,情况可能也是如此,但是正在开发的许多系统本身都配备了可以攻击目标的武器,并且在攻击实施后仍会留在该区域。因此,要求后一类系统具有进行——或至少协助——搜索和救援行动的能力并非不可能。第二,直到最近,除了船上人员指挥的船只(或飞机)之外,其他任何东西都不可能进行搜救行动。因此毫不奇怪,以前的武器和(或)武器系统是否应具备这种能力的问题没有出现。然而,目前军方对无人系统的热情正是因为这些系统现在能够执行相对复杂的行动。因此,关于我们对这些系统的期望出现了一个问题,而对前几代系统却没有。此外,问题不在于部署一个无人系统,一旦存在这种系统,没有能力进行搜索和救援行动是否合乎道德,而是设计人员是否有义务为他们设计的系统赋予进行搜索和救援行动的能力,或者至少使无人系统能够在这一链条中提供一个链环,让其他设备(如飞机)能够作出响应。因此,我们认为,这种义务直接产生于缔约方根据《日内瓦第二公

⁵⁴ 有人可能会说,由于水雷往往部署在海岸附近和扼流点,所以从不会远离观察点,对于那些船只被水雷击沉的人,总是可以使用有人操纵的系统进行救援行动——结果就是使用水雷与救援职责之间的道德问题并没有产生。同样,鱼雷发射后的寿命也是有限的。国际人道法要求自由漂浮的水雷在一小时后使其本身(或使其)失去效力,而鱼雷在其作用结束时预计也会失去效力,这一事实可能会进一步被引用来支持这一主张。见《关于敷设自动触发水雷海牙公约》(海牙第八公约),1907年10月18日,第1条。然而,我们认为,关于使用自由浮动水雷和鱼雷的法律期望最好解释为是出于对区分的关注,而关于是否可以使用有人操纵系统的经验主张则是有争议的。See, generally, Howard S. Levie, "Submarine Warfare: With Emphasis on the 1936 London Protocol", *International Law Studies*, Vol. 65, 1993; Dale Stephens and Mark Fitzpatrick, "Legal Aspects of Contemporary Naval Mine Warfare", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, Vol. 21, No. 4, 1999; David Letts, "Naval Mines: Legal Considerations in Armed Conflict and Peacetime", *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, No. 902, 2016; *US Navy, US Navy Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, 2017, section 9.2.



约》承担的道德和法律义务的论点,至少在设计持久性和超过一定吨位的系统时具有一定的效力。⁵⁵

我们想象,一些读者会在现有的国际人道法能够衍生出一项道德义务——更不用说法律义务——这一想法前畏缩不前。因此,处理此事的另一种方法是,所有支持现有道德和法律义务的论点也支持这样一种说法,即如果赋予无人潜航器和水面无人艇进行搜索和救援行动的能力,那将是有益的。也就是说,设计未来的无人系统以便能够进行搜索和救援行动的义务可能会被认为是由于无人系统的能力迅速提高而产生的新义务,而且支持新义务的考量和支持历史义务是一样的。

此外,反对赋予系统救援能力的论点可能受到质疑。正义战争理论的原则——或者更普遍的道德原则——是否可以被理解为"适用于"或对无人系统本身提出要求,或者只针对设计和部署它们的人提出要求,在关于军事机器人技术发展所引发的伦理问题的更大辩论中,这是持续争议的话题。有些人认为,在未来的某个阶段,机器人可能会变得足够自主,从而产生一个"责任缺口",这样就很难让任何人类为机器行为的后果负责。56有些人甚至认为,在这一点上,我们最好的选择是让机器自己为它所做的事情负责。57在这一点上,如果机器未能履行其在正义战争理论下的义务,包括进行搜救行动的义务,那么责怪这台机器大概也是有道理的。

⁵⁵ 在攻击过程中自毁的无人系统无法为搜救行动作出任何贡献。如果系统是由附近有人驾驶的船只上的人员进行远程操作的,那么能否参与搜救行动就不那么重要了,因为有人驾驶的船只也许能做到这一点。但是,在无人系统能够进行扩展操作和长距离行驶的情况下,增加了它们可能是附近需要救援的人的唯一船只的机会,这反过来又增加了应该赋予它们为搜索和救援行动作出贡献的能力的力度。同样,较大的船只有更多的能力来运送救生筏和/或搭载海员上船,因此如果它们不具备这种功能,就会特别令人震惊。关于在何种程度上可以合理预期不同大小和类型的无人系统应具备有助于搜索和救援行动的能力的进一步讨论,请见下文"为救助而设计的无人系统"。

⁵⁶ Andreas Matthias, "The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata", Ethics and Information Technology, Vol. 6, No. 3, 2004; Heather M Roff, "Killing in War: Responsibility, Liability, and Lethal Autonomous Robots", in Fritz Allhoff, Nicholas G Evans and Adam Henschke (eds), Routledge Handbook of Ethics and War: Just War Theory in the 21st Century, Routledge, Milton Park, 2013; Robert Sparrow, "Killer Robots", Journal of Applied Philosophy, Vol. 24, No. 1, 2007.

⁵⁷ Thomas Hellström, "On the Moral Responsibility of Military Robots", Ethics and Information Technology, Vol. 15, No. 2, 2013.

另一个可能支持这一主张的论点,就是至少应将某些无人系统应具有进行搜救行动的道德义务,其依据是,在海战中,交战各方的法律义务以道德义务的形式下放给行动邻近地区的船只,而不是个人。⁵⁸个人独自在海洋中航行是极其困难的,对他们来说,为在这一领域进行的军事努力作出有效贡献更是难上加难。绝大多数出海的人都是和其他一起的,比如船只、轮船或潜艇的船员与乘客。然而,一旦登船,没有船上其他人的合作,个人几乎没有机会行动。因此,让每个战斗员单独承担(例如)进行搜救行动的职责是没有意义的。相反,这一义务的重担落在船只和船长身上。"船只"(和飞机)在很大程度上是海上冲突中的行为体,因此是根据《日内瓦第二公约》第18条交战各方的法律义务产生的立即履行实际义务的适当主体。正如2017年红十字国际委员会《日内瓦第二公约》评注所述:

如果一艘船靠近履行第18条义务的地点,并且取决于水温等因素,它可能是唯一能够拯救有需要的人的实体,特别是遇船难者。⁵⁹

一些学者希望至少将一些水面无人艇和水下无人机器人归类为船只,这是有独立原因的。⁶⁰例如,将系统归类为船只(因此要求它们具有国籍⁶¹)在主权豁免方面为它们提供了——与母"单位"无关的——但又不可分割的主权地位。这一点很重要,因为在和平时期,这种地位本身带有一种期望和义务,即在几乎所有局势中的不干涉做法,但也期望其具有直接的主权责任(即假定这些船只为其主权而战),对其责任的期望比同一国籍的非主权豁免船只更大。⁶²如果这些无人系统是船只,那么它们与其他船只一样,具有进行搜救行动的义务。设计这些武器的人就有义务赋予无人系统此种能力,或者至少有能力为这种行动作出贡献。

⁵⁸ R. Sparrow and G. Lucas, above note 3. 这个问题的讨论另见 I. Papanicolopulu, above note 4, pp. 495–497, 504, 根据1989年《国际救助公约》和1910年《救助公约》对船长职责的引用,帕帕尼科普鲁认为,这在战时仍然存在。

⁵⁹ ICRC Commentary on GC II, above note 4, para. 1630.

⁶⁰ B. Gogarty and M. Hagger, above note 3, pp. 114–116; A. H. Henderson, above note 3, p. 66; R. McLaughlin, above note 3, p. 112; A. Norris, above note 3; Wolff Heintschel von Heinegg, "Submarine Operations and International Law", in Ola Engdahl and Pål Wrange (eds), Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be, Koninklijke Brill, Leiden, 2008, p. 146.

^{61 1982}年《联合国海洋法公约》第91条 ("船舶的国籍"),第92条 ("船舶的地位")。

⁶² R. McLaughlin, above note 3.



然而,在某种程度上,人们不需要将无人系统视为"自主"系统,才能认为此类系统的设计者可能有义务为它们提供进行搜救行动的能力。人们可以坚持认为,即使将来的战斗完全在机器人之间进行,真正的战斗员仍将是命令机器人投入战斗的人类,并且仍然认为用于海战的军事机器人的设计者应该确保这些机器人具有一定的能力来协助搜索和救援行动。通过强调人类用户的道德责任,这一论点本质上把自主系统当作远程操作系统看待。为这两种系统提供搜索和救援能力的原因只是为了让人类战斗员履行他们的义务。随着无人系统越来越多地被用于战争,如果机器人不具备这种能力,未来人类将无法在战斗结束后寻找幸存者和人类遗骸。

此外,反对有义务向无人系统提供搜索和救援能力的人们可能引用的对抗考量可以说是薄弱的。如上所述,履行正义战争理论的义务可能会使赢得某场战斗甚至战争变得更加困难,这一事实本身并不是对它的反对。这种义务存在的理由是激励我们去做我们本来不愿意做的事情。期望设计人员为无人系统提供便于搜索和救援的能力并不是不合理的,即使这会使系统更昂贵、更大或更不可靠。重要的是,有时使载人船只有借口不进行救援的主要考量——这样做会对船上人员的生命及其所代表的军事能力构成严重威胁——在涉及无人系统的情况下其说服力有所减弱。如果无人系统在进行救援时危及自身,它仍然不会危及生命(尽管确实会危及能力)。既然无人系统更具消耗性且不会造成人员牺牲,相比其他船只而言,无人系统就更有义务去帮助处于危险中的海员。即使在某些情况下有理由认为,命令无人系统参与搜救行动会危及人类生命(或具有重要道德意义的军事能力),但这与无人系统参与这种行动的一般道德义务是相容的。如此一来,在这种情况下可视为例外,就像目前有人驾驶的船只那样。

救援对那些需要的人来说很重要,承认救援义务在更广泛意义上的内战中的作用,以及反对这项提议的理由相对薄弱,使本文作者倾向于得出结论:设计者至少在道德上有义务为一定规模以上的无人系统提供一些能力来协助搜索和救援行动。⁶³

⁶³ 就"应该意味着可以"而言,无人系统执行搜救义务的义务——或者更准确地说,无人系统设计者为它们提供为搜救行动作出贡献的能力——是便于搜索和救援行动的系统。我们认为更大的系统有更大的能力为搜索和救援行动作出贡献的理由如下文所述。

为救助而设计的无人系统

如果设计者希望为无人系统提供开展或至少协助搜索和救援行动的能力,要么是因为他们被上述论点所说服,要么是因为他们关心能够在自己的人员生病、受伤或遇船难时提供帮助,那么可以向特定的无人系统提供三种不同的能力。

首先,赋予无人系统能力以识别交战后的病者、伤者和遇船难者(或至少是这种可能性),并将其位置(或可疑位置)通知附近的其他部队,无论是友方、中立方还是敌方,然后由这些部队进行救援和恢复行动。事实上,我们假设所有的无人系统——即使是最自主的系统——都会具有与控制者通信的能力,以便执行任务,并且其中一些系统可能拥有检测(某些)水中物体的传感器。⁶⁴通知其他船只伤者病者和遇船难者的位置的成本一般较低,尽管在有些情况下,这会提醒敌人注意该地区存在军事资产。我们这里讨论的无人系统可能有助于搜索和救援行动的方式中,这是唯一可以认为无人机可能需要能够发挥作用的敌方。

然而,如果没有人可以帮助他们,仅仅广播伤者病者和遇船难者的地点对他们没有什么好处。其次,水面无人艇和无人潜航器也许能提供救生筏、漂浮装置和其他资源,能帮助遇难的水手生存下来,直到他们能够被其他部队救出。从理论上讲,无人潜航器甚至可以在水下启动漂浮设备,从而降低暴露其精确位置的风险。这些资源将大大增加海难海员的生存机会,直到他们可以被其他部队拯救。诚然,它们也可能会增加水面无人艇或无人潜航器的尺寸,但载人船舶也是如此,而根据规定,载人船舶必须携带此类设备。

最后,也是最有雄心的,水面无人艇和(可能)无人潜航器也许会被设计成能够开展救援行动,并在必要时将伤者病者和遇难船者作为战俘带到船上。这大概只会是非常大型的水面无人艇的一种选择,那种打算取代护卫

⁶⁴ 除非它们可以与人类控制者进行通信,否则无人系统不能在冲突开始时切换到"主动"模式,并且可能会在冲突结束后继续参与战斗。探测水中物体的能力对于海军无人系统的大部分任务来说至关重要,尤其是在水里和水下作战行动中。检测水里的人是一项艰巨的挑战,但对于位于附近的复杂无人系统来说,检测救生筏或存在发光或信号的救生衣等物体可能是可行的。据推测,无人机可以将视频片段传输给人类控制者,后者可以评估冲突后环境的性质,以及其中是否有需要援助的人。



舰类型的无人艇,或者是打算取代中型潜艇的无人潜航器。⁶⁵这种系统需要加以设计,以排除随后被它们带上船的人征用或破坏的可能性,而且更成问题的是,为伤者病者进行医疗护理提供便利(这是一项几乎不可能完成的任务,除非无人系统利用获救人员提供护理)。我们怀疑,就目前而言,最后这种选择仍然超出了技术可行性的范围。然而,推动无人系统发展的动力应该最终能够引领进行广泛独立操作的护卫舰级系统的发展,在这种情况下,期望这些操作包括搜索和救援也不是不合理的。

结论

战争的方式不可避免地随着用于作战的武器而演变。越来越多的无人系统被引入到战争中,很可能证明这一规则没有例外。虽然这个过程本身并不会令人遗憾,但所有战争的利益攸关方——特别是那些可能作战的人——都应该密切关注它。新技术可能会在战时转移不同角色的负担和好处,但并不总是会变得更好。我们认为,虽然在海战中采用无人系统可能会降低现役战斗员的危险,但除非现在采取具体步骤,否则实现这一目标可能会使那些因遇船难、受伤或生病而失去战斗力的人以及在这些危险情况下的平民付出巨大代价。如果没有能力开展搜索和救援行动,在作战区域内只部署了无人系统的交战各方在实践中最终可能没有义务这样做。由于遇船难者、伤者或病者不构成军事威胁,这种战争负担的转移不能以军事必要为理由。

交战各方在战斗间歇进行搜救行动的期望受到任何削弱,对所有在战时 出海的人来说都是灾难性的。它还将破坏对待遇船难者、伤者或病者方面目 前作为军事实践基础的对等承诺,我们主张,这种承诺在更广泛意义上的战 争文明化中发挥着重要作用。因此,我们认为,国际社会应迅速采取行动, 建立一种期望,即开发和部署用于海战的无人系统的国家要确保为这些系统

⁶⁵ 与载人潜水器的情况类似,无人潜航器有可能被认为有执行搜索和救援行动的有限义务。然而,正如上文"无人系统的救助义务"一节中所建议的那样,认为它们比载人潜水器更有义务这样做也是有道理的,因为它们比载人潜水器更具消耗性。无论如何,如果在任何情况下它们有这样的义务,这里讨论的问题就会出现。

提供一些开展或助力搜索和救援行动的能力。特别是,这意味着早期水下无人机器人和水面无人艇的设计人员应该为这些系统提供这种能力,并公布他们已经这样做了的事实。为了激励这一政策,我们强烈鼓励那些负责设计这些系统的人想象他们可能正在与系统并肩作战——或者至少可能不得不在战时出海——因此有一天可能会发现自己需要救援。

越过红线:在叙利亚 使用化学武器,现在 应怎样

亚斯明・纳克维 (Yasmin Naqvi) *

摘要

在叙利亚武装冲突中使用化学武器受到了普遍、广泛谴责,并导致各种国际机构做出一致反应。本文从国际法的角度审视国际社会对叙利亚使用化学武器做出的反应,还分析了对于与化学武器有关的犯罪追究责任可采用的潜在办法。最终目的是证明可利用国际社会赋予化学武器罪行的特殊地位建立问责机制(如特设法庭),这将有助于为通过谈判实现和平铺平复杂的道路。

关键词: 化学武器; 不必要的痛苦; 过度伤害; 《化学武器公约》; 《罗马规约》; 禁止化学武器组织; 联合国; 问责制; 调查; 实况调查; 习惯国际法; 政治。

^{*} 亚斯明·纳克维博士是一名国际律师,目前在刑事法庭余留事项国际处理机制书记官长直属办公室任法律干事。此前她曾供职于禁止化学武器组织、前南斯拉夫问题国际刑事法庭、国际刑事法院、联合国人权事务高级专员办事处、国际问题研究生院和红十字国际委员会。纳克维博士拥有日内瓦国际问题研究生院国际公法博士和硕士学位,以及澳大利亚塔斯马尼亚大学的学士和法学学士(荣誉)学位。她是塔斯马尼亚最高法院的法律从业者。

.

导言

在叙利亚战争期间,发生了大量违反国际人道法的事件。联合国叙利亚问题特使估计,截至2016年5月,已有40万人在敌对行动中丧生。¹据报道,其中许多人丧生是战争罪造成的,例如不分皂白的攻击、过度伤害平民、以医疗设施为目标和谋杀。²蓄意强奸、酷刑、迫害和不人道行为等其他暴行得到广泛记录和报道。³这场危机导致了一场大规模的人道灾难,估计1,350万人需要人道援助,产生了500多万难民、600万境内流离失所者和450万有需要的人被困在受围困和难以抵及的地区。⁴

但是,可以说,正是在这场武装冲突中使用化学武器,受到了最普遍和最广泛的谴责(尽管据报道此种行为造成不到2,000人死亡⁵),并导致国际机构做出仅有的一致反应。⁶叙利亚使用化学武器越过了美国总统巴拉

^{1 &}quot;叙利亚死亡人数:联合国特使估计40万人丧生",半岛电视台,2016年4月23日,载于: www. aljazeera.com/news/2016/04/staffan-de-mistura-400000-killed-syria-civil-war-160423055735629.html 互联网参考资料的访问时间均为2017年9月和10月)。

² 联合国阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会记录了自2011年以来在叙利亚犯下的严重 侵犯人权和违反国际人道法的行为。见载于: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/Documentation.aspx的20多份报告。关于可能犯下哪些国际罪行的详细分析,见Beth Van Schaak, "绘制叙利亚战争罪地图",《国际法律研究》,第92卷,第1期,2016年,载于: http://stockton.usnwc.edu/ils/vol92/iss1/9/。

³ 见如, 大赦国际, 叙利亚: "它伤害了人类": 叙利亚监狱中的酷刑、疾病和死亡, 2017年8月18日, 载于: www.amnesty.org/en/documents/mde24/4508/2016/en/。

⁴ 联合国人道主义事务协调厅,"关于危机",载于: <a href="http://www.unocha.org/syrian-arab-republic/syria-country-profile/about-crisis"; 联合国难民事务高级专员公署,"叙利亚难民区域应对",载于: http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php。

⁵ Colum Lynch, "为了安抚俄罗斯, 奥巴马政府放弃叙利亚化学武器计划",《外交政策》,2017年5月19日,载于: http://foreignpolicy.com/2017/05/19/to-assuage-russia-obama-administration-backed-off-syria-chemical-weapons-plan/ ("事实上,根据叙利亚裔美国人医学会的数据,截至2015年底,被化学武器杀害的叙利亚人数量超过近1,500人,仅占该国死亡人数的一小部分。")

⁶ 其他国际反应,如人权理事会任命的调查委员会和大会任命的协助调查和起诉自2011年3月以来在阿拉伯叙利亚共和国境内犯下国际法所规定最严重罪行者的国际公正独立机制(国际公正独立机制)(联合国A/71.L.48号文件,2016年12月19日),其任务是收集关于在叙利亚犯下的国际罪行的信息,但没有获得一致支持。设立调查委员会的决议(联合国A/HRC/RES/S-17/1号文件)以33票赞成、4票反对和9票弃权获得通过,国际公正独立机制以105票赞成、15票反对(包括俄罗斯联邦、中国和伊朗)和52票弃权获得通过。



克·奥巴马(Barack Obama)著名的"红线"。2013年,国际社会对此种行为的反应导致叙利亚拆除并销毁了其申报的化学武器库存,此举由禁止化学武器组织(禁化武组织,OPCW)和联合国共同实施和监督。这次行动被广泛认为是这场致命战争中唯一"积极"的一面。⁷在叙利亚继续使用化学武器促使禁化武组织总干事采取了前所未有的步骤,成立了一个实况调查工作组(FFM),以确定指控在叙利亚使用化学武器的事实。联合国安全理事会于2015年采取了进一步行动,建立了禁化武组织-联合国联合调查机制,授权其对由实况调查工作组证实的叙利亚化学武器袭击追究责任。⁸这一任务意味着下文讨论的2013年古塔大规模袭击并不是联合调查机制调查的内容。欧洲联盟和美国都对据称直接或间接参与叙利亚化学武器犯罪的叙利亚个人和政府实体实施了制裁。⁹在叙利亚使用化学武器也是武装冲突期间唯一导致了美国和盟国的直接军事干预的违反国际人道法的行为。¹⁰

本文从国际法的角度审视国际社会对叙利亚使用化学武器的反应。¹¹在 审视之后,分析了对与化学武器有关的犯罪追究责任可采用的潜在办法。 最终目的是证明可利用国际社会赋予化学武器罪行的特殊地位建立问责机制 (如特设法庭),这将有助于为通过谈判实现和平铺平复杂的道路。

⁷ 见如, Paul F. Walker, "叙利亚化学武器销毁:评估和展望",军备控制协会,2014年12月,载于:www.armscontrol.org/ACT/2014_12/Features/Syrian-Chemical-Weapons-Destruction-Taking-Stock-And-Looking-Ahead。

⁸ 联合国安理会第2235号决议,2015年8月7日。

⁹ 欧洲联盟理事会,"受欧盟对叙利亚局势的限制性措施制约的个人和实体清单",2016年10月28日,载于: http://docplayer.net/51135994-List-of-persons-and-entities-under-eu-restrictive-measures-over-the-situation-in-syria.html, 美国财政部,"财政部制裁与禁化武组织-联合国国际公正独立机制关于叙利亚政权对平民使用化学武器的调查结果有关的叙利亚官员",2017年1月12日,载于: www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl0701.aspx。反对使用化武有罪不罚问题的国际伙伴关系网站上汇编了各国对叙利亚官员实施的制裁,载于: www.noimpunitychemicalweapons.org/-en-.html。

¹⁰ Dan Lamothe、Missy Ryan和Thomas Gibbons-Neff, "美国在对巴沙尔·阿萨德政府的第一次直接攻击中对叙利亚军用机场实施打击",《华盛顿邮报》,2017年4月6日,载于: https://tinyurl.com/ydbet8wg, Helene Cooper、Thomas Gibbons-Neff和Ben Hubbard, "美英法因涉嫌化学武器袭击而打击叙利亚",《纽约时报》,2018年4月13日,载于: www.nytimes.com/2018/04/13/world/middleeast/trump-strikes-syria-attack.html。

¹¹ 本文聚焦2012年至2018年4月底发生的事件。关于对叙利亚危机中所犯暴行的不同国际反应的原因分析,见Tim McCormack, "化学武器和其他暴行:对叙利亚危机的对比反应",《国际法研究》,第92卷,2016年。

在叙利亚使用化学武器和国际反应

有关在叙利亚使用化学武器的指控出现在2012年。¹²截至那时,叙利亚政府对其化学武器能力所给出的信息模棱两可。2005年,叙利亚政府向联合国第1540号决议委员会报告称,"叙利亚没有任何化学武器、其运载工具或任何相关材料"。¹³但在2009年的一次采访中,巴沙尔·阿萨德总统在回答关于叙利亚生产化学武器的意图的问题时发表了以下模棱两可的声明:"化学武器,那是另一回事。但你不会真的指望我在这里向你展示我们的武器计划吧?我们处于战争状态。"¹⁴

2012年7月,叙利亚政府首次含蓄地承认其拥有化学武器库存,称这些武器永远不会在"叙利亚境内"使用,只会用于应对外部袭击。¹⁵2012年8月20日,在白宫新闻发布会上,针对美国军方是否会直接参与叙利亚危机的问题,奥巴马总统发表了有名的言论:

我们不能让化学或生物武器落入坏人之手。我们已向阿萨德政权明确表明,而且对当地的其他参与者同样明确表示,对我们来说,一条红线是我们开始看到大量化学武器在移动或得到使用。那会改变我的计算。那会改变我的方程式¹⁶。2013年3月19日,叙利亚政府向联合国报告了在阿勒颇省阿萨尔地区使用化学武器的指控。¹⁷第

¹² 联合国收到了关于2012年10月17日在萨尔奎因和2012年12月23日在霍姆斯据称发生的事件的报告。联合国关于阿拉伯叙利亚共和国境内使用化学武器的指控的调查团(联合国特派团)最后发现,它没有充分证据就这些指控事件得出结论。见联合国特派团、《最后报告》,联合国A/68/663-S/2013/735号文件。2013年12月13日(联合国特派团最后报告),第12-13、18、27、45段。

^{13 &}quot;2005年11月7日阿拉伯叙利亚共和国常驻联合国代表团给委员会主席的普通照会附件"。S/AC.44/2005/DDA/OC.S 号照会,2005年6月15日。

^{14 &}quot;《明镜周刊》采访叙利亚总统巴沙尔·阿萨德: '没有叙利亚的和平是不可想象的'",《明镜周刊》,2009年1月19日,载于: www.spiegel.de/international/world/spiegel-interview-with-syrian-president-bashar-assad-peace-without-syria-is-unthinkable-a-602110-2.html。

^{15 &}quot;叙利亚化学武器指控", 英国广播公司新闻, 2013年10月31日, 载于: <u>www.bbc.com/news/world-middle-east-22557347</u>。

^{16 &}quot;总统对白宫记者团的讲话", 2012年8月20日, 载于: https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/08/20/remarks-president-white-house-press-corps,

^{17 《}联合国调查团最后报告》,上注12, 第5段。叙利亚政府告知联合国,它指控武装恐怖团体从Kfar De'il地区向阿勒颇省的阿萨尔发射了一枚火箭,造成25人死亡,110多名平民和士兵受伤。法国、英国和美国随后都向联合国报告了同一事件以及其他事件。在2013年6月14日的信函中,美国向联合国秘书长报告了其评估情况,称叙利亚政府军在2013年3月19日对阿萨尔的袭击中使用了沙林。同上,第7-8段。



二天,叙利亚请求联合国秘书长在其调查被控使用化学、生物武器或毒素武器的机制(秘书长机制)的支持下启动紧急调查。¹⁸2013年3月21日,秘书长成立了联合国关于阿拉伯叙利亚共和国境内使用化学武器的指控的调查团,并与禁化武组织和世界卫生组织(WHO)联系,请求它们合作开展调查。同一天,法国和英国政府要求调查2013年3月19日在大马士革附近的阿萨尔和奥泰巴赫两个地点以及2012年12月23日在霍姆斯发生的事件。

秘书长机制

秘书长调查被控使用化学和生物武器机制的起源可以追溯到《联合国宪章》第九十九条授予秘书长的权力,当时联合国秘书长据此对1980年代被控使用化学武器的情况进行了特别调查。¹⁹该机制于1987年正式确立。²⁰

一年后,联合国安全理事会核可了该机制。²¹安全理事会鼓励秘书长对违反1925年《日内瓦议定书》²²或"习惯国际法其他相关规则"的行为进行调查,并报告调查结果。²³安全理事会还决定,它进一步决定,"将来如发

¹⁸ 同上,第6段。

^{19 《}联合国宪章》第九十九条规定: "秘书长得将其所认为可能威胁国际和平及安全之任何事件,提请安全理事会注意。"秘书长哈维尔·佩雷斯·德奎利亚尔(Javier Perez de Cuellar)利用第九十九条的授权,间接证明了他对伊拉克在1980-1988年期间两伊战争中使用化学武器的独立调查合情合理。见秘书长为调查伊朗伊斯兰共和国和伊拉克冲突中使用化学武器指控所派调查团的报告,联合国S/17911号文件,1986年3月12日。

^{20 1982}年,联合国大会通过了一项决议,请联合国秘书长"在合格专家的协助下,调查任何会员国可能提请其注意的有关可能构成违反[1925年]议定书或国际习惯法有关规则的情报":联合国文件。1982年12月13日,第37/98号决议,E节,第4段。然而,该决议没有获得一致通过,联合国秘书长倾向于根据《联合国宪章》第九十九条的授权开展此类活动。在1987年11月30日联合国大会第42/37号决议中,联合国大会请秘书长"根据任何会员国可能促请他注意的关于可能构成违反1925年日内瓦议定书或违反习惯国际法其他有关规则的可能使用化学……武器的报道,进行调查,以便确定事实真相,并迅速将任何这类调查的结果向全体会员国提出报告"。

²¹ 联合国安全理事会第620号决议是在秘书长于1988年7月和8月提交报告,调查关于在两伊战争中使用 化学武器的指控(包括1988年3月16日在伊拉克北部哈拉布贾发生的化学武器袭击,造成3,200至5,000 人死亡)之后通过的

^{22 《}禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》,94 UNTS 65,1925年6月 17日(1926年5月9日生效)。该议定书禁止"在战争中使用窒息性、毒性或其他气体,以及使用一切 举似的液体、物质或器件",并将这一禁令扩大到细菌武器。

²³ 联合国安理会第620号决议,1988年8月26日。

生违背国际法而使用化学武器的任何情况,无论在何地由何人使用,均将根据《联合国宪章》采取适当和有效的措施。"²⁴

在联合国决议中提及习惯国际法很重要,因为1925年《日内瓦议定书》 仅适用于"战争"期间,在1925年起草《议定书》时,这仅意味着适用于国际性武装冲突。²⁵因此,可以说《日内瓦议定书》不适用于伊拉克对本国人民使用化学武器的情况。²⁶秘书长机制的这一方面对于该机制是否适用于叙利亚也很重要,叙利亚在2013年初加入了1925年《日内瓦议定书》,但没有加入1993年《化学武器公约》(CWC)。²⁷由于2013年叙利亚的武装冲突在性质上属于内部冲突,²⁸可以说《日内瓦议定书》不适用。因此,源自习惯国际法的禁止化学武器的规定(适用于国际和非国际性武装冲突)显得更加重要。²⁹

尽管该机制几乎³⁰已有20多年没有使用,但在叙利亚问题上被触发之前,联合国将禁化武组织资源用于此类调查的法律依据已纳入《禁化武公

²⁴ 同上。

²⁵ 见Masahiko Asada, "根据国际法全面禁止使用化学武器的途径:从海牙到大马士革",《冲突与安全法杂志》,第21卷,第2期,2016年,第163-165页,指出"...在通过共同的第3条[1949年日内瓦四公约]之前,《日内瓦议定书》打算禁止在内战中使用规定的气体,这是不可想象的"。

²⁶ 同上, 第189~192页, 引述了各国在这一点上的不同观点。

^{27 《}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年,UNTS 45,1993年9月3日(1997年4月19日生效)。

²⁸ 在2012年7月17日发表的声明中,红十字国际委员会(ICRC)明确将叙利亚的暴力描述为"非国际性武装冲突"。红十字国际委员会,"叙利亚:红十字国际委员会和叙利亚阿拉伯红新月会在战斗加剧的情况下维持援助努力",《行动最新情况》,2012年7月17日,载于: www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm。阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会在其2012年8月15日的第三次报告中得出结论,冲突的激烈程度和持续时间,加上反政府武装团体组织能力的增强,已经达到了非国际性武装冲突的法律门槛:联合国A/HRC/21/50号文件,第12段。

²⁹ 见Jean-Marie Henckaerts和Louise Doswald-Beck(编), 《习惯国际人道法》,第1卷:规则,剑桥大学出版社,剑桥,2005年(红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》),第七十四条,Customary International Humanitarian Law Vol.1 Rules载于: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul.。第七十四条认定,"禁止在国际和非国际性武装冲突中使用化学武器"。前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南斯拉夫问题国际法庭)在1995年的塔迪奇案中宣布,"毫无疑问,国际社会就国内武装冲突中也禁止使用[化学]武器的原则达成了普遍共识"。前南斯拉夫问题国际法庭,检察官诉杜什科·塔迪奇(又名"杜莱"),案件号IT-94-1,对辩方就管辖权问题提出的中间上诉申请作出的裁决,1995年10月2日,第121段。

³⁰ 除了在两伊战争期间广泛使用秘书长机制之外,还有另外两次使用情况:1992年在阿塞拜疆对亚美尼亚使用武器的指控进行的调查(联合国S/24344号文件,1992年7月24日,其中专家确定没有向调查组提供使用化学武器的证据),以及1992年在莫桑比克进行的调查(联合国S/24065号文件。其中专家们得出结论,无法确定非国家团体抵运是否对莫桑比克政府使用了化学武器。



约》31和联合国与禁化武组织之间的《关系协定》及其《补充安排》。32

主要由禁化武组织和世卫组织专家组成的联合国小组于2013年8月18日抵达大马士革。该联合国小组最初的任务是调查据称在阿萨尔、萨拉奎布和谢赫马克苏德使用化学武器的指控(这些指控被认为是可信的),讨论其他指控并同时访问相关地点。³³这项任务不包括追究使用化学武器的责任。该小组抵达大马士革仅三天后,即2013年8月21日,据报道在该市古塔地区发生了一次大规模化学武器袭击事件。联合国会员国向秘书长提出了几十项调查请求,秘书长指示该小组优先调查这一事件。

该小组确认2013年8月21日在古塔地区发生了大规模使用化学武器事件 (沙林)。³⁴死亡人数估计从281人到1,400多人不等。³⁵该小组还得出结论认 为,2013年3月、4月和8月,分别在阿萨尔、萨拉奎布和谢赫马克苏德、乔 巴和阿什拉菲耶特萨那耶小规模使用了化学武器(同样是沙林)。³⁶

^{31 《}禁化武公约核查附件》第十一部分第二十七条规定: "如果被控的使用化学武器情事涉及一非本公约缔约国或发生在不受一缔约国控制的领土内,本组织应与联合国秘书长开展密切合作。如果提出请求,本组织应将其资源交给联合国秘书长使用。"

^{32 《}联合国同禁止化学武器组织间关系的协定》,禁化武组织执行理事会EC-MXI/DEC.1号决定附件, 2000年9月1日,第二条第(三)项,要求禁化武组织在涉及非《公约》缔约国或在不受《公约》缔约 国控制的领土上使用化学武器的指控案件中与秘书长密切合作,并将其资源交由秘书长支配。见《关 于执行<联合国同禁止化学武器组织间关系的协定>第二条第2款(C)项的补充安排》,2012年9月。

^{33 《}联合国调查团最后报告》,上注12,第34段。前几个月,各国向联合国报告了在以下地点发生的据称事件:萨尔金,2012年10月17日;霍姆斯,2012年12月23日;达赖亚,2013年3月13日;阿萨尔,2013年3月19日;奥泰巴赫,2013年3月19日;阿德拉,2013年3月24日;谢赫马克苏德,2013年4月13日;乔巴,2013年4月12日至14日;达赖亚,2013年4月25日;萨拉奎布,2013年4月29日;盖斯尔阿布萨姆拉,2013年5月14日;和阿德拉,2013年5月23日。

³⁴ 见《联合国阿拉伯叙利亚共和国境内使用化学武器指控调查团关于指控2013年8月21日在大马士革古 塔地区使用化学武器的报告》,联合国A/67/997-S/2013/553号文件。2013年9月16日(联合国调查团第一次报告),第27段,结论是化学武器(沙林)的使用规模相对较大,造成大量伤亡,特别是包括许 多儿童在内的平民伤亡。

³⁵ 见 "叙利亚/叙利亚化学计划-国家解密情报执行摘要", 法国外交和国际发展部, 2013年9月3日, 载于: www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Syrian_Chemical_Programme.pdf, Joby Warrick, "美国称, 1,400多人死于叙利亚化学武器袭击", 《华盛顿邮报》, 2013年8月30日, 载于: https://tinyurl.com/y78nuuvq。

^{36 《}联合国调查团最后报告》,上注12,第34段。

禁止化学武器组织和联合国联合特派团

联合国小组发布的关于古塔的报告是联合国首次正式确认在叙利亚使用 化学武器已越讨了"红线"。然而,即使在调查讲行期间,俄罗斯联邦和美 国也参与了影响阿萨德总统加入《禁化武公约》的活动。由于俄罗斯已经表 明,它将阻止联合国安全理事会授权对叙利亚政府采取任何强有力的措施, 美国便开始采取单方面的军事干预。372013年8月31日,奥巴马总统宣布,他 将寻求国会授权使用武力。38为了避免卷入内战,白宫向参众两院领导人提 交了立法草案,授权采取旨在消除化学武器威胁或防止其扩散的行动。9月 9日、美国国务卿约翰·克里(John Kerry)在一次新闻发布会上回应质疑时 发表了一段言辞激烈的言论, 称为了避免军事袭击, 阿萨德总统可在一周内 交出叙利亚的全部化学武器库存,并补充说:"但他不打算这样做,也不可 能这样做"。39俄罗斯抓住这一机会作为阻止美国采取军事行动的手段,并 迫使叙利亚加入《禁化武公约》。9月12日、叙利亚表示将加入《禁化武公 约》,并在两天后交存了加入书。40同一天,美国和俄罗斯商定了《消除叙 利亚化学武器框架》。该框架已提交禁化武组织执行理事会审议,其中提出 了在禁化武组织-联合国的联合监督下清除和销毁叙利亚化学武器库存的加 谏计划。

2013年9月27日,禁化武组织执行理事会通过了《关于销毁叙利亚化学武器的决定》(执行理事会决定),该决定要求叙利亚迅速申报其库存的地点和数量,并为在2014年6月之前清除⁴¹和销毁化学剂、材料和设备制定了雄心勃勃的时间表。⁴²在执行理事会决定通过后的几个小时内,联合国安全理事

³⁷ 见白宫新闻秘书办公室, "2013年8月21日政府对叙利亚政府使用化学武器的评估", 2013年8月 30日, 载于: https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/08/30/government-assessment-syrian-government-s-use-chemical-weapons-august-21。

³⁸ 见白宫新闻秘书办公室, "总统关于叙利亚的声明", 2013年8月31日, 载于: https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/08/31/statement-president-syria。

³⁹ Patrick Wintour, "约翰·克里给叙利亚—周时间交出化学武器,否则将面临攻击",《卫报》,2013 年9月9日,载于; www.theguardian.com/world/2013/sep/09/us-syria-chemical-weapons-attack-john-kerry。

^{40 《}联合国调查团第一次报告》,上注34,秘书长的说明,第3段。

⁴¹ 值得注意的是,联合国安全理事会第2118号决议授权为销毁目的跨越国际边界转移叙利亚化学武器。 这样做是考虑到《禁化武公约》第一条,该条禁止"在任何情况下"转让化学武器。

⁴² 禁化武组织, "销毁叙利亚化学武器", 执行理事会EC-M-33/DEC.1号决定, 2017年9月27日。



会一致通过了第2118号决议,核可了禁化武组织执行理事会的决定,并要求叙利亚全面配合。此外,安全理事会认定,使用化学武器的任何行为都构成对国际和平与安全的威胁,表示坚信应对在叙利亚使用化学武器的负责者追究责任,并誓言若不遵守该决议,包括若任何人在叙利亚使用化学武器,则将根据《联合国宪章》第七章采取措施。⁴³

该计划的实施需要采取协调一致的国际努力。⁴⁴到2014年9月底,仅仅一年后,禁止化学武器组织和联合国消除叙利亚化学武器联合特派团就宣布,它已完成任务,96%的申报库存已被销毁。⁴⁵禁化武组织于2016年1月4日宣布,叙利亚申报的所有化学武器都已被销毁。⁴⁶

在复杂和困难的安全环境中开展的销毁行动所取得的成功有目共睹,然而,继续有各种指控称2014年在叙利亚使用了化学武器(主要是氯),这又令取得的成功毁于一旦。⁴⁷《禁化武公约》第一条规定,禁止使用任何有毒化学品(如氯)作为武器。⁴⁸但是,由于氯(具有许多合法用途)不是《禁化武公约》附表中具体列出的有毒化学品之一,因此不受《公约》建立的核查制度的约束。⁴⁹此外,对叙利亚库存申报的怀疑或含糊不清导致禁化武组织总干事于2014年成立了一个专家小组(称为申报评估小组或简称DAT),负责核实叙利亚申报的准确性或完整性。2018年3月,总干事通知执行理事

⁴³ 联合国安理会第2118号决议, 2013年9月27日。

⁴⁴ 货船由挪威和丹麦提供,海军护航来自中国、丹麦、挪威、俄罗斯和英国,美国海军舰艇上的一个现场可部署水解系统(FDHS)销毁了有毒化学品。其他化学品在英国和美国被销毁,现场可部署水解系统的排放物在德国和芬兰被销毁。

⁴⁵ 禁化武组织, "关闭禁化武组织-联合国联合特派团",载于: https://opcw.unmissions.org/。2014年10 月1日,禁化武组织与联合国项目事务厅合作,继续执行销毁剩余12个化学武器生产设施的计划。

⁴⁶ 禁化武组织, "叙利亚化学武器销毁工作已经完成",新闻稿,2016年1月4日,载于: www.opcw. org/news/article/destruction-of-syrian-chemical-weapons-completed/。

⁴⁷ 见独立国际调查委员会,《独立国际调查委员会关于阿拉伯叙利亚共和国问题的报告》,联合国A/HRC/27/60号文件,2014年8月13日,第115-118段,认定"有合理的理由认为,在4月份的10天内发生的8起事件中,对Kafr Zeita, Al-Tamana'a和Tal Minnis使用了化学制剂,可能是氯气……这些制剂是政府直升机从空中投掷下的桶装炸弹中携带的"。

^{48 《}禁化武公约》第一条第(一)款第(二)项。另见第二条第(一)款第(一)项,将化学武器定义为 "有毒化学品及其前体,但预定用于本公约不加禁止的目的者除外,只要种类和数量符合此种目的"

⁴⁹ 见《禁化武公约》,第六条第(二)款,其中规定"每一缔约国应将位于其领土上或位于其管辖或控制下的任何其他地方的关于化学品的附件附表1、附表2和附表3所列的有毒化学品及其前体、与此种化学品有关的设施和核查附件中规定的其他设施置于核查附件所规定的核查措施之下。"

会,申报评估小组仍然无法解决叙利亚申报中所有已查明的差距、不一致和 差异,因此无法充分核实叙利亚是否提交了可视为准确和完整的申报。⁵⁰

禁化武组织实况调查工作组

一旦叙利亚加入《禁化武公约》,秘书长机制就不再有权调查有关在叙利亚政府控制的领土上使用化学武器的指控。⁵¹根据《禁化武公约》,对使用化学武器的指控进行调查基本上有两种方式,尽管这些方式从未被使用过。根据第九条,如果一个缔约国怀疑另一个缔约国不遵守规定使用化学武器,它可以要求进行质疑性视察。⁵²根据第十条,如果缔约国请求援助和保护以防止使用或威胁使用化学武器,总干事必须发起调查。⁵³禁化武组织技术秘书处还可根据其任务授权,协助对化学武器使用情况进行国家调查,为缔约国执行《禁化武公约》的规定提供技术援助。⁵⁴

当2014年开始报告叙利亚使用化学武器(氯)的进一步指控时,既没有要求进行第九条调查,也没有要求进行第十条调查。相反,禁化武组织总干事建立了实况调查工作组,其任务是确定关于在叙利亚出于敌对目的使用有毒化学品特别是氯的指控的事实。55禁化武组织总干事和叙利亚政府之间的

⁵⁰ 禁化武组织执行理事会, "总干事的说明:消除叙利亚化学武器计划的进展", EC/88/DG.1, 2018 年3月23日,第10段。

⁵¹ 如上所述,根据《禁化武公约核查附件》XI部分第二十七条,秘书长机制仅适用于"本公约缔约国或发生在不受一缔约国控制的领土内"。

⁵² 执行理事会会若认为质疑性视察请求毫无根据、滥用了权利或明显逾越了本公约范围,可至迟于收到 视察请求后12小时以其所有成员的四分之三多数决定不进行质疑性视察。《禁化武公约》,第九条。

⁵³ 同上,第十条第(八)款第(一)项。

⁵⁴ 同上,第八条第(三十八)款第(五)项。在此基础上,禁化武组织技术秘书处协助伊拉克政府调查在其领土上使用化学武器的情况。见禁化武组织,"总干事对据称最近在伊拉克发生的化学袭击表示关切",新闻稿,2016年3月23日,载于: www.opcw.org/news/article/director-general-expresses-concern-over-alleged-recent-chemical-attacks-in-iraq/。

⁵⁵ 禁化武组织, "禁化武组织将对叙利亚涉嫌氯气袭击事件进行事实调查",新闻稿,2014年4月29日,载于:www.opcw.org/news/article/opcw-to-undertake-fact-finding-mission-in-syria-on-alleged-chlorine-gas-attacks/。实况调查工作组的第一份报告解释说,其设立是基于禁化武组织总干事寻求在任何时候都维护《禁化武公约》的目标和宗旨的一般权力,禁化武组织执行理事会和联合国安理会第2118号决议的相关决定、实况调查工作组执行理事会的普遍认可以及叙利亚通过总干事和阿拉伯叙利亚共和国政府2014年5月1日和10日关于这一主题的换文认可这一权力加强了这一点。见禁化武组织,禁化武组织叙利亚实况调查工作组2014年5月3日至31日期间工作总结报告,S/1191/2014,2014年6月16日,载于:www.opcw.org/fileadmin/OPCW/Fact_Finding_Mission/s-1191-2014_e_.pdf。联合国安理会第2118号决议要求禁化武组织人员"随时不受阻碍地进出任何和所有地点并让他们在履行职责时拥有视察这些地点的权利······随时不受阻碍地接触禁化武组织有理由认为对它完成任务至关重要的人。"



换文以及联合国安全理事会第2118号决议,保证了实况调查工作组能够进入 受影响地点以及医院和感兴趣的其他地方。⁵⁶

像秘书长机制一样,实况调查工作组没有在追究责任方面的授权。⁵⁷然而,在2014年12月的第三次报告中,实况调查工作组"高度自信地得出结论认为,在塔勒曼尼斯、阿尔塔马纳和卡法塞达村,氯被用作武器"。⁵⁸这是第一次证实在《禁化武公约》的一个缔约国领土上使用化学武器。作为回应,禁化武组织执行理事会于2015年2月通过了一项决定,谴责违反国际法使用化学武器的行为,表示坚信应追究责任人的责任,并支持实况调查工作组继续开展工作,特别是研究与叙利亚境内使用化学武器的指控有关的所有现有信息(即不仅是氯,还有与沙林和芥子气有关的指控)。⁵⁹联合国安全理事会随后通过了一项决议,核可了禁化武组织执行理事会的决定,要求追究责任人的责任,并重申如果出现不遵守行为,安理会将根据《联合国宪章》第七章采取措施。⁶⁰

尽管做出了这些决定,随后几个月化学武器袭击事件依然发生,最明显的是在伊德利卜省。⁶¹这促使联合国安全理事会采取如下讨论的进一步行动。2015年12月1日至2016年11月20日,实况调查工作组记录了公开来源报

⁵⁶ 联合国安理会第2118号决议, 第7段。

⁵⁷ EC-M-48/DEC.1, 序言部分第5段, EC-M-50/DEC.1, 序言部分第6段, 联合国安理会第2235号决议, 序言部分第8段。

⁵⁸ 禁化武组织,禁化武组织叙利亚实况调查工作组第三次报告,S/1230/2014,2014年12月18日,载于:www.opcw.org/fileadmin/OPCW/Fact_Finding_Mission/s-1230-2014_e_.pdf。

⁵⁹ 禁化武组织, "禁化武组织叙利亚实况调查工作组的报告",执行理事会EC-M-48/DEC.1号决定,2015年2月4日,载于:www.opcw.org/fileadmin/OPCW/EC/M-48/ecm48dec01_e_.pdf。禁化武组织执行理事会在其题为"禁化武组织叙利亚实况调查工作组的进一步报告"的决定中重申支持实况调查工作组继续存在,EC-M-50/DEC.1,2016年11月23日,载于:www.opcw.org/fileadmin/OPCW/EC/M-50/en/ecm50dec01_e_.pdf。

⁶⁰ 联合国安理会第2209号决议,2015年3月6日。

⁶¹ 禁化武组织, 禁化武组织叙利亚实况调查工作组关于2015年3月16日至5月20日期间阿拉伯叙利亚 共和国伊德利卜省据称发生的事件的报告, S/1319/2015, 2015年10月29日, 载于: www.opcw.org/ fileadmin/OPCW/Fact_Finding_Mission/s-1319-2015_e_.pdf。

告的65起可能使用化学武器事件,并积极调查了其中6起事件。⁶²此外,实况调查工作组调查了叙利亚政府向禁化武组织报告的一些据称事件。⁶³

实况调查工作组调查了广泛报道的2017年4月在伊德利卜南部汉谢洪地区大规模使用化学武器的事件,并得出结论认为,"许多人(其中一些人已经死亡)接触了沙林或沙林样物质"。⁶⁴据报道,这一事件导致80多人死亡,300多人受伤,其中包括许多儿童,这促使美国总统唐纳德·特朗普(Donald Trump)授权于4月7日对沙伊拉特空军基地进行军事打击,其依据是美国情报部门确定,该基地是实施化学袭击的飞机基地。⁶⁵这是美国首次采取单方面行动,也是针对叙利亚政府的首次蓄意打击。

叙利亚政府和俄罗斯都极力否认对汉谢洪袭击负责。两国都暗示,这些 化学气体可能是通过叙利亚飞机对汉谢洪附近一个存放叛军弹药和设备的仓 库的空袭释放出来的,⁶⁶或者是反阿萨德武装策划的看似化学武器袭击。⁶⁷ 在4月13日的采访中,阿萨德总统说,这次袭击是美国"与恐怖分子密切合 作",是"100%的捏造",意在为空袭沙伊拉特空军基地提供借口。⁶⁸他补

⁶² 禁化武组织, 《禁化武组织叙利亚实况调查工作组2016年开展活动的最新情况摘要》, S/1445/2016, 2016年12月27日, 载于: www.opcw.org/fileadmin/OPCW/Fact Finding Mission/s-1445-2016 e .pdf

⁶³ 关于2016年8月2日在阿勒颇省阿瓦米德地区报告的一起事件,实况调查工作组的结论是,它无法满怀信心地确定某一特定化学品是否在该事件中被用作武器。禁化武组织,禁化武组织叙利亚实况调查工作组关于2016年8月2日事件的报告,载于阿拉伯叙利亚共和国2016年8月16日第69号普通照会,S/1444/2016, 2016年12月21日,载于: www.opcw.org/fileadmin/OPCW/ Fact_Finding_Mission/s-1444_2016_e_.pdf。在另一起报告的事件中,实况调查工作组证实,两名女性伤亡者于2016年9月16日在阿勒颇乌姆侯什接触硫芥。禁化武组织,禁化武组织叙利亚实况调查工作组关于2016年9月16日事件的报告,载于阿拉伯叙利亚共和国2016年11月29日第113号普通照会,S/1491/2017,2017年5月1日,载于: www.opcw.org/fileadmin/OPCW/Fact_Finding_Mission/s-1491-2017_e_.pdf。

⁶⁴ 禁化武组织,禁化武组织实况调查工作组关于2017年4月在阿拉伯叙利亚共和国汉谢洪发生的被控事件的报告,S/1510/2017, 2017年6月29日,载于: www.opcw.org/fileadmin/OPCW/Fact_Finding_Mission/s-1510-2017_e_.pdf。

^{65 &}quot;叙利亚战争: 美国在化学'袭击'后发动导弹袭击", 英国广播公司新闻, 2017年4月7日, 载于www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-39523654。

^{66 &}quot;'化学武器': 美国两届政府在叙利亚使用的不切实际的借口", Sputnik新闻, 2017年4月9日, 载于: https://sputniknews.com/politics/201704091052469244-us-syria-chemical-weapons-war-pretext/。

⁶⁷ Ben Kamisar, "俄罗斯: 叙利亚化学武器袭击可能'上演'", *The Hill*, 2017年4月14日, 载于: http://thehill.com/policy/international/328808-russia-questions-whether-syria-chemical-attack-was-staged。

⁶⁸ Josie Ensor, "'儿童真的死了吗?'阿萨德称叙利亚化学袭击是"100%的捏造",《电讯报》, 2017年4月13日,载于: www.telegraph.co.uk/news/2017/04/13/chemical-weapons-experts-sent-turkeyinvestigate-alleged-syrian/?WT.mc_id=tmgoff_fb_tmg。



充说: "现在有很多假视频_我们不知道那些死亡的儿童是否是在汉谢洪被杀害的。他们真的死了吗?"

与2013年8月发生的古塔袭击事件不同,由于实况调查工作组调查了汉谢洪事件,联合调查机制受命确定这次袭击的责任,在编写本报告时,这是继2013年古塔事件之后已知在叙利亚使用化学武器的第二大事件。联合调查机制的结论——阿萨德武装应对这次袭击负责——将在下文进一步讨论。叙利亚和俄罗斯向实况调查工作组施压,要求其作为调查的一部分访问该镇,但安全条件(该镇不在叙利亚政府控制之下)以及其他可获得的可信证据不利于现场访问。⁶⁹某些亲俄媒体分子利用不进行现场视察的决定来质疑实况调查工作组的调查结果。⁷⁰俄罗斯和伊朗在2017年11月提出的禁化武组织执行理事会的一项决定草案建议,禁化武组织应保留"非基于现场调查结果的调查结果"。⁷¹而联合调查机制则对沙伊拉特空军基地进行了现场视察。⁷²

据广泛报道,另一次大规模使用化学武器事件发生在2018年4月7日东古 塔地区的杜马镇。⁷³40多人据称在袭击中丧生。实况调查工作组立即开始调查这次袭击,此次进行了两次现场访问。在编写本报告时,尚未就使用了何种化学剂(如果有使用)得出结论。⁷⁴由于联合调查机制的任务在杜马袭击时已经结束,实况调查工作组的调查结果不会成为联合调查机制得出责任结论的依据。

⁶⁹ 禁化武组织,上注64,第7段。

^{70 &}quot;汉谢洪:我们必须确认真相", RT, 2017年7月27日, 载于: www.rt.com/op-edge/397696-khan-shaykhun-syria-incident-investigation/。

⁷¹ Anthony Deutsch, "继联合国否决后,俄罗斯反对化学武器监督机构",路透社,2017年11月21日,载于: www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-chemicalweapons/after-u-n-veto-russia-moves-against-chemical-weapons-watchdog-idUSKBN1DL1UF。见 "俄罗斯联邦常驻禁化武组织代表舒尔金大使阁下在执行理事会第五十六次会议上就议程项目4发表的声明",EC-M-56/NAT.7,2017年11月9日(俄罗斯声明),第1页,其中指出,"在进行调查时,视察员必须访问事件现场。否则,所有物证都会通过"第三方"进入实况调查工作组。这意味着不符合保护证据的基本保管链原则。"

^{72 &}quot;联合国和禁化武组织调查人员在气体袭击调查中访问叙利亚空军基地",NRT,2017年10月13日。

^{73 &}quot;叙利亚战争:我们对杜马'化学袭击'的了解",英国广播公司新闻,2018年4月16日,载于: www.bbc.com/news/world-middle-east-43697084。

⁷⁴ 禁化武组织, "总干事向执行理事会第五十九次会议提交的关于向阿拉伯叙利亚共和国杜马部署禁化 武组织实况调查工作组的最新情况", EC-M-59/DG.2, 2018年4月18日。

禁化武组织-联合国联合调查机制

在实况调查工作组 2014年报告确定叙利亚多次使用化学武器(氯)以及新闻媒体和人权团体描绘此类袭击的后果的详细报道(包括在安全理事会会议期间播放的视频片段⁷⁵)出现之后,安全理事会于2015年8月7日通过了建立联合调查机制的第2235号决议。联合调查机制的任务是"尽最大可能"查明在叙利亚实施、组织、赞助或以其他方式参与使用化学品作为武器的事件(实况调查工作组调查结果的主题)的相关个人、实体、团体或政府。⁷⁶安全理事会重申将根据《联合国宪章》第七章采取措施。对联合调查机制最初授权只有一年,安全理事会第2319号决议将其延长至2017年11月。⁷⁷新决议要求联合调查机制更加重视非国家行为者使用化学武器的情况,特别是通过与联合国反恐和不扩散机构开展协商并向其通报情况。⁷⁸

联合调查机制在2016年8月和10月的报告中发现,叙利亚武装部队于2014年4月21日在塔勒曼尼斯(氯)、2015年3月16日在萨尔明(氯)和2015年3月16日在库梅纳斯(氯)使用了化学武器。⁷⁹调查还发现,伊斯兰国在2015年8月21日马利镇的一起事件中使用了硫芥。⁸⁰

如上所述,联合调查机制得出结论认为,叙利亚空军应对汉谢洪的沙林袭击负责。⁸¹联合调查机制还发现,伊斯兰国武装分子于2016年9月16日在

^{75 &}quot;叙利亚战争:'氯气'袭击视频让联合国泪流满面",英国广播公司新闻,2015年4月17日,载于:www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-32346790。

⁷⁶ 联合国安理会第2235号决议,2015年8月7日,第5段。

⁷⁷ 联合国安理会第2319号决议,2016年11月17日。

⁷⁸ 安全理事会鼓励联合调查机制与适当的联合国反恐和不扩散机构、特别是1540委员会和基地组织制裁委员会协商,以便交流关于非国家行为者在叙利亚实施、组织、赞助或以其他方式参与使用化学品作为武器的信息,并请联合调查机制向这些机构通报其相关工作成果。联合国安理会第2319号决议,第49段。

^{79 《}禁止化学武器组织-联合国联合调查机制的第三次报告》,联合国S/2016/738号文件,2016年8月 21日(联合调查机制第三次报告),第54、56段;《禁止化学武器组织-联合国联合调查机制第四次报 告》,联合国S/2016/888号文件,2016年10月21日,第10段。19.

^{80 《}联合调查机制第三次报告》,上注79,第58段。

⁸¹ 据媒体报道,联合调查机制报告称,联合调查机制"确信阿拉伯叙利亚共和国应对汉谢洪沙林的释放负责"。"联合国-禁化武组织调查人员'相信'大马士革应为4月份的沙林袭击负责",RT,2017年10月28日,载于:www.rt.com/news/407901-opcw-jim-syria-chemical-attack/。



阿勒颇省乌姆侯什使用硫芥进行了一次袭击。⁸²这些发现带来很高的政治风险。英国外交大臣鲍里斯·约翰逊(Boris Johnson)指责俄罗斯试图掩盖叙利亚政府使用沙林的事实,他表示,这"只会破坏反对使用化学武器的全球共识"。⁸³美国驻联合国大使尼基·黑利(Nikki Haley)表示,该报告进一步"证实了我们早已知道的事实"。⁸⁴在联合调查机制报告发布的前一天,美国国务卿雷克斯·蒂勒森(Rex Tillerson)评论说,叙利亚"阿萨德家族的统治"即将终结,"唯一的问题是如何实现"。⁸⁵俄罗斯方面表示,它已"开始对这份技术性质非常复杂的文件进行详细研究"。此类工作应在各部门相关专家的参与下进行。"⁸⁶

2017年10月24日和11月16日,俄罗斯在叙利亚问题上分别第九次和第十次使用否决权,试图阻止本会延长联合调查机制授权期限的决议。⁸⁷俄罗斯大使在解释时表示,"我们需要一个强大、专业的机制,帮助防止化学恐怖主义威胁在该地区扩散,美国需要一个傀儡般的机构来操纵公众舆论",而美国大使评论说,"俄罗斯扼杀了联合调查机制"。⁸⁸

联合调查机制调查的结束意味着,除了禁化武组织之外⁸⁹,没有任何国际机构被授权确定2018年4月在杜马发生的所谓化学武器袭击的责任。美

⁸² Rick Gladstone, "联合国小组指责叙利亚对村庄进行化学袭击",《纽约时报》,2017年10月26日,载于,www.nytimes.com/2017/10/26/world/middleeast/syria-chemical-khan-shekhoun.html.

^{83 &}quot;英国引用叙利亚'掩盖'称俄罗斯破坏针对化学武器的行动",路透社,2017年10月27日,载于: <a href="https://uk.reuters.com/article/uk-mideast-crisis-syria-un-britain/russia-undermining-action-against-chemical-weapons-says-uk-citing-syria-cover-up-idUKKBN1CW1AN。

^{84 &}quot;联合国禁化武组织调查人员'相信'大马士革应为4月份的沙林袭击负责",见上注81。

^{85 &}quot;Tillerson:阿萨德家族统治即将终结,唯一的问题是如何实现",RT,2017年10月26日,载于:www.rt.com/news/407855-tillerson-syria-assad-russia/。

^{86 &}quot;联合国禁化武组织调查人员'相信'认为大马士革应为4月份的沙林袭击负责",见上注81。

⁸⁷ Rodrigo Campos, "俄罗斯否决联合国关于查明谁在叙利亚实施化学武器袭击的决议", 《独立报》, 2017年10月24日, 载于: www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-syria-chemical-weapons-attack-sarin-un-resolution-china-moscow-assad-rebels-war-latest-a8017511.html; "叙利亚:俄罗斯阻止延长化学袭击调查",英国广播公司新闻,2016年11月16日。

⁸⁸ Michelle Nichols, "俄罗斯对叙利亚行动投下第10次联合国否决权,阻止延长调查",路透社,2017年11月16日,载于: https://ca.reuters.com/article/topNews/idCAKBN1DG31I-OCATP。

⁸⁹ 根据《禁化武公约》,缔约国大会必须"应审查本公约的遵守情况",并"根据第七条采取必要措施,确保本公约得到遵守,纠正和补救与本公约条款相违背的任何情况":《禁化武公约》,第八条,第(二十)、(二十一)款第(十一)项。另见第八条(第(三十五)、(三十六)款),要求执行理事会考虑有关遵约的问题",以及第十二条。

国、英国、法国和其他国家政府很快将对叛军控制的城镇的袭击归咎于叙利亚政府,叙利亚及其盟友强烈否认了这一指控,导致联合国安全理事会和禁化武组织发生激烈争论。双方都投票反对对方关于建立一个新机构调查叙利亚化学袭击的提议。⁹⁰美国、英国和法国于2018年4月13日对叙利亚的三个研究、储存和军事目标发动了惩罚性空袭。⁹¹

如果叙利亚违反第2118号决议使用了化学武器,安全理事会是否会兑现 其根据《联合国宪章》第七章采取行动的承诺,仍有待观察。⁹²这无疑是政治 问题,而非法律问题。正如联合国秘书长在关于这个问题的讲话中指出的:

安全理事会此前认定,在任何地方使用化学武器都对国际和平与安全构成威胁,都严重违反国际法。我希望安全理事会现在能团结起来,利用现有工具采取具体步骤,确保对使用化学武器者绳之以法,以震慑并制止这些不人道的行为。必须对这种令人发指的袭击进行惩罚。⁹³

根据第七章可以采取的措施包括将叙利亚局势提交给国际刑事法院 (ICC), ⁹⁴以及设立一个特设国际法庭或混合法庭,调查和起诉被控应对化学 武器罪行负责的人。⁹⁵如果安全理事会未能就这类措施达成共识,则表明其 明确承认,任何人在任何情况下使用化学武器都构成国际罪行,从而为国家 起诉提供了更多可能性。在编写本报告时,尽管联合调查机制报告称,在六

⁹⁰ Julian Borger, "叙利亚化学袭击:随着紧张局势加剧,美国和俄罗斯未能达成联合国协议",《卫报》,2018年4月20日,载于:www.theguardian.com/world/2018/apr/10/russia-hits-back-over-syria-chemical-attack-with-call-for-un-inquiry。

⁹¹ H. Cooper、T. Gibbons-Neff和 B. Hubbard, 见上注10。

⁹² 联合国安理会第2118号决议,第21段,联合国安理会第2235号决议,第15段。值得注意的是,延长联合调查机制任期的安理会第2319号决议没有重申这一声明。

^{93 &}quot;2017年4月28日秘书长给安全理事会主席的信-消除叙利亚化学武器方案一事的进展", S/2017/373, 2017年4月28日。

^{94 《}国际刑事法院罗马规约》,联合国A/CONF.183/9号文件。1998年7月17日(2002年7月1日生效) (《罗马规约》第十三条第二款)。法国在2014年提出的一项决议草案本应让安全理事会将叙利亚情势提 交国际刑事法院,但被安全理事会两个常任理事国俄罗斯联邦和中国否决。"反对票阻止安理会通过 决议草案,未能成功将叙利亚问题提交国际刑事法院",联合国SC/11407号文件,2014年5月22日。

⁹⁵ 安全理事会利用《联合国宪章》第七章赋予的权力设立了两个特设国际刑事法庭,即前南斯拉夫问题 国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭。联合国还在建立混合法庭方面发挥了重要作用,如柬埔寨 法院特别法庭、塞拉利昂问题特别法庭、黎巴嫩问题特别法庭和东帝汶特别小组。



起单独事件中,国家和非国家行为者都要对化学武器袭击负责,但安全理事会的任何此类行动仍因俄罗斯可能使用否决权而受阻。

禁化武组织技术秘书处对叙利亚的额外视察

由于安全理事会在叙利亚问题上陷入僵局,禁化武组织对联合调查机制 2016年的报告做出了谨慎回应,执行理事会通过了一项决定,授权技术秘书处对联合调查机制第三和第四次报告中确定的参与将有毒化学品武器化、储存、交付和用作武器的地点进行进一步视察。%该决定还要求秘书处"保留并迅速分析其认为与现有或未来关于拥有或使用化学武器的指控相关的任何信息或材料,包括叙利亚化学武器计划的样本"。⁹⁷此外,要求秘书处每年两次对叙利亚科学研究中心的拜尔宰和杰姆拉亚设施进行检查,包括取样和分析。⁹⁸

执行理事会的决定是寻求共识的努力无果后所达成的政治妥协,缺少有关问责制的调查结果或措施。⁹⁹对联合调查机制确定参与使用化学武器的场址的额外视察只涉及第三和第四次报告中提到的那些事件(三起涉及氯的事件和一起涉及硫芥的事件)。由于实况调查工作组已经调查了与这些事件有关的事实,额外的视察似乎是为了检查所用武器的来源地。在编写本报告时,由于安全局势,无法对联合调查机制的第三和第四次报告中确定的地点

⁹⁶ 禁化武组织, "禁化武组织-联合国联合调查机制关于在阿拉伯叙利亚共和国使用化学武器的报告",执行理事会EC-83/DEC.5号决定,2016年11月11日,第10段。

⁹⁷ 同上。

⁹⁸ 同上, 第11段。

⁹⁹ 执行理事会的决定以投票方式获得通过,这是禁化武组织协商一致决策做法的一个罕见例外。美国提出的决定的前一版本载有基于禁化武组织采取行动特权的更强有力的措辞:见"美利坚合众国常驻禁化武组织代表肯尼斯·沃德大使阁下在执行理事会第八十三届会议上的发言",EC-83/NAT.5,2016年10月11日,载于:www.opcw.org/fileadmin/OPCW/EC/83/en/United_States_of_America_Statement_at_the_83nd_session_of_the_Executive_Council.pdf</u>俄罗斯反过来提出一项决定,要求叙利亚对指控进行全国调查。见"俄罗斯联邦常驻禁化武组织代表舒尔金大使阁下在执行理事会第八十三届会议上的发言(谈及执行理事会关于叙利亚问题的决定草案的表决结果)",EC-83/NAT.20,2016年11月11日(俄罗斯大使的发言),载于:https://www.opcw.org/fileadmin/OPCW/EC/83/en/ec83nat20_e_.pdf。西班牙提出了妥协决定,最终以微弱多数获得通过。

进行任何视察。¹⁰⁰可能需要执行理事会作出进一步决定,授权秘书处视察与联合调查机制其他调查结果有关的场所,包括与涉及沙林的汉谢洪事件有关的场所。

2017年2月和3月以及2018年2月,对拜尔宰和杰姆拉亚叙利亚科学研究中心设施进行了视察,¹⁰¹目的是确定这些设施的活动是否符合《禁化武公约》下阿拉伯叙利亚共和国的义务。¹⁰²长期以来,西方情报部门一直怀疑叙利亚科学研究中心在叙利亚化学武器计划的发展中发挥了核心作用。然而,与预期相反的是,叙利亚并未在其最初声明或随后提交给秘书处的呈件中提到叙利亚科学研究中心。¹⁰³在视察拜尔宰和杰姆拉亚叙利亚科学研究中心设施期间,视察小组没有发现任何不符合《禁化武公约》下叙利亚义务的活动。¹⁰⁴据报道,2017年9月7日,以色列¹⁰⁵对叙利亚科学研究中心位于马斯亚夫的另一个设施发动军事打击,西方情报部门怀疑该设施生产化学弹药,并对附近一个用于储存短程地对地导弹的军营发动了军事打击。¹⁰⁶执行理事会的决定不包括这一设施。据称2018年4月在杜马发生化学武器袭击事件后,美国与英国和法国联合进行空中打击的目标之一是拜尔宰的叙利亚科学研究中心设施。五角大楼表示,该地点现在"除了瓦砾什么都没有"。¹⁰⁷

¹⁰⁰ 禁化武组织,总干事的报告:执行理事会EC-83/ DEC.5号决定(2016年11月11日)的执行情况,EC-84/ DG.25,2017年3月6日,第3段,载于;www.opcw.org/fileadmin/OPCW/EC/84/en/ec84dg25 e.pdf。

¹⁰¹ 禁化武组织,总干事的报告:根据EC-83/ DEC.5号决定(2016年11月11日)对阿拉伯叙利亚共和国拜尔宰和杰姆拉亚叙利亚科学研究中心设施进行的首次视察,EC-85/DG.16,2017年6月2日(首次视察报告),第3段,载于: www.opcw.org/fileadmin/OPCW/EC/85/en/ec85dg16_e_pdf;禁化武组织,"总干事的说明:消除叙利亚化学武器计划取得的进展",EC-88/ DG.1,2018年3月23日(总干事的说明),第11段。

^{102 《}第一次视察报告》,上注101,第4段,总干事的说明,上注101,第11段。

^{103 《}禁化武公约》第三条第(一)款第(四)项要求缔约国"具体说明……自1946年1月1日以来主要为发展化学武器而设计、建造或使用的任何设施……的确切位置、性质和一般活动范围"。此外,执行理事会EC-M/33/DEC.1号决定第1(a)(三)段要求叙利亚向秘书处提交关于其化学武器研发设施的信息。

^{104 《}第一次视察报告》,上注101,第10段,总干事的说明,上注101,第11段。

¹⁰⁵ 以色列是仅有的四个非《禁化武公约》缔约国之一,但它是签署国。其他非缔约国是埃及、朝鲜和南苏丹。

^{106 &}quot;'以色列战机袭击叙利亚马斯亚夫化学场所'— 报道", 英国广播公司新闻, 2017年9月7日, 载于; www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-41184867。

¹⁰⁷ Keith Collins、Joe Ward和Karen Yourish, "我们对叙利亚三个目标地点的了解", 《纽约时报》, 2018年4月14日,载于: https://www.nytimes.com/interactive/2018/04/14/world/middleeast/syria-airstrikes-chemical-weapons-sites.html。据报道,另外两次空袭针对的是Him Shinshar化学武器储存地点和掩体。



执行理事会决定中提到的"今后指控"表明,秘书处持续需要保留和分析其在活动过程中收集的材料,包括实况调查工作组和申报评估小组的材料。如果秘书处的工作结果表明存在违反《禁化武公约》的情况,这可能为执行理事会按照《禁化武公约》的要求采取进一步行动提供依据。¹⁰⁸然而,鉴于通过执行理事会决定的政治背景存在很大争议,任何此类结果都需要明确的和无可争议的。

最近,禁化武组织缔约国大会在技术秘书处内建立了一个新的机制,可以在实况调查工作组确定或已经确定使用或可能使用化学武器的情况下,以及在联合调查机制没有发布报告的情况下,查明使用化学武器的"肇事者"。¹⁰⁹该机制必须"保存和提供信息"给下文讨论的大会第71/248号决议设立的机制,以及"在联合国主持下设立的任何相关调查实体"。¹¹⁰

国际公正独立机制

联合国大会在叙利亚使用化学武器的问题上也很积极,但不一致。2014年至2016年期间的多项决议一再谴责在叙利亚使用化学武器的行为,并呼吁追究责任人的责任。¹¹¹

2016年12月21日,联合国大会以多数票设立了协助调查和起诉自2011年3月以来在阿拉伯叙利亚共和国境内犯下国际法所规定最严重罪行者的国际公正独立机制(国际公正独立机制)。在该决议中,大会对联合调查机制表示赞赏,并回顾了联合调查机制的报告和其中所载结论。¹¹²这表明,国际公

^{108 《}禁化武公约》第八条第(三十五)款要求执行理事会审议有关遵约的任何问题以及不遵约的情况,并酌情通知各缔约国和提请缔约方大会注意该问题或事项。还要求执行理事会就纠正此情况和确保遵守的措施向大会提出建议。如果情况特别严重和紧急,执行理事会应直接提请联合国大会和联合国安全理事会注意该问题或事项,包括有关资料和结论(第八条第(三十六)款)。

¹⁰⁹ 禁化武组织缔约国大会, "决定-应对使用化学武器带来的威胁", C-SS-4/DEC.3, 2018年6月27日, 第10段。

¹¹⁰ 同上, 第12段。

¹¹¹ 大会A/RES/69/67号决议,2014年12月11日,序言部分第8段,大会A/RES/70/41号决议,2015年12月11日,序言部分第6段,大会A/RES/71/69号决议,2016年12月14日,执行部分第1段,大会A/RES/71/203号决议,2016年12月19日,执行部分第3-9、13段和序言部分第8、13和30段。另见同上,执行部分第42段,鼓励安全理事会采取"适当行动,确保有责必究,同时特别提出国际刑事法院可在这方面发挥重要作用"。

¹¹² 大会A/RES/71/248号决议,2016年12月21日,序言部分第5段。

正独立机制的任务之一是收集和分析违反国际人道法和人权法即使用化学武器的证据。¹¹³秘书长关于建立国际公正独立机制的报告证实了这一点,报告指出,联合调查机制调查发现的三起化学武器袭击"根据具体情况,这些袭击可能构成战争罪和危害人类罪"。¹¹⁴联合调查机制被特别提及为国际公正独立机制收集证据和相关信息的来源。¹¹⁵

强调在叙利亚犯下的化学武器罪行似乎反映在人权理事会任命的阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会最近的工作中,该委员会是国际公正独立机制的主要信息来源。在2017年8月8日的报告中,独立国际调查委员会在很大程度上侧重于对汉谢洪的化学武器袭击,并根据实况调查工作组报告以及对幸存者、医务人员和其他人的访谈得出结论,叙利亚政府应对此次袭击负责。¹¹⁶独立国际调查委员会还公布了一张记录化学武器袭击事件的叙利亚地图。¹¹⁷独立国际调查委员会在其报告中没有提到联合调查机制,也没有提到后者的具体任务是确定实况调查工作组在叙利亚证实的化学武器袭击的责任。这就提出了一些问题,即独立的联合国机构任务是否有可能重叠以及是否有必要进行协调。如果联合调查机制对汉谢洪袭击或其他袭击的责任做出了不同于独立国际调查委员会的调查结果,则可能会引起人们对独立国际调查委员会和联合调查机制可信度的怀疑。这也可能使国际公正独立机制和任何试图依赖该机构所举证据的法院工作复杂化。事实证明,独立国际调查委员会和联合调查机制都认为叙利亚政府应对汉谢洪的袭击负责。

¹¹³ 同上, 执行部分第4段。

¹¹⁴ 秘书长的报告:关于建立协助调查和起诉自2011年3月以来在阿拉伯叙利亚共和国境内犯下国际法所规定最严重罪行者的国际公正独立机制的决议执行情况,联合国A/71/755号文件,2017年1月19日,第6段。

¹¹⁵ 同上,第12段。另见附件,"协助调查和起诉自2011年3月以来在阿拉伯叙利亚共和国境内犯下国际法 所规定最严重罪行者的国际公正独立机制负责者的国际、公正和独立机制的职权范围",第5(a)段。

¹¹⁶ 见独立国际调查委员会,《阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会的报告》,联合国A/HRC/36/55号文件,2017年8月8日,第77段,认定"有合理理由相信叙利亚军在4月4日早晨6时45分左右使用沙林毒气炸弹袭击了汉谢洪镇,该做法构成使用化学武器和不加区别袭击平民居住区的战争罪。叙利亚军使用沙林毒气还违反了《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》和安全理事会第2118(2013)号决议"。

¹¹⁷ 见信息图,载于: www.ohchr.org/SiteCollectionImages/Bodies/HRCouncil/IICISyria/COISyria_ChemicalWeapons.jpg.



这不是独立国际调查委员会第一次将叙利亚化学武器袭击的责任归咎于叙利亚政府。在2014年8月13日的报告中,独立国际调查委员会认为,"有合理的理由认为,在4月份10天内发生的8起事件中,对Kafr Zeita, Al-Tamana'a和Tal Minnis使用了化学制剂,可能是氯气,而且"也有合理理由认为,这些制剂是政府直升机从空中投掷下的桶装炸弹中携带的。¹¹⁸独立国际调查委员会此前曾于2014年2月12日报告称,在阿萨尔袭击中使用的化学剂具有"与在古塔使用的化学剂相同的独特特征"。该报告还指出,古塔袭击的实施者"可能掌握了叙利亚军方的化学武器库存,以及安全操作大量化学剂所需的专门知识和设备"。然而,独立国际调查委员会发现,在确定古塔化学袭击的肇事者方面,没有达到其"证据门槛"。¹¹⁹

反对使用化武有罪不罚问题的国际伙伴关系

2018年1月23日,29个国家核可了法国提出的反对使用化武有罪不罚问题的国际伙伴关系。该伙伴关系是一项政府间倡议,旨在"补充完善打击化学武器扩散的国际机制",并"专门处理世界各地化学袭击肇事者有罪不罚的问题"。¹²⁰参与国承诺收集、汇编和促进信息共享,以追究犯罪人的责任,并帮助有需要的国家建设起诉犯罪人的能力。¹²¹虽然该伙伴关系不仅仅关注叙利亚,但在叙利亚化学武器袭击方面,其任务似乎与上文讨论的国际公正独立机制的任务某种程度上重叠。如果该伙伴关系与国际公正独立机制携手合作,它可能会成为一个有用的信息共享平台,并可能有助于提高国际公正独立机制就叙利亚化学武器犯罪问题执行任务的能力。

¹¹⁸ 独立国际调查委员会,《阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会的报告》,联合国A/HRC/27/60号文件,2014年8月13日,第118段。

¹¹⁹ 独立国际调查委员会,《阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会的报告》,联合国A/HRC/25/65号文件,2014年2月12日,第127-129段。

¹²⁰ 反对使用化武有罪不罚问题的国际伙伴关系网站,网址为: www.noimpunitychemicalweapons.org/-en-.html。

^{121 &}quot;发起反对使用化武有罪不罚问题的国际伙伴关系(2018年1月23日)",法国外交和国际发展部,载于: www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/disarmament-and-non-proliferation/events/article/chemical-weapons-ending-impunity-23-01-18。

追究责任的其他办法

联合国和禁化武组织的调查证实,叙利亚武装冲突期间使用了化学武器,但问责仍然可望而不可及,责任也存在争议。这场武装冲突中的每一方都指责他人使用化学武器,没有一方承认使用过化学武器。联合调查机制关于责任的调查结果本应是权威的,但尚未被一致接受,大马士革和俄罗斯对其方法和结论提出批评。¹²²因此,建立联合调查机制的安全理事会尚未就联合调查机制的结论采取任何行动,尽管它在自己的决议中一再承诺这样做。2017年2月28日,俄罗斯和中国否决了一项安全理事会决议草案,该决议草案本来会因联合调查机制发现涉嫌使用氯气事件对一些叙利亚军官和实体实施制裁。¹²³俄罗斯总统弗拉基米尔·普京(Vladimir Putin)在解释否决时表示:"至于对叙利亚领导人的制裁,我认为现在这一举动完全不合适。这对谈判进程没有任何帮助。在这个过程中,它只会伤害或破坏信心。" ¹²⁴如上所述,2017年10月24日和11月16日,俄罗斯再次使用否决权阻止了本可以延长联合调查机制任务期限的决议。¹²⁵

与此同时,一场关于谁应对在叙利亚使用化学武器负责的信息战继续在国际新闻媒体中上演,因而在普通公众的脑海中对这一问题的每一项诉求和反诉进一步造成疑问和困惑。¹²⁶《外交政策》杂志最近的一篇文章详细描述并列出据称叙利亚政府中对在叙利亚使用化学武器负有责任者的组织图。¹²⁷RT最近的另一篇文章回顾了莫斯科的警告,即实况调查工作组的报告"有许多缺陷,不能被认为是决定性的",并强调"联合调查机制特

¹²² 俄罗斯驻禁化武组织大使在谈到联合调查机制的报告时说: "这些结论没有说服力,它们是肤浅的,而且是用可疑的方法得出的。"见俄罗斯大使的声明,上注99。另见俄罗斯声明,上注71。

¹²³ Somini Sengupta, "俄罗斯和美国在安全理事会表决叙利亚问题上的冲突", 《纽约时报》, 2017年2月28日, 载于: www.nytimes.com/2017/02/28/world/middleeast/united-nations-security-council-syria-sanctions-russia-trump.html。

¹²⁴ 同上。

¹²⁵ 见上注86-88。

¹²⁶ 见如, Seymour M. Hersh, "谁的沙林?", 《伦敦书评》, 第35卷, 第24期, 2013年12月19日, 载于: www.lrb.co.uk/v35/n24/seymour-m-hersh/whose-sarin。

¹²⁷ Gregory Koblentz, "叙利亚的化学武器杀伤链",外交政策,2017年4月7日,载于: http://foreignpolicy.com/2017/04/07/syrias-chemical-weapons-kill-chain-assad-sarin/。



派团从未真正访问过所谓的袭击现场,……依靠控制该地区的激进组织收集的证据……[和]也未能适当视察沙伊拉特空军基地。未在那里收集当地样本"。¹²⁸有人声称叙利亚政府应对针对反政府武装的化学武器袭击,并支持平民使用从未申报或核实过的氯库存或未申报库存中的沙林负责,对此,另一种说法是,试图废黜阿萨德的部队将化学武器走私到叙利亚,可能是从土耳其走私到叙利亚,目的是策划使用一种武器,以归咎于叙利亚政府,并将促使国际社会干预对阿萨德武装的战争。¹²⁹

由于缺乏国际公认的真相,信息相互矛盾,政治和法律分歧严重,我们应该做些什么?从国际法的角度来看,应对这些指控作出何种回应是显而易见的。在武装冲突中使用化学武器是战争罪,必须调查战争罪,那些被怀疑负有责任的人必须受到起诉,如果被认定有罪,就必须受到惩罚。¹³⁰叙利亚高度紧张的政治背景和存在争议的使用化学武器问题,加上现有国际机制已经奠定的基础,强烈表明一个独立的国际刑事法庭将是适当调查和起诉犯罪人的最合适论坛。

国际刑事法院

一种办法是安全理事会行使《联合国宪章》第七章赋予的权力,将叙利亚局势移交国际刑事法院。¹³¹根据《国际刑事法院罗马规约》第十三条第(二)款,安全理事会可根据《联合国宪章》第七章行事,向检察官移交国际刑事法院管辖权内显示一项或多项犯罪已经发生的情况。虽然在某些方面

^{128 &}quot;俄罗斯否决联合国安理会关于延长叙利亚化学武器调查的决议", RT, 2017年10月24日, 载于: www.rt.com/news/407641-russia-veto-chemical-un-resolution/。

¹²⁹ 见如, S. M. Hersh, 上注126。

¹³⁰ 红十字国际委员会《习惯国际法研究》第74条(上注29)指出,在国际和非国际性武装冲突中,"禁止使用化学武器"。第(一百六十五)条指出,"严重违反国际人道法构成战争罪"。《前南斯拉夫问题国际法庭章程》第3(a)条规定了对"使用有毒武器或旨在造成不必要痛苦的其他武器"的管辖权。根据《罗马规约》第八条第二款第2项第17至18目和第八条第(二)款第(五)项第(十三)至(十四)目,在国际和非国际武装冲突中,"使用毒物或有毒武器"和"使用窒息性、毒性或其他气体以及所有类似的液体、物质或器件"构成战争罪。

¹³¹ 叙利亚不是《罗马规约》的缔约国。如果叙利亚是《规约》的缔约国,如果发现叙利亚不能或不愿意 起诉《规约》规定的罪行,国际刑事法院可能能够行使管辖权。见《罗马规约》第十二条第二款第 (二)项、第十三条和第十七条。

国际刑事法院似乎显然是审判这些战争罪行的论坛,但这一办法存在两个主要问题。第一个问题是政治问题。一项将叙利亚局势提交国际刑事法院的安理会决议几乎肯定会被俄罗斯否决,可能还有中国。这一点在2014年已经得到了证实,当时一项由安全理事会13个成员国支持的决议草案被俄罗斯和中国否决,该决议草案本可以将叙利亚情况提交国际刑事法院。¹³²

第二个问题是法律问题。使用化学武器没有被特别列为国际刑事法院管辖下的罪行。如上所述,国际刑事法院对在国际和非国际性武装冲突中使用"毒物或毒性武器"或"窒息性、毒性或其他气体"的战争罪拥有管辖权。¹³³虽然乍看使用化学武器的大多数情况似乎都属于这些类别,但《罗马规约》的起草历史表明,化学武器被故意排除在国际刑事法院的管辖范围之外。¹³⁴在罗马会议期间,对将化学武器纳入第八条进行了辩论。¹³⁵第八条先前的草案特别提到"1993年《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》所界定和禁止的化学武器"。尽管故意不提及《禁化武公约公约》中定义的化学武器,但令人信服的理由认为,"毒物或毒性武器"和"窒息性、毒性或其他气体,以及"……所有类似的液体、物质或器件"一直接来自1925年《日内瓦议定书》的措辞—实际上包括所有化学武器。¹³⁶

《规约》草案还广泛禁止造成不必要痛苦和过度伤害以及本质上具有滥杀滥伤作用的武器。核武器拥有国反对这一条款,因为该条款也将禁止使用核武器。为了安抚一些视生物和化学武器为"穷人的"大规模毁灭

^{132 &}quot;俄罗斯、中国阻止安全理事会将叙利亚移交国际刑事法院",联合国新闻中心,2014年5月22日。

^{133 《}罗马规约》第八条第二款第(二)项第(十七)至(十八)目,第八条第(二)款第(五)项第(十三)至(十四)目。

¹³⁴ 见Dapo Akande, "国际刑事法院能否起诉在叙利亚使用化学武器的罪行", EJIL: Talk!, 2013年8 月23日, 载于: www.ejiltalk.org/can-the-icc-prosecute-for-use-of-chemical-weapons-in-syria/。

¹³⁵ 关于讨论, 见Amal Alamuddin和Philippa Webb, "根据《国际刑事法院规约》第八条扩大对战争罪的管辖权", 《国际刑事司法杂志》, 第8卷, 第5期, 2010年11月1日, 第1227~1228页。

¹³⁶ 见如, Ralf Trapp, "对伊斯兰国和化学武器的调查", Just Security", 2015年10月27日, 载于: www.justsecurity.org/27116/investigation-islamic-state-chemical-weapons/; Alex Whiting, "国际刑事法院、伊斯兰国和化学武器", Just Security, 2015年11月4日, 载于: www.justsecurity.org/27359/icc-islamic-state-chemical-weapons/。见反对派Kevin Jon Heller, "《罗马规约》没有将化学和生物武器定为犯罪",法律确信,2015年11月5日,载于: http://opiniojuris.org/2015/11/05/why-the-rome-statute-does-not-criminalise-chemical-and-biological-weapons/。



性武器的无核国家,在一项妥协性的动议中,删除了关于生物和化学武器的条款,同时删除了能够涵盖核武器的广泛性一般规定。¹³⁷取而代之的是留空,可能允许稍后单独添加这些武器。第八条第(二)款第(二)项第(二十)目规定了对战争罪的管辖权,即使用"违反武装冲突国际法规,使用具有造成过分伤害或不必要痛苦性质的,或基本上为滥杀滥伤的武器、射弹、装备和作战方法"。这一规定只有在就列出这类武器的附件达成一致后才能实施。尚未达成共识。即使同意这样一个列出化学武器的附件,该条款也只出现在国际性武装冲突的战争罪清单中,因此可能不适用于在叙利亚使用化学武器的情况。

如果国际刑事法院裁定使用化学武器确实违反了《罗马规约》第八条第(二)款第(五)项第(十三)至(十四)目关于禁止使用"毒物或有毒武器"或"窒息性、毒性或其他气体"的规定,则会产生另一个管辖权问题。根据《罗马规约》第一百二十一条第(五)款,在2010年坎帕拉审查会议上,这些条款被列入《罗马规约》非国际性武装冲突中犯下的战争罪清单。该条款规定,修正案将对批准该修正案的每个缔约国生效。对于未批准修正案的缔约国,"本法院不得对该缔约国国民实施的或在其境内实施的修正案所述犯罪行使管辖权"。叙利亚不是《罗马规约》的缔约国,从《规约》的案文看,不清楚安全理事会提交的情况是否涵盖第一百二十一条第(五)款停正案增列的罪行。由于第一百二十一条第(五)款寻求基于国家同意规定管辖权,而安全理事会移交情势不是基于国家同意,可以认为第一百二十一条第(五)款在逻辑上不能适用于安全理事会的移案。¹³⁸这种解释最符合《罗马规约》中安全理事会移交情势的情况。然而,国际刑事法院将如何确定这一事项仍有待观察。¹³⁹

《规约》第八条第(二)款第(三)项第(一)目或第八条第(二)款 第(五)项第(一)目规定,在叙利亚使用化学武器,理论上可以被起诉为

¹³⁷ 见William Schabas, "化学武器: 这是犯罪吗?", 人权博士研究, 2013年4月23日, 载于: http://http://http://html。

¹³⁸ 见D. Akande, 上注134。

¹³⁹ 同上。

对没有积极参加敌对行动的人或失去战斗力的武装部队成员的"生命与人身施以暴力",或"故意指令攻击平民人口本身或未直接参加敌对行动的个别平民"。但要为这些指控定罪,则必须证明袭击是针对平民或那些没有直接参与敌对行动的人。这类内容并未涵盖使用化学武器的全部犯罪行为,即使是针对武装部队成员的化学武器也是被禁止的。

根据《罗马规约》将使用化学武器作为战争罪起诉的替代办法是根据《规约》第七条将使用化学武器作为危害人类罪起诉。如果这种使用导致一种被禁止的行为(例如谋杀、灭绝、迫害¹⁴⁰或其他类似性质的不人道行为,故意对身体或精神或身体健康造成巨大痛苦或严重伤害,并且这种行为是作为对平民人口的广泛或系统攻击的一部分而实施的),就有可能发生这种情况。一种情况是,在针对平民的多种暴力行为背景下使用化学武器以推进实施袭击的组织政策可能构成危害人类罪。¹⁴¹化学武器的一系列使用也可能构成危害人类罪。鉴于实况调查工作组和联合调查机制的报告证实了叙利亚境内一再使用化学武器,并有报告称存在使用化学武器与其他针对平民的袭击的情况,¹⁴²将使用化学武器作为危害人类罪起诉可能是一个可行的起诉选择,前提是犯罪的所有要素都能够得到证明。

根据《罗马规约》第八条,使用化学武器在理论上也可以作为灭绝种族罪起诉,如果这种行为构成被禁止的行为之一,例如杀害目标群体的成员或造成严重的身体伤害,同时意图全部或部分摧毁一个民族、族裔、种族或宗教群体。使用化学武器作为实施种族灭绝行为的一种手段已经在其他法院受

¹⁴⁰ 如果一个人或几个人因某个团体或集体的身份而成为化学武器的目标,或作为该团体或集体而成为目标,则可以证明受到迫害。国际刑事法院、《犯罪要件》、第七条第(一)款第(八)项第(二)目。

¹⁴¹ 联合国前秘书长潘基文曾表示,在叙利亚使用任何化学武器将构成"危害人类罪",犯罪人将面临"严重后果"。"在叙利亚使用化学武器将是'危害人类罪'一 禁令",联合国新闻中心,2013年8月23日。同样,奥巴马总统指出,使用化学武器将构成危害人类罪。白宫新闻秘书办公室,"总统在向全国发表的关于叙利亚问题的讲话",2013年9月10日,载于: www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/09/10/remarks-president-address-nation-syria。

¹⁴² 见人权观察, "叙利亚:对阿勒颇协调一致的化学袭击", 2017年2月13日, 载于: www.whitehouse. gov/the-press-office/2013/09/10/remarks-president-address-nation-syria。



到起诉。¹⁴³然而,围绕在叙利亚使用化学武器的事实似乎并未证明冲突任何一方存在摧毁一个民族、族裔、种族或宗教团体的意图。相反,这些袭击似乎是针对政治对手、敌方战斗人员或生活在叛军控制地区的平民。因此,很难证明在叙利亚使用化学武器会导致种族灭绝。

特设国际刑事法庭

另一个选择是,安全理事会根据《联合国宪章》第七章赋予它的权力通过一项决议,设立一个叙利亚化学武器问题特设国际刑事法庭。继联合调查机制报告就问责作出结论之后,设立一个处理叙利亚化学武器使用问题的法庭,将是安全理事会合乎逻辑的下一步。安全理事会一再申明"使用化学武器行为严重违反国际法",认定"在任何地方使用化学武器都对国际和平与安全构成威胁",¹⁴⁴强调"必须追究要对使用化学武器行为负责的人的责任",¹⁴⁵并威胁在使用化学武器的情况下使用《联合国宪章》第七章赋予它的权力。¹⁴⁶正如安全理事会在前南斯拉夫和卢旺达问题上所做的那样,安全理事会可以行使《联合国宪章》第七章赋予的权力,设立一个叙利亚问题特设国际刑事法庭。该法庭可利用之前的相关决议、特别是建立联合调查机制的第2235号决议,重点关注确定使用化学武器的责任。

¹⁴³ 在安法尔案中,伊拉克问题特别法庭认定复兴党北方局秘书长阿里·哈桑·马吉德犯有使用化学武器对库尔德人实施灭绝种族罪,他负责指挥1987-1988年期间该国库尔德人居住地区的所有国家机构。伊拉克高等法庭,法尔汉·穆特拉克·贾布里、苏丹·哈希姆·艾哈迈德·塔埃、侯赛因·拉希德·穆罕默德和阿里·哈桑·马吉德诉总检察长(Farhan Mutlak Al Jibouri, Sultan Hashim Ahmad Al Tae'e, Hussein Rashid Mohammed and Ali Hasan Al Majid v. the General Prosecutor),上诉委员会,2007年9月4日,载于:www.worldcourts.com/ist/eng/decisions/2007.09.04_Prosecutor_v_al_Majid_et_al.pdf。

¹⁴⁴ 联合国安理会第2118号决议, 2013年9月27日

¹⁴⁵ 同上,序言部分第8段和执行部分第1、5、15段(值得注意的是,在执行部分第15段中,措辞略微改为"应追究责任"),联合国安理会第2209号决议,2015年3月6日,序言部分第8段。另见联合国安理会第2209号决议执行部分第6段,其中联合国安全理事会再次强调"必须追究应对把化学品包括氯气和任何其他有毒化学品用作武器负责的人的责任"。此外,见联合国安理会第2235号决议,执行部分第4段(重申"必须追究应对把包括氯在内的化学品或其他有毒化学品用作武器负责的个人、实体、团体或政府的责任")和联合国安理会第2319号决议,序言部分第4段("重申使用化学武器严重违反国际法,重申必须追究那些要对使用化学武器行为负责的个人、实体、团体或政府的责任")。

¹⁴⁶ 联合国安理会第2118号决议,执行部分第21段,联合国安理会第2209号决议,执行部分第7段,联合国安理会第2235号决议,第15段。

可以说,联合调查机制的调查结果至少提供了合理的理由,相信谁应对叙利亚的化学武器袭击负责并足以发出逮捕令。正如叙利亚和俄罗斯政府所声称的那样,如果联合调查机制的结论有缺陷,一个适当合法的调查和审判可以说是收集和评估证据的最佳方式,允许在透明、公平和合法的过程中讨论论点。如果没有这样一个司法后续程序,联合调查机制的报告将是对此事的最后官方说法 — 对于大马士革、俄罗斯或叙利亚其他盟友而言,这大概不是最佳结果。

然而,安全理事会要通过这样一项决议,仍然需要五个常任理事国的一 致同意。如果俄罗斯或中国不相信建立一个化学武器犯罪特设国际刑事法庭 的必要性或好处,这样的决议将永远不会获得通过。

国家起诉

国家法院也可以进行起诉,但国家管辖权取决于是否有适用的相关立 法,以及调查可能需要引渡和司法协助协议的复杂犯罪的能力和意愿。就 确定叙利亚使用化学武器的"真相"所需的资源和合法性而言,国际刑事 法庭可能更合适。尽管如此,如果管辖权成立,国家起诉可能是一种可行 的选择。

《禁化武公约》几乎获得普遍通过,¹⁴⁷该公约第七条要求在国家一级将使用化学武器定为刑事犯罪。截至2016年7月31日,145个缔约国(76%)实施了禁令,143个缔约国(74%)实施了具体处罚。127个缔约国(66%)规定了域外管辖权(针对国民犯下的罪行)。¹⁴⁸此外,最全面禁止使用化学武器的规定见《禁化武公约》第一条第一款第2项。《禁化武公约》禁止缔约国在任何情况下使用化学武器,禁止发展、生产、以其他方式获取、储存或保有化学武器,或者直接或间接向任何一方转让化学武器,以任何方式协助、

¹⁴⁷ 禁化武组织,技术秘书处的说明:截至2015年10月17日加入《禁化武公约》的状况, S/1315/2015, 2015年10月19日,载于:www.opcw.org/fileadmin/OPCW/S_series/2015/en/s-1315-2015_e_.pdf。只有四个非缔约国:埃及、以色列(签署国)、朝鲜和南苏丹(表示有意加入《禁化武公约》)。

¹⁴⁸ 禁化武组织,总干事的报告:截至2016年7月31日《化学武器公约》第七条执行情况概述,EC-83/DG.11,C-21/DG.11,2016年9月11日,第19-21段。



鼓励或诱使任何一方从事的任何活动。¹⁴⁹这一广泛可能的犯罪活动范畴涵盖了一系列直接和间接的犯罪人。然而,《禁化武公约》只要求国家立法涵盖在缔约国领土上或由其国民犯下的罪行。因此,关于在叙利亚使用化学武器,这意味着基本上只有叙利亚能够调查和起诉这些罪行(俄罗斯大使在禁化武组织执行理事会第83届会议上的发言中提出了这一点)。¹⁵⁰如果外国战斗人员参与在叙利亚使用化学武器,根据《禁化武公约》第七条,犯罪人的国籍国有管辖权。然而,参与这些罪行的大多数人很可能是叙利亚国民,只有少数《禁化武公约》缔约国立法允许对化学武器犯罪行使普遍管辖权,不论犯罪地点或罪犯国籍。¹⁵¹

更高比例的国家法院可能能够对叙利亚的化学武器犯罪行使普遍管辖权,将这些行为作为战争罪、危害人类罪或灭绝种族罪进行起诉。特别是,已经加入《罗马规约》并批准了《坎帕拉修正案》的国家可能已经制定立法,允许起诉那些涉嫌在叙利亚使用化学武器的人,无论其国籍如何。¹⁵²但其他国家也可能有适用的立法,允许它们起诉涉嫌严重违反国际人道法(例如袭击平民、不分单白的袭击和谋杀)的人。

禁化武组织决策机关、缔约国大会和执行理事会的做法支持国家起诉,它们一贯"强调,任何人在任何情况下使用化学武器的行为都应受到谴责,并且完全违反国际社会的法律规范和标准"。¹⁵³在2015年4月21日通过的《伊珀尔宣言》中,《禁化武公约》缔约国一致认定,"无论何时何地,任何人在任何情况下使用化学武器的行径都是完全不可接受的,这将违反国际社会的法律规范和准则",并表示"坚信应追究对使用化学武器负责的人

^{149 《}禁化武公约》第一条第 (一) 款第(一)、(二) 项。

¹⁵⁰ 见上注122。

¹⁵¹ 下列国家的立法似乎支持在普遍管辖权下起诉化学武器罪行:瑞典(经修订的《刑法典》,第二(三)章));白俄罗斯(《白俄罗斯刑法》第六条);芬兰(《刑法典》摘录39/1889,第七节);希腊(第2991号法,第五节,第四条);印度尼西亚(2008年第9号法,第一章第三条和第五章第二十八条;利比里亚(2008年《化学武器法》);塞尔维亚共和国(第85/2005号刑法,第七至九条)。

¹⁵² 截至2017年10月,34个缔约国批准了该文件。见: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.gspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&clang=_en。修正案在缔约国接受修正案一年后生效

^{153 《}禁化武公约》第三次审查会议的报告, RC-3/3*, 2013年4月19日。

的责任"。¹⁵⁴执行理事会的一些执行决定中重复了这一声明。¹⁵⁵缔约国在决策机构会议上的区域声明和国家声明重申了这些观点。¹⁵⁶61个缔约国在2016年缔约国大会上发表了一项联合声明,表示"坚信必须追究参与这些化学武器袭击的每个行为者的责任"。¹⁵⁷2017年,一个缔约国明确宣布,"无论何时何地,任何人使用化学武器都构成国际犯罪"。¹⁵⁸

在国家一级有起诉非国家行为者使用或拥有化学武器的一系列案件。其中许多案件依赖于《禁化武公约》的执行立法,往往与恐怖主义指控联系在一起。¹⁵⁹使用化学武器也被作为战争罪、灭绝种族罪或危害人类罪在国家一级进行起诉。在不列颠驻汉堡军事法庭审理的Zyklon B案中,安排向党卫军

^{154 《}伊珀尔宣言》, 2015年4月21日, 载于: https://ieper100.org/commemoration/ieper-declaration/。

¹⁵⁵ 见禁化武组织, "销毁叙利亚化学武器",执行理事会EC-M-33/DEC号决定,2013年9月27日,序言部分第1段;禁化武组织, "禁化武组织叙利亚实况调查工作组的报告",执行理事会EC-M-48/DEC.1号决定,2015年2月4日,序言部分第1段,执行部分第2-4段,禁化武组织, "禁化武组织叙利亚实况调查工作组的进一步报告",执行理事会EC-M-50/DEC.1号决定,2015年11月23日,序言部分第1段,执行部分第3-5段,禁化武组织, "禁化武组织-联合国联合调查机制关于在阿拉伯叙利亚共和国使用化学武器的报告",执行理事会EC-83/DEC.5号决定,2016年11月11日,第3-4段,禁化武组织,"关于应对非国家行为者使用化学武器构成的威胁的决定",执行理事会EC-86/DEC.9号决定,2017年10月13日,序言部分第3段,执行部分第3、5-8段。

¹⁵⁶ 见如, "不扩散和裁军问题特使Jacek Bylica代表欧洲联盟发表的声明", C-21/NAT.5, 2016年11月28日: "欧盟重申,坚信任何人(包括非国家行为者)在任何地方和任何情况下使用化学武器都是令人憎恶的,必须受到严厉谴责,必须追究应对这种行为负责的人的责任。使用化学武器构成违反国际法、战争罪和危害人类罪。"芬兰、德国、印度、爱尔兰、新加坡和瑞士也发表了类似声明。

¹⁵⁷ C-21/NAT.17, 2016年11月30日。

¹⁵⁸ 瑞典在2017年4月13日禁化武组织执行理事会第54次会议上的发言。另见瑞士常驻禁化武组织代表在2016年缔约国大会上的发言: "追究那些严重违反国际法的犯罪人的责任至关重要,这些行为可构成战争罪和危害人类罪。"

¹⁵⁹ 见如,联合王国诉戴维森案(未报告,纽卡斯尔刑事法庭,2010年5月14日)(与一个白人至上主义 团体有联系的被告生产了足以杀死9人的蓖麻毒素,违反了1996年《化学武器法》第二条第(一)款 第(二)项(联合王国)),美国,美国诉Levenderis案,806 F.3d 390 (2015年) (被告生产了一定 数量的蓖麻毒素 尽管与恐怖组织没有联系,但法院认定,化学武器的高杀伤力证明根据1998年《化学武器公约执行法案》(美国)起诉是合理的),美国,邦德诉美国案,572 US (2014年);美国,美国诉Fries aka Burns案,781 F.3d 1137 (2015) 号(关于违反《1998年化学武器公约执行法案》生产和使用化学武器(美国)的案件,该法涉及自制生产和使用一种氯化学装置,此装置产生巨大的云,需要疏散居民区);美国,美国诉盖恩,673 F.3d 771 (第八巡回上诉法院,2012年) (被告拥有足以杀死450人的氰化钾);美国,美国诉克罗克,260 F. App'x 794 (第六巡回上诉法院,2008年) (被告试图获取VX神经毒气和氯气,作为袭击联邦法院阴谋的一部分);美国,美国诉克拉,134 F. App'x 662 (第五巡回上诉法院,2005年) (本院) (被告拥有氰化钠),联合王国,联合王国诉阿里(未报告,中央刑事法院(老贝利街),2015年9月18日)(被告试图违反1996年《化学武器法》(联合王国),在"暗网"上获取蓖麻毒素)。



供应毒气的公司老板和二把手被判犯有战争罪,即供应 "用于消灭关押在集中营的盟军国民的毒气,而他们知道这些毒气将被如此使用"。¹⁶⁰仅在奥斯威辛/比克瑙,就有450万人因使用Zyklon B而被灭绝。¹⁶¹这一案例对于如何将使用化学武器作为 "大规模灭绝人类" ¹⁶²的工具作为国际罪行进行起诉具有启发意义。¹⁶³

日本在第二次世界大战期间通过驻中国的731部队和100部队使用化学和 生物武器, 164在苏联国内被作为危害人类罪起诉。165

在审判期间不同当事方提交的呈文中,使用化学武器和生物武器被描述为"在每个文明国家都被视为滔天罪行的行为"。¹⁶⁶参与731部队和100部队的个人也被中国当局起诉,但没有关于这些审判的可靠记录。在范·安拉特,一名荷兰化学品经销商向萨达姆·侯赛因政府出售用于制造芥子气的化学成分,他因参与种族灭绝和战争罪在荷兰受审。最终,他被判种族灭绝罪罪名不成立,但战争罪罪名成立。¹⁶⁷上诉法院¹⁶⁸、荷兰最高法院¹⁶⁹和欧洲人权法院维持原判。¹⁷⁰

¹⁶⁰ 英国军事法庭, Zyklon B案, 第9号案件, 汉堡, 1946年3月8日, 载于《战犯审判法律报告》, 联合国战争罪行委员会, 第1卷, 1947年, 第94页。

¹⁶¹ Jonathan B. Tucker, 《神经之战:从第一次世界大战到基地组织的化学战》,万神殿图书公司,纽约,2006年。

¹⁶² 英国军事法庭, Zyklon B案, 上注160。

¹⁶³ 这些行为被作为战争罪起诉,因为在进行这些审判时,灭绝种族罪尚未作为国际罪行编人法典(《灭绝种族罪公约》于1948年通过)。此外,由于当时军事法庭适用战争法,该案的重点在于谋杀被拘留的盟军平民,而不是谋杀犹太人的行为,尽管犹太人是毒气的主要受害者。

¹⁶⁴ Sheldon H. Harris, 《死亡工厂: 1932-1945年期间的日本生物战和美国的掩盖》, 劳特利奇, 阿宾登, 1994年, Shirley Tourinsky (编), 《化学和生物战的医学方面》, 美国陆军部医务总监办公室, 2008年, 第418页。

¹⁶⁵ Russell Working, "731部队的审判",《日本时报》,2001年6月5日,载于: https://tinyurl.com/ycmefuem, Philip R. Piccigallo,《受审的日本人:盟军在东方的战争罪行行动》,1945年-1951年,德克萨斯大学出版社,德克萨斯州奥斯汀,1979年,Otozo Yamada,《审判被控制造和使用细菌武器的日本陆军退役军人的材料》,外国文书籍出版局,莫斯科,1950年。

¹⁶⁶ O. Yamada, 上注165, 第490页。

¹⁶⁷ 海牙地区法院,检察官诉弗朗斯·科内利斯·范·安拉特,第09/751003-04号案件,2005年12月23日,载于: www.haguejusticeportal.net/index.php?id=4497。

¹⁶⁸ 海牙上诉法院,检察官诉弗朗斯·科内利斯·范·安拉特,第2200050906-2号案件,上诉判决,2007年5月9日。

¹⁶⁹ 荷兰最高法院,检察官诉弗朗斯·科内利斯·范·安拉特,第07/10742号案件,判决,2009年6月30日.

¹⁷⁰ 欧洲人权法院,弗朗斯·科内利斯·范·安拉特诉荷兰,第65389/09号申诉,2010年7月6日。

在安法尔案中,伊拉克特别法庭认定复兴党北方局秘书长阿里·哈桑·马吉德(Ali Hassan al-Majid)犯有使用化学武器对库尔德人实施灭绝种族罪,他负责指挥1987-1988年期间该国库尔德人居住地区的所有国家机构。伊拉克高等法庭认定,马吉德有一个用沙林和芥子气攻击库尔德人的"明确计划",他在与萨达姆·侯赛因(Saddam Hussein)的联合犯罪活动中负责执行消灭库尔德人的政策。¹⁷¹该案的证据包括一些录音带,记录了1988年和1989年马吉德与复兴党高级官员的会晤情况,其中马吉德说:"我将用化学武器杀死他们所有人!谁会说什么?国际社会?去他们的!国际社会和听取他们意见的人。"¹⁷²

根据《禁化武公约》可采取的措施

设立叙利亚化学武器使用问题国际刑事法庭的另一个可能选择来自禁化武组织。与安全理事会不同,禁化武组织的决策机关不受任何特定成员否决权的制约。虽然在实践中通常以协商一致方式作出决定,但也可能以多数票作出决定。¹⁷³因此,针对联合调查机制2016年的报告,禁化武组织执行理事会以多数票通过了一项决定,其中除其他外,指示技术秘书处视察联合调查机制确定的参与化学武器袭击的地点。¹⁷⁴同样,在2018年的一次特别会议

¹⁷¹ 伊拉克高等法庭,马吉德等人,上注143。

¹⁷² 伊拉克高等法院,关于第*1/C Second/2006*号案件的特别判决,安法尔,第二刑事法院,参考号1/C Second/2006, 2007年6月24日,第294页,载于: www.worldcourts.com/ist/eng/decisions/2007.06.24_Prosecutor_v_al_Majid_et_al.pdf。另见人权观察,"用他自己的话来说Chemical Ali: 阿里·哈桑·马吉德的磁带",载于: http://pantheon.hrw.org/legacy/campaigns/iraq/chemicalali.htm (audio file available at: http://pantheon.hrw.org/legacy/campaigns/iraq/chemali.mp3)。

^{173 《}禁化武组织执行理事会议事规则》第三十六条规定,"理事会有关实质性问题的决定应由全体成员的三分之二多数作出"。《禁化武组织缔约国大会议事规则》第六十九条规定,"关于实质性问题的决定应尽可能以协商一致方式作出。如果需要就一项问题作决定时无法达成协商一致意见,会议主持人应将表决推迟 24 小时,在此推迟期间应尽力促成协商一致意见,并应在此段时间结束前报告给大会。如果在 24 小时结束时仍无法达成协商一致意见,大会应以出席并参加表决的成员的三分之二多数作出决定,除非《公约》另有规定。"

¹⁷⁴ 禁化武组织, "禁化武组织-联合国联合调查机制关于在阿拉伯叙利亚共和国使用化学武器的报告",执行理事会EC-83/DEC.5号决定,2016年11月11日,第10段。该决定以28票赞成、4票反对和9票弃权获得通过。禁化武组织,执行理事会第八十三届会议的报告,EC-83/5,2016年11月11日,第6.27段。



上,缔约国大会以多数票通过了一项决定,建立了所谓的»归属机制»,可以 查明使用化学武器的犯罪人。¹⁷⁵

《禁化武公约》要求缔约国大会采取"必要措施",纠正和补救"与本公约条款相违背的任何情况",并提出某些补救办法,包括向缔约国建议集体措施的可能性。¹⁷⁶鉴于对使用战争罪的适当反应是起诉和惩罚罪犯,可以提出,纠正在叙利亚使用化学武器的"必要"措施是设立一个特设国际或混合法庭来审判被指控的犯罪人。¹⁷⁷当其他国家或国际问责论坛不能或不愿意履行这些司法职能时,这可能尤其必要。它还可以允许禁化武组织缔约国启动司法程序,确定个人责任,而不必首先根据联合调查机制的报告确定国家责任,联合调查机制的报告没有被所有缔约国接受。这并不排除禁化武组织决策机关以后就国家责任作出决定,并在这方面根据第十二条采取必要措施。就问责措施而言,也可以认为禁化武组织决策机关有必要承认或规定缔约国有义务调查、起诉和惩罚罪犯,不论罪犯的国籍或犯罪发生地,以此作为纠正这种情况的手段。

缔约国大会2018年关于建立归属机制的决定清楚地表明了禁化武组织在这方面的潜力。该决定援引缔约国大会的一般任务作为其法律依据,即就缔约国提出的或执行理事会提请其注意的事项作出决定,并审查《禁化武公约》的遵守情况。¹⁷⁸在提及关于将特别严重的案件提请联合国大会和安全理事会注意的义务时,该决定仅仅提到第十二条。¹⁷⁹然而,该机制的工作可能导致刑事起诉。该机制必须"保存和提供信息"给国际公正独立机制以及

¹⁷⁵ 禁化武组织缔约国大会,上注109,第10段。该决定以84个缔约国赞成,24个缔约国反对获得通过。禁 化武组织,缔约国大会第四届特别会议的报告,C-SS-4/3,2018年6月27日,第3.15段。

^{176 《}禁化武公约》第八条第(二十一)款(十一)项,第十二条。

^{177 《}禁化武公约》第八条(六)款规定,会议可设立"其认为按照本公约行使其职能所必要的附属机构"。其他国际组织设立了特设国际刑事法院,例如,非洲特别法庭是根据非洲联盟和塞内加尔之间的一项协议设立的,目的是审判1982年6月7日至1990年12月1日期间在乍得犯下的国际罪行。

¹⁷⁸ 禁化武组织缔约国大会,上注109,序言部分第6段(《禁化武公约》,第八条第(十九)款)。该决定还提到技术秘书处执行核查措施的职能(《禁化武公约》,第八条第(三十七)款),以及向执行理事会通报其在开展核查活动时注意到的关于遵守本公约与否的疑问(《禁化武公约》,第八条第(四十)款)。

¹⁷⁹ 禁化武组织缔约国大会,上注109,序言部分第10段(《禁化武公约》,第十二条第(四)款)。

"在联合国主持下设立的任何相关调查实体"。¹⁸⁰为此,技术秘书处与国际公正独立机制达成了一项安排。¹⁸¹

在安全理事会被阻止采取行动的情况下,禁化武组织决策机关在针对侵犯《禁化武公约》行为制定纠正措施中的作用就有了新的意义。作为《禁化武公约》的监护人,禁化武组织决策机关以消除使用化学武器的可能性为目标,非常有能力为建立叙利亚使用化学武器的问责机制做出贡献。如果这种机制是有国际支持的全面和平计划或谈判的一部分,无疑将巩固禁化武组织决策机关对这一决定的支持。

结论 一 前进的可能性

事实是,国际人道法设置了各种红线,在叙利亚战争中越过了其中许多条红线。但与越过使用化学武器的红线不同的是,国际社会的普遍谴责和完全没有法律辩护。叙利亚武装冲突的任何一方都没有承认使用化学武器,也没有为使用化学武器辩护。这是有充分理由的。禁止使用化学武器是绝对的。没有正当理由,没有军事必要性可以为使用核武器辩护。化学武器被禁止,原因在于其使用违反了反对造成不必要痛苦和过度伤害的战争手段和方法的基本规则。¹⁸²这条规则指的是武器对战斗人员的影响。使用化学武器也违反了禁止不分皂白的攻击和使用滥杀滥伤作用武器的规则。¹⁸³因此,无论目标或受害者是平民还是武装部队或武装团体成员,使用化学武器都是非法

^{180 《}禁化武公约》, 第12段。

¹⁸¹ 禁化武组织执行理事会, "总干事在执行理事会第八十九届会议上的开幕词", EC-89/DG.31, 2018年10月9日,第6段。

¹⁸² 见1874年《布鲁塞尔宣言》(禁止使用毒物或有毒武器,禁止使用武器、射弹和材料造成不必要的痛苦),1899年《关于窒息性气体的海牙宣言》(禁止使用唯一目的是扩散窒息性或有害气体的射弹),1907年《海牙章程》(禁止使用旨在造成不必要痛苦的武器、射弹或材料),1925年《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》,和《禁化武公约》的序言和第一条。红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》指出,1925年议定书禁止使用化学武器的最初动机是禁止具有造成过度伤害或不必要痛苦性质的战争手段和方法的规则。见红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,上注29,第七十条。

¹⁸³ 同上,第十二条、七十一条。



的。无论是一个受害者还是一百个受害者,禁令均适用。因此,一旦使用化 学武器的责任确定无疑,就可终结法律纠纷。

这并不意味着使用化学武器的战争罪比其他战争罪更严重或更应受到谴责。但在叙利亚武装冲突的背景下,全世界关于化学武器犯罪的统一立场可能为向和平潜在过渡复杂背景下的问责进展提供了机会。尽管战争期间多次越过使用化学武器的"红线",但禁止使用化学武器的规定仍然没有改变。叙利亚坚持其立场,即"军队永远不会对自己的人民甚至恐怖分子使用这种武器"。¹⁸⁴叙利亚的盟友俄罗斯联邦和伊朗(本身是两伊战争期间使用化学武器的受害者,通常也是化学武器受害者的坚定支持者)针对这种指控,竭力为叙利亚辩护。即使是公开承认犯有性奴役、谋杀和残忍待遇等暴行的伊斯兰国,也没有声称使用过任何化学武器,尽管联合调查机制调查发现它两次使用了硫芥子气。¹⁸⁵与国际法规定的其他被禁武器不同,在叙利亚使用化学武器是国际社会制定的两项具体问责措施的主题:秘书长机制和联合调查机制。鉴于武器使用条例在国际舞台上具有典型的高度政治敏感性,这种做法令人瞩目。它证明了国际社会关于国际法中禁止化学武器和问责必要性的独特统一立场。

随着查明叙利亚化学武器袭击实施者的联合调查机制报告的发布,对于各国是否愿意采取必要措施履行问责,国际社会正处在十字路口。评论者恰如其分地指出,"只要存在设立该法庭的政治意愿,一个专门处理叙利亚问题的特设法庭为追究战争罪提供了最有希望的途径"。¹⁸⁶正如国际社会对在

^{184 &}quot;叙利亚否认并谴责使用化学武器 -外交部长", RT, 2017年4月7日, 载于: www.rt.com/news/383677-syria-bomb-checmical-depot-terrorists/。

¹⁸⁵ 关于伊斯兰国使用化学武器的情况,见Eric Schmitt,"报告称,伊黎伊斯兰国在叙利亚和伊拉克至少使用了52次化学武器",《纽约时报》,2016年11月21日,载于: www.nytimes.com/2016/11/21/world/middleeast/isis-chemical-weapons-syria-iraq-mosul.html。虽然在化学武器产生之前的伊斯兰法律没有直接涉及化学武器,但可以提出一个很好的例子,即化学武器的使用也将受到这些信条的禁止,例如不使用毒物、禁止污染环境、分离原则和禁止造成不必要的痛苦。见Katariina Simonen,"化学武器、阿亚图拉·霍梅尼和伊斯兰法",《全球安全:卫生、科学和政策》,第2卷,第1期,2017年。Khalil al-Maliki关于圣战的书指出,除非情况危急,否则战斗员不得使用对敌人造成不必要伤害的武器;因此,禁止使用有毒的矛,因为它会造成不必要的痛苦。Sayyid Mustafa Muhaqqiq Damad等人,《伊斯兰有关人权的看法》,文化国际研究中心,德黑兰,2003年,第266页。

¹⁸⁶ B. Van Schaak, 上注2, 第339页。

叙利亚使用化学武器的反应所表明的那样,化学武器犯罪与在叙利亚战争期间犯下的其他国际罪行之间的关键区别在于,存在确定化学武器犯罪责任的政治意愿。这种政治意愿体现在美俄《消除叙利亚化学武器框架》、禁化武组织执行理事会关于销毁叙利亚化学武器的决定、实况调查工作组的核可、缔约国大会关于建立归属机制的决定、联合国安全理事会和大会关于建立问责机制和要求对化学武器罪行进行问责的决议、某些政府对被认为参与的人实施的制裁,美国对沙伊拉特空军基地的单方面军事打击,以及杜马事件后美英法三国的联合空袭。

这种政治意愿可以用来建立一个特设法庭, 审判涉嫌犯下这些罪行的 人。在和平协定中纳入或认可国际法庭,可以在和平进程的可信度方面发挥 重要作用。1995年《波斯尼亚和黑塞哥维那和平总框架协定》(在附件中) 提到了前南斯拉夫问题国际刑事法庭,并规定了各方与之合作的义务。1945 年《伦敦协定》187在纽伦堡设立了国际军事法庭。特设法庭可以作为促进和 平过渡的工具。在事件引起惊人争议的方面,国际审判可能是确定叙利亚使 用化学武器真相的最能被接受和最合法的手段。鉴于国际社会在这场战争中 给予使用化学武器核心地位,这方面战争的真相至少可以为开始建立持久的 和平过渡提供一个公认的基础。此外,将化学武器罪行特设法庭纳入和平谈 判可能是鼓励国际社会接受这一进程的重要手段。有关叙利亚问题的和平协 定如果完全没有问责机制,很可能会遭遇失败,无法获得促使其成功的广泛 的区域或国际支持。此外,特设法庭将为停止在叙利亚使用化学武器提供进 一步激励。甚至在联合调查机制和国际公正独立机制成立后仍在继续使用化 学武器,这一事实表明,这些机制与法院不同,不能做出超出合理怀疑范围 的结论,也不能实施惩罚,不能起到威慑犯罪人的作用。实际采取刑事诉讼 方式的可能性可能更有效。设立一个特设法庭可能是比安全理事会向国际刑 事法院提交案件更具政治可行性的选择,而且可以在保持独立和公正的同时 实现担保国的目标。与国家审判不同,特设法庭将通过国家合作运作,并将 基于国际法,而不是引渡协定和国内法,这可能难以适用于在叙利亚犯下的

^{187 《}关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》,伦敦,1945年8月8日。



罪行。最重要的是,可以在和平协定中纳入一个特设法庭,表明有关各方致力于伸张正义。

审判化学武器被控犯罪人的机制符合每个主要参与者的利益。如果 安全理事会或禁化武组织的信誉由该机构创建,这将为其提供必要的推动 力。法庭将允许有关化学武器使用和责任的证据在公平和合法的程序中提 出和进行辩论。对于被指控参与这些罪行并受到美国和欧洲联盟制裁的叙 利亚官员来说,出庭是洗清罪名或通过公平、合法和公开的程序适当分配 责任的最佳机会。

这里为化学武器罪行特设法庭提出理由并不意味着叙利亚危机期间犯下的所有其他国际罪行都应该不受惩罚,至少从长远来看是这样。但是,在谈判达成的和平协定中纳入一点各方都能同意的正义和法治,可能会让原本黯淡的法律和政治前景取得一些进展。

人道问责制与人道准入 是此消彼长的关系吗? ——冲突背景下有关 保护工作问责制的 替代性思路

纳塔莉・克莱因-凯利 (Natalie Klein-Kelly) **

摘要

在人道行动中,包括在冲突背景下开展的保护工作中,都存在强烈希望满足问责制的要求的雄心。然而,从杜南主义的立场出发,满足问责制的要求不仅出于实践原因而往往不尽人意,而且从人道原则来看并不恰当,从相关的伦理角度来看也有其缺陷。将问责制主要视为一项技术性工作,而不是将其与人道主义及其相关原则的伦理观相联系,可能会无意中导致对人道参与方的接受程度降低,并最终使得人道参与方获得准入更为困难。希望坚持

^{*} 纳塔莉·克莱因-凯利拥有哲学硕士、理科硕士、博士学位,现任红十字国际委员会保护工作协调员, 过去十年间她积累了与保护工作相关的丰富一线工作经验。

^{*} 文中所载为作者观点,并不必然反映红十字国际委员会的相关立场。

其道德方针的杜南派参与方,需要以新的方式对问责制进行思考,而这一反思过程恰能作为体现目前有必要在人道-发展之联结框架内对不同参与方之间的差异进行考量的例子。

关键词:问责制、人道准入、人道伦理、人道原则、平民保护、武装冲突。

.

导言

问责制对人道参与方而言是一个重要概念,但适用及履行问责制并非没有挑战。本文通过考察武装冲突背景下人道保护工作的具体案例,对这些挑战、需作出的选择及其带来的后果、以及有关如何实现问责制的新兴观点进行了探讨。¹

目前,对问责制的理解,主要是向外部利益攸关方——即捐助方及受影响人群——解释人道参与方如何利用自己掌握的资源实现其预期结果的一项技术性工作,这点在下文中会展开详述。在本文例举的人道保护工作领域,这就意味着两方面的责任:一是确保受武装冲突影响的个人的权利得到尊重,二是确保提供保护以使个人免受战争的负面影响。而这两方面的责任往往又意味着需要武装冲突参与方改变其行为方式,甚至需要相关方所在的社会进行更为广泛的社会转型。由于问责制的重点在于实现这种广泛的转变,本文主张,结果主义的伦理观目前占据主流。正如托马斯·魏斯(Thomas G. Weiss)所言,"结果主义伦理观至关重要"。2这便引出本文提出的关键

¹ 作者在这方面具有实践经验。有关背景的重要性,见: Dennis Dijkzeul and Dorothea Hilhorst, "Instrumentalisation of Aid in Humanitarian Crisis: Obstacle or Precondition for Cooperation?", in Volker M. Heins, Kai Koddenbrock and Christine Unrau (eds), *Humanitarianism and Challenges of Cooperation*, Routledge, London and New York, 2016, p. 55.

² 见: Thomas G. Weiss, "Humanitarianism's Contested Culture in War Zones", in V. M. Heins, K. Koddenbrock and C. Unrau (eds), 见脚注1, 第34页。魏斯并未对结果主义伦理的概念进行界定, 但论及结果主义伦理"以效果而非初衷、以实际结果及影响而非仅凭投入产出"对人道活动进行评判(第31页),并认为评价时"需考虑到其目标及作用、目的与手段、效果及影响"(第33页)。



问题:对于那些对自身行动恰恰采取"杜南主义"而非结果主义观点(包括伦理观)的人道参与方而言,这种对问责制的主要基于结果主义的理解意味着什么呢?

结果主义与杜南主义是人道行动中的两种关键范式,虽然二者经常被称为两种截然不同的方法,但一字不差地使用这一对术语也不是必要的。³ 在规范伦理学中,结果主义是指根据结果或终极目标证明某一行为的合理性以及进行评估的方法,道义论或康德学派的观点与此恰恰相反,认为使某一行为"正确"与否不一定(仅)在于其结果。⁴人道领域的学术文献中,后者非结果主义的观点也被称作"道义论",⁵但它也存在具有细微差别的各种变体,分别被称作基于价值-、⁶基于义务⁷、或基于责任⁸的理性观。在此类讨论中,常常可以听到人们专门提及"杜南主义参与方"⁹,他们遵循的是"杜南主义传统"¹⁰及中立与独立的"杜南主义原则"¹¹。正如术语使用

³ 近期, Dijkzeul和Hilhorst注意到"这两种不同的伦理观—直在人道领域有所适用",两位学者将结果主义定义为"相比强调意图之纯粹,更为注重行为所产生的结果的一种伦理观",并认为红十字国际委员会及无国界医生组织开展工作遵循的是"杜南主义范式"而非"义务伦理"——也即"减轻苦难、挽救生命的责任义不容辞"。D. Dijkzeul and D. Hilhorst, 脚注1, 第56页。

⁴ Marcia W. Baron, "Kantian Ethics", in Marcia W. Baron, Philip Pettit and Michael Slote (eds), *Three Methods of Ethics: A Debate*, Blackwell Publishing, Malden, MA, and Oxford, 1997, p. 18. 一般性概述,见:Harry J. Gensler, *Ethics: A Contemporary Introduction*, 3rd ed., Routledge, London and New York, 2018, pp. 174–208.

⁵ 提到红十字国际委员会与无国界医生组织,"两杜南主义组织……认为,人道援助是独立的、基于义务的活动。换句话说,两组织秉持义务伦理学观念"。Dennis Dijkzeul, Ryan O'Neil and Zeynep Sezgin, "Conclusions: Convergence or Divergence?", in Zeynep Sezgin and Dennis Dijkzeul (eds), *The New Humanitarians in International Practice: Emerging Actors and Contested Principles*, Routledge, London and New York, 2016, p. 340.

⁶ Chris Calhoun对"价值理性"与"工具理性"进行了对比,见:"The Imperative to Reduce Suffering: Charity, Progress, and Emergencies in the Field of Humanitarian Action", in Michael Barnett and Thomas G. Weiss (eds), *Humanitarianism in Question: Politics, Power and Ethics*, Cornell University Press, Ithaca, NY, and London, 2008, pp. 89, 95.

⁷ 探寻结果层面的影响是如何令"义务之伦理"为考察"结果"之伦理所取代, Janice Gross Stein作出了阐释, 见: "Humanitarian Organisations: Accountable – Why, to Whom, for What, and How?", in M. Barnett and T. G. Weiss (eds), 脚注6, 第134页。

⁸ Michael Barnett和Jack Snyder对"援助的责任"与"结果伦理"进行了对比,参见:"The Grand Strategies of Humanitarianism", in M. Barnett and T. G. Weiss (eds), 脚注6, 第144页。

⁹ Dijkzeul, O'N和Sezgin提到,非政府间国际组织可能是"杜南主义或是威尔逊主义的多任务团体", D. Dijkzeul, R. O'Neill 及 Z. Sezgin, 脚注5,第353页。

¹⁰ 使用该术语的例子, 见: 例如, J. G. Stein, 脚注7, 第130页。

¹¹ 使用该术语的例子, 见:例如, D. Dijkzeul及D. Hilhorst, 脚注1, 第57页。

上的差异显示,将道义伦理适用于人道活动并非直截了当。¹²但是,探讨义 务伦理观在人道活动中的适用中所表现出的各种细微差别并非本文主题之所 在,本文将使用"杜南主义"这个词来描述这些参与方所代表现的非结果主 义伦理观。

回到问责制的概念的适用上来,如果这些杜南派参与方采用当前占主流的结果主义的视角来理解问责制,则可能会出现实践性与伦理性的问题。可能就需要对由此产生的后果加以考量,尤其是有关中立原则以及该原则所促进的冲突地区的人道准人问题。对杜南派参与方而言,采取替代方法理解问责制的概念可能更为可取。

对如何理解与适用问责制所产生的更为广泛的影响进行考量是十分重要的,为论证这一点,本文首先讨论了问责制的概念以及过去二十年间问责制在人道界的演变。第一部分的最后,反思了当前所理解的问责制的概念如何与人道行动的规范伦理相联系,特别是有关杜南主义传统与更倾向于结果主义的趋势之间的角逐。对所选领域即武装冲突环境下人道保护工作进行界定后,第二部分按照对什么负责、如何负责以及对谁负责的逻辑进行详细讨论。其后,本文对适用问责制的概念所产生的后果展开讨论,并主张问责制能够而且仍然必须实现,只是需采取另一种实现方式。

在结论部分本文建议,可以选择用目前主流的、通常是技术性的、发展性的、一刀切的结果主义的观点来看待问责制,但这会产生实践中的问题、引起更广泛的后果、以及付出相应代价。应该对此加以更严肃的考量,尤其是对于希望遵循杜南主义伦理观的人道参与方而言。目前围绕人道-发展-和平之联结的思考,可能需要人道政策制定者就这一将人道与发展行动视为一个连续体的发展所带来的影响和后果、可能存在的例外以及对一些参与方而

¹² D. Dijkzeul及D. Hilhorst还提到, "在实践中,两种伦理存在交互",而并非"相互排斥";同上注,第57页。作为后文将进行讨论的一个特殊议题的例子,义务伦理是否意味着存在开展人道行动的紧急必要?这一点的讨论,见: Eva Wortel, "Humanitarians and Their Moral Stance in War: The Underlying Values". *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 876, 2009.



言的必要的替代性方法进行更为深入的反思,而本文中的探讨就可以作为这方面的一个有趣实例。¹³

背景介绍: 什么是人道问责制?

问责制的概念

虽然"问责制"是一个普遍使用的语汇,但其适用于人道参与方的精准含义或定义却很难把握。诸如"交易方或合约方"是否"为有关条款所约束,须履行其各自的义务或实现既已达成合意的结果"这样的法律角度的理解,¹⁴总体而言对于非政府间国际组织并不适恰,因为非政府间国际组织与捐助方或与受影响民众之间,往往不会采取载有明确目标及罚则的合同形式约定相互关系。¹⁵从法律角度而言,可适用的"问责制"可能仅存在与雇主与雇员之间,或是咨询者与承包机构之间——例如,履行保密条款、达成合意的可交付成果或是报告及工具,一般而言不涉及人道工作成果方面的责任。曾以权力的视角而非法律角度对责任的概念进行释读,但是由于存在探寻权力之真正所在的问题——尤其是不拘于合同关系而是转向人道救援政治工具化的探讨时——此种定义大体而言并不贴合实际。针对人道领域的非政府间国际组织,雨果·斯里姆(Hugo Slim)对人道领域的"问责制"作出了更为复杂的定义,即"非政府间国际组织以牵涉所有相关方面的方式公开表示对其信念、其所为及所不为负责,并对其所积累之经验积极作出反应的

^{13 2016}年的世界人道峰会对"超越人道-发展之分野"运动起到了重要的推动作用,虽然该主张彼时已不能算作新提出的观点。见: United Nations General Assembly, *One Humanity: Shared Responsibility. Report of the United Nations Secretary-General for the World Humanitarian Summit*, New York, 2016, available at http://sgreport.worldhumanitariansummit.org/, p. 29, para.110 (所引所有网址均核查于2019年1月).

¹⁴ John E. Tyler, Transparency in Philanthropy: An Analysis of Accountability, Fallacy, and Volunteerism, Philanthropy Roundtable's Principles of Philanthropy, 2013, pp. 66–67.

Enrique Peruzzotti, "Civil Society, Representation and Accountability: Restating Current Debates on the Representativeness and Accountability of Civil Associations", in Lisa Jordan and Peter van Tuijl (eds), NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations, Earthscan, London and Sterling, VA, 2006, p. 52.

过程"。¹⁶斯里姆的这个定义,不再将问责制限于技术层面,而是将其与目的、参与、透明度等主观概念相联系,甚至将其与学习型组织的概念联系起来。丽莎·乔丹(Lisa Jordan)与彼得·范·图埃尔(Peter van Tuijl)的结论是,"责任是一种规范,是一个社会建构的概念",与时俱进而可作新解。¹⁷

虽难以确定问责制的明确定义,但可以确定这个概念的基本原则。首先,一个要素是对某些人或某些实体负责,一般是对行动负责,也有可能对行动的结果和后果、惩罚或制裁负责。鉴于问责制与"责任"一词相近,问责制概念中也包含了于己负责的因素。其二,问责制有其一以贯之的目标,即对某事负责,一般是对某项任务的执行情况或执行情况的某些方面负责,如有效性,导致这类用语有时与问责制也可同义互换。¹⁸其三,要表现出问责制,须纳入使其明显或可见的要素。¹⁹此亦为问责制常与透明度或报告制度有所关联的缘由所在。²⁰最后,还有一个问责制之总体目标的问题,一般指需要一个控制机制以替代具有法律约束力的安排。这些有关问责制的问题——对谁负责、对什么负责、为什么负责、以及如何展示——将构成本文进一步阐述的理论框架。

过去对人道领域及发展领域的问责制的影响

20世纪90年代及21世纪初,无论是发展领域还是人道领域,越来越多地出现要求加强问责制的呼吁以及对"缺乏问责制"的哀叹。²¹在人道方

Hugo Slim, "By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Nongovernmental Organisations", Journal of Humanitarian Assistance, March 2002, available at: www.gdrc.org/ngo/accountability/by-what-authority.html.

¹⁷ Lisa Jordan and Peter van Tuijl, "Rights and Responsibilities in the Political Landscape of NGO Accountability: Introduction and Overview", in L. Jordan and P. van Tuijl (eds), 脚注15, p. 9.

¹⁸ J. E. Tyler, above note 14, Chap. II, section D, para. 1.

¹⁹ J. G. Stein, 脚注7, p. 125.

²⁰ Steve Charnovitz, "Accountability of Non-Governmental Organisations in Global Governance", in L. Jordan and P. van Tuijl (eds), 脚注15, p. 33.

²¹ Adam Roberts, "Humanitarian Principles in International Politics in the 1990s", in Humanitarian Studies Unit (ed.), Reflections on Humanitarian Action: Principles, Ethics and Contradictions, Pluto Press, London and Sterling, VA, 2001, p. 41.



面,之所以会出现加强问责和提高工作效能的要求,一般与 1994~95年对 卢旺达危机的人道应对的评估有关。²²同时,发展及人道两个领域还受到公 共领域相关创新的影响,即结果导向的管理策略以及"新型公共管理"的 相关理念。²³此外,使用"平衡计分卡"以及使用基于越来越多的可用数据 的类似概念,使商业领域出现了一些趋势,意味着实现问责制已有更佳工具可用。²⁴

发展与人道行动二个领域之间,可能更多的是后者受到前者的影响,发展的观点越来越多地被引入到在冲突环境下开展的工作当中。²⁵到2007年,问责制已可被称为"人道行动的一项原则",与中立、独立和公正的原则以及尊严、可持续性和参与的概念同样重要。²⁶对问责制的普遍接受适用于这一术语的两种不同含义:对捐助方的向上负责,以及对受影响群体的向下负责。就人道领域而言,始于1997年的"环球计划"(Sphere Project)²⁷可以说是通过将服务提供标准制度化以实现向上负责的尝试,而人道问责项目(Humanitarian Accountability Project,2002年)则是为加强向下问责而制定的。²⁸

过去几十年间,推进问责制适用的动因与人道及发展领域的另两个趋势有关。其一是,愈发强调结果及后果,如同基于结果的管理,以及愈发强调

²² Michael Barnett, The International Humanitarian Order, Routledge, London, 2010, p. 200.

^{23 &}quot;新公共管理"是指在将私领域中的管理实践引入公领域。例如,将资源分配与工作表现挂钩、目标设定以及服务提供方的内部竞争机制等。这种管理风格于20世纪7、80年代开始引入到公共领域。见:Rosalind Eyben, "Uncovering the Politics of Evidence and Results", in Rosalind Eyben, Irene Guijit, Chris Roche and Cathy Schutt (eds), *The Politics of Evidence and Results in International Development: Playing the Game to Change the Rules?*, Practical Action Publishing, Rugby, 2015, Chap. 2, para. 20.

²⁴ Janet Väkämäki, Martin Schmidt and Joakim Molander, Review: Results-Based Management in Development Cooperation, Riksbankens Jubileumsfond, 2011, available at: www.rj.se/globalassets/rapporter/2011/rbm_review_feb_2012.pdf.

²⁵ Eleanor O'Gorman, Conflict and Development: Development Matters, Zed Books, London, 2011, pp. 13–19.

²⁶ Thorsten Volberg, Humanitarian Principles: Discourse on Neutrality and Independence of Humanitarian Aid, Verlag Dr. Mueller, Saarbrücken, 2007, p. 24.

²⁷ 全球计划项目指南最初于2001年出版,其中设定了一系列主要是有关灾难情况下救援工作的最低标准,在 2010年出版的新版指南中对此进行了扩展,涵盖了更多的工作内容,并除灾难外的其他情况下也适用。见: www.sphereproject.org。

²⁸ Agnes Callamard, "NGO Accountability and the Humanitarian Accountability Agenda: Towards a Transformative Agenda", in L. Jordan and P. van Tuijl (eds), 脚注15。

对后果或人道行动所产生的"更广泛的影响"的责任。²⁹这些概念在界定参与方应对什么负责的意义上与问责制有关:即应对结果负责。在基于结果的管理中,规范活动的普遍逻辑是线性的,有始有终(投入-产出),而后考察活动的后果(成果-影响)。这也是目前保护活动当中普遍采用的工作范式。³⁰数字化及"大数据"则有望促进对有关结果和影响的量化评价。³¹其二是关于如何展现问责制的问题,进行评价变得愈发普遍,其重要性也愈发凸显。评价使各组织能够向外部利益攸关方,如(国家)捐助者或更广泛的公众,提供对其工作成就的批判性分析。例如,问责制和绩效积极学习网络(ALNAP)就着重于收集和公开分享评价。³²如同问责制一样,报告与评价都意图实现"以证据为基础"。³³

人道问责制的伦理观

随着几十年前开始的"救济-发展连续体的兴起",³⁴各组织越来越多地在发展、救济和人道工作之间切换,成为"多使命组织",在武装冲突中也是如此。³⁵有关发展,一个有影响力的定义是"良好的变化"。³⁶因此,要求实行问责制就意味着要求提供证据,以说明实现了哪些"良好的变化"。若

²⁹ R. Eyben, 脚注23, pp. 11-13.

Norah Niland, Riccardo Polastro, Antonio Donini and Amra Lee, *Independent Whole of the System Review of Protection in the Context of Humanitarian Action*, Norwegian Refugee Council and Inter-Agency Standing Committee (IASC), 2015, pp. 4–7, 兄: https://interagencystandingcommittee.org/sites/default/files/independent whole of system protection review report may 2015.pdf.

³¹ Katja Lindskov Jacobsen, The Politics of Humanitarian Technology: Good Intentions, Unintended Consequences and Insecurity, Routledge, London and New York, 2015, p. 131.

³² Monika Krause, The Good Project: Humanitarian Relief NGOs and the Fragmentation of Reason, University of Chicago Press, Chicago, IL, and London, 2014, p. 109.

³³ Dennis Dijkzeul, Dorothea Hilhorst and Peter Walker, "Introduction: Evidence-Based Action in Humanitarian Crisis", *Disasters*, Vol. 37, No. S1, 2013.

³⁴ Joanne Raisin and Alexander Ramsbotham, "Relief, Development and Humanitarian Intervention", in Humanitarian Studies Unit (ed.), 脚注21, p. 142.

³⁵ See Dorothea Hilhorst and Eline Pereboom, "Multi-Mandate Organisations in Humanitarian Aid", in Z. Sezgin and D. Dijkzeul (eds), 脚注5。

³⁶ Robert Chambers, Whose Reality Counts? Putting the First Last, Intermediate Technology, London, 1997.



人道参与方自认为是"变化推动者",开展的是发展性的工作,³⁷那么对一定时期内的变化负责是合理且必要的。

从这一变化的观点来看,人道行动存在的理由应为其"影响"而非其"伦理价值"。³⁸"影响"倾向于线性思维模式,包括:战略性规划,追求有效性及效率,以及对投入、产出、成果和影响进行比对。与此不同,"价值"意味着一个行动本身是有价值的,例如作为同理心或同情的表达,甚至可能不考虑该行动将产生的任何最终负面后果。伊娃·沃特尔(Eva Wortel)将这种区别描述为:出于一种"以人类生命为重的道德感",而非出于绝对命令或为实现更大利益的功利主义原因而采取行动。³⁹

一个有争议的例子,是在发生暴力死亡的情况下减轻饥饿——即在20世纪90年代被提出作为主要关切的"吃饱的死人"。⁴⁰简而言之,基于价值的方法是为饥饿的人提供食物,因为他们当时正罹受苦难,并且有办法为他们提供食物。这并不意味着天真地无视这些饥饿的人可能面临的其他危险,但若即使虑及其他紧迫的优先事项,为他们提供食物仍是可行的,则缓解饥饿将是一个紧迫而不可避免的步骤,基本上不考虑这种做法潜在的有效性和效率。而基于影响的思考,则可能是承认为处于其他致命威胁下的人群提供食物意义不大。相反,可能优先解决可能比现在饥饿的人影响更多人的更大威胁,才是适当的行动方针,甚至可能忽略同时缓解这一特定群体的饥饿。这也可能包括最终接受虽然当时这里对食物的需求最大,但把宝贵的(食物)资源分配给那些因其他原因即将死亡的人简直是一种浪费,这些资源必须更好地用于其他地方,以拯救更有可能生存的人的生命。

这与将规范伦理学应用于人道行动有相似之处,在伦理学上有结果主 义和非结果主义或道义伦理学的术语。⁴¹这些观念也被称为"工具理性"与

³⁷ Jonathan Goodhand, "Preparing to Intervene: Working 'In' and 'On' War", in Helen Yanacopulos and Joseph Hanlon (eds), Civil War, Civil Peace, James Currey, Oxford, 2006, p. 278.

³⁸ 此处的所言的道德价值并不是指近年来一些捐助方所说的"金钱的价值"这种意义上的价值,后者是 指以高效实现人道影响作为资金配置的正当理由。

³⁹ E. Wortel, 脚注12, p. 783.

⁴⁰ 使用了这个措辞的例子,见: Roberta Cohen and Francis M. Deng, "Exodus Within Borders: The Uprooted Who Never Left Home", *Foreign Affairs*, Vol. 77, No. 4, 1998.

⁴¹ M. Barnett, 脚注22, pp. 216-218.

"价值理性"⁴²以及"结果伦理"与"义务伦理"。⁴³依据传统上倾向的伦理观的不同,人道参与方被贴上"威尔逊派"(结果论)和"杜南派"(道义论)⁴⁴的标签,由亨利-杜南创立的红十字国际委员会(ICRC)是后者的重要例子。

目前对问责制采取的方法倾向于结果主义伦理观的方向,传统上来说这种伦理观更多与发展理论而不是人道理论相关,但被认为普遍存在于今天的人道世界中。⁴⁵这削弱了非结果主义的概念,比如同情心,它可能是"值得的",但最终并不令人满意,因为同情心很可能没有改变导致需要同情心的情况。⁴⁶同样,非结果主义行动往往目标较为谦抑,"只是"减轻而不是消除痛苦。实行问责制的主要原因也是从结果主义而非杜南主义的逻辑出发的:假设人道行动能够在结果(如积极变化)的意义上证明其成就,那么最终就需要通过问责制来证明人道行动本身的合理性。

目前,对包括杜南派组织在内的所有参与方实行问责制的要求,都基于上述主流理解。例如,国际红十字与红新月运动称,运动致力于向上问责和向下问责的主流概念:其《行为准则》第9条规定,"我们认为,我们对以下两类人均负有责任:那些我们所致力于援助的人们以及那些我们从他们那里获得资源的人们"。⁴⁷这种对问责制的承诺可能会受到保密要求的限制,

⁴² C. Calhoun, 脚注6, pp. 89, 95, 97.

⁴³ Michael Barnett and Jack Snyder, "The Grand Strategies of Humanitarianism", in M. Barnett and T. G. Weiss (eds), 脚注6, p. 144; J. G. Stein, 脚注7, p. 134.

⁴⁴ 有关"威尔逊派",见:Samir Elhawary, "Mirror, Mirror, on the Wall: Stabilizers, Humanitarians and Clashes of Perception", in Caroline Abu-Said (ed.), *In the Eyes of Others: How People in Crisis Perceive Humanitarian Aid*, MSF and Humanitarian Outcomes, New York, 2012, p. 139. 两种派别的说法,另见:M. Krause脚注32, pp. 110–111,所引为Abby Stoddard, "Humanitarian NGOs: Challenges and Trends", in Joanna Macrae and Adele Hammer (eds), Humanitarian Action and the "*Global War on Terror*": *A Review of Trends and Issues*, Humanitarian Policy Group (HPG) Report No. 14, Overseas Development Institute (ODI), London, 2003, pp. 25–36.

⁴⁵ 有关职业化可能如何进一步推动结果主义的论述,见:Giles Carbonnier, "Reason, Emotion, Compassion: Can Altruism Survive Professionalization in the Humanitarian Sector?", *Disasters*, Vol. 39, No. 2, 2014, p.197–199.

⁴⁶ 有关同情心更多讨论, 见: Christopher D. Wraight, The Ethics of Trade and Aid: Development, Charity or Waste?, Continuum, London, 2011, 尤见p. 155.

⁴⁷ 国际红十字会与红新月会联合会以及红十字国际委员会,《国际红十字和红新月运动及从事救灾援助的非政府组织行为准则》,日内瓦,1994年,可浏览:www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-1067.pdf.



而在开展敏感的保护工作时尤其需要注意,这一点将在接下来的章节中详述。⁴⁸无论如何,红十字国际委员会据称正面临来自捐助方的压力,要求其改进问责制。⁴⁹

因此,关键问题应该是,杜南派参与方是否能够以及是否应该想要履行 更符合结果主义伦理观的问责制的要求,以及这一决定在恪守人道原则方面 可能会产生什么影响。在这方面,首当其冲受到挑战的是中立原则与独立原 则。本文无意讨论遵守两原则的必要性⁵⁰或于此有关的道德立场的决定,也 无意讨论一线实地的相关现实,如人道行动日益军事化和政治化,而是意在 显示,选择强调中立性和独立性的杜南主义道德立场⁵¹,会对问责概念的应 用产生影响。

适用问责制的挑战:对什么负责?如何负责?对谁负责?

武装冲突环境下人道保护工作的问责

众所周知,将目前对问责制的理解应用于武装冲突环境下的人道保护工作富有挑战,因为此类工作通常被认为"难以衡量"。⁵²具体到保护工作,将问责制的要求行动化被认为是"极其困难"、⁵³"遥遥无期"⁵⁴甚至是"基

⁴⁸ Claudia McGoldrick, "The Future of Humanitarian Action: An ICRC Perspective", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, 2011, pp. 978, 982.

⁴⁹ Jock Baker, Ester Dross, Valsa Shah and Riccardo Polastro, How to Define and Measure Value for Money in the Humanitarian Sector, Sida Decentralised Evaluation No. 29, 2013, pp. 30, 43, available at: http:// reliefweb.int/report/world/study-how-define-and-measure-value-money-humanitarian-sector.

⁵⁰ 有关这些人道原则如何面临挑战的概述,见: Wolf-Dieter Eberwein and Bob Reinalda, "A Brief History of Humanitarian Actors and Principles", in Z. Sezgin and D. Dijkzeul (eds), 脚注5, p. 50.

⁵¹ 红十字国际委员会普遍坚持包括中立原则在内的所有人道原则。近期发表的有关讨论,见: Jérémie Labbé and Pascal Daudin, "Applying the Humanitarian Principles: Reflecting on the Experience of the ICRC", *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, No. 897/898, 2016.

⁵² Katja Lindskov Jacobsen and Kristin Bergtora Sandvik, "UNHCR and the Pursuit of International Protection: Accountability through Technology?", *Third World Quarterly*, Vol. 39, No. 8, 2018.

⁵³ Hugo Slim and Andrew Bonwick, Protection: An ALNAP Guide for Humanitarian Agencies, ALNAP, ODI and Oxfam, 2005, p. 104.

⁵⁴ John Borton, "Trends and Challenges in Measuring Effectiveness", in Sarah Jane Meharg (ed.), Measuring What Matters in Peace Operations and Crisis Management, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, 2009, p. 167.

本无法实现"的。⁵⁵此处的重点并非总结说保护工作者需更加努力、收集更多数据,并在寻找共同框架方面行事更为一致。⁵⁶相反,本处分析试图阐释的是,为什么难以对保护工作实行问责制,强调指出了过度试图实现问责制可能产生的后果,并提供了实行问责制的替代性方法。

首先,为本讨论之目的,有必要退一步,先探究"冲突环境下的保护工作"的含义指的是什么。人道参与方开展此类保护工作,并不仅限于武装冲突期间,在"动乱、暴乱、叛乱、起义和其他不属于战争的国内骚乱和紧张局势"⁵⁷期间也会开展。这类情形与灾害的情形存在根本不同,因为这类情形的参与方正持续使用暴力,导致受暴力影响之人可能存在保护需求。这种保护是为使有关人员免受他人行为的影响,因而不同于灾害环境中为免受自然因素影响的保护,即使在实践中,冲突和灾害也可能同时发生,并与国家崩溃和脆弱性等问题混合在一起,从而导致所谓的"复杂的紧急情况"。

第二个有必要澄清的概念,是"人道保护工作"本身的含义是什么。 "保护"一词在红十字国际委员会,传统上源于在武装冲突中保护平民 不受武力使用的影响。这里对"人道保护工作"采取的是基于尊严的观 念,是指在武装冲突中"旨在维护或恢复人类尊严的任何行动或一系列行 动",同时强调相关责任在于冲突各方。⁵⁸目前,有关保护的主流定义与此 仅是部分一致,正如红十字国际委员会引用的这个广泛使用的定义所示: "所有旨在确保按照相关法律体系(即人权法、国际人道法和难民法)的

⁵⁵ J. G. Stein, 脚注7, 第126页。

Udo Reichhold and Andrea Binder, Scoping Study: What Works in Protection and How Do We Know?, Global Public Policy Institute, Berlin, 2013, p. 35, 可浏览: www.gppi.net/publications/humanitarianaction/article/scoping-study-what-works-in-protection-and-how-do-we-know/; Hugo Slim, Humanitarian Ethics: A Guide to the Morality of Aid in War and Disaster, Hurst & Company, London, 2015, p. 101.

⁵⁷ David P. Forsythe, The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 254.

⁵⁸ Cornelio Sommaruga, "Humanity: Our Priority Now and Always. Response to 'Principles, Politics and Humanitarian Action'", *Ethics and International Affairs*, Vol. 13, 1999, p. 26. 自2008年起,红十字国际委员会使用的保护的定义当中就提到了尊严,见: ICRC, "ICRC Protection Policy: Institutional Policy", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, 2008, p. 752.



文字和精神充分尊重个人权利的活动"。⁵⁹该定义不仅将保护工作建立在国际人道法(IHL)的基础上从而以武装冲突局势为背景,还同样建立在人权和难民法的基础上,因而也适用于除武装冲突之外的局势。参照上述法律使得保护的适用范围得以扩大,现在是以"基本权利"为框架。基于权利而非尊严的定义,保护就可以包括社会、政治、文化、性别和经济权利,将其与民主、正义、和平和公民社会建设等问题联系起来。⁶⁰受到质疑的是,将保护的概念扩展到包括社会和发展变化的问题,是否导致其"失去独特含义"?⁶¹可能是由于这个原因,人们看到,在更为行动性或技术性的层面上,对于"保护性的人道工作在实践中可能意指为何"缺乏共识。⁶²同时,保护工作还可能与应对敌对行动对受影响人口构成的具体威胁的相关工作也越来越脱节。围绕保护工作包含什么或不包含什么的问题,从起初的保护个人尊严开始,直至现在甚至包括取得社会变革,都将在下文中有关问责制的讨论中进行回应。

杜南主义伦理观引出的问题:对什么负责?

目前占主导地位的理解是,人道参与方应对实现一种所希望的变化或结果负责,同时考虑到有效性、效率和时效性等概念。但是,取决于如何理解人道参与方所提供的保护都包含哪些内容,从杜南主义伦理观来看,实现变革可能会带来一系列严重问题。

要理解保护工作意欲达成何种变化或结果,则需追寻"保护"一词本身的根本含义,以及该含义与人道参与方的作用有何联系。保护旨在保护民众免受苦难,即终止暴力虐待或预先防止暴力虐待。这是国际人道法存在的原

⁵⁹ 正如红十字国际委员会所引,见: Professional Standards for Protection Work, 3rd ed., Geneva, 2018, p. 11; IASC, InterAgency Standing Committee Policy on Protection in Humanitarian Action, New York, 2016, p. 2, available at: https://tinyurl.com/y3xdozd2.

⁶⁰ Elisabeth G. Ferris, The Politics of Protection: The Limits of Humanitarian Action, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2011, p. 275; Michael Barnett, Empire of Humanity: A History of Humanitarianism, Cornell University Press, Ithaca, NY, and London, 2011, p. 195.

⁶¹ E. G. Ferris, 脚注60, p. xii.

⁶² N. Niland et al., 脚注30, p. 16.

因,而这种保护的责任则在于冲突各方。虽然保护的主流定义并未明确规定 提供保护的责任主体,而且到目前为止这包括人道参与方本身,但红十字国 际委员会使用的定义将(国家)当局称为责任主体⁶³,并包括以建设和平/维 持和平任务进行干预的其他(国家)行为者。⁶⁴

根据这种理解,人道参与方所开展的保护工作源头上是为了提醒冲突各 方履行其责任,而不是志在直接保护受武装冲突或其他暴力局势影响的人。不 幸的是,近年来,保护工作者应通过制止暴力来保护受影响人群这种更为符合 字面意义的理解占了上风,并被纳入了一些主要的保护手册当中,不过同时 也承认,这可能确实超出了大多数保护工作者或保护工作的能力范围。⁶⁵这似 平也是一些捐助方采用的衡量标准,他们问及"可以支持哪些活动来有效保 护我们受影响的社区"。"这种对人道参与方开展的保护工作作字面理解是有 问题的。首当其冲的问题在于,这种理解不具现实性。马克·迪布瓦(Marc Dubois)甚至对干人道参与方能够真正向受武装冲突影响的人群提供保护的想 法提出了质疑,因为在面临蓄意暴力时,保护工作者及其保护工作均无能为 力、并且其自身也会成为攻击对象。67实际上,在武装冲突中通常只有军队有 力保护平民,意味着人道参与方若非军事行为体,则无法提供此种意义上的保 护。根据这一逻辑,有观点建议,应将军事和其他政治(国家)行为体视为解 决人道需求的整体机制的一部分。68其次,前述字面理解存在问题的原因还在 于,为此人道参与方需在一定程度上参与军事行动,而这可能与任何保持中立 的愿望都大相径庭。

⁶³ 根据机构间常设委员会的定义,保护工作的目的在于获得对相关法律的尊重,但定义中并未明确说明 这种尊重从谁那里获得。红十字国际委员会的定义阐明了这一点。"保护的目的是确保当局和其他行 为体尊重他们的义务和个人的权利,以维护受武装冲突和其他暴力局势影响民众的安全、身体完整和 尊严。"见:红十字国际委员会,脚注58,第752页。

⁶⁴ 同上注, 第752页, 脚注2。

⁶⁵ H. Slim and A. Bonwick, 脚注53, 第114页。

⁶⁶ U. Reichhold and A. Binder, 脚注56, 第49页。

⁶⁷ Marc DuBois, Protection: The New Humanitarian Fig-Leaf, Discussion Paper, Refugee Studies Centre, Oxford, 2009, 可浏览; www.rsc.ox.ac.uk/publications/protection-the-new-humanitarian-fig-leaf.

⁶⁸ 关于越来越多出现的私营军事公司的人道身份,见: Jutta Joachim and Andrea Schneiker, "Humanitarian Action for Sale", in Z. Sezgin and D. Dijkzeul (eds), 脚注5, p. 203. 对于对人道参与方进行扩大解释的批判性讨论,见: M. Barnett, 脚注22,第9章。



如上所述,保护工作可以包括为社会,政治,文化、性别,甚至经济 权利而采取的行动,从杜南主义伦理观来看,这可能也是有问题的。这种理 解意味着只关注产生人道问题的根源原因,而不是应对其症状、开展结构性 变革、并成为"变革的推动者",从而创造"公正的社会"。 69然而,如果 这种社会变革是有争议的,那么追求相关的目标就会与中立原则相冲突,因 为中立原则被理解为明确地远离"政治、种族、宗教或意识形态性质的争 议。""这反过来又提出了一个问题:由谁来决定理想社会的实际面貌?捐 助者、受益者、人道参与方,还是不同的利益攸关方,如实施保护活动的国 家的政府?似乎可以不失公允地说,大多数人道行动不仅是由西方国家捐助 者和西方公众提供资金,而且追求的也是接近西方社会模式的社会价值,如 赋予妇女和儿童权力,以及强调(核心)家庭单位而非更大的亲缘关系概念 的重要性。如果这些社会价值不具争议性,从杜南主义伦理观来看可能没有 问题。但不愿减损中立的人道原则的人道参与方,也就是杜南派参与方,可 能需要避免参与对实现社会变革负责的工作,即使利益攸关方希望如此或恰 是因为利益攸关方表达了这一意愿。此处所言的利益攸关方,除讨论问责制 时首先想到的捐助方之外,还包括冲突各方、受影响群体以及保护项目的 受益者。⁷¹此外,人道参与方是出于人道必要而开展行动,还是将人道行动 视为一种自愿行为,将会对问责制产生影响。⁷²若是存在必须行动的一个命 令,此时是否开展人道行动的决策既已作出,则需进行衡量的是人道行动之 后果或结果。而若是将人道行动视为一种自愿行为, 73则参与方在每个时间 点上都要对行动与否的决定本身负责。一如菲奥娜·特里(Fiona Terry)之 详论,作出决定行动的决策本身可能影响深远,对其进行评判并非是适用考

⁶⁹ E. G. Ferris, 脚注60, 第188页。

⁷⁰ Jean Pictet, The Fundamental Principles of the Red Cross: Commentary, Henry Dunant Institute, Geneva, 1970, p. 56.

⁷¹ Ryan O'Neill 在谈到青年党时提到了这点,见: "Rebels without Borders: Armed Groups as Humanitarian Actors", in Z. Sezgin and D. Dijkzeul (eds), above note 5, pp. 138–139.

⁷² 接受适用人道要求的论点也提到了相关的两难问题,见: Beat Schweizer, "Humanitäre Dilemmata: Anspruch und Wirklichkeit der humanitären Prinzipien", in Jürgen Lieber and Dennis Dijkzeul (eds), Handbuch Humanitäre Hilfe, Springer Verlag, Heidelberg, 2013, pp. 333–349.

⁷³ H. Slim, 脚注56, 第3页。

察投入-产出的管理模型以作评价的技术层面的问题,而是一个道德判断的问题。⁷⁴事实上,特里主张,注重线性问责制工具有障目之嫌,从而忽略更为重要的、需要开展的关乎"对"与"错"的讨论。以经典的杜南主义观点来看,人道行为恰恰并非是命令性的而是出于自愿。⁷⁵回到用于描述非结果主义伦理方法的各个术语上来,这表明了基于责任的理性、基于义务的理性或基于价值的理性等术语在适用于人道行动方面各有其细微差别。

对于选择精典的杜南派伦理观方法的人道参与方而言——这种方法更类似于基于价值的理性而非基于义务的理性,,实际提供可免于(例如通过使用武力所致的)伤害的保护、解决产生苦难的社会根本原因而推动变革、以及在遵循开展行动的命令后对行动的结果负责,对此三方面的负责均已超出了人道工作减轻痛苦的目的。事实上,溯及杜南主义伦理观的基本原理,上述问责制忽略了保护工作潜在的内在价值,它独立于任何结果和后果,作为一种出于同情的自愿行为,它不需要被证明其合理性。⁷⁶

现实问题及其影响:如何负责?

被一般接受的实行问责制以及体现某一任务的价值的方法,是对结果进行报告,并且它一般会以一个"投入-产出-影响"的线性逻辑呈现。因此,由此出发,需满足两个基本的重要条件。首先,在理想情况下,要有可衡量、可量化的信息作为询证的硬性数据支撑。其次,需找到将前述业经量化的影响与所进行的保护工作联系起来的方法。在人道及发展领域的诸多方面,⁷⁷这种方法已经被指困难重重,而除此之外,还应该考虑冲突环境下开展保护工作所面临的其他特定问题。

先谈可衡量性问题。由于保护工作具有"感知和社会心理层面"的维度,关乎社会行为,因此是一种难以衡量的复杂现象,对保护工作进行衡量

⁷⁴ Fiona Terry, Condemned to Repeat? The Paradox of Humanitarian Action, Cornell University Press, New York, 2002, pp. 238, 244.

⁷⁵ 有关为何不将亨利-杜南开展的工作视为处于绝对命令(即他并非是不得不行动,而是出于自愿开展相关行动)的讨论,见; E. Wortel, 脚注12, 第783页。

⁷⁶ 同上注, 第781页。

⁷⁷ J. Goodhand, 脚注37, 第260页。

并非易事。⁷⁸即使将保护工作简化理解为挽救生命,决定在何处、何种项目上分配援助,也需要进行成本效益分析而为每个生命设定一个货币价值,⁷⁹这显然令人难以接受。原则上不可量化的保护工作包括:见证、在场、赋予尊严及展示团结,或者仅仅是富有同情心。⁸⁰将收集可衡量证据的科学方法应用于保护工作将面临挑战:例如,随机对照试验等科学方法可用于基于案例研究的回顾性分析,但由于实践和伦理方面的原因,尚未成功应用于冲突局势当中。⁸¹

就可衡量性问题,通常采用的办法是设定参考指标。保护手册中载有设定指标的一般准则,并强调了正确选择指标的重要性。⁸²不过在现实中,针对不同的环境及不同的参与方,很难找到并在实践中应用同一整套有意义且可比较的标准化指标,这不仅因为应用环境多种多样,而且与保护工作相关的框架、方法和工作内容也有关。保护的定义尚能探明,但很难明确什么是"常见保护问题和相关工作范式"的综合方法,且该方法能使我们制定出适用于不同环境和时间的指标和标准。⁸³在此,开展保护工作的环境对此也有所影响,因为在武装冲突局势下开展的保护工作,相比一次性的灾害而言,可能存在多得多的、甚至是不断发生的局势变化,因而即使在同一环境下也不可能有不变的标准化指标。

与此密切相关的是,普遍缺乏可用的基线、基准、最佳实践和其他参与方的相关数据,或某种标准,也就没有通过指标对工作表现进行比对的先决条件,因而也无法在衡量产出的基础上更进一步。再加之冲突环境下局势不断变化,因而缺乏随可即用的最新信息,衡量尤为困难。

另一种标准来源及问责方法,是采访那些应从项目受益的人们或对他们 进行调查——即通常所说的受影响人群。这种方法还恰恰符合对受影响人群

⁷⁸ Francesca Bonino, Evaluating Protection in Humanitarian Action: Issues and Challenges, Working Paper, ALNAP and ODI, London, 2014, p. 28, available at: http://www.alnap.org/resource/19237.

⁷⁹ David Miliband and Ravi Gurumurthy, "Improving Humanitarian Aid: How to Make Relief More Efficient and Effective", Foreign Affairs, Vol. 94, No. 4, 2015, p. 126.

⁸⁰ M. Barnett, 脚注22, 第216页。

⁸¹ D. Dijkzeul, D. Hilhorst and P. Walker, 脚注33, p. S15.

⁸² H. Slim and A. Bonwick, 脚注53, pp. 106-108.

⁸³ U. Reichhold and A. Binder, 脚注56, p. 8.

的向下问责制。但以此类采访作为可比数据的来源,存在一个实际但并非无 法解决的问题:在武装冲突环境下,保护项目的目标人群可能会在一定时期 内以某种方式经常、反复地改变其所在地点甚至其所处境况,又或者抵及他 们可能会变得困难。在敌对行动和武装冲突之外,通常能找到更为固定的群 体,例如在一个农村或在城市环境中处于类似情形的一个特定群体——比如 经常会去某个诊所的孕妇。在武装冲突环境下,人群变动更加明显,使监测 具有统计学代表性的群体十分不易,尤其是时间跨度较大时。

然而, 更重要的是, 人道主参与方为进行采访不仅需要扎实的专业技 能,还需要对其自身和受访者所处的情况保持一定程度的"客观性"和"距 离感"。⁸⁴虽然在任何情况下保持客观性可能都是一种挑战,但面对武装冲 突可能造成的严重痛苦,以问责而非行动为目的而进行采访可能更是尤具挑 战。的确,制定人道参与方的中立原则,也是为了抵制其偏向一方的自然倾 向,以防参与方对其观念中的加害者和受害者区别对待而不报以同样的同 情。85此外,听取受益群体的意见并转达他们对事件的理解,甚至可能危及 利益攸关方对人道参与方中立性的认定,因为受益群体在影响他们的冲突中 很难是中立的。86最后,特别是在武装冲突环境下,要求暴力受害者从其自 身经历中抽离,反思机构的工作表现是很难的——此外还要注意到,这些机 构常常在受害者面临的实际问题的边缘领域开展行动。要对人道参与方的工 作表现提出有用的意见,受害者就需要现实地认识到,这些机构无法满足其 最为迫切的需要,例如摆脱暴力及矫正其过去所经历的冤屈。87因此,总而 言之,通过采访和调查受影响人群搜集的数据,不太可能轻易用作为问责目 的而收集的可衡量数据,虽然从其他角度看,进行采访和调查可能是有用且 必要的。

⁸⁴ Diane Abbott, "Doing 'Incorrect' Research: The Importance of the Subjective and the Personal in Researching Poverty 'Footprints'", in Alan Thomas and Giles Mohan (eds), Research Skills for Policy and Development: How to Find Out Fast, Sage, Los Angeles, CA, 2007, p. 212–213.

⁸⁵ Raymond Apthorpe, "Effective Aid: The Poetics of Some Aid Workers' Angles on how Humanitarian Aid 'Works'", Third World Quarterly, Vol. 33, No. 8, 2012, p. 1554.

⁸⁶ Ed Schenkenberg van Mierop, "Coming Clean on Neutrality and Independence: The Need to Assess the Application of Humanitarian Principles", *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, No. 897/898, 2016, p. 11.

⁸⁷ F. Bonino, 脚注78, 第24页。



继可衡量性之后,有关如何展现问责制的第二套实际挑战涉及的是归责和因果关系方面的问题。人们正确地认识到,保护问题与不受保护工作者左右的"外部因素有着本质联系"。⁸⁸据此,用线性模型来理解投入和产出以外的因果关系,在(稳定的)发展局势中都已被认为具有挑战性,⁸⁹局势越不稳定,适用起来就会愈发困难。有人建议使用"变革理论"来解决这个问题。⁹⁰对于那些旨在实现变革、也因此希望对所实现的变革负责的保护工作者而言——也就是遵循结果主义伦理观的参与方,这种方法也许可行。这类工具也可以帮助杜南派参与方对某个行动可能产生的影响进行思考。然而,对于那些原则上不直接以实现更大的(社会)变革、从源头上解决问题为目标,而只希望对某一时间点的工作的价值负责的行动而言,此类工具作为一种问责制框架,最终是无法令人满意的。同样,使用变革理论可能造成过于关注人道参与方能够产生什么影响,因而夸大了归责,并会潜在将使用武力的责任承担者——即武装冲突参与方——的最终责任最小化。

可衡量性和归责方面的困境的一个实例是,实现家人团聚通常是保护工作者有关保护冲突局势中失散、无人陪伴的未成年人方面的关键任务。然而,不存在评估有多少家人团聚的过程指标的基准,因为这取决于局势、离散的原因,以及在相关背景下对家庭/家族动态的文化理解。向一组儿童提供服务而不向另一组提供服务的科学控制试验在伦理上是不可接受的。在预防方面,失散未成年人新登记人数下降更有可能是与冲突局势的演变而非保护工作者的努力存在因果关系。失散方面的信息——例如如果这些信息与招募童兵有关,有可能具有政治敏感性并受到冲突方操纵以实现其自身的意图。因此,即使是像失散儿童实际数量这样的基本信息,人道参与方可能也无法进行完全评估。

⁸⁸ U. Reichhold and A. Binder, 脚注56, 第25、32~35页。

⁸⁹ Ben Ramalingam, Aid on the Edge of Chaos: Rethinking International Cooperation in a Complex World, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 107–111.

⁹⁰ U. Reichhold and A. Binder, 脚注56, p. 46. "变革理论"是指 "一种社会变革的规划和评估方法";与逻辑框架法等相比,它采取了一种更加灵活、不那么死板的方法来解释如何实现影响。更多详细讨论,见: S. J. Meharg (ed.), 脚注54, 第49页。

最后,除童兵招募的情形外,证明团聚是对儿童本质上最好的选择,其本身就是一个价值方面的问题。"对于干预措施(即团聚)是提高还是降低了〔儿童的〕福祉这个问题,可能根本就不存在直接答案。"⁹¹因为对"幸福"是什么的看法针对不同的儿童可能会存在根本不同,例如,有些儿童可能更愿意留在寄养家庭,而其他利益攸关方则可能认为真正的幸福只能由亲生父母提供,或者只能在儿童自己的文化和语言环境中实现。"幸福"的内涵随着时间的推移可能也会有所不同,就是说短期内实现"幸福"的事情长远来看可能会产生问题,而此种情况又不可能在分析时预测采取其他做法将产生的"替代性未来"影响。比如,一名儿童在寄养家庭中的成长过程可能诸事皆宜,但该名儿童成年后可能开始与自己异于常人的童年境遇作斗争,从而使最初的决定受到质疑。

对于这种类型的干预,可能无法基于证据、从结果主义角度对捐助者负责。而本节开头引用的往往仅是要求人道参与方"更加努力"的补救措施,效用也不容乐观。在这种情况下,转向杜南主义伦理观则更令人满意。从杜南主义的立场出发,需要根据必须决定是否开展相关工作的时点所掌握的可用信息,对于在特定时间、特定环境下,针对该特定儿童作出的是否继续推进其与家人团聚的决策负责。如决定推进,责任就转变为保护工作者在开展工作时对儿童给予"适当的照顾和关注",着眼于预期结果而不是基于最终结果本身。⁹²

受益人的诉求复杂多样,又缺乏共同指标框架,此二者所所带来的实际 困难可能会持续存在。将上述问题的最终解决方案寄希望于技术进步的想法 很可能是错误的,并可能反而导致其他新的复杂问题出现。⁹³

⁹¹ U. Reichhold and A. Binder, 脚注56, p. 40.

⁹² For the concept of accountability for "care and attention" but from development action, see C. D. Wraight, 脚 注46, p. 130.

⁹³ 关于寄希望于技术进步以加强问责制的问题, 见: Kristin Bergtora Sandvik, "Stronger, Faster, Better: Three Logics of Humanitarian Futureproofing", in V. M. Heins, K. Koddenbrock and C. Unrau (eds), 脚注1, p. 131. 有关人道科技的复杂性, 见: K. L. Jacobsen, 脚注31.



对谁负责? 实现问责制所带来的外在风险

与实行问责制有关的另一个重要但往往被忽视的问题,涉及分享或公布信息的内在要求,公开相关信息就会使非人道参与方意图通知的那些人也能获取这些信息。问题在于,收集、占有、分享、公布和解释与保护工作有关的信息可能存在一系列风险,尤其是在冲突环境中,因为这些信息具有政治敏感性。因此,风险涉及两方:一是提供信息者,二是收集和掌握信息的人道参与方。

在武装冲突环境下,愿意与外界交流的民众会承担一些风险。在冲突局势中受影响人群所面临的风险会被放大,原因很简单,因为对冲突方而言"对知识与自我认知的控制"⁹⁴很重要,因此他们可能不希望某些信息在外界被分享。典型的例子是关于直接或间接支持冲突一方之人的信息,这可能是另一方所不能接受的,以及提及或暗示不可接受的或非法做法,如酷刑、法外拘留或杀害,或上文提到的招募童兵的例子。这类信息可能会使冲突一方声誉尽毁,所受支持也将被破坏,这类信息除了具有潜在军事价值外,还可能在国际刑事诉讼中产生法律后果。此外,在某些情况下,分享任何信息都会迅速引起怀疑,无论其实际内容。这些风险在当时可能并不明显,可能在执行人员(和分享信息的人)的视线之外,可能过于微妙而未引起注意,或者可能只在后来才形成。⁹⁵由于同时受到了援助或其他救济,负面影响可能更易为所涉人员接受,但如果是为问责制收集证据而进行接触,可能就没那么容易接受了。鉴于"不伤害"的概念被认为是保护工作的首要原则,⁹⁶人道参与方需要考虑好为实行问责制,在多大程度上使受影响人群面临风险属于可接受的范围内。

⁹⁴ Judy El-Bushra, "Power, Agency and Identity: Turning Vicious Circles into Virtuous Ones", in H. Yanacopulos and J. Hanlon (eds), 脚注37, p. 210.

⁹⁵ 关于与援助组织交流的受益人群体之间权力互动的考虑——这里是作为参与式方法的一部分,但也适用于经常使用类似群体采访的保护活动,也适用于冲突环境之外的保护工作——并提到固有的风险,因此援助工作者有责任对此进行风险管理,见:Linda Mayoux and Hazel Johnson, "Investigation as Empowerment: Using Participatory Methods", in A. Thomas and G. Mohan (eds), 脚注84, 尤见第207页。

⁹⁶ 红十字国际委员会, 脚注59, 第27~28页。

另一处风险在于保护机构掌握信息。对敏感信息的处理和储存需要专业而谨慎的管理,主要是为了受影响人口的利益。⁹⁷如果其他方面认为信息有被分享的危险,保护机构就会因收集敏感的、与保护有关的信息而受到威胁。⁹⁸保护机构要坚持中立原则,就需使各方相信,敏感信息确实不会被分享,包括出于问责制的目的。有人建议将"背景信息共享协议"——即机构间共享数据的协议,规定、制定并确保签署方之间的共享⁹⁹——作为对冲突中人道数据稀缺的回应,但这不可能成为这一问题的最终解决方案,因为切实确保若干人道参与方之间的保密性可能并非易事。

为实行问责制,通常须进行公开报告。¹⁰⁰在公开报告与谨慎对待敏感信息的需要,甚或是保密的需要,之间保持平衡,可能是一个挑战。在公开报告过程中保持"道德纯洁性"以及维持公众支持十分重要,¹⁰¹除不愿意分享潜在的高度敏感的保护信息外,这可能是参与方倾向于避免过度透明的另一个原因。可能正在或已经开展了某项具体保护工作本身这一简单事实,就已经构成了敏感数据,因为对保护需求做出应对就能证明,首先有保护需求的存在。人道参与方开展的保护工作,例如与招募童兵、对平民的暴力或任意拘留或失踪等有关的工作,与国际人道法所禁止的行为直接相关。对此,冲突各方以及国际社会会希望隐藏或公开这样的暴行。利益攸关方可能会从有关保护问题进入公众视野而获益,影响公众舆论,或为制裁提供理由等。如果这种情况是通过宣传或言论发生的,可以推定是有意为之并为某种目的服务,但也可以是为了满足目前所理解的问责制的要求,虽通常是无意的。

因此,通常由西方国家或西方公众资助的保护工作者的工作报告可能会 被政治化。在某些情况下,任何公开报告,即使只与保护工作本身有关,而 不关乎其观察或影响有关,从冲突各方或其他利益相关者的角度来看,可能

⁹⁷ 同上注, 第103~140页。

⁹⁸ Peter Redfield, "The Impossible Problem of Neutrality", in Peter Redfield and Erica Bornstein (eds), Forces of Compassion: Humanitarianism between Ethics and Politics, SAR Press, Santa Fe, NM, 2010, pp. 66–67.

⁹⁹ N. Niland et al., 脚注30, 第49页。

¹⁰⁰ E. Wortel, 脚注12, 第789页, M. Dubois, 脚注67, 第7~9页。

¹⁰¹ Kai Koddenbrock, "More than Morals: Making Sense of the Rise of Humanitarian Aid Organisations", in V. M. Heins, K. Koddenbrock and C. Unrau (eds), 脚注1,第193页。



已经威胁到了有关工作者在事实和认知上的中立性。总而言之,虽然识别问题、收集数据、得出结论和经验学习的过程应该而且必须在人道组织内部开展,但有理由认为这种分析不应对"外部"可见。¹⁰²有关武装冲突中保护问题的数据和分析可能的确需要仅保留在组织内部。

在实践中,为了受影响的人群和人道参与方自身,面临需要实行问责制和需要负责任地处理敏感信息之间的这种两难选择,可能会导致人道参与方对措辞和表述极端谨慎。举一个随意但不失为典型的例子,这种两难境地可能会导致出现诸如"普遍存在关于违反国际人道法和其他虐待行为的报道"的措辞。¹⁰³这类措辞事实上并未明确是否有违反行为,也未言明参与方对此做了什么工作,也未明确表示参与方如何开展工作或取得了什么成就,因此并未实现问责制的要求——但保持了中立的立场。¹⁰⁴

除上述围绕衡量、归属、收集、分享和报告冲突中的保护工作的实质性问题外,还存在最后一个风险:越是难以以强科学手段收集和展示信息,就越容易受到恶意、疏忽或错误而曲解甚至操纵。无论是简单的工作报告之外的统计数据,还是在受益人的诉求方面,均是如此,特别是仅出于保持中立和独立的目的而将这些信息有选择地提供给外部受众时。这一点在有关人道参与方为推动其自身的机构意图而操纵或歪曲信息的讨论中就已被提出,¹⁰⁵但其实这种风险更普遍地存在于冲突环境中。在冲突背景下,许多利益攸关方利用人道参与方在公共问责的背景下作出的言论来实现自己的总体目的,包括冲突各方和受影响的人群本身。

¹⁰² 可能同时对学术界也不可见:例如,T.G. Weiss在"Humanitarianism's Contested Culture"中没有观察到内部问责的发生,上文注2,第27页。

¹⁰³ 红十字国际委员会, 2013年有关叙利亚阿拉伯共和国的年度报告, 日内瓦, 2014年, 可浏览: <u>www.</u> icrc.org/eng/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-syria.pdf.

¹⁰⁴ 有关红十字国际委员会的中立立场, 见: Fiona Terry, "The International Committee of the Red Cross in Afghanistan: Reasserting the Neutrality of Humanitarian Action", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011.

¹⁰⁵ D. Dijkzeul and D. Hilhorst, 脚注1, 第54页。

问责制与人道准入:此消彼长?

将目前占主导地位的结果主义对问责制的理解应用于在冲突环境下开展的保护工作时,可能会引发道德上、时间上及风险方面的问题,因此必须追问,特别是对杜南派参与方而言,除上述问题外,坚持问责制可能付出什么代价?

前文已提到遵守中立和独立原则的问题。一个解决办法是,将这些原则完全下放至"次阶地位",¹⁰⁶因为其确属工具性原则,本身并不具有道德价值。¹⁰⁷不过,不应轻率为之。中立及独立两原则的首要价值在于旨在使冲突各方相信,允许人道参与方开展行动不会对己方在冲突中取胜的概率产生负面影响。¹⁰⁸这就包含与战争有关的实际考虑,例如所提供的援助产生的影响,以及与人道行动中所存在的、与社会规范有关的更广泛考虑,因为冲突方对有关社会规范可能不认同。因此,导致信任丧失的不仅是人道援助滥用,人道参与方若造成自身在适用、代表甚至推动许有争议的社会规范之印象,即便是无心之举,也将导致信任的丧失。¹⁰⁹信任也很可能轻易地由于公开的"言论"而丧失,可能包括对问责制的公开报道:"发出'声音'往往会意味着被迫完全'撤离'一线地区"。¹¹⁰须强调的是,对此,观感与现实同等重要。¹¹¹

失去冲突方的信任与信心的后果,就是人道参与方失去常谓之的"人道准人"或"人道空间"。¹¹²人道准入被看做是分派救援与援助以及避免人道

¹⁰⁶ T. G. Weiss, 脚注2, p. 30.

¹⁰⁷ E. Wortel, 脚注12, p. 781.

¹⁰⁸ H. Slim, 脚注56, p. 68.

¹⁰⁹ Christina Bennett, *Time to Let Go: Remarking Humanitarian Action for the Modern Era*, ODI and HPG, 2016, p. 69, 可浏览: www.odi.org/hpg/remake-aid. 有关红十字国际委员会在阿富汗遇到的棘手情况的具体案例,见: F. Terry, 脚注104, p. 176.

¹¹⁰ Volker M. Heins and Christine Unrau, "Introduction: Cultures of Humanitarianism, Old and New", in V. M. Heins, K. Koddenbrock and C. Unrau (eds), 脚注1, p. 4.

¹¹¹ J. Labbé and P. Daudin, 脚注51, pp. 24-25.

¹¹² 有关"人道空间"这一术语及其所蕴含的"人道准人"理念,见:D. Hilhorst and E. Pereboom脚注35, p. 87.



工作者成为攻击目标的必要条件。¹¹³事实上,人道准入的作用远不止于此:了解有关局势、身处一线并倾听受影响群众的诉求,都需要人道准入。¹¹⁴对于最大程度上确保所开展的工作遵循不歧视及公正的理念来说——也就是在大致全面了解需求的基础上能够确定最为紧迫的需求优先解决——需要人道准入,¹¹⁵实践与表达作为人道工作者立身之本的"人道"以及"利他的冲动",可能也需要人道准人¹¹⁶;在确保对受影响民众负责、倾听民众诉求以及防止利益攸关方将人道事务工具化(一些利益攸关方可能会出于其自身所图而虚假宣称需求或暴行)方面,人道准人同样重要。¹¹⁷若无法获得全面准入,分派救援与援助就可能面临无法服务于人道目的的风险。若在信任业已丧失的情况下依旧寻取准入,则可能会为人道工作人员的安全带来不利影响,这个问题如今已愈发令人担忧。¹¹⁸

对许多人道参与方而言,尤其是那些身负多重使命的参与方,是否在存在激烈冲突的环境下开展工作,是一种选择。¹¹⁹可以选择在激烈冲突背景下全面开展工作,其后果是这意味着恪守原则但不追求满足问责制的常规要求,或选择集中在此种环境之外"更为广泛"的范围开展工作(即着重改善民众生活),这就不会带来上述有关问责制方面的问题。¹²⁰在此情形下,确实可以将诸如中立这样的人道原则降为次重要,但在人道参与方将如何"与

¹¹³ T. G. Weiss, 脚注2, p. 18; K. B. Sandvik, 脚注93, p. 100.

¹¹⁴ Fiona Terry谓倾听人道行动受益人之困境为"真正尊重其尊严的第一步",见:F. Terry, 脚注74, p. 242.

¹¹⁵ 展开来说,在没有直接接触的情况下,人道参与方只能依靠其他信息来源。尽管这些信息可能很充分、很可靠,但也可能在某种程度上存在偏见,而不能充分反映受影响人群中不同群体(如部落、性别或种姓)的需求和情况。这并不是说无法降低这些风险(例如,通过对不同来源进行三角测量),也不是说直接接触是应对这些风险的最终解法,但仍然需要降低这些风险。此处的重点是,直接接触受影响人群本身就是一个关键的缓解因素,可以减少可能导致歧视性或非公正性行动的误解风险。

¹¹⁶ 关于工作人员的利他主义、人性以及专业精神的重要性,见:G.Carbonnier,上文注45,第 199~200页,关于呼吁将"适当的关心和关注"作为评价发展工作者工作成果的关键指标,见: C.D.Wraight,上文注46,第130页。

¹¹⁷ 具体例子, 见: V. M. Heins and C. Unrau, 脚注110, p. 4.

¹¹⁸ 攻击、绑架、杀害人道工作者的情况越来越多,见:同上注,第6页。

¹¹⁹ 有关多重使命的参与方工作内容的扩张以及由此引发的问题的讨论,见:D. Hilhorst and E. Pereboom, 脚注35, p. 88.

¹²⁰ 见: W.-E. Eberwein and B. Reinalda作出的界定, 脚注50, 第26页, "广义上的人道组织是指, 在诸如一般性的发展方面、环境方面、和平与人权方面等社会福利领域开展工作的组织。"

有关国家、当地政治参与方合作,开展民主程序以及实现转型性社会正义的进程"方面,应该加强问责制。¹²¹

虽尚有争议,但有观点认为,除传统参与方红十字国际委员会外,任何公正的参与方均有权参与危机及冲突背景下的保护工作。¹²²话虽如此,但其症结所在是中立及独立两项人道原则,以及如何对这两项原则与通常是有关问责制的达标报告二者进行协调。¹²³理论上来说,人道参与方可以选择在冲突环境内或冲突环境外开展工作,也可以选择开展一些更具发展性的工作,从而遵循结果主义伦理,而其他工作则更偏向杜南主义,例如不少多使命参与方所开展的工作就是如此。¹²⁴不过,实践当中的情况是,鉴于在冲突环境中开展工作需要冲突各方给予准入,若与此同时在更广泛及更严格的意义上开展人道行动,¹²⁵则可能危及对参与方之中立性的认知,而要获准及保持与所有受冲突影响人群进行接触,中立性不可或缺。

替代思路: 杜南主义伦理观视域下的问责制

当然,这并不是说保护工作应完全脱离问责制,甚至也无需对捐助方及一般公众负责,特别是当双边或公开报告当中存在明确、重要的限制时。无论是为了进行基本的质量控制与学习提升,还是从对捐助方提供的资金及冲突方给予的准人负责的角度来看,都可以也必须要实行问责制。每当杜南派参与方需就诸如中立等原则作出主观判断时,均是牵涉繁甚,而对此,也有必要实行问责制。¹²⁶

¹²¹ K. B. Sandvik, 脚注93, p. 101.

¹²² Kate Mackintosh, "Reclaiming Protection as a Humanitarian Goal: Fodder for the Faint-Hearted AidWorker", International Legal Studies, Vol. 1, No. 2, 2010, p. 396.

¹²³ U. Reichhold and A. Binder, 脚注56, p. 34.

¹²⁴ 两种道德准则都可能、也有必要实现,甚至在同一组织中也是如此,见。D. Dijkzeul and D. Hilhorst,脚注1,pp. 57-59.

¹²⁵ 更广泛意义上是指"提升民众生活水平", 更严格意义上则是指"挽救生命", 见: W.-E. Eberwein and B. Reinalda, 脚注50, p. 25.

¹²⁶ E. Schenkenberg van Mierop, 脚注86。



寻找问责制的替代性思路,不妨回到问责制的最初框架:对谁负责、对什么负责、以及如何负责。第一个关键问题是对谁负责。在此,笔者想到了几个可作为负责对象的替代性实体。首先是开展人道工作的组织本身。为提升雇员与雇主间的问责机制,需要推行强有力的内部讨论文化,包括内部评估、审核以及形成相关的学习循环圈。这方面一个可能的变体,是同伴群体问责制——即在组织内部各群体之间形成问责机制。仍以保护工作为例,该问责制可在不同国家负责保护工作的人员之间开展,甚或在相同国家或背景之下开展保护工作的团队内部进行。

其次是保护工作者自身。笔者对12名在冲突环境中工作的保护工作者进行了一系列采访,受访者主要受雇于杜南派人道参与方。采访表明,在从业者的认识中对自己的良知负责的想法排名很高,其重要性往往高于对自己工作的组织和捐助者负责,而与对受影响人群负责具有同等地位。从业人员强调,他们需要忠于自己的良知,正是因为对外部实体负责在实践中会受到与保护信息的共享和公布有关的风险问题的限制,存在相关信息受到操纵、引发误解的风险。¹²⁷就杜南主义范式而言,让良知发挥作用具有特殊意义,因为杜南主义所重视的同情心本质上是一种个人美德,而鉴于中立等原则,又同时要求在情感上限制同情心。¹²⁸有意思的是,在这方面,传统的伊斯兰援助组织所推行的"个人问责制",与此异曲同工。¹²⁹

第三,虽然中立性面临的风险可能会对报告形成限制,并阻碍外部机构对人道行动开展的后续判断,但杜南派参与方不一定能逃脱迟延的历史评价。红十字国际委员会决定不公开其在二战期间掌握的有关大屠杀的信息的历史判断,就是一个众所周知的例子。¹³⁰这种回溯性评价可能是基于正式的

¹²⁷ 该项研究由开放大学课程负责人(发展管理理科硕士)"人道问责与发展管理;冲突背景下的保护工作案例",2015年4月。由课程负责人归档。

¹²⁸ C. D. Wraight, above note 46, pp. 88-91: G. Carbonnier, 脚注45, p. 198.

¹²⁹ Marie Juul Petersen, "International Muslim NGOs: 'Added Value' or an Echo of Western Principles and Donor Wishes?", in Z. Sezgin and D. Dijkzeul (eds), 脚注5, p. 266, 引用了一个穆斯林非政府间国际组织员工对"传统与现代"伊斯兰组织所作的区分,认为传统的伊斯兰组织完全仰赖"个人责任。取决于你在精神层面上是一个怎样的人,你是否值得信任。关切的并不是组织,而是人。"

¹³⁰ D. P. Forsythe, 脚注57, p. 44; E. Wortel, 脚注12, p. 793.

文档记录及组织档案,起先限于内部使用,历经适当时间后向公众开放。遗憾的是,存有此类档案的人道参与方并不多见,红十字国际委员留存的档案可能是一个极其例外的情况。¹³¹

至于对什么负责的问题,杜南主义传统的保护干预工作的目标一般被描述为并不那么宏大:改变一个保护问题的急性症状,并恰恰不去改变更广泛的社会变革意义上的根本原因,或换句话说,即"在本不应存在的局势之中,努力带入一项人道措施,虽然这永远是不够的"。¹³²从这个观点看,人道参与方应当追求并对之负责的变革,含有应对的成分:以"现在主义"的方式,应对一种局势,并竭尽所能应对局势的即时后果。¹³³如果以对某种局势作出应对为目标,则问责制更应采取这种时间点式的逻辑,而非目前占主流的线性逻辑:是否在特定局势中,在正确的时间采取了正确的行动?在这个时间点上,采取这一行动所需的所有必要要素是否均已到位?这在危机或冲突环境下尤为合理,因为此类环境具有反复性,在此情形下,对工作表现的分析被恰如其分地描述为类似于一系列"带边框的照片",而不似发展领域的那种长篇连续影片。¹³⁴这种理解也不同于在谈及杜南主义伦理观时有时会认为的人道行动"本身就是好的"这样的观点¹³⁵。不同之处在于,在采取人道行动的时间点,从受影响人群的角度来看人道行动应该是有益的,因此"益于遭受痛苦的那些人们"¹³⁶。

在基于时间点的分析中,人道应对的问责制意味着,即使未取得成功, 尝试本身也具有一定价值。¹³⁷也就是说,参与方只能在产出而非影响层面上 负责,从而避免了上文中所述问责制与中立性及独立性产生潜在冲突。当

¹³¹ 同时呼吁留存更多记录, 见: T. G. Weiss, 脚注2, p. 30.

¹³² 红十字国际委员会代表Phillippe Gaillard引用David Rieff, A Bed for the Night: Humanitarianism in Crisis, Vintage, London, 2002, p. 178.

¹³³ Erica Bornstein and Peter Redfield, "An Introduction to the Anthropology of Humanitarianism", in E. Bornstein and P. Redfield (eds), 脚注98, p. 6.

¹³⁴ E. O'Gorman, 脚注25, p. 62.

¹³⁵ M. Barnett, 脚注22, p. 217.

¹³⁶ J. Pictet, 脚注70, pp. 24-25.

¹³⁷ H. Slim, 脚注56, pp. 43, 162.



然,这并不是说可以无视行动的后果,而是将关注点转移到作出决策的时间点以及当时已知的情况,而不是后续衍生的长期后果。参与方有责任掌握当时所能获知的一切信息,证明自身已采取必要的"谨慎和关注",反而成为伦理上的核心要点。¹³⁸不过,即使在所有方面都保持谨慎,也可能出现善意开展的人道行动反而加深了苦难的情况。而认为人道参与方无需为此负责的观点,被认为是"痛苦的悖论"。¹³⁹的确,杜南派人道工作者会发现,对问责制采取这种理解,再加上恪守中立,远非像有些观点认为的那样,是舒适、轻松地避开责任,¹⁴⁰相反,这种理解实际上往往会引发激烈的(内部)讨论、痛苦和反省。

上述方法在实践当中的应用,意味着以较少基于询证的方式实行问责制,例如反思、评判:这更大程度上是艺术而非科学。¹⁴¹为此,选择杜南主义伦理路线的保护工作者需要对构建强有力的内部问责机制进行投入,以抵消外部报告及评估的限制,并在选聘及训练员工时重视员工的成熟度、反思能力以及责任心,以便促进组织内部的问责制。强调的说,这与近年来经常被要求与考察的技术专长及专业化建设不同,¹⁴²更多的是一种在道德层面进行反思和判断的能力。¹⁴³杜南派人道参与方还需对其行动和反思进行记录和具体存档,而目前大多数人道参与方普遍忽略了这项工作,仅有少数明显的例外情况。对行动及其背后的道德考虑进行完善记录,也将推动有关人道行动的学术研究和评估,例如社会学、人类学或是历史学的角度,从而使有关组织能够采用比其当下的现行办法更为严谨的科学方法对其行动进行必要的

¹³⁸ C. D. Wraight, 脚注46, p. 130.

¹³⁹ Xabier Etxeberria, "The Ethical Framework of Humanitarian Action", in Humanitarian Studies Unit (ed.), 脚注21, p. 87.

¹⁴⁰ 见:例如, T. G.Weiss, 脚注2, p. 33; Didier Fassin, "Noli me Tangere: The Moral Untouchability of Humanitarianism", in E. Bornstein and P. Redfield (eds), 脚注98, p. 36; Stuart Gordon and Antonio Donini, "Romancing Principles and Human Rights: Are Humanitarian Principles Salvageable?", International Review of the Red Cross, Vol. 97, No. 897/989, 2016, p. 15.

¹⁴¹ R. Apthorpe, 脚注85, p. 1550.

¹⁴² Pierre Gentile, "Humanitarian Organisations Involved in Protection Activities: A Story of Soul-Searching and Professionalization", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, 2011.

¹⁴³ 见: D. Dijkzeul, D. Hilhorst and P. Walker, 脚注33, pp. S7-S13. 强调了这种道德能力的重要性。

监测。¹⁴⁴不过,人道行动中的问责制不仅仅是一个技术或科学概念,这正是本文尝试详细论证的内容。

结论

本文详细论述了在杜南主义伦理观的视域下,当前对问责制的理解可能不尽人意、不恰当且有缺陷。这一点在武装冲突环境下的人道保护工作中得到了具体证明。不尽人意的原因主要是在实践层面,例如保护工作的可衡量性、归因上的困难以及数据以及言论受到操纵的危险,这些都是在为评价工作成果而寻找证据时会遇到的问题。而不恰当则是因为对保护工作进行评估和问责,将使受影响的人群和保护工作者都面临风险。最后,如果认为保护工作不仅是为了实现具体变化,站在受影响民众的角度,该项工作作为对某一特定时间点的人道局势的自愿反应,本身就有其道德价值,则试图实行基于结果的问责制,最终可能是有缺陷的。

根据结果主义的观点,履行问责制就意味着对所取得的成果负责,这就常常意味着其目标比杜南派参与方所努力争取的目标更为广泛,例如社会变革。而这类变革可能是有争议的,特别是在武装冲突局势下,因此可能会使参与方的中立性受到质疑,而这反过来会对该参与方获得人道空间形成限制。因此,在人道组织内部以及在他们与捐助方之间,都需要探讨权衡的问题。对于希望在坚持中立和独立原则的同时保持杜南主义做法的参与方,本文提出了有关问责制的替代思考方式。这些方法包括在作出应对的时间点上对关心和关注进行问责、通过内部审核文化对特定局势进行评估、培养从业者的良知和道德反思以及对历史评判的承诺。

本文所呈现的复杂情况针对的是武装冲突背景下的人道保护工作,而 它们如何适用于其他可能同样难以解释的人道行动,如预防工作或一般的宣 传,则仍需进一步探讨。其中一些问题,例如归属和因果关系,可能并非本

¹⁴⁴ 对可采用的此类科学方法的建议, 见: D. Dijkzeul, D. Hilhorst and P. Walker, 脚注33, pp. S7-S13



文讨论的保护工作当中所独有的,¹⁴⁵而也有一些问题,例如是否对行动的结果进行说明的问题,则只与遵循杜南主义伦理观的行动或参与方有关,而与遵循更为结果主义伦理的参与方无关。与保护信息的收集和共享有关的风险只存在于冲突背景下,而其他情况下基本上不会存在此类风险。

正如让·皮克泰所言,"必须作出选择。" ¹⁴⁶在人道行动上保持杜南主义伦理观的同时,使用结果主义伦理观的方法实行问责制,并不完全兼容,并可能会产生重大后果,特别是会影响到其他各方对该人道组织保持中立原则的信任,从而影响到其准人。问责制并不是一项不受道德约束的技术性工作,它对人道工作的全部内容同样适用,但受所开展的工作的性质及情况的影响。了解和区分具体人道参与方或人道行动的道德立场,并据此设计问责制,是一个必要的出发点。

¹⁴⁵ B. Ramalingam, 脚注89, p. 107.

¹⁴⁶ 见: J. Pictet, 脚注70, 第55页, "如果为了每个人的普遍利益,我们希望红十字机构继续在被占领土上开展工作,他们的代理人必须通过无可指责的行为,继续保持当局的充分信任。一个人不能同时为红十字会服务和战斗。一个人必须选择。"有关在公平与慈善之间的选择,另见:第60页。

探讨武装冲突中 "持续作战职责" 这一概念:当前是否 应扩大其适用范围?

塞布丽娜・亨利**

摘 要

本文重点关注"持续作战职责"这一概念,并提出扩大其适用范围的提议。本文首先将阐述持续作战职责概念应扩大适用于下述团体的某些成员,即不属于国际性武装冲突任何一方且其行动未达到构成单独的非国际性武装冲突所须之激烈程度的有组织武装团体。第二,本文将着眼于扩展这一概念,用以确定非国际性武装冲突背景下,国家武装部队的个人成员身份,同时论证"武装部队"的概念应根据冲突性质的不同(国际性或非国际性)而作不同的解释。

^{*} 塞布丽娜·亨利拥有国际关系及公共事务本科学位,国际法和跨国法律硕士学位,以及日内瓦国际 人道法与人权学院的法学硕士学位。本文是作者硕士学位论文的节略版,该论文曾获得2016年的亨利·杜南奖。

^{*} 作者要特别感谢马尔科·萨索利 (Marco Sassòli) 教授在论文写作期间的指导,以及她的同学兼搭档萨 米特·德库尼亚 (Samit D'Cunha) 对本文撰写的大力支持。

关键词: 持续作战职责;直接参加敌对行动;有组织的武装团体;国际人道法;国家武装部队。

.

引言

区分原则是国际人道法的一项基本原则,'该原则适用于敌对行动并用于确定国际人道法下的合法攻击目标,旨在保护平民免受敌对行动的影响。这一原则在国际性和非国际性武装冲突中都得到了认可,规定冲突各方必须区分战斗员和没有直接参加敌对行动的平民,且各方的行动只能针对战斗员。²在确定这一原则的含义时,日内瓦四公约及其《附加议定书》的起草者们选择对"平民"进行否定式定义,通过的条款中仅界定了"战斗员"和"军事目标"。³虽然区分原则在国际性和非国际性武装冲突中都得到了认可,但是由于所涉各方的性质不同,其解释也略有差异。这种差异主要是因为在非国际性武装冲突中不存在战斗员地位。鉴于只有特定类别的人员是国际人道法规定的合法攻击目标,所以为了确保区分原则的有效实施,应在这两类冲突中对该原则作出准确的定义。⁴平民只要没有直接参加敌对行动就有权受到保护。⁵

International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, para. 78.

^{2 《}一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》,1125 UNTS 3,1977年6月8日(1978年12月7日生效)(《第一附加议定书》)第48条,让-马里·亨克茨和路易 丝·多斯瓦尔德-贝克主编:《习惯国际人道法第一卷:规则》,剑桥大学出版社2005年版,中文译 本由红十字国际委员会组织编译,红十字国际委员会、法律出版社2007年版(以下简称红十字国际委员会《习惯法研究》),规则1。

^{3 《}一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约》,75 UNTS 135 (1950年10月21日生效) (《日内瓦第三公约》)第4条第1款;《第一附加议定书》第43条,第52条第2款。

⁴ 根据国际性武装冲突之人道法,只有直接参与敌对行动的战斗员和平民才是合法的攻击目标(见《日内瓦第三公约》第4条;《第一附加议定书》第51条第3款)。根据非国际性武装冲突之人道法,国家武装部队人员、履行持续作战职责的武装团体成员和直接参加敌对行动的平民是合法攻击目标(见《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》,1125 UNTS 609,1977年6月8日(1978年12月7日生效)(《第二附加议定书》),第13条第3款;红十字国际委员会《习惯法研究》,见前注2,规则1和规则4)。

^{5 《}第一附加议定书》第51条第3款,《第二附加议定书》第13条第3款,红十字国际委员会《习惯法研究》,见前注2,规则6。



对于国际性武装冲突中的区分原则,《第一附加议定书》表示默认情况下平民的定义为"所有既非冲突一方武装部队成员又未参加民众抵抗者"。⁶确定何人属于武装部队必须要参考《日内瓦第三公约》第4条。该条对其第1款第1项中提到的国家武装部队正规人员和第1款第2项中的非正规人员作了区分,非正规人员必须要满足四项累加要求才构成战斗员。⁷但是,《第一附加议定书》第43条摒弃了正规和非正规武装部队之间的区分。⁸知悉一个人是否构成国际人道法中的战斗员至关重要,因为只有战斗员有权直接参加敌对行动。⁹

就非国际性武装冲突而言,法律并没有规定"平民"的确切定义,但国家实践和日内瓦四公约共同第3条以及《第二附加议定书》中所用术语都表明,"平民"和冲突各方的"武装部队"是相互排斥的概念。由于国家武装团体和有组织的武装团体都被认为拥有"武装部队",可以说共同第3条默示规定了"平民"的概念仅指那些没有代表冲突一方而携带武器的人。10但是,《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》(红十字国际委员会《解释性指南》)阐明了平民的含义,具体指出就非国际性武装冲突中的区分原则而言,"所有不是国家武装部队或冲突一方有组织武装团体成员的人都是平民"。"在非国际性和国际性武装冲突中,平民均受到免受直接攻击的保护,除非他们直接参加敌对行动,但即使在此情况下,也仅是在参加敌对行动期间失去此种保护。12

⁶ 尼尔斯·梅尔泽:《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》,红十字国际委员会,日内瓦,2009年(以下简称红十字国际委员会《解释性指南》),第20页。另见《日内瓦第三公约》第4条;《第一附加议定书》第43条,第50条第1款。

⁷ 见《日内瓦第三公约》第4条。《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项所列四项条件如下:有一为其部下负责之人统率,备有可从远处识别之固定的特殊标志,公开携带武器,遵守战争法规及惯例进行战斗。其中隐含的假设是,正规武装部队的成员能够满足本节所列的各项要求。

⁸ ICRC Interpretive Guidance, above note 6, p. 21. 《第一附加议定书》第43条具体规定"冲突一方的武装部队是由一个为其部下的行为向该方负责的司令部统率下的有组织的武装部队、团体和单位组成"。

^{9 《}第一附加议定书》第43条第2款。

¹⁰ ICRC Expert Meeting, Fourth Expert Meeting on the Notion of "Direct Participation in Hostilities under IHL", Background Document, Geneva, 27–28 November 2006, p. 12.

¹¹ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第27页。

^{12 《}第一附加议定书》第51条第3款,《第二附加议定书》第13条第3款,红十字国际委员会《习惯法研究》,见前注2,规则6。

如前所述,非国际性武装冲突中的区分原则较为模糊,因为没有关于"平民"和"武装团体"的定义。为了澄清这一原则,红十字国际委员会在与专家就这个问题举行了五次非正式会议之后出版了《解释性指南》。¹³本文将特别关注"持续作战职责"——这一概念出自红十字国际委员会《解释性指南》,用以确定就区分原则而言何人可被视为平民——并且还会探究何时这些个人会成为国际人道法中的合法攻击目标以及失去免受直接攻击的保护的持续时间。¹⁴由于武装团体人员没有将自身与平民相区分的动机,所以有必要对行为模式进行研究,以确定在非国际性武装冲突中,根据区分原则某人是否可视为属于某个武装团体。¹⁵

虽然似乎红十字国际委员会使用持续作战职责概念是为了加强非国际性武装冲突中的区分原则,但是《解释性指南》并没有排除其在国际性武装冲突中的使用。¹⁶确实,就敌对行为而言,这一概念已扩展至私营军事安保公司的某些雇员和武装部队的非正规人员。当代武装冲突涉及的一些参与者是日内瓦四公约及其《附加议定书》的起草者们所没有设想到的。本文第一部分将说明为何由红十字国际委员会《解释性指南》所提出的持续作战职责这一概念,应扩展适用于有组织武装团体的某些成员,这些团体参与国际性武装冲突,但又不属于冲突任何一方,同时其行为也未达到构成单独的非国际性武装冲突所须的激烈程度。

本文第二部分提出持续作战职责这一概念还应用于确定在非国际性武装冲突中行动的所有国家武装部队人员的身份,这种可能性在红十字国际委员会《解释性指南》中没有提及。本文将说明,"武装部队"这一概念在非国际性武装冲突和国际性武装冲突中应作不同解释,原因主要在于这两类冲突的参与各方在性质上完全不同。本文还将援引交战平等原则来支持这一论

¹³ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第9页。

¹⁴ 同上注, 第12页。

¹⁵ Geoffrey Corn and Chris Jenks, "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts", University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 33, No. 2, 2011, p. 338.

¹⁶ 见红十字国际委员会《解释性指南》,前注6,第24页。红十字国际委员会没有明确说明持续作战职责概念也适用于国际性武装冲突,但具体指出,"非正规武装部队(如民兵、志愿部队或属于冲突一方的抵抗运动)的成员身份,通常不受国内法调整,只能根据职责标准予以确定,例如适用于非国际性武装冲突中有组织武装团体的标准"。



点,因为用于确定何人属于非国际性武装冲突中合法攻击目标的区分原则, 应当以同样的方式适用于国家武装部队和有组织武装团体。本文讨论的重点 是持续作战职责,因此下文将首先对这一概念进行简要介绍。

"持续作战职责"概念

国际人道法条约中提到了"武装部队"、"平民"和"武装团体"这些 术语,但未加以明确定义。了解这些术语的确切含义至关重要,有助于理解 区分原则的具体适用。17如前所述,红十字国际委员会于2009年出版了《解 释性指南》,以阐明区分原则的实施方式。该指南明确了直接参加敌对行动 这一概念的构成要素,还提到了其没有涵盖的一类个人,这类人员即使没有 直接参加敌对行动, 也可予以攻击——即"有组织武装团体"人员(这是本 文的核心概念)。国际性武装冲突中的区分原则相对而言较易理解,因为日 内瓦四公约和《第一附加议定书》均指明那类人员构成国家武装部队人员。 但是, 在非国际性武装冲突中, 区分原则的解释则更为模糊, 因为没有条约 规定那类人员构成有组织武装团体的人员。18由于国家武装部队中个人成员 身份的概念无法扩展至武装团体,红十字国际委员会《解释性指南》因而对 此作出澄清,指出"有组织武装团体构成非国家冲突方的武装部队,且仅由 持续负有直接参加敌对行动职责("持续作战职责")的个人所组成"。19 持续作战职责这一概念有助于确定在何种情况下,武装团体的人员即使在攻 击时没有直接参加敌对行动,也会被视为非国际性武装冲突中的合法攻击目 标。这一判断标准基于个人在团体中的成员身份以及该人在团体中履行的职 责,而非仅考虑其在特定行动中的单个行为,这不同干有关直接参加敌对行 动的判定标准。20

¹⁷ 同上注, 第26页。

¹⁸ 关于有组织武装团体的更多内容, 见International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Haradinaj et al., Judgment (Trial Chamber I), 3 April 2008, para. 60; ICTY, Prosecutor v. Ljube Boškovski and Johan Tarčulovski, Judgment (Trial Chamber II), 10 July 2008, paras 195–205。

¹⁹ 同上注, 第26页。

²⁰ G. Corn and C. Jenks, above note 15, p. 332.

红十字国际委员会《解释性指南》将"有组织武装团体"一词解释为 仅指非国家当事方的武装或军事部门。21这意味着对武装团体人员身份的确 定,不像国家武装部队人员一样,取决于国内立法或戴着制服或佩戴特殊 标志,而是通过个人在团体内履行的特定职责来确定。22为了强化区分原 则,有组织武装团体中人员的身份就必须基于职责标准,而非抽象的从属 关系或家庭联系。为了降低出错的风险、《解释性指南》认为"在判断个 人在有组织的武装团体中的成员身份时,决定性标准是其是否为该团体承 担了涉及直接参加敌对行动的持续职责"。23在有关非国际性武装冲突的法 律中这种区分非常重要,因为它使我们能够区分非国家冲突方战斗部队的 人员,在武装团体中履行非战斗职能的平民以及自发、零星地直接参加敌 对行动的平民。24在《解释性指南》中,红十字国际委员会表示持续作战职 责要求持久加入一个担当武装冲突非国家一方之武装部队的武装团体。25持 续作战职责概念还包括被这种团体招募、训练和装备以代表其持续直接参 加敌对行动的个人。26《解释性指南》认为伴随或支援某有组织武装团体, 但其职责并不包含直接参加敌对行动的人必须被视为平民,并因此享有免 受直接攻击的保护,但直接参加敌对行动的除外。27

武装团体人员如果履行持续作战职责,就不再是平民,并在继续履行此职责期间失去保护。²⁸对于履行持续作战职责的武装团体人员和直接参加敌对行动的平民而言,失去保护的时间范围并不相同,因为武装团体人员如果在每次参加敌对行动时,都像平民一样失去保护,然后再重新获得保护确实是十分荒谬的。如果允许武装团体人员享有这种"旋转门式"保护,与可持

²¹ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第31页。

²² 同上注,第31~32页。

²³ 同上注, 第32页。

²⁴ 同上注,第69~70页。将失去保护的时间限制在实施具体敌对行为的时间内,是为了应对平民自发的、零星的或无组织的敌对行为。因此,直接参加敌对行动这一概念不能适用于有组织的武装团体。

²⁵ 同上注, 第33页。

²⁶ 同上注, 第33页。

²⁷ 同上注,第33页。平民必须满足造成最低伤害、直接因果关系和交战联系这三项标准,才构成直接参加敌对行动并因此失去保护。更多信息,见上注,第44页。

²⁸ 同上注, 第70页。



续作为攻击目标的国家武装部队人员相比,他们将拥有显著的作战优势。²⁹ 因此,持续作战职责这一概念在国家武装部队和武装团体人员之间的敌对行动中建立了一种平衡。³⁰持续作战职责概念背后的理念是,武装团体人员所构成的持续威胁相当于与之作战的国家武装部队所构成的威胁。鉴于武装团体人员持续参加敌对行动,那么就必须要让他们像国家武装部队一样成为攻击目标。³¹《解释性指南》指出他们若停止履行持续作战职责,则可以作为平民重新获得保护。³²正如《解释性指南》所解释的,"脱离有组织武装团体无需公开声明,它也可以通过令人信服的行为来体现,如在物理距离上持续远离该团体并重新融入平民生活"。³³如果对某人身份存有任何怀疑,则须推定其有权享有平民保护。³⁴

国际性武装冲突中的"持续作战职责"概念

如前所述,持续作战职责概念有助于阐明区分原则,进而帮助在具体 层面上阐明非国际性武装冲突中的"平民"概念。³⁵为指导识别非国际性 武装冲突中构成国际人道法所规定之合法攻击目标的个人,红十字国际委 员会《解释性指南》指出"有组织的武装团体构成非国家冲突方的武装部 队,且仅包括那些有持续直接参加敌对行动职责('持续作战职责')的 个人"。³⁶该指南作者表示,持续作战职责概念是《解释性指南》通过推

²⁹ 同上注, 第70页。

³⁰ ICRC Expert Meeting, Second Expert Meeting: Direct Participation in Hostilities under IHL, Background Document, Geneva, 25–26 October 2004, p. 11.

³¹ ICRC Expert Meeting, Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Summary Report, Geneva, 23–25 October 2005, p. 64.

³² 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第70页。

³³ 同上注, 第70页。Also see ICRC, Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 2nd ed., 2017 (ICRC Commentary on GC II), Art. 3, para. 543.

^{34 《}第一附加议定书》第50条第1款。

³⁵ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第16页。

³⁶ 同上注, 第16页。

导得出的结果,明确旨在规范非国际性武装冲突中的现实问题。³⁷但是,指南并没有排除这一概念在国际性武装冲突中的适用,而且甚至似乎提议将其适用于私营军事安保公司和武装部队的"非正规人员"。³⁸下文将会分析《解释性指南》建议持续作战职责概念适用于国际性武装冲突的这两种情况,还会探讨将这一概念扩大适用于其他参与方的可能性,例如在国际性武装冲突中行动但不属于冲突任何一方的团体。

私营军事安保公司

在当代武装冲突中,冲突各方依赖私营军事安保公司的做法日益普遍。由于这种公司的地位在国际人道法中没有明确规定,所以必须逐案进行确定。私营军事安保公司受雇执行许多传统意义上由军事人员履行的职责。³⁹因此,有必要区分私营军事安保公司中履行非战斗职责的人员(例如为武装部队建设基础设施的人员)和进行军事活动的人员(例如保护军事目标的人员)。⁴⁰非战斗职责通常不会导致丧失平民身份,不过从事这些活动的人员可能因活动的类型或所处的位置而面临更大的附带伤亡风险。⁴¹而另一方面,私营军事安保公司中从事军事活动的人员因其活动性质而必须做不同的归类。

³⁷ 同上注,第5~6页: "在研究直接参加敌对行动这一概念时,红十字国际委员会不仅必须面对与这一概念实际应用有关的一些由来已久的难题(例如,一个人可以白天是受保护的农民,而晚上却成为可被攻击的作战人员吗?),还必须应对一些近来出现的趋势,而这些趋势进一步凸显出澄清此概念的必要性。此类趋势之一是敌对行动明显转向在平民居民中心开展,包括城市战,其特点是平民与武装人员前所未有地混杂在一起。"

³⁸ 同上注, 第25页和第37页。

³⁹ 同上注,第35页。更多关于私营军事安保公司及其参与武装冲突的资料,见*Proceedings of the Bruges Colloquium: Private Military/Security Companies Operating in Situations of Armed Conflict*, 7th Bruges Colloquium, 19–20 October 2006; Alexandre Faite, "Involvement of Private Contractors in Armed Conflict: Implications under International Humanitarian Law", *Defence Studies*, Vol. 4, No. 2, 2004。

⁴⁰ ICRC Expert Meeting, First Expert Meeting: Direct Participation in Hostilities under IHL, Background Paper, 2 June 2003, p. 18.

⁴¹ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第35页。



如果私营军事安保公司的雇员都被正式纳入冲突一方的武装部队或者属于其中一方,那么雇员的地位问题就可迅速解决。⁴²在这种情况下,他们根据《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项或第2项或者《第一附加议定书》第43条可享有战斗员地位。但是,将这些人员纳入武装部队将有违使用私营军事安保公司的初衷,这一假设在国家实践中得到证实。⁴³大多数私营军事安保公司的雇员属于国际人道法中的平民,并且仅在其行动构成直接参加敌对行动且仅在开展此类行动期间,才会失去免受攻击的平民豁免。⁴⁴还有观点认为,私营军事安保公司的雇员可构成《第一附加议定书》第47条意义上的雇佣兵。⁴⁵但这个问题本文不予讨论。⁴⁶在《解释性指南》中,红十字国际委员会并没有明确澄清私营军事安保公司的地位,而仅指出此类公司的雇员属于平民,但"通过国内法上的正式程序还是事实上被赋予了持续作战职责,实际上已被并入冲突一方武装部队"。⁴⁷肯尼斯·沃特金强调《解释性指南》的用词含糊,指出指南中的措辞并未说明这些人员在此种情形下是否构为武装部队人员还是有组织武装团体的人员。⁴⁸

⁴² 除了属于冲突的一方之外,此类雇员还必须满足《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项所列的四项要求。See Lindsey Cameron, "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on Their Regulation", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 863, 2006, p. 585. 本文指出,在大多数情况下,这些人员并不会佩戴特殊标志或穿着制服。因此,私营军事安保公司雇员构成战斗员的情况较为少见。Also see P. R. Kalidhass, "Determining the Status of Private Military Companies under International Law: A Quest to Solve Accountability Issues in Armed Conflicts", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 6, No. 2, 2014.

⁴³ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第34页。See also L. Cameron, above note 42, p. 582.

⁴⁴ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第34页。See also L. Cameron, above note 42, p. 582.

⁴⁵ L. Cameron, above note 42, p. 577. 因此,此类人员可能仅因其参与敌对行动就受到起诉。

⁴⁶ 关于这个问题的更多内容,见Françoise Hampson, "Mercenaries: Diagnosis before Prescription", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 3, 1991, pp. 14–16; George Aldrich, "Guerrilla Combatants and Prisoner-of-War Status", American University International Law Review, Vol. 31, 1982, p. 881。还应指出的是,《第一附加议定书》第47条规定,雇佣兵不得视作战斗员。因此,考虑在国际性武装冲突的背景下适用持续作战职责标准的可能性或许是具有相关性的。但这一问题在此不作进一步讨论。

⁴⁷ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第37页(着重号为作者所加)。

⁴⁸ Kenneth Watkin, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretive Guidance", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 42, 2010, p. 657.

虽然《解释性指南》指出,私营军事安保公司的雇员是否属于冲突一方武装部队人员,可通过其是否受委任持续履行作战职责来确定,但该指南并没有排除持续作战职责这一概念在国际性武装冲突中的适用。⁴⁹

非正规武装部队人员

如上所述,就国际性武装冲突中的区分原则而言,属于《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项或第2项,或《第一附加议定书》第43条所规定之类别的人员,具有战斗员资格并因此属于合法攻击目标。第4条第2款规定,"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"50在此种团体符合下列四项累加条件时,应视为属于国家武装部队:

(1) 有一为其部下负责之人统率; (2) 备有可从远处识别之固定的特殊标志; (3) 公开携带武器; (4) 遵守战争法规及惯例进行战斗。正规武装部队之外的民兵和志愿部队人员,包括有组织之抵抗运动人员,若满足上述条件则视为国际性武装冲突一方的"非正规"武装部队。51应指出的是,这些条件不适用于"正规"武装部队,因为他们是根据国内法认定身份的。52

第4条第2款中所列要求是"非正规武装部队"必须满足的先验条件,他们只有满足这些条件才可享有战斗员特权和被俘时的战俘地位。但是,不构成战斗员和战俘并不意味着他们不属于武装部队,或者从敌对行为的意义上讲视其为平民。⁵³红十字国际委员会《解释性指南》指出,按照这一结论,非正规武装部队将适用平民所享有的保护力度更大的法律制度,这与区分原则的逻辑相矛盾。⁵⁴因此,红十字国际委员会认为"所有表现出足够的军事

⁴⁹ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第37页。

^{50 《}日内瓦第三公约》第4条第1款第2项。

⁵¹ 见上注,第4条第2款;红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第22页。

⁵² 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第22页。

⁵³ 同上注, 第22页。

⁵⁴ 同上注, 第22页。



组织程度并且属于冲突一方的武装人员都必须被视为冲突一方武装部队的一部分"。⁵⁵

对于正规武装部队来说,确定个人的成员身份一般由国内法调整,⁵⁶而且通常的表现形式为"正式加入可以凭借制服、徽章和装备加以辨别的常备战斗单位"。⁵⁷但是,同样的逻辑并不适用于非正规武装部队,因为这类团体不由国内法调整。红十字国际委员会因而建议,非正规武装部队的人员身份"基于功能性标准来确定,例如那些适用于非国际性武装冲突中的有组织武装团体的标准"。⁵⁸红十字国际委员会在《解释性指南》中建议使用持续作战职责这一概念——即个人为团体承担了涉及直接参加敌对行动的持续职责——来判定国际性武装冲突中个人在有组织武装团体中的成员身份。⁵⁹《解释性指南》似乎在此再次设想将持续作战职责概念扩展适用于国际性武装冲突中的某些行为体。

不属于国际性武装冲突一方的非正规人员

虽然红十字国际委员会《解释性指南》设想使用职责标准,即持续作战职责,来确定非正规人员的成员身份,但对于针对国际性武装冲突一方实施敌对行为但并不属于同一冲突另一方的团体而言,应如何确定其地位? 《解释性指南》认为,在这种情况下,不能将这些人员视为冲突一方武装部队的人员。⁶⁰就敌对行为而言,他们必须被视为平民。⁶¹根据《解释性指南》,任何其他观点"都将忽视所有武装冲突中都存在的冲突各方武装部队与平民居民间的区别"。⁶²但是,如果该团体满足构成非国际性武装冲突的两项标准

⁵⁵ 同上注,第22~23页(后加着重号以示强调),根据《解释性指南》,"'属于'这一概念要求在有组织武装团体和冲突一方之间至少存在事实上的关系。这一关系可以公开宣布,也可以通过默示同意或者清楚表明该团体为哪方作战的确凿行为来表示"。

⁵⁶ 同上注, 第24页。

⁵⁷ 同上注, 第24页。

⁵⁸ 同上注, 第24页(后加着重号以示强调)。

⁵⁹ 同上注, 第33页。

⁶⁰ 同上注, 第23~24页。

⁶¹ 同上注, 第23~24页。

⁶² 同上注, 第23~24页。

(激烈程度和组织性),⁶³它将被视为与国际性武装冲突并行发生的,独立的非国际性武装冲突的一方,这种情况下该团体人员的成员身份将根据有关非国际性武装冲突的法律来确定。⁶⁴至于没有达到认定存在非国际性武装冲突所须之组织水平和激烈程度要求的情况,《解释性指南》认为"不构成国际性或非国际性武装冲突的有组织的武装暴力仍然是一个执法问题",不论相关行为人的身份如何认定均如此。⁶⁵正如迈克尔·施密特所指出的,这种情况并不完全停留在理论层面:

不属于国际性武装冲突任何一方的团体出现在战场上的可能性绝非假设。例如,在阿富汗和伊拉克国际性武装冲突阶段,联军经常面对既未与塔利班结盟、也未与复兴党政权结盟的部队。特别是伊拉克的某些什叶派民兵团体既反对联军,也反对伊拉克政府军队,而希望他们自己最终能夺取政权。⁶⁶

作者认为,按理说在国际性武装冲突中行动但不属于任何一方且不存在单独的非国际性武装冲突的团体应受执法范式的调整。然而,当国际性武装冲突各方无法对这类团体的人员行使其执法权时,会发生什么呢?他们会免受攻击吗?下述情形可用于说明这种情况:A国在B国领土上和B国之间正在进行国际性武装冲突。在此冲突背景下,B国领土上的团体C,不属于该国际性武装冲突的任何一方(因为它本身正寻求夺取政权,所以同时反对A国和B国),并准备对A国领土实施攻击。虽然该团体具有组织性,但其行动

⁶³ 前南刑庭上诉庭在"塔迪奇案"中确立的判定武装冲突存在的标准为: "只要国家之间诉诸武力,或政府当局与有组织的武装团体之间或某国内此类团体之间发生持久的武装暴力,即存在武装冲突。" See ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić aka DULE*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70. "塔迪奇案"审判分庭针对国内武装冲突将这一标准解释为由两部分组成,即(1)冲突的激烈程度和(2)冲突各方的组织程度,以此区分武装冲突与"不属于国际人道法约束的匪患、无组织和短暂的叛乱或恐怖活动"。See ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadić aka DULE*, Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 562. 在此之后,前南刑庭制定了一些可以考虑的因素,以便对激烈程度和组织性这两项标准进行评估。See ICTY, *Prosecutor v. Ljube Boškovski and Johan Tarčulovski*, Judgment (Trial Chamber II), 10 July 2008, paras 195–205.

⁶⁴ 关于构成非国际性武装冲突的暴力局势所需的两项标准,更多内容,见 ICRC Commentary on GC II, above note 33, Art. 3, paras 415–459。

⁶⁵ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第24页。(后加着重号以示强调)。

⁶⁶ Michael N. Schmitt, "The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict", Naval War College International Law Studies, Vol. 88, 2012, p. 134.



尚未达到构成独立的非国际性武装冲突所须的激烈程度。红十字国际委员会认为,这个有组织武装团体的行为属于"执法问题"。⁶⁷A国必须根据执法标准来应对团体C构成的威胁,但如果A国在B国领土上没有执法人员,它如何在其领土之外做到这一点?而且,A国也无法要求B国行使执法权逮捕该团体的成员,因为它与B国正发生武装冲突。⁶⁸这表明,在某些情况下,将执法范式适用于"敌对行动……可能既不合逻辑,又会削弱行动能力"。⁶⁹

因此,作者认为国际人道法应适用于这种情形。A国无法在B国领土内行使其执法职能,因而无法控制该有组织武装团体,所以合乎逻辑的结论不能是禁止A国对C团体采取行动。作者认为,在这种国家无法行使执法权以应对武装团体构成之威胁的特殊情况下,国际人道法应在A国和C团体之间适用。⁷⁰另一方面,如果遵循《解释性指南》的论述,即相关人员应被视为平民,那么区分原则就会被淡化,从而削弱对平民的保护。《解释性指南》提出持续作战职责这一概念的目的是阐明区分原则,说明必须在国家武装部队人员及有组织武装团体人员与平民之间作出区分。⁷¹允许此类人员获得平民资格,将会使区分原则变得模糊。这也有违交战平等原则,⁷²因为有组织武装团体人员将因国家无法通过国际人道法或执法行动应对威胁而在一定程度上享有免受攻击的豁免。在上例中,如果得出结论认为,C团体可以对A国发动攻击——A国与B国间存在国际性武装冲突——而A国却不能以C团体的人员为攻击目标,将是荒谬的。本文作者认为,为符合区分原则和交战平

⁶⁷ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第24页。

See Geoffrey Corn, "Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict", *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 52, No. 94, 2010, p. 83; Samit D'Cunha, "The Notion of External NIACs: Reconsidering the Intensity Threshold in Light of Contemporary Armed Conflicts", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 20, 2017, pp. 93–94.

⁶⁹ S. D'Cunha, above note 68, pp. 93–94.

⁷⁰ 萨米特·库尼亚探讨了确定武装冲突激烈程度标准的问题,所采用的论点类似于本文关于一国对有组织武装团体失去控制的论点。他用这个论点表明,在某些情况下,当失去控制时,应该重新考虑(甚至废除)用以确定非国际性武装冲突存在的激烈程度标准。同上注,第102~103页。本文提出了类似的论述,认为一国无法控制某有组织武装团体、无法行使其执法权来应对其构成的威胁,并不意味着该团体免受针对它所采取的行动,在这种情况下,应适用国际人道法。

⁷¹ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第5~6页。

⁷² 此类人员不能视为直接参加敌对行动的平民,因为这有违直接参加敌对行动概念的预期目的。由红十字国际委员会提出的这一概念包括自发、零星和无组织的敌对行动,不能适用于有组织的武装团体。 交战平等原则将在后文中予以详细讨论。

等原则的要求,此类团体中持续负有直接参加敌对行动之职责的成员,应视为国际性武装冲突之人道法下的合法攻击目标。⁷³将持续作战职责标准适用于不属于国际性武装冲突任何一方的团体,这一想法并不新鲜,因为多位专家在《解释性指南》准备工作期间就提出了这个问题:

但是,只要另外一种形式的"成员身份判定方法"(即仅将有组织武装团体的"成员身份"解释为"直接参加敌对行动"的一种持续形式),在非国际武装冲突中具有理论合理性和实际可行性,就应考虑同样的概念是否也可适用于国际性武装冲突局势中不属于"武装部队"的有组织武装团体。这就意味着,在国际性和非国际性武装冲突中,有组织武装团体的"成员身份"都将被解释为平民"直接参加敌对行动"的持续形式,因而导致平民在具有此种身份期间失去免受直接攻击的保护。74

在2006年的一份判决中,以色列高等法院默示支持这一理论,该法院指出根据适用于国际性武装冲突的法律,巴勒斯坦独立武装团体的人员如果"以该团体为家",并在该团体中担任实施"一连串敌对行动(且每次行动之间间隔时间较短)"等职责,则在其实施这一系列敌对行动期间,包括中间暂停的时间,此类人员失去免受攻击的豁免。75该法院在其判决理由中,似乎在一定程度上呼应了持续作战职责概念背后的理念,指出根据适用于国际性武装冲突的法律,该武装团体的人员在敌对行动持续期间失去免受攻击的豁免。76

上述观点更符合当代武装冲突的特殊性,因为有时参与国际性武装冲突的团体不属于冲突的任何一方,也并不满足确定同时存在非国际性武装冲突

⁷³ 关于交战平等原则,详见Jonathan Somer, "Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, 2007; Adam Roberts, "The Equal Application of the Laws of war: A Principle Under Pressure", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, 2008。

⁷⁴ ICRC Expert Meeting, Working Sessions IV and V – "Direct Participation in Hostilities" and Membership in Organized Armed Groups, Background Document, Geneva, 23–25 October 2005, pp. 18–19.

⁷⁵ Israeli High Court of Justice, The Public Committee against Torture v. The Government of Israel, HCJ 769/ 02, Judgment, 13 December 2006, para. 39.

⁷⁶ 同上注, 第39段。



所须的激烈程度标准⁷⁷,而且国家无法行使其执法权。有鉴于此,作者认为,在某些特定情况下,持续作战职责的概念应该适用于这类行为体。下一节将分析将这一概念扩展到参与非国际性武装冲突的国家武装部队人员的问题。

"持续作战职责"概念适用于非国际性武装冲突中的国家武装部队

如前所述,就非国际性武装冲突中的敌对行为而言,必须区分国家武装部队的人员、履行持续作战职责的有组织武装团体人员、直接参加敌对行动的平民和有权享有保护的平民。这些区分对确定哪些人员属于国际人道法中的合法攻击目标而言十分必要。前文已经确认,履行持续直接参加敌对行动职责的武装团体人员属于合法的攻击目标,除非他们停止为该团体承担这一职责。就国家武装部队人员而言,从敌对行动层面来看,有必要考虑是否应按照《日内瓦第三公约》和《第一附加议定书》中关于国际性武装冲突中合法攻击目标的定义,来确定此类部队中哪些人员在非国际性武装冲突构成合法目标。下一节将通过分析共同第3条和《第二附加议定书》来确定"武装部队"一词的含义,以确定该术语的定义在国际性和非国际性武装冲突中是否应该相同。

共同第3条和《第二附加议定书》中的"武装部队"

共同第3条和《第二附加议定书》都使用了"武装部队"一词。共同第3条适用于"冲突之各方",提及"放下武器之武装部队人员"。虽然红十字国际委员会坚持认为这一条并不调整敌对行动,⁷⁸(这一观点在文献中仍有

⁷⁷ 见前注63.

⁷⁸ Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 1: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 2016, para. 389.

争议⁷⁹)但该条的措辞暗示该术语可解释为表示在非国际性武装冲突中,冲突的不同国家和非国家当事方都拥有"武装部队"。⁸⁰关于共同第3条的评注确认了这一解释,指出该术语既指国家武装部队,也指非国家一方的武装部队。⁸¹此外,该条使用"武装部队人员"(members of armed forces)这一表述,而非"(特指的)武装部队人员"(members of the armed forces),这也表明该术语并不仅限于国家武装部队。⁸²这种对共同第3条中"武装部队"一词的解释,完全不同于《第二附加议定书》的措辞,该议定书使用其他术语来表达这一概念。

《第二附加议定书》第1条更为准确地区分了各缔约国的"武装部队"和"持不同政见的武装部队或其它有组织的武装集团"。这一区分在共同第3条中没有,表明《第二附加议定书》使用"武装部队"一词的方式更为严格,在本条中仅指国家武装部队。⁸³红十字国际委员会《解释性指南》因此主张,《第二附加议定书》中为这一术语选择的解释表明,"与《第一附加议定书》中的武装部队概念相比,《第二附加议定书》中的国家武装部队既包括正规武装部队,也包括向该国负责的司令部统率下的有组织的其他武装团体或单位"。⁸⁴这一定义与《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项和第2项⁸⁵

⁷⁹ 支持共同第3条包含一些规制敌对行动的规定的观点,见: James E Bond, "Application of the Law of War to Internal Conflict", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 2, 1973, p. 348; William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, 2012, p. 433 and Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, 3rd edition, Manchester University Press, 2012, p. 301。

⁸⁰ ICRC Interpretive Guidance, above note 6, p. 28. Also see ICRC Commentary on GC II, above note 33, Article 3, paras 525–526.

⁸¹ ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (1) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd ed., Geneva, 2016 (ICRC Commentary on GC I), para. 530.

⁸² 同上注。

⁸³ Jann K. Kleffner, "The Beneficiaries of the Rights Stemming from Common Article 3", in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 440. See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987, para. 4462,关于《第二附加议定书》第1条,指出"武装部队"一词应解释为涵盖"所有武装部队,包括部分国家国内立法中未列人军队定义的部队"。

⁸⁴ ICRC Interpretive Guidance, above note 6, pp. 30-31.

⁸⁵ 这一条款界定了战俘的构成要件,因此也间接地界定了敌对行动意义上战斗员的构成要件。



以及《第一附加议定书》第43条中的"战斗员"是相呼应的。86

有观点指出,这些条款的评注和准备工作表明,没有理由假定"武装部队"一词在国际性和非国际性武装冲突中应有不同的解释。⁸⁷然而,如上文所示,重点应放在共同第3条的解释上,其支持本节提出的理论,即应根据武装冲突的性质来解释"武装部队"一词。共同第3条将国家和非国家部队都包含在"武装部队"的表述中,表明该词的解释在此处不同于国际性武装冲突,从而支持了本文提出的理论,即"国家武装部队"一词在非国际性武装冲突,从而支持了本文提出的理论,即"国家武装部队"一词在非国际性武装冲突中应作不同解释。下文将阐述共同第3条中的这种解释也支持本节提出的理论,因为它符合交战平等的原则。

为了界定非国际性武装冲突中的"国家武装部队"一词,红十字国际委员会《解释性指南》在正规和非正规武装部队之间作了区分。该指南指出一国正规武装部队的人员身份必须根据该国的国内法来确定。⁸⁸至于一国的非正规武装部队,该指南指出,因为他们在武装部队中的成员身份不是由国内法调整的,它"只能基于与适用于非国家冲突方的有组织武装团体的相同的功能性标准予以判定"。⁸⁹

上述分析表明,就正规武装部队而言,确定哪些人员属于非国际性武装冲突中的合法攻击目标的标准就是从国际性武装冲突中转化而来的,并适用于非国际性武装冲突,但这两种武装冲突的一线现实情况完全不同。⁹⁰这一转化方法的主要风险在于,就敌对行动而言,该方法导致国家武装部队在其人员是否构成合法攻击目标方面面临不利的局面。只要一个人加入了国家正规武装部队,他们就构成《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项或《第二附加议定书》第43条意义上的战斗员,并因此被视为国际人道法中的合法目标。因此,正规武装部队的所有人员,从士兵到厨师,在非国际性武装冲突中都被视为军事目标。但对于有组织武装团体人员来说情况并非如此,因为

⁸⁶ 红十字国际委员会《习惯法研究》,见前注2,指出就非国际性武装冲突中的区分原则而言,"武装部队"的定义也适用于非国际性武装冲突(见关于规则4的评注)。

⁸⁷ ICRC Expert Meeting, above note 10, p. 13.

⁸⁸ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第30页。

⁸⁹ 同上注, 第31页。

⁹⁰ 也就是指《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项或者《第一附加议定书》第43条。

红十字国际委员会《解释性指南》指出,只有此类团体的军事或武装部门才构成非国际性武装冲突中的合法目标,前提是他们承担直接参加敌对行动的持续作战职责。⁹¹这造成了国家武装部队与武装团体人员之间的不平衡,因为在武装团体中履行支持职能的人员被视为平民,因此有权得到保护,而履行类似职能的国家武装部队人员则属于合法攻击目标。⁹²

关于一国的非正规武装部队,红十字国际委员会《解释性指南》提议,根据职责标准确定个人的成员身份——即使用与确定有组织武装团体中个人成员身份相同的标准。⁹³这一提议支持了本节的中心观点,即使用持续作战职责概念确定国家武装部队(正规和非正规部队)中,哪些人员属于非国际性武装冲突中的合法目标。本文认为,为了防止将"武装部队"概念扩展至非国际性武装冲突所造成的不平衡,这一概念在这种冲突中应作不同的解释——即确定正规国家武装部队中哪些人员构成合法目标时也应适用持续作战职责标准。下一节将列出原因,说明为何在非国际性武装冲突中国家武装部队人员问题上要使用持续作战职责概念。

适用"持续作战职责"概念以确定国家武装部队的个人成员 身份

有些作者,比如肯尼斯·沃特金,批评了红十字国际委员会《解释性指南》,认为持续作战职责概念应作广义的界定,以囊括履行支持职责的有组织武装团体人员。⁹⁴在他的批评中,沃特金建议对持续作战职责概念进行更为广泛的界定,以纠正国家武装部队所面临的不公平局面,即其成员都是合法的军事目标。但是,当然更人道的论点是不是应该以不同的方式解释非

⁹¹ K. Watkin, above note 48, p. 694. 他们只有在履行涉及直接参加敌对行动的持续职能时,才被视为军事目标。

⁹² Nils Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", *International Law* and Politics, Vol. 42, No. 831, 2010, p. 851.

⁹³ 红十字国际委员会《解释性指南》,见前注6,第24页。

⁹⁴ K. Watkin, above note 48, pp. 675, 691. Also see Michael N. Schmitt, "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis", *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 23–24.



国际性武装冲突中的"武装部队"概念,而不是扩大解释持续作战职责的概念?这将消除国家武装部队人员与有组织武装团体人员之间的不平衡,因为同一标准——持续作战职责标准——将用于确定冲突各方武装部队中的个人成员身份,以确定哪些人员属于国际人道法下的合法目标。有些国家武装部队人员,如厨师,所执行的任务并不构成需要其直接参加敌对行动的持续职能,因此,这些人不应被视为国际人道法下的合法目标——除非他们开始直接参加敌对行动。只有作为国家武装部队或有组织武装团体人员履行直接参加敌对行动持续职责的个人才应成为非国际性武装冲突中的合法目标。将持续作战职责概念扩大到国家武装部队,可以把"国家武装部队"一词的解释仅限于持续参加敌对行动的人员。95

持续作战职责概念适用于国家武装部队是正当的,因为这些部队是在完全不同类型、涉及非国家行为体的武装冲突中行动的。在国际性武装冲突中,冲突各方是国家,而且所有各方的国家武装部队的个人成员身份已经由各国国内法确定。这不能扩展至非国际性武装冲突,因为此种冲突的参与方中至少有一方是非国家行为体,而且有组织武装团体的个人成员身份不由国内法调整。非国际性武装冲突各方之间的不对称性表明,为何《日内瓦第三公约》或《第一附加议定书》中确立的标准不应用于确定非国际性武装冲突中国家武装部队人员是否属于合法目标。因此,非国际性武装冲突各方存在性质上的根本区别,这一论点支持,在根据区分原则确定国家和非国家武装部队中哪些人员属于合法目标时使用相似的标准。

交战平等是国际人道法的一项基本原则,该原则也强调了在国际性和 非国际性武装冲突中应对"武装部队"概念作不同解释的重要性。根据这一 原则,武装冲突各方享有相同的权利、承担相同的义务。⁹⁶这一原则背后的

⁹⁵ 本文虽未详细讨论,但应当指出的是根据本节提出的理论,在非国际性武装冲突中行动的警察部队成员如果其行为与有关冲突有联系,则可以被视为正在履行持续作战职责。有人提议,当这些一般不包括在一国武装部队中的个人被要求履行涉及直接参加敌对行动的持续职能时,他们不应被视为直接参加敌对行动的平民。这项建议的好处是使关于非国际性武装冲突的法律对有组织武装团体更切合实际,因为这将允许此类团体成员持续地以这些人为攻击目标,而不仅仅限于他们直接参加敌对行动时。

⁹⁶ Sandesh Sivakumaran, The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, Oxford, 2012, p.243.

理念是,如果同一冲突的所有各方不受相似规则的约束,那么负有约束性义务的一方就不太可能履行其义务。重要的是要理解,交战平等原则并不顾名思义地意味着敌对各方必须具有平等的地位,而是意味着它们负有同样的义务。⁹⁷乔纳森·萨默指出,交战平等原则并不延伸到地位层面,而是规定各方在遵守国际人道法方面必须具有平等的权利和义务。⁹⁸非国际性武装冲突各方应遵守区分原则,而且根据交战平等原则,国家武装部队和有组织武装团体实施区分原则的方式——即确定在非国际性武装冲突中哪些人员属于合法目标的方法——应以相似方式予以界定。如上所述,共同第3条对"武装部队"一词的解释给这一基于交战平等原则的论点增加了分量,因为本条没有区分非国际性武装冲突各方的"武装部队",他们在国际人道法下具有同样的权利和义务。⁹⁹因此可以说,交战平等原则是共同第3条的基础,因为"武装部队"一词同时包括国家和非国家武装部队,这进一步加强了对非国际性武装冲突中的国家武装部队而言,应对该词作不同解释的理论。

根据现行法,国家武装部队中更大比例的人员会成为敌对行动的攻击目标,因为在非国际性武装冲突中,此类部队成员身份的确定方式不同于有组织武装团体中的人员。因此,为遵守交战平等原则,应采用类似的标准来确定非国际性武装冲突各方部队的人员身份,以便用同样的方式对国家武装部队和有组织武装团体适用区分原则。任何不遵守交战平等原则的行为都可能对冲突各方遵守国际人道法的意愿产生不利影响,因为它们将承担不同的义务。上述论点表明,将持续作战职责概念扩大到非国际性武装冲突的国家武装部队的重要性,特别是此举有助于确保冲突各方承担平等的义务,从而促进各方更好地遵守国际人道法。

⁹⁷ 同上注, 第245页。

⁹⁸ J. Somer, above note 73, p. 663.

⁹⁹ ICRC Commentary on GC I, above note 81, para. 5301.



结论

本文旨在提议将红十字国际委员会《解释性指南》所提出的持续作战职责概念,扩展适用于国际性和非国际性武装冲突中具体类型的行为体。本文首先阐明《解释性指南》已经设想将这一概念扩展到具体的两类行为体:私营军事安保公司雇用的一些人员与武装部队的非正规人员。本文认为,在某些情况下,持续作战职责概念也应扩展到不属于国际性武装冲突各方的有组织武装团体。这项建议的目的是将可能出现这种情形的当代武装冲突的现实情况纳入考虑范围。采取持续作战职责概念这一方法将确保区分原则和交战平等原则得到遵守,使国际性武装冲突参与各方具有同样的权利和义务。

本文提出的第二项提议是,在非国际性武装冲突的背景下,对"国家武装部队"一词作不同的解释。本文建议采用这一办法,以确保非国际性武装冲突各方之间的平等,解决国家武装部队人员和有组织武装人员在构成国际人道法下合法攻击目标方面的不平衡。根据共同第3条的措辞和交战平等原则,本文建议,国家武装部队中的个人成员身份应以与有组织武装团体相同的方式予以确定,即使用持续作战职责标准。这一办法将使非国际性武装冲突的所有各方能够以更切合实际的方式实施区分原则。

网络行动和 《日内瓦第二公约》

杰弗里・比勒*

摘 要

近期出版的《日内瓦第二公约》红十字国际委员会新版评注认识到,海上冲突行为和适用法律解释发生了重大的变化。其中一项重大变化是在海军行动中增加了网络行动。现代船舶越来越多地利用计算机网络来控制重要的船舶系统,但在《日内瓦第二公约》下如何看待潜在的网络行动的讨论是有限的,这一点可以理解。本文将通过分析网络行动如何对《日内瓦第二公约》的某些条款产生影响来帮助解决这一差距。

关键词: 网络空间;海战;日内瓦四公约;战俘;医院船。

.

^{*} 美国空军中校杰弗里·比勒是美国海军战争学院斯托克顿国际法研究中心航空法、太空法和网络行动副主任。

引言1

与战争的任何其他方面一样,技术飞跃也会周期性地彻底改变海战的作战方式。现代军舰的数字化和自动化有可能创造另一个这样的飞跃,这是针对这些系统的进攻性网络行动的结果。新闻报道中越来越多地出现了潜在网络行动如何攻击这些系统的真实例子。其中一个例子是,一艘8万吨的船舶上的电子海图显示与信息系统被一个含有恶意软件的优盘感染。²电子海图显示与信息系统是一个基于 Windows的计算机系统,安装有导航软件,用于全球船舶。这些系统通常使用的是过时的Windows版本,并且很少使用杀毒软件。一个没有经验的网络对手都可以轻易攻破这样一个系统,对导航产生潜在的严重影响。也许更令人不安的是,在俄罗斯新罗西斯克港附近,至少有20艘船只报告说,他们船上的全球定位系统将它们定位在距离实际位置25海里的内陆位置。³这一事件似乎只是俄罗斯水域潜在的全球定位系统破坏趋势的一部分。⁴

随着技术的不断发展,法律也在不断发展,需要对其原则进行不断的重新评估。2017年5月,红十字国际委员会发布了《日内瓦第二公约》的新版评注,海战法向前迈出了重要一步。⁵在适用于国际武装冲突中海战的规则中,《日内瓦第二公约》占了很大比例。⁶《日内瓦第二公约》主要保护海上武装部队伤者病者及遇船难者,其中条款是以1899年和1907年的海牙公约为基础的。2017年的新版评注是自1960年的评注发布以来,红十字国际委员

¹ 本文的写作基于2017年11月发表在Opinio Juris网站上的一系列与该主题相关的文章。

² Chris Baraniuk, "How Hackers Are Targeting the Shipping Industry", BBC *News*, 18 August 2017, available at: www.bbc.com/news/technology-40685821 (所有网络资料均访问于2019年8月).

David Hambling, "Ships Fooled in GPS Spoofing Attack Suggest Russian Cyberweapon", New Scientist, 10 August 2017, available at: https://www.newscientist.com/article/2143499-ships-fooled-in-gps-spoofing-attack-suggest-russian-cyberweapon/.

⁴ 同上注。

⁵ ICRC, Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 2nd ed., 2017 (2017 Commentary on GC II), available at: https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCII-commentary.

⁶ 值得注意的是,《日内瓦第二公约》并不适用于非国际性武装冲突,尽管事实上非国家武装团体可能 拥有重要的海军和网络能力。虽然这不是本文的重点,但《日内瓦第二公约》的某些规定可以通过国 际习惯法适用于非国际性武装冲突。



会编写的第一份评注,它承认了海军冲突行为和适用法律解释方面的重大变化。二十世纪下半叶的重大技术发展,促成了这两种的变化。其中一项重大技术发展是网络领域的出现,成为了军事行动的关键组成部分。

海军部队已经在计划网络行动,以便在未来的海上冲突中发挥重要作用。⁷这项计划是对日益"联网"的军事力量存在的巨大可能性和弱点的一种认识。现代海军舰艇利用并依赖可编程逻辑控制器,将硬件组件与船上的物理系统连接起来。⁸这创造了重要的船员效率,更精确的武器系统和精准的导航。然而,这些联网控制系统也会对动力、液压、转向、推进和其他关键系统产生易受攻击的向量。虽然使用网络方法的行动可能与海洋环境中的传统动力行动有很大的不同,但它们还是会对日内瓦公约的保护产生潜在影响。

2017年新版评注确实认识到了网络行动对海战的潜在影响。但是,关于网络行动对《日内瓦第二公约》保护的影响的讨论仅限于少数几个主题。这并不是批评评注——关于国际法适用于网络领域的共识尚处于起步阶段,各国就其解释不愿作出任何超出初步的声明。鉴于缺乏共识,我们可以理解新版评注的作者会犹豫是否就网络行动对《日内瓦第二公约》的影响进行深入解释。

值得注意的是,2017年新版评注确实在两个重要领域对网络行动进行了大篇幅的讨论: 日内瓦四公约共同第 2 条中的《日内瓦第二公约》的适用范围规定,°以及禁止医院船使用密码。¹0由于共同第2条并不专门涉及海战,所以本文将不会直接讨论这个问题。新版评注讨论了网络通信的重要问题和第34条,其中禁止医院船"备有或使用密码,为无线电或其他通讯方法之用","但因为评注已经对这个问题进行了大量讨论,所以本文中也不再赘述。

⁷ See, generally, United States Navy, Fleet Cyber Command Strategic Plan 2015–2020, available at: www.navy.mil/strategic/FCC-C10F%20Strategic%20Plan%202015-2020.pdf.

⁸ Office of Naval Research, United States Department of the Navy, "A New Defense for Navy Ships: Protection from Cyber Attacks", *Phys.org*, 17 September 2015, available at: https://phys.org/news/2015-09-defense-navy-ships-cyber.html.

^{9 2017}年《日内瓦第二公约》新版评注,前注5,第275-278段。

¹⁰ 同上, 第2389-2403段。

^{11 《}一九四九年八月十二日改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》,75 UNTS 85 (1950年10月21日生效),第34条。

适用范围和加密通信可能是网络行动影响《日内瓦第二公约》权利和义务的最明显方式之一,但 2017 年的评注仍未回答许多其他问题。本文将针对潜在的网络攻击行动,讨论《日内瓦第二公约》的四个具体条款。第一,本文会讨论第 12 条以及对遇船难者的保护; 具体分析船员是否可能通过纯网络手段而遭遇 "船难"的问题。第二,本文会考虑第 16 条以及必须向"落于敌方手中"的海军人员提供的保护。本节会讨论由于网络行动控制了重要的船舶功能而导致船员落于敌方手中的可能性。第三是对第18条 "战斗之后"条款的分析; 尽管与共同第2条适用范围问题相似,但它包含海军行动特有的要素。第四也是最后一点,第 22 条、第 24 条、第 25 条和第 27 条中"尊重和保护"医院船和沿海岸救生船的义务,就潜在的网络行动而言产生了许多问题。在此,新版评注简要阐述了与网络行动相关的这一要求,本节将以该分析为基础。

每个部分都会讨论两个主要问题:第一,相关条款下的义务和权利如何 受到潜在网络行动的影响;以及第二,海军,特别是那些越来越依赖网络系 统的海军,应该采取哪些步骤来预测影响海军交战的网络行动?

网络船难和第12条

网络行动对现代海军的主要威胁包括前面讨论的电子海图显示与信息系统等攻击媒介,以及自动识别系统,这些系统是非加密应答系统,已经显示易受欺骗攻击的脆弱性。¹²下一个威胁是通过操纵用来帮助控制现代船舶的数据采集与监控系统软件,操纵甚至接管上述可编程逻辑控制器的能力。2013年,美国德克萨斯大学科克雷尔工程学院的研究人员通过一种创造性的全球定位系统欺骗操作,控制了一艘213英尺长的现代超级游艇的导航控制系统,证明了这种能力。¹³研究小组能够通过改变位置输入将游艇引导到新的航向,而船舶的导航系统则显示游艇保持着原来的航向。这种能力有可能

¹² Glenn Hayes, "Manipulating AIS", Marine Electronics Journal, 23 November 2015.

^{13 &}quot;Spoofing a Superyacht at Sea", *University of Texas News*, 30 July 2013, available at: https://news.utexas.edu/2013/07/30/spoofing-a-superyacht-at-sea.



使船舶面临自然和人为危险的风险,并展示了现代数据采集与监控系统控制 重要船舶功能的一个潜在的网络相关漏洞。潜在危险之一是船员可能因为网 络手段遭遇海难;在这种情况下,船员将因此受到《日内瓦第二公约》下的 保护。

《日内瓦第二公约》第12条规定,"在海上受伤、患病或遇船难之……武装部队人员,在一切情况下,应受尊重与保护"。最重要的是,第 12 条为船员提供了保护,一旦被认定为遇到"船难",船员则不会受到进一步的攻击。如该条所示,这包括两项义务:一项限制性义务和一项保护性义务。限制性义务是针对那些享有保护的人的任何暴力行为,以及可能影响他们的不分皂白的暴力行为。¹⁴考虑到伤者、病者和/或遇船难者处于特别脆弱的境地,这一义务应作广义解读。¹⁵保护义务在很大程度上取决于当时的情况,包括对受保护者的潜在伤害程度以及负有保护义务的人可用的资源。对以下讨论特别重要的是,2017年评注指出,"一旦伤者、病者和遇船难者处于冲突一方的权力之下,该方将有更好的选择来保护他们免受医疗状况恶化和其他危险的影响"。¹⁶

传统的船难概念会让人联想到船只在大炮、鱼雷或空中炸弹的袭击下燃烧并开始下沉的画面。但是,第12条规定"船难"一词应理解为系指任何原因之船难。许多现代军舰对网络控制的关键系统的依赖引出了一个问题:在《日内瓦第二公约》的意义上,军舰上的船员是否会因纯粹的网络手段而遭遇海难,从而获得保护,免受进一步的攻击?尽管尚未有任何国家正式讨论这一具体问题,但回顾2017年评注对第12条的分析,可以得出肯定的答案,不过并不明确。

回答这个问题的部分困难在于,在确定船员何时应被视为遇船难的问题 上存在一些含糊不清的地方。¹⁷一艘没有明显物理损伤,也没有受到反作用

^{14 2017}年新版评注,前注5,第1400段。

¹⁵ 同上, 第1404段。

¹⁶ 同上, 第1411段。

¹⁷ 对"遇船难者"一词更多地讨论, see Steven Haines, "Who is Shipwrecked?", in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 767–780.

力的船上的船员可以被认为是遇难的,这乍一看似乎是违反直觉的。然而,2017 年评注在这个问题上很有帮助,指出"要符合船难的条件,该人必须处于海上危险境地",并且"在一切情况下,该人都必须避免任何敌对行为。"¹⁸因此,我们可以将分析分解为两个独立的要素:先确定一艘因网络手段而失能的船,其船员是否"在海上处于危险之中",如果是这样,如何确定船员是否参与了敌对行动。下面将分别分析这些元素。

海上危险境地

2017年评注中对船难这一术语的解读是"广义的",¹⁹对因为网络手段而受损的船员是否被视为处于危险之中进行了分析,这一解读重述了1960年评注中"从最广泛的角度考虑"这一术语的建议。²⁰尽管对"船难"一词的理解很广泛,但最初可能难以接受的是,船员在船只没有表面损伤的情况下被认为处于危险之中。然而,即使不会立即危及生命,推进力、转向力、生命支持和其他关键系统的失能也足以造成危险。在这一点上,2017年评注认为"处于完全瘫痪的船只上的人……他们的情况很危险但不一定会立即危及生命,也包括在内,只要他们不采取任何敌对行为"。²¹此外,评注指出:"可能危及生命的情况…也会使船上人员在海上'处于危险之中'。"²²

虽然很明显,通过网络手段使船只瘫痪,法律上可以确定导致船员处于"海上危险境地",但主要的实际困难是,损害的程度可能是未知的,最初甚至是船员本身。网络系统的损坏可能需要大量维修,需要新设备,或者可能需要信息技术专家登船来进行损害评估。相反,损坏可能会很快得到修复,因此该舰的武器系统将再次对敌方军舰构成致命威胁。

^{18 2017}年新版评注, 前注5, 第1379段。

¹⁹ 同上, 第1383段。

²⁰ Jean Pictet (ed.), Commentary to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 2: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick, and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, ICRC, Geneva, 1960, pp. 84–92.

^{21 2017}年新版评注,前注5,第1384段。

²² 同上, 第1385段 (强调原文)。



此外,何人或什么原因导致船舶网络瘫痪的事实归属最初可能是不清楚的。实际上,损坏可能完全是自己造成的,或者是由船员先前在不知情的情况下引入的恶意软件造成的,就像前文提到的受恶意软件感染的电子海图显示与信息系统的更新一样。²³在这些情况下,2017年评注在"任何其他原因"的定义中将"由人为错误或故障引起的船难"包括在内,这清楚地表明,即使船舶网络受损是自己造成的或因敌方行为以外的方式造成的,船员也可能由于网络手段而遭遇船难。²⁴因此,在评估是否应提供保护时,确定网络故障原因的事实归属在法律上是没有必要的。然而,对于网络手段造成的损害程度的有可能存在混淆,使得在评估是否必须为船员提供保护时,避免敌对行动的要求变得更加重要。

避免敌对行动

2017年评注指出,船员不会受到第 12 条的保护,除非除了处于危险之中之外,他们还要避免采取任何进一步的敌对行为。即使可以看到证据,例如可以看到船员弃船,也很难确定军舰的船员是否遵守了这一要求。一艘船的武器系统可能在其他系统严重损坏时仍能正常工作,而且可能仍有船员在操作这些系统。回想一下,船本身仍然是一个军事目标,随时可能受到攻击;只有船员在船难的情况下才会得到保护。2017年评注认识到了这一困境:

然而,如果没有外部迹象,敌人可能很难甚至不可能知道船员是否正在 修理武器以继续敌对行动。此外,由于水手处于作为军事目标的船只上,所 以瘫痪或受损的军舰很可能需要投降(例如投降降旗)才能获得保护。²⁵

网络领域特有的一个问题是船员可以采取哪些网络措施来修复或防止对船舶的进一步网络损坏,同时仍避免敌对行动。在这里,主动网络防御和被动网络防御之间的区别或许能给出答案。主动防御,有时也被称为"黑客攻击",是指在自己的网络之外对对方网络采取的带有防御意图的行动:为了

²³ 见前注2及所附文本。

^{24 2017}年新版评注, 前注5, 第1386段。

²⁵ 同上, 第1390段。

防止进一步的入侵,禁用一部分对方用来进行网络行动的网络。然而,防火墙、防病毒程序和入侵检测程序等被动防御则完全发生在自己的系统内,不会影响敌方网络。由于主动网络防御可能包括针对冲突中敌方的行动,它们很可能被视为敌对行动的延续。但被动防御不构成这样的威胁,类似于试图拯救一艘受损的船,使其免于沉没。尽管避免进一步的敌对行动不包括要求船员停止试图拯救受损船只,但有义务避免对敌方部队构成威胁的行为。因此,舰船指挥官应该意识到,如果采取积极的网络防御措施来保护其舰船网络,可能会导致船员无法获得保护地位。

最后,确定船员在这种情况下是否避免敌对行动可能需要与参与交战的 其他部队进行一些沟通。不幸的是,损坏其他关键系统的同一网络事件,可 能损坏了受损船只的通信设备。尽管 2017年评注建议通过降低战旗或国旗 来表示投降的历史悠久的方法——"投降降旗"——作为停止敌对行动的信 号,但未来的大多数的海军交战可能会在防区外作战,而视觉信号的价值可 能有限。

未来的考虑

尽管许多实际困难阻碍了对因网络手段而瘫痪的船只的船员是否应给予第12条保护的确定,但2017年评注表明,这显然是可能的。《日内瓦第二公约》并没有要求船员如何成为遇船难者,并且评注强调保护是相当广泛的。对于那些主要依靠网络系统操作战舰的海军部队来说,这个困难的确提出了几个有趣的问题。这些海军可能需要保留非数字通信方法,例如模拟无线电或远距离视觉系统,可以表明船员处于危险中,避免敌对行动。如有可能,应在冲突开始时将这些方法告知敌方。

使用网络方法试图使敌方战舰瘫痪的国家的舰船指挥官应特别注意这样一个事实,即尽管没有明显的损坏,但如果船员遭遇船难,可能仍然有权获得保护。在武装冲突中针对军舰的协同网络行动,不仅增加了船只失事的可能性,还增加了通过网络手段实际控制敌方军舰的可能性。这引发了一系列法律问题,但《日内瓦第二公约》下的保护所特有的一个问题是船员在这种情况下的地位。下一节将讨论此类"网络俘虏"的可能性。



网络俘虏和第16条

如果熟悉海军史,哪怕只是读过帕特里克·奥布赖恩的《奥布里·马图林》系列小说,就会知道,在航海时代登载和扣押船只是海战的共同特征。²⁶然而,现代海上冲突中通常是使船只沉没或瘫痪,而不是捕获船只。尽管大多数现代武器的防区外射程不利于这种情况即将发生的变化,但网络战再次引发了捕获问题。前一节审查了船员是否可以在《日内瓦第二公约》的意义下为第12条保护的目的而遭遇船难的问题。本节将进一步介绍这种情况,并且讨论被敌方通过网络手段而征用的船上船员的地位。

尽管从技术角度来看可能更难,但有理由认为,如果一艘船可以因为进攻性网络行动完全瘫痪,那么同样的网络系统也可以被外部实体控制。如前所述,德克萨斯大学的研究人员证明了这种可能性。鉴于对重要船舶功能的网络控制的依赖日益增加,从理论上讲,一艘船可以被改造成一艘远程操作的船舶,类似于其他无人机类型的载具。²⁷要问的第一个问题是,这种分析是否与通过网络手段使其瘫痪的船只有所不同。这可能只是船员"处于危险之中",如果他们没有进行敌对行动,就必须给予他们第12条的保护。但是,如果有人控制了这艘船,而船在其他方面正常运行,他们真的"处于危险之中"吗?

如果船员决定放弃船只或通过机械手段使其瘫痪,以防止敌方部队获得控制权,那这个问题是无效的。但是,假设船员选择留在船上,而不是通过机械手段使其瘫痪,那么留在船上但无法控制船舶的船员的地位如何?敌人控制了船只是否要为船员提供战俘保护?第16条规定"交战国之伤者、病者及遇船难者之落于敌方手中者,应为战俘,并对之适用国际法有关战俘之规定"。将这一条分解为几个部分,我们首先要讨论的是"交战国之伤者、病者及遇船难者"。在这一点上可能很容易提出,船员没有受伤、生病或遭

²⁶ See, generally, Brian Lavery, Jack Aubrey Commands: An Historical Companion to the Naval World of Patrick O'Brian, Naval Institute Press, Annapolis, MD, 2003.

²⁷ Rolls-Royce, "Rolls-Royce Demonstrates World's First Remotely Operated Commercial Vessel", press release, 20 June 2017, available at: www.rolls-royce.com/media/press-releases/yr-2017/20-06-2017-rr-demonstrates-worlds-first-remotely-operated-commercial-vessel.aspx.

遇船难, 所以第16条不适用。不过, 2017年评注指出:

虽然第16条在确定何人是战俘时,使用了较宽松的表述"交战国之伤者、病者及遇船难者",而不是第13条中使用的技术性较强的术语,但《日内瓦第二公约》中战俘的定义并不意味着与《日内瓦第三公约》中的定义相背离。²⁸

《日内瓦第三公约》第4条明确规定,"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";²⁹这条被解释为包括那些"没有战斗就被俘虏的士兵"。³⁰从本质上讲,这意味着无论水手以何种方式落于敌方权力之下,无论受伤、生病或遇船难,他们都被视为战俘。在网络行动出现之前,落于"敌方权力之下"是一个相当直截了当的命题,很难想象会发生于没有敌军实际存在的情况下。然而,船员是否以及如何通过纯粹的网络手段落入敌人的权力之下,则需进一步分析。也许在分析中,决定性的因素是接近程度以及是否需要敌人的实际存在。

捕获和敌军的接近程度

这里的主要困难是理解"落于敌方手中者"这个短语,以及当敌人并没有实际在场时这是否可能。2017年新版评注指出,"'落于敌方手中者'一词足以广泛到涵盖捕获或投降"。³¹假设尽管有关船只已经通过网络手段被征用,但船员既没有选择离开船只,也没有采取投降的肯定行动。虽然2017年评注认为"不需要实际地'捕获'",³²但敌人似乎确实已经捕获了这艘船,所以如果船员不愿意或无法放弃船只,他们是否也被俘虏了?新版评注没有作进一步界定,这是可以理解的。在没有敌人实际存在的情况下进行捕获是一个非常新颖的概念,几乎没有任何类比。

^{28 2017}年新版评注,前注5,第1575段。

^{29 《}一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约》,75 UNTS 135 (1950年10月21日生效),第4条。

³⁰ Jean Pictet (ed.), Commentary to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 3: Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, ICRC, Geneva, 1960, Art. 4.

^{31 2017}年新版评注, 前注5, 第1568段。

³² 同上, 第1571段。



一个可能的类比是空中作战系统,比如没有地面部队陪同的直升机或无人机。如果攻击型无人机的操作员看到一群敌方战斗员放下武器并挥舞着白旗,这些士兵是否应该被视为失去战斗力的人并且不再受到攻击?³³哈佛大学人道政策和冲突研究项目专家组在《空战和导弹战国际法手册》(《哈佛手册》)中审议了这个问题,但没有得到解决,因为有成员认为这一规则"很容易被滥用"。³⁴虽然《哈佛手册》没有作进一步阐述,但投降的基本规则表明,需要有某种理由怀疑投降没有明确表达或不是真实的。³⁵这一解读符合红十字国际委员会的《日内瓦公约第一附加议定书评注》,其中指出空军"在不能或不愿拘留或接受投降的情况下(例如,直升机攻击的情况下),当然也可以让敌人处于他们的权力之下"。³⁶

直升机可能对地面部队拥有控制权的情况与海上远程控制船只的程度,似乎没有什么本质上的区别。可能的情况是,控制海上一艘船只的网络操作员对敌人的控制,甚至会大于飞机对地面上毫无防御能力的士兵的控制。他们不再控制的船员留在船上时,会受到控制人员的突发奇想的影响。船员可能会被逼入危险的境地,或者如果武器系统控制网络被访问,炮兵控制装置可能会被操作在内部引爆船只装载的弹药。但是,对船只进行网络控制的情况仍然不同,因为没有实际存在。因此,我们有必要进一步分析权力和控制的问题。

充分和有效的控制

考虑到在没有敌方士兵在场的情况下,很难界定捕获所需的条件,也许可以参考一套单独但相关的法律体系:国际人权法。尽管本文不会深入探讨国际人权法在武装冲突中的适用性这一有争议的问题,但国际人权法可以

³³ 关于失去战斗力的人的定义, see Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: *Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, Rule 47.

³⁴ HPCR, Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, 2010, comment accompanying Rule 15(b), para. 8.

^{35 《}一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》,1125 UNTS 3,1977年6月8日(1978年12月7日生效)(第一附加议定书)。

³⁶ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, para. 1612.

提供一个有用的例子,分析国际法下的某些保护义务需要何种程度的控制。例如,欧洲人权法院在Al-Skeini等诉英国案中,认为《欧洲人权公约》通过对一个地区的有效控制或通过国家代理人对一个人的控制而在域外适用。³⁷ 在更早的Medvedyev等诉法国案中,法院还认为,当军队将船员置于监视之下,并控制船舶航行时,船上的平民负有人权义务,从而行使"充分和有效"的控制。³⁸在Al-Skeini案中,欧洲人权法院裁定,"对有关人员行使实际权力和控制"是建立管辖权的关键。³⁹

虽然"充分和有效的控制"是一个人权概念,而且欧洲人权法院的判例 法只适用于《欧洲人权公约》的缔约国,但它表明,在敌军承担相应义务之 前,实际力量和对船舶航行功能的行动控制是确定敌军需要何种程度的权力 的潜在因素。如果可以通过使用网络手段获得这种程度的控制,那么船员应 被视为战俘,并受到相应的《日内瓦第二公约》第16条保护,"对之适用国 际法有关战俘之规定"。

对网络战俘可能承担的义务

虽然关于战俘的法律条款主要规定在《日内瓦第三公约》中,因此不是本文的重点,但2017年关于《日内瓦第二公约》的评注确实对某些条款进行了评论。值得注意的是,评注指出,"一个人被关押在船上的时间仅限于绝对必要的时间",提及了《日内瓦第三公约》第22条关于战俘被拘禁在陆地上的规定。⁴⁰但是这不必然意味着直接返回港口。相反,决定是基于"这种'情况'下的'权宜之计'"。⁴¹这些情况包括"不允许船舶立即改变航

³⁷ ECtHR, Al-Skeini and Others v. United Kingdom, Appl. No. 55721/07, 2011, paras 133–140, available at: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606.

³⁸ ECtHR, *Medvedyev and Others v. France*, Appl. No. 3394/03, 2010, paras 66–67, available at: http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-97979.

³⁹ ECtHR, Al-Skeini, above note 37, para. 136.

^{40 2017}年新版评注, 前注5, 第1579段。

⁴¹ 同上, 第1579段。



向的操作原因"。⁴²虽然海战法的其他领域将在这一决定中发挥作用,但在这一分析中并没有完全排除船员留在船上进行作战行动的可能性。⁴³

未来的考虑

如果在这种情况下有可能俘虏战俘,海军应该做些什么准备?第一,希望利用网络行动来控制船只的海军应该制定一个计划,如果船员仍留在船上,该如何处置他们。《日内瓦四公约》对如何对待这些人员规定了某些义务,以及各国必须了解如何将船员转移到更合适的场所,以满足《日内瓦第三公约》规定的要求。⁴⁴第二,采用网络系统的海军明智的做法是,确保有一个机制,在网络攻击成功时立即恢复机械控制或制定明确的操作程序计划,以避免船员的地位可能受到质疑的情况。随着网络行动的出现,海战的另一个方面可能会变得更模糊,那就是确定海上交战的结束时间。这是判断某些《日内瓦第二公约》的义务何时开始的决定性因素,因此在下一节中讨论这个问题。

第18条"战斗之后"条款

1941年5月27日,英国战列舰"英王乔治五世"号和"罗德尼"号与德国战列舰"俾斯麦"号交战,该战列舰此前曾因属于"皇家方舟号"航空母舰的飞机的鱼雷攻击而瘫痪。经过近两个小时的战斗,"俾斯麦"号及其上2200名船员被击沉,这标志着英国和德国海军之间的这场特殊的海上交战的结束。由于"俾斯麦"号的护卫舰"欧根亲王号"已经脱离了编队,所以遇难的船员们只能依靠英国皇家海军进行救援。英国多塞特郡号和毛利号根据1907年《关于1906年7月6日日内瓦公约原则适用于海战的公约》(海牙第十

⁴² 同上, 第1579段。

⁴³ 例如, 一旦敌人交战, 禁止悬挂假旗, 因为据推测, 船上的船员不会改变船旗。Louise Doswald-Beck (ed.), San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, Rule 110.

^{44 《}日内瓦第三公约》第12条。

公约)第16条,开始营救德国船员。⁴⁵然而,在110名船员获救后,潜艇警报响起,迫使皇家海军中断救援。除5名德国船员外,其余全部在海上遇难。⁴⁶

指导英国营救"俾斯麦"号船员的法律义务在《日内瓦第二公约》第18条中得到了扩展。但是,交战后军舰指挥官搜寻和收集遇船难者、病者伤者的义务范围仍被批评为含糊不清,需要澄清。⁴⁷本节探讨了网络行动的出现是如何引入额外的模糊性因素的。

第18条要求, "每次战斗之后,冲突各方应立即采取一切可能之措施以 搜寻并收集遇船难者、伤者与病者加以保护借免抢劫及虐待,而予以适宜之照顾,并搜寻死者而防其被剥劫。"2017年评注正确地认识到, "第18条第1款是《日内瓦第二公约》中最重要的条款", 它规定了根据第12条给予的保护而产生的义务。⁴⁸虽然对本条的详细了解是正确理解整个公约的关键,但在这里,我们将仅从网络行动的角度来研究第一个要素。

陆地与海上义务

第18条明确规定,与陆上行动不同,在海上照顾伤者病者的要求直到战斗之后才出现。⁴⁹这在海战背景下是可以理解的,因为如果指挥官中断正在进行的战斗转而收集遇船难者和伤者病者,其面临的伤害风险会增加。正如2017年评注所指,这项义务"不加区别地适用于己方和敌方人员"。⁵⁰此外,在《日内瓦第二公约》起草时,海军交战往往是非常暴力但短暂的。以"俾斯麦"号为例,其船旗虽从未被击中,但经过两小时的战斗后沉入了大

⁴⁵ 本条规定, "在每一战斗结束以后,交战双方在军事利益许可的范围内,应采取措施搜寻遇船难者、 伤者或病者以及死者,保护他们免遭抢劫和虐待"。

⁴⁶ 关于这次特殊战斗更深入的处理,见C.S. Forester, *Hunting The Bismarck*, Academy Chicago Publishers, Chicago, IL, 1983.

⁴⁷ Peter Barker, "The Sea is Still Cruel – A Mariner's Perspective on Some Aspects of the Updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention", Opinio Juris, 16 November 2017, available at: http://opiniojuris.org/2017/11/16/the-sea-is-still-cruel-a-mariners-perspective-on-some-aspects-of-the-updated-icrc-commentary-on-the-second-geneva-convention/.

^{48 2017}年新版评注, 前注5, 第1617段。

^{49 《}日内瓦第一公约》第15条规定"无论何时,特别在每次战斗之后,冲突各方应立即采取一切可能的措施..."。

^{50 2017}年新版评注,前注5,第1618段。



海,交战显然已经结束。但对于装备了先进的远程武器系统,包括网络能力的现代海军来说,交战的结束可能更难辨别。

2017年评注讨论了第18条的战斗之后的限制,认为虽然这一要素可能暂时限制义务,但它也可能扩大义务的实质范围。⁵¹它的理由是,"由于特定的战斗即将停止,这可能会限制冲突一方援引安全或军事考虑作为不进行搜索和救援活动的理由的程度"。⁵²因此,确定时间要求的确切范围变得越来越重要。

交战的时间范围

幸运的是,2017年评注为解释第18条的时间范围条款提供了指导。它规定,"'交战'一词是'武装部队之间的战斗',即涉及冲突各方军事单位之间使用的作战手段和方法"。⁵³先不说这些方法和手段是否仅限于海军的问题,评注建议,"交战"一词"包括任何形式的交战,包括从空中或陆地进行,但在海上造成伤亡"。⁵⁴这里没有明确提到网络行动,虽然"任何形式的交战"表明网络行动也是被涵盖的。但是,应当指出,各国一直不愿在所有情况下对网络行动适用国际法义务。因此,值得讨论的是,除了结束更传统的实际行动之外,是否还需要停止网络行动,满足"战斗之后"的要求并启动可能的第18条的义务。

首先,评注提出的在战斗时必须要"在海上造成伤亡"说法,很有可能是用词不当。也许更正确的说法是,这次行动具有在海上造成伤亡的目的。不难想象,船只在实际造成伤亡之前就可能已经交战。在她自己沉没之前,"俾斯麦"号在很大程度上是通过"抢占上风口"击沉了"胡德"号战列巡洋舰,即在开火前抢占一个相对于敌人的有利位置。所以,仅仅因为网络行动不会造成伤亡,这并不意味着与实际打击相关的网络行动不属于整体交战的一部分。但是,没有实际部分的网络行动是否可以构成交战或交战的继

⁵¹ 同上, 第1648段。

⁵² 同上, 第1648段。

⁵³ 同上, 第1655段。

⁵⁴ 同上, 第1655段。

续,这是是一个略有不同的问题。

虽然第18条的评注没有具体提到网络行动,但在共同第2条的适用范围中有所讨论,特别是只有网络行动是否能构成"武装部队",从而使《日内瓦公约》可以适用。评注指出,"人们普遍认为,网络行动具有与传统实际行动相似的效果"就足够了。⁵⁵但是,评注也承认,当前的现实是,低于这一门槛的网络行动在法律上尚且是悬而未决的。⁵⁶可以肯定地说,实现实际效应的网络行动将因此构成继续交战。但是,那些影响网络系统而不产生实际效应的网络行动呢?这可能再次取决于网络行动是否是旨在"造成伤亡"的后续动能行动的前兆或推动者。⁵⁷

在战时法在这一领域得到更充分的发展之前,可能有必要将关于交战是否已经结束的法律推理留给船长的善意评估。虽然乍一看并不令人满意,但这符合评注对第18条的理解,"在任何特定情况下,交战的构成仍然取决于当时的情况",以及"代表冲突一方行事的人,各自在自己的决策级别上,在有可能采取第18条所述的一项或多项措施时,需要作出善意的评估。" 58这种"善意评估"是国际人道法中常见且必要的部分,即使偶尔会遭到滥用。

未来的考虑

考虑到滥用的可能性,将网络行动作为海上冲突的一部分的国家要做什么?确保尽快找到遇船难者、伤者病者并照顾他们,仍然符合冲突各方的既得利益。评注再次提供了一个可能的解决办法,建议对方指挥官就第6条意义上的营救遇船难者达成一项"特别协定",59允许各方履行第18条的义务而不必担心受到攻击,并补充道,"这种协定可以在指挥官之间当场口头缔结"。60作为任何此类协议的一部分,警报指挥官肯定会增加对进攻性网络

⁵⁵ 同上, 第277段。

⁵⁶ 同上, 第278段。

⁵⁷ 关于网络行动和国际人道法适用范围—般性的讨论,见Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017 (Tallinn Manual 2.0), Rule 80.

^{58 2017}年新版评注,前注5,第1655段。

⁵⁹ 特别是, 第6条规定"各缔约国对其认为需另作规定之一切事项得订立特别协定"。

^{60 2017}年新版评注,前注5,第1651段。



行动的禁令。另一个受益于双方加强协调的海战领域,是医院船和救援船的使用。虽然这些船只所起的作用得到了广泛承认,但其使用却被一再发生的 悲剧所破坏。

网络行动与"尊重和保护"的义务

战时医院船和救援船的使用一直是一个有争议的问题。这些船只满足了大多数各方承认的人道需求,因此得到了类似于对遇船难者和伤者的保护。⁶¹但是,对滥用上述船只的深刻怀疑导致这些受保护船只多次遭到袭击,特别是在第一次和第二次世界大战期间。虽然有些攻击是由于错误识别造成的,但许多攻击都是有意为之。⁶²不受限制的海战活动经常包括蓄意攻击医院船。其中一个例子就是前苏联的医院船"亚美尼亚"号。⁶³1941年11月7日,一架德国鱼雷轰炸机袭击了"亚美尼亚"号,在没有发出警告的情况下将其击沉。船上的7000人中除了8人外,其他所有人都在袭击中丧生。

虽然从任何角度来看,这都是一场悲剧,但"亚美尼亚"号作为医院船的地位存在几个问题。虽然,"亚美尼亚"船体标有明显的大号红十字标志,因此当时肯定是用以运送伤病员的。但同时,该船只还装有轻型防空武器,并此前曾在武装护送下在冲突中用于运输军事物资。这一悲剧以及其他许多类似事件表明,有必要澄清和推进《日内瓦第二公约》中与保护医院船有关的规则。本节根据网络行动分析了《日内瓦第二公约》第22、24和27条中"尊重和保护"医院船和沿海岸救生船的义务。医院船是"各国特别并专用以救助、医治并运送伤者、病者及遇船难者而建造或装备之船只",64而沿海岸救生船是"国家用或官方承认之救济团体为沿海岸救生用之小型船

⁶¹ 例如,《日内瓦第二公约》第22条规定医院船"在任何情况下,不得加以攻击或拿捕,而应随时予以 尊重与保护"。

⁶² 参见,例如,德国政府在第一次世界大战中的一份声明,称其"将不再容忍在英吉利海峡或北海部分 区域的任何医院船": Lassa Oppenheim and Ronald Francis Roxburgh, *International Law: A Treatise*, Vol. 2: *War and Neutrality*, 3rd ed., Longmans, London, 1921, p. 287.

⁶³ Rupert Colley, World War Two: History in an Hour, London, Harper Collins, 2013.

^{64 《}日内瓦第二公约》第22条。

只"。65但是,二者所享有的保护实质上是一样的,下文将讨论这个问题。

攻击和捕获

首先应当指出,第22条的尊重和保护义务包括更具体的措词,即受保护的船只"在任何情况下,不得加以攻击或拿捕"。尽管尊重和保护的义务比上述具体表达更为广泛,但它仍然是有帮助的,因为"攻击"是一个经常在网络环境中被分析的国际人道法术语。2017年评注明确指出,禁止攻击包括"使用手段和方法,不论机制或效果,严重干扰军事医院船运行所需设备的功能,例如所谓的'网络攻击'"。⁶⁶鉴于评注在这里引用了《网络行动国际法塔林手册》(《塔林手册》)规则70(作为规则131并入了《塔林手册2.0》),⁶⁷所以有必要按照该参考资料进行进一步分析。⁶⁸

《塔林手册2.0》规则131指出,医务人员和运输工具,包括《日内瓦第二公约》中确定的船只,"不得成为网络攻击的目标"。这里我们应该回顾一下,"网络攻击"正是评注中使用的术语,尽管没有作出定义。《塔林手册2.0》规则92将网络攻击界定为,"一种网络行动,无论是进攻性的还是防御性的,合理预期会造成人员伤亡或物品损坏或毁坏"。《塔林手册2.0》仅仅是专家意见,因此不是主要法律的约束性来源,这一点很容易理解。但是,规则92的定义与《第一附加议定书》对攻击的定义相一致,要求有"对敌人的暴力行为"。69因此,看起来2017年评注和《塔林手册2.0》都同意,针对受保护的船员和船只,进行会造成伤亡,和(至少)实际损害或毁坏的网络行动,是被禁止的。接下来的逻辑问题是,对网络系统的"损害"是否包括功能的纯粹损失或退化。这里的法律是不确定的,因此功能的丧失本身不能被明确地解读为一种攻击。70

^{65 《}日内瓦第二公约》第22条。

^{66 2017}年新版评注,前注5,第1985段。

^{67 《}塔林手册2.0》,前注57,规则131.

⁶⁸ See also Cordula Droege, "Get Off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012, pp. 556–560.

^{69 《}第一附加议定书》第49条。

^{70 《}塔林手册2.0》, 前注57, 规则92的评注, 第10段。



尊重和保护

2017年评注和《塔林手册2.0》都同意尊重和保护的要求超出了禁止攻击的范围。评注将第1996段中扩大的尊重和保护义务概括为"不采取任何干扰或阻止这些船只执行人道任务的行动"的义务。因此,会导致受保护船只履行其人道职能所必需的网络功能丢失或降级的网络行动是被禁止的。

评注确实对这种保护作了限定,提到第31条允许冲突各方"管制和搜查第22条、第24条、第25条和第27条所述的船只"。⁷¹这包括"控制其无线电及其他通讯工具之使用"以及"安置中立国视察员在其船上,该员等应检定本公约规定之严格遵行"。正如2017年评注所述,这些"管制和搜查"规定的存在是"为了核实它们的使用是否符合《公约》第30条和第34条以及其他规定"。⁷²它承认不再需要有实际存在来核查遵守情况,还表明,"这些船只的无害使用至少在某种程度上,往往可以通过其他手段,特别是通过卫星和其他侦察手段来确定"。⁷³这可能意味着,如果网络情报行动在不影响船舶功能的同时,用于验证其是否符合《日内瓦第二公约》,则网络情报行动是适当的。事实上,这是《塔林手册》专家组在有关要求尊重和保护与医疗队和运输工具有关的计算机系统的规则132的评注中得出的结论。

未来的考虑

这一分析留下了几个关于潜在网络行动类别的开放式问题:例如,网络情报行动不是为了合规验证,而是为了收集有关部队的情报。另一个潜在的类别是,以受保护的海军船只为通道,对不受保护的敌方系统施加网络影响。这些情况和其他例子可能没有明确违反《日内瓦第二公约》中的保护条款,但仍为受保护的船只成为网络战场提供了可能。这可能会使受保护的船只偏离其任务的重点,并增加对其执行人道主任务至关重要的网络系统产生意外损坏的可能性。考虑到法律在这方面的模糊性以及保护人道任务的重要

^{71 2017}年新版评注, 前注5, 第1996段。

⁷² 同上, 第2276段。

⁷³ 同上, 第2277段。

性,或许尊重和保护的义务是各国可以共同努力领域,对难以捉摸的网络制定规范。

结论

现代海军大国正意识到,尽管军舰是一个有点"封闭的"系统,但也无 法免受恶意网络行动的影响。船舶网络控制系统在效率和性能方面的优势是 显而易见的。电力、推进、转向和生命支持系统都受益于数据采集与监控系 统和其他网络控制。结果是,船只需要更少的船员,但同时提高了战斗力。 但是,同样的系统带来了严重的漏洞。未来海军大国之间的冲突无疑将包括 网络行动,而这种行动将针对这些关键的网络控制系统。

鉴于针对这些关键系统的能力已经得到证明,各国必须开始思考进攻性网络行动对海战法的法律后果。海战法的大部分规则载于《日内瓦第二公约》。随着最近发布的2017年新版评注及其对军事网络行动的认可,现在正是各国启动这方面分析的最佳时机。本文确定了《日内瓦第二公约》中所包含的网络行动可能产生重大影响的四个权利和义务领域,并讨论了各国在准备应对这种情况时的一些考虑因素。

第一,本文考虑了船难的问题,以及针对船只的网络行动后果所产生的船员是否可以被视为遇船难者的问题。本文的结论是,根据法律,这具有非常现实的可能性,各国应通过各种设想来表明在这种情况下停止敌对行动,敌对船只应准备承认这些遇难船员必须得到相应的保护。第二,本文提出了由于敌方远程控制船只,船员有可能落入敌人手中的可能性。再一次,技术的进步显示了控制重要船舶功能的潜力,使得法律问题变得尤为相关。如果对船只的控制程度导致船员落于敌人的权力之下,那么获得对船只控制权的一方必须准备将船员视为战俘。第三,本文分析了《日内瓦第二公约》第18条"战斗之后"条款。这一至关重要的条款表明,搜寻、收集和保护遇船难者、伤者病者的义务何时生效。正在进行的网络行动可能会将交战延长到停止实际行动之后,对遇船难者和伤者病者造成有害影响。各国在决定是否继续对对手进行网络行动时,最好考虑到这一点。最后一节讨论了网络行动



对医院船和救援船使用的影响。这些船只的不正常的法律地位在过去的冲突中产生了严重的后果。各国必须对网络行动使这些船只地位进一步复杂化的方式进行审查,以防止未来发生灾难。由于这些船只的目的仍然完全是人道的,也许这是一个海军之间可以进行协调和谅解的领域。

虽然可以肯定的是,网络行动将成为未来冲突的一部分,但这些行动将在多大程度上取得成功尚不得而知。不过,由于各国肯定会采取这种行动,如果行动成功,各国也必须为海战法施加的保护和义务做好准备。随着2017评注为我们对《日内瓦第二公约》的理解提供了进一步的指导,现在是开始进行准备的最佳时机。

在土耳其、伊朗与中国的个人经历: 红十字国际委员会有 必要适应多极化的世界

高兰博 (Pierre Ryter) *

摘要

本篇观点纪要是对红十字国际委员会在新兴国家开展工作所面临的挑战的思考,这些新兴国家希望在人道界发表意见,但无意成为主要捐助方。作者强调,须重视这些新兴国家在其国家叙事中所体现的耻辱感。在列举了红十字国际委员会在此类地区能够开展的一些特定活动之后,作者提及了红十字国际委员会为了在世界愈发多极化的情况下更为有效地开展工作而提出的"战略锚定"这一概念。

关键词: 历史叙事, 耻辱, 战略锚定, 人道外交。

^{*} 高兰博 (Pierre Ryter) 曾任红十字国际委员会地区代表处主任,在红十字国际委员会有32年的工作经历,其间在中东、亚洲、非洲及日内瓦出任不同职位。

冷战结束后,西方许多人认为,他们取得了胜利,成为了世界的新主宰。这便是现在他们在这个与他们的预期迥异的世界里失去方向的原因……

所有这些高尚的西方普世主义,其初衷是善意的,但与此同时,西方普世主义也体现出傲慢自大、不切实际和家长式专断的特质。西方普世主义是非现实政治的一种新形式,目前正遭遇似乎很棘手的分歧现实。

干贝尔·韦德里纳1

.

概要

红十字国际委员会这个创立于19世纪欧洲的全球人道规则与原则的促进者与守卫者,是怎样适应前法国外交部部长于贝尔·韦德里纳(Hubert Védrine)在其著作《历史的反击》中所描绘的这个正在形成当中的多极化世界的新现实的?为了回答这个问题,我将回顾我过去十年在三个新兴国家工作的特别经历,分别是土耳其(2009年至2009年),伊朗(2009年至2013年)和中国(2013年至2016年)。这三个国家都在国际舞台上提出自己的意见,包括人道领域。

自冷战结束后,红十字国际委员会主要是在接受援助的国家(受援国) 开展活动,并且保持与资助这些活动的国家(捐助国,主要是西方国家)保持结构性对话。正如我的大部分同事一样,我也是初涉在行动背景下作为一 名代表,按照有关当局允许红十字国际委员会依据其既定的工作程序开展行动,包括直接接触委员会保护及援助活动的受益群体。

20世纪80年代末期在土耳其,有关当局拒绝委员会时任人员向该国东南部受暴力影响的人们提供服务。20世纪80年代在伊朗,在勉强开展了有

¹ Hubert Védrine, History Strikes Back, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2008, pp. 1, 16.



关两伊战争战俘问题的对话之后,1992年红十字国际委员会被要求离开伊朗境内。在中国,尽管在20世纪90年代始终保持了有关被剥夺自由的人群的对话,红十字国际委员会并未能成功开始造访该国监狱。

2000年后,红十字国际委员会得以在这些国家中开展(或重新开展)活动。2003年,由美国主导的联合部队入侵伊拉克,标志着第二次海湾战争的开始。²在土耳其和伊朗,临时代表团设立在安卡拉与德黑兰,着眼于为开展人道行动协调工作以帮助冲突受害者做贡献。³在中国,在总部与中国有关当局签署协议后,2005年红十字国际委员会东亚地区代表处在北京设立。

我在这三个国家开展工作之初,都能够判定国家意识形态大概在多大程度上将对红十字国际委员会开展行动产生影响。首先我将讲述土耳其、伊朗和中国"不再重蹈覆辙"的故事,随后介绍红十字国际委员会在这些背景下所开展的活动。其后,我将谈谈我对红十字国际委员会提出的战略锚定这个概念的理解,这个概念的提出旨在调整我们的工作方法,以适应如文章开篇所引于贝尔·韦德里纳所描绘的多极化新世界的新情况。

三国各自"不再重蹈覆辙"的故事

通过在这三个国家开展工作,红十字国际委员会对这三个国家如何看待自身及世界的方式都有了更好的理解。众所周知,土耳其、伊朗和中国具有许多共同点,三国都有着皇权的历史、上千年的文化以及东山再起、重新成为世界舞台上的主要参与者的强烈愿望。在这些国家生活的人都会很快发现,这些国家还都持有一种被西方所羞辱的感受,他们作为19世纪、20世纪作为世界强国的地位被剥夺。

正如于贝尔·韦德里纳观察到的,随着冷战结束,单极化世界逐渐形成,许多人认为新的世界秩序正在形成,这个秩序从《联合国宪章》得到其

^{2 &}quot;2003: Invasion of Iraq", BBC News, 7 September 2011, 可见: www.bbc.com/news/av/worldmiddle- east-14666720/2003-invasion-of-iraq (all internet references were accessed in June 2018).

³ 在伊朗,与阿富汗相关的行动的开展始于2001年末,以美国及其同盟在2001年9月11日之后的军事干涉为标志。在土耳其,红十字国际委员会在2011年美国从伊拉克撤军后,也无法继续在安卡拉留存其代表处。

合法性,神圣不可侵犯的普世价值,并且有了作为其一般叙事的"不再重蹈覆辙"故事,这个故事是欧洲在两次世纪大战当中受到挫败的悲惨经历的以及20世纪上半叶的(第二次世界大战中纳粹对犹太人的)大屠杀的结晶。

然而,土耳其、伊朗和中国的经历完全不同。这三个国家的"不再重蹈 覆辙"的故事与20世纪的两次世界大战或犹太人大屠杀毫无关联。

土耳其的"不再重蹈覆辙"的故事是奥斯曼帝国瓦解的故事,随着该国在19世纪的衰败,最终1920年签订的《色佛尔条约》使得土耳其君主只得以控制安纳托利亚的一小部分。阿塔图克的民族主义部队拒绝接受这项条约,并对法国、英国、意大利和希腊军队发起了独立战争。这次冲突以1923年7月24日《洛桑条约》的签署结束,标志着现代土耳其的诞生。对土耳其人而言,色佛尔仍是国耻之标志,幸有阿塔图克,土耳其重获新生,并成为全世界遭迫害的突厥人的"家园"。阿塔图克依照西方模式创造了一个民族国家,以军队守卫世俗主义。然而,近年来,土耳其当局重振自豪感,回顾了该国奥斯曼帝国的过往,并向阿塔图克严格的世俗主义解读提出了质疑。

伊朗版的"不再重蹈覆辙"的故事是有关1953年(美国)中央情报局精心策划的反对民主选举的摩萨台政府的政变。1979年,阿亚图拉·霍梅尼(Ayatollah Khomeini)推翻了伊朗国王(称"沙",shah)成立了伊朗伊斯兰共和国,并采取措施以确保他不会步摩萨台的后尘。同年底,伊朗学生蜂拥至位于德黑兰的美国大使馆,将43名美国外交官劫为人质。这是对国际法的公然藐视,美国受到侮辱。除了1953年政变,伊朗伊斯兰共和国"不再重蹈覆辙"的故事主要是有关什叶派穆斯林世代所遭受的不公正对待的记忆。正是这些记忆让伊朗伊斯兰共和国在世界舞台上反对"傲慢大国",指责这些国家执行帝国扩张主义,并认为此举对所涉民族而言有所贬损、有失体面。

中国版"不再重蹈覆辙"的故事是"世纪之耻",横跨19世纪下半叶至20世纪上半叶,彼时,中国的帝国崩塌,中国先是成为了西方殖民列强的目标,后又受到了日本的掠夺。1937年日本占领军施行的南京大屠杀是中国版"不再重蹈覆辙"故事的标志。权力合法性源于当局维护和平、保持领土完整的能力,因此台湾的独立对中国当局而言是跨过红线。



土耳其、伊朗和中国都为本国在19世纪沦为弱国而感到耻辱。贝特朗·巴迪(Bertrand Badie)在其著作《国际关系中的耻辱》中,将"耻辱"定义为"任何独断的、劣于理想状态的状态分配,并以不符合明确规范的方式进行","这将导致权力之间的不对称关系——在强国与弱国之间,以在弱国与更弱的国家之间。

在20世纪上半叶,土耳其、伊朗和中国的领导人为雪前耻,先是不断寻求本国社会的西方化。而后,三国彻底转变,力求重拾其文化遗产,并强烈反对西方普世主义,坚定主张本国有权走上与此不同的道路。

1979年伊朗伊斯兰革命之后,伊朗回归了伊斯兰教,重新出现了对该国前伊斯兰时期的过往的向往。例如,2010年至2011年,大英博物馆向德黑兰出借了被一些人视为最早的"人权宪章"的居鲁士圆柱展品,吸引了超过五百万的伊朗人前去参观。5中国在经历了寻求清扫过往的文化大革命(1966年至1976年)以及几十年快速的经济发展后,当局开始推进"中国梦",以求弥合中国的过去和现在。6在这方面,土耳其为发出自己的声音,重新将自己定位为奥斯曼帝国的接班人。7

土耳其、伊朗和中国的身份主张对于红十字社区而言并不新鲜,这三国境内的红十字与红新月会(国家红会)创立于第一次世界大战之前,彼时奥斯曼帝国、波斯帝国和中华帝国正面临威胁,在当地红十字与红新月会所开展的活动中,可明显观察到这三国的身份主张。奥斯曼的国家协会诞生于1868年,但自1876年起该组织才开始开展工作,并采用了土耳其帝国的标志——红新月。伊朗(当时称波斯)的国家协会采用了波斯帝国的标志——红狮与太阳,这一标志在1907年海牙所举行的国际会议上被提议作为保护的

⁴ Bertrand Badie, Humiliation in International Relations: A Pathology of Contemporary International Systems, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 6. 5 British Museum, "Extension of Cyrus Cylinder Loan", 4 January 2011, 可见: www.britishmuseum.org/about_us/news_and_press/statements/cyrus_cylinder.aspx.

⁵ British Museum, "Extension of Cyrus Cylinder Loan", 4 January 2011, 可见: www.britishmuseum.org/about_us/news_and_press/statements/cyrus_cylinder.aspx

⁶ 见:有关"中国梦"的新闻报道、照片及评论,可点击:www.chinadaily.com.cn/china/Chinese-dream.html.

⁷ 更多有关新奥斯曼帝国的信息,可例见: Darko Tanasković, Neo-Ottomanism: A Doctrine and Foreign Policy Practice, Association of Non-Governmental Organizations of Southeast Europe (CIVIS), Belgrade, 2013.

象征。1929年举行的外交会议认定,这两个帝国的标志与红十字标志具有同等地位。⁸中国国家红会创立于1904年,也曾为采用其自有标志作出过尝试,但草草作罢,无果而终。

红十字国际委员会在土耳其、伊朗和中国的活动

在土耳其、伊朗和中国,红十字国际委员会除了在国际性武装冲突期间,鲜有接触到受害者的机会。⁹这些新兴国家既无意成为人道援助的受援国,也无意成为红十字国际委员会的捐助国。红十字国际委员会在这些国家开展了那些活动呢?

推广人道外交

红十字国际委员会在极具挑战的国际情势下仍有能力开展工作,这引起了安卡拉、德黑兰和北京当局的兴趣。稍加参考当下时事,就能看出土耳其、伊朗和中国在世界舞台上绽放光芒的愿望。抛开经济利益不谈,这三个国家作为区域大国(对中国而言是作为世界大国)的身份就使得它们涉足红十字国际委员会的行动最为活跃的领域地方,包括人道领域。

在当代最具代表性的冲突当中,例如阿富汗情势、伊拉克情势、苏丹情势及索马里情势,这三国的外交支持都至关重要。中国政府坚持做一个"负责任"的大国,¹⁰并在一些场合表达了其向红十字国际委员会提供外交支持的意愿。与伊朗政府开展及深化合作,是以解决叙利亚危机为契机的。土耳其在2016年5月主办了世界人道峰会,力争成为一个"人道国家"。

⁸ 伊朗自1980年起不再使用红狮与日标志。

^{9 20}世纪80年代。红十字国际委员会探视了伊朗的伊拉克战俘营以及中国的越南战俘营。此外,委员会还参与了通过土耳其遭返伊朗及伊拉克战俘的行动。

¹⁰ 有关这一点,见: Hanna B.Krebs, Responsibility, Legitimacy, Morality: Chinese Humanitarianism in Historical Perspective, Humanitarian Policy Group Working Paper, Overseas Development Institute, September 2014, 可点击: www.odi.org/publications/8661-responsibility-legitimacy-moralitychinese-humanitarianism-historical-perspective.



加强对国际人道法的遵守

通过开展推广国际人道法的活动,红十字国际委员会得以与民政当局及 军政当局保持直接联系。除了在了解并致力于促进人道法的专家之间举办会 议之外,在鼓励国际规则在重申民族身份的国家系统内的转化与执行方面还 能做什么?

不让相关国家将这些规则视为外来规则的办法之一,就是提醒它们这些 规则在其集体记忆当中本就锚定存在。

土耳其作为区域大国及北约成员国,渴望强化自身作为西方与伊斯兰世界的纽带作用。2008年,土耳其红新月会邀请了伊斯兰合作组织成员国的当地红新月会来到伊斯坦布尔,庆祝土耳其红新月会成立140周年,自称"红新月之母",其源头可回溯至人道法编纂之初。土耳其的积极表现提醒了我们,当适应奥斯曼帝国将国际人道法适应其需要时,就为一套甚至直至今日在土耳其除了专家群体外都并不广为人知和恰当理解的法律体系的情境化打开了一扇门。

随着1979年的伊斯兰革命,伊朗将伊斯兰教置于其政治体系的核心位置,并切断了其与西方的战略性联系。红十字国际委员会在两伊战争中(1980年至1988年)针对伊拉克战俘开展了援助行动,其间,国际人道法与伊斯兰教的兼容性问题浮出了水面。在冲突之初,伊朗当局决定按照伊斯兰原则来对待伊拉克战俘,此举使得他们的行为有悖于其在《日内瓦公约》下的某些国际义务。20年后伊拉克再次成为战场,这个问题又再一次处在了重要位置。正是在这样的情况下,红十字国际委员会在圣城库姆与伊斯兰法专家进行了人道事务方面的对话。2016年,此次对话的10周年纪念活动在库姆举行,红十字国际委员会主席赞扬了这一进展,并强调,"有必要将伊斯兰/国际人道法对话中产生的学术成果转化为受冲突影响地区切实的人道成果"。"在宗教界促进国际人道法的工作,形成了对执行及确保国际人道法在其国内及国际上得到遵守负有责任的民政及军政当局开展的工作的补充。

¹¹ 見: ICRC, "International Conference on Islam and IHL – Statement by the ICRC", 8 December 2016, available at: www.icrc.org/en/document/speech-icrc-president-international-conference-islam-and-ihl.

1976年文化大革命结束后,中国的政策重点主要是和平与发展。新一代中国人对于主导着这个国家整个19世纪及20世纪前半叶历史的战争并无记忆。为纪念《日内瓦公约》签署150周年,日内瓦艺术与历史博物馆、红十字国际委员会与卡昂纪念馆共同策划了一场展览,2016年10月该展览在北京面众,在中国红十字会协同下,展览加入了中国历史相关元素。¹²此次展览为中国观众提供了契机,使他们得以了解在20世纪,包括中国被外国势力瓜分和强占的黑暗的30年代和40年代,中国的红十字会是如何开展工作的。

围绕保护问题开展对话 以求接触被剥夺自由个体

在当今国际政治新时期的氛围下,人权及人道言论相融合,对许多国家——委婉的说尤其是没有公开性传统的国家而言——整个人道工作领域都变得极其危险。这些国家开始将人道活动视为要改变他们的国家,甚至更换国家政权的活动。我认为在20世纪90年代及21世纪最初十年所发生的最糟糕的事情,就是将保护人权及政权更迭混为一谈。¹³

菲奥多·卢科亚诺夫(Fyodor Lukyanov)的这项观察,对伊朗和中国完全适用。在20世纪90年代初,伊朗及中国当局接受了红十字国际委员会造访两国监狱的提请¹⁴,但其后在人权保护与更换政权混淆的情况愈发严重之后发生了态度转变,自此让有关当局理解红十字国际委员会严格的人道工作方式就变得愈发困难。¹⁵为对话创造一个人道空间(见下文)为处理这些问题提供了不具政治化倾向的框架。

¹² 见:红十字国际委员会,"追忆红十字百年历史——'战火中的人道'大型展览",新闻报道,2016年10月14日,可点击:www.icrc.org/zh/document/china-humanity-in-war-exhibition.

^{13 1}Fyodor Lukyanov, cited in ICRC, "Resisting the Politicization of Humanitarian Action in the Post-Cold War Era", Humanitarian Law and Policy Blog, 14 June 2016, available at: http://blogs.icrc.org/law-andpolicy/2016/06/14/resisting-politicization-humanitarian-action-post-cold-war-erainterview-fyodor-lukyanov/.

¹⁴ 在伊朗的探视始于1992年,在一份与当局签订的协议框架内展开,但探视行动后续终止。

¹⁵ 土耳其的情况有所不同。欧洲委员会下设机构欧洲预防酷刑委员会,对土监狱进行定期探视并与在此方面与安卡拉当局保持对话。见:Council of Europe, "The CPT Visits Turkey", 24 May 2017, available at: www.coe.int/fr/web/cpt/-/cpt-carries-out-periodic-visit-to-turkey.



为对话创造一个人道空间

在菲奥多·卢科亚诺夫看来,人权相关问题是造成国际社会分化的政治 议题的核心。为了在敏感情势下开展对话,红十字国际委员会提供了能解决 棘手问题的去政治化空间,将这些问题严格置于人道框架之下。

在中国与伊朗解决其中一些问题的一个办法是开展密集人群卫生应急培训班(Health Emergencies in Large Populations, 'HELP'),¹⁶为医疗人员和援助人员提供契机,针对人道领域所面临的难题开展跨学科讨论。另一个工具是探索人道法培训项目(Exploring Humanitarian Law, 'EHL')¹⁷,该项目是针对年轻人开展的教育项目。在土耳其和伊朗"探索人道法"项目接受度很高,而在中国该项目被纳入了中国红十字会的项目当中,取得了进一步发展。在青年群体当中推广人道理念是中国教育部有关人员的优先事项,并对该项目的参与性教学法表示了赞赏。

密集人群卫生应急培训班以及探索人道法培训项目所传达的重点是,在 开展人道工作时所面临的以及在危机情势下因价值冲突而产生的两难困境。 参与培训的人员被问及,基于道德原则和良心自由应决定如何行事。

在中国始于2007年的有关羁押场所医疗的对话,为红十字国际委员会的 医生提供了与中国同事探讨中国监狱系统所面临的挑战的契机,特别是肺结 核方面。

通过各种对话,红十字国际委员会强调,人道行动必须以人为中心,且不论他们所处的境遇如何,同时正如1949年日内瓦四公约的共同第三条所规定,"不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视"。

¹⁶ 密集人群卫生应急培训班(HELP)是一个跨学科培训项目,培训内容涉及在自然灾害、冲突及其他 危及情势下人道工作的原则及时间,主要聚焦卫生与道德。点击可参阅该项目手册: www.icrc.org/fr/ publication/health-emergencies-large-populations-help-course.

¹⁷ 该项目由红十字国际委员会开发,其间与教育发展中心保持密切合作,在世界各地20个地点所开展的有关活动得到了积极参与,项目包括30小时的教育活动。基于在各不同国家积累的经验,该项目在范围上超越国境,并且不论政治、社会、宗教及文化背景如何,皆能调整适应各种不同的教育背景设定。项目概况可见:www.icrc.org/en/document/exploringhumanitarian-law.

探索人道法培训项目在土耳其、伊朗和中国都促进了对红十字国际委员会的更好理解和更高接受度,通过该项目三国负责教育项目的政府官员都对有关中立、公正及独立的人道行动之议题有了更多了解。同样,将不同领域的工作人员(包括政府、非政府、民政及军政)聚集在一起,探索人道法培训项目推广了超越这些参与方之间差异的人道理念。

与国家红十字与红新月会发展战略性伙伴关系

如前所述,三国的红十字与红新月会是红十字国际委员会的关键伙伴。 这些组织扎根于公民社会,是公共当局在人道领域职能的补充,并在工作中 坚持红十字与红新月相关原则,这就意味着这些组织能够以符合他们有时甚 至是谨小慎微地严格遵守的职权的方式,帮助红十字国际委员会开展工作。 同伊朗和中国当地的国家红十字会所签署的战略性伙伴关系协议,构建了红 十字国际委员会与两国在国际层面与国家层面所建立的合作框架。

红十字国际委员会提出的战略锚定概念

上文所列举的在土耳其、伊朗和中国所开展的活动虽远谈不上穷尽,但 对于帮助我们了解红十字国际委员会得以在这类既非受援国也非捐助国的国 家锚定住并开展工作的路径有所助益。

其他对红十字国际委员会具有重要意义的国家,并未加入冷战结束时形成的人道行动框架。鉴此,2011年红十字国际委员会认定了一批新兴国家,委员会意图除了在这些国家境内开展行动之外,争取这些国家对于委员会工作的长期支持。这是战略锚定概念产生的背景。

我在土耳其、伊朗和中国的经验表明,战略锚定这个概念加强了进行 多年的活动的正当性,比如在伊朗开展的伊斯兰-国际人道法对话,在中国 开展的羁押场所医疗对话,以及始于20世纪80年代的密集人群卫生应急培训 班,所有这些活动都找到了在战略锚定背景下的存在理由。除了在国际红十 字与红新月运动中促进合作以及帮助接触受害者与捐助方两方面,战略锚定



的概念还令与其他国家层面与人道问题相关的参与方(例如学术界、智库、基金、媒体、非政府组织、经济主体及职业协会等)合作开展的活动有效。

战略锚定也确认了,有必要了解新兴国家,以便于了解他们在人道问题上的立场,并就红十字国际委员会与他们有共同兴趣的问题上开展对话。为此,通过开展战略锚定方面的活动,本国的红十字国际委员会员工的角色在代表处得到巩固。红十字国际委员会外派人员的国际化对此也有帮助。现如今,红十字国际委员会更多地招募了来自于非捐助国的员工,以确保其更好地融入、理解这个目前正在形成当中的多极化世界,为世界更好地接纳。在世界某些地区开展行动时,红十字国际委员会的人道外交不能再仅仅依赖于捐助国的支持,而上述所有工作都对巩固人道外交有所助益。

对于在热衷于在国际舞台上展现自己而又不愿放弃本国的民族认同的新兴国家开展工作的红十字国际委员会代表处而言,战略锚定是一个有用的概念。一些驻扎于完全坚持己见的受援国的代表处从这些经历中吸取了经验。

结论

1985年11月20日,赖莎·戈尔巴乔夫和南希·里根为日内瓦国际红十字与 红新月博物馆举行奠基仪式。这一具有标志性的举动是通向冷战结束的过程 的组成部分。这座博物馆诞生于这种乐观主义的气氛中,在3年后的1988年 10月29日向公众开放。参观者受邀踏上回溯人道行动历史的旅程,一面时间 墙展示了红十字自创立以来所历经的主要悲剧。然而,这个设计原本只是为 了勾起一段集体记忆,很快就引发了争议。冷战的结束使回忆消融。这面时 间墙展示的是哪段回忆?

在20世纪90年代,巴尔干地区和高加索地区的武装冲突表明,在欧洲, 集体记忆是分裂的,一些人努力记住的经历往往是另一些人尽可能忘却的。 在此背景下,土耳其官方谴责了时间墙偏重于奥斯曼帝国坍塌期间发生的悲剧,而当时的受害者是基督徒而不是穆斯林。

在历经了22个月的闭馆翻修之后,2013年5月18日博物馆重新开放。负

责翻修工作的是三位来自非欧洲国家的建筑师,一位来自巴西,一位来自布基纳法索,还有一位来自日本。¹⁸这次整修没有将时间墙保留下来,这面墙在其诞生的25年后被撤了出去。现在,博物馆的永久性展览名为"人道旅程",一段不以欧洲的历史经历为中心的旅程。

直到21世纪伊始,不同国家的国家叙事还未对缘起于欧洲的悲惨经历的 "不再重蹈覆辙"的故事的普遍叙事表示质疑。然而,随着诸如中国和俄罗 斯这样的大国重返国际舞台以及许多新兴国家的出现,其他的叙事开始出现 在本国境外,而集体记忆开始展现出多元化。历史不再局限于单一视角,很 难说评判历史上的对错。

正如本文开篇所引的于贝尔·韦德里纳之言,西方国家"现在被这个与他们预期迥异的世界弄得失去方向"。红十字国际委员会主要是靠西方捐助方的资助,委员会将基本原则作为其工作指南,正是这些原则令其得以在20世纪及21世纪初保持正常运转。今天,包括西方国家在内的世界各国都正在经历身份政治和国家情感的崛起。土耳其、伊朗和中国的例子表明,要作为人道参与方被接纳,仅仅是保持中立和独立是远远不够的。在这个愈发全球化的世界中,越来越多的国家希望被视为有其独特性的国家。红十字国际委员会要获得接纳,就必须倾听这些国家的诉求,理解和接受他们的不同之处。

基于欧洲在20世纪惨痛遭遇的"不再重蹈覆辙"的故事仍构成世界秩序的的基石,但如今有其他国家不同的遭遇的版本与之呼应。在中东地区、中亚地区以及世界其他地区,一些国家叙事与别国的国家叙事完全相反的情况也市场存在,而这正是真实存在的或潜在的冲突的源泉。红十字国际委员会在造成历史学家有所分歧的根本政治问题上,不应该有立场。

红十字国际委员会杰出的法律专家让·皮克泰(Jean Pictet)先生,曾负责起草1949年日内瓦四公约的筹备工作,他在1986年写到:

今天,全人类统一的心理状态以及治理所有国家的行为的普适性标准得到了认可,相信某个文明的高人一等的观点不复存在:文化多

¹⁸ R: International Red Cross and Red Crescent Museum, "The Museum: History and Architecture", available at: www.redcrossmuseum.ch/en/themuseum/history-and-architecture/.



元化以及对它的关注及深入研究确实已经被普遍接受。这就产生了一个认识,即人道原则是全体人类社会所共有的,无论在何处。当不同的习惯、道德和哲学被放在一起进行比较及融合,独特的东西被消除了,只有一般性的东西被提炼出来,留下的纯粹的本质是全人类的遗产。¹⁹

在让·皮克泰写下这段文字之后逾30年后的今天,这个"纯粹本质"仍是红十字国际委员会得以存在的基础,也是委员会得以在这个同时存在着全球化与分化两种趋势的世界上开展工作的基础。为了被这个多极化的世界理解和接纳,红十字国际委员会必须不畏困难,在坚持其普遍公认的人道原则的同时,将其行动及叙事情境化。

Jean Pictet, "Humanitarian Ideas Shared by Different Schools of Thought and Cultural Traditions", in Henry Dunant Institute and UNESCO, *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 3–4.

在线战争3.0: 在网络行动期间 保护平民居民

迈克尔・施密特*

摘要

一般而言,国际人道法能够胜任为武装冲突期间的网络行动提供法律框架的任务。然而,在这方面长期存在两点争论,其解决情况将决定平民居民在网络行动中会享有的确切保护程度。第一点争论围绕"攻击"一词在各种敌对行动规则中的含义展开;而第二点争论则涉及数据可否被视为一个物体,以致破坏或改变数据的行动要遵守禁止攻击民用物体的规定,且在考虑比例原则和攻击中的预防措施原则时需要考虑此类行动之影响的问题。即使上述争论得到解决,平民居民仍将面临网络行动的独特能力所带来的风险。本文提出了冲突各方为减轻此类风险而应考虑采纳的两项政策,二者均基于一项前提:即军事行动必须反映军事关切与各国在冲突中获胜这一利益之间的平衡。

^{*} 迈克尔·施密特博士是《红十字国际评论》编委会委员。他是埃克塞特大学国际公法教授,美国海军战争学院霍华德·列维教授。他还是美国西点军校的弗朗西斯·利伯杰出学者,以及《网络行动国际法塔林手册2.0版》总主编。

关键词: 网络行动; 攻击; 数据; 民用物体; 比例原则; 攻击中的预防措施原则; 军事必要。

.

在2016~2017年联合国从国际安全角度看信息和电信领域发展政府专家 组谈判期间,俄罗斯、中国和其他一些国家拒绝明确承认国际人道法对网络 行动的可适用性,标志着澄清网络行动受国际法约束之情况的努力发生了重 大逆转。¹考虑到两年前,包括俄罗斯和中国在内的上届联合国政府专家组 还将"人道原则、必要性原则、相称原则和区分原则"定性为"既定的国际 法律原则",²而这一声明又只能解释为专家组成员一致认为国际人道法规 制武装冲突期间的网络敌对行动,上述拒绝行为尤为令人震惊。

从法律上讲,这种拒绝令人费解。普遍存在的共识是,国际人道法适用 于武装冲突期间的网络行动。美国等拥有网络能力的主要国家、³北约和欧 盟等国际组织、⁴红十字国际委员会⁵以及学术界大多数人⁵均持这一立场。这 一共识部分基于国家实践,各国长期以来已认识到,新的作战手段和方法受

¹ Michael N. Schmitt and Liis Vihul, "International Cyber Law Politicized: The UN GGE's Failure to Advance Cyber Norms", Just Security, 30 June 2017, available at: www.justsecurity.org/42768/international-cyber-law-politicized-gges-failure-advance-cyber-norms/.

² 联合国政府专家组、《关于从国际安全的角度看信息和电信领域的发展政府专家组的报告》、联合国第A/70/174号文件、2015年7月22日、第28 (d) 段。

Brian J. Egan, Legal Adviser, US Department of State, "Remarks on International Law and Stability in Cyberspace", 10 November 2016, available at: https://perma.cc/B6TH-232L. See also "Applicability of International Law to Conflicts in Cyberspace", *Digest of United States Practice in International Law*, 2014, Chap. 18, section A(3)(b), p. 737; Harold Koh, Legal Adviser, US Department of State, "International Law in Cyberspace", Remarks at the US Cyber Command Inter-Agency Legal Conference, 18 September 2012. 关于高洪株的发言,见Michael N. Schmitt, "International Law in Cyberspace: The Koh Speech and Tallinn Manual Juxtaposed", *Harvard Journal of International Law Online, Vol. 54, 2012.

⁴ North Atlantic Council, Wales Summit Declaration, 5 September 2014, para. 72, available at: www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_112964.htm. See also European Commission, Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace, 7 February 2013, p. 72.

⁵ ICRC, "Cyberwarfare and International Humanitarian Law: The ICRC's Position", June 2013, p. 2, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/2013/130621-cyberwarfare-q-and-a-eng.pdf.

⁶ 例如,见迈克尔·施密特编,《塔林网络战国际法手册》,英文版于2013年出版,剑桥大学出版社,中文版于2016年出版,朱莉欣等译,国防工业出版社,规则20,迈克尔·施密特编,《网络行动国际法塔林手册2.0版》,英文版于2017年出版,剑桥大学出版社,中文版于2017年出版,黄志雄等译,社会科学文献出版社(以下简称为《塔林手册2.0版》),规则80。



国际人道法武器法和敌对行动规则中的禁止性规定、限制性规定和要求的约束。⁷例如,国际法院在其核武器咨询意见中确认国际人道法可适用于新武器。⁸此外,1949年日内瓦四公约《第一附加议定书》第36条要求缔约方,

"在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时,……断定,在某些或所有情况下,该新的武器、作战手段或方法的使用是否为本议定书或……任何其它国际法规则所禁止。"⁹即使非《第一附加议定书》缔约方也认识到有必要确保新武器,包括网络武器,符合现行国际人道法规范的要求。¹⁰最后,通过简单的逻辑就可推知,国际人道法必须适用于开展敌对行动的新方式,因为几乎每一场冲突都会带来新的武器、战术和作战设计。如果认为只有在条约通过或习惯法规则形成之前的作战手段和方法才受其中所载原则和规则的约束,这是很荒谬的。¹¹

因此,问题并不在于国际人道法是否适用于武装冲突期间的网络行动, 而在于如何适用。在大多数情况下,适用是直截了当的。例如,断定针对平 民的致命性、伤害性或毁灭性网络行动不仅违反国际人道法,¹²而且在国际 性和非国际性武装冲突中都构成战争罪,¹³这很难说是一种法理上的顿悟。

⁷ William H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 340-341; 红十字国际委员会, 《新武器、作战手段和方法法律审查指南》, 2006年1月, 第2~3页。

⁸ International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, paras 85–86.

^{9 《}一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》), 1125 UNTS 3, 1977年6月8日, 第36条。

Office of the General Counsel, US Department of Defense, Law of War Manual, revised ed., December 2016 (US Law of War Manual), para. 16.6; US Air Force, Legal Review of Weapons and Cyber Capabilities, AF Instruction 51-402, 27 July 2011.

¹¹ 关于对网络行动中所产生国际人道法问题的精彩而全面的研究,见Cordula Droege, "Get Off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012.

^{12 《}第一附加议定书》第51条第2款,让-马里·亨克茨与路易丝·多斯瓦尔德·贝克编:《习惯国际人道法:第1卷:规则》,英文版于2005年出版,红十字国际委员会与剑桥大学出版社,中文版由红十字国际委员会组织编译,于2007年出版,红十字国际委员会与法律出版社(以下简称红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,规则1;《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二附加议定书》),1125 UNTS 609,1977年6月8日,第4条第9款。另见《塔林手册2.0版》,前注6,规则94。

¹³ 例如,见《国际刑事法院罗马规约》(《罗马规约》),2187 UNTS 90,1998年7月17日,第8条第2款第2项第9目,第8条第2款第3项第9目。

同样,网络攻击还受到比例原则¹⁴和在攻击时采取预防措施这一要求的限制,¹⁵这也是不言自明的。

然而,仍有一些问题悬而未决。这一灰色地带的核心是长期以来存在的两点争论,如得以解决,将对平民居民产生重大影响。二者都具有界定性。第一点争论涉及"攻击"一词的范围。对于网络行动而言,这是一项决定性问题,因为各种国际人道法的禁止性规定、限制性规定和要求仅适用于符合"攻击"定义的行动。¹⁶第二点争论围绕"物体"一词的含义展开。它对网络行动提出了一个问题,即以一种没有物理表现的方式破坏或改变民用数据的网络行动,是否属于遭到禁止的对民用物体的攻击。¹⁷

在之前题为《在线战争》和《重新布线的战争》的两篇《红十字国际评论》文章中,¹⁸作者曾探讨过上述问题。在本文中,作者放眼法律本身之外,为这些困境寻找部分解决方案,因而需要对前述两点争论进行简短回顾。因此,在本文第一部分,作者总结了关于判定"攻击"应达到何种标准

^{14 《}第一附加议定书》第51条第5款第2项,第57条第2款第1项第3目,第57条第2款第2项,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则14,《塔林手册2.0版》,前注6,规则113。

^{15 《}第一附加议定书》第57条,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,第5章,《塔林手册2.0版》,前注6,规则114~120。See also Eric Jensen, "Cyber Attacks: Proportionality and Precautions in Attack", *International Law Studies*, Vol. 89, 2012.

¹⁶ 一般见《第一附加议定书》第四部第一编。尽管规则本身使用了攻击一词,但一些学者还会将规则的 适用范围扩展到攻击之外。See, e.g., Nils Melzer, Cyberwarfare and International Law, UNIDIR Resources Paper, 2011, p. 27, available at: http://unidir.org/files/publications/pdfs/cyberwarfare-and-international-law-382.pdf (认为可适用性取决于网络行动是否构成"敌对行动"); Heather Harrison Dinniss, Cyber Warfare and the Laws of War, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 196–202 (重点关注《第一附加议定书》第48条提到的"军事行动").

^{17 《}第一附加议定书》第52条第1款,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则7,《塔林手册2.0版》,前注6,规则99。

Michael N. Schmitt, "Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello", International Review of the Red Cross, Vol. 84, No. 846, 2002; Michael N. Schmitt, "Rewired Warfare: Rethinking the Law of Cyber Attack", International Review of the Red Cross, Vol. 96, No. 893, 2014. See also Knut Dörmann, "Applicability of the Additional Protocol to Computer Network Attack", in Karin Bystrom (ed.), Proceedings of the International Expert Conference on Computer Network Attacks and the Applicability of International Humanitarian Law, Stockholm, 17–19 November 2004, Swedish National Defence College, 2005, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/68lg92.htm. See also Michael N. Schmitt, "'Attack' as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context", in Christian Czosseck, Rain Ottis and Katharina Ziolkowski (eds), Proceedings of the 4th International Conference on Cyber Conflict, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2012.



的不同观点,而在第二部分概述了当前关于数据是否属于物体的分歧。在 此,作者无意就各种立场再次争辩;列出相关讨论仅仅是为了说明法律依然 存在不稳定性,这抑或会使平民置身于危险之中,抑或导致无法应对当前虽 然合法,却也可能会对平民居民造成极大伤害的网络行动。

由于在法律层面上,这种情况不太可能在短期内得到解决,因此,在本文的第三部分,作者提出了两项政策建议,以应对网络行动在平民保护方面的不足。建议适用的对象,是在开展网络行动时认定该行动不构成攻击,或由于攻击目标是数据,且认为数据不是物体,从而不受禁止攻击民用物体这一规则约束的国家。虽然这些建议的目的是加强对平民居民的保护,但依然关注到了对各国有效开展战时行动的需求。因此,这些建议旨在反映巩固国际人道法和其他战争规范的人道考量与军事必要之间的平衡。¹⁹

必须注意的是,作者并未主张这两项建议就是现行法;作者认为并非如此,不过作者也承认其他人可能持不同意见。相反,作者建议建立一个由政策驱动,且在军事层面实际可行的人道安全网,供各国在判定武装冲突期间的行动不属于国际人道法严格规制范围内时加以采用。随着时间的推移,下文所述的法律问题可能会得到解决,从而加强国际人道法对网络行动的影响。但在此之前,国际社会需要切实可行的方案,解决网络攻击方面法律中的这些灰色地带。

问题一: "攻击"的含义

如前所述,协定国际法和习惯国际法或两者中都有的国际人道法的关键禁止性规定、限制性规定和要求都是从"攻击"的角度制定的。²⁰例如,禁

¹⁹ Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht and Boston, MA, 1985, pp. 61–63. 关于作者实现这种平衡的方法, 见Michael N. Schmitt, "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4, 2010.

²⁰ 国际人道法背景下的攻击不应与《联合国宪章》第51条中的诉诸战争权术语——"武力攻击"一词相 混淆。本文中提出的分析仅限于前者。

止直接攻击平民或民用物体,²¹禁止不分皂白的攻击²²或诉诸背信弃义行为;²³或在除各种例外以外,并考虑到各类标准的情况下,禁止攻击享有特别保护的特定人员或物体(例如医疗队;²⁴平民居民生存所不可缺少的物体;²⁵环境;²⁶含有危险力量的工程或装置,即堤坝和核发电站;²⁷不设防地方;²⁸以及失去战斗力的战斗员²⁹)。攻击要遵循比例原则,禁止"可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击"。³⁰此外,发动攻击的冲突一方必须采取某些可行的预防措施,以尽量减少对平民居民的伤害。³¹

上述一些规则,尤其是网络行动相关规则的解释和习惯法地位是争议的主题。然而关键是这些规则是否适用于网络环境,取决于"攻击"一词的范围。³²如果网络行动不构成攻击,尽管国际人道法的其他规则仍可能禁止或限制网络行动,上述规则也是不可适用的。³³

《第一附加议定书》第49条第1款将攻击定义为"不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为"。人们普遍认为,对平民或民用物体实施暴力行为也构成

^{21 《}第一附加议定书》第51条第2款,第52条第1款。关于其习惯地位,见红十字国际委员会《习惯国际 人道法研究》,前注12,规则1和规则7。

^{22 《}第一附加议定书》第51条第4款,见红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则11。

^{23 《}第一附加议定书》第37条第1款,见红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则65。 关于背信弃义一词在滥用敌方国籍标志方面的使用,见《第一附加议定书》第39条第2款,红十字国际 委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则62。

^{24 《}第一附加议定书》,前注9,第12条第1款,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则28。关于医疗队一词在攻击医务飞机方面的使用,见《第一附加议定书》第27条第2款,第31条第2款。

^{25 《}第一附加议定书》第54条第2款,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则54。

^{26 《}第一附加议定书》第55条第2款。这条规则的习惯法地位尚未确定。

^{27 《}第一附加议定书》第56条第1款。这条规则的习惯法地位尚未确定。

^{28 《}第一附加议定书》第59条第1款,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则37。

^{29 《}第一附加议定书》第41条第1款,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则47。关于禁止攻击从遇难飞机上跳伞降落的人,见《第一附加议定书》第42条。

^{30 《}第一附加议定书》第51条第5款第2项,第57条第2款第1项第3目,第57条第2款第2项,红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则14和规则19。

^{31 《}第一附加议定书》第57条;红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注12,规则15。

³² 关于网络攻击问题的精彩总结, 见William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, Oxford 2012.

³³ See, e.g., US Law of War Manual, above note 10, para. 16.5.2.



攻击。³⁴根据这一定义,编写《网络行动国际法塔林手册2.0版》(《塔林手册2.0版》)的专家得出结论认为,"无论进攻还是防御",网络攻击是"可合理预见的会导致人员伤亡或物体损毁的网络行动"。³⁵从这一定义来看,这与攻击目标受到伤害还是非攻击目标受到附带伤害是毫无关系的。³⁶对于将造成这些结果的网络行动定性为攻击,似乎并未提出有力的反对意见。

经常被忽视的一点是,专家并未将"网络攻击"的概念局限于造成物理性破坏或损害的网络行动。大多数专家都同意,"如果恢复功能需要更换物理组件,则对功能的干扰可以认定为损害。"³⁷因此,如果网络行动导致网络基础设施功能丧失,就构成网络攻击。

在这一点上,专家之间共识破裂,因为他们对"功能丧失"的含义采取了不同的立场。虽然有些人会将功能丧失局限于目标网络基础设施的物理部件需要修复或更换的情况,其他人则想将这一概念扩展至需要重新安装操作系统或系统赖以执行预期功能的定制数据才能恢复功能的情形。其中一些人甚至认为,功能如何丧失并不重要——仅仅是系统不再依照原本设计的方式运行就已经足够。³⁸

法律的另一个灰色地带涉及虽不会造成伤害或损害,但却会对平民居民造成不利后果的网络行动,如"导致全国范围内电子邮件通信混乱"。³⁹《塔林手册》的大多数专家尽管认识到这种性质的网络行动可能会在一定程度上扰乱平民生活,但却认为目前还没有将这种行动视为攻击的法律依据。⁴⁰所有专家都认为,仅仅造成妨碍或令人恼怒的网络行动并不会上升到网络攻击的程度。⁴¹

³⁴ Nils Melzer, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2009 (ICRC Interpretive Guidance), p. 49.

^{35 《}塔林手册2.0版》,前注6,规则92。

³⁶ 同上注, 第410页。

³⁷ 同上注, 第408页。See also C. Droege, above note 11, pp. 560-561.

^{38 《}塔林手册2.0版》, 前注6, 第408~409页。关于功能丧失, 见W. Boothby, above note 32, pp. 386-387。

^{39 《}塔林手册2.0版》,前注6,第409页。

⁴⁰ 同上注。

⁴¹ 同上注。另见红十字国际委员会,《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》,2015年10月(《2015年挑战报告》),第39~40页,载: www.icrc.org/zh/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts。

红十字国际委员会在2011年和2015年的《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》(挑战报告)中都讨论过这个问题。⁴²在《2015年挑战报告中》,红十字国际委员会指出"敌对行动规则下对网络'攻击'概念的界定方式……将极大地影响国际人道法对重要民用基础设施的保护程度。"⁴³之后,报告重点聚焦一个决定性问题:即在何种程度上,功能丧失会使网络行动成为攻击。红十字国际委员会特别指出,"不论采用现实还是网络手段使物体——如计算机或计算机网络——丧失功能,旨在实现这一目的的行动依据敌对行动规则就构成攻击"。⁴⁴2015年的挑战报告正确地指出:

对攻击概念过度严格的解释,难以与保护平民居民和民用物体免受 敌对行动影响的敌对行动规则的目的和宗旨相一致。⁴⁵

红十字国际委员会十分明智,通过这份报告强调了构成攻击之标准的相关概念的模糊性。例如,在排除仅仅是有所妨碍的网络行动方面,红十字国际委员会指出"国际人道法既未对'妨碍'进行定义,也不经常使用该术语"。⁴⁶但与《塔林手册》专家一样,红十字国际委员会认识到,在将网络行动定性为攻击时,所造成后果的性质(不一定是其严重性)在某种程度上更重要。特别是,《2015年挑战报告》将间谍活动本身排除在攻击之外,并指出"对无线电通信或电视广播信号的干扰在传统上并不被认为是国际人道法意义上的攻击"。⁴⁷

通过这些主流方法,明确地将破坏性或损害性的网络行动定性为攻击,并排除影响较小的攻击,是有可能的。然而,大多数网络行动不太可能具有物理破坏性或损害性,并且许多行动对目标网络基础设施功能的影响不会明显超过任何功能丧失方面的适当标准。

⁴² 红十字国际委员会,《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》,日内瓦,2011年10月,第33页,载: https://www.icrc.org/zh/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-zh.pdf,《2015年挑战报告》,前注41,第39~40页。

^{43 《2015}年挑战报告》,前注41,第39页。

⁴⁴ 同上注, 第40页。

⁴⁵ 同上注。

⁴⁶ 同上注。

⁴⁷ 同上注。



这在两个方面令人不安。第一,许多可能针对民用基础设施或对平民居民造成严重负面后果的网络行动可因此辩称不构成网络攻击,从而超出了国际人道法关于攻击之规则的范围。第二,判断功能丧失的标准存在不确定性,使得某些针对或影响平民居民的网络行动在法律定性上模糊不清。冲突一方可以利用这种不确定性,就针对或影响民用网络基础设施的网络行动,规避对其非法性的一致谴责。从人道角度来看,这种情况是站不住脚的。

问题二:数据作为物体

对平民居民造成特别危险的第二个两难问题是"物体"的概念是否扩展 至数据,从而使民用数据享有禁止攻击民用物体的保护。⁴⁸该问题独立于问 题一,因为如果数据是物体,则删除或更改目标数据显然会构成将网络行动 定性为攻击所必需的损害,而如果数据不是物体,就不会涉及相关禁止性规 定。⁴⁹

这一讨论有两大观点。《塔林手册》的大多数专家一致认为在解释"物体"一词时不应包含数据。⁵⁰其结论所依据的事实是,数据既不符合"物体"一词的"通常意义",⁵¹因为它是无形的,也不"符合1987年红十字国际委员会附加议定书评注中对它的解释"。⁵²

⁴⁸ 必须注意的是,相关讨论并未延伸至造成破坏性或损害性连锁反应的针对数据的网络行动,如删除或操纵空中交通管制系统数据,而有可能导致坠机的网络行动。人们普遍认为,此类行动就构成攻击。 只有在针对数据的网络行动不会产生原本会使其构成攻击的后果时,才会产生关于数据的问题。

⁴⁹ 针对某些数据的行动受到其他国际人道法规则的禁止。例如,见《塔林手册2.0版》,前注6,规则 132及讨论,第493~494页(医疗数据)与规则142及讨论,第514~515页(一些专家将保护范围扩大 至数据形式的文化财产)。

⁵⁰ 同上注, 第426页。

^{51 《}维也纳条约法公约》, 1155 UNTS 331, 1969年5月23日(1980年1月27日生效), 第31条第1款。

⁵² Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987 (ICRC Commentary on APs), paras 2007–2008: "英语文本使用'物体'(objects)一词,意思是'置于眼前或呈现于视觉或其他感官的物品,被看到或感知到或可能被看到或感知到的单独的事物;一个物质的东西'。……法语……文本使用'财产'(biens)一词,意思是'易于占有的有形事物'。显然,在英语和法语中,该词都指的是可见、有形的事物。"必须承认,提出这一解释的背景并不直接适用,但《塔林手册》的专家们认为这种解释有助于他们的审议。

其他专家回应表示,采用这种方法将意味着,即使删除社会保障数据、税收记录和银行账户等重要的民用数据集,也有可能逃脱武装冲突法的规制,从而违反了平民居民享有免受敌对行动影响之一般性保护的原则。他们根据禁止攻击民用物体这一规定的目的和宗旨,得出结论认为主要因素是"行动所造成后果的严重程度,而非伤害的性质"。对于这些专家来说,"对于平民居民的福祉'必不可少'的民用数据,包含在民用物体这一概念之内,并且应该受到如此保护"。53

红十字国际委员会在其《2015年挑战报告》中也提出了类似的看法,指出"删除或篡改数据可迅速使政府服务和私人企业完全陷入停顿,并对平民造成比物体的实际毁坏更严重的损害",⁵⁴该组织认为:

在当今这个网络依赖日益增加的世界,认为国际人道法不禁止此种行动的主张——要么是因为删除或篡改数据不构成国际人道法意义上的攻击,要么是因为此类数据未被视作禁止攻击民用物体所指的物体——似乎很难与该规范体系的目标和宗旨相协调。55

作者原则上同意这一评价。

人们已经提出各种其他方法来处理这一问题。其中一种方法对所谓的行动级和内容级数据进行了区分。⁵⁶前者表示网络基础设施的运行所依赖的数据,而后者只是数据形式的信息,例如用于创建本文的文本数据。这种方法只处理行动级数据,拒绝采用有形化标准,而是将注意力集中在数据是否构成军事目标的问题上。⁵⁷由此,该方法默认地采用了将行动级数据视作物体的绝对论观点。一种在一定程度上更广泛的方法是直接将数据视为物体。就一个相关例证而言,支持者通过"对协定国际法和习惯国际法中军事目标的

^{53 《}塔林手册2.0版》, 前注6, 第426页。

^{54 《2015}年挑战报告》, 前注41, 第41页。

⁵⁵ 同上注。

⁵⁶ Heather A. Harrison Dinniss, "The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives", *Israel Law Review*, Vol. 48, No. 1, 2015.

⁵⁷ Ibid., pp. 41-49.



定义进行文本性、系统性和目的论层面的解释",支持此种做法。⁵⁸该支持者认为:

平民生活和军事行动都日益依赖于网络空间中的信息和活动,而对现实世界几乎没有任何影响。武装冲突法如欲保持其相关性,就应反映这一变化。因此,通常认为……计算机数据是国际人道法意义上的物体。⁵⁹

上述方法皆不完全令人满意。在实践意义上,《塔林手册》大多数专家 所采用的局限性方法包容性不足,因其易使数据遭到破坏或更改,即使没有 造成破坏性或损害性后果,也可能对平民居民造成极其严重的后果。正如批 评者所主张的,这将违背国际人道法的目的和宗旨。

相比之下,数据本身可视作物体的论点(无论如何得出),则存在过度 包容的问题。军方长期以来一直针对敌方人员开展信息行动,以达到削弱对 政府或其政策的支持等目的。⁶⁰在反叛乱行动期间,这种做法尤其具有吸引 力。⁶¹随着网络能力的普及,这些行动已经通过网络手段进行。⁶²例如,网络 心理行动可能包括破坏或篡改数据,以及扰乱民间媒体活动。

《塔林手册》进程期间的少数群体,以及红十字国际委员会所提倡的严重程度论从感性角度而言是最具吸引力的。遗憾的是,除了相当笼统地声称该方法符合国际人道法的目的和宗旨之外,还没有提供任何法律正当理由为这一方法提供支持,也没有制定实用而详细的指南来解释其实施。此外,这种方法掩盖了一个事实:即当前问题是一个界定性问题。由于损坏或更改某些数据的后果较为严重,就将其定性为物体;但在后果较不严重时就不将其

⁵⁸ Kubo Mačák, "Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law", *Israel Law Review*, Vol. 58, No. 1, 2015, p. 55. 作者对这两种方法的回应,见"The Notion of 'Objects' during Cyber Operations: A Riposte in Defence of Interpretive Precision", *Israel Law Review*, Vol. 48, No. 1, 2015.

⁵⁹ K. Mačák, above note 58, p. 80.

⁶⁰ See generally, e.g., US Joint Chiefs of Staff, *Information Operations*, Joint Publication 3-13, as amended 20 November 2014.

⁶¹ See, e.g., US Army, Counterinsurgency, Field Manual 3-24, December 2006, paras 5-19-5-34.

⁶² 美国军方正在仔细评估这种能力的使用情况。See, e.g., Liston Wells II, "Cognitive-Emotional Conflict: Adversary Will and Social Resilience", *Prism*, Vol. 7, No. 2, 2017.《棱镜》由美国国防大学出版。美国国防大学信息与网络空间学院的成立证明了对此类行动的重视(网址:http://cic.ndu.edu/)。

视作物体,这是存在规范逻辑层面的问题的。根据所造成的后果来划定动态性的法律界限可能言之有理,比例原则即为一例,但同样的推理在仅仅对一个术语下定义的情况下并不适用。

这个争论在不久的将来不会得到解决,因为在数据是否属于物体的问题 上采用非黑即白的判定方法,不会得出令人满意、切合实际的结果。而且尽 管考虑对平民居民所造成后果的严重性似乎反映了国际人道法的基本宗旨, 但缺乏明确的法律基础会使这一立场成为拟议法,而非现行法。

应采取何种措施?

面对这种令人不安的局面,应采取何种措施?在作者看来,考虑到国际人道法的条文无法达到目标,答案应在于从国际人道法的精神之中探寻政策选择的依据。因此,本着这一种精神,作者提出了两项政策建议,均侧重于对平民居民所造成影响的严重程度,而非(像在物理损害中所区分的)伤害类型。

国际人道法的精神体现在,在各国有效开展军事行动之利益与军事行动 为战斗员和平民居民所造成痛苦之间实现微妙的平衡。这种平衡在主要的国际人道法条约和国家指南中一再得到承认。例如,在美国内战期间为联邦军制定指令的1863年《利伯守则》规定:

军事必要性并不认可残忍行为(即为使他人遭受痛苦或为报复之目的而施加苦难),除了在战场上以外,它不认可造成他人伤残的行为,它不认可刑讯逼供,它不认可在战争中投放毒物,也不认可对一个地区的肆意破坏。它认可谋略,但却拒绝承认背信弃义的行为,总之,军事必要性并不认同任何将使和平的回归变得异常困难的敌对行动。⁶³

⁶³ US Department of War, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order No. 100, 24 April 1863 (Lieber Code), Art. 16.



五年后,《圣彼得堡宣言》同样强调需要"规定……技术上的限制,在此限制内,战争的需要应服从人道的要求"。⁶⁴平衡的需要也推动了1907年的海牙和平会议,在《海牙第四公约》中有显著体现,其中指出此后被公认为具有习惯法性质的该公约⁶⁵"是出于在军事需要所许可的范围内为减轻战争祸害的愿望而制定的"。⁶⁶该公约还规定了马顿斯条款,该条款在70年后再次出现在《第一附加议定书》中:

在颁布更完整的战争法规之前,缔约各国认为有必要声明,凡属他们通过的规章中所没有包括的情况,居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖,因为这些原则是来源于文明国家间制定的惯例、 人道主义法规和公众良知的要求。⁶⁷

这些声明和规定可作为实例证明国际法院在其第一案"科孚海峡案" (Corfu Channel)中的意见,即国际法中融入了"基本的人道考量"。⁶⁸

就实现国际人道法整体所力图追寻的平衡而言,网络行动改变了整个局面。国际人道法是在作战手段和方法的背景下制定的,当时的战争旨在破坏、摧毁、造成人员伤亡。虽然平民居民可能因并未造成这些后果的军事行动而遭受痛苦,但伤害的威胁绝大多数来自这些影响。因此,国际人道法规

⁶⁴ Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, Martens Nouveau Recueil, Series 1, Vol. 18, 29 November 1868, Preamble.

⁶⁵ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Reports 2004, p. 172; ICJ, Nuclear Weapons, above note 8, p. 257. 纽伦堡法庭还注意到, 《海牙第四公约》规定的规则反映了习惯法, 见: Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. 1, 1947, p. 254。

^{66 《}陆战法规和惯例公约》(《海牙第四公约》), 36 Stat. 2277, 207 Consol. T.S. 277, 1907年10月 18日, 序言。另见《陆战法规和惯例公约》(《海牙第二公约》), 32 Stat. 1803, Martens Nouveau Recueil, Series 2, Vol. 26, 1899年7月29日, 序言。1899年和1907年《海牙章程》第22条也规定: "交战者在损害敌人的手段方面,并不拥有无限制的权利。"关于这一原则的现代表述,见《第一附加议定书》第35条第1款(增加了作战"方法")。

^{67 《}海牙第四公约》,序言,《第一附加议定书》第1条第2款。该条还引用于ICJ, Nuclear Weapons, above note 8, p. 257。

⁶⁸ ICJ, Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), 9 April 1949, ICJ Reports 1949, p. 22.

则根植于一种必要性——至少在不剥夺各国进行必要军事行动之能力的情况 下尽可能保护平民和民用物体免受战争的伤害。⁶⁹

然而,与动能作战手段与方法不同,网络行动可能会在不一定违反此类基于物理性之规则的情况下严重破坏平民生活。因此,由于这些行动绝大多数既不具破坏性,也不具损害性,它们并不能够恰好纳入旨在保护平民居民的现有规范结构。只是将民用数据视作受保护的民用物体,并不能缓解这种困境,因为如上文所述,这种做法至少还在法律上存在争议,而且这对许多国家来说几乎肯定是不可接受的。

要纠正这种情况,首先应认识到,正如上文所述,国际社会普遍接受一项原则:即在相应的情况下,应尽量减少战争给平民居民造成的痛苦。没有理由将这一人道原则的适用局限于"硬法"的范围内。相反,大多数国际人道法规范或以条约形式通过,或在国际社会发现其所适用的实践在当时情形下不可接受或不太适当之后才形成习惯法。随着时间的推移,人道政策和观点往往已经发展成熟,成为法律。

因此,我建议各国通过两项人道政策规范来解决上述差距和不确定性。 一些国家可能认为其中的要素已经反映了国际人道法。但由于缺乏共识,因 此有必要将其称为政策授权。

⁶⁹ 对于物理性的这种认知范式见于一般原则,如"平民居民和平民个人应享受免受军事行动所产生的 危险的一般保护"(《第一附加议定书》第51条第1款,着重号为作者所加);在攻击的定义中提及 暴力(第49条第1款);将比例原则和攻击中的某些预防措施原则的适用限于"附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害"(第51条第5款第2项、第57条第2款第1项第2目、第51条第2款第1项第3目、第51条第2款第2项,着重号为作者所加);以及禁止"以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁"(第51条第2款,着重号为作者所加)。事实上,在解释区分原则,即要求冲突各方"无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在民用物体和军事目标之间加以区别,因此,……军事行动仅应以军事目标为对象"(第48条)的原则时,红十字国际委员会对附加议定书的评注将军事行动界定为"在此期间使用暴力"的行动(ICRC Commentary on APs, above note 52, para. 1875, 着重号为作者所加)。



政策一: 重要民用功能

第一个提议是通过致力于避免针对民用基础设施或数据开展网络行动而干扰某些"重要民用功能或服务",从而为此类功能或服务赋予特别保护。作者在2014年的一篇文章中提出了这一概念,⁷⁰并指出,随着时间的推移,各国也许"会开始将针对基本民用服务和数据的行动视为攻击,通过避免实施此类行动并谴责实施者,从而形成国家实践,作为含义之演变的(部分)基础"。⁷¹这一建议是被误导的,因为作者把"攻击"一词含义的调整与实际上的特别保护混淆了。因此,作者现在以特别保护作为伪装重新调整这一想法,而这种保护的基础是尚未将其视为法律要求的国家应予采纳的政策。⁷²

请注意,该提议旨在保护功能和服务,而非特定类别的民用(即不构成军事目标的)网络基础设施或数据。这是为了避免在特定基础设施或数据是否属于受保护类别的问题上产生分歧。通过专注于功能或服务,保护可以扩展到任何可能使功能或服务退化的基础设施或数据,而不论相关基础设施或数据的性质或类别如何。这种方法在国际人道法中并非没有先例——例如,

⁷⁰ Michael N. Schmitt, "The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis?", Stanford Law and Policy Review, Vol. 25, No. 2, 2014.

⁷¹ Ibid., p.296.

⁷² 关于沿相关思路提出的早期提议,见Adam Segal, "Cyber Space Governance: The Next Step", Council on Foreign Relations, Policy Innovation Memorandum No. 2, 14 November 2011, p. 3, available at: www.cfr.org/cybersecurity/cyberspace-governance-next-step/p24397. 有些作者对这项建议的前景表示怀疑,见:C. Droege, above note 11, p. 577; Robin Geiss and Henning Lahmann, "Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space", *Israel Law Review*, Vol. 45, No. 3, 2012, p. 394. 关于各国就所谓的"数字安全港"发布此类声明或政策的前景,本文作者比这些作者的悲观程度更轻,但认为该提议既包括诉诸战争权问题,又包括战时法问题,因而需要更大的法律细致度。

国际人道法禁止通过网络手段干预医疗职能,⁷³或在某些情况下禁止提供人道援助。⁷⁴作者的提议采用了同样的策略,只不过是基于政策角度。

在《2015年挑战报告》中,红十字国际委员会同样强调了保护重要民用 基础设施和民用数据的必要性,特别是考虑到法律的不确定性。⁷⁵报告指出:

对属于国际人道法中享有特别保护的某类物体的数据,保护规则是全面的。例如,尊重和保护医疗设施的义务应当理解为延伸到属于这些设施的医疗数据。然而,有必要澄清的是,不享有此种特别保护的重要民用数据,如社会保障数据、纳税记录、银行账户、公司客户档案、候选人名单或记录等,已被纳入现有一般敌对行动规则保护的范围。⁷⁶

虽然作者同意红十字国际委员会的看法,但澄清后可能会得出结论,即国际人道法没有充分保护影响平民居民的关键数据。而拟议的政策将降低这一风险,因为如果通过澄清,发现数据不受国际人道法的保护,也仍将基于政策享受保护。此外,该政策可以一直实施,直到数据问题得以解决,构成攻击的标准得到确定。

但问题出在细节上,具体来说,就是需要明确哪些功能和服务是重要的。在这方面必然会产生分歧,长期以来在将哪些系统定为"重要基础设施"方面的争论已经证明了这一点。⁷⁷关于可能出现的分歧,红十字国际委

^{73 《}塔林手册2.0版》前注6,规则131("妨碍、阻止医务和宗教人员、医疗单位或医务运输工具履行其医疗或宗教职能的行为……是对尊重"义务"的破坏":同上注,第493页)。关于义务的一般性介绍,见《一九四九年八月十二日改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》),75 UNTS 31 (1950年10月21日生效),第19条、第24条、第25条、第35条至第36条;《一九四九年八月十二日改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》),75 UNTS 85 (1950年10月21日生效),第22条、第24条、第25条、第27条、第36条至第39条;《一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》),75 UNTS 135 (1950年10月21日生效),第33条;《一九四九年八月十二日关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》),75 UNTS 287 (1950年10月21日生效),第 18条至第22条;《第一附加议定书》第12条、第15条、第21条至第24条、第26条;《第二附加议定书》第9条。

^{74 《}塔林手册2.0版》,前注6,规则145。关于义务的一般性介绍,见《日内瓦第四公约》第23条、第59条;《第一附加议定书》第69条至第70条。

^{75 《2015}年挑战报告》,前注41,第40~41页。

⁷⁶ 同上注, 第41页。

⁷⁷ See, e.g., John Moteff, Claudia Copeland and John Fischer, Critical Infrastructures: What Makes an Infrastructure Critical?, Congressional Research Service Report, 29 January 2003.



员会在上文摘录中突出强调了与银行账户和选举记录有关的数据,就是一个例证。我认为许多国家不会愿意完全放弃针对此类数据开展行动。举例来说,在武装冲突期间,阻止敌方独裁者亲信或其政党高级成员访问银行账户的网络行动很可能颇具吸引力;同样,通过操纵选举票数情况报告,从而破坏独裁者连任的行动对敌国来说可能也很有吸引力。提出这一点并非表达异议,而是为了强调,关于哪些民用功能和服务必不可少且值得保护这一问题,是很难达成广泛共识的。

但是,有些功能似乎显然是属于这一范围的。例如,向残疾人、年轻人、穷人和老年人提供的社会服务以及中小学教育,均属于重要服务。在将一项功能或服务适宜列入该类别的指标中,可能包括这样一个事实,即对此等功能或服务的干扰可能会在平民居民中造成重大的精神痛苦。为了说明这一点,我曾在其他地方建议,应在政策层面为"金融机构数据的完整性和关键金融系统的可用性"给予特别保护。78

另一个指标可能是,对一项服务之特定功能造成影响的网络行动所产生的后果在敌对行动结束后仍然长期存在。这方面的典例就是阻碍一个国家高校系统的整体运作,尽管这种保护不会延伸到高校中构成军事目标的单独网络基础设施,例如用于进行武器或其他军事相关研究的网络基础设施。

政策二: 平衡对平民的负面影响和与冲突相关的利益

第二项拟议政策将适用于第一项所不包括的情况(或直到就指定的功能和服务达成协议为止)。与第一项具有绝对性质的承诺不同,这一承诺具有相对性,因其基于人道考量和国家在武装冲突中获胜这一利益之间的平衡。如果采用这种方法,各国将承诺,作为一项政策,当预期对平民个体或平民

⁷⁸ Michael N. Schmitt and Tim Maurer, "Protecting Financial Data in Cyberspace: Precedent for Further Progress on Cyber Norms?", *Just Security*, 26 August 2017, available at: www.justsecurity.org/44411/ protecting-financial-data-cyberspace-precedent-progress-cyber-norms/. 该提议不包括在一段时间内阻止访问数据或侵入机密数据等活动。

居民的具体负面影响与预期获得的冲突相关具体利益相比损害过分时,避免进行国际人道法规制攻击行为的规则不可适用的网络行动。⁷⁹

鉴于上述争议,不适用国际人道法的原因可能是一国断定网络行动并非 国际人道法下的攻击,或者采取了数据不属于物体这一立场。重要的是,对 法律做出可适用解释的,将是开展行动的国家。换言之,根据该提议,只要 一国断定一项行动不受国际人道法关于敌对行动之规则的约束,就会同意适 用这一政策。其他国家对于类似的行动可能会得出不同的结论;在这种情况 下,该国将遵循相关法律的规定。

这一承诺值得仔细分析。首先,其中包括针对可能是军事目标,也可能是民用物体之网络基础设施和数据的行动。在这方面,红十字国际委员会在《2015年挑战报告》中所突出强调的有趣的一点涉及所谓的"军民两用"物体——即同时具有军用和民用目的的物体。国际人道法专家的普遍立场是,民用物体(包括网络基础设施)的任何军事使用都会使该物体成为军事目标,但其中明显属于独立的不同组成部分的方面除外。80挑战报告对这一标准适用于网络环境的问题表示担忧:

⁷⁹ 对于确实构成攻击的网络行动而言,国际人道法对于物理性的关注构成了特殊的挑战。特别是,在比例原则分析中考虑的附带损害和在攻击中采取可行预防措施的要求在文字层面均局限于致人伤亡或造成损害。虽然损害可以合理地理解为包括功能丧失的情况(无论标准如何),但却不包括其他形式的伤害。例如,在法律层面上,对攻击军民两用网络基础设施进行比例性分析,并不需要说明依赖于相关设施的民用服务的暂时中断或丧失,除非这种功能丧失使平民面临人身伤害的危险或民用物体受到损害的危险。虽然动能攻击也是如此,就像攻击一家用于存放武器的商店一样,但网络和其他形式的连接加剧了网络攻击非破坏性或非损害性的连锁反应。本文并未提到这种现实情况,因其仅限于超出国际人道法范围的网络行动,但这是一个值得认真关注的网络特有现象。

^{80 《}塔林手册2.0版》, 前注6, 规则101, 哈佛大学人道政策与冲突研究项目组, 《空战和导弹战国际 法手册》(《哈佛手册》), 英文版于2013年出版, 剑桥大学出版社, 中文版于2015年出版, 王海 平译, 中国政法大学出版社, 第160页, Nils Melzer, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, ICRC, Geneva, 2016, p. 92. 关于对目标物体的组成部分之独特性的讨论, 见Michael N. Schmitt and John J. Merriam, "The Tyranny of Context: Israeli Targeting Practices in Legal Perspective", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, 2015, pp. 119–123.



严格适用这一解释可能会导致许多网络基础设施因构成军事目标的一部分而不再享有免遭攻击的保护,不论该攻击是网络攻击还是动能攻击。这是一个需要严重关切的问题,因为丧失保护随之而来的影响是持续增长的民用网络应用的中断。⁸¹

作者也有同样的关切。这种网络基础设施是否应被视为军事目标的问题 超出了本文范围,作者持主流观点。但即使这种立场会随时间推移而改变, 某些军民两用网络基础设施开始被定性为民用性质,但对它进行网络行动 (包括对平民居民造成严重后果的行动)仍将是合法的,只要这些行动没有 上升到攻击的程度,特别是不具有破坏性或损害性。作者提议的政策将在一 定程度上缓解这种困境。

该政策中所载的某些术语经过谨慎选择,以提出具体的观点,并希望能成为后续讨论的支点。"负面影响"一词意在包罗万象,包括任何不使网络行动构成攻击,并因而不适用关于攻击之规则的,对平民居民的影响。尽管这仅限于对人,而非物体的影响,但其扩展到了由于行动对目标基础设施造成影响,而对平民产生的后果。在此举简单一例,如果对银行的计算机系统进行拒绝服务(DoS)攻击,客户就不能取款;而由于客户已受到影响,所以该政策适用。

对影响的关注还表明,网络行动的类型与该提议的可适用性无关。例如,导致网络系统变慢的拒绝服务攻击或行动受政策规制的程度并不亚于导致系统操作不当的攻击。相反,这里的关键因素在于,平民居民受到了某种程度的影响,且国际人道法规则并未予以应对(或者至少在开展这项行动的国家看来是如此)。

尽管《塔林手册》专家一致认为,妨碍的严重程度不足以达到构成攻击的标准,但就拟议政策而言,没有理由划出这种性质的界限。这是因为,只有当网络行动对平民的负面影响与预期的冲突相关利益相比是过分的,该政策才会禁止网络行动。从政策上讲,如果开展网络行动的一方无法提供更加充分的理由,则将造成妨碍或令人恼怒等后果排除在禁止网络行动的原因之

^{81 《2015}年挑战报告》,前注41,第40页。

外,也是有理论依据的。而在考虑到网络行动预期利益可能会微不足道的情况下还要预期造成过分的妨碍或令人恼怒,就纯粹带有恶意的意味了。值得称赞的是,美国国防部似乎已经在政策层面接受了提出的这种方法。⁸²

在平衡人道考量和与冲突有关的国家利益方面,本文提出的政策采用了比例原则中的过分性标准。由杰出的国际法从业者和学者团体编写的《空战和导弹战国际法手册》(《哈佛手册》)采取了合理的立场,认为过分性指的是"在期望的军事利益和对平民和民用物体造成预期的附带损害之间出现重大失衡"的情况。⁸³该标准符合国际人道法中军事必要这一基本原则。毕竟,针对两个如此不同的价值——附带损害和军事利益——适用严格的"51-49"平衡标准是不切实际的,在所造成的后果能够感受到轻微的不平衡,且偏向附带伤害,并由此而必将对打击有效军事目标构成障碍的情况下,就更加不切实际。对这种动态的敏感性也反映在《罗马规约》对比例原则的适用,即仅在预计的附带损害与预期的"整体"军事利益相比"显然"是过分的情况下才加以适用。⁸⁴

鉴于该政策所涵盖的网络行动包括针对军事目标的行动(尽管是在尚不构成攻击的局势中),降低过分性标准是不合逻辑的。如果要提出较低的标准,各国就会与在受到激发后决定采纳相对于比例原则的过分性标准之时抱有同样的关切。事实上,就政策而言,要求提高过分性标准的主张实际上是更为有力的,因为网络行动所造成的损害一般是非破坏性和非损害性的,严重程度较轻。

拟议政策中"冲突相关具体利益"一词必须要与比例原则中"具体和直接的军事利益"相区分。所有这些形容词都反映了军事必要中的平衡要求, 作者认为在每一项可能影响平民居民的军事决策中,都要考虑这一点。但

⁸² See US Law of War Manual, above note 10, para. 16.5.2: "例如,即使网络行动不是'攻击',或者没有造成任何在进行攻击时需要根据比例原则考虑的损害或破坏,该网络行动在开展时也仍然不应以不必要地给平民或中立人员造成妨碍的方式进行。"

^{83 《}哈佛手册》, 前注80, 第144页; Nils Melzer, *Targeted Killings in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 344, 360.

^{84 《}罗马规约》, 前注13, 第8条第2款第2项第4目。



是,正如下文将要解释的,删除"直接"一词意在扩大政策的范围,超出比例原则所适用的范围。

根据红十字国际委员会对附加议定书的评注,"'具体和直接'一语意在表明,预期的利益应当较为客观,且产生的时间相对在近期,而难以察觉,且仅在长期之后才能显现的利益应当忽略"。⁸⁵博特、帕尔奇和佐尔夫在非官方但较为权威的(鉴于三位作者参加了制定附加议定书的外交会议)对议定书的评注中,也对这一术语作了解释。评注指出,"具体"的意思是"特定的,而非一般性的;可感知的",而且在军事目标的定义中,该词等同于"明确的",表示这种利益不是假设性的或推测性的。⁸⁶相反,评注作者将"直接"解释为"没有代理的干预"。⁸⁷

在适用拟议政策时所考虑的利益不必是具体的,这一点是没有逻辑依据的。如果认为推测与冲突相关的利益足以证明对平民居民的实际负面预期后果是合理的,实际上就等同于完全忽视了人道考虑。但是,同样的逻辑不适用于"直接"这一定语。各国可能会反对在网络攻击或其他形式的攻击中强加比例原则对于行动与利益之间存在直接因果关系的要求。例如,有一些行动旨在削弱平民对参与冲突的支持。这类影响力运动通常涉及一系列因果关系,由不止一个环节组成。所涉及的信息行动可能旨在通过鼓励民间社会或媒体的参与,逐渐转变平民对政府和冲突的态度。根据作者的提议,只要存在因果关系,且不会过度减弱到变为推测性的程度,则在平衡过程中加以考虑就是适当的。

完全相同的逻辑,不过颠倒过来,就会支持将对平民居民的负面影响局限于具体影响之中。根据对平民居民可能产生的负面影响的推测而建议冲突一方应不得不放弃一项可能产生与冲突有关的有效利益的行动,将不恰当地使所期望的平衡向相反的方向倾斜。

⁸⁵ ICRC Commentary on APs, above note 52, para. 2209.

⁸⁶ Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 2nd ed., Martinus Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2013, p. 407. See also UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict, 2004 (UK Law of War Manual), para. 5.33.3.

M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 86, p. 407.

拟议政策与比例原则之间的另一个重大区别是用"冲突相关利益"代替了"军事利益"一词。军事利益是国际人道法中一个狭义的概念。例如,《哈佛手册》认为:

军事利益仅指直接与军事行动相关的利益,并不包括与冲突普遍有关的其他形式的利益。军事利益并不单指政治、心理、经济、财政、社会或道德等方面的利益。因此,通过影响平民士气而迫使敌人改变其谈判立场,并不属于军事利益的范畴。⁸⁸

该政策不会将网络行动所获得的利益局限于纯粹的军事利益。以上文所引用的例子为例,为改变敌人的谈判立场而考虑开展网络行动,即使是通过影响平民士气的方法,也是可以接受的。各国已在计划不构成攻击的网络行动,包括改变或删除数据的行动,其影响也并非严格属于军事层面的影响。鉴于可以预计到各国会反对强加要求军事利益的标准,作者的提议就并未使用"军事"一词。⁸⁹

必须强调的是,"利益"通常是指进攻方在战争的战术或作战层面上的军事利益,而不是在政治层面上的战略利益。⁹⁰换言之,这种利益必须对战场或相关战役产生影响,且不能被过度削弱。⁹¹例如,通过攻击敌方军事领导人的个人财产或投资,而促使其重新思考是否参与战斗的这一利益,并不会使这些目标成为军事目标,也不能在进行比例性分析时证明对它们的附带损害是合理的。

^{88 《}哈佛手册》, 前注80, 第99页。

⁸⁹ 正如英国批准《第一附加议定书》的声明中所指出的, "从攻击中预期获得的军事利益是指从整个攻击中预期获得的利益,而不仅仅是从攻击的孤立或特殊部分中获得的利益"。UK Additional Protocol Ratification Statement, para. (i), available at: https://tinyurl.com/yct795zh.

^{90 &}quot;战争的战术层面——为实现分配给战术单位或特遣队的军事目标而规划并执行战斗和交战的战争层面": US Department of Defense, *Dictionary of Military and Associated Terms*, current as of March 2018, p. 226; "战争的作战层面——为在战区或其他作战区域实现战略目标而规划、开展和维持战役和大型行动的战争层面": *ibid.*, p. 173; "战争的战略层面——一个国家(通常作为一个国家集团的成员)确定国家或多国(联盟或同盟)战略安全目标和指导,然后发展并利用国家资源来实现这些目标的战争层面": *ibid.*, p. 219.

⁹¹ UK Law of War Manual, above note 86, para. 5.33.5; 《哈佛手册》, 前注80, 第98~99页; 《塔林手册2.0版》, 前注6, 第430页。See also Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Martinus Nijhoff, Boston, MA, 2009, pp. 199–202. 更详细地讨论了为何军事利益可在作战层面而不是战术层面来衡量,以及为何通常不宜在战略层面衡量军事利益。



但是,各国确实在寻求与战场行动无关的战略层面上的利益,而且根据 国际人道法,各国可以为了获得这种利益而进行不构成攻击的军事行动。因 此,为了使各国能够接受,拟议政策允许在可否发起网络行动的评估中将战 争任何层面的具体利益纳入考量。举例来说,通过对新闻设施开展拒绝服务 的行动来阻碍敌方向其民众进行冲突相关宣传的能力,就是一种需要权衡的 利益。

尽管该政策相对于比例原则的标准而言范围有所扩大,但其将利益局限于与冲突有明确联系的相关方。虽然这可能会使有些人提出过度局限的断言,但政策的目的是在武装冲突这种已然十分可怕的局势中加强对平民居民的保护,使其免受痛苦。针对平民或平民居民的恶意或报复性网络行动应被禁止。

这一要求不得与军事必要原则的适用相混淆。根据对该原则的一些解释,"只有在其他情况下武装冲突法未禁止的,为实现冲突的合法目的(即尽早以最少的代价使敌人完全或部分屈服)所必需的那种程度和类型的武力",是允许的。⁹²适用这一原则并不足以解决目前的问题。第一,如前所述,军事必要原则仅适用于使用武力的情形;拟议政策讨论的网络行动则并不容易被认定为属于此种情形。第二,虽然军事必要原则讨论的是基于"军事"考虑的必要性,但拟议政策中"与武装冲突相关"这一术语的含义更为广泛。第三,也是最重要的一点是,有人反对将军事必要原则视为独立于国际法其他主要规则而发挥作用的主要规则。这个问题在一定程度上导致了对红十字国际委员会《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》的反对,⁹³一些一线人员对

⁹² UK Law of War Manual, above note 86, para. 2.2.

⁹³ 对红十字国际委员会《解释性指南》第九章(前注34)的反对意见,是一些参加该项目的专家反对在他们看来将该原则用作主要法律规则的做法时产生的。See, e.g., W. Hays Parks, "Part IX of the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 802–810. 但是,见时任红十字国际委员会法律部门该项目负责人的尼尔斯·梅尔策的回应:Nils Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 892–912.

此持怀疑态度。⁹⁴作者本人的观点是军事必要是国际人道法的基本原则,但不是主要规则。⁹⁵无论正确解释是怎样的,军事必要原则都无法实现通过拟议政策所寻求的目的。

最后,与比例原则一样,政策中提出的标准是事前适用的,而非事后适用,从"预期"和"预计"这两个词的使用中可以明显看出这一点。因此,对于适用政策的人来说,要根据他们在计划、批准和执行网络行动时有理由相信的事实来进行判断。

总结性思考

规制网络行动的国际人道法现状并不完全令人满意。在可构成攻击的网络行动这一问题上缺乏明确的标准,轻则会使平民身处本不应当面临的危险之中,重则为一些国家大开方便之门,使其能够利用这种模糊性,对平民居民发动具有高度破坏性的网络行动。此外,一些网络行动显然不构成攻击,但却仍有可能在平民居民中造成混乱。

数据是否属于物体的问题使这种情况更加复杂。一方面,如果数据是物体,各国目前开展的许多网络行动将被禁止。尽管意图值得称赞,但这种观点的支持者如果以为拥有网络能力的国家会接受这一解释,就太过天真。⁹⁶ 但另一方面,如果不能将一些民用数据视为受益于国际人道法保护的民用物体,就贬损了支撑禁止攻击民用物体这一规定的人道考虑。在寻求人道考虑和军事必要的适当平衡方面,争议双方的论点都是站不住脚的。

拟议政策旨在解决这些现实问题。最初,各国可能对此作出消极反应。 在学术界和非政府组织试图限制国家在战场上的自由裁量权时,这种情况经

⁹⁴ 有意思的是, 见US Law of War Manual, above note 10, para. 16.5.2. (然而,不构成攻击的行动"除非具有军事必要性,否则不得针对敌方平民或民用物体")。这一讨论受到了批评,这是理所当然的。 See William H. Boothby and Wolff Heintschel von Heinegg, The Law of War: A Detailed Assessment of the Department of Defense Law of War Manual, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

⁹⁵ M. N. Schmitt, above note 19.

⁹⁶ 就这方面而言,在特里·吉尔教授和保罗·杜希内准将的指导下,荷兰陆军中校巴尔特·范登博斯在阿姆斯特丹大学攻读博士学位("发动没有暴力的战争")期间进行了一些有趣的工作。



常发生,而且在许多情况下,这种反应是有道理的。但是,在这些情形下, 各国应考虑以下问题。

第一,作者通过与网络行动人员进行讨论,发现这些政策的某些内容似乎已经成为了交战规则、其他指南或直接形成了得到接受的实践。更重要的是,《第一附加议定书》第57条第1款要求冲突各方在军事行动(包括但不限于攻击)期间,要考虑到可能给平民居民和(或)民用物体造成的负面影响。作者认为,这一要求反映了习惯国际人道法,专家组和军事手册也证实,这一"经常注意"条款意在施加一项积极义务,尽管这项义务是一般性的,且定义不够明确。⁹⁷拟议政策所要实现的全部目的,就是为应对这一评估而需要采取的措施提供一些指导。

在这方面,或许可以说,这些政策的工作已经通过适用马顿斯条款而完成,因为所强调的情况就是应遵守"人道法则"与"公众良心之要求"的情况。然而,对于实施该条款的手段以及它是否对冲突各方强加具有约束力的具体法律规则,各国和专家意见不一。无论人们在这些问题上的立场如何,马顿斯条款的模糊性以及缺乏在实践中的适用,都是众所周知的。有鉴于此,拟议政策提供了一定程度的实践明确性和方向性,可加以利用,为平民居民提供切实的保护。

第二,禁止针对网络基础设施或数据的,并因此可能破坏重要民用功能或服务的攻击,是符合一个总前提的,即某些活动、功能和物体应受到特别保护,免受战争的有害影响。拟议政策只是承认,现有的网络空间应该扩大,以应对平民居民所面临的独特、有时甚至是严重的网络行动相关风险。此外,关于哪些功能和服务构成重要功能和服务,并因此需要特别保护,至少在政策上需要特别保护的问题,相关政策已将决定权交予各国。

⁹⁷ See UK Law of War Manual, above note 86, para. 5.32.1 ("因此,指挥官必须牢记他所规划的行动对平民居民的影响,并采取措施尽可能减少这种影响");《哈佛手册》,前注80,第176页("'经常注意'意味着不损害平民居民、平民和民用物体这一义务的履行没有任何例外");《塔林手册2.0版》,前注6,第460页(指出"'尊重'平民居民的一般性义务,也即,要考虑军事行动对平民的有害影响")。此外,《塔林手2.0版》指出"注意义务要求指挥官和其他参与行动的人对其活动给平民居民和民用物体造成的影响保持持续到感知,并且寻求避免对它们造成任何不必要影响"(第461页)。

第三,敏锐的读者会注意到,要求取得平衡的第二项政策,对于不构成针对军事目标之攻击的行动,比构成攻击的行动更具限制性。适用于网络攻击的比例原则只要求考虑损害(可能包括功能丧失)、伤害或死亡;相比之下,拟议政策则涵盖了对平民居民的所有负面影响。这似乎有悖常理,但由于实际上,就开展网络行动的一方在权衡这些负面影响时可以考虑的内容而言,该政策更加宽松,最终结果因而得到了弥补。比例原则仅限于具体和直接的军事利益,相比之下,拟议政策允许考虑既非直接也非军事性质的利益,而这些利益可能在战争的战略层面上获得。因此,该政策在人道考虑和国家利益之间实现了公正的平衡。另外,由于该政策采用了过分性标准,各国能够获得进一步的安慰,该标准为冲突各方在适用该政策时提供了很大的裁量余地。

上述建议不是万能的灵丹妙药,不能解决网络行动对平民个体或平民居 民造成的非破坏性和非损害性伤害的问题。许多此类伤害仍无法解决,在比 例原则适用于网络攻击的情况下就是如此,因为该原则只适用于附带损害、 伤害或死亡。然而,国家和国际社会始终应当在战场上发生悲剧之前就应对 相关人道问题。所以,采取行动,就是现在。

破译亚太地区的 国际人道法格局

苏珊娜·林顿*

摘要

1949年8月12日的《日内瓦公约》通过70周年为反思国际人道法 (IHL)提供了机会。本文继续对此进行反思,并介绍了一些关于和来自亚太地区的新的学术研究成果。该地区的多元化导致了一个复杂多样的格局,其中不存在一个单一的"国际人道法的亚太视角",而是有众多的方法和轨迹。然而,这一碎片化的现实并不是一个前后矛盾的混乱体。在本文中,作者主张并证明了以下观点。首先,武装冲突中基于国际人道法的人道规范在该地区有深厚的根基。这在某种程度上解释了为什么该地区没有对国际人道法像对人权学说那样的概念性抵制。第二,该地区的某些国家有意义地参与了国际人道法的制定。第三,一些亚太国家正在积极促进与国际人道法相关的新兴领域的发展,例如外层空间、网络空间和武装冲突中的环境保护。这就导致了一个不可避免的矛盾性问题。在一个对武装

^{*} 苏珊娜·林顿,中国政法大学国际法学院兼职教授,苏州大学红十字与红新月国际学院专家委员会委员。

冲突中的人道规范抱有明显积极性的地区,怎么会在如此多的武装冲突中出现非常严重的违反国际人道法的行为? 我们是否应该更细致地反思"规范内化"和"根源原因"? 这些问题将在本文的第二部分予以讨论。这一探究引出本文的第三部分也是最后一部分,总结性反思所有这些揭示了亚太地区怎样的国际人道法状况。作者认为,人道主义的进步所面临的真正挑战是要跨越学科、在该地区所做工作的基础上发展出更知情的和细致入微的方法来理解该地区的国家和社会,继而研究规范内化的过程,然后制定出创造性和有意义的策略,以加强内化、一线的实际行为、和在更广泛的社区将规范社会化这三者之间的联系。

关键词:亚太地区,国际人道法,观点,多样性,多元化,武装冲突中的人道规范,规范内化,根源原因,矛盾,贡献。

.

表面上看,1949年的四个日内瓦公约获得了100%的成功,所有196个国家都承诺遵守其条款。¹通识的读者可能会相信所有国家都针对国际人道法采用一个共同的方法。而更有辨别力的读者则知道,不幸的是,加入日内瓦公约并不等同于遵守其条款。各国在实施和执行该公约方面表现出巨大差异,并且对某些概念和术语有不同的理解。自我认定为民主和尊重人权并不能保证不会做出不人道的行为,正如美国领导的"反恐战争"以及包括阿布格莱布监狱在内的几种表现形式所证实的那样。欧洲人权法院的判例证明,一些参与武装活动的欧洲国家无论是在和平时期还是战争时期,都没有遵循在所有时候都应遵循的有关人道的集体愿景。²

^{1 《}改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(日内瓦第一公约), 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(日内瓦第二公约), 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(日内瓦第三公约), 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(日内瓦第四公约),四公约均于1950年10月21日生效。

² See European Court of Human Rights, "Armed Conflicts", Factsheet, September 2018, available at: www.echr.coe.int/Documents/FS_Armed_conflicts_ENG.pdf (all internet references were accessed in February 2020).



那么亚太地区呢?³与世界其他地区一样,该地区的国家现在都是《日内瓦公约》的缔约国。一些国家长期以来在国内法中实施了该公约,⁴而其他国家则晚些时候才加入,⁵其中一些国家维持实质性的保留意见,或者发表了声明或谅解录表明其参与的立场。⁶Simon Chesterman介绍了亚太地区如何通过参与不足和代表性不足表现出对国际法的矛盾心理。⁷该地区关于更广泛的国际法的多种观点在《印度国际法》杂志、⁸《中国国际法》杂志、⁹《韩国国际法和比较法》杂志¹⁰ 和《亚洲国际法》杂志上所发表的文章中得到了体现。¹¹诸如《亚洲及太平洋国际法和亚太国际人道法观点牛津手册》的新著作,介绍了有关亚洲和来自亚洲的专家意见,并且揭示了巨大的多样性,而并没有包罗万象的单一观点。¹²这些出版物采用非线性、非机械的方法,基于广泛问题中的不同主题,表明在努力解读该地区多元化时,最好不要采取一种智力上的单一束缚性的方法,这种方法会削弱多元化的存在、意义和价值。它们提炼出两个主要特征:首先,保守主义和持续几个世纪之久的全能国家概念的趋势拒绝任何外部的检查与控制,其次,规范方法和实践方面的多样性和碎片化。

³ 对于"亚洲"这一地理概念的涵盖范围已经有诸多争议,这些争议仍然持续存在。本文认为"亚太"地区包括毫无疑问属于"亚洲"的南亚、东南亚以及东亚国家,以及那些毫无疑问属于太平洋岛国的国家。它并不包括"中亚"国家以及那些实际上属于"中东"地区的国家。这一概念与联合国"亚洲-太平洋国家组"的分组明显不同,该国家组包括了地理意义上不属于亚洲的国家(例如,塞浦路斯和沙特阿拉伯),并将两个位于太平洋地区的国家(澳大利亚和新西兰)放在了"西欧和其他国家组"。

⁴ 实例包括澳大利亚1957年《日内瓦公约法案》、印度1960年《日内瓦公约法案》、马来西亚1962年《日内瓦公约法案》及新加坡1973年《日内瓦公约法案》。

⁵ 例如,文莱于1991年加入,缅甸于1992年加入。

⁶ 例如,澳大利亚、巴基斯坦、越南、韩国和中国。越南对《日内瓦公约》作出了大量的保留——见 https://tinyurl.com/r67wv3k。

⁷ Simon Chesterman, "Asia's Ambivalence about International Law and Institutions: Past, Present and Futures", European Journal of International Law, Vol. 27, No. 4, 2016.

⁸ Available at: www.springer.com/law/international/journal/40901.

⁹ Available at: https://academic.oup.com/chinesejil.

¹⁰ Available at: https://brill.com/view/journals/kjic/kjic-overview.xml.

¹¹ Available at: www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-international-law.

Simon Chesterman, Hisashi Owada and Ben Saul (eds), The Oxford Handbook of International Law in Asia and the Pacific, Oxford University Press, Oxford, 2019; Suzannah Linton, Timothy McCormack and Sandesh Sivakumaran (eds), Asia-Pacific Perspectives on International Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge and New York, 2019.

Acharya正确地断言,亚洲不是"一个",也不存在单一概念的亚洲。13 亚太并不像欧盟那样组成了一个集团,采用共同的方法,甚至在某些领域 集体协调外部行动,因此亚太地区为什么应该有一个单一的观点呢?该地 区确实也存在集团、例如东南亚国家联盟(ASEAN)、南亚区域合作联盟 和太平洋岛屿论坛,但这些集团是次区域性的、分散的、且性质松散。14这 反映了该地区各国的种族、宗教、文化、历史、法律制度、政治结构、安全 局势、社会经济发展和在国际社会中的作用等方面各不相同的现实。偶然成 为邻国或位于人为的相同地理概念内,并不意味着它们对国际人道法具有或 应该具有相同的观点或方法。以国际人道法纳入武装部队中的程度为例,澳 大利亚和印度尼西亚可能是直接接壤的邻国,但其军队对待国际人道法的 方法却截然不同。15核武器的情况也是如此。大洋洲、澳大利亚和东南亚国 家拒绝使用核武器,16但世界上有四个核大国均来自亚太地区,两个来自东 亚——中国和朝鲜,两个来自南亚——印度和巴基斯坦。日本是唯一一个在 武装冲突中首当其冲受到核武器袭击的国家、它在禁止核武器方面采取的 方法令人惊讶的细致。17亚太地区的国际人道法在很大程度上取决于以下因 素: 国家、地方和国际政治、文化、宗教、时间框架、政治学说、参与方和 暴力局势。这些因素显然意味着,关于亚太地区国际人道法的主张并非绝对 或同样适用干整个地区中的每个国家。普遍性似乎只与《日内瓦公约》和 《儿童权利公约》的区域性参与相关。18

¹³ Amitav Acharya, "Asia Is Not One", Journal of Asian Studies, Vol. 69, No. 4, 2010.

¹⁴ See, generally, Nicholas Thomas (ed.), Governance and Regionalism in Asia, Routledge, London, 2009.

¹⁵ Contrast Yvette Zegenhagen and Geoff Skillen, "Implementation of International Humanitarian Law Obligations in Australia: A Mixed Record", with Suzannah Linton, "International Humanitarian Law in Indonesia", both in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

¹⁶ See Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone, 15 December 1995 (entered into force 27 March 1997), *International Legal Materials*, Vol. 35, p. 635; 《南太平洋无核区条约》, 1445 UNTS 177, 1985 年8月6日(1986年12月11日生效)。具体分析,见Roger S. Clark, "Pacific Island States and International Humanitarian Law", and Satoshi Hirose, "Japan and Nuclear Weapons", both in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

¹⁷ 关于日本在国际法院"核武器案"的咨询程序中提交的诉状以及日本文化、军事实践和国际人道法之间复杂的相互影响,请参见下文。

¹⁸ 见前注6。许多亚太国家对《儿童权利公约》的参与程度因大量的保留而削弱。见the United Nations Treaty Collection website, available at: https://tinyurl.com/rxksp5l.



应用严格的学术方法,例如在每个国家追踪一个单一的,狭隘的技术问 题(例如,在攻击中实施预防措施的义务),不能帮助揭示和分析国际人道 法在这一地区适用的复杂及规模庞大的现实。相反,本文作者所使用的方法 是对文献(特别是最新的和权威的文献)仔细研究,并应用她在该地区和对 该地区开展多年工作的经验。通过这种方式,可以从各种观点和方法中提取 汇合点。这种方法并不是例外的,而这种努力本身就是一种原创性的贡献, 它有助于以创新的方式破译亚太地区复杂的国际人道法格局。其结果是作者 能够主张以下观点。首先,作为国际人道法基础的武装冲突中的人道规范在 该地区有着深厚的根基。19这在一定程度上解释了为什么该地区没有对国际 人道法的概念性抵制,相比于对人权学说的抵制方式而言。其次,该地区的 国家在条约和习惯方面都有意义地参与了国际人道法的制定。第三,一些亚 太国家正在积极促进发展与国际人道法相关的新兴或不断演变的领域,例如 武器、外层空间、网络空间和武装冲突中的环境保护。鉴于该地区碎片化的 现实,这不可避免地导致了矛盾问题。在一个对武装冲突中的人道规范有着 明显积极性的地区,怎么会发生如此多的武装冲突,并且出现了非常严重的 违反国际人道法的行为?在规范内化方面发生了什么?这些问题将在本文的 第二部分予以考虑。本研究引出第三部分也是最后一部分,对所有这些揭示 的亚太地区国际人道法的状况进行总结性反思。

鉴于亚太地区国际人道法的性质,本文作者确实做出了一些谨慎的概括,第一部分介绍了得出这些概括的理由,供读者考虑。第二部分讨论了相互矛盾的问题。这篇论文是关于亚太地区的经验,作者并非建议说这些特征是世界上这一地区所独有的。而且应该很明显,本文试图理解的是一种复杂的情况。本文引用了许多区域国家的做法——大国小国,强国弱国。然而,有些国家的实践更加可及,并且作者在本文中显然不得不做出一定的选择。

This paper adopts Axelrod's behavioural definition: "A norm exists in a given social setting to the extent that individuals usually act in a certain way and are often punished when seen not to be acting in this way. He argues that "[n]orms often precede laws, but are then supported, maintained, and extended by laws". Robert Axelrod, "An Evolutionary Approach to Norms", *American Political Science Review*, Vol. 80, No. 4, 1986, pp. 1097, 1106.

读者应该仔细推敲所引用的来源的细节和推理,本文因篇幅有限而没有对这 些加以阐述。

主张1: 武装冲突中的人道规范在亚太地区根深蒂固

亚太地区的国家并未对武装冲突中要求人道的规范表现出概念上或意识形态上的敌意,这与它们有据可查的对人权的矛盾态度形成鲜明对比。²⁰也没有任何迹象表明,国际人道法——作为产生于一条基本规范的一个规则集合——被视为是强加于该地区的一个外国项目。国际法院 (ICJ) 关于"核武器案"²¹以及"巴勒斯坦隔离墙案"²²咨询程序期间提交的材料揭示,澳大利亚、孟加拉国、朝鲜、印度、印度尼西亚、日本、马来西亚、马绍尔群岛、瑙鲁、新西兰、巴基斯坦、帕劳、菲律宾、萨摩亚和所罗门群岛自称是伟大的人道主义者和国际人道法制度的拥护者。然而,这中间有一些细微差别。非常有趣的是,日本认为,"使用核武器显然违背了赋予国际法哲学基础的人道精神",并反复强调核裁军的必要性和促进核裁军的愿望,但刻意避免讨论使用核武器的合法性。²³Hirose解释说,日本采取的是一种"现实方法",因为根据《日美安保条约》,日本受益于美国所谓的"核保护伞",这已成为日本安全政策不可或缺的一部分。²⁴考虑到这些立场以及其他立场,国际法院关于"核武器案"的咨询意见确定,"所有国家都应遵守[国际人道法]的基本规则,无论他们是否批准了包含这些规则的公约,因为它

²⁰ See Hurst Hannum, "Human Rights", and Suzannah Linton, "International Humanitarian Law and International Criminal Law", both in S. Chesterman, H. Owada and B. Saul (eds), above note 12.

²¹ Written submissions: Democratic People's Republic of Korea (DPRK), India, Japan, Malaysia, Marshall Islands, Nauru, New Zealand, Palau, Samoa and Solomon Islands (responses to submissions by Nauru and Solomon Islands), available at: www.icj-cij.org/en/case/95/written-proceedings. Oral submissions: Indonesia, Japan, Malaysia, Marshall Islands, New Zealand, Philippines, Samoa and Solomon Islands, available at: www.icj-cij.org/en/case/95/oral-proceedings.

Written submissions: Australia, DPRK, Indonesia, Japan, Malaysia, Micronesia, Marshall Islands, Pakistan and Palau, available at: www.icj-cij.org/en/case/131/written-proceedings. Oral submissions: Bangladesh, Indonesia and Malaysia, available at: www.icj-cij.org/en/case/131/oral-proceedings.

²³ S. Hirose, above note 16, p. 446.

²⁴ Ibid.



们构成了国际习惯法不可侵犯的原则。"25

然而,对于一些亚太国家来说,上述对人道主义言辞上的公开拥护可以追溯到很久以前。我们可以看到一些比"善待有需要的人"的道德责任的简单信念更为复杂的东西。国际人道法条约和安排的一些最早参与者来自亚太地区。1899年海牙和平会议的26个参加国中有3个来自亚太地区:暹罗、中国和日本。²⁶暹罗是东南亚伟大的佛教武士王国之一,早在1899年就开始参与国际人道法条约,且加入了《海牙陆战法规和惯例公约》(1899 年)、《禁止使用专用于散步窒息性或有毒气体的投射物宣言》(1899 年)和《关于膨胀子弹的海牙宣言》(1899年)²⁷。泰国红十字会于1893年4月成立,当时名为红乌纳洛姆(Red Unalom)协会,这早于该国加入后来的《日内瓦公约》。²⁸Yeophanthon解释说,事实上暹罗国王拉玛六世愿意将西方的法律和政治思想与佛教价值观相融合:他于1914年出版了一本关于国际法的书,其中有一个重要的章节专门解释战争法。²⁹这种参与一直持续到现在的泰国,而泰国是《武器贸易条约》(2013)的签署国³⁰,并是最早在2017年9月20日签署和批准《禁止核武器条约》(TPNW)的国家之一,这是该条约开放供签署的第一天。³¹

人道思想确实"深深植根于大多数亚洲社会,作为复杂社会和宗教系统的产物"。³²Yeophantong主张,至少在东南亚地区,对人道思想和实践的演

²⁵ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 257, available at: www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf.

²⁶ Betsy Baker, "Hague Peace Conferences (1899 and 1907)", Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, available at: https://tinyurl.com/vrb9run.

²⁷ For Thailand's treaty participation, see the International Committee of the Red Cross (ICRC) database, available at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=TH.

Pichamon Yeophantong, "The Origins and Evolution of Humanitarian Action in Southeast Asia", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12, p. 83.

²⁹ 同上

^{31 《}禁止核武器条约》,2017年9月20日开放供签署(未生效)。

³² Pichamon Yeophantong, "Understanding Humanitarian Action in East and Southeast Asia: A Historical Perspective", Humanitarian Practice Group Working Paper, Overseas Development Institute, February 2014, p. 1. See also the Dissenting Opinion of Judge Weeramantry in the ICJ's Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, above note 25, pp. 443–444. For a closer analysis, see P. Yeophantong, above note 28.

变的关键影响是(1)社群主义,意思是共同的存在以及由此产生的共同社会义务;(2)宗教、信仰和非宗教的信仰体系;(3)治国理政和正义战争的政治理论;以及(4)身份和安全政治。³³该地区许多文化中的战争中的人道早于19世纪欧洲出现的实证主义国际人道法框架,甚至早于西欧骑士文化,当时很多学者将人道主义的根源植根在武装冲突当中。³⁴以下段落中将对印度、中国和日本予以探究,但它们并不是孤立存在的。印度尼西亚群岛³⁵和太平洋岛屿³⁶的许多民族都有自己的战争法。战争中的人道关切可以在印度教、³⁷佛教³⁸和锡克教³⁹中找到。 多年来,专家们在写作中都提到一部伊斯兰国际法,它包括伊斯兰人道法、伊斯兰诉诸战争权和伊斯兰战时法等领域。⁴⁰伊斯兰教在该地区的一些冲突中发挥了重要作用,例如在印度尼西亚的亚齐。从Santos Jr等人在菲律宾⁴¹所做的工作中,我们可以看到伊斯兰战争法与国际人道法之间的共同点提供了与一些伊斯兰战士对话的基础,特别

³³ P. Yeophantong, above note 28, p. 76.

³⁴ 就人道对待敌军战俘的全球文化根源研究, 见Suzannah Linton, "Towards a Global Understanding of the Humane Treatment of Captured Enemy Fighters", *Frontiers of Law in China*, Vol. 12, No. 2, 2016.

³⁵ Fadilah Agus et al., Hukum Perang Tradisional di Indonesia, Universitas Trisakti, Jakarta, 1999.

³⁶ ICRC Regional Delegation in the Pacific, *Under the Protection of the Palm: Wars of Dignity in the Pacific*, 国际 红十字会太平洋地区代表处,《在棕榈树的保护下:太平洋地区的尊严战争,》ICRC, Geneva, 2009.

³⁷ For more, see Manoj Sinha, "Ancient Military Practices of the Indian Subcontinent", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12; B. C. Nirmal, "International Humanitarian law in Ancient India", in Venkateshwara Subramaniam Mani (ed.), Handbook of International Humanitarian Law in South Asia, Oxford University Press India, New Delhi and New York, 2007.

For more, see Christopher G. Weeramantry, "Buddhism and Humanitarian Law", in V. S. Mani (ed.), above note 37; Mahinda Deegalle, "Norms of War in Theravada Buddhism", in Vesselin Popovski et al. (eds), World Religions and Norms of War, United Nations University Press, Tokyo and New York, 2009.

For more, see Gurpreet Singh, "Sikh Religion and Just War Theory: An Analytical Study", Institute of Sikh Studies, available at: www.sikhinstitute.org/jan_2014/3-gurpreetsingh.html; Gurtej Singh, "The Sikh War Code, Its Spiritual Inspiration and Impact on History", Sikh24, 8 February 2019, available at: www.sikh24.com/2019/02/08/the-sikh-war-code-its-spiritual-inspiration-and-impact-on-history/#.X14qqEqnzIU.

⁴⁰ 著名的例子包括: Mohamed Cherif Bassiouni, *The Shari'a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace*, Cambridge University Press, New York, 2015; Ahmed Al-Dawoody, *The Islamic Law of War*, Palgrave Series in Islamic Theology, 2011; Mashood A. Baderin (ed.), *International Law and Islamic Law*, Ashgate, Aldershot, 2008.

⁴¹ See, generally, Edward Aspinall, *Islam and Nation: Separatist Rebellion in Aceh, Indonesia*, Stanford University Press, Stanford, CA, 2009; Human Rights Watch, *Indonesia: The War in Aceh*, Vol. 13, No. 4(C), 2001.



是与摩洛民族解放阵线和摩洛伊斯兰解放阵线,尽管不包括更强硬的阿布沙耶夫组织。⁴²

对印度、中国和日本更仔细的考察进一步解释了为什么在知识和文化层面上,战争中的人道概念在该地区具有吸引力。古印度对武力的使用有严格的规制。 Sinha解释说, "在古代……战争法旨在激发人类特征中最好的而非最坏的特征"。 ⁴³主要基于《摩奴法典》 (*Manava Dharmashastra* or *Manu Smriti*),该法典在公元前200年左右从早期来源汇编而成,这些规则包括以下内容:

- 1. "身披铠甲的武士(刹帝利)不得与未穿盔甲的人作战";
- 2. "只与一个敌人作战,如果对方被致残,就应停止战斗";
- 3. "不应杀害老人、妇女、儿童、撤退者或口含吸管以示无条件投降者";
- 4. 禁止袭击"花果园、寺庙以及公共礼拜场所";
- 5. "不应使用有毒武器,因为它们属于背信弃义",以及
- 6. 禁止使用会造成不必要痛苦的武器,例如毒箭或带刺的箭。44

中国是另一个在哲学和军事科学方面拥有古老人道主义传统的国家,早于亨利·杜南甚至中世纪的欧洲骑士时期,因此现代国际人道法的出现在那里从概念上讲是被接受的。⁴⁵其中一些规则早在春秋时期(公元前770-476年)和战国时期(公元前475-221年)就存在。⁴⁶这些规则最终被记录下

⁴² Soliman M. Santos Jr, "Jihad and International Humanitarian Law: Three Moro Rebel Groups in the Philippines", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12. 关于如何与伊斯兰圣战团体交涉的理论框架,见Matthias Vanhullebusch, "Dialoguing with Islamic Fighters about International Humanitarian Law: Towards a Relational Normativity", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

⁴³ M. Sinha, above note 37, p. 110.

⁴⁴ Ibid., pp. 108–109, direct sources omitted. For more, see V. S. Mani, above note 37; Lakshmikanth R. Penna, "Traditional Asian Approaches: An Indian View", Australian Year Book of International Law, Vol. 9, 1980.

⁴⁵ 更多关于中国的文章, 见Ru Xue, "Humanitarianism in Chinese Traditional Military Ethics and International Humanitarian Law Training in the People's Liberation Army", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12; Ping-Cheung Lo and Sumner B. Twiss (eds), *Chinese Just War Ethics: Origin, Development, and Dissent*, Routledge, London, 2015; Ralph D. Sawyer, *Ancient Chinese Warfare*, Basic Books, New York, 2011.

⁴⁶ Li-Sun Zhu, "Traditional Asian Approaches: A Chinese View", Australian Year Book of International Law, Vol. 9, 1980.

来,其中有两个来源特别广为人知。孙子的《孙子兵法》和司马穰苴的《司 马法》。《孙子兵法》建议采用一种战略方法将战斗(一种必要的邪恶) 与道教原则相调和。它建议(1)被捕获的士兵应当受到善意对待且保持其 存活, (2) 纳降一整支军队, 胜过摧毁它, 俘获整个团、一个分队或一个 连,胜过摧毁它们;(3)有才能的首领不战而降服敌方军队。⁴⁷《孙子兵 法》将高贵的指挥官描述为以最小的暴力取得胜利的人, 包括对敌方战士 的暴力, "指挥官不应谋求全军覆没"。48司马穰苴的著作"被所有人视为 战争法典,它编纂了中国古代战争的法律规则"。49学者们还记录了其他古 代规则和实践。⁵⁰1904-05年的日俄战争期间,上海国际红十字委员会(1912 年更名为中国红十字会)成立。511904年也是中国加入1864年日内瓦公约 的一年。52在其他早期条约中,中国加入了《海牙海战公约》(1899)、 《禁止从气球上投掷投射物和爆炸物宣言》(1899)、《海牙医院船公约》 (1904)、《有关伤病者的日内瓦公约》(1906年),以及《关于海战中限 制行使捕获权公约》(1907年)。53今天,中国也是日内瓦公约第一和第二 附加议定书的缔约方(API和 APII), 54并且红十字国际委员会(ICRC) 东亚地区代表处就设在中国。自2007年11月以来,中国设立了国际人道法全 国委员会以及专门研究国际人道法的学术机构(例如,在武汉大学和北京大 学)。至于实践方面,薛茹认为,中国人民解放军(PLA)长期以来一直在 战争中拥护人道主义,并积极开展国际人道法方面的教学。55

⁴⁷ 孙武,《孙子兵法》

⁴⁸ Sumio Adachi, "The Asian Concept", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henri Dunant Institute & United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Geneva and Paris, 1988, p. 13.

⁴⁹ Ibia

⁵⁰ L.-S. Zhu, 前注46, 第144~145页。

⁵¹ P. Yeophantong, 前注32, 第4~6页, 亦分析了中国国内关于人道主义的文学作品。

⁵² See China's treaty participation at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesHistorical BCountrySelectedxsp?xp_countrySelected=CN.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ R. Xue, above note 45, especially pp. 98–106.



二战期间,日本在对待战俘方面无法将其传统实践与保护战俘的国际制度调和,日本在这方面臭名昭著的无能为力掩盖了一个更为复杂的现实。⁵⁶将道家原则与精明的实用主义相平衡的《孙子兵法》,首次在八世纪由僧人吉备真备传至日本;"从那时起,《孙子兵法》受到了日本政治和军事领导人的密切关注。"⁵⁷Knutsen 展示了在 14和15世纪,日本的*Heiho*(日语,即孙子兵法)大师如何在武士中成为传播孙子兵法的催化剂。⁵⁸据说这些教义影响了二战期间日本的军事哲学,包括 1941年对珍珠港的突然袭击。⁵⁹

国际人道法是关于人道主义,日本最早参与国际人道法条约可以追溯到 1866 年该国加入 1864年的日内瓦公约。⁶⁰日本红十字会创立于1877年,当时被称为博爱社,或慈善协会,它在一次国内武装叛乱中提供人道援助。⁶¹后来它更名为日本红十字会,并于1887年加入了红十字大家庭。⁶²日本在1899年至1907年间成为几乎所有国际人道法条约的缔约国,表明其同意国际人道法的原则。⁶³此外,日本是第一个参加(在德国卡尔斯鲁厄举行的第四届)红十字与红新月国际大会的亚洲国家。⁶⁴日本皇后于 1912年创立的昭宪皇后基金自那时起一直向国家红十字会和红新月会的项目提供资金,涉及备灾、

⁵⁶ Sumio Adachi, "Traditional Asian Approaches: A Japanese View", Australian Year Book of International Law, Vol. 9, 1980, p. 159; Oleg Benesch, Inventing the Way of the Samurai: Nationalism, Internationalism, and Bushidöin Modern Japan, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁵⁷ Yoichi Hirama, "Sun Tzu's Influence on the Japanese Imperial Navy", paper presented at the 2nd International Symposium on Sun Tzu's Art of War (16–19 October 1990), Beijing, 1990, available at: http://hiramayoihi.com/yh_ronbun_senryaku_sonshi.htm.

⁵⁸ Roald Knutsen, Sun Tzu and the Art of Medieval Japanese Warfare, Brill, Leiden, 2008.

⁵⁹ Y. Hirama, above at note 57.

⁶⁰ See the ICRC's ratification records at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties HistoricalByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=JP&nv=8.

⁶¹ 红十字国际委员会驻东京任务团发布了一些题为 "Historical Relationship between Japan and the ICRC" 的新闻简报。见ICRC Newsletter, No. 11, Autumn 2010, p. 6, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/2010/icrc-bulletin-eng-voll1.pdf); ICRC Newsletter, No. 14, 2013, p. 6, available at: http://jp.icrc.org/wp-content/uploads/sites/92/2013/11/japan-newsletter-eng-vol14.pdf; ICRC Newsletter, No. 15, 2013, p. 3, available at: http://jp.icrc.org/wp-content/uploads/sites/92/2013/11/icrc-japan-newsletter-english-vol15.pdf.

⁶² See above note 61.

⁶³ See ratification table at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesHistoricalBCountry Selectedxsp?xp_countrySelected=CN.

⁶⁴ See ICRC Newsletter, No. 11, above note 61, p. 6.

医疗保健、输血服务、青年和急救项目。⁶⁵不可否认,今天日本在东亚的人道主义信誉继续受到二战阴影的影响,但即便如此,该国仍以国际人道法的拥护者身份出现,并积极敦促该地区的国家加入《附加议定书》。⁶⁶

印度、中国和日本这三个国家并不是孤立存在的。1996年,来自斯里兰卡的Weeramantry法官提醒世人有关印度教的两部重要道德史诗《罗摩衍那》(Ramayana,意为"罗摩之旅的故事")和《摩诃婆罗多》(Mahabarata,即《婆罗多王朝编年史》);这些道德故事涉及对人性、法律和正义的深刻反思,包括根据摩奴法典进行战斗的规范和实践。67印度教(还有佛教,由于篇幅有限,上一节没有对其讨论)传播到印度以外。68这两部史诗中的场景被刻在了东南亚各地的石刻和寺庙装饰上,从该地区最古老的印度教王国(府南,跨越今天的越南、柬埔寨和泰国的部分地区)到异教(缅甸),吴哥窟(柬埔寨)、巴厘岛(印度尼西亚)和阿约提亚(泰国)的寺庙。《罗摩衍那》和《摩诃婆罗多》已经为缅甸、泰国、柬埔寨、老挝、马来西亚半岛、爪哇和巴厘岛的当地观众做了改编,"而里面的故事继续在东南亚的舞蹈剧、音乐、木偶剧和皮影戏中讲述".69至于武装冲突的中国方法的传播,孙子的教义影响了中国几个世纪的战斗,并在毛泽东自己的指示中留有踪迹;两者都启发了现代中国、朝鲜和越南军队的作战方法。70以前有人研究过《孙子兵法》在日本的影响。北越将军武元甲对孙

⁶⁵ See ICRC, "Legal and Financial Advisors", available at www.icrc.org/en/support-us/audience/legal-and-financial-advisors.

⁶⁶ Also see Hitomi Takemura, "The Post-War History of Japan: Renouncing War and Adopting International Humanitarian Law", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds.), above note 12.

⁶⁷ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, above note 32, pp. 478–480. 其他具有深刻见解的出版物有 Kaushik Roy, *Hinduism and the Ethics of Warfare in South Asia: From Antiquity to the Present*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; Michael Jerryson and Mark Juergensmeyer (eds), *Buddhist Warfare*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2010; Venkateshwara Subramaniam Mani, "International Humanitarian Law: An Indo-Asian Perspective", *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 841, 2001.

^{68 &}quot;The Indianisation of Southeast Asia: An Interactive Online Museum", available at: http://sea-indianisation-museum.weebly.com/.

⁶⁹ Jana Igunma, "The Ramayana in Southeast Asia", 21 April 2014, available at: https://blogs.bl.uk/asian-and-african/2014/04/the-ramayana-in-southeast-asia-1-cambodia-.html.

⁷⁰ Manuel Poejo Torres, "Sun Tzu: The Art of War", The Three Swords Magazine, Vol. 33, 2018, p. 47, available at: www.jwc.nato.int/images/stories/threeswords/SUNTZU_2018.pdf.



子的军事战略和战术的使用,特别是对知己知彼、使用欺骗和利用战略目标 打破敌人意志等方面都有过好的研究。⁷¹

主张 2. 亚太地区已经有意义地参与了国际人道法的制定72

条约

上文已讨论了泰国、中国和日本在早期国际人道法条约中的历史性参与。

对三卷《1949年日内瓦外交会议最终记录》的仔细审阅表明,一些亚太国家积极参与了《日内瓦公约》的制定过程。⁷³会议召开时正值非殖民化时代的开始,在 59个参与国中,8个(13.5%)来自亚太地区:澳大利亚、缅甸联邦共和国、中国、印度、新西兰、巴基斯坦和泰国。⁷⁴菲律宾没有正式参与,但是在会场且签署了所有四个公约。⁷⁵锡兰,即后来的斯里兰卡,也采取了同样的做法,但没有签署关于平民的第四公约。⁷⁶亚太国家的参与程度从轻度(泰国)到积极(巴基斯坦、缅甸、中国)到非常积极的(澳大利亚、新西兰、印度)。一些代表团是一个人(例如缅甸),而其他代表团则是人数比较多(例如中国)。亚太国家的参与形式多样。几个代表团担任了领导职务和委员会的委员。澳大利亚代表团团长W. R. Hodgson上校被任命为整个会议的第一副主席。印度的Dhiren Metra爵士担任了伤病员和海战公约

^{71 《}孙子兵法》在越南战争之后明显地成为了美国军事教育的必备品(例如,美国海军陆战队关于战略性战争的训练方法便是直接来自于《孙子兵法》中关于机动战的理论),见 "The American Experience and Sun Tzu: Highlights of Ways Americans Have Felt the Impact of Sun Tzu's Philosophies", available at: www.artofwarsuntzu.com/america_experiences_sun_tzu.htm. 另见Mark McNeilly, Sun Tzu and the Art of Modern Warfare, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 11, 12, 21, 114; Mark Cartwright, "The Art of War", Ancient History Encyclopedia, available at: www.ancient.eu/The_Art_of_War/.

⁷² The definitive study is Sandesh Sivakumaran, "Asia-Pacific States and the Development of International Humanitarian Law", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

⁷³ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, 3 vols, Federal Political Department, Berne, 1949 (Diplomatic Conference Final Record). See the following footnotes for specific references.

⁷⁴ *Ibid.*, Vol. 1, pp. 158–170.

⁷⁵ Official Ceremony for the Signature of the Geneva Conventions of 12 August 1949, for the Protection of War Victims, in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2(B), p. 534.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 533.

第一委员会主席,巴基斯坦是该委员会的成员。泰国和缅甸是协调委员会的成员。来自印度和巴基斯坦的代表团协助了医学专家委员会的工作。

亚太国家在会议上的众多活动中,有两项活动可以详细引用,以表明这 些国家参与制定《日内瓦公约》是真诚的,而不是表面敷衍。第一个是印度 和缅甸共同努力寻求用一个新的标志来取代白底红十字,这个新标志可以被 所有人接受为中立标志,从而避免需要例如红新月、波斯红狮、以及以色列 所寻求的大卫之星等例外标志。印度的提案在第一委员会被否决。缅甸代表 吞拉翁将军将其提交给全体大会重新审议,建议修改第31条,以便将所有已 被使用的以白色为背景的红色标志都被认可为特殊标志。翁将军随后向"本 会议的绝大多数代表,他们属于一个确定的种族和一个确定的宗教"⁷⁷发表 了讲话。 他声称他和其他人一样(可能不包括以色列人,他们显然是自相 矛盾的),想要删除多个标志。由于现有的标志是瑞士国旗的反转, 翁将 军告诫不要"在国际领域使用某国的国徽"和宗教标志。在谈到"一种宗教 感情"和来自国内对"红十字的宗教意义"的压力时,他解释说:"我现在 不能回到我的国家和我的人民,问心无愧地告诉他们红十字这个标志没有宗 教意义。""翁将军与印度代表没有在标志问题上获胜。今天,我们仍然将 白底红十字作为国际人道法中的可见保护标志,红新月继续被正式承认具有 相同的功能, 自 2005年以来, 红水晶已可用于现有标志不被承认的情况。

尽管翁将军是缅甸唯一的代表,但他的声音在记录中反复被听到,他说话单刀直入、直接了当、对文件内容了如指掌,而且对士兵和战俘有亲身经历.⁷⁹翁将军还提供了亚太地区代表参与1949年进程的第二个例子。他提交了一项反对整个共同第2A条(后来成为共同第3条)的动议。⁸⁰该动议被否决,第2A条以34票对12票、1票弃权获得通过。 翁将军以异常长的篇幅有

Wounded and Sick, 9th Plenary Meeting, in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2, p. 227.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ 翁将军是当时唯一一个在英国桑德赫斯特皇家军事学院受过教育的缅甸人,并曾是日本人在仰光的监狱里的战俘。在缅甸独立领袖德钦昂山被杀之时,他是副警察总监和刑事调查部门的主管。在1949年8月,他被任命为缅甸武装部队的副总司令。Shelby Tucker, *Burma: Curse of Independence*, Pluto Press, London, 2001, p. 150.

⁸⁰ See S. Sivakumaran, above note 72, pp. 120–121.



力地反对现有草案,将其描述为煽动和鼓励叛乱。⁸¹ "这个条款恰好是《公约》中最长、最模糊和对国家安全最危险的条款之一"。⁸²除了反对规制非国际性武装冲突外, 翁将军还远见卓识地指出了草案中的弱点,这些弱点将在未来几年内困扰国际人道法,而且只在今后的著名的塔迪奇案中才得到澄清。⁸³Oung将军指出,"没有人试图定义过'非国际性武装冲突'这一术语"。⁸⁴他观察到,通过"冲突各方"这一术语,叛乱分子被"正确或错误地在国际法中赋予了一席之地",⁸⁵这一问题将在1974-77年的外交会议上重新出现,并导致《第二附加议定书》删除了"冲突各方"这一说法。⁸⁶在提到"冲突各方都必须适用"这种表述之后,翁将军提出了一个问题:"请问如何约束叛乱者?"⁸⁷这当然是一个今天仍然给国际社会带来困难的问题。⁸⁸他还认为,在国际公约中有这样一个条款的简单事实"将自动赋予叛乱者与其被拒绝的法律地位一样高的地位"。⁸⁹这是一项有远见的干预,但共同第3条获得了通过,并且确实成为可以说是所有国际人道法中最重要的条款。⁹⁰

亚太国家还有许多其它参与行为。例如,在关于伤者病者公约的全体大会上,新西兰重新审议了早先对第 22条的关切。⁹¹第一委员会就医务人员和牧师被捕后的地位进行了长时间的讨论,新西兰代表Quentin-Baxter先生再次建议修改委员会的案文,但遭到拒绝。⁹²吴先生在关于平民的第三委员会中代表

^{81 19}th Plenary Meeting (Common Articles), in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (B), p. 337.

^{82 18}th Plenary Meeting (Common Articles), in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (B), p. 330.

⁸³ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 70.

^{84 18}th Plenary Meeting (Common Articles), in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (B), p. 329.

⁸⁵ Ibid

⁸⁶ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, Geneva, 1987, p. 1344.

^{87 18}th Plenary Meeting (Common Articles), in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (B), p. 329.

⁸⁸ Also see Sandesh Sivakumaran, "Binding Armed Opposition Groups", International and Comparative Law Ouarterly, Vol. 55, No. 2, 2006.

^{89 18}th Plenary Meeting (Common Articles), in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (B), p. 330.

⁹⁰ See the commentary on common Article 3 in ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (1) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd ed., Geneva, 2016.

⁹¹ Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2(B), p. 214.

⁹² Ibid.

中国,他认为,即使在敌对行动或占领结束后,受保护人也不应被转移到他们有正当理由害怕受到迫害的国家。给予政治难民庇护是符合国际惯例的。⁹³吴先生在同一委员会中指出,"将破坏财产罪置于报复的名义下,会将肆意破坏和纯粹蓄意破坏的罪行最小化",并寻求该条款的遗漏或替代表述。他对减轻战争受害者的痛苦表示关切,并且原则上他支持苏联的一项修正案,该修正案"规定禁止破坏所有类别的财产,除非是出于军事必要"。⁹⁴

在1974-77年关于修订《日内瓦公约》的讨论中,亚太地区的作用有所增加。该地区的人数因非殖民化进程而显着增加,众所周知,会议能够将国际人道法在《第一附加议定书》中的适用范围扩大到参与武装冲突以行使自决权的人民。⁹⁵《第一附加议定书》中的几个条款就与这个扩展适用相关。其中之一是第44条,它在某些局势下放宽了区分原则。Kittichaisaree描绘了国际法中对"自由战士"的加大保护的演变,并指出在谈判期间,北越、朝鲜和巴基斯坦如何坚持民族解放局势中的游击战士佩戴区分标识;"否则,他们将受到后者装备精良的武装部队的反击和压倒性镇压"。⁹⁶

具有讽刺意味的是,由174个国家在全球范围内批准的《第一附加议定书》在这个在解放后也有相当部分的内部冲突的地区并不是很受欢迎。⁹⁷没有批准《议定书》的国家数目正在减少,包括不丹、缅甸、印度、印度尼西亚、马来西亚、马绍尔群岛、尼泊尔、新加坡、斯里兰卡、泰国、巴基斯坦和图瓦卢。在缔约国中,澳大利亚、中国、日本、蒙古、菲律宾和大韩民国做了保留/声明/谅解。⁹⁸新西兰发表了实质性的解释性声明。⁹⁹

⁹³ Committee III on Civilians, 15th Meeting, in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (A), p. 662.

⁹⁴ Committee III on Civilians, 12th and 13th Meetings, in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2(A), p. 651.

^{95 《}日内瓦公约第一附加议定书》, 1977年6月8日。

⁹⁶ Kriangsak Kittichaisaree, "International Humanitarian Law and the Asia-Pacific Struggles for National Liberation", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12, p. 149.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ 更多信息,见Suzannah Linton, "International Humanitarian Law and International Criminal Law", in S. Chesterman, H. Owada and B. Saul (eds), above note 12.

⁹⁹ 该声明提及了第44条第1款适用的情形(仅在被占领土或第4条第1款涵盖的武装冲突情形中)和第3(b) 段中"部署"的含义,负责计划、决定或实施攻击行动的军事指挥官和其他人员必须根据第51至58条 对当时从全部来源所能获得的信息进行相关评估后再作出决策,第51条第5款第2项和第57条第2款第1 项第3目中的"军事利益",第52条中"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"的含义。批准表见https://tinyurl.com/rxdvj4w。



该地区对国际人道法条约的贡献还有另一个值得注意的例子。Sivakumaran观察到巴基斯坦代表经常因"拯救"了《第二附加议定书》而受到赞誉。¹⁰⁰众所周知,该议定书经历了艰难的起草过程,关于非国际性武装冲突存在很多分歧。会议期间,决定在委员会中谈判两项议定书,一项针对国内、一项针对国际武装冲突(IACs)。然而,"在大会全体会议通过《第二议定书》的前一天,委员会提交的草案被认为过于详细,某些代表团无法接受"。¹⁰¹对于可能无法就非国际性武装冲突(NIACs)达成协议的确存在真正的担忧。巴基斯坦代表团随后在促进通过"简化草案"方面发挥了重要作用。¹⁰²巴基斯坦代表团游说了其他代表团,并提交了对委员会草案的修正,最终提交了一份折衷的议定书草案。最后一刻的干预导致《第二附加议定书》被通过。即便如此,在亚太地区对该议定书的态度仍比对《第一附加议定书》更为谨慎。一共有169个缔约国,但亚太地区国家几乎全是这169个缔约国以外的国家:不丹、缅甸、印度、印度尼西亚、基里巴斯、马来西亚、马绍尔群岛、尼泊尔、巴布亚新几内亚、新加坡、斯里兰卡、泰国、图瓦卢和越南。¹⁰³

亚太地区的贡献也体现在核武器问题上,该问题在该地区特别有共鸣。 不仅世界上第一颗原子弹在战争期间在广岛和长崎市爆炸,而且美国、英国 和法国也在太平洋和澳大利亚进行了核武器试验,对环境和人类造成了毁 灭性的后果。¹⁰⁴因此,受影响的国家和邻国长期以来一直反对核武器和核试

¹⁰⁰ S. Sivakumaran, above note 72, p. 21.

¹⁰¹ Frits Kalshoven, "The Diplomatic Conference on Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 1974–1977", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 8, 1977, pp. 107, 111, cited in Sivakumaran, above note 72, p. 265.

¹⁰² Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1977, Federal Political Department, Berne, Vol. 7, 1977, p. 61, para. 11, and p. 311, para. 159.

¹⁰³ See ratification table at: https://tinyurl.com/y77xzvdf.

Masao Tomonaga, "The Atomic Bombings of Hiroshima and Nagasaki: A Summary of the Human Consequences, 1945–2018, and Lessons for Homo Sapiens to End the Nuclear Weapon Age", Journal for Peace and Nuclear Disarmament, Vol. 2, No. 2, 2019; Ministry of Foreign Affairs of Japan, Research Study on Impacts of the Use of Nuclear Weapons in Various Aspects, 2013, available at: www.mofa.go.jp/files/000051562.pdf; Sue Rabbitt Roff, Hotspots: The Legacy of Hiroshima and Nagasaki, Cassell, London and New York, 1995. 马绍尔岛民Lijong Eknilang就核试验造成的破坏向国际法院提供了令人难忘的证词: 见ICJ, Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for an Advisory Opinion), CR 1995/33 (Public Sitting), 14 November 1995, pp. 25–28, available at: www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19951114-ORA-01-00-BI.pdf.

验。太平洋岛国在反核条约的制定过程中发挥了重要作用,特别是1968年的《不扩散核武器条约》(NPT)、1996年的《禁止核试验条约》和《禁止核武器扩散条约》(TPNW,不具有法律约束力)。¹⁰⁵诉讼范围从新西兰和澳大利亚诉讼法国的核试验¹⁰⁶到最近的尝试,即马绍尔群岛对印度、巴基斯坦和英国的诉讼。¹⁰⁷在积极的民间社会运动的推动下,新西兰在所谓的"世界法院项目"中发挥了关键作用,该项目导致了国际法院《1986年关于威胁或使用核武器的咨询意见》。¹⁰⁸太平洋岛国和东盟已宣布其地区为无核武器区。¹⁰⁹然而,正如本文的介绍所指出的,实际情况更为复杂。该地区拥有四个核大国,日本作为受害国的做法值得注意。日本作为无核武器国家加入了

^{105 《}不扩散核武器条约》,729 UNTS 161,1968年7月1日(1970年3月5日生效);《全面禁止核试验条约》,于第50届联合国大会通过,含于1996年8月26日发布的联合国文件A/50/1027中(未生效);《禁止核武器条约》,2017年9月20日开放签署(未生效)。

¹⁰⁶ ICJ, Nuclear Tests (Australia v. France), Judgement, 20 December 1974, ICJ Reports 1974; ICJ, Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgement, 20 December 1974, ICJ Reports 1974. 为准确起见,Clark教授指出,在1995年,考虑到关于地下辐射泄漏的新事实,新西兰试图使国际法院重新审理1973年的案件,但是最终没有成功。见 Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case (New Zealand v France) (Order of 22 September 1995) [1995] ICJ Rep 288. 萨摩亚、所罗门群岛、马绍尔群岛和密克罗尼西亚亦曾试图加入这一努力,但成效甚微。法院忽视了他们的诉求,他们的材料也没有出现在法院的网站上。见"Applications Submitted by the Governments of Samoa, Solomon Islands, Marshall Islands and Federated States of Micronesia", in New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade (Manatu Aorere), New Zealand at the International Court of Justice: French Nuclear Testing in the Pacific (1996) 115. R.Clark, above note 16, p.201, fn.10.

¹⁰⁷ ICJ, Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Decision (Preliminary Objections), 5 October 2016, ICJ Reports 2016; ICJ, Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Decision (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application), 5 October 2016, ICJ Reports 2016; ICJ, Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Decision (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application), 5 October 2016, ICJ Reports 2016. 在前注16 提及的Roger S. Clark的 "Pacific Island States and International Humanitarian Law"一书,第213~218页中记录的诉讼律师的一手描述,见解尤为深刻。

¹⁰⁸ ICJ, above note 25. 下面这本书对于太平洋群岛在这项运动中的作用有着许多深刻的见解, Roger S. Clark and Madeleine Sann (eds), *The Case against the Bomb: Marshall Islands, Samoa, and Solomon Islands before the International Court of Justice in Advisory Proceedings on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Rutgers University School of Law, Camden, NJ, 1996. 关于新西兰民间社会的作用,见Catherine Dewes, "The World Court Project: The Evolution and Impact of an Effective Citizens' Movement", PhD thesis, University of New England, 1998, on file with the author.

¹⁰⁹ 条约细节见前注16。



《不扩散核武器条约》,但日本政府拒绝参与 TPNW的谈判,并在2017年7 月联合国大会通过时投了反对票。¹¹⁰新加坡是唯一对 TPNW投了弃权票的参与国。然而,新加坡是东盟无核区的一部分,其立场是反对核武器;弃权是因为对时间框架短暂以及未能包括新加坡的提议感到不满。¹¹¹当然,亚太地区的核武器国家,尤其是朝鲜、印度和巴基斯坦,继续对地区和全球福祉构成严重威胁。¹¹²

越南战争提供了该地区冲突的最后一个例子,该冲突在国际人道法的发展中发挥了重要作用。¹¹³产生的法律问题很多,包括:

- 1. 首先国际人道法是否适用(北越质疑国际人道法对其称之为侵略战争的适用性),如果适用,它是一种什么样的冲突(即,北越和南越之间的一场国际性武装冲突,一场非国际性武装冲突,一次民族解放斗争,或一场国际化或混合冲突);
- 2. 当时具备法律效力的国际人道法规则是否足以保护平民和民用物体;
- 3. 当时的国际人道法规则是否能够充分规范冲突期间使用的作战手段和 方法,以及
- 4. 国际人道法应如何处理在秘密战斗中被俘的战斗人员。

这些问题后来被纳入国际人道法的发展。另一个重要的例子是环境问题。代表新西兰参加 1974-77年外交会议谈判的Kenneth Keith爵士,回顾了环境问题在会议召开前几年如何成为了一项国际关切:

当然, 橙剂和其他脱叶剂在越南的广泛使用也产生了影响。这张年轻女孩被凝固汽油弹轰炸后赤身裸体跑在路上的令人难以忘怀的照片是越南战争的标志性形象, 对国际社会产生了巨大影响。人们普

¹¹⁰ S. Hirose, above note 16, p. 451. 广濑还阐述了广岛和长崎的市长们于1995年在国际法院的证词,以说明政客和普通民众在核武器事项上观点的分歧。同上,第448页。

¹¹¹ Statement by Ms Andrea Leong, Delegate to the 72nd Session of the UN General Assembly Thematic Discussion on Cluster One: Nuclear Weapons, 12 October 2017.

¹¹² 见澳大利亚国立大学2017年的出版物—— "Nuclear Asia", 其收集了17篇关于亚洲核问题的文章。载: https://asiapacific.anu.edu.au/sites/default/files/News/nuclear-asia-publication-web.pdf.

¹¹³ Keiichiro Okimoto, "The Viet Nam War and the Development of International Humanitarian Law", in R. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

遍认为,除了武装冲突之外,环境正受到威胁,特别是与外交会议期间越南和老挝正在使用的一些方法有关。¹¹⁴

越南战争期间的一些做法"直接促使各国制定了新的国际人道法规则"。¹¹⁵具体而言,美国使用凝固汽油弹"对随后制定规范燃烧武器的使用的国际人道法产生了重大影响"。¹¹⁶就条约法而言,最显著的例子当然是《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约第三附加议定书》。¹¹⁷此外,还有《关于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》。在《附加议定书》前一年通过的禁止军事或任何其他敌对使用环境改造技术,"是防止使用环境改造技术的重要进展,例如越南战争期间的播云作业"。¹¹⁸众所周知,《第一附加议定书》第35条直接涉及在越南战争中使用的脱叶剂。¹¹⁹《第一附加议定书》中采用的其他一些规则,例如保护平民和民用物体免遭直接和不分青红皂白的攻击、区分原则、关于攻击含有危险力量的工程或设施的规则,以及被俘战斗人员的地位,也与这场冲突的经验有关。¹²⁰

¹¹⁴ Tim McCormack, "Negotiating the Two Additional Protocols of 1977: Interview with the Right Honourable Sir Kenneth Keith", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12, p. 26.

¹¹⁵ K. Okimoto, above note 113, p. 179.

¹¹⁶ Ibid., p. 179; see also pp. 167, 170-172, 174-175, 178.

^{117 《}特定常规武器公约第三议定书》,日内瓦,1980年10月10日(1983年12月2日生效)。

¹¹⁸ K. Okimoto, above note 113, p. 179; see also pp. 174–176. 《禁止为军事或任何其它敌对目的使用改变环境的技术的公约》, 1108 UNTS 151, 1976年12月10日通过(1978年10月5日生效)。

¹¹⁹ 例见荷兰军事手册,其被引用于Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: *Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study), Rule 76, available at: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule76. 《习惯国际人道法 第一卷: 规则》关于除草剂的使用,见K.Okimoto, above note 113, pp. 167–168, 172–174.

¹²⁰ 关于保护平民和民用物体,见T. McCormack, 前注114 (interviewing Sir Kenneth Keith), 第17至18页,K. Okimoto, 前注113, 第166至167页。关于地毯式/空中轰炸,见R.McCormack, 前注114, 第34至35页。关于被俘战斗人员(fighters), 见T. McCormack, 前注114, 第174页。关于被俘战斗员(combatants), 见K. Okimoto, 前注113, 第175至177页。关于游击战,见K. Okimoto, 前注113,第177至178页。关于攻击含有危险力量的工程和装置, 见K. Okimoto, 前注113,第168页。



习俗: 法律确信和国家惯例

亚太地区的习俗既不可见又可见。

众所周知,第二次世界大战在该地区的大片地区上演,暴行数不胜数。战争结束后,进行了许多战争罪审判。这本刊物的读者会知道纽伦堡法庭以及其受争议的地位,被低估的东京国际军事法庭,审判了除了天皇之外的日本领导人。但直到最近,很少有人知道在50多个地点(不包括对共犯的审判)进行的大约2,300起战争罪诉讼,包括返回的殖民地行政当局、菲律宾和中国在内的十个不同的当局,审判持续了十年时间:大约5,700名日本人、韩国人和台湾人被起诉,大约4,500人被判有罪,900多人被处决。¹²¹这是亚太地区法律确信和国家实践的证据,1990年代开始运作的特设国际法庭确定了可适用具体内容的习惯国际法。¹²²其中一些案件如果得到审议,可能会导致不同的分析和结果。可悲的是,直到最近十年左右,学者们才从尘土飞扬的档案中将大量来自二战审判的法律确信和国家实践公诸于世。¹²³

红十字国际委员会的习惯法研究在多大程度上考虑了亚太国家的实践和 法律确信? ¹²⁴Sivakumaran报告的情况展现出复杂的图景。¹²⁵该研究 "充分 利用了亚太国家的实践,并且一般来说代表了该地区的各个国家," ¹²⁶但亚

¹²¹ Statistics from Sandra Wilson et al., Japanese War Criminals: The Politics of Justice After the Second World War, Columbia University Press, New York, 2017, pp. 1, 78–79 (Table 3.2).

¹²² 最近的相关学术作品,例见上注; Daqun Liu and Binxin Zhang (eds), Historical War Crimes Trials in Asia, Torkel Opsahl Publishers, Brussels, 2016; Kerstin von Lingen (ed.), War Crimes Trials in the Wake of Decolonization and Cold War in Asia, 1945–1956, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2016; Suzannah Linton, "Post Conflict Justice in Asia", in M. Cherif Bassiouni (ed.), The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimisation and Post-Conflict Justice, Vol. 2, Part III, Intersentia NV, Brussels, 2010, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=2036245. 具体法域的研究包括Fred L. Borch, Military Trials of War Criminals in the Netherlands East Indies 1946–1949, Oxford University Press, New York, 2017; Georgina Fitzpatrick, Tim McCormack and Narelle Morris (eds), Australia's War Crimes Trials 1945–51, Brill, Leiden 2016; Wui Ling Cheah, "An Overview of the Singapore War Crimes Trials (1946–1948): Prosecuting Lower-Level Accused", Singapore Law Review, Vol. 34, 2016; Suzannah Linton (ed.), Hong Kong's War Crimes Trials, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹²³ 见前注122

¹²⁴ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study《习惯国际人道法 第一卷:规则》,前注119.

¹²⁵ S. Sivakumaran, above note 72, pp. 126, 137–138.

¹²⁶ Ibid., p. 137.

太国家在国际人道法问题上的国内判例法 "似乎不如其他国家的判例法突出"。¹²⁷对研究中随机引用的亚太国家进行电子搜索后显示,澳大利亚被引用508次,菲律宾168次,印度尼西亚136次,中国114次,印度98次,孟加拉国79次,马来西亚74次,斯里兰卡28次,泰国16次,缅甸9次。进一步比较下,美国被引用952次,英国被引用626次。这与参与武装冲突的深度无关。Sivakumaran 提供了一种合理的解释:现成的军事手册对将国家实践包含在对习惯国际人道法的此类评估中,具有重要作用。¹²⁸

当时新通过的《日内瓦公约》在 1950-53 年的朝鲜战争中受到了考验,有关遣返战俘的实践导致日内瓦第三公约关于遣返战俘的第 118 条的条文软化。第118 条基于战俘渴望返回家园的假设,并规定战俘"应在敌对行动停止后被立即释放和遣返"。¹²⁹

在那个阶段,没有一个缔约方批准了日内瓦公约,但他们作出了承诺遵守公约的条款的单方面声明。¹³⁰Kim主张说:

在某种程度上,尽管他们做出了承诺,但各方表现得好像公约不存在一样。 ... 双方士兵似乎不知道战俘是什么,战俘拥有的权利,以及影响单个士兵如何对待战俘的方式。¹³¹

换句话说,这种做法非常糟糕。在此背景下,出现了战俘不希望返乡或被遣返或希望寻求庇护的问题,延迟了停战协议的达成。¹³²问题在干,日内

¹²⁷ Ibid., p. 138. 关于国际人道法在国内法律系统方面,可看出关于特定问题的国家实践和法律确信的最新成果, 见the following chapters in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12: Sedfrey M. Candelaria, "International Humanitarian Law in the Philippines Supreme Court"; S. M. Santos Jr, above note 42; Sanoj Rajan, "International Humanitarian Law in the Indian Civilian and Military Justice Systems"; Tek Narayan Kunwar, "Application of the Geneva Conventions in Nepal: Domestication as a Way Forward"; Kristin Rosella, Göran Sluiter and Marc Tiernan, "Application of Grave Breaches at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia"; S. Linton, above note 15; M. Rafiqul Islam and Nakib M. Nasrullah, "The Application of International Humanitarian Law in War Crimes Cases by the International Crimes Tribunals of Bangladesh".

¹²⁸ S. Sivakumaran, above note 72, p. 138.

¹²⁹ 根据《第一附加议定书》第85条第4款第2项,对遣返战俘的无理延迟构成严重破约行为。

¹³⁰ Hoedong Kim, "The Korean War (1950–1953) and the Treatment of Prisoners of War", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12, pp. 362–363. 131 *Ibid.*, p. 371.

¹³¹ *Ibid.*, p. 371.

¹³² Howard S. Levie, "Prisoners of War in International Armed Conflict", *International Law Studies*, Vol. 59, 1978, p. 421, fn. 134.



瓦第三公约没有包含相当于日内瓦第四公约第45条第4款有关保护平民的条款,它没有防止推回的保护措施。它确实有一项规定,不得违背伤病战俘的意愿将其遣返,但这显然与不推回原则不同。

成千上万的朝鲜和中国战俘不想返乡。美国在为联合国部队的指挥角色进行谈判时主张,战俘应该有选择的自由,共产党人对第 118 条进行了字面解读,并坚持认为无论战俘的个人意愿如何,他们都有权遣返所有战俘。¹³³随着谈判的进行,联合国大会于1952年12月3日通过了610(VIII)号决议,申明不应强迫不情愿的战俘返乡。¹³⁴联合国联盟的裂痕导致韩国总理李承晚单方面释放了27,000多名不想被遣返的朝鲜战俘。¹³⁵1953年7月27日《板门店停战协定》第三条规定了就战俘问题达成的妥协。¹³⁶所有坚持被遣返的伤病战俘均应优先遣返,"对于那些在被捕时坚持要求被遣返的战俘,双方应在不提供任何阻碍的情况下,直接遣返并分批移交所有被其羁押的战俘。"¹³⁷

在国际法中,随后的国家实践会影响条约规定的解释方式。¹³⁸在朝鲜战争中开始的关于战俘自愿遣返的实践确实看起来导致了对第118条的解释进行了超出其文本的调整。Sassòli断言,国家实践继续朝着尊重战俘意愿的方向发展。¹³⁹这证实了红十字国际委员会的习惯法研究,该研究报告称,委员会要求自愿遣返的做法为各国所接受。

¹³³ 就美国针对战俘问题的观点的相关思考,见Walter G. Hermes, *United States Army in the Korean War: Truce Tent and Fighting Front*, Center of Military History, US Army, 1992, Chaps VII, VIII, XVIII, XIX.

¹³⁴ Also see Richard Baxter, "Asylum to Prisoners of War", British Year Book of International Law, Vol. 30, 1950, p. 489.

¹³⁵ See the biography of Syngman Rhee at: http://www.koreanwar60.com/biographies-syngman-rhee; Man- ho Heo, "North Korea's Continued Detention of South Korean POWs since the Korean and Vietnam Wars", Korean Journal of Defense Analysis, Vol. 14, No. 2, 2002, p. 146.

^{136 《}停战协定》, 联合国文件, 1953年7月27日签署于板门店(1953年7月27日生效), 联合国中译版: https://digitallibrary.un.org/record/548753/. 见附录A停战协定。

¹³⁷ 上注,第三条,第五十一款。

^{138 《}维也纳条约法公约》, 1155 UNTS 182, 1969年5月23日, 第31条第3款第2项(对于条约解释的嗣后惯例的适用)和第39、40条(关于条约之修正)。见国际法委员会特别报告员关于随着时间推移而含义有所变化的条约,以及与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的多次报告,载: http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml.

¹³⁹ Marco Sassòli, "Release, Accommodation in Neutral Countries, and Repatriation of Prisoners of War", in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1055, para. 40.

实践发展的结果是,在红十字国际委员会扮演中立调解人角色的每一次 遣返中,冲突各方——无论是国际的还是非国际的参与方——都接受了红十 字国际委员会的参与条件,包括委员会能够检查在遣返(或在非国际性武装 冲突的情况下获释)之前,通过与有关人员的私下面谈,确定他们是否希望 被遣返(或释放)。¹⁴⁰

越南战争出现在上一节与条约相关的讨论中,它也在红十字国际委员会的习惯法研究中占有重要地位。诸如第44条("军事行动中对自然环境的应有关注")、第75条("防暴剂")、第45条("对自然环境造成严重损害")、第54条("对平民生存不可或缺的物体的攻击")和第23条("人口稠密地区以外的军事目标位置")都涉及了越南战争。

主张3:一些亚太国家正在为与国际人道法相关的新兴或不断发展的领域做出贡献:例如武器、外层空间、网络空间和武装冲突中的环境保护

日内瓦四公约是在大多数亚太国家获得独立之前达成的。众所周知,亚 太地区一直在批评制定旧条约时缺乏全球参与的问题。¹⁴¹从理论上讲,新国

¹⁴⁰ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study 红十字国际委员会,《习惯国际人道法研究》,前注119,规则128,载: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docindex/v1_rul_rule128.

¹⁴¹ 这与被称为 "第三世界国际法方法"的运动密切相关,与这一运动有关的大量文献包括Bhupinder S. Chimni, International Law and World Order, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2017; Sundhya Pahuja, Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; Anthony Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; David P. Fidler, "The Asian Century: Implications for International Law", Singapore Year Book of International Law, Vol. 9, 2005; Antony Anghie et al. (eds), The Third World and International Order, Brill, Leiden, 2003; David P. Fidler, "Revolt Against or from Within the West? TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 2, No. 1, 2003; Muthucumaraswamy Sornarajah, "The Asian Perspective to International Law in the Age of Globalization", Singapore Journal of International and Comparative Law, Vol. 5, 2001; Ram P. Anand, New Nations and the Law of Nations, Vikas Publications, New Delhi, 1978.



家受国家创建时存在的国际法的约束,就国际人道法等多边条约而言,它们可以无保留地加入、合法保留地加入或不成为缔约方。¹⁴²

1970年代为许多新兴国家提供了第一次机会来制定新的武装冲突条约,包括在武器控制领域。我们已经看到《附加议定书》如何带有亚太地区的印记。另一个例子是《禁化武公约》(CWC),该公约是在裁军谈判会议上经过数十年谈判达成的。¹⁴³化学武器当然不是人类面对的新挑战,但该条约是对过时条约的彻底修订。在1930年代和1940年代对华战争期间,日本对敌方战斗员和平民使用了化学武器,包括防暴剂、光气、氰化氢、路易氏剂和芥子气。¹⁴⁴日本还发动了生物攻击,在中国城市(如宁波)释放了感染鼠疫的跳蚤;日本将感染鼠疫的老鼠释放到其他城市地区,并通过"野外试验"和分发受污染的食品故意传播疾病。¹⁴⁵日本的731部队还在满洲里的哈尔滨郊外进行了臭名昭著的人体实验。¹⁴⁶尽管中国做出了努力,这些罪行没有在东京被审判,而是后来由前苏联和中国国内法院进行审判。¹⁴⁷具有讽刺意味的是,在裁军谈判会议开始时,日本是参加会议的四个亚太国家之一,而中国却不是。在数十年的谈判中,据称化学武器被用于次亚太地区的多次武装冲突中。¹⁴⁸Dunworth主张,澳大利亚在《化学武器公约》的谈判中发挥了重要作用。她引用了澳大利亚1988年的化学武器区域倡议,该倡议试图促进

¹⁴² Ram P. Anand, "New States and International Law", Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, available at: https://tinyurl.com/umr5jpu.

^{143 《}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》, 1975 UNTS 45, 1993年1月 13日通过(1997年4月29日生效), 这场讨论来自Treasa Dunworth, "The Chemical Weapons Convention in the Asia-Pacific Region", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

¹⁴⁴ Walter E. Grunden, "No Retaliation in Kind: Japanese Chemical Warfare Policy in World War II", in Bretislav Friedrich et al. (eds), One Hundred Years of Chemical Warfare: Research, Deployment, Consequences, Springer, 2017.

¹⁴⁵ Sheldon Harris, Factories of Death: Japanese Biological Warfare, 1932–1945, and the American Cover-up, revised ed., Routledge, London and New York, 2002, pp. 69, 88–90, 99, 101–104, 126–133, 142–143.

¹⁴⁶ Boris G. Yudin, "Research on Humans at the Khabarovsk War Crimes Trial: A Historical and Ethical Examination", in Jing-Bao Nie et al. (eds), *Japan's Wartime Medical Atrocities: Comparative Inquiries in Science, History, and Ethics*, Routledge, London, 2010.

¹⁴⁷ Barak Kushner, Men to Devils, Devils to Men: Japanese War Crimes and Chinese Justice, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015, Chap. 7; Jeanne Guillemin, "The 1925 Geneva Protocol: China's CBW Charges against Japan at the Tokyo War Crimes Tribunal", in B. Friedrich et al. (eds), above note 144.

¹⁴⁸ T. Dunworth, above note 143, pp. 269–270.

"对未来公约的更广泛的区域支持",协助东盟和太平洋岛国准备公约的实施,帮助澳大利亚主办1989年旨在将公约在化学领域推广的堪培拉会议,以及在1992年3月建议修改公约内容以促进公约文本的通过。¹⁴⁹

今天,不断演进的技术正在引发新的问题,为亚太国家塑造法律的方向和内容提供了新的机会,而国际人道法与其中一些领域相关。外太空就是一个例子。自从人造卫星发射以来,民用和军用空间技术的进步令人震惊。特别是在中国、印度和日本,投资发展外层空间的能力已成为整个亚太地区的优先事项。 Freeland和Gruttner观察到,"向小型卫星技术的转变已经引起了例如韩国、巴基斯坦、新加坡和越南等其他亚太国家的兴趣"。 ¹⁵⁰与这些发展并驾齐驱的是人们担心外层空间将被用于助长武装冲突,并可能成为一个战场。这显然提出了国际人道法在外层空间的适用性问题。

众所周知,外层空间法是单薄的、含糊不清的,并有不同的解释,战争法在其应用中本质上是适用于领土之上,尽管不完全如此。它们能否像适用于海战中那样适用于太空?鉴于太空中的所有活动,令人震惊的是,对于太空的界限从哪里开始甚至都没有达成一个共识。Freeland和Gruttner认为,定义的模糊性迫切需要澄清,最好以条约规范的形式澄清:"空间武器"、"军事用途"和"和平目的"等概念需要明确定义。¹⁵¹他们还发现,"对于可能适用于外太空发生的武装冲突的相关原则之间的相互作用——例如空间国际法与现有的战时法原则之间——存在不同意见。"¹⁵²鉴于外层空间的战略和军事利用增加(这与外层空间武器化不同,尽管两者之间的联系很明显),"缺乏明确性会导致不确定性和(感知到的)安全威胁的加剧"。¹⁵³Freeland和Gruttner认为现有条约在制定"绝对具体的规则或激励措施以防止外层空间军备竞赛方面不够有力,更不用说涉及(可

¹⁴⁹ Ibid., p. 269.

¹⁵⁰ Steven Freeland and Elise Gruttner, "Critical Issues in the Regulation of Armed Conflict in Outer Space", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

¹⁵¹ Ibid., p. 195.

¹⁵² Ibid., p. 189.

¹⁵³ Ibid.



能 "在") 空间的冲突,尽管物体和物体空间法制度的目的是为了和平活动。" ¹⁵⁴

一些亚太国家一直在支持一项新条约。中国、越南和印度尼西亚等六个 国家与俄罗斯一起向 2002年裁军谈判会议提交了一份名为《关于防止外空武 器化国际法律文书要点的设想》的工作文件。1552008年,中国和俄罗斯将其发 展为《防止在外空放置武器、对外空物体使用或威胁使用武力条约》草案。 156它强调了太空作为无武器区,定义了诸如"外层空间武器"等术语,并提 出了一个建立条约遵守监督机制。当然,很有意思的是,这与中国近几十年 来显著投资发展太空军事能力同时发生。2007年,中国使用SC-19直升式反卫 星系统摧毁了自己的一颗卫星,这引发了国际关切。¹⁵⁷中国人民解放军中有 一个专门的结构——战略支援部队——负责解放军的太空能力的发展和任务 执行,以及其网络及电子战的能力发展158。相比之下,2002年,三国团队中 的其余两个国家、印度尼西亚和越南、是外太空的新成员。然而、自2013年 以来,印度尼西亚制定了一个《国家太空法》,将其太空野心与国家的国防 直接联系起来, 并授权国防部在发生国家紧急情况或为了国防和安全使用该 国的全部太空资源。159至干越南,在没有旨在消除外空武器化、消除可预见 的军备竞赛以及随之而来的将外层空间转变为武装对抗场所的具有法律约束 力的国际协议的情况下,它支持"不首先在外空部署武器"的政策。160

¹⁵⁴ Ibid., p. 195. 目前已有多项试图改善这一法律状况的努力,其中领先的是伍默拉手册项目。该项目以澳大利亚南部的一个长期与澳大利亚及多国军事空间行动联系紧密的村庄命名。伍默拉手册项目由阿德莱德大学、埃克塞特大学、内布拉斯加州大学和新南威尔士州堪培拉大学带头,有关专家合作编写一份手册,旨在客观地收集、阐述、明确和简化适用于空间探索、发展和军事化的国际法。该项目网址为: https://law.adelaide.edu.au/woomera/.

¹⁵⁵ UN Doc. CD/1645, 2001年6月6日, 载: https://undocs.org/zh/CD/1645.

¹⁵⁶ 该草案案文于2014年更新,并可在中国外交部官网阅读,载: https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/zcwj_674915/20140616_7949938.shtml.

¹⁵⁷ Center for Strategic and International Studies, "Space Threat 2018: China Assessment", 12 April 2018, available at: https://aerospace.csis.org/space-threat-2018-china/.

¹⁵⁸ Ibid

¹⁵⁹ Space Act of the Republic of Indonesia, Law No. 21/2013, 2013, available at: http://ditjenpp.kemenkumham.go.id/arsip/terjemahan/11.pdf.

^{160 2017}年8月9日俄罗斯常驻代表致裁军谈判会议秘书长的信函,其中转交俄罗斯联邦总统弗拉基米尔·普京和越南社会主义共和国主席陈大光2017年6月29日关于不在外层空间首先放置任何类型武器的联合声明,UN Doc. CD/2098,载: https://undocs.org/zh/cd/2098.

另一个引起该地区某些地区关注的领域是网络空间, 网络空间是指 "由物理和非物理组件组成的环境, 其特点是使用计算机单元和电磁频谱 通过计算机网络存储、修改和交换数据"。161依托网络空间的互联网的发明 和发展,为私人、公共和混合领域的敌对和有害活动开辟了新的前景。出 于间谍目的而侵入计算机的行为可能由个人出于私人目的进行,也可能由 个人代表国家进行。病毒和蠕虫可能会植入计算机中, 当它们被激活时, 它们可能会也可能不会导致物理损坏。2017年的WannaCry赎金攻击影响了 世界各地的计算机,并与朝鲜有关,162还有被归咎于俄罗斯的NotPetya恶意 软件攻击。¹⁶³"网络战争"这个术语本用于描述发生在爱沙尼亚、格鲁吉亚 和乌克兰的国家机构身上的基于计算机的攻击,这些攻击都被指控由俄罗 斯实施。164目前没有监管网络空间的全球协议,尽管有一些区域级协议,例 如《网络犯罪公约》,也称为《网络犯罪布达佩斯公约》165。毫不奇怪, 正如外层空间的情况一样,国际人道法是否以及如何适用于网络空间的问 题在多个层面上存在争议。战争法传统上是规制领土,与陆地、水域和领 空有关,但已扩展到公海上的冲突。网络空间与外层空间一样是一个新的 领域。在关于国际黑客、恶意软件和网络攻击及其全球监管的讨论中,中 国经常被提及。中国学者张膑心发现"'东方'(认为国际人道法不适用 于网络空间)和'西方'(认为国际人道法适用于网络空间)之间有一条

¹⁶¹ Michael N. Schmitt (ed.), Tallinn Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p.258.

¹⁶² Deirdre Shesgreen and Bill Theobald, "Alleged North Korean Spy Charged with 2014 Hacking of Sony, Bank Theft, WannaCry Cyberattack", USA Today, 6 September 2018, available at: www.usatoday.com/story/news/world/2018/09/06/report-u-s-officials-charge-north-korean-spy-cyberattack-case/1210204002/.

¹⁶³ Andy Greenberg, "The Untold Story of NotPetya, the Most Devastating Cyberattack in History", Wired, 22 August 2018, available at: www.wired.com/story/notpetya-cyberattack-ukraine-russia-code-crashed-the-world/.

¹⁶⁴ D. Shesgreen and B. Theobald, above note 162.

¹⁶⁵ Convention on Cybercrime, ETS No. 185, 23 November 2001 (entered into force 1 July 2004).



分界线",中国和俄罗斯经常在这些问题上采取相同的立场。¹⁶⁶张解释说,中国的立场更关心"更强大的国家对网络攻击诉诸自卫,而不是具体的国际人道法问题本身",因为承认国际人道法适用于网络空间"将承认网络空间可能存在武装冲突"。¹⁶⁷中国实际上提供了一个有趣的例子,即一个亚太国家有意通过实践塑造法律轨迹:政府一直在发布法规、宣告和声明,并制定国内法,明确规定网络空间只能用于和平目的。中国的法律确信表现在以下几个方面,它通过公开强调需要防止"网络军备竞赛",表达其不愿接受国际人道法和其他现有制度在网络空间的适用性,以及主张"网络空间只能用于和平目的,而且关于在网络空间使用武力的讨论将导致网络空间的军事化。"¹⁶⁸

最后,我们可以看到该地区在武装冲突中不断演变的环境保护领域的印记。2019年7月,国际法委员会(ILC)一读通过了28项旨在加强武装冲突之前、期间和之后(即整个冲突周期)保护的法律原则。¹⁶⁹这不会成为具有约束力的文件。尽管如此,这些原则仍是在武装冲突中加强保护环境和自然资源的征程中的里程碑。其中一些原则肯定是具有先进性的,因此具有争议性。该草案不仅涉及环境损害问题,还包括滥用环境资源,涵盖国际性和非国际性武装冲突,并将马滕斯条款扩展到环境保护领域,借鉴国际人道法的保护区概念,并设想将重要的环境和文化区域指定为保护区。它涉及土著人

¹⁶⁶ Binxin Zhang, "Cyberspace and IHL: The Chinese Approach", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12, p. 337. 更宽泛的资料,见红十字国际委员会,《国际人道法与武装冲突中的网络行动》,2019年11月28日,载: https://www.icrc.org/zh/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts; Eitan Diamond, "Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare", *Law and National Security: Selected Issues*, Vol. 67, No. 128, 2014; articles in the symposium on "Cyber War and International Law", *International Law Studies*, Vol. 89, 2013; Jabbar Aslani, "Study on the Legal Dimensions of the Cyber Attacks from IHL Perspective", *International Studies Journal*, Vol. 10, No. 4, 2013–14; 科尔杜拉·德勒格,《别碰我的云:网络战、国际人道法与平民保护》,红十字国际评论,第886期,第94卷,2012年。

¹⁶⁷ B. Zhang, above note 166.

¹⁶⁸ Ibid

¹⁶⁹ See "Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts", available at: http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml.

民的特殊情况和大规模流离失所、武装冲突中非法开采自然资源、武装冲突后环境的恢复以及国家的责任。该草案没有直接涉及非国家武装团体的责任或公司责任本身("尽职调查"和"责任"是首选术语,相关原则只是向各国提出建议)。

在该项目列入国际劳工大会工作计划的六年中,新加坡、¹⁷⁰帕劳、¹⁷¹密克罗尼西亚联邦、¹⁷²越南、¹⁷³马来西亚、¹⁷⁴韩国¹⁷⁵和新西兰这几个亚太国家一直发挥着积极作用。¹⁷⁶一些国家,例如马来西亚¹⁷⁷和韩国¹⁷⁸参与了讨论并分享了他们的国家和国际经验——例如,国家立法、军事实践以及通过条约和其他具有法律约束力的文件做出的国际承诺。密克罗尼西亚联邦做出了一项特别有意义的贡献,提供了一份长达31页的文件,阐述了其关于在武装冲

¹⁷⁰ 例如,在联合国文件A/C.6/70/SR.23的第122段中,新加坡表达了原则的措辞不应过于绝对而超出了原有习惯国际法的范围,在联合国文件A/C.6/70/SR.23的第121段中,新加坡敦促国际法委员会应专注于确定现行的国际人道法如何与环境有关,谨慎引用人权法来解决此问题,并表达了将非国际性武装冲突情形纳入原则适用范围的担忧。

¹⁷¹ 例如,在联合国文件A/C.6/70/SR.25的第27段中,帕劳提供了国家和区域在立法、判例法、军事手册和通过《小岛屿发展中国家快速行动方式》(《萨摩亚途径》)开展合作等形式的实践例子。

¹⁷² 例如,在联合国文件A/C.6/73/SR.29的第147段中,密克罗尼西亚表达了对于当时的原则草案19(占领国尊重和保护被占领土的环境的一般义务)的支持,并期待保护自然环境与享有核心人权之间的明确联系。

¹⁷³ 例如,在联合国文件A/C.6/70/SR.25的第41段中,越南表达了对于将非国际性武装冲突情形包括在专题范围的担忧,在第42段中,强调了复原工作、清除战争有害遗留物和废弃铀,在第40段中,建议了原则草案应探索部署武器之前进行环境影响评估的规定。

¹⁷⁴ 例如,在联合国文件A/C.6/73/SR.30的第67段中,马来西亚强调了"环境问题不仅局限于自然环境,还包括人权、可持续性和文化遗产",在第73段中,针对当时的原则草案20(自然资源的可持续利用),表达了对可持续利用自然资源要求的支持,并强调了特定领土的人民对其自然资源拥有永久主权及其民族自决权的原则的重要性,这些原则为占领国对被占领土自然资源的管理与使用提供了基础框架。

¹⁷⁵ 例如,在联合国文件A/C.6/73/SR.30的第29段中,韩国强调了确保国际法委员会在这方面的工作与国际人道法的现有规则相一致的重要性,在第31段中,韩国欢迎讨论关于保护环境的原则草案适用于非国际性武装冲突的程度,在联合国文件A/C.6/69/SR.27的第73段中,韩国强调原则草案应该解决非国际性武装冲突局势下的环境保护问题。

¹⁷⁶ 例如,在联合国文件A/C.6/70/SR.25的第102段中,新西兰强调应将对后冲突阶段的赔偿和补偿列入今后的报告,并表达了对规定禁止对自然环境采取报复行动的原则草案第4条的支持。

¹⁷⁷ 例如,2014年11月5日马来西亚在第六十九届会议第六委员会的发言,被引用在特别报告员玛丽·雅各布松提交的与武装冲突有关的环境保护第二次报告中,见联合国文件A/CN.4/685,2018年5月28日,第63段。

^{178 2015}年2月19日大韩民国常驻联合国代表团给秘书处的普通照会,被引用于上注文件,第54~56段。



突中保护海洋环境的重要性的看法。¹⁷⁹密克罗尼西亚还解释了其对一些国际规则的立场和原则,例如:

- "不伤害原则"适用于武装冲突, "包括在军事敌对行动的准备期间、实际发生和敌对行动结束后";
- "由缔约方的军事活动产生的'危险废物'(例如,具有完整和可燃燃料贮藏的已退役并可能报废的军舰)受[巴塞尔]公约的条件和义务的约束,无论此类废物是在武装敌对行动之前、期间或之后生产的";
- 《斯德哥尔摩公约》规定的义务"在武装冲突的所有时间阶段,即 在实际武装敌对行动期间以及在这些敌对行动的发展和结束后,对 其缔约方始终有效"。¹⁸²

例如越南、日本和密克罗尼西亚联邦等一些国家,在武装冲突中经历了严重的环境破坏,这使他们的意见产生了特别的共鸣。对所选择的表达的观点的反思(见注释170-179)证实了来自整个地区的多种观点。有些国家,如新加坡,采取保守的态度,而其他国家,如越南、马来西亚和密克罗尼西亚,则愿意突破界限并发展现有法律,并用新规则填补现有空白。上述国家的参与是持续性的,表明他们真诚致力于塑造这一问题,我们可以预期,它们将在草案原则交付大会辩论时继续努力对其施加影响,并将在二读前积极参与国际劳工大会的讨论的协商程序。

如何理解相互矛盾的国际人道法实践?

迄今为止,作者已经论证并证明了三个主张: (1)作为国际人道法基础的武装冲突中的人道规范在亚太地区有着深厚的根基; (2)该地区的一

¹⁷⁹ Note verbale from the Permanent Mission of the Federated States of Micronesia to the United Nations Secretariat, 29 January 2016, available at: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/poemicronesia.pdf&lang=E.

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 12.

¹⁸¹ Ibid., para. 11.

¹⁸² *Ibid.*, para. 13.

些国家有意义地参与了国际人道法的制定;(3)一些亚太国家积极致力于发展与国际人道法相关的新领域或新兴领域,例如外层空间、网络空间和武装冲突中的环境保护。因此,显然有必要解决这一悖论,即该地区既存在这种积极性,又存在许多武装冲突,且在国际人道法的实施中存在诸多问题。野蛮行为的清单很长,包括第二次世界大战的恐怖、与非殖民化相关的暴行(如印度尼西亚独立战争)、巴基斯坦在1971年对分离的孟加拉国的破坏、1975年至1979年柬埔寨红色高棉的暴行、1975年至1999年在被占领的东帝汶所发生的罪行、持续不断的种族冲突和对缅甸罗兴亚人的迫害,以及斯里兰卡北部长达数十年的斗争,最终导致政府在2009年无限制地军事歼灭泰米尔猛虎组织。Saul对恐怖主义的研究增加了另一个层面,清楚地表明有多少地区国家将恐怖主义的概念扭曲得面目全非,以允许对更广泛类别的武装冲突中的人员部署严酷的军事力量,而Lassée和Anketell则揭示了斯里兰卡这个国家如何企图歪曲国际人道法,为其针对泰米尔猛虎组织和泰米尔平民的敌对行为辩护。183

我们如何将这幅令人沮丧的画面与本文前面部分所展示的内容相协调? 将这种不一致进行理论化的一种方法是看到该地区被接纳的基本规范存在一个等级结构,并且由于人道主义规范的不完全内化,主权规范——根据掌权者所理解的——能够在武装冲突中推翻所有其它规范。早在1949年,新独立的缅甸联邦共和国日内瓦会议的代表就阐明了反映该地区许多其他国家和其本国到目前为止所秉持的观点的方法:

¹⁸³ See Ben Saul, "Counter-Terrorism Law and Armed Conflict in Asia", and Isabelle Lassée and Niran Anketell, "Reinterpreting the Law to Justify the Facts: An Analysis of International Humanitarian Law Interpretation in Sri Lanka", both in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.



我不明白为什么外国政府要来保护我们的人民。内部事务不能由国际法或公约规定。我们认为,对纯粹的国内叛乱进行外部干涉只会使局势恶化,而这种恶化可能会严重危害由人民所建立的国家的安全。可以合理地期望,每一个独立国家的政府都会以应有的人道对待自己的国民,并且没有理由对参加反抗国家政府的起义的人的待遇作出特殊规定,使其不同于其他违反国家法律的人所受之待遇。¹⁸⁴

这抓住了现在在《东盟宪章》第2条第2款中所总结的所谓"东盟方式"的核心。¹⁸⁵东盟的十个成员国已承诺效忠于以下原则的"根本重要性",包括"尊重独立、主权、平等、领土完整和所有东盟成员国的民族认同","不干涉东盟成员国的内政"和"尊重每个成员国在不受外来干涉的情况下领导其国家生存的权利"。从文本上看,《东盟宪章》与《联合国宪章》(序言和第1条)¹⁸⁶和《联合国友好关系宣言》¹⁸⁷相似,但东盟国家及其区域组织的做法一直是将威斯特伐利亚式的国家概念放在首位。

东南亚国家在批准已经讨论过的两个《附加议定书》时慢慢吞吞,这体现了它们对主权的担忧。对于可能侵犯其独立、主权或领土完整的方面,或对这些被西方新殖民主义统治的国家有冲击的情况下,还是仍然存在明显的担心。当然,这些方面当然是由亚太地区每个国家主观评估的。¹⁸⁸在实践中,这种冷淡可以从这些国家回应对国际人道法有影响的国际法其他分支中的某些问题中看出:

^{184 18}th Plenary Meeting (Common Articles), in Diplomatic Conference Final Record, above note 73, Vol. 2 (B), p. 330.

^{185 《}亚细安宪章》, 2007年11月20日, 载: http://www.asean.org/wp-content/uploads/images/archive/AC-Singapore.pdf. 另见Simon S. C. Tay, "The ASEAN Charter: Between National Sovereignty and the Region's Constitutional Moment", Singapore Year Book of International Law, Vol. 12, 2008, p. 151.

^{186 《}联合国宪章》, 1 UNTS XVI, 1945年6月26日签署, 修订版。

¹⁸⁷ 联合国大会第2625号决议, "关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言",联合国文件A/RES/2625/XXV,1970年10月24日。

¹⁸⁸ 关于该地区两个人口最多的国家对于国际刑事法院的态度研究,见Suzannah Linton, "India and China Before, At and After Rome", Journal of International Criminal Justice, Vol.16, No. 2, 2018, pp. 283–286, 291.

- 对政治领导人问责的外部威胁、特别是国家元首的豁免权;
- 域外管辖权的行使; 190
- 安全理事会将案件提交国际刑事法院¹⁹¹以及法院对非缔约国的管辖; ¹⁹²
- "保护责任"原则的第三支柱: 193和
- 某些国际罪行的表述(例如,非国际性武装冲突中的战争罪)。194
- 189 作为对此的解释,见Statement by Mr David Low, Delegate to the 71st Session of the United Nations General Assembly, on Agenda Item 78 on the Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-Eighth Session (Cluster 3: Chapters X, XI and XII of A/71/10), Sixth Committee, 1 November 2016, para. 4.
- 190 例见,联合国大会和联合国安全理事会,不结盟运动国家元首或政府首脑第十三次会议:最后文件,联合国文件A/57/759-S/2003/332,吉隆坡,2003年5月18日,附件一,第124段。若干区域国家提供了书面资料和意见,对国际法委员会关于"普遍管辖权原则的范围和适用"的工作表示保留:见联合国文件A/C.6/66/SR.12, 13, 17 和29、A/65/181,以及A/66/93和Add.1. 在第六委员会关于普遍管辖权的范围和适用的讨论中也可以看到这种谨慎的做法(联合国大会第64至第72届会议):联合国文件A/C.6/64/SR.12, 2009年11月25日(中国,泰国),联合国文件A/C.6/65/SR.12, 2010年11月10日(印度),联合国文件A/C.6/65/SR.11, 2011年1月14日(泰国、大韩民国、中国、越南),联合国文件A/C.6/67/SR.12, 2012年12月6日(印度),联合国文件A/C.6/67/SR.13, 2012年12月24日(中国、斯里兰卡、孟加拉、马来西亚),联合国文件A/ C.6/69/SR.12, 2014年12月9日(印度、越南),联合国文件A/ C.6/71/SR.14, 2016年10月31日(印度、中国、越南、孟加拉),联合国文件A/C.6/71/SR.13, 2016年12月21日(伊朗就不结盟运动发表讲话、新加坡、联合国文件A/C.6/72/SR.14, 2017年11月13日(马来西亚,越南),联合国文件A/C.6/72/SR.13, 2017年12月6日(伊朗就不结盟运动发表讲话、新加坡、泰国、孟加拉、中国)。
- 191 例见王光亚先生在联合国安全理事会第五一五八次会议上的发言,联合国文件S/PV.5158,2005年3月31日,第5页。
- 192 例见南比亚尔先生(印度)在联合国安全理事会第四五六八次会议上的发言,联合国文件S/PV.4568,2002年7月10日,第11页,哈迪普·辛格·普里先生(印度)在联合国安全理事会第六七七八次会议上的发言,联合国文件S/PV.6778,2012年6月5日,第17页,迪利普·拉希里先生(印度),联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议,1998年6月16日,第10段,王光亚先生的发言,前注191。然而,2011年2月26日,中国没有行使否决权,同时印度对联合国安理会将利比亚的局势问题提交国际刑事法院的1970号决议投了赞成票。中国也拒绝否决联合国安理会2005年3月31日第1593号决议将苏丹提交国际刑事法院的决定。
- 193 Alex J. Bellamy and Catherine Drummond, "The Responsibility to Protect in Southeast Asia: Between Non-Interference and Sovereignty as Responsibility", *Pacific Review*, Vol. 24, No. 2, 2011. 包括印度、巴基斯坦、印度尼西亚和马来西亚在内的22个国家都是不结盟运动的成员,其在主权问题上采取了强硬立场。该运动在保护权利方面的统一立场在欧洲议会关于保护责任的专题概述中得到了简明扼要的总结,载: www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/factsheet_resptoprotect_6may/factsheet_resptoprotect_6may05.pdf.
- 194 在《罗马规约》谈判期间,中国、印度和巴基斯坦等国反对战争罪适用于非国际性武装冲突的说法。 见 "Article 8: War Crimes", in William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford and New York, 2016; Knut Dörmann, "War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, available at: www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_doermann_7.pdf.



由以上模式产生的对主权的特殊理解被学者们称为东伐利亚体系 (Eastphalian,与西伐利亚体系Westphalian—词相对),金成元于2009年首 心、或声称力图使国际法更国际化。它是关于鼓励亚洲国家在本地区寻找在 当前的框架内无法找到的解决方案,使用来自该地区的不同方法,例如儒家 共同体主义。东伐利亚体系并不是要拆除现有秩序,正如它建立在以国际法 为基础的既定概念、规则、原则和结构之上。当然,强调将国家维持为一个 庞然大物不是与在武装冲突中实施人道主义明显脱节的唯一可能原因。看似 被内化的规范被遵守、违反或适应的原因各不相同,它们不一定涉及对规范 本身的拒绝。然而,了解正在发生的事情是极其重要的工作,必须鼓励在充 满矛盾的亚太地区进行,并予以测试。例如,借鉴Axelrod关于规范演变论 的开创性研究、Villatorro和他的合著者已经证实了国家与法律的关系不是一 成不变的, 这可能是一个持续变化的过程, 甚至是突变的过程。过程和运动 的概念很重要,这似乎与我们在亚太地区看到的相符。有学者主张"规范内 化不是一个全有或全无的现象,而是一个多步骤的过程,由不同程度和层次 的心理成分表征的组成";这是一种"灵活的现象,允许规范被去内化,自 动遵守被阻止,并在某些情况下恢复重新审议"。196重要的是、Villatorro和 他的合著者指出,即使是已经被内化的规范"也不会一成不变",它们也会 随时间演变,包括在极端条件下。197如果这种对规范动态的理解在应用于亚 太地区的国际人道法热点问题时确实是正确的,那么它可以提供一种重要的 新方法来加强规范内化和遵守,以及设计更有效的干预措施。

¹⁹⁵ Sung Won Kim, "Eastphalia Revisited: The Potential Contribution of Eastphalia to Post-Westphalian Possibilities", *Inha Journal of International Studies*, Vol. 33, No. 3, 2018; David P. Fidler, "Eastphalia Emerging", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 17, 2010; Sung Won Kim, David P. Fidler and Sumit Ganguly, "Eastphalia Rising? Asian Influence and the Fate of Human Security", *World Policy Journal*, Vol. 26, No. 2, 2009.

¹⁹⁶ See, for example, Daniel Villatoro et al., "Self-Policing through Norm Internalization: A Cognitive Solution to the Tragedy of the Digital Commons in Social Networks", Journal of Artificial Societies and Social Simulation, Vol. 18, No. 2, 2015, available at: http://jasss.soc.surrey.ac.uk/18/2/2.html.

¹⁹⁷ Ibid., para. 1.5.

考虑规范内化这条路径时,应同时考虑其他试图理解和将亚太地区国际 人道法局势中出现的一些恶劣行为理性化的尝试。例如,本文作者最近分析 了该地区的战时军事性奴役,重点关注该现象中最可耻的三种表现形式。二 战中所谓的"慰安妇"、1971年巴基斯坦解体时孟加拉女童和妇女遭受的虐 待,以及在被占领的东帝汶被性奴役的妇女和女童们所遭受的刑事和不人道 待遇。¹⁹⁸该研究在这些地理和时间上不同的现象之间发现共性,这些共性催 生出更广泛的理解,这对干控制行为和防止滥用十分重要。值得注意的是, 这三种现象共享了由现代学术所发现的根源原因的某些方面,例如它们展现 了象征性或具有代表性的性暴力, 旨在通过受害者羞辱战时对手, 并将性 暴力作为一种具体的战争策略,以奖励战士和鼓舞士气。从这项研究中可以 清楚地识别出其他三个特征: 武装部队中对性和侵略的机构处理存在问题; 与历史先例和机构文化的联系,而机构文化使其成员社会化并影响他们的行 为,以及对良好领导力的含义的不同理解。在缅甸、¹⁹⁹印度尼西亚、²⁰⁰斯里 兰卡、²⁰¹朝鲜半岛²⁰²和菲律宾南部,²⁰³有足够多的案例可供一个时代的跨学 科研究人员开展工作,帮助我们了解根源原因,以及为什么武装冲突中的人 道规范没有被完全内化,并帮助我们发展洞察力和方法,从而真正对限制武 装冲突中发生的人为伤害产生影响。

结论性反思

亚太地区与国际人道法及其在武装冲突中的基本人道规范之间的关系明显具有粗糙且多方面的特性。我们已经看到,亚太地区对国际人道法没有单

¹⁹⁸ Suzannah Linton, "Wartime Military Sexual Enslavement in the Asia-Pacific", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12.

¹⁹⁹ Megumi Ochi and Saori Matsuyama, "Ethnic Conflicts in Myanmar: The Application of the Law of Non-International Armed Conflict", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds.), above note 12.

²⁰⁰ S. Linton, above note 15.

²⁰¹ I. Lassée and N. Anketell, above note 183.

²⁰² H. Kim, above note 130.

²⁰³ S. M. Santos Jr, above note 42; S. M. Candelaria, above note 127.



一的观点,方法和实践之间存在矛盾。然而,我们也看到,这并不意味着该地区不能就国际人道法做出重大而多样的贡献。相反,在知识和文化层面上广泛接受武装冲突中的人道规范促进了对国际人道法立法的有意义的贡献,并促进了在实际和潜在适用的新领域的参与。除了本文中指出的贡献外,McCormack认为该地区可以就以下方面提供丰富的经验和专业知识……国家有效实施国际人道法,与非国家武装团体接触……以提高对国际人道法的认识和尊重;并借鉴其他非西方社会的经验、历史、文化和价值观来扩大国际人道法、并帮助淡化西方犹太教-基督教中与之相关的的一些污名。²⁰⁴

本文建议,规范内化的非线性过程可能是许多亚太武装冲突中概念或辞令上的遵守国际人道法与一线实际实践之间存在矛盾的原因之一。这或许可以解释主权这一另一项非常重要的规范为何能够胜过人道法规范,更好地解决武装冲突的问题。这个不解之谜不一定是一个"问题",而可被看作仅是社会和政治存在的一个特征。该地区实际上呈现出多元化和复杂的情况,需要更多的"跳出框框思考"和非线性方法。与此相关的现实是,该地区的武装冲突具有丰富的实践,不应将其忽视为不遵守国际人道法的重灾区。不可否认,具有高度暴行的密集实践呈现出分裂的画面,但它也为更深入地反思和理解武装冲突中的人类行为提供了案例研究。本文讨论了一个例子,军事性奴役,跨越了大约60年的三个典型案例研究。从中,我们已经看到,共同点要多于独特性。广泛和跨学科的国家特定研究——例如,在缅甸、斯里兰卡和印度尼西亚的充满暴行的冲突中——肯定会产生非凡的观点,远远超出简单的认为该地区所需要的就是法律的传播和更多的执法.此类研究还可集中起来用于比较目的,并用于识别在努力促进规范接受和预防暴行的共同方法方面的共同特征。

世界各地的人道界刚刚纪念了《日内瓦公约》诞生70周年,并进行了反思。正在开展的工作表明,亚太地区的挑战并不是真正需要向该地区宣传国际人道法或就武装冲突中的人道主义进行"能力发展"。该地区的国家并非

²⁰⁴ Tim McCormack, "International Humanitarian Law in the Asia-Pacific", in S. Linton, T. McCormack and S. Sivakumaran (eds), above note 12, p. 2.

不了解国际人道法,与其探讨武装冲突中的行为时将其视为完全无知是错误的。那些坚持认为日内瓦和海牙通过的法律具有"文明"作用的人可能很难接受以下这一现实,即亚太地区可以为国际人道法界提供很多东西,例如来自当地国家的文化和宗教中的人道主义,以及该地区日益壮大的国际人道法从业者和学者群体所展示出的的专业知识。人道主义的进步所面临的真正挑战是跨越学科,并在最近的重要学术研究的基础上发展出更充分知情的和细致人微的方法来理解该地区的国家和社会,继而研究规范内化的过程,然后就加强内化、一线实际行为和更广泛社区的规范社会化之间的联系制定出更加有创意、更加有意义的战略。

让学校免遭战火: 阻止将学校用于军事 用途的全球法律和政 策工作为何至关重要

比德·谢泼德*

摘要

本文叙述了当今冲突中将学校用于军事目的的情况,总结了这一做法的最新相关数据,之后解释了此等做法会如何危及师生安全,并阻碍学生行使受教育权。最后,本文通过审视法律和军事层面针对这一做法的各种应对工作,及其为2015年《安全学校宣言》和进一步行动所奠定的基础,得出相关结论。

关键词:将学校用于军事用途、攻击学校、教育、武装冲突、儿童、《安全学校宣言》。

.

^{*} 比德·谢泼德是人权观察儿童权利部副主任。他调查了非洲、亚洲、欧洲和中东地区将学校用于军事用途的情况,并牵头负责人权观察关于《安全学校宣言》的宣传。可发送邮件至sheppab@hrw.org联系作者。

引言

学校可以,而且应当成为可供儿童学习的安全场所,即使在战争期间也应如此。而武装部队将学校用作军事基地、兵营、射击阵地或弹药库等用途,可能会将其变为军事目标,从而使其成为武装冲突期间的合法攻击目标。¹因此,将学校用于军事用途可能会使学生面临攻击风险并妨碍其接受教育。然而,这一做法仅在过去十几年才引起国际关注,在学术期刊上也鲜少得到重视。²不过,呼吁国际社会应对这种做法的共识得以迅速发展,最终形成了 2015年《安全学校宣言》,以支持运用《保护学校及高校在武

¹ 国际人道法未明令禁止将学校用于军事用途。但是,鉴于武装冲突各方有义务采取一切可行的预防措施保护在其控制下的平民居民和民用物体免受攻击的影响,有义务在军事行动中特别注意避免专用于教育的建筑遭到破坏,并考虑到在武装冲突局势中为儿童及其教育赋予特别保护的规则,必须对此类使用进行评估。见《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》),1125 UNTS 3,1977年6月8日(1978年12月7日生效),第 52条第2款、第57条第1款、第58条、第70条、第77条、第78条,《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二附加议定书》),1125 UNTS 609,1977年6月8日(1978年12月7日生效),第 4条、第6条、第28条,《一九四九年八月十二日关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》),75 UNTS 287(1950年10月21日生效),第 14条、第17条、第23条、第24条、第38条、第50条、第82条、第89条、第94条、第132条;让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克编,《习惯国际人道法:第1卷:规则》,英文版于2005年出版,红十字国际委员会与剑桥大学出版社,中文版由红十字国际委员会组织编译,于2007年出版,红十字国际委员会与法律出版社(以下简称红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》),规则38。除非另有说明,本文的"武装冲突"一词采用国际人道法的定义。

See Gregory Bart, "The Ambiguous Protection of Schools Under the Law of War: Time for Parity with Hospitals and Religious Buildings", Georgetown Journal of International Law, Vol. 40, No. 2, 2009; Bede Sheppard and Kennji Kizuka, "Taking Armed Conflict Out of the Classroom: International and Domestic Legal Protections for Students When Combatants Use Schools", Journal of International Humanitarian Legal Studies, Vol. 2, No. 2, 2011; Bede Sheppard and Kyle Knight, "Disarming Schools: Strategies for Ending the Military Use of Schools during Armed Conflict", Disarmament Forum, No. 3, 2011; Melanie C. Brooks and Ekkarin Sungtong, "Leading in Conflict Zones: Principal Perceptions of Armed Military Guards in Southern Thai Schools", Planning and Changing, Vol. 45, No. 3/4, 2014; Zama Coursen-Neff, "The Right to Education: Regulating the Conduct of Armed Forces Under International Law", Harvard International Review, Vol. 37, No. 1, 2015; Ashley Ferrelli, "Notes: Military Use of Educational Facilities during Armed Conflict: An Evaluation of the Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict as an Effective Solution", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 44, No. 2, 2016; Cyril Bennouna et al., "Improving Surveillance of Attacks on Children and Education in South Kivu: A Knowledge Collection and Sensitivity Analysis in the D. R. Congo", Vulnerable Children and Youth Studies, Vol. 11, No. 1, 2016; Zama Coursen-Neff, "Brave Educators Face Down Mortal Danger, But They Need Help", International Educator, Vol. 26, No. 2, 2017. See also Jo Becker, Campaigning for Children: Strategies for Advancing Children's Rights, Stanford University Press, Stanford, CA, 2017.



装冲突期间免于用作军事用途的指南》(《保护学校指南》)。³《安全学校宣言》中为使学校免于用作军事用途而鼓励采取的保护措施,是建立在此前各国为禁止或规制这种做法所开展的广泛工作之上。世界各地都有为保护学校及高校免于用作军事用途而制定的军事政策和国内法律义务的实例,在上个世纪,尤其是南半球和经历过武装冲突的国家均有体现,表明尽管现代战争极为复杂,此类保护也依然可行。⁴鉴于有证据证明将学校用于军事目的会产生负面后果,且常识性工作能够阻止这种做法,上述国内积极实践的实例表明,武装部队不仅应当,而且可以实施《安全学校宣言》中的保护措施,以避免将学校用于军事目的。因此,普遍签署并实施《安全学校宣言》为提升战区儿童学习环境的安全性开辟了道路。

本文借鉴了作者本人在2009年至2018年间代表非政府组织人权观察 (HRW)对非洲、亚洲、欧洲和中东地区冲突进行的实地调查,以及该组 织其他研究人员的工作。⁵本文首先解释了将学校用于军事用途的做法,包 括对这一做法普遍程度之最新数据的总结。文中利用具体实例,解释了这种 做法对师生安全以及学生接受优质教育的能力所造成的各种负面影响。然

^{3 《}安全学校宣言》是一项政府间政治承诺,各国借此表示支持在武装冲突期间保护学生、教师、学校和高校免遭攻击,确保武装冲突期间能够继续开展教育工作,并采取《保护学校及高校在武装冲突期间免于用作军事用途的指南》(《保护学校指南》)中旨在防止将学校用于军事用途,并在确实出现此类行为时减轻其负面后果的一系列具体措施。《安全学校宣言》是由挪威和阿根廷牵头,通过与各国协商制定的,于2015年5月29日在奥斯陆安全学校会议上开放供批准,载:www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/utvikling/safe_schools_declaration.pdf(所有网络参考资料均于2019年7月查阅)。《保护学校指南》通过2012年至2014年的一系列专家咨询后制定,载:www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/guidelines_en.pdf。该指南不具有法律约束力,不改变现行国际法规则。截至 2019 年 11 月,已有 100 个国家批准了《安全学校宣言》。

⁴ 例如,见阿根廷、孟加拉国、克罗地亚、厄瓜多尔、希腊、印度、马来西亚、黑山、尼加拉瓜、尼日利亚(立法草案)、北马其顿、巴基斯坦、秘鲁、菲律宾、波兰、新加坡、斯里兰卡和委内瑞拉的立法,以及中非共和国、哥伦比亚、刚果民主共和国、丹麦、厄瓜多尔、尼泊尔、新西兰、挪威、菲律宾、南苏丹、苏丹、瑞士、英国、美国和也门的军事政策或条令,整理于HRW, Protecting Schools from Military Use: Law, Policy, and Military Doctrine, 29 May 2019, available at: www.hrw.org/report/2019/05/27/protecting-schools-military-use/law-policy-and-military-doctrine.

⁵ 本文借鉴了人权观察的报告中所使用的访谈、实地考察和案头调研。在不同情况下,访谈技巧可能会有所变化或依据不同的个体、情境和话题进行调整。访谈的标准指导原则是需要查明真相、证实陈述的真实性、保护证人的安全和尊严,并保持公正。通常,访谈由访谈者(通过口译员)和受访者私下当面进行,并侧重于所发生事件的细节。关于人权观察之研究方法的更多信息,见HRW, "About Our Research", available at: www.hrw.org/about-our-research。

后,本文介绍了不同的国内政策和法律层面的应对工作,阐明了为《安全学校宣言》奠定基础的重大背景,以及该宣言自发布以来的积极影响。

术语

在本文中,"将学校用于军事用途"和"将学校用于军事目的"可互换使用,⁶指的是国家武装部队或非国家武装团体使用学校或高校建筑及房地支持其军事行动的做法,包括将学校用作兵营或基地、用作进攻或防御阵地、用于储存武器或弹药、用于审讯或拘留、用于军事训练或士兵操练、用作军事观察哨,用作攻击行动的发射阵地或指挥阵地,或用于违反国际法招募儿童。⁷在学校对军事行动有实际贡献,而且在当时情况下,其部分或全部毁坏、缴获或失去效用可提供明确的军事利益的情况下,此类使用行为会将学校变为成军事目标。⁵

该术语不包括学校被用作选举投票站或用于与武装冲突无关的其他目的时部队进驻以保障安全的情形。

将学校用于军事用途的普遍性和规模

保护教育免受攻击全球联盟针对29个国家的最新全球调查发现,在2013年至2017年,接受调查的每个国家都至少发生了一起学校或高校被用于军

⁶ 还可比较联合国安全理事会主席的声明,联合国第S/PRST/2009/9号文件,2009年4月29日("利用学校从事军事行动");联合国安理会第1998号决议,联合国第S/RES/1998(2011)号文件,2011年7月12日,第4段("将学校用于军事目的");和联合国安全理事会主席声明,联合国第S/PRST/2013/2号文件,2013年2月12日("学校被用于军事用途")。

⁷ 此定义为作者定义,试图整合界定这种做法的五项工作,而本文作者推动了其中的四项: Global Coalition to Protect Education from Attack (GCPEA), Lessons in War: Military Use of Schools and Other Education Institutions during Conflict, 2012, p. 20; GCPEA, Draft Lucens Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict, 2014, p. 4; GCPEA, Lessons in War 2015: Military Use of Schools and Universities during Armed Conflict, 2015, p. 20; GCPEA, Commentary on the Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict, 2015, pp. 7-8. And see Office of the Special Representative to the Secretary-General on Children and Armed Conflict, Guidance Note on Security Council Resolution 1998, May 2014, pp. 10-11.

^{8 《}第一附加议定书》第52条第1款;红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注1,规则8。



事用途的事件。⁹其中,有24个国家的此类事件发生在武装冲突期间(数据基于《乌普萨拉冲突数据计划》采用的武装冲突的非法律定义),¹⁰占同期发生武装冲突的所有国家的一半以上(采用《乌普萨拉冲突数据计划》标准)。其中还包括美洲、非洲、亚洲、欧洲和中东地区的冲突。因此,无论何时何地发生冲突,学校都很有可能被用于军事目的。武装部队可能会控制整个校舍,致使全体学生离校;可能会占用部分设施,与希望在未受波及区域继续学习的学生共用学校空间,或者可能会搬入之前因局势普遍动荡而被废弃的学校。¹¹

尽管将学校用于军事用途的做法很普遍,但很难获得在国家层面受影响学校的准确数量。例如,乌克兰教育科学部官员于2015 年告诉本文作者,他们知道部队使用了学校,但并未收集相关数据。¹²巴基斯坦人权委员会的一名成员告诉人权观察,很难统计政府部队使用学校的情况,因为有时只是临时占用,而且许多学校在被接管时并未报告。¹³

此外,一些武装冲突当事方还会主动隐瞒将学校用于军事用途的相关信息。一名阿富汗学校官员告诉人权观察,当他向占领学校的部队申诉时, "他们指责我,并命令我不要向任何人说起学校被占领的事情,尤其是不要

⁹ GCPEA, Education Under Attack: 2018, 2018, p. 39. 这29个国家是阿富汗、布隆迪、中非共和国、喀麦隆、哥伦比亚、科特迪瓦、刚果民主共和国、埃塞俄比亚、印度、伊拉克、以色列/巴勒斯坦、肯尼亚、黎巴嫩、利比亚、马里、缅甸、尼日尔、尼日利亚、巴基斯坦、菲律宾、沙特阿拉伯、索马里、南苏丹、苏丹、叙利亚、土耳其、乌克兰、也门和津巴布韦。

^{10 《}乌普萨拉冲突数据计划》对武装冲突的定义与国际人道法不同,其定义是: "武装冲突是双方(其中至少一方是一国政府)因使用武力而导致在一个日历年内至少25人死于战斗的、涉及政府和(或)领土的一种存在争议的不相容性。" See Uppsala Conflict Data Program, "Definitions, Sources and Methods for Uppsala Conflict Data Program Battle-Death Estimates", available at: https://ucdp.uu.se/downloads/old/brd/ucdp-brd-conf-41-2006.pdf.

¹¹ 例如,2014年8月末或9月初的一个周六,士兵进入了乌克兰克拉斯诺霍里夫卡第四学校,并告知试图 返校的教师不能人校,因为该校现在是军事基地。士兵让教师站在路边,并向其交予个人物品。人权 观察于2015年11月6日采访了克拉斯诺霍里夫卡第四学校的四名老师。当本文作者访问也门萨那的阿 斯马学校时,第一装甲师的士兵占用了学校三栋建筑中的两栋,导致另一栋建筑中的女学生过度拥挤。2012年3月31日,作者进行了实地访问。马拉拉·尤萨夫扎伊的父亲齐亚丁·尤萨夫扎伊开办的一所学校被巴基斯坦政府军占用,而他和家人因家乡及周边地区的战斗而流离失所。Malala Yousafzai, *I am Malala: The Schoolgirl Who Stood Up to the Taliban*, Orion, London, 2013; "Class Dismissed: Malala's Story", *New York Times*, documentary, 2009.

¹² 人权观察与乌克兰教育科学部官员的访谈, 2015年11月。作者存档。

¹³ 人权观察与阿卜杜勒·哈伊的访谈,卡拉奇,2016年9月22日。作者存档。

向外国人提及"。¹⁴想要保密可能是因为武装部队人员或官员知道,他们使用学校的行为对有些人而言可能是不受欢迎的,或许还会招致批评。菲律宾一所学校内的一名中士向本文作者承认,他所在的部队驻扎在校园内是"违法的",但他表示有正当理由,因为这已征得当地官员的"同意"。¹⁵

尽管存在这些监管限制,但保护教育免受攻击全球联盟的全球调查依然揭示了某些冲突中将学校用于军事用途这一现象的规模。调查注意到,在2013年至2017年间,以下六个国家分别至少发生了40例学校被用于军事用途的事件:阿富汗、中非共和国、菲律宾、南苏丹、叙利亚和也门。¹⁶在该报告所涉及的各个年份中,被用于军事用途的学校数量最多的国家是也门,在2014年高达92所。¹⁷

武装部队使用学校的动机

战斗员使用学校的原因各不相同。常见的原因是战术考虑和当下的明显便利。可能的战术优势包括许多校舍结构坚固。在许多地方,学校还建有使用坚固材料建造的边界墙,可提供额外保护,免受某些形式的攻击。¹⁸有的学校还是多层建筑(即使其所在地的其他大多数建筑仅为单层),因而能够为监视和射击提供良好的有利位置。在某些地方,学校地处中心区域,这或可保护部队免受游击战攻击,或帮助控制领地。

便利因素包括学校可能有水电供应、设有厨房和厕所,可容纳大量人员。政府部队可能将学校视为政府财产,因此可供其随时使用。¹⁹例如,菲

¹⁴ 人权观察与学校官员的访谈,阿富汗波勒霍姆里,2016年4月24日。作者存档。

¹⁵ Bede Sheppard, "Some Things Don't Mix", Philippine Daily Inquirer, 24 April 2012.

¹⁶ GCPEA, Education Under Attack, above note 9, p. 39.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 263-265.

¹⁸ 例如,一名阿富汗学校官员阐述了一个普遍理由: "本地区大多数房屋都是泥屋,所以士兵控制了……用混凝土建造的学校。"人权观察与学校官员的访谈,阿富汗波勒霍姆里,2016年4月25日。作者存档。

¹⁹ GCPEA, *Lessons in War 2015*, above note 7; see also Geneva Call, "In Their Words: Armed Non-State Actors Share Their Policies and Practice with Regards to Education in Armed Conflict", November 2017, pp. 10-12; Sara Parker, Kay Standing and Bijan Pant, "Caught in the Cross Fire: Children's Right to Education During Conflict - The Case of Nepal 1996-2006," *Children & Society*, Vol. 27, No. 5, 2013, p. 375; 人权观察与泰国也拉府府尹格里沙达·汶叻的访谈,2010年3月29日。



律宾一所学校的教师向本文作者透露,一些士兵在该校部分教室内扎营已有七个多月,但她"太过难为情",无法向其提出需支付由此产生的电费。²⁰ 然而,被认为出于便利而使用学校的情况,似乎只是由于计划不周或后勤安排较差,未能提前确定可行的替代方案,或是由于未能为军队提供充分的装备、供应和支持而看似如此。

尽管使用学校存在一些明显的战术优势,但也存在军事劣势。²¹例如,叙利亚自由军的一名成员告诉本文作者,驻扎在学校内可能会使政府部队更易发动攻击,因为政府掌握了学校所处位置的地理空间数据。²²此外,在将学校用于军事目的时,当地民众可能会对武装部队产生负面看法,从而加剧与当地社区的紧张态势。²³例如,哥伦比亚武装部队承认,军队使用学校经常会引发当地居民指控其强迫流离失所、实施盗窃或对儿童进行身体和言语虐待。²⁴将学校用于军事用途还可能会招致人权组织的谴责、媒体的批评以及联合国安理会的审查。²⁵

²⁰ B. Sheppard, above note 15.

²¹ 关于更多实例,见GCPEA and Romeo Dallaire Child Soldiers Initiative, *Implementing the Guidelines*, 2017, pp. 18-19。

²² 人权观察的访谈, 2017年2月16日。作者存档。

²³ 例如,2003年4月23日,美国士兵接管了伊拉克费卢杰市中心附近的一所小学。学校原定于4月29日重新开放,由于学生家长希望士兵离开,紧张态势加剧。军队有意离开,但在其尚未撤离之时,居民开始在校外示威。示威演变成暴力,美国士兵向抗议者开火,造成17人死亡,70多人受伤。See HRW, Violent Response: The U.S. Army in Al-Falluja, 2003.

²⁴ General Commander of the Military Forces, Military Order No. 2010124005981/CGFM-CGING-25.11, 6 July 2010

²⁵ 例如,见联合国安理会第1998号决议,联合国第S/RES/1998 (2011)号文件,2011年("安全理事会……请秘书长继续监测和报告违反国际人道主义法将学校……用于军事目的……等情况"),联合国安理会第2427号决议,联合国第S/RES/2427 (2018)号文件,2018年7月9日("安全理事会……促请联合国国家一级的工作队加强监测和报告把学校用作军事用途的行为")。

将学校用于军事用途的负面后果

在战争时期,如果能够进入安全的学校,学生不仅可以接受教育,还可以获得身心保护。²⁶日常能够上学,见到朋友和信赖的老师,会为儿童营造一种常态感。学校还可以成为提供援助的场所,例如通过提供食物、开展疫苗接种方案来减轻战争的人道后果。学校提供的信息甚至可以挽救生命,例如红十字国际委员会为乌克兰东部学校开展的地雷安全意识宣传活动。²⁷而将学校用于军事用途,则会危及上述所有益处,并造成各种具体的负面后果,主要分为两大类:一类是对师生安全的后果,另一类是对学生获得优质教育机会的后果。

师生的安全风险可能来自校外(即将发动的攻击),也可能来自校内 (作战人员的虐待)。同时,如果学校被用于军事用途导致学生辍学,这会 对学生接受教育造成损害,降低出勤率和升级率,使学生处于过度拥挤和其 他不适宜的学习环境,且因此离校的儿童所能获得的替代教育方案的质量也 会降低。这些风险还可能会对女童和男童这两个不同性别的群体产生不同的 影响。²⁸将学校用于军事用途,除了会使师生面临伤亡风险之外,还会使重

²⁶ Rebecca Winthrop and Jackie Kirk, "Learning for a Bright Future: Schooling, Armed Conflict, and Children's Well-Being", Comparative Education Review, Vol. 52, No. 4, 2008; Lori Heninger, "Education in Emergencies: Life-Saving, Life-Sustaining, Conflict Mitigating", in Commonwealth Ministers Reference Book 2011, 2011, p. 244; Susan Nicolai and Carl Triplehorn, The Role of Education in Protecting Children in Conflict, Overseas Development Institute, Humanitarian Practice Network Paper No. 42, March 2003; Neil Boothby and Charles Melvin, "Towards Best Practice in School-Based Psychosocial Programming: A Survey of Current Approaches", in Richard Mollica (ed.), Refugee Mental Health, Vanderbilt University Press, Nashville, TN, 2008; Alan Smith and Tony Vaux, Education, Conflict, and International Development, DFID, London, 2003; Margaret Sinclair, "Education in Emergencies", in Jeff Crisp, Christopher Talbot and Daiana Cipollone (eds), Learning for a Future: Refugee Education in Developing Countries, UNHCR, Geneva, 2001.

²⁷ See ICRC, "Ukraine: The Threat of Mines and Unexploded Shells Continues", 5 April 2016, available at: www.icrc.org/en/document/ukraine-landmines-mine-awareness-day.

²⁸ 相关实例见下文"性别影响"一节。See also GCPEA, "I Will Never Go Back to School": The Impact of Attacks on Education for Nigerian Women and Girls, 2018, pp. 39-44; GCPEA, "All That I Have Lost"": Impact of Attacks on Education for Women and Girls in Kasai Central Province, Democratic Republic of Congo, 2019, pp. 24-29.



要且昂贵的教育基础设施遭到破坏和摧毁。²⁹在受冲突影响地区,许多学校建筑状况极差,这意味着即使是中度损坏也可能导致校舍无法使用。本节将进一步概述上述风险的相关实例。

师生安全因即将发动的攻击而面临危险

在学校已被用于军事目的,而学生继续在校内学习的情况下,如果冲突一方的武装部队攻击校内或学校附近的敌方部队,学生就可能会遭到攻击。 在最坏的情况下,师生会因此类攻击而伤亡。

人权观察收集的一些实例就证明了这些危险的存在。2012年,一名索马里学生曾向人权观察讲述了亲身经历:该国好战团体青年党的作战人员曾在他就读学校的操场上架设了火箭炮,并向政府控制的领地开火,政府军予以还击,导致八名学生死亡。³⁰2016年,沙特阿拉伯领导的联军轰炸了也门萨那唯一的一所盲人学校,因为一群胡塞武装叛乱分子曾在该校驻扎。炸弹穿透了建筑,射入十名儿童正在睡觉的楼层,但没有爆炸。此次空袭导致两名工作人员、一名学生、一名当地居民和一名胡塞武装警卫受伤。³¹2009年,阿富汗政府部队在丹德-古里地区的一所学校开学期间袭击塔利班部队,学生惊慌失措,四下逃窜,其中一人被弹片击中受伤。³²

师生安全因武装部队在校内驻扎而面临危险

师生安全还会因靠近武器和弹药、身体虐待和性虐待、强迫劳动以及武 装团体招募而面临风险,而这些后果都是由于武装部队在校内驻扎导致的。

例如,在也门塔伊兹,政府兵于2011年底占领了高级健康科学研究所的部分校舍。他们经常在开学时从学校开火,并在有师生反对其驻扎的情况下

²⁹ 例如,2012年,据南苏丹机构间常设委员会教育小组估计,在一所设有八间教室的小学被占用一段时间后,开展修复工作,更换门窗、家具和学习材料,并重新挖掘坑式厕所,所需成本约为6.7万美元。Global Education Cluster, South Sudan, "Briefing Note: Occupation of Schools by Armed Forces", 2012.

³⁰ HRW, No Place for Children: Child Recruitment, Forced Marriage, and Attacks on Schools in Somalia, 2012, pp. 67-68.

³¹ 人权观察实地访问和访谈, 2016年1月6日。作者存档。

³² 人权观察与学校官员的访谈,阿富汗波勒霍姆里,2016年4月24日。作者存档。

用武器瞄准反对者。³³—名22岁的学生讲述道,"我们试着专心学习,忘记学校里有安全部队,但他们每天都在射击,令我们惴惴不安。"³⁴该校师生说,他们相信安全部队曾在校门口射杀了一名来为儿子注册入学的男子。³⁵—周后,一名宿舍门卫在政府军和反对派作战人员的交火中丧生。³⁶

本文作者曾询问泰国南部的一名12岁男童他所在学校的士兵是否携带武器,这名男童立即答道,士兵的突击步枪型号是"M-16",还说他被允许触摸枪支但不能携带。³⁷

在一些情况下,占用学校的作战人员会强迫师生工作,甚至招募他们加入部队。例如,刚果民主共和国一个村庄的学校被M23叛军使用,该村的官员告诉人权观察: "M23叛军经常要求教师帮助他们找水、砍树、做杂务。我请教授对缺课现象做出解释,他们就向我讲述了被M23叛军带走,帮助其修建营地的情况。" 38

驻扎在菲律宾一所学校的士兵要求儿童供其差遣办事。学校官员讲述了一位家长的抱怨:这名家长的孩子帮士兵购物,但士兵认为找零有误,就威胁要射杀孩子。军方否认了这一事件。³⁹在索马里,青年党激进分子系统性地利用学校作为招募场所,挑选他们认为适合担任作战人员、从事家务的儿童或强迫婚姻和性行为的对象。⁴⁰

因此,学校内存在作战人员,可能会导致师生遭受各种侵犯人权的行为。

撤离学校后安全风险仍然存在

即使部队已经撤离学校,风险也可能仍然存在。本文作者于2013年7月 访问刚果民主共和国的一所学校时,厕所处于关闭状态,因为技术人员在厕

³³ 人权观察与五名学生和三名教师的多次电话访谈,也门塔伊兹,2011年10月22日至23日。

³⁴ 人权观察与学生的电话访谈,也门塔伊兹,2011年10月23日。

³⁵ 人权观察与师生的多次电话访谈,也门塔伊兹,2011年10月22日至23日。

³⁶ 人权观察与两名教师和一名医生的多次电话访谈,也门塔伊兹,2011年10月25日至26日。

³⁷ 人权观察与学生的访谈,泰国北大年,2010年3月30日。作者存档。

³⁸ 人权观察与刚果民主共和国戈马市市长的访谈,2013年6月28日。

³⁹ HRW, "Philippines: Soldiers on the School Grounds: Armed Forces Should Cease Military Use of Schools", press release, 30 November 2011.

⁴⁰ HRW, above note 30.



所内发现了火箭炮和数箱弹药,显然是此前临时占领学校的刚果(金)军队 所遗留的。技术人员花了七个月才消除危险。⁴¹2014年,人权观察研究人员 在乌克兰一所学校的场地上发现了几颗未爆炸地雷,显然是在装有地雷的卡 车停在校园内并遭到攻击时,从卡车上弹射出来的。⁴²因此,与学校被实际 占用的时间相比,武装部队驻扎学校对学生构成的危险以及造成学生无法学 习的时间可能会持续更久。

人学率、出勤率、返校率和升级率降低

将学校用于军事用途可能会阻碍学生入学。在受印度毛派游击队冲突影响的农村地区,一位学校校长告诉本文作者,政府原本批准在学校增设宿舍并提供奖学金,以便200名失学女童能够入学,但学校里出现了十名准军事警察,破坏了这一目标:

这些女童的父母不希望孩子在警察驻扎时来校上课……也许他们认为可能会发生不当性行为或性虐待……我想开办这所寄宿学校,是因为这会使女童和当地村民受益,但由于这些警察,我无法开办学校,这对于处于弱势地位的女童来说是一种打击。⁴³

与未受冲突影响国家的学生相比,冲突地区小学入学儿童中途辍学的可能性要高20%。⁴⁴将学校用于军事用途可能是导致学生过早辍学的因素之一。例如,在阿富汗比比艾纳高中,在阿富汗安全部队于2016年1月占领该校之前,有1170名男童入学。一名学校官员告诉人权观察,虽然安全部队并未明令禁止学生来校,但邻近的军事阵地经常发生枪战,令大多数学生望而生畏。⁴⁵

学生的升级升学也会受到影响。在印度的一所高中,政府原本已批准学 校扩张,开展中等教育最后两年的教学,为学生升入高等教育阶段做准备。

⁴¹ 人权观察访问刚果(金)布韦雷马纳研究所,2013年7月11日。

⁴² 人权观察的访谈与访问, 2014年10月。

⁴³ 人权观察与校长的访谈、印度比哈尔邦、2009年6月14日。

⁴⁴ UNESCO, Education For All Global Monitoring Report - The Hidden Crisis: Armed Conflict and Education, 2011, p. 132.

⁴⁵ 人权观察与学校官员的访谈,阿富汗波勒霍姆里,2016年4月24日。

然而,当本文作者访问时,由于准军事警察在校内驻扎,造成空间限制,这些额外课程仍未开始。一位在读最后一年的学生说希望继续学习,但即使是距离最近的开设高年级课程的学校也需要超过一个小时的路程,而且学费高昂,令人望而却步:"如果有钱的话,我就会去那所学校。但我没有钱,所以就无法继续学业了。"⁴⁶

社会心理问题

士兵在校内驻扎,会令师生感到恐惧和焦虑。⁴⁷在中非共和国一所被作战人员部分占用的学校,一名学生告诉人权观察: "我害怕上学,害怕〔作战人员〕会攻击我。我经常问自己: '我还应该去上学吗?这值得我冒险吗?'"⁴⁸

除了学生,教师在这种情况下也会在上班时感到紧张不安。由于教师分心或焦虑,教学质量可能会下降。在泰国南部一所被政府部队部分占领的学校,一位母亲告诉本文作者:"老师没有专注于教学。"⁴⁹

过度拥挤

在一所学校被用于军事目的,迫使学生离校的情况下,附近接收这些学生的学校就会产生过度拥挤的问题。在泰国的一个村庄,政府部队进驻一所学校后,几乎所有儿童均撤出该校,其中许多人转入了距离最近的公立学校。而这所学校的教室不足以容纳突然增多的学生,从而迫使学生轮流使用教室。50

另外,如果学生必须与士兵共用学校设施,也会出现过度拥挤的情况。 本文作者曾访问了印度的一所学校,由于准军事警察进驻学校占用了部分 设施,700名学生只能在仅余的三间教室中学习。教室内座椅短缺,空间

⁴⁶ 人权观察与学生的访谈,印度比哈尔邦,2009年6月12日。

⁴⁷ See also M. C. Brooks and E. Sungtong, above note 2.

⁴⁸ 人权观察与学生的访谈,中非共和国纳贾,2017年1月24日。

⁴⁹ 人权观察与家长的访谈,泰国北大年,2010年3月30日。

⁵⁰ 人权观察与军官的访谈、泰国北大年、2010年3月27日。



狭小,甚至无法坐下。一名学生说:"如果坐在地上,就很难写字、记笔记。"⁵¹她的同学补充道:"如果全体学生都在校,我们就会被迫坐在户外烈日下。"⁵²

替代场所的教育质量较差

有时,针对被迫离校的学生,可以找到替代解决方案,但通常来说,本 文作者所调研的替代场所的教育质量似乎都比原校更差。

在巴基斯坦,斯瓦特地区教育部门报告称,军队于2016年9月占领了一所男校——奥兹巴卡政府小学。上课地点改到户外,而当地气温可能会降至零度以下。⁵³在乌克兰,许多因学校被用于军事用途而无法上学的学生转而采用远程学习的方式。教师在学校或学生家里布置、收集作业,然后通过电话、电子邮件和Skype回答学生的问题。学生和教师都承认,较之课堂学习,远程学习的教育质量更差。⁵⁴

性别影响

研究表明,在受冲突影响的国家,女童的教育成果通常比男童差,⁵⁵而且在学校被占领后,女童往往会辍学。原因之一是害怕遭到校内士兵的性虐待。例如,在也门的一所学校,据学校官员称,家长抱怨不会再让女儿到校注册,"因为让女儿和士兵同在学校,是非常敏感的问题"。⁵⁶

泰国南部的一名10岁女童告诉本文作者,她不喜欢和学校里的士兵说话: 我害怕〔士兵〕,因为士兵很容易发怒。他们喜欢抱孩子,这对男孩来说没关系,但对于女孩来说,我们是不能让男性触摸身体的。

⁵¹ 人权观察与学生的访谈,印度比哈尔邦,2009年6月12日。

⁵² 同上注。

⁵³ Swat Education Department, "Wholly Illegally Occupied Schools", September 2016, available at http://sed.edu.pk/wp-content/uploads/2016/10/Wholly-Occupied-Sept-2016.pdf.

⁵⁴ HRW, Studying Under Fire: Attacks on Schools, Military Use of Schools during the Armed Conflict in Eastern Ukraine, February 2016, pp. 52-55.

UNESCO, EFA Global Monitoring Report 2011, 2011, pp. 132-133.

⁵⁶ 人权观察与学校官员的访谈,也门萨那,2012年3月26日。

士兵还问我是否有姐姐,并询问她们的电话号码,我很不高兴。57

一位将女儿带离这所学校的母亲说:"比起男童,这对女童来说更危险,因为现在女童成长得很快。我害怕士兵会让这些女童怀孕。"⁵⁸

但是,在学校被用于军事目的期间,不仅仅是女童会因其性别而面临危险,男童也极易受到特定问题的影响。军队可能会怀疑男童掌握了关于叛乱团体的情报或可能同情这些团体,还会盘问男童来往于该地区的人员或当地居民的情况。⁵⁹

防止将学校用于军事用途的法律和政策先例

许多国家已经通过立法、判例和军事条令、法律、政策、培训和实践来 实施保护措施,以应对将学校用于军事用途的做法。尽管世界各地均有相关 例证,但大多数实例还是来自南半球和近期经历武装冲突的国家。⁶⁰

2004 年,当英国卷入阿富汗和伊拉克战争时,国防部发布了最新的《武装冲突法手册》,禁止在非国际性武装冲突期间对不用于军事目的的文化财产开展敌对行动,但该手册指出"更好的一项推论是法律还禁止……将文化财产用于可能使其在武装冲突中遭到破坏或损害的目的,除非不存在其他可行的手段替代这种用途"。该手册对文化财产的定义中包括专门用于教育的机构。⁶¹

2010年, 当哥伦比亚武装部队与两个反叛运动作战时, 该国军队总司令发布命令指出:

如指挥官占领或允许其部队占领公共机构(例如包括高校〔和〕学

⁵⁷ 人权观察与学生的访谈,泰国北大年,2010年3月30日。

⁵⁸ 人权观察与家长的访谈,泰国北大年,2010年3月30日。

⁵⁹ 例如,人权观察与学生的访谈,印度比哈尔邦,2009年6月12日,与教师的访谈,印度恰尔肯德邦,2009年6月2日。

⁶⁰ 关于以往实例,见HRW, above note 4.

⁶¹ UK Ministry of Defence, Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, 2004, para. 15.18.



校在内的教育机构),而对未成年人的保护引发迫在眉睫的风险,显著影响履行并尊重未成年人权利的保障,则这一行为构成严重罪行。⁶²

2012年,南苏丹武装部队发布了一项命令,称占领学校的行为"应遭到强烈谴责",违反了国内法,并补充指出"你们剥夺了儿童急需的教育。"该命令列出了八所被占用的学校,并命令占用人员撤离,否则就威胁采取"严厉的惩戒行动"。⁶³第二年,又发布了两项命令禁止"占用学校",并概述了对违反者可能实施的制裁措施,包括将其移交给普通军事法庭和民事刑事法庭。⁶⁴

2013年5月,刚果民主共和国国防部长向所有刚果军队成员发出指令,命令任何因犯下出于军事目的征用学校之罪行的人员"将面临严厉的刑事制裁和纪律处罚"。⁶⁵2019年,菲律宾将"占领"学校(即使是因武装冲突而暂时被社区废弃的学校)的行为定为犯罪,这似乎是全球首部此类法律。依照该法规定,犯有此罪之人将处以14~20年有期徒刑,并处罚款。⁶⁶近年来,在各类冲突持续的背景下,菲律宾的许多学校一直被军队占领。⁶⁷

卷入冲突的非国家武装参与方也认识到制定政策以防止将学校用于军事用途的价值。2014年,叙利亚自由军武装团体公布"禁止将学校军事化的官方立场",全力支持"所有学校去军事化",并承诺对违反这一原则的成员进行问责。⁶⁸叙利亚反对派和革命力量全国联盟也于2014年官布其有责任避

⁶² General Commander of the Military Forces, above note 24.

⁶³ Order of Lieutenant-General Obuto Mamur Mete, Deputy Chief of General Staff for Moral Orientation, 16 April 2012.

⁶⁴ General Order of General James Hoth Mai, Chief of General Staff, 14 August 2013.

⁶⁵ Minister of Defence Alexandre Luba Ntambo, Ministerial Directive on the Implementation of the Action Plan, No. VPM/MDNAC/CAP/0909/2013, May 2013.

⁶⁶ Act Providing for the Special Protection or Children in Situations or Armed Conflict and Providing Penalties for Violations Thereof, Republic Act 11188, 10 January 2019, Sections 5(e), 9(b)(9).

⁶⁷ See, for example, HRW, "Philippines: Soldiers on the School Grounds", news release, 30 November 2011; Jake Scobey-Thal, "We Told the Children Not to Enter", Inter-Agency Network for Education in Emergencies, 31 January 2012; B. Sheppard, above note 15.

⁶⁸ Declaration signed by President of Syrian Opposition Coalition and Chief of Staff of Supreme Military Council, Free Syrian Army, 30 April 2014.

免利用学校支持军事行动。 ⁶⁹2018年,伊拉克的两个非国家武装参与方承诺 "不将学校或任何其他用于提供教育的建筑用于军事目的,以避免对儿童和 教育工作者造成伤害"。 ⁷⁰实际上,一些非国家武装参与方已经签署了非政 府组织"日内瓦呼吁"制定的关于保护儿童的《承诺契约》,其中载有"避 免将学校用于军事目的"的承诺。 ⁷¹

保护学校免于用作军事用途的问题不仅出现在战争期间,也越来越多地出现在武装冲突停止期间。在苏丹与苏丹人民解放运动于2002年达成的和平协议中,双方承诺"避免通过利用……学校掩护原本合法的军事目标……而危及平民安全"。⁷²2006年尼泊尔政府与毛派叛乱分子签署的结束内战和平协议中包括双方的一项承诺:"立即停止占领和使用教育机构等行动……且不再通过会对学校产生不利影响的方式设立军营"。⁷³2011年,部长会议宣布所有学校为"和平区",教育部颁布了关于让学校远离武装活动的指导方针,进一步巩固了这种保护。⁷⁴缅甸政府与各民族武装团体于2015年达成的停火协议包含一项条件,即各方避免将学校用作"军事前哨或营地","避免限制受教育权",并避免"采取可能导致学校被毁的行动"。⁷⁵阿富汗政府与塔利班于2019年7月达成的所谓"和平路线图"承诺"确保"学校和穆斯林学校等公共机构的"安全",并"尊重学校和高校等教育机构"。⁷⁶

⁶⁹ National Coalition of Syrian Revolution and Opposition Forces, Declaration of Commitment on Compliance with IHL and the Facilitation of Humanitarian Assistance, 2014.

⁷⁰ Ezidkhan Protection Forces, Declaration on the Commitment to Respect Humanitarian Norms during and in the Aftermath of Armed Conflict or Military Operations, 12 December 2018; Ninewa Guards, Declaration on the Commitment to Respect Humanitarian Norms during and in the aftermath of Armed Conflict or Military Operations, 12 December 2018. 英文译本由"日内瓦呼吁"向作者提供。

⁷¹ Geneva Call, Deed of Commitment under Geneva Call for the Protection of Children from the Effects of the Armed Conflict, 2010.

⁷² Agreement between the Government of Sudan and Sudan People's Liberation Movement to Protect Non-Combatant Civilians and Civilian Facilities from Military Attack, 2002, Art. 1.

⁷³ Comprehensive Peace Agreement concluded between the Government of Nepal and the Communist Party of Nepal (Maoist), 2006, Art. 7.5.4.

⁷⁴ Decision of the Government of Nepal, 25 May 2011; Ministry of Education, "Schools as Zones of Peace National Framework and Implementation Guideline", 2011.

⁷⁵ Nationwide Ceasefire Agreement between the Government of the Republic of the Union of Myanmar and Ethnic Armed Organizations, 2015, Sections 5, 9.

⁷⁶ Resolution of Intra Afghan Peace Conference, Doha, Qatar, 8 July 2019, provisions 5(b-c).



国际社会对保护学校免于用作军事用途的关注

根据本文作者可以确认的资料,将学校用于军事用途的行为最早引起联合国安理会的关注,是在2000年。当时,联合国秘书长关于儿童与武装冲突的报告中曾有寥寥数语提及科索沃的学校"被交战各方作为兵营",从而受到损害。⁷⁷直到2006年,此问题终于得到安理会的明确关注,秘书长称科特迪瓦亲政府民兵"查封和强占学校引起人们的严重关切",指出尼泊尔冲突双方"利用学校楼房作为军队的营房或临时住所""妨碍……儿童接受教育",并指出以色列国防军"占领"了一所学校并"用了"另一所学校"作为拘留中心和射击阵地,造成大面积损坏"。⁷⁸随后,秘书长的报告开始更加一贯地关注这一问题,并于2011年实现常态化,安理会请秘书长"继续监测和报告违反国际人道主义法将学校……用于军事目的……的情况"。⁷⁹此后,安理会两次呼吁联合国国家一级的工作队"加强监测和报告把学校用作军事用途的行为"。⁸⁰

与此同时,自2010年以来,联合国大会开始不时对这种做法做出回应, 有时明确提到将学校用于军事用途不仅会违反国际人道法下的义务,还会违 反国际人权法所规定的义务。⁸¹

⁷⁷ 联合国秘书长,《儿童与武装冲突》,联合国第S/2000/712号文件,2000年,第15页。

⁷⁸ 联合国秘书长、《儿童与武装冲突》,联合国第S/2006/826号文件,2006年。

⁷⁹ 联合国安理会第1998号决议,联合国第S/RES/1998 (2011)号文件, 2011年7月12日, 第4段。

⁸⁰ 联合国安理会第2143号决议,联合国第S/RES/2143 (2014)号文件,2014年3月7日,第18 (d) 段,联合国安理会第2427号决议,联合国第S/RES/2427 (2018)号文件,2018年7月9日,第16 (d) 段。

⁸¹ 联合国大会关于《紧急情况中的受教育权利》的决议,联合国第A/64/L.58号文件,2010年6月30日("〔大会〕提醒武装冲突各方根据国际法规定的义务不要把包括教育机构在内的民用物体用于军事目的……敦促武装冲突各方履行国际法各项义务,特别是国际人道主义法和国际人权法规定的义务,包括……尊重诸如教育机构等民用物体);《儿童权利》,联合国第A/RES/70/137号文件,2015年12月7日("大会……表示关切在违反适用国际法情况下将学校用于军事用途也可能影响儿童和教师的安全及儿童受教育权,并鼓励各国加强努力,以防止在违反国际法情况下将学校用于军事用途;〔并〕促请……国家避免采取会阻碍儿童接受教育的行动");《加强联合国紧急人道主义援助的协调》,联合国第A/RES/72/133号文件,2017年12月11日,第38段("〔大会〕重申人人拥有受教育的权利……〔并〕强烈谴责违反国际人道主义法……将学校用于军事目的");和《联合国全球反恐战略审查》,联合国第A/RES/72/284号文件,2018年7月2日,第33段("〔大会〕谴责在把民用物体、特别是在学校……用于军事目的,例如发动袭击和储存武器时,未能采取一切可行的预防措施来保护平民和民用物体免遭袭击的影响")。

2015年发生了两件可能会进一步推动国内法律和政策工作的事件。首先,5月29日,在挪威奥斯陆举行的一次国际会议上,《安全学校宣言》开放供各国批准。宣言包括关于实施《保护学校指南》的承诺。其次,6月17日,联合国安理会一致通过决议,"深切关注违反有关国际法将学校用于军事用途有可能使学校成为攻击目标,危及儿童的安全",并"鼓励会员国采取具体措施,阻止武装部队和武装团体使用学校"。⁸²

此后,将学校用于军事用途的情况出现了减少的迹象,令人鼓舞。根据联合国秘书长向安理会提交的关于儿童与武装冲突的年度报告,自2015年以来,经联合国核实,全球各地将学校用于军事用途的事件数量每年都在不断减少。在秘书长报告所列出的12个批准该宣言的国家中,自2015年至2018年,其政府部队使用学校的事件整体降幅超过三分之一。⁸³关于儿童与武装冲突的年度报告并非旨在涵盖所有将学校用于军事用途的事件,但这种下降趋势仍然尤为令人鼓舞,因为在同一时期,对该现象的监测也得以改善,而这往往至少在最初会使违规行为看似增多。

同样,保护教育免受攻击全球联盟分析发现,2015年至2018年,在2015年批准《安全学校宣言》的12个受冲突影响国家中,将学校和高校用于军事用途的上报事件总数已经减少,从2015年联合国、非政府组织和媒体来源报告的至少160起降至2018年的至少80起。84

近年来,国际社会对将学校用于军事用途的关注对国内政策造成了强烈影响。⁸⁵挪威于2015年批准《安全学校宣言》后,该国国防部宣布,在挪威领土发生武装冲突的情况下,针对武装部队所属但由当地居民使用的物体

⁸² 联合国安理会第2225号决议,联合国第S/RES/2225 (2015)号文件,2015年6月18日。另见联合国安理会第2427号决议,联合国第S/RES/2427 (2018)号文件,2018年7月9日。

⁸³ 对作者和亚历克斯·弗思的报告的分析。

⁸⁴ 保护教育免受攻击全球联盟发现,在12个国家中,有6个国家(阿富汗、中非共和国、伊拉克、尼日利亚、索马里和南苏丹)的事件数量有所减少;两个国家(巴勒斯坦和苏丹)报告的事件数量保持不变;只有尼日尔报告的事件数量同期出现增长。肯尼亚、黎巴嫩和莫桑比克关于将学校用于军事用途的报告很少且很罕见,因此保护教育免受攻击全球联盟无法确认这些国家在2015~2018年期间的增减情况。GCPEA, "Practical Impact of the Safe Schools Declaration: Fact Sheet", October 2019.

^{85 《}安全学校宣言》也被非军事政府官员用作试图影响军方行为的工具。例如,见喀麦隆基础教育部长给极北省省长的信,2017年11月30日,见HRW,above note 4。



(有时包括教育设施)的租赁协议将包含解除条款。⁸⁶在撰写本文时,挪威正在修订其《武装冲突法手册》,为进一步具体实施《安全学校宣言》的承诺提供机会。

在中非共和国批准《安全学校宣言》之后,联合国驻中非维和特派团于2015年发布指令,直接复制了《保护学校指南》的大部分文本,并指出"不允许冲突任一方使用学校或高校"。⁸⁷2015年和2016年,维和人员撤离了其占用的学校,还曾拒绝了将学校用于住宿的提议。⁸⁸此外,该指令强调了保护学校免于用作军事用途对于维和特派团的重要性,2016年,特派团成功腾空了该国被武装团体占领的五所学校。⁸⁹

丹麦于2016年9月发布了首份《丹麦武装部队参与国际行动相关国际法之军事手册》,随后于2017年5月批准了《安全学校宣言》。该手册指出"有必要……限制军队使用儿童机构,包括……学校"。⁹⁰该手册的英文译本经丹麦认可后于2019年3月发布,其中有脚注援引《安全学校宣言》,作为这一主张的来源。

2017年7月,苏丹武装部队向各师团颁布命令,禁止将学校用于军事用途,并下达了关于冲突活跃地区学校的指导意见。⁹¹2019年,新西兰国防军发布了更新版《武装部队法手册》,其中在保护和尊重学校以及规制学校占用的章节引用了《安全学校宣言》的《保护学校指南》。⁹²2011年,新西兰

⁸⁶ Ine Eriksen Søreide, Norwegian Minister of Defence, quoted in Ministry of Foreign Affairs, Report of the Oslo Conference on Safe Schools, Oslo, 2015, p. 19.

⁸⁷ Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic (MINUSCA), "Directive on the Protection of Schools and Universities against Military Use", MINUSCA/OSRSG/046/2015, 24 December 2015.

^{88 2016}年8月,时任职于联合国驻中非多层面综合稳定特派团的孟加拉国海军少校塔斯努瓦·阿南在挪威、塞拉利昂和赞比亚政府以及保护教育免受攻击全球联盟于亚的斯亚贝巴组织的关于在非洲武装冲突期间加强武装部队在保护教育免遭攻击、保护教育机构免于用作军事用途方面所发挥作用之研讨会上的发言。

⁸⁹ GCPEA, Report of the Addis Ababa Workshop on Strengthening the Role of Armed Forces in the Protection of Education from Attack and Educational Institutions from Military Use during Armed Conflict in Africa, 2017, p. 10.

⁹⁰ Danish Ministry of Defence, Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations, September 2016, pp. 87, 73, 195, 422.

⁹¹ HRW, above note 4

⁹² New Zealand Defence Force, Manual of Armed Forces Law: Law of Armed Conflict, DM 69, 2nd ed., Vol. 4, 8 January 2019, Section 14.8.3.

国防军与人权观察分享了条款的早期草案,明确提出了保护学校免于用作军事用途的新建议。⁹³该草案文本与参与《保护学校指南》起草进程的专家进行了分享,并对该指南的终稿产生了影响。⁹⁴《安全学校宣言》对瑞士军事政策的影响似乎是较为显著的。就在第二届安全学校国际会议于阿根廷召开前夕,瑞士政府公布了瑞士武装部队武装冲突法手册的更新草案,增加了保护学校免于用作军事用途的明确措辞,随后于2019年5月1日将增补草案定稿。同月,第三届安全学校国际会议在西班牙召开,各国齐聚一堂,讨论该宣言中相关承诺的执行情况。⁹⁵

2019年3月定稿的《黎巴嫩境内巴勒斯坦国家安全部队行为守则》也显示了《安全学校宣言》周边进程的影响。例如,该守则包括对"学校和高校"的"特殊保护"。"学校和高校"这一短语体现了《保护学校指南》中的表述,尽管黎巴嫩境内的巴勒斯坦难民营中并无高校。⁹⁶

受《安全学校宣言》影响,新的保护措施有可能很快出台。意大利、卢森堡和斯洛文尼亚已宣布计划更新其军事手册和条令,以实施《安全学校宣

⁹³ Letter from Brigadier Kevin Riordan, Director-General, Defence Legal Services, New Zealand Defence Forces, to Bede Sheppard, HRW, 21 April 2011, available at https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/schools-newzealand.pdf; see also HRW, Schools and Armed Conflict: A Global Survey of Domestic Laws and State Practice Protecting Schools from Attack and Military Use, 2011.

⁹⁴ 例如,可将指南第4条与手册草案的建议进行比较。该建议提出,如果敌对部队使用学校的行为将学校变为军事目标,则"新西兰部队指挥官应尽可能要求敌对部队在合理时间内停止将该校舍用于军事用途,并且只有在敌对部队未能停止的情况下方可攻击目标……如计划攻击的军事目标是失去保护的教育机构,或包含此类机构之时,新西兰部队指挥官需在选择攻击手段和方法时采取一切可行的预防措施,以避免或尽量减少对此类机构造成的附带损失,并且在与攻击整体预期的直接军事利益相比,对此类机构所造成的损害过分时,不得进行攻击。"本文作者还参与了协助指南起草工作的专家咨询,可以证明新西兰手册草案对起草进程的影响。

⁹⁵ Swiss Armed Forces, Rechtliche Grundlagen fur das Verhalten im Einsatz (Military Manual on Behaviour during Deployment), 2005, addition of 1 May 2019, translation in English available in HRW, above note 4: "应特别谨慎对待教育机构……应避免将其用于军事用途。"

⁹⁶ Palestinian National Security Forces in Lebanon, Code of Conduct, 20 March 2019, Part 6, Art. 5:"巴勒斯坦国家安全部队领导层致力于在武装暴力和冲突期间保护……学校和高校。同样,应始终保持……教育机构的民用性质。不应容忍对此类机构发动攻击的行为,应采取具体措施避免将此类机构用于军事用途。"英文译本由"日内瓦呼吁"提供给本文作者。关于在黎巴嫩保护学校免于用作军事用途的另一项努力,见2017年初巴勒斯坦敌对派别之间发生数天战斗之后(在此期间,近东救济工程处的一些学校被占领)在黎巴嫩艾因赫勒韦难民营开展行动的巴勒斯坦武装团体向联合国近东巴勒斯坦难民救济和工程处(近东救济工程处)提供的书面保证,称其不会侵犯近东救济工程处设施的中立性,HRW, above note 4.



言》保护学校免于用作军事用途的承诺。⁹⁷2018年12月,尼日利亚联邦教育部组织了由非政府组织、联合国机构和其他参与方组成的工作组,参照尼日利亚批准的《安全学校宣言》,向国防部提交了针对该国《武装部队法》的拟议修正案。该修正案如果成为法律,将禁止武装部队征用用于教育目的的建筑物或场所。⁹⁸2019年初,马里教育部成立了负责落实《安全学校宣言》的技术委员会,其中包括两名来自国防部的代表。⁹⁹

2015年以来,明确保护学校免于用作军事用途之法规的编纂速度似乎前所未有。¹⁰⁰但即使《安全学校宣言》在某种程度上是这些工作背后的推动力,为学校选择采用的保护类型也存在很大差异,包括完全禁止将学校用于军事用途、按照《安全学校宣言》的建议对军事用途进行监管,以及采取其他补充措施对此种做法加以阻止。《保护学校指南》敦促各国"确定最合适的方法"以"鼓励在整个指挥链中采取妥善做法",¹⁰¹为此,各国已经找到各种方法,包括军事条令、军事手册、军事命令、立法和直接宣传。起草或更新军事培训、条令和军事手册的国家应从迄今为止已经开展的工作中汲取灵感。

⁹⁷ Italy: Policy Commitments 207055 and 207069, World Humanitarian Summit, 2016; Luxembourg: Policy Commitment 213039, World Humanitarian Summit, 2016; and Slovenia: letter from Darja Bavdaz Kuret, State Secretary, Ministry of Foreign Affairs, Slovenia, to Tore Hattrem, State Secretary, Ministry of Foreign Affairs, Norway, 12 April 2016.

Proposed Amendment to Armed Forces Act, submitted by Ministry of Education-led Education in Emergencies Working Group Nigeria to Minister of Defence, 5 December 2018, Section 216(3) ("不得征用用于教育目的或供学校管理人员住宿的任何场所或建筑物或其部分,或教育机构的车辆和其他设施"), in letter from Nkiru Cynthia Osisioma, Deputy Director, Federal Ministry of Education, to Minister of Defence, 5 December 2018. On file with author.

⁹⁹ Letter from Minister of Education to cabinet ministers and others, No. 0501/MEN/SG, 19 March 2019; Ministry of Education, Decision No. 2019-000481-MEN-SG, 22 February 2019. Both on file with author.

¹⁰⁰ 作者对保护学校或高校免于用作军事用途之具体措施的日期的分析,由作者为人权观察收集,above note 4

¹⁰¹ Guidelines for Protecting Schools, above note 3, Guideline 6.

结论

许多国家,包括目前或近期卷入武装冲突的国家,都已选择明确禁止或规制其武装部队使用学校的行为。这一事实表明,可以在保护学校的同时满足军事需求。将学校用于军事用途会如何危及师生安全并阻碍学生行使受教育权的实例说明了应尽可能采用此类替代方案的原因。既然世界上超半数的国家已批准《安全学校宣言》,并承诺采用《保护学校指南》,"尽可能在适当情况下将其纳入国内政策和行动框架",¹⁰²则应能预计在未来几年内,在阻止将学校用于军事用途的具体措施方面,会出现更多相关实例。进一步批准该宣言,尤其是本国武装部队近年来在国内外冲突中或作为维和人员将学校或高校用于军事目的的其余国家批准该宣言,似乎是极具价值的举措。但只有通过实施《安全学校宣言》和其他具体措施阻止将学校和高校用于军事用途,未来世世代代的学生才能够在更加安全的环境中学习。

¹⁰² Safe Schools Declaration, above note 3, first commitment.

问答:武装冲突及其他暴力局势中红十字国际委员会有关儿童的工作

对话红十字国际委员会全球儿童保护工作 顾问莫妮克・南尚*

摘 要

诸多法律体系均对战争及其他暴力局势下的儿童保护有所规定,这为 红十字国际委员会助益儿童的若干行动提供了法律框架,特别是在委员会 负有明确职责,以及违反国际人道法行为致使脆弱性加剧的地区。红十字 国际委员会助益儿童的行动源于1949年日内瓦四公约及其1977年附加议定 书所赋予的职责、《国际红十字与红新月运动章程》以及红十字与红新月 国际大会决议。虽然红十字国际委员会本身并非儿童保护机构,儿童保护 也不是委员会所开展的单项行动,但对于红十字国际委员会开展的行动而 言、儿童保护是十分重要的组成部分、特别是在武装冲突加剧儿童脆弱性

^{*} 本次访谈由《红十字国际评论》主编埃伦·波莉钦斯基与专题编辑克维托斯拉娃·克罗蒂乌克于2019 年6月6日在日内瓦进行。

的情况下。红十字国际委员会全球儿童保护工作顾问莫妮克·南尚在此次 与《红十字国际评论》的访谈中,对为将儿童保护纳入红十字国际委员会 主流工作而作出的各项努力进行了探讨,并揭示了在为受冲突及其他暴力 局势影响的儿童开展保护与援助行动这一过程中所面临的各种挑战。

关键词: 儿童, 武装冲突, 儿童兵招募, 教育机会, 拘留, 国际人道法, 重建家庭联系, 城市暴力, 儿童参与。

.

"儿童"所指代的群体乍看之下显而易见,但事实上, 国际法与各国及人道组织相关政策所提供的某些特定保护中涉及的年龄标准并不统一。根据红十字国际委员会 的理解,哪些人属于"儿童"?

根据《儿童权利公约》的规定,"儿童"系指18岁以下的任何人,因此 红十字国际委员会也将所有不满18岁的人视为儿童。「这一群体在国际人道 法与国际人权法下均享有特别保护。诚然,在有些国家和地区,一般认为童 年早在18岁之前就已终结。当一个人显现出青春期的最初特征,如下颌生出 第一根胡须之时,可能就已被当作成人看待。但是,就红十字国际委员会的 行动而言,儿童指的是所有18岁以下的人。

儿童保护如何成为了红十字国际委员会工作中的一个特殊类别?

红十字国际委员会开展一系列助益儿童的行动,特别是在违反国际人道 法行为可能会加剧儿童脆弱性的受冲突影响地区。

^{1 《}儿童权利公约》, 1989年11月20日, 第1条。



红十字国际委员会并非儿童保护机构,但其40%的援助与保护行动受益人均为儿童。就红十字国际委员会在全球范围内开展的所有行动而言,从为受冲突影响人群提供安全洁净水和医疗服务,到提升武器污染方面的认识,再到旨在保护平民居民的营养项目与活动,许多儿童都从红十字国际委员会所提供的支持当中获益。因此,关注儿童群体的特殊需求与脆弱性,并相应调整应对行动,是十分关键的。当然,也不应低估儿童保持希望的惊人能力及其复原力。就我们的工作中所遇到的违反国际人道法的行为而言,有些专门针对儿童产生影响,招募儿童兵就是一例。因此,要应对此类具有挑战性的问题,我们就必须做好充分准备。

此外,在与儿童进行沟通时,无论是为了更好地了解其需求,还是寻找他们的父母,亦或是帮助他们回到原籍社区,都需要特殊的工作技巧和方法。对此,红十字国际委员会采取积极措施,确保其为儿童开展的行动均经过调整,以儿童友好的方式开展,并符合"儿童最大利益"原则。²我们的首要任务是,将儿童保护纳入红十字国际委员会的主流工作,同时主要专注于我们现有的专业技能。

红十字国际委员会在开展儿童保护行动时,适用并援引 了哪些法律文件及标准?

关于武装冲突中的儿童待遇,1949年日内瓦四公约及其两个附加议定书以及习惯国际人道法包含了许多清晰、明确的义务,这些规范是红十字国际委员会儿童保护工作的核心。3此外,红十字国际委员会还援引了一系列

² 见上注,第3条。考虑儿童最大利益的原则由习惯国际人道法规范加以补充,相关规范认为儿童有权获得特殊尊重和保护。见让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克编,《习惯国际人道法:第1卷:规则》,英文版于2005年出版,红十字国际委员会与剑桥大学出版社,中文版由红十字国际委员会组织编译,于2007年出版,红十字国际委员会与法律出版社(以下简称红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》),规则135,载:https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1_rul_rule135(所引全部网络链接于2019年10月香阅)。

³ 关于国际人道法为儿童所赋予特殊尊重和保护的概述,见Sylvain Vité, "Protecting Children during Armed Conflict: International Humanitarian Law", *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 5, No. 1, 2011。另见红十字国际委员会《习惯国际人道法研究》,前注2,规则135。

人权方面的重要条约对上述国际人道法所提供的保护进行补充,最主要包括 《儿童权利公约》《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定 书》以及《非洲儿童权利与福利宪章》等地区性文件。⁴

最后,如一国已经致力于实施额外标准,例如《关于与武装部队或武装团体有关联儿童的原则和准则》(《巴黎原则》)⁵《关于维持和平以及防止招募和使用儿童兵的温哥华原则》⁶以及《保护学校及高校在武装冲突期间免于用作军事用途的指南》⁷,红十字国际委员会可在与有关当局的对话中加入相关内容。

红十字国际委员会开展了哪些与儿童保护相关的行动?

红十字国际委员会有关儿童工作的战略提倡采用多学科方法,根据具体情况评估、分析和应对儿童需求。该战略重点关注的是贯穿我们为儿童及其家庭和社区所开展工作的四大重点问题:被拘留儿童、儿童兵招募、冲突和暴力对儿童教育机会的影响以及家人离散。

应对儿童和拘留问题是我们的优先要务之一。例如,可能会有儿童因其被控行为而在刑法框架下受到拘留,包括被控犯有盗窃等轻罪的初犯,以及因与武装团体有关联而被拘留的儿童。儿童也可能会随父母一同拘留(有些是母亲在拘留期间所生),还有许多儿童因迁移而被拘留。红十字国际委员会的目标是确保拘留条件能使儿童的特殊需求受到尊重,并符合国际公认的少年司法标准。必要时,红十字国际委员会将帮助被拘留儿童与家人之间重建联系。

⁴ 见《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》, 2000年5月25日, African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1 January 1990。

⁵ UNICEF, The Paris Principles: Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups, 2007, available at: www.refworld.org/docid/465198442.html.

⁶ Government of Canada and Roméo Dallaire Child Soldiers Initiative, The Vancouver Principles on Peacekeeping and Preventing the Recruitment and use of Child Soldiers, 2017, available at: www. vancouverprinciples.com/the-vancouver-principles/.

⁷ Global Coalition to Protect Education from Attack, Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict, 2014, available at: www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/guidelines_en.pdf.



另一项优先要务是应对儿童兵招募问题。在红十字国际委员会开展行动的一些国家和地区,我们目睹了儿童如何持续受到武装部队或武装团体的招募和利用。红十字国际委员会在与冲突各方的保密对话中也提出了这一问题,提醒各方负有不招募儿童兵的义务。在某些国家和地区,如刚果民主共和国,红十字国际委员会帮助曾与武装团体有关联的儿童返回原籍社区并重建生活。

应对冲突或其他暴力局势对儿童接受教育的影响是第三项重点工作。学生或教师可能会在校内或上学上班途中遇袭,而校舍本身也可能被用作非法招募儿童兵的场所,在攻击中成为攻击目标或遭到附带损害,还常常被用于军事目的。由此造成的教育中断会对儿童的未来产生严重影响。红十字国际委员会与有关当局及武器携带者就保护教育问题进行接触,对极易受到影响的学校提供支持,并倡导为被拘留儿童、国内流离失所儿童等弱势儿童提供受教育的机会。⁸

最后,应对家人离散问题也是我们在保护儿童方面的优先要务之一。武装冲突及其他暴力局势往往使得民众被迫突然逃离家园,从而常常导致儿童与亲人离散。根据国际人道法,红十字国际委员会负有帮助离散家人重建联系的职责。我们与各国红十字会和红新月会的合作伙伴一起,对无人陪伴的儿童进行登记,并尽最大努力寻找其父母——例如,前往儿童最后已知的地址,与流离失所社区领袖进行合作,或使用海报、在线寻人或广播信息等手段。在世界各地,我们已帮助数以万计因战争或迁移而离散的家庭成员之间取得电话联系,在南苏丹°或安哥拉¹⁰就开展了相关工作。儿童与家人团聚后,红十字国际委员会还继续进行回访,以评估其重新融入家庭和社区后的需求和生活状况。2018年,得益于红十字国际委员会的努力,840名儿童得

⁸ See also Geoff Loane and Ricardo Fal-Dutra Santos, "Strengthening Resilience: The ICRC's Community-Based Approach to Ensuring the Protection of Education", *International Review of the Red Cross*, Vol. 99, No. 905, 2018.

⁹ 见红十字国际委员会,《南苏丹: 2500名因战争而离散的民众通过电话重建联系》,2018年2月7日,载: www.icrc.org/zh/document/south-sudan-phone-call-reconnect-2500-people-separated-war-conflict。

¹⁰ 见红十字国际委员会,《安哥拉/刚果民主共和国:罗浮阿难民营的无人陪伴儿童讲述他们的故事》,载:www.icrc.org/zh/document/angoladrc-unacompanied-children-lovua-refugee-camp-share-their-stories。

以与家人团聚。¹¹委员会还开设了一个专门网站,使寻找失踪人员的亲属可以找到其他可能的搜寻方法的相关信息,并通过浏览与特定紧急局势有关的失踪人员姓名和照片进行在线寻人。¹²

上述四点就是我们所开展的儿童相关工作的具体优先要务(先后顺序与重要性无关)。与此同时,还有许多其他冲突相关问题对儿童造成影响,红十字国际委员会也在与武装冲突各方进行接触时予以提出。另外,由于儿童年龄小、体型小且相对不成熟,他们往往极易受到身心暴力的伤害。面对性暴力,儿童也未能幸免:或是可能直接受到影响,或在母亲遭到强奸之后出生,从而易于受到伤害,遭受污名化。

在开展保护弱势移民的工作时,我们遇到了可能面临上述部分问题的 儿童,例如与亲属失联或最终被拘留的儿童。他们可能会意识到自身处境恶 劣,可能遭受剥削、虐待和(或)贩运,并可能在获得医疗和教育等基本服 务方面面临挑战。

对受影响民众负责的概念是红十字国际委员会 2019~2022年机构战略的核心。其中一个部分是在规划 行动时听取受武装冲突和其他暴力局势影响民众的意见 并与之协商。在规划具有相关性的应对行动时,将儿童 直接提出的需求纳入其中面临哪些挑战?

我认为,主要的挑战在于人们普遍倾向于认为成人比儿童更了解儿童的需求。我们以为通过与父母、社区领袖或教师交谈就能了解儿童的需求,因而通常并未足够系统性地听取儿童的意见。但这种方法违背了《儿童权利公约》的核心原则——儿童参与原则。¹³我们已经开发了一些工具,并正在

See, for example, "Libya-Egypt: Two Years On, Twelve Children Reuinted with Their Families", 20 December 2018, available at: www.icrc.org/en/document/libya-egypt-two-years-twelve-children-reunited-their-families.

¹² 见红十字国际委员会重建家庭联系网站: https://familylinks.icrc.org.

¹³ 见《儿童权利公约》第12条,联合国儿童权利委员会《第12号一般性意见:儿童表达意见的权利》, 2009年7月20日。



加大培训力度,以确保一线工作人员认识到(在儿童年龄和成熟度允许的情况下)系统性听取儿童意见,并将其纳入所开展评估的重要性。听取儿童意见,指的是询问儿童有何担忧和恐惧,以及他们对红十字国际委员会能够为其提供何种帮助的看法。虽然相关情况正在改善,但我时常注意到在有些国家和地区,这项工作并未开展——有时是因为担心伤害儿童的感情而自我克制,或是因为与儿童互动可能具有挑战性。

目前,我们正在努力加强同事的能力建设,使他们能够在与儿童进行面谈时采用儿童友好的方式,并根据儿童年龄和发育阶段调整工作方法。近期,在尼日利亚东北部,我们和与家人离散的国内流离失所青少年进行了几次小组讨论。结果表明我们低估了他们所面临的一些挑战,故而目前即将启动一个试点项目,对其中部分挑战加以应对。我们还系统性地鼓励红十字国际委员会的一线工作人员在评估期间让儿童参加焦点小组讨论——例如,与我们的重建家庭联系或基于社区的保护行动有关的讨论——以便我们在进行分析、规划应对行动时考虑到他们的意见。

必须指出的是,我们的所有行动都遵循"不伤害"原则,该原则要求人 道组织将其行动所造成的伤害风险降至最低。¹⁴因此,尽管我们为制定针对 性应对措施而努力与儿童直接互动,但在特定问题上听取其意见可能并不妥 当。特别是就红十字国际委员会经常讨论的保护工作相关问题而言,有时可 能造成心理创伤的敏感议题,或是儿童不应知晓的禁忌性议题,可能就不适 合听取儿童的意见。

红十字国际委员会是否遇到过儿童所提出的需求与其父母的需求不同甚至相反的情况?委员会如何加以应对?

此类情况确实会出现。例如,在国内流离失所的情况下,儿童倾向于选 择的持久解决方案可能与父母不同。父母和其他成年家庭成员可能会希望返

¹⁴ ICRC, Professional Standards for Protection Work, 3rd ed., Geneva, 2018, available at: www.icrc.org/en/publication/0999-professional-standards-protection-work-carried-out-humanitarian-and-human-rights. 尤见第27页, "避免造成伤害"。

回原籍地,而在流离失所期间出生的儿童或是在城市环境中长期流离失所的 儿童可能更希望留在原地并融入其中,因为他们对原籍地并无了解或依恋, 而只能设想出自己日后在流离失所地点的生活。

在这种情况下,红十字国际委员会会努力确保在制定持久解决方案时,相关社区内所有人的意见都会被纳入考量,包括儿童的意见。不过,若依据当地文化及社会价值观,长者通常有权为家庭或整个社区做出决定,我们也不会试图作出改变。红十字国际委员会无权改变现有的社会规范或权力结构,但我们始终赞成不违背"儿童最大利益"原则的选择方案。

根据若干组织所开展的研究,危机局势中的儿童将接受教育视为其首要任务之一。¹⁵对于在获得教育方面面临挑战的儿童,红十字国际委员会如何开展应对行动?

对于受战争影响的儿童而言,能够接受教育是使其获得常态感的关键。学校为其提供了稳定的环境,这对其发展以及精神和社会心理健康至关重要。

基于在多个受冲突影响国家与儿童进行的讨论,我们的观察结果证实了教育的重要性。参加焦点小组讨论的儿童认为,缺乏受教育机会是他们所面临的主要挑战,而从成人调查结果来看,教育却不一定如此重要——这一现象引人深思。

近年来,红十字国际委员会对教育机会问题日益给予更多关注。除将其作为委员会儿童相关工作战略的四大重点问题之一以外,委员会自2017年以来还通过了《教育机会援助框架》。¹⁶我们的工作方法包含两个层面:一是巩固目前在教育领域开展的工作,二是向确保将教育纳入整体人道应对行动的工作加大支持力度。

¹⁵ See, for example, Save the Children, Education Against the Odds: Meeting Marginalised Children's Demands for a Quality Education, London, 2019, available at: https://resourcecentre.savethechildren.net/library/education-against-odds-meeting-marginalised-childrens-demands-quality-education. 这项近期开展的研究显示, "在接受调查的儿童当中,约有三分之一(29%)认为,受教育是其当务之急"(第4页)。

¹⁶ See ICRC, Framework for Access to Education, Geneva, July 2017, available at: www.icrc.org/en/document/framework-access-education.



从保护儿童的角度来看,我们主要从三个方面努力改善儿童的受教育机会。首先,我们把保护教育作为与冲突各方就保护平民居民进行的双边保密对话的一部分。在仔细收集某一事件的信息后,红十字国际委员会代表会与武器携带者就以下问题进行讨论:将学校用于军事目的的情况、对学校的攻击或破坏、对师生的威胁,以及学校附近出现军事目标(如检查站或军营)所带来的风险。

第二个方面是多个代表处为提升学校安全性而开展的工作。其重点对象是位于前线附近或地处极易遭受暴力的街道和社区的学校。例如,我们在乌克兰、黎巴嫩、「阿塞拜疆、亚美尼亚和拉丁美洲的多个国家和地区都开展了这项工作。我们采取多学科工作方式,其目的不仅是提升学校校舍的安全性,而是还在于降低师生接触冲突和暴力相关风险的情况,使其为邻近地区发生枪击或冲突的情况做好应对准备,并为其处理与此类局势相关的压力提供支持。这些工作应通过与武器携带者开展双边保密对话,即"保护对话"来维系,以确保武器携带者履行其对教育机构、学生和工作人员所负的义务,因为除非得到了旨在促进敌对行动期间尊重学校的呼吁的支持,否则降低直接风险的作用十分有限。

红十字国际委员会还支持和促进特别脆弱的儿童群体接受教育,例如曾与武装团体或武装部队有关联的儿童、与家人长期离散后返回家园的儿童、失踪人员的子女或拘留场所中的儿童。在缅甸,¹⁸我们就在拘留场所内建造了教室,为被拘留儿童提供适宜学习的环境。在其他多个国家和地区,我们目睹了国内流离失所儿童在接受教育方面所面临的特定障碍,可能与如下原因相关:歧视,当地基础设施不足,无法接纳新来者,父母无力支付学费,或被迫让子女通过乞讨或工作谋生;或是由于流离失所儿童往往缺乏入学所必需的官方文件,而产生了行政方面的障碍。红十字国际委员会还可能通过

¹⁷ 见红十字国际委员会,《赫尔贝达乌德:红十字国际委员会在北部城镇修复学校和操场,帮助孩子们返回校园》,2019年7月10日,载:www.icrc.org/zh/document/back-school-kherbet-daoud-icrc-rehabilitates-school-and-playground-northern-town。

¹⁸ 见红十字国际委员会, 《缅甸:教育无界》, 2018年8月22日, 载: www.icrc.org/zh/document/myanmar-no-limit-education。

传递学校证明(如在南苏丹和乌干达之间传递),或提供校服、学习用品或书籍(如在刚果民主共和国提供)等方式,为接受教育特别困难的儿童提供直接支持。

在许多武装冲突中,儿童兵现象仍然是一个严峻的现实。被强行招募的儿童以及自愿决定加入武装团体或武装部队的儿童都遭受了可怕的后果,并往往被迫犯下暴行。红十字国际委员会在援助这些儿童重新融入社区方面有何经验?

首先需要说明的是,除了成为 "儿童兵"之外,儿童还可能承担各种角色,如厨师、搬运工、信使、间谍、性奴、强迫劳工,甚或人体炸弹。 所以我们不使用"儿童兵"一词,而是更倾向于将这些儿童称为与武装团体或武装部队有关联的儿童(或简称为CAAFAG,children associated with an armed group or an armed force),因为这一术语能够涵盖上述种种现实情况。

让曾与武器携带者相处,历经艰难处境的儿童重返社会,确实是一项挑战。重返社会方案应放眼长远,为所涉儿童提供真正的替代性方案,以避免其重蹈覆辙。

目前,我们正在刚果民主共和国东部开展一个试点项目,帮助离开武 装团体或被武装团体释放的儿童。该项目内容包括:寻找这些儿童的亲属; 让儿童及其父母和所在社区为家庭团聚做好准备;为儿童开展技能培训(如 缝纫、作物种植、小牛畜牧或在市场上销售食品等),从而缓解他们重返社 会的压力,使其在返乡后能够谋生。父母在接纳重返家庭的儿童时可能会产 生诸多疑问:孩子是否发生了变化?他们是否变得有暴力倾向?他们回村后 会有何种表现?回归儿童的家庭可能也会担心社区其他成员会对他们有何看 法。在一些地区,甚至无法设想让这些儿童返乡,因为当地根本不会欢迎曾 与武装团体有关联的人。这意味着这些儿童的家庭只有两种选择:或是被迫 举家搬迁,或是将子女交由住所较远的亲属照看。



许多曾与武装部队或武装团体有关联的儿童即使重返家园,也会面临被重新招募的风险。在经济资源匮乏,教育或就业机会有限,或武装团体就存在于社区,有时甚至根植于社区的地区,儿童尤其会面临此类风险。一些儿童为了养家糊口或供兄弟姐妹上学,再度加入了武装团体。

回归儿童所面临的污名化现象可能会带来额外的挑战,对于同样经常出现在武装团体或武装部队中的女童而言尤为如此,尽管她们远远没有男童突出。在返乡时,她们可能会遭到排斥;如果处于孕期或正在抚养婴儿,情况还会更加严重。

对于曾与武装团体或武装部队有关联的儿童来说,接受教育的机会特别重要。如尚且年幼,接受教育可能会在很大程度上提高社区对他们的接纳度,并减少他们回归后可能遭遇的污名,但如果年龄较大,则往往已经辍学数年,因而难以融入低龄同学的班级。这显然不利于他们得到接纳并重新融入社会。理想的情况应是设立补习班,以便其能够跟上同龄儿童的学习进度。

在可能涉及外国作战人员的武装冲突中,其子女可能随 父母来到外国领土或在外国领土出生。您能否详细介绍 这些未成年人面临的主要困难和与其相关的保护关切?

近几个月来,由于叙利亚和伊拉克的事件,这种情况引起了公众的极大 兴趣,但这其实并非从未出现的问题,也不仅仅涉及中东地区。据称与"外 国作战人员"有关的儿童会面临几项挑战。其中之一就是缺乏出生证明等 官方文件,出生在非国家武装团体所控制领土之上的儿童往往会出现这种情况。这就导致难以确认其身份,并引发更多问题。其原因在于,身份证明文 件是任何个体主张公民身份、行动自由等基本权利,以及享有教育和医疗服 务等一系列其他基本服务的基础。

家人离散是另一项重大问题。我们曾目睹儿童被与母亲或兄弟姐妹分离的情况,而其依据有时只是根据儿童年龄作出的一般假设。就年龄较大的儿

童而言,原籍国可能会认为他们将构成潜在的安全威胁,而往往不太愿意向 其提供援助。

在卷入武装冲突的国家,达到一定年龄的儿童可能会在经过筛查后被与 亲人分离。有些儿童会遭到逮捕和拘留,可能是由于被控与某个武装团体有 关联。但无论如何,都应将这些儿童视为受害者而不仅仅是加害方,并应对 其适用少年司法标准。

另外一项保护方面的关切是针对这些外籍儿童的污名:根据其父母的身份及其民族或宗教,他们中有许多人似乎被贴上了种种标签。要使这一特殊群体重返社会并非易事。他们当中许多人目睹了大量暴力事件;有些被迫参与其中,有些在冲突中身受重伤,几乎所有人都失学数年,还有许多人在冲突中失去了家人,或失去了他们家人的音讯。

许多问题仍然悬而未决,首先是这些儿童能否返回原籍国:是否有机会选择回国?能否与父母和兄弟姐妹一同回国?有些儿童无法自证身份,也无法找到亲人,所以不会回国;有些儿童又可能需要被迫回到一个从未去过或毫无印象的国家;还有一些儿童则可能在回国后面临基本权利受到侵犯的风险。评估如何满足这些儿童的最大利益是颇具挑战的,但要确保为每名儿童选择正确的行动方案,就必须采取这一举措。

红十字国际委员会的工作重点是识别处境最为艰难的儿童,并遵照其 意愿将相关情况通知原籍国大使馆,帮助他们重新建立与家庭成员之间的联 系,并确保少年司法标准适用于被拘留儿童。

在未达到武装冲突标准的暴力局势,包括城市暴力局势中,儿童往往在受害者和加害方中均占比较大。在暴力持续存在的城市环境中,红十字国际委员会如何调整其应对措施?

红十字国际委员会应对城市暴力的基础是其在《国际红十字与红新月运动章程》中得到确认的"人道倡议权",这项权利适用于未达到武装冲突标准的暴力局势以及不可适用国际人道法的情况。人道倡议权意味着在制定人



道干预措施之前,红十字国际委员会向国家当局提供有关服务和专业技能, 以取得有关当局的支持,并在工作中保持充分的透明度。

红十字国际委员会一直在日益加大行动力度,力图保护和援助因未达 到武装冲突标准的暴力局势(如某些国家和地区的城市暴力)而受到影响 的民众和社区。例如,在拉丁美洲和加勒比地区,就普遍存在异常严重的 城市暴力。

不可否认,城市暴力的影响长期持续且普遍存在,会造成直接和间接的人道后果,而这是需要替代国家结构或采用传统发展领域方法的标准人道项目所无法应对的。正是因此,实践已经证明,合作伙伴关系对于确保红十字国际委员会在此种情况下所开展应对行动具有更强的可持续性和适恰性而言至关重要。事实上,与各国红会以及地方和国家当局(如负责提供医疗和教育服务的当局)携手合作,已确保能够在多个国家和地区中更大范围的城市地区,甚或其他城市中沿用最初本地化轻量级的干预措施。例如,2009~2014年巴西里约热内卢的试点项目在一些贫民窟开展之后,就在其他城市得到了推广。19

在应对城市暴力对儿童所造成的人道后果方面,红十字国际委员会开展的行动包括:在学校等地推广生活技能和安全行为,以减少学生接触风险的可能性,促进职业培训,以及与当局合作,帮助改善被拘留儿童的生活条件和待遇。此外,委员会还向特别脆弱的群体,如未成年母亲及其子女,提供符合其具体需求的医疗和社会心理支持。

在未来几年内,红十字国际委员会预计与儿童相关的工作中有哪些优先要务,又将面临何种挑战?

对于受冲突影响地区的儿童而言,对其产生影响的问题恐怕不会很快发 生改变。考虑到城市战日益增加,或新的作战方法得到使用等近期进展,及

See, for reference, ICRC, "Rio Project: Programmes Helped Reduce Humanitarian Impact of Violence in Rio de Janeiro", 2 November 2016, available at: www.icrc.org/en/document/rio-project-programs-helped-reduce-humanitarian-impact-violence-rio-de-janeiro.

其在尊重国际人道法关键原则方面所带来的挑战, 儿童将继续在冲突中罹受 苦难。

因此,我认为红十字国际委员会必须不断加强其应对儿童需求的能力,系统性地将儿童保护纳入其主流行动,确保为儿童所做的一切工作均基于对儿童可能面临的具体问题的正确理解,并确保在制定具有相关性的应对行动时倾听儿童的诉求。

今年是日内瓦四公约通过70周年,也是《儿童权利公约》通过30周年,各国和冲突各方履行保护儿童的义务比以往任何时候都更加重要。因为在武装冲突期间,儿童往往付出了太过沉痛的代价。

国际人道法上 "害敌行为"的概念

罗伯特・科尔布和中岛布美子**

摘要

本文对国际人道法上"有害于敌方之行为"("acts harmful to the enemy",AHTTE,下文简称"害敌行为")这一探索较少的概念进行了法律分析。该概念平衡了两方面的考虑因素,一方面是为伤者、病者之利益向医务部门(医务人员、医疗队和医务运输工具)赋予特别保护的人道需要,而另一方面则是医务部门在实施有违善意、出于敌意或有害于敌方之行为时,丧失此种保护的军事必要性。本文主要通过研究冲突一方(以下简称为"冲突受害方")为应对害敌行为而攻击陆上医务部门的合法性来阐述该概念的含义。本文最后还就如何解释规制此种攻击医院之行为(前提是该行为被认为具有表面合法性)的法律提供了具体建议。

^{*} 罗伯特·科尔布(Robert Kolb)系日内瓦大学国际公法教授。 中岛布美子(Fumiko Nakashima)系红十字国际委员会保护工作代表。

^{*} 本文所述观点仅代表作者观点,不一定反映红十字国际委员会的立场。作者希望对克里斯·阿兰 (Chris Harland)、奥古斯汀·尚格劳(Austin Shangraw)和丽贝卡·巴丽斯(Rebecca Balis)就初稿 提出的见解和意见表示感谢。

关键词:国际人道法、害敌行为、对医务人员和医疗物体的特别保护、对平民和民用物体的一般保护、背信弃义、敌对行为、直接参加敌对行动、军事目标、比例性、预防措施。

.

引言

近期,正如叙利亚武装冲突所表明的,发生了多起针对医院和医疗设施的攻击事件。 ¹除用于从事"害敌行为"之外,医院和医疗设施均受国际人道法的保护。 ²交战各方有义务基于"医务人员、医疗队和医务运输工具" ³的人道职能而向其提供特别保护,以确保伤者、病者或遇船难者在任何情况下都能得到医疗救治。对于1949年日内瓦四公约《第一附加议定书》第48条和第51条所述之平民及《第一附加议定书》第52条第2款所述之民用物体的"一般保护"(及其相关习惯国际法规范)而言,此种"特别保护"属于特别法(但不容克减)。当某物体成为军事目标时,便会失去一般保护。简而言之,这适用于物体对敌方有军事贡献,且其被毁或失去效用会为进攻方带

¹ 例如,见联合国安理会第2286号决议,2016年5月3日,无国界医生组织,《无国界医生初步内部审查:袭击阿富汗昆都士创伤中心》,日内瓦,2015年11月5日。时间较早的实例是1935年的意大利埃塞俄比亚战争:见马赛尔·朱诺(Marcel Junod), *Le troisieme combattant*, Librairie Payot, Lausanne, 1947, pp. 35 ff。

² 见《一九四九年八月十二日改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约(1949年8月12日日内瓦第一公约)》,联合国条约汇编第75卷第31页(1950年10月21日生效)(《日内瓦第一公约》)第21条;《一九四九年八月十二日关于战时保护平民之日内瓦公约(1949年8月12日日内瓦第四公约)》,联合国条约汇编第75卷第287页(1950年10月21日生效)(《日内瓦第四公约》)第19条第1款;《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》,联合国条约汇编第1125卷第3页,订于1977年6月8日(1978年12月7日生效)(第一附加议定书)第13条第1款;《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》,联合国条约汇编第1125卷第609页,订于1977年6月8日(1978年12月7日生效)(《第二附加议定书》)第11条第2款;让-马里·亨克茨(Jean-Marie Henckaerts)和路易丝·多斯瓦尔德-贝克(Louise Doswald-Beck)主编:《习惯国际人道法第一卷:规则》,红十字国际委员会、剑桥大学出版社2005年版,中文译本由红十字国际委员会组织编译,红十字国际委员会、法律出版社2007年版(简称《红十字国际委员会习惯法研究》)规则25、规则28和29,详见:https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

³ 关于"医疗部门"的定义,见Pietro Verri, Dictionary of the International Law of Armed Conflict, ICRC, Geneva, 1992, p. 71。



来军事利益的情形。相反,受特别保护的物体丧失保护的条件通常要求更高。就医务部门而言,如果其实施"害敌行为"且警告仍被忽视后,则会丧失特别保护。

1949年日内瓦四公约及其1977年附加议定书均未对"害敌行为"这一概念作出定义,⁴亦未明确说明失去特别保护的实际后果。⁵本文意在通过从法律角度深入分析有关医务部门⁶之"害敌行为"及其与国际人道法其他相关概念的准确关系,在一定程度上弥补这一空白。⁷本文将围绕陆战⁸,尤其是军事攻击的合法性展开讨论,⁹但并不涉及发生害敌行为时,依法俘获医务人员的情况。后者与害敌行为分析无特定关系:被俘人员保留合法身份,¹⁰且受留用规则保护。¹¹害敌行为的特殊之处在于,在某些情况下,允许敌对交战方攻击医疗队。这是害敌行为之概念形成的基础,亦是必须首先予以详细研究与调查的问题。因此,这也是本文探讨的重点。

⁴ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注:改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约(日内瓦第一公约)》第二版,日内瓦、2016年(红十字国际委员会《日内瓦第一公约评注》),第21条,第1840段;Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987 (ICRC Commentary on AP I/AP II), AP I, Art. 13, para. 550.

⁵ 红十字国际委员会:《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》,为第32届红十字与红新月国际大会所编写的报告,日内瓦,2015年12月8日-10日,第31页。

⁶ 此分析不包含《第一附加议定书》第65条第1款规定的与平民民防组织相关的相同术语。

本文仍将重点讨论国际人道法。有关保护医疗部门的国际人道法和国际人权法观点,见Alexander Breitegger, "The Legal Framework Applicable to Insecurity and Violence Affecting the Delivery of Health Care in Armed Conflicts and Other Emergencies", International Review of the Red Cross, Vol. 95, No. 889, 2013。在该背景下,国际人道法在很大程度上属于特别法,这就要求适用敌对行动范式:查阅同上, 第91页。

⁸ See ICRC, Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 2nd ed. Geneva, 2017 (ICRC Commentary on GC II), Art. 36, para. 2481. 根据红十字国际委员会评注,相对于海战而言,在陆战背景下分析害敌行为的概念更为恰当。医院船上的人员是"受保护平台的完整部分",参与此类行为产生的后果相对较轻。

^{9 《}第一附加议定书》第49条将"攻击"定义为"不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为"。

¹⁰ 对不同观点的探讨,见红十字国际委员会《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第24条,第2010 段; Marco Sassoli, "When Do Medical and Religious Personnel Lose What Protection?", in *Vulnerabilities in Armed Conflicts: Selected Issues*, Proceedings of the 14th Bruges Colloquium, 17-18 October 2013, pp. 55¬57; Tom Haeck, "Loss of Protection", in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassoli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 848-849.

^{11 《}日内瓦第一公约》第28条至第32条,参阅《一九四九年八月十二日改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》,联合国条约汇编第75卷第85页(1950年10月21日生效)(《日内瓦第二公约》)第37条。

本文在深入探讨主题之前,首先讨论了相关概念,尤其是"特别保护"、"医务人员"和"医疗队及医务运输工具"的初步定义,接着分析了失去特别保护的条件。然后,对害敌行为这一概念进行研究,阐述了其磋商历史及其同其他国际人道法概念(例如,"背信弃义"、"直接参加敌对行动"和"军事目标")的关系。根据最终研究结果,探讨了因害敌行为及漠视警告而失去特别保护的后果。最后,本文还就如何解释规制攻击医院之行为(前提是该行为被视为具有表面合法性)的法律提供了具体建议。

特别保护

医务人员、医疗队、医务运输工具及伤者、病者有权在国际性武装冲突及非国际性武装冲突中免受直接攻击。该项特别保护以国际人道法中的一系列具体规则为依据。¹²起初,国际人道法仅保护"受伤和患病"的战斗员,¹³如今,已将平民纳入保护范围。实际上,《第一附加议定书》规定了统一的保护制度。¹⁴按照国际人道法规定,伤者或病者必须同时满足两项标准: (1) 该人需要接受医疗照顾,且 (2) 该人不从事任何敌对行为。¹⁵因此,实施"敌对行为"¹⁶(见下述定义)的伤者或病者不符合国际人道法规定,无法享受针对此类人员的保护制度。¹⁷因此,伤者、病者的法律地位取决于其实际行为及其医疗状况。该二元定义适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。¹⁸

同样, "医务人员"的概念也扩展至涵盖军事人员和平民。¹⁹在当代国际人道法中,该定义以《日内瓦第一公约》第24条至第26条及《日内瓦第四

^{12 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则25-26、28-30和109-111及其中所述规则。

¹³ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第12条,第1321段。

^{14 《}第一附加议定书》第8条第1款。See also ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 8(a), para. 304; Jann K. Kleffner, "Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked", in Dieter Fleck (ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 323-324.

^{15 《}第一附加议定书》第8条第1款。另见红十字国际委员会《日内瓦第一公约评注》,同前注4,共同第3条,第737段,和第12条,第1341段。

¹⁶ 国际人道法未明确定义"敌对行为"的概念。See J. K. Kleffner, above note 14, p. 324.

¹⁷ ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 8, para. 306.

IS ICRC Commentary on GC I, above note 4, common Art. 3, para. 738.

¹⁹ J. K. Kleffner, above note 14, pp. 338-339.



公约》第20条为基础,被编纂人《第一附加议定书》第8条第3款中。同样,只有在同时满足下述两项标准时,才构成国际人道法上的医务人员: (1)管理医务人员的冲突方必须为其指派医疗任务; ²⁰且(2)该任务,无论临时或长期,均须具有专门性,即相关人员受指派从事医疗任务期间仅限于开展"搜寻、收容、运送、诊断或治疗(包括急救治疗)伤者、病者和遇船难者和预防疾病" ²¹的工作。该定义适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突,²²具体情况因非国家武装团体的存在而有所不同。在平民医务人员不符合上述条件时,仍可对其适用针对平民的一般保护,确保其免遭攻击。²³

最初"医疗队和医务运输工具"为受保护物体,此种保护后来延伸至涵盖军事和民用医疗队和医务运输工具。²⁴特别保护仅限于由冲突一方指派用于医疗用途的医疗队和医务运输工具。未经授权之医疗队或医务运输工具适用民用物体保护规则(即一般保护)。此类规则亦适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。²⁵与此同时,军事和民用医疗物体也作为民用物体受到保护(《第一附加议定书》第52条)。²⁶对民用物体进行的否定式定义为"所有非军事目标的物体"。²⁷该定义显然同时适用于军事和民用医疗队及医务运输工具。

特别保护概念涉及"尊重和保护"的实质性义务。规制陆战的1906年《日内瓦公约》²⁸是首部纳入这一术语的条约,该公约旨在保障救护车、医

^{20 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则25的评注,第78页。

²¹ 同上注, 第78页。

²² ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 9, para. 4663.

^{23 《}第一附加议定书》第48条和第51条,《第二附加议定书》第13条,《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则1。

²⁴ 就医疗队而言:《日内瓦第一公约》第19条,《日内瓦第四公约》第18条,《第一附加议定书》第8条第5款。就医务运输工具而言:《日内瓦第一公约》第35条,《日内瓦第四公约》第21条,《第一附加议定书》第8条第7款。

²⁵ ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 11, paras 4711-4712.

²⁶ 红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》, 同前注4, 第19条, 第1794段; Laurent Gisel, "Can the Incidental Killing of Military Doctors Never Be Excessive?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, 2013, pp. 219-220.

²⁷ 查阅《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则9。

^{28 《}关于改善战地武装部队伤者和病者境遇之日内瓦公约》,202 CTS 144,1906年7月6日(1907年8月9日生效)。

务人员及(隐含规定的)伤者、病者免受攻击、不受侵犯并确保其中立性。尊重义务包含一系列消极义务,尤其是不得攻击被保护人。保护义务则涉及一系列积极义务,即采取对被保护人有利的措施。²⁹该双重义务既适用于冲突一方与敌方被保护人的关系,亦适用于其与己方武装部队人员的关系。³⁰对人员或单位的特别保护 "在一切情况下"均适用³¹,但出于敌意实施的行为或对敌方造成损害的情况除外。该表述表明,不得以作战原因或军事必要性为由,为不尊重或不保护行为辩解。³²无论敌方遵守该义务与否,该义务均存在;³³无论在国际性武装冲突还是非国际性武装冲突中,均禁止对被保护人实施交战报复行为。³⁴

就特别保护而言,与本文相关的主要方面涉及禁止攻击被保护人和物体的规定。该义务首先涉及禁止对此类人员或物体进行直接攻击,同时也涉及另一个问题,即在攻击某些军事目标时,是否需按比例原则,考虑对军事医务人员及设施造成的附带损失(显而易见,必须考虑对平民医务人员和物体造成的附带损失)。该问题的答案极具争议性。³⁵部分学者认为,完全可在该情况下适用比例原则之限制。³⁶因为并无明显理由证明特别保护义务应仅限于禁止直接攻击,而不涵盖一般敌对行为。亦无法推断受特别保护之人

²⁹ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第24条,第1984段。

³⁰ 同上, 第1986段。

³¹ 就伤者病者而言:《日内瓦第一公约》第12条第1款;《日内瓦第四公约》第16条第1款;《第一附加议定书》第10条第1款;《第二附加议定书》第7条第1款。就医务人员而言:《日内瓦第一公约》第24条和第25条;《第一附加议定书》第15条第1款;《第二附加议定书》第9条;《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则25。就医疗队和医务运输工具而言:《日内瓦第一公约》第19条第1款和第35条;《日内瓦第四公约》第18条第1款和第21条;《第一附加议定书》第12条第1款;《第二附加议定书》第11条第1款;《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则28至29。

³² 红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第24条,第1983段, J. K. Kleffner, above note 14, p. 326.

³³ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第1994段。

^{34 《}日内瓦第一公约》第46条,《日内瓦第二公约》第47条,《第一附加议定书》第20条,《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则146和148。

³⁵ 最近,一份文献综述对有关这一问题的法律和国家实践进行了评估,并就受保护的军事人员做出进一步澄清,见Aurel Sari and Kieran Tinkler, "Collateral Damage and the Enemy", British Yearbook of International Law, 2019。

³⁶ 红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》, 同前注4, 第19条, 第1797段, 和第24条, 第 1987段, Laurent Gisel, "Relevant Incidental Harm for the Proportionality Principle", in Urban Warfare, Proceedings of the 16th Bruges Colloquium, 15-16 October 2015, pp. 121-123.



员应享有比普通平民更低的保护。³⁷此外,相反的解释会阻碍特别保护之目的的实现:专门为伤者、病者提供医疗照顾的人员或物体必须在战场附近工作,因此,必须始终对此类人员或物体进行保护,确保其免遭附带伤害。另一方面,还有学者认为可适用该义务,但是尤其在作战期间,鉴于所涉人员和物体的军事性质,相较于对平民的附带伤害,该原则适用于对军事医务人员和物体的附带伤害时可略微宽松一些。³⁸最后,还有部分学者认为该比例原则之要求不适用于军事医务人员和物体,不适用于军队伤者、病者,并认为此类人员仍属战斗员。³⁹

上述前两种观点较为合理:因为并无理由可以认为相较于平民,失去战斗力的人员等被保护人应受到更低程度的保护。相反,国际人道法规定了不得攻击此类人员的义务,⁴⁰即使其具有战斗员身份也是如此,当规定了此种禁止直接攻击的义务时,更有理由认为规制攻击的主要规则(即特别保护)包含不得对这些人员造成过度附带损害这一次要义务。鉴于(根据《第一附加议定书》第57条)攻击中的预防措施原则毫无疑问也适用于此类人员和物体,上述说法更具合理性。⁴¹预防措施义务还要求交战方采取措施,尽可能减少附带伤害。《第一附加议定书》第57条中的某些规定甚至明确提到特别保护,尤其是第2款第1项第1目和第2款第2目,不过涉及比例性问题的款项中并未提及特别保护。⁴²

³⁷ 这并不意味着,在比例性评估中,医务人员会因其人道职务比平民享受更高的规范性保护价值。 See, for example, Laurent Gisel (ed.), The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law, Report of the International Expert Meeting, Quebec, 22-23 June 2016, ICRC and Universite Laval, 2018, pp. 61, 63.

³⁸ Robert Kolb, Advanced Introduction to International Humanitarian Law, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, MA, 2014, pp. 174-175; Jann K. Kleffner, "Military Collaterals and Jus in Bello Proportionality", Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 48, 2018, pp. 49-50. See also Geoffrey Corn and Andrew Culliver, "Wounded Combatants, Military Medical Personnel, and the Dilemma of Collateral Risk", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 45, No. 3, 2017, pp. 455 ff. 在后一篇文章中,作者得出结论认为,马顿斯条款为交战各方考虑在行动中实际可行的情况下对受保护的军事人员和军事医疗物体有限适用比例原则提供了基础。

³⁹ Ian Henderson, The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I, Martinus Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2009, pp. 195-196, 206-207.

⁴⁰ 例如,《第一附加议定书》第41条至第42条。

⁴¹ A. Breitegger, above note 7, p. 108.

⁴² J. K. Kleffner, above note 38, pp. 53-58.克勒夫纳 (Kleffner) 确认,由于预防措施原则和比例原则相互 关联,且与规制攻击行为的法律背后的基本原则紧密相联,因此,各类被保护人根据这两项原则必须 得到同等待遇。

接下来探讨的问题是特别保护(其中不可或缺的一部分就是保护免受直接攻击)和一般保护的关系,即特别保护与(作为民用物体所享有之)一般保护在免受攻击之保护方面中有何法律区别?首先值得注意的是,从技术方面分析,特别保护不会克减一般保护。⁴³根据《第一附加议定书》第52条的定义,军事和民用医疗队皆为民用物体,且根据国际人道法相关规定为受特别保护的物体。这就意味着此类医疗队受到双重保护,二者相互叠加;若由于某种原因致其失去一种保护,例如医疗队因成为军事目标而失去一般保护时,其仍享有特别保护,而失去此种免受攻击的特别保护也须满足一些条件(下文将对此予以阐释)。相反,某医疗物体若因用于害敌行为而失去特别保护,仍可将其视为民用物体并享有免受攻击的一般保护,但因用于害敌行为而使其转化为军事目标的情况除外。因此,这两种保护之间并不是特别法克减一般法,而是特别法"补充"一般法的关系。

应注意的第二点是,在某种程度上,特别保护比一般保护更加严格。(物体)对军事行动有实际贡献或其毁坏或失去效用提供军事利益或者(人员)直接参加敌对行动,便足以导致此类物体或人员失去一般保护,而对于失去特别保护而言,原则上必须发布事先警告,指定合理之时限供对方于可能时按警报内容行事,并对警告仍被忽视这一事实予以确定之后始得针对成为军事目标的医疗部门予以攻击。注意后者必须成为《第一附加议定书》第52条第2款中规定的军事目标,方可允许对其进行攻击,相反,实施任何害敌行为均不足以构成攻击的依据。而适用于攻击的法律标准源自一般保护制度,而非特别保护制度。针对已实施的害敌行为,可采取一系列应对措施,例如拿捕实施该行为的医疗队,但是若发动攻击,则无论在任何情况下,被攻击物体必须为军事目标。原因在于《第一附加议定书》第52条第2款详尽无遗地规定了可以对物体进行攻击的各种情形。除了必须满足一般保护制度下的这些条件外,还须额外满足特别保护制度中的各种条件(如警告)。因此,我们可以得出结论认为,相对于享受一般保护的人员和物体而言,受特

⁴³ Yoram Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 187, 201; 尼尔斯·梅尔策著: 《国际人道法导论》, 红十字国际委员会2016年版, 日内瓦, 第133和143页。



别保护的人员和物体必须满足更高标准才会失去免受攻击的保护。下文将对 失去特别保护的条件进行深入分析。

特别保护的丧失

赋予医务部门的特别保护是"基本的,但并非绝对"。⁴⁴国际人道法纳人考量的一个事实是冲突各方可能会试图滥用医务部门的特殊地位,以实施害敌行为。⁴⁵例如,"在第二次世界大战期间,被占领领土的医务人员有时会在医院藏匿战斗员,帮助他们实施情报活动、蓄意破坏等军事任务"。⁴⁶这些行为会导致相关医务人员及医院失去特别保护。当然,此类失去特别保护的情况属于"例外情况",⁴⁷这与医务人员的定义要求相关,即他们"被指定专门担当医疗职责……才能享受尊重和保护。"⁴⁸那么,具体哪些情形会导致其失去特别保护?

第一项条件:从事人道职务以外的害敌行为

第一项条件是医务部门人员越出人道职务之外,⁴⁹实施害敌行为。⁵⁰就国际性武装冲突而言,《日内瓦第一公约》第21条规定了军事医疗所和医疗队失去保护的情况;《日内瓦第四公约》第19条第1款规定了民用医院失去保护的情况;《第一附加议定书》第13条第1款规定了民用医疗队失去保护的

⁴⁴ Elzbieta Mikos-Skuza, "Hospitals", in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassoli (eds), above note 10, p. 218.

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ Jean Pictet, "The Medical Profession and International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 25, No. 247, 1985, pp. 198-199. 最近示例,见Leonard S. Rubenstein and Melanie D. Bittle, "Responsibility for Protection of Medical Workers and Facilities in Armed Conflict", *The Lancet*, Vol. 375, 2010, pp. 334-336. 后面这篇文章,分别分析了对伤者病者的攻击,对医务人员、医疗设施或医务运输工具的攻击,以及不当使用医疗设施或特殊标志的情况。这篇文章涵盖了1989年至2008年期间在萨尔瓦多、菲律宾、前南斯拉夫、卢旺达和巴勒斯坦被占领土等地武装冲突中所报告的事件。

^{47 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则25的评注,第80页,关于规则28的评注,第92~93页,关于规则29的评注,第97~98页。

⁴⁸ 同上、关于规则25的评注、第80页。

⁴⁹ 对害敌行为这一概念需要进行详细的法律分析,详见下文内容。

^{50 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则25、规则28至29,红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1844段。

情况;《第一附加议定书》第21条规定了民用医务车辆失去保护的情况。⁵¹ 附加议定书所使用的"人道主义职务"一词取代了日内瓦四公约中的"人道任务"。⁵² 《第二附加议定书》第11条第2款规定了在非国际性武装冲突中,医疗队和医务运输工具失去保护的情况。此处,"害敌行为"一词由"敌对行为"所取代。"害敌行为"和"敌对行为"本质上是相同的。⁵³而国际人道法中未明文规定医务人员失去特别保护的情况。"医务人员准用"专门适用于中止医疗队之特别保护的规则。⁵⁴

根据条约和习惯法规定,医疗队、医务运输工具以及(类推)医务人员实施害敌行为的后果是"失去保护",而未提到"失去特别保护"。从表面上看,难免会产生这样的问题:这种失去到底意味着什么。是否意味着此类医务部门失去了敌对方给予其某些待遇的权利,即敌对方仅需履行尊重义务,而无需履行保护义务(部分失去特别保护)或无需履行保护和尊重义务(完全失去特别保护)?是否会导致其失去免受直接攻击的保护?如果认为失去的保护仅限于敌对方无需履行保护义务,那就过于狭隘了。在实践中也很难行得通,原因在于"通常情况下,很难明确区分尊重义务和保护义务"。55但另一方面,若将失去保护解释为失去免受直接攻击的保护,又过于宽泛。害敌行为形式多样,而且并非所有此类行为都会达到导致失去免受直接攻击之保护这样严重的程度。56应指出的是,即使失去特别保护,平民医务人员及医疗物体仍能享受一般保护,除非因实施害敌行为导致该人或物体成为军事目标。因此,认为失去特别保护的医务部门会自动转化为合法目标的解释是不合理的。综上所述,此处的"失去"应被解释为失去"特别保护"(涵盖保护义务和尊重义务),但不一定会失去免受直接攻击的保护。

⁵¹ 查阅《日内瓦第二公约》第34条第1款,关于医院船的规定。

⁵² ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 11, para. 4724. 此项改动属于起草措辞问题。

⁵³ *Ibid.*, paras 4720-4721. 红十字国际委员会关于《第二附加议定书》的评注阐明,针对非国际性武装冲突采用"敌对行为"这一术语,是"旨在消除以任何形式认可叛乱方的解释机会"。

^{54 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则25的评注,第81页。

⁵⁵ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第24条,第1985段。

⁵⁶ 下文将讨论构成害敌行为的示例。



国际人道法未对"越出其人道任务之外"这一概念进行单独定义,⁵⁷ 但鉴于医务部门的职务已得到明确界定,因此该定义不会在解释方面产生特别的问题。⁵⁸ 该概念只是对国际人道法所列之医务部门的职能作出否定式定义。根据具体情况,医务部门在此类任务之外的行为可能会构成从事其人道职务以外的害敌行为,这种行为可能使其失去特别保护。⁵⁹基于此种理解,可以做出的解释是"即使某类行为可能看似构成'害敌行为',但是若该行为属于医务部门的人道任务范畴,亦不会导致相关人员失去特别保护"。⁶⁰对受伤和患病的武装部队人员或战斗员⁶¹进行医疗护理,"使其重返战场",⁶²显然属于人道职务范畴。同样属于该范畴的还有"在军事行动中助协制定医疗方案以及参与转达敌方病患医疗信息的行为(即使在某些情况下,此类信息具有军事价值)"。⁶³其他看似为害敌行为但实属履行人道职务之行为的实际情形包括"某流动医疗队在履行人道职务过程中出现故障,从而对具有重要军事意义的十字路口造成阻碍"。⁶⁴与此类似,由于医疗队工作地点往往位于战场附近,"医疗队开展活动或其存在本身可能会干扰战术行动"⁶⁵,例如,"其夜间使用的照明灯具"⁶⁶或具有辐射性的X光仪器的

⁵⁷ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4上,第21条,第1840段。

⁵⁸ 医务人员、医疗队和医务运输工具必须由冲突方指派,专门从事国际人道法中明确定义的医疗目的,即寻觅、收集、运送、诊断或医治伤者、病者和遇船难者,或预防疾病。《第一附加议定书》第8条;《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则25的评注,第78页,规则28,第90~91页,规则29,第96页。See also M. Sassoli, above note 10, p. 52.

⁵⁹ 红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》, 同前注4, 第24条, 第1978段, ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 8, para. 353.

⁶⁰ 同上注, 第21条, 第1844段。

^{61 《}日内瓦第一公约》第22条第5款,《日内瓦第四公约》第19条第2款,《第一附加议定书》第13条第 2款第4项。

⁶² Y. Dinstein, above note 43, p. 224.

⁶³ Cf. ICRC Commentary on GC II, above note 8, Art. 36, para. 2485. 通过类推的方式,这也适用于路基医务部门。

⁶⁴ ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 552.

⁶⁵ Jean Pictet (ed.), Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 1: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 1952 (Pictet Commentary on GC I), Art. 21, p. 201.

⁶⁶ Ibid.

使用都可能干扰敌方的军事无线电通讯。⁶⁷上述行为符合医务部门的人道职责,因而并不导致其丧失特别保护。⁶⁸

但从实际来讲,一旦此类行为被认定为有害于敌方,便应采取合理措施,尽快补救,以免危及该医疗队所照顾之伤者、病者的安全。⁶⁹

害敌行为必须是越出医务部门人道职务之外实施的行为,但无法据此推断,只有故意实施的有害于敌方之行为才能构成害敌行为。还可能包括因意外而对敌方造成不利影响的行为(下文将对此予以阐释)。

第二项条件:警告、时限及仍被忽视的警告

在规定第一项条件的条约规定中,同样列出了停止特别保护需满足的第二项条件。"惟如经给予相当警告,并依各个情形,指定合理之时限而警告仍被忽视时,始得停止"对医疗队的特别保护。⁷⁰因此,首先必须发出警告。⁷¹冲突中害敌行为受害方必须通知实施该行为的医务部门:

该医务部门已实施或正在实施对其造成危害的行为,或有合理理由怀疑已经或正在实施此类行为,而且若其不停止相关活动,将对该部门予以攻击或采取执法措施。⁷²

发出警告的目的在于允许从事害敌行为的相关方终止此类行为,或者至少撤出伤者或病者。⁷³这背后隐含着一项假设,即医务部门通常不会从事害敌行为,即使实施此类行为,也可能是出于错误或疏忽。因此,发出警告这

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Peter De Waard and John Tarrant, "Protection of Military Medical Personnel in Armed Conflicts", University of Western Australia Law Review, Vol. 35, 2010, p. 175.

⁶⁹ Ibid.

^{70 《}日内瓦第一公约》第21条(后加着重号以示强调)。《日内瓦第四公约》第19条第1款、《第一附加议定书》第13条第1款、《第二附加议定书》第11条第2款中有同样要求,但略有改动。关于医院船的相关规定,见《日内瓦第二公约》第34条第1款。

⁷¹ 与《第一附加议定书》第57条第2款第3项所规定的一般保护相比,此处所讨论的警告义务更加严格。就特别保护而言,无事先警告,不得发起攻击,除非在极端情况下,无法发出警告。例如,出于压倒性军事必要性,需立即对来袭火力做出反应。就一般保护而言,原则上应发出警告,除非情况不允许(例如,有移动目标出现的情况)。

⁷² ICRC Commentary on GC II, above note 8, Art. 34, para. 2381. 这同样可以类推适用于路基医务部门。

⁷³ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1849段。

一要求体现了作为最后手段的必要性原则:若未发出警告,便不能认定确有必要通过攻击遏制有害行为,相关方确实可能遵从此类警告。相反,也有无需发出警告的例外情况,即"在极端情况下,挺近部队中的战斗员面临直接生命威胁,且害敌行为方明显不会遵循警告指示的情况"。⁷⁴这些规定"没有详细说明'相当警告'的含义,也未说明其必须采用的形式"。⁷⁵但是,为达到目的,无论选择何种方式,"警告内容均应明确具体,应指出该医疗队、医疗所或人员实施的害敌行为"。⁷⁶

其次,在可能情况下,必须指定停止害敌行为的合理时限。但是,有时必须立即采取应对措施,无法延迟。常见示例是"一支接近医院的部队""遭到来自医院各个窗口的猛烈攻击";⁷⁷ "在这种情况下,在发出警告后,可毫不延迟地予以还击"。⁷⁸同时,在合理时限是指,"该时限必须足够长,以达到警告目的":⁷⁹这意味着,让医务部门"有足够时间回应相关指责";⁸⁰ "视情况改变做法,并在出现错误的情况下,做出解释";⁸¹停止非法行为;⁸²或撤出伤者、病者。⁸³

最后,警告必须仍被忽视。在医务部门忽视冲突中害敌行为受害方发 出之警告,即"在害敌行为未终止"的情况下⁸⁴,相关条款规定免除受害方

⁷⁴ *Ibid.* See also J. K. Kleffner, above note 14, p. 338.关于冲突中害敌行为受害方不发出警告即可立即还击的情况,这篇文章以"一辆医务运输车在接近军事检查站时向检查站人员开火"为例进行说明。

⁷⁵ 红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注,同前注4,第21条,第1850段。

⁷⁶ T. Haeck, above note 10, p. 848.黑克提到联合国加沙冲突实况调查团报告,联合国A/HRC/12/48号文件,2009年9月25日,第596~652段。调查团的结论是,以色列武装部队对圣城医院(属于巴勒斯坦红新月会)和阿瓦法医院的攻击违反了《日内瓦第四公约》第18条,并且攻击之前未发出具体警告则违反了《日内瓦第四公约》第19条。同上注,第646段: "〔警告〕并不具体,没有说明何时进行攻击或有多少时间可撤离医院人员"。

⁷⁷ Pictet Commentary on GC I, above note 65, Art. 21, p. 202.

⁷⁸ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1851段。

⁷⁹ 同上注, 第1852段。

⁸⁰ ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 556.

⁸¹ ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 11, para. 4727.

⁸² ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 556; ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 11, para. 4726.

⁸³ ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 556; ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 11, para. 4727.

⁸⁴ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1853段。

尊重并保护该特定医务部门的义务。不过,应注意实施害敌行为会导致失去特别保护,但受害方仍须满足《第一附加议定书》第52条第2款的规定,才可对医疗队或医务运输工具实施攻击。后续攻击或强制措施应有效引导敌方遵守法律,并应与受害方意欲停止的已实施之害敌行为程度相当。此类措施不得为惩罚性措施,而仅应为保护性措施。相关条款未明确规定"在警告仍被忽视情况下,允许冲突中害敌行为受害方采取的措施";⁸⁵也没有说明在敌方听从警告情况下,受害方是否可采取不具攻击性的措施。⁸⁶冲突中此类受害方可采取的不具攻击性措施包括搜索或拿捕医疗队和医务运输工具,审讯、逮捕或拘留医务人员。⁸⁷尽管国际人道法未明确禁止此类针对医务部门的措施,但是只要可行,便应严格规范这些行动的实施方式,同时制定切实可行的措施,尽可能减少武装冲突中对医疗服务的负面影响。⁸⁸

综上所述,即使听从警告,害敌行为也会导致相应的法律后果,⁸⁹构成 对其敌对态度的制裁。但在这种情况下不得发起攻击,原因在于攻击只能出 于保护目的,但在对方听从警告的情况下,便不再有攻击必要性。此外,还 需注意在医疗队和医务运输工具停止害敌行为时,其不再是《第一附加议定

⁸⁵ Cf. ICRC Commentary on GC II, above note 8, Art. 34, para. 2383.

⁸⁶ 例如,见《日内瓦第二公约》第34条,该条款规定即使警告已被注意,仍允许抓捕参与敌对行为的 医院船;但在这种情况下不得攻击该船。详见ICRC Commentary on GC II, above note 8, Art. 34, para. 2384; Louise Doswald-Beck (ed.), San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, paras 49-50.

⁸⁷ See ICRC, Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care, ICRC, Geneva, 2014, pp. 25-27.

⁸⁸ Ibia

⁸⁹ 有观点主张,在越出其人道职务之外实施害敌行为的医务部门遵从警告后,冲突中害敌行为受害方亦可采取程度相当的强制措施,这是一个合乎逻辑的结论。假设有一辆救护车在运送伤病战斗员的同时,还在军事检查站附近收集情报。受害方依法发出警告,通知救护车,如果其不立即停止这种害敌行为,将会阻止其继续前进并对其进行搜查。救护车匆匆忙忙地返回站点。但接下来的一周,救护车又开始工作,重新开始了同样的行为。由此产生了若干问题。首先,救护车在第一天实施害敌行为后,能否因其听从了受害方发出的警告而免于承担责任?可以说,法律不允许此种做法,在此种害敌行为关系重大时更是如此。例如,收集的情报对发动针对受害方的重要军事行动至关重要。其次,救护车于第二周再次开始收集情报时,受害方是否有义务再次发出警告?若有义务,如救护车第二次听从警告,受害方是否仍有义务给予其特别保护?若没有此种义务,受害方是否可以立即对救护车采取强制措施,而不给车内的伤者病者安全撤离的机会?第一周的警告是否仍然有效?如果下个月,或者下一年发生类似的事件,又应如何处理?各营会进行轮换,医务人员也是如此,战事情况也不稳定。相关行为人难道不应为这些滥用行为承担任何后果?不承担后果的这种解释不仅不合理,而且在实际适用中也会出现很多不确定性。



书》第52条中规定的军事目标。⁹⁰原因在于,没有害敌行为,则不可能存在 对军事行动的贡献,而此种贡献是军事目标的定义要件。

如果部分听从警告会怎么样?此时,应在考虑具体情况(包括医务部门的部分回应及伤者、病者情况)的同时,基于所实施之害敌行为,发起程度相当的攻击。换句话说,这个问题是基于必要性和比例原则进行审视的全局性问题。

对非国际性武装冲突而言,《非国际性武装冲突法圣雷莫手册》规定:"必须给对方遵守规则的机会,且仅可在警告被忽视的情况下发起攻击。"⁹¹随之而来的问题是,习惯国际法中针对非国际性武装冲突是否也适用此种警告要求。严格意义上讲,就《红十字国际委员习惯法研究》而言,尚未批准《第二附加议定书》的国家在非国际性武装冲突中并无义务遵守警告程序要求。⁹²但是,应注意的是,"由于各国未在实践中对两类非国际性武装冲突加以区分"〔《第二附加议定书》和日内瓦四公约共同第3条〕,因此本研究也未"做此区分"。⁹³体现习惯法的某些警告义务或许在共同第3条中有所暗示,但仍具不确定性。因此,关于习惯国际法在此问题上的影响力仍存在争议。

最后,前南斯拉夫问题国际刑事法庭在加利奇(Galić)案的判例中⁹⁴对 警告义务有所阐释。该案中,讨论了某交战方针对医院所实施之攻击行为

⁹⁰ 从《第一附加议定书》第52条第2款军事目标之定义的角度,对用以实施害敌行为之医疗物体的深入分析,见下部分。

⁹¹ Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway and Yoram Dinstein (eds), The San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict: With Commentary, International Institute of Humanitarian Law, Sanremo, 2006, Chap. 4.2.1.

^{92 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则25、规则28至29。例如,见Luisa Vierucci, "The Protection of Wounded and Sick in IAC and NIAC", in Carl Marchand and Gian L. Beruto (eds), The Distinction between International and Non-International Armed Conflicts: Challenges for IHL? 38th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law (Sanremo, 3rd-5th September 2015), Franco Angeli, Milan, 2016, p. 213:总体而言,在攻击叙利亚医疗设施之前没有发出警告的事实,不仅表明在非国际性武装冲突中缺乏相关的国际人道法规则,而且还令人质疑总体上对预防措施原则的尊重情况,因为警告义务是源自该原则的一项义务。

⁹³ Jelena Pejic, "The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011, p. 191.

⁹⁴ ICTY, Prosecutor v Stanislav Galic, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber), 30 November 2006.

的合法性。⁹⁵该医院虽然仍在执行救治伤者、病者的任务,但鉴于其中有敌对交战方向该交战方开火,⁹⁶所以该医院已变成"军事基地"。⁹⁷因此,上诉庭认为,医院如果用以实施无关人道职务的敌对或害敌行为,则成为合法目标。⁹⁸但是,

根据《第一附加议定书》(第13条第1款)和《第二附加议定书》 (第11条第2款)的相关规定,上诉庭要求预先发出攻击警告,作 为失去保护的条件。其认为,尽管事实上被保护物体已构成军事目 标,但缺少适当警告,包括未指定合理的遵守时限,仍会导致后续 攻击成为非法行为。⁹⁹

"害敌行为"的概念

磋商历史

"害敌行为"的概念首次被引入条约法,是规定在1906年《日内瓦公约》的第7条当中,该条虽采用了不同表述,但也明确指出:若医疗机构和设施被用于实施"伤害敌人的行为",便会丧失其保护。¹⁰⁰直到1949年,仍未有对害敌行为作出任何有意义的界定。正如1949年外交会议所述:

害敌行为这一表述似乎不太优雅。我们在努力寻找更好的措辞,但是回顾传统表述……这种表述方式或许在某种程度上具有弹性,但是对我们而言其语意十分明确,同时涵盖了适当的战争行为以及具有战斗行为特征的活动。¹⁰¹

⁹⁵ *Ibid.*, paras 336-352.

⁹⁶ Ibid., para. 337.

⁹⁷ *Ibid.*, paras 338-339.

⁹⁸ Ibid., para. 340.

⁹⁹ Iain Bonomy, Principles of Distinction and Protection at the ICTY, FICHL Occasional Paper Series, No. 3, 2013, p. 21. See also ICTY, Galic, above note 94, para. 344.

¹⁰⁰ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1838段。

^{101 《1949}年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷, 第818~819页。



对于"害敌行为",红十字国际委员会的替代措辞表达了与外交会议筹备阶段产生的观点相同的看法,即,"行为的目的或结果是通过推动或阻碍军事行动而危害敌方"。¹⁰²让·皮克泰在1985年写道,"此种行为〔害敌行为〕的目的和结果,是通过推动或阻碍军事行动,而对交战一方不利"。¹⁰³结合《第一附加议定书》第13条第1款,红十字国际委员会的《评注》解释道,"危害的定义所含十分宽泛,不仅涉及敌人遭受的直接危害,例如对敌火力攻击,还包含以任何方式故意阻碍其军事行动的尝试"。¹⁰⁴

构成害敌行为的行为

可能导致医疗队失去其特别保护的害敌行为的例子,包括:"出于自我防卫以外的原因向敌人开火"、¹⁰⁵ "在医疗点设置发射阵地"、¹⁰⁶ "将医院作为健全战斗员或难民的庇护所、武器弹药堆积处或军事观察点"、¹⁰⁷将医院用作"与作战部队联络的中心" ¹⁰⁸及"将医院设置在军事目标附近,以掩护军事目标躲避敌人的军事行动"等。¹⁰⁹ 《第一附加议定书》第12条第4款中明确禁止最后一条行为。导致医疗运输队失去特别保护的害敌行为包括"将车辆用作移动军事指挥点或攻击基地" ¹¹⁰以及"运输医疗队、武器或弹药"。¹¹¹此外,为《第一附加议定书》第28条第(1)-(2)款所禁止的医疗航空器的有关行为,不仅适用于医疗航空器,而且类推适用于

¹⁰² Pictet Commentary on GC I, above note 65, Art. 21, p. 200.

¹⁰³ J. Pictet, 见前注 46, 第204页。

¹⁰⁴ 红十字国际委员会: 《第一附加议定书评注》, 同前注4, 第13条, 第551段。

¹⁰⁵ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1842段。

¹⁰⁶ 同上注。

¹⁰⁷ Pictet Commentary on GC I, above note 65, Art. 21, pp. 200-201.

¹⁰⁸ Jean Pictet (ed.), Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 4: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, ICRC, Geneva, 1958, Art. 19, p. 154.

¹⁰⁹ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1842段。

¹¹⁰ 同上注, 第35条, 第2389段。

^{111 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则29的评注,第93页。

享有特别保护的人和物体。¹¹²尽管在有关保护医疗航空器¹¹³的规定当中并未明确使用"害敌行为"一词,但其所禁止的关乎医疗航空器之保护地位的行为,是与"害敌行为"类似的滥用形式。¹¹⁴以此类推,同样的禁止也适用于陆上医务部门。该规则类推适用于医疗队和运输队的结果是,医疗队与运输队若尝试以此"获得对敌方的任何军事利益"、"试图使军事目标免受攻击"、"收集或传送情报资料"或"运输无关医疗职务的人或货物"时,便会失去其特别保护。¹¹⁵最后,导致医务人员失去特别保护的害敌行为包括:此类人员"出于进攻或未获认定的防卫目的而对自身进行武装"、¹¹⁶"向武器作战系统或军事行动计划提供协助,或传送具有军事价值的情报"、¹¹⁷"帮助本国身体健康的战斗员藏匿在医院内"。¹¹⁸

红十字国际委员会的《危险中的医疗保健》报告中刊载的一些晚近的构成"害敌行为"的例子¹¹⁹,该报告认为,"医疗设备被占用及滥用"是其最为重要的发现之一。¹²⁰滥用包括"除医疗职能这一专门用途外的任何其他用涂"。¹²¹这是一个比害敌行为更为宽泛的定义,因为并不是每一次滥用都会

¹¹² ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 28, para. 1052. See also Vaios Koutroulis, "Loss of Protection of Medical Personnel in Armed Conflict", in Odile Vandenbossche, Ware Vercamer and Arthur Fallas (eds), "Report of the Flanders Fields Conference of Military Law and the Law of War", The Military Law and the Law of War Review, Vol. 55, No. 2, 2016-17, p. 230.

¹¹³ 同上注, 第1058段。

¹¹⁴ 同上注, 第1046段。

¹¹⁵ Vaios Koutroulis, "Loss of Protection of Medical Personnel in Armed Conflict", unpublished presentation delivered at the Flanders Fields Conference of Military Law and the Law of War, International Society for Military Law and the Law of War, Ypres, 12-15 October 2014, 第10张幻灯片(后加着重号以示强调),可浏览: https://tinyurl.com/y9c9xf3w。

¹¹⁶ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第24条,第2005段。医务人员根据《日内瓦第一公约》第22条第1款和《第一附加议定书》第13条第2款配备轻型个人武器,且有权出于自我防卫或保护其所负责之伤者、病者原因,利用配备武器抵抗非法暴力行为。该行为不构成害敌行为,因此不会导致其丧失特别保护。

¹¹⁷ 同上注, 第2000段。

¹¹⁸ 同上注。

¹¹⁹ 国际红十字委员会:《战地救护面临危险:影响医疗服务的暴力事件——2015年》(2012年1月至2014年12月),日内瓦,2015年。ICRC, Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care, January 2012 to December 2014, ICRC, Geneva, 2015.(本报告暂无中文译本,但可通过中文标题进行检索)本报告分析了在武装冲突背景下发生在11个国家的针对医疗保健服务的2398起暴力事件以及该三年间的其他紧急事件。

¹²⁰ 同上注, 第1页。

¹²¹ 同上注, 第13页, 脚注27。



产生军事上的危害。红十字国际委员会的报告记录了多种形式的滥用,包括军事占用和/或在此类设施中设立军事基地、交战方利用医疗部门躲避敌方攻击(主要指在被确认为积极战斗的情况)、将医疗部门用作武器设置点和在此发动攻击。¹²²此类行为使得医疗设施的性质转变为"军用物体"¹²³,因而被视为害敌行为。此外,报告还记录了其他形式的滥用,包括:军事人员在某段时期内在该设施内扎营、守卫该设施以审问和识别对方战士、扣押人质并对其实施虐待。¹²⁴在发生此类行为的情况下,必须结合具体情况对进一步发掘的事实进行评估,来判定相关行为是否构成害敌行为。

另一个更为复杂的问题是在医疗队内审问伤者、病者或对其用刑的情 况。此种行为是否会被视为害敌行为?若是如此,会产生何种法律后果? 2003年伊拉克战争期间,美国军事指挥官被告知"根据《改善海上武装部队 伤者、病者和遇船难者境遇之日内瓦公约》(GWS-Sea)〔《日内瓦第二公 约》〕22条的规定,武装冲突期间,除依法要求的身份识别外,在美国医 疗船上对伊拉克囚犯和敌方战俘进行审问的行为可能导致该船的受保护地位 被剥夺"。125红十字国际委员会在关于《日内瓦第二公约》第34条的评注中 表明了其对"在医院船上审问敌方战俘"行为的立场,即若"试图通过审 问获取除《日内瓦第三公约》第17条要求披露以外的信息", 126则认定该行 为构成害敌行为。这种解释也可类推适用干陆上医疗队。按照这一逻辑,若 伤者、病者在医疗设施内受到被禁止的酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待 遇, 也可被视为害敌行为, 但尚存争议。在此类虐待案件中, 可针对所涉医 务部门实施的危害行为采取合理的强制措施进行应对,例如武装进入、检查 或抓捕。此外,此类危害行为是否构成对该医疗设施进行直接攻击的正当理 由, 应以敌对行动规则为准。在大多数案件中, 敌对行动规则, 加之保护和 尊重伤者、病者的首要义务,将认定此类攻击为非法。

¹²² 同上注, 第13页。

¹²³ 红十字国际委员会,同前注87,第47页。

¹²⁴ 红十字国际委员会,同前注119,第13页。

¹²⁵ Gregory P. Noone et al., "Prisoners of War in the 21st Century: Issues in Modern Warfare", Naval Law Review, Vol. 50, 2004, p. 39.

¹²⁶ ICRC Commentary on GC II, above note 8, Art. 34, para. 2375.

如上述例子所示。"尽管害敌行为的概念采用了复数形式。但也可适 用于单一行为"。127确实没有理由将单一行为从这一例外范围中排除出去, 尤其是在单独害敌行为可能具有重大影响的情况下。害敌行为限于特定"行 为",即"某人在特定情况下或特定地点所实施的行为",¹²⁸原则上,不得 将危害敌人的特定行为与其他行为混淆。否则,便会顺理成章地将未(或用 干)实施害敌行为的医务人员或物体失去特别保护的范围扩大。此外,害 敌行为是 "出于军事目的的用途"。医院因被用于军事目的而失去保护的 观点可追溯到1907年《海牙第第四公约》第27条。129该条未详细说明使用程 度、频率或严重性,只要冲突一方将医务部门用于军事目的,便可将其视为 害敌行为,¹³⁰而无需评估包括数量、持续期间或密度在内的严重程度。也无 需考虑是否连续或者定期使用,可以是单次、偶尔或不定期使用。甚至有观 点认为间接、偶尔或试图131使用的情况也应包括在内。132反过来,也有关于 特定行为不构成害敌行为的规定。此类行为的示例详见《日内瓦第一公约》 第22条关于军事医疗队欲医疗所的规定、《日内瓦第四公约》第19条第2款 关于民用医院的规定。以及《第一附加议定书》第13条第2款关于民用医疗 队的规定。133《第一附加议定书》第13条第2款规定。

下列各项情形不应视为害敌行为:

- (一)医疗队人员为了自卫或保卫其照顾下的伤者和病者而备有个人轻武器;
- (二) 医疗队由警卫、哨卫或护送卫士守护;

¹²⁷ Stuart Casey-Maslen, "The Status, Rights, and Obligations of Medical and Religious Personnel", in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassoli (eds), 同前注10, 第816页。

¹²⁸ Albert S. Hornby (ed.), Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 316.

¹²⁹ 海牙第四公约(即《陆战法规和惯例公约》)及其附件:关于陆战法规和惯例的条例,205 CTS 227,1907年10月18日(1910年1月26日生效)。

¹³⁰ 见红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1842段。

^{131 《}第一附加议定书》第28条第1款。在红十字国际委员会的替代措辞中,表达了与1949年外交会议筹备 过程中产生的观点相同的看法,即"行为的目的或结果是通过推动或阻碍军事行动危害敌方"(后加 着重号以示强调)。

¹³² 警告意在警告医务人员、医院办公室等,无意实施的害敌行为可能导致其丧失免遭直接攻击的保护。

¹³³ 见《日内瓦第二公约》第35条,关于医院船的规定。



- (三)医疗队内有取自伤者和病者而尚未送交主管部门的轻兵器和弹 药;
- (四) 武装部队人员或其它战斗员为了医疗原因而留在医疗队内。

此列举并非穷尽性列举。¹³⁴而将此规则类推适用于医务人员时,则意味着:

在医务人员由军事人员护送、有军事人员在场、或医务人员持有从病 患处得到但未上交相关部门的小型武器弹药的情况下,不得将此视为敌对行 为。¹³⁵

前述所列的情形不适用于非国际性武装冲突及《第二附加议定书》所规范的情形,但可作为法律解释及确立国际习惯法的依据¹³⁶。接下来,我们将进一步探究不构成害敌行为的行为。

《第一附加议定书》第13条第2款第1项及《日内瓦第一公约》第22条第1款规定,医务人员可配备武器,并在必要时使用武器进行自卫或保护其负责的伤者、病者免遭非法的暴力袭击。¹³⁷这种行为不构成害敌行为。《日内瓦第一公约》第22条第1款未详细说明医务人员可合法使用的武器类型,¹³⁸但是《第一附加议定书》第13条第2款第1项将其限定于"轻型单兵武器"。¹³⁹因此,"将'轻型单兵武器'用于允许目的以外的其他用途"、¹⁴⁰或"医务人员配备规定以外的重型武器"¹⁴¹均可能构成害敌行为。例如,医务人员实施的害敌行为包括医疗队内的医务人员"在战斗中使用轻型单兵武器攻击遵循战争法规定的敌方部队,尤其是为了抵抗抓捕",¹⁴²"出于自我防卫以外的其他目的,携带诸如便携式导弹或反坦克

¹³⁴ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1860段。

^{135 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则25的评注,第75页。

¹³⁶ ICRC Commentary on AP II, above note 4, Art. 11, para. 4723.

¹³⁷ 见:红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1866~1867段, M. Sassoli,前注10,第54页, A. Breitegger,前注7,第112页。

¹³⁸ 红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1864段; ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 562.

¹³⁹ 红十字国际委员会、《第一附加议定书评注》、同前注4、第13条、第563段。

¹⁴⁰ ICRC Commentary on GC I, above note 4, Art. 22, para. 1865.

¹⁴¹ 同上注, 第1864段。

^{142 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则2的评注,第8页。

导弹之类的便携式武器"、¹⁴³及安装"诸如协同操作机枪(要求至少两人操作)之类的重型武器"。¹⁴⁴实践证明,解释的关键点是允许携带的武器基本上是手枪。¹⁴⁵某些国家在1974到1977年的外交会议《附加议定书》协商期间解释道,允许医务人员配备的武器不包括碎片手榴弹、一个人无法搬运的武器及用于非人类目标的武器。¹⁴⁶

这一条款规定的基础是以往的经验,即在发生武装冲突情况下,普通的警察执法系统往往已经崩溃,随之而来的是犯罪的蔓延。而医疗队的物资具有经济价值(2020年新冠肺炎疫情危机表明医用材料可在黑市出售)。¹⁴⁷因此,必须为医疗点提供有效的武装保护。但武装仅可用于对抗犯罪,而不可对抗敌方军队。医疗队不得防卫敌对交战方,否则就可能构成害敌行为。¹⁴⁸鉴此,仅可使用手枪的原因是出于对"必要性"的要求,即此类手枪足以对抗犯罪,而重型武器则适用于双方交战,因此在此类合法自卫中不必使用重型武器。但是,这可能又引出了一个问题:在使用手枪不足以抵抗劫掠者所展现出的威胁程度、组织性或武力的情况下,是否可作为例外情况而使用此类重型武器?国际人道并未对此提供依据,因此医疗队所属部队的指挥官必须就此同敌方部队达成一致。

一个言之有理的观点是:对医务人员进行武装,特别是平民(见《第一附加议定书》第13条)并非没有问题。¹⁴⁹因为武装后的医务人员可能会被

¹⁴³ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1864段。

¹⁴⁴ 同上注, 第1868段。

¹⁴⁵ Michael Bothe, Karl J. Partsch and Waldemar A. Solf (eds), New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 2nd ed., Martinus Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2013, AP I, Art. 13, p. 131, and Art. 65, p. 459.

¹⁴⁶ Ibid., pp. 460-461. See also ICRC Commentary on API, above note 4, Art. 13, para. 563.

¹⁴⁷ 例如,见:Maria Caspani, "U.S. COVID-19 Cases Rocket Past 100,000 as Doctors Look for Black Market Medical Supplies", National Post, 28 March 2020, 可浏览: https://nationalpost.com/news/world/u-s-coronavirus-cases-surpass-100000-as-doctors-cope-with-medical-shortages; "Black Market for Coronavirus Test Kits Flourishes in Climate of Mistrust, Stigma in Nigeria", News 24, 23 April 2020, 可浏览: https://www.news24.com/Africa/News/black-market-for-coronavirus-test-kits-flourishes-in-climate-of-mistrust-stigma-in-nigeria-20200423.

¹⁴⁸ 红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第1867段; ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 561.

¹⁴⁹ M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf (eds), 同前注145, 《第一附加议定书》第13条, 第131页。民防人员武装中的类似问题: 同上注, 第65条, 第460~461页。See also ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 560.

误认为战斗员,或有可能滥用其平民身份。但是,鉴于有必要对犯罪进行防卫,上述情况无法完全避免。因此,更重要的是,让对方可以根据有关人员携带的武器类型(即手枪)立即判断出其真实目的。

《第一附加议定书》第13条第2款第3项和《日内瓦第一公约》第22条第2款规定,医疗队由警卫提供武装保护,¹⁵⁰ "尤其是在保护其中的伤者、病者的情况下",¹⁵¹不构成害敌行为。警卫包括"医务人员和非医务人员"。¹⁵²特殊情况下,¹⁵³亦可将"武装部队中的非医务成员"¹⁵⁴及"身着警察制服的平民"¹⁵⁵纳入其中。但是,警卫可使用的武器类型与武装医务人员相同,即"仅可携带同类型武器,尤其是'个人轻武器',进行防卫"。¹⁵⁶

《第一附加议定书》第13条第2款第3项、《日内瓦第一公约》第19条第2款和《日内瓦第四公约》第19条第2款规定,在医疗队中发现临时存放、尚未上交相关部门("即医疗设施或单位以外的权力机构"¹⁵⁷)的小型武器弹药,不构成害敌行为。相关武器的理解包括"便携式武器"¹⁵⁸,该理解比授权医务人员使用的"个人便携式武器"¹⁵⁹更为宽泛。¹⁶⁰"其中可能涉及比授权医务人员使用的武器更重型便携式武器,诸如小型机枪,此类武器虽需两到三名士兵操作,但仍具有便携性。"¹⁶¹而在医疗队"存放武器弹药的行为(临时存放取自伤者、病者处但尚未上交的武器弹药除外)"¹⁶²则构成害敌行为。此外,"即使是临时存放,亦不可在医疗所或医疗队内出现除便携式武器以外的其他武器"。¹⁶³

^{150 《}日内瓦第一公约》第22条第2款有"医疗所或医疗队因无武装勤务员"这样的表述,但这并不意味着禁止武装勤务人员和军事警卫同时在场。见: Pictet Commentary on GC I, above note 65, Art. 22, pp. 203-204.

¹⁵¹ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1870段。

¹⁵² 同上注。

¹⁵³ 同上注, 第1872段; ICRC Commentary on API, above note 4, Art. 13, para. 566.

¹⁵⁴ 同上注, 第1871段。

¹⁵⁵ ICRC Commentary on AP I, above note 4, Art. 13, para. 566.

¹⁵⁶ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1874段。

¹⁵⁷ 同上注, 第1876段。

¹⁵⁸ 同上注,第1877段。《日内瓦第一公约》第22条第3款中未明确"小型武器"的定义。然而,具有同等效力的法文文本采用的是"便携式武器"("armes portatives")一词。

¹⁵⁹ 同上注。

¹⁶⁰ 同上注。

¹⁶¹ 同上注。

¹⁶² 红十字国际委员会, 同前注87, 第28页, 脚注18。

¹⁶³ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第22条,第1877段。

《第一附加议定书》第13条第2款第3项及《日内瓦第四公约》第19条第2款规定,武装部队或其他战斗员出于医疗原因在医疗队内停留的情况不构成害敌行为。或可认为,也不会将战斗员或其他军事目标出于非医疗目的临时出现在医疗队的情况默认构成害敌行为。¹⁶⁴在未进一步查明事实的情况下,不得假设此类人或目标将医疗队用作军事目的。例如,以战斗员身份在该单位指挥任务。但是,在这种情况下,可将战斗员作为合法目标进行攻击,与此同时必须采取一切可能的预防措施,以避免干扰医疗队。在多数情况下,这意味着敌对交战方须待前述人员离开医疗队,否则相比预期的军事优势,其所造成附带损害将不成比例(《第一附加议定书》第51条第5款第2项)。

害敌行为与背信弃义的行为

根据《第一附加议定书》第37条第1款的规定,为杀害、伤害或抓捕敌方战斗员而实施的害敌行为,可能会构成背信弃义的行为。¹⁶⁵以一辆正在驶向敌方军事检查站的救护车为例:驻守检查站的士兵走进救护车为其提供通行便利,但是隐藏其中的战斗员却向其开火。这种行为不仅构成背信弃义的行为,同时也构成害敌行为。因此,某种形式的害敌行为会与背信弃义重叠,即滥用针对医疗机构的特别保护而获取军事利益或剥夺敌方军事利益。这两个概念具有相似特点,即二者都具有欺骗性质且违反善意原则,¹⁶⁶主要是利用交战方的国际人道法义务而实现自己的敌对目的,¹⁶⁷二者皆违反法律规定。¹⁶⁸二者的区别在于,害敌行为不会导致敌方战斗员死伤,亦不会抓捕敌方战斗员。

¹⁶⁴ 例如, 见: US Department of Defense, Law of War Manual, June 2015 (updated December 2016), para. 7.10.3.6.

¹⁶⁵ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1842段。根据《第一附加议定书》第38条第1款、《第二附加议定书》第12条、《1949年8月12日日内瓦公约第三附加议定书》及2005年12月8日关于《采用附加识别标志》第6条第1款(2007年1月14日签订生效)及《习惯国际人道法》(红十字国际委员会习惯法研究,同前注2,规则59)规定,尤其禁止在展示《日内瓦公约》识别标志时实施害敌行为。

¹⁶⁶ 根据国际人道法的善意原则,尤其禁止背信弃义,见: Robert Kolb, Good Faith in International Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2017, pp. 251-254.

¹⁶⁷ 同上注, 第252~253页。

¹⁶⁸ 同上注。另见: R. Kolb, 同前注38, 第41页: "如交战方始终有充分理由担心其履行国际人道法义务会被用于敌对目的,交战方便不会轻易履行该义务"。



害敌行为与敌对行为

根据《第一附加议定书》第8条第1款的规定,害敌行为比"敌对行为"更加宽泛。害敌行为指导致或可能导致危害的行为,而敌对行为指战争行为,即军事行动。如上所述,"害敌"的法律含义"不但涉及敌人遭受的直接伤害,还包含以任何方式故意阻碍军事行动的尝试"。¹⁶⁹"'敌对行为'指冲突各方(集体)用以伤害敌人的方式和方法。"¹⁷⁰尽管《国际人道法》未就敌对行为进行明确定义,但在此可比照《第一附加议定书》第41条第2款第3项和第42条第2款规定,按照《第一附加议定书》第51条第3款说明,对"敌对行为"进行理解¹⁷¹,即"从性质和目的而言,敌对行为指意在对武装部队人员和设施造成实际伤害的行为"。¹⁷²显而易见,该概念比害敌行为的概念更加狭隘,后者还包括了对敌方军事行动的间接影响。

害敌行为与直接参加敌对行动

出于同样的原因,害敌行为比《第一附加议定书》第51条第3款和《第二附加议定书》第13条第3款规定的"直接参加敌对行动"(DPH)更为宽泛。¹⁷³准确地说,与直接参加敌对行动密切相关的是"敌对"而非"危害"。不过对于直接参加敌对行动,也存在一些的宽泛的解释,使其比害敌行为的概念所含更广,比如美国对于"直接参加敌对行动"的定义就是一个例子。尤是如此的情况是:某一组织尚未实施任何敌对行动,但其敌对意图便可使该组织的成员构成攻击对象,并将该组织整体的敌对意图归于该名成员。¹⁷⁴除了采取上述非常规解释的情况外,可以认为:其一,害敌行为要

¹⁶⁹ ICRC Commentary on API, above note 4, Art. 13, para. 551.

¹⁷⁰ ICRC and Nils Melzer, "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", International Review of the Red Cross, Vol. 90, No. 872, 2008, p. 1013.

¹⁷¹ J. K. Kleffner, above note 14, p. 324.

¹⁷² ICRC Commentary on API, above note 4, Art. 51(3), para. 1942.

¹⁷³ 包括红十字国际委员会在内的部分方面认为,害敌行为的概念比直接参加敌对行动的概念更加宽泛。 见红十字国际委员会,同前注5,第33页,红十字国际委员会: 《日内瓦第一公约评注》,第24条,第 2003段: "就所涵盖的行为而言,'害敌行为'的适用范围比'直接参加敌对行动'更广。"同样的 观点,见:Nils Melzer, Targeted Killing in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 329.

¹⁷⁴ US Department of Defense, above note 164, para. 5.8.3.3: "表明敌对意图同样构成直接参加敌对行动"。

求的"危害门槛"比直接参加敌对行动要低,后者会需有"敌对"状态;其二,二者对于"直接因果关系"的要求有所不同,害敌行为和具体军事行动表现之间无需存在直接关联;其三,二者都以存在"交战关系"为先决条件,但害敌行为必须是专为支持冲突一方或损害另一方而策划的。这就意味着,如果平民医务人员直接参加敌对行动,会默认其构成害敌行为。而反过来,如果平民医务人员实施了害敌行为但不构成直接参加敌对行动,该人员将失去特别保护,但并不丧失一般保护,"除非该人员在此时直接参加敌对行动"。¹⁷⁵换句话说,平民实施害敌行为并不一定意味着该平民要对直接攻击负责。"只有此类行为同时构成'直接参加敌对行动'时,才是如此。" ¹⁷⁶

害敌行为与军事目标

下一个有关害敌行为的问题是,害敌行为在什么情况下会将医用物体转化为《第一附加议定书》第52条第2款所规定的军事目标? 众所周知,判断一个物体是否构成军事目标须考察其是否同时具备两个背景要素——军事贡献与军事利益。"贡献"是指某物体可服务于或可用于具体的军事行动。贡献和军事行动之间必须存在直接联系,¹⁷⁷且贡献必须有效,也就是说必须有真实且易于识别。¹⁷⁸需要注意的是,害敌行为包括直接和间接干预军事行动,¹⁷⁹其与具体军事行动的开展之间的联系不必须是直接的。这就意味着,用以实施害敌行为的医疗物体并不一定是对军事行动做出有效贡献的物体。在这种情况下,害敌行为可扩展至"地点、目的或用途",但不包括《第一附加议定书》第52条第2款中所述的"性质",原因在于医用物体本身就不具有军事特征。

^{175 《}第一附加议定书》第51条第3款,《第二附加议定书》第13条第3款,《红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则6。

¹⁷⁶ 红十字国际委员会,同前注5,第33页。

¹⁷⁷ R. Kolb, 同前注38, 第160~162页。

¹⁷⁸ Agnieszka Jachec-Neale, The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice, Routledge, London and New York, 2015, p. 83.

¹⁷⁹ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1841段。



就第二个要素贡献的有效性而言,损毁、收缴医用物体或使其失去功能性,是否能为发起攻击的一方带来确定的军事利益? "利益是指有助于军事行动的一切因素。" ¹⁸⁰它必须涉及"军事利益",必须是"明确的"且必须发生在"当时环境"中。 ¹⁸¹答案显然是否定的。并非所有物体都能在攻击时带来明确的军事利益,包括用以实施害敌行为和/或有效推进军事行动的医用物体。"很多物品都〔可能会〕有效促进防守方的军事行动,但是其中仅有一部分可在具体环境中提供真正的军事利益。" ¹⁸²因此,红十字国际委员会的总体结论似乎是正确的:

并非所有形式的"害敌行为"都会对军事行动作出有效贡献,当时环境下的直接攻击亦不可能提供明显的军事利益。上述要求缺一不可,否则意味着此类医疗物体尚未构成军事目标。¹⁸³

反过来,特定的害敌行为可能会使得某物体构成军事目标,如该行为满足《第一附加议定书》第52条第2款规定的两项判定标准,即从该位置向敌对部队开火。因此,必须再次强调,按照相关规定,实施害敌行为可能导致失去特别保护,其中包括免受攻击,但是若进行攻击,攻击方仍需满足第52条第2款的规定。

存疑的害敌行为

出于"人道考虑"¹⁸⁴, "在对构成'害敌行为'的具体行为存疑时,不得将其视为此类行为"。¹⁸⁵该解释符合《第一附加议定书》第50条第1款和第52条第3款规则规定的要旨,是根据敌对行为规则而对有关人员及物体作出了法律上的平民性质推定。尽管在规制非国际性武装冲突的《第二附加议定书》中未找到类似规定,但是"任何一方不得自动攻击看似身份存疑的

¹⁸⁰ R. Kolb, 同前注38, 第162页。

¹⁸¹ 同上注。

¹⁸² A. Jachec-Neale, 同前注178, 第116页

¹⁸³ 红十字国际委员会,同前注5,第33页。

¹⁸⁴ 红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第21条,第1844段,另见:第24条,第 1998段。

¹⁸⁵ 同上注。

人"。¹⁸⁶该法律推定有利于保护对其身份地位存疑的人和物体,进而保护伤者、病者,这也是国际人道法特别保护的最终目标。

失去特别保护的后果

失去特别保护的主要后果是,在敌方履行警告义务后,便不再负有避免干扰医务部门工作或采取积极措施协助其工作的义务¹⁸⁷。此外,在满足警告、时限和未听从的条件下,可对其发起攻击。但有一些问题有待讨论:譬如,当某人在医疗队中实施害敌行为时,对方只应针对此人作出反应,还是可以对整个医疗队发起攻击?若医疗队只是部分存在滥用其保护地位的情况,是否可以针对整个医疗队发起攻击?该滥用行为是否影响整个医疗队的受保护地位?可在何种程度上对医务人员进行攻击?

军事医务人员即使实施害敌行为,也不对其医务人员的身份造成影响,正如无法将直接参加敌对行动的平民视为战斗员一样。¹⁸⁸实施害敌行为的唯一后果是导致其失去特别保护(由于其实施了害敌行为且满足了警告部分的相关要求)。¹⁸⁹在这种情况下,通常受到保护、免受攻击的相关医务人员将可以成为攻击目标,正如直接参加敌对行动理论中所述的平民。¹⁹⁰在此需再次强调,无论是一般情况下还是失去保护之后,军事医务人员始终都可能成为攻击目标,¹⁹¹因此,不同于《第一附加议定书》第52条第2款规定之物体,无需判定有关人员是否满足在相关背景下的双重判定标准。而即使平民医务

^{186 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则6的评注,第23页, "在非国际性武装冲突方面,虽然在这方面确立一条清晰的规则是非常必要的,但是各国实践很少涉及人员性质可疑的情况。"

¹⁸⁷ 红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注,同前注4,第21条,第1854段,第24条,第2008段。

¹⁸⁸ 详细分析, 见P. De Waard and J. Tarrant, 同前注68, 第175~182页。

¹⁸⁹ 另一种观点,见:V. Koutroulis,同前注112,第231页,M. Sassoli,同前注10,第53~55页。M. Sassoli认为,军事医务人员和平民医务人员失去特别保护的情况应限于其直接参加敌对行动,而不是害敌行为,因为后者是针对物体制定的相关标准,而前者则针对人。

¹⁹⁰ 尽管如此,确实存在这样的问题,即是否有必要对单次实施了不构成敌对行为的伤害较轻的行为(例如,发送一封与作战行动无关但包含低质量情报的电子邮件)的军事医务人员进行攻击。

¹⁹¹ 若暂时而不是永久失去特别保护是合理的,则在重获特别保护的情况下,不得对该人员进行攻击。关于军事医务人员暂时失去特别保护的期限问题,见:红十字国际委员会:《日内瓦第一公约评注》,同前注4,第24条,第2009段。关于在《第一附加议定书》第65条背景下就民防人员的类似讨论,见:M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf (eds),同前注145,《第一附加议定书》第65条,第458~459页。



人员实施害敌行为,仍是平民。由于平民其享有《第一附加议定书》第48条和第51条中及相关习惯国际法中规定的一般保护,因此不得对其进行持续攻击;只有害敌行为构成直接参加敌对行动(即同时具有"伤害性"和如上所述的"敌意")或医务人员除实施害敌行为外还直接参加敌对行动之时,方可根据对其进行国际人道法上的合法攻击。此时害敌行为的表现包括:收集和传递同作战行动有关或无关的情报、掩护健全战斗员或向敌方部队开火。

判定军事和民用医疗物体失去保护而可对其发起攻击,需满足两项条件:实施了害敌行为,包括失去特别保护的两个附加要求(发出警告、对方未听从),以及《第一附加议定书》第52条第2款规定的军事目标判定,即失去免受直接攻击的一般保护。与医务人员不同的是,鉴于军事医务人员和平民医务人员的法律地位不同,为评估其是否失去免受直接攻击的保护,需判定平民医务人员是否直接参加了敌对行动;而军事和平民医疗物体均享有敌对行为规则所规定的平民身份,¹⁹²因此同样需进行两种判定(即失去特别保护和失去一般保护)。

一个重要问题是,医疗队内部的单一行为或局部行为会在何种程度上将整个医疗队变成可以直接进行攻击的军事目标?《美国国防部战争法手册》指出"如果一名敌方步枪手从某一医院窗口射击,则只需对该步枪手做出回应,而无需毁掉整座医院"。¹⁹³其未就此处的法理进行阐明,但其中提到"出于自卫原因对医疗队或设施动用武力必须符合比例原则"。¹⁹⁴这是否是由于在该具体案例中,美国考虑在步枪手的行为不足以将医疗队变成军事目标的情况下,将军事目标测试缩小到了个人,而不是整个医疗队?或者医疗队虽可被判定为军事目标,但是并不因此当然满足比例性的要求?

¹⁹² 见同前注26

¹⁹³ US Department of Defense, above note 164, para. 7.10.3.2.

¹⁹⁴ 同上注。《手册》规定,相称性原则规定其有义务"在计划和进行攻击时采取可行的预防措施,减少对平民和其他被保护人和物体的伤害风险,避免其成为攻击目标"(后加着重号以示强调):同上注,第2.4.1.2和5.11段。此外,还强调"要求在计划和实施攻击时采取可行预防措施并禁止预期会造成过度附带伤害的攻击,这是根本相关和相辅相成的义务":同上注,第5.10.5段。但是,其拒绝对军事医务人员和物品或军事伤者病者适用相称性要求,原因在于此类人员被认为因接近军事目标而承认附带伤害的风险:同上,第4.10.1、5.10.1.2、7.3.3.1、7.8.2.1、7.10.1.1、17.14.1.2、17.15.1.2、17.15.2.2段。关于《手册》就这一问题上的详细分析,见:J. K. Kleffner,同前注38,第52~55页。

一般而言, 必须指出, 不得将医务部门当然视为单一军事目标。如果 可通过攻击其中某一部分而抵消害敌行为的军事目的,则必须选择这种根 伟谦抑的方式。之所以采取上述解决方式,是因为比例原则适用于所有被保 护人员和物体、目《第一附加议定书》第57条要求针对各种情况采取预防 措施。195这一微妙立场在上文提及的前南斯拉夫国际刑事法庭关于加里克案 的判例中得到了一定程度的支持。在该案中、讨论了SRK(萨拉热窝罗马尼 亚军团, 塞族共和国军的一支) 作为冲突一方直接攻击科会沃医院的合法 性问题。196该医院已成为一个兼具民用和军事目的的双重用涂物体。在治疗 伤者、病者的同时,还是冲突敌对方ABiH(波斯尼亚和黑塞哥维那共和国 军)的"军事基地"¹⁹⁷。ABiH从其基地向SRK开火。¹⁹⁸审判庭做出的相关 事实认定得到了上诉庭的确认,即双方均进行了攻击; "SRK受到来自医院 院内的射击,同时SRK也向医院院内及建筑物进行了射击"。¹⁹⁹法庭指出, "起诉期间,医院经常成为SRK攻击的目标", 200 "ABiH从医院院内或其附 近发射迫击炮,该行为招致SRK反击"。201因此,审判庭判定SRK对医院建 筑物的射击"显然不是针对任何可能的军事目标"。202这一结论随后被上诉 庭驳回, 认定其"不完全正确"。203

> 审判庭认为,对医院开火"不是针对任何可能的军事目标"系适用 法律错误,因为从医院开火进行攻击的行为使该医院成为了军事目 标。但与此同时,军事活动并未将受保护设施永久转变为合法军事 目标,而只有敌方具有对该军事活动做出反应的合理必要时,方可 继续将其视为军事目标。此外,攻击目标必须是该设施周围或内部 的军事目标,因此只能使用为此目的合理而必要的武器。²⁰⁴

¹⁹⁵ 见上述题为"特别保护"的部分

¹⁹⁶ ICTY, Galic, 同前注94, 第336~352段。

¹⁹⁷ 同上注, 第337段。

¹⁹⁸ 同上注, 第338~339段。

¹⁹⁹ 同上注, 第338段。

²⁰⁰ 同上注, 第340段。

²⁰¹ 同上注。

²⁰² 同上注。

²⁰³ 同上注。

²⁰⁴ 同上注, 第346段(后加着重号以示强调)。



结论

作为结论,我们提出了一些一般性的建议,包括三点:

第一,只能将攻击医院视为最后手段。此建议与红十字国际委员会"战 地救护面临危险"项目的部分内容一致:

经咨询军事专家,我们提出如下并不一定是基于法律考虑的建议:应将对失去保护之医疗设施的发动攻击视为最后手段,同时还应考虑除对此设施发起直接攻击以外的其他选择。²⁰⁵

在评估是否符合比例性时,如果不仅是考虑攻击的直接影响,将可合理预见的长期累积效应也纳入考量,那么在大多数情况下,附带伤害往往会超过预期的军事利益。²⁰⁶因此,针对已成为军事目标的双重用途医院进行攻击就是非法行为。实践中,在回应害敌行为时,重点不是攻击,而是发出警告,并设定时间框架:"实际上,对冲突受害方而言唯一的补救措施很可能是抓捕,或是采取其他适当的强制措施。"²⁰⁷

第二,在具体情境当中,必须狭义界定军事目标和允许攻击的概念。当对医院的攻击被视为表面合法时,只要该医院同时且持续用于照护伤者、病者,即可建议在可行情况下,根据《第一附加议定书》第52条第2款或该款所对应的习惯法的规定,实施有限形式的攻击,并将范围缩小到医院内的确切军事目标²⁰⁸,而不是整座医院。"《第一附加议定书》第51条第4款要求攻击应针对'具体的'军事目标。"²⁰⁹同时,攻击使用的武器应尽可能是与

²⁰⁵ 红十字国际委员会,同前注5,第33页。另见:红十字国际委员会,同前注87,第41~42页,适用于一系列"针对失去保护之医疗保健设施发起之攻击的具体指导措施"。

²⁰⁶ Henry Shue and David Wippman, "Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions", in Henry Shue, Fighting Hurt: Rule and Exception in Torture and War, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 306-309.

²⁰⁷ 见红十字国际委员会:《日内瓦第二公约评注》,同前注8,第34条,第2388段。

^{208 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,规则8.

²⁰⁹ Agnieszka Jachec-Neale, "How Can My Home, School or Church Ever Be a Military Objective? Loss of Protection by Use, Purpose or Location", in Urban Warfare, Proceedings of the 16th Bruges Colloquium, 15-16 October 2015, p. 19. Jachec-Neale认为,部分用于军事目的的单独多层建筑,只要符合《第一附加议定书》第52条第2款对军事目标的定义,就可以将其整体视为《第一附加议定书》第51条第4款第1项意义上的"具体"军事目标。相反,如果不利交战方在攻击时合理掌握的信息表明,院内只有部分独立建筑用于军事目的,则由若干独立建筑组成的院落便不能被定性为用于此类目的。将整个院落确定为单独军事目标不符合第52条第2款定义,并可能构成《第一附加议定书》第51条第5款第1项规定的未区分攻击。

医院军事设施内的确切军事目标相称的必要武器,意在使其丧失攻击力,且 不应针对民用设施或整栋建筑物进行攻击。²¹⁰

第三,事先警告被视为针对"授权"和"未授权"医院的严格要求。²¹¹ 下述实例阐明了最后一条建议的重要性(即使在非典型情况下亦是如此)。

以因武装冲突而被摧毁、废弃的民用医院为例:此类医院已不再履行医院职能,医务人员和伤者、病者均已离开。当地居民也已逃离。数月之后,新居民到达这里,一个非国家武装组织占领了这座曾是医院的建筑物。但是,在敌对交战方对该建筑物发起攻击之前,仍有必要发出警告,否则此类攻击会被视为非法攻击。例如,鉴于医院的标志标牌仍未去除,平民可能误入其中寻求医疗照护。那么,敌对交战方如何得知新来人口意识到该建筑物不再是医院呢?他们怎能假定寻求治疗的平民不会误入其中?

在极端情况下,当医院成为可直接攻击的军事目标时,建议将规定失去特别保护的相关条款中规定的"警告程序要求"扩展适用于不在国际人道法保护框架内的医院。《红十字国际委员会习惯法研究》中写道,"许多实践并未明确要求任何一方承认并授权医疗队"。²¹²此外,根据《国际刑事法院罗马规约》的规定,"故意直接攻击非军事目标的医院和伤病员收容所"²¹³的战争罪并不局限于国际人道法对授权医疗队的定义。这些因素似乎表明,各国也已确认,只要某设施被用于向伤者、病者提供医疗照护,便承认其享有特殊受保护地位。²¹⁴伤者、病者在"授权"和"未授权"医院的受保护地位没有差别,因此,剥夺后者的疏散机会是说不通的。最后,预防措施原则要求交战方尽一切可能确认攻击目标(人和物体)既非平民性质,也不享受特别保护,而是军事目标。²¹⁵此外,还需确认攻击是否不违反同样适用于伤者和病者的比例原则。

²¹⁰ ICTY, Galic, 同前注94, 第346页。

²¹¹ 授权医院指冲突一方指定用于医疗目的的医院。见上文题为"特别保护"的医疗队定义。

^{212 《}红十字国际委员会习惯法研究》,同前注2,关于规则28的评注,第87页。

^{213 《}国际刑事法院罗马规约》, UN Doc. A/CONF.183/9, 1998年7月17日 (2002年7月1日签订生效), 第8条第2款第2项第9目和第8条第2款第5项第5目(后加着重号以示强调)。

²¹⁴ 这种对医院的广泛解释是有历史依据的。《改善战地武装部队伤员境遇之日内瓦公约》,129 CTS 361,1864年8月22日 (1865年6月22日生效),第5条,其中规定,"应确保对在房屋内接受庇护和照护之受伤作战人员提供保护"。

^{215 《}第一附加议定书》第57条第2款第1项第1目。

问答:红十字国际 委员会与"人道-发展 -和平之联结"议题

对话红十字国际委员会政策顾问 菲利帕・施密茨・吉诺特*

摘要

在过去五年中,国际援助政策领域的各种发展使得几十年来关于人道行动、发展和和平努力之间的联系的讨论——即所谓的"三重联结"——再次引人注意。本文讨论的重点是旷日持久的冲突和脆弱局势,因为在这些局势中,人道经费捉襟见肘,人道应对行动不堪重负,发展与和平难以站稳脚跟。

这一政策环境中的三个重要参考点是可持续发展目标(SDGs)、¹人道 议程²和联合国的两项关于保持和平的决议。³上述各种承诺一直在推动发展

^{*} 菲利帕·施密茨·吉诺特 (Filipa Schmitz Guinote) 是红十字国际委员会政策与人道外交处的政策顾问。 她指导并支持委员会在与冲突和暴力的长期后果相关的问题上进行政策反思和外部参与,包括失踪人 员问题、教育机会以及更广泛的人道行动、发展与和平努力之间的联系。

¹ UNGA Res. 70/1, "Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development", UN Doc. A/ RES/70/1, 25 September 2015.

^{2 《}同一个人类: 共同责任——秘书长对世界人道主义首脑会议的报告》,文件号UN Doc. A/70/709,2016年2月2日,附件,"人道议程"。

^{3 《}联合国建设和平架构审查》,文件号UN Doc. A/RES/70/262, 2016年4月27日,联合国安理会第2282号决议,文件号UN Doc.S/RES/2282 (2016), 2016年4月27日。

行动者寻求方法,以求在受冲突影响地区尽早参与并持续存在。⁴他们围绕着人道行动致力于减少需求、风险和脆弱性以及应对需求的愿景,动员了许多捐助方和组织,⁵他们还促使联合国系统进行组织改革,以确保整个联合国系统一致为实现可持续发展目标而努力,包括在受冲突影响的地方。⁶同时还再次呼吁并努力提高整个国际援助系统的透明度、效率、问责、合作和成果。

在人道行动、发展与和平之间实现正确的协同发展的工作在世界范围内 再次获得前进势头。但他们也在人道界引起了对武装冲突期间中立、公正和 独立的人道行动空间缩小的担忧。

在此次问答中,政策顾问菲利帕·施密茨·吉诺特讨论了红十字国际委员会关于人道行动、发展与和平之间联系的政策反思,以及所谓的"三重联结"讨论。围绕着人道原则和人道身份在人道、发展和和平行动者之间的相互作用,她解析了三者在概念和实践上的一些矛盾关系。红十字国际委员会的组织战略承诺为受影响人群建立可持续的人道影响并与其他相关方合作。在此战略背景下,她还概述了委员会在旷日持久的冲突中为受影响人群开展工作的基本逻辑。

关键词:人道应对;人道-发展之间的鸿沟;人道-发展-和平之联结; 旷日持久的冲突:人道原则:伙伴关系。

.

⁴ See, for instance, Organization for the Economic Cooperation and Development (OECD), DAC Recommendation on the Humanitarian-Development-Peace Nexus, OECD/LEGAL/5019, 2020; World Bank Group. Strategy for Fragility. Conflict. and Violence 2020–2025. Washington, DC, 2020.

⁵ 世界人道主义峰会于伊斯坦布尔举办的"大谈判"旨在依照这些原则提高人道行动的效力和效率。这项协议最初召集了35个捐助方和人道机构,包括红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会。至2020年,已有60个国家签署了此项协议。见The Grand Bargain: A Shared Commitment to Better Service People in Need, 伊斯坦布尔, 2016年5月23日。

⁶ UNGA Res. 72/279, "在联合国系统发展方面业务活动四年度全面政策审查背景下重新定位联合国发展系统", UN Doc. A/RES/72/279, 2018年5月31日。

人道救济与发展之间的传统区别是什么?

人道救济和发展之间的传统区别主要围绕着三个因素:时间范围、目的 和行动模式。

发展传统上被认为是由政府为减少贫困、创造繁荣、社会凝聚力并提高 其国民的生活质量而推动的一项战略规划活动。实现发展目标需要整个社会 和国家的长期努力,虽然过程中也会包括小规模的短期措施。存在不同的发 展模式,其中国家发挥着不同的作用,但总的来说,发展自然而然且合理合 法地依赖于强有力的政府所有。发展一般涉及三方面的投入,一是强化国家 机构,特别是在监管、创收和公共服务供给职能方面;二是加强国家与人民 的社会契约;三是鼓励投资于人民,使他们能够利用自己的人力资本维持生 活,并为个人和国家的福祉作出贡献。

相比之下,人道救济传统上被认为是在武装冲突、灾难和其他危机局势下,以救助生命和减轻人类苦难为目的的例外的临时紧急措施。作为一种例外的紧急应对,人道救济包括在人道需求非常迫切而有关政府却不能或不愿救助人民时,人道工作者代替当局直接参与援助活动。⁷值得注意的是,上述人道行动的传统概念强调的是"救济"部分,其在危机中更加可见和具象化。但是人道行动还包括保护部分,此部分涉及到与相关责任承担方(和机构)为保护受武装冲突和其他暴力局势影响的人的安全、身体完整和尊严而进行的更具持续性和长期性的参与。⁸

人道救济的一个标志性特点是,其应以公正的方式对需求作出应对。在 武装冲突中,公正地解决需求意味着在理解的同时,要尽力置身于政治、种 族、宗教和军事分歧之外。通常,这种做法需要基于中立且独立于政府和其 他冲突方的方法。因此,人道行动的规划、设计、执行和资金在行政方面与 发展行动迥然不同。

在历史上,捐助方从结构和行政上将人道和发展的规划、项目、资金和协调框架分开来,这被认为是在政治和军事支离破碎的情况下作出有原则的 应对的关键因素。

^{7 《}红十字国际委员会援助政策》,红十字国际评论第855期第86卷,2004年。

⁸ 红十字国际委员会、《红十字国际委员会保护政策》、红十字国际评论、第871期第90卷、2008年。

近年来,为弥合"人道-发展之间的鸿沟"做了哪些工作?

关于人道救济与发展之间应如何联结的概念随着时间的推移而不断演变,这是援助领域内长达数十年之久的讨论的一部分。⁹最初,它们之间的联结被认为是线性的、一个延续体——从人道行为者开展的短期应急救济活动过渡到由国家实施的长期发展活动。从行动上讲,关键词是"交接"和"协调"。

人道救济和发展之间的线性关系由于不适应旷日持久的冲突和周期性灾害的现实情况,而在上世纪90年代受到挑战。政策思考随后演变为并行模式,该模式认为在特定背景下,会同时出现人道救济和发展行动,且二者同时得到资助。¹⁰复原力的概念在并行模式的行动化中扮演了重要的角色——尽管这也是一个有争议的概念。从行动上讲,并行范式的关键词是(人道和发展行动者与本地行动者之间的)"协作"和(救济与发展行动之间的)"一致"。

当前关于"人道-发展-和平联结"的讨论,在许多方面都是并行范式的 反复。这一概念的相对创新点在于其为全球多边议程的一部分——即,各国 与包括国际金融机构和民间社会在内的一系列参与方对于可持续发展目标的 承诺。这与之前关于人道救济与发展之间联结的概念有所不同,后者是由少数捐助方提出的。三重联结的另一相对创新点是在人道-发展公式中加入了"和平",稍后我们会讨论这一创新点。

⁹ 关于在不同时期对于救济和发展之间的联系的政策反思,见Joanna Macrae and Adele Harmer (eds), Beyond the Continuum: The Changing Role of Aid Policy in Protracted Crises, Humanitarian Practice Group (HPG) Report No. 18, Overseas Development Institute (ODI), London, July 2004; Irina Mosel and Simon Levine, Remaking the Case for Linking Relief, Rehabilitation and Development, HPG Report, ODI, London, March 2014; Hugo Slim, "Joining What Belongs Together? The Triple Nexus and the Struggle for Policy Synthesis", Rural 21, Vol. 53, 2019, pp. 6–10.

¹⁰ 这一演变的一个例证便是欧洲委员会分别于1996年和2001年发布的两份函件: "Linking Relief, Rehabilitation and Development" (COM (96) 153 Final, 30 April 1996; COM (2001) 153 Final, 23 April 2001)。



将人道救济与发展之间的联系概念化并行动化的努力促使各参与方有批判性地评估其工作的相关性、效率及效力,并采取措施加以改进。但上述努力也面临着如今仍然可见的行动、财政和思想方面的挑战——例如,一些人道响应者无法在保持其应对突发紧急情况的技术、行动与财务能力的同时,还承诺向民众提供长期支持;或者发展行动者和捐助方风险承受度持续较低,使其无法充分参与受冲突影响的环境;指导人道救济和发展的工作模式和原则的差异可能给合作带来挑战,特别是在政治和军事高度分化及碎片化的环境中。(着重号为作者所加)关于人道救济与发展之间联结的讨论持续几十年来都是援助政策的专题,这侧面反映了上述挑战的持续性。

您提到在冲突环境中的人道应对行动,复原力是个有争议的概念。其主要争议点是什么?红十字国际委员会对此的立场是什么?

在人道援助领域,复原力的概念传统上与自然灾害情形联系在一起,但由于旷日持久的冲突所带来的长期挑战,它开始被应用于冲突情形。以复原力为导向的方法聚焦于帮助受影响人群和社区解决他们自己的需求,支持现有结构和应对策略。以复原力为导向的方法包含受影响人群从援助的(被动)受益者转变为自我改变的行动者。该方法还标志着受影响人群和人道组织之间关系动态的转变。复原力作为确保援助效果、效率及一致性的途径,是许多捐助方政策中的重要概念。¹¹

复原力与冲突的问题引起了人道领域内一些人的关切。¹²第一个关切是 复原力方法实际上将恢复的责任转移给了社区,而掩盖了那些首先制造了人

¹¹ 关于从捐助方的角度对复原力的概述,见Department for International Development, *Topic Guide: What Is Resilience?*, London, May 2016.

See, in particular, Simon Levine, Adam Pain, Sarah Bailey and Lilianne Fan, The Relevance of 'Resilience'?, HPG Policy Brief No. 49, ODI, London, September 2012; Jonathan Whittall, Mit Philips and Michiel Hofman, "Building Resilience by Deconstructing Humanitarian Aid", Médecins Sans Frontières Blog, 6 February 2014. For an overview of the resilience debate, see Jérémie Labbé, "Humanitarian Aid vs Resilience Debate Should Put Priorities in Context", International Peace Institute Blog, 28 March 2014.

道需求和挑战的人的责任。第二个关切是行动层面的——关注复原力可能将经济资源从人道应急响应方面转移,而人道工作者可能无法透彻解读战争经济的金融和商业发展动态,从而无法确保设计出周详的以复原力为导向的干预措施。第三个关切是,以复原力为导向的方法所隐性要求的在各系统内深入工作可能有损人道原则。这些关切与目前关于人道-发展-和平之联结的相关讨论中提出的关切有重合部分。

各人道组织对于复原力的方法产生了一系列立场,甚至身份——从更 注重应急响应到更注重复原力。¹³这是在人道生态系统中创造多样性的因素 之一。¹⁴

总的来说,红十字国际委员会的立场处于上述范围的中间地带。在任何需要的地方,即使包括短期措施,紧急救生救援都是最优先的。此外,委员会还认为,加强复原力的方法对于旷日持久的冲突现实来说,是一项积极政策和行动调整。探寻减少人口脆弱性及其在旷日持久的冲突中面临威胁的可能性的策略和实际措施与国际人道法聚焦减少冲突对平民影响相一致。

然而,重要的是,降低风险和脆弱性的努力不仅仅在于人道行动者,亦在于责任承担者。对于红十字国际委员会,增强复原力的方法不能替代以促进责任承担者尊重法律为中心的工作。事实上,委员会开展的一些以复原力为导向的活动是专门结合保护和援助措施来设计的。这里有两个例子,一是"医疗救护面临危险"项目及其与委员会更广泛的健康活动的联系,二是委员会在城市基本服务方面的工作,其将技术合作与公用事业相结合,维持系统正常运转,并与冲突方围绕敌对行动和保护平民与民用物体持续对话(保护和法律对话)。¹⁵

其次,红十字国际委员会推动的不是人们对于暴力和冲突的复原力,而 是人们在暴力和冲突背景下的复原力。(着重号为作者所加)例如,复原力

¹³ Dorothea Hilhorst, "Classical Humanitarianism and Resilience Humanitarianism: Making Sense of the Two Brands of Humanitarian Action", *Journal of International Humanitarian Action*, Vol. 3, 2018.

¹⁴ 日内瓦人道交流与研究中心于2018至2020年开展了一个关于职责问题的研究项目,该项目清楚地强调了这种多样性。见 Marzia Montemurro and Karin Wendt, *Unpacking Humanitarianism*, HERE-Geneva, April 2020.

¹⁵ 关于对城市服务的援助、保护与法律工作三者之间的联系,见红十字国际委员会,《旷日持久的武装冲突期间的城市服务:呼吁采取更佳方法援助受影响人群》,日内瓦,2014年。



方法并不寻求在脆弱性和威胁已经严重到人们需要离开的情况下还避免人们流离失所,而是支持他们在成为流离失所者的新情境下具有复原力。

简而言之,增强复原力的方法在红十字国际委员会为面临慢性长期需求与挑战的社区开展工作时,是一个重要因素,且该方法有赖于援助与保护工作的结合。最后,冲突区域的复原力空间取决于武器携带者和冲突各方,取决于他们对基本服务和人们的应对机制施加的压力程度,取决于他们对人民安全和福祉构成的威胁程度。

人道救济-发展之间的区别与旷日持久的战争背景如何 相关?

旷日持久的冲突对人道救济与发展之间的传统区别的某些方面造成了挑战。时间段就是一个例证:在长期战争或者"没有战争就没有和平"的情形下,人道行动者开展的工作往往不仅限于短期紧急救济。¹⁶

例如,在红十字国际委员会的援助行动中,除了紧急救生救援外,我们还可以看到挑战传统的"人道"和"发展"概念的工作。比如,委员会支持帮助流离失所者、返乡者和其他冲突受害者创收或使其生计多样化的小型经济活动,我们加强当地农业和兽医能力建设,以保障牲畜健康、提高农业产量。如前所述,我们还与市政当局及公用事业机构合作,通过维持城市供水和卫生系统的运转来减少公共健康风险,我们不仅在急救或创伤护理方面,还在诸如精神健康、战争伤员和残疾人的假肢康复,以及非传染性疾病等长期医疗服务需求方面,支持初级、二级、三级医疗机构与当地医务人员。

这不是职责的转变,而是面对随着时间推移而变化了的新需求,原本基于应急思维的响应变得无关、繁重、甚至由于造成依赖性而产生反

¹⁶ 日内瓦人道交流与研究中心在马里和中非共和国的案例研究中以惊人的方式强调了这种行动调整,比较了在危机发生期间及危机过后在这些国家开展工作的各类组织的既定目标。见Marzia Montemurro and Karin Wendt, *The Limits of Labels: HERE "Mandates Study" Mali Report*, HERE-Geneva, 2018, Annex 1; Marzia Montemurro and Karin Wendt, *From Macro to Micro: HERE "Mandates" Study Central African Republic Report*, HERE-Geneva, 2019, Annex 3.

作用,因而作出的行动调整。¹⁷这类工作背后的人道逻辑是,帮助受影响人群以更有效和自主的方式满足反复出现的或长期的需求,并降低未来冲击的严重度或者至少使其更易控制。这类活动亦有助于通过现有结构和服务能力来延续"发展保持"。重要的是,委员会在应对长期需求和挑战方面的工作是基于该组织在以下方面所带来的附加价值,其作为一个人道参与方,其人道准人,其贴近社区,其与国家红十字会和红新月会的联系,以及其对于战斗对人们的日常生活、服务及设施的影响上的详尽了解上的特有价值。在一些地方,这项长期工作还可能基于委员会在冲突较激烈阶段按照职责援助民众后所遗留未完成的的责任,否则他们将得不到充分支持。¹⁸即使在旷日持久的冲突局势下,人道行动与发展之间的传统区别的其他方面仍然可能高度相关。

在规划、项目拟定、协调和资金框架方面,人道与发展之间的区别虽然主要是行政上的,但这样区分是有充分理由的。它使得人道行动者有可能在一些国家可能存在偏见或者其存在有限,抑或被有限接受的领土公正地评估、关注或响应需求。这不是说人道方案永远不能与国家推动的发展计划和投资相一致,或是利用它们。这只是意味着在人道方面,需要有独立于发展方案制定的另一途径,以避免在诸如武装冲突局势的碎片化、分化的环境下出现"将民众遗忘"、产生人道盲区的境况。

有必要在人道框架和发展框架之间作出行政区分的另一原因是,国家主体并不是唯一一个人道组织可能需要打交道的责任承担者。冲突各方,不论是国家还是非国家主体,都对其控制下的人民负有责任。在受冲突影响地区,至关重要的是,规划、项目拟定和资金方面的框架和工具能使人道行动者在国际人道法框架下与非国家武装团体进行接触。¹⁹

^{17 2015}年,红十字国际委员会将"紧急"一词从其年度资金呼吁中删除,以更佳反映这一双重行动时间 范围。见红十字国际委员会,《旷日持久的冲突与人道行动:红十字国际委员会的近期经验》,日内 瓦,2016年,第4页;2002年,红十字国际委员会制定了其在"过渡时期"的角色和行动调整的内部 《指导纲领》。见马里翁·哈罗夫-塔韦尔(Marion Harroff-Tavel),《战争结束了吗?枪声消弭之 后红十字国际委员会的工作》,红十字国际评论,第85卷,第851号,2003年。

¹⁸ 前注17

¹⁹ 联合国安理会关于反恐的第2462号决议承认了这个问题。决议认识到有必要确保以符合国际人道法的方式执行法律法规,并敦促各国考虑到反恐措施对由"公正的人道主义行为体"开展的"纯属人道主义的活动"的影响。联合国安理会第2462(2019)号决议,UN Doc. S/RES/2462(2019),2019年3月。



一些评论家提出,中立、公正和独立的人道原则面临着 真实存在或已被感知的威胁。"联结方法"是如何与人 道原则相兼容的?

在捐助方或者行动机构将人道-发展-和平之联结行动化的反复努力中, 其主要聚焦于克服人道与发展在规划、项目拟定、资金、协调的框架和进程 方面的官僚主义鸿沟。(着重号为作者所加)

包括红十字国际委员会在内的一些人道行动者看到的风险是三重的。第一是存在"保护缺口"的风险。如果规划、项目拟制和资金主要取决于作为冲突一方的国家,或者在国家主导的程序之下,则会有政府和捐助方所达成政治共识的领域或问题被优先考虑的风险。在某些情况下,其后果可能是无法处理,甚至无法讨论在国家控制之外的领域所产生的、抑或是由国家行为所造成的问题和需求。一个相关的关切便是,如果支持仅由国家或者通过国家提供,那么来自感到被污名化、害怕遭迫害或者不信任当局的群体的脆弱个人可能会可能会因而选择不寻求支持。经验表明,确保获得支持路径的独立性可以降低一些人出于自我保护原因而故意放弃他们需要的支持的风险。

第二是"紧急情况缺位"的风险。这项关切是,优先考虑发展可能会将资源从人道行动者本就难以应对的紧急需求引向追求长期效果,或者可能会将紧急情况应对事宜完全转移给国家,而该国却不一定具备及时应对紧急情况所需的增援力量。²⁰

第三是认知风险。人道工作者需要保有与可能被社区和武器携带者视为与特定冲突方相关联的主体所领导的举措保持距离的可能性。他们还需要维持与社区及冲突各方打交道的能力。这是获得准人、保障人员安全及作出公正响应的关键。例如,鉴于冲突动态随着时间推移而不断变化,与政府、国家或国际安全部队(或非国家武装团体)一起行动的压力,很容易影响当地对人道行动的看法,不论是在当前还是未来。回顾红十字国际委员会

See, for instance, Monica de Castellarnau and Velina Stoianova, Emergency Gap: Humanitarian Action Critically Wounded, Emergency Gap Series No. 1, Médecins Sans Frontières, April 2016; Marc DuBois, The Cost of Coherence, Emergency Gap Series No. 4, Médecins Sans Frontières, December 2016.

"9·11"事件之后在阿富汗的行动方法,说明了管理这种认知风险的重要性。 21

一些人道主义者对于"联结方法"注重克服官僚主义鸿沟的关切背后的逻辑是,人道与发展在规划、项目拟定、资金、合作框架及手段方面的行政差异恰恰是使得人道原则得以行动化的关键之一,尤其是在国家为冲突一方的背景下。(着重号为作者所加)

因此,挑战在于确保人道与发展(或和平)行动者可以就实质内容(分析、专业知识交流)进行互动,并在合适的情形下进行行动方面的合作(这可能意味着思维方式的转变),但同时保留各自为确保受影响的人群在高度分化和碎片化的背景下得到安全、公正的支持所必需的特异性行政措施。

根据红十字国际委员会的经验,可以提炼出以下七点,作为与传统人道 领域之外的行动者和捐助方进行有原则的行动接触的基本清单:

- 1. 协调和规划流程,特别是国家和其他政治参与方在这些流程中扮演的 角色,是否允许人道行动者公正地评估并响应需要?
- 2. 在人道工作者的作用至关重要的情形中,尤其是在受冲突影响地区增强复原力的更为长期的活动中,人道行动者是否能够直接而不仅仅是通过政府获得恰当的融资?
- 3. 资金项目是否未指定用途,或指定的用途未将人道行动局限于该国某一特定社区或地区,或所指定的用途符合此前已被独立和公正地认定了的需求?
- 4. 报告要求是否允许人道行动者概述其应对行动影响的同时,遵守数据保护原则,不暴露受益人群的身份及种族、政治和宗教成分?
- 5. 尽职调查要求,包括那些与反恐有关的要求,是否允许人道行动者无 差别地与所有有需要的个人或社区合作?
- 6. 人道行动者是否免于衡量其行动对于政治指标(如国家安全、移民控制、国家和平优先事项、遵守和平进程)的后果或影响?

²¹ 关于此案例的详细分析,见非奥娜·特里,《红十字国际委员会在阿富汗:重申人道行动的中立性》,红十字国际评论,第93卷,第881期,2011年。



7. 捐助方或合作伙伴的宣传及可见度政策是否足够灵活,从而允许人道行动者能对当地社区和武器携带者对人道行动者的认知方式进行管理?

这份基本清单展现了具体拆析解读人道原则的重要性。这使得所有参与方都能参与确定协调、规划、方案拟订和资金框架的哪些方面可能需要调整,以使不同"联结参与方"之间的合作与人道原则相兼容,从而最终避免产生保护和援助"盲区",使受影响者在分化和碎片化的环境下得到公正或者(用发展术语来说)包容的支持。

人道原则在涉及人道-发展-和平联结的政策文件中总被提及,²²但通常只是在句末提醒处有所提及(如"在充分尊重人道原则的同时"),而很少进一步扩展。这种现象令"人道原则是联三者联结的限制"这一观点得以继续。然而,人道原则旨在实现的目标(即获得准人、信任、公正的响应和管理安全风险),对于发展或者和平行动者来说同样有价值,因为它有助于确保在碎片化和分化的背景下"没有人被遗忘"。从这个意义上说,人道原则对三者联结来说是一个优势,尤其是如果人道行动者同时具备在自己的项目中更好地支持受影响人群应对长期需求和挑战的能力的话。

红十字国际委员会对于"人道-发展-和平联结"这个概念有何看法?

红十字国际委员会认为,三重联结是超越了人道领域范围的、由具有影响力、拥有资源和专业知识的行动者组成的生态系统,可以帮助我们同受影响人群一道构建可持续人道影响。换句话说,对于委员会来说,联结的重要部分是"发展"与"和平"背后的行动者。他们对人道保护与援助工作的可持续性至关重要。"发展"背后,我们主要看到中央及地方级别的国家机构主体,以及与其合作的捐助方和投资者,这其中的许多行动者越来越注重危机准备与预防。他们的选择与行动可以显著并持久地降低人道需求,削弱危

²² See, for instance, OECD, above note 5.

机对人们生活产生的潜在大规模影响。在"发展"背后,我们还看到了基于社区的更为非正式的治理结构,在地方层面,该治理结构在发展工作的规划与实施方面同样发挥着引领作用。

在"和平"背后,我们主要看到那些参与战争的主体:政治决策者、国家与非国家武装人员以及他们的支持者。他们的决定和行为,尤其是在敌对行动中的决定与行为,可以决定人民和国家在冲突期间所遭受的,及冲突之后需要应对的破坏、痛苦和不满的程度。换句话说,对于国际人道法的尊重需要成为"联结公式"的一部分。在"和平"背后我们还看到了一些政府与非政府行动者,他们参与调解和解决冲突、在地方层面推进化解暴力和冲突驱动因素的措施。这些行动者可以帮助在关键的人道问题上取得突破,并促进对武装人员行为的限制。

一个联结起作用的情形是,受冲突影响的人们能够有尊严地用行动安全地重建生活,且没有盲区——即没有被忽视或排除在外的脆弱人群。这意味着,有时联结需要优先考虑人道行动,尤其是在需要以公正独立的方法才能抵及人们的环境中。²³

这也意味着,联结并不仅是要求人道、发展与和平行动者共同努力,还 要求每个行动者都能分别在各自的领域表现良好,甚至做的要比以前更好。 知识、专门技术和分析的交换在这方面起着关键作用。

例如,在2018年,世界银行、红十字国际委员会、联合国儿童基金会和 地中海一体化中心为支持城市供水和卫生公用事业,在中东和北非地区开展 了学习与知识交流的合作进程。世界银行的视角和专业知识帮助红十字国际 委员会提升了其对影响公用事业绩效的制度、法律与金融因素、对减少无收 益水的方式以及对水资源综合管理的理解,这有助于建立委员会在紧急情况 发生之前和发生期间与公用事业共同开展工作的可持续性。同样地,红十字 国际委员会在该地区冲突期间支持供水与卫生设施的经验也给世界银行和其 他参与这项活动的合作伙伴带来了有关在冲突中系统是如何崩溃的,以及为 达到保护公共卫生的人道目标如何保证服务提供的连续性方面的有益视角。

²³ See Hugo Slim, "Nexus Thinking in Humanitarian Policy: How Does Everything Fit Together on the Ground?", Keynote Address to the World Food Program Annual Partnership Consultations, Rome, 25 October 2017.



您刚才提到了可持续人道影响,这是红十字国际委员会 在其机构战略中提到的一个术语,您是否可以解释一下 这个术语的含义?

红十字国际委员会《2019-2022年机构战略》的确将"可持续人道影响"这个术语作为这四年阶段中五个战略方针中的第二个。它与第一个围绕"通过影响行为来防止违反国际人道法的行为并减轻痛苦"的方针一起构成了该机构战略的支柱,并与另一个聚焦于"与其他参与方合作"的方针紧密联系。²⁴从机构层面追求"为受影响民众构建可持续的人道影响"指的是维持红十字国际委员会行动与人们随着时间推移而不断变化的需求之间的相关性和有效性,尤其是在旷日持久的冲突及长期暴力局势中,同时铭记这类需求来自于冲突、暴力、治理、贫困以及环境与气候脆弱性的复合挑战,这些挑战可能远远超越了红十字国际委员会以及更广泛的人道生态系统的范围和能力。

从概念上拆析"可持续人道影响"有助于进一步阐明红十字国际委员会 对于联结议题的观点的背后逻辑,以及力图援助面临长期及经常性需求的人 们的一些关键行动考量背后的逻辑:

- (可持续)人道(影响)不仅仅指拯救生命,还指支持人们自主、能动和有尊严地生活或重建生活的生命维持行动。它还意味着将人们,而非机构,置于响应机制的中心,这要求对受影响的人负责、公正地解决他们的需求,并设身处地地去理解保护与援助方面复杂的需求和风险,即使这些要求并不完全符合我们的专业领域。与他人的合作在最后一点上至关重要。
- 可持续(人道)影响是指武装冲突和长期暴力所造成的长期或持续存在的需求及与保护有关的风险得到持续降低或预防。要达到这样的情形,重要的是,一方面应支持受影响人群及其所依赖的基础服务和系统的复原力,另一方面则是通过责任承担者的行动。的确,红十字

²⁴ ICRC, Institutional Strategy 2019–2022, Geneva, 2019.

国际委员会讨论的是可持续影响,而不是可持续行动,这一语义上的区别很重要:首先,无论需要多少次,必要时采取紧急救生救济都是最高优先事项——这是人道原则;其次,仅靠人道行动并不能实现影响——它需要并有赖于有关当局、政治、外交和军事相关方,以及有能力和责任带来发展与和平的发展捐助方作出的决定和选择。正是由于这个原因,对于红十字国际委员会来说,"三重联结"是对话者、资源、专业知识和有影响力的参与方的聚合体,它对人道成果的可持续性至关重要,而不仅仅只是由红十字国际委员会自身来实现的三重目标。

在这个意义上,追求可持续影响是期望从机构层面作出努力。仅靠 红十字国际委员会无法确保影响,但它能做的是,在危机来临时,通过 在整体行动中加强基于成果的预期及预防方法,来减少、降低长期或经 常性的需求与风险,或者使其更易管理,从而建立影响。(着重号为作 者所加)

在不稳定的环境中往往需要紧急响应的增援,在此情况下将可持续的人道影响行动化并非没有挑战。它在思维方式、规划及项目拟定的工具和方法、(特别是合作关系上的)行动方针,以及融资方式方面都有所影响。这些是为支持实施机构战略,在红十字国际委员会内部正在开展工作的部分领域。

努力建设可持续的人道影响的另一个重点领域是加强与国际红十字会和红新月会运动的合作。国际红十字会和红新月会运动一道将速度与灵活性、可及性、接近性与持续存在、补充性职责及与国家和其他责任承担者的独特机构关系相结合,这是长期以相关及有效的方式支持受影响人群的关键。利用这一潜能的方式包括加大投入,以增强国家红会在人道背景下的组织与响应能力。由红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会共同管理的国家红会投资联盟是支持国家红会以可持续方式履行其使命的一个工作范例。



国际社会对于理解"和平"的定义,面临着哪些挑战?在您看来,具体的定义对于三重联结的成功是必要的吗?

对于许多人道行动者来说,那种他们应该为更广泛的和平工作做贡献的 理念不是一件直截了当的事情,尽管人道行动者同其他受影响人群一样,希 望看到和平的实现。对于处于战争状态的国家的未来应是什么样子,有多种 而非一种不同的设想,且争取和平的努力涉及政治、军事和社会经济方面做 出的选择和权衡。对人道行动者来说,与这些选择对准行动可能是一条危险 的道路,因为他们依赖于被冲突各方所接受,才能公正地抵及受影响社区提 供服务并确保自身安全。

因此, "和平"是联结政策和实践的灰色地带,这一点无所裨益。在有关联结的讨论中, "和平"被政府、捐助方、联合国和非政府组织解释为和平建设、维和、和平进程、外交、预防冲突、维稳、安全等。问题是,这些不同的和平方法包含的是具备完全不同背景、责任和行动方式的参与方。

由于关于联结的讨论非常强调不同参与方之间的合作,因此必须明确 (a) 哪些利益攸关方对实现和维持和平负有首要责任,(b) 哪些行动和成果是实现和维持和平所必需的,(c) 哪些利益攸关方是为了实现和平的特定目的而直接参与了这些行动,以及(d) 哪些利益攸关方是为了实现和平以外的目的参与了这些行动。对于上述四因素的共同理解有助于帮助不同的参与方明确哪一类的合作形式是有可能的,以及在哪些地方需要保持人道与和平参与方之间的更严格的区分。

就区分领域而言,有一个关于武装力量或团体提供人道救济是一个众所 周知的问题。这是一个经常被引用的例子,以说明人道目标与和平或安全相 关的目标之间的界限模糊,会对努力在中立和独立基础上行动的人道工作者 产生不利影响。

另一需要谨慎管理人道与和平参与方之间的区别的领域是,有时与更广泛的"政治轨道"并行发生的、各方就人道准人而进行的谈判。这里,确保目的的明确性以及明确区分两类讨论对于避免危及所寻求的人道成果至关重要。虽然有时人道讨论比政治讨论进展得更好,但模糊两者之间的界线可能

会使事态反转,并使人道成果取决于政治讨论的进展。对于讨论的时间和地 点的决定,以及涉及利益攸关方背景的决定,是建立针对此类风险的"防火 墙"的重要具体措施。

就汇集领域而言,一个基本但至关重要的方面则便是"不伤害"原则。²⁵人道参与方具有避免其行动无意间加剧紧张局势或给受影响的人们造成额外风险,并设法减少社区间的不满和缓解紧张局势的道德责任。几十年来,"不伤害"原则一直是人道保护工作一项重要的专业标准,但它要求人道工作者投入提高自身对于各层面冲突和暴力的驱动因素和动态的分析能力。人道参与方与在政治和冲突分析方面具备专门知识的和平建设参与方进行知识和分析的交换,是实施"不伤害"原则、加强人道行动与和平努力之间协同作用的一种重要合作形式。

人道行动与和平工作相交界的另一个领域是尊重国际人道法和更精准地保护平民。这是一个人道参与方与武器携带者之间经常进行对话的领域,后者包括被派遣的稳定特派团、打击叛乱行动和维和任务部队。²⁶最终,如果在武装冲突中,平民和民用物体幸免于难,人道行动纯粹出于其公正的人道目的而得以实施并获得支持,那么国际人道法和人道行动就可以为和平创造条件。其可以稳定人民生活、延缓服务和系统的退化程度并降低产生不满情绪的风险。然而,在严重违反国际人道法且人道行动空间有限的情形下,人道参与方仍可通过强调冲突造成的人类代价和正在形成的不满情绪、通过呼吁责任承担者以及那些对前者(在外交、军事和经济方面)有影响力的相关方采取行动,在通往和平的艰难道路上发挥重要作用。²⁷

²⁵ Mary B. Anderson, Do No Harm: How Aid Can Support Peace – or War, Lynne Rienner, Boulder, CO, 1999; ICRC, Professional Standards for Protection Work, Geneva, 2018.

²⁶ 关于人道保护与平民保护之间汇集和分歧领域的讨论, 见Victoria Metcalfe, *Protecting Civilians? The Interaction between International Military and Humanitarian Actors*, HPG Working Paper, ODI, London, August 2012.

²⁷ 经合组织发展援助委员会关于人道-发展-和平联结的建议文件在呼吁委员会成员利用政治影响力来支持"人道准人和成果"的部分中,承认了外交影响的重要性。经合组织,前注5,第3节第3条第2款。



根据红十字国际委员会的实践,您能否举例说明人 道行动与发展、和平相关的更长期成果之间的良好协 同作用?

首先想到的实例是前面提及的红十字国际委员会的一些援助活动。这些援助活动令人感兴趣的原因,不仅是因为它们是在几年时间内实施的,而且还因为它们涉及到与国家红会及市政、公用事业、医务人员和主管部委等其他地方行动者的持续的行动和技术伙伴关系。其中一些活动也会由发展捐助方提供资金,所依据的合同遵循早前概述的七个要素所包含的人道原则。例如,在南苏丹,作为与世界银行合作项目的一部分,委员会正在加强其对初级和二级卫生机构的支持,包括精神健康和心理社会支持。该项目侧重于受冲突影响、他方难以抵达的区域。从人道角度看,这项合作使委员会能够改善社区和地方各级的医疗服务和转诊系统。它还进一步提高了委员会对卫生系统的认识。从发展角度看,这项合作有助于覆盖发展"盲区",并提高该国基本医疗服务的整体地理覆盖范围。

除了援助活动外,红十字国际委员会加强对受冲突和暴力影响人群的保护和防止对国际人道法的违反也同样是长期行动的有力实例,这些行动补充了其他参与方争取发展与和平的更广泛的努力。

例如,我们可以想到红十字国际委员会在失踪人员方面的工作。解决失踪人员问题要求冲突方之间及冲突方与家庭之间进行合作。它往往是各国或联合国促成的政治谈话议程上的一个问题,如叙利亚的失踪人员问题。它可能是冲突结束几十年后议程上最后剩下的几个问题之一,就像伊拉克和科威特之间、斯里兰卡、秘鲁、巴尔干地区和高加索地区,以及最近的阿根廷与英国之间的情况一样。委员会在防止失踪人员事件,包括在拘留场所、寻找失踪人员,以及为失踪人员家庭提供支持方面,发挥着重要作用。例如,委员会作为各方的中立方,主持了五场关于失踪人员问题的多边协调机制。它还向各方及当局提供法律和技术建议,并在整个过程中向失踪人员家庭提供支持,包括帮助他们重新融入社会、克服社会污名侮辱或孤立,以及应对经济、法律和行政挑战。

更广泛的说,我们也可以想到的例子包括,在武装冲突背景下,基于我们在《日内瓦公约》中的职责,通过提供咨询服务、培训及进行人道外交,与立法者、政府以及国防、司法、监狱和执法部门进行的持续接触,以及与非国家武装团体进行类似的接触。虽然这项工作的首要目的不是预防武装冲突和暴力,但它可以在降低武装冲突和暴力对基础设施、基本服务、民众生活和未来展望、民众对国家机构的信任的长期影响上发挥重要作用。按照类似的思路,委员会作为中立调解方帮助各方履行国际人道法方面的义务或实施需要合作的人道措施的角色,亦有助于促进各方之间的信任。这些都是与和平、发展相关的因素。

一个结合了援助、保护和预防方法的具体实例便是我们在乌克兰开展的水项目,特别是在2017至2018年期间。这个实例具有象征意义,因为它涉及到一个人道参与方(红十字国际委员会)、一个发展利益攸关方(在本案例中是有关当局),以及一个和平利益攸关方(明斯克集团),并利用了这些相关方各自的角色、责任和比较优势。

在乌克兰东部,供水系统跨越政府与非政府控制区的分界线。基础设施 为数以百万的民众服务,而发生交火时,供水系统就面临着被轰炸的风险。 为防止供水中断和公共卫生风险,委员会与市政合作,确定并绘制关键基础 设施节点位置图、加强复置装置,在这些重要节点周围建立后备系统,以便 在某些部分遭到袭击的情况下,系统仍能继续运作。

与此同时,红十字国际委员会与冲突各方就保护平民和民用基础设施,包括已绘制位置图的关键供水基础设施节点,展开了基于国际人道法的对话。这一接触包括动员参与三边联络组的相关利益攸关方,三边联络组又称明斯克集团,是一个旨在寻求和平解决乌克兰冲突局势,并将基本服务视为有关社会经济问题的更广泛议程项目一部分的多边外交进程。

这些工作需要与所有利益攸关方进行持续对话,且它们并不是永远不会 失败的。但它们有助于确保具有重要的人道意义的基本服务的连续性、有助 于保护大型基础设施、防止发展倒退,也有助于落实明斯克集团讨论的具体 措施问题,这些措施需要冲突方与其他有影响力的参与方之间的合作。



归根结底,人道行动与发展及和平相关的更长期的成果之间的协同作用 不仅仅来自于与发展或和平参与方开展项目合作。人道行动本身亦可以产生 协同作用,尤其是在采取了富有前瞻性的预防工作方法,汇集、动员和影响 其他参与方的工作被赋予了应有的战略行动价值的情形下。



封面照片

也门, 萨达。几个孩子在废墟中踢足球。自 2006年以来, 这一北部省份已发生多起暴力 事件, 遭到巨大破坏。 《红十字国际评论》为英文季刊,分别于每年 3月、6月、9月和12月出版。

各地区还出版阿拉伯文、中文、法文、俄文和西 班牙文的年度文选。

英文版与剑桥大学出版社合作出版。

投稿

欢迎就有关国际人道法、政策和行动等主题向《红十字国际评论》投稿。几乎每期《评论》都集中讨论一个由编委会确定的特别主题,可点击《评论》网站上"即将探讨的主题"进行查阅。特别欢迎就这些主题踊跃投稿。

来稿可以阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文 和西班牙文撰写。如有需要,选用的文章将被 译成英文。

来稿不得为已经发表、投递或已为他处承诺发表的文章。稿件需经同行评议,主编最终决定是否采用。《评论》保留对稿件进行编辑的权利。在收到稿件四周内,将通知来稿是否被采用或是否需要修改。原稿恕不退还。

来稿可通过电子邮件发送至: review@icrc.org

稿件要求

文章字数在5000至10000字之间。较短的稿件可以 在"注释与评论"一栏中发表。

如欲了解更多信息,请登录《评论》网站 http://international-review.icrc.org查阅投稿须知及引用指南。

©红十字国际委员会

重印或转载任何发表在《评论》上的文章须经主编 授权。申请应提交至编委会。

如欲索取中文文选,请联系: bej beijing@icrc.org

红十字国际委员会东亚地区代表处

地址:北京市建国门外大街9号 齐家园外交公寓3-2

邮编: 100600

电话: 010-8532 8500 传真: 010-6532 0633 网址: www.icrc.org





ICRC 微信



ICRC 微博

红十字国际委员会东亚地区代表处

中国北京市建国门外大街9号 齐家园外交公寓3-2

邮编: 100600

电话: +86 10 8532 8500 传真: +86 10 6532 0633

邮箱: bej_beijing@icrc.org www.icrc.org

© ICRC, 2022年10月

