

国际人道法与当代武装冲突的挑战

——红十字国际委员会为 2007 年 11 月 26 日
至 30 日在瑞士日内瓦召开的第 30 届
红十字与红新月国际大会准备的文件

朱利江译*

导论

本文件是红十字国际委员会(以下简称“ICRC”)为红十字与红新月国际大会撰写的第二份关于“国际人道法与当代武装冲突的挑战”的报告。自从 2003 年 12 月向第 28 届国际会议提交第一份报告以来,已经过去好几年了。在这几年中,武装冲突每天仍在发生。这一现状并没有得到改变,人们已经司空见惯。虽然本报告并不打算对今天发生在世界各地的各种冲突进行详细描述,但完全可以这样说:战争仍在无情地继续,所到之处,生灵涂炭、家园尽毁、民众备受煎熬、损失惨重。

今天,平民仍然首当其冲受到冲突的影响。他们仍然是国家和非国家武装团体违反国际人道法行为的主要受害者。故意攻击平民、强迫迁移平民居民、摧毁平民居民生存不可或缺的基础设施以及平民财产,这些只是列举了一些经常发生的禁止行为。而且,平民个人还经常成为违

* 中国政法大学国际法学院讲师。北京大学法学院国际法博士、荷兰海牙国际法学院博士项目参加者、瑞典隆德大学瓦伦堡人权与人道法研究所国际人权法硕士、北京大学法学院法学学士。

法行为的受害者,例如谋杀、强迫失踪、酷刑、虐待和侵犯人格尊严的暴行、强奸以及其他形式的性暴力。他们还被当作人体盾牌。那些因武装冲突而被拘留之人的基本权利遭到剥夺,这些基本权利包括拘留期间应当获得适当的条件和待遇、为了防止任意拘留而必须具有的程序权利以及得到公正审判的权利。医疗人员和人道工作人员也会成为违反国际人道法行为侵害的对象。在许多情况下,人道组织无法执行它们的任务或者它们有效执行任务的努力受到妨碍。这进一步加重了那些想要提供协助和保护之人的困境。侵害新闻记者和其他媒体人员的行为也日益受到关注。

虽然战争造成的痛苦并没有改变,但在过去四年,公众对国际人道法及其基本规则的认识已经明显增强,因此他们也逐渐知道哪些行为属于违反规则的行为。国际人道法的原则和标准不仅成为专家们日常辩论的焦点,而且也正在逐渐成为政府、学界以及媒体方面集中而广泛探讨的问题。要记得更好地执行任何一套规则的前提条件之一是熟悉它们,因此必须欢迎和鼓励人们增加了解国际人道法的兴趣。而且,现在,1949年《日内瓦公约》已经实现了普遍性,因此该条约体系对世界上所有国家都具有法律拘束力。最后,ICRC也希望2005年出版的《习惯国际人道法》能够有助于增强对调整各类武装冲突行为规则的认识。

然而,尽管国际人道法可以说已经走出了专家圈子讨论的范围并开始全面进入公众领域,但这也表明,在解释和执行其规则时被政治化的风险也同时增加了。在过去四年,这一一般趋势已非常明显。有时候,即使已经非常清楚地显示正在发生武装冲突,但国家仍然否认可以适用国际人道法。有时候,国家却试图扩大国际人道法的适用范围,把那些实际上不构成武装冲突的情形也包括在内。可见,国家经常对如何从法律上对暴力情形进行定性存在争议。除此之外,还有国家曲解某些已经完全经受了时间考验的法律规则的情况。这只能说它们是机会主义的表现。另外,一些行为人指控其他行为人有违反行为,但并不打算承认自己也正在从事违反行为。这种趋势也对正确适用该法带来了危害。

必须强调指出,将国际人道法政治化完全背离了该规则体系的目的

的。国际人道法的首要受益者是那些平民和丧失战斗力的人员。这幢法律大厦的基础就是,某类人员必须尽量免受暴力的影响,不论他们属于哪一方,也不论首先发动武装冲突的一方是否有正当理由。不适用国际人道法、有选择地适用国际人道法,或者为了国内或其他政治目的而曲解它的某些规则都可能对那些没有参加战争或不再参加战争的人的生命和生活产生直接影响,而且实际上也不可避免产生这种影响。如果有选择地挑选国际人道法的规则,就违反了国际人道法中最基本的人道原则。如果真的为维护国际人道法的本来含义,就必须把这项原则一视同仁地适用于武装冲突的所有受害者。根据国际人道法的逻辑,把这套法律政治化以及曲解该法律几乎不可能只对敌方产生影响。武装冲突的各方应当正视这个事实。如果那样做,己方平民和被敌方俘获的战斗员也将面临敌方同样采取的政治化或故意曲解的不利影响。这通常只是时间问题。

与第一份报告一样,本报告的目的也是为了向大家呈现当代武装冲突给国际人道法带来的一些挑战,对这些挑战进行更深刻的反思,以及简要描述 ICRC 正在采取或将要采取的行动。报告基于下面列出的前提:

首先,得到习惯人道法补充的国际人道法条约,尤其是《日内瓦公约》及其 1977 年的两个《附加议定书》,仍然是调整武装冲突中各方行为的相关法律参考框架。在 ICRC 看来,调整敌对行动的法律以及落入敌方手中的人员待遇的法律是国际人道法的两个核心领域,它们的基本原则和规则仍然体现了军事必要和人道需求之间一种合理而实用的平衡。就像本报告将进一步讨论,虽然具有跨国因素的暴力行为已经在最近给国际人道法提出了整体挑战,但这种行为并不一定就是法律意义上的武装冲突。而且,非常明显的是,国际人道法并非可用来调整此类暴力各种形式的唯一法律体系。

其次,在 ICRC 看来,造成武装冲突期间的巨大痛苦以及违反国际人道法的主要原因仍然是没有执行现有的规范,无论是因为缺乏政治意愿还是因为其他原因,而不是因为没有规则或者说规则不够。

再次,法律只是用来调整人类行为的各种工具之一。无论是国际法还是国内法,不能期待哪一套法律本身可以用来彻底调整像暴力这样的复杂现象。虽然国际人道法旨在限制武装冲突中的某些行为,但总是有国家、非国家的武装团体和个人没有受到违反这种规则的后果的威慑,无论是否涉及刑罚。在武装冲突期间以及平时,越来越多的针对平民的自杀性袭击就是当前一种相关的例子。换句话说,如果把法律当作是消除或减轻暴力的唯一工具,那么就必须认识到法律是有局限性的。政治、经济、社会、文化和其他因素都可能决定性地影响人类的行为。因此,想要综合解决任何形式的暴力,就必须考虑那些因素。

最后,本报告还将考察许多被认为是对国际人道法带来的挑战。本报告并未穷尽所有可能的挑战,也并不意味着这些是 ICRC 正在考虑或从事的,或将来可能予以关注的与国际人道法有关的所有事项。

国际人道法与恐怖主义

上文已指出,在过去几年,国际人道法的原则和规则已经受到公众关注。这在很大程度上要归因于对武装冲突与恐怖主义行为之间关系的辩论。最经常问到的问题是:在对付恐怖主义问题上,国际人道法是否有所作为?能起到怎样的作用?

国际人道法和恐怖主义行为

如果对包括国际人道法在内的国际法进行充分考察,首先会提出的问题是:到底什么是恐怖主义?虽然无论是在国内法还是国际层面有很多关于它的定义,但众所周知,在国际法中,现在还没有一个关于此概念的全面定义。联合国正在起草《关于国际恐怖主义的全面公约》,但这个工作已经停止多年了。这是因为,存在是否应当排除武装冲突期间实

施的行为以及如何排除等方面的问题。^{〔1〕}

不过,尽管在国际层面缺乏全面的定义,但恐怖主义行为在国内法和关于恐怖主义的现有国际和区域性公约中都是犯罪。如果符合必要的标准,它们可能构成战争罪或危害人类罪。因此,与国际法的其他领域不同,尽管并不存在一个被普遍接受的关于恐怖主义的定义,但它却已经受到了国际法的调整。然而,ICRC认为,这个概念仍然非常容易受到主观政治意愿的影响,因此从法律上确定其含义不太可能减少情绪化的影响或使用。

国际人道法是一套当武装暴力上升到武装冲突级别才开始适用的规则体系,而且它只适用于武装冲突,无论是国际性还是非国际性武装冲突。尽管国际人道法包括许多其他具有法律拘束力的文件和习惯法,但主要相关的条约是1949年的四个《日内瓦公约》及其1977年的两个《附加议定书》。尽管国际人道法并没有对恐怖主义进行界定,但它却明确禁止那些在武装冲突中针对平民和民用物体实施的许多行为。这些行为如果是在平时实施,通常都会被认为是“恐怖主义”行为。

参加武装冲突的人员必须在任何情形下区分平民和战斗员以及民用物体和军事目标,这是国际人道法的一项基本原则。区分原则是国际人道法的基石。从该原则中延伸出来的是许多旨在保护平民的具体规则,例如禁止故意或直接攻击平民和民用物体、禁止不分皂白的攻击、禁止使用“人体盾牌”,以及其他旨在避免平民和民用物体受到敌对行动影响的规则。国际人道法还禁止劫持人质,无论这些人质是平民还是不再参加敌对行动的人员。

一旦符合武装冲突的构成标准,可以说就没有必要再把大多数针对

〔1〕 就像已经提及的,联合国《关于国际恐怖主义的全面公约》草案的谈判之所以没有结论,其中一个主要问题是:在武装冲突中实施的行为是否应当从该公约的适用范围中排除以及如何排除?尽管一般认为,在国际性武装冲突中由国家的武装部队所实施的行为不应当受到该公约的调整,但争议的焦点是:非国家的武装团体实施的行为是否也应当被排除?基于上面提到的原因,ICRC认为,该公约不应把那些国际人道法允许的、由有组织的武装团体在非国际性武装冲突中实施的行为界定为“恐怖主义”行为。就像已经强调的那样,根据国内刑法,有组织的武装团体实施的所有暴力行为已经是应当受到惩罚的了。

平民或民用物体的暴力行为认定为“恐怖主义”,因为根据国际人道法,这种行为已经构成战争罪。根据国际法中现有的管辖权基础,国家可以起诉涉嫌犯有战争罪的个人,追究其刑事责任;当出现《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》规定的严重破约情形时,必须追究他们的刑事责任,包括动用普遍管辖原则。

国际人道法还特别禁止针对处在冲突一方权力之下的人员采取“恐怖手段”和“恐怖主义行为”。《日内瓦第四公约》(第 33 条)规定,“集体惩罚及一切恫吓恐怖手段,均所禁止”;《第二附加议定书》(第 4 条第 2 款第 4 项)禁止针对那些没有或不再参与敌对行动的人员采取“恐怖主义行为”。做此禁止性规定的主要目的是为了强调一项一般法律原则,即刑事责任是个人的。无论是个人还是作为整体的平民居民都不可以受到集体惩罚,因为集体惩罚显然是一种可能引起恐怖主义的措施。

在关于敌对行动的章节中,《日内瓦公约》的两个《附加议定书》都禁止旨在平民居民中间散布恐怖的行为。《第一附加议定书》(第 51 条第 2 款)和《第二附加议定书》(第 13 条第 2 款)都规定:

平民居民本身以及平民个人,不应成为攻击的对象。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。

这些规定的主要目的是,重申禁止那些在国际性或非国际性武装冲突中实施的不产生明确军事利益的行为。尽管对军事目标的合法攻击也可能在平民中散布恐惧,但这些规则禁止那些专门旨在恐吓平民的攻击行为,例如炮击或狙击城市区域中平民的战斗。这样做无法通过预期的军事利益而得到辩解。

明确禁止针对处在对方权力之下的人员采取恐怖行为,禁止在敌对行动过程中实施这些行为,以及上面提到的其他基本规定都说明,国际人道法保护平民和民用物体免受武装冲突中实施的这些类型攻击的影响。因此,在当前的武装冲突中,问题并不是没有规则,而是不尊重上述规则。

国际人道法在近期面临的挑战是:出现了国家把有组织的武装团体在武装冲突尤其是在非国际性武装冲突中实施的所有战争行为都打上

“恐怖主义”标签的趋势。尽管根据国际人道法,国际性武装冲突的各方可以合法攻击对方的军事目标,这是得到一般同意的,但国家却不太愿意承认这项原则也适用于非国际性武装冲突。因此,发生非国际性武装冲突的国家越来越多地把国内叛乱团体实施的任何行为都标成“恐怖主义”行为,即使根据国际人道法,这样的行为可能并不一定是非法的(例如攻击军事人员或设施)。在此方面,国际人道法和调整恐怖主义的法律之间存在的重大区别正在被忽视,这个区别就是:国际人道法存在的前提条件之一是,针对军事目标的某些暴力行为并不是受到禁止的;但从定义来看,任何“恐怖主义”行为都是被禁止的,都是犯罪。〔2〕

为了不混淆这两套法律制度,必须意识到在合法的战争行为和恐怖主义行为之间是存在区别的。这在非国际性武装冲突情形中尤其重要,因为在该情形中,有组织的武装团体针对军事目标采取的任何暴力行为在任何情况下都将受到国内刑法的惩治。如果把它们的行为也说成是“恐怖主义”行为,那么就可能减少这种武装团体尊重国际人道法的动力,还可能成为将来政治解决冲突进程的一大障碍。

法律定性

如何从法律上对通常所称的“全球反恐战争”进行定性是另一个争议很大的问题。〔3〕虽然这个说法在一些国家已经成为人们日常生活的一部分,但还是需要根据国际人道法来考察它仅仅是一种带有修辞色彩的说法还是从法律的含义指向全球武装冲突。根据对已有事实的分析,

〔2〕 就像已经提及的,联合国《关于国际恐怖主义的全面公约》草案的谈判之所以没有结论,其中一个主要问题是:在武装冲突中实施的行为是否应当从该公约的适用范围中排除以及如何排除?尽管一般认为,在国际性武装冲突中由国家的武装部队所实施的行为不应当受到该公约的调整,但争议的焦点是:非国家的武装团体实施的行为是否也应当被排除?基于上面提到的原因,ICRC认为,该公约不应把那些国际人道法允许的、由有组织的武装团体在非国际性武装冲突中实施的行为界定为“恐怖主义”行为。就像已经强调的那样,根据国内刑法,有组织的武装团体实施的所有暴力行为已经是应当受到惩罚的了。

〔3〕 最近,已经把“全球反恐战争”说成仅限于“基地组织、塔利班和有关武装”,但那种定性并没有改变这种方法的前提。

ICRC 并不同意正在进行全球战争的观点,认为应采取个案分析法,对那种通俗地称为“反恐战争”的每一种暴力情形进行法律定性。简而言之,当暴力达到武装冲突的标准时,无论是国际性还是非国际性,国际人道法就是应当适用的。在没有达到此标准的情形中,其他法律体系将会发挥作用。

根据 1949 年《日内瓦公约》的规定,国际性武装冲突是指发生在国家之间的武装冲突。因此,2001 年美国与盟军,作为“反恐战争”一部分发动的,与阿富汗塔利班政权之间的战争是国际性武装冲突的一个例子。

国际人道法并未设计在国家和非国家武装团体之间会发生国际性武装冲突,原因很简单,因为国家从来没有打算赋予武装团体享有其正规部队成员所享有的特权。^[4] 如果说正在发动的针对诸如基地组织这样的团体的全球范围的武装冲突是国际性武装冲突的话,那么根据战争法,就等于说它们的追随者应当具有和常规武装力量成员相同的权利和义务。然而,早在 1949 年这一点就已十分明确,国家并不打算使非国家武装团体成员免受国内刑法对其战争行为的追诉,尽管根据国际法这些行为是不受禁止的(这是战斗员和战俘地位最关键的一点)。《日内瓦公约》对取得战俘地位的规定具有非常严格的条件。它们的起草者非常清楚地知道国际性武装冲突的政治现实和实际状况,因此对那些公约条款应当如何规定是经过精心设计的。

那些所谓的“反恐战争”也可以非国际性武装冲突的形式体现出来,例如现在正在阿富汗发生的在盟军支持下的阿富汗政府和塔利班与基地组织的残余武装团体之间的武装冲突。虽然这场冲突具有国际成分,因为其中一方中有外国军事力量存在,但却是非国际性的,因为发动这场武装冲突是得到有关国内当局的同意和支持的,它并不发生在两个对立的国家之间。因此,正在阿富汗发生的敌对行动受到适用于非国际

[4] 唯一的例外是《第一附加议定书》第 1 条第 4 款的规定,并且限于特定的条件,即存在民族解放战争。

性武装冲突的规则的调整。这套规则既有条约法的基础,又有习惯国际人道法的基础。这套规则体系也适用于暴力程度已经达到武装冲突级别和非国家武装行为者是武装冲突一方的类似情形(例如像索马里那样的情形)。

但仍然还有一个问题,即如果把这些发生在世界各地的所有恐怖主义行为(诸如发生在阿富汗、伊拉克或索马里的武装冲突以外的情势)放在一起看,从法律意义上讲,它们是否属于同一个武装冲突呢?换句话说,根据国际人道法的理解,是不是可以说发生在格拉斯哥、伦敦、马德里、巴厘或卡萨布兰卡的爆炸都是同一个武装冲突方所为的呢?是不是还可以说那些地方所涉的暴力程度已经达到了武装冲突的程度了呢?这两种说法看来都不对。

而且,有关国家当局在处理涉嫌策划或实施恐怖主义行为时并没有适用关于敌对行动的规则,如果他们认为是在武装冲突状态下,这些规则本来是允许适用的。国际人道法本来是允许他们直接攻击那些嫌疑人员,甚至允许他们对紧邻的平民和民用物体造成所谓的“附带损失”,只要附带的平民损失与预期的军事利益相比不是过分。但是,他们却适用了执法规则。他们试图逮捕犯罪嫌疑人,以进行审判,并且在撤空民用设施时非常小心,以防止对附近的人员、建筑和物体造成损害。

总之,对每一个有组织的武装暴力情形必须具体情况具体分析,要考虑它所发生的背景,并根据事实情况从法律上断定它是否构成武装冲突。无论从实际还是法律的立场来看,战争法都适用于武装冲突的情形。人们应当记住,关于诸如什么构成合法剥夺生命或国际性武装冲突中的拘留,相对于那些适用于非武装冲突情形的规则(例如人权法这样的法律体系)来说,国际人道法允许有更大的灵活性。换句话说,从实践来看,将国际人道法适用于那些不等于战争的情形既危险,也没有必要。然而,人们并没有充分意识到这一点。

人员的地位

在判断因与所谓的“全球反恐战争”有关而被拘留的人员的地位和

权利时, ICRC 也是在既有事实的基础上采取个案分析法。如果某人是与国际性武装冲突有关而被拘留的, 那么就将完全适用国际人道法的相关条约。如果某人是与非国际性武装冲突有关而被拘留的, 是否剥夺自由就需要适用四个《日内瓦公约》之共同第 3 条、其他可以适用的条约、习惯国际法以及诸如人权法和国内法等其他法律体系。如果某人被拘留与武装冲突无关, 那么只能适用其他的法律体系。

在这种背景下, 需要重申的是, 只有在国际性武装冲突的情况下, 国际人道法才为武装部队的成员规定了战斗员(和战俘的)地位。这种地位的主要特征是: 它赋予了战斗员直接参加敌对行动的权利, 并且赋予他们不因根据国际人道法而从事的诸如合法攻击军事目标的行为而受到刑事指控的豁免权。一旦被捕获, 战斗员就变成了战俘, 本身不能因为他们参加敌对行动而对其进行审判或定罪。因此, 在实际的敌对行动结束之前, 即使没有任何形式的法律手续, 也可以一直关押被俘的战斗员。但是, 如果被俘的战斗员从事了战争犯罪或在关押之前或期间实施了其他犯罪行为, 那么就可以追究他们的刑事责任。如果进行刑事追诉, 《日内瓦第三公约》规定可以对战俘判罪, 但判决只有经审判拘留国武装部队人员之同一法院按照同样程序宣布方为有效。拘留国可以一直把那些已经在刑事诉讼中被宣布无罪的战俘关押到实际敌对行动结束之时。然而, 这一点通常不被理解。如果对被俘的交战人员的地位存有怀疑, 则必须由一个主管法庭对这种地位做出裁决。

国际人道法条约中并没有明确提到“非法的战斗员”这个概念。这种称法是对那些直接参加国际性武装冲突中的敌对行动, 但不是国际人道法所界定的武装部队成员, 并落入敌方手中的平民人员的简称。根据适用于国际性武装冲突的国际人道法的规定, “除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”, 平民享有免受攻击的豁免权。除直接参加敌对行动期间丧失免受攻击的豁免之外, 与战斗员不同的是, 平民可以仅仅因为参加敌对行动而被追究刑事责任。这是毫无争议的。换句话说, 他们并不享有战斗员所享有的那种不因为拿起武器而被追究刑事责任的“特权”, 因此他们有时候也被称为“不享有特权的交战人员”或“非

法的战斗员”。

关于那些直接参加国际性武装冲突中的敌对行动,并且已落入敌方手中的平民的地位和权利,基本上有两种观点。根据第一种观点,“不享有特权的交战人员”仅仅受到四个《日内瓦公约》之共同第3条所规定的规则以及(可能包括)《第一附加议定书》第75条的调整。它们既作为条约法、也作为习惯法得到适用。根据另外一种观点,那些直接参加敌对行动而且符合《日内瓦第四公约》(第4条)^[5]规定的国籍标准的平民,仍然是该公约中的“受保护之人”。ICRC也赞同这种观点。^[6]那些不符合国籍标准的平民至少应受到《日内瓦公约》共同第3条以及《第一附加议定书》第75条的保护。它们既作为条约法、也作为习惯法得到适用。

因此,那种受到国际性武装冲突影响或卷入这种冲突,但不受国际人道法保护的人员是不存在的。同样,在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》之间并不存在“漏洞”。也就是说,那种符合国籍标准、“不享有特权的交战人员”是不存在的。

这里产生的一个问题显然是:什么才算“直接”参加敌对行动?如何界定参加敌对行动的时间范围?(法律的规定是:“在直接参加敌对行动时”)。就像本报告第四部分第二节要解释的,这是ICRC从2003年以来一直在努力澄清的一个问题。

如果对于拘禁国的安全来说有绝对必要,它可以拘留那些直接参加敌对行动的人员。根据《日内瓦第四公约》,已经受到拘禁的受保护之人有权就拘禁决定请求尽速重新考虑,并至少一年两次对于案情予以审查。根据该公约第5条的规定,如果《日内瓦第四公约》之各项权利与

[5] 根据《日内瓦第四公约》第4条的规定,受该公约保护之人是指那些在冲突或占领之场合,于一定期间内及依不论何种方式,处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人。不受本公约拘束之国家之人民即不受本公约之保护。凡在交战国领土内之中立国人民及共同作战国人民,在其本国尚有通常外交使节驻在控制彼等之国家时,不得认为被保护人。

[6] 《第一附加议定书》第45条第3款默认这种解释,至少对于那个条约的缔约国而言是那样的,即“参加敌对行动而无权享有战俘身份而且不能获得按照第四公约享受更优惠待遇的利益的任何人,无论何时,均应有权受本议定书第七十五条的保护”。

特权为该个人行使将有害该国安全时,可以在拘禁期间剥夺此等权利与特权。不过,这种剥夺必须符合条约法和习惯国际法规定的基本保证。

根据《日内瓦第四公约》,在敌对行动结束之后,必须尽快释放在国际性武装冲突中被逮捕并被拘禁的人,除非他们正在受到刑事追诉或被判犯有罪行。这表明,在国际性武装冲突结束之后,《日内瓦第四公约》就不再是拘禁那些没有受到刑事追诉人员的有效法律基础了。

总之,除了以下四种情形以外,很难说还有其他措施可以用来对付那些直接参加敌对行动的人员,以至于可以严重侵犯他们根据国际人道法所应当享有的生命权、身体完整和人格尊严权,例如,企图减损禁止酷刑、残忍和不人道待遇的义务。这四种情形分别是:(1)丧失免受攻击的豁免权;(2)基于安全理由而进行拘禁;(3)在拘禁期间可以剥夺某些权利和特权;(4)刑事指控。ICRC 对任何这种企图都将予以反对。

在非国际性武装冲突中,是不存在赋予直接参加敌对行动权利的战斗员地位和战俘地位的。在这种冲突中,只要直接参加敌对行动的平民继续直接参加敌对行动,也应当适用国际性武装冲突中适用的丧失免受直接攻击的保护这项规则。这也是为了澄清非国际性武装冲突中“直接参加敌对行动”这个概念的含义。从法律上说,在非国际性武装冲突中,平民一旦被俘,是不享有战俘地位的,拘留国可以根据国内法对平民在冲突期间实施的任何违反行为进行追诉,当然包括战争罪。在拘留期间,他们的权利和待遇受到人道法、人权法和国内法的保障。

必须强调,任何人,无论其具有何种法律地位,都不得遭受国际人道法所禁止的行为,例如谋杀、对生命和人身实施暴力、酷刑、残忍或不人道待遇或侮辱人格尊严或拒绝公平审判的权利。从这个意义上说,“非法的战斗员”完全受到国际人道法的保护。因此,说他们只具有最小的权利或根本没有权利是不对的。战争法的其中一个目的是为了保护所有卷入武装冲突或受到武装冲突影响之人的生命、健康和尊严。难以想象,把某人叫做“非法的战斗员”(或其他称呼)足以剥夺法律确保每个人所应享有的权利。

不应当把关于国际人道法和恐怖主义之间关系的上述观点理解成

不需要对这两套法律制度,即国际人道法和调整恐怖主义的法律之间的互动进行深刻反思,或对该法律做出更深入的澄清和发展。确实,就像下面关于拘禁或行政拘留的程序原则和保障(参见本文第三部分和附件一)的讨论所显示的,ICRC 一直都在想方设法对付由恐怖主义行为所引起的特定法律挑战。我们认为,无论是在平时还是武装冲突期间,打击恐怖主义都需要采取各种措施,包括调查、外交、金融、经济、法律、教育等措施。在这一复杂的工作中,国际人道法不可能是唯一的法律工具。

从整个历史发展来看,可以说国际人道法是能够适应各种新型武装冲突的。如果有国家或其他实体认为是国际人道法的规则不充分而不是没有适用已有规则的政治意愿,那么 ICRC 准备随时帮助它们澄清或发展调整武装冲突的规则。ICRC 和其他机构所面临的巨大挑战是如何确保一切此类澄清或发展是为了捍卫包括国际人道法在内的国际法所规定的既有保护标准。ICRC 非常清楚地知道,国家在有义务保护本国公民免受不分皂白和在平民居民中故意散布恐怖的暴力行为方面面临重大挑战。但是,ICRC 深信,任何采取的措施,包括努力澄清或发展法律,必须在适当的法律框架之内进行,尤其是那些确保尊重人的尊严和每个人有权享有的基本保证方面的法律。

拘禁或行政拘留的程序原则和保证

根据《日内瓦第四公约》,拘禁是国际性武装冲突一方可以针对受保护之人所采取的最严厉的措施。该公约规定,作为一种在没有受到刑事指控的情况下剥夺自由的形式,只能在有“迫切的安全理由”(第 78 条)或仅于拘留国之安全有“绝对需要”(第 42 条)时才可以拘禁。一俟必须拘禁之理由不复存在时,或最迟于实际的敌对行动结束之时,必须停止拘禁。该公约还规定了基本的程序规则,确保国家在决定何种行为构成对安全的威胁时不致滥用自由裁量权。但是,必须承认,从个人保护的角度来说,那些规则规定的内容相当粗糙。而且,近来的国家实践已经对它们的内容产生了分歧,例如,作为该公约缔约国的一些联军在

解释和实施有关规则时就出现了分歧。这非常令人担忧。

在非国际性武装冲突中,也有拘禁的行为。它明确规定在《第二附加议定书》中,该议定书进一步细化了日内瓦四公约之共同第 3 条的规定。然而,该条约并没有就在拘禁的情况下应当遵守哪些程序做出进一步规定。有人认为,必须通过援引人权法和国内法来弥补这个法律漏洞,因为适用于非国际性武装冲突的国际人道法是一个安全网,而人权法和国内法这些法律体系是对这种国际人道法的补充。

因此,如何解释国际人道法关于拘禁的规定并不是一个新的挑战。最近的挑战主要是由武装冲突期间以外采取的反恐行动引起的,即对不同程度参与恐怖行为的嫌疑人采取的行政拘留,即那种不打算进行刑事指控的拘留。虽然国际人权法并不禁止此类拘留的所有形式(例如,在某些情况下为了把移民驱逐出境而限制他们的人身自由),但有人认为,基于国家安全理由而采取的行政拘留并不属于拘留的形式之一。在此方面,一个相关但同时又有所不同的问题是:进行这种行政拘留是否允许国家限制有关人权条约规定的关于确保人身自由的权利以及在何种情况下可以那样做?

在起草和实施反恐法律方面,近来的国家实践表明,有越来越多的国家正把行政拘留当作打击恐怖主义的预防手段。不过,上面已经说明,在对有关人员的程序权利的人权法进行解释方面,存在相当大的分歧。而且,在国际层面,对于基于安全理由的行政拘留是否合法也没有一致看法。虽然许多国家似乎认为是合法的,但有一些非政府组织和专家强烈反对这种做法。

除了明显需要保护之外,为了确保与各种拘留当局进行对话时具有一致性,ICRC 制定了题为《在武装冲突和其他暴力局势中拘禁/行政拘留的程序原则和保障措施》的制度纲领。这份文件反映了 ICRC 的官方立场,并正在指导其行动,并且已于 2005 年 6 月在《红十字国际评论》第 87 卷第 858 期中正式发表(参见该期第 375 ~ 391 页)。它规定了一系列 ICRC 认为对于那些不打算提起刑事指控的任何形式的拘留最低限度应遵守的宽泛的原则和具体保障措施。所附带的评论是为了帮助说

明产生这些标准的法律渊源。这种法律渊源既有条约法的,也有其他类型的,包括政策和最佳实践。必须强调,虽然该纲领中所列出的原则和保障是最低标准,但在每一个具体适用的情形中还需进一步调整。

2007年9月,ICRC和美国俄亥俄州的凯斯西储大学(Case Reserve University)共同组织了一次关于在拘禁或行政拘留情形中应当适用的程序保证的非正式专家会议。这或许是随后该组织与国家和其他行为者进行更广泛讨论的出发点。

敌对行动

现在正在进行以及近期的许多武装冲突已经迫使法律和军事方面的辩论关注敌对行动这个话题。这个话题也正在引起公众的兴趣,尤其是因为许多媒体在报道军事行动过程中有平民被杀害或伤害以及民用物体受损坏的许多图片和事件。对这个话题的辩论焦点集中在攻击行为和选择使用武器这两个问题上。因此,下面各节将集中讨论作战手段和方法。

(一) 一般问题,尤其是非对称战

在2003年向第28届国际会议提交的报告中,ICRC就调整敌对行动的法律所面临的主要挑战进行了全面调查。该报告强调指出,在解释某些规则时——例如那些关于军事目标的定义、比例原则、攻击时以及针对攻击影响的预防措施——存在很多分歧。在很大程度上,这一分析在今天仍然是恰当的。

ICRC在2005年出版了《习惯国际人道法》。这份研究进一步澄清了适用于国际性和非国际性武装冲突中的敌对行动的规则。该研究确认,《第一附加议定书》中关于敌对行动的主要规定反映了适用于国际性武装冲突的习惯法。它还发现,其中许多规定也是非国际性武装冲突中的习惯法。因此,习惯法的发展已经在很大程度上填补了现有条约法中存在的漏洞,因为现有的条约法规定仍然相当粗糙。

不过,应当指出,就大部分内容来说,在该研究中所讨论的有关规则只不过是重申了《第一附加议定书》中的规定而已,因此并没有澄清在解释和适用关于敌对行动的某些规则中存在的分歧。人们不应当对此感到惊讶,因为该研究的目的是为了考察国家实践和法律确信,以便查明习惯法的内容。对相关事项所收集的实践进行广泛审查并不允许对习惯法规则做出比有关条约法规定更加详细的阐述。

还应当指出,正如要求阐明的那样,在 2003 年的 ICRC 报告中已经明确了一些条约法规则和习惯法规则,而在今天非对称战(尤其是因为有越来越多的非国家的武装团体参加冲突)和城市战越来越明显的冲突环境中,这些规则的具体适用可能成为了更大的挑战。

非对称战

非对称战的特点是:交战方之间的军事能力存在巨大差异。^[7] 它的基本目的是为了找到结束对方军事力量的方法。通常,这种非对称造成今天的武装冲突更加野蛮。在这种情况下,几乎不存在法治的空间。虽然非对称战有许多表现形式,但它尤其影响遵守关于敌对行动最重要的规则,即区分原则和禁止背信弃义的作战手段和方法。下面各节只集中在对这方面带来的挑战,并进行各种阐释,但并非详尽无遗。

在攻击时,在军事力量和技术能力方面弱的一方可能只能想方设法逃避现代复杂的作战手段和方法。因此,这可能引导它从事国际人道法所禁止的行为,例如假装具有受保护的地位、把战斗员^[8]与军事目标和平民居民与民用物体混在一起,或将平民当作人体盾牌。这种做法显然加大了附带造成平民伤亡和民用物体损坏的风险。有时候,受到攻击的

[7] 在理论上,已经提出了许多关于“非对称战”的定义,但是如何确定它的含义已经超出了本报告的范围。就像在这里使用的那样,它只是描述交战方之间一种不平等的关系,尤其是在武器方面。非对称当然不是一个新的现象,但它是一个现代冲突中越来越普遍的特征。

[8] 这里是从类的含义上使用“战斗员”这个概念的,是指那些并不享有赋予平民的免受攻击保护的人员,但并不暗含具有战斗员或战俘地位的权利。因此,它包括直接参加敌对行动的平民。

一方可能故意寻求造成附带平民伤亡和民用物体的损坏,其真正的目的可能是为了从媒体对这种事件的负面报道所产生的重大影响中获益。这种想法是要“造成”平民伤亡的画面,从而动摇人们对敌方军事行动的持续支持。

技术方面不利的国家或武装团体可能在发动攻击中倾向于利用某些物体的受保护地位(例如宗教或文化场所或医疗单位)。那些混入平民人群假装具有平民和非战斗员地位并进行军事行动的战斗方法通常就是背信弃义的作战手段和方法。另外,弱势一方通常倾向于直接打击对方的“软目标”,因为尤其在现代社会中,这种攻击将会造成最大的损害,也可能是因为它没有能力对敌方的军事人员或设施进行打击。因此,暴力是针对平民和民用物体的,有时以自杀性攻击的形式出现。劫持人质也是一种常见的现象。

非对称战带来的危险还与弱势一方可能使用的作战方法有关。看来,没有先进武器的国家或武装团体越来越有可能寻求获取或制造化学和生物武器,甚至是可能包括核武器(尤其是“脏弹情形”)在内的武器。那些保卫平民居民和民用物体的传统方法不足以对付这些武器。

军事上处于优势的交战方在回击对方不断违反国际人道法的行为时也有可能降低保护平民居民和民用物体的标准。例如,当遇到敌方战斗员和军事目标不断躲藏在平民居民和民用物体中时,攻击一方尽管在法律上必须遵守禁止不分皂白的攻击的规定,但有可能在制定回击对手的战略时逐渐改变它对比例原则的评估,同意对平民居民和民用物体造成更大的伤亡和损坏。另外还有一种可能的后果是,对什么构成“直接参加敌对行动”(参见下面第二个问题)进行更广义的解释。军事方面占优势的一方还可能对军事目标这个概念做出更广义的解释。^[9] 这样

[9] 尤其受到关注的是那种为了更好地实现军事行动计划的效果而提倡对“非军事”目标发动攻击的思想,尽管这并不一定是非对称战所特有的。例如,为了降低敌人的士气或者让居民反抗自己的政府,交战一方可能会决定选择那些对于平民居民生存来说并非不可或缺的目标,例如娱乐或休闲设施、出售奢侈品的商店或商场。这些目标并不符合关于军事目标的传统定义。

一来将使作为整体的平民居民在敌对行动的影响面前变得更加脆弱。

总之,军事力量的不平衡会刺激弱势一方不顾关于敌对行动的现有规则来弥补自己的弱势地位。当敌人有系统地拒绝遵守国际人道法时,交战一方可能会认为法律的禁止性规定只会产生对敌方有利的影响。在这种情况下,真正的危险在于冲突各方都会认为适用国际人道法是有害的(“恶性循环效应”),这最终导致了全面无视国际人道法,并从而削弱了它的基本原则。

城市战

对军事目标、比例原则以及预防措施原则带来同样挑战的还有城市战的普及。^[10] 在城市环境中展开地面军事行动尤其复杂:那些抵抗人员可以利用无数火力点,而且可以在任何时候袭击任何地方。由于担心受到突然袭击,作为攻击一方的武装部队很有可能会抑制其正确辨认敌方军队和军事目标以及在行动后评估附带造成平民伤亡和损害的能力。同样,由于城市中的军事目标紧邻那些平民居民和民用物体,因此进行炮击和空中轰炸都会变得非常复杂。

ICRC 相信,非对称战和城市战对国际人道法发起的挑战不能先验地通过发展条约法得到解决。必须强调,在这种情形下,出现问题的一般不是规则,而是武装冲突各方以及国际社会是否有意愿或者是否有能力,尤其是通过刑法,遵守这些规则。ICRC 承认,今天的武装冲突,尤其是非对称战争,对那些从区分原则中发展出来的规则造成了严重威胁。如何消除这些威胁并努力维持和加强那些对于保护遭受武装冲突痛苦的平民来说非常基本的规则是非常关键的。那些规则本身就与“新”型的冲突和战争有关,因为当时在制定那些规则时,就是用它们来调整当时存在的冲突或作战形式的。必须捍卫这些规则所体现的基本价值,这是永恒

[10] 在城市战和非对称战的扩散之间存在某种联系:技术上处在劣势的交战方由于无法在开阔的地面上防卫自己,通常会在城市环境中寻求避难。但是,两者之间并不一定存在这种联系;例如,非对称战中处在不利地位的一方也有可能是在遥远的山区设施中寻求避难;而且,在对称的武装冲突中,城市战也越来越常见。

的。虽然在某个具体的领域,例如对某种武器的限制来说,发展国际人道法是可能的,但从目前来看并不需要对已有的条约做重大修改。

不过,现在越来越有必要去评估保护平民和民用物体现行规则的有效性,加强这些规则的实施,或澄清作为这些规则存在基础的具体概念的含义。然而,必须是在不影响该框架以及尊重国际人道法已有原则的前提下进行,因为国际人道法的目的就是为了确保对平民的保护。尽管在调整敌对行动的某些规则方面存在某些缺陷,它们大多与没有精确表述有关,但这些规则仍然在限制武器使用方面发挥着重要作用。任何对国际人道法的进一步侵蚀都会使人类重新回到那个几乎不对使用武力做出任何限制的年代。

2007年9月6日至8日,人道法国际研究院(International Institute of Humanitarian Law)和ICRC联合举办了第30届圆桌会议,“重新回到”了关于敌对行动的法律。之所以选择这个话题,是为了纪念1907年《海牙公约》通过100周年以及日内瓦四公约的前两个《附加议定书》通过30周年。会议讨论了现有的调整敌对行动的条约法规则及其发展,其侧重点是对有关规则在实施过程中产生的问题进行前景分析,并对那些对于负责实际运用的人来说难以解决的所谓的缺陷提出解决方案。

(二)“直接参加敌对行动”的概念

就敌对行动而言,国际人道法基本上是在两类人员之间进行区分的,即代表武装冲突各方从事敌对行动的武装部队成员和应当被推定为爱好和平^[11]且必须保护其免受军事行动危险的平民。尽管从整个历史来看,平民居民的确总是或多或少地投入一般战争,但这种行为通常都是在距战场一定距离的地方实施的,例如:生产或提供武器、装备、食物和避难所,以及提供经济、行政和政治方面的支持。从传统上看,只有很少一部分平民卷入军事行动中的实际行动。

但是,近几十年来,这种模式已经发生了很大改变。军事行动不断

[11] 用这个术语是指那些没有直接参加敌对行动的平民。

地从遥远的战场向平民居民中心区域转移,而且平民越来越积极地卷入那些与实际敌对行动有关的行动。最近,甚至出现了武装部队“平民化”的趋势。根据这种做法,在现代武装冲突中,有相当数量的私人承包商以及情报人员和其他民事性质的政府雇员参与进来。而且,在许多现代武装冲突中,军事行动已经达到了前所未有的复杂程度,已经牵涉大量互相依赖的各类人力和技术资源,包括遥控武器系统、计算机网络和卫星侦察或定位系统。

总的来说,平民和军事功能之间的区分越来越模糊,武装行为者与爱好和平的平民居民相互混杂,平民在现代武装冲突中从事各种各样的任务和行为,以及现代作战手段和方法的复杂性,都使在敌对行动中应当如何遵守区分原则变得十分混乱和不确定。由于武装人员在任何地方都没有把自己和平民居民区分开来,例如在秘密或公开的军事行动期间或那些“白天是农民晚上是战斗员”的情形,所以这些困难变得越来越大。结果,爱好和平的平民很有可能成为错误的、没有必要的或任意攻击的受害者,而武装部队的成员由于无法正确辨别他们的对手,会有越来越大的危险受到无法将他们与爱好和平的平民相区分之人的攻击,与此同时,他们也必须且应当受到培训来保护平民。

关键的法律问题

这一趋势不仅强调在平民和武装部队之间加以区分的重要性,也强调在那些没有直接参加敌对行动的平民和那些“直接参加敌对行动”的平民之间做出区分的重要性。根据国际人道法,“直接参加敌对行动”的概念是指,如果是由平民实施的话,就中止其享有免受军事行动危险的保护。最值得注意的是,在他们直接参加敌对行动期间,平民就如同战斗员一样,是可以被直接攻击的。^[12] “直接”或“积极”参加敌对行动

[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;规则 6, See J. - M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva and Cambridge, 2005.

这个概念来自《日内瓦公约》之共同第3条。在国际人道法的许多地方也都有规定。不过,尽管涉及不同的法律后果,无论是《日内瓦公约》还是它们的《附加议定书》,都没有对哪些行为属于直接参加敌对行动做出界定。因此,需要对国际性和非国际性武装冲突中下面三个有关问题进行回答:

- 谁是正在从事敌对行动的平民?对这个问题的回答将确定那些受到免受直接攻击保护的“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”的人员范围。

- 哪些行为属于直接参加敌对行动?对这个问题的回答将确定那些可以剥夺平民享有免受直接攻击保护之权利的个人行为。

- 哪些是直接参加敌对行动的平民丧失免受直接攻击保护的确切条件?对这个问题的回答将澄清诸如丧失平民保护的期间、在有怀疑的情况下适用的预防措施和推定、国际人道法对合法目标使用武力所施加的限制以及恢复对平民保护的后果等问题。

ICRC 的倡议

2003年,ICRC和TMC·阿瑟研究院(TMC Asser Institute)就国际人道法中“直接参加敌对行动”这个概念共同发起了研究和专家论证会,目的是为了查明这个概念的构成要件,并就它在国际性和非国际性武装冲突中的含义提供指引。该项目把重点放在只与敌对行动有关的“直接参加”这个概念的解释上,而不涉及或只是偶尔涉及在俘虏或拘留曾经直接参加敌对行动的人员可适用的法律制度。而且,该项目只关心对国际人道法的分析和解释,对平民直接参加敌对行动在其他国际法制度中可能带来的问题并不产生影响,例如,最明显的是人权法,或者说就跨境军事行动而言,最明显的是调整国家之间使用武力的法律。

2003年和2006年,在海牙和日内瓦,该项目共举行了四次非正式

专家会议。^[13] 每次会议都有 40 ~ 50 名来自军队、政府和学术界以及国际组织和非政府组织的法律专家参加,他们都是以个人名义参加的。

第一次专家会议为研究奠定了基础,并且得出一致结论:需要进一步解释“直接参加敌对行动”这个概念的含义,ICRC 应当在这个过程中起到带头作用。第二次专家会议是在广泛问卷的基础上对此概念进行了更深入的研究。这些问卷在会议之前向专家们分发,集中围绕广泛的实际例子和理论问题。第三次专家会议讨论了一些与此概念有关的最复杂的法律问题,例如作为非国际性武装冲突中有组织的武装团体的成员对于直接参加敌对行动规则的可适用性产生的影响、丧失保护的期间以及在冲突区域有私人承包商和平民雇员存在的问题。

在这些会议之后,组织者还撰写了一份关于直接参加敌对行动这个概念的“解释性指引”的文件草案,专门供第四次专家会议讨论使用。在那次会议期间收到评论以后,组织者对该文件进行了修改,然后提交给专家们,在 2007 年 7 月再次寻求他们发表书面评论。在一并考虑了那些评论之后,组织者将对文件进行最终定稿。

这份“解释性指引”文件将努力呈现国际人道法对于平民直接参加敌对行动的一致解释。这份文件连同专家论证会的完整会议记录将在 2008 年文选中出版。

(三) 规制集束弹药的使用

使用集束弹药这个问题当然不是现代武装冲突中与武器有关的受到关注的唯一话题。不过,近来,这个话题已经处在关于作战手段和方法进行国际辩论的最前沿。由于集束弹药带来的挑战与关于敌对行动的核心原则(区分原则、禁止不分皂白的攻击原则、比例原则以及预防措施原则)紧密相关,因此将在这里讨论这个话题。

[13] 2003 年 6 月 2 日在海牙;2004 年 10 月 25 日至 26 日在海牙;2005 年 10 月 23 日至 25 日在日内瓦;以及 2006 年 11 月 27 日至 28 日在日内瓦。关于对报告摘要中提供的专家会议所发表的各种观点的讨论,可访问:[www. icrc. org/web/eng/siteeng0. nsf/html/participation-hostilities-ih311205](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ih311205) (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)。

集束弹药:一个持续存在的问题

在过去几十年,集束弹药已经成为一个持续存在的问题。在几乎每一场使用它们的武装冲突中,都有大量的集束弹药没有按照预计的设想爆炸。即使在战斗结束后很久,它们仍然在夺取无数平民的生命,并对整个社会和经济带来巨大的负面影响。例如,在老挝和阿富汗,20世纪七八十年代使用的集束弹药今天仍在杀伤平民。由于它们沾染大片土地,没有爆炸的子弹药还使耕作成为一件非常危险的事情,因此阻碍了社会的发展和重建。在这两个国家,清除这些武器和其他爆炸遗留物已经消耗了本来就稀缺的国家和国际资源。

不幸的是,近来的冲突却使得更多国家需要应对这些武器带来的后果。厄立特里亚、埃塞俄比亚、伊拉克、黎巴嫩、塞尔维亚和苏丹就是过去十年中用到了集束弹药的国家。如同阿富汗和老挝,它们现在正面临着如何处理这种致命战争遗产的问题。

然而,集束弹药引起的担忧还不仅限于那些没有爆炸的子弹药在冲突结束后所产生的长期影响,它还包括这些武器在武装冲突期间按照预计作用所带来的危险。集束弹药可在相当大面积的区域内散发大量的爆炸性子弹药。有些型号的散布面积能够达到3万平方米。另外,散发子弹药还通常取决于风、天气条件以及复杂的投射系统是否可靠。因此,很难控制这些武器的后果,存在造成大量平民伤亡的重大风险,尤其是如果在攻击的区域中有军事目标和平民混杂在一起的情况。

基于国际人道法的担忧

国际人道法条约中没有专门的规则调整集束弹药。但是,由于这种武器的特性和后果,就产生了能否根据国际人道法的基本规则来使用它们的重大问题。下面列出的就是一些关键问题:

1. 有人担心针对人口密集地区的军事目标使用集束弹药是否违反国际人道法关于区分和禁止不分皂白攻击的规则。这些规则是为了确保攻击是针对特定军事目标的,而且不具有在不加区分的情况下打击军

事目标和平民或民用物体的性质。

就像前面表明的,大多数集束弹药都是设计用来对大面积区域发射大量子弹药的。另外,许多类型的子弹药都是随意下落的,并且为了减速和武装而使用降落伞或带子。这说明,这些爆炸物可以不准确的空气速度或高度随风飘落或离开本来在母弹发射时预计的目标。它们可能经常在预计攻击的特定军事目标以外的地方着陆。

另外,由于这种武器具有杀伤广、面积大以及释放大量非制导子弹药的效果,因此它似乎很难或几乎不可能在人口密集的攻击区域区分军事目标和平民或民用物体。

2. 还有人担心是否违反比例原则。根据这项原则,在对合法的军事目标进行攻击期间,允许产生平民伤亡和损害,但如果要进行攻击,就要求对平民造成的附带影响不应当超过预期的军事利益。那种与预期的具体和直接的军事利益相比造成过分的附带平民伤亡或损害的攻击是不成比例的,因此受到禁止。

显然,在使用集束弹药来计划和执行攻击过程中实施比例性原则,必须包括评估攻击期间可预见的附带平民后果(直接死亡和伤害),以及考察子弹药成为战争遗留爆炸物的可预见后果。关于战争遗留爆炸物,最近在《〈常规武器公约〉第三次审查会议最后宣言》中得到了确认。在该宣言中,缔约国指出,“战争遗留爆炸物对平民居民造成的可预见后果是适用有关攻击中的比例性和预防措施等国际人道法原则时所必须考虑的一个因素”。

在此方面的主要问题是:“可预见的”含义是什么?是不是可以认为,现今未爆炸子弹药的短期、中期或长期后果是不可预见的,尤其是当这些武器在人口密集的区域或附近使用时,就像我们从以往冲突中获知的,如果攻击区域中有平民,那么他们是需要食物、水、医疗照顾和从事其他日常活动的。这就将使他们置于危险的境地。如果他们在敌对行动期间已经离开了该地区,那么他们将利用最早的机会返乡,因此将遭受未爆炸子弹药的危险显然是可以预见的。

3. 鉴于集束弹药在冲突期间和结束之后的后果,在使用集束弹药时

关于切实的预防措施的原则就显得尤为重要。^[14] 这些规则要求冲突双方采取具体行动减少平民或民用物体受到错误攻击的机会以及在发动攻击之后把平民伤亡降到最低。这种行动包括,例如:仔细选择和核实目标、取消或暂停攻击、在攻击之前发出警告以及努力避免把军事目标设在人口密集的区域。

这里的主要问题是:在已经明知集束弹药的特性以及可预见后果的情况下,如何遵守关于攻击中切实的预防措施这项原则? 为了防止以及在任何情况下把附带平民伤亡和损害降到最低程度,在选择攻击的手段和方法时,为了履行采取所有切实的预防措施这项义务,例如就要求一方考察集束弹药及其攻击系统的精确性、发射范围的大小、可能产生战争遗留爆炸物的数量、是否存在平民以及是否与军事目标紧邻,以及是否还可以使用其他的炸弹和战术。它还要求禁止对人口密集的区域使用集束弹药中的子弹药,以及应当考虑使用其他的武器。既然存在一系列可能的措施,为什么在使用这些武器的冲突中,因集束弹药导致平民伤亡数量较大仍是一个常见而可预见的特征呢? 鉴于这个问题长期存在,因此就引发了应在多大程度上把有关切实预防措施的原则适用于集束弹药的问题。

4. 2003年,为减轻集束弹药和其他战争遗留爆炸物给冲突后带来的影响,国际社会采取了一个重要步骤,即《常规武器公约》的缔约国通过了《关于战争遗留爆炸物的议定书》。该议定书在2006年11月12日生效,为减轻各种形式尚未爆炸和被遗弃的军火在冲突后带来的危险提供了重要法律框架。国际红十字与红新月运动呼吁所有国家尽快加入这个具有里程碑意义的协定。

然而,该议定书并没有规定具有法律拘束力的措施来防止战争遗留爆炸物在全球范围内的稳定增加。这个问题正在变得越来越严重,而且增加的速度正迅速超过为减少遗留物而开展的清除行动的速度。这个问题之所以变得越来越严重,其中最大的原因是因为使用了集束弹药。

[14] 《第一附加议定书》(第57条和第58条)以及习惯国际法。

而且,该议定书并未提及集束弹药的子弹药在确实按意想方式引爆时产生不分皂白后果的高风险,尤其是当攻击发生在人口密集地区的时候。

ICRC 的行动

ICRC 和许多国家的红十字会都一直在敦促各国政府尽快采取行动解决集束弹药引起的问题。为此,ICRC 于 2007 年 4 月 18 日至 20 日在瑞士的蒙特勒组织了一次政府和独立专家会议,对与集束弹药有关的许多人道、军事、技术和法律方面的问题进行了坦率而深入的观点交流,并且考虑了减少它们对平民居民影响的各种方法。

ICRC 相信,鉴于集束弹药的特定性质,它们造成严重人道问题的历史,尤其是其被用于在人口密集区域打击军事目标时,以及上面提到的问题,都强烈要求制定具体的规则来规制这些武器。根据近来的国际发展以及在蒙特勒会议上取得的共识,ICRC 认为,应当通过一份调整集束弹药的新的国际人道法条约。该条约应当:(1)禁止使用、发展、生产、储存和转让不精确和不可靠的集束弹药;(2)要求销毁现在储存的不精确和不可靠的集束弹药;(3)规定对被害人提供协助、清除集束弹药以及采取行动把这些武器对平民居民的影响最小化。在此条约得到通过之前,ICRC 相信,国家应当在个别的基础上立即停止使用这种武器、禁止转让这种武器,并销毁储存的现有武器。

如果能够通过这样一项国际协定,那将有助于减轻集束弹药带来的长期影响。鉴于这个问题的紧迫性,ICRC 将继续与各国政府及国家红十字会合作,以推动关于集束弹药的新国际人道法条约的谈判和缔结。

非国际性武装冲突

现代武装冲突主要不是国际性的。许多陷入这些冲突之平民的日常生活充满了恐惧和痛苦。十分不幸的是,在全世界发生的非国际性武装冲突中,下列行为非常普遍:故意攻击平民;劫掠和摧毁民用财产;强迫平民迁移;把平民用作人体盾牌;破坏对于平民居民的生存所不可或

缺的基础设施;强奸和其他形式的性暴力;酷刑;不分皂白的攻击;还有其他形式的暴力行为。从某种意义上说,这些冲突带来的挑战与缺少可适用的规则有关,但更重要的是,缺乏对国际人道法的尊重。

实体法方面的挑战

四个《日内瓦公约》之共同第3条第一次规定了非国际性武装冲突中各方应当遵守的规则。这些规则保护那些没有或不再积极参加敌对行动的人员,禁止各种谋杀、伤残肢体、酷刑、虐待、作为人质,以及损害个人尊严,特别如侮辱与降低身份的待遇。“未经具有文明人类所认为必需之司法保障”的宣判也是受到禁止的。该条款规定,上述义务属于冲突各方应当遵守的“最低”标准。

随着时间的推移,共同第3条已被视为在战争期间维护一定人道标准的最基本的规定,以至于现在被称作“基本的人道考虑”,是所有类型的武装冲突中必须遵守的习惯国际法。^[15] 因此,共同第3条现在成了一条底线,在任何情况下都是不允许违反的。它是落入敌手的所有人员都应当享有的待遇,不论他们在法律或政治上是如何被定性的,也不论他们可能被监禁在谁的手中。

自从对调整非国际性武装冲突的法律进行首次编纂以来,它已经得到了持续的发展,尤其是《日内瓦公约第二附加议定书》得以通过,因为该议定书“完善和补充了《日内瓦公约》之共同第3条”。^[16] 不过,仍然可以说,条约法还无法满足非国际性武装冲突中一些基本的保护需求。

在过去30年,习惯国际法的发展已经在一定程度上弥补了条约法

[15] 国际法院,尼加拉瓜诉美国,第218段。

[16] 适用于非国际性武装冲突的其他条约包括:1980年的《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》及其议定书;1954年的《武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》。

的粗糙性。^[17] 习惯法规则具有适用于冲突各方即国家和非国家实体的优势,无论是否有正式的批准程序。从实体法的角度看,它们填补了一些法律的漏洞,而且调整了一些条约法调整不够的问题,尤其是关于敌对行动。因此,习惯法的形成扩大和加强了适用于非国际性武装冲突的国际人道法规则。然而,虽然习惯国际法和条约法一样是国际法渊源,但它的规则或内容却经常受到质疑,因为它的形式是非书面的。另外,仍然有一些条约法和习惯法都受到限制的领域,这些领域将在本报告的其他地方提及。

- 四个《日内瓦公约》之共同第 3 条规定了被拘留者的最低义务。但是,它并没有规定适用于拘留的所有内容。例如,它没有规定拘禁的程序保证,拘禁是一种基于人道法承认的迫切的安全理由而对自由的剥夺(参见本文第三部分)。在 ICRC 看来,为了发展一套符合共同第 3 条的制度,应当依赖其他法律体系和渊源以及正确的政策。ICRC 承认这一点(详见附件一)。

- 尽管习惯国际法已经有了重要发展,但某些关于敌对行动法律的问题,即“直接参加敌对行动”这个概念仍需要得到进一步澄清。

其他的挑战——无论是针对规则本身还是针对事实问题——都涉及条约法的适用范围。有时候,判断某个特定情形是否以及在何时构成非国际性武装冲突仍然十分困难。

例如,在某些情形中,诉诸暴力的团体是否可以被视为共同第 3 条意义上的“冲突一方”并不清楚。除了有关暴力的级别以外,在法律上如何判断某个情势还必须考察非政府团体的性质。当该团体的内部结构很松散或有秘密的指挥系统在发挥作用时,就产生了该团体的组织性是否足以被定性为武装冲突一方的问题。因此,必须在个案的基础之上

[17] See Henckaerts and Doswald-Beck, 同上注[12]:在该研究证明的 161 项习惯法规则中,有 147 项被认为适用于此种情形。在某些领域,规则与条约法所规定的内容是相同或相似的,尤其是《第二附加议定书》。在其他领域,该研究查明的规则超出了现有的条约法,因此有助于填补调整国内武装冲突方面的漏洞。

对此做出判断。^[18] 只有当暴力的级别和所涉的各方符合非国际性武装冲突的要件时,国际人道法的有关规则才可以适用。

总之,尽管习惯国际法有了很大发展,澄清和发展适用于非国际性武装冲突的法律仍然是一个重大挑战。

除了这些法律方面的挑战以外,调整非国际性武装冲突的法律在实践中还遇到其他挑战,最突出的可能是非对称战。但是,看来对付它所带来的挑战并不仅仅在法律领域,尤其是国际人道法的发展方面。在这种类型的战争中,军事上处于下风一方(通常是非国家的实体一方)的行为(攻击平民、民用物体和受到特别保护的物体,使用人体盾牌,劫持人质等)不断受到谴责,这已经涉及严重违反国际人道法的问题,因此可能产生个人刑事责任。军事上处于上风的一方也不应为了应付对方的违反行为而减损其义务。如果这样做将导致进一步削弱国际社会已经奋斗了很长时间才建立起来的保护体系,而且将几乎不可避免地导致严重违反国际人道法所禁止的尊重生命、身体完整和尊严的义务。那些认为法律已经不足以对付现代武装暴力形式的国家和其他行为者应当意识到这一点。

鉴于这些理由,ICRC 打算考察现代和新型的武装暴力形式,并且从条约法和习惯国际法的角度对非国际性武装冲突的法律现状进行评估,并在评估结果的基础上分析是否有必要进一步澄清或发展该法律,以便加大对受非国际性武装冲突影响的人员和物体的保护。

尊重适用于非国际性武装冲突的国际人道法

2003年,ICRC组织了地区专家研讨会。该会议的讨论表明,加强对国际人道法的遵守是非国际性武装冲突面临的巨大挑战,尤其是此类冲突中非国家当事方的遵守问题。在有些情形中,例如在弱国或战败国发生的武装冲突越来越多地出现了不完整性,大多数冲突具有非对称性,以及平民越来越多地卷入敌对行动,这些都进一步动摇了对该法律

[18] 还可以见:“国际人道法与恐怖主义”。

的遵守。在这种背景之下,应当优先考虑如何寻找更好地实施和遵守人道法的方法。

应当指出,在过去 15 年,国际社会已经做出了大量努力来追诉和惩治那些对严重违反国际人道法负有责任的个人。特设法庭、国际刑事法院和特殊或混合的法庭得以建立。虽然这些发展还应当继续,但必须特别关注武装冲突进行期间加大遵守国际人道法的问题。如果法律要想实现它的保护作用,那么最重要的是必须建立预防机制。国家在实现这种努力的过程中发挥着关键作用。

在地区研讨会专家的建议下,ICRC 已经在关注这个问题了。其中一个成果是在 2007 年 4 月出版了《在非国际性武装冲突中渐进尊重国际人道法》(*Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*)一书。该书是根据 ICRC 在非国际性武装冲突中的经验出版的。它概括了 ICRC 面临的一些重大挑战以及在促进尊重国际人道法的努力中得出的一些教训。它还包括 ICRC 用来促进遵守国际人道法的传播行为、法律工具以及方法的描述。下面将列出主要的结论。另外,就所采取的工具而言,人们不应当忘记,不卷入非国际性武装冲突的国家在确保尊重国际人道法方面对于非国家武装行为者来说也能够发挥单独或集体的作用。就国家具有或能够具有对武装冲突各方行为的影响而言,这种责任是存在的。对于国家采取一切可能的适当措施来结束违反国际人道法的行为,并不是一种是否取得某种结果的义务,而只是一种“方法的义务”而已。

在和非国际性武装冲突的各方接触以及如何促使它们遵守国际人道法方面,ICRC 面临着下列挑战:

冲突及其各方的多样性

非国际性武装冲突的差异很大。它们既有那种和传统作战类似,和国际性武装冲突相似的形式,也有那种基本上是非常松散的形式。无论作为国家还是作为有组织武装团体的冲突各方,在特征上差异也很大。对某一方是否遵守法律来说,对法律知识的掌握程度、参加武装冲突的

动机、对国际承认或政治合法性的兴趣及需求都具有直接影响。特别是,有组织的武装团体具有多样性。它们中既有那些高度集权的组织(有很强的等级、有效的指挥体系和通讯能力),也有很分散的组织(在不健全的领导体系中存在各种半自治或分散的派别)。这种团体的巨大差异还体现在它们对领土的控制程度、训练成员的能力以及对违反国际人道法的成员所采取的纪律或惩罚措施方面。

否认国际人道法具有可适用性

有时候,非国际性武装冲突的一方,无论是国家还是武装团体,都会否认人道法具有可适用性。例如,政府当局会认为并不存在武装冲突的情势。它们可能会说,这仅仅是一种“紧张”局势或者说是涉及土匪或恐怖主义行为的情势,而这并不等于非国际性武装冲突,因为如果承认正在发生这样的武装冲突,在它们看来,就等于默认这种武装团体具有“合法性”。非国家武装团体也会否认国际人道法具有可适用性。它们会说,这是由国家制定的法律体系,而它们不受其正在反抗的政府所批准义务的拘束。在这种情况下,几乎不太可能提到法律,尤其是对于那些其行为受到强烈意识形态影响的团体来说。

缺乏执行国际人道法的政治意愿

一方可能没有,或者说没有足够的政治意愿遵守人道法的规定。当非国际性武装冲突中的一方本身违反人道法的原则、规则和精神时,就是没有实施该法律的政治意愿的体现。

无视法律

在许多非国际性武装冲突中,很少或没有受过国际人道法培训的携带武器者直接投入了战斗。这种对法律的无视严重阻碍了各种促进尊重国际人道法和规制冲突各方行为的努力。

根据在非国际性武装冲突情势中长期积累的经验,ICRC 已经吸取了许多教训。它们有助于更有效促进非国际性武装冲突各方对国际人

道法的尊重。

“从战略高度”介绍法律

对于确保遵守法律来说,仅仅让冲突各方了解法律或义务是不够的,还应当以符合特定情形和与之相适应的方式,并作为故意接触各方计划的一部分“从战略上”介绍和讨论法律。“从战略高度”介绍法律说明需要知道和理解一方的动机和利益。这能更容易解释对于该方来说遵守法律为什么是符合它自己的利益的。可以基于下列考虑因素提出观点:军事效率和纪律;对互惠尊重和相互利益的期待;名声(遵守国际人道法可以提高一方的形象或公众地位);呼吁体现国际人道法的核心文化价值;长远利益(例如便利冲突之后的国内和解以及重返和平);以及受到刑事追诉的风险。

理解和适应冲突及其各方的独特性质

由于武装冲突及其各方差异很大,因此没有一套相同的方法可以解决不尊重人道法的问题。如果考虑到每个情势的特点,那么就会使尊重法律的努力变得非常有效。这对于各方自己来说尤其如此。为了解释为什么说遵守法律是符合各方利益的,知道和理解各方的动机和兴趣尤其重要。

在长期接触过程中工作

如果它们是与各方接触和建立关系过程的一部分,那么影响非国际性武装冲突各方行为的努力将会变得非常有效。如果长期实施,这种过程还将有机会了解各方的特征,因此是“从战略高度”讨论法律的基础。它还将有机会讨论诸如各方政治意愿和遵守法律的能力问题。

除了传播和训练这些让各方了解国际人道法规则和奠定尊重该法律基础的行为之外,ICRC 和其他人道参与者在努力促进非国际性武装冲突各方对国际人道法的遵守方面还采用了许多法律手段。这些手段本身并不能保证促进尊重,但它们却为可以提出法律诉求和要求承担责任提

供基础。这些手段是相辅相成的,主要包括如下几种:

- 非国际性武装冲突各方的专门协定。它们据此明确承诺遵守人道法(参见四个《日内瓦公约》共同第3条)。
- 非国际性武装冲突武装团体一方的单方声明(或者“目的声明”)。据此它们承诺遵守国际人道法。
- 把人道法包括在武装团体的行为准则里。
- 在停火或和平协定中提及人道法。
- 赦免仅仅参与敌对行动的行为。

这里仅仅归纳了《在非国际性武装冲突中逐渐尊重国际人道法》的主要内容,希望它的出版有助于告知和协助那些想要在非国际性武装冲突中努力增强尊重国际人道法的人。

规制私人军事和私人保安公司的行为

在过去几年,国家及其武装部队在战时所扮演的传统角色逐渐通过合同的方式让位给了私人军事和保安公司。虽然这些公司存在于冲突情形中并不是新现象,但它们的数量却越来越多,而且更重要的是,它们行为的性质已经发生了改变。除了更多地提供传统上的后勤支持外,私人军事或保安公司已经越来越多地卷入了那些把它们拉近军事行动中心,从而使其十分接近受国际人道法保护人员的行动。这些行动包括:保护军事人员和资产、培训和给武装部队提供咨询服务、维护武器系统、讯问被拘留者以及有时候甚至是直接作战。

关于私人军事或保安公司的许多讨论集中在通过外部采办而使用武力的合法性以及是否应当对国家这样做的权利施加正式限制。无论讨论的后果是什么,从中期来看,唯一现实的假设是,私人军事或保安公司出现在武装冲突中的情况注定会越来越多。许多国家正在缩小它们武装部队的规模,这种趋势意味着参加实际战斗的军队会越来越少。由于现代武器系统非常复杂,因此武装部队只能越来越多地依赖这一领域中的外部专业人员。那些军队人数不够或人员没有得到充分培训的国

家将会继续雇用私人军事或保安公司。即使是那些国际性或非政府组织,现在也都在为了自己的安全而利用私人军事或保安公司的服务。尽管现在看来不太可能,但如果国家不能提供必要的军队,那么多国军事行动将很有可能雇用私人军事或保安公司。

鉴于 ICRC 只负责人道使命,因此它所关心的不是参与讨论在武装冲突中使用私人公司是否合法的问题,而是找到促使它们更好地遵守国际人道法的方法。对于 ICRC 来说,问题不是在武装冲突中是否应当存在私人军事或保安公司,而是当它们存在时,国际人道法是怎么规定的?私人军事或保安公司及其人员的义务是什么?还有国家的义务是什么?这是本报告下面所要集中回答的问题。

有时候,有人会说,关于私人军事或保安公司的问题在法律上存在漏洞。也就是说,国际法并没有规定它们的人员在实施了违法行为之后应当如何处理。这是无数媒体报道的大致观点。从法律的角度来说,这种笼统的表述是不正确的。而且,必须强调的是,在此方面确实存在义务。不过,由于国家和其他各方不愿意或没有能力在实践中遵守规则,因此在执行过程中存在很多问题。这也是正确的。此外,现有的国际法规则有时候过于笼统,因此,为了在如何把现有的国际法规则转化到国内法体系和在实践方面向国家提供实践上的和有现实意义的指导,需要加以澄清。对于下面两个主要问题来说,尤其如此:

1. 私人军事或保安公司雇员的地位、权利和义务。

2. 在私人军事或保安公司的行为方面国家尊重和确保尊重国际人道法的义务。

前一个问题尽管在实践中经常引起混淆,但在法律上是非常清楚的,而后一个问题则需要进一步澄清。

私人军事或保安公司雇员的地位、权利和义务

私人军事或保安公司是私人公司。虽然国际人道法对非国家行为者有拘束力,但那只是当它们作为武装冲突一方(即有组织的武装团体)时才会如此。私人公司的雇员是私人,因此必须在武装冲突中遵守

国际人道法,但与雇员不同,作为法律上的实体,私人公司不受国际人道法的拘束。

替私人公司在武装冲突中工作的个人根据国际人道法是有权利和义务的,但并没有某一个地位可以涵盖所有雇员。每个人的地位取决于其行动的特定情形以及所发挥的作用。而且,对雇佣兵的态度通常受到情绪的影响并具有高度政治性,因此把对他们地位的法律考察变得复杂化了。

在国际性武装冲突中,私人军事或保安公司的雇员可能属于下面一些法律类型:

首先,就像在许多情形中一样,如果他们被并入那些武装部队,他们就是《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项和第3项所指的武装部队人员。^[19]但是,更常见的情况是,国家利用私人军事或保安公司是因为它们正在缩减自己的武装部队。因此,私人军事或保安公司几乎不太可能成为武装部队的一部分。

其次,私人军事或保安公司的雇员还有可能是《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项所指的属于武装冲突国家一方的民兵或其他志愿部队。^[20]如果在国际性武装冲突中他们构成“属于”该冲突一方的团体,而且符合界定该团体的四个标准,即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、公开携带武器以及遵守战争法规及惯例,那么就是那样的。

再次,许多私人军事或保安公司的雇员还有可能属于《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项所指的伴随武装部队的平民。该条款明确提到的其中一个例子是那些军用机上的文职工作人员和供货商人。重要的是,伴随武装部队的平民仍然是平民。虽然他们在国际性武装冲突中有权取得战俘地位,但作为平民,他们无权直接参加敌对行动,因此,可以根据国内法对他们的行为进行追诉。不过,并不是所有的承包商都属

[19] 还可以见:《第一附加议定书》第43条。

[20] 同上。

于伴随武装部队的平民。要使某人成为这样的人员,必须存在真实的联系,即其必须向武装部队提供服务,而不仅仅是国家。

事实上,由于上述各种类型都受到限制,因此私人军事或保安公司的雇员大多数都属于平民。因此,他们受益于国际人道法赋予平民的规定。在国际性武装冲突中,他们受到《日内瓦第四公约》(只要符合第4条所规定的国籍条件)、《第一附加议定书》和习惯国际法的调整。在非国际性武装冲突中,他们受到共同第3条、《第二附加议定书》以及习惯法的调整。不过,如果他们直接参加敌对行动,他们就丧失了赋予平民的在两种类型的冲突中可免受攻击的保护。

最后,关于地位,必须提到“雇佣兵”这个术语,因为尤其是媒体在形容私人军事或保安公司时经常用到这个术语。从严格的法律意义来说,在大多数情况下,这种描述都是不正确的,因为国际人道法对该术语有非常严格的定义。要使某人成为国际人道法中的“雇佣兵”,必须同时符合下面六个条件:(1)特别征募以便在武装冲突中作战;(2)事实上直接参加敌对行动;(3)主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机;(4)既不是冲突一方的国民,又不是冲突一方所控制的领土的居民;(5)不是冲突一方武装部队的人员;(6)不是非冲突一方的国家所派遣作为其武装部队人员执行官方职务的人。这些标准中的许多规定都有可能导致大多数私人军事或保安公司的雇员不属于国际人道法所界定的“雇佣兵”。这是因为,首先,大多数私人军事或保安公司的雇员并不是专门被雇来在武装冲突中战斗的,因此并不直接参加敌对行动。他们通常是被雇来提供其他服务的,例如培训、保安或者收集情报。其次,冲突一方的所有国民都被排除在外。最后,如果仅仅把他们合并到武装部队,即使所有其他条件都符合,想要利用私人军事或保安公司的国家完全可以避免使它们的人员被认定为雇佣兵。

无论如何,从适用于国际性武装冲突的国际人道法的观点来看,属于雇佣兵类型的人员并不被认为是战斗员,因此是没有权利享有战俘地位的(《第一附加议定书》第47条)。因此,可以依据国内法对雇佣兵直接参加敌对行动的行为提起诉讼。不过,如果他们符合《日内瓦第四公

约》第4条规定的国籍条件,雇佣兵就是受保护之人(受到该公约第5条规定的限制)。同样,《第一附加议定书》第75条的规定将作为条约法或习惯国际法而对他们予以适用。

当然,国家仍然完全可以全面禁止私人军事或保安公司,或禁止它们所提供的某些服务,例如那些涉及直接参加敌对行动的行为。例如,《反对使用、招募、资助和训练雇佣兵国际公约》和《在非洲消除雇佣兵的公约》的缔约国就有义务在它们的国内法中把雇佣兵规定为刑事犯罪。雇佣兵问题和国家在多大程度可以及应当利用外部力量这个问题紧密相关,并且仍然十分重要。不过,国际人道法没有对这个问题做出规定。

国家的义务

根据国际法的规定,国家在私人军事或保安公司的行为方面有着诸多义务。要使国家能够充分立法并建立适当机制,就需要澄清这些义务。

根据四个《日内瓦公约》之共同第1条,所有国家有义务尊重和确保尊重国际人道法。某些类型的国家是有发挥作用的余地的,尤其是:雇用了私人军事或保安公司的国家、在其领土上有私人军事或保安公司活动的国家、在其管辖范围内有私人军事或保安公司被并入的国家,以及其国民有被私人军事或保安公司雇用的国家。

那些雇用私人军事或保安公司的国家与它们的关系最为密切。首先也最为重要的是,那些国家仍然有责任尊重国际人道法和履行它们在国际人道法下的义务。例如,《日内瓦第三公约》第12条明确规定,无论个人是否负有责任,拘留当局仍然对战俘的待遇负有责任。这种密切关系还意味着,如果私人军事或保安公司的行为可根据国家责任法归因于国家,尤其是如果私人军事或保安公司被授权行使政府的权力或如果它们是根据国家当局的指示行为或受国家当局的控制,那么国家就可以直接为私人军事或保安公司的行为承担责任。

另外,通过合同雇用私人军事或保安公司的国家有义务确保该公司

尊重国际人道法。这是一个相当笼统的法律义务,但一些良好实践说明国家是可以履行这种义务的。例如,国家可以在与该公司的合同中规定某些条件,比如对国际人道法进行充分培训、禁止特定的行为,例如参加军事行动或对雇员进行审查以便确保他们在过去并没有从事过违反国际人道法的行为。

最后,就像所有其他国家一样,雇用私人军事或保安公司的国家必须惩罚私人军事或保安公司雇员实施的战争罪和其他违反国际人道法的行为。

在其领土上有私人军事或保安公司活动的国家也有义务确保在其管辖范围内尊重国际人道法。在实践中,可以通过制定规章、规定私人军事或保安公司行为的法律框架来实现。例如,国家可以建立一套登记系统,规定私人军事或保安公司的标准;或者可以对公司提供的某些服务或在个案的基础之上对那些服务实行许可制度。

在其管辖范围内有私人军事或保安公司被并入或有司令部的国家也有义务确保尊重国际人道法。它们尤其处在采取实际有效的措施的最佳位置,因为如同在其领土上有私人军事或保安公司活动的国家,它们有可能调整和许可私人军事或保安公司。它们可以制定规章、要求私人军事或保安公司符合许多合法行动的条件,例如它们的雇员必须受到适当培训,并且实行充分的审查制度。

最后,应当提及有国民被私人军事或保安公司雇用的国家。虽然这些国家可能与公司本身或其行动实际上并没有联系,但它们却与雇员有密切的管辖联系,因此处在对他们即使在境外实施的违反国际人道法的行为行使刑事管辖权的最佳位置。

简而言之,各类国家在国际人道法中均具有义务。结合起来说,这些义务是关于私人军事或保安公司行动的相当广泛的国际法框架。一些义务是相对笼统的,因此有必要制定指导文件,以便国家可以将其付诸实践。除了各种可以有效实施的方法之外,还有很多可以填补的关于责任的法律漏洞。

瑞士关于私人军事或保安公司的倡议(和 ICRC 合作进行)

由于私人军事或保安公司越来越多地卷入武装冲突,瑞士政府倡议促进尊重国际人道法,并提出了解决这一问题的方法。这项倡议^[21]的目的是:

1. 促进政府间关于因使用私人军事和保安公司引起的问题的辩论。
2. 在已有义务的基础上研究和发展优秀的实践,以便协助国家尊重和确保尊重国际人道法和人权法。

ICRC 正在就这个倡议与瑞士政府展开紧密合作,以便更大程度地促进对国际人道法的尊重。

在进行首次协商之后,该项目于 2006 年召开了两次会议,有政府专家、学术界、非政府组织和这个产业的成员参加,讨论已有的义务以及调整的可能性。该过程将在 2008 年继续进行,在具体的问题上与专家们继续协商,并召开政府间会议。

占领和对外国领土其他形式的管理

占领

占领的局势是受到国际法调整的。它基本上建立在对领土的有效控制这个概念的基础之上。从 1907 年的《海牙章程》第 42 条规定的定义中可以看出,“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下,即被视为被占领的领土。占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域”。

1907 年《海牙章程》、1949 年的《日内瓦第四公约》和 1977 年的《第一附加议定书》的有关规定仍然全部适用于全部或部分占领外国领土的所有情形,无论占领是否遇到武装抵抗。这是没有争议的。一般说来,关于占领的法律为占领当局临时行使权力规定了法律框架,它尽量在占领当局的安全需要和被占领当局的利益以及当地居民的利益之间达成

[21] 如想获得更多信息,请访问该倡议的网址:<http://www.eda.admin.ch/psc>。

平衡。根据对关于占领的法律的经典解释,主权权利并没有转移到占领当局,后者基本上只能尽量保存之前的状态(*status quo ante*)。因此,占领当局有义务尊重已有的法律和机构。只有当有必要履行其在关于占领的法律之下的义务时才可予以改变,还必须维持公共秩序和安全、确保有序的政府和维持安全。

不过,关于占领的法律已经受到了挑战,因为对近期的占领情势的复杂特点来说它已经显得不再适合。某些国家不太愿意同意把关于占领的法律适用于它们卷入的情形,声称那些情形与传统的占领区别太大,因此应当适用一套更加特定的规则,而不是关于占领的法律所规定的规则。

根据一些学者的意见,国际公法中的某些基本概念,例如自决权和人权法的发展,都没有在关于占领的法律中适当体现出来。人权法在占领局势中的适用性问题已经引发了一些值得探讨的重要问题,例如占领当局可以在多大程度上在被占领土实施该法律。关于自决权还产生了具体的问题,包括:占领当局是否可以采取立法措施来通过人民推进行使这项权利?自决权是否可以用来作为在被占领土上进行社会、经济、政治或机构等方面大规模变革的正当理由?

与此相关的是一个更为宽泛的辩论——越来越多的观点认为,构成占领法的前提并不充分,也就是说,占领者拥有的临时权力并不允许对有关领土的法律、政治、机构和经济结构进行大规模改变。确实有人认为,占领法的静态性所强调的保留被占领土社会政治的连续性并不恰当。关于这个问题,有人指出,通过占领的方式对一个压制型政府进行转型或重建一个崩溃的社会可以说是符合国际社会利益的,而且对于维持或恢复国际和平来说可能是必要的。因此,可以说,在占领法和在某些情形下设想根本改革被占领土的社会必要性之间已经出现了越来越多的分歧,因为前者要求尊重当地的法律和机构。

当某些关于被占领土社会的转型是联合国安理会所要求,尤其是出于人权的考量时,上面提出的问题也同样有关。现在,已经产生了关于占领的某些规则是否能和安理会设定的责任保持一致的问题的争论,因

为在某些情形下,可以说很难协调维持“此前状态”的义务与全面改革一项政府制度之间的义务。有人把这种情形说成是义务之间的冲突,或者说是安理会“创造”了部分占领法。法学家似乎已经同意可以偏离占领法,只要不影响国际人道法文件中规定的强行法规则。

就本报告而言,现在提出任何确定的答案为时过早。不过,我们建议,如果同意有些人提出的有必要予以改革的观点,必须对占领期间可能受到影响的改变做出限制。尽管占领当局在遵守人权法的规范,包括自决权时,可以有一定程度的灵活性,但它当然不能为了与自己的政治、法律、文化和经济需求或价值保持一致而全部改变被占领土的立法和机构。我们不应忘记,占领法是一个连贯的体系。它已经仔细地平衡了各种不同的利益,因此只有在例外的情况下才可予以克减。

对外国领土其他形式的管理

除了现代占领情形引起的各种挑战以外,另外一系列挑战来自国际人道法对联合国维和行动的适用性问题,尤其是那些涉及根据《宪章》第七章的权限对某块领土进行国际管理的情形。在各种根据该章进行的干涉中,联合国并非总是在直接行使政府权力,相反,它是依赖国内机构或在国内机构已经不存在的情况下,要那些在当地参加冲突的部队承担责任,或让管理有关领土的专门机构承担责任。因这些情形引起的重要问题包括:国际人道法和占领法是否适用于联合国这种类型的行动?在什么情况下适用?因此,看来非常有必要明确界定调整多国部队或国际民事当局管理领土的法律框架,以及在那种情况下国际人道法和占领法的关联性。为此目的,考察国际人道法是否为国际民事或军事当局面临的许多问题规定了实际可行的解决方案是合适的。

基于上面提到的这些问题,以及近来的冲突对关于占领的法律提出的挑战(ICRC在向第28届国际会议提交的报告中已经提到了其中一些挑战),ICRC倾向于分析占领法是否以及在何种程度上需要得到加强、澄清或发展。2007年,ICRC启动了一个关于占领的法律的项目,旨在审查与近期的占领情形以及对外国领土的其他形式的管理有关的问题。

这个项目包括与专家会议中的重要人物和组织协商。它是对 2003 年关于国际人道法和关于占领的法律对多国和平行动的适用性的专家会议的后续跟进。在法律专家的协助下, ICRC 希望提出推动这方面法律发展的实体和程序方面的方法。

加强对国际人道法的尊重: 制裁发挥的作用

对于 ICRC 来说, 如何在平时和武装冲突期间更好地实施国际人道法一直是其首要工作。在向第 28 届国际会议提交的报告中, ICRC 关注的重点是在武装冲突中更好地尊重和遵守国际人道法的手段和方法, 尤其是强调国家在一切情形下“尊重和确保尊重”国际人道法义务的范围和外延。它还组织了五次地区专家研讨会, 会议的目的之一是审查国际人道法中既有和潜在的监督和实施机制。^[22]

在向第 28 届国际会议提交报告 4 年之后, 如何更好地尊重、实施和遵守人道法仍然是一个长期的挑战。这是武装冲突各方——无论是国家还是非国家——的首要责任。

实施需要所有交战方事先对法律有所了解并承诺尊重法律。它还要求国家在它们的法律秩序和实践中有持续的行动, 以便制定国际人道法所要求的大量国内实施措施, 包括制定法律、起草军事手册、在武装部队和安全部队里进行适当的培训和指挥监督。另外, 还必须规定适当的具有刑事或纪律性质的制裁措施, 并适用于那些违反规则的人。

过去 4 年, 绝大多数国家的国内法秩序已经取得了重大进展。这些国家的国内法和实践已经得到调整, 符合了国际人道法的规定和义务。尤其是, 建立起了越来越多的国家委员会和其他负责向其政府提供国际人道法和国内实施咨询的机构。不过, 仍然还有很多事情要做, 这也是 ICRC 一直关心的问题。

关于建立承认个人刑事责任的国际机制, 在过去 15 年也取得了重

[22] 专家会议其中一个具体的成果在第五章中得到了讨论。

大进展。特设法庭、国际刑事法院以及特别或混合法庭得以建立。一些国家还表明愿意对战争罪行使域外管辖权,以便在它们的国内法院追诉和惩治那些严重违反国际人道法的行为。不过,虽然因此可以说承认个人刑事责任已经取得了重大进展,但如何确保交战各方在战场上加强对国际人道法的遵守仍然是一项关键挑战。

ICRC 关于制裁对严重违反国际人道法的行为人的角色和威慑效果的倡议

2004年,ICRC发表了关于战争中的行为根源的研究报告,^[23]目的是为了查明对交战方行为具有关键作用的各种因素。该研究的一个主要结论是,影响武器携带者行为的主要因素是:训练、严格的命令和有效刑罚没有遵守命令的行为。

ICRC一直都在更深入地审查这些结论,尤其关注制裁在确保更好地遵守国际人道法方面的作用。它还努力进一步巩固这些结论,并对两个关键问题进行反思。这些问题涉及制裁的性质和特点以及它们得到适用的环境。为劝说武器携带者不实施严重违反国际人道法的行为,这两个问题都得到了审查。

制裁的性质和特点

ICRC审查的第一部分集中在三个主要问题上,从制裁的威慑性开始,即相对于惩罚本身而言,惩罚的威慑力所起的作用。

在这个方面,ICRC注意到,如果很少有制裁,那么他们的行为就会变得不可预见,战斗员一般就会愿意冒险来违反法律,因为他们会认为存在不可能得到惩罚的高度可能性。而且,如果制裁纯粹是假设的,那么它们在防止违反方面就会显得无效,无论假设的惩罚会多么严重。这表明,制裁的有效性和合法性必须在所有层面都得到加强。确实,这个

[23] Daniel Muñoz-Rojas and Jean-Jacques Frésard, *The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations*, ICRC, Geneva, October 2004.

问题并不是一个刑法规定充分不充分的问题,而是一个执行力度够不够的问题。在武装冲突激烈的时候,无论是国内还是国际法庭,通常都不能够也不会通过判刑和惩罚违反者来干涉。因此,有必要找到实现制裁的替代或补充方案。如果严重违反国际人道法的行为人预见到会受到惩罚,无论是通过刑事司法制度还是通过任何其他方式,他们的行为就会改变。在此方面,应当有纪律制裁,因为它们对于战斗员来说更加迅速而有效,而且从同行角度来说也说明他们的名声非常不好。不过,关于这一点,应当非常小心两个问题:第一,纪律制裁可能会被视为在努力掩盖犯罪的严重性;第二,对于保护被害人的利益来说可能显得不够。

第二个问题是关于制裁对谁适用的问题。在各类武装冲突中,国际法把对违反行为的刑事责任从实际的行为人扩大到大量潜在的参加者,包括那些高级军事和民事官员。ICRC 尤其关注评估涉及相关个人(武器的携带者、战地部队的首领、指挥官或民事官员)作用之扩展责任以及可适用于其不法行为之制裁的影响。

第三个研究的问题是正义的形式,无论是民事的还是军事的,以及它们对于确保更加遵守国际人道法的影响。如果没有规定民事或军事法庭的排他性管辖权,那么就需要另行设定标准,以此确定权限的分配。

环境对制裁威慑效果的影响

反思的第二部分是设法考察发生违反国际人道法情形的背景以及制裁的可适用性。要确定武装冲突中影响行为的因素不能只考虑制裁的问题,还应当考察可能影响行为的所有因素,尤其是因为各个地方的武器携带者很明显并不认为会有制裁,而且理解制裁的方式也不尽相同。在试图协调不同集团的价值与国际人道法的价值时也存在是非问题。ICRC 准备对制裁的效率进行研究。在考察要求进行制裁的各种因素的影响时,应当考虑制裁的效率问题。这是一个还没有得到充分研究的问题。

被害人的期待与需求

在考察制裁的作用时,还应当认真考虑违反国际人道法的被害人的利益以及可能最符合他们期待与需求的制度类型。实际上,刑事诉讼不一定总是考虑被害人的利益,这通常是引起被害人挫折、失望和愤怒的原因。在让社会和社会中的个人抚平创伤和重建生活方面,像弄清真相、进行赔偿和要求全面检讨这样的问题发挥着关键作用,但在传统的刑事诉讼制度中,这些通常没有得到适当处理。在此方面,应当考虑替代的机制。这些机制产生于被害人、犯罪者与受影响社会间讨价还价的过程,也可以对犯罪者实施制裁,尽管在性质上不同于严格意义上的刑事制裁。ICRC 希望进一步探索替代的或补充性程序,并衡量它们在防止严重违反国际人道法方面的影响。

研究正在如何进行

为了进行考察,ICRC 一直都和来自不同领域的独立专家团体进行合作。他们受聘用书面形式对四个案例进行回应,并且分别在 2006 年 4 月和 2007 年 6 月参加了 ICRC 举行的两次非正式会议。在这些会议上,他们讨论了诸如制裁的性质、各种形式的责任和正义、法院诉讼的风险、赦免、被害人的需求以及转型正义的机制等问题。这些会议有助于缩小将在 2007 年 11 月在更大范围的地区会议上讨论的问题。11 月的会议是为了制定和起草具体的建议,旨在协助 ICRC 帮助建立一套完整制裁体系的工作。这将对战斗员的行为和他们的环境产生深远影响,从而促使更好地遵守国际人道法。