

专家会议

武装冲突中的 武力使用

敌对行为范式与执法范式间的相互影响



ICRC



ICRC

红十字国际委员会东亚地区代表处
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 3290
传真: +86 10 6532 0633
电子邮件: bej_beijing@icrc.org
网址: www.icrc.org
© ICRC, 08.2014

专家会议

武装冲突中的 武力使用

敌对行为范式与执法范式间的相互影响

**红十字国际委员会法律顾问格洛丽亚·加焦利
筹划并编写的报告**

目 录

前 言 III

致 谢 V

导 言 1

一、两种范式的法律基础和特征 3

 (一) 规制武装冲突中使用武力的国际法制度 3

 (二) 敌对行为范式和执法范式 5

 (三) 敌对行为范式和执法范式间的主要差异 6

 (四) 专家意见和讨论 7

二、武装冲突中的武力使用：案例研究 11

 (一) 武装冲突期间针对合法目标使用武力 11

 (二) 武装冲突中的暴动 18

 (三) 打击犯罪行为 22

 (四) 拘留期间企图脱逃或者暴动 25

 (五) 不遵守军事命令：检查站——保护一个地区——保护军事资产 29

三、武力使用之前和之后的问题 33

 (一) 预防性义务 33

 (二) 调查的义务 37

结论性意见 43

附 录 45

 附录一：会议日程 47

 附录二：参会人员名单 49

 附录三：弗朗索瓦丝·汉普森的书面发言 51

 附录四：胡安·卡洛斯·戈麦斯·拉米雷斯的发言摘要 59

 附录五：理查德·格罗斯的发言摘要 61

 附录六：奥尔加·切尔内绍娃的发言摘要 63

前言

传统上，交战各方使用武力几乎仅限于敌对行为。使用武力针对的是明显区别于平民居民的敌方战斗员。而为了维持或恢复公共安全、法律和秩序而使用武力，则被认为是由警察履行的国内任务。而今，在许多当代武装冲突局势中，人们越来越期望武装部队不仅能对敌作战，还能实施执法行动以维持或恢复公共安全、法律和秩序。人们可援引不同理由来解释这种情况，但其中有两点特别值得注意。

第一，当代武装冲突绝大多数是非国际性武装冲突。在这些局势中，交战各国使用武力对付的武装分子，通常依据国内法也同时被视为罪犯。从国际人道法的角度来看，武装分子属于合法目标，根据敌对行为范式可以成为攻击对象。不过，执法范式也很重要，因为针对武装分子使用武力最终是为了维持或恢复公共安全、法律和秩序。此外，打击叛乱活动的战斗有时也会远离战场，此时武装分子实施的并非敌对行动，为了尽量减少交战国居民的人员伤亡，适用执法范式可能更妥当。

第二，在当代武装冲突中，军事行动越来越多地在人群中展开。敌人与平民居民混杂在一起。因此，从纯粹实用的观点来看，把敌方战斗员、直接参加敌对行动的武装分子或平民与平民居民区分开来可能十分困难。譬如，平民骚乱或暴力局势——如暴动——可能与针对敌人的作战行动同时发生。当代的武装冲突局势也极为多变：在武装冲突情况下，平民骚乱的局势可以非常迅速地转变为实际的作战局势。如此一来，可能就很难确定规制武力使用的相关范式。

对于这些挑战，国际法并不总能给出清楚明白的答案。对于在非国际性武装冲突和某些占领局势中使用武力情形，人权机构趋向于越来越多地适用执法的理论依据。然而，人权实践通常受案例驱动，有时很难从中推断出有效的结论。而由于涉及武装冲突中使用武力的最有趣的人权实践均出自诸如欧洲人权法院和美洲人权法院等区域性法院，情况则更是如此。著名的法律学者们提供了不同的、有时甚至是互相冲突的研究方法和解释。有些学者认为，敌对行为范式是关于武力使用的特别法，因此，应在武装冲突局势中取代执法范式。而另一些学者则认为，在非国际性武装冲突局势中，与敌对行为有关的规则和原则并不足够清晰或明确，因此在这些局势中执法范式应当优先适用。还有一些学者认为，一切都取决于实际情况。例如他们提出，局势发生的地点（在冲突地区之内还是之外）可作为决定适用哪种范式的要素。还有其他一些学者则援用对使用武力地区的控制程度以及该地区暴力的剧烈程度作为相关考虑因素。

考虑到交战各国不得不经常面对这些挑战，则需要澄清在不同武装冲突局势下使用武力应适用哪种范式的问题。为了帮助其武装部队确定何时应根据敌对行为范式使用武力以及何时应代之以执法范式，有些国家已经开始思考这一问题。还有些国家则不愿承认武装冲突局势中执法在法律上的相关性，但尽管如此，它们仍然在某些局势中越来越多地适用武力升级程序，譬如检查站或者每次其武装部队遭受攻击时或者行将遭受不明身份个人攻击时。晚近的武装冲突提供了众多实例，而用何种范式来规范武力使用这一问题的答案仍然不是很清晰。因此，红十字国际委员会 (ICRC) 在与交战各国的法律日常对话中也经常面临这些问题。

必须找到理论和实践上均有意义的解决方案来确保国际法的正确适用。有效确定适当的范式决不只是一个国际法学家和军事专家们感兴趣的理论问题，相反，它可能会对一次军事

行动的人道后果产生决定性影响，因为它会直接影响人员的伤亡情况。之所以如此是因为这两种范式关于使用武力的内容是不同的。敌对行为——在符合国际人道法规定的比例原则与预防原则的条件下——并不禁止消灭合法目标。而在执法情形下，只有在其他可用手段不起作用或不可能达到预期结果时，为了保护生命，方可使用致命武力作为最后诉诸的手段。此外，较之执法范式，敌对行为范式能容许更多的附带生命损失。同样，就制定计划而言，敌对行为范式和执法范式也是不同的。譬如，与执法范式相比，敌对行为范式无须假设——如果可能的话——要使用非致命武器。与国际人道法不同，执法范式至少在每次存在侵犯生命权的指控时还负有实施调查的义务。

上文所述的行动和法律环境使ICRC断定，有必要澄清使用武力的各类情形，即何种情况应受敌对行为范式规制，何种应由执法范式调整。因此，作为红十字国际委员会活动不可或缺的一部分，为了重申并澄清国际人道法及其与国际法其他分支的相互影响，红十字国际委员会于2012年1月组织了一次专家会议，旨在通过讨论5个编写的案例来分析上述问题，从而阐释一些作战中可能出现的具体的法律和实践问题。这些案例以非国际性武装冲突为背景，但从这些案例中总结的经验教训在很大程度上也同样适用于国际性武装冲突。会议还通过采取宽泛的视角来解决问题，不仅包括在行动实施时（即实际使用武力时）出现的问题，还包括使用武力前、后出现的问题——尤其是与制定计划和调查相关的问题。

本报告旨在记述会议期间精彩的辩论，而并不欲提出ICRC在这些问题上的法律立场。

红十字国际委员会希望本报告将有助于澄清某些同敌对行为范式与执法范式间相互影响有关的最重要的问题，并对在武装冲突局势中使用武力的法律和政策问题的讨论产生影响。

克努特·德曼博士
红十字国际委员会法律部主任

致 谢

本报告是红十字国际委员会 (ICRC) 的官方出版物。

它是2012年1月举行的一次题为“武装冲突中的武力使用：敌对行为范式与执法范式间的相互影响”的专家会议的成果。

若没有许多人的奉献和贡献，本报告的构思、起草和出版是不可能完成的。

首先我们要感谢以个人身份参会的专家们，他们的投入和专业知识阐明了涉及敌对行为范式与执法范式间相互影响有关的最困难的法律和实践问题，从而有助于澄清这一问题。

我们还要感谢ICRC法律部的法律顾问格洛丽亚·加焦利博士，她负责组织此次专家会议并筹备和编写了这份报告。

最后，我们要诚挚感谢对本报告的内容提出意见，在本次专家会议的组织及后续工作中提供宝贵支持或协助本报告出版的所有ICRC同仁。

克努特·德曼博士
红十字国际委员会法律部主任

导 言

在武装冲突局势中，武装部队或执法人员使用致命或潜在致命的武力（以下简称“使用武力”）受到两个不同范式的规制：源于国际人道法（以下简称“人道法”）的敌对行为范式和主要源于国际人权法（以下简称“人权法”）的执法范式。¹

在许多当代武装冲突局势中，尤其是被占领土²和非国际性武装冲突中，人们越来越期望武装部队不仅能对敌作战，还能实施执法行动以维持或恢复公共安全、法律和秩序。如果存在东道国同意下的外国干涉，两种范式也可能并存于非国际性武装冲突中。譬如，实施干涉的第三国可以在领土国（或东道国）同意的情况下开展执法行动来帮助后者维持或恢复法律和秩序；同时，实施干涉的第三国还可以针对敌方武装分子³以及直接参加敌对行动的平民实施敌对行动。

国际法中并未十分清晰地规定，在武装冲突情况下，何种局势受敌对行为范式规制，何种受执法范式调整。在实践中，有时也很难在受敌对行为范式和执法范式规制的局势之间划出一条清晰的分界线。譬如，在非国际性武装冲突中，当一国针对武装分子使用武力时，它可能被认为同时实施了敌对行动以及维持法律和秩序的行动（因为依据国内法武装分子通常也是罪犯）。同样，对敌作战行动正在实施时，也可能发生平民骚乱的状况（如暴动）。这两种暴力局势有时甚至可能合二为一，例如当武装分子隐藏在暴动的平民或示威者中间时。在这种情况下，区分武装分子和暴动的平民并确定相关可适用的范式可能就变得十分困难。

有效确定恰当的、可适用的范式可能会对行动的人道后果产生决定性影响，因为这两种范式的内容是不同的。譬如，敌对行为范式考虑的是消灭合法目标，而执法范式则规定，除非嫌疑人对生命有迫在眉睫的威胁，否则须对其予以“逮捕而非击毙”。此外，较之执法范式，敌对行为范式能容许更多的附带生命损失。这些差别表明，确定可适用的范式对如何针对个人使用致命武力有着直接影响。因此，有必要明确使用武力的各类情况，即何种情况应受敌对行为范式规制，何种情况应由执法范式调整，特别是当这两种范式在同一情况中适用时。

为了进一步阐明这些问题，红十字国际委员会于2012年1月26日至27日在日内瓦主持召开了一次专家会议。本次会议汇聚了22名在使用武力问题方面拥有专门知识的著名实务工作者和学者，他们来自16个不同的国家并以个人身份与会。本次会议使用英语，并受“查塔姆宫规则”的制约。⁴

专家会议致力于找到武装冲突局势中敌对行为范式和执法范式之间的分界线，尤其侧重于敌对行为范式和执法范式间相互影响问题较为突出的非国际性武装冲突局势。在武装冲突

¹ 本报告涉及武装冲突期间使用武力的方式。它不触及与“诉诸战争权”有关且受1945年《联合国宪章》规制的国家之间使用武力的合法性问题。

² See: ICRC, Expert Meeting Report, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, Third Meeting of Experts: The Use of Force in Occupied Territory*, prepared by T. Ferraro, Geneva, Switzerland, April 2012 (hereafter: ICRC Report on *The Use of Force in Occupied Territory*).

³ 在本报告中，“武装分子”一词是指作为非国际性武装冲突一方的有组织的非国家武装团体的成员；因此，应当将其理解为“有持续直接参加敌对行动职责的个人”。见：ICRC，《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，尼尔斯·梅尔泽起草于瑞士日内瓦，2009年5月，第26页（以下简称ICRC《直接参加敌对行动指南》）。

⁴ 当根据“查塔姆宫规则”召开会议时，就意味着“与会人员可自由使用获得的信息，但不得披露发言人和与会者的身份及所属单位”。Available at: <http://www.chathamhouse.org/about-us/chathamhouse-rule> (Last accessed on 30 September 2013).

以外的局势中，诸如内部动乱和紧张局势，不会提出这种讨论，因为敌对行为范式只适用于武装冲突。此外，尽管这两种范式的相互影响与以物体为攻击目标的情形也有一定关联，但本次专家会议只关注以人为攻击目标的情形。⁵更进一步说，该问题是从国家的角度加以分析，因为人权法（进而是人权执法要求）从法律上讲只对国家有拘束力。⁶本次专家会议没有专门涉及非国家武装团体使用武力的问题。还应当注意的是，这份成果报告——也是此前专家会议——的目标仅关注使用武力问题本身。因此，与武装冲突局势中的拘禁和拘留有关的问题不在本次专家会议讨论的范围内。

红十字国际委员会为所有专家准备了背景资料⁷，提出了当务之急的问题并引入了5个实际案例研究，邀请所有专家在会议上讨论。这些案例是：

案例研究1：针对潜在目标使用武力（例如单个正在睡觉的武装分子）

案例研究2：暴动（平民和武装分子混在一起）

案例研究3：打击犯罪

案例研究4：企图逃脱和暴动的被关押者

案例研究5：检查站

在每个案例中，专家们都必须决定在这种情况下使用武力属于敌对行为范式还是执法范式。专家们还讨论了实际使用武力前、后的相关法律问题——尤其是与制定计划和调查相关的问题。

本报告的目的在于提出当务之急的问题、介绍提供给专家的背景信息以及会议期间讨论的案例，同时还就所讨论的不同问题，对专家所做的分析及其立场加以总结。

这份成果报告分为3部分，依次涉及：

- 1) 敌对行为范式和执法范式的法律基础与显著特征；
- 2) 与实际使用武力有关的案例研究；
- 3) 与实际使用武力前、后相关的法律问题——尤其是与制定计划和调查相关的问题。

最后，基于专家会议上的讨论，尽量通过一个简短的结论提出一些意见。

会议议程和与会人员名单分别参见**附录1**和**附录2**。**附录3**收录了一位无法与会的专家提交的书面报告。⁸ **附录4-6**包含了本次会议开幕式上3位专家所作报告的摘要，以便为会议做准备并将这一当务之急的问题放在相关背景下讨论。⁹本报告在适当的地方也提供了这些发言及其随后讨论的要点。

⁵ 敌对行为范式和执法范式间的相互影响可因对人还是对物使用武力而非常不同。根据人权法，与对人使用武力相关的问题受到生命权的制约，而与对物使用武力相关的问题则受其他权利的调整，如财产权或者尊重私人和家庭生活权。

⁶ ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，瑞士、日内瓦，2011年10月，第14-15页（以下简称ICRC关于《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战的报告》）。该报告指出：“应注意的是，国际人道法与人权法之间的相互影响在一般性质上存在……重要区别。首先，人权法只对国家有拘束力，人权条约和其他人权标准的渊源不为非国家武装团体创设法律义务。……但应当注意的是，也存在例外情况，即由于有效控制了部分领土，一个团体有能力像国家一样实施管理，从而可在事实上承认该团体可以承担保护人权的责任。

⁷ 背景资料中提供的信息已包含在本报告内。

⁸ 这份书面报告由Françoise Hampson提交，涉及欧洲人权法院关于使用武力的判例法。

⁹ Juan Carlos Gómez Ramírez第一个做报告，谈到了在哥伦比亚武装冲突背景下使用武力的问题。其报告特别提及了对《哥伦比亚行动法律手册》的某些反思，尽力解决敌对行为范式和执法范式间的相互影响这一难题。Richard Gross第二个做报告，谈到了在阿富汗冲突的不同阶段使用武力的问题。Olga Chernishova最后一个做报告，概括介绍了欧洲人权法院关于使用武力的判例法。

一、两种范式的法律基础和特征

为了引入主题并为随后的案例研究做准备，本部分首先介绍了规制武装冲突中使用武力的国际法制度。其次，概括了敌对行为范式和执法范式。再次，探讨了这两种范式之间的主要差异。这三个小节对作为讨论基础而提供给专家的背景信息进行了概括摘要。最后，本部分介绍了专家对这两种范式的法律基础和特征所做的关键评论。

(一) 规制武装冲突中使用武力的国际法制度

在国际法中，规制对人使用武力的法律制度涉及人道法和人权法。

在人道法中，关于使用武力的规则和原则主要体现在1907年《海牙章程》¹⁰、《日内瓦公约》的《附加议定书》¹¹以及习惯国际人道法¹²中。而在人权法中，规制对人使用武力的法律制度主要源于每个一般性人权条约¹³和习惯法¹⁴均加以保护的生命权。

依据其各自的适用范围，人道法仅局限于武装冲突局势，而人权法既适用于和平时期也适用于武装冲突局势。¹⁵

要受人道法调整，武力的使用必须发生在武装冲突局势中并且必须与武装冲突有联系。此外，正如前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇案”的判决中所述，人道法适用于“交战国

¹⁰ 1907年《海牙章程》，第22-28条、第43条。

¹¹ 《第一附加议定书》，第48条及以下各条；《第二附加议定书》，第13条及以下各条。

¹² 让-马里·亨克茨与露易丝·多斯瓦尔德-贝克：《习惯国际人道法第一卷——规则》，法律出版社，2007年版，规则1-24，第3-71页，（以下简称ICRC《习惯国际人道法研究》）。其他许多具体的国际人道法规则都会对使用武力的类型（譬如关于武器的规则）或受到专门保护的人员（譬如医务和宗教人员）产生影响。See: International Court of Justice (ICJ), Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996, paras. 78-79; ICTY, *Prosecutor v. D. Tadić*, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995, case IT-94-1-AR72, paras. 100-127; ICTY, *Prosecutor v. M. Martić*, Trial Chamber, Decision of 8 March 1996, case IT-95-11-R61, para. 18; ICTY, *Prosecutor v. D. Kordić and M. Čerkez*, Trial Chamber, Decision of 2 March 1999, case IT-95-14/2, para. 31; ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić*, Trial Chamber, Judgment of 14 January 2000, case IT-95-16, paras. 524-525; IACCommHR, *J. C. Abella v. Argentina* (“la Tablada”), 18 November 1997, para. 177.

¹³ 见：《公民及政治权利国际盟约》，第6条；《欧洲人权公约》，第2条；《美洲人权公约》，第4条；《非洲人权和民族权宪章》，第4条。

¹⁴ 《公民及政治权利国际盟约》第6条将生命权定性为“固有的”，这足以表明其习惯法性质。关于生命权的习惯法甚或强行法性质，see: M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N. P. Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2005, p. 122; T. Desch, “The Concept and Dimensions of the Right to Life (as Defined in International Standards and in International and Comparative Jurisprudence)”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 36, No. 1/2, 1985, p. 79; B. G. Ramcharan, “The Right to Life”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 30, No. 3, 1983, p. 299; Y. Dinstein, “The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty”, in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, pp. 114-115. See also: Human Rights Committee (hereafter: HRC), General Comment No. 24: *Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*, 11 April 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para 8.

¹⁵ 不过，仍有少数观点认为人权法不适用于武装冲突。例如，见国际法院关于核武器的咨询意见中一些国家所持的立场。见：国际法院，《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见》，前注12，第24段。“他们表示，此项《盟约》的目的是在和平时期保护人权，而在敌对行动中非法夺取生命的问题则应当由武装冲突中适用的法律来规定。” See also the position of Israel in: ICJ, Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004, paras. 102-110.

的全部领土，或者在国内武装冲突的情况下，适用于处在一方控制之下的全部领土，无论那里是否发生了实际战斗”。¹⁶最后，人道法对国家和非国家武装团体具有同等拘束力。

就人权法而言，在“紧急状态危及国本”时，某些权利确实可以被克减。¹⁷但对禁止任意剥夺生命来说，情况则并非如此，这是不可克减的权利，人权法中限制针对个人使用武力即源于此。¹⁸此外，应当强调的是，人权法的域外适用¹⁹已被人权机构和国际法院所接受。²⁰不过，重点要指出的是，并非所有国家都接受人权法的域外适用。²¹此外，人权法域外所及的确切范围仍是正在争论的法律问题。

尽管人道法和人权法的适用范围不同，但仍有某些重合之处。在占领和非国际性武装冲突的情况下尤其如此，大多数意见都认为人权法适用于这两种局势，因为存在充分的领土控制。然而，关于域外非国际性武装冲突的局势有更多争论，因为在占领或拘留之外人权法的域外适用范围是有争议的。²²

¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. D. Tadić*, supra, note 12, para. 70.

¹⁷ 《公民及政治权利国际盟约》，第4条。另见《欧洲人权公约》，第15条；《美洲人权公约》，第27条。不过，《非洲人权和民族权宪章》没有包含这样的条款。非洲人权和民族权委员会因而裁定，任何克减都是不可能的。See: African Commission on Human and Peoples' Rights (ACommHPR), *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, 11 October 1995, para. 21.

¹⁸ 《公民及政治权利国际盟约》，第4条第2款；《美洲人权公约》，第27条第2款。唯一的例外是欧洲人权法院，认为生命权是不可克减的“除了因战争中的非法行为引起的死亡之外”（《欧洲人权公约》，第15条第2款）。迄今为止，该条款尚未在实践中产生实际影响，因为欧洲国家从未克减过生命权，欧洲人权法院也从未自动诉诸该项例外。

¹⁹ 关于对人权条约域外适用的争论与《公民及政治权利国际盟约》第2条第1款或《欧洲人权公约》第1条等条款的解释有关。

²⁰ See among many others: ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, supra, note 15, paras. 107-113; HRC, General Comment No. 31/80: *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 10; ECtHR, *Al Skeini and others v. United Kingdom*, 7 July 2011, paras. 130-150. 关于欧洲人权法院涉及管辖权的判例法，见附录3：Françoise Hampson的书面报告；附录6：Olga Chernishova所做的报告概要。

²¹ 见，关于美国的立场：U.S. Department of State, *Second and Third Periodic Report of the United States of America to the UN Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights*, Annex 1, 21 October 2005. Available at: <http://www.state.gov/g/drl/rls/55504.htm> (Last accessed on 30 September 2013); *United States Responses to Selected Recommendations of the Human Rights Committee*, 10 October 2007, pp. 1-2. Available at: <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/100845.pdf> (Last accessed on 30 September 2013). 关于以色列的立场，see: HRC, *Sixty-third session. Summary Record of the 1675th meeting: Consideration of the Initial Report of Israel*, 21 July 1998, UN Doc. CCPR/C/SR.1675, paras 21 and 27; UN Committee of Economic Social and Cultural Rights (CESCR), *Addendum to the Second Periodic Reports Submitted by States Parties, Israel*, 16 October 2001, UN Doc. E/1990/6/Add.32, para. 5; HRC, *Addendum to the Second Periodic Report, Israel*, 4 December 2001, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2, para. 8. 反对人权法域外适用的法学论文，see, e.g. M. Dennis, “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, pp. 119-141. 还必须指出的是，尽管加拿大接受人权条约的域外适用，但前提条件是基于“领土控制”标准，加拿大判例法似乎将其与占领局势等同起来。但可见于一些人权判例法中的以国家代理机构（或对人的控制）为基础的治外法权，已遭到加拿大政府和加拿大法院的明确反对（see, e.g. HRC, *Burgos v. Uruguay*, 29 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, para. 12.3; HRC, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, 29 July 1981, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, para. 10.3; ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, 12 March 2003, para. 93). See Federal Court, Ottawa, Canada, *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney General of Canada*, 25 January and 12 March 2008. Available at: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/2008/2008fc336.pdf> (Last accessed on 30 September 2013). 该判决得到联邦上诉法院的维持，向加拿大最高法院的上诉许可亦遭否决。

²² 关于在占领情况下人权法的域外适用范围，see, e.g.: ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, supra, note 15, paras. 107-113; HRC, *Concluding Observations: Israel*, 18 August 1998, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, para. 10; HRC, *Concluding Observations: Israel*, 21 August 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, para. 11; ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995, para. 62; ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, 10 May 2001, para. 30; ECtHR, *Al Skeini and others v. United Kingdom*, 7 July 2011, paras. 130-150. On control over the person, see, e.g. ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, 12 March 2003, para. 93; ECtHR, *Issa v. Turkey*, 16 November 2004, paras. 69-71; ECtHR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, 30 June 2009, para. 88; ECtHR, *Al-Jedda v. United Kingdom*, 7 July 2011, paras. 74-86.

(二) 敌对行为范式和执法范式

敌对行为和执法这两种范式均能在人道法和人权法这两种法律制度中找到其国际法基础。

规制敌对行为的人道法基本规则反映了武装冲突的现实情况。这些规则基于使用武力是发动战争所固有的这一假设，因为军事行动的最终目的就是打败敌方的武装部队。在那些人道法基本规则中首要的是区分原则。根据该原则，武装冲突各方必须始终把平民和民用物体与战斗员和军事目标区分开来，而且攻击只能针对后者。²³ 因此，允许或者至少在法律上并不禁止武装冲突各方相互攻击对方的军事目标，包括敌方人员。相比之下，针对平民或民用物体的暴力行为是非法的。事实上，人道法的主要目的之一就是让其免受敌对行动的影响。在详细阐述区分原则时，人道法还尤其禁止不分皂白和不成比例的攻击²⁴，而且冲突各方有义务遵守一系列攻击中的预防规则，旨在避免或尽可能减少对平民和民用物体的附带损害。²⁵ 这套规则（即区分原则、比例原则和攻击中的预防措施）即是敌对行为范式的主要内容。它们还规范作战手段和方法。

人权法则基于不同的假定。其最初被用于保护个人免遭其本国的迫害。它关于执法中使用武力的规则本质上是为国家工作人员在万不得已进行自卫时能如何使用武力提供指南；为预防犯罪、执行或协助合法逮捕罪犯或嫌疑犯提供指南；为防止罪犯或嫌疑犯逃跑以及镇压暴动提供指南。²⁶ 简言之，人权法调整的是国家当局为维持或恢复公共安全、法律和秩序而诉诸武力的情形。在人权法中规制执法时使用武力之原则的本质是，只有在其他可行的手段起不到作用或没有希望达到预期结果时，为了保护生命，方可使用致命武力作为最后诉诸的手段。²⁷ 人权法理论和非拘束性的标准，诸如《执法人员行为守则》²⁸以及联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》²⁹，也已阐明了附随于任何使用武力的“严格”或“绝对”必要性标准，这意味着武力不能超出保护生命所需的严格或绝对必要的限度。具体来说，这意味着只要有可能，就必须使用非致命的手段执行逮捕。前文提到的这一套规则和原则就概括了本报告所称的执法范式。

²³ 《第一附加议定书》，第48条。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则1-10。

²⁴ 《第一附加议定书》，第51条。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则11-14。

²⁵ 《第一附加议定书》，第57条。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则15-24。

²⁶ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过并为1990年12月18日联合国大会第45/166号决议确认，原则9：“执法人员不得对他人使用火器，除非为了自卫或保卫他人免遭迫在眉睫的死亡或重伤威胁，为了防止给生命带来严重威胁的特别重大犯罪，为了逮捕构成此类危险并抵抗当局的人或为了防止该人逃跑……”；联合国《执法人员行为守则》，联合国大会1979年12月17日第34/169号决议通过，第3条评注：“……在防止犯罪或在执行或协助合法逮捕罪犯或嫌疑犯的情况下，可准许执法人员按照情理使用必要的武力……”；《欧洲人权公约》第2条第2款：“如果使用武力剥夺生命是迫不得已的情况下，不应当视为与本条的规定相抵触：(1) 防卫任何人的非法暴力行为；(2) 为执行合法逮捕或者是防止被合法拘留的人脱逃；(3) 为镇压暴力或者是叛乱而采取的行动。”尽管其他人权文件没有列明何种情况可被视为使用武力的合法目的，但其实践均遵守联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》、联合国《执法人员行为守则》和《欧洲人权公约》所明确规定的合法目标。See: F. Hampson, “Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts,” *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. 31, No. 1, 1992, p.131.

²⁷ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，前注26，原则4（关于使用武力和火器）和原则9（专门关于火器）。

²⁸ 联合国《执法人员行为守则》，前注26。

²⁹ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，前注26。

(三) 敌对行为范式和执法范式间的主要差异³⁰

指导敌对行为范式和执法范式的原则其作用原理不同。其主要差异可归纳如下：

- (1) **必要原则**在两种范式中的设计方式不同。根据敌对行为范式，针对合法目标使用武力被推定为具有军事必要性。换言之，这种推定是指可使用合法手段攻击战斗员/武装分子，而平民除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，应享受免遭直接攻击的保护。相比之下，根据执法范式，“绝对必要”原则意味着使用武力必须作为最后诉诸手段并且只能为了达到合法目标而采用该手段，如自卫、执行合法逮捕、防止被合法拘留的人逃跑或镇压暴动。简言之，武力必须是为维持公共安全、法律和秩序而绝对必要的。
- (2) **比例原则**，其得到遵守既是敌对行为也是执法行动的关键，人道法和人权法对它的理解也不同。人道法禁止攻击合法目标如果这种攻击“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”。³¹换言之，人道法中的比例原则仅仅保护周围的平民和民用物体免受与攻击预期的具体和直接军事利益相比过分的损害。根据人道法，攻击的合法目标（战斗员、武装分子或直接参加敌对行动的平民）本身并不涵盖在比例原则的范围内。
相比之下，当国家工作人员依据人权法针对个人使用武力时，比例原则要求在个人所带来的风险与对该人及与事无关之人的潜在损害之间取得平衡。因此，对带来迫在眉睫之威胁的个人来说，其本人的生命也在考虑范围之内，这与人道法是截然不同的。如果个人没有带来迫在眉睫的死亡或重伤威胁，使用致命（或潜在致命）武力就会被视为不相称的（即使符合必要性要求）。此外，在不可避免须合法使用武力和火器时，人权法的相称性标准要求使用最低程度的必要武力（可能的话包括使用非致命武器），并且适用武力升级程序，除非适用该程序是不可能的。³²最后，在人权法中，使用武力必须尽可能避免与事无关之人的伤亡³³，但人道法中的比例原则只禁止过分的附带平民损失。
- (3) 同样，根据敌对行为范式，**预防原则**要求交战各方始终注意不损害平民居民、平民和民用物体。³⁴相反，根据执法范式，必须采取一切预防措施以尽可能避免使用武

³⁰ 本小节很大程度上基于红十字国际委员会的报告。See the ICRC Report on *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, *supra*, note 6, pp. 18-19.

³¹ 《第一附加议定书》，第51条第5款第2项。

³² See also N. Lubell, “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860, December 2005, pp. 745-746. 该文提到：“‘比例性’不管在国际人道法还是在人权法中都被视为一个核心原则。在两个法律体系中，它都表示一种平衡的关系：X与Y的关系。但它们的实际意思又不总是相同，有时还会引起混淆。譬如，根据人权法和执法规则，当国家工作人员针对个人使用武力时，比例原则就要用来衡量武力，这种评估包括对该个人本人的影响、使用最小限度的必要武力的要求以及限制使用致命武力。另一方面，根据国际人道法，譬如如果一个人是可作为合法攻击目标的战斗员，那么比例原则就关注对周围人员和物体的影响，而非作为目标的个人本身，针对该人首先就使用致命武力是合法的。”

³³ 必须指出的是，即使根据人权法，与事无关之人的伤亡也不必然导致侵犯生命权，只要使用武力是绝对必要且完全合比例的。See, e.g. ECtHR, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, para. 194; ECtHR, *Kerimova and Others v. Russia*, 3 May 2011, para. 246.

³⁴ See *supra*, note 25.

力本身，而不仅仅是避免附带的平民伤亡或对民用物体的损害。³⁵ 因此，国家工作人员必须竭尽全力减小伤害并尊重和保全人命。³⁶

考虑到武装冲突中这两种规范武力使用的国际法范式的竞合适用及其内容的差异，关键问题是：在何种情况下使用武力应受敌对行为范式的规制，在何种情况下又应由执法范式调整？

(四) 专家意见和讨论

专家们一致同意，人道法和人权法中均存在规制武装冲突中使用武力的法律制度。专家们还一致同意这一最基本的假设，即：在武装冲突局势中，敌对行为范式和执法范式是相互关联的。专家们也都承认前文所述的这两种范式之间的差异。不过，有必要在这里对前文每个小节中的意见和讨论加以总结。

就规制武力使用的法律制度而言，会议对人权法在武装冲突局势中的适用性以及人权法的域外适用进行了探讨。少数专家认为，人权法涉及国家及其人民的关系，从法律上讲不适用于武装冲突局势。这些专家还质疑人权法的域外适用性，强调《公民及政治权利国际盟约》第2条第1款明确规定每一缔约国“承允尊重并确保所有境内受其管辖之人”享有盟约所确认的权利。有人还主张，在武装冲突局势中给国家施加人权义务可能会增加国家与有组织的非国家武装团体之间进行的非国际性武装冲突的不对称性，因为后者原则上不受人权法的拘束。因此，不仅存在所使用的作战手段和方法的不对称，还存在交战各方必须尊重的规则范围的不对称。国家既要受人道法又要受人权法的拘束，这会使只受人道法拘束的有组织的非国家武装团体处于优势地位。

不过，绝大多数专家都认为人权法一般适用于武装冲突局势。有人指出，不应混淆武装冲突中人权法的适用性问题和人权法的域外适用问题。发生在一国领土之内的非国际性武装冲突中，并不存在人权法的域外适用问题。此外，在两个或更多国家之间发生武装冲突的情况下，大多数专家都主张，在存在对领土的有效控制（如占领）的局势中，人权法的域外适用是毋庸置疑的。

还值得注意的是，即便是质疑人权法在武装冲突局势中适用性的少数专家也认为，人权法在武装冲突中并非完全无关。在他们看来，人权法作为一种政策是具有相关性的，因为武装冲突的最终结果应该是人权得到尊重的和平局势。不过，许多专家都反对这种认为人权法仅作为政策适用于武装冲突局势的观点。

³⁵ 人权法中的“预防原则”似乎没有明确出现在与生命权相关的条约规定中。它主要通过人权判例法发展而来。欧洲人权法院是第一个从国际人道法中借用并发展该概念的机构。See ECtHR, *McCann and Others v. United Kingdom*, 27 September 1995, paras. 150 and 194; ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, para. 79. 为了将预防原则引入人权法，关于国际人道法对人权法的影响，见：Aisling Reidy, “The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 38, No. 324, 1998, p. 526. 美洲人权法院也遵从了欧洲人权法院的实践。See IACtHR, *Neira Alegria et al. v. Peru*, 19 January 1995, para. 62; IACtHR, *Montero-Aranguren et al. v. Venezuela*, 5 July 2006, para. 82; IACtHR, *Zambrano Velez et al. v. Ecuador*, 4 July 2007, para. 89. 一些人权机构还更一般性地提及“防止”侵犯生命权的义务：HRC, General Comment No. 6, *The Right to Life (article 6)*, 30 April 1982, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, para. 3; HRC, *Burrell v. Jamaica*, 18 July 1996, UN Doc. CCPR/C/53/D/546/1993, para. 9.5; ACommHPR, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, *supra*, note 17, para. 22.

³⁶ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，原则5，第1款和第2款，前注26。

至于对上文中敌对行为和执法范式的概述，大多数专家都认为总体上是适当的，尽管对于这两种范式的性质还在加以讨论。专家们一致同意敌对行为和执法范式并不构成新的法律制度或法律框架，而是相当于对分别属于人道法和人权法并适用于武装冲突局势中使用武力情形的不同规范的描述。在这一背景下，一些专家认为，尽管本次会议只关注使用武力问题，但敌对行为和执法范式的相互影响可能已经超出了实际使用武力的范围，并开始对俘获/逮捕行动甚或拘留产生影响。他们认为，在分析使用武力情形下这两种范式的相互影响时，应考虑到更加宽泛的情形。

至于这两种范式的内容，几位专家指出，如果称执法范式只源于人权法就有点把问题过分简单化了。他们指出，人道法也包含在敌对行动之外使用武力的其他具体规则，诸如占领国维持公共秩序和安全的义务。³⁷一位专家还强调，海战法中包含许多与类似于执法局势中的使用武力有关的规则和原则，尤其是执行封锁或管制民用运输。³⁸

此外，有人提到执法范式还源于社会契约的概念，国家从而必须在其领土上维持法律和秩序。因此，在大多数国内法律秩序中均存在执法规范。就这一点而言，基本的执法原则可以被视作《国际法院规约》第38条第1款第3项意义上的一般法律原则。³⁹

在讨论敌对行为和执法范式时，还会涉及自卫的概念。少数专家提到，根据其国内法，军队不能实施执法行动，因此在武装冲突局势中，武装部队只能在敌对行为范式的框架内或自卫的情况下使用武力。在这些专家看来，自卫并不能归入执法范式的范畴内，而是一个源于国内法的截然不同的概念。一些专家表示，他们关于自卫的观点虽然反映出他们把自卫作为一种政策适用于武装冲突，但完全符合关于使用武力的国内规则（源于人权法和/或执法标准）。⁴⁰像执法范式一样，自卫一般也意味着武力升级的程序。其他专家则批评这种方法很危险，因为自卫的概念在各国之间差异巨大。⁴¹有人提出，澄清“自卫”的概念可能有用，但会超出本次专家会议的范围。

³⁷ 譬如，《海牙章程》第43条规定“合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并除非万不得已，应尊重当地现行的法律”。因此，根据占领法，占领国有义务维持法律和秩序并有权使用武力这样做。在这方面，see ICRC Report on *The Use of Force in Occupied Territory*, *supra*, note 2, p. 119. See also K. Watkin, “Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, Spring 2012, pp. 295-296.

³⁸ 封锁是一种作战方法。不过，反映了习惯法的1994年《圣雷莫手册》第98条明确规定“对于有理由证明正在突破封锁的商船有权进行拿捕，对于经预先警告后明显抵抗拿捕的商船有权进行攻击”。See also: *The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010*, January 2010, Part one, para. 179 (hereafter: the Turkel Commission Report). 该报告指出：“就武力的适当升级问题而言，适用于执法背景下拦截船舶的手段可以用作与武装冲突期间执行封锁时尝试拿捕船舶的手段进行相关比较。根据国际人道法，在执行封锁时于攻击前尝试拿捕中立船舶的义务是基于仅在必要时使用武力的原则。该原则在执法背景下也适用，但使用武力的必要性必须通过确立如下条件体现出来，即非武力手段已经过尝试并且失败或者在那种情况下这种手段本来也不可能或不起作用。Available at: <http://www.turkel-committee.com/index-eng.html> (Last accessed on 30 September 2013). 关于免遭攻击的船舶和飞机以及使用武力的条件，见《圣雷莫手册》有关丧失豁免的规定，诸如第50条、第51条、第52条、第57条等。

³⁹ In this regard, see K. Watkin, “Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities,” *supra*, note 37, p.304.

⁴⁰ 各国可从使用武力的标准中衍生出其各自在武装冲突局势中的自卫规则，关于设置这些标准的国内法判例：see, e.g. US Supreme Court, *Tennessee v. Garner*, 27 March 1985; UK House of Lords, *R. v. Clegg*, 1995.

⁴¹ 各国均使用不同的自卫定义。例如，在一些国家（如美国）允许在自卫中使用武力来保护财产，而在其他一些国家（如加拿大、英国）则不允许，除非财产的损毁会导致对生命迫在眉睫的威胁。See B. Cathcart, “Application of Force and Rules of Engagement in Self-Defence Operations”, in T. D. Gill and D. Fleck (eds), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2010, p. 210. 在多国行动中，这些差异已导致《交战规则》的成员引入大量“本国警示规则”（即限制措施或扩充性的指示说明）以确保遵守其国内法律和政策。Cathcart, *ibid.*, p. 203.

关于敌对行为范式和执法范式的特征，会议讨论了这样一个问题，即：为证明使用武力的正当性而进行风险或危险评估时，执法范式与敌对行为范式究竟会有多大差异。人们注意到，在执法范式下，需要有一人或多人给生命或肢体造成具体且迫在眉睫的风险，方可认为使用武力是必要且相称的。相比之下，在敌对行为范式下，必须更宽泛地理解风险的定义。不管是否存在对生命或肢体迫在眉睫的威胁，都可以攻击军事目标，即便该攻击可能造成平民的附带损害。换言之，根据人道法，攻击的合法性并不取决于确定是否存在对生命迫在眉睫的风险，而在于一个人/物体是否可被视为军事目标——反过来说，该人/物体是否从远距离就可对军事行动构成危险。

最后，一些专家提出，敌对行为范式和执法范式的区别之一在于使用武力的主体不同：在前一范式中使用武力的主体是军队，而在后一范式中使用武力的主体是警察。不过，大多数专家都反对通过主体标准来区分敌对行为和执法范式。他们强调，即使根据国内法一国可以决定武装部队不得开展执法行动，但根据国际法，使用武力的主体也不是决定性因素。在实践中，警察可视不同的环境和情况而直接参加敌对行动。同样，在实践中武装部队也可能实施执法行动。

二、武装冲突中的武力使用：案例研究

本报告的第二部分涉及5种不同情况下的武力使用问题：(1) 针对合法目标使用武力 (例如孤立的正在睡觉的武装分子)；(2) 平民卷入暴动、与武装分子近在咫尺或混杂在一起；(3) 平民属于非武装冲突之一方但与有组织武装团体有密切联系的犯罪团体；(4) 被关押者或被拘禁者企图逃脱或在关押中参与暴动；(5) 平民不遵守军事命令。

这五种情况会通过案例研讨的方式——涉及。每个小节都会以叙述案例开头，随后是提供给专家的背景信息概要以及对专家意见和讨论的总结。

(一) 武装冲突期间针对合法目标使用武力

案例研究1：针对合法目标使用武力

在一国政府与一个有组织的非国家武装团体之间发生非国际性武装冲突的背景下，属于该团体的一名武装分子⁴²正在位于政府控制区内的家中与家人一起睡觉。政府军锁定了该武装分子的方位，并决定发起一项针对他的军事行动。

1. 该行动受敌对行为范式还是执法范式的规制？实施行动的方式不同都会产生什么后果？
2. 可适用范式的确定取决于该武装分子是否位于冲突区域⁴³吗？换言之，如果武装分子处于该国北部，而敌对行动仅在南部发生，那么应当适用执法范式吗？
3. 对一个地区的控制程度以及该地区的暴力水平有什么影响吗？换言之，如果对一个地区的控制程度很高且该地区暴力水平很低，即使针对合法目标也应适用执法范式吗？

1. 背景信息：

从人道法的角度看，针对构成合法攻击目标的个人使用武力受敌对行为范式的规制。在此情况下，合法目标是指：(1) 在国际性武装冲突中，冲突之一方的武装部队成员或参与民众抵抗的人；⁴⁴ (2) 在非国际性武装冲突中，国家武装部队的成员或者武装分子；(3) 无论在国际性还是非国际性武装冲突中直接参加敌对行动的平民。原则上，战斗员和武装分子在任何时候都可被攻击，除非他们已丧失战斗力。平民除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，不能成为攻击目标。

不过，在非国际性武装冲突或占领的情形下，即使涉及针对依据人道法被视为合法目标的人使用武力，一些人权机构也适用了执法范式。应指出的是，美洲人权委员会在这方面构成了一个重要例外。尽管它很少遇到涉及针对合法目标使用武力的案件，但在遇到时，它一般都将人道法视为特别法或至少是基于人道法进行裁决。⁴⁵

⁴² *Supra*, note 3.

⁴³ 本报告使用的“冲突区域”概念是指发生实际战事的地区。

⁴⁴ 武装部队中的医务和宗教人员享有免受直接攻击的保护，除非他们实施了超出其特权职责的“敌对”或“有害”行为。见《日内瓦第一公约》第24-25条，《日内瓦第二公约》第36条；《第二附加议定书》第9条第1款；ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则25和规则27。另见ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，脚注7。

⁴⁵ 例如，在“塔布拉达”案中，阿根廷军队针对攻击军营的人使用武力，美洲人权委员会仅仅就说，根据人道法，这些人属于合法目标，因为他们直接参加了敌对行动。See IACommHR, *Abella v. Argentina* (“la Tablada”), 18 November 1997. 此外，在1999年关于哥伦比亚人权形势的报告中，美洲人权委员会也认为，在负责任的统率之下且主要日常活动是直接参加

在针对合法目标使用武力方面，可列举3个人权机构适用执法范式的例子：

- (1) 在哥伦比亚非国际性武装冲突的背景下，联合国人权事务委员会在“格雷罗”案中认为，埋伏在其位于波哥大康塔多区家中的警察针对手无寸铁的所谓“游击队员”使用武力是不相称的，并且侵犯了生命权。特别是，人权事务委员会批评了如下事实：未发出任何警告；未给予游击队员任何投降的机会；武力的使用并非追求合法目的（自卫、合法逮捕、防止被合法拘留的人逃脱）。简言之，针对属于有组织武装团体的嫌疑人使用武力，人权事务委员会适用了执法范式。⁴⁶
- (2) 在以色列占领领土上，人权事务委员会于2003年做出的结论性意见中认为，“在诉诸使用致命武力之前，必须尽力采取一切措施逮捕正处于实施恐怖行为过程中的嫌疑犯。”⁴⁷而在相同情况下，以色列最高法院则采用了不同的方法，可称之为“混合模式法”。⁴⁸在涉及目标是直接参加敌对行动的平民时，尽管法院适用了敌对行为的推论，但它最终裁定——根据执法范式——“如果能够逮捕、讯问和审判直接参加敌对行动的恐怖分子，那么就应当使用这些手段”。⁴⁹
- (3) 在20世纪90年代末土耳其政府与库尔德工人党之间发生暴力活动的背景下，在处理针对库尔德工人党成员使用武力的案件时⁵⁰，包括库尔德工人党成员自身诉诸武力的情形在内⁵¹，欧洲人权法院有系统地适用了执法范式。应当注意的是，土耳其并不承认在其领土内存在武装冲突。这可能已对欧洲人权法院的推论产生了影响，尽管法院在一些与土耳其有关的案件中明确指出存在“暴力的武装冲突”。⁵²

敌对行动的有组织的非国家武装团体之成员，根据人道法可被视为能遭受与正规武装部队成员同等程度的直接攻击。而相反，平民只有在直接参加敌对行动时才能成为攻击目标。See IACommHR, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, Chapter IV, 26 February 1999, OEA/Ser.L/V/II.102, para. 61. 不过，美洲人权委员会倾向于采纳一个有限的直接参加敌对行动的定义，即“对敌人构成真正且直接威胁的暴力行为” (IACommHR, *Ellacuria et al. v. Salvador*, 22 December 1990, para. 166). See also: IACommHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 October 2002, OEA/Ser.L/V/II.116.

⁴⁶ HRC, *Camargo and Suarez de Guerrero v. Colombia*, 31 March 1982, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979.

⁴⁷ HRC, *Concluding Observations: Israel*, 21 August 2003, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, para. 15. See also: HRC, *Concluding Observations: Israel*, 29 July 2010, UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, para. 10. “本委员会注意到，缔约国确认其在实施军事行动以及应对恐怖威胁和攻击期间会最大限度地考虑必要性原则和比例原则。尽管如此，本委员会仍要重申此前的结论性意见 (CCPR/CO/78/ISR) 第15段所表达的关切，自2003年至今，缔约国的武装部队已在加沙地带攻击并法外处决了184人，导致另外155人附带意外死亡，尽管缔约国的最高法院于2006年做出的判决要求在攻击参加恐怖活动的个人时必须适用严格的比例标准及其他应尊重的保障措施 (第6条)。”在另一种情况下，另见《法外处决、即审即决或任意处决问题特别报告员菲利普·奥尔斯顿的报告：对美利坚合众国的访问》，2009年5月28日，UN Doc. A/HRC/11/2/Add.5, 第71-73段 (以下简称《法外处决、即审即决或任意处决问题报告》)。

⁴⁸ “混合模式法”就是借助人道法和人权法来解决在被占领土内面对占领国的特殊情况。See ICRC *Report on The Use of Force in Occupied Territory*, *supra*, note 2, p. 115. 关于以色列最高法院的判决：See also N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 32 et seq.

⁴⁹ See High Court of Justice of Israel, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, 11 December 2005, HCJ 769/02, para. 40.

⁵⁰ 譬如，在“古尔”案 (ECtHR, *Gül v. Turkey*, 14 December 2000, para.82) 中，欧洲人权法院就裁定，土耳其执法人员针对在家中的库尔德工人党成员使用武力“严重不合比例”，因为后者并未攻击前者。See also, among many others, ECtHR, *Oğur v. Turkey*, 20 May 1999. 关于这些案件，see: G. Gaggioli and R. Kolb, “A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights”, *Israel yearbook on human rights*, Vol. 37, 2007, pp. 115-163.

⁵¹ See for example ECtHR, *Hamiyet Kaplan and others v. Turkey*, 13 September 2005. 在该案中，土耳其安全部队在一次演变成武装对抗的突袭中杀死了库尔德工人党的武装人员。欧洲人权法院认定侵犯了生命权，因为安全部队没有非致命武器，也没有经受过使用非致命的逮捕方法的训练。此外，土耳其的法律和行政框架没有就使用致命武力提供足够清晰的建议，土耳其当局也没有针对该事件展开有效的调查。在该案中，对生命权的侵犯并不在于行动执行的水平，而在于准备的程度和履行调查义务的程度。See also ECtHR, *Mansuroglu v. Turkey*, 26 February 2008.

⁵² See, e.g. ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, para. 85; ECtHR, *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, para. 91; ECtHR, *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998, para. 81; ECtHR, *Ahmet Özkan and others v. Turkey*, 6 April 2004, para. 319.

一些人权机构所采用的这种有别于人道法的推理方式，使法律学者们对于应适用哪种范式应对非国际性武装冲突和占领局势中的合法攻击目标问题产生了分歧。⁵³ 这之所以成为问题，正如前文所解释的，是因为适用两种范式最终导致的结果可能不同。

譬如，在上文案例研究1所描述的情况下（孤立的、正在睡觉的武装分子），是应适用敌对行为范式还是执法范式？如果认为敌对行为范式较为合适，武装分子就可以成为攻击目标，特别是在尊重了比例原则和攻击中的预防措施的情况下。另一方面，如果执法范式适用，可能的话，政府就要尽力逮捕武装分子并在诉诸致命武力之前穷尽所有合理的非致命和非暴力的手段。

在ICRC看来，尽管人道法中的军事必要原则和人道原则可以得出这样的结论，即在某些情况下严禁一看到武装分子就将其作为攻击目标⁵⁴，但适用敌对行为范式仍旧会导致与适用执法范式不同的结果。根据执法范式，其假定是国家工作人员必须首先予以逮捕而非当场击毙（即“俘获而非击毙”）。只有在俘获有风险以及该人对生命有迫在眉睫的威胁时，才允许作为最后手段使用致命武力。而根据敌对行为范式，其假定则完全相反。ICRC的观点是，可于任何时候击毙合法目标，除非很明显该人可被俘获或已丧失战斗力，不会给行动部队带来额外风险。之所以如此是因为“如果在明显没有必要使用致命武力时杀死敌人或拒绝给予其投降的机会，那将公然挑战基本的人道观念”。⁵⁵ 这一基本差异表明，确定可适用的范式十分关键。

因此，向专家们提出的重要问题就是，他们是否认为在每次针对合法目标使用武力时均应优先适用敌对行为范式，如果答案是肯定的，那原因是什么；是否存在可适用执法范式的局势，如果答案是肯定的，在确定可适用的范式时要考虑的因素是什么。

更具体地说，专家们需要回答为什么在确定可适用的范式时应当考虑下列因素：

(1) 潜在目标的位置，即其是在冲突区域之内还是之外

人道法——或者更具体地说敌对行为范式——适用的空间范围并不十分清晰。在“塔迪奇”案的裁决中，前南斯拉夫国际刑事法庭就强调：

⁵³ 例如，见相互冲突的方法：W. Abresch, “A Human Rights Law of Internal Armed Conflicts: The European Court of Human Rights in Chechnya,” *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, September 2005, pp. 746-748; L. Doswald-Beck, “The Right to Life in Armed Conflicts: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, December 2006, pp. 881-904; D. Fleck, “Law Enforcement and the Conduct of Hostilities: Two Supplementing or Mutually Excluding Legal Paradigms?,” in A. Fischer-Lescano et al., *Frieden in Freiheit. Peace in Liberty. Paix En Liberté. Festschrift Für Michael Bothe Zum 70 Geburtstag*, Nomos/DIKE, Baden-Baden/Zürich, 2008, pp. 391-407; N. Melzer, “Conceptual Distinction and Overlaps between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities,” in T. D. Gill and D. Fleck, *supra*, note 41, pp. 43-44; K. Watkin, “Stability Operations: a Guiding Framework for ‘Small Wars’ and other Conflicts of the 21st Century?,” *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 39, 2009, pp. 239-259.

⁵⁴ ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，第76页及以下。关于这种情况，ICRC《直接参加敌对行动指南》(第77-78页)明确说明：“对于特定军事目标而言，何种类型和程度的武力可被视为必需，涉及建立在大量不同的操作和环境因素基础上的复杂评估。……随着冲突一方对其军事行动所处地区和控制能力不断增强，这种限制作用的实际重要性也将不断加大，并且当武装部队在类似于和平时期的维持治安活动中对选择的个人展开行动时，这种限制作用还可能成为决定性因素。实践中，当冲突一方有效实施领土控制时——最突出的是在被占领土和非国际性武装冲突中——这种考量很可能会变得尤为重要。”《指南》(见第76页，脚注211)还指出，该问题在致力于直接参加敌对行动概念的专家会议期间饱受争议，但“在整个讨论期间，没有人声称有义务为保护不享有免受直接攻击之保护的敌人生命而承受更大的风险”。换言之，军事必要原则和人道原则是否要求俘获合法目标或针对其使用其他非致命手段的问题还取决于是否给行动部队或周围的平民居民带来额外风险(另见ICRC《直接参加敌对行动指南》，第78-80页)。

⁵⁵ 同上，第79页。关于对ICRC《直接参加敌对行动指南》第9章的批评，见下文注66。

“尽管《日内瓦公约》并没有规定国际性‘武装冲突’的空间适用范围，但从这些公约的规定可以看出，这些公约中至少某些条款适用于冲突各方的全部领土，而不仅仅是发生实际敌对行为的附近地区。当然，还有一些条款显然与敌对行为密切相关，这些条款的空间适用范围因此也是受到限制的。但是，其他某些条款，尤其是那些与保护战俘和平民有关的条款，则是不受限制的。【……】国内武装冲突的空间和时间适用范围同样也是非常广的。日内瓦四公约之共同第3条规定的受益人是那些没有实际参与（或不再实际参与）敌对行动的人，这就体现了上述说法。它表明，第3条规定的内容也适用于实际发生战斗行动的战场这个狭小空间范围以外的其他空间。”⁵⁶

依据上文引用中添加着重号的部分，可以认为敌对行为范式适用的空间范围仅限于“冲突区域”。人道法条约既未定义也未使用“冲突区域”这个概念。不过在实践中，这个概念被频繁用来指称发生实际战事的地区。因此可以说，在非国际性武装冲突中，敌对行为范式在冲突区域内优先适用。而在冲突区域之外，则优先适用执法范式，或者说不会被敌对行为范式所取代，即使针对的是合法目标。

不过应该指出的是，在“塔迪奇”案的决定中，前南斯拉夫国际刑事法庭并未试图最终解决敌对行为范式适用的地理范围问题。恰恰相反，它只是试图表明，保护落入敌手之人员的人道法规则适用于交战各方的全部领土，即使该部分领土内并未发生战事。此外，上文引用中添加着重号的部分针对的是国际性而不是非国际性武装冲突。

(2) 暴力的烈度和控制程度

有时会认为，要确定可适用的规制武力使用的范式，控制程度和暴力程度是有用的因素。⁵⁷

最根本的理念就是，仅在发生实际“战事”的局势中、针对合法目标时，才优先适用敌对行为范式。接着，该概念又假定暴力是高烈度的并且缺乏对区域和环境的控制。换言之，在针对合法目标使用武力以及暴力的程度较高而对区域和环境的控制程度较低时，敌对行为范式优先于执法范式。另一方面，对区域和环境的控制越强，适用执法范式——也就是俘获

⁵⁶ See ICTY, *Prosecutor v. D. Tadić*, *supra*, note 12, paras. 68-69.

⁵⁷ ICRC Report on *The Use of Force in Occupied Territory*, *supra*, note 2, p. 129. 该报告指出：“其他两位专家提出了一个不同的方法，用以确定竞合局势下可适用的模式。他们认为，要想确定可作为特别法加以适用的是与执法有关的规则还是规制敌对行为的规则，占领国对军事行动周边环境 and 行动地点的控制程度可能是一个有效的标准。对行动环境和相关区域的控制可以触发适用执法模式。因此，当实施具体行动的占领军并不过分担心必须对付其他有组织武装团体的成员时，也就是说无需额外的军事手段来获取军事行动成功时，执法模式就可适用。另一方面，如果占领国预期在军事上可能受到有组织武装团体的武装分子挑衅，那么就应该在‘敌对行为’模式的框架内实施该行动。这种双重控制（在更广义的有效控制被占领土的概念下对行动实施控制）深受其他专家的欢迎，只有一位专家质疑该提议的可行性。因此，在更广义的有效控制被占领土的概念下具体的控制程度被采纳为竞合局势中的一个重要标准，也被视为确定可适用模式的一个可行的选择。” See also The University Centre for International Humanitarian Law, Report of an Expert Meeting, *The Right to life in armed conflicts and situations of occupation*, Geneva, Switzerland, 1-2 September 2005, p. 19. Available at: http://www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport_droit_vie.pdf (Last accessed on 30 September 2013). 该报告指出：“一位专家把该法律状态形容为一种在占领局势、非国际性武装冲突和定点清除行动中人道法和人权法竞合适用的情形。倘若人道法和人权法在这些环境中具有竞合适用性，根据该专家的看法，人权法和执法模式就构成默认的法律制度。只有在这些局势中该模式不可行时，考虑到有组织暴力的水平和国家在相关领土内控制权的缺失，才可执行关于敌对行为的人道法规则。”人权理事会，《在武装冲突中保护平民的人权问题专家协商会的成果：联合国人权事务高级专员办事处的报告》，第11届会议，2009年6月4日，UN Doc. A/HRC/11/31，第14段。该报告指出：“必须设置某种测试办法，用于需要评估的每一状况，以便确定最适当的法律框架。有人建议这种测试标准可以在有效控制的基础上设置：对于人或领土的控制越有效，人权法律就越适用。对此，会上提出的论点是，人权法的体系对某一地方的居民设置了切实有效的控制，而国际人道主义法体系对于由于武装冲突导致政权崩溃的情况设定了规则。作为在武装冲突背景下说明特别法原则的方式，会上建议，局势越是稳定，人权法体系就更适用；如果局势越不稳定，控制也越没有效率，那么国际人道主义法体系就越具有适用性，来补充人权法。但是，这种方式可能引起复杂的法律问题。”这一陈述是在讨论人道法和人权法的一般关系的背景下作出的。

而非击毙原则——的可能性就越大。同样，该区域暴力的烈度越低，似乎执法范式就越适合并且优先于敌对行为范式。

暴力烈度和控制程度这两个要素必须与前文提到的冲突区域要素区别开来。后者是指敌对行为范式的地理范围，而前者与敌对行动的实质定义有关。实践中，这些不同类型的要素可能导致不同的结果。例如在某些局势中，甚至是在冲突区域，对区域和环境的控制程度也可能很高而同时暴力的烈度相对较低。因此，在这种情况下如果采纳暴力控制/剧烈程度要素，那么就会导致适用执法范式（尽管该局势发生在冲突区域）。相反，如果接受了冲突区域要素，那么在相同情况下就会导致敌对行为范式的优先适用。

2. 专家意见和讨论：

就案例研究1中的法律分析而言，专家之间存在意见分歧。

但大多数专家都认为，就案例研究1而言，针对属于合法目标的人员使用武力受人道法框架下的敌对行为范式规制，尽管相互间的观点也不完全一致。具体而言，从法律的角度看，这意味着如果满足比例性和预防措施这两项人道法原则，攻击一名孤立的正在睡觉的武装分子是合法的。

这一观点的主要法律依据是人道法构成特别法，因为它被专门设计用于武装冲突这一现实情况，从而优先于一般性的人权法律制度。有关敌对行为之人道法规则的特别法性质已为国际法院和美洲人权委员会明确承认。⁵⁸

更确切地说，一些专家认为，对于在武装冲突中使用武力的情况，若要判定人道法属于特别法，那么“最具说服力的事实”就是武力使用所针对的人员所具有的身份或职能。这是因为条约和习惯人道法允许在武装冲突局势中把武装部队成员和武装分子以及直接参加敌对行动的平民作为攻击目标，并在这方面规定了详细和具体的规则。国家实践也被认为符合这一分析。

本着这一精神，一种主张是，从逻辑上讲，在任何时候把武装部队成员和武装分子作为攻击目标都可能是合法的，无论他们在当时的情况下是否造成了迫在眉睫的威胁，并且无需考虑执法范式。否则，武装部队成员和武装分子实际上就被视为平民了。人道法对于武装部队成员和武装分子以及平民（除非其当时直接参加敌对行动否则不能作为攻击目标）之间的区分就会消失。⁵⁹ 另一种主张则认为，在类似案例研究1的非国际性武装冲突局势中，一名孤立的、正在睡觉的武装分子应当被俘获，而在国际性武装冲突中，始终可以将正规战斗员作为攻击目标，这是不公平的。

少数专家持相反立场，认为在案例研究1中应当优先适用执法范式。一种主张是，研究的出发点应该是：以人道法为基础的敌对行为范式和以人权法为基础的执法范式原则上均可适用。为了确定最终适用哪种范式，就应考虑特别法原则。但是，该原则并非总是赋予人道法规则以优先地位。特别法必须根据每个具体的案件来加以确定。

⁵⁸ 国际法院，《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见》，前注12，第25段；关于美洲人权委员会的判例法，见前注45。

⁵⁹ 所有专家都同意，在与案例分析1相同的局势中，如果在家中与家人一起休息的这个人不是武装分子而是（过去曾经）直接参加敌对行动的平民，根据人道法，不能一看到就对其加以攻击，相反应该予以俘获。

按照这种观点，要判定适当的法律范式就必须考虑可适用的规则和案件的具体情况。为了确定特别法，我们应当找出哪些规则与那些情况具有“最大共同接触面”。在我们讨论的案例研究中，该人作为武装分子的事实是支持敌对行为范式的一个要素；不过，其他所有要素都支持执法范式。该武装分子没有实施敌对行动（他正在家中与家人一起睡觉）并且是孤立的，因此俘获他是可行的。此外，问题2和问题3提到的其他事实要素（冲突区域、控制、暴力的烈度）也构成确定可适用的特别法时需要考虑的额外因素。譬如，如果武装分子位于政府控制并且暴力烈度很低（或没有暴力）的地区，这些就是支持执法范式的额外事实要素。换言之，潜在目标的身份（或职能）并不一定是选择可适用范式的唯一或决定性标准。

相反，如果武装分子正在叛乱分子的营地中睡觉或者正在直接参加敌对行动，情况就会有所不同。在这些情况下，事实要素会支持敌对行为范式。同样，如果武装分子是国际性武装冲突背景下的战斗员，情况也会不同。在那种情况下，关于身份是关键标准的主张就是合理的，因为适用于国际性武装冲突的人道法明确而又具体地定义了谁是战斗员，而且就其本身而言，总是可以被推定作为攻击目标。在这方面，非国际性武装冲突与国际性武装冲突有着本质区别。在适用于非国际性武装冲突的人道法框架内没有规定战斗员的地位，而且人道法也没有定义在非国际性武装冲突背景下谁是武装分子。考虑到这一基本差异，“身份”怎么能被视为非国际性武装冲突背景下区别敌对行为范式和执法范式的唯一标准呢？此外在实践中，武装分子通常并不穿着制服，因此要确定一个人实际上就是武装分子也更加困难。考虑到这些不同的法律和实践理由，并且因为人权法明显适用于一国针对其境内人员使用武力情形，所以不可能总是将敌对行为范式作为特别法。

尽管同意国际性与非国际性武装冲突之间存在基本差异，一种些许不同的观点是，在非国际性武装冲突中，执法范式构成“默认的法律制度”。换言之，正如一位专家所说，“执法范式是准则而敌对行为范式是例外”。不过，这并不意味着执法范式应当以平时的方式加以适用。按照该专家和其他一些人的看法，人权法框架内的执法范式很灵活，可以考虑具体的武装冲突局势而加以调整。对案例研究1中局势的分析，显然也考虑到国家对该区域的控制以及较低的暴力程度，表明执法范式要继续适用而且无法被敌对行为范式所取代。

还有一些专家认为特别法原则与本次讨论的关系不大，因为每个专家对其的理解都不尽相同。有人指出，国际法院自身在分析人道法和人权法之间的相互影响时已渐渐放弃了特别法原则。譬如，国际法院在“刚果诉乌干达”案中就没有提及该原则。⁶⁰ 不管怎样，即使认可了特别法原则的相关性，这些专家也对人道法是否是非国际性武装冲突中的目标确定问题上构成特别法表示怀疑。关于依据适用于非国际性武装冲突的人道法，谁可以作为攻击目标以及何时可以攻击的问题，尽管ICRC已通过其出版的《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》努力加以澄清，但却继续受到争论。⁶¹ 在这些专家看来，鉴于人道法在这方面缺乏精确性，因此其规则无法被视为特别法。

⁶⁰ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19 December 2005, para. 216. 在该案中，国际法院详细阐述了其此前对“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”发表的咨询意见中已断定的“国际法的两个分支，即国际人权法和国际人道法，均必须加以考虑”，却没有再次把人道法界定为特别法。

⁶¹ 参考ICRC《直接参加敌对行动指南》，见前注3。

另一种观点是，既然敌对行为范式和执法范式均可能适用，那么就应适用造成最小生命损失或者换言之对个人最有利的范式。执法范式最具保护性，因此它应优先于较为随意的敌对行为范式。

还有一些专家的分析是以涉及类似局势的人权判例法⁶²为基础的。在他们看来，大多数人权法专家都会得出这样的结论，即案例研究1中的武装分子应当根据执法范式被逮捕。锁定并击毙这样一名武装分子会被视为任意剥夺该武装分子(或使用武力造成的其他潜在的附带受害者)的生命，因为考虑到政府对该领土和区域所实施的控制，逮捕似乎是可行的。相反，支持敌对行为范式的其他专家则提到了不应考虑“法官造法”。他们尤其对一些非政府组织和法律学者倾向于从人权机构的判例法特别是欧洲人权法院涉及非国际性武装冲突的判例法中推断标准的做法提出批评。有人认为，这种判例法并没有直接的关联，因为欧洲人权法院通常忽略非国际性武装冲突局势的存在(尤其是因为有关国家不愿意承认其领土上存在武装冲突)。因此，欧洲人权法院避免援引可适用的人道法规则，从而在关于人道法规则与人权法的相互影响方面不能说明任何问题。⁶³

尽管关于案例研究1存在不同观点，但对绝大部分专家来说，无论是支持敌对行为范式还是执法范式，从纯粹法律的角度看，冲突区域的要素都不应被视为另一个重要标准。引入这样一个标准来确定可适用的范式被认为是危险且不可行的。冲突区域标准被认为太主观、太有争议，并且容易被曲解或产生分歧。它衍生出大量问题，诸如：谁来决定直接的行动区域？这意味着在冲突区域之外的武装分子营地不能作为攻击目标吗？这不会煽动武装分子在冲突区域之外行动吗？如果一名武装分子在没有发生敌对行动的区域内被攻击，该区域会变成冲突区域吗？如果一名平民在根本没有发生任何对抗的地区直接参加敌对行动，情况又会如何？该区域会被视为冲突区域吗？

专家们较少评论暴力控制和暴力烈度这两个因素。不过，总体来看，专家们批评这些因素过于依赖具体情况。譬如，在案例研究1中，该国武装部队可以控制武装分子正在睡觉的房屋，但这并不必然意味着该国武装部队可以控制该房屋所在的村庄。那么，由于村庄内其他武装分子的介入，俘获行动就可能失败。

一位专家提出，像冲突区域、暴力的控制和烈度这样的因素增加了分析的复杂性。这些因素更加适合于人权法庭进行司法裁量，适用于事实发生后而不是“实时”的军事决策期间。他强调，确定攻击目标的规则必须简单清晰以便具有现实可操作性，对需要做出瞬间决定的战斗员来说必须公平。

最后，尽管专家们提出的法律分析千差万别，但综合考虑法律和政策主张时，实际结果的差异在某种程度上似乎有所减小。赞同案例研究1适用敌对行为范式的大多数专家强调，实践中在这样的情况下，一位通情达理的军事指挥官可能会下令依据人道法执行俘获行动而非攻击该武装分子。这是政策考量而非法律考量的结果。⁶⁴ 考虑到俘获一名武装分子的潜在情

⁶² 欧洲人权法院关于使用武力问题的判例法概况，见附录3：Françoise Hampson的书面陈述；附录6：Olga Chernishova所做的报告摘要。

⁶³ 关于此方面，另见附录3：Françoise Hampson的书面发言。

⁶⁴ Richard Gross所做的关于在阿富汗反叛乱行动中使用武力的报告很好地证实了，交战各国可能出于政策原因决定对武力使用施以比国际法要求的更为严格的限制。见附录5：Richard Gross所做的关于阿富汗冲突不同阶段使用武力情况的报告摘要。

报价值并且因为在许多当代武装冲突中“赢得人心”的重要性，如果对任务本身或行动部队没有风险或风险很低，国家的武装部队可能更愿意依据人道法实施俘获行动。

根据一些专家的看法，即使在像案例研究1一样的局势中敌对行为范式优先适用，军事必要和人道这两个基本原则也构成必须考虑的法律制约。这些原则平等适用于国际性武装冲突中的正规战斗员、非国际武装冲突中的武装分子和直接参加敌对行动的平民。⁶⁵ 另一些专家则不同意这种方法，认为军事必要和人道原则——尽管是人道法的基本原则——并非是在敌对行为中需要考虑的额外法律规则。⁶⁶

(二) 武装冲突中的暴动

案例研究2：武装冲突中的暴动

在非国际性武装冲突的背景下，正在发生一场抗议政府镇压叛乱运动的示威。100多人聚集在首都的主要街道上，而政府军严阵以待。起初，抗议是和平的。在政府军数次尝试驱散人群（譬如用扬声器）后，示威人群更加激愤，开始向士兵投掷石块。与此同时，武装分子利用暴动作掩护，使用步枪攻击政府军士兵。一些人认为，武装分子把居民当作工具，煽动他们示威，从而隐藏在人群中实施攻击。

1. 是否针对暴动的平民使用武力受执法范式规制，而针对武装分子使用武力受敌对行为范式规制（“竞合方法”）？
2. 整个局势都应受敌对行为范式规制吗？这样的结论在实践中意味着什么？
3. 确定应适用的范式是否取决于暴动发生在冲突区域之内还是之外？
4. 除非政府军丧失对该地区的控制且暴力达到较强的烈度，否则是否整个局势都应受执法范式的规制？暴力何时才算达到这样的烈度？执法范式规制整个局势的结论在实践中意味着什么？

1. 背景信息：

一般情况下，不能认为暴动相当于直接参加敌对行动，无论暴动本身多么暴力，也不论平民居民暴力反抗的原因为何。⁶⁷ 即使民间骚乱可能有助于敌方的战事，该结论也不会有任何改变。正如红十字国际委员会在《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》中所阐释的：

⁶⁵ 见ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，第80页。正如ICRC出版的《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》中所强调的：“在武装冲突中，即使是对不享有免受直接攻击之保护的平民使用武力也受到法律限制。除国际人道法对具体作战手段和方法所施加的限制外，并不影响其他可适用的国际法分支所可能施加的进一步限制的前提下，对不享有免受直接攻击之保护的人员所允许使用之武力的种类和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的所实际必需的程度。”

⁶⁶ 在这方面，见对ICRC《直接参加敌对行动指南》第9章的批评。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, Spring 2010, pp. 769-830. 对这些及其他批评的回应，See N. 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, Spring 2010, pp. 831-916.

⁶⁷ 但存在例外。如果暴动的平民决定拿起武器反抗当局，暴动也可能转变成真正的作战局势。

“在武装冲突期间，政治示威、暴动或其他形式的民间骚乱常常伴有高度暴力，有时需以军事力量加以应对。实际上，民间骚乱很可能造成人员死亡、受伤或物体毁损，最终甚至可能通过政治压力、经济不安全、破坏和混乱削弱冲突一方的属地职权和控制，而使另一方的整体战事获益。因此，区分直接参加敌对行动（专为支持武装冲突一方而反对另一方）和民间骚乱的各种暴力形式（主要目的是对领土或拘留当局表达不满）具有重要意义。”⁶⁸

换言之，如果暴动并非专门旨在直接达至支持冲突一方而损害另一方所必需的损害下限，那么它就不应受敌对行为范式的调整而应适用执法范式。

人权判例法与该结论完全一致。例如，欧洲人权法院曾不得不在其界定为武装冲突的局势下处理暴动问题，它明确适用了执法范式。⁶⁹

不过，武装分子可能利用暴动作掩护，藏身于人群中攻击敌人。对国家当局而言，就可能很难甚至不可能区别武装分子和暴徒。

2. 专家意见和讨论：

绝大部分专家都同意，在诸如案例研究2这样的局势中，传统的法律分析是敌对行为范式和执法范式竞合适用。针对武装分子使用武力适用敌对行为范式，而针对暴动的平民使用武力则适用执法范式。在本报告中，这种做法将被称为“竞合方法”（案例研究2中的问题1）。

尽管专家们大多赞成有必要在针对武装分子和平民使用武力的规则之间加以区别，但他们援引的法律渊源和论据却各不相同。一种观点是，针对不属于直接参加敌对行动的暴动平民使用武力，执法范式构成调整这种行为的特别法。另一种观点则是，既然这种暴力行为与敌对行动无关，就不应由国际人道法作为特别法加以规制，并且继续受执法范式调整。

如果遵守人道法中关于禁止不分皂白的攻击以及禁止实施违反比例原则和预防原则之攻击的规定的规定的话，竞合方法就意味着只要人群中见到武装分子就可将其作为攻击目标。如此一来，如果这种损害与预期的具体和直接军事利益相比不过分的话，则并不禁止在平民中造成附带损害。

与武装分子不同，暴动的平民不能被视为直接参加敌对行动，因此绝不能依据敌对行为范式把他们作为攻击目标。⁷⁰ 依据人道法，没有直接参加敌对行动的平民必须受到“尊重”。此外，人道法明确规定“在平民居民中存在不属于平民定义范围内的人，这并不使这些居民失去其平民的性质”。⁷¹ 另一方面，人道法还同样明确规定“平民居民或平民个人的存在或移动不应用于使某些地点或地区免于军事行动，特别是不应用以企图掩护军事目标不

⁶⁸ ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，第60页。

⁶⁹ See, e.g. ECtHR, *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998 (在第81段提到那时的武装冲突)。See also ECtHR, *Simsek et al. v. Turkey*, 26 July 2005 (涉及相同背景)。不过，应当注意的是——尽管在第一个案件中法院明确提到存在武装冲突——法院没有分析这种情况下人道法的适用性或者讨论人道法与人权法之间的相互影响。在人道法与人权法之间相互影响的问题上，对欧洲人权法院判例法相关性的批评，见附录3：Françoise Hampson的书面意见。

⁷⁰ 不过，一位专家表达了这样一种观点，在某些极为例外的情况下，如果暴动的平民正在实施专为直接损害不得不面对该暴动的国家并支持该国的敌人，那么他们就可被视为直接参加敌对行动。譬如，如果暴动由敌人领导，旨在摧毁该国武装部队的军事装备，或者旨在转移该武装部队的注意力以便在附近的村庄实施军事行动，情况即是如此。在这种例外的情形下，暴动分子实际上是直接参加敌对行动的平民，依据敌对行为范式可予以攻击。

⁷¹ 《第一附加议定书》，第50条第3款。See also ICTY, *Prosecutor v. D. Kordić and M. Čerkez*, Appeals Chamber, Judgement of 17 December 2004, case IT-95-14/2-A, para. 50; ICTY, *Prosecutor v. T. Blaskić*, Appeals Chamber, Judgment of 29 July 2004, case IT-95-14, para. 113.

受攻击，或掩护、便利或阻碍军事行动”。⁷² 如果暴动的平民实施了暴力行为，就可依据执法范式使用武力。在这种情况下，必须遵循武力升级程序。

仅把敌对行为范式适用于该局势（正如本案中问题2所说）是一个参会专家们均没有选择的选项。然而值得一提的是，无论如何，即使只适用敌对行为范式，人们也会得出与竞合方法提出的解决方案十分类似的结论，因为依据人道法，只能攻击合法目标。没有直接参加敌对行动的暴动分子享有免受直接攻击的保护。如果他们实施了暴力行为，则必须适用武力升级的程序（即警告、展示武力、使用非致命武力、作为最后手段使用致命武力），这也是人道法中预防原则的一部分。⁷³

尽管专家们就案例研究2所做的法律分析指向了同一个方向（即“竞合方法”），但讨论大多仍围绕着这种类型的局势所带来的挑战。一些专家指出，尽管竞合方法从法律角度看很有吸引力，但其在实践中的执行会有现实障碍。士兵们怎么才能区分武装分子（他们可能不会把自己与平民区分开）、直接参加敌对行动的平民以及没有直接参加敌对行动的暴动分子？如何才能期待士兵们在同一时间和地点适用两种不同的范式？此外，在大多数武装冲突局势中，交战方可能没有狙击手能如外科手术般锁定并攻击人群中的武装分子，因此攻击这些武装分子可能会违反人道法而造成过分的附带平民伤亡。

另外，武装冲突背景下的民间骚乱局势极其不稳定，可能会转变为相当于敌对行动的实际武装冲突。因此，如果武装分子或直接参加敌对行动的平民在实际数量上超过和平参与暴动的平民（其行为不等同于直接参加敌对行动），诸如案例研究2这样的局势就可能主要由敌对行为范式来规制。换言之，一种局势可能在性质上会发生改变，起主导作用的范式也并不总是相同。

在这方面，一些专家建议，把该局势作为一个整体从而适用单一方法可能更可取——至少从实践角度看是这样。例如，有人建议，只要面临骚乱的国家能继续对该地区和环境实施充分的控制并且暴力水平较低（正如案例研究中问题4所说）可将执法范式适用于整个局势。不过，对大多数专家来说，案例研究2中的问题4提到的控制程度和暴力烈度这两个因素并非决定性的。也没有人建议使用案例研究2中的问题3所包含的冲突区域因素。⁷⁴ 另一种建议的解决方案是，在没有实质可能来明确区分人道法中的合法目标与暴动平民的局势中，就要适用执法范式。还有一种建议是——从某种程度上说，国家的武装部队不太容易接受纯粹的执法方法——应该更加深入地反思，以便找出独立于法律框架和范式之外的适当程序。有人建议，在这种灰色区域，实践中应至少在整个局势中适用武力升级程序。

会议还讨论了在这些灰色区域情形中自卫的作用。一些专家强调，在实践中，国家关于暴动局势的交战规则⁷⁵通常都以自卫为基础。具体而言，这意味着该局势将整体适用武力升级

⁷² 《第一附加议定书》，第51条第7款。

⁷³ 关于武力逐步升级的程序是否源于人道法规则和原则的问题，见下文关于案例研究5的讨论。

⁷⁴ 关于拒绝把这些因素作为法律标准，见上文案例研究1中的发展。

⁷⁵ 需要指出的是，交战规则不仅整合了国内法和国际法的要求，还有行动/战术和政策考量。关于交战规则中的自卫概念，see for instance International Institute of Humanitarian Law, *Rule of Engagement Handbook*, San Remo, November 2009, pp. 3-4. Available at: <http://www.iihl.org/Default.aspx?pageid=page12090> (Last accessed 30 September 2013); Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction, *Standing Rules of Engagement for US Forces*, 15 January 2000, CJCSI 3121.01A, Enclosure A; *US Operational Law Handbook*, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's Legal Centre and School, U.S. Army, Charlottesville, Virginia, 2012, Appendix A, pp. 3-6, 76 *et seq.* and 84 *et seq.*

程序。换言之，武装部队会被指令使用类似于执法的手段，但从法律上讲，有人主张这些手段并非基于执法范式而是基于自发的自卫概念。因此，交战规则不会基于人群中人员的身份/职能而下达不同的指令，而是基于具体情况下威胁的水平。因此，即使能够认出并攻击一名没有使用致命武力的武装分子，武装部队也会收到不得攻击的指令，因为这样会有造成过分附带平民伤亡的风险。相反，如果武装分子正在使用武力，依据自卫规则就可以对其加以攻击，譬如使用狙击手。交战规则中包含的自卫概念不能理解为国内法上的自卫或以人权法为基础的自卫，而应理解为一个自发的军事概念，后者更加宽泛。⁷⁶ 不过，军事上自卫概念的范围也因国而异（相当于国内的自卫概念⁷⁷）。

这给多国部队应对暴动带来了潜在的困难。此外，一些专家强调，各国一般都的交战规则中所包含的自卫规则作为政策来适用，尽管这些规则实质上类似于或者完全源于其国内法。

其他一些专家不支持在这种情况下适用自卫规则，并且指出自卫应理解为是一个比执法更受限制的概念。在他们看来，警察和武装部队在自卫过程中所做的并不只是使用武力，他们还能诉诸武力来执行合法的逮捕或镇压暴动，譬如像《欧洲人权公约》第2条第2款规定的那样。

在实践方面——尽管基于不同的法律主张——绝大多数专家都同意，武装分子和平民混杂在一起的局势，必须主要通过武力升级程序加以应对。此外，正在开火的武装分子或直接参加敌对行动的平民无论根据敌对行为范式还是执法范式都可以作为攻击目标。许多专家强调，即使适用纯粹的执法范式，如果武装分子给生命或肢体带来了迫在眉睫的威胁并且依据执法范式已采取了一切相关的预防措施，那么针对武装分子也可以诉诸致命武力。这些主张倾向于表明——在像案例研究2这样的特定局势中——从结果上看，适用敌对行为范式或执法范式的差异并没有想象的那么重要。

不过，也有一些专家所持的观点是，确定适用何种范式十分重要。首先，在理论上，人群中没有开火的武装分子依据竞合方法仍可以成为攻击目标，即使该武装分子没有带来迫在眉睫的威胁（如果符合人道法的比例原则和预防原则）而自卫规则或执法范式都不允许这种攻击。其次，与竞合方法相比——譬如依据敌对行为范式攻击人道法中的合法目标时，适用纯粹的执法范式更难容许平民生命的附带伤亡。再次，依据执法范式存在额外的义务，例如保护居民免遭有生命威胁的暴力行为的义务。而根据自卫规则，就没有这种义务。⁷⁸ 因此，在暴动局势中，按照自卫的逻辑，武装部队可以决定只是撤退或离开该区域，尽管暴动分子可能给平民的生命或身体造成威胁。⁷⁹ 依据执法范式，这种方法就可能被视为不履行保护居民的义务。最后，确定可适用的范式也可能导致在制定计划、可用武器和调查义务方面的进一步差异。⁸⁰ 就可用武器而言，例如，许多专家都指出，根据执法范式可以合法地使用控暴剂（如催泪瓦斯）或膨胀型子弹，但这些在敌对行为局势中则被严格禁止。⁸¹

⁷⁶ 关于不同的自卫概念，一位专家提到一篇文章：H. F. R. Boddens-Hosang, "Force Protection, Unit Self-Defence, and Extended Self-Defence," in T. D. Gill and D. Fleck (eds), *supra*, note 41, p. 415.

⁷⁷ *Supra*, pp. 11-12.

⁷⁸ 交战规则可能还包括一种保护平民的“职权”，但没有必须这样做的义务。

⁷⁹ 一位专家指出，事实上这类策略是非常有效，在暴动与对军队的不满有关时有助于给局势降温。

⁸⁰ 关于这些问题，见下文第三部分。

⁸¹ 关于禁止使用控暴剂作为作战方法，见下文注118。关于禁止在武装冲突中使用膨胀型子弹，见1899年关于膨胀型子弹的《海牙宣言》。根据《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第19目的规定，使用膨胀型子弹也是一种战争罪。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则77。

(三) 打击犯罪行为

案例研究3：打击犯罪行为

在非国际性武装冲突的背景下，一个有组织的非国家武装团体与一个从事非法贸易的犯罪集团（不构成武装冲突之一方）（以下简称“犯罪集团”）建立了紧密联系。犯罪集团资助有组织武装团体作战和（或）帮助其获得武器。有组织的非国家武装团体则反过来向犯罪集团的成员提供武装保护以及或多或少地允许后者在其控制的部分领土自由经营。有时候，犯罪集团的武装成员会在武装分子与政府军爆发武装冲突的地区活动。有的时候，武装部队由此不得不同时面对来自有组织非国家武装团体之武装分子以及犯罪集团成员的武装暴力行为。

1. 假如犯罪集团成员实施的暴力行为不等于直接参加敌对行动，那么是否针对犯罪集团成员使用武力应受执法范式规制，而针对武装分子使用武力受敌对行为范式规制（“竞合方法”）？上述问题的答案取决于武装分子和犯罪集团成员间地理上的接近吗？
2. 整个局势是否都应受敌对行为范式规制？这样的结论在实践中意味着什么？
3. 确定应适用的范式取决于该局势发生在冲突区域之内还是之外吗？
4. 整个局势是否都应受执法范式规制，除非政府军丧失对该地区的控制而且暴力达到一个较高水平？暴力何时能达到这样一个水平？执法范式规制整个局势的结论在实践中意味着什么？

1. 背景信息：

在许多武装冲突中，冲突各方都与有组织犯罪和犯罪集团有着紧密联系。正如上述案例研究提到的例子，犯罪集团可能会通过非法贸易或协助获得武器来资助武装团体作战，而武装团体则反过来向犯罪集团的成员提供武装保护以及或多或少地允许后者在其控制的部分领土自由经营。

如果假定犯罪集团不是武装冲突之一方，因为其有组织程度不足或者没有从事足够剧烈的暴力活动，⁸² 那么执法范式就尤其具有相关性。而如果犯罪集团成员直接参加敌对行动或者一些犯罪集团成员同时也是有组织的非国家武装团体的成员，情况可能会有所不同。

如果武装冲突各方相互战斗而与此同时犯罪集团的武装成员在同一地区像武装分子一样活动（正如案例研究3所描述的情况），就可能会产生艰难的法律和实践问题。在这种情况下，应该作出怎样的法律分析，而国家的武装部队又该怎样应对？

2. 专家评论和讨论：

就案例研究2的情况而言，专家们普遍同意有必要适用竞合方法。针对武装分子使用武力适用敌对行为范式而针对暴力犯罪集团的成员（在当时情况下其行为不等于直接参加敌对行动）使用武力则适用执法范式。

⁸² 关于红十字国际委员会对有组织犯罪引起的暴力局势的分类，见ICRC关于《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战的报告》，前注6，第11-13页。

在案例研究2中导致一些专家质疑竞合方法可行性的理由在讨论案例研究3时并没有出现，因为即使暴力犯罪集团的成员和武装分子在同一地理区域的毗邻地区活动，他们也明显是相互分开的，不会出现案例研究2中那种混在一起的情况。⁸³从这个意义上说，可以认为案例研究3比案例研究2更简单，在这一背景下适用竞合方法确实不会招致质疑。

不过，那些不同意在武装冲突中由军队适用执法范式的专家们仍不赞成竞合方法。⁸⁴一些专家认为，只能根据自卫规则与其行为不构成直接参加敌对行动的犯罪集团暴力成员交战。因此，可根据敌对行为范式与武装分子交战，但只有在自卫有绝对必要时方可杀死犯罪集团的暴力成员。

就案例研究2而言，专家们强调了在实践中区分犯罪集团的武装成员与武装分子面临的困难，如果后者没有使自己与平民居民相区别的话。武装分子和犯罪集团成员可能会从事看起来类似的活动。譬如，在外部观察者看来，犯罪集团敲诈勒索或非国家武装团体收“税”可能是一样的。甚至犯罪集团成员和武装分子的动机都可能是相似的。在武装冲突中，一些武装分子不仅为了意识形态或政治动机而战，还会（或主要是）为了私利而战。另一方面，犯罪集团成员还可能对武装团体的事业有某种同情。因此，区分武装分子与犯罪集团成员并不总是很容易。人道法规定，遇有对任何人是否平民的问题有怀疑时，这样的人应视为平民。⁸⁵

没有专家认为案例研究3描述的情况应该只受敌对行为范式的规制（正如案例研究3中问题2所提）。

冲突区域、区域控制或暴力烈度这些因素（正如问题3和问题4所提），没有被视为确定可适用范式的影响因素。相反，依据人道法对这些人是否为合法目标进行的评估被认为是确定可适用范式的决定性因素。

尽管并非对案例研究3进行分析的重点，一些专家还是讨论了如下问题：（1）犯罪集团何时可成为武装冲突的当事方；（2）犯罪集团成员何时可被认为直接参加敌对行动。需要强调的是，如果假定犯罪集团资助非国家武装团体并向其提供武器，那么前者究竟是一个不同的组织还是已成为非国家武装团体的一个分支就值得怀疑了。而且，假设犯罪集团是一个明显区别于有组织武装团体的不同组织，再假设犯罪集团和政府武装部队直接存在足够激烈的暴力行为从而依据人道法可被界定为非国际性武装冲突，那么犯罪集团就应被视为武装冲突之一方。如果情况是这样的话，专家们强调，该地区的犯罪集团成员是否拥有持续作战职责的问题就会在确定可适用的范式方面发挥作用。⁸⁶

至于直接参加敌对行动的问题，大多数专家都同意，从事诸如资助战争努力等犯罪活动的人不能被视为直接参加敌对行动。否则后果将不堪设想，因为通过对国家或从事武装冲突一方的经济财富积累做出贡献，每个人实际上都可被视为在某种程度上支持了作战。通过

⁸³ 如果武装分子和罪犯混同在一起，在这里也会产生与案例研究2所描述的情况相同的问题。

⁸⁴ 见上文，第10页。

⁸⁵ 关于怀疑问题的进一步讨论，见有关案例研究5的讨论。

⁸⁶ 红十字国际委员会关于持续作战职责概念的定义，见：ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，第32页。一些专家不接受将“持续作战职责”的概念适用于有组织的武装团体成员。See, e.g., K. 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, No. 3, Spring 2010, pp. 655-657 and 683-686.

实例，许多专家都提到，最初在阿富汗，北约国际安全援助部队（简称“安全部队”）的一些军事指挥官都赞成把毒枭们视为直接参加敌对行动的平民，因为他们在资助塔利班方面发挥了巨大的作用。而且，一些安全部队的军事指挥官还把制毒窝点视为军事目标，所依据的理论就是它们构成塔利班“持续战争能力”的一部分。然而，许多派遣了安全部队的国家都反对这种解释，直接针对毒枭和制毒窝点的缉毒行动被重新界定为执法行动。⁸⁷ 因此，如今在阿富汗，缉毒行动也依据执法范式来实施，特别是由阿富汗的缉毒警察来实施，而毒枭也不会被界定为直接参加敌对行动的平民。⁸⁸

然而关于案例研究3，一些专家对于犯罪集团成员不属于直接参加敌对行动的说法表现出某些担忧。案例研究3所描述的情形是，犯罪集团成员不仅资助有组织的非政府武装团体并帮助其获得武器，还和武装分子一起利用武装暴力对抗政府武装部队。诚然，取决于具体情况，与武装分子合作的犯罪集团成员使用武力可作为存在交战联系的指征。⁸⁹ 有人提出，无论如何，如果犯罪集团成员与武装分子共同使用武力，无论依据敌对行为范式（如果认为他们正直接参加敌对行动）还是执法范式，只要有绝对必要，均可针对他们诉诸致命武力。因而最终结果——诉诸致命武力——将会是相同的。

最后，在不属于武装冲突的局势下，当政府面对强大犯罪集团——例如毒品卡特尔——使用武力时应使用哪种范式。如果该局势没有到达武装冲突的门槛，很明显敌对行为范式不会适用，而只会适用执法范式。不过，一位专家也提出，执法范式不足以应对这样的局势，因为它在规制武力使用方面受到严格的限制。有人主张，在未来的法律中，应当探索“第三种方式”，规定即使犯罪集团不被定性为武装冲突一方，也可以适用敌对行为范式。

许多专家回应了这一主张并表达了对该建议的异议，认为提出这种建议十分危险。这些专家强调，现行法律和两种范式已足以应对各种各样的武装暴力局势，没有必要制定关于武力使用的不同规则或考虑以任何第三种方式将两种范式混合在一起。还有人强调，实际上，执法范式已足够灵活，能够应对武装冲突以外任何类型的武装暴力局势。在武装冲突中，在适用敌对行为范式的同时，执法范式——如果适用的话，如在平民骚乱局势中——也可在诸如评估人权比例原则或所采取的预防措施（例如警告的要求）时，将正在进行的敌对局势纳入考虑范畴。

⁸⁷ 一位专家的观点是，尽管平民不能仅仅因为对战争做出贡献就被视为直接参加敌对行动，但构成“持续战争能力”的物体可被视为军事目标。不过，该专家也认为，把阿富汗的制毒窝点界定为军事目标可能达不到预期效果，因为这会造成死亡和其他负政治影响。沿着同样的思路，另一位专家也强调，依据人道法，以物体为攻击目标和以人为攻击目标是有区别的。例如，一个武器工厂可以是军事目标。但是，正在该武器工厂工作的平民就是平民，如果他们在武器工厂受攻击时死亡，他们就属于附带平民伤亡。因此，用于确定一个物体是否为军事目标的标准不能被转用于确定一名平民是否在直接参加敌对行动。由于这些显而易见的理由，有关攻击人的规则要比攻击物体的规则具有更多限制。

⁸⁸ 关于此方面，见附录5：Richard Gross所做的关于阿富汗冲突不同阶段使用武力情况的报告概要。

⁸⁹ 红十字国际委员会关于交战联系的定义，见：ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，第56页。

(四) 拘留期间企图脱逃或者暴动

案例研究4：拘留期间企图脱逃或者暴动

在非国际性武装冲突背景下，政府军拘留武装分子。其中一些对拘留条件不满的被拘留者开始暴动，并向守卫投掷各种各样的物体。还有一小群被拘留者利用这样的局势试图脱逃。与此同时，监狱外部的武装分子为解救被拘留者开始攻击监狱守卫。

1. 是否应针对暴动或试图脱逃的被拘留者使用武力受执法范式规制而针对外部武装分子使用武力则受敌对行为范式规制（“竞合方法”）？
2. 整个局势都应受敌对行为范式规制吗？这样的结论在实践中意味着什么？
3. 确定应适用的范式是否取决于该局势发生在冲突区域之内还是之外？
4. 除非政府军丧失对拘留中心的控制而且暴力达到一个较高的水平，否则整个局势都应受执法范式规制吗？暴力何时将达到这样一个水平？执法范式规制整个局势的结论在实践中意味着什么？
5. 若拘留中心明显处于高度控制和监管之下，这一事实会使我们的分析有所改变吗（与前文案例研究描述的情形相比较）？

1. 背景信息：

《日内瓦第三公约》第42条具体调整针对企图脱逃的战俘使用武力。依据该条款：

“对战俘，尤其对脱逃或企图脱逃之战俘，使用武器，应属最后之手段，并应每次先予以适合于当时情况之警告。”

因此，针对企图脱逃的战俘使用武器被视为最后手段并且要事先给予警告，这正如执法范式所要求的。尽管涉及（出于与非国际性武装冲突有关的原因）被拘禁的平民或被剥夺自由的人没有类似的规定，但从该条款仍可推断出执法范式适用于企图脱逃的情形。从逻辑上讲，该结论对暴动的被拘留者来说也同样有效。⁹⁰ 被剥夺自由的人丧失了战斗力并且处于拘留当局的直接控制之下。而防止脱逃和镇压暴动不构成敌对行为。⁹¹

人权判例法也支持这一立场。譬如，在内拉·阿莱格里亚诉秘鲁案 (*Neira Alegria v. Peru*) 中，美洲人权法院不得不处理监狱暴动后大量被拘留者死亡的问题。该案发生于秘鲁政府与非国家武装团体“光辉道路” (Sendero Luminoso) 之间的非国际性武装冲突的背景下，而大多数被拘留者都是该团体的成员。法院认为，秘鲁海军部队对该监狱的破坏是不合比例的。法院适用了人权法（《美洲人权公约》）而没有援引人道法，即便该案发生于非国际性武装冲突

⁹⁰ See J. S. Pictet, *Commentary to the Third Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1960, p. 246: “无论是在企图脱逃还是任何其他示威（如暴动或叛乱）的情形下，使用武器都应属最后之手段，并应每次先予以适合于当时情况之警告。”

⁹¹ ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3，第59页；ICRC《直接参加敌对行动指南》明确承认“一旦军事人员已经被俘（从而丧失战斗力），那么镇压暴动、防止逃跑或者合法执行死刑判决的目的就不是为了对冲突对方直接造成军事损害，从而不具有交战联系”。另见ICRC《直接参加敌对行动指南》，前注3：“专家会议期间的主流意见是，看守被俘军事人员显然属于直接参加敌对行动。不过，在实际可行的限度内，应当区分以下两种情况，即：看守被俘军事人员作为防止其被敌方解救的一种手段，以及当他们处于冲突一方权力下时（包括暴动、逃跑等不属于敌对军事行动的情形）对其行使行政、司法和纪律权威。专家会议没有讨论这一细微差别。”

期间而且被关押者是一个非政府武装团体的成员。⁹² 值得注意的是，尽管美洲人权法院在其判例法中已经澄清它没有适用人道法的权限，但它也承认可使用人道法条款作为解释的工具。⁹³

不过，如果在拘留中心企图脱逃和/或暴动的同时伴随着敌方为解救被拘留者/被拘禁人而发起的攻击（正如案例研究4所描述的情况），情形就变得更加复杂。在这种情况下，法律分析应该是怎样的以及监狱守卫应该如何应对？

2. 专家意见和讨论：

在分析案例研究4时，专家们达成广泛共识，即处置暴动或脱逃的被拘留者时必须使用武力升级的程序，无论他们是战俘、武装分子还是其他被拘禁的平民。在这方面，可以说国家实践非常明确。不过，在非国际性武装冲突局势中，这种武力升级程序的法律渊源是有争议的。

一些专家认为，在非国际性武装冲突的背景下适用于暴动或脱逃之被拘留者的范式是源自人权法的执法范式。在适用于非国际性武装冲突的人道法中，没有与《日内瓦第三公约》第42条类似的规定。无论如何，即便《日内瓦第三公约》第42条也无非是含蓄地援用了执法范式，该范式在针对暴动或脱逃的被拘留者使用武力方面构成特别法。根据这一观点，被拘留的武装分子不再拥有持续作战职责。拘留必须被视为一种中断，武装分子从而再次成为平民，除非他们成功脱逃，重新加入有组织武装团体并再次成为武装分子。另一种观点是，在非国际性武装冲突期间，处置暴动或脱逃的武装分子应适用执法范式，但仅限于武装分子成功脱逃之前。武装分子成功脱逃后，根据敌对行为范式就可以成为攻击的对象。没有必要在武装分子成功脱逃后积极重新加入有组织武装团体时，才将他们再次视为武装分子。拘留本身并非对持续作战职责的中断，因为武装分子并非自愿脱离有组织的非国家武装团体。

许多专家持相反的观点，认为没必要援引人权执法范式，因为人道法已经提供了答案。根据这种观点，适用于国际性武装冲突的《日内瓦第三公约》第42条所包含的规则可以通过类推，扩大适用于非国际性武装冲突中脱逃或暴动的被拘留者/被拘禁者。因此，武力升级程序的渊源是人道法而非人权执法范式。支持该观点的一种主张是，脱逃的武装分子仍应被视为武装分子，应与脱逃且从未参加敌对行动的平民区别对待。

不过，认为人道法已对诸如案例研究4这样的局势提供了答案的大多数专家都承认，在某些情况下，源于人权法或国内法的执法规则可能会适用，并成为武力升级程序的灵感或渊源。不同专家指出了各种不同的情形。

(1) 几位专家认为，它取决于谁在管理拘留设施（军人还是执法人员）以及剥夺自由的类型（依据人道法的拘禁还是依据国内法正在进行的起诉）。如果武装分子作为人道法上的被拘禁者

⁹² IACtHR, *Neira Alegria v. Peru*, 19 January 1995, para. 74: “《美洲人权公约》第4条第1款规定‘不得任意剥夺任何人的生命’。……在本案中，若要进行分析必定会涉及到国家使用武力的权利，即使这意味着用剥夺人的生命来维持法律和秩序，但眼下我们并不讨论这一问题。在这些情况下，国家及其官员如何才能不对人的死亡负丝毫责任，关于这一点在哲学和历史上有丰富的反映。尽管本判决先前所表达的主张似乎是，那些被拘留在圣胡安·包蒂斯塔监狱蓝色建筑中的人高度危险，而且事实上是有武装的。本法院的意见是，这些并不构成证明在发生暴动的本监狱和其他监狱使用武力总量的正当理由。该事件已被理解为政府与真正的或被指控的‘光辉道路’恐怖分子之间的政治对抗……一种可能导致破坏蓝色建筑以及一切后果的对抗；其中包括：最后本来会投降的犯人死亡、在搜寻幸存者以及后来找回尸体时的明显疏忽。”

⁹³ See, e.g. IACtHR, *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, 25 November 2000, para. 208: “对于国家违反没有赋予本法院这种权限的国际条约的行为，尽管本法院无权宣告其负有国际责任，但可以表明，依据可适用的条约，某些已侵犯人权的作为或不作为也同样违反了其他保护个人的国际文书，例如1949年《日内瓦公约》，尤其是共同第3条。”

处于军队的控制之下，就应适用与《日内瓦第三公约》第42条类似的人道法规则。相反，如果被俘的武装分子已被移交给警察或其他执法人员，并依据国内法予以起诉，那么执法范式就会适用。

(2) 另一种主张是——例如在发生于交战国领土上的非国际性武装冲突中——武装部队依据国内法可能有义务将武装分子移交给执法当局。当这些被拘留者再次处于执法当局的控制之下时，如果他们暴动或企图脱逃，执法范式就会适用。

(3) 还有一种观点是，在政府与其境内活动的叛乱团体之间发生的“传统”非国际性武装冲突中，执法范式适用，而在带有域外因素的非国际性武装冲突中，应比照《日内瓦第三公约》第42条进行类推。⁹⁴

(4) 最后一种主张是，除非被俘的武装分子被拘留在一个还关押普通罪犯的混合式拘留中心里，否则将适用根据《日内瓦第三公约》第42条类推得出的人道法规则。

在案例研究4的背景下进行讨论的一个子问题是，依据人道法何时可以认为脱逃已成功。根据其中一种观点，当被拘留者再次加入其原来所属的武装团体时，就属于成功脱逃。《日内瓦第三公约》关于“成功脱逃”的第91条部分支持了这一观点。⁹⁵ 因此，例如，藏匿于森林之中的脱逃战俘依据敌对行为范式不可以成为攻击目标。一种稍有不同的观点是，如果战俘或武装分子即将重新加入敌方武装部队，为了确定其是否构成攻击目标，此时该企图可被视为成功脱逃。许多专家持相反的观点。根据他们的看法，如果脱逃战俘或武装分子已走出营区，其脱逃就已成功，从而依据敌对行为范式可成为攻击目标。有人提出，皮克泰关于《日内瓦第三公约》第42条的评注就是这个倾向，因为这条评注承认拘留当局可以划定一条“死亡线”，“战俘绝对禁止逾越该线，否则守卫和哨兵就会开枪射击”。⁹⁶

这句话可被解释为，只要脱逃战俘越过死亡线，拘留当局就有权诉诸敌对行为范式。⁹⁷ 还有人主张，《日内瓦第三公约》的第91条与此情况并不相关，因为它不涉及目标选择问题，而是关于惩治再次被俘的战俘此前逃脱抓捕的问题。

另一个产生的问题是，在这一特定情况下，人道法和执法范式是否真的提供了不同的解决方案。换言之，问题是不管法律分析如何，在实践中结果是否相同。

在这方面，专家们普遍认为，从实践的角度看，执法范式所要求的武力升级程序与人道法（特别是《日内瓦第三公约》第42条）的要求是相同的。此外还有人提到，在一些国家，管理拘留场所的士兵要接受与执法人员一样的控暴武力升级程序训练。还要强调的是，只要有

⁹⁴ 带有域外因素的非国际性武装冲突是指一国与在该国领土之外活动的非国家武装团体之间爆发的冲突。见：ICRC关于《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战的报告》，前注6，第9-10页。

⁹⁵ 《日内瓦第三公约》第91条规定如下：“战俘脱逃应认为完成，如：(1) 彼已参加其所依附之国或其盟国之武装部队；(2) 彼已离开拘留国或其盟国所控制之领土；(3) 彼已逃登悬有所依附之国或其盟国的国旗之船只，而该船在拘留国领水内，但不为其所控制。凡在本条意义下完成脱逃之战俘而又重被俘获者，不得为其前次之脱逃而受任何处罚。”

⁹⁶ J. S. Pictet, *Commentary to the Third Geneva Convention*, *supra*, note 90, pp. 246-247.

⁹⁷ 不过，对ICRC的评注也可能有另外一种解释。也可以理解为该评注指出，仅在被拘留者已逾越死亡线后才可诉诸致命武力。这种对致命武力的使用必须通过《日内瓦第三公约》第42条规定的武力升级程序来完成。只要被拘留者仍在营区范围内，就不能诉诸致命武力（自卫的情况除外）。事实上，就在正文中所引用的那句话之后，评注继续说：“即使存在开火的正当理由（即战俘已越过死亡线），公约也遵从国际习惯和大多数国家的国内立法，给予战俘至少最后一次机会放弃脱逃企图从而免于刑罚。即使一切所需的实质条件均已得到满足，也不会自动导致开火；使用武器必须每次先予以‘适合于当时情况’的警告，既可以是口头的警告，也可以通过其他器具（口哨、电铃等）或者鸣枪示警。必不可少的事项是，警告必须让那些需要接受这种信号的人清楚地察觉到并且能够理解。” J. S. Pictet, *Commentary to the Third Geneva Convention*, *supra*, note 90, p. 247.

保护生命之绝对必要，即使依据人权法也可使用致命武力来阻止脱逃。《欧洲人权公约》第2条第2款第2项明确提及了这一合法目的。

少数专家不同意上述结论，他们认为这种结论过于简单化。在他们看来，无论如何执法范式都更为严格。根据执法范式，即使在被拘留者已成功逃离拘留中心时也必须使用武力升级程序，而根据人道法，在同样情况下，只要见到战斗员和武装分子即可攻击。⁹⁸一种观点是，根据执法范式，不能针对脱逃的被拘留者使用致命武力，除非他们对生命或肢体有迫在眉睫的威胁。

最后，就同一时间从外部开始攻击监狱守卫以解救被拘留者的武装分子而言，专家们普遍同意适用敌对行为范式。这种外部攻击似乎对先前关于针对脱逃或暴动的武装分子使用武力所做的分析并没有直接影响。专家们认为，唯一可能的影响是，脱逃武装分子可能更容易成功越狱并重新加入非政府武装团体。一旦他们重新加入该团体，依据敌对行为范式他们就会成为攻击的目标。在这个案例中竞合方法（案例研究中的问题1）依然有效。即使不同意将人权执法范式适用于暴动或脱逃武装分子的专家也接受了这样一种观点，即应当采纳“类似于竞合的”方法。换言之，针对暴动/脱逃的武装分子必须使用武力升级程序，而对来自外部的武装分子可依据敌对行为范式加以攻击。

没有专家认为案例研究4所描述的情形应仅受敌对行为范式的规制（正如案例研究中的问题2所提）。该情形发生在冲突区域之内还是之外，或者控制的程度以及暴力的烈度等问题（正如案例研究中的问题3和问题4所提）没有被视为决定性因素。不过，少数几位专家提到了控制和烈度因素。特别是有专家强调，如果暴动的被拘留者并非只是表达对拘留条件的不满，而实际上旨在控制该监狱并且暴力的程度很高，那么分析就可能发生变化，使整个局势转而适用敌对行为范式。一位专家还指出，在案例研究4中多数意见都认为，在某些情况下，执法范式将适用于针对暴动或脱逃武装分子使用武力的情形，这令人十分惊讶。在分析先前案例时，大多数专家都认为在针对武装分子使用武力方面不应适用执法范式。有人可能会有疑问，对拘留中心的高度控制和监管（案例研究中的问题5）是否有可能解释这种方法上的改变。从定义上看，暴动或脱逃的被拘留者因其被持续拘留而明显属于丧失战斗力的人，这也可以解释这种方法上的差异。

⁹⁸ 见上文，关于依据人道法何谓“成功脱逃”的讨论。

(五) 不遵守军事命令：检查站——保护一个地区—— 保护军事资产

案例研究5：不遵守军事命令：以检查站为例

在非国际性武装冲突的背景下，一辆可疑的轿车抵达交战国武装部队看守的检查站。尽管检查站有清楚的标识，该轿车仍然高速行驶，在接到命令时也不停车。

1. 在这种情形下，看守检查站的士兵使用武力受敌对行为范式还是执法范式的规制？
2. 问题的答案取决于有威胁嫌疑之人的身份、职责或行为吗？
3. 如果对有威胁嫌疑之人的身份、职责或行为存在怀疑，又该怎样处理？
4. 确定应适用的范式取决于该情形发生在冲突区域之内还是之外吗？
5. 我们的分析取决于检查站行使控制的程度以及该地区的暴力水平吗？
6. 在使用武力方面，可适用的范式（敌对行为范式或执法范式）会导致不同的结果吗？

1. 背景信息：

在武装冲突局势中，武装部队不仅要义不容辞地直接与敌交战，还可能被期待执行一系列其他任务，诸如看守检查站、限制进入禁区或者保护军事资产。当履行这些职责时，武装部队可能会面临难题，譬如，当一名不明身份的人乘坐高速行驶的车辆抵达检查站且拒绝停车时（如案例研究5所述）。由于不服从军事命令，当局可能会认为此人是武装分子或参加敌对行动的平民。同样，如果一名不明身份的人试图进入军事禁区也会产生这样的难题。在这些例子中，主要的问题就是对有关人员的身份、职责或行为经常存在怀疑。

在这种情形下，国家实践倾向于适用交战规则/程序，这属于典型的执法范式（尽管各国并不必然将其视为对执法范式法律上的适用）。譬如，很多国家都规定了诉诸“武力升级”的技能，其基本的理念就是武力使用应作为最后手段且首先应尽可能穷尽其他非致命手段。⁹⁹

关于在这些情形中使用武力的人权判例法非常稀少，但有直接相关的少数几个案件都指明适用执法范式。¹⁰⁰

另一种方法可能会认为敌对行为范式仍旧适用，因为如果在军事行动区域看守检查站的武装部队使用武力，最终还是因为他们相信该人属于合法的攻击目标。不过，在有怀疑的情况下，该人必须被视为平民¹⁰¹，而且采取一切可能的预防措施查明被攻击之人并非平民的义务¹⁰²也要求适用武力升级程序。¹⁰³

⁹⁹ 关于“武力升级”方法的许多具体实例，see: *Escalation of Force: Lessons, Observations and Training Scenarios from Operation Iraqi Freedom 05-07*, Marine Corps, 5 April 2007.

¹⁰⁰ See, e.g. ECtHR, *Kakoulli v. Turkey*, 22 November 2005 (在塞浦路斯北部领土的缓冲区内，土耳其士兵开枪射击了一名被控持有武器的希腊裔塞浦路斯人)。

¹⁰¹ 《第一附加议定书》，第50条第1款。此外，ICRC《直接参加敌对行动指南》（前注3，建议八，第72页）包含了一项建议，即“在判定一个人是否是平民，以及如果是，该平民是否直接参加了敌对行动时，必须采取一切可行的预防措施。如果无法确定，必须推定该人享有免受直接攻击之保护”。

¹⁰² 《第一附加议定书》，第57条第2款第1项第1目。该规则被视为适用于国际性武装冲突以及非国际性武装冲突的习惯法。见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则16。

¹⁰³ 例如，见前注99。

不管采用何种方法，最终很明确的一点是，如果一名武装部队成员或一位警官有理由相信一个人对生命构成迫在眉睫之威胁，那么他就可以使用致命武力。因此，武力的使用可基于：(1) 敌对行为范式 (因为造成威胁的人据信属于合法的攻击目标)；(2) 执法范式；或者 (3) 自卫权。专家们应邀讨论在武力使用的方式上不同的范式是否会导致不同的结果。

2. 专家意见和讨论：

在案例研究5的背景下，问题1的答案被认为要取决于具体情况，尤其是对于有威胁嫌疑之人的身份、职责或行为是否知晓或有所怀疑。

许多专家提到，如果知道坐在汽车中高速驶近的这个人属于人道法中的合法目标 (即武装分子或直接参加敌对行动的平民)，依据敌对行为范式该人就可被攻击。相反，如果知道坐在轿车中高速驶近的这个人不是平民 (没有直接参加敌对行动)，那么就应适用执法范式。没有人质疑这一观点。因此，确定可适用的范式似乎主要取决于有威胁嫌疑之人的身份、职责或行为 (案例研究5中的问题2)。

至于存在怀疑的问题 (案例研究5中的问题3)，专家们形成了广泛共识，即涉及在检查站针对似有威胁的不明身份之人使用武力时必须使用武力升级程序。在这方面，可以说国家实践非常明确。¹⁰⁴ 不过，正如在案例研究4中所讨论的，这种武力升级程序的法律渊源仍有争议。

许多专家认为武力升级程序源于有关敌对行为的人道法规则。被援引的人道法规则主要是：其一，在存疑时，任何人都应被假定为平民；其二，攻击时的预防措施原则，尤其是“尽可能”查明将予攻击的目标并非平民。换言之，武力升级程序被视为确定该人是否为合法目标的可行方式。

少数几位专家认为，武力升级程序还可能源于军事必要原则。有人主张，在这种情形下，无法援引军事必要原则作为限制针对合法目标使用武力的方式，但在对该人的身份、职责或行为有怀疑时可以作为准许使用武力的一种方式。另一种观点是，不能把军事必要原则解读为要求使用武力升级程序。人道法中的比例原则亦被援引，但没有进一步探究武力升级程序如何源于该原则。有人还强调，武力升级程序可能会被解读为源于预防原则的尽可能减少附带平民伤亡的义务。

许多专家持反对意见，认为武力升级程序源于执法范式。这些专家也以不同的方式援引了人道法中关于存疑的规则。在他们看来，只要存在怀疑，该人就必须被视为平民 (没有直接参加敌对行动)，因此不能根据敌对行为范式成为攻击目标。因而，仅能依据执法范式使用武力。执法范式——视具体情况而定——既可能源于人权法，也可能源于一般法律原则。有人主张，依据人道法，根本不存在允许针对平民使用武力的规则 (除非他们直接参加敌对行动)，任何武力升级程序都不能解读为与敌对行为有关的人道法规则和原则。特别是，在存疑时，也不能认为人道法中的攻击时的预防原则具有相关性，因为该原则仅在准备或直接攻击敌人时才发挥作用。在诸如案例研究5这样的情形中，难题明显在于，无法弄清高速驶近的这个人是否是敌人。

¹⁰⁴ 在这方面，另见：附录5：Richard Gross关于阿富汗冲突不同阶段的武力使用问题的发言摘要。

另一种观点是，武力升级程序与敌对行为范式和执法范式都无关，而与自卫的概念或自卫中的武力防护（也被称为“集体自卫”）有关，这在许多国家的交战规则中都有规定。

少数几位专家提出了检查站的职责或目的的问题。某些专家认为，看守检查站是典型的执法职责，隐含着检查和控制活动，这表明执法范式是应适用的相关范式。相反，其他人则强调，检查站恰恰是军事行动的一部分，譬如阻止敌手的通过，因此为人道法所涵盖（除非检查站只是在那作为一种与武装冲突无关的警察行动）。不过，大多数专家似乎都没有为确定可适用的范式，而特别关注检查站的职责或目的。

尽管大多数参会专家都没有把冲突区域、对地区的控制以及暴力的烈度这些因素（正如案例研究中的问题4和问题5所提）视为决定性因素，但一些专家仍以不同的方式提及了它们。一位专家认为，在案例研究5的特定背景下，该情形发生在冲突区域之内还是之外对确定可适用的范式可能具有相关性。少数几位专家在分析该威胁——从而确定可适用的范式——时提到了可被包括在“暴力的烈度”这一因素之内的其他事实要素，诸如前几天发生的突发事件的数量或者自杀式攻击的频率等，认为可能具有潜在的相关性。同样，也有人强调，取决于具体情况，在存疑时适用武力升级程序的方式也可能多种多样。例如，在存在大量突发事件的背景下，做出诉诸使用致命武力的决定就可能更迅速，因为在这种情况下遭受攻击的可能性更大。

最后，专家们讨论了在案例研究5的背景下如果存在怀疑时，在使用武力方面适用不同的范式（敌对行为范式或执法范式）是否会导致不同的结果。¹⁰⁵把武力升级程序解读为存疑时的人道法规则的专家们认为，在实际使用武力方面，其结果与适用执法范式是相同的。相比之下，反对把武力升级程序解读为与敌对行为有关的人道法规则的专家们则认为，基于不同的可适用范式，结果也会非常不同。在他们看来，根据敌对行为范式，在存疑时根本不能使用武力。而相反，根据执法范式，即使该人是没有直接参加敌对行动的平民，也可使用武力——取决于具体情况——来发挥检查站的作用。

¹⁰⁵ 如果知道该人依据人道法属于合法的攻击目标，结果就会明显不同。参照案例研究1的讨论。

三、武力使用之前和之后的问题

本报告的第三部分涉及实际使用武力前、后的相关问题，特别是与预防性义务和调查有关的问题。每个小节都首先列出提供给专家们的背景信息和引导性问题，然后再总结专家的意见和讨论。

(一) 预防性义务

1. 背景信息：

敌对行为范式和执法范式之间的相互影响不仅在实际使用武力执行行动时带来了挑战，而且在武力使用之前也是如此。在制定行动计划、详细制定武装冲突中使用武力的法律和行政框架以及训练和装备武装部队时，涌现出许多实践上的难题。

执法范式为各国施加了大量义务，目的在于阻止和尽可能减少武力的使用，这些义务包括：(1) 为最大限度地限制使用武力提供充分的法律和行政框架；¹⁰⁶ (2) 训练执法人员使用非致命的逮捕方法和技能；¹⁰⁷ 以及 (3) 制定行动计划以尽可能避免诉诸致命武力，并在某些情况下提供自卫装备以及低致命武器，以便可以有区别地使用武力和火器。¹⁰⁸

根据人道法，还存在使用武力之前需要遵守的义务，但这些义务与上述义务不同。例举如下：(1) 攻击时的预防原则要求计划或决定攻击的人应查明将予攻击的目标为合法目标，并且避免，且无论如何，减少平民的附带伤亡和损害；¹⁰⁹ (2) 禁止使用不分皂白或者引起过分伤害或痛苦的作战手段和方法，以及在上述原则之基础上，人道法条约和习惯规则禁止或限制使用某些特定武器。¹¹⁰ 还存在如下预防性义务：(1) 指挥官有责任采取措施以防止其统率的武装部队成员违反人道法；¹¹¹ (2) 传播人道法的义务，这意味着要向武装部队提供交战规则以及充分的训练，从而使他们尊重人道法。¹¹²

¹⁰⁶ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，前注26，原则1和原则11。所有保障生命权的条文都规定，生命权必须受法律保护。见《公民及政治权利国际盟约》，第6条第1扣款；《欧洲人权公约》，第2条第1款；《美洲人权公约》第4条第1款；《非洲人权和民族权宪章》第4条并结合第1条。See also: HRC, General Comment No. 6, *The Right to Life (article 6)*, 30 April 1982, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, para. 3; ECtHR, *Makaratzis v. Greece*, 20 December 2004, paras. 56-72; HRC, *Pedro Pablo Camargo v. Colombia* (“Guerrero case”), 31 March 1982, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, para. 13.3; ICAtHR, *Montero-Aranguren et al v. Venezuela*, 5 July 2006, para. 75; IACtHR, *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 4 July 2007, para. 86.

¹⁰⁷ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，前注26，原则18-21。关于判例法，see, e.g. ECtHR, *Hamiyet Kaplan and others v. Turkey*, 13 September 2005; HRC, *Rickly Burrell v. Jamaica*, 18 July 1996, UN Doc. CCPR/C/53/D/546/1993, para. 9.5; IACtHR, *Montero-Aranguren et al v. Venezuela*, 5 July 2006, paras. 77-78; IACtHR, *Zambrano Vélez et al. c. Ecuador*, 4 July 2007, para. 87.

¹⁰⁸ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，前注26，原则2-3。关于判例法，see, e.g. ECtHR, *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998; ECtHR, *Hamiyet Kaplan and others v. Turkey*, 13 September 2005.

¹⁰⁹ 见《第一附加议定书》，第57条第2款第1项。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则15-18。

¹¹⁰ 关于禁止不分皂白的作战手段和方法：《第一附加议定书》，第51条第4款第2项和第3项；ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则71。关于禁止过分伤害：见1868年《圣彼得堡宣言》，序言第5段；《海牙章程》，第23条第5款；《第一附加议定书》，第35条第2款；ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则70。另见：国际法院，《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见》，前注12，第78-79段；ICTY, *Prosecutor v. D. Tadić, supra*, note 12, para. 119.

¹¹¹ 见《第一附加议定书》，第87条第1款。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则153。

¹¹² 《日内瓦第一公约》，第47条；《日内瓦第二公约》，第48条；《日内瓦第三公约》，第127条；《日内瓦第四公约》，第144条；《第一附加议定书》，第83条；《第二附加议定书》，第19条。另见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则142和143。

在武装冲突局势中，由于武装部队或警察部队都有可能被卷入敌对行动和执法行动，这样就会产生一系列问题。

(1) 详细制定法律和行政框架

考虑到法律框架和具体的交战规则以及军事命令在确保遵守人权法和人道法方面的重要性，实践中产生的问题是，应当怎样从总体上以及在每个具体行动中，把区分执法范式和敌对行为范式的标准总体上转化到国内法律框架。因此，专家们应邀就如下问题进行探讨：

- 若要考虑到在武装冲突局势中可能同时开展敌对行动和执法行动这一事实，应如何设计相关法律和行政框架？

(2) 训练武装部队和警察

传统上，武装部队会根据人道法接受训练以开展敌对行动。另一方面，警察和安全部队会根据执法范式接受使用武力方面的训练。在当代武装冲突中，考虑到武装部队和警察可能既需要开展敌对行动，又需要实施执法行动这一事实，给予武装部队和警察的传统训练可能不再充分和/或适当。

因此，专家们应邀就如下问题进行探讨：

- 若要考虑到在武装冲突局势中可能同时开展敌对行动和执法行动，应如何对武装部队和警察进行训练？
- 武装部队中应设立专门开展执法活动的部门吗？
- 还能提出其他实用建议来应对武装冲突局势中敌对行动和执法活动并存的现状吗？

(3) 装备武装部队

根据人权法，存在提供自卫装备和低致命武器（诸如橡皮子弹、高压水枪、控暴剂等）的义务，以便在依据执法范式使用武力时适用武力升级程序。人道法中不存在这样的义务。人道法只禁止不分皂白的或者引起过分或不必要痛苦的作战手段和方法，并在这些规则的基础上禁止特定的武器。

因此，专家们应邀就如下问题分享他们的经验和思考：

- 若要考虑到武装部队有可能在武装冲突局势中开展执法行动这一事实，应为其配备何种武器？
- 武装部队应如何应对暴乱平民（其行为不构成直接参加敌对行动）意外与武装分子混在一起，但武装部队仅配备了作战武器的情形？认为武装部队必须尽最大可能利用当时可用的手段适用武力升级程序，就足够了吗？

2. 专家意见和讨论：

总体而言，专家们都同意预防性措施对确保遵守与武力使用有关的可适用的法律框架来说至关重要。

(1) 关于法律和行政框架，几位专家提到了交战规则的重要性。在制定适当的交战规则方面，对各国来说，圣雷莫《交战规则手册》被认为是一个有用的工具。¹¹³

¹¹³ 《交战规则手册》，圣雷莫，前注75。

有人主张，交战规则可作为一个有用的“政策桥梁”发挥作用。即使在人道法是特别法的情况下，交战规则也可以考虑并引入人权法概念，尽管这些并不是法律所要求的。¹¹⁴相反，另一种观点认为交战规则不只是政策。交战规则与国内法在两个方面“相互影响”。第一，交战规则相当于军令。因此，根据国内法违反交战规则就可能构成刑事犯罪，即便还没到违反人道法的地步。第二，根据国内法，依据交战规则实施的行为不会被视为犯罪。交战规则所要求的行为(或不作为)的确可能成为正当理由或借口。

尽管专家们同意，交战规则是调整武装冲突局势中武力使用的有用且必要的工具，但他们并不赞同为考虑到武装冲突局势中敌对行为范式和执法范式都可能具有相关性的情况而这样或那样改变交战规则的方式。一位专家指出，尽管敌对行为范式和执法范式之间的相互影响问题是复杂的，但作为底线，法律框架仍然应该是简洁明了的。法律框架越清楚简单，武装部队将其转化为实践时就越容易。

胡安·卡洛斯·戈麦斯·拉米雷斯上校所做的关于《哥伦比亚军事行动手册》的开场报告以及随后的讨论，为如何构建法律和行政框架来处理敌对行为范式与执法范式之间的相互影响提供了有用的进一步指示。¹¹⁵该专家解释道，在哥伦比亚，国防部已制定出一部行动手册，结合人道法和人权法来处理武力使用的问题。这部行动手册包含两套交战规则：“蓝卡”和“红卡”。“蓝卡”旨在用于执法行动，而“红卡”用于作战行动，即针对军事目标使用武力。情形。¹¹⁶这种解决方法被认为很有用，因为它清楚简单，有助于士兵们理解和执行。然而这种方法有时在战术层面上受到批评，因为武装部队日益被要求依据“蓝卡”范式开展行动；执行在武装部队看来应由警察执行的任务，且没有给他们足够的空间来对敌作战。不过也有人指出，传统上武装部队只是受训执行作战行动，而非根据执法模式使用武力，这一事实也许能解释这种负面的反应。还有人指出，武装部队通常也没有执法装备。“蓝卡”——“红卡”制度的局限性之一也可能源自其关于敌对行为范式和执法范式无法竞合适用的假定。因此，它不太可能提供一种合适的手段来应对牵涉两种范式的局势，诸如此前在案例研究2中所讨论的那种同时卷入平民与合法目标的暴动。

(2) 关于武装部队的训练，许多专家都强调了在当今武装冲突中从两方面训练武装部队——包括维和人员——的必要性，不仅在敌对行为方面，而且在执法技能方面。有人提到，在一些国家，某些情况下会让非常熟悉执法技能的宪兵成员或警官担任武装部队的教官，这是一种良好实践。因此，训练最好不要仅限于传统的军事训练。为了更有效率，有专家强调，训练必须让武装部队感到身临其境。几位专家提到，尽管武装部队并不配备执法器械，但在武力升级程序和其他执法技能方面的良好训练也仍然是有价值的。

不过，也有专家强调，提供有效的执法技能训练并非易事，而且并不总是能够得到执行。如果那种选择对职业士兵来说看起来是可行的，那么对于已在尽力学习如何执行传统作战行动的新兵来说就不太现实。同样，还有人主张士兵不能变成警察。根据这种观点，在可能的情况下，实施军队支援警察的联合行动更为可取。

¹¹⁴ 在为期两天的专家会议期间，几位专家强调了起草交战规则时政策考量的重要性。例如，在第二个关于阿富汗的开场报告中该专家就强调，考虑到旨在赢得民心的反叛乱背景之下的政策考量，交战规则对武力使用的限制比国际法的要求更加严格。见附录五：Richard Gross就阿富汗冲突不同阶段的武力使用问题的发言摘要。

¹¹⁵ 见附录四：Juan Carlos Gómez Ramírez就《哥伦比亚军事行动手册》所做的报告摘要。

¹¹⁶ Juan Carlos Gómez Ramírez解释道，使用红卡还是蓝卡的决定权属于营级指挥官。在某些情形下，如果敌军实力极弱，营级指挥官还能决定使用蓝卡来对付他们。另一方面，在某些地方(如丛林中)很明显要使用红卡，因为那里只有武装分子没有平民。

许多专家还提及让专门部队，诸如有资格且受过训练的宪兵队、卡宾枪骑兵或军事执法部队来执行执法类任务的可能性。这被认为是一种良好实践，而且在过去的冲突中也已证明了这种方式的高效性和实用性。

有人提出，光有专门的部队或控暴小组还不够。确实存在这样的风险，专门的部队并不总能恰好出现在恰当的地方。该部队可能在该国预期会发生平民骚乱的某个遥远地区，而突如其来的暴力示威则可能发生在该国的另一边，这样的话，专门部队就不可能按时抵达那里。因此，明智的做法是向所有士兵提供至少是基本水准的执法技能训练以及足够的装备，以便他们能够应对突如其来的民间骚乱。此外，在可预见的民间骚乱的情况下，武装部队可能想求助于具备充分人群控制和降低暴力等级技能的专门部队，例如卡宾枪骑兵或宪兵。

(3) 关于武装部队的装备，大多数专家都同意，在武装部队实施执法行动的范围内，应该在合适的情况下向他们提供执法装备，包括所谓的“非致命”或低致命武器。不过，是否存在这方面的法律义务，专家们之间仍有分歧。

一些专家认为，向武装部队提供执法装备并不是强制性的，只不过是良好实践的一部分。

而大多数专家都认为这是交战国义务的一部分。在某些情况下，这项义务可能源于人道法。譬如，占领法中确保法律和秩序的义务必然意味着要采取合适的手段来履行这一义务。在人权适用的情况下，该义务也可能源自人权法。确实，根据人权法，国家有义务向其代理机构——无论是警察还是武装部队——提供开展执法活动的执法装备（包括在适当情况下提供低致命武器）。

要强调的是，这并不意味着武装部队必须开展执法行动，而是如果预期他们会实施这类行动的话，就应该向他们提供合适的装备。另一种观点则认为，向武装部队提供执法装备的人权义务则意义更为深远。它不仅适用于武装部队实际制定执法行动计划之时，还适用于武装部队预见到他们将不得不应对民间骚乱之时——无论他们是否愿意这样做。因此，关于上文背景信息中提出的最后一个问题，¹¹⁷ 有人认为，从人权法的角度看，关键问题不在于是否计划在执法中使用武力，而在于能否合理地预见到会发生民间骚乱——而且预见到骚乱发生的不是面对骚乱的士兵而是那些规划任务的人。如果答案是肯定的，那么，依据人权法就要求：首先，在武力升级程序和其他执法技能方面提供适当训练；其次，在适当时提供执法装备。

尽管普遍认为应该向武装部队提供执法装备，但几位专家提出，还应考虑到一些问题。首先，执法装备价格不菲，交战国可能无力负担。其次，执法装备通常很笨重，譬如不太可能在徒步巡逻时携带。再次，如果不配合适当的训练，只是提供执法装备就没什么用处。第四，就某些所谓的“非致命”或低致命武器而言，与这类武器相关的风险不应被低估。所谓的“非致命武器”其实可以致命。因此，若要有效且安全地使用低致命武器，适当的法律和行政框架以及训练是至关重要的。还应谨慎评估在武装冲突局势中对控暴剂的使用，要牢记人道法禁止将使用控暴剂作为一种作战方法。¹¹⁸

还有人提到，在讨论执法活动时重要的不仅是武装部队的装备，还包括一般的基础设施。譬如，建立哨卡对于尽可能减少致命武力的使用至关重要。

¹¹⁷ 所提问题如下：“武装部队应如何应对暴乱平民（其行为不构成直接参加敌对行动）意外与武装分子混在一起，但武装部队仅配备了作战武器的情形？是否考虑到武装部队必须尽最大可能利用当时可用的手段适用武力升级程序就足够了？”

¹¹⁸ 见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》第1条第5款：“每一缔约国承诺不把控暴剂用作战争手段。”另见第2条第9款第4项。大多数国家都认为，该规则构成习惯国际人道法的一部分。但是，美国始终是一个例外。美国主张，习惯法对化学武器的禁止性规定不适用于仅具有短暂效果的药剂。见ICRC《习惯国际人道法研究》，前注12，规则75。

(4) 最后——更宽泛地说——有专家强调，为了不断改进军事实践，建议：

- a) 探索良好实践，尤其是在起草法律、政策和行政框架并予以实施的时候。在探索适用良好实践的过程中，不应过分拘泥于敌对行为与执法的分类。譬如，为了了解检查站如何运作，就应该向非常熟悉这类活动的执法人员寻求建议。再如，要想知道如何应对监狱暴动（不论是军事拘留设施还是民用拘留设施），就应向监管部门或司法部寻求建议。
- b) 考虑到文化因素。譬如，在设计哨卡时，就应咨询当地居民以了解当地的习俗，以及什么样的符号/指示可以引导居民在哨卡停下接受检查。¹¹⁹
- c) 落实总结经验教训的过程。应根据在一线获得的经验教训不断调整法律和行政框架以及相应的训练。许多专家都同意，总结经验教训的过程还应反映出今后开展武装冲突的方式，从而改善军事实践且不会重蹈覆辙。

(二) 调查的义务

1. 背景信息：

人道法隐晦地规定了调查战争罪的义务。¹²⁰ 这就意味着人道法要求在某些关于使用武力的指控中进行调查，譬如，如果指称：蓄意攻击平民居民或平民个人；蓄意发动不分皂白的攻击影响平民居民或民用物体，且明知这种攻击会造成过分的平民生命受损失、平民受伤或平民物体受损害；或者蓄意攻击一个明知其丧失战斗力的人或蓄意杀害被保护人。¹²¹ 有时，惩治违反人道法的职责也会导致调查义务。¹²² 除此以外，当战俘和平民被拘禁者在特殊情况下被杀害或伤害时，还有一些关于调查义务的具体规定。¹²³

无论如何，很清楚的是，根据人道法，并非只要有人死亡就会触发调查义务。这是因为根据人道法，合法目标——即战斗员、武装分子和直接参加敌对行动的平民——可被合法杀害，而且只要尊重了比例原则和预防原则，附带的平民生命受损失也不违反人道法。因此，人道法考虑的是在武装冲突中，一些伤亡是敌对行为所固有的。此外，武装冲突局势中的不稳定与不安全也会成为调查每起死亡事件的严重障碍，例如现场取证或听取证人证言就存在困难。

人权法，最初的设想是规制和平时期的局势，而在这些局势中任何武力使用都属例外情况，它规定了在使用武力造成死亡或重伤后更为严格的调查义务。¹²⁴ 人权机构通常认为，每次有人被杀都应展开有效的调查，而且至少每次都要有针对侵犯生命权提起的指控。¹²⁵

¹¹⁹ 在这方面，见附录五：Richard Gross就阿富汗冲突不同阶段的武力使用问题的发言摘要。

¹²⁰ 《日内瓦第一公约》，第49-50条；《日内瓦第二公约》，第50-51条；《日内瓦第三公约》，第129-130条；《日内瓦第四公约》，第146-147条。另见《第一附加议定书》，第11条和第85-86条。

¹²¹ 见《第一附加议定书》，第85条第3-4款。另见《日内瓦第一公约》，第50条；《日内瓦第二公约》，第51条；《日内瓦第三公约》，第130条；《日内瓦第四公约》，第147条。另见1998年《国际刑事法院规约》，第8条第2款第2项和第5项。

¹²² 《日内瓦第一公约》，第49条第3款；《日内瓦第二公约》，第50条第3款；《日内瓦第三公约》，第129条第3款；《日内瓦第四公约》，第146条第3款。

¹²³ 见《日内瓦第三公约》，第121条；《日内瓦第四公约》，第131条。

¹²⁴ 联合国《执法人员使用武力和火器的基本原则》，前注26，原则22：“在造成有死亡和重伤或其它严重后果时，应立即向负责行政审查和司法管理的主管当局送交详细报告。”另见联合国《执法人员行为守则》，前注26，第3条的评注第3款。至于与调查义务有关的判例法，见下面的脚注。

¹²⁵ See, e.g. among many others: *Report of the Special Rapporteur on the Extrajudicial, Summary and Arbitrary Executions, Philip Alston*, 2006, UN Doc. E/CN.4/2006/53, paras. 35-36; ECtHR, *McCann and Others v. United Kingdom*, 27 September 1995, para.161; IACtHR, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 15 September 2005, paras. 216-241; ACommHPR, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, *supra*, note 17, para.22.

此外，人权机构通过其在该领域的丰富实践，已制定出评价调查是否有效的标准。它们特别强调，开展调查的机构应当独立且公正；应迅速且尽责展开调查；近亲应有机会参与调查进程；采取一切可能的措施收集证据，包括听取证人证言、进行弹道检验、法医检查等。¹²⁶ 尽管这些标准看似非常苛刻，但应当注意的是，人权机构倾向于认为，调查的性质和程度取决于不同的情况可能会千差万别。¹²⁷

关于这项对杀戮开展有效调查的义务，人权机构不仅在和平时予以适用，而且在武装冲突局势中也同样予以适用，无论是平民被杀害（即便是附带伤亡）¹²⁸还是据称的有组织武装团体的成员被杀害。¹²⁹ 这些案件中大部分都涉及非国际性武装冲突局势。不过，最近的“苏凯尼”案涉及的就是国际性武装冲突背景下的事件，更准确地说是在英国占领伊拉克的背景下。在这一背景下，欧洲人权法院裁定，其程序性义务违反了《欧洲人权公约》中保障生命权的第2条，因为对5起杀戮案件都没有进行有效调查（包括枪杀了被误认为要攻击英国士兵的4个人）。¹³⁰

其他机构也采用了类似的方法。以色列最高法院也认为，当直接参加敌对行动的平民被杀时应当展开调查，但仅限于同时还存在对没有直接参加敌对行动的平民造成附带损害的情况。¹³¹ 联合国法外处决、即审即决或任意处决问题特别报告员也强调，即使是在国际性武装冲突中，每一起针对侵犯生命权的指控也都应予以调查。¹³²

因此就提出了如下问题：

- 在武装冲突局势中调查义务的范围是什么？尤其是：就调查义务而言，人道法属于特别法吗？就调查义务而言，人权法是人道法的补充吗？譬如，每次攻击有平民附带被杀时，交战国都必须/应该展开调查吗？

¹²⁶ 为收集证据而采取的措施，see: UN Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, ST/CSDHA/12,1991, III. Model Protocol for a Legal Investigation of Extra-Legal Arbitrary and Summary Executions (*Minnesota Protocol*). 该文件由一个专家组在联合国的框架内起草，以补充经济及社会理事会1989年5月24日第1989/65号决议建议之《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》。

¹²⁷ *Report on the Extrajudicial, Summary and Arbitrary Executions*, *supra*, note 47, para. 36; ECtHR, *Isayeva v. Russia*, 24 February 2005, para. 210; ECtHR, *Yasa v. Turkey*, 2 September 1998, para. 104; IACtHR, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 15 September 2005, para. 238.

¹²⁸ 因缺乏调查而导致的蓄意杀害平民及侵犯人权的案件是大量的。援引这些案件并无必要，因为在这方面人权法和人道法存在交集。人道法中也确实存在调查战争罪和义务。涉及调查附带平民生命损失之义务的案件，特别见：ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998; ECtHR, *Isayeva v. Russia*, 24 February 2005; ECtHR, *Kerimova and Others v. Russia*, 3 May 2011, paras. 263-285.

¹²⁹ 对被害人是否在战斗中被杀存在怀疑的案件，特别见：ECtHR, *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998; IACommHR, *Abella v. Argentina* (“la Tablada”), 18 November 1997. 所谓的叛乱分子/恐怖分子在未使用武力时被杀的案件，特别见：HRC, *Pedro Pablo Camargo v. Colombia* (“Guerrero”), 31 March 1982, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979; ECtHR, *Gül v. Turkey*, 14 December 2000; IACommHR, *Artemio Camargo et al. v. Bolivia*, 25 June 1981; IACtHR, *Arturo Ribon Avila v. Colombia*, 30 September 1997. 在有关人道法与人权法之间相互影响的问题上，对欧洲人权法院判例法相关性的批评，见附录3：Françoise Hampson的书面发言。

¹³⁰ ECtHR, *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, 7 July 2011, paras. 161-177.

¹³¹ High Court of Justice of Israel, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, 11 December 2005, HCJ 769/02, para. 40. 在后来的一个案件中，该法院解释道，调查的义务仅适用于还存在对没有直接参加敌对行动的平民造成附带损害的案件。See High Court of Justice of Israel, *Yoav Hass v. The Military Advocate General*, 23 December 2008, para. 7.

¹³² 《法外处决、即审即决或任意处决问题报告》，UN Doc. E/CN.4/2006/53，第36段：“武装冲突和占领并不解除各国调查和起诉侵犯人权行为的义务。”

- 在武装冲突局势中如果必须展开一项调查，如何使其在武装冲突中具备可操作性？人权机构制定的有效调查的标准（即独立、公正、迅速等）在武装冲突局势中具有相关性吗？在武装冲突局势中，可实际期待交战国在调查方面做些什么？

2. 专家意见和讨论：

就武装冲突局势中的调查义务而言，专家们同意人权法和人道法中都存在这项义务，尽管在这两个法律体系中该义务的目的和范围（或启动机制）并不相同。

有一种观点认为，人道法中调查义务的目的与人权法不同。后者被概括为旨在确立国家责任，而前者被视为与战争罪相关因而侧重于个人刑事责任。根据这种观点，这种差异还意味着不同的证明标准。个人刑事责任需要排除合理怀疑来证明，而人权机构用于确立国家责任的证明标准则不那么严格。

专家们广泛讨论了人权法和人道法之间在启动调查义务方面的差异。确实，正如前文背景信息中提到的¹³³，依据人道法，调查的义务本质上仅限于战俘和被拘禁的平民死亡¹³⁴以及战争罪的情形。一些专家强调，惩治违反人道法行为的义务也具有相关性。有人认为是这一要求导致了调查义务，尽管该调查可能只是行政调查而非刑事调查。此外有人强调，人道法中的调查义务还源于指挥官防止以及必要时制止并向主管当局报告违反人道法行为的职责，目的在于对违反者采取纪律或刑事行动。¹³⁵

相反，正如很多专家所肯定的，人权法要求国家调查每一起有可能侵犯人权的案件。欧洲人权法院则走的更远，要求国家调查每一起暴力死亡案件，如果该国根据《欧洲人权公约》第1条的规定拥有管辖权。¹³⁶ 不过，有人强调的确应如此，除非一国依据《欧洲人权公约》第15条“因合法战争行为引起的死亡”而克减生命权。因此，依据《欧洲人权公约》，在武装冲突背景下，杀害武装分子与杀害平民一样都必须受到调查（如果该国拥有管辖权且未对生命权进行克减）。

这显然比人道法的要求更为严格，而依据人道法，无需就针对合法目标的杀伤以及附带造成的平民伤亡——如果附带的平民伤亡看起来没有违反比例原则的话——进行调查。因此，许多专家得出的结论是，人道法中的义务与大多数人权机构，尤其是美洲人权法院和欧洲人权法院所要求的义务之间确实存在差距或矛盾。前文提到的“苏凯尼”案¹³⁷就是这样一个例子。

然后，专家们探讨了在武装冲突局势中的调查义务方面人道法和人权法之间的相互影响问题。大多数专家认为，就武装冲突中的调查义务而言，必须优先适用人道法。在武装冲突局势

¹³³ 上文，第49-51页。

¹³⁴ 一位专家认为，人道法中调查战俘和被拘禁的平民死亡的义务应当扩及到武装冲突中每一个被剥夺自由的人。该义务还应当扩及到处于敌方权力之下而被杀害的人，即使从严格意义上说该人并未被拘留。人权法要求调查一切被剥夺自由的人，在这个范围内，它应被视为特别法。

¹³⁵ 见《第一附加议定书》，第87条：“1. 缔约各方和冲突各方应要求军事司令官，防止在其统率下的武装部队人员和在其控制下的其它人破坏各公约和本议定书的行为，于必要时制止这种行为并向主管当局报告。2. 为了防止和制止破坏行为，缔约各方和冲突各方应要求司令官，按照其负责地位，保证在其统率下的武装部队人员了解其依据各公约和本议定书所应负的义务。3. 缔约各方和冲突各方应要求任何司令官，在了解其部下或在其控制下的其它人将从事或已经从事破坏各公约或本议定书的行为时，采取防止违反各公约或本议定书的必要步骤，并于适当时对各公约或本议定书的违犯者采取纪律或刑事行动。”

¹³⁶ 关于调查杀戮的义务，另见：附录6：Olga Chernishova所做的报告概要。

¹³⁷ 上文，第51页。

中调查每一起杀戮的人权法义务被认为既不现实也不可行。还有人主张，强迫交战各方调查那些依据人道法完全合法的死亡案件没有任何意义。因此，当谈到武装冲突局势中的调查时（至少是在使用致命武力的背景下），人道法属于特别法，而且人权法中的调查义务必须根据人道法来解读；否则就可能得出这样的结论，即依据人道法属于合法的行为却违反了人权法。

在这一背景下，一位专家询问是否有人反对如下主张：“从法律上讲，只要尊重了比例原则，如果依据人道法杀伤了合法目标或者存在不违反人道法的附带平民生命损失，国家就不违反人权法中的调查义务。”一些专家回应道，尽管原则上这种说法看起来是合理的，但在实践中，关键问题是很难知道是否违反了人道法，例如在展开调查之前比例原则是否得到了尊重。因此，问题又回到了究竟是什么导致了在武装冲突局势中对所实施之杀戮行为进行调查的义务。除了实际的问题以外，总体上不存在对上述说法的正式否定，除了有一位专家明确表示异议，重申依据《欧洲人权公约》，国家必须调查每一起暴力造成的生命损失——包括杀害敌方战斗员或者依据人道法明显合法的附带平民伤亡的情形——除非该国根据《欧洲人权公约》第15条克减了生命权。

同样，一些专家认为——至少在非国际性武装冲突中——随后的人权法发展对人道法进行了补充，或者必须要根据之后人权法的发展对人道法加以解读。这些专家并不认为人权机构关于武装冲突局势中调查义务的判例法是不切实际的。他们强调，人权机构要考虑到背景情况以评估调查的有效性，而且迄今为止人权机构也从未得出与人道法直接相悖的结论。一位专家指出，例如，在“苏凯尼”案中，欧洲人权法院就承认了在军事占领的背景下展开调查的现实困难；¹³⁸ 尽管如此，该法院仍判决，在这种背景下杀害平民必须开展有效的调查。该结论与人道法的要求并不相悖。

还有人强调，人权法中的调查义务是一项手段义务而非结果义务。即便存在侵犯人权的行为而且不可能找出并惩治责任人，调查也可被视为有效。一些专家提醒，人权法要求调查暴力死亡案件的理由可以理解，因为在开展调查之前也许不可能知道被害人是否为合法目标。最后，有人指出，调查义务实现了重要的预防功能，这也是为什么它应被理解为超出了所谓的战争罪的范畴。有些类型的调查被视为必要的先决条件，用以总结经验教训从而改进军事实践，并有助于尽量减少诸如附带的平民生命损失。因此，禁止任意剥夺受人权法和人道法保护的生命应被理解为包含程序性要件并要求对引起侵犯人权之合理指控的死亡案件进行某种形式的调查。

鉴于这些不同的主张，几位专家强调，应该优先适用哪种法律框架——人权法还是人道法——这一问题的答案可能要取决于具体情况。例如，有人可能认为，在国际性武装冲突中，人道法显然是特别法。而相反，在非国际性武装冲突中，答案可能会更加复杂。也有人建议，一种可行的观点是，在非国际性武装冲突中有平民被杀时，就假定存在侵犯人权的行为，并应因此展开调查。相反，如果被杀的人是武装分子，那么就应该假定不存在违法行为，因此无需调查，除非某些特殊情况引起怀疑。

¹³⁸ See ECtHR, *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, 7 July 2011, para.168: “在入侵和战争的直接后果中，英国在敌对的外国地区内属于占领国，该事实给调查当局带来了实际的难题，本法院就以此为起点。这些实际的难题包括民用基础设施的崩溃，尤其导致当地病理学家和尸检设施短缺；占领者与当地居民之间在语言和文化方面产生误解的机会；当时在伊拉克的任何活动的内在危险。正如上文所述，本法院认为，为了考虑到调查者所面临的具体问题，必须实际适用第2条所规定的程序性义务。”

还有人强调，在非国际性武装冲突中，更加困难的是判断谁是武装分子而谁不是，因为武装分子可能不会佩戴区别性标志。在国际性武装冲突中，穿着统一制服的士兵在敌对行动中死亡无需进行调查，因为这显然是合法的（除非是非法武器造成的死亡或已丧失战斗力之战斗员的死亡），因此适用于国际性武装冲突的理由就可能无法同样适用于非国际性武装冲突。其结果是，必须展开调查以便弄清该人是否被合法杀害。不过，如果被杀之人据称是直接参加敌对行动的平民，无论是在国际性还是非国际性武装冲突中，也都必须展开调查。正是基于这种观点，这也是为什么以色列最高法院承认，在定点清除案中¹³⁹，应当展开调查以确保致命武力的使用是合法的。

就调查义务而言，占主导地位的法律框架还可能取决于在敌对行为中或者更确切地说在执法行动中是否使用了致命武力，专家们仅仅暗示出这种想法而没有予以进一步详细阐述。¹⁴⁰

最后，专家们探讨了应如何在武装冲突中具体履行调查义务。在这一背景下，许多专家认为，如果使用了致命武力，无论依据人道法还是人权法，启动刑事调查的确切标准都不甚清楚。毫无疑问，无论依据人道法还是人权法，如果存在战争罪的嫌疑，就必须展开刑事调查。不过，并非每一位在武装冲突中被杀的平民都构成涉嫌犯罪行为的初步证据。另一方面，即使杀害敌方武装分子或战斗员也可能构成战争罪，如果他们被杀时已经丧失战斗力。那么关键的问题就是：何时会有充分的条件认为使用武力引起了刑法上的问题？可信的战争罪指控就足矣了吗？要想可信，指控必须列明多少事实？

在程序方面，几位专家解释了他们各自国家的法律制度如何运作。一位专家解释道，在他的国家，首先会进行可行性调查，但这并不意味着刑事调查。这种首先进行的调查是一个查明真相的过程，允许收集一切必要的信息，供决策者决定是否需要启动刑事调查。在这位专家看来，正如前面5个案例研究中所探讨的，¹⁴¹对领土的控制程度和暴力的烈度这些因素，在决定是否应展开刑事调查时可能要予以考虑。在这种情况下，这些因素可能是有用的，因为它们虽无法事先确定可适用的范式，却有助于事后确定是否需要展开刑事调查。

另一位专家解释道，在他的国家，启动刑事调查的标准是存在可信的针对违反人道法行为的指控。如果存在这种可信的指控，且违法行为尚未构成战争罪，那么就需要进行报告、确定责任和(或)采取补救措施。但无论如何，第一个步骤总是开展行政调查以审查可信度。

第三位专家说道，在他的国家，对以刑罚或纪律处分为目的的调查与以查明真相为目的的行政调查做出了区分。这位专家指出，行政调查是发现系统性问题并通过监督制度促进遵守法律的更好手段。这是因为，在以刑罚为目的之调查背景下，如果一项指控不能被证明排除了合理怀疑，那么被告人就有权保持沉默。这项权利在行政调查中是不存在的；相反，被告人在行政调查中有揭露真相的义务。

最后，专家们还提出了调查义务的内容问题。正如上文所指出的，¹⁴²人权机构已制定出一系列标准来认定调查的有效性，特别是独立、公正、迅速、近亲介入这些标准。相反，在这方面，人道法条约并未提供明确的答案。

¹³⁹ 关于该案，见上文，注49。

¹⁴⁰ 在这方面，见：The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, Second Report – the Turkel Commission, *Israel's Mechanisms for Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law*, February 2013, p. 106.

¹⁴¹ 上文，第二部分。

¹⁴² 上文，第38页。

一些专家不愿意采用人权机构制定的标准来评估人道法中调查的有效性。他们认为，这些标准过于严苛，在武装冲突局势中无法适用。

例如，有人指出，美洲人权机构尤其是美洲人权委员会，经常发现在调查涉嫌严重侵犯人权的军事人员时——诸如在军事行动中杀害平民——军事法庭缺乏必要的独立和公正。因此，即使是在武装冲突局势中，民事法院也应调查这些杀戮案件。尽管这项判例法最初是在拉丁美洲军事独裁政权利用军事法院以及随后导致普遍有罪不罚的背景下发展而来的，但无论是美洲人权法院还是美洲人权委员会都在晚近的大量案件中不断改进和发展该判例法，这些案件涉及哥伦比亚以及美洲国家组织其他一些成员国对军事法院的运用。然而，这项判例法——如果脱离这种非常特定的背景——是有问题的，因为在大多数国家，当武装冲突中产生对非法杀戮的指控时，军队就会展开调查。这确实是军队的职责，它源于指挥官防止并惩治违反人道法行为的责任。¹⁴³ 有人指出，在一些拉丁美洲国家，有管辖权的平民机关会遵循美洲人权机构的判例法来调查每一起与非国际性武装冲突相关的杀戮案件（包括杀害敌方武装分子）。这算不上解决方法，因为民事法官通常不懂人道法。因此，要投入相当大的努力，为民事法官提供人道法的培训。

大部分专家都反对军事调查从本质上讲不独立且不公平的观念。有人主张，还是有方法保证军事调查机构的独立性和公正性的。有人强调，在一些国家，军事调查在平民机构监督之下完成，这些机构包括总检察长和最高法院。几位专家强调，根据《欧洲人权公约》，倘若调查独立且公正，有管辖权的平民机关就没有展开调查的义务。在“苏凯尼”案中，欧洲人权法院之所以发现违反调查义务的行为，不是因为调查是由军队进行的，而是因为调查机关在运作上没有独立于军事指挥系统。¹⁴⁴ 专家们普遍同意，即使在武装冲突中，独立性标准也是合理的。显然必须由那些与被控实施违法行为者无关的人进行调查。然而，对于欧洲人权法院是否走的太远这一点仍存在争议，例如它要求被害人的近亲介入调查程序。¹⁴⁵

最后，有人强调——即使不考虑人权法——仅从人道法的视角来看，很明显也存在提供有效刑事制裁的义务，而这的确以独立且公正的调查为先决条件。

¹⁴³ 上文，注135。

¹⁴⁴ See ECtHR, *Al-Skeini and others v. United Kingdom*, 7 July 2011, para.169: “尽管如此，英国作为占领国的事实也要求，如果要使针对英军士兵被控实施之行为进行的任何调查都是有效的，调查机关在运作上独立于且被看到独立于军事指挥系统就显得尤为重要。”

¹⁴⁵ 同上，第167段：“若要国家机关对所谓非法杀害案件的调查有效，对于负责且开展调查的人来说，独立于那些与事件有牵连的人就十分有必要。这意味着不仅要去除上下级或机构间的联系，还要有实际的独立性……其中也隐含了及时且合理迅速的要求。尽管在特定情况下可能存在障碍或困难妨碍调查的进行，但总体上，负责调查致命武力使用机关的快速反应仍被认为在维持公众坚守法治的信心以及防止任何串通实施非法行为或包庇非法行为方面至关重要。出于同样的理由，对调查或其结果必须存在充分的公众监督以保证理论和实践上的问责。所需公众监督的程度可能因情况而异。但不管在什么样的情况下，被害人的近亲都须在必要的情况下捍卫其合法权益的必要范围内都必须介入调查程序。”

结论性意见

在武装冲突局势中，执法范式和敌对行为范式的相互影响带来了诸多挑战。

第一个挑战是确定执法范式是否与非国际性武装冲突和占领局势¹⁴⁶中针对合法目标使用武力情形相关。本次会议表明，这个问题仍然非常有争议。例如在案例研究1所探讨的孤立的、正在睡觉的武装分子的例子中，针对合法目标使用武力时，情况尤其如此。尽管一些专家认为人道法属于特别法，并因此认为对于合法目标总是可以合法地当场击毙，但其他专家则认为，在这种特定的情况（特别是国家控制了有关地区的情况、暴力的烈度较低的情况、处于冲突区域之外的情况）下，执法范式不能被敌对行为范式所取代，甚至可以说执法范式构成了特别法。此外，依据敌对行为范式，军事必要原则和人道原则是否要求对合法目标不能当场击毙，而应通过其他手段使其丧失战斗力，正如ICRC《直接参加敌对行动指南》第9章所建议的那样，在这方面观点仍然对立。不过在实践中，大多数专家实际上同意，只要在当时的情况下抓捕该人似乎有可能且不会给武装部队带来额外的风险，一位通情达理的军事指挥官不会下令攻击一个正在家中睡觉的孤立的武装分子。就哪种范式优先适用于这类情况而言，考虑到法律暂时还不明确，而且双方各执一词，在国际法具体走向其中一个方向之前，采用实用主义的方法——在案例研究1描述的例外情况下着眼于抓捕行动的可行性和有利条件——是明智的。

此外，本次会议还表明，对许多专家而言，确定一个局势受敌对行为范式还是执法方式调整的主要（如果不是唯一的）法律标准是，武力使用所针对之人的身份、职责或行为。在大多数专家看来，额外的事实要素——诸如该局势是否发生在冲突区域之外或者发生在处于政府军控制之下的暴力水平较低的地区——不是决定性的法律标准。不过，一些专家仍认为这些因素是做出法律和（或）政策决定时有用的事实要素。

本次会议期间讨论的另一个问题是民间骚乱和实际战事并存的现象。就此点而言，本次会议表明——在讨论案例研究2（暴乱）和案例研究3（打击犯罪行为）的背景下——专家们真正达成的共识是，认为尽管存在实际困难，但“竞合方法”在法律上很有吸引力。这意味着敌对行为范式可能仅被用于战斗员、武装分子和直接参加敌对行动的平民。即使在武装冲突的背景下，民间骚乱也只能依据执法范式来处置。不过，考虑到使用这种方法的实际困难，尤其是在暴乱的情况下——此时很难区分合法目标与其行为尚不构成直接参加敌对行动的暴乱平民——许多专家提出把该局势作为一个整体，至少作为一种实践，适用武力升级程序。在这样的背景下，有人指出，反映出法律、政策和行动考量交战规则，经常依据自卫规则处置这类情形，就意味着将其作为一个整体适用武力升级的程序。

在很多情况下，诸如案例研究4（暴动/脱逃的武装分子）和案例研究5（检查站）的情形，尤其是对那些看似有威胁之人的身份、职责和行为有怀疑的情形下，大部分专家都同意必须使用武力升级的程序。即使有专家没有采纳相同的法律推理，他们实际上也得出了相同的结论，认为武力逐步升级的程序是必需的（尽管该程序的细节尚未得到讨论）。在这方面，很有意思的是，许多专家都把人道法规则（特别是对目标的身份、职责或行为有怀疑时的规则以及攻击时的预防原则）曲解为交战各方在某些局势中使用武力升级程序的义务。而在检查站的案例

¹⁴⁶ ICRC Report on *The Use of Force in Occupied Territory*, *supra*, note 2.

中，有人再次强调，在实践中出于法律和政策的原因，许多交战规则通过“基于威胁”而非“基于身份”的自卫规则来处理该问题。

本次会议还表明，为了全面且有意义地澄清该领域的法律，需要从更宽泛的视角来处理敌对行为范式和执法范式之间相互影响的问题，不仅要考虑执行行动时（实际使用武力）产生的问题，还要考虑使用武力之前和之后的问题。为了确保尊重法律，制定行动计划被认为是关键。在当代武装冲突中，在执法（或类执法技能）方面训练武装部队，并向其提供合适的装备以便其能够逐步升级武力的使用，被认为相当重要（甚或是强制性的）。专家们还同意，至少在有对战争罪的可信指控时，必须展开调查，而且调查必须独立且公正。

最后，本次会议揭示出，人道法的实践者们理解武装冲突中使用武力问题的方式与人权专家和机构所采用的方法之间存在差异。因此，有必要弥合这一分歧，并加强这两个领域的专家和实践者们之间的对话。

附 录

附录一：会议日程

附录二：参会人员名单

附录三：弗朗索瓦丝·汉普森的书面发言

附录四：胡安·卡洛斯·戈麦斯·拉米雷斯的发言摘要

附录五：理查德·格罗斯的发言摘要

附录六：奥尔加·切尔内绍娃的发言摘要

附录一：会议日程

武装冲突中的武力使用

敌对行为范式与执法范式间的相互影响

2012年1月26日 星期四

8.30 – 10.15: 概述环节：现场介绍

8.30 – 8.45	开幕发言	Philip Spoerri
8.45 – 9.15	介绍与会专家	See List of Participants
9.15 – 9.30	会议主席介绍问题与方法论	Knut Dörmann
9.30 – 9.45	关于哥伦比亚行动法手册的思考	Juan Carlos Gómez Ramírez
9.45 – 10.15	问题与讨论	

10.15 – 10.30: 茶歇

10.30 – 10.45	阿富汗冲突不同阶段的武力使用问题	Richard Gross
10.45 – 11.15	问题与讨论	
11.15 – 11.30	武力使用问题与欧洲人权法院的相关判例法：概述	Olga Chernishova
11.30 – 12.00	问题与讨论	

12.00 – 13.00: 午餐

13.00 – 15.00: 讨论两种范式的特征

15.00 – 15.15: 茶歇

15.15 – 17.45: 在武装冲突中针对合法目标使用武力

案例分析1	针对合法目标使用武力
-------	------------

17.45 – 18.00: 主席总结发言

19.30: 晚宴

2012年1月27日 星期五

8.00 – 10.00: 针对暴乱、犯罪、企图逃跑和武装冲突中违抗军令等不同情况使用武力

案例分析2	武装冲突局势中的骚乱
案例分析3	打击犯罪

10.00 – 10.15: 茶歇

10.15 – 12.15: 针对暴乱、犯罪、企图逃跑和武装冲突中违抗军令等不同情况使用武力 (续)

案例分析4	关押中企图脱逃/关押中的暴动
案例分析5	检查站

12.15 – 13.15: 午餐

13.15 – 14.00: 总结基于案例分析讨论得出的结论

14.00 – 15.45: 使用武力前、后的相关问题

邀请专家就与 (执行行动前之) 预防义务以及使用武力后之调查义务相关的问题进行辩论，要谨记我们所做的案例分析。

15.45 – 16.00: 主席总结发言

(从16.00起：离会前往机场)

附录二：参会人员名单

专 家

	名字	姓	职务 - 头衔	国籍
先生	Kirby	ABBOTT	北约组织，欧洲盟军最高司令部， 上校、助理法律顾问	加拿大
女士	Olga	CHERNISHOVA	欧洲人权法院诉讼办，法律部 主任、博士	俄罗斯
先生	Robert	CHESNEY	德克萨斯大学法学院，法学教授	美国
先生	Robert	GOLDMAN	美利坚大学华盛顿法学院，教授及 路易斯·詹姆斯学者	美国
先生	Juan Carlos	GOMEZ RAMIREZ	哥伦比亚空军，航空军事学院 校长，上校	哥伦比亚
先生	Richard	GROSS	美国陆军，参谋长联席会议主席的 临时法律顾问	美国
先生	Christof	HEYNS	比勒陀利亚大学，人权法教授及联 合国法外处决、即审即决或任意处 决问题特别报告员	南非
先生	Richard	JACKSON	美国陆军，战争法问题特别 助理、上校	美国
先生	David	KRETZMER	耶路撒冷希伯来大学，名誉退休 教授	以色列
先生	Liron	LIBMAN	以色列国防军，军事法律顾问 总部，国际法处前处长，上校	以色列
女士	Yan	LING	中国政法大学，国际法教授	中国
先生	Noam	LUBELL	埃塞克斯大学，国际武装冲突法 教授	英国
先生	Djamchid	MOMTAZ	德黑兰大学，国际公法教授	伊朗
先生	Cameron	MOORE	皇家澳大利亚海军法律官员，海军 中校及新英格兰大学法学院、职业 学院，高级讲师	澳大利亚
先生	Milad	NASRALLAH	黎巴嫩国内治安部队，少校	黎巴嫩
先生	Claudio	PIEDRA BUENA	阿根廷联合和平行动训练中心 (CAECOPAZ) 主任，上校	阿根廷
女士	Elizabeth	SALMÓN	秘鲁罗马天主教大学民主与人权研究 中心 (IDEHPUCP) 学术主任，博士	秘鲁
先生	Marco	SASSÒLI	日内瓦大学，国际法教授	瑞士
先生	André	VIANNA	圣保罗州宪兵队，退休上校	巴西
爵士	Michael	WOOD	联合国国际法委员会委员	英国
先生	Marten	ZWANENBURG	荷兰国防部，高级法律顾问，博士	荷兰

2012年1月25日

ICRC

	名字	姓	职务 - 头衔
先生	Kunt	DOERMANN	法律司司长, 主席, 博士
女士	Cordula	DROEGE	法律司, 专题研究处, 法律顾问, 博士
先生	Tristan	FERRARO	法律司, 专题研究处, 法律顾问, 博士
女士	Gloria	GAGGIOLI	法律司, 专题研究处, 法律顾问, 博士
先生	Jean-François	QUÉGUINER	法律司, 专题研究处处长, 法律顾问, 博士
女士	Kathleen	LAWAND	法律司, 武器处处长
女士	Jelena	PEJIĆ	法律司, 专题研究处, 高级法律顾问
先生	Yves	SANDOZ	大会委员, 教授
先生	Philip	SPOERRI	国际法与合作部部长, 博士

2012年1月25日

附录三：弗朗索瓦丝·汉普森的书面发言*

欧洲人权法院判例法与武力使用问题¹

1. 概述——几点提示

我认为本次会议将探讨在对武装冲突或可以称之为武装冲突的期间内使用武力的问题进行分析时，何时应依据人道法，何时又应依据执法/人权范式。这就要求我们仔细考虑人道法和人权法的实质内容。我推测武装冲突期间大多数违反人权法的杀戮行为同时也违反了人道法。这当然来源于我在土耳其东南部地区的经历，在车臣的情况也是如此。换言之，在实践中，无论援引何种规则都要使其得到遵守。并不是说国家违反了人权法是因为它们不当适用了人道法。也就是说，在很多局势中，哪种是适当的分析框架确实(或者被认为)是不清晰的。

我认为人道法和人权法在分析方法上的关键区别在于前者允许根据身份来确定攻击目标²。这意味着，一个人因为其具有一个团体的成员资格而成为攻击目标，无论该团体是敌对方武装部队还是该个人在其中负有持续作战职责的有组织的武装团体。³而一般来说，人权范式只允许基于该个人的行为而对其加以攻击。⁴

当思考人权法时，本次会议需要考虑的不仅仅是区域性人权法院有拘束力的判决以及人权事务委员会依据《公民及政治权利国际盟约第一任择议定书》做出的权威决定，还应注意咨询意见、对国家报告的结论性意见和那些机构的一般性评论，以及注意特别程序的运作和拥有类似权限的机关(譬如欧洲理事会人权专员)。⁵

至关重要的是，在审视人权机构的判例法时，本次会议要区分两个完全不同的问题。

司法或准司法人权机构完全有资格就违反人权法的行为做出权威决定。在做出决定时，它会对该项权利的不同构成要素给出权威意见。人权机构调查的死亡案件本来就可能发生在

* 本文作者在许多案件中担任申诉方的诉讼代理人，这些案件涉及：发生在土耳其东南部地区(诸如Ergi, Akkum, Akan和Karakoc等地)的杀戮案件；像Tanrikulu, Akkoc, Kaya, Kilic这样“犯罪人不明”的杀戮案件；像Salman和Tas这样拘留中死亡的案件；像Cakici, Ertak和Akdeniz这样失踪和推定死亡的案件。此外，她还处理过涉及酷刑、非法拘禁、损毁住宅、破坏财产和寻求救济之权利的案件。在Bankovic案中，她还是申诉方的诉讼代理人之一。她还代表塞浦路斯共和国政府，介入Varnava v. Turkey一案。

¹ 弗朗索瓦丝·汉普森(Françoise Hampson)在本次专家会议召开之前准备了这份书面报告，她无法出席本次会议并做关于欧洲人权法院判例法与武力使用问题的报告。必须指出的是，这份报告并非一篇学术论文，而是作者想要与参加本次会议的专家们分享的几点思考。

² 即蓄意针对其开火而非仅仅是阻遏其攻击，无论能否预见到会发生这种攻击。

³ ICRC，《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，尼尔斯·梅尔泽起草于瑞士日内瓦，2009年5月(以下简称ICRC《直接参加敌对行动指南》)。一些人之所以反对ICRC《直接参加敌对行动指南》，就是因为该个人负有持续作战职责这一要求。而条约中关于直接参加敌对行动的定义(除非该个人直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时)则似乎是基于行为。《解释性指南》重新定义了该概念以便包含身份标准，同时又对那些不属于有组织武装团体或只是偶尔承担作战职责的人维持行为标准。因此，《解释性指南》对本次专家会议要审视的问题有着巨大影响。See further, F. Hampson, "Direct participation in hostilities and the interoperability of the law of armed conflict and human rights law", *International Law Studies*, Vol. 87, US Naval War College, 2011, p.187.

⁴ 正如下文所述，依据3个人权条约，也许有可能涵盖在武装冲突中凭借身份来确定攻击目标的情形且无需修改条约。不过《欧洲人权公约》无法做到这一点。

⁵ 欧洲人权法院面临的挑战之一是它无法就实质性的人权问题提供咨询意见，无法接受国家的报告，而且也无法做出一般性评论。因此，它没有机会在其审理的个案框架外向自己提出这些一般性问题(譬如人道法和人权法之间的关系)。不过在具体案件中，它能够并且也确实问过自己这些一般性问题，但风险是案件的特异性可能会导致对一般性看法的曲解；详见下文。

武装冲突期间。但这并不意味着，人权机构要考虑人道法或者要问自己适当的分析框架究竟是人道法还是人权法。

不能只因为人权机构使用了在人道法语境中更为常见的词汇（如平民）就认为它将人道法纳入了考虑范畴。⁶

本次会议必须考虑到人权机构的判例法，因为它是个人指称武装冲突中造成非法死亡时最常利用的工具。不过，我们必须区分仅基于人权法且根本不涉及人道法的案例与那些决定要求该机构确定适用人道法抑或人权范式的案例，即使最后，该机构仅有权认定侵犯人权法的行为。关于后者，一个经典的例子是美洲人权委员会处理的阿韦利亚案。⁷该委员会主动确定人道法具有相关性，使用了与人权法没有明显关系的人道法概念（使用白旗；使用非法武器）并解释了为什么即使在据说属于《日内瓦公约》共同第3条范畴的局势中，这些概念也具有相关性。在将人权机构做出的决定视为与本次会议讨论的问题具有相关性之前，就有必要在决定中表明

- 人道法可能具有相关性；
- 或者人道法事实上毫不相关；
- 或者人道法实际上是相关的。

希望人权机构也会给出其所做决定的理由。在该机构此前没有涉及上述问题的情况下，作为先决事项，它可能需要解决如下问题：是否可以考虑人道法，人道法是否包括条约法和习惯人道法规则，何时应考虑人道法以及如何考虑人道法。

据此，欧洲人权法院的判例法只在具体分析人权法的要求时才具有相关性。它从未曾触及人道法与人权法之间关系的实质，无论是人道法具有相关性抑或是它应当如何考虑人道法。这种情况即将改变。在格鲁吉亚针对俄罗斯提起的第二个因武装冲突引发的国家间诉讼中，俄罗斯就主张欧洲人权法院没有管辖权，因为这些问题应由人道法来调整，从而取代了人权法的适用。在其可受理性的决定，该法院判定人道法可能具有的相关性是案件实质阶段的问题。⁸

这些简短评论将涉及《欧洲人权公约》的有关规定、相关权利的详细分析框架以及欧洲人权法院处理在人道法可能适用的局势中涉及死亡案件的判例法。

2. 《欧洲人权公约》中与使用潜在致命武力相关的条约规定

《欧洲人权公约》的有关规定不同于其他条约中的类似规定。《公民及政治权利国际盟约》、《非洲人权和民族权宪章》以及《美洲人权公约》均禁止任意杀戮，而且该规定不可克减。⁹但和平时期的任意杀戮并不必然等同于武装冲突时期的任意杀戮。因此，如果人权机构在界定冲突局势中的任意杀戮时希望考虑人道法，上述公约的规定并不构成障碍。

⁶ ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, para. 79: “……国家的责任并不局限于有重要证据表明国家工作人员的错误开火导致平民被害的情况。如果他们在针对敌对团体的安全行动中选择手段和方法时没有采取一切可能的预防措施，以期避免，并无论如何，减少平民生命附带受损失，国家也可能要对此负责。详见下文。

⁷ IACommHR, *Abella v. Argentina*, 18 November 1997.

⁸ ECtHR, *Georgia v. Russia II*, 13 December 2011.

⁹ 克减允许一国在特定的情况下修正某些人权义务的范围。对国家来说这是一种可用的手段。如果国家不援引有关克减的规定，人权机构也不会主动这样做。这不像从法律上讲适用于特定情况的人道法。人道法并非国家援引才会适用。

但这并不适用于《欧洲人权公约》。其第2条只列出了国家机构可诉诸潜在致命武力的理由。¹⁰ 这些理由均基于目标人员的行为，体现出法律和秩序范式的本质。要基于这样一种理由开火必须达到的标准是：武力的使用是“绝对必要的”。¹¹

在战时或其他威胁国家生存的公共紧急局势中，一国可能会通过在第2条中纳入“合法战争行为”而对该条加以修正。但还没有国家曾试图援引该条。¹²

《欧洲人权公约》的措辞使欧洲人权法院无法将人道法纳入考虑，而这完全是因为对条约的解释问题。正如下文所述，法院还可以通过其他方式来做到这一点。

这次就像其他人权条约一样，第2条专门要求各国保护生命权。

3. 对依据《欧洲人权公约》被指称的非法杀戮行为进行分析的框架

如果被指称的侵犯人权行为发生在有系统或大规模违反人权法的背景下，那么最重要的问题通常是确定事实。如果事实与申诉人指称的一致，通常就确实存在违反人权法的行为。这种情况一般体现为有罪不罚，至少在国内层面是如此。在这种情况下，一般缺乏对国内或国际法足够的重视，因为国家安全机构不希望遭受质疑。人权事务委员会、非洲人权委员会及美洲人权委员会和美洲人权法院的大量经验均与这类情况有关。欧洲人权法院的经验则有所不同。它包括了这类情形，即被指称的非法杀戮行为发生于总体上尊重法律并且国内救济总体有效的背景下。这意味着前欧洲委员会和欧洲人权法院经常处理介于非法与合法杀戮行为之间的案件。欧洲人权法院的判例法提供了对相关概念丰富且详尽的分析。

(1) 杀戮的背景

杀戮行为发生的背景可能对案件的处理有着重大影响，特别是在开始评估必要性和比例性的时候。背景情况包括有计划的拘留行动¹³、其他有计划的行动¹⁴以及预期中毫无必要开火的情形。一个行动计划得越充分，法院就越希望该国找到尽可能不必开火的方式。譬如，如果一国正试图挫败一场银行劫案，它不能只是在临近的屋顶上配置狙击手，因为这样的话，向劫匪开火就成为阻止他们的唯一方式。依据《欧洲人权公约》，实际开火之人的行为不会违反公约，而是国家计划实施这一行动的方式可能违反公约。¹⁵ 至于相关的安全部队是警察、宪兵还是武装部队，看起来似乎并无影响。尚不清楚的是，法院在处理因使用空中威力而造成的死亡案件时，是否与处理地面部队造成的死亡案件有所不同。¹⁶

¹⁰ 《欧洲人权公约》第2条规定：“任何人的生命权都应当受到法律的保护……如果使用武力剥夺生命是绝对必要的情况下，不应视为与本条的规定相抵触：(1) 防卫任何人的非法暴力行为；(2) 为执行合法逮捕或者是防止被合法拘留的人脱逃；(3) 为镇压暴力或者是叛乱而采取的行动。”如今，欧洲人权法院很可能把如此高的门槛适用于第二个理由（正在实施犯罪或脱逃），从而实际上使其不再成为诉诸潜在致命武力的正当理由。

¹¹ 这看起来似乎是比“合理必要性”更高的门槛，但也可能是没什么差别的不同用语；see ECtHR, *Stewart v. United Kingdom*, 10 July 1984.

¹² 这是有限的克减规定还是抗辩并不是很清晰。它单独规定在《欧洲人权公约》第15条关于克减的条款中。

¹³ E.g. ECtHR, *Gül v. Turkey*, 14 December 2000.

¹⁴ 譬如 *Ergi* 案，前注6，安全部队被指称试图伏击库尔德工人党，阻止其向一个村庄渗透。

¹⁵ ECtHR, *McCann and others v. UK*, 27 September 1995. 该案（直布罗陀杀戮事件）很好地诠释了这一点。法院查明，英国空军特种部队在直布罗陀的行动中向已知的恐怖分子开火的行为没有违反公约，但制定整个行动计划的方式违反了公约，因为没有采取充分的措施减少使用潜在致命武力的必要性。

¹⁶ ECtHR, *Isayeva and others v. Russia*, 24 February 2005. 除了这个臭名昭著的案件以外，还有其他案件涉及空中威力，用人道法术语来说，甚至是在所谓的非国际性武装冲突中。其中一些已经友好协商解决，e.g. ECtHR, *Isiyok v. Turkey*, 3 April 1995.

(2) 被害人必须死亡才能援引第2条吗？

使用潜在致命的武力未必导致死亡。有人原本认为，这意味着该规定适用于危及生命的攻击。在伊尔汗诉土耳其案中，被害人被当场包围，安全部队掉转武器，用枪托击打他的头部。被害人的大脑因此遭受永久性损伤，导致半边身体瘫痪。欧洲人权委员会大部分成员都认为这违反了第2条。然而，欧洲人权法院却判定第2条不适用，该案必须依据第3条加以分析（禁止非人道的或侮辱的待遇）。在本文作者看来，这一判决是错误的。

(3) 可能诉诸潜在致命武力的理由

这些理由必须明确、具体、详尽且不言自明。¹⁷

(4) 基于合法理由诉诸潜在致命武力的标准

绝对必要标准适用于开火行为而非对所使用武力的分析。后者要依据比例性的要求来加以审视。无论“绝对必要”是何含义，很显然它都是一个高门槛。¹⁸

(5) 比例性

《欧洲人权公约》并未提及比例性原则，但可通过条约解释解读出该公约包含这一要求。它赋予欧洲人权法院一定的灵活性，使其能够考虑到案件的所有情况。它适用于使用武力的方式。比例性的概念至少涵盖3个方面。其一，给被害人造成的损害必须与该被害人给他人带来的风险相称。¹⁹其二，就带给周围其他人的风险而言，尽管公认这种风险难以消除，也必须尽量注意以尽可能降低该风险。考虑到带给旁观者的风险，很显然不加区分地开火是非法的。²⁰其三，所使用的武器也与比例性评估相关。²¹

对保护生命权之构成要素的分析相当复杂，但同时它在实际情况中的适用有时又出人意料。在实际不存在开火理由时，欧洲人权法院有时会以不符合比例性原则为由做出判决。²²或许法院觉得，对于申诉方来说，这样做的结果是一样的，同时又不会招来国家的不满。有时这种偷梁换柱的做法可能更有戏剧性且更成问题。在厄兹坎案中，一名小女孩在村庄遭袭期间于家中受伤死亡。²³法院似乎想要确保让国家为其死亡负责，但可能又害怕陷入对攻击村庄的事实进行错综复杂的分析。申诉方律师主张她死于不分皂白地使用武力。而法院则关注安全部队进入村庄时到底发生了什么。村民们被集中在一起，并被分为两组。安全部队只是询问是否有人需要医治，但没有四处巡视去检查每个人的情况。小女孩的母亲也什么都没说，这在当时的情况下可能并不出人意料。如果安全部队没有询问是否有人需要医治或者他们没有提供任何必要的医疗服务，这就恰好是一个《欧洲人权公约》项下的问题。²⁴然而，他们确实询问了。法院认定，国家要为其自身未能确定治疗是否必要而负责。法院似乎以在

¹⁷ 见前注10。

¹⁸ 见前注11。

¹⁹ 这与武装冲突法中比例性原则的含义有显著区别；see further N. Lubell, “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 737, December 2005.

²⁰ *Ergi*案，前注6，以及下文的讨论。

²¹ 在*Gül*案（前注3）中，国家被判定对非法示威期间使用实弹造成的一起死亡案件负责。欧洲人权法院明确说，该国本来应该使用如催泪瓦斯等有效的控暴装备。另见*Stewart*案，前注11（使用了橡皮子弹）。

²² E.g. ECtHR, *Haran v. Turkey*, 26 February 1996. 欧洲人权委员会进行了事实调查听证。该案已经友好协商解决。

²³ ECtHR, *Ozkan and others v. Turkey*, 6 April 2004.

²⁴ 例如，见*Gül*案，前注13。在欧洲人权法院最近的案件中，获得有效医治是一个重要问题。ECtHR, *Finogenov & Others v. Russia*, 20 December 2011（莫斯科剧院人质事件）。

医疗方面为国家施加沉重的义务而告终，而并非认定国家要为不分皂白使用武力所造成的死亡负责。

法院审查是否存在侵犯生命权的行为，但一般不调查这种侵权行为如何以及为何发生。如果其目标之一是为了降低再犯几率的话，那么结果令人遗憾。譬如，在许多案件中，了解部队开展行动时遵守的交战规则将会有所帮助。

(6) 保护生命权与实际保护措施

总体而言，一国通过制定适当的法律以及确立实施这些法律的治安与法院制度来保护生命权。例外情况下，如果一个人表现出他们正身处特定风险之中，可能就需要采取实际保护措施。²⁵

(7) 保护生命权与调查任何可疑死亡案件

为了保护生命权，就需要国家针对任何可疑的死亡案件展开迅速而有效的调查。²⁶ 这既包括国家机关导致的死亡，也包括第三方导致的死亡。²⁷ 为了保证有效性，调查必须独立，这在嫌犯是警察或武装部队成员的情况下尤其重要。如果必须在冲突区域开展调查，重要的是，法院在确定调查应满足的要求时，应考虑到现场情况的影响。²⁸

如果有人指称诉诸致命武力是基于歧视，那么调查不仅必须审视杀戮行为本身，还必须审视关于歧视的特别指称。²⁹

4. 在人道法相关或可能相关的情况下使用潜在致命的武力

欧洲人权法院已处理过人道法可能或确实相关的案件。其中包括申诉方提出人道法相关的案件。这些案件涉及国际性武装冲突。在土耳其入侵并占领塞浦路斯领土后两国之间产生的大量诉讼完全是由前欧洲人权委员会处理的，但还有一个涉及塞浦路斯的国家间案件是由其国民提起的，并起因于该冲突。³⁰ 臭名昭著的班科维奇案就起诉了北约组织的所有欧洲成员国。³¹ 申诉方在其诉状中，就与第2条、第10条和第13条有关的问题大量援引了人道法。最近，格鲁吉亚诉俄罗斯的第二桩案件既涉及国际性武装冲突也涉及非国际性武装冲突。³²

欧洲人权法院也开始更频繁地处理在如下局势中发生的案件，即包括ICRC在内的许多机构均主张可适用人道法的局势，即使国家不承认这一事实。这不同于国家正在处理一个国内的紧急事件。其中就包括北爱尔兰局势，在该局势中，英国虽否认《日内瓦公约》的可适用性，但允许ICRC以《红十字国际委员会章程》规定的提供服务的权利为基础去探视因冲突

²⁵ ECtHR, *Osman v. United Kingdom*, 28 October 1998. 关于该原则的适用，see ECtHR, *Kaya v. Turkey*, 28 March 2000 and ECtHR, *Kilic v. Turkey*, 28 March 2000. 应该指出的是，在上述两个案件中，可以推知一些国家共谋的措施。换言之，个人面对的风险来自国家机关或国家机关控制下的人。

²⁶ 关于《欧洲人权公约》第2条框架内的调查义务，有大量判例法存在于土耳其东南部地区局势和车臣局势产生的案件中。

²⁷ 包括有组织武装团体的成员导致的杀戮。人权法仅约束国家，而非国家行为者可能会由于国家保护人民免遭这类人员侵犯人权的义务而间接受到约束。

²⁸ See e.g. ECtHR, *Al-Skeini v. United Kingdom*, 7 July 2011，该案涉及对伊拉克巴士拉发生的杀戮事件的调查。

²⁹ 例如ECtHR, *Nachova & Others v. Bulgaria*, 26 February 2004 (一部) and 6 July 2005 (大审判庭)；大审判庭的判决较之审判庭的判决更具约束力。

³⁰ 在涉及入侵行为的案件中，没有专门就武力使用提出问题。有个别案件涉及了土耳其作为占领国使用武力的问题，见脚注36及其对应正文。

³¹ ECtHR, *Banković and others v. Belgium and 16 other members of NATO*, 12 December 2001.

³² 见前注8。

而被拘留的人。还包括20世纪90年代土耳其东南部地区的局势，在该局势中，土耳其也否认《日内瓦公约》的可适用性。而就车臣局势而言，有必要区分第一次和第二次车臣战争。俄罗斯宪法法院确定《第二附加议定书》适用于第一次车臣冲突但也承认没有采取任何实施该议定书的国内措施。³³ 在国际层面，俄罗斯否认《日内瓦公约》适用于第二次车臣战争。自9·11事件至今，俄罗斯一直主张它在对付恐怖主义和犯罪行为。在车臣局势中产生的与《欧洲人权公约》有关的案件均涉及第二次车臣战争。

简言之，欧洲人权法院有很多机会处理人道法与人权法之间的关系或人道法与其自身人权判决的相关性问题，但它没有选择这样做。

(1) 这产生了两方面的问题。首先，欧洲人权法院应当和(或)可以考虑人道法吗？其次，如果不考虑人道法会对结果有影响吗？欧洲人权法院应当/可以考虑人道法吗？

国际法院的观点是，某些局势仅受人权法规制，某些仅受人道法规制，而某些受二者共同规制。³⁴ 某些局势仅受人道法规制的事实并不意味着人权机构没有管辖权，因为国际法院也判定人权法适用于所有情况而仅受克减规定的制约。如果人道法单独适用，人权机构大概只能在有违反人道法的行为时查明违反人权法的行为。如果人道法和人权法同时适用，那么人道法就属于特别法，无论特别法的含义为何。据此，欧洲人权法院应当考虑人道法。

正如上文所述，至少就第2条而言，《欧洲人权公约》的起草意味着法院因为条约解释问题而不能考虑人道法，除非国家援引“合法战争行为”这一事由。然而，法院还是能够通过其他方式做到这一点。欧洲人权法院总是采取这种方法，即《欧洲人权公约》处于国际法的体系之内，在解释该公约时需要考虑其他国际法规则。最明显的例子莫过于承认国家可以采取主权豁免，而这样做会导致个人无法就酷刑提起国内诉讼。³⁵ 尚不清楚的是，法院是否会区分关于国际法律制度运作方面的国际法规则(譬如渊源、条约法方面的规则、主权豁免等)，是否也会纳入诸如人道法等其他国际法实体规则。不过，并没有迹象显示法院会进行此类区分。

法院经常主动援引《维也纳条约法公约》，但这并未引起争议。当法院处理主权豁免的可适用性时，至少是有一个当事方已经提出该问题，并且明显该问题就是案件的核心所在。

似乎在相同基础上，法院似乎可以考虑人道法，而且可以主动这样做。

(2) 如果欧洲人权法院在涉及使用潜在致命武力的案件中考虑了人道法，那么会对案件的判决产生怎样的影响？

由于土耳其入侵塞浦路斯而引发的案件并不涉及具体的杀戮行为。普遍公认的是，人权法适用于被占领土，至少在占领已经确立且未受到军事上抵抗的地区。人权法已适用于在这一背景下发生的杀戮行为。³⁶ 这些案件涉及占领者维持法律和秩序的责任，而非针对占领者的有组织武装对抗。班科维奇案以其他理由被宣布不具备可受理性。³⁷ 迄今为止，人道法本

³³ Judgment of the Constitutional Court of the Russian Federation of 31 July 1995 on the constitutionality of the Presidential Decrees and the Resolutions of the Federal Government concerning the situation in Chechnya, European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe, CDL-INF (96) 1.

³⁴ ICJ, Advisory Opinion on the *Legality or Threat of Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996, para. 25; ICJ, Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004, para. 106; ICJ, *Case concerning armed activity on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19 December 2005, paras. 216–220.

³⁵ ECtHR, *Al-Adsani v. UK*, 21 November 2001.

³⁶ ECtHR, *Isaak v. Turkey*, 24 June 2008 (在缓冲区发生的杀戮案件).

³⁷ 申诉方被判定不在被告方政府的管辖权范围内；换言之，该案取决于人权法的域外适用范围。

可产生影响的案件均发生于非国际性武装冲突中。而在所有那些非国际性武装冲突中，被告方政府均不承认人道法的可适用性，也没有援引人道法。

在本讨论中，我们假定人道法一般禁止杀害处于另一方权力之下的人。³⁸ 这包括羁押于拘留场所的人以及被安全部队成员包围的人（无论其是否为武装人员）。换言之，适用人道法或人权法会产生相同的结果。土耳其东南部地区的局势和车臣局势中发生的大多数案件都属于此类。

如果说可能存在不同的结果，那就是在安全部队与有组织的武装抵抗分子之间发生冲突期间有人被杀。在这种情形下，人道法禁止以没有直接参加敌对行动的人为攻击目标，并要求采取预防措施以保护平民。人权法也有类似的要求。但这并不意味着，二者的适用会得出相同的结论。在这一背景下，很适合参考*Ergi*和*Isayeva & Others*以及*Isayeva*案。³⁹ 最显著的差别就在于，人道法允许某些人权法所禁止的行为。最明显的例子就是基于身份来确定攻击目标。

国际法院的判决并不局限于人道法的适用会影响结果的情况。如果要适用人道法，那么即使会产生与适用人权法相同的结果也一样要适用。而人权法的标准，至少是欧洲人权法院所适用的标准，可能比人道法更加严格。尚无法确定的是，在*Isayeva & Others*案中袭击车队的行为违反了有关攻击中预防措施和比例性原则的人道法要求，尽管他们确实提出了那些问题。还应指出的是，法院认为*Isayeva*案中的袭击发生在“战时以外”。⁴⁰

人权机构可能不愿意削弱现有的保护水平。而在落入日内瓦四公约之共同第3条范畴内的局势中，这将是适用关于作战手段和方法的习惯规则的结果。

³⁸ 存在例外情况，诸如防止脱逃以及处置该国控制之下但尚未投降以及进行抵抗的人。

³⁹ *Ergi*案（前注6）必须谨慎地予以处理。其法律分析与查明的事实并不相符。为了理解这个问题，有必要读一下1997年5月20日欧洲人权委员会的报告。考虑到建筑物的精确轮廓和地形，杀死Havva Ergi的子弹本来就只可能来自一个特定的方向。委员会接受了附于该报告之后的示意图，这份示意图确认安全部队曾出现于相关地区。土耳其没有在任何方面暗示库尔德工人党也曾出现于该地区。委员会本应查明杀死Havva Ergi的一枪来自安全部队，而且接着本应审查安全部队是否进行了不分皂白地射击。然而正相反，委员会只查明有可能是安全部队开了那一枪。委员会接着在更宽泛的基础上确认土耳其的责任，但该依据与事实相悖。因为示意图已确认安全部队曾出现在两个地方，事实上他们已然采取预防措施保护村庄免遭池鱼之殃。如果库尔德工人党从西北方向接近，那里就有部队。如果他们从东北方向接近，那里的南部和村庄的东部就有安全部队。土耳其政府宣称，他们仅在村庄的西北方向部署了部队。但上述地图揭穿了土耳其政府的谎言。如果土耳其政府所说的是真实的，那么村庄就会暴露在交叉火力之下。*Isayeva and others*案（前注16，第178段）则涉及针对车队的空袭。“本法院同意，在相应时间内存在于车臣的局势要求为了国家采取非常措施以赢回对该共和国的控制并镇压非法的武装叛乱。这些措施可能包括使用装备了重型作战武器的军用航空器。本法院还准备同意，如果这些飞机遭受非法武装团体的攻击，就可能会成为政府武装力量使用致命武力的正当理由，从而落入《欧洲人权公约》第2条第2款的范畴。”欧洲人权法院在确认事实方面有相当大的困难。特别是，他们不可能证实政府所称的飞机遭受来自车队的攻击。“但是，考虑到在相应时间内车臣冲突的背景，本法院将随后假定，军方有合理的理由认为存在来自非法叛乱分子的攻击或攻击的风险，而空袭是对该攻击的合法回应。因此，假定使用武力可以说是为了追求公约第2条第1款第1项列明的目的，本法院就要考虑这类措施是否对实现该目的来说只不过是绝对必要。因而，依据当事方提交的信息并考虑到前文列举的原则（见前文第168-173段），本法院还要进一步审查计划的制定与行动的实施是否符合公约第2条。”（第181-182段）“总而言之，即使假定军方在1999年10月29日发射的12枚S-24型非制导空地导弹是为了追求合法目的，本法院也无法同意于Shaami-Yurt村附近开展的行动在计划和实施上已对平民人口的生命尽到了必要的照顾。”（第199段）欧洲人权法院在*Isayeva v. Russia*案（2005年2月24日）中的分析也大体相似。法院得出的结论是，针对Katyr-Yurt村的行动并非是自发的（即是有计划的）。“飞机显然在默认情况下都携带了杀伤半径超过1000米的FAB-250和FAB-500重型高爆航空炸弹。按照现役军人的说法，炸弹及其他非制导重型作战武器被用于攻击村庄的中心和边缘地带。”（第190段）“本法院认为，在战时以外且没有事先撤离平民的情况下在平民聚居的地区使用这类武器，不可能符合在一个民主的社会中对执法机构所预期的谨慎程度。”（第191段）

⁴⁰ 同上。

通过大胆的断言，我的建议是：

- 如果可适用人道法而国家却否认其可适用性且/或不加以援引，那么人权机构就应在法律上确认其可适用性，但要表明被诉国家已选择依据更高的标准进行裁判，从而应适用人权法，包括克减条款；
- 如果被害人死亡时处于国家机关的拘留或实际控制之下，人权机构就应适用人权法。它可以通过参考人道法来加强其分析；
- 如果杀戮行为发生在普通警察执法的环境下，即使存在武装冲突的背景，人权机构也应适用人权法。在适用必要性和比例性原则时，人权机构可以考虑冲突的背景（不同于适用人道法）；⁴¹
- 如果杀戮行为发生在军事行动的背景下，但战斗的烈度尚未达到适用《第二附加议定书》门槛的地步，人权机构就应适用人权法及人道法中的禁止性规定而非人道法中的许可性规定；
- 只有杀戮发生在满足适用《第二附加议定书》之实质条件的非国际性武装冲突的军事行动期间，人权机构仅应在违反人道法的情况下查明违反人权法的行为；
- 如果杀戮发生在国际性武装冲突的军事行动（即非警察行动）期间，人权机构仅应在可能违反人道法的情况下查明违反人权法的行为。

本文并没有解决什么构成治安行动而什么又构成军事行动的问题，即本次会议的主题。本文仅有助于强调本次会议所要处理之问题的重要性。欧洲人权法院现有的判例法完全无法提供帮助。它并没有解决这一问题。格鲁吉亚与俄罗斯之间的案件极具重要性。欧洲人权法院必须先处理人道法与人权法之间的关系问题。然后它也就必须处理国际性与非国际性武装冲突中的行为问题，包括并不必然与军事行动中的行为相关的活动。迫切地需要真正能“通晓”人道法和人权法的组织作为良好的法庭之友来陈述意见。

⁴¹ 见注39讨论的两起针对俄罗斯的案件，均非常重视背景因素。假定发生的情况属于警察行动，欧洲人权法院似乎已分析出所使用各类武器的合法性。

附录四：胡安·卡洛斯·戈麦斯·拉米雷斯的发言摘要

对《哥伦比亚军事行动法律手册》(2009年) 的思考

在过去数十年，哥伦比亚政府一直深受来自游击队叛乱和贩毒集团的困扰。从1998年起就开启的和平进程却在2002年以失败告终。继该进程于2002年宣告失败后，政府就发起了对哥伦比亚非政府武装团体的进攻。军队人数从30万增加到42万。2006年，在属于准军事团体的3万人被遣散后，安全状况有所改善。从2006年起，有组织的非政府武装团体的势力有所削弱，甚至在该国的某些地区被彻底击败。军事行动的环境从明显的敌对行动(2002-2006年)转变为以打击犯罪为主的行动(2006-2008年)，这对军队构成了真正的挑战。与此同时，由于安全环境的改善，在哥伦比亚生活的人们有了更多行使权利的机会。他们可以在没有报复风险的情况下提起法律诉讼。哥伦比亚的公共机构——特别是法律部门——变得越来越强大。在这种情况下，在哥伦比亚法院就军人违反国际人道法和人权法事由提起诉讼的数量也有所增加。

为了解决这种状况，哥伦比亚国防部采取了许多措施——包括制定人权政策和一部《行动法律手册》——以帮助指挥官规制武力的使用并为士兵提供适当指导，同时防止出现违反国际人道法和人权的行为。《行动法律手册》由学者和军事专家共同起草，并于2009年出版。

2009年的《手册》主要包括3章。第一章是法律部分。它介绍了哥伦比亚的局势，并断定该局势涉及到国际人道法与人权法的平行适用；然而，出于政治原因，当时哥伦比亚政府尚未承认在该国存在非国际性武装冲突。¹其结果是，2009年《手册》没有提及《日内瓦公约》的《第二附加议定书》(哥伦比亚于1995年8月14日就已加入该公约)。

2009年《手册》的第二章介绍了在哥伦比亚当前局势下的具体交战规则。在热烈讨论和谨慎分析后，《手册》的作者根据两套卡片制定了交战规则。这两套卡片即所谓的“蓝卡”和“红卡”。“蓝卡”涉及在需要启动武力升级程序的执法情形下关于使用武力的规定；而“红卡”涉及在面对军事目标时，在军事行动中关于使用武力的规定(例如敌对行为)。起草者之所以提到这两套卡片是因为他们希望建立一个简单明了的体系，以便所有士兵都易于理解和实施。

第三章包括关于一些具体议题的不同议定书，例如在战斗中俘获；如何应对战斗中的遣散；儿童兵的俘获/“康复”等等。

《手册》还包含一个图表，规定哪些团体应受到哪些卡片的调整。究竟是根据红卡还是蓝卡开展行动，这一决定则是由部队高层——即由指挥官在咨询法律顾问并考虑到相关政策后——做出的。在某些只存在有组织的非政府武装团体的地区，例如丛林里，一般会适用红卡。而在人口更稠密或敌人势力较弱的地区，指挥官可决定使用蓝卡。在此类案件中，敌方战斗员受到执法范式的规制。武装团体中的非战斗人员(例如，哥伦比亚革命武装力量的支持者与家人)也应适用蓝卡规则。另外，为了打击犯罪团伙(例如“BACRIM”——新准军事犯罪团伙成员，哥伦比亚政府认为其属于普通罪犯，但其作为潜在的非国际性武装冲突方的地位却存在争议)，哥伦比亚政府于2011年2月颁布指令，命令由军队和警察在执法范式(蓝卡)下对付这些团伙。

¹ 哥伦比亚政府于2010年承认存在非国际性武装冲突。

要回答2009年《手册》所产生的后果或影响这一问题，取决于从哪个角度来看。

在战略层面，可以认为《行动法律手册》是成功的。它有助于改变军事实践并确保更好地遵守人权法与国际人道法。这有助于减少在国内层面针对武装部队的人权诉讼。

然而，在战术层面，已经出现了一些批评。由于和平进程在2002年即已失败，哥伦比亚的行动环境已经发生了改变。鉴于过去对有组织武装团体的极力打击，如今，敌方的作战能力已大为削弱。由于新的行动环境，自2008年起所开展的大部分行动都受到蓝卡规则——也就是执法范式——的调整。军队对此转变表现出了一些不满。武装部队不习惯执行执法行动。他们认为此类行动应由警察实施。此外，他们很难理解在与敌对的有组织武装团体成员作战时，为何应适用蓝卡规则。空军对《行动法律手册》批评不多，因为空军的干预只适用红卡规则，即，只在涉及敌对行为的局势时加以干预。

2009年《手册》的出台加上行动环境的变化，不仅导致了执法行动的增加，而且该手册还改变了整个情报系统。现在，情报系统被用于更好地了解行动环境，并确保国际人道法和(或)人权法受到尊重。例如，在即将使用致命武力的军事行动之前，情报服务会对所策划行动的军事必要性和比例性进行评估。有关攻击计划的文件直至行动付诸实施时都是保密的。在行动后，军方会公开披露其中一些计划文件。如果军事指挥官受到刑事追诉，这些文件可构成有用的辩护工具。

在实践层面，卡片系统也提出了一些士兵装备方面的问题。哥伦比亚士兵通常只是配备步枪而没有配备执法装备。至于是应向士兵提供此类装备还是应增加警察人数，一直都是哥伦比亚国内在持续讨论的问题。

2011年10月，国防部设立了一个委员会，针对仍在哥伦比亚活动的非法团体所采取的战略予以审查。该委员会包括3个小组委员会：一个处理作战问题，一个处理情报，还有一个负责法律框架。前两个小组委员会已经完成了它们的工作，而法律问题还有待进一步讨论。关于2009年《手册》规定的交战规则还有一些争议。有些委员会成员主张保存蓝卡与红卡，而另一些则建议摒弃卡片制度，沿以下思路采取一套单独规则：(1) 在自卫时使用武力；(2) 适用武力升级程序；(3) 在面对军事目标时，可立即使用致命武力。

总之，2009年《手册》中的制度改善了哥伦比亚的局势。由于武装团体的势力渐微，且冲突逐渐平复，需要适用红卡的局势减少了，而大部分行动都需要适用蓝卡规则。

附录五：理查德·格罗斯的发言摘要¹

关于阿富汗冲突不同阶段的武力使用问题

阿富汗冲突最初是阿富汗塔利班政府和美国及其盟军之间的冲突。但当成功铲除塔利班政权后，它很快就转变为一场非国际性武装冲突。在2001年波恩会议之后，在现任总统卡尔扎伊领导下的临时政府上台，并根据（2001年）安理会第1386号决议创建了国际安全援助部队（以下简称“安全部队”）联盟，作为一个独立的多国组织协助阿富汗临时政权维持喀布尔及其周边地区的安全。2003年8月11日，北约负责领导安全部队的行动，自那时起，该联盟即作为北约领导下的一个正式机构开展活动。2003年10月，安理会第1510号决议将安全部队的使命扩展至负责整个阿富汗的安全。

就武力使用问题而言，对于在阿富汗的行动是适用执法范式还是敌对行为范式，很难给出一个直截了当的答案。对这个问题的回答可能因国而异，甚至因人而异。

安全部队联盟规制武力使用的规则确实很复杂，并且渊源不同。除了安全部队的交战规则和政策外，（目前）联盟的50个国家，每国都会适用其自己国内的警示规则，²将其本国的国内法及其国际义务（例如《欧洲人权公约》下的义务）考虑在内。因此不同国家需要遵守不同的规则，尤其是包括不同的自卫规则。这些不同的法律框架使行动计划每天都面临挑战。

针对异常复杂的法律框架背景，安全部队必须要制定相应政策，使武力的使用适合镇压叛乱的局势。回到2001-2002年，在阿富汗冲突初期，武力的使用典型属于敌对行为，后来，行动环境朝着镇压叛乱的方向转变，即努力维持稳定并为阿富汗政府提供支持，帮助其建立一个治理国家的安全环境。此外，包括美国在内的一些国家，针对仍在阿富汗开展军事行动的塔利班和基地组织展开反恐行动。

在镇压叛乱的行动中，赢得民心绝对是最重要的，因为叛乱分子希望人民去反对合法政府，以便获得对该国的控制。有时，在这种环境中使用武力似乎恰恰难以赢得民心民意。例如，当安全部队受到来自一栋建筑物或院子里的火力攻击，有时他们必须进行自卫，在符合军事必要性和比例性原则的情况下，要求实施空中打击来摧毁这栋建筑。这一应对措施尽管合法却可能适得其反，因为这样做通常会使得群众反对联盟，并导致更多的平民支持敌军。这就是著名的所谓“叛乱者数学”：杀害两个叛乱者会产生十几个叛乱者，因为这两个叛乱者的亲朋好友可能会因为他们的死而与安全部队为敌。

为应对这一局势，2009年，麦克里斯特尔将军下达了战术指令。³该战术指令是一项下达给指挥官的政策机制，目的是让他们能够考虑到某些行动更广泛的后果。这一指令通过许多情况下要求士兵撤离或使用小武器火力，从而减少空袭。尽管围绕这一指令有许多争议——有些人认为该指令束缚了士兵的手脚，但这一战术指令的确在大幅减少平民人员伤亡方面起到了效果。

¹ Richard Gross的发言稿是基于其在阿富汗服役期间在战略和作战层面的亲身经历，特别是其作为国际安全援助部队的首席法律顾问和2009年与2010年美军法律顾问的经历。

² 警示性规定的例子有：有些国家规定不能在夜间行动；有些则规定不能执行反毒品行动，等等。

³ 部分战术指令可参见：http://www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical_Directive_090706.pdf (Last accessed on 1 October 2013).

第二项政策措施是为减少在哨卡使用武力而制定的。例如在阿富汗或伊拉克的一些情况下，卡车经常会在接近哨卡的地方加速。有人可能会问这是否属于敌对行为。鉴于加速冲向哨卡的卡车上可能会有简易爆炸装置，看守哨卡的士兵的确可将其视为敌对行为，并以致命武力应之。然而，有时司机可能只是害怕因贩毒或其他罪行被逮捕的阿富汗平民。为避免平民伤亡，安全部队为看守哨卡的士兵安排了特殊训练，教给他们指示机动车停车的不同程序（例如警告牌、使用激光指示器、减速路脊使汽车减速）。此外，安全部队还与阿富汗平民展开了对话，目的是更好地了解阿富汗汽车在哨卡加速背后的原因。尽管做了大量努力，但这仍然是个难题，还需要继续努力完善应对这一问题的政策。

使用武力的第三种情况是士兵在面对毒枭时有生命危险。安全部队和美国的交战规则就此问题的规定都十分明确：若没有任何其他将其作为合法军事目标的指示，不得将毒枭作为军事目标。然而可能会有一类反毒行动是去查处制毒窝点，或协助阿富汗当局查处毒窟，但这些通常都是执法行动。然而，问题是很多毒枭都与塔利班有着密切的联系，有时甚至就是塔利班成员。在后一种情况下，如果他（她）本身是合法的军事目标，就可以受到攻击。他（她）是毒枭这一情况可能会影响到攻击的优先性，但不能致使其成为攻击目标。

一个更普遍的问题是如果俘获是可能的，那么是否可以杀死一个合法目标（也被称为“俘获对击毙”）。就此问题，安全部队并没有明确的书面政策，但在实践中，行动指挥官更倾向于俘获而不是击毙。出现这种倾向的原因也是出于一项政策：可以审讯被俘获的人，他可能会供出有用的情报。即使根据国际人道法是可以杀害合法目标的，但在实践中，更倾向于俘获。

简言之，可以说在阿富汗，为了减少致命武力的使用，已经制定了许多政策措施，这些措施已高于国际人道法的要求，并且在很多方面已经证明是成功的。

还应该牢记的是，士兵被置于非常艰难的局势中，并且不得不在瞬间做出决定。在那种情况下，最关键的就是适用的法律框架须明确且易于理解，因为那些局势常常事关生死。

附录六：奥尔加·切尔内绍娃的发言摘要

欧洲人权法院关于武力使用问题判例法的最新发展¹

欧洲人权法院发现其自身经常被要求对各国在武装暴力局势中使用武力的合法性问题进行审查。因此，它对于《欧洲人权公约》(以下简称《公约》)和国际人道法中可适用规范之间相互影响的生动讨论并不陌生。²

《公约》中的两个条款与此问题尤为相关：第1条和第2条。

《公约》第1条规定缔约国应为“在其管辖下的每个人”获得公约所规定的权利和自由。法院已裁定首先适用属地管辖权(“班考维奇案”³、“苏凯尼案”⁴)。一般推定，一国通常在其全部领土上行使管辖权，除非其无法在其部分领土上行使管辖，例如在被另一国武装部队实施军事占领期间(“罗瓦齐多案”⁵、“塞浦路斯诉土耳其案”⁶)或在一个非政府组织控制了部分领土的时候。⁷另一方面，在一国领土外实施的行为或造成的后果，也可能构成行使第1条意义内的管辖，虽然只是在例外情况下。法院于2011年7月对苏凯尼案做出的判决中，概括了法院对此问题的最新立场，并列出了几种属于以下两种例外情形之一的真实情况：对个人的控制和对整个地区的有效控制，例如在军事占领的情况下。据此，法院在苏凯尼案中判定，英国在伊拉克的军事行动使英国对此案具有管辖权。最近的发展似乎表明法院并不准备对《公约》域外适用的例外情形进行太过严格的解释。

至于根据第2条(生命权)提出的诉讼，法院已在一系列案件中逐渐形成了自己的方法。这尤其包括涉及一些有关安全部队在土耳其东南部遇到库尔德武装团体暴力抵抗的案件。⁸此外还有一批重要的案件(尽管它们的严重性和案件数量并不相等)，其中包括：因北爱尔兰冲突而对英国的控诉、⁹北塞浦路斯的局势、¹⁰发生在前南斯拉夫的事件、¹¹在外国的军事干预(科索沃、伊拉克)以及最近发生在北高加索地区的事件(这些案件已经立案但尚未进行审判)。自21世纪初，法院接到了大量因俄罗斯北高加索地区发生的事件所引发的严重侵犯人权的指控，目前在车臣共和国发生的一系列事件最为严重。

上述许多情况都可以被称之为国际人道法意义上的武装冲突。然而，为了避免不必要的争论，欧洲法院一直都不愿将此类局势界定为武装冲突，尤其是缔约国自身认为局势不属

¹ 这里所表达的仅限于Olga Chernishova自己的看法与观点。本发言以一篇以俄文和英文发表在Prava Cheloveka上的文章为基础。Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka, N 1, 2013.

² 关于此主题最新和最权威的观点，see J.-P. Costa and M. O'Boyle, "The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law," in D. Spielmann, M. Tsirlis and P. Voyatzis (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant / The European Convention on Human Rights, a living instrument. Mélanges en l'honneur de/ Essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruylant, November 2011.

³ ECtHR, *Banković and others against Belgium and others*, 12 December 2001, para. 59.

⁴ ECtHR, *Al Skeini and others v. UK*, 7 July 2011, para. 131.

⁵ ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, 18 December 1996.

⁶ ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, 10 May 2001.

⁷ ECtHR, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, 8 July 2004, para. 312; ECtHR, *Assanidze v. Georgia*, 8 April 2004, para. 139.

⁸ See, e.g. ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998.

⁹ See, e.g. ECtHR, *McCann v. United Kingdom*, 27 September 1995.

¹⁰ See, e.g. ECtHR, *Varnava and Others v. Turkey*, 18 September 2009; ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, 10 May 2001.

¹¹ See, e.g. ECtHR, *Palić v. Bosnia and Herzegovina*, 15 February 2011; ECtHR, *Jularić v. Croatia*, 20 January 2001.

于武装冲突。因此，法院未援引国际人道法规则或基于其判案，这只是为了支持其对于《公约》条款的解释。可以说，在一国根据《公约》第15条第2款所述的“因合法战争行为引起的死亡”而克减生命权时，法院可能会将国际人道法作为特别法。然而，迄今为止尚未出现过此类克减，因此，生命权原则上还是完全适用的。第二个就此问题提起的国家间诉讼——即“格鲁吉亚诉俄罗斯案”——毫无疑问也极为重要，该诉讼涉及到这两个国家于2008年发生的国际性武装冲突。事实上，这两个国家并没有对《公约》进行任何克减，俄罗斯政府质疑在此事件中援引国际人道法作为特别法是否合适。鉴于这一问题将在确定法院是否对审查被指称的违法行为具有管辖权问题上起到决定作用，因此欧洲法院将其留至诉讼的实质审判阶段才加以讨论。¹²

在对第2条的分析中，由于此类案件的共性是国内程序均不完整，因此法院通常首先是要认定事实。为此，法院运用了各种法律手段。真相调查团和听讯仍是一种选择，尽管法院越来越经常地依靠推定，并且对具有表面证据的案件立案后，将举证责任转移给被告国政府。这种方法外加法院的“优先政策”（该政策要求法院首先处理涉及违反核心权利的诉讼），导致了最近大量关于违反第2条行为的裁决。¹³

一旦认定了事实，法院就会着手对国家行为的合法性进行评估。尽管《公约》第2条并未专门要求应依法规定对生命权的限制，但法院将此条解释为暗示使用致命武力必须具有充分的法律依据。¹⁴在对使用致命武力没有充分法律依据时，特别是在相对常规的警察行动中，就会导致法院裁定违反了该条款。在发生了激烈的大规模暴力的局势中，法院会承认至少可适用第2款中所规定的例外情形中的一种。¹⁵

然后，法院会分析有关当局是否确保其使用致命武力是在第2条第2款¹⁶所规定的“绝对必要”的例外情形下。在此情况下，行动的控制通常是最大的难题。近期的“菲诺格诺夫诉俄罗斯案”就较好地总结了可适用的方法。¹⁷该案涉及2002年10月车臣叛军实施的莫斯科剧院劫持人质事件。俄当局决定使用某类毒气进行攻击，以使剧院内的人失去知觉。该行动致使大约125名人质死亡。此外，在使用毒气后，进入大楼的安全部队人员射杀了所有劫匪。法院的分析围绕两个主要的法律论点。第一，它对有关当局在危机局势下所做的不同“行动选择”进行了明确区分，例如恐怖分子暴行和随后营救行动所引发的不同行动选择。法院在此框架内认定此种不明气体（其具体成份从未被披露）至少可能是致命的；然而在事后它也拒绝重新考虑使用毒气这一“战略性政策选择”以及所选择的攻击时刻。相比之下，分析的第二部分认为，有关当局充分掌控着营救行动，但该行动的计划和实施并没有以“尽量减小平民生命的附带损失”为前提。法院泛泛提及了著名的“伊萨耶娃诉俄罗斯案”——¹⁸关于2000年车臣武装叛乱份子在村庄中抓捕歼击航空兵的一次军事袭击。法院重申此案涉及了第2条项下的国家责任“有关当局为针对敌对团体发起安全行动而选择作战手段与方法时，

¹² ECtHR, *Georgia v. Russia* (II), 13 December 2011, paras. 10 and 27.

¹³ 仅在2010年，法院就认定了54起实质性侵犯生命权的案件，俄罗斯对其中的34起负责。

¹⁴ See, e.g. ECtHR, *Nachova and others v. Bulgaria*, 6 July 2005, paras. 99-102.

¹⁵ ECtHR, *Isayeva v. Russia*, 24 February 2005, para. 180, ECtHR, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, 24 March 2011, para. 196.

¹⁶ 《欧洲人权公约》第2条规定禁止使用致命武力，除非在以下三种特殊情况下有绝对必要：（甲）防卫任何人的非法暴力行为；（乙）为实行合法逮捕或防止合法拘留的人脱逃；（丙）为镇压暴力或叛乱而合法采取的行动。

¹⁷ ECtHR, *Finogenov and others v. Russia*, 20 December 2011.

¹⁸ See *supra*, note 15

未能采取一切可行预防措施避免并无论如何减少危及平民生命的附带损失。”¹⁹ 然而，在“菲诺格诺夫案”中，法院没有对使用潜在致命武器的行动选择进行审查，而是在此方面给国家留有一定的裁量余地。

虽然国家本身并不直接对丧失生命负责，但它的义务并未就此终止。因此，有时第2条可能会要求国家采取一些额外的积极行动。在有关当局知道或本应知道第三方或其自身会对已知身份者的生命造成真正且迫在眉睫的威胁，并且它未能在其权力范围内采取任何措施(但却有理由断定，它本可避免危险的发生)的情况下，就会引发这一义务。²⁰

最后，法院将第2条的第一个短语“任何人的生命权应受到法律的保护”解释为包括对每一次因暴力导致的丧生展开调查的积极义务。例如，2010年，法院认定国家有义务根据《公约》第2条对64起暴力事件进行调查。在认定没有实质性违反第2条，²¹或在法院不具有管辖权的情况下(例如基于时间原因)，这是一项可以拆分的义务。²² 这项义务是一种手段而非结果。然而，即使在安全条件恶劣的情况下，生命权的重要性以及根据第2条依法保护生命权的义务都要求尊重迅速、有效和公正等最低限度的保证。²³

¹⁹ See also ECtHR, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, para. 79.

²⁰ ECtHR, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, para. 115. See also: ECtHR, *Abdurashidova v. Russia*, 8 April 2010, para. 79.

²¹ ECtHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 January 2010, para. 232.

²² ECtHR, *Varnava and Others v. Turkey*, 18 September 2009, para. 185; ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, 10 May 2001, para. 130.

²³ ECtHR, *Al Skeini and others v. UK*, 7 July 2011, para. 168.

使 命

红十字国际委员会(ICRC)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的受难者，并向他们提供援助。

ICRC创立于1863年，它发起了世界上最大的人道网络——国际红十字与红新月运动。ICRC负责指导和协调国际红十字与红新月运动在武装冲突局势下开展的国际救济行动。它还致力于通过推广国际人道法与人道原则预防苦难的发生。

ICRC是世界上历史最悠久的人道组织之一，目前在80多个国家开展工作。

