

国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战

一、概述

这是红十字国际委员会向红十字与红新月国际大会（大会）提交的第三“国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战”的报告，前两个报告分别于 2003 年 12 月和 2007 年 11 月提交给了在日内瓦召开的第 28 届和第 30 届大会。这些报告旨在描述国际人道法在当代武装冲突中所面临的挑战，从而引起人们对这些挑战的广泛思考，并进而阐述红十字国际委员会立场及其正在开展或将要开展的活动。本部分旨在简述国际人道法所面临的挑战产生的现实环境。

在过去的四年里，全球有 60 多个国家遭遇了国际性或非国际性武装冲突，这些冲突中给平民造成了大量的损害和痛苦。事实上，平民仍然是国家或者非国家武装集团违反人道法的主要受害人。在敌对行动中不断发生的违法行为包括：故意攻击平民、破坏为平民生存所必需的基础设施和物质、强迫平民流离失所。在人口密集的地区，平民还遭受不分皂白的作战手段和方法所带来的苦难。在进攻或防御中，战斗员并没有采取可行的预防措施，从而造成没有必要的平民伤亡和平民财产的损失。被剥夺自由的人也往往是诸如谋杀、强迫失踪、酷刑、不人道待遇或有辱人格待遇等违法行为的受害人，尤其是妇女，她们在一些情况下甚至成为了大规模强奸和性暴力犯罪的受害人。医疗服务提供者、医疗服务部门和设施也成为了攻击对象，医务人员在其执行任务的过程中，遭受了严重干扰。还存在滥用保护性标志的情形，这给红十字运动成员完成其人道使命带来了危险。缺乏安全保障的战地环境、由于无法接洽非国家武装集团来获得安全保障以及故意攻击救援人员的行为，使得有需要的人无法获得救济，并使成千上万的平民命悬一线。

即便在此背景之下，一些政府否认其境内发生了非国际性武装冲突，并进而否认国际人道法对有关情势的适用。这使得红十字国际委员会与政府开展的旨在敦促其遵守国际人道法的对话难以进行。一些政府还不认可红十字国际委员会或红十字运动成员有与非国家武装集团开展对话的必要，尽管这些对话的内容只涉及安全、接触受害人和传播国际人道法和人道原则，因为政府认为这些武装集团要么是“恐怖组织”，要么是不法分子。

在红十字国际委员会上次提交报告后的几年里，委员会注意到，武装冲突呈现出了两大特征。第一个特征是**武装冲突的多样性**。既有使用了高科技和先进武器系统的不对称战争，也有技术含量低、并充斥着各种武装集团的冲突。

在过去的几年里，尽管出现了新型的国际性武装冲突，如北约领导下的多国部队与利比亚的冲突，非国际性武装冲突仍然是武装冲突的主要形态。这主要发生在弱势国家。在弱势国家里，地方军阀和武装集团往往有较大的活动空间，抢劫、贩运、敲诈和绑架等违法行为往往成为有利可图的战略，这些行为又被暴力以及国家、地区乃至国际利益所支持和驱使，而平民则往往是上述行为的受害人。这些低烈度的冲突往往采取了较为残酷的暴力和掠夺方式，并以平民为主要目标，以制造恐怖、维持控制或招募成员。而武装集团和政府军的直接对抗并非常态。

使用高精军事手段的政府军对抗藏匿在人口密集地区的非国家武装集团也是当代武装冲突中的常态，这使得平民暴露在武装冲突之下。武装分子违法混迹于平民之中，被一些军队作为了罔顾采取预防措施以减少平民伤亡的国际人道法义务的借口。城市战对政府提出了尤为严峻的挑战，因为他们使用的作战手段和方法，如空中打击和大炮轰击等，是为空旷的战场而设计的，难以适应人口密集的环境。在平民聚集区使用爆炸性火力，使得平民深受其害，并引起了人们的担忧。

当代非国际性武装冲突的另一个趋势是，由于非国家武装集团缘起于有组织犯罪，非国际性武装冲突中意识形态冲突和非意识形态冲突的界限越来越模糊。在此需要指出的是，这些武装集团的动机与其卷入的冲突的定性是无关的。

近期在北非和中东发生的暴乱，在诸如利比亚等地已经发展为政府军和有组织武装反对运动之间的非国际性武装冲突。而在伊拉克和也门，暴乱则是发生在此前存在的武装冲突的背景之下，这便产生了某一具体暴力事件究竟是适用国际人道法还是人权法的问题。这也是全球其他地区武装冲突中经常遇到的问题。

近年来发生的武装冲突的第二个特点是**持续时间长**。在此方面，我们应当注意到，红十字国际委员会已经在一些国家开展了二十、三十甚至四十年的活动，如阿富汗、哥伦比亚、刚果民主共和国、以色列和被占领土、菲律宾、索马里和苏丹。这些地区的冲突局势往往为争夺自然资源等经济利益所驱动，在高烈度和低烈度的冲突之间徘徊，难以找到维持和平的方法。一些武装冲突，如斯里兰卡的冲突，最终以政府军的胜利而结束，但这是例外而非常态。极少的冲突是通过和平谈判来解决的。在一些地区，尽管存在停火和和平协议，宿敌之间又重开战端。

而且，国家之间尚未解决的争端导致了持久的占领，尽管极少占领方承认应当适用占领法，但《日内瓦第四公约》和习惯法应适用于上述情势。除非为这些占领情势的深层原因找到政治的解决办法，平民仍将继续遭受这些情势所带来的暴力和痛苦。

二、武装冲突的定义和分类

随着武装冲突的情况日趋复杂，关于武装冲突定义和分类的法律问题也随之而生。下列问题在实践中尤为引人关注：

- 1、 现存的国际性武装冲突的判断标准；
- 2、 现存的武装冲突的分类，尤其是非国际性武装冲突的判断标准；
- 3、 国际人道法对某些情况的适用性。

（一）国际性武装冲突的判断标准

根据国际人道法，国际性武装冲突是发生在国家之间的武装冲突（或者是发生在国家和符合条件的民族解放运动之间的冲突¹）。根据 1949 年《日内瓦四公约》共同第 2 条，公约适用于两个或两个以上缔约国间发生的一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。² 正如让·皮克德在其关于《日内瓦四公约》的评注中所阐述的，第 2 条所指的武装冲突是指两个国家之间的任何导致武装部队介入的纠纷，即便冲突一方否认存在战争状态。冲突持续的时间和冲突中的伤亡均与武装冲突是否存在无关。³ 自公约通过后，冲突持续时间和冲突的烈度均不被认为是国际性武装冲突的构成要件。

近年来，人们对上述观点提出了疑问，并建议只有敌对行动达到一定烈度后，才构成武装冲突，即国家之间的武力相向只有满足一定烈度标准后才能被认定为发生了国际性武装冲突。根据此观点，一些孤立的、零星的国家之间的武力交锋被认定为“边境入侵事件”、“海军事件”、“对抗”或其他“武力挑衅”而非国际性武装冲突，因为暴力冲突程度低，而国家本身也没有将其认定为武装冲突。

本报告主张，上述立场不符合通行的法律观点，应当坚持国际性武装冲突无需将冲突烈度作为构成要件的观点。因为此观点将避免对具体情况是否满足烈度标准产生的法律和政治争论。同时，出于保护受害人的考虑，也有必要坚持上述主张。例

¹ 《第一附加议定书》第 1 条第 4 款和第 96 条第 3 款。

² 根据国际人道法，武装占领属于国际性武装冲突的一种。关于占领标准方面的问题在下文将进一步阐释。

³ 《日内瓦第三公约评注》，第 23 页，红十字国际委员会，1960 年出版。

如，根据《日内瓦第三公约》，一国武装部队成员被敌国俘获后，有资格成为战俘，不管两国间是否爆发了全面的战争。国际人道法对战俘地位及其待遇作出了详细的规定，其中包括不得对战俘的合法战争行为实施惩罚等。而被俘的军事人员难以根据拘留国国内法甚至人权法享有同等的保护。

国家出于政治或其他原因而不承认存在国际性武装冲突的事实并不能阻止该事实在法律上被定性为国际性武装冲突。为了避免国家拒绝适用国际人道法的保护性规则，国际社会在多年前就已经决定，有关国际性武装冲突的法律的适用无需官方的正式声明或承认。上述理由在当今仍然有效成立。

（二）武装冲突的分类

在最近正在开展的法律讨论中，国际人道法对冲突两分法的做法，即国际性武装冲突和非国际性武装冲突的分类，是否能有效应对武装冲突的新情况，或者是否需要武装冲突做出新的分类，是人们经常讨论的问题。

应当注意的是，国际性与非国际性武装冲突的区分标准是冲突方的性质：国际性武装冲突意味着两国或两个以上国家之间动用武装部队的冲突，⁴ 非国际性武装冲突是指国家与有组织的非国家武装集团，或这些非国家武装集团之间的敌对行动。实践中发生的有组织集团之间的暴力冲突均被上述分类所涵盖。值得注意的是，非国际性武装冲突成为了当代武装冲突的主流，其具体形态也有了扩展。

应当注意，对于《日内瓦四公约》共同第三条所规制的非国际性武装冲突而言，必须具备两个不可或缺的事实条件：

第一，冲突方必须具备一定的组织性；

第二，冲突方的暴力冲突必须达到一定的激烈程度。

共同第三条明确提及“冲突之各方”，这就意味着其适用的前提是至少存在两个冲突方。确定国家是否为某冲突的当事方往往不是难事，确定非国家武装集团是否构成共同第三条冲突的“一方”则要复杂得多，主要原因是事实情况往往不够清晰，而且国家也没有承认自身卷入非国际性武装冲突的政治意愿。尽管如此，普遍的观点认为，作为非国际性武装冲突的非国家的一方要求武装集团具备一定程度组织性。⁵ 国际司法机构的判例为判定‘组织性’标准给出了一系列的指标。这些指标包括：武装集团内部存在指挥、纪律规则及体系；有总部机构；购买、运输和分发武器的能力；计

⁴ 脚注 1 所述的例外除外。

⁵ 考虑到《第二附加议定书》所规制的非国际性武装冲突必需满足一定的条件，而这些条件并未为共同第三条所要求，也不常见，所以本部分对此不予讨论。

划、协调和实施军事行动的能力，包括部队和后勤辎重行进的能力；协商和缔结诸如停火或和平协议的能力等。换句话说，即便暴力情势非常严重（如大规模的集体性暴乱），除非在一方存在着有组织的武装团体，否则，不能认为存在非国际性武装冲突。

第二个用于判断是否存在共同第三条规制的武装冲突的条件是暴力的激烈程度。这也是一个事实标准，其认定取决于对实际情况的分析。根据国际司法机构的判例，判断的指标包括：对抗的次数、持续时间和激烈程度；使用武器和其他军事装备的类型；使用的弹药的数量和口径；参与战斗的人数和部队种类；伤亡人数；物质损害范围；逃出战区的平民数量。联合国安理会的介入也是冲突激烈程度的反映。前南斯拉夫国际刑庭认为，‘只要政府和有组织的武装团体之间或这些武装团体之间在一国内部存在着长期的武装暴力对抗，就存在着共同第三条规制的非国际性武装冲突。’该刑庭随后的判决遵循了此定义，并认定‘长期’的要件事事实上构成激烈程度标准的一部分。

鉴此，红十字国际委员会在 2008 年发表了关于武装冲突定义的意见⁶，该文件将非国际性武装冲突定义为：在一国（日内瓦公约缔约国）境内发生的政府武装部队和一个或多个武装集团部队之间，或这些集团相互之间的长期的武装对抗。这些武装对抗必须达到最低限度的激烈程度，参与冲突的各方必须具备最低限度的组织性。

（1）共同第三条规制的非国际性武装冲突的类型

符合共同第三条条件的非国际性武装冲突的形态在过去的十年里变化万千。其中一个重要的变化是，具有域外因素的非国际性武装冲突越来越多，并因此而产生了现存对冲突的分类是否能满足上述新情况的问题。下文将对国家与非国家有组织武装集团之间或者这些武装集团之间的非国际性武装冲突的类型做简单描述。下述的前五种类型或许不会引起争议，后两种则一直是法律争论的主题。

首先，存在着传统或典型的共同第三条规制的非国际性武装冲突，即在一国境内发生的政府武装部队与一个或多个有组织武装集团作战的情况。这些武装冲突由共同第三条和习惯国际人道法规制。

其次，两个或两个以上的武装集团相互之间发生的武装冲突。当发生在一国境内时，该类冲突可被视为传统非国际性武装冲突的分支。其具体情形则包括：没有国家

⁶ “How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?” available at: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

当局可言的情况（如失败的国家的情形）和一国境内武装集团之间的非国际性武装冲突和国际性武装冲突并存的情形。对此情形下的非国际性武装冲突而言，共同第三条和习惯国际人道法仍然是可适用的法律体系。

第三种情况是，起源于一国境内的政府武装部队和一个或多个武装集团之间的非国际性武装冲突蔓延到了邻国。抛开由于外国军队侵入邻国可能的引发的法律问题（侵犯主权和邻国武装部队的反抗导致国际性武装冲突等），就蔓延至国外的非国际性武装冲突的各方而言，它们至少应当受共同第三条和习惯国际人道法的约束。因为非国际性武装冲突蔓延至邻国的事实并不能使冲突各方仅仅由于冲突跨越了国界，而免除了其承担的国际人道法义务。否则，由此产生的法律真空将剥夺受战争影响的平民和落入敌手的人员所应受到的保护。

第四，主要是在过去十年里，涌现了所谓‘多国（multinational）非国际性武装冲突’。在这些武装冲突中，多国武装部队与东道国武装部队一起在东道国境内与一个或多个武装集团作战。由于这些武装冲突并非国家之间的对抗（所有的国家都是冲突的同一方），尽管这些冲突中有国际因素，甚至这些国际因素有时还很强势，这些冲突也只能被界定为非国际性的。阿富汗现在的武装冲突就是一个很明显的例子（该武装冲突的初期是国际性的）。因此，可适用的法律体系仍然是共同第三条和习惯国际人道法。

第五，多国非国际性武装冲突还有一个分支，它是指联合国部队或者以诸如非洲联盟等区域性组织名义行事的部队被派遣去协助在其境内与武装集团作战的东道国。此现象也引发了不少法律问题，其中包括以何种法律体系来规范多国部队的行为以及《1994年联合国人员安全公约》的适用性等。对此，本报告建议，当联合国部队或区域性组织的部队成为非国际性武装冲突的当事方时，它们应当受国际人道法规则，即共同第三条和习惯法的约束。

第六，可能存在所谓‘跨境’（cross-border）非国际性武装冲突。该冲突是指一国武装部队与来自邻国的非国家武装集团展开敌对行动，而该邻国对该非国家实体既无控制也无支持。2006年发生在以色列和黎巴嫩真主党之间的战争在事实和法律上对武装冲突法提出了新的挑战。对该冲突的法律定性的诸多观点可归纳如下：该冲突为国际性武装冲突；该冲突为非国际性武装冲突；该冲突为同时发生在不同冲突方之间的并存的国际性和非国际性的武装冲突，即发生在以色列和黎巴嫩之间的国际性武装冲突和发生在以色列和真主党之间的非国际性武装冲突。对此情形进行双重定性的目的

在于顾及实际情况：大部分的敌对行动针对的是有组织武装集团，而该集团的行为不能归责与东道国，尽管该东道国也在与另一国作战。尽管共同第三条的起草者难以预见此情形，但是毫无疑问的是，除了适用于两个国家之间的国际性武装冲突的法律外，第三条和习惯国际人道法是适用于此双重武装冲突的合适的法律体系。

最后，有人认为存在所谓‘跨国’(transnational)性的非国际性武装冲突，该冲突存在在美国和基地组织及其追随者之间。对此，红十字国际委员会在多个场合公开表示，过去没有、现在也没有所谓全球范围的武装冲突。自2001年9月11日针对美国的恐怖袭击以来，红十字国际委员会提出了多层面‘反恐战’的概念。该概念涵盖的反恐努力包括广泛的反恐措施，既包括诸如收集情报、经济制裁、司法合作等和平、非暴力措施，也包括使用武力等暴力措施。对于后者，红十字国际委员会以个案分析的方式来分析和定义反恐战中发生的暴力局势。有些局势被界定为国际性武装冲突，另一些局势被界定为非国际性武装冲突，而其它诸多恐怖行为经分析不构成任何武装冲突。应当提醒的是，关于剥夺生命和基于安全原因实施羁押的国际人道法规则较其他适用于非武装冲突情形的法律如人权法等远为宽松。正如红十字国际委员会2007年向红十字国际大会提交的《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》中所强调的，将国际人道法适用于不构成战争（包括所谓全球战争）的局势，在实践中是没有必要和危险的。⁷

（2）对有组织犯罪中暴力局势的定性

复杂多样的有组织犯罪不在本报告的讨论范围内，但有必要讨论其法律定性，这也是经常提及的法律问题。本报告所指的有组织犯罪包括犯罪集团和地方团伙所实施的所有包括武装暴力行为的非法行为。⁸ 犯罪集团为了争夺犯罪行为的市场或地盘往往导致暴力冲突。政府以警察或军队来镇压犯罪集团也往往导致暴力冲突。在一些情况下，上述两种冲突均达到了较高的激烈程度，如使用重武器和导致了较大的伤亡等。由此产生的问题是，有组织犯罪及针对其所采取的措施是否构成国际人道法意义上的武装冲突，尤其是从事有组织犯罪的武装集团能否构成武装冲突的当事方。

上述问题的答案仍然取决于对前述非国际性武装冲突的两个标准（组织程度和对抗的激烈程度）的判断。在多数情况下，犯罪集团能满足第一个标准。犯罪集团往往

⁷ 参见：《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，红十字和红新月国际大会，日内瓦，2007年10月，30IC/07/8.4, p. 8.

⁸ 应当注意，在非国际性武装冲突中，非国家行为实施的所有暴力行为均构成国内法上的非法行为，因此，难以根据行为的非法性来区分犯罪集团的行为和非国家行为人的作战行为。

有指挥体系、总部、购买武器的能力和行动计划等。而对第二个标准而言，在事件中则较难以判断，只能根据一系列的指标作个案判断。有关的因素包括，对抗的集体性，国家动用武装部队应对此情势的事实，武装对抗的持续时间及频率，使用武器的性质，流离失所的人口，武装集团对领土的控制，被害人的数量等其他因素。

有人认为，仅仅只有“黑社会”或犯罪团伙参与的暴力局势不构成非国际性武装冲突，因为只有具备政治目的的有组织武装集团才能成为非国际性武装冲突的当事方。然而，上述立场并非严格意义上的法律规定。根据国际人道法，有组织集团的动机不是武装冲突的构成要素之一。首先，将动机作为构成要素可能使得人们会以其他动机为理由来否认存在武装冲突。其次，在许多情况下，难以判断政治动机，而实践中，对政治动机的含义也有争议。最后，难以区分犯罪组织和政治组织。出于政治组织从事犯罪活动，以及犯罪集团从事政治活动，均为实践中常见的现象。

毫无疑问，对暴力局势进行法律定性在实践中有重要意义，它决定可适用的法律体系，尤其是使用武力的规则体系。如果认定有关局势构成了非国际性武装冲突，国际人道法将对敌对行动进行规制，政府部队和犯罪组织均受其约束。如果不构成武装冲突，政府则应受规制执法行动的人权法约束。犯罪集团则不受上述人权法的约束，但却受包括刑法在内的国内法约束。

（三）可适用的法律

国际人道法在下述两方面均受到了挑战：一是它能否涵盖有组织暴力冲突的新情况；二是它的具体规定能否有效应对这些新情况。上述问题对非国际性武装冲突而言，尤为突出。

《1949年日内瓦四公约》及其《第一附加议定书》和习惯法，仍然是处理国际性武装冲突的有效的法律体系。正如红十字国际委员会2007年向红十字国际大会提交的《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》中所强调的，规制敌对行动和落入敌手的人员的待遇的原则和规则（国际人道法的两大主要领域）仍然反映了人道需求和军事必要之间合理的、现实的平衡。这些规则内容详细，经历了时间的考验，并被广泛接受。世界上所有的国家均为《日内瓦四公约》缔约国和大部分国家接受了《第一附加议定书》的事实，即为明证。人道法的核心条约不断被补充和完善，尤其是有关武器的条约。但这并不意味着，规制国际性武装冲突的规则无需进一步阐明和完善。有关国家、国际组织、红十字国际委员会、国内或国际法庭的专家等机构在此方面付出了大量的努力。

众所周知，规制非国际性武装冲突的规则不如规制国际性武装冲突的规则完善，也难以应对实践中产生的大量的法律和保护问题。甚至有人声称，缺乏对一些非国际性武装冲突实质性的规定，因为共同第三条只适用于发生在一国境内的武装冲突。考虑到第三条的实质性规定已经是习惯法的一部分以及大量的适用于非国际性武装冲突的习惯法规则，上述观点是不正确的。红十字国际委员会 2005 年的《习惯国际人道法研究》总结道：在其归纳的 161 条规则中，148 条规则适用于非国际性武装冲突。这些规则也是国家和有组织的非国家集团义务的渊源。

习惯国际人道法是非常重要的，因为它为所有类型的非国际性武装冲突，包括上述具备跨国因素的非国际性武装冲突，提供了可适用的法律的参考。作为习惯法，除极个别的例外情况外，无论冲突的具体分类如何，规制敌对行动的规则是一样的。除了非国际性武装冲突中拘禁的程序保障外，规制羁押的规则也具有类似情形。红十字国际委员会在其向大会提交的《加强对武装冲突被害人的法律保护》的报告中，阐述了加强关于拘禁的法律的问题。

确定可适用的法律是重要的，但当有关情况满足事实标准时，有关国家认可法律的可适用性更为重要。红十字国际委员会在 2007 年向红十字国际大会提交的《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》中注意到，一些国家有将国际人道法适用于不符合武装冲突的局势的趋势。如今，则出现另一个同样令人担忧的趋势。该趋势表现为：首先，有些国家拒绝将国际人道法适用于事实上已经构成非国际性武装冲突的局势，而将其命名为受其他法律规制的“反恐行动”；其次，另一些曾经承认其卷入非国际性武装冲突的国家现在已经否认其先前的看法，而宣布将适用反恐法律体系。

持上述两种观点的原因似乎是，承认存在非国际性武装冲突将给予非国家当事方特殊的法律地位而使其合法化。必须指出，上述看法不符合国际人道法的规定，因为共同第三条明确指出，适用本条款“不应影响冲突方的法律地位”。⁹

共同第三条旨在规范落入敌手的人员的待遇问题，而其他的习惯法规则规制敌对行动。否认国际人道法适用于某一非国际性武装冲突，国家剥夺了被非国家当事方羁

⁹ 另参见下述评注：“结果是，适用第 3 条的事实不构成合法政府对反对派任何权威的认可。它也不限制政府根据其国内法采取包括武力在内的措施镇压叛乱的权利，也不影响政府根据本国法追诉、审判反对派所犯罪行的权利。同样，反对派适用第 3 条也不会给予其受特殊保护或豁免的权利，无论其主张或名义如何。” J. Pictet (ed.), *Commentary to the Fourth Geneva Convention, Article 3*, ICRC, 1956, p. 44.

押的平民或其他人员的保护，该保护是约束非国家当事方的国际法所赋予的，而违反该法律可能遭致国际制裁。正如下文所述，非国家当事方不受人权法的约束，由于他们已经拿起武器来反抗政府，因此也没有遵守国内法的意愿。而且，适用国际人道法并没有改变非国家当事方的人员在法律上受国内法约束以及可因其违反行为而被追诉的地位。共同第三条的起草者们正是考虑到了这一情况，才决定该条的适用不影响冲突方的法律地位，而否认其适用，则会忽略对冲突受害人的保护。

三、国际人道法与人权法的关系

国际人道法与人权法的关系是一个值得讨论的问题，因为该问题在实践中对诸如军事行动等问题有较大的影响。本报告难以对二者的关系做出全面的阐述，只是突出一些主要问题。

（一）概述

毫无疑问，国际人道法与人权法有相同的目的，即保护人的生命、健康和尊严。人道法与人权法还是相互补充的法律体系，尽管二者的适用范围不同。人权法在任何时候都应适用（因此构成所谓的“一般法”），而人道法的适用则以武装冲突的存在为前提（因此构成所谓的“特殊法”）。

尽管人们对所谓“特殊法”的含义及其适用有疑问，但对人道法和人权法的关系而言，上述解释方法是不可或缺的。尽管人道法和人权法在原则上是相互补充的，但上述关系并不能解决现实中具体案例所带来的复杂问题。武装冲突不能等同于平时时期，一些人道法和人权法规则适用于同一事实情况，可能会带来相互矛盾的结果，因为二者的立法目的不同。下文将简要阐述上述情况以及适用人道法和人权法将产生相似结果的例子。

首先应当指出人道法和人权法的区别。人权法只对国家有法律约束力，人权条约和其他人权标准的渊源不为非国家武装集团创设义务。¹⁰

人权法规制国家与处于其领土内或受其管辖的个人之间的关系（本质上属于“垂直”关系），为国家就个人所能采取的行为设定了义务。与此相反，适用于非国际性武装冲突的国际人道法约束国家和非国家武装集团，如共同第三条为“冲突各方”罗列了义务。国际人道法为国家和非国家集团创设了平等的权利与义务，目的是为了保护所有可能受二者行为影响的人的利益（本质上属于“平行”关系）。但这并不意味着

¹⁰ 尽管安理会有时“呼吁”非国际性武装冲突的非国家当事方尊重人权，该呼吁并不能改变人权法体系，后者只明确地对国家课加义务。考虑到国家不愿意承认非国家武装集团能适用人权法，上述决议的法律意义是不清楚的。

着国家与非国家行为人在国内法上也处于平等的地位，因为非国家武装集团仍然受国内法的约束，并可因其所实施的犯罪而受国内法的追诉。

除了法律上的原因外，还有现实方面的原因限制非国家武装集团实施人权法。多数的武装集团不具备实施人权法的能力，因为它们不能履行类似政府的职能，而政府职能是履行人权法的前提。在多数非国际性武装冲突中，非国家当事方缺乏确保人权条约或人权标准得以实施的机构。多数甚至是所有可以被非国家武装集团实施的人权义务，几乎都是这类集体根据相应国际人道法规则已经承担的义务。应当注意的是，存在着例外情况，即由于有效地控制了部分领土，武装集团有能力象国家一样实施管理，从而可以在事实上认可该集团可以承担保护人权的责任。

人道法与人权法的第二个主要区别是二者的域外效力。不容争议的是，规制国际性武装冲突的国际人道法是在域外适用的，因为其目的就是规制缔约国在他国领土从事敌对行动的行为。同样，我们也主张，当非国际性武装冲突超出一国领域，为了确保国际人道法的保护作用，冲突各方仍应遵守其国际人道法下的义务。

尽管有不同意见，但是根据国际或地区法庭的判例，人们普遍认为人权法也可适用于一国领土以外。但其具体的适用范围仍在不断的发展变化中。上述发展主要存在于欧洲人权体系的判例中，但这些判例也还在发展：欧洲理事会成员国决定，根据有效控制或相关地域原则，当其在实施羁押时，成员国应在其领土范围以外履行其人权义务。但判例仍未解决域外适用有关使用武力的人权规范的问题。

在此，应当强调的是，人权法的域外适用只与国家有关。由于上述法律及其他方面的原因，不建议非国家武装集团承担域外人权义务。

人权法与人道法的第三大区别是义务克减的问题。国际人道法的义务是不能克减的，而国家在符合一定的条件下是可以克减人权法义务的。

（二）特殊关系：羁押和适用武力

本部分将考察对于武装冲突而言最为重要的人权法和人道法规则的关系：羁押和使用武力。

1、羁押

羁押是武装冲突中发生的不可缺少的重要的行为，有大量的国际人道法规则规定了与羁押有关的人道待遇的规定。这些规定可以简单的分为以下四类：

（1）被羁押人员待遇的规则（狭义）

这些规则旨在保护被剥夺自由的人员的身体和精神健康，而无论被羁押的原因如何。这些规则包括禁止谋杀、酷刑¹¹、残忍、不人道或有辱人格的待遇、伤残肢体、科学或医学试验，以及其它对身体和健康的暴力行为。人道法和人权法均禁止上述行为。

（2）关于关押条件的规则

这些规则的目的在于确保羁押当局顾及被羁押人员的身体、精神需要，及食物、住宿、健康、卫生、与外界的联系、宗教信仰等。与作为软法的人权文书一样，国际人道法条约和习惯法就羁押条件规定了详细的标准。可以从二者推导出同样的标准体系。

（3）公正审判的权利

因涉嫌犯罪而被羁押的人享有公正审判的权利。国际人道法与人权法关于公正审判具体规定几乎相同。与《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》不同，共同第三条没有规定具体的司法保障。但普遍的观点是，《第一附加议定书》第75条第4款反映了适用于各种武装冲突的习惯法规则，而该款的规定是根据《公民和政治权利公约》相关条款拟定的。国际人道法强化了人权法关于公正审判的规定，因为人道法不允许国家在武装冲突时克减公正审判的规定。

（4）羁押中的程序保障

本报告中的羁押，是指并非出于刑事犯罪而是因为某人的行为在武装冲突中对当局的安全构成威胁而被关押的情形。在羁押程序保障方面，国际人道法关于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的规定存在差别，人道法和人权法在此方面的规定也有差别，从而产生了两者的关系问题。

非刑事性（行政）羁押在武装冲突之外是极为例外的情况。多数情况下，剥夺自由是涉嫌犯罪的后果。《公民和政治权利公约》保障人身自由，并规定无论出于何种原因被关押的人员均有权要求对其被关押的合法性实施司法审查。上述人权法的规定的前提是，存在有效运作的法院、司法体系能够容纳所有被逮捕的人员、被关押人员能够获得法律咨询和执法部门能够履行其职责等。

但是，武装冲突的状况不同于平时，国际人道法因此做出了不同的规定。

——国际性武装冲突中的羁押。

¹¹ 根据国际人道法，禁止由国家或非国家当事方实施的酷刑，而人权法则禁止国家机构或其行为可归责于国家的个人实施的严重损害的身体和精神伤害和痛苦。《国际刑事法院罗马规约》关于反人道罪的酷刑规定则不需要有国家因素，但却以组织性的政策为要件。

在国际性武装冲突中，国际人道法允许关押战俘，并在一定条件下关押平民。

在国际性武装冲突中，战俘是被敌方俘获的战斗员。战斗员是国际性武装冲突一方的武装部队的成员，他们有权直接参加敌对行动。这就意味着他们可以针对其他直接参加敌对行动的人员使用武力，或者摧毁敌人的军事目标等。由于上述行为显然是对敌方安全的破坏或威胁，《日内瓦第三公约》规定俘获国可以关押战俘。毫无争议的是，只要敌对行动还在继续，关押战俘的国家没有义务就战俘关押的合法性进行任何司法或其它种类的审查，因为敌方战斗员身份本身就表明该人构成事实上的安全威胁。¹² 只有在实际的敌对行动结束后，才结束对战俘的关押和遣返战俘，除非他们正在遭受刑事诉讼或服刑。

根据《日内瓦第四公约》，如果平民的行为构成对国家安全的迫切威胁，关押或指定居所是国家所能采取的最为严厉的控制措施。毫无疑问，平民直接参加敌对行动属于对国家安全的迫切威胁（尽管国际人道法只明确授权战斗员有直接参加敌对行动的权利，平民在事实上经常直接参与国际性武装冲突或非国际性武装冲突中的敌对行动。¹³）。

除直接参加敌对行动外，平民的其它行为也可能构成对国家安全的迫切威胁。就程序而言，《日内瓦第四公约》规定，在国际性武装冲突中被关押的平民有权请求由法庭或行政机构对羁押决定迅速做出审查，并且此后每半年自动审查一次。一旦羁押的原因消失，应当释放被关押的平民。无论如何都应在敌对行动结束时，释放平民。

就国际武装冲突中的关押的程序保障而言，在人道法和人权法的关系中，应当遵循特别法优先原则，即使用国际人道法中的专门规定关押的特别条款。

——非国际性武装冲突中的羁押。

尽管国家与非国家武装集团在实践中均实施拘押，共同第三条没有就有关羁押的程序保障做出规定。《第二附加议定书》明确提及了拘禁，从而确认了非国际性武装冲突中实施拘禁的做法，但议定书没有明确拘禁的理由和程序保障。由于国际人道法在此方面缺乏明确性和下述适用人权法所未能解决的问题，有必要对人道法和人权法在此方面的关系做个案分析。本报告只提及几个此方面的问题。

在发生于一国领域内的政府和非国家武装集团之间的非国际性武装冲突中，实施国家人道法和人权法义务的国内法规定了国家必须给予被关押的武装集团成员的程序

¹² 然而，羁押国国内法规定的司法审查可以用来寻求释放在实际敌对行动结束后还被关押的战俘。

¹³ 见下文关于“直接参加敌对行动”的部分。

保障。但是，即便是国家根据《公民和政治权利公约》第 9 条第 4 款规定了司法审查措施，如果不通过克减该公约的义务，该国国内法可能不允许在武装冲突中实施非刑事性拘押。一些人认为，如果国家中止司法审查的权利而仅对拘押实施行政审查（此做法符合国际人道法），就必须对《公民和政治权利公约》做出克减。另一些人则认为，司法审查的权利是不能克减的，但这一符合和平时期的立场不总能与武装冲突的现实相符。¹⁴

当一国武装部队协助东道国在其境内从事非国际性武装冲突时，确定规制拘押的法律体系会更为复杂。除上述问题外，还会引发其他问题：联盟国所受约束的人权条约不同，人权法的域外效力还存有疑问，提供协助的国家是否必须克减其人权法义务才能在国外实施无司法审查的拘押的问题还未解决（实践中，还没有国家采取过上述措施）。

且先不论国家的义务，应当注意的是非国际性武装冲突中的一方是非国家武装集团。国内法往往不允许他们拘禁国家武装部队成员或其他人，人权法也没有为武装集团羁押人员提供法律依据。因此，武装集团也没有法律义务对其俘获或羁押的人员实施司法审查（其在事实上也无法实施司法审查，但存在着例外情况，即由于有效地控制了部分领土，武装集团有能力象国家一样实施管理，从而可以在事实上认可该集团可以承担保护人权的责任）。所以，建议将人权法适用于人道法没有规定的事项，如羁押的程序保障等，忽略了将武装集团适用人权法所面临的法律和现实困境。

非国际性武装冲突中实施拘禁所带来的法律和现实的挑战仍是法律讨论的热点。为了给其代表与国家或武装集团的对话提供指导，红十字国际委员会于 2005 年就适用于所有发生在武装冲突中和武装冲突以外的拘禁和拘留情形阐述了其立场。上述立场所阐述的规则主要依据的是国际人道法，但也参考了人权法及相关政策，作为委员会报告的附件提交给了 2007 年的国际大会。问题是，是否需要通过发展人道法来进一步阐述有关羁押的规则，包括非国际性武装冲突中的程序保障等。红十字国际委员会认为人道法在此方面需进一步发展，并在其向 31 届大会提交的《加强对武装冲突受害人的法律保护》的报告中阐明了其立场。

2、使用武力

人权法和人道法最大的区别是其关于使用武力的规则。

¹⁴ 参见下文关于“多国非国际性武装冲突”的描述。

国际人道法关于敌对行动的规则认可使用致命性武力是战争的本性。这是因为军事行动的最终目的是战胜敌人的武装部队。因此，冲突方可以或至少在法律上可以攻击敌方的军事目标，包括敌方军事人员等。国际人道法不禁止对上述目标实施攻击，无论攻击是由国家还是非国家方发起的。针对平民或平民目标的暴力行为是违法的，因为国际人道法的目的之一就是保护平民免受敌对行动的影响。规制敌对行动的人道法规则反映了武装冲突的现实。其第一基本原则就是区分原则，根据该原则，冲突方必须在任何时候均区分平民、民用目标和军事目标，并只针对军事目标发动攻击。为进一步阐述区分原则，国际人道法还禁止不分皂白的攻击、不对称的攻击等，并要求冲突方遵守一系列的预防性规则，以避免和减低平民和民用目标的损害。

人权法旨在保护个人免受国家滥用权力之害，人权法在使用武力问题上以执法为基础，而非武装冲突方的敌对行动。执法行动中使用武力的规则为国家在预防犯罪、实施逮捕和维持公共秩序和安全的过程中保护生命提供了指南。人权法规定执法行动中使用致命武力的底线是，故意使用致命武力只能作为保护生命的最后措施，并且只有在其他措施无效或不能达到预想的结果时，才能采取上述措施。人权软法标准和判例也表明，使用致命武力必须符合严格和绝对的必要条件，即使用致命武力不能超出保护生命的严格和绝对的必要。

对称性原则，是军事行动和执法行动都必须遵守的原则，但在人权法和人道法上的含义不同。国际人道法禁止对军事目标发动攻击，如果该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、或者三种情形均有而且与预期的具体和直接的军事利益相比损害过分。人道法与人权法在此方面的主要区别是，人道法的区分原则在于限制对被保护人或物体的附带损害，但只要附带损害与预期的具体和直接的军事利益相比不过分，即可发起带来此附带伤害的军事行动。而国家根据人权法对个人使用武力时，对称原则通过考察武力对作为其对象的个人的影响来判断该武力的使用，该原则要求使用尽可能少的武力并限制使用致命性武力。

综上所述，人道法和人权法对致命武力的规制的逻辑和标准是不同的，因为二者所规制的事实对象是不同的。问题的关键是二者在武装冲突中的相互关系的问题。问题的答案仍然依赖于特别法优先的原则，并且国际性武装冲突较非国际性武装冲突中要清楚得多。

（1）国际性武装冲突中的关系

国际法院在其 1996 年关于威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中，首次就人权法在武装冲突中的适用发表了意见。法院表明，《公民和政治权利公约》的保护在战时也有效，不得任意剥夺生命的规定也适用于敌对行动。法院补充道，对任意剥夺生命的判断应当以可适用的特别法为标准，即规制敌对行动的适用于武装冲突的法律。法院进一步阐明，判断某一具体的剥夺生命的行为是否是违反公约第 6 条的任意剥夺生命的行为，应当参考适用于武装冲突的法律而非公约本身。法院的立场自此后没有变化。

当在国际性武装冲突中针对战斗员和其他直接参加敌对行动的人员使用致命性武力时，国际人道法是判断使用武力的合法性的特别法。国际人道法为该情形下使用武力的行为规定了详细的规定。这并不意味着，在国际性武装冲突中，确定是适用敌对行动的法律还是执法规则是个容易的问题。下文将论述的占领的问题便是例子。在国际性武装冲突中还会存在其他暴力局势，如暴乱或动乱等，而在此情形下，适用敌对行动的规则体系是不合适的。

（2）非国际性武装冲突的关系

人道法与人权法在非国际性武装冲突中使用武力问题上的关系则不如其在国际性武装冲突中明晰，部分原因如下：

首先是特别法优先原则的存在和适用的问题。国际人道法为国际性武装冲突中的敌对行动规定详细的规则，但对非国际性武装冲突则缺乏相应的条约规则，这使得部分学者认为，非国际性武装冲突中没有所谓特别法，而人权法则可以弥补此缺陷。上述立场得不到实践的支持。大部分有关敌对行为的规则都已经构成习惯法的一部分，并适用于所有武装冲突。红十字国际委员会 2005 年的《习惯国际人道法研究》确认了上述立场。因此，人道法的规则是存在的。

根据人道法的规定来确定攻击的对象，例如如何解释平民除直接参加敌对行动并仅在直接参加敌对行动时外，应免受直接攻击，尤其是非国际性武装冲突中法律讨论的热点问题。2009 年，红十字国际委员会就此发表了《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》。应当指出的是，该指南只从国际人道法的角度考察直接参加敌对行动，而不影响同样适用的其他法律，尤其是人权法。

国际性和地区性法庭处理人道法与人权法关系的做法并不一致，尤其是关于非国际性武装冲突中保护生命的范围。多数案例涉及违反平民生命权的情况，在此方面，

适用人权法和人道法的效果是一样的。法院仍未就包括对直接参加敌对行动的人实施定点清除等人道法和人权法的关系问题，得出结论。

最后，关于非国家武装集团使用武力的法律框架也是个问题。上文提到的武装集团不能适用人权法在此领域也是个问题。

通过上文的阐述，我们可以提出结论，国家在非国际性武装冲突中使用致命武力的问题需要就人权法和人道法的关系作出个案分析。对国家而言，其所参加的条约、习惯法及国内法对上述问题的法律解决会产生影响。在非国际性武装冲突中与在国际性武装冲突中一样，国家武装部队必须接受训练以区分作战情势和执法情势，并能在二者之间转换角色，以及对使用武力的交战规则做出规定等。对非国家武装集团而言，他们则须受国际人道法的有关规则约束。

红十字国际委员将进一步就使用武力问题上人道法和人权法所面临的挑战进行研究。

三、域外定点清除 (extraterritorial Targeting of Persons)

针对特定人员实施的域外定点清除近年来已经成为突出的法律和政治问题，人们对其合法性提出了问题。本报告所指的定点清除是指一国针对特定的人员在另一国使用致命性武力的情况。特别应当指出的是，关于此问题的法律和政治困难大部分来自于对事实情况的不了解，很少有国家在事先为其行动进行申辩和事后提供其行动的细节。

从法律的角度来看，域外定点清除需要对一国在他国境内使用武力的合法性（根据诉诸武力的法律）和规制具体使用武力的行为的国际法律体系（根据战时法和人权法等）做出分析。对后者的答案取决于有关行为（1）是否发生在武装冲突中，或（2）是否与武装冲突无联系。

（1）在武装冲突中，国际人道法关于敌对行动的规则应当适用。这就意味着，可以针对战斗员以及直接参加敌对行动的人员（包括平民）使用致命性武力。红十字国际委员会的《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》阐明了如何认定直接参加敌对行动的平民。根据该指南：

——武装部队成员，¹⁵或者是冲突一方有组织武装集团中承担持续作战职能的人员，就敌对行动而言，均非平民，因此在其承担持续作战职能的期间内，不受免受直接攻击的保护。

——只是自发、零星或无组织地直接参加敌对行动的人员是平民，他们只有在从事具体的敌对行动时才能被直接攻击。

应当注意的是，指南只是红十字国际委员会关于在直接攻击中使用武力的限制的观点。根据第九项建议，允许对不享有免受直接攻击之保护的人员所使用之武力的性质和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的实际所需的限度。这并不要求在武装冲突中适用“能抓即不杀”的标准，这是执法行动的标准，但却为指挥人员在特定情势下选择作战手段和方法提供了指导原则。还应注意的是，根据国际人道法实施攻击还受其他一些重要原则的限制，如禁止不分皂白的攻击、不对称的攻击和采取预防措施的义务等。

实践中，主要的问题是关于在非交战国境内针对直接参加非国际性武装冲突中的敌对行动的人员使用致命性武力的合法性问题。非国际性武装冲突中的非交战国是指没有卷入针对非国家武装集团的冲突的国家，也不是非国际性武装冲突已经蔓延至其境内的邻国。

关于在非交战国境内攻击直接参加敌对行动的人员合法性有不同的观点。一派观点认为，直接参加敌对行动的人由于其持续直接参加敌对行动而将武装冲突带到了非交战国，因此可以根据国际人道法对此实施攻击。换句话说，只要符合诉诸武力的条件，该人即可根据国际人道法的敌对行动规则被直接攻击。这就包括了对称性原则，即只要平民或民用目标的伤亡与直接和具体的军事利益相比不过分，就可发动攻击。

红十字国际委员会和另一些人则认为，个人将非国际性武装冲突带至非交战国的观点是不可取的。因为这可能根据个人的行动而导致将敌对行动的规则适用至数个国家，前提是只要该人直接参加与非国际性武装冲突有关的敌对行动。除了诉诸武力的法律问题外，上述情形还可能导致其他问题，如非交战国平民和民用目标所可能因此遭致的后果等。由于另一国追捕的人员混迹在这些平民之中而适用国际人道法对称性原则导致他们伤亡，就等于承认存在“全球性战场”。因此，如果诉诸武力的条件得到满足，在非交战国针对特定个人使用武力的合法性只能根据执法规则来处理。

¹⁵ 关于起义军（民众抵抗组织），见下文“直接参加敌对行动”部分。

(2) 在一些案例中，国家对个人的定点清除所依据的该人的行为与武装冲突无关。抛开诉诸武力的问题，在此情形下使用武力的问题显然应当根据执法的人权法标准而非国际人道法敌对行为的标准来处理。如上文所述，适用执法体系意味着致命性武力只有在其他措施无效或不能到达预想的效果时，方能适用；而且任何行动的计划 and 实施必须符合人权法的必要性和适当性原则。

但在上述情况下，可能会由于使用武力的国家对有关人员或地域缺乏有效控制而不能确立人权法条约所要求的管辖，而无法适用人权法。但是，习惯人权法禁止任意剥夺人的生命，而且执法标准也应当属于习惯人权法范畴。

重要的是，适用执法规则并不依赖于所使用的部队或装备（警察或军队），而是不存在武装冲突就应适用人权法的事实。《使用武力和武器的基本原则》反映了此立场：执法官员包括所有的任命的或选举的法律官员，这些官员行使警察权力，尤其是逮捕或拘留的权力等。在由军事或安全部门行使警察权力的国家，执法官员也包括上述官员。

四、国际人道法的保护范围：部分问题

(一) 人道援助

武装冲突产生了大量的人道援助的需要。但实际情况是，平民在战争中经常得不到基本的必需品，如食物、水和住处，也得不到医疗等其他基本服务。造成上述问题的原因很多。平民的财产可能在战争中遭到了破坏，耕地可能因为地雷和爆炸遗留物而不适宜耕种了。整个地区的人口可能被迫背井离乡，从而失去了稳定的收入来源。此外，经济或其他基础设施可能被破坏，从而对地区的稳定造成了长期的影响。

根据国际法，国家有责任确保在其控制下的平民的基本需要得以满足。如果国家不能或不愿履行上述责任，国际人道法规定其他团体如人道组织应当在有关国家的同意下，开展救援行动。¹⁶ 为了开展救援行动，人道组织必须能够不受阻碍地、迅速地接触受影响的人群，这种接触是正确评估人道需求、实施和监督人道救援及后续工作的前提。但在事实上，人道组织接触有关人群由于种种原因遇到许多问题。

1、人道组织接触受影响的人群的限制

限制人道组织接触有关群体可能出于政治方面的考虑。在救援行动被认为危及国家主权、非国家团体与人道组织接触被认为是使其地位合法化、或者人道组织的介入被

¹⁶ 占领方的义务见下文。

认为危及非政府组织在特定地区的统治地位时，人道组织与平民的接触便难以实现。在上述情况下，有关当局往往宣称其有能力应对有关情况，无需外部协助。

当局还可能宣称，救援行动不符合国际人道法规定的人道、中立的标准，并未按照不歧视的原则来实施。上述观点有时可能是由于军队卷入救援行动而混淆了人道和军事人员所造成的。如果冲突方将人道行动视为军事或政治政策的工具，人道救援人员就难以甚至不可能接触到身处困境的人群，而人道工作者的安全也会受到影响。

阻止平民获得人道救济有时还是军事策略的一部分。如果冲突一方认为敌方从平民那里获得了援助，他们就可能剥夺平民的基本供应，以便削弱敌人军事行动的能力。

人道救援所面临的政治上的困境还会因为行政或后勤方面的困难而变得更复杂。由于人道救援人员难以获得签证或救援物质难以获得进口许可，人道组织有时无法开展工作。复杂的程序和频繁的控制也可能耽误人道物质的进口或分发。此外，基本设施如公路或铁路等，可能被战争所破坏，也使得人道救援难以实施。

人道救援人员的安全考虑也是阻碍救援的原因之一。人道救援人员难以在正发生敌对行动的地区接触到有关人群。如果开展救援的风险过高，人道救援就会取消或中止。武装分子有时会出于犯罪或政治目的攻击人道救援人员。这是近年来冲突中出现的令人担忧的趋势，因为如今的冲突由于参与方众多，既有组织涣散的武装集团，又有纯粹的犯罪集团，而变得更为复杂。因此，人道组织难以与冲突各方就安全问题展开对话，而这些冲突方往往具备破坏人道救援的能力。由于可能遭受攻击，许多人道组织要么撤出了特地地区，要么减低了行动规模，或者被迫聘用安保人员。

人道救援所遭遇的限制将持续成为国际社会关注的焦点。

2、适用于人道救援的法律体系

人道救援的困境往往来自于政治、行政、后勤或安全方面的因素，而非法律。在实践中，依靠国际人道法的有关条款已经被证明为开展有效人道行动的有用工具。这就意味着，人道工作人员应当熟悉这些法律，并能运用这些法律来确保有关当局接受和尊重他们的工作。

国际人道法关于人道救援的规则可以分为：1）与国际性武装冲突（不包括占领）有关的规则；2）与非国际性武装冲突有关的规则；3）与占领有关的规则。针对上述情况，国际人道法首先规定，当平民的基本供应不足时，可以授权开展人道行动，在占领的情况下，应当授权开展人道行动。其次，国际人道法对开展人道行动的条件作出了进一步的规定，以便利有关人群能够及时获得人道救援。

国际人道法关于人道救援的主要法规有《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》。第四公约规定了缔约国撤出被包围地区的有关人员，并允许人道救援人员得以通过被包围地区的义务（第 17 条），并规定了缔约国有义务允许医疗供应品等救济物质自由通过（第 23 条）。它还规定了处于冲突方境内的外国人的权利，包括获得个人或集体救济等（第 38 条），并规定了占领方确保占领地区人口获得救济的权利（第 59-62 条）。《第一附加议定书》（第 68-71 条）补充和强化了第四公约的规定，《第二附加议定书》（第 18 条）则补充和强化了共同第三条的规定。

除了条约法外，习惯国际人道法也有一些与人道救援有关的规则。这些规则包括人道救援迅速无障碍的通行、人道救援人员行动自由等（规则 55-56）。习惯法还有关于保护人道救援人员和物质的规定（规则 31-32）。

3、从事人道救援的义务

冲突各方必须在多大范围内接受人道救援的问题有待进一步明确。1977 年的两个附加议定书规定，当平民缺乏其生存所必需的物质时，必须开展人道救援，并规定人道救援须取得国家的同意。¹⁷ 因此，必须在两个冲突的要求之间找到平衡：1) 必须开展人道救援；2) 必须取得国家的同意。如何在现实中实现上述平衡便成为了问题。

问题的部分答案是，不能任意拒绝人道救援，即拒绝必须基于有效的理由。在缺乏供应品将导致饥饿的极端情况下，可以认为不存在拒绝救济的有效理由。国际人道法禁止以使平民限于饥饿为作战手段。当然，救援行动在此情况下必须符合国际人道法规定的三项条件，即人道、公正、无歧视。

就被占领的地区而言，占领方接受人道救援的义务是明确的。《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》明确规定，占领方有义务在其可能的范围内，确保平民获得食物、医疗用品、衣服、住处等为其生存及宗教信仰所必需的物质。如果占领方无法履行其义务，公约明确规定其有义务接受外来的人道救援。上述救援无需其同意，因此在占领地区，接受人道救援是无条件的。

4、人道救济的分发

人道救济的分发条件也是需要进一步明确的问题，该问题对于非国际性武装冲突而言，尤为突出，因为人道法条约和习惯对此规定较少。对于国际性武装冲突而言，有关的法律体系较为详细。例如，人道法规定了可分发的物质的种类、技术安排、限制改变救济物品的用途，并对参与救援行动的人员作出了规定。

¹⁷ 在占领的情况下，无需同意，见下文。

但是，冲突方的具体权利和义务规定得并不明确。因此，充分理解冲突方对救援行动实施控制的范围是有益的。尽管上述控制权包括搜查救济物品并监督其分发，但不得阻碍救援行动的迅速开展。鉴此，明确冲突方便利人道救济通行的义务也是有益的。在此方面的最佳实践可供各方分享。

上述问题与国家或非国家冲突方均有关。国际人道法的基本理念是所有交战方承担同样的义务。因此，非国际性武装冲突中关于人道救援的规则对国家和非国家当事方而言，应做同样的解释。但有一个例外，根据《第二附加议定书》，人道救援须取得国家而非其他冲突方的同意。

救援人员的权利和义务也是另一个需要分析的问题。如人道组织自由行动的范围，以及冲突方出于迫切的军事必要而限制其自由的问题，需要进一步分析。

最后，包括人道救援过境国在内的第三国的作用，也需进一步探讨。在国际性武装冲突中，《第一附加议定书》规定，“每一缔约国”，即不仅参与冲突的国家，必须允许、便利救援物质、装备和人员迅速和无阻碍通行。非国际性武装冲突的法律则无此规定。

人道组织接触需要救助和保护的人员首先取决于对有关区域实施控制的冲突方对人道、公正的救援行动的接受程度。人道组织必须与冲突各方进行沟通，以便对其行动的原因和目的作出统一的解释。人道组织也必须明确其行动的人道法基础。尽管法律不是对话所考虑的唯一因素，但它确是便利人道行动的有利工具。因此，参与救援行动的各方应当了解并传播此方面的法律。

（二）占领法

域外军事行动和干涉是近年来武装冲突的一个特点。除传统的军事占领外，上述军事行动导致了国家内新形式的军事存在，有的是基于当事国的同意，有的则不是。这些新形式的军事存在使人们再度关注占领法。下文列举了有关占领的一些法律问题。

1、占领的开始与结束

国际社会对占领法的重视注重的是有关占领的实质性规定，而非占领开始和结束的条件问题。也就是说，大家不关注占领赖以成立的条件。但占领是否成立对国际人道法有关规定的适用尤为关键，是占领法处理其他实质问题的前提。

由于不愿意被视为占领方，在实践中，许多国家即便有效控制了外国的部分领土，也不承认应当适用占领法。他们主张部分由于国际人道法文书没有就占领的开始

和结束作出明确规定有关。不仅国际人道法关于占领的定义模糊，而且一些事实因素，如敌对行动的持续、当地政权或外国军队继续行使部分控制权等，均使得对特定情势的法律定性变得更为复杂。

此外，近年来的军事行动表明，有必要明确在多国部队卷入武装冲突时，如何判断存在占领状态的法律标准。在上述情况下，占领开始与结束的标准与其他情况是一样的吗？当多国联盟卷入冲突时，谁是占领方？能否将所有提供部队的国家视为国际人道法意义上的占领方？

与占领法适用有关的另一个问题是，如何确定适用于外军侵入和撤出时的法律体系。本报告建议对《日内瓦第四公约》在侵入和撤出阶段做较为宽泛的解释，以便尽量保护平民。上述立场有利于保护那些处于交战方权力之下但却不在被占领地区或交战国领土内的人员。

上述问题反映了重要的人道挑战，并需进一步的法律研究和分析。

2、占领方的权力和责任

占领法面临的另一个挑战是，它被认为不能适应当前的占领状态。不愿适用占领法的国家辩称，他们所介入的情况不同于传统的军事占领。也就是说，现在的占领法不足以应付当代占领的新特点。

传统的占领法不允许改变被占地区的法律、政治、经济及机构设置，这遭致了诸多评论。许多学者认为，占领法过分强调保持被占地区社会和政治现状。因此，他们主张通过占领改革压迫人民的政府和重组已经崩溃的社会，这不仅符合国际社会的利益，也往往有现行的法律授权。

因此，近年来占领所带来的政治和体制的变化导致了传统的要求尊重被占领土现行的法律和制度与根本改变其政治、经济和体制的需要之间的矛盾。为了缓和上述矛盾，有人建议国际人道法应当允许占领方在一定程度上变革当地制度。但上述立场将会使人们对《日内瓦第四公约》第 64 条和《1907 年海牙规则》第 43 条对占领方权力和责任的限制的有效性产生疑问。考虑到占领法没有明确规定占领方所希望进行的改革，人们企图通过给予占领方较大自由的管理权的方式来达到此目的。占领方实施改革的自由的限制仍须进一步澄清。

长期的占领会引发许多自身的问题。尽管国际人道法预见到占领可能持续较长时间，但其并未对有效控制外国领土施加任何时间限制。然而，长期的占领给人道法带来了尤为严重的问题，因为它挑战了占领法的基本原理，尤其是占领的临时性原则和

保持占领前状态的原则。由于《日内瓦第四公约》和《1907 年海牙规则》没有明确规定可以在长期占领的情况下，背离其规定。有人建议就长期占领制定特别的规则，另有部分人员认为应灵活适用占领法以满足长期占领所带来的人道和法律问题。

此外，人权法可在限定占领方的权力和责任方面发生较为重要的作用。普遍的观点认为人权法适用于占领，因此它可对占领方施加具体的义务或者可作为法律变革的基础。国际法院强调了人权法在占领期间的重要性，并要求占领方在其行动和占领政策中考虑人权法的规定。¹⁸ 因此，有必要明确人权法在占领地适用的范围，并进一步探讨人权法和占领法的关系。

3、在占领地使用武力的问题

当代占领所引发的另一个问题是占领方在占领地使用武力的法律框架问题。占领往往伴随着占领军和被占领地的部队或追随流亡政府的武装团体之间的继续或重开战事。占领方在履行其恢复和维持被占地区的公共秩序时也可能使用武力。尽管《1907 年海牙规则》第 43 条是占领法的核心条款，其实施仍然会导致重要的实践和法律问题，尤其是占领方使用武力的问题。在一些占领地区，规制针对动乱使用武力和针对敌对行动使用武力的界限还不清晰。

尽管占领方只能以执法行动来维持治安，但在难以区分动乱和敌对行动或占领方在全部或部分占领地面临上述两种情形时，可适用的法律体系便难以确定。占领法对执法行动和敌对行动没有作出明确的区分和规定，从而难以确定规制使用武力的法律体系。这就导致了对在占领地区如何使用武力的问题产生了不同的解读。最后，适用法律的不确定性将影响对被占领土上人群的保护。有必要澄清执法规则与敌对行动规则在占领地区的关系。

4、联合国行动适用占领法的问题

在联合国指挥和控制下的军事行动是否应当适用占领法也是个问题。在其行动中，联合国可能需要代替国家来行使政府职能。因此，占领法是否适用、适用占领法的条件或者对国际组织适用占领法是否与对国家的适用条件相同等，都是非常重要的问题。

以联合国名义开展的行动，如科索沃和东帝汶地区的行动，与传统的军事占领十分相似。因此，当联合国的行动意味着对某地区行使管理，尤其是国际当局被授予广

¹⁸ International Court of Justice, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Judgement, 2005.

泛的行政和立法职权时，规制占领的法律至少可以类推适用。在这些情况下，国际人道法可以为许多问题提供解决办法，并可作为制定政策的参考。因此，可以根据联合国行动的性质和目的，对适用于国际管理区域的国际人道法作出更为明确的界定。

5、红十字国际委员会的专家咨询活动

自 2007 年起，红十字国际委员会在其发起的“对外国领土的占领或其他形式的管理”的专家咨询活动中，重点讨论了上述问题。本活动的目的在于分析占领法是否或在多大的范围内足以应对当代占领所引发的问题，以及这些规则是否需要加强或澄清。来自国家、国际组织、学术界和非政府组织的 30 余名专家在 2008 年至 2009 年参加了三次会议，以便对上述问题展开详细的讨论。上述会议分别讨论了：1) 占领的开始与结束；2) 占领方权力和责任的界定，以及联合国管理的区域适用占领法的界定；3) 占领地使用武力的问题。上述专家都以其个人名义参加会议的。

专家会议讨论情况的报告将于 2011 年底公布。报告将详细介绍讨论的主要问题和各方的意见。报告不是红十字国际委员会立场的反映，而是上述三方面法律问题的讨论情况的概述。红十字国际委员会认为，该报告作为专家组会议的结果，有助于将来对占领法中最为重要方面的法律讨论。

（三）国际人道法与多国部队

近年来，多国部队承担的任务已经超出传统的监督停火和观察和平协议的范围。以联合国名义或在联合国控制、指挥下的多国部队的行动已经扩展到预防冲突、维护和平、缔造和平、执行和平和建设和平等广泛的范围。自 1990 年前南斯拉夫冲突以来，多国部队的任务有了较大的变化。在阿富汗、刚果民主共和国、索马里和利比亚执行任务的多国部队的任务不限于监督停火和建立缓冲带，而且包括了直接参加敌对行动。上述行动的多面性及其行动环境的复杂性（多部队在有些时候需要协助一方与他方作战）要求国际社会为复杂的和平行动制定统一的法律体系。由于和平行动的上述新特点使得其较有可能使用武力，国际人道法如何适用于其行动便变得非常重要了。看起来，似乎有关问题均已被讨论过，但与和平行动有关的许多法律问题仍然需要进一步的思考。

1、国际人道法对多国部队的适用性

对多国部队所处环境的法律定性是一个敏感的问题。实践中，即便适用国际人道法的条件已经满足，从事和平行动的一些国家和国际组织不愿意承认国际人道法适用于其开展的行动。

长期以来，国际人道法可以适用于多国部队的问题被人们忽视了。人们辩称，多国部队尤其是联合国部队不可能成为冲突的当事方，因此不受国际人道法的约束。多国部队往往是代表国际社会来开展行动的，因此，它们既不是冲突的当事方，也不是日内瓦公约所说的“权力当局”。多国部队在冲突中只关心恢复和维持国际和平与安全，因此，具有国际合法性的多国部队是中立、客观和公正的。

但是，上述立场抹杀了诉诸武力和战时法的区别。将战时法适用与多国部队取决于事实情况以及是否满足特定的法律条件。事实情况以及由此而引发的国际人道法的适用与多国部队的使命和敌对方的名称无关。多国部队的使命和任务的合法性是诉诸武力的问题，它不影响国际人道法对和平行动的适用。

区分国际人道法和诉诸武力的法律对保护武装冲突的受害人尤为重要。使用武力合法与否不能免除行为人在国际人道法下的义务，也不能剥夺国际人道法对受害人所提供的保护。¹⁹ 维护上述区分对维护交战者平等这一人道法核心原则也非常重要。

考虑到多国部队往往布署在冲突地区，判断有关情势是否构成武装冲突从而使国际人道法适用于特定的行动是至关重要的问题。红十字国际委员会的观点是，只要满足国际人道法适用的条件，国际人道法就能约束多国部队。而判断多国部队介入的情势是否构成武装冲突的标准与判读传统的国际性与非国际性武装冲突的标准是一样的。但有人建议，国际人道法适用于和平行动应该具备较高的标准，即只有存在较为激烈的暴力冲突时，才能认为存在武装冲突。

2、多国行动的冲突分类

有人辩称，多国部队卷入武装冲突使冲突国际化了，因此应当适用国际性武装冲突的规则。但上述观点没有被广泛接受。²⁰ 尽管上述观点有利于保护被害人，但它与事实情况和法律规定不符。例如，卷入非国际性武装冲突的国家不会愿意给予被俘的有组织非国家武装集团成员以战俘地位，而如果适用国际性武装冲突的规则则要求国家赋予其战俘地位。

因此，对国际人道法适用于和平行动的实质范围长期以来存在争议。适用国际性还是非国际性武装冲突规则的问题一直没有解决。但对于敌对行动规则而言，实践中，国际性和非国际性武装冲突规则的差别不大，因为大多数适用于国际性武装冲突

¹⁹ 1994年《联合国及其人员安全公约》及其2005年任择议定书的做法与此不同。这些文书将国际人道法禁止的行为（攻击以战斗员身份卷入敌对行动的联合国人员及其附属人员）也定为犯罪，因此，可以认为它们不符合交战者平等的国际人道法原则。

²⁰ 关于红十字国际委员会的立场，见本部分关于非国际性武装冲突的类型。

的条约规则可以作为习惯法适用于非国际性武装冲突。但对被剥夺自由的人的地位或红十字国际委员会行动的法律基础而言，区分国际性还是非国际性武装冲突则是非常重要的。

红十字国际委员会处理上述问题的方法与国际法院在尼加拉瓜案中的方法相同，即对每一特定情势的交战者之间的双边关系做具体分析。因此，如果多国部队在与国家武装部队作战，则应当适用国际性武装冲突的规则；如果它们在东道国同意的情况下与有组织的非国家武装集团作战，则应适用非国际性武装冲突的规则。

3、对冲突当事方的判断

多国部队介入还引发判断在和平行动的参与者中，谁是冲突当事方的问题。能否认定只有提供了军队的国家才是当事方吗？对多国部队实施控制和指挥的国际组织的地位如何？如何认定没有参与军事行动的有关组织的成员国的地位？能否推定所有参与联盟的国家均为当事方，而无论其在联盟中承担的任务如何？

上述问题还没有引起足够的重视和分析。原因或许是不愿意承认国际组织和代表国际社会行动的国家是冲突的当事方。无论如何，上述问题是重要的并需进一步研讨。

4、多国部队羁押人员

多国部队在行动经常羁押人员。因此，如何确保多国部队在羁押人员的过程中履行其包括国际人道法在内的国际法义务也是个问题。上述问题在非国际性武装冲突中实施羁押的程序保障和向地方政府和提供部队的其他国家移交被羁押的人员方面尤为突出。

2007年，丹麦发起了名为“国际军事行动中的羁押”的专家咨询活动，探讨了上述问题。联合国维和部队也在起草名为“联合国和平行动中的羁押”的行动程序标准。上述活动均旨在为多国行动中的羁押行为制定共同的法律和行动标准。这是一项重要而又艰巨的任务，因为它必须充分体现国家根据国际法所承担的义务。

鉴于武装冲突（尤其是非国际性武装冲突）中羁押问题的重要性，红十字国际委员会认为国际人道法在此方面需要加强。上述立场在红十字国际委员会向31届国际大会提交的《加强对武装冲突受害人的法律保护》的报告中有所阐述。

5、各法律体系相互作用

国家和国际组织参与和平行动不但引发了可适用的法律的问题，还引发了法律体系相互作用的问题。这是因为，和平行动中各方军事努力的联合往往受到在不同法律

标准上开展行动的部队对国际人道法不同理解和适用的影响。因此，法律体系相互作用的概念旨在协调不同部队之间的差异来确保多国行动的有效性。重要问题之一是在执行行动时必须考虑不同国家参与人道法条约的情况及其对有关条约和习惯法的不同理解。

法律体系的协调由于和平行动所涉及的法律的复杂性而不容易执行。涉及和平行动的法律体系有诸多层面，其中较为重要的包括：联合国安理会的授权、相关的条约与习惯法、部队地位协议、联盟国谅解备忘录、行动程序标准、交战规则等。诸多需要考虑的法律渊源使得和平行动合作方难以就其法律义务达成共识，而这是法律协调的前提，也是确保和平行动不在最低的法律标准上展开的前提。法律上的不确定性将最终影响对受害人的保护。因此，红十字国际委员会认为需要对国际人道法在和平行动中的可适用性及其具体适用中的法律协调问题开展进一步的研讨。

6、国际不法行为的责任

和平行动的复杂性还使人们对在行动中发生的国际不法行为的责任问题发生了疑问。难以对此提供有效的法律解决办法。此问题也具有现实意义，近年来，国际和国内法庭的案例越来越多，而且该问题也将影响国家与国际组织责任的关系问题。

如何确定和平行动中不法行为的责任归属及其具体责任的问题也需进一步阐明。下述问题需要进一步探讨：国际责任是否只归属于一方？如果只能归属于一方，应该归属于哪一方（领导国，实施违法行为的武装部队所属国，对部队实施指挥和控制的国际组织）？国家和国际组织能否共同承担责任？责任确立的条件？国家是否应当在和平行动中履行其根据日内瓦公约共同第一条所承担的确保遵守国际人道法的义务，从而有义务阻止其他交战伙伴的违法行为？

除了自身关注和研究上述问题外，红十字国际委员会也参加了瑞典国防学院在2009年主持的专家会议，以研讨上述问题，该会议特别关注多国军事行动的责任问题。

（四）私人军事和安全公司

1、私人安保公司所带来的人道挑战

过去几年里，将传统的军事任务外包给私人安保公司是引人关注的趋势。红十字国际委员会在其2007年向国际大会提交的报告中提到了不断增长的私人安保公司的活动所带来的人道挑战。就此展开的讨论主要围绕国家将军事任务外包的合法性，以及是否应当对国家将其对武力垄断转移给私人进行限制。无论上述问题的答案如何，可

以预见的是，私人安保公司在武装冲突中的活动将在近期内还会有所增长。许多国家都在裁军，而武器系统日益复杂使得国家越来越依赖外来的技术和培训，以便运作这些武器。此外，私人安保公司的客户不仅有国家，还有国际组织、非政府组织和跨国公司，也不排除多国军事行动或者武装反抗集团将来可能雇佣私人安保公司来为其作战等。

随着私人安保公司在武装冲突中的活动增多，它们所承担的任务也越来越与军事行动相联系，具体的任务包括但不限于保护军事人员和设施、训练武装部队或提供咨询、维护武器系统、看守和讯问被关押的人员等。这些活动使得安保公司能近距离接触被国际人道法保护的人员，也使得它们的人员也越来越暴露在军事行动的危险之中。

2、规制私人安保公司的国际努力

为了应对日益增长的私人安保公司的活动所带来的问题，国际社会已经致力于澄清、确认或发展规制私人安保公司行为的法律制度，尤其是要确保它们的行为符合国际人道法和人权法所规定的行为标准。主要活动简述如下：

(1) 蒙特勒文件

2005 年，瑞士外交部和红十字国际委员会共同发起了促进在武装冲突中开展活动的私人安保公司遵守国际人道法和人权法的进程。政府、行业领域的专家、非政府组织和学术界的专家参与了此进程。上述进程导致 2008 年《蒙特勒文件—武装冲突期间各国关于私营军事和安保公司营业的相关国际法律义务和良好惯例》的出台，该文件得到了 17 个参与国的支持。²¹

蒙特勒文件不接受私人安保公司在法律真空的条件下运行的说法。本文件不创设任何新的法律，而是回顾和确认与私人安保公司签订合同的国家、私人安保公司运行的国家或私人安保公司成立地国的现存的法律义务。报告也包括了一系列执行上述义务的良好惯例。截至 2011 年 4 月，又有 19 个国家表达了他们对文件的支持，从而使得文件的支持国达到了 36 个。²² 瑞士外交部和红十字国际委员会也出版了一系列的可

²¹ 阿富汗、安哥拉、澳大利亚、奥地利、加拿大、中国、法国、德国、伊拉克、波兰、塞拉利昂、南非、瑞典、瑞士、英国、乌克兰、美国。

²² 马其顿（2009 年 2 月 3 日）、厄瓜多尔（2009 年 2 月 12 日）、阿尔巴尼亚（2009 年 2 月 17 日）、荷兰（2009 年 2 月 20 日）、波黑（2009 年 3 月 9 日）、希腊（2009 年 3 月 13 日）、葡萄牙（2009 年 3 月 27 日）、智利（2009 年 4 月 6 日）、乌拉圭（2009 年 4 月 22 日）、列支敦士登（2009 年 4 月 27 日）、卡塔尔（2009 年 4 月 30 日）、约旦（2009 年 5 月 18 日）、西班牙（2009 年 5 月 20 日）、意大

供公众参考的介绍和解释蒙特勒文件的手册。2008 年，瑞士政府将文件提交给了联合国秘书长，从而使该文件成为了具备英文、法文、西班牙文、阿拉伯文、中文和俄文文本的联合国文件。

（2）私人安保公司国际行为手册

除蒙特勒进程外，瑞士外交部还参与了另一个旨在促使私人安保公司按照国际人道法和人权法标准运作而制定行业行为规范的多方参与的进程。2010 年 11 月，近 60 个私人安保公司在日内瓦通过了《私人安保公司国际行为手册》。此后，又有一些公司对此文件表示了支持。

手册详细阐述了公司在使用武力和对待被其关押的人员方面的严格标准。预想中的手册包括两部分：一部分描述行为、管理和监督标准，另一部分则阐述确保公司遵守手册的国际监督体系。截至本报告完稿时，只完成了手册的第一部分。关于国际监督的第二部分尚在起草中，起草委员会由来自三方的代表组成（行业、政府和民间社会）。

红十字国际委员会欢迎手册的出台，它能确保私人安保公司遵守公认的人道法和人权法标准，从而有利于保护武装冲突和暴力局势中的被害人。作为蒙特勒文件的发起人之一，红十字国际委员会认为有必要强调，行业自律行为无疑是重要的，但自律不能代替国家在确保私人安保公司遵守人道法方面的主要责任。

（3）联合国工作组（公约草案）

2005 年 7 月，联合国人权委员会成立了“使用雇佣军违反人权和阻碍人民行使自决权工作组”，工作组由来自五大洲的五位专家组成。2010 年 9 月，工作组向人权理事会提交了报告，列举了拟谈判的规制私人安保公司以使其遵守人道法与人权法的国际公约的要点。同年 10 月，理事会通过决议成立了不限名额的政府工作组，以便“考虑拟定规制和监督私人安保公司行为的国际规范的可能性”。工作组每年举行一次为期五天的会议，第一次会议于 2011 年 5 月召开。

3、人道目标

红十字国际委员会不介入在武装冲突中使用私人安保公司合法性的讨论。委员会的人道目标是，促使私人安保公司人员遵守国际人道法，提供关于其法律义务的指导意见，鼓励国家采取措施确保公司遵守法律并确保其承担相应责任。出于上述目的，

利（2009 年 6 月 15 日）、乌干达（2009 年 7 月 23 日）、塞浦路斯（2009 年 9 月 29 日）、格鲁吉亚（2009 年 10 月 22 日）、丹麦（2010 年 8 月 9 日）、匈牙利（2011 年 2 月 1 日）。

红十字国际委员会致力于推广蒙特勒文件所反映的法律义务。委员会欢迎其他组织所采取的确保私人安保公司遵守法律的努力，并认为所有上述活动是相辅相成的，并有利于加强对武装冲突和暴力局势中受害人的保护。

五、 作战手段和方法

（一） 战争中的新科技

正如《第一附加议定书》第 36 条所规定，毫无疑问，国际人道法适用于新武器和战争中使用的新的科技手段。²³ 然而，将现存法律规则适用于新科技手段可能引发有关规则是否能有效应对新科技手段所呈现新特点以及由此导致的人道后果。近年来，大量的新科技开始介入战场。网络可能开辟了新的作战领域。冲突方越来越多地使用诸如无人驾驶的飞机等遥控武器和自动武器系统，诸如机器人战斗员的自主武器系统也在研发的过程中。上述新技术引发了一系列的法律问题，下文将对部分问题做简要分析。

1、网络战

近年来，在网络空间开展或通过其开展敌对行动所产生的法律问题引起了广泛的兴趣。网络可能成为新的战场，它是在陆、海、空和外太空等自然领域之外，同时又与这些领域相联系的人造战场。它是联系全球的无边界的空间。网络空间的高度互联性在平时为人们提供了便利，但它也意味着对网络的攻击可以从世界任何一个地方发起，它还意味着此攻击可以对其他诸多系统产生影响，因为军事网络往往依赖非军事的商业基础设施。

网络攻击可以广泛地定义为通过计算机和计算机系统的数据流发起的攻击。此种攻击可以有多种形式：侵入网络系统以便收集、输出、破坏、改变数据或对数据加密，或者通过被侵入的系统来启动、改变或控制运行程序等。通过上述方法，可以破坏、改变或摧毁许多实物，如基础设施、电讯系统或金融系统等。而这引发严重的人道关注，如通过干预计算机系统，可对敌人的空中交通管理体系、石油管道体系或核电站实施控制和打击等。

某项具体的军事行为没有特别的法律规制不意味着该项行动不受限制。红十字国际委员会认为，与武装冲突中使用的其他新武器一样，以网络技术作为作战手段和方法也受国际人道法约束。如果在武装冲突中针对敌人采取网络行动以便造成损害，如通

²³ 《第一附加议定书》第 36 条规定，在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时，缔约一方有义务断定，在某些情况下，该新武器、作战手段或方法的使用是否为本议定书或适用于该缔约一方的任何其他国际法规则所禁止。

过控制空中交通管理体系而导致了民用飞机的坠毁，上述行为无疑是一种作战方法并被国际人道法所禁止。

尽管如此，协调网络战与规制武装冲突的法律体系的关系在许多方面面临着挑战并需要进一步研讨和反思。下文列举分析部分正在讨论的问题：

首先，网络空间的数字化使得操作者得以匿名，从而难以确定行为人的身份。这使得在许多情况下难以判定攻击的发起者。而国际人道法的实施依赖对个人或冲突方施加责任，这就产生了许多问题。尤其是，如果难以确定某项行为的实施者从而难以确定该行为与武装冲突的联系，就难以判定是否应当实施国际人道法。

其次，毫无疑问，当传统武器与网络行动同时使用时，武装冲突就存在，从而引发国际人道法的适用。但是，如果敌对行动只是通过网络行动进行的，就难以判断是否应当适用人道法了。单纯的网络行动是否构成人道法条约意义上的武装冲突？武装冲突是否与行动的类型有关，即操作或清除数据是否足够构成武装冲突，还是必须伴有物质性损害？显然，上述问题的答案有待国家将来的实践予以明确。

第三，“攻击”的定义对于适用国际人道法的区分规则至关重要。《第一附加议定书》和习惯法对此有特别的定义，该定义与其他法律文件的规定略有不同。根据《第一附加议定书》第 49 条第 1 款的规定，攻击是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为。所谓暴力行为是指物理性的暴力。鉴此，通过病毒、蠕虫等方式开展的网络行动并导致了被攻击的计算机系统或数据以外的人员或物体的物理损害，可以被界定为暴力行为，即国际人道法意义上的攻击行为。

因此，有人辩称，没有导致物理性损害或其攻击后果可以恢复的网络行动不属于攻击的范畴。但如果上述观点意味着针对平民物体的攻击是合法的，红十字国际委员会认为此观点缺乏法律基础。根据国际人道法，只能针对军事目标发动攻击，禁止攻击民用目标。军事目标的定义与作战手段无关，它应适用于使用传统火器和非传统火器的作战手段，网络行动没有导致攻击目标的损害也不重要。根据《第一附加议定书》第 52 条第 2 款，只有对军事行动有实际贡献，而且其全部或部分毁坏、缴获或失去效用能提供明确的军事利益的物体，才能被攻击。上述毁坏或缴获的措辞表明，物体是通过毁坏还是其他方式失去效用是不重要的。

第四，如果网络攻击构成攻击，《第一附加议定书》则要求遵守下列义务：1) 只攻击军事目标，禁止攻击民用目标；2) 禁止不分皂白的攻击和可能给平民和民用物体带来过分损害的攻击；3) 采取预防措施执行上述规则，尤其是减少平民的附带损害和

禁止发起可能导致平民过分伤亡的攻击等。无论攻击是通过传统的武器还是计算机系统，上述原则都应适用。因此，适用上述规则所产生的问题也并非网络行动所特有。但仍然有一些特殊的问题与网络行动有关：

如上所述，国际人道法禁止不分皂白的攻击。而在网络行动中，适用此原则尤为困难。问题的关键是，网络行动能否精确的攻击其所选定的目标，如果能够精确攻击，那么，由于军事网络和民用网络的高度关联性，能否预防其对平民基础设施所带来的影响。比如，针对目标国计算机网络释放病毒行为，尽管该行为的直接对象是军事网络，但病毒则可能蔓延至目标国境外的民用网络以至于破坏依赖这些体系的基础设施。根据现行的国际人道法，上述释放病毒的行为构成不分皂白的攻击，因为它不能针对特定的军事目标，同时还是无法根据人道法限制其后果的作战手段和方法。

网络行动不仅引发了如何遵守禁止不分皂白的攻击的问题，而且引发了如何遵守禁止不对称攻击的问题。尤其需要思考的问题是，实践中能否完全预见对军事目标的攻击所可能对平民或民用物体造成的影响。

遵守区分原则和对称性原则意味着必须根据《第以附加议定书》第 57 条采取有关预防措施。该措施包括：攻击者谨慎地选择攻击的手段和方法，以便避免或减低平民的伤亡。由于在某些情况下，网络行动可能导致较少的平民附带性损伤，因此，在可行的情况下，指挥官应当考虑是否可能通过网络行动来获得同样军事利益。

总之，尽管有其科技的新颖性，网络作战手段和方法同样受到法律的限制。尽管国际人道法不禁止网络行动，但在武装冲突中的网络行动必须符合现存的法律。

红十字国际委员会将继续关注网络作战行动的发展，并进一步评估其人道后果，以确保其遵守人道法规则。

2、遥控武器

遥控武器使得战斗员能够远离战场。这种新科技一方面可以使战斗员更精确地打击军事目标，从而减少平民伤亡和民用物体的损害，另一方面，它提升了打击敌人的机会，从而使得平民和民用物体更多的暴露在附带性损害的危险中。尽管战斗员由于遥控武器而远离了战场，但武器本身仍需要战斗员来操作、激活、瞄准和发射。因此，遵守国际人道法的义务显然归属于操作武器的个人以及冲突方。

无人机使遥控武器的范例。它们大大提升了空中实时监控的可能性，从而增加采取预防措施的机会。但遥控武器也带来了风险。有关研究表明，通过距离来隔离个人与其对手，容易导致轻易发动攻击。同时，操作者有限的处理大量信息的能力，尤其使

处理相互矛盾的信息的能力，以及同时监控数个遥控武器的情况，也使确保其遵守国际人道法遇到了挑战。

3、自动武器 (Automated Weapons Systems)

自动武器是指由个人布署的但却能自主运作的武器。自动武器包括自动步枪，遥感炸弹和反车辆地雷等。这些武器尽管是由人来布署，但它们能够自主识别或发现特定的攻击目标，并自动开火或引爆。如自动步枪能够通过暗号来识别来犯人员，从而自主决定是否应当开火。该武器如何区分平民、战斗员、受伤的战斗员以及不能理解其语音警告系统的人员，尚是个谜。同样，装有定位和攻击特定类型军事目标（如坦克）的遥感武器，一旦布署后，如果系统识别到了特定的目标，它就会自动发起攻击。国际人道法所要求的区分能力完全依赖于感应器的质量以及其预装的程序。因此，对自动武器而言，关键是如何使其具备区分能力。同样，如何使其能够评估平民和民用物体的附带性损害从而具备遵守对称性原则也是个问题。

4、自主武器 (Autonomous Weapons Systems)

自主武器是指能够根据其所处的环境来运作的武器。真正的自主性武器将具有人工智能，从而能履行人道法。上述武器体系尚未纳入现存的武器库，但专家们对此饶有兴趣。该武器的布署将标志着敌对行动的实质性变化。它将引起一系列的基本的法律、道德和社会问题，这些问题须在此类武器被装备前予以考虑。

研发能够执行人道法的真正的自主性武器是艰巨的挑战，几乎是不可能完成的任务。让这些武器具备区分平民与战斗员、健康的战斗员和受伤或失去战斗能力的战斗员、战斗员和狩猎者，是不可能的完成的使命。也难以想象此类武器如何在不断变化的环境中去判断军事利益、行动的适当性或预防措施。

理论上，自主性武器可以设计为比人类在战场上更为理性和谨慎的行为人。感性、失去战友和个人利益对机器人来说都不是问题，而人类士兵遵守人道法的纪录也远非完美。尽管还没有证据表明自主武器能够被研发出来，但仅其使用的可能性就已经引发了许多困难的问题：交由机器来决定生死是道德的吗？如果自主武器触犯了战争罪，谁应当为使用该武器承担法律、道义或政治上的责任：是程序员、生产商还是命令布署武器的指挥官？如果无法按照人道法来确定责任，布署此类武器合法或道德吗？上述疑问意味着，围绕自主武器的法律和其他问题非常复杂，需要仔细考虑使用此类武器的人道后果。

总之，对本部分中所述科技发展所带来的问题给出确定的答案，需要时间。关键的问题不是新科技本身是好是坏，而是使用它们的环境。同样，这些新科技并不改变现存的法律，而是应当符合现存的法律，同时我们也应承认现存的法律或许不能有效应对所有的问题，而需要进一步的发展。在红十字国际委员会看来，应当继续就有关问题进行探讨，并提醒人们注意新科技给人道法所造成的冲击和所带来的人道后果，同时确保在合法使用新武器的条件尚未成熟时，不要使用它们。

（二）在人口密集地区使用爆炸性武器

人口密集地区的武装冲突往往导致大量的人员伤亡。平民在这些冲突中付出了巨大的代价，他们不仅直接遭受人身伤亡，而且他们的房屋、牲畜等基础设施也遭到了广泛的破坏。由于长期在人口密集地区使用爆炸性武器，许多平民还遭受了无法评估的心理创伤。尽管缺乏科学数据的支持，人们也不难得出下述结论：居住在人口密集地区的人较居住在郊外并远离爆炸性武器影响的人而言，更易受到轰炸、炮击和其他爆炸性武器的影响。

红十字国际委员会主席于 2009 年发表声明，提请关注在人口密集地区开展军事行动的人道或其他后果：

“武器的类型以及使用武器的环境都发生了改变。越来越多的军事行动在人口密集的地区进行，并经常使用由重武器发射的爆炸性弹药，这将对生活在此区域的平民带来灾难性的人道后果。上述现象已经引起了广泛的讨论。但许多关键性的问题与敌对行动的规则有关。如，可适用的人道法规则能否确定在何种情况下在人口密集地区可以使用由重武器发射的爆炸性弹药？是否应当对目标、周遭环境的识别以及对平民的警告提出更高的要求？也许现存的法律需要得到进一步的发展，但问题是如何有效监督和执行这些法律？”

1、在人口密集地区使用爆炸性武器的法律限制

爆炸性武器范围广泛，包括手雷乃至重达数百公斤的炸弹等。许多法律文件对爆炸性装置作出了定义，但该定义往往只是为特定的条约目的服务的。但无论如何，这些关于爆炸性武器的定义都有一共同的要素：它们都由具有高度爆炸性并能产生爆炸和粉碎性效果的物质来引爆。

在人口密集地区使用爆炸性武器，使得平民和民用物体极易暴露在附带性或不分皂白的损害的危险中。但国际人道法并不禁止使用此类武器。能否使用此类武器只能个

案分析，取决于它们能否在具体的使用中符合禁止不分皂白和不对称攻击的原则，以及在攻击中履行适当预防措施的原则。²⁴

在此，必须重申，不分皂白的攻击是指不以特定军事目标为对象的攻击、使用不能以特定军事目标为对象的作战手段和方法的攻击、使用其效果不能按照国际人道法的要求加以限制的作战手段和方法的攻击。被明确禁止的不分皂白的攻击的例子有：使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其它地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击。违反对称性原则的攻击也是被禁止的，即可能附带使平民受损失、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的军事利益相比损害过分的攻击。

应当注意，禁止不分皂白的攻击旨在考虑下述事实：在一些情况下合法的作战手段和方法，在另一些情况下可能违反了议定书的规定，因为它们可能在这些情况下构成不分皂白的攻击。²⁵

在人口密集地区使用某些武器显然构成不分皂白的攻击。当然，爆炸性武器的概念涵盖大量具有不同影响范围的武器，也不是在人口密集地区使用任何这些武器都是确定无疑的构成不分皂白的攻击的。武器的爆炸性只是表明了该武器作用于目标的效果，其使用的合法性取决于考虑到其效果和周遭的平民以及民用设施，该武器能否按照国际人道法的要求来区分军事目标和民用目标和控制其影响。

同样，在人口密集地区使用爆炸性武器的计划和行动中，应当更为谨慎地履行采取预防措施的义务，以使平民和民用物体能免受其害。尤其是，应当确认所攻击的目标是军事目标，并选择能避免或减轻平民和民用物体附带损害的作战方法和手段。而且，如果攻击可能造成过分的附带损害，则应当取消或中止攻击。

总之，考虑到爆炸性武器的可能不分皂白的特性，尽管没有明确的法律禁止性规定，红十字国际委员会主张，避免在人口密集的地区使用影响范围巨大的爆炸性武器。

（三）国际人道法中直接参加敌对行动的概念

红十字国际委员会在其向第 28 届和第 30 届国际大会提交的报告中指出，武装冲突的环境正在发生改变。上述该标表现在：越来越多的军事行动转向了平民聚集区，越来越多的平民卷入了军事行动，越来越难以区分作战人员和平民。鉴此，红十字国际

²⁴ 在此必须说明，战斗员与平民混杂是人口密集地区战争的特征之一。在此情形下，受到攻击的一方也有义务尽可能采取预防措施，以使平民和民用物体免受攻击的影响。

²⁵ Diplomatic Conference (1974-1977), O.R. XV, p. 274, para.55, CDDH/215/Rev.1 Annex.

委员会在 2003 年至 2008 年期间，组织了 50 余名专家就“直接参加敌对行动”的概念进行了讨论。在专家讨论和内部分析研究得的基础上，红十字国际委员会出版了仅反映其观点的《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释指南》。

指南的目的在于通过澄清平民和战斗员以及直接参加敌对行动的平民和没有直接参加敌对行动的平民之间的区别，来提高对平民的保护。指南并不旨在改变法律，而是表达红十字国际委员会关于如何在现有法律框架内对直接参加敌对行动这一概念加以解释的建议。也不要求在战地的行动中直接使用指南的建议，而是希望军事行动的指挥人员能够将其融入所指挥的行动中。指南以及专家组会议报告于 2009 年 6 月出版，并被翻译成法语、西班牙语、中文和阿拉伯文。红十字国际委员会也积极地与军队、政府以及非政府的人道和学术团体沟通，以传播和推广该指南。

下文列举了指南所述的主要问题及答案：

1、就区分原则而言，谁被视为平民？

这一问题的答案将确定那些除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外享有免受直接攻击之保护的人员范围。就敌对行动而言，区分有组织武装部队或集团的成员（代表冲突一方承担持续作战指责的人）和平民（没有直接参加敌对行动或者只是自发地、零星地或无组织地参加敌对行动的人），是非常重要的。

就国际性武装冲突中而言，既非冲突一方武装部队成员又未参加民众抵抗者为平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击之保护。非正规武装部队成员（民兵、志愿部队），如果其行为可归因于冲突一方，也被视为该方武装部队的一部分，即便他们不符合国际人道法所要求的战斗员或战俘地位的条件。²⁶

就非国际性武装冲突而言，所有不是国家武装部队或冲突一方有组织武装团体成员的人都是平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，均享有免受直接攻击之保护。

在非国际性武装冲突中，有组织的武装团体构成非国家冲突方的武装部队，且仅包括那些有持续直接参加敌对行动职责（“持续作战职责”）的个人。在判断个人在有组织的武装团体中的成员身份时，决定性标准是其是否为该团体承担了涉及直接参加敌对行动的持续职责（以下简称“持续作战职责”）。持续作战职责并不必然包括理

²⁶ 冲突一方非正规武装部队成员身份确定的标准与非国际性武装冲突中有组织武装团体成员身份的额判断标准是一样的，即同适用功能、职责性标准。

应赋予战斗员特权（这在非国际性武装冲突中也不存在），而只是将非国家当事方的有组织作战部队的成员同那些仅仅是自发、零星或无组织地直接参加敌对行动或者只担任政治、行政或其他非战斗职责的平民区分开来。

不具备有组织性和相应的激烈程度的武装暴力不构成武装冲突，只涉及法律和秩序的问题，受适用于执法行动的国际和国内法标准约束。上述暴力即便是发生在武装冲突的过程中，只要其与武装冲突无关，就不受国际人道法的约束。

2、什么样的行为构成直接参加敌对行动？

这一问题的答案将确定会导致平民免受直接攻击之保护中止的个别行为。直接参加敌对行动的概念是指个人实施作为冲突方敌对行动一部分的特定的敌对行为，应在国际性与非国际性冲突中，做同样的解释。

一项具体行为必须同时满足以下条件才能构成直接参加敌对行动：

（1）该行为必须很可能对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响，或者致使免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损（损害下限）；

（2）在行为与可能因该行为（或该行为作为有机组成部分的协同军事行动）所造成的损害之间必须存在直接的因果关系（直接因果关系）；

（3）该行为必须是为了直接造成规定的损害下限，其目的是支持冲突一方并损害另一方（交战联系）。

损害下限、直接因果关系和交战联系这三项要求结合在一起，使我们能够对以下两种活动做出可靠地区分：构成直接参加敌对行动的活动；和虽然发生在武装冲突之中，但并非敌对行动的一部分，从而不会导致丧失免受直接攻击之保护的活动的。

此外，为实施直接参加敌对行动的具体行为所做的准备，以及部署和离开实施地点的过程，均构成该行为的有机组成部分。

3、丧失免受直接攻击之保护具有哪些特征？

这一问题的答案将阐明如下问题：（1）丧失免受直接攻击之保护的持续时间；（2）在不确定情况下的预防措施和推定、对合法军事目标使用武力时所应遵循的原则和规则；（3）重新获得免受直接攻击之保护的后果。

（1）就丧失免受直接攻击之保护的持续时间而言，平民在构成直接参加敌对行动的每一项具体行为期间丧失其保护，而属于冲突一方的有组织武装团体的成员则不再是平民，因而在其具有成员身份期间——亦即承担持续作战职责期间——都不享有免受直接攻击之保护。

(2) 实践中，平民直接参加敌对行动很可能会给实施区分原则带来严重的混乱和不确定。因此，为避免错误或任意将享有免受直接攻击之保护的平民作为攻击目标，最重要的就是采取一切可行的预防措施来确定一个人到底是不是平民，以及如果是，他或她是否在直接参加敌对行动。在不能确定的情况下，必须推定该人享有免受直接攻击之保护。

(3) 无论是因为直接参加敌对行动（平民）还是承担持续作战职责（有组织武装团体的成员）而丧失免受直接攻击之保护，都不意味着相关人员不受法律调整。习惯和条约国际人道法上的一项基本原则就是“交战者在损害敌人的手段方面所具有的权利是有限制的”。实际上，即使是针对合法军事目标的直接攻击也应受到法律约束，不管是国际人道法的具体条款、作为一个整体的国际人道法背后的原则还是其他可适用的国际法分支。

因此，除国际人道法对具体作战手段和方法所施加的限制外，并在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。

(4) 国际人道法既不禁止平民直接参加敌对行动，也不给予其特权。当平民不再直接参加敌对行动，或者当属于武装冲突中非国家一方的有组织武装团体的成员不再负有持续作战职责时，他们将重新获得平民免受直接攻击的完全保护，但其已经实施的违反国内法和国际法的行为不能免受追诉。

应当注意，指南自发布之日起，在政府和非政府组织里引起了广泛的法律争论。一个引起争议问题的例子是所谓“持续作战职责”的概念。有人认为其含义过窄，有的则认为含义过于宽泛。还有人对红十字国际委员会的下述观点不满：即无组织或零星参加敌对行动的平民只有在其参加行动的期间可以被攻击。有人认为该观点为零星参加行动的平民开了一扇受保护的“旋转门”，而另有一部分人则认为该标准也应适用于有组织参加敌对行动的平民。还有人对第十条建议，即“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”，也有不同看法。理由是将必要性因素纳入对参加敌对行动的平民的攻击不符合现存法律的要求。因为，国际人道法允许对直接参加敌对行动的平民发起攻击，即便在具体的情况下，采用非致命性武力也能达到同样的效果。

红十字国际委员会在起草指南的过程中对包括上述观点在内批判进行了讨论。指南的最终文本平衡了诸多法律和现实的考虑。红十字国际委员会密切关注各方对指南的接受程度和评价，并愿意与各方进一步就指南的方方面面进行沟通。

（四）武器贸易条约

由于缺乏法律规制和常规武器的滥用，每年都有成千上百的平民流离失所、受伤和死亡。在许多地方，由于武装冲突结束后还能轻易获得武器以及司空见惯的暴力冲突，平民所遭受的威胁与其在武装冲突期间遭受的威胁并无二致。

在1995年召开的第26届红十字国际大会期间，日内瓦公约缔约国对武器贸易的扩展和缺乏规制的武器泛滥表达了关注。大会授权红十字国际委员会就武器泛滥对国际人道法和平民在武装冲突中的影响进行调研。调研的结果显示，武器的泛滥便利了违法行为，并给平民和人道工作者带来了灾难性的后果。

自1999年公布其调研结果后，红十字国际委员会呼吁对国际武器及其弹药的转让实施严格规制，并对受让人守法的情况进行评估，以便减轻由于缺乏规范所带来的苦难。

1、武器贸易条约的谈判

自2006年起，联合国大会反复强调，由于缺乏常规武器转让的共同的国际标准，助长了武装冲突、流离失所、犯罪和恐怖活动，而这又破坏了和平、和解、安全、稳定以及经济和社会的可持续性发展。2010年1月，联大决定在2012召集大会，就武器贸易制定有约束力的最高的国际通行标准。

有效的武器贸易条约的范围和标准必须与其目标和宗旨一致。条约准备会议主席在2011年3月明确提出条约的目的之一是：

通过预防助长下列破坏和平、和解、安全、稳定以及经济和社会的可持续性发展情形的国际武器转让来促进国际和地区的和平、安全与稳定，这些情形包括：人类苦难、严重违反国际人权法和人道法的行为、违反联合国安理会的制裁措施、武器禁运等国际义务的行为、武装冲突、流离失所、有组织犯罪、恐怖活动。

如今，有些国家支持一个规制所有常规武器及其弹药的范围广泛的条约，而有些国家则主张条约范围仅限于在联合国予以登记的七类常规武器。另一些国家则主张条约范围包括七类常规武器和轻、小武器，或者七类常规武器和轻、小武器及其弹药，或者所有常规武器但不包括其弹药等。2011年公布的主席条约草案包括大范围的武

器、弹药、配件、技术与装备等。条约草案涉及的交易类型则包括进出口、转让、经纪、外国授权生产、技术转让等。

国家还讨论了武器转让的标准。所建议的共同的标准往往涉及现存的明确的禁止转让的国际义务，如联合国安理会武器禁运的决议，国家还希望禁止某些转让后的使用行为等。后述标准旨在确保转让的武器不被用来实施或助长国际违法行为。

2、武器转让的人道法标准

红十字国际委员会支持谈判一项范围广泛的有法律约束力的武器条约，以便为所有常规武器和弹药的转让确立共同的国际标准。条约的谈判及其实施将为减轻武器泛滥所带来的人类灾难提供历史性契机。

根据《日内瓦四公约》及习惯法，国家有义务确保遵守国际人道法。这就要求国家确保它们转让的武器不会落入可能利用这些武器实施违法行为的人的手里。第28届国际红十字大会的第1号决议和第30届国际红十字大会的第3号决议确认了上述义务。

红十字国际委员会认为，武器贸易条约也必须反映国家确保遵守国际人道法的义务，因此它们应当（1）评估所转让的武器被用于违反国际人道法的可能性；（2）如果存在着转让的武器被用于违反国际人道法的严重的风险，不应当许可此种转让。如果条约中没有第2项规定，条约的人道目的将受到严重损害。

国家承担的人道法义务的不同不影响其上述风险的评估。国家所要评估的是“严重”违反人道法的风险。这些严重违法行为是国家根据《日内瓦四公约》（分别为第50、51、130、147条）和《第一附加议定书》（第11条和第85条）已经承担了惩罚义务并行使普遍管辖权的严重违反公约和议定书的行为。根据习惯法，严重违反国际人道法的行为构成战争罪。《罗马规约》第8条对战争罪进行了罗列。尽管不是所有的国家都参加了《罗马规约》，但其第8条罗列的罪行是国家认为违反习惯法的行为的参考。

系统、客观评估风险的指南是适用国际人道法有用的工具。2007年，红十字国际委员会发表了将国际人道法标准适用于武器转让决定的实践指南。指南阐述了一系列可供评估风险的指标，列举了严重违反公约以及战争罪的行为。

3、武器和行为的范围

如果条约的目的在于防止武器转让所可能带来的人类灾难，那么，难以想象有一种常规武器和转让行为不需要规制。因此，红十字国际委员会认为所有的常规武器及弹药应当包括在条约的范围之内。

如果条约要实现其人道目标，条约范围包括弹药是非常重要的。没有弹药，武器无法使用，而且弹药需要不断的供给。根据2011年4月发表的联合国秘书长关于小武器的报告，监督安理会武器禁运的专家组认为，由于其弹药极易获得，某些常规武器格外受欢迎。报告还表明，由于无法获得弹药，一些交战者被迫和平解决了争端。而且，对武器转让进行规制的国家也规制弹药的转让。这表明规制弹药的转让是现实的和可行的。

武器贸易条约也应当涵盖所有转让行为。诸如过境、过境船运、借贷、租让及经纪等密切相关的行为都应被条约所涵盖。

总之，武器贸易条约一个最为重要的目的是通过确立明确的武器及弹药转让标准来减轻人类由此所可能遭受的苦难。国家、各国红会和民间社会都可通过宣传无规制的武器转让给人们带来的危害以及鼓励国家通过全面而有效地文件来对条约的谈判发挥作用。有效武器贸易条约及其实施将大大有助于在武装冲突期间以及冲突后减轻人类的灾难。

六、国际人道法和规制恐怖主义法律体系的竞合

尽管武装冲突和恐怖行为是受不同法律规制的不同种类的暴力行为，由于在公共领域中的不断趋同，它们已被理解为近乎一致的行为。红十字国际委员会在2003年和2007年的“国际人道法以及在当代武装冲突中所面临的挑战”的报告中阐述了关于“针对恐怖主义的战争”的法律分类以及被拘禁人员的法律地位的观点。本节旨在简要地从法律、政策及实践方面来说明，混同武装冲突和恐怖主义及其各自法律体系是无益的。

（一）法律及政策影响

规制武装冲突和恐怖主义的法律有诸多的重要差异，这主要是由于两者所意图规制的对象是不同的。就法律而言，主要的差异在于在武装冲突中允许实施某些暴力行为（合法的）并且禁止实施前者以外的暴力行为（非法的），而被标明为恐怖分子的人实施的任何暴力行为总是非法的。本文已提到，武装冲突的终极目标是战胜敌人的武装力量。为此，冲突方被允许或至少不被禁止攻击对方的军事目标。无论是由国家或是非国家主体挑起冲突，国际人道法是不禁止针对该等目标的暴力行为的。与此相反，由于国际人道法的主要目的之一在于保护平民及平民目标不受敌对行动的影响，针对平民以及平民目标的暴力行为是非法的。因此，国际人道法同时规制合法的以及非法的暴力行为，它也是国际法中采取这种“两分法”的唯一法律部门。

规制恐怖行为的国际规则中没有类似的两分法。无论是根据国际法或是国内法，任何在法律上被划分为“恐怖分子”之人的特征在于，该人总被作为刑事罪犯而受到惩处：在法律上被认定为“恐怖分子”的人实施的任何暴力行为都没有也不可能免于起诉。规制恐怖犯罪行为的现行法典由 13 个在国际上通过、界定特定恐怖行为的“特定”条约组成。在过去的十年中，还有一部《国际恐怖主义综合性公约》草案一直处于联合国谈判之中。²⁷据统计，现行有效的条约界定了将近五十种犯罪行为，包括十种民用航空犯罪，十六种航运或大陆架平台犯罪，十二种人身犯罪，七种涉及使用、占有或威胁使用“炸弹”或核物质的犯罪，以及两种为恐怖主义提供资金援助的犯罪。

规制武装冲突和恐怖主义法律体系的差异还在于，国际人道法以武装冲突各方的权利义务平等观念为基础（但是，国际人道法的权利义务平等并不意味着国内法范畴下的非国际性武装冲突方之间也存在该等平等）。因此，武装冲突的任一方被同等禁止直接攻击敌方平民，但不被禁止攻击对方军事目标。同等原则明显不适用于恐怖行为。

不在法律上混同武装冲突和恐怖行为的一个关键原因在于，对于绝大多数在平时犯下的、可能会被认定为“恐怖行为”的行为，规制武装冲突的法律框架已然作出禁止。国际人道法同时：（1）禁止在武装冲突中犯下的特定恐怖行为并视之为战争罪；（2）禁止在武装冲突以外实施的、通常可能被视为“恐怖行为”的一系列其他行为并视之为战争罪。

（1）《日内瓦第四公约》第 33 条以及《第二议定书》第 4 条第 2 款第 4 项特别禁止了“恐怖主义”。就前者论，禁止的目标在于保护国际性武装冲突中落入敌手的平民。后者则与非国际性武装冲突中落入敌手的、不参加或不再直接参加敌对行动的人员有关。该两条款的定位及范围表明其禁止武装冲突的一方被对其控制下的平民实施恐怖行为，特别是通过集体惩罚方式实施的恐怖行为。

此外，《第一附加议定书》第 51 条第 2 款以及《第二附加议定书》第 13 条第 2 款特别禁止敌对行动中的恐怖行为，规定“禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁”。前南国际刑庭在 2006 年的 Galic 案中判定，该禁止同时作为条约法和习惯法而具有拘束力。

²⁷ 公约草案中关于恐怖行为定义与武装冲突中行为的关系问题是各方分歧较大的问题之一。红十字国际委员会认为，有关的除外条款不应当减损国际人道法的规定。

(2) 比直接禁止恐怖行为更为重要的是，多数人道法关乎敌对行动的规则禁止那些如果发生在武装冲突时期以外就会被界定为恐怖行为的行为。

如前所述，区分原则是所有敌对行动原则的基础。为了说明无需混淆武装冲突规则和反恐规则，我们必须铭记，根据区分原则，国际人道法禁止在国际性和非国际性武装冲突中直接和故意地攻击平民。该禁止性规定（上述禁止恐怖行为即为其特殊的表现形式）也是习惯法，违反该规定构成战争罪。

除上述禁止直接攻击的规定外，人道法还禁止不分皂白的攻击和不对称的攻击。

与对平民规定一样，国际人道法还禁止直接和故意攻击民用物体（即所有的非军事目标）。当对某一物体（如房屋或学校）是否用于平用还是资助军事行动从而成为军事目标有疑问时，应当推定这些物体没有被用于军事用途。

如前所述，国际人道法一方面禁止针对平民和民用目标是用暴力，另一方面又不禁止攻击战斗员和军事目标。后者是武装冲突的本质，因此，不能被其他法律界定为恐怖行为。否则，这些行为将被其他法律界定为犯罪。这与国际人道法对暴力的两分法核心理念有冲突。

应当注意的是，上述禁止攻击平民和民用目标的规定也适用于非国际性武装冲突。但是，国际性武装冲突与非国际性武装冲突在法律有一个较大的差别。根据国际人道法，在非国际性武装冲突中，没有战斗员和战俘地位的问题。国内法将所有由私人 and 私人团体实施的暴力行为均规定为犯罪，那怕这些行为发生在武装冲突期间。根据国内法，非国家团体无权拿起武器与政府武装部队（战斗员地位基础）作战，也不能就其攻击军事目标的行为（战斗员特权的核心理念）享有刑事豁免。换句话说，尽管其具备人道法上的合法地位，所有由非国家武装集团实施的暴力行为通常都为国内法所禁止和处罚的行为。

因此，国际人道法和国内法在非国际性武装冲突中的关系是，非国家武装集团的成员将因其不为人道法所禁止的暴力行为（如攻击）而受到惩罚。此二者间不可调和矛盾也是非国家武装集团忽视人道法规则的原因。他们在法律上没有守法的动机，因为即便是他们依照法律和战争法规来作战并尊重了平民和民用物体，他们在被俘后还是会受到政府的处罚。

国际人道法条约的起草者们注意到此问题，并在《第二附加议定书》里拟定了一些条款来弥补由国内法导致的非国际性武装冲突中战斗员之间的不平衡。议定书第 6

条第 5 款规定，在敌对行动结束时，当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免。

上述规定也是非国际性武装冲突中的习惯法规则，许多国家在冲突结束后以特别协议、立法或其他方式实施赦免。联合国安理会、大会和其它地区机构都鼓励或者欢迎有关国家的上述做法。但应当注意，赦免不涉及战争罪（以及灭种和反人类罪等其他罪行），因为赦免这些犯罪将违反国家承担的惩罚犯罪的义务。

因此，国际法和国内法的相互作用导致了不利于非国家武装团体遵守国际人道法的局面。因此，将不为国际人道法所禁止的行为再界定为“恐怖行为”，更不利于遵守人道法的规定。一旦将合法的作战行为定性为恐怖行为，再对其实施赦免和以其他方式确认其合法性是非常困难的。就攻击平民或民用目标而言，它们已经为人道法和国内法所禁止。因此，再将前述行为界定为恐怖行为，没有任何法律上的助益。

如果恐怖行为的标签是旨在剥夺非国家行为人地位的政治或政策决定，这将不利于最终结束冲突和确保和平的谈判以及和解。

总之，在武装冲突中，恐怖行为应当用于界定国际人道法条约所明确确定为恐怖活动的行为。它不能用来界定人道法不禁止的合法行为。尽管人道法和国内法都禁止攻击平民和民用物体的行为，但在武装冲突期间，再将这些行为界定为恐怖行为将弊大于利。因此，除了特定的发生在武装冲突期间的恐怖行为外，恐怖行为用来描述非武装冲突期间的行为较为合适。

（二）实际效果

将武装冲突中非国家武装集团定性为恐怖组织意味着这些集团将被列入联合国、地区组织或国家的恐怖组织的名单中。这可能会对在战地开展援助、保护和其它行动的人道或其他组织的活动带来负面影响，还可能使一些人道工作者遭受刑事制裁，并使人道工作难以筹资。

上述苦难可能由于国际和国内层面制裁资助恐怖行为的法律和政策所导致的。联合国安理会 2001 年的第 1373 号决议要求对一切支持恐怖行为或为其提供服务的行为实施刑事制裁。该决议要求国家：

禁止其国民或其领土内的任何个人或团体直接或间接地向卷入恐怖行为的个人或该人控制的团体，提供资金、财产、经济或金融来源或其他有关的服务，并不得对上述人员或组织提供任何积极或消极的支持。

为执行其国际义务，一些政府将向卷入恐怖行为的组织和个人提供“支持、服务或协助”的行为以及故意与上述组织或个人合作的行为，定为犯罪。上述犯罪的内容和范围各国各有不同。一些国家将人道行动排除在外，另一些国家则没有。总的看来，有关条款的用语宽泛，从而可被解释为包括所有的与恐怖组织和个人接触的人道行为。

因此，刑法中禁止对恐怖组织提供物质支持、服务、援助以及与其合作的规定在实践中会将人道组织的核心行动犯罪化，而这些行动只是为了满足冲突或暴力局势受害人的需要。这些行动包括：探访被羁押的恐怖组织的成员并提供物质援助、便利上述人员的家庭探访、急救培训、战地手术研讨会、向武装集团宣传人道法、向被武装集团控制地区的平民提供援助、对流离失所的人员的援助等。

基于“支持、服务”概念的定罪条款可能影响政府的“反恐资助条件”或捐款的其他限制条件。有关的筹资条款可能阻碍上述人道服务并事实上与人道组织的使命相冲突。

红十字国际委员会对人道行动可能入罪的情况表示担忧。

对与被命名为恐怖组织的有组织武装集团的人道接触可能定罪的情况反映的是对中立和独立的人道行动的不接受，而这种行动是红十字国际委员会致力于在战地推广的活动。

从法律的角度来看，对人道行动进行定罪不符合人道法的条款及精神，共同第三条明确允许红十字国际委员会向非国际性武装冲突的当事方提供服务。应当允许红十字国际委员会向在被非国家当事方控制的地区的平民提供服务，而且红十字国际委员会在实践中应当能自由地从事上述活动。对刑法中“支持、服务”作过于宽泛的解释，将阻碍红十字国际委员会在冲突中向被命名为恐怖组织的当事方提供服务，从而无法完成其人道使命。红十字国际委员会还可根据红十字与红新月运动章程在非武装冲突的暴力局势中提供人道服务，如果上述服务需要委员会接触恐怖分子与组织，那么也将受到国内反资恐法的阻碍。

对人道行动进行定罪还可能阻碍人们遵守国际红十字与红新月运动的基本原则，而这些原则对红十字国际委员会和运动成员都有约束力。

中立原则是指运动成员不在敌对行动中偏袒任何一方，且不卷入政治、种族、宗教或意识形态纠纷。如果红十字国际委员会或运动成员由于反恐法律或其他措施，只能向冲突一方的人员提供协助，那么，他们就违反了中立的原则。红十字国际委员会

根据《日内瓦四公约》在全球开展查访羁押场所的活动，展示了反恐立法和中立原则在实践中的紧张关系。委员会致力于探访所有被关押的人员，无论其属于冲突的哪一方，以确保其能获得人道待遇及其权利能得到尊重。国家对委员会上述活动予以了普遍支持，该活动是委员会在关押领域里工作的核心，但却也可能因反恐措施而受到阻碍。

根据公正原则，红十字国际委员会以及红十字与红新月运动的其它成员不能基于“国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治观点”进行歧视，并有责任“消除受困于基本需要的人士的痛苦以及优先处理最为紧急的灾难事态。”例如，反恐立法的宽泛立法用语使红十字国际委员会以及各个国家红十字和红新月会按照公正原则向武装冲突及其它情势的被害人提供医疗援助的能力面临困难。严格的解读可能会暗示，向因伤病而失去战斗力的人或由被认定为恐怖组织的非国家团体控制的其他人提供医疗服务可能会被作为向“恐怖主义”提供支持或服务而遭到禁止。这样的结果不符合 150 多年前红十字国际委员会——进而各个国家红十字和红新月会——诞生的理念。

总之，为恰当实现人道和反恐的各自目标，有必要使各国更强烈地认识到将该两项制度中政策及法律义务和谐化的需求。为此目的，本报告建议：

——无论是在国际还是国内层面，旨在通过刑罚镇压恐怖活动的国家政策的制定不应阻碍人道行动。特别是，针对向卷入恐怖主义的人员或实体提供“重大支助”、“服务”以及“协助”或与该等人员或实体“合作”的行为进行的刑事立法，应排除性质上完全为人道且无偏倚的以及无歧视实施的行为。

——尤其是从红十字国际委员会的角度来看，委员会与非国家武装团体的人道接触是根据《日内瓦四公约》共同第三条可以预见和期待的行为，因为该条允许委员会向非国际性武装冲突的当事方提供服务。因此，对人道行动进行定罪违反了公约的规定和精神，即宽泛的禁止“服务或支助”的法律规定可能使得委员会无法在非国际性武装冲突的武装集团被宣布为恐怖组织的情况下，完成其公约或运动规章规定的使命。