

伊斯兰法与国际人道法

伊斯兰法是伊斯兰教的基石，也是当今世界三大主要法系之一。由于其独有的特点，一些武装冲突的参与方仍然将伊斯兰法作为规制其在武装冲突期间行为的规则的主要渊源。国际人道法（IHL）和伊斯兰战争法原则基础的相似之处表明这两个法律传统有着相同的目标。促进这些超越法律传统、文化和文明之原则的普遍性对确保遵守国际人道法来说至关重要。

何为伊斯兰法？

由于其独有的渊源、性质和方法，很难对“伊斯兰法”作出定义。围绕伊斯兰法律的许多困惑源自于该法律体系的复杂性和很强的技术性，而且在历史上，穆斯林语言中并没有与“法律”完全一样的对应词。

伊斯兰法由两个法律分支组成：

- **沙里亚** (*Shari'ah*，字面意思为“道路”)是真主在古兰经中给出的，或认为是先知穆罕默德的一套神圣规则。

- **费格赫** (*Fiqh*，字面意思为“深入了解”)被定义为教法学家从特定渊源或证据中推导或发展出来的实用规则。

教法学家用来推导这些法律规则的一系列渊源和方法是伊斯兰法学原理 (*Uṣūl al-Fiqh*，法律理论/方法论) 这一学科的主题。

伊斯兰法有哪些规定？

因此，伊斯兰法包括世俗和宗教两方面内容。一般而言，伊斯兰法规范的内容包括礼拜行为、家庭法、商法、国际法、宪法和刑法。

基于，且不限于《古兰经》中所包含的法律禁令和先知穆罕默德的传统，伊斯兰法主要包括：

- 法律裁决

- 法律格言
- 教法学家发展出的 **法特瓦** (*fatwa*，不具有约束力的法律意见)
- 法院判决

大部分伊斯兰法都未曾编撰。因此，主要的问题是区分：神圣规则 (*shari'ah*) 和人对规则的解释；可变的规则与不可变规则；以及适用于一切情况的规则和适用于特定情况的规则。

即使是对沙里亚神圣部分 (只是伊斯兰法的一小部分) 的解释有时也有所不同，对其目标和适用亦有不同的理解。所以，伊斯兰法不同学派的教法学家会发展出不同的，有时甚至是相互冲突的规则。

伊斯兰法的学派

在伊斯兰教的三大教派——逊尼派、什叶派和伊巴德派中，不同的现存法学流派 (*madhhab*) 在不同的国家占主导地位。¹

- **逊尼派**：(1) 叙利亚、埃及、伊拉克部分地区、土耳其、巴尔干地区、巴基斯坦、阿富汗、孟加拉国和印度的哈乃斐 (*Hanafi*) 学派；(2) 毛里塔尼亚、摩洛哥、突尼斯、阿尔及利亚、利比亚、苏丹、阿拉伯联合酋长国和非洲西部地区的马利基 (*Māliki*) 学派；(3) 也门、约旦、

巴勒斯坦、黎巴嫩、索马里、吉布提、马尔代夫、印度尼西亚、马来西亚、文莱、新加坡、菲律宾和泰国的沙斐仪 (*Shāfi'i*) 学派；(4) 沙特阿拉伯、卡塔尔和较小范围海湾地区的其他国家的罕百里 (*Hanbali*) 学派。

- **什叶派**：(1) 伊朗、阿富汗、伊拉克、黎巴嫩、巴林和阿富汗的贾法里 (*Ja'fari*) (十二伊玛目, Twelver) 学派；(2) 也门的幸德 (*Zaydi*) 学派；以及(3) 印度、巴基斯坦和阿富汗的伊斯玛仪 (*Ismā'iili*) 学派。

- **伊巴德派**：阿曼的伊巴德法学流派。

除了只适用伊斯兰法的阿富汗、马尔代夫和沙特阿拉伯外，大多数穆斯林国家将伊斯兰法与大陆法或与普通法，以及在某些情况下还有习惯法合并适用。土耳其只适用大陆法。²

“教法学家” (*faqih*，复数 *fuqahā*) 一词是指那些有资格将一般法律原则适用于特定情况的人。只有一小部分教法学家，即教法权威阐述人 (*mujtahids*) 有资格进行独立推理，以制定伊斯兰法规则。教法学家们通常与特定学派联系在一起，他们会适用该学派的方法论及原则。

¹ 下文不是详尽的清单。虽然一国的法院系统通常适用单一的法学流派，但在个人或公众层面，则可适用多个法学流派。有时候，法院会考虑主要是来自于同一教派的其他法学流派的规定，因为它们被视为具有同等的权威。

² See <http://www.juriglobe.ca/eng/index.php>，所有网站的最后访问日期为 2018 年 5 月。

伊斯兰法的渊源

逊尼派

在伊斯兰的立法程序中，逊尼派教法学家使用的法律渊源有两种：

主要渊源（又称“一致同意”之渊源），按其权威程度排列：

1. 《古兰经》
2. 先知的圣行（传统），包括他的圣训、行为和默示。

3. 有关法律意见的一致意见（*ijmā'*，共识）

4. 法律类比推理或演绎推理（*qiyās*）

如果根据这些主要渊源无法作出裁定，则教法权威阐述人将通过一些补充渊源或法理学方法进行法律推理（*ijtihād*）来发展伊斯兰法。这些补充渊源（又称为“存在争议”的渊源）包括：

5. 教法学家或公众偏好（*istihsān*）

6. 公共利益（*maṣāliḥ*）

7. “阻止手段”，即禁止会导致非法结果的合法行为，或者允许结果符合伊斯兰教原则的行为（*sadd al-dharā'i'*）

8. 伊斯兰教产生之前的神圣法律（*shar' man qablanā*）

9. 先知同伴的法律意见（*qawl al-ṣaḥābi*）

10. 习惯（*urf*）

11. 既有规则连续性的推定（*istiṣḥāb*）

不同的逊尼派法学流派在解释和适用这些补充渊源时也各有不同。而教法学家们受《古兰经》、先知的圣行和共识的约束，他们从补充渊源中得出的法律意见会与其他法学家不同。

什叶派

什叶派法学家仅认可下列具有约束力的法律渊源：

1. 《古兰经》

2. 先知的圣行（一些学派将其理解为包括来自先知家庭某些*伊玛目*的传统）

3. 共识

4. 理性（*aql*）

什叶派教法学家认为，逊尼派法学家在伊斯兰法立法程序中所使用的其他法理学方法不属于（伊斯兰法的）渊源。

伊斯兰战争法

起源

伊斯兰战争法出现于公元 610 年，彼时，对伊斯兰教徒的敌意导致了两次大规模迁徙和穆斯林与其他团体之间的多次暴力冲突（包括战斗）。这方面的伊斯兰教历史在宗教、历史和法律文献中都有所涉及，为伊斯兰战争法提供了基础。

伊斯兰战争法主要来自于《古兰经》，*圣训*文献，早期伊斯兰教历史，包括先知传记（*sīrah* 文学）以及经注（*tafsīr*）（对《古兰经》的注释）。这些规则汇编在费格赫文献中，冠以如下标题：“战争法”（*al-jihād*）、国际法（*al-siyar*）、战役（*al-maghāzī*）³、战争伦理（*akhlāq al-ḥarb*）以及伊斯兰国际人道法（*al-qanūn al-dawli al-insānī fī al-Islām*）。

特征

伊斯兰战争法具有许多独特的特征，这就是为什么它们仍是一些武装冲突方的参照框架。因此，在将伊斯兰法适用于武装冲突时，应将这些特征考虑在内。

由于伊斯兰教有关敌对行动的规范来自于伊斯兰教经文，除了国家强制措施外，促使穆斯林遵守这些规范的还有神圣奖赏（或惩戒）。

因此，相互性原则不适用于（敌对行动规范）的遵守；无论敌方如何行动，穆斯林都应遵守这些规范。但有时候，教法学家会使用相互性概念

作为放宽对某些武器或战术限制的基础。

随着时间的推移，教法学家们的不同解释发展出了相互矛盾的规范。这是伊斯兰法的语境基础和文本基础以及教法学家需要在伊斯兰教原则与赢得战争的军事必要之间寻求平衡的结果。

伊斯兰法适用于当代武装冲突时，这些相互冲突的规定造成了很大的困难，因为它们可以有选择地被用来为攻击受保护的平民和民用物体进行辩护。当那些缺乏伊斯兰法必要专业知识的人运用这些规范时，问题尤为突出。这就解释了伊斯兰战争法在理论和实践中有时会出现的差距。

原则

大量详细的规范武装冲突的伊斯兰法律文献表明，为了实现与国际人道法相同的目标，即减轻武装冲突受害者的痛苦并对特定的人和物体提供保护，穆斯林教法学家也解决了国际人道法所涵盖的许多问题。

与国际人道法一样，古典伊斯兰法律文献也区分国际性和非国际性武装冲突。与国际性武装冲突相比，在非国际性武装冲突中关于使用武力的伊斯兰法规则更加严格，也更加人道。由于早期的伊斯兰历史，伊斯兰法律确定了四种不同类型的非国际性武装冲突，每种关于使用武力的规范都不尽相同。

伊斯兰战争法试图通过保护非战斗员的生命，尊重敌方战斗员的尊严，以及禁止在军事必要的绝对要求之外对敌方的财产进行蓄意破坏，使武装冲突人道化。

保护平民和非战斗员

伊斯兰法明确规定战场上的所有战斗员都只能针对敌方战斗员。在敌对行动中不得蓄意伤害平民和其他非战斗员。这个广泛的原则是符合国际人道法的，即要求交战方区分战斗员和

³ 虽然 *maghāzī* 这一术语常被用于指代进攻性的军事行动，但在早期伊斯兰文献中是用来描述一系列国外探险活动的，无论是出于外交，军事还是传教目的。

平民以及禁止攻击平民或民用物体 (1977 年《第一附加议定书》第 48 条和第 51 条第 2 款;《习惯国际人道法》规则 1)。

伊斯兰法特别保护五类人免受攻击: 妇女、儿童、老人、神职人员以及, 尤其是奴隶或被雇用为战场上的敌人提供某些服务, 但不参与实际敌对行动的人 (*usafā*)。当时在战场上, 这些雇工的职责包括照顾动物和战斗员的个人物品等。在现代战争中, 他们相当于伴随武装部队但不实际参加敌对行动的平民, 因此不能作为攻击目标 (1949 年《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 4 项)。

基于这些分类的逻辑, 先知的同伴和后世教法学家将免受攻击的保护扩展到其他类别人员, 例如病者、盲人、丧失能力的人、精神疾病患者、农民、商人和手艺人。

与国际人道法下的平民一样, 如果这些人参与敌对行动, 就会失去免受攻击的保护 (1949 年四个《日内瓦公约》共同第 3 条;《第一附加议定书》第 51 条第 3 款;1977 年《第二附加议定书》第 13 条第 3 款;《习惯国际人道法》规则 6)。⁴仅是教法学家调查个人参与 (敌对行动的) 案件的事实就表明, 区分原则和禁止攻击那些不参加敌对行动的人是许多古典穆斯林教法学家主要关注的问题。

禁止使用不分皂白的武器

《古兰经》禁止杀人行为, 由此引申出禁止使用可能对受保护的人和物体造成超出预期军事利益的附带损害的战争手段或方法。

为维护受保护的平民和非战斗员的生命和尊严, 古典穆斯林教法学家探讨了使用各种不分皂白的武器, 例如弹射器和蘸毒或火箭箭头的可允许性。

在解释这一禁止性规定时, 教法学家们根据具体情况得出了不同的结

论。军事必要是可能允许使用不分皂白武器的情况之一。

交战方须尽量减少对平民和民用物体的附带损害的概念限制了他们可以使用的作战手段和方法, 在伊斯兰法与国际人道法中都 very 常见 (《第一附加议定书》第 51 条第 4 款;《习惯国际人道法》规则 17)。但是, 这两种法律传统在具体的手段或方法是否以及在什么情况下是合法的这个问题上可能有所不同。

禁止使用不分皂白的作战方法

出于和研究使用特定作战手段合法性同样的关切, 古典穆斯林教法学家讨论了两种可能不分皂白的、可能导致被保护人死亡和受保护的物体受损害的作战方法的可允许性:

- 夜间攻击 (*al-bayāt*) : 会增加被保护人和物体受到伤害的风险
- 人体盾牌 (*al-tatarrus*) : 由于存在对被保护人造成附带伤害的风险, 法学家仔细研究了射击人盾的可允许性。

尽管一些教法学家作出了相互矛盾的规定, 但大家在不得蓄意伤害或损害被保护人和物体这一基本观点上是达成一致的。

国际人道法中, 禁止不分皂白的攻击包括采用不以特定军事目标为对象的战斗方法 (《第一附加议定书》第 51 条第 4 款;《习惯国际人道法》规则 11)。国际人道法明确禁止使用人体盾牌 (《日内瓦第一公约》第 23 条;《日内瓦第四公约》第 28 条;《第一附加议定书》第 51 条第 7 款;《习惯国际人道法》规则 97)。国际人道法下是否允许夜间攻击视情况而定, 尤其要考虑到攻击者遵守区分原则、比例原则以及预防措施的义务。

国际人道法规则已经反映了人道考虑和军事必要之间的平衡。因此, 军事必要不能成为交战方违反国际人道法下的义务的理由。

财产保护

在伊斯兰教中, 世间万物皆归真主所有, 人类负有保护其财产并为人类文明做出贡献的责任。因此, 即使在战事进行中, 肆意破坏敌方财产也是被严格禁止的。《古兰经》将此类破坏行为比喻为犯罪, 即“在土地上进行破坏” (*fasād fī al-ard*)。

通常, 除具有军事必要外, 只有基于以下两个目标之一时才可对敌方财产进行攻击: 迫使敌人投降或结束战斗。交战方不得蓄意以破坏财产为目的而实施该行为。该规则一般既适用于有生命的财产, 同样也适用于无生命的财产。

古典的伊斯兰法律文献反映了敌方私有和公共财产的不可侵犯性。例如, 只有以军事目标所绝对必要的数量为限, 消耗敌方食物补给或使用其草料喂养本方动物才被认为是可以容许的。在战事进行中, 只有在敌方士兵骑乘战斗时, 马匹或类似的动物才可以作为目标, 这种攻击目标也是禁止不分皂白的作战手段或方法的一部分 (见上文)。

敌对行动中财产保护的国际人道法规则复杂且广泛。一般的规则是民用物体不得成为攻击对象 (《第一附加议定书》第 52 条;《习惯国际人道法》规则 7)。除此之外, 一些物体还受到特别保护, 例如医疗设施、自然环境、平民生存所不可缺少的物品和文化财产。

禁止残伤肢体和对死者遗体的处置

伊斯兰法严禁残伤肢体, 并教导穆斯林要避免故意攻击敌人面部。

尊重人的尊严要求在敌对行动停止后, 应埋葬敌方士兵的尸体或将其交还给敌方。教法学家伊本·哈兹姆 (Ibn Hāzīm) (卒于公元 1064 年) 认为, 违反该项义务相当于残害。

国际人道法下也有类似的规则。武装冲突各方必须采取一切可能的措

⁴ See also Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2010: <https://shop.icrc.org/guide-interpretatif-sur-la-notion-de-participation-directe-aux-hostilites-en-droit-international-humanitaire-2597.html>

施，不加以不利区别的寻找、收集和转移死者（《日内瓦第一公约》第15条；《日内瓦第二公约》第18条；《日内瓦第四公约》第16条；《第二附加议定书》第8条；《习惯国际人道法》规则112）。他们必须采取一切可能措施，防止死者被剥劫；禁止残毁尸体（《日内瓦第一公约》第15条；《日内瓦第二公约》第18条；《日内瓦第四公约》第16条；《第一附加议定书》第34条第1款；《第二附加议定书》第8条；《习惯国际人道法》规则113）。他们必须努力促成死者遗体的归还或以尊重的方式处置死者遗体（《日内瓦第一公约》第17条；《第一附加议定书》第34条；《习惯国际人道法》规则114-115）

战俘待遇

上文提到的伊斯兰法的某些特征在战俘问题上也有所展现。这里有两个主要问题：如何对待战俘以及如何处置他们。

关于战俘的待遇，伊斯兰法规定他们应受到人道的对待和尊重。必须给他们提供食物和饮水，在必要时提供衣物，免于高温、严寒和虐待。战俘的家人可以陪伴在他们身边，以保护家庭的完整。禁止为获取军事情报而对战俘施以酷刑。这些规则广泛地反映了国际人道法中阐述的原则。

关于应如何处置战俘，古典穆斯林教法学家分为三派：第一派认为应单方面地释放战俘或将其用于交换被俘的穆斯林士兵。第二派由一些哈乃斐学派的教法学家组成，他们认为国家应基于其最大利益，决定是否处决战俘或将他们变为奴隶。⁵哈乃斐学派的其他法学家认为，战俘可以获释，但他们必须待在穆斯林国家，因为允许他们返回本国将会增强敌方的实力。第三派代表了大多数教法学家观点，认为国家应基于其最大利益，在上述

所有选择（处决、奴役、单方面释放、交换被俘的穆斯林士兵或释放并使其待在穆斯林国家内）中作出决定。

国际人道法规定了战俘待遇的详细规则。在实际战事停止后，战俘应立即予释放并遣返，不得迟延（《日内瓦第三公约》第118条；《习惯国际人道法》规则128），尽管某些类别的战俘可以被遣返或被拘禁于中立国内，或依宣誓或诺言被释放（《日内瓦第三公约》第21、109和111条）。

在战俘问题上，伊斯兰法和国际人道法的基本原则是一样的：拘禁并不是为了惩罚他们，而是为了防止他们进一步参加敌对行动；在任何时候，战俘都应享有人道待遇。但是，国际人道法明确禁止奴役或杀害战俘（四个《日内瓦公约》共同第3条；《日内瓦第三公约》第130条；《第二附加议定书》第4条第2款第6项；《习惯国际人道法》规则89和94）。

请注意在国际人道法中，“战俘”有着明确的含义（《日内瓦第三公约》第4条和《第一附加议定书》第44条）；基于武装冲突原因而被剥夺自由的其他人的待遇则另有单独的规则对其进行规范（《日内瓦第四公约》第79-135条）；《第一附加议定书》第72-79条；《第二附加议定书》第4-5条；《习惯国际人道法》规则118-128）。

安全通行和饶赦

特别许可（*amān*）这一术语同时包含了安全通行和饶赦的意思。

就安全通行的意义而言，特别许可指的是，对那些出于和平目的而在穆斯林国家暂住或进行短暂访问的敌国非穆斯林国民，给他们提供的保护和特别权利。自前伊斯兰时期开始，外交人员因其职业性质就享有特别许可的权利。

从饶赦的意义说，特别许可“是一种保护协议，确保在实际的战争期间对敌方的人和财产、军团全体、军事工事内的每个人、整个敌军或城市的保护”。⁶

与国际人道法类似，特别许可的基本原则是避免流血，保护生命（*haqn al-dam*）。因此，如果敌方战斗员在战事进行中请求在战场上获得特别许可，无论该请求是口头还是书面形式，或通过手势或以其他迹象表明他们正在放下武器，该请求应当得到批准。饶赦也是一项国际人道法规则（《习惯国际人道法》规则46）。

那些获得特别许可的人必须得到保护，并享有与暂时居住在有关穆斯林国家的居民相同的权利。他们不能被视为战俘，也不得以任何其他方式对他们在穆斯林国家居留期间的的生活进行限制。该项保护直到他们安全返回本国时一直有效。

简言之，特别许可制度清楚地表明如果敌方战斗员不再战斗，就不应将其作为攻击目标。

毫无疑问在伊斯兰战争法下严禁背信弃义的行为，这在国际人道法亦是如此（《第一附加议定书》第37条；《习惯国际人道法》规则65）。

结论

伊斯兰法的独特性——其起源、渊源以及立法和适用法律的方法——是很清晰的。尽管如此，国际人道法和伊斯兰战争法之间的相似之处表明这两种法律传统有着相同的目标。上述关于在武装冲突中使用武力的伊斯兰法的原则表明，古典伊斯兰教法学家创作的法律文献旨在使武装冲突人道化。

2018年8月

⁵ 更贴切地说，那些认为允许处决战俘的教法学家们认为，该结论来自于在先知的一生中，在穆斯林与敌人的战斗中有三名战俘被处决的故事。然而，对历史记录的研究表明，如果所有这些都是真实的，或是部分真实的话，这些战俘是因为在参战前犯罪而被挑选出来的。

⁶ Ahmed Al-Dawoody, *The Islamic Law of War: Justifications and Regulations*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, p. 130.