

国际人道法、有原则的人道行动、反恐与制裁：对选定问题的一些看法

特里斯坦·费拉罗*著/李强**译

摘要

近年来，国际社会一直在努力应对恐怖主义日益严重的威胁，包括采取新的反恐措施和收紧现有措施。这些措施形式多样，包括对个人、团体和其他实体进行国际、区域和国内制裁。这种努力追求的是安全与国际和平的合法目标，恐怖主义则破坏和违背了这些目标，但是与此同时，相关努力还表明国际人道法与反恐措施和制裁制度的法律和政策框架之间存在一定程度的重叠和混淆，特别是当两者都适用于并影响有原则的人道行动时。本文将讨论这一重叠和混淆的领域。首先，本文考察国际人道法对反恐措施及行动的可适用性。接下来，本文从维护国际人道法而不妨碍反恐措施及其目标的思维角度，探讨国际人道法、反恐规则和制裁制度的共同适用问题。本文随后探讨了当制裁制度和反恐措施影响公正的人道组织开展的国际人道法授权和保护的活动时所产生的法律问题。最后，本文分析了近期的事态发展，并提出了建议，旨在在国际人道法、反恐法律框架和制裁同时适用的背景下保留有效的人道空间。

关键词：反恐；制裁；国际人道法；国际人道法的可适用性；武装冲突的分类；共同适用；国际人道法除外条款；公正的人道组织；人道豁免。

* 特里斯坦·费拉罗 (Tristan Ferraro) 博士是日内瓦红十字国际委员会法律部的高级法律顾问。电子邮件：tferraro@icrc.org。本文不一定代表红十字国际委员会的观点。

** 法学博士、中国政法大学副教授、军事法研究所副所长、北京市军事法学研究会理事兼副秘书长、涉台法律研究会理事，并担任第二届空军法律战专家组成员（2015年6月-2020年6月）。

引言

近年来，涉及被国家和国际组织认定为恐怖分子的非国家武装团体的武装冲突成倍增加。国际组织对这种情况的反应是收紧现有的反恐措施并采取新的反恐措施，并开展越来越多的反恐行动，包括治外法权行动。国家和国际组织也越来越多地诉诸国际、区域和国内层面的制裁，作为旨在改变个人和实体行为的应对措施，有时还扩大到被认为可能危及制裁当局政治和/或安全利益的国家当局。

在面对恐怖主义时，毫无疑问，国家和国际组织采取反应迅速的行动是合法和必要的，以确保其安全，就国家而言，确保受其管辖者的安全，以及恢复和维护国际和平与安全。恐怖主义否定了人道的基本原则，违背了国际人道法的基本原则和核心目标。

打击恐怖主义的努力可以采取各种形式。反恐措施已经通过，反恐行动也由各国武装部队单独、通过联盟或在国际组织的保护下——使用军事作战手段和方法对中东、南亚和东南亚、萨赫勒地区、乍得湖盆地和东非等地的非国家武装团体进行。打击恐怖主义确实可能采取武装冲突的形式。一些团体拥有足够的装备和资源，并显示出足够的组织水平，可以开展持续和协调一致的武装行动，从而引发暴力升级，有关当局可能难以遏制。这些事态发展以及反恐措施不断适应国际恐怖主义构成的不断变化的威胁，导致人们更加关注反恐规则与国际人道法之间的相互作用，两者同时适用于此类情况，从而引发了一系列法律问题。

国内和国际论坛上的反恐讨论未能促进对这种相互作用所引发的问题的回答。相反，它极大地模糊了武装冲突与恐怖主义之间的界限，可能对国际人道法和有原则的人道行动产生不利影响。

在这方面，必须澄清武装冲突与恐怖主义之间、国际人道法与反恐/制裁法律框架之间的相互作用，并消除围绕武装冲突与恐怖主义之间关系的误解。有必要澄清反复出现的误解，即国际人道法不适用于反恐斗争，或者国际人道法无法有效应对被认定为恐怖分子的个人或武装团体所产生的威胁。还必须处理反恐措施和制裁制度对红十字国际委员会等公正人道组织工作的不利影响，以期在武装冲突局势中保留重要的人道空间。

本文旨在探讨与国际人道法、有原则的人道行动、反恐法律框架和制裁制度之间的相互作用相关的一些法律挑战。它首先考虑了国际人道法对反恐行动的可适用性这一反复出现但至关重要的问题。然后，它涉及国际人道法和反恐规则的共同适用的紧迫问题，以期维护国际人道法的完整性和宗旨，同时不妨碍反恐目标。本文接着探讨了反恐措施和制裁制度对公正人道组织开展的国际人道法授权活动的影响所产生的法律问题。最后，报告分析了国际、地区和国内层面的最新发展，并根据相关国际人道法规则，提出了旨在在国际人道法、反恐法律框架和制裁同时适用的背景下保留有效人道空间的建议。

国际人道法在反恐斗争中的可适用性¹

确定被认定为恐怖分子的实体是否可以成为武装冲突的一方并不是一个新问题——多年来它以不同的方式表现出来——也不仅仅是一种理论活动。它具有非常实际的实践和法律后果。

各国对恐怖主义暴力局势采取了不同的分类方法。在政府受到有组织武装反对派崛起的威胁的情况下，人们可以看到一些国家当局倾向于认为，非国家武装团体实施的任何暴力行为纯粹是“恐怖主义”性质的，因此必然是非法的，即使国际人道法在适用时并未禁止此类行为。²与此同时，

¹ 这一部分仅涉及最近与反恐斗争有关的某些法律问题。本节还重点讨论非国际性武装冲突局势，因为这些局势构成了涉及被认定为恐怖分子的非国家武装团体的普遍情况。

² See, for instance, UK Supreme Court (UKSC), *Regina v. Mohammed Gul*, 2013 UKSC 64, 25 October 2013, paras 48–49 (affirming England and Wales Court of Appeal, *Regina v. Mohammed Gul*, 2012). 更多详细内容，见 Kimberley N. Trapp, “The Interaction of the International Terrorism Suppression regime and IHL in Domestic Criminal Prosecutions: The UK Experience”, in Derek Jinks, Jackson N. Maogoto and Solon Solomon (eds), *Applying International Humanitarian Law in*

各国对承认武装冲突的存在将使“恐怖分子”合法化的担忧今天仍然同以往一样存在。尽管国际人道法规范（特别是1949年日内瓦四公约共同第3条）明确承认其可适用性不会赋予武装团体任何合法性，也不会改变这些团体在国际法下的法律地位，但这种担忧仍然存在。³

这种状况的一个结果是，一些国家否认根据国际人道法，被认定为“恐怖分子”的非国家有组织武装团体可以成为武装冲突的当事方，⁴或者否认与这些团体的武装对抗甚至可能构成武装冲突。这种论述使国际人道法在反恐斗争中的可适用性受到质疑。

然而，并非所有利益相关方都同意这一立场。许多人承认，只要满足其适用条件，国际人道法就可以适用于反恐活动并与之相关，并承认被认定为恐怖分子的团体可以成为武装冲突的当事方。⁵

事实上，仅仅因为非国家武装团体根据反恐规则被认定为“恐怖分子”，或者因为他们被列入国际、地区或国内制裁名单而拒绝给予他们交战方地位，是与国际人道法不相称的。的确，国际人道法在武装冲突各方被赋予的标签和称谓方面秉持不可知论。对于被认定为恐怖分子或列入制裁名单的个人或团体，它不承认任何与之相关的具体法律类别或特别制度。⁶国际人道法的适用与触发其适用的行为是合法、非法还是甚至定性为“恐怖主义”无关。⁷国际人道法适用于反恐或制裁名单中出现的个人和团体，其适用方式与适用于更经典的交战方的方式相同。因此，有人认为，武装暴力在政治话语或国际人道法以外的法律规范中被贴上“恐怖主义”的标签这一事实并不意味着它不应该被归类为武装冲突。这类暴力很可能越过武装冲突的门槛，触发国际人道法规则的适用。

根据国际人道法将与恐怖主义有关的局势归类为武装冲突

决定武装暴力行为是否会触发国际人道法的适用，必须客观地、完全根据一线实际情况，根据源自国际人道法规范的武装冲突经典标准加以判定，而不管对参与暴力的人所给予的任何认定。这一观点反映在国际司法机构的决定中，⁸出现在军事手册中，⁹并在学术文献中得到广泛支持。¹⁰因此，对于被认定为恐怖分子的非国家武装团体参与武装暴力以及在国内和国际上对它们采取的众多反恐措施，必须采用逐案办法，依法分析和分类暴力局势。作者认为，反恐斗争可导致被归类为国际性武装冲突、非国际性武装冲突或双重分类的武装冲突局势。涉及被认定为恐怖分子的个人或团

Judicial and Quasi-Judicial Bodies, TMC Asser Press, The Hague, 2014.

³ See, for instance, US Department of Defense (DoD), *Law of War Manual*, 2015, para. 3.3.1.1.

⁴ See Rogier Bartels, “When Do Terrorist Organizations Qualify as ‘Parties to an Armed Conflict’ under IHL?”, *Military Law and Law of War Review*, Vol. 56, No. 2, 2018. 另见比利时最近的法院案件裁定，就国际人道法而言，伊斯兰国和努斯拉阵线等非国家武装团体不符合武装冲突当事方的条件：for instance, Court of Appeal of Antwerp, *The Prosecutor v. FB et al. (Sharia4Belgium)*, Judgment No. C/101/2016, 27 January 2016, pp. 53–54. 关于这些案件的分析，见 Vaïos Koutroulis, “How Have the Belgian Courts Dealt with the Interplay between IHL and Counter-Terrorism Offences?”, in Stéphane Kolanowski (ed.), *Proceedings of the Bruges Colloquium: Terrorism, Counter-Terrorism and International Humanitarian Law*, No. 47, College of Europe and ICRC, 2017.

⁵ See for instance, Claire Landais, “Legal Challenges in Fighting Armed Groups Extraterritorially”, in S. Kolanowski (ed.), above note 4. See also Israel High Court of Justice, *Public Committee against Torture v. Israel*, HCJ 769/02, 14 December 2006, para. 21; UK Ministry of Defence (MoD), *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, UK JSP 383, 2004, para. 1.33.4.

⁶ 红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，第33届红十字与红新月国际大会，日内瓦，2019年（简称《红十字国际委员会2019年挑战报告》），第61~62页。

⁷ Marco Sassòli, “Legal Qualification of the Fight against Terrorism”, in S. Kolanowski (ed.), above note 4, p. 55.

⁸ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Boškoski*, Case No. IT-04-82-T, Judgment (Trial Chamber II), 10 July 2008, para. 174; International Criminal Tribunal for Rwanda, *The Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgment (Trial Chamber I), 6 December 1999, para. 92; International Criminal Court (ICC), *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment (Trial Chamber), 14 March 2012, paras 533 ff.; ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Art. 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor (Pre-Trial Chamber), 15 June 2009, paras 220 ff.

⁹ Australian Defence Force, *Law of Armed Conflict*, Executive Series, ADDP 06.4, 11 May 2006, para. 3.5; MoD, above note 5, para. 3.3.1.

¹⁰ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart, Oxford, 2008, pp. 75–76; Geoffrey S. Corn et al., *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012, pp. 72, 80; International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, 74th Conference of the International Law Association, The Hague, 2010, pp. 4, 28–33.

体的低于武装冲突门槛的局势不受国际人道法规制。¹¹

一般而言，涉及被认定为恐怖分子的非国家武装团体的武装冲突往往是非国际性的。¹²当然，必须满足此类武装冲突的两个法律条件：（至少）存在两个当事方——包括非国家武装团体——并且在达到足够的组织程度的情况下参与足够激烈程度的武装对抗。¹³如果达到这些标准，与恐怖主义有关的暴力就相当于非国际性武装冲突。¹⁴

有意思的是，恐怖主义存在于国际法庭关于冲突分类的裁决中。首先，前南斯拉夫问题国际刑事法庭（前南刑庭）使用激烈程度和组织性标准，将武装冲突与“土匪、无组织和短暂的叛乱或恐怖主义活动”区分开来。¹⁵这一说法不应被解释为恐怖主义活动不能引发武装冲突或不能与武装冲突有联系；它只是强调，无组织、零星或孤立的恐怖主义行动本身不能达到国际人道法规定的非国际性武装冲突门槛。前南刑庭在“博什科斯基”（*Boškoski*）案中明确表示，恐怖主义行为可以纳入激烈程度要求的评估：

虽然孤立的恐怖主义行为可能不会达到武装冲突的门槛，但当发生这类旷日持久的暴力时，特别是在其需要武装部队参与敌对行动的情况下，这种行为就与判定武装冲突是否存在时对激烈程度的评估相关。¹⁶

可以推断，对冲突分类而言，更重要的不是有关行动的恐怖主义性质，而是它们是否是涉及作战手段和方法的协调军事行动的一部分。¹⁷正如本·索尔（Ben Saul）所言，“恐怖主义活动可能……具有犯罪和冲突的双重法律性质；这些类别（以及打击它们的法律方法）并不相互排斥”。¹⁸

法庭认为，在确定非国际性武装冲突的存在时，应考虑到非国家武装团体犯下的恐怖行为，这一事实支持了被认定为恐怖分子的团体可以成为武装冲突当事方的概念。在确定是否存在冲突时考虑到这种行为，然后根据同样的行为拒绝给予这些团体交战方地位，是不合逻辑的。从国际人道法的角度来看，这些团体在法律上或政治上是否被贴上恐怖分子的烙印，与确定是否存在武装冲突或一个团体是否作为交战方参与武装冲突无关。¹⁹此外，武装冲突各方的目的和动机，无论是国家当

¹¹ 《红十字国际委员会 2019 年挑战报告》，前注 6，第 58~59 页；DoD, above note 3, para. 17.1.1.6.

¹² 然而，不能排除反恐斗争将引发国际性武装冲突局势的可能性。事实上，从理论上讲，被认定为恐怖分子的非国家武装团体可以在一个国家的全面控制下活动，使其成为该国的附属机构，从而将最初的非国际性武装冲突变成国际性武装冲突。See Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. 1: Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Geneva, 1952 (1952 Commentary on GC I), common Art. 2, paras 265–273; 将这一办法应用于打击恐怖主义，见 M. Sassòli, above note 7, p. 49。人们还可以设想这样一种情况，即被认定为恐怖分子的非国家武装团体本身成为国际性武装冲突的一方——例如，如果该团体成为一个国家的有效政府，或者如果它实际上正在行使《第一附加议定书》第 1 条第 4 款规定的自决权，反对殖民统治、外国占领或种族主义政权。See R. Bartels, above note 4。一国或国家联盟未经另一国同意而对其领土内被认定为恐怖分子的非国家武装团体采取军事行动，也可触发国际性武装冲突。在这种情况下，红十字国际委员会认为，干预国和领土国之间爆发了国际性武装冲突；同时，前者与非国家武装团体之间还爆发了非国际性武装冲突。See 1952 Commentary on GC I, above, common Art. 2, paras 261–263; Vaïos Koutroulis, “The Fight against Islamic State and Jus in Bello”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, No. 3, 2016, pp. 836–841.

¹³ ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1, Judgment (Trial Chamber II), 7 May 1997, para. 562; ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.*, Case No. IT-04-84-T, 3 April 2008, paras 49, 60。关于判断是否存在非国际性武装冲突的法律条件的详细分析，另见 1952 Commentary on GC I, above note 12, common Art. 3, paras 421–437。See also Ben Saul, “Terrorism and IHL”, in Ben Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 210–211.

¹⁴ 必须强调的是，为了确定被认定为恐怖分子的非国家武装团体是否具有就国际人道法而言的充分组织，该团体不需要达到与国家武装部队相同的组织水平。国际法庭指出，只要非国际性武装冲突的非国家当事方能够使用军事作战手段和方法对敌人采取协调一致的军事行动，一个相当有限的指挥结构就足够了（ICTY, *The Prosecutor v. Haradinaj et al.*, Judgment (Trial Chamber), 2008, para. 89）。法庭判例中为评估组织标准而确定的各种因素仅供参考，不需要全部满足。

¹⁵ See ICTY, *Tadić*, above note 13 (后加着重号以示强调)。

¹⁶ ICTY, *Boškoski*, above note 8, paras 187, 190.

¹⁷ *Ibid.*, para. 187.

¹⁸ B. Saul, above note 13.

¹⁹ 见《大会 2006 年 3 月 15 日题为“人权理事会”的第 60/251 号决议的执行情况：黎巴嫩调查委员会根据人权理事会 S-2/1 号决议提交的报告》，联合国第 A/HRC/3/2 号文件，2006 年 11 月 23 日，第 62 段，指出以色列视真主党为恐怖主义组织，视其战士为恐怖分子，这一事实并不影响以色列与真主党之间武装冲突的分类。

事方还是非国家当事方，都不属于国际人道法规定的冲突分类公式的一部分。²⁰

恐怖主义相关背景下的联盟：合计和基于支持的方法

涉及被认定为恐怖分子或列入制裁名单的团体的武装冲突往往是通过联盟进行的，双方都有一些国家和武装团体联合起来。确定在这种情况下适用的法律框架很复杂，因为往往难以理解参与武装对抗的各种行为者的结构和组织水平，或它们之间的关系。在中东和非洲观察到的非国家武装团体（包括被认定为恐怖分子的团体）结盟的现象尤其如此。在这种情况下，似乎很难确定哪些群体可被视为武装冲突当事方。在某些情况下，单独和孤立来看，不同武装团体的活动的激烈程度可能不足以达到非国际性武装冲突的门槛。然而，在某些情况下，普遍存在的情况可能需要采取更广泛的观点，因为这些团体的军事行动往往似乎与其他交战方采取的行动密切相关，因此有必要在确定国际人道法的可适用性时采取集体方法。

当符合组织标准的武装团体联合起来，对同一敌方（或多个敌方）采取协调一致的军事行动时，有人认为，为分类目的，将已查明的有组织的非国家武装团体的激烈程度相加在法律上是合理的。²¹但是，这必须谨慎进行。²²

同样，在针对非国家武装团体的联军战争中，只要满足某些条件，就可以采用“基于支持的方法”确定先前存在的非国际性武装冲突的新当事方。²³基于支持的方法的基本原理是将客观上构成先前存在的非国际性武装冲突组成部分的武装部队行动与国际人道法联系起来。这种方法围绕着一个非常简单的原则：国家或非国家武装团体的武装部队越接近通过对交战方之一的军事支持而在先前存在的非国际性武装冲突中发生的军事行动，他们就越接近越过国际人道法适用于其自身行动的门槛，并成为本已存在的非国际性武装冲突的一方，这是这种情况的合乎逻辑的结果。

在这种情况下，没有必要评估所提供的军事支持本身是否符合确定是否存在非国际性武装冲突的标准，特别是激烈程度标准，因为在确定是否存在先前存在的非国际性武装冲突时，已经满足了这些条件，而军事支持只是增添其上。在这种情况下，所提供的支持不应被解释为可能的非国际性武装冲突的构成要素；相反，应被解释为与先前存在的非国际性武装冲突直接相关。因此，基于支持的方法只侧重于为支持交战方之一而开展的活动的性质，²⁴证明了国际人道法适用于非国际性

²⁰ 1952 Commentary on GC I, above note 12, common Art. 3, paras 447–450. 另见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，第31届红十字与红新月国际大会，日内瓦，2011年（简称《红十字国际委员会2011年挑战报告》），第8页；ICTY, *The Prosecutor v. Limaj*, Judgment (Trial Chamber), 2005, para. 170; Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers Case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 33.

²¹ 《红十字国际委员会2019年挑战报告》，前注6，第51~52页：“因此，当若干有组织的武装团体开展某种协作时，更切合现实的做法或许是，通过考虑参与联合作战的所有武装团体实施的全部军事行动，力图从整体上审查是否达到激烈程度这项标准。”

²² *Ibid.*; Jelena Nikolic, Thomas de Saint Maurice and Tristan Ferraro, “Aggregated Intensity: Classifying Coalitions of Non-State Armed Groups”, *Humanitarian Law and Policy Blog*, 7 October 2020, available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2020/10/07/aggregated-intensity-classifying-coalitions-non-state-armed-groups/> (所有网络资源均访问于2021年12月)。关于基于合计的分类方法，另见 Jann K. Kleffner, “The Legal Fog of an Illusion: Three Reflections on ‘Organization’ and ‘Intensity’ as Criteria for the Temporal Scope of the Law of Non-International Armed Conflict”, *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, pp. 172–177; Chiara Redaelli, “A Common Enemy: Aggregating Intensity in Non-International Armed Conflicts”, *Humanitarian Law and Policy Blog*, 22 April 2021, available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2021/04/22/common-enemy/>。

²³ 关于基于支持的方法的详细内容，见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，日内瓦，2015年（简称《红十字国际委员会2015年挑战报告》），第21~22页；特里斯坦·费拉罗，《国际人道法对多国部队的可适用性及其适用》，《红十字国际评论》，第95卷，第891~892期，2013年，第114~120页；Tristan Ferraro, “Military Support to Belligerents: Can the Provider Become a Party to the Armed Conflict?”, in Stéphane Kolanowski (ed.), *Proceedings of Bruges Colloquium: Legal and Operational Challenges Raised by Contemporary Non-International Armed Conflicts*, No. 49, College of Europe and ICRC, 2019. 关于质疑红十字国际委员会基于支持的方法的观点，见 Marten Zwanenburg, “Double Trouble: The ‘Cumulative Approach’ and the ‘Support-Based Approach’ in the Relationship between Non-State Armed Groups”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 22, 2019; Terry D. Gill, “Some Thoughts on the ICRC Support Based Approach”, *Questions of International Law*, 31 May 2019, available at: www.qil-qdi.org/some-thoughts-on-the-icrc-support-based-approach/。

²⁴ M. Sassòli, above note 7, p. 54.

武装冲突中联军战争的功能性方法。

一旦国际人道法的适用条件得到满足，国际人道法中的任何规定都不排除被认定为恐怖分子的非国家武装团体成为非国际性武装冲突当事方，从而根据该法律体系享有权利和义务。另一方面，并非每个被认定为恐怖组织的行为者都必然是国际人道法意义上的有组织武装团体，²⁵因为这些团体可能缺乏必要的组织水平，可能参与不符合激烈程度要求的武装暴力，或者可能只是在行动，与武装冲突没有任何关系。

最后，需要明确的是，“恐怖主义团体”、“武装团体”和“武装冲突的非国家当事方”这些用语并不相互排斥。一个团体是武装冲突当事方这一事实并不影响对该团体根据反恐规则或制裁制度等其他适用的国际法规则进行定性（“恐怖分子”或其他）。这一理解符合共同第 3 条²⁶以及《第二附加议定书》第 3 条，该条明确指出，《第二附加议定书》的适用性不妨碍各国政府“保卫国家统一和领土完整”，也不限制各国以一切合法手段维持或恢复法律和秩序的权利。

应对国际人道法和反恐规则在武装冲突局势中的共同适用所带来的挑战

尽管国际人道法和反恐法律框架是两个独立的法律制度，正如它们的具体目标、理由和结构所表明的那样，²⁷但国际人道法对反恐斗争的可适用性以及日益推动反恐法律框架适用于武装冲突局势，不可避免地引发了与它们相互作用有关的问题。解决这些问题并非易事，自 2001 年以来，反恐条例成倍增加，武装冲突中暴力行为与恐怖主义行为之间的界限在公共领域不断模糊，使问题变得更加复杂。

了解国际人道法如何应对恐怖主义

国际人道法没有提供恐怖主义的定义，目前也没有国际公认的恐怖主义定义。然而，在武装冲突局势中，国际人道法禁止国内立法和专门针对恐怖主义的国际公约中大多数定为“恐怖主义”行为的行为。例如，在武装冲突中，国际人道法基于区分原则禁止直接攻击平民，这一原则是该法律体系的基石。再如，它还禁止不分皂白的攻击和劫持人质。这些禁令适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突，并作为条约或习惯国际法问题对所有交战方具有约束力。

即使国际人道法没有给恐怖主义下定义，它也不会对这个问题保持沉默。²⁸它明确禁止对没有或不再参加敌对行动的人采取“恐怖手段”²⁹和“恐怖主义行为”，³⁰无论武装冲突各方中谁犯下此类行为。这些规定的主要目的是禁止武装冲突各方恐吓其控制下的平民。

规制敌对行动的国际人道法规则也明确涵盖某些形式的恐怖主义行为。1949 年日内瓦四公约的两项附加议定书都禁止旨在向平民居民散布恐怖的行为。³¹这些规定所反映的禁令不仅作为条约法而且作为习惯法具有约束力。³²

因此，国际人道法提供了一个强有力的法律框架，其中包含明确的禁止性规定，也适用于被认

²⁵ *Ibid.*, p. 48.

²⁶ DoD, above note 3, para. 3.3.1.1.

²⁷ 关于国际人道法和反恐法律框架之间的区别，见《红十字国际委员会 2011 年挑战报告》，前注 20，第 42~44 页；Jelena Pejic, “Armed Conflict and Terrorism: There Is a (Big) Difference”, in Ana María Salinas de Frias, Katja L. H. Samuel and Nigel D. White (eds), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 172–174.

²⁸ Marco Sassòli, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, pp. 967–971.

²⁹ 《一九四九年八月十二日关于战时保护平民之日内瓦公约》，75 UNTS 31（1950 年 10 月 21 日生效）（《日内瓦第四公约》），第 33 条。

³⁰ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》，1125 UNTS 3，1977 年 6 月 8 日（1978 年 12 月 7 日生效）（《第二附加议定书》），第 4 条。

³¹ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》，1125 UNTS 3，1977 年 6 月 8 日（1978 年 12 月 7 日生效）（《第一附加议定书》）第 51 条第 2 款；《第二附加议定书》第 13 条第 2 款。

³² 见让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版（简称《红十字国际委员会习惯法研究》），规则 2，载：<https://ihl-databases.icrc.org/zh/customary-ihl/v1>。

定为恐怖分子的非国家武装团体。违反行为可能在国内和国际两级引起个人刑事责任。事实上，国际人道法将在武装冲突中实施的具体恐怖主义行为，以及一系列在武装冲突之外通常被视为“恐怖主义”的其他行为作为战争罪加以禁止。³³根据国际人道法，战争罪可由领土国或行为人的国籍国起诉，并可能受到普遍管辖。

此外，必须回顾，在非国际性武装冲突中，各国总是在国内一级留有余地，将个人在没有战斗员特权和豁免的情况下采取的任何行动定为刑事犯罪。对于属于反恐斗争的一部分的非国际性武装冲突和被认定为恐怖分子的个人来说，情况仍然如此。因此，担心国际人道法的可适用性可能导致武装冲突中恐怖主义行为的肇事者逍遥法外，是没有根据的。

需要明确的是，国际性武装冲突和非国际性武装冲突在战斗员身份方面有着本质的法律区别。在非国际性武装冲突中，没有战斗员身份（在该术语的技术/法律含义上），也没有相关的（被敌方俘虏情况下的）战俘身份。在国际人道法关于非国际性武装冲突的规则中未规定战斗员特权和相关豁免权的情况下，卷入冲突的非国家武装团体成员根据国内法无权参加对敌国政府的武装部队的敌对行动（战斗员身份的理由），也无权因攻击军事目标而免于起诉（战斗员特权的核心）。³⁴因此，长期以来，各国一直有权对非国家武装部队成员的危害国家安全罪进行刑事起诉，无论这些罪行是恐怖主义还是其他罪行。各国的国内刑法往往禁止和惩罚不隶属于国家当局的个人或团体实施的暴力行为，包括在非国际性武装冲突过程中可能犯下的所有暴力行为。³⁵因此，在非国际性武装冲突中，国际人道法的适用并不妨碍各国根据适用法律起诉、审判、引渡涉嫌刑事犯罪（包括反恐罪行）的人，或对其判刑。³⁶

因此，国际人道法和反恐规则在武装冲突局势中的共同适用性似乎可能导致同一行为既违反国际人道法又违反反恐规则的情况（例如，直接攻击平民或民用物体）。或者，它可能导致非国际性武装冲突的非冲突当事国的行动（例如，攻击合法的军事目标）虽被视为恐怖主义罪行，却不受国际人道法禁止的情况。虽然令人放心的是，仍有可能根据反恐立法起诉此类行动，但这种状况是有问题的，因为它可能会抵消武装团体遵守国际人道法的动力。³⁷由于遵守国际人道法可以显著减少武装冲突对平民的影响，因此削弱遵守国际人道法的积极性的行动令人担忧，下文将对此进行进一步解释。

了解反恐法律框架如何应对武装冲突

国际人道法和反恐规则之间的相互作用由于各国在国际上、³⁸地区³⁹和国内采取了一系列反恐

³³ 关于意图在平民居民中散布恐怖这一战争罪的更多具体详细内容，见 Ben Saul, “Terrorism, Counter-Terrorism and IHL”, in Dapo Akande and Ben Saul (eds.) *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 405–409.

³⁴ 在 1974~1977 年的外交会议上，将战俘身份纳入非国际性武装冲突法的提案同样遭到拒绝 (*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974–1977)*, Vol. 5, Federal Political Department, Berne, 1978, p. 91)。See also Sandesh Sivakumaran, “Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification of Legitimate Targets and Prisoners of War”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, 2011, p. 477; DoD, above note 3, para. 17.4.1.1; MoD, above note 5, para. 15.6.5.

³⁵ 除了违反国际人道法的行为/罪行外，国内普通刑法也可适用于非国际性武装冲突中的某些恐怖主义行为。更具体地说，在非国际性武装冲突中，冲突当事国的刑法继续适用，而当事国成员根据适用的国内法，仍可能因叛乱、叛国、背叛、煽动叛乱或其他与国家安全有关的罪行等各种罪名受到起诉。

³⁶ B. Saul, above note 33, p. 410.

³⁷ 见《第二附加议定书》第 6 条第 5 款；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 32，规则 159。

³⁸ 自 1963 年以来，已经通过了 19 项所谓的“部门性”反恐公约。这些规定要求缔约国将个人和团体（包括被认定为恐怖分子的人）实施的具体跨国暴力行为定为刑事犯罪，确立对这些罪行的管辖权，进行调查，并逮捕和起诉或引渡行为人。关于根据国际人道法对这些公约更为详细的分析，见 Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

³⁹ 区域措施包括 1997 年《非洲统一组织（非统组织）防止和打击恐怖主义公约》、1999 年《伊斯兰会议组织打击国际恐怖主义公约》、《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》、2005 年《欧洲委员会防止恐怖主义公约》和 2017 年《欧盟打击恐怖主义指令》。关于对亚洲通过的反恐文件的分析，见 Ben Saul, “Counter-Terrorism Law and Armed Conflict in Asia”, in Suzannah Linton, Tim McCormack and Sandesh Sivakumaran (eds.), *Asia-Pacific Perspectives on International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

措施以防止和惩罚恐怖主义行为而变得更加复杂。这些措施可以采取各种形式，通常包括将某些行为定为刑事犯罪，特别是在非国际性武装冲突的情况下。

除了国际和区域反恐文件外，目前的反恐法律框架也受到联合国安理会工作的严重影响。自2001年通过第1373号决议以来，安理会日益充当反恐领域的立法者，通过多项具有约束力的决议，要求各国将恐怖行为和支持恐怖主义定为刑事犯罪，并制定了针对与基地组织、伊拉克和黎凡特伊斯兰国及其附属团体有关联的个人和实体的单独反恐制裁制度。⁴⁰安理会2014年第2178号决议明确适用于武装冲突中的行为，再次确认了国际人道法和反恐义务在此类局势中的共同适用性。⁴¹

各国在义务在国内层面制止的反恐罪行的范围特别广泛，最近安理会第2462号决议进一步扩大了范围。⁴²反恐罪行的扩大增加了与国际人道法发生规范性冲突的风险。⁴³

联合国安理会的决议没有明确界定“恐怖主义行为”，⁴⁴也没有就所确立的罪行应如何与国际人道法相关提供详细指导，这进一步加重了安理会对成员国在将恐怖主义相关行为定为刑事犯罪方面所施加的沉重负担。

尽管缺乏明确指导，⁴⁵但自2003年起，安理会就一直反复强调各国在反恐时必须遵守其国际人道法义务。⁴⁶第2462号决议是向前迈出的重要一步。该决议执行部分第6段：

要求会员国确保所有反恐措施，包括根据本决议规定采取的打击资助恐怖主义行为的措施符合他们根据国际法、包括国际人道主义法、国际人权法和国际难民法承担的义务。

虽然目前尚不清楚成员国将如何实施这些要求，但有人认为，安理会通过了一项具有法律效力的决议，明确要求在设计 and 实施所有反恐措施时与国际人道法保持一致并遵守国际人道法，这表明安理会根据《联合国宪章》第103条，从未打算使反恐法律框架居于国际人道法规则之上。⁴⁷相反，第2462号决议暗示，如果反恐规则与国际人道法发生摩擦，则反恐规则必须让步。⁴⁸这意味着反恐

⁴⁰ 安理会将具有约束力的反恐义务强加给各国，而不是让它们在他们之间谈判条约的做法受到一些人的强烈批评。See Fionnuala Ní Aoláin, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism*, UN Doc. A/73/45453, 3 September 2018, paras 8–18; Stefan Talmon, “The Security Council as World Legislature”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005; Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2, 2008; Matthew Happold, “Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2003.

⁴¹ 联合国安理会第2178号决议，2014年9月24日，第6段。

⁴² 联合国安理会第2462号决议，2019年3月28日。

⁴³ 有关如何解决这些规范的冲突的分析，见上文。

⁴⁴ 联合国安理会2004年10月8日第1566号决议提供了恐怖主义行为的“工作定义”，可以指导成员国，尽管它们不必遵循该定义。该定义将恐怖主义罪行限于为在公众或某一群体或某些个人中引起恐慌、恫吓人民或迫使政府或国际组织，意图造成死亡或严重身体伤害、或劫持人质，且已经是反恐公约规定的罪行的犯罪行为，包括针对平民的此种行为。

⁴⁵ 另见《反恐中注意促进与保护人权和基本自由特别报告员菲奥诺拉·尼伊兰的报告》，联合国第A/75/337号文件，2020年9月3日，第24段，载：<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/228/69/PDF/N2022869.pdf?OpenElement>：“对这些（国际人道法）法律制度的提及大多是泛泛而言，缺乏使其得到遵守所需的具体性”。

⁴⁶ 虽然这项请求最初被列入多项决议的序言部分段落（例如，见联合国安理会第1535号决议，2004年3月26日，序言部分第4段；联合国安理会第1566号决议，2004年10月8日，序言部分第6段；联合国安理会第1624号决议，2005年9月14日，序言部分第2段），但安理会更进一步，将其纳入反恐相关决议的执行段落（联合国安理会第2170号决议，2014年8月15日，执行部分第8段；联合国安理会第2178号决议，2014年9月24日，执行部分第2、3、5、11段；联合国安理会第2396号决议，2017年12月21日，第3、4、7、8段）。

⁴⁷ 关于相反观点，见 David McKeever, “IHL and Counter-Terrorism: Fundamental Values, Conflicting Obligations”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 99, No. 1, 2020, pp. 71–73。无论如何，考虑到《联合国宪章》第103条的适用范围尚未确定，尤其是其中是否包含习惯法的问题，援引该条并不一定能解决国际人道法与反恐法律框架出现潜在冲突的问题。See Johann Ruben Leiã and Andreas Paulus, “Article 103”, in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus and Nikolai Wessendorf (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 2, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, paras 66 ff. 在探讨具有国际强行法性质的国际人道法规则时，不能援引第103条：见 Alexander Orakhelashvili, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 1, 2005。

⁴⁸ 本·索尔在本期《红十字国际评论》的文章中主张“考虑到安理会似乎日益将国际人道法视为特别法，更佳观点是各国必须根据国际人道法履行（反恐法）义务，而非反其道而行之。”

规则的通过、实施和解释必须依据国际人道法。

尽管发生了这一重大而积极的进展，但不幸的是，联合国安理会要求确保国内层面的所有反恐措施都符合国际人道法的要求远未得到充分实施。虽然各国一般已将反恐罪行正式纳入国内法，但很少有国家按照其所加入的具体安理会决议和某些文书的要求，将国际人道法和武装冲突纳入考量。⁴⁹国内反恐法通常将恐怖主义定为刑事犯罪，而不作任何例外或限定，以顾及武装冲突和国际人道法。因此，反恐法可以将国际人道法不加禁止的行为定为刑事犯罪，例如非国际性武装冲突中非国家当事方对合法军事目标的攻击。

如上所述，虽然各国可以自由地将非国际性武装冲突中根据国际人道法属于合法行为的行为定为刑事犯罪，但使用反恐框架定罪会降低遵守国际人道法的动力，从而可能使平民居民面临更大的风险。此外，这些法律是与其他国家开展跨国合作以制止恐怖主义的基础，使将合法战争行为定为刑事犯罪具有域外性质，对维护国际人道法的完整性更加不利。

处理武装冲突中恐怖主义行为的法院通常从反恐法律角度处理此类行为，而忽视了国际人道法，⁵⁰在很多罪项上都是如此。⁵¹这可能是由于安理会有关决议中没有排除条款，也可能是因为国际法不禁止将非国际性武装冲突中的有组织武装暴力定为刑事犯罪，无论是通过反恐立法还是通过常规国内刑法。⁵²有些国家将符合国际人道法但由非国际性武装冲突中非国家当事方实施的行动视为反恐罪行。⁵³

另一方面，例如，哥伦比亚和意大利的法庭已作出裁决，拒绝将非国际性武装冲突的非国家当事方在遵守国际人道法时，⁵⁴或甚至仅仅在受国际人道法规制而无关系是否符合国际人道法时⁵⁵所采取的行动定性为适用的国内法规定的反恐罪行。

国家一级的做法各不相同，在倾向于适用反恐法而不考虑某些基本国际人道法原则（特别是根据国际人道法，交战方应攻击对方的武装部队和军事目标）和仅适用被视为特别法的国际人道法之间摇摆不定，说明有必要确保国内法适当阐明国际人道法和反恐规则之间的关系，同时考虑到它们在武装冲突局势中的共同适用性，特别是在非国际性武装冲突中。

⁴⁹ 例如，见 Canada, *Criminal Code*, RSC 1985, c C-46, 1985, Section 83.01 (“恐怖主义活动……不包括在武装冲突期间实施的，且在实施当时当地符合适用于该冲突的习惯国际法或协定国际法的作为和不作为”); New Zealand, *Terrorism Suppression Act*, 2002, Section 5.4 (某项行为如发生在武装冲突局势中，且在发生之时之地符合适用于冲突的国际法规则，则不在(定义恐怖主义行动)的第2分项之列”); Belgium, *Code Pénal*, Art. 141 bis (“(关于恐怖主义罪行)的本编不适用于国际人道法所定义和规制的武装部队在武装冲突期间的活动，也不适用于一国武装部队为履行其公务而开展的活动，但前提是此类活动受其他国际法规则规制”); Chad, *Loi 03/PR/2020 portant repression des actes de terrorisme en République du Tchad*, 2020, Art. 1(3) (“本法的任何条款均不得解释为对国际人道法和国际人权法的减损”); Switzerland, *Code Pénal*, Art. 260^{quinquies} sur le financement du terrorisme (如资金意在支持的行为不违反适用于武装冲突的国际法规则，则不适用第1条”); EU, *Directive (EU) 2017/541 on Combating Terrorism*, 2017, Recital 37 (本指令不规制武装冲突期间武装部队的活动，此类活动根据国际人道法对相关术语的定义受国际人道法的规制；本指令亦不规制一国军事部队为履行公务而开展的活动，因其受其他国际法规则的规制”。

⁵⁰ 对选择适用反恐罪行有三种解释：可能是误以为国际人道法会导致犯罪者不受惩罚，可能是司法效率的需要（一般认为反恐罪行，尤其是从属犯罪，从刑法的角度更易于证明），也可能是出于旨在激发与“恐怖分子”这一标签所关联的污名化和去合法化的政策选择。

⁵¹ 关于这些罪项的更多内容，详见本·索尔在本期《红十字国际评论》中的文章。

⁵² EU Court of Justice, *LTTE v. Council of the EU*, Case Nos T-208/11, T-508/11, Judgment of the General Court (6th Chamber, Extended Composition), 16 October 2014, para. 56.

⁵³ See UKSC, *Gul*, above note 2, paras 52 ff. 关于这一裁决的详细分析，见 K. N. Trapp, above note 2.

⁵⁴ Council of State, Bogotá, *G.O. Plazas c. Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional*, 29 April 2015. 在这份裁决中，法院规定考虑到哥伦比亚存在非国际性武装冲突，下级法院将冲突的非国家当事方针对军事目标的行为定性为恐怖主义行为是错误的。法院还认为根据国际人道法，非国家武装团体可采取合法行动，在损害国家军事资产时尤为如此；为参与武装冲突的相关方贴上恐怖分子的标签致使要求遵守国际人道法更为复杂；且哥伦比亚革命武装力量零星实施的国际人道法所定义的具体恐怖主义行动并不会使整个团体的性质从交战方变为恐怖主义团体。

⁵⁵ Court of Naples, *Repubblica Italiana contro TJ e altri*, 23 June 2011.

应对反恐规则与国际人道法之间的相互作用

反恐规则与国际人道法之间的相互作用首先在国际层面通过的各种部门反恐公约中得到了阐述。⁵⁶

反恐文件中国际人道法排除条款的倍增

在国际一级，国际人道法一般以条款的方式处理，这些条款将武装冲突中的某些行动排除在文书的适用范围之外，⁵⁷并/或表明这些条约的规定绝不得解释为减损国际人道法。⁵⁸

更具体地说，自 1979 年联合国《反对劫持人质国际公约》以来，所谓的“国际人道法排除条款”几乎被系统地纳入了国际和地区文书。⁵⁹这些条款的内容因文书而异，⁶⁰但 1997 年联合国《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》的提法后来在其他文书中得到复制。

这些条款阐明了反恐与国际人道法之间的关系，将武装冲突背景下的某些行动、行为者或目标排除在其适用范围之外，从而对本文书而言属于反恐罪行的内容规定了限制。这些国际人道法排除条款有助于国际人道法和反恐文书的共同适用，旨在尽可能避免反恐法规干扰国际人道法在必要性和军事必要之间的微妙平衡。

尽管大多数反恐文书都载有国际人道法排除条款，但不幸的是，这些公约的缔约国很少明确地将国际人道法排除条款纳入国内立法。这种疏忽令人关切：必须适当地纳入这些条款。国际人道法排除条款是反恐条约的一个基本要素，因为它们决定了后者各自的适用范围；因此，缔约国不能忽视或规避这些原则。⁶¹

另一个困难在于，当排除条款被纳入国内法并被法律当局使用时，它们却被以不同甚至相互矛盾的方式加以解释，从而在其范围和含义方面造成了法律上的不确定性。一个标志性的例子是《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》所载的国际人道法排除条款。该公约第 19 条第 2 款规定：

武装冲突中武装部队的活动，按照国际人道主义法所理解的意义，由该法加以规定，不由本公约规定，而一国军队执行公务所进行的活动，由于是由国际法其他规则所规定的，本公约不加以规定。

涉及这一排除条款的司法判决（尽管有限）反映了该条款的模糊性问题，特别是在国际人道法

⁵⁶ 关于国际人道法与反恐国际文件之间的关系所采取不同形式的详细分析，见本·索尔在本期《红十字国际评论》中的文章；B. Saul, above note 33, pp. 410–416; J. Pejic, above note 27, pp. 186–193.

⁵⁷ Emanuela-Chiara Gillard, *IHL and the Humanitarian Impact of Counter-Terrorism Measures and Sanctions: Unintended Ill Effects of Well-Intended Measures*, Research Report, Chatham House, September 2021, p. 9.

⁵⁸ 例如，见 1997 年联合国《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》第 19 条第 1 款：“本公约的任何规定均不影响国际法特别是《联合国宪章》的宗旨和原则与国际人道主义法规定的国家和个人其他权利、义务和责任”；1999 年非洲统一组织《防止和打击恐怖主义公约》第 22 条第 1 款：“本公约的任何规定均不得解释为减损国际法的一般原则，尤其是国际人道法原则”；2017 年《打击恐怖主义的 2017/541 号欧盟指令》事实叙述部分（37）：“本指令不应具有改变成员国在国际法，包括在国际人道法下的权利、义务与责任之影响”。

⁵⁹ 见本·索尔在本期《红十字国际评论》中的文章。

⁶⁰ 现有的部门反恐条约在对国际人道法所涉及的武装冲突中的行动加以规制时一般采用较为谨慎的方法。例如，1979 年联合国《反对劫持人质国际公约》就完全不适用于国际人道法下劫持人质的战争罪。其他条约排除了对某些军事目标（如军用飞机或船只，或战斗员）的攻击，因此仅适用于武装冲突期间对平民或民用物体的攻击（从而在现有的国际人道法禁止性规定及战争罪之外，同时对此类行为进行规制）。一些条约排除了武装部队所实施的行为，将国际人道法作为特别法加以遵守。关于各种国际人道法排除条款的详细分析，见本期《红十字国际评论》中本·索尔的文章，以及托马斯·冯·普克（Thomas Von Poecke）、弗朗克·韦布吕让（Frank Verbruggen）和沃德·伊佩尔曼（Ward Yperman）的文章。关于亚洲地区对这些条款的观点，见 B. Saul, above note 39.

⁶¹ 关于认为将国际人道法排除条款纳入国内法仅为任择性的这一观点，见托马斯·冯·普克、弗朗克·韦布吕让和沃德·伊佩尔曼在本期《红十字国际评论》中的文章。然而，这一方法似乎与 1969 年《维也纳条约法公约》第 26 条的规定直接相抵触。根据第 26 条，可以说国际人道法排除条款必须适用，以确保保持国际人道法的完整性，这也是这些条款的“存在理由”。因此，各国被要求定为刑事犯罪、开展跨国合作予以打击的行为仅指排除条款范围之外所列出的行为。如进一步扩大打击范围，将致使违反约束所涉缔约国有关机关的国际人道法排除条款，在任何情形下均不得享受条约所规定的跨国合作（包括引渡和互助）之法益。

的属人、属地和属事适用范围方面。英国、⁶²荷兰⁶³和比利时⁶⁴法院近年来作出的裁决表明，在解释和适用国际人道法排除条款时遇到了困难，并体现出对于武装冲突中的某些行为，为了使反恐法比国际人道法更适用，而有可能改变该条款的依据的倾向。⁶⁵此外，它们还表明，过于宽泛的国际人道法排除条款——或被适用法律者认为过于宽泛的条款——可能导致试图限制其实施。⁶⁶这可能是由于对国际人道法原则和概念的错误解释造成的，例如非国际性武装冲突的概念、国际人道法适用的地理边界或武装部队的定义。

国际人道法排除条款的关键要素

为了遏制规避国际人道法排除条款目标和宗旨的趋势，必须澄清一些关键要素。

首先，有人认为，国际人道法排除条款的措辞本身要求其内容完全由国际人道法决定。该条款中使用的“按照国际人道主义法所理解的意义”这一表述显然遵从于国际人道法来确定其所探讨概念的含义，从而界定其在武装冲突中的确切适用范围。这也符合联合国安理会要求各国在采取反恐措施时始终遵守国际人道法的做法。这一要求意味着法院、法庭和其他司法当局需要在采取、实施和解释反恐措施时确保这些措施符合国际人道法的规则、原则和概念。换言之，当国家当局适用国际人道法排除条款时，或者司法当局必须就武装冲突是否构成当前案件的背景和/或涉嫌实施有关行为的人是否是武装部队成员发表意见时，他们必须完全根据国际人道法进行分析。⁶⁷

这意味着，该条款中的“武装冲突”概念必须根据源自共同第 2 条和第 3 条（分别针对国际性和非国际性武装冲突）和习惯法的国际人道法武装冲突条件来评估。

同样，该条款中所载的“武装部队”一词必须完全按照其国际人道法的含义加以解释。这就排除了为了解释时考虑到国际人道法以外的因素的情况，荷兰判例就是这种情况。在 2015 年的 *Context* 案中，海牙地区法院采用了对武装部队概念的狭义解读，将其仅限于国家武装部队，其依据是专门为当前反恐公约的目的而作出的解释。荷兰法院的立场并不新鲜，反映了对某些反恐公约中使用的“武装部队”一词含义的长期辩论。正如目前围绕联合国《关于国际恐怖主义的全面公约草案》的讨论所显示的那样，这个问题尚未解决。⁶⁸然而，有人认为，海牙地区法院在解释国际人道法排除条款时犯了错误，首先指出该条款仅排除国家武装部队的活动，然后又通过为反恐法的目的进行的解释来证明这种狭义的解读是正当的。由此，法院的立场与以下事实不符：根据国际人道法，“武装部队”的概念不限于国家的武装部队，非国际性武装冲突非国家当事方实施的某些行为不受国际人道法的禁止，因此，如果要保留规制此类冲突的逻辑和规则，则不应被视为“恐怖主义”。

事实上，如果按照该条款的要求完全根据国际人道法来解释“武装部队”的概念，那么非国际性武装冲突中非国家当事方的活动应排除在反恐公约的范围之外。虽然日内瓦四公约没有界定“武装部队”的概念，但有人认为，这一用语必须包括政府部队的成员和非国家有组织的武装团体的部队的成员。在共同第 3 条中，“武装部队”一词是指冲突国家和非国家当事方的武装部队。共同第 3

⁶² UKSC, *Gul*, above note 2.

⁶³ District Court of The Hague, *Prosecutor v. Maher H*, 1 December 2014; District Court of The Hague, *Prosecutor v. Imane B et al.*, 10 December 2015; Court of Appeal of The Hague, *Prosecutor v. Maher H*, 7 July 2016.

⁶⁴ Court of First Instance of Antwerp, *The Public Prosecutor v. FB et al. (Sharia4Belgium)*, File Nos FD35.98.47-12, AN35.F1.1809-12, 11 February 2015; French-Speaking Court of First Instance of Brussels, *The Public Prosecutor v. ZK and Others*, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, 29 July 2015; Court of Appeal of Brussels, *The Public Prosecutor v. ZK and Others*, Case No. 2016/1262, 9 FC 2015, Correctional Affairs (12th Chamber), 14 April 2016.

⁶⁵ 关于这一国内判例的详细分析，见托马斯·冯·普克、弗朗克·韦布吕让和沃德·伊佩尔曼在本期《红十字国际评论》中的文章；K. N. Trapp, above note 2; Hanne Cuyckens and Christophe Paulussen, “The Prosecution of Foreign Fighters in Western Europe: The Difficult Relationship between CT and IHL”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 24, No. 3, 2019; Marten Zwanenburg, “Foreign Terrorist Fighters in Syria: Challenges of the ‘Sending’ State”, *International Law Studies*, Vol. 92, No. 1, 2016; V. Koutroulis, above note 4.

⁶⁶ 这甚至导致有人设想废除排除条款，以确保反恐规则的完全可适用性，并避免被控采取恐怖主义行为之人援引该条款而使自身免于被定为犯有反恐罪行。See Tom Ruys and Sebastiaan Van Severen, “Art. 141bis Sw.–Vervolging tussen hamer en aambeeld van terreurbestrijding en internationaal humanitair recht”, *Rechtskundig Weekblad*, Vol. 82, No. 14, 2018, pp. 539 ff.; District Court of The Hague, *Prosecutor v. Imane B et al. (Context Case)*, Judgment, 10 December 2015, para. 7.42.

⁶⁷ 例如，见 Court of Naples, *TJ*, above note 55, pp. 33–34，解释反恐文件条款而对国际人道法进行反致。

⁶⁸ 见本·索尔在本期《红十字国际评论》中的文章；J. Pejic, above note 27, pp. 190–193.

条的措辞暗示了这一点，该条规定“冲突之各方”必须保护“不实际参加战事之人员，包括……武装部队人员”。此外，共同第3条此处对“武装部队”一词采取了泛指的表达方式（“armed forces”），而非特指（“the” armed forces），后者可解释为仅指国家武装部队。根据国际人道法，非国际性武装冲突的存在需要代表冲突非国家当事方的战斗部队参与，这些战斗部队能够从事持续的武装暴力，这需要一定程度的组织。这种有组织的武装团体构成共同第3条意义上的非国家冲突当事方的“武装部队”。⁶⁹否则，后者要么根本不受保护，要么享有特权，因为他们与政府武装部队不同，除了直接参与敌对行动外，他们将随时受到保护。

对严格基于国际人道法的武装部队概念的这种解释也得到了对《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》准备工作文件的仔细审查的支持，该文件明确强调了起草者将作为武装冲突当事方的非国家武装团体的行为排除在该文书范围之外的意愿。⁷⁰这反映在第19条第2款中起草者所纳入的比利时提出的折中方案，即在“武装冲突中武装部队的活动”和“一国军队执行公务所进行的活动”之间的二分法中。如果起草者想将非国家武装部队排除在该条款的范围之外，从而授权将其在武装冲突中的行为定为反恐罪行，他们就会使用第19条第2款第二部分中“一国军队执行公务”的表述，该措辞显然仅指国家武装部队。相反，起草者选择了更广泛的表述，反映了他们希望国际人道法排除条款也涵盖武装冲突非国家当事方的武装部队的活动。⁷¹后来，英国最高法院在“王国政府诉穆罕默德·古尔”（*Regina v. Mohammed Gul*）案中明确承认了这一点，指出“也可以公平地说，起草《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》和1999年联合国《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》……似乎是为了将叛乱分子在非国际性武装冲突中对军队的攻击排除在各自的范围之外”。⁷²

制定国际人道法排除条款

围绕目前制定的国际人道法排除条款的解释一再引起争议，这促使人们澄清其内容和适用。

在这方面，可以说，完全排除在武装冲突中开展的所有活动的国际人道法排除条款可能是不必要的，从司法角度来看可能适得其反，并可能导致法官作出旨在限制或消除该条款效力的解释，以确保反恐法适用于武装冲突中的某些行为。事实上，即使国际人道法应对武装冲突中的恐怖主义现象，国际人道法规制恐怖主义的规则也可能不足以全面制止武装冲突中与恐怖主义有关的武装暴力。仅将国际人道法适用于武装冲突中与恐怖主义有关的行为可能会在这方面留下空白，而反恐法律框架可能会有效地填补这些空白，将战争罪未涵盖的行为，如预备犯罪（资助、招募、培训、加入或出行）定为刑事犯罪。反恐法律框架还可以增加更多的专门罪行（如劫持民用飞机）或涵盖武装冲突期间实施但与之无关的行为。⁷³

将武装冲突局势完全排除在反恐文书范围之外的条款最终将违背多年来在反恐文书、与反恐有关的安理会决议和反恐国内法中观察到的趋势，这些趋势突出表明各国倾向于确保国际人道法和反恐法律框架在武装冲突局势中的共同适用性。

因此，可以说，关于国际人道法排除条款的辩论的重点与其说是武装冲突局势是否应排除在反恐文书的适用范围之外，还不如说是界定武装冲突期间实施的哪些行为应被排除在外，从而完全由国际人道法加以规制。

为了消除反恐文书（特别是《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》）中国际人道法排除条款的

⁶⁹ 红十字国际委员会，《〈日内瓦第一公约〉评注：改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，第二版，日内瓦，2016年，中文译本由红十字国际委员会组织编译，2022年（2022年《红十字国际委员会〈日内瓦第一公约〉评注》），共同第3条，第529~534段。

⁷⁰ United States: A/C.6/52/WG.1/CRP.49, reproduced in UN General Assembly, *Measures to Eliminate International Terrorism: Report of the Working Group*, UN Doc. A/C.6/52/L.3, 10 October 1997, p. 58; Germany: A/C.6/52/WG.1/CRP.51, reproduced in *ibid.*, p. 58; Korea: A/C.6/52/WG.1/CRP.54, reproduced in *ibid.*, p. 59; Costa Rica: A/C.6/52/WG.1/CRP.55, reproduced in *ibid.*, p. 59; New Zealand: A/C.6/52/WG.1/CRP.56, reproduced in *ibid.*, p. 60.

⁷¹ Samuel M. Witten, “The International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 4, 1998; Marco Sassòli, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, p. 977.

⁷² UKSC, *Gul*, above note 2, para. 52. 关于相似的观点，见 Court of Naples, *TJ*, above note 55, p. 30.

⁷³ 关于反恐立法所提出的互补性优势的详细分析，见本·索尔在本期《红十字国际评论》中的文章。

现行表述所引起的含糊不清之处，应明确规定该条款应涵盖哪些人和哪些内容。更准确地界定排除条款所涵盖的行为的性质及其行为人，将有助于防止误解和企图规避条款的运作的行为，正如在某些情况下所观察到的那样。

关于国际人道法排除条款措辞的讨论主要围绕“武装部队”的概念展开——尤其是这一概念是仅限于国家武装部队，还是扩大到非国家武装团体以反映国际人道法。为了避免误解并确保根据国际人道法对排除条款进行解释，建议将“武装部队”改为“武装冲突各方”。将这一短语纳入国际人道法排除条款符合国际人道法，因为这是用于指代武装冲突中敌对双方的术语，无论是国际性的还是非国际性的。一方正是通过其武装部队参与到敌对行动中的；国际人道法认为非国家团体可被视为非国际性武装冲突当事方的标准之一是，该团体已达到足够的组织门槛，这表现在存在一支有能力从事持续和协调的军事行动并实施国际人道法的武装部队。

避免与“武装部队”一词有关的争议的另一种选择是，干脆将按照国际人道法在武装冲突中开展的所有行动排除在反恐公约的范围之外。这是加拿大和新西兰为执行反恐文书中所载的国际人道法排除条款而采取的方法，它们在国内法中加入了这些文书。⁷⁴因此，这一备选办法只侧重于行动的性质，而不是受行为人地位的支配，故而它涵盖了武装冲突各方武装部队成员以及代表他们行事的人（例如直接参与敌对行动的平民）实施的合法战争行为。所以，这一备选方案保留了国际人道法的范围和宗旨，将符合国际人道法的行动排除在反恐罪行的范围之外，同时允许法官就武装冲突中实施的、不符合国际人道法适用规则的行为依赖反恐立法。

据此，有人认为，适当的国际人道法排除条款应将武装冲突各方和代表他们行事的人在武装冲突中开展的、受到国际人道法的规制且不加禁止的活动排除在反恐文书的范围之外。因此，它将涵盖所有交战方的行动，包括国家和非国家武装部队以及直接参与敌对行动的平民。该条款仅适用于受国际人道法规制（即存在适用于有关行动的明确规则，例如关于拘留或敌对行动的规则），且与此同时不受国际人道法禁止的行动。

该提案的理由是确保遵守国际人道法的交战方——武装冲突的国家和非国家当事方（包括那些被认定为恐怖团体的非国家有组织武装团体）的行动不会被贴上恐怖主义行为或罪行的标签并定罪。这种办法符合关于武装冲突中恐怖主义行为的国际判例的发展，特别是关于意图在平民居民中散布恐怖的战争罪。在“加利奇”（*Galić*）案中，前南刑庭明确指出，就犯罪要件而言，“暴力行为”的概念并不包括针对合法军事目标的行为，而只包括对平民的非法攻击，⁷⁵确认合法的战争行为不应被视为恐怖主义行为。⁷⁶

该提案还保留了各国的政策和立法空间，因为某些犯罪，特别是与准备活动有关的反恐罪行，不受任何国际人道法条款的规制。例如，这将包括资助恐怖主义、为加入被指定为恐怖分子的团体而出行、训练或招募人员。此外，该提案还让国家当局自行决定是根据反恐法律还是国际人道法起诉在武装冲突中实施的同时违反反恐法律框架和国际人道法的行为。⁷⁷

另外，将受国际人道法规制但未禁止的行动排除在反恐法的范围之外，将有助于避免“不利于非国家武装团体遵守国际人道法的局面”。⁷⁸国际人道法假定军事目标能够而且将会受到冲突双方的攻击，并寻求保护那些没有参与敌对行动的人免受此类攻击。如果条款未能考虑到国际人道法的这一基本原理，将会使国际人道法下并非不合法的行为定为“恐怖主义”行为，这反过来又可能阻碍非国家武装团体遵守国际人道法。在这种情况下，依法战斗的大部分动机可能会减弱。此外，将国际人道法下合法的行为贴上“恐怖主义”的标签，使得执行《第二附加议定书》第6条第5款变得更加困难。⁷⁹该条款的目的是鼓励对国际人道法的尊重，对参与敌对行动并遵守适用的国际人道法

⁷⁴ 见前注 49 《加拿大刑法典》和《新西兰制止恐怖主义法案》中的引文。

⁷⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-T, Judgment (Trial Chamber), 5 December 2003, paras 133–135.

⁷⁶ Marco Sassòli, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, p. 27: “在武装冲突中，只有违背国际人道法的行为应被归类为国际反恐法中的恐怖主义行为”。

⁷⁷ “Session 1 – Setting the Scene”, in S. Kolanowski (ed.), above note 4, pp. 42–45; “Panel Discussion: State Responses to Foreign Fighters”, in S. Kolanowski (ed.), above note 4, pp. 107–133.

⁷⁸ 《红十字国际委员会 2011 年挑战报告》，前注 20，第 45 页。

⁷⁹ 对遵守国际人道法的行为给予赦免也被视作习惯国际人道法规则。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注

规则的人给予尽可能广泛的赦免。出于显而易见的原因，如果根据反恐法律框架，即使是合法的战争行为也被定性为恐怖主义行为，赦免的前景就会大大减少。这最终可能成为今后和平谈判与和解努力的障碍。

虽然必须承认，某些非国家武装团体有意拒绝接受国际人道法及其所依据的价值观，但重要的是超越这些具体案例。即使在今天，在许多非国际性武装冲突中，与非国家武装团体（包括那些被认定为恐怖分子的团体）进行国际人道法对话也是可能的，甚至受到这些参与方的重视。反恐规则不应破坏为促进和加强对国际人道法的遵守而接触非国家有组织的武装团体的努力。

这也是为什么红十字国际委员会认为“恐怖主义”一词无助于描述符合国际人道法的武装冲突中的行为，并认为不应在国际公约和国内法中将国际人道法规定且未禁止的行为贴上“恐怖主义”的标签，以反映武装冲突的现实和国际人道法的基本原理（军事目标可以而且将会受到攻击）。⁸⁰针对军事目标的行为是武装冲突的实质，根据共同适用的国际法律制度，绝不应在法律上将其界定为恐怖主义。这样做意味着此类行为是被禁止的，并且必须根据其他国际法律框架进行刑事定罪，这削弱了在国际人道法和反恐法律框架之间实现一致性的努力。

反恐措施和制裁制度对人道行动的影响：协调反恐和制裁法律框架与国际人道法的必要性

通过反恐措施和制裁来遏制对被认定个人和实体的一切可能的直接和间接支持的努力，导致加强了对所有活动的控制和限制，包括人道活动，这些活动被认为可能使人道行为者受益。近年来，越来越多的证据表明，反恐措施和制裁制度对有原则的人道行动产生了不利影响。事实上，有些反恐措施和制裁制度对于武装冲突中的人道活动而言尤其令人关切。

各国采取的反恐措施往往以 2001 年以来通过的联合国安理会决议以及反恐文书为基础。虽然反恐罪行的确切内容和范围可能因国而异，但许多国家已将向参与恐怖行为的实体或个人提供“支持”、“服务”或“协助”定为刑事犯罪。⁸¹有关条款的措辞往往很宽泛，可以解释为将直接或间接使“与恐怖主义有联系的个人或实体”受益的任何人道活动纳入其范围。实际上，如此广泛的范围可能导致公正的人道组织及其人员的核心活动被定为刑事犯罪。⁸²

制裁制度也日益引起公正的人道组织的关注。⁸³金融制裁、对某些商品或材料进口的限制以及出行禁令都对人道行动产生了影响。所有这三类措施都带来了挑战，但事实证明，金融制裁对人道行动来说是最成问题的。金融制裁禁止直接或间接向被认定的个人和实体提供资金、金融资产或经济资源。禁令的目的是不让名单所列个人和实体——只要他们仍然受到制裁——具有支持或开展任何被认为对国际和平与安全构成威胁或具有恐怖主义性质的行动的手段。“经济资源”的概念被理解为包括各种资产，无论是无形的还是无形的，动产还是不动产，实际的还是潜在的，都可能被用来获得资金、货物或服务。⁸⁴这项禁令可包括公正人道组织的活动和做法。缴纳水电费税、移交人道物资（如药品）、修复医疗或其他必要的民用公共基础设施（如水处理或发电厂）以及某些人道活动，如大规模粮食援助行动，都可能属于禁止的范围。⁸⁵当金融制裁针对的是政府、部委或行使

32, 规则 159。

⁸⁰ 《红十字国际委员会 2015 年挑战报告》，前注 23，第 17 页。

⁸¹ 关于对国际、地区和国内层面所采取反恐措施的近期详细分析，见 E.-C. Gillard, above note 57, pp. 11–27。

⁸² 《红十字国际委员会 2015 年挑战报告》，前注 23，第 20 页。

⁸³ See Rebecca Brubaker and Sophie Huvé, *UN Sanctions and Humanitarian Action*, United Nations University, Centre for Policy Research, January 2021, available at

http://collections.unu.edu/eserv/UNU:7895/UNSHA_ScopingPaper_FINAL_WEB.pdf.

⁸⁴ Al-Qaida Sanctions Committee, “Assets Freeze: Explanation of Terms”, 24 February 2015, available at:

www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/eof_assets_freeze_-_english.pdf. 此外，一些制裁制度基于“可替换性”这一概念对此禁令进行解释，认为“就并非不合法的活动而向恐怖主义团体提供的支持‘释放了’本可用于此等合法目的的资源，并使这些资源可用于暴力目的”。See E.-C. Gillard, above note 57, p. 25.

⁸⁵ 例如，见 European Commission, *Commission Guidance Note on the Provision of Humanitarian Aid to Fight the COVID-19 Pandemic in Certain Environments Subject to EU Restrictive Measures*, C(2021) 5944 final, 13 August 2021, 对问题 3 的回应：“例如，为被认定的个人提供数批药品、医疗设备（和/或）消毒剂会使该人能够通过售卖物资而获得资金。因此，这构成向被认定的个人或实体提供经济资源或使其受益的行为。向在慈善领域活跃的被认定个人或实体

政府职能（如乌克兰东部或加沙）或控制一国部分地区（如叙利亚、索马里或也门）的非国家武装团体时，这些制裁就会增加一些人道活动可能被视为构成向名单所列实体提供资产或支持的违禁行为的可能性。

制裁制度还经常包括对货物进口的限制，这可能拖延甚至阻止执行人道活动所需货物的进口。制裁措施有时包括可用于军事目的的两用物体，但对开展人道行动也是不可或缺的。⁸⁶

出行禁令也会对人道行动造成障碍。它们要求各国防止被认定的个人入境和过境。这可能是一个问题，因为这种限制可能会阻止公正的人道组织与第三国的被认定人员举行会议，以便谈判准入、获得安全保证，甚至履行红十字国际委员会的中立调解人角色。

人道组织还可能面临因执行人道职责而被列入名单的危险。例如，根据安理会第 1267 号决议建立的联合国制裁制度对认定个人或实体的标准采取了广泛的方法。认定标准包括“以其他方式支持（基地组织、伊黎伊斯兰国或其任何基层组织、附属机构、分化团体或衍生组织的）行为或活动”的活动，⁸⁷可解释为包括公正的人道组织开展的援助或保护活动。

此外，制裁制度增加了公正的人道组织及其人员承担责任的风险，因为违反制裁所需的心理要件标准很低。在意图支持列入名单的实体的非法活动方面是没有要求的。⁸⁸因此，人道行为者可能面临民事和刑事起诉，因为一些国家已根据其国内法将违反制裁定为刑事犯罪。⁸⁹

此外，反恐措施和制裁制度可适用于公正的人道组织在武装冲突中开展的活动，也引发了影响人道行动的衍生影响。

捐助者越来越多地在与人道组织的供资协议中列入越来越严格和更繁琐的反恐/制裁条款。这些条款旨在确保被认定为恐怖分子或被制裁制度列入名单的个人或实体不直接或间接通过人道行动获得资金或物资。在这些条款中，受赠方遵守反恐措施和制裁以及相关的尽责调查要求，是向公正的人道组织支付资金的先决条件。这些要求不仅繁琐和耗时（从而限制了灵活性和响应能力），还使组织难以按照国际人道法以有原则的方式采取行动。同样，由于担心违反反恐和制裁法律框架，银行、供应商、运输商和保险公司等私人行为者制定了过度合规或“降低风险”政策。因此，一些商业行为者已减少甚至停止与公正的人道组织的业务往来，这些组织往往被认为是“低利润”和“高风险”的客户，进一步限制了后者在受限制性措施约束的国家开展活动的的能力。

因此，反恐措施和制裁制度的累积影响对向武装冲突受害者提供的人道活动的范围、数量和质量产生了不利影响。⁹⁰许多受影响的活动与红十字国际委员会的核心职责有关：探视被拘留者并为其提供物质援助、急救培训、战伤外科研讨会、向武器携带者传播国际人道法、提供援助以满足“难以到达”地区平民居民的基本需求、修复关键的民用基础设施，以及为伤病战斗人员提供医疗援助等。

因此，红十字国际委员会强调，作为法律和政策问题，各国和国际组织采取的反恐措施和制裁制度不得违背它们通过国际人道法条约支持和认可的原则，也不得挑战公正人道组织以有原则的方

或在事实上由被认定的个人或实体控制的地区提供医疗设备，就属于这种情况。”另见对问题 11 的回应，指出为抗疫而资助或参与修建临时医院、环境卫生设施或临时基础设施的行为在被认定的个人或实体通过此类人道活动获取经济利益的情况下，将构成非法提供经济资源的行为。

⁸⁶ 例如，水与居住环境项目中所使用的管道、化学品和建材等材料就属于这种情况。武器禁运也会使清除武器污染活动的开展更为困难。

⁸⁷ 联合国安理会第 2368 号决议，2017 年 7 月 20 日，第 2（c）段和第 4 段。

⁸⁸ E.-C. Gillard, above note 57, p. 28.

⁸⁹ See, for instance, Council of the EU, *Sanction Guidelines – Update*, 5664/18, 4 May 2018, para. 89.

⁹⁰ See Alice Debarre, *Safeguarding Humanitarian Action in Sanctions Regimes*, International Peace Institute, June 2019, available at: www.ipinst.org/wp-content/uploads/2019/06/1906_Sanctions-and-Humanitarian-Action.pdf; Norwegian Refugee Council, *Principles under Pressure: The Impact of Counter-Terrorism Measures and Preventing/Countering Violent Extremism on Principled Humanitarian Action*, 2018, available at: www.nrc.no/resources/reports/principles-under-pressure/; Jessica S. Burniske and Naz K. Modirzadeh, *Pilot Empirical Survey Study on the Impact of Counterterrorism Measures on Humanitarian Action*, 2017, available at: <https://blogs.harvard.edu/pilac/files/2017/03/Pilot-Empirical-Survey-Study-2017.pdf>; Kate Mackintosh and Patrick Duplat, *Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action*, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) and Norwegian Refugee Council, 2013, available at: www.unocha.org/sites/unocha/files/CounterTerrorism_Study_Full_Report.pdf.

式开展活动的能力。⁹¹

规制人道行动的国际人道法规则岌岌可危

从法律角度讲，反恐措施和制裁制度阻碍了有原则的人道行动，可以说不符合国际人道法的文字和精神。反恐和制裁法律框架与国际人道法的三个领域之间的关系是值得特别审查的：规制人道行动的规则；保护伤者病者以及提供医疗援助的人员的规则；以及保护人道工作者的规则。

规制人道活动的国际人道法规则

根据国际人道法，武装冲突各方负有满足其控制下受武装冲突影响的民众基本需求的首要义务。与此同时，特别是在这些基本需求仍未得到满足的情况下，国际人道法为公正的人道组织提出和提供的人道活动奠定了法律基础。共同第 3 条和第 9/9/9/10 条规定了所谓的“人道倡议权”。这种人道倡议权是赋予公正人道组织向国际性和非国际性武装冲突各方提供人道活动的法律权利，无论反恐条例或制裁制度如何界定冲突。通常，反恐措施和制裁制度都不禁止仅仅与卷入武装冲突的被认定人员和实体接触和互动。然而，广泛禁止向它们提供支持，以及有可能将某些人道行动定性为制裁制度下非法提供经济资源的行为，这本身就限制了公正的人道组织能够向武装冲突各方提供的人道活动的范围。因此，反恐措施和制裁可能会侵犯公正人道组织的人道倡议权，而国际人道法中没有任何内容限制这一权利。

这种提供服务的权利并没有转化为给予人道行为者不受限制的准入权。为了在武装冲突局势中开展人道活动，公正的人道组织必须寻求并征得有关各方的同意。在国际性武装冲突中，国际人道法的相关条款规定，同意只需从冲突当事国获取，并且由于拟议的人道活动将在其领土或在其有效控制的地区进行而“相关”。对于非国际性武装冲突，共同第 3 条没有规定谁需要同意开展人道行动，但红十字国际委员会认为，作为法律问题，应征得非国际性武装冲突在其领土上开展的国家（通过其有效政府）的同意，包括征得对于在该国失去控制的地区开展人道活动的同意。⁹²根据国际人道法，不得非法拒绝同意，例如，当有关方不愿意或无法满足民众的基本需求，或打算在被认定的个人或实体控制或活跃的地区造成或使饥饿长期存在。⁹³总体而言，根据国际人道法，有关国家不能仅仅以人道活动将在被认定人员或实体活跃或控制的地区开展人道活动为由拒绝同意，也不能以人道活动将有利于被认定人员或被认定实体成员为由拒绝其同意，如果他们的情况使其有资格获得人道援助。

一旦人道活动被接受，武装冲突的国家和非国家当事方就有义务合作，并采取积极行动，为人道行动提供便利，但须遵守其控制权。⁹⁴这包括尽可能简化行政手续，以便利签证或其他移民问题、财务/税收要求、进出口条例、一线考察批准，并可能给予人道组织工作所需的特权和豁免。简言之，各方必须提供一个组织适当地履行其商定的人道职能所需的“一切设施”。⁹⁵国际人道法规则中明确提到了“准许和便利”的义务，这些规则对国际性武装冲突（包括占领）局势中的人道活动进行了规制。共同第 3 条第 2 款和《第二附加议定书》第 18 条第 2 款都没有涉及人道活动的这一方

⁹¹ 《红十字国际委员会 2011 年挑战报告》，前注 20，第 45~47 页。

⁹² 无论如何，出于行动层面的原因，红十字国际委员会还会在非国际性武装冲突的一个或多个非国家当事方控制或活跃的地区开展人道行动之前征得其同意。

⁹³ 关于更多详细内容，见 Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, OCHA, 2016。See also Tristan Ferraro, “Relief Schemes and the Delivery of Humanitarian Activities in Situations of Armed Conflict: the ICRC’s Perspective”, in Fausto Pocar (ed.), *Proceedings of the 40th Sanremo Round Table: The Additional Protocols 40 Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives*, International Institute of Humanitarian Law, FrancoAngeli, 2018, available at: <https://iihl.org/full-list-congresses-international-conferences-round-tables-since-institutes-foundation/the-additional-protocols-40-years-later-new-conflicts-new-actors->

⁹⁴ 见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 32，规则 55。国际人道法所预见的控制权不应被视作延伸至武装冲突各方和为抵达武装冲突所在国开展人道行动而必须途经之领土所在的非交战国外。不属于这两类的利益相关方不得声称反恐和制裁框架中所载的限制属于国际人道法下的控制权。

⁹⁵ ICRC, “Q&A and Lexicon on Humanitarian Access”, June 2014, pp. 11–12, available at: www.icrc.org/en/doc/assets/files/2014/icrc-q-and-a-lexicon-on-humanitarian-access-06-2014.pdf

面，但国际性武装冲突中关于这一问题适用的规则被视为习惯法，适用于国际性和非国际性武装冲突。

根据规制国际性武装冲突的国际人道法，准许和便利救济的义务不仅适用于武装冲突各方，也适用于所有国家。这意味着，非冲突当事方的国家，例如公正的人道组织可能需要经过其领土才能到达冲突地区的国家，必须根据其控制权批准这种过境，其目的仅限于确保通过其领土的人道行动完全是人道性质的。⁹⁶

规制非国际性武装冲突的国际人道法没有明确规定对第三国的类似义务，但人们期望非此类冲突当事方的国家不会反对通过其领土过境，也不会采取措施阻碍公正的人道组织寻求接触非国际性武装冲突受害者的工作。如果这些国家拒绝准许和便利人道活动，它们实际上将阻止武装冲突受害者的人道需要得到满足，并使冲突各方给予的同意无效。支撑国际人道法的人道精神应鼓励非交战国为非国际性武装冲突各方已经接受的人道行动提供便利。也可以说，第三国所承担的这一义务可以从共同第 1 条规定的确保尊重国际人道法的义务中所包含的尽责调查部分推断出来，因为例如，第三国的拒绝可能使冲突各方无法履行其满足民众基本需求的首要义务。⁹⁷因此，第三国强加阻碍人道行动的反恐和制裁制度，可能不符合它们尊重和确保尊重规制公正人道组织开展的人道活动的某些国际人道法规定的义务。⁹⁸此外，根据《维也纳条约法公约》第 26 条所反映的善意履行条约义务的义务，第三国作为日内瓦四公约的缔约国，不应采取任何会阻碍国际人道法规则实施的行动或措施，包括那些规制人道准入和行动的规则。⁹⁹

据此，本文认为，反恐措施和制裁的实施必须不构成对公正的人道组织根据国际人道法开展的人道活动的非法拒绝/拒绝同意。因此，各国，包括非交战国，不应制定与其准许和便利人道行动的义务相抵触的措施和制裁制度。

保护伤者病者以及提供医疗援助的人员的国际人道法规则

失去战斗力的伤病平民和战斗人员有权得到尊重和保护，有权得到人道待遇，没有任何不利区别，有权在最大实际可能范围内并尽速得到其状况所需的医疗照顾，并有权得到搜寻、收集和撤离，是国际人道法的一项基本原则。¹⁰⁰这种手段义务首先是冲突各方的义务。然而，“采取一切可能的措施”还包括允许红十字国际委员会等公正的人道组织协助收集和照顾伤者病者，即使他们根据反恐和/或制裁框架是被认定的人员。如果无法获得人道工作者和物资，国际人道法为伤者病者提供的保护往往毫无意义，因此国际人道法也保护那些从事医疗服务的人员，无论是医务人员、人道工作者还是其他平民。¹⁰¹

不幸的是，在某些情况下，为伤者病者开展的人道活动被拒绝，因为伤者病者被贴上了恐怖分子的标签或被怀疑与恐怖分子有联系。这说明了一些反恐政策倾向于将医疗服务重新界定为一种非法支持的形式。此外，虽然据我们所知，1267 制裁委员会从未仅仅根据提供医疗或人道援助将个人

⁹⁶ 国际人道法对于人道行动必须过境之领土所在的第三国的同意未作规定。然而，这并不表示公正的人道组织可以免于寻求并获取其同意。在国际公法层面上，必须征得第三国的同意；但在国际人道法层面上，基于准许和便利人道活动的义务，这些国家有义务予以同意。此外，值得注意的是，国际人道法有具体规则要求各国以一切可能方式，便利红十字国际委员会和国家红十字会或红新月会开展的人道活动：《第一附加议定书》第 81 条第 1 款～第 3 款。

⁹⁷ 2022 年《红十字国际委员会〈日内瓦第一公约〉评注》，前注 69，共同第 3 条，第 840 段。

⁹⁸ Dustin A. Lewis and Naz K. Modirzadeh, *Taking into Account the Potential Effects of Counterterrorism Measures on Humanitarian Action: Elements of an Analytical Framework for States Grounded in Respect for International Law*, legal briefing, Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict (HLS PILAC), May 2021, p. 32.

⁹⁹ International Law Commission (ILC), *Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries, in Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p. 211: “有些委员认为同时规定一方必须避免采取有意挫败条约目标和宗旨的行为，是有益的。但委员会认为这在善意履行条约的义务中显然是暗含的，而且倾向于以尽可能简单的形式表述有约必守原则。”

¹⁰⁰ 《日内瓦第一公约》第 12 条和第 15 条、《日内瓦第二公约》第 12 条和第 18 条、《日内瓦第四公约》第 16 条、关于国际性武装冲突的《第一附加议定书》第 10 条和第 16 条，以及共同第 3 条和关于非国际性武装冲突的《第二附加议定书》第 7 条和第 8 条。另见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 32，规则 110。

¹⁰¹ 见下文。

列入名单，但它仍然提到医疗活动作为将两个个人和两个实体列入名单的依据的一部分，¹⁰²这意味着医疗服务和医疗用品被视为对被认定为恐怖分子的团体的不允许的支持。然而，可以说，将为被认定为恐怖分子的伤者病者提供的人道活动视为一种被禁止的支持形式的反恐法规和制裁制度违背了国际人道法的文字和精神。

保护人道工作者的国际人道法规则

作为对上述国际人道法规则的补充，该法律体系的一个基本原则是，人道工作者和用于开展人道活动的物体必须得到尊重和保护。¹⁰³这项规则是规定人道救济活动迅速和不受阻碍地进入以及人道救济人员行动自由的规则的必然结果。人道救济人员的安全保障是向有需要的平民居民提供人道救济的不可或缺的条件。这应包括防止骚扰人道工作人员和恐吓这些人员以扰乱其工作的做法，更广泛地说，应包括免于不当干预，特别是逮捕，以执行其职责。

虽然附加议定书明确禁止起诉在国际性和非国际性武装冲突中提供医疗援助的人，但尚未对人道工作者提出这种明确的规范。然而，没有类似的明文禁止绝不应被解释为国家在起诉根据国际人道法开展人道活动的人道工作者方面享有自由处理权。事实上，有人认为，禁止因国际人道法所预见的行动而起诉人道工作者，可以从“尊重和保护”这些人员的义务中推断出来。这项义务是日内瓦四公约及其附加议定书中出现的一个专门术语，也被视为一项习惯规则。¹⁰⁴这一要求触发了消极和积极性质的义务。其中“尊重”要求遵守有意不为的义务，包括不攻击人道工作者、不以任何方式伤害他们或任意拘留他们的义务。“保护”是一项积极义务，即采取步骤确保人道工作者能够在不对其任务造成任何不当干扰的情况下开展活动。尊重和保护义务的首要目标是确保人道工作者能够抵及武装冲突的受害者，无论其是否根据反恐条例和制裁被认定。不幸的是，近年来，人道工作者因履行国际人道法赋予的职责而在反恐法下遭到逮捕和起诉。同样，制裁制度也可能将某些人道活动视为一种被禁止的支持形式。这些做法与国际人道法对保护人道工作者的保护背道而驰，破坏了迅速、有效的人道行动。

应对反恐/制裁法律框架所提挑战的近期趋势和解决办法

上述情况提醒我们，应特别关注反恐和制裁法律框架与国际人道法之间持续存在的摩擦。反恐规则和制裁制度的现行特点没有充分考虑到国际人道法规则。它们不允许公正的人道组织以符合国际人道法的方式履行职责，从而损害武装冲突受难者的权利和尊严。各国和国际组织必须采取具体行动，确保其反恐和制裁框架符合国际人道法。

在这方面，目前的趋势表明，设计和实施反恐和制裁框架的各方在国际、地区和国内层面正在加大努力（尽管仍然不足），以更好地将国际人道法纳入其矩阵，并更好地保护有原则的人道行动，这一点值得欢迎。

反恐框架和有原则的人道行动：希望渺茫

在反恐领域，近年来出现了一种积极趋势，即逐步将国际人道法要素纳入国际层面的反恐法律等式。与此同时，国内一级的情况也有了显著改善，因为各国已开始将保障措施纳入其国内立法，以维护有原则的人道行动。

自 2005 年以来，联合国安理会反恐领域的决议几乎系统地纳入了关于各国在采取或实施反恐

¹⁰² Dustin A. Lewis, Naz K. Modirzadeh and Gabriella Blum, *Medical Care in Armed Conflict: International Humanitarian Law and State Responses to Terrorism*, legal briefing, HLS PILAC, 2015, pp. v, 110–111.

¹⁰³ 《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 32，在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中均可适用的规则 31 和规则 32。

¹⁰⁴ 同上注，规则 31。

措施时必须遵守国际法（包括国际人道法）的内容。¹⁰⁵最近，安理会 2019 年 3 月¹⁰⁶通过的第 2462 号决议标志着向前迈出了一大步。安理会首次对联合国成员国——在第七章决议中使用强制性的“决定”和“要求”的措辞——强加了一项要求：

以符合根据国际法、包括国际人道主义法……承担的义务的方式，确保国内法律法规确立相关的严重罪行，足以能据此以适当反映罪行严重性的形式起诉和惩处直接或间接地蓄意提供或筹集资金、金融资产或经济资源或提供金融服务或其他相关服务。¹⁰⁷

安理会还要求“所有反恐措施，包括根据本决议规定采取的打击资助恐怖主义行为的措施符合（各国）根据国际法、包括国际人道主义法……承担的义务”。¹⁰⁸这些执行段落得到了（更具有劝诫性质的）另一段的补充，该段

敦促各国在制定和采取打击资助恐怖主义行为的措施时考虑到这些措施对公正的人道主义行为体以符合国际人道主义法方式开展的纯属人道主义的活动、包括医务活动的可能影响。¹⁰⁹

前两段的属事适用范围很广，因为它涉及所有反恐措施，表明各国别无选择，只能根据国际人道法的要求调整其反恐措施。此外，第三段进一步探讨了反恐与国际人道法之间的相互关系，讨论了反恐措施对国际人道行动的影响，并敦促各国考虑旨在打击恐怖主义的措施（包括资助恐怖主义）对国际人道法预见的有原则的人道行动的潜在影响。

该决议的另一个重要方面在于，它澄清了是否满足了实施《联合国宪章》第 103 条所载的“优先条款”的条件，以便在国际人道法和反恐框架发生冲突的情况下规制这两个法律体系之间的互动。¹¹⁰事实上，第 2462 号决议执行部分第 5 段和第 6 段可以解释为根据《联合国宪章》第 25 条作出的决定，根据该条，安理会要求各国在设计、实施和解释反恐措施时严格遵守其国际人道法义务。¹¹¹正如埃马努埃拉-基亚拉·吉拉德（Emanuela-Chiara Gillard）恰当指出的那样，执行部分第 5 段和第 6 段“消除了对安理会是否打算推翻国际人道法可能存在的任何怀疑”。¹¹²这些段落中规定的按照国际人道法行事的要求意味着，在两个法律框架之间发生摩擦时，反恐规则必须向国际人道法让步。因此，执行部分第 5、6 和 24 段的综合影响将允许将第 2462 号决议中规定的广泛的反恐义务解释为将公正的人道组织开展的、受国际人道法规制和授权的纯属人道性质的活动排除在其范围之外。

即使很难确定第 2462 号决议对国内反恐立法的直接影响，人们也可以观察到，在 2019~2020

¹⁰⁵ 例如，见联合国安理会第 1456 号决议，2003 年 1 月 20 日，附件第 6 段；联合国安理会第 1624 号决议，2005 年 9 月 14 日，执行部分第 4 段；联合国安理会第 2178 号决议，2014 年 9 月 24 日，执行部分第 5 段；联合国安理会第 2309 号决议，2016 年 9 月 22 日，执行部分第 2 段；联合国安理会第 2322 号决议，2016 年 12 月 12 日，执行部分第 2 段；联合国安理会第 2354 号决议，2017 年 5 月 24 日，执行部分第 2（e）段；联合国安理会第 2396 号决议，2017 年 12 月 21 日，执行部分第 4、18、19、34、40 段；联合国安理会第 2482 号决议，2019 年 7 月 19 日，执行部分第 16 段。另见联合国大会第 75/291 号决议，2021 年 6 月 30 日，序言部分第 12、26 段以及执行部分第 8、9、60、89、102、109 段。此外，安理会负责反恐问题的附属机构——反恐怖主义委员会的执行局（反恐执行局），探索确保安理会反恐决议依照国际人道法实施的方式。在此方面，反恐执行局正在开展专项项目，旨在提升对反恐措施与国际人道法之间相互作用的理解。在该项目背景下，反恐执行局正在与联合国人道主义事务协调厅合作，并咨询红十字国际委员会等其他有关利益相关方，筹备开展关于反恐框架与国际人道法之间相互关系的专题研究。反恐执行局还进一步加大工作力度，在适用的情况下系统性地将国际人道法纳入其评估工具和主题分析，并使其成为主流。不过，反恐执行局在国际人道法领域的作用遭到了强烈质疑：见 Dustin A. Lewis, Naz K. Modirzadeh and Jessica S. Burniske, *CTED and IHL: Preliminary Considerations for States*, legal briefing, HLS PILAC, March 2020; F. Ní Aoláin, above note 45, paras 27–29.

¹⁰⁶ 联合国安理会第 2462 号决议，2019 年 3 月 28 日。

¹⁰⁷ 同上注，执行部分第 5 段。

¹⁰⁸ 同上注，执行部分第 6 段。

¹⁰⁹ 同上注，执行部分第 24 段。

¹¹⁰ 另见上文“了解反恐法律框架如何应对武装冲突”一节。

¹¹¹ 关于安理会第 2462 号决议的详细分析，见 D. A. Lewis and N. K. Modirzadeh, above note 98, pp. 18–39.

¹¹² E.-C. Gillard, above note 57, p. 18.

年，有大量国内反恐立法中加入了人道豁免。¹¹³这些豁免的属人和属事范围因法律而异，¹¹⁴但总体而言，它们表明，让国家当局了解在实施反恐措施时履行其国际人道法义务的重要性可以取得成功，并可以有效保护公正的人道组织及其人员。

制裁和有原则的人道行动：筑起希望

在制裁领域，国际和区域两级的设计者不太愿意将人道例外纳入制裁矩阵。事实上，自2000年以来，在目前生效的14个联合国制裁制度中，只有2个预见到明确的、具有法律约束力的人道豁免：¹¹⁵塔利班制裁制度和索马里制裁制度。

在2000年12月，以及直到2002年，联合国安理会禁止进出塔利班控制区的航班，但排除了“向阿富汗提供人道援助的组织和政府救济机构，适当时包括联合国及其机构、提供人道援助的政府救济机构、红十字国际委员会和非政府组织”，由1267制裁委员会确定。¹¹⁶此豁免现已不再有效。最近，联合国安理会根据2021年12月22日通过的第2615号决议，在塔利班制裁制度中引入了新的人道豁免，决定，

人道援助和支持阿富汗境内人的基本需求的其他活动不违反第2255(2015)号决议第1(a)段，且为确保及时提供此类援助或支持此类活动而处理和支付资金、其他金融资产或经济资源，以及提供所需的物资和服务，是允许的。¹¹⁷

同样，2010年，索马里青年党被认定为恐怖组织后，联合国安理会增加了一项人道豁免，在金融制裁的范围内排除

联合国、其专门机构或项目、在联合国大会具有观察员地位的提供人道援助的人道组织或其执行伙伴为确保及时在索马里提供急需的人道援助而支付所需的资金、其他金融资产或经济资源

¹¹³ 一些国家，如澳大利亚，已经在2019年之前对某些与安全有关的罪行（例如叛国罪、军事式训练和与恐怖组织有联系：分别见于Criminal Code Act, 1995, Sections 80.1.AA.4, 83.3.4.A and 102.8.4.c）增加了人道豁免，将“提供人道性质的援助”排除在罪行范围之外。2019年，澳大利亚为进入已公布禁区或在其中停留这一新的罪行增加了类似的豁免（*ibid.*, Section 119.2.3）；人道豁免延伸至“为红十字国际委员会执行公务”（*ibid.*, Section 119.2(3)(e)(ii)）。2019年，英国通过了同等立法，同样针对以“提供人道性质援助”为目的的活动规定了人道豁免（Counter-Terrorism and Border Security Act, 2019, Section 58.B.1.5）。2020年3月，埃塞俄比亚通过了新的第1176/2020号《预防与遏制恐怖主义犯罪宣言》，其中第9.5条在直接或间接为实施恐怖行为或恐怖组织“提供支持”这一罪行之下排除了“参与人道活动的组织提供的人道援助或负有法律责任支持他人之人所提供的支持”。2020年4月，乍得通过了新的反恐法，即第003/PR/2020号法案，将“中立和公正人道组织开展的纯属人道和公正性质的行动”完全排除在其范围之外。2020年7月，菲律宾通过了新的第11479号《反恐怖主义法案》，旨在预防、禁止并惩罚恐怖主义。该法在第13条中加入了人道豁免，将“红十字国际委员会、菲律宾红十字会和其他国家承认的相关组织的公正的人道合作伙伴根据国际人道法开展的人道活动”排除在向恐怖分子提供物质支持这一罪行之外。2020年9月，瑞士修订《刑法典》，新增了向犯罪和恐怖主义组织提供支持的罪行。然而其中第260ter(2)条包含一项人道豁免，根据该条的规定，提供支持的罪行“不适用于红十字国际委员会等公正的人道组织根据1949年8月12日内瓦四公约共同第3条所提供的人道服务”。对这些反恐立法中加入的豁免进行详细分析，不在本文范围之内；关于更为全面的研究，见E.-C. Gillard, above note 57, pp. 21–24。

¹¹⁴ 有关国际人道法规定的人道豁免构成要素的更多详情，见下文。

¹¹⁵ 要了解制裁中的人道例外（humanitarian carve-out），首先需要对术语有一定的了解。红十字国际委员会和其他人道组织要求各国确保通过公正人道行动开展的人道活动被排除在反恐和制裁法律框架的范围之外。红十字国际委员会在这方面使用了“人道豁免”（humanitarian exemption）一词，欧盟等其他组织也是如此。就其自身而言，联合国安理会使用“例外”（exception）一词来涵盖同一概念，而美国制裁当局使用短语“一般许可”（general licenses）（例如，见US Office of Foreign Assets Control (OFAC), General License No. 14, “Authorizing Humanitarian Activities in Afghanistan”, 24 September 2021, available at: https://home.treasury.gov/system/files/126/ct_gl14.pdf）。

¹¹⁶ 联合国安理会第1333号决议，2000年12月19日，执行部分第11、12段。2002年1月16日联合国安理会第1390号决议对相关制裁进行修订时未对禁令进行延期。

¹¹⁷ UNSC Res. 2615, 22 December 2021, op. para 1. 就其属事范围而言，这一豁免与适用于索马里的联合国制裁制度中的豁免相似，因为它仅涉及金融制裁。然而，豁免所涵盖的活动可以说是更广泛的：它们还将包括保护活动（“人道援助和支持阿富汗境内人的基本需求的其他活动”（后加着重号以示强调））。豁免的属人适用范围也更广，因为它明显包括了人道援助“提供者”。此外，豁免的属时适用范围不受限制。

的行为。¹¹⁸

在欧盟一级，只给予了一项非常具体和有限的人道豁免。2016年，欧盟在适用于叙利亚的制裁范围中，排除了符合以下条件的石油采购行为：

由公共机构或从欧盟或成员国获得公共资金以在叙利亚提供人道救济或向叙利亚平民居民提供援助的法人或实体采购，且采购或运输此类产品的唯一目的是在叙利亚提供人道救济或向叙利亚平民居民提供援助。¹¹⁹

制裁架构中的国际人道法：联合国与欧盟

最近，在延长三个联合国制裁制度（刚果民主共和国、马里和中非共和国）之际，联合国安理会在其决议中使用了新的措辞，旨在引入国际人道法元素，为更多考虑保护人道空间铺平了道路。在这些针对具体国家的制裁制度中，安理会要求各国采取的实施措施符合国际法，包括国际人道法。这是联合国首次在“非反恐”制裁中使用这样的措辞。

在延长适用于刚果民主共和国的联合国制裁的决议中，安理会首先在序言部分强调，“本决议规定的措施无意对刚果民主共和国平民造成不利的人道主义后果”。然后增加了一个具有约束力的执行段落，以补充这一“意图”条款，¹²⁰该段落“要求会员国确保为执行本决议而采取的所有措施都符合他们根据国际法，包括适用的国际人道法、国际人权法和国际难民法承担的义务”。¹²¹几周后通过的两项决议重申了这些段落，延长了适用于中非共和国和马里的联合国制裁制度。¹²²

即使这些段落没有明确规定对公正的人道组织开展的人道活动实行人道豁免，但它们仍然是一个重要的发展，特别是第2582号决议执行部分第4段要求所有国家在国内实施联合国制裁制度时遵守国际人道法。这些“国际人道法条款”显然有助于那些希望纳入人道例外但因认为必须遵守安理会通过的案文而感到无法这样做的国家。在设计或延长制裁制度的决议中加入此类国际人道法条款，将使各国感到欣慰，即它们在国内法律秩序中采用此类保障措施的同时也在遵守这些决议。特别是，延长刚果民主共和国制裁的决议中所载的执行段落使用了“要求”的措辞，¹²³使各国更加欣慰，因为该段充满了基于《联合国宪章》第25条的强制性性质。¹²⁴

在地区层面，特别是在欧盟也取得了进展。在欧盟理事会最近的结论中，欧盟明确坚持其避免对有原则的人道行动产生负面影响的意图，并承诺遵守国际法，特别是国际人道法和人道原则。¹²⁵理事会2019年11月关于人道援助和国际人道法的结论在这方面尤为明确：

理事会欢迎联合国安理会第2462（2019）号决议……根据安理会决议，理事会重申，欧盟的任何措施，包括制定和实施限制性措施和所有反恐措施，都必须符合国际法，特别是国际人权

¹¹⁸ UNSC Res. 1916, 19 March 2010, op. para. 5.

¹¹⁹ EU Council Decision (CFSP) 2016/2144, 6 December 2016, implemented by Council Regulation (EU) 2016/2137, 6 December 2016, Art. 6(a)(1).

¹²⁰ 适用于朝鲜民主主义人民共和国的联合国制裁制度也载有这样一条：见联合国安理会第2094号决议，2013年3月7日，执行部分第31段。

¹²¹ 联合国安理会第2582号决议，2021年6月29日，执行部分第4段。

¹²² 关于中非共和国，联合国安理会第2588号决议，2021年7月29日，序言部分第12、13段；关于马里，联合国安理会第2590号决议，2021年8月30日，序言部分第9、10段。在此情况下，关于“意图”和“国际人道法”的条款都纳入了序言部分，但这并不表示安理会意图为这些条款赋予更少的效力。其加入序言部分的段落，是由于安理会成员之间存在分歧，迫使撰写人就针对决议执行部分段落的探讨加以限制。

¹²³ 正如2019年3月28日联合国安理会第2462号决议中的措辞。

¹²⁴ 此外，序言部分指出所实施的制裁并非旨在引发人道后果的段落可用于支持在将联合国制裁制度纳入本国法律的同时插入人道保障措施，因为这种例外将是确保人道活动并因此服务于平民居民的人道利益的最有效手段。

¹²⁵ Council of the EU, *Humanitarian Assistance and International Humanitarian Law – Council Conclusions*, 14487/19, 25 November 2019, para. 8; Council of the EU, *Council Conclusions on EU External Action on Preventing and Countering Terrorism and Violent Extremism*, 8868/20, 16 June 2020, paras 15, 27; Council of the EU, *EU Priorities at the United Nations and the 75th United Nations General Assembly – Council Conclusions*, 9401/20, 13 July 2020, para. 12. 关于遵守国际法和保护人道行动的内容另见于欧盟关于制裁的框架性文件：见 Council of the EU, *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)*, 10198/1/04 REV 1, 2004, para. 6; Council of the EU, *Guidelines on Implementation and Evaluation of Restrictive Measures (Sanctions) in the Framework of the EU Common Foreign and Security Policy*, 11205/12, 2012, para. 9.

法、国际难民法和国际人道法规定的所有义务。理事会将努力避免对人道行动产生任何潜在的负面影响，并鼓励会员国确保国内反恐措施和限制性措施符合国际法。¹²⁶

最近，欧盟关于新冠疫情和制裁的指南也对国际人道法采取了有原则的立场。事实上，该指南似乎承认国际人道法优先于欧盟制裁，因此也承认开展人道活动的可能性，即使这些活动在欧盟制裁范围内构成向名单所列个人或实体提供经济资源的禁止性行为：

作为一般规则，欧盟《反恐怖主义制裁条例》不允许向被认定的个人或实体提供资金和经济资源，尽管存在一些克减……然而，根据国际人道法，在没有其他选择的情况下，欧盟的制裁不应阻止提供人道援助。¹²⁷

毫无疑问，在制裁制度中大量提及国际人道法是朝着更有效地保护有原则的人道行动迈出的重要一步，也是在国家层面纳入人道豁免的重要动力。然而，迄今为止，制裁的设计者距离按照人道界长期以来的要求，以人道豁免的形式提供更具体和有效的人道保障仍有一步之遥。在这方面，制裁设计者迄今未能将国际人道法充分纳入制裁制度。

虽然制裁越来越多地将违反国际人道法的行为作为制裁触发因素，但由于缺乏有效的人道例外，制裁制度设定的禁令继续阻碍国际人道法授权和保护的人道活动。这一悖论需要克服，制裁设计者应通过逐个制度纳入人道豁免，推动国际人道法的整合达到合乎逻辑的结论。

克减引起的问题和寻求人道豁免的必要性

制裁当局对纳入“一揽子人道豁免”表示担忧，因为担心这些豁免可能被滥用。¹²⁸为了处理制裁对人道行动者的负面影响，制裁当局几乎完全采用在其制裁制度中临时列入“克减”而不是豁免。克减要求人道组织在开展任何可能被解释为违反制裁制度的人道活动之前，作为先决条件，寻求并获得特定制裁当局（例如负责联合国制裁的制裁委员会或负责欧盟制裁的“国家主管当局”）的特别授权。

克减给人道行动带来了若干问题。第一，它们与人道行动的现实脱节，而且复杂、官僚和耗时，对人道组织的行动反应能力和连续性产生重大负面影响。第二，制裁制度中的克减还有一个令人不安的共同特点：它们是自由裁量的，因此使人道组织依赖于制裁当局的意愿。

第三，关于在不同制裁制度下克减程序如何运作的指导意见很少。制裁机关往往对克减处理的范围和方式有不同的意见。例如，人道行为者不知道根据特定制度提供的克减是否将涵盖其在特定时限内的全部行动，还是对将要开展的每一项活动都应请求克减。在欧盟层面，谁有资格成为有权提供克减的“国家主管当局”的问题仍然存在。对于位于欧盟之外但接受欧盟或欧盟成员国资金的公正人道组织来说，确定该组织应向哪个当局寻求克减可能更加令人困惑：当一项具体活动由欧盟各成员国资助时，谁应该成为克减请求的收件人？主要捐助者？所有欧盟捐助者？如果一个捐赠者的回答是肯定的，而另一个捐赠者的回答是否定的，该怎么办？如果一个欧盟成员国对特定情况下的所有人道活动给予一年克减，而另一个成员国只授权在有限的时间内对具体活动给予一次性克减，该怎么办？这种缺乏可预测性的情况不利于有效的人道应对，此外，还可能使私营部门的去风险或过度合规政策长期存在。

第四，克减是无效的，因为在实践中，克减往往导致人道行动所需货物/材料的进口出现不成比例的延误，限制了人道行为者在武装冲突等紧急情况下尽可能迅速作出反应和灵活处理的能力。因此，它们很可能不适用于大规模人道行动。

第五，克减可能影响外界对人道组织作为一个真正中立、公正和独立的组织的看法，并最终导致安全风险的增加。为了开展交战各方已经商定的人道活动而征得属于第三国/国际组织的制裁当局的许可，可能会使有关人道组织与制裁所承担的政治议程联系起来，并不可避免地导致人道空间的缩小。

¹²⁶ Council of the EU, *Humanitarian Assistance and IHL*, above note 125, para. 8.

¹²⁷ European Commission, above note 85, p. 7.

¹²⁸ D. A. Lewis and N. K. Modirzadeh, above note 98, p. 9.

第六，克减制度在与国际人道法的兼容性方面引起了严重关切。根据国际人道法规制人道准入的规则，同意公正人道组织开展的人道活动的的能力完全属于有关交战方，而非非交战方（过境国除外）。在这方面，克减为国际人道法所没有预见的公正人道行动增添了一层同意。国际人道法预见到这些国家有义务为公正的人道组织的活动提供便利，而克减无法履行这一职能。¹²⁹此外，克减严重限制了公正人道组织根据国际人道法有权获得的提供服务的权利，因为克减引入了一个先决条件（在提出提供服务之前获得制裁执行者的授权），而根据这一法律体系，这个先决条件没有法律依据。最后，不利用现有的克减将增加违反制裁制度的风险，从而增加参与国际人道法预见和保护的活动的人道人员被起诉的风险。因此，克减制度使设计和执行制裁的国家和国际组织处于与其根据国际人道法承担的法律义务相抵触的境地。

鉴于上述情况，在制裁制度中列入克减似乎不是一个适当的解决办法。相反，必须赞成列入长期和框架完善的人道豁免，¹³⁰以便有效地减轻制裁制度的负面影响。

根据国际人道法设计制裁制度

虽然各国可以自由地将人道豁免纳入其自主制裁，¹³¹但它们仍然不愿将此类措施纳入包含国际制裁的国内立法，包括通常支持有原则的人道行动的国家。国家往往超越了国际制裁制度规定的措施，但在国际制裁制度没有明确预见的情况下，它们更不愿意制定例外。

这种不情愿往往基于这样一种看法，即根据《联合国宪章》第 25 条和第 103 条，联合国安理会设计的制裁总是优先于对执行国具有约束力的任何其他国际义务，包括国际人道法义务。因此，各国可能认为，提供人道保障将导致或被视作不遵守安理会的决定。¹³²

这种以牺牲国际人道法为代价赋予制裁特权的观念是可以克服的，因为事实上，各国在使国际制裁制度生效时能够加入有效的人道例外。有令人信服的法律理由认为，各国在实施国际制裁时可以引入人道豁免，因为国际制裁的行动不会消除各国在国际人道法下的义务。

事实上，根据《联合国宪章》第 24 条，安理会决议等次级联合国法律必须按照《宪章》第 1 条和第 2 条规定的“宗旨和原则”来解释。在这方面，安理会在履行其维护国际和平与安全的职责（包括通过《宪章》第 41 条所预见的制裁）时，应同时按照《宪章》第 1 条第 1 款和第 24 条第 2 款的要求，“依……国际法”行事，因此制定符合国际人道法的制裁措施。在此基础上，必须假定安理会无意对各国施加任何在实施联合国制裁制度时违反基本国际人道法规则的义务。¹³³鉴于联合国在促进和呼吁尊重国际人道法方面发挥的重要作用，如果安理会打算各国在实施联合国制裁时采取不符合国际人道法的措施，则需要使用非常明确的语言。因此，如果安理会根据《宪章》第七章通过的决议没有明确规定，安理会在制定制裁时就不得减损或中止国际人道法。目前安理会关于制裁的决议并未表明任何意图，强加违反国际人道法规制人道活动之规则的义务。相反，对国际人道法关于人道准入和活动之规则的违反通常是将个人或实体列入制裁名单的基础。因此，可以预期，安理会关于建立或延长制裁制度的决议的解释应与国际人道法保持一致，正如最近延长适用于刚果民主共和国、中非共和国和马里的制裁的决议所反映的那样。

同样，欧盟自主的“限制性措施”相当于欧盟一级的国际制裁，也将允许欧盟成员国提供人道豁免。事实上，从国际法的观点来看，欧盟的制裁一般构成反措施，¹³⁴即使区域组织通常不明确将

¹²⁹ 关于相似观点，见 UN Human Rights Special Procedures, *Position of the United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism on the Human Rights and Rule of Law Implications of the United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions Regimes on Individuals and Entities*, October 2021, pp. 18–19。

¹³⁰ 见下文。

¹³¹ See, for instance, Canada, Special Economic Measures (Burma) Regulations, SOR/2007-285, 13 December 2007, Section 18.

¹³² 见尾西小佐 (Kosuke Onishi) 在本期《红十字国际评论》中的文章。

¹³³ 关于使用同样的理由，要求各国在实施联合国制裁制度时考虑到国际法，并表示各国在执行安理会决议时拥有一定余地的方法，见 European Court of Human Rights (ECtHR), *Nada v. Switzerland*, Appl. No. 10593/08, Judgment (Grand Chamber), 12 September 2012, paras 171, 175, 180。关于安理会无意对各国施加侵犯基本权利之义务的假设，见 ECtHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom*, Appl. No. 27021/08, Judgment (Grand Chamber), 7 July 2011, para. 102。

¹³⁴ Tom Ruys, “Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework”, in Larissa J. van

其制裁做此界定。为了根据国际法认为反措施是合法的，反措施必须满足国际法委员会在其《国家对国际不法行为的责任条款草案》和《国际组织责任条款草案》中强调的某些条件。¹³⁵值得注意的是，反措施不得影响“保护人权的义务，……禁止报复的人道性质的义务和一般国际法强制性规范规定的其他义务”。¹³⁶此外，欧盟条约法强调欧盟承诺在其与更广泛世界的关系中“严格遵守国际法”，¹³⁷并且“欧盟在国际舞台上的行动应以……尊重国际法……的原则为指引”。¹³⁸由于欧盟的限制性措施是欧盟共同外交和安全政策中必不可少的工具，¹³⁹因此，这些措施必须遵守国际人道法，作为欧盟遵守国际法义务的组成部分。此外，欧盟理事会在各种场合申明，欧盟的限制性措施必须按照国际人道法设计。¹⁴⁰

某些国家，包括斯洛伐克和瑞士，已经在这方面采取了行动，并在其国内立法中引入了人道豁免，包括对没有明确预见这种限制性条款的国际制裁制度的豁免。¹⁴¹

未来展望：纳入基于国际人道法语系的人道豁免

如上所述，制裁当局经常表示关切，担心以人道豁免形式引入制裁制度的例外条款可能被滥用。他们强调，“人道组织”这一概念作为确定哪些组织可以依赖这种豁免的理由，是存在不确定性的。与此同时，人道行为者有时对“人道豁免”持怀疑态度，认为没有必要，¹⁴²并可能被用作在没有豁免的情况下拒绝人道行动的借口，这意味着人道组织在受到制裁的情况下开展活动总是需要豁免的。¹⁴³

呼吁制定一项框架完善且长期有效的豁免

人道豁免要有效并得到接受，就必须解决这两个对立的关切。国际人道法可以解决这些问题，并为确定哪些组织和活动有资格获得制裁制度中引入的人道豁免提供了明确的指示性标准。

根据国际人道法关于武装冲突中人道活动和参与方的规则，人们可以看到，涵盖每一个——或多或少——有组织性且声称具有人道地位的机构的“一揽子”豁免将不在讨论范围之内。相反，根据与国际人道法相关的语言，应考虑在“人道豁免”的属人和属事适用范围方面采取更狭隘的方法。这种办法将使反恐和制裁当局能够确定豁免的显然适当的受益者。因此，不遵守有原则的人道办法的机构，或自称为人道组织的松散个人协会，将不在这种人道豁免的范围之列。

所以，应提倡列入“框架完善且长期有效的人道豁免”，其目的是将公正的人道组织根据国际

den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Edward Elgar, Northampton, MA, 2017; Denis Alland, “The Definition of Countermeasures”, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 1134–1135; Federica Paddeu, “Countermeasures”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, September 2015.

¹³⁵ 见此文件及相关评注：ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/10, 2001 (Draft Articles on States), Arts 22, 49–54。基本相同的规则见 ILC, *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, UN Doc. A/66/10, 2011 (Draft Articles on International Organizations), Arts 22, 51–57。

¹³⁶ See Draft Articles on States, above note 135, Art. 50(1)(b–d); Draft Articles on International Organizations, above note 135, Art. 53(b–d)。

¹³⁷ Treaty on the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326/13, 26 October 2012, Art. 3 (5)。

¹³⁸ *Ibid.*, Art. 21。

¹³⁹ *Ibid.*, Art. 29。

¹⁴⁰ 见上文。

¹⁴¹ 例如，见 Slovakia, Law No. 289, 2016, Section 13(1)(a)，将人道援助从立法范围中排除；Switzerland, Federal Act on the Implementation of International Sanctions, 2002, Art. 2(1); OFAC, above note 115; OFAC, General License No. 15, “Transactions Related to the Exportation or Reexportation of Agricultural Commodities, Medicine, Medical Devices, Replacement Parts and Components, or Software Updates in Afghanistan”, 24 September 2021。加拿大似乎也通过 2014 年 10 月 24 日的《(南苏丹) 特别经济措施条例》(SOR/2014-235) 这一文件开始采用这一方法，其中第 4 条将“向具有外交地位的国际组织、联合国机构、国际红十字与红新月运动，或已与外交、贸易和发展部签订赠款或捐款协议的加拿大非政府组织进行的任何交易”排除在金融限制范围之外。

¹⁴² 只要制裁制度已经内置人道豁免，因为这些制度是根据包括国际人道法在内的国际法建立的。

¹⁴³ Katie King, Naz K. Modirzadeh and Dustin A. Lewis, *Understanding Humanitarian Exemptions: UN Security Council Sanctions and Principled Humanitarian Action*, Working Group Briefing Memorandum, HLS PILAC, April 2016, pp. 9, 14。

人道法开展的纯属人道性质的活动排除在反恐措施和制裁制度的范围之外。¹⁴⁴

怎样才能使豁免“框架完善且长期有效”？

人道豁免的属事范围需要准确反映受国际人道法保护的行动。国际人道法规制并保护红十字国际委员会等“公正的人道组织”开展的“人道活动”。¹⁴⁵这一属事范围比最近列入反恐刑事立法的范围要广，后者往往限于“人道援助”。这些概念通常没有在这些法律中定义，而且根据国际人道法似乎过于狭隘。

豁免必须保护哪些活动？

在起草日内瓦四公约及其附加议定书时，缔约方故意没有具体说明哪些活动可以属于人道活动。这不仅是因为难以预测某一武装冲突可能产生的人道需求，而且还因为武装冲突的性质可能发生变化，产生的人道需求也可能发生变化，因此公正的人道组织可能提供的活动也可能发生变化。然而，在“人道”（humanity）这一基本原则的定义中可以找到什么是“人道”（humanitarian）的指示。这是红十字国际委员会所属的国际红十字与红新月运动（运动）七项基本原则中的第一项。从定义可以推断，人道活动是所有“防止和减轻人类遭受的疾苦，且不论这些疾苦发生在哪里”的活动，其宗旨是“保护人的生命和健康，并确保对人的尊重”。

根据适用于国际性武装冲突的国际人道法，共同第 9/9/9/10 条允许红十字国际委员会或其他公正的人道组织主动提出开展“人道活动”，以“保护”和“救济”受武装冲突影响的某些类别的人。就术语而言，人们已经接受“人道救济”是“人道援助”的同义词。

适用于非国际性武装冲突的共同第 3 条简明扼要地指出，公正的人道机构可以提供“服务”。共同第 3 条没有对“服务”的概念作出定义，但无论冲突的法律定性如何，武装冲突引起的人道需求可能都非常相似。因此，在没有任何相反说明的情况下，共同第 3 条中的“服务”一词应作广义解释，包括满足受武装冲突影响的所有人员的需要所需的所有类型的人道活动。

因此，虽然国际人道法没有具体定义“人道活动”的概念，但应将其解释为一个总括性概念，既包括援助，也包括保护层面。《第一附加议定书》第 81 条特别明确了这一点，该条要求武装冲突各方“向红十字国际委员会给予一切便利，以执行其人道主义职务，以便保证对武装冲突遇难者的保护和援助”。

关于保护活动，国际人道法并未就公正的人道组织可以开展哪些活动提供具体指导，以确保武装冲突各方通过遵守适用的法律框架来“保护”民众。对红十字委员会和机构间常设委员会而言，“保护”的概念包括旨在确保根据相关法律体系（包括国际人道法、国际人权法和难民法）的文字和精神充分尊重个人权利的所有活动。因此，在国际人道法中，“保护活动”是指旨在确保当局和其他相关参与方履行其维护个人权利的义务的所有活动。

在这方面，“保护活动”的概念包括旨在制止或防止（再次）发生违反国际人道法行为的活动（例如，通过向当局提出交涉，或通过向武装冲突各方传播国际人道法来使法律更加广为人知）以及旨在确保当局停止或制止任何违反适用于当局的规范的活动。

关于援助/救济活动，该术语是指旨在确保卷入武装冲突的人能够生存和有尊严地生活的所有活动和服务，包括为此目的运送物资。此类活动主要在医疗、供水、居住环境（即与创造可持续生活环境有关的所有方面）和经济安全（红十字国际委员会将其定义为“个人、家庭或社区能够在符合其文化标准的情况下持续通过资金满足其自身基本需求，负担必要支出的状态”）等领域开展。

¹⁴⁴ CTED, *The Interrelationship between Counter-Terrorism Frameworks and International Humanitarian Law*, January 2022, p. 34: “针对性强、界定清晰的制裁制度能够增强国内法律和政策框架的明晰性和可预见性。此类措施还有助于弥补事实上实施的‘不问、不说’方法的缺点，并为人道行为者及其行动提供急需的法律确定性。”

¹⁴⁵ 2022 年《红十字国际委员会〈日内瓦第一公约〉评注》，前注 69，共同第 3 条，第 807~821 段，以及第 9 条，第 1135~1147 段。

实际上，救济活动的类型将因受益者是谁及其需求的性质而异。例如，对战场上受伤人员的救济活动将与为被剥夺自由者开展的救济活动不同，而且也不同于为平民居民提供的救济活动。国际人道法的核心原则之一是，无论对没有或不再直接参与敌对行动的人员开展何种救援活动，都不应将此类活动视为具有加强敌方军事能力的性质，例如，向受伤的战斗人员提供医疗援助。

因此，为了全面遵守国际人道法，各国必须确保其所有国内反恐措施和制裁制度的设计和解释不会限制、阻碍、拖延国际人道法所预见的人道活动，或将其定为犯罪。人道豁免的拟订方式应涵盖所有保护和援助活动，并应这样解释，即使该措辞仅提及提供人道援助或人道救济。

最后，“纯属”一词表示豁免受益人追求的唯一目标必须是人道性质的。如果有关组织的存在和行动是出于其他目的，而不论其性质如何（例如政治、财政、军事甚至刑事性质），则所建议的人道豁免将不包括这些存在和行动。

豁免必须保护哪些行为者？

为了拟议的人道豁免的目的，上述活动也必须由“公正的人道组织”进行。要获得这样的资格，必须满足三个条件。

第一，有资格获得人道豁免的组织所追求的目标必须是人道的。即使不言自明，这也表明该组织必须遵循纯属人道性质的目标，必须为所有受武装冲突影响的人的生存、福祉和尊严采取行动。

其次，国际人道法，特别是日内瓦四公约，要求希望在武装冲突中开展行动的人道组织必须“公正”。公正¹⁴⁶是指在规划和执行拟议的人道活动时对受武装冲突影响的人采取的态度。作为运动的基本原则之一，公正是要求不基于“国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治观点”或任何其他类似标准进行任何“歧视”。此外，国际法院赞同的公正原则¹⁴⁷要求运动各组成部分“努力减轻个人的痛苦，完全以个人的需要为指导，并优先考虑最紧迫的危难情况”。¹⁴⁸作为良好做法，不仅运动的组成部分，而且运动以外的行为者都遵循这一定义。

一个组织要有资格成为“公正的人道机构”，其单方面自称有资格是不够的：它需要始终公正地运作。在现实行动层面，重要的是接收该组织提供服务这一提议的当局认为该组织在性质上是公正和人道的，并相信该组织将据此行事。

公正原则适用于任何人道活动：只有受冲突影响者的需要才能激发人道组织在决定开展哪些活动以及在哪里以及如何开展这些活动（例如，谁先接受医疗援助）时提出建议、优先事项和做出决定。

应当指出，虽然人道活动也可能由不符合公正人道组织资格的行为者进行，而且这些活动可能减轻人类的痛苦，但所建议的人道豁免不包括这些活动。

此外，人道豁免的受益人必须是国际人道法所要求的公正人道“组织”。因此，个人的松散协会开展的活动虽然可以减轻人类的痛苦，但不符合这一规定的条件，希望从事慈善活动的私人也不符合条件。“机构”需要有最低限度的结构才能作为一个人道组织运作。此外，该组织应当始终能够遵守人道活动的专业标准。¹⁴⁹否则，在实践中，接收该组织提供服务这一提议的当局有可能怀疑

¹⁴⁶ 公正的概念不同于中立。尽管在现实中，为了能够公正地开展工作，中立往往是一种非常重要的态度，但国际人道法并不要求希望根据这一规定获得资格的组织必须是“中立的”。换言之，中立不是符合国际人道法规定的公正人道组织资格的法律先决条件。在人道活动中，“中立”是指对武装冲突各方采取的态度。中立也是运动的基本原则之一，其描述如下：“为了维持各方的信任，本运动不会在敌对行动中支持任何一方，任何时候都不会参与政治、种族、宗教或意识形态的争论。”

¹⁴⁷ International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, Judgment, 1986, para. 242.

¹⁴⁸ 另见 Sphere Project, *Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, 3rd ed., 2011, p. 22, 表示人道援助“必须按照公正的原则提供，该原则要求仅依据需求并按照需求的规模提供相应的援助。这反映出更为广泛的不歧视原则：即不应对任何人以任何身份地位相关的理由加以歧视，包括年龄、性别、种族、肤色、族裔、性取向、语言、宗教、残疾状况、健康状况、政治或其他观点（或）国籍或社会出身。”

¹⁴⁹ See for instance, ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd ed., Geneva, 2013. 这些标准经由红十字国际委员会领导的

该组织的公正性和人道性质。

最后，为了使公正的人道组织能够以最有效的方式开展活动，而不用担心制裁和反恐措施的干扰，人道豁免应设计为长期适用。公正的人道组织需要在稳定和可预测的法律环境中开展行动。在这方面，为了履行其职能，人道豁免必须长期有效。这是消除反恐和制裁法律框架产生的法律风险的先决条件。人道豁免的持久性保证了公正的人道组织的法律安全。

临时缓解措施

虽然人道豁免是有效保护有原则的人道行动的最佳工具，但人道行为者仍然意识到，将人道豁免纳入制裁制度需要时间和协调一致的行动/参与。同时，为了确保对公正的人道组织的保护，制裁当局可以考虑采取临时缓解措施（即使这些办法永远无法履行有效的人道豁免职能）。

例如，制裁当局可以考虑免除公正人道组织工作人员的责任，这些组织按照国际人道法开展纯属人道性质的活动。或者，制裁利益相关方可以放弃或不优先对公正的人道组织在人道活动过程中采取的实际行动执行制裁，否则这些行动可能被视为违反制裁制度。

此外，制裁当局可以起草明确的指导或解释性指导，澄清制裁制度规定的禁止的某些要素。他们尤其可以提出关于禁止向名单所列个人或实体提供资金和经济资源的解释，这种解释符合国际人道法，保护公正的人道组织，并申明，根据制裁条例，将人道援助转用不是间接向列入名单的个人或实体提供资金和经济资源。

制裁当局还可以在指导文件中强调，制裁制度不得阻碍公正人道组织根据国际人道法开展的纯属人道性质的活动，或表明制裁无意对平民居民产生不利的人道后果。这种指导还可以强调，为了开展人道活动，向未列入名单的个人或实体，例如代表名单所列个人或实体、受其指导或在其指挥或控制之下行事的职能部门，提供资金、金融资产或经济资源，并不构成制裁制度所禁止的活动。

结论

坚持国际人道法，在反恐、制裁和维护有原则的人道行动之间找到平衡点的重要性怎么强调都不为过。这关系到国际人道法的完整性及其最基本规则的解释和适用。人道组织是否有能力跨越前线，在被认定为恐怖分子的武装团体和个人控制的地区开展活动，也受到威胁。人道行为者履行职责的能力日益受到阻碍，因此，人们恰在国际人道法本应保护他们的时刻遭受了苦难。正如本文试图展示的那样，可以找到解决两组行为者目标的平衡解决方案。人道组织和各国/国际组织目前正在经历积极的势头，必须抓住这一机会，作出适当安排，确保在反恐和制裁框架内持久地引入有效的人道保障措施。我们知道这是可以做到的，我们知道必须做到。

磋商进程得以通过，反映出人道和人权机构（联合国机构、运动组成部分和非政府组织）的共同想法和普遍一致意见。