

国际人道法和现今武装冲突的挑战： 红十字国际委员会为 2003 年 12 月于 日内瓦召开的第 28 届红十字和红新月 国际大会提交的报告（摘录）*

付瑶** 译

三十多年以前，红十字国际委员会在伊斯坦布尔召开的第 21 届红十字国际大会上提交了一份关于对在武装冲突中的法律和习惯重申和发展的报告。¹ 在红十字国际委员会看来，该报告的目的在于确认一些法律问题，而这些法律问题为国际人道法法典化而作出的新的努力提供了保证。而在这 10 年以后，众所周知，日内瓦公约的两个附加议定书获得通过并被开放签字和批准。第一附加议定书与其他的协议一起，编撰了关于敌对行为的规则，扩展了受保护的特定人员的范围，并且将民族解放运动纳入了国际武装冲突的范围。第二附加议定书从一开始就有宏图大略，它对《日内瓦公约》共同第 3 条作出了阐述，并规定在非国际性武装冲突中必须遵守的基本保障措施。

自 1969 年的报告提交后，整个世界在政治、经济和社会等很多领域都发生了巨大变化。尽管在现实中有以上的变化，但令人遗憾的是武装冲突所造成的后果却没有改变。人类所遭受的痛苦、死亡、损害、毁灭及对未来的失望，一直是也仍然会是战争对社会和个人所产生的立即的和长期的影响。除了国际性和非国际性武装冲突以外，目前国际社会又面临着跨国恐怖主义行为的风暴，而这又重新引发了关于国家安全和个人权利保护之间关系的两难选择。这一现象也导致了以一种自日内瓦公约及其附加议定书通过以来所未曾尝试过的方式，对国际人道法的充分性进行重新审视。

红十字国际委员会现在提交的这份报告的目的是：对现今的武装冲突给国际人道法所带来的一些挑战作一个概括的评述，以便促进对国际人道法的进一步反思。这份报告并不以重申和发展国际人道法为题，因为其范围较 1969 年报告的范围而言要更为有限。

首先，红十字国际委员会认为，正如将在后面要谈及的，四个日内瓦公约及其附加议定书，以及其他一系列的国际人道法条约和习惯法规则，应当继续为指导在敌对行为和武装冲突中落入交战一方手中的人员待遇问题提供基本的原则和规则。其次，正如将在下面所提到的，国际社会在十几年前曾抗争的一些困境，总体来说，随着国际人道法的发展已经得到了满意的解决。今天在这些领域的主要挑战是对这些规则的澄清和进一步阐述。再次，国际社会的意见，包括政府的、专家的以及公众的，对于如何从法律上来处理跨国恐怖主义行为这种新的暴力形式仍然存在很大的分歧。因为我们无法对未来的情况做出预测，所以这份报告的目的在于，正如红十字国际委员会所认为的那样，对当前国际人道法面临的挑战作一个简短的描述。其目的是对那些已被证明的法律原则给予重新确认并为这些原则的阐释和发展提供一种稍有不同的方式。

最后，这一点也是无法通过前言的形式给予足够强调的。当前的这份报告仅涉及红十字国际委员会所认为的挑战中的非常有限的一部分，绝不能认为它是对在当前或将来应当审查的与国际人道法相关的所有问题的综合性的评述。关于失踪人员或武器的问题并不属于下面讨论的范围，因为这些问题将在国际会议上被单独给予审查。希望此份报告能够促进有关国际人道法相关性和充分性问题的讨论，以及如何推动遵守法律的问题，从而使国际会议的代表们能为对当前所面临的挑战进行进一步反思和行动作出努力，或者在可行的情况下提出其他的建议。

*该报告的全文及其附件是第 28 届红十字和红新月国际大会文件。

**中国人民大学法学院 2004 级国际法硕士研究生。

¹ 《对适用于武装冲突的法律和习惯的重申和发展》是红十字国际委员会提交的报告（红十字国际委员会关于国际人道法和武装冲突中减轻平民伤害的临时议程，第 4 条第 a、b、e 项），第 21 届红十字国际大会，伊斯坦布尔，1969 年 9 月（以下简称“1969 年报告”）。

此份报告共分为五个部分：相关背景，国际性武装冲突和国际人道法，非国际性武装冲突和国际人道法，国际人道法和反恐，促进对国际人道法的遵守。

相关背景

鉴于国际会议的代表们提交的其他文件和陈述会对当前的国际政治、经济和社会状况及它们在国家层面上产生的影响作出阐述，这里对相关背景的介绍，目的在于强调自上一次国际大会来产生的影响国际人道法适用的一些主要的发展。背景概要建立在前面所提及的、在世界范围内持续存在的国际性和非国际性武装冲突的现实基础之上。

最近，在阿富汗和伊拉克发生了国际性武装冲突，其结果是在阿富汗地区建立了一个美国支持的政权和对伊拉克的军事占领。非国际性武装冲突在非洲、亚洲、欧洲和拉美不断爆发并继续给人类造成损害，而中东地区的军事占领和暴力行为仍然是国际社会关注的焦点。但其中的很多武装冲突被目前国际社会所首要关注的焦点即“反对恐怖主义”所掩盖。

尽管对这些暴力情形的正当性和构成条件可能存在争议，但是对于武装暴力会给人类造成重大苦痛这一点是没有异议的。当国际人道法没有得到遵守时，人类所遭受的痛苦将更为深重，而所造成的后果也会更难以克服。在全球范围内，政府军和非国家性武装团体已经犯下了许多违反国际人道法的罪行：对平民的蓄意袭击、不加区分地攻击，对人群的强制转移，对城市居民有重要意义设施的破坏，利用平民充当人体盾牌，强奸以及其他形式的性暴力犯罪，酷刑、对平民私人财产的破坏和掠夺。而违反国际人道法的行为通常还包括对医护人员、人道救助者以及由于政治原因被拘留的人员实施的侵害。例如，违反《日内瓦第三公约》拒绝遣返战俘的行为就是一种反复发生的严重违反国际人道法的行为。同样，对那些需要人道救助的人群给予援助仍然是一个普遍的问题，而这又加重了原本就有数百万人困于战争的严重情势。

在当前的暴力行为中产生的一些新的或恶化的特征对保护平民和国际人道法的适用提出了巨大的挑战。武装冲突似乎变得更加复杂，而长久的和平相处变得难以实现。利用种族和宗教之间的差别似乎已成为许多武装冲突一个普遍的特征。有能力参加暴力冲突的新的冲突方也在产生。在较弱和战败的国家中，武装冲突的广泛分布性导致了武装冲突方数量的增多。政治目的和私人目的的重叠导致了武装冲突和犯罪行为之间的界限变得模糊。在战争中，那些拥有先进技术国家也更多地使用了高科技武器。而对于使用大规模和多种类武器的无法控制性也在极大地增加，再加上出于军事或政治目的的人道行动的指令化和系统化这种趋势，使得人道组织在这种情况下的工作变得尤为困难。

关于新技术的影响，我们仅从以下这个事实就可见一斑：当前仅凭技术优势就能使军队在战争中根本不用踏足外国土地就能打败敌方。这种不对称性的战争对国际人道法适用所产生的影响才刚刚开始被研究。

武装力量对平民日益增长的依赖、将那些原本严格属于军事范围的任务外包给平民以及被雇佣的私人保安公司，这些都是武装冲突中产生的一些新的特点，而这些特点对被允许参战的交战方提出了挑战。

自从上一次国际大会以来，另一个应当被单独提及对国际人道法适用产生影响的发展，就是能够造成巨大伤害和破坏的跨国网络的出现。我们必须牢记，不管是出于什么动机，对武装冲突中平民的蓄意和直接的袭击（包括以自杀行动的方式）以及不加区分地攻击，都是为国际人道法所严厉禁止的。同样，那些旨在平民中散播恐怖气氛的暴力威胁或行动也为国际人道法所禁止。而在武装冲突以外，以平民为目标的暴力行为在国际和国内刑法中都属于犯罪行为。

2001 年在美国发生的“9·11”事件，在某些方面对法律意义上战争的构成要件的看法产生了影响。这一问题将在本文的国际人道法和反恐这一部分中进行讨论。而在这里需要简单提及的是，国家对于跨国恐怖主义行动的反应引发了两种趋势：一是在反恐怖主义行动中，对现存的保护个人的国际标准，包括由国际人道法所确保的保护造成破坏。二是使国家诉诸战争的权利（关于有权使

用武力的国际规则)与战争的行为和方式(国际人道法,关于如何进行武装冲突的国际规则)二者之间的界限变得模糊。

(1) 全球性的“反对恐怖主义”,不论在法律上如何对这种现象加以定性,都已引发对国家安全和个人权利保护之间平衡关系的再审视,而这种平衡的结果是对个人权利的损害。在能否允许施行酷刑问题上的争论就是一个例子。关于被剥夺自由者的待遇问题,相关的国际规则已经经过了数十年的发展,而且酷刑这种恶行也已被国际人道法及其他法律规定为一种犯罪并在任何情况下都予以禁止,但是却仍然存在着一些希望在某些情形下允许酷刑的观点。超越职权而没有适用最基本司法保障的杀害和监禁已经被证实是反恐行动的另一个结果。当然还有其他一些类似的例子。红十字国际委员会认为,目前国际社会面临的首要的法律和道德方面的挑战是,在保持国际法包括国际人道法提供的既有保护标准下,找到处理这些新的暴力形式的方法。

(2) 当暴力程度达到了武装冲突的水平时,国际人道法就可以适用。任何武装冲突的潜在原因都与国际人道法的适用没有太大的关系。可是,在对国家诉诸战争权利所确立的原则重新审查以后,就会对以下这一基本原则产生疑问,即武装冲突无论发生在何时,都应适用国际人道法(*jus in bello*)。诉诸武力的正当性理由,尤其是以“反恐战争”的名义,总是被用来作为在应该适用国际人道法规则的情况下而拒绝其完全适用的一个理由。

为了对上述国际人道法面临的挑战以及一些将会在本报告中提及的其他问题从内部和外部给予思考和作出反应,红十字国际委员会在2002年10月设立了一个项目来辅助和完善红十字国际委员会法律部在这些领域的工作。该项目是由一位负责人和一个常设工作组负责领导,他们需要向红十字国际委员会理事会提供报告,这种方式使得在决策过程中组织机构也能参与其中。红十字国际委员会正在进行的工作成果,包括某些是被人们所期望的,都将在下一部分专门谈及。

国际性武装冲突和人道法

国际性武装冲突是迄今为止在国际人道法中被规定的最为全面的一种武装冲突类型。1899年和1907年的海牙法规则和日内瓦公约(《日内瓦公约》共同第3条除外)以及第一附加议定书,都适用于国际性武装冲突和占领。² 尽管某些含义模糊不清导致不同的解释(这种情况在任何一种法律中都存在),但是红十字国际委员会相信这种法律框架从总体上来说足以处理发生在国家之间的武装冲突。该法律框架中的绝大部分已经经受住时间的考验,因为它在起草时就是为了在减少战争伤害的需要和军事需要之间实现一种谨慎的平衡。

1949年的四个日内瓦公约已经为世界上几乎所有国家批准(目前有191个缔约国),其中一些关于对落入敌方手中的人员保护的规则反映了国际习惯法的规则。《日内瓦第四公约》中关于占领部分的规定,对占领地的管理以及外国占领情况下对平民的保护问题作出了基本规定。该部分的规定也同样反映了国际习惯法的规则。尽管第一附加议定书还没有得到国家的普遍签署(目前有161个缔约国),但毋庸置疑的是,其中关于敌对行为的绝大多数规则反映了国际习惯法规则。

在众多与国际性武装冲突相关的法律问题中,哪些问题应该被列入红十字国际委员会的项目中并在此份报告中给予介绍,这是不容易作出选择的。最初的选择是基于相关概念的不同解释是在实践中产生的,而更为重要的是基于这些解释对平民保护产生的后果。其中就包括国际人道法中直接参加敌对行动的概念,敌对行动的相关行为,以及占领的概念。

直接参加敌对行动

根据适用于国际性武装冲突的人道法规则,平民享有免受攻击的豁免,“除非他们直接参加敌对行动”。³ 平民与战斗员不同,⁴ 当其直接参加敌对行动时,除了会丧失免受攻击的豁免以外,

²除了国家之间发生的武装冲突以外,第一附加议定书还规定,“各国人民在行使民族自决权中,对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突”也属于国际性的武装冲突(第1条第4款)。

³《第一附加议定书》第51条第3款。

可能还会因国内法以参与敌对行动为由受到刑事起诉。也就是说，平民不像战斗员或交战方那样享有不会因持有武器而受到起诉的“特权”，因此对于参加敌对行动的平民，有时会称他们是“非法”或“无特权”的战斗员或交战方。⁵特别在最近几个月，一个引发很大争议的问题是那些直接参加敌对行动的人的地位和待遇问题，而与此相关联的一个问题就是怎样才算已构成“直接”参加敌对行动。对于这个问题，红十字国际委员会已经在法律专家的协助下开始进行调查。

关于那些直接参加敌对行动和落入敌方手中的平民的地位和待遇问题，目前已有许多政府性和学术性的观点。其中较为极端的一方（属于少数），认为这些人不受任何国际人道法规则的保护。折中的一方认为这种“无特权”的战斗员只限于《日内瓦公约》共同第3条和第一附加议定书第75条规定的范围（作为条约或习惯法）。根据红十字国际委员会和其他组织所赞同的解释来看，那些直接参加敌对行动并满足《日内瓦第四公约》规定的国籍标准的平民仍属于公约中的被保护人。⁶而那些不满足国籍标准的人员则至少受到日内瓦公约共同第3条和第一附加议定书第75条的保护（作为条约或习惯法）。

因此，红十字国际委员会认为不存在下述这种类别的人：即受到国际性武装冲突影响或卷入国际性武装冲突而不受国际人道法的保护；或者说在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》之间存在国际人道法在保护范围上的空缺，即那些满足国籍标准的平民（“无特权的交战方”）会处于一种不明确的中间地位。国际人道法规定，战斗员直接参加敌对行动不承担刑事后果，并且在被俘后他们享有战俘的地位。国际人道法并不禁止平民为自己的国家作战，⁷但是因为他们不具有战俘的地位，那么这些人在被俘后，根据应当适用的国内法是不能被免于起诉的。应当注意的是，平民直接参加敌对行动并不是一种战争罪。

直接参加敌对行动的平民除了无法免受国内刑事处罚以外，还丧失了直接参战期间免受攻击的豁免。平民也可被敌方所拘禁，根据定期的审查报告，如果拘禁方出于安全目的而认为这样做有绝对的必要。⁸在拘禁期间，这些平民可以被认为丧失了《日内瓦第四公约》中所规定的某些权利和特权，但这些权利的丧失应以《日内瓦第四公约》第5条及国际习惯法的相关规定为限。在红十字国际委员会看来，对于那些会导致对人的生命、身体完整和尊严进行的无法被接受的冒犯行为，对于要冒着为国际人道法和人权法所禁止的这些行为引起后果的风险，还有另外哪些应适用的规则是比较困难的。

因此，红十字国际委员会不认为在国际性武装冲突中的战斗员和平民之间还存在一个“中间”的类别。而关于怎样才算构成“直接”参加敌对行动以及如何确定“参加”在时间方面的构成要素（因为在那段时间他们直接参加了敌对行动），这个问题仍然处于讨论之中。在红十字国际委员会看来，鉴于上述提及的直接参加敌对行动的后果和作出一个可适用定义的重要性（因为它能支持区分原则），所以直接参加的概念是一个需要进一步考虑和研究的法律问题。当然，还要为澄清这一

⁴《第一附加议定书》第43条第2款规定：“冲突一方的武装部队人员(除第三公约第三十三条的规定所包括的医务人员和随军牧师外)是战斗员，换言之，这类人员有权直接参加敌对行动。”根据《第一附加议定书》第50条第1款：“平民是指不属于第三公约第四条(子)款第一项、第二项、第三项和第六项及本议定书第四十三条所指各类人中任何一类的人。遇有对任何人是否平民的问题有怀疑时，这样的人应视为平民。”

⁵战斗员和非战斗员都会因战争罪而在国际和国内层面上受到起诉。

⁶《日内瓦第四公约》第4条第1款和第2款规定：“在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。不受本公约拘束之国家之人民即不受本公约之保护。凡在交战国领土内之中立国人民及共同作战国人民，在其本国尚有通常外交使节驻在控制彼等之国家时，不得认为是被保护人。”

⁷一种情况是《日内瓦第三公约》第4条(A)款(6)项规定的总动员的情形，就是未被占领地的居民为抵抗入侵的军队主动拿起武器。他们在符合其他必要的条件下，可以被认为是战斗员，因此在其落入敌方时又可被认为是战俘。

⁸《日内瓦第四公约》对那些已被安排了居所或已被拘禁的人的待遇问题作出了细致的规定，而这种拘禁是拘禁方或占领方出于安全目的认为是有绝对的必要。见《日内瓦第四公约》第4编第3章，关于被拘禁人待遇的规定（第79~141条）。

概念继续作出努力。由于平民已经参加了国际性和非国际性的武装冲突，所以这一问题就变得最为重要了。

为了对上述问题展开讨论，红十字国际委员会与荷兰阿塞尔机构（TMC Asser Institution）合作，就关于国际人道法中直接参加敌对行动的概念问题组织了为期一天的专家研讨会。⁹ 研讨会的参加者一致认为澄清“直接参加敌对行动”概念的努力是必要的。他们认为对于“直接参加”这一概念，较好的方法是，运用概括性的定义并附之以不穷尽的列举。其后的工作最终会作出一个什么样的定义只能在以后得知。但红十字国际委员会希望能继续上述的这种讨论，在著名法学专家的帮助下为这一问题的解决提供实质性和程序性的方法。

与战争相关的行为

有关敌对行动的一系列国际人道法规则是那次以 1977 年日内瓦公约第一附加议定书通过为标志的外交进程中所取得的最大成就之一。这些规则中的绝大多数已经获得广泛承认并且在这些年中已经成为了习惯法。但也应当承认，由于某些表述上的模糊已经导致了不同解释并进而在实际适用中产生差异。由军事技术不断发展等因素而引发的不断变化的战争，也导致了对相关条款出现了截然不同的理解。其中就包括：军事目标的定义、比例性原则和预防措施规则。

1. 军事目标

在军事行动中，只有对军事目标才能进行直接攻击。第一附加议定书中关于军事目标的定义一般被认为反映了国际习惯法规则。根据第一附加议定书第 52 条第 2 款的规定：“军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。”

第一附加议定书中对军事目标只是作出一个概括性的定义而没有作出具体的列举，这就要求武装冲突双方应当严格依照议定书第 52 条所规定的条件：即攻击的目标必须是对敌方的军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用必须提供明确的军事利益。据此，起草者希望可以排除非直接的贡献和可能的军事利益。如果没有这些限制，对军事目标合法攻击的限制就很容易受到破坏，而区分原则也会变得没有意义。

军事目标的定义，以及区分原则、对不加区分的攻击的禁止、最大限度地减少平民伤害的义务和比例原则，所有这些都明确否认了先前根据“全面战争”理论而发展出来的解释，该理论将军事目标定义为“对敌方抵抗方式的毁坏及其战争决心的降低具有实际贡献的任何目标”。¹⁰

如果攻击目标在政治、经济、社会或心理上的重要性成为决定性的因素，正如某些军事材料中所表述的那样，那么在这种情况下，判断这种目标是否为军事目标就需要深思熟虑，并且往往会引发不同的解释。出于同样的原因，允许对平民的士气进行打击从而影响敌人抗争的决心的解释方式，将会导致无限制的战争，因此没有得到红十字国际委员会的支持。从仅仅对平民造成苦难（这是所有武装冲突都不可避免的结果）到造成实质性的损害，如对民用设施的破坏，这二者之间的过渡实际上是非常小的一个步骤，而且它可能会导致交战方逐渐放弃在目标选择上应当遵守的限制。

所谓“双重用途”目标，即那些既可为民用也可为军用的目标，如飞机场或桥梁，产生了特殊问题。应当强调“双重用途”并不是一个法律术语。在红十字国际委员会看来，任何目标的性质应根据第一附加议定书中关于军事目标的定义来判断。因此，即使某一“双重用途”的目标其第二用途才是军事的，但它仍然可能转变为军事目标。但是，如果对这种目标在民用方面的打击效果违反

⁹关于 2003 年 6 月的研讨会议题和程序的总结性报告已附于此份报告后，并在第 28 届红十字和红新月国际大会中传阅（附件 1），故在此不再重复。

¹⁰自 1928 年以来关于空中轰炸的定义，见于查尔斯·韦伯斯特（Charles Webster）和诺贝尔·弗兰克兰（Noble Frankland）：《对德国空中攻击的策略 1939—1945》，HMSO 出版社，伦敦，1961 年，第 96 页。

了比例原则，那么对此种目标的打击仍然是违法的。例如，如果这种攻击被认为会引发过多的对平民的突发性损害或伤亡，或者没有从避免或将这种突发性损害或伤亡降到最低的角度来选择攻击的方式和方法。

2. 敌对行为中的比例原则

为了尽力避免平民及其私人财产免受战争的影响，国际人道法禁止不分皂白的攻击。不分皂白的攻击是指“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害，或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”（第一附加议定书第 51 条第 5 款 b 项）。该定义一般被认为反映了国际习惯法规则。

第一附加议定书第 51 条第 5 款 b 项的用语，在 1974~1977 年的外交大会及其后都受到了一些批评。这些批评主要是直接针对该条中不精确的措辞和术语以及在实际的利益比较中出现的困难。要将该条款运用于实践就要求交战方必须充满善意，同时必须遵守对平民给予尊重这一一般原则。

一方面是对平民造成的损失和破坏，另一方面是预期的军事优势，这两方面之间的不对称性就产生了一个棘手的问题：在某些情况下可以毋庸置疑，而在有些情况下则会令人犹豫。在这种复杂的情况下，平民的利益应当优先考虑。我们应该牢记：国际人道法要求我们持续关注平民群众、平民和民用设施以避免他们受到损害。我们不应忘记，即使攻击本身是合法的，比如符合比例原则和其他原则，但攻击绝不能造成大规模的平民伤害。

关于对比例原则的解释，“具体和直接的军事优势”这一术语的含义是很关键的。仅仅强调预期的优势是一种军事优势是不够的，军事优势通常是指获得领土或者破坏或削弱敌方的武装力量。“具体和直接的”词语意在表明该优势应该是实质性的和能立即实现的，而那种难以辨别或者只有经过长时间才会显现出来的优势不应被考虑在其中。

在判断某一攻击是否违反了比例原则时，平民受到的伤害是其中的一个判断标准。这里产生的问题是，何种损害可以属于第一附加议定书中规定的可以与直接军事利益相比的损害。例如，在某些特殊情况下，工业设备、电力系统或通讯设施可能会被作为军事目标受到攻击，这种攻击可能会对平民将来的生活和健康造成相关的损害。这种直接和间接的结果是极有可能的：如由于轰炸工业和化工厂造成的在医疗机构中的病人的死亡，长期的电力供应的中断以及环境和生态的破坏；由于对为数以万计的人提供就业的工业设施的破坏而对这些人造成贫困。同样，由于攻击而带来的大量残余爆炸物，比如未爆炸的炮弹、迫击炮、催泪弹和集束弹等军用品，会给平民带来严重而长久的不利影响。

如果军事优势的概念可以被扩大，那么将这种“敲击效果”考虑其中才能算是符合逻辑。“敲击效果”是指那些并不是由攻击直接和立即产生的效果，但这些效果仍然是攻击的结果。红十字国际委员会认为，对军事优势和相应的平民损害也应适用这种判断标准。这就是说在特定的军事行动中，必须权衡可预见的军事优势和可预见的对平民造成的相关损害，这里的损害应当包括由敲击效果产生的结果。由于在现代社会基础设施，通讯和信息系统等领域之间日益密切的相互关联和相互依存，敲击效果的问题变得越来越重要。

3. 预防措施

为了履行在进行攻击时的限制和禁止，并最大限度地减少对平民的伤害和破坏，攻击中关于预防的特定规则是必须被遵守的。这些规则在第一附加议定书第 57 条中已作出规定，并且适用于攻击的策划和攻击本身。这些规则在很大程度上反映了国际习惯法，其目的是确保在军事行动中平民和民用设施能够得到持续的关注，以避免其受到损害。

其中规定的有些义务不是绝对的，而是取决于在当时什么是“可行的”。因此，这就又给予了那些计划或决定攻击的人某种程度的自由裁量权。根据在签署和批准第一附加议定书时所作出的不

同解释和其后通过的《地雷议定书》中的定义（在其最初和修订的文本中），以及根据 1980 年《特定常规武器公约》下的《禁止或限制使用燃烧武器议定书》，可行的预防措施是指那些“计算了当时存在的一切情况，包括人道和军事方面的考虑以后实际可行的或实际可能的预防措施”。¹¹

根据上述规定，在发动某次攻击时，应当给予确保攻击方武装力量的安全这一目标（军事方面的考虑）以多少程度的重视是有争议的。认为不采取任何预防措施并进而对平民和民用目标造成巨大威胁，并以此作为正当的理由很难令人信服。根据国内法规定，军事指挥官一般都负有保护他们军队的义务，而根据国际人道法，战斗员则有直接参加敌对行动的权利。因此，敌方也可以合法地攻击他们。而平民，只要他们没有直接参加敌对行动，那么就像民用目标一样不能成为被攻击的目标。因此，国际人道法明确强调对平民和民用目标的保护。

在敌对行动中，不只是攻击一方有义务确保对平民和民用目标的保护，防守的一方也有这种义务。一般来说，防守一方必须采取必要的预防措施来保护处于其控制下的平民群众、个人和民用目标免受由军事行动造成的危险。例如，尽最大可能将他们从军事目标的附近转移或避免将军事目标定于存在或者临近密集人群的地点。在任何情况下，平民绝不能被用来防御对军事目标的攻击或是掩护军事行动。

由于防御方可以对其平民进行有效的控制，所以有时在一些学术文章中就有关于防御方应承担更多的预防义务的观点。根据这种观点，附加议定书中关于预防的规则就显得比较弱，而且造成了对防御方不合理的偏向。但目前还没有关于防御方应该如何增加对平民保护的具体建议。有时甚至认为应当采取另外的方式来减轻攻击方所承担的预防义务。

红十字国际委员会不支持这种减少攻击方义务的建议。但应当鼓励国家采取必要措施来减少或消除在和平时期就已经存在的对平民的危险。具体来说，避免将军事目标确定为存在或临近密集人群的地点，该义务如果到了武装冲突发生时就难以得到遵守，因此，应该在平时就予以履行。

在红十字国际委员会看来，关于军事目标、比例原则或在攻击中的预防等规则，以及第一附加议定书中关于敌对行为的其他规则，目前不大可能朝着加强对平民和民用设施保护的方向而发展。一些重要的著述（由法律和军事专家撰写）以及国家的实践，实际上都表明第一附加议定书所设想的保护水平的降低。因此，目前的挑战是要对现存规则在平民和民用目标保护方面的实际效果进行评估，促使这些规则得到履行，或者在不改变议定书框架和法律原则的情况下对这些规则所依赖的特定概念的解释作出澄清，所有这些都旨在确保对平民的保护。

在红十字国际委员会（不论是独自或与其他组织一起合作）作出计划之前，组织专家提供建议以便弄清目前的理论和实践，以及判断如何及怎样对在上述的领域中的规则进行有效的澄清，这些工作可能会是比较有益的。

占领的概念

毋庸置疑，《日内瓦第四公约》中有关占领的规则仍然完全适用于在一缔约国的领土一部分或全部被占领的场合，而不论此项占领是否遭遇武装抵抗。¹² 通常认为，这些规则确定了占领的概念，而这一概念是以第二次世界大战中的经验和第二次世界大战之前的海牙法为基础的。¹³ 关于占领的这些规则是建立在对领土的有效控制和假设占领方以自己的权力机关来取代或将取代原先政府的基础上。这些规则也表明占领方意在控制被占领土，至少是暂时的，并对其进行管理。

与占领传统概念相一致的情形仍然存在，但目前也产生了一些新的情况。实践表明在这些新的

¹¹ 《禁止或限制使用地雷（水雷）、诱杀装置和其他装置的议定书》（《特定常规武器公约》议定书二）第 3 条第 4 款。又见该议定书第 3 条第 10 款（1996 年修订），以及《禁止或限制使用燃烧武器议定书》（议定书三）第 1 条第 5 款。

¹² 《日内瓦公约》共同第 2 条第 1 款和第 2 款。

¹³ 《海牙第四公约》附加规则第 42 条。

情形中，为了确保对人民的广泛保护，一个更为实用的占领概念可能是必要的。例如，一国的武装力量，即使按照上述规定并没有“占领”外国领土，仍然在某段时间内并出于某种目的对该领土内的人或设施实施了完全和排他性的控制，但是该武装力量并没有取代任何国内权力（因为这样的国内权力根本不存在或者无法实施其权力）。

另一个应当考虑的问题是，对那些建立有效领土控制之前或者在军事行动还没有实现传统意义上的占领情形下而落入冲突一方的人员的保护。对直接参加敌对行动而在不属于传统意义上占领领土的区域内被俘获的平民的保护问题，应当是上述提到要考虑问题中的一部分。

一个完全不同的问题是依据联合国授权在某一国领土的多国部队所应适用的规则。一般来说，《日内瓦第四公约》不适用于维和部队，但实践表明，多国部队的确可以类推适用占领法中的一些相关规则。2003年12月红十字国际委员会将在日内瓦组织召开一个小型专家会议，以便讨论在国际监管区域中的一些法律问题。

红十字国际委员会认为，占领问题上相关实践所引发的一系列的法律问题，都应予以研究。红十字国际委员会希望继续对这些问题进行讨论和磋商，以期来确定对这些问题的澄清是否必要和可行。

非国际性武装冲突和国际人道法

规制非国际性武装冲突的国际人道法规则的范围和数量远不及那些适用于国际性武装冲突的规则。《日内瓦公约》共同第3条和1977年通过的第二附加议定书（目前有156个缔约国），以及其他一些条约和国际习惯法，都对国内武装冲突作出了规定。¹⁴众所周知，第二附加议定书在起草过程中被认为会成为一个相当全面的文书，但在1977年外交会议的最后几天由于缺乏政治上的一致同意而没有实现最初设想的结果。但不管怎样，第二附加议定书是一次首创，它第一次专门规定了在国内武装冲突中对人员保护的标准，并订立了在国内武装冲突中同时适用于国家和非国家武装集团的有关战争手段的基本规则。

自议定书通过20多年来，国家和国际社会实践的结果已经清楚地表明，许多适用于国际性武装冲突的规则也以国际习惯法的形式适用于国内武装冲突。¹⁵即将出版的由红十字国际委员会组织的关于适用于武装冲突的国际人道法习惯法规则的研究也阐述了这种发展。

对国际人道法习惯法规则进行研究的建议最初是在1995年1月为保护战争受害者而在日内瓦召开的政府间专家组织会议上提出的。在那次会议上，一系列旨在加强对国际人道法尊重的建议都被采纳。其中就有要求红十字国际委员会在专家的帮助下，对适用于国际性或非国际性武装冲突的国际人道法习惯规则提交一份报告。在1995年12月，在第26届红十字和红新月国际大会上通过了该项建议并正式授权红十字国际委员会准备一份这样的报告。

该报告的研究工作是由红十字国际委员会的法律部以及50个国内研究小组来进行的，他们对世界各地的实践进行收集和分析，并且由一个在国际人道法领域著名的专家组成的领导委员会来指导。该报告分为六个标题：区分原则、特别保护的人员和目标、特别的战争方式、武器、平民和退出战斗人员（hors de combat）的待遇，以及规则的履行。报告又可分为两个部分：第一卷（规则），包含国际人道法的习惯规则及简短的评论，并指出了一些虽还没有明确的习惯法规则但在实践中已经出现的趋势（大约有400页）。第二卷（实践）包含了对各种实践的总结，第一卷中的规则和评论都是从这些实践中归纳得来的（4000页左右）。

这份研究报告表明在国际人道法领域已存在的大量实践，它们可以从联合国和国际红十字与红

¹⁴例如，1980年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分杀伤力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》及其议定书；1954年海牙《关于在武装冲突情况下保护文化遗产公约》。

¹⁵对关于在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法规则的评论，见此份报告的第24~25页以及作为在第28届红十字和红新月国际大会中传阅的报告的附件三。

新月运动提供的军事期刊和国家立法中得知。这也证实了附加议定书产生的深刻影响及议定书的被广泛接受。该报告也表明在附加议定书通过的 25 年后，其中的基本规则已经成为国际习惯法的一部分并且对所有武装冲突中的所有国家和成员具有拘束力。

该份研究报告最重要的结果，也是为什么在本文的这个部分给予简短概述的一个原因，是一些规则被确认为已经构成了在非国际性武装冲突中适用的习惯法规则。关于敌对行为的规则尤其如此。该报告确认，区分原则、军事目标的定义、对不加区分的打击的禁止、比例原则和在攻击中采取预防措施的义务，这些规则都属于国际习惯法，而不论其武装冲突的类型是哪一种。

而且该报告并没有将研究仅限于敌对行动。该报告通过举例表明，尊重和保护医护及宗教人员和目标的义务，以及对参加人道救助行动的中立的人道救助人员和目标的保护义务等，都是约束所有类型的武装冲突的国际习惯法规则。关于保护文化财产和自然环境的规则也是如此。报告还具体阐明了适用于被剥夺自由人员的待遇和应当为遭受刑事追诉的人提供司法保障的国际习惯法规则。

根据该报告，某些规则构成国际习惯法而不论所涉及的武装冲突类型为国际性还是国内性的。这将有损于促进认识和澄清适用于非国际性武装冲突的规则。该报告可能产生的其他用途，比如被用作传播的工具，被军事手册援用以及被国内和国际法庭在解释国际人道法时援引，这些用途都超出了本文讨论的范围。但现阶段可以告诉人们的是，在政府和其他的专家已有机会来熟悉该份报告之后，红十字国际委员会将付出必要的时间和资源以使更多的人能够了解该报告。红十字国际委员会也将致力于对由该报告产生的约束非国际性武装冲突的某些法律规则进行进一步分析、澄清和解释，而这种研究将会在 2004 年开始。

对于该报告产生的所有益处，其出版会在某些方面构成一个程序的开始而不是结束，这是无疑的。为了保持其价值报告需要按期不断更新。更加重要的是，该报告应促成一个适用于非国际性武装冲突的国际人道法的巩固过程。

但应该记住的是，习惯法规范是非常公式化的，关于习惯法规范在实践中该如何被理解的问题会不可避免地被提出来。前述的在国际性武装冲突中存在解释分歧的概念，如直接参加敌对行动、军事目标、攻击中的比例和预防措施，这些分歧也会在非国际性武装冲突中产生。此外，正如前面已经提到的，在该报告中还存在一些领域，在这种领域中只有很少或没有相应规则可以适用于非国际性武装冲突，这样的空白如何被填补仍然是一个问题。红十字国际委员会将积极参与为落实国际人道法所必要的法律性的和其他讨论，并为促进该落实过程提供必要的进一步措施。如果这意味着要对将来另订条约的可行性进行考察，红十字国际委员会将为承担该任务做好准备。

总之，加大对受到非国际性武装冲突影响的平民和其他人员的保护，仍然是红十字国际委员会在将来作为重点对待的主要挑战。

国际人道法和反对恐怖主义行为

2001 年 9 月 11 日对美国恐怖袭击的直接后果就是现在通常所说的全球“反恐战争”的开始。由于恐怖主义是一种刑事犯罪，就像贩毒一样，国家将打击贩毒也认为是一种“战争”。而问题是：“反对恐怖主义的战争”是否在法律上构成战争？目前对此还没有一致的回答。¹⁶

支持反恐战争是法律意义上“战争”的人认为，“9·11”事件以及其后发生的事件都证实了一种新情况的出现，即在地理上相距甚远的国家之间的跨国网络仍能够对目标进行致命的打击。这种网络的跨国性（不是国际性）能够为以下事实所证实：这种网络活动在地理上是分散的，但是与通常的情况不同，这些活动不能按照国际法上关于国家责任的规则而归因于某一特定的国家。

¹⁶需要注意的是，恐怖主义在国际法上并没有定义。通过联合国起草一份关于恐怖主义普遍性公约的工作已停滞很多年了。

根据这种观点，以前适用于国内和国际性的反恐行动的法律实施模式已不能充分适用，因为已采取的和潜在的对待恐怖主义行动的态度使恐怖主义行动被认为构成了战争行为。刑事程序中要求的证据标准不允许对大量的恐怖主义嫌疑人进行拘留或审判，而在国内司法系统，由于其具体的规则和艰难的程序，将无法承担众多的可能涉及的案件。

根据这种观点产生的另一个问题是，法律执行的模式将更多地转向处罚性而不是预防性。另外，刑事领域的国际合作，以及在国际条约中规定的“或引渡或起诉”的实践，由于在国家间关系中通常存在的政治、官僚和法律上的障碍而无法得以实现。

提出上述反驳意见的支持者们认为，世界面临着一种新的暴力形式，而这种暴力形式应该适用武装冲突规则。根据这种观点，跨国暴力不符合国际性武装冲突的定义，因为它并不是在国家之间进行的。同时它也不属于传统上所理解的非国际性武装冲突的范畴，因为这种行动是跨越广阔的地域范围的。因此，武装冲突法应作出调整以成为适用于跨国恐怖活动的主要法律手段。有人认为，目前在实践中正在发生着这种调整，比如，发展国际人道法习惯规则的方式（没有提出条约或其他法律文件）。持这种观点的一些人认为，被怀疑实施了恐怖主义行为的人构成了“敌方战斗员”，对敌方战斗员可以进行直接攻击，因此，一旦这种人被俘，可以将他们拘留直至“反恐战争”中的敌对活动结束。

反对的观点则可以简单地总结如下：恐怖主义不是一个新的现象。恰恰相反，恐怖主义活动已经在国际和国内存在了几个世纪，它促使一系列的国际条约来对具体的恐怖行为进行定罪，并促使国家在预防和惩罚这种恐怖主义行动中努力合作。非国家性，比如这种暴力形式的私人性，通常是出于意识形态或政治原因而不是为了私人利益，这也是恐怖主义的一个惯常特征。跨越国界实施暴力行动或者创造跨国的犯罪网络实施犯罪，这些事实本身并不能使在本质上属于刑事犯罪的现象成为一种武装冲突。

根据上述这种观点，由于使用了“战争”这一术语来定义本来应该更合适地描述为“反恐主义战斗”的所有行为，结果就造成了混淆。很明显，绝大多数预防和阻止恐怖主义的行动并不等同于或包括武装冲突。反恐活动是通过各种不同的方式进行的，比如情报的搜集、警务和司法的合作、引渡、刑事制裁、外交和经济压力、资金调查、冻结资产、控制大规模杀伤性武器的扩散等，这些措施并不包括使用武力。此外，需要进一步指出的是，没有什么法律可以凭借其自身来保证完全地制止恐怖主义，因为恐怖主义是一种现象，如同其他现象一样，只有其产生的根源而不仅仅是其结果被消除以后才能最终得以根除。

这种观点的支持者强调，在反对恐怖主义的斗争中国际合作是不能忽视的，它还应当得到加强。这主要是因为其中的犯罪网络的跨国性特点以及法律的实施所起的是预防性作用。最为重要的是，在处置恐怖主义嫌疑人时，权宜和仓促的办法不能作为法外杀戮、拘留时拒绝对其基本人权给予保护或者拒绝在刑事程序中提供独立和正常的司法审判的借口。国际和国内的正当程序标准是在历史上发展而来的，是为了反对专断和保护人的生命、健康和尊严，它并不要求考虑嫌疑人实施行为的恶劣性。减弱这些标准就意味着走上一个非常滑的陡坡而看不到尽头。

正如红十字国际委员会在很多情况下所公开表明的那样，红十字国际委员会认为当“反对恐怖主义的斗争”相当于或者包含武装冲突时，国际人道法就应当适用。在阿富汗的战争就属于这种，在那里发生的情况就是由适用于国际性武装冲突的国际人道法规则来规制的。由于缺乏进一步的事实证据，对于在国家和跨国犯罪网络之间发生的暴力是否属于法律意义上的武装冲突仍然存在疑问。一般认为，武装冲突一方是具有一定的组织水平、指挥机构并具有履行国际人道法能力的武装力量和武装集团。

国际人道法潜在的逻辑要求存在具有上述定义描述的可被确认的交战方。因为国际人道法在不影响交战方法律地位的情况下，确立了他们在战争中根据国际人道法（而非国内法）的权利和义务的平衡。交战方的国际人道法权利和义务是确定的，交战各方根据这些规则知道他们可以采取何种行动，而这样他们又可以依赖于对方的类似行为。国际人道法规则的主要受益者是平民和那些没有或不再参加敌对行动的人，以及国际人道法致力于要保护的人。

根据目前的情况，一个松散的秘密的组织网络（这一特征在目前是没有质疑的）如何能成为冲突中的合格的“交战方”，这一问题是很困难的。而其他很多问题也仍是没有答案。例如，什么样的犯罪网络是我们这里所要讨论的？在世界上不同地点准备的恐怖活动是如何与这些犯罪网络联系起来？什么是单纯的个人行为特征？总之，有必要对更多构成冲突方的事实标准作进一步的法律上的确定。也可以提出与敌对行动有关的问题，比如，什么样的目标可以构成在“反恐战争”中的军事目标，比例原则如何来适用，等等。

另一个不应忽略的、也是前面也已经提及的方面是，国际人道法暗含了参加武装冲突各方的权利和义务的平衡。这在国际性武装冲突中表现得更为明显，国际性武装冲突是唯一一种（根据条约和国际人道法习惯法）存在“战斗员”这种法律地位的武装冲突形式。如果某个人是“战斗员”，这就表明他或她是不能因为直接参加了敌对行动而受到惩罚，而且在被俘时有权享有战俘的地位。如果一个人不是“战斗员”，那么他或她只有在直接参加敌对行动的情况下才可能受到追究，这就为攻击者作出了明确的限制。

交战方相互平等原则是武装冲突法的基础，换句话说，在法律上不存在一方拥有所有权利而另一方没有任何权利的战争。将这种逻辑适用于在国家 and 跨国犯罪网络之间发生的暴力行动，就意味着这种网络或集团必须被赋予与其交战的国家的国际人道法上的权利和义务。但是，国家对于这种假设似乎还未愿意加以考虑。

由于缺乏更多的事实证据而无法进行进一步的法律分析，所以跨国恐怖主义行为及对其所作的反应必须在具体个案的基础上来考察。在某些情况下，相关的暴力行为会属于国际人道法所规制的情况（法律意义上的武装冲突），而在其他情况下就不属于。但重要的是，无论是否构成法律意义上的武装冲突，国际人道法并不是惟一可以适用的法律框架。国际人道法没有排除也不应该被用来排除其他相关法律的适用，比如国际人权法、国际刑法和国内法。

红十字国际委员会已经参与讨论了上述这种谨慎的法律分析和其他与跨国暴力有关的法律困境，并将继续以开放性的态度来处理所面临的挑战。红十字国际委员会的指导原则将始终为：在人道法领域和其他领域的任何发展都要保证现存的保护人的标准。

圣雷莫（San Remo）圆桌会议

为了对与当前暴力情形相关的一些关键法律问题进行研讨，包括“反恐战争”，红十字国际委员会和国际人道法协会将第 27 届圆桌会议所讨论的当前国际人道法的要点集中在“国际人道法和其他法律领域：在暴力情况下的互动”这一问题上。圆桌会议于 2003 年 9 月在意大利的圣雷莫召开。由于该国际会议所需的文件有不同的截止日期，所以给与会代表提供了一份关于圆桌会议程序的报告。¹⁷

正如会议的名称所揭示的，圆桌会议的主要目的是考察不同法律之间的互动情况：包括国际人道法、国际人权法、难民法和在暴力情况下的国际刑法，以及讨论在法律上能符合暴力情形的各种法律和事实标准。其中包括：对国际性武装冲突的法律定义（例如，在《日内瓦公约》共同第 2 条中规定的情形以外，其他情况能否被认为是习惯国际人道法下的国际性武装冲突？如果是，又是哪些情况，对其应适用何种习惯法规则）。另外，也讨论了非国际性武装冲突（如在非国际性武装冲突中国际人道法和国际人权法之间有什么样的互动）。

与会者们还对以下问题进行了研讨：适用于所谓的域外“自救”行动的法律，在不同法律领域中对人员拘留所适用的规则和这些规则间的关系，以及与司法保障相关的国际人道法和国际人权法规则。可以预见，为了进一步阐明法律，对其中所涉及的一些具体问题还会有更多的专家研讨会。

¹⁷报告的附件二被用于提供圆桌会议的议程，在国际大会上传阅。

促进对国际人道法的遵守

对国际人道法规则缺乏尊重是一个普遍也是一个不幸的现象，这是武装冲突中国家和武装集团缺乏遵守其法律义务的政治意愿和实践能力的结果。当然，这不只是发生在国际人道法，它也同样存在于旨在保护人类的其他国际法法律部门中。由人道法条约特别授权的作为监督执行国际人道法的红十字国际委员会组织，在很长一段时间内发展了一系列旨在促进在和平和武装冲突情况下对国际人道法尊重的执行程序和其他活动。这个目标仍然是红十字国际委员会一个长期的工作重心。¹⁸

这些年来，在其他一些组织的支持下，国家已经在和平时计划和实施各种预防措施，为能更好地尊重国际人道法作出了巨大的努力。在学术领域，在武装力量和武装集团内，对国际人道法的普遍传播已得到加强，而且国际人道法也已经更多地出现在军事杂志和军事理论中。国家的相关立法和规则也不断通过或作出调整，建立了必要的结构以使相关的国际人道法条约规则得以实施。在很多国家设立专门的咨询机构，如国家国际人道法委员会，而国际人道法也正日益成为政府的政治议事事项的一部分。同时，还通过鼓励国家对战争犯罪的起诉，更为重要的是，国际社会通过建立国际组织，如临时国际刑事法庭和国际刑事法院，自 20 世纪 90 年代早期开始努力致力于打击那些严重地违反国际人道法的行为。¹⁹

推动对违反国际人道法行为的预防和抑制的努力是非常重要的且应该继续进行的，但仍然存在的问题是，如何在武装冲突中更好地确保对国际人道法的遵守。根据《日内瓦公约》共同第 1 条的规定，国家有义务在一切情况下“尊重并保证公约被尊重”。现在这一条款一般被解释为宣布了没有参与武装冲突的第三国的特定责任，以确保武装冲突中的各方对国际人道法的尊重。另外，第一附加议定书第 89 条的规定提供了这样一种可能，即在严重违反本公约或本议定书的情形下，缔约各方会与联合国合作共同采取行动。上述这些条款虽然经常被援引，但在实践中这些条款并没有得到一贯的遵守。但又可以肯定的是，第三国包括国际组织（不论是全球的或者是区域的国际组织）的作用和影响对促进对国际人道法的遵守有着极其重要的作用。

2003 年，红十字国际委员会与其他一些机构和组织合作，²⁰ 召开了一系列区域性的专家会议来讨论上述这个问题。这些区域性的研讨会分别在开罗、比勒陀利亚、吉隆坡、墨西哥城和布鲁日（比利时）等城市召开。与会者包括政府的专家、议员、学者、区域组织或非政府组织的成员以及各国国家红十字会和红新月会的代表。所有这些研讨会的主要议题就是“促进对国际人道法的遵守”。其目标主要集中在：《日内瓦公约》共同第 1 条中规定的“保证对国际人道法尊重”的义务的实施方式，以及如何更好地适用第一附加议定书第 89 条。另外，与会者也强调了如何促进非国际性武装冲突中的参战方对国际人道法的遵守这一问题。

我们期待研讨会能促使人们对于国际人道法监督的现存或新的程序以及可能的新机制这些问题给予积极的思考，这些程序和机制能对人道法的尊重产生具体的影响。²¹

研讨会讨论范围相当广泛，与会专家提出的思想和建议数量众多，所以以下部分只是尝试对一些普遍的观点作一简单的概括。

对国际人道法“保证尊重”的范围和义务

研讨会中的讨论再一次确认了国际人道法在当前武装冲突中具有重要性和关联性。专家在发言和辩论中强调：《日内瓦公约》共同第 1 条规定的义务意味着，国家既不能鼓励武装冲突的一方违反国际人道法，也不能采取可能有助于这种违反行为的行动。与会者通过引用被禁止的行为，如在明知一国会使用某种武器来从事违反国际人道法的活动而仍然为其运输或贩卖这种武器，来说明上

¹⁸例如，参见《2002 年红十字国际委员会年报》。

¹⁹例如，参见《2000~2001 年红十字国际委员会两年一次的咨询服务报告》。

²⁰区域性的专家研讨会是由红十字国际委员会与埃及国际人道法国家委员会（开罗），南非共和国政府外交部（比勒陀利亚），墨西哥外交部（墨西哥城）以及欧洲大学（布鲁日）合作组织的。

²¹概述到目前为止五次研讨会结果的总结报告附在此份报告的附件三中。

述这种被动性的义务。在这一问题上，可以参考国际法委员会关于国家责任条款的草案（第 16 条），根据该条规定，如果一国故意援助或协助另一国实施国际不法行为，那么该国应对该不法行为承担国际责任。

与会者也承认，未参加武装冲突的国家也有一项义务，就是积极采取行动反对那些违反国际人道法的国家，特别是要运用他们的影响力来制止这种违反行为。一般认为，这是根据《日内瓦公约》共同第 1 条的法律义务。此种义务并不是为了实现某种特定结果，而是一种“方式义务”，即国家应采取一切可能的合理的措施来终止对国际人道法的违反。国家反对违反国际人道法行为可以考虑采取的措施包括：对武器买卖的审查，“飞越领空”权利的拒绝，冻结财产，以及将遵守国际人道法作为政府相互之间救助或发展协助的条件。

《日内瓦公约》共同第 1 条规定的“尊重并保证尊重”的义务，被证明适用于国际性和非国际性武装冲突。

现存国际人道法的机制和机构

所有区域研讨会的与会者都对红十字国际委员会在促进国际人道法遵守上采取的行动表示赞扬，并指出了红十字国际委员会在独立性和中立性方面的广泛声誉以及由其成功的努力所带来的威望。与会者还特别提到了红十字国际委员会为促进国际人道法条约发展及其实施所做的工作，各种保护和协助工作，监督国际人道法遵守的工作，以及对国际人道法发展所作的贡献。与会者认为，红十字国际委员会的授权应得到加强，特别是在关于探视武装冲突中的受害者方面。

关于其他现存的国际人道法的机制，研讨会大多数与会者都认为，它们在原则上是没有缺陷的。作出一些更好的调整也是可能和必要的，但主要问题是国家缺乏使用它们的政治意愿，而且特别是目前大多数国际人道法机制的启动取决于有关冲突方的同意。缺乏政治意愿被认为是缺乏经济方式、其他实际条件以及缺少对机制可行性的了解而导致的结果。对有影响力的意见制定者缺乏对现存机制了解的情况进行补救，这种需要是最为急迫的。与会者指出应当明确在这一问题上需要被告知和会受到影响的实体，包括：官方政府、知识分子、媒体和市民社会。

目前一致性的观点是，现存国际人道法的实施机制缺乏实际的运用和有效性，这种缺乏实际的运用使得对各种国际人道法机制的有效性无法作出适当评价。虽然与会者对机制缺乏实际运用和有效性达成一致，但是在如何处理该问题上与会者们却有不同的意见。尽管很多与会者提出了创造新的机制的意见，但是其他人则强烈要求应更注重对现存的机制进行改革或促进，他们认为只有通过运用这些机制才能证实其有效性。

在讨论中提到的各种现存机制中，根据第一附加议定书第 90 条设立的国际实况调查委员会，被与会者们认为是最有潜力的。国际实况调查委员会的最大优势是它已经存在，并且有具体的程序规则，而且这些规则是能够适用的。与会者们注意到，目前的限制，比如对国际实况调查委员会介入国际性武装冲突资格的限制，可以通过相关冲突方的同意加以解决。与会者还建议，国际实况调查委员会可以通过斡旋，正如第 90 条规定的，与武装冲突各方一起为了达成和解和对国际人道法的尊重而工作。

关于现存监督机制或者国际法其他分支的机构，一般认为现存的人权机构，尤其是区域性机构，在国际人道法的实施等方面可以有所作为。但由于这些机构缺乏审查国际人道法问题的明确资格，再加上存在混淆这两种法律之间区别的潜在危险，一些与会者认为不应对这方面的实践给予积极的鼓励。²²

新的国际人道法的监督机制：赞成与反对的意见

一般来说，支持建立新的国际人道法监督机制的与会者认为：为了弥补现存机制的缺陷，任何

²²关于这一方面讨论的详细总结被包含在此份报告的附件三中。

可能为国家所接受的新的监督机制应该是中立和公正的，应该以一种可以使其有效实施的方式组成，应该是不需要特定国家同意就可以实施的（有专门的授权），而且应该考虑对国家在成本和行政上造成的负担。但是，也有一些与会者认为，在目前的国际环境下要建立新的机制是不具有操作性的。因此，很多与会者主张一个渐进的过程，从建立和运用临时的或者区域的机制开始，而这些机制可能会慢慢地获得信任和支持，由此来创造一个新的永久的全球性机制。

与会者建议中所提新的机制中有：一个临时性的或阶段性的报告体系，以及个人申诉机制制度，不论是独立的或是作为国际人道法委员会的一个部分（见下面的建议）。但是，很多问题，如个人申诉机制在政治和法律上的可行性，其具体程序、管辖范围，用尽当地救济问题以及其对武装冲突中确保遵守法律的影响等问题，都尚未得到解决。

还有人提出设立一个“外交论坛”。该论坛由国家委员会或国际人道法专家委员会组成，类似于联合国人权委员会及其促进和保护人权分委员会。根据与会者的观点，很多上述提到的机制可以被置于国际人道法委员会或国际人道法高级特派员办公室这样的机构中，而这种委员会或办公室可以根据日内瓦公约及其附加议定书以“条约机构”的方式建立。其职能可以包括对报告的审查，对个人申诉的审查，一般观察报告的发布等。²³

那些赞成利用现存机制而非创设新机制的与会者，他们坚定地认为更多的机制并不必然会带来更好的效果。一些与会者对由于国际人道法遵守机制的扩散可能导致分裂的潜在威胁表示担忧，他们主张维护国际人道法的整体性。他们指出日内瓦公约及其附加议定书的缔约国对现存机制的热情目前比较低，并警告说，尽管建立新机制是值得称赞的长远目标，但在目前的国际环境下试图建立新的机制是不现实的。红十字国际委员会有效实施的同样任务的危险也被提及。这种观点的支持者号召大家应将重点放在促进现存机制的发展上，以及为更好地适用于非国际性武装冲突而作出调整。促进现存机制的发展可能会使现存机制获得一些在所期望建立的新机制中所渴望获得的职能，并可以增强对现存机制的授权。

促进在非国际性武装冲突中对法律的遵守

在区域性专家研讨会上的讨论确认了在非国际性武装冲突中促进国际人道法的遵守仍然是一个艰巨的任务。其中提到的障碍主要有，国家总是拒绝承认某一暴力情形已经构成了国内武装冲突，并不愿意适用国际人道法。而在许多国内武装冲突中的外国干涉也导致对法律资格的混淆，并进而导致对适用武装冲突法律的混淆。另外，武装集团缺少遵守国际人道法的充分动机，因为他们认为遵守国际人道法的义务无法使其避免根据国内法应受到的惩罚。

可以通过在国家和武装集团间达成特别协议的方式来实现国家和武装集团更好地遵守国际人道法义务，正如日内瓦公约共同第3条所规定的那样。也有与会者建议，应该鼓励武装集团作出并保存其保证遵守国际人道法的单方声明，包括遵守关于国际人道法的国内规则。在“斡旋”和其他外交努力中的第三方被认为是很有用的。与会者们强调，在武装冲突发生前后对国际人道法的传播仍然是确保所有相关方，包括武装集团成员，对国际人道法更好的尊重的一个重要方法。

武装集团由于参加了敌对行动，所以通常是无法在国内刑事追诉中获得豁免的（即使其遵守国际人道法），这一事实成为这些集团在实践中遵守国际人道法的一个重要障碍。与会者们认为，通过赦免的方式使武装集团免除因仅仅参加敌对行动而受到追诉，或者通过采用一种授权赦免的机制，以及通过赋予战斗员某些形式的豁免，通过这些方式来鼓励武装集团遵守国际人道法。在武装集团遵守国际人道法的情况下减轻其国内法下的刑事处罚，被认为是其他的鼓励措施。当然不言而喻的是，被怀疑犯有战争罪的武装集团成员不得在刑事程序中被赦免或享有其他形式的豁免。

与会者们建议，红十字国际委员会应对非国际性武装冲突中的实践进行研究，以期确认在哪些情况下应当将与作战员地位类似的权利赋予武装集团，并对现有的“实践教训”进行总结。与会者

²³关于这种机制以及其他机制的不同建议的详细说明被包含在此份报告的附件三中。

认为，进行这种研究时也应加强武装集团尊重国际人道法的动机为基点。²⁴

除了《日内瓦公约》共同第 3 条中提及的红十字国际委员会的作用以外，在现存的国际人道法监督机制和其他法律监督机制中（联合国人权委员会或美洲间人权委员会），没有任何被明确授权可以像红十字国际委员会那样处理非国际性武装冲突中情况的机构。大多数与会者都对这一事实表示欢迎，即由第一附加议定书第 90 条建立的国际实况调查委员会已经表明了介入非国际性武装冲突情况的意愿。

与会者还提出关于建立一个由某些受尊重的政治家组成的集体的建议。这些政治家在发生非国际性武装冲突时可对冲突进行干预，这可作为一种鼓励相关各方更好地遵守国际人道法的方式。

最后，专家们认为红十字国际委员会提出处理这些问题是及时且恰当的。他们鼓励红十字国际委员会继续进行咨询以进一步完善在区域研讨会中提出的建议，从而确保促进武装冲突中的所有行动方遵守国际人道法。

认识到对于区域专家研讨会进程的分析就像这篇文章一样尚未完成，因此如果现在作任何概括性的结论都是不成熟的。但是应该且也可以作出这样一个评论，即研讨会的与会者经常提到国家和武装集团的政治意愿的缺乏是无法更好地遵守国际人道法的主要障碍。虽然一旦这些研讨会的完整分析作出后，红十字国际委员会对于研讨会的后续行动也将被确定下来，但需要强调的是，即使是最好的规则也无法弥补对遵守法律的意愿的缺乏。这个问题并不是国际人道法所固有的，正如开头提到的那样，而且也与国际法其他部门法所共有，这是很不幸的。

结语

这篇报告试图强调当前武装冲突给国际人道法带来的一些挑战，简述了红十字国际委员会对这些挑战所持的立场，并提供了一些关于红十字国际委员会处理这些挑战的相关信息。在红十字国际委员会看来，目前出现的总体情况是建立一部完善且成熟的法律，该法律的基本原则，如果以善意和必需的政治意愿来加以适用，将继续为其最初的目的而服务，即规制战争中的行为以减轻战争所造成的伤害。随着时间的逝去，国际人道法的完善和发展已经挽救了无数人的生命，确保了人类的完整、健康和尊严，也提高了对作为建立人类共同文明基石的基本原则的认识。

国际人道法是一座大厦，它建立在长年工作经验的基础之上，目的是为了平衡人性和军事必要这两种冲突之间存在的价值。红十字国际委员会认为，国际人道法从总体上来看能有效地对付当今武装冲突发生的情况。过去的事实已经证明国际人道法是灵活的，它面对新的战争现实会作出相应调整和发展。红十字国际委员会在这一发展过程中的作用，也是红十字国际委员会一贯的作用，就是确保国际人道法的发展和其现实适用不损害现存的保护人类的标准。红十字国际委员会将在最大可能的限度内，继续为促进这些保护而努力。

朱文奇 校

²⁴红十字国际委员会目前刚刚完成的一项研究也提及了上述所说的适用国际人道法的动机等问题。