

将邻居当做人体盾牌？

——以色列国防军“先期警告程序”
与国际人道法

罗兰德·奥托 (Roland Otto)*/范娇颖**译

“先期警告程序”¹也就是我们通常说的“邻居程序”。它是以色列国防军 (IDF) 用以抓捕 (约旦河) 西岸被通缉之人并避免平民和军人伤亡而采取的措施。一旦以色列军队得知某一被逮捕的人出现在某一栋房屋里, 根据“先期警告程序”, 军队就会包围这栋房子, 但他们并不马上进入, 而是会向当地巴勒斯坦人请求帮助。也就是说, 他们会说服一位邻居进入房中, 这位邻居会警告房中的人, 要求他们离开房子并要求被逮捕的人向以军投降, 如果被逮捕的人不答应要求, 军队就会进入房子逮捕他。“先期警告程序”的一个总体思想就是寻找一位志愿者, 这位志愿者并非被威胁, 而是被言语说服去充当志愿者的, 并且他完全可以拒绝这样做。这个人不会被要求去完成军队的任务, 而且也不用在其可能受到伤害的情形下提供帮助。² 根据以色列国防军的解释, “先期警告程序”的目的是避免平民的伤亡, 也就是说, 既包括与被通缉者共处一室的其他无辜的人, 也包括接近房子便可能受到攻击的军人的伤亡。而且, 这种方式可以让以军的神经不必过分紧绷: 用话筒进行喊话并不是疏散房中之人的必要方法。因此, 遭受来自邻近地方攻击的情形就会避免。

然而, 以上先决条件总是很难得到满足, 因为这可能会给平民造成压力,³ 而且使其遭受伤害的危险不能完全排除。⁴ 从几个不同角度看, 这一措施的合法性都很有疑问。这其中要考虑的问题, 是以军对约旦河西岸的占领行为本身的合法性问题。

国际人道法和国际人权法的规范体系

最近, 国际法院明确提出, 以色列对西岸的占领仍是武装占领: “处于‘绿线’和巴勒斯坦作为托管地之时的东部边界之间的土地是以色列在 1967 年与约旦交战时占领的。从国际习惯法的角度看, 这些土地属于被占领土, 而以色列是占领军, 之后在这部分领土上发生的事件并没有改变这一事实。所有这些土地 (包括东耶路撒冷) 始终是被占领土, 而以色列也始终扮演着占领军的角色。”⁵

*获法律证书, 国际法学院研究员, 哥廷根 (Göttingen) 大学。

**中国人民大学法学院 2004 级国际法硕士研究生。

¹其他称法是“提前预警程序”或“事先预警程序”, 见 (以色列) 军事命令, “事先警告程序”, 2002 年 11 月 26 日, B'茨雷姆 (B' Tselem) 译, 载 http://www.btselem.org/english/legal_documents/advanced_warning_procedure.doc, 最后一次登录时间为 2004 年 11 月 10 日。

² (以色列) 军事命令, “事先警告程序”, 2002 年 11 月 26 日, 前引文(注释 (1))。

³参见阿马德·阿波·阿-加马德·阿马德 (Ahmad Abd al-Qader Ahmad) 在“士兵在图科内 (Tulkarem) 难民营中使用阿马德·阿萨佛 (Ahmad Asaf) 做人体盾牌”一案中之证言, 参见布泽仁译, 载 http://www.btselem.org/english/testimonies/040112_Ahmad_Assaf_human_shield.asp, 2004 年 1 月 12 日, 最后一次登录时间为 2004 年 11 月 10 日。

⁴尼德拉·阿布·姆科萨 (Nidal Abu Mukhsan) 一案, 该人想向别人投降但却被其杀死了。参见“以色列国防军强迫巴勒斯坦人为其藐视最高法院禁令的士兵充当‘人体盾牌’”, 参见布泽仁译, 载 http://www.btselem.org/english/testimonies/021226_human_shield_update.asp, 2004 年 1 月 12 日, 最后一次登录时间为 2004 年 11 月 10 日。

⁵国际法院, 在巴勒斯坦被占领土上兴建隔离墙案的法律结果, 2004 年 7 月 9 日之咨询意见, 第 78 段, 载 <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwframe.htm>, 最后一次登录时间为 2004 年 11 月 10 日; 还可参见以色列高等法院, 贝特·苏里克 (Beit Sourik) 村委员会诉以色列政府案, 案号: HCJ2056/04, 2004 年 6 月 30 日之判决, 第 23 段, 载 http://62.90.71.124/files_ENG/04/560/020

与此相对，以色列声称，约旦河西岸的地位是独特的，是属于法律规定之外的事项，它既不是以色列的领土，也不是正式意义上的被占领土。⁶ 根据以色列的“错误修正理论”，1967年的西岸土地并不属于《日内瓦第四公约》⁷第2条第2款所规定的“缔约方之领土”，这片土地已在1948年的战争中被约旦占领了。所以，如果根据以色列方面的说法，这片土地并不是1967年被以方直接占领的。接着，以方否认了《日内瓦第四公约》关于领土部分条款的直接适用性。⁸ 然而，除了以色列以外，⁹“国际社会全体”都接受了《日内瓦第四公约》在法律上的适用。¹⁰ 以色列也认为：公约的人道条款至少在法律上适用。¹¹

另外，以色列认为原则上应适用1907年的海牙规则。¹² 以色列最高法院业已承认海牙规则是国际习惯法的一部分，因此也是以色列国内法的一部分，¹³ 以色列还受联合国《公民权利与政治权利国际公约》¹⁴的约束，这一公约同样适用于在被占领土上行使权力的时候。¹⁵

/a28/04020560.a28.pdf, 最后一次登录时间为2004年11月10日；阿祖里（Ajuri）诉以色列国防军指挥官案，案号：HCJ 7015/02，2002年9月3日之判决（“定居点”），以色列法律报告，2002年，第2页和第12页。

⁶戴维·克雷茨默尔（David Kretzmer）：《出于正义的占领：以色列高等法院以及被占领土》，纽约州立大学出版社，纽约，2002年，第3234页；理查德·A.弗克（Richard A. Falk）、伯恩斯·H.温斯顿（Burns H. Weston）：“以色列与巴勒斯坦在约旦河西岸及加沙地带的国际法权利之相关资料”，参见艾玛·普雷弗尔（Emma Playfair）（ed.）：《国际法与被占领土之行政管理：以色列占领约旦河西岸及加沙地带的20年》，加利敦出版社，牛津，1992年，第131页。

⁷《关于战时保护平民的日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》），1949年8月12日，1950年10月21日生效，1949年日内瓦外交会议之最后记录，联邦外交部，波恩，第1卷，第297~330页；再版于UNTS，第75卷，1950年，第287~417页；以色列与1949年12月8日签署并于1951年7月6日批准了日内瓦第四公约。以色列所做出的唯一保留是关于其医务队使用“戴维红盾”作为徽章或特别标志的问题，参见“关于1949年8月12日日内瓦第四公约的声明及保留”，由迪特瑞奇·钱德勒（Dietrich Schindler）和约理·托曼（Jiri Toman）主编，再版；武装冲突法：一部公约集，决议及其他文件，第二部分，斯托弗和诺德霍夫（Sijthoff & Noordhoff），爱尔芬·安·丹·里恩（Alphen aan den Rijn），1981年，第506页。

⁸叶霍达·祖·布鲁姆（Yehuda Zvi Blum）：“消失的修正者：约德和萨玛娜（Judea & Samaria）身份之反映”，载《以色列法律回顾》，第3卷，1968年，第279~301页；麦尔·沙姆（Meir Shamgar）：“有治领土上的国际法之观察”，载《以色列人权年鉴》，第1卷，1971年，第265页。

⁹阿迪·兹姆赛斯（Ardi Zmseis）：“在日内瓦第四公约和巴勒斯坦被占领土上”，载《哈佛国际法期刊》，第44卷，第一部分，2003年，第97页。

¹⁰参见安理会决议第1435号（2002年9月24日），联合国文件：S/RES/1435(2002)，关于中东形势，包括巴勒斯坦问题：国际法院，前引文（注释（5）），第98~101段；“关于公约在巴勒斯坦被占领土上的适用力的声明”，日内瓦第四公约之全体缔约方，日内瓦，2001年12月5日，再版于巴勒斯坦研究期刊，第31卷，第三部分，2002年，第148~150页。

¹¹参见以色列高等法院，前引文（注释（5）），第12ff页。

¹²《海牙第四公约》（附件）《关于陆地战争的法律和习惯规则》，订立于1907年10月18日，1910年1月26日生效，见J.B.斯科特（J. B. Scott）（主编），海牙公约以及1899年和1907年之声明，第三部分，1918年，纽约，第100~127页（英文译本由美国国务院负责，J.B.斯科特做了少量修改）；再版于美国国际法期刊，第2卷之补充，1908年，第97~117页（以下简称《1907年海牙规则》）。

¹³以色列高等法院，阿约波（Ayyoub）诉国防部（Beth El）案，案号：H.C.606/78，H.C.610/78，见皮斯凯·丁（Piskei Din）（以色列高等法院之判决），第33卷，第二部分，第133页；英文摘要参见《以色列人权年鉴》，第9卷，1979年，第337ff页；同样可参见托马斯·S.库纳（Thomas S. Kuttner）：“以色列及西岸地区：以武装占领法的视角”，载《以色列人权年鉴》，第7卷，1977年，第171页；埃雅尔·本韦尼斯蒂（Eyal Benvenisti）：《占领之国际法规则》，普林斯顿大学出版社，普林斯顿，1993年，第109~112页。

¹⁴1966年12月19日公民权利与政治权利国际公约（ICCPR），1976年3月23日生效，in UNTS，第999卷，1976年，第171~346页，1992年1月3日对以色列生效。以色列所做的唯一保留是关于将要在以色列实行的以宗教法规制个人地位方面的条款（公约第23条），载http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5_esp.htm，最后一次登录时间为2004年11月10日。

¹⁵国际法院，前引文（注释（5）），第110f段；同样可参见约臣·艾伯·弗罗魏因（Jochen Abr

下面的分析将集中在 1907 年海牙规则和《日内瓦第四公约》上，同时也会涉及与人权相关的问题。

在被占领土的秩序和安全方面以色列应承担的责任

根据 1907 年《海牙规约》第 43 条的规定，占领军应对被占领土及被占领土上的居民承担责任，并承担“维护秩序和大众生活”（l'ordre et la vie publique）¹⁶的责任。这一规定来自于《日内瓦第四公约》第 29 条和第 47 条 ff 款中，后又有新的发展。所以，占领军在被占领土上不仅拥有权利，同时也承担采取安全措施的义务。如果一个平民被合理地怀疑犯有某些罪行，对其要实施的逮捕又是经过了适当的程序，那么这一逮捕就能被国际人道法所认可。且在必要情况下，（占领军）可以使用武力。但这类安全措施的采取，必须符合“相称性原则”。¹⁷被国际人道法所许可采取的安全措施是有先决条件的，我们也认为在被占领土上对通缉犯进行逮捕是合法的，但所采用的手段——即对其采用暴力的方法——应符合相称性要求。因此，当前需要考虑的问题是，作为合法行动一部分的自愿进入可疑房间以传达警告内容的那位志愿者的权利。

如何才能确定一个人是真的出于自愿提供帮助，还是迫于某种压力而不得不提供帮助呢？这其实是一个事实问题。如果这个人感到“有枪口抵在他背后”，¹⁸这种情形就明显是非法的了。但如果能够确定此人的行为是完全出于自愿的，那它又为什么不能帮助军队减少伤亡呢？然而，一个人是否出于自愿的事实性问题，是处于合法性问题之前的问题，即使一个人自愿提供帮助，此人的权利仍有可能被不法行为所侵害。所以我们先讨论国际人道法或人权法中所包含的对“先期警告程序”的相关禁止性规定，然后再讨论该人（志愿者）的权利被不相称的方式所侵害的情况。

对“先期警告程序”的绝对禁止

居住在被占领土上的居民是《日内瓦第四公约》第 4 条第 1 款中所指的“应受保护之人”。¹⁹

Frowein）：“人权机制与武装占领机制之间的关系”，载《以色列人权年鉴》，第 28 卷，1998 年，第 6、11 页；曼弗莱德·诺沃克（Manfred Nowak）：《联合国公民权利与政治权利公约——公民权利与政治权利公约之评述》，恩格尔（Engel），凯莱姆·瑞恩（Kehlam Rhein），1993 年，第 2 条第 28 款。

¹⁶普通英文译本与法文真译本在这点的表述上有所不同，英文表述为“公共秩序与安全”；亚当·罗伯茨（Adam Roberts）：理查德·哥尔弗（Richard Guelff）：《战争法文件》，第三部分，牛津大学出版社，牛津，2000 年，第 81 页。其似乎是建立在由詹姆斯·布朗·斯科特（James Brown Scott）（主编）提交给美国国务院的半官方英文译本的基础之上的。海牙公约以及 1899 年和 1907 年声明，第三部分 ed.，牛津大学出版社，纽约，1918 年，第 123 页。一份更完备的译本在美国国际法期刊的第 2 卷之补充资料中，1908 年，第 112f 页，其中提到“公共安全与生命”。正确的译文应与埃德蒙德·H.施文克所作之译文相近似，“依海牙规则第 43 条规定的情况进行的军事占领下的立法权”，耶鲁法律期刊，第 54 卷，1945 年，第 393 页（脚注 1）以及第 398 页：“由于法语用词‘公众生活’（la vie publique）包括了‘社会功能 [和] 构成日常生活的普通交往活动’用语‘公共秩序和百姓生命’似乎更接近‘公众生活秩序’（l'ordre et la vie publique），因此用语‘秩序’（l'ordre）意思是‘安全或集体安全’”。同样参见本韦尼斯蒂（Benvenisti），前引文（注释〔13〕），第 7 页；克雷茨默尔（Kretzmer），前引文（注释〔6〕），第 58 页。

¹⁷汉斯-彼得·加塞尔（Hans-Peter Gasser）：“平民的保护”，参见蒂尔特·弗莱克（Dieter Fleck）主编：《武装冲突中的人道法手册》，牛津大学出版社，牛津，1999 年，第 214、242、246 页；同样可参见克雷茨默尔（Kretzmer），前引文（注释〔6〕），第 131、155 页。

¹⁸由伊米尔·达瓦兹（Emil Darwazeh）提出，亚耶·达彦（Aryeh Dayan）引用，“拒绝成为人体盾牌？没有这样的事——嘲弄高等法院之规则，以色列国防军仍置巴勒斯坦人于危险之中”，参见 Haaretz.com，2003 年 7 月 7 日，载 <http://www.haaretz.com/hasen/pages/ShArt.jhtml?itemNo=315128&contrassID=1>，最后一次登录时间为 2004 年 11 月 10 日。

¹⁹“受公约保护的人须是：在特定时期以任何方式发现他们自己处于交战或被占状态，处于非自己本国的交战一方或占领军的控制之下的人”，参见雨凡·沙尼（Yuval Shany）：“以色列之反恐措施：它们‘符合’国际法吗？”，载迈克尔·N.施密特（Michael N.Schmitt）、盖恩·卢卡·贝鲁托（Gian Luca Beruto）（主编）：《恐怖主义与国际法：挑战与回应》，国际人道法研究会，2003 年，第 96 页，载 <http://www.michaelschmitt.org/images/4996terr.pdf>，最后一次登录时间为 2004 年 11 月 10 日。

根据该公约第 27 条第 1 款及国际习惯法规则，这些人有得到尊重且应被保护以免受暴力和威胁侵害的权利。²⁰ 根据《日内瓦第四公约》第 47 条的规定：本公约所赋予在占领地内之被保护人之各项利益，均不得因占领领土之结果引起该地制度或政府之变更，或因被占领地当局与占领国所订立之协定，或因占领国兼并占领地之全部或一部，而在任何情况下或依任何方式加以剥夺。这些权利甚至不能以被占领土的组织或占领军达成协议的方式予以变更。因此，由公约所保证之权利不能由占领军加以处置，并且这些权利也不能由受保护之人自由、公开的修改。因为该公约的第 8 条又对第 47 条的保护义务进行了补充，即应受保护之人不能放弃其受保护的权力。第 8 条这一规定的意义，在于使“公约缔约国不能免除自己对应受保护之人的保护义务，即使后者明确自愿地表示出这正是其所期望的，也是不可以（免除）的”²¹这句话的含义更加明确。第 8 条之规定使得早先一个文本草案可能留出的做出如下解释的空间不再存在了——“应受保护之人可以放弃公约授予的权利，只要这种放弃的决定是在完全没有压力的情况下自由做出的”。第 8 条规定的目的是为了证明上的麻烦，因为要证明放弃权利的人是否受到压力或强迫是比较困难的。²² 所以，受保护之人放弃他们的权利时他或她的本意是什么这个问题就变得没有意义了。由第四公约第 8 条所设立的这一原则适用于整个国际人道法。²³

上述提到的这些规则，都是在检验“先期警告程序”的合法性的问题时应作为大的背景要加以考虑的。在国际人道法中，并没有条款明确地禁止这一程序。然而，强迫应受保护的人为占领军的武装部队服务或参与军事行动却是在禁止之列，而且使用人体做盾牌也是被禁止的。

强迫受保护之人为占领军的武装部队服务是禁止的

根据《日内瓦第四公约》第 51 条的规定，占领国不得强迫被保护人在其武装或辅助部队服务，以获得志愿应募为目的之压迫及宣传均为不许。这一禁止性规定被普遍认为是战争法的基本原则。²⁴ 这一原则是绝对的且不容许有任何减损，²⁵ 而且也被包括进了国际刑事法院（ICC）²⁶ 罗马规约的战争罪行里面。1907 年海牙规约的第 23 条（h）第 2 款仅仅是禁止强迫国民参与直接以其祖国为敌人的军事行动。《日内瓦第四公约》扩大了禁止的范围：即占领军的武装部队的所有招募新兵的活动，不论其将参与的军事活动的战场为何，也不论强迫力量为何，包括在被占领土的抵抗运动。²⁷

从表面上看，在个案基础上向“先期警告程序”提供帮助的行为，似乎并没有被列入禁止之列。“在武装部队中服役”的用语，表面上也与给房中之人捎信有很大不同。然而，如果订有这一禁止性规定，其目的是为了保护被占领土居民免于从事有损于其爱国情感的活动以及免于从事有损于对国家忠诚的行为。²⁸ 受保护之人不应被陷入让他（她）不堪忍受的忠诚矛盾之中。²⁹ 譬如说，在针对某些敌人的行动中使用一个应受保护之人，会使此人感到这是对人类尊严的严重损害，并因

²⁰加塞尔，前引文（注释〔17〕），第 212 页。

²¹让·S.皮克泰（Jean S. Pictet）、奥斯卡·M.乌勒（Oscar M. Uhler）、亨利·科瑟尔（Henri Coursier）（主编），1949 年 8 月 12 日，日内瓦公约评述，第 4 卷：关于战时保护平民之日内瓦公约，国际红十字会，日内瓦，1958 年，第 74 页。

²²同上注，第 74ff.段。

²³加塞尔（Gasser），前引文（注释〔17〕），第 252 页。

²⁴皮克泰（Pictet），前引文（注释〔21〕），第 292 页，皮克泰，前引文（注释〔21〕），第 263 页。

²⁵皮克泰，同上注，第 293 页；加塞尔，同上注，第 263 页。

²⁶国际刑事法院之罗马规约（ICC 规约）第 8 条第 2 款(a)(v)，1998 年 7 月 17 日，2002 年 7 月 1 日生效，联合国文件。联合国文件：A/CONF.183/9；UNTS 再版，2002 年，第 2187 卷，第 90~158 页；ILM，第 37 卷，第五部分，1998 年，第 1002~1069 页。

²⁷皮克泰，前引文（注释〔21〕），第 293 页；加塞尔，前引文（注释〔17〕），第 263 页。

²⁸皮克泰，同上注，第 293 页。

²⁹迈克尔·博特（Michael Bothe）：“战争罪”，载安东尼奥·卡塞塞（Antonio Cassese）、保拉·盖塔（Paola Gaeta）、约翰·琼斯（John R.W.D.Jones）主编：《国际刑事法院罗马规约：评述》，牛津大学出版社，牛津，2002 年，第 394 页。

此给此人的精神和肉体造成很大的损害。³⁰而且，一个人帮助占领军的部队，即使只有一次，也很可能被烙上“通敌”的烙印。至少从其他平民的角度看，此人可能已经变节。因此，即使是一次单独的帮助行为，也会与《日内瓦第四公约》第 51 条第 1 款的目的相违背。

还需要考虑的其他重要因素，是关于防止受保护之人放弃受保护的规定的规定问题。当读到与该公约第 8 条相关的规定时，前述第 51 条第 1 款足以构成对“先期警告程序”的绝对禁止：它不仅禁止在占领军武装部队的强迫服役，而且禁止以获得志愿应募为目的之压迫及宣传。与以广播或电视的方式对被占领土上的居民进行招募士兵的宣传等这些手段相比，“先期警告程序”要求邻居提供帮助的情形则显得更加有害。因为这一要求并不是向广大公众提出，而是向某一具体的人；这一信息的传达也不是通过广播和电视等媒体，而是由占领军武装部队中几个全副武装的士兵传达的。然而，“程序”中的请求是一个不容许他进行长时间考虑的请求，是一个让他必须立即给予答复的请求。这些因素给他增加了许多压力，以军之前的一些经验表明，一个否定的回答是很难被接受的。³¹

禁止强迫应受保护之人参与军事行动

在某些情形下，应受保护之人可能被强迫工作。然而，《日内瓦第四公约》第 51 条第 2 款规定禁止这些人参加军事活动之类的工作。同样的规定也被包含在国际刑事法院规约的战争犯罪之中。³²此规定源自 1907 年《海牙规约》第 52 条：受保护之人不应被命令去协助军事行动。³³这些行动既包括针对其祖国或第三国的军事行动，也包括针对被占领土上抵抗力量和游击队的军事行动。³⁴

上述禁止性规定的意图在于：保证那些被占领军强迫参加工作的平民能始终保持其平民的身份。³⁵然而，“程序”中的情形有所不同。因为此时，该受保护之人已成为占领军军事行动的一部分。尽管逮捕通缉犯的理由是使其受到刑事处罚或出于安全的考虑，但采取这一行动的部队确实是占领军的武装部队。该受保护之人与他们（占领军）的关系会增加其受到反对派武装袭击或成为陷阱牺牲品的危险，³⁶这些危险从传统意义上来说，是应该由战斗员而非平民承担的。“程序”使用了平民来承担上述危险，并因此将战争的前线移入平民人群中间。

然而，第 51 条第 2 款的用语可能含有这样的意思，即：应受保护之人不应被强迫参加军事行动，但它同时又为其主动参与此类活动留有空间。³⁷这一禁止性规定与该公约第 8 条有很大联系，第 8 条明确禁止使用暴力逼迫的手段迫使平民参与军事行动。第 8 条的意图在于避免以所谓自愿掩饰下的强迫参与行为。接下来第 51 条第 2 款算是对平民参与军事行动的一个原则禁止性的条款。

这一广义的解释可以从第 51 条的措辞中找到依据：原则上占领军不能强迫受保护之人去工作，除非在满足某些条件之后。因此，强迫受保护人去工作仅仅是作为例外情况才被允许。第 51 条第 2 款列出了这些例外情形，即可以强迫受保护之人从事工作的情形，但作为例外所列的情况并不包括军事行动。这一事实我们稍候再加以澄清。《日内瓦第四公约》第 8 条规定在任何情况下，被保护人不得放弃本公约赋予他们权利之一部分或全部，即一个被强迫工作的人不能答应志愿去做第 51 条第 2 款规定以外的工作。因此，一个被强迫工作的人不能答应志愿去参与军事行动。那么，如果一个人开始是答应志愿去从事某项工作，但后来却参加到了军事行动中，这是很让人吃惊

³⁰前南国际刑事法庭，检察官诉布拉斯基奇（Blaskic）案，No.IT-95-14-A(上诉庭，2003 年 7 月 29 日之判决)，第 597 段。

³¹达彦，前引文（注释〔18〕）。

³²《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款。

³³前南国际刑事法庭，前引文（注释〔30〕）。

³⁴加塞尔，前引文（注释〔17〕），第 264 页。

³⁵同上注。

³⁶如尼德拉·阿布·姆科萨案，前引文（注释〔4〕）。

³⁷海莱尔·迈克伯利（Hilaire McCoubrey）：《国际人道法：战争限度之现代发展》，第二部分，阿萨嘎特（Ashgate），阿尔德沙特（Aldershot），1998 年，第 200 页。

的。

关于使用人体盾牌的禁止性规定

根据《日内瓦第四公约》第 28 条的规定，平民是绝对禁止被用来充当盾牌的。他们不能被用来使一定地区免受军事行动的干扰。然而，“程序”的一个目的则是避免士兵伤亡，因为这些士兵可能在接近房子之时，或在包围房子后集中精力向房中之人喊话警告之时，受到如陷阱之类的攻击。

对于袭击占领军的活动是否属于“军事行动”，还存有很大疑问。因为，“军事行动”似乎主要是指战争状态下敌军所采取的行动。但此一用词也同样包含着由敢死队这样的组织所实施的战争行为以及抵抗活动。因为这些活动同样被列在《日内瓦第三公约》第 4 条第 2、3、6 款正规部队活动的目录中。³⁸ 上述禁止性规定同样也适用于被占领土。³⁹ 然而，自发攻击占领军的平民，既不属于上述第 2 款所规定的情况，即对下属及特殊标识的指挥责任，也不是第 3 款所说的部队成员（士兵），也不构成第 6 款中的“起义部队”。所以，这样一来，“警告程序”并不构成“使用平民做盾牌”，因为它的使用以保护军队免受第三公约第 4 条之规定以外的人的攻击的。

然而，这一禁止性规定的范围已有所扩大，即：平民不能被用于取得军事优势或保障军事行动安全的目的。⁴⁰ 当然，占领军所采取的安全措施的结果是否构成“军事优势”，是很值得怀疑的。这些安全措施属于“军事行动”，因为行动是由占领军的武装部队实施，而不是由被占领土上的居民所组成的任何形式的安全部队所实施，但这些措施的目的究竟是为了实施法律，还是为了取得占领军的军事目的？这点不是很清楚。然而，在“警告程序”的情况下，一个平民确实是为帮助军队达成其军事目的并减少他们的危险而使自己处于危险之中。因此，这一主动帮忙的人确实在扮演人体盾牌的角色。也许这并不是传统意义上的人体盾牌，但他无论如何确实减少了军队受到攻击的危险，因为它是一个平民，且在那种情况下不大可能受到攻击。

如果从《日内瓦第四公约》第 8 条的角度以及从潜在攻击者的立场来看，为“警告程序”主动提供帮助的平民就丧失了其平民的身份。从潜在攻击者的角度来看，要区分是在强迫的情况下还是自愿去充当人体盾牌的，是不可能的。其结果正是禁止使用人体作为盾牌以陷入困境而极力避免的，即：需要决定进攻对手还是从攻击中撤退。

总之，禁止胁迫受保护之人为占领军的武装部队提供帮助之类的规定，表面看并不构成对“警告程序”的绝对禁止。但是，如果对为招募新兵而进行的宣传加以禁止，同时将《日内瓦第四公约》第 8 条的规定也考虑在内，“警告程序”就明显违反了这一禁止性规定。如果从第 51 条前两款的规定来看，这就更加明显。因为它不仅规定禁止以暴力的方法逼迫受保护之人参与军事行动，而且还规定禁止以公开宣传的方式招募新兵。其要点是：平民不应被使用在军事场合。如果从严格意义上思考有关宣传禁止性规定，那甚至连提出让其（平民）参与的请求都是不可以的。而且根据《日内瓦第四公约》第 8 条的规定，以上禁止性规定所赋予的权利不能由受保护之人予以放弃。因为那样，就会导致“暴力下的志愿者”情况的泛滥。

“真正志愿者”这一用词还有待斟酌。用平民充当人体盾牌是禁止的。这表明“警告程序”违反了国际人道法的规定。即使确有完全自愿的“人体盾牌”，但由于第三人不大可能区分出志愿者与非志愿者，因此也是属于应被禁止之列。因此，“警告程序”违反了《日内瓦第四公约》第 51 条及上述有关禁止性的规定。

从人权的角度来看

³⁸ 《关于战俘待遇之公约》（《日内瓦第三公约》），1949 年 8 月 12 日，1950 年 10 月 21 日生效，1949 年日内瓦外交会议之最终报告，联邦外交部，波恩，第 1 卷，第 243~276 页；UNTS 再版，第 75 卷，1950 年，第 135~285 页。

³⁹ 皮克泰，前引文（注释〔21〕），第 209 页。

⁴⁰ 加塞尔，前引文（注释〔17〕），第 218~265 页。

如果从人权的角度来看，情况就有所不同：这一处于风险中的权利是一种生存的权利。如《公民权利与政治权利国际公约》第 6 条⁴¹所说的那样，这一权利并非处于绝对保障之下。“战争中的合法行为”并不被第 6 条所禁止。“如果这些行为没有违反国际公认的法则及战争习惯法”，⁴² 那么正如上面所说的，“警告程序”的不法性，在于它是军事占领这一特别情形下的直接结果。一国政府能限制其管辖范围内的人的权利的程度，要比占领军能限制应受保护的人的权利的程度大得多。因为在国际人权法里，并没有类似于《日内瓦第四公约》第 8 条那样针对主动放弃受保护权的禁止性规定。的确，一国有义务采取积极措施保证人之生存权。⁴³ 然而，这却并不意味着也有义务保护主动进入险境之人。⁴⁴ 当前的问题就是一个很好的例子，国际人道法所规定的保护标准要高于国际人权法。在此种情况下，国际人道法的规定属于“具体法”的规定，它应高于人权法的规定。⁴⁵

另一种方法：关于相称性的思考

上面的分析清楚地表明：“早期警告程序”对国际人道法上的权利和国际人权都会产生影响。这方面的权利，通过《日内瓦第四公约》第 27 条第 1 款（2）和国际习惯法得到了补充。其中规定：对受保护之人“应特别保护其免于受到一切暴力和威胁活动”；⁴⁶ 所有可能会引起对平民的不法伤害的活动都应避免。⁴⁷ 根据 1907 年《海牙规约》第 44 条及《日内瓦第四公约》第 33 条的规定，禁止对受保护人进行生理及心理上的折磨，特别要获得情报的时候，而且在攻击敌国时，禁止使用暴力逼迫敌国民为自己做向导。⁴⁸ 因此，任何为达到军事上的优势而采取的违背被保护人的意志、使用他们的手段，要么是被禁止的，要么是受到严格限制的。

即使没有绝对的禁止，“警告程序”也可能是不合法的，因为对平民权利的任何损害都要符合“相称性原则”的要求：在战争法里，“相称性原则”是用来对合法侵害他人行为的一种控制。⁴⁹ 这一原则不仅适用于军事行动，即要求军事行动所造成的损失和伤亡不得超过预期要得到的军事优势，⁵⁰ 而且同样也适用于军事指挥官在武装占领地区行使权力及采取安全措施的情形。⁵¹ 的确，每

⁴¹ 《公民权利与政治权利国际公约》第 6 条第 1 款规定：“人人都有生存之固有权利，这一权利应由法律加以保护。任何人的生命都不能被随意的剥夺。”

⁴² 秘书长关于“在武装冲突中尊重人权”的报告，联合国文件：A/8052(1970 年 9 月 18 日)，第 104 页，同样可参见 Jochen Abr. Frowein; Wolfgang Peukert (eds.), *Europäische Menschenrechtskonvention-EMRK-Kommentar*, 2nd ed., N.P.Engel, Kehl am Rhein, 1996, para.12.

⁴³ 哈克·A·嘉巴利奥卢 (Haluk A. Kabaalioglu)：“‘尊重’和‘保护’生存权的义务”，载伯特郎德·任查哈郎 (Bertrand G. Ramcharan) (主编)：《国际法上之生存权》，尼哈佛 (Nijhoff) 出版社，多德查 (Dordrecht)，1985 年，第 164 页。

⁴⁴ 参见诺沃克 (Nowak)，前引文 (注释〔15〕)，第 6 条第 3 段及第 17 段；埃克特·克莱恩 (Eckart Klein)：“公民权利及政治权利国际公约下之保护及保证人权的义务”，载埃克特·克莱恩 (Eckart Klein) (主编)：《保护及保障人权的义务》，瓦拉格出版社，柏林，2000 年，第 306~310 页。

⁴⁵ 参见国际刑事法院，前引文 (注释〔5〕)，第 106 段；弗罗魏因 (Frowein)，前引文 (注释〔15〕)，第 9~11 页；诺沃克 (Nowak)，前引文 (注释〔15〕)，第 4 条第 27 款；汉斯·约阿希姆·海因策 (Hans-Joachim Heintze)：“欧洲人权法院以及武装冲突中人权标准的实施”，载《德国国际法年鉴》，第 45 卷，2002 年，第 64 页。

⁴⁶ 加塞尔，前引文 (注释〔17〕)，第 212 页。

⁴⁷ 同上注。

⁴⁸ 杰哈德·凡·格莱恩：《占领敌人领土：对法律的评述以及武装占领之实践》，米尼苏达大学出版社，明尼亚波利斯，1957 年，第 83 页。

⁴⁹ 迈克尔·博特 (Michael Bothe)、卡尔·约瑟夫·帕茨、沃德玛·A·索夫 (Waldemar A. Solf) 主编：《武装冲突中受害者的新规则：对 1949 年日内瓦公约之 1977 两个附加议定书的评述》，奈霍夫 (Nijhoff) 出版社，海牙，1982 年，第 299 页。

⁵⁰ 罗塞利·海因斯 (Rosalyn Higgins)：《问题与过程：国际法以及我们应如何应用它》，加利敦，牛津，1994 年，第 230 页；朱蒂斯·盖尔·加丹 (Judith Gail Gardam)：“国际法的效力及相称性”，载《美国国际法期刊》，第 87 卷，1993 年，第 391~409 页。

⁵¹ 以色列最高法院，贝特·苏里克 (Beit Sourik) 村委员会诉以色列政府案，前引文 (注释〔5〕)，第

个以军士兵都需要遵守国际法原则和与之相关的国内行政法的基本原则。⁵²这包括以一个相对称的代价来实现合法性目的的原则。⁵³

“先期警告程序”所要达到的合法性目的

设计“先期警告程序”要达到的目的有若干个。整个行动的主要目的是为了抓捕被通缉者。当然，它还有其他目的，但其优先性有所不同，即尽可能减少平民的伤亡、尽可能减少官兵的伤亡、尽量不声张地采取行动，以减少被第三方攻击的危险性。⁵⁴

“先期警告程序”作为实现这些目的的恰当途径

“程序”可能是逮捕通缉犯的最佳途径，因为被通缉的人会主动向军队投降，还因为军队在进入房子以前已经进行了警告，而警告使得被通缉之人知道房子已被包围，以至于逃跑的可能性极小。

乍看起来，只要房中的人相信军队并主动从房里走出来，“先期警告程序”就会造成极少的平民伤亡。然而，如果房中的其他人或被通缉者进行反抗的话，就可能会造成附加的平民伤亡，因为那个“传达先期警告的人”也被卷入了战斗。⁵⁵甚至在传达警告信息之前，他就有可能因触动陷阱而成为第一个平民牺牲者。来自邻近地方的人也有可能知晓陷阱的存在，并因此而躲开它。但即便成功地传达了警告，他也会被烙上“通敌”的烙印并受到该地区内其他人的报复。即使相关的指挥官为保证该人不受伤害并已经把所有这些因素都考虑进去，⁵⁶但也不可能保证意外绝对不会发生。

“程序”当然是为了避免以军士兵造成过多的伤亡。正如前面已介绍过的，他们不必亲自接近房子，也就不必承担被袭击或落入陷阱的危险；由于不必使用话筒，行动也可平静地进行。因此，“程序”是达到目的的恰当手段。

减少伤亡的措施

然而，还有其他可以达到相同目的的措施可以被采用。首先，军队可以在不进行警告的情况下进入房中。这个方法可能很适合于逮捕通缉犯，因为他逃跑的可能性并不比“程序”中的可能性要高；即使他会混入房中其他无辜者中间，可房子仍旧被包围着。但这种方法也不大可能将平民的伤亡减少到最低，因为军队进入房子的同时战斗就开始了。由于房中其他无辜者仍被困房中，他们与通缉犯混在一起因而可能在通缉犯进行反抗的时候被枪或炸弹致伤或致死，如触动了陷阱的开关或被受惊的其他人出于自卫而致伤或致死。而且参与此种行动的士兵的数量要更多一些。所以，即使这一手段不会引起第三方额外的攻击，但也不会比“先期警告程序”更适宜达到预定的目的。

其次，军队可以在通过话筒喊话警告之后再进入房子。这一策略从抓捕通缉犯的角度来说可能比其他策略要更合适些，只要房中的无辜者相信以军的警告并走出房子，那么造成平民伤亡的风险应该与“程序”相同。由于不需要一个平民来传达先期警告，其可能造成伤亡的程度还要更小一些。但必须得承认，要使房中无辜者自愿离开房子的可能性不大。当然，平民触动陷阱的可能性几乎是零。那这一方法是否一定会产生减少士兵伤亡的效果呢？对这问题还是有疑问的。因为在抓捕通缉犯的过程中，他们（士兵）接近房子的方式或触动陷阱的风险与“程序”是一样的。另一方面，以喊话的方式进行警告，军队的注意力便会集中于其行动上，因此会增加第三方从邻近地方发

39 段；以色列最高法院，阿祖里及其他人诉以色列国防军指挥官案，前引文（注释（5）），第 21 页；克雷茨默尔，前引文（注释（6）），第 131~155 页；加塞尔，前引文（注释（17）），第 214、242、246 页。

⁵²以色列最高法院，阿祖里诉以色列国防军指挥官案，前引文（注释（5）），第 13 页。

⁵³同上注，第 21 页。

⁵⁴军事命令（以色列），“先期警告程序”，前引文（注释（1））。

⁵⁵参见尼德拉·阿布·姆科萨案，前引文（注释（4））。

⁵⁶军事命令（以色列），“先期警告程序”，前引文（注释（1））。

动袭击的可能性。所以，从这一角度说，这一方案不如“先期警告程序”合适。

狭义上的“相称性”

以上提到过的第二个替代方案，即包围房子、通过话筒警告后再进入房子，以军受到邻近地方发起的攻击的可能性会增加，所以，此方案并不是很合适。从达成目的的角度看，也没有其他的替代方案可以提供与“程序”绝对相同的安全性。因此，问题在于“先期警告程序”导致的平民伤亡的风险与以此方式所获得的优势是否相对称。

如果要将对平民之危险与其减少对安全部队之危险进行比较，是不太合适的。因为安全部队的任务就是要面对这些危险，对于这方面尺度的把握应永远向保护平民的权利方面倾斜。以军正在做的却是通过使用平民的方式转移其自身的危险。这不但会使平民陷入危险，而且会引起当地的针对该平民的报复活动。冲突的前沿因此也就转移到了平民中间。如果以人道法的价值来衡量，就很难被认为是相对称的。因为人道法的要旨是要使平民远离占领军的军事活动，并且以色列最高法院在“隔离墙”案⁵⁷中的裁决也支持这一立场。如果有其他的替代方案且其所造成的损失较小，即使其所能带来的益处比前一个更少，原方案也就成为不相称的了。⁵⁸如前所述，可能的替代方案之二——先以话筒喊话的方式警告——增加了军队的危险，并因此使其所带来的益处减少。然而，它还是很有益处的，从达成主要目的的角度来说，它还是很适于抓捕通缉犯的。所谓较少的益处仅仅是以军这样做的代价可能会比较高。但另一方面，它对于减少对平民权利的损害来说优势就比较明显：“先期警告传达者”不会有任何危险，因为根本不需要这样一个人。所以，“先期警告程序”不符合相称性原则，因为军队达成他们的目标时自身的风险可能会稍微增加一些，而与此无关的平民伤亡的风险却几乎是零。

结论

依笔者看来，“先期警告程序”违反了《日内瓦第四公约》第 51 条的规定以及禁止使用人体盾牌的规定，并因此成为国际人道法绝对禁止的方法。

即使这一结论不能被接纳，“先期警告程序”也还是违反了相称性原则，尽管它可能是达成上述目的合适途径，但有两个因素需要详加考量：与事件没有任何关系的平民的安全，以及军队的安全。由于对于后者来说在达成目标的同时自身的危险可能会高一些，但却免除了对所有平民造成伤害的可能性。所以，结论应该是：从国际人道法的角度看，“程序”即使不是被绝对禁止的，也不是一种符合相称性原则的手段。

朱文奇 校

⁵⁷以色列最高法院，贝特·苏里克（Beit Sourik）村委员会诉以色列政府案，前引文（注释（5））。

⁵⁸同注释（5），第 41 段；同样见英国：《武装冲突法手册》，英国国防部，牛津，2004 年，第 2.7.1 段。