

将条约转化为 军事行动策略

安德鲁·卡斯威尔*著/张腴心**译

.....

摘要

尽管在各种类型的军事行动中，国家都广泛地接受了对军队使用武力进行规制的国际法，但当今在全世界的武装冲突和其他暴力情形中，人道主义的现实情况仍然是让人担忧的。武装部队的结构和动机决定了我们有必要将上述法律系统性地纳入军事行动的实践。但是，将条约和国际习惯法转化为协调一致的军事行动指南和交战规则并不容易，而武装部队和法律执行方面的中立人道组织之间在语言和视角上的不同则使得这一问题更加严重。本文作者将对交战规则的军事语言进行研究，以有助于将相关武装冲突法和人权法规更好地纳入其中。本文的分析将重点关注围绕着使用军事武力及其对军事行动的实际后果而展开的三个重要论争：敌对行动框架和执法框架之间

* 安德鲁·卡斯威尔 (Andrew J. Carswell) 是红十字国际委员会美国和加拿大武装部队高级代表，现驻华盛顿。他曾在非洲、亚洲和中东为红十字国际委员会工作，并曾担任过军队律师。本文仅反映作者个人观点，不一定代表红十字国际委员会的观点。作者感谢Gary Brown, Richard DiMiglio, Peter Evans, Laurent Gisel, Kenneth Hume以及 Nicolas Nobbs对本文前稿的审阅。

** 厦门大学法学院助理教授，法学博士。

的分野，为致命攻击之目的而对有组织的武装团体之成员身份所下的定义，以及关于平民直接参加敌对行动和由此导致的丧失针对直接攻击的保护方面的论争。

关键词：交战规则；行动命令；法律的纳入；武装冲突法；国际人道法；人权法；遵守；尊重法律；敌对行动；执法；直接参加敌对行动；成员身份

我们会经常听到对国际法孱弱无力的指责。如果与上世纪关于建立一个由国际法治所定义的新的全球秩序这一主张相比较，上述观点所引致的悲观主义就显得更有说服力了。确实是第二次世界大战的残酷事实直接促成了联合国以及纽伦堡和东京国际军事法庭的成立，现代国际人道法的主体规则，¹以及第一批国际人权法的条约。今天，每一个国家都已是1949年四个《日内瓦公约》的缔约国，绝大部分国家都批准了该公约1977年的两个《附加议定书》，²而且限制使用造成不必要伤害之武器的那些最重要的条约都得到了广泛的接受。关于武装冲突的习惯法得到了扩大，并填补了规制国际性和非国际性武装冲突的法律体系之间的很多空白。此外，人权法的支柱，即《公民权利与政治权利国际公约》(ICCPR)³得到了近90%的联合国会员国的支持。在该世纪尾声，甚至成立了第一个常设性的国际刑事法院，其管辖权涵盖战争罪、危害人类罪和种族灭绝罪。

但是，在任何一个早上扫一眼国际新闻，就可以发现这样一个显而易见的事实：国际法所蕴含的人道的基本准则在今天的国际和国内暴力中并未得到一贯的遵守。在太多的情况下，无论是国家还是非国家的武装团体，都似

1 本文将交替使用“国际人道法”和“武装冲突法”这两个术语，因为它们所表示的含意完全是一样的——只是在语义的强调上有所不同。

2 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(第一公约)；《改善海上武装部队伤者病者及遇险难者境遇之日内瓦公约》(第二公约)；《关于战俘待遇的日内瓦公约》(第三公约)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(第四公约)，均于1949年8月12日通过，于1950年10月21日生效。《1949年8月12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》(《第一附加议定书》)；《1949年8月12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》(《第二附加议定书》)，均于1977年6月8日通过，1978年12月7日生效。

3 《公民权利与政治权利国际公约》，1966年12月16日通过(1976年3月23日生效)。

乎是公然地无视了这些准则。要如何解释国际社会所表达出来的政治意愿和频繁罔顾法律的实际之间的鸿沟呢？很显然这中间有媒体的作用：只有被认为违反人道法规的行为——对婚礼的致命袭击、遭受身体侵犯的囚徒、被暴力镇压的抗议——才会形成头条。一位战时步兵营的指挥官决定在对附近的敌军武器库发动攻击之前，向平民居民发出警告，但他并不会因为决定在战争的硝烟中保持一定程度的人性而得到公众的赞许。尽管在过去的一个半世纪中，国际法已经取得了长足的进步，但条约和已经确立的法律惯例并没有被充分地转化为实践中始终如一的合法行为。

2011年第31届红十字与红新月国际大会确认道：

国际人道法，在其现存的状态下，即为规制武装冲突各方的行为提供了合适的法律框架。在几乎所有的情况下，改善受难者的境遇所需要的都是对该框架更严格的遵守，而非采纳新的规则。如果各相关方均完全遵守了国际人道法，那么大部分现有的人道问题就根本不会存在。⁴

毫无疑问，在不构成武装冲突的情况下规制武装部队使用武力的国际法也是如此。《联合国关于使用武力和武器的基本原则》⁵来自于ICCPR中的生命权，该文件不仅是作为传统执法人员的标准，而且也作为军队在不构成武装冲突中敌对行动的情况下使用武力的标准而得到了广泛的接受。然而事实胜于雄辩——2011年的阿拉伯之春及其造成的冲突显而易见地表明了军队参与传统执法活动所带来的挑战。

一国武装部队对规制军事行动的国际法的遵守取决于其政府的意愿和能力，这体现在以下的步骤中：

1. 成为武装冲突法和国际人权法主要条约的缔约国；
2. 通过国内的立法措施来执行其条约和习惯法上的国际义务并使其实际发挥作用，包括惩罚违法行为；⁶

4 International Committee of the Red Cross (ICRC), “Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflict”, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, October 2011, p. 4.

5 UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, adopted by the 8th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August–7 September 1990 (BPUFF).

6 有一些武装冲突法所特有的义务，要求国家根据《日内瓦公约》(包括共同第1条)及其《附加议定书》遵守并保证遵守法律。在国际人权法中亦有类似义务，包括ICCPR第2条。See ICRC, *The Domestic Implementation of Humanitarian Law: A Manual*, Geneva, April 2013.

3. 在政府的行政机关中发展一个独立的机制，来客观地决定武装冲突的存在（包括决定其为国际性或非国际性），识别敌对一方或各方，并进而启动武装冲突法之适用；以及

4. 采取措施保证可适用的武装冲突法和国际人权法规定被纳入军队的作战惯例之中，并得国防部长以其权威加以支持。⁷

前两个步骤提供了一个守法的基础，部长间国际人道法委员会通常会对其有所帮助。⁸第三个步骤回应了规制军事行动的国际法所面临的一个存在性的威胁：如果国家出于政治原因拒绝根据其条约和习惯法义务对其武装部队使用武力的行为进行客观定性，那么法律所期望的受益人就将承担这种做法的后果，同样的，该国的人道声誉亦将承担此后果。不幸的是，在国家行使其日益坚决的主权概念的过程中，对法定性的政治操纵已经成为了一个日益频繁的策略。比如，国家在与事实明显相悖的情况下声称不存在武装冲突，或是在客观上还没有达到武装冲突程度的情况下一开始就使用致命武力。⁹

本文的目的是考察第四个步骤，而该步骤来源于前三个步骤的成功：即如何将武装冲突法和国际人权法的义务从原始的条约和习惯规定转化为与军事行动相关、而又在法律上精确的、对部署的部队有拘束力的规则？本文的分析将首先总体介绍军事行为的心理根源以及由此而产生的将相关法律规则纳入作战惯例的需要。之后将考察红十字国际委员会与武装部队之间关于在武装冲突中以及武装冲突之外使用武力的对话，并重点关注将国际法的语言与作战命令和交战规则的语言相调和这一问题，尤其将指向针对人员行使军事武力的行为。在整个分析过程中，本文将强调规制武力使用的法律中那些最有可能导致军事行动之不确定性的法律争议领域——执法和敌对行动框架

7 See in particular AP I, Art. 87, as elaborated in ICRC, *Integrating the Law*, Geneva, May 2007, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0900.htm (all internet references were accessed in December 2014).

8 ICRC, above note 6, p. 127. For examples of the work of IHL committees, see Cristina Pellandini, “Ensuring national compliance with IHL: The role and impact of national IHL committees” and the accompanying section in this issue.

9 See, for example, Sylvain Vit , “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, 2009, p. 94.

之间的分野，为致命攻击之目的而对有组织的武装团体之成员身份所给出的武装冲突法上的定义，以及平民直接参加敌对行动的概念——而且本文将就可操作性的解决方案提出建议，其目标是在操作可能性和部队安全考量与国际法所要求的对平民居民的严格保护之间做出平衡。本文将不会直接分析促进有组织的非国家武装团体遵守法律这一特定问题，但一些核心的守法问题是一样的。¹⁰

军队守法的根源

在武装冲突和其他暴力情形下，军官和士兵经常需要做出极其复杂的决定，而这些决定会影响人的生死。即使是低级别的军官和士官，也可能要做出直接影响到国家战略利益的决定，这包括该国在国际秩序中认为的合法性、其外交影响力、其支付赔偿或遭受报复的责任，以及失去其本国选民的支持。“战略下士”¹¹可能会赢得一场战术上显见的胜利，而同时却有损于国家的政策。因此，作战指挥官经过极其严格的训练，并被赋予了控制其下属之武力使用的工具。武装冲突法尤其要求他们对于违法行为要“防止，以及于必要时制止并向主管当局报告”，并采取适当的纪律和刑事行动。¹²他们这种防止和制止的义务明确包括了保证其下属知晓武装冲突法项下的义务。¹³但“防止”的概念比“训导”的要求要广泛得多，包括了采用指挥官可以采用的指挥和控制手段。在现代武装部队中，关于武力使用方面最直接的指令就是交战规则。交战规则通常附在作战命令之后，由作战指挥官及其军事参谋撰写并审阅，这些参谋人员包括专业的计划、情报、作战以及法律人员。指挥官和参谋人员所受到的最首要的指引即为其作战和战略层面的上级所表达的意图。他们还受到其本身的实战经验、他们在指挥参谋学院等军事教育机

10 See Marco Sassòli, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, 2010, pp. 5–51.

11 这一概念是由Charles Krulak将军在其论文中创造的：“The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War”, *Marines Magazine*, January 1999.

12 《第一附加议定书》，第87条。

13 同上，第87条第2款。

构所接受的教诲、以及法律原则的指引。他们向更高级别的指挥官请求并由后者所授予的交战规则最终被简化为简单的、适合实地情况的口袋卡片，发给投入军事行动的士兵。

因此，虽然一位士兵使用致命武器的战术决定看起来似乎是孤立的，但他（她）也只不过是一个权威链条的执行终端罢了，这一链条一直上溯到武装部队的总司令以及国防部长。事实上，士兵们受到严酷的训练，而训练的设计即是要让他们的个体性被部分地纳入到其所支持的、更宏大的军事结构之中。他们在行动上的创造性和领导力只有在确定的限度内才会得到鼓励。他们在战斗中所为的几乎所有行为都是由其所收到的命令所决定、或至少是为这些命令所限制的。即使是对纪律最无伤大雅的违反——比如没擦好自己的鞋——都会在其整个军事生涯中造成后果，从失去周末休息的权利到导致自己所在的整个分队受到惩罚。这样一种训练、战斗、激励机制和抑制机制的组合所造成的一个结果就是，一名士兵及其分队成员之间会形成一种忠诚的连结，这种连结可以说比夫妻之间的连结还要紧密。¹⁴

正如一份名为“战争中的行为之根源”的红十字国际委员会研究所认为的，单个士兵在军事行动中的行为或许可以在很大程度上归于三个标准：服从，这会造成个人责任的淡化；级别，这会在一定程度上将责任从下级转化至上级；还有由此导致的一定程度上的道德抽离。¹⁵该研究对这些观察进行了分析，并认为在个人态度和知识以及实际的行为之间存在一道鸿沟。¹⁶因此，旨在保证武装部队遵守国际标准的那些组织，无论是军事的还是民事的，都无法沾沾自喜地假定对军官和士兵进行法律教育实际上影响了战场上的行为，无论该种教育如何地具有说服力。事实上，单独的武装冲突法课程可能并无多大用处。选择服从一项直接的命令——并考虑到该命令所有的个人和集体的后果——还是选择根据士兵的军事指挥链之外的某人所讲授的武装冲突法课程留下的模糊记忆来遵循某种行动方式，这根本就没有什么可比性。如果执行某一命令会公然违反某项基本的武装冲突法原则，那么军官或士兵

14 Daniel Munoz-Rojas and Jean-Jacques Frésard, “The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, 2004, p. 194.

15 同上，第190页。

16 同上，第196页。

向其上级公开质疑该项命令的决定更有可能是取决于其在孩童时期就学到的道德感，而非一次强制性的法律课程，不过如果该课程是由该士兵自己的指挥链条中某位具有权威的人士所讲授，则其将会发挥更大的作用。

将法律纳入作战惯例

要改变士兵的行为，使其更好地遵守国际法，就必须改变指引军事决策的结构本身。¹⁷必须在最高的级别上通过军事战略政策以宏观的方式来鼓励对法律的遵守，且必须由国防部长下令加以支持，要求军事行动的计划和实施体现可适用的国际规则，并规定执行的责任。¹⁸法律还必须构成全军及各兵种规范中不可分割的一部分，课堂教学和实地训练的课程会来自于这些规范。法律在获得及使用军事武器和设备的过程中也应得到体现。¹⁹这一整合过程的关键在于保证法律成为既存军事行动指南中天衣无缝的一个部分，而不是单独的存在。事实上，甚至不需要在指导性文件的主体部分提及法律。比如说，一份关于使用火炮的战术性军事手册如果已经包含了专业性的术语，而这些术语精确反映了区分、比例和攻击中的预防措施原则，²⁰那么比起逐字列出条约条款的手册来说，前者对守法的影响就可能要大得多。而规范和训练又会成为战术层面直接适用的行动命令和交战规则的来源。²¹最后，士兵所收到的命令的可信度取决于军事纪律体系做出迅速并有效反应的能力，这样会对不守纪律的行为保持一种有效的一般性威慑，并创造出鼓励法律之遵守的环境。因此，应当记取从军事行动中中学到的法律教训，并将其纳入政策和规范，从而生成一个接续的整合循环。

17 红十字国际委员会，前注7，第17-35页。

18 同上。

19 参见《第一附加议定书》，第36条。

20 这些原则体现在规制武装冲突中敌对行动的条约和习惯法规则之中，包括《第一附加议定书》，第48-58条，以及Rules 1-21 of Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study)。

21 ICRC, Decision-Making Process in Military Combat Operations, Geneva, October 2013, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4120.htm.

对于将国际法整合进军事行动这一进程，即使是这样一个简单的概览就足以显示出其复杂性。在每一个领域——政策、规范、教育、实地训练、行动命令和交战规则——都有一套程序，来决定国际法对于预见到的军事行动的相关性，阐明该法对军事行动的影响，并将其无缝对接到既存的指南、课程和实践之中。²²这样的话，就必须在高级别上对这一进程抱有决心，有能力执行之，并要有高级别的人士来加以指引。军事法律顾问必须在整个进程中发挥作用，以确保军事行动指南最终体现其所依据的国际法。²³但主导该进程的应当是军事指挥官——而非其律师——这样才能保证该进程与军事任务具有核心相关性，并确保法律用语不会将这些针对军事行动“终端”的指南模糊化。

关于使用武力的对话：将军事必要和人道相调和

作为在国际上得到授权的国际人道法的守护者，²⁴红十字国际委员会在和平时期与国家武装部队紧密合作，以将法律纳入作战惯例之中。但其核心的优先考虑还是与那些目前正参与武装冲突或其他暴力情形的武装部队、民兵组织以及有组织的武装团体保持秘密的作战行动对话，以处理所发现的人道问题。例如，2001年之后红十字国际委员会和阿富汗武装冲突中的各国家和非国家参与方稳步增加了其在敌对行动方面对话的范围和强度。对话的来源仍然是平民居民，他们在交战方被指称实施了不法行为的地方与红十字国际委员会进行联系。如果这些指称可信的话，就会向负责一方以双边和秘密的方式提出，并置诸其各自国际法律义务的框架之下。收到这些信息的交战方倾向于赞许对其军事行动对平民居民的人道影响所采取的这样一种中立和秘密的视角。但这些对话也体现了法律以及实践方面的挑战。

22 红十字国际委员会，前注7，第17-35段。

23 参见《第一附加议定书》，第82条。

24 《国际红十字与红新月运动章程》，1986年10月日内瓦第25届红十字国际大会通过，1995年12月日内瓦第26届红十字与红新月国际大会以及2006年6月日内瓦第29届红十字与红新月国际大会修订。

两种视角

当红十字国际委员会与武装部队和有组织的武装团体就武装冲突中的敌对行动进行沟通时，其迥异的视角必将展露无遗。纪律良好的武装部队固然会关心平民的保护，然而他们也自然会以这样一种方式来解释法律，即最有利于保护被其投入战场之危险的年轻男女们的安全并保障其战斗能力的方式。而可靠的人道组织固然也会在其参考框架内尽可能地考虑军事必要，但其主要关注点始终是国际人道法的受益人，尤其是平民。为了跨越这一障碍，红十字国际委员会的军民对话通常都是由曾经的高级军官所主导的。尽管如此，无论是在公共辩论的层面——比如红十字国际委员会的《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》（《解释性指南》）出版之后政府和民间社会之间的激烈讨论²⁵——还是红十字国际委员会和武装部队之间就关押和敌对行动中的合法行为所进行的秘密对话层面，对这些视角上的差异都应当自始加以承认。

举例来说，在北约1999年对科索沃和塞尔维亚的空袭之后，对此的法律辩论就涉及了决定在地对空导弹的射程之外进行高空飞行攻击的决定是否可能违反区分、比例和攻击中的预防等武装冲突法原则。²⁶从军事角度来说，决定在较高高度飞行的主要因素可能包括飞行员的生命安全、对其进行培训的花费、飞行器的成本，甚至还有北约成员一架飞机被击落所带来的政治和军事影响——还结合这样一个事实，即令人叹服的新技术使他们可以使用精确制导武器进行攻击，而这种武器通常并不需要肉眼的识别。²⁷从民间社会的角度来说，首要的考虑是如果空军冒较大风险，在较低高度飞行，是否就能更好地保护平民居民。²⁸从根本上来说武装部队的决定取决于一个艰难的

25 Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Law*, ICRC, Geneva, May 2009 (ICRC Interpretive Guidance).

26 See International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Office of the Prosecutor, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000, para. 56; Human Rights Watch, “The Crisis in Kosovo”, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, Vol. 12, No. 1, 2000; A. P. V. Rogers, “Zero-Casualty Warfare”, *International Review of the Red Cross*, No. 837, March 2000.

27 但也有一些情况下高度成为了视觉识别中的一个因素。如可参见北约对Djakovica-Decane的轰炸，在该次轰炸中，作为难民护送车队一部分的民用车辆被错认为了军用车辆。See Human Rights Watch, above note 26.

28 同上。

判断，即判断包括人员和设备在内的军事资产与平民的生命及其住处、必需物品的不可侵犯性之间的相对价值。它也挑战了武装冲突法中比例原则的边界，²⁹以及与预期的附带性平民伤亡和平民设施损害相比较的预期的具体和直接的军事利益是否可以包含军事资产的安全。³⁰最后，它也挑战了攻击中的预防原则，以及根据条约和习惯法在多大程度上冒更大的军事风险是“可行的”。³¹因此毫无意外的，辩论的两方意见相左，而任何一方都并非无可辩驳。分歧的核心其实是视角的不同。

不过，军事行为者和人道组织之间的分歧和不同点不应掩盖这样一个事实，即对于绝大部分可适用的国际法都是存在普遍共识的。比如攻击中的区分、对被关押人的人道待遇以及在战场上不加区分地照顾伤者等国际人道法规则：无论是对纪律良好的武装部队还是有组织的武装团体而言，上述这些都是毫无争议的。魔鬼通常都潜藏于细节处，而真正的意见分歧点通常存在于法律解释的边缘，在这些地带，包括国家和暴力极端组织之间的大规模冲突在内的新发展仍在挑战着既有国际法的边界。

寻找共识

当红十字国际委员会的代表就武装冲突中或武装冲突之外的武力使用与国家武装部队进行秘密对话时，他们经常会遭遇到语言上的障碍。法律和保护代表会直接引用《日内瓦公约》、《附加议定书》、武装冲突习惯法、ICCPR等国际人权法条约，以及《联合国关于使用武力和枪支的基本原则》等软法文件。他们会强调武装冲突各方可以使用的那种武力（敌对行动框架）和武装部队在其他暴力情势下所使用的武力（执法框架）之间的界限。在相关情况下，他们会在国际性和非国际性武装冲突之间划出明确的界线，以保证合适的法律得到适用。他们还保证武装冲突法所包含的人道保护被纳入考

29 参见《第一附加议定书》，第51条第5款第2项及第57条第2款第2项。

30 See Robin Geiss, “The Principle of Proportionality: ‘Force Protection’ as a Military Advantage”, *Israel Law Review*, Vol. 45, No. 1, 2012, pp. 71–89; Michael Schmitt, “Fault Lines in the Law of Attack”, in *Essays on Law and War at the Fault Lines*, TMC Asser Press, The Hague, 2012, pp. 296–297.

31 同上。

量，而不考虑规制主权者在国际关系中诉诸武力的那一法律框架，即诉诸战争权。

他们在军队中服务的法律同仁们也很熟悉构成这些框架之基础的条约，但他们基本上会将其看作对军事行动并无直接影响的法律的初级渊源。在军队的架构中，相关条约和习惯法会经由规范、行动命令、以及交战规则而在战略、行动和战术的层面被纳入考量。对于职业武装部队来说，法律被看作是被容许之行为的外部边界，而其自己的内部指令大多数时候都是由国家政策所限制的，他们认为这会远远小于法律的边界。在实际的军事行动中，法律官员的首要任务是解释行动命令，并对指挥官所实施的交战规则发展出专业的了解，保证其遵守该国的国际义务——但关注的焦点是交战规则本身。在多国行动的情况下，指挥官的计划经常会受各派遣国的交战规则规定影响，这些国家不仅各有不同的条约义务和理解，而且对于行动中甘冒风险也有不同程度的政治意愿。³²尽管存在如此复杂的问题，作战指挥官及其法律顾问还必须保证交战规则简单易懂，不会使得士兵们产生不确定感。因此，条约和习惯法在计划和执行行动的层面主要是发挥一种背景性的作用——也有一些例外，比如《日内瓦第三公约》项下关于战俘待遇的详细规定。³³因此，接下来的部分将试图跨越关于军事行动术语鸿沟，而同时也将强调法律论点中最困难的一些问题。

交战规则与国际法的协调

虽然相关国际法必须贯穿于军事政策、规范和训练之中，但对于军事行动中的武力使用而言，交战规则才是会带来最直接后果的。各国的交战规则各不相同，但它们也正日益趋向一致，而且有一些共同的基础性准则。³⁴它们是关于在针对人或物的军事行动中可以使用何种及何种程度之武

32 See Martin Zwanenburg, “International Humanitarian Law Interoperability in Multinational Operations”, *International Review of the Red Cross* Vol. 95, No. 891, 2013, pp. 681–705.

33 前注2.

34 See Alan Cole, Phillip Drew, Rob McLaughlin and Dennis Mandsager, *Rules of Engagement Handbook*, International Institute of Humanitarian Law, Sanremo, November 2009.

器的命令，通常附属于一项在特定责任区域内覆盖了海、陆、空军事行动全体的行动命令。它们受限于政策和国际法，但主要是由指挥官的作战要求所主导的。一般来说，它们会基于两种基础授权针对人员³⁵的武力使用：行为和身份。³⁶基于行为的交战规则是以自卫为前提的，适用于各种程度的军事行动，且通常反映着国际人权法中“执法”或“非战斗行动”武力使用的原则。基于身份的交战规则仅适用于武装冲突中的敌对行动。将相关国际法纳入这些种类的武力是一项艰巨的任务，从根本上挑战了包括部队安全在内的军事行动特权和平民保护之间的平衡。

基于身份的交战规则

确定有组织武装团体成员的身份

基于身份的交战规则是为武装冲突情形制订的，针对冲突相对方作战部队的成员，它授权可以在初次诉诸武力时即使用致命武力。以军事必要的要求为限，该种授权不受该种作战部队的行为所限；事实上，如同正规武装部队的士兵一样，非国家交战方武装力量的成员即使不在实际敌对行动的区域附近、即使在攻击当时并未携带武器，也仍然可以被攻击。³⁷这种交战规则与规制敌对行动的武装冲突法之间并无矛盾，后者认可针对军事目标的攻击，并要求其遵守区分、比例和预防原则，同时禁止造成不必要的伤害。³⁸

在实践中，基于身份的交战规则中最具争议性的问题是确定有组织武装团体——或者以交战规则的语言来说的话，即经宣布的敌对交战方成员的身份。因为不存在法律上确定的正式成员身份标准，关于敌对方可以针对谁进行攻击，一直以来都是由相对宽松的标准所规制的，且作战指挥官对此有着极大的解释自由度。因此也就难怪红十字国际委员会的《解释性指南》中关

35 本文不讨论针对物体的武力使用。

36 这种对于武力的一般性分类可以被分为更小的种类：为了自卫和保护他人而使用武力，完成任务，武装冲突中的目标选择，与财产相关的行动等等。参见上注，附件B。

37 见下文“针对通常为合法之目标使用武力的限制”一节。如果战斗员已经退出战斗，则不能被攻击。医疗和宗教人员也不能被攻击。

38 参见《第一附加议定书》，第48-58条。

于以职能标准判断有组织武装团体成员身份的内容富有争议性，因为它建议采用一种更为明确的框架来做出决定，而以前这种决定是专属于政策和指挥官自由裁量范畴的。³⁹由于遍布全球的非国际武装冲突、现代战场上平民和作战部队越来越多地相互混合，以及在该问题上缺乏指南，非常需要有理性的标准，以保持武装冲突法下的区分原则得到尊重。⁴⁰

红十字国际委员会就有组织武装团体事实上的成员身份所提出的判断标准是该人的持续作战职责，该人持续性地加入一个有组织的武装团体，这就与跟平民直接参加敌对行动相关的仅仅暂时丧失保护相区别。⁴¹这种职责的永久性可以是明显表现出来的，比如通过制服或特殊标志、或是为该团体公开携带武器来表现；它也可以是通过其他决定性的行为来表现，比如在某些情形下重复性地为了支持该团体而直接参加敌对行动，而这些情形可以表明这种行为构成了持续性的职责。⁴²因此，成员身份不是特别明显的那些情况就需要进行艰难的分析，分析该人在该有组织的武装团体中的职责是否确实是持续性的，还有其是否满足了直接参加敌对行动的三个累加性的要件：最低限度的损害、与该损害的直接因果关系，以及与冲突的联系。⁴³

对红十字国际委员会成员身份判断方法的批评还认为持续作战职责的标准给实际作战的士兵造成了复杂性和不确定性，从而有损部队的安全。⁴⁴但这种复杂性是确定成员身份本来就有的，显然在红十字国际委员会《解释性指南》之前就存在了。事实上，对于有组织的武装团体不存在一个正式的加入，这是现代战争的一个客观事实。正如科恩和扬科斯所言：“这一（持续作战职责）标准提供了一个符合逻辑且可操作的方法，（在非国际性武装冲突

39 红十字国际委员会《解释性指南》，前注25，第32-36页。

40 See Dr. Jakob Kellenberger's Foreword to *ibid.*, pp. 4-7.

41 同上，第24，31-32页。从这一角度而言，需要指出“经宣布的敌对交战方”这一交战规则中的术语必须被定义为武装冲突一方的作战部队，而不包括其平民组成部分（这可能包括其政治领导、平民雇员及其他），无论该部队是属于国家或非国家交战方。本文对“有组织的武装团体”这一术语的使用仅指武装冲突非国家参与方的武装力量。

42 同上，第35页。

43 同上，第2章。

44 See, for example, Kenneth Watkin, “Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Interpretive Guidance”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 662-664.

中) 启动基于身份的攻击权。”⁴⁵此外，很重要的一点在于我们不能忽视这样一个事实，即在个人和集体自卫的情况下，士兵永远都有权针对迫在眉睫的致命威胁使用致命武力。⁴⁶只有当攻击部队想要针对成员身份并不明显的个人主动使用致命武力时(而这肯定是少数情况)，决定有组织武装团体成员身份这一问题的复杂性才会显现出来，而从本质上来说，又只有当不存在针对友军的迫在眉睫的生命威胁时——也即个人或集体自卫不适用时，才会有做出这种决定的必要。这种性质的有意攻击并不会是基于一个轻率的决定，通常都是先要召集一个目标选择会议，来讨论所计划的攻击及其他作战问题。还需要指出的一个重点是，在有组织武装团体的成员中有一名或多名平民，包括支持该团体却不满足持续作战职责的平民，并不必然意味着这些组织成员也应免于攻击。相反，如果攻击所预期的附带损害与所预期的军事利益相比不为过分的话，那么随同这些部队的平民就构成针对武装团体成员之攻击的合法的附带损害。⁴⁷

还有批评认为红十字国际委员会的有组织武装团体成员的身份标准⁴⁸比就国家武装部队而言所接受的标准要窄——也即，该标准不足以涵盖可被攻击的人员。⁴⁹一位著名学者援引了被征募进正规武装部队的厨师这样一个例子，该名厨师在任何时候都可以被攻击，而冲突中非国家参战方的厨师则是平民，只有在他直接参加敌对行动的时候、而且只能在当时才可以被攻击。

45 Geoff Corn and Chris Jenks, “The Two Sides of the Combatant Coin”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 33, 2011, p. 338. See also Nils Melzer, “Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities”, *New York University Journal of International and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, p. 856; “红十字国际委员会的《解释性指南》并不能、而且也并非试图取代针对特定情境的交战规则，或是作战指挥官的判断。相反的，其目的是提供有用的和一致的概念和原则，基于这些概念和原则需要做出区分和决定，以此来帮助负责计划和实施军事行动的人完成他们的任务。”

46 参见下文“基于行为的交战规则”一节。

47 这就是《第一附加议定书》中所包含的攻击中的比例原则的概念。

48 很重要的一点是，对属于武装冲突中国家参战方的非正规武装部队，适用的是相同的标准。参见红十字国际委员会《解释性指南》，前注25，第25、31页。

49 See Michael Schmitt, “The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 21–24. See also K. Watkin, above note 44.

⁵⁰但是，武装部队所征募的厨师仍然是一名步兵，他受到训练而且配备了武器，在需要的时候可以参加到敌对行动中。⁵¹与此相反，由同一武装部队仅仅为了做饭的目的所雇佣的承包人则会作为平民而受保护，不能受到直接攻击，但他会比大部分的平民都更有可能成为针对军事目标的攻击的合法附带伤亡。同样的，如果一个非国家参战方的厨师同时还在其武装力量中承担持续作战职责，那么他也会因为其职责而在交战规则项下以身份的原因而可以被攻击。

另一方面，这个持续作战职责还受到了相关联合国特别报告员的批评，因为它允许有组织武装团体事实上的成员“无论何时何地”均可成为攻击的目标，而《第一附加议定书》的条约语言只有在某人直接参加时才“在直接参加敌对行动时”限制对平民的保护——也即该标准走得太远了。⁵²值得指出的是，有组织武装团体成员身份的问题一直都有很多争议。红十字国际委员会的《解释性指南》并没有制造这个问题，而是基于军事必要和人道原则之间的平衡，为个人的成员身份判断提供了一个以实践为导向的标准。⁵³

有组织武装团体成员身份的确定极大地依赖于精准的情报。通常会会有一个目标选择委员会来做出在武装冲突情况下谁可以被故意攻击的决定，该委员会会制订一个联合优先效应名单 (Joint Prioritized Effects List , JPEL) 或类似的工具。某一特定人员是否可以被列入这一名单不可避免地受到既有情报的影响，而且不是基于100%的确定性。但武装冲突法并不要求确定性——其要求的是在计划和执行攻击时采取所有可能的预防措施，以保证计划攻击的目标确实是合法的。事实上，攻击方必须推翻计划的攻击目标受到平民保护这样一个假定。⁵⁴红十字国际委员会《解释性指南》为了帮助这一艰难的分析而提出的是一些标准，它们定义了在有组织武装团体中发挥间接的、支持战争作用的人和那些被合理地认为是该团体武装力量成员的人之间的区别。

50 M. Schmitt, above note 49, p. 23.

51 N. Melzer, above note 45, p. 852.

52 Report of the Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, pp. 20–21.

53 N. Melzer, above note 45, pp. 837–855.

54 参见《第一附加议定书》，第50条第1款，第二句话。

基于行为的交战规则

定义国际法下的自卫

与基于身份的交战规则不同，基于行为的交战规则反映了士兵固有的自卫权，这通常是指针对敌对行为或已经表现出来的敌对意图而使用武力。⁵⁵个人或集体自卫中可以使用的武力体现了在任何情况下均可适用的一个保护盾，从和平到武装冲突情势均可适用，国际法下再没有比之更强的武力措施了。如果不谈军事术语的话，武装部队行使自卫权在国际人权法中也有清楚的规定，而且针对敌对行为或敌对意图而被授权使用的武力必须受到特定的限制。该法仅允许与所受到的威胁成比例地、渐进地使用必要的武力，且只有当为了保护自己或他人不受迫在眉睫的死亡或严重伤害威胁的情况下，方可使用致命武力。这一标准来自于ICCPR的核心，⁵⁶即生命权，并在《联合国关于使用武力和枪支的基本原则》这一被广为接受的软法文件中得到了阐述。⁵⁷但是，虽然联合国人权事务委员会和国际法庭都接受了国际人权法的域外适用，但仍有少数国家认为ICCPR的唯一目的在于规制政府与在其本国领土上之个人的关系。⁵⁸因此，在远征作战的情况下，这些国家所依据的是规制个人自卫权的、较为模糊的一般法律原则。⁵⁹不同的法律渊源可能会在红十字国际委员会与政府之间的对话中造成争议点，比如在已经表现出来的敌对意图的情况下，需要何种程度的损害紧迫性才能使用致命武力。交战规则对紧迫性的定义通常都是保密信息，这就使得这种对话变得更加困难。

55 关于敌对行为和敌对意图这两个概念含意的讨论，参见A. Cole et al., above note 34, Part II.

56 ICCPR, 前注3, 第6条。

57 前注5。

58 UN Human Rights Committee, ICCPR General Comment 31, “The Nature of the General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant”, UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add.13, 29 March 2004, para. 10.关于美国所持的与此相反的观点的概述，以及对此观点的批评，参见Beth Van Schaack, “The United States’ Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now is the Time for Change”, *International Law Studies*, Vol. 20, No. 90, 2014.

59 UN Charter, Art. 38. See Terry Gill, Carl Marchand, Hans Boddens Hosang and Paul Ducheine, General Report for the 19th Congress of the International Society for Military Law and the Law of War, Quebec City, 1–4 May 2012, Parts 4, 5, 6. See also Gloria Gaggioli (ed.), Expert Meeting: The Use of Force in Armed Conflicts – Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, Geneva, October 2013, pp. 11–12.

武装冲突中的“执法”？

即使是在正在进行的武装冲突中，武装部队也会执行不构成敌对行动的一部分、而又涉及武力使用的任务，这会带来法律上的困惑。这些任务经常被称为执法任务，⁶⁰虽然它们并不是由传统上的执法机关所执行的，而且也并不必然旨在执行其所在国的国内法（因此或许称之为“非战斗行动”会精确一些）。事实上，它们可能会发生在其所在国国内法的适用范围之外，有时候是来自于一个部队地位协定。例如，现在部署在地的武装部队很可能设立哨卡、实施封锁和搜查行动，以及使用武力来拘留对其安全构成紧迫威胁的平民。当通常执行这些任务的民事当局缺位的时候，他们有时可能会被叫去在自己的基地附近或是别的地方执行人群或暴乱控制职责。这些行为经常都与正在进行中的武装冲突有着紧密的联系，因此也给那些负责适用相关国际法律框架的人员出了难题：武装冲突法涵盖了这些职能吗，而国际人权法的相关性又如何呢？

在国际法院的核武器咨询意见之后，政府们试图采用一种特别法标准来确定可适用的法律框架，但这已经被证明在实践中是很困难的。⁶¹在决定ICCPR的生命权是否适用于武装冲突中的武力使用时，法院称：

从原则上来说，不被任意剥夺生命的权利在敌对行动中也是适用的。但什么是任意剥夺生命的判断标准，则需要由可适用的特别法，也即为了规制敌对行动而制订的、适用于武装冲突的法律来确定。因此，通过在战争中使用某一特定武器而导致的特定的丧生是否应被认为是违反《公约》第6条的对生命的任意剥夺，只能通过援引适用于武装冲突的法律来决定，而不能从《公约》本身的条文中推知。⁶²

60 这是因为1979年12月17日由联合国大会34/169号决议所通过的《联合国执法人员行为守则》在第1条第1款使用了“执法人员”一词，来描述包括武装部队在内的“所有法律官员……他们执行警察权力，尤其是逮捕和拘禁的权力”。《联合国关于使用武力和火器的基本原则》也采用了同样的术语，见前注5。

61 International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para. 25. See also ICJ, *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Reports 2004, para. 106; and ICJ, *Case Concerning Armed Activity on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports 2005, paras 216–220.

62 ICJ, *Nuclear Weapons*, above note 61, para. 25.

但是，咨询意见并没有明确指出什么样的情形构成“敌对行动”，而在此情形下武装冲突法会优先于国际人权法。可能的因素或许包括事件发生的地点、其与冲突地区的距离远近、使用武力的人以及对该地区军事控制的程度，以确定对于特定的使用武力行为是适用武装冲突法、国际人权法还是二者的某种结合。⁶³

在一次名为“武装冲突中的武力使用：敌对行动范式与执法范式之间的相互影响”的会议上，与会的各种不同职业的专家中大部分都同意“决定某一情形是由敌对行动范式还是执法范式所涵盖的主要（如果不是唯一的）法律标准是可能对其使用武力之对象的身份、职责或行为”。⁶⁴如果这一标准被接受的话，从实践者的角度来说这是一个很有吸引力的标准。当一名士兵对一名并未退出战斗的有组织武装团体成员使用武力，这种情形就被包括在规制敌对行动的武装冲突法下；也即，可以在第一次诉诸武力时即使用致命武力，除非明显不存在使用该种武力的军事必要。⁶⁵当该名士兵针对直接参加敌对行动的平民使用武力，此种情形也是由同样的法律部门来调整。只有当士兵针对没有直接参加敌对行动的一个或一组平民实施武力时，我们才必须诉诸人权法中所包含的执法范式：渐进地使用武力，仅在应对迫在眉睫的生命威胁时方可使用致命武力。⁶⁶

举一个在上述专家研究中分析过的武装冲突的假想案例，代替不堪重负的民事当局被召来平息一次暴力游行的武装部队显然必须根据来自于国际人权法生命权标准的武力使用原则来为该项任务接受训练和装备⁶⁷——也即，他们只能使用盾牌、警棍和胡椒粉喷雾剂这种合适的装备，使用必要的和渐进的武力，这种武力与威胁是成比例的，而且他们必须努力缓和情势。但是，如果武装部队发现有一名敌对的有组织武装部队的成员潜伏在抗议者中，那么规制敌对行动的武装冲突法就会允许他们针对该战斗人员在第一次

63 See for example G. Gaggioli, above note 59, pp. 9–12.

64 同上，第59页。

65 ICRC Interpretive Guidance, above note 25, Recommendation IX.参见下文“针对通常为合法之目标使用武力的限制”一节。

66 参见《联合国关于使用武力和火器的基本原则》，前注5。

67 Ibid. See also G. Gaggioli, above note 59.

诉诸武力时即使用致命武力，但要求该次攻击预期的具体和直接的军事利益要超过可预见的对平民和民用物体的损害，而且采用了包括选择合适的作战手段和方式在内的所有可能的预防措施，以使平民居民免受攻击。在有些情况下这可能意味着对周围的抗议者造成被武装冲突法所接受的、合法的附带损害或死亡，当然最好是通过实施充分的预防措施而避免之。

调整交战规则以适应不断发展中的、对平民直接参加敌对行动的解释

在关于选择攻击目标的法律中必须要解决军事必要原则和人道原则的平衡问题，红十字国际委员会《解释性指南》出版之后的激烈争论为此提供了丰富的视角。但是，这种争论的学术性和时而感性化的特点有些掩盖了《解释性指南》对军事行动中使用武力的实际影响。下文将关注一些最常见的误解，这些误解阻碍了与一些武装部队关于将《解释性指南》纳入作战惯例的更具成效的对话：经常被误解的关于平民保护的“旋转门”概念；针对不直接参加敌对行动或不再参加敌对行动的平民使用武力的可能性；在距离军事目标很近之处工作的平民的情形；还有红十字国际委员会一个争议极大的论点，即法律可能会限制针对通常为合法之目标使用致命的武力。

旋转门，让人晕头转向的现实

关于红十字国际委员会《解释性指南》的一个非常有趣、却可能令人困惑的争论，是有关平民参加敌对行动的所谓“旋转门”现象。这里值得重提一下《第一附加议定书》第51条第3款，这是《解释性指南》的来源，也是被广泛承认的习惯武装冲突法，无论在国际性还是非国际性武装冲突中均对所有的国家有拘束力：⁶⁸

平民除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，应享受本编所给予的保护。（着重号为作者所加）

68 ICRC Customary Law Study, above note 20, Rule 6. See also AP II, Art. 13(3), note 2.

正如这一措辞所表明的，“旋转门”尽管有可能是由红十字国际委员会所命名，却并非是由其所创造的。它是该款的一个直接的后果。“在直接参加敌对行动时”这一用语明白无误地表明平民在实施了直接参加敌对行动的行为之后会重新受到保护——作为一个简单的条约架构问题，条款中包含了这几个词，就是给保护的丧失施加了一个有限的窗口，在这之后就又会重新获得保护。但《解释性指南》同时承认确有军事必要，针对有组织武装团体事实上的成员——也即，那些失去平民身份以及该身份所赋予的保护的人——在第一次诉诸武力时即使用致命武力。对于这种成员，“门”就不再是旋转的、而是紧锁着的了，而且它是不能被解锁的，除非他们可以确定无疑地表现为永久性地脱离了其在该团体中的作战职责，比如通过离开团体或通过长久地转换为非军事职责。⁶⁹

因此，有些人称红十字国际委员会是认为“白天是农民晚上是战士”的人只有在夜晚从事军事活动时才能成为合法目标，这是不准确的。⁷⁰事实上，以红十字国际委员会的理解，为冲突一方承担持续作战职责的农民并不是平民，因而无论白天黑夜都可以成为攻击目标，除非是没有明显的军事必要去攻击他。⁷¹此外，他是每天晚上都实际参加军事行动，还是每周参加一次并不重要——他无论白天还是黑夜都可以成为攻击目标，这是由于他的职责的持续而决定的他的身份，这种职责可能持续数月或数年。应当强调的是，如果一位农民实施了直接参加敌对行动的行为，却并没有在一个既存的有组织团体中拥有职责性的成员身份，则在敌对行动框架下这就不属于基于身份的考量。只要该农民不是长久性地加入，他就不能被认为是属于冲突中非国家一方之有组织武装团体的成员，四个《日内瓦公约》的共同第三条以及被广为接受的塔蒂奇案中定义非国际性武装冲突的标准对这种冲突做了解释。⁷²他直接参加敌对行动的行为——而非普通的犯罪行为——从本质上来

69 ICRC Interpretive Guidance, above note 25, Recommendation VII.

70 See, for example, William Boothby, *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, p. 252.

71 参见下文“针对通常为合法之目标使用武力的限制”一节。

72 See International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadi*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70; and *Prosecutor v. Ramush Haradinaj*, Trial Chamber, Judgment, 29 November 2012, paras. 392–396, 这里对塔蒂奇案中强度和组织性的要求做了阐释。

说就是特地为了支持冲突一方而损害另一方而计划实施的，但只要他的行为是他自己自发的，没有冲突一方同意的因素，而必须要有这一因素才能建立起职责性的成员身份，故而该人仍然是一位平民。⁷³“平民”的定义是指任何不属于有组织的作战部队成员的人，而且该农民根据第51条第3款而丧失保护必然是暂时的。⁷⁴话虽如此，但红十字国际委员会《解释性指南》也承认，作为军事必要而言，该人在准备实施直接参加敌对行动的行为、部署实施、实际执行和执行之后回来的整个过程中都是可以成为攻击目标的。此外，如果一些农民或其他人组成了一个独立的团体，符合了组织性的要求，并与政府军在夜间进行战斗、达到了足够的强度标准而可以被认为是冲突的另一个有组织武装团体参战方，则这些人会因为其身份而可以成为攻击目标，而无论其白天的职业是什么。⁷⁵

对支持某一有组织武装团体的平民使用武力

重申一下，一个有组织武装团体的成员因为其身份而可以成为致命攻击的目标。实施了直接参加敌对行动之行为的平民也可以被直接攻击，但只是由于其行为的职能。在对红十字国际委员会《解释性指南》的一些批评中似乎有一种隐含的误解，即认为它呈现了两种平民——间接参加敌对行动的平民和那些曾经直接参加过的平民——他们有可能给友军造成致命的威胁，却不能被攻击。间接参加的人可能包括军火制造商、贩卖商、厨师、司机、宣传者以及其他并没有直接参加敌对行动但其行为对敌对行动有着不同程度的辅助效果的人。这些批评似乎忽视了两个重要的事实：第一，没有直接参加敌对行动或不再直接参加敌对行动的平民受保护不能被直接攻击，但仍然可以在执法框架下对其使用强制措施，⁷⁶在针对该人造成的迫在眉睫的死亡或严重伤害的威胁而进行的自卫中，这种措施可以包括、且其强度可以达到致命武力的程度；第二，如果该人对国家安全造成紧迫的威胁，那么其也可以

73 ICRC Interpretive Guidance, above note 25, pp. 58–64.

74 Ibid., Recommendation II.

75 参见脚注72所引文献中对武装冲突在武装冲突法项下的定义。

76 参见上文“基于行动的交战规则”一节。

在武装冲突法框架下被拘留并最终被关押。⁷⁷还可以根据所在国的国内法、或在合适的情况下根据域外适用的派遣国的国内法以各种刑事犯罪对该人进行追诉。如果该名平民在什么时候成为了一个有组织武装团体的成员，⁷⁸那么根据武装冲突法他就丧失了对平民的保护而因其身份可以成为攻击目标。在尚未构成敌对行动的情况下对武力的法律限制确实在有的时候给武装部队带来了更高的风险，因为他们不能在一个安全的距离外使用某种武器（比如远程控制飞行器）来杀死一位平民，而必须实施一个战术行动来抓捕该平民。但需要记住的重要一点是，在为了保护生命而确实无法避免的情况下，仍然可以使用致命武力。⁷⁹

间接参加敌对行动的平民：对零伤亡战争的法律挑战

对红十字国际委员会《解释性指南》的另一个严厉的批评是它使得仅仅是间接参加敌对行动的人始终受到保护而不能被直接攻击，即使这些人与作战的手段有直接接触，而这些手段会在短期内被用于击杀国家武装部队。⁸⁰例如，如果一位平民的唯一角色就是制造、贮藏和最终向有组织的武装团体贩卖简易爆炸装置，那么根据红十字国际委员会的解释性标准，该人就不算直接参加敌对行动，因为其行为只是间接地造成了损害。但无论如何，那些作战手段本身——在这一情形下是简易爆炸装置——仍然是正当的军事目标。⁸¹该制造者在离军事目标非常近的地方工作，这使得他更有可能成为针对这些目标之攻击的一个附带的平民伤亡，如果该攻击遵守了包括比例原则和攻击中的预防措施原则在内的规制敌对行动的法律，那么它就会是合法的。事实上，《解释性指南》承认在离武装部队或其他军事目标很近的处所工作的平

77 当然也要遵守程序性的保障。See Jelena Pejic, 'Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, 2005, pp. 375-391.

78 根据红十字国际委员会的观点，以持续作战职责来进行定义。参见红十字国际委员会《解释性指南》，前注25，第32-36页。

79 See BPUFF, above note 5.

80 Michael Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, p. 731.

81 参见《第一附加议定书》，第52条。

民相对于其他平民更容易遭受“军事行动所造成的危险，包括附带死亡和伤害的风险”。⁸²因此，对于那些从政策上就不接受针对军事目标的攻击中哪怕是一例附带平民伤亡的武装部队而言，就《解释性指南》所架构的选择攻击目标的法律来说，他们就将自己置于了一个岌岌可危的境地。他们实际上断绝了攻击对友军造成直接威胁的合法军事目标的一个重要法律手段。

针对通常为合法之目标使用武力的限制？

红十字国际委员会《解释性指南》中真正最具争议性的还是其第九项建议，即“对在直接攻击中使用武力的限制”，该项内容如下：

除国际人道法对具体作战手段和方法所施加的限制外，且在不违背其他可适用的国际法分支所规定的其他限制的前提下，允许对不享有免受直接攻击之保护的人员所使用之武力的性质和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的实际所须的限度。⁸³

这些措辞引发了一场争论，即红十字国际委员会是否是在推动针对合法军事目标的一种最小损害的方式，或“活捉而非杀死”的标准，这实际上动摇了这样一种假定，即针对敌方作战部队和在武装冲突中直接参加敌对行动的平民，是可以在初次诉诸武力时即使用致命武力的。⁸⁴正如多位评论者所认为的，该标准将对人道原则和军事必要原则的某种特定解释提升为了白纸黑字的法律限制。⁸⁵还有人认为该标准在实践中难以适用，它给实

82 红十字国际委员会《解释性指南》，前注25，第38页。

83 同上，第九项建议。

84 Ryan Goodman, “The Power to Kill or Capture Enemy Combatants”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 2013, pp. 818–853. See the responses by Geoff Corn, Laurie Blank, Chris Jenks and Eric Jensen, “Belligerent Targeting and the Invalidity of the Least Harmful Means Rule”, *International Legal Studies*, Vol. 89, 2013; and Michael Schmitt, “Wound, Capture or Kill: A Reply to Ryan Goodman’s ‘The Power to Kill or Capture Enemy Combatants’”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 2013, pp. 855–861.

85 See, for example, M. Schmitt, above note 49. See also W. Hays Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 769–830. See the reply to Parks in N. Melzer, above note 45, pp. 892–913.

践中做出的攻击决定注入了不必要的不确定因素，从而可能会使攻击一方的部队陷入危险。⁸⁶

首先必须强调的是，第九项建议并不是在提议在任何情况下都有无条件的“活捉而非杀死”的义务。以下段落是对该建议最好的概括：

总之，尽管很难要求战斗部队为了活捉有武装的敌人而让自己或平民承担更大的风险，但如果在明显没有必要使用致命武力时杀死敌人或拒绝给予其投降的机会，那将公然挑战基本的人道观念。⁸⁷

基本的推定仍然是针对合法军事目标可以在第一次诉诸武力时即使用致命武力。第九项建议显然是限制了在以下情形下致命武力的使用，即可以在不给友军带来风险的情况下使用非致命战术让一名战士丧失战斗力或离开战场。这种情况的数量很可能是有限的，因为即使是未知的因素也可能代表着危险，比如计划中的攻击目标身上可能携带武器。这一建议只涵盖了极少数的情况，即活捉目标而非杀死他并没有明显的风险。正如最近得到澄清的：

“在红十字国际委员会看来，一个合法的目标在任何时候都可以被杀死，除非显然可以在不给作战部队带来额外风险的情况下活捉之。”⁸⁸

举一个武装冲突的例子，一个没有武装的小孩独自一人坐在前线的作战基地外，每当有军用车队的时候他就打一个电话，通知道路远端的非国家武装部队准备简易爆炸装置，那么他极有可能满足了直接参加敌对行动的要素。在特定情势下，实际情况也可能使得攻击部队得出结论认为他是该有组织武装团体的成员，并承担了持续作战职责。不管是哪种情况，国家武装部队的法律出发点都是在参加敌对行动的相关时间框架中，可以在第一次诉诸武力时即针对该小孩使用致命武力。但是，如果不存在可能有敌方狙击手那种确实威胁的话，则显然并无军事必要在一开始即对该小孩使用致命武力。如果很容易就可以接近并活捉他，那么实践中没有任何一个理智的军事指挥官会下令攻击。除了明显的人道和战略考虑之外，一名活着的犯人对于关押方而言也意味着重要的战术情报来源。此外，在没有军事必要的情况下实施

86 W. Hays Parks, above note 85, p. 810.

87 ICRC Interpretive Guidance, above note 25, p. 82 (emphasis added).

88 G. Gaggioli, above note 59, p. 17.

攻击也可以说是严重违反纪律的行为。从这个角度来看的话，可以认为第九项建议是将武装冲突法中的军事必要原则明确化了，而该原则早已包含在世界通行的军事准则之中。它是否能最终发展成武装冲突法的一个明确的、有拘束力的规则，还将取决于其人道及实际的逻辑是否能最终说服国家，并因此而通过国家实践将其转变为习惯法。

抛开法律争论不谈，如果该标准能被接受的话，就能以一种在作战和战术层面易被掌握的方式教授之。可以训练士兵对合法目标使用致命武力，除非显然没有如此行动的军事必要，至少从该小分队的战术优势点来看并无必要。⁸⁹并不需要多大的创造性就可以将该标准纳入作战惯例——包括政策、规范、行动计划和交战规则——而同时不损害对于部队安全和行动有效性而言至关重要的确定性因素。

交战规则中关于为保护财产而使用武力的规定

在自卫或“与财产相关的行动”的框架下，交战规则经常会允许使用武力来保护财产。⁹⁰以国际法的视角来分析这种交战规则是很重要的。在武装冲突中，敌对武装可以因其身份而攻击一个被明确认定为有组织武装团体成员的人，而无论该战士是否对军事财产造成了实际的或当下的威胁。此外，如果平民威胁军事财产的方式构成了直接参加敌对行动——比如为了削弱武装部队的军事力量而蓄意破坏一个军事车辆的场地——在这样的情形下，也可以在初次诉诸武力时即对该人使用致命武力。⁹¹

但在以下两种情形下，很难调和国际人权法中对武力使用的限制和允许针对给财产（无论是不是“对军事任务至关重要”）造成紧迫威胁的平民使用致命武力的交战规则：即不存在武装冲突的情形，以及存在武装冲突，但该平民的行为不构成直接参加敌对行动。如果国际人权法可适用的话，其武力

89 目前“显然”一词在有责任不服从“显然违法的命令”这一背景下为大部分武装部队所使用。See for example the Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, Art. 19.015, “Lawful Commands and Orders” .

90 A. Cole et al., above note 34, pp. 39–41.

91 除非没有使用该种致命武力的明显军事必要。参见红十字国际委员会《解释性指南》，前注25，第九项建议。

使用标准是明确的，即以致命方式使用武器的情况仅限于为了保护生命而确实无法避免，从而在物体的使用不造成迫在眉睫的死亡或严重伤害威胁的情况下，排除了为保护物体而使用致命武力的可能性。⁹²因此，如果平民并没有试图支持武装冲突的一方而针对另一方，则其对军事财产的威胁（比如试图偷盗补给来获取物质利益）就仍然是一个执法问题。因此，对这样的平民使用致命武力的情形仅限于他们造成了迫在眉睫的生命威胁之时——比如给试图逮捕和拘留他们的士兵造成了生命威胁。

总结：交战规则与国际法的调和

正如前文所展现的，交战规则和国际法的语言是截然不同的。然而将二者加以调和以保证军事行动中的行为符合法律却至关重要。很容易去假定交战规则已经考虑到了所有相关的国际法，因为在其制定过程中已经有很多法律建议了。也很容易去假定法律的新发展，比如关于直接参加敌对行动的最新的学术思考，能够天衣无缝地被纳入交战规则的既存结构之中。但是，需要对交战规则进行解析，以界定基于身份、基于行为以及基于保护财产的规则中受到武装冲突法和国际人权法复杂的交互作用之直接影响的那些方面。此外，交战规则的制定者显然也需要重新审视红十字国际委员会《解释性指南》中为国家所接受的那些方面，以把握其对目标选择之法律的影响。仅仅依据先例来制定交战规则，在今天已经不够了。

结论

关于武装冲突和其他暴力情势中遵守国际法的讨论极少真正涉及军事行为的根源，这很让人吃惊。从其本质上来说，鼓励遵守国际法就是一个分析扣动扳机的士兵之动机的问题。

研究显示士兵对于其职业任务只有极小的自由度，无论他参加了多少的武装冲突法讲授课程，或是公民社会在改变他对国际法的看法方面有多么成

⁹² See BPUFF, above note 5, para. 9.

功。在军事行动中，他归根结底就是他所接受的命令的一个仆人，他仅有的自由度也只是去质疑那些最令人发指的指令，而这正是武装部队所希望创造的局面。因此，希望军队能更好地守法的政府和公民社会需要调整其工作，以影响那些命令的来源：战略性政策、规范、课堂教育、实战训练、标准作战程序，甚至包括在军官之间传递的不成文的实践指南——进入到士兵的指挥链条中的作战决策过程、并最终进入士兵扣动扳机这一有意识行为的所有机制。在武装部队充满戒意的军事行动的世界里与其进行交流是困难的，因此这并不是一件轻而易举的事。但武装部队以纪律来自我约束，而要说服他们遵守国际法实质上是一个纪律问题则通常并不太难。

正如本文所论证的，对于军队使用武力的指挥和控制方面最直接的机制就是作战命令及其附属的交战规则，而二者与国际法通常都并无整体的和明显的连结。因此当红十字国际委员会与作战指挥官就军事行动对平民居民造成的人道后果进行秘密对话时，二者是从截然不同的利益点出发的。他们必须首先在可适用的国际法律框架问题上达成一致，或是表达出各自的不同意见，然后逐渐解决法律上的不同理解，并牢记贯穿于规制军事行动的整个法律部门的军事必要和人道这两个相互争竞的原则。在这整个讨论过程中，他们都必须承认国际法和交战规则的语言从根本上就是不同的。只有实现了这种观点和术语的调和，关于相关国际法之适用的实质性讨论才能开始。

最近的一些讨论极为显著地呈现了军事必要原则和人道原则之间的冲突点，这些讨论围绕着有组织武装团体成员身份的界定、平民直接参加敌对行动的概念，以及执法和敌对行动法律框架之间的分野而展开。这些领域的重要法律进展还没有被完全纳入主流的交战规则，据称是由于它们的复杂性以及由此而给士兵带来的不确定性。但是，在士兵们的安全直接受到威胁的情况下，在基于行为的交战规则方面受过良好训练的士兵是不会有法律上的不确定的，而在某些初次诉诸武力即可使用致命武力的情况下的不确定性则并非是由晚近的法律发展所导致的。相反，这些法律发展提供了一个合理的框架，可以基于此而制定交战规则，以应对现代战争所固有的现实复杂性。