

人道法与人道行动视角下的 不对称战争

托尼·普凡纳 著 / 李强* 译

摘要

交战方相互之间越来越不平等,地位平等原则对他们已不再适用。战争中的不对称涉及很多方面。在军事上处于弱势的一方试图借助非法的战争手段以战胜对手。对互惠的期待,作为尊重法律的一个基本动因,经常是一种错觉并且被背信弃义的行为所取代:秘密行动替代了公开战斗;“特殊规则”被制定出来以适应“特殊情况”。反对国际恐怖主义的斗争似乎构成了这类战争的典型。不过,1949年《日内瓦公约》的共同第3条明文规定的“最基本的人道考虑”是构成对所有当事方(即使是不平等和不对称的)具有普遍拘束力的规则,它适用于武装冲突的任何情形。此外,对人道组织的袭击已经表明人道救济可能与交战方的利益相悖,甚至更糟的情况是,对人道工作者的袭击可能就是他们计划的一部分。人道工作者必须注意到这些事实并要调整他们的工作方法以便能够仅仅基于武装暴力受难者的需要而继续向其提供公平的援助。

对纽约世贸中心和华盛顿五角大楼的袭击彻底改变了地缘政治结构。这也对红十字国际委员会构成了挑战,并对该委员会遍及全球领域

* 托尼·普凡纳(Tony Pfanner),《红十字国际评论》执行主编。

** 中国人民大学法学院2006级国际法博士研究生。

的活动的特殊性质产生了影响。

2001年9月11日的灾难性事件主要反映了红十字国际委员会在全世界许多冲突地区的工作中所面临的一种情况,即不对称战争。从电视的实况转播中可以看到,几个仅仅手持小刀的人狠狠地羞辱了这个配备着世界上最尖端武器的唯一超级大国,几乎在一眨眼的工夫就杀死了数千人,它真实地反映出美国和整个西方世界的脆弱。

2004年下半年针对俄罗斯的一系列恐怖袭击给俄罗斯人带来的痛苦经历就像9·11袭击带给美国人的一样。车臣的自杀式袭击者在北奥塞梯共和国的别斯兰市劫持人质以及接踵而来的屠杀证明在军事上处于弱勢的反对者想改变武装对抗的方式,由于这是一次发生在边缘交战地带的残忍行为,所以它可能把其他地区也拖进暴力的漩涡。

本文的研究主要是关于不对称战争的现象。在不对称战争中,交战方是不平等的,地位平等原则也不再适用。交战方具有完全不同的目的,并且采用不同的手段和方法来实施他们的战术和策略。

上述的恐怖袭击不过是不对称战争中一个不寻常的、具有划时代意义的变化。尽管它极端残酷,但试图通过散播恐怖的方式来达到政治目的的恐怖暴力活动不是什么新鲜事。自杀炸弹在所有的战争中都曾经被使用过。国家和个人都曾诉诸恐怖行为,这种行为经常引发战争,甚至在处于和平时期的国家也有恐怖行为。

一个新的现象?

《圣经·旧约》¹记述了(以色列)国王扫罗(Saul)的军队,惧怕同强大的、似乎不可战胜的非利士人(Philistine)军队战斗,这支军队拥有强大的巨人,扫罗的军队不可能打败他们。没有士兵愿意面对非利士战士——巨人歌利亚(Goliath),但年轻的牧羊人大卫(David)接受了挑战。他竖起投石器,将一块浑圆的巨石投掷到了巨人的前额上,歌利亚轰然

(1) Old Testament, The story of David and Goliath, 1 Samuel, Chapters 16 - 18.

倒地。大卫跑过去,从剑鞘中抽出巨人的剑,将他刺死并割下了他的头颅,于是非利士士兵便在恐惧中逃跑了。

这个圣经故事表明不对称战争早已存在。交战方之间的平等性受到质疑,一个平民——一个年青人——参加战斗,用斩首这一令人震撼的行为将恐惧(在敌军中)散布开来,最后赢得了胜利。不对称战争赞同某些行为,但与大卫和歌利亚的故事相反的是,明显处于弱势的一方未必会赢得战斗,处于弱势的一方赢得整个战争的情况则更少。

当今,和过去不同的新的因素是恐怖行为已成为不对称战争一个不可或缺的部分。^{〔 2 〕} 在一些极端的例子中,如同“基地”组织那样,这种类型的行动已经成为主要的战争策略。它有三个显著的特征。首先,传统的军队与合法的战斗方法明显不赞同诸如劫持客机的行为以及袭击民用目标和平民的背信弃义行为。其次,这一策略未来的目的很可能是使用被禁止的武器,换句话说就是生物和化学武器,造成大量人员死亡,使对方遭受非军事的、主要是经济上的损害。^{〔 3 〕} 最后,这一恐怖行为策略不再局限于特定的领土内,它在任何地方、任何时候都将实施。

不对称战争的基本目的就是要通过研究对手军事力量,发现并充分利用其弱点。处于弱势的一方意识到,尤其是在现代社会,打击“软目标”可以造成最大损害。因此,平民目标经常取代军事目标(成为被袭击的对象)。

联合国和人道组织都没有逃过此劫:在巴格达,2005年8月针对联合国总部和2003年10月底针对红十字国际委员会办公室的有预谋的炸弹袭击表明,它们也成为“软肋”的一部分,同时验证了丘吉尔关于“软肋”的名言。^{〔 4 〕}

〔 2 〕 See Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*, 6th ed., Rowohlt Verlag, Reinbeck bei Hamburg, 2003, pp. 63 ff.

〔 3 〕 See Walter Laqueur, *Krieg dem Westen. Terrorismus im 21. Jahrhundert*. Propyläen-Verlag, Berlin 2003.

〔 4 〕 在卡萨布兰卡会议(Casablanca Conference)(1943年1月14日~24日)上,温斯顿·丘吉尔和西奥多·罗斯福决定继续在地中海采取行动,直到将德国人和意大利人赶出北非为止。这一决定非常符合丘吉尔优先进攻“轴心国的薄弱部位”(under-belly of the Axis),而不是在1943年通过西北欧直接进入德国的战略。[丘吉尔的这一观点经常被引为“轴心国的软肋”(the soft under-belly of the Axis)。]

这些空前的袭击使得我们很有必要分析一下它们产生的环境。为此,我尝试概述一下不对称战争对国际人道法和红十字国际委员会的活动所产生的影响。

不对称战争

从某种意义上说,所有的战争都是不对称的,因为不可能存在完全对等的交战方。不对称战争可能在不同的层面上产生,也可能采取不同的形式。比如在行动层面(包括诡计、隐秘行动、背信弃义、恐怖主义等)、军事策略层面(游击战、大规模报复、闪电战等)和政治策略层面(道德或宗教战争、文化冲突)。^[5] 不同的形式包括力量、手段、方法、组织、价值和时间上的不对称。^[6]

“对称战争”一语通常被理解为军事实力相当的国家之间典型的武装冲突。^[7] 发生在 18 和 19 世纪的战争中(例如在威斯特伐利亚和会

[5] See Steven Metz, “ La guerre asym étrique et l’avenir de l’Occident ”, *Politique étrang ère*, 1/2003, pp. 26 - 40, p. 30 .

[6] Metz, *ibid.*, pp. 31 - 33 .

[7] 关于冷战后美国政策辩论中军事事务改革(RMA)的思想,请参考一系列有关不对称战争的文章: *Asymmetric Warfare (RMA Debate in Project on Defense Alternatives)*, available online at: <http://www.comw.org/ma/fulltext/asymmetric.html> (visited on 6 July 2004)。在关于这个问题丰富的文献中特别要参考 Roger W . Barnett, *Asymmetric Warfare: Today’s Challenge to US Military Power*, Brassey’s Inc., Virginia, 2003; Barth élemy Couromont and Darko Ribnikar, *Les guerres asym étriques*, Presse Universitaire de France, Paris, 2002; Jacques Baud, *La Guerre asym étrique ou la d éfaite du vainqueur*, Ed. du Rocher, Paris, 2003; Anthony H. Cordesman, *Terrorism, Asymmetric Warfare, and Weapons of Mass Destruction; Defending the U.S. Homeland*, Praeger, Westport, 2002; *The Four Thrusts Meet Asymmetric Threat*, Attack Database, Achieve Interoperability, Revitalize Work Force, Defense Intelligence Agency, Washington, 2001, available online at: <http://www.dia.mil/This/Fourthrusts/index.html> (visited on 6 July 2004); *The First War of the 21st Century: Asymmetric Hostilities and the Norms of Conduct*, Strategic and Defence Studies Centre, Working Paper No. 364, Australian National University, Canberra, 2001; Paul Rogers, *Political Violence and Asymmetric Warfare*, Brookings Institution, Washington, 2001, available online at: <http://www.brook.edu/dybdocroot/fp/projects/europe/forumpapers/rogers.html> (visited on 6 July 2004); Josef Schr fl and Thomas Pankratz (eds), *Asymmetrische Kriegf ührung - ein neues Ph nom en der Internationalen Politik?* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003; Laurent Muraviec, *La guerre au XX le si ècle*, Paris 2001; Pierre Conesa (éd.), “ La s écurit é internationale sans les E tats ”, *Revue internationale et strat égique*, No. 51, Autumn 2003.

之后),实力相当的政府军队进行对抗,在公开的战役中相互战斗,然而这些战争已经被认为过时了,因为20世纪的战争变得越来越复杂,越来越不对等。此外,现在的大多数战争都是国内性质的,尽管它们经常包含国际性的因素。战争多种多样,冲突的类型不同,进行战争的方式也各不相同。

国际性战争

国家之间的对称战争是有风险的,要事先预见哪一方将会获胜也不可能,并且取胜的成本通常会超过预期利益。近似于这种类型的冲突已经变得稀少了,例如阿根廷和英国之间关于福克兰群岛(阿根廷称为“马尔维纳斯群岛”)的战争,20世纪80年代的两伊战争或者就在世纪之交发生的厄立特里亚和埃塞俄比亚之间的冲突。危险的情况——像有核国家印度和巴基斯坦上演的那样——提醒人们潜在的具有毁灭性的对称性仍然存在于战略层面。然而即使这样,如果需要并且完全有可能赢的话,就会投入大量的资源来尽力创造不对称战争。

国际性的武装冲突通常都是不对称的。当一个军事大国(现在这一措辞尤其适用于美国)进行战争时,不对称实际上已经不可避免,因为它的对手不会有这么好的军事装备。^[8] 90年代初的海湾战争就是这样的例子。既然伊拉克无法避免公开地军事对抗,它就必然会被美国领导的多国部队彻底击败。

在新的伊拉克战争中敌对行为的许多方面都是不对称的明显例证。当军事力量强大的一方想通过大规模的使用武力在战场上取得迅速、决

[8] 甚至中国的军事官员也正试图为发展中国家(尤其是中国)推荐在高技术战争中如何来弥补相对于美国来说的军事劣势的策略。参见 Qiao/Liang/Wang/Xiangsui, *Unrestricted Warfare*, Beijing, 1999 (cited in Herfried Münkler, *op. cit.* (note 2), p. 276, in footnote 21)。同样的问题也可以参见 Arthur Bruzzone, “A symmetrical warfare cuts both ways”, *American Daily*, 3 January 2004, available on line at: <http://www.americandaily.com/article/1837> (visited on 6 July 2004)。

定性的胜利时,意识到对手军事优势的弱势一方则会避免公开的对抗,因为这种公开的对抗必然会导致其部队被彻底歼灭或击溃。相反,弱势一方会倾向于使用非常规的手段和方法以及对装备精良的敌军进行地下消耗战,以拖延武装冲突时间的方式来弥补其军备的不足。〔 9 〕

经常诉诸恐怖行为的目的是为了在电视荧屏上以及在强大国家的本土发动战争,而不是在战场上。弱势一方的武器,即被认为是背信弃义和不正当的令人震惊的恐怖袭击和恐怖行为,使得较弱的对手可以通过袭击军事大国“软肋”的方式进行一场攻击性战争。

对红十字国际委员会的袭击表明,弱势一方即使对中立的救济组织也毫不怜悯。这种侵害行为的目的与其说是为了阻止人道行动,不如说是恐吓和发动野蛮战争,在这样的战争中,中立组织也没有享有任何特权。

对平民聚居区的任意袭击也表明,与游击战相比,那些需要为这些爆炸事件负责的人不需要平民的支持也能继续他们的斗争。

为了抵消笨重的军事装备带来的相对劣势,军力更为强大的一方也试图采纳不对称战略以及非常规的手段和方法。

在这种不对称战争中,平民和战斗员的分界线被有意识地模糊了,有时还会被彻底抹掉。在最近的伊拉克战争中,伊拉克军队在敌人的强大力量面前完全被打败。甚至在战争的早期阶段,伊拉克军队就不想将自己暴露在炮火之下。由于这个原因,伊拉克军人非法地混入平民人口当中并且脱掉了他们的制服,由此导致了对战争法最重要原则的质疑,即如何来对战斗员和平民加以区分。

国内战争

不对称通常存在于国内性武装冲突当中,这是因为在大多数情况下

〔 9 〕 See also “ A symmetric Warfare ”, The USS Cole, and the Intifada, The Estimate, Vol. X II, Number 22, 3 November 2000, available at <http://www.theestimate.com/public/110300.html> (visited on 30 January 2005).

都是政府和非政府武装团体之间进行的武装冲突。这种类型的冲突在红十字国际委员会工作的大多数地区都可以发现,在这种冲突中,交战双方及其装备之间的不平等与其说是例外不如说是常见的现象。在车臣^[10](俄联邦)、亚齐(印度尼西亚)、达尔富尔(苏丹)以及其他许多非洲地区的冲突都属于这种类型。

冲突环境改变了,尤其是自冷战以及美国和前苏联各自支持的对手之间的“代理人战争”结束以后,政府一方通常组织相当完善、并且比反叛团体拥有更为强大的火力,尽管如此,政府仍然无法保持对整个国家的控制,也不能压制住敌对的武装团体。另一方面,反叛团体则倾向于诉诸上述提到的国际性不对称战争中所采用的手段,特别是对游击战略而言,战斗员融入平民人口当中,叛乱分子仅仅通过他们从事暴力活动的事实显露其战斗员身份。

具有讽刺意义的是,在战争法几乎被忽略的国内战争中,反而有一定程度的对称性。在法律、秩序和政府机构被部分或全部破坏的国家中,战争在有组织的武装团体之间频繁发生。索马里就是这样的例子,这是一个没有政府的国家,90年代初的冲突有时完全陷入无政府状态,其他时候遵守的则是古老的部落规则。

在非洲许多地区,战争私有化现象有了显著的增长,例如在塞拉利昂和利比里亚,但是同样的现象在阿富汗、车臣、缅甸和哥伦比亚也可以看到。这种战争与其说是受政治驱使还不如说是受经济驱使的。^[11] 战争成了交战方的企业。战争的动机是经济上的,并且还和有组织的犯罪

[10] Ivan Safranchuk, Chechnya: Russia's Experience of Asymmetrical Warfare, available online at <http://www.saag.org/papers7/paper619.html> (visited on 6 July 2004).

[11] 保罗·科利尔(Paul Collier)和汉克·霍华(Hanke Hofer)在《内战中的贪欲和苦难》(Greeds and Grievances in Civil War, 2001, published in Oxford Economic Papers, Vol. 56, 2004, pp. 563 - 595)一书中分析了作为内战两个主要动机的贪欲和苦难之间的区别。苦难方面(包括不平等、没有政治权利、种族或宗教分隔)。众所周知,大量的政治学研究都涉及这个问题。在保罗·科利尔和汉克·霍华对1960至1999年间内战的调查统计中,他们发现关于贪欲的说法(获取资金,包括敲诈勒索自然资源的机会,也包括其他因素,例如地理学)比苦难更有说服力,经济生存能力似乎是对叛乱最权威的解释。

相联系,非法贸易和毒品运输甚至经常会使战争变成更加赚钱的生意。此外,许多武装冲突还超越了国界。

跨国战争和国际恐怖主义

私人战争经常和新型的跨国暴力、尤其是和不以获得军事胜利为目标的国际恐怖主义相联系,它主要是以政治上的破坏或通过破坏资产的方式击败敌人,目的是使得开采资源变得不安全或者迫使投资者从变得日益危险的地区撤走。

这样的战争很特殊。它们是不对称的,因为它们是面对着国家强大军事组织的一群具有不同联系程度但想法稍有类似的武装人员。国家一方和非国家的武装团体一方采用的手段和方法有很大不同。公开的武装战斗几乎不会爆发,因为允许事情发展到这样一种状态就明显不符合非国家的武装团体的战略利益——它会输。相反,令人震惊的恐怖的和背信弃义的孤立行为——这种行为经常会遭到伴随着镇压措施的秘密行动的反击——替代了持续的敌对行为。行动地点经常改变,因为袭击可以在任何时候、任何国家发生。受到地理限制的战场已不再存在。这种战争超越了国界,尽管它并不是两个国家之间的战争。世界范围内的恐怖组织支持者的网络是秘密的,它神秘地隐藏着。

这种恐怖组织还不像传统的游击队,它甚至在战略上不依赖于人民的支持、默许或其他方式的支援,因为它许多行为都是在对手的腹地极其秘密地进行。对抗这种团体的斗争与其说是让人回想起典型的战争,不如说是让人回想起了打击有组织犯罪的战斗。

像“基地”这样的恐怖组织在第一次实施了血腥暗杀之后,没有人立刻联想到“战争”,也没有将发生在不同国家的袭击联系在一起。^[2]

[12] See in particular The 9 - 11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, official government edition, available online at <http://www.gpoaccess.gov/911/> (visited on 27 July 2004) (The 9 - 11 Commission Report), especially Chapter 2 (“The foundations of new terrorism”), pp. 48 - 70.

从地缘政治和战略的角度来说,尽管它们不一定合法,但人们可以认为战争状态的存在,因为在全球展开行动的恐怖组织通过其暴力行为的范围和影响是能够威胁和动摇世界秩序的基础。可能使用能夺去成千上万人生命的大规模杀伤性武器,既是一种战略,也是一种犯罪。^[3] 联合国安理会断定 2001 年的 9·11 事件构成了威胁世界和平的武力攻击,因此暗示了类似于战争的状态的存在。^[4]

此外,无论是对世界贸易中心和五角大楼的袭击者,还是遭遇袭击的美国,都谈到了战争并且也是这样理解的。双方都有敌意,都意图在自己和对手之间创造战争状态。美国国家委员会断言存在一场正在进行的战争,认为从根本上说这不是一项犯罪阴谋。^[5]

从“基地”组织到“基地”主义

跨国战争和国际恐怖主义的特征之一就是它们行为的不可预期性,一般来说,要分清这些敌对行为的开始和结束很困难。只有当个别的暴力行为构成了一系列由一个结构严密的组织发动的大规模袭击的一部

[13] 在关于“对美国的威胁”的年度报告中,波特·高斯(Porter Goss),中情局局长,在对参议院情报委员会报告时认为:“‘基地’或其他团体尝试使用化学、生物、放射性武器或核武器是迟早的事。”《国际先驱论坛报》(International Herald Tribune),2005 年 2 月 17 日。

[14] 参见联合国安理会 2001 年 9 月 28 日的 1373 号决议,UN Doc. S/RES/1373 (2001); Christopher Greenwood, War, Terrorism, and International Law, pp. 505 - 530, in: Current Legal Problems 2003 Volume 56, February 2004, agreeing with the resolution (pp. 516 - 518)。这种主张也可从影响的角度(即“严重性”、“重要程度”的角度)提出,就像国际法院在“尼加拉瓜境内的军事与准军事行动案”(尼加拉瓜诉美国)中所采纳的那样(Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States.), Merits, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 195)。对非国家行为者的袭击也可以引起《联合国宪章》下的自卫权,但是不能创造法律意义上国家之间的战争(Jordan J. Paust, “Use of armed force against terrorists in Afghanistan, Iraq and beyond”, Cornell International Law Journal, Vol. 35, No. 3, 2002, sections 534 - 539)。

[15] “将这一斗争称为战争,将准确地描绘美国及其盟友利用武装部队在战场上发现并消灭恐怖组织及其同伙的行为,特别是在阿富汗。战争的语言也会使人想起全国动员”(The 9 - 11 Commission Report (footnote 12), p. 363)。

分时才能被称作武装冲突。^[6] 在对美国纽约和华盛顿的袭击之前,“基地”就已经是一个结构严密的组织了。按照美国“9·11调查委员会”的话来说,它是“一个有着明确的立场、任务和资金,自上而下、等级森严的团体”。^[7]“基地”组织当然地受到了9·11之后反恐措施的影响,然而它可能只是被分散开或被迫转入地下、而并非被打败。在阿富汗和伊拉克的武装冲突之后以及在反恐措施的框架内,“基地”组织活动的基地越来越难以维持。许多“基地”组织的头目被捕或者行动受到限制,金融交易被封锁,通讯受到监视。

“基地”的结构不仅仅是一个中央集权的组织,它鼓励自下而上的主动性和分权。这个组织发动一场全球“圣战”,试图促使个人和基层团体或现存的世界性的团体加入它的“正义战争”并将其区域性的“圣战”定义为全球斗争的一部分。一些团体,例如阿尔及利亚的“萨拉夫宣教与战斗组织”就公开声称是“基地”组织的一部分。在穆斯林或非穆斯林国家,为了哈里发降临而秘密进行斗争的基层团体是受“基地”组织资助的并且/或者在世界的各个角落发动骇人听闻的恐怖袭击是在基地组织的掩护下进行的,这些地方包括美国、印度尼西亚、肯尼亚、突尼斯、巴基斯坦、土耳其、西班牙、沙特阿拉伯和俄罗斯,这里提到的还仅仅是最广为人知的例子。伊拉克已经成为伊斯兰恐怖主义的前方。甚至一些单枪匹马的武装分子也声称是在奥萨马·本·拉登及其组织的

[16] 《日内瓦公约第二附加议定书》(适用于非国际性武装冲突)第1条第2款明确规定,“孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”不是武装冲突”。确定人道法开始适用的困难,也适用于其他许多情形。国际性武装冲突中的秘密行动,根据《日内瓦公约》共同第3条很难被归因于国际性武装冲突或非国际性武装冲突中的国家,冲突当事方组织上的等级可能随时变化,几乎不存在一个简单的结果表明敌对行为的开始或结束。

[17] 《9·11调查委员会的报告》(The 9-11 Commission Report, (footnote 12), p. 67)认为:“大多数核心成员宣誓效忠(或 bayat)本·拉登。其他成员则忠于本·拉登或其目标,并且接受其分派的任务。”也可参见第55页(关于招募新的信徒)和第145页及以后(关于有魄力的“基地”组织)。德国人班德斯克里纳拉默特(Bundeskriminalamt)估计大约有70,000名战士在阿富汗的“基地”组织训练营里接受教育和训练(cf. Case against Munir al-Motassadeq, cf. Reuters, 4 January 2005)。

领导下活动的。^{〔 8〕}

在阿富汗建立的“基地”组织是一个例外情形，它并不具有领土方面的背景。而今，它的支持者遍布世界并试图隐藏在民众当中以通过谨慎的有针对性的行动，打击军事力量更为强大的对手。

然而，大多数伊斯兰好战团体仍然具有领土观念，它们的行动是在其国家取代世俗制度并建立一个基于伊斯兰教义的国家为目标。事实上，当今世界的大多数冲突，包括那些在阿拉伯和穆斯林国家发生的，都有其自己的本源，可以追溯至所谓的“全球反恐战争”之前非常久远的年代。然而许多冲突目前呈现出的全球性只是补充而不是取代其地域性和历史性。受“基地”组织新范例影响的巴勒斯坦人对以色列平民进行的自杀式袭击以及俄罗斯别斯兰劫持人质事件都以悲剧告终，这表明，殉教行动试图造成大规模的平民伤亡。

另一方面，国家经常将叛乱描绘为恐怖分子的阴谋的一部分，很容易将所有的对手都贴上恐怖分子的标签。此外，“全球反恐战争”暗示国际社会作为一个整体正处于类似战争的状态。从这个角度来看，在由国家组成的国际社会与诉诸恐怖手段的跨国和地区组织形成的网络之间正在发生全球性的对抗。民族主义的武装反抗团体被视为或被描绘成一个更广泛的网络的一部分，该网络给人以扩大潜在威胁的印象，并且这个网络也估计到他们的活动会遭受严厉的镇压。

不同类型的战争和暴力的混合

在最近的大多数战争中，参与者的联合与融合在不断变化着，它们在各种类型战争令人迷惑的混杂中相互合作。现阶段伊拉克的敌对行动在国际范围内（为我们）提供了一个典型的事例，地区激进主义分子

〔18〕 例如，在伊拉克领导“统一圣战组织”的约旦人阿布·穆萨卜·扎卡维就宣誓效忠奥萨马·本·拉登和“基地”组织（Reuters, Iraq-Phantom Zarqawi in marriage of infamy with bin Laden, 18 October 2004）。

为了追求各自不同的利益而加入同一武装团体。从伊拉克警察所作的调查来看,在许多针对美国目标的汽车炸弹袭击中,可能是由萨达姆·侯赛因的支持者来挑选每一个目标,与“基地”组织相关的团体根据在非洲和沙特阿拉伯的自杀炸弹袭击经验来精心策划这些行动,而阿拉伯社会复兴党则负责财政和后勤保障并获取车辆、武器和炸药,接着由准备实施自杀袭击的雇佣兵或阿拉伯“圣战者”具体执行。^[9] 伊拉克战争中什叶派不断卷入冲突也显示出,这已经很复杂的暴力行动可能还产生了其他变化。

不对称战争和国际人道法

不对称战争既不符合克劳塞维茨(Clausewitz)关于发生在两个基本对等的当事方之间的战争概念,也不符合国际人道法的传统战争概念。当代战争法能否经受住不对称战争的挑战是有争议的。如果国家之间的战争即将消失,那些为国家设计的国际法规范也将可能会变成一纸空文。考虑到当今战争日益私有化而提出的一个更基本的考虑因素是,被明确规定于《威斯特伐利亚和约》(Peace of Westphalia)(目的是结束17世纪战争的私有化)中的基于国家的模式是否还未失去其实用性。在一个更适度的层面上,我将试图来比较某些国际人道法的基本原则,其中与战争有关的条款——“战争法”正沿着当前的战争趋势又一次被频繁地适用。

[19] 美国中央情报局局长乔治·特内特(George Tenet)2004年4月证实,好战的圣战组织至少在68个国家(2001年为40个)活动,并在伊拉克从事他们所谓的“圣战”,参见<http://fp.c.state.gov/fpc/31428.htm> (visited on 15 November 2004)。根据《经济学人》(The Economist) [2004年7月8日,引自艾德南·卡瑞姆(Adnan Karim)]的报道,大约有36个不同的逊尼派团体与伊斯兰民众联盟组织(Islamic Popular Alliance,简称Salafis)、萨菲斯教徒(Suffis)、穆斯林兄弟会或者部落酋长结盟,有6个什叶派反叛团体在伊拉克活动。

战争合法性的不对称

国际法主要是以一个区分为前提,即发动战争的理由和战争本身的区分。这种区分在中世纪晚期开始出现,它同时产生法律的两个领域,即“战争权”——诉诸战争的权利和“战争法”——规范战争行为的法律。今天这种区分仍旧是一个关键和决定性的因素,没有它就不可能确保尊重国际人道法。^[0]

《联合国宪章》和国际习惯法^[1]制定了一系列基本问题的规则。当前,关于在阿富汗行使自卫权(2001)的合法性以及在联合国安理会授权的情况下对伊拉克使用武力(2003)的合法性的争论仍旧言犹在耳。^[2]

现实地说,交战方相互之间越不平等,诉诸武力的合法性也就变得越不对称。一方的法律声誉越高,它就越要诉诸合法的理由以证明其使

[20] See Fran ois Bugnion, “ Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire ”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847, September 2002, pp. 523 - 546.

[21] 参见国际法院“尼加拉瓜案”(实质问题),见前注14,第73段。

[22] See e. g. Madeleine K. Albright, “ United Nations ”, *Foreign Policy*, September/October 2003, pp. 16 - 24; Mats Berdal, “ The UN Security Council: Ineffective but indispensable ”, *Survival: The IISS Quarterly*, Vol. 45 No. 2, Summer 2003, pp. 7 - 30; Michael Bothe, “ Terrorism and the legality of pre-emptive force ”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 227 - 240; Terry D. Gill, “ The eleventh of September and the right of self-defense ”, in: W ybo P. Here (ed.), *Terrorism and the Military, International Legal Implications*, TMC Asser Press, The Hague, 2003, pp. 23 - 37; Christopher Greenwood, “ War, terrorism and international law ”, *op. cit.*, pp. 515 - 523; Albrecht Randelzhofer, “ Article 51 ”, in: Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 802; Abraham Sofaer, “ On the necessity of pre-emption ”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 209 - 226; Philippe Sands, “ Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules ”, Penguin 2005; Michael N. Schmitt, “ Deconstructing October 7th: A case study in the lawfulness of counterterrorist military operations ”, in: *Terrorism and International Law, Challenges and Responses*, International Institute of Humanitarian Law, and George C. Marshall, European Center for Security Studies, 2003, pp. 39 - 49; Shashi Tharoor, “ Why America still needs the United Nations ”, *Foreign Affairs*, September/October 2003.

用武力的正当性。安理会常任理事国在决定诉诸武力的合法性方面拥有比其他国家更大的权力。在国内性的武装冲突中,国家会否认其国内团体具有从事武装斗争的权力并断言只有国家机构才拥有对人使用武力的垄断权。因此,军力强大的一方使用武力的特权通常会被承认。

但同时,“正义战争”的概念正在重新回来,它还得到了道德方面的支持。^[3] 弱势一方将会寻求法律之外的合法性并声称它有发动战争的道德或宗教上的动机,因此也加入到“正义战争”的讨论当中。征兆就是“十字军”和“圣战”的概念总是被使用。

然而,武装冲突法的规则应当适用于任何性质的武装冲突,无论该武装冲突合法与否。^[4] 明确区分发动战争的理由和规范战争行为的规则的目的就是为了避免允许任何交战方以法律的、道德的或宗教的理由蔑视(国际社会)一致同意的最基本的人道规则并发动不择手段的战争以达到它所认为的最高目标。

交战方合法性的不对称

直到现在,卢梭—波塔利斯主义(Rousseau-Portalis doctrine)仍然支配着战争法。受到卢梭的著作《社会契约论》(Du Contrat Social)精神的影响,该主义主张“(战争)不是……人和人之间的关系,而是国家和国家之间的关系。”^[5]

发动战争是国家的主权权利这一思想几乎遍及所有和战争有关的国际条约。国家之间的关系必然依赖于它们之间的平等。原则上,对手承认它们之间的相似性,并且这种承认形成了潜在对手们已经制定并采

[23] See for example Michael Novak, *Asymmetrical Warfare & Just War: A Moral Obligation*, February 2003, available online at < <http://nationalreview.com/novak/novak021003.asp> > (visited on 6 July 2004).

[24] 参见 1977 年的《1949 年日内瓦公约第一附加议定书》序言第 5 段。

[25] Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, translated by Christopher Betts, Oxford University Press, Oxford and New York, 1994, Book I, ch. IV, p. 51 (original French edition, *Du Contrat Social*, 1762).

纳的当代有关战争的国际法规则的基础。

尽管在国家相互之间的战争中对手必然被视为拥有合法性和正当性,但在国内性质的武装冲突中,尤其是在恐怖“战争”中,非国家的一方就不被认为具有这些合法性和正当的属性。所以,关于非国际性武装冲突的国际人道法规则就碰上一个非常难以解决的事实:对于这些规则的遵守同冲突各方的法律地位之间的关系。^[6]

非国家一方获得政治上的、甚至法律上的正当性的期望是其表面上尊重国际人道法的动机之一。国内战争中主要的非政府团体,如南非的“非洲人国民大会”(ANC)、土耳其的“库尔德工人党”(PKK)、安哥拉的“安盟”(全称是“安哥拉彻底独立全国联盟”)(UNITA)、阿富汗的“伊斯兰圣战者”(Mujahedin)或者尼泊尔的“平派武装”(Maoist),均单方面承诺它们将遵守国际人道法;前南斯拉夫的冲突各方也在多边协定中作此承诺。交战方对遵守法律数不清的保证——甚至就在像2003年发生在利比里亚的那样的战争中——经常与现实形成鲜明对照,在许多情况下这些保证仅仅是为了变得“受人尊重”。

红十字国际委员会必须抓住这些机会来改善战争受难者的境遇,努力保证这些承诺不仅仅停留在口头上。尤其在战争快结束时,当双方都开始变得疲惫,这样的承诺能够并且可以扫清通往和平谈判以及非国家一方合法化的道路上的障碍。

交战方之间越不平等,他们就越不愿意合法地对待他们的对手。被界定为“恐怖分子”的团体可能就因为被否定其任何合法性并且会被视为罪犯。对手不被认为是平等的;“不文明”、“罪犯”或“恐怖分子”等称呼表明不惜任何代价否定其平等性。其成员将被视为歹徒并会被残酷地折磨,如果必要的话就会使用非常规的或者非法的手段。

规定于《日内瓦公约》共同第三条的与非国际性的武装冲突有关的国际人道法原则扩展适用于战争的非国家一方很容易被误解为是试图将它们合法化。然而公约的规定纯粹是出于人道考虑。它规定武装冲

[26] 参见1949年《日内瓦公约》第3条第4款。

突的所有参战方必须区分参与敌对行动的人以及没有或不再参与的人,后者必须被人道地对待,尤其是他们不能受到虐待、作为人质或草率地被宣判或执行。伤病者必须得到照顾。

国际人道法适用中利益的不对称

国际人道法规则的落实依赖于人道和军事利益之间的平衡。^{〔7〕} 为了防止参战方陷入以消灭敌人作为最终结局而不择手段的战争,战争手段和方法的选择是受到限制的。尤其是对没有或不再参与敌对行动的人,例如平民、伤员或被俘的士兵必须应给予人道待遇。

人道和军事利益并不必然是冲突的。毫无疑问,优待战俘并期待敌人对自己也如此做是符合每个军队的利益。同样地,限制攻击不设防的城镇以便使己方的平民人口也不必遭受类似的命运也是明智的。如同大多数法规一样,规则既来源于习惯法,也来源于对这种实践应该具有法律拘束力的确信。因为这个原因,许多国际人道法的规则的制定就得照顾到交战方各自最大的利益,所以他们应当真正渴望遵守这些规则。同时,对手被期待拥有相同的基本利益。包含在保护战争受难者的《日内瓦公约》中的习惯法和条约法都是由这些一致的利益发展而来的。

在政治关系中的互惠也相当重要,甚至国际人道法的大部分规则都依赖于对互惠的期待。^{〔8〕} 在国际性的武装冲突中,这被反映在例如传统的武装部队的定义方面以及要求其成员战斗时尊重战争法和习惯方

〔27〕 关于自由和安全之间的平衡,参见 Michael Ignatieff, *The Lesser Evil Political Ethics in an age of Terror*, Princeton University Press 2004 and Philip B. Heymann, Juliette N. Kayyem, Long-Term Legal Strategy Project for Preserving Security and Democratic Freedoms in the War on Terrorism, National Memorial Institute for the Prevention of Terrorism (MIPT), December 2004, <http://www.mipt.org/Long-Term-Legal-Strategy.asp> (visited on 30 January 2005).

〔28〕 然而,禁止援引互惠原则来主张不履行国际人道法下的义务。

面。^{〔9〕} 因此可以假设敌人,也就是说敌方武装部队的成员,以相同或至少相似的方式行动。用劳特帕赫特(Lauterpacht)的话来说,“不可能看到这样的敌对行为,一方受战争规则约束但不从中获益,而另一方从中获益却不用遵守它们”。^{〔10〕}

与古代的决斗或比赛有相似之处并不是偶然的,在这类决斗或比赛中,双方都有赢或生存下来的平等的机会。在战斗中相伴而生的骑士精神事实上仍是许多国际人道法规则的要求。

然而,在不对称战争中,对互惠的期待基本破灭,骑士精神也频繁地被背信弃义的行为所取代。^{〔11〕}

武装部队之间公开的对抗被尽量避免,而且一般来说不会再发生。非法使用受保护标志和制服的伪装平民践踏了另一方的信任。准确地说,自杀炸弹袭击者不期待互惠。在国际恐怖主义极端的事例中,“基地”组织从来没有承诺要遵守战争法,相反还拒绝遵守。在2002年公开发表的奥萨马·本·拉登《给美国的信》中,他宣称美国人民没能抓住机会通过民主手段改变政策并且还纳税资助在巴勒斯坦的镇压政策以及对海湾地区阿拉伯国家的占领,所以他们也犯了罪。“美国军队是美国人民的一部分……美国人民将他们的男男女女送到美国的军队中服役并来攻击我们。这就是为什么在美国人和犹太人对我们犯的所有罪行中,美国人民不是无辜的。阿拉,全能的主,给予我们进行报复的许可

〔29〕 参见1949年《日内瓦第三公约》第4.A.2(d)条,也可参见Toni Pfanner,“Military uniforms and the law of war”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, March 2004, p. 109.

〔30〕 Hersch Lauterpacht, *The Limits of Operation of the Laws of War*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 30 (1953), p. 212.

〔31〕 尤其对于“海牙法体系”来说,这是有拘束力的。参见W. Michael Reisman, “Aftershocks: Reflections on the implications of September 11”, *Yale Human Rights & Development Law Journal*, Vol. 6, 2003, p. 97: “海牙法体系默示的道德规范是冲突应当对称而且不据此战斗的敌手无权享有战争法的保护”。

和选择……无论是谁杀害我们的百姓,我们也就有权杀死他们。〔2〕这里不仅没有对战斗员和平民作最基本的区分,而且它还被系统地用于将对手置于不利地位的特别目的。

在这些事例中,另外一方开始感觉到:如果不让自己受到战争法的约束也可能会获得更大的利益。在国际性的武装冲突中,首先就反映在拒绝给予战俘地位方面,而这作为一项原则,是指提供给武装部队成员的豁免,使其免于因参加敌对行为而受到起诉。尽管这个问题对所有在“关塔那摩”被拒绝给予这样地位的被拘留者来说极端重要,然而还没有实施详细的审查来确定诸如塔利班武装部队成员的地位问题。直到最近美国最高法院做出关于“哈姆迪案”(Hamdi case)〔3〕的决定,国防部才签署了一个“建立战斗员地位复审法庭的命令”。〔4〕然而,一位联邦法官认为特别审判不符合《日内瓦公约》,是非法的。〔5〕

不仅被俘人员的地位引起争论,而且政府部队的成员在对抗那些不遵守法律或者没有考虑过要受到任何法律规则约束的对手的战争中也

〔32〕 参见《奥萨马·本·拉登给美国人民的信》(A letter from Osama bin Laden to the American people)。这封信于2002年11月17日第一次出现在阿拉伯的互联网上,随后被翻译成英文。网址是 <http://observer.guardian.co.uk/worldview/story/0,11581,845725,00.html> (2004年7月6日访问)。

〔33〕 U.S. Supreme Court, Hamdi v. Rumsfeld 124 S. Ct. 2633 (28 June 2004), available online <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/28june20041215/www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf> (visited on 15 November 2004) and Jenny S. Martinez, Hamdi v. Rumsfeld, American Journal of International Law, Vol. 98 No. 4, October 2004, pp. 782 - 788. See also the Supreme Courts decision Rasul v. Bush 124 S. Ct. 2686 (28 June 2004) (cf. David L. Sloss, American Journal of International Law, Vol. 98 No. 4, October 2004, pp. 788 - 798).

〔34〕 See <http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040707-0992.html> (visited on 15 November 2004).

〔35〕 联邦法院的法官裁决,在关塔那摩美国海军基地为审判被拘留者而建立的军事委员会不符合《日内瓦公约》,应当停止,“除非并且直到一个适格的法庭确定申请者无权享有《日内瓦公约》第4条提供给战俘的保护……”,参见 Hamdan v. Rumsfeld, Civil Action No. 04-1519, U.S. District Court, District of Columbia, 8 November 2004, available at <http://www.dcd.uscourts.gov/04-1519.pdf> (visited on 15 November 2004)。根据《华盛顿邮报》(Washington Post) (2004年9月)的报道,军事官员们根据裁决暂停了委员会的活动。行政部门宣布它将向上级法院请求紧急中止并撤销该裁决。

认为自己受到了不适当地束缚。^[6] 为了取得战场上的平等,作战能力更强的一方同样试图诉诸非常规战争和秘密行动。^[7]

如果冲突一方不像另一方那样遵守战争法规则的话,不对称可以真正使战争对不遵守规则的这一方处于不利地位。至少可以有这样的设想,使用酷刑是为了获取有关对手及其目的的信息,故意将其杀死比审判来得更快更容易,并可以将所谓的平民恐怖分子消灭掉;同样,沉重的军事打击(同时也不分青红皂白地攻击了平民人口)不仅消灭了战斗员,还消灭了他们的家庭和其他可能的同情者,这同样可以削弱叛乱团体的士气。^[8]

但不论其起源和发展为何,现在大多数国际人道法的规则因为其基本的人道特征是对武装冲突的所有参与方有拘束力的规定。19世纪的文明成就之一就是法律规则由以前纯粹的功利主义转向对与互惠无关的最起码的人道考虑的需求。

国际人道法中禁止互惠,正如《维也纳条约法公约》规定的那样,它就是根源于这种思维方式。^[9] 这在实践中意味着对酷刑的回应不能是酷刑,对恐怖袭击也不能以同样方式回应,不能对平民人口进行血腥袭击。尽管如此,互惠的痕迹仍存在于现在的人道法,这其中就包括禁止

[36] 作为例子可参见戴维·B·瑞肯有关战争法的论文:Lee A. Casey and Darin R. Bartram, available at <http://www.fed-soc.org/lawsofwar> (visited on 15 November 2004), Alan Dershowitz, "The laws of war weren't written for this war", *Wall Street Journal*, 12 February 2004.

[37] 例如一个新的组织,即“战略支持部”,它秘密运作并在国防部长的直接控制之下;该组织配备了由移民官、语言学家、讯问专家和技术专家构成的小团队,同时被授权为特别行动部队(cf. "The Secret Unit Expands Rumfeld's Domain", *Washington Post*, 23 January 2005)。新的特别行动组的建立已得到五角大楼发言人劳伦斯·迪莱塔(Lawrence D. Rita)(负责国防部情报工作)的确认,2005年1月23日,比较<http://www.defenselink.mil/releases/2005/nr20050123-2000.html> (visited on 30 January 2005)。关于反恐,也可参见Jonathan Stevenson, *Counter-terrorism: Containment and Beyond*, Adelphi Paper 367, International Institute for Strategic Studies, 2004.

[38] See e.g. Anthony Dworkin, *Law and the campaign against terrorism: The view from the Pentagon*, 16 December 2002, <http://www.crimelink.org/print/onnews/pentagon-print.html> (visited on 6 July 2004).

[39] 1969年《维也纳条约法公约》第60条第5款。

对平民或平民人口的报复还未被完全接受成为习惯法。

对冲突的不对称方普遍有效的规则

在众所周知的“尼加拉瓜案”的判决^[40]中,国际法院强调了远离互惠的法律发展趋势,法院认为包含在《日内瓦公约》共同第三条(适用于国内冲突)中的概念,是一个适用于武装冲突所有情况的“袖珍型公约”(mini convention),同时也把“最基本的人道考虑”界定为国际人道法的原则。而适用于国际性冲突的详细规则一般被认为构成了强行法,对冲突的所有参与方都有拘束力。

对红十字国际委员会而言,当遇到不对称战争时,这些有拘束力的人道规则和原则是非常重要的,因为它们针对互惠提供了一个选择,并认为:在这种情况下,互惠只会使事态恶化,而不是变好,并且没有人感觉有任何遵守规则以外的义务。

人道法已经为这种发展设置了内在的机制,人道、军事和安全利益之间的平衡在公约中已被规定并还限制了发动战争的权力。尤其是,对国家安全的威胁不能被用来当作破坏为处理偶发事件而创立的规则的借口。

在国家之间的战争中,甚至在地位不平等的武装冲突当中,有关战争的规则和对受难者的一般性保护仍然是为当代战争威胁中的事件能提供解决答案的规则。在一个或相同的战场上,上述类型战争对法律专家来说没有比找到单一的解决方法变得更容易。在最近阿富汗和伊拉克的国际性战争中,国际的、国内的、私人的和跨国的武装对抗经常同时

[40] 国际法院尼加拉瓜诉美国一案(实质问题),见前注14,第218段。“1949年8月12日的4个《日内瓦公约》共同第3条规定了适用于非国际性武装冲突的某些规则。毫无疑问,在国际性武装冲突的情况下,除了适用于国际性武装冲突的更详细的规则之外,这些规则也构成了最起码的准则;按照国际法院的意见,这些规则反映了国际法院在1949年所宣称的“最基本的人道考虑”(国际法院,科孚海峡案(实质问题),国际法院报告(ICJ Reports)(1949),第22页;第215段以上)。国际法院再次确认了这一规则,也可参见2004年7月9日关于“在巴勒斯坦被占领土上修建隔离墙的法律后果”的咨询意见,第157段。

发生。即便如此,它们都要遵守不同的法律规则。

适用范围的限制

在国内性的武装冲突中,我们必须尝试通过确定国际人道法适用的基本范围的方式来寻找解决方法。国际人道法仅仅适用于冲突发生在“武装团体”之间的时候。这就假设要有一定数量的组织。^{〔1〕} 如果适用范围以一种相对有限制的方式来解释并且冲突各方或多或少是平等的或对称的,战争法就能提供实际的解决方式。反之,那些公约的规则就会变得理想化,如果每一个可能的暴力行为都要遵守武装冲突法,那大多数规则都会被违反。

当然,如果一方绝对不能或不愿意遵守战争法基本规则,那战争法当然就不能产生什么效果。这是因为适用规则一定要有先决条件(必须是一个有组织的武装团体,从而能够在机制上强制性地遵守)。另外,如果当事方的实际上做的是系统地违反国际人道法规则,就会消除平民和战斗员之间基本的区分。但从条约法规则来假设,一方如果不同意条约的基本目标和宗旨,就不会加入这个条约。

国际人道法的适用范围不应该过宽。从战略和地缘政治的角度来说,即便当某些行为根据其范围和性质可能被视为战争行为时,这些行为也不必然就是武装冲突法意义上的“武装冲突”。^{〔2〕} 国际恐怖主义行为尤其如此,它没有明显的开端,也无法预见结局,它在世界范围内发

〔41〕 前南斯拉夫国际刑事法庭(ICTY)将“武装冲突”定义为:“国家之间诉诸武力或政府当局与有组织的武装集团之间或一国内部武装集团之间长期的武装暴力行为”。Prosecutor v. Tadic, No. IT - 94 - 1, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

〔42〕 Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed., Manchester University Press, Manchester, 1999, p. 70. See also Kenneth Roth, “The law of war in the war on terror, Washington’s abuse of enemy combatants”, *Foreign Affairs*, January/February 2004, p. 2; Gabor Rona, “Interesting times for international humanitarian law: Challenges from the ‘war on terror’”, *Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, 2003, p. 57.

生,并伴随着对任何一方行为的责任归属的争议,会导致整个世界在任何时候都不确定地是否处于战争的阴影之下。“从战争法的角度谈恐怖主义战争,就是歪曲战争法的整个含义和目的,就是试图使其适用于它们从来也没打算适用的情况。”^[3]

武装冲突法的内容可能会为大多数明显的不对称战争中发生的事情提供了一些答案。但这仅仅是部分的答案,如果把它们作为整体的答复可能就是错误的。通过精心挑选的策略,有时部分的答案就是滥用的诱因,尤其是因为问题尚未作为一个整体被处理时。^[4]

因此,国际人道法不得不审慎地在滥用、误用或在无关性之间寻找平衡,既因为它不能适用于当今许多不对称的武装冲突,也因为它和交战方所理解的利益不一致。尤其是在世界各地所实施的恐怖主义行为是一种犯罪行为,它不属于武装冲突的情形,所以应当适用国内法和国际人权法。^[5]那是其主要依赖的法律框架。另一方面,国际人道法继续为国际和国内的武装冲突提供合适的法律规则,这些冲突仍然构成当今战争的大多数的情况。^[6]

不对称战争中的人道行动

战争期间,红十字国际委员会不仅关注对国际人道法的遵守,而且

[43] Christopher Greenwood, *op. cit.* (footnote 14), p. 529 .

[44] See also Anthea Roberts, *Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11*, *European Journal of International Law*, Vol. 15, September 2004, pp. 742.

[45] See Marco Sassòli, *Use and Abuse of the Laws of War in the “ War on Terror ”*, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. XXII No. 2, Summer 2004, pp. 195 - 221, and Kenneth Watkin, “ Controlling the use of force: A role for human rights norms in contemporary armed conflict ”, *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 1, January 2004, pp. 1 - 34.

[46] 红十字国际委员会对于相关问题的看法,参见红十字国际委员会提交给第 28 届国际红十字和红新月大会关于“国际人道法和当代武装冲突的挑战”(*International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts*) 的报告(published in *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, March 2004, pp. 213 - 244)。

主要的是保护和帮助在武装冲突的情况下的受难者。^{〔7〕} 正如在战斗中所表现出来的那样,必须审慎观察战争的不同目的和形式,以便能获得接近受难者的许可并尽可能有效地进行人道活动。

不对称战争的多样性使得原来利用与特定的战争形式相联系的方法来处理所有问题变得不再可能。很明显,那些与国际人道法有关并同红十字国际委员会活动紧密联系的承诺仍然有效。某些类似于战争状态的新情况几乎没有被国际人道法涉及的事实本身,并不意味着这个机构就一定没有用处。

红十字国际委员会的使命是尽可能地帮助和保护战争受难者以及类似暴力行为的受难者。该组织尤其要正视不对称战争表现出来的人道方面的意义,即不分青红皂白的攻击、甚至平民作为袭击的目标以及在武装冲突的情况下对被拘留人的尊严和人格的威胁。“最基本的人道考虑”必须得到尊重并成为即使在最糟糕的情况下也要遵守的法律准则。

红十字国际委员会要判定是否在不对称战争中它也可以按照规范人道救济的基本原则执行那些任务,这是很关键的。据此,委员会的斡旋对所有敌对行动的受难者都必须是公正和不歧视的。全球化对战争中的人道行动起到一定的帮助作用,所以对风险和潜在的危险能实施一定的控制,并且为了受难者的利益,应保持通讯方面的畅通并争取人道空间。对当地情势的分析必须同地区和全球层面的更广泛的分析紧密配合,这因此也印证了一句格言:“全球思考,地方行动”。^{〔8〕}

〔47〕 See Toni Pfanner, *Le rôle du CICR dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Law in Humanitarian Crises, Official Publications of the European Communities, 1995, Vol. I, pp. 177 - 248.

〔48〕 See Jean-Luc Blondel, *La globalisation : approche du phénomène et ses incidences sur l'action humanitaire*, International Review of the Red Cross, Vol. 86 No. 855, Septembre 2004, p. 502.

同所有参战方建立联系的必要性和困难

为了能接近战争受难者,红十字国际委员会必须要和不同的交战方进行谈判。尽管《日内瓦公约》赋予红十字国际委员会在国际性武装冲突中进行某些活动的权利,^[9]例如探视战俘,但在实践中它不得不事先获得相关当事方的同意。

尽管和确定的政府机构建立联系相对容易,但要接近非政府实体就很难。事实上,一些人甚至怀疑在这种情况下红十字国际委员会不得不和被取缔的组织或者“犯罪”组织保持对话。红十字国际委员会可能会被阻止同反叛团体联系,因为这种联系可能会被认为是某种形式的承认。然而,如果进行阻止,阻止的通常是政府一方,那么至少是在人道事务上就等于放弃了同反叛者开启对话或达成谅解的机会。在更紧密的联系能在冲突地区建立起来之前,这种联系经常是通过间接的方式或通过中间人来寻求建立起来的。

随着日益的不对称,合法性和正当性的缺乏使得建立联系更加困难。^[0] 如果某些团体被归类为明显的犯罪者并且没有从事武装冲突的任何权利,例如像在“反恐战争”中那样的情形,同恐怖分子建立联系就不仅是非法的,而且还会危及代表团的安全。然而,同所有参与者保持联系都是必要的,以便能在这类地区展开行动。通过和同情者一般的、

[49] 尤其参见 1949 年《日内瓦第三公约》第 126 条(探视战俘)和《日内瓦第四公约》第 143 条(探视平民被拘留者)。

[50] See Kenneth Anderson, Humanitarian Inviolability in Crisis: The meaning of Impartiality and Neutrality for U.N. and Agencies Following the 2003 - 2004 Afghanistan and Iraq Conflicts, Harvard Human Rights Journal, Vol. 17 (2004), pp. 41 - 74, 尤其与被界定为恐怖组织的团体进行联系有关。虽然还没有取得和平或和解,但是“艰难地赢得的实践经验”强调这样的联系(pp. 63 - 66)。同诸如“基地”这样的组织谈判或至少整合它,这种可能性的策略由海尔穆斯·福斯凯勒尔(Helmuth Fallschell)在 Soll man mit al Qaida verhandeln? Anmerkungen zu einem Tabu 一文中提出, available online at <http://www.freitag.de/2003/07/03071601.php> (visited on 6 July 2004); see also Bruno S. Frei, Dealing with Terrorism — Stick or Carrot, Edward Elgar, Cheltenham (UK) and Northampton (USA) 2004.

公开的联系或谨慎的联络,红十字国际委员会至多能获得间接的传闻,因为被怀疑的犯罪者一般都会将自己隐藏起来。只有在他们被抓获时,红十字国际委员会才可能频繁地接近他们,换句话说,就是利用探视战俘的时候。

在不对称的情形下,红十字国际委员会还不得不凭借间接的联络和不完全的信息来猜测它是否获得了交战方的同意,并且可以相当安全地接近敌对行动的受难者。如果没有最低限度的保证,委员会不可能执行人道行动并接近受难者。^[1] 由于人道行动本身的特性,人道救济不能违背其意志强加于交战方,除非人道组织本身变成了战争机器的一部分。

人道行动与战争目的相悖

人道组织能够提供帮助和保护,但这些帮助和保护只有在符合交战方的目的或至少与它们的目的不相冲突的情况下才可能实现。就像上面已经提到的,首先应得到依据法律和事实的同意。当这样的行动不符合当事方宣称的或者真实的意图时,交战方大多数都会拒绝。对代表的谋杀和对代表团的掠夺相当清楚地表明了同意并不存在或者至少已被冲突一方撤回,当然这是最糟糕的情况。这种悲剧的实例就是 2002 年在刚果东部 6 名红十字国际委员会的职员被谋杀。

在一场不择手段的战争中或在一场基于种族或宗教理由、目的要将敌人驱逐或灭绝的“身份战争”中,人道行动很难成功。当从事人道行动的代表们被视为“软目标”并变成袭击的对象时,情况就会变得更加危险,在伊拉克发生的情况就是这样。在这种情况下,即使是人道组织也会被视为敌方平民。

[51] P ierre K r ehnb ühl, The ICRC s approach to contemporary security challenges: A future for independent and neutral humanitarian action, International Review of the Red Cross, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 505 - 514, in particular p. 508.

人道行动中的交战利益

军力强大的一方同意红十字国际委员会的保护行动经常与互惠无关,也并不必然取决于它。被攻击当事者的群体是自己的国民和国际社会。需要被理解的是,同意是人道性质的,甚至对敌人也应当给予其人道待遇,有时希望敌人及其同情者也能确信:尊重基本的人道规则是值得的。

在不对称战争中,红十字国际委员会经常因为人道的理由而不是法律的理由被允许行动,以便不会赋予对手任何合法性。冲突中的弱势一方通常欢迎人道救济,只要他们认为这不是对手(政府一方)的工具。然而人道援助也可能被弱势一方所利用,或者变成他们生存的必需品。一方面,救济行动给了缺乏生活必需品的平民人口以希望,让他们看到光明,认为国际社会并不是完全不关心他们的命运;另一方面,叛乱者试图通过国际援助机构中外国职员的存在使得自己合法化。最终,在救济物资的发放过程中甚至没有尽可能地监督以保证交战方不会——至少是间接地——从中受益。

人道行动的时间范围

不对称武装冲突中的人道救济要遵守与其他所有冲突中适用的相同的法律;根据背景、目的和时间的不同,人道救济可能被视为受欢迎的、不受欢迎的或介乎这二者之间的行动。不考虑受难者利益的帮助被证明是很难会达到其预期的目标。如果想在战争中提供有效的帮助,对受难者的保护必须同救济行动紧密联系在一起。

在任何武装冲突中,人道救济活动都有可能和战争的战略目的不相符,或者不符合有关人道工作者的安全考虑。敌对行动很少、全部或部分地中止允许人道行动。而且,这种停火也基本不同于高度不对称战争中遇到的情形。

很大程度上,不对称战争中的艺术在于一方对另一方从事战争所采取的不同速度。^[2] 由于力量的不对称,通常会导致(强势)一方加速敌对行动并在速度上超过对手。弱势一方则倾向于放慢战争速度并尽量拖延。

因此,人道行动进行的时间范围也可能不同。在战争短暂的早期阶段,大规模的武器部署和快速改变的需求使得提供救济非常地困难,就像在伊拉克战争开始阶段那样。尽管红十字国际委员会的救援行动有很明显的必要性,但猛烈的轰炸和安全原因限制了这个组织提供救济的能力。在似乎是僵持的第二阶段,公开的冲突转变为秘密战争或对占领者的战争。同时,开始了对大量被破坏的基础设施的重建工作。这种重建工作与到目前为止似乎与军事上处于劣势的一方的目的显得不一致。这再次表明,战争目的超出了军事行动的范围,纯粹军事上的战争概念正开始瓦解。由于这个原因,人道救济行动有时不符合当事一方的政治目的,因此实际上也不可能实施。^[3]

人道保护,尤其是探视战俘和被拘留者是红十字国际委员会在该阶段的主要任务。自然,它集中于拥有必要设施的军力强大的一方。在不对称战争中,不太可能去期待互惠,因为弱势一方通常既不能也不愿意抓获战俘。

在公开的武装冲突或者实际的或官方的占领结束之后,就会出现微妙的、经常是很困难的过渡时期。在这一时期人群中最易受到攻击的那些人的情况会恶化,并且由于前战斗员和危险状况带来的威胁,对安全的需求也会急剧增长。冲突后处理平民人口多方面的需要在政策层面提出了各种各样的问题。^[4] 不确定性和有关清晰的法律协议的缺乏为

[52] See Herfried M ün kler, “ The wars of the 21st century ”, International Review of the Red Cross, Vol. 85 No. 849, March 2002, pp. 7 - 22 .

[53] 类似 Kenneth Anderson 的观点,见前注 50,关于重建和中立(58 页),Anderson 指出了其与直接救济的区别(74 页)。

[54] See Marion Harroff-Tavel, “ Do wars ever end? The work of the International Committee of the Red Cross when the guns fall silent ”, International Review of the Red Cross, Vol. 85, No. 851, September 2003, pp. 465 - 496 .

保护行动带来许多的不方便,如果政权更迭,情况则会更糟。人道工作面临着持续存在的安全问题,短期和长期救助的分界线变得更加模糊,从“紧急救助”到“发展工作”本已很艰难的转变也被阻止了。

强调独立性

由于红十字国际委员会需要和武装冲突中战斗力更为强大的一方进行紧密的联系,所以它必须要时刻注意保持独立性。这种独立性对保证人道行动不被强大一方用作获得其自己利益的工具是很重要的。^[5] 红十字国际委员会的唯一职责就是保护武装冲突中的受难者,同武装冲突各方合作的唯一目的就是要通过公正的和不歧视的方式对受难者提供人道救济。

人道行动的日益军事化以及军事援助和人道援助的结合对救济组织来说是一个很大的难题,因为这种趋势威胁到了其行动的独立性——或者至少威胁到了外人对其独立性的感受。^[6] 如果人道组织和军事部队联合在一起,那么就会存在很大风险,即它们不再被视为公正的、并独立于政治控制以外的行为;如果人道行动和军事行动的界限被模糊了,人道行动的理念——公正地帮助受难者——可能就会被破坏。这是红十字国际委员会最关心的问题,因为如果被认为和“敌军”联合,就会削弱人道行动在交战方心目中的观念,也可能危及到委员会活动的独立性

[5] 和政府的人道行动或所谓的与各国政府的政策保持一致的“威尔逊传统的非政府组织的人道行动”相反,参见 Abby Stoddard, Humanitarian NGOs: challenges and trends, Humanitarian Policy Group Report, No. 14 July 2003 (Joanna Macrae and Adele Harmer, Eds.), pp. 25 - 35。

[6] Beat Schweizer, Moral dilemmas for humanitarianism in the era of “humanitarian” military interventions, International Review of the Red Cross, Vol. 86 No. 855, September 2004, pp. 547 - 564. Fiona Terry, *Condemned to Repeat? The Paradox of Humanitarian Action*, Cornell University Press, Ithaca NY, 2002. “拒绝传统的中立概念,一方面由于道德上的冲突,另一方面则由于在冷战后复杂的政治事件中难以做到”(pp. 20 - 23)。

并威胁到从事人道工作救援者的安全。^[7] 这种关注不是由于军事人道行动本质上的局限,更多的是因为它可能给非官方人道行动和武装冲突的受难者带来“连锁”影响。^[8]

作为一项原则,红十字国际委员会必须排除对其人道行动的武装保护。^[9] 只有在极其例外的情况下或者被认为是保护其职员或基础设施免受一般法律上的犯罪行为侵害所必需时,武装保护才会被允许。违背冲突一方的意愿强迫其接受人道服务也是红十字国际委员会所不能接受的。此外,红十字国际委员会还坚持后勤保障完全独立于冲突各方,并坚持强调其拥有自己供区分的身份标志。

作为运转手段的中立性

在国际法中,国家采取中立政策就意味着不介入到战争中去(不干涉原则),不给任何一方超过他方的军事优势(防止原则)以及平等对待所有的参战方(公平原则)。由于日益增长的国内性的武装冲突,中立在很大程度上继续失去其存在的意义,《联合国宪章》里也没有这方面的规定,然而中立在传统的国际人道法上仍旧很重要。

对于红十字国际委员会来说,人道组织的中立在每一点上都像政治要独立那样重要。为了赢得冲突方的信任,中立原则要求红十字国际委

[57] See Raj Rana, Contemporary challenges in the civil-military relationship: Complementarity or incompatibility?, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86 No. 855, September 2004, pp. 565 - 587, and Meinrad Studer, The ICRC and civil-military relations in armed conflict, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842, June 2001, pp. 367 - 391.

[58] 关于政治和人道行动的结合,尤其参见 Nicolas de Torrente, Humanitarian Action Under Attack: Reflections on the Iraq War, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 17 (2004), pp. 1 - 29 (国家指派人道行动的危险警告) 和 Paul O Brian, Politicized Humanitarianism: A Response to Nicolas de Torrente, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 17 (2004), pp. 31 - 37, 质疑人道行动的非政治性。

[59] 参见第 26 届红十字和红新月大会通过的第 4 号决议“国际人道援助和保护中的原则和行动”(Principles and actions in international humanitarian assistance and protection),特别是第 G.2 (c) 段(*International Review of the Red Cross*, Vol. 36, No. 310, January/February 1996, pp. 74 - 75.

员会不仅不能参与敌对行动,而且也不能干预冲突各方政治、宗教或意识形态方面的争议。^[60] 因此,这儿的中立就不同于国际法下所谓国家的中立:对红十字国际委员会来说,中立不是其本身的一个义务,也不是一个哲学原理,而是一个能帮助其接近那些处于危难情景中的人的运作方法。人道组织并不必然一定是中立的,国际法院在“尼加拉瓜案”的判决中也没有要求人道援助在所有情况下都是中立的。根据《红十字与红新月运动章程》,^[61] 红十字国际委员会有义务遵守红十字与红新月运动所确立的中立原则。

对于红十字国际委员会与国际人道法来说,合法性问题是战争存在是否合理的现实的问题,红十字国际委员会是为了保护战争受害者的利益,因此合法性问题不会影响红十字国际委员会的行动,也不会影响法律的适用问题。红十字国际委员会的目的仅仅是保护及援助战争受难者,它不考虑战争的政治、宗教或意识形态理由或者是否有联合国安理会决议的授权等问题。

当然,在作战地区工作的委员会代表必须要严密分析战争的起因以便来调整其人道行动,让这些人道行动适应当地的情况。委员会的代表一定要防止自己有意或无意地妨碍交战方的目的,以便能时时都保证自己的安全。为了战争受难者的利益,红十字国际委员会及其代表必须坚持战争的合法性和规范敌对行为的法律这两者在概念上的区别。

在不对称战争中,红十字国际委员会努力使交战方接受自己的中立性和独立性。^[62] 在这种冲突中,常见的倾向就是都宣称自己代表着正

[60] See Denise Plattner, “The neutrality of the ICRC and the neutrality in humanitarian assistance”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 36, No. 311, March-April 1996, pp. 161 - 180, and Larry Minear, *The theory and practice of neutrality: Some thoughts on the tensions*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 81 No. 833 March 1999, pp. 63 - 71.

[61] 参见《国际红十字与红新月运动章程》(the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement)的序言和第1条第2款。

[62] See Chris Johnson, *Afghanistan and the war on terror*, Humanitarian Policy Group Report, No. 14 July 2003 (Joanna Macrae and Adele Hamer, Eds.), pp. 49 - 62; Larry Minear, *The Humanitarian Enterprise*, Kumarian, Bloomfield, CT, 2002, pp. 189 ff.

义(或神圣)战争并否定对手的任何合法性,于是,它们无论如何都不给予红十字国际委员会便利,以阻止它能够向对方的受难者提供人道援助。在这种情形下,要协调中立性以及要拒绝当事方关于红十字国际委员会应该偏袒哪一方的要求,就会非常不容易。此外,有些人认为中立在道义上应受到谴责,因为它不对战争的合法性与非法性作任何的界定。

在明显不对称的情形下,中立的概念通常受到责难,尤其是当敌手被视为罪犯时。如果仅仅是同敌军进行接触也会被视为赞同敌军的目的和行为,会被视为共犯。红十字国际委员会在国际人道法下恰恰是作为一个中立的中间人的角色,尽管它涉及的只是人道事务,但有时也会被拒绝接受。

如果当事方的行为被批评或被认为违反了国际人道法,就被视为违反中立。如果弱势一方严重违反国际法甚至诉诸恐怖主义行为,对军力强大一方行为的任何批评也容易被视为违反中立。反之,弱势一方也会迅速谴责强势一方所持的明显的偏见。由于在军事上处于弱势的一方会转向国际性的非法手段来弥补军事上的不对称,它就会利用谴责作为反抗强大敌人的最后机会。

尽管如此,红十字国际委员会考虑到受难者的利益,会把与同所有当事方保持联络当作是自己应尽的义务,委员会甚至在不赞同战争的手段和方法时也会强调这一点。中立的主要目的是使红十字国际委员会能够援助战争受难者。^[3]在不同的武装冲突情况下,红十字国际委员会所计划的行动都要被认为是中立的。因此,这就要求红十字国际委员会在不同的武装冲突条件和文化背景下采取不同的策略以保持中立。

[63] Jakob Kellenberger, Speaking out or remaining silent in humanitarian work, International Review of the Red Cross, Vol. 86 No. 855, September 2004, pp. 600 - 601 calls the access to the victims the ICRC's top priority.

中立的感受

中立本来就具有不作为或旁观者这样的被动含义；这含义中很关键的就是要积极地去获取交战方的信任，不仅通过行动还要通过观感。这依赖于一系列的措施、现象和特征，也依赖于使武装冲突各方都能信服并与它们各方之间的协商。

不对称冲突中的当事方经常属于不同的政治、宗教或种族群体，如果他们认为红十字国际委员会有所偏袒，这不仅会阻止和妨碍该委员会的人道救援行动，而且还会引发安全问题。在某些环境下决定代表被分派的区域时，红十字国际委员会必须牢记他们的国籍、宗教或族裔，以便降低其职员的安全风险并确保其能够接近受难者。

红十字国际委员会成员来源于西方，它的资金依赖于包括美国在内的发达国家的捐赠。它的资源尽管很重要，但与当地情况相比较时似乎经常被滥用，所有这些资源毫无疑问都给人以“一个西方的天主教组织”的印象，这种印象由于“红十字”的标志又得到了加强。尽管同其他的人道组织一样，红十字国际委员会不允许这种捐赠影响工作，许多人可能在内心深处怀疑，某些条件下这个机构并不中立。这种感受很难克服。红十字国际委员会在其遍及世界的活动中必须要努力被界定为中立。这需要恒心、耐心、毅力和大量艰苦的工作，尤其是要博得那些拒绝红十字国际委员会的当事方的信任。其目的就是为了赢得对红十字国际委员会的接受，在这些新的战争形势下首要的就是对其公正的人道救济的接受。

结论

不对称战争既不符合克劳塞维茨的战争概念，也不符合国际人道法的传统概念。由于交战方日益不平等，地位平等原则不再适用，他们有不同的目的并使用不同的手段和方法来达到其目标。传统性的发生在实力相当的国家之间的国际性武装冲突正变成例外，国内战争大多数都

发生在许多方面都不平等的对手之间。在这种不对称战争中,军力处于弱势的一方会试图采用非法的方法以便战胜对手并找到其弱点。国际恐怖主义——可能相当于战争状态,会破坏社会秩序甚至是世界秩序——成为这类不对称战争的缩影。

不对称有很多方面,它包括战争的合法性、交战方的正当性以及适用国际人道法所碰到的危机。“正义战争”的表述再次赢得一席之地,敌人被犯罪化并且有时还被称为“恐怖分子”——即使这种定性也不总是正当的——甚至在国际人道法下还否定了敌人享有的平等性。作为尊重法律最基本理由的对互惠的期待也经常被错位,光荣地战斗被背信弃义的行为所取代;秘密行动正变成公开战斗的替代品。

国际人道法适用范围不应过宽。在并未给出明确规定的情况下,除了它打算适用的情形以外,国际人道法不能任意地扩展适用。这与反对国际恐怖主义的斗争尤其有关系,尽管现在存在许多类似的战争,但这些战争并不必然等同于当代战争法意义上的“武装冲突”。

当然,这也不意味着大多数明显的不对称武装冲突发生在不受法律控制的领域内。除了可能适用国际人权法和国际刑法以外,规定于1949年4个《日内瓦公约》共同第3条中的“最基本人道考虑”是适用于所有武装冲突情形的基本准则,因为这一法律规定对所有当事方具有普遍拘束力,甚至包括任何武装冲突情形中不平等和不对称的一方。

同样地,人道行动也经常受到不对称战争的挑战。最近在阿富汗和伊拉克发生的对包括红十字国际委员会在内的人道组织的袭击已经表明:人道救济可能与交战方的利益相悖,更糟糕的情况是,对人道工作者的袭击也已提上他们的日程。像红十字国际委员会这样的人道组织自己所能做的,就是努力确保它严格遵守、并且同样重要的是被认为独立于政治和军事因素以外,而且尊重对冲突的起因和结果保持中立的原则。红十字国际委员会所致力于必须保持的目标,也是唯一的目标,就是没有任何歧视性地向所有战争受害者提供公正的援助。