

武装冲突中的生命权：国际人道法 是否提供了所有答案？

路易丝·多斯瓦尔德 - 贝克 著 /顾娴* 译

摘要

本文介绍了人权条约机构针对生命权做出的相关解释，并分析了这些解释对武装冲突中有关使用武力以及占领的法律（国际人道法对此规定不清）将产生怎样的影响。在武装冲突中同时适用国际人道法和人权法，并不意味着生命权在所有情况下必须依据国际人道法加以解释。作者认为，有关生命权的人权法可以作为国际人道法中有关非国际冲突和占领中使用武力的规则的补充，也可以作为有关平民直接参与敌对行动的法律的补充。最后，通过参照禁止谋杀的传统，作者得出结论认为，在这种情况下适用人权法不会损害国际人道法的精神。

甚至包括最持怀疑态度的人也认为，国际人权法和国际人道法共同适用于所有类型的武装冲突，这点现在已得到公认。然而，目前的趋势是，人权只能对敌对行为之外的情形做出一些澄清，如实现公正审判的具体细节。但是涉及实际的使用武力时，普遍认为人权法律必须完全根

* 路易丝·多斯瓦尔德 - 贝克 (Louise Doswald - Beck)，日内瓦国际关系研究院教授，国际人道法大学中心主任。

** 中国人民大学 2005 级国际法硕士研究生。

据国际人道法来解释,关于生命权的问题尤其如此。国际法院在核武器案^[1]中的咨询意见经常被用来支持这一主张。

但是,这一方法在两方面将情况过于简单化了。首先,国际人权法允许个人申诉,但国际人道法还不允许,这就使得人权条约机构得以分析敌对行动中是否存在违反生命权的情形。由于这些机构只能适用建立该机构的条约规定,它们在解释是否存在违反生命权的情况时,无法参考国际人道法的规定;^[2]其次,该方法预先假定在所有武装冲突中何时以及如何适用国际人道法规则方面是清晰而明确的,但事实并非如此。红十字国际委员会(ICRC)和阿塞尔研究所(Asser Institute)已经组织了四次专家会议试图决定何时可以攻击“直接参与敌对行动”的平民。^[3]迄今为止,与会人员在观点上的差异反映了在这个问题上国家实践缺乏一致性。由于没有相关条约规定,另一个完全模糊的领域就是国际人道法有关敌对行动的规则在何种程度上可以适用于军事占领时期的对严重暴力行为的镇压。

这些问题与其他有关人权法下的生命权和国际人道法下使用武力

[1] 国际法院, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996年7月8日咨询意见,在意见中法院认为,《公民权利和政治权利国际公约》第6条适用于核武器的使用,但“武断地剥夺生命权……由可适用的特殊法决定,即用于规范敌对行动的武装冲突适用的法律”。ICJ Rep. 1996, § 25。

[2] 唯一的例外是美洲人权委员会直接适用国际人道法,尤其在 *Abella v. Argentina* (Report No. 55/97, Case 11.137, 1997年1月18日, §§ 152-189)。但是,美洲人权法院在之后的案件 *Las Palmas v. Colombia* 案中认为不可能适用国际人道法,因为法院只能行使由当事国授予解释人权条款的权利[先决反对(*preliminary objection*), 2000年2月4日判决, § 33], 尽管在 *Bamaca-Velasquez v. Guatemala* 案中法院承认“解释《美洲人权公约》时必须将《日内瓦公约》的相关条款考虑在内”(2000年11月25日判决, § 209)。尽管联合国人权委员会第31号一般性意见(*General Comment 31*)中认为“国际人道法的具体规则必须与解释公约权利的目的相关”(2004年5月26日, § 11),但法院在实践中并没有在有关武装冲突中的生命权案件中援引国际人道法。

[3] 这些会议的概要以及这些报告的副本可以在下述网站找到: www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwplist575/459B0FF70176F4E5C1256DDE00572DAA (最后访问:2007年1月30日)。

的关系问题,是国际人道法大学中心(UCIHL)^[4]组织的一场专家会议的主题。本文将简单介绍该专家会议的分析 and 结论以及本文作者的一些思考。本文还将简要描述人权条约机构对生命权的相关解释及其对武装冲突和占领中使用武力的法律可能产生的影响,在这些方面国际人道法的规定还不甚明确。最后,将提出这一问题,即适用人权法如果不改变国际人道法的用语,是否会改变其精神,尤其在传统的禁止谋杀这一问题上。

人权法下的生命权

使用武力的条件

四个主要人权条约^[5]中有三个都明确规定不得“任意”剥夺任何人的生命,但却没有对此做进一步的解释。但是,《欧洲人权公约》给出了如下更多的指导:

在使用武力绝对必要的情况下,剥夺生命不应当被认为是对条约的违反:

- (1)任何人为免遭不合法的暴力而进行的正当防卫;
- (2)为执行合法逮捕或阻止某人逃脱合法拘留;
- (3)为镇压暴乱或暴动而采取的合法行动。^[6]

在全部四个条约中生命权都是不得克减的。^[7]《欧洲人权公约》为

[4] 关于武装冲突中的生命权和占领情形的专家会议报告,国际人道法大学中心,日内瓦,2005年9月1—2日, www.ucihl.org/communication/Right_to_Life_Meeting_Report.pdf。(最后浏览2007年1月30日)。从2007年10月开始,国际人道法大学中心将变成“国际人道法和人权法日内瓦研究院”。

[5] 《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款,1966年;《美洲人权公约》第4条第1款,1969年(ACHR);《非洲人权和民族权宪章》第4条,1981年。

[6] 《保护人权与基本自由公约》(即《欧洲人权公约》)第2条第2款,1950年。

[7] 《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款;《美洲人权公约》第27条第2款;《保护人权与基本自由公约》第15条第2款。《非洲人权和民族权宪章》没有克减生命权的条款。

“合法的战争行为导致的死亡”创设了例外。^[8] 迄今为止,这种例外没有得到运用,尽管事实上,欧洲法院已经审理了一些有关敌对行动中死亡的案件。至今还没有国家在发出紧急通知时试图采用这一例外。^[9] 作者对此的观点是,“合法的战争行为”指的是国际性武装冲突。上文引用的第(3)点中为镇压“暴动”而使用武力说明该条款应当适用于非国际性武装冲突,条款本身已经为达到该目的而使用武力的必要性和方法做出了规定。这也是国际人道法大学中心会议中部分专家的观点。^[10]

人权条约机构是如何解释这些条款的呢? 它们在很多情况下与适用国际人道法的结果是一样的。因此在有关叛乱者和政府军之间的武装冲突中,条约机构会确认是否已经采取了充分预防措施以避免造成平民伤亡。在这方面,欧洲人权法院(ECHR)处理过的最相关的案例是埃耳吉诉土耳其(Ergi v. Turkey),^[11] 该案涉及土耳其军队在对抗库尔德工人党(PKK)叛乱中使用武力,以及伊萨耶娃、尤苏波娃和巴扎耶娃诉俄罗斯案(Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia)^[12] 和伊萨耶娃诉俄罗斯案(Isayeva v. Russia),^[13] 涉及针对车臣叛乱者使用武力的问题。在所有这些案件中,欧洲法院都认为在计划和实施行动时为避免和减少平民伤亡而采取的预防措施不够充分。提起这些诉讼的人是遇害平民亲属而不是叛乱者亲属。因此,没有考虑直接针对叛乱者使用武力的程度。法院在两个有关车臣受到空袭的案件中接受了为镇压起义而

[8] 《保护人权与基本自由公约》第 15 条第 2 款。

[9] 比如,关于在北塞浦路斯武装冲突和占领问题上土耳其没有这么做。在其他情况中,如北爱尔兰、土耳其东南和车臣,有关国家否认武装冲突的存在,因此从定义上看不能适用该例外。在俄罗斯案件中,甚至没有引用国家紧急状态下允许克减的条款。

[10] 专家会议报告,前注[4],第 B.3.b 部分。

[11] 在本案中,欧洲人权法院认为,国家如果“在为反敌对组织发起的安全行动的手段和方法的选择上,未能采取所有可行的预防措施,来避免附带平民伤亡并无论如何尽量将其最小化”,生命权就可能受到侵害。1998 年 7 月 28 日判决, § 79。

[12] 伊萨耶娃、尤苏波娃和巴扎耶娃诉俄罗斯案,2005 年 2 月 24 日判决, § § 171 和 199。

[13] 伊萨耶娃诉俄罗斯案,2005 年 2 月 24 日判决, § § 187 - 189。

使用致命武力的必要性的论点：

法院认为当时在车臣出现的情况，要求国家为保障对共和国的控制权和镇压非法武装叛乱而采取非常措施。考虑到车臣当时的冲突状况，这些措施包括部署装备了战斗武器的军事分队，包括军用航空和炮兵。在卡特尔—尤尔特 (K atyr - Y urt) 出现的大量武装战士及其对执法部门的正面抵抗，对此双方没有争议，这个事实说明了国家机关使用致命武力的正当性，因而符合第 2 章第 2 条的规定。^{〔 4 〕}

如果一名叛乱者积极参与了敌对行动，他对使用致命武力提出的控诉不可能被受理。国际人道法大学中心会议上一位专家指出，这类案件不可能在欧洲法院提起，因为国家总是宣称其军队有理由相信被杀死的叛乱者正在或将要使用武力，反证的责任在于叛乱者。另一位专家引用了哥伦比亚的实践，哥伦比亚革命武装力量 (FARC) 营地甚至在叛乱者没有积极参与敌对行动时就时常被轰炸。没有人认为这个做法违反了人权法，因为大家都认识到：那些被组织、武装并集中起来的叛乱者不可能被逮捕。^{〔 5 〕}

讨论针对叛乱者使用武力的程度的案件均与没有达到武装冲突状态的情况有关。贯穿这些案件决定的精神是：如果能够较容易地实施逮捕，那么使用致命武力就是“超出绝对必要”的。这方面比较重要的案件，就是联合国人权委员会审理的格雷罗诉哥伦比亚案 (Guerrero v. Columbia)。在该案中，有关政府怀疑“游击队”绑架了该国前大使并将其扣押在一所房屋中作为人质。在搜查该房屋时并没有发现人质，但政府军还是等到叛乱者回来，并近距离射杀了他们，即使这些人当时都没有携带武器。人权委员会认为哥伦比亚当时存在的“紧急状况”不能作为克减生命权的理由。所以人权委员会认为在这里使用武力侵犯了生命权，因为这种情况下本来可以采用逮捕的手段。在考虑了以下因素之后委员会做出这一结论：

〔 14 〕 同上，§ 180；伊萨耶娃、尤苏波娃和巴扎耶娃诉俄罗斯案，前注〔 12 〕，§ 178。

〔 15 〕 专家会议报告，前注〔 4 〕，第 B.7 部分。

采取警察行动时显然没有警告受害人，没有给他们任何机会投降或解释他们出现的理由和目的。没有证据表明，警察是出于要保护自己或他人的必要才采取行动，或者是因为要实施逮捕或阻止相关人员逃脱所采取的必要行动。^{〔6〕}

《欧洲人权法院》受理过的几起案件，里面都强调了计划采取警察行动与警官实际使用武力之间的区别。其中最重要的案件是麦卡恩诉英国案(M cC ann v. U nited K ingdom)，该案涉及在直布罗陀杀害爱尔兰共和军成员(I R A)。法院认为向他们开火的警官的行为不构成侵犯生命权，因为他们确实认为爱尔兰共和军正在引爆一个汽车炸弹。^{〔7〕}另一方面，法院认为英国违反了生命权，因为在同一天他们本来有足够的机会提前逮捕那些人(尤其在他们跨越边境进入直布罗陀的时候)，英国政府计划行动时没有采取使用武力最小量化的方式。法院尤其没有接受英国政府对于为保证充分的证据而等到最后一刻才发出攻击的抗辩，法院认为：

在本案中，未能阻止这些人的入境对直布罗陀人民构成危险(这是英国政府答辩的核心)，应当被认为重于没有充分证据就对其进行拘留和审判可能带来的后果。^{〔8〕}

仅仅怀疑叛乱者的存在，不足以证明对其使用致命武力是正当的。在居莱奇诉土耳其案(G üle v. Turkey)中，警察在示威行动中为维持秩序而使用了机关枪。政府抗辩时认为，这是由于库尔德工人党成员混入示威行动并随意开火，致使示威行动演变成了暴动，但法院未采纳这个理由。^{〔9〕}法院认为，没有证据可以证明库尔德工人党成员出现在示威队伍中，并且根据公约第2(2)(c)条的规定，使用武力必须在目的和手段之间权衡。尤其是在所涉区域内存在紧急情况时，当局应当预见到混

〔16〕 Human Rights Committee, Communication No. R. 11/45, Views, 31 March 1992, UN Doc. Supp. No. 40(A/37/40). § 13.2.

〔17〕 麦卡恩诉英国案，欧洲人权法院，1995年9月5日判决，§ 200。

〔18〕 同上，§ 205。

〔19〕 居莱奇诉土耳其，欧洲人权法院，1998年7月27日判决，§ 67。

乱的出现,应当配备必要的装备如警棍、防暴盾牌、高压水枪、橡皮子弹和催泪弹等。^{〔20〕}

在某些案件中,条约机构曾经认为,针对不危险的人使用致命性武力,属于过分行为,即使是在不可能逮捕的情况下。这方面比较典型的案件是营救兄弟案(Brothers to the Rescue)。在该事件中,古巴武装力量射落了一架小型民用飞机,理由是该飞机侵犯了古巴领空。^{〔21〕}另外还有纳霍娃诉保加利亚案(Nachova v. Bulgaria),在该案中,之前有过偷窃行为、后又擅自逃离军队的人遭到了枪杀。^{〔22〕}这些案件都没有涉及武装冲突的情形。然而,由于人权法在武装冲突和平时期的适用不存在任何区别,“比例原则”在所有情况下都应得到适用。在纳霍娃一案中,法院对过度使用致命武力做出了以下的裁决:

对于那些需要逮捕、但对他人生命或身体不构成威胁以及没有嫌疑参与暴力犯罪的人,就没有必要将其生命置于危险的境地,即使不使用致命武器可能致使被逮捕的人脱逃。^{〔23〕}

如果对上述裁决作相反的解释,那就是:如果那些人对他人生命或身体构成威胁或者被怀疑参与暴力犯罪,并且如果不使用该武力将失去逮捕他们的机会,那么使用武力就不会构成对生命权的违反。

最后,经常被条约机构引用的人权法领域一个重要文件就是关于“联合国执法人员使用武力和武器的基本原则”。该文件的第9条原则将必要使用武力严格限制在以下情况中:

为了反抗死亡或重伤的威胁而自卫或保护他人,或为阻止可能危及生命的极为严重犯罪,或为逮捕构成上述威胁及反抗当局的人,或为阻止此人逃脱,并且只有在采取非极端措施不足以达到这些目的的情况下

〔20〕 同上,§§ 71 - 73。

〔21〕 Armado Alejandro Jr. and Others v. Cuba (Brothers to the rescue), Inter - American Commission on Human Rights, Case No. 11.137, Report No. 86 /99, 29 September 1999, §§ 37 - 45。

〔22〕 纳霍娃诉保加利亚案,欧洲人权法院,2005年7月6日判决。

〔23〕 同上,§ 95。

而使用武力。^[4]

必须注意，以上这些使用武力的理由只要满足一项即可，而并不需要同时满足。因此使用武力不限于威胁的急迫性，而是使用的必要性和比例性。这些原则的脚注具体说明了其同样适用于“行使治安权”的军队人员。

对调查的要求

尽管条约本身没有包含关于调查的义务，但人权条约机构在包括武装冲突中使用致命武器导致死亡的案件中陈述道，生命权要求国家机关进行调查。^[5] 该结论以对国家“保证尊重”权利的要求做出的解释为基础——即必须采取积极措施以保证人权受到尊重。调查需要确定使用武力是否违法，如果违法，就要对相关人员进行提起公诉。尽管条约机构没有做出明确规定，但其中一个正当的理由，就是该项调查使得国家机关能了解任何错误并避免将来出现违反人权事件。

美洲人权法院认为，由于国家必须采取保护生命权的措施，就有必要通过一项有效的官方调查，以调查法外处决和处罚责任人员；如果不进行这样的调查，就将导致不予处罚的风气。^[6]

欧洲人权法院对此类调查的条件作了以下的解释：

当局必须在注意到该事件时就采取行动。他们不能将推卸给受害者近亲属去提起正式诉讼或为任何调查程序承担责任……

为使国家机构所实施的疑为非法杀戮的调查有效，通常有必要使负

[24] 联合国大会第 45 /166 号决议通过，1999 年 12 月 18 日。

[25] 比如，欧洲人权法院案件：Mahmut Kaya v. Turkey, 1998 年 2 月 19 日判决，§ 91；伊萨耶娃诉俄罗斯案，前注[13]，§ 209；非洲人权和人民权利委员会案件：人权和自由国家委员会诉乍得案，Com . 74 /92, 1995 年 10 月 11 日决议，§ 22；美洲人权法院案件：Myrna Mack Chang v. Guatemala, 2003 年 11 月 25 日判决，§ § 152 - 158 和 Humberto Sanchez v. Honduras, 2003 年 6 月 7 日判决，§ § 107 - 113；联合国人权委员会案件：Baboeram v. Suriname, Com . No. 146, and 148 - 154 /1983, Views, 4 April 1985, § 14。

[26] Myrna Mack Chang v. Guatemala, 前注[25]，§ § 153 - 158。

责人员和实施调查的人员独立于当事者以外……这并不仅是指没有等级上或制度性的联系,而且是一种事实上的独立性……

调查必须有效,以便确立使用武力是否正当……这项义务不是指结果,而主要是指调查过程中所使用的方法……调查过程中的任何不足都会引起对确定死亡原因和负责人员能力的怀疑,也会使调查的标准受到质疑……

这隐含了迅速和合理便捷行动的要求……虽然可能有在特殊情况下阻碍调查进展的障碍或困难,但政府当局在致命武力使用后的调查中的快速反应,对保持公众坚持法治和阻止任何形式的共谋或容忍非法行为的信心是必要的。

同样的,必须要有公众的对调查的充分监督,以保证其结果在实践和理论方面的可信性。公共监督的程度可能因案件而有所不同。但在所有案件中,受害者亲人必须尽可能地参与进去,以保证其合法利益能够得到保障……〔7〕

联合国关于法外处决、即审即决和任意处决的特别报告员提出了在武装冲突期间和在占领时对侵犯生命权行为的责任问题。他尤其指出国际人道法有关战争罪的特殊规则以及政府尊重和保证尊重国际人道法的义务,要求采用公正、独立的程序,有效地调查可疑的侵权,并起诉和惩罚违法行为。他还强调系统化的监督和周期性调查的必要性。只有这样,公共机构、政策和实践才能保证军队最有效地维护生命权。他承认武装冲突有其特殊性质,调查也需要研究类似死者是否参与了武装冲突这样的问题。他另外指出,如果存在调查违反比例的指标或标准,如果交战国保留了战后调查的记录,调查将变得更加容易。军队的优势,就是允许对方交战国可以对错误的指控提出质疑,也可以对国际人道法在实践中没有被遵守的情况要求调查。〔8〕

〔27〕 伊萨耶娃、尤苏波娃和巴扎耶娃诉俄罗斯案,前注〔12〕,§ § 209 - 213。

〔28〕 P. A Iston, 人权委员会报告,2006年3月8日,UN Doc. E /CN.4 /2006 /53, § § 25 - 26。

特别报告员在报告中尤其谴责了导致无正当理由的“例外”存在的政策以及对确认犯有谋杀的军事人员宽大处理的情形。他强调,为了防止逃脱惩罚,在调查可疑违法行为时一定要透明:“调查结果必须公开,包括如何调查、由谁实施调查、后续裁决和起诉等细节。”^[29]

就像人权条约一样,调查义务也没有在国际人道法条约中明确规定,但作者同意联合国特别报告员的观点;如果对国际人道法作善意解释,就一定会得出以下结论:因为人权条约中所述理由有必要对任何涉嫌违反国际人道法规则的行为实施调查。

非国际性武装冲突

在国际性武装冲突中,所有人员被清楚地分为“战斗员”或“平民”;然而,在非国际性的武装冲突,国际人道法则没有关于确认“战斗员”地位的规定。这倒不是政府为了其他目的,想在此类冲突中避免对所有人使用武力,而是因为政府不希望叛乱者以任何形式获利于任何国际承认。战斗员在国际性武装冲突中具有获得战俘身份的资格,因此不会仅仅因为参加武装冲突而受到审判,但这种情况在叛乱情形下是不可能的。但在另一方面,政府也不能在非国际性武装冲突中无限制地使用武力。

《日内瓦公约》共同第三条和1977年《第二附加议定书》试图运用国际人道法的基本精神来保护没有危险性的人员,同时又回避给予“战斗员”的身份。结果制定出来的条文令人费解并引起争议。一种解释是,“武装部队”^[30]和“武装集团”^[31]等术语的使用,意味着对他们自然就可以使用武力,尤其因为这些条款同时还强调,要对那些没有“积极参

[29] 同上,§§ 33 - 43。

[30] 1949年《日内瓦公约》共同第三条。

[31] 《第二附加议定书》第1条,1977年,引用“不同武装力量”和“其他武装力量”。

与敌对冲突^{〔2〕}或“没有直接参与敌对行动的平民”要避免使用武力。^{〔3〕}《第二附加议定书注释》支持了这一解释,其中规定武力可以无条件用于反政府的武装部队。^{〔4〕}另一种解释就是,使用武力就是“直接参与敌对行动”。这一解释基于如下事实,即《第二附加议定书》第1条中关于“武装部队”的规定只适用于议定书所规定的的情形;第13条针对人员使用武力做出了规定,它规定要保护那些没有直接参与敌对行动的平民。

在国际人道法大学中心召开的会议上,专家们对条款的解释产生了分歧。他们进而讨论适用于上述情况的人权法是否有助于解决何时可以使用武力以及针对何人可以适用武力的问题。如前所述,人权法要求国家在可能情况下采取逮捕的方式,并为尽可能实施此目的而设定行动计划。但另一方面,在国家机构执行方面没有具备充分控制的能力时,人权法没有强加这一要求。

一些专家难以接受武装团体人员有时可免受攻击这一结论。但是,大多数人认为,在武装团体人员不具威胁并很容易被逮捕的情况下,其免除攻击,其中一个例子,就是假设当武装团体成员在超市购物时。这个结论的理由,是他当时不是一个“直接参与敌对行动”的人,这依据的是与此相关的人道法条款的第二个理解,这里甚至都没有必要再去考虑适用人权法的有关规定。^{〔5〕}这个结论的第二个理由是对国际人道法的第一个理解和人权法的结合,也就是说,属于武装团体成员在原则上可能被攻击,但根据人权法的规定,如果他们很容易被逮捕时则应被逮捕,

〔32〕 1949年《日内瓦公约》共同第三条。

〔33〕 《第二附加议定书》第13条,1977年。

〔34〕 Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary to the Additional Protocols of 1977*, ICRC, 日内瓦, 1987, § 4789.

〔35〕 在红十字国际委员会《第一附加议定书评注》中,《第一附加议定书》第51条第3款是这样解释的:“一旦停止战斗,平民……不能被袭击……但不能阻止当局在其行动时或行动后期将其逮捕。”同上,§ 1944.

没有必要再受到攻击。^[6]

专家会议讨论的另外一个议题就是:如果禁止攻击可以逮捕的叛乱者,这是否会导致政府武力和叛乱武装之间责任的不平衡?^[7]这里需要指出,国际人道法非常注重武装冲突双方在法律上的平等。但有人(也包括本文作者)认为,在非国际性武装冲突中这种平等实际上并不存在,因为叛乱者在国内法中属于罪犯,国际人道法尊重这一点。因此叛乱者处于不利地位。适用于国际性武装冲突的人道法规则,还不能在非国际性武装冲突中全部类推。另一方面,政府比其公民在国际法下负有更大的义务,这种义务在目前的情况下是指在人权法方面的限制。

本文作者认为,只要反政府的“武装部队”或“武装集团”成员属于严格意义上的实际参加战斗的作战人员,就可以成为被攻击的目标,而无须出现紧迫的危险。当会议讨论“直接参加”含义时,红十字国际委员会^[8]也持有同样的观点。然而,在这以前的几次会议中,有些人认为:只是规定允许攻击“武装集团”而没有进一步的限定,还是具有一定的危险性。参与武装部队行动的人员,无论自愿或是被迫,他们各不相同,其中大多数都不曾使用过武力。在只有部分成员使用武力时,政府就把这一种族团体定义为“叛乱团体”的事例其实并不少见。第二个条件是,即使他们是战斗的叛乱武装团体,但如果政府无须使用武力就可以将他们予以逮捕,那他们在这种情况下就不应当受到攻击,这样的情况在现实中确实存在。上述这些条件同时适用国际人道法和人权法,即允许政府对反政府武装力量使用武力,但与此同时,政府在可能的情况应采取措施实施逮捕,从而对他们避免适用致命性的武力。对于武装团体中的非战斗人员,只有在符合“联合国基本原则”第9条的情形下才

[36] 专家会议报告,前注[4],第 F.3 - 5 部分。David Kretzmer 在其文章中提议将国际人道法和人权法规则相结合:“定点清除可疑恐怖分子:法外执行还是合法防卫手段”,EJIL,Vol. 16, no.2(2005), p.171。

[37] 专家会议报告,前注[4],第 F.6 部分。

[38] 关于“直接参与敌对行动”概念的解释性指南草案,第四届关于“直接参与敌对概念”的专家会议,2006年11月27—28号,第 B. II 部分(作者存档记录)。

有可能使用武力。必须指出的是,这条规定清楚地说明:国家官员只是为了阻止发生对他人潜在的致命攻击时才能使用武力。如果事实上没有这些假设条件,如果嫌疑人在行使武力之前政府就对他施以致命武力,或者政府在该嫌疑人使用暴力后马上就杀死了他,实际上就是用立即死刑惩罚了那个人。

必须指出,国际人道法上有关针对人员使用致命武力的规定与攻击军事目标(物体)的规定是不同的,这两者不应被混淆。红十字国际委员会有关《第一附加议定书》第51条第3款关于“平民直接参与的敌对行动”的含义做出解释时认为:“‘直接’参与是指依其性质和目的可能导致敌方武装力量人员和设备遭受实际损失的战争行为。”^[39]

判断一件物体是否可以被攻击,其标准并不要求该物体用于、或正在用于使用武力,而只要求该物体能有效地服务于冲突方的军事行动以及对该物体的攻击将使冲突一方获得直接的军事优势。该标准的限制比以人为目标的行动标准要低得多。在决定针对人员的攻击时有意或无意地使用有关军事目标选择的推理,就有可能扩大攻击目标的范围,就会超过《第一附加议定书》第51条第3款和《第二附加议定书》第13条所规定的范围。

军事占领

结合适用人权法和国际人道法

国际法院和人权条约机构坚持认为,人权法和国际人道法都应该适

[39] 《1977年附加议定书 评注》,前注[34],§ 1944。

用于军事占领的情形。^[0] 美国和以色列政府的观点是认为军事占领只适用国际人道法,但不少其他国家通过联合国大会和安理会的决议所反映出来的普遍实践,却认为在军事占领情形中应同时遵守人权法和国际人道法。^[1]

与非国际性武装冲突不同,在占领区使用致命武力的条件与涉及国际性冲突,虽然这方面有其特殊的国际人道法规则,这些条件是自成一体(sui generis)。然而,调整军事占领规则的1907年《海牙章程》和《日内瓦第四公约》^[2]都没有关于什么时候可能使用致命武力的具体规定,因此留下了很大程度的不确定性。国际人道法大学中心专家会议的参与者讨论了一些具体情况,^[3]认为事实上出现的具体情况相互之间千差万别,不仅仅时间不同,涉及的区域也各不相同。某些地区可能相对平静,而其他地区则爆发激烈的冲突。

在“平静”的占领区使用致命武力

一般认为在相对平静的状况下,如果在占领区要使用可能致命的武力就应受“执法模式”的支配。也就是说,人权法要求国家在可能情况下实行逮捕。联合国人权委员会在其关于以色列的报告中认为,“在诉诸致命武力之前,必须先穷尽所有可能的措施,以便逮捕或拘留被怀疑正在实施恐怖行为的人”。^[4]

[40] 国际法院,巴勒斯坦被占领土上建造隔离墙的法律后果,2004年7月9日咨询意见,ICJ Rep.2004,§ § 102 - 114;关于刚果境内的武装活动案件,2005年12月19日判决,ICJ Rep.2005,§ 216;联合国人权委员会,第31号一般性意见§ 10及其以色列第二定期报告的观察结论(Concluding Observations on the Second Periodic Report of Israel),2003年8月21日,§ 11;欧洲人权法院,Loizidou v. Turkey,先决反对,1995年3月23日判决,§ § 63 - 64,及欧洲理事会部长委员会的支持性决议DH 105,2000年7月24日通过。

[41] 见专家会议报告中关于该点的讨论,前注[4],第B.6部分。

[42] 1907年《海牙章程》,第42—56条;1949年《日内瓦第四公约》,第1,2,4 - 34,47 - 149条。

[43] 专家会议报告,前注[4],第D部分。

[44] Concluding Observations, Israel:UN Doc. CCPR /CO /78 /ISR, 21 August 2003,§ 15。

专家会议上有少数意见认为,如果占领国需要为保障安全而采取措施,则应适用国际人道法规则。因为该行为与国际性武装冲突有关,而不仅仅是纯粹的维持占领地区秩序。^[5] 但本文作者的观点是,关于国际性武装冲突与纯粹的维持占领地区秩序之间的差异在实践中很难区分,条约中也不存在关于这种差异的规定。尤其是《日内瓦第四公约》第5条和第64条都间接地规定,对占领国家安全产生威胁的人将受到刑事法律的制裁以及逮捕,而不是理所当然地受到武力的攻击。但是,所有人都同意对骚乱和暴力示威的反应需要符合执法模式。

讨论中涉及的另一问题就是,能否对被占领国家的武装部队成员使用致命性武力。一般认为,如果该部队在被占领区实行对抗行动过程中使用该武力,则应适用国际人道法,其中包括依据《日内瓦第三公约》第4.A(2)条所列条件把抵抗运动归类为战斗员的规定。

最后,会议讨论了针对对抗占领国的外国战斗员使用武力的可能性。会议普遍认为,由于爆发国际性武装冲突的标准比较低(如一国武装部队针对另一国家而使用任何形式的武力),如果外国部队由于经第三国派遣而攻打占领国从而满足有关成为“战斗员”条件的规定,那根据国际人道法规则他们就有可能成为被攻击的目标。如果他们没有满足这些条件,他们就属于只有在“直接参与敌对行动”时才能被攻击的平民。^[6]

重新开始或爆发敌对行动的情况^[7]

一般认为,当一个被占领区出现武装敌对行动的情况时,就适用国际人道法关于敌对行动的规则,但问题是如何判断该种情况是否存在。如果在被占领区的情况相对平静,仅仅是占领国家使用军事力量本身不

[45] 专家会议报告,前注[4],第D.3(a)部分。

[46] 1977年《第一附加议定书》,第51(3)条。

[47] 专家会议报告讨论问题,前注[4],第D.4部分。

能引发国际人道法规则的适用。不然,关于将导致执法模式适用于该“平静”占领区的相关规则,就会变得毫无意义。因此敌对行动必须是反抗占领者的战斗活动的结果。应当区分两类行动:由执法模式来调整“暴力”与类似于暴动或普通犯罪活动的“动乱”以及由国际人道法规则来调整的军事敌对行动。

如上所述,被占领国家的武装部队对军事力量的使用使得占领国家有权攻击他们。这样是否使得占领国可以在整个地区依据国际人道法进行军事行动呢?一般的观点是,如果大部分地区是“平静”的,那么国际人道法下的敌对行动只适用于有关的事件。

在一般情况下,被占领区的军事抵抗活动是由非国家政府军队的作战团体来实施。专家一致同意,上述团体对敌对行动的“重新开始”或“爆发”以及此情况下国际人道法有关敌对行动规则适用的标准,国际人道法条约没有明确的规定。一种观点认为,如果这些作战团体并非武装冲突的原交战双方,那么该敌对活动应当被视为非国际性武装冲突。然而,“占领”已经被定义为国际性武装冲突的一部分,因此大多数人反对这种观点。唯一可以使该情形视为非国际武装冲突的情形,就是被取代的政权完全不支持抵抗运动。

即使多数人认为一定程度的反抗活动将累积升级成一场国际性武装冲突,但所有专家都认为,既然国际人道法有关条约没有明确规定,那么关于是否存在非国际性武装冲突的标准对处理上述情形可能会有用。这个标准就是要求存在一定严重程度和时间期限的暴力,使得国家动用军事措施,^[8]也就是,执法模式无法恢复秩序,如果抵抗运动只是孤立的、零星的,也不能达到构成武装冲突的这个标准。^[9]专家承认尝试在被占领地区适用与国际性冲突相关的国际人道法敌对行动规则是一项

[48] 前南斯拉夫国际刑事法庭采用的标准是“政府机关和有组织的武装部队之间或一国内部武装部队之间长期的武装暴力”,Prosecutor v. Dusko Tadic 南斯拉夫国际刑事法庭上诉分庭,IT-94-1-AR72, § 70。

[49] 《第二附加议定书》第1条第2款明确规定,“内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立和不时发生的暴力行为”并不构成武装冲突。

创造,既然目前法律还没有明确这一问题,就认为这是目前最合理的标准。

由于暴力情况适用的法律——不管是国际人道法还是人权法——都有赖于在这之前所进行的分析,因此专家强调需要制定有关交战和实施训练方面的清晰规则,这样战士才可以区分战争局势和执法局势。

定点清除 (Targeted killings)

“定点清除”是针对某个人的致命攻击,该攻击不是以该人是否属于“战斗员”为基础,而是只要国家认为他(她)的活动构成严重威胁,就可决定将该人杀死,即使当时他(她)没有参与任何的敌对活动。^[50]

联合国人权委员会在以色列提交报告的评论中讨论了“定点清除”问题。委员会认为:

“国家不应将‘定点清除’作为一种威慑或惩罚的方式。国家应当保证其对恐怖威胁活动中做出反应时始终给予‘比例原则’以最大的考虑。国家政策在地区军事指挥官的指导方针中应明确规定这个问题。关于不成比例地使用武力的控诉应当由独立机关迅速对其进行调查。在采取致命武力之前,必须穷尽所有能够逮捕被怀疑正在从事恐怖活动的人的措施。”^[51]

最近以色列最高法院对以色列政府实施定点清除是否合法问题做出了判决。^[52] 法院认为,敌对行动发生在国际性武装冲突中,但“恐怖

[50] 国际人道法大学中心会议上专家采用的定义,专家会议报告,前注[4],第E部分。

[51] 人权委员会观察结论:以色列,2003年8月21日,UN Doc. CCPR /CO /78 /ISR, § 15。

[52] 以色列反酷刑公共委员会和巴勒斯坦人权和环境保护会诉以色列政府、以色列总理、国防部长、以色列国防部、以色列武装部队总参谋部首长、以色列法律中心以及其他24个被告,以色列最高法院组成高等法院,2005年12月11日判决。

分子^{〔3〕}不是战斗员。^{〔4〕}他们先是被认为是“平民”，但法院继而又分析了他们是否构成“直接参与敌对行动”的问题。在这个问题上，法院认为，如果某人属于一个武装团体并“按其所在的组织的角色实施了一系列的敌对活动”，那么他就丧失了免于攻击的权利。^{〔5〕}但是法院进一步陈述道：

如果对一个直接参与敌对活动的平民可以采用较轻的措施，就不应对他实施攻击……因此，如果一个参与敌对的恐怖分子可以被逮捕、审讯和判决，则应当采用这些手段……一个法治国家应在可能的范围内实施法律程序而不是武力程序……逮捕、调查和审判并不一定是可以采用的手段，有的时候确实不存在这样做的可能性；有时如果这样做会对军人生命产生极大的危险……然而，这些手段应当是始终被考虑的可能性。在被交战国占领区，即军队已经控制了军事行动的地区，在逮捕、调查和审判都是可能的地区内，这当然是十分可行的方法……但考虑到有些情况，这一可能性或许不存在。例如，有时这样做可能会对一旁无辜的平民造成更大的伤害。在这种状况下不应当使用这种方法……在怀疑有平民积极参与敌对活动之后，应对目标人员的准确身份和攻击情况进行详细调查。该调查应当是独立的……^{〔6〕}

法院援引国内法下的比例原则和欧洲人权法院在麦卡恩案中的判决来支持这一结论。法院实际上是适用了人权法，虽然它并没有提及联

〔53〕 这是法院使用的术语，尽管本文作者更倾向于将“有关人员”称作“抵抗战士”，因为这样就更准确地反映了袭击平民不得赦免的情况，因为该袭击是战争罪。

〔54〕 法院认为他们不属于武装力量，也不具有民兵身份，因为他们没有穿着固定而明显的标志以便从远距离即可识别，他们也不遵守战争法或战争习惯，判决，前注〔52〕，§ 24。

〔55〕 同上，§ 39。法院引用了红十字国际委员会《附加议定书注释》中的一段来支持她的观点，即在战斗和军事活动中限制“敌对”的概念过于狭隘。红十字国际委员会相关部分的注释是：“‘敌对’这个词似乎不仅仅包括平民对武器的实际使用的时候，也包括携带武器的时候，还有不用武器实施敌对行动的时候”，前注〔34〕，§ 1943。在这个基础上，以色列最高法院做出了扩大性的结论，认为“敌对”包括携带武器的平民在去往对抗军队的路上或回来的时候，也包括搜集军事情报的人，或把战士从战地运入或运出的人，或管理战斗员所用武器的人，或监督军事行动或提供服务的人。这要比红十字国际委员会对“战士”的理解要宽泛，本文（原文）第891页提到过这个理解。

〔56〕 同上，§ 40。

合人权委员会。

国际人道法大学中心召集专家组,讨论了关于在占领区没有重新爆发战争的情况下实施定点清除的合法性问题,即执法模式是否适用的问题。一般性的意见是,定点清除在大多数情况下是不合法的。因为在“平静”占领区,占领国对要逮捕的有关人员具有充分的控制权。如果要使用致命性的武力,通常是如下情况:实施逮捕的官员或第三人面临伤亡威胁,或者唯有使用致命性武力才能阻止危险人物逃脱。

对于上述意见可能出现的一个例外是,占领国在某个区域内通过协议已经放弃了管辖权^[7]或者占领国对该地区已丧失了实际控制的能力情况。在这些情况下,专家认为《联合国执法人员使用武力和武器的基本原则》第9条原则作为使用致命武力的一个根据,其中包括:“阻止涉及重大生命威胁的极其严重的犯罪。”

由于国家具有保护本国公民免受非政府人员致命伤害的义务,^[8]专家们认为,“定点清除”如果发生在以下特殊情况中,第9条原则将不视其为违法行为:

1. 在一个国家不能有效控制因而无法实施逮捕的地区;且
2. 国家当局试图从控制该地区的当局(假定有这样一个当局存在)手中转移某人;且
3. 该人参与了严重的、威胁他人生命的敌对行动,且该国有可靠情报表明该人还将针对国家有保护义务的人继续实施此类行为;且
4. 其他措施都不足以处理这一威胁。^[9]

[57] 比如,《奥斯陆协议》中认定的以色列被占领土上的“区域A”。

[58] 人权条约机构认为政府机关知道或应当知道个人处于被非政府人员杀害的真正危险时,国家侵犯了生命权。比如,见 *Kili v. United Kingdom*, 欧洲人权法院,2000年3月28日判决,§ 63。在 *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, 美洲人权法院认为“国家有义务采取合理的步骤阻止侵犯人权的情形”以及“同样的国家允许私人或团体自由行动并赦免侵犯公约认可的权的行为”,1988年7月29日判决,§§ 174和176;联合国人权委员会认为“当事国在保证公约权利方面的义务只在国家完全保护了个人时才得以完成而不仅仅在反对其机构,或个人或团体侵犯人权的时候”。委员会继续列出了“适当谨慎”所要求的措施,General Comment 31, UN Doc. CCPR /C /21 /Rev.1 /Add.13 (2004), § 8。

[59] 专家会议报告,前注[4],第E.2部分。

虽然专家只是在军事占领情况下来讨论这些问题，但没有清楚的理由可以解释为何专家们的建议和意见不能适用在非国际性武装冲突中既不是叛乱武装团体参战成员也没有参与暴力活动的那些人。当然在这两种或其他任何情况中，情报的质量和程序性要求是极其重要的，因为任何作为允许“定点清除”规则的例外情况，都存在被滥用的可能性。

程序性要求

任何对人实施致命性的武力，都需要首先对受害人的身份进行适当的确认。这个要求来源于国际性武装冲突要求战斗员（他们可能被发现后受到攻击）从视觉上区别于平民的规则，包括穿着的制服并/或公开持有武器等。^{〔60〕}

在军事占领或非国际性武装冲突的情况下，被怀疑属于叛乱武装团体人员的身份确认经常会显得十分困难，但这又至关重要。一位专家发现，平民只能在参与敌对行动时成为攻击目标，这一规则背后的根本原因是为了避免在身份确认方面可能发生的错误。^{〔61〕}

对任何在当时并没有使用暴力的平民使用武力，都可能是一个错误，而这个错误在实施“定点清除”时发生的可能性尤其明显。正是因为这个原因，国际人道法大学中心会议的专家强调了杀人行为之前和之后都得有程序性的要求。事先得的程序应考虑以下问题：（1）国家要攻击之人是否真的是实施并很可能继续实施严重敌对行为的人；^{〔62〕}另外（2）是否有必要为保护其他人的生命而杀害这个人。有专家认为，这个程序虽然重要，但没有什么帮助，它只是起到类似于缺席审判的作用，因

〔60〕 战俘身份所要求的穿着制服与战斗员身份的要求有所不同，战斗员如果与任何其他武装部队相遇，都自动地将自身处于被攻击的状态。

〔61〕 专家会议报告，前注〔4〕，第D.3(c)部分。该注释实际上是针对以进入被占领土的外国战士为目标的情形，但与没有穿着制服的武装团体和当时没有使用暴力人使用武力的情况之间具有相联的关系。

〔62〕 大多数专家不同意将“鼓动”也包括在这些行为的定义当中，因为这样会造成严重的滥用。同上，第E.6部分。

此这样的程序并没有减轻国家要尽量逮捕个人的义务。^{〔3〕} 程序性上的另外一个要求,就是对国家使用武力是否合法要进行调查的这一人权方面的要求。^{〔4〕} 考虑到一项独立的调查会自动发生,结果也会公开,调查就应当能有效阻止“定点清除”行为,除非是特殊情况。

正如我们已经看到的,计划和实施调查的要求不限于人权法对“定点清除”的规定,它还涉及国家机关是否在违法的情况下使用致命武力。虽然国家并不认为他们在每次使用武力时都要进行调查,从实际情况来说,要在国际性武装冲突的敌对活动中进行调查也不太可行;如果怀疑是违法行为,那么对国际人道法的善意解释要求进行调查以保证国家武力遵守法律。

人权规则是否和国际人道法不相符合?

国际人道法的特别法性质^{〔5〕}

众所周知,国际人道法与人权法的起源和发展都不同,这两者之间只是在最近才出现重叠。^{〔6〕} 这说明为武装冲突创造的特别规则仍然很重要,而且即使相同的规则没有出现在人权法也不能忽视它的存在。对此,国际法院在“巴勒斯坦墙”案中肯定了人权法和国际人道法以以下方式对武装冲突同时适用:

关于国际人道法与人权法之间的关系,存在以下三种可能的解决办法:有些行为只能由国际人道法来进行调整;有些只属于人权法的规则;

〔63〕 同上,第 E.5 部分。

〔64〕 见原文第 887 ~889 页。

〔65〕 “特别法”这个术语,原来被用于说明一门法律中更具体的规则,这些规则适用于解释同一门法中更一般性的规定。我们在这部分中说的是两门法律是国际人道法和人权法,但为了简单起见,以下的讨论就像国际法院一样采用“特别法”这一术语,如国际人道法作为为战争法创设的法律分支。

〔66〕 比如,2000 年《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突的任择议定书》;《第一附加议定书》第 75 条和《第二附加议定书》第 6 条。

而其他则可能是国际法的这两个分支都有规定。国际法院为了回答这个问题,同时讨论了国际法的两个分支,即人权法和作为特别法的国际人道法。^[7]

参加国际人道法大学中心会议的所有专家,都认为国际法院在这个问题上关于特别法的理解不是太清晰。所以该法院才会继续讨论在有关非国际性武装冲突和占领的问题的实践中如何共同适用这两个法律领域。

会议没有把在国际性武装冲突中使用武力的问题列上议事日程,因为国际人道法和人权法的关系在这些冲突中不属于迫切需要解决的问题。在非军事占领情况下无法适用人权条约,是因为实施进攻的国家可能由于没有对该地区的实际控制而不具有管辖权,^[8]尽管美洲国家间委员会规定在进攻国家管辖外对人使用致命武力的问题上要适用《美洲人的权利和义务宣言》。^[9]

因为总体上人权法适用于所有情况,包括实施进攻的国家有管辖权的国际性武装冲突,那么就有必要考虑国际法院所提到的第三类情况,即:人权和作为特别法的人道法都发挥作用的情况。

有关国际性武装冲突中战斗员地位的规则不仅已经相对清晰,并且已有很长一段历史。正如前面提到的,人权法并没有将人员进行分类,也没有考虑是否存在武装冲突的不同情况。^[10]国际人道法认为有必要对人员的分类——也就是谁是战斗员,谁是平民,并规定在国际性武装冲突中攻击战斗员是合法的。根据《欧洲人权公约》的规定,如果国家

[67] 巴勒斯坦被占领土上建造隔离墙的法律后果,前注[40], § 106。

[68] 欧洲人权法院:伊萨诉土耳其案,2004年11月16日判决,§ § 68 - 74。

[69] “援救兄弟案”,前注[21], § 23:该案是有关国际空间对民用飞机进行袭击的问题;残疾人国际诉美国案,第9213号申请,1987年9月22日关于可受理性的决定:在该案中,美国飞机在美国军队到达之前就轰炸格林纳达精神健康医院。该案在当事双方达成友好解决方案前被法院宣布为可以受理的案件。

[70] 人权法唯一考虑的“种类”,就是国家做出有效减损的情形。

做出关于贬损的声明,^[1]那么“合法战争行为”作为例外就将适用于国际性的武装冲突。在其他人权条约下,对战斗员发动进攻战斗员不被认为是“任意的”。

在本文作者看来,国际人道法中规定战斗员如果已经失去战斗力就不能再受到攻击,这一特殊规则是体现人道法作为国际性和非国际性武装冲突中一门特殊法的直接例证。^[2]重要问题是:人权法是否在国际人道法禁止攻击规定的基础上增加了另外的条件,也就是说,除了国际人道法目前规定的禁止攻击丧失战斗力的战斗员以外,是否还有其他的规则。正如上面所解释的,在军事占领和非国际性的武装冲突中,战斗人员当然可以被逮捕。那这种情况是否也可以适用于国际性武装冲突中呢?从理论上讲,从人权法的角度上来说,只要国家对该人员具有管辖权,就没有理由说不可以。这种情况尤其适用平民“直接参与敌对行动”的情况,因为国际人道法对适用平民的范围不是很确切。对于战斗员来说,这个问题比较难。除了战斗员丧失战斗力的情况以外,国际人道法条约没有规定不可以攻击那些可以被逮捕的战斗员。在本文作者看来,应当仔细考察为什么会缺少这条规定的原因。尤其应该根据关于禁止谋杀的传统法律规则,来研究人权法规则和国际人道法最初的规定及其哲学之间是否有很大的区别。

禁止谋杀

被认为已经丧失战斗力的人,尤其是那些投降、受伤、海难和危急情况中跳伞降落的人等,都是假定发生在敌对活动中的情形。根据《第一

[71] 国家不希望自己使用武力的权力,被限制在《欧洲人权公约》第 2 条第 2 款所规定的情形下。在实践中,欧洲国家在关于海外的国际性冲突中针对战斗员的武力使用方面,并没有做出任何减损。

[72] 这点由 1907 年《海牙章程》第 23(c) - (d) 条,1977 年《第一附加议定书》第 41 条和第 42 条,《日内瓦第二公约》第 12 条(海上武装冲突)和适用于非国际性武装冲突的共同第三条规定。

附加议定书》第 41 条的规定,如果战斗员落到了敌方手中并放弃使用敌对行为,那么他就被认为已经丧失战斗力。按照通常的理解,这意味着该人已经被拘留或复活,而不是在敌对行动发生时仍然和他的部队在一起。

这些规则反映了国际人道法中由职业军队发展出的传统概念,即敌对的职业军人互相尊重的规定,另外还有“禁止背信弃义”的原则。^[3]但必须注意到,“背信弃义”不局限于《第一附加议定书》第 37 条中定义的“欺诈”这一概念之中,它还包括禁止谋杀。

一些渊源可以说明这个问题。

1880 年的《牛津手册》禁止对敌人的生命采取欺诈手段;如雇人暗杀或假装投降。^[4]

奥本海认为,《海牙章程》第 23(b) 条规定禁止用欺诈手段杀害和伤害战斗员,因此不得雇用杀手,不得对战斗员实施暗杀;不得对夺取敌方某个人性命悬赏;禁止剥夺人权;不得欺诈性地请求饶赦;不得伪装生病或受伤。^[5]

《利伯守则》(Lieber Code) 里面也有关于谋杀方面的规定:

战争法不允许将属于敌对武装的人、或敌对政府的国民宣布为在被逮捕后未经审判就被处死非法分子。任何一部现代和平法都不能允许这样不法行为发生;这种不法行为还种下了仇恨。最极端的复仇也应当是在有关当局做出宣判后才实施的死刑。文明国家厌恶奖赏那些谋杀敌人的野蛮行为。^[6]

以上这些陈述与“欺诈”无关。尽管它提到了逮捕者的“宣布”和“谋杀”,但在 1863 年用导弹和飞机投炸弹来实施谋杀,这在技术上不

[73] 《海牙章程》第 23(b) 条规定“尤其被禁止的是背叛性杀害或伤害属于敌国或敌军的个人”。

[74] 《牛津守则》(Oxford Manual), 国际法研究所 1880 年 9 月 9 日采用,第 8(b) 条。

[75] 奥本海,《国际法》(第二卷),争议、战争和中立,劳特帕赫特编辑,第七版,Longman's, Green & Co., 伦敦,1952,第 341 页,§ 110。

[76] Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, 1863, Article 148.

太可能。因此,是其他的原因,如缺乏荣誉感,使得有必要制定这一规则。

韦斯特莱克(Westlake)在其1907年出版的论文中清楚地表明:

“在其承担战斗或军事惩罚以外对个人实施谋杀,就是指杀害那些无法自我保护的人,因此构成欺诈性杀害。”〔7〕

古老的《英国军事法守则》里面也包括了“禁止谋杀”的规定,它将“谋杀”定义为敌方代理人或游击队在战线后方杀害或伤害个别人。〔8〕

如果通过当时所运用的战争手段的背景来理解这些规则,敌对行动首先通过直接近身的战斗和采用包围的手段进行。显然,逮捕不属于这些情况。逮捕只有在该人员投降或负伤后不能继续战斗的情况下才变得可能。如果有人希望在上述情况之外杀死战斗员,那就必须采用谋杀的方法,但这种方法又为韦斯特莱克阐述的理由所禁止。

我们将上述原理尝试性地运用在现代条件中:敌对活动不仅发生在陆地战斗中,而且还通过航空器或导弹在远距离发生。所以,传统法律中关于禁止谋杀的规定,基于在陆地战役中普通适用的敌对形式的模式,在今天已经不再具有任何意义。因此禁止谋杀战斗员的规则是否适用于如今的国际人道法,还不太确定。与从旧版不同,新《英国守则》(British Manual)认为“对于暗杀没有具体的条款”。〔9〕因此现在的情况是:除非一个战斗员还没有被征召(如果仍然是预备役军人),否则从技术上讲,他/她在国际性武装冲突中任何时间和任何地点,都可以被攻击。〔10〕

〔77〕 John Westlake, *International Law, Part II, War*, Cambridge University Press, 1907, p.75.

〔78〕 *The Law of War on Land, Part III of the Manual of Military Law*, War Office, 1958, § 115.

〔79〕 *The Manual of the Law of Armed Conflict*, UK Ministry of Defence, Oxford University Press, Oxford, 2004, § 5.13.

〔80〕 本文作者坚持少数派的观点,即:一个在其他国家度假并在战区以外的战斗员应当排除在外。但是,或许是由于尊敬和骑士概念的转变,似乎大多数人已经不再接受这个观念了,因为现代守则也没有提到关于“攻击”的例外。

在国际人道法规定不清的非国际性武装冲突和军事占领的情况中，在政府军控制地区中，根据人权法，如果用军事力量逮捕的风险并不比普通程序下逮捕危险人物的风险大，则应当采用逮捕手段。这只能发生在有关人员能靠近到足以将其逮捕的情况下。正如我们已经看到的，根据传统的战争法规则，在这些情况杀死战斗员可能会被认为是谋杀。那人权法是否与战争法上这些传统规则和思想相矛盾呢？在本文作者看来，人权法的特殊规则适用于生命权，它在实践中进行了解释，因而并不矛盾。

在红十字国际委员会与阿塞尔研究所组织的关于“直接参加敌对行动”定义的第四次专家会议上，红十字国际委员会建议仿照人权法规则，认为在可以逮捕的情况下仍将某人杀害不符合“军事必要”原则。^[1] 引用“军事必要”概念有一定困难，因为这个概念通常是一项根本性的原则而不是规则，除非它被某条具体的规则采用。国际人道法规定，平民如果直接参与敌对行动就丧失受到保护的权利，而在做出这一规定时并没有提到有“军事必要的例外”的情况。然而，攻击一个本可以被逮捕的人，这从军事角度上来说确实没有必要。因此，在本文作者看来，或者两个规则都提议，或者把“直接参与敌对”严格地定义为只包括正在射击、发射导弹等的人（无论他是否属于武装部队），或者同时适用国际人道法和人权法。作者认为最后的选择最能反映现存法律的实际情况。

结论

在武装冲突中同时适用人权法和国际人道法，并不能说明生命权在任何情况下都必须根据国际人道法条款解释。正如前面已经指出的，国际人道法并不总是规定得很清楚，对其简单地引用是不够的。作者认为任何法律都必须根据其目的和宗旨来解释。但目的性解释只是与某一法律分支紧紧相联，就可能会产生教条方法。国际人道法的目的是规范

[81] 前注[38]，第D. IX部分注释。

武装冲突中行为的法律,但如果说在武装冲突只有国际人道法才能适用,那就是教条主义。如果说人权法只适用于和平时,这也是教条——人权条约的规定本身就说明这种观点并不确切。另一方面,两个法律分支都试图在尊重社会需要的同时保护人受到不必要的暴力的伤害。国际人道法的规则,就是为了保证避免武装部队在镇压叛乱时、或是在国际性冲突中为了取得胜利时出现疯狂。人权法则是为了保持社会的秩序与和谐。这两类法律都以防止不必要和不成比例的死亡为目的,而且也都禁止复仇、狂妄和残忍的行为。

只要避免了教条的方法,这两个法律分支的同时适用才不会产生困难。过分简单地把适用于国际性武装冲突的规则适用于非国际性武装冲突和军事占领,也是教条主义。很明显,战斗员身份和冲突双方在各方面都平等的观念,是不适用非国际性武装冲突的,因为国家断然不会接受。因此一个实际的且合法的方法,就是研究一下人权法应如何适用的问题。具体、清楚并恰当制定的国际人道法规则可被认为是一种特别法。如果承认人权法的规定与国际人道法的基本目的不矛盾,在当国际人道法产生疑问时,或者其规则过于宽泛时,人权法可以填补空白。本文作者认为,人权法生命权可以部分地补充和解释国际人道法关于非国际性冲突和军事占领时武力使用的问题以及关于平民“直接参与敌对行动”的规定。上文已经提及的限制,并不是和所有的国际人道法最初的精神相矛盾,这一精神的目的是要防止不必要的死亡。我们希望这个精神永存。

朱文奇 校