编者按:人道参与者

为减轻武装冲突和内乱受难者的困境,许多有着不同目标、原则和行动方法的人道参与者(如政府和非政府组织、国际组织、国家红十字会和红新月会、私人企业甚至是武装部队)都介入到这些局势中。而且,每次的行动环境都有与当前军事、政治、社会经济因素以及宗教和文化背景相关的独特特点。

任何人道组织都不可能满足紧张局势中的所有需求。因此,人道参与者的多样性是人道界的一大财富。如果这些参与者能够基于各自的行动能力及其行动与现场情况的相关性,相辅相成地开展工作,那么不同的参与者和多样的工作方法将有助于减轻人们的苦难。为了增强人道行动的效力,有必要在这些不同的人道参与者之间建立和培养得力的伙伴关系,以确保满足受影响人群的所有需求。

红十字国际委员会必须适应现实和那些它正在帮助的人,还必须重申其作为行事公正、不加歧视的严格的人道组织的身份。该组织中立且独立的工作方式有助于它接近那些急需帮助的人。因此,红十字国际委员会以立足现实、注重成效的方式参与到与其他人道组织的协调合作中。在20世纪,尤其是最近的几十年中,红十字国际委员会在其擅长的领域形成了自己的专长,积累了经验。该组织的特殊性源于其法律基础、获得普遍承认的使命、贯穿其整个工作的基本原则,以及尤其是在一线开展的行动。通过广泛的一线行动,以及常常在冲突发生前就已在当地开展工作,红十字国际委员会在与国家红十字会的合作下,往往能够直接帮助那些在冲突中受影响的人。

独特的身份和工作方法使得红十字国际委员会能够为人道行动赋予更大的价值。无论是在总部还是一线,它都努力与其他人道组织合

作,参与制度和行动方面的协调工作,其明确的目标就是直接或间接地改善受武装冲突和其他暴力局势影响之人的命运。红十字国际委员会还必须适应目前联合国人道改革进程中出现的新的协调形式。确实,在缺乏人道协调机制的情况下,红十字国际委员会必须让其他组织了解自己,并与他们建立联系、交换信息。

并非所有的组织都遵循相同的原则,也并非所有组织都赞同中立、独立开展人道行动的方法。但是,对于人道行动旨在保护和援助的人而言,以平等、透明和互补为基础建立起来的伙伴关系有助于他们获得最大的利益。

主　编

托尼·普凡纳

非政府组织:人道援助不可或缺的主体*

菲利普·里夫曼**著/霍政欣***译

摘要

尽管人道领域的风景日益更迭,但在援助主体(尤其是非政府组织)中,一个十分突显的因素就是私人和非营利的重要性。本文首先追溯这些组织的历史起源,并对之予以定义;在强调它们享有的知名度以及受到的高度评价之后,探讨了它们面临的主要问题。文章指出,尽管每一个非政府组织各具特点,但它们的工作方法具有共同点。在结论中,本文谈及非政府组织在国际舞台上扮演的角色,以及在联合国全面革新国际人道体系的计划中它们所处的地位。面对跨国环境以及要求对受益人与资助人负责任的呼声愈加强烈,面对未来的不确定性以及艰难的抉择,非政府组织在其采用的方法上必须更具人道性。

人道行动鲜为人知的两个特点是——流动性与不断的演进。自第二次世界大战结束以来,每过 10 年,人道环境及开展人道行为的方式都会发生很多改变。21 世纪早期的人道援助与 10 年前的援助有显著不同,而后者又与 20 世纪 80 年代的人道行动有重大区别。然而,每次提出这个话题,就会引发一系列关于下列问题的经典探讨,这些问题包括

---

* 本文以作者个人身份撰写。cabinet. rf,am@ free. ft.

** 菲利普·里夫曼(Philippe Ryfman)是邦岱翁—索邦—巴黎第一大学索邦政治学系与索邦政治学研究中心副教授;兼任出庭律师与顾问。

*** 中国政法大学国际法学院教师,法学博士。

援助的政治、经济或社会语境,地缘政治的变化,冲突的非典型形式,南方国家自然灾害导致的人道与物质状况的恶化等,或国际人道法先前或新规范的范围。

这些变化虽然涉及多个主体,但回顾自 20 世纪中期以来人道领域的图景,可以看到一个新特点,即人道行为的私人层面,换言之,人道援助在很大程度上既不是由国家也不是由政府间组织实施的。这一因素也常常受到低估,或是用简单化、意识形态化的分割方法来看待之,或是无法想象国际行动由国家或国家创制的组织以外的其他主体来实施。[1]这种私人存在采用的是非营利、非商业的架构,如国际红十字与红新月运动的各个组成部分,从红十字国际委员会到国际联合会以及各国红会,另外还有非营利的人道机构,即通常所说的"非政府组织"——由于媒体报道更加广泛,在公众眼中,后者与前者的重要性难分伯仲。与伪决定论的观点相反,后者在人道领域的重要性并没有降低,而是在加强。无论如何,非政府组织行将消失的预言虽然常见,但在实际现实中,这一预言不断碰壁。世纪之交,有一本书在人道界引起了轰动与激烈辩论,[2]本书作者美国作家大卫·里夫(David Rieff)认为,独立的非政府人道行动很快就要走到尽头,今后,人道援助将仅剩下两个主体——国家与政府间机构。他最多承认,红十字国际委员会尚有一丝残余作用。近期的一系列事件,从 2004 年 12 月的亚洲海啸到 2005 年 10 月的巴基斯坦地震,或从苏丹南部的达尔富尔到 2006 年的海地,都推翻了这一悲观的预言。不仅没有出现某一主体压倒其他主体的情况,而且无论是作为可能会导致人道干涉[3]的复杂互动体系的一部分,还是作为享有决策和分析自主权,或至少努力维持之的运作实体,非政府组织

---

〔1〕 称为"国际"是不正确的,用"国家间"或"政府间"组织这样的术语可能更好。

〔2〕 David Rieff, A Bed for the Night: Humanitarianism in Crisis, Simon & Schuster, New York, 2002. See e. g. Andras Vallin 对这本书予以严厉批评:"Reflections on humanitarianism. David Rieff's 'A Bed for the Night'", IRRC, No. 851, September 2003.

〔3〕 J. Holzgrefe and Robert Keohane (eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. See more specifically, in ibid., ch. 6, Thomas M. Franck, "Interpretation and change in the law of humanitarian intervention".

都比以往表现得更加活跃与突出。

因此,分析非政府组织作为私人非营利的人道机构所面临的几个主要问题,并在新千年已经来临的背景下对其予以审视,是适宜的。不过,在此之前,有必要先行介绍这些较特殊组织的历史背景,以及它们据以运作的相对松散的法律构架,同时强调它们为公众所熟知的重要性。本文将说明,尽管每一个非政府组织拥有其自身的特点,但其工作方式相当类似,并有着共同的关注点,不论它们是建立在北方国家、新兴国家,还是南方国家(有越来越多的非政府组织建立在南方国家)。接着,文章将分析非政府组织在国际舞台上的角色。文章在结论中将提出如下问题,即非政府组织在联合国重建人道体系的规划中所处的位置。

历史背景、法律构架与名声在外

始终有一个独特的历史渊源

虽然自 19 世纪中期以及亨利·杜南(Henry Dunant)创立红十字以来,人道行动的现代历史已经取得了长足的发展,但是,非政府非营利机构有其自身的历史渊源。不论是北方还是南方,我们所指的"非政府组织界"[4]属于一个特定的历史时期,人道分支也概莫能外。而且情况不仅于此。位置、规模、社会地位与政治世界及国家的关系等取决于私人人道行动在某些国家出现的历史背景及其扩展至国际领域的程度。[5]这很容易得到论证。想想过去 25 年来,在欧盟扩大进程中创制的在国际层面工作的私人人道组织,从西班牙到芬兰和波兰,这些国家除了其国家红十字会外,自身先前并没有这样的传统。想想在新兴国家(如巴西或印度)中出现的大型非政府组织,或想想在穆斯林世界以及今天拥有大规模穆斯林社区的西方国家(如英国、法国或美国)中出现的以伊

〔4〕 主要意指这些组织得以构建并取得了集体身份。具体见:Philippe Ryfman, *Les ONG*, Repères series, Editions La Découverte, Paris, 2004.

〔5〕 同上。

斯兰语称谓的人道非政府组织。[6]

先不提古代或 16 世纪,可以说,在 18 世纪启蒙时代的大变革中,经法国百科全书派学者的阐扬,“人道”的理念已经开始在欧洲与北美普及。在这个世纪中,诸如伏尔泰这样的哲学家成为人民的激情代言人,当时的人民被旧君主应对自然灾害(尤其是 1775 年的里斯本大地震)的无能所激怒。在英国,禁止奴隶贸易的斗争以及 19 世纪初整个奴隶制被彻底废除,是以准非政府网络的初步形成为基础的;而其他国家,尤其是法国,仍将奴隶贸易放在其殖民行动的特殊位置,禁奴仍局限于知识阶层与政治界。在那里,废除奴隶制基本上是国家与政治事务,废奴主义者的组织在这些国家发挥的影响一向无法与其在英国的影响相比。与此相似,像弗洛朗斯·南丁格尔(Florence Nightingale)这样的人物虽然在克里米亚战争期间出现,但她的影响力实质上仍旧局限于盎格鲁撒克逊地缘文化圈内。自 19 世纪末以后,“博爱”(Caritas)网络在天主教徒中稳步发展,与此同时,新教社会中诞生的仁爱运动,如“公益会”(Quakers)开始向国际扩展,这标志着人道领域内以信仰为基础的组织终于出现。在接下去的一个世纪中,许多其他类似的组织如雨后春笋般涌现,如 20 世纪 40 年代在美国成立的“天主教救济会”(CRS)[7]或 20 年后在爱尔兰成立的“关怀会”(Concern)。第一次世界大战以后,产生了一些具有深远影响的动议;其中之一是 1919 年在英国发起的运动(反对停战之后维持对德国的联合封锁),这导致“拯救儿童组织”的创立,而第二次世界大战促成战时非政府组织在盎格鲁撒克逊民主国家中形成,如英国的“乐施会”(Oxfam)[8]与美国的“关爱会”(CARE),这些组织旨在帮助被占领国家或新获解放国家中的平民民众。最后,1945 年

---

〔6〕 Abdel-Rahman Ghandour, *Jihad humanitaire: Enquête sur les ONG islamiques*, Flammarion, Paris, 2002; Jonathan Benthall, “L'humanitarisme islamique”, *Cultures et Conflits*, No. 60, L'Harmattan, Paris, 2005.

〔7〕 Eileen Egan, *Catholic Relief Services: The Beginning Years*, CRS, New York, 1998.

〔8〕 Maggie Black, *A Cause for Our Times: Oxfam the First* 50 *Years*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

前后,在法国、比利时、荷兰等国的殖民宣传中,其重点是宣传与主要流行病作斗争的医生以及促进健康与教育的教会工作中出现的偶像人物,这反而引起公众意识到一些尚未得到南方国家关注的广泛议题。

这样,就为机构化发展援助的概念铺平了道路,从而使非政府组织在20世纪50年代与60年代之后大量出现,有些非政府组织的创立者确实已经积极参加了西方国家反殖民的政治斗争,这包括:法国的"天主教反饥饿促发展委员会"(CCFD)与"人类兄弟会"(FDH)、荷兰的"诺维布"(Novib)、德国的"德国农业行动组织"、瑞典的"服务组织"(Diakonia)等,而英国的"乐施会"则将其主要工作重点从人道援助转向发展援助。

但是,20世纪70年代与80年代以后发生的新变化,导致西方出现了人们自发建立的组织,这些人受到了1968年事件——尤其是数个国家发生的学生暴乱以及他们表达的政治与文化思想——的影响。这些组织的发展以这部分人群为基础,他们是婴儿潮一代,普遍受惠于经济的快速增长。冷战期间,像联合国这样的其他机构,回旋余地更为狭小,这些组织遂逐渐向新的危机区域发展,这些区域的危机是由武装冲突(尤其是非国际性武装冲突)造成的,这导致非洲、中东或亚洲的一些新近独立的国家沐浴在血雨腥风之中,同时,这些国家,尤其是南方国家,还遭遇到致命的自然灾害,这引起了公众的关注与同情,而在此之前,这些国家很少受人注意。与此同时,这些新的非政府组织还永久地迈进了公共领域与媒体,尤其是已经成为全球性传媒的电视。由于或多或少与其前身分道扬镳,一些新的非政府组织在一段时间常用"无国界"这样的术语来定义自己的身份。这个新词汇最早于1971年为法国的"无国界医生组织"(MSF)所使用,在随后的几年内极为成功,不过,到今天,该词汇实际上已被抛弃。其他组织——如"世界医生组织"(MDM)或"国际助残组织"(HI)——已调整回或重新采用这一原先模式。接下去的几十年间,第三代非政府组织,如法国的"反饥饿行动组织"、英国的"国际紧急医疗救援组织"(Merlin)和爱尔兰的"目标组织"(GOAL),开始致力于保护新类别的目标群体,尤其强调职业化与专业化的重要性。

而“乐施会”、“关爱会”及其他几个(原先已基本放弃了人道行动的)组织,也在很大程度上将自身重新定位于人道领域,与此同时,也不放弃其发展援助规划。职是之故,有越来越多的组织,不论是在北方,还是南方,开始将自己象征性地描述为“人道”组织,尽管有些组织的活动同“人道”的含义几乎没有什么关联。

性质模糊的法律实体

非政府组织这一术语首次出现是在《联合国宪章》第 71 条中,该条涉及“经济与社会理事会”,其规定如下:

> 经济及社会理事会得采取适当办法,俾与各种非政府组织会商有关于本理事会职权范围内之事件。此项办法得与国际组织商定之,关于适当情形下,经与关系联合国会员国会商后,得与该国国内组织商定之。

不过,这并不意味着非政府组织是依据国际法成立的组织。它们实质上仍为私人实体,依据其建立地所在国的法律成立,并主要受该国法律支配。今天,在广泛的非营利世界中,有部分国家的法律甚至对它们予以特别认可。[9]确实,自 1945 年以来,在准确确定哪些机构被认可为非政府组织的问题上,国际法基本上没有什么进展。“经济与社会理事会”在 1996 年 7 月 25 日 1996/31 号决议中,曾对非政府组织做了具体论述:

> 凡非经任何政府实体或政府间协议建立的这类自治……包括接受政府当局指定之成员的组织在内,但此种成员须不妨碍该组织自由表达意见。该组织之基本资源主要部分应来自各国内分会……国家政府向国际组织所做财政捐助或其他直接间接支助应向……联合国……公开声明。

然而,这仍然采用的是概括性说明方法。例如,它丝毫未提及对有

---

〔9〕 Michel Doucin (ed.), *Guide de la liberté associative dans le monde*: 183 *législations analysées*, 2nd edn, La documentation Franc,aise, Paris, 2007.

关领域影响巨大的跨国化现象(在下文中再行详述),同时,它对资金来源表现出虔诚之意。当代主要的非政府组织,没有哪一个的财政主要依靠其会员捐助——即便私人基金是主要资金来源,其资金主要来自公众募集的基金或基金会与公司的捐助。

区域性国际组织——"欧洲理事会"已经制定了《关于承认国际非政府组织法律人格的欧洲公约》。该公约简称"124 号公约",于 1986 年 4 月 27 日获得通过。该公约第一条将非政府组织定义为:

> 协会、基金会与其他私人机构……满足下列条件:(1)拥有一个非营利的国际公益目标;(2)依据一个受缔约方国内法支配的法律文件设立;(3)从事至少在两个国家具有影响的活动;(4)在一缔约方领土设有法定办公机构并在该缔约方或另一缔约方领土拥有管理和控制中心。

不过,该公约的实施遇到了巨大困难。虽然它存在已久,但几乎没有国家正式批准之:它仅适用于相对封闭的圈子里,在签署 20 年以后,它仍未生效。无论如何,它都只是地区性公约。欧盟自己也没有取得成功。尽管多年来,它一直敦促其成员国制定一个规定"欧洲协会"地位(即非营利组织)的指令,但其努力徒劳无功。事实上,欧盟委员会于 2005 年已经决定放弃——至少暂时放弃——这一想法。

所以,准确地指出非政府组织这个术语涵盖的内容并非易事。虽然已提出了许多定义,但是,它们均无法应对非政府世界极强的流动性与多样性。在提出的种种方法中,斯拖达德(Stoddard)建议,关于在人道领域工作的组织,应当对以信仰为基础的组织加以区别,即区分"杜南主义"非政府组织与"威尔逊主义"非政府组织。[10] 不过,这一主张也不是很令人信服。不论非政府组织初始的传统是什么,它们在该领域表现出相似的行为并有着共同的选择与工作方法。例如,不论是否提供食物援助,"关爱会"、"世界宣明会"(World Vision)、"乐施会"、"反饥饿行动组

---

〔10〕 Abby Stoddard, "Humanitarian NGOs: challenges and trends", in Joanna Macrae and Adele Harmer (eds.), *HPG Report*, No. 14, Overseas Development Institute, London, 2003.

织”或“伊斯兰救助会”,它们所使用的工作方法并没有什么不同。

以当今全世界非政府组织行动的 4 个主要领域——发展、人权、环境与人道行动——为出发点,通过思考不同学科相互重叠的部分,我提出一种方法,力图确定一组它们的最低共性。值得注意的有以下五个主要特点:

- 自愿或非营利实体的概念,其判断依据是,该实体是被视为享有权利与自由的个人集合,旨在实现他人的共同利益,而不只是该团体成员的利益;
- 依据国内立法,代表着特殊的法律框架;
- 与公共和私人机构的关系,既包括国内层面的关系(尤其是与国家及其机构的关系),也包括国际层面的关系;
- 涉及志愿承诺与声明意愿的价值观,以确保志愿组织的工作与文明的方法相一致,这一方法在不同程度上与非政府组织所组成的“文明社会”[11]相协调;
- 开展工作的跨国性,不考虑支配条件与程序。[12]

民意支持

当今世界上有许多人对“非政府组织”这个术语很熟悉,这种亲近度得到不同民意调查的支持。调查对象既包括发达国家的公民,也包括新兴及发展中国家的公民,还包括在局势不稳定地区的人民和武装冲突与自然灾害的受害者。过去的几年间,调查的结果显示,人们对“非政府组织”的亲近度提高到了一个新的水平。不仅是其宣扬的理论广为人知,而且其受信任的程度也在不断增长。

例如,2002 年年底,“达沃斯世界经济论坛”发起了一项调查,调查对象是来自 6 大洲、54 个国家的 36,000 人,这些国家包括欧洲的奥地

---

〔11〕 尽管该保留是因使用这一概念上模糊的术语造成的。See e. g. Sunil Khilnani, “La société civile: une résurgence”, *Critique internationale*, No. 10, Paris, 2001.

〔12〕 更多具体分析见 Ryfman,前注〔4〕。

利、德国、瑞士、波兰、俄罗斯与英国,也包括欧洲外的土耳其、以色列、美国、加拿大与日本,还有喀麦隆与南非。当被问及他们对“为社会利益展开工作的”各种机构的信任程度时,被调查者将武装部队放在首位(“很信任/有些信任”,回答可多选),非政府组织紧随其后,而议会排在最后。[13]

这一数据被更近一次的调查所证实。这次调查由 BBC 的一个频道于 2005 年 10 月与 2006 年 1 月进行。调查以 37,572 个人(不仅限于英国,还包括其他 32 个国家)的反馈为样本,旨在找出国际舞台上的各种主体中,哪些主体的影响被认为对世界经济命运最为有利。结果显示,非政府组织得票率超过 60%,遥遥领先。例如,在被调查的法国人中,有 80% 的人认为它们在世界经济中扮演着有益角色,而在被调查的英国与美国人中,这一比例分别为 70% 与 64%。最后,还有一个例子,在 2004 年 12 月 26 日的亚洲海啸发生一年后,即 2005 年 12 月,在法国进行的一次公开民意调查显示:[14] 公众最信赖非政府组织在灾难中展开的有效行动(43% 的被访者)。国际机构被远远甩在后面,得票率仅为 18.6%,政府与公司的得票率最低(分别为 5.61% 与 3.81%)……

尽管非政府组织拥有这么高的声誉,但它们在人道领域内展开工作时,仍然面临关于其能力、工作方法,甚至其身份的重大挑战。

遭受质疑的主体

其中一个主要原因是非政府组织,或至少大型与中等规模的非政府组织,已经成为很复杂的实体,与大众印象中的小型组织大相径庭。在大众的印象中,非政府组织是由一群朋友组成的小型组织,实施的是很小的项目,且没有真正的权能,也没有后续行动。因此,它们经历循环危机并定期改变身份,这与其他机构处理这一情况时所做的一样。一些批

〔13〕 WEF, “Trust will be the challenge of 2003”, Press release, Geneva, 8 November 2002.

〔14〕 这次调查由法国“Institut LH2”基金会(法国最大的基金会)与《生活周报》举行。

评者采用铁面检察官〔15〕的简单立场,认为它们将不堪重负,甚至将寿终正寝;而不那么激进的批评者的评论则更加慎重。〔16〕 尽管如此,还有几个基本问题值得辩论,虽然相关组织确实存在不同,但这些问题是它们所共有的。虽然必须尽力避免使用"非政府组织"这一概括性表述,而应尽量使用"某些非政府组织"的说法,但是,这些组织之间还是具有一些惊人的相似之处。

必须增加财源

在变得极富竞争性的语境下,人道组织获得私人与公共基金的途径概括描述如下。考虑到一般的宏观经济情况与法律及财政环境,近十年来,在欧洲与北美,私人捐助的年均水平似乎相对稳定。尽管从媒体报道的角度来看,这一水平似乎在缓慢上升,但其上升的速度远逊于 20 世纪 80 年代与 20 世纪 90 年代〔17〕——当然,也有一些例外情况,如 2004 年的海啸。不过,这些情况不具典型性,它们对(长期)基本趋势的影响微乎甚微。例如,为应对海啸而增加的资金似乎对扩充募捐者库的贡献十分有限。除了弥补从捐款人数据库(变更地址、对人道事业的兴趣降低、失业或收入减少、死亡等)冲销的传统事由外,许多非政府组织(尤其是中等规模的组织)发现,其很难获得并保有新的捐赠者,即便对于某些非政府组织而言,2005 年(海啸捐助不算在内)与 2006 年的个人捐助资金还相对充裕。

公共资金来源是一个无休止且最终也是徒劳的争论,当然,依据主要人道非政府组织的来源国的不同,有关情况也有所不同。例如,在法国,非政府组织主要不依赖国家提供资金。1991 年以来定期举行的统

〔15〕 Rieff, above note 2.

〔16〕 See e. g. the recent publication by Christian Troubé, *L' humanitaire en turbulences: Les ONG face aux défis de la solidarité internationale*, Editions Autrement, Paris, 2006.

〔17〕 这当然是一般趋势,决不排除例外情况。例如,自 2003 年以来,法国的"无国界医生组织"登记了很高的年增长率;2004 年,它的财政资源比前一年增长了 21%,2006 年则再增长 26%。

计调查显示,2003 年,在它们全部公共资金来源的百分比中,以直接资金来源计算,国家投入只占 21%;以服务计算,只占 7%;以地区和当地政府的投入计算,只占 4%。另一方面,公共国际资金所占的比例却在稳步增长,从 1991 年占全部公共资金来源的 56% 上升到 2003 年的 68%。因此,整体上公共与私人资金比例为 36:63。[18] 依据更早前的统计(这一数据曾长期保持稳定),在几个国家中,曾出现相反的情况,即公共资金高于私人资金,如荷兰(47% 比 22%)、丹麦(65% 比 10%)、比利时(53% 比 48%)、挪威(46% 比 25%)。[19] 在美国,情况似乎一样,甚至更为显著,尽管由于缺少整体统计数据而降低了计算结果的确定性。依据兰开斯特(Lancaster)的调查,2000 年,在美国的官方发展援助中,有 30% 是通过发展与人道非政府组织实施的。[20] 当然,不同的非政府组织,情况会有所不同。依据法国"无国界医生组织"的记录,私人基金占其资金来源的 94%(2005 年),而在美国"关爱会"的资金来源中,有 70% 来自公共财政(美国政府)。

在这样的背景下,人道非政府组织的未来及其将独立性维持在一个可接受程度上的能力,就主要取决于是否能通过多样化以及多年财政规划来稳定财源。为此,它们已经做了各种努力。例如,为募集私人基金,自 2004 年以来,欧洲大陆的多个非政府组织引入了在英国已使用数年的创新性的"街头营销"基金募集技术。这一技术包括利用邻近优势或世代效应,说服过路人通过自动银行转账来捐款。与此同时,利用新技术(网上捐助、手机短信捐助等)吸引捐助的方式在青年一代中越来越流行,因为这一代人多沉迷于电脑与手机。最后,法律与财政环境对于得到更多捐助以及增加公司捐款也十分重要。英国与美国就是两个典

---

〔18〕 Commission Coopération Développement (CCD), *Argent et organisations de solidarité internationale*, 2002/2003, CCD, Paris, 2005. 这些数据包括发展与人道资金(未做区分)。

〔19〕 Adèle Woods, *Facts about European NGOs Active in International Development*, OECD, Development Centre Studies series, Paris, 2000. 相似的数据未做区分。

〔20〕 Carol Lancaster, *Transforming Foreign Aid: United States Assistance in the 21st Century*, Institute for International Economics, Washington DC, 2000. 相似的数据未做区分。

型例证,当然,还有其他一些国家也如法炮制,如法国在 2003 年引入了初衷是提高文化捐助的立法改革,这场改革使人道组织颇为受益。[21]

与此同时——自 2004 年海啸以来,情况更是如此——出现了一个新的问题,即为特定事由募集的盈余资金,是否应再次分配到资金不那么充分的领域。与此相似,紧急、后紧急、修复与发展的概念受到广泛质疑。某些方面提出的"可持续人道行动"的思想还太新,尚无法判断它是否能为这些问题提供一个可靠的答案。[22]需要记住,这些人道非政府组织私人基金的经济模式,主要以大量个人捐助的小额或中等额度资金的积累为基础(尤其是在欧洲),随着大型私人捐助者这一新类型(即以美国的盖茨—巴菲特基金会为模式的新慈善基金会)的到来,这一模式将很快受到削弱。虽然他们目前将其国际基金集中于与发展有关的项目,但可以预见,他们很快会向人道领域扩展,目前主要由美国人主宰的基金会世界,未来将会在中国、印度、俄罗斯、马来西亚等国得到新的发展。

在国际公共基金模式中,实际上只有一个单一捐助者的情况如今只是一种例外,这种模式导致了诸如"平衡组织"(Equilibre)或"保健合作组"(Medicus Mundi)等欧洲非政府组织在 20 世纪 90 年代的消亡。尽管欧盟仍然是主要捐助方——主要是通过欧盟委员会人权办公室(ECHO,参见下文),但中型与大型非政府组织已经成为游说捐款艺术方面的专家,它们既游说联合国各个机构直接捐款,也向各个外国政府游说提供补贴。英国的"国际发展局"(DFID)、日本的"国际合作局"(JICA)、挪威的"发展合作局"、澳大利亚的"政府海外援助规划署"等是欧洲、北美、伊斯兰或其他非政府组织实施项目的常规捐助方。

---

〔21〕 Law on Sponsorship, Associations and Foundations (No. 2003 – 709 of 1 August 2003), published in the *Journal Officiel* No. 177 of 2 August 2003.

〔22〕 Jean-François Mattei, *L' urgence humanitaire, et après? Pour une action humanitaire durable*, Hachette, Paris, 2005. The author is President of the French Red Cross.

需要更有效的人力资源管理

私人人道组织援助工作者的职业化曾长期受到怀疑,但如今已成为“既成事实”。当然,有些人仍然担心,这将产生一个社会阶层,即靠非政府组织“过日子”的受薪工作人员,这个阶层耗费大量补贴,并可能代替以自愿为基础展开工作的积极分子与成员,成为非政府组织的控制者。[23]在法国与南欧,这一担忧更为明显,而在北欧与盎格鲁撒克逊文化圈,则很少有这样的担心。现在首要讨论的更多的是规范性问题:更高的薪酬、事业发展路径与管理;对外籍与本国工作人员受薪雇用的全面引入。现在,后者是英国、北欧与北美非政府组织的规则,并获得了更为广泛的认可,尽管在欧洲大陆或新兴国家的某些非政府组织中,它还处于讨论阶段。[24]

在需要填补的职位数与潜在合格的人道工作者的数目之间,也存在显著差距。鉴于非政府组织招聘人员对员工的技术与经验的要求,以及它们力图找到的献身与团结精神,非政府组织现在很难聘用到员工,尤其是技术与专业职位。管理工作的任务要求越来越高、越来越复杂,而人力资源的短缺(总部短缺的程度低于工作一线)就使这一任务更难解决,尽管这些工作的财政可以通过这些组织自己的基金或公共基金得到确保。从这个意义上说,2006 年全年在苏丹西部调动的外籍员工的数量(“无国界医生组织”约 100 人,“反饥饿行动组织”不超过 50 人)加上数千名本国雇员,可能具有欺骗性;这些非政府组织很难招聘到有经验的合格员工,尤其是纯管理或团队管理功能的职位。

问题的部分解决方法是创制事业的发展路径,这应当被定性为“专业”化进程,而且得到了越来越广泛的接受,尽管某些人道专家仍然认为“人道工作不是非政府组织成员专业化事业发展路径的舞台。它标志着

---

〔23〕 Jean-Christophe Rufin, “Pour l’humanitaire: Dépasser le sentiment d’échec”, *Le Débat*, No. 105, Paris, 1999.

〔24〕 Rony Brauman and Sylvie Brunel, “Les ONG et l’Afrique”, *Questions internationales*, No. 5, La Documentation française, Paris, 2004.

自愿奉献的阶段”。[25] 在专家与更多的普通员工(尤其在他们有家庭时)完成第一项任务后,除非能为他们提供与人道工作环境(这一工作具体的风险与其承担的责任)相称的经济保障,未来加薪的前景,更高级别与层次的职责或职业培训,否则,如何能在事实上说服他们将其对人道事业的承诺转换成长期供职?[26] 尽管可以看到已经取得了一些进展(如协调官、任务长官与一线行政官的职位),非政府组织还是很难留住某些专业技术人员。除了要与商业与政府部门竞争外,更高的薪水与更好的工作生活条件的吸引——在那些因极度不安全而闻名的国家——对非政府的人道组织非常不利,尤其是欧洲的组织,由于其他人道组织(如联合国机构、红十字国际委员会,不过也包括某些跨国非政府组织,尤其是源自美国的跨国非政府组织)也在寻找合适的员工,情况就更加严峻了。这样,就可以理解为什么它们力图通过提供比非政府组织更吸引人的经济待遇来聘用合格员工。对此,非政府组织常有怨言。然而,尽管在地方层面上的某些做法有时还有疑问,但是,在该领域存在公开竞争是不争的事实。这就是在当代人道环境下非政府组织的真实写照。

需要考虑的管理问题

“社团化或非营利管理”已经成为所有非政府组织共同面对的另一个主要挑战。与早先的援助机构类似,人道非政府组织现在也遇到关于其工作方法、管理、结构开支、劳动成本等的问题;非政府组织作为公民社团运作,甚至被问及民主的缺陷。提出这些问题,有其严肃的原因(伦理原因及其他原因),因为非政府组织最重要的关切(换言之,它在能力范围内的职责)难道不是履行其社会任务吗?如果一个社团不能实施与满足实际需要相关(如有必要,应是长期)的项目,它拥有资金、人力资源与可供使用的大量物质设施的用处是什么?公共或私人捐助者加强

---

〔25〕 Pascal Dauvin, Johanna Simeant, *Le Travail humanitaire: Les acteurs des ONG, du siège au terrain*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002.

〔26〕 Rufin, above note 23.

监督与审计,媒体与公众提出的问题,这一切都证实,当今对人道社团要求的责任越来越大。它们的高级行政人员对有效的领导手段的需求也起到一定作用。更为重要的是,管理影响到非政府组织的政策;错误的选择将导致它们没有出现在工作一线,而明智的选择将使它们有能力应对需要优先处理的紧急事务。与此相似,与现实不一致以及与成员、职员、志愿者、捐助者的期望不一致的管理常会导致"管理危机",这会对工作能力,甚至相关组织的生存带来不利后果。"乐施会"、"反饥饿行动组织"、"无国界医生组织"以及其他组织都曾不得不面对不同程度的管理危机。

因此,建立适宜、有效的最优实践也是非常重要的。当前,非政府组织采用的主要管理方式,其首要关注点是"利益攸关者"(stakeholder)。这一概念是使受益人与成员,员工与志愿者——还包括私人捐助者、公共捐助者、合作社团、供应者等——感到他们与组织休戚相关。这份长长的利益相关者的名单使对协调性原则的尊崇愈加必要。这进一步要求改进内部程序,完善战略规划,建立风险与品质识别制度与控制程序,从而改进项目的内容、实施及其可信度,并发展出非政府组织各个层次的内部品质文化。[27] 例如,"反饥饿行动组织"自 2005 年以来,已经建立了一套"品质管理制度"。[28] 另一个新方法是,不将董事会成员视为永久带薪机构以及非政府组织志愿部分的最终监管人,而仅将之视为利益攸关者的利益保证人,尤其是非政府组织人道工作受益人的利益保证人。所以,董事会的最高目的是监督工作,确保能成功完成社会任务。

最后的一个问题涉及是否应鼓励非政府组织接受评分、认证与分类程序——由外部评定机构实施,由同行管理,或由公共捐助人或甚至由学者或媒体来创立。对此,已有人提出强烈保留意见,他们认为,给人道非政府组织分类、定性、认证或评分的努力是一个非中立的投机行为。

---

〔27〕 Benoit Miribel, "Les ONG à l'épreuve de l'excellence", *Prospective Stratégique*, No. 28, Paris, 2006.

〔28〕 *La Démarche Qualité*, booklet, ACF – F, Paris, 2007.

主要的两个反对理由是:损害它们应对风险的能力,扼杀它们的创新能力,因为强行施加基准,会迅速形成制约;担心大型组织会变得更大,从而与小型组织进一步拉开距离。

尽管如此,这些程序却越来越受到欢迎。有几项动议值得谨慎审视。例如,2004 年,有 5 个美国儿童捐助组织(“儿童国际”、“基督教儿童基金会”、“美国计划”、“拯救儿童”与“世界宣明会”)就将其项目——既包括行动一线的项目,也包括总部项目——交给两个独立机构评估,这两个机构都是“国际社会责任组织 ”(SAI)的成员。在评估完成后,它们于 2005 年 7 月被授予“多方利益攸关者”证书。[29] 尽管考虑到相关项目的内容,这类机制并不是直接的“人道”机制,但这些非政府组织被许可在其装备与文件上使用特殊标注,这可能很快演变为新的标准制定者。从欧盟委员会的层面上讲,欧盟委员会人权办公室实际上已经建立了分类体系,对与其签订了合作伙伴协议的非政府组织进行分类。所以,从中期来看,人道组织很有可能看到讨论主要集中在选择的评定标准与负责适用之的授权组织上,而不是评级或认证的原则。

有越来越多的非政府组织进行独立管理,这一现象应受到其他人道机构的重视。尤其要让它们更好地了解某些程序,如在安全与工作条件急剧恶化时,决定是继续工作还是撤出的程序。

必须提高合法性

在当今世界中非政府组织的重要性(可能过分)被高估有其不利的一面:它们的合法性现在正受到越来越多的质疑。许多政治家、新闻记者与研究者对这一问题提出批评性意见。其中的两个主要理由是:第一,他们指出,非政府组织的存在既非依据国际协议,也不在国际法确定的法律框架内。第二,他们主张,非政府组织没有政治合法性,因为这是政治权力的特权,不论其渊源是否为民主或普选。事实上,非政府组织

---

〔29〕 Ken Giunta, “Five NGOs set new standard in accountability”, *Monday Developments*, 8 August 2005, Inter Action, Washington, DC, 2005.

的合法性进程几乎总是从“自我合法化”开始,即每个非政府实体(从其创始人开始)首先自我授予合法地位。另外,这种合法性总是处于被分化的危险中,因为非政府组织的职权范围总有扩张的趋势,这使其界限变得模糊不清。一些评论家认为,随着国家在国际舞台上的复兴,[30]这一趋势将愈演愈烈。

考虑到非政府组织在当今人道领域内的地位与重要性,合法性问题已经不容回避,必须得到重新审视——条件是,所接受的辩论建立在以下前提之上,即非政府组织的合法性不源自政治进程并不意味其没有合法性。接下来的一步是,思考什么使非政府组织合法或非法,以及依据什么样的机制。为此,可以使用多种参考体制,以确定在合法性得到永久确定之前,如何将自我合法化转变为合法化,再转化为合法性。这样,在一线工作的人道非政府组织,其合法性可以主要通过其任务与援助项目的质量、有效性与成功与否得到渐进式确立。评估、内外部审计与监督、对拟定受益人满意度的测评、项目取得的实际结果及其更新,都是可供选择的主要标准。所以,非政府组织最初通过其工作能力与成功度而获得的合法性将逐渐获得专业技术的支持,后者通过非政府组织在其职权范围内特定领域的多年积累而获得:“国际救援会”(IRC)在难民事务中的工作与“无国界医生组织”在战地外科手术或获得基本药品方面的工作,就很少受到质疑。

第一个且内在的行动合法性得到了第三个因素的强化和扩展,即相关组织植根于社会的紧密程度(不论是否被称为“文明”社会)。尽管这一因素很难评测,但绝不能被忽视。一个拥有可观数量成员的非政府组织,在某些情况下,还拥有积极分子(支持者)以及(或)当地分支机构的强大网络,怎么能被说成缺乏合法性呢?或者一个享有成千上万甚至上百万个私人捐助者的非政府组织,因为获得广泛支持而享有财政资源,却被说成缺乏合法性。尽管捐款在其缘由上相当复杂,尽管个人与公司捐助者的动机与参与度千差万别,但不容否认的是,有相当比例的人确

〔30〕 Samy Cohen, *La Résistance des Etats*, Seuil, Paris, 2003.

实会因支持某一特定的非政府组织,而通过捐款来表明其信任,同时,用捐款来表达鼓励与支持的信息。

社会(既包括北方也包括南方)中这一坚实的基础既可以是一般化的,也可以集中于某些特定的专业部门或社会群体。无论如何,这与一个组织争取支持的潜在能力相对应,争取到的支持甚至可能扩展到其他部门或群体,因为其行为代表了某个特定的事业(被遗忘的冲突、与艾滋病的斗争等)。

尽管国际法没有对非政府组织给予精确定义,但越来越多的国家之间签订的法律文件与公约在法律上承认了这些组织的存在及其工作,因此,也必须承认它们的合法性。一个不容否认的事实是,现在有几个这样的国际法律文件包含了具体条款,这些条款的内容从简单提到非政府组织被接受的角色,到阐述——在一些情况下非常精确的阐述——它们在执行国际协议某些特定规定中被赋予的作用。1997 年 9 月 18 日关于禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》[31] 以及其他国际人道法公约,从《日内瓦公约》到其《附加议定书》,[32] 再到《国际刑事法院规约》,都是例证。

最后,通过与代表能力的概念相联系可以获得合法性,只要能设计出这样的机制,并能据以测评之,当然,这不是件容易的事情。

行动实践与行为的协调

非政府组织界以其行动与行为模式的多样性而自豪。每个组织据说都有其来之不易、精心培养的方法——这将最终排除对非政府组织的任何交叉分析以及任何将之视为一个整体的观点,尽管如前文所述,它们有诸多相似之处。这一观点是值得质疑的,它更像说服性辩术,而不

〔31〕 在第 6 条中,该条名称是“国际合作和援助”。

〔32〕 即便它们没有明确提到。虽然,红十字与红新月是这些条约唯一提到的非政府组织,但评论家一般认为这并不意味着这些法律文件排除其他非政府组织,只是说明依据国际人道法,红十字国际委员会享有特权,以及这些援引必须被解释为说明在公约与附加议定书的含义内,公正的人道组织必须是什么的例证。

像社会学分析。证明行动实践有趋于联合的特点相对容易,有三个主要原因导致这种联合。

第一,非政府组织的捐助者与其他合作伙伴正在标准化其程序,因此,一个共享的官僚文化正在形成并得到发展。

第二,这一现象被援助工作者传递并强化。这些男男女女很少只对一个非政府组织维持“忠心”。他们常常跳槽,依据其工作领域、工作经验的长短与拥有的技能,从“反饥饿行动组织”跳到“乐施会”,从“国际紧急医疗救援组织”跳到“关爱会”,从“世界宣明会”跳到“国际救援会”(IRC),从“无国界医生组织”跳到“拯救儿童组织”。如果文化与行动标准不相似,则工作流动不可能这么频繁与容易。

最后,许多交流发生在各个非政府组织的技术、物流部门与国家或地区部门之间。例如,通过研讨会,专家们得以聚在一起;项目得以合作,培训活动得以共享。

确认在国际舞台上出现

跨国化正在加速

在非政府行动中,与公民的关系是且永远是一个关键因素。如前所述,为了实施并发展其行动,非政府组织在北方国家以及许多南方国家,尤其是直接涉及援助计划的国家中,通过民意获得了相当广泛的支持。事实上,非政府组织已被视为国际援助体制中的一个关键要素,因为只要和红十字与红新月运动的机构一起,它们(通常)就是身处灾难中的民众最能看得见也最能摸得着的援助机构。与其他组织相比,它们与这些民众的联系更为紧密。

因此,记住人道非政府组织也是全球化进程的一部分,尤其是作为跨国化现象以及努力使非政府组织数量不断增长以实现“临界数量”的结果,这一点很重要。事实上,它们现在正致力于通过“姐妹社团”或“分支机构”来获得真正的跨国性空间,并已经建立起自己的群体与网络,有能力筹备并动员可观的资源。在 19 世纪 80 年代,“乐施会”、“关

爱会”与“拯救儿童组织”处于领先地位,“无国界医生组织”、“世界医生组织”、“国际助残组织”、“伊斯兰救助会”、“关怀会”等紧随其后。这些组织目前处于建立跨国网络的不同阶段。从整个网络所整合的资源及其在危机区域实施干预来看,或者换句话说,以其财政与物流的“打击能力”来看,结果是非常可观的。据估计,2004 年“关爱会”工作网络的预算为 6 亿英镑(各个分支财政报告的总计)。同年,“无国界医生组织”的数字是约 4.6 亿英镑。“世界宣明会”以约 19.5 亿美元的预算居于首位——2005 年的数字。

从更为普遍的意义说,“临界数量”的问题逐渐变成另一个真实的挑战:项目正变得越来越费钱,中、大型非政府组织不得不处理这一问题,与此同时,它们在财政、人力与管理方面受到诸多限制,因此,它们需要能供其使用的足够资金与员工。管理控制,严格监督总部与工作一线的支出,提高电信通讯的措施,注意安全规则等问题已经永久性地进入议事日程,更不用说由不可计数的国家、欧盟、国际监督机制与公共及私人捐助者指定的审计公司展开的检查越来越多。这一切要求更加复杂的财务程序,也需要聘用更多有能力的员工来建设。跨国非政府组织在各个行动一线动用的本国及外国员工总数现在已远远超出了在其总部工作的员工人数,这样,就有必要提高工作一线与总部的联系,改善现场管理,同时将最大限度地下放权力。

在这个方面,非政府组织有几种选择,如自我约束、“壁龛”效应(“niche” effect),或者内生或外生成长。没有深入细节,内生成长并不一定意味着规模不断增长,而是例如,对行为内容与所使用的实际方法和程序的审查。在此语境下,需要探讨的问题中有一个颇具敏感性,即为了将更多的财力集中在更少的国家上从而使行动更具选择性,决定项目应开始还是中止的问题。于是,就出现这样一个问题,让规模相近的非政府组织共享项目,从而使国家层面上实现各个项目的相互配合。除了获得规模经济外,这还能产生良好的合作关系,尤其是在物流、供给仓储与联合员工管理方面。最后,尽管这个问题很少被提出,非政府组织在大的地理或地缘政治实体中实现区域性组合(欧盟、东盟、南方共同市

场等)是有很大潜力的。

无论如何,某些人道社团正在进行或已经完成的跨国化也微妙地改变了人道主体之间的平衡。例如,它使非政府组织的运转选择摆脱了局限于特定国家的限制,而拥有了更为广泛的选择空间,即便在北方也是如此,这不仅是因为它们迅速将自己进行全球性定位而不是将自己定位在国家层次上,而且是因为它们自己的财力远远超过了国家在人道援助上有限的预算。[33]

复杂的互动与合作体制

有鉴于上述各种事实,漠视非政府组织的存在与影响,是很难对当今世界事务,尤其是人道领域的事务做出分析的。更为重要的是,国际关系的传统主体——国家与国际组织——现在也普遍对此予以认可。这同样适用于冲突各方:国家、叛乱运动、军阀、游击队以及当地政治与军事寡头。

尽管如此,对于非政府组织在国际关系中扮演的角色及其真实的影响程度,人们的理解尚不充分,确实还存在争议。选择其他主体并不意味着只有三种选择:忽视之、与之斗争或与之合作。而是要将三种可能性联合起来,并加上竞争、对抗,甚至公开敌对。这有几点理由,首先是20 世纪后三十余年中,志愿行动以锐不可当之势,扩展至国际层面。由于这一行动侵蚀了国家的权力与主权以及它们传统的"专属领地",即发展、人权、环境,当然同时还有人道援助等世界利益的核心区域;因此,正如当代国际关系理论所显示的那样,情况正变得愈来愈复杂。[34]

---

〔33〕 在法国,尽管对某些危机会分配额外的预算,还是需要提供各个部门的服务与管理来补充法国政府人道行动可动用的人力与物流手段。

〔34〕 20 世纪 70 年代以来,See, e. g. Robert Keohane and Joseph Nye, *Transnational Relations and World Politics*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1972; James Rosenau, *Turbulence in World Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1990; Bertrand Badie, *La Diplomatie des droits de l'homme*, Fayard, Paris, 2002.

结果是,如今非政府组织已经成为国际援助体系中不可分割的一部分,它们扩展到全世界,在不同的危机区域,部署的密集度也有高有低。尽管它们参与的程度有所不同,对其定位进行的分析表明,它们与其他主要主体之间存在复杂的互动与合作伙伴制度,不论后者是大型公共捐助者、联合国机构,还是国家。从这个角度来看,上文强调的、构成非政府组织特点的法律不确定性,以及非政府组织同其他主体间的关系正通过日益广泛的协议实现正规化,这两者的关系绝非无法共存——而是恰恰相反。

因此,非政府组织是欧盟——世界上人道援助最重要的公共捐助方——的一个主要合作伙伴,欧盟已经与它们建立起高层次的合作关系。自 1992 年成立以来,欧盟委员会人权办公室[35]已经逐渐开始执行这种正式的合同协议体制,这种体制被不断审查,并得到进一步发展。为了获得欧盟委员会人权办公室的财政支持,非政府组织必须符合一系列具体标准,然后再签署《框架合作协议》。这些协议会定期修订、更新与补充。《框架合作协议》的最新版本自 2004 年 1 月 1 日生效。其主要目标是改进工作标准,同时提高欧盟人道援助财政管理的透明度与效率。所有签约组织仍然承担确保基本人道原则的义务,即独立、公正、非歧视。这些《框架合作协议》现在涵盖了欧盟委员会与约 150 个人道组织的关系,在这些人道组织中,绝大部分的总部位于欧盟国家,也有一些组织的总部位于非欧盟国家。欧盟多个机构(委员会、议会、部长理事会)定期讨论,对与非政府组织的合作予以全面革新,甚至替代之(通过向欧盟捐助资金),或仅为了欧盟人道机构的利益而重新设计《框架合作协议》。但是,除了人道组织反对这些改革计划(这可以理解)以外,一些成员国也不支持。欧盟委员会各部门对这一事项的意见也存在分歧。

联合国主要人道机构均已发展出与其各自领域内的非政府组织的

---

〔35〕 负责合作事务的办公室于 2005 年已成为欧盟委员会的一个总理事会——欧洲理事会人道援助总理事会——不过,其首字母缩写仍使用“ECHO”。

合作形式。支配这些合作关系的程序也在变得愈加规范化与标准化。其中,“联合国难民署”在此方面常居于领先地位,并引入多项创新,这很可能是因为非政府组织是其当地最基本的合作伙伴,尽管它也通过当地政府、国家与其他国际机构来提供其援助并开展任务。它经常将难民营组织与管理、营养、物流、健康与教育等事务授权给非政府组织。最近十年来,每年约有 500 个非政府组织与“联合国难民署”以某种方式展开定期合作。这些合作关系也触及其他一些领域,如培训。例如,难民机构与多个非政府组织(包括“关爱会”、“乐施会”、“拯救儿童会”)以及国际红十字与红新月运动开展了一个旨在保护战地难民的联合教育项目——“伸出援手”(Reach out)。[36]“世界粮食计划署”(WFP)也以协议为依据,与多个营养与食物安全专业领域的非政府组织建立了相似联系,如“乐施会”、“反饥饿行动组织”、“世界宣明会”等。

迈向非政府人道外交?

在此语境下,我们在未来的几年内,是否将能看到(至少由某些人道非政府组织展开的)“非政府外交”的形式得到发展并发挥作用?尽管将这两个术语结合在一起可能看起来令人有些惊讶,但依据上文所述的观点,这是事件的必然结果,几乎是理所当然的事情。事实上,这并不是一个全新的概念,因为另一个非政府主体——红十字国际委员会,使用这个概念已经至少有一个世纪了。[37]

显然,现在非政府组织已经符合了这样做的几个前提条件。它们拥有活动的权能与专门技术,同时还拥有上述诸如卫生、战伤外科、供水、卫生设施、营养不良、食品援助、流行病控制、难民营与流离失所者集中营的教育等领域的专业知识。一个受到广泛承认的事实是,“某些非政府组织对许多技术问题具有专业知识,这对于专业讨论以及充当非政府

---

〔36〕 Protecting Refugees: *A Field Guide for NGOs*, a joint NGO-UNHCR publication, UNHCR, Geneva, 2004.

〔37〕 Marion Harroff-Tavel, “La diplomatie humanitaire du Comité international de la Croix-Rouge”, *Relations internationales*, No. 121, Geneva, 2005.

组织有效抗衡手段而言至关重要”。[38] 同时,正如我们所见,它们除了具备游说技巧以及为其事业集聚民意的杰出能力外,还获得了大量民众与精英群体的崇敬与支持。最后,它们还有与跨国公司、国际组织与国家发展出一种新的权力平衡与合作关系的意愿,这种意愿反映了它们参与实际决策——与政策制定以及执行这些决策的愿望。鲁耶·多尔弗耶(Rouillé d'Orfeuil)是非政府外交的主要发明者,依据他的观点,这一外交不应,也决不能被解释为一种平行外交;他说,这是参与外交的一个组成部分,其目的是“有利于建设团结的世界”。[39]

因此,考虑人道社团是否因特定事件——从 2004 年 12 月的亚洲海啸,到 2005 年夏季尼日利亚的粮食危机,再到达尔富尔过去与现在的危机——而被赋予新的目标范畴有其正当性。迄今为止,尤其是海啸,被认为强化了将非政府组织视为民意默认的人道援助主要提供者的潜在趋势,这些组织的义务是带来实际的效果,而不仅仅是说明钱是怎么花的:第三国的公民与受害者本人都将自然灾害中的援助完全归功于非政府组织(非政府组织和红十字与红新月运动),尽管国家与国际组织提供的救助事实上也很多。因此,“社会责任反应”不再期待后者扮演其在制度上必须履行的角色;与此相反,这使非政府国际人道行动对这类危机的反应成为焦点。

非政府组织与联合国“人道改革”

在人道领域,存在——尤其是在自然灾害时期——有必要更好地协调各个机构的一致呼声。2004 年海啸造成的人员伤亡与财产毁坏史无

---

〔38〕 Pierre Jacquet, “La contestation de la mondialisation”, *L'économie politique*, No. 13, Paris, 2002.

〔39〕 Henri Rouillé d'Orfeuil, *La diplomatie non-gouvernementale*, Editions Charles Léopold Mayer et Alliance des éditeurs indépendants, Paris, 2006. 作者曾在法国外交部与世界银行供职,目前,作者目前指导“Coordination Sud”的工作,该组织是协调法国发展与人道非政府组织的核心组织。

前例,同时导致了广泛的支持动员与巨大的(难以协调的)援助浪潮,这滋生并加剧了辩论,并导致实施了一系列最基本的措施,以改进国际援助的管理与质量。核心理念是,筹划更好、更全面的协调可以并尽可能确保工作密切配合,避免重复援助,避免某些地区被遗漏而某些地区援助"过多"的情况(这种情况曾经发生过),从而使人道援助与需求更加匹配。

联合国,更准确地说,是"人道主义事务协调办公室"(OCHA)及其主任,兼任负责人道事务的副秘书长,最先提出"人道改革"的动议(为简洁起见,这里使用该动议的简称)。为启动这一动议,他指定 4 名顾问组成了一个独立委员会。在其审议结束后,该委员会于 2005 年 8 月提交了一份报告,名为《人道应对评论》。[40]

这份报告激起了各方兴趣,但同时也引发了分歧(此处无法详细介绍之),并导致了重组进程。这一进程的主要目的是重组联合国的人道机构,尽管非政府组织与其他人道组织也被邀请参与其中。从非政府的角度来看,这一动议产生了一系列问题,将对未来产生重大影响。

自 2005 年以来,联合国沿着 3 条主线开展了行动。首先,依据每个部门而非每个机构使用一种方法的建议,确定了 9 个核心部门(称为组)。一些组对应传统的人道工作领域(营养、饮用水供给),一些组对应辅助服务(电信、紧急避难场所),还有一些组对应一般范围的事务(难民营管理、保护)。每个组由在该特定领域的一个专门机构协调,所以,每个机构的经验["联合国儿童基金会"(UNICEF)在饮用水与食物供给领域、"世界卫生组织"(WHO)在医疗卫生领域]都能得到最大程度的利用。指导思想是建立起全球与地方性的组,即不同规模的组。OCHA 坚持认为,领导职能应委托给一个单一的财政机构——"中央紧

---

〔40〕 Costanza Adinolfi, David Bassiouni, Halvor Lauritzsen and Howard Williams, *Humanitarian Response Review*, United Nations, New York and Geneva, 2005. This report is available on the OCHA website at, http://www. humanitarianinfo. org/iasc/content/documents/other/Humanitarian per cent20Response per cent20Review per cent202005. pdf.

急应对基金会”(CERF),[41]该机构将公共捐助者,甚至大型私人捐助者捐助的资金进行再分配。还计划协调战略,以促进与捐助者的联系,从而加强永久性联合呼吁制度,此项制度目前仅在联合国各人道机构中相对有效。最后也很重要的一点是,为了最大限度地促进不同主体间的协调与互动,联合国(通过 OCHA)应被授予全面组织——和监督——世界人道体系的职能。

2005 年,启动了一线试验以检测机制的可行性与适用性,第一批组在国家层次上建立,包括刚果民主共和国、利比亚、乌干达,并在 2005 年 12 月的巴基斯坦地震中得到实际验证。新组建的 CERF 自 2006 年 3 月来开始运作;截至 2007 年 2 月,该机构已经收到总额为 1.62 亿美元的捐款。[42] 2006 年,CERF 在平衡了先前结构的情况下,在 35 个国家开展了 135 个项目,资金总额达 2.59 亿美元。OCHA 与“联合国基金会”建立起一个体系,依此体系,甚至是每个私人捐助者都能向 CERF 捐款。[43]

对所提议的改革,非政府组织的态度是什么样的?至少有一点是无疑的,它们的态度存在相当大的分歧。虽然有一些人道组织原则上不反对改革,但是,许多组织对其自身参与改革非常犹豫。不过,“乐施会”正参与到“水与卫生”组的工作中。然而,它有时批评该基金会工作不热情,以及捐助者将钱从其他项目转给 CERF。[44]其他组织,如“无国界医生组织”则表示忧虑,它认为改革有侵蚀非政府组织独立性的严重危险。“反饥饿行动组织”对这种分“组”方法表达了保留态度;尽管认为改革在某些方面具有积极意义,它仍然要求在做出最后决定之前,先对

〔41〕 这取代了自 1991 年来就开始运作的“中央紧急周转基金会”。这个新成立的 CERF 被设计成一个备用基金会,其目的是“保证即时获得基金,以迅速应对人道灾难、处理紧缺资金的重大人道需求”。Report of the Secretary-General of the United Nations to the General Assembly on improvement of the Central Emergency Revolving Fund (A/60/432).

〔42〕 CERF Newsletter, February 2007.

〔43〕 同上。

〔44〕 Press release Oxfam-Belgium, Brussels, 9 March 2007.

改革的影响做出评估。[45]

因此,从技术上讲,辩论已经开放,这尤其得益于一家非政府组织——“国际行动援助”,该机构对“巴基斯坦模式”开展了回顾性分析。结果清晰地表明第一期措施的效果有限。例如,委派到巴基斯坦的组领导(全部由联合国指定)对国际与当地非政府组织的要求与建议没有给予充分考虑。另外,某些组的发展要快于其他组;“保护组”几乎没有获得任何成员(这也许是因为它的工作看起来不是首要工作),这让人担心它的创建是否能得到保证。它们的支持角色与技术建议也被视为不充分,结果是,工作一线的非政府组织很快对参与丧失兴趣,倾向于绕开组,不管它们的决定。[46]

以非政府社团的行动为视角,关于这一“人道改革”引发的问题可以概括如下:

- 提高人道应对整体战略的一致性(人道改革是这一战略的一部分)不甚明晰。例如,组被定义为垂直协调的部门工具,但是,对数个组的共同事项如何确保协调一致的管理?与此相似,欲将这一方法适用于自然灾害和冲突。但是,由哪个实体负责选择合适的区域,以及依据哪个标准?根据不同情况,难道没有产生负面影响的政治考量的危险?

- 关于财政,虽然更加集权化的基金管理具有实际益处,至少对公共捐助者与联合国机构的益处明显,但非政府组织指出,这种财政渠道很可能变成排他性的,这将导致在选择提供资金的工作时会强加条件,并做出武断决定。这几乎等于是对工作一线任何多重性的行政质疑,不论人们怎么说,这种多重性都适合于复杂的情况,这种情况通常的确会引发并促成反应更快且更适当的人道应对行动。无论如何,在该阶段,关于资金分配——尤其是选择方法——透明性的保障,似乎仍不够

---

〔45〕 Press release, Paris, 11 July 2006.

〔46〕 “The evolving UN cluster approach in the aftermath of the Pakistan earthquake: an NGO perspective”, Action Aid International, April 2006, available at http://www.actionaid.org/pakistan/images/ActionAid per cent20Report per cent20on per cent20UN per cent20Cluster per cent20Approach percent20April per cent202006.pdf.

明确。

• 存在这样一种危险,即某些组(尤其是物流组)使用武力的可能性会使目标群体与当地政府混淆人道组织与政治及军事实体的区别。许多非政府组织认为,必须维持这一区别。这也不是纯技术考量,因为在这里,可能出现的政治因素也会造成负面影响。

• 提议的改革似乎没有充分解决其他问题,如国内流离失所者(IDPs)、当地合作伙伴与当地公民社会的参与程度或实际参与方式等,都没有得到充分清晰的界定,而改革与组的运转需要据此加以评估。

• 从政治性更强的层面来看,在普遍赞同有必要改进工作之外,关于人道原则与一体化体制的兼容性的观点还存在很大分歧。这种体制将人道行动,尤其是武装冲突局势下的人道行动,视为危机或后危机管理的诸多因素中的一个。最后,一些非政府组织已经(非正式地)表示,它们担心自己将成为 OCHA 及其主任的工具,被用于联合国机构间的机构冲突,而其中一些机构对改革并不太热衷。

现在就对这次由联合国主导的人道援助之彻底革新的结果下定论尚为时过早。尽管联合国似乎想表现出相当程度的开放性,不仅邀请非政府组织参与其中,而且还提高了它们共同责任的级别,[47] 即便指导委员会现阶段的工作集中于发展“合作伙伴原则”(POP)以及阐释“共同关注声明”,但仍有许多问题没有得到解答。[48]

归根结底,以既存事物为基础——即通过改进,而非建立新的上层建筑(这很容易被证明是不方便、官僚,最终也是没有效率的)——来加强各人道机构之间的协调,难道不是更好吗?另外,这已经对非政府组织以及所有非政府援助机构(包括 ICRC)的独立性造成了不必要的

〔47〕 例如,某些组的责任被委托给非政府组织,而非联合国机构。

〔48〕 2006 年 7 月,在日内瓦召开了一次重要的磋商会议,各个人道机构的代表与 OCHA 参加了此次会议。成立了一个由联合国、非政府组织与红十字与红新月运动代表组成的指导委员会,以准备建立一个将这三组机构联合起来的“全球人道平台”(GHP)。不过,自那以后,委员会的程序(以及“改革”)似乎几无进展,部分原因可能是副秘书长于 2006 年年底离任,2007 年 1 月继任者上任。

挑战。

结论

即便没有非政府机构,当今世界仍会有人道行动。不过,人道行动将缺乏其特征、声望与影响,而这些对援助弱势群体或饱受煎熬之人的力量与效率至关重要(有必要的保留)。这一力量与效率正是得益于非政府元素的存在,而这一元素最适合当今世界,即一个后威斯特伐利亚的、缺乏规制的混乱世界。

对于广大人民来说,尤其是在柏林墙倒塌以后,人道行动不仅成为他们直接接触国际领域的机会,而且成为他们在该领域内自我主张权利的机会,而在传统上,国际领域被视为政府及其特定代理人(外交官以及武装部队成员)的专属领地。最为重要的是,人道行动为他们提供了在国家"传统"政治考量之外发挥影响的机会,但这种考虑在政府间国际组织中仍占优势。与某些有时肤浅的主张相反,这种影响在其意图上不是"反政治"的——对政治与政策的拒绝。与此相反,它以下列原则为依据,即拥有道德与伦理基础,由多种方式构成的原则,从"提供援助的义务"到"提供保护的责任","尊重生命","尊重人类尊严"与"人道义务"——这些原则如果被转化成人道行动的工作现实,便是国际层次上"道德政治"以及全球层次上团结一致的表现。

不过,这种性质的"道德政治"含义很不明确,这可以由其表述本身以及整个人道社会——尤其是非政府组织——当前正面对的棘手问题所体现。特别是在发生非国际性武装冲突(内战、派系斗争)的区域,外部援助机构的公正性与参与受到当地主要领导者越来越多的质疑。据报道,援助工作者普遍被拒绝接触受害者,他们的援助沦为工具的风险越来越大,安全条件也在迅速恶化,威胁、攻击与暗杀成为家常便饭。换言之,留给独立人道行动的空间可以使得事先评估需求,无歧视地提供援助,监督与评估援助的影响,并确保接触到受害者,但这一空间的存在正在受到日益强烈的质疑。所以,某些冲突当事方对于人道姿态的目

的、范围与可接受性的疑问正与日俱增。

尽管不能仅仅依靠非政府组织来力图保留这种人道空间,但先前的经验表明,最好信任非政府人道机构将尽力使用的解决途径,因为它们的方法已经证明其创新能力,这种能力在 21 世纪初通过一线行动、试错法、研究与试验而不断得到加强。这种方法并不是孤立进行的,而是在与其他主体的对话中展开的,它试图阻止任何存在机制障碍的问题与倒退,并在确实无法避免的情况下对之加以利用,从这个方面来看,难道不应给予此方法以积极评价吗?

非政府组织在日益国际化的环境中演进,并以日益增长的对援助受益人与公私捐助人负责任的要求为导向,这样,它们就能更好地为已经面临的挑战与即将面临的其他诸多挑战作准备。换言之,面对在不确定时代做出艰难选择的局面,非政府组织除了变得更具人道性之外,已经几乎别无选择。

杜南的金字塔:关于“人道空间”的思考*

丹尼尔·蒂雷尔**著/李尊然***译

摘要

本文将人道空间比作金字塔,使用这一隐喻的方式描述了人道法和人道行动的构成。人道作为金字塔的塔尖构成目的,国际人道法是塔基,侧面是公正、中立和独立原则,它们共同围成一个人道空间,并使得人道行动成为可能。

我想这是建立持久和平的最佳方法,即向来自世界各地不同国家的人民表明我们都是人类。我们像他们一样都有家庭、生活、理想和恐惧。我们都是人类,同时我们都生活在一起。但是,我们必须能够“像对待我们的共同点那样”来理解和欣赏我们之间的差异……对不起,说教太多……现在就言归正传![1]

---

* 本文是作者在其2007年德语文章基础上稍加修改而成:“Dunants Pyramide, Gedanken zu einem ‘humanitarian Raum’”, in Stephan Breitenmoser et al. (eds.), *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, DIKE/Nomos, Zuerich/St. Gallen/Baden-Baden.

** 丹尼尔·蒂雷尔(Daniel Thürer)教授是苏黎世大学国际公法和比较宪法研究所所长,红十字国际委员会委员。

*** 中原工学院副教授,中国社会科学院法学博士。

〔1〕 摘自在波斯尼亚工作的爱琳·斯科勒(Erin Schuler)发给其在美国的家人的一封有关塞尔维亚暴行的电子邮件。引自Andrew Carroll主编的一本比较伤感的书:《战争信函——从战场发出的特别美国邮件》(*War Letters—Extraordinary Correspondence from American Wars*), Rocket, New York, 2001, p.470,书中包括了许多“内部文献”。

“战争什么都无法终结”。[2]

我们的思想正变得更加的复杂化、技术化和神秘化,在自然社科领域尤其如此(与阿尔贝特·爱因斯坦、马克斯·普朗克以及其他重要而著名的思想家形成对比)。有谁能理解某教授是基于什么而在 2006 年被授予诺贝尔物理学奖吗?(与汉娜·阿伦特、马克斯·韦伯或者卡尔·古斯塔夫·荣格的作品形成对比),除了那些学习过相关学科的人之外,有谁能理解当今存在的各哲学或社会科学学派的内容或目的吗?在法学领域也可以发现碎片化、过度专业化和形式化的趋势。正像在议会上讨论和法庭上辩论的那样,人类的日常生活应该是由法律构成和决定的。国际人道法旨在对道德风气和武装冲突中影响战斗员与平民生死的指导决策产生影响,但这一法律分支却有着特别明显的将成为“专家之法”的趋势,很难理解。[3] 这些法律包含一千多个条款,大多数都很具体而且很技术化,它们在很大程度上是军事、外交和国际法律专家的保留地,然而了解这些法律对于士兵和市民,的确,对于普通公众来说,是至关重要的。[4]

依我看来,社会职业精英对其思想本质进行反省并在具体环境中进行思考变得日益重要。但现代社会也需要一种易于理解、易于接近、具有想象力和随时可进行交流的新文化,这种文化包括具有专业知识的人与广大民众之间的对话。这并不意味着放弃对术语和语言科学精确地

---

〔2〕 非洲谚语。From Gerd de Ley, *African Proverbs*, Hippocrene Books, New York, 1999, p. 114.

〔3〕 第七军团第一步兵师的坦克指挥官 Dan Welch 上士从第二次海湾战争前线发给他妻子 Marianne 和儿子 Chris 的 1991 年 3 月 8 日的信中写道:“我还在想着我们进攻的前一天我开枪打死的那个人。如果我没有这么做,他现在可能就在伊拉克的敌军战俘营中,像我一样等着回家。他可能仅仅在一天之后就与大多数其他人一道投降了。”Carrol,前注〔1〕书,第 459 页。

〔4〕 国际人道法呈现技术性和术语性有多种原因。其中之一是来自武装部队和国家行政机构的专家在制定国际人道法文件的外交会议的文件起草过程中有着主要的影响;单个规则的清晰、明确对于这些规则的实施而言是重中之重。尽管如此,人们有时还是希望语言能够更加容易理解和记忆。1789 年法国《人权宣言》和 1948 年《世界人权宣言》中都有“兄弟关系”(brotherhood)这一词,而在索尔弗利诺帮忙的人却大喊“Siamo tutti fratelle”(我们都是兄弟)。国际人道法文件却少有此类修辞的痕迹。

使用。但专家们绝不能忘记,与单纯的抽象语言相反,符号语言有着特别的功效。人们也会运用图画和概念思考。[5] 引用理查兹(I. A. Richards)的话来说,“思考主要是隐喻的”。[6] 下文我们将尝试着介绍三种形式或步骤,提炼并阐明是什么构成了国际人道法和人道行动的核心问题。首先,我们先看三个“人物”或“故事”,然后给出这些具体故事对应的通过国际判例突显和发展而来的抽象的国际人道法一般原则,正是这些原则构成了单个规则的基础。最后,我们将试着把国际人道法和人道行动的全部原理和方法装入几何图形的金字塔当中,这个金字塔围成了一个“人道空间”,或者说“概念变成了空间”。我将主要关注第三个方面,因此将标题定为“杜南的金字塔”。这是一次用图形表示(历史上和当代)各原则、规则、学说、实践和经验[7]的尝试。

三个故事,三个人物

索尔弗利诺:一切如何开始的故事[8]

许多组织在忠实于它们创立信条的情况下得以成功发展(“路径依

---

[5] Ernst Cassirer 将人定义为一种“符号的动物”而不是一种“理性的动物”。See Ernst Cassirer, *Essai sur l'homme*, Les Editions de Minuit, Paris, 1975, pp. 44 ff.

[6] Cited in Jeremy Rayner, “Organic and Mechanical Metaphors in Late Eighteenth-Century American Political Thought”, *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997, pp. 1832 ff.

[7] Christophe Bouriau, *Qu'est-ce que l'imagination*?, Vrin, Paris, 2003, p. 44.

[8] 在我们这个复杂化、技术化和电子化作战的时代再去讲杜南的故事(或传奇)似乎有些时代性错误。但我还是要这样做,既因为当时这位红十字会的发起人代表了一种新的基本理念,还因为我认为他是一个适合于当代而且很恰当的,并具有号召力的道德榜样,或许甚至就是一个样板。由于 Umberto Eco 对于“道德的终结”所表达出的恐惧使我坚固了要采用这样一种“不现代”的方法的念头。Eco 提醒我们要着眼于未来,“道德要求一种既难以追赶又需要一定程度努力的生活模式。但是媒体将会不停地宣扬那种不具备什么英雄美德的人作为生活的榜样,他们(戴安娜王妃或莫尼卡·莱温斯基,而不是圣凯瑟琳或弗洛伦斯·南丁格尔)因为在电视、新闻或在互联网上连续曝光而成为所有人的榜样”。Umberto Eco, *Schüsse mit Empfangsbestätigung – Neue Streichholzbriefe*, München/Wien, 2006, s. 7 (ICRC translation).

赖性发展”理论〔9〕),那么,同样的,以减轻在战争中和其他灾难中受难者的痛苦为己任的人道组织,在其发展过程中的关键时刻,就必须同样牢记并反映它们创立的经历。其中最为重要的是亨利·杜南的《索尔弗利诺回忆录》一书,〔10〕它是创立红十字会的想法和冲动的缘由。这本书有着直接而强大的冲击力。杜南在书中描述了 19 世纪一次最为血腥的战斗后令人震惊的场景。用他自己的话来说,“在这次不同寻常的冲突中,仅作为一个旅游者,不作为任何其他的角色”,他有这样极其难得的机会,亲眼目睹了那样的战后震惊场面。〔11〕 他以充满感情的语言叙述了他对发生在1859 年6 月24 日(星期五)至26 日(星期日)期间伦巴第区索尔弗利诺附近的事件的印象:50 万法国和奥地利军队奔赴战场。“战鼓擂起,军号嘹亮”,而且“好像人们在赶赴盛宴”。〔12〕 但是,接着到来的是“肉搏战……完全是一场屠杀;是残暴的野兽之间血腥暴怒疯狂的搏杀”。〔13〕 当6 月25 日太阳升起的时候,“暴露在你眼前的是你所能想象到的最可怕的场面”——各国的伤者和病者一个挨一个地躺在“卡斯梯哥里昂教堂的石板地上”。〔14〕 但是伴随着绝望和痛苦的,还有充满希望的场景:当地的妇女,在杜南星期天的倡议下,前来提供救助;〔15〕杜南答应了一位救治无望的年轻下士的请求:“给我父亲写封信,让他安慰我的母亲”;〔16〕而且士兵们“对于战败被俘的敌人的仁慈与同情”的人道精神被杜南描述为“与他们在战场上的英勇无畏相比毫不逊色”。〔17〕

---

〔9〕 “路径依赖性发展”的特征之一是经由某一特定历史情形所产生的结构趋向于自我复制。这可能会有变化,但仅仅是作为具有特殊特征的路径的变异,而路径本身是不可逆转的。相关例证可参见诺贝尔奖得主著作,Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

〔10〕 Henry Dunant, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, 1986 (original, French edition 1862).

〔11〕 同上,第 16 页。

〔12〕 同上,第 34 页。

〔13〕 同上,第 19 页。

〔14〕 同上,第 41、61 页。

〔15〕 同上,第 62 页。

〔16〕 同上,第 66 页。

〔17〕 同上,第 52、53 页(ICRC 译)。

杜南从浮现在他眼前的这些画面中,想到了两个提议,也就是后来红十字的起源:(1)在和平时期成立由志愿者组成的国民救助团体;(2)起草一部“不可侵犯的公约,一旦得到同意和批准,就可能构成各个欧洲国家伤员救护协会的依据”。[18] 令人惊奇的是,杜南所讲的还处在萌芽阶段的故事包含了后来构成红十字会(和一定程度上其他人道组织)的组建和组织体系的全部要素。[19] 19 世纪,当主权变得如此重要的时候,在杜南的提议下,于 1864 年起草的《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》与过去相比是一个突破。在直接目睹了索尔弗利诺令人震惊的场面之后,这部公约境遇改善的重点不是部队领导和将军,而是那些战争的受难者(伤者和生命垂危者)以及那些至今缺乏足够关注的人员。这部公约也是 16 世纪开始出现的欧洲自然法传统的一种表现。基于该传统,法学专家们致力于克服法律和惯例的特殊性,取而代之以普遍适用的原则。[20] 1864 年的第一部《日内瓦公约》迈出了国际法结构根本改变的第一步,国际法的主体逐渐扩大,将个人和民间协会也纳入其中。

原型:好撒玛利亚人?[21]

(在红十字和其他地方所体现出的)人道思想——帮助任何遭受痛苦的人的思想——有某种原型吗?从 1928 年到 1944 年担任红十字国

---

〔18〕 同上,第 126 页。

〔19〕 特别是下列原则:人道、公正(为武装冲突双方根据需要提供帮助,减轻战争及其他形式灾难的受难者的痛苦)、中立(不区分正义和非正义、好的和坏的战争,甚至不区分有罪和无辜)、独立和志愿服务原则。

〔20〕 See Michael Ignatieff, Die Ehre des Kriegers-I, in Hans Magnus Enzensberger (ed.), *Krieger ohne Waffen*, Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, Frankfurt am Main, 2001, p. 18:“《日内瓦公约》所依据的自然法在历史上第一次试图规定适用于包括基督徒和异教徒、信徒和非信徒、本国人和外国人在内的所有人的规则”,Eichborn(ICRC 译)。

〔21〕 我认识到在虔诚的正统派基督教复兴时期,用一个基督教寓言来表示一种普遍性的和全球性的人道行动可能存在争议。我这样做是因为这个寓言包含了一种在各种文明中再现出来的思想和行为原型,尽管它们是以其他的术语并通过其他的人物形式表达出来的。如佛教中的怜悯,See Hans Kueng, *Projekt Weltethos*,4th edn, Piper, Munich, 1998, pp. 118 ff., 124; and *Wozu Weltethos? Religion und Ethik in Zeiten der Globalisierung*, Herder Freiburg im Breisgau, 2002, pp. 118 ff., 124.

际委员会主席的马克斯·胡贝尔(Max Huber)对于“好撒玛利亚人”这一比喻的说法有一些有意思的思考。[22]这一故事来源于基督教(《路加福音》10.30－7),但它的含义却超越单纯的宗教而具有了普遍性。这个寓言讲的是来自本宗教之外的一个人物,一名撒玛利亚人。他在一个祭司和一个利未人都漠不关心地过去后,本能地帮助了一个我们只知道是“从耶路撒冷到耶利哥去,落入强盗之手”的人。这个撒玛利亚人把他带到店里并支付了他的食宿费用。有趣的是伸出援助之手的是一名外邦人,受难者的身份也并不是我们要讨论的;正如胡贝尔所言,是由于他是同样的人才得到帮助,因为他是人而不是因为他像这个或像那个。[23]另外,引人注意的是在故事中漏掉的内容,即对强盗的指责,或对容忍这种强盗行为的官府的指责,对那些本应及早提供帮助的人的谴责——因为如胡伯所讲,在紧急情况下“责任是行动而不是空谈”。[24]“好撒玛利亚人”,这一寓言中包含了那么多的用来界定红十字会以及其他人道行动的特点,真是令人惊奇。

“第三方战斗员”

马塞尔·朱诺(Marcel Junod)在意大利与阿比西尼亚的战争期间以及西班牙内战期间,担任红十字国际委员会代表;当原子弹投掷在广岛和长崎爆炸时,他就在日本。他写道:“敌对方从来就不仅是两方,有时候在他们之间还会出现‘第三方战斗员’。”[25]战争是残酷的,充满了仇

---

〔22〕 Max Huber, *Vermischte Schriften*, Vol.Ⅱ, Glaube und Kirche, Zurich, 1948, pp.293 ff.

〔23〕 同上,第 309 页。

〔24〕 同上,第 310 页。

〔25〕 Marcel Junod, *Le Troisième Combattant – De l'ypèrite en Abyssinie à la bombe atomique d'Hiroshima*, Payot, Geneva, 1989, p.8. 红十字国际委员会主席雅各布·克伦贝格尔在 Erica Deuber Ziegler (ed.), *Soixante ans après Le Désastre de Hiroshima de Marcel Junod*, Labor et Fides, Geneva, 2005, p.11 一书中仍然向每一位代表推荐这本名著。关于红十字会工作令人印象深刻的更多陈述见于:Stefan Zweig, “Das Herz Europas-Ein Besuch im Genfer Roten Kreuz”, in his *Die schlaflose Welt-Essays* 1909 – 1941, 4th edn, Fischer, Frankfurt am Main, 2003, pp.74 ff.; Enzensberger, above note 20; Michael Ignatieff, *The Warrior's Honor*, Metropolitan Books, New York, 1997。

恨和独断专行。但仍然存在关于保护战俘、伤者和病者以及流离失所者的基本规则,而且有许多组织和个人在致力于减轻战争的痛苦。在灾难和暴行中,它们通常是受难者与和平和文明世界(一个与他们隔绝但却无法离弃的世界)之间唯一的联系纽带。《第三位战斗员》(*Le Troisième Combattant*)讲述的是在西班牙内战期间一名比利时红十字会护士的英勇故事。这名护士当时工作在巴塞罗那附近一座已经被共和国用作监狱的城堡中,她设法升起了红十字会会旗,从而使佛朗哥的军队停止了射击,避免了被关押在其监狱中的数百名手无寸铁的战俘遭到屠杀,并最终使他们安全撤离。[26] 朱诺还描述了他作为红十字国际委员会驻“第三帝国”的唯一代表是如何在战争和极权专政的情况下到达法国,去查明是否像在柏林的德国外交部所称的那样,德国伞兵被枪杀,违反了《日内瓦公约》。他的报告结论是否定的。由于这份报告及时送到,从而避免了威胁报复的实施,称如果一名德国士兵被杀,便要处决十名法国战俘。[27] 这份由红十字会以及其他人道组织代表和工作人员编写的报告还包括几百个类似的故事。朱诺关于红十字国际委员会的外弱内强性写道:“他们是奇怪的战斗员,因为他们的武器只是两个公约和一种精神。”[28]

从国际判例看国际人道法基本原则

我们刚刚论及了国际人道法的灵魂,尤其是在“科孚海峡案”、“尼加拉瓜案”和两个咨询意见(“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”和“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”)中,国际人道法成为了海牙国际法院的主题事项。[29] 法院首先关注的是在众多条约

〔26〕 Junod,上注书,第 152 页及以后。

〔27〕 同上,第 182 页及以后。

〔28〕 同上,第 14 页。

〔29〕 See Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, 2000, Vol. 94, pp. 239 ff.

性和习惯性法律规范中,确定这些规则构成所依据的基本原则,这一点很有趣也很重要。在“科孚海峡案”中,法院将“基本的人道考虑”解释为“一般和公认的原则”。[30] 在“尼加拉瓜案”中,法院援引了“国际人道法的基本原则”,认为“《日内瓦公约》不过是这些原则的表达”。在武装冲突中,“除了同样适用于国际性冲突的更为详尽的规则之外,这些原则无疑是一种最低准则”;1949 年日内瓦四公约之共同第 3 条,这一核心条款构成了一套最低限度的规则,在法院看来,这反映了它在 1949 年所描述的“基本的人道考虑”。[31] 按照这些公约第 2 条的规定,还负有在一切情况下都应当尊重国际人道法并确保国际人道法被尊重的义务。在一切情况下尊重公约的义务绝不是源于公约本身,而完全是源于人道法的一般原则,公约“只不过是”这些原则的“表达”。另外,虽然法院迄今为止所采取的方式仍然属于纯粹的形式范畴,但毫无疑问,向位于另一国家的武装部队成员或其他人(不管其政治派别或目的如何)提供严格意义上的人道援助不应当被认为是未经许可的干涉或者非法行为。该裁决指出:

> 真正的人道援助的一个基本特征是“无歧视地”提供援助。在法院看来……人道援助……不仅必须只用于红十字运动所追求的目的,即防止和减轻人类痛苦并保护人的生命和健康,保障人类尊严,而且最重要的是,还必须不加歧视地提供给处于危难中的所有的人。

在关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中,国际法院裁决如下:“这种固有的人道性质遍布于整个武装冲突法规并适用于所有方式的战争和所有类型的武器,包括过去、现在和未来的战争

---

〔30〕 *Corfu Channel Case* (*UK v. Albania*), Merits, 1949 ICJ Rep. 4, 22.

〔31〕 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States*), Merits, 1986 ICJ Rep. 14, 113 – 14.

和武器。”[32]依据人道原则和公众良心要求,法院确认马顿斯条款[33]是一项习惯国际法规则,尽管其含义存在争议并缺乏得到普遍接受的解释。[34]最后,在关于在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见中,[35]法院对于以色列在巴勒斯坦被占领土上修建隔离墙这一具体情形适用了保护被占领土平民居民的多项人道法规则。

保护人道空间的金字塔

广义上的“人道空间”

到目前为止,我试图用关于基本原则的或者实证法所依据的正义原则的三个故事来说明人道法和人道行动存在的理由。在此我要找出一个能够使这些(体现在特定人物身上并在国际判例中得到揭示和援引的)基本原则“变成空间”的比喻。[36] “无国界医生”组织的创始人罗尼·布罗曼(Rony Brauman)首先使用了“人道空间”这一形象的比喻。

> 我要谈论的是一个象征性的空间,在此之外的人道行动则脱离了其道德基础……该空间存在的基础包括:一方面是对话自由,即在没有任何人故意在场的情况下有机会与我们的工作对象自由交谈。然而这是一个不能被小视的基本的人格尊严问题。另一方面是行动以及评估需求的自由,更确切地说,当然是在实际条件允许的情况下。这是避免成为宣传工具或某个军阀或独裁者商店橱窗

---

〔32〕 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, 1996 ICJ Rep., para. 86.

〔33〕 Theodor Meron, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, American Journal of International Law, 2000, Vol. 94, pp. 78 ff.

〔34〕 Judge Shahabadden, above note 32, Dissenting Opinion, para. 86.

〔35〕 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 ICJ Rep. (9 July), paras. 89 ff.

〔36〕 See Johanna Grombach Wagner, “An IHL/ICRC perspective on ‘humanitarian space’”, available at http://www.odihpn.org.report, asp? ID52765; Béatrice Mègevand Roggo, “*After the Kosovo Conflict, a genuine humanitarian space*”, International Review of the Red Cross, No. 837, January – March 2000, pp. 31 ff.

中的摆设。最后是检查救济物资发放的情况,这只是为了确认这些物资没有被拿走变成战斗员和政治干部的供给。[37] (非英语)

作为红十字身份一个规定要素的中立原则并不构成"无国界医生"组织和其他非政府人道组织所构想的人道空间的一部分。

联合国人道主义事务协调办公室将"人道空间"一词用作"人道行动环境"的同义语,即人道机构和组织有义务采取行动的环境。联合国人道主义事务协调办公室将"人道行动环境"定义为:

在人道行动中遵守中立和公正等重要的行动原则是确保实现解决一切所发现的苦难这一主要目标的重要手段。因此,明确区分人道行动者和军队的作用与职责是创建一个人道组织能够有效、安全地履行其职责的行动环境的决定性因素。[38]

与红十字会的理念相比,在联合国内部的人道行动的典型定义中,作为国家和人道行动者之间的严格区分的独立原则并不具有核心作用。

金字塔结构:人道空间的模型

我在本文中试图将人道空间的概念发展成为在红十字中已经达成共识的形状。我选择了金字塔这一几何形状。[39] 金字塔塔尖是这一空间所聚焦的人道目的,或者反过来说光线从该点照射到整个空间。塔基由国际人道法的基本规则和原则组成,因为它们是以传统和习惯国际法以及一般法律原则的形式存在的,而且它们会被解释为关乎人道的终极目的或目标。围起人道空间并且使人道行动成为可能的侧面是公正、中

---

〔37〕 Rony Brauman, *Humanitaire – le dilemme*, Les Editions Textuel, Paris, 1996, p. 43. See also Joelle Tanguy and Fiona Terry, "On humanitarian Responsibility", available at http://www.cceia.org.

〔38〕 UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), *Glossary of Humanitarian Terms*, available at http://ochaonline.un.org/GetBin.asp? DocID51328.

〔39〕 Rupert Emerson 在其 essays 一文中,将再现了时间并再次贯穿整个自然界的圆形描述为"没有终点的主要图形,是全球社会中最高级的符号"。苏黎世,1983 年,第 233 页(红十字国际委员会译)。但本文中,我们选择了一个由直线和点组成的图形。

立和独立原则。它们在性质上主要是操作性和工具性的,并且服务于人道这一总体目标。[40] 关于模型以及金字塔的形状,重点是其等级结构;就像在宪法体系中一样,在众多的规范之间进行区分。在其规则和行动结构中,我们要在赋予其特性的基本存在理由与人道空间的直接行为规则之间进行区分。[41] 还要进一步在具体的、规范的层面与操作性的、保护性的原则之间进行区分。虽然做了这些区分,在金字塔这一参照的复杂体系内部,每一个点之间都互有联系,而且它的各个部分构成了一个互相关联的整体。人道空间本身是一个抽象、比喻的结构,但它能够使用诸如监狱、医院、救护车或安全区等例子使人道空间以具体的、物质的形式呈现出来。[42]

这一结构的建造者应当向读者交代几个相关定义。他所指的人道原则是什么?是三种行动方法?还是构成这座建筑基础的国际人道法规范?下面我将主要阐述 1986 年《国际红十字与红新月运动章程》序言中规定的四项基本原则。[43]

人道

根据上述国际法院在“尼加拉瓜案”中的裁决,[44] 人道是指防止并减轻人类疾苦,保护人的生命和健康并保障人类尊严。马克斯·胡贝尔将人道描述为“无条件地承认任何人的价值,特别是在人们无助、虚弱、

---

〔40〕 Marion Harroff-Tavel, “Neutrality and impartiality—the importance of these principles for the International Red Cross and Red Crescent Movement and the difficulties involved in applying them”, *International Review of the Red Cross*, No. 273, November – December 1989, pp. 536 ff.; Frits Kalshoven, “Impartiality and neutrality in humanitarian law and practice”, ibid., pp. 516 ff.

〔41〕 François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, Macmillan, Geneva, 2003, p. 373: “take away the principle of humanity, and the Red Cross loses its raison d'être; take away the other principles, and its work is paralysed.”

〔42〕 See Mégevand Roggo, above note 36, pp. 837 ff.

〔43〕 于 1986 年 10 月在日内瓦第 25 届红十字国际大会上通过的《章程》序言中列举了国际红十字与红新月运动的七项基本原则:人道、公正、中立、独立、志愿服务、统一和普遍。就本文来讲,前三项尤为重要。See Jean Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross – Commentary*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979; Harroff-Tavel, above note 40, pp. 536 ff.

〔44〕 前注〔31〕,另见 Kalshoven,前注〔40〕,第 541 页及以后。

患病、在押、遇险、权利被剥夺以及贫穷的情况下”。[45] 红十字原则对“人道”的描述如下：

> 国际红十字与红新月运动的本意是不加歧视地救护战地伤员。在国际和国内两方面，努力防止并减轻人们的疾苦，不论这种痛苦发生在什么地方。本运动的宗旨是保护人的生命和健康；保障人类尊严；促进人与人之间的相互了解、友谊与合作，促进持久和平。

让·皮克泰(Jean Pictet)认为“人道”是红十字会信条中最重要的原则，它决定了该运动的理念、动机和目标。他认为所有其他原则都源于此原则，因此将该原则描述为“基本原则”。[46] 重要的是要清楚——牢记好撒玛利亚人的寓言——虽然人道原则既不是一个道德体系，也不是政治社会中(与中立原则相矛盾的)公正秩序的理念，但它在其影响限度之内却是绝对和普遍的。人道原则根植于人类尊严的思想中，并与现代国家以法治为基础的宪法以及国际人权法密切相关。在制定、解释和适用人道空间中的实体法和行动原则时，应将人道这一基本原则作为适用的标准。

在“富伦基亚案”(*Furundzija*)的判决中，前南斯拉夫国际刑事法庭强调尊重人类尊严的一般原则构成人权法和国际人道法的共同基础：

> 整个国际人道法以及人权法的本质在于保护每个人的人格尊严，而无论其性别如何。尊重人格尊严的一般原则正是……国际人道法和人权法存在的理由，在现代它已变得如此重要，以致渗透到了整个国际法。该原则的目的是保护人类的人格尊严不受侮辱，而无论这种侮辱是以非法攻击其身体的方式还是以羞辱或者降低个

---

〔45〕 前注〔22〕，第 302 页(红十字国际委员会译)。

〔46〕 Jean Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross and Peace*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1984, p. 7; Jean Pictet, “The Fundamental Principles of the Red Cross: Commentary”, available at http://www. icrc. org/web/eng/siteeng0. nsf/htmlall/5mje9n? opendocument. See also Jean-Luc Blondel, “The meaning of the word ‘humanitarian’ in relation to the Fundamental Principles of the Red Cross and Red Crescent”, *International Review of the Red Cross*, No. 273, November - December 1989, pp. 507 ff.

人荣誉、自尊或健康的方式而实施的。[47]

人道是红十字的唯一目的,并明确了其职能范围。它构成其价值及其存在理由的基础。根据国际法院的判例,人道原则是国际人道法的一部分,而不是从外部强加于其上的东西。红十字会等人道组织的行动必须是在武装冲突和其他暴力局势下开展的,其唯一的目的就是帮助受难者并尊重他们的权利。[48] 同时,红十字会应以非暴力方式介入。正如让·皮克泰所言,这是唯一一个不致流血的伟大设想。[49]

公正

在人道之后,公正是红十字会等人道组织的最为重要的原则。这在1864 年的首个《日内瓦公约》中就已有所体现。它是自从启蒙运动以来各国宪法和国际条约中所规定的平等原则的具体表现。不过它仍然具有重要的实践意义。它意味着人道行动不因国籍、种族、宗教、社会地位或政治信念而有所区别。换句话说,禁止歧视。人道行动的目的完全是为了按需帮助他人,无论是敌是友,并优先帮助那些最急需帮助的人。因此,应当按照同样痛苦需要同样帮助的原则分配资源。同时,在提供援助时,不应当不考虑导致疾苦的不同原因和不同的急迫程度而给予一切受难者同等待遇。[50]

中立

对于人道机构来说,中立意味着不参与敌对行动,而且在任何时候都避免卷入带有政治、种族、宗教或意识形态性质的争论。

中立原则给中立方施加了两项义务:(1)与敌对行动保持距离,即

---

〔47〕 *Prosecutor v. Furundzija*, No. IT - 95 - 17/1 - T, Judgement, Para. 185 (Dec. 10, 1998), in *International Legal Materials*, 1999, pp. 317 ff.

〔48〕 Cornelio Sommaruga, in Massimo Lorenzi, *Entretiens avec Cornelio Sommaruga, Président du Comité international de la Croix-Rouge*, Favre, Lausanne, 1998, p. 19.

〔49〕 Pictet,前注〔46〕书,第9 页。

〔50〕 见上注,第14 页及以后。

不实施可能帮助或妨碍一方或另一方的行为;(2)不参与政治、种族、宗教或意识形态争论。中立禁止红十字国际委员会等人道组织谴责或支持意识形态争论中任何一方的观点,并禁止其"表示正义在哪方。它只站在受难者一边,积极且注重实效地工作以减轻他们的苦难"。[51] 中立本身并非其价值所在,它是获得接近受难者和能够在现场帮助他们的手段。只有严格遵照中立原则,红十字国际委员会等人道组织才能够获得并保有所有人,特别是捐助者和冲突各方的支持与信赖。任何冲突方如果认为红十字国际委员会等人道组织被用于特洛伊木马来促进另一方的政治利益,都绝不会容忍它们的出现。[52] 中立是"人道外交"必不可少的基础。[53]

独立

人道组织的独立是指它相对于国家、国际组织和其他机构的自治。独立策略对于红十字国际委员会和这一运动的其他组成部分来说尤为重要。它们必须能够在任何时候都按照该运动的原则行事。它们行动的唯一依据是人道。真正的人道行动绝不可与政治或军事行动相混淆,而且人道机构必须自主决策。这是确保其工作的可信性和有效性的唯一途径。

国际人道法

国际人道法在战争中保护人的价值并确保提供帮助。红十字国际委员会等人道组织的主要目的不是谴责,而是要接近受难者。人道空间的概念不知不觉地贯穿于整个国际人道法中。红十字有能力确保特定的群体(特别是医生和护理人员)以及某些地方(如医院和野战医院)享

---

〔51〕 见 Harroff-Tavel,前注〔40〕书,第 542 页及以后。

〔52〕 Wagner,前注〔36〕。

〔53〕 Marion Harroff-Tavel, "La diplomatie humanitaire et le Comité international de la Croix-Rouge", *Relations internationales*, 2005, Vol. 121, pp. 73 ff.

有免受战争影响的地位。[54] 还可建立受保护地带。[55] 人道法还要求冲突各方特别是占领国以现有的一切手段,不带任何不利歧视地确保为平民居民提供其生存所必需的衣服、被褥、栖息场所、其他必需品以及宗教礼拜所必需的物品。各方还必须准许并便利所有救济物资、设备和人员迅速且无障碍地通过,即使这种救助的对象是敌方平民居民。提供这种救济既不构成对武装冲突的干涉,也不构成不友好行为。[56]

认可

现有的人道空间的概念各不相同。“无国界医生”组织的创始人认为其要素是分析自由、行动和评估。联合国则强调有效人道行动的环境和行动条件。红十字会——特别是红十字国际委员会——则尤为重视独立性,这一特性已通过《日内瓦公约》和该运动的章程而载入国际法。我们可以发现作为红十字会基础的原则就是人道空间的原型。此处所勾画的围成人道空间并与红十字特别密切相关的金字塔似乎与“无国界医生”组织和联合国人道行动所发展形成的规则表述一致。非政府组织所要求的观点自由(分析)、行动(可接近性)和证实(评估)以及联合国所强调的保持人道和军事行动之间的明确区分都因独立性这一基本原则而得以巩固。

红十字会等人道组织绝不能只是客观地满足这些要求,而且还应该

〔54〕 1864 年的第一个《日内瓦公约》以非技术性语言规定医院、战地流动医院、医疗服务和医生是“中立”的。

〔55〕 1870 年普法战争期间,杜南建议宣布巴黎为受保护地区以保护平民人口不受攻击,但未能成功。前南斯拉夫战争期间曾依据现行的日内瓦法设立受保护地区,但冲突各方却几乎没有注意到它们(如在斯雷布雷尼察)。

〔56〕 1949 年《日内瓦公约》的 1977 年《第一附加议定书》,第 70 条。

看起来是中立、公正和独立的。[57] 国内法院和国际法院有很多相似之处,特别是在独立和公正(或无偏见)原则方面。[58] 在这两种情况下,第一个问题是代表这些组织的人员的主观公正性,第二个问题是组织本身的结构性特征——它们必须具有调动政府和(或)冲突各方的行动空间;独立和公正必须是该组织的整体特征,且这些特征必须被保证。此外,公正和独立绝不能只是客观存在,它们必须为外部世界所感受和理解。所有相关方必须获得并保有这种由亲身经历所证实的预期——该组织及其人员的确在以独立和中立的方式行事。[59]

人道金字塔模型当然有其优缺点。这是其简化而单一的结构特性所固有的。

该模型的缺点之一是其静态性。人道行动具有时效性。它是动态[60]和持续性的。而金字塔图形强调组织,因此其机械性无法充分地表达这种精髓,即人道行动的动态一面。简单的图形是否能够最低限度地表达出杜南所概括的实际人道工作的本质,的确值得考虑。

金字塔模型的优点之一在于它赋予法律以结构能力及其用以人为本的导向取代将现代国际人道法限制在(雨果·格劳秀斯提出的)古老战争法的基本原则范围之内的定理,即将武力使用限制在"军事必要"的范围内。[61] 以人道为目标并具有三维形状的金字塔更为复杂,也更

---

〔57〕 对于这些原则的一个主要挑战是"正义战争"的理论,该理论自"十字军东征"时提出,并一直延续到"圣战"。这一理论被用来证明诸如 2003 年 8 月对巴格达联合国办事处以及同年 10 月对红十字国际委员会代表处的袭击的正当性。关于目前的情况,See Toni Pfanner, "Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action", *International Review of the Red Cross*, No. 857, January – February 2005, pp. 149 ff.

〔58〕 例如,见欧洲人权法院。

〔59〕 See Luzius Wildhaber, "Gerichte und Richter im europäischen Verfassungsraum", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2006/I, pp. 93 ff.

〔60〕 我们之所以说红十字运动是有道理的。

〔61〕 See Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

符合当今以人权为主导的国际法引人注目的阵势。[62] 现代国际人道法的目的并不仅仅是防止战时的过度行为(如过分痛苦)和确保军事力量在“制衡”原则基础上的平衡,其关键问题是人的尊严。

结论

一开始我们说过“思考主要是隐喻的”。本文的目的是避开——不过只是暂时地——对被律师视为面包黄油的法律规范进行具体分析,并试图以讲述几个人物和故事的方式使更多感兴趣的人了解国际人道法的规范性基础。尽管简化的模型有其缺点,但我们还是试图利用围成人道空间的金字塔这一概念来描绘国际人道法和人道行动的构成。这种以模型方式来阐明人道行动理念和现实的尝试不应让人们忘记,律师们日复一日遇到的具体问题仍然只能通过解释、澄清并适用法律的原则和规则来分析和解决。

---

〔62〕 See Michael Bothe, “Humanitaeres Völkerrecht als Schutz der Menschenrechte: Auf der Suche nach Synergien und Schutzluecken”, in Pierre-Marie Dupuy, Bardo Fassbender, Malcolm N. Shaw and Karl-Peter Sommermann (eds.), *Festschrift für Christian Tomuschat*, Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2006, pp. 28 ff.

寻找共生:人道领域中的安全理事会

奥雷利奥·维奥蒂*著/朱利江**译

摘要

虽然安全理事会非常有必要介入对个人或团体的保护,这甚至是值得称颂的,但应当非常谨慎地看待这个问题。本文作者认为,在寻找安全理事会权限和人道行动间完美的互补关系时,不应忽视以下几方面的问题:安理会的政治性质;它在有关严重侵犯人格尊严的决议中存在的不作为和前后不一致的情形;以及包括武力在内的强制行动在对武装冲突受难者提供中立和公正援助方面所产生的影响。

在生态学中,“共生”是用来形容不同物种的有机体之间紧密关系的术语,这种关系一般还是长期的。虽然这种关系因为两种有机体之间为了生存而相互需求的程度有所不同,可能是专性的也可能是兼性的,但“共生”这个术语表明它们之间的互动对彼此是有益的。其中一个非常有名的例子是小丑鱼和海葵之间的关系:海葵保护小丑鱼不被捕食者吃掉,小丑鱼则清除海葵身上的寄生虫和脏东西。

尽管用生态学的概念来分析法学规范的发展可能存在风险,但人们

---

* 奥雷利奥·维奥蒂(Aurélio Viotti)是巴西外交部的外交官,也是布宜诺斯艾利斯大学国际法专业博士研究生。本文的观点仅仅是作者自己的观点,是在2006年12月提交的,因此没有考虑后续发展。

** 中国政法大学国际法学院讲师。北京大学法学院国际法博士、荷兰海牙国际法学院博士项目参加者、瑞典隆德大学瓦伦堡人权与人道法研究所国际人权法硕士、北京大学法学院法学学士。

确实可以说,在过去十年,人们一直在寻找武装冲突中的人道行动和联合国安全理事会(以下简称安理会)采取的行动之间某种程度的“共生”关系。从这个角度来看,一方面,安理会根据《联合国宪章》的规定行使全部职权,支持那些致力于保护暴力受难者的机构和组织;另一方面,人道行为者以独立、中立和公正的方式在进行工作,以便减轻军事冲突所带来的痛苦,或许还会有助于促成交战各方之间的对话和达成冲突解决方案。一般来说,这种互补性如果以理想的形式表现出来,那么在多边组织的合法性基础上,它可以进一步推动对武装冲突受难者的保护和国际和平的恢复。

然而,这种保护和安全两个领域之间存在完美的共生关系的看法不可避免地会引起对安理会性质和责任的辩论,因为安理会的首要职能是维持或恢复国际和平及安全,而这是属于诉诸战争权(*jus ad bellum*)领域的事项。而且,这还需要分析它是否与安理会根据战时法(*jus in bello*)处理那些保护武装冲突受难者的原则和规范的方式相协调。

国际人道法的一项基本原则是对诉诸战争权和战时法这两个概念做出区分。可以说,正是这种区分确保了人道行动的独立性和普遍性。无论何时,只要存在武装冲突,它就确保那些保护个人的规则具有可适用性,而无论使用武力是否合法。因此,可以说它确立了人道法中交战各方平等的原则。即使那些应对发动“侵略战争”负责的人,也受到战时法的保护。[1]

本文将从法律的角度对安理会介入保护个人和团体的努力所产生的一些问题进行分析,目的是为了在人道行动和安理会的行动之间寻找一种共生关系。本文前两部分将从历史的角度简单描述诉诸战争权和战时法这种二分法的出现过程。第三部分将考察联合国成立以来所确立的法律制度以及保护个人的国际体系经历的某些发展。最后将考察

---

〔1〕 Marco Sassòli and Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War*? ICRC, Geneva, 1999, p. 85. François Bugnion, “Just war, war of aggression and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847 (September 2002), pp. 523 – 46.

安理会关于武装冲突受难者所采取的一些措施,以及战时法与诉诸战争权这种二分法对现在正在发生的冲突的持续意义。

先验原则的不精确性

即使诉诸战争权和战时法都是拉丁语,在古典时期并没有对这两个概念做出明确区分。而且,即使在现代国际法的发展时期,也是如此。然而,各个民族都存在试图对发起敌对行动与敌对行动中行为加以调整的历史,尽管这种历史通常说来是因为宗教而不是法律的原因。

在泛希腊的历史上,我们发现古代希腊人认为某些地点和人员是神圣不可侵犯的,如庙宇、提供避难的圣殿及其牧师等。同样,如果没有尊重战败的敌人的尸体或不允许他们体面埋葬,都将不可避免遭到神的惩罚。在《伊利亚特》(*Iliad*)中,阿喀琉斯(Achilles)在击败赫克托耳(Hector)后就遭到了神的谴责:

> 但是这个人,他杀了高贵的赫克托耳,夺走他的生命,把他绑在车后,拖拉奔跑……他得到了什么好处,争到了多少光荣。让他小心,不要触怒神明,虽然他是人中的俊杰——瞧,他粗狂暴虐,欺辱着没有知觉的土地![2]

在罗马,诸如尊重休战协定和承诺安全行为的战争也受到严格规制。当时有一种暗示,即如果在罗马军队攻破某个城市之前该城市就已经投降了,那么里面的居民,包括男人,都将得到饶恕,尽管他们有可能成为奴隶。古典的文学作品经常提到一些领导人,这些领导人都援引"正当原因"(*justa causa*)作为宣称罗马人在道德和军事方面具有优越性的基础。尤其是,祭司法(*jus fetiale*)对战争是否合法规定了一套正式的制度:只有当按照特定程序发动的战争,才可以被认为是"值得赞许和

---

〔2〕 Homer, *Iliad*, Book XXIV, 50 – 4. 英文版翻译可见:Richmond Lattimore in *Great Books of the Western World* 3, Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1990, p. 291。See David Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 249 – 63.

正义的”。在得到祭司团批准之后,这种程序就能够确保神是赞同罗马军队的。[3]

只有到了中世纪,从实体角度评估战争才变得很常见。圣·奥古斯丁(Saint Augustine)(354~430)首次提出了“正义战争”的概念(*justum bellum*),并在以后得到了托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)(1225~1274)的发展。阿奎那的观点助长了接下来几个世纪关于战争的辩论。他认为,只有符合下列三个条件,战争才是正义的:

> 第一,要有指挥发动战争的主权权威。宣战不是私人的事情,因为他可以通过上级的裁判来救济权利……由于维护大众的福利是那些有权人的事情,因此维护受他们统治的城市、王国或省的公众福祉是他们的事情。第二,要有正当的理由,即那些受到攻击的人之所以应当受到攻击,是因为他们犯了某些错误。因此,奥古斯丁说:正义的战争通常是指那些惩罚错误的战争……第三,交战方应当有正当的目的,即弘扬善良或避免邪恶。[4]

我们认为,从法律的角度正式形成“正义战争”理论的是弗朗西斯科·维多利亚(Francisco de Vitoria)(1486—1546)。他是萨拉曼卡(Salamanca)大学的神学家和教授,被某些人看做国际法的奠基人。除了认为战争纯粹是一个公共问题外,他还认为:“只有唯一一个正当理由可以发动战争,即具有(严重的)过错。”不过,由于就战争事项来说,主权者自己是裁判者,因此主观的错误或善意将使那些客观上不正义的战争成为正义。[5] 此后,弗朗西斯科·苏亚利兹(Francisco Suárez)

---

〔3〕 由于牧师既具有宗教又具有世俗的身份,因此是不过问战争正义与否的。他们只负责监督仪式的举行,那种仪式随着罗马帝国的扩张而逐渐得到改变。Celso de Albuquerque Mello, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 78 ff. Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon, Oxford, 1963, pp. 3 ff. Bederman, above note 2, pp. 231–41.

〔4〕 Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, second part of the second part (Secunda Secundæ Partis), question 40(原文即有着重号), trans. by Fathers of the English Dominican Province, rev. Daniel Sullivan, *Great Books of the Western World*,同上注〔2〕,Vol. 18, p. 578.

〔5〕 Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Relección Segunda, paras 13 and 20, Editorial Porrúa, Mexico City, 1974, pp. 82–5.

(1546—1617)认为惩罚那些侵犯第三方权利、惩罚过错以及保护无辜的人是发动战争的正当理由。不过,在诉诸武力之前,有必要证明战争是获得赔偿的唯一手段。[6]

必须根据这两位作者身处的年代来理解这些学说。他们所处的年代正是天主教整体和神圣罗马帝国分裂的时候,当时的神圣罗马帝国皇帝被看做西欧所有基督教国家的临时领导人。在横跨西欧的统一武装部队成立之前,宗教已经成为国家之间和国家内部发动战争的理由,就像"三十年战争"(1618—1648)一样。那场战争开始的时候是神圣罗马帝国内部的争端,但后来扩大到大多数欧洲国家,它们以对宗教的理解为立场的分界线,其中作战手段的变化让人非常担忧。三十年战争之后,造成的灾难是惊人的:在受到直接影响的地区有四分之三的人口由于战争、疾病或大规模移民而消失了。[7]

在三十年战争、荷兰争取独立以及荷兰海军实力上升期间,格劳秀斯撰写了他的伟大著作。他相信,对那些在解释基督教教义中有错误的人或那些拒绝接受此种教义的人是不可能发动正义战争的,因为主权者对他的臣民行使的是世俗的权力。他把战争看做是一个司法程序,是为了救济所受的损害,这种程序可以惩罚任何实施了"严重违反自然法或万国公法"的人。因此,他相信为了被压迫者的利益而发动战争是可以的:

> 我们是否有正当的理由为拯救受其压迫的臣民而与另一个省发动战争是另外一个问题……但是,如果不公正已经非常明显,就像布希里斯(Busiris)、法拉里斯(Phalaris)或色雷斯的狄俄墨得斯(Diomedes)对其臣民那样行使暴政以至于任何活着的好人都会同

〔6〕 Francisco Suárez, *Selección de Defensio Fidei y Otras Obras*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1966, pp. 305 – 12.

〔7〕 Tony Allan (ed.), Poderes da Coroa, *História em Revista*, Vol. 15, April, Rio de Janeiro, 1992, pp. 72 – 7. See: Irène Herrmann and Daniel Palmieri, "The new conflicts: Back to the future?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 849 (March 2003), pp. 23 – 44.

意,那么就不应当排除人类社会的权利。[8]

虽然古典时期的一些作者的确担心“无辜者”的命运,但他们并不对诉诸战争权和战时法做出概念上的区分。由于缺乏这种精确性,因此交战各方的权利和义务取决于它们所追求的事业的“合法性”。这样一来,没有正当理由的战斗员就不具有任何权利。例如,弗朗西斯科·苏亚雷斯就相信:“如果目的是正当的,那么必要的手段也是正当的;因此,在战争期间,除了那些杀害无辜者,即儿童、妇女和所有无法携带武器的人员之外,对敌人造成的任何损害都不可能是不正义的。”[9]同样,如果有正当的理由,那么就有法律权利劫掠货物,尽管在其他情形下这种行为将被认为是盗窃行为。[10]

1648 年的《威斯特伐利亚和约》结束了欧洲的宗教战争,其中的规定体现了格劳秀斯提出的一些箴言。它规定,必须通过天主教国家和新教国家之间的“友好”协定来解决将来的宗教争端。威斯特伐利亚制度的建立标志着欧洲从中世纪进入一个由平等的主权国家构成的时代。战争不再是为了某个特定的教条获得优越性的一种手段,而是成为解决

---

〔8〕 Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book Ⅱ, ch. XXV, para. Ⅷ (1) (2), 1625, ed. 理查德·塔克(Richard Tuck)对本书做了介绍,来自下列版本:Jean Barbeyrac, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, pp. 1159, 1161,可访问:http://oll. libertyfund. org/EBooks/Grotius_1032. 02. pdf(最后访问时间 2007 年 3 月 5 日)。皮埃尔·拉鲁斯(Pierre Larousse)的《十九世纪大百科词典》(*The Grand Dictionnaire Universel du XIXe Siècle*)是这样解释格老秀斯的暗示的:布希里斯是埃及神话中的人物,他统治期间出现了长达九年的饥荒。一位塞浦路斯的算命先生告诉他,只有每年杀掉一名外国人才可以消除这场灾祸。布希里斯听从了他的话,先把他杀了,然后每年杀掉一位来到埃及的外国人。法拉里斯在公元前 6 世纪出生在克里特岛,是阿格里真托(Agrigento)的一位暴君。有一位名叫佩里罗(Perillo)的雅典雕刻家给了他一尊铜牛。在这头铜牛里面,刚好可以放进去一个人,然后可以把这个人用慢火烧烤。法拉里斯就先把发明这种酷刑的这位雕刻家烧烤了,然后还烧烤了无数敌人。根据一些说法,他最后也是被烧烤死的。狄俄墨得斯是色雷斯国王,他拥有会喷火的凶猛的马,这些马都是用人肉喂的,尤其是那些落入他手中的外国人的人肉。赫克力士(Hercules)击败了他,然后把他喂了他自己的马。

〔9〕 Suárez, above note 6, pp. 332 – 5, 红十字国际委员会译。

〔10〕 Thomas Franck, “Fairness in the international legal and institutional system”, *Recueil des Cours*, Vol. 240 (1993 – Ⅲ), pp. 258 – 60.

分歧的一种工具,尽管并不完善。[11] 战争的合法性问题被忽视了,转而支持尼科洛·马基雅维里(Niccolò Machiavelli)提出的观点,即"只要有必要,战争就是正义的"。[12] 他的观点在法律上首次得到巴尔塔萨·阿亚拉(Balthazar Ayala)(1548 ~ 1584)的支持。他把战争看做是君主的特权,认为关于战争理由正当与否的所有讨论都不对。阿尔贝里科·真提利(Alberico Gentile)(1550 ~ 1608)发展了这种观点。他对学者观点的道德基础提出了质疑,即"如果对哪一方是正义的产生怀疑,那么任何一方都不能说是不正义的"。[13]

固有状态的后果

随着具有独立政治权力的现代国家兴起,战争逐渐变成主权者的特权,成为政治的最终手段(*ultima ratio*)。由于国家不再承认在自身的意志之上还有任何义务,因此可以从主权中推导出国内管辖不可侵犯这项原则,而且个人只和其国家具有关系,国家是个人权利和义务的唯一来源。例如,当欧洲民族国家仍在自我肯定时,埃梅里希·瓦泰尔(Emmerich de Vattel)(1714 ~ 1767)就在其著作中对适用超越国家和主权者意志的一般原则进行了重新解释,并进行了限制。他对拿起武器惩罚严重破坏自然法的行为提出了质疑:

> 尽管格劳秀斯附加了所有预防措施……但他的观点难道不是向所有狂热和盲信的灾难敞开了大门,并给各种野心提供了无数借口吗?[14]

---

[11] Bugnion, above note 1, p. 526.

[12] Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, *in Opere*, Riccardo Ricciardi, Milan, 1960, p. 84.

[13] Balthazar Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, Book Ⅲ, Book Ⅰ, ch. Ⅱ, paras. 33 – 35, translated by Pawley Bate, Carnegie Institution, Washington, 1912; Vol. Ⅱ, pp. 22 – 3. Regardign Gentili, see Brownlie, above note 3, pp. 11 – 12.

[14] Emmerich de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Book Ⅱ, ch. Ⅰ, para. 7 [英文翻译可访问:http://lonang.com/exlibris/vattel/vatt – 201.htm.(最后访问时间 2007 年 3 月 5 日)]

尤其是,由于受到欧洲协调时期政治制度的影响,19 世纪被认为是具有无限战争权和承认征服的时代。[15] 国际社会对国家之间发生的冲突产生的任何反应都是出于政治,而不是法律的考虑。甚至在 1895 年,布伦奇利(Bluntschli)就写道:尽管人们可能对战争造成的影响感到悲痛,但战争仍然是"确保人类必要进步不可或缺的手段"。[16] 国际法关心的是宣战的形式和对交战各方和第三方产生的影响。阿西奥利(Accioly)是这样概括战争古典理论的:"国际法的作用仅仅是从法律的角度对从事战争的方式和它所产生的影响进行评估,而不是它本身的合法与非法。"[17]

虽然这种绝对的唯意志论赋予国家有自由决定开战的权利,但同时主张对暴力行为的方式加以限制。由于所有的交战方都是在合法地采取行为,因此在"战争状态"持续期间,在遵守某些行为规范方面就不存在任何矛盾。瓦泰尔在他的著作中就"哪些是在正义战争中允许对敌人做的事情"做出了一系列规定。虽然他把军事必要作为一项一般规则,但他不仅认为针对所有没有携带武器的人员(只要他们没有从事敌对行为)实施的暴力是非法的,而且还认为某些作战方法是非法的,如使用有毒武器和拒绝饶恕那些战败的或被解除武装的敌人,因为应当把这些人员视为战俘。[18]

由于国际法被认为是主权国家之间的协定,因此战时法就失去了它的先验性质,成为交战各方之间相互承担的义务。19 世纪后半期出现了红十字和第一批多边公约,试图规定"技术上的限制,根据此限制,战

---

〔15〕 Brownlie, above note 3, p. 19. Christian Tomuschat, "International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century", *Recueil des Cours*, Vol. 281 (2001), p. 204.

〔16〕 Johann Caspar Bluntschli, *Le Droit International Codifié*, Guillaumin, Paris, 1895, p. 11,译自该作者 *Das moderne Völkerrecht* (1868)一书第五版(引用:红十字国际委员会译自西班牙语版)。

〔17〕 Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2nd edn, MRE, Rio de Janeiro, 1956, Vol. Ⅲ, p. 91. (引用:红十字国际委员会译自西班牙语版)

〔18〕 瓦泰勒坚持认为:"除了那些为实现正当且必需的事情以外,我们不具有做任何其他事情的正当权利。除此以外我们做的任何事情都受到自然法的谴责,都是错误的,还会受到良知的谴责。" above note 14, Book Ⅲ, ch. Ⅷ, para. 137.

争的需要应服从人道要求”。[19] 此时,国际法的契约性质通过把保护落入敌手或处在敌人领土上的国民解释为符合共同利益而得以体现,这意味着,国家第一次同意为了个人而根据向各国普遍开放的国际条约来限制它们的权力。

同样,1899 年和 1907 年的两次海牙和会讨论诸如作战手段、中立和马顿斯条款那样的与战时法有关的问题。但是,这两次会议在任何时候都没有用到“诉诸战争权”和“战时法”这样的术语。在 1930 年之前,很少能够见到这些术语。[20] 尽管在促进和平解决争端方面有所进展,但战争仍然是主权者的最后手段。只有当第一次试图让使用武力成为非法而因此把战争作为犯罪时,这种区分才变得清晰起来。就像国家采取武力行动具有的正当理由变得越来越清楚一样,军事必要所施加的限制也变得越来越清楚。

全面战争的残酷现实

调整国际关系中使用武力的法律制度的发展与军事技术和战略的进展以及随之而来的诉诸战争在人力、政治和经济方面的成本增加是同步的。战时法和诉诸战争权的现代发展表明,虽然这两个法律领域是各自独立的,但它们的确具有共同的催化剂,即“全面战争”的出现。这个概念起初是一个军事战略方面的概念,但现在已经成为毁灭和痛苦的同义词。[21]

在两次世界大战期间,出现了禁止国家使用武力的趋势,这种文件包括《国际联盟盟约》(1919 年)和《关于废弃战争作为国家政策工具的

---

〔19〕 《改善战地武装部队伤者境遇的公约》(日内瓦,1864 年)以前的《关于在战争中放弃使用轻于 400 克的爆炸性弹丸的宣言》(圣彼得堡,1868 年)的序言(关于这两个文件的内容,可访问:http://www.icrc.org/ihl)。

〔20〕 Robert Kolb, “Origin of the twin terms *jus ad bellum/jus in bello*”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 320 (October 1997), pp. 553 – 62.

〔21〕 Brownlie, above note 3, pp. 53 – 4.

普遍公约》(又称《凯洛格—白里安公约》)(1928 年)。1932 年,美国国务卿亨利·史汀生(Henry L. Stimson)向日本政府发出了一份外交照会。在该照会中,他宣布美国不承认日本对满洲的侵略。[22] 尽管不承认原则(不法行为不得产生权利)可以从禁止使用武力中符合逻辑地推导出来,但该原则没有防止 1938 年绥靖政策的推行。根据该政策,希特勒军队对捷克斯洛伐克部分领土的吞并得到了承认。

在国际联盟瓦解和第二次世界大战造成的毁灭之后,新的世界秩序的创立者再次寻求把国家之间关系中使用武力的问题制度化。联合国的主要宗旨是维持国际和平及安全(《联合国宪章》第 1 条第 1 款,以下简称《宪章》)。《宪章》序言明确指出,决心"欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸"。除了自卫[23]以外,《宪章》禁止单方面使用武力。不仅如此,它还建立起了一套防止国际性武装冲突的制度。该套制度是对以前努力的继续,是建立在和平解决争端这项原则(第 2 条第 3 款),调整、控制和减少武器以及促进世界经济和社会福利的基础之上的。《宪章》推翻了那种认为战争是政治行为合法模式的假设,通过一般性禁止战争(避战法,*jus contra bellum*)达到取代古代关于使用武力的绝对权力的目的。[24] 在国际关系中禁止使用或威胁使用武力已经成为一项国际习惯,被视为强行法的一部分。[25] 主要的例外是建立在安理会根据《宪章》第七章具有的强制权力以及《宪章》第 25 条和第 103 条基础之上的集体安全制度。然而,由于滥用《宪章》规定的否决权,这项制度很快瘫痪。从 1945 年到 1989 年,共行使过 279 次否决权,导致联

〔22〕 日本、中国和美国当时已经批准了《凯洛格—白里安公约》,同上,第 410 ~ 423 页。

〔23〕 《联合国宪章》第 2 条第 4 款和第 51 条。这些条款使"单独或集体自卫的固有权利"受到安理会集体安全体制的限制。

〔24〕 在一般禁止使用武力方面,尽管"避战法"是最合适的术语,但因为经常使用"诉诸战争权"一词,因此,本文仍然予以沿用。

〔25〕 见 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条。Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edn, Clarendon, Oxford, 1998, p. 515. Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon, Oxford, 1997, p. 78.

合国在全世界超过 100 场造成 2000 万人死亡的冲突面前软弱无能。[26]

因此,联合国把注意力集中到其他问题上,如非殖民化和人权,尽管在联合国的创立者看来,这些问题是次要的。1948 年《世界人权宣言》得到通过,国际人权法获得了发展动力。在接下来 50 年时间里,国际人权法拥有了许多公约、司法决定和其他监督遵守多边和地区义务的机制。今天,国际社会对任何地方和任何时候的人权问题表示关注的合法性已经不存在任何争议。[27]

但是,联合国与战时法之间的关系却一直受到怀疑,而且尚未厘清。联合国的目的是防止战争,而不是调整战争中的行为。因此,国际法委员会认为,由于威胁或使用武力一般是受到禁止的,因此就没有必要将战争法包括在习惯法编纂工作中。它用非常乐观的口吻说:"由于战争已经属于非法行为,因此调整战争行为的规则就不再与此有关了。"[28]

因此,编纂和逐步发展国际人道法仍然处在联合国的边缘。刚开始的时候是打算作为"例外条款"的,当事实上的武装冲突爆发时适用,但这些人道规范和原则今天已经在各种公约文件中得到编纂,这些文件几乎都得到了普遍接受。尽管它起初具有契约性质,建立在国家间冲突的基础上,但国际人道法已经扩大到包括国内冲突在内,而且逐渐与国际人权法合并。国际人权法适用于平时,但它的基本原则在紧急状态时期仍然有效。例如,1949 年四个《日内瓦公约》之共同第 3 条适用于"非国

---

〔26〕 United Nations, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping*, A/47/277 - S/24111, United Nations, New York, 1992, para. 14. 已经建立起来的体制规定,如果有必要,武装部队将受到安理会的领导。但是,由于从来没有签订过第 43 条所要求的协定,因此从 20 世纪 90 年代初开始,授权那些"有能力,也有意愿"的会员国采取军事行动已经成为联合国的实践。本文不拟对此问题的合法性进行讨论。

〔27〕 Antônio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nd edn, Vol. I, Universidade de Brasília, Brasilia, 2003, pp. 340 ff. 见联合国:《维也纳宣言和行动纲领》,A/CONF. 157/23,联合国,纽约,1993 年 7 月 12 日。

〔28〕 See Hans Peter Gasser, "The United Nations and international humanitarian law: the International Committee of the Red Cross and the United Nations' involvement in the implementation of international humanitarian law", 1995, available at http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JMUK. (最后访问时间 2003 年 9 月 15 日)

际性武装冲突”,要求所有各方尊重保护个人的最低标准,并重申了某些基本人权。[29] 现在已经认为,至少那些战时法的基本标准,包括共同第3条的内容,都已经构成国际法的强制规范(强行法)。[30]

在20世纪60年代,人道法与联合国之间的关系开始改变。在1966年通过《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》两年之后,(1968年在德黑兰举行的)国际人权会议通过了一项关于“武装冲突中的人权”的决议。[31] 从那以后,联合国大会通过的一系列决议都从发展和加强人权和难民法的角度涉及保护武装冲突受难者和作战手段与方法的问题。在冷战结束的时候,任何对联合国是否已经正式承认战时法的怀疑都最终消失了。今天,这个组织已经完全承认这个法律,而且在发展该法方面发挥着重大作用。[32]

冷战之后的人道行动

柏林墙倒塌以来的时期是针对平民实施暴力的非国际性武装冲突上升的时期。它尚未受到诉诸战争权的适当调整,而且所造成的平民伤亡约占现代武装冲突的75%。[33] 最近,还出现了越来越多的所谓“非

---

〔29〕 见1977年《1949年8月12日的〈日内瓦公约〉关于保护非国际性武装冲突受难者的第二附加议定书》的条款与《公民权利和政治权利国际公约》(1966年)第4条的类似规定。后者规定了许多不可克减的人权。

〔30〕 国际法院,“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”,《国际法院报告集》,1996年,第79段。国际法研究院认为,这些标准构成国际人道法的基本原则(See *Annuaire*, Berlin session, 1999, p. 392)。

〔31〕 1968年5月12日通过的第XXⅢ号决议:68票赞成、2票弃权、0票反对[可访问:http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/430? OpenDocument.(最后访问时间2007年3月9日)]

〔32〕 尤其见关于人道援助的下列决议:A/Res 43/131(1988), A/Res 45/100(1990)以及A/Res 46/182(1991)。René Kosirnik, “Books and reviews: ‘Les Nations Unies et le droit international humanitaire/The United Nations and international humanitarian law’”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 38, No. 323 (June 1998), pp. 374 – 9.

〔33〕 联合国:《秘书长提交安全理事会关于武装冲突中保护平民的报告》,S/2001/331,联合国,纽约,2001年3月30日,第1页。同样,在20世纪90年代末,估计有90%的武装冲突都是发生在一国内部的武装冲突。联合国:《秘书长关于组织工作的报告》,A/54/1,联合国,纽约,1999年,第8页,可访问:http://www.un.org/Docs/SG/Report99/toc.htm.

对称冲突”。在这种冲突中,弱的一方极易使用非法的作战手段,包括把自己和平民居民混杂在一起、劫持人质或使用诡计。[34]

尽管东西方对抗的结束减少了大规模军事冲突的威胁,但对国籍、民族、派别和宗教差异的肯定已经从法律和作战方面给人道行动带来了新的挑战。战斗员与平民和丧失战斗力的战斗员之间的传统区分正在变得越来越不清晰。那些旨在确保尊重人道标准的机制与国家对管辖问题的怀疑,或更简单地说,与战斗员的利益发生了冲突。

联合国前任秘书长对现代冲突做出了悲观的描述:

> 随着新的战争方式的出现,武装冲突对平民的冲击远远超出了附带损害的概念。针对性袭击、强迫流离失所、性暴力、强迫征兵、滥杀无辜、残害肢体、饥饿、疾病及丧失生计,凡此种种描绘出武装冲突所造成的人类损失的残酷景象……今天的武装冲突多是在城市和农村地区使用小武器和轻武器进行的低强度冲突。由成建制、纪律严明、指挥和控制架构明确的大部队进行的常规战争较为少见。[35]

尽管给人道行动带来了新的挑战,但冷战时期意识形态两分法的结束也使联合国在保护武装冲突受难者方面可以发挥领导作用。在 20 世纪 90 年代,为更好地协调联合国系统内部的紧急人道援助(包括因自然或人为原因造成的紧急情况),已经通过了许多决议,为此还设立了联合国救灾协调专员办公室、机构间常设委员会(IASC),并在 1998 年设立了人道事务协调办公室(OCHA)作为秘书处的一个部分。[36] 今天,人道行为已经处在联合国系统内各种机构和组织的议程之上,包括世界粮食计划署、联合国儿童基金会(UNICEF)、世界卫生组织和联合国人权事

---

〔34〕 See Toni Pfanner, “Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857 (March 2005), pp. 149 – 74.

〔35〕 联合国:《秘书长关于武装冲突中保护平民的报告》,S/2005/740,联合国,纽约,2005 年 11 月 28 日,第 1 ~ 2 页,可访问:http://www.un.org/Docs/sc/sgrep05.htm.

〔36〕 见下列决议:A/Res/46/182, 1991 年 12 月 19 日;A/Res/47/120, 1993 年 10 月 8 日。

务高级专员办公室。

这些机构的工作范围以及协调关于人道行动的各种倡议和概念的可能性,已经使联合国在保护武装冲突受难者方面发挥了非常主动的作用。例如,关于人道援助的各机构通过的大量决议见证了近年来人道援助权的发展,这现已成为国际习惯和实践的一部分。[37]

将人道行动纳入联合国体系与人权、人道法和难民法领域概念和行动的发展是结合在一起的。国际法中保护个人的这三个主要领域之间的互动有助于防止暴力情形下针对人格尊严的犯罪,而不论是如何对局势加以分类的。例如,随着人权领域的发展,个人具有受到国际层面的实定法保护这项权利意味着在一国领土上或处在其管辖范围内的个人如何受到对待已经不再仅仅是国内问题。那些进展已经增强了对严重破约行为的追诉和惩罚,它的基础现在被称为国际刑法。随着国际刑事法院的设立,这种趋势更加明显了。

不过,那些旨在尊重极端情形中保护个人的基本国际规则的现有机制继续表现出重大缺陷。现代冲突的性质进一步加大了对国际法的批评,即由于需要征得战斗员的同意,国际法可能鼓励了对潜在战争罪犯的迁就态度。在许多冲突中,都出现了国家显然不能或没有兴趣确保尊重保护个人的基本规则。然而同时,国际反应通常是不够的。除了存在"被遗忘的人道紧急情况"之外,[38]现代武装冲突性质的改变已经产生了行动方面的问题,而且加大了这个领域人道机构所面临的风险。当国家当局分裂或政策直接针对保护的受益者时,就会对诸如中立、公正和区分战时法与诉诸战争权等人道法原则的相关性产生质疑。

---

〔37〕 Alberto Amaral Júnior, *O Direito de Assistência Humanitária*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003. 在2003年召开的布鲁日会议上,国际法研究院认为:"(因国际性或国内武装冲突所致的)灾难受害者有权请求和接受人道援助",Resolution Ⅱ (1),可访问:http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2003_bru_03_en.PDF(最后访问时间2007年3月9日)。

〔38〕 联合国:秘书长的报告,《加强联合国紧急人道主义的协调》,A/58/89 - E/2003/85,联合国,纽约,2003年6月。见负责人道主义事务的(前任)副秘书长扬·埃格兰(Jan Egeland)在向安理会发表的演讲中就武装冲突中保护平民提到的各种情势,2006年12月4日,可访问:http://www.reliefweb.int(最后访问时间2006年12月5日)。

尽管理论的确承认某些违法行为——如种族灭绝、危害人类罪和战争罪——可能意味着加重国家责任,但无论是对应为违法行为负责的国家而言还是对其他国家而言,关于这种结论的法律后果尚无一致意见。[39] 一方面,即使在国家机构发生危机的时候,也必须遵守保护个人的国际规则,而且国家有责任对内或对外采取必要措施。“尊重和确保尊重”人道法的义务表明,并不存在“漠不关心的权利”,即使这种不关心是出于政治考虑。[40] 另一方面,诉诸那些战时法中不作为机制规定的执行措施就会产生是否符合调整人道保护的原则问题。[41] 不过,一般认为,尽管违反人道法的行为受到国际关注,但任何根据日内瓦四公约之共同第 1 条所采取的行为必须尊重《联合国宪章》规定的关于威胁或使用武力的制度。例如,这种行为仅限于中止合作计划或断绝外交关系。

某些分析家认为,以联合国安理会的权力为代表的集体安全机制中还存在另外一种可能的方法。原则上,多边性质的组织可以说最适合确保维护国际社会认为基本的共同价值,如对个人的保护。在这种情况下,国际社会的反应完全可以说是“公共性质的”或是集体性质的,而不涉及具有双边性质的“一般”责任。1977 年《〈日内瓦公约〉第一附加议定书》第 89 条对这个问题有所规定。该条款还被认为适用于非国际性武装冲突,至少与共同第 3 条规定的义务有关。它规定:

---

〔39〕 见国际法委员会的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 40 条、第 48 条和第 54 条,2001 年 12 月得到联合国大会第六委员会的批准(A/Res/56/83),以及对该条款草案的评注,可访问:http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r56.htm(最后访问时间 2007 年 3 月 9 日)。James Crawford, *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 178 – 86.

〔40〕 1949 年四个《日内瓦公约》之共同第 1 条。Yves Sandoz, “‘Droit’ or ‘devoir d'ingérence’ and the right to assistance: the issues involved”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 32, No. 288 (1992), 可访问:http://www.icrc.org/eng/review (最后访问时间 2007 年 3 月 9 日)。Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 17.

〔41〕 Marco Sassòli, “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846 (June 2002), pp. 401 – 34. 见 Crawford, 同上注〔39〕,以及国际法委员会关于国际法的不成体系问题的辩论,可访问:http://www.un.org/law/ilc/index.htm.

在严重违反本公约或本议定书的情形下,缔约各方承诺在与联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行动。

该规定除了提到(《联合国宪章》规定的除了自卫或安理会行使强制权力以外的)一般禁止威胁或使用武力之外,还承认联合国在面对严重违反战时法情况下的作用。从那种观点来说,由于根据《宪章》第39条对什么构成"对国际和平与安全的威胁"做了广义的解释,因此对于缔约国或非国家行为者而言,具有采取强制措施的权力[42]显然使安理会成为了在极端情况下确保遵守基本人道规则的机构。[43] 同样,1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定,任何缔约国可以"提请联合国的主管机关……采取其认为适当的行动,以防止及惩治灭绝种族的行为"(第8条)。

试错记录

随着冷战的结束,安理会在持续试验的过程中已经自信地进入对个人和团体的国际保护领域,并产生了不同后果。它的有限规模、程序的速度以及决策的灵活性使人们希望安理会在多边合法性的框架基础之上,能够按照它维持国际和平与安全的首要责任(《宪章》第24条)采取迅速而有效的措施。即使仅限于非强制行动,于武装冲突期间安理会与人道机构寻求共生都说明存在一种无声的但却真实存在的威胁。这种威胁可以有效说服任何顽抗的一方:在对什么构成威胁国际和平与安全

〔42〕 尽管《宪章》是对国家有拘束力的文件,但安理会的实践承认在诸如叛军和恐怖主义团体等非国家行为者的行动与对国际和平与安全的威胁之间存在联系,如在下列情形中就是这样:争取安哥拉彻底独立全国同盟(UNITA)[S/Res 1127 (1997)]、基地组织和塔利班成员[S/Res 1267 (1999)]。See Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 714 – 16.

〔43〕 Laurence Boisson de Chazournes and Luigi Condorelli, "Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests", *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 837 (March 2000), pp. 67 – 87. Giorgio Gaja, " *Jus cogens* beyond the Vienna Convention", *Recueil des Cours*, Vol. 172 (1982), p. 299.

进行广义解释的情况下,为确保尊重人道规则,安理会可能会行使第七章赋予它的权力。[44]

尽管早在 1946 年,当安理会对西班牙的独裁政权进行辩论时就已经提到了个人权利,[45] 但安理会实质上进入人道领域是在 20 世纪 90 年代。从那以后,它已经采取了许多措施,从提醒交战各方注意它们在国际法下的义务(例如,确保提供人道援助的组织能够进入并保证其安全、防止居民的强迫失踪以及释放战俘)[46] 到采取强制措施。

尽管这些决议通常都混合了对安全和保护的关注,但在许多情况下,安理会都根据《宪章》第七章援引了它的强制权力,旨在预防、阻止和纠正那些破坏保护个人基本规则的行为。除了对参与敌对行动的国家或团体实施制裁以外,[47] 安理会为了反击在国际性和非国际性武装冲突中实施的严重侵犯人的尊严的行为,还至少在形式上授权进行武力干涉:索马里(1992—1993 年)、卢旺达(1994 年)、阿尔巴尼亚(1997 年)、东帝汶(1999 年)、塞拉利昂(2000 年)、刚果(2003 年)、利比里亚

〔44〕 制定《宪章》的准备工作表明,是故意让"对国际和平及安全的威胁"这个术语的表述缺乏精确性的。作为对国际联盟时期假定的法定主义的反应,起草者决定赋予安理会在判定什么才是威胁国际和平的情势中具有某种程度的回旋余地,避免对何时采取行动的决议做出严格限制。Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Frederick Praeger, New York, 1951, p. 727.

〔45〕 安理会没有采取行动。后来,大会就该问题通过了(具有建议性质的)决议。Aznar-Gomes, "A decade of human rights protection by the UN Security Council", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 1 (2002), p. 225.

〔46〕 见 S/Res 1430 (2002)(关于厄立特里亚/埃塞俄比亚);S/Res 1524 (2004) 以及 1716 (2006)(关于格鲁吉亚)以及 S/Res 1634 (2005)(关于西撒哈拉)。

〔47〕 各种制裁导致的后果都是争辩的对象。因全面制裁对平民居民造成的影响使安理会可以基于人道理由而允许有例外或者寻找其他的替代措施,如有针对性的制裁。虽然针对敌方的领导人的某些制裁在国际上能够让他们失去合法性,但可能不一定能够实现抑制追随者行为的目的。然而,有效的武器禁运看来的确既促进了对人道规则的尊重,又维护有关领土的安全。例如,对索马里[S/Res 751 (1992)]、塞拉利昂[S/Res 1132 (1997)]以及科特迪瓦[S/Res 1572 (2004)]的制裁。

(2003 年)、海地(2004 年)。[48] 在其他情况下,安理会采取人道法中的多种特定措施,如在贝尔格莱德当局没有同意的情况下,在前南斯拉夫设立安全区、[49]设立前南斯拉夫和卢旺达特设法庭和塞拉利昂特别法院来追究个人实施的严重破约行为的责任。[50]

同样,大多数联合国的维和行动都在它们的任务中包括与战时法有关的内容。现在某些由安理会根据第七章通过的"多维"行动包括的任务有:

(一)便利或协调人道援助;[51]

(二)协助流离失所者和(或)难民自愿返乡;[52]

(三)开展或支持排雷行动;[53]

---

〔48〕 授权进行武装干涉一般是基于许多因素进行的,如是否存在人道危机、是否有难民潮、是否破坏民主规则、国内冲突对地区稳定是否有影响,等等。See Simon Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 112 – 62.

〔49〕 S/Res 819 (1993). 安理会采取的措施没有防止 1995 年 7 月所谓的"人类历史上最黑暗的一页"之一的事件发生,当时由于有关维和部队的协定阻止了国际社会采取决定性行动,因此联合国在波黑建立的六块安全区之一的斯雷布雷尼察落入了塞族军队手中。大约 2 万人被杀害,其中许多都是波斯尼亚穆斯林人。联合国:《斯雷布雷尼察的陷落》,A/54/549,联合国,纽约,1999 年 11 月 15 日,第 2、3、468 和 495 段。

〔50〕 分别是:S/Res 827 (1993), S/Res 955 (1994) 以及 S/Res 1315 (2000)。塞拉利昂特别法庭是根据第 1315(2000)号决议与塞拉利昂政府之间签订的协定设立的。在其他两种情形中,除了关于安理会的选择性做法和权限问题之外,并没有完全令人信服地确定是否存在对和平的威胁。在卢旺达的情况下,当设立法庭的时候,该国的内部冲突已经结束了。在"塔迪奇"案的初步反对意见中,辩方提出的关于前南斯拉夫法庭非法性的意见被驳回。

〔51〕 联合国科索沃观察员特派团(科索沃),S/Res 1244 (1999);联合国利比里亚特派团(利比里亚),S/Res 1509 (2003);联合国科特迪瓦行动(科特迪瓦),S/Res 1528 (2004) 以及 S/Res 1609 (2005);联合国布隆迪行动(布隆迪),S/Res 1545 (2004);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1565 (2004);联合国黎巴嫩观察员部队(黎巴嫩),S/Res 1701 (2006);联合国东帝汶联合特派团(东帝汶),S/Res 1704 (2006)。

〔52〕 联合国科索沃观察员特派团(科索沃),S/Res 1244 (1999);联合国布隆迪行动(布隆迪),S/Res 1545 (2004);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1565 (2004);联合国黎巴嫩观察员部队(黎巴嫩),S/Res 1701 (2006)。

〔53〕 联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1291 (2000);联合国埃塞俄比亚/厄立特里亚特派团(埃塞俄比亚/厄立特里亚),S/Res 1320 (2000) 以及 S/Res 1430 (2002)。

(四)支持交换战俘以及其他被敌方武装部队拘留的人;[54]

(五)保护平民和人道人员免受身体暴力的即刻威胁;[55]以及

(六)抓捕前任总统以便确保他对其行动承担责任。[56]

"当今最严重的人道危机"

安理会处理苏丹危机的方式凸显了它在处理严重侵犯人格尊严罪行方面方式的多样性。从 1983 年开始,在该国南部发生的内战是非洲历史上持续时间最长的冲突,到目前为止已经夺走了大约 200 万人的生命。[57] 不过,看来只有当喀土穆政府与"苏丹人民解放运动(军)"之间开始进行和平协商时,这场冲突才开始纳入安理会的议事日程中。2005 年 1 月,经过协商之后,终于达成了一项一般的和平协定,并通过了一份临时国内宪法。根据第 1547 号(2004 年 6 月)决议,安理会设立了一个先遣队,并(在苏丹政府同意的情况下)通过这个先遣队设立了"联合国苏丹特派团"(UNMIS)。这个特派团具有第七章规定的某些权力,包括在有即刻威胁的情况下保护平民的权力[第 1590 号(2005 年)决议]。当第一项协定得以通过时,2003 年 2 月在苏丹南部达尔富尔西部爆发的冲突已经使红十字国际委员会采取了它有史以来规模最大的一次行动。然而,在该决议中,它只是被提到而已,安理会敦促各方必须毫不迟

---

〔54〕 联合国西撒哈拉全民公决特派团(西撒哈拉),S/Res 690 (1991);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1291 (2000)。

〔55〕 联合国利比里亚特派团(利比里亚),S/Res 1509 (2003);联合国科特迪瓦行动(科特迪瓦),S/Res 1528 (2004) 以及 S/Res 1609 (2005);联合国海地稳定特派团(海地),S/Res 1542 (2004);联合国布隆迪行动(布隆迪),S/Res 1545 (2004);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1565 (2004)。

〔56〕 联合国利比里亚特派团(利比里亚),S/Res 1638 (2005)。尽管尚未明确取消这一规定,但当 2006 年 3 月逮捕前任总统查尔斯·泰勒(Charles Taylor)并把他送交塞拉利昂特别法院审判时,此规定就失去了存在的理由。接着,根据《宪章》第七章通过的第 1688(2006)号决议铺平了因安全原因而把他送交海牙接受审判的道路。

〔57〕 联合国:《苏丹人权状况特别报告员西玛·萨马尔(Sima Samar)女士的报告》,E/CN.4/2006/111,联合国,纽约,2006 年 1 月 11 日,第 14 页。

延地达成一项政治协定。

从那时开始到2006年年底,安理会关于苏丹问题通过了20项决议,但都没能有效保护发生在达尔富尔的暴力受害者或防止这种影响威胁诸如乍得和中非共和国这样的邻国。早在2004年7月通过的关于达尔富尔的第二项决议时,安理会就根据第七章决定施行武器禁运,禁止向该地区正在战斗的非政府实体和个人提供武器和战争物资,支持非洲联盟派出的保护部队,并要求苏丹政府解除金戈威德(Janjaweed)这支民兵武装,并起诉其成员。除了威胁要采取其他行动以外,安理会还要求秘书长就达尔富尔的局势定期提供报告。[58] 在安理会接下来通过的决议中,对苏丹政府及其成员实施制裁的威胁更为具体,它们就人道问题发出多项呼吁,设立国际调查委员会调查严重破坏人权法和人道法的行为以及断定是否在达尔富尔地区实施了种族灭绝行为。[59] 2005年3月29日,安理会最终扩大了武器禁运的范围,把它扩大到苏丹政府,并设立了一个下属委员会来监督武器禁运,并对那些受到制裁的个人进行点名。[60] 两天以后,根据调查委员会提交的报告,安理会决定把"2002年7月1日以来达尔富尔局势问题移交国际刑事法院检察官",并要求各方予以充分合作。[61]

---

〔58〕 S/Res 1556, 2004年7月30日。

〔59〕 S/Res 1564, 2004年9月18日。尽管安理会的决议具有拘束力,但该委员会获得了苏丹政府的合作。当在诸如卢旺达这样的情势中,在当地的危机都几乎已经结束的情况下,安理会设立了类似的委员会,但没有诉诸国际实况调查委员会(《第一附加议定书》,第90页),这体现了它在非国际性武装冲突中采取行动的趋势。

〔60〕 S/Res 1591, 2005年3月29日。2006年10月,该委员会报告说:"在达尔富尔活动的各方公然违反武器禁运的行为并没有减少。"它还报告说:苏丹政府没有对安理会在第1672号决议(2006年4月)中点名的四个人进行金融和旅行方面的制裁,其中有一位是苏丹的将军(UN Doc S/2006/795)。

〔61〕 S/Res 1593, 2005年3月31日。该委员会认为,尽管暴力不等于种族灭绝,但政府和民兵都对可能构成战争罪和危害人类罪的行为负有责任。除了其他措施以外,它建议根据《罗马规约》第13条第2款把案件提交给国际刑事法院,并秘密列出了51位可能作为被告的姓名名录(UN Doc S/2005/60)。尽管由于对受害者、证人和官员存在安全威胁,检察官当时没有在达尔富尔从事直接调查,但仍然有可能继续进行调查,以便在2007年2月底之前提交第一个案件做出法律评估。见国际刑事法院:《国际刑事法院检察官根据联合国安理会第1593(2005)号决议向联合国安理会提交的第四份报告》,可访问:http://www.icc-cpi.int(最后访问时间2007年1月)。

接下来一个相关的决议是在一年以后通过的,即在 2006 年 5 月 5 日签订了《达尔富尔和平协议》之后。在呼吁就达尔富尔举行特别会议(5 月 9 日)之后,安理会根据第七章敦促该协议的所有各方毫不迟延地执行该协议,并赞成非洲联盟的建议,即把“非洲联盟特派团”(AMIS)向联合国行动过渡(第 1679 号决议,2006 年 5 月 16 日)。6 月,联合国向苏丹和乍得派出了一个特派团。[62] 由于该和平协定逐渐暴露出许多缺陷,安理会在 8 月决定根据第七章设立一个更强大的 “联合国苏丹特派团”,来取代在达尔富尔的“非洲联盟特派团”。联合国苏丹特派团的任务是支持和平进程、保护联合国人员和设施、保护人道组织、防止对平民的攻击和威胁、没收或收缴达尔富尔地区存在的那些违反和平协定的武器和有关物资(第 1706 号决议,2006 年 8 月 31 日)。尽管该决议没有正式要求,但它请求苏丹政府同意扩大该特派团的任务。由于苏丹政府不断予以拒绝,因此国际社会加大了对喀土穆的压力,扩大“非洲联盟特派团”的任务,并在联合国和苏丹之间就是否应当留任秘书长的特别代表一事出现了争执。12 月,苏丹政府同意了分为三个阶段的计划。该计划的具体内容还在谈判之中。根据谈判,联合国支持非洲联盟在达尔富尔的特派团,因此形成了一个“混合性质的行动”。不过,仍然还没有解决该危机的持久方案。

正式的共生关系

尽管安理会在人道领域的行动结果各不相同,但国际安全与人道行动之间的共生关系已经导致在 20 世纪 90 年代出现了新的概念。尽管诸如“人身安全”、“保护的责任”以及“保护武装冲突中的平民”这样的表述显然不精确,但已经在联合国的报告和文件、政治辩论和正式宣言

〔62〕 联合国:《安理会苏丹和乍得特派团的报告》,S/2006/433,联合国,纽约,2006 年 6 月 4 日至 10 日。

中变得非常常见。[63] 即使从形式上看我们仍然在讨论它们属于应然法(*lege ferenda*)而不是实然法(*lege lata*)的范畴,这些概念兼具人道法、人权和难民法的原则和规则,以便确保尊重现代作战方式发生变化的情况下国际社会认为是基本的那些价值,如人的生命和尊严。

在以往经验的基础之上,安理会通过了关于"武装冲突中保护平民"的三项一般决议。[64] 自从第1265号(1999年)决议以来,安理会已经敦促普遍批准国际保护个人权利领域的文件,并敦促或要求"有关各方严格遵守国际人道、人权和难民法规定的义务,特别是1899年和1907年《海牙公约》和1949年四个《日内瓦公约》及其1977年《附加议定书》所规定的义务,以及严格遵守安全理事会的决定"。在第1296号(2000年)决议中,安理会还认为,"在武装冲突情势中蓄意以平民或其他受保护者为目标以及一贯、公然和广泛违反国际人道主义和人权法的行为可能对国际和平与安全构成威胁",这可能促使安理会采取包括暗含使用武力在内的适当措施。这在第1674号(2006年)的决议中得到了重申。该决议还重申在联合国成立60周年举行的世界首脑峰会的成果文件,承认"保护的责任"。这种责任主要是由各国承担的,可能导致为了保护人类而旨在确保遵守国际规范的强制行动:

> 在这方面,如果和平手段不足以解决问题,而且有关国家当局显然无法保护其人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害,我们随时准备根据《宪章》,包括第七章,通过安全理事会逐案处理,并酌情与相关区域组织合作,及时、果断地采取集体行动。[65]

---

〔63〕 除了非政府组织、政府和国际组织无数次提到这些概念以外,人们还可以引用联合国秘书长题为《我们人民:二十一世纪联合国的作用》的报告, A/54/2000,联合国,纽约,2000年;ICSS, *The Responsibility to Protect*, ICISS, Ottawa, 2001 以及 *Human Security Now*: *Protecting and Empowering People*,可访问:http://www. humansecurity-chs. org.

〔64〕 根据人道事务协调办公室(OCHA),这是一个"把包括国际人道和人权法、军事和安全部门以及人道援助在内的许多领域中的保护内容整合起来的关于人道政策的总括概念"。可访问:http://ochaonline. un. org(最后访问时间2006年9月30日)。

〔65〕 联合国,A/Res 60/1,连同《2005年世界首脑会议成果文件》,第138段和第139段。

同样,安理会还一般性地考察了其他与战时法有关的问题,如难民、[66]人道人员的安全、[67]性暴力以及武装冲突中妇女、新闻记者和儿童的权利。[68] 尤其是在第 1612 号(2005 年)决议中,安理会就使用儿童兵和武装冲突中其他侵犯儿童权利的问题设立了一个常设的监督和报告机制。尽管该机制只限于正在安理会议程中的情势,但它的确涉及现代武装冲突中令人担忧的趋势,[69]并可以作为处理人道领域其他问题的模式。

横冲直闯

虽然安理会看来有必要介入保护个人或团体的领域,或者甚至是值得称颂的,但安理会通过的各种措施和决议并非无可挑剔。除了关于保护受难者的含糊后果以外,它导致的后果是出现了那些从法律的角度来看非常不精确的概念。这些概念与保护武装冲突受难者的其他制度之间的关系至少是不十分清楚的。一方面,安理会通过的决议可以说是凝聚国际社会的一种迹象。对于某些人来说,为了取得战斗员的合作以及尊重关于保护个人的基本规则,这可以说使对战斗员施加压力变得更具合法性了。另一方面,人们可能会质疑安理会在确保维护这些价值方面是否充分,因为这种情境将使其成为人道规则的执行者,而不顾及它的政治性质、使命或是强制措施可能对人道领域产生的影响。

1945 年,旧金山会议在该组织的强制任务中删除了所有提到国际法的内容。安理会根据第七章的权力不一定针对违反国际法义务的,因

---

〔66〕 S/Res 1208 (1998).

〔67〕 S/Res 1502 (2003).

〔68〕 关于妇女权利,见 S/Res 1325 (2000);关于新闻记者的权利,见 S/Res 1738 (2006);关于武装冲突中儿童的权利,尤其见 S/Res 1661 (1999)、S/Res 1314 (2000) 以及 S/Res 1460 (2003)。

〔69〕 据估计,在今天的武装冲突中,有 75% 都用到了儿童兵。联合国:《秘书长关于武装冲突中保护平民的报告》,S/2005/740,联合国,纽约,2005 年 11 月 28 日,第 2 页,可访问:http://www.un.org/Docs/sc/sgrep05.htm.

此它们可能被用来对付没有违反国际法的国家,或在诸如侵略的情况下决定采取行动。[70] 安理会的成员并不是法官或陪审团成员,而只是警官。其行动目的是为了结束威胁(强制),而不是惩罚那些没有遵守国际义务的行为(责任);[71] 它的程序并没有包括任何关于"正当法律程序"的内容;它的政府间的性质使非国家行为者参与它的决策过程显得非常困难,尽管有时候取得非国家行为者的同意和取得中央政府的同意一样重要甚或更加重要。

安理会采取行动的基础不是任何关于个人权利的能力,而是维持国际和平及安全,这和维护国际公共秩序是不同的。例如,否决权意味着安理会任何一个常任理事国或其战略上的同盟国从事的破坏行为将可能无法根据第七章采取行动。正义最多只是部分的。不过,同意安理会这种地位的最大障碍是它有权决定威胁国际和平与安全的情势是否实际上存在。[72] 虽然近年来采用的概念框架的确设法找到了对付严重人道情势的一致做法,但安理会捍卫集体利益的义务具有的不确定性与任何可能情况下减轻痛苦的人道原则形成了鲜明的对比。

的确,期待安理会和人道机构之间完美的共生并不符合战时法和诉诸战争权之间的区分。安理会维持国际和平的任务要求对交战各方的理由进行辩论,而它们是否同意这个问题可能变得无关紧要。这样一来,就很难确保安理会采取的强制措施和对于人道行为来说必需的中立、公正和人道这种基本原则之间保持协调,因为根据前者如果没有合

---

〔70〕 Kelsen, above note 44, p. 730. Simma, above note 42, pp. 705 – 6.

〔71〕 Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How we Use it*, Clarendon, Oxford, 2001, pp. 166 – 8.

〔72〕 Pierre Marie Dupuy, "A general stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5 (2002), p. 1068; Pierre Klein, "Responsibility for serious breaches of obligations deriving from peremptory norms of international law and United Nations law", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5 (1999).

作就可能面临使用武力的威胁。[73] 就像在“复杂情势”中关于民事和军事关系之间的广泛辩论那样,人道机构在涉及冲突目标方面被交战各方视为独立和公正的机构的事实仍然是必要的。这限制了这些机构为了保护或得到支持而可以向武装部队提出请求的权利。[74]

人道行动的基础不是正义,而是施舍。[75] 为了确保能够接近冲突的受难者,人道机构避免卷入涉及诉诸战争权方面的法律问题。在1999 年的科索沃危机中,红十字能够在南斯拉夫区域活动,帮助受到盟国轰炸影响的平民,探视在贝尔格莱德作为囚犯被关押的北约士兵。[76] 同样,即使根据《联合国宪章》进行,违反各方意志的干涉不太可能会被视为是中立和毫不自私的,无论背后的动机是什么。如果情势恶化,这将几乎不可避免导致使用武力。结果,任何从安理会干涉中取得的短期好处,如保护人道人员的安全或确保向受难者提供协助,都需要在对人道行动中立性的认识基础之上对当前以及未来的效果进行衡量。

如果在采取强制军事行动方面坚持固有的偏见,那么将削弱援助所有受难者的能力,包括那些在多边军事行动中的受难者。就像国际法院已经指出的,使用武力不能说是一种确保尊重那些旨在保护个人的规则

---

〔73〕 关于人道法的原则,见国际法院,“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行为”(尼加拉瓜诉美国),《国际法院报告集》,1986 年,第 218 段;以及“国际法院对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见”,《国际法院报告集》,1996 年,第 78 段。

〔74〕 See *Guidelines on the Use of Military and Civil Defence Assets to Support United Nations Humanitarian Activities in Complex Emergencies* (*MCDA Guidelines*), March 2003, and *Civil - Military Relationship in Complex Emergencies*, June 2004, available at https://www.ochaonline.un.org.

〔75〕 根据让·皮克泰(Jean Pictet)的观点,“一个人不可能同时成为正义和博爱的拥护者。他必须选择,而红十字国际委员会始终选择作为博爱的捍卫者”。See Theo C. van Boven, “Some reflections on the principle of neutrality”, in Christophe Swinarski, *Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'Honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Geneva and The Hague, 1984, p. 647.

〔76〕 1999 年年底,出于安全的原因,红十字国际委员会被迫从科索沃撤离。然而,由于该组织被认为是中立的,因此它能够在冲突结束之前三个星期就恢复工作。Pierre Krähenbühl, “Conflict in the Balkans: human tragedies and the challenge to independent humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, No. 837 (2000), pp. 11 - 29.

的适当方式。[77] 除了具有加剧冲突的危险之外,采取军事行动还可能导致正在发生暴力的国家采取不合作的态度,增加"接受人道援助就是踏出军事干涉第一步"的猜疑。[78]

结论:身份危机

在生态学中,共生关系中的有机体不可能在它们行动的领域出现融合的风险。然而,如果我们寻找安理会的行动和努力提供人道保护之间的共生关系,就的确面临着使维持国际和平与安全和调整敌对行为的原则和规则之间的根本区别变得模糊的风险。对于保护暴力的受害者来说,这两个行动领域缺乏明确区分,在概念和实践中都将产生不利后果。

从概念上看,作为规范逐渐发展的成果,战时法与诉诸战争权之间的区分仍然是最重要的。从人道的观点来看,冲突的理由必须仍然受到后者的调整,以便可以处理它的后果。同样,还存在人道行动政治化和动摇它来之不易的合法性的风险。[79] 尽管安理会的任务不是很精确,但它限制了活动的领域。尽管安理会已经处理了诸如保护平民、优先考虑弱势群体以及提供人道援助的组织安全这样的问题,但它并没有对作战手段、与冲突有关被拘留者待遇或丧失战斗力者的待遇通过类似决议。虽然安理会正在介入战时法领域,但它没有能力使自己远离原来的诉诸战争权的任务,也没有能力遵守人道行动固有的中立和公正原则。

安理会任务的自我扩大反映了"正义战争"理论的概念局限性,根据该理论,给予敌人的待遇最多取决于为了正义理由而作战的一方所体现出来的仁慈,而不是根据它所承担的法律义务。关于将人道规范适用

---

〔77〕 国际法院,"在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行为"(尼加拉瓜诉美国),《国际法院报告集》,1986 年,实体问题,第 268 段。

〔78〕 联合国:《秘书长致国际和平研究所关于人道行动的研讨会的开幕词》,联合国,新闻稿 SG/SM/7632,2000 年 11 月。

〔79〕 Krähenbühl, above note 76, p. 18. Anne Ryniker, "The ICRC's position on 'humanitarian intervention'", *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842 (2001), pp. 527 – 32.

于经安理会授权而采取行动的军队的辩论就反映了概念上的模糊性,它存在容忍那些具有正式多边合法性的部队滥用权力的风险。[80] 与古典的“正义战争”理论不同,保护个人的国际规则是普遍的,即使是那些最凶恶的敌人,如那些实施了种族灭绝、恐怖行为和战争罪的人,也应受到保护。

从实践来说,安理会介入人道领域已经加大了战争各方把人道行为看做是支持敌人行为的风险。安理会是一个政治机构,它从代表性、公开性、公正性和责任性方面都存在公认的缺陷,这种缺陷削弱了它通过决议的合法性。安理会希望通过简单地在任务中增加人道关注这一正当的意图,来显示它所进行的讨论是公正的或得到它授权的军队是中立的,而这可能很难使那些遭到安理会强制措施的团体信服。由于安理会原先的任务是诉诸战争权方面,因此它在针对严重破坏战时法的行为采取的行动方面存在不作为和前后矛盾的现象,这将减轻它所采取的强制权力可能具有的效果。

因此,安理会在人道领域的行动应当限于说服各方履行国际义务,如允许向受难者提供中立和公正的援助、确保人道组织人员的人身安全等。这种角色符合那些不必定排除第七章某些权力的商定军事行动。对于保护受难者来说,强制措施可能具有不利影响,如限制联合国及其机构的人员提供公正援助的范围。因此,严格意义上的人道机构具有的独立性对于确保冲突各方都不把它们视作威胁而言至关重要。

安理会应当采取果断行动对付那些对国际和平与安全造成的威胁,包括一有必要就采取防止暴力发生的行动,而不是行使人道机构的职能。[81] 当武装冲突发生时,安理会应当动用《宪章》赋予它的所有权力通过便利交战各方的对话、谈判达成休战协定或支持富有创见的方案来

---

〔80〕 See “Application of international humanitarian law and international human rights law to UN mandated forces: report on the expert meeting on multinational peace operations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 853 (2004), pp. 207 - 12.

〔81〕 见联合国:《关于防止武装冲突的进展报告》,A/60/891,联合国,纽约,2006 年 7 月 18 日。

恢复和平。

问题不是在极端情况下采取军事行动是否正确。在对称的、大规模侵犯人权和人道法的情况下采取强制的武力行动可能是必要的。在诸如种族灭绝或危害人类罪的情形下,战时法中的中立和公正就失去了意义,因为这种情形违反了保护冲突受难者这个首要宗旨。人们必须承认,在这种情况下,人道行动已经到达了它的界限。[82] 必须根据诉诸战争权来做决定:旨在处理冲突原因的政治和军事行动不同于旨在应对冲突后果的狭义的人道行动。[83] 最重要的是,并不能因为很难解决暴力的根本原因而将保证"人道"变成政治上不作为的借口,否则将既不利于国际和平,也不利于所宣称的目标。

法国,1914~1918 年战争。香槟地区(Champagne)。在前线实施急救。

〔82〕 联合国:"在种族灭绝面前不可能有中立",《对联合国在卢旺达 1994 年种族灭绝期间的行为的独立调查报告》,S/1999/1257,联合国,纽约,第 33 页。See Boven, above note 75, pp. 648 ff. André Pasquier, "Humanitarian action: constructing legitimacy", *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842 (2001), pp. 311 – 22.

〔83〕 Sandoz, above note 40。See Jakob Kellenberger, *Protection of Civilians in Armed Conflict*, *Statement of the President of the ICRC to the UN Security Council*, 19 April 2000, available at http://www.icrc.org(最后访问时间 2003 年 9 月 29 日); Aurélio Viotti, *Ações Humanitárias Pelo Conselho de Segurança: entre a Cruz Vermelha e Clausewitz*, Funag, Brasília, 2005.

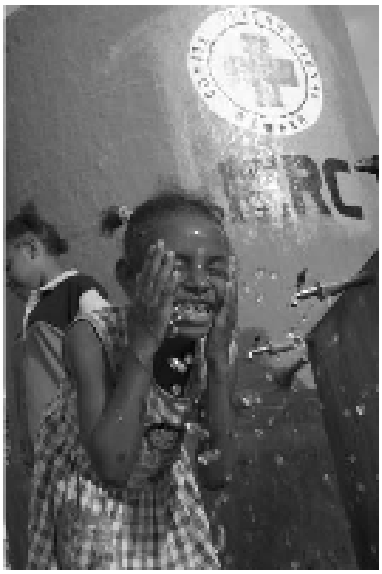
几内亚,科纳克里(Conakry),2003 年 3 月 6 日。超过 1400 名几内亚人逃离发生在象牙海岸的动乱来到几内亚并受到欢迎。自从冲突开始以来,已经有几千名平民被杀害,几百万人成为国内流离失所者,大约 40 万人逃到了邻国。

伊拉克,巴格达,2003 年 11 月。巴勒斯坦难民营。

卢旺达,吉孔戈罗省(Gikongoro),1994 年 7 月 27 日。一位法国维和士兵正在保护吉孔戈罗省的难民营。

马其顿,斯滕科韦茨二号(Stenkovec 2)难民营,1999 年 4 月 16 日。正在等待被送往其他难民营的难民。这个难民营由法军在离斯科普耶约 12 公里的地方建立,收留了 10000 名来自科索沃的难民。

阿富汗,古尔(Ghor)省,2002 年 11 月。红十字国际委员会正在准备把粮食分发给贫苦家庭。



印度尼西亚,巴布亚,默劳克(Merauke)流离失所者营地,2005 年。红十字国际委员会供水点提供饮用和其他家庭所需的洁净水。

卢旺达,尼亚加希塔(Nyagahita),1993 年 8 月 1 日。流动诊所。

利比里亚,蒙罗维亚,2006 年。中央监狱。在特定拘留场所,红十字国际委员会会见其任务范围内所有被拘留者。定期探视因安全原因而被拘留的人有助于确保他们受到的待遇是可接受的,而且有助于防止失踪。

利比里亚,巴尔科都(Barkedou),罗法(Lofa)县,2006 年。红十字国际委员会的工作人员正在解释寻人局的作用:让那些因武装冲突而失散的家庭重新团聚。

泰国/柬埔寨,第二(Site B)难民营,1988 年。这位父亲刚刚收到儿子寄给他的红十字通信。在很多情况下,红十字国际委员会给了战俘、受拘禁的平民、因安全原因而被拘禁的人以及甚至有时是普通被拘留者与亲人通信的机会。

内罗毕。向肯尼亚警察具有准军事性质的总务部队开展传播工作。正在阅读红十字国际委员会宣传资料的警官。

卡纳(Cana),黎巴嫩南部一个村庄,7 月 23 日。根据黎巴嫩红十字会的报告,有两辆救护车受到武装袭击,尽管这两辆车明显标着红十字标志并闪烁着灯光,从很远的地方就可以看到。当时,急救人员正在把受伤的病人从一辆救护车转到另一辆救护车上面,就在这时事件发生了。结果,有 9 人受伤,其中包括 6 名红十字志愿者。

今天,人道行动者为数众多,他们用不同标志来表明自己的身份。

编者按:灾难事件

在古希腊悲剧中,灾变(catastrophe)原意是故事的最终结局;它往往通过一个或多个主要角色的死亡来揭开阴谋,结束剧情。亚里士多德将其定义为"把毁灭与痛苦展现在舞台上的情节,在那里,人们可以看到死亡,也可以演绎出创伤和其他苦难"。"灾难"一词的起源正在于此,而在今天它则被用来表示能造成大规模死亡和破坏的残酷事件。从这个意义上讲,每一场武装冲突、每一次自然或技术灾害都是一场灾难。然而,灾难性事件则含有突变和巨变之义。

飓风、地震、龙卷风、洪水或林野火灾等自然灾害通常被视为天赐,而交通事故或环境灾害等人为危害则不然,其诱因是技术失误,或更为恶劣的是可归因于具有强烈人为动机的社会学危害,特别是在有政治、经济和军事利益冲突碰撞的武装冲突和集体暴力局势中。然而,越来越多的人认为,所有的自然灾害都是人为的,因为在灾害袭来之前,人类的行动能够防止它演变成一场灾难。缺乏危险管理与计划,缺乏适当的紧急事件管理或世事无常所造成的人类脆弱导致了人员伤亡以及财政和建筑的损失。这些损失的严重性取决于人们承受灾难的能力——他们的适应能力。

最近"非典"(急性重症呼吸综合征)的暴发表明了流行病对卫生和经济可能产生的影响有多么广泛。这也反映在专家关于 H5N1 型禽流感病毒将变异为一种人际传播病毒的预言中。然而,案例分析显示,在自然灾害中,危险与灾难管理在很大程度上是切实可行的,即使灾难过程中的突变可能会改变其特性。

本期评论特别探讨了核、辐射、生物或化学(生化核辐)事件的威胁。虽然这些武器已被宣布为非法,就核武器而言,其使用也被宣布为一般情况下是不符合人道法的,但它们的可获得性致使其仍很可能被使用。人们都记得第二次世界大战结束时在广岛和长崎的原子弹爆炸,那是历史上第一次一枚炸弹就能夺走数万人的生命。化学武器也被用于战争,特别是在 20 世纪 80 年代的两伊战争期间。另外,尚不构成武装冲突的若干小事件也表明生化核辐武器可能为国家或非国家团体较大规模使用,从而引发灾变事件。产生的后果以及随之而来的人道需求每次各异,而且因生化核辐事件类别不同也相应不同。每个国家,尤其是人道组织,所面临的最严峻的挑战来自核武器、化学战以及强传染剂的使用。

当可能受到灾变事件影响的人制定出突发事件应急预案并具备适当的应对能力时,人们降低灾变事件损害的机会就会大大增加。在发生重大事件时,许多政府有权宣布进入紧急状态,这使它们能在很大程度上控制公民的日常生活,包括暂时削减某些公民权。因此安全考虑可能经常会与人道考虑相冲突。大多数发达国家均拥有若干用于帮助应对任何突发紧急情况的内部服务系统。主要应急服务包括警务和保安(调查)服务、救火(救援)服务以及紧急医疗服务。它们通常由政府管控,但有时也会由私营公司或志愿组织负责。

虽然一些西方国家拥有适当的国家应急预案以应对重大的灾变事件,其他许多国家却很可能没有这类预案。因为当地能力往往不足以应对重大危机,所以即便只为确保向受难者提供最起码的帮助,经常也需要国际援助。红十字会与红新月会国际联合会正在推行有助于组织此类援助的指导原则。

在武装冲突局势中,特别是在生化核辐事件中,安全与调查的优先性可能会暂时阻碍提供援助。由于对局势性质或此类攻击时间和规模不确定,向受难者提供任何形式的有效援助都可能无法实现。无论如何,目前如果不利用现有的军事能力,想做出使重大生化核辐事件受难

者直接获益的有效国际应对是不可能的。国际原子能机构、禁止化学武器组织和世界卫生组织等联合国专门机构在沾染区开展工作的专家与设备是有限的。然而,它们的职责可能不会扩展到向受难者提供直接援助。现阶段,其他人道组织尚不具备在受沾染环境中开展工作的能力。

红十字国际委员会,各国红十字会与红新月会以及联合会也几乎没有能力为生化核辐事件的受害者提供可作为专门国际应对的任何形式的援助。为了履行其保护和援助武装冲突受难者的职责,有时在自己不知情的情况下,红十字国际委员会工作人员会发现已处于沾染区内,而且将来还可能出现同样的情况。在以往冲突中遇到这类情况时,红十字国际委员会会采取特别措施,通常不直接为沾染区内的受害者提供援助。目前还没有能够确保在为受害者提供有效援助的同时最大限度地降低员工健康及安全风险的两全之计。

当然,没有人喜欢考虑这些灾变场景。然而我们有责任采取必要措施防止灾难,并在灾难如果无法避免时,有办法减小其影响,减轻受灾者的苦痛。对生化核辐武器而言,针对可能性低/影响大的事件所做的任何适当有效的应对都需要在政治、管理、组织、财政以及同样重要的人力资源等不同领域进行长期巨大投资。这是数额巨大的备灾投资,而大多数国家几乎都无力负担。因此,有必要鼓励就这一问题进行讨论:各国政府如何能够(或许是共同)防患于未然。

主　编

托尼·普凡纳

毛里茨·约赫姆斯访谈*

郑佳然**译

摘要

毛里茨·约赫姆斯(Maurits R. Jochems)大使现任北大西洋公约组织(北约)国际秘书处负责行动的副助理秘书长。他的职能包括负责联盟民间应急规划方面的工作。毛里茨作为荷兰外交服务处职业外交官,自2005年8月起被调任至北约。在担任现职之前,他曾任荷兰外交部国际安全策略部主任,负责处理军事行动、北约和欧盟安全政策问题、联合国裁军和武器控制、欧洲安全与合作组织(欧安)事务以及武器出口政策。他还曾在荷兰驻金斯敦、波恩、贝鲁特、布鲁塞尔(北约)和罗马的使馆工作。

您能否简要介绍一下北约民间应急规划活动的性质及范围?

从1949年该联盟建立,北约一直很重视对平民居民的保护。1953年,北约达成了对灾害援助计划的共识,认为其在战争期间保护平民的能力也可用来保护民众免遭自然或人为灾难的影响。随着1994年"和平伙伴关系计划"的建立,很多伙伴国纷纷对在民间保护和灾难应对方面同北约加强合作表现出兴趣。1998年,在俄罗斯联邦的倡议下,欧洲—大西洋救灾反应协调中心(EADRCC)在北约总部正式建立。

---

* 此次采访由《红十字国际评论》主编托尼·普凡纳(Toni Pfanner)主持,于2007年6月28日在布鲁塞尔进行。

** 英国剑桥大学2008级教育学博士研究生。

民间应急规划首先是国家的责任,民间资源在任何时候都在国家的掌控之中。北约的附加价值在于它能通过诸如协调中心之类的机构促进开展协调和联络沟通工作,从而确保较小的盟国和伙伴国都能各尽所能,诸如建设野战医院或者提供净水设备等——这些在没有联盟时是无法实现的。北约民间应急规划的目的在于分享各国的规划行动信息,以此保证在紧急情况中对民间资源进行最有效的利用。它使得联盟国和伙伴国可以互相帮助,共同准备和应对危机、灾害及冲突造成的后果。

您对"协调的民事与军队应对"做何理解?

筹划和执行军事行动是一个很复杂的过程。为开展一次最适宜的危情应对行动,军事规划者和指挥官经常需要从民政部门召集专家、调配资源。北约提供了一个有效的平台,使民事和军事资源的运用能够相互补充、相互契合,最终实现预期目标。军事与民政参与者间的紧密合作和协调互动是至关重要的;特定情况的性质最终决定了究竟需要采取军事应对,还是民间应对,还是需要两者结合。

北约不是一个军事联盟吗?

从上面的叙述可以明确看出,尽管北约涉及民事活动,但它首先还是一个主要运用军事手段的政治联盟。不过,在北约大多数成员国中,军队还担负着在例外和无力应对的情况下协助民政当局的任务。当然,在某些国家,军队的主要任务还是国家防卫。它的第二任务是帮助联盟防卫,包括为维和行动贡献力量。在很多国家——如荷兰、英国、美国和加拿大,对民政当局提供军事协助会促进其内务和防御部门之间更紧密地联系,以便在诸如发生洪涝灾害等突发事件中保证前者可以做出相应安排,动用一定数量的直升机进行救援。

如果说民间应急规划是一项国家责任,为什么还要将军事能力运用到国际救灾行动中?

最近发生的几次灾害(如卡特里娜飓风和巴基斯坦的地震)已经显

现出当灾害事件的最初应对者感觉无能为力时,一定的军事能力是多么有用。有些人可能会认为由国家当局、国际组织或非政府组织等民政参与者参加灾害救援工作可能会更好、更经济。然而,尽管在大多数灾害事件中确是如此,但仍会存在一些非常不幸的情况,即灾害的规模过大以致当地政府和(或)内政部门等最初应对者无权且无能为力。另外,在需要特殊设备(如空运、野战医院或架桥等)的救援行动中,也需要军方协助。在这些情况下,军方就可以并应该介入了。帮助国家当局应对上述自然或工业灾害则是大多数北约和非北约国家武装部队的基本使命。

您能否解释一下如果北约介入一场民间灾难,将扮演何种角色?

在回答这个问题之前,我想先对一个术语发表一点评论。我认为你问题中用到的"介入"一词有些不妥。如果发生了一场灾害,北约会根据受创国家的要求提供援助。因此我想强调一下,北约并不是干涉,而是根据要求提供援助。

实际上,北约独立具备的能力微不足道。它几乎完全凭借国家能力。北约的价值在于它有能力以一个组织的形式调动和使用这些国家的能力。北约具有指挥和控制能力,在那不勒斯、布鲁森、里斯本和布鲁塞尔都设有总部。北约对于有哪些可用资源、位于哪些地方以及由谁掌握有一个总体认识。并非所有国家都有条件或能力保证其资源数量充足、质量良好。正如英国所说,有些国家还有改进的空间。北约的主要任务就是调动并协调对这些能力的使用。总而言之,那些享有足够资源的国家可以自己应对紧急情况。但是,一些遭受重大灾害袭击的国家可能会出现物资紧缺的情况,它们可能会寻求帮助。在要求北约支援的情况下,北约的任务就是帮助解决资源匮乏的问题,然后根据国家能力清单,在欧洲—大西洋伙伴关系理事会成员国中那些拥有资源的国家内部调动资源。当资源定位后,北约的任务就是帮助受灾国家,并对各国提供支持,以将援助送到需要的地方。救灾反应协调中心是一个小却高效的部门。

运用军事手段进行民政支援和通过国家当局或人道组织进行支援有何不同?

我们并不是要将一种手段和另一种手段区分开来。它们都是协调应对的组成部分。军事手段无疑能在救灾行动中发挥很有效的作用,但提供这种援助必须遵照辅助性原则。这里我的意思是,民政应对者始终应处于主导地位,需要时必须正式请求军事支援。因此,军事援助是一种需求驱动而非供应驱动的援助。从原则上讲,如果当地政府认为灾难的规模过大并已无法独自解决时,它们应请求包括军事支援在内的外界援助。

在2005年美国卡特里娜飓风和巴基斯坦地震中也动用了军事援助吗?

是的。在卡特里娜飓风和南亚地震中,两国政府均分别正式向北约请求援助。在巴基斯坦地震中,联合国也请求北约进行援助,同时也投入了自己的救援力量。最终,大多数由联合国难民署提供的搭建临时住所的重要物资在喜马拉雅的寒冬到来之前已通过北约空运到巴基斯坦。北约也参加了在伊斯兰堡召开的由巴基斯坦政府官员和联合国常任代表联合主持召开的全面协调会议,以及由联合国主持召开的例如卫生和住所问题的集群会议。

北约在巴基斯坦的行动是第一个重要的民间救灾行动吗?

2005年10月8日在巴基斯坦和印度部分地区发生了地震。10月10日巴基斯坦政府向北约和其他组织提出救援请求。第二天,北约决定开辟从欧洲到巴基斯坦的空中补给线,将急救物资送往高海拔地区。我们运送了3400吨救灾物品,大多数是联合国提供的帐篷和用于搭建临时住所的材料。与此同时,北约还考虑了其他措施,决定为受灾地区提供一所额外的医院、一个负责救援重建的工程师小组和水资源净化组。工程师们修复了约60公里被严重毁坏的公路。医务人员直接救治

了 5000 人,另有 3500 人通过流动医疗队获得了救治。整个行动持续了约三个月。但是直觉告诉我们,救援行动在时间上应该有所限制。接下来应该开展重建工作了,而重建工作毫无疑问应由联合国和其他组织而非北约来承担。

从巴基斯坦事件中可以得到哪些经验教训?

我们最主要的问题就是资金。比如,开展战略物资空运和直升机投放的行动开销巨大。而最终负担北约行动经费的各国国防部门并不支付开展人道救援行动所需的经费。从国家的角度看这个问题,这是发展合作部门的职责。

在巴基斯坦救援行动中,个别国家已经采取了一些措施改革和完善经费机制。以英国为例,国际发展事务大臣希拉里·本(Hilary Benn)决定承担调配三架支努干直升机和一组工程师而产生的超出国际发展预算的额外救援行动费用。通过利用另一条预算线,事务大臣对北约支付空运成本的"信托基金"也作出了重要的财政贡献。

由事务大臣提出的临时部署的优点也显而易见。按照他的部署,国际发展部门不需要拥有和部署自己的直升机队,由此避免了资源重复。另外,根据成本的计算方法,这种方案很可能比包括租用商用直升机在内的其他安排更便宜,如果商用直升机确实可以利用的话。

但是为了使这项安排制度化,我们有必要重新界定是什么构成了官方发展援助。根据目前的定义,"官方发展援助"不负担救灾行动中军事直升机的经费。因此,对发展部的大臣们来讲,仿效其英国同僚在巴基斯坦事件中的创举还是有障碍的。但是鉴于很多国家正希望在国际发展、国防和对外关系部门之间建立比以往更为有力的工作关系,因此或许重新评估援助标准恰逢其时。

在巴基斯坦救援行动中,由于联合国要求北约提供空中桥梁并调配直升机,这一举措也就显得尤为合适了。按照常理,对于军队产生的某些额外费用,要么是允许北约国家将其计入国际援助与发展预算;要么是由联合国从用以支付援助行动的筹资中直接报销。

今后,北约可对哪些类型的民间紧急事件提供服务?除自然灾害外,您能否设想一下,在人为灾难甚或是化学、生物、辐射甚至核武器袭击中开展救援行动?是否可能备战所有这些不同类型的威胁?

很多年前,北约的救援行动只局限于应对自然和技术灾害。但"9·11"袭击促使我们开展新的工作,也要在保护平民居民免遭化学、生物、辐射或核占剂攻击方面援助各国。针对不同情况,我们不仅是"可能"进行应对准备,而是"必须"进行准备,因为意外事故或自然灾害完全可能导致化学和生物灾难的发生。另外,在欧洲有很多核试验场,因此不排除意外事故的可能。而这些事故的后果是对邻国的不尊重。我们还必须考虑到恐怖活动的新形式。

如果我们在民间的工作开展得很好,我们在"9·11"之前就该有所准备了。今天,我们正在迎头赶上。国家当局负有主要责任。有些国家比其他国家做得好,而像北约、联合国或者欧盟这些组织,其优点就在于其成员国可以共享和比较各自的经验与最优实践,并可以相互学习。这也是一条找到共同办法的良好途径。如果联盟中的一个国家在某一方面经验丰富,我们可与联盟内的其他国家共同分享这一经验,这一做法十分有用。

要帮助那些化学、生物、辐射和核事件受害者,就必须使用专门且昂贵的装备,而且准备工作也势必耗资不菲。北约是否有能力应对此类事件,是否有能力提供物资和培训?

任何人都不希望发生这种情况,但是很不幸,我们却不得不为此作准备。我们必须严肃对待化学、生物、辐射和核(生化核辐)武器造成的威胁。北约已经开展了广泛的工作,以备在发生可能涉及生化核辐的事件中,帮助加强国家的能力以及民间的准备。

在民间,目前已经开展了一个关于生化核辐训练和演习的具有综合性的欧洲—大西洋伙伴关系理事会项目。自 2002 年以来,一个就生化核辐事件的筹划、培训、程序和装备等问题为最初应对者制定不具约束

力的方针和最低要求的项目正在进行中。该项目的目的在于提出一个总体指导方针,理事会成员国可自愿采用,以做好准备,保护群众免受生化核辐武器的危害。这些指导方针也旨在增进国家间的协作。关于应对大规模人员伤亡时的医疗能力,北约也在促进信息共享。其中,联合医疗委员会拟定了发生生化核辐袭击后的伤员治疗协议;民事保护委员会制定了用于危机之前、之时和之后的公共信息方针。这些被称为“布达佩斯方针”,可适用于包括生化核辐事件在内的危机。交通规划委员会已经建立了一套机制,对各国向联盟提供民间交通资源加以协调。可提供协助的领域包括:大规模的人员撤离、利用特别重新安排的民间资源进行医疗后送以及负责运输重要设备和(或)药物的国内志愿者。北约也签署了关于便利重大民间跨界运输的谅解备忘录。备忘录的主要特点是:加快并简化了现行的为应对重大事件提供国际援助的跨越国界程序和清关手续。

在军事方面,2003 年北约创设了生化核辐多国防御部队,并配以一个快速、灵活、可调配的部门,帮助保护士兵,并无形中协助了民政当局。军队可以开展勘察行动,探测生化核辐物质,并协助排污行动。其主要目的在于提供可靠的生化核辐防御能力,首先是向已部署的北约联合部队和司令部提供此能力。

北约采取哪些措施评估和提高它在这一领域的能力?它们是否和此类情境直接相关?

北约针对民间的行动主要集中在通过采纳一般方针、训练项目和演习,促使最初应对者的备战水平达到最低标准。每年我们都会在一个伙伴国进行演习,救灾反应协调中心会参与其中相关情境的演习,我们会对这些演习进行评估,并作为改进的基础。最后一次民间紧急事件演习是于 2007 年 5 月在克罗地亚进行的。那实质上是一次生物武器袭击演习。演习的目的在于提高或加强国家应对紧急情况的能力,并对国际援助的提供进行测试。通过演习,我们能够加强协调与互助。

北约是否会与其他国际组织协调其活动?

作为一个国际组织,北约同联合国以及其他主要救援组织都有着紧密的联系。最近,联合国人道主义事务协调办公室向欧洲—大西洋救灾反应协调中心派遣了一个常驻联络官。合作的最重要的方面之一就是获悉参与救灾之各行动者的活动。因此北约十分重视与其他国际组织的合作。北约认为,每年一次的大规模国际演习应该会加强其与诸多希望参与者之间的合作。

每次重大紧急事件都会扩展现有的能力。令人欣喜的是,由于联合国、红十字国际委员会、国际原子能机构、禁止化学武器组织和世界卫生组织等的努力,如今,民间层面已就潜在合作的问题取得了重大的进展。

灾难治理:安全、卫生及人道援助

戴维·菲德勒*著/朱莉**译

摘要

近期发生的灾难以及关于更多潜在灾难的预言,促使人们去考虑应对这些威胁的最佳策略。本文试图探讨安全观是如何影响灾难治理的。文章考量了全球化如何影响了对灾难的思考,并且描述了灾难如何被概念化,进而成为治理的挑战:例如,从人权途径到提供卫生和人道援助。文中解释了卫生和人道援助在后冷战时期如何经历了"安全化"这一发展过程,这种发展向基于权利的战略提出挑战,并且,在灾难治理的预防、抵抗和应对功能上产生了复杂且有争议的推论。

我们生活在一个过去、现在以及将来都饱受灾难折磨的世界中。记忆中的两次世界大战给人类留下了伤痛。今天,我们看到疾病和自然灾害给全世界带来浩劫。关于未来的征兆让我们感觉到了更严重的流行疾病,恐怖分子对核武器、放射性武器、生物和化学武器的使用,以及与持续性环境恶化紧密联系的全球性痛苦和苦难。[1]灾难对于人类社会

---

* 戴维·菲德勒(David P. Fidler),印第安纳大学法学院 James Louis Calamaras 法学教授、印第安纳大学美国和全球安全中心主任。

** 中国人民大学国际法硕士研究生。

〔1〕 关于对人类社会中灾难前景的考虑,see Richard A. Posner, *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford University Press, Oxford, 2004; Jared Diamond, *Collapse: How Societies Choose to Fail or Succeed*, Penguin, New York, 2005; and Thomas Homer-Dixon, *The Upside of Down: Catastrophe, Creativity, and the Renewal of Civilization*, Island Press/Shearwater Books, Washington DC, 2006.

来说当然不是陌生事物,但它们所发生的全球化背景状态,则是一种新的情形。通过通信技术,我们不仅见到大规模灾害和人们的受害情况,也形成了向全世界任何地方的受难者提供人道援助的全球能力。这一背景让我们对灾难和预防、抵抗及应对灾难的共同责任有了更深的认识。

伴随着这种认识,我们将面对灾难前、灾难中以及灾难后各项事务的挑战。灾难治理要求以便于实施有效战略和战术的方式设计政策。如今,灾难准备和应对更多地被描述成安全问题而不是人道问题。将卫生和灾难援救重新概念化成安全问题,直接有助于在安全意义上去考虑灾难。尽管在很多情况下可以理解透过安全视角来设计灾难应对政策这一做法,但它却为向受灾人群提供人道援助带来了极大的麻烦和争议。

本文通过探讨逐渐呈现出来的灾难治理的轮廓,来阐明安全框架是如何影响卫生防护和人道援助提供的。文章首先分析了对救灾和卫生的思维方式是如何从基于权利的哲学观转到基于安全观的道路上的。然后,本文将考察在安全范式下进行灾难治理所产生的问题。在这一处理过程中,灾难事件的来源、规模和强度影响着对主权和安全的政治考虑,这种考虑关系着灾难治理的有效性和持续性。重要的是要了解安全范式会产生灾难治理的双刃效应,因为大规模灾害,无论是人为的还是自然的,将来都可能会越来越多地影响到卫生防护和人道援助。

灾难和全球化

字典通常将“灾难”定义为大规模的、突然发生且破坏力极强的,造

成大面积死亡、破坏和痛苦的事件。[2] 历史充满了著名的灾难,包括摧毁性的武装冲突、毁灭性的流行疾病和破坏性的自然灾害。工业和技术革命使人为灾难成为可能,这些灾难包括使人类和生态系统暴露在有毒物质环境中的事件(例如,1984 年印度博帕尔化学泄漏事件;1986 年苏联切尔诺贝利核泄漏事件等)。就人类文明史而言,致力于建立通过国际合作来预防、抵抗和应对大规模灾难的治理机制仅仅是最近的事情。这种建立治理机制的努力从 19 世纪后半期才真正开始,这方面的努力是使平民免受武装冲突之苦并照顾战争中受伤的人。[3] 这个领域所发生的事例鼓舞了其他人,他们设计了方案,以便能更好地给予如地震或者饥荒这样的自然灾害受难者以国际援助。[4] 再后来,人们试图利用更好的国际合作来减轻疾病给人类带来的痛苦,尤其是那些穷困、贫瘠地区国家的人们。[5]

救灾国际治理策略的发展很大程度上要归功于 19 世纪后半期所发

---

〔2〕 See, e. g., *New Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 351 (defining "catastrophe" as a "sudden or widespread or noteworthy disaster; an extreme misfortune"). This definition overlaps with other concepts, such as complex emergencies, that also draw attention to policy and governance questions raised by significant man-made or natural disasters. See, e. g., Ronald Waldman, "Responding to catastrophes: a public health perspective", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6 (Winter) (2006), p. 553. Some have challenged the traditional definition of catastrophe by pointing out that the world also faces "slow motion" catastrophes, such as HIV/AIDS and climate change. See Raymond T. Pierrehumbert, "Climate change: a catastrophe in slow motion", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6 (Winter) (2006), p. 573; and Tony Trahar, "Anglo American and the road to ART", *Radar Perspective*, December 2003/January 2004, p. 27 (describing HIV/AIDS as a "slow motion catastrophe").

〔3〕 See, e. g., John Hutchinson, *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, 1996; David P. Forsythe, *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

〔4〕 Peter Macalister-Smith, *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Kluwer Law International, Dordrecht, 1985, pp. 17 – 21; John Hutchinson, "Disasters and the international order: earthquakes, humanitarians, and the Ciraolo Project", *International History Review*, Vol. 22 (2000), p. 1; John Hutchinson, "Disasters and the international order-II: the International Relief Union", *International History Review*, Vol. 23 (2001), p. 253.

〔5〕 Neville M. Goodman, *International Health Organizations and Their Work*, 2nd edn, Churchill Livingstone, London, 1971, p. 389.

生的全球化进程。19 世纪后半期政治、经济和技术上的发展,使得那些关心灾难影响的人,不仅能够提炼出人类社会相互依存的观念,而且能设想具体的方法和方案去为受大规模灾害伤及的人们组织和提供人道援助。[6] 这一全球化的初期阶段制造了观念上和实质上的氛围,促进了治理工作的发展,为受战争和灾害影响的人们提供了人道援助。这一时期也见证了国家为防治可能造成跨境危害的流行疾病和工业污染而进行的合作。[7] 所有这些努力包括了国际法的适用、政府间组织的建立及致力于卫生和人道事业的非国家主体的参与。

当前灾难治理的关注点反映了 19 世纪国际事务中这一领域的起源。实际上,全球化的新发展既增强了人类对灾难事件所导致痛苦的关注,也使人们注重加强为有需要的人提供援助的全球能力。这种关注和能力汇集在一起,让我们对产生于 19 世纪和 20 世纪之交的治理机制有了更多的了解。这种了解明确了那些合作机制的不充分性,并且敦促国家和非国家主体改革预防、抵抗和应对灾难事件的策略。这种方法包括,重新概念化我们将灾难视为治理挑战的方式。一些重新概念化是从安全角度来设计灾难治理的,而不是将其视为一项仁慈、人道而无私心的活动。下文将探讨在灾难治理的战略性思考方面十分重要且富有争议的转变。

灾难治理的概念化

污染和疾病:解决直接、跨国界危害的机制

传染性流行疾病和工业污染跨境危害方面的国际合作始于 19 世纪。流行疾病方面,从 1851 年应对霍乱和瘟疫的大规模暴发开始,到 19 世纪后期再到第二次世界大战,各国召集了多次国际卫生会议并最

---

〔6〕 显然,人类相互依存的概念通常是以欧洲为中心而提出的,它并不包括非欧洲文明,这些文明当时正在遭受欧洲国家的帝国主义统治和剥削。

〔7〕 David P. Fidler, "The globalization of public health: the first 100 years of international health diplomacy", *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 79 (2001), pp. 843 – 4.

终缔结了一系列国际卫生公约。[8] 霍乱的死亡率及其暴发引起的恐惧使这些传染病成为许多国家的灾难性事件,而对疾病次生灾难的恐惧为国际合作提供了动力。同样甚或更为重要的是国家考虑如何才能减轻贸易和商业上的负担,这种负担是指国家为了防止国外疾病进入本国所做的努力(如检疫措施的经济成本)。

应对疾病跨境传播的方法包括各国有义务将发生在其境内且可能跨境传播的特定疾病的暴发通报他国。[9] 提前通知将允许其他国家能够预见并对任何具有微生物威胁的产品进口采取可能的控制。然而,国际卫生公约没有要求各国采取措施来预防本国领土上的传染病暴发和扩散到他国。这些条约也没有给各国施加义务,让其为受传染病严重影响的国家提供援助。

工业化加大了跨境污染的可能性,各国制定了一些国际机制来解决这些问题,尤其是涉及国际水道的情况下。[10] 在跨境污染方面,早期的条约包含了严格的禁令,但是国际合作逐渐采取了这样一种办法,即只禁止那些会严重损害他国权利的污染行为,比如大量排放有害物质。[11] 在这样的背景下,各国不会将跨境污染视为一个灾难问题,而将其看做一个需要在当事国经济利益间做出权衡调整的问题。

在上述例子中,各国都认为,他国发生的传染病和跨境污染是对本国国家利益的外在威胁,需要通过合作来减轻潜在的跨国危害。流行疾病方面的国际合作是由对疾病灾难的恐惧引起的,但是这一机制在后来的发展中,削弱了其与抵抗未来灾害的联系。如同下文中关于这方面的叙述所表明的那样,国际卫生公约中使用的通报机制成为灾难治理的一个特征。针对跨境污染合作的早期努力为后来涉及进行跨国合作应对

---

〔8〕 For an analysis of this history, see David P. Fidler, *International Law and Infectious Diseases*, Clareudon Press, Oxford, 1999, pp. 21 – 57.

〔9〕 见前注,第 42 ~ 47 页。

〔10〕 Patricia Birne and Alan Boyle, *International Law and the Environment*, Clareudon Press, Oxford, 1992, pp. 224 – 226.

〔11〕 见前注,第 227 ~ 228 页。

人为事故或自然灾害引发的工业污染方面之国际法的发展奠定了基础。然而,这些领域的合作没有要求向受跨国流行疾病和污染之苦的国家提供援助。

人道援助、卫生和人权

人道援助思想的发展与战争和自然灾害有关,而人道援助政策和实践的发展则与人权观紧密联系。人权分析法认为,在武装冲突期间和灾后,个人有权受到保护,并在遭受战争或"天灾"的时候获得援助。对于那些受伤的战斗员、发生在武装冲突中的难民,以及因自然灾害而无家可归的人,国际努力都应确保这些人得到援助,这一理念与人类智慧的结晶——人格尊严的概念密切相关。这种联系在 19 世纪晚期和 20 世纪早期还不是很清楚,因为国际人道援助在第二次世界大战后的人权革命发生之前就早已展开。

启蒙运动以来,政治思想家们一直都认为,每个人都拥有免受政府权力迫害的公民权利和政治权利。国际背景下人道援助的出现所带来的理念是:武装冲突或者灾害的受害者,在他们的政府不能满足其需求的时候,有权得到国际援助。这种以权利为基础的立场具有跨国性,将问题与国际政治联系起来,使得国家担心外国势力干预其军事或内政。在武装冲突中,国际红十字运动作为政治中立方提供战时人道援助,能够保护人类尊严且不触动主权这一敏感议题。有权获得国际援助的想法,也鼓舞了那些于 19 世纪前期推动建立国际救灾机制的人,[12] 但这些努力也不得不面对这样一个问题,国家不愿意将援助机制建立在接受国外援助的人权基础上,因为此类概念对传统主权观念造成了威胁。[13]

---

〔12〕 Hutchinson, "International Relief Union", above note 4, p. 261.

〔13〕 见前注。历史表明:那些建立国际救援组织的提议是如何被系统地进行了修改,以便使它能符合国家利益和主权。

尽管国家不情愿,国际人道社会仍然主张出于人权的考虑应该接受援助。[14]

以权利为基础的思维方式也开始影响为保护和促进大众和个人卫生所做的国际努力。鉴于卫生在提供人道保护和援助的过程中的重要性,卫生视角的转变和人道援助努力直接相关。如上文所述,19 世纪晚期和 20 世纪早期的国际卫生公约主要是保护国家的经济和贸易利益。[15] 第一次世界大战以后,国际卫生活动开始反映人道援助舞台上的流行观点,尤其是给那些需要公共卫生和健康服务的人提供援助的愿望。这种想法在 1946 年《世界卫生组织组织法》中规定人类有权享受最高而能获致之健康标准时变得成熟起来。[16] 健康权包含了超越战争和灾害背景的内容,因而比武装冲突或其他灾难时的受援助权更为广泛。[17] 此外,灾难产生了在个人和卫生状况方面进行类选的需求,从而造成了健康权和大规模人道危机迫切需要之间的矛盾。[18] 不过,当灾害来袭时,健康权直接支持接受人道援助的人权,因为大部分此类援助都会解决具体的健康卫生问题(如受灾人群中传染病的扩散)并成为卫生状况的决定因素(如食物、水、住所和卫生设施)。

卫生和救灾的安全化

在过去 10 ~ 15 年间,对于流行病和自然灾害出现了不同的思维方

---

〔14〕《国际红十字与红新月运动和非政府组织救灾行为守则》将人权原则和承诺表述成:"接受人道援助和提供人道援助的权利是一项基本的人道原则,所有国家的公民都应享有此项权利。" Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and NGOs in Disaster Relief, available at http://www. ifrc. org/publicat/conduct/ code. asp(最后访问时间 2007 年 4 月 24 日).

〔15〕 尽管商业利益在发挥着主要作用,其他因素也为流行疾病方面国际合作的发展做出了贡献。See e. g. , Mark Harrison, "Disease, diplomacy and international commerce: the origins of international sanitary regulation", Journal of Global History, Vol. 1 (July) (2006), p. 197.

〔16〕《世界卫生组织组织法》,1946 年 7 月 22 日,见世界卫生组织基本文件,第 40 版,世界卫生组织,日内瓦,1994 年,第 1 页。

〔17〕 For analysis on the scope of the right to health, see Brigit C. A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

〔18〕 Waldman, above note 2, p. 563.

式。国家、政府间组织和非政府组织越来越多地将传染病和灾害定义为对人类、国家和全球安全的威胁。这种现象是复杂且有争议的,但是它导致了对灾难事件治理视角的转变。如同上文所描述的,以前对于流行病、跨境污染和自然灾害的思维框架从来没有出于安全角度。只是对武装冲突受害者的人道援助才含有安全因素,这种状况使得国际红十字运动的政治中立性在以下方面显得至关重要:提供人道援助的能力以及在国际人道法发展中发挥作用。

就本文而言,卫生和救灾的安全化源于对来自核、放射性、生物和化学(生化核辐)武器,传染病和自然灾害等威胁的看法的改变。这些改变集中强调了基于安全的需求,即相应增加预防、抵抗和应对能力的需求,尤其是当它们涉及人口卫生问题时。这种集中源自用以应对生化核辐武器、传染病和自然灾害的传统政策和"烟囱式"治理(图 1)的崩溃。各国都通过军备控制的途径去解决生化核辐武器问题,试图减少这些武器对国家和国际安全造成的威胁。[19] 但它们却很少关注生化核辐武器使用后应如何处理的问题,[20] 而对于如何应对这些问题,军备控制条约没有规定或只有原则性的规定。[21]

---

〔19〕 有关生化核辐射方面的主要武器控制条约包括: the Geneva Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, *League of Nations Treaty Series*, Vol. 44, p. 65; Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 1 July 1968, *International Atomic Energy Agency Information Circular* INFCIRC/140, 22 April 1970; Convention on the Prohibition of the Development, Production, and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, 10 April 1972, *International Legal Materials*, Vol. 11 (1972), p. 309; and Convention for the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, 13 January 1993, *International Legal Materials*, Vol. 21 (1993), p. 800.

〔20〕 潜在的核攻击方面的民防策略也受到了一定的政策关注,但是在防止核武器使用核扩散的整体努力中,政府倾向于边缘化这些策略。On civil defence in various countries during the cold war, see Lawrence J. Vale, *The Limits of Civil Defence in the USA*, *Switzerland*, *Britain*, *and the Soviet Union*: *The Evolution of Policies since* 1945, St. Martin's Press, New York, 1987.

〔21〕 例如,《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展生产及储存以及销毁这类武器的公约》,脚注〔19〕,第 7 条规定:"本公约各缔约国承诺,如果安全理事会断定由于本公约遭受违反而使本公约任何缔约国面临危险,即按照联合国宪章向请求援助的该缔约国提供援助或支持这种援助。"

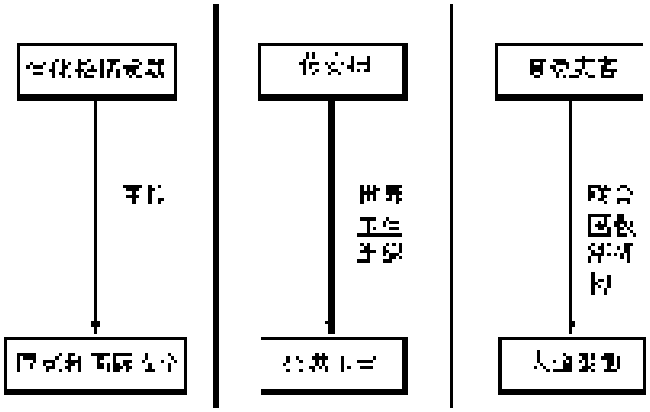


图 1 政策和“烟囱式”治理

20 世纪 90 年代,当新型的恐怖主义兴起时,就使得生化核辐武器军控的传统方法受到挑战,迫使各国对可能的生化核辐武器袭击思考应对之策。各国开始:(1)认识到恐怖分子对灾难性暴力的潜在兴趣反映了政治或军事动机的变化,行为体可能制造、获得或者使用生化核辐武器;(2)体会到制造、获得和使用生化核辐武器在技术方面的可行性正逐渐增加;(3)意识到它们的社会在遇到生化核辐恐怖活动时会显得极为脆弱。各国面对的是一种新式的生化核辐武器威胁,传统的军备控制将无法解决这个问题,它们必须将注意力和资源更多地集中在准备和应对能力之上,尤其是在公共卫生方面(图 2)。因此,通过卫生及其他形式的援助来应对生化核辐武器实施的袭击并从袭击中恢复过来,对于国家和本土安全来说至关重要。[22]

〔22〕 See, e. g., White House, National Strategy for Homeland Security, White House, Washington DC, 2002.

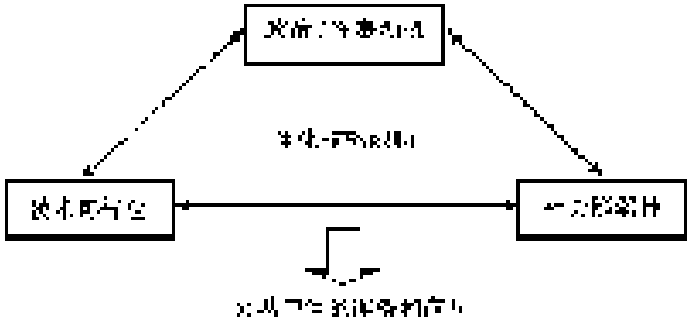


图 2 新型生化核辐威胁图解

与之相似,对流行疾病的“烟囱式”政策也经历着剧变。如前所述,流行疾病威胁方面的国际合作已经有了悠久的历史,但在这一漫长的历史中,即使以前发生过,也很少将传染病视为安全威胁,甚至是在全球性疾病来袭的时候也是这样,如当 1918 ~ 1919 年暴发流行性感冒时,流行疾病被认为是公共卫生问题,它由经过流行病学和医学教育训练的技术机构处理。处理流行疾病的公共卫生途径,从来不将自己的工作和军控策略联系起来,甚至不和生化武器威胁联系。但如上所述,有关生化核辐武器政策的转变,第一次让公共卫生界和安全真正走到了一起。

除此之外,通过将自然疫源性传染病重新定义为对人类、[23] 国家[24] 和全球的安全威胁,[25] 公共卫生的安全化得到了发展。关于联合国改革的分析强调了安全与公共卫生间的联系。例如,联合国秘书长“威胁、挑战与改革问题高级别小组”认为:“最富裕国家的安全也可能

---

〔23〕 Commission on Human Security, *Human Security Now: The Final Report of the Commission on Human Security*, United Nations, New York, 2003. (将传染病与人类安全联系在一起)

〔24〕 White House, *National Security Strategy*, above note 22, and White House, *National Security Strategy of the United States of America*, White House, Washington DC, 2006. (包括作为国家安全问题的传染病威胁)

〔25〕 Laurie Garrett, “The Next Pandemic?”, *Foreign Affairs*, Vol. 84 (4) (2005), p. 3. (发出关于大流行感冒全球安全含义的预警)

受制于最贫穷国家控制疾病暴发的能力。”[26]这一安全化进程也体现在世界卫生组织传染病控制方面的国际法律规则——《国际卫生条例》的制定过程中,条例源于一些旧的国际卫生公约,它是[27]世界卫生组织将新的国际卫生条例设计成了加强全球卫生安全的工具。[28] 这种重新概念化和其他将公共卫生问题视为安全威胁的框架一起,[29]把公共卫生能力提高到了安全政策水平。

体现自然灾害政策发展的“烟囱”也经历了国家对于应该如何处理自然灾害方面思维的转化。传统的自然灾害观念将它们视为短暂、独立的引发人道援助需求的事件。所以,如图 1 所绘的那样,救灾被承担这项职责的机构当成了人道事项来处理。日益频繁的自然灾害及其带来的不利影响使许多参与灾害预防和救济的人都确信,国家需要对如何发展这一领域的政策进行反思。这种反思涉及将自然灾害视为对包括国家安全和经济发展在内的国家核心政治利益的威胁,而不是提供暂时性人道主义的场合。自然灾害也开始被视为不同安全概念下的威胁,如人类安全、[30]国家安全[31]和全球性的卫生安全。[32]

---

〔26〕《一个更安全的世界:我们的共同责任》(联合国秘书长“威胁、挑战与改革问题高级别小组”报告),联合国,纽约,2004,第 20 页。

〔27〕 见世界卫生组织:《国际卫生条例》(2005),日内瓦,2006。关于世界卫生条例的分析,see David p. Fidler, “From international sanitary conventions to global health security: the new International Health Regulations”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 4 (2) (2005), p. 325。

〔28〕 See Fidler, above note 27, pp. 347 – 55.

〔29〕 See, e. g., G. John Ikenberry and Anne-Marie Slaughter, *Forging a World of Liberty under Law: U. S. National Security in the 21st Century*, Princeton project on National Security, Princeton, 2006, p. 51 (认为“21 世纪,病原体对美洲国家安全的威胁很可能与来自人类的威胁一样大”)。艾滋病的蔓延也会成为安全化进程中一个突出的问题。See, e. g., Laurie Garrett, *HIV and National Security: Where are the Links?* Council on Foreign Relations, New York, 2005.

〔30〕 Amitava Basu, “Human security and disaster management”, *Insecurity Forum*, 8 November 2005, available at http://insecurityforum.org/shirdi/670/ (最后访问时间 2007 年 4 月 24 日).

〔31〕 White House, *National Security Strategy*, above note 24, p. 47 (including destruction caused by floods, hurricanes, earthquakes, or tsunamis as national security issues).

〔32〕 World Health Organization, *International Health Security Issues Paper: Invest in Health, Build a Safer Future*, World Health Organization, Geneva, 2007, p. 8 (listing natural disasters as a threat to international health security).

研究活动作为新概念化的灾害政策的一部分,开始强调深层次灾害治理的重要性,它包括(在可能的情况下)预防灾害、抵抗无法预防的灾害(如地震)和建立有力的应对和恢复能力来解决灾害导致的破坏。[33]保障灾害的准备和应对,并保障它与经济发展政策间联系的关键在于提高政府、政府间和非政府间处理大规模灾害,尤其是处理灾害导致的人群和个人卫生问题的能力。如同有关灾害政策的《兵库行动框架》所宣称的那样,"要应对前面的挑战,就必须加紧努力,在社区和国家各级建立管理和减少风险所必要的能力"。[34]

传统上针对军控、公共卫生和人道援助的"烟囱"坍塌的最终后果集中在用安全概念来设计政策争论,并强调应对不同来源灾难事件造成的卫生和人道挑战的能力(见图3)。

生化核辐武器袭击、传染性流行疾病和自然灾害等,都是灾难事件的潜在来源,所以安全化现象代表了灾难治理思维的一个重要发展。在很多方面,这一发展都与灾难的破坏性以及这些灾难引起的个人、社会和政府安全问题产生共鸣。然而,卫生和救灾的安全化表明,在历史上,安全考虑并没有影响灾难治理机制的发展。甚至在武装冲突中人道援助的环境下,国家也通常不会认为这些援助有益于它们的国家安全。比较常见的是,国家甚至会为了消灭更多的人和破坏更多的军事或政治目标,将人道援助需求置于一个次要的地位。如何解释安全框架只是近来才影响到灾难治理的政策考虑呢?

---

〔33〕 关于灾害政策综合处理方案的详例,see The Hyogo Framework for Action 2005 – 2015: Building the Resilience of Nations and Communities to Disasters, UN Doc. A/CONF. 206/L. 2/ Rev. 1, 2 February 2005, available at http://www. unisdr. org/eng/hfa/hfa. htm(最后访问时间2007年4月23日)。

〔34〕 见前注,第3段。

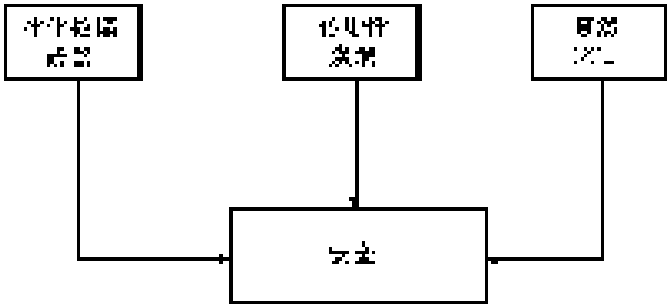


图 3 关于安全概念的政策汇集

对这个问题的答案可以有很多种分析,但是有几个基本因素需要着重强调。卫生和救灾的安全化说明,政策制定者已经抛弃了传统的、与国外武装军事威胁绑定在一起的安全概念。[35] 即使是在灾难性的战争中,主要的安全威胁也不是武装冲突造成的物理破坏,而是实际上制造破坏的敌方军队。这一事实解释了为什么传统的军事战略都集中在如何击溃敌方的武装力量上。过去的 10 年、15 年中安全范例的拓宽,揭示出两种潮流发展过程中的合并。首先,随着第二次世界大战的结束,国家间爆发全面战争的风险降低了。其次,国家意识到恐怖袭击、流行疾病和自然灾害可以给社会,包括给富裕国家,带来的物质损害是巨大的、不断增加且具有威胁的,它会导致发生政府难以控制、不可预测的政治和经济后果。

安全范例的拓宽也有其他方面的特征。传统的安全政策观集中在国家安全上,后冷战时期见证了国家为了拓宽安全概念,从而为超出国家安全范围而做出的不懈努力。因此,政策争论开始涉及人类安全、环境安全、卫生安全、可持续安全、综合集体安全以及其他。从将恐怖主义视为非传统安全威胁到想用安全来解决所有世界问题的"根源",这些更宽泛的安全概念为五花八门的政治利益和集团提供了空间。"安全"

---

〔35〕 Peter Bergen and Laurie Garrett, *Report of the Working Group on State Security and Transnational Threats* (Princeton Project on National Security, 2005), available at http://www.wws.princeton.ed/ppns/ conferences/reports/fall/SST.pdf. (最后访问时间 2007 年 4 月 24 日)

被频繁地用来重新为不同治理领域的政策争论设定框架,证明了这一概念在政界可以预见的力量。试图用安全来重新描述政策问题性质的努力,导致了对这一现象的怀疑论。在回应最近关于气候变化是安全问题的论点时,巴雷特(Barrett)就认为:“现在什么都成了国家安全问题,它有点儿成了营销手段。”[36]

将一个问题设定成安全威胁能带来更多的政治关注、经济资源和政策行动,对于这一点,人们深信不疑,这种深信被称为“安全主义”。[37]具有讽刺意味的是,冷嘲热讽只是加强了安全论可以预见的力量。如同公共卫生界对安全主义力量的论述:

> 有人可能会质疑将公共卫生和安全联系起来这些努力的诚意,如公共卫生官员努力通过打所谓的“安全牌”来吸引更多的政治关注和经济资源。越是讥讽,就越意味着公共卫生安全主义观点的胜利。这种讥讽反映了一个客观的推断,那就是通过诉诸安全概念和考虑,公共卫生可以得到改善。[38]

全球化也对使用安全框架起了刺激作用。全球化时代使恐怖主义和流行病具有流动性、移动性和不可预知的威胁性,并降低了预防措施成功的可能性。同样,科学家声称,因全球人类活动而加剧的自然灾害(如气候变化引起的频繁且猛烈的暴风雨)造成了一种可能性,那就是一些自然灾害同恐怖主义和流行疾病一样,已经变得越来越不可预测、不可预防而且还很危险。从更广阔的安全视角看,我们也瞥见了潜在的“完美风暴”:因灾难事件增多而导致的统治能力削弱,增加了政治动荡和暴力的可能性,其形式可能表现为针对无能政府的起义、恐怖主义或者国家间的战争。成功预防灾难事件的困难日益增加,使得安全利益集

---

〔36〕 Quoted in Karen Kaplan and Thomas H. Maugh, “Climate change called a security threat”, *Los Angeles Times*, 17 April 2007, available at http://www.latimes.com/news/nationworld/nation/la-sci-defense 17apr17,1,6584970.story? track5rss. (最后访问时间 2007 年 4 月 24 日)

〔37〕 David P. Fidler, “A pathology of public health securitism: approach pandemics as security threats”, in Andrew F. Cooper, John J. Kirton, and Ted Schrecker, eds., *Governing Global Health: Challenge, Response, Innovation*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2007, p. 41.

〔38〕 见前注,第 44 页。

中在了抵抗和应对的能力上。这种状况用复杂而受争议的方式,把卫生、人道援助和它们之间的相互依存列入安全新日程,并使之在日程中占据了重要位置。

安全范例下的灾难治理:卫生和人道援助的含义

安全化和治理重点

卫生和救灾的安全化,不仅仅反映出人们更多地关注灾难事件可能给社会带来的破坏,也反映出一种标准的转变,即为政府、国际组织和非国家主体采取更有力行动创造动机。将卫生和救灾描绘成安全挑战,就是使其在治理过程中重新取得优先性的一种策略。安全基础论的起源在于政策制定者被认为会给予安全威胁以优先权。无论是将疾病或工业事件引起的跨境污染问题勾勒成经济和贸易利益的不利因素,还是将救灾勾勒成人权义务,都没有促使国家在国内或国际政治中给予这些事项优先权。把这些问题重新算作安全威胁,则为改变有关这些问题治理讨论的性质,以及如何对其组织政治应变提供了机会。

但是,灾难治理背景下的安全化有其复杂的后果,需要仔细留意。早期的框架也有复杂的动力,但属于不同的类型。例如,将人道援助与实现人权联系起来,意味着只要有需要,就必须提供这种援助,而不管危机的来源或政治环境怎样。这个逻辑符合政治中立性的特点,它也是历史上战争中或自然灾害后人道援助的特点。然而,正如有关救灾方面的国际法发展滞后所表明的那样,[39] 国家一贯很警惕主权受到缺乏足够控制的外国人道援助的侵犯。对于那些希望更好地应对人道危机的人而言,国家对控制的偏爱是一种阻碍,需要通过新的机制和规则来消除国家对尽可能快速有效地救济这一需要的阻碍。

---

〔39〕 See, e. g., International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2000*, Geneva, 2000, p. 157. (认为救灾是一个"国际法长期忽视的方面",并且"不可能还有其他挑战在世界事务中如此地迫在眉睫,却又如此地为法律框架所忽视")

灾难背景下卫生和救灾的安全化,使主权与卫生及人道援助供给之间的关系更加复杂。探索这种复杂性,需要将灾难治理拆解开来,以确定究竟是哪些因素影响着卫生和人道援助以安全为基础的工作方法。如下文所解释的,一场灾难的来源、规模和强度会影响主权国家在灾难预防、抵抗及应对方面的安全考虑。这种考虑会影响政策形态,进而影响治理的有效性和持续性。

灾难治理的预防、抵抗和应对功能

无论威胁是来自于生化核辐恐怖袭击、工业事故、流行疾病还是自然灾害,政策制定者都需要集中关注这些事件的预防、抵抗和应对(图4)。卫生和灾害政策的安全化是用安全论来促使政府优先考虑灾难治理的预防、抵抗和应对功能,其目标是建立对未来灾难事件的深层防御。过去的措施并没有将预防、抵抗和应对策略整合成一个整体。在某些情况下,如地震和飓风,预防是不可能的,因此不是政策努力的重点。当预防不可能时,能否确保安全就取决于能否保护人民免受伤害(如通过早期预警系统)和应对损害的能力(如给受灾者提供援助)。在其他情况下,如军备控制方面,政策机制强调预防(如禁止生化核辐武器的发展及扩散),而未将保护目的和应对能力纳入其中。

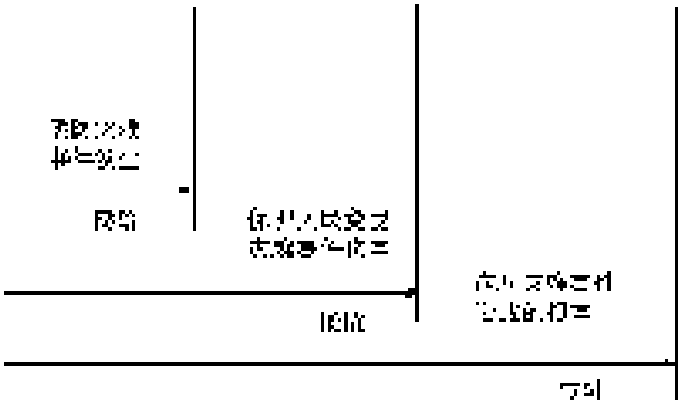


图4 灾难治理的预防、保护和应对功能

透过安全视角来看潜在的灾难,会凸显加强预防(在可能的情况下)、抵抗和应对能力的重要性。卫生安全化就是这种影响的一个典范,恐怖分子对生化核辐武器的使用削弱了传统军备控制条约的预防作用,迫使各国转变预防战略来解决这个问题。在美国,预防的要求导致了先发制人自卫理论的产生,这一理论在 2003 年伊拉克战争中得到实践,而与这种理论相伴的是严厉审问被拘留的恐怖嫌疑犯的政策。生化核辐恐怖主义的威胁也在美国触发了大规模保护人民(如种牛痘运动、改进监测及早期预警系统)和改善公共卫生系统应对生化核辐袭击能力(如进行药品和药物供应储备、激励生化核辐武器反措施研究)的工作。专家相信,这其中很多安全途径也同时加强了美国另一方面的能力,即抵抗、应对自然疫源性大规模传染性疾病(如流行性感冒)的能力。[40]

安全和预防功能

当然,不在安全框架下讨论灾难预防问题也是可以的。但是,从安全的视角来讨论,就会使得预防更加有效,如预防工业事故导致的跨境污染。[41] 为了防止生物危机,安全措施可以有意地限制或侵犯主权、社会利益和个人权利。为了避免将来可能需要采取繁重且危险的措施来援助生化核辐恐怖主义或流行疾病受害者,一些激进的预防手段也变得诱人,尽管它们在短期内会造成不良效果。与安全相关的预防要求给政策制定者带来了难以回避的问题,如为了防止广泛耐药性结核(XDR-TB)成为全球范围内的卫生灾难,受影响国家的公共卫生机构,是否应

〔40〕 Christopher F. Chyba, "Toward biological security", *Foreign Affairs*, Vol. 81 (3) (2002), p. 132. (认为"预防生物恐怖主义所需采取的很多措施都将改善对突发自然疾病的认识和应对。对生物防御的投入会形成一个双赢局面,即使没有进一步的生物袭击发生,社会也会从中获益")

〔41〕 See, e. g., Convention on Transboundary Effects of Industrial Accidents, 17 March 1992, *International Legal Materials*, 1992, Vol. 31, p. 1330.

该采取更激进的强制措施来杜绝进一步传染?[42]如果恐怖组织对生化核辐武器仍有兴趣,国家难道不应该积极地动用执法和军事能力阻止灾难性的生化核辐恐怖主义?

预防要求也凸显了潜在灾难来源的安全重要性。这个要求只是在人为灾难领域才赢得了政策关注,如生化核辐武器的蓄意使用或工业事故。对预防的政策关注愈少,人为灾难的能量就愈在社区、人群和国家中扩散。这种扩散往往在全球化进程中加速,造就人为灾祸来源的多重性,从而使其超出国家和国际预防能力的范围。扩散效应就是为什么政策制定者一般都承认,国家不能阻止大规模流行性感冒暴发、耐药细菌进化与传播或者(此时此刻)气候变化发生,扩散效应也是为什么许多政府采取紧急措施防止全球恐怖网络扩散的原因。

此外,潜在的灾难来源对预防也很重要,因为不同的来源有不同的预防需求。预防生化核辐恐怖主义的军事和执法行动对于致命的、自然疫源性传染病预防就没有意义,反之亦然。即使是当国家将生化核辐恐怖主义和致命性流行病都视为安全威胁时,灾难预防也有它自己的优先性要求。安全框架倾向于将蓄意的人为灾难置于优先地位,而将没有"回邮地址"的灾难放在次要一点的位置,因为人为灾难是威胁对社会发动武力袭击。这一现实反映了历史上安全思路是如何运作的;预防或阻止武力威胁一直都比预防流行病或工业事故得到更多的政府关注和资源。

安全和抵御功能

对灾难抵抗策略的需要来自于人们意识到有些预防是不可能的(如海啸就不能被预防),或者只能部分有效。总之,可能导致灾难性后果的事件肯定会发生。然而,预防策略可以将这些事件的"目标硬化",从而

---

〔42〕 Jerome A. Singh, Ross Upshur, and Nesri Padayatchi, "XDR-TB in South Africa: no time for denial or complacency", *PLoS Medicine*, 2007, 4(1): e50. doi:10.1371/journal.pmed.0040050. (提出了对 XDR-TB 感染者采取强制措施的必要性)

减轻最终的损失。所以有效的预防减低了潜在的危险,降低了应对行动给政府和社会带来的成本。总的来说,预防策略减少了某个危险事件严重威胁某个国家安全的可能性。

在公共卫生方面,接种疫苗就是一个已被证明行之有效的预防策略。危险的细菌会在社会上传播,但有的时候,疫苗使得这些细菌对接种过疫苗的人群无害。足够广泛的疫苗接种在人群中产生“群体免疫”,提高了保护水平,使其保护范围超过被接种过疫苗的人群。立法也是抵抗策略的一部分,它要求地震区域的商业和居住建筑物的建设要达到抗震等级,旨在使最少的人遭受洪灾的分区法得以使社会避免潜在的灾难性人员伤亡和财产损失。一项横向预防策略包括了早期预警系统(如流行疾病监测、海啸警告系统、气象警报、工业事故通知程序),它能够预先通知迫近的危害。

预防策略作为总的政策方针有其意义,但是我们需要在安全框架下考虑这些政策。安全聚集所表明的第一点就是,针对不同潜在大规模事件的预防策略很少有相互穿插在一起的。简言之,通过预防政策来制造针对多种灾难的协同效应是不可能的。海啸警告系统对大规模流行性感冒监测系统没有直接贡献,反之亦然。地震监控系统不能提供飓风警报,反之亦然。入境港的放射检测不会增强政府检测化学恐怖违禁活动的能力,反之亦然。

只有在一个领域,专家们讨论过产生这种协同效应的可能性,那就是在化学恐怖主义和自然疫源性传染病导致的安全威胁领域。一些生物安全方面的文献主张,构建更强的针对生物武器的防御体系有助于形成更强的对传染性流行疾病的防御。[43] 至于抵抗的目标方面,协同效应可能存在,但是它们不会像一些人声称的那样有力或频繁。最大的潜在协同效应出现在疾病监测领域,因为无论社会上出现的病菌来源是什

---

〔43〕 联合国秘书长报告:《大自由:实现人人共享的发展、安全和人权》, UN Doc. A/59/2005, March 21, 2005, p. 27. (联合国秘书长提出,改善公共卫生的措施“具有两个优点:这些建议不仅有助于预防自然发生的传染病和祸害,而且有助于加强我们对人为传播的传染病的防范”)

么,及早、快速、准确地确认细菌威胁有利于防止人们感染流行疾病。决定将新的《国际卫生条例》范围扩大到人为和自然疫源性疾病,就是承认了疾病监测可以产生的协同效应。

除监测外,针对生物恐怖主义和针对自然疫源性传染病的抵抗策略并不产生协同效应,2003 年在美国掀起的牛痘接种运动就是最好的例子。美国政府试图为医务人员和在一线作战的防止恐怖分子使用天花的人员接种牛痘疫苗。[44] 这项努力是反对生物恐怖主义的安全策略之一,但是种牛痘并没有为抵抗自然疫源性传染病带来协同效应或利益。同样,一年一度的接种疫苗运动也没有增强对炭疽生物恐怖主义的防御能力。

不同灾难预防策略上全方位协同效应的缺乏,以及生物安全领域协同效应的局限性,迫使政府优先加强抵御工作。如前所述,在很多方面都是安全框架优先化,而在保护领域内,框架往往将针对蓄意使用生化核辐武器的策略置于优先地位,而将针对抵御自然灾害的策略放在次要位置,即使相对于化学恐怖主义或"脏弹"的爆炸而言,这些灾害可能会造成更多的死亡、疾病和破坏。

除了事件的来源因素外,威胁可能具有的规模和强度也会影响安全框架下预防策略的优先问题。一个灾难事件可能影响的地理范围越广,导致的物质损失越大,它就越可能取得安全优先权。很多因素都会影响某一灾害事件的规模和强度,包括这一威胁的流动性,它对生命、财产和社会秩序的冲击,以及政府可以采取的应对手段。这些因素解释了为什么很多政策制定者都强调大规模流感也是安全威胁,它的流动性、造成死亡和极大范围混乱的潜力、抗体或疫苗的不足或缺乏,以及压倒应对能量的能力,使得大规模流感具有比很多类型的灾难(包括工业事故或像印度洋海啸那样的大规模灾害)都更加危险的一面。

---

〔44〕 See, e.g., Committee on Smallpox Vaccination Program Implementation, *The Smallpox Vaccination Program: Public Health in an Age of Terrorism*, National Academies Press, Washington DC, 2005.

抗灾领域协同效应的缺乏和抵抗策略优先的需要,在国内和国际上都产生了巨大的治理负担。这些负担对发展中和最不发达国家来说尤其沉重,相较于其他国家而言,它们实行系统的、可持续的抗灾政策的能力是最差的。从发展中和最不发达国家的角度看,抵御明天或未来几十年才可能发生的不可预见的灾难,相较更为紧迫和直接的安全以及其他政治、经济和社会问题而言是存在竞争关系的。[45] 所以,更易受灾难袭击的国家抗灾能力却是最弱的。

当然,这种现实提出了在抗灾策略上进行国际合作的需求,同时安全框架也影响了这种需求。有意识地用安全术语来描述灾难,促使国家重新考虑它们自己的安全政策。这种利己主义并不排斥国家合作,承认建立全球疾病监测能力的需要就证明了这一点。但是,以安全为重心意味着国际合作很可能发生在会影响到一系列国家的最严重的灾难性事件中,即这些事件具有跨国规模并严重到了扰乱秩序的程度。发达国家给发展中国家提供重大援助的意愿与发展中国家建立和维持它们自己的能力之间,显示出抵御和应对这些灾难事件引起的安全威胁这一需求两者之间的矛盾。在美国发生的卡特里娜飓风暴露出发达国家的脆弱,以及这些国家需要多少资源来摆脱自己的脆弱。

简言之,安全框架没有说服发达国家大量提供援助,帮助发展中国家抵抗和应对灾难,因为发达国家自己也觉得受到威胁并且毫无准备。发达国家倾向于将援助集中在提高发展中国家抵御可能影响发达国家人民的跨境威胁的能力(如传染病监测)。对于那些仅限于发展中国家境内的、规模和强度都不会扩散的灾难,安全框架并没有大大提高发达国家援助发展中国家的积极性。安全途径下抗灾策略的动力,揭示出发达国家正在用置它们的安全于别的国家安全之上的方式行使国家主权。在灾难被视为主权国家真正安全威胁的时代下,这种结果并不令人惊奇。总的来说,安全框架下的灾难受到更多关注,但其方式并非体现为

---

〔45〕 Scott Barrett, "The problem of averting global catastrophe", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6 (2006), p. 530.

明显减少发达国家和发展中国家资源和能力的不均等性。

安全和应对功能

灾难治理的最后一个功能是应对。前提是在(可能的情况下)预防和抵御都无法消除某一灾难性事件带来严重破坏可能性的情况下,需要给受害者提供援助。与灾难治理应对功能最相关的,是大规模悲剧之后的救灾与人道援助。正如之前提到的,提供这种救济与援助早已是国家治理和国际合作的一项内容,但是传统上,它的合理性是与人道和人权问题而不是与安全联系在一起的。在安全途径下,灾难事件之后进行有效的人道援助,对维持政治秩序、经济基础设施建设、社会稳定和政府合法性都很重要。同预防和抵御策略一起,安全观在传统的人道和道德动机之外,凸显了提供援助的政治重要性。

透过安全视角来看待灾难应对能力,产生了一些有趣而复杂的问题。在探讨这些问题之前,有必要先了解一些过去影响人道援助的难题。正如红十字会与红新月会国际联合会指出的,除了关于规范武装冲突方面的法律以外,国家和国家组织很少制定关于人道和救灾的国际法规则。[46] 国际法律规则不足的一个关键原因是,国家一直不愿意削弱它们决定外国主体能否在其境内提供援助的能力。这种强烈的主权意识反对任何将人道援助建立在人权观之上的尝试,即反对个人在灾后拥有获得足够的援助,包括受灾国家自己不能提供充分救援时的外国援助。主权国家这种不愿意弱化其对人道援助控制的态度仍然很强硬,即便是在提供此类援助的国际能力——尤其是非国家主体的能力——已经提升和改进了的情况下。[47] 因此,早在安全化进程出现之前,灾难治

---

〔46〕 International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, above note 39; International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles, and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva, 2003.

〔47〕 Ajun Katoch, "International natural disaster response and the United Nations", *in International Disaster Response Laws, Principles, and Practice*, above note 46, pp. 49 – 50. (对联合国大会 1981 至 2002 年决议的分析显示出对主权问题的日益强调)

理的应对功能对主权考虑来说已是个高度敏感的问题了。

国际卫生人权方面出现了相似的状况。尽管健康权在《世界卫生组织组织法》中得到了肯定并被纳入了国际人权条约当中,但它的定义仍然比较模糊且没有明确国家需承担的具体义务。如同许多经济、社会和文化权利一样,健康权具有期待性,从而使受这一权利约束的主权国家具有很大的自由裁量权来决定如何遵守它。阐明健康权具体内容的努力,实际上在过去 10 年中才开始,[48]这些努力产生了应该更多关注权利的含义和应用的观点。[49] 这些努力与倡导关于救灾之国际法的发展同时进行着。[50]

乍看起来,将救灾和人道援助描绘成安全问题,似乎强化了国家长期以来一直坚持的主权立场。但是,安全化可能会有更复杂的影响。国家以往强硬的主权姿态,多半是源自对外国人提供救灾或人道援助的安全和其他政治顾虑。这种看法不是把灾害及其后果,而是把灾害可能导致的外国干涉当作了安全威胁。安全范例将灾难本身视为安全问题,尤其是大规模且高强度的灾难。在这种观点下,有效的应对能力就成了安全财富,而不再是可能会触发政治和安全负面效应的道德和人道工具。从安全的角度看,国家会有更多而不是更少的动力去重新思考它们过去处理救灾和人道援助的方式。

印度洋海啸和卡特里娜飓风的后果强化了这一看法。面对海啸带来的破坏,有力的国际援助不仅挽救了成千上万的生命,也拯救了灾难后岌岌可危的印度尼西亚政府。国家可以在战略上利用应对像海啸带来的这种大规模死亡和破坏的全球能力,在应对灾难的同时维护它们的

---

〔48〕 See, e. g., General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, UN Doc. C/C. 12/2000/4, CESCR General Comment 14, July 4, 2000.

〔49〕 See, e. g., the work of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, at http:// www. ohchr. org/english/issues/health/right/. (最后访问时间 2007 年 4 月 24 日)

〔50〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, International Disaster Response Laws, Rules, and Principles Programme (IDRL), at http://www. ifrc. org/what/disasters/idrl/ . (最后访问时间 2007 年 4 月 24 日)

安全利益。所以,在救灾和人道援助提供上加强合作并使程序流水化,从安全角度上看可以带来利益,从而拉近安全化视角和那些从人权和人格尊严角度出发,希望救灾能够更及时有效之人的距离。

卡特里娜飓风的悲剧说明,即便是地球上最富裕的国家,在充分应对一个已经预见和预计的事件方面也还存在一定的困难。财力远不及美国的国家,在面对相似或更严重的潜在灾难性事件时,更需要将全球救灾能力视为重要的安全资源,因为多数情况下单边措施都不会有效。更明智的策略是把加强利用国外人道援助的措施,视为灾难治理应对功能方面的安全强化举动。

应对能力的安全观鼓励各国提高它们各自国家的应对能力。很多国家都在朝这个方向前进,尤其是在针对潜在的生化核辐恐怖主义行动和可能的大规模流感暴发方面。国际救灾努力也强调了提高国家应对能力的重要性。[51] 和预防策略不一样,应对领域更有可能形成协同性的效应。例如,改进应对生化核辐袭击的公共卫生方面的能力,就会有助于应对危险的自然疫源性传染病事件,反之亦然。医药和其他物资的储备可以为不同种类的灾难提供服务,多用途、全方位应急通信工具和设备以及协调中央和地方政府行动的应急训练演习也行之有效。建立这种应对能力协同效应的可能性,强化了灾难治理应对功能方面的安全基础意识。

但是,当一个灾难性事件具有使用生化核辐武器的嫌疑时,安全观下的应对就变得复杂而富有争议了。如同之前所提到的,这种类型的事件会引发最高级别的国家安全顾虑,并且受到此类袭击的政府不会把注意力局限在满足受害人需求这一点上。自然灾害通常有一个确定的来源和结束点(如飓风在登陆后消散),但与自然灾害不同,此时政府不确定是否还会有后续的攻击。确定始作俑者和通过如限制跨国人员流动方式来防止未来袭击的要求,可能会使得为受生化核辐袭击损害或影响的人提供人道援助的工作变得更为复杂。收集证据确定袭击来源的措

〔51〕 同脚注〔33〕。

施,可能会优先于向因袭击而受害或流离失所之人提供援助。在这种情况下,各国政府会对应对活动中的外国力量尤其警觉,对它们会有更多的限制、条件和监督,从而延误外部援助到达受害者手上的时机。

调查涉嫌使用生化核辐武器行为的国际方面的注意力和压力,可能会加剧政府的国家安全顾虑。军备控制条约中含有授权和便利调查涉嫌使用生化核辐武器行为的机制,[52]联合国秘书长[53]和安理会[54]也有权介入此类事件。所涉顾虑还包括在新《国际卫生条例》的框架内故意使用化学、生物和放射性核物质,导致世界卫生组织介入武器控制问题和安全政治,继而不利于其公共卫生的使命。[55] 目前还不清楚国际社会的调查意愿或实际的国际调查本身,会在多大程度上影响应对活动的速度和效率。危机的规模和强度可能会影响这种此消彼长的状况,即灾难的规模和破坏性越大,政府就越有可能让应对的需求优先于确定犯罪者和防止后续袭击的安全迫切性。

安全顾虑和应对工作之间的紧张关系也同样存在于自然疫源性传染病中。当国家未能与国际社会就危险生物事件充分合作时,联合国安理会在是否应当干涉的提议方面已经有相当多的争论。[56] 安理会干预是基于这样一个前提的,即这些事件,就算是自然状态下发生的,也会给国家和国际安全带来危险。同样,国际社会干预国家对灾难处理的另一

---

〔52〕 例如,《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展生产及储存以及销毁这类武器的公约》,见脚注〔19〕,第 6 条第 1 款("本公约任何缔约国如发现任何其他缔约国的行为违反由本公约各项条款所产生的义务时,得向联合国安全理事会提出控诉。这种控诉应包括能证实控诉成立的一切可能证据和提请安全理事会予以审议的要求")。

〔53〕 关于联合国秘书长有权调查使用化学武器之指称的讨论,see Jez Littlewood, *Investigating Allegations of CBW Use: Reviving the UN Secretary-General's Mechanism* (Canadian Centre for Treaty Compliance Paper No. 3), December 2006.

〔54〕 安理会的权力来源于它根据《联合国宪章》享有的处理国际和平与安全威胁之情势。

〔55〕 Fidler, above note 27, pp. 365 – 7.

〔56〕 《一个更安全的世界》,脚注〔26〕,第 47 页(建议联合国安理会准备好介入可能或将不可避免暴发的流行疾病,从而建立有效的国际反应机制)。

个可能性的前提就是保护责任原则。[57] 虽然这个原则主要是为了使在发生大规模暴行(如种族清洗、屠杀)时的人道干预正当化,但该原则也可以适用于当国家不愿或不能应付灾难事件后果时的合法干预。国家主权的维护者和那些关注人道及卫生援助的人,都不同程度地表示了对这种新的混同安全考虑和人道应对做法的不安。这种不安加剧了这些世界事务领域中政策的剧烈变革。

结论

卫生与人道援助之间的关系,对于灾难事件的治理应对一直都很重要。传统上,确保卫生和提供人道援助之间的相互依赖关系,可以在人权框架内得到最明显的体现,在这一框架中,个人被认为拥有受灾后获得卫生服务和其他形式人道援助的人权。这种看法在国际人道援助方面仍然具有很强的根基。[58] 将卫生和救灾视为安全问题这一看法的出现挑战了人权观,同时也影响了国家、国际组织和非国家主体看待灾难治理的方式。

安全途径在相对较短的时间内对卫生和人道援助政策讨论的影响程度,证明了它的吸引力。关于这些政策领域安全化是好或是坏的争论还会继续下去,但在可预见的将来,安全观在这些领域仍具影响力。本文探讨了卫生和救灾安全化的争议性和复杂性,它给灾难性事件的治理带来了挑战。来源、规模和强度等问题影响着安全观如何渗入主权国家对灾难治理的预防、抵御和应对功能的处理方式。

灾难背景下,卫生和救灾安全化的核心目标是,能够说服国家提高国家能力、加强国际合作,并且制定恢复能力强、可持续的针对灾难事件的治理策略和能力。这些目标要求建立灾难治理的相应机构和机制,但

---

〔57〕 关于保护的责任,see International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, Ottawa, 2001.

〔58〕 See, e. g., Sphere Project, *Humanitarian Charter and Minimum Standards in Disaster Response*, Sphere Project, Geneva, 2004, p. 16.

在国际关系中极为困难。[59] 在安全观的背后,可以感觉到之前的框架,如处理跨境损害的有限机制或卫生和救灾的人权途径,都不是足够有效的治理基础。它们缺乏必要的范围或者能力来说服国家给予灾难治理更高的政治优先权。国家不愿认真制定具体的国际法下的卫生权或制定关于救灾的国际法规则,很大程度上是出于这样一种顾虑,即这些会构成主权方面的潜在危险。

安全化策略设法说服国家,只有通过实际建立更有力的国家和国际卫生与救灾体系,才能更好地维护主权。但是,这个目标引起了一场没有简单答案的复杂问题和无法轻易解决的争议。卫生和救灾安全化并不是万能药,灾难治理在国内和国际都遇到了越来越多的挑战。尽管在政策和实践上发生了历史性转变,但灾难治理背景下的安全化仍面临一个清醒的现实:发生灾难的可能性在增加,[60] 它们可能在地方和全球造成的人员、政治和经济损失也同样在增加。需要增加的,则是预防、抵御和应对这些威胁的治理能力。

不幸的是,考虑到未来事件的征兆,透过安全视角看待这些威胁是无法避免的了。在灾难治理上,我们可能正面对康德的辩证法。在设想国家实现永久和平可能性时,康德认为这个长期以来的梦想,只能在国家经历过武装冲突导致的日益增长的破坏性和死亡之后才能实现。[61] 安全观的出现,是为了回应这样一种认识,即人为和自然灾难对个人、社会、国家和国际共同体越来越危险。无论是由恐怖分子、物理力量还是全球气候释放的能量所导致,如果没有经历过日益增长的痛苦就不会有进步。安全化对于未来灾难可能会如何困扰人类这一问题的影响程度仍有待观察。

---

〔59〕 Barrett, above note 45, p. 527. (分析了灾难预防机构的重要性和建立有效机制的困难)

〔60〕 Richard A. Posner, "Efficient responses to catastrophic risk", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6 (Winter) (2006), p. 511. ("由于技术进步的快速发展及其发展方向,无论是否出于故意,人为活动导致灾难的可能性都似乎正在增加")

〔61〕 Immanuel Kant, *Perpetual Peace: A Philosophical Sketch*, 1795, available at http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm. (最后访问时间 2007 年 4 月 24 日)

谁来援助及如何援助核、放射性、生物或化学武器使用的受害者？*

多米尼克·卢瓦　罗宾·库普兰**著/范宇文***孙世彦****译

摘要

如果需要对因核、放射性、生物或化学武器使用的受害者做出国际反应，那么由谁来援助以及如何在不对援助提供者造成不当危险的情况下提供援助，都是不确定的。使用或以任何其他形式释放此类武器中包含的物质，不能被视为造成了同一种形式的危险。它们造成了不同种类的多种危险，就受灾者寻求帮助以及援助提供者的健康和安全而言，每种危险都有各自的问题。其中，政治影响是严重且棘手的。这份简要回顾指出了在援助核、放射性、生物或化学武器使用的受害者或潜在受害者时固有的困难。

尽管尚无明确的方案来援助生化核辐事件〔1〕的受害者，但是红十

---

* 本文仅反映作者的看法，而不必然代表红十字国际委员会的观点。

** 多米尼克·卢瓦（Dominique Loye）是红十字国际委员会法律部武器处副主任和技术顾问。罗宾·库普兰（Robin Coupland）博士是该处在武装暴力和武器影响方面的医学顾问。

*** 中国社会科学院国际法研究中心国际法专业硕士研究生。

**** 中国社会科学院国际法研究中心研究员、法学博士。

〔1〕“生化核辐武器”是指利用核裂变或核聚变、对人类健康有潜在影响的放射性物质、有毒的化学物质或生物战剂而制成的武器或被用作武器的装置。“生化核辐事件”是指任何使用核、放射性、生物或化学武器的情形，也指很有可能使用此类武器的情形。在使用常规武器攻击核、放射性、生物或化学设施的情况中发生的核、放射性、生物或化学物质意外泄漏的情形，以及声称使用了核、放射性、生物或化学武器的情形，也属于“生化核辐事件”。

字国际委员会在 20 世纪曾几次介入武装冲突,在这些武装冲突中,曾使用或声称使用过核、化学与生物武器。红十字国际委员会处理这些事件的经验显示了在为受影响之人提供援助和确保红十字国际委员会工作人员安全方面的困难。这同时也提出了复杂的法律、政治和外交问题。援助核辐生化事件的受害者已变得越来越具挑战性,也越来越复杂。

对于国家和非国家实体使用核辐生化武器的危险,国际行为者[2]之间增加了对话。这种对话由于众多事件引发的关注而得到进一步加强,例如,1995 年有人在东京地铁释放沙林毒气,2001 年有人在美国发送“带有炭疽菌的信件”,2002 年在解决莫斯科剧院人质危机中使用了芬太尼衍生物,2003 年之前传言在伊拉克存在核辐生化武器,2006 年在伦敦一起谋杀案的调查中对使用钋 210 进行了调查以及 2007 年初有人在伊拉克使用了“氯气炸弹”。可以理解的是,每一方国际行为者都从它们各自特定的利益或职责的角度出发看待使用核辐生化武器的危险。因此,另一种忧虑即是由于肩负着援助和保护所有因武装冲突和其他暴力情况而出现的受害者的职责,红十字国际委员会像以往一样,会被要求尽其所能援助这些受害者。显然,试图履行这种职责对于红十字国际委员会工作人员的健康和安全有着深切的影响。而且,当一个核辐生化事件发生时,红十字国际委员会可能已经在冲突地区展开了工作。

在探讨这些关注和忧虑之始,我们先要回顾红十字国际委员会迄今为止针对核、放射性、生物和化学武器的使用而采取的行动,并分析与未来使用此类武器之危险相关的所有可得资料。

在我们对有关危险进行评估时,并无标准的方法可用。这种评估的基础来自于以下渠道的各种信息和资料,如政府专家或独立专家的意见、广泛的阅读、参与的众多会议和智囊团的讨论等。我们的工作使我们接触了大多数——如果不是全部——主要国际行为者,并使我们得以

---

〔2〕 “国际行为者”是指可能参与为核辐生化事件的受害者提供跨境援助的机构,而不论其是政府机构、军事机构、联合国、红十字国际委员会、国际红十字与红新月运动的其他组成部分还是非政府组织。

对它们可能起到的作用和具有的能力发表评论。我们与这些主要国际行为者之间对话的基础是它们对于所涉危险的看法以及本文标题所反映的基本问题：在核辐生化事件中，哪些因素将在“人员损失”方面产生巨大影响并需要对之做出国际性反应？由谁来援助核辐生化武器使用的受害者？以及如何提供这种援助？尽管所有的国际行为者都认为这个问题极为复杂，但是如果我们还要将援助性应对的考虑扩展到所有核辐生化事件中，[3]那么这个问题将变得更为复杂。本文中我们只是顺便提及这些更广泛意义上的危险。

本文简要介绍了红十字国际委员会介入使用或声称使用核辐生化武器情形的历史。我们继而描述了对于使用核辐生化武器危险的评估体系，并确定了 11 种不同的危险。评估各种不同种类的危险使我们有必要对于援助受害者和保障工作人员安全采取不同的方法和思路，因此我们尝试对这 11 种不同的危险将产生的可预料的“人员损失”做出实事求是的描述。我们概述了总体上危险评估可如何适用于各国际行为者，而不单独指出某一政府或国际组织。我们得出的结论可有助于促进国际行为者之间就这一极其复杂问题加以思考。

本文未提及规范性和预防性法律活动。这些活动由不同国际行为者在不同法律框架内实施，其中特别包括：1968 年《核不扩散条约》、1925 年日内瓦《战争中禁用窒息性气体、毒气体或其他气体及细菌作战方法的议定书》（以下简称《日内瓦禁止毒气议定书》）、1972 年《生物武器公约》、1993 年《化学武器公约》和安理会第 1540 号决议。本文也不涉及与学术界或学术产业中科学家工作有关的预防工作。

---

〔3〕 “对核辐生化事件的援助性应对”包括可能为受害者提供援助和为工作人员提供安全保障。它包含阻止使用或反复使用核辐生化武器的策略，这种策略可能涉及与有关当局就它们在国际法下的义务而进行的对话。它也包括与外交对话和公共沟通有关的方面。“对受害者的援助”指对受影响的人提供专门的和一般性的援助，也指提供一般的和具体的方法来保护潜在的受害者免受核辐生化武器的影响。“对工作人员的安全保障”指对工作人员（不论其在国外工作还是在国内工作）安全和健康的各个方面的关注，以避免他们面临和遭受核辐生化武器的影响。

使用核辐生化武器:并非红十字国际委员会面临的新问题

过去 70 年,在红十字国际委员会的内部讨论中已经认识到了与当前援助核辐生化武器使用的受害者和为工作人员提供安全保障有关的很多基本问题和困境。红十字国际委员会在应对核辐生化武器方面的历史表明:有必要为任何国际行为者提供清晰的政策指导方针。

- 在对第一次世界大战中使用毒气作出的反应中,红十字国际委员会向所有交战国发出了一份强有力的呼吁。[4] 这在某种程度上为各国最终缔结 1925 年《日内瓦禁止毒气议定书》提供了必要的推动力。
- 一位红十字国际委员会前工作人员在他的回忆录中记录了在阿比西尼亚发生的意埃战争中,红十字国际委员会就使用化学武器所采取的行动。由于研究了档案,这些行动遭到了强烈的批评。[5]
- 在 1945 年广岛遭到原子弹轰炸之后,红十字国际委员会曾参与为医院提供医疗用品。[6]
- 1952 年美国向联合国安全理事会提交了一份申请,要求红十字国际委员会对朝鲜战争中声称使用生物武器的情况展开调查。但这一调查从未进行。[7]
- 今天红十字国际委员会在准备提供援助性应对时可能面临的最

---

〔4〕 红十字国际委员会请求交战方不要使用毒气的呼吁,1918 年 2 月 8 日。

〔5〕 Marcel Junod, *Warrior without Weapons*, ICRC, Geneva, 1982. See also, Rainer Baudendistel, "Force versus law: the International Committee of the Red Cross and chemical warfare in the Italo-Ethiopian war 1935 – 1936", *International Review of the Red Cross*, No. 322 (March 1998), pp. 81 – 104.

〔6〕 See Francois Bugnion, "The ICRC and nuclear weapons: from Hiroshima to the dawn of the 21st century", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87 (September 2005), p. 511.

〔7〕 United States of America: Draft resolution submitted on 20 June 1952 on the question of a request for investigation of alleged bacterial warfare, UN Doc. s/2671.

艰难的困境,早在 1967 年使用了化学武器的也门冲突中就已显现出来。[8] 当时红十字国际委员会的工作人员,包括一支医疗队,来到据称使用了化学武器的地区开展工作,他们的到来引起了众多复杂的问题。这些问题包括:红十字国际委员会是否应向平民配发防护面具(配发防护面具的行为看上去将证实使用了化学武器的说法);红十字国际委员会工作人员受化学战剂侵害的危险;红十字国际委员会工作人员可能受到攻击,以免他们见证化学武器的使用后果;以及红十字国际委员会援助受害者的工作组是否应进行科学调查以证实使用过化学武器的说法。红十字国际委员会公开披露其有关报告的问题已经成为外交往来和媒体报道的突出话题。[9]

- 这里所能交代的只有红十字国际委员会发表的关于在两伊战争期间化学武器之使用的公开声明。红十字国际委员会分别在 1984 年和 1988 年发布的两份新闻通报均暗示伊拉克是化学武器的使用者。[10]

红十字国际委员会可以从它以前对这类事件的参与中得到很多经验和教训:

- 是否及如何提供援助自然会引发有关对声称使用情况加以证实的问题。
- 对于由诸如红十字国际委员会等组织做出的关于核辐生化事件的公开声明,很多国家都有浓厚的兴趣。
- 在一线,援助和公开谴责易被混为一谈。
- 如果没有对声称使用核辐生化武器的证实,出于政治动机的对话将迅速凌驾于对受害者的关注之上。关于使用核辐生化武器的说法被证实的信息会被人利用。任何能够证实这些说法的人都可能处于危险之中。

---

〔8〕 斯德哥尔摩国际和平研究所在对使用化学武器的指称进行了政治和媒体方面的分析后得出结论:在也门约五十起声称使用了毒气的事件中,只有两起有足够多的确凿文件证据。*The Problem of Chemical and Biological Warfare*, SIPRI, Stockholm, 1971, Vol. I, pp. 225 – 38.

〔9〕 同上。

〔10〕 ICRC press release No. 1481, "Wounded of the Iran/Iraq conflict: appeal of the ICRC", 7 March 1984; ICRC press release No. 1567, "Iran-Iraq conflict: the ICRC condemns use of chemical weapons", 23 March 1988.

- 一个国家使用或据称使用化学武器使得如红十字国际委员会等组织的内部极难做出决定,它不只是有关援助受害者和保障工作人员安全方面的两难抉择,还有着重要的政治和外交意义。
- 在工作人员安全方面也存在着复杂的问题。此外,检查和掘出死者尸体很可能十分危险,为随后的分析提取样本也一样。

使用核辐生化武器的危险

"危险"有着科学的定义。它视两个变量而定,即一个事件发生的可能性和这一事件的影响。因此这一节分析不同种类的使用核辐生化武器的可能性;下一节描述因使用它们而造成的影响。(该影响等同于我们所理解的"人员损失",特别是直接伤亡的数量。)

我们对危险的评估涉及世界上任何地方以 11 种不同方式使用核辐生化武器的可能性与后果。[11] 它不同于对所有可能发生的核辐生化事件进行危险评估;在我们看来,此种评估的尝试将是没有意义的。我们通过对这 11 种危险加以比较,就其可能性分出了高、中、低三级。这一评估基于以下几个方面,即对近 100 年来此类武器使用频率的回顾性分析、专家对于使用此类武器的可能性的通行意见以及我们对于技术、策略和政治考虑三者如何相互作用的理解。我们意识到我们的评估绝不能被看做是静止的。举例来说,如果一个国家威胁发起核攻击,那么危险将会迅速变化。我们的危险评估涉及下列武器的使用:

- 核武器(低)
- 临时性核装置(低)
- "放射性装置"(中)
- 具有全球影响的高致病性和传染性抗人生物战剂(低)
- 感染可治愈且人际传播可控制的致病性细菌战剂(低)
- 非传染性战剂(中)
- 针对动物或植物的致病性和传染性战剂(中)

---

〔11〕 下面给出的定义是为了对有关危险进行评估。它们包含了从裁军公约中得出的术语。

- 化学战争(低)
- 化学武器的有限或小规模使用(高)
- “新型”化学武器(中)
- 控暴剂(高)

在危险评估的可能性要素中重要的一点是,使用的可能性会受到因“反恐战争”而导致的认识的影响。例如,恐怖分子使用某些核辐生化武器的可能性被认为高于国家使用的可能性。对危险的评估不可避免地带有难以去除的政治因素。换言之,受政治影响的对于可能性的认识也许与真实的可能性大相径庭。

在一场武装冲突中,未证实使用了核辐生化武器的核辐生化事件发生的可能性很可能高于能够证实使用的情况。

使用核辐生化武器的后果(“人员损失”)

对于上述 11 种危险而言,特定核辐生化武器的使用后果主要基于我们对可能产生的直接后果的理解。这些直接后果是指死亡、受伤或致病的人数。(核辐生化武器的使用也会带来很多间接后果,例如社会或工业混乱、核辐生化事件发生后很久对健康可能存在的影响以及对环境的影响。)本节将对直接后果以及对援助幸存者和保障工作人员安全方面可能产生的影响做一概述。这里不涉及处理死者遗体的问题。

在这种环境下提供援助,会对那些与受害者接触最密切的工作人员的心理健康造成极大伤害,不论受害者生死与否。

核武器的使用[12]

受害者的数量会视所使用核武器的数量以及爆炸威力、地点的不同

---

〔12〕 “核武器”是指由一个国家生产的、通过核反应(核聚变或核裂变)提供破坏性能量的核武器。核武器的爆炸威力可能不足 1000 吨 TNT 当量,也可能高达 1000 万吨 TNT 当量。不能排除这些武器被非国家实体获得,但发生这种情况的可能性被认为是极小的,尤其是与临时性核装置的获得或发展相比。

而有很大差异。显然,针对一个独立的军事目标在沙漠或海洋使用核武器将比在人口密集的地区使用该武器产生较少的直接人员损失。在核爆炸之后造成人员伤害的直接原因有三:首先,热辐射导致大规模的风暴性大火将造成人员烧伤和其他严重伤害;其次,爆炸引起的冲击波和伴随而来的高速大风将造成类似于常规爆炸所带来的伤害;第三,辐射和放射性坠尘将导致辐射类疾病。

生存机会主要取决于遭受热量、爆炸引起的冲击波或辐射的程度,而热量、爆炸引起的冲击波或辐射的程度又依次取决于核武器的威力及受害者距爆炸中心点的距离。很多受害者可能会在核爆炸之后的几天或几周内死亡。另外,核武器的使用对受害者的健康有长期的影响。放射性的颗粒和坠尘可能引发癌症,并造成婴儿先天缺陷。

描述辐射类疾病的处理方法超出本文的论述范畴。此类疾病专门的预防(如服用碘片)或治疗对于总体的幸存机会作用有限。即使在最先进的医院,治疗大量严重烧伤的病人也是极为困难、耗时和昂贵的。期望值较低但有效的治疗方法是采取一般的辅助性措施(如一般性护理、敷料、抗生素、止痛等)。援助还包括提供临时住所、未被污染的水、食品和衣物。

对于向核武器幸存者提供援助的工作人员而言,主要的危险来自接触存在于灰尘、水或空气中的放射性物质。所有人能在沾染区工作的时间都是有限制的。

临时性核装置〔13〕

使用临时性核装置很可能是个别事件。如果在临时性核装置中实现了核聚变或核裂变,则其后果将类似于小型核武器。受害者的数量将取决于爆炸是否发生在人口密集地区。对援助受害者和工作人员安全

〔13〕 “临时性核装置”是指主要由非国家实体发展的、通过核反应(核聚变或核裂变)提供破坏性能量的装置。但是,与核武器相比,这类装置是很原始的。其预期的爆炸威力可能在1000 吨至 2 万吨 TNT 当量之间。

保障方面的影响类似于上文关于使用核武器的描述。

“放射性装置”的使用[14]

在放射性装置中使用的放射性材料理论上会引起辐射类疾病和长期辐射影响。这些影响难以量化或预测。它们也可能包括其他的长期影响。使用“脏弹”的主要影响来自于常规炸药的爆炸，即爆炸的冲击波和碎片造成的伤亡。根据“脏弹”使用的地点，“脏弹”中放射性物质的主要影响在于其可能引起大范围的恐慌及随后的经济混乱。即使要清除一个城市中很小一块区域的污染也需要大量资源、耗费大量时间。所涉及的一个技术和政治方面的难题是，要达到怎样的辐射“安全”级别，居民才能返回。一般认为这类攻击更可能由非国家实体实施，并以人口密集地区为目标。

幸存者的迫切需求类似于使用常规爆炸物的攻击所引发的需求，尽管前者还有一项额外但至关重要的需求是清除污染（外科文献中未提及放射性碎片扎入人体的问题）。被放射性灰尘污染但未受伤的人们可能只需要清洗；尽管如此，仍需要采取一些特别措施以及对卫生保健人员进行特殊培训。

对于向放射性装置幸存者提供援助的工作人员而言，主要的危险来自于接触辐射。但是，其辐射强度不能与核武器或临时性核装置的爆炸所引起的辐射强度相比。

使用具有全球影响的高致病性和传染性抗人生物战剂[15]

如果天花、SARS（严重急性呼吸道症候群）或流感等任何一种病毒

---

〔14〕 “放射性装置”是指任何利用放射性材料来伤害人类或将其散布至环境中的装置。这包括放射性的气体、粉末或液体。当爆炸物被用来以不同于核爆炸的形式散布放射性材料时，通常被称为“脏弹”。在这种情况下，炸药将造成人员伤害和物质损失的大部分，而放射性材料则主要通过心理影响造成混乱。从长远来看，理论上存在多种健康问题的危险。

〔15〕 “生物武器”是指生物战剂及其传播手段。“生物战剂”是指任何对人类、动物或植物致病或有害的活的机体或毒素（由活的机体制造的毒物）。生物战剂能对目标造成影响，可能传染（即感染能够继续传播）也可能不传染。它们可以通过液滴、喷雾器或干粉末传播。生物战剂的释放也可以通过诸如火炮、飞机等传统传播系统；通过更原始的方式（如将其投入供水系统或通过信件）；或者通过意外事件。

被故意释放,就其后果的严重程度而言,都可能是所有核辐生化危险中最严重的一种。众多因素结合起来,使其潜在后果如此严重:

- 攻击可能是无声的(即目标人群和当局不大可能知道攻击已经发生)。
- 感染后的潜伏期可能长达 3 周。
- 由于存在大量国际航空旅行,这类疾病可能迅速蔓延。
- 由这些生物战剂引发的疾病是高度致命的。
- 会引起普遍的恐慌和经济崩溃。

2003 年 SARS 的爆发(自然爆发)显示了其对于人类健康和社会经济的广泛影响。这在专家们关于 H5N1 禽流感病毒可能变异为人际传播病毒的预测中有所反映。一场无法遏制的天花疫情的爆发几乎必然导致全球性的公共卫生和经济灾难。SARS 的爆发、对禽流感的关注以及从过去控制天花疫情中得到的经验,显然将对制定防止故意释放高致病性和传染性生物战剂的应急预案有所帮助。换言之,援助受害者属于针对任何重大流行病公共卫生预备案的范围。

在工作人员安全保障方面,在受此类流行病侵袭地区工作的任何一个工作人员都应提前接种或服用必要的疫苗和药物。但正是拥有疫苗、药物或样本甚或有办法离开该地区这些情况本身即可能会构成安全风险。工作人员可能会遭到没有疫苗、药物或足够运输途径之人的袭击。

使用感染可治愈且人际传播可控制的致病性细菌战剂

使用诸如霍乱或鼠疫之类的细菌战剂会引起典型的、可能受到控制的流行病疫情。受害者和潜在的受害者可以通过适当的抗生素疗法和其他方法得到治疗。只要可能作出公共卫生应对,死亡人数不大可能成千上万。

在现有的公共卫生应对框架内,这类情形在国内和国际层面都是可以对付的。国际行为者已经拥有处理此类疫情爆发的丰富经验,尽管它们都是自然原因引起的。然而,如果证实疫情爆发是由故意释放细菌战剂引发,则将改变对疫情起因的调查以及政治或舆论氛围。但对疫情的

处理方式不应改变。

在自然爆发的疫情中,包括预防性的抗生素或接种疫苗在内的标准公共卫生处理法,将减少提供援助者感染的几率。如果没能最终确诊,并且例如使用了错误的预防性抗生素,那么工作人员感染严重疾病也是可能的。对于国际行为者的另一威胁可能来自任何国家、集团或个人试图隐瞒疾病战剂袭击或性质之公共信息的行为。

非传染性生物战剂的使用

诸如炭疽菌、肉毒杆菌毒素或兔热菌等非传染性战剂可以通过空气或投入食物、饮用水中传播。2001 年发生在美国的炭疽菌邮件攻击显示出,与受直接影响的人数相比,该攻击所引起的恐慌有多么普遍。尽管此类生物战剂中有一些是高度致命的,但它们引发的疾病却并不传染。

在一起个别使用事件中,延误证实所使用战剂的性质以及是否属于故意释放,可能意味着在提供专业治疗之前会遭受最严重的后果。如果需要国际性援助,延迟的时间可能更长,因此对受害者的援助可能在事件爆发后很久才到位(除非国际机构已经在有关国家开展工作)。一旦作出诊断,个人受害者就能够在普通的医疗场所得到治疗,也不需要采取阻止疾病传染给他人的措施。但是,清除一个地区或建筑物的污染需要专业的设备和训练。应该注意的是,接种抗炭疽疫苗需要多个月的注射疗程。

有关工作人员安全最应注意的事项包括:保持一定程度的谨慎、迅速获得医疗建议和治疗、采取常识性措施来避免感染(例如,遵循打开可疑包裹的指导原则)。

使用针对动物或植物的致病性和传染性战剂

生物战剂可将攻击目标对准动物和植物。显然,这种战剂影响的广泛程度显然决定着经济损失的程度(市场崩溃、食物供给混乱、丧失谋生手段等)或导致诸如饥饿等更具灾难性的事件发生。

在针对自然事件作出的反应中,国际行为者已经很好地尝试和检验了必需的援助行动(例如,分发食物和植物种子以及给动物接种疫苗)。但是,那些提供援助者可能并不参与调查疾病爆发是否是人为的。

我们的看法是,唯一可能会对工作人员安全带来主要影响的抗动物战剂是禽流感。除此之外,可以认为在爆发动物、植物疾病的地区工作是安全的。再次说明,最严重的安全隐患来自任何想拒绝国际机构援助或想阻碍证实所暴发疾病性质的人。

化学战争〔16〕

化学战争最有可能发生在政府武装部队参与的攻击行动中;它可能大规模爆发,并需要先进的释放系统。受影响的人数将取决于所使用的化学物质的数量和诸如风向、降雨等天气状况。人类所受伤害的性质将取决于战剂的种类,例如,化学战剂的影响是作用于皮肤、神经还是呼吸系统。

援助受害者和防止灾害完全取决于能否知道袭击已经发生或可能发生。这可能很难识破。如果人们因"烧伤"来到医院,也许只能在一段时间后医院才会发现他们的烧伤是化学武器所致。要想成功处置这些病例需要排除污染并根据所使用的战剂进行后续治疗。由于有必要保护医护人员避免遭受间接伤害,而且也不可能长时间身着防护服工作,因此即使收治少量因化学战剂使用而受影响的伤员,任何医疗机构都将很快陷于瘫痪。

保护任何群体——不论是一般民众还是工作人员的手段包括提供特殊住所、清除污染、使用探测器、分发防护服以及分发能够自行注射的解毒剂。

---

〔16〕 "化学战争"是指一个国家或有组织的军事实体对化学武器的使用。"化学武器"是指能够使人失去正常生活能力的、引起严重的伤害或死亡的、有毒的化学制品以及投射这种物质的途径。它包括影响人类神经的物质、使皮肤起水疱的物质、污染血液的物质以及使人窒息的物质。有毒的化学制品可以通过为上述目的设计的武器释放,也可通过某些更原始的方式释放,例如刺破装化学物质的塑料容器,或只是将盛化学制品的容器放在爆炸物的旁边。

在工作人员安全方面，主要的影响是可能受到沾染。当要求国际行为者援助受害者，而不仅是接近、进入或居住在受攻击地区时，受沾染的可能性最大。所有可能用于减少受沾染危险的措施，例如防护面具、探测器和密闭房间并不能必然保证起到保护作用，却必然引起更为棘手的问题。对于国际性服务机构而言，如果只有它们的工作人员而非全部民众享有保护措施，则还将存在安全方面的影响。

化学武器的有限或小规模使用

利用临时性或低技术含量投射系统的化学武器进行一次性攻击，很可能以人口密集地区为目标。这样的攻击不大可能导致遭受攻击的人大量死亡。伤害的数量和性质取决于所使用的化学战剂的种类和释放量。不过，一旦得知使用了化学武器，成百上千的人们将会陷入恐慌。

除非国际性服务机构已经在当地开展工作，否则即使它们在事件发生地拥有医疗机构，也不大可能参与援助受害者的行动，因为这样一场攻击所需要的援助相对很小。但如果预期将发生大量此类攻击，情况可能会有所改变。

这种攻击对工作人员安全的影响小于化学战争的影响，除非工作人员试图提供即时援助。由于不大可能及时确认战剂的性质，因此无法提供诸如解毒剂等特定措施加以应对。

“新型”化学武器的使用〔17〕

为莫斯科剧院解围而使用芬太尼衍生物是第一次尝试在战术局势中使用治疗剂。直到那时，芬太尼衍生物都被认为是“非致命”的化学武器。据称有 120 人因呼吸困难以及在攻击后至关重要的几分钟内缺乏医疗救助而死亡。多数此类“新式”化学武器是通过降低知觉水平而

〔17〕 “新式化学武器”是指被认为用作武器的各种新的化学制品——其中很多与药物有关。这些可以被称为“镇静药”或“失能性毒剂”。据称它们是为执法目的而被开发，因为有观点认为它们的使用极少会造成死亡。

使人失能,例如镇痛剂和麻醉药。[18] 这种攻击可能是“无声”的,并且可能很久之后才能确定所使用的战剂。

也许会有专用解毒剂能够几乎彻底解除此类战剂的影响(例如,纳洛酮是芬太尼衍生物的专用解毒剂),但问题是可能无法迅速弄清战剂的性质。

“新型”化学武器的使用对工作人员安全的影响大大小于化学战争或化学武器的有限或小规模使用。直接遭受伤害是不大可能的,而且由于这些物质在另一情况下可能被用作“药物”,因此提供援助者遭受严重伤害的可能性较低(这种情形类似于医务人员治疗用药过量的病人)。

控暴剂的使用[19]

政府经常为执法而使用控暴剂。但是,将使用控暴剂作为一种作战方法已为 1993 年的《化学武器公约》所禁止。国际行为者需要认识到:为何使用控暴剂属于我们的危险评估范畴,以及为什么无论基于何种原因在广泛使用控暴剂的冲突地区开展工作都是麻烦甚至危险的。原因特别包括:

- 在 20 世纪的冲突中,很多有记载的使用化学武器的事例均始于使用控暴剂。
- 非以控制暴乱为目的而在战术局势中使用控暴剂进行攻击,使用方通常对此秘而不宣。因此,如果攻击目标是军事人员,他们会将其视为化学武器袭击,并以牙还牙。
- 如果使用了控暴剂并且战场上有尸体,则无法明确他们是被常规武器杀害还是被同时使用的化学武器杀害。

---

〔18〕 V. Nathanson (ed.), *The Use of Drugs as Weapons: The Concerns and Responsibilities of Health Professionals*, British Medical Association, London, 2007.

〔19〕 “用于控制暴乱的物质”是指能够造成人类感官刺激或减弱身体机能的化学物质,如果该种物质被恰当地使用,这种情况会在遭受攻击结束后很短一段时间内消失(如催泪气体)。

倘若只是广泛地使用了控暴剂本身，很可能不需要任何特别的援助。如果受这类战剂攻击的人们需要医疗援助，则很可能是需要对同时使用的常规武器——包括不锋利的钝性武器——造成的伤害进行处理。那些无法逃出受限制地区而吸入控暴剂的人们可能需要呼吸支持。一小部分人由于诸如哮喘等先前存在的健康问题而可能对吸入少量控暴剂过敏。

就工作人员安全而言，主要问题并非源于控暴剂本身，而是出于不知道是否使用了控暴剂或其他化学战剂，以及不知道在使用化学武器之前是否使用了控暴剂。因此，视具体情况不同，关于化学战争部分提到的有关工作人员安全方面的考虑在这里也可以适用。

国际行为者援助核辐生化武器使用受害者综述

我们为这篇文章选的题目突出了一个极为重要的问题：在任何需要作出国际性反应的背景下，谁来援助及如何援助核辐生化武器使用的受害者，尤其是表现为“低可能/高影响”危险事件的受害者？当我们向众多国际行为者提出这一问题时，关于它们的资源、职能和能力等很多要点便一起显现了出来。这些要点可能值得讨论，并有助于促进关于援助核辐生化武器使用的受害者或潜在受害者的讨论。

很多国家，特别是西欧和北美国家，已经具备了能够迅速和有效部署以应对核辐生化事件的国家能力。但是，当在国际层面上调动此类国家能力时，各国只不过是开始讨论所涉的很多问题，例如，当介入另一国家时固有的政治敏感性、有关海关审查的法律问题，国家自身间的协作或与现有国际组织之间的协作。

大部分国际行为者将“援助”理解为向受灾国提供援助，而不一定是向受灾者提供援助。而且，大多数国际行为者认为，任何援助行为都将应受灾国的要求而发起。显然，如果所述政府正是核、放射性、生物或化学武器的使用者或潜在使用者，那么将不会出现这样的要求。另一种假设是其他国家将以人力和物力的形式提供援助。

没有一个国际行为者会在“低可能/高影响”的核辐生化事件中孤立开展工作。任何援助受害者(以及在使用了传染性生物武器的情况下,为防止进一步扩散)的行动都必须展开全球协作。使这种协作复杂化的因素包括:

- 现实的协作机制尚处于初期阶段。
- 对由谁负责协调此类应对缺乏明确规定。
- 取消或禁止航班进入或离开受污染地区。
- 核辐生化事件是否涉及意外泄露、自然爆发(在使用生物武器的情况下)、可疑使用或故意释放等问题;这些区别有着重大的政治、安全和舆论影响。

一些人认为援助核辐生化事件受害者需要依靠专门的军事知识与技能。但是,可以理解的是,这种专门知识与技能是为了保护自己的军事力量在受污染的环境中或在威胁面前继续维持正常的军事运转。它并不必然反映援助成百上千非军事受害者的能力。

基本上,几乎所有的国际行为者都有一套在核辐生化武器一旦被使用的情况下撤走工作人员的安全政策。这种政策可能与下述情况相矛盾:

- 该组织援助受害者的职责(例如,红十字国际委员会);
- 将工作人员——不论是国际的还是本国的——撤出可能发生危险地区的可行性;
- 一些“核辐生化事件”,如在难民营中故意造成的霍乱爆发,对那些提供援助者可能不会造成严重危险,还可能猛然造成工作人员涌入受灾地区的情况。

核辐生化事件发生过程中可能具有潜在危险,接触核辐生化战剂也会有长期影响;后者可能还包括对生殖健康的影响。而国际行为者却很少考虑因核辐生化事件给其工作人员健康和安全造成的影响而导致的法律责任。

很少有国际行为者考虑过当其可能拥有涉及核实可疑使用核辐生化武器的信息时,在安全、法律、政治和舆论方面的影响。

结论

如果需要对核、放射性、生物或化学武器使用的受害者进行国际应对，那么有充分理由去关注谁来援助以及如何在不对提供援助者造成不当危险的基础上提供援助的问题。

这种关注首先源于红十字国际委员会多年来关于应对这些武器使用的经验；其次，源于可能发生的真实危险以及由此带来的是否应该提前调动资源、应提前调动哪些资源以及应在何种程度上提前调动资源等问题的诸多不确定性；最后，源于关于不同国际行为者是否及如何行动、哪些将采取行动以及应如何并在何种程度上协调一切行动等方面的不确定性。

考虑到我们对危险的评估以及我们对此领域国际行为者的概览，反映在我们文章题目中的关键问题仍然没有得到回答。因此必须总结出大量要点，以帮助进一步思考谁来援助及如何援助核辐生化事件受害者这一问题。

不能将核辐生化武器视为单一类型的武器，当然也不能将其视为“大规模杀伤武器”。关于这些武器的使用，我们所认定的每一种危险在可能性和对受害者的影响方面都有它自己独特的组合。这对于援助受害者和保障工作人员安全方面的影响又会因危险类别不同而有差异。

在可能性方面，我们对危险的评估仅涉及核辐生化武器的使用。我们描述了 11 种独立的可识别的危险。对于每种危险的后果或人员损失，主要考虑的是潜在的死伤人数。显然，更广泛的危险评估将包括人口迁移的可能性或社会、经济的混乱。可能对受害者产生最严重影响并可能引发国际行为者最严重问题的使用核辐生化武器的事件发生几率是很低的。这些“低可能/高影响”的危险包括使用核武器、使用高致病性和传染性生物战剂以及化学战争。相比而言，诸如使用人际传染可能性较低的生物战剂之类的危险，可以运用现有能力相对简单和安全地解决。

一些西方国家在国家层面拥有应对我们所确定的部分或全部危险的计划和能力。但是,目前还不可能作出有效的国际援助应对,能够使幸存者或潜在受害者直接受益,并为工作人员提供足够的安全保障。据我们所知,没有政府、国际组织(包括红十字国际委员会和国际红十字与红新月运动的其他组成部分)、非政府组织或合作体有现实的计划或能力来组织这样的国际应对。

对于国际行为者而言,着手创建能够对"低可能/高影响"的核辐生化事件进行充分援助应对的能力,需要大量的一次性投资和长期投入。这些投资不仅仅是财政方面的,它们包括巨大的人力投入和为保持这种新能力所需的投入,特别是在培训方面。此外,也需要协作的政治动机和意愿。

任何国际行为者为了对人为核辐生化事件作出反应而考虑进行准备、计划或培训时,都必须接受的是:它们所掌握的任何专业知识和能力将不可避免地被要求用来协助处理核辐生化战剂的意外泄露和疾病的大规模自然爆发。而且,后者更可能发生。这些准备必须与控制诸如SARS、禽流感等疾病自然爆发的现行方案兼容。

在共同备战"低可能/高影响"事件方面,各国际行为者最多能做的就是提高自身的能力,以应对故意释放具有全球影响的高致病性和传染性抗人生物战剂事件。

无计划、无协作且执行不力的援助性应对很可能是无效的。对于援助提供者来说,这种情况可能会使一场核辐生化事件比原来更危险。

国际行为者之间在这个复杂问题上的对话还处于初期阶段。需要开展进一步工作以更好地理解所有可能参与援助核辐生化事件受害者的国际行为者之间的角色、资源、能力和合作机制。

明显缺乏援助此类受害者的国际能力突现了一个不可忽视的事实:阻止核武器、放射性武器、生物武器和化学武器的使用绝对是当务之急。

灾难和武装冲突中对国际人道救济的国内规制:比较分析*

戴维·菲舍尔**著/梁洁***译

摘要

不论是在灾难还是武装冲突中,国家对国际人道救济行动入境和开展行动的国内控制可显著影响救济行动满足受影响者紧急需求的能力。所产生的两类规制问题往往较为相似,如关税壁垒、签证事项及援助税收等,但二者潜在的动力和可适用的国际法却可能大相径庭。本文分析了这些相似之处和差异所在,并提出了为推动两种情形下救济行动的开展可采纳的措施。

重大灾难或武装冲突[1]过后,维护受影响者的生命和尊严可能要依赖于国际人道救济。在两种情况下,国内当局采取的规制方法均可提升国际人道团体以及时、有效的方式提供救济的能力。然而,太多时候,它起到的却是负面作用。

本文将以比较的视角探讨武装冲突和非冲突灾难中有关救济的常

---

* 本文表达的看法和观点仅代表作者本人,并不必然反映国际联合会或会员红会的意见。本文的主要内容取自国际联合会正在进行的一项关于"国际救灾法、惯例与原则"的大型研究。

** 戴维·菲舍尔(David Fisher),红十字会与红新月会国际联合会"国际救灾法、惯例与原则"(IDRL)项目高级法律研究官员。

*** 解放军西安政治学院军事法学系讲师、法学博士。

[1] 就本文而言,术语"灾难"不包括武装冲突。

见规制问题和可适用的国际法。文章认为许多问题都具有相似性。这些既包括规制壁垒也包括规制空白,前者如人员、物品、设备等入境时的官僚性拖延,后者则如迅速给予国际救济组织以国内法律认可这一机制的欠缺。不论是在灾难还是武装冲突中,国内当局解决这些问题的能力和意愿都要受诸多因素的影响,包括:为努力应对危机而分散或降低了自身行政能力;人道行动本身对速度具有特殊要求;以及尤其是在引起关注的危机中设法介入的国际参与者数量和种类日益增多。

然而,二者间依然存在重大差别。武装冲突中,从各方面来看最受关注的都是安全问题。对冲突方而言,它们担心国际救济会使敌方获益;对人道团体来说,它们担心其人员与物资的安全;而对受影响者来说,必须像满足其基本需求那样关注其免受攻击。况且,尤其是在内部武装冲突(当前战争的主要形式)中,常常有不止一个事实上的当局对国际人道救济行动行使规制权。这些因素导致了与通常的灾难情形相比,会有更多故意设置的障碍。另一方面,灾难中人们的期望是(有时并未实现),国内当局将在人道救援行动中发挥主要作用,它不仅在需要时对国际人道救援进入提供便利,还将与之合作并监督救援的有效性。而基于国内当局作为冲突方的这一地位,在武装冲突中,人们的期望会大不相同。

可适用的国际法的性质与内容也存在重要差别。对于灾难,相关规则散见于源自不同领域、详尽程度不一、地域管辖范围各异的法律文件之中,它们充其量仅规定了不完全的行动指南。相反,在武装冲突中,国际人道法的被接受程度和调整范围要广泛得多,并且规定了一些非常具体的权利义务。然而,即使是在国际人道法中,对于国内当局,尤其是在内部武装冲突中国内当局同意和便利国际救济的义务范围,规定依然不够明确。所明确的仅仅是,与灾难相比,冲突情形下允许国际人道组织进入前对其施加的法定条件要少得多。

本文认为,在解决灾难和冲突共同面临的规制问题上,有可能跨越二者间的界限取得进一步的发展。然而,同样有强烈的理由认为,在这两种情形下,因二者的动力和国际人道法的具体要求均不相同,所以为

实现目标应采取不同的措施。

允许和便利国际人道救济的一般义务

在考察具体规制事项前,有必要简要回顾国际法关于国内当局应允许和便利人道援助这一义务的基本规定。相关规则存在于以下领域:人权(冲突和灾难中均可适用)、国际人道法(仅适用于冲突)、关于难民和国内流离失所者的法律(可能适用也可能不适用于某一特定的冲突或灾难情形)以及"其他"类型法律领域,即日益被人们所熟知的"国际救灾法、惯例与原则"(IDRL)(主要适用于灾难情形)。

人权法

除了几个特别的例外,[2]主要人权法律文件都未直接提及国际人道救济。因此一些学者认为,不存在接受此类救济的一般性权利。[3]

---

〔2〕 见下文对《儿童权利公约》和《非洲儿童权利与福利宪章》提到难民儿童和流离失所儿童所进行的讨论。在专家制定的"软法"性文件中也有几处对国际救济的提及。See, e. g., Council of the International Institute of Humanitarian Law, Guiding Principles on the Right to Humanitarian Assistance (April 1993); Institute of International Law, Resolution of the Institute of International Law on Humanitarian Assistance (Bruges Session 2003), Article Ⅱ(2); Resolution of the Institute of International Law on the Protection of Human Right and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States (Santiago de Compestela Session 1989), Article 5, as well as the Guiding Principles on Internal Displacement, also discussed below.

〔3〕 See, e. g., Yoram Dinstein, "The right to humanitarian assistance in peacetime", *Naval War College Review*, Vol. 53 (Autumn 2000), p. 77 (认为:"当前,还无法断定获得人道救援这一一般性权利已发展为确定的国际法规则。"); Peter MacAlister-Smith, "The right to humanitarian assistance in international law", *Revue de Droit international de Sciences Diplomatiques et Politiques*, Vol. 66 (1988), pp, 224 - 5. (认为:"获得人道救援这一法律权利已存在于有限的情形中……然而,将获得人道援助的权利扩展至具有最紧迫需要的局势中,仍是一项尚待实现的艰巨任务").

然而,现存人权条约的确规定了许多相关权利,如生命权,〔4〕获得食物、〔5〕住房、〔6〕衣着〔7〕的权利,健康权〔8〕和谋生权。〔9〕 这些权利被解读为暗含了有关国际人道援助的特定义务。

人权条约机构〔10〕认为,对于每一项人权,国家都有三个层面的义务:尊重(即国家自身不侵犯这些权利)、保护(即保护权利享有者不受第三方侵扰)与履行(即采取积极措施巩固权利的获得)。例如,联合国人权委员会(the UN Human Rights Committee)就曾指出,一国为实现对生命权的保护,仅仅避免任意处决本国公民或保护公民免受私人暴力侵犯是不够的;它还必须采取积极措施减少死亡,如采取措施"消除营养不

〔4〕 例如,见《世界人权宣言》,联合国大会第 217 A 号决议(1948)(以下简称 UDHR),第 3 条;《公民权利和政治权利国际公约》,1966 年 12 月 16 日, 999 UNTS 171(以下简称 CCPR),第 6 条第 1 款;《儿童权利公约》,1989 年 11 月 20 日,1577 UNTS 3(以下简称 CRC),第 6 条第 1 款;《美洲人权公约》,1969 年 11 月 22 日,1144 UNTS 123,第 4 条第 1 款;《欧洲保护人权和基本自由公约》,1950 年 11 月 4 日,213 UNTS 222(以下简称 ECHR),第 2 条第 1 款;及《非洲人权和民族权宪章》,1981 年 6 月 27 日,OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58 (1982)(以下简称 AfCHPR),第 4 条。

〔5〕 见 UDHR,前注〔4〕,第 25 条,《经济、社会和文化权利国际公约》,1966 年 12 月 16 日,999 UNTS 3(以下简称 CESCR),第 11 条第 1 款;CRC,前注〔4〕,第 24 条第 2 款第 3 项和第 27 条第 1 款。《消除对妇女一切形式歧视公约》,1979 年 12 月 18 日,1249 UNTS 513(以下简称 CEDAW),第 12 条第 2 款和第 14 条第 2 款;《关于经济、社会和文化权利的美洲人权公约附加议定书》,1988 年 11 月 17 日,O. A. S. Treaty Series No. 69 (1988), repr. in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser. L. V/Ⅱ. 82 doc. 6 rev. 1, 第 67 页(1992)(以下简称《圣·萨尔瓦多议定书》,第 12 条。

〔6〕 见 UDHR,前注〔4〕,第 25 条;CESCR,前注〔5〕,第 11 条第 1 款。

〔7〕 见 UDHR,前注〔4〕,第 25 条;CESCR,前注〔5〕,第 11 第 1 款。还可见 CRC,前注〔4〕,第 27 条第 3 款。

〔8〕 见 UDHR,前注〔4〕,第 25 条;CESCR,前注〔5〕,第 12 条。还可见 CRC,前注〔4〕,第 24 条第 1 款;AfCHPR,前注〔4〕,第 16 条第 1 款,《圣·萨尔瓦多议定书》,前注〔5〕,第 10 条。

〔9〕 见 UDHR,前注〔4〕,第 25 条;CESCR,前注〔5〕,第 6 条。

〔10〕 条约机构是不少主要人权条约都创设的专家委员会,它们有权对国家遵守条约的一般或具体事项发表评论。See generally Office of the High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 30: The United Nations Human Rights Treaty System, available at http://www. ohchr. org (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)。其中有"人权事务委员会"和"经济、社会及文化权利委员会",前者是《公民及政治权利国际盟约》的条约机构,后者则是《经济、社会和文化权利国际公约》的条约机构。

良和流行病”。[11] 可见,这一表述意味着,当为避免生命损失而需要国际人道救济时,国家承担着应允许公民获取此类救济的义务。[12]

经济、社会和文化权利委员会(相当于《经济、社会和文化权利国际公约》的人权委员会)针对经济和社会权利,对此做了更明确的表述。如在《第 12 号总评论》中,委员会确认:取得食物权的一项核心权利就是免于饥饿,若一国领土内存在饥饿情形,而该国不能表明自己已立即作出了包括寻求国际救援在内的一切努力,那么该国就已侵犯了这一基本权利。[13] 同样,“在国内冲突或其他紧急情况下阻止人们取得人道主义粮食援助”是对取得粮食权的侵犯。[14] 因而,尽管人们通常认为诸如获取食物、享有住房和享受健康等经济、社会权利需在长时期内“逐渐实现”,[15]但一国若在面临危机时有机会获得国际援助却轻易放弃则是不妥的。[16]

因而可以认为,现存人权条约暗含着在危机情形下获取援助的权利以及国家自身无法满足人道需求时寻求国际支援的特定义务。然而,这些文件并未具体规定请求和便利国际救济的具体方式,以及应由谁提供救济。

---

〔11〕 See Human Rights Committee General Comment No. 6, The right to life (Article 6), 1982, para. 6, republished in UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6, p. 131(2003).

〔12〕 此外,值得注意的是,即使处于国家危难中,生命权也不得克减。See CCPR, above note 4, Article 4(2). 因而这是一项在灾难和武装冲突情形下总能得以适用的公民和政治权利。

〔13〕 Committee on Social, Economic and Culture Rights, General Comment No. 12, The right to adequate food, UN Doc. No. E/C. 12/1999/5(1999), paras. 6 and 17.

〔14〕 同上,第 19 段。

〔15〕 见 CESCR,前注〔5〕,第 2 条。

〔16〕 But compare the more permissive language of paragraph 16. 6 of the FAO Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security, reprinted in the Report of the Intergovernmental Working Group for the Elaboration of a Set of Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security, Rome, September 23, 2004, FAO Doc. No. CL 127/10 – Sup. 1, annex 2. (规定国家“应对需要食物的人们提供帮助,当自身资源不足时可请求国际援助,依照国际法和公认的人道原则便利国际救援安全和无阻碍地通过,并应了解当地的情况、饮食习惯与文化”)

国际人道法

国际人道法既规定了冲突各方在情况需要时应接受国际人道救援的义务,也在一定程度上具体规定了救济提供者应接受的一些法律规制措施。这些义务的范围在日内瓦诸公约及其前两个《附加议定书》的文本中并不相同,它取决于受助者是在国际性武装冲突的被占领土内,还是国际性武装冲突中某一交战国本国的领土内,还是正在经历内部冲突的国家境内。然而已有人主张,习惯法正在逐渐消除这些差别。

依照《日内瓦第四公约》第 59 条,如"占领地全部或部分居民之给养不足时",占领国"应同意"由国家或"公正人道组织"提供的救济计划,唯一的条件是占领国有权检查该项装运物资,规定其依指定时间与路线通过,并接受该援助将仅为待救居民所用的保证。[17] 与此相似,第 62 条规定,在"受迫切的安全理由之限制"下,应保证占领地内的平民接受个人救济物资的权利。

相反,不论是(适用于国家间冲突之本国领土上的)《第一附加议定书》第 70 条还是(适用于内部冲突的)《第二附加议定书》第 18 条均指出,救济行动"应在"相关方"同意下进行"。[18] 红十字国际委员会对这些条款的评注和不少学者都坚持认为,不得在未违反有关禁止使用饥饿

〔17〕《1949 年 8 月 12 日关于战时保护平民之日内瓦公约》,75 UNTS 287(以下简称《日内瓦第四公约》)。如下面将指出的,这些要求适用于所有缔约方,最后一项条件是为了防止"占领国"的滥用行为。然而,有理由认为,正像红十字国际委员会对这部分的评注所指出的那样,问题的关键是防止所有交战方的滥用。See Jean S. Pictet (ed.), Commentary, Ⅳ Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross, 1958 (hereinafter ICRC GC Ⅳ Commentary), pp. 322(3.

〔18〕《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》,1977 年 6 月 8 日,1125 UNTS 3(以下简称《第一附加议定书》)。

作为作战方法之规定的情况下,擅自停止同意给予的人道救济。[19] 而且,红十字国际委员会于2005年完成的一项对习惯国际人道法的全面研究发现,已有充分的国家实践与这一观点相符,从而将其列为一项习惯法规则。[20] 除了该领域的实践外,研究还指出,大量联合国安理会、大会和人权委员会的决议均支持在任何类型的武装冲突中都不应将人道进入视为非强制性的观点。[21] 然而,对此看法仍存在争论。[22]

《日内瓦第四公约》还专门号召"医疗与医院供应品或宗教礼拜所需物品"及食物与其他物品的自由通过,如果"其他物品"是供"儿童、孕妇与产妇"使用,这些物品同样需受搜查并应确保不被改变用途或滥用。这一义务不仅适用于国际性武装冲突各方的整个领土内,还适用于物资可能通过其领土的第三国。[23] 而且,公约第30条确保了需救助人员请求国际人道组织援助的权利。[24]

---

〔19〕 See Yves Sandoz et al. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of* 8 *June* 1977 *to the Geneva Conventions of* 12 *August* 1949, International Committee of the Red Cross, 1987 (hereinafter ICRC AP Commentary), pp. 820 and 1479; Michel Bothe, "Relief actions: the position of the recipient state", in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1982, pp. 92 – 3; Ruth Stoffels, "Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps", *International Review of the Red Cross*, Vol. 86 (September 2004), p. 522; Joakim Dungel, "A right to humanitarian assistance in internal armed conflicts respecting sovereignty, neutrality and legitimacy: practical proposals to practical problems", *Journal of Humanitarian Assistance*, May 2004, s. 2. 3. 1. 1.

〔20〕 See Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, *Volume* Ⅰ: *Rules*, International Committee of the Red Cross, 2005 (hereinafter ICRC Customary Law Study), pp. 193, 196 – 7.

〔21〕 同上,第198页;还可见Stoffels的文章,前注〔19〕,第521~522页和脚注〔16〕。代表性的例子是安理会第1460号决议,关于武装冲突中儿童的联合国第S/RES/1460号文件(2005年),它"强调必须让人道主义人员和物品充分、安全、无阻地进入,向受武装冲突影响的所有儿童提供人道援助"。

〔22〕 See, e. g., David Forsythe, "Human rights and humanitarian operations: theoretical observations", in Eric Belgrad and Nitza Nachmas (eds.), *The Politics of International Humanitarian Aid Operations*, Praeger, 1997, p. 45.

〔23〕 See ICRC GC Ⅳ Commentary, above note 17, p. 181. (将这一条款解释为"适用于所有拟供另一缔约国平民居民使用的此类物资,不论该国为敌国、盟国、协作国还是中立国")。

〔24〕 见《日内瓦第四公约》,第30条和第62条。还可见《日内瓦第四公约》第62条(对个人的救济)和第142条(对被拘留者的救济)。

除了准许通过外,《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》还为推动救济工作的开展规定了积极义务。占领国必须"并对[救济计划]使用力所能及之一切方法予以便利"。[25] 参与国际性武装冲突的国家必须"在其权力内"给予红十字国际委员会、红十字与红新月运动的其他组成部分及"可能范围内的"其他人道组织"一切便利",[26]并应"以一切可能方式,便利[其人道工作]"。[27] 换句话说,正如红十字国际委员会《评注》中所指出的那样,缔约方应尽一切努力,"去除繁琐手续"。[28] 同样,这些义务不仅适用于交战方自身,还适用于所有缔约国,包括过境国。[29]

《第二附加议定书》对内部冲突中如何提供便利并未使用类似的措辞。[30] 尽管如此,红十字国际委员会对第 18 条的评注依然认为,该条规定的"应采取"救济行动意味着,"一旦救济行动原则上被接受,当局就有义务合作,特别是给救济物资的快速运送提供便利并保证护送队的安全"。[31] 而且,红十字国际委员会对习惯法的研究亦得出结论认为,不论在国际性还是内部冲突中要求各方"准许和便利"救济"迅速并无阻碍地通过",并"确保经授权的人道救济人员自由移动"的决议及其他含有应允许"充分、安全和无阻碍通过"之观点的文件也对红十字国际委员会此项研究提供了支持。[32]

关于难民和流离失所者的国际法

武装冲突和灾难经常导致居民流离失所。武装冲突还常常成为各

---

〔25〕 同上,第 59 条。

〔26〕 见《第一附加议定书》,第 81 条第 1 款。

〔27〕 同上,第 81 条第 3 款。

〔28〕 See ICRC GC IV Commentary, above note 17, p. 328.

〔29〕 例如,见《日内瓦第四公约》,第 23 条;《第一附加议定书》,第 70 条第 2 款、第 81 条第 2 ~ 4 款;ICRC Customary Law Study, above note 20, pp. 198 - 9。

〔30〕 《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》,1977 年 6 月 8 日,1125 UNTS 609(以下简称《第二附加议定书》)。

〔31〕 See ICRC AP Commentary, above note 19, p. 1480.

〔32〕 See, e. g., UN Security Council Resolution 1261, UN Doc. No. S/RES/1261, para. 11 (1999); see also ICRC Customary Law Study, above note 20, pp. 195 - 6 and nn. 70 - 3(引用了另外四十多个此类决议)。

种迫害行为发生的平台,而1951年《关于难民地位的公约》要求针对这些迫害行为实施难民保护,[33]1969年《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》(the Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa of 1969)[34]和1984年《喀塔赫纳难民宣言》(the Cartagena Declaration on Refugees of 1984)[35]将逃离冲突普遍影响的人确认为难民。根据所有这些文件中的定义,因灾难而流离失所的人通常不被视为难民,但如果在恰好出现难民(即因迫害或冲突而流离失所的人)的地方发生灾难,难民法则得以适用。

尽管未对国际救济作出详尽规定,但全球性和区域性难民法律文件均号召各国在联合国难民署履行职责(包括对难民提供保护与救援)时配合其工作。[36] 而且,联合国大会[37]和联合国难民署的执行委员会[38]都曾表明,应确保联合国难民署和其他"获准"的人道组织接近

---

〔33〕《关于难民地位的公约》,1951年7月28日,189 UNTS 150(以下简称《1951年难民公约》),第1条。

〔34〕《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》,见联合国安理会和主席声明:http://www.un.org/chinese/aboutun/prinorgs/sc/sdoc/00/sprst1.htm),1969年9月10日,1001 UNTS 45(以下简称《非洲难民公约》),第1条。

〔35〕Cartagena Declaration on Refugees, 22 November 1984, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, OAS Doc. OEA/Ser. L/V/Ⅱ.66/doc. 10(1984 - 5)(hereinafter Cartagena Declaration), rev. 1, at 190 - 3.

〔36〕See Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, Article 8, 189 UNTS 150; Cartagena Declaration on Refugees, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, OAS Doc. OEA/Ser. L/V/Ⅱ.66/doc. 10(1984 - 5), rev. 1, pp. 190 - 3, para. (e).

〔37〕例如,见联合国大会第51/75号决议,UN Doc. A/RES/51/75(1996),第6段["强调了确保('高级专员署')接近寻求庇护者、难民和其他相关人员的重要性,以使该公署行使其保护职能"];47/105,联合国第A//RES/47/105号文件(1992),第20段(号召国家"确保人道救援的安全、及时获取")。

〔38〕See, e.g., UNHCR Executive Committee Conclusions 79 (XLVII), para. (p) (47th Sess. 1996)("强调允许联合国难民署接近避难申请人和难民以使高级专员以有效方式履行其保护职责的重要性")72 (XLIV), para. (b) (44th Sess. 1993)(号召国家"允许联合国高级难民署及适当时允许已获相关政府许可的其他组织迅速无阻碍地接近难民");73 (XLIV), para. (b) (ⅲ) (44th Sess. 1993)(号召国家"作出安排,为联合国高级难民署及适当时为经相关政府许可的其他组织提供便利,使其迅速和无阻碍地接近所有寻求庇护者、难民和被遣返人员");48 (XXXVIII), para. (d)(38th Sess. 1987)(声称"在高级专员履行其人道保护和救援职责时国家有义务与之合作,因高级专员的这些职责只有当他接近所关心的宿营地和安置所时才能有效实现")。

难民。

同样,《儿童权利公约》和《非洲儿童权利与福利宪章》均规定,儿童难民(后一法律文件还包括国内流离失所者)应得到"适当的保护和人道援助",当国际组织努力"保护和援助"此类儿童时国家应与之"合作"。[39]

依照该领域最重要的国际法律文件——《关于国内流离失所的指导原则》(以下简称《指导原则》),不论是因武装冲突还是因灾难而逃离的人均可视作国内流离失所者。[40]《指导原则》明确规定,国家有义务允许国际人道组织接触因冲突和灾难等原因而流离失所的人。[41] 最近,非洲大湖地区的 11 个国家通过了《保护和援助国内流离失所者议定书》,议定书要求成员国恪守《指导原则》。[42] 关于制定一项关于国内流离失所者的非洲联盟条约的讨论亦在进行中。

其他可适用于灾难的国际法(国际救灾法)

除了上述众所周知的国际法准则外,还有另一类与灾难援助相关的法律文件与准则,被称为国际救灾法。[43] 与国际人道法的集中化不同,

---

〔39〕 See CRC, above note 4, Article 22; African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 11 July 1990, OAU Doc. No. CAB/LEG/24.9/49(1990), Article 23. 尽管《儿童权利公约》通过国家应提供"其认为适当的"合作这一表述对此义务作出了一定的限制,但它依然明确提到了联合国和非政府组织。

〔40〕 见《关于国内流离失所的指导原则》,UN Doc. No. E/CN.4/1998/53/Add.2(1998)。

〔41〕 同上,原则 3 和原则 25。

〔42〕 See Protocol on the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons (version of 30 November 2006), available at http://www3.brookings.edu/fp/projects/idp/GreatLakes_IDPprotocol_final.pdf(最后访问时间 2007 年 7 月 3 日, Articles 3(6) and (7) and 4(1)(f)).

〔43〕 尽管相对明确的是从文件文本和起草历史来看,非冲突灾难至少是它们关注的重点,但许多此类法律文件还是对术语"灾难"进行了广义界定,以致将武装冲突情形包含在内。See, e.g., Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Operations, December 4, 1998, United Nations depositary notification C.N. 608.1998.TREATIES-8, available at http://www.ifrc.org/what/disasters/idrl/publication(最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)(hereinafter, Tampere Convention), Article 1(6)(将"灾难"界定为"社会运行的严重中断,给人的生命、健康、财产或环境带来了显著而广泛的威胁,不论这一情形由事故、自然还是人类活动引起,也不论是突然发生还是由复杂、长期的过程引发")。

国际救灾法相当分散,由不同类型的法律文件集合而成。[44]

这些文件包括有关关税、[45]工业事故、[46]核危机、[47]健康危机、[48]民防、[49]食品援助、[50]海上或空中运输、[51]电信、[52]卫星成像[53]及电信[54]等多边条约,美洲、亚洲和欧洲的一些区域性互助条约[55]以及大

---

[44] See generally Victoria Bannon, "Strengthening disaster response laws, rules and principles: overview of the current system and a new way forward", in C. Raj Kumar and D. K. Srivastava(eds.), *Tsunami and Disaster Management: Law and Governance*, 2006.

[45] See International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures, May 18,1973, T. I. A. S. 6633(1973), and its 1999 Protocol of Amendment, available at http://www.ifrc.org/what/disasters/idrl/ publication.asp(最后访问时间2007年7月3日), annex J.5.

[46] See, e.g., Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents, 17 March 1992, 2105 UNTS 460.

[47] Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency, September 26, 1986, 1457 UNTS 134(hereinafter Nuclear Assistance Convention).

[48] See Revised International Health Regulations, 58th World Health Assembly, Doc. No. WHA58.3(2005), Agenda Item 13.1.

[49] See Framework Convention on Civil Defense Assistance, 22 May 2000, available at http://www.ifrc.org/what/ /idrl/publication.asp.(最后访问时间2007年7月3日)

[50] See Food Aid Convention, 13 April 1999, available at http://untreaty.un.org/english/notpubl/notpubl.asp.(最后访问时间2007年7月3日)

[51] See, e.g., Convention on Facilitation of International Maritime Traffic, April 9, 1965, 591 UNTS 265, annex 1, ss.5.11 -5.12; Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation, December 7, 1944, s.8.8, repr. in *International Civil Aviation Organization*, *International Standards and Recommended Practices: Facilitation-Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation* (12th edn, 2005).

[52] See Tampere Convention, above note 44.

[53] See, e.g., Charter On Co-operation to Achieve the Coordinated Use of Space Facilities in the Event of Natural or Technological Disasters(2000),available at http://www.disasterscharter.org/charter e.html.(最后访问时间2007年7月3日)

[54] See Tampere Convention, above note 44.

[55] See, e.g., Inter-American Convention to Facilitate Assistance in Cases of Disaster, 7 June 1991(hereinafter Inter-American Convention), available at http://www.oas.org/legal/intro.htm(最后访问时间2007年7月3日)(in force, but with only three state parties and never used); ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response, 26 July 2005(not yet in force)(hereinafter ASEAN Agreement), available at http://www.aseansec.org (最后访问时间2007年7月3日); Agreement among the Governments of the Participating States of the Black Sea Economic Cooperation (BSEC) on Collaboration in Emergency Assistance and Emergency Response to Natural and Man-Made Disasters,15 April 1998, available at http://www.bsec-organization.org/.(最后访问时间2007年7月3日)

量多为欧洲国家间缔结的双边条约与协定。[56]

这些条约大多限于某一主题或特定地域,除国家或联合国机构外,很少有条约适用于任何国际行为体。因此,总体而言,该领域最具广泛性的法律文件为不具有拘束力的决议、行动指南及行为守则,如联合国大会 1991 年的第 46/182 号决议和 2002 年的 57/150 号决议、1977 年由红十字国际大会与联合国大会共同制定通过的《加快紧急救济措施》(the Measures to Expedite Emergency Relief),以及《国际红十字与红新月运动和非政府组织灾害救济行为守则》(the Code of Conduct of the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-governmental Organizations in Disaster Relief)。

尽管难以对这些来源不同的法律文件进行归纳,但其中许多都规定了请求和接受国际救援的程序,以及在国内层面对国际组织进入和开展行动应提供法律和行政便利的具体类型。绝大多数强调的都是对受影响国政府的救灾工作提供援助,而非受影响人员的权利和需求。与此相对应,这些文件强调受影响国家的主导作用和它们同意国际援助的重要性,正如《东盟灾难管理和紧急应对协定》(the ASEAN Agreement on Disaster Management and Emergency Response)所明确表述的那样:

> 在实施本协定过程中,应依《联合国宪章》和《东南亚友好合作条约》(the Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia)尊重缔约方的主权、领土完整和国家统一。因而,每一受影响的缔约方为应对发生在其领土内的灾难,应承担起主要责任,外部援助或援助提议只能在受影响缔约方的请求或同意下提供。[57]

这一情形与上述人权法律文件的规定似乎截然相反。这些法律文

---

〔56〕 See Horst Fischer, "International disaster response law treaties: trends, patters and lacunae", in Victoria Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2003, p. 29. The International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies has produced an online database of several hundred of these instruments, available at http://www.ifrc.org/idrl. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔57〕 See ASEAN Agreement, above note 55, Article 3(1).

件并没有一开始就对受影响国施加应接受国际救援的义务,但一旦同意,就要求受影响国为救援者提供一套专门的法律便利措施,如加速签证办理、加速海关放行、免除税收等。另一个区别在于,许多此类法律文件只有很少的缔约方,或仅适用于某一特定类型的灾难或救济领域。

结论

可见,依照国际法的规定,某些情形下受影响国负有允许国际救济的义务。正如国际人道法所体现的那样,有关这方面的规则在国际性武装冲突情形中最为确定和明晰。另外,国家还承担着便利国际救济行动开展的特定义务,包括通过规制手段。然而,特别是在武装冲突情形之外,可适用的规则缺乏统一性。并且,如下面所要讨论的,有时对一些最为常见的规制事项,国家义务仍不够明确。

国际人道救济启动和进入中的问题

一定程度上,对于国际救济在冲突和非冲突灾难中面临的共同国内规制问题,其范围与强度的差异反映着可适用国际法的差别。然而,就二者有着绝大多数相同的操作性事项(即移动的人员、物资和设备以及行动跨越国界)而言,它们又不可避免地具有相似性。

启动

不论是在灾难还是武装冲突中,相关国内权力机构有时会拒绝求助或许可国际救济。冲突情形下这一直是一个严重的问题,至少属于原则性问题,上述国际人道法的基本规定就直指这一点。[58]

相反,对许多灾难而言,此类拒绝并不必然成为问题。绝大多数灾

---

〔58〕 See generally, Stoffels and Dungel, above note 19.

难依惯例完全由国家自行克服,[59]在某些情形下,国际组织主动要求提供援助但事实上并不需要。[60] 如果发生重大灾难,断然拒绝相对少见,更常见的问题是正式请求国际救援的时间较迟,或对请求提供国际援助的反应迟缓。这往往要归因于在需求评估和做出决策方面,国内程序和规章较为薄弱。[61]

一些现行法律文件除了鼓励国家应明确规定提供与请求救援的程序外,还鼓励受影响国加快办理请求与接受他国救援的手续。[62] 然而,很少有法律文件提到由非国家团体启动救援的机制。[63]

---

〔59〕 例如,2005 年据报道发生了 473 起自然灾害,但据联合国报道仅有 47 项,据红十字与红新月国际联盟报道仅有 29 项请求援助的呼吁。See EM-DAT Emergencies Disasters Database of the Centre for Research on the Epidemiology of Disasters(CRED), Université Catholique de Louvain, at http://www.em-dat.net/index.htm.(最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)OCHA Financial Tracking Service, Natural Disasters in 2005, available at http://www.reliefweb.org(最后访问时间 2007 年 7 月 15 日); International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Statistics, http://www.ifrc.org/where/statisti.asp? navid=05_12.(最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔60〕 See, e.g., Henri Astier, "Can aid do more harm than good?", BBC News, 1 February 2006, available at http:// news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4185550.stm (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)。另一方面,有许多灾难亟须大量国际援助,但却几乎没有获得帮助。See generally, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report* 2006: *Focus on neglected crisis*,2006.

〔61〕 See, e.g., International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Fiji*: *Laws*, *Policies Planning and Practices on International Disaster Response*,2005, p.30("需指出的是,对斐济提供救灾援助的外国组织在获取入境许可及救援人员在获取签证方面有过迟延。整个系统被认为是临时而不连贯的。斐济政府向外界提出援助请求花费的时间也导致了向该国及受影响区域派遣救济人员的迟延"); Turkish Red Crescent Society, International Disaster Response Law: 1999 Marmara Earthquake Case Study, 2006, p.38(hereinafter Turkish Red Crescent Study)["土耳其未在关键时期做出任何呼吁(该呼吁应由外交部经内阁批准做出)(呼吁于两三天后才做出)。在此期间,则无法提供国际救济"]。

〔62〕 See, e.g., Framework Convention, above note 49, 3(e)(规定"接受国应在尽可能短的时间内对提供或请求援助进行研究并做出反应"); Aslo Guidelines on the Use of Civil and Military Assets in Disaster Relief (as revised in 2006), para.38, available at http://www.ifrc.org/idrl(最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)("若国际救援势在必行,则受影响国应从灾难发生的那一刻起尽快请求或同意国际救援,以使其发挥最大效能")。

〔63〕 其中的一个例外是东盟协定,前注〔55〕,第 11 条。

人员、物资和设备

即使没有明确拒绝人道救济的入境,冲突情形中基于政府对国际团体在境内出现的高度敏感,有关签证、特别是国内通行的规制问题依然常见。例如,在苏丹,尽管联合国与该国政府间缔结了几项正式协定以简化向达尔富尔提供救济的程序,但据人道官员报道,获得和续签签证与国内通行许可所需的时间、文书工作及费用均十分繁琐。[64] 在以色列,据报道,人道人员或合同承包方因具有阿拉伯血统或国籍,其入境签证遭到了拒绝,这对那些要求工作人员能讲流利阿拉伯语的行动带来了特殊的挑战。[65] 叛乱团体亦对人道人员的通行自由予以限制,有时其程序的正式程度与政府规定相似。[66]

类似的,虽然在一些灾难情形中,国际救济人员最初的入境签证同样会遭到拒绝或被严重拖延,但更为常见的是,救灾人员起初被允许持旅游签证或其他类型临时签证自由入境,而一段时间过后,当需续签这些证件和取得工作许可时问题才会出现。例如,在印度尼西亚和泰国,应对 2004 年海啸的国际救济人员在工作过程中曾多次被要求出境并再

---

〔64〕 See Lydia Polgreen, "Red tape imperils humanitarian efforts in Darfur", *International Herald Tribune*, 27 March 2007; Opheera McDoom, "UN warns Darfur's aid operation may collapse", *Reuters*, 17 January 2007. 人道主义事务协调办公室(OCHA)于 2006 年就该事项发布的一项"基本情况介绍"表明,"对非政府组织在苏丹开展行动的签证制度不明确、繁琐且漫长",提到该国政府要求对停留签证进行多次续签,人均费用为 240 美元。OCHA, Fact Sheet on Access Restrictions in Darfur and Other Areas of Sudan (20 April 2006), available at http://ochaonline.un.org/GerBin.asp? DocID = 4494. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔65〕 See Mission Report of Catherine Bertini, Personal Humanitarian Envoy of the Secretary-General, 11 – 19 August 2002, para. 76, available at http://www.releifweb.int/library/documents/2002/un – opt – 19aug.pdf. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔66〕 在苏丹南北内战期间,苏丹人民解放军为旅游许可规定了一套正式制度,申请可向设在内罗毕的"领事"办公室提出。

次入境以续签签证,造成了时间和费用的巨大损耗。[67]

对救济物资和设备入境的限制、拖延和收费是开展灾难和冲突中救济行动的又一主要障碍。如 2004 年海啸后,斯里兰卡和印度尼西亚对救济物资的海关放行迟延了好几个月,造成食物和药品过期。[68] 在斯里兰卡境内采取应急反应的一个非政府组织曾被要求对那些为开展救济行动而进口的车辆支付 100 万美元关税。[69] 在厄立特里亚,2005 年为受旱灾影响人员提供的几百吨联合国救援食物因政府要求征税而被搁置了一个多月,[70] 而 1999 年土耳其地震发生后,因等待海关放行,一些救济物资超过了法定贮存期限,结果它们被收归国有而未被发放。[71]

冲突中的情况与此相似。如,曾有报道说,在 20 世纪 90 年代的巴尔干战争中,南斯拉夫[72]及其有难民滞留的邻国[73]严重拖延了人道救济通关。2002 年,因对支付海关关税和手续费产生争议,世界粮食计划署(WFP)8500 公吨的紧急援助被困在安哥拉港口。两年后,同样的争端再次产生,救援食物被困 3 个月。[74] 在苏丹,据联合国报道,对食物、电信设备和其他用于达尔富尔地区的物资的海关放行拖延了好几

---

〔67〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Legal Issues in the International Response to the Tsunami in Thailand, 2006, available at http://www.ifrc.org/idrl (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日) (hereinafter IFRC Thailand Report), pp. 15 – 16; International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Legal Issues in the International Response to the Tsunami in Indonesia (publication pending) (hereinafter IFRC Indonesia Report), p. 15.

〔68〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Legal issues in the international response to the tsunami in Sri Lanka, 2006 (hereinafter IFRC Sri Lanka Report), p. 17; IFRC Indonesia Report, above note 67, pp. 21 – 22.

〔69〕 See IFRC Sri Lanka Report, above note 68, p. 24.

〔70〕 See "Food aid held for taxes to be released, says gov't official", *IRIN* (16 August 2005).

〔71〕 See Turkish Red Crescent Study, above note 61, p. 34.

〔72〕 See Refugees International, "Kosovo: Shortfalls and difficulties in food aid delivery", 9 December 1998.

〔73〕 See Médecins sans Frontières press release, "Doctors without borders calls for immediate and unconditional access to Kosovar refugees in no man's land on Macedonian border", April 5 1999.

〔74〕 See "Angolan food aid 'sits untouched'", *BBC News*, 4 March 2004; "Angola: government bureaucracy delays WFP food aid", *IRIN*, 4 March 2004.

个月。[75]

应认识到,入境中存在的一些困难源于国际救济提供者数目的增多。近年来更多的政府、联合国机构、红十字与红新月会、私人实体及个人都开始参与国际救济行动。[76] 国际性非政府组织的数目增长最为迅猛。[77] 正如下面将要讨论的,这增加了救济提供者间相互竞争及工作质量欠佳的危险。这些因素显然使受影响国便利救济团体迅速入境的任务变得复杂,因为它难以确定究竟谁值得信赖。

现行国际法对这些事项的规范详尽程度不一。《日内瓦第四公约》号召救济装运物资之"自由通过"[78]和"迅速分配",[79]"除非……为该地经济利益所必需"这些救济装运物资还应"豁免一切捐、税或关税"。[80]《第一附加议定书》将这些要求扩展为"所有救济物资、设备和人员……迅速和无阻碍地通过"。[81] 如上所述,红十字国际委员会关于习惯法的研究表明,作为习惯法该规则适用于所有类型的武装冲突。[82]

绝大多数关于救灾的条约和软法性文件都专门提到了应便利救济物品和人员的迅速入境(主要针对提供援助的国家)。[83] 其中许多还号

---

〔75〕 Report of the Secretary-General to the Security Council on the Sudan, UN Doc. S/2006/728(2006), para28.

〔76〕 See Arjun Katoch, "The responders' cauldron: the uniqueness of international disaster response", *Journal of International Affairs*, Vol. 59(Spring/Summer 2006), pp. 157 - 8(2006); John Telford and John Cosgrave, *Joint Evaluation of the International Response to the Indian Ocean Tsunami: Synthesis Report*, Tsunami Evaluation Coalition, 2006 (hereinafter TEC Synthesis Report), pp. 55 - 60.

〔77〕 See Feinstein International Famine Centre, "Ambiguity and change: humanitarian NGOs prepare for the future", 2004, pp. 70 - 1.

〔78〕 见《日内瓦第四公约》,第23条和第59条。

〔79〕 同上,第61条。

〔80〕 同上,第61条。红十字国际委员会对该条的评注主张,应对关于"经济利益"的这一责任范围条款作狭义理解,声称"交战方应尽量将其视为绝对例外,因免除一切捐税才是符合救济行动精神实质的唯一方式,且绝大多数情形下,这有利于受援国获取实质性利益"。ICRC GC IV Commentary, above note 17, p. 327.

〔81〕 《第一附加议定书》,第70条第2款。

〔82〕 见前注〔32〕。

〔83〕 See Fischer, above note 56, p. 36.

召对救济物品降低关税。作为其特权和豁免的一部分,政府间国际组织亦享有这些便利。[84] 有几项有关关税的法律文件适用于所有救济提供者,它们号召成员国采取一系列措施加速海关放行,并建议在灾难情形下去除限制与税收。[85] 然而,这些文件的适用具有地域或所辖事项的局限性。[86]

救济行动

为使人道救济提供者有效开展行动,仅仅允许其到达现场是不够的。影响此类救济行动的规制事项很多,这里只对其中的几项加以概述。

提供安全

正如上文所述,救济人员及(或)其受益者的安全是冲突情形下获取人道救济的主要障碍之一,冲突和灾难并发的情形中同样如此。[87] 不仅在允许进入受影响区域方面,而且当权力机构违背人道团体意愿强行提供武装护送队时,安全问题均可成为国内规制事项,后一情形下,人

---

〔84〕 例如,见《联合国特权与豁免公约》,1946 年 2 月 13 日,1UNTS 15。

〔85〕 See Revised Convention on the Harmonization and Simplification of Customs Procedures, 26 June 1999 (hereinafter Kyoto Convention), Specific Annex J. 5; Convention on Temporary Admission, 26 June 1990, Annex B. 9; Recommendation of the Customs Co-operation Council to expedite the forwarding of relief consignments in the event of disasters, Doc. No. T2 – 423 (1970) (hereinafter CCC Recommendation), all available at http://www. ifrc. org/what/disasters/idrl/publication. asp. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔86〕 For example, Specific J. 5 of the Kyoto Convention currently has only seven parties, and annex B. 9 of the Istanbul Convention refers only to equipment intended for re-exportation after use in disaster relief.

〔87〕 例如,在索马里,过去几年中严重的水灾、旱灾与再次爆发的冲突交织在一起。见红十字国际委员会,《2006 年年度报告》,2007 年 5 月,第 128 页。在持续的无法状态下,劫掠和海盗行为严重阻碍了向受影响人员提供食物和其他救济的努力。See, e. g., World Food Programme press release, "New pirate attack on aid ship: WFP urges high-level international action against Somali piracy", 21 May 2007; "Food shortages worsen as piracy slows aid delivery", *IRIN*, 6 December 2005.

道团体的意愿在于努力确保其中立性被接受。另一方面,当被请求提供安全支持而对这一请求设置障碍时,同样会产生相关问题。例如,据报道2004年海啸发生后,印度尼西亚武装部队随即向一些人道团体派遣了军事护卫队。[88] 同样,在缅甸对人道组织施加的诸多限制中,其中一项就是这些组织的所有国内通行都须同时征得几个部门的同意,并由一名政府官员随行。[89] 与这两例相反,在乌干达,政府曾要求那些请求武装护卫队将人道救济护送到国内流离失所者居住营的人道组织支付巨额费用,而这些费用对一些非政府组织来说是无力承担的。[90]

在"纯粹"的灾难救济情形下,安全绝不会引起如此关注。但也并非完全不需考虑,因为国际救济物品和人员经常作为财富来源而成为犯罪攻击的目标。如在危地马拉斯坦热带风暴过后,据报道救济人员就曾在运输救援食物的货车上遭到武装袭击。[91] 2003年一项对39个国家救济和发展工人的调查显示,即使对那些工作环境很少或根本不存在暴力威胁的工人而言,在他们报告的未能有效接触受益人的情形中,有百分之十五以上的障碍出自对轻型武器的顾虑。[92]

在国际性武装冲突情形下,《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》要求各缔约国"保证"对救济装运物资"予以保护",[93] 并"保护和尊

---

〔88〕 See Jim Gomez, "Indonesia requires aid escorts", *Deseret News*, 13 January 2005; Human Rights Watch, "Open letter to President Susilo Bambang Yudhoyono", 6 January 2005.

〔89〕 See International Crisis Group, "Myanmar: new threats to humanitarian aid", 8 December 2006, p. 9.

〔90〕 See Office for the Co-ordination of Humanitarian Affairs, "UN system response to the IDP situation in Uganda and recommendations for enhanced support to the national and local authorities, a mission report of the Internal Displacement Unit", August 2003, p. 3; Internal Displacement Monitoring Centre, "NGOs that access some of the camps without escort place themselves at considerable risk", August 2003, available at www. internal-displacement. org. (最后访问时间2007年7月3日)

〔91〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Legal Issues from the International Response to Tropical Storm Stan in Guatemala*, 2007, p. 35.

〔92〕 Ryan Beasley et al., *In the Line of Fire: Surveying the Perceptions of Humanitarian and Development Personnel of the Impacts of Small Arms and Light Weapons*, Centre for Humanitarian Dialogue and Small Arms Survey, 2003, p. 52.

〔93〕 《日内瓦第四公约》,第59条。

重”人道救济人员。[94] 据称这些规则不论在国际性还是内部武装冲突中都已取得了习惯法地位。[95] 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》(以下简称《联合国人员安全公约》)同样要求在国际和平与安全行动中缔约国应确保相关人员的安全,预防针对他们的犯罪和具有犯罪性质的攻击;然而,该公约仅适用于联合国和一些非政府组织的工作人员,这里所指的非政府组织行动的开展是在与联合国缔结的协议下进行的。[96]

《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》[97]将这些保护的适用范围扩展至了更为广泛的“提供紧急人道主义救助”的任务,[98]尽管它允许缔约方可“决定不”将该议定书适用于为应对自然灾害而进行的行动。[99] 然而,该议定书至今尚未生效,且当前仅有 10 个缔约国。[100] 其他一些关于救灾的全球性、[101]区域性[102]及双边层面[103]的条约亦要

---

〔94〕 《第一附加议定书》,第 71 条。

〔95〕 见红十字国际委员会习惯法研究,前注〔20〕,第 105 ~ 111 页。

〔96〕 见《联合国人员和有关人员安全公约》,1994 年 12 月 9 日,第 7、9 和 11 条,2051 UNTS 363。与此相似,在国际刑事法院《罗马规约》下,1998 年 7 月 17 日,2187 UNTS 90,第 8 条第 2 款第 3 项和第 8 条第 5 款第 3 项,不论在国际性还是非国际性武装冲突中,攻击人道人员和物资将被视为战争罪。尽管该条约并不要求缔约国将这些行为在国内法中确定为犯罪,但许多缔约国已这样做了,以使自己能够遵守条约要求。

〔97〕 《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》,2005 年 11 月 8 日,UN Doc. No. A/C. 6/60/L. 11 (2005)。

〔98〕 它还包括“建设和平”行动。同上,第 2 条第 3 款。

〔99〕 同上。

〔100〕 截至本文撰写时,缔约国有奥地利、博茨瓦纳、肯尼亚、列支敦士登、摩纳哥、荷兰、挪威、斯洛伐克、西班牙和瑞典。依照议定书第 6 条,在收到 22 份批准书后议定书开始生效。

〔101〕 See Nuclear Assistance Convention, above note 47, Article 3 (b); Framework Convention, above note 49, Article 4(a) (5); Tampere Convention, above note 44, Article 5(3).

〔102〕 See, e. g., Inter-American Convention, above note 55, Article 4 (c); ASEAN Agreement, above note 55, Article 12(2); see also Council of the European Communities Resolution, “Improving mutual aid between Member States in the event of a natural or technological disaster”, OJC 198, 27 July 1991, at 1, para. 4.

〔103〕 See, e. g., Abkommen zwischen der Republic Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über die Gegenseitige Hilfeleistung bei Katastrophen oder Schweren Unglücksfällen, 23 September 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 758, 1995, at 254; Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Cooperación en el Ámbito de la Prevención de Catástrofes y Asistencia Mutua en la Mitigación de sus Consecuencias, 14 June 2000, Article 9(c), Boletín Official del Estado 153/2001, p. 22942.

求受影响国承担义务,保护救济人员、物品和设备;然而,除了几个明显的例外,[104]它们仅适用于外国政府或联合国机构的人员。

关于人道团体拒绝不必要武装护送的权利,现行法律文件少有直接规定。然而,中立这一概念显然已被纳入国际人道法中,国家亦经常强调尊重中立的重要性。例如,1991 年联合国大会第 46/182 号决议就指出,"必须按照人道、公正、中立的原则提供人道主义援助"。[105] 而且,如上所述,提供强制护卫的要求容易成为人道人员移动自由的阻碍。

国际人道团体已在该领域为自己制定了一些应对冲突情形的行动指南,一致号召在最有限和最谨慎的情形下接受武装护卫,并只能将其作为最后的求助手段。[106] 作为其中之一的 2003 年《在复杂紧急情况下使用军事和民防资源资助联合国人道活动的指导方针》,亦"鼓励""在复杂紧急情况下进行救济或军事行动的会员国和区域组织……使用在此规定的原则和程序"。[107]

国内法律地位的承认

不论在冲突还是灾难情形中,对外国救济提供者——尤其是非政府组织和外国红十字会或红新月会——国内法律地位的承认是另一个常见的问题。所有国家在赋予"法人"法律人格前都要求其履行某一类型的登记程序。危机情形下,这些程序往往过于漫长或对国际团体而言不

---

〔104〕 See, e. g., Tampere Convention, above note 44; ASEAN Agreement, above note 55.

〔105〕 UN Doc. A/RES/46/182 (1991),附件,第 2 段。红十字国际委员会有关这方面的主张将通过其在《日内瓦公约》中的特殊地位而得到特别支持。例如,见《日内瓦第四公约》第 142 条(号召缔约国"尊重""红十字国际委员会在该方面之特殊地位")。

〔106〕 See, e. g., Inter-Agency Standing Committee, Use of Military or Armed Escorts for Humanitarian Convoys, 2001; Council of Delegates of the Red Cross and Red Crescent, Resolution 7, Guidance Document on Relations of Components of the Movement with Military Bodies, 2005.

〔107〕 机构间常设委员会,《在复杂紧急情况下使用军事和民防资源资助联合国人道活动的指导方针》,2003 年,第 18 段。一套被誉为"奥斯陆方针"的针对灾难情形、调整军民关系的行为准则也已由国家和人道团体共同制定。见 2004 年更新的《使用军事和民防资源救灾的指导方针》。然而,奥斯陆方针欲规制的是救济行动中对国际军事力量的直接运用,而未涉及武装护卫队。同上,第 43 段。

易协商。如在泰国,2004 年海啸后,外国非政府组织对其国内登记程序不甚了解,甚至在灾难发生数月之后,亦无法从官方渠道获取相关信息。[108] 与此相似,1998 年,据报道在科索沃的许多人道机构都因程序的复杂和漫长而放弃了寻求国内登记。[109]

而正式法律地位的欠缺可能会导致一系列后果。当权力当局基于临时性原因实施突然驱逐时,未登记的组织将显得尤为脆弱。而对此类驱逐的担心会导致救济提供者限制救济活动的安排和对受影响人员利益的倡导。[110] 未登记的组织有时还会在进行下列活动时遇到困难,如开设银行账号、[111] 运行广播通讯系统、[112] 雇佣员工、进行租赁、购买车辆和为工作人员获取签证,以及下面将要进一步讨论的获得免税[113] 等。

为避免此类问题,联合国机构和其他国际组织可要求适用有关特权和豁免的法律(如 1946 年《联合国特权和豁免公约》[114] 和 1947 年《专门机构特权和豁免公约》[115]),这些法律文件要求缔约国承认其法律人格。其他救济提供者,包括国家、红十字与红新月运动的国际组成部分及一些大的非政府组织,已通过双边协定解决了此类问题。然而,若危机发生前没有预先订立该类协议,在国际层面上,除了上述便利救援的一般性义务外,缺乏有关这一问题的指导方针。

---

〔108〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Legal Issues in the International Response to the Tsunami in Thailand (2006) (hereinafter IFRC Thailand Report), at pp. 13 – 14.

〔109〕 See Refugees International, above note 72.

〔110〕 See IFRC Thailand Report, above note 108, at 14; Human Right Watch press release, "Sudan: continuing blockade of humanitarian aid", 4 April 2006.

〔111〕 See IFRC Thailand Report, above note 108, at 19.

〔112〕 See Refugees International, above note 72.

〔113〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Report of the European Forum on International Disaster Response Laws, Rules and Principles, Antalya, Turkey, 25 – 6 May 2006, p. 4.

〔114〕 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, above note 84.

〔115〕 Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 21 November 1947, 33 UNTS 261.

行医资格

另一类型的登记问题与医疗服务相关。在合法行医之前,医生和其他专业医务人员通常被要求在国内注册,或由国内权力当局正式认可其持有的外国执业资格。同样,获得此认可的程序通常耗时而复杂,对危机反应情形中的医疗救济人员缺乏可操作性。例如,在泰国认可外国行医资格通常要花两年时间,而且条件之一是要求申请者通过泰语考试。[116]

但不论在灾难还是冲突情形下,医务人员经常与国内权力当局进行协商,并基本上得到了后者的容许。例如,在泰国 2004 年海啸发生后,有 32 支外国医疗队介入;[117] 美国卡特里娜飓风发生后,有一支加拿大市区搜救队获准进入新奥尔良提供医疗服务。[118] 然而,准许是有限度的。如在尼泊尔政府军与毛派叛军间的武装冲突中,实施救援活动的一个重要国际医疗非政府组织就曾被要求停止行动,理由是其工作人员缺乏被认可的执业资格。[119] 外国医务人员还会被置于承担民事处罚责任的危险境地。[120] 而且,对外国医疗介入欠缺某些临时监督措施还可能使受灾难影响人员承受不合格或不恰当治疗的风险。例如,2004 年海啸发生后,在斯里兰卡、印度尼西亚和印度,一些信仰疗法师小组就曾对受影响人员实施了其现代版的信仰治疗。[121]

日内瓦四公约及其《第一附加议定书》,以及一些更早的人道法公约,均有一些关于医务人员的通行及对其保护与尊重的专门条款。但这

---

〔116〕 See IFRC Thailand Report, above note 108, p. 16.

〔117〕 同上。

〔118〕 See Anne Richard, "Role reversal: offers of help from other countries in response to Hurricane Katrina", Center for Transatlantic Relations, 2006, p. 20.

〔119〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *IDRL Asia-Pacific Study-Nepal Laws, Policies Planning and Practices on International Disaster Response*, 2005, p. 28.

〔120〕 See Richard, above note 118, p. 20.

〔121〕 See, e. g., Peter Goodman, "For tsunami survivors, a touch of Scientology", *Washington Post*, 28 January 2005; International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report* 2005: *Focus on information in disasters*, 2005, p. 93.

些规定仅涉及冲突一方所派的医务人员和其他特定国内医务团体,包括经认可的国家红十字会和红新月会。[122] 另一方面,《第一附加议定书》第 71 条概括性地提到了国际救济人员,并要求接受救济方"在必要时"承认他们、尊重和保护他们,并协助其执行任务。该条还进一步规定"只有在迫切的军事必要的情形下,才能限制救济人员的活动,或暂时限制救济人员的移动"。红十字国际委员会对该条的评注指出,"虽未明确提及医务或准医务人员的参与,但亦未将其排除在外,该事项显然应从积极的角度来理解。卫生和营养方面的专家、护士甚或医生,即使不能提供至关重要的、也能提供有用的额外帮助,而提供何种帮助要取决于救济设备和当地的相关人员"。[123] 因注册要求不能被视为"迫切军事必要",因而可认为第 71 条不得被用来阻碍医务救济人员的行动。

然而,除此规定外,这依然是又一个欠缺具体国际指导的领域。例如,有关认可外国资格证书的现存条约只是间接提到了医疗资格,并且这些条约没有针对危机作出相关规定。[124]

税收

除了关税,人道救济的税收方面同样存在立法空白。灾难情形下的救济提供者(尤其但不仅仅是对未登记的人道组织而言)通常须承担增值税,有时这些税款可能数额巨大,特别是从当地购买救济物品和服务

---

〔122〕 例如,见《日内瓦第一公约》,第 24 ~ 26 条;《日内瓦第四公约》,第 17、56 条;《第一附加议定书》,第 8 条第 3 款(这些款项专门对"医务人员"予以了界定)和第 15 条;ICRC Customary Law Study, above note 20, pp. 81 – 3(关于医务人员的界定),and Vol. II, pp. 453 – 6(汇编了 1864 年、1906 年和 1929 年各《日内瓦公约》的相关规定)。

〔123〕 See ICRC AP Commentary, above note 19, p. 833.

〔124〕 See, e. g., Regional Convention on the Recognition of Studies, Certificates, Diplomas, Degrees and other Academic Qualifications in Higher Education in the African States, 5 December 1981; Council of Europe/UNESCO Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, 11 April 1997, both available at http://www. unesco. org. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

而非从国外进口时尤为如此,而这正是资助恢复中经济的一项重要手段。[125]

冲突情形下的人道救济也被施加了各种税费,有时即使从国内法的角度看,这些税费亦比率过高、合法性令人质疑。[126] 不论是对救济提供者还是救济受益者,反叛团体的"课税"都很常见。[127] 1999 年国际协会联盟进行的一项关于非政府组织的调查就显示,军事检查站(不论"公有"还是"私有")的拖延及其付费要求是人道通行最常见的障碍之一。[128]

如上所述,联合国等国际组织的特权和豁免中包括了绝大多数赋税的免除。[129] 对它们而言,日内瓦各公约有关税收的规定似乎主要针对的是关税义务和其他与进口相关的费用。[130] 但《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》同时作出规定,缔约方除在"紧急必要情形下"为了有关人员的利益,"不应以任何方式将救济物资移作原来目的以外的用途"。[131]

---

〔125〕 See, e. g., Tom Wright, "Tax snarls relief for Aceh", *Wall Street Journal*, 19 January 2007.

〔126〕 See, e. g., Transparency International, "Mapping the Risks of Corruption in Humanitarian Action" (July 2006), pp. 22 – 3; "Aid blocked as the Taliban demand 'tax'", *Daily Telegraph*, 12 October 2001.

〔127〕 在苏丹南北战争期间,据报道苏丹人民解放军向人道援助的受益者征收了名为"tayeen"的赋税以供养其士兵。See Human Rights Watch, *Famine in Sudan: The Human Rights Causes* (1998); Humanitarian Policy Group, "The Agreement on Ground Rules in South Sudan", Study 3 in *The Politics of Principle: The Principles of Humanitarian Action in Practice*, March 2000, p. 55.

〔128〕 See Mario Bettati, "Protection for non-governmental organizations on hazardous duties: reports of the results of a UIA survey", *Transnational Associations/Associations transnationales*, Vol. 3 (1999), pp. 118 – 32.

〔129〕 例如,见《联合国特权与豁免公约》,前注〔84〕, s. 7。

〔130〕 如上所述,《日内瓦第四公约》第 61 条号召对救济品应豁免"一切捐、税和关税",但对术语"装运物资"的使用及条款的上下文似乎表明,它主要指的是从受影响国境外运入的救济品。与此相似,《日内瓦第四公约》第 23 条和《第一附加议定书》第 71 条号召的也是救济"装运物资"的自由通过。

〔131〕 例如,见《日内瓦第四公约》,第 60 条;《第一附加议定书》,第 70 条第 3 款。

有关救灾的几个多边条约和一系列双边条约[132]也提到了除关税外的普通税收。例如,《核事故或辐射紧急情况援助公约》规定,"请求国应对给予援助方的人员和代表其行事的人员履行其援助职务免除征税、关税或其他课征,但通常计入商品或劳务价格内之税捐除外",[133]《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》规定,救济组织和人员应被"在履行其援助职务方面,或对于为了依照本公约提供电信援助的目的运入请求国境内或在该国境内购买的设备、物资和其他资产,除了正常包括在货物或服务价格以内的之外,免于课税(包括关税)或其他收费"。[134] 然而,现行救灾法中对该问题还没有一项涵盖所有类型灾难和救济提供者的一般性规则。

对协作与救济质量的规制

协作与救济质量是国际救灾行动中最常论及的话题之一,冲突情形下它们同样会受到关注。这些事项与国际救济团体规模的扩大和类型的增多有关。

例如,在 1996 年,由 1994 ~ 1995 年在卢旺达提供紧急救援的捐赠者和人道组织联合开展的一项评估曾指出,至少有 7 个联合国机构、8 支军事力量、几个红十字/红新月运动的成员、250 个非政府组织和 20 个捐赠组织介入了众多的协作事项。[135] 虽然报告未对所有此类行为者作出明确评定,但它指出,尽管绝大多数非政府组织的行为给人们留下了深刻的印象,但"仍有一些以非专业和不负责任的方式行事,不仅造成

---

〔132〕 See, e. g., Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Belarus Regarding Cooperation to Facilitate the Provision of Assistance, June 18, 1996, Article 1, available at http://www. ifrc. org/idrl. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔133〕 Nuclear Assistance Convention, above note 47, Article 8.

〔134〕 Tampere Convention, above note 44, Article 5.

〔135〕 Overseas Development Institute, Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda: Study Ⅲ – Principal Findings and Recommendations, June 1996, pp, 18 – 21.

了重复工作和资源浪费,还可能会造成不必要的人身伤亡"。[136] 近期,一项针对 2004 年海啸国际应急反应的更大规模的联合评估,以警告的方式指出了国际组织的剧增及其导致的不良后果,这些后果包括救援工作的竞争与重复及向受影响国送来的大量不需要和不适当的援助,如过期食品和药品、用过的衣物及许多其他给当地救济组织带来实际负担的物品。[137]

灾难情形下,人们期望受灾难影响的国家能对国际救济起引导作用。联合国大会第 46/182 号决议就曾指出,"受灾国在其境内发起、组织、协调和执行人道主义救援方面起主要作用"。然而,某些情形下,受灾国对国际救济物资及其提供者采取的是"敞开大门"和"撒手不管"的政策,从而造成了不平衡和不协调的国际行动。例如,2003 年巴姆地震后,对潮水般涌入的国际非政府组织,伊朗政府几乎没有采取控制措施,而其中一些非政府组织运来了质量低劣的物资,无法开展所承诺的活动,甚至还要求伊朗红新月会向它们提供食物和住所。[138]

在冲突情形下,期望有所不同。国际人道法认可并努力平衡武装冲突各方希望在紧张氛围下对人道援助行使过分控制的强烈欲望。如上所述,各方可基于自身安全和预防救济物资的军事征用等几个受限制的因素对入境加以制约。确保最佳协作与高质量的人道救济并不在这些因素之内。《第一附加议定书》第 71 条还指出,救济人员的参加"须经这类人员履行其职责所在地一方的同意",并不得"超越本议定书所规定关于其任务的条件",但对人员资质未做额外的具体说明。《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》均以非穷尽方式列举了救济物资的潜在类型,[139] 并概括指出,救济行动应"专门属于人道主义和公正性质而

〔136〕 同上,第 23 页。

〔137〕 See TEC Synthesis Report, above note 76, pp. 52 – 7.

〔138〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Operations Review of the Red Cross Red Crescent Movement Response to the Earthquake in Bam, Iran*, 2004, p. 34.

〔139〕 例如,见《日内瓦第四公约》,第 23 条;《第一附加议定书》,第 69 条。

不加任何不利区别”,[140] 但对救济质量未做额外说明。尽管这些规定不大可能被解释为禁止国家进行一些极为有限的质量控制(如确保输入的药物没有过期以免危及公众),但也算不上是在该领域进行的一项全面努力。

不论灾难还是冲突情形中,与救援协作和救援质量相关的主要国际法律文件都是不具拘束力的行动指南。[141] 这些包括联合国大会 1991 年的第 46/182 号决议和 2002 年的第 57/150 号决议、《国际红十字与红新月运动和非政府组织灾害救济行为守则》[142]、《关于救灾中人道章程和最低标准的全球项目》[143]、《国际搜救咨询团行动指南》[144] 和 2003 年《良好人道捐助原则与实践》。[145] 这些行动指南主要针对的是国际救济团体自身而非受灾国。

冲突和灾难的混合情形

武装冲突中高度紧张的局势会引起特别难以解决的规制问题,而当自然灾害与武装冲突或与紧张军事局势并发时,同样的高度紧张局势亦会导致障碍增多。如在斯里兰卡,尽管 2004 年海啸刚发生的一段时间

---

〔140〕 见《第二附加议定书》,第 18 条第 2 款;还可见《第一附加议定书》第 70 条第 1 款的相似措辞。

〔141〕 其中的一个例外是 1999 年《粮食援助公约》(the Food Aid Convention of 1999),该公约对食品捐赠国施予了一些有拘束力的义务,这些义务既涉及其所提供食品的质量,也涉及其实施食品援助计划的方式。

〔142〕 Available in the IDRL Database at http:// www. ifrc. org/idrl. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔143〕 *Sphere Project Humanitarian Charter and Minimum Standards in Disaster Response*, 2004 edn, available at http://www. sphereproject. org/. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔144〕 The Guidelines are available at http://www. reliefweb. int. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

〔145〕 See Meeting Conclusions, International Meeting on Good Humanitarian Donorship, Stockholm 16 – 17 June 2003, available at http://www. reliefweb. int/ghd. (最后访问时间 2007 年 7 月 3 日)

内救济提供者的入境相对自由,[146]但自从与泰米尔伊拉姆猛虎解放组织间的冲突重新爆发后,实施中的援助项目受到了诸多限制。[147]

不可否认也存在相反的例子。如2005年10月巴基斯坦地震后,巴基斯坦和印度之间达成了一项历史性协议,允许有限的救济在双方重兵部署的边界地带通过并允许平民穿越重兵把守的边界。[148] 更引人注目的是,2004年海啸袭击印度尼西亚的亚齐后,几乎完全禁止人道进入的命令显然放宽了。[149] 然而,即使在这些例子中,与冲突相关的高度紧张局势的影响也显而易见。在巴基斯坦"开放"的过境点上存在明显的拖延、愤怒的抗议和严格的控制。[150] 在亚齐开展人道行动的早期,尽管存在自由亚齐运动的单边停火,人道团体的通行和行动依然受到了军方的严格控制。[151]

无论如何,这些混合情形应由国际人道法调整是确定无疑的。因在武装冲突情形下适用应允许和便利获取人道救济相关规则的根本原因在于,缺乏"必要供给"所产生的平民居民的需求。[152] 实施条款中未列

---

〔146〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Legal Issues in the International Response to the Tsunami in Sri Lanka*, 2006.

〔147〕 See Anuj Chopra, "Aid workers in Sri Lanka face escalating risk and red tape", *Christian Science Monitor*, 27 September 2006.

〔148〕 See Pakistan, "India agrees to open disputed Kashmir border", *International Herald Tribune*, 30 October 2005.

〔149〕 See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Legal Issues in the International Response to the Tsunami in Indonesia* (publication pending) (hereinafter IFRC Indonesia Report), pp. 7 – 8.

〔150〕 See, e. g., Zeeshan Haider, "India delays border crossing as disease spreads", Reuter, 10 November 2005; Nilofar Suhrawardy, "Angry survivors slam delay in opening Kashmir border", *Abab News*, 26 October 2005.

〔151〕 See IFRC Indonesia Report, above note 149, pp. 7 – 8; International Crisis Group, *Aceh: A New Chance for Peace*, Asia Briefing No. 40, 15 August 2005, p. 4.

〔152〕 见《日内瓦第四公约》第59条;《第一附加议定书》,第70条;《第二附加议定书》,第18条;还可见红十字国际委员会习惯法研究,前注〔20〕,第193页。对上述条款准备文件的查阅表明,文本讨论过程中并未谈及产生人道需求的具体原因。

出引发这一需求的具体原因。[153] 因而通过对这些条款通常含义的解释,[154] 可得出结论认为,救济需求是基于自然力量而非因正在进行的冲突产生,这一事实并不改变各方在冲突情形下的相关救济义务。与此相似,《日内瓦第四公约》中规定占领国自身应提供食物和其他必需品义务的第 55 条并未提到产生需求的具体原因,《日内瓦第四公约》第 56 条规定占领国负有保证并维持医院和医疗服务的义务,包括"采取并实行扑灭传染病与流行病传播所必要之预防及措施",该条亦未提及产生这些疾病的任何与战争相关的原因。[155] 此处的特点是首先关注平民的潜在需求,而这一特点与这些条约的整体目标与宗旨完全相符。[156]

这一含义清晰的解读还有利于规则的可操作性,因为常常难以查明究竟何时可认为武装冲突是导致供给缺乏的直接原因。例如,庄稼歉收引发的饥荒可能要同等地归因于气候干旱和与冲突相关的不安全干扰了田间耕作。而且,冲突方阻碍对平民救援的企图将不会因造成平民困苦的原因不同而发生实质性改变;害怕敌方获得潜在利益的担心依然存在。

---

〔153〕 值得提及的是,《日内瓦第四公约》第 13 条指出公约第二部分规定之目的在于"减轻战争所致之痛苦"。然而,此处讨论的《日内瓦第四公约》有关救济的条款中,只有第 23 条隶属于第二部分,该条(与第 59 条形成对照)未提及任何关于给养不足的先决条件。而且,若获取受灾救济时遇到的障碍主要源于武装冲突的存在,那么这些障碍就很有理由被认为属于"战争所致之痛苦"。

〔154〕 见《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties),1969 年 5 月 23 日,1155 UNTS 311,第 31 条(规定"条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨的通常意义,善意解释")。

〔155〕 1947 年的政府专家委员会在研究日内瓦各公约的初步草案时曾指出,战争期间的流行病可能因各种原因引起。红十字国际委员会的这一背景信息就可说明问题。See Documentation Préliminaire Fournie par le Comité International de la Croix - Rouge, Commission d'Experts Gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victims de la guerre, Genève, du 14 au 26 avril 1947, p. 25 ("Au cours de la guerre de nombreux pays occupés ont souffert cruellement de la famine ou de la sous-alimentation. Des épidémies terribles ont ravagé des territories entiers et cela en raison du manque de médicaments et d'hygiène, des conditions défavorables de vie, de la misère, du froid").

〔156〕 正如红十字国际委员会有关《日内瓦第四公约》第 55 条(关于占领国向平民提供食物和供给品的义务)评注所指出的那样,该条"反映了战争法传统理念的可喜回归,依照该理念,交战方努力摧毁的是敌国权威而非个体的人"。红十字国际委员会日内瓦第四公约评注,前注〔17〕,第 309 ~ 310 页。

结语

灾难和冲突情形中的规制障碍常常表现为相同的形式。而且,两种情形中它们都可构成向紧急需求的人们提供有效和迅速救济的主要障碍。

在国际性武装冲突中,国际人道法对获取人道救济规定了较为严格和具体的规则。国内权力当局应承担的关于启动救济、人员入境、海关放行和救济物资的关税、安全与赋税等义务,基本上不存在疑问。而对于诸如外国救济组织或外国医务人员行医许可证的登记等未予明确规定的事项,应便利救济行动这一牢固的一般性义务表明,必须寻求适当的协调。

就《第二附加议定书》非常零散的规定而言,其并未对内部武装冲突中的此类问题做出同样明确的规定。然而,已有人主张,不论从对议定书文本的解释还是对习惯法发展的分析来看,二者所适用的应便利获取人道救济的整体义务是相似的。

相反,除了从人权规范中可得出应确保受影响人员的需求得以满足这一一般性义务(和一些接近难民的具体规则)外,可适用于灾难中救济行动的国际法显得支离破碎。尽管在各种国际救灾条约中存在一些有用的规定,但因缺少国家批准或定位于单一领域(如电信)或单一灾难类型(如核事故),其范围往往具有局限性。最重要的一些软法性法律文件,如联合国大会第 46/182 号决议,则倾向于对上述规制问题仅规定最为一般的行动指南。

行动环境亦存在很大差异。人们早已认识到了冲突情形(及冲突和灾难的混合情形)下救济行动周遭的极度紧张局势,特别是考虑到武装冲突各方希望削弱被视为敌方潜在支持(或有助于敌人)的平民居民的动机,情况尤其如此。与此相应,冲突情形中的规制障碍经常被认为是欲意阻碍或操纵救济。在这一背景下,就应以充满怀疑的眼光来审视对获取国际救济设置的任何障碍。

另一方面,在灾难情形中,当国家需要国际救济时往往会同意其入境,国际与国内救济团体间的整体氛围更像是一种相互支持关系。尽管规制障碍偶尔也会是有意设置的,但更多情况下这些障碍是由具有中性的国内法律法规规定不完备所造成的。在这样的背景下,人们可能期望,相关方的协商足以解决绝大多数问题。然而,随着国际灾难救济团体规模的扩大,已逐渐形成共识,认为这种一事一办的方式不能提供令人满意的解决途径。当然,这也是从 2004 年海啸中所汲取的主要教训之一,[157] 各个国家从美国[158] 到巴基斯坦[159] 近来都已承认,对这些事项缺乏国内立法影响了其引导国际救济的能力。

路在何方?对冲突情形而言,在传播、教育和倡导与国内规制障碍相关的国际人道法规定上,仍有工作要做。尤其是非政府组织,若其自身不能主张与国际组织相同的特权与豁免,就应更熟知日内瓦各公约和习惯法中有助于它们进行协商以接近受援人员的相关规定。尽管有关内部武装冲突的规则可更为明晰,但当前让国家重新探讨这些问题不大可能取得比 1977 年《第二附加议定书》第 18 条更丰硕的成果。

关于质量与协作事项,冲突中的国家通常并不处于有效和公正保障者的位置。如上所述,这部分地归因于其在国际人道法下预先存在的便利救济的义务(这些义务除了最低限度的控制外并未意图对其入境施加

---

〔157〕 See TEC Synthesis Report, above note 76, p. 115; see also United Nations Secretary-General's Special Envoy for Tsunami Recovery, William J. Clinton, Lessons Learned from Tsunami Recovery: Key Propositions for Building Back Better, 2006, p. 8. ("有所准备不仅单指救济反应而言,它还要求在重建房屋和学校、恢复收入流程、训练工人参与重建、激活为使物资入境而迅速清理港口与海关的程序等方面,预先确定与一系列利益相关者共同工作的方式……在国内和国际层面发展法律架构以便利预先准备和应急反应至关重要")

〔158〕 United States General Accountability Office, Hurricane Katrina: Comprehensive Policies and Procedures are Needed to Ensure Appropriate Use and Accountability for International Assistance, Doc. No. GAO - 06 - 460(2006).

〔159〕 See the remarks of Major-General Farooq Ahmed Khan, Chairman, Prime Minister's Inspection Commission in International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Report of the Asia-Pacific IDRL Forum, December 12 - 14, 2006, Kuala Lumpur, Malaysia, p. 4.

条件),部分地归因于其作为冲突方处于利益相关方的位置。因而国际社会应在这方面加倍努力,包括传播和使用《国际红十字与红新月运动和非政府组织灾害救济行为守则》与《环球标准》等。

相反,受灾难影响的国家既没有受到法律限制,也不存在潜在的偏见致使其用国际规则规制国际救济的质量时无法发挥建设性作用。[160] 事实上,有几个国家已有所作为了。[161] 因而,对这些规则及与规制障碍相关的现存国际法的传播、教育和倡导仍可在灾难情形中发挥重要作用。然而,就相关法律文件的分散性而言,一些人认为归纳相关规则将是有益的。为达到这一目的曾进行过相关努力,方式是通过制定一项关于灾难救济的全面性条约,但这些努力并不成功,这条道路上的政治障碍依然难以克服。[162]

考虑到这些情况,红十字会与红新月会国际联合会当前正与国家及人道行动参与者协商,发展一套不具有拘束力的"便利和规制国际救灾和初期重建援助的国内指导方针",该指导方针所关注的将仅仅是适用于灾难的有关国内法内容。指导方针将汇编当前与普遍规制问题相关的分散国际规则,以为国家在灾难袭击之前发展自己的法律提供资源。方针将建议国家:(1)当接受国际救济提供者的帮助时减少针对它们的潜在官僚性障碍;(2)为最低质量保证与国内救济努力间的协作及互补设定条件;(3)充分尊重人道团体的独立、中立和公正性。尽管在这些

---

〔160〕 《环球标准》(the Sphere standards) 明确"邀请其他人道团体,包括国家自身,采纳这些标准作为经接受的规则"。见《环球项目》(Sphere Project),前注〔143〕,第 19 页。

〔161〕 例如,见《红十字与红新月国际联盟关于斯里兰卡的报告》,前注〔68〕,第 32 ~ 33 页(指出斯里兰卡为海啸过后的重建已采纳了《环球标准》)。

〔162〕 See David Fidler, "Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6 (May 2005), p. 458. 然而,应予提及的是,国际法委员会已决定将该议题纳入其工作计划,这可能促成其在全球层面的进一步发展。See Report of the International Law Commission, 58th Sess. (1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006), UN Doc. No. A/61/10 (2006), p. 464. See also International Law Commission Daily Bulletin, 59th Session, United Nations Office at Geneva, 1 June 2007. [指出"委员会决定任命巴伦西亚·奥斯皮纳先生(Mr. Valencia Ospina)为'灾难中对人员的保护'这一议题的特别报告员"]

目标之间存在某些此消彼长的可能性,但在灾难情形下它们不应是不可调和的。为了受影响人员的利益而协调双方的合法需求,在这方面取得成功还有很长的路要走。

编者按:酷刑

对于罗马时代的奴隶而言,酷刑是法庭上的惯例。只有从酷刑中得到的奴隶供述方被认可,因为人们不相信他们会主动说实话。在中世纪及之后的一段时间里,由宗教法庭实施的酷刑臭名昭著,甚至到 18 世纪,让毫无还手之力的人遭受极度痛苦还是在司法质询或审判时从犯罪嫌疑人或被告口中获得证词或供述的合法手段。人们对此并无质疑,他们通常会想当然地认为无辜的人是不会受到起诉的,而且凡是出现在酷刑室的人最终都会受到应有的惩罚。

酷刑逐渐被禁止是对一致认为酷刑和不人道待遇是不道德、令人反感并有损人格尊严之理性意见的响应。1948 年的《世界人权宣言》规定:"任何人不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。"如今,无论是在人权法还是人道法,国际法还是国内法中,对酷刑和其他形式的残忍、不人道或有辱人格待遇的绝对禁止都是最基本的个人权利。

即使文化宗教团体和政治派别在反对酷刑和不人道待遇的程度上有所差别,但却一致认为此类行为通常是不道德的并应予摒弃。根据 BBC 世界服务频道一项针对 25 个国家 27,000 多人所做的民意测验表明,世界上大多数人都反对酷刑,即便酷刑的目的是获取情报,从恐怖活动中挽救无辜生命。该项民意测验显示,59% 的世界公民不愿在人权保护方面做出让步,而 29% 的人认为,为了与恐怖主义作斗争,应允许政府在一定程度上使用酷刑。在几个曾经遭受过恐怖袭击或政治暴力的国家中,禁止酷刑的呼声相对较低。然而,没有国家会标榜其允许使用酷刑的政策,即使该国政府官员在普遍实施酷刑而最高当局对此心知肚

明,特别是在安全考虑胜过其他一切价值的独裁政权中。

酷刑通常被认为是不人道待遇的严重形式。在法律上,该术语常常被用于表示以获取情报或供述为特定目的的不人道待遇。除联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》和《美洲防止和惩治酷刑公约》外,其他国际条约并不通过规定不同的法律后果而对酷刑和不人道或有辱人格的待遇加以区分。特别是在人道法中,所有构成酷刑或给身体或健康造成巨大痛苦的行为都是不人道待遇,均应受到禁止并处以刑罚。欧洲人权法院区分符合酷刑定义的形式和其他不人道待遇形式的理论的确影响着上述联合国公约,但在如今的欧洲国家实践中,这一区分已变得不那么重要了,因为现在所有形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇都被绝对禁止,而无论它们是否构成了酷刑。如何强调对一切不人道方式的全面禁止都不足为过。

尽管有国际法律的禁止,但世界大多数国家中依然会发生酷刑。一般来说,酷刑的主要目的是击垮受害者的意志,次要目的是惩罚相关人等。个人、团体或国家官员都可能使用酷刑要挟或强迫他人或者得到情报。与人权法不同,根据国际人道法的规定,判定是否构成酷刑不一定要求政府官员或其他执政者在场。根据国际刑法的规定,认为个人对于其以国家名义或代表国家实施的行为可免予刑事责任的“国家行为说”无论如何都是站不住脚的。

酷刑违反了对个人应享有何种待遇的基本理解,也违反了条约和规约。酷刑让每个人都感到恐惧和孤立,也会使一个群体分崩离析。尽管所有国家中的所有作奸犯科者都断然否认实施过酷刑,但是,即便是在民主社会中,在人们认为自己正遭受威胁的时候,也会再度出现为酷刑和不人道待遇暗中辩护的现象。对酷刑(而不是残忍、不人道或有辱人格的待遇)在法律上由何构成的解释以及对在所谓“高度强制”、“强化”或“深入”审讯中应允许使用哪些措施的考虑,取代了对酷刑和不人道

待遇旗帜鲜明地反对。对酷刑的狭义解释致使其禁止性规定变得几乎毫无意义。此类荒谬的解释在一个声名狼藉的备忘录中发挥到了极致,该备忘录认定了除会导致如下痛苦的所有审讯措施,即“强度相当于因严重身体伤害、器官坏死、身体机能损害甚或是死亡而引发的痛苦”,这样就可能认可了拔除脚趾甲的行为。一旦授权审讯者开始照这样的路走下去,那离酷刑就不远了。

然而,大多数审讯者都试图使用旨在造成最大程度的心理影响而只在身体上留下最少伤痕的方法。不过,对人心理健康造成极度影响的非肉体手段显然也同样被禁止。的确,心灵创伤毫无疑问会比肉体伤疤更深重也更持久。只有当所采取的措施(单独或作为整体地)构成残忍、不人道或有辱人格的待遇甚或就是酷刑时,才需要考虑禁止何种待遇的问题。虐待必须达到最低的严重程度,且对其的评估显然关乎并取决于案件的所有情况。全面评估与背景有关,在不同的文化和宗教背景下,同样的措施对受害者的影响可能会有所不同。

许多政府很可能在倾向于强调其不诉诸酷刑政策的同时,却想不闻不问并避免对所指控的酷刑进行调查,从而无须使其合法化或制度化。它们采取的另一种做法是将酷刑“外包”,换句话说,就是如果转移犯罪嫌疑人的国家在其本国法庭上无法举出充分的证据证明其有罪,从而将他们“特别引渡”至可能会使其受到“强化审讯”或能够将其定罪的第三国的做法。通过在第三国实施酷刑而获得的情报对于这些国家也有用武之地。尽管这样收集的情报通常无法在法庭上作为证据,但还是很有可能被用于反恐目的。即便存在“不推回”情形中常涉及的被转移者不会遭受酷刑的外交保证,但也往往只是留于纸面。所有这些做法都表现出了对他人使用酷刑的宽恕。更糟的是,不同国家审讯专家之间的合作经常导致为在极端情况下获得“成果”的不人道且非法的做法“转战”他国,从而进一步侵蚀普遍禁止酷刑的基础。

还有一些人确实认为可以在极端紧急的情况下批准实施酷刑。根

据此观点,除真正紧急的情况,特别是当政府认为国家已处于“生死存亡的关头”时(借用国际法院在考虑一项不同的且最具破坏力之措施——诉诸使用核武器——的合法性时所使用的字眼),此禁止性规定应受到尊重。大多数武装冲突显然构成极端的紧急状况或威胁到一国的生死存亡,但令人惊讶的是,关于(重新)证明酷刑正当性的讨论只是在所谓的“反恐战争”中才再次出现,主要涉及在定时炸弹随时可能爆炸,要求采取极端措施保护社会的情况下,对恐怖嫌疑分子是否可能施以酷刑的问题。如果存在因未采取一切挽救措施(包括对嫌疑人实施酷刑)而导致 10 万人丧生的可能,那么在决定应保护哪些价值时,任何人的态度当然都可能发生转变。在此类情况下,许多政府可能会轻率地给酷刑以例外授权。然而,这种假设的情形更可能发生在理论而非现实中。此外,国家为获得情报批准对被拘留者施加“适度身体压力”则会面临酷刑标准不断下滑的危险。这样的话,所涉的情形和受不人道待遇的人数都会日益增加,最终,酷刑甚至可能成为应对一切所觉察到之威胁的普遍手段。一旦放松了使用暴力的心理防线,同时对此类行为在道德和法律上的禁止被削弱,那么就打开了从施加心理压力到“适度身体压力”并最终通往酷刑的大门。在酷刑合法化的制度中,就更不可能对实施酷刑加以节制了。

虽然酷刑和不人道待遇换来了短期的战术胜利,但却是以长期的战略胜利为代价的。这种做法无论带来怎样的利益,都会从根本上使社会和政治制度蒙羞:对自由制度及人道法和人权基石的败坏、不公正和损害是毁灭性的。应绝对禁止酷刑和不人道待遇,即使是在最糟糕的情况下,这种禁止性规定也不得被克减。

主　编

托尼·普凡纳

阿卜杜勒·哈米德·阿法纳博士访谈*

张耀中**译

摘要

阿卜杜勒·哈米德·阿法纳博士,文学硕士、法哲学博士,酷刑受害者国际康复理事会主席,加沙社区精神卫生项目组织(成立于1990年,采取以社区为基础的方法治疗精神卫生问题的非政府组织)培训与研究部主任;杰苏尔组织(Jesoor)董事会主席,该组织旨在为创伤和践踏人权行为的受害者开展社会康复工作。阿法纳博士毕业于挪威奥斯陆大学,是一位心理医生,对酷刑受害者康复工作具有丰富经验。阿法纳博士的学术观点是:心理卫生和人权密不可分,心理卫生从业者有责任促进社会的发展,并通过卫生搭建和平之桥。他也是社会心理卫生与人权硕士学位国际委员会的创立者和前任主席,同时还是卫生和人权领域内许多国家、区域性及国际性组织与专业机构的成员。通过在麦吉尔大学对跨文化精神病治疗法的学习,阿法纳博士分析了长期冲突中创伤经历的社会表象、含义及治疗方法。

您在保护酷刑受害者的工作中是否会区分酷刑和残忍、不人道待遇?如果会,那么如何来区分这两个不同的概念?

谈到酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇的区别时,一般来讲,酷刑是对人权、人格完整和人格尊严更严重的侵犯。

---

* 采访者托尼·普凡纳,红十字国际评论主编,采访于2007年9月12日。

** 中国人民大学国际法硕士研究生。

我个人认为,酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇主要有三点区别。第一点,正如大家所熟知的,是受害者所遭受痛苦的严重性和剧烈程度。从政治和法律的角度来看,这是一个灰色区域,因为对于残忍、不人道或有辱人格待遇到怎样的程度即可构成酷刑,还没有一个明确的界限。要对精神痛苦做出评估就更加困难了。事实上,最近的研究表明,侮辱和侮辱性待遇,例如恐吓和其他精神操控所带来的长期影响,都近似于肉体上的酷刑。

第二点和第三点区别是联合国人权委员会酷刑问题特别报告员曼弗雷德·诺瓦克(Manfred Nowak)所强调的。他认为,从法律意义上看,酷刑的目的通常是获取情报和强迫认罪——但并不是所有的酷刑都具有该目的。无论怎样,执法者必须致力于在合法的讯问目的和干涉人权与人格完整之间找到一个公正的平衡点。另一点区别,就是无能为力的处境。犯罪者使受害者处于一种无力反抗的境地,这通常意味着对其人身自由的剥夺和对其人身的完全控制。这就使得受害者极易遭受任何形式的肉体和精神酷刑。因此,只要此人还处于该执法者的直接控制下,使用身体和精神方面的强制措施就极具伤害性。

然而,必须强调的是:在任何情况下,酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇都是被绝对禁止的。

根据您的经验,受害者是否能区分酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇?您能否向我们举例说明实施酷刑的方法?

他们一般都会认为自己遭受了酷刑,但在向我们讲述他们经历时并没有区分酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇。他们的遭遇很大程度上与他们的个人背景有关。例如,在西方国家,我们接触的很多人都是难民。他们向我们讲述了很多形式的酷刑,包括肉刑、鞭打、精神强制、侮辱性待遇以及遭受其他的强制和压迫。其他人,例如被关押者,也抱怨他们遭受了酷刑,尤其是在羁押所进行的讯问过程中。他们所描述的行为通常是较为明显的酷刑。在我的经历中,最常见的控诉,就是我们常说的"巴勒斯坦式"捆吊,即将被关押者的手臂绑在其背后,然后用绳

子绑在其手腕处将其吊起。他们还进一步控诉,说不让他们睡觉,蒙他们的眼睛,持续让他们听巨大的噪音并用强光照射。

您所提及的酷刑既包括肉体酷刑也包括精神酷刑。

肉体酷刑是前几个世纪和过去几十年中所惯用的,不过现在也仍然在使用。精神酷刑是近来才出现的一种新方式。也许在将来还会出现文化酷刑。

精神酷刑旨在使受害者屈从于酷刑实施者所营造的另一个世界中。它是一种深入的、难以根除的创伤性的改造行为。不幸的是,心理学家常常通过剖析被拘留者的心理和参加讯问被拘留者,以及将信息反馈给讯问者而参与到制定和执行审讯策略的活动中。一个著名的例子是据称在关塔纳摩,根据心理学家的意见和建议,使用了生存、躲避、抵抗和逃脱讯问技术(SERE)。医务人员的参与令人堪忧,因为他们的职业是要努力保护那些与他们职业息息相关者的福祉与权利。

回到精神酷刑的定义上来:精神酷刑影响持久并且十分严重。它旨在引起受害者的精神衰退。衰退主要是一种对极度焦虑和压力的反应并且导致行为功能的缺陷。受害者开始丧失应对复杂情况或者处理人际关系的能力。这会产生长期的不良影响。受害者觉得无助、无能为力并且丧失自尊。事实上,精神酷刑就是旨在向人们灌输一种愧疚和羞耻感。所有这些真切的回忆,都会进一步导致创伤性应激障碍。很多学者的著述中都对这种创伤进行了广泛的讨论。

您能否对创伤以及您在酷刑受害者中发现的典型症状进行更详细的阐述?根据您的临床经验,精神酷刑的长期影响是什么?

正如我前面所讲的,精神酷刑往往比肉体酷刑更加严重,持续时间更长。问题是,通常很难发现这种酷刑,因为公共卫生治疗中心的医生往往并没有经过足够的培训,而受害者本人也不愿意讲述他们自己的经历。

遭受酷刑之后的心理症状可能有两种。第一种症状限于个体层面。

由于受害者遭受的侮辱和羞辱,酷刑使他们产生了羞耻、愧疚和自卑感。这导致性格改变直至丧失自尊。根据我的经验,它通常还会伴随着焦虑和消沉的症状。酷刑的幸存者通常会出现自残行为,而且不再愿意融入社会,并且出现创伤后应激障碍。这意味着:受害者会变得感情麻木、易激动、失眠、易怒和焦躁不安。焦虑、消沉、低迷、不快、孤独、对生活失去兴趣以及回避提及监狱的经历等,都是精神创伤和创伤后应激障碍的表现。如头痛和其他疼痛等肉体酷刑的后果显而易见且容易诊断,而精神酷刑所产生的损害持续时间更长,且更难治疗。

第二种症状则是转移愤怒。酷刑幸存者常常会将自己的愤怒情绪和所遭受的侵犯转移到其他人身上,尤其是他的家人。通常最易受到侵害的群体就是受害者的孩子和妻子。所以说酷刑不仅对受害者有影响,而且对其家庭进而对整个社会都会产生影响。这就是为什么一个对酷刑受害者提供帮助的组织,必须将其工作扩展至他们的家庭和整个社会。

对酷刑后果和某些实施方法的理解,是否会因个人、政治、宗教或者文化背景的不同而不同?比如说,我们可以想象,一个对某一理想信念坚定的被拘留者会比一个信念不那么坚定的被拘留者更容易承受某些行为方式。

绝对是这样。当我们分析创伤本身以及社会对这种创伤的反应时,文化是一个很重要的考虑因素。首先,提倡禁止酷刑和防止普遍使用酷刑的文化十分重要。事实上,文化和宗教形成了一种象征性的价值、信仰和思想体系,并且塑造和影响着该体系中的成员。文化的基本特征之一就是提供生存的环境。它对于帮助应对酷刑等事件以及找到其根源具有调整性功能。社会如何看待酷刑及酷刑受害者对于酷刑受害者本人如何应对酷刑有着很大的影响。从我治疗巴勒斯坦囚犯的临床经验来看,这些人一经释放就被视为英雄,会得到社会和大家庭的支持。这当然使他们更容易摆脱肉体和精神酷刑的后果。因此,社会支持是治疗创伤的关键因素,会因文化不同而有所差异。

酷刑现象会对整个社会造成影响吗?

社会由个人和家庭(包括大家族)构成,它们形成了小社会,而正是这些小社会最后构成了整个大社会。受害者显然属于家庭,如果受害者出现了上述酷刑幸存者可能出现的典型心理症状,那么,这将影响他(她)在家庭中的行为,尤其是会影响到孩子。酷刑受害者的孩子甚至也会出现相同的症状,脱离社会、焦虑、在学校成绩差,最终导致退学和所有其他后果。从心理角度来看,酷刑受害者的家庭会受到影响并导致社会生产力降低,他们将不能有效参与社会活动、使用社会资源,也不能为社会发展作贡献。此外,酷刑使恐惧和不安在社会成员中蔓延,这将对社会的发展和民主产生负面影响。

社会对酷刑受害者的支持对于解决这些问题十分必要。非政府组织、政府和人权工作者必须努力让公众和社会了解酷刑及其创伤所造成的社会后果的类型。我认为现在即便不是全部也有大部分人对于酷刑的评估都以个人为基础,因此强调对创伤后应激障碍、消沉、焦虑和其他身体机能失调现象的诊断,而没有更多关注酷刑对家庭和整个社会的宏观影响。其实,应该在社会和政治背景下来看待每一个受过创伤的人和每一个支离破碎的家庭。

您是否认为某些社会或文化已经接受了酷刑,或者说接受了某些酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇?

我不认为有任何文化能够接受酷刑,但是对酷刑的定义和社会表象会有所不同。不幸的是,我们并不太了解酷刑在不同文化中的表象。撇开细节不说,“酷刑”一词的本意,是造成伤害并“扭曲”其人格。在很多文化中,例如在亚洲文化、主要是在佛教术语中,酷刑起源于宗教仪式,并被称为因果报应。在阿拉伯文化中,酷刑是“Tatheeb”。该词在阿拉伯语中听起来就很刺耳;它的字面意思是由他人使用各种酷刑手段“施加痛苦”。它并没有将受害者置于受责备的境地,因此对于康复治疗十分重要。如果你用阿拉伯语说这个词,听到的人仅仅是因为听到其发音

就会浑身战栗。

是什么原因导致一个人实施酷刑？是因为某类人因秉性而有成为酷刑实施者的倾向，还是主要因制度背景、遵守命令而使其成为酷刑实施者？

在我看来，在具有不同文化和宗教背景的国家中，实施酷刑是经常性地且有系统地，而且已经实施了几个世纪，这样的事实揭示出人们成为酷刑实施者的原因以及其行为的起因，而并不因文化而有所差异。要解释为什么人们会对自己的同胞实施酷刑，我认为首先必须区分三种形式的酷刑。

第一种被称为职务酷刑。它旨在利用酷刑逼取供述。它旨在击碎受害者的人格和恢复力从而使其招供。在很多情况下，此类酷刑的实施都打着“保护公共安全”的幌子，而且也是一种镇压政治反对力量的工具。它对社会本身和国家的民主发展都产生了不利影响。

第二种酷刑往往是酷刑实施者用以代替解决自身问题的一种策略。酷刑实施者常常想要重新控制他人，对他人行使权力。这些人通过实施酷刑可以重新获得自信，找到自我价值。很多酷刑实施者通过对他人施加痛苦使自己的负面情绪得以转移。他们可能经历过羞辱、强奸、嫉妒或仇恨，当他们将自己的负面情绪转移到其他受害者身上的时候，这些受害者变成了他们生命中所有负面因素的象征。当然，这些形式的酷刑有着明显的虐待性质。在这些情况下，酷刑满足了酷刑实施者的心理需求。很多酷刑实施者从羞辱他人的虐待行为和对他人实施酷刑中获得乐趣和满足感。对他们来说，对他人施加痛苦和折磨是一种乐趣。最重要的是，这种酷刑实施者并不重视受害者是否有痛苦的反应。

第三种酷刑是一种政治策略，一种保护特定群体利益并对人民和政治资源保持控制的手段。在这种情况下，忠诚、组群关系、归属感的色彩如此浓厚，超过了对酷刑种族、道德和法律方面的考虑。

酷刑实施者是否也会成为受害者？比如说，您是否遇到过酷刑实施者需要心理帮助的情形？你认为酷刑实施者的典型特征有哪些？

受害者成为酷刑实施者或酷刑实施者成为受害人的可能性都是存在的。我不认为酷刑实施者有着典型的形象。说到底，酷刑实施者还是人，他们既有善良又有邪恶的本性。他们这些本性同其他所有人一样，都会受到诸如社会、法治、社会正义等许多因素的影响和控制。据我所知，酷刑实施者并不会有任何特殊的共同点。他们的行为可能是他们个性和环境共同作用的结果。在许多情况下，这些人都被洗脑或具有某种意识形态，酷刑的实施主要是为了保护当局或统治者。此外，酷刑实施者很可能对酷刑已经麻木了，并且也没有意识到它所造成的心理后果。他们被训练成只知道遵守命令而不会分析和质疑这些命令的人。在很多情况下，他们被训练采用一种非输即赢的方法；不去分析、讨论和反对当权者的命令。

您提到医生和心理学家越来越多地参与到制定从他人身上获取情报的方法的活动中。那么您认为医生和心理学家在这个过程中应当起什么作用？

传统上，医生和其他卫生与心理卫生专家主要从事受害者的康复工作。他们查明案件的历史，进行身体检查，判断是否存在实施过酷刑的身体证据。当然，其职业道德规范严格禁止医务人员在对他人实施酷刑时起到任何作用。我不仅要批评那些参与实施酷刑的人，我还为医生和心理学家没能扩展其在社会中的作用而感到遗憾。

他们常常认为，自己的工作应仅限于帮助受害者康复，并没有关注酷刑发生的原因，因为他们认为这些案件具有政治性。然而，不应忘记的一点是当我们谈论酷刑时，我们谈论的是基本人权，而卫生与人权之间有着显著的联系。我们必须回到广义的心理卫生或者卫生本身的定义上来，它超越了文化的界限，包含了环境、家庭和社会等因素。这一视角突破了纯粹的医学范畴。医生和心理学家必须积极主动，不仅要提供

治疗,也要帮助受害者积极融入社会发展。与羞愧心理一样,耻辱和严重的创伤都会对受害者寻求帮助和支持构成障碍,所以我们应当帮助他们进行康复并提供服务,服务不仅应当包括生物医学手段,而且还应包括与逃脱惩罚、否认实施酷刑以及(即使在有所谓外交保证情况下的)违规引渡作斗争。因此,医务工作者不应仅局限于受害者的康复工作,他们必须拓宽其工作范围,畅所欲言、积极主动。

如您所知,红十字国际委员会和其他人道机构以及医务或宗教工作者会探视被关押者。他们可能会打断讯问过程,甚或不自觉地参与讯问。对于那些遭受酷刑的被关押者来说,您认为这种干预是否有帮助?

他们在会见时必须谨慎从事,以免受害者情绪失控。首先最重要的是解释你是谁,你为什么到这里来,从而减轻他们的忧虑和恐惧。在整个会见过程中,被拘留者只需讲述他们愿意讲述的事情,并且按照自己的意愿可以随时终止会见。如果被拘留者在某个紧要关头突然中止了谈话,探视者或代表不应觉得受到侵犯,而是应当理解他们。

对探访者进行培训,告诉他们怎样处理文化差异和敏感话题,这点非常重要。一些诸如握手等简单的事情可能会缓和会见时紧张的气氛,可同样是这个小小的举动在某些文化中则完全不合时宜。所以在去监狱之前,探访者必须熟悉所有这些文化举止以及探视对象的文化背景。

这种探视也具有调查的性质。比如说,红十字国际委员会将会把自己的发现汇报给监狱当局,以期达到改进囚犯待遇的目的。为了达到此目的,则必须就酷刑甚至具体的实施手段提出大量问题。那么,如何能在不触及受害者痛处或不使被关押者再度受到创伤的情况下提出这些问题呢?

我认为只要被关押者的情绪在探视中得到了有效的控制,并且代表们解释了需要这些信息的原因,这些问题就不会对被关押者造成伤害。最重要的是保护他们的隐私,向他们保证你们没有被监视或监听,他们向你提供的信息是严格保密的,不会被用于改善监狱条件以外的其他用

途。所有这些都取决于探视者能否让受害者感到舒服和安心。很显然，这需要运用一些技巧，包括一些很基本的关于沟通方面的技巧和随机应变的能力。此外，探视者应当认真准备。为避免探访后可能因探视本身产生的不良后果，绝对有必要再次进行探视。

让我们进一步了解您的工作，即酷刑受害者康复工作。您认为这些曾经遭受过酷刑的人是否可能成功康复？

是的，我认为酷刑受害者有可能康复。康复干预的目的就是使幸存者成为社会中的生产力。你们也许知道，酷刑受害者国际康复理事会（IRCT）是一个伞形组织，其机构遍布全世界，它是开展预防和救济活动的先行者。在过去的两年中，我们努力将康复一词进行更广泛的定义。我们相信，身心和社会的干预对于使受害者敢于直面自己的遭遇极为重要，这种集“生物—心理—社会、法律和政治”于一体的方式，对于实现该目标十分必要。这意味着广义的康复不仅包括对受害者个人的治疗，而且还包括针对社会开展工作，以确保受害者和他们的家庭能得到所需要的支持。

当然，康复的途径有很多种，不同的治疗员在不同的 IRCT 成员中心所使用的方法会有所不同。很难说哪种方式是最好的。认知行为治疗是一种既包括认知方面的治疗（例如创伤后应激障碍的不良症状），又包括以行为干预的方式来治疗酷刑受害者的疗法，除了这种方法外，心理教育内容也十分重要。有些机构将心理治疗作为一种因人而异的干预方法，该疗法将重点放在酷刑事件的潜在表现以及它们与生活的联系上。还有些机构运用认知处理疗法（CPT），这种疗法以信息处理原理为基础。当然，我们还使用多种其他的干预方法，例如眼动脱敏与再加工疗法（EMDR），同时，事实证明焦虑控制以及多种形式的个体疗法对于缓解创伤后应激障碍的症状和对社会的不适应也是行之有效的。

是否还有集体治疗法？

在酷刑受害者的康复中确实有集体治疗法。作为集体的一员，他们

能感受到他们不是孤单的,他们有着相同的遭遇、对于康复也有同样的困难。这使得他们的痛苦和症状变成了一种大范围的现象,从而使他们明白,他们对于这种用非正常手段造成的非正常痛苦的反应是正常的。

同时,这种治疗应辅之以社会手段,家庭和社会应当参与到这种治疗中来。

我们邀请传统意义上的领袖和宗教领袖参与心理教育,我们给他们上课,教他们怎样帮助那些受害者。培训包括基本交流技巧,比如如何倾听受害者的陈述,怎样了解他们的情绪。除此以外,还必须学习很多复杂的技巧,如了解他们的症状,探寻这些症状产生的原因,鼓励受害者勇敢面对挑战。我们还教会受害者的家庭在得到专业帮助之前如何应对紧急情况。整体康复方法非常重要。

所以对于你的问题,我的答案是:受害者能够得到很好的治疗并且能够康复。

哪种受害者会到你们的中心寻求帮助?他们来自哪里?

酷刑受害者国际康复理事会是一个国际性的运动;秘书处位于哥本哈根,它本身并不提供任何治疗。我们在全世界有超过 140 个中心为酷刑受害者提供心理和社会治疗。这些中心位于不同的地方、处于不同的文化背景中,并且在不同的经济和政治形势下开展工作。在没有发生武装冲突的国家里,大部分受害者是来自冲突中或冲突后国家的难民、寻求庇护者或移民。在低收入和中等收入国家,这些来中心寻求帮助的人,多是遭受过警察和执法机构酷刑的人。他们通常是政治激进分子或者政治犯。值得一提的是,这些中心每年都要治疗近 10 万名受害者和他们的家属。

很明显,预防比治疗更为重要。你们的中心也参与预防性活动吗?是否也反对酷刑责任人逃脱惩罚呢?

正如我之前所提到的,我们通过成员中心推行一种全面的治疗方法。治疗需要辅以预防性行为,中心正在提倡遵守联合国《禁止酷刑和

其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》及其任择议定书。我们同时也为执法人员提供教育和培训课程。此外,我们通过宣传来配合政府和例如联合国、欧安组织等多边机构的工作以及其他活动,尤其是酷刑受害者国际日的反酷刑运动。在那一天,即 6 月 26 日,所有的中心都会在世界各处组织开展一些活动,以便能引起和增加人们对于酷刑问题的关注。当然,所有的中心都会开展研究工作并培养一些卫生和法律方面的专家。目的之一就是实施《伊斯坦布尔议定书》,该议定书是对那些声称自己受到酷刑和不人道待遇的人进行审议、将犯罪者绳之以法并保证受害者获得赔偿的一套指导方针。

然而,我想强调的一点是,可用的人力和财力资源还是满足不了不断增加和普遍发生的酷刑案件的需要。在约 2000 万名难民和国内流离失所者之中,我们认为大约有 500 万人曾遭受过不同形式的酷刑。正如之前所提到的,酷刑受害者国际康复理事会的成员中心每年都要治疗近 10 万名受害者。显然,这是远远不够的。因此我们游说各个组织,号召他们提供人力和财力资源来帮助世界各地酷刑受害者进行康复,我们努力保证这些资源的供应。当前,我们面临的主要挑战之一是酷刑的发生率很高,而且正在不断增加,而打击酷刑犯罪和帮助受害者康复的人力和财力资源无法满足需要,因为酷刑的规模已难以招架,而几乎又没有一种有效的宏观方式能够评估酷刑对于受害者本身以及家庭和社会层面的影响。

我们必须明白,人类与环境是相互作用的,良好的环境能导致乐观情绪和利他行为。我们都知道,压迫的政治环境对于个人和社会都是有害的。我们同样也明白,卫生工作者必须在维护基本人权方面起到积极的作用,而且必须积极加入全社会反对酷刑和逃脱惩罚以及维护人格尊严与和平的斗争。

“真正的主旨”:国际人道法禁止酷刑和其他形式的虐待

科尔杜拉·德勒格*著/李　强**译

摘要

正如让·皮克泰在1958年所说,1949年四个《日内瓦公约》真正的主旨就是人道待遇的原则。公约的共同第3条和国际人道法的其他规定通过禁止酷刑、残忍或不人道的待遇以及对人格尊严的侵犯,细化了这一绝对的和最低限度的规则。这些概念可以通过既存的关于禁止虐待的法律文件和司法判决以一种有意义的和实用的方式加以解释。对这些行为的评估,必须考虑在任何情况下尊重人的身心健全的需要,并考虑个案的所有情况。

概述

一场冲突的任何当事方都有义务人道地对待处于其权力之下的任何人,这是国际人道法的核心原则。[1] 让·皮克泰在1958年就说过人

---

* 科尔杜拉·德勒格(Cordula Droege)是红十字国际委员会法律部的法律顾问。本文只代表作者个人观点,不必然代表红十字国际委员会的观点。作者感谢罗兰·班克(Roland Bank)、克努特·德曼(Knut Dörmann)和尤瓦尔·金巴(Yuval Ginbar)在本文写作时提出的宝贵意见。

** 中国人民大学法学院2006级国际法博士研究生。

〔1〕 见1907年《海牙章程》第4条、《日内瓦第三公约》第13条和《日内瓦第四公约》第4条和第27条。

道待遇原则“是四个《日内瓦公约》真正的主旨”。[2] 战争、威胁国家安全的紧急事由和军事必要等,都不能使不人道的待遇变得合法化。

《日内瓦公约》共同第3条(以下简称“共同第3条”)细化了国际人道法这一绝对的和最低限度的规则。在当事方控制之下的人“在一切情况下应予以人道待遇,不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视”,“因此,不论何时何地,不得有下列行为……对生命与人身施以暴力,特别如……残伤肢体、虐待及酷刑……损害个人尊严,特别如侮辱与降低身份***的待遇”。

“酷刑”、“虐待”和“损害个人尊严”的概念将在下文中予以分析。法庭判决,尤其是前南斯拉夫国际刑事法庭的判决,当然也包括其他机构的判决,已经给这些术语以更为清晰的轮廓,这就比较容易来举例证明这类行为是被禁止的。以下将首先勾勒出理解共同第3条中虐待概念的框架并在此基础上进行分析。接着,本文将会阐释“残忍或不人道的待遇”、“酷刑”以及“损害个人尊严”的概念。文章的最后一部分则涉及一些与禁止虐待不相符的待遇的实例。

本文集中分析“共同第3条”,因为该条规定中包含了这里要讨论的所有三种形式的虐待。共同第3条中所包含的概念的含义,也与涉及酷刑或残忍、不人道、侮辱或有辱人格待遇的其他条款中这类概念的含义相同。因此,尽管本文将重点放在了共同第3条上,通过分析就能看到,它的概念同样可以适用于国际人道法的其他条款,例如《日内瓦第一公约》第50条、《日内瓦第二公约》第51条、《日内瓦第三公约》第130条、《日内瓦第四公约》第147条,《第一附加议定书》的第75条和《第二

---

〔2〕 Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of* 12 *August* 1949: *Commentary*, Vol. IV, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (hereinafter *Commentary on GC IV*), ICRC, Geneva, 1958, p. 204.

*** 译者注:《日内瓦公约》的中文本和晚近的公约如国际刑事法院《罗马规约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的中文本对于此处的翻译不一样。前者使用“降低身份的待遇”,后者使用“有辱人格的待遇”,但二者其实是同一词汇的不同译法,具有相同含义。除直接引用公约原文时或为语文通顺时,可能会使用“降低身份的待遇”以外,其他地方本文一律使用“有辱人格的待遇”。

附加议定书》的第 4 条。

最后还应强调的是,禁止虐待并不意味着未达到虐待标准的其他待遇肯定就是合法的。事实上,其他一些待遇,诸如恫吓、侮辱、使之遭受公众好奇心的烦扰、[3]对他人不愉快或不利的待遇,[4]或者胁迫等,[5]同样也是被禁止的。

对共同第 3 条的一般评论

三种被严厉禁止的虐待形式

共同第 3 条禁止三种不同形式的虐待,即酷刑、残忍和不人道的待遇以及损害个人尊严。正如我们将要看到的,这些概念并不相同。在某些方面,它们的法律后果也不同,特别是关于刑法义务方面,诸如普遍管辖权的实施这一点。然而,根据该条明文昭示的禁止,这种区分并没有什么意义。共同第 3 条在一切情况下都绝对禁止这三种形式的虐待。同样,国际人权法也绝对禁止所有形式的虐待;这种禁止也适用于紧急状态,例如战争或战争威胁。[6] 不存在禁止酷刑却允许其他形式虐待的情况。

共同第 3 条的解释渊源

为了解释共同第 3 条并概括出其实质内容,本文的分析吸收利用了许多渊源。首先,前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭在其

---

〔3〕《日内瓦第三公约》第 13 条。

〔4〕《日内瓦第三公约》第 17 条。

〔5〕《日内瓦第三公约》第 7、99 条;《日内瓦第四公约》第 31 条。

〔6〕《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条;《欧洲人权公约》第 15 条;《美洲人权公约》第 27 条;《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 2 条第 2 款。紧急状态也包括恐怖主义威胁的状态, See Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), *Cantoral Benavides v. Peru*, Judgment of 18 August 2000, Series C, No. 69, para. 95; European Court of Human Rights (ECtHR), *Chahal v. United Kingdom*, Judgment of 15 November 1996, Report 1996 – V, para. 79.

司法实践中已对该条款及其中包含的概念进行了解释,对如何理解这个条款提供了重要的指导性意见。

其次,共同第3条中虐待的概念也借鉴并吸收了国际人权条约、软法文件和司法判决。事实上,尽管国际人权法和国际人道法之间有很多区别,但这两个部门法中关于虐待的概念却如此的相似,以至于一个法律部门中的解释会影响另一个,反之亦然。〔7〕

国际人权法和国际人道法之间的区别,尤其体现在以下几个方面:国际人权法适用于所有时期,它只约束国家,并且许多规定是可以克减的;国际人道法只适用于武装冲突时期,但也约束非国家实体,并且原则上是不允许克减的。〔8〕然而,国际人权法中关于禁止酷刑和其他形式的残忍、不人道的或有辱人格的待遇或处罚的规定是不可克减的。〔9〕甚至在武装冲突爆发时,这些规定也必须得到尊重和支持。因此,国际人权法和国际人道法之间唯一的区别就是在后者的情况下,冲突中的非国家当事方也有可能为其在冲突过程中实施的酷刑和其他形式的虐待负责,不管他们的行为是否得到了国家明示或默示的同意,〔10〕但违反国际人权法的行为必须是在一个国家授意,或者明示或默示同意的情况下

〔7〕 See, e. g., International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1 (Trial Chamber), 10 December 1998, para 159.

〔8〕《日内瓦第四公约》第5条是唯一的例外,该条规定在任何情况下都必须人道地对待一切人。

〔9〕《公民权利和政治权利国际公约》第4条;《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第2条第1款;《欧洲人权公约》第15条;《美洲人权公约》第27条。

〔10〕 见共同第3条的措辞“冲突之各方”;ICTY, *Prosecutor v. Kunarac and Others*, Cases No. IT-96-23 and IT-96-23/1 (Trial Chamber), 22 February 2001, para. 491, confirmed by the Appeals Chamber Judgment, 12 June 2000, para. 148; ICTY, *Prosecutor v. Kvocka and Others*, CaseNo. IT-98-30/1-A (Appeals Chamber), 28 February 2005, para. 284. For an analysis of the development of the ICTY's jurisprudence, see JillMarshall, “Torture committed by non-state actors: The developing jurisprudence from the ad hoc Tribunals”, *Non-State Actors and International Law*, No. 3, Vol. 5 (2005), pp. 171 - 82.

实施的。[11] 至于必要的待遇问题,两个部门法中的相关概念之间则没有什么区别。[12]

必然的一般性定义

酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇以及损害个人尊严的定义必然具有一般性,这有以下几个原因:

首先,这些定义要涵盖各种情况,以致它们必须有相对的灵活性来保证这一点,即不只是去考虑一个抽象的行为,而是还要考虑一个人的情况及其周围环境的情况。虽然抽象地说始终禁止一些行为是可能的(例如强奸或残伤肢体),但是,不可能不顾人的年龄、性别、文化和健康状态等因素且不考虑个案的具体情况,而为所有人事先定义一个合法行为的清单。同样也不可能列举出在任何时候都可接受的所有讯问方法,因为这样的列举方式就必须要指出累积使用几种方法就相当于不同形式的虐待。[13]

其次,遭受虐待的人几乎都不是一成不变地只受一个单独行为的损

---

〔11〕 当人们面临受到非国家当事方虐待的风险时,这并不影响国家"不推回"(禁止强行驱逐)的义务;例如,见 the Judgment of the European Court of Human Rights in *H. L. R. v. France*, Judgment of 29 April 1997, Reports 1997 – Ⅲ. 这些案件中对人权的侵犯存在于人员的迁移过程中,而非人员所面临的非国家当事方给予的待遇中。此外,国家有明确的义务防止、调查和制裁非国家行为者侵犯人权的行为;见 General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, para 10.

〔12〕 有时存在一种误解,适用国际人道法而不是人权法会导致酷刑和虐待,例如,见 Robert Verkaik, "Human rights in Iraq: a case to answer", *Independent*, 29 May 2007, available at http://news. independent. co. uk (最后访问时间 2007 年 5 月 29 日)。

〔13〕 除此以外,某些讯问方法也相当于国际人道法所禁止的强迫,见《日内瓦第三公约》第 17 条和第 99 条;《日内瓦第四公约》第 31 条。"胁迫"包含"无论压力是直接的还是间接的、明显的还是隐藏的所有情况(例如威胁使他人遭受严厉措施、剥夺定量供应卡或工作)", *Commentary on GC IV*, above note 2, p. 219.

害,而是经受了许多种行为和境遇,这些结合在一起就相当于虐待。[14] 正因为他们所面对的不是单独的行为,因此,通常不可能从国际机构的判决中推断出哪些特定行为可构成酷刑或其他形式的虐待。这种判决仅仅反映了虐待的事实。

最后,虐待的各种概念是随着时间的推移而不断发展变化的,对有些过去本来不被视为酷刑或虐待的行为,现在可能已经改变了看法。[15] 1958 年出版的《日内瓦公约评注》也确认了这一点,“尝试列举包含构成‘非人道’待遇的所有因素,看来似乎不仅毫无用处,甚至还是危险的”,[16] 并且

> 试图要去探究更多细节通常也是危险的——尤其是在这一领域。无论在列举各种折磨方式时有多么谨慎,也永远不可能赶上希望满足其兽性的未来酷刑实施者的想象力;越是想列举得更具体、更完善,它就愈加具有局限性。[共同第 3 条]中采用的措辞形式是灵活的,同时也是确切的。[17]

必然的重叠概念

正如我们所看到的,残忍和不人道待遇之间在意思上没有区别。而且有辱人格的待遇、残忍或不人道待遇和酷刑之间的界限也在变动。然而《日内瓦公约》的措辞和司法判决表明,如果与有辱人格的待遇相比,

---

〔14〕 See referenes below at notes 130 – 148; Franz Viljoen and Chidi Odinkalu, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the African Human Rights System*, OMCT Handbook Series No. 3, Geneva 2006, p. 38. 该书作者指出,提交给非洲人权和民族权委员会的案件通常都包括“非常野蛮和长年累月的”事实,这些事实“清楚地揭示了过分的虐待或处罚,以致谨慎的法律分析已变得多余”。

〔15〕 See ECtHR, *Selmouni v. France*, Judgment of 28 July 1999, Reports 1999 – V, para. 101, “法院认为某些过去被界定为‘不人道或有辱人格的待遇’而非‘酷刑’的行为,今后对它们的界定可能会有所不同。还有这样的观点认为,在人权法的保护领域日益需要高标准,相应地,基本自由也不可避免地要求在评估对民主社会基本价值观的破坏时更加坚定”。The IACtHR follows the same approach in *Cantoral Benavides v. Peru*, above note 6, para. 99.

〔16〕 *Commentary on GC IV*, above note 2, p. 204.

〔17〕 *Commentary on GC IV*, above note 2, p. 39.

残忍或不人道待遇具有能引起更严重损害的性质,而与残忍或不人道待遇相比,酷刑又具有能引起更严重损害的性质。但在实践中,则很难在这三者之间划出清晰的界限。

然而,上述分析并不意味着概念是如此的不清晰,以致无法在实践中去阐释和遵守。其实有许多指导原则、最低标准和案例有助于更清晰地界定国际法中不同定义的具体内容。要求更多的确定性实际上是对虐待问题特殊性质的误解。

共同第 3 条只是待遇的最低标准

最后,在讨论共同第 3 条中概念的内容之前,我们必须牢记,该条规定仅仅构成冲突当事方必须遵守的最低标准,它在实践中鼓励冲突当事方设定比它更高的标准。特别是有关拘留的条件,该条不影响当事方根据条约和习惯国际法来承担其他义务。

残忍或不人道的待遇

"残忍"和"不人道"待遇的概念意义是相同的。共同第 3 条中没有明确提到不人道待遇,而只是规定没有实际参加战事的人员"在一切情况下,应予以人道待遇,不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视"。不人道待遇的概念出现在《日内瓦公约》的其他条款中,分别是《日内瓦第一公约》第 50 条、《日内瓦第二公约》第 51 条、《日内瓦第三公约》第 130 条和《日内瓦第四公约》第 147 条中关于严重违反公约行为的规定,以及《第一附加议定书》的第 75 条和《第二附加议定书》的第 4 条。

然而,国际法学和国家实践表明,共同第 3 条中禁止的残忍待遇和严重破约条款中的不人道待遇之间没有区别。前南斯拉夫国际刑事法

庭也明确表示残忍和不人道待遇之间没有区别。[18] 国际刑事法院《罗马规约》的《犯罪要件》也持此态度。因此,残忍和不人道待遇可替换使用。

严重的身体或精神痛苦或者对人类尊严的严重侵犯

如果被界定为残忍或不人道待遇,一个行为必须造成严重的痛苦。它一定不能仅仅只是降低身份或者侮辱。

根据这一特点,前南斯拉夫国际刑事法庭将不人道待遇定义为:“一项故意的作为或不作为,即一个行为从客观上判断是蓄意的而不是偶然的,并引起了严重的精神或身体痛苦或伤害或者构成对人类尊严的严重侵犯。”[19] 欧洲人权法院虽然还没有遵循前南斯拉夫国际刑事法庭的措辞方式,但它也确实要求要有一个构成虐待待遇的“严重程度的最低标准”。[20] 美洲人权法院则采纳了前南斯拉夫国际刑事法庭的定义。[21]

人类尊严的概念再一次成为定义的核心。正如红十字国际委员会在对《日内瓦第三公约》第 130 条和《日内瓦第四公约》第 147 条关于严重违反公约行为的规定的评注中所解释的那样,不人道待遇是一个比仅仅侵犯身体健全或健康更为广泛的概念。它与应以尊重其人格尊严的方式对待每个人的一般规则密切相关。评注中举出的一个侵犯人格尊严的不人道待遇的例子,就是完全切断一个战俘或被拘留平民与外界的联系,尤其是和其家人的联系,或者采取对其人格尊严造成严重伤害的

---

〔18〕 ICTY, *Prosecutor v. Delalic and Others*, Case No. IT – 96 – 21 (Trial Chamber), 16 November 1998, para. 552; see also *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT – 95 – 14/2 (Trial Chamber), 26 February 2001, para. 265; *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT – 95 – 14 (Trial Chamber), 3 March 2000, para. 186.

〔19〕 ICTY, *Prosecutor v. Delalic and Others*, above note 18, para. 543; *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, Case No. IT – 98 – 34 – T (Trial Chamber) 31 March 2003, para. 246; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, *above note* 18, para. 256; *Prosecutor v. Blaskic*, above note 18, paras. 154 – 155.

〔20〕 ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A, No. 25, para. 162.

〔21〕 IACtHR, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgment of 11 March 2005, Series C, No. 13, para. 68.

措施。[22]

一般标准和个案标准

关于身体或精神痛苦的严重程度,前南斯拉夫国际刑事法庭认为,就酷刑罪而言,“某一特定行为是否就意味着残忍待遇,是一个事实问题,它需要逐案确定”,[23]该罪的定义并不要求一定的时间延续性。[24]这在拘留的条件也可构成残忍和不人道待遇时尤其能看出这一点。《日内瓦公约》及其《附加议定书》则包含了许多关于最低限度可接受的拘留条件的规定。[25]

这一裁决在人权机构及其文件中得到了体现。欧洲人权法院总结道:

> 属于《欧洲人权公约》第 3 条范围内的虐待,必须达到最低限度的严重程度。对这一严重程度的评估当然是相对的;它取决于个案的情况,例如待遇的性质和背景、实施的方式和方法、持续时间的长短、对身体或精神造成的影响,在某些情况下,还要考虑受害者的性别、年龄和健康状况。[26]
>
> 法院认为待遇“不人道”,是因为它是有预谋的,并一口气实施了数小时,造成了实际的身体伤害或者强烈的身体或精神痛苦。另一方面,本法院一直强调:有关的痛苦和侮辱无论如何必须是超出

---

〔22〕 Jean Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of* 12 *August* 1949: *Commentary*, Vol. Ⅲ, *Geneva Convention relative to Prisoners of War*, ICRC, Geneva 1958, p. 627 (1958), and *Commentary on GC IV*, above note 2, p. 598.

〔23〕 ICTY, *Prosecutor v. Limaj and Others*, Case No. IT – 03 – 66 – T (Trial Chamber), 30 November 2005, para. 232.

〔24〕 ICTY, *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, above note 19, para. 300.

〔25〕 See ICTY, *Prosecutor v. Hadzihasanovic and Kubura*, Case No. IT – 01 – 47 – T (Trial Chamber), 15 March 2006, paras. 35 – 36, concerning the conditions of detention in Additional Protocol Ⅱ.

〔26〕 See ECtHR, *Kudta v. Poland*, Judgment of 26 October 2000, paras. 90 – 94 with further references.

了与特定形式的合理待遇或处罚相关的痛苦或侮辱的必要限度。[27]

非洲人权和民族权委员会明确采纳了欧洲人权法院的意见。[28]

同样,人权事务委员会也依赖于“个案的所有情况,例如待遇持续时间的长短和方式、对身体或精神造成的影响以及受害者的性别、年龄和健康状况”。[29]

美洲人权法院则主张:

对人的身体和心理健全权利的侵犯是一种有数个等级的侵犯,由于内在或外在因素所导致的对身体或心理的影响程度不同,其包含的待遇范围从酷刑到其他类型的侮辱或残忍、不人道或有辱人格的待遇,这些都必须放在每个具体情况中去证明。[30]

总而言之,为了查明残忍或不人道待遇的目的而对严重的痛苦进行评估时,所有的相关情况都必须予以考虑。它可能是通过单一行为来实施的,也可能是数个行为结合或累积的结果,而这些行为从个别来看或不考虑其背景时似乎是可接受的。正如上文所述,虐待通常不体现为一个单独行为的形式,而是由多个要素组成的。条件和待遇的累积效果可能才是关键,这一点总是不能被充分强调。[31] 这些要素包括方式和方法、待遇的制度化、环境、持续期间、隔离、精神健康或意志力、文化信仰和敏感度、性别、年龄、社会或政治背景、过去的经历、种族歧视[32] 以及一个或数

---

〔27〕 同上。

〔28〕 African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), Communication 225/98, *Huri – Laws v. Nigeria*, Fourteenth Activity Report, (2000) AHRLR 273 (ACHPR 2000), para. 41.

〔29〕 Human Rights Committee (HRC), *Vuolanne v. Finland*, 2 May 1989, CCPR/C/35/D/265/1987, para. 9.2.

〔30〕 IACtHR, *Loayza Tamayo v. Peru*, Judgment of 17 September 1997, Series C, No. 33, para. 57. See also ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, above note 20, para. 167.

〔31〕 ECtHR, *Dougoz v. Greece*, Judgment of 6 March 2001, Reports 2001 – Ⅱ, para. 46; *Iovchev. v. Bulgaria*, Judgment of 2 February 2006, para. 137; Committee against Torture, “Concluding observations, Israel”, UN Doc. A/52/44, paras. 253 – 260, 9 May 1998, at paras. 255 – 257.

〔32〕 ECtHR, *Moldovan and others v. Romania* (No. 2), Judgment of 12 July 2005, paras. 110 – 113; 种族歧视本身就可能相当于有辱人格的待遇,见 *East African Asians v. United Kingdom*, European Commission of Human Rights Report, 14 December 1973, Decision and Reports (DR) 78, p. 62.

个行为的重复或累积效果。这并不是说这一概念完全是偶然的,取决于一个人的主观感受。相反,问题的关键在于是否能一般地说,处于某一境地的人所遭受的具体待遇与处于相同境地的人相比,该待遇会导致严重的精神或身体痛苦。这并不一定完全依赖于主观的感受。例如过去的经历,尽管是个人的,也可能对评估产生客观的影响。如果某个人此前遭受过某种类型的待遇,当他面临再次遭受这种待遇的威胁时,这种威胁对他的影响可能比过去没有过这种经历的人要大得多。因此,尽管经历是完全主观的,但这一因素造成处于类似境遇的人痛苦客观上却是可能的。

某些具体的行为被认为是残忍的或不人道的,会包括不同的情况,例如缺少足够的医疗照顾,[33]"使被拘留人或被监禁人暂时或永久地被剥夺视觉或听觉等任何自然感官的使用,或使其丧失对地点或时间知觉的拘禁条件",[34]将某人放入车辆的行李箱之中,即使没有任何其他虐待,[35]所谓的死囚区现象,[36]某些惩罚方法,尤其是体刑,[37]某些处决

---

〔33〕 IACtHR, *Tibi v. Ecuador*, Judgment of 7 September 2004, Series C, No. 114, para. 157; ECtHR, *Koval v. Ukraine*, Judgment of 19 October 2006, para. 82.

〔34〕 1988 年 12 月 9 日联合国大会第 43/173 号决议通过的《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 6 项原则, available at http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp36.htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 6 日)

〔35〕 IACtHR, *Castillo-Páez v. Peru*, Judgment of 3 November 1997, Series C, No. 34, para. 66; *Villagrán Morales v. Guatemala*, Judgment of 19 November 1999, Series C, No. 63, para. 164; *Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru*, Judgment of 8 July 2004, Series C, No. 110, para. 109.

〔36〕 HRC, *Errol Johnson v. Jamaica*, Communication 588/1994, 27 March 1996, UN Doc. CCPR/C/56/D/ 588/1994, para. 8.4; ECtHR, *Soering v. United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989, Series A, No. 191, paras. 105 – 111.

〔37〕 国际人道法绝对禁止使用体刑:《日内瓦第三公约》第 87 条第 3 款、第 89、108 条;《日内瓦第四公约》第 32、118、119 条;《第一附加议定书》第 74 条;《第二附加议定书》第 4 条;另见 HRC, *Osbourne v. Jamaica*, Communication 759/1997, 13 April 2000, UN Doc. CCPR/C/68/D/759/1997, para. 9.1; IACtHR, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, above note 20), paras. 67 – 89; ACHPR, Communication 236/2000, *Curtis Francis Doebbler v. Sudan*, Sixteenth Acitivity Report, (2003) AHRLR 153 (ACHPR 2003), paras. 42 – 44.

方法,〔38〕某种拘留条件,〔39〕不公正审判后强迫接受死刑,〔40〕非自愿的绝育,〔41〕基于性别的羞辱,例如束缚分娩时的女性被拘留人,〔42〕或者使用电击装置来管束被拘留人,等等。〔43〕

痛苦并不必然是身体方面的,强调这一点很重要。精神痛苦本身同样可能具有严重性质,从而满足构成残忍和不人道待遇的条件。〔44〕例如,酷刑的威胁可能,但肯定不是必然,〔45〕相当于残忍和不人道待遇。〔46〕再比如,目击他人被虐待、〔47〕强奸〔48〕或处决。〔49〕这种理解源于禁止虐待和人道待遇义务之间紧密的联系。人道待遇并不局限于保护一个人的身体健全。

在这方面,《罗马规约》的《犯罪要件》中删除了“严重侵犯人格尊严”这一要素是有问题的。前南斯拉夫国际刑事法庭在判决中提及这一

---

〔38〕 Committee against Torture, “Concluding observations, United States of America”, UN Doc. CAT/C/ USA/CO/2, 25 July 2006, para. 3

〔39〕 见下文相应的注释〔130〕~〔148〕。

〔40〕 ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005 (Grand Chamber), paras. 168 - 175; Committee against Torture, “Concluding observations, Guatemala”, UN Doc. CAT/C/GTM/CO/4, 25 July 2006, para. 22.

〔41〕 Committee against Torture, “Concluding observations, Peru”, UN Doc. CAT/C/PER/CO/4, 25 July 2006, para. 23.

〔42〕 Committee against Torture, “Concluding observations, United States of America”, above note 38, para. 33.

〔43〕 Ibid., para. 35.

〔44〕 IACtHR, *Loayza Tamayo v. Peru*, above note 30, para. 57; ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, above note 20, para. 167; Committee against Torture, “Concluding observations, United States of America”, above note 38, para. 13.

〔45〕 ECtHR, *Hüsniye Tekin v. Turkey*, Judgment of 25 October 2005, para. 48.

〔46〕 IACtHR, *Villagrán Morales v. Guatemala*, above note 35, para. 165; Case of the “*Juvenile Reeducation Institute*” *v. Paraguay*, Judgment of 2 September 2004, Series C, No. 112, para. 167; Inter-American Commission on Human Rights (IACmHR), *Prada González and Bolaño Castro v. Colombia*, Case 11. 710, Report No. 63/01, Annual Report OEA/Ser. L/V/Ⅱ. 111 Doc. 20 rev. (2000), para. 34.

〔47〕 IACtHR, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, above note 21, para. 78.

〔48〕 IACmHR, *Ana, Beatriz and Celia González Pérez v. Mexico*, Case 11. 565, Report No. 53/01, Annual Report 2000, OEA/Ser. L/V/Ⅱ. 111 Doc. 20 rev. (2000), para. 53.

〔49〕 IACmHR, *Tomas Porfirio Rondin v. Mexico* (“*Aguas Blancas*” *Case*), Case 11. 529, Report 49/97, Annual Report 1997, OEA/Ser. L/V/II. 98 Doc. 6 rev. (1997), para. 76.

要素时〔50〕故意没有考虑《罗马规约》《犯罪要件》中关于不人道待遇的定义,因为《犯罪要件》认为侵犯人格尊严似乎可以被战争罪的"损害个人尊严"所涵盖。然而,即使是《罗马规约》生效后,前南斯拉夫国际刑事法庭也没有放弃"严重侵犯人格尊严"这一要素。〔51〕

酷刑

除了共同第 3 条,禁止酷刑还载于《日内瓦第一公约》第 50 条、《日内瓦第二公约》第 51 条、《日内瓦第三公约》第 130 条和《日内瓦第四公约》第 147 条关于严重破坏公约行为的规定中以及《第一附加议定书》的第 75 条和《第二附加议定书》的第 4 条。在 1958 年出版的《日内瓦第四公约评注》中,酷刑仍旧被理解为"对一个人施加痛苦,以从该人或他人处获取供状或情报"。〔52〕 从该定义出现到现在,法律和司法实践都有了很多发展,条约和实践现在赋予了酷刑更为宽泛的含义,尤其是包含了更宽泛的目的。

条约中关于酷刑的定义

在人权法方面,《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(以下简称《禁止酷刑公约》)第 1 条、《美洲防止和惩治酷刑公约》第 2 条和《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》(以下简称《禁止酷刑宣言》)第 1 条等,对"酷刑"做了明确的定义。国际刑事法院《罗马规约》第 7 条第 2 款第 5 项又进一步

---

〔50〕 见上注〔19〕。

〔51〕 See ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, above note 18, paras. 154 – 155; *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, above note 18, para. 256; *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, above note 19, para. 246. 在有关不人道待遇的定义中保留"严重侵犯"概念意味着,根据《日内瓦第一公约》第 50 条、《日内瓦第二公约》第 51 条、《日内瓦第三公约》第 130 条和《日内瓦第四公约》第 147 条,它构成了严重破坏公约的行为。至于共同第 3 条,既然"严重侵犯"在任何情况下都被"损害个人尊严"的概念所涵盖并因此被绝对禁止,讨论它就没有什么实际意义了。

〔52〕 *Commentary on GC IV*, above note 2, p. 598.

对“酷刑”进行了定义,并在《犯罪要件》中予以补充。尽管《美洲防止和惩治酷刑公约》的定义更为广泛并适用于该公约的所有当事国,但《禁止酷刑公约》的定义影响了嗣后的国际裁判,并构成了解释国际人道法尤其是共同第 3 条中酷刑的起点。

《禁止酷刑公约》第 1 条规定:

> 为本公约的目的,“酷刑”是指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所做或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的……

因此,酷刑包含四个要素,即(1)意图;(2)造成肉体或精神上的剧烈疼痛或痛苦;(3)为了一定的目的,例如惩罚、情报、供状、恐吓、威胁或基于任何一种歧视的任何理由;(4)由以官方身份行使职权的人或在其教唆下造成的。

前南斯拉夫国际刑事法庭认为该定义反映了习惯国际法,因为它涵盖了《禁止酷刑宣言》和《美洲防止和惩治酷刑公约》中规定的定义。[53]

---

〔53〕 ICTY, Prosecutor *V.* Zejnil Delalic and Others, Case No. IT – 96 – 21 – T (Trial Chamber), 16 November 1998, para. 459.

《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》第 1 条规定:

1. 为本宣言目的,酷刑是指政府官员或在他怂恿之下,对一个人故意施加的任何使他在肉体上或精神上极度痛苦或苦难,以谋从他或第三者取得情报或供状,或对他做过的或涉嫌做过的事加以处罚,或对他或别的人施加恐吓的行为。按照囚犯待遇最低限度标准规则施行合法处罚而引起的、必然产生的或随之而来的痛苦或苦难不在此列。

2. 酷刑是过分严厉的、故意施加的、残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。

《美洲防止和惩治酷刑公约》第 2 条规定:

为本公约的目的,酷刑应被理解为为了刑事调查的目的、作为恐吓的手段、作为处罚、作为预防措施、作为刑罚或为了其他任何目的而造成一个人身体或精神疼痛或痛苦的任何故意实施的行为。酷刑还应被理解为对一个人使用意图消除受害者的人格或减损其身体或精神能力的方法,即使这些方法没有造成身体疼痛或者精神痛苦。酷刑的概念不应包括合法措施的后果所固有的或是其唯一后果的肉体或精神疼痛或痛苦,倘若没有实施本条提到的行为或使用本条提到的方法。

然而,法庭为了与武装冲突相关的国际刑法的目的,又在其判例法中调整了该定义。尽管它最初一直要求实施者必须是公职人员,[54]但它此后放弃了这一要素以使其判例法适应国际人道法——尤其是适用于非国际性武装冲突的国际人道法——的需要,因为酷刑也可能是由非国家主体的当事方实施的。[55] 法庭保留了《禁止酷刑公约》第 1 条定义中的目的要素并且认为该要素与疼痛或痛苦的严重程度是区分酷刑和不人道待遇的两个要素。[56]

酷刑的构成要素:特定目的

酷刑的构成要素不仅仅包括一项故意的行为,还必须是为了特定的目的或基于任何一种歧视的任何理由(见《禁止酷刑公约》第 1 条)。尽管选择使用目的这一要素来区分酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇,为酷刑的概念施加了一定的限制,[57]但前南斯拉夫国际刑事法庭和《罗马规约》的《犯罪要件》在将该概念移植到国际人道法中时却反对《禁止酷刑公约》中的明确定义,不过,还是很难认为国际人道法中酷刑的定义不需要目的这一要素。“目的”这一必要条件清楚地反映了国家的立场。

就“目的要素”而言,《禁止酷刑公约》第 1 条提到的若干目的并不构成穷尽列举。这一点已为该公约第 1 条的措辞——“为了”——所确

---

〔54〕 ICTY, *Prosecutor v. Furundzija*, above note 7, para. 162, and Appeals Chamber Judgment, 21 July 2000, para. 111.

〔55〕 ICTY, *Prosecutor v. Kunarac and Others*, above note 10, para. 491; confirmed by the Appeals Chamber Judgment, 12 June 2000, para. 148; *Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 284.

〔56〕 ICTY, *Prosecutor v. Kunarac and Others*, above note 10, para. 142; *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT - 97 - 25 (Trial Chamber), 15 March 2002, paras. 179, 180; *Prosecutor v. Brdjanin*, Case No. IT - 99 - 36 - T (Trial Chamber), 1 September 2004, para. 486. 这一点和国际人权法是一致的:正如《禁止酷刑宣言》第 1 条第 2 款明确规定和《禁止酷刑公约》的名称所承认的,酷刑是过分严厉的、故意施加的、残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。

〔57〕 See the Report of the United Nations Special Rapporteur on Torture on his visit to the Russian Federation, UN Doc. E/CN. 4/1995/34/Add. 1, 16 November 1994, para. 71.

认。国际刑事法院《罗马规约》的《犯罪要件》也采用了这种非穷尽的列举方式。[58] 然而,目的不可能属于任何种类,它必须“在某些方面与明确列举的目的是一样的”。[59] 前南斯拉夫国际刑事法庭也认为,此类目的“既不必是造成剧烈疼痛或痛苦的唯一目的,也不必是主要目的”。[60]

实践中,这会导致一个极为宽泛的目的概念。事实上,“恐吓或威胁他或第三者”和“基于任何一种歧视的理由”就是这种宽泛的概念,以致大部分造成某一特定之人(特别是被拘留者)巨大痛苦的蓄意行为,都会是由这些目的之一或与此非常近似的目的引起的。

剧烈的身体或精神痛苦

关于待遇的严重程度,就虐待而言,其评价必须基于客观的标准并且应具体问题具体分析。前南斯拉夫国际刑事法庭定义(用的是“剧烈”一词而不是“严重”)中所要求的疼痛的程度要高于残忍和不人道待遇。

另一方面,国际刑事法院《罗马规约》的《犯罪要件》则要求两种形式的虐待都必须具备“剧烈的肉体或精神疼痛或痛苦”。[61] 换句话说,它们要求两种虐待形式都具有更高的疼痛程度,那么,区分二者只能根据待遇的目的。事实上,这是作为一揽子协议的一部分而达成的妥协,尽管大多数代表团都感觉要求达到“剧烈”的程度门槛过高,而且与《罗马规约》的规定不一致。[62]

顺着类似《犯罪要件》的思路,一些专家也开始质疑不人道待遇和

---

〔58〕 《罗马规约》第 8 条第 2 款第 1 项第 2 目和第 8 条第 2 款第 3 项第 1 目的犯罪要件。

〔59〕 J. Herman Burger and Hans Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff, The Hague 1988, p. 118.

〔60〕 ICTY, *Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 153; *Prosecutor v. Kunarac and Others*, above note 10, para. 486, and Appeals Chamber, 12 June 2002, para. 155.

〔61〕 关于与武装冲突和犯罪意图相联系的一切其他因素这里都不涉及,因为它们与共同第 3 条的解释无关。

〔62〕 Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2003, ICRC, Cambridge, p. 63.

酷刑之间痛苦等级的必要性。[63] 对这些学者来说,区分酷刑和不人道待遇的唯一要素,应当是酷刑所要求的目的。支持这一学说的理由,当然是如果要定义严重痛苦和剧烈痛苦之间强度的界限会比较难。而且,认为一种待遇比"不人道"更严重也显得有些荒谬。[64]

不同条约的措辞使得这个问题悬而未决。《禁止酷刑公约》第 16 条提到"未达到酷刑程度的其他残忍、不人道或有辱人格的待遇",可能暗示出酷刑是比残忍、不人道或有辱人格的待遇强度更高的待遇。然而,它也可能意味着酷刑所需的目的构成了加重因素,公约起草时似乎并没有解决这个问题。[65]

甚至在《犯罪要件》通过之后,前南斯拉夫国际刑事法庭还继续以通过非法的目的和有差异的痛苦程度,来区分酷刑与残忍和不人道待遇。欧洲人权法院也要求酷刑有更高的疼痛程度,其中,目的是一个相关因素,有时还是决定性[66]因素。[67] 和前南斯拉夫国际刑事法庭一样,美洲人权委员会和法院也要求酷刑要比残忍、不人道或有辱人格的待遇具有更高的疼痛程度,同时还有目的的要求。[68] 但另一方面,人权

---

[63] Malcolm Evans, "Getting to grips with torture", in Association for the Prevention of Torture, *The Definition of Torture*, Geneva 2001, pp. 33 – 49; Nigel Rodley, "The definition(s) of torture in international law", *Current Legal Problems*, No. 55 (2002), pp. 467 – 93; Manfred Nowak, "Challenges to the absolute nature of the prohibition of torture and ill-treatment", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23/4 (2005), pp. 674 – 88, at p. 678; Manfred Nowak, "What practices constitute torture? US and UN standards", *Human Rights Quarterly*, No. 28 (2006), pp. 809 – 841, at p. 822.

[64] Evans, above note 63, pp. 33 ff., esp. p. 49.

[65] Burger and Danelius, above note 59, p. 150, 仅仅提到了作为区分特征的"目的";另 See the account in Rodley, above note 63.

[66] ECtHR, *Kismir v. Turkey*, Judgment of 31 May 2005, paras. 129 – 132.

[67] ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, above note 20, para. 167; Aksoy v. Turkey, Judgment of 18 December 1996, Reports 1996 – VI, para. 64; *Salman v. Turkey* [GC], Judgment of 27 July 2000, Reports 2000 – Ⅶ, para. 114; *Corsacov. v. Moldova*, Judgment of 4 April 2006, para. 63; *Menesheva v. Russia*, Judgment of 9 March 2006, para. 60. For an analysis of the jurisprudence of the ECtHR see Roland Bank, "Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe", in Rainer Grote and Thilo Mahraun (eds.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, pp. 479 – 534.

[68] IACtHR, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, above note 21, paras. 50, 68, 87.

事务委员会则没有试图区分这两者之间的区别。[69]

使用单一的目的标准来区分酷刑与残忍和不人道待遇的主要后果,是不人道待遇如果是为了一定的目的而实施,就自动相当于酷刑。[70]但考虑到目的的定义非常宽泛,几乎包含了任何目的(尤其是那些非常广泛的目的,如恐吓或威胁),这会导致在酷刑和有辱人格的待遇之间只给残忍或不人道待遇留下了非常狭窄的空间。

正如上文所指出的,司法裁判迄今没有放弃将痛苦程度作为区分酷刑和残忍或不人道待遇的一个要素,但这并不排除未来发生变化的可能性,尤其是如果国际刑事法院遵循了《罗马规约》第8条第2款第3项第1目犯罪要件中清楚的措辞。但如果国际刑事法院要这样做,它不应该以提高被视为残忍或不人道待遇所要求的严重程度的最低标准为代价。

再者,为了评估疼痛的严重程度,个案的所有情况都必须予以考虑。[71] 对酷刑的评估基于许多事实因素,例如环境、持续期间、隔离、精神健康或意志力、文化信仰和敏感度、性别、年龄、社会或政治背景或者过去的经历。它可能是通过单一行为来实施,也可能是数个行为结合或累积的结果,而这些行为从个别来看或不考虑其背景时似乎又是可接受的。相关的因素包括“造成疼痛的性质和背景”、“虐待的预谋和制度化”、“使用的方式和方法”以及“对受害者不利的处境”。[72] 一段时间的持续、虐待的重复和不同形式以及严重程度应当作为一个整体进行评估。[73] “永久性伤害并不是酷刑的必要条件;痛苦的证据甚至也不必是犯罪实施后清晰可见的。”[74]对于各种各样形式的虐待,“在某些情况

---

〔69〕 HRC, General Comment 20 on Article 7, 10 March 1992, 在第4段提到了待遇的“性质、目的和严重程度”。Rodley, above note 63, 他指出从人权事务委员会的早期案例法中推断出任何一般标准都是不可能的。

〔70〕 ICTY, *Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 140; ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, para. 682.

〔71〕 ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, above note 56, para. 483.

〔72〕 ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, above note 56, para. 182.

〔73〕 Ibid.

〔74〕 ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, above note 56, para. 484; *Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 148.

下,痛苦可能会因为社会和文化环境而加剧,因此当评估被指控行为的严重程度时,该评价应当考虑受害者具体的社会、文化和宗教背景”。[75]

当一些行为必然意味着剧烈疼痛或痛苦时,它们实质上已经满足了严重程度的要求。一个特别的例子就是强奸。[76] 司法裁判中酷刑的其他实例,还包括殴打并伴随着拘留 3 日,在此期间内没有食物和水、不让使用卫生间,[77] 还有电击、[78] 活埋、[79] 溺水、[80] 悬吊、[81] 毒打[82] 特别是打脚底、[83] 模拟处决、[84] 死亡威胁、[85] 审问时将被拘留人长期暴露于严寒的环境中[86] 以及将以下几种方式结合使用——监禁于非常痛苦的环境中、拘禁于特殊的条件下、长时间听高分贝的音乐、包括死亡威胁在

---

〔75〕 ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, *Bala and Musliu*, above note 23, para. 237.

〔76〕 ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, above note 56, para. 485; ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, above note 70, para. 682; ECtHR, *Aydin v. Turkey*, Judgment of 25 September 1997, Reports 1997 – VI, paras. 82 – 86; Committee against Torture, *T. A. v. Sweden*, UN Doc. CAT/C/34/D/226/2003, 27 May 2005, paras. 2.4, 7.3; IACmHR, *Raquel Martíaen de Mejía v. Peru*, Case 10.970, Report No. 5/96, Annual Report 1995, OEA/Ser. L/V/Ⅱ.91 Doc. 7 rev. (1996), p. 185.

〔77〕 Committee against Torture, *Danilo Dimitrijevic v. Serbia and Montenegro*, UN Doc. CAT/C/35/D/172/2000, 29 November 2005, paras. 2.1, 2.2, 7.1, 7.2.

〔78〕 HRC, *Rodríguez v. Uruguay*, Communication 322/1988, 9 August 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, paras. 2.1, 12.1; ACHPR, *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Communication No. 124/1982, 24 July 1984, CCPR/C/OP/2 at 158 (1990), paras. 8.2, 12; ECtHR, *Çakici v. Turkey*, Judgment of 8 July 1999, Reports 1999 – IV, para. 93; Committee against Torture, “Concluding observations, Switzerland”, UN Doc. CAT/C/CR/34/CHE, 21 June 2005, para. 4 (b) (i).

〔79〕 HRC, *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Communication R. 7/30, 23 May 1982, UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 130 (1982), paras. 2.3, 12.

〔80〕 HRC, *Rodríguez v. Uruguay*, above note 78, paras. 2.1, 12.1.

〔81〕 ECtHR, *Aksoy v. Turkey*, above note 67, para. 64; HRC, *Torres Ramirez v. Uruguay*, Communication 4/1977, 23 July 1980, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 49 (1984), para. 2.

〔82〕 ECHR, *Selmouni v. France*, above note 15, para. 101.

〔83〕 ECtHR, *Aksoy v. Turkey*, above note 81, para. 64.

〔84〕 ECmHR, *The Greek Case*, Report of 5 November 1969, (1969) 12 Yearbook 186 – 510, at 501; HRC, *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Communication No. 124/1982, 24 July 1984, CCPR/C/OP/2 at 158 (1990), paras. 8.2, 12.

〔85〕 ECmHR, *The Greek Case*, above note 84, para. 501.

〔86〕 Committee against Torture, “Report of Mexico produced by the Committee under Article 20 of the Convention and reply from the Government of Mexico”, 30th Session, UN Doc. CAT/C/75 (2003), para. 165.

内的威胁、剧烈摇晃和使用冷气冻人。[87]

就虐待而言,毫无疑问,精神痛苦本身就可能足够严重,从而相当于酷刑。事实上,酷刑的心理实施方法以及心理影响造成的痛苦,可能像身体酷刑及其影响一样严重。[88] 前南斯拉夫国际刑事法庭认为,被强迫观看对其亲近的人实施严重的性侵犯,这对被强迫观看的人来说也是一种酷刑。[89] 关于死亡威胁造成的严重精神痛苦以及错误地通知受害者其父已被处决,[90] 或者强迫受害者收敛其部族其他成员的尸体,[91] 法庭也持同样主张,认为构成了酷刑。

侵犯个人尊严,特别是侮辱和有辱人格的待遇

共同第 3 条、《第一附加议定书》第 75 条和《第二附加议定书》第 4 条均禁止侵犯个人尊严。

严重的侮辱、有辱人格或者对人格尊严的严重侵犯

在对《第一附加议定书》第 75 条的评注中,侵犯个人尊严被定义为“不直接对人的健全、身体和精神健康造成损害,目的是侮辱和嘲笑他们,甚至强迫他们从事有辱人格行为的行为”。[92] 前南斯拉夫国际刑事法庭则找到一个更接近于共同第 3 条措辞的定义,可以将损害个人尊严与残忍和不人道待遇区分开来。它要求“被告人故意实施或参与某一通

---

〔87〕 Committee against Torture, “Concluding observations, Israel”, above note 31, paras. 255 – 257.

〔88〕 IACtHR, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment of 27 November 2003, Series C, No. 103, para. 93. On this subject see the article by Hernan Reyes, “The worst scars are in the mind: psychological torture” in this issue of the Review.

〔89〕 ECtHR, *Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 149.

〔90〕 ICTY, *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, above note 19, paras. 294 – 295.

〔91〕 ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, above note 56, para. 511.

〔92〕 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of* 8 *June* 1977 *to the Geneva Conventions of* 12 *August* 1949, Martinus Nijhof, TheHague 1987, paras. 3047 ff.

常被认为会造成严重侮辱、有辱人格或其他对人格尊严严重侵犯的行为或不作为”。[93] 在这里,前南斯拉夫国际刑事法庭保留了客观性的标准,[94]但也考虑了主观性标准,依照法庭的观点,“暴力的形式、严重程度和持续时间、身体或精神痛苦的程度和持续时间,都应作为评估的基础,无论是否实施犯罪”。[95] 尽管侮辱和有辱人格必须是“真实而且严重的”,但它不必是持久的。[96] 同时也不需要对构成酷刑罪特征的目的加以界定。[97]

《罗马规约》的《犯罪要件》将损害个人尊严的实质要件定义为一项行为,其“行为人侮辱一人或多人、实行有辱人格的待遇或以其他方式损害其尊严”并且“侮辱、有辱人格或其他损害行为的严重性达到公认为损害个人尊严的严重程度”。尽管该定义有些重复,它还是指明了这种侵犯并不需要有剧烈的精神或身体痛苦,但另一方面,该定义对于将损害个人尊严与纯粹的侮辱行为区分开来还是有重要意义的。

欧洲人权法院认为,在决定一种特定形式的待遇是否“有辱人格”时,要注意到“其目的是否是侮辱和贬损有关人员,并且就后果而言是否以不符合《欧洲人权公约》第 3 条的方式对他们的人格造成负面影响”。[98] 不过法院也认为,没有贬损或侮辱的目的并不排除有辱人格待遇的存在。[99] 美洲人权法院就声明“有辱人格,可以通过为了侮辱和降低受害者身份以及粉碎其身体或精神上抵抗的目的而引起的恐惧、焦虑

---

〔93〕 ICTY, *Prosecutor v. Kunarac and Others*, above note 10, para. 161.

〔94〕 Ibid., para. 162.

〔95〕 ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT – 95 – 14/1 (Trial Chamber), 25 June 1999, para. 57.

〔96〕 ICTY, *Prosecutor v. Kunarac and Others*, above note 10, para. 501.

〔97〕 ICTY, *Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 226.

〔98〕 ECtHR, *Raninen v. Finland*, Judgment of 16 December 1997, Reports 1997 – Ⅷ, para. 55.

〔99〕 ECtHR, *Peers v. Greece*, Judgment of 19 April 2001, Reports 2001 – Ⅲ, para. 74; *Kalashnikov. v. Russia*, Judgment of 15 February 2002, Report 2002 – VI, para. 95.

和自卑等因素来界定”。[100]

举例说明有辱人格的待遇包括:对待或处罚一个人,如果这种对待或处罚在他人面前严重侮辱了该人或者迫使其违反其意愿或良知行事;[101]严重的种族歧视;[102]不允许囚犯换下脏衣服;[103]剪掉其头发和胡须作为惩罚;[104]使用人体盾牌;[105]不适宜的拘禁条件、实施屈从行为、强迫在衣物内大小便或者要其忍受因害怕遭受身体、精神或性暴力而带来的持续的恐惧。[106]

“侮辱”和“有辱人格”是同义语

没有法庭去尝试区分侮辱和有辱人格的待遇。事实上,尽管共同第3条的措辞看似区分了侮辱和有辱人格的待遇(用了连词“或”),但很难想象两个术语之间在逻辑上有什么不同。既然损害个人尊严以及侮辱和有辱人格的待遇都被共同第3条所禁止,那么是否确实存在任何相当于损害个人尊严的待遇、但却不算是侮辱或有辱人格(注意共同第3条“特别”的措辞)?这一问题其实只是一个理论问题。

此外,还有一个问题,是身体或精神痛苦是否必须达到较高的严重程度才能构成不人道待遇。严重违反公约的行为使残忍和不人道待遇应该受到刑罚的处罚、但没有损害个人尊严的事实,就属于这么一种情况。另一方面,前南斯拉夫国际刑事法庭关于残忍或不人道待遇的定义与损害个人尊严的定义之间,又相互重叠了,因为法庭认为两个定义都含有“严重侵犯人类尊严”。事实上,这两个概念必然是重叠的。依照

---

〔100〕 IACtHR, *Loayza Tamayo v. Peru*, above note 30, para. 57; IACmHR, Report No. 35/96, Case No. 10.832, *Luis Lizardo Cabrera v. Dominican Republic*, 19 February 1998, paras. 77.

〔101〕 ECmHR, *Greek case*, above note 84, p. 186.

〔102〕 ECmHR, *East African Asian Cases*, above note 32, p. 76.

〔103〕 ECtHR, *Hurtado v. Switzerland*, Judgment of 28 January 1994, Series A, No. 280 – A, para. 12.

〔104〕 ECtHR, *Yankov. v. Bulgaria*, Judgment of 11 December 2003, ECHR 2203 – XII, paras. 114, 121.

〔105〕 ICTY, *The Prosecutor v. Aleksovski*, above note 95, para. 229.

〔106〕 ICTY, *The Prosecutor v. Kvocka and Others*, above note 10, para. 173.

个案的特定情况,仅仅被认为是有辱人格或侮辱的待遇,如果持续一定时间或是在一个人处于特别易受攻击的情形下对其实施的,则很容易会转化为残忍和不人道待遇;如果是为了非法的目的而故意实施的,甚或会转化为酷刑。

特定的处境和待遇——尤其在拘留时

下面是来自于司法裁判的几个例子。在这些例子中,某些拘留的待遇或条件,被认为构成了酷刑或者残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。它们并没有将特定处境的所有要素都包括进去。考虑拘留时的所有条件和待遇,其实是超出了本文的讨论范围。

正如上文所述,大量的司法判决和人权法中的标准,对于从酷刑与其他虐待形式的激增这一角度来理解拘留时的待遇是至关重要的。的确,由于人权法中不断增加的规定也适用于武装冲突,并与国际人道法中增加的规定有所重合,因此,人权法领域的判决和标准也就渗透到国际人道法的法律评估中。之所以在这里举一些例子是因为拘留——在这里作广义上的理解,包括所有形式的剥夺自由[107]——会使人处于虐待的特殊风险之中。所有形式的非法拘留,例如那些无法与外界接触的拘留、秘密拘留或强迫失踪,都是如此。

被拘留者的特殊脆弱性以及证明拘留期间所发生情况的困难,导致人权机构采用的规则要求国家当局负有更大的举证责任。例如,欧洲人权法院就认为,当一个人处于执法官员的控制之下时,如果在控制期间在该人身上发生有任何伤害,原则上就应被假定为是由这些官员造成的。[108] 同样,美洲人权法院和委员会也主张,如果一个人被非法拘留并处于当局的绝对控制之下,那么要想推翻该人受到虐待的假设,国家负

---

〔107〕 武装冲突期间的行政拘留或扣留,预审拘留,定罪后的监禁以及一切形式的非法剥夺自由。

〔108〕 ECtHR, *Salman v. Turkey*, above note 67; para. 100; *Günaydin v. Turkey*, Judgment of 13 October 2005, para. 29.

有举证责任。[109]

无法与外界接触的拘留

无法与外界接触的拘留,在这里可以被理解为不能同外部世界联系的拘留。[110] 其意思是说如果一个人无法与家人、朋友、律师或独立的医生联系,那么他或她就是无法与外界接触的,即使该人有权出庭,[111] 而且可以接受红十字国际委员会的探视。

大量的人权机构认为,长时间无法与外界接触的拘留本身就相当于虐待或酷刑,因为受害者不确定要拘留多久,与社会隔绝以及无法与家人、朋友联系,都会造成其精神上的痛苦。[112] 许多人权机构还就此得出结论,无法与外界接触的拘留、秘密或不公开的拘留实质上增加了酷刑或其他形式虐待的风险。[113] 事实上经验表明,这种形式的拘留,如果是长期的,几乎总是与虐待联系在一起。

---

〔109〕 IACtHR, *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Judgment of 7 June 2003, Series C, No. 99, paras. 97 – 100; IACmHR, *Joaquín Ortega et al. v. Guatemala*, Case 10.586, Report No. 39/00, Annual Report 1999, OEA/Ser. L/V/II. 106 Doc. 6. rev. (1999), paras. 253 – 254.

〔110〕 Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, OUP, Oxford 2000, p. 334.

〔111〕 HRC, *Marais v. Madagascar*, 24 March 1983, UN Doc. CCPR/C/18/D/49/1979, para. 17.4.

〔112〕 See HRC, *General Comment* 20 *on Article* 7, 10 March 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, para. 11; *El-Megreisi v. Libya*, UN Doc. CCPR/C/50/D/440/1990, 24 March 1994, para. 5.4; *Marais v. Madagascar*, 24 March 1983, UN Doc. CCPR/C/18/D/49/1979, para. 19; *Celis Laureano v. Peru*, 16 April 1996, UN Doc. CCPR/C/56/D/540/1993, para. 8.5; IACmHR, *Dayra María Levoyer Jiménez v. Ecuador*, Report No. 66/ 01, Case 1. 992, 14 June 2001, para. 34; IACtHR, *Suárez Rosero v. Ecuador*, Judgment of 12 November 1997, Series C, No. 35, para. 91; *Velázquez Rodríguez v. Honduras*, Judgment of 29 July 1988, Series C, No. 4, para. 156; *Castillo Páez v. Peru*, above note 35, para. 192; ACHPR, Communication 250/2002, *Zegfeld and Ephrem v. Eritrea*, Seventeenth Activity Report, para. 55, available at: http:// www. achpr. org/english/_info/index_activity_en. html. (最后访问时间 2007 年 10 月 6 日)

〔113〕 Committee against Torture, “Concluding observations, Spain”, UN Doc. CAT/C/CR/29/3, 23 December 2002, para. 10; Report of the UN Working Group on Arbitrary Detention, UN Doc. E/CN. 4/2006/7, 12 December 2005, para. 57; Recommendations of the Special Rapporteur on Torture, UN Doc. E/CN. 4/ 2003/68, 17 December 2002, para. 26 (g).

关于“长期”的含义,还没有一个完全清晰的定义。事实上,关于一个人被捕或被拘留时是否必须要与外部世界接触,条约中也没有明确的规定。尽管如此,因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人,应迅即解送法官或依法执行司法权力之其他官员(《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 3 款)并且任何被拘留的人都有权在法庭上质疑拘留的合法性,以便法庭能“迅速”决定拘禁是否合法(《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 4 款)。作为一项规则,“迅速”是指不超过几天。[114] 为了这项权利能够被有效实施,被拘留人应有权会见律师。[115] 在任何情况下,这都应当是几天内的事,而不是几周内的事。同样,应毫不迟延地允许被拘留人与家人联系,不应超过数日。[116]

强迫失踪

根据联合国《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》第 1 条第 2 款的规定,强迫失踪构成了酷刑或者其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。[117] 这一点已被许多国际机构所确认,或者因为它们认为失踪所造成的痛苦和与外部世界失去联系所造成的严重痛苦相当于虐待,或者因

---

〔114〕 Human Rights Committee, General Comment 8 on Article 9, 30 June 1982, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, para. 2; HRC, *Terán Jijon v. Ecuador*, UN Doc. CCPR/C/44/D/277/1988, 8 April 1992, para. 5. 3(不超过 5 天); see also *Kurbanov. v. Tajikistan*, UN Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002, 12 November 2003, para. 7. 2 (seven days excessive); ECtHR, *Aksoy v. Turkey*, above note 67, para. 78 (甚至在紧急状态下也不能超过 14 天).

〔115〕 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 18 项原则。

〔116〕 见《日内瓦第四公约》第 106 条(“被拘禁人一经被拘禁时,或最迟在其到达拘禁处所后一星期内……”);《日内瓦第四公约》第 11 条;《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 15 项原则。

〔117〕 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 2 条将强迫失踪定义为:“强迫失踪系指由国家代理人,或得到国家授权、支持或默许的个人或组织,实施逮捕、羁押、绑架,或以任何其他形式剥夺自由的行为,并拒绝承认剥夺自由之实情,隐瞒失踪者的命运或下落,致使失踪者不能得到法律的保护。”1992 年联合国《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》将强迫失踪定义为:“如果政府不同部门或不同级别的官员,或一些代表政府行事或得到政府直接或间接支持、同意或默许的有组织团体或个人,违反其本人的意愿而予以逮捕、拘留或绑架,或剥夺他们的自由,随后又拒绝透露有关人员的命运或下落,或拒绝承认剥夺了他们的自由,结果将这些人置于法律保护之外,强迫失踪即告发生。”

为它们认为强迫失踪同酷刑和虐待有着紧密的联系。[118]

此外,强迫失踪不仅构成对失踪人员的虐待或创造了使其遭受虐待的条件;它还对该人的家人构成了残忍或不人道待遇,因为当一个人失踪时其近亲属要忍受精神痛苦,并且这对他们的身体和精神健康影响极为严重,所以他们因此也被视为不人道待遇的受害者。[119]

拘留的条件和虐待

共同第 3 条中关于人道对待被拘留者的义务也体现在一些人权条约中,这些条约一般都规定“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇”。[120] 当然,该规则也被其他关于拘留的条件和待遇以及程序保障的国际人道法规则所补充。

被剥夺自由者具有遭受虐待的双重风险,即拘留的条件使他们人格贬损,监狱人员或其他人对他们的行为可能构成酷刑或虐待。如上所述,这里“客观的”拘留条件不是确定违反共同第 3 条唯一的相关因素。对某类人的特殊伤害,例如未成年人,也必须予以考虑。[121]

---

〔118〕 HRC, *Moijica v. Dominican Republic*, UN Doc. CCPR/C/51/D/449/1991, 10 August 1994, para. 5.7; *Celis Laureano v. Peru*, above note 112, para. 8.5; Report of the UN Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances, UN Doc. E/CN.4/1435, 26 January 1981, para. 184; IACtHR, *Velázquez Rodríguez v. Honduras*, above note 112, para. 156; IACmHR, *Romer Morales Zegarra et al. v. Peru*, Cases 10.827 and 11.984, Report 57/99, 13 April 1999, OEA/Ser. L/V/Ⅱ.95 Doc.7 rev., p. 1013 (1998), paras. 71, 72; *Ampara Tordecilla Trujillo v. Colombia*, Case 10.337, Report 7/00, OEA/Ser. L/V/Ⅱ.106 Doc.3 rev. at 423 (1999), para. 37.

〔119〕 HRC, *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, 15 October 1982, UN Doc. CCPR/C/OP/2, paras. 14, 16; ECtHR, *Kurt v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, Reports 1998 – Ⅲ, para. 174; *Bazorkina v. Russia*, Judgment of 27 July 2006, para. 139 (unreported); IACtHR, *Bámaca Velázquez v. Guatemala*, Judgment of 25 November 2000, Series C, No. 70, para. 129; ACHPR, Communications 222/98, 229/98, Law Office of *Ghazi Sulaiman v. Sudan*, Sixteenth Activity Report, (2003) AHRLR 134 (ACHPR 2003), para. 62. 根据下面的案件可知,只是那些与其有感情和亲密关系的亲属, ECtHR, Çakici v. Turkey, above note 78, para. 98; IACtHR, *Children's Rehabilitation v. Paraguay*, Judgment of 2 September 2004, Series C, No. 112, para. 191.

〔120〕 《公民权利和政治权利国际公约》第 10 条;《美洲人权公约》第 5 条第 2 款。

〔121〕 见《儿童权利公约》第 37 条;1990 年 12 月 14 日联合国大会第 45/113 号决议通过的《联合国保护被剥夺自由少年规则》;IACtHR, Bulacio v. *Argentina*, Judgment of 118 September 2003, Series C, No. 1000, para. 126.

拘留本身就是对被拘留者的严重限制,剥夺自由导致一定程度的痛苦是必然的。不过,拘留必须以尊重被拘留者尊严的方式实施。[122] 在国际人道法中,《第二附加议定书》第 5 条列举了拘留的条件和拘留时的待遇标准,这是任何时候都必须予以尊重的最低标准。对国际性武装冲突来说,存在许多关于被剥夺自由者待遇的规定,这些都有助于他们获得人道待遇。[123] 此外,为了设定须提供给所有被拘留者的最低标准待遇,还制定了许多国际条约和软法文件,例如《囚犯待遇最低限度标准规则》、《囚犯待遇基本原则》、《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》、《联合国保护被剥夺自由少年规则》、《执法人员行为守则》、《执法人员使用武力和火器的基本原则》、《欧洲监狱规则》以及《欧洲委员会防止酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇或处罚标准》等。这些标准得到赞同,不问监禁的原因,不受国家预算的约束。[124] 只要其目的是防止虐待,它们就补充和阐明了国际人道法和人权法中人道待遇的义务。

在某些案件中,拘留条件对人格尊严是如此不利以致它们不仅违反了这些最低限度的规则,还构成了有辱人格的待遇、残忍或不人道的待遇,甚至酷刑。既然拘留的条件一般不是为了特定的目的而实行,例如处罚或讯问,它们一般就不构成酷刑;但如果这些条件造成了严重的痛

---

〔122〕 《公民权利和政治权利国际公约》第 10 条;《美洲人权公约》第 5 条第 2 款。

〔123〕 见如《日内瓦第三公约》第 13 ~ 16 条、第 20、22 条、第 25 ~ 38 条、第 49 条、第 51 ~ 53 条、第 69 ~ 71 条;《日内瓦第四公约》第 25、27 条、第 31 ~ 34 条、第 76 条、第 83 ~ 95 条、第 103 条、第 106 ~ 107 条、第 119、124、127 条。

〔124〕 HRC, *Womah Mukong v. Cameroon*, Communication 458/1991, 10 August 1995, UN Doc., CCPR/C/51/ D/458/1991, para. 9.3; IACmHR, *Joseph Thomas v. Jamaica*, Case 12.183, Report 127/01, Annual Report 2001, OEA/Ser. L/V/VV. 114 Doc. 5. rev. (2001), para. 132; 美洲人权法院就经常考虑《囚犯待遇最低限度标准规则》: *Denton Aitken v. Jamaica*, Case 12.275, Report No. 58/02, Annual Report 2002, OEA/Ser. L/V/Ⅱ. 117 Doc. 1 rev. 1 (2002), para. 135; *Michael Edwards et al. v. Bahamas*, Cases 12.067 et al., Report No. 48/01, Annual Report 2000, OAE/Ser. L/V/II. 111 Doc. 20 rev. (2000), para. 195.

苦,并且为了特定的目的施加给个人,它们就有可能构成酷刑。[125] 甚至在没有任何侮辱意图的情况下,不适当的拘留条件也可能会侵犯被拘留人的尊严,并造成其受到侮辱或降低身份的感觉。[126]

再者,也不能孤立地考虑拘留的条件,这一点有时没有得到应有的重视。必须对被拘留人的整体情况予以考虑,包括拘留时的待遇和合法性。[127] 从道理上来说,多个因素的累积效果会增加被拘留人的痛苦,并在某种程度上达到虐待的界限。用欧洲人权法院的话说:

> 国家必须确保被拘留者处于与尊重其人格尊严相符的条件下,确保执行措施的方式和方法不使其遭受精神痛苦或超过拘留所固有的不可避免的痛苦程度的剧烈痛苦,确保即使有监禁的实际需要,其健康与良好状态也能通过如提供必不可少的医疗救助而得到充分保护。[128]

为了说明这一点,下面列举了一些本身或与其他条件结合在一起可以构成残忍、不人道或有辱人格待遇的因素的例子,当然,这些例子远未穷尽:

- 缺乏单人的最小空间/过度拥挤(欧洲防止酷刑委员会规定了一个拘留房中每人 7 平方米的最小面积);[129]

---

〔125〕 See the “Report of the United Nations Special Rapporteur on Torture on his visit to the Russian Federation”, UN Doc. E/CN. 4/1995/34/Add. 1, 16 November 1994, para. 71; Bank, above note 67, p. 493; IACmHR, *Lizardo Cabrera v. Dominican Republic*, above note 100, para. 86.

〔126〕 ECtHR, *Alver v. Estonia*, Judgment of 8 November 2005, para. 55; *Romanov v. Russia*, Judgment of 20 October 2005, para. 81; *Mathew v. Netherlands*, Judgment of 29 September 2005, para. 216.

〔127〕 HRC, *Vuolanne v. Finland*, above note 29, para. 9. 2; ECtHR, *Dougoz v. Greece*, above note 31, para. 46; *Iovchev v. Bulgaria*, above note 31, para. 137.

〔128〕 ECtHR, *Kudla v. Poland*, Judgment of 26 October 2000, Reports 2000 - XI, para. 95.

〔129〕 1955 年在日内瓦举行的第一届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过,并由经济及社会理事会以 1957 年 7 月 31 日第 663 C(XXIV)号决议和 1977 年 5 月 13 日第 2076(LXII)号决议予以核准的《囚犯待遇最低限度标准规则》第 9、10 条;1987 年 2 月 12 日欧洲部长理事会第 R(87)3 号文件通过的《欧洲监狱规则》规则 18. 5、18. 6;《欧洲委员会防止酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇或处罚标准》(以下简称《CPT 标准》),CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2006, p. 8, para. 43.

- 缺少自然光或日光;[130]
- 昼夜都是人造光线;[131]
- 缺少新鲜空气和通风设备;[132]
- 不太可能离开牢房并进行锻炼;[133]
- 食物和饮用水不充足;[134]
- 物质条件不充足(例如缺少干净的被褥、衣服和洁具);[135]
- 卫生设备和条件不充足;[136]
- 缺乏或拒绝医疗照顾,[137]包括心理治疗;[138]
- 温度过高或过低或遭受严寒酷热;[139]
- 拘留不合法;[140]
- 单独或隔离拘禁(细节参见下文);[141]

---

〔130〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 10 条;《欧洲监狱规则》规则 18.2.a;《CPT 标准》第 15 页第 47 段,第 25 页第 30 段。

〔131〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 10、11 条;《欧洲监狱规则》规则 18.2.b;《CPT 标准》第 25 页第 30 段。

〔132〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 10 条;《欧洲监狱规则》规则 18.2.a。

〔133〕 每天在户外至少一个小时:《囚犯待遇最低限度标准规则》第 21 条;《欧洲监狱规则》规则 27;《CPT 标准》第 15 页第 47 段。

〔134〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 2 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 20 条;《欧洲监狱规则》规则 20;《CPT 标准》第 10 页第 42 段,第 15 页第 47 段。

〔135〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 17～19 条;《欧洲监狱规则》规则 20;《CPT 标准》第 15 页第 47 段。

〔136〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 2 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 12～16 条;《欧洲监狱规则》规则 19;《CPT 标准》第 10 页第 42 段,第 15 页第 47 段,第 18 页第 47 段。

〔137〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 1 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 22 条;1990 年 12 月 14 日联合国大会第 45/111 号决议通过并宣布的《囚犯待遇基本原则》第 9 项原则;《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 24 项原则;《欧洲监狱规则》规则 39－48;《CPT 标准》第 29～38 页。

〔138〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 22、82 条;《欧洲监狱规则》规则 40.5、47。

〔139〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 2 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 10 条。

〔140〕 ECtHR, *Fedotov v. Russia*, Judgment of 25 October 2005, paras 68－70.

〔141〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 29～32 条;《囚犯待遇基本原则》第 7 项原则;《欧洲监狱规则》规则 60.5。

- 与外部世界缺少联系;[142]
- 缺少有意义的职业或合法工作条件下的工作;[143]
- 对宗教或精神需要缺乏尊重;[144]
- 缺少种族隔离和保护被拘留人不受其他被拘留人侵害;[145]
- 囚犯之间使用暴力;[146]
- 在这种条件下人被拘留或拘禁一段时间。[147]

剥光衣物和搜身

没有任何关于完全禁止剥光衣物和搜身方面的国际性规定,[148] 司法裁判也没有发现剥光衣物或搜身必然与禁止不人道或有辱人格的待遇不相符。[149] 但搜身必须适当尊重人格尊严并为了合法的目的。[150] 如果以贬损人格的方式实施搜身,就确实等同于不人道或有辱人格的待遇,[151] 例如,男性囚犯被强迫在女性官员面前脱光,其性器官被直接用

---

〔142〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 3 项和第 5 条第 2 款第 2 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 37 ~ 38 条、第 79 ~ 80 条;《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 15 ~ 19 项原则;《欧洲监狱规则》规则 24;《CPT 标准》第 18 页第 50、51 段。

〔143〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 5 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 71 ~ 78 条;《囚犯待遇基本原则》第 6、8 项原则;《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 28 项原则;《欧洲监狱规则》规则 26。

〔144〕 《第二附加议定书》第 5 条第 1 款第 4 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 41 条;《囚犯待遇基本原则》第 3 项原则;《欧洲监狱规则》规则 29。

〔145〕 《第二附加议定书》第 5 条第 2 款第 1 项;《囚犯待遇最低限度标准规则》第 8 条;《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 8 项原则;《联合国保护被剥夺自由少年规则》;《欧洲监狱规则》规则 11.1、12.1、18.8。

〔146〕 General Recommendations of the Special Rapporteur on Torture, above note 113, para. 26 (j); HRC, *Griffin v. Spain*, Communication No. 493/1992, UN Doc. CCPR/C/53/D/493/1992, 4 April 1995, para. 3.1; 《CPT 标准》第 27 段。

〔147〕 ECtHR, *Georgiev v. Bulgaria*, Judgment of 15 December 2006, para. 56; *Khudoyorov v. Russia*, Judgment of 8 November 2005, para. 105.

〔148〕 见如《欧洲监狱规则》规则 54,明确规制这种搜身。

〔149〕 ECmHR, *McFeeley et al. v. United Kingdom*, application 8317/77, 15 May 1980, 20 DR 44.

〔150〕 ECtHR, *Karakas and Yesilirmak v. Turkey*, Judgment of 28 June 2005, paras. 36 – 41.

〔151〕 ECtHR, *Iwanczuk v. Poland*, 15 November 2001, para. 59; Committee against Torture, “Concluding observations, Qatar”, UN Doc. CAT/C/QAT/CO/1, 25 July 2006, para. 21.

手接触;[152] 搜身由嘲笑或辱骂囚犯的士兵实施;[153] 保护囚犯安全或防止动乱或犯罪的理由不能证明搜身是正当的;[154] 或者搜身是以一种"正常的"方式、作为惯例经常实施的,对于为什么要针对这个特定的人缺乏明确的理由,而且也一定会让被搜身者理解为是在受折磨。[155]

单独拘禁、孤立和隔离

在这里,单独拘禁被理解为被拘留者与监狱中其他囚犯的社会孤立,其实也是将其部分地孤立于外部世界。单独拘禁可能发生在两种不同的情况下。它经常是非法的或无法与外界接触的拘留或强迫失踪的结果;但在行政拘留期间、预审拘留期间或定罪后的监禁期间,可能也会采取孤立于社会以外的形式。例如,它可被用来防止被拘留人影响证人或者保持监狱的秩序。单独拘禁并不必然意味着与外部世界完全孤立。事实上,如果采取进一步严格的孤立可能就是非法的,尤其是被拘留人无论在监狱内外都没有社会联系的情况下。

没有国际条约规定禁止单独拘禁,国际司法中也不认为这样做是非法的。尽管如此,它还是有可能相当于残忍或不人道的待遇甚或酷刑,特别是在时间比较持久的情况下。[156] 《囚犯待遇基本原则》的原则 7 表明,单独拘禁原则上是不必要的:"应努力废除或限制使用单独拘禁作为惩罚的手段,并鼓励为此而作出的努力。"

因为对被拘留者身体和精神健康的消极影响,单独拘禁只能作为一种例外措施,理由合法时才能实施,例如为了防止被拘留人伤害他人或

---

[152] ECtHR, *Valasinas v. Lithuania*, Judgment of 24 July 2001, Reports 2001 – Ⅷ, para. 117.

[153] ECtHR, *Iwanczuk v. Poland*, above note 151, para. 59.

[154] Ibid., paras. 58 – 59.

[155] ECtHR, *Yankov v. Bulgaria*, above note 104, ECHR 2203 – Ⅻ, para. 110.

[156] HRC, *General Comment* 20 *on Article* 7, 13 March 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7/Add. 1, para. 6; General Recommendations of the Special Rapporteur on Torture, above note 113, para. 26 (m).

影响证人等。单独拘禁应“只在例外情况下并在特定的时期内实施,这一期间应尽可能短暂”。[157]

国际标准和判决对单独拘禁的使用施加了限制。《联合国保护被剥夺自由少年规则》严格禁止“任何构成残酷、不人道或有辱人格的待遇的纪律措施……包括体罚、关在暗室、密闭或单独拘禁或其他任何有害有关少年身心健康的惩罚”。[158] 该规则非常明确地谴责虐待少年,或将其密闭或单独拘禁。

国际司法和软法标准也为单独拘禁施加了限制,并认为,如果单独拘禁是以置于暗室的方式实施,[159] 如果它剥夺了被拘留人视觉或听觉等任何自然感官的使用[160]或完全地社会孤立,[161] 如果受害者受到伤残,[162] 或者如果它被实施了很长的一段时间,等等,则相当于残忍或不人道待遇。[163] 虽然与其他同室囚犯的联系被完全切断,但如果该人有其他可使其不被完全孤立的条件,例如有权读报、看电视、听收音机、与监狱职员联系、进行户外锻炼,担任监狱教师、牧师或律师,与家人通信

---

〔157〕 《CPT 标准》第 20 页第 56 段;《欧洲监狱规则》规则60. 5。

〔158〕 《联合国保护被剥夺自由少年规则》规则 67。

〔159〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 32 条第 1 款和第 31 条;《欧洲监狱规则》规则 60. 3。这一点可理解为排除了这些类型的待遇:仅作为纪律处罚而不是对刑事犯罪的惩罚。然而,这种解释不可能成为主流,因为它意味着残忍、不人道或有辱人格的待遇可以作为一种刑事制裁而被允许,这与该规则不可贬损的性质不相符合。

〔160〕 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第 6 项原则脚注。

〔161〕 Committee against Torture, “Concluding observations, New Zealand”, UN Doc. CAT/C/CR/32/4, 11 June 2004, para. 5(d); “Concluding observations, United States of America”, above note 38, para. 36; “Conclusions and Recommendations on Spain”, UN Doc. CAT/C/CR/29/3, 23 December 2002, para. 11(d); ECtHR, *Ramirez Sanchez v. France*, Judgment of 27 January 2005, para. 100; *Öcalan v. Turkey*, above note 40, paras. 191 – 196.

〔162〕 IACmHR, *Víctor Rosario Congo v. Ecuador*, Case 11. 427, Report No. 63/99, Annual Report 1998, OAE/ Ser. L/V/II. 95 Doc. 7 rev. (1998), para. 59.

〔163〕 HRC, General Comment 20 on Article 7, 13 March 1992, HRI/GEN/1/Rev. 7/Add. 1, para. 6. See also HRC, *Vuolanne v. Finland*, above note 29, para. 9. 2; *Kennedy v. Trinidad and Tobago*, 5 May 2003, CCPR/C/77/D/908/2000, para. 6. 4; Polay *Campos v. Peru*, 9 January 1998, CCPR/C/61/D/577/1994, para. 8. 6; *Conteris v. Uruguay*, 17 July 1985, CCPR/C/25/D/139/1983, para. 1. 6.

和接受家人探视、作为医疗人员等,单独拘禁也可能是合法的。[164] 换句话说,被拘留人必须能持续进行一些有意义的活动并且有适当的人联系。[165]

如果单独拘禁是由任何构成酷刑的目的造成的,并且对被拘留人造成了严重的损害,它就构成了酷刑。[166]

拘留中使用武力及其限制

被拘留者特别容易受到滥用武力和不必要的或过度使用武力的侵害。与拘留以外的情况相比,不必要或过度的武力使用,会更加容易造成侮辱或者构成对人格尊严的侵犯,并且会对受害者的身体和精神健康造成持久的影响。[167]

考虑到被拘留者易受伤害的处境,欧洲人权法院和美洲人权法院因此都特别强调:在拘留的情况下,人的身体忍耐力是有限度的。例如,欧洲人权法院就反复主张,"对被剥夺自由的人来说,要其进行严格但没有必要的身体忍耐及贬损其人格尊严,原则上是对第 3 条所规定权利的一种侵害"。[168] 因此,只有对维护机构内安全与秩序有绝对必要时或者当个人安全被威胁时,才能在最严格限制的情况下于拘留时使用武力。[169]

---

〔164〕 ECtHR, *Rohde v. Denmark*, Judgment of 21 July 2005, para. 97; *Öcalan v. Turkey*, above note 40, paras. 191 – 196.

〔165〕 CPT, *Report on Norway*, 11 April 2006, CPT/Inf (2006) 14, paras. 52, 56; *Report on Lithuania*, 23 February 2006, CPT/Inf (2006) 9, para. 107; *Report on Azerbaijan*, 7 December 2004, CPT/Inf (2004) 36, para. 133; *Report on Belgium*, 17 October 2002, CPT/Inf (2002) 25, paras. 92, 95; 116; *Report on the Russian Federation*, 30 June 2003, CPT/Inf (2003) 30, para. 118.

〔166〕 IACmHR, *Lizardo Cabrera v. Dominican Republic*, above note 100, para. 86.

〔167〕 这并不是说虐待不能在拘留以外实施。对于这种情况,特别见 Nowak, above note 63, pp. 674, 676 – 678.

〔168〕 ECtHR, *Selmouni v. France*, above note 15, para. 99; *Menesheva v. Russia*, Judgment of 9 March 2006, para. 56; 美洲人权法院使用了类似的语言: *Loayza Tamayo v. Peru*, above note 30, para. 57. 在要求"行为的目的和受害者的无依靠"时,诺瓦克(Nowak)似乎遵循了这一方法,但他写道:"在拘留和类似的直接控制的情况下,不可能适用比例测试。"Nowak, above note 63, p. 678.

〔169〕 《执法人员使用武力和火器的基本原则》第 15 项原则;《欧洲监狱规则》规则 64 – 70;《CPT 标准》第 19 页第 53 段。

这并不意味着所有过度使用武力都会构成虐待,虐待或酷刑必须满足一定的特征。同样,不是所有因使用不相称的武力所导致的死亡案例都必然等同于虐待,即便它们构成了对生命权的侵犯。[170]

不必要或过度使用武力通常源自或伴随有以下因素:不适当的武器或不适当地使用武器或管束器具。国际标准和司法实践因此禁止使用可能造成不必要疼痛或侮辱[171]的身体管束器具,尤其禁止将它们作为惩罚工具。[172] 应当避免使用火器。[173] 司法实践中还发现,不适当地使用辣椒喷雾剂[174]或催泪瓦斯[175]可能构成虐待,或者诸如泰瑟枪的电击装置都可能是实施酷刑的用具。[176]

结论

尽管用语简洁,酷刑、残忍或不人道待遇以及损害个人尊严的概念还是能够通过大量禁止虐待的既存法律文件和司法判决,以一种有意义的和实用的方式加以解释。绝不能将虐待视为一种可以在具体的环境

---

〔170〕 IACtHR, *Durand and Ugarte v. Peru*, Judgment of 16 August 2000, Series C, No. 68, paras. 78 – 79; *Neira Alegría v. Peru*, Judgment of 19 January 1995, Series C, No. 20, para. 86; 非洲人权和民族权委员会有时发现如果人被“枪决或折磨致死”就违反了《非洲人权和民族权宪章》第 5 条: *Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples v. Burkina Faso*, Fourteenth Activity Report, (2001) AHRLR 51 (ACHPR 2001), para. 43.

〔171〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 33 条;《欧洲监狱规则》规则 69;Committee against Torture, “Concluding observations, Australia”, UN Doc. A/56/44, paras. 47 – 53, 21 November 2000, para. 52 (b); Committee against Torture, “Concluding observations, United States of America”, above note 38, para. 179(e)

〔172〕 《囚犯待遇最低限度标准规则》第 33 条;《执法人员使用武力和火器的基本原则》第 15、16 项原则;《欧洲监狱规则》规则 60.6、68。

〔173〕 《执法人员使用武力和火器的基本原则》第 16 项原则;《日内瓦第三公约》第 42 条(脱逃战俘)。

〔174〕 Committee against Torture, “Concluding observations, Canada”, UN Doc. A/56/44, paras. 54 – 59, 22 November 2000, para. 58 (a).

〔175〕 IACmHR, *Parque São Lucas v. Brazil*, Case 10.301, Report No. 40/03, Annual Report 2003, OEA/Ser. L/ V/II. 118 Doc. 5 rev. 2 (2003), para. 52.

〔176〕 Committee against Torture, “Concluding observations, Switzerland”, above note 78, para. 4(b)(i).

之外实施的抽象行为。对它的评估必须考虑尊重人身心健全的需要,另外还得考虑个案的所有情况。

共同第 3 条仅仅规定了人道待遇的最低要求,列举了最低限度的共同标准。该条款中的所有义务和禁止性规定都是绝对的,必须尽最大努力严肃履行,诚实适用。

法律原则的滥用:“9·11”以来美国对酷刑问题的法律回应*

詹姆斯·罗斯**著/廖凡***译

摘要

美国武装部队和中情局对酷刑的使用并不仅限于阿布格莱布的“少数坏家伙”,而是涉及范围更广的行为,包括引渡到第三国或秘密“黑站点”这种美国政府认为被美国法和国际法所允许的行为。本文分析了政府为维护其强制审讯项目并使其正当化而推行的各种法律手段,以及国会和法院的回应。公开辩论中有很多涉及对酷刑及残忍、不人道和有辱人格待遇的界定和重新界定。尽管美国法律对酷刑的界定已经更加接近国际标准,但事实上,它们也将那些因受到虐待而寻求救济的人拒之法院门外,并保护了那些责任人免受追诉。

引言:酷刑的曝光

直到2004年4月伊拉克阿布格莱布的照片在美国电视节目中播出后,美国人在“全球反恐战争”中所实施的酷刑才变得臭名昭著。在这些令人不安的照片大量传播之前,媒体和人权组织出版物关于酷刑及其

* 感谢人权观察的妮科莱特·伯兰德(Nicolette Boehland)在本文写作过程中的帮助。

** 人权观察(纽约)法律与政策顾问。

*** 中国社会科学院国际法研究中心副研究员,北京大学法学博士。

他虐待行为的报告并未引起多少公众关注,也显然没有给五角大楼(国防部)敲响警钟。文字难以言传照片的真实感,而这些照片——美国士兵在一堆赤身裸体的伊拉克男人或者一具血肉模糊的尸体后"竖起大拇指",军犬对着一名赤身裸体的无助囚犯狂吠,以及那张一名戴着头罩的男人双臂伸开站在盒子上、电线悬在空中的标志性照片——也无法完全捕捉到阿布格莱布的实情。

其实,并不像"阿布格莱布丑闻"这个误导性的短语所暗示的那样,仅仅只是阿布格莱布。美国军方和中央情报局(中情局)人员在阿富汗的巴拉姆(Bagram)空军基地、伊拉克的各种不同拘留场所和前方作战基地以及古巴的关塔那摩湾都实施了酷刑及其他形式的强制审讯。囚犯遭受到长期剥夺睡眠、极端冷热环境、痛苦的压迫姿势、殴打、强迫裸体或其他有辱人格的待遇、无限期单独禁闭以及其他虐待讯问方法。美国公民何塞·帕迪利亚(Jose Padilla)被单独关押在南卡罗莱纳州查尔斯顿的海军监狱中长达 43 个月,目的是使其能坦白他所知道的有关基地组织的一切。[1]

这些还只是在已知的拘留中心所使用的方法。关于中情局在美国之外的秘密监狱——所谓的"黑站点"(black sites)——实施酷刑的情报却少之又少。[2]此外,还有对被美国非法移送到叙利亚或埃及等其他国家的个人所实施的酷刑。

阿布格莱布照片的力量足够强大,激起了公众的愤怒,使得此前不够坦白的乔治·W. 布什政府正式作出了反应,并带来了一系列的军事调查。媒体的新曝光或因《信息自由法》请求而做出的新披露,使得这

---

〔1〕 据《基督教科学箴言报》称:"尽管在迈阿密案中简要提及了帕迪利亚在监狱的待遇问题,但没有法官对其合法性做出判决。根据本案卷宗中的辩方请求,帕迪利亚的监狱面积为 9 英尺乘 7 英尺。窗户被遮住。有一个马桶和一个水槽。钢架床没有床垫、没有枕头、没有床单、没有时钟、没有日历、没有收音机、没有电视、没有电话、没有探视者。甚至帕迪利亚的律师也有将近两年的时间被禁止会见他。" Warren Richey, "US gov't broke Padilla through intense isolation, say experts", *Christian Science Monitor*, 14 August 2007.

〔2〕 See Human Rights Watch, "Off the record: US responsibility for enforced disappearances in the 'war on terror'", June 2007.

一问题始终是头条新闻。为酷刑罗列正当理由的政府内部备忘录被公开。退役军人公开现身,谴责这些不符合武装部队身份的行为。

阿布格莱布事件被曝光已有三年多,虐待被拘留者的问题已经被归入有关关塔那摩湾以及应当如何对待那里的囚犯这一更大的问题之中。美国政府声称,酷刑已被禁止,虐待已经停止。阿布格莱布照片中所拍到的低级人员已经受到审判和惩处。司法部关于酷刑的法律备忘录已经被否定。被中情局关押在秘密监狱中的人已被送往关塔那摩湾,在那里红十字国际委员会可以会见他们。关于讯问的军事战地手册及中情局讯问规则经过修订后,已经被认为符合美国所承担的法律义务。

然而那只是事情的一部分。尽管有一些例外,但美国军方在起诉同虐囚行为有牵连的人员方面做得颇为糟糕。被定罪的只是低级的士兵和军官,没有高级军官。对于其他更为严重的虐待被拘留者案件——包括在阿富汗和伊拉克的讯问过程中数名被拘留者的死亡——所做的调查没有取得什么进展,也没有导致纪律处分或短期判决。除了负责联军伊拉克拘留场所的准将——一名预备役军人——被降级外,对于那些应为建立强制审讯制度负责的高级军事人员并没有采取任何真正的措施。

美国继续无视国际人权或国际人道法,将数百人关押在关塔那摩湾。在阿富汗和伊拉克还有数以千计的人被关押在令人质疑的情形和条件下。针对酷刑指控的各种军事调查没有发现高层存在任何严重错误——至少没有达到犯罪的程度,国会自己则从来没有开展过调查:没有任何一名政府成员因为被拘留者遭受酷刑而丢掉工作。尽管美国的确已经在这些拘留中心停止了酷刑及其他虐待行为,但那些被拘留者仍在遭受着精神虐待,那就是遥遥无期的与世隔绝。

尽管政府在努力转变其在阿布格莱布虐囚事件中所扮演的任何角色,但中情局针对“高价值”被拘留者的强制审讯技巧——其中一些根据任何标准都算得上酷刑——却受到了官方表扬。[3] 虽然“失踪

〔3〕 See The White House, “The Military Commissions Act of 2006”, fact sheet, 17 October 2006; see generally Jane Mayer, “The black sites”, *New Yorker*, 13 August 2007.

者”——关押在中情局秘密监狱里的被拘留者——中有十多人自 2006 年后期以来已经被移送到关塔那摩湾,但仍有将近 40 个已被人权组织公开身份之人的情况未获澄清。许多人很可能被送回国去面对未知的命运。简而言之,政府谴责被拍摄到的阿布格莱布虐待行为的同时却又在海外的中情局拘留场所内进行有组织的强制审讯。

本文将分析对美国在“全球反恐战争”及阿富汗和伊拉克武装冲突中关押的囚犯实施酷刑及其他虐待所涉及的美国法律问题。文章将分析政府最初对虐待指控的回应、立法部门对此所做的努力以及法院所扮演的角色。所发生的事情可以被喻为一场三方乒乓球赛,虐囚问题在政府、国会和最高法院之间弹来弹去。

虽然这场法律乒乓球赛还远未结束,但在阿布格莱布事件被曝光以来的几年中已经出现了某些趋势。政府试图缩窄酷刑的定义,将最为可怕的待遇也排除在酷刑之外,但没有成功。国会,通过立法,要求使酷刑及其他虐待行为的定义接近(如果确实无法完全达到)国际法所规定的标准。与此同时,政府在国会中的提案已日益使得被美国羁押的所谓“敌方战斗员”难以提起诉讼要求补偿。换言之,自阿布格莱布事件以来的 3 年中,防止实施酷刑的实质性保护措施被强化,从而使总统难以干预,但真正用于执行这些保护措施的手段却被大为削弱。除非让灯光对准美国的酷刑实践,否则我们永远也无法确知在黑暗中发生了什么。

问责机制的失效

美国政府对于在阿布格莱布监狱、关塔那摩和阿富汗发生的酷刑及其他虐待行为的指控作出的回应可分为两个部分:针对指控及可能的政策失误展开超过 12 个主要由军方进行的调查,以及对直接卷入虐待的个人提起诉讼或给予纪律处分。调查和起诉最终将虐待归因于军事结构内的政策失误,以及士兵和低级军官的犯罪行为。高级军事和文职官员则没有受到正式谴责、纪律处分或起诉。结果之一是使得围绕虐待的法律问题从行政部门转移到国会和法院——远离了对行政部门的问责。

官方调查

五角大楼从不同方面展开的大约12个针对虐囚行为的调查行动其质量是不同的。由安东尼奥·M. 塔古巴(Antonio M. Taguba)少将进行的首个调查开始于2004年1月,是针对当时尚未公布的阿布格莱布虐待照片,调查范围限于针对负责监狱保安的第800宪兵旅的虐待指控。事实证明,塔古巴于2004年3月提交的报告是对于美国军事被拘留者实践的最为直率和批判性的分析。塔古巴发现:

> 在2003年10月至11月间,在阿布格莱布拘留所,数名被拘留者遭受了多次虐待狂式的明目张胆和冷酷无情的构成犯罪的虐待。这一针对被拘留者的系统性非法虐待是由宪兵警卫部队的数名成员故意进行的……虐待指控得到详细的证人陈述和极其清晰的照片证据的支持。[4]

阿布格莱布照片公布后进行的国会听证会提出了塔古巴报告中的指称。然而,国会并未真正跟进塔古巴的报告,只是对五角大楼做了进一步调查。

后续调查看上去几乎就是军事高层服务于自我利益的行动。2004年8月,最高级别的报告,由前国防部长詹姆斯·R. 施莱辛格(James R. Schlesinger)牵头的国防部拘留行动独立专家审查组最终报告,发现“存在更高级别的机构和个人责任”,但宣布国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德(Donald Rumsfeld)没有任何直接责任。[5]尽管2004年1月驻伊拉克

---

〔4〕 US Department of Defense, “Article 15 - 6 Investigation of the 800th Military Police Brigade” (Taguba report), March 2004, reprinted in Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel, *The Torture Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 405.

〔5〕 US Department of Defense, “Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations” (Schlesinger report), August 2004, reprinted in Greenberg and Dratel, above note 4, p. 908. 在发布该报告的媒体见面会上,施莱辛格拒绝了要求拉姆斯菲尔德辞职的呼吁,称那“将是美国所有敌人的福音,因此我认为如果真的发生,那将是一个不幸”。Bradley Graham and Josh White, “Top Pentagon leaders faulted in prison abuse”, *Washington Post*, 25 August 2004.

高级官员发给五角大楼的电子邮件报告了虐待及照片的存在,但施莱辛格的报告支持了拉姆斯菲尔德的辩称,即“不愿意将坏消息沿指挥链上报”是国防部直至 2004 年 4 月事件曝光后才对阿布格莱布虐待事件做出回应的主要原因。[6] 国防部的其他调查提供了关于美国拘留场所中虐囚行为的重要和有用的信息,尤其是当放在一起分析时更是如此。然而,没有一份报告对于高级军事和文职官员在实施虐待中的角色给出了有说服力的结论。

调查有三个重大缺陷。首先,多数报告含有大量机密段落。尽管将某些与个人有关的信息或来源信息列为机密对于这种性质的文件而言是必要的,但许多报告中的秘密段落的长度暗示它们是被用于隐藏那些公众应当有权知悉的信息。事实上,如果公开那些机密信息的话,那么可能有必要对有些报告的价值重新给予更高的评价。不将所有可能的信息提交公众注意,意味着政府和军方可以无须对所有相关问题做出充分回应。

其次,大量的调查会造成淡化对虐待的调查结果并妨碍进行更为全面和独立的调查。国会授权成立的“9·11”委员会差不多就在那时完成了调查,对政府在 2001 年 9 月 11 日袭击之前的失误做出了广泛和极具说服力的说明,而对于调查美国职员的虐待行为,没有一份委员会报告产生或者能够产生这样的影响。

最后,也是最重要的,调查委员会没有足够高的级别,无法一查到底。军事人员只能对同级或下级士兵进行调查。这意味着没有哪次调查能够真正审视高级军事和文职人员在虐待中扮演的角色。塔古巴少将承认,他只被允许调查阿布格莱布的宪兵,不能调查那些在军事指挥链中位居其上的人。几年后他告诉记者,尽管得知有人对阿布格莱布的宪兵提供“指导”,但“法律禁止我对上级进行进一步调查。我被捆住了手脚”。[7]

---

〔6〕 Seymour Hersh, “The general's report”, *New Yorker*, 25 June 2007, pp. 65 – 6.

〔7〕 Ibid., p. 61.

结果是,众多调查委员会揭露了有关虐囚的重要信息,但却远没有提供任何形式的政府问责。支离破碎的调查方法意味着重点仍然放在士兵和少量军官身上,这意味着没有任何一份报告能够将一个地方的虐待同另一个地方的虐待联系起来。它还意味着最高级别的官员——最引人注目的是国防部长拉姆斯菲尔德及其顶级文职官员和军官——没有受到调查,尽管之前和之后的文件都指出了他们在颁布和支持造成伊拉克、阿富汗和关塔那摩虐囚政策中所扮演的角色。[8]

刑事追诉

阿布格莱布事件之后两年,人权观察和其他几个非政府人权组织报告说,600 多名美国军事和文职人员同虐囚行为有牵连,涉及 460 多名被拘留者。[9]在那些因为虐囚而被调查的人中,军官寥寥无几,并且没有任何军官基于指挥责任而被要求负责。[10]这些组织发现了在 330 多个案件中,美国军事和文职人员被可信地指控虐待、酷刑折磨乃至——在其中大约 30 个案件中——杀害囚犯。这些案件中只有一半受到了充分调查。所进行的调查常常突然结束或者毫无结果地中断。[11]

在军事调查员发现了重要虐待证据并找出了实施人的那些案件中,军事指挥官们常常以软弱无力的非司法性纪律处分措施作为处罚,而不是通过军事法院进行刑事追诉。即使是动用了军事法院,多数案件的判决结果也仅仅是不到 1 年的监禁或者是不涉及监禁的处罚(如解职或降

---

〔8〕 See generally Human Rights Watch, “Getting away with torture? – command responsibility for the US abuse of detainees”, April 2005, available at www.hrw.org/reports/2005/us0405/. (最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

〔9〕 See generally Human Rights Watch et al., “By the numbers: findings of the detainee abuse and accountability project”, April 2006, available at http://hrw.org/reports/2006/ct0406/. (最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

〔10〕 按照指挥责任理论,如果指挥官及其他上级知道或者应当知道其下级的犯罪行为,但没有在其权力范围内采取一切必要的合理措施来防止犯罪行为发生或者惩罚责任人,那么他们就可能被认定负有刑事责任。See, e.g., *Yamashita v. Styer*, 317 US 1; 66 S. 340, 4 February 1946.

〔11〕 Human Rights Watch et al., above note 9, pp. 2 – 3.

级)。在这些案件所牵连到的 600 多名美国职员中,只有 40 名被判处监禁。截至 2006 年 4 月,只有 10 名美国职员被判处 1 年或 1 年以上监禁。只有 3 名军官因虐囚被军事法庭定罪。[12] 2007 年 8 月 28 日,一个军事法庭宣布被指控未能在阿布格莱布适当监督对虐待被拘留者负有责任的士兵的史蒂文·L. 乔丹(Steven L. Jordan)中校无罪。他是因阿布格莱布的虐待行为而受审的唯一一名军官;他的无罪释放意味着没有一名军官被认定对发生在那里的事情负责。[13]

凸显出政府缺乏问责机制的案件之一是在处理据称参与对被指控为"9·11"事件中的"第 20 名劫机犯"的沙特公民穆罕默德·卡塔尼(Mohammad al-Qahtani)实施酷刑的官员问题上。一份未经编辑的讯问日志详细记录了从 2002 年 11 月到 2003 年 1 月的 6 周中在关塔那摩对卡塔尼所做的讯问,显示美国职员对卡塔尼实施了身体和精神虐待,包括剥夺睡眠、痛苦的压力姿势、强迫站立以及性和其他方面的羞辱。2005 年 12 月的一次军队调查含有一份宣誓声明,称当时的国防部长拉姆斯菲尔德"亲自参与"了对卡塔尼的讯问,同当时的关塔那摩高级指挥官杰弗里·米勒(Geoffrey Miller)将军"每周谈论"对卡塔尼的讯问。美军南方司令部负责人班茨·J. 克拉多克(Bantz L. Craddock)否认了报告的发现,称对卡塔尼的讯问没有违反军事法律或政策。[14] 拉姆斯菲尔德或米勒将军没有受到任何调查或刑事起诉。

国会的不作为

在 2005 年 12 月通过《被拘留者待遇法案》之前,国会对整个被拘留者待遇问题采取了断然的不干涉政策,尽管根据宪法它有权在其中发挥作用。国会并未授权行政部门设立军事委员会审判外国恐怖嫌疑人、在"反恐战争"中"选择退出"(opting out)《日内瓦公约》或者在关塔那摩

---

〔12〕 同上。

〔13〕 Paul von Zielbauer, "Colonel is acquitted in Abu Ghraib abuse case", *New York Times*, 29 August 2007.

〔14〕 See Human Rights Watch, "US: Rumsfeld potentially liable for torture", 14 April 2006.

湾建立拘留设施。国会没有自己立法,而是听任行政部门起草关于被拘留者待遇的规则和命令。事实就是这样,尽管共和党控制的国会无疑可以通过颁布立法支持政府,在立法中明确赋予后者采取各种行动的权力。

政府显然认为其既不需要也无义务让国会参与进来。由大卫·阿丁顿(David Addington)和约翰·于(John Yoo)等有影响力的政府律师倡导的单一行政部门愿景——在其中总统作为总司令享有不受限制的战争权力[15]——既不需要立法,也不需要国会批准。这一愿景反映在所谓的《拜比备忘录》(*Bybee memorandum*)(下文将讨论)和暗示总统在战时不受任何法律——包括禁止酷刑的法律——约束的政府声明中。国会自己也几乎或者说完全没有表现出涉足被拘留者待遇问题的倾向,尽管《宪法》第1条第8节第11段授权国会“制定有关陆上和水上俘获的规则”。共和党似乎满足于将这件事留给政府,而处于少数的民主党则没有什么能力或意愿来推动具有如此政治爆炸性的立法。

界定和重新界定酷刑

导致在阿布格莱布及伊拉克、阿富汗和关塔那摩的其他地方适用强制审讯方法的事件链条还没有被充分了解。但是,一系列公共政策声明和内部法律备忘录(有些尚未公布)表明行政部门的高级官员至少创造了条件,使得美国军事和文职人员得以在几乎不必担心会受到纪律处分或刑事追诉的情况下实施强制审讯。

从已有的文件来看,如果进一步公布与“酷刑丑闻”有关的政府文件及参与者个人供述表明政府对于强制审讯被拘留者负有关键、直接和故意的责任,是不会令人感到惊讶的。官方对于据说尚不构成酷刑的强

---

〔15〕 See generally Jane Mayer, “The hidden power”, *New Yorker*, 3 July 2006.

迫方法的持续支持——例如行政部门始终拒绝谴责模拟溺水(“水刑”[16])的做法——就是这方面强有力的证据。

国际法和美国法上的酷刑及其他虐待行为

禁止对被羁押人员实施酷刑及其他虐待在国际法和美国法上都是久已有之的。禁止酷刑的规定是强行法(*jus cogens*),这意味着它优先于其他国际法规范。[17] 它体现在众多国际条约中,其中最引人注目的是《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)[18]和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(以下简称《禁止酷刑公约》)。[19]

《禁止酷刑公约》将酷刑界定为公职人员或其代理人为了获得情报或供状、作为处罚、出于恐吓或威胁之目的或者基于任何以歧视为基础的理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的行为。《禁止酷刑公约》还禁止残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。残忍和不人道待遇包括那些欠缺某一酷刑要素或者达不到酷刑强度的痛苦。[20] 有辱人格的待遇包括对受害者的羞辱或者与案件情形不相称的行为。[21]

在国际人道法(战争法)下对战争时期禁止酷刑的编纂最早可以追

---

〔16〕 “水刑”(waterboarding)在西班牙宗教法庭时期就已使用,当时被称为 *tormenta de toca*。在某些形式的水刑中,囚犯被绑在一块板上,用布或玻璃纸蒙上嘴,把水灌进他们的嘴和鼻子,让他们相信自己正在溺水。

〔17〕 See Manfred Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, N. P. Engel, Kehl, 1993, pp. 157 – 8.

〔18〕 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), GA Res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, entered into force 23 March 1976, Article7.

〔19〕 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Convention against Torture), GA Res. 39/46, annex, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/ 39/51 (1984), entered into force 26 June 1987, Article1.

〔20〕 Nowak, above note 17, p. 131.

〔21〕 Ibid., p. 133.

溯至1863年美国的《利伯守则》,[22]更近一些则有1949年的四个《日内瓦公约》[23]及其《附加议定书》。[24] 不管是在国际性还是非国际性武装冲突中,它在任何时间、任何地点都被禁止,没有例外。酷刑是对《日内瓦公约》的严重破坏,因此是战争罪。无论根据前南斯拉夫和卢旺达特别国际刑事法庭的规约,还是国际刑事法院《罗马规约》的规定,它都是战争罪。

美国州和联邦的法律也禁止酷刑及其他形式的虐待。正如美国政府2006年向负责监督《禁止酷刑公约》遵守情况的国际机构联合国禁止酷刑委员会的报告中所称:

> 《(禁止酷刑)公约》含义范围内的每一个酷刑行为在现行联邦法和州法上都是非法行为,实施此种行为的任何个人都将受到刑法所规定的刑事制裁。事实上,在适当情形下的确进行了此种追诉。不能以异乎寻常的情形作为酷刑的正当理由,也不能以上级官员的命令作为借口。[25]

根据《统一军事司法法典》的各项规定,武装部队成员被禁止进行

---

〔22〕 General Orders No. 100, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863, Article 16.

〔23〕 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949 (GC Ⅰ), 75 UNTS 31, entered into force 21 October 1950; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949 (GC Ⅱ), 75 UNTS 85, entered into force October 21, 1950; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949 (GC Ⅲ), 75 UNTS 135, entered into force 21 October 1950; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (GC Ⅳ), 75 UNTS 287, entered into force 21 October 1950.

〔24〕 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (AP Ⅰ) of 8 June 1977, 1125 UNTS 3, entered into force 7 December 1978; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (AP Ⅱ) of 8 June 1977, 1125 UNTS 609, entered into force 7 December 1978.

〔25〕 US Department of State, "List of issues to be considered during the examination of the second periodic report of the United States of America: Response of the United States of America", 2006, available at www. state. gov/documents/organization/68662. pdf (last visited 10 August 2007), p. 25.

强制审讯。该法典适用于所有美军军人,无论是在美国国内还是国外。[26]

还有两部联邦法律也禁止酷刑及其他形式的强制审讯。在 2006 年《军事委员会法》进行修订之前,1996 年《战争罪法》规定,美国军事人员和美国国民严重破坏 1949 年《日内瓦公约》或者违反《日内瓦公约》共同第 3 条(禁止"对生命与人身施以暴力,特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑……损害个人尊严,特别如侮辱与降低身份的待遇")[27]的行为是刑事犯罪。

1994 年颁布的美国反酷刑条例允许对实施或企图实施酷刑的美国国民(即使在美国境外)或任何在美国境内实施此行为的人提起诉讼。酷刑被界定为"某人在法律的幌子下实施的、意在使在其羁押或身体控制下的另一人遭受剧烈的肉体或精神疼痛或痛苦(不包括伴随合法制裁的疼痛或痛苦)的行为"。[28]

"9·11"后对酷刑的重新界定

在 2001 年 9 月 11 日对世界贸易中心和五角大楼的攻击以及随之而来的阿富汗武装冲突之后,行政部门寻求放松美国法律对酷刑及其他虐待行为的界定。在国务院和司法部就《日内瓦公约》是否适用于阿富汗冲突出现公开分歧后,乔治·W. 布什于 2002 年 2 月 7 日发布了名为"对基地组织和塔利班被拘留者的人道待遇"的指令。

---

〔26〕 See Department of Defense, Uniform Code of Military Justice, Title 10, Subtitle A, Part Ⅱ, Chapter 47 of the United States Code, Articles 77 – 134.

〔27〕 18 USC 12441 (2000). Amendments to the War Crimes Act are discussed below.

〔28〕 18 USC 12340A (1998). 对根据反酷刑法上被认定有罪的人可以判处最高 20 年的监禁;如果酷刑造成受害者死亡,可以判处死刑。此外,为国防部工作的军事承包商也可能根据 2000 年《军事域外管辖权法》(Public Law 106 – 778)被起诉。《军事域外管辖权法》允许在美国联邦法院对在国外被美国军队雇佣或随同美国军队期间犯有任何可被判处 1 年以上监禁的联邦法罪行的美国平民提起诉讼。2005 年对《军事域外管辖权法》做了修订,将"在美国之外被武装部队雇佣"这一短语界定为不仅包括国防部的平民雇员、承包商或承包商的雇员,还包括"任何其他联邦机构或任何临时当局"的上述雇员,"只要这种雇佣同支持国防部的海外任务相关"。

指令承认《日内瓦公约》适用于阿富汗战事,但断定被俘的塔利班成员不享有战俘地位,因为他们是“非法战斗员”;而被俘的基地组织成员在世界上任何地方都不享有《日内瓦公约》所赋予的待遇,因为基地组织“不是《日内瓦公约》的缔约国”。至关重要的是,指令称“美国武装部队应当继续人道地对待被拘留者,并且在适当及符合军事必要性的程度上,给予其与《日内瓦公约》原则相一致的待遇”。[29]

这是美国首次公开宣布这一政策,即那些在“全球反恐战争”中被美国拘留的人将不会正式享有法律保护,而只是作为政策问题受到保护。并且,指令有意没有提及中情局。[30] 政府正在开启重新界定美国法和国际法适用范围之门,以便允许虐待实践。

这一对现行讯问规则的明显放松,以及对于“可据此采取行动的情报”(actionable intelligence)需求日益增加,使得中情局请求司法部就可允许的讯问方法提供指导。据当时的副助理总检察长约翰·于称:

> 中情局想要——需要——得到这一问题的定义性答案:我们能走多远?他们明确请求给出一份法律意见。他们已经俘虏了基地组织的高级特工,后者对于礼貌的问话不做回答。中情局官员想知道,他们有权合法地对他们做些什么来让他们开口。他们知道这些家伙有关于基地组织正在策划事情的信息。如果中情局能够得到那些信息,他们就能拯救生命。但他们也想确定,他们不会因为这么做而进监狱。[31]

司法部法律顾问办公室起草了对中情局请求的答复,通过当时的白

---

〔29〕 The White House, “Humane treatment of al Qaeda and Taliban detainees”, 7 February 2002, reprinted in Greenberg and Dratel, above note 4, p. 134 (emphasis added).

〔30〕 在给参议院司法委员会的书面答复中,白宫法律顾问阿尔贝托·冈萨雷斯(Alberto Gonzales)确认,该政策旨在为美国武装部队“提供指导”。当被问及指令是否适用于中情局及其他非军事人员时,冈萨雷斯称不适用。See US Senate, Committee on the Judiciary, “Confirmation hearing on the nomination of Alberto R. Gonzales to be Attorney General of the United States”, 6 January 2005, serial no. J - 109 - 1, p. 331.

〔31〕 Alasdair Palmer, “ ‘Professor Torture’ stands by his famous memo”, The Spectator, 17 March 2007.

宫顾问阿尔贝托·冈萨雷斯(Alberto Gonzales)传递。据报道,答复是由约翰·于起草、助理总检察长杰伊·拜比(Jay Bybee)签发的;后者在此之后很快被任命为联邦法官。完成于2002 年8 月的这份《拜比备忘录》对反酷刑条例所界定的"酷刑"这一法律专业术语做出了解释。[32] 2007 年,于称该备忘录分析了"哪些造成疼痛和痛苦的方法构成酷刑,以及美国总统如果认为必要,能否下令实施酷刑"。[33] 不仅如此,备忘录——在被公布后一般被称为"酷刑备忘录"——还对在美国法和国际法上明显属于非法的讯问方法进行了广泛的正当化。

拜比备忘录称,在已获国会批准的《禁止酷刑公约》的含义范围内,"行为必须具有极端的性质才能达到酷刑的程度"。仅仅是造成疼痛或痛苦"并不足以构成酷刑"。相反,"疼痛或痛苦必须是剧烈的"。也就是说,要构成酷刑,"行为在强度上必须相当于严重肉体伤害,如器官衰竭乃至死亡,相伴随的疼痛"。[34] 简言之,备忘录将酷刑界定得非常狭窄,排除了一般认为属于酷刑的许多实践。[35]

当时政府正在寻求支持给予军方比现行原则之下范围更为广泛的讯问方法的依据。美国关于讯问方法的标准原则是《关于情报讯问的军

---

〔32〕 Office of Legal Counsel, Department of Justice, Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, "Standards of conduct for interrogation under 18 USC secs. 2340 – 2340A" (Bybee memo), 1 August 2002, reprinted in Greenberg and Dratel, above note 4, p. 172.

〔33〕 Palmer, above note 31.

〔34〕 Bybee memo, above note 32, pp. 172, 176.

〔35〕 除界定酷刑外,备忘录还寻求阐明为可能被指控实施违法行为的任何官员提供保护的法律依据。它指出,总统作为军队总司令可以授权实施酷刑,并暗示讯问者有此授权。它还列出了法律抗辩,特别是"必要性 necessity"抗辩,作为被无疑是后来的行政部门正式指控违反法律的抗辩理由。同上,第207 ~213 页。尽管布什政府之后宣布《拜比备忘录》无效,但取而代之的法律顾问办公室2004 年12 月30 日意见称"虽然我们已经确认了同2002 年8 月备忘录的诸多分歧,但我们已经审查了本办公室此前关于被拘留者待遇问题的意见,并相信根据备忘录所列出的标准,这些意见中任何一个的结论都不会有所不同"。Office of Legal Counsel, Department of Justice, "Legal standards applicable under 18 USC sections 2340 – 2340A", 30 December 2004, available at www. usdoj. gov/olc/18usc23402340a2. htm. (最后访问时间2007 年8 月10 日)

队战地手册》,即最后修订于1987年的FM34-52。[36] 尽管该战地手册所允许的某些讯问方法,如“恐吓”(fear up)和“假旗”(false flag),可能会被用于实施虐待行为,[37]但总的说来,该战地手册所允许的实践及其总体调子是与《日内瓦公约》的要求一致的。正如FM34-52在第一章中所说:

> 使用武力、精神酷刑、威胁、侮辱,或者任何一种令人不愉快和非人道的待遇,都是法律所禁止的,是美国政府既未授权也不宽恕的。经验表明,对于讯问而言,使用武力并不是获得消息来源人的合作所必需的。因此,使用武力是一种欠佳的技巧,因为它产生不可信赖的结果,可能损害其后的信息收集工作,并且可能诱使消息来源人说那些他认为讯问者想要听到的话。[38]

在关塔那摩以及之后在伊拉克感觉到的情报需求,导致政府设法实质性改写FM34-52关于强制审讯的规定。2002年11月,国防部总法律顾问威廉·海恩斯(William Haynes)在同国防部副部长保罗·沃尔福威茨(Paul Wolfowitz)、参谋长联席会议主席理查德·迈尔斯(Richard Myers)将军及国防部副部长道格拉斯·费特(Douglas Feith)商讨后,通知国防部长拉姆斯菲尔德说,对关塔那摩的被拘留者采用两类讯问方法是合法的,其中包括长达4个小时的压力姿势、[39]长达30日的隔离、强迫裸体以及利用对狗的恐惧来施加压力。甚至更为严重的“第三类”方法也被提议,如冷热环境和水刑,但未予明确批准。2002年12月,拉姆

---

〔36〕 US Department of the Army, Field Manual 34-52: Intelligence Interrogation, September 1992.

〔37〕 马丁·莱德曼(Martin Lederman)教授提出,美国军方讯问人员可能已经相信在伊拉克采用的虐待式讯问方法事实上符合FM34-52,从而符合作为该战地手册基础的《日内瓦公约》。See http://balkin.blogspot.com/2005/08/mowhoush-murder-geneva-scorpions-and.html.

〔38〕 Field Manual 34-52, above note 36, pp.1-8.

〔39〕 这一系列方法引出了拉姆斯菲尔德部长的手写评论:“我每天要站8到10个小时。为什么只限站4个小时?”US Department of Defense, “Memorandum from the Secretary of Defense: counter-resistance techniques”, 27 November 2002, reprinted in Greenberg and Dratel, above note 4, p.236.

斯菲尔德部长批准在关塔那摩使用所有这些讯问方法。[40] 一个月以后,在军方总军法官提出抗议后,第三类方法才被撤销。[41]

对于军方提出的何者构成酷刑及其他虐待行为这一问题的进一步的法律关注,导致了由海军总法律顾问阿尔贝托·莫拉(Alberto Mora)领导的国防部工作组的成立。尽管工作组 2003 年 4 月 3 日的最终机密报告称《统一军事司法法典》禁止对被拘留者的人身侵犯、残忍行为和虐待,但它建议拉姆斯菲尔德部长批准多种表面上非法的方法,如使用警卫犬和强迫裸体。[42] 据之后的披露,包括莫拉在内的参加工作组的军方官员从未正式同意工作组的最终报告。这份报告是在杰弗里·米勒少将从关塔那摩调任伊拉克之前向其做情况简介之用,而正是这些虐待方法在阿布格莱布的照片中一遍又一遍地出现。[43]

酷刑、移送及域外适用

行政部门利用国际边界——将被拘留者移送到一贯使用酷刑的国家,或者只是在美国领土以外使用强制审讯方法,作为其缩窄酷刑定义和坚称其方法合法的基本要素。它设法通过解释其国际法律义务来这

---

〔40〕 US Department of Defense, "Memorandum for Commander, Joint Task Force 179: legal brief on proposed counter-resistance strategies", 11 October 2002, reprinted in Greenberg and Dratel, above note 4, p. 229.

〔41〕 "Counter-resistance techniques", above note 39, p. 236.

〔42〕 工作组最终报告称"法律原则可以使本来属于犯罪的特定行为不具非法性"。它引用了其此前关于总司令权力的讨论:"为了尊重总统管理军事活动的固有宪法权力,《美国法典》第 18 编第 2340A 节(禁止酷刑)以及任何其他潜在适用的法律必须被解释为不适用于根据他的总司令权力所进行的讯问。根据(宪法)第 1 条,国会无权规定总统行使其在战争期间控制作战行为之总司令权力的条款和条件。"据马丁·莱德曼教授称,这一分析直接来自约翰·于 2003 年 3 月 14 日为总法律顾问海恩斯撰写的备忘录,并作为"有力依据"被呈交工作组,因为它源自司法部法律顾问办公室,想来是《拜比备忘录》。See Martin Lederman, "Silver linings [or, the strange but true fate of the second (or was it the third?) OLC torture memo]", Balkinization Blog, 21 September 2005, available at http://64.233.169.104/search?q5cache:Dt5WwNn1JuEJ:balkin.blogspot.com/2005/09/silver-linings-or-strange-but-true.html+Lederman+%22controlling+authority%22+March+13&hl5en&ct5clnk&cd51&gl5us (last visited 10 August 2007). 换言之,司法部是在迫使军方采用后来被用于伊拉克的虐待讯问方法。

〔43〕 See Jane Mayer, "The memo", *New Yorker*, 27 February 2006.

样做:它试图通过从接收国获得所谓的外交保证来规避《禁止酷刑公约》禁止将个人送回可能遭受酷刑之处的规定。它拒绝《公民权利和政治权利国际公约》的任何域外适用,实质上是允许在国外实施那些在美国境内属非法的行为。

非法移送

行政部门利用酷刑及其他虐待行为从“反恐战争”中的被拘留者处获得信息的方法之一,是将他们移送到包括其本国在内的其他国家进行讯问。与通常基于条约、可能含有确保被送交刑事起诉者之权利的引渡(extradition)不同,移送一般是“账外的”(off the books)。“域外移送”这一术语从20世纪90年代开始已经用于“阿尔瓦雷斯·马查因案”的语境,针对的是将个人从国外绑架回国内起诉这种有争议的实践——所谓的“移送到司法”(renditions to justice)。[44] “9·11”以后,这一术语开始适用于“移送出司法”(renditions from justice)的案件,即个人在没有法律保障的情况下被送往无意对其进行公平起诉的另一国。

美国进行的这些移送的本质决定了它们的数量是不为人所知的——很可能也无法为人所知。数起据称为实施酷刑而移送的案件已经被广泛报道,其中最引人注目的是马希尔·阿拉尔(Maher Arar)(叙利亚—加拿大国民,2002年在通行过程中被美国当局逮捕并被送往叙利亚,在那里遭受了近一年的野蛮对待)和哈立德·马斯里(Khaled el-Masri)(黎巴嫩裔德国公民,据称于2003年在马其顿被捕并被送往阿富汗的中情局拘留场所,在那里受到虐待)的案件。下文将讨论这些人通

---

〔44〕 1990年,受雇于美国药品执法局的特工从墨西哥绑架了Humberto Alvarez Machain博士,并将其带往美国受审,理由是其被控于1985年参与了对药品执法局特工恩里克·卡玛雷纳·萨拉萨尔(Enrique Camarena Salazar)的绑架、酷刑和谋杀。United States v. Alvarez-Machain, 504 US 655 (1992). See Alan J. Kreczko, Deputy Legal Adviser, US Department of State, “The Alvarez-Machain decision: US jurisdiction over foreign criminal Humberto Alvarez Machain, statement before the subcommittee on civil and constitutional rights of the House Judiciary Committee (24 July 1992)”, in 3 US Dep't St. Dispatch 616, 3 August 1992. (“这些程序要求有关从国外领土进行域外移送的决定接受充分的部门间协调,并由政府最高层加以考虑”)

过法院对其所受虐待寻求救济的努力。

《禁止酷刑公约》第 3 条规定,任何国家“在有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险时,均不得将该人驱逐、遣返或引渡至该国”。[45] 第 3 条还规定,为做此决定之目的,“有关当局应该考虑到所有相关因素,包括在适当情况下,考虑在有关国家内是否存在一贯严重、公然、大规模侵犯人权的情况”。[46]

尽管已有明显存在虐待行为的案件,但行政当局仍声称其可以合法地将恐怖主义嫌疑人送往惯于实施酷刑的国家,只要其已经获得“外交保证”——接收国给予被拘留者人道待遇的承诺。由于这些承诺无法强制执行,并且双方均无动力揭露虐待行为,因此外交保证为被如此移送的个人提供保护的可能性微乎其微。[47]

人权法的域外适用

行政部门长久以来声称国际人权条约,特别是《公民权利和政治权利国际公约》和《禁止酷刑公约》,并不禁止美国境外的美国官员对非美国公民使用尚未达到酷刑程度的强制审讯技巧。

在 2005 年 1 月为总检察长进行的确认程序中,阿尔贝托·冈萨雷斯在回答参议院委员会成员关于在境外的外国被拘留者待遇的询问时称,美国官员不受禁止残忍、不人道或有辱人格的待遇的规定约束。[48] 尽管在书面答复中声称所有美国官员实施的酷刑都是非法的,但冈萨雷斯表示没有法律禁止中情局在美国境外讯问非美国公民时实施残忍、不人道或有辱人格的待遇。冈萨雷斯认为,美国参议院于 1994 年批准《禁

---

〔45〕 Convention against Torture, Article 3(1).

〔46〕 Ibid., Article 3(2).

〔47〕 See, e.g., Human Rights Watch, “Still at risk: diplomatic assurances no safeguard against torture”, April 2005.

〔48〕 See “Senate Judiciary Committee Confirmation Hearing” on the nomination of Alberto R. Gonzales to be attorney general, 6 January 2005, available at www.nytimes.com/2005/01/06/politics/06TEXTGONZALES.html? ei55070&en531a4f50c78ff7e20&ex51186977600&adxnnl51&adxnnlx51186844794-hxi4ru4f/rDg6r7qSpVagA&pagewanted5all&position5.(最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

止酷刑公约》时做出了一项保留,即美国将“残忍、不人道或有辱人格的待遇”界定为美国宪法第五、第八和第十四修正案所禁止的虐待行为。[49]

行政部门之所以主张这一点,是因为宪法不适用于美国境外的非美国公民,[50]《禁止酷刑公约》禁止虐待行为的规定也是如此。根据这一解释,美国官员在国外讯问或拘留非美国国民时可以随意实施未达酷刑程度的残忍和不人道待遇,而不违反《禁止酷刑公约》。

里根政府时期的国务院法律顾问亚伯拉罕·索费尔(Abraham Sofaer)公开反对冈萨雷斯对于该保留的含义的分析。在给司法委员会的信中,索费尔称:

> (对《公约》的)做此保留的目的在于防止任何法院或国家主张,美国对于第16条的用语必须遵循与相同措辞在第八修正案中的含义有所不同的更广的含义。保留的措辞支持这一理解,因为它们是关于所涉术语的含义,“而不是关于其适用的地理范围”。[51]

在国务院法律顾问约翰·贝林杰三世(John Bellinger Ⅲ)2006年5月5日向禁止酷刑委员会做出的声明中,政府重申了其立场。贝林杰称《禁止酷刑公约》不适用于监禁在国外的“反恐战争”被拘留者,因为“美国的观点是,(在阿富汗、关塔那摩和伊拉克的)这些拘留行动受武装冲突法支配,后者是适用于这些行动的特别法(*lex specialis*)”。[52]

这种解释削弱了《禁止酷刑公约》本身的目标,即号召政府在其权

---

〔49〕 United States of America Reservation I (1) to the Convention against Torture, available at www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm#reservations. (最后访问时间2007年8月10日)

〔50〕 见 *Reid v. Covert*, 354 US 1 (1957)(美国宪法权利在国外只适用于美国公民)。

〔51〕 Letter from Abraham Sofaer, Hoover Institution, to Senator Patrick Leahy, Judiciary Committee, 21 January 2005 (emphasis added). 索费尔的信强调了保留的措辞:“美国只在残忍、不人道或有辱人格的待遇是指第八修正案下的残忍、不寻常和不人道的待遇的范围内,认为自己受第16条下的义务约束(着重号为原文所有)。”

〔52〕 Department of State, US Meeting with UN Committee Against Torture, Opening Remarks of John B. Bellinger, III, Geneva, 5 May 2006, available at www.us-mission.ch/Press2006/0505Bellinger Open CAT.html. (最后访问时间2007年8月10日)

限范围内最大限度地消除酷刑和虐待行为。[53] 它还会给中情局在其国外秘密拘留场所内实施虐待行为开绿灯。因此,尽管行政部门声称其拒绝酷刑,但实质上是在国际法上寻找漏洞,以便为国外的美国情报特工进行虐待讯问提供余地。

国会的回应

在此期间——实际上到现在为止——行政部门始终坚称其并未授权使用酷刑,并且是以符合国际法的方式行事。例如,在 2003 年答复参议员帕特里克·莱希(Patrick Leahy)关于美国驻阿富汗部队虐待行为指控的来信时,国防部总法律顾问海恩斯称"遵守其在被拘留者待遇方面的所有法律义务是美国的政策"(着重号为作者所加)。他补充说,"无论它们发生在何处",以符合美国在《禁止酷刑公约》中的义务的方式对待所有被拘留者和进行所有讯问是美国的政策。但针对被指控的具体实践,他称"对美国职员使用的讯问技巧进行分类是不适当的……因此我们无法对具体的案件或实践发表评论"。[54] 如此声明所示,行政部门并不认可国际法规定对美国有约束力,而是仅仅将人道对待被拘留者作为一项政策——政策当然是可以改变的。

司法部 2004 年 12 月声称酷刑是"可憎的",这显然是对《拜比备忘录》的驳斥。然而,正如《纽约时报》2007 年 10 月所报道的,即将上任的总法律顾问阿尔贝托·冈萨雷斯于 2005 年 2 月批准了司法部关于"联合效果"的一份秘密法律意见,"明确许可"中情局"用痛苦的肉体和精

---

〔53〕 正如联合国人权委员会在其一般评论第 31 条(《公约》缔约国的一般法律义务的性质)UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (2004) 第 10 段所述:

第 2 条第 1 款规定,缔约国必须尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本《公约》所承认的权利……这项原则也适用于在境外采取行动的缔约国武装部队的权力范围内或者有效控制下的所有人,而不论这种权力或者有效控制是在何种情况下获得的,例如,这种武装部队是缔约国因为参加国际维持和平或执行和平行动而派出的国家分遣队。

〔54〕 Letter of Department of Defense General Counsel William J. Haynes Ⅱ to Senator Patrick Leahy, June 25, 2003, reprinted in Congressional Record: February 10, 2004 (Senate), pp. S781 – S785.

神联合战术对付恐怖嫌疑人,包括拍击头部、模拟溺水和寒冷环境”。[55]

行政部门强烈反对在被提议的《被拘留者待遇法案》中加入《麦凯恩修正案》(McCain amendment),后者含有明确禁止美国驻外军事人员使用未达酷刑程度之强迫方法的内容。2005 年 7 月,副总统切尼(Cheney)同共和党资深领导人会面,反对这一内容;白宫也向国会发出声明,称如果“出现限制总统有效保护美国人免遭恐怖主义攻击和将恐怖分子绳之以法之权力的立法”——显然是指《麦凯恩修正案》——布什总统的顾问将敦促他否决 4420 亿美元的国防预算案。[56]

麦凯恩及其国会支持者坚持己见,2005 年 10 月 5 日他的修正案以无法否决的 90 票对 9 票在参议院获得通过,并于 2005 年 12 月被颁布并签署成为法律,即《被拘留者待遇法案》。该法案禁止在世界任何地方行动的美国官员或雇员使用残忍、不人道或有辱人格的待遇,并禁止美国军方讯问人员使用《关于情报讯问的军队战地手册》中没有列出的讯问方法。

《被拘留者待遇法案》的一项主要规定是有问题的。它要求由设在关塔那摩湾的被拘留者地位法庭评估任何被拘留者的陈述是否是通过强迫获得的,以及“该陈述的证据价值”。[57] 言下之意是,如果具有充分的证据价值,通过酷刑或者残忍、不人道或有辱人格待遇获得的陈述就可以成为证据。同时,也没有规定禁止采用在被拘留者审查过程中通过酷刑或其他强迫方法获得的其他证人的陈述。从国防部的文件来看,滥用这种证据的情况已经发生:在据报道经受了好几个星期的剥夺睡眠、单独关押和性羞辱后,关塔那摩的被拘留者穆罕默德·卡塔尼指控那里

---

〔55〕 See Scott Shane, David Johnston and James Risen, “Secret US endorsement of severe interrogations”, *New York Times*, 4 October 2007. 行政部门没有否认这份法律意见的存在,但它迄今为止尚未公布。

〔56〕 See Josh White and R. Jeffrey Smith, “White House aims to block legislation on detainees”, *Washington Post*, 23 July 2005.

〔57〕 Detainee Treatment Act, Federal Judiciary Emergency Special Sessions Act of 2005, Pub. L. No. 109 – 163, § 100(3)b. Stat. 1993,119 (2005).

的其他 30 名囚犯是奥萨马·本·拉登(Osama bin Laden)的保镖。[58]

甚至在《被拘留者待遇法案》制定以后,行政部门仍然寻求削弱其主要规定。布什总统在《被拘留者待遇法案》签署成为法律时发布的"签名声明"(signing statement)称,总统作为军队总司令的权力优先于《麦凯恩修正案》对于使用酷刑及残忍、不人道和有辱人格待遇的任何限制。[59] 这一观点反映在行政部门对于"水刑"这一无论如何都是酷刑的讯问方法的声明中。在《被拘留者待遇法案》通过之前,行政部门拒绝宣布水刑非法。[60] 在该法通过近一年之后,国务院法律顾问贝林杰在 2006 年 10 月仍然拒绝回答有关水刑的具体问题,称这一事项应由国会决定。[61] 副总统切尼在一次广播采访中同意采访者的说法,即把囚犯"浸在水中"不是酷刑;他说,如果这能够拯救生命,那么"对我来说这就是不用动脑子的简单问题"。这位副总统称这些方法对于讯问哈立德·谢赫·穆罕默德(Khalid Sheikh Mohammed)等被声称的高层基地组

---

〔58〕 Adam Zagorin, "One life inside Gitmo", *Time Magazine*, 13 March 2006. 对于采用据称是通过第三方虐待行为获得的证据,联邦法院也并非总是提供更好的保护。在 2005 年对美国公民艾哈迈德·奥马尔·阿布·阿里(Ahmed Omar Abu Ali)的审判中,对于为基地组织恐怖主义网络提供实质性支持的指控,政府在很大程度上依赖阿里在沙特阿拉伯被拘留期间所做供述。阿里声称他是在沙特阿拉伯当局对他施加酷刑、鞭打并且最终强迫他认罪之后才做出供述的。联邦法院认定阿里犯有恐怖主义同谋罪,并判处他 30 年监禁。联邦法院拒绝了阿里的辩护律师关于将其背部的伤疤作为遭受酷刑之证据提交的请求。法院还拒绝了辩方关于采信沙特阿拉伯在酷刑方面的不良人权记录的有关信息的请求,无视美国国务院关于沙特当局普遍存在虐囚行为的国别报告。相反,法院接受了沙特否认存在酷刑的官方声明。See Jerry Markon, "Judge allows statement by al Qaeda suspect", *Washington Post*, 24 October 2005; Amnesty International, "The trial of Ahmed Abu Ali-findings of Amnesty International's trial observation", 14 December 2005.

〔59〕 George W. Bush, President's Statement on Signing of HR 2863 (30 December 2005), available at www. whitehouse. gov/news/releases/2005/12/20051230 - 8. html. (最后访问时间 2007 年 8 月 10 日).

〔60〕 中情局局长波特·戈斯(Porter Goss)在 2005 年 11 月 29 日美国广播公司的新闻节目中拒绝谴责水刑是不允许采用的讯问方法。

〔61〕 Demetri Sevastopulo, "Cheney endorses simulated drowning", *Financial Times*, 26 October 2006.

织被拘留者是“非常重要的手段”,在他看来它们不构成酷刑。[62] 2007年10月,人们发现,司法部在《被拘留者待遇法案》通过后批准了一份至今仍然被列为机密的秘密法律备忘录,称中情局的讯问方法中没有任何一种是残忍、不人道或有辱人格的。[63]

阻碍对酷刑的救济

尽管国会缓慢地,如果不是完全成功地,对行政部门的讯问实践施加限制,但它同时采取了削弱被拘留者免受虐待之权利的措施。这一点在国会对最高法院迄今为止对关塔那摩被拘留者的三个判决——2004年的“哈姆迪诉拉姆斯菲尔德案”(*Hamdi v. Rumsfeld*)[64]和“拉苏尔诉布什案”(*Rasul v. Bush*)[65]及2006年的“哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案”(*Hamdan v. Rumsfeld*)[66]——的回应中可以明显看出。

这些案件涉及这一问题,即被拘留者有无在美国联邦法院对拘留提出质疑的法律权利,以及法院有无审理此种案件的管辖权。因此,尽管不是直接涉及酷刑及其他虐待行为,但这些案件对于被拘留者的待遇具有重要意义。如果没有由法院作为独立和公正的救济来源的有效救济,那么禁止虐待的规定就没有什么价值。

司法审判在同“全球反恐战争”有关的其他案件中也已变得重要。那些受到移送和酷刑的人已经向法院寻求获得救济——或者至少是官方道歉。尽管有些被拘留者在法庭上获胜,但没有任何一个案件中的原

---

〔62〕 The White House, “Interview of the Vice President by Scott Hennen, WDAY at Radio Day at the White House”, October 24, 2006, available at www.whitehouse.gov/news/releases/2006/10/20061024-7.html.(最后访问时间2007年8月10日)

〔63〕 See Shane, Johnston and Risen, above note 55.

〔64〕 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004). 2004年9月,美国政府释放哈姆迪回沙特阿拉伯,条件是他放弃美国公民身份。

〔65〕 *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004). 本案中的原告,英国国民萨菲克·拉苏尔(Shafiq Rasul),被遣返回英国,并在本判决宣布之前3个月被释放。

〔66〕 *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006).

告得到了真正的救济。尽管美国法上的酷刑及其他虐待行为的定义已经超越了 2002 年 8 月的《酷刑备忘录》所批准的“相当于器官衰竭”标准,而接近于国际标准,但这在很大程度上是源自国会行动。然而,国会行动在很大程度上却又是那些声称遭到虐待的人所能获得的司法救济在同一时期大大减少的原因所在。

最高法院的干预

最高法院 2004 年 6 月 29 日判决的两个案件挫败了行政部门关于关塔那摩湾被拘留者在联邦法院管辖范围之外的主张。用斯泰恩(Styen)勋爵的话说,制造“法律黑洞”是在关塔那摩设立拘留中心的首要原因。[67] 它似乎是允许美国官员使用那些在美国境内属非法行为的讯问方法,而被拘留者无法在美国法院质疑其拘留或待遇。尽管这些案件没有直接涉及该等式的前半部分,但“拉苏尔案”和“哈姆迪案”一起拒绝了后半部分。

在“拉苏尔案”中,法院以 6 票对 3 票撤销了下级法院的判决,认定联邦法院有权确定关押在关塔那摩湾的外国国民是否是被合法监禁。尽管久已确立的判例法支持这一主张,即美国公民无论是在美国国内还是国外都受到宪法保护,但非美国公民只在美国境内享有宪法保护。[68] 因此法院在“拉苏尔案”中的问题就是关塔那摩是在美国之内还是之外。法院作出了有利于拉苏尔及其他请愿人的判决,认为关塔那摩被拘留者是被监禁在“美国实施排他性管辖和控制”的地方,是“在美国的‘属地管辖权’之内”。[69] 法院说,在关塔那摩的非美国公民,“同美国公民一样”,享有通过人身保护令质疑拘留合法性的权利,法院也有进行

---

〔67〕 Johan Steyn, “Guantanamo Bay: the legal black hole”, Twenty – Seventh F. A. Mann Lecture, British Institute of International and Comparative Law, 25 November 2003.

〔68〕 See *Reid v. Covert*, 354 US 1 (1957).

〔69〕 Rasul, above note 65, at 476, 480.

审查的管辖权。[70] 尽管这对于关塔那摩被拘留者而言是一个有利的判决,但它似乎不太可能适用于被美国关押在阿富汗和伊拉克等其他地方的被拘留者。

在“哈姆迪案”中,法院撤销了驳回代表被作为“非法敌方战斗员”无限期拘留的美国公民亚赛尔·埃萨姆·哈姆迪(Yaser Esam Hamdi)提出的人身保护令申请的裁定。法院承认政府有拘留敌方战斗员的权力,但称行政部门无权在没有基本正常程序权利——如告知指控内容和给予抗辩机会——的情况下无限期拘留一名美国公民。

“拉苏尔案”和“哈姆迪案”判决证明,拘留设施所处地点(至少包括关塔那摩,也许还有其他外国地点)或者被拘留者的法律地位(作为敌方战斗员)均不排除其让案件受到司法审查的权利。这些案件对于行政部门而言是一个挫败,产生了摧毁在关塔那摩制造的法律真空地带的威胁。行政部门任意监禁被拘留者的能力同其实施强制审讯的能力一起受到挑战。

“哈姆迪案”判决具有直接影响的最重大的方面是,判定被拘留的美国公民有权“有意义地质疑政府的起诉并由无偏倚的裁判者进行审理”的复数意见。[71]“无偏倚的裁判者”这一用语保留了这样一种可能性,即军方可以设立履行这一职能的法庭,而仍然无须将案件提交法院。

行政部门迅速做出反应。“哈姆迪案”和“拉苏尔案”宣判9天后,副国防部长保罗·沃尔福威茨宣布——作为内部部门“管理”问题——在关塔那摩设立战斗员地位审查法庭。据五角大楼称,这一全新程序的目的并非重新(*de novo*)确定被拘留者的法律地位,以便确定对他们的

---

〔70〕 同上,第481页。法院认为根据联邦人身保护法,请愿人有权获得人身保护令,但表示将令状适用于这些被拘留者同普通法上的“人身保护令历史范围一致”。法院指出,人身保护令先于联邦成文法而存在,在普通法上该令状不仅适用于“王国主权领土范围内”的被拘留者,还适用于“在主权者控制下的所有其他领土”上的人。同上,第481~482页。“布迈丁诉布什案”(*Boumediene v. Bush*)和“奥达诉布什案”(*Odah v. Bush*)将回到这个话题;这两个案件涉及关塔那摩被拘留者是否在事实上享有存在于联邦人身保护法之外的人身保护权利,因为根据《军事委员会法》他们不再被人身保护法所涵盖。

〔71〕 Hamdi, above note 64, p. 535.

拘留是否适当。相反,战斗员地位审查程序将允许对已经“通过多层审查机制由国防部官员作出的”、认定被拘留者是“敌方战斗员”的决定进行复审。[72]

根据自 2004 年起适用的《战斗员地位审查法庭条例》,关塔那摩被拘留者不允许聘请律师,也不允许看到或者有机会反驳被政府视为机密的、针对他们的任何指控。他们没有被给予任何有意义的机会来提出脱罪证据或者传唤己方证人。基本上,这一程序要求关塔那摩被拘留者承担证明其自己不是“敌方战斗员”的责任,而又不允许其获得政府的拘留决定所依赖的信息。

并不令人惊讶的是,在超过 90% 的战斗员地位审查法庭裁定中,在数百个案件里,法庭都维持了认定被拘留者是“敌方战斗员”的原始决定。2007 年,在作为一份质疑战斗员地位审查法庭的法律文件附件的书面证言中,斯蒂芬·亚伯拉罕(Stephen Abraham)中校,一名曾于 2004 ~2005年间担任了 6 个月战斗员地位审查法庭专家小组成员的预备役军官和律师,对战斗员地位审查法庭提出了尖锐批评,称法庭对于敌方战斗员地位的确定是基于过时的一般性情报,极少从具体个案出发。[73]

否认获得救济的权利

国际人权法的一项基本原则是权利受到侵犯的人有权获得有效救济。《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条规定,对于公务员执行职务所犯之侵权行为,每个缔约国都应当“确保任何人所享本盟约确认之权利或自由如遭受侵害,均获有效之救济”,并规定上述救济申请人之权

---

〔72〕 See US Department of Defense, “Factsheet on Combatant Status Review Tribunals”, July 2006, available at www. defenselink. mil/news/Jul2004/d20040707factsheet. pdf. (最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

〔73〕 Al Odah v. US, Supreme Court, Reply to Opposition to Petition for Rehearing, available at www. scotusblog. com/movabletype/archives/Al% 20Odah% 20reply% 206 – 22 – 07. pdf. (最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

利由主管当局裁定,且一经核准,概予执行。[74]

对声称在被美国监禁期间受到虐待的人给予救济的难处,从那些由主张被美国政府非法移送到其他国家并在拘留过程中受到虐待的人所提起的诉讼中可以明显看出。

马希尔·阿拉尔,叙利亚裔加拿大公民,2002 年 9 月被美国移民当局单独监禁两周,在此期间既无法对拘留,也无法对即将被移送到其可能遭受酷刑的国家一事提出质疑。基于叙利亚做出的不会对其实施酷刑的外交保证,美国将阿拉尔空运到约旦,在那里驱车穿过边界,到达叙利亚。他在叙利亚被拘留了 10 个月,据他声称在此期间叙利亚当局多次对他实施酷刑,常常是用电缆和电线。[75]

阿拉尔在美国联邦法院对参与移送和拘留的美国官员提起诉讼,要求对其在叙利亚遭受的肉体和精神痛苦给予赔偿。美国政府以国家安全特权为由请求驳回起诉。地区法院同意请求,称其无法对政府的主张进行预测——保密之需是第一位的,证据开示可能会对美国的外交关系和国家安全造成负面影响。

在使得对此人的虐待本身成为否认司法救济的理由的 2006 年 2 月 16 日的裁定中,一名美国地区法院法官驳回了阿拉尔的起诉,理由是政府提出了“极具说服力的”外交政策和国家安全问题,后者是应由行政和立法部门而不是司法部门考虑的事项。法官还强调说,“很难怀疑保

---

〔74〕 联合国人权委员会在其一般评论第 31 条(《公约》缔约国的一般法律义务的性质)UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (2004) 第 10 段就国家对侵犯人权行为的管辖权陈述道:“第 2 条第 1 款规定,缔约国必须尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本《公约》所承认的权利。这就意味着缔约国必须尊重和确保在其权利范围内或者有效控制下的任何人享受《公约》所规定的权利。其中甚至包括不在缔约国领土上的一些人的权利。”See also Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (“Reparations Principles”), adopted 16 December 2005, GA Res. 60/147, UN Doc. A/RES/60/147 (2005), principle 11.

〔75〕 United States Senate, “Hearing of the Personnel Subcommittee of the Senate Armed Services Committee, military justice and detention policy in the global war on terrorism”, 109th Cong., 1st sess., 14 July 2005.

密的必要性”。根据法院的裁定,“不需要很丰富的想象力就可以设想,如果在本案中进行证据开示,其结果表明某些加拿大高级官员,尽管公开否认,但事实上默许了阿拉尔被移送到叙利亚,那将会对我国同加拿大的关系造成何种负面影响”。这样看来,法院所担心的不是阿拉尔的待遇,而是如果在美国法庭上被人知道他们秘密参与了对阿拉尔的非法移送,加拿大官员将会感到难堪。正如一名《纽约时报》专栏作家当时所写的那样,裁定“基本上为政府的野蛮行为开了绿灯”。[76]

在“阿拉尔诉阿什克罗夫特案”(*Arar v. Ashcroft*)中,行政部门起初援引了“国家机密”原则;后者给予政府在审判中保守国家机密的不受法院审查的特权。政府论证说,因为本案中的每个事实都是国家机密,所以阿拉尔不能证明他的主张,起诉应当被驳回。但是,联邦法院法官并未原样接受国家机密原则,而是更进了一步。他说,援引这一原则本身就足以令政府难堪,因为“它可以被解释为相当于政府承认以被声称的方式实施了被声称的行为”。[77] 因此,政府甚至不需要为了防止指控被审理而主张酷刑是“国家机密”。阿拉尔已经上诉。

在另一个广为人知的案件中,黎巴嫩裔德国公民哈立德·马斯里声称其 2003 年 12 月在马其顿被捕,后被移送到阿富汗的中情局拘留设施,在那里遭到殴打和长达数月的单独监禁。相信马斯里(el-Masri)是被错误地当成了被控参与“9·11”袭击的基地组织成员嫌疑人哈立德·马斯里(Khaled al-Masri)。2004 年 5 月,马斯里被空运到阿尔巴尼亚,留在一条空无一人的路上。他最终找到了回德国的路。他说一名拘留官员承认对他的逮捕和拘留是错误的。马斯里在美国联邦法院对美国官员和据称参与了拘留和移送的其他个人和公司提起诉讼,指控他们侵犯了他的正当程序权利,违反了禁止任意拘留及残酷、不人道和有辱人格待遇的国际规定。美国政府援引国家机密原则。法院同意美国政

---

〔76〕 Bob Herbert, “The torturers win”, *New York Times*, 20 February 2006.

〔77〕 *Arar v. Ashcroft*, 16 February 2006; see David Luban, “An Embarassment of Riches”, *Balkinization Blog*, 4 March 2006, available at http://balkin. blogspot. com/2006/03/embarrassment-of-riches. html. (最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

府的论点,于2006年5月18日驳回了起诉。[78] 2007年10月,最高法院拒绝了马斯里针对上诉法院判决提出的上诉,未做评论。[79]

“哈姆丹案”与《军事委员会法》

阿布格莱布丑闻及其揭露的真相,以及关塔那摩被拘留者长达数年的诉讼,最终导致了最高法院的历史性判决,以及国会的新立法。然而,它们非但没有基本解决强制审讯和虐待救济的问题;反而使美国在未来一段时间内肯定无法将这些问题抛在身后。

重新界定虐待

国会于2006年9月28日颁布、布什总统2006年10月17日签署成为法律的《军事委员会法》,并不只是关于在关塔那摩湾重新设立被最高法院在“哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案”中击倒的军事法庭。在“哈姆丹案”中,最高法院判决关塔那摩军事委员会在美国法上是非法设立的,并且违反了1949年《日内瓦公约》共同第3条。它说下级法院认为同基地组织之间的冲突不是非国际性武装冲突,而是国际性武装冲突,这是错误的。在非国际性武装冲突期间,国家(以及非国家行为者)有义务遵守共同第3条。[80]

“哈姆丹案”对于对基地组织成员嫌疑人使用强制审讯方法而言具有重大影响。除了要求判决只能由“具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭”做出之外,[81]共同第3条还规定了对所有不再积极参与敌对行动之人的人道待遇最低标准。[82] 2006年7月7日,五角

---

〔78〕 *El-Masri v. George Tenet*, 2006 WL 1391390 at 7 (E. D. Va., 2006); Reuters, “Judge dismisses Masri torture case”, 18 May 2006.

〔79〕 Linda Greenhouse, “Supreme Court refuses to hear torture appeal”, *New York Times*, 9 October 2007.

〔80〕 *Hamdan*, above note 66.

〔81〕 1949年《日内瓦公约》共同第3条第1款第4项。

〔82〕 同上,第3条第1款第1、3项。

大楼迅速发布了一份备忘录,实施法院关于共同第 3 条适用于美国武装部队这一判决。[83]

与此同时,行政部门并未明确阐述共同第 3 条所要求的人道待遇的具体内容。这对于美国讯问制度而言是至关重要的,因为它使得可以通过根据《战争罪法》提起诉讼来追究参与讯问的美国官员的法律责任。《战争罪法》规定,针对美国公民实施的、严重破坏 1949 年《日内瓦公约》的行为是联邦法上的重罪。该法的意图是允许在美国法院起诉那些针对美国军事人员犯有战争罪的人。该法在 1997 年进行了修订,将违反《日内瓦公约》共同第 3 条的行为包括在内,从而将适用范围扩展为既包括国际性武装冲突也包括非国际武装冲突中的虐待行为。这一修订的立法支持者们特别想到的是索马里、波斯尼亚或萨尔瓦多国内冲突中的、可能会虐待被其监禁的美国士兵的武装团体。[84]

美国政府将共同第 3 条同严重破坏日内瓦四公约的行为一起规定在《战争罪法》上的可起诉罪行的清单之内,[85]这超出了《日内瓦公约》自己的要求。《日内瓦公约》的"刑事制裁"规定只是要求缔约国承诺制定必要立法,对实施或命令他人实施"任何严重破约"行为的人给予有效刑事制裁。[86] 因为在非国际性武装冲突期间实施的违法行为被假设会受到罪行实施地国的追诉,所以共同第 3 条没有被包括在对 1949 年《日内瓦公约》的"严重破坏行为"之内。[87]

---

〔83〕 See US Department of Defense, "Application of Common Article 3 of the Geneva Conventions to the treatment of detainees in the Department of Defense", 7 July 2006, accessed at http://balkin.blogspot.com/CA3.DOD.memo.pdf.(最后访问时间 2007 年 8 月 10 日)

〔84〕 See R. Jeffrey Smith, "Detainee abuse charges feared", *Washington Post*, 28 July 2006.

〔85〕 18 USC § 2441 (c) (2006). "(c)定义。在本节中,'战争罪'这一术语是指任何……(3)违反 1949 年 8 月 12 日签署于日内瓦的诸国际公约共同第 3 条,以及美国是其缔约国的、涉及非国际武装冲突的任何公约议定书的行为。"

〔86〕 见《日内瓦第一公约》第 49 条;《日内瓦第二公约》第 50 条;《日内瓦第三公约》第 129 条;《日内瓦第四公约》第 146 条。

〔87〕 前南斯拉夫和卢旺达特设法庭确定,在非国际武装冲突期间严重违反共同第 3 条的行为可以作为战争罪被追诉。国际刑事法院《罗马规约》明确将共同第 3 条中的刑事罪行加入到其战争罪清单中。国际刑事法院《罗马规约》,2187 UNTS 90,2002 年 7 月 1 日生效,第 8 条第 3 款。

“哈姆丹案”判决无疑引发了行政部门内部的担心,即《战争罪法》有关共同第3条的内容可能会被用于起诉使用了残忍或不人道讯问方法的官员——或者至少是可能妨碍对基地组织嫌疑人正在进行或将要进行的讯问。因此,“哈姆丹案”在产生以国会授权设立的军事委员会取代通过行政命令设立的非法委员会之需要的同时,也促使行政部门寻求修订《战争罪法》。结果是,《军事委员会法》不仅为军事委员会提供了法律依据,还涉及了《战争罪法》中界定针对“敌方战斗员”的酷刑及其他虐待行为的美国实体法。[88]

尽管《军事委员会法》禁止向军事委员会提交被告无法看到并反驳的证据,但该法放松了关于传闻证据的规则——允许接受被认为“可靠”和有足够“证据价值”的证据[89]——从而开启了采信通过虐待被拘留者所获证据之门。国际人权法并不禁止采用传闻证据——实际上,大陆法系依赖法官而非传闻证据规则来拒绝证据价值可疑的证据。然而,《军事委员会法》上的军事委员会缺乏大陆法系法院所拥有的更为广泛的保护手段——特别是充分独立和专业化的法官。根据《军事委员会法》,被告承担证明证据不可靠的责任;考虑到通过证据开示获得证据的机会非常有限,这将是一个尤其难以逾越的障碍。个人可能会基于在拘留过程中受到虐待之人的二手或三手证言的摘要被定罪,而被告没有任何有意义的机会与指控他们的人当面对质,或者对其陈述进行有意义的质疑。

相比被告在联邦法院或美国军事法庭所能获得的机会,《军事委员会法》规定的证据开示也是有限的。具言之,规则允许控方不向被告及被告律师提供被列为机密的信息来源和讯问方法。[90] 这可能会使禁止

---

〔88〕 Military Commissions Act of 2006 (MCA), Pub. L. No. 109 - 366, 120 Stat. 2600 (17 October 2006) (codified at 10 USC 11948a - 950w and other sections of titles 10, 18, 28, and 42).

〔89〕 Ibid., 10 USC § 949a (b) (2).

〔90〕 Ibid., 10 USC § 949a (b) (2). 该法称:“应庭审律师申请,军事法官应允许庭审律师向军事委员会提交本可接受的证据,同时不披露美国借以获得该证据的信息来源、方法或活动,如果该军事法官认为借以获得该证据的信息来源、方法或活动系机密,并且该证据可靠。”

酷刑的规定变得毫无意义,因为在此情况下,辩方要想证明向委员会提交的证据是通过强制审讯方法获得的将会非常困难。

《军事委员会法》既未授权实施酷刑,也没有从《战争罪法》中排除共同第 3 条。但是,它的确缩小了被视为刑事罪行的非法待遇的范围。《军事委员会法》列举了 9 种被其界定为可以作为战争罪起诉的"严重破坏"共同第 3 条的行为。酷刑和不人道待遇被列为"严重破约行为",而有辱人格和羞辱性的待遇则没有。《军事委员会法》将"严重肉体疼痛或痛苦"界定为只包括存在"极端"疼痛或其他极端伤害,死亡的实质性风险,烧伤或严重身体毁损,或者严重损害身体组成部分、器官或智力的情形。[91] 换言之,"严重"疼痛标准实质上被提高为"极端"疼痛标准。

对于将来可能会对实施虐待讯问的美国职员进行的追诉而言至关重要的是,《军事委员会法》对于残忍和不人道待遇规定了两个不同的定义。一个定义适用于《军事委员会法》制定之前发生的虐待行为,另一个更为严格的定义适用于之后发生的虐待行为。如果实施于《军事委员会法》通过之后,那么任何非短暂的精神疼痛或痛苦都是残忍和不人道待遇。而在《军事委员会法》通过之前,只有"持久的"疼痛才能构成残忍和不人道待遇。[92]

对于"残忍和不人道待遇"的后一个定义实质上接受了行政部门的争辩,即中情局对基地组织嫌疑人使用的"强化讯问技巧"从未被禁止,如暴露于冷热之中、压力姿势乃至水刑。也就是说,因为它们没有造成"持久的痛苦",所以它们不是残忍和不人道待遇。《军事委员会法》的两个主要提案人约翰·麦凯恩(John McCain)参议员和约翰·华纳(John Warner)参议员论证说,《军事委员会法》意在确保这些行为及类

---

〔91〕 Ibid., 10 USC § 950 v (b) (12).

〔92〕 《军事委员会法》关于罪行的条款在《美国法典》第 10 编第 1950 v(b)(12)节规定:"'严重精神疼痛或痛苦'一词同(《战争罪法》中)'剧烈精神疼痛或痛苦'一词具有相同含义,但——

(1)'严重'一词应取代'剧烈'一词;

(2)对于发生在 2006 年《军事委员会法》制定之后的行为,'严重和非短暂的精神伤害'(不需要是持久的)一词应取代'持久的精神伤害'一词。"

似实践被法律禁止。然而结果是,先前被授权实施或者已经实施了造成相对短暂但却剧烈的精神痛苦的虐待讯问方法——如水刑和延长剥夺睡眠——的官员实质上将免予被追诉。

《军事委员会法》授权总统解释《日内瓦公约》的“含义和适用”。这可以被视为仅仅是重述总统在宪法上的既有权力——例如为解释条约所必需的权力,并不比需要接受司法审查的其他行政规章更有分量。然而,行政部门律师尽管断定这一法律并不要求起草有关中情局讯问方法的行政命令,却迫于中情局和国会的压力去这样做。正如中情局局长迈克尔·V.海顿(Michael V. Hayden)在给中情局雇员的便条中所写的那样,“说到底,中情局局长——任何一位局长——必须确信他让局内官员在这个项目下所做的事情是合法的。就是这么回事”。[93]

直到2007年,布什总统才发布了解释共同第3条与中情局拘留和讯问项目有关的含义的行政命令。[94] 尽管重申了美国法上禁止酷刑及残忍和不人道待遇的规定,但该行政命令实质上允许中情局重新开始对被秘密、单独拘留的人员进行讯问。关于可允许的讯问方法的具体指令仍然被列为机密。因此,从行政命令中无法确定水刑等特定技巧是否被允许,而且只要没有针对被监禁在所谓“黑站点”的人的独立监督,就无法真正判断中情局如何界定酷刑和虐待。

也许在布什总统2006年10月将《军事委员会法》签署成为法律时所做的声明中可以找到答案。他将中情局拘留项目称为“美国历史上最成功的情报工作之一”,称所给予中情局的拘留情报嫌疑人的新权力将“确保我们在未来的岁月里能够继续使用这一至关重要的手段来保护美国人民”。[95]

---

〔93〕 See Mark Mazzetti, “C. I. A. awaits rules on terrorism interrogations”, *New York Times*, 25 March 2007.

〔94〕 Executive Order: Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency, 20 July 2007.

〔95〕 The White House, “President Bush signs Military Commissions Act of 2006”, 17 October 2006.

《军事委员会法》对法院权力的剥夺

被拘留者在最高法院获得的关于司法监督的法律胜利,以及来自美国国会的让酷刑及其他强迫待遇的定义与《日内瓦公约》和人权条约相一致的压力,产生了停止行政部门的讯问实践及对涉足其中者进行法律审查的威胁。行政部门的反击方法是在立法中加入使被拘留者很难,如果不是不可能的话,将其案件提交法院的条款。如果行政部门取胜的话,这将在实质上颠覆最高法院关于关塔那摩和司法审查的主要判决,使得讯问实践事实上逍遥于公众审查之外——无论立法如何界定酷刑及其他虐待行为。

加诸关塔那摩被拘留者权利之上的重要的程序性限制削弱了《被拘留者待遇法案》真正的实质性收获。例如,《被拘留者待遇法案》没有为在拘留中受到虐待的被拘留者提供任何通过民事诉讼就违反《被拘留者待遇法案》的行为获得救济的机制。这将该法的执行工作留给了行政部门,后者从未说明国防部和中情局将采取何种措施——如果有的话——来确保对《麦凯恩修正案》的遵守。

针对《被拘留者待遇法案》的"格雷厄姆—列文修正案"(Graham-Levin amendment)使得关塔那摩被拘留者将来再也不能在法院质疑正在进行的拘留活动或者监禁条件。行政部门的立场是,格雷厄姆—列文修正案使得所有关塔那摩被拘留者都不能在联邦法院质疑对酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇的使用。宣布关塔那摩军事委员会为非法的2006 年 6 月"哈姆丹案"判决认为,《被拘留者待遇法案》的"法院剥夺"条款(court-stripping provisions)仅仅是溯及既往地适用——也就是说,它并不妨碍那些已经起诉之人的人身保护请求受到审理。

《军事委员会法》不仅涉及非法军事委员会,也涉及人身保护剥夺条款,实质上逆转了最高法院在"哈姆丹案"中对行政部门的挫败。[96]国会匆忙通过了这一法案,无疑是为了利用共和党在 2006 年 11 月选举

---

〔96〕 96 MCA, above note 88.

前在参众两院占据多数这一便利(民主党在选举后占据了两院的多数)。[97]

如上所述,《军事委员会法》加强了2005年《被拘留者待遇法案》的某些元素,并在有关与虐待被拘留者有牵连的美国官员方面削弱了《战争罪法》。然而,最重要的是,该法显著减少了“敌对战斗员”对其在拘留中所受虐待提出质疑的法律途径。

《军事委员会法》中有一个段落,剥夺了联邦法院在“申请人身保护令”以及其他涉及美国政府决定对外国人实施“拘留、移送、待遇、审判或监禁条件等方面”行动中的管辖权。通过将剥夺人身保护条款溯及既往地适用于被美国监禁在世界任何地方的非美国公民,这一规定基本上逆转了“哈姆丹案”判决。这一规定所涉及的宪法问题将不仅对关塔那摩被拘留者具有重要意义,还对美国法上的人身保护权具有深远影响。

《军事委员会法》中的法院剥夺条款在关塔那摩被拘留者针对持续拘留请求人身保护的“布迈丁诉布什案”中受到了挑战。2007年4月,最高法院拒绝了逾期的审查请求。6月29日,显然是回应美国情报官员亚伯拉罕中校对其曾参与其中的战斗员地位审查法庭的批评,最高法院采取了一个极不寻常的举措,撤销其先前的裁定,决定在2007~2008年期间进行“布迈丁案”的上诉审理。[98] 本案中的问题将是,关塔那摩战斗员地位审查法庭所适用的程序根据美国宪法是否足以满足普通法中的人身保护要求。

《军事委员会法》不仅试图剥夺法院审查人身保护请求的能力,还试图剥夺其审查所有寻求救济(包括对虐待行为的救济)的法律诉讼的

---

〔97〕 布什总统公开声明:“我敦促参议院迅速行动,在国会休会前将法案摆在我的办公桌上。”White House, “President Bush appreciates House passage of Military Commissions Act of 2006”, 27 September 2006.

〔98〕 法院没有解释撤销理由。此前最高法院最近一次在起初拒绝后又同意此种请求是在1968年。See James Vicini, “Court to hear Guantanamo prisoners appeals”, *Reuters*, 30 June 2007.

能力。[99] 结果是,由于受害者不能将那些对虐待负有责任的人送上法庭,关塔那摩被拘留者将难以起诉,从而最终难以防止,违反禁止酷刑规定的行为。这一条款还向那些考虑使用被立法禁止的强制审讯方法的人传递了这样一个信号:即使违反了这些法律,他们也不太可能会受到起诉。

《军事委员会法》的另一些条款禁止任何个人在针对任何美国官员的法律诉讼中援引《日内瓦公约》作为权利来源。[100] 这也会使得那些在拘留中受到虐待的人非常难以质疑总统对《日内瓦公约》的解释。如果这一条款先前就存在的话,那么它将阻止萨利姆·艾哈迈德·哈姆丹就其被拒绝给予共同第 3 条所规定的公平审判权而提起申诉。但它还将对今后那些相信其受到禁止酷刑及其他虐待行为之《日内瓦公约》的保护,并试图由美国法院审理其请求的被拘留者产生影响。[101]

结论

"9·11"以来,美国政府使用酷刑和其他强制审讯方法体现在两个层面。首先是实际采用的可怕实践——压力姿势、暴露于冷冻温度、剥夺睡眠、模拟溺水。为此受到起诉的人寥寥无几,而且没有一人是最高层的。阿布格莱布事件以来已有很多关于这些非法实践的信息被披露,但同样肯定的是,很多情况仍然不为人知。阿富汗、伊拉克、关塔那摩以及中情局的"黑站点"已经停止了某些实践——或者还没有。缺乏问责

---

〔99〕 《军事委员会法》规定:"任何法院或法官均无权审理或考虑针对美国政府或其工作人员的,与正在或曾经被美国拘留并被美国确定为作为敌方战斗员受到适当拘留或者正等待此种确定的外国人的拘留、移送、待遇、审判或监禁条件的任何方面有关的任何其他诉讼。"前引〔88〕,第 950 条第 10 款第 2 项。

〔100〕 《军事委员会法》,前引〔88〕,第 5 条。

〔101〕 美国法院从未充分回答《日内瓦公约》是否是自动执行这一问题。例如,see *United States v. Noriega*, case No. 88 - 79 - CR, US District Court for the Southern District of Florida, 8 December 1992("本法院相信《日内瓦第三公约》是自动执行的,为诺列加将军提供了在美国法院起诉违反其规定之行为的权利")。

机制使这一切很难为人所知。

第二个层面是这些讯问技巧——什么是酷刑,什么不是——是如何通过法律来体现的。这是一个布什政府试图完全控制在自己权力范围内的问题,但却又到了法院和国会。问题有时是关于虐待的定义,有时又是关于那些受虐待者获得审判的权利。国会和法院确立了接近于国际标准的禁止酷刑及其他虐待行为的规定,但政府在国会的帮助下,迄今为止成功地确保了那些可能受到虐待的人无法将其请求提交法院。

这场美国政府不同分支之间的三方乒乓球赛没有表现出任何结束的迹象。对那些在关塔那摩或阿富汗受到虐待或者被移送出国遭受酷刑的人进行救济同样遥遥无期。只要围绕酷刑的辩论还在联邦法庭、国会大厅和总统办公桌上继续,人们就会确信美国政府的酷刑实践还会继续。然而,禁止酷刑根本无须辩论。

最深的疤痕在心里:精神酷刑*

埃尔南·雷耶斯**著/张膑心***译

摘要

讯问中的酷刑经常包括一些并不实际侵犯身体或造成实际肉体痛苦的方法——但它却会带来严重的精神痛苦,并深深地扰乱人的感官和人格。单独拘禁和长时间的睡眠剥夺只是这种精神酷刑方法的两个例子。即使是在单独考量下不构成虐待的精神方法,当与其他手段一起累积使用,并(或者)使用很长一段时间后,也会构成不人道或有辱人格的待遇或酷刑。它们往往是整个酷刑过程的重要组成部分,构成一个骚扰和胁迫的"背景环境"。因此必须把"长时间累积"这一因素看作是精神酷刑系统的一部分。

讯问者们经常可悲地为这样一个事实感到骄傲,即他们在工作中并不采用"粗野的肉体方式",而是依赖于不被其视为酷刑的所谓精神"手段"。[1] 这就要求对"精神酷刑"这一术语究竟是指什么进行讨论。本文接下来将考察什么因素会构成本质上的酷刑,尤其是讯问中使用的心

---

* 作者要感谢红十字国际委员会卫生部门负责拘留中卫生的协调人、医学博士——Jonathan Beynon,感谢他为本文的多篇草稿提出的宝贵意见。本文只代表作者的观点而不一定是红十字国际委员会的观点。

** 埃尔南·雷耶斯(Hernán Reyes),医学博士,就职于红十字国际委员会援助部(Assistance Division),是拘留中医学方面问题的专家,曾访问过世界各地无数拘留中心。

*** 中国人民大学法学院2007级博士研究生。

〔1〕 在过去二十年红十字国际委员会对囚犯的探视中,关押当局在不同的情况下数次向笔者做了这样的确认。

理手段是否可以造成达到酷刑程度的精神或肉体后果。

酷刑可能发生在拘留中,目的是为了惩罚或侮辱人格和羞辱某人。[2] 但本文将只关注以获取情报为目的而在讯问中所使用的酷刑。在讯问中,使用心理手段的目的主要是在于"软化"并击破被关押者的防线,从而能使他们"交代"。这些手段之所以能够使用,是由于直接或间接对其进行许可的国家政策,所谓"间接"许可,是指对其进行"宽恕"。

首先要强调的是,像这样的讯问,只要其所使用的方法遵守法律规则,就是合法的。其他著述曾描述过这些方法,[3] 它们包括不同形式的讯问技巧和对心理策略的使用。不太容易做到的,就是要确定哪些手段是合法的,而哪些是不合法并造成了属于"残忍和不人道或有辱人格的待遇"或酷刑的痛苦手段。被使用的这些手段中,有的是肉体方法,它作用于身体且通常会造成疼痛;其他的则是心理手段;也就是说,非肉体的、作用于精神的。有些手段是公认的酷刑;其他的(也可能造成疼痛和痛苦,但程度会轻一些)根据定义就可能不足以构成酷刑。还有一些"非肉体"的方式,如果单独被使用的话,可能会显得"轻微"甚至无害。本文将试图考察非肉体手段的使用,并将根据所确认的酷刑定义,来讨论它们的使用是否可以以及何时可以构成酷刑。本文将特别考察这种"轻微"以及表面上无害的手段的使用,考察当它们单独或结合起来并持续一段时间被重复使用的时候,是否也可以构成残忍、不人道和有辱

---

〔2〕 在 Raquel Marti de Mejia (*Raquel Martin de Mejía v. Perú*, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Inter-Am. C. H. R., OEA/Ser. L/V/Ⅱ.91 Doc. 7 at 168, 1996)案中,美洲人权法院强调"目的"因素可以包括惩罚或羞辱和胁迫该人。它不限于从被关押人口中获取信息。

〔3〕 合法的"讯问心理手段"不在本文讨论范围之内,但这里可以列举一些最著名的:"恐吓法"(fear up);"激将法"(pride and ego);"无望论"(futility);"我们了解一切"(we know it all);"一个唱白脸,一个唱红脸"(good cop/bad cop);沉默的讯问以及其他。See *Field Manual* (FM) 34 – 52, Intelligence Interrogation, US Department of the Army, Washington DC, 28 September, 1992, Chapter 3, "Approach phase and questioning phase", 3 – 10 and 3 – 20. Available at www.fas.org/irp/doddir/army/fm34 – 52.pdf. (最后访问时间 2007 年 10 月 9 日) See also Raúl Tomás Escobar, *El interrogatorio en la investigación criminal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989, pp. 312 – 30.

人格的待遇,甚或构成酷刑。

关于酷刑的法律定义

要给“酷刑”下一个精确的定义,似乎与定义在涉及色情方面,什么震撼了你的良知一样复杂。关于“色情”的定义,一位美国最高法院大法官曾经说过:

> 今天我不会试图去进一步定义我认为包含在(色情一词)中的那种东西……但是我对它是一目了然的![4]

但是现在有一个普遍接受的酷刑定义,即 1984 年联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(以下简称《禁止酷刑公约》)中的那个定义。该公约将酷刑定义为有意造成“肉体或精神上剧烈疼痛或痛苦”、有公职人员参与并为特定目的而采取的任何行为。[5]《美洲防止和惩治酷刑公约》对酷刑有一个更广泛的定义。[6]在这个定义中,它并不要求包括造成剧烈疼痛或痛苦。在国际人道法的定义中,酷刑并不需要由公职人员实施或在公职人员的默许下实施,它可以由任何人实施。

虽然存在这些不同的解释,当定义“酷刑”的时候,主要构成要素还

---

〔4〕 Potter Stewart 大法官试图解释“硬调”色情,或什么是淫秽。*Jacobelliss v. Ohio*, 378 US, 184 (1964), Appeal from the Supreme Court of Ohio (in footnote 11), available at http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl? court 5 US & Vol. 5378 & in Vol. 5184. (最后访问时间 2007 年 10 月 8 日)

〔5〕《禁止酷刑公约》第 1 条对“酷刑”做了如下的定义:“1. 为本公约的目的,‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所做或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体上或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”

〔6〕《美洲防止和惩处酷刑公约》第 2 条将酷刑定义为:“为了刑事讯问的目的、作为威胁的手段、作为个人惩罚、作为预防措施、作为刑罚,或为了任何其他的目的而蓄意使用,造成某人肉体或精神上疼痛或痛苦的任何行为。酷刑还应被理解为对某人使用意在磨灭受害者人格或削弱其肉体或精神能力的手段,即使它们并不造成肉体疼痛或精神痛苦。”

是《禁止酷刑公约》所规定的那些。该公约的一个重要特征在于它在“酷刑”一词和“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”之间引入了一个重大的区别:它完全且绝对地禁止酷刑(第 2 条),[7]但“只”是规定国家有义务“保证防止”残忍、不人道或有辱人格的待遇(第 16 条)。国家已经用这点来争辩说虽然酷刑是被禁止的,但残忍、不人道或有辱人格的待遇在特殊情况下是正当的。如果在特定情况下允许这种待遇,而不允许酷刑,那么这两个概念之间的区分就变得重要了。

然而其他法律文件并没有在这两个术语之间做出区分。比如说,《公民权利和政治权利国际公约》对于酷刑和不人道或有辱人格的待遇都是绝对禁止的。[8]《欧洲人权公约》也是一样。[9] 国际人道法同样也禁止酷刑(肉体或精神)以及残忍、羞辱性的或有辱人格的待遇,以及任何形式的肉体或精神胁迫。[10]

在这些条款的实际适用中,欧洲人权法院在酷刑和“残忍、不人道或有辱人格的待遇”之间做了区分,它认为酷刑有着“特别的污名”并“极其强烈和残忍”。[11] 在早期的“爱尔兰诉英国”(*Ireland v. UK*)案中,认为套头套、剥夺睡眠、贴墙站和持续噪音这样的方法不构成酷刑。[12] 与此相反,在讨论以色列国家安全局在 80 年代后期和 90 年代为了讯问巴勒斯坦恐怖嫌疑分子而使用的类似方法是否构成酷刑时,联合国禁止酷

〔7〕《禁止酷刑公约》第 2 条第 2 款规定:“任何特殊情况,不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态,均不得援引为施行酷刑的理由。”

〔8〕《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条和第 7 条。

〔9〕《欧洲保护人权和基本自由公约》第 3 条规定:“任何人均不得加以酷刑或者非人道的或侮辱的待遇或惩罚。”

〔10〕见 1949 年四个《日内瓦公约》共同第 3 条,以及《1949 年关于战俘待遇的日内瓦第三公约》第 17 条。

〔11〕*Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, ECtHR, Strasbourg, 18 January 1978, para. 167.

〔12〕同上,第 168 段。但是,人权委员会,案件在提交法院之前必须通过它的一个机构,则认为这些行为是构成酷刑的,这一立场今天很多人都会支持。

刑委员会和酷刑特别报告员则认为这些方法确实构成酷刑。[13]

从更广泛的意义上来说,还可以通过查阅 1975 年的联合国声明来区分这两个概念,该声明将酷刑定义为“残忍、不人道或有辱人格待遇的加重形式”。[14] 因此酷刑意味着造成了更加剧烈的痛苦或疼痛——可以认为这是一个非常主观的概念。

因此,与残忍、不人道或有辱人格的待遇截然不同的是,酷刑的定义不是很明确,而且一直都是争论的议题。但是,如果善意地解释相关人权文件,就使得区分这两个概念在法律上没有意义,因为这些文件的目的,在于同时禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇,而不是允许国家通过将某些方法归类为“残忍、不人道或有辱人格的待遇”而非“酷刑”来规避对酷刑的绝对禁止。

定义精神酷刑

“精神酷刑”可与同一事物的两个不同方面相关。一方面,它可以指手段——在这里是指“非肉体”手段的使用。酷刑的“肉体手段”大抵是不证自明的,比如夹手指、鞭打、电击身体和其他类似的方法,而“非肉体”是指不损伤、残害或甚至不触碰身体,而是触及精神的手段。在这一分类下同样容易被确认为酷刑的手段,仅举三例:长时间剥夺睡眠、完全感官剥夺或被迫目睹家庭成员被施以酷刑。另一方面,“精神酷刑”也可以被认为是指一般意义上的酷刑所造成的(与肉体后果相对的)精神后果——“一般意义”上的酷刑是指肉体或精神手段的使用,或二者的

〔13〕 Israeli Information Centre for Human Rights in the Occupied Territories (B'Tsalem), “Legislation allowing the use of physical force and mental coercion in interrogations by the General Security Service”, Position Paper, January 2000, available at www. btselem. org/Download/200001_Torture_ Position_Paper_Eng. doc. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔14〕 这一联合国声明除了将它与酷刑做的这一对比之外,没有明确定义这种待遇。See UN Declaration on the Protection of all Persons from being Subjected to Torture or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Assembly Resolution 3452, available at www. unhchr. ch/html/menu3/b/h_comp38. htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 7 日)

同时使用。有时人们会倾向于将这两个不同的概念合二为一,这会带来方法(或"投入")和后果("产出")之间的混淆。这种混淆使得一些权威人士否认"精神酷刑"作为一个独立事物的存在。

如前所述,定义一般意义上的酷刑可能是困难的。而定义"精神酷刑"就更加困难。如前所见,酷刑的定义是稳固建立在"剧烈疼痛或痛苦"之上的。这一概念可以是"肉体同时也是精神的",其实就承认了这两个方面是相伴随行的。肉体酷刑同时造成肉体和精神痛苦;精神酷刑亦然。因此,要将精神酷刑本身作为一个独立的事物分离出来并定义其特征就很难了。

医生促进人权协会(Physicians for Human Rights)2005 年的一份报告有一个新的突破,报告提供了对"精神酷刑"一词的定义,该定义的依据是《美国法典》(该法典是对美国的普遍及固定法律的编纂)中规定的对禁止酷刑的解释。[15] 该法典的解释提到了:

> 由于威胁或实际使用"意在严重扰乱感官或人格的手段"而造成的"剧烈精神疼痛或痛苦"。[16]

这里达到酷刑程度的后果得到了明确的界定。如果讯问中所使用的这些手段(医生促进人权协会在这里称为"精神强制手法")造成了上述后果,那么那些精神手段就确实可以构成"精神酷刑"。它们被用来摧毁囚犯任何可能抗拒讯问者要求的意志,在下面将会对其进行更细致的讨论。

---

〔15〕 Federal Criminal Anti-Torture Statute, 18 USC, Section 2340:"(1)'酷刑'系指由一个在法律外衣下行事之人所为的蓄意造成处于其监禁或身体控制之下的另一人剧烈的肉体或精神疼痛或痛苦(而不是伴随合法惩罚而产生的疼痛或痛苦)的行为;(2)'剧烈精神疼痛或痛苦'系指由以下行为造成或因以下行为而产生的长期精神损害:(A)蓄意施加或威胁施加剧烈肉体疼痛或痛苦;(B)强迫服用或使用,或威胁强迫服用或使用精神改变性药物或其他手段,其目的是严重扰乱感官或人格;(C)立即死亡的威胁;或(D)威胁另一人将马上被处死,或被施以剧烈肉体疼痛或痛苦,或被强迫服用或使用精神改变性药物或其他手段,其目的是严重扰乱感官或人格;" See http://caselaw.lp.findlaw.com/casecode/uscodes/18/parts/i/chapters/113c/sections/section_2340.html.(最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔16〕 *Break Them Down*, Report by Physicians for Human Rights (hereinafter PHR Report), Washington, D.C., 2005.

与《禁止酷刑公约》中的酷刑定义一样,这一定义要求对痛苦的严重性做出衡量,因为手段必须意在“严重”扰乱感官或人格,且其所造成的后果必须是“剧烈的”精神疼痛或痛苦。现在需要考虑的是与衡量精神疼痛和痛苦有关的困难。

衡量精神疼痛和痛苦

正如上面已经提到的,某种行为要构成酷刑,必须满足的条件是造成了剧烈疼痛和痛苦。《禁止酷刑公约》明确禁止施加剧烈肉体或精神(心理)痛苦。肉体形式的疼痛和痛苦比精神形式的更容易理解,尽管肉体痛苦也可能很难进行客观地量化和衡量——定义剧烈疼痛和痛苦需要对严重性进行估算,而这是很难的,因为这些概念非常主观且可能取决于各种因素,如受害者的年龄、性别、健康、教育、文化背景和宗教信仰等。[17] 怎样才能区分不同程度的疼痛呢:轻微的、中等的、严重的、剧烈的、强烈的、极端的、无法忍受的、难耐的、极其痛苦的、痛苦难忍的……——而这个单子还可以继续下去……

对精神痛苦的客观评估尤为困难。该问题的一个权威专家、前联合国酷刑特别报告员奈杰尔·罗德雷(Nigel Rodley)爵士曾经表示:

> 对“痛苦的强度”这一概念难以进行精确的分级,相对于肉体痛苦而言主要是精神痛苦的情况下,关于怎样……在个案中(估量)这一问题会有一种不确定性。[18]

这种不确定性是有问题的,因为它已经被用来将某些待遇排除在酷刑之外。关于肉体疼痛和痛苦,有时候这种争论完全偏离了正确的方向,而记住这一点可能是有所助益的。杰伊·拜比(Jay Bybee)著名的(有人可能会说“臭名昭著”的)2002 年备忘录(《拜比备忘录》)试图为

---

〔17〕 See Cordula Droege, “In truth the leitmotiv: the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in international humanitarian law”, in this issue, pp. 515 – 541.

〔18〕 Report of the Human Rights Committee, GAOR, 37th Session, Supplement No. 40 (1982), Annex V, General Comment, 7(16), para 2.

了美国政府的内部目的而限定酷刑的定义,在该备忘录中,要使任何讯问手段足以构成一种酷刑,这种剧烈疼痛和痛苦都必须具有“高度的强烈性”。[19]

> 关于肉体痛苦,备忘录的作者将“剧烈”定义为必须达到……这样的程度,即通常会联系到足够严重的情况或伤害,如死亡、器官功能衰竭或对身体官能的严重损害。[20]

某种疼痛必须造成永久性的损伤和伤害,才可以被定义为“剧烈”,这种推理或许可以适用于保险赔偿,[21]但对于定义酷刑来说它显然是错误的。对于酷刑来说,这种疼痛和痛苦并不要求是持久的,更不用说永久性的了。使用确定保险索赔的国内法与对禁止酷刑的国际法的解释没有任何关系。生病和遭受酷刑是两件完全不同的事情。对于肉体疼痛提出的这一标准不仅是错的,也是极其高的,因为它没有考虑到精神痛苦。

关于精神酷刑,同一份《拜比备忘录》提出了一个非常特殊的条件,[22]认为要构成“剧烈精神疼痛或痛苦”,必须要有“长期的精神损害”、“很长的持续期”、“持续多月甚至多年”。这就意味着对精神痛苦的任何客观界定都必须被证明是持久的。红十字国际委员会探望世界各地的囚犯,遇到很多人仍然在使用酷刑的情况下接受讯问。如果根据上面的解释,对“长期”损害的任何有意义的评估都必须在事实发生之

---

〔19〕 Memorandum from Jay. S. Bybee, Assistant Attorney General for the Office of Legal Council at the US Department of Justice, to Alberto Gonzales, Counsel to the President (1 August 2002), in Karen Greenberg and Joshua Dratel (eds.), *The Torture Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 172 – 218. 需要指出的是,由法律顾问办公室(OLC)发布“内部备忘录”而开始的美国政府的内部讨论主要是在非常公开的丑闻,比如历历在目的阿布格莱布(Abu Ghraib)虐囚之后才浮出水面的。如此公开地讨论为了国家安全利益而发展和使用特定讯问手段背后的内部原因,这显然在大部分国家都不会发生。很多其他国家本来也毫无疑问地会为这一论点“贡献”良多,无论是考虑到它们过去曾经做过或默许过的,或是考虑到它们当下可能正在做的,但是它们没有如此公开地“分享”其推理过程。

〔20〕 同上,第 176 页。

〔21〕 同上,第 176 页。该备忘录特别提到“剧烈疼痛一语适用于为提供健康救济之目的而定义紧急医疗状况的法令”。

〔22〕 同上,第 195 页及其后。

后数月或数年才能进行,这将违背对正在发生的酷刑进行界定的本意。

在遭受强制讯问的囚犯身上所发现的创伤后应激障碍,[23] 将毫无疑问地构成“长期”持续的“重大”精神损害。然而,只有当出现症状超过一个月才能做出这种诊断,而且这种诊断要求合适的条件和足够的时间来与该人进行面谈。当囚犯依然在监时这种最适合的条件是非常难以保证的,如果他们仍然在被讯问并因此遭受不间断的压力,就更加难以保证!因此,根据《拜比备忘录》,蓄意造成创伤后应激障碍的行为可能构成酷刑,但是这一界定,将要求等待数月或数年之后的一个合适的评估来决定在这种行为实施时未获释囚犯身上所发生的事情。这不仅对将某些精神后果归类为达到酷刑程度构成了不必要的障碍,而且使得任何以康复为目的的心理评估都无法实现。

在以下对前面称为“投入”(精神性的酷刑手段)和“产出”(那些手段的心理影响)的描述中,将首先从“投入”的角度来考虑“精神酷刑”问题。

讯问中使用的心理手段

讯问中使用的心理手段,是指那种对感官或人格造成混乱,但不造成肉体疼痛或留下任何可见的肉体后果的手段。这种非肉体的手段很多,而且被普遍使用。它们包括:

剥夺睡眠;

单独监禁;

恐吓和羞辱;

---

〔23〕 关于酷刑是否造成创伤后应激障碍的讨论很复杂而且远远超出了本文的范围。创伤后应激障碍按照其最初的定义是意在适用于极端的情形,事实上是“濒临死亡”的情形,这种情形对受害者造成了严重的精神创伤。比如说,这可能是空难幸存者,或在火灾中幸免遇难之人的情形。将这些“濒临死亡”情形与酷刑区分开来的共同特征,在于酷刑是“人工的”且蓄意的。因此酷刑实施之后,类似于创伤后应激障碍的影响也就有所不同。不过现在专家之间的争论已经很大程度上模糊了这种区分。

严重的性羞辱和文化羞辱;[24]

使用威胁和恐吓来制造对死亡或伤害的恐惧;

其他一些"技巧"的使用,如强迫裸体、暴露于低温、剥夺光线等。

美国国务院在其《2004 年国别人权报告》[25] 中引用了美国人权委员会的一份报告,该报告列举了各种被描述为酷刑的心理手段:

> 酷刑的手段包括……长时间暴露在外;公开裸体等羞辱;关押在小"惩罚室"里可能长达好几周的时间,囚犯无法直立或躺下;被迫长时间跪着或坐着不动。[26]

虽然这里提到的很多例子,都出自在所谓的"全球反恐战争"中美国的拘留情况,但在其他许多情况下,也同样有人在使用或使用过构成酷刑的"进攻性心理技巧"。比如说,东德的秘密警察或"史塔西"(Stasi)所使用的严厉手段,自从德意志民主共和国垮台之后就有所记录。人们发现讯问中各种形式的羞辱、有辱人格的待遇、威胁、饥饿寒冷、隔离以及其他心理手段的使用造成了"在特定情况下会不断重现的、持续并偏执的焦虑;梦见受迫害、情绪困扰、自杀倾向以及自信的破灭"。[27]

正如上面所指出的那样,不仅要考虑到针对某人的所作所为,而且还必须要考虑整体的情况和环境,以及个人的敏感性和弱点。民族和宗教背景自然是需要考虑的。这些因素中的任何一个都必然是主观的并

---

〔24〕 在前注〔16〕的关于美国之关押的 PHR 报告中,这些性羞辱和文化羞辱的影响是与有穆斯林信仰的被关押者联系起来考虑的。

〔25〕 *Report for North Korea*, *Country Reports on Human Rights Practices* 2004, released by the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 28 February 2005, available at www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2004/41646.htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔26〕 这里举出的前两种手段,即被迫裸体和在小房间中的单独监禁,是典型的非肉体手段。而后两种,即强迫保持某种姿势和不许移动,则很难说是肉体的还是精神的。它们的心理影响肯定大于肉体影响。

〔27〕 See Uwe Peters, "Über das Stasi-Verfolgten-Syndrom" (The Stasi persecution syndrome), *Fortschr Neurol Psychiatr*, Vol. 59, No. 7, July 1991, pp. 251 – 265. See also Christian Pross, *Social Isolation of Survivors of Persecution in a Post-totalitarian Society*, Behandlungszentrum für Folteropfer, BZFO/Arch, Berlin, 1995, p. 346.

与个案相连。关于酷刑的讨论不能仅仅被限定于抽象意义上的“造成疼痛和痛苦之行为”。

除了造成感官和人格混乱的心理手段之外,在讯问中还使用了其他一些手段,其本身并不被认为是一种精神酷刑。它们可以被称为“轻微”或“无害”的手段;但如果长期使用,它们可以变得具有强制性。这些辅助性的手段也可以造成一种胁迫的情况,它事实上可以构成一种残忍、不人道或有辱人格的待遇,在有些情况下甚至构成酷刑。本文后面将对此加以考察。

酷刑的心理后果

一般意义上的酷刑,即对心理的以及(或者)肉体的酷刑手段的使用,已经被证明会给“被关押者的健康”造成“毁灭性的后果”。[28] 这些手段的使用在很多方面都使得被关押者认为应对发生在自己身上的事负责,使他们觉得恐惧、羞愧、内疚和悲伤,以及强烈的羞辱。[29] 从一个更加客观的层面来说,精神酷刑的受害者表现出与焦虑症相关的症状。下面将对这些症状做进一步的描述,像“医生促进人权协会”指出的那样,它们毫无疑问会造成感官和人格的混乱。其他人也同样广泛地记录了精神酷刑对健康的诸多负面影响。[30]

这样就证明:心理手段可以是极其强制性的,可以构成酷刑,是不合法的。第一任联合国特别报告员彼得·科艾曼斯(Peter Kooijmans)教

---

〔28〕 “Health consequences of psychological torture”, PHR Report, above note 16, pp. 48 – 51.

〔29〕 红十字国际委员会的职员在其对很多国家囚犯的探视中都遇到过这些同样的症状和后果。红十字国际委员会记录酷刑的情况以向负有责任的国家做出正式陈述,目的在于想要终止这样的情况。

〔30〕 See Pétur Hauksson, *Psychological Evidence of Torture*, CPT, Council of Europe, 2003, p. 91; see also Metin Başoğlu, *Torture and its Consequences*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, and *Psyhological Evidence of Torture: A Practical Guide to the Istanbul Protocol for Psychologists*, Human Rights Foundation of Turkey (HRFT), 2004.

授因此说过这样一段话,在里面他模糊了酷刑的手段和效果:

> 肉体和精神酷刑之间的这种区别对于酷刑使用的方法而言似乎比对于酷刑的性质更为重要。不管酷刑是通过什么方式实施的,其效果几乎总是既有肉体的又有精神的……一个共同的效果就是人格的崩溃。[31]

《伊斯坦布尔议定书》

《关于对酷刑以及其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或惩罚进行有效调查和记录的手册》,或称《伊斯坦布尔议定书》是一份里程碑式的出版物,它详细讨论、分析并完整记录了酷刑的肉体以及精神影响。[32]

《伊斯坦布尔议定书》由广泛挑选的多国专家历经数年编辑而成,它几乎考虑了酷刑的各个方面及其后果,并建立了一套程序,以供政府或独立机构对酷刑的使用进行一个标准化的调查。它还涵盖了以前从未被完全承认过的问题,从而取得了新的突破。

《伊斯坦布尔议定书》明确指出,要构成酷刑,并不需要留下任何可见的伤疤或记号。简单地说,它指出:没有任何肉体证据的酷刑仍然可以认定是酷刑,这种酷刑也会带来严重的后果。换句话说,酷刑不是一件"眼见为实"的事情。[33] "伤疤的大小"与创伤的程度无关:因此没有

---

〔31〕 Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment. UNGAOR, 59th Session, Agenda Item 107(a) 2004, UN Doc. A/59/324, para. 45.

〔32〕 Istanbul Protocol: Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Professional Training Series No. 8/Rev. 1, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2004, available at www. ohchr. org/english/about/publications/docs/8rev1. pdf. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔33〕 从电脑工程师那里借用的简写:WYSIWYG = "你所见到的是你所拥有的",在这里是指酷刑受害者的身体上大可以没有任何伤疤或痕迹,但这绝对不能抹杀其可信度,可信度必须被单独地证明。See Michael Peel and Vincent Iacopino (eds.), *The Medical Documentation of Torture*, Greenwich Medical Media, London, 2002, ch. 5.

留下伤疤并不意味着就一定没有遭受酷刑。数十年来,为数众多的法庭倾向于以原告在其“控诉遭受过酷刑”的身体上“没有任何东西可以证明”为由而驳回酷刑指控。《伊斯坦布尔议定书》正式确认,[34] 不存在证据并不证明事实不存在,[35] 于是肯定了酷刑就是酷刑,即使它完全没有留下任何肉体痕迹。同样地,本不会留下任何“肉体痕迹”的心理酷刑手段也构成一种酷刑。在酷刑幸存者康复中心里,这一点多年来已经理所当然地成为了常识,在这些中心里,人们发现酷刑会造成严重的创伤和健康问题,同时又未留下任何肉体证据。[36] 瑞典酷刑专家,已故的斯滕·雅各布森(Sten Jacobssen)教授一直都强调“最深的疤痕在心里”。[37]

《伊斯坦布尔议定书》还谈到受害者关于酷刑经历的证词可能是不完整的或“混乱的”。它可能在时间、地点或者细节上(或所有这些方面)都不精确,在酷刑后这可能是很正常的。无意甚至有意地“忘记”酷刑经常是人们应对机制的一部分。数十年来,帮助酷刑受害者的人都深知这一点,它对于肉体以及精神酷刑都同样适用。[38]

《伊斯坦布尔议定书》正确地将酷刑看作是一个整体的过程,同时包含肉体和精神两种手段,造成肉体和精神两方面的影响。约三十年前,在首批系统和科学地研究酷刑幸存者的康复中心,多伦多[费代里

---

〔34〕 《伊斯坦布尔议定书》,前注〔32〕,第 5 章,第 160 页:“在存在酷刑的肉体证据的情况下,它为该人受过酷刑提供重要的肯定性证据。然而,不应当认为不存在这种肉体证据就说明没发生过酷刑,因为这种对人的暴力行为常常不留下任何痕迹或永久性的伤疤。”

〔35〕 Paraphrasing Carl Sagan in a different context; see *The Demon-Haunted World: Science as a Candle in the Dark*, New York, 1996.

〔36〕 Hauksson, above note 30, p. 91.

〔37〕 Personal communication to the author from Prof. Sten Jakobsson, Kaorlinska Institutet, University of Stockholm, at the Ⅳth International Symposium on Torture and the Medical Profession, Budapest, October 1991.

〔38〕 肉体酷刑带来肉体影响的同时也带来心理影响,同样的精神酷刑也同时产生精神和肉体的影响。See Anne Goldfeld, Richard Mollica et al., “The physical and psychological sequelae of torture”, *Journal of the American Medical Association*, 1988, pp. 2725 – 9; see also Metin Başoğlu, Murat Paker et al., “Psychological effects of torture: a comparison of tortured with nontortured political activists in Turkey”, *American Journal of Psychiatry*, No. 151 (January 1994), pp. 76 – 81.

科·阿洛迪(Federico Allodi)等]和哥本哈根[英格·格内夫克(Inge Genefke)等]的医学研究者们首次提出并记录了这一事实。

但在这个整体性观点中存在一个空白。就是在考虑酷刑的后果时,《伊斯坦布尔议定书》采取了一种以证据为基础的方式,并进而一般性地描述了酷刑的后果。它没有将"纯肉体手段"造成的后果与"纯非肉体手段"造成的后果分开。这看起来可能不会成为问题,因为在大部分的酷刑情况下,两种类型的手段在讯问中都是结合使用的。既然都已经明确说明了酷刑是一个整体现象而且两种手段都会造成两种类型的后果,还想要把肉体后果和精神后果分离开来,岂不是很造作吗?把它们分开怎么就会有助于阐明"精神酷刑"这一事物呢?

分开考虑"心理手段"的后果,是为了考察这些手段是否可以单独地(也就是说,在没有任何肉体攻击的情况下)造成达到残忍、不人道或有辱人格的待遇或酷刑之标准的"疼痛和痛苦"。

在过去的二十年里酷刑的使用遵循了两种不同的路径。在有些国家,酷刑直到今天仍然是肉体的并且十分残忍。在那些专制国家,逃脱惩罚比较普遍,加害者没理由为遵守事实上的(虽然经常都是非书面的……)国家政策而担心被起诉,更不用担心被定罪,那些国家也就不在乎在遭受酷刑者的身体上留下证据。但这种情况不是本文分析的课题。

另一些国家在选择将酷刑限制性地理解为仅指肉体行为的同时,则由于更多的责任或可能是由于道德或其他压力,而越来越多地改变了它们的实践,因此它们在讯问中越来越多地依靠强制性的心理手段。

问题在于使用酷刑的国家想要限定酷刑的定义,它们只是考虑肉体"剧烈疼痛和痛苦"方面。这种推理认为,既然某人没有被侵犯,"剧烈疼痛和痛苦"(这里仅指肉体上的)的标准就没有得到满足。这一论证逻辑已经被有效地用来操纵更广泛的大众观念,大众观念已经很大程度上倾向于认为酷刑主要是一种"肉体现象",这样也就接受了没有肉体侵犯就没有酷刑的(错误)推理。

酷刑的心理后果(即包括肉体和精神手段在内所有手段结合起来的后果,在《伊斯坦布尔议定书》以及许多其他医学出版物中有过详细的

描述)是广为人知的。[39] 最经常遇到的是:

重复创伤经验(闪回、噩梦、应激反应、濒临妄想症边缘的不信任感,甚至对家庭成员失去信任);

逃避任何会让其回忆起酷刑经历的东西(亦称情感迟滞);

过度警醒(易怒、睡眠障碍、过度警觉、持续焦虑、无法集中注意力);

抑郁症状,以及所谓的人格解体症(公认的反常行为、感觉与自己的身体分离)。[40]

因此要仅仅根据《伊斯坦布尔议定书》来决定什么样的非肉体虐待[41]手段造成什么样的症状和后果,然后再来决定通过适用"剧烈疼痛和痛苦"标准,什么样的非肉体手段可以被认为是一种酷刑——在这里(纯指)"精神酷刑",实际上是不可能的。

精神酷刑:具体例证

既然定义和参考文献都已得到确认,那么下面将要对几种精神酷刑手段及其后果做出具体考量,它将合并上面提到的"投入"和"产出"两个方面。不过,首先要讨论的无疑是一种非常"肉体"的酷刑手段,它将

---

〔39〕 Compare Federico Allodi, Glenn Randall et al., "Physical and psychiatric effects of torture", in Eric Stover and Elena Nightingale (eds.), *The Breaking of Bodies and Minds: Torture, Psychiatric Abuse, and the Health Professions*, Freeman & Co., New York, 1985, pp. 58 - 79.

〔40〕 Istanbul Protocol, above note 32, Başoğlu et al., above note 38, pp. 72 - 82; see also Hauksson, above note 30. 酷刑的其他心理影响,也可以更加具体并与具体行为直接相关。这里只给出来自一个亚洲国家发生的一个例子,我们发现被关押者们遭受到非常粗野的方式的残酷折磨,挤压他们的四肢和进行全身电击。我们发现这种酷刑最痛苦的后果实际上是心理上的:受虐的年轻男子,全都在他们成年期的早期,他们害怕对他们生殖器的重复的暴力——击打和电击已经使他们变得性无能。这种恐惧是施虐者蓄意施加给他们的,施虐者们知道其文化上的重要性,这种恐惧被受害者描述为他们所受苦难中"最坏的部分"。即使医生对他们"生殖器健全"的重复保证,也没有消除这种恐惧。来自于红十字国际委员会在亚洲的调查经验,1996 ~ 2006。

〔41〕 这里使用"虐待"一词是为了避免陷入这样的争论:是在谈酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇,还是在谈较为轻微的不道德行为。

被作为一个同时具有肉体和精神后果的手段的典型例证来考虑,后者(即精神后果)比肉体后果要持久得多。

水刑(*Submarino*)

作为"带来心理后果的肉体手段"的例证的是一种被称为"水刑"的手段,[42]这是由于它在20世纪七八十年代在拉丁美洲国家被广泛使用而创造出来的一个术语。它在讯问中被使用并被所有的酷刑受害者康复中心以及红十字国际委员会在其工作中广泛记录下来。"水刑"是指把受害者的头浸入一个装满水的大桶中,水中可能加了屎、尿或其他的污染物来增强痛苦。[43] 这导致了一种"近似溺死"的体验,受害者因为必须在水下屏住呼吸或吸入水而窒息,这被描述为一个人所能忍受的最痛苦的事情之一。[44] 这个手段已被普遍了解;很多文章都对此加以描述,[45]它也经常在电影中得以表现。[46] 水刑的肉体后果通常是短期的,主要包括由于吸入"水"而导致的不能控制的咳嗽,[47]但它也可能导致由于缺氧而造成的严重脑部损伤,以及窒息引起的死亡。在经历水刑时遭受剧烈痛苦之后,随之而来的会是对重复遭受水刑惩罚的无法忍受的恐惧。在施刑之后,它可能会导致可怕的回忆,它通过一再重复的"溺水噩梦"的形式一直存在。它被谴责为酷刑已经有几十年了,因此被国

---

〔42〕 在所有关于酷刑问题的专家著述中,"*submarino*"一词都是被认可的,正如"*telefono*"已经成为在酷刑中击打耳朵的"官方"术语一样。

〔43〕 在有些国家,为了增强痛苦会在水中加入辣椒粉。

〔44〕 The National Commission on Political Imprisonment and Torture Report, Chile, June 2005 (also called Valech Report),在其第5章中提供了一个对水刑酷刑的综述。See www.gobiernodechile.cl/comision_valech/index.asp.(最后访问时间2007年10月15日)

〔45〕 See Boston Centre for Refugee Health and Human Rights, available at www.bcrhhr.org/pro/course/physical/signs.html.(最后访问时间2007年10月15日)

〔46〕 由于水刑是盖世太保最喜欢的一种手段,在1974年Louis Malle导演的电影*Lacombe Lucien*中对此有一段极富表现力的场景,而在最近有关Jean Moulin的一部传记电影,Pierre Aknine 2003年的*Une affaire française*中也有一段这样的场景。在Paul Verhoeven 2006年的电影*Black Book*中,可以看到另一个最近的关于其使用的具有说服力的例子,该影片清楚地刻画了水刑的"近似溺死"体验所带来的痛苦和绝望。

〔47〕 可能会导致胸部感染,但少见。

际法以及美国国内法所禁止。[48] 这一方法一般不留下外在的后果,而且经常都有医疗人员在场监视以保证受害者不会真的溺死。水刑的一个变种被叫做“破布”(*chiffon*),[49] 它是把一块布或类似的东西蒙在脸上,同时盖住鼻孔和嘴,然后慢慢地不断地将布用水浸湿,这样来造成同样的近似溺死的体验。这一变种的刑罚在很多国家和地区被使用过。

水刑及其变相的刑罚,显然是肉体手段造成即时的肉体和精神痛苦以及后发精神焦虑的例子。只要一提及再次施行水刑,都会引起深重的痛苦并使被关押者同意做出任何他们被要求做出的供述。[50]

“水封闭”是一种特别类似于水刑或“破布”(实际上完全一样)的技巧的名字。它被描述为一种“强化讯问技巧”,它通过“绑住囚犯并往一块盖住嘴和鼻子的布上浇水”来制造“模拟的溺水”。[51] 欧洲理事会[52] 曾特别考察并谴责过这种手段的使用,谈到:

> 把人浸在水下面使他们相信他们可能会淹死,这不是一种专业的讯问技巧,而是一种酷刑行为。[53]

这种“近似溺水体验”已被详细描述以明确表明它作为一种明显的肉体酷刑手段而带来的精神痛苦和恐惧。

现在将要考察的是讯问中使用的心理手段及其对受害者的影响。

---

〔48〕 See statement by Kenneth Roth, executive director of Human Rights Watch, 12 November 2005, available at http://hrw.org/english/docs/2005/11/21/usdom12069.htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔49〕 这一术语来自于“碎布”的法语词,它源于法国人在北非对这种手段的使用。

〔50〕 作者 20 世纪八九十年代探视南非的政治犯被关押者时听到的具体陈述。

〔51〕 对水封闭技巧的完整概述,见 *Leave No Marks: Enhanced Interrogation Techniques and the Risk of Criminality*, PHR and Human Rights First, August 2007, p. 17, available at http://physiciansforhumanrights.org/library/report-2007-08-02.html (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)。

〔52〕 通过防止酷刑和残忍、不人道、有辱人格的待遇或处罚委员会(CPT),欧洲理事会监督《关于防止酷刑和不人道或有辱人格的待遇或处罚的欧洲公约》的实施机制。

〔53〕 15th *General Report on the CPT's Activities*, CPT, Strasbourg, 22 September 2005 [CPT/Inf (2005) 17].

恐吓在讯问中的使用

进行恐吓是讯问中经常使用的心理手段的一个好例子。恐吓可以是文化上的,对全体居民起作用,[54] 也可以是对个人的。对其使用之个别精细度的最好描写,可能是奥威尔(Orwell)的经典小说《1984》里对主要角色温斯顿(Winston)在"101 号房间"中遭受酷刑时的描写。[55] 无论是个别的还是"集体的"恐吓,它的使用会使精神痛苦最大化,它根据个人的情况来诱导畏惧和恐慌。在阿布格莱布监狱用狗对被关押者制造恐惧,是根据广为人知的穆斯林对犬类的畏惧而量身订作的;它也利用了狗被认为是一种不洁的动物这一事实。[56] 在其他文化中,也有使用对猪的恐惧和嫌恶来折磨受害者的例子。

打破性禁忌

讯问者有意或无意地总是在使用性禁忌。用来打破这种禁忌的手段,可以是肉体的,也可以是精神的,而且,它取决于各种因素可以构成残忍、不人道或有辱人格的待遇或酷刑。在大部分情况下,它涉及粗暴的男性对女性的虐待,从猥亵的言辞和暗示,到强迫在男性面前脱去衣物和保持裸体,到粗暴的触摸或抚摸,最后到粗俗的性待遇以及(但并不总会)强奸。[57] 强奸是指包含了插入的性侵犯,它现在已经被正式界定为一种酷刑。[58] 但需要认识到的是,除了强奸以外,上面提到的其他形式的性虐待也可能会有毁灭性的后果,正因为它们会造成精神创伤。

---

〔54〕 比如在很多阿拉伯居住地关于狗的准恐惧。See Rafael Patai, *The Arab Mind*, Hatherleigh Press, New York, originally published in 1976, re-edited 2002.

〔55〕 George Orwell, 1984 (1949).

〔56〕 关于在穆斯林世界中的性和宗教恐吓在 Patai 的书中得到了最好的描写,见前注〔54〕。

〔57〕 更经常地,男性对男性的虐待只是通过电击和击打来针对男性生殖器进行折磨。鸡奸确实也发生,但相对来说比对女性被关押者的强奸要少。

〔58〕 See Christine Strumpen-Darrie, *Rape: A Survey of Current International Jurisprudence*, available at www.wcl.american.edu/hrbrief/v7i3/rape.htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

由于阿布格莱布虐囚及其他相关事件,伊斯兰国家背景下的性禁忌最近得到了强调。[59] 然而这种禁忌在所有文化中都存在,只是在于被人所尊重多少而已。对监禁中的强制手段所赋予的任何性暗示都可能极度可怕并具有破坏性的心理影响,而施虐者们知道这一点。[60]

需要解释一下的是,关于性手段的使用可以认为存在着一种性别差异。逮捕者或讯问者的性暗示,能造成对被关押的女人相对男性来说更大的伤害。虽然我们知道性虐待经常都是在关押和讯问期间发生,但这种暗示(比如说发生在逮捕中的)可能会使被关押的女性担心"事情可能会发展到怎样的一种程度"。她们因此会变得越来越害怕,直到精神崩溃,就是害怕"最糟的"可能会发生,即使事实上可能"什么也没有"发生。由于这种原因,所以不能低估包括"纯粹的性暗示"在内的任何性虐待的伤害性影响,即使并不存在真正的强奸。

任何性虐待都是有伤害性的,但由于文化原因以及所有关于怀孕和生育的额外担心,它对女人会产生比对男人更厉害的伤害。[61] 当然这并不是说性虐待对男性"伤害更小"。但在很多社会里,仅仅是一个女人在监禁中可能受过性暴力侵犯的迹象,就足以使她无脸再见其家庭和被排除出整个社会,甚至在有些情况下可以导致对她的"荣誉谋杀"。

在那些性禁忌使得整个性问题变得复杂得多的社会里,其伤害显然就会相应地加倍。有人曾描述过"有罪恶感的"社会和"有羞辱感的"社

---

〔59〕 宗教禁忌也是在穆斯林背景下被讨论。在讯问中它们被用来羞辱、激怒被害人或在其他方面折磨被害人。作为整个系统的关键因素,讯问人亵渎处于其监禁下的被关押者视为神圣的任何东西。

〔60〕 将这点与有些人所宣传的"阿布格莱布"无关紧要做一下对照。See Mortimer Zuckerman. "A bit of perspective, please!", US News and World Report, 16 May 2004, available at www. usnews. com/usnews/opinion/articles/040524/24edit. htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔61〕 这一说法的依据,是 25 年来红十字国际委员会探视囚犯的经验,被探视的包括男性和女性,处于强制和重压的情形下。

会之间的区别,这已经超出本文的范围。[62] 在很多酷刑幸存者的康复中心中都有这样的记录,比如说来自亚洲社会的女性,即使遭受过极端的性虐待,有时包括多人轮奸,也都不愿意去寻求帮助。对她们来说,发生过的事情是如此的耻辱、她们不希望任何人知道。她们害怕如果她们去康复中心的话,"所有人都会认为她们被虐待过"。[63]

显然也存在对男人的性虐待,就像最近广为公布的阿布格莱布监狱照片所显示的那样,这些照片展示了讯问者们可以怎样"开发"性禁忌,其目的显然是为了让被关押者在讯问中更"合作"。同样,在这里文化因素增强了所发生的事情的严重心理影响,[64] 因为在穆斯林社会人们从很小的时候开始就一直被灌输着性禁忌。[65]

单独监禁

在全世界的很多国家,讯问囚犯时都会使用的一种方法就是单独监禁[66]——将被关押者连续数日地单独关在一个囚室里面,使得他只有最小限度的环境刺激且几乎没有机会进行任何社交活动。长期被单独监禁在一个囚室里面是所有需要忍受的事情中最难熬的折磨——而且这一评论是来自于习惯了严酷环境和虐待的强硬的囚犯。单独监禁的后果已得到广泛的记录。据格拉西安(Grassian)所说,在严重的情况下:

> 被这样关押的囚犯所出现的精神错乱……(包括)……一种易

---

〔62〕 See Grethe Skylv, "The nature of human experience: some interfaces between anthropology and psychiatry", Lecture at the Royal Society of Medicine, London, 1992 (copy on file with the author). See also Başoğlu etal., above note 38, p. 92.

〔63〕 在某一亚洲国家,一些女性在被军方逮捕后被关押人强奸了,她们数月以来都完全没有提这件事,即使对去监禁地探视她们的女性红十字国际委员会代表。只有当一位医生(碰巧是位男性)前去看她们的时候,在医疗保密的保证下,她们才遮遮掩掩地说了出来——她们想问这位医生有关她们将来生育能力的问题(作者个人经历)。

〔64〕 见阿布格莱布的照片所广泛公开的"裸体金字塔"、"强制模拟手淫"及其他带有性意味的虐待。亦见 PHR 报告,前注〔16〕,第 55 ~ 59 页。

〔65〕 作者曾亲身见证过穆斯林被关押者所经历的心理创痛,他们的性禁忌和性恐惧在讯问中被利用了(2002 ~ 2004 年间的红十字国际委员会探视)。

〔66〕 单独监禁也被用来作为一种惩罚,这不在本文分析的范围之内。

> 激动的混乱状态、严重谵妄的症状,(伴有)严重的偏执症以及幻觉特征以及严重的狂躁和随机的、冲动的、经常是对自身的暴力。[67]

根据克雷格·黑尼(Craig Haney)关于单独监禁的著述:

> 即使有,也只有很少形式的监禁能制造如此深重的心理创痛,其中显示了如此之多的心理疾病症状……(囚犯们被)完全地隔离,(处于)几乎是全然的无所事事中……不允许任何种类的小组或社会活动……单独监禁的有害心理后果……有完备的记录……(它们包括)睡眠障碍、焦虑、恐慌、愤怒、失控、偏执、幻觉、自残……认知功能障碍……沮丧(以及)情感崩溃。[68]

最近,欧洲防止酷刑委员会(CPT)认为,单独监禁"能给相关人员带来非常有害的后果……(它)在某些情况下可以构成不人道和有辱人格的待遇;在任何情况下,各种形式的单独监禁的时间都必须尽可能地短"。[69] 20 世纪 70、80 年代在乌拉圭,图帕马罗(MLN-Tupamaro)运动的领导人在严酷的条件下被单独监禁了多年,他们不被允许与任何人交流。警卫们把食物从一个小窗口递给他们,这些警卫被严厉禁止哪怕跟他们说一个字。这些囚犯中的几个吐露说,对他们来说单独监禁是最糟的一种酷刑。其中一个人说:"电击(酷刑)相对于长时间的单独监禁来说只是小孩子的游戏。"[70]

图帕马罗们是被关押在肮脏、发臭、到处是虫子的囚室里。被单独

---

〔67〕 Stuart Grassian, "Psychiatric effects of solitary confinement", *Journal of Law and Policy*, Vol. 22, 2006, pp. 327 – 80.

〔68〕 Craig Haney, "Mental health issues in long-term solitary and 'supermax' confinement", *Crime and Delinquency*, Vol. 49, No. 1, Jan. 2003, pp. 124 – 56. 黑尼教授是一位公认的单独监禁后果专家。

〔69〕 "CPT standards: 'Substantive' sections of the CPT's General Reports", CPT/Inf/E (2002), Rev. 2006, available at www. cpt. coe. int/EN/documents/eng-standards. doc. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔70〕 这些个人经历被发表在 Mauricio Rosencoff 和 Eleuterio Fernandez-Huidobro 的书中: *Memorias del Calabozo*, Banda Oriental, Montevideo, 1987 and 2005, 还公布于 1983 ~ 1985 年间对 MLN 领导人的采访。

关押在一个现代最高戒备监狱的干净囚室,其境遇可能会更惨。[71] 这种环境不仅导致了孤独,还导致了感官的丧失(没有噪音,没有人声,绝对的沉寂)以及感官上的过度敏感(比如说,走廊上的脚步声像放大了很多倍)。[72] 这种现代化囚室实际上比古老破烂的囚室要"孤单"得多,因此也就会产生更大的伤害。

需要指出的是,《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》[73]和《欧洲监狱规则》[74]虽然没有进步到完全禁止单独监禁,但其中确实规定了要对所有被单独监禁者每天都要进行健康检查。如果不是因为考虑到单独监禁具有潜在危险性的话,这就没什么必要了。

考察在一个囚室里进行单独拘禁,还需要同时考虑其持续的时间及其周围的环境。欧洲防止酷刑委员会已经确定,任何对单独监禁的使用都必须尽可能地缩短。在访问斯堪的纳维亚国家时,委员会明确表示:长时间的绝对性的隔离"会导致人的精神毁灭"。[75] 它描述了长期单独拘禁(持续 7 ~ 24 个月之间)的后果并提到了以下症状:焦虑、紧张、压力、睡眠障碍、难以集中注意力和清楚地表达,还有自杀倾向、抑郁和偏执症状。因此,正如委员会所说的,单独监禁如果被施用数周的话,它至少是一种不人道和有辱人格的待遇。

---

〔71〕 显得很荒唐的是,对至少一个图帕马罗领导人来说,被关在一个"昆虫群集"的囚室里事实上是一种恩惠。他说那些蟑螂至少给了他一些"同伴"的感觉。

〔72〕 比如说,感官剥夺的施行可以通过使用几乎完全隔音的囚室来消掉任何声音。相反,感官放大或者过度刺激——经常与感官剥夺结合使用——则是夸张地放大任何噪声,如走廊里靴子的声音或者经常性的撞门或用警棍敲击囚室的栏杆,以骚扰被关押者。

〔73〕 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council in its Resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977. Available at www. unhchr. ch/html/menu3/b/h_comp34. htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔74〕 European Prison Rules, Council of Europe, Recommendation No. R(87)3, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 12 February 1987, Strasbourg, revised in 2006, available at www. uncjin. org/Laws/prisrul. htm. (最后访问时间 2007 年 10 月 17 日)

〔75〕 CPT Report to the Danish government on the visit to Denmark carried out by the CPT, December 1990, available at CPT website: www. cpt. coe. int/documents/dnk/1991 - 12 - inf-eng. pdf. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

此外,如果对一个被讯问的被关押者结合使用不同的手段,如某人在遭受到严厉的讯问(即使没有采取任何肉体暴力)后,被突然塞进一个单独的囚室,那么即使他只被关了几天,也可能会在一天或两天重复的隔离之后出现以上所提到的那些负面反应。当决定一种或一组手段是否足以构成一种酷刑时,除了《禁止酷刑公约》或其他公约中规定的一般标准外,所有这些相关因素也都必须被考虑进去。

剥夺睡眠

很多世纪以来,剥夺睡眠在很多情况下都被当成一种讯问手段来使用。罗马人曾用它来从敌人口中获取情报,他们称为叫醒刑(*tormentum vigilae*)或失眠刑(*tormentum insomniae*),但直到今天仍然常用。[76] 被关押者经常是数天不被允许睡觉;然后终于被允许睡觉了后,又突然会被人叫醒,然后受到粗暴地或其他方式的讯问。他们可能被以很多方式剥夺睡眠,比如说警卫整夜在囚室的栏杆上敲击他们的警棍。[77] 有时被关押者被迫采用所谓的"强制姿势"。这可能就是贴墙站着、蜷伏或任何很快就变得不舒服且不可能进入有意义睡眠的姿势。或者讯问者可能在被关押者每次刚合上眼的时候就把他们叫醒。剥夺睡眠经常都与其他的心理手段结合使用,包括套头套、脱光衣服以及使用各种限制行动的方法等。连续几小时或几天重复播放被刮擦过的唱片,以及大声播放一支不停重复的曲调等,这些古老的手段仍然作为剥夺囚犯睡眠的有效方法而在使用。[78]

曾长期被剥夺睡眠的人都将该刑罚描述得极为可怕。以色列前总理(1977~1983)梅纳赫姆·贝京(Menachem Begin)曾这样描述他在

---

〔76〕 见关于"反情报讯问"的手册中对睡眠剥夺的讨论(Kubark Manual),可见于 www.kimsoft.com/2000/kubark.htm.(最后访问时间 2007 年 10 月 17 日)

〔77〕 在某拉丁美洲国家监狱中,警卫们接到命令,要在监狱里对政治犯整夜这样做——而同时那里又随处都有清晰可见的特别地(而且是有讽刺意味地)禁止这种做法的标志。显然这些标志是为红十字国际委员会这样的探视者准备的。

〔78〕 2001 年某中亚国家对红十字国际委员会的陈述。

苏联作为克格勃囚犯时的经历:

> 在被讯问囚犯的脑中开始形成一片模糊。他的精神疲倦至极,他的双腿在摇晃,他唯一的一个欲望,就是睡觉,睡一小会儿,不要起来,只要躺下,休息,遗忘……所有体验过这种欲望的人都知道,饥饿和口渴甚至都无法与之相提并论……我遇到过一些囚犯,他们在被命令签字的东西上签字,只是为了得到讯问者们承诺的东西。而讯问者们并没有承诺给他们自由……(只是)不受打扰的睡眠!……而且,签字了之后,世界上就没有什么东西能让他们再冒失去这种夜晚和这种白天的风险。[79]

进一步地说,即使短时间的睡眠剥夺也会导致幻觉、偏执症和迷惑,并对人造成有害的心理影响。睡眠剥夺是一种人们喜欢用的"讯问手段",[80]因为它不会给受害者留下肉体痕迹。讯问者们会公然声称他们没有(肉体上)虐待过处于他们监禁之下的被关押者。

医生促进人权协会和"人权第一"组织晚近的一份关于"无痕迹"酷刑的研究报告,就详细考察并讨论了剥夺睡眠是否可以构成一种酷刑的问题:

> 剥夺睡眠,是众所周知的一种虐待形式,它被用来击垮被讯问对象……剥夺睡眠的心理影响支持了这样一个结论,即它可以构成为了刑事调查之目的的酷刑或残忍或不人道待遇。我们知道,剥夺睡眠会导致精神损害……(而且)也是意在扰乱感官或人格。[81]

伦敦酷刑受害者医疗基金会的一位精神治疗医师,对睡眠被剥夺的后果做了进一步的描述:

> 两晚没睡之后,幻觉就开始了,而三个晚上之后,人开始在完全醒着的时候做梦,这是精神错乱的一种。在一周要结束的时候,人

---

〔79〕 PHR 报告中对此有引用,前注〔16〕,第 70 页。

〔80〕 See Michael Rosen, *Is Sleep Deprivation Torture?*, 28 March 2005, available at www.geocities.com/three_strikes_legal/torture_sleep_deprivation.html. (最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

〔81〕 *Leave No Marks*, above note 51, pp. 22 – 4.

就丧失了他们的方向感和时间感——跟你说话的人成了过往的人；一扇窗户可能成了你在年轻时曾看过的海的景象。剥夺他人的睡眠是在扰乱他的平静和心智。[82]

仅仅剥夺人的睡眠所引起的痛苦就已非常严重并被认为构成了酷刑，比如说，禁止酷刑委员会的判例就是这么界定的。[83] 关于被重新命名为“睡眠管理”的这种睡眠剥夺技巧，最近出现在与美国的拘留活动相关的公开讨论之中，值得一提的是：在美国的判例中有相关的规定，因为联邦法院不止一次地认定，剥夺睡眠的情况违反了美国宪法第八和第十四修正案。[84] 自从 1944 年的“阿什克拉夫特诉田纳西”（*Ashcraft v. Tennessee*）案以来，剥夺睡眠在美国就被认为是酷刑。[85] 虽然阿什克拉夫特只遭受了 36 小时的睡眠剥夺，但是法院判决认为它同时构成了肉体和精神酷刑。在一个不仅将剥夺睡眠归类为酷刑，而且还进一步强调用这种方法所获的情报不可靠的裁决中，美国大法官胡戈·布莱克（Hugo Black）认为：“剥夺睡眠是最有效的酷刑，它一下会得到任何你想要的供述。”[86]

2006 年美国新的《陆军战地手册》允许在讯问中可以剥夺被讯问者一定量的睡眠。它规定被关押者每 24 小时至少得到连续 4 个小时的睡眠。[87] 因此从技术上说，一个被关押者可以在第一天得到 4 个小时的睡眠，然后被连续讯问 20 个小时，再在第二天继续被连续讯问 20 个小

---

〔82〕 John Schlapobersky, quoted in Megan Lane and Brian Wheeler, “The real victims of sleep deprivation”, BBC News Online Magazine, Thursday, 8 January 2004, available at http://news.bbc.co.uk/1/hi/magazine/3376951.stm.（最后访问时间 2007 年 10 月 15 日）

〔83〕 See Droege, above note 17; see also “Consideration of reports submitted by States Parties under Article19 of the Convention, Concluding observations, Israel”, Committee against Torture, doc. A/57/44, 25 September 2002, para. 6(a)(ii).

〔84〕 *Leave No Marks*, op. cit. note 51, p. 24.

〔85〕 *Ashcraft vs Tennessee*, 322 US 143, 154 (1944), available at http://supreme.justia.com/us/322/143/case.html.（最后访问时间 2007 年 10 月 15 日）

〔86〕 同上，判决的第 6 个注。

〔87〕 US Department of the Army, Field Manual 2 - 22 - 3, Human Intelligence Collector Operations, at M - 30, available at www.enlisted.info/field-manuals/fm - 2 - 22.3 - human-intelligence-collector-operations.shtml .（最后访问时间 2007 年 10 月 15 日）

时,然后再给4个小时的睡眠。这遵守了规则的字面含义,但仍然是极其严酷的。

上面描述的这两种手段——单独监禁和剥夺睡眠——都属于是精神而非肉体的手段。[88] 前联合国酷刑特别报告员奈杰尔·罗德雷爵士,在其数份报告中都将剥夺睡眠界定为酷刑。[89] 而且这一观点还被后来的酷刑报告员所确认,最近对它进行确认的是曼弗雷德·诺瓦克(Manfred Nowak)。

最近,剥夺睡眠已经成了大量讨论的主题,它被宣传为一种"攻击性的讯问手段",可能属于是对恐怖嫌疑分子可以适用,而"不被认为是酷刑"的一种方法。[90] 剥夺睡眠是否构成一种酷刑,已被公开地讨论,甚至最高权威人士也在讨论这个问题。如在澳大利亚,总理本人就(某种程度上)表明了立场:"这取决于其严重性、其经常性、其所实施的环境。正是这些因素,使得对这样的事情给出是或不是的答案显得非常困难。"[91]

各种手段的长期累积施行

在考察讯问中纯心理手段的使用时,还必须要考虑其他的因素。

讯问者使用的一些心理手段被确认为酷刑,但它们一般就使用一

---

〔88〕 与单独监禁和睡眠剥夺完全不同,在水刑的情况下,只要是故意将一个人的头置于水下,不管其多长时间,都已确实构成一种酷刑。因为近似溺水的体验,无论多短,都会带来极端的痛苦和恐惧。

〔89〕 Report of the Special Rapporteur on Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Visit by the Special Rapporteur to Pakistan, UN Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN. 4/1997/7/Add. 2 (1996), available at www1. umn. edu/humanrts/commission/thematic53/97TORPAK. htm. (最后访问时间2007年10月18日) See also Manfred Nowak, "What practices constitute torture? US and UN standards", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, 2006, available at http://muse. jhu. edu/journals/human_rights_quarterly/v028/28. 4nowak. pdf. (最后访问时间2007年10月18日)

〔90〕 Statement by Australian Attorney General Philip Ruddock, quoted in "Sleep deprivation 'sometimes' torture", 5 October 2006, available at www. news. com. au/story/0,23599,20528646 - 1702,00. html. (最后访问时间2007年10月15日)

〔91〕 同上,引用澳大利亚总理John Howard在ABC广播电台的讲话。

次,而不是系统地使用。一个典型的例子是“模拟死刑”,这是一种以极具伤害力而闻名的手段,它诱使囚犯们相信他们会被即时处决。[92] 施刑者们还使用另一种手段,强迫囚犯观看对其认识的人所实施的性行为。[93] 这里将不再进一步讨论这些手段,因为它们更多的是一次性的事件而非长期重复使用的手段。

以上提到的一些心理手段,比如剥夺睡眠和单独监禁,通常都不是单独使用的,而是与其他手段交替或累加使用。它们经常与其他“非肉体”手段结合使用,这些手段如果单独考虑,可能会显得无足轻重,但其长时间的不断重复和累加使用,就会制造一种背景环境,这种环境正是意在突出另外一些“起决定性作用的”手段。这样“辅助性”的手段有不少,下面仅举数例,当然它们并非毫无遗漏:

不断的奚落;

言辞辱骂;

威胁恐吓;

侮辱某家庭成员的荣誉;

向某人的饭碗里吐痰;[94]

轻微的羞辱(总是与文化价值有关);

轻微的或稍重一点的骚扰;

重复的蓄意激怒;

一天 24 小时强制性的人工照明;

蓄意利用剥夺隐私来嘲笑犯人的敏感;

口头威胁说要进行更多折磨——无论是否具有现实性;

重复进行本身尚属轻微的骚扰,但因具体情况而被不成比例地加重;

还有很多,不胜枚举……

---

〔92〕 Başoğlu et al., above note 38, pp. 204 – 5.

〔93〕 See Droege, above note 17.

〔94〕 这可以说是“肉体的”,但毫无疑问,具有严重伤害性的是心理方面的影响,而不是几滴唾沫。

在这里,目的并不是去考察这种辅助性的手段是否比“虐待”更为严重,而只是想要指出:所有这些手段如果一起使用,就构成了一种体系,旨在蓄意消耗和击垮,并最终毁灭感官和人格。这种“手段的组合”施行很长一段时间的后果,必须被作为精神酷刑后果的重要组成部分来加以考虑。[95]

这里还需再次强调心理手段,尤其是这些所谓“辅助性”心理手段的长期累积效果。有些心理手段已经被界定为酷刑,因为它们不需要累加就会造成足以构成酷刑的“精神痛苦”,如上文所提到的剥夺睡眠和单独监禁。强制裸体的使用也是一个很好的例子;如果将具体情况、文化背景,以及其所实施的具体方式考虑在内的话,脱光一个囚犯的衣服至少可以被认为是不人道或有辱人格的待遇。在给联合国人权委员会的一份报告中,联合国酷刑报告员谈到:

> 脱光被关押人的衣服,尤其是当有女性在场时,且考虑到其文化上的敏感性,在个案中可能会导致极端的心理压力,并可能构成有辱人格的待遇,甚或是酷刑。[96]

有些行为本身既不构成其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚,也不构成酷刑的手段,如果将其累加的或“合并的”效果考虑进去时,就需确定其“时间因素”。其共同特征是,其中每一个手段在单独使用时,施行者不会把它看成一种虐待,更不要说一种酷刑了。

那么,这里讨论的核心问题,就变成了这种经过长期累积的情况是否可以被认为造成了足够的痛苦或人格混乱,以使其足以构成残忍、不人道和有辱人格的待遇,甚至是酷刑。

关于这种“手段的累积”有一个著名的先例,它在前面已经提到过,

---

〔95〕 非常明显的是,在使用野蛮的肉体酷刑的体制中,这些“辅助性”手段也可以被当作“背景”来使用——但这并不是这里讨论的主题。

〔96〕 “Situation of the detainees at Guantánamo Bay”, Report to the UN Economic and Social Council, 62nd Session, E/CN.4/2006/120, 15 February 2006, p.25, available at http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/16_02_06_un_guantanamo.pdf.(最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)

这里可以再提一下。20 世纪 70 年代在北爱尔兰所谓“五种手段”的使用由于引起了激烈的讨论,所以最后被提交给了欧洲人权委员会和欧洲人权法院来裁决。这些手段包括:

贴墙站立(贴墙成“展翼的鹰状”、踮着脚尖站立);

套头套(不进行讯问时在头上套上黑色袋子);

持续、大声、刺耳的“白色噪声”;[97]

剥夺睡眠;

剥夺食物和饮料(只提供面包和水)。

最初,欧洲人权委员会的判决认为这五种方法累积起来,连续施行数小时并持续数日,就构成了一种酷刑。它们被认为同时造成了肉体和精神上的痛苦。但自相矛盾的是,欧洲人权法院后来质疑这一定性,认为这五种方法没有“达到酷刑的程度”。但是,法院确实判定了这五种手段一起使用构成了“不人道和有辱人格的待遇”。[98] 在第一次裁决之后,英国法院中止了这些手段的使用,无论是单独使用还是合在一起使用。委员会和法院都是针对这五种手段的累积而进行裁决,[99] 两个机构都承认应当考虑其累加起来的后果,而不是只单独考虑每个手段单独使用时所造成的后果。

不可预见性及不可控制性

最后,这里还需要考虑另外两个因素,因为它们与有关讯问手段和酷刑的讨论有直接的联系,且与累加性手段的使用也有一定关联。它们就是酷刑中不可控制和无法预见的压力的作用。

这些因素已经被深入地研究过,[100] 人们发现它们在任何存在压力

---

〔97〕 白色噪声类似于两个广播电台之间的电流声。

〔98〕 *Ireland v. United Kingdom*, above note 11.

〔99〕 事实上,英国政府对委员会做出的第一份裁决的回应,就是停止这些手段单独的以及累加的使用。今天法院很可能不会将委员会的裁决从酷刑“软化”到残忍、不人道和有辱人格的待遇。

〔100〕 Başoğlu et al., above note 38, ch. 9, pp. 182 – 225.

的情形中总会起作用。如果被关押者在监并在“攻击性的手段”下被讯问,它们显然会影响到整体的情况。

根据巴什奥卢(Başoğlu)所说,不可预见的刺激比可以预见的刺激更会产生压力。同样,一个人可以控制或只是误以为自己可以控制的情形,就比一个似乎无法控制的情形所造成的压力要小。比如说,在对某人施用酷刑的过程中,对造成压力的事情施加某种控制,即使是很小的控制,有时也会成为一个关键的因素。套头套是一个很能说明问题的例子,它是一种与其他很多手段结合,而且经常累加起来使用的手段。关押当局通常都会说它因安全原因而具有必要性,因而是合法的。被关押者对审讯人员的视觉辨认可能的确是个问题,而头套的使用在讯问中能发挥更加巨大的作用。套上头套的被关押者在被打的时候,如果对下一步心里一点也没有底,不知道他(她)是否、何时以及如何被打——或什么时候会被香烟烫……心理上的不可预见性就极大地增强了肉体上的痛苦(击打、烫伤等)。事情变得无法预见从而更不易于掌控,而这又会增强疼痛和精神上的紧张。

因此“最具伤害性的结果来自于那些无法预知的不可控制的坏事情”。[101]

在所有上面提到的情形中都可以发现这两个因素。相反,比如说在单独监禁的情况下,囚室里面的一个被关押者可以与另一个被关押者交流(如通过敲墙),这很重要,因为通过这一方法他可以获知何时会发生什么。他至少有这样的幻想,即他保持些“控制”而且或许可以“预测”接下来将发生什么。在一个现代高度戒备囚室里那样完全缺乏交流,则会消除掉任何这种可控性。

如果讯问者有意交替使用不同的方法,并打乱任何“日程”或“模式”,情况就会变得不可预知。讯问可能发生在完全无法预知的时间;被关押者可能刚接到通知,就突然被从一个囚室转移到另一个囚室;或者奖励某种行为和惩罚其他行为,至于为什么则没有任何可知的逻辑,然

---

〔101〕 同上,第 199 页。

后又不加警告就彻底改变其规则。我们知道讯问者会接连地随机交替使用上述不同方法,这样就使得不可预知性成为整个系统的重要因素。他们还会确保相关的被关押者清楚他们无力控制他们生活的任何方面。[102] 因此,情况的不可预知性以及完全缺乏实际控制加重了一段时间里所使用的累加方法的严重程度。上述各种心理手段的累积会造成长时间的彻底的无助的感觉,它们会扰乱人的感官并最终扰乱他或她的人格。

总之,希望本文已经清楚地表明:讯问中使用的有些方法不会实际侵犯人的身体,且不会造成实际的肉体疼痛;但它们确实会造成严重的心理痛苦,并深重地扰乱感官和人格。必须记住:痛苦的严重程度是主观的,而对被关押者的实际影响将会因上文提到的各种因素而具有极大差异。正如联合国酷刑报告员曼弗雷德·诺瓦克所表述的:

> 即使是不造成剧烈疼痛或痛苦的强制力的使用,如果以一种羞辱性的方式来施行,也可能被认为是有辱人格的待遇。一个典型的例子是以羞辱为目的强迫被关押者脱去衣物。[103]

精神酷刑是一件非常实际的事情。不应当说疼痛和痛苦必须是肉体的才是真正意义上的 ,而以此为借口来忽视精神上的酷刑。事实上,有些精神手段本身就可以构成酷刑,如单独监禁和剥夺睡眠。

有人认为,非肉体手段的使用这一概念同样适用于其他许多手段的使用,如果只是单独进行考虑,那些手段本身并不构成酷刑,这点毫无疑问。但是,这些所谓的"辅助性"手段是整个酷刑过程的重要组成部分,它们对接受讯问且长期处于它们作用下的被关押者构成一个骚扰和胁迫的"背景环境"。因此,必须把它们的结合使用和长期累积效果看成是一个精神酷刑体系的组成部分。

在施行 24 小时的情况下可以说只是"恶毒的"或可能是羞辱性的

---

〔102〕 相反,在有些情况下,讯问者可能会让被关押者认为他或她拥有些许控制,以便更好地进行讯问。如果讯问的其他方面符合国内及国际法律规则的话,这种做法本身并不是违法的。

〔103〕 Nowak, above note 89, p. 838.

东西,如果施行24天则应当以不同的标准来考虑——更不要说24个月了。根据整体情况和受讯问的被关押者的年龄、性别和健康状况,其累加效果也会有非常大的区别。[104]

在确定对相关人员所施加的影响时,社会和政治背景、文化和宗教信仰以及地方禁忌[105]显然都起着作用。[106] 为了让人低估整体情况的恶劣后果,人们往往会主张被关押者获得食物、住处和医疗服务,而不顾拘留的普遍心理条件以及在讯问过程中的"长期累积手段"的使用。但是人的尊严并不仅限于身体的健全。[107] 前南斯拉夫国际刑事法庭就曾认为:

> (酷刑)可以是由一个单个的行为构成,也可以是由很多行为的结合或累加,这些行为如果单个来看且不考虑背景的话,可能是无害的……时间、重复度和各种虐待以及严重性应当被作为一个整体来考虑。[108]

对被关押者累积(或"结合")使用这些手段,不只是纯理论性的;这种"合成效果"的合法性,最近才成为公众重新考察的对象,并仍然是激烈的法律讨论的主题。[109] 最后,关于法律地位还存在的任何不确定性,都肯定会恶化上述情形所造成的压力及由此产生的痛苦。[110]

使用强制手段(更有理由说是一种残忍、不人道或有辱人格的待遇

---

〔104〕 对于本来就患有精神错乱的人来说,即使是短时间的单独监禁也可能会让他变得更加的精神错乱。见 Grassian,前注〔67〕。

〔105〕 在穆斯林社会,公开的并在很多警卫面前被裸体搜身,被普遍认为是极其具有伤害性的。这对于女囚来说也是如此。

〔106〕 关于对个人来说什么可以是极其具有伤害性的,一个记忆犹深的例子,就是一位阿富汗老者,已经80多岁了,俄罗斯士兵在同村妇女们面前一根一根地拔掉了他的胡子,那对他来说是一种极端的羞辱,这一事件对他来说是毁灭性的。作者的经历,阿富汗,1987年。

〔107〕 See Droege, above note 17.

〔108〕 Ibid., quoting the ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25 (Trial Chamber) 15 March 2002, para 182.

〔109〕 Scott Shane, David Johnston and James Risen, "Secret US endorsement of severe interrogations", *New York Times*, 4 October 2007, available at www.nytimes.com/2007/10/04/washington/04interrogate.html. (最后访问时间2007年10月15日)

〔110〕 这一点这里并未加以考察,但 Droege 谈到过它,前注〔17〕。

或酷刑)的政府显然不愿意承认它。因此,在试图提高某行为构成一种“酷刑”所要求的那种“疼痛和痛苦”的门槛时,最近就出现了司法上和心理上的扭曲。任何“被发现”使用酷刑的国家都会背上污名,除此之外,还有要对施行者最终进行惩罚和对受害者进行补救及赔偿的问题。

最后,如果与残忍的肉体形式的酷刑进行比较,这些“结合”或“累加”的情形若构成酷刑,则似乎会弱化“酷刑”一词本身的含义。但如果不去考虑处于这种情形下的被关押者长期的痛苦,则会反过来低估曾经或仍然在施加给他们的那种长期的痛苦,这点又是毫无疑问的。

国际人道法与当代武装冲突的挑战

——红十字国际委员会为2007年11月26日至30日在瑞士日内瓦召开的第30届红十字与红新月国际大会准备的文件

朱利江译*

导论

本文件是红十字国际委员会(以下简称“ICRC”)为红十字与红新月国际大会撰写的第二份关于“国际人道法与当代武装冲突的挑战”的报告。自从2003年12月向第28届国际会议提交第一份报告以来,已经过去好几年了。在这几年中,武装冲突每天仍在发生。这一现状并没有得到改变,人们已经司空见惯。虽然本报告并不打算对今天发生在世界各地的各种冲突进行详细描述,但完全可以这样说:战争仍在无情地继续,所到之处,生灵涂炭、家园尽毁、民众备受煎熬、损失惨重。

今天,平民仍然首当其冲受到冲突的影响。他们仍然是国家和非国家武装团体违反国际人道法行为的主要受害者。故意攻击平民、强迫迁移平民居民、摧毁平民居民生存不可或缺的基础设施以及平民财产,这些只是列举了一些经常发生的禁止行为。而且,平民个人还经常成为违

* 中国政法大学国际法学院讲师。北京大学法学院国际法博士、荷兰海牙国际法学院博士项目参加者、瑞典隆德大学瓦伦堡人权与人道法研究所国际人权法硕士、北京大学法学院法学学士。

法行为的受害者,例如谋杀、强迫失踪、酷刑、虐待和侵犯人格尊严的暴行、强奸以及其他形式的性暴力。他们还被当作人体盾牌。那些因武装冲突而被拘留之人的基本权利遭到剥夺,这些基本权利包括拘留期间应当获得适当的条件和待遇、为了防止任意拘留而必须具有的程序权利以及得到公正审判的权利。医疗人员和人道工作人员也会成为违反国际人道法行为侵害的对象。在许多情况下,人道组织无法执行它们的任务或者它们有效执行任务的努力受到妨碍。这进一步加重了那些想要提供协助和保护之人的困境。侵害新闻记者和其他媒体人员的行为也日益受到关注。

虽然战争造成的痛苦并没有改变,但在过去四年,公众对国际人道法及其基本规则的认识已经明显增强,因此他们也逐渐知道哪些行为属于违反规则的行为。国际人道法的原则和标准不仅成为专家们日常辩论的焦点,而且也正在逐渐成为政府、学界以及媒体方面集中而广泛探讨的问题。要记得更好地执行任何一套规则的前提条件之一是熟悉它们,因此必须欢迎和鼓励人们增加了解国际人道法的兴趣。而且,现在,1949 年《日内瓦公约》已经实现了普遍性,因此该条约体系对世界上所有国家都具有法律拘束力。最后,ICRC 也希望 2005 年出版的《习惯国际人道法》能够有助于增强对调整各类武装冲突行为规则的认识。

然而,尽管国际人道法可以说已经走出了专家圈子讨论的范围并开始全面进入公众领域,但这也表明,在解释和执行其规则时被政治化的风险也同时增加了。在过去四年,这一一般趋势已非常明显。有时候,即使已经非常清楚地显示正在发生武装冲突,但国家仍然否认可以适用国际人道法。有时候,国家却试图扩大国际人道法的适用范围,把那些实际上不构成武装冲突的情形也包括在内。可见,国家经常对如何从法律上对暴力情形进行定性存在争议。除此之外,还有国家曲解某些已经完全经受了时间考验的法律规则的情况。这只能说它们是机会主义的表现。另外,一些行为人指控其他行为人有违反行为,但并不打算承认自己也正在从事违反行为。这种趋势也对正确适用该法带来了危害。

必须强调指出,将国际人道法政治化完全背离了该规则体系的目

的。国际人道法的首要受益者是那些平民和丧失战斗力的人员。这幢法律大厦的基础就是,某类人员必须尽量免受暴力的影响,不论他们属于哪一方,也不论首先发动武装冲突的一方是否有正当理由。不适用国际人道法、有选择地适用国际人道法,或者为了国内或其他政治目的而曲解它的某些规则都可能对那些没有参加战争或不再参加战争的人的生命和生活产生直接影响,而且实际上也不可避免产生这种影响。如果有选择地挑选国际人道法的规则,就违反了国际人道法中最基本的人道原则。如果真的为维护国际人道法的本来含义,就必须把这项原则一视同仁地适用于武装冲突的所有受害者。根据国际人道法的逻辑,把这套法律政治化以及曲解该法律几乎不可能只对敌方产生影响。武装冲突的各方应当正视这个事实。如果那样做,己方平民和被敌方俘获的战斗员也将面临敌方同样采取的政治化或故意曲解的不利影响。这通常只是时间问题。

与第一份报告一样,本报告的目的也是为了向大家呈现当代武装冲突给国际人道法带来的一些挑战,对这些挑战进行更深刻的反思,以及简要描述 ICRC 正在采取或将要采取的行动。报告基于下面列出的前提:

首先,得到习惯人道法补充的国际人道法条约,尤其是《日内瓦公约》及其 1977 年的两个《附加议定书》,仍然是调整武装冲突中各方行为的相关法律参考框架。在 ICRC 看来,调整敌对行动的法律以及落入敌方手中的人员待遇的法律是国际人道法的两个核心领域,它们的基本原则和规则仍然体现了军事必要和人道需求之间一种合理而实用的平衡。就像本报告将进一步讨论,虽然具有跨国因素的暴力行为已经在最近给国际人道法提出了整体挑战,但这种行为并不一定就是法律意义上的武装冲突。而且,非常明显的是,国际人道法并非可用来调整此类暴力各种形式的唯一法律体系。

其次,在 ICRC 看来,造成武装冲突期间的巨大痛苦以及违反国际人道法的主要原因仍然是没有执行现有的规范,无论是因为缺乏政治意愿还是因为其他原因,而不是因为没有规则或者说规则不够。

再次,法律只是用来调整人类行为的各种工具之一。无论是国际法还是国内法,不能期待哪一套法律本身可以用来彻底调整像暴力这样的复杂现象。虽然国际人道法旨在限制武装冲突中的某些行为,但总是有国家、非国家的武装团体和个人没有受到违反这种规则的后果的威慑,无论是否涉及刑罚。在武装冲突期间以及平时,越来越多的针对平民的自杀性袭击就是当前一种相关的例子。换句话说,如果把法律当作是消除或减轻暴力的唯一工具,那么就必须认识到法律是有局限性的。政治、经济、社会、文化和其他因素都可能决定性地影响人类的行为。因此,想要综合解决任何形式的暴力,就必须考虑那些因素。

最后,本报告还将考察许多被认为是对国际人道法带来的挑战。本报告并未穷尽所有可能的挑战,也并不意味着这些是 ICRC 正在考虑或从事的,或将来可能予以关注的与国际人道法有关的所有事项。

国际人道法与恐怖主义

上文已指出,在过去几年,国际人道法的原则和规则已经受到公众关注。这在很大程度上要归因于对武装冲突与恐怖主义行为之间关系的辩论。最经常问到的问题是:在对付恐怖主义问题上,国际人道法是否有所作为?能起到怎样的作用?

国际人道法和恐怖主义行为

如果对包括国际人道法在内的国际法进行充分考察,首先会提出的问题是:到底什么是恐怖主义?虽然无论是在国内法还是国际层面有很多关于它的定义,但众所周知,在国际法中,现在还没有一个关于此概念的全面定义。联合国正在起草《关于国际恐怖主义的全面公约》,但这个工作已经停止多年了。这是因为,存在是否应当排除武装冲突期间实

施的行为以及如何排除等方面的问题。[1]

不过,尽管在国际层面缺乏全面的定义,但恐怖主义行为在国内法和关于恐怖主义的现有国际和区域性公约中都是犯罪。如果符合必要的标准,它们可能构成战争罪或危害人类罪。因此,与国际法的其他领域不同,尽管并不存在一个被普遍接受的关于恐怖主义的定义,但它却已经受到了国际法的调整。然而,ICRC 认为,这个概念仍然非常容易受到主观政治意愿的影响,因此从法律上确定其含义不太可能减少情绪化的影响或使用。

国际人道法是一套当武装暴力上升到武装冲突级别才开始适用的规则体系,而且它只适用于武装冲突,无论是国际性还是非国际性武装冲突。尽管国际人道法包括许多其他具有法律拘束力的文件和习惯法,但主要相关的条约是 1949 年的四个《日内瓦公约》及其 1977 年的两个《附加议定书》。尽管国际人道法并没有对恐怖主义进行界定,但它却明确禁止那些在武装冲突中针对平民和民用物体实施的许多行为。这些行为如果是在平时实施,通常都会被认为是“恐怖主义”行为。

参加武装冲突的人员必须在任何情形下区分平民和战斗员以及民用物体和军事目标,这是国际人道法的一项基本原则。区分原则是国际人道法的基石。从该原则中延伸出来的是许多旨在保护平民的具体规则,例如禁止故意或直接攻击平民和民用物体、禁止不分皂白的攻击、禁止使用“人体盾牌”,以及其他旨在避免平民和民用物体受到敌对行动影响的规则。国际人道法还禁止劫持人质,无论这些人质是平民还是不再参加敌对行动的人员。

一旦符合武装冲突的构成标准,可以说就没有必要再把大多数针对

---

〔1〕 就像已经提及的,联合国《关于国际恐怖主义的全面公约》草案的谈判之所以没有结论,其中一个主要问题是:在武装冲突中实施的行为是否应当从该公约的适用范围中排除以及如何排除?尽管一般认为,在国际性武装冲突中由国家的武装部队所实施的行为不应当受到该公约的调整,但争议的焦点是:非国家的武装团体实施的行为是否也应当被排除?基于上面提到的原因,ICRC 认为,该公约不应把那些国际人道法允许的、由有组织的武装团体在非国际性武装冲突中实施的行为界定为“恐怖主义”行为。就像已经强调的那样,根据国内刑法,有组织的武装团体实施的所有暴力行为已经是应当受到惩罚的了。

平民或民用物体的暴力行为认定为“恐怖主义”,因为根据国际人道法,这种行为已经构成战争罪。根据国际法中现有的管辖权基础,国家可以起诉涉嫌犯有战争罪的个人,追究其刑事责任;当出现《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》规定的严重破约情形时,必须追究他们的刑事责任,包括动用普遍管辖原则。

国际人道法还特别禁止针对处在冲突一方权力之下的人员采取“恐怖手段”和“恐怖主义行为”。《日内瓦第四公约》(第 33 条)规定,“集体惩罚及一切恫吓恐怖手段,均所禁止”;《第二附加议定书》(第 4 条第 2 款第 4 项)禁止针对那些没有或不再参与敌对行动的人员采取“恐怖主义行为”。做此禁止性规定的主要目的是为了强调一项一般法律原则,即刑事责任是个人的。无论是个人还是作为整体的平民居民都不可以受到集体惩罚,因为集体惩罚显然是一种可能引起恐怖主义的措施。

在关于敌对行动的章节中,《日内瓦公约》的两个《附加议定书》都禁止旨在平民居民中间散布恐怖的行为。《第一附加议定书》(第 51 条第 2 款)和《第二附加议定书》(第 13 条第 2 款)都规定:

> 平民居民本身以及平民个人,不应成为攻击的对象。禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。

这些规定的主要目的是,重申禁止那些在国际性或非国际性武装冲突中实施的不产生明确军事利益的行为。尽管对军事目标的合法攻击也可能在平民中散布恐惧,但这些规则禁止那些专门旨在恐吓平民的攻击行为,例如炮击或狙击城市区域中平民的战斗。这样做无法通过预期的军事利益而得到辩解。

明确禁止针对处在对方权力之下的人员采取恐怖行为,禁止在敌对行动过程中实施这些行为,以及上面提到的其他基本规定都说明,国际人道法保护平民和民用物体免受武装冲突中实施的这些类型攻击的影响。因此,在当前的武装冲突中,问题并不是没有规则,而是不尊重上述规则。

国际人道法在近期面临的挑战是:出现了国家把有组织的武装团体在武装冲突尤其是在非国际性武装冲突中实施的所有战争行为都打上

“恐怖主义”标签的趋势。尽管根据国际人道法,国际性武装冲突的各方可以合法攻击对方的军事目标,这是得到一般同意的,但国家却不太愿意承认这项原则也适用于非国际性武装冲突。因此,发生非国际性武装冲突的国家越来越多地把国内叛乱团体实施的任何行为都标成“恐怖主义”行为,即使根据国际人道法,这样的行为可能并不一定是非法的(例如攻击军事人员或设施)。在此方面,国际人道法和调整恐怖主义的法律之间存在的重大区别正在被忽视,这个区别就是:国际人道法存在的前提条件之一是,针对军事目标的某些暴力行为并不是受到禁止的;但从定义来看,任何“恐怖主义”行为都是被禁止的,都是犯罪。[2]

为了不混淆这两套法律制度,必须意识到在合法的战争行为和恐怖主义行为之间是存在区别的。这在非国际性武装冲突情形中尤其重要,因为在该情形中,有组织的武装团体针对军事目标采取的任何暴力行为在任何情况下都将受到国内刑法的惩治。如果把它们的行为也说成是“恐怖主义”行为,那么就可能减少这种武装团体尊重国际人道法的动力,还可能成为将来政治解决冲突进程的一大障碍。

法律定性

如何从法律上对通常所称的“全球反恐战争”进行定性是另一个争议很大的问题。[3] 虽然这个说法在一些国家已经成为人们日常生活的一部分,但还是需要根据国际人道法来考察它仅仅是一种带有修辞色彩的说法还是从法律的含义指向全球武装冲突。根据对已有事实的分析,

---

〔2〕 就像已经提及的,联合国《关于国际恐怖主义的全面公约》草案的谈判之所以没有结论,其中一个主要问题是:在武装冲突中实施的行为是否应当从该公约的适用范围中排除以及如何排除?尽管一般认为,在国际性武装冲突中由国家的武装部队所实施的行为不应当受到该公约的调整,但争议的焦点是:非国家的武装团体实施的行为是否也应当被排除?基于上面提到的原因,ICRC 认为,该公约不应把那些国际人道法允许的、由有组织的武装团体在非国际性武装冲突中实施的行为界定为“恐怖主义”行为。就像已经强调的那样,根据国内刑法,有组织的武装团体实施的所有暴力行为已经是应当受到惩罚的了。

〔3〕 最近,已经把“全球反恐战争”说成仅限于“基地组织、塔利班和有关武装”,但那种定性并没有改变这种方法的前提。

ICRC 并不同意正在进行全球战争的观点,认为应采取个案分析法,对那种通俗地称为“反恐战争”的每一种暴力情形进行法律定性。简而言之,当暴力达到武装冲突的标准时,无论是国际性还是非国际性,国际人道法就是应当适用的。在没有达到此标准的情形中,其他法律体系将会发挥作用。

根据 1949 年《日内瓦公约》的规定,国际性武装冲突是指发生在国家之间的武装冲突。因此,2001 年美国与盟军,作为“反恐战争”一部分发动的,与阿富汗塔利班政权之间的战争是国际性武装冲突的一个例子。

国际人道法并未设计在国家和非国家武装团体之间会发生国际性武装冲突,原因很简单,因为国家从来没有打算赋予武装团体享有其正规部队成员所享有的特权。[4] 如果说正在发动的针对诸如基地组织这样的团体的全球范围的武装冲突是国际性武装冲突的话,那么根据战争法,就等于说它们的追随者应当具有和常规武装力量成员相同的权利和义务。然而,早在 1949 年这一点就已十分明确,国家并不打算使非国家武装团体成员免受国内刑法对其战争行为的追诉,尽管根据国际法这些行为是不受禁止的(这是战斗员和战俘地位最关键的一点)。《日内瓦公约》对取得战俘地位的规定具有非常严格的条件。它们的起草者非常清楚地知道国际性武装冲突的政治现实和实际状况,因此对那些公约条款应当如何规定是经过精心设计的。

那些所谓的“反恐战争”也可以非国际性武装冲突的形式体现出来,例如现在正在阿富汗发生的在盟军支持下的阿富汗政府和塔利班与基地组织的残余武装团体之间的武装冲突。虽然这场冲突具有国际成分,因为其中一方中有外国军事力量存在,但却是非国际性的,因为发动这场武装冲突是得到有关国内当局的同意和支持的,它并不发生在两个对立的国家之间。因此,正在阿富汗发生的敌对行动受到适用于非国际

〔4〕 唯一的例外是《第一附加议定书》第 1 条第 4 款的规定,并且限于特定的条件,即存在民族解放战争。

性武装冲突的规则的调整。这套规则既有条约法的基础,又有习惯国际人道法的基础。这套规则体系也适用于暴力程度已经达到武装冲突级别和非国家武装行为者是武装冲突一方的类似情形(例如像索马里那样的情形)。

但仍然还有一个问题,即如果把这些发生在世界各地的所有恐怖主义行为(诸如发生在阿富汗、伊拉克或索马里的武装冲突以外的情势)放在一起看,从法律意义上讲,它们是否属于同一个武装冲突呢?换句话说,根据国际人道法的理解,是不是可以说发生在格拉斯哥、伦敦、马德里、巴厘或卡萨布兰卡的爆炸都是同一个武装冲突方所为的呢?是不是还可以说那些地方所涉的暴力程度已经达到了武装冲突的程度了呢?这两种说法看来都不对。

而且,有关国家当局在处理涉嫌策划或实施恐怖主义行为时并没有适用关于敌对行动的规则,如果他们认为是处在武装冲突状态下,这些规则本来是允许适用的。国际人道法本来是允许他们直接攻击那些嫌疑人员,甚至允许他们对紧邻的平民和民用物体造成所谓的"附带损失",只要附带的平民损失与预期的军事利益相比不是过分。但是,他们却适用了执法规则。他们试图逮捕犯罪嫌疑人,以进行审判,并且在撤空民用设施时非常小心,以防止对附近的人员、建筑和物体造成损害。

总之,对每一个有组织的武装暴力情形必须具体情况具体分析,要考虑它所发生的背景,并根据事实情况从法律上断定它是否构成武装冲突。无论从实际还是法律的立场来看,战争法都适用于武装冲突的情形。人们应当记住,关于诸如什么构成合法剥夺生命或国际性武装冲突中的拘留,相对于那些适用于非武装冲突情形的规则(例如人权法这样的法律体系)来说,国际人道法允许有更大的灵活性。换句话说,从实践来看,将国际人道法适用于那些不等于战争的情形既危险,也没有必要。然而,人们并没有充分意识到这一点。

人员的地位

在判断因与所谓的"全球反恐战争"有关而被拘留的人员的地位和

权利时,ICRC 也是在既有事实的基础上采取个案分析法。如果某人是与国际性武装冲突有关而被拘留的,那么就将完全适用国际人道法的相关条约。如果某人是与非国际性武装冲突有关而被拘留的,是否剥夺自由就需要适用四个《日内瓦公约》之共同第 3 条、其他可以适用的条约、习惯国际法以及诸如人权法和国内法等其他法律体系。如果某人被拘留与武装冲突无关,那么只能适用其他的法律体系。

在这种背景下,需要重申的是,只有在国际性武装冲突的情况下,国际人道法才为武装部队的成员规定了战斗员(和战俘的)地位。这种地位的主要特征是:它赋予了战斗员直接参加敌对行动的权利,并且赋予他们不因根据国际人道法而从事的诸如合法攻击军事目标的行为而受到刑事指控的豁免权。一旦被捕获,战斗员就变成了战俘,本身不能因为他们参加敌对行动而对其进行审判或定罪。因此,在实际的敌对行动结束之前,即使没有任何形式的法律手续,也可以一直关押被俘的战斗员。但是,如果被俘的战斗员从事了战争犯罪或在关押之前或期间实施了其他犯罪行为,那么就可以追究他们的刑事责任。如果进行刑事追诉,《日内瓦第三公约》规定可以对战俘判罪,但判决只有经审判拘留国武装部队人员之同一法院按照同样程序宣布方为有效。拘留国可以一直把那些已经在刑事诉讼中被宣布无罪的战俘关押到实际敌对行动结束之时。然而,这一点通常不被理解。如果对被俘的交战人员的地位存有怀疑,则必须由一个主管法庭对这种地位做出裁决。

国际人道法条约中并没有明确提到“非法的战斗员”这个概念。这种称法是对那些直接参加国际性武装冲突中的敌对行动,但不是国际人道法所界定的武装部队成员,并落入敌方手中的平民人员的简称。根据适用于国际性武装冲突的国际人道法的规定,“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”,平民享有免受攻击的豁免权。除直接参加敌对行动期间丧失免受攻击的豁免之外,与战斗员不同的是,平民可以仅仅因为参加敌对行动而被追究刑事责任。这是毫无争议的。换句话说,他们并不享有战斗员所享有的那种不因为拿起武器而被追究刑事责任的“特权”,因此他们有时候也被称为“不享有特权的交战人员”或“非

法的战斗员”。

关于那些直接参加国际性武装冲突中的敌对行动,并且已落入敌方手中的平民的地位和权利,基本上有两种观点。根据第一种观点,“不享有特权的交战人员”仅仅受到四个《日内瓦公约》之共同第 3 条所规定的规则以及(可能包括)《第一附加议定书》第 75 条的调整。它们既作为条约法、也作为习惯法得到适用。根据另外一种观点,那些直接参加敌对行动而且符合《日内瓦第四公约》(第 4 条)[5]规定的国籍标准的平民,仍然是该公约中的“受保护之人”。ICRC 也赞同这种观点。[6] 那些不符合国籍标准的平民至少应受到《日内瓦公约》共同第 3 条以及《第一附加议定书》第 75 条的保护。它们既作为条约法、也作为习惯法得到适用。

因此,那种受到国际性武装冲突影响或卷入这种冲突,但不受国际人道法保护的人员是不存在的。同样,在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》之间并不存在“漏洞”。也就是说,那种符合国籍标准、“不享有特权的交战人员”是不存在的。

这里产生的一个问题显然是:什么才算“直接”参加敌对行动?如何界定参加敌对行动的时间范围?(法律的规定是:“在直接参加敌对行动时”)。就像本报告第四部分第二节要解释的,这是 ICRC 从 2003 年以来一直在努力澄清的一个问题。

如果对于拘禁国的安全来说有绝对必要,它可以拘留那些直接参加敌对行动的人员。根据《日内瓦第四公约》,已经受到拘禁的受保护之人有权就拘禁决定请求尽速重新考虑,并至少一年两次对于案情予以审查。根据该公约第 5 条的规定,如果《日内瓦第四公约》之各项权利与

---

〔5〕 根据《日内瓦第四公约》第 4 条的规定,受该公约保护之人是指那些在冲突或占领之场合,于一定期间内及依不论何种方式,处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人。不受本公约拘束之国家之人民即不受本公约之保护。凡在交战国领土内之中立国人民及共同作战国人民,在其本国尚有通常外交使节驻在控制彼等之国家时,不得认为被保护人。

〔6〕 《第一附加议定书》第 45 条第 3 款默认这种解释,至少对于那个条约的缔约国而言是那样的,即“参加敌对行动而无权享有战俘身份而且不能获得按照第四公约享受更优惠待遇的利益的任何人,无论何时,均应有权受本议定书第七十五条的保护”。

特权为该个人行使将有害该国安全时,可以在拘禁期间剥夺此等权利与特权。不过,这种剥夺必须符合条约法和习惯国际法规定的基本保证。

根据《日内瓦第四公约》,在敌对行动结束之后,必须尽快释放在国际性武装冲突中被逮捕并被拘禁的人,除非他们正在受到刑事追诉或被判犯有罪行。这表明,在国际性武装冲突结束之后,《日内瓦第四公约》就不再是拘禁那些没有受到刑事追诉人员的有效法律基础了。

总之,除了以下四种情形以外,很难说还有其他措施可以用来对付那些直接参加敌对行动的人员,以至于可以严重侵犯他们根据国际人道法所应当享有的生命权、身体完整和人格尊严权,例如,企图减损禁止酷刑、残忍和不人道待遇的义务。这四种情形分别是:(1)丧失免受攻击的豁免权;(2)基于安全理由而进行拘禁;(3)在拘禁期间可以剥夺某些权利和特权;(4)刑事指控。ICRC 对任何这种企图都将予以反对。

在非国际性武装冲突中,是不存在赋予直接参加敌对行动权利的战斗员地位和战俘地位的。在这种冲突中,只要直接参加敌对行动的平民继续直接参加敌对行动,也应当适用国际性武装冲突中适用的丧失免受直接攻击的保护这项规则。这也是为了澄清非国际性武装冲突中"直接参加敌对行动"这个概念的含义。从法律上说,在非国际性武装冲突中,平民一旦被俘,是不享有战俘地位的,拘留国可以根据国内法对平民在冲突期间实施的任何违反行为进行追诉,当然包括战争罪。在拘留期间,他们的权利和待遇受到人道法、人权法和国内法的保障。

必须强调,任何人,无论其具有何种法律地位,都不得遭受国际人道法所禁止的行为,例如谋杀、对生命和人身实施暴力、酷刑、残忍或不人道待遇或侮辱人格尊严或拒绝公平审判的权利。从这个意义上说,"非法的战斗员"完全受到国际人道法的保护。因此,说他们只具有最小的权利或根本没有权利是不对的。战争法的其中一个目的是为了保护所有卷入武装冲突或受到武装冲突影响之人的生命、健康和尊严。难以想象,把某人叫做"非法的战斗员"(或其他称呼)足以剥夺法律确保每个个人所应享有的权利。

不应当把关于国际人道法和恐怖主义之间关系的上述观点理解成

不需要对这两套法律制度,即国际人道法和调整恐怖主义的法律之间的互动进行深刻反思,或对该法律做出更深入的澄清和发展。确实,就像下面关于拘禁或行政拘留的程序原则和保障(参见本文第三部分和附件一)的讨论所显示的,ICRC 一直都在想方设法对付由恐怖主义行为所引起的特定法律挑战。我们认为,无论是在平时还是武装冲突期间,打击恐怖主义都需要采取各种措施,包括调查、外交、金融、经济、法律、教育等措施。在这一复杂的工作中,国际人道法不可能是唯一的法律工具。

从整个历史发展来看,可以说国际人道法是能够适应各种新型武装冲突的。如果有国家或其他实体认为是国际人道法的规则不充分而不是没有适用已有规则的政治意愿,那么 ICRC 准备随时帮助它们澄清或发展调整武装冲突的规则。ICRC 和其他机构所面临的巨大挑战是如何确保一切此类澄清或发展是为了捍卫包括国际人道法在内的国际法所规定的既有保护标准。ICRC 非常清楚地知道,国家在有义务保护本国公民免受不分皂白和在平民居民中故意散布恐怖的暴力行为方面面临重大挑战。但是,ICRC 深信,任何采取的措施,包括努力澄清或发展法律,必须在适当的法律框架之内进行,尤其是那些确保尊重人的尊严和每个人有权享有的基本保证方面的法律。

拘禁或行政拘留的程序原则和保证

根据《日内瓦第四公约》,拘禁是国际性武装冲突一方可以针对受保护之人所采取的最严厉的措施。该公约规定,作为一种在没有受到刑事指控的情况下剥夺自由的形式,只能在有“迫切的安全理由”(第 78 条)或仅于拘留国之安全有“绝对需要”(第 42 条)时才可以拘禁。一俟必须拘禁之理由不复存在时,或最迟于实际的敌对行动结束之时,必须停止拘禁。该公约还规定了基本的程序规则,确保国家在决定何种行为构成对安全的威胁时不致滥用自由裁量权。但是,必须承认,从个人保护的角度来说,那些规则规定的内容相当粗糙。而且,近来的国家实践已经对它们的内容产生了分歧,例如,作为该公约缔约国的一些联军在

解释和实施有关规则时就出现了分歧。这非常令人担忧。

在非国际性武装冲突中,也有拘禁的行为。它明确规定在《第二附加议定书》中,该议定书进一步细化了日内瓦四公约之共同第 3 条的规定。然而,该条约并没有就在拘禁的情况下应当遵守哪些程序做出进一步规定。有人认为,必须通过援引人权法和国内法来弥补这个法律漏洞,因为适用于非国际性武装冲突的国际人道法是一个安全网,而人权法和国内法这些法律体系是对这种国际人道法的补充。

因此,如何解释国际人道法关于拘禁的规定并不是一个新的挑战。最近的挑战主要是由武装冲突期间以外采取的反恐行动引起的,即对不同程度参与恐怖行为的嫌疑人采取的行政拘留,即那种不打算进行刑事指控的拘留。虽然国际人权法并不禁止此类拘留的所有形式(例如,在某些情况下为了把移民驱逐出境而限制他们的人身自由),但有人认为,基于国家安全理由而采取的行政拘留并不属于拘留的形式之一。在此方面,一个相关但同时又有所不同的问题是:进行这种行政拘留是否允许国家限制有关人权条约规定的关于确保人身自由的权利以及在何种情况下可以那样做?

在起草和实施反恐法律方面,近来的国家实践表明,有越来越多的国家正把行政拘留当作打击恐怖主义的预防手段。不过,上面已经说明,在对有关人员的程序权利的人权法进行解释方面,存在相当大的分歧。而且,在国际层面,对于基于安全理由的行政拘留是否合法也没有一致看法。虽然许多国家似乎认为是合法的,但有一些非政府组织和专家强烈反对这种做法。

除了明显需要保护之外,为了确保与各种拘留当局进行对话时具有一致性,ICRC 制定了题为《在武装冲突和其他暴力局势中拘禁/行政拘留的程序原则和保障措施》的制度纲领。这份文件反映了 ICRC 的官方立场,并正在指导其行动,并且已于 2005 年 6 月在《红十字国际评论》第 87 卷第 858 期中正式发表(参见该期第 375 ~ 391 页)。它规定了一系列 ICRC 认为对于那些不打算提起刑事指控的任何形式的拘留最低限度应遵守的宽泛的原则和具体保障措施。所附带的评论是为了帮助说

明产生这些标准的法律渊源。这种法律渊源既有条约法的,也有其他类型的,包括政策和最佳实践。必须强调,虽然该纲领中所列出的原则和保障是最低标准,但在每一个具体适用的情形中还需进一步调整。

2007 年 9 月,ICRC 和美国俄亥俄州的凯斯西储大学(Case Reserve University)共同组织了一次关于在拘禁或行政拘留情形中应当适用的程序保证的非正式专家会议。这或许是随后该组织与国家和其他行为者进行更广泛讨论的出发点。

敌对行动

现在正在进行以及近期的许多武装冲突已经迫使法律和军事方面的辩论关注敌对行动这个话题。这个话题也正在引起公众的兴趣,尤其是因为许多媒体在报道军事行动过程中有平民被杀害或伤害以及民用物体受损坏的许多图片和事件。对这个话题的辩论焦点集中在攻击行为和选择使用武器这两个问题上。因此,下面各节将集中讨论作战手段和方法。

(一)一般问题,尤其是非对称战

在 2003 年向第 28 届国际会议提交的报告中,ICRC 就调整敌对行动的法律所面临的主要挑战进行了全面调查。该报告强调指出,在解释某些规则时——例如那些关于军事目标的定义、比例原则、攻击时以及针对攻击影响的预防措施——存在很多分歧。在很大程度上,这一分析在今天仍然是恰当的。

ICRC 在 2005 年出版了《习惯国际人道法》。这份研究进一步澄清了适用于国际性和非国际性武装冲突中的敌对行动的规则。该研究确认,《第一附加议定书》中关于敌对行动的主要规定反映了适用于国际性武装冲突的习惯法。它还发现,其中许多规定也是非国际性武装冲突中的习惯法。因此,习惯法的发展已经在很大程度上填补了现有条约法中存在的漏洞,因为现有的条约法规定仍然相当粗糙。

不过,应当指出,就大部分内容来说,在该研究中所讨论的有关规则只不过是重申了《第一附加议定书》中的规定而已,因此并没有澄清在解释和适用关于敌对行动的某些规则中存在的分歧。人们不应当对此感到惊讶,因为该研究的目的只是为了考察国家实践和法律确信,以便查明习惯法的内容。对相关事项所收集的实践进行广泛审查并不允许对习惯法规则做出比有关条约法规定更加详细的阐述。

还应当指出,正如要求阐明的那样,在 2003 年的 ICRC 报告中已经明确了一些条约法规则和习惯法规则,而在今天非对称战(尤其是因为有越来越多的非国家的武装团体参加冲突)和城市战越来越明显的冲突环境中,这些规则的具体适用可能成为了更大的挑战。

非对称战

非对称战的特点是:交战方之间的军事能力存在巨大差异。[7] 它的基本目的是为了找到结束对方军事力量的方法。通常,这种非对称造成今天的武装冲突更加野蛮。在这种情况下,几乎不存在法治的空间。虽然非对称战有许多表现形式,但它尤其影响遵守关于敌对行动最重要的规则,即区分原则和禁止背信弃义的作战手段和方法。下面各节只集中在对这方面带来的挑战,并进行各种阐释,但并非详尽无遗。

在攻击时,在军事力量和技术能力方面弱的一方可能只能想方设法逃避现代复杂的作战手段和方法。因此,这可能引导它从事国际人道法所禁止的行为,例如假装具有受保护的地位、把战斗员[8]与军事目标和平民居民与民用物体混在一起,或将平民当作人体盾牌。这种做法显然加大了附带造成平民伤亡和民用物体损坏的风险。有时候,受到攻击的

---

〔7〕 在理论上,已经提出了许多关于"非对称战"的定义,但是如何确定它的含义已经超出了本报告的范围。就像在这里使用的那样,它只是描述交战方之间一种不平等的关系,尤其是在武器方面。非对称当然不是一个新的现象,但它是一个现代冲突中越来越普遍的特征。

〔8〕 这里是从类的含义上使用"战斗员"这个概念的,是指那些并不享有赋予平民的免受攻击保护的人员,但并不暗含具有战斗员或战俘地位的权利。因此,它包括直接参加敌对行动的平民。

一方可能故意寻求造成附带平民伤亡和民用物体的损坏,其真正的目的可能是为了从媒体对这种事件的负面报道所产生的重大影响中获益。这种想法是要“造成”平民伤亡的画面,从而动摇人们对敌方军事行动的持续支持。

技术方面不利的国家或武装团体可能在发动攻击中倾向于利用某些物体的受保护地位(例如宗教或文化场所或医疗单位)。那些混入平民人群假装具有平民和非战斗员地位并进行军事行动的战斗方法通常就是背信弃义的作战手段和方法。另外,弱势一方通常倾向于直接打击对方的“软目标”,因为尤其在现代社会中,这种攻击将会造成最大的损害,也可能是因为它没有能力对敌方的军事人员或设施进行打击。因此,暴力是针对平民和民用物体的,有时以自杀性攻击的形式出现。劫持人质也是一种常见的现象。

非对称战带来的危险还与弱势一方可能使用的作战方法有关。看来,没有先进武器的国家或武装团体越来越有可能寻求获取或制造化学和生物武器,甚至是可能包括核武器(尤其是“脏弹情形”)在内的武器。那些保卫平民居民和民用物体的传统方法不足以对付这些武器。

军事上处于优势的交战方在回击对方不断违反国际人道法的行为时也有可能降低保护平民居民和民用物体的标准。例如,当遇到敌方战斗员和军事目标不断躲藏在平民居民和民用物体中时,攻击一方尽管在法律上必须遵守禁止不分皂白的攻击的规定,但有可能在制定回击对手的战略时逐渐改变它对比例原则的评估,同意对平民居民和民用物体造成更大的伤亡和损坏。另外还有一种可能的后果是,对什么构成“直接参加敌对行动”(参见下面第二个问题)进行更广义的解释。军事方面占优势的一方还可能对军事目标这个概念做出更广义的解释。[9] 这样

〔9〕 尤其受到关注的是那种为了更好地实现军事行动计划的效果而提倡对“非军事”目标发动攻击的思想,尽管这并不一定是非对称战所特有的。例如,为了降低敌人的士气或者让居民反抗自己的政府,交战一方可能会决定选择那些对于平民居民生存来说并非不可或缺的目标,例如娱乐或休闲设施、出售奢侈品的商店或商场。这些目标并不符合关于军事目标的传统定义。

一来将使作为整体的平民居民在敌对行动的影响面前变得更加脆弱。

总之,军事力量的不平衡会刺激弱势一方不顾关于敌对行动的现有规则来弥补自己的弱势地位。当敌人有系统地拒绝遵守国际人道法时,交战一方可能会认为法律的禁止性规定只会产生对敌方有利的影响。在这种情况下,真正的危险在于冲突各方都会认为适用国际人道法是有害的("恶性循环效应"),这最终导致了全面无视国际人道法,并从而削弱了它的基本原则。

城市战

对军事目标、比例原则以及预防措施原则带来同样挑战的还有城市战的普及。[10] 在城市环境中展开地面军事行动尤其复杂:那些抵抗人员可以利用无数火力点,而且可以在任何时候袭击任何地方。由于担心受到突然袭击,作为攻击一方的武装部队很有可能会抑制其正确辨认敌方军队和军事目标以及在行动后评估附带造成平民伤亡和损害的能力。同样,由于城市中的军事目标紧邻那些平民居民和民用物体,因此进行炮击和空中轰炸都会变得非常复杂。

ICRC 相信,非对称战和城市战对国际人道法发起的挑战不能先验地通过发展条约法得到解决。必须强调,在这种情形下,出现问题的一般不是规则,而是武装冲突各方以及国际社会是否有意愿或者是否有能力,尤其是通过刑法,遵守这些规则。ICRC 承认,今天的武装冲突,尤其是非对称战争,对那些从区分原则中发展出来的规则造成了严重威胁。如何消除这些威胁并努力维持和加强那些对于保护遭受武装冲突痛苦的平民来说非常基本的规则是非常关键的。那些规则本身就与"新"型的冲突和战争有关,因为当时在制定那些规则时,就是用它们来调整当时存在的冲突或作战形式的。必须捍卫这些规则所体现的基本价值,这是永恒

---

〔10〕 在城市战和非对称战的扩散之间存在某种联系:技术上处在劣势的交战方由于无法在开阔的地面上防卫自己,通常会在城市环境中寻求避难。但是,两者之间并不一定存在这种联系:例如,非对称战中处在不利地位的一方也有可能在遥远的山区设施中寻求避难;而且,在对称的武装冲突中,城市战也越来越常见。

的。虽然在某个具体的领域,例如对某种武器的限制来说,发展国际人道法是可能的,但从目前来看并不需要对已有的条约做重大修改。

不过,现在越来越有必要去评估保护平民和民用物体现行规则的有效性,加强这些规则的实施,或澄清作为这些规则存在基础的具体概念的含义。然而,必须是在不影响该框架以及尊重国际人道法已有原则的前提下进行,因为国际人道法的目的就是为了确保对平民的保护。尽管在调整敌对行动的某些规则方面存在某些缺陷,它们大多与没有精确表述有关,但这些规则仍然在限制武器使用方面发挥着重要作用。任何对国际人道法的进一步侵蚀都会使人类重新回到那个几乎不对使用武力做出任何限制的年代。

2007 年 9 月 6 日至 8 日,人道法国际研究院(International Institute of Humanitarian Law)和 ICRC 联合举办了第 30 届圆桌会议,"重新回到"了关于敌对行动的法律。之所以选择这个话题,是为了纪念 1907 年《海牙公约》通过 100 周年以及日内瓦四公约的前两个《附加议定书》通过 30 周年。会议讨论了现有的调整敌对行动的条约法规则及其发展,其侧重点是对有关规则在实施过程中产生的问题进行前景分析,并对那些对于负责实际运用的人来说难以解决的所谓的缺陷提出解决方案。

(二)"直接参加敌对行动"的概念

就敌对行动而言,国际人道法基本上是在两类人员之间进行区分的,即代表武装冲突各方从事敌对行动的武装部队成员和应当被推定为爱好和平[11]且必须保护其免受军事行动危险的平民。尽管从整个历史来看,平民居民的确总是或多或少地投入一般战争,但这种行为通常都是在距战场一定距离的地方实施的,例如:生产或提供武器、装备、食物和避难所,以及提供经济、行政和政治方面的支持。从传统上看,只有很少一部分平民卷入军事行动中的实际行动。

但是,近几十年来,这种模式已经发生了很大改变。军事行动不断

---

〔11〕 用这个术语是指那些没有直接参加敌对行动的平民。

地从遥远的战场向平民居民中心区域转移,而且平民越来越积极地卷入那些与实际敌对行动有关的行动。最近,甚至出现了武装部队“平民化”的趋势。根据这种做法,在现代武装冲突中,有相当数量的私人承包商以及情报人员和其他民事性质的政府雇员参与进来。而且,在许多现代武装冲突中,军事行动已经达到了前所未有的复杂程度,已经牵涉大量互相依赖的各类人力和技术资源,包括遥控武器系统、计算机网络和卫星侦察或定位系统。

总的来说,平民和军事功能之间的区分越来越模糊,武装行为者与爱好和平的平民居民相互混杂,平民在现代武装冲突中从事各种各样的任务和行为,以及现代作战手段和方法的复杂性,都使在敌对行动中应当如何遵守区分原则变得十分混乱和不确定。由于武装人员在任何地方都没有把自己和平民居民区分开来,例如在秘密或公开的军事行动期间或那些“白天是农民晚上是战斗员”的情形,所以这些困难变得越来越大。结果,爱好和平的平民很有可能成为错误的、没有必要的或任意攻击的受害者,而武装部队的成员由于无法正确辨别他们的对手,会有越来越大的危险受到无法将他们与爱好和平的平民相区分之人的攻击,与此同时,他们也必须且应当受到培训来保护平民。

关键的法律问题

这一趋势不仅强调在平民和武装部队之间加以区分的重要性,也强调在那些没有直接参加敌对行动的平民和那些“直接参加敌对行动”的平民之间做出区分的重要性。根据国际人道法,“直接参加敌对行动”的概念是指,如果是由平民实施的话,就中止其享有免受军事行动危险的保护。最值得注意的是,在他们直接参加敌对行动期间,平民就如同战斗员一样,是可以被直接攻击的。[12] “直接”或“积极”参加敌对行动

---

〔12〕《第一附加议定书》第 51 条第 3 款;《第二附加议定书》第 13 条第 3 款;规则 6,See J. - M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva and Cambridge, 2005.

这个概念来自《日内瓦公约》之共同第3条。在国际人道法的许多地方也都有规定。不过,尽管涉及不同的法律后果,无论是《日内瓦公约》还是它们的《附加议定书》,都没有对哪些行为属于直接参加敌对行动做出界定。因此,需要对国际性和非国际性武装冲突中下面三个有关问题进行回答:

- 谁是正在从事敌对行动的平民?对这个问题的回答将确定那些受到免受直接攻击保护的"除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外"的人员范围。
- 哪些行为属于直接参加敌对行动?对这个问题的回答将确定那些可以剥夺平民享有免受直接攻击保护之权利的个人行为。
- 哪些是直接参加敌对行动的平民丧失免受直接攻击保护的确切条件?对这个问题的回答将澄清诸如丧失平民保护的期间、在有怀疑的情况下适用的预防措施和推定、国际人道法对合法目标使用武力所施加的限制以及恢复对平民保护的后果等问题。

ICRC的倡议

2003年,ICRC和TMC·阿瑟研究院(TMC Asser Institute)就国际人道法中"直接参加敌对行动"这个概念共同发起了研究和专家论证会,目的是为了查明这个概念的构成要件,并就它在国际性和非国际性武装冲突中的含义提供指引。该项目把重点放在只与敌对行动有关的"直接参加"这个概念的解释上,而不涉及或只是偶尔涉及在俘虏或拘留曾经直接参加敌对行动的人员可适用的法律制度。而且,该项目只关心对国际人道法的分析和解释,对平民直接参加敌对行动在其他国际法制度中可能带来的问题并不产生影响,例如,最明显的是人权法,或者说就跨境军事行动而言,最明显的是调整国家之间使用武力的法律。

2003年和2006年,在海牙和日内瓦,该项目共举行了四次非正式

专家会议。[13] 每次会议都有 40～50 名来自军队、政府和学术界以及国际组织和非政府组织的法律专家参加,他们都是以个人名义参加的。

第一次专家会议为研究奠定了基础,并且得出一致结论:需要进一步解释"直接参加敌对行动"这个概念的含义,ICRC 应当在这个过程中起到带头作用。第二次专家会议是在广泛问卷的基础上对此概念进行了更深入的研究。这些问卷在会议之前向专家们分发,集中围绕广泛的实际例子和理论问题。第三次专家会议讨论了一些与此概念有关的最复杂的法律问题,例如作为非国际性武装冲突中有组织的武装团体的成员对于直接参加敌对行动规则的可适用性产生的影响、丧失保护的期间以及在冲突区域有私人承包商和平民雇员存在的问题。

在这些会议之后,组织者还撰写了一份关于直接参加敌对行动这个概念的"解释性指引"的文件草案,专门供第四次专家会议讨论使用。在那次会议期间收到评论以后,组织者对该文件进行了修改,然后提交给专家们,在 2007 年 7 月再次寻求他们发表书面评论。在一并考虑了那些评论之后,组织者将对文件进行最终定稿。

这份"解释性指引"文件将努力呈现国际人道法对于平民直接参加敌对行动的一致解释。这份文件连同专家论证会的完整会议记录将在 2008 年文选中出版。

(三)规制集束弹药的使用

使用集束弹药这个问题当然不是现代武装冲突中与武器有关的受到关注的唯一话题。不过,近来,这个话题已经处在关于作战手段和方法进行国际辩论的最前沿。由于集束弹药带来的挑战与关于敌对行动的核心原则(区分原则、禁止不分皂白的攻击原则、比例原则以及预防措施原则)紧密相关,因此将在这里讨论这个话题。

---

〔13〕 2003 年 6 月 2 日在海牙;2004 年 10 月 25 日至 26 日在海牙;2005 年 10 月 23 日至 25 日在日内瓦;以及 2006 年 11 月 27 日至 28 日在日内瓦。关于对报告摘要中提供的专家会议所发表的各种观点的讨论,可访问:www. icrc. org/web/eng/siteeng0. nsf/html/participation-hostilities-ihl311205(最后访问时间 2007 年 10 月 15 日)。

集束弹药:一个持续存在的问题

在过去几十年,集束弹药已经成为一个持续存在的问题。在几乎每一场使用它们的武装冲突中,都有大量的集束弹药没有按照预计的设想爆炸。即使在战斗结束后很久,它们仍然在夺取无数平民的生命,并对整个社会和经济带来巨大的负面影响。例如,在老挝和阿富汗,20 世纪七八十年代使用的集束弹药今天仍在杀伤平民。由于它们沾染大片土地,没有爆炸的子弹药还使耕作成为一件非常危险的事情,因此阻碍了社会的发展和重建。在这两个国家,清除这些武器和其他爆炸遗留物已经消耗了本来就稀缺的国家和国际资源。

不幸的是,近来的冲突却使得更多国家需要应对这些武器带来的后果。厄立特里亚、埃塞俄比亚、伊拉克、黎巴嫩、塞尔维亚和苏丹就是过去十年中用到了集束弹药的国家。如同阿富汗和老挝,它们现在正面临着如何处理这种致命战争遗产的问题。

然而,集束弹药引起的担忧还不仅限于那些没有爆炸的子弹药在冲突结束后所产生的长期影响,它还包括这些武器在武装冲突期间按照预计作用所带来的危险。集束弹药可在相当大面积的区域内散发大量的爆炸性子弹药。有些型号的散布面积能够达到 3 万平方米。另外,散发子弹药还通常取决于风、天气条件以及复杂的投射系统是否可靠。因此,很难控制这些武器的后果,存在造成大量平民伤亡的重大风险,尤其是如果在攻击的区域中有军事目标和平民混杂在一起的情况。

基于国际人道法的担忧

国际人道法条约中没有专门的规则调整集束弹药。但是,由于这种武器的特性和后果,就产生了能否根据国际人道法的基本规则来使用它们的重大问题。下面列出的就是一些关键问题:

1. 有人担心针对人口密集地区的军事目标使用集束弹药是否违反国际人道法关于区分和禁止不分皂白攻击的规则。这些规则是为了确保攻击是针对特定军事目标的,而且不具有在不加区分的情况下打击军

事目标和平民或民用物体的性质。

就像前面表明的,大多数集束弹药都是设计用来对大面积区域发射大量子弹药的。另外,许多类型的子弹药都是随意下落的,并且为了减速和武装而使用降落伞或带子。这说明,这些爆炸物可以不准确的空气速度或高度随风飘落或离开本来在母弹发射时预计的目标。它们可能经常在预计攻击的特定军事目标以外的地方着陆。

另外,由于这种武器具有杀伤广、面积大以及释放大量非制导子弹药的效果,因此它似乎很难或几乎不可能在人口密集的攻击区域区分军事目标和平民或民用物体。

2. 还有人担心是否违反比例原则。根据这项原则,在对合法的军事目标进行攻击期间,允许产生平民伤亡和损害,但如果要进行攻击,就要求对平民造成的附带影响不应当超过预期的军事利益。那种与预期的具体和直接的军事利益相比造成过分的附带平民伤亡或损害的攻击是不成比例的,因此受到禁止。

显然,在使用集束弹药来计划和执行攻击过程中实施比例性原则,必须包括评估攻击期间可预见的附带平民后果(直接死亡和伤害),以及考察子弹药成为战争遗留爆炸物的可预见后果。关于战争遗留爆炸物,最近在《〈常规武器公约〉第三次审查会议最后宣言》中得到了确认。在该宣言中,缔约国指出,“战争遗留爆炸物对平民居民造成的可预见后果是适用有关攻击中的比例性和预防措施等国际人道法原则时所必须考虑的一个因素”。

在此方面的主要问题是:“可预见的”含义是什么?是不是可以认为,现今未爆炸子弹药的短期、中期或长期后果是不可预见的,尤其是当这些武器在人口密集的区域或附近使用时,就像我们从以往冲突中获知的,如果攻击区域中有平民,那么他们是需要食物、水、医疗照顾和从事其他日常活动的。这就将使他们置于危险的境地。如果他们在敌对行动期间已经离开了该地区,那么他们将利用最早的机会返乡,因此将遭受未爆炸子弹药的危险显然是可以预见的。

3. 鉴于集束弹药在冲突期间和结束之后的后果,在使用集束弹药时

关于切实的预防措施的原则就显得尤为重要。[14] 这些规则要求冲突双方采取具体行动减少平民或民用物体受到错误攻击的机会以及在发动攻击之后把平民伤亡降到最低。这种行动包括,例如:仔细选择和核实目标、取消或暂停攻击、在攻击之前发出警告以及努力避免把军事目标设在人口密集的区域。

这里的主要问题是:在已经明知集束弹药的特性以及可预见后果的情况下,如何遵守关于攻击中切实的预防措施这项原则?为了防止以及在任何情况下把附带平民伤亡和损害降到最低程度,在选择攻击的手段和方法时,为了履行采取所有切实的预防措施这项义务,例如就要求一方考察集束弹药及其攻击系统的精确性、发射范围的大小、可能产生战争遗留爆炸物的数量、是否存在平民以及是否与军事目标紧邻,以及是否还可以使用其他的炸弹和战术。它还要求禁止对人口密集的区域使用集束弹药中的子弹药,以及应当考虑使用其他的武器。既然存在一系列可能的措施,为什么在使用这些武器的冲突中,因集束弹药导致平民伤亡数量较大仍是一个常见而可预见的特征呢?鉴于这个问题长期存在,因此就引发了应在多大程度上把有关切实预防措施的原则适用于集束弹药的问题。

4. 2003 年,为减轻集束弹药和其他战争遗留爆炸物给冲突后带来的影响,国际社会采取了一个重要步骤,即《常规武器公约》的缔约国通过了《关于战争遗留爆炸物的议定书》。该议定书在 2006 年 11 月 12 日生效,为减轻各种形式尚未爆炸和被遗弃的军火在冲突后带来的危险提供了重要法律框架。国际红十字与红新月运动呼吁所有国家尽快加入这个具有里程碑意义的协定。

然而,该议定书并没有规定具有法律拘束力的措施来防止战争遗留爆炸物在全球范围内的稳定增加。这个问题正在变得越来越严重,而且增加的速度正迅速超过为减少遗留物而开展的清除行动的速度。这个问题之所以变得越来越严重,其中最大的原因是因为使用了集束弹药。

---

〔14〕《第一附加议定书》(第 57 条和第 58 条)以及习惯国际法。

而且,该议定书并未提及集束弹药的子弹药在确实按意想方式引爆时产生不分皂白后果的高风险,尤其是当攻击发生在人口密集地区的时候。

ICRC 的行动

ICRC 和许多国家的红十字会都一直在敦促各国政府尽快采取行动解决集束弹药引起的问题。为此,ICRC 于 2007 年 4 月 18 日至 20 日在瑞士的蒙特勒组织了一次政府和独立专家会议,对与集束弹药有关的许多人道、军事、技术和法律方面的问题进行了坦率而深入的观点交流,并且考虑了减少它们对平民居民影响的各种方法。

ICRC 相信,鉴于集束弹药的特定性质,它们造成严重人道问题的历史,尤其是其被用于在人口密集区域打击军事目标时,以及上面提到的问题,都强烈要求制定具体的规则来规制这些武器。根据近来的国际发展以及在蒙特勒会议上取得的共识,ICRC 认为,应当通过一份调整集束弹药的新的国际人道法条约。该条约应当:(1)禁止使用、发展、生产、储存和转让不精确和不可靠的集束弹药;(2)要求销毁现在储存的不精确和不可靠的集束弹药;(3)规定对被害人提供协助、清除集束弹药以及采取行动把这些武器对平民居民的影响最小化。在此条约得到通过之前,ICRC 相信,国家应当在个别的基础上立即停止使用这种武器、禁止转让这种武器,并销毁储存的现有武器。

如果能够通过这样一项国际协定,那将有助于减轻集束弹药带来的长期影响。鉴于这个问题的紧迫性,ICRC 将继续与各国政府及国家红会合作,以推动关于集束弹药的新国际人道法条约的谈判和缔结。

非国际性武装冲突

现代武装冲突主要不是国际性的。许多陷入这些冲突之平民的日常生活充满了恐惧和痛苦。十分不幸的是,在全世界发生的非国际性武装冲突中,下列行为非常普遍:故意攻击平民;劫掠和摧毁民用财产;强迫平民迁移;把平民用作人体盾牌;破坏对于平民居民的生存所不可或

缺的基础设施;强奸和其他形式的性暴力;酷刑;不分皂白的攻击;还有其他形式的暴力行为。从某种意义上说,这些冲突带来的挑战与缺少可适用的规则有关,但更重要的是,缺乏对国际人道法的尊重。

实体法方面的挑战

四个《日内瓦公约》之共同第 3 条第一次规定了非国际性武装冲突中各方应当遵守的规则。这些规则保护那些没有或不再积极参加敌对行动的人员,禁止各种谋杀、伤残肢体、酷刑、虐待、作为人质,以及损害个人尊严,特别如侮辱与降低身份的待遇。"未经具有文明人类所认为必需之司法保障"的宣判也是受到禁止的。该条款规定,上述义务属于冲突各方应当遵守的"最低"标准。

随着时间的推移,共同第 3 条已被视为在战争期间维护一定人道标准的最基本的规定,以至于现在被称作"基本的人道考虑",是所有类型的武装冲突中必须遵守的习惯国际法。[15] 因此,共同第 3 条现在成了一条底线,在任何情况下都是不允许违反的。它是落入敌手的所有人员都应当享有的待遇,不论他们在法律或政治上是如何被定性的,也不论他们可能被监禁在谁的手中。

自从对调整非国际性武装冲突的法律进行首次编纂以来,它已经得到了持续的发展,尤其是《日内瓦公约第二附加议定书》得以通过,因为该议定书"完善和补充了《日内瓦公约》之共同第 3 条"。[16] 不过,仍然可以说,条约法还无法满足非国际性武装冲突中一些基本的保护需求。

在过去 30 年,习惯国际法的发展已经在一定程度上弥补了条约法

〔15〕 国际法院,尼加拉瓜诉美国,第 218 段。

〔16〕 适用于非国际性武装冲突的其他条约包括:1980 年的《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》及其议定书;1954 年的《武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》。

的粗糙性。[17] 习惯法规则具有适用于冲突各方即国家和非国家实体的优势,无论是否有正式的批准程序。从实体法的角度看,它们填补了一些法律的漏洞,而且调整了一些条约法调整不够的问题,尤其是关于敌对行动。因此,习惯法的形成扩大和加强了适用于非国际性武装冲突的国际人道法规则。然而,虽然习惯国际法和条约法一样是国际法渊源,但它的规则或内容却经常受到质疑,因为它的形式是非书面的。另外,仍然有一些条约法和习惯法都受到限制的领域,这些领域将在本报告的其他地方提及。

- 四个《日内瓦公约》之共同第 3 条规定了被拘留者的最低义务。但是,它并没有规定适用于拘留的所有内容。例如,它没有规定拘禁的程序保证,拘禁是一种基于人道法承认的迫切的安全理由而对自由的剥夺(参见本文第三部分)。在 ICRC 看来,为了发展一套符合共同第 3 条的制度,应当依赖其他法律体系和渊源以及正确的政策。ICRC 承认这一点(参见附件一)。

- 尽管习惯国际法已经有了重要发展,但某些关于敌对行动法律的问题,即"直接参加敌对行动"这个概念仍需要得到进一步澄清。

其他的挑战——无论是针对规则本身还是针对事实问题——都涉及条约法的适用范围。有时候,判断某个特定情形是否以及在何时构成非国际性武装冲突仍然十分困难。

例如,在某些情形中,诉诸暴力的团体是否可以被视为共同第 3 条意义上的"冲突一方"并不清楚。除了有关暴力的级别以外,在法律上如何判断某个情势还必须考察非政府团体的性质。当该团体的内部结构很松散或有秘密的指挥系统在发挥作用时,就产生了该团体的组织性是否足以被定性为武装冲突一方的问题。因此,必须在个案的基础之上

---

〔17〕 See Henckaerts and Doswald-Beck,同上注〔12〕:在该研究证明的 161 项习惯法规则中,有 147 项被认为适用于此种情形。在某些领域,规则与条约法所规定的内容是相同或相似的,尤其是《第二附加议定书》。在其他领域,该研究查明的规则超出了现有的条约法,因此有助于填补调整国内武装冲突方面的漏洞。

对此做出判断。[18] 只有当暴力的级别和所涉的各方符合非国际性武装冲突的要件时,国际人道法的有关规则才可以适用。

总之,尽管习惯国际法有了很大发展,澄清和发展适用于非国际性武装冲突的法律仍然是一个重大挑战。

除了这些法律方面的挑战以外,调整非国际性武装冲突的法律在实践中还遇到其他挑战,最突出的可能是非对称战。但是,看来对付它所带来的挑战并不仅仅在法律领域,尤其是国际人道法的发展方面。在这种类型的战争中,军事上处于下风一方(通常是非国家的实体一方)的行为(攻击平民、民用物体和受到特别保护的物体,使用人体盾牌,劫持人质等)不断受到谴责,这已经涉及严重违反国际人道法的问题,因此可能产生个人刑事责任。军事上处于上风的一方也不应为了应付对方的违反行为而减损其义务。如果这样做将导致进一步削弱国际社会已经奋斗了很长时间才建立起来的保护体系,而且将几乎不可避免地导致严重违反国际人道法所禁止的尊重生命、身体完整和尊严的义务。那些认为法律已经不足以对付现代武装暴力形式的国家和其他行为者应当意识到这一点。

鉴于这些理由,ICRC 打算考察现代和新型的武装暴力形式,并且从条约法和习惯国际法的角度对非国际性武装冲突的法律现状进行评估,并在评估结果的基础上分析是否有必要进一步澄清或发展该法律,以便加大对受非国际性武装冲突影响的人员和物体的保护。

尊重适用于非国际性武装冲突的国际人道法

2003 年,ICRC 组织了地区专家研讨会。该会议的讨论表明,加强对国际人道法的遵守是非国际性武装冲突面临的最大挑战,尤其是此类冲突中非国家当事方的遵守问题。在有些情形中,例如在弱国或战败国发生的武装冲突越来越多地出现了不完整性,大多数冲突具有非对称性,以及平民越来越多地卷入敌对行动,这些都进一步动摇了对该法律

〔18〕 还可以见:“国际人道法与恐怖主义”。

的遵守。在这种背景之下,应当优先考虑如何寻找更好地实施和遵守人道法的方法。

应当指出,在过去 15 年,国际社会已经做出了大量努力来追诉和惩治那些对严重违反国际人道法负有责任的个人。特设法庭、国际刑事法院和特殊或混合的法庭得以建立。虽然这些发展还应当继续,但必须特别关注武装冲突进行期间加大遵守国际人道法的问题。如果法律要想实现它的保护作用,那么最重要的是必须建立预防机制。国家在实现这种努力的过程中发挥着关键作用。

在地区研讨会专家的建议下,ICRC 已经在关注这个问题了。其中一个成果是在 2007 年 4 月出版了《在非国际性武装冲突中渐进尊重国际人道法》(*Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*)一书。该书是根据 ICRC 在非国际性武装冲突中的经验出版的。它概括了 ICRC 面临的一些重大挑战以及在促进尊重国际人道法的努力中得出的一些教训。它还包括 ICRC 用来促进遵守国际人道法的传播行为、法律工具以及方法的描述。下面将列出主要的结论。另外,就所采取的工具而言,人们不应当忘记,不卷入非国际性武装冲突的国家在确保尊重国际人道法方面对于非国家武装行为者来说也能够发挥单独或集体的作用。就国家具有或能够具有对武装冲突各方行为的影响而言,这种责任是存在的。对于国家采取一切可能的适当措施来结束违反国际人道法的行为,并不是一种是否取得某种结果的义务,而只是一种“方法的义务”而已。

在和非国际性武装冲突的各方接触以及如何促使它们遵守国际人道法方面,ICRC 面临着下列挑战:

冲突及其各方的多样性

非国际性武装冲突的差异很大。它们既有那种和传统作战类似,和国际性武装冲突相似的形式,也有那种基本上是非常松散的形式。无论作为国家还是作为有组织武装团体的冲突各方,在特征上差异也很大。对某一方是否遵守法律来说,对法律知识的掌握程度、参加武装冲突的

动机、对国际承认或政治合法性的兴趣及需求都具有直接影响。特别是,有组织的武装团体具有多样性。它们中既有那些高度集权的组织(有很强的等级、有效的指挥体系和通讯能力),也有很分散的组织(在不健全的领导体系中存在各种半自治或分散的派别)。这种团体的巨大差异还体现在它们对领土的控制程度、训练成员的能力以及对违反国际人道法的成员所采取的纪律或惩罚措施方面。

否认国际人道法具有可适用性

有时候,非国际性武装冲突的一方,无论是国家还是武装团体,都会否认人道法具有可适用性。例如,政府当局会认为并不存在武装冲突的情势。它们可能会说,这仅仅是一种“紧张”局势或者说是涉及土匪或恐怖主义行为的情势,而这并不等于非国际性武装冲突,因为如果承认正在发生这样的武装冲突,在它们看来,就等于默认这种武装团体具有“合法性”。非国家武装团体也会否认国际人道法具有可适用性。它们会说,这是由国家制定的法律体系,而它们不受其正在反抗的政府所批准义务的拘束。在这种情况下,几乎不太可能提到法律,尤其是对于那些其行为受到强烈意识形态影响的团体来说。

缺乏执行国际人道法的政治意愿

一方可能没有,或者说没有足够的政治意愿遵守人道法的规定。当非国际性武装冲突中的一方本身违反人道法的原则、规则和精神时,就是没有实施该法律的政治意愿的体现。

无视法律

在许多非国际性武装冲突中,很少或没有受过国际人道法培训的携带武器者直接投入了战斗。这种对法律的无视严重阻碍了各种促进尊重国际人道法和规制冲突各方行为的努力。

根据在非国际性武装冲突情势中长期积累的经验,ICRC 已经吸取了许多教训。它们有助于更有效促进非国际性武装冲突各方对国际人

道法的尊重。

“从战略高度”介绍法律

对于确保遵守法律来说,仅仅让冲突各方了解法律或义务是不够的,还应当以符合特定情形和与之相适应的方式,并作为故意接触各方计划的一部分“从战略上”介绍和讨论法律。“从战略高度”介绍法律说明需要知道和理解一方的动机和利益。这能更容易解释对于该方来说遵守法律为什么是符合它自己的利益的。可以基于下列考虑因素提出观点:军事效率和纪律;对互惠尊重和相互利益的期待;名声(遵守国际人道法可以提高一方的形象或公众地位);呼吁体现国际人道法的核心文化价值;长远利益(例如便利冲突之后的国内和解以及重返和平);以及受到刑事追诉的风险。

理解和适应冲突及其各方的独特性质

由于武装冲突及其各方差异很大,因此没有一套相同的方法可以解决不尊重人道法的问题。如果考虑到每个情势的特点,那么就会使尊重法律的努力变得非常有效。这对于各方自己来说尤其如此。为了解释为什么说遵守法律是符合各方利益的,知道和理解各方的动机和兴趣尤其重要。

在长期接触过程中工作

如果它们是与各方接触和建立关系过程的一部分,那么影响非国际性武装冲突各方行为的努力将会变得非常有效。如果长期实施,这种过程还将有机会了解各方的特征,因此是“从战略高度”讨论法律的基础。它还将有机会讨论诸如各方政治意愿和遵守法律的能力问题。

除了传播和训练这些让各方了解国际人道法规则和奠定尊重该法律基础的行为之外,ICRC 和其他人道参与者在努力促进非国际性武装冲突各方对人道法的遵守方面还采用了许多法律手段。这些手段本身并不能保证促进尊重,但它们却为可以提出法律诉求和要求承担责任提

供基础。这些手段是相辅相成的,主要包括如下几种:

- 非国际性武装冲突各方间的专门协定。它们据此明确承诺遵守人道法(参见四个《日内瓦公约》共同第 3 条)。
- 非国际性武装冲突武装团体一方的单方声明(或者“目的声明”)。据此它们承诺遵守国际人道法。
- 把人道法包括在武装团体的行为准则里。
- 在停火或和平协定中提及人道法。
- 赦免仅仅参与敌对行动的行为。

这里仅仅归纳了《在非国际性武装冲突中逐渐尊重国际人道法》的主要内容,希望它的出版有助于告知和协助那些想要在非国际性武装冲突中努力增强尊重国际人道法的人。

规制私人军事和私人保安公司的行为

在过去几年,国家及其武装部队在战时所扮演的传统角色逐渐通过合同的方式让位给了私人军事和保安公司。虽然这些公司存在于冲突情形中并不是新现象,但它们的数量却越来越多,而且更重要的是,它们行为的性质已经发生了改变。除了更多地提供传统上的后勤支持外,私人军事或保安公司已经越来越多地卷入了那些把它们拉近军事行动中心,从而使其十分接近受国际人道法保护人员的行动。这些行动包括:保护军事人员和资产、培训和给武装部队提供咨询服务、维护武器系统、讯问被拘留者以及有时候甚至是直接作战。

关于私人军事或保安公司的许多讨论集中在通过外部采办而使用武力的合法性以及是否应当对国家这样做的权利施加正式限制。无论讨论的后果是什么,从中期来看,唯一现实的假设是,私人军事或保安公司出现在武装冲突中的情况注定会越来越多。许多国家正在缩小它们武装部队的规模,这种趋势意味着参加实际战斗的军队会越来越少。由于现代武器系统非常复杂,因此武装部队只能越来越多地依赖这一领域中的外部专业人员。那些军队人数不够或人员没有得到充分培训的国

家将会继续雇用私人军事或保安公司。即使是那些国际性或非政府组织,现在也都在为了自己的安全而利用私人军事或保安公司的服务。尽管现在看来不太可能,但如果国家不能提供必要的军队,那么多国军事行动将很有可能雇用私人军事或保安公司。

鉴于 ICRC 只负有人道使命,因此它所关心的不是参与讨论在武装冲突中使用私人公司是否合法的问题,而是找到促使它们更好地遵守国际人道法的方法。对于 ICRC 来说,问题不是在武装冲突中是否应当存在私人军事或保安公司,而是当它们存在时,国际人道法是怎么规定的?私人军事或保安公司及其人员的义务是什么?还有国家的义务是什么?这是本报告下面所要集中回答的问题。

有时候,有人会说,关于私人军事或保安公司的问题在法律上存在漏洞。也就是说,国际法并没有规定它们的人员在实施了违法行为之后应当如何处理。这是无数媒体报道的大致观点。从法律的角度来说,这种笼统的表述是不正确的。而且,必须强调的是,在此方面的确存在义务。不过,由于国家和其他各方不愿意或没有能力在实践中遵守规则,因此在执行过程中存在很多问题。这也是正确的。此外,现有的国际法规则有时候过于笼统,因此,为了在如何把现有的国际法规则转化到国内法体系和在实践方面向国家提供实践上的和有现实意义的指导,需要加以澄清。对于下面两个主要问题来说,尤其如此:

1. 私人军事或保安公司雇员的地位、权利和义务。

2. 在私人军事或保安公司的行为方面国家尊重和确保尊重国际人道法的义务。

前一个问题尽管在实践中经常引起混淆,但在法律上是非常清楚的,而后一个问题则需要进一步澄清。

私人军事或保安公司雇员的地位、权利和义务

私人军事或保安公司是私人公司。虽然国际人道法对非国家行为者有拘束力,但那只是当它们作为武装冲突一方(即有组织的武装团体)时才会如此。私人公司的雇员是私人,因此必须在武装冲突中遵守

国际人道法,但与雇员不同,作为法律上的实体,私人公司不受国际人道法的拘束。

替私人公司在武装冲突中工作的个人根据国际人道法是有权利和义务的,但并没有某一个地位可以涵盖所有雇员。每个个人的地位取决于其行动的特定情形以及所发挥的作用。而且,对雇佣兵的态度通常受到情绪的影响并具有高度政治性,因此把对他们地位的法律考察变得复杂化了。

在国际性武装冲突中,私人军事或保安公司的雇员可能属于下面一些法律类型:

首先,就像在许多情形中一样,如果他们被并入那些武装部队,他们就是《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 1 项和第 3 项所指的武装部队人员。[19] 但是,更常见的情况是,国家利用私人军事或保安公司是因为它们正在缩减自己的武装部队。因此,私人军事或保安公司几乎不太可能成为武装部队的一部分。

其次,私人军事或保安公司的雇员还有可能是《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项所指的属于武装冲突国家一方的民兵或其他志愿部队。[20] 如果在国际性武装冲突中他们构成“属于”该冲突一方的团体,而且符合界定该团体的四个标准,即有一为其部下负责之人统率、备有可从远处识别之固定的特殊标志、公开携带武器以及遵守战争法规及惯例,那么就是那样的。

再次,许多私人军事或保安公司的雇员还有可能属于《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 4 项所指的伴随武装部队的平民。该条款明确提到的其中一个例子是那些军用机上的文职工作人员和供货商人。重要的是,伴随武装部队的平民仍然是平民。虽然他们在国际性武装冲突中有权取得战俘地位,但作为平民,他们无权直接参加敌对行动,因此,可以根据国内法对他们的行为进行追诉。不过,并不是所有的承包商都属

〔19〕 还可以见:《第一附加议定书》第 43 条。

〔20〕 同上。

于伴随武装部队的平民。要使某人成为这样的人员,必须存在真实的联系,即其必须向武装部队提供服务,而不仅仅是国家。

事实上,由于上述各种类型都受到限制,因此私人军事或保安公司的雇员大多数都属于平民。因此,他们受益于国际人道法赋予平民的规定。在国际性武装冲突中,他们受到《日内瓦第四公约》(只要符合第 4 条所规定的国籍条件)、《第一附加议定书》和习惯国际法的调整。在非国际性武装冲突中,他们受到共同第 3 条、《第二附加议定书》以及习惯法的调整。不过,如果他们直接参加敌对行动,他们就丧失了赋予平民的在两种类型的冲突中可免受攻击的保护。

最后,关于地位,必须提到“雇佣兵”这个术语,因为尤其是媒体在形容私人军事或保安公司时经常用到这个术语。从严格的法律意义来说,在大多数情况下,这种描述都是不正确的,因为国际人道法对该术语有非常严格的定义。要使某人成为国际人道法中的“雇佣兵”,必须同时符合下面六个条件:(1)特别征募以便在武装冲突中作战;(2)事实上直接参加敌对行动;(3)主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机;(4)既不是冲突一方的国民,又不是冲突一方所控制的领土的居民;(5)不是冲突一方武装部队的人员;(6)不是非冲突一方的国家所派遣作为其武装部队人员执行官方职务的人。这些标准中的许多规定都有可能导致大多数私人军事或保安公司的雇员不属于国际人道法所界定的“雇佣兵”。这是因为,首先,大多数私人军事或保安公司的雇员并不是专门被雇来在武装冲突中战斗的,因此并不直接参加敌对行动。他们通常是被雇来提供其他服务的,例如培训、保安或者收集情报。其次,冲突一方的所有国民都被排除在外。最后,如果仅仅把他们合并到武装部队,即使所有其他条件都符合,想要利用私人军事或保安公司的国家完全可以避免使它们的人员被认定为雇佣兵。

无论如何,从适用于国际性武装冲突的国际人道法的观点来看,属于雇佣兵类型的人员并不被认为是战斗员,因此是没有权利享有战俘地位的(《第一附加议定书》第 47 条)。因此,可以依据国内法对雇佣兵直接参加敌对行动的行为提起诉讼。不过,如果他们符合《日内瓦第四公

约》第4条规定的国籍条件,雇佣兵就是受保护之人(受到该公约第5条规定的限制)。同样,《第一附加议定书》第75条的规定将作为条约法或习惯国际法而对他们予以适用。

当然,国家仍然完全可以全面禁止私人军事或保安公司,或禁止它们所提供的某些服务,例如那些涉及直接参加敌对行动的行为。例如,《反对使用、招募、资助和训练雇佣兵国际公约》和《在非洲消除雇佣兵的公约》的缔约国就有义务在它们的国内法中把雇佣兵规定为刑事犯罪。雇佣兵问题和国家在多大程度可以及应当利用外部力量这个问题紧密相关,并且仍然十分重要。不过,国际人道法没有对这个问题做出规定。

国家的义务

根据国际法的规定,国家在私人军事或保安公司的行为方面有着诸多义务。要使国家能够充分立法并建立适当机制,就需要澄清这些义务。

根据四个《日内瓦公约》之共同第1条,所有国家有义务尊重和确保尊重国际人道法。某些类型的国家是有发挥作用的余地的,尤其是:雇用了私人军事或保安公司的国家、在其领土上有私人军事或保安公司活动的国家、在其管辖范围内有私人军事或保安公司被并入的国家,以及其国民有被私人军事或保安公司雇用的国家。

那些雇用私人军事或保安公司的国家与它们的关系最为密切。首先也最为重要的是,那些国家仍然有责任尊重国际人道法和履行它们在国际人道法下的义务。例如,《日内瓦第三公约》第12条明确规定,无论个人是否负有责任,拘留当局仍然对战俘的待遇负有责任。这种密切关系还意味着,如果私人军事或保安公司的行为可根据国家责任法归因于国家,尤其是如果私人军事或保安公司被授权行使政府的权力或如果它们是根据国家当局的指示行为或受国家当局的控制,那么国家就可以直接为私人军事或保安公司的行为承担责任。

另外,通过合同雇用私人军事或保安公司的国家有义务确保该公司

尊重国际人道法。这是一个相当笼统的法律义务,但一些良好实践说明国家是可以履行这种义务的。例如,国家可以在与该公司的合同中规定某些条件,比如对国际人道法进行充分培训、禁止特定的行为,例如参加军事行动或对雇员进行审查以便确保他们在过去并没有从事过违反国际人道法的行为。

最后,就像所有其他国家一样,雇用私人军事或保安公司的国家必须惩罚私人军事或保安公司雇员实施的战争罪和其他违反国际人道法的行为。

在其领土上有私人军事或保安公司活动的国家也有义务确保在其管辖范围内尊重国际人道法。在实践中,可以通过制定规章、规定私人军事或保安公司行为的法律框架来实现。例如,国家可以建立一套登记系统,规定私人军事或保安公司的标准;或者可以对公司提供的某些服务或在个案的基础之上对那些服务实行许可制度。

在其管辖范围内有私人军事或保安公司被并入或有司令部的国家也有义务确保尊重国际人道法。它们尤其处在采取实际有效的措施的最佳位置,因为如同在其领土上有私人军事或保安公司活动的国家,它们有可能调整和许可私人军事或保安公司。它们可以制定规章、要求私人军事或保安公司符合许多合法行动的条件,例如它们的雇员必须受到适当培训,并且实行充分的审查制度。

最后,应当提及有国民被私人军事或保安公司雇用的国家。虽然这些国家可能与公司本身或其行动实际上并没有联系,但它们却与雇员有密切的管辖联系,因此处在对他们即使在境外实施的违反国际人道法的行为行使刑事管辖权的最佳位置。

简而言之,各类国家在国际人道法中均具有义务。结合起来说,这些义务是关于私人军事或保安公司行动的相当广泛的国际法框架。一些义务是相对笼统的,因此有必要制定指导文件,以便国家可以将其付诸实践。除了各种可以有效实施的方法之外,还有很多可以填补的关于责任的法律漏洞。

瑞士关于私人军事或保安公司的倡议(和 ICRC 合作进行)

由于私人军事或保安公司越来越多地卷入武装冲突,瑞士政府倡议促进尊重国际人道法,并提出了解决这一问题的方法。这项倡议[21]的目的是:

1. 促进政府间关于因使用私人军事和保安公司引起的问题的辩论。

2. 在已有义务的基础上研究和发展优秀的实践,以便协助国家尊重和确保尊重国际人道法和人权法。

ICRC 正在就这个倡议与瑞士政府展开紧密合作,以便更大程度地促进对国际人道法的尊重。

在进行首次协商之后,该项目于 2006 年召开了两次会议,有政府专家、学术界、非政府组织和这个产业的成员参加,讨论已有的义务以及调整的可能性。该过程将在 2008 年继续进行,在具体的问题上与专家们继续协商,并召开政府间会议。

占领和对外国领土其他形式的管理

占领

占领的局势是受到国际法调整的。它基本上建立在对领土的有效控制这个概念的基础之上。从 1907 年的《海牙章程》第 42 条规定的定义中可以看出,“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下,即被视为被占领的领土。占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域”。

1907 年《海牙章程》、1949 年的《日内瓦第四公约》和 1977 年的《第一附加议定书》的有关规定仍然全部适用于全部或部分占领外国领土的所有情形,无论占领是否遇到武装抵抗。这是没有争议的。一般说来,关于占领的法律为占领当局临时行使权力规定了法律框架,它尽量在占领当局的安全需要和被占领当局的利益以及当地居民的利益之间达成

---

〔21〕 如想获得更多信息,请访问该倡议的网址:http://www.eda.admin.ch/psc.

平衡。根据对关于占领的法律的经典解释,主权权利并没有转移到占领当局,后者基本上只能尽量保存之前的状态(*status quo ante*)。因此,占领当局有义务尊重已有的法律和机构。只有当有必要履行其在关于占领的法律之下的义务时才可予以改变,还必须维持公共秩序和安全、确保有序的政府和维持安全。

不过,关于占领的法律已经受到了挑战,因为对近期的占领情势的复杂特点来说它已经显得不再适合。某些国家不太愿意同意把关于占领的法律适用于它们卷入的情形,声称那些情形与传统的占领区别太大,因此应当适用一套更加特定的规则,而不是关于占领的法律所规定的规则。

根据一些学者的意见,国际公法中的某些基本概念,例如自决权和人权法的发展,都没有在关于占领的法律中适当体现出来。人权法在占领局势中的适用性问题已经引发了一些值得探讨的重要问题,例如占领当局可以在多大程度上在被占领土实施该法律。关于自决权还产生了具体的问题,包括:占领当局是否可以采取立法措施来通过人民推进行使这项权利?自决权是否可以用来作为在被占领土上进行社会、经济、政治或机构等方面大规模变革的正当理由?

与此相关的是一个更为宽泛的辩论——越来越多的观点认为,构成占领法的前提并不充分,也就是说,占领者拥有的临时权力并不允许对有关领土的法律、政治、机构和经济结构进行大规模改变。确实有人认为,占领法的静态性所强调的保留被占领土社会政治的连续性并不恰当。关于这个问题,有人指出,通过占领的方式对一个压制型政府进行转型或重建一个崩溃的社会可以说是符合国际社会利益的,而且对于维持或恢复国际和平来说可能是必要的。因此,可以说,在占领法和在某些情形下设想根本改革被占领土的社会必要性之间已经出现了越来越多的分歧,因为前者要求尊重当地的法律和机构。

当某些关于被占领土社会的转型是联合国安理会所要求,尤其是出于人权的考量时,上面提出的问题也同样有关。现在,已经产生了关于占领的某些规则是否能和安理会设定的责任保持一致的问题的争论,因

为在某些情形下,可以说很难协调维持“此前状态”的义务与全面改革一项政府制度之间的义务。有人把这种情形说成是义务之间的冲突,或者说是安理会“创造”了部分占领法。法学家似乎已经同意可以偏离占领法,只要不影响国际人道法文件中规定的强行法规则。

就本报告而言,现在提出任何确定的答案为时过早。不过,我们建议,如果同意有些人提出的有必要予以改革的观点,必须对占领期间可能受到影响的改变做出限制。尽管占领当局在遵守人权法的规范,包括自决权时,可以有一定程度的灵活性,但它当然不能为了与自己的政治、法律、文化和经济需求或价值保持一致而全部改变被占领土的立法和机构。我们不应当忘记,占领法是一个连贯的体系。它已经仔细地平衡了各种不同的利益,因此只有在例外的情况下才可予以克减。

对外国领土其他形式的管理

除了现代占领情形引起的各种挑战以外,另外一系列挑战来自国际人道法对联合国维和行动的可适用性问题,尤其是那些涉及根据《宪章》第七章的权限对某块领土进行国际管理的情形。在各种根据该章进行的干涉中,联合国并非总是在直接行使政府权力,相反,它是依赖国内机构或在国内机构已经不存在的情况下,要那些在当地参加冲突的部队承担责任,或让管理有关领土的专门机构承担责任。因这些情形引起的重要问题包括:国际人道法和占领法是否适用于联合国这种类型的行动?在什么情况下适用?因此,看来非常有必要明确界定调整多国部队或国际民事当局管理领土的法律框架,以及在那种情况下国际人道法和占领法的关联性。为此目的,考察国际人道法是否为国际民事或军事当局面临的许多问题规定了实际可行的解决方案是合适的。

基于上面提到的这些问题,以及近来的冲突对关于占领的法律提出的挑战(ICRC 在向第 28 届国际会议提交的报告中已经提到了其中一些挑战),ICRC 倾向于分析占领法是否以及在何种程度上需要得到加强、澄清或发展。2007 年,ICRC 启动了一个关于占领的法律的项目,旨在审查与近期的占领情形以及对外国领土的其他形式的管理有关的问题。

这个项目包括与专家会议中的重要人物和组织协商。它是对 2003 年关于国际人道法和关于占领的法律对多国和平行动的可适用性的专家会议的后续跟进。在法律专家的协助下,ICRC 希望提出推动这方面法律发展的实体和程序方面的方法。

加强对国际人道法的尊重:制裁发挥的作用

对于 ICRC 来说,如何在平时和武装冲突期间更好地实施国际人道法一直是其首要工作。在向第 28 届国际会议提交的报告中,ICRC 关注的重点是在武装冲突中更好地尊重和遵守国际人道法的手段和方法,尤其是强调国家在一切情形下“尊重和确保尊重”国际人道法义务的范围和外延。它还组织了五次地区专家研讨会,会议的目的之一是审查国际人道法中既有和潜在的监督和实施机制。[22]

在向第 28 届国际会议提交报告 4 年之后,如何更好地尊重、实施和遵守人道法仍然是一个长期的挑战。这是武装冲突各方——无论是国家还是非国家——的首要责任。

实施需要所有交战方事先对法律有所了解并承诺尊重法律。它还要求国家在它们的法律秩序和实践中有持续的行动,以便制定国际人道法所要求的大量国内实施措施,包括制定法律、起草军事手册、在武装部队和安全部队里进行适当的培训和指挥监督。另外,还必须规定适当的具有刑事或纪律性质的制裁措施,并适用于那些违反规则的人。

过去 4 年,绝大多数国家的国内法秩序已经取得了重大进展。这些国家的国内法和实践已经得到调整,符合了国际人道法的规定和义务。尤其是,建立起了越来越多的国家委员会和其他负责向其政府提供国际人道法和国内实施咨询的机构。不过,仍然还有很多事情要做,这也是 ICRC 一直关心的问题。

关于建立承认个人刑事责任的国际机制,在过去 15 年也取得了重

---

〔22〕 专家会议其中一个具体的成果在第五章中得到了讨论。

大进展。特设法庭、国际刑事法院以及特别或混合法庭得以建立。一些国家还表明愿意对战争罪行使域外管辖权,以便在它们的国内法院追诉和惩治那些严重违反国际人道法的行为。不过,虽然因此可以说承认个人刑事责任已经取得了重大进展,但如何确保交战各方在战场上加强对国际人道法的遵守仍然是一项关键挑战。

ICRC 关于制裁对严重违反国际人道法的行为人的角色和威慑效果的倡议

2004 年,ICRC 发表了关于战争中的行为根源的研究报告,[23] 目的是为了查明对交战方行为具有关键作用的各种因素。该研究的一个主要结论是,影响武器携带者行为的主要因素是:训练、严格的命令和有效刑罚没有遵守命令的行为。

ICRC 一直都在更深入地审查这些结论,尤其关注制裁在确保更好地遵守国际人道法方面的作用。它还努力进一步巩固这些结论,并对两个关键问题进行反思。这些问题涉及制裁的性质和特点以及它们得到适用的环境。为劝说武器携带者不实施严重违反国际人道法的行为,这两个问题都得到了审查。

制裁的性质和特点

ICRC 审查的第一部分集中在三个主要问题上,从制裁的威慑性开始,即相对于惩罚本身而言,惩罚的威慑力所起的作用。

在这个方面,ICRC 注意到,如果很少有制裁,那么他们的行为就会变得不可预见,战斗员一般就会愿意冒险来违反法律,因为他们会认为存在不可能得到惩罚的高度可能性。而且,如果制裁纯粹是假设的,那么它们在防止违反方面就会显得无效,无论假设的惩罚会多么严重。这表明,制裁的有效性和合法性必须在所有层面都得到加强。确实,这个

---

〔23〕 Daniel Munoz-Rojas and Jean-Jacques Frésard, *The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations*, ICRC, Geneva, October 2004.

问题并不是一个刑法规定充分不充分的问题,而是一个执行力度够不够的问题。在武装冲突激烈的时候,无论是国内还是国际法庭,通常都不能够也不会通过判刑和惩罚违反者来干涉。因此,有必要找到实现制裁的替代或补充方案。如果严重违反国际人道法的行为人预见到会受到惩罚,无论是通过刑事司法制度还是通过任何其他方式,他们的行为就会改变。在此方面,应当有纪律制裁,因为它们对于战斗员来说更加迅速而有效,而且从同行角度来说也说明他们的名声非常不好。不过,关于这一点,应当非常小心两个问题:第一,纪律制裁可能会被视为在努力掩盖犯罪的严重性;第二,对于保护被害人的利益来说可能显得不够。

第二个问题是关于制裁对谁适用的问题。在各类武装冲突中,国际法把对违反行为的刑事责任从实际的行为人扩大到大量潜在的参加者,包括那些高级军事和民事官员。ICRC 尤其关注评估涉及相关个人(武器的携带者、战地部队的首领、指挥官或民事官员)作用之扩展责任以及可适用于其不法行为之制裁的影响。

第三个研究的问题是正义的形式,无论是民事的还是军事的,以及它们对于确保更加遵守国际人道法的影响。如果没有规定民事或军事法庭的排他性管辖权,那么就需要另行设定标准,以此确定权限的分配。

环境对制裁威慑效果的影响

反思的第二部分是设法考察发生违反国际人道法情形的背景以及制裁的可适用性。要确定武装冲突中影响行为的因素不能只考虑制裁的问题,还应当考察可能影响行为的所有因素,尤其是因为各个地方的武器携带者很明显并不认为会有制裁,而且理解制裁的方式也不尽相同。在试图协调不同集团的价值与国际人道法的价值时也存在是非问题。ICRC 准备对制裁的效率进行研究。在考察要求进行制裁的各种因素的影响时,应当考虑制裁的效率问题。这是一个还没有得到充分研究的问题。

被害人的期待与需求

在考察制裁的作用时,还应当认真考虑违反国际人道法的被害人的利益以及可能最符合他们期待与需求的制度类型。实际上,刑事诉讼不一定总是考虑被害人的利益,这通常是引起被害人挫折、失望和愤怒的原因。在让社会和社会中的个人抚平创伤和重建生活方面,像弄清真相、进行赔偿和要求全面检讨这样的问题发挥着关键作用,但在传统的刑事诉讼制度中,这些通常没有得到适当处理。在此方面,应当考虑替代的机制。这些机制产生于被害人、犯罪者与受影响社会间讨价还价的过程,也可以对犯罪者实施制裁,尽管在性质上不同于严格意义上的刑事制裁。ICRC 希望进一步探索替代的或补充性程序,并衡量它们在防止严重违反国际人道法方面的影响。

研究正在如何进行

为了进行考察,ICRC 一直都和来自不同领域的独立专家团体进行合作。他们受邀用书面形式对四个案例进行回应,并且分别在 2006 年 4 月和 2007 年 6 月参加了 ICRC 举行的两次非正式会议。在这些会议上,他们讨论了诸如制裁的性质、各种形式的责任和正义、法院诉讼的风险、赦免、被害人的需求以及转型正义的机制等问题。这些会议有助于缩小将在 2007 年 11 月在更大范围的地区会议上讨论的问题。11 月的会议是为了制定和起草具体的建议,旨在协助 ICRC 帮助建立一套完整制裁体系的工作。这将对战斗员的行为和他们的环境产生深远影响,从而促使更好地遵守国际人道法。