

加强被剥夺自由者的国际人道法保护：2011年以来的主要磋商和讨论

蒂尔曼·罗登霍伊泽* 著
廖凡** 译

摘要

国际人道法需要加强的一个关键领域是保护因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人。《日内瓦公约》中有超过175条规则对国际性武装冲突中剥夺自由问题的几乎所有方面加以规制，而在非国际性武装冲突中则没有类似的法律制度。2011年以来，各国和红十字国际委员会携手探讨如何加强对被剥夺自由者的国际人道法保护。2011—2015年间，委员会协助举办了一些磋商，以识别在武装冲突中有哪些可以加强对被拘留者保护的选项和建议。2015年以来，这一进程的目标已转向取得一项或多项可实施的具体成果。本文回顾了非国际性武装冲突时期加强被拘留者保护的法律需求，以及过去几年为加强国际人道法所采取的主要步骤。

* 蒂尔曼·罗登霍伊泽是红十字国际委员会（总部位于日内瓦）法律部法律顾问，从拉明·玛赫纳德处接手负责本项目。拉明·玛赫纳德于2012—2015年间负责本项目，下文援引的红十字国际委员会报告大多出自他手。

** 中国社会科学院国际法研究所研究员，法学博士

关键词：拘留、加强对被剥夺自由者的国际人道法保护、1号决议、国际大会、拘禁、移交被拘留者、非国际性武装冲突、红十字国际委员会

.....

导 言

2011年以来，各国和红十字国际委员会携手探讨如何加强对被剥夺自由者的国际人道法保护。2011—2015年间，红十字国际委员会协助举办了一些磋商，以识别在武装冲突中有哪些可以加强对被拘留者保护的选项和建议。2015年以来，这一进程的目标已转向取得一项或多项可实施的具体成果。

这项加强对被拘留者特别是非国际性武装冲突中被拘留者的国际人道法保护的 effort，是在应对一个重要的人道挑战。在武装冲突中，剥夺自由是现实。拘留使个人易受伤害，因为他们依赖拘留部队或当局来满足基本需求。从法律的角度看，在非国际性武装冲突中保护被剥夺自由者的问题令人特别关切，因为这类冲突中的被拘留者的国际人道法保护框架有待澄清和加强。

2011—2016年间，红十字国际委员会探视的被拘留者人数从54万增加到近百万。¹红十字国际委员会在各种情境下探视被拘留者，被探视的大多数人并非因为武装冲突而被拘留。尽管如此，拘留探视为红十字国际委员会了解剥夺自由往往带来的严重人道后果提供了独特的洞见，同时向该组织呈现出各种与保护有关的法律挑战。尽管被拘留者保护会基于具体情境产生各种各样的问题，但武装冲突往往加剧人道需求和挑战。无论是何人剥夺了这些人的自由或者将他们拘留在何处，被拘留者都时常遭受法外杀害、强迫失踪或者酷刑和其他形式的虐待。红十字国际委员会还经常注意到，被拘留者的拘留条件不佳，缺乏足够的食物、水、衣物、住所、卫生设施或医疗保障。他们没有被适当地登记，或者被剥夺了与外界的有意义的联系。某些被拘留

1 从红十字国际委员会2011—2016年的年度报告中可以看出，红十字国际委员会探视的被拘留者人数的稳步增加。见www.icrc.org/en/annual-report（所有互联网资料的访问时间均为2017年10月）。

者群体——如儿童、妇女或老人——的特殊需求，也并不总是能够得到充分满足。² 拘留原因和时间以及所适用之法律程序的不确定性，使被剥夺自由者及其家人深受痛苦。³ 此外，在最近的冲突中，被拘留者从一个当局移交给另一个当局，使一些被移交者面临严重被侵犯基本权利的风险。从各种理由的迫害到酷刑和任意剥夺生命。⁴

在许多情况下，忽视或不执行现行法律会导致对被拘留者的不人道待遇。在其他情况下，缺乏基础设施和资源构成了建立适当拘留制度的障碍。此外，在2011年一项关于加强对武装冲突受害者法律保护的研究中，红十字国际委员会强调，“缺乏[相关]法律规范——特别是在非国际性武装冲突中——也是保障被拘留者生命、健康和尊严的一个重要障碍”。⁵ 事实上，尽管《日内瓦公约》中有超过175条规则对国际性武装冲突 (IACs) 中剥夺自由问题的几乎所有方面加以规制，但在非国际性武装冲突中则没有类似的法律制度。⁶ 在此背景下，根据第31届红十字与红新月国际大会（“国际大会”）通过的1号决议，红十字国际委员会2012—2015年间就如何加强对被剥夺自由者的国际人道法保护启动了一个重大的研究和磋商进程。在第32届国际大会上，成员建议就此主题进一步开展工作，目标是产出一项或多项可实施的具体成果。成果可以采取不具法律约束力的任何相关或适当形式，目的是加强国际人道法保护，确保国际人道法对于在武装冲突特别是非国际性武装冲突中对被剥夺自由者的保护仍然切实可行和相关。⁷

各国在第32届国际大会上就加强对被剥夺自由者的国际人道法保护进一步深入开展工作达成共识，这一共识及时且重要，原因至少有三。

2 有关监禁条件和有特殊需求人员的人道关切的全面分析，见ICRC, “Strengthening Legal Protection for Persons Deprived of their Liberty in relation to Non-International Armed Conflict: Regional Consultations 2012”, Background Paper, 2013, pp. 6–7, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/2013/strengthening-legal-protection-detentionconsultations-2012-2013-icrc.pdf.

3 See *ibid.*, pp. 10–11.

4 See *ibid.*, p. 15.

5 ICRC, *Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflicts*, Geneva, 2011, p. 7, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-5-1-1-report-strength-ihl-en.pdf

6 详见下文分析。

7 32nd International Conference, Resolution 1, 32IC/15/R1, 2015 (Resolution 1), para. 8, available at: http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-AR-Persons-deprived-of-liberty_EN.pdf.

首先，如上所述，剥夺自由所造成的严重人道后果要求必须就此采取行动。为了更好地保护被剥夺自由的国家武装部队人员、武装团体人员或者平民，需要采取更多法律、政治和军事措施。为取得可实施的具体成果，有效加强对被剥夺自由者的国际人道法保护，武装冲突中有关拘留问题的人道和法律挑战又再次回到各国的议事日程上。

其次，如下所述，适用于非国际性武装冲突的国际人道法在保护被剥夺自由者方面不够详尽和明确。有人可能认为，适用的国际人道法不够详尽这一缺陷可以通过依赖国际人权法的保护而得到充分弥补。⁸尽管国际人权法为被剥夺自由者提供了重要保障，但在非国际性武装冲突的所有场景中——包括不同作战环境，如在战场附近或者域外武装冲突中的拘留——国际人权法规范能够在多大程度上有效调整或加强对被剥夺自由者的保护仍然存在争议。这样一来，在并不总是足够清楚地知道所适用的国际法的情况下，指挥官和法律顾问要作出具体的作战指示就成为一项困难的任务。⁹因此，可实施的具体成果可以进一步明确被拘留者的人道待遇，这不仅对于保护人的生命和尊严而且对于作战成功都是至关重要的。这有助于武装冲突各方履行其现有义务，从而防止可能的违反行为。

第三，这种法律不确定性对于多国行动中的拘留问题尤为重要。例如，如果各国开展联合行动，他们需要就适用于剥夺自由的共同标准达成一致。这在实践中带来了很大的困难，因为联盟中成员国的法律义务往往源于不同的国际人道法条约¹⁰以及国际和区域人权法。¹¹正如美国国务院一位前法律顾问强调的，“一套共同的底线规则，通过确保联盟国从相同的程序性观点出

8 此外，特别是在仅在拘留国领土上发生的传统非国际武装冲突中，国内宪法或法律往往为被剥夺自由者提供必要保障。

9 事实上，各国已经在国内或地区法院面临对其拘留做法的法律挑战。一个著名的案例是英国最高法院判决的 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2017] UKSC 2, 17 January 2017. 关于国内判例法的更多信息，见托马斯·温克勒，Thomas Winkler, “The Copenhagen Process and the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 5, No. 1–2, 2014

10 尽管各国均受四个《日内瓦公约》共同第3条和习惯国际人道法约束，但例如，《第二附加议定书》并未得到普遍批准。

11 See T. Winkler, above note 9, p. 260.

发，可以便利多国拘留行动”。¹²随着多国行动以及负有不同法律义务的国家之间合作的日益增多，具体及可实施的成果可以为保护被拘留者提供联盟所有成员都同意遵守的必要指引。

在深入分析加强对被剥夺自由者的国际人道法保护的必要性之前，需要简要提及近年来处理拘留各方面问题的其他国际进程，特别是哥本哈根进程和《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》的修改进程。由于适用范围和所涉及的行为主体不同，基于1号决议开展的进程旨在补充其他两个进程，并解决不在这些进程范畴内的重要问题。

首先，2007—2012年在丹麦政府协助下开展的哥本哈根进程处理“国际军事行动中的拘留”问题。¹³在此进程中，一组国家确定了一些适用于非国际性武装冲突中的国际——指域外——军事行动和执法行动的原则和指南。¹⁴与哥本哈根进程不同，基于第32届国际大会1号决议的进程范围有所不同，参与更为广泛。就进程的范围而言，它集中于“与武装冲突特别是非国际性武装冲突有关的”剥夺自由。¹⁵这包括所有类型的非国际性武装冲突，即纯国内冲突和域外冲突。¹⁶但它不包括武装冲突以外的其他情形，如执法行动。此外，在基于第31届国际大会1号决议框架内进行的讨论是普遍的，即对所有国家开放。

其次，2011—2015年间，专家委员会修订了《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》。¹⁷修订后的《最低限度标准规则》被称为《曼德拉规则》，对监狱设施的拘留条件提供了详细指引，主要涉及刑事司法系统。尽管如此，它们也可能被认为包含与被拘留者待遇及其拘留条件有关的关键条款，这些

12 Ashley S. Deeks, “Administrative Detention in Armed Conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009, p. 434.

13 关于原则、原则的评论以及进程总结，Bruce Oswald, “The Copenhagen Principles, International Military Operations and Detentions”, *Journal of International Peacekeeping*, Vol. 13, 2013.

14 《哥本哈根原则和指南》序言第九段澄清道：“《哥本哈根进程原则和指南》旨在适用于非国际武装冲突及和平行动情形中的国际军事行动，无意涉及国际武装冲突。”

15 Resolution 1, above note 7, para. 8.

16 其不考虑低于武装冲突门槛的执法行动。

17 United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, E/CN.15/2015/L.6/Rev.1, 21 May 2015 (Mandela Rules).

条款在所有情况下都是相关的。作为对《曼德拉规则》的补充，基于第32届国际大会1号决议的进程明确集中于与武装冲突有关的拘留，旨在应对与这些情形尤为相关的法律和行动挑战。这包括在复杂作战环境中的拘留，如域外拘留或在军事设施中的拘留（有时是临时性的），或在靠近战场的作战基地中的拘留。

本文首先重申需要加强被剥夺自由者的国际人道法保护的法律原因。其表明，虽然适用于国际性武装冲突的国际人道法包含了充分的关于剥夺自由的规则，但在非国际性武装冲突中没有类似的详细法律保护框架。其次，本文总结2012—2015年间磋商进程的主要步骤，并展示各国提出的与因非国际性武装冲突而被剥夺自由有关的要点。最后，本文介绍第32届国际大会1号决议通过以来的进一步工作的主要方面。

加强对被剥夺自由者的国际人道法保护的法律需求

国际法的两个分支同调整武装冲突中的剥夺自由问题有关，即国际人道法和国际人权法。¹⁸尽管这些分支相互补充且具有一些相同的目的，例如保护被剥夺自由者的生命和尊严，但其适用范围和原理有所不同。此外，两者之间的相互作用仍存争议，而且必然取决于语境。¹⁹本节首先总结国际人道法对非国际性武装冲突中被剥夺自由者的保护。其次，本节提出国际人道法对于非国际性武装冲突中的被拘留者提供的保护不充分。第三，它检视国际人权法可以在多大程度上补充国际人道法，并分析一些已被确认的保护需求。

18 普遍认为，国际人权法在武装冲突时期继续适用。例如，见International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 106; ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, 2005, para. 116.联合国人权委员会、欧洲人权法院和美洲人权法院也采取了这种观点。又见ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Geneva, 2011, pp. 13–22, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm.

19 例如，在红十字国际委员会促成的2012—2015年协商进程期间，各国就人权法是否及在多大程度上适用于各种类型的非国际武装冲突这一概念性问题表达了不同看法。ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Liberty: Concluding Report*, Geneva, 2015 (ICRC Concluding Report), p. 19, available at: http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-persons-deprived-of-their-liberty_EN.pdf.

保护因国际性武装冲突而被剥夺自由的人

四个《日内瓦公约》、《〈日内瓦公约〉第一附加议定书》（《第一附加议定书》）和习惯国际人道法规定了适用于在国际性武装冲突中剥夺自由问题的全面法律制度。《关于战俘待遇的日内瓦第三公约》（《日内瓦第三公约》）调整对战俘的拘禁，²⁰《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》（《日内瓦第四公约》）调整对属于公约规定的受保护人员范围的平民的拘禁。²¹《第一附加议定书》补充这一制度，包括对不属于《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》所确认之类别的人员提供保护。²²

国际性武装冲突的国际人道法调整剥夺自由问题的几乎所有方面。《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》规定了拘禁战俘或平民的理由，²³包括所适用的程序，²⁴并明确了剥夺自由何时必须结束。²⁵在一切拘禁中，《日内瓦公约》和《第一附加议定书》均禁止任何形式的虐待，²⁶并规定了关于拘留条件的详细规则，从足够的拘留空间到充足的食物和户外活动，再到登记和联系家人。²⁷这些规则还包括对拘禁情形下妇女和儿童的特别保护。²⁸此外，

20 战俘的定义见《日内瓦第三公约》第4条和《第一附加议定书》第44条。

21 受保护人员的定义见《日内瓦第四公约》第4条。又见《第一附加议定书》第73条。

22 见《第一附加议定书》第72—79条。

23 见《日内瓦第三公约》第21条第1款，《日内瓦第四公约》第42条第1款、第78条第1款。

24 《日内瓦第三公约》第5条第2款仅规定，在对某人是否具备战俘资格有疑问的情况下，该人应当享有《日内瓦第三公约》的保护，直至其身份“经主管法庭决定”。相比之下，《日内瓦第四公约》规定被拘禁者有权要求尽快对拘禁决定进行复核，并在此后进行一年两次的定期复核。见《日内瓦第四公约》第43条第1款、第78条第2款。

25 战俘“在实际战事停止后应立即予释放并遣返，不得迟延”（《日内瓦第三公约》第118条第1款）。平民被拘禁者“一俟〔其〕必须拘禁之理由不复存在时……应立即释放”，或者“在战事结束后尽速”释放。见《日内瓦第四公约》第46条第1款、第132条第1款、第133条第1款，《第一附加议定书》第75条第3款。关于国际武装冲突中拘禁问题的更多实质性讨论，见“Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”，Opinion Paper, Geneva, November 2014, pp. 3–6, available at: www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges; 以及为2014年政府专家协商准备的背景文件对现有国际人道法保护的陈述：ICRC, *Thematic Consultation of Government Experts on Grounds and Procedures for Internment and Detainee Transfers*, Working Document, Geneva, 2014, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/2015/consultation-internment-detainee-transfers-apr-2015.pdf。

26 尤见《日内瓦第三公约》第13—14条，《日内瓦第四公约》第27—28、31—34条，《第一附加议定书》第75条第2款。

27 关于国际武装冲突的国际人道法所包含的保护的全面陈述，见ICRC, *Thematic Consultation of Government Experts on Conditions of Detention and Particularly Vulnerable Detainees*, Working Document, Geneva, 2014, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-0024230.pdf。

28 关于妇女，见《日内瓦第四公约》，第89条第5款、第97条第4款、第132条第2款；Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study), Rules 119, 134. Regarding children, see GC IV, Arts 81 (3), 82 (2), 89 (5), 94 (2), 94 (3); ICRC Customary Law Study, Rules 120, 135. See also see ICRC, above note 27.

国际人道法调整战俘和平民被拘留者的移交。它规定了在何种情况下允许移交这些人，并规定如果接受国在任何重要方面未能给予公约所规定的保护，则应当将被移交人送还。²⁹《日内瓦第四公约》强调，在被移交人“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”的情况下，不得移交。³⁰因此，鉴于普遍批准的《日内瓦公约》对剥夺自由问题的全面规定，以及《第一附加议定书》（如适用）和习惯国际法中所包含的附加规则，目前看起来适用于国际性武装冲突的国际人道法为被剥夺自由者提供了一个坚实的保护框架。³¹

保护因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人

与国际性武装冲突方面存在的全面完善的拘留制度不同，国际人道法中针对非国际性武装冲突中保护被剥夺自由者的规则要少得多。适用于一切非国际性武装冲突的四个《日内瓦公约》共同第3条为防止各种形式的虐待提供了重要保障，在刑事追诉中要求公平审判保证，并要求保证最低限度的拘留条件（作为人道待遇要求的一部分）。³²然而，共同第3条没有为某些被拘留者群体的特别保护需求或者拘禁的理由和程序提供明确规则。此外，尽管共同第3条必须解释为禁止将被拘留者移交给“另一个当局，当这些人在移交后其〔受共同第3条保护之〕基本权利有遭受侵犯之危险”，³³但其并未明确任何程序方面的禁止规定，如转移前或转移后的措施。

《〈日内瓦公约〉第二附加议定书》（《第二附加议定书》）发展和补充了共同第3条，特别是关于人道待遇的基本保证、拘留条件、特定被拘留者

29 《日内瓦第三公约》第12条第2—3款，《日内瓦第四公约》第45条第2款。

30 《日内瓦第四公约》第45条第4款。

31 See ICRC Concluding Report, above note 19, p. 10. Indeed, as stated in the report, “States participating in the Resolution 1 consultation process did not point to any specific areas of IHL applicable to IAC-related detention that were in need of strengthening”. Nonetheless, some States voiced an interest in also strengthening IHL protecting detainees in IAC. 事实上，正如报告中所述，“参与1号决议协商进程的国家并未指出，适用于与国际武装冲突有关之拘留的国际人道法的任何具体领域需要加强”。不过，一些国家对于也要加强国际武装冲突中被拘留者的国际人道法保护表达了兴趣。

32 关于共同第3条下的基本义务的全面分析，见ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2nd ed., Geneva, 2016 (Commentary on GC I), paras 581–716. See also Jelena Pejic, “The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011.

33 Commentary on GC I, above note 32, para. 708.

群体的待遇以及刑事追诉。³⁴特别是，就“因与武装冲突有关的原因而被剥夺自由的人，不论他们是否被拘禁或拘留”而言，《第二附加议定书》明确了有关医疗和检查的一般规则、提供“食物和饮水”、“健康卫生方面的保障”、保护免受“严寒酷热和武装冲突的危害”、接受“个人或集体救济”、奉行宗教及接受精神上帮助，工作条件、男女分开居住、与外界通信、被拘留者可能的撤退以及对儿童的教育。³⁵《第二附加议定书》没有明确拘禁的理由或程序，也没有关于移交被拘留者的具体规则。

尽管《第二附加议定书》为共同第3条所规定的基本保证提供了重要补充，但其尚未得到普遍批准，仅适用于达到该议定书所规定之门槛标准的非国际性武装冲突。³⁶再者，甚至是在拘留条件方面，“人们必须问，其规定是否确实足以解决与拘留条件有关的人道关切”。³⁷《第二附加议定书》的规则远不如《日内瓦公约》中的规则那么详细。

除国际人道法条约规则外，习惯国际人道法也为因国际性武装冲突而被剥夺自由的人提供了一些重要保护。这些特别包括关于被拘留者待遇的基本保证、³⁸司法程序规则³⁹以及关于拘留条件和特定被拘留者群体待遇的一些规则。⁴⁰习惯国际人道法没有明确拘禁的理由和程序或者有关移交被拘留者的规则和程序。此外，由于习惯法往往用更为一般性的术语表达，因此它列出了宽泛的规定，这些规定往往未能“就如何建立和运行适当的拘留制度向拘留当局提供充分指引”。⁴¹

34 《第二附加议定书》第4—6条。

35 《第二附加议定书》第5条、第4条第3款第1项。

36 《第二附加议定书》第1条规定，该议定书只适用于“在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其它有组织的武装集团之间的”非国际武装冲突。因此，《第二附加议定书》不适用于仅在非国家武装团体之间进行的非国际武装冲突，也不适用于非国家当事方不控制任何领土的冲突。

37 ICRC Concluding Report, above note 19, p. 13.

38 See ICRC Customary Law Study, above note 28, Rules 87–99.

39 See *ibid.*, Rules 100–103.

40 See *ibid.*, Rules 118–128.

41 ICRC, above note 5, p. 7.

因此，可以看出适用于非国际性武装冲突的国际人道法提供了强有力的规则，禁止一切形式的暴力和不人道待遇，并保证司法程序的公正。此外，在拘留条件和保护弱势群体方面，《第二附加议定书》和习惯国际人道法包括了一些必要的基本保证。然而，与国际性武装冲突的国际人道法形成鲜明对比的是，非国际性武装冲突的国际人道法可能没有提供关于拘留条件的充分规定（特别是如果《第二附加议定书》不适用，而习惯国际人道法的规则又受到质疑），也没有包含关于拘留理由和程序的明确规则或者关于移交被拘留者的程序规则。

国际人权法能在多大程度上加强对因武装冲突而被剥夺自由者的保护？

在国际性武装冲突中，国际人道法规范在剥夺自由方面优先于国际人权法规范，原因很简单，因为各国已就国际人道法相关规定在国际性武装冲突中的特别适用达成一致。⁴²但在非国际性武装冲突中，情形则并不明朗：有关非国际性武装冲突的国际人道法对一些问题规定了有限的规则，但对另一些问题则没有规则。相比之下，人权条约包含关于剥夺自由或者禁止不推回的理由和程序等的重要规定，⁴³在这样一些要点上存在详细的法理，而且人权标准包含关于拘留条件或者保护被剥夺自由的妇女或儿童的详细规则。⁴⁴本文不拟详细检视重要法律问题，例如武装冲突期间人权规范和标准如何确切适用，或者有多大可能解决其与相抵触的国际人道法规范之间的冲突。相反，本文主张，尽管人权法在武装冲突期间持续可适用，但重申和澄清适用于武装冲突的基本保护措施具有重大的实际价值，因为在现有规则 and 标准未

42 ICRC, above note 18, p. 17. 欧洲人权法院在解释《欧洲人权公约》时“将可适用的国际人道法规则的语境考虑在内”。ECtHR, *Case of Hassan v. The United Kingdom*, Application No. 29750/09, Judgment, 16 September 2014, paras 101–106. 但这并不意味着国际人权法不能补充国际人道法。

43 See, for instance, Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 5 of the ECHR, Article 7 of the American Convention on Human Rights, and Article 14 of the Arab Charter on Human Rights.

44 See, for example, Mandela Rules, above note 17; United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders, UN Doc. E/RES/2010/16, 22 July 2010 (known as the Bangkok Rules); United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, GA Res. 40/33, UN Doc. A/40/53, 1985 (known as the Beijing Rules).

能提供充分指引或者其适用受到质疑或限制的情形下，这可以对其予以强化和补充。与此同时，任何加强被剥夺自由者国际人道法保护的不具法律约束力的成果显然都只能补充现有法律和标准，而不影响冲突各方可能负有的任何国际人道法或国际人权法义务。

尽管有现有的人权法律和标准，但加强适用于非国际冲突的国际人道法有三个主要理由。首先，人权法律和标准在多大程度上适用于不同的冲突情形仍有待讨论；其次，国际人权法文件的制定主要是为了适用于武装冲突以外的情形，并不总能为冲突所特有的挑战提供充分指引；第三，关于武装冲突的非国家当事方是否及在多大程度上负有国际人权法义务的争论还在继续。

关于第一点，国际法院、区域人权法院和国际人权法条约机构已经明确指出，相关国际人权法条约在武装冲突期间继续适用，无论是在国内还是域外。⁴⁵但各国之间的讨论仍在继续，特别是关于国际人权法条约在多大程度上适用于域外或武装冲突时期，及其与可适用的国际人道法之间是何关系。⁴⁶这与拘禁的理由和程序以及不推回问题尤为相关；后者未受国际人道法明确调整，但在一些国际人权法条约或相关法理中有所规定。关于国际人权法的一个特殊问题是在紧急情况下或者武装冲突期间——包括在域外非国际性武装冲突期间——对其的减损。事实上，在多大程度上允许各国在剥夺自由方面减损实体和程序权利的问题在实践中日益出现，但法理上似乎还未确定。例如，在2015年和2016年，三个欧洲国家减损了其在区域和世界人权法条约下的部分人权义务。⁴⁷在每起案例中，自由权都是国家减损的条款之一。减损显然只有在严格的限制范围内才允许进行，⁴⁸而且有关法院或条约

45 See, for example, ECtHR, Hassan, above note 42, paras 74–80; ICJ, Wall, above note 18, paras 107–113.

46 See, for instance, HRC, *Fourth Periodic Report: United States of America*, CCPR/C/USA/4, 22 May 2012, paras 505–509; Working Group on Arbitrary Detention, *The Draft Basic Principles: Comments by the Government of Canada*, 28 April 2015, paras 4–8; Working Group on Arbitrary Detention, *The Draft Basic Principles: Comments by the Government of Australia*, 17 March 2015, paras 2–6.

47 See derogations by Ukraine, France, and Turkey from the ECHR and the ICCPR. 此外，2016年英国宣布将其“在未来的冲突中……引入减损《欧洲人权公约》的推定”。See: www.gov.uk/government/news/government-to-protectarmed-forces-from-persistent-legal-claims-in-future-overseas-operations.

48 See, for example, Article 4 of the ICCPR and Article 15 of the ECHR. See also HRC, “CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency”, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001.

机构将监督这些减损并就其合法性发表意见。然而，这类审查只有在各国已经根据本国对局势的评估实施了减损及相关措施之后才会进行。

此外，相关国际人权条约没有关于拘留条件的详细规定。相反，拘留条件已在《曼德拉规则》、《曼谷规则》和《北京规则》等公认的标准中有所规定。⁴⁹这些文件规定了囚犯人道待遇的最低标准，构成了实践中广泛使用的重要参考框架。但是，它们侧重于国家如何运作其正规监狱机构，可能没有具体考虑到武装冲突中剥夺自由的特殊情况。⁵⁰在此背景下，一些国家已经公开质疑这些标准是否适用于因武装冲突而被剥夺自由的人。⁵¹此外，例如，《曼德拉规则》明确承认，“显然并非所有规则都能随时随地适用”。⁵²

这导致了国际人权法律和标准适用于一切非国际性武装冲突局势的第二个关键挑战。关于拘留的理由和程序——在某种程度上也关于不推回原则——的人权法律和法理，其基础都是假定国家管理机构正常运行，包括一个能够提供所有必要的正当程序保证的司法系统。⁵³因此，在政府军与一个或多个非国家武装团体之间的纯国内非国际性武装冲突中，“受到国家人权义务和国际人道法影响的国内法构成管辖国家必须向这类团体的被拘留成员所提供之程序保障的法律框架”。⁵⁴鉴于国家武装部队“在家”作战，可以依赖国家的司法基础设施，在这类情形下，国家应继续向所有与冲突有关的

49 See note 44 above. 这类标准经常被援引来解释人权条约中关于被拘留者人道待遇的更为一般性的规定。See, for instance, HRC, “CCPR General Comment No. 21: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty)”, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, 1992.

50 《曼德拉规则》(前注17)对其是否适用于武装冲突时期未作规定。《最低限度标准规则》传统上被理解为适用于在正规监狱机构关押的刑事囚犯，但后来被修改为适用于“未经指控而被逮捕或监禁的人”(see amendment approved in ECOSOC Res. 2076 (LXII), 13 May 1977)。联合国《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》仅适用于“任何一国领土内所有的人”，不包括域外拘留或者非国家部队进行的拘留。

51 据报道，在最近的修订过程中，由于“国际人道法和人权法在处理被剥夺者自由者方面的互动……可能已经导致僵局乃至危及修订过程的完成”等原因，《曼德拉规则》的适用范围是否应予扩大的问题被搁置。Katrin Tiroch, “Modernizing the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners – A Human Rights Perspective”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 19, No. 1, 2016, p. 299.

52 Mandela Rules, above note 17, Preliminary Observation 2(1).

53 但在很多情况下，包括未卷入武装冲突的国家，国家管理机构包括司法系统同样运转不佳，实践中往往无法提供所有必要的保护

54 ICRC, above note 18, p. 17. 关于哥伦比亚如何在非国际武装冲突局势中对拘留问题适用刑法/国际人权的实例，见Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 165–166.

被拘留者提供人权保障。但非国际性武装冲突也可能导致国家机构或司法系统解体，或者导致已经失灵的司法系统为处理武装冲突中被剥夺自由者的保护问题面临额外负担。如果各国在其领土以外行动，没有现成的正规法律制度，也会出现这类挑战。在此情形下，各国要想向每名被拘留者提供类似和平时期那样的程序保障往往面临严峻挑战。例如，可能很难保证所有被拘禁者自由被剥夺的情况都能交由法院审查，或很难保证可以向法院提供实施拘禁所需的证据。正如一位评论者强调的那样：

至少对于在实际战斗中进行的俘获而言，当战斗还在继续的时候，指望那些必须接受敌人投降的士兵建立一个可以在法庭上使用的档案，离开战场在法庭上作证，收集其他必要证据来供国家反驳被拘留者关于其并未直接参加敌对行动、不是武装团体成员的主张，都是不现实的。问题的关键在于，如果一个成功的人身保护令程序对于国家而言不现实，那么强令实施该程序就可能导致大多数在战场上被武装部队逮捕的战士被一个独立、公正的法院释放，而长远来看这又会进而导致规则得不到遵守，即伪装成战场杀戮和秘密拘留的即决处决。⁵⁵

显然，在适用法律规则或标准方面的现实挑战不会导致其不适用。但这无疑提出了一个问题，即需要确保哪些最低限度人道保证在一切情形下均适用。

第三，人权法传统上被理解为仅约束国家，而不约束非国家主体，意味着仅约束冲突一方。联合国安理会、联合国人权理事会和联合国特别程序越来越多地要求不同类型的武装团体尊重基本的人权和人道规范，如禁止酷刑。⁵⁶然而，大多数武装团体不会有能力全面遵守人权法义务，除非其行

55 Marco Sassòli, “Legal Framework for Detention by States in Non-International Armed Conflict”, *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 16–17 October 2014, p. 65, available at: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:77195>.

56 For discussion of recent practice, see, for example, Jean-Marie Henckaerts and Cornelius Wiesener, “Human Rights Obligations of Non-state Armed Groups: A Possible Contribution from Customary International Law?”, in Robert Kolb and Gloria Gaggioli (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 146–169; Tilman Rodenhäuser, “International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria”, *International Review of Law*, No. 2, 2015.

使类似政府的职能，而这种职能也正是许多人权规范的实施前提。⁵⁷许多团体缺乏良好的机制来确保其行为符合广泛适用的拘留条件和标准，或者没有能力按照国际人权法关于拘留理由和程序的要求采取剥夺相关人员自由的行动。⁵⁸因此，即使国际法朝着要求非国家武装团体遵守某些人权规范的方向进一步发展，也只有最成熟的团体才能遵照所有相关国际人权法规则和标准来实施剥夺自由行为。

因此，对拘留条件和特定被拘留者群体的待遇、拘禁的理由和程序以及移交被拘留者进行最低限度保障和提供具体可实施指引的国际人道法文件，可以为因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人提供最低限度的保护规则。由于其系专门为武装冲突局势所设想和接受，因此需要细致权衡军事和人道考虑因素，并设计为适用于当事各方。任何这样的成果都需要设法立即向能力迥异的武装冲突各方提供相关指引。这样一份文件的首要目的和益处，是向非国际性武装冲突各方提供关于无论发生在何处的任何冲突局势中所需待遇的明确指引。因此，它可以补充可适用的人权保护，而不损害或质疑其适用性。⁵⁹

2012-2015年研究和磋商进程

红十字国际委员会2012—2015年的研究和磋商进程以2011年第31届国际大会通过的1号决议为基础。

该决议邀请红十字国际委员会与各国以及适当时与其他相关主体(包括国际和区域组织)合作开展进一步的研究、磋商和讨论，确认和提出一系列方案和建议，以便：(1) 确保国际人道法为所有因武装冲突而被剥夺自由的人提供切实可行和相关的法律保护。⁶⁰

因此，在2012—2015年期间，红十字国际委员会与各国、国家红十字和红新月会以及其他相关主体进行了广泛磋商。根据1号决议，这些磋商具有

57 但在国际红十字委员会看来，“一个团体在通常凭借对领土的稳定控制而有能力像国家当局一样行事的情况下……，其人权责任可能……事实上得到承认”。See ICRC, above note 18, pp. 14–15.

58 关于武装团体提供司法程序之能力的一些讨论，见Commentary on GC I, above note 32, paras 689–695.

59 鉴于本进程的任何成果都不具法律约束力，其不会改变各国的国际人权法义务。

60 31st International Conference, Resolution 1, 31IC/11/R1, 2011, para. 6.

探索性，旨在使红十字国际委员会能够就加强因武装冲突而被剥夺自由者的国际人道法保护提出选项和建议。⁶¹下节首先简要概述红十字国际委员会从磋商进程3个阶段中总结出的要点：2012—2013年的区域磋商、2014年的专题磋商和2015年的全体国家会议。其次，决议还指出了一些国家提出的与因非国际性武装冲突而被剥夺自由方面相关的要点。

磋商进程

区域磋商 (2012—2013)

为了启动关于加强被剥夺自由者的国际人道法保护的磋商，红十字国际委员会在南非比勒陀利亚 (2012年11月)、哥斯达黎加圣何塞 (2012年11月)、瑞士蒙特勒 (2012年12月) 和马来西亚吉隆坡 (2013年4月) 与各国举行了四次区域磋商。⁶²基于对被剥夺自由者的国际人道法保护是否及在哪些方面需要加强的广泛研究，红十字国际委员会建议将重点放在与非国际性武装冲突有关的剥夺自由上，特别是在四个大的领域：拘留条件、保护易受伤害的人、拘禁的理由和程序，以及被剥夺自由者的移交。⁶³

在区域磋商期间，与会者大多同意所建议的保护领域是值得关注的领域。如上所述，这些领域在适用于国际性武装冲突的国际人道法中得到了充分调整，但在适用于非国际性武装冲突的国际人道法中则没有。在考虑可以采用哪些标准来填补这一空白时，参与者一般都认为国际性武装冲突的国际人道法是首选。此外，在不影响其法律适用性问题的前提下，大多数与会者还认为人权规范和标准以及国家实践也是指引和灵感的宝贵来源。与会者还讨论了实施不同标准所面临的操作挑战。此外，与会者就进程可能产出何种成果初步交换了意见。尽管一些与会者支持制定一个新的国际人道法条约，但总体趋势是取得一项不具法律约束力的成果。⁶⁴

61 所确认的选项以及红十字国际委员会的建议于2015年6月提交大会，见ICRC Concluding Report, above note 19.

62 全部四次会议的报告均可见www.icrc.org/en/document/detention-non-internationalarmed-conflict-consultations-government-experts.

63 See ICRC, above note 2.

64 See ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty: Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, Geneva, 2013, pp. 30–31.

专题磋商 (2014)

根据区域磋商期间提出的建议，2014年红十字国际委员会与政府专家举行了两次专题磋商，一次侧重于与非国际性武装冲突中的拘留条件和弱势被拘留者群体有关的问题，另一次侧重于非国际性武装冲突中的监禁理由和程序以及被拘留者的移交。⁶⁵与会专家被要求考虑从国际性武装冲突的国际人道法以及人权法律和标准中得到的实质性保护，并在不涉及这些规则和标准的正式适用性的前提下，评估武装冲突各方在非国际性武装冲突中实施这类保护面临哪些现实挑战。此外，他们还被要求就具体的保护要素发表意见，亦即将来的讨论可以重点关注的更为详细的要素。⁶⁶正如红十字国际委员会的总结报告所解释的：

红十字国际委员会所采取的保护方法的要素是假定在武装冲突与和平时期拘留中，人的需求大体保持不变，而旨在解决这些需求的国际人道法保护的规范性内容则可能需要适应武装冲突的现实。⁶⁷

在此重复全部讨论内容既不可能也不必要，但下文总结了一些一般性考虑。⁶⁸

全体国家会议 (2015)

进程的第三阶段包括一些双边和多边磋商，以及2015年在日内瓦举行的全体国家会议。此次会议的目的是为所有国家，包括那些没有参与以往磋商的国家，提供机会讨论和完善从以往讨论中摘录的要点，包括所建议的保护要素。此外，各国被要求就这一进程的潜在成果更详细地交换意见，后者可能影响红十字国际委员会提交给2015年12月第32届国际大会的结论性报告和建议。⁶⁹

65 第一次会议的文件可见www.icrc.org/en/document/detention-noninternational-armed-conflict-first-thematic-consultation-government-experts。第二次会议的文件可见www.icrc.org/en/document/detention-noninternational-armedconflict-second-thematic-consultation-government-experts。

66 例如，关于食物和水，应重点讨论的保护因素包括食物的数量和质量、被拘留者的习惯饮食、用餐时间以及饮用水的充足及可获取。See ICRC Concluding Report, above note 19, pp. 35–36.

67 *Ibid.*, pp. 22–23.

68 关于这些讨论的详细报告已发表于前注25和27所援引的红十字国际委员会专题协商报告。

69 主席的结论可见www.icrc.org/en/document/strengthening-compliance-ihlmeeting-all-states-geneva-switzerland-27-29-april-2015。

各国提出的关于因非国际性武装冲突而被剥夺自由的一般性考虑

以下段落以相当综合的方式列出了磋商过程中提出的一般性问题的非穷尽式清单。但其无法详及各国关于具体保护要素的讨论。⁷⁰

一般而言，各国认为其部队有必要为与非国际性武装冲突有关的被拘留者提供充分的拘留条件，包括对某些被拘留者群体的特别保护，这一点很重要。但各国认为能够提供的保护程度取决于具体情形：尽管在远离战场的普通拘留所关押的被拘留者原则上可以获得与那些在武装冲突之外适用的保护相类似的保护，但在“一线拘留”——即在敌对行动中被剥夺自由，随后被关押在作战基地的临时或过渡拘留场所的人——中则未必如此。在这类通常持续时间有限的情形中，可用的基础设施或食物可能不允许执行与稳定监狱设施相类似的标准。同样，各国认为，长期拘留期间的所有重要保护，如提供各种食物或获得教育机会，在短期拘留期间并非都需要。为使拘留部队至少能提供必要保护，与会者强调需要提前规划。这既包括物质方面，如建设拘留基础设施；也包括非物质方面的准备，例如在考虑地面部队的人员构成时，确保有女性员工对女性被拘留者进行搜查或看守。

磋商还确认，拘禁的理由和程序对于保护个人免受任意拘留是必要的。与会者再次强调，拘禁需要与刑事拘留相区别，因其不构成作为对过往犯罪行为之处罚的拘留，而是出于与武装冲突有关的安全理由而实施的预防性剥夺自由。因此，红十字国际委员会从磋商中得出的一个主要观点是，各国“普遍认为在所有情况下拘禁的根本理由是被拘留的个人具有威胁性”。⁷¹然而，各国就定义可能的拘禁理由发表了不同意见。一些国家认为适当的标准是《日内瓦第四公约》针对拘留平民所规定的“强制性的安全理由”，另一些则不赞成在《日内瓦第四公约》之外适用这一标准，还有一些认为正式参加武装团体的成员可以构成拘禁的充分理由。⁷²

70 红十字国际委员会已经公布了关于全体国家磋商的详细报告，www.icrc.org/en/document/retention-non-international-armed-conflict-icrcs-work-enhancing-legal-protection-。以下总结主要基于红十字国际委员会的总结性报告，前注19，第25—31页

71 同上，第28页。

72 关于这些标准，各国就什么构成“迫切的安全理由”、应当适用哪些标准来确认参加武装团体发表了不同看法。

在不影响所适用的法律义务的情况下，各国认为，关键的程序保障措施需要在俘获时就生效，⁷³包括对拘禁决定的起初和定期审查，以及在此过程中给予被拘留者的某种形式的陈述权或协助。尽管磋商确认审查机构需要对拘留当局的决策权进行实际核查，但讨论了这类机构的不同属性，包括其是需要“独立、公正”还是“客观、公正”，后一种看法的重点是不需要进行司法审查。关于审查机构的人员构成也进行了类似讨论。一些国家强调，在此问题上需要一定程度的灵活性，以解决一些特殊情况，例如在域外非国际性武装冲突中各国可能没有完整的司法部门可用。但有一点是一致的，即对每名被拘禁者都需要告知拘禁原因，且拘禁过程需要做到公平并考虑所有相关信息。

关于被拘留者的移交，各国强调了在本国领土上行动与在国外拘留之间的区别。尽管各国对于在其本国领土上的被拘留者普遍考虑人权法或难民法所规定的不推回原则，但如果国家在域外行动并考虑将被拘留者移交给东道国当局或其他国家，问题则似乎更为复杂。在此情形下，除任意剥夺生命，酷刑及残忍、不人道或有辱人格的待遇，或者共同第3条所禁止的行为外，还有哪些类型的风险会阻止移交将取决于特定国家的国际义务。⁷⁴各国还讨论了用于避免这些风险的实际措施的优点和挑战，如移交前对接收当局的拘留政策和做法以及被移交人个人状况和担忧的评估，以及移交后的监督。

事实上，在非国际性武装冲突的过程中，不仅国家当局，而且非国家武装团体也可能拘留个人，被武装团体剥夺自由的人与被国家拘留的人有相似的保护需求。由于在许多情况下武装团体没有可以与国家相提并论的拘留基础设施或司法机构供其使用，因此其拘留实践可能会带来特殊的人道挑战。在国家磋商过程中，不同国家均表示了这一关切，即调整武装团体的拘留行为可能产生承认这些团体国际法上的合法性的风险。此外，各国警告说，武装团体之间存在巨大多样性，特别是在内部组织程度和能力方面，因此难以找出适用于所有团体的一套共同期望。如何在加强国际人道法的同时鼓励尊重这些规范。

73 在这方面，讨论了不同渊源的理和程序。虽然国内法在纯国内的非国际武装冲突中可能具有重要意义，但域外非国际武装冲突中的拘留可能需要涉及不同渊源。

74 作为实践问题，各国讨论了若干阻止移交的理由。见同上，第31—32页。

这些关切表明，非国家武装团体的拘留问题尤为敏感。⁷⁵但需要注意的是，在国际人道法文件中，各国总是能够找到充足的条款和谨慎的表述，阐明受国际人道法规范调整并不影响非国际性武装冲突各方的法律地位。⁷⁶虽然国际人道法对武装团体施加了必要的人道义务，但各国仍可自行依据国内法将非国家当事方的活动定为刑事犯罪。此外，在理想情况下，本进程的潜在成果应明确规定武装冲突各方可以遵守的最低限度保护，同时就在各方有更大能力的情形下应如何实施基本保护提供指引。

展 望

2012—2015年的研究和磋商进程使各国就其与武装冲突有关的拘留实践进行了前所未有的丰富交流。红十字国际委员会将所有研究和磋商记录于：4份详细的背景文件，展现其对法律的解读；8份会议报告，总结磋商进程中的不同讨论；1份结论性报告，介绍该组织关于如何加强因非国际性武装冲突而被剥夺自由者的国际人道法保护的建议。这些报告为后续工作提供了坚实的基础。

磋商进程促使第32届国际大会一致通过了1号决议。该决议“承认加强对被武装冲突任何一方剥夺自由的人的国际人道法保护是一项优先工作”。⁷⁷因此，它建议根据本决议进一步深入开展工作，目标是产出一项或多项可实施的具体成果。成果可以采取不具法律约束力的任何相关或适当形式，目的是加强国际人道法保护，确保国际人道法在武装冲突特别是非国际性武装冲突中对被剥夺自由者的保护仍然切实可行和相关。⁷⁸

决议要求各国和红十字国际委员会在与参与国协商一致的情况下，确定进一步工作的方式，以确保该工作由国家领导、协作和非政治化的性质。⁷⁹

75 关于如何克服这些挑战的建议见同上，第33—35页。

76 例如，见共同第3条及1999年《关于发生武装冲突时保护文化财产的1954年海牙公约第二议定书》第22条第6款。

77 Resolution 1, above note 7, para. 5.

78 *Ibid.*, para. 8 (emphasis added).

79 *Ibid.*, para. 9.

然而，2017年4月举行的国家正式会议未能就进一步工作的方式达成一致。鉴于各国之间就是否应当继续实施1号决议及如何开展相关工作存在巨大分歧——分歧在随后的书面磋商中依然明显——红十字国际委员会目前不会召开更多会议来讨论工作的“方式”。相反，红十字国际委员会将召开专家级会议，继续就当前有关剥夺自由问题的挑战进行讨论。该参与平台将提供一个交流观点和做法的空间，旨在回应共同的人道关切，检视进程中早些时候找出的有待进一步探讨的问题。这些专家讨论不会根据1号决议进行，也不旨在产生该决议设想的可实施的具体成果，而是希望推动开展实质性的专家讨论，了解各利益攸关方的法律和政策立场，加强各国之间的合作与交流，并在各国有意愿且出现了就工作方式达成一致的契机时，为今后在1号决议框架内的进一步工作奠定基础。