

国际人道法、 伊斯兰法和武装 冲突中的儿童保护

艾哈迈德·达武迪 (Ahmed Al-Dawoody) ,
瓦妮莎·墨菲 (Vanessa Murphy) *

摘要

本文比较了国际人道法规则和伊斯兰法规则在武装冲突中保护儿童的方式，分析了这两种法律体系之间相同和不同的方面以及有待澄清的领域。本比较研究聚焦于标志着儿童战时经历的四个关键主题：武装部队和武装团体非法招募和使用儿童、拘留儿童、儿童接受教育的机会以及儿童与家人失散的情况。

关键词：伊斯兰法；招募儿童；被剥夺自由的儿童；教育；重建家庭联系；武装冲突；儿童。

.....

* 艾哈迈德·达武迪博士和瓦妮莎·墨菲均任红十字国际委员会法律部的法律顾问。艾哈迈德·达武迪博士负责伊斯兰法和伊斯兰法学的相关事务；瓦妮莎·墨菲负责儿童保护方面的法律相关事务。

* 作者联系方式：aaldawoody@icrc.org和vmurphy@icrc.org。本文所述观点仅为作者个人观点，不必然反映红十字国际委员会的观点。

引言

在当今肆虐的武装冲突中，儿童承担着不成比例的人类代价，而旨在保护他们免受最恶劣的战争之伤害的法律却往往未能做到这一点。¹儿童承受的这种痛苦在以穆斯林人口为主的国家尤为明显：阿富汗、索马里、阿拉伯叙利亚共和国和也门等地的冲突表明，减少对这些受战争影响的儿童的伤害已迫在眉睫。保护身处战争当中的儿童的法律虽在纸面上已有全面的规定，但要减少这种伤害，还需针对具体情况提出解决方案，以化解实施严重不到位的困境。

在穆斯林人口占多数²或伊斯兰教已纳入武器持有者价值体系的国家，不少冲突方拥有伊斯兰战争法规则的专业知识并在战斗时参考其规定；相比可适用的国际人道法（IHL）规则，他们可能更熟悉、更忠于前者。³鉴于这两个法律体系均含有规定在武装冲突情况下的儿童待遇的条款，本文意在确定这两个框架间的互补性，从而加强武器持有者对保护性规范的遵守，在伊斯兰法与国际人道法对儿童的保护之间建立起桥梁，以寻求二者之间相互促进。为此，我们将从三个方面开展讨论：第一，明确国际人道法中有关儿童保护的规定。这一点很重要，因为国际人道法的规范并不总是广为人知。在此，本文结合伊斯兰法的规定对国际人道法的保护框架进行讨论的目的，是提高公众对相关国际人道法规则的认识。第二，本文同样明确了伊斯兰战争法对儿童保护的规定。这一点也很重要，因为伊斯兰战争法在影响将其用作参考的交战方行为方面可以发挥重要作用。⁴如果红十字国际委员会等致力于确保交战方的行为符合国际人道法的组织与交战方所开展的对话是从相互理解的角度出发的，就能更好地增进对法律的尊重；了解伊斯兰战争法关于儿童保护是如何规定的，是实现这一目标的基本步骤。

1 联合国秘书长在2018年有关儿童与武装冲突的年度报告中记录的政府部队和非国家武装团体侵权事件已达24,000多起。秘书长关于儿童与武装冲突问题的报告，联合国A/73/907-S/2019/509号文件，2019年6月20日（秘书长报告），第5段

2 本文中的“穆斯林国家”是一种简便表述，是指人口以穆斯林为主的国家。

3 红十字国际委员会，《战争中行为约束之根源》，日内瓦，2018年，第34页。

4 关于当地伊斯兰教学者和法律制度以及全球圣战萨拉菲主义学者对马里两个非国家武装团体的影响，见：同上注，第46~51页。

第三点是最宏大的一个方面：这两个法律体系都极具生命力，本次讨论试图明确二者之间相互促进的协同作用以及需要澄清的领域。各国际法律机构都认识到，有必要对伊斯兰法作出当代解释，以探明这种协同作用；⁵事实上，当地和国际伊斯兰法机构与专家正在对各种伊斯兰法的规则及其与国际法的关系进行仔细探讨。⁶在遵循伊斯兰法传统的国家的国内立法中，有关在武装冲突中保护儿童的保护性规范也有待发展，⁷因此，存在就该内容进行当代讨论和交流的空间。正如某些伊斯兰法规则的法律解释存在澄清的余地，国际人道法的某些领域也同样存在的释明的空间——例如，规范非国际性武装冲突中被剥夺自由的儿童的待遇的规则，便是一个有待进一步澄清的领域。⁸因此，本文比较了伊斯兰法和国际人道法在有关武装冲突中保护儿童方面的规范，旨在展现上述法律传统之间彼此促进的互补关系。

5 例如，联合国儿童权利委员会“欣慰地注意到，沙里亚（Sharia，伊斯兰法）某些方面的应用存在不同解释，埃及在这方面采取了符合人权精神的态度”。Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports: Egypt Concluding Observations, UN Doc. CRC/C/15/Add.145, 21 February 2001, para. 56.

6 例如，沙特阿拉伯和阿曼表示，他们认为《儿童权利公约》（CRC）第1条对儿童的定义符合伊斯兰法。沙特阿拉伯1998年提交给儿童权利委员会的报告指出，“《儿童权利公约》第1条关于儿童的定义完全符合伊斯兰法”。见：Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports: Initial Report of Saudi Arabia, UN Doc. CRC/C/61/Add.2, 29 March 2000, paras 30-32。对于阿曼法律将18岁定为法定成年年龄的规定，阿曼称“该法令符合伊斯兰教法的原则”，见：Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports: Initial Report of Oman, UN Doc. CRC/C/78/Add.1, 18 July 2000, paras 13-14。有关伊斯兰法及其与国际法的关系的其他分析，见：例如，Mahmood Monshipouri and Claire L. Kaufman, *The OIC, Children's Rights and Islam*, Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, 2017, 可浏览：www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/working_papers/2015_matters_of_concern_monshipouri_and_kaufman_feb2015.pdf（所有互联网参考资料均是在2019年11月浏览）；Nasrin Mosaffa, “Does the Covenant on the Rights of the Child in Islam Provide Adequate Protection for Children Affected by Armed Conflicts?”, *Muslim World Journal of Human Rights*, Vol. 8, No. 1, 2011.

7 例如，索马里曾在2017至2018年起草了一份儿童权利法案。联合国秘书长的报告中提及了这一进展，上注1，第146段。在该法案起草之前，索马里曾在2015年批准《儿童权利公约》时提出以下保留意见，“索马里联邦共和国认为本国不受本《公约》第14条、第20条、21条及《公约》中其他任何违背伊斯兰教法一般原则之条款的约束。”因此，其中引用的伊斯兰教法原则对国家解释儿童权利具有重要意义。

8 在非国际武装冲突中被剥夺自由的儿童的法律保护问题，是红十字国际委员会在第32届红十字与红新月国际大会上认定需进一步进行研究、磋商和讨论的问题之一，见：ICRC, *Concluding Report on Strengthening IHL Protecting Persons Deprived of Liberty*, Geneva, June 2015, pp. 44-46, 可浏览：http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-persons-deprived-of-their-liberty_EN.pdf.

继续对话

本文的重点是武装冲突中的儿童保护问题。为此，本文采用了文章作者之一在其此前发表的论述伊斯兰法的文章中所使用的研究方法，在该篇文章中探讨伊斯兰法的渊源、特点及伊斯兰武装冲突法的主要原则的内容的基础上开展讨论。⁹本文还力求为红十字国际委员会二十多年来与穆斯林学者及其他宗教学者就人道法、人道原则及人道行动开展的对话提供参考。¹⁰

在国际人道法范畴之外，国际人权法领域也开展了大量类似研究，考察1989年《儿童权利公约》（绝大多数国家已批准）与伊斯兰法的关系。《儿童权利公约》是唯一明确提及伊斯兰法¹¹的国际人权条约，但同时与《消除对妇女一切形式歧视公约》一样，是穆斯林国家中出于宗教原因提出保留最多的条约。¹²尽管如此，最初未批准《消除对妇女一切形式歧视公约》的穆斯林国家已做好批准《儿童权利公约》的准备，可以认为，这表明后者具有适应文化差异的潜力，并且在改善儿童福利的总目标上，伊斯兰法律传统与《儿童权利公约》大体一致。¹³在评估缔约国遵守《儿童权利公约》义务的情况时，考虑到现存的基于伊斯兰法提出的保留，对于从伊斯兰法视角对《儿童权利公约》所作的解释，儿童权利委员采取了多管齐下的工作方法：

9 见：Ahmed Al-Dawoody，“伊斯兰法和国际人道法：主要原则介绍”，红十字国际评论，第99卷，第3期，2017年；Ahmed Al-Dawoody，“Management of the Dead from Islamic Law and International Humanitarian Law Perspectives: Considerations for Humanitarian Forensics”，International Review of the Red Cross, Vol. 99, No. 2, 2018.

10 关于红十字国际委员会与伊斯兰法律专家开展此类对话的方式，见：红十字国际委员会，上注3，第51页，第4.6节；ICRC，“Niger: Seminar on Islamic Law and Humanitarianism”，news release, 25 November 2015，可浏览：www.icrc.org/en/document/niger-seminar-islamic-law-humanitarianism；红十字国际委员会，“埃及：红十字国际委员会与爱资哈尔持续进行人道对话”，新闻稿，2017年10月24日，可浏览：<https://www.icrc.org/zh/document/egypt-grand-imam-dr-ahmed-al-tayyeb-al-azhar-willing-support-humanitarians>。关于与其他宗教学者的对话，见：例如，ICRC，“Reducing Suffering During Armed Conflict: The Interface between Buddhism and IHL”，25 February 2019，available at: www.icrc.org/en/document/reducing-suffering-during-conflict-interface-between-buddhism-and-international.

11 《儿童权利公约》第20条提及了伊斯兰法，有关其重要意义的讨论，见：Kamran Hashemi，“Religious Legal Traditions, Muslim States and the Convention on the Rights of the Child: An Essay on the Relevant UN Documentation”，Human Rights Quarterly, Vol. 29, No. 1, 2007, p. 196.

12 同上注，第196页。

13 见：Ann Elizabeth Mayer，Ann Elizabeth Mayer，“Islamic Reservations to Human Rights Conventions: A Critical Assessment”，Recht van de Islam, Vol. 15, 1998, pp. 36-37.

突出已达成共识的领域，倾向于对某些伊斯兰法规则作更宽泛的解释，对符合人权标准的解释表示欢迎，建议有关国家参考其他穆斯林国家在协调基本权利与伊斯兰教义方面的成功实践，并鼓励国家间就此类经验进行交流。¹⁴在本文对伊斯兰法和国际人道法中有关武装冲突中的儿童保护问题的分析中，也部分借鉴了这种方法。

文章结构

本文将围绕四个有关保护身陷武装冲突的儿童的核心问题进行讨论：招募儿童的年龄限制和刑事责任问题；拘留儿童的规则；保护儿童受教育的机会；以及保护与家人离散的儿童。这四个议题反映了红十字国际委员会在其机构儿童保护战略中的四个优先事项。¹⁵本文对四个议题的讨论，首先是简述国际人道法的相关规则，其后是讨论伊斯兰法的相关规定，最后分析二者的相同之处、不同之处以及有待澄清的领域。

确定二者的相同之处具有重要意义，因为可借此展示两法律传统的共同逻辑，并将这种相容性用于加强对保护性规范实质内容的遵守。¹⁶同样，找出二者间的不同之处以及国际人道法学界与伊斯兰法学界之间存在进一步交流空间的问题，也有所助益。理解伊斯兰法和国际人道法规则的差异，并对独特的穆斯林背景下存在的文化、传统规范有所认知，是在复杂人道环境下加强沟通、作出明智决策的先决条件。在不违反国际人道法义务的情况下包容、尊重穆斯林宗教规范，最终将有助于满足受武装冲突影响的儿童的需求。明确差异之所在也是跨专业领域进行对话、开展合作从而实现统一解释

14 K. Hashemi, 上注11, 第223~224页。

15 关于红十字国际委员会保护武装冲突中儿童工作的更多信息，见：ICRC, In Brief: Children in War, Geneva, 2019, available in Arabic, English, French and Spanish at: www.icrc.org/en/publication/4383-children-war.

16 例如，这种彼此促进的可能性在阿富汗2018年《武装冲突中儿童保护政策》中得到了体现。该政策由国防部长和内政部长批准，一开始就提及伊斯兰法和国际法作为政府在武装冲突中保护儿童责任的法律依据：“国防部（MoD）将根据固有的人权、伊斯兰教义和既定的国际法律标准采取一切必要措施，为武装冲突期间处于各种境遇中的儿童享受人道待遇和保护提供支持。保护儿童是政府的基本职责之一。” Afghanistan, “Policy for Protection of Children in Armed Conflict”, Ministry of Defence and Ministry of Interior, Kabul, 2018.

所必要的；当地和国际层面的伊斯兰法机构及伊斯兰法专家个人的参与，将有助于从伊斯兰法的角度提出解决方案。¹⁷

武装冲突中儿童的特殊保护：四个焦点问题

在开始讨论这四个焦点问题之前，有必要先提及本比较研究中的第一个值得强调的观点——伊斯兰法和国际人道法都将儿童视为在武装冲突情况下承担特殊风险的一个人员类别。换言之，这两个法律体系对此具有相同的一般理念，即，在适用于武装冲突中所有人（不论成人还是儿童）的、更为普遍的规则之外，儿童还享有特殊的尊重和保护。

依据习惯国际人道法，在国际和非国际性武装冲突的情况下，受武装冲突影响的儿童均有权获得特别尊重与保护。¹⁸这项义务在《日内瓦公约》及其《附加议定书》中规定的有关儿童待遇具体措施的更为详细的规则¹⁹及国家实践中，都有所体现。该特别尊重与保护包括：保护儿童不受任何形式的性暴力之侵害；²⁰在被剥夺自由时与除其家庭成员外的成年人住处分开；²¹获得适当的教育、食物和医疗；²²出于安全原因从战斗地区撤离；²³让无人陪伴的儿童与家人重聚。²⁴提供特殊保护是因为武装冲突会对儿童造成特殊伤

17 关于采用这种以解决方案为导向的方法解决死者管理相关问题，见：A. Al-Dawoody, “Management of the Dead”, 上注9。

18 让-马里·亨克茨和路易斯·多斯瓦尔德（编），《习惯国际人道法：规则》，法律出版社，2007年9月（《红十字国际委员会习惯法研究》），第135条规则。

19 主要包括：《日内瓦第四公约》（GC IV）第23条第1款、第24和50条；《第一附加议定书》（AP I）第77条；《第二附加议定书》（AP II）第4条第3款。有关其他众多规则的概述，见：红十字国际委员会，“武装冲突中儿童的法律保护”，日内瓦，2003年，可浏览：www.icrc.org/zh/document/legal-protection-children-armed-conflict-factsheet。

20 《第一附加议定书》第77条第1款。

21 关于被剥夺自由儿童的待遇，包括与成年人分开，见：《日内瓦第四公约》第51条第2款、第76条第5款、第82条、第85条第2款、第89条、第94条、第119条第2款、第132条第2款；《第一附加议定书》第77条第3~4款；《第二附加议定书》第4条第3款第4项。

22 《日内瓦第四公约》第23条、第24条第1款、第38条第5款、第50条、第89条第5款、第94条；《第一附加议定书》第70条第1款、第77条第1款、第78条第2款；《第二附加议定书》第4条第3款第1项。

23 《日内瓦第四公约》第14、第17条、第24条第2款、第49条第3款、第132条第2款；《第一附加议定书》第78条；《第二附加议定书》第4条第3款第5项。

24 《日内瓦第四公约》第24~26条、第49条第3款、第50条、第82条；《第一附加议定书》第74条、第75条第5款、第78条；《第二附加议定书》第4条第3款第2项。

害，红十字国际委员会在起草《附加议定书》期间指出，“战争给他们造成的心理创伤往往难以消除”²⁵，因此“相比其他平民，需要为他们提供特权待遇”。²⁶儿童需要特殊尊重和保护的另一个原因是，对于某些情况下固有的危险和风险，儿童可能不具备同等的认知能力，因此必须预先防止他们参与其中。关于招募儿童加入武装部队的问题，红十字国际委员会在《附加议定书》起草期间评论称，“尽管加入武装部队的儿童所面临的风险与成年战斗员完全相同，但与成年人不同的是，儿童对于直接或间接参与敌对行动的后果并非始终都有清晰的认识”。²⁷

伊斯兰法制定的一系列框架体系一方面规范不同社会成员之间以及国家与人民之间的权利和义务，另一方面规定伊斯兰宗教义务。其中一个框架是基于儿童的特殊脆弱性及其对社会未来的作用而制定的保护儿童权利的一套规则。这体现在伊斯兰会议组织*《伊斯兰儿童权利公约》的序言中，该公约进一步指出，伊斯兰保护儿童的努力“促进了1989年联合国《儿童权利公约》的发展”。²⁸由此，伊斯兰法规定，保护儿童是父母和国家的责任。

更具体地说，在伊斯兰武装冲突法中，儿童经常是作为受保护平民类别的主要例子出现在古典穆斯林法学家的讨论中。对本文而言重要的是，七、八世纪古典穆斯林法学家的成果至今仍构成伊斯兰武装冲突法规则的一部分；因此，我们将在下文中涉及这部分内容。在圣训（先知穆罕默德的言行记录及其赞许的内容）集和伊斯兰法律纲要中，先知穆罕默德禁止在武装冲突中攻击五类平民：妇女、儿童、神职人员、老人和雇工（*usafa*，受敌方雇佣在战场上提供服务但不参与实际敌对行动的人员）。²⁹禁止攻击此类

25 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》，第15卷、CDDH/III/SR.45，第3段。

26 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, para. 4544.

27 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》上注25，第7段。

* 译者注：“伊斯兰会议组织”为“伊斯兰合作组织”（“Organisation of Islamic Cooperation”）前称，2011年6月28日更名。

28 伊斯兰会议组织《伊斯兰儿童权利公约》序言还将儿童称为“乌玛〔穆斯林国家〕未来的先锋和创造者”。该公约于2005年6月在也门共和国萨那举行的第32届伊斯兰外交部长会议上获得通过。本文作者没有查明受该公约约束的国家数目。

29 见：Ahmed Al-Dawoody, *The Islamic Law of War: Justifications and Regulations*, Vol. 2, Palgrave Series in Islamic Theology, Law, and History, Palgrave Macmillan, New York, 2011, pp. 111-114.

人员，是因为他们具有平民身份，在武装冲突中面临特殊风险，基于这一逻辑，古典穆斯林法学家又对人员类别进行了扩充。³⁰与本文主题相关的是，儿童长期以来受到特殊保护，因为儿童（通常）不是战斗员，而且明显易受伤害。例如，圣训中禁止伤害上述人员的规定包括：“不得杀害年长者、幼儿或妇女”；³¹“不得杀害儿童或神职人员”；³²以及“不得杀害儿童或雇工。”³³在此基础上，当涉及到保护非战斗员时，先知穆罕默德的同伴也效仿了这一做法：例如，第一任哈里发艾布·伯克尔（Abu Bakr，卒于634年）指示军队指挥官：“不得杀害儿童或妇女。”³⁴遵此传统，伊斯兰会议组织的各成员国外长在1990年8月5日通过的《开罗伊斯兰人权宣言》在其第3条第1款中再次重申：“当使用武力或发生武装冲突时，不得杀害非交战人员，例如老人、妇女和儿童。”³⁵简言之，尽管是一般意义上的，国际人道法和伊斯兰武装冲突法的出发点都是必须明确把儿童单列出来，以保护他们免受战争影响。

年龄问题：定义、招募和刑事责任

这部分的讨论涉及三个不同的年龄问题——儿童的年龄界定、可以合法招募儿童加入武装部队或武装团体的年龄，以及承担刑事责任的最低年龄。这可能是本文技术性最强的部分，但同时在实际当中具有广泛意义，因为这决定了从武装冲突中儿童的法律保护中受益的对象是谁。为明确起见，值得强调的是，国际法对构成“儿童”的年龄、可以合法招募儿童的年龄以及刑事责任的最低年龄三个问题分别进行规制。换言之，国际法的规定考虑到了下述可能出现的情况：超过一定年龄界限的儿童（但在法律上仍属于儿

30 同上注，第114~116页。

31 Ahmad 'Abd al-Rahman al-Banna al-Sa'ati, *Bada' al-Manaf' wa Tartib Musannadal-Shafi' wa al-Sanan: Mudhayla bi-al-Qawla-Hasan Sharah Bada' al-Manan*, 2nd ed., Vol. 2, Maktabah al-Furqan, Cairo, 1983, p. 12.

32 Sadiq ibn Hasan ibn 'Ali al-Husseini al-Qannuji al-Bukharl Abu al-Tayyib, *Al-Rawdah al-Nadiyyah Sharah al-Durar al-Muniriyah*, Vol. 2, Idarah al-Tiba'ah al-Muniriyah, Cairo, p. 339.

33 同上注，第339页。

34 'Abdullah ibn Abi Shaybah, *Al-Kitab al-Musannaf fi al-Ahadith wa al-Athar*, Vol. 6, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, 1995, p. 478.

35 伊斯兰会议组织，《开罗伊斯兰人权宣言》，1990年8月5日，可浏览：<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-CONF-157-35.shtml>。

童)可能被起诉,也可能被合法招募加入武装部队或武装团体。这在国内法律体系以及《儿童权利公约》中都有明显体现。《儿童权利公约》第1条将儿童定义为“18岁以下的任何人,除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁”;第38条第3款将得合法招募儿童加入武装部队的年龄限定为年满15岁(这是随后为《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》缔约国提出的标准);³⁶第40条第3款第1项将最低刑事责任年龄留给各国自行决定(但儿童权利委员会“第24号一般性意见”规定了最低刑事责任年龄至少为14岁的国际标准³⁷)。

从人道角度来看,将儿童的定义与合法招募和起诉事项分开非常重要。因为即使儿童可以被合法招募进武装部队或武装团体,也可以因所犯罪行而被合法起诉,但只要他们未满18岁,就可以继续享受某些法律保护。³⁸总之,在国际法上对“儿童”身份的界定与的刑事责任年龄、合法招募年龄均无关,下面将就这三个年龄问题分别讨论。

儿童的定义

国际人道法条约并未对“儿童”进行定义,一些适用于“儿童”的规则未进一步作出限定;也有一些规则明确规定了其所适用的特定儿童类别,特别是12岁以下、³⁹15岁以下及⁴⁰新生儿群体;⁴¹还有些规则将保护范围扩大到

36 随后,2000年《<儿童权利公约>关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》第2条、第3条第1款和第4条第1款中提高了合法招募的年龄。1990年《非洲儿童权利与福利宪章》第22条第2款将合法招募年龄设定为18岁。

37 儿童权利委员会,《关于少年司法系统中的儿童权利问题的第24(2019)号一般性意见》,联合国文号CRC/C/GC/24,2019年,第21~22段。

38 例如,所有面临刑事指控的儿童都享有《儿童权利公约》第40条所规定的权利以及该公约中的其他权利,除非特定条款中对年龄限制另有规定。

39 见:《日内瓦第四公约》第24条(12岁以下儿童的身份识别)。

40 见:同上注,第14条(设立医院和安全地带保护不同类别的人员,包括15岁以下儿童)、第23条(允许为某些类别人群提供的人道援助自由通过,包括15岁以下儿童)、第24条(采取措施确保15岁以下的孤儿和与家人失散的儿童不被遗弃)、第38条(15岁以下外国儿童应与有关国家之人民受同等之优惠待遇)、第50条(在被占领前,为惠及15岁以下儿童所采关于食物、医药照顾及保护之任何优待措施,占领国不得妨碍其实施)、第89条(对被拘禁的15岁以下儿童,应比照其生理需要给予额外食物);《第一附加议定书》第77条和《第二附加议定书》第4条第3款(禁止招募、也不应准许15岁以下儿童参加敌对行动)。

41 见:《第一附加议定书》第8条(新生婴儿与伤病者享有同等保护)。

18岁以下。⁴²除了国际人道法条约，国际惯例（特别是《儿童权利公约》）一般认为18岁以下人群属于儿童，除非另有规定。⁴³

给“儿童”和“孤儿”下定义以及确定构成儿童的年龄标准，从伊斯兰法形成之初就是非常重要的问题。采取怎样的定义决定了某些权利和义务起止时间，也就决定了个体在法律和宗教上何时需为自己的行为负责。例如，《开罗伊斯兰人权宣言》第6条第2款规定，“丈夫对支持家庭和家庭幸福负有责任”；确定儿童的年龄在这里显得很有必要，因为父亲在男孩成年之前在经济上对他们负有责任。简单地说，“孤儿”是指在儿童时父母就已去世的人。由于“孤儿”身份在伊斯兰法上意味着该主体享有特定法律权利，对“孤儿”年龄进行规定十分重要。因此，规定儿童的年龄问题在穆斯林法学家中一直是一个复杂而有争议的问题。

一般来说，伊斯兰法上的儿童是指尚未进入青春期的人。但是，进入青春期的年龄因人而异、因文化而异，伊斯兰学者和法律体系认定的标准并不统一。虽然在儿童招募语境下所言的青春期年龄被定为15岁（下文将详细讨论），但哈乃斐法学派的同名创始人阿布·哈尼法（Abu Hanifah，卒于767年）将男孩青春期的年龄上限提高到了18岁，女孩则是17岁。值得注意的是，阿布·哈尼法将女孩进入青春期的年龄提早了一年，因为他提出女孩的身心发育早于男孩。这一立场在一些穆斯林人口占多数的国家有所体现，即规定的女孩最早的结婚年龄要早于男孩，这些国家当中甚至有一些是并不遵循哈乃斐法学派的。⁴⁴这种对男孩和女孩年龄限制的差异与国际人道法和国际人权法有所不同，后者没有对男孩和女孩设定不同的年龄限制。除哈

42 《日内瓦第四公约》第51条（禁止强迫在被占领国工作）、第68条（禁止对犯罪时未满18岁者判处死刑）；《第一附加议定书》第77条（禁止对犯罪时未满18岁者执行死刑）；《第二附加议定书》第6条（禁止对犯罪时未满18岁者判处死刑）。

43 《儿童权利公约》第1条将儿童定义为“18岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁”。

44 为证明女孩和男孩在法定婚姻年龄上的差异，世界政策分析中心建立了几个数据库，包括女孩的最低结婚年龄、男孩的最低结婚年龄以及最低结婚年龄方面的性别差异，可浏览：www.worldpolicycenter.org/topics/marriage/policy

乃斐教法学派外，马立克教法学派⁴⁵的法学家也为青春期的最晚年龄设定了不同标准，其中大多数法学家认为是18岁，但也有16、17或19岁的观点。因此，伊斯兰法律论述对于一个人度过青春期后不再是“儿童”的最晚年龄没有定论，但根据本文所论及的法学家观点，该年龄应在15岁到19岁之间。

招募的合法年龄

禁止在敌对行动中招募和使用儿童的规定，在许多国际人道法和国际人权法的法律文件中以及习惯法中都有规定。尽管本文无意深入探讨招募和使用儿童的复杂标准，⁴⁶但在此我们将对合法招募儿童加入武装部队或武装团体的年龄规定进行简要概述，以便与伊斯兰法进行比较。一般来说，国际人道法和人权领域的法律文件规定了三种不同级别的保护。《第一附加议定书》、《第二附加议定书》和《儿童权利公约》禁止招募15岁以下儿童。⁴⁷《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》提高了这一保护标准，禁止强制招募18岁以下者加入武装部队，⁴⁸要求缔约国提高个人自愿加入武装部队的最低年龄（15岁），⁴⁹并禁止非国家武装部队的武装团体招募不满18周岁的儿童，无论是强迫还是自愿。⁵⁰《非洲儿童权利与福利宪章》的保护程度最高，禁止招募18岁以下的所有人。⁵¹

合法招募儿童的年龄在伊斯兰武装冲突法中也有明确规定。阿尔-布哈里（Al-Bukhari，卒于870年）的圣训（即布哈里圣训）是逊尼派穆斯林所遵奉的六部圣训集中最真实可靠的一本，其中一则圣训出自欧麦尔（Abd Allh ibn ‘Umar，卒于693年），他叙述道：

45 马立克教法学派在毛里塔尼亚、摩洛哥、突尼斯、阿尔及利亚、利比亚、苏丹、阿拉伯联合酋长国和一些西非国家占主流地位。

46 有关适用规则的更详细讨论，见：Sylvain Vite, “Protecting Children during Armed Conflict: International Humanitarian Law”, Human Rights and International Legal Discourse, Vol. 5, No. 14, 2011, pp. 23-29.

47 《第一附加议定书》第77条第2款对国际性武装冲突的冲突方有约束力；《第二附加议定书》第4条第3款第3项对非国际性武装冲突的冲突方（国家和非国家）具有约束力；《儿童权利公约》第38条第3款对《儿童权利公约》缔约国具有约束力。

48 《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》（2000年）第2条。

49 同上注，第3条第1款。

50 同上注，第4条第1款。

51 《非洲儿童权利与福利宪章》（1990年）第22条第2款。

安拉的使者在吴侯德战役前夕唤我到他面前，当时我才十四岁，使者没有允许我参加战役。壕沟战役前夕，使者唤我到他面前，当时我十五岁，使者便允许我〔参加了战役〕。纳菲厄说：“我找到当时的哈里发欧麦尔·本·阿卜杜勒·阿齐兹（Umar bin ‘Abdul Aziz），向他讲述了这段叙事，哈里发说：‘〔15岁〕这个年龄就是儿童与成人之间的分界。’他还致信他的总督，让他给年满十五岁的人提供薪酬。”⁵²

根据这一圣训，伊斯兰教法学派中的沙斐仪⁵³学派和罕百里⁵⁴学派的法学家、伊斯兰历史上第一个担任首席法官职位（*qadl al-qudah*，“法官的法官”）的伊拉克哈乃斐⁵⁵派法学家阿布·优素福（Abu Yusuf，卒于798年）和沙亚班尼（al-Shaybanl，卒于805年）都认为，男性和女性进入青春期的年龄均为15岁。因此，如该圣训所示，15岁是合法招募某人加入作战部队的年龄，因此也是敌方可以成为攻击目标的年龄。值得注意的是，该圣训中的事例是一名儿童自愿应征入伍的情况，不言而喻，强迫招募该年龄以下的儿童当然是禁止的。不过这里应该指出的是，这段圣训的叙述者伊本·欧麦尔的话语似有纰漏，因为壕沟战役发生在627年，也就是在625年3月的吴侯德战役的两年之后，也就是说伊本·欧麦尔被允许参战时的年龄是16岁而非15岁。由此，也可提出另一个观点，即伊斯兰武装冲突法中招募儿童的合法年龄可能是16岁。这比《日内瓦公约附加议定书》中规定的15岁更晚。虽有这一细微差别，伊斯兰武装冲突法和《附加议定书》都将至少15岁规定为合法招募儿童加入武装部队的最低年龄。

关于吴侯德战役中最低招募年龄限制的讨论的背景，用现代国际人道法术语来说，属于国际性武装冲突，即发生在穆斯林国家和非穆斯林国家之间的战斗。而当穆斯林内部发生武装叛乱时——也就是类似于国际人道法中的

52 可浏览：www.sahih-bukhari.com/Pages/Bukhari_3_48.php。

53 伊斯兰法的沙斐仪教学派占主流的地区有：也门、约旦、巴勒斯坦、黎巴嫩、索马里、吉布提、马尔代夫、印度尼西亚、马来西亚、文莱、新加坡、菲律宾和泰国等国。

54 罕百里教学派占主流的地区是沙特阿拉伯和卡塔尔等国，其他海湾国家较少。

55 哈乃斐教学派主要集中在叙利亚、埃及、伊拉克部分地区、土耳其、巴尔干国家、巴基斯坦、阿富汗、孟加拉国和印度等国。

非国际性武装冲突的情况——所适用的伊斯兰法交战规则比伊斯兰法上适用于国际性武装冲突的相关规则更具保护性。⁵⁶因此，这一最低年龄限制也适用于穆斯林内部的战争。除了关于年龄的争论外，该圣训还明确禁止招募儿童加入穆斯林军队。《伊斯兰会议组织成员国关于儿童问题的拉巴特宣言》第14条确认了该禁令：

强烈谴责任何违反国际法在武装冲突中招募和使用儿童的行为，敦促从事这种行为的武装冲突各方终止这种行为，并采取有效措施帮助所涉儿童康复和重新融入社会。⁵⁷

该宣言于2005年在摩洛哥王国第一次伊斯兰儿童问题部长级会议上通过，与会者包括伊斯兰会议组织成员国负责儿童事务的部长以及阿拉伯、伊斯兰和政府间及非政府间国际组织的负责人。该宣言也是伊斯兰教育、科学及文化组织、联合国儿童基金会和伊斯兰会议组织共同合作与协调的成果。

最低刑事责任年龄

虽然国际人道法和《儿童权利公约》都预见到超过某一年龄的儿童可能会因犯罪行为而受到起诉，⁵⁸但均未规定需承担刑事责任的最低年龄。除条约文本之外，儿童权利委员会在其“第24号一般性意见”中指出，“国际上最常见的最低刑事责任年龄为14岁”，因此鼓励缔约国将最低刑事责任年龄提高到至少14岁。⁵⁹在实践中，国家立法在最低刑事责任年龄方面差异很

56 更多信息，见：例如，Ahmed Al-Dawoody, “Internal Hostilities and Terrorism”, in Niaz A. Shah (ed.), *Islamic Law and the Law of Armed Conflicts: Essential Readings*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015; Mohamed Badar, Ahmed Al-Dawoody and Noelle Higgins, “The Origins and Evolution of Islamic Law of Rebellion: Its Significance to the Current International Humanitarian Law Discourse”, in Ignacio de la Rasilla and Ayesha Shahid (eds), *International Law and Islam: Historical Explorations*, Brill’s Arab and Islamic Laws Series, Leiden, 2018; Ahmed Al-Dawoody, “Conflict Resolution in Civil Wars under Classical Islamic Law”, *Peace Review: A Journal of Social Justice*, Vol. 27, No. 3, 2015.

57 伊斯兰会议组织，《伊斯兰会议组织成员国关于儿童问题的拉巴特宣言》（Rabat Declaration on Child’s Issues in the Member States of the Organization of the Islamic Conference），2005年11月8日，英文版可浏览：www.refworld.org/docid/44eb01b84.html。

58 见：《儿童权利公约》第40条第1款；《第一附加议定书》第77条第4~5款；《第二附加议定书》第6条第4款。

59 儿童权利委员会，上注37，第21~22段。

大，因此，不同年龄段的儿童在当代武装冲突中都有可能面临刑事起诉。⁶⁰在儿童犯罪的情况下，基于其儿童身份，该儿童依然享有某些国家赋予的待遇，鉴此，国际法规定了一些青少年司法标准⁶¹。

虽尚有争议，但在对儿童的定义和伊斯兰法上相应的可适用的规则进行漫长讨论的过程中，穆斯林法学家似乎形成了一种共识，认为保留儿童身份与具备相应辨别能力、应承担法律责任。鉴此，穆斯林法学家在某些规则中对有辨别能力的儿童和没有辨别能力的儿童 (*al-ti'fl al-mumayiz*和*al-ti'fl ghayr al-mumayiz*) 作了区分。此外，与非穆斯林国家一样，不同穆斯林国家在最低刑事责任年龄方面的立法规定也存在差异，从7岁到16岁不等。⁶²

伊斯兰法上的另一个细微差别，是应根据阳历还是阴历来计算年龄。例如，阿尔及利亚、埃及和利比亚分别在其刑法典第3条、第94条和第13条中规定按照阳历计算刑事责任年龄；⁶³而伊朗《伊斯兰刑法典》第147条规定，“女孩和男孩的成熟年龄分别是农历9周岁和15周岁。”⁶⁴值得注意的是，由于这种细微差别，前述圣训中15岁的儿童招募年龄限制如按农历计算，则为14岁零7个月。

60 2019年，联合国报告《关于被剥夺自由儿童问题的全球研究》估计，在武装冲突背景下被剥夺自由的儿童至少有35000人，包括拘留在伊拉克和叙利亚的儿童。虽然这份全球研究报告没有具体说明面临刑事指控的儿童人数，但报告显示，许多儿童在伊拉克面临起诉。见：联合国关于被剥夺自由儿童问题全球研究的独立专家报告，联合国A/74/136号文件，2019年7月11日（全球研究报告），第68段。

61 尤见：《儿童权利公约》第40条；儿童权利委员会，上注37；《联合国少年司法最低限度标准规则》（“北京规则”，1985年）；《联合国保护被剥夺自由少年规则》（“哈瓦那规则”，1990年）。有关青少年司法标准的更全面概述，见：UN Interagency Panel on Juvenile Justice, *Compendium of International Instruments Applicable to Juvenile Justice*, Lausanne, 2014, 可浏览：www.eda.admin.ch/dam/Weltkongress%20zum%20Jugendstrafrecht/en/Tdh-Compendium-instruments-justice-juvenile_EN.pdf

62 The Child Rights International Network maintains a database of States' minimum ages of criminal responsibility; 穆斯林国家最低刑事责任的规定，可见：<https://archive.crin.org/en/home/ages/asia.html>。

63 Jiddi al-Sadiq, “Mas’uliyah al-Ti'fl al-Jaza’iyyah fi al-Sharl ‘ah al-Islamiyyah wa al-Taqnin al-Jaza’irl wa al-Libl”, *Dirasat Qanunyah*, No. 13, undated, pp. 174-175.

64 Iran, Islamic Penal Code, 20 November 1991, available at: www.refworld.org/docid/518a19404.html。

力争实现更高保护标准

上面讨论的年龄标准的不同反映了这些规范在不同历史时期以及穆斯林国家当中的不同地域、社会、文化和法律传统的发展变化。与此同时，穆斯林国家已在并将继续努力提高招募儿童的最低年龄门槛、最低结婚年龄以及最低刑事责任年龄。其目的是为了加强儿童保护，无论是在战时还是平时。先知穆罕默德拒绝伊本·欧麦尔跟随穆斯林军队奔赴吴侯德战役，认为他只有年满15岁（这是根据伊本·欧麦尔的陈述，如按日历年计算应为16岁）才适合参战。不过，需说明的是，如果穆斯林法学家或者军事、健康或心理学专家基于儿童尚未做好应对加入武装部队时的固有风险的身心准备的理由，认为有必要将15岁的最低招募年龄门槛提高，也不会与伊斯兰法相抵触。因为提高这一年龄限制的理由与伊本·欧麦尔请求在14岁时参与吴侯德战役受到拒绝的逻辑是相同的。另值得指出的是，古典穆斯林法学家一致认为，一项裁决是否适用取决其是否有存在的理由，正如一句伊斯兰法律名言所说：裁决随其有效之原因而发展（al-hukm yadur ma' al-'illah）。

有关年龄问题的伊斯兰法规则的多样性及其有时令人生畏但内容丰富的详细内容可能会让非专业人士在实际应用时感到困惑。伊斯兰法上多样化的裁决是穆斯林法学家试图以符合伊斯兰价值观的方式使用伊斯兰法律工具和方法对不同情况进行规制的产物。最重要的是，包括国家和非国家冲突方在内的穆斯林当局在规则出现冲突时，可以通过国内法的编纂和加入国际条约选择采用保护性更强的解释。

被剥夺自由的儿童

在武装冲突情况下剥夺儿童（包括穆斯林儿童）自由（或将其“拘留”），是当代许多冲突的一个特征。⁶⁵2018年和2019年，针对叙利亚和伊拉克冲突中被剥夺自由的儿童的问题，联合国安理会、联合国秘书长和联合

65 关于因涉嫌或实际与伊拉克、叙利亚、尼日利亚和索马里武装团体存在关联的儿童拘留问题、见《秘书长报告》、上注1、第12-13段。另见《全球研究报告》、上注60、第68段。

国被剥夺自由儿童问题的全球研究强调，必须维护武装冲突中被拘留儿童待遇的国际标准，并特别指出，与被认定为“恐怖主义”团体有关联的儿童的特殊脆弱性。⁶⁶本节将讨论国际人道法和伊斯兰法上的此类标准的内容。

在国际人道法上，允许基于与武装冲突相关的原因对儿童进行拘留，具体事由可能是其自身的行为或身份，⁶⁷也可能是随其家庭成员一同被拘留。⁶⁸国际人道法上除了适用于所有被剥夺自由的人提供的关键保护外，还规定有相关的具体规则向处于此种特别脆弱环境下的儿童提供保护。首先，无论是在国际性武装冲突还是非国际性武装冲突中，都必须将被拘禁儿童的住处与成人分开，但按家庭单位予以安排的除外。⁶⁹其次，儿童在被拘留期间有权得到与其年龄相适应的待遇。在国际性武装冲突或占领的情况下，《日内瓦第四公约》中存在“未成年人应受之特别待遇应予以适当之注意”的一般性规定；⁷⁰更具体地说，应允许被拘禁儿童有机会继续接受教育以及进入运动及室外游戏之特别运动场；⁷¹15岁以下被拘禁者有权按其生理需要获得额外食物。⁷²在非国际性武装冲突的情况下，日内瓦四公约共同第3条提出了人道待遇的要求，规定应对被拘禁者的具体情况（包括年龄）做出针对性评估；⁷³《第二附加议定书》第4条第3款第4项也确认，未

66 联合国安全理事会第2427号决议、2018年7月9日、第19-20段；《秘书长报告》、上注1、第12-13段；《全球研究报告》、上注60、第68-71段、第73段、第132-143段。红十字国际委员会还对伊拉克和叙利亚外国战士中的儿童待遇问题提出关切：见红十字国际委员会中关于外国战士及其家人的地位和保护分章、《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》、日内瓦、2019年、第51页、载于：https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_EN.pdf。

67 除出于刑事理由而被剥夺自由外，《日内瓦第四公约》还允许缔约国在特殊情况下出于迫切的安全理由（第78条，适用于被占领土上的人员）或于拘留国之安全有“绝对需要”时（第42条，适用于在冲突一方领土内的外国人）剥夺某些人员的自由。关于日内瓦四公约共同第3条规定的非国际武装冲突刑事程序之外的拘留，见：ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016 (ICRC Commentary on GC I), paras 717-728.

68 例如，《日内瓦第四公约》第82条第2款允许“被拘禁人得要求将其未受拘禁而无父母照顾之子女与彼等一同拘禁”，第89条第5款预见了母亲与其正在哺育的孩子一起拘禁的可能性。

69 《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第120条规则。另见：《日内瓦第四公约》第82条第2款；《第一附加议定书》第77条第4~5款。

70 《日内瓦第四公约》第76条。

71 同上注。第94条第2~3款。《日内瓦第四公约》还鼓励冲突各方缔结协定，规定包括儿童在内的某些类别的被拘禁人之释放、遣返、送回原居住地或收容于中立国之办法（第132条第2款）。

72 同上注，第89条第5款。

73 ICRC Commentary on GC I, 上注68，第553段。

满15岁的儿童直接参加敌对行动，并被俘获，仍应得到特别保护。最后，适用于国际性和非国际性武装冲突的国际人道法规则规定，不得对犯罪时未满18岁的人执行或判处死刑。⁷⁴

为研究伊斯兰武装冲突法中有关拘留儿童的规则，可借用古典哈里发统治范式，即所有穆斯林都由一个政府统治。这一范式将我们的讨论分为两套不同的伊斯兰规则，分别适用于在国际性和非国际性武装冲突中拘留儿童的情况：非穆斯林儿童被捕时的待遇（相当于国际性武装冲突）以及穆斯林儿童被捕时的待遇（相当于非国际性武装冲突）。在该古典范式下，国际性武装冲突是指穆斯林和非穆斯林之间的冲突。在此类冲突中，被俘的战败方妇女和儿童会遭到奴役或作为战俘（PoW）进行交换。必须强调的是，该范式产生的背景是七、八世纪所发生的事件，因此，虽然当时的国际关系中可能还未禁止奴役，但今天的伊斯兰学者却有着明确共识，认为冲突中的这种做法令人憎恶。除了少数伊斯兰武装团体外，其余所有人均持上述观点。有了这个共识，就可以看到，拿捕非穆斯林儿童还是受某些规则的约束的。

在这种情况下，非穆斯林的“敌方”妇女和儿童没有被关押在相当于当代的营地中，而是让他们以奴隶身份融入穆斯林统治下的社会。这是因为战俘身份仅适用于成年男性战斗员，穆斯林拘留国不会拘留妇女和儿童。有关此类妇女和儿童融入社会前的待遇问题，存在下述标准：同一家庭的成员不能被分开（如下所述），⁷⁵并要求向所有被拘留者提供人道待遇。对于后面这一点，公元624年3月拜德尔战役为战俘提供的待遇，构成伊斯兰法有关武装冲突中被剥夺自由者（战俘或其他人）待遇的基础。相关规则包括：必要时，须为被拘留者提供住所、食物、水和衣服，理由是必须保护他们免受冷、热、饥、渴的折磨；在获取敌方军事情报的过程中必须保护他们不受任何非人道的待遇⁷⁶或酷刑，正如伊马姆·马利克（Imam Malik，卒于795年）所

74 《日内瓦第四公约》第68条第4款；《第一附加议定书》第77条第5款；《第二附加议定书》第6条第4款。

75 见：‘Abd al-Ghanī Mahmūd, *Himayat Dahaya al-Niza’at al-Musallahah fi al-Qanun al-Dawh al-Insani wa al-SharTah al-Islamiyyah*, ICRC, Cairo, 2000, p. 39; Zayd ibn ‘Abd al-Karim al-Zayd, *Muqaddimahf al-Qanun al-Dawh al-Insani fi al-Islam*, ICRC, 2004, pp. 39, 77.

76 见：例如，Troy S. Thomas, “Jihad’s Captives: Prisoners of War in Islam”, *U.S. Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 12, 2003, p. 95.

指出的那样。历史上和最近的例子印证了对这一人道待遇标准的尊重：当穆斯林领袖萨拉赫·丁·布·阿尤布（Salah al-Din al-Ayyubi，卒于1193年）无法养活在收回阿克萨清真寺时所控制的大量被拘留者时，他选择释放他们而不是任由他们挨饿。⁷⁷同样，美国空军退役上校特洛伊·S·托马斯（Troy S. Thomas）也曾指出，“正如塔利班战俘在马扎里沙里夫监狱的待遇所示，事实证明穆斯林指挥官在无法继续提供基本医疗保障的情况下愿意释放囚犯”。⁷⁸因此，虽然伊斯兰战争法中的这些人道待遇标准是为成年男性战俘而制定的，但由于儿童待遇须至少与成人相同，因此所有在武装冲突中被俘虏的非穆斯林儿童的基本需求必须得到满足。

然而，如上所述，古代的做法是奴役非穆斯林儿童，这涉及到了让他们融入穆斯林社会的问题。根据这种做法，当时的古典穆斯林法学家制定了针对这些儿童宗教信仰的规则。如果儿童已与父母分离（例如在父母去世或失踪的情况下），他们将被当作穆斯林抚养；而儿童与父母一方或双方在一起时，除奥赞（al-Awza'1，卒于774年）外，大多数古典穆斯林法学家都认为他们应保留父母的宗教信仰。⁷⁹这表明了伊斯兰法对儿童宗教权利的关注以及对其父母在这方面的作用的尊重。这与《第二附加议定书》中的规定相似，即儿童应按照其父母的意愿接受教育，包括宗教和道德教育。⁸⁰为了便于解释，在承认使被奴役儿童融入社会的前提不可能实现的基础上，尊重维护儿童的宗教身份对当今冲突中处于敌方势力的儿童来说具有重要意义。

相比有关如何对待被俘非穆斯林儿童的古典伊斯兰法规则（相当于伊斯兰法上的国际性武装冲突），有关非国际性（即穆斯林内部）武装冲突的伊斯兰规则具有重要意义。因为在非国际性与国际性武装冲突的规则之间存在

77 Dalilah Mubariqi, “Dawabit al-‘Alaqa al-Dawliyyah fi al-Islam Zaman al-Harb”, Majallah Kulliyat al-Ulum, 4th year, 9th ed., 2004, p. 206.

78 T. S. Thomas, 上注77, 第95页。T. S. Thomas还曾于2013年至2017年在白宫国家安全委员会担任总统国家安全事务特别助理、国防政策高级主任以及战略规划负责人。

79 Muwaffaq al-Din ‘Abd Allah ibn Ahmad ibn Qudamah, *Al-Mughni: fi Fiqh al-Imam Ahmad Ibn Hanbal al-Shaybani*, Vol. 9, Dar al-Fikr, Beirut, 1984, p. 215; Sobhi Mahmassani, “The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine”, *Recueil des Cours*, Vol. 117, 1966, p. 306.

80 《第二附加议定书》、第4条第3款第1项。另见《儿童权利公约》第14条第1款和第14条第2款、关于儿童的宗教自由权以及尊重父母和法定监护人在儿童行使该项权利时的权利和义务。

的十处区别中，包括：（1）不得奴役穆斯林妇女和儿童；（2）敌对行动停止后，必须释放被俘的叛军。⁸¹这意味着，根据古典伊斯兰法，理论上不能以与武装冲突有关的原因拘留穆斯林儿童。⁸²但无论如何，根据要求对被拘留者给予人道待遇以及在发生武装冲突时向非穆斯林儿童提供特殊保护的一般伊斯兰法规则，更有理由要求给予因与武装冲突有关的原因被拘留的穆斯林儿童在拘留期间至少得到与非穆斯林儿童同样的人道待遇。

从上述讨论中可以看出，国际人道法与伊斯兰法之间存在的明显不同，但也有一致的方面。在被剥夺自由的儿童的问题上，国际人道法和伊斯兰武装冲突法规则存在明显差异：国际人道法明确考虑了这种情况，没有基于宗教信仰而作不利区别。与此不同的是，前文讨论的伊斯兰法律渊源——需要提醒的是，这些渊源可追溯到七、八世纪——考虑了非穆斯林儿童在武装冲突中被捕后遭受奴役的问题，但没有预见拘留穆斯林儿童的情况。尽管如此，通过比照被俘成年男性战斗员待遇方面的伊斯兰武装冲突法规则（要求必须为被拘留者提供住所、食物、水和衣服，并禁止施以非人道的待遇和酷刑），还是可以发现一些相似之处。⁸³鉴于这些伊斯兰法律规则适用于成年男性被拘留者，它们也应至少适用于所有武装冲突中被拘留的儿童。另一个与国际人道法相似的领域，是在儿童宗教方面尊重父母意愿以及不与家人分离的原则，伊斯兰武装冲突法也就被俘非穆斯林儿童阐明了这一原则（如下所述）。在大致确定这些异同的基础上，显然还有就具体问题进行讨论的余地，包括但不限于伊斯兰武装冲突法为被俘成年男性战斗员规定的人道待遇标准能否、以及如何更具体地针对因与武装冲突有关的原因而被剥夺自由的穆斯林和非穆斯林儿童进行调整。

81 不过，也有观点认为，当叛军不再具有有组织的力量（*shawkah*）时，也就是当他们不构成危险时，就应被释放。

82 见：例如，Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, *Al-Umm*, 2nd ed., Vol. 4, Dar al-Ma'rifah, Beirut, 1973, p. 218; Muwaffaq al-Din 'Abd Allah ibn Ahmad ibn Qudamah, *'Umdah al-Fiqh*, ed. 'Abd Allah Safar al-'Abdall and Muhammad Dughaylib al-'Utaybi, Maktabah al-Tarafayn, Taif, undated, p. 149; Khaled Abou El Fadl, *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 152, 160; A. Al-Dawoody, 上注29, 第163~167页。

83 A. Al-Dawoody, 上注29, 第136~141页。

接受教育的机会

国际人道法上包含一套确保在国际性和非国际性武装冲突的情况下能够继续开展教育的规则，使得学生、教职人员和教育设施能够得到保护。⁸⁴对于国际性武装冲突，《日内瓦公约》和《第一附加议定书》对确保下述人员或情形下接受教育进行了规定：所有15以下儿童因受战争影响成为孤儿或与家人离散者；⁸⁵被拘禁者，特别是儿童及青年；⁸⁶在占领的情况下；⁸⁷在涉及儿童撤退的情况下；⁸⁸所有战俘。⁸⁹对于非国际性武装冲突，《第二附加议定书》要求，应允许儿童按照其父母的意愿，或（父母不在时）按照负责照顾的人的意愿接受教育，包括宗教和道德教育。⁹⁰事实上，国家实践表明，在习惯法规定的儿童有权得到的特别尊重和保护中包含了接受教育的机会。⁹¹

本文所查阅的伊斯兰法律渊源强调了对教育的普遍重视，并举出了一个专门针对武装冲突的例子。从一般意义上讲，伊斯兰教经文、国际伊斯兰公约和宣言都非常强调教育的重要性。据传，先知穆罕默德曾说过，求知是每个穆斯林的义务，无论男女。⁹²1990年《开罗伊斯兰人权宣言》第9条也规定，提供教育是社会和国家的一项义务。其他法律文书也规定了儿童接受教育的权利：2005年《伊斯兰儿童权利公约》第12条重申了伊斯兰会议组织成员国对“为所有儿童提供平等的免费义务初等教育”的承诺，第2条第4款明确指出，其目标之一是：

为所有儿童提供免费的小学及中学义务教育，不论性别、肤色、国籍、宗教、出身或其他任何因素；通过完善学校课程安排、加强师资培训及提供职业培训机会来推动教育发展。

84 有关国际人道法规则对教育的保护的更多信息，见：红十字国际委员会关于接受教育的机会的章节，上注67、第36~39页。

85 《日内瓦第四公约》第13条，第24条。

86 同上注，第94条，第108条，第142条。

87 同上注，第50条。

88 《第一附加议定书》第78条。

89 《日内瓦第三公约》第38条、第72条、第125条。

90 《第二附加议定书》第4条第3款第1项。

91 《红十字国际委员会习惯法研究》上注18，关于第135条规则的评注。

92 Hadith 224, in Muhammad ibn Yazid ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, ed. Muhammad Fu'ad 'Abd al-Baqi, 第1卷, Dar Ihya' al-Kutub al-'Arabiyyah, 开罗, 未注明日期, 第81页。

同样，2005年《拉巴特宣言》在第15条和第17条中也呼吁伊斯兰会议组织成员国加倍努力，确保提供优质教育；并在第16条中重申了在教育中实现性别平等的承诺。

体现在武装冲突背景下教育的重要性的一个典型例子，也许也是伊斯兰历史上最早的例子，是先知穆罕默德释放了在公元624年3月的拜德尔战役中俘获的70名战俘中的部分人员，条件是要教授十名穆斯林儿童读书写字。因此，虽然在国际人道法规则更明确地要求在武装冲突情况下应保护儿童的教育不受干扰，但显然，儿童接受教育的重要性是这两个法律传统的共有概念。在此基础上，国际人道法和伊斯兰学者之间还有进一步讨论的空间，分析伊斯兰学术界是如何对武装冲突中的教育保护问题进行阐述的。

国际人道法上除了专门针对教育机会的规则外，还将学生、教育提供者、学校及其他教育设施作为平民和民用物体进行保护，这对武装冲突中的教育保护而言至关重要。⁹³这意味着不得将上述人员及物体作为攻击目标，除非相关人员直接参加敌对行动⁹⁴或民用物体成为军事目标。⁹⁵即使学生、教师、学校或其他教育设施确实成为军事目标，也必须采取一切可行的预防措施，避免或至少尽量减少对平民学生和从教人员以及设施造成附带伤害，并禁止预计会造成过度附带伤害的攻击。⁹⁶最后，武装冲突各方有义务采取一切可行的预防措施，保护其控制之下的平民（包括学生和教师）和民用物体（如学校）免受攻击的影响。⁹⁷如果冲突一方考虑将学校建筑用于军事目的，则必须对这项义务进行考量。

93 因此，他们受益于国际人道法为平民居民和民用物体提供的一般保护，例如一些条约和习惯法的规定：日内瓦公约共同第3条；《第一附加议定书》第48条、第49条、第50条、第52条、第53条、第57条、第58条；《第二附加议定书》第4条、第13条、第16条；1954年《海牙公约》和1999年《第二议定书》；《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第1~24条规则，另见第38条、第40条规则。

94 《第一附加议定书》第51条；《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第6条规则。另见：Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2009.

95 《第一附加议定书》第52条；《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第10条规则。

96 《第一附加议定书》第51条、第57条；《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第14~21条规则。另见。《国际刑事法院罗马规约》，1998年、第8条第2款第2项第9目，第8条第2款第5项第4目。

97 《第一附加议定书》第58条；《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第22~24条规则。

同样，根据伊斯兰武装冲突法，无论是国际性还是非国际性武装冲突，都不能故意伤害或损坏平民和民用物体。虽然伊斯兰武装冲突法没有保护“学校”的条款——事实上，在这些规则产生时，教育并不是依赖现代学校体系来进行——但教育设施作为民用物体，仍受到古典穆斯林法学家所制定详细规则的保护，以确保在七、八世纪的战争中保护平民和民用物体。著名法学家奥赞 (al-Awza‘I, 卒于774年) 不仅禁止在敌对行动期间故意攻击非穆斯林敌人的民用物体，而且还认为这种行为与伊斯兰法下恐怖主义罪行的一个核心要素 (*hirabah*) 相同。奥赞指出，故意/过度破坏 (*takhrīb*) 敌人财产构成了破坏罪 (*fasad*, 意为“破坏、损坏”)，这是《古兰经》对伊斯兰法下恐怖主义罪行核心要素之一的形象描述。对伊斯兰世界观的解释在此有助于理解这一罪行的严重性：由于世上的一切都属于真主，而人类作为真主在地球上的继承者，肩负着为人类文明做贡献的责任 (*‘imarah al-‘ard*)。因此，伊斯兰法禁止在敌对行动中攻击民用物体。总而言之，国际人道法和伊斯兰法存在一个重要的相同点，即二者都保护诸如学校和其他教育设施等民用物体免受攻击。

与家人离散的儿童

对于武装冲突中与家人离散的儿童，国际人道法的相关规则主要是两方面内容：一是确保失散儿童的需求得到满足，二是在可能的情况下重新建立家庭联系并最终实现家庭成员的团聚。在国际性武装冲突的情况下，除其他相关义务外，各方必须确保因战争成为孤儿或与家人离散的15岁以下儿童“不致无人照管，并使彼等之抚养、宗教与教育之进行，在一切情形下均获便利”。⁹⁸这就要求各方在满足儿童食物、衣服、住宿和医疗需求等方面的采取有关措施。⁹⁹除了这些有关儿童福利的规定外，《日内瓦第四公约》第26条和《第一附加议定书》第74条还规定了为协助武装冲突中的离散家庭再

98 《日内瓦第四公约》第24条第1款。

99 Jean S. Pictet (编辑)、《1949年8月12日日内瓦公约：评注》、第4卷：《关于战时保护平民之日内瓦公约》、红十字国际委员会、日内瓦、1958年、关于第24条第1款的评注、第187页。

次团聚应采取的措施。¹⁰⁰对于非国际性武装冲突，《第二附加议定书》规定“应采取一切适当步骤，以便利暂时离散的家庭重聚”。¹⁰¹更笼统地说，必须尽可能地尊重家庭生活是习惯国际人道法上的一项规则，¹⁰²这就要求尽可能地维持家庭不致离散、家庭成员之间保持联系以及提供有关家庭成员下落的信息。¹⁰³

伊斯兰教的渊源非常清楚地表明，父母、国家和整个穆斯林社会都有义务照顾儿童并满足他们的基本需求。两套规则可说明这一点：首先，国际人道法规则中提出的维持家庭团圆的概念¹⁰⁴在伊斯兰教的渊源当中也有所反映。古典穆斯林法学家肯定了让儿童留在父母身边（或更广义地说，与其家庭成员在一起）的重要性。生于沙特阿拉伯的麦地那、去世后葬于伊斯坦布尔的阿布·阿尤布·安萨里（Abu Ayyub al-Ansari，卒于674年）称，他曾听到先知穆罕默德说：“但凡使母子分离者，真主也会在审判日将其与所爱之人分开。”¹⁰⁵更具体地说，古典穆斯林法学家一致认为，在囚禁男性战俘或奴役女性期间不得将同一家庭的成员分开。这些法学家禁止将儿童与其父母、祖父母或兄弟姐妹分开，有些还禁止将他们与大家庭的其他成员分开。¹⁰⁶因此，这两个法律体系都规定交战方有义务在其权力范围内，尽量避免将家庭成员分

100 其他有关维持和恢复家庭关系的规则、见《日内瓦第四公约》第25条、第49条第3款、第50条、第82条第2款；《第一附加议定书》第75条第5款、第78条。

101 《第二附加议定书》第4条第3款、第4条第3款第2项。

102 《红十字国际委员会习惯法研究》，上注18，第105条规则。

103 同上注，关于第105条规则的评注。

104 这是促进离散家庭团聚的之外的规定，见：《日内瓦第四公约》第49条第3款、第82条第2~3款和《第一附加议定书》第75条第5款，上述条款规定了尽可能避免家庭成员离散的义务。

105 Hadith 1566, in Muhammad ibn 'Isa Al-Tirmidhi, *SunanAl-Tirmidhi, wa huwaAl-Jami' al-Sahih*, Vol. 4, Matba'ah al-Halabl, Cairo, 1962, p. 134.

106 见：例如，Muhammad ibn Abl Bakr ibn Qayyim al-Jawziyyah, *Jami al-Fiqh*, ed. Yusuf al-Sayyid Muhammad, Vol. 4, Dar al-Wafa', Al-Mansurah, 2000, p. 70; Z. ibn 'Abd al-Karim Al-Zayd, above note 76, pp. 39-40, 77; Muhammad H ammlid ullah, *Muslim Conduct of State: Being a Treatise on Siyar, That Is, Islamic Notion of Public International Law, Consisting of the Laws of Peace, War and Neutrality, together with Precedents from Orthodox Practice and Preceded by a Historical and General Introduction*, rev. & enl. 5th ed., Sh. Muhammad Ashraf, Lahore, 1968, p. 215; Troy S. Thomas, "Prisoners of War in Islam: A Legal Inquiry", *The Muslim World*, Vol. 87, No. 1, 1997, p. 50; T. S. Thomas, 上注77，第95页; Saleem Marsoof, "Islam and International Humanitarian Law", *Sri Lanka Journal of International Law*, Vol. 15, 2003, p. 26; C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: An International Perspective*, Macmillan, Basingstoke, 1988, p. 135.

开。此外，国际人道法还规定冲突各方必须采取步骤，让暂时分离的家庭重新团聚。这方面可从两种法律传统学者间的进一步交流中受益。

其次，国际人道法中有关照顾无人陪伴的儿童的各项义务与伊斯兰法律传统中有关儿童照顾的框架有异曲同工之妙，尽管后者的规定并非只针对武装冲突的情况。伊斯兰法为家庭成员在经济权利和义务方面设置了特定框架，儿童必须得到照顾。但除此之外，在没有此类家庭成员的情况下，伊斯兰法律还规定国家以及整个社会有义务照顾儿童；由于孤儿更容易受到伤害，因此孤儿还应受到特殊的保护、尊重和照顾。事实上，在伊斯兰教出现之前，阿拉伯道德传统（后被并入伊斯兰法律传统）认为，为受压迫者、弱势者和寻求庇护者提供庇护和保护是穆斯林义不容辞的义务；而冲突一方在其权力范围内发现无人陪伴的儿童就属于这种情况。¹⁰⁷简而言之，国际人道法和伊斯兰法都认为国家有义务照顾无人陪伴的儿童，只不过国际人道法的规定是针对武装冲突情况的，而伊斯兰法则只做了一般性的要求。

结 论

本文的讨论显示，两个不同的法律体系各自有其不同的渊源、历史和背景，但都设置了相同的人道责任，即保护战争中的受难儿童。国际人道法和伊斯兰法的出发点均为必须明确将儿童单独作为一类人员进行保护，使其免受武装冲突的影响。二者都将至少15岁规定为合法招募儿童加入武装部队的最低年龄，都规定了应对武装冲突中的被拘留者给予人道待遇，都体现了儿童接受教育的重要性（尽管在本文所查阅的伊斯兰法律来源中并没有专门就武装冲突的情况作出规定），也都要求在武装冲突的情况下须尽可能避免家庭成员分离。这方面的探讨还有很大空间，可进一步开展研究的方面包括：例如，伊斯兰武装冲突法为被俘成年男性战斗员规定的人道待遇标准，能否

107 见如, Ghassan Maarouf Arnaout, “阿拉伯-伊斯兰传统中的庇护制度”, 联合国难民事务高级专员公署(难民署), 日内瓦, 1987年; Ahmed Abou-El-Wafa, “伊斯兰教法与国际难民法之间的庇护权: 比较研究”, 难民署, 利雅得, 2009年, 载于: www.unhcr.org/4a9645646.pdf。

以及如何更具体地针对因与武装冲突有关的原因而被剥夺自由的穆斯林和非穆斯林儿童进行调整？伊斯兰法如何对国际人道法在保护教育、促进暂时离散家庭团聚、照顾武装冲突中无人陪伴儿童等方面的具体义务提供补充？在思考这些协同作用以及开展下一步研究的同时，我们必须强调，国际人道法中的义务并不具有“任择性”，武装冲突各方在任何时候都受到相关国际人道法的约束。

本文旨在为未来研究以及国际人道法和伊斯兰法领域的学者和实践者之间的深入讨论提供一个出发点。有时我们为了从这一比较研究当中提炼出清晰的脉络，进行了简化或采取了类比的方法。受时间和资源的限制，对于本文讨论的每天都影响着成千上万名儿童的生活的问题，我们自觉所开展的讨论十分粗浅。我们还认识到，本文所讨论的规范的内容是对国际人道法及伊斯兰武装冲突法的一种解释，当然，还有许多其他的解释存在。但是，我们希望本文的讨论能对后续的进一步研究起到抛砖引玉的作用，并期待看到更多有关这个具有紧迫的现实意义的话题的观点和专业讨论。这方面的对话将有助于传播重要的保护性规范。国际人道法和伊斯兰法都是专业性和技术性非常强的研究领域，因此提高认识方面的工作与对其内容进行实质性的研究同样重要。这种对话可能对国际人道法和伊斯兰法的发展和阐明也能产生潜在影响——此两者长期以来都在适应现代战场不断变化的环境。伊斯兰法不同于伊斯兰神学，它的许多规则都具有灵活性，可以应对不断变化的现实和环境。此外，伊斯兰法对数以亿计的穆斯林的日常生活有着重大影响。因此，伊斯兰法可以与国际人道法一道，为减轻武装冲突受害者的苦难作出贡献。