



第 32 届红十字与红新月国际大会

瑞士 日内瓦

2015 年 12 月 8-10 日

国际人道法及其 在当代武装冲突中面临的挑战

报告

红十字国际委员会编写

2015 年 12 月 日内瓦

国际人道法及其 在当代武装冲突中面临的挑战

目 录

一、 导言	5
二、 国际人道法的适用：部分问题	7
(一) 国际人道法适用的起止点	7
(二) 国际人道法适用的地理范围	12
(三) 国际人道法对恐怖主义和反恐行动的可适用性	16
三、 国际人道法和多国部队	21
四、 国际人道法的保护范围：部分问题	25
(一) 人道准入和援助	25
(二) 医务人员和物体的特别保护	29
五、 国际人道法和国际人权法下的武力使用	32
六、 武装冲突中的拘留	35
七、 作战手段和方法	37
(一) 新的作战技术	37
1. 网络战	37
2. 自主武器系统	42
(二) 在人口稠密地区使用爆炸性武器	45
(三) 负责任的武器转让	51
(四) 核武器	53
八、 私营军事和安保服务公司	56

国际人道法及其 在当代武装冲突中面临的挑战

报告摘要

本文件是由红十字国际委员会（ICRC）为红十字与红新月国际大会（以下简称“国际大会”）编写的第四份关于“国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战”的报告。前三份报告分别于 2003 年、2007 年和 2011 年提交给国际大会。这些报告的目的是综述当代武装冲突给国际人道法带来的挑战，对所面临的挑战进行更广泛的思考，并概括红十字国际委员会当前或未来的行动、立场和关注点。

此份报告与之前的报告一样，只涉及国际人道法正在面临的一部分挑战。它总结的许多问题正是国家、其他行动者以及红十字国际委员会关注的焦点问题。这包括在以前的报告中没有涉及的一些议题，如国际人道法何时停止适用、医务人员和医疗物体的保护以及核武器。本报告还尽量更新了一些以前的报告已有涉及但现在仍有较高国际关注度的问题。这些问题包括：国际人道法的地理适用范围、国际人道法和国际人权法下的武力使用、在人口稠密地区使用爆炸性武器以及战争新科技等。

还有两份关于国际人道法问题的报告也同时提交给第 32 届国际大会进行审议并期待采取适当行动。¹二者都是为跟进第 31 届国际大会题为“加强对武装冲突受难者的法律保护”的决议而起草的。第一份报告总结了一次旨在加强针对因武装冲突而被剥夺自由者的法律保护而进行的磋商程序的成果，并列明了可行措施以及红十字国际委员会的未来发展建议。第二份报告概述了红十字国际委员会和瑞士政府为审查加强国际人道法遵守机制有效性的方法而展开的磋商进程的成果。该报告还包含可行措施和推动者们的建议。

本报告的导言部分简单概括了当前的武装冲突及其人道后果，以及对国际人道法造成挑战的现实情况。

第二部分主要探讨过去数年间已经引起法律争论的几个国际人道法适用方面的问题。第一个问题是在国际性武装冲突或非国际性武装冲突中如何确定国际人道法适用的起止点，这是一个具有明显法律和实践意义的问题。第二个问题是国际人道法适用的地理范围，特别是在域外

¹ *Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty: Concluding Report, and Concluding Report: Strengthening Compliance with International Humanitarian Law*, available at: <http://rcrcconference.org/international-conference/documents/>

针对个人使用武力方面。还涉及到国际人道法和规制恐怖主义行为的法律制度之间的关系，特别重申了区分二者的必要性，并回顾了国际人道法中涉及“外国武装分子”现象的规则。

第三部分专门探讨国际人道法和多国部队，此种部队越来越多地被部署在冲突环境中，或被派遣执行的任务可能使他们卷入正在进行的武装冲突。这一部分概括了判定多国部队何时成为武装冲突一方的法律标准。它还试图界定多国行动的参与者中谁可以被视为武装冲突的一方，并讨论了在各国军事行动背景下国际人道法对人的适用范围。

正如在导言中所指出的，国际制度对维护和平与安全的无能所导致的后果之一就是，将国际交涉的重点从解决冲突转移到人道行动。故而，第四部分第一节试图概括一系列与人道行动有关的法律问题，以期对一些争论的问题提供以国际人道法为基础的解读。第二节着重讨论对医务人员和医疗物体的特别保护，尤其侧重于在攻击军队医务人员和医疗物体时国际人道法中比例原则和预防措施原则的适用，以及在给予医务人员、设施和运输工具特别保护的情况下“害敌行为”这一概念的范围。

在许多当代武装冲突中，人们越来越多地期待武装部队不仅开展对敌作战行动，而且还要开展维持或恢复公共安全、法律和秩序的执法行动。第五部分讨论在武装冲突情况下，敌对行动和执法行动两种范式的相互影响。ICRC 将几个尽管是假设但却很可能实际发生的场景作为背景，用以探讨两个框架的划分或适用问题，以及随之而来的一系列法律和实践挑战。

第六部分主要关注红十字国际委员会的拘留工作，即与各国进行的磋商程序，这也是上述两份报告其中一份的主题——加强对被剥夺自由者的国际人道法保护，这份报告已提交给第 32 届国际大会审议并采取适当行动。

第七部分探讨了有关作战手段与方法的一系列问题。由于新兴——特别是依托于信息技术和机器人的——作战技术持续突飞猛进，在确保充分了解的情况下，探讨这些发展所带来的诸多复杂挑战至关重要。因此，本部分涉及由以下情况所引发的法律问题，其中包括：网络军事能力的发展及其在武装冲突中的潜在应用，以及自主武器系统能否遵守国际人道法等。本部分还检视了在人口稠密地区使用爆炸性武器以及负责任的武器转让等问题。最后一节则简要概述了调整敌对行动与核武器的相关国际人道法规则。

本报告的第八部分概述了为实施和进一步支持 2008 年《蒙特勒文件》所取得的进展以及仍然存在的挑战。该文件的主要目的是界定国际法应如何适用于私营军事与安保服务公司在武装冲突地区所开展的行动。

国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战

一、 引言

本文件是由红十字国际委员会（ICRC）为红十字与红新月国际大会（以下简称“国际大会”）编写的第四份关于“国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战”的报告。前三份报告分别于 2003 年、2007 年和 2011 年提交给国际大会。这些报告的目的是综述当代武装冲突给国际人道法带来的挑战，对所面临的挑战进行更广泛的思考，并概括红十字国际委员会当前或未来的行动、立场和关注点。本引言的目的是简要概述引发这些挑战的行动现实。

自 2011 年上一份报告以来，在世界大部分地区，武装冲突和暴力呈持续上升趋势。政治、种族、民族或宗教仇恨以及为获取关键资源而进行的争夺仍是许多武装冲突周期性反复的源头，并成为最近数次敌对行动爆发的导火索。在过去几年中，许多冲突趋势呈加剧态势，例如：与武装团体碎片化和不对称作战相联系的武装冲突日益复杂；冲突的区域化；长达数十年的战争所带来的挑战；缺乏有效的国际冲突解决手段；以及国家体系的崩溃。除了极少数例外，在过去几年中发生的武装冲突几乎都是“冲突陷阱”的结果：冲突引发冲突，武装冲突当事方各自为政且不断增多，新的当事方干预正在进行的冲突。持续数年、甚至几十年悬而未决的紧张局势不断消耗资源，严重侵蚀着社会结构，并削弱了受影响人口的恢复手段。

在 2011 年中东部分地区所谓“阿拉伯之春”期间升级的暴力风暴——特别在叙利亚、伊拉克和也门演化成毁灭性的武装冲突——也被远远超出该地区的国家感受到，而且开始以各种方式支持冲突的各方。疲于应付反复动荡、干旱和长期贫困影响的人们所具备的基本生存手段正变得越来越有限。阿富汗、南苏丹、中非共和国、索马里、利比亚和刚果民主共和国等国家继续陷入旷日持久的武装冲突之中，造成全体人民无法估量的痛苦。在乌克兰东部，新爆发的武装冲突已经导致数千人死亡，其中许多人是平民；同时造成大规模的破坏，以及一百多万人流离失所。

在大多数武装冲突中，平民在敌对行动中依然首当其冲，尤其是当战斗发生在人口稠密地区或在平民成为蓄意攻击的目标之时。成千上万的人被拘留，而且常常是法外拘留并遭受虐待或不人道的拘留条件。因武装冲突导致的失踪人员数量巨大。暴力引起的破坏促使越来越多的人逃离他们的社区，弃家园和生计于不顾，面对长期流离失所和流亡的前景。全世界正在进行的武装冲突和暴力导致的国内流离失所者、难民和寻求庇护者的数量近两年持续飙升。2013 年，他们的总人数在第二次世界大战以后首次超过 5000 万，其中一半以上是国内流离失所者。由于冲突局势恶化，这种消极趋势一直持续到 2014 年。

国际人道机构已经不堪重负。在全世界同时爆发大量前所未有危机的情况下，红十字国际委员会和其他公正的人道组织所需应对的人道需求已经达到了空前的规模。在人道需求和人道行动者满足需求的能力之间还存在着很大的差距。

国际体系在维护和平与安全方面的无能所导致的后果之一就是，将国际交涉的重点从解决冲突转移到人道行动。因此，大部分精力被放在人道准入、人道停火、地方停火、平民撤离、人道走廊或冻结等问题的谈判上。虽然国际社会欢迎就人道准入和向有需要的人提供援助的问题达成共识，但与此类论争相生相伴的政治对立却经常会侵蚀“公正人道行动”的概念，并与其宗旨背道而驰。

本报告涉及武装冲突的法律挑战，应将当代武装冲突的一些显著发展趋势作为背景加以强调，因为引发的许多挑战都是新型冲突的后果。

因冲突当事方及其冲突关系的多元化所造成的复杂性是当代武装冲突的一个显著特点。就国家而言，许多正在进行的武装冲突中，诸多外国的干预实质上增加了冲突的当事方。在许多情况下，第三国和/或国际组织（如联合国或非洲联盟）介入冲突，有时自己还会变成冲突的一方。这种干预——支持政府或非政府武装团体——使冲突分类变得极其复杂。这种复杂性不仅是因为无法确知第三方介入的性质，有时也是因为第三方根本不承认他们参与了敌对行动。无论如何，红十字国际委员会在未来岁月继续与各国保持接触，应对其向武装冲突各方提供支持产生的人道和法律后果，将是非常重要的。

就非政府而言，无数居无定所、数量倍增且各自为政的武装团体经常参加战斗。通常，人们很难了解它们的结构。这类团体的增多给平民居民带来了许多风险，首先，它必然会扩大前线的范围，随之而来的风险是平民会被卷入战斗。非政府武装团体的增多也标志着对资源、尤其是自然资源和财政资源造成更大负担，因为每个新的当事方都需要维持自身的运转。而且，因为当事方在增多，分裂的社会各自为政，因此很难量化这种负担。社区和家庭承受着压力，分别效忠不同的武装团体，人们因伴随冲突一方而面临更大的风险，因而遭到报复的风险也会更大。就人道行动而言，某些团体指挥或控制链的不透明或缺失，不仅带来安全方面的挑战，也会使与此类团体就保护和遵守国际人道法方面的问题进行交涉困难重重。

就地域扩张而言，冲突向邻国蔓延，其地理上的扩张和区域化似乎已成为当代许多武装冲突的显著特征——部分是由于上述外国干预的结果。如今在中东、北非和西非，情况尤其如此。在叙利亚，反对派武装内部分裂，武装冲突外溢至邻国，而一些邻国自身已饱受冲突的困扰，外国干预和武装团体的增多导致呈现出一种冲突关系很难理解的地区形势。在萨赫勒地区，神出鬼没且高度机动的武装团体彼此作战并与大量政府军互相争战，已经影响到了弱势群体。地域扩张的另一个例子是针对博科圣地的武装冲突，至少已经涉及 4 个国家。

对红十字国际委员会而言，要高度警惕当代许多武装冲突所表现出来的残酷无情。国家和非政府当事方实施的严重违反国际人道法的行为每天都在发生。在许多情况下，它都与否定国际人道法的适用性或相关性有关。对非政府武装团体来说，有时会拒绝遵守国际人道法，因为其中一些团体并不觉得应受其约束。除此之外，最近的武装冲突中，一些非政府武装团体故意实施违反国际人道法的行为并利用媒体宣传此类行为的情况有所增加。这样做的最终目的可能是从媒体报道传达的严重负面影响中获益，以便争取支持或是削弱对手的支持。对国家来说，

严重违反国际人道法的行为经常是（虽然并非一直如此）反恐措施和论调的结果，而根据红十字国际委员会最近的观察，这一趋势愈演愈烈。一些国家仍然否认武装冲突的存在，使得难以就冲突的人道后果和保护受影响者的问题进行对话。

否认国际人道法对战斗员和平民的基本保护就是否定国际人道法的核心目标：保护人的生命、身体完整和尊严。正如红十字国际委员会以前所有关于国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战的报告中反复重申的，国际人道法面临的最为重要的挑战是应当受到更好的尊重。红十字国际委员会仍然坚信，即便武装冲突带来的痛苦不可避免，但如果武装冲突各方尊重国际人道法的文字和精神，武装冲突受难者的伤痛就会减轻。²

二、国际人道法的适用：部分问题

由于当前武装冲突的复杂性，国际人道法对某些暴力局势的可适用性问题可能会（重新）进入人们的视野。这一问题有多个层面，下文将对以下几个方面加以分析：

- 国际人道法适用的起止点
- 国际人道法适用的地理范围
- 国际人道法对恐怖主义和反恐行动的可适用性

（一）国际人道法适用的起止点

国际人道法的适用因武装冲突的存在而引发，而武装冲突的确定完全取决于对实地情况进行的评估。红十字国际委员会提出的这一观点体现在国际司法机构的判决和军事手册之中，并得到学术著作的广泛支持。武装冲突是否存在，国际人道法是否扩大适用，是基于其是否符合国际人道法的有关规定，特别是 1949 年《日内瓦公约》共同第 2 条和第 3 条所确立的武装冲突标准而评价的。

根据国际人道法，只要两个或两个以上的国家之间诉诸武力，国际性武装冲突就存在。因此，确定国际性武装冲突存在与否的门槛相当低，而且一般不考虑持续时间和激烈程度等因素。例如，仅仅是俘获一名士兵或两个或多个国家的武装部队之间的小规模冲突都可能引发国际性武装冲突，并导致国际人道法的适用，只要这种行为可作为存在真正交战意图的证据。³在这

² 根据第 31 届国际大会的决议 1，这一挑战是红十字国际委员会/瑞士倡议的“加强国际人道法遵守”的焦点。这一倡议涉及一个主要的研究，以及与国家和其他相关行为体的协商进程，以探究加强和确保遵守国际人道法机制有效性的可能途径。欲了解更多信息，请参见《加强遵守国际人道法：红十字国际委员会和瑞士政府的工作》，网址为：www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-compliance.htm，以及《关于加强遵守国际人道法的结论报告》，网址为：<http://rcrcconference.org/international-conference/documents/>。

³ 如果客观情况表明，一国有效地参与了针对另一国的军事行动或其他敌对行动，则可以确定交战意图。这种参与旨在使敌方军事人员和资产失去效用、阻碍其军事行动、或者使用/控制其领土，无论其目标是征服还是击败对手，促使它改变其行为，或取得军事优势。因此，交战意图必须从事实中推导出来。为确定武装冲突的存在而援引交战意图，不能与内嵌于战争概念的敌意概念相混淆。虽然敌意是战争状态存在的一个先决条件——意味着战争的纯粹主观性——但交战意图的概念只有证据价值，不能被解释为挑战了 1949 年《日内瓦公约》所规定的武装冲突概念的客观性。【《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（1949 年 8 月 12 日通过，1950 年 10 月 21 日生效），75 UNTS 31（以下简称《日内瓦第一公约》）；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》

方面，重要的是需要牢记，在一国针对另一个国家单方面动用武力时，武装冲突即告发生，即使后者没有或无法用军事手段回应。攻击国诉诸武力并不需要实际针对另一国的武装部队。国际性武装冲突是国家之间的战斗。政府只是国家的构成要素之一，此外还有领土和人口要素。对一国领土、基础设施或人员诉诸武力即可判定存在国际性武装冲突，从而引发国际人道法的适用。

根据国际人道法，非国际性武装冲突的分类通常更为复杂。尽管《日内瓦公约》共同第 3 条缺乏对非国际性武装冲突的明确定义，但普遍认为，对于国际人道法的适用而言，必须满足两个条件才可以说存在此种冲突：（1）战斗必须在政府军与一个或多个具有一定程度组织性的非政府武装团体之间，或者此种武装团体相互之间发生；（2）武装对抗必须满足一定的烈度标准。

无论国际性武装冲突还是非国际性武装冲突，其起始点的判定已经在法律和学术界成为大量研讨的主题，红十字国际委员会向第 31 届国际大会提交的报告中也有涉及。但是，到目前为止，国际人道法何时停止适用较少受到人们的重视。鉴于所涉及的重要法律后果，这个问题值得更细致的检视。

国际性武装冲突的结束

评估武装冲突是否已经结束可能是一项艰巨的任务。这主要是由于 1949 年日内瓦四公约缺乏对这个问题的详细规定，同时也由于和平条约在国家实践中越来越不常见。

红十字国际委员会认为，根据 1949 年日内瓦四公约及其《第一附加议定书》以及国际判例的规定，在国际性武装冲突中，国际人道法在军事行动全面结束时停止适用，但嗣后予以最后释放、遣返或安置的人除外。⁴也可由此判断武装冲突结束的起点。

不过，军事行动的全面结束并不总是很容易确定，特别是没有正在进行敌对行动的情况下。

当前，国际性武装冲突几乎从未引致和平条约的缔结。冲突末期更经常地体现为不稳定的停火、对抗的激烈程度缓慢且逐步降低或维和人员介入。在许多情况下，也存在敌对行动重新爆发的重大风险。除了这些和其他特征外还可以发现，旨在暂停敌对行动的协议与和平条约之间的区别也越来越模糊。停火协议实际上可能具有永久终止敌对行动的效果。如果发生这种情况，对适用国际人道法而言，给一个特定的协议精确地打上标签，意义就十分有限。恰恰是最终出现的事实情况才能定义协议的实际重要性及其客观上终止武装冲突的能力。

（1949 年 8 月 12 日通过，1950 年 10 月 21 日生效），75 UNTS 85（以下简称《日内瓦第二公约》）；《关于战俘待遇之日内瓦公约》（1949 年 8 月 12 日通过，1950 年 10 月 21 日生效），75 UNTS 135，（以下简称《日内瓦第三公约》）；《关于战时保护平民之日内瓦公约》（1949 年 8 月 12 日通过，1950 年 10 月 21 日生效），75 UNTS 287（以下简称《日内瓦第四公约》）】。

⁴ 见《日内瓦第三公约》第 6 条第 2 款，《日内瓦第四公约》第 6 条第 4 款，以及《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 日通过，1978 年 12 月 7 日生效），1125 UNTS 3（以下简称《第一附加议定书》）第 3 条第 2 款。

迄今为止，就如何确定国际性武装冲突是否已经结束的问题，国际判例法并未证明足够有用。例如，在“塔迪奇”案中，前南斯拉夫国际刑事法庭认为，在国际性武装冲突中，国际人道法继续适用“直至总体上实现和平”。可能需要指出的是，这是一个相当模糊且不切实际的标准。

至于学术著作，总体上看围绕着以下基本主张：一旦最初触发国际人道法适用的条件不复存在，其适用即告停止。这意味着，国际性武装冲突于交战国不再参与武装对抗时结束。在有些情况下，这一主张适用起来相当简单，例如，士兵被俘或一个国家零星和短暂地军事入侵敌国领土引发了冲突。在这些情况下，士兵获释或停止入侵就足以终止武装冲突。

然而，如果国际性武装冲突由两个或两个以上国家武装部队之间的敌对行动所导致，判定其结束就可能复杂得多。在敌对行动只是暂时平息或中止的情况下，上文提到的主张用处就似乎很有限了。尽管实际敌对行动已经结束，但如果交战国继续在彼此的边界部署军队、出于防御或进攻的目的在本国领土内开展军事动作或者保持军队的战备和动员状态，那么上述主张似乎也没什么用。

鉴于判断国际性武装冲突存在的门槛相当低，而且将战斗中每一次暂时的平息都视为冲突的结束以及把每一次战斗的重新爆发都视为开始了一场新的冲突也不切实际，红十字国际委员会认为，敌对行动的结束必须具有一定程度的稳定性和持久性，国际性武装冲突才能被视为终止。因此，交战方针对另一方没有实际敌对行动的军事行动，仍然有理由认为国际性武装冲突继续存在，只要可以合理地认为，由于交战各方正在进行的军事动作，敌对行动可能在不久的将来重新爆发。事实上，这样的情景不足以断定军事行动总体上结束。“军事行动总体上结束”这一概念远远超出了单纯的实际敌对行动中中止的范畴，因为具有交战性质的军事行动并不一定意味着使用武装暴力，即使没有敌对行动，这些军事行动也可能继续存在。换句话说，可以推断，军事行动总体上结束不仅包括实际敌对行动的结束，也包括具有作战性质的军事动作的结束，例如改革、重组或重建。随着这些动作的结束，即可合理地排除敌对行动重新爆发的可能性。

非国际性武装冲突的结束

正如 2011 年提交给第 31 届国际大会的报告中所讨论的，⁵非国际性武装冲突的实际情形不断发展变化且日益复杂。因此，确定国际人道法何时停止适用于此类冲突也变得更加困难。

如同国际性武装冲突的情况，国际判例法尚未精确定非国际性武装冲突何时可以被视为结束。在上文所述具有重大影响的“塔迪奇”案的判决中，前南斯拉夫国际刑事法庭指出，就国际人道法的适用而言，非国际性武装冲突在达成“和平解决方案”时停止。⁶不难看出，这

⁵ 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战：报告》，2011 年 10 月，网址为：
www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf.

⁶ 应该指出的是，由于与非国际性武装冲突相关的原因而被剥夺自由的人或其自由继续受到限制的人，继续享受国际人道法的保护，直至对他们自由的剥夺或限制结束，见第 2 条（《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国

个标准无法提供充分的实践指南，甚至可能被解释为，将一个形式主义的衡量标准引入了判断，而后者本应首先根据现场事实来作出。因此有人提出，“和平解决方案”这一概念应解释为一种非国际性武装冲突已在事实上持久平定的局势。

诚然，激烈程度这一必要标准使非国际性武装冲突的结束比国际性武装冲突的情形更不容易确定。宽泛地说，就如何解决这一问题有两种观点。一种观点依赖非国际性武装冲突所要求的烈度标准（如前文所述，这比国际性武装冲突要求的标准更高）。根据这种方法，只要敌对行动降低至具有一定程度持久性和稳定性的“长期武装暴力”的标准以下就足以表明冲突结束。换言之，法律上相关的问题就是构成武装冲突的条件是否继续得到满足。根据第二种观点，只有当冲突的对立双方中至少一方已经消失或不再符合国际人道法要求的有组织程度，非国际性武装冲突才不复存在，从而国际人道法的适用终止。另外，即便冲突当事方的有组织程度仍然满足要求，如果敌对行动已经停止，并且没有复发的现实风险，非国际性武装冲突也会结束。

但是，在考虑这些选项时，也应该牢记非国际性武装冲突的一个重要特征。这样的冲突经常具有波动性，具体表现为武装暴力的暂时平息或者冲突中非国家当事方在有组织程度上的不稳定性。如果这些因素被自动视为标志着非国际性武装冲突的结束，就终止国际人道法的适用而言，这可能导致结论下得为时过早。

考虑到非国际性武装冲突的这一特点，最接近有关国际判例法提出的“和平解决方案”之要求的标准是，要等到所有敌对行动完全停止——没有复发的现实风险——才能假定非国际性武装冲突已经结束。⁷

根据红十字国际委员会的实践经验，基于对周围实际情况进行全面评估，冲突各方停止所有敌对行动且不存在复发的现实风险，已被证明是判断非国际性武装冲突已经结束的最有效和最可靠的指标。因此，红十字国际委员会的做法是，根据周围实际情况，等到非国际性武装冲突各方之间的敌对行动完全停止，再评估是否存在敌对行动复发的现实风险。如果不存在这样的风险，则可得出该非国际性武装冲突已经终止的结论。“复发风险”这一检验标准有助于确保对非国际性武装冲突结束的判断不仅仅基于敌对行动的停止（因为这种停止可能是昙花一现），而是基于对相关敌对性的军事行动是否也已结束进行评估。通过这种方式，就可以合理排除敌对行动复发的可能性。

占领的开始和结束

由当代占领形式所引发的一系列法律挑战是红十字国际委员会针对占领和其他形式对外国领土的行政管理进行探索的重点，这一探索开始于 2007 年，结束于 2012 年，红十字国际委

际性武装冲突受害者的附加议定书》，1977 年 6 月 8 日通过，1978 年 12 月 7 日生效）1125 UNTS 609（以下简称《第二附加议定书》）。

⁷ 参见前南斯拉夫国际刑事法庭在哈拉迪纳伊案（*Haradinaj case*）中的阐述，它强调，一个非国际性武装冲突的“和平解决方案”是确定冲突结束的决定性标准，并指出，探索冲突的动荡幅度并不是确定其结束的有效选项。ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, Case No. T-04-84bis-T, Judgment, 29 November 2012, para. 396, available at: www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/121129_judgement_en.pdf.

员会最终发布了一份报告。⁸这一开创性做法的目的是分析占领法的规则是否以及在何种程度上足以应对当代占领所带来的人道和法律挑战，以及它们是否需要加强或澄清。“占领”概念的界定，特别是其开始和结束，是这个过程中涉及的主要问题之一。

鉴于1949年《日内瓦公约》没有定义占领的概念，判断占领——国际性武装冲突的一个类型——的存在就非常复杂。但是，1907年《陆战法规和惯例公约》及其附件1907年《陆战法规和惯例章程》（以下简称1907年《海牙章程》）第42条总结了占领的要点。随后的条约，包括1949年《日内瓦公约》在内，都没有改变这个定义，该条规定：“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。”

除了需要仅根据当时的事实确定占领的存在之外，占领的概念还需要审查“有效控制”的概念，这是其核心。虽然这个概念通常用来定性占领的概念，但应注意的是，无论1949年《日内瓦公约》还是1907年《海牙章程》都没有提及。就占领而言，“有效控制”是在法律话语中发展起来的，主要用来描述确定占领存在的情况和条件。

不言而喻的是，占领意味着敌国军队对于全部或部分外国领土某种程度的控制，但不享有领土主权。根据国际人道法，正是外国军队控制的有效性触发了占领法的适用。只有实施了有效控制，他们才能实施占领法所规定的权利和义务。在这方面，有效控制是一个至关重要的概念，因为它落实并细化了“权力”的概念，后者是1907年《海牙章程》第42条中占领定义的核心。

依据1907年《海牙章程》及其准备工作文件、学术著作、军事手册和司法判决，红十字国际委员会提出需要同时满足下列三个条件才能确立国际人道法意义上的占领状态：

- (1) 在入侵之时，未经现行有效的当地政府同意，一国武装部队实际部署于一个外国领土。
- (2) 由于外国部队未经同意的部署，在入侵之时，现行有效的当地政府已经或可能实质上或完全不能行使其权力。
- (3) 外国部队能够替代当地政府对相关领土的全部或部分行使权力。

总之，这些构成所谓的“有效控制标准”，用来确定一种情势是否可被界定为国际人道法意义上的占领。

占领的结束也可能难以从法律的角度来评估。对特定局势的法律分类以及对占领何时可以说已结束的判断，可能由于几个因素而变得复杂，如逐步停止、部分撤军、保留对先前被占领地区的某些职权，或基于不真实的同意而维持军事存在。

原则上，在确定占领的结束时，有效控制标准同样可以适用，这意味着一般应满足那些用来确定占领开始的标准，只是反过来用。因此，如果上述三个条件中的任何一个不复存在，占领即应被认为已结束。

⁸ 红十字国际委员会，“专家会议：占领和其他形式的外国领土管理”，红十字国际委员会，日内瓦，2012年3月，网址为：www.icrc.org/fre/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf。

然而，红十字国际委员会认为，在一些特定的相当特殊的情况下——尤其是外国部队撤离全部或部分被占领土但仍保留通常由占领国履行的关键权力要素或其他重要的政府职能时——占领法可能会继续在该领土以及这类权力的职能范围内适用。事实上，尽管外国部队不再实际部署于有关领土，但就占领法而言，保留的权力可能相当于有效控制并导致这一规范体系的有关规定继续适用。这被称为占领法适用的“功能性方法”。这个标准适用于外国部队在全部或部分领土内仍行使所获得的政府职能的情况，此时占领毫无疑问已经建立并正在进行。

对于难以确定占领是否已经结束的局势，上述功能性方法可以更准确地描述适用于这类局势的法律框架。

有人主张，技术和军事发展已经使得外国部队无须在有关地区持续部署就能对一外国全部或部分领土维持有效控制。在这种情况下，重要的是考虑外国部队保留的权力的范围，而不是只关注其实际行使控制的手段。还应该认识到，在这种情况下，交战国之间的地理上的毗邻可能有助于远程行使有效控制。例如，它可能允许将军队转移至该领土之外的占领国在相当短的时间内重新主张其权力。在这种情况下，占领法有关规定的继续适用更加重要，因为这些规则专门旨在调整有关交战国之间的权力分配——以及由此产生的责任分担。

（二） 国际人道法适用的地理范围

武装冲突的地域范围——也就是国际人道法适用的地域范围——是一个在过去几年里吸引了极大关注的问题，主要原因是利用武装无人机在域外使用武力。这个问题的出现主要是由于这一事实：国际人道法并没有关于其地域适用范围的全面而明确的规定。最经常提出的问题是：国际人道法适用于武装冲突各方的全部领土还是仅限于这些领土内的“战场”？它是否可在冲突各方领土之外适用，即中立国或非交战国的领土？下面提出的观点只是“框架”性的，因为现实很复杂，而且不断发展变化。

就国际性武装冲突而言，公认的是国际人道法适用于卷入这种冲突之国家的全部领土，以及公海和专属经济区（以下简称“战场”或“战区”）。一国领土不仅包括它的陆地表面，还包括河流和内陆湖、领海以及该领土之上的领空。无论是1949年《日内瓦公约》及其《附加议定书》，还是学说和判例，都没有迹象表明国际人道法的适用仅限于“战场”、“实际敌对行动区域”或“作战区域”，这些是表示敌对行动正在发生的空间的通用术语。此外，人们普遍赞同，军事行动不可能在超出上述定义的战区以外进行，这意味着其不应延伸到中立国家的领土。

也有人主张，国际人道法适用于非国际性武装冲突各方的全部领土。虽然共同第3条不涉及敌对行动，但它通过详细规定“不论何时何地”都不得实施的某些行为表明了其适用的地域范围。⁹在这方面，国际判例明确认定，“在实际战斗发生的地区和战争法适用的地理范围之

⁹ 共同第3条第1款。

间没有必然的相关性。战争法适用于交战各方的全部领土，或者在国内武装冲突中，适用于冲突一方所控制的全部领土，无论那里是否发生了实际战斗。”¹⁰

然而，需要强调的是，国际人道法适用于冲突各方的领土并不意味着除了那些涉及到具体的作战手段和方法的禁止性规定外，针对属于国际人道法中合法目标的人（即国家武装部队人员、有组织武装团体的成员以及直接参加敌对行动的平民个人）使用致命武力没有任何法律限制，特别是在“战场”或“实际敌对行动/战斗地带”之外的地区。正如红十字国际委员会于2009年出版的《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》中建议九的评注所解释的那样¹¹，国际人道法没有明确规定允许对合法目标采取的武力的种类和程度。这并不意味着一种不经进一步审查就可在一切情况下针对这类人使用致命武力的法律权利。基于军事必要原则和人道原则的相互影响，《指南》确认：“对不享有免受直接攻击之保护的人员所使用之武力的种类和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的实际所需的限度。”¹²公认的是，这将包含一种复杂的评估，而该评估依赖于大量的作战和环境因素。在某些情况下，这种评估应导致这样的结论：非致命武力手段足以实现特定军事行动的目标。

在具有域外元素的非国际性武装冲突的情况下，可能会提出国际人道法对该冲突各方之领土的可适用性问题。这种情况是其中一国或多国（“协助”国）的武装部队与“东道”国武装部队并肩作战，在后者境内对抗一个或多个有组织的武装团体。应该指出的是，各国目前就这一具体问题很少作出官方声明，少数公开发表的专家意见也各不相同。一些意见认为，国际人道法原则上只适用于正在发生冲突的国家领土。另一些意见则认为，国际人道法还适用于卷入域外非国际性武装冲突之国家的全部领土，即使与该冲突有关的敌对行动可能没有发生在其本国境内。

在上述假定情景中，国际人道法适用于协助国的领土，有着充足的法律理由。可以说，卷入域外非国际性武装冲突的协助国一旦成为这类其边界外武装冲突的一方，就不应使自己免受国际人道法中交战方平等原则的约束。这将违背国际人道法对所有冲突方确立相同权利（当然也包括义务）的目的。

因此，尽管非政府一方针对协助国的领土可能采取的行动构成敌对行动的一部分之时毫无疑问要根据该国的国内法予以处罚（可能定性为“恐怖分子”），但在某些情况下这些行动根据国际人道法可能是合法的。例如，如果相关非政府一方攻击协助国领土内的军事目标，就是这种情况。如果攻击针对的是平民和民用物体，根据国际人道法，它也是犯罪并可作为一项战争罪而被起诉。至于协助国在自己领土上对非政府一方使用致命武力，应受上述红十字国际委

¹⁰ ICTY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Judgment, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, para. 57, available at: www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf. See also ICTR, *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment, Case No. ICTR-97-20-T, 15 May 2003, para. 367, available at: www.refworld.org/docid/48abd5a30.html.

¹¹ 红十字国际委员会，《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，红十字国际委员会，日内瓦，2009年5月，网址为：http://www.icrc.org/chi/assets/files/other/icrc_006_0990.pdf。

¹² 建议九，其制定不影响国际法其他分支可能出现进一步的限制。

员会《指南》中的建议九所包含的标准规制，同时还应受该国的国内法及该国承担的国际和/或地区人权义务规制。

正如前边解释的，人们相信国际人道法适用于武装冲突各方的全部领土。不过，在事务工作者、法律学者和其他人士中观点也各不相同，对于国际人道法在非交战国境内的可适用性有着显著分歧的意见。抛开国际性武装冲突的情况不谈（在此种情况下中立法应予适用），现在正在讨论的情形可归纳如下：构成国际人道法中合法目标的人从一个正在进行非国际性武装冲突的国家转移到一个不相邻的非交战国境内，并继续在那里从事与冲突有关的活动。根据国际人道法的规则，这样的人在非交战国境内能否作为第三国打击的目标？

关于这一问题，已有两个基本立场。根据第一种观点，国际人道法本身的适用性没有任何领土限制（无论是国际性武装冲突或非国际性武装冲突）。根据这种观点，具有决定性的不是哪里发生了敌对行动，而是是否发生了敌对行动，因为这些行为与武装冲突的联系，它们实际上相当于“战争行为”。因此，任何由于武装冲突有关的原因在域外使用武力都必然受国际人道法规制，而不考虑领土方面的因素。这种观点也认为，国际法其他部分的规范会限制或禁止交战双方之间的敌对行动，即使根据国际人道法这些行为是被允许的。这是在《联合国宪章》下的诉诸战争权问题。

然而，基于法律和政策的原因，还可以对上述情况进行不同的解读——或许这也是更可取的。首先，必须承认，共同第3条载有关于适用于境内发生非国际性武装冲突的一国“领土”的明确规定。传统上，这被理解为只包括有关政府的武装部队和一个或多个其在领土上的有组织非政府武装团体之间的战斗。然而，由于非国际性武装冲突的实际场景已经发生变化，共同第3条适用的地理范围的法律解释也应与时俱进。已经有不少在非毗邻的东道国境内与其武装部队并肩战斗打击一个或多个有组织的武装团体的协助国，都接受共同第3条和与此种类型冲突有关的国际人道法其他相关规定之适用性的实例。¹³如前所示，有理由相信，在这种情况下，国际人道法也适用于协助国领土。

然而，如果就此认为“领土”可被理解为意味着国际人道法——及其关于敌对行动的规则——将自动延伸到使用致命武力打击位于卷入正在进行的非国际性武装冲突的当事方境外（即非交战国境内）的个人，那会是一个不同的法律量级。此种解读将导致接受一个“全球战场”的法律概念。然而，这似乎并没有得到国际人道法本质上的领土属性的支持，该属性从表面上看似乎将国际人道法的可适用性限定于参与武装冲突的各国领土。无地域边界的方法意味着直接参加敌对行动的武装团体的成员或平民个人在世界各地移动时，将被视为自动将“原来”

¹³ 非国际性武装冲突“外溢”的情况，也就是另一种类型的域外非国际性武装冲突，应该在此讨论的语境中提到。这是一种在一国领土之内始发、在政府武装部队和一个或多个有组织的武装团体之间发生的武装冲突，进而波及到或多个邻国的状态。虽然共同第3条没有明确设想这种情况的发生，越来越多的国家和学者认为，适用于各方的国际人道法，可以在例外和特例的情况下，扩及到冲突所蔓延的相邻非交战国境内的敌对行动。前文提到前南斯拉夫国际刑事法庭判例法（见上文脚注7），基于非国际性武装冲突的一方对于周边国家领土的控制程度，或者敌对行动发生在该国的一个地方，有令人信服的理由使得国际人道法的地域范围扩展到邻国。然而，下文将进一步指出，目前主流的国家实践和法律确信不容许在涉及不相邻的非交战国领土时，就国际人道法扩展适用到非国际性武装冲突各方这一点得出类似的结论。

的非国际性武装冲突“带到”其所处的地点。因此，根据国际人道法，他们会在可能无地理限制的空间内保持可被打击的状态。除了极少数例外，国家实践和法律确信似乎并不接受这一法律立场，大多数国家似乎并不认可“全球战场”这一概念。此外，在实践意义上，如果全世界所有参与了一场非国际性武装冲突的国家都相信“全球战场”的概念，设想一下在地域上毫无限制地适用国际人道法的潜在后果，这是令人非常不安的。

红十字国际委员会认为，对于非国际性武装冲突中在非交战国境内直接参加敌对行动的武装团体成员或个体平民，根据国际人道法不应被视为由第三国武力打击的对象，这在法律和实践中更为妥当。相反，他（或她）所构成的威胁应根据有关执法中的武力使用规则来处理。这些规则是国际人权法——当然，也适用于武装冲突之外可能使用致命武力的情况——的一部分，需要予以单独分析。鉴于这样的分析是本节范围之外的问题，这里只说明最基本的规定。

国际人权法并不禁止在执法中使用致命武力，但规定它只能在其他手段起不到作用或不能确定实现执法行动的既定目标时，作为最后手段而采用。因此，如果因防止迫在眉睫的死亡或重伤威胁或防止涉及严重威胁生命的特别重大犯罪的必要，致命武力是允许的。使用致命武力也需服从人权法比例性要求，这不同于国际人道法中适用于敌对行动的比例原则。实际上，执法中使用武力之相关规则的适用不仅涉及可合法使用致命武力的具体情况，还涉及计划和实施武力的方式。因而，在非交战国境内使用武力只有在非常特殊的情况下才是合法的。

有观点认为，在前述情况下适用执法中使用武力的相关规则更适合作为一个政策问题。从定义上看，非交战国是一个不与其他国家所进行的武装冲突的国家。因而，国际人道法的规则不应规制第三国在其领土内潜在使用致命武力以打击一个从地理上已经远离非国际性武装冲突的人。在这种情况下，适用执法规则将比国际人道法关于敌对行动的准则（为武装冲突的具体实际而设计）更有利于保护普通民众，因为在非交战国没有武装冲突。在这种情况下，适用国际人道法中涉及敌对行动的规则在法律上可能给处于非交战国的平民和民用物体带来危害后果，即考虑到“附带损害”，如果适用执法规则，此种情况就不会发生。

想依赖国际法的其他部门法来“平衡”（那些支持国际人道法适用无地域限制观点的人所强调的“国际人道法可适用于非交战国领土”的扩张适用观点的影响，可能作用有限。中立法并不适用于上述非国际性武装冲突情景。至于诉诸战争权可能的制约效果，现在看来，这个体系的规范越来越多地被一些国家和专家解释为更容易使第三国在域外使用武力，尤其是针对非政府行为体。至于国家责任法的约束性影响，其目的不是为了直接阻止一个特定的行为，而是潜在地在事后确立行为的非法性。

然而，上述情况不应被理解为意味着国际人道法的适用性不能扩展到非交战国家的领土。红十字国际委员会认为，如果满足了可确认在其领土上实际存在单独的非国际性武装冲突的必要条件，国际人道法就可以在此种国家的领土上适用。换言之，如果位于非交战国的人达到了国际人道法所要求的构成非政府武装团体必要的有组织程度，而且如果此种团体与第三国之间的暴力冲突可以被视为达到了必要的激烈程度，这种情况就可以被归类为非国际性武装冲突。

因此，国际人道法关于敌对行动的规则将在冲突各方之间生效。在这种情况下，两国之间在国际人道法上的关系也需要根据国家间武装冲突归类的有关规则加以确定。

上文分析的涉及国际人道法可能延伸适用于非交战国土的情景只是若干构想场景之一。¹⁴如前所述，这些场景作为背景用以为某些法律要点提供指导。在这种情况下，对任何具体场景的法律解释不仅绝对需要具体问题具体分析，而且也不可避免地意味着将要应对的现实状况极其复杂。

（三） 国际人道法对恐怖主义和反恐行动的可适用性

近年来，非政府武装团体诉诸恐怖主义行为的情形再度兴起，继而他们周围的许多其他非政府武装团体聚集在一起。各国——和联合国——通过巩固现有的反恐措施和/或立法以及引入新措施和/或立法的方式已对这些发展作出应对。毫无疑问，采取应对行动确保国家安全是合法的。然而，在此过程中，维护国际人道法和国际人权法中保护人的生命和尊严的保障措施的保障也必不可少。

反恐对策，与国内和国际场合强大的反恐话语相结合，明显模糊了武装冲突和恐怖主义之间的界限，对国际人道法有着潜在的不利影响。国家间似乎有一个日益增长的趋势，把武装冲突中非政府武装团体从事的暴力行为明确认定为“恐怖主义”，即使这种行为在国际人道法的框架内其实是合法的。与之相伴的是一些国家的长期关切，即承认在其境内存在武装冲突将会使相关非政府武装团体“合法化”。总体结果是，通过认定为“恐怖分子”，否定那些团体可以成为国际人道法所指的非国际性武装冲突的一方。上述的发展已经让涉及国际人道法和恐怖主义的法律框架之间的关系问题重新引起人们的关注。

需要继续区分涉及国际人道法和恐怖主义的法律框架

红十字国际委员会在此前其提交给第 31 届国际大会的关于国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战的报告中概述了对这一问题的立场。鉴于目前的反恐趋势，某些方面值得一提。红十字国际委员会的观点是，关于武装冲突和恐怖主义的规范性制度不应混淆，本节旨在为此简短地阐释其原因。

虽然涉及恐怖主义与国际人道法的法律框架可能有一些共同点——国际人道法明确禁止绝大多数在国内立法和应对恐怖主义的国际公约中被界定为犯罪的“恐怖主义”行径，但这两种法律制度仍然有着本质的区别。它们具有不同的理论基础、目标和结构。

一个关键的不同之处在于，在法律意义上，武装冲突是一种某些暴力行为被认为是合法、其他为非法的局势，而被定为“恐怖主义”的暴力行为始终是非法的。武装冲突的最终目标是

¹⁴ 在这方面，可以提到两个具体问题。首先是可能适用于针对非政府武装团体武装团体与一个持续的非国际性武装冲突相关的、出于培训和后勤目的建立在非交战国土境内的基地的任何武力使用的法律制度。据认为，在打击一国位于非交战领土的、与一个持续的非国际性武装冲突相关的、采取军事行动的军事基地的法律机制方面，也会出现相同的问题。第二个问题是适用于非政府武装团体发起、或者针对非政府武装团体的、来自和通过非交战领土的网络攻击的法律制度。这两个问题显然需要进一步分析国家实践的发展。

战胜敌人的军队。出于这个原因，允许或至少不禁止冲突各方攻击对方的军事目标或不享有免受直接攻击之保护的个体。作为国际人道法问题，针对这些目标的暴力行为，无论是由一个国家还是一个非政府当事方实施的，均不被禁止。相比之下，针对平民和民用物体的暴力行为是非法的，因为国际人道法的主要目的之一就是避免敌对行动过多影响他们。因而，国际人道法既规范合法的暴力行为，也规范非法的暴力行为。

在涉及恐怖主义行为的规范中，并没有这样的二分法。无论是国内法还是国际法，那些在法律上被归为“恐怖主义”行为的典型特征就是，它们都是应予惩罚的犯罪。因此，没有任何在法律上被界定为“恐怖主义”的暴力行为是或可以是免受追诉的。

这些法律框架之间的另一个主要区别是交战方平等原则，根据这一原则，武装冲突各方在国际人道法上拥有同样的权利和义务（即使根据国内法情况并非如此）。这一原则反映了国际人道法的目的并不是要确定交战各方所追求目标的合法性。相反，国际人道法的目标在于确保受武装冲突影响的人员和物体得到平等保护，而与首先诉诸武力的合法性无关。应对恐怖主义行为的法律框架明显不包含类似的原则。在这方面，重要的是要忆及，虽然国际人道法确实规定了交战者在敌对行动中和处于其权力之下的人的待遇方面具有平等的权利和义务，但它并没有赋予作为非国际性武装冲突一方的非政府武装团体以合法性。共同第3条明确规定，冲突各方适用其规定时，“不影响冲突各方之法律地位。”《第二附加议定书》包含了类似的规定，保证国家主权和用一切合法手段维持法律和秩序以及保卫国家统一和领土完整的责任（《第二附加议定书》第3条）。

上述差异并不意味着处理国际人道法与恐怖主义的法律制度之间不能有所重叠。国际人道法既禁止在武装冲突中采取恐怖主义行动，也将一系列针对平民或民用物体的其他暴力行为界定为战争罪。如果国家也选择根据国际法或国内法将这种行为界定为“恐怖主义”，这实际上就使他们的行为在两个法律体系中同时入罪。

然而，国际人道法不禁止的行为——例如攻击军事目标或者不享受免受直接攻击之保护的个体——不应该在国际或国内层面被贴上“恐怖行为”的标签（虽然在非国际性武装冲突的情况下，它们仍然受国内普通刑法的约束）。攻击合法目标构成了武装冲突的本质，不应根据其他法律制度而在法律上将其定义为“恐怖主义”。这样做就意味着，这种行为在该法律框架内必须受到刑事处罚，因此在国际层面上造成国家义务的冲突。这将违背武装冲突的现实和国际人道法的理论基础，因为后者不禁止攻击合法目标。

通过其他法律框架将国际人道法并不认定为违法的行为界定为“恐怖主义”并使其入罪也可能会阻碍作为非国际性武装冲突一方的非政府武装团体遵守国际人道法。如果不论他们如何努力遵守这些规则，所有的行动都被视为非法，他们必须根据国际人道法进行战斗的任何动机都可能会受到削弱。此外，将国际人道法下合法的行为打上“恐怖主义”的标签很可能使《第二附加议定书》第6条第5款的实施难上加难，该条的目的是对曾参加敌对行动但没有严重违反国际人道法的人给予尽可能最广泛的赦免。由于显而易见的原因，如果甚至合法的战争行为

都被定性为恐怖主义行为，赦免的前景就会被削弱。最终可能证明这样做阻碍了和平谈判与和解的努力。

国际人道法，所谓的“反恐战争”和武装冲突的地理范围

正如反复宣称的，红十字国际委员会认为，从法律的角度来看，并不存在所谓的“反恐战争”。对于在国内和国际层面的各种武装冲突和众多的反恐措施，红十字国际委员会采用个案分析的办法，以便分析和在法律上对各种暴力情况进行分类。从这个意义上说，打击恐怖主义的斗争除了包括在某些情况下使用武力，还包括采取其它措施，如搜集情报、金融制裁与司法合作。

在使用武力时，如何判定一种暴力局势的法律分类只取决于现场的实际情况。某些情况可能会被归类为国际性武装冲突，其他则为非国际性武装冲突；而许多暴力行为可能由于缺乏必要的联系，而不属于任何武装冲突。

对于那些被认为具有全球影响力的武装团体现象，如基地组织或伊斯兰国集团，红十字国际委员会不同意已经发生了全球规模的武装冲突的观点。这种冲突首先要求，存在一个“统一”的非政府参与方与一个或多个国家对立。根据现有的事实，没有足够的因素来认定基地组织的“核心”及其在世界其他地区的关联团体是国际人道法意义上完全的同一方。当前，同样的推理也适用于伊斯兰国集团及其附属团体。

此外，如前所述¹⁵，红十字国际委员会并不同意通过允许在世界各地打击与武装团体有关联的个人而将国际人道法的适用范围扩展到冲突各方领土之外的观点。红十字国际委员会的立场是，非国际性武装冲突仅限于武装冲突各方的领土之内。虽然这种非国际性武装冲突可因为敌对行动的持续而蔓延到邻国，却不能扩散到第三国。红十字国际委员会的看法是，只有每个第三国领土上构成非国际性武装冲突所需的烈度和有组织程度这两个国际人道法标准都得到满足，才能触发国际人道法的可适用性。

国际人道法和“外国战士”

所谓的“外国战士”的现象——即一个国家的国民出境到另一国的领土与一个非政府武装团体并肩作战——在过去的几年里已成倍增加。为了降低外国战士产生的威胁，各国——特别是在联合国安理会的框架内——已采取了多种措施，包括使用武力、拘留（尤其是基于恐怖主义的指控）和旅行禁令。

虽然大多数防止个人参加非政府武装团体或减轻其在返回时可能造成威胁的措施都具有执法的性质，但是不应忽视在适当情况下国际人道法的可适用性。不难看出，对于国际人道法如何应对外国战士的现象，关注甚少。

¹⁵ 见前文第二部分之 2：国际人道法适用的地理范围。

“外国战士”的概念并不是一个国际人道法术语。国际人道法对于可能有此种战士参与的暴力局势的可适用性取决于现场的实际情况以及国际人道法的相关规范（尤其是共同第 2 条和第 3 条）所规定的某些法律条件是否得到满足。换句话说，当它们与一个正在进行的武装冲突有联系之时，国际人道法将规范外国战士的行动以及所采取的有关他们的任何措施。

在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中，国际人道法中关于敌对行动的相关条款将调整外国战士的行为，不论其国籍如何。因此，外国战士要服从同样约束任何其他交战者的国际人道法的原则和规则。

就拘留而言，国籍会对国际性武装冲突中“被保护人”的地位产生影响，但与非国际性武装冲突无关。根据《日内瓦第三公约》，国籍与断定一个人是否有资格作为国际性武装冲突中的战斗员无关，但可能对确定一国是否会赋予被俘获的为外国军队作战的本国国民以战俘地位至关重要（国家实践在这个问题上各不相同）。

在确定被拘留人是否享有《日内瓦第四公约》下“被保护人”的地位时，国籍是一个决定性的标准。该公约通过明示条款（第 4 条）规定，不适用于具有拘留国、中立国、共同作战国国籍的人，除非此种国家与拘留国之间没有“正常”的外交关系。在占领的情况下，中立国的国民以及共同作战国的国民，必须给予被保护人地位，除非共同作战国与占领国之间有正常的外交关系。在任何情况下，如果根据日内瓦第三或第四公约规定，外国战士基于国籍的原因而没有被授予战俘或被保护人地位，作为一个条约和/或习惯法的问题，他或她仍然可以获得《第一附加议定书》第 75 条规定的“安全网”的保护。

国籍对外国战士在非国际性武装冲突中的地位（因为在这种类型的武装冲突中本身就没有战俘或被保护人的地位），或在被俘后享有的法律保护没有任何影响。因此，丧失战斗力的外国战士有权获得共同第 3 条、《第二附加议定书》（如果适用的话）以及习惯法提供的保障。

最后，外国战士经常被等同于雇佣军。根据国际人道法，“雇佣军”的概念只存在于国际性武装冲突之中，其唯一后果是丧失战俘地位。¹⁶可以说，外国战士可能符合禁止雇佣军的国内立法中所规定的“雇佣军”的定义。

红十字国际委员会在有关外国战士问题上发挥的作用与在任何其他因武装冲突而被抓获并拘留的人方面所发挥的作用相似。如果外国战士在国际性武装冲突中被拘留并符合《日内瓦第三公约》或《第四公约》关于战俘或被保护人地位的条件，红十字国际委员会就必须被授予探视的权限。如果外国战士在一个非国际性武装冲突的框架内被拘留，红十字国际委员会可以根据与有关当局的协议，向拘留方提供人道服务并进行探视。

¹⁶ 在这方面，应当指出，《第一附加议定书》（第 47 条）规定的一个人被视为雇佣兵必须达到标准，在实践中很少得到满足。还应忆及《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》（1989 年 12 月 4 日通过，2001 年 10 月 20 日生效，2163 UNTS 75）的适用范围、定义和义务；以及《在非洲消灭雇佣军公约》（1977 年 7 月 3 日通过，1985 年 4 月 2 日生效），OAU Doc. CM/433 /Rev. L. Annex 1 (1972)，它在这方面对缔约国的要求更广泛。

人道行动的潜在入罪化

人道行动的潜在入罪化问题已在 2011 年的报告中进行了细致的阐述，当前它仍然是红十字国际委员会关心的问题，因此在这里简单予以重申。非国际性武装冲突中的非政府武装团体一方被界定为“恐怖分子”就意味着它很可能被列入联合国、地区组织和国家保存的违禁恐怖组织的名单。这在实践中可能会对人道和其他组织在战区开展援助、保护和其他活动产生不利影响。它存在着将众多人道行动者及其工作人员入罪化的可能性，并可能阻碍对人道行动的资助。在某些刑事法律中规定的禁止对恐怖组织进行“物质支持”、“服务”和“援助”或禁止与恐怖组织“合作”等未经界定的行为，可能会在实践中造成将人道组织及其人员的核心活动视为犯罪，而这些活动正在努力满足武装冲突或不构成武装冲突的其他暴力局势的受害者的需求。这些活动可能包括：对被怀疑为一个恐怖组织成员或因此而被判刑的被拘留者进行探视和提供物资援助；为这类被拘留者的家属进行探视提供便利；急救训练；战伤外科培训；向被列入恐怖分子名单的反对派武装团体的成员传播国际人道法；提供援助以满足与恐怖主义有关的武装团体控制地区的平民居民的基本需求；对国内流离失所者的大规模援助活动，其中的受益者可能包括与恐怖主义有关的个人。

可以说，将与被界定为“恐怖组织”的非政府武装团体进行人道交涉潜在入罪化，反映出对中立、独立和公正的人道行动的概念的不接受，而这正是红十字国际委员会在一线的实际工作中努力推行的工作方法。为了那些发现自己处于非政府参与方的权力之下或控制区域而受武装冲突影响的平民和其他人员的利益，应允许红十字国际委员会，而且它必须在实践中能自由提供服务。

红十字国际委员会在其 2011 年的报告中表示，各国需要进一步认识到有必要协调人道和反恐领域的政策和法律义务，以便正确地实现这两个领域的理想目标。这方面的建议在今天看来仍然是中肯的。因此，在此重申下几点：

- 无论是在国际层面还是在国家层面，政府采取的旨在制裁恐怖主义犯罪行为的措施，应不妨碍人道行动的进行。特别是，把向参与恐怖主义的实体和个人提供“物质支持”、“服务”和“援助”或与之“合作”列为犯罪行为的立法应该排除完全人道和公正性质且无歧视地进行的活动。
- 特别就红十字国际委员会而言，应该认识到，与非国际性武装冲突中的非政府武装团体一方进行人道准入是共同第 3 条所预见并期待红十字国际委员会完成的一项任务，该条允许红十字国际委员会向非国际性武装冲突的各方提供服务。因此，人道行动入罪化将违背 1949 年《日内瓦公约》的条文和精神。换言之，在非国际性武装冲突中的非政府武装团体一方被认定为“恐怖组织”的情形下，禁止向恐怖主义提供“服务”或“支持”这样宽泛的语言，会使红十字国际委员会无法履行其基于条约（和法定的）职责。

三、国际人道法和多国部队

最近几年，涉及多国部队的维和行动数量在增加。¹⁷ 联合国在刚果民主共和国、中非共和国和马里的行动，北约在利比亚和阿富汗的行动，以及非洲联盟在索马里的行动都是这样的例子。国际社会有时赋予多国部队授权的“强势”与其被部署的暴力环境相结合，增加了他们被要求使用武力的可能性，产生了国际人道法何时和如何适用于其行动的问题。

国际人道法适用于多国部队的条件

多国部队自身能否成为武装冲突的一方是引起诸多讨论的问题。最近的和平行动已经见证了法律结构的发展，表明如果某些多国部队介入，引发国际人道法适用的条件可能会有所不同。¹⁸ 这些观点包括：国际人道法不适用于、以不同的方式适用于或者只作为政策适用于这些部队。

作为对这些观点的回应，应注意的是，如果满足其规范的适用条件，国际人道法并不排除多国部队成为武装冲突的一方。上述观点也忽视或抹杀了国际法长期以来确立的诉诸战争权与战时法的区别，这一区别牢固地建立在条约法以及国内和国际判例法的基础之上。基于这种区别，国际人道法对多国部队的适用就像对于任何其他行为体的适用一样，完全取决于当时现场的具体情况，无论赋予此种部队的国际授权或用于称呼其潜在敌对方的术语为何。

由于多国部队往往被部署在冲突地区，在国际人道法的框架下，有必要确定何时可认为他们已成为交战者。在这方面，有些关于国际人道法适用于多国部队的法律主张力图反复尝试提升其适用的门槛。他们尤其主张，如果多国部队（特别是联合国部队）卷入其中，应要求暴力的烈度达到更高程度，才可以说存在武装冲突。

红十字国际委员会已经在各种场合表达过自己的观点，它认为确定多国部队是否卷入武装冲突的标准与适用于其它任何类似情况的标准相同，无论是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突。其他立场看起来缺乏国际人道法的法律依据，因为在条约中找不到这种“更高门槛方法”，在一般实践中也找不到依据。因此，确定国际人道法对多国部队的可适用性应只基于来自于国际人道法有关规范（特别是共同第 2 条和第 3 条）的武装冲突的常规标准。

当代和平行动表明，多国部队经常通过向境内发生冲突的国家的武装部队提供支持的方式干预先前存在的非国际性武装冲突。这种援助经常不是采取针对一个明确敌人的全面运动战的形式，而是为了领土所属国的利益采取零星使用武力、提供后勤保障、进行情报活动的形式，或采取参与计划和协调领土所属国的武装部队开展军事行动的形式。

¹⁷ 在国际公法上，并没有和平行动的明确定义。“和平行动”，“和平支援行动”，“维和行动”和“执行和平行动”这类术语并未出现在《联合国宪章》（1945 年 6 月 26 日通过，1945 年 10 月 24 日生效）中。它们可以被以各种方式解释，有时可以互换使用。就本节而言，“和平行动”的术语涵盖了国际组织、区域组织或国家联盟代表国际社会依照联合国安理会基于《联合国宪章》第六、七、八章通过的决议而进行的维持和平与执行和平行动。虽然大多数和平行动是在联合国或北约的命令和控制下发生的，本节还注意到，非洲联盟和欧盟等其他国际组织所起的作用越来越大。“多国部队”的概念描述了在和平行动任务中由多个国家出兵组成的军队。

¹⁸ 这些法律建构往往基于该多国部队代表国际社会，并在联合国安理会授权下行动的事实。

这种趋势产生了重要的法律问题：根据国际人道法，提供这种支持的多国部队具有何种法律地位？在这种情况下国际人道法是否适用于他们？上述问题的复杂性主要是因为，在某些情况下，多国部队提供的支持本身并不满足非国际性武装冲突所需的烈度标准。

这种情况就导致要进行审查，即使多国部队的介入本身不符合非国际性武装冲突所要求的烈度标准，他们介入一个已经存在的非国际性武装冲突之行为的性质是否可能使他们成为冲突的一方。

红十字国际委员会认为，没有必要评估多国部队（或者一般地说，各个国家）的行动自身是否符合确定非国际性武装冲突存在的标准，因为先前存在的非国际性武装冲突已经满足这一标准。在这种情况下，国际人道法是否规范其行动只需通过多国部队执行的支持功能的性质来决定。因此，多国部队的行动客观上构成先前存在的非国际性武装冲突的一个不可或缺的组成部分，“以支持为基础的方法”就与国际人道法联接起来。

根据此种以支持为基础的方法，并非所有形式的支持都会使多国部队变成既存非国际性武装冲突的一方。决定因素是这些部队对总体敌对行动做出的贡献。以支持为基础的方法与提供直接影响冲突对方开展军事行动之能力的支持有很大区别，也与使受益人建立其军事能力的间接形式的支持之间有着明确区分。只有前一种支持会使多国部队成为既存非国际性武装冲突的一方。

根据以支持为基础的方法，当下列条件同时满足时，国际人道法将适用于多国部队：（1）在要求多国部队进行干预的领土上已经存在着非国际性武装冲突；（2）在已经存在非国际性武装冲突的背景下，多国部队从事的行动与敌对行动相关；（3）多国部队采取的军事行动是支持（如前所述）既存武装冲突中的一方；（4）有关行动是按照部队派遣国或有关组织的正式决定而采取的，目的在于支持既存武装冲突中的一方。

满足上述标准应明确判定多国部队一方存在真正的交战意图。¹⁹由此导致的局势表明他们有效参与了军事行动或其他敌对行动，目的是使敌方的军事人员和资产失去效用，阻碍其军事行动或控制其部分领土。

红十字国际委员会的观点是，以支持为基础的方法有助于澄清非国际性武装冲突概念的轮廓。它深知如何以符合国际人道法逻辑的方式解释这个概念，符合不混淆战斗员/平民之间的区分并维护交战各方平等原则的要求。

确定谁是武装冲突的一方

一旦多国部队参与武装冲突，在各国行动的参与者之间识别谁应被视为冲突一方是很重要的：是部队派遣国？还是指挥和控制多国部队行动的相关国际/地区组织？或者二者兼有？迄今为止，很少有人关注这些问题。考虑到所涉及的法律后果，这些问题不容忽视。

¹⁹ 关于交战意图的概念，见前文脚注 3。

参与和平行动的国际组织都有一个特点：他们没有自己的武装部队。为了开展上述行动，国际组织必须依靠各成员国将军队交给它们支配。当部队派遣国把部队交给国际组织支配时，他们始终对自己的部队保持某种形式的权力和控制，这样，即使他们代表的国际组织采取行动，他们继续同时以各自国家军队的方式行动。参与一个国际组织主持进行的多国行动的武装部队具有双重身份——既是部队派遣国也是国际组织的机构，这就使确定谁应该被视为武装冲突一方的问题变得相当复杂。

为了确定参与方，有必要确定由多国部队实施的战争行为可以归于哪一实体——是国际组织还是部队派遣国，亦或二者皆有。国际人道法对归属问题未予规定。它并不包含任何将多国部队的行动归于某一国际义务承担者的具体标准。在国际人道法没有此种标准时，国际法关于归属问题的一般规则将予以适用。

根据相关国际规则，控制的概念是关键。²⁰ 换句话说，在各国行动的背景下，要确定谁是武装冲突的一方，需要审查国际组织对受其支配的部队的控制水平。

为了回答这个复杂的问题，必须分析指挥和控制安排（军事用语称其为“C2”）以及多国行动中相应有效的权力水平。没有普遍适用的“一刀切”方法。C2 的结构因一个行动与另一个行动以及一个国际组织与另一个国际组织的不同而有所差异。然而，无可争议的是，部队派遣国并不将“完全指挥权”授予相关的国际组织，而一般只转让“作战指挥权”或“行动控制权”。从法律上讲，这意味着主持一项多国行动的国际组织通常对受其支配的军队所开展的军事行动拥有（这些术语在国际法意义上的）必要控制。

至于在联合国指挥和控制下开展的多国行动，对联合国相关原则进行分析并结合其在各种实际应用下的应用进行审查，可以看出，尽管部队派遣国提出大量注意事项及其对联合国指挥链可能进行的干预，联合国一般来说还是能对其军事行动施加必要的控制。因此，在联合国 C2 之下的多国行动，如果联合国部队被卷入本身可被归为敌对行动的冲突之中，那么可推定只有联合国特派团而非部队派遣国（更非联合国的会员国）应被视为武装冲突的一方。

就北约开展的多国行动而言，情况更加复杂。由于北约行动的 C2 结构具有非常复杂和特殊的性质，有观点认为，在原则上，如果北约部队介入武装冲突，作为冲突一方的并不仅仅是该组织。北约的 C2 安排——正如在阿富汗或利比亚执行的那样——显示出部队派遣国在战略、战役和战术层面的参与达到此种程度：有关国家显然有能力和权力在各层级和各阶段影响和干预北约的军事行动。部队派遣国与北约的 C2 结构联系如此紧密，以致几乎不可能辨别出究竟是北约本身还是部队派遣国对军事行动拥有整体或有效控制。鉴于此，北约行动通常应同时归于国际组织和部队派遣国。这种情况在国际人道法上合乎逻辑的法律后果是，北约和部队派遣国（但不是所有北约成员国）应被视为武装冲突的一方。此外，由于难以根据国际人道法从法律和实践中对参与此类行动之国家的法律地位进行区分，红十字国际委员会认为，在北约行动的框架内开展军事行动，特别是如果这些行动构成了总体敌对行动的一部分，部队派遣国就被

²⁰ 特别是基于有分歧的国际判例法，究竟适用“有效控制”还是“全面控制”标准目前存在争论。

赋予交战方的地位。在这种情况下，可以推定（尽管可以反驳），如果北约行动达到了武装冲突的门槛，那么参加此类行动的国家——与北约一起——构成武装冲突的参与方。

多国行动背景下国际人道法对人的适用范围

在“多层面”或“综合性”多国行动的情况下，国际人道法对人的适用范围问题显得尤为重要。这些行动的任务不仅包括对指定敌人的军事行动，而且还包括参与经济治理、民政管理、法治、解除武装——复员——重返社会的努力、政治进程、促进/保护人权和人道援助。为了完成这些任务，“综合性”多国行动同时雇佣军事、警察和文职人员。要完成构成武装冲突一方的多国特派团的不同目标，必然会引出其各类工作人员在国际人道法上的法律地位问题。

必须将一项多国行动的人员分成不同的类别，以评估国际人道法给予每个人的保护范围。为此，军事人员、文职人员和警察的情况，应分别进行分析。

卷入武装冲突的多国行动的军事部门的成员必须与特派团其余人员区分开来。一旦军事人员介入武装冲突，他们就成为区分原则意义上的“战斗员”。因此，无论其在军事部门内担负何种职责，只要多国行动是武装冲突的一方，他们就失去了免受攻击的保护。他们作为国际人道法上合法目标的地位适用于整个军事部门，即使行动部队由不同的部队派遣国派出的部队组成而且在特派团中执行不同的任务。他们在国际人道法上的地位依据局势的分类加以判定，并遵守国际人道法的相应规范。

参与经济/政治治理、促进/保护人权或人道援助的文职人员，必须被视为国际人道法意义上的平民，即使多国行动被定性为武装冲突的一方。多国行动的文职部门必须与其军事部门区分开来。因此，文职人员除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时以外，将继续享受免受直接攻击的保护，并受益于国际人道法赋予平民的保护。

取决于行动司令部对他们的用途，多国行动中警察部门的情况各不相同。在绝大多数情况下，他们的任务仅限于日常执法活动，与可能由军事部门开展的军事行动没有直接联系。只要他们正在进行执法任务，在国际人道法的框架下，警务人员必须被视为平民。因此，他们除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，也将受到国际人道法赋予平民的保护。

在特殊情况下，可能需要多国行动的警务人员（或更可能是其中一部分）——通过行动司令部正式或非正式的决定——为军事部门打击非国际性武装冲突中的非政府武装团体一方的行动提供军事支持。因此，从事此种活动的警察部队成员有效地承担起在武装冲突一方指挥下的武装部队的职能。其结果是，被指示进行战斗行动的部队中的警务人员（但只是此类人员）将失去免受直接攻击的豁免，直到他们离开该部队或者从军事部门开展的军事行动中永久退出。

最后，最近的实践表明，私营军事和安保服务公司可能被雇佣，代表参与多国行动的部队派遣国或国际组织执行任务。在这点上，应该采用与警察部门类似的方法。如果私营军事和安保服务公司人员通过派以持续作战职责的方式被纳入多国部队，他们将不再具有平民资格，并在此种任务持续期间成为国际人道法中的合法目标。

多国部队和尊重及确保尊重国际人道法的义务

正如前文所述，当代的多国行动经常以支持一个“东道”国武装部队打击一个（或几个）非政府武装团体的方式进行。这些行动要么由各国组成的联盟进行，要么由已经将其部队交由一个国际组织支配的国家进行，结合考虑这一情况，在各国行动中尊重并确保尊重国际人道法的义务就变得更为重要了。根据红十字国际委员会的观点，这一义务对参与多国行动的国家以及在其主持下采取多国行动的国际组织具有约束力。

参加多国行动并不免除各国根据 1949 年日内瓦四公约之共同第 1 条所承担的尊重及确保尊重国际人道法的义务。因为这些国家始终对本国派遣的部队保留一定程度的权力，部队派遣国必须继续确保该国派遣的部队遵守国际人道法。特别是，通过努力使其部队得到充分的训练、装备和指导，并通过对部队行使纪律和司法权力，履行确保尊重义务的“对内”要求。

此外，多国行动的复杂性并不会削弱对共同第 1 条所包含之义务的“对外”要求。根据这项义务，各国必须确保武装冲突的其他参与方——无论是国家、国际组织还是非政府武装团体——尊重国际人道法。这项义务不仅要求各国不得对违反国际人道法的行为予以鼓励、帮助或协助（如果一项具体行动预计可能违反国际人道法，就需要决定退出该行动），而且还要尽其所能发挥自己的影响力，说服交战各方遵守国际人道法。然而，一般认为，确保尊重国际人道法义务的这一层面，即发挥自己的影响力，是一项恪尽职责实施的手段义务。该义务的确切范围将取决于每一个案当时的情况和义务承担者可用的资源，特别是其影响（其他）交战者的能力。

同样有人提出，参与多国行动的国家和国际组织之间存在的“特殊关系”以及密切的军事联系，使其拥有独一无二的去影响盟友和/或其支持的一方，从而说服后者更好地尊重国际人道法。

可以说，多国行动构建了一个平台，为确保其他各方履行尊重国际人道法的义务提供了便利。红十字国际委员会经常重申在各国行动背景下确保尊重国际人道法的重要性，并定期（保密或公开地）提醒某一个或所有部队派遣国和国际组织，他们根据共同第 1 条或相应的习惯国际法所承担的义务。

四、国际人道法的保护范围：部分问题

（一）人道准入和援助

武装冲突，无论是国际性的还是非国际性的，总是给平民的生活带来破坏。由于战争造成破坏和贫穷，在平民居民被剥夺了基本物品和服务时，国际人道法预见到需要提供人道援助并加以规范。

在实践中，除了交战各方采取的帮助他们控制下居民的措施以外，包括红十字国际委员会在内的公正人道组织开展的人道行动，对于降低受武装冲突影响者的脆弱性并缓解其需求而言，仍然至关重要。然而，人道行动的有效性和效率，取决于能否快速和不受阻碍地接触到有需要的人。

对很多人道组织而言，准入问题仍然是一个重大挑战。困难可能缘于不接受或完全拒绝人道准入、安全隐患、后勤问题以及繁琐的行政要求等等。此外，最近的一些武装冲突证明，在国际层面上，人道援助问题正变得越来越政治化，一些交战方怀疑中立、公正和独立的人道行动在实际上是否可能。

为规范对武装冲突局势中有人道援助和保护需求之人的接触，国际人道法条约和习惯规则规定了相当详细的框架。

虽然适用于不同性质冲突（除占领之外的国际性武装冲突、占领、非国际性武装冲突）的相关规则稍有不同，但一般来说，规范人道准入的国际人道法框架是由四个相互依存的“层次”构成的。依照第一个层次，武装冲突的每一方都负有满足在其控制下居民基本需求的主要责任。第二个层次规定了公正的人道组织有权提供服务以开展人道行动，特别是受武装冲突影响的居民的需求不能得到满足之时。第三个层次假定，在武装冲突的情况下进行公正的人道行动一般须经有关冲突当事方的同意。根据第四个层次，一旦同意了公正的人道救济方案，武装冲突各方以及不是冲突当事方的所有国家，都被预期在其控制权限之内允许并便利救济物资迅速和不受阻碍地通过。红十字国际委员会认为，这些层次适用于所有形式的人道救济行动，包括“跨越前线”或“跨越边界”的行动。²¹

此部分不足以提供对上列各层次的详细分析；以下只进一步强调一些基本的法律问题。

公正的人道组织开展的行动是辅助性的，丝毫不减弱交战方满足在其控制下居民的基本需求的主要义务。尽管这种义务在有关占领的国际人道法相关规则中有明确规定，但关于国际性武装冲突（除占领外）和非国际性武装冲突的国际人道法规则并没有明确包含类似的规定。然而，红十字国际委员会的观点是，在这种情况下，武装冲突当事方满足其控制下的居民的基本需求的义务，可以从国际人道法的目的和宗旨推断出来。

1949年四个《日内瓦公约》各自的第9、9、9、10条和共同第3条确立了人道倡议权，在此各国明确承认，公正的人道组织，如红十字国际委员会，在解决国际性武装冲突和非国际性武装冲突所产生的人道需求方面发挥着重要的作用。具体而言，这一规定赋予公正的人道组织提供服务和开展人道行动的权利，国家不应将此视为对国内事务的非法干涉或不友好行为。在这种情况下，特别重要的是不可将根据国际人道法提供服务，以及随后进行的人道救济行动与“人道干涉权”或“保护的责任”相混淆。后者的概念与公正的人道组织在国际人道法规定的范围内开展的纯粹的人道行动截然不同。

²¹ 应该指出的是，尽管最近经常提到“跨越前线”或“跨越边界”的军事行动，这些都不是国际人道法的术语。这些军事行动受那些适用于任何其他类型的人道救援行动的国际人道法规则的调整。

根据国际人道法，只有被界定为公正和人道性质的组织才明确有权向武装冲突——无论是国际性武装冲突和非国际性武装冲突——各方提供服务。虽然这一法律体系并不妨碍国家或政府间国际组织等其他行动者提出类似的建议，但他们提供的服务不受国际人道法调整，他们不能声称其建议基于相应的以国际人道法为基础的倡议权。

不得将国际人道法中的任何规定解释为对公正的人道组织提供服务的权利加以限制。有观点认为，仅在有关平民居民没有充分获得其生存必需品时，才能提供此种服务。本报告认为，为提供服务设置这样的先决条件显然违背了国际人道法的条约和精神。

在适用范围方面，公正人道组织提供的服务应被解释为包括显而易见的人道行动。虽然国际人道法并没有明确界定人道行动的概念，但它显然具有援助和保护这两个层面。因此，人道行动是所有旨在保护生命和安全或者寻求恢复或保持武装冲突受害者身心健康的活动。此外，人道行动必须有利于所有在武装冲突中可能需要援助和/或保护的人。这意味着各国不能将行动仅限于面向平民；行动还可能惠及受伤和生病的战斗员、战俘、其他因武装冲突而被剥夺自由者以及其他人员。

虽然国际人道法授予公正人道组织提供人道服务的权利，但这不应该被理解为构成不受限制的人道准入权（即在实践中能够开展所提议之人道行动的权利）。公正的人道组织是否能够有效地在武装冲突地区提供服务，取决于他们能否获得有关方面的“同意”。就人道准入而言，“同意”的概念处于与近期武装冲突局势相关的法律辩论的最前沿。红十字国际委员会对这一问题的看法体现在 2014 年出版的《红十字国际委员会关于人道准入的问答及术语集》中。²²

关于同意的国际人道法规则在措辞和范围上各不相同。然而，有一点是明确的，无论涉及何种冲突类型（占领之外的国际性武装冲突、占领、非国际性武装冲突），公正的人道组织在冲突各方管辖/控制的领土内运营并开展人道行动前，必须征求并获得冲突各方的同意。

在国际性武装冲突中，国际人道法条文明确规定，同意仅需来自将在其境内开展建议之人道行动的“相关”冲突当事国。这可以理解为，如果救济行动发生在冲突一方的或由该方控制的领土上时，并不需要获得其敌对一方的同意。

共同第 3 条没有规定谁应该对于非国际性武装冲突中的人道救济行动予以同意。就近来一些非国际性武装冲突而言，有人认为在非政府武装团体控制的地区开展人道行动只需要他们的同意，而无需开展行动所在领土国政府的同意。然而，红十字国际委员会认为，在共同第 3 条规制的非国际性武装冲突中有必要取得哪一方同意的问题，应根据《第二附加议定书》第 18 条第 2 款确立的指南来回答，该条明确要求相关缔约方的同意。²³ 因此，应该征求其正在发生非国际性武装冲突之国家的同意，包括在该国已失去控制的地区所开展的救济活动。在任何情

²² 《红十字国际委员会关于人道准入的问答及术语集》，2014 年 6 月，网址为：

www.icrc.org/eng/assets/files/2014/icrc-q-and-a-lexison-on-humanitarian-access-06-2014.pdf.

²³ 红十字国际委员会关于第 18 条第 2 款的评论提到：“原则上‘缔约方’意味着当权政府。在特殊情况下，当无法确定哪一个是有当局时，鉴于援助受害者至关重要、不应受到任何延误这一事实，推定存在同意。”（第 4884 段）

况下，出于实践原因，红十字国际委员会在开展人道行动之前，都会争取有关非国际性武装冲突所有各方（包括非政府武装团体一方）的同意。

虽然人道行动的准入和实施取决于武装冲突各方的同意，但他们同意救济行动的决定却不是随意做出的。国际人道法始终设法在各方的利益和人道需要之间取得谨慎的平衡，并且当涉及救济行动时，完全尊重国家主权。

武装冲突的一方是否可以合法拒绝提供人道服务的请求，这个问题与它履行满足其控制下居民的基本需求这一主要义务的能力有着内在的联系。当相关当事方不能或不愿履行这一义务而公正的人道组织已在提供服务时，似乎就没有有效/合法的理由去抵制或拒绝同意。因此，根据国际人道法，可以认为冲突一方有义务接受提供服务的请求（例如，见《日内瓦第四公约》第 59 条：“……占领国应同意……”）。

根据国际人道法，迫切的军事必要并不是拒绝提供有效服务的合法理由。只能援引迫切的军事必要在地域上暂时限制行动，或在救济行动已被批准的情况下限制救济人员的移动（见下文）。如果并不存在有待满足的任何需求，以及/或者在提供服务过程中提议的活动不属于人道性质，或提供的服务并非来自公正和人道性质的组织，则可以拒绝提供服务。国际人道法并没有规定拒绝同意采取救济行动的任何其他正当理由。

近来，人们使用“任意拒绝/抵制同意救济行动”的表述来描述一种情况，即武装冲突的一方非法拒绝提供有效的人道服务。“任意拒绝/抵制同意救济行动”的表述并未出现在任何国际人道法条约中。但可以认为，拒绝给予同意导致该方违反自身承担的国际人道法义务的行为在国际人道法的框架内可能构成非法拒绝人道准入。例如，如果一方因拒绝而导致发生《第一附加议定书》第 54 条所禁止的使平民陷于饥饿的情形，或者一方不能按照包括国际人道法在内的国际法相关规则的要求对处于其控制下的居民提供人道援助，就会构成此种情况。

国际人道法并不规制拒绝同意的后果，也没有明确规定可能源自“任意拒绝/抵制同意”的一般性的准入权。因此，从国际人道法的角度看，认为任意拒绝/抵制同意可以作为未经同意的跨越前线/边界之行动合法性的正当理由，这一主张并不能反映当前的国际人道法。²⁴

有必要强调国际人道法对于以下二者所做的区分：一方面是在提出服务请求后从冲突一方获得同意的要求，另一方面是允许并便利救济方案的义务，用以实施其所接受的服务请求。

一旦救济行动原则上被接受，各国/武装冲突各方即有义务开展合作，并采取积极行动，以便利人道行动的进行。各方必须协助救济人员完成任务。这可能包括简化行政手续以尽可能便利签证或其他移民事务，财税要求，进出口规章，批准一线考察以及该组织工作所必要的特权和豁免。简言之，各方必须向该人道组织提供其适当履行约定的人道职能所需要的“所有设施”。还应采取措施保证行动的总体效果（如时间、成本、安全性、适宜性）。

²⁴ 这不妨碍根据国际法的其他分支提出的类似观点。

根据调整国际性武装冲突的国际人道法，允许并便利救济行动的义务不仅适用于武装冲突各方，而且适用于所有相关国家。这意味着，公正的人道组织为进入冲突地区可能需要通过非冲突当事国的领土，那么，非冲突当事国须授权此类过境通行。

规制非国际性武装冲突的国际人道法没有明确包含对第三国类似的义务。不过，如果公正的人道组织为了接触到非国际性武装冲突的受害者而需要通过其领土时，预计不构成非国际性武装冲突当事方的国家不会反对这种过境。构成国际人道法之基础的人道精神应鼓励非交战国为已被非国际性武装冲突各方接受的人道行动提供便利。

最后，根据国际人道法，允许并便利救济计划的义务并不妨碍相关参与者通过下列措施对其加以控制的权利：核实所提供援助的人道和公正性质；规定提供服务的技术安排，或如上所述，在迫切军事需要的情况下限定/限制救济人员的活动。

（二） 医务人员和物体的特别保护

无论是国际性还是非国际性武装冲突都会同样产生提供医疗服务的需求，这种需求既紧迫，又比平时期的需求更多。这是因为直接参加敌对行动的人可能受伤，而另一些人可能会在军事行动的进程中被直接攻击或附带受伤。

确保战场上的武装部队中受伤和生病的战斗员得到照料并保护致力于这项工作的人员和物体，是 1864 年起草的第一部《日内瓦公约》的主要原因。从那时起，在武装冲突中提供医疗服务的问题一直是国际人道法的重点。据此，为了在武装冲突中为伤者和病者维持足够的军事以及后来出现的平民医疗服务，已经制定了具体的规则。因此，国际人道法旨在保护由主管机关专门派用于履行医疗职责的特定类别的军事和平民人员和物体。由于该职责的排他性，他们享有特别的保护，在敌对行动期间免受攻击、伤害或对其任务的其他干涉。佩戴一种特殊标志——红十字、红新月或红水晶²⁵——的特权是赋予特别保护的可视符号。²⁶众所周知，这种特别保护建立在医务人员和物体只从事医疗任务的假定之上，而在其人道职责以外，参与等同于害敌行为的军事行动，将导致其丧失特别保护。

尽管存在特别保护制度，但在当代武装冲突中，针对医务人员、设施和运输工具的暴力、干扰和威胁仍然大量发生，对伤者和病者获得医疗照顾造成了重大影响。例如，国际红十字与红新月运动（以下简称“红十字运动”）的“战地救护面临危险”项目收集了各国有关伤者和病者以及医务人员和物体在敌对行动中受到直接攻击或附带伤害之事件的信息。该项目更宽泛的目标是使武装冲突和其他紧急状态下提供医疗服务更加安全。²⁷医疗设施和运输工具也被用

²⁵ 在 1949 年《日内瓦公约》及其附加议定书中提到的红狮和太阳，作为具有平等地位的标志，目前已没有任何缔约国使用。

²⁶ 除了调整由武装冲突一方提供给伤者和病者的医疗服务以外，国际人道法允许公正的人道组织（如红十字国际委员会，以及各国红十字会和红新月会）为进行医疗工作而提供其服务。另外，国际人道法还预设，平民可能在这方面发挥作用。虽然国际人道法只允许某些人（以及他们用以完成任务的物体）佩戴特殊标志作为保护装置，必须记住的是，那些无权佩戴特殊标志的人享有一般国际人道法赋予平民和民用物体的保护。

²⁷ 参见，例如，红十字国际委员会：《战地救护面临危险：影响医疗服务的暴力事件》，2012 年 1 月至 2014 年 12 月，日内瓦：红十字国际委员会，2015 年，网址为：www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4237-violent-incidents.htm。

于军事目的，包括发动攻击、存储和运输武器或建立军事指挥和控制中心，从而破坏对其医疗性质的信任，将其置于敌对方攻击的风险之中。

此类事件带来的根本性挑战并非是由于国际人道法缺乏相关的规则，而是由于其落实不够。尽管如此，由于现代战争越来越多在城市环境中进行且往往具有双方不对称的特点，这种性质体现出澄清和/或解释对医务人员、设施和运输工具特别保护机制的范围的重要性。两个具体的法律问题值得研究。第一个问题是，根据国际人道法关于敌对行动的规则进行比例评估时是否将军队医务人员和物体纳入考虑范围。第二个问题涉及“害敌行为”概念的范围，这会使得他们丧失特别保护，即失去被尊重和保护的资格。

攻击中的比例规则和预防措施对军队医务人员和医疗物体的适用

军队医务人员经常要在战斗地点附近工作，军队医疗物体也必须经常位于战斗地点附近，特别是在提供紧急医药照顾，包括急救的情况下。这里显然特别需要确保军队医务人员和物体受到保护，使其免受附带损害（巷战的情况下可能会加剧这种损害）。但是，存在争议的是，在攻击位于军队医务人员和物体附近的军事目标时，或者他们移动到军事目标附近时，此种保护是否仍必须予以保证。

有观点认为，军队中的伤者、病者，以及军队医务人员和医疗物体，不受攻击中的比例规则和预防措施的保护，因为《第一附加议定书》反映的相关习惯规则只提到附带的平民损害。根据这种观点，军队中的伤者、病者，以及军队医务人员和物体都被排除在相关规范旨在提供的保护范围之外，因为他们并不具有平民性质。

本报告认为，这一立场是站不住脚的。在实践中，这可能会导致：在军事目标附近提供的紧急医药照顾会减少，因为军队医务人员和物体不仅事实上面临着被附带伤害的风险，而且还无法享有使其免受此种风险的任何法律保护。

作为一个法律问题，首先，这种主张不符合尊重和保护军队医务人员和物体这一义务的严格性质，也背离了对其给予特别保护的目的是和宗旨。此种义务适用于任何情况（除非军队医务人员和物体进行，或被用于进行，害敌行为），这意味着无论如何他们都不得受到攻击或伤害，而且必须在敌对行动中采取一切可行措施保护他们免受上述攻击或伤害。此外，特别保护这一概念意味着提供比一般给予平民和民用物体的保证更高程度的保护。使用红十字、红新月或红水晶标志的权利就是证明。因此，建议对军队医务人员和物体提供低于其给予平民和民用物体的保护，就是与特别保护这一概念背道而驰。

其次，认真解读军事目标的定义就能看出，根据有关敌对行动的规则，军队医疗物体要被认定为民用物体。这是因为，军事目标只限于那些对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其毁坏、缴获或失去效用能够提供明确军事利益的物体。军队医疗设施和运输工具无法同时满足这些条件（至少只要它们不被用于从事人道职务以外的害敌行为）。既然根据国际人道法，不是军事目标的物体均属民用物体，那么军队的医疗物体必须被认定为民用物体。

第三，军队医务人员和物体不享受攻击时比例规则和预防措施保护而平民医务人员和物体则享受该保护的主张，违背了第一和第二附加议定书相关规则的基本宗旨，这些规则为此类人员和物体设定了统一的保护。

最后，许多国家的军事手册都支持在根据攻击时比例规则和预防措施评估附带伤害时涵盖平民和民用物体以外受保护的人员和物体。

“害敌行为”概念的范围

根据国际人道法，医务人员、设施和运输工具如果从事了“人道职务以外的害敌行为”，将失去特别保护。这显然会给向伤者和病者持续提供医药照顾以及未参与上述行动的医务人员和物体的安全造成严重后果。对医务人员和物体本身单纯的医疗性质失去信心，导致总体上更不愿意给予他们尊重和保护。尽管有这些分歧，国际人道法并没有界定“害敌行为”，也没有规定失去特别保护的确切后果，以及此种情况应持续多久。

国际人道法条约没有列举“害敌行为”，但列举了某些不构成此类行为的情形，包括医务人员为了自卫或保卫其照顾下的伤者和病者而备有个人轻武器。²⁸根据习惯国际人道法，一般被认为是“害敌”行为的实例是使用医疗设施掩护直接参加敌对行动的人，或储存武器弹药（不包括从伤者和病者身上临时发现并取走但尚未移交给有关当局的小武器和弹药）。其他实例是：利用医疗设施作为军事观察哨，或实际掩护军事行动；利用医务运输工具的运送健康的部队、武器或弹药，或用于收集和传递具有军事价值的情报。

当医疗物体被用于从事“人道职责以外的害敌行为”时，这一方面可能影响其受到尊重的资格，另一方面也可能影响其受到保护的资格。就后者而言，其被用于采取此种行动可免除敌方的义务（否则应对其适用），以确保第三方尊重医疗物体。就丧失受尊重的资格而言，可能提出的问题是，它们被用于从事“害敌行为”的事实是否会将其自动变为军事目标（这意味着他们失去免受直接攻击的保护），或者是否存在并不必然将医疗物体变成军事目标的“害敌行为”。在这种情况下，失去保护并不意味着容许直接攻击。本报告认为，并非所有形式的“害敌行为”都对军事行动有实际贡献，在当时情况下直接攻击它们也不会提供明确军事利益。不满足其中任何一个要求都意味着这类医疗物体不应被视为已成为军事目标（见《第一附加议定书》第 52 条第 2 款及与之相同的习惯法）。在这种情况下，应对这种害敌行为必须通过攻击之外的措施，如扣押（在针对医疗物体行使时受国际人道法调整，以确保受这种措施影响的伤者和病者继续得到照料）。但在大多数情况下，很难想象有这样的情形，从事人道职责之外的“害敌行为”不会将医疗物体转化为军事目标。

尽管如此，应该注意到，作为前述“战地救护面临危险”项目的一部分，在与军事专家进行磋商时，提出了一项不一定基于法律考虑的建议，应对丧失保护的医疗设施采取动能打击视为最后手段，应考虑对此类设施发动直接攻击以外的其他选择。

²⁸ 例如，见《日内瓦第一公约》第 22 条第 1 款，《第一附加议定书》第 13 条第 2 款第 1 项。

就医务人员而言，争论在于“害敌行为”与平民“直接参加敌对行动”的实质范围是否一样，或者更广。包括红十字国际委员会在内的一些机构，支持“害敌行为”的概念更为广泛的观点，因为某些通常被认为“害敌”的行为可能并不构成“直接参加敌对行动”。如果“害敌行为”不构成直接参加敌对行动，医务人员会失去其受到保护的资格。至于这对他们受到尊重的资格的影响，此种行为并不必然导致相关人员应受直接攻击。只有在这些行为同样可界定为“直接参加敌对行动”时方可攻击。

五、国际人道法和国际人权法下的武力使用

在许多当代武装冲突中，军队越来越多地被期待不仅开展打击敌人的作战行动，而且从事执法行动，以维持或恢复公共安全、法律和秩序。在占领²⁹和非国际性武装冲突局势中，包括那些第三国部队经同意在其领土上协助“东道”国作战的局势，情况尤其如此。

众所周知，敌对行动范式，即规范武装冲突中采用的作战方法和手段的规则和原则，专属于国际人道法。执法范式可以说主要源自国际人权法规则，更具体地说，来自禁止任意剥夺生命的规则，它规范国家当局为维持或恢复公共安全、法律和秩序而使用武力的情况。在这种情况下，应该指出的是，国际人道法也包含有限的几条有关执法行动的规则，如占领国维护公共秩序和安全的义务，或拘留国当局针对试图逃脱的战俘只能将使用武力作为最后手段的义务。³⁰ 海战法还包括在可能被视为类似于执法的情况下与使用武力有关的规则和原则，特别是封锁。³¹

在敌对行动和执法范式之间有着重要的区别。必要原则、比例原则和预防原则同时存在于两种范式之中，但具有不同的含义，发挥的作用也各异。根据敌对行动范式，允许一开始就针对合法的目标使用致命武力，而在执法行动中，使用致命武力只能在严格或绝对必要时作为最后手段采用。除非有必要保护人员免受迫在眉睫的死亡或重伤威胁或者防止严重威胁生命的特别重大犯罪，而且这一目标无法通过使用致命武力之外的危害较小的手段实现，那么就只能抓捕而非击毙构成威胁的人。此外，在执法行动中，比例原则要求平衡个人给自身带来的潜在危害风险与给与事无关的人带来的风险。就国际人道法而言，比例原则平衡的是攻击军事目标所带来的预期直接和具体的军事利益与预计对受保护的人员和物体（例如只是与事无关的人）造成的附带损害。因此，在一个特定的局势中确定可适用的规则至关重要。

但在武装冲突中出现的某些情况下，可能并不完全清楚究竟应该适用关于敌对行动的国际人道法规则，还是执法中的使用武力规则。在实践中，有时也很难在这些情况之间划一条清楚的分界线。

²⁹ 见上文脚注 8。

³⁰ 见 1907 年《海牙章程》第 43 条和《日内瓦第三公约》第 42 条。

³¹ 见《适用于海上武装冲突的国际法的圣雷莫手册》，1994 年 6 月，第 98 段，网址为：
www.icrc.org/ihl/INTRO/560?OpenDocument。

红十字国际委员会在 2011 年关于国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战的报告中概述了其对于国际人道法和国际人权法在武力使用方面的相互作用的想法。红十字国际委员会认为，在国际性武装冲突中，国际人道法构成了评估对合法目标使用武力之合法性的特别法。它指出，在非国际性武装冲突中，国际人道法规则和国际人权标准在使用武力方面的相互作用不是太清晰，而且在非国际性武装冲突中，各国使用致命武力要求结合具体事实分析相关规则之间的相互影响。该报告认为，有必要进一步探讨这一问题。

为了阐明这个问题，红十字国际委员会在 2012 年组织了一次关于“在武装冲突中使用武力：敌对行动和执法范式之间的相互影响”的专家会议。该会议力求确定武装冲突情况下敌对行动和执法范式之间的分界线。它特别重视非国际性武装冲突，在此种冲突中，两种范式之间的相互作用问题尤其重要。红十字国际委员会随后发布的会议报告提供了会上的讨论记录³²，但这并不必然反映该组织的观点。

会议讨论了关于武力使用的五个案例：

- 1) 在武装冲突中对合法目标使用武力
- 2) 骚乱（其中平民和作战人员混同在一起）
- 3) 打击犯罪
- 4) 拘留期间企图逃脱和暴动
- 5) 不遵守军令（以检查站为例）。

下文概述了红十字国际委员会对上述场景中所引发的一些法律问题的思考。

根据国际人道法，确定针对特定个人使用武力之规则的决定性标准是此人依据敌对行动规范是否为合法目标。这种情况可能是因为一个人的地位（他或她是国家正规武装部队的成员，通常由国内法规定）、职责（根据其履行的持续作战职责，他或她是国家非正规部队或者非政府武装团体的成员）或行为（他或她是直接参加敌对行动的平民）。

红十字国际委员会的观点是，在国际性武装冲突中，国际人道法构成了评估针对合法目标使用武力的合法性的特别法。红十字国际委员会认为，在国际性武装冲突中，在国际人道法适用的全部地域范围内，均是如此。

如上所述，在非国际性武装冲突中，情况不是太清晰，需要针对具体事实具体分析。红十字国际委员会提出，在非国际性武装冲突中，在实际敌对行动（被定义为对敌人集体诉诸战争的手段和方法）的局势中根据敌对行动规则，国际人道法允许——或者在法律上不禁止——冲突各方针对合法目标使用武力。

然而，对如下这样孤立的个人使用武力，情况也不是太清晰：根据国际人道法他虽然属于合法目标，但位于一国牢固和稳定控制的地区，在那里没有任何敌对行动发生而且可以合理地

³² ICRC, Expert Meeting: The use of force in armed conflicts, Interplay between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms, ICRC, Geneva, November 2013, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf.

预见到对手无法轻易获得支援。目前可以说存在三种立场。根据第一种立场，除国际人道法中的专门规则以外，国际人道法有关敌对行动的规则将不受限制地适用。³³ 根据第二种立场，在上面的场景中可能的武力使用应当由《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》建议九来规制。³⁴ 根据第三种观点，使用武力将仍然受执法规则规制。可以发现，后两种方法无论适用哪一种，在实践中某些有限的情况下可能导致类似的结果。

在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中，对特定区域或环境的控制程度以及在特定行动的时间和地点敌对行动的激烈程度，尤其构成了就适用国际人道法中关于攻击时预防措施的规则而言评估“可行性”的重要因素（《第一附加议定书》第 57 条）。根据红十字国际委员会的观点，在根据国际人道法中的军事必要和人道原则，确定是否可以一开始就对合法目标使用致命武力时，或者上述建议九是否应该发挥作用时，这些因素也非常重要。

如前所述，武装冲突的一方可能会发现自己身处这样的局势：他们同时面对着合法目标和享受免受直接攻击保护的平民。可以设想平民骚乱的情形，或者在犯罪集团活动的地区也发生着针对非国际性武装冲突中非政府一方的敌对行动的情形。本报告认为，在战斗人员和/或直接参加敌对行动的平民以及没有失去免受直接攻击保护的平民同时存在的情况下，应当采用“平行方法”。这意味着，针对合法目标，也就是战斗人员和直接参加敌对行动的平民，使用武力时应适用关于敌对行动的国际人道法规则，同时牢记比例原则和预防措施原则可以预防预计附带的平民伤害与预期的具体和直接军事利益相比过分的直接攻击。任何对享受免受直接攻击保护的人附带使用武力的行为，将继续适用更严格的关于在执法行动中使用武力的规则。³⁵

因此，举例说，如果在武装冲突情况下，平民对当局的示威演变成暴力，为应对这一情况使用武力将适用执法规则。如果敌方战斗人员位于骚乱平民的人群之中，可以根据关于敌对行动的国际人道法规则将其作为直接打击的目标。然而，他们的存在本身，或者战斗人员从人群中发起攻击的事实，并不会使暴乱的平民变成敌对行动的直接参与者。因此，在攻击战斗人员的情况下，需要采取国际人道法规定的所有预防措施，以避免平民伤亡。如果实际情况证明区分战斗人员和骚乱的平民特别困难，适当的方法是将整个情况按照执法来处理，并对所有构成威胁的人适用武力逐步升级的程序。

在逮捕不属于冲突一方的犯罪集团成员的行动中，只要该成员的暴力行为不能被视为构成直接参加敌对行动，也应适用执法方法来规制武力的使用。一个犯罪集团在敌人控制的领土上行动、向其支付“税款”或受益于其保护的事实，并不意味着其所有成员的暴力行为都构成直

³³ 根据这一观点，军事必要和人道原则贯穿于整个国际人道法体系，他们并不创造超越具体国际人道法规则的义务。

³⁴ 根据建议九：“除国际人道法对具体作战手段和方法所施加的限制外，且在不违背其他可适用的国际法分支所规定的其他限制的前提下，允许对不享有免受直接攻击之保护的人员所使用之武力的性质和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的实际所须的限度。”根据这种观点，军事必要和人道的基本原则意在总体降低允许采取军事行动的数量，从国际人道法并未明确禁止的行动，到在当时的情况下为达到军事目标而必需的行动。见 ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南), ICRC, Geneva, 2009, pp. 77ff, 网址为：
www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf [中文网址为
http://www.icrc.org/chi/assets/files/other/icrc_006_0990.pdf]

³⁵ 见《第二附加议定书》第 50 条第 3 款。

接参加敌对行动。即使针对不属于冲突一方的犯罪集团成员的逮捕行动会导致针对控制该行动区域的敌方战斗人员采取附带敌对行动，情况仍是如此。然而，取决于具体情况，在此情境中，如果犯罪集团的成员与战斗人员一道使用武力，就可以成为存在交战联系的一个迹象。

对暴动的被拘留者使用武力也受执法规则的规制，因为被剥夺自由的人显然是丧失战斗力的人，不论其被俘获或逮捕之前是否是合法目标。如果他们企图逃跑，情况也是如此，正如《日内瓦第三公约》关于战俘的规则所明确规定的那样。³⁶ 只有当战俘或战士成功逃脱，根据关于敌对行动的国际人道法规则，他们才重新成为可攻击的目标。

可能出现的另一个困难情况是，一个表面上威胁或者违背了军令的人，其地位、职责或行为不能立即辨明，例如当一个人接近检查站、军事设施或军事管制区域时。本报告认为，不遵守军令本身并不足以成为使用致命或潜在致命武力的理由。如对这样的人是否属于合法目标有疑问，红十字国际委员会认为，他/她必须被推定为享受免受攻击的保护。因此必须采用武力逐步升级的程序，其法律渊源是国际人权法中的必要性原则。然而应当指出的是，适用国际人道法关于采取一切可能的预防措施来查明一个目标是军事目标的要求，将导致同样的需求，即在措施上逐步升级，直到目标的地位被确认。

最后，使用武力的国家公务人员是武装部队成员还是警察，在国际法上意义不大，尽管这在国内法上可能非常重要。在实践中，如果军队对免受直接攻击保护的人——如武装冲突中的平民——使用武力，就以执法行动中关于武力使用的规则为准。³⁷相反，如果警察部队直接参加针对国际人道法中合法目标的敌对行动，他们也必须尊重关于敌对行动的国际人道法规则。

综上所述，如果可以合理地预期，军队将不得不从事执法行动，或者不得不对受保护的平民使用武力，他们就必须根据执法行动中规制使用武力规则进行装备和培训。这尤其要求，提供比火器杀伤力小的器械，而且就器械的使用方面为部队提供充分指导。反之，可能在武装冲突中被要求直接参加敌对行动的警察部队，也必须有充分的装备，并接受国际人道法的培训。

38

六、武装冲突中的拘留

有关武装冲突中剥夺自由的法律和实践问题仍然是政府、法律专家、实务工作者、学者和其他人士分析和争论的重点。国内和国际法庭，以及其他机构，也越来越多地权衡关于国际性武装冲突和非国际性武装冲突中拘留的国际人道法规则的适用，以及这一法律体系与国际法的

³⁶ 见《日内瓦第三公约》第 42 条。

³⁷ 应该指出的是，可以通过交战规则予以进一步的限制，例如，通过更狭义的自卫概念来限制武力使用。

³⁸ 培训特别需要涵盖那些规定作战手段和方法的规则，以及其与在执法行动中使用武力规则的差异，尤其是国际人道法禁止使用控暴剂作为战争手段（参见 1993 年《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器以及销毁此种武器的公约》第 1（5）条（1993 年从 1 月 13 日至 1 月 15 日开放签署，1997 年 4 月 29 日生效），1974 UNTS 45；以及 Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (以下简称红十字国际委员会习惯国际人道法研究【ICRC Customary IHL Study】), Cambridge University Press, 2005, Rule 75)。

其他分支之间的相互作用。通过最近于 2014 年 11 月发布的关于“武装冲突中的拘禁：基本规则与挑战”的意见书，红十字国际委员会将继续密切关注并推动正在进行的讨论。³⁹

众所周知，在国际性武装冲突中剥夺自由受制于广泛的条约制度。1949 年的四个《日内瓦公约》获得普遍批准，其中包含了超过 175 个调整此类武装冲突中拘留问题的条款。考虑到《第一附加议定书》也被广泛批准，以及适用于国际性武装冲突的习惯法，红十字国际委员会认为，当前的国际人道法可以充分解决因国际性武装冲突而被拘留者的法律保护问题。

适用于与非国际性武装冲突有关的拘留的国际人道法框架远非如此发达。共同第 3 条和《第二附加议定书》确实规定了对被拘留者的基本保护，但与 1949 年《日内瓦公约》和《第一附加议定书》为国际性武装冲突确立的规则相比，其范围和详细程度都非常有限。针对一系列法律和实践问题一直存在争论和分歧，在最近的域外非国际性武装冲突情势中，包括上述第三节概述的类型，复杂性更趋增加。

在提交给第 31 届国际大会的报告中，红十字国际委员会呼吁关注关于非国际性武装冲突中拘留规则缺失的问题。其中找出了它所认为的任何加强适用于非国际性武装冲突的法律时都应该解决的人道关切的四个具体方面。它们是：（1）拘留条件；（2）特别脆弱的被拘留者；（3）拘禁的理由和程序；（4）被拘留者的移送。

根据第 31 届国际大会的第 1 号决议，红十字国际委员会一直在进行研究，与各国、以及在适当的时候与其他相关行为体进行咨询和讨论，以期向第 32 届国际大会提供一份报告，就加强对被剥夺自由者法律保护的方式提供意见和建议。这一进程包括 2012 年和 2013 年与政府专家举行的四次地区性协商，2014 年与政府专家举行的两次专题协商以及与所有国家在 2015 年进行的一次磋商会议。

对协商过程的描述、背景文件以及为每个会议所准备的报告可访问红十字国际委员会的网站下载。⁴⁰如前所述，题为《加强保护被剥夺自由者的国际人道法》的最终报告，是提交给第 32 届国际大会成员的正式文件之一，供其审议和采取适当行动。考虑到所开展的研究和所提问题的综合性，以及包含在上述报告中的方案和建议，本节将不会进一步讨论武装冲突中的拘留所产生的法律和实践挑战。

³⁹ ICRC, Opinion Paper, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges,” November 2014, available at: www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges.

⁴⁰ Available at: www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-icrcs-work-strengthening-legal-protection-0.

七、作战手段和方法

（一） 新的作战技术

由于作战新技术的快速发展，特别是那些依赖于信息技术和机器人的技术，确保各方在充分了解具体情况的基础上，对这些新发展所带来的诸多复杂挑战进行讨论至关重要。

虽然国际人道法条约并不专门调整战争的新技术，但它们的发展和在武装冲突中的应用不能出现法律真空。与所有的武器系统相同，它们在使用时必须符合国际人道法，特别是其关于敌对行动的规则。确保这一点的责任首先在于每一个正在开发这些战争新技术的国家。

根据《第一附加议定书》第 36 条，在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时，缔约一方有义务判定，在某些或所有情况下，该新的武器、作战手段或方法的使用是否为国际法规则所禁止。对于新武器、包括战争新技术的法律审查，是确保各国遵守国际人道法的一个重要措施。更具体地讲，这是一种确保一国军队有能力按照其国际义务进行敌对行动，以及在不能保证尊重国际人道法的条件下新武器不致被过早使用的方式。然而，尽管有这一法律要求，而且每年都有大量国家在开发或获取新的武器系统，但根据已知的信息，只有一小部分国家拥有对新武器进行法律审查的适当程序。⁴¹

虽然新武器必须能够按照国际人道法关于敌对行动的规则使用这一点无可争议，但鉴于其独有的特点、意图和预期的使用环境及其可预见的人道后果，将这些规则解释并适用于战争新技术可能会遇到困难。最终，这些挑战可能会提出这样的问题：现行法律是否已足够清楚、是否有必要澄清国际人道法或制定新的规则以应对这些挑战。

网络战和自主武器系统是战争新技术的两个例子，提出了一系列的法律、道德和人道问题，下文仅简要提及其中的一些方面。

1. 网络战

网络空间是一个为全世界提供联系的虚拟空间。普遍认为在和平时期，特别是在经济、社会、信息和通信领域，这一特征具有很高的实用价值。

然而，它也带来了新的风险及安全隐患。因此，对网络空间的恶意利用已经日益成为政府、个人、企业和媒体最为关心的安全问题。虽然大多数被称为“网络攻击”的操作与武装冲突无关，但网络军事能力的发展及其可能在武装冲突中的应用增加了国家及其他行为体的不安全感。

红十字国际委员会认为，根据国际人道法的定义，“网络战”是指在武装冲突背景下作为作战手段和方法而使用的，通过数据流针对计算机或计算机系统开展的行动。与其他现实行动类似，网络战可能会作为武装冲突的一部分而被采用。网络战的概念可能还包括在没有现实行

⁴¹ ICRC, A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977, ICRC, Geneva, January 2006, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0902.pdf.

动的情况下单纯采用网络手段，此时这种手段的使用相当于武装冲突，即使目前还没有哪个国家公开将实际的敌对网络行动界定为武装冲突。

所幸，网络战迄今尚未造成巨大的人道灾难。虽然网络空间的军事潜力尚未被充分了解，但是从技术上讲，发动针对交通系统、电网、水坝、化工厂或核电厂的网络攻击似乎是可能的。这种攻击可以产生广泛深远的影响，从而导致大量的平民伤亡和严重损失。更为可能的是，网络战可能用于操纵民用基础设施或服务，从而导致并不必然造成人员直接伤亡的系统故障或中断。这种“兵不血刃”的攻击实则影响更为严重，例如水电供应被中断，或者银行系统被破坏的情况。

如前所述，尽管网络技术相对较新且发展迅速，但并不存在法律真空。红十字国际委员会对 2013 年和 2015 年发布的《从国际安全的角度来看信息和电信领域发展的政府专家组的报告》表示欢迎，该报告确认了“国际法，特别是《联合国宪章》的可适用性”，⁴² 并提到“既定的国际法律原则，包括适用情况下的人道原则、必要性原则、比例原则和区分原则”。⁴³ 越来越多的国家和国际组织公开宣称，国际人道法适用于网络战。

早在 2011 年，红十字国际委员会就指出，与任何其他武器、作战手段或方法（无论新旧）一样，在武装冲突中使用网络能力必须遵守国际人道法的一切原则和规则。不论网络空间是被看作：一个类似于空中、陆地、海洋和外层空间的全新作战领域；还是一个不同类型的领域（因为它是人造的而上述空间是自然形成的）；亦或本身就不是一个领域，这都没有任何差别。无论在何处使用，关于敌对行动的习惯国际人道法规则适用于所有的作战手段和方法。在《关于使用或威胁使用核武器的合法性的咨询意见》中，国际法院回顾道，在武装冲突中可适用的人道法的既定原则和规则适用于“所有形式的战争和所有类型的武器”，包括“那些未来的战争和武器”（第 86 段）。⁴⁴ 《第一附加议定书》第 36 条也明确了这一点。此外，《第一附加议定书》第 49 条第 3 款表明，本议定书的规则旨在适用于陆战和可能影响陆上平民的所有其他类型的战争。在这个意义上，网络战无疑至少部分地从陆上基础设施发动并针对陆上目标，同时可能对陆上平民造成影响。

必须强调的是，宣称国际人道法对网络战的适用性并非是对网络空间军事化的鼓励，并且无论如何不应当理解为对网络战的合法化。事实上，正如《第一附加议定书》序言（第 2 段）回顾的那样，任何国家诉诸武力，无论是以网络还是动能的方式，始终受到《联合国宪章》和诉诸战争权的约束。另一方面，如果且一旦国家或非政府武装团体在武装冲突中诉诸网络行动，尽管现有条约对网络战尚未明令禁止或明确规定，但坚持认为国际人道法可适用的主张重申，国际法中是存在限制的。

⁴² 见 Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security(政府专家小组关于在国际安全背景下信息与通信领域发展的报告)，A/ 68/98，2013 年 6 月 24 日，网址为：www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98，para. 19.

⁴³ 见 Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security(政府专家小组关于在国际安全背景下信息与通信领域发展的报告)，A/ 70/174，2015 年 7 月 22 日，网址为：www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/174，para. 28.

⁴⁴ ICJ, Legality of the threat or the use of nuclear weapons, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 226, 1996.

然而，正如 2011 年《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》报告中所强调的那样，坚称国际人道法对网络战的适用性仅是第一步，因为网络战引发了一系列解释和适用国际人道法的挑战。面临的挑战包括：网络空间匿名性所造成的困难；在没有现实行动的情况下，国际人道法适用于网络行动的模糊性；规范敌对行动的国际人道法规则中与“攻击”概念有关的争论；将这些规则——特别是禁止不分皂白的攻击和攻击时预防措施方面的规则——适用于网络战所面临的挑战。

在过去的四年中，红十字国际委员会就人类可能因网络战付出的代价以及上述挑战，与许多国家展开双边保密对话，并参与学术和其它公开场合的讨论。⁴⁵

保护重要民用基础设施免遭网络攻击所面临的挑战

近年来，越来越多的人开始关注保护重要民用基础设施免遭网络攻击，并呼吁保护其免受敌对网络行动的影响，包括通过制定网络空间中可接受的行为规范的方式。应当指出，在武装冲突中，只要网络攻击相当于国际人道法意义上的攻击⁴⁶，并且针对重要的民用基础设施，就已构成对国际人道法的违反，除非该基础设施同时被用于军事目的从而转变为军事目标。例如，服务于平民居民的饮用水和电力网络、公共卫生基础设施和银行首先是民用物体。再者，特别是居民赖以生存的供水系统是享有特别保护的物体。同样，水坝和核电厂因其不构成军事目标而免受直接攻击。即使它们在特殊情况下构成军事目标，国际人道法也禁止对其攻击，至少需要采取特别注意，以避免释放危险力量并给平民居民造成严重的损害。这并不是否认新规范的有用性甚至必要性，而是强调，新规范的制定应基于并加强现有的规范。

根据国际人道法条约或习惯中所包含的关于敌对行动的一般规则，保护的範圍取决于国家对某些概念和理念的解釋。

例如，敌对行动规则下对网络“攻击”概念的界定方式（见《第一附加议定书》第 49 条）将极大地影响国际人道法对重要民用基础设施的保护程度。考虑到网络空间中可能导致物体出现非物理损坏性质的功能失灵，讨论的焦点便是物体功能丧失这一概念。

一种观点认为，网络攻击仅仅指那些导致人员伤亡或物体损毁的行为。另一种观点是，分析要立足于恢复物体、网络或系统的功能所必要的措施。第三种观点是关注该行动对物体的功能所造成的影响。

有人提出，所有可能造成人员伤亡或物理损害的行动都构成攻击，包括这种损害是由于一项攻击可预见的间接或衍生影响所造成的，例如，针对电力网络的网络攻击切断了医院的电力供应，导致在重症监护病房的患者死亡。

⁴⁵ 例如，红十字国际委员会作为专家组 de 观察员参加起草了 2013 年出版的《关于可适用于网络战的国际法的塔林手册》。欲了解更多有关红十字国际委员会的参与意见，见“*What limits does the law of war impose on cyber attacks? Questions and answers,*” 28 June 2013, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/130628-cyber-warfare-q-and-a-eng.htm.

⁴⁶ 根据《第一附加议定书》第 49 条第 1 款，“攻击”是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为。”

红十字国际委员会还认为，不论采用现实还是网络手段使物体——如计算机或计算机网络——丧失功能，旨在实现这一目的的行动依据敌对行动规则就构成攻击。⁴⁷事实上，如果旨在破坏一个物体功能的行动不构成攻击，援引军事目标定义中“失去效用”一词（《第一附加议定书》第 52 条）就不再必要。此外，对攻击概念过度严格的解释，难以与保护平民居民和民用物体免受敌对行动影响的敌对行动规则的目的和宗旨相一致。事实上，在这种严格解释下，旨在使民用网络（电力、银行、通信或其他网络）功能失灵或附带使其面临此种风险的网络行动，即使会对平民居民造成潜在的严重损害，也可能无法受到国际人道法中禁止不分皂白的攻击及攻击时预防措施原则的约束。

然而基于目前对现实行动中的“攻击”这一国际人道法概念的理解，显而易见的是，并非所有的网络行动都构成攻击。第一，攻击的概念不包含间谍活动。⁴⁸第二，有关敌对行动的规则并不禁止一切干扰民用通信系统的行动。例如，对无线电通信或电视广播信号的干扰在传统上并不被认为是国际人道法意义上的攻击。⁴⁹

更一般地说，为了区分构成攻击和不构成攻击的行动，有人建议考虑某一行动的效果，以“妨碍”标准作为依据。然而，国际人道法既未对“妨碍”进行定义，也不经常使用该术语。

即使行为本身没有达到“攻击”的程度，但是构成“军事行动”的网络行动也受到区分原则的约束。根据这一原则，在任何时候都有义务区分平民、民用物体和军事目标，并经常注意在从事军事行动时不损害前者。⁵⁰

保护重要民用基础设施所依赖的网络基础设施面临的挑战

为了保护依赖网络空间的重要民用基础设施，保护网络基础设施本身至关重要。但在民用和军用网络交叉的领域存在挑战。大多数军事网络依赖于民用网络基础设施，如海底光缆、卫星、路由器或计算机节点。反过来，民用车辆、船舶和空中交通控制也越来越多地配备依赖于全球定位系统卫星的导航系统，而这些系统也应用于军事领域。民用物流供应链（用于食品和医疗供应品）及其他企业所使用的网页和通信网络，某些军事通信也同样使用。因此在很大程度上，区分纯粹的民用或军用网络基础设施是不现实的。

传统上对军事目标概念的理解是，如果某一物体同时具有民用和军用目的（所谓的“军民两用物体”），它就构成一个军事目标（其中可分离的部分除外）。严格适用这一解释可能会导致许多网络基础设施因构成军事目标的一部分而不再享有免遭攻击的保护，不论该攻击是网络攻击还是动能攻击。这是一个需要严重关切的问题，因为丧失保护随之而来的影响是持续增长的民用网络应用的中断。然而，由于网络空间设计的高度冗余性，其特点之一是数据流迅速

⁴⁷ 见 International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts: Report, October 2011（见前文脚注 5）。

⁴⁸ 诚然，对间谍行为与网络攻击（与现实行动相反）进行区分可能更加困难，因为大多数网络行动是基于对计算机系统获取访问权限。一旦获取这样的访问权限，就可以收集数据（间谍）、操纵或破坏数据、采用直接或间接的方式指示系统造成损害或毁坏物理实体。

⁴⁹ 相比于传统的动能或电磁攻击，网络行动中的攻击和不构成攻击的通信干扰之间的区别可能更为模糊。

⁵⁰ 《第一附加议定书》第 48 条和第 57 条第 1 款；红十字国际委员会习惯国际人道法研究，规则 1 和 15。

改道的能力。正如军事目标定义第二部分的要求，在评估目标的毁坏或失去效用是否在当时的情况下实际提供了明确军事利益时，应当考虑到网络空间内置的恢复性。

即使某些重要民用功能所依赖的网络基础设施成为了合法目标，一切攻击也都应当受到禁止不分皂白的攻击、比例原则以及攻击时预防措施的约束。在适用上述原则的过程中，评估任何计划中的行动预期造成的附带损害至关重要。正因民用和军用网络如此互联，在大多数情况下，必须考虑所有可合理预见的附带损害，包括攻击的衍生效应间接造成的附带损害。例如，在对根服务器或海底电缆进行攻击时，由于国际人道法难以限制此种攻击的效果，会产生对不分皂白攻击的担忧。在这种情况下，中立法所提供的保护也应当加以考虑。

保护重要民用数据所面临的挑战

对于重要民用数据的保护也引发越来越多的担忧。对属于国际人道法中享有特别保护的某类物体的数据，保护规则是全面的。例如，尊重和保护医疗设施的义务应当理解为延伸到属于这些设施的医疗数据。然而，有必要澄清的是，不享有此种特别保护的重要民用数据，如社会保障数据、纳税记录、银行账户、公司客户档案、候选人名单或记录等，已享受现有一般敌对行动规则保护的范畴。相较于物理性破坏，删除或篡改数据可迅速使政府服务和私人企业完全陷入停顿，并对平民造成比物体的实际毁坏更严重的损害。在当今这个网络依赖日益增加的世界，认为国际人道法不禁止此种行动的主张——要么是因为删除或篡改数据不构成国际人道法意义上的攻击，要么是因为此类数据未被视作禁止攻击民用物体所指的物体——似乎很难与该规范体系的目标和宗旨相协调。

保护平民和民用物体免受敌对行动影响的可行措施的重要性

国际人道法还要求冲突各方采取一切可行措施，以确保其控制之下的平民和民用物体免受敌对行动影响。这一义务必须在平时实施，特别是针对固定设施。尽管网络空间是一个全球范围的虚拟领域，但采取降低攻击影响的预防措施的义务似乎至少可以延伸到位于一国境内或被冲突一方占领的任何领土内的实体网络基础设施（以及依赖于这些设施而运行的物体）。

这就引发了网络行动中，包括针对国家重要基础设施的网络行动中，各国为保护其控制之下的平民居民所必须采取的措施问题。可以考虑的措施包括：将民用和军用网络基础设施分开；将重要民用基础设施所依赖的计算机系统与互联网分开；备份重要的民用数据；使用防病毒措施；预先做好安排，确保及时修复重要的计算机系统，对抗可预见的各种网络攻击。可开发其他途径——需要国际合作以及可能还需要对技术难题的创新解决方案——用于识别网络基础设施提供的网络空间与服务于医院等受特别保护之物体的网络，或从非军事化或受保护地带享受的保护中获得启示，评估此种方法可否有效移植到网络领域。

对网络能力进行法律审查的重要性

无论是出于进攻或防守目的，种种问题都强调了各国发展或获得网络战能力，以及根据国际人道法评估其合法性为何如此重要。特别是《第一附加议定书》第 36 条所要求的法律审查，

对确保可能在武装冲突中诉诸网络行动的武装部队和其他政府机构能够遵守其根据国际法承担的义务来说至关重要。然而，对于网络武器、作战手段和方法的法律审查可能面临一系列挑战。相较于动能武器，网络军事能力可能更难以标准化，尤其是为实施特定行动而开发的能力；此外，网络军事能力很可能需要不断做出调整，包括应对潜在目标进行的软件安全升级。

总之，红十字国际委员会认为，考虑到网络战的具体特点及其可预见的人道影响，阐明国际人道法如何适用于网络战将有助于揭示该规则是足够清晰的。鉴于网络战带来的新问题，随着技术的发展演进以及对人类进行网络战要付出的代价有更深入的了解，可能还有对国际人道法加以发展的必要。

2. 自主武器系统

在过去 15 年中，在空中、陆地、以及包括公海在内的水域，武装部队开发和使用机器人系统——特别是各种类型的武装无人系统——的现象激增。军工器械日渐精密以及士兵距离战场越来越远的过程，与战争本身的历史一样久远。然而，近来机器人与计算机技术的发展，结合军事作战的需求，产生了这样的迹象：减少或者去除人类对武器系统和武力使用的直接控制。这种模式的转变并非突然出现，而是随着时间推移，武器系统的自主性（特别是选择和攻击目标的“核心功能”的自主性）逐步提高的结果。

近年来，对自主武器系统的争论已经大大扩展到外交、军事、科研、学术和公共领域。其中包括 2014 和 2015 年在《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》（2001 年 12 月 21 日修订，简称《某些常规武器公约》）的框架内进行的专家讨论，以及 2014 年红十字国际委员会主持的专家讨论。对这一复杂问题的观点，包括红十字国际委员会的看法，正朝着理解不断深入的方向发展，如技术能力的现状及潜力、武器自主性的军事目的及其产生的遵守国际人道法和伦理上可接受性的问题。

定义

虽然对自主武器系统缺乏国际公认的定义⁵¹，但各种提议中的常见定义是指一个可以独立选择和攻击目标的武器系统。在此基础上，红十字国际委员会提出，“自主武器系统”是一个总称，它涵盖在其“核心功能”上拥有自主性的任何类型的武器系统，即武器可无需人工干预地选择（如搜索或探测、识别、跟踪、选择）和攻击（如使用武力、使失去效用、损坏或破坏）目标，而不论其在空中、陆地还是海上运行。初始激活后，武器系统本身——利用其传感器、事先编好的程序和武器——即可发动那些通常由人类直接控制的目标打击过程和行动。

在根本上，是核心功能上的自主性，使自主武器系统区别于其他一切武器系统，包括核心功能由人类操作员遥控的武装无人机。

目前，正在使用的一些武器系统已经具备核心功能的自主性。其中包括：空中和导弹防御武器系统、地面车辆“主动防护”武器系统、边境或边界武器系统（有时被称为“哨戒炮”），

⁵¹ 描述此类系统的各种术语有：“致命的自主武器系统”、“致命的自主机器人”和“机器人杀手”。

以及巡飞弹和武装水下航行器。许多此类武器系统都具有自主“模式”，这意味着它们可以在固定的时间段“开启”并自主运行。大多数自主武器系统都受到高度约束，如任务用途（如防守而非进攻行动）、攻击目标类型（车辆或其他物体，而不是人）和使用环境（简单、相对可预测和有限的环境，而非复杂、不可预测的环境）。重要的是，大多数现有的自主武器似乎都受到人类操作员的实时监督。

然而，未来的自主武器系统可能具有更多的行动自由来确定目标、其运行不受严格的时空限制并且对快速变化的环境作出反应。目前的技术发展速度迫切需要对此类武器的法律、人道和伦理影响进行思考。

自主武器系统是否符合国际人道法

根据目前和可预见的机器人技术状况，确保自主武器系统以符合国际人道法的方式使用面临着巨大的技术挑战，因为这些武器被分配以更加复杂的任务，并被部署在前所未有的更加动态的环境中。

主要的挑战包括：武器系统能否自主地区分军事目标和民用物体、区分平民和战斗员、区分失去战斗力的人员和活跃的战斗员。另一关键挑战在于，武器可否进行编程，以检测和衡量诸多环境因素和变量，从而按照比例原则的要求，确定攻击是否可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分。同样，如果很明显目标不是军事目标、或受特别保护、或者攻击可能违反攻击时预防措施规则所要求的比例原则，取消或暂停进攻所需要的武器编程能力也面临着巨大的挑战。

因此，在自主武器系统可能遇到受保护的人或物的情况下，在技术上是否可能依据国际人道法中的区分原则、比例原则和攻击时预防措施原则，对其进行编程以执行上述规则所要求的复杂的、基于环境的评估，就引发了严重的质疑。这种定性评估本质上还是需要人类独有的推理和判断能力才能进行。

鉴于这些挑战，是否有能力开发和符合国际人道法的自主武器系统就引发严重怀疑，但至少可在可预见的将来，其可以适用于最有限的场景和最简单的环境。在这方面，为确保符合国际人道法，在对目标进行选择 and 攻击的过程中，需要整体的人类控制或监督以确保尊重国际人道法，似乎是显而易见的。确保自主武器系统符合国际人道法所需的人类控制或监督的种类与程度，尤其取决于自主武器的类型、被设计用于执行的任务、预期使用的环境以及进行编程以便攻击的目标类型。

对自主武器系统的法律审查

根据国际人道法的要求，各国对其发展和采购的任何自主武器系统进行的法律审查中，都应认真考虑上述挑战。与所有武器一样，核心功能上具有自主性的武器的合法性取决于其具体特点，以及基于这些特点，它能否在打算和预期使用的所有情况下都以符合国际人道法规则的方式被使用。进行这种法律审查的能力要求充分了解武器性能并预见其影响，尤其通过测试的

方式。然而，如果自主武器系统本身日益能够在复杂环境中决定自己的行为，那么预见其影响就会越来越困难。

在即将部署自主武器系统的环境中，其行为的可预期性必须足够高，从而使准确的法律审查成为可能。事实上，部署其效果完全或部分无法预知的武器系统，极有可能带来违反国际人道法的重大风险。在这方面，审查者面临的一个关键问题是，在使用性能不可预期的武器时，如何评估和减轻其风险。该风险可能高到武器不得加以使用；否则的话，减轻风险就可能需要对武器系统的核心功能进行适当的人类控制，从而限制甚至消除武器的自主性。

审查自主武器系统合法性所面临的另一挑战，是缺乏测试这些武器的标准化方法和协议。这也可能会影响法律审查的准确性。

使用自主武器系统的责任

有些人担忧，人类对自主武器系统失去控制可能会导致违反国际人道法情况下的“问责盲区”。其他人则认为，这一盲区从不存在，因为总有人类参与决定武器的部署，而责任可归因于该人。不过，如何对自主武器不可预期的“行为”进行归责，目前尚不明确。

例如，根据国际人道法和国际刑法，对于严重违反国际人道法的情况，由于自主武器系统不受控制且不可预期，很难找到参与编程和部署武器并为严重违反国际人道法的行为负责的人。由于机器自行作出目标打击的决定，他们可能缺乏对上述结果的明知或故意。此外，程序员本来也不可能得知武器在后续阶段被部署到的具体场景以及可能发生违反国际人道法的情况。另一方面，故意给自主武器进行编程以犯下战争罪的程序员当然要承担刑事责任。同样，指挥官要为决定以非法方式使用自主武器系统承担责任，例如，在无法区分平民和战斗员的人口稠密地区部署杀伤人员的自主武器。此外，故意决定部署性能和效果不可预期的自主武器的指挥官，如果其部署武器的决定根据当时的情况看起来很草率，就要为任何随之发生的严重违反国际人道法的行为承担刑事责任。

根据国家责任法，除对武装部队违反国际人道法的行为进行追责以外，对于自主武器系统造成的违反国际人道法的行为，一国要因其部署前完全没有或不充分地进行测试或审查而担责。根据产品责任法，厂商和程序员也要为自主武器系统的编程错误或功能故障而负责。

公众良心要求之下的自主武器系统

随着武器系统核心功能自主性的日益提高，有一点已达成共识，目前在使用武力的决策方面，距离机器完全取代人类决定目标的选择和攻击已经不再遥远。在使用武力和剥夺生命方面，人类扮演什么角色，承担什么责任，这引发了深刻的道德和社会问题。

不论自主武器系统是否符合国际人道法，对自主武器核心关注的根本问题是，在武装冲突中无人介入的情况下，人道原则和公众良心⁵²的要求是否允许机器对人的生死做出决定。近

⁵² “人道原则和公众良心的要求”主要规定于《第一附加议定书》第1条第2款和《第二附加议定书》的序言部分，被称为马顿斯条款。在1996年对使用或威胁使用核武器的合法性问题的咨询意见中（见前文脚注44），国际法院

年来，各国、专家、民间团体和公众的讨论表明，人们对于任何超出人类控制的武器系统的想法，都存在着强烈的不适感。

前景：对武装冲突中的武力使用进行有意义的人类控制

2014年和2015年，政府专家在《某些常规武器公约》框架下的讨论表明，广泛同意的是，无论基于法律、道德还是政策原因，必须保留对武器系统核心功能进行有意义的、适当的或有效的人类控制。鉴于军事机器人技术的快速发展，各国有必要采取具体措施，来防止武装冲突中人类丧失对武力使用的控制。

现有自主武器系统的经验可以为限制武器系统核心功能的自主性提供指南。在这方面，红十字国际委员会鼓励已经部署或正在开发自主武器系统的国家共享经验，即如何确保这些武器系统的使用符合国际人道法，以及决定使用这些武器所需的限制和条件，包括必需的人类控制水平，无论基于法律、伦理还是政策原因。

（二）在人口稠密地区使用爆炸性武器

在当代武装冲突中伤害日趋严重

越来越多的敌对行动发生在人口中心，从而加剧了平民遭受危害的风险。随着城市化的发展，当代武装冲突中这种趋势只可能继续。交战双方常常为避免在野外面对敌人而混入平民居民中，使这一问题雪上加霜。然而，武装冲突经常继续使用最初设计用于开放战场的武器系统。这种武器在开放战场上使用时，通常没有理由引起人们的关注，但当它们被用于攻击位于人口稠密地区的军事目标时，就很容易产生滥杀滥伤效应，常给平民居民带来灾难性后果。

事实上，在人口稠密地区使用影响范围巨大的爆炸性武器，会给平民造成可怕的损失。最近的武装冲突已经证实，使用这种武器是造成平民伤亡、民居及重要民用基础设施破坏和损害的主要原因，随之而来的是医疗服务和供水等基本服务的中断，以及平民居民的流离失所。在人的健康方面，这些影响不限于死亡、人身伤害和长期残疾，还包括对精神健康的长期影响。在人口稠密地区使用爆炸性武器也影响医疗设施和服务运转、应付大量伤员及特定的创伤以及提供充分照顾的能力。在长期使用爆炸性武器的环境中，上述影响十分突出，随着时间推移带来的是基本服务的衰退并给公众健康带来严重风险。

在人口稠密地区使用爆炸性武器时，因援助武装冲突受害者的缘故，红十字国际委员会始终直接见证着上述影响。红十字国际委员会已在与此类武装冲突的各方就敌对行动进行的双边保密对话中，作为对话的一部分提出了自己的担忧。2009年以来，它也一直公开表示对在人口稠密地区使用爆炸性武器的担忧。

经确认，马顿斯条款的适用性“是无可置疑的”（第87段），它“被证明是应对军事技术的快速发展的有效途径”（第78段）。

2011年，在其提交给第31届国际大会的报告中，红十字国际委员会指出，“考虑到爆炸性武器可能不分皂白的特性，尽管没有明确的法律禁止性规定，红十字国际委员会主张，避免在人口密集的地区使用影响范围巨大的爆炸性武器。”⁵³

2013年，红十字运动呼吁各国“加强对平民的保护，使其免遭爆炸性武器不分皂白地使用及其特性的影响，包括通过严格适用国际人道法现有规则的方式，避免在人口稠密地区使用影响范围巨大的爆炸性武器。”⁵⁴

与此同时，自2009年以来，同联合国机构和许多非政府组织一样，联合国秘书长考虑到在人口稠密地区使用爆炸性武器的人道影响，也始终致力于引起联合国会员国对加强平民保护之必要性的关注。越来越多的国家也都承认这种现象引发了人道担忧。

在一系列武装冲突中，红十字国际委员会继续记录使用这些武器对平民造成的影响。它还在进一步研究可能在人口稠密地区使用的、预期具有大范围影响的某些类型的爆炸性武器的技术特性。它还选择一些武装部队进行对话，以更好地了解与在人口稠密地区选择和使用爆炸性武器相关的现有军事政策和实践。这也深化了对规范在人口稠密地区使用爆炸性武器的国际人道法规则的分析。为了帮助在这些问题上形成讨论和自己的看法，红十字国际委员会召集政府和独立专家于2015年2月召开了一次会议。⁵⁵红十字国际委员会目前的看法和观点概述如下。

定义问题：在“人口稠密地区”使用“影响范围巨大”的“爆炸性武器”

爆炸性武器，是指通过爆炸力造成伤害或损害的武器⁵⁶，在人口稠密地区使用时“影响范围巨大”或有“大范围影响”，由于：

- 个体弹药有巨大毁伤半径，即巨大的冲击力和破片杀伤范围或效果（例如大型炸弹或导弹）（如大型炸弹、大口徑迫击炮和火箭弹、大型导弹和重型炮弹）；
- 发射系统缺乏精度（通常是间接瞄准武器，如迫击炮、火箭弹和火炮（尤其是使用非制导弹药时）和非制导的空投炸弹）；或
- 设计用于发射多弹药的武器系统（如多管火箭炮）。

在这方面，在人口稠密地区使用爆炸性武器的问题并非只关注一个武器，而是一系列不同的常规武器系统，并要考虑到其使用的环境，包括居住在人口稠密地区的平民的典型弱点。

至于简易爆炸装置，可能属于上述三大类爆炸性武器之一，用于人口稠密地区时也引起人们的关注。

⁵³ 见《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战：报告》，2011年10月，网址为：www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf, p. 42.

⁵⁴ 代表会议2013年第7号决议，“武器与国际人道法”（CD/13/R7），第4段。

⁵⁵ 红十字国际委员会，《专家会议——在人口稠密地区使用爆炸性武器：人道、法律、技术和军事方面》，红十字国际委员会，日内瓦，2015年6月。

⁵⁶ “爆炸性武器”的定义为，由高爆炸物质的爆炸激活并产生冲击力和破片杀伤效果的武器。

“人口稠密地区”和“人口聚居区”这样的术语，应理解为“平民集中地区”的同义语，后者是唯一被国际人道法条约定义的术语，即“平民或民用物体集中的城镇、乡村或其它地区”。⁵⁷

直接攻击平民或民用物体超出了本次对人口稠密地区使用爆炸性武器讨论的范围，因为这种袭击显然违反国际人道法，无论使用何种类型的武器。

总之，与此处讨论的“在人口稠密地区使用爆炸性武器”相关的挑战，是指针对位于平民集中地的军事目标使用爆炸性武器时，由于其大范围的影响，预期可能造成重大平民伤亡和/或民用物体损害，以及对平民居民的长期危害。

可能不分皂白的特性

鉴于上文概述的人道后果，并如前所分析的，红十字国际委员会的观点是，影响范围巨大的爆炸性武器，因其可能不分皂白的特性，不应该在人口稠密地区用，这意味着对位于人口稠密地区的军事目标使用此种武器可能违背国际人道法禁止不分皂白和不成比例的攻击的规则。

不分皂白的攻击是指在性质上无法区分军事目标和平民或民用物体的打击，主要是因为他们采用的作战手段或方法不能针对特定的军事目标，或者其效果不能按照国际人道法的要求加以限制。⁵⁸不成比例的攻击和大规模轰炸被视为不分皂白的攻击的具体形式。比例规则禁止

“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击。”⁵⁹大规模轰炸被定义为“使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其他地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击”。⁶⁰武装冲突各方在一切情况下都必须尊重上述规则⁶¹，即使他们并没有其他可选择的更具区分能力的武器或战术。

在这些义务之外，关于攻击时预防措施的国际人道法规则要求武装冲突各方在进行军事行动时，应经常注意不损害平民居民、平民和民用物体。⁶²该规则特别要求“计划或决定攻击的人应”采取“一切可能的预防措施，以期避免，并无论如何，减少平民生命附带受损失、平

⁵⁷ “平民集中地区”一语出现在禁止大规模轰炸的规则中，这是一种被禁止的不分皂白的攻击，规定于《第一附加议定书》第 51 条第 5 款第 1 项、1996 年 5 月 3 日修订的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》（1996 年 5 月 3 日通过；1998 年 12 月 3 日生效）2048 UNTS 93（以下简称 CCW 第二议定书修订本）第 3 和条第 9 款和第 7 条第 3 款。“平民集聚”这一术语的定义出现于《特定常规武器公约》（简称 CCW）的《禁止或限制使用燃烧武器议定书》（1980 年 10 月 10 日通过；1983 年 12 月 2 日生效，1342 UNTS 137）的第 1 条第 2 款，“平民集聚是指任何长期或暂时的平民集聚，例如城市中居民住区、城镇和农村居民住区，或难民或疏散人口的营地或队伍，或游牧人群。”《第一附加议定书》第 58 条第 2 款在规规定防止攻击影响的预防措施时出现了“人口稠密区”这一术语，并未在该议定书或其他国际人道法条约中予以界定。

⁵⁸ 《第一附加议定书》第 51 条第 4 款。这是一条既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法规则。

⁵⁹ 《第一附加议定书》第 51 条第 5 款第 2 项。这是一条既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法规则。

⁶⁰ 《第一附加议定书》第 51 条第 5 款第 1 项。这是一条既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法规则。

⁶¹ 见《第一附加议定书》第 51 条第 1 款。

⁶² 见《第一附加议定书》第 51 条第 1 款。这是一条既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法规则。

民受伤害和民用物体受损害”。⁶³在人口稠密地区进行敌对行动时，预防措施规则可能要求各方选择其所具有的最精确的武器，或考虑其他可选择的武器和/或战术。

在评估攻击是否属于不分皂白或不成比例的以及是否已采取一切可能的预防措施时，绝不能基于事后的认识，而只能根据指挥员在进攻时所掌握的信息。这些信息包括，考虑到在其处置之下的武器的固有特性及其使用环境（包括军事目标所处的物理环境以及周围平民和民用物体的脆弱性）而产生的可预见的影响。这些因素中，指挥官具有最大控制权的是武器的选择及其使用方式。在这方面，指挥员能够操纵以尊重上述国际人道法规则的与武器的选择和使用相关的变量包括：弹头（弹药）类型和尺寸、引信的类型、发射系统、目标与武器发射点的距离以及攻击的角度和时间。武装部队在选择和使用武器方面的技术能力也是影响攻击的结果的关键因素。⁶⁴ 不过，即使考虑到所有这些措施和预防手段，在人口稠密地区使用某些爆炸性武器时，可能仍然很容易对平民和民用物体造成严重的附带影响。

虽然对于在人口稠密地区使用任何爆炸性武器都必须遵守上述国际人道法规则这一点并无争议，但对于这些规则是否足以规范此种武器的使用，或是否有必要澄清其解释或制定新的标准或规则，则有不同看法。根据当今见证的在人口稠密地区使用爆炸性武器的影响，使用这些武器的各方如何解释和适用国际人道法，也存在严重问题。军队的不同实践，专家以及国际刑事法庭的判例法之间对于何为法律上可以接受的做法的截然相反的观点，指出了国际人道法的含混不清之处，各国有必要澄清其对有关国际人道法规则的解释，或制定更明确的标准，以切实保护平民。

在任何方面，禁止不分皂白的攻击和攻击时的比例规则和预防措施规则，其中每一个都要求在军事必要和人道考虑之间进行谨慎的平衡，这些规则由各国制定，根本目标在于保护平民和民用物体免受敌对行动的影响。对这些规则解释并适用于在人口稠密地区使用爆炸性武器时可能出现的任何挑战，在加以解决时都必须牢记这一根本目标。其中许多挑战都概述如下：

在人口稠密地区使用爆炸性武器与禁止不分皂白的攻击

禁止不分皂白的攻击考虑到一个事实，即在某些情况下使用的完全合法的作战手段和方法，在其他情况下（包括由于其使用的方式）就可能具有不加区分地打击军事目标和平民及民用物体的性质。⁶⁵ 在人口稠密地区作战当然就是使在其他情况下（如开阔的战场）可以合法使用的爆炸性武器变为不分皂白性质的情况。

⁶³ 《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 2 目。这是一条既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法规则。可能的预防措施规定在《某些常规武器公约》经修订的第二议定书第 3 条第 10 款，是那些“考虑到当时存在的一切情况、包括从人道和军事角度考虑”的预防措施。

⁶⁴ 关于武器选择和使用各种因素，请参阅 ICRC, Expert meeting – Explosive weapons in populated areas: Humanitarian, legal, technical and military aspects, ICRC, Geneva, June 2015, pp. 5-6; see also Yves Sandoz et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (hereafter Commentary on the Additional Protocols), ICRC, MartinusNijhoff Publishers, Geneva, 1987, para. 2212.

⁶⁵ 见该附加议定书评注，第 1962 段。

禁止不分皂白的攻击，包括其采用的发射方法或手段不能以特定军事目标为对象的攻击。⁶⁶ 目前还不清楚在一般情况下或特定的作战情况下，各国认为的、根据这一规则可以接受的武器精确性的程度或标准是什么。无论如何，任何精确度的标准都必须符合保护平民免受敌对行动影响的总体目标。

然而，某些类型的爆炸性武器系统所固有的不精确性——比如很多当前使用的火炮、迫击炮和多管火箭炮，尤其是使用非制导弹药时，以及非制导的空投炸弹——使其在人口稠密地区使用时，引起了对其不分皂白攻击的严重担忧。虽然增加发射系统的精确度将有助于降低武器在人口稠密地区的大范围影响，但精确度也可能因使用大口径弹药——即相对于军事目标的大小具有较大破坏半径的弹药——而丧失，这可能仍然违反了国际人道法。

随着新的作战手段和方法的发展，尤其是精确制导武器的发展，对禁止不分皂白的攻击这一规则的解释可能变得更加苛刻。例如，在禁止大面积轰炸的规则中“分散而独立的”军事目标的含义应理解为意味着距离至少足够大，使分别攻击各个军事目标成为可能。⁶⁷ 这种理解意味着禁止大面积轰炸规则的实际适用，并通过扩展禁止不分皂白的攻击的范围，可以根据新的武器能力的发展而演变。

在人口稠密地区使用爆炸性武器的衍生影响和攻击时的比例规则及预防措施规则

在人口稠密地区使用爆炸性武器攻击的最明显效果是武器的冲击波和破片所造成的直接平民伤亡和民用物体的破坏。不那么明显，但同样具有破坏性的是攻击的衍生效果（也被称为“间接”、“连锁”或“长期”效果），这是对某些民用物体的附带损害后果。例如，对平民家园的附带损害很可能导致平民流离失所，而对医院的附带损害则可能会导致医疗服务的中断，而这反过来又可能导致患者的死亡。关键的民用基础设施，如重要的水电设施和供应网络，在爆炸性武器的附带效果面前特别脆弱和易受伤害。依赖于关键基础设施的基本服务之间相互依存，中断一种服务就会对其他服务有连锁的影响。因此，对关键基础设施的附带损害可能会导致平民居民赖以生存的基本服务严重中断，如医疗服务、能源和水供应和垃圾管理，从而导致疾病蔓延和死亡人数增加。在长期的敌对行动中，由于在很长一段时间内在人口稠密地区使用爆炸性武器，这些影响会加剧。

由此产生的问题是，根据前面阐述的国际人道法中的比例规则和攻击时预防措施规则，攻击方是否必须考虑在人口稠密地区使用爆炸性武器进行攻击产生的衍生效果，以评估预期的附带平民伤亡和民用物体损害。虽然红十字国际委员会承认，对指挥官来说考虑到攻击所有可能的影响既不现实也不可能，但它仍认为，那些在现有情况下可预见的衍生效果，必须予以考虑。

⁶⁶ 见《第一附加议定书》第 51 条第 4 款第 2 项。《某些常规武器公约》经修正的第二议定书第 3 条第 8 款在其“不分皂白地使用”地雷、诱杀装置和其他装置的定义中，包括任何部署这种“使用一种不可能针对特定军事目标的投送方法或手段”的武器。

⁶⁷ 见附加议定书评注，第 1975 段：“考虑到可采用的手段，当相互分散的两个军事目标之间的距离足以让它们单独受到攻击时，应当充分应用该规则。然而，即使该距离不足以单独受到攻击，仍应考虑攻击导致的过分损失。”

虽然此观点获得一定的支持，攻击的哪些衍生效果是“可以预见的”仍然存在不确定性。虽然如上所述，这种评估应基于具体环境，但红十字国际委员会提出，可通过一种客观化的方式进行构建，即可预见的事项基于如下标准——“在[攻击方]所处的环境中，一位通情达理的消息灵通人士，合理利用其所获得的信息”。⁶⁸在这方面，它提出，计划并决定攻击的人有义务尽一切可能获取信息，以便对平民和民用物体受到的可预见的附带影响进行有意义的评估。此外，在特定情况下，指挥官可以客观预见的情况，必须建立在其本国武装部队过去获取的经验和教训的基础之上。还应该考虑到其他军队在城市作战中不断增长的经验，如果能够获得的话。换言之，由于对在人口稠密地区使用爆炸性武器的衍生效果的理解不断深入，这种知识可引入未来基于攻击时的比例规则和预防措施规则所做的评估和决定。

目前还不清楚武装部队如何将考虑可预见的对平民和民用物体的附带衍生效果的义务整合进其军事政策和实践，比如附带损害评估。基于在人口稠密地区使用爆炸性武器的影响，即当前被见证的大量平民伤害，按照攻击时的比例规则和预防措施规则的要求，衍生效果是否得到了充分考虑，还存在相当大的疑问。

更好地了解国家的立场、政策和实践

在军事目标中与受保护的人员和物体相混杂的人口稠密地区作战，给武装部队带来了重大行动挑战。军事指挥官有责任将攻击对平民的附带影响降到最低，而在平民和民用基础设施是战场主要特点的环境中，更突出了这一责任。当敌对一方故意夹杂在平民之中以掩护其军事活动时——这是一种违法行为，但不免除攻击方自身的国际人道法义务，情况同样如此。因而在计划阶段，城市作战就要求有更为苛刻的分析过程，以及在实时情况下进行复杂决策。由上可见，比起在开阔地带采取敌对行动，军事指挥官有更多的因素要考虑。

比在开阔地带更加如此，攻击方在人口稠密地区遵守国际人道法的能力更取决于其选择使用或不使用的作战手段和方法，要考虑到其在这样的环境中可预见的效果，包括其衍生效果。尽管一些军事实践，如“附带损害评估”和“最小安全距离”的方法，以及从攻击后“战斗损伤评估”和“行动后审查”所获得的经验教训，可能有助于最大限度地减少附带平民伤害，但目前还不清楚这些方法如何整合上述讨论的国际人道法规则的要求。

似乎可以肯定的是，在人口稠密地区选择和使用作战手段和方法方面，对武装部队进行全面培训，包括他们使用的武器的技术能力，对于在此种环境中避免或尽量减少附带平民伤害来说至关重要。此外，在人口稠密地区使用某些爆炸性武器时可适用的关于目标打击的具体指令，必须确保遵守国际人道法。

然而，根据现有信息，只有少数武装部队进行了城市作战的专门培训，或者以其他方式将具体限制适用于在人口稠密地区选择和使用爆炸性武器，以避免或最大限度地减少附带平民伤害。更好地了解现有军事政策和实践，更清晰地阐明各国如何把相关国际人道法规则解释和适用于在人口稠密地区使用爆炸性武器，将有助于对这一重要人道问题进行明知的讨论，促进各

⁶⁸ ICTY, *The Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29, Judgment, 5 December 2003, para. 58.

种观点的聚合，并协助那些努力善意地遵守国际人道法的武装冲突当事方。最终，这将导致在人口稠密地区更好地保护平民。

（三） 负责任的武器转让

红十字国际委员会，红十字运动和国际大会早就表达了对由常规武器获取的不良控制及其滥用所造成的人类苦难的担忧。红十字国际委员会于 1999 年受第 26 届国际大会委托而进行的研究《武装冲突中的武器获取及平民处境》发现，武器和弹药不受控制的扩散尤其助长了对国际人道法的违反，导致阻碍人道援助的高度不安全，并延长了武装冲突。特别是依据这项红十字运动所支持的研究的调查结果，第 27、28 和 31 届国际大会依次敦促各国在国家、区域和国际层面加强对获取武器弹药的管制，来提升对平民的保护。尤其是，正如第 31 届国际大会所重申的，各国认可其尊重和确保尊重国际人道法的义务。在此基础上，他们致力于使尊重国际人道法成为评估武器转让决定的重要标准之一，从而使武器弹药不会落入那些可能会用它们来违反国际人道法的人手中。⁶⁹

近年来在履行这些承诺方面已经取得了相当大的进展。在过去的十年中通过的一些区域性武器转让文书⁷⁰，就将尊重国际人道法纳入其转让标准。但这些文书仅适用于有限的一群国家，它们覆盖的武器范围、防止武器转让的风险水平也各不相同。⁷¹随着 2013 年 4 月通过并于 2014 年 12 月生效的《武器贸易条约》的诞生，各国为常规武器、其零部件和弹药的转让设置了共同的国际标准，以达到减少人类苦难的明确目的。构成这些标准之基础并在《武器贸易条约》序言中明确忆及的一个关键“原则”是，每个国家都有义务尊重和确保尊重国际人道法。

当前，由于武器源源不断地流向那些据称发生严重违反国际人道法行为的武装冲突之中，《武器贸易条约》、区域性武器转让文书和每个国家尊重和确保尊重国际人道法的义务为负责任的武器转让提供了坚实的法律框架。如果它们能够被忠实地解释和适用，将有助于加强对武装冲突中平民的保护。随着越来越多的国家加入《武器贸易条约》，这一框架将变得越来越有效。

⁶⁹ Resolution 2 of the 31st International Conference, “4-year action plan for the implementation of international humanitarian law,” (第 31 届国际会议第 2 号决议, “国际人道法的实施 4 年行动计划”) 目标 5。

⁷⁰ 请参阅下面的具有法律约束力的区域文书：EU Common Position 2008/944/CFSP defining common rules governing control of exports of military technology and equipment (2008), 标准 2 (C)；ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons, their Ammunition and Other Related Materials (2006), 第 6 (3) 条；Central African Convention for the Control of Small Arms and Light Weapons, their Ammunition and all Parts and Components that can be used for their Manufacture, Repair and Assembly (金沙萨公约, 2010 -尚未生效), 第 5 (5) (a) 条。另见区域准则和行为规范，如：Code of Conduct of Central American States on the Transfer of Arms, Ammunition, Explosives and Other Related Material (2005), 第 1 (1) 条；Organization of American States Model Regulations for the Control of Brokers of Firearms, their Parts and Components and Ammunition (2004), 第 5 (1) 条；Best Practice Guidelines for the Implementation of the Nairobi Declaration and the Nairobi Protocol on Small Arms and Light Weapons (2005), 第 2.2.3(b) 节。

⁷¹ 例如，仅看这三个具有法律约束力的区域文书：《欧盟的共同立场》规定，如果存在武器“可能”被用于严重违反国际人道法一个“明显的风险”，武器出口许可证将被吊销；《西非经济共同体公约》禁止转让那些“注定要被用于”实施这种违法行为的武器；《金沙萨公约》禁止转让“可能被用来”犯下战争罪行的武器。

重要的是应强调，对于既非《武器贸易条约》缔约方、也非区域文书缔约方的国家从事武器转让的行为也不存在法律真空。最起码，所有国家向武装冲突各方提供的任何形式的支持，包括供应武器，都必须按照共同第 1 条的要求，“在一切情况下”“确保尊重”国际人道法。本义务被解释为也赋予没有参与武装冲突的国家确保冲突各方遵守国际人道法责任，既包括消极义务也包括积极义务。⁷²

根据消极义务，一国不得鼓励当事方在转让武器和弹药时违反国际人道法，不得采取任何行动援助或协助此类违法行为。⁷³本报告认为，源于共同第 1 条的义务并不限于《国家责任条款》第 16 条所要求的故意“援助或协助”实施违法行为。⁷⁴为了防止可能鼓励、援助或协助实施违法行为，一国必须评估武器和弹药转让到的国家或冲突一方是否可能使用这些武器去违反国际人道法。如果——基于这项风险评估——存在这些武器可能会被违法使用的实质或明显风险，国家就不得转让。

除这项消极义务以外，确保尊重国际人道法的义务还要求国家，在有一定程度的可预测性时，采取积极措施防止违反国际人道法的行为，如果已经发生，则应防止进一步的违法行为。在这里，一国确保尊重国际人道法的义务是一种恪尽职守的义务，其内容取决于具体情况、对那些违法责任人的影响程度以及违法行为的严重性。先前曾与另一国家或冲突一方从事武器转让的国家，有能力影响受让方的行为，从而确保尊重国际人道法。在这种情况下，该国应在其权力范围内尽其所能努力落实该项义务，并采取多种方式来做到这一点，包括在作出武器转让决定的时候。

报告认为，对武器转让的这些限制源于共同第 1 条确保尊重国际人道法的义务，并为《武器贸易条约》以及区域性武器转让文书的规定所补充，后者基于尊重国际人道法和国际人权法而限制武器的转让。

新通过的《武器贸易条约》中一个最值得称道的进步是绝对禁止武器转让（第 6 条）和出口评估要求（第 7 条），它们将转让武器的决定与严重违反国际人道法和国际人权法的可能性联系在一起。⁷⁵第 6 条第 3 款特别规定，如果缔约国在批准时了解到武器或物项的转让会被用于进行各项犯罪，特别是“严重违反《1949 年日内瓦四公约》的行为，实施针对受保护民用物品或平民的袭击或其作为缔约国的国际文书所规定的其他战争罪”，则绝对禁止武器、弹药和零部件的转让。战争罪的范围是根据武器转让国缔结的条约所形成的一组规范而确定的。许多缔约国在批准时声明自己的理解是，第 6 条第 3 款涵盖了各类武装冲突中的各种战争罪行，

⁷² 无论是消极方面还是积极方面，确保尊重国际人道法的义务都是在国际和非国际性武装冲突中适用的习惯国际人道法规则：“各国不得鼓励武装冲突各方违反国际人道法。它们须尽可能施加影响，以阻止对国际人道法的违反。”红十字国际委员会习惯国际人道法研究，规则 144。

⁷³ 这种确保遵守国际人道法的“消极义务”，在尼加拉瓜案的判决中被国际法院予以认可。ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment (Merits)*, 27 June 1986, para. 220.

⁷⁴ 《国家对国际不法行为的责任条款》，联合国大会第 56/83 号决议通过，A/RES/56/83，2002 年 1 月 28 日。

⁷⁵ See generally ICRC, *The Arms Trade Treaty from a humanitarian perspective*, forthcoming.

包括严重违反 1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条的行为。铭记共同第 1 条的明确要求，红十字国际委员会还建议各国在任何正在实施的立法中采用较为宽泛的战争罪的概念。

如果武器或相关物项的出口未被《武器贸易条约》第 6 条所禁止，缔约国还需要根据第 7 条以“客观和非歧视的方式”评估武器或物项“促进或破坏和平与安全”的“潜在可能”，以及它们是否会“用于……犯下或有助于犯下严重违反国际人道法的行为”，以及其他的负面影响。这一风险评估还必须考虑到，对于这样的消极后果，是否存在“可采取的缓解风险的措施”。

如果在进行这种评估后，缔约国“确定存在”涉及此种消极后果的“高于一切的风险”，则不得批准出口。这似乎暗示出对第 7 条所列利益进行的平衡。许多缔约国在批准时声明，他们将“高于一切”这一术语解释为“实质”或“清晰”。

同时，另有人提出他们的理解，只要该条所列的任何消极后果更有可能成为现实，即使在考虑缓解措施之后，“高于一切的风险”也会存在。红十字国际委员会认为，只要能在面对犯下或有助于犯下严重违反国际人道法行为的明确风险时能够根据第 7 条阻止武器转让，这些解释就都与确保尊重国际人道法的义务相符。

至于各国在作出武器转让决定时的风险评估中应考虑到的因素，红十字国际委员会已经提出了一系列指标，包括：受让方过去和现有的尊重国际人道法的记录；其尊重国际人道法的正式承诺；它正在采取的保证其武装部队尊重国际人道法的措施；是否有适当必要的法律、司法和行政措施，以惩治严重违反国际人道法的行为；它是否已制定适当措施，防止预期的受让方将武器转作他用，如库存管理、受让方安全和边境控制的充分程度。⁷⁶

鉴于共同第 1 条确保尊重国际人道法的义务，以及越来越多的国家通过《武器贸易条约》或区域条约明确承诺在其武器转让决定中考虑尊重国际人道法的事实，当前的挑战是确保这些要求能在实践中得到有效和一致地适用。事实上，目前迫切需要弥合做出武器转让决定时确保尊重国际人道法的义务与太多国家进行的转让实践之间存在的差距。要控制常规武器获取，防止它们落入那些可能会使用它们从事严重违反国际人道法行为之人手中，并最终加强对武装冲突中和冲突后平民的保护，还有很长的路要走。

（四）核武器

自 1945 年以来，红十字运动已多次表达了对核武器毁灭性人道后果的担忧，并呼吁各国禁止此种武器。最近的一次呼吁于 2011 年由代表会议通过，号召各国保证永远不再使用核武

⁷⁶ 见 ICRC, *Arms transfer decisions: Applying international humanitarian law criteria, Practical guide* (武器转让决定：适用国际人道法的标准，实用指南)，ICRC, Geneva, 2007 (第 2 版即将出版)。类似的指标出现在 2015 updated *User's Guide to Council Common Position 2008/944/CFSP defining common rules governing the control of exports of military technology and equipment*, Council of the European Union, Brussels, 2015.

器，并立即谈判缔结一项具有法律约束力的国际协议，根据现有的承诺和国际义务禁止使用并彻底消除这些武器。⁷⁷

红十字运动对核武器的担忧，是基于日本红十字会和红十字国际委员会在 1945 年援助广岛和长崎的核弹受害者以及日本红十字会治疗数以万计的健康受到长期影响（此种影响今天依然存在）的核辐射幸存者时所获得的第一手经验。这些担忧还基于红十字国际委员会⁷⁸和其他组织⁷⁹所进行的深入评估。这些评估的结论是：当前，援助大部分核爆炸幸存者同时又充分保护那些提供援助者的有效手段，在国家层面并不存在，在国际层面也不可行。

通过挪威（奥斯陆，2013 年 3 月）、墨西哥（纳亚里特州，2014 年 2 月）和奥地利（维也纳，2014 年 12 月）三国政府主办的三次国际会议，核武器造成的人道影响也广为人知。三次会议的讨论强化了对核武器影响的认识，也突出强调了新的担忧，比如有限核战争对全球气候和食品加工的潜在影响。

广岛和长崎原子弹爆炸的效果及随后的研究表明，核武器因爆炸产生的高热、冲击波和辐射以及这些力量可能扩散的距离，会产生严重的近期和长期影响。国际法院 1996 年在其针对使用或威胁使用核武器的合法性的咨询意见中承认了核武器的独有特点。⁸⁰国际法院还指出，“核武器的破坏力并不局限在某一空间或时间。”确实，在红十字国际委员会看来，在人口稠密地区内或其附近使用核武器所造成的大规模平民伤亡和破坏及其对人类健康和环境的长期影响，引发了对这种武器是否符合国际人道法的严重质疑。

规范敌对行动的国际人道法规则与核武器

虽然国际人道法并没有明确禁止核武器，其使用受规范敌对行动的国际人道法一般规则的限制，而这些规则也适用于武装冲突中使用的所有武器。⁸¹根据其中一些核心规则思考核武器的使用时所引发的主要问题和担忧可列举如下：

禁止不分皂白的攻击：该规则禁止在性质上不加区分地打击军事目标和平民或民用物体的攻击。这种攻击包括使用不能以特定军事目标为对象或其效果不能按照国际人道法的要求加以限制的武器。

人们对是否可以按照该规则使用核武器表示严重怀疑。核武器被设计为释放热量、冲击波和辐射，在大多数情况下，这将发生在非常广泛的地区内。例如，在一个人口稠密地区内或其

⁷⁷ 代表会议 2013 年第 1 号决议，“致力消除核武器”，网址为：www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/council-delegates-2013/cod13-r1-nuclear-weapons-cd13r1-eng.pdf。

⁷⁸ Dominique Loyer and Robin Coupland, “Who will assist the victims of use of nuclear, radiological, biological or chemical weapons – and how?” *International Review of the Red Cross*, Vol. 866, June 2007, pp. 329-344; Dominique Loyer and Robin Coupland, “International assistance for victims of use of nuclear, radiological, biological and chemical weapons: time for a reality check?” *International Review of the Red Cross*, Vol. 874, June 2009, pp. 329-340.

⁷⁹ See, for example, John Borrie and Tim Caughley, *An Illusion of Safety: Challenges of Nuclear Weapon Detonations for United Nations Humanitarian Coordination and Response (UNIDIR/2014/6)*, UNIDIR, 2014, available at: <http://www.unidir.org/illusionofsafety>.

⁸⁰ 见前注 44。

⁸¹ 同上。国际人道法的一般规则适用于核武器，已被国际法院所承认。

附近使用一个 10 至 20 千吨当量的原子弹（广岛和长崎使用的原子弹的当量，按照今天的标准属于小型原子弹）可能会导致重大平民伤亡，尽管在特定情况下的具体效果还取决于多种因素。爆炸所产生的热量预计可造成爆炸中心 3 公里范围内暴露在外的皮肤的严重烧伤，和几公里内建筑物及基础设施的大规模毁坏。此种效果表明，该攻击会不加区分地打击军事目标、平民和民用物体。

还有一个严重的风险是，爆炸的效果不受国际人道法所要求的时间和空间的限制。尤其是，核爆炸产生的热量可导致严重火灾，甚至可能是大规模的绵延火情。同样值得关注还有放射性沉降物。虽然可以肯定的是放射性粒子会落在受爆炸直接影响的地区，但它们也可能由于风和其他天气条件的影响散布得很远，甚至飘散到其他国家。

攻击时的比例原则：核武器所产生的影响的性质也使人怀疑在人口稠密地区之中或附近使用这种武器能够尊重攻击时的比例规则。这就要求，对攻击军事目标而言，预期的附带平民伤亡和/或民用物体受损害与预期的具体和直接军事利益相比不过分。

红十字国际委员会认为，作为比例性评估的一部分，打算使用核武器的当事方不仅需要考虑攻击预期造成的直接平民伤亡和民用物体（如平民的家园、建筑物和基础设施）损害，而且应当考虑可预见的攻击的衍生影响。⁸²这些影响包括那些由于损坏或毁坏支撑平民居民所必需之服务（包括医疗服务）的供水和供电系统及其他关键基础设施所造成的影响。可预见的攻击的衍生影响也包括长期遭受辐射的影响，特别是在平民居民中导致疾病和癌症。基于目前对核武器的了解，这样的结果是可以清楚地预见到的。

保护自然环境：根据这一习惯国际人道法规则（与《第一附加议定书》的规定稍有不同），使用所有作战手段和方法都必须适当考虑对环境的保护和保全，而且必须采取一切可行的预防措施以避免，并无论如何减少对环境的附带损害。因此，任何使用核武器的决定都必须考虑到可能产生的环境影响和损害，包括可预见的长期影响。即使就使用一枚核武器也可能对自然环境产生重大影响，因为粉尘、烟尘和放射性粒子对大气、土壤、植物和动物都有影响。

给战斗员造成不必要的痛苦：虽然在武装冲突中可以合法攻击战斗员，但国际人道法禁止使用在性质上造成过分伤害或不必要痛苦的武器，这意味着与寻求的军事利益相比，伤害或痛苦是不相称的。核武器的爆炸会产生严重而且往往是致命程度的辐射，对于受到辐射的个人的健康有着直接和长期的灾难性后果。这种后果包括中枢神经系统和胃肠道受损以及患有某些癌症的风险显著上升，如白血病和甲状腺癌。辐射所造成的短期和长期疾病、终生残疾和痛苦使人们严重质疑核武器能够符合这一规则。

难以想象以遵守国际人道法的方式使用核武器

⁸² 关于这一点，见前文第七节之 2：在人口稠密地区使用爆炸性武器。

一些国家和评论家认为，低当量核武器可能符合国际人道法的规则。⁸³虽然在偏远地区使用低当量核武器，如打击沙漠部队或海上舰队，可能不会对平民产生直接影响，但仍然存在对战斗员遭受辐射、环境遭受放射性污染以及辐射最终扩散到平民地区这类影响的严重担忧。同样令人不安的是用核武器来应对此类攻击，可能导致局势进一步升级，使双方更大规模地使用核武器，带来灾难性的人道后果。

在 1996 年的咨询意见中，国际法院的结论是，使用核武器“一般会违背”国际人道法的原则和规则。然而，国际法院无法确定“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”，这种使用是合法还是非法。在这方面，国际法院也没有得出结论：在自卫的极端情况下允许使用核武器。相反，国际法院表明，根据当时其掌握的国际法和事实，无法得出一个明确的结论。

红十字国际委员会认为，行使自卫权——即使一国处于生死存亡关头的极端情况下——决不意味着该国可以免除国际人道法规定的义务。无论在何种情况下，行使自卫必须充分考虑国际人道法，而且不得违反旨在减轻武装冲突造成痛苦的规则。

因国际人道法产生的上述担忧使红十字运动在 2011 年得出结论，“很难设想，任何对核武器的使用如何能够符合国际人道法的要求。”红十字国际委员会的观点是，最近几年出现的新证据和资料，包括在关于核武器的人道影响的国际会议上，人们进一步质疑核武器能否以符合上述国际人道法规则的方式被使用。

防止使用核武器要求各国履行其现有的义务并承诺进行谈判，旨在通过一项具有法律约束力的国际协议来完全禁止使用并完全消除核武器。红十字国际委员会呼吁各国为此确立一个时间表。同时，它还呼吁拥有核武器的国家通过降低核武器在其军事理论中的作用并按照现有承诺降低高度战备的核武器数量，来减少故意或意外核爆炸的危险。

八、私营军事和安保服务公司

大约 10 年前，在武装冲突中对私营军事和安保服务公司（以下简称“私营安保公司”）的使用大幅上升，引发人们对平民保护可能受到的影响的担忧。⁸⁴认识到这些人道挑战，瑞士和红十字国际委员会发出联合倡议，于 2008 年通过了《蒙特勒文件》，其目的是界定国际法如何适用于在武装冲突情形下出现的私营安保公司的活动。该文件重申了国家既有的国际义务，并总结了一些良好实践的例子，以帮助各国促进私营安保公司遵守国际法。

⁸³ 1996 年，国际法院在对这一问题进行研究后指出，没有一个声称在这种情况下使用核武器合法的国家提出使用此种武器的确切情况，或解决升级为更具破坏性的核战争的相关风险（见前注 52，第 94 段）。

⁸⁴ 分别在提交给第 30 和 31 届国际大会的关于国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战的前两个报告中涉及了这些担忧的一些细节。

虽然依靠私营安保公司提供接近于作战活动的服务可以说已减少，但私营承包商继续在武装冲突的情况下进行活动，而且不断发展变化和多元化。因此，有必要继续致力于落实《蒙特勒文件》所包含的规则和良好实践。在冲突后或者其他类似的局势中，私营安保公司的介入也带来了挑战。在这些和其他情况下，私营安保公司使用武力（只是举一个突出的例子）必须受到严格监管，以防止滥用。

规范私营安保公司：补充性的国际倡议

《蒙特勒文件》为澄清、重申和/或发展相关国际法律标准做出了重要的贡献，这些标准旨在私营安保公司开展业务的局势中确保更大限度地遵守国际规范。在过去的几年里，国际社会还发起了其他几项规范私营承包商活动的国际倡议。例如，在联合国范围内正在对制定一项国际公约来规范私营安保公司的可能性进行讨论。这样的法律文件会规定对各国具有约束力的新义务，因此可以超越《蒙特勒文件》，因为后者主要是重申国家在私营安保公司问题上的现有国际义务。在这一背景下，应该忆及，《蒙特勒文件》并不是——而且也无意成为——能够解决私营安保公司相关法律问题的决定性和唯一的文件。

虽然其他倡议都与《蒙特勒文件》不同，而且采取了不同的方法，但红十字国际委员会认为，这些倡议应该被视为是补充性的。各个倡议的共同目标是促进对国际法的尊重。这些倡议在确保私营安保公司不从事违反国际法的行为方面也发挥了重要作用。最为重要的是，不同的倡议构成了一个相互强化的义务、标准和良好实践的网络，有助于改善对受武装冲突影响者（或发现自己身处不构成武装冲突局势中的那些人）的保护。

蒙特勒+5 会议：进步与挑战

认识到私营安保公司的活动所产生的潜在人道后果，红十字国际委员会的纯粹人道目标是在此类公司出现的武装冲突局势中促进对国际人道法和国际人权法的尊重。伴随这一目标，红十字国际委员会继续致力于充分且有效地落实各国根据国际法所承担的现有义务，这些义务反映在《蒙特勒文件》之中。

2013 年 12 月，瑞士和红十字国际委员会主办了蒙特勒+5 会议，纪念该文件诞生五周年，并评估已经取得的进步。签署国的数目已经从最初的 17 个国家增至 52 个，还有三个国际组织也已接受该文件。自七年前通过以来，除了承诺数量的增加，构成《蒙特勒文件》基础的人道目标可以说已经显著向前推进。该文件有助于表明，国际义务适用于私营安保公司的活动。它也有助于提高对各国在私营安保公司营业方面的义务的认识，以及认识到充分制定并落实国内立法的重要性。尽管取得了这些成绩，仍有许多工作要向前推进，从而在国内法和实践中充分监管私营安保公司的活动，确保更好地尊重国际法。

虽然几个国家已经颁布了关于私营安保公司的国内立法，但仍需要有更多的国家这样做，而且相关的国内法和相应的监管框架需要更清晰，更强有力。各国需要采取措施以明确界定可以或不可以承包给私营安保公司的服务范围。在这方面，应特别关注一个特定的服务是否可能

会导致私营安保公司及其人员直接参加敌对行动。⁸⁵ 需要进一步开展工作的另一个领域是在私营安保公司及其人员违反国际法和国内法时，确保问责和监督。这方面的一个主要挑战是该行业很大一部分公司具有跨国性质。鉴于一些国家可能对私营安保公司的运作产生影响，或者受其影响，各国之间的合作是必不可少的。换言之，如要确保私营安保公司尊重国际法和违法行为都得到追究，各国必须协调一致地采取必要的立法和行政措施。

另一个值得关注的方面是，一些国家依赖私营安保公司在国际人道法和国际人权法领域培训其安全部队和武装部队人员。考虑到充分培训是防止违反国际人道法的一个关键要素，私营安保公司提供培训服务就需要有关国家的适当规制和定期监督。必须不断提请各国注意，国家仍然对私营安保公司的人员尊重国际法有监督和执行之责。

“《蒙特勒文件》论坛”：推进《蒙特勒文件》

在蒙特勒+5 会议上，讨论的中心是推进《蒙特勒文件》的必要性，与会者强烈支持就该文件的实施和推广所面临的挑战进行定期对话制度化的想法。为跟进这一建议，瑞士和红十字国际委员会于 2014 年期间召开了一系列《蒙特勒文件》参加者之间的筹备会议，讨论“《蒙特勒文件》论坛”的任务和结构。这导致 2014 年 12 月 16 日在日内瓦举行的成立会议期间正式建立了这一论坛，该论坛聚集了 50 多个国家和 3 个国际组织。

“《蒙特勒文件》论坛”的目的是为签署方提供一个非正式的对话平台，针对监管私营安保公司所面临的挑战予以讨论，并交流信息。该论坛的目的在于，支持国家实施《蒙特勒文件》所包含的规则和良好实践，并开发实际执行的工具。它还将进一步努力促进经验交流，分享与落实该文件相关的教训、良好实践和挑战。它还将努力扩大其他国家和国际组织对该文件的支持；虽然签署国的数目在过去的 7 年里已经增长 3 倍，但仍然需要世界所有地区的国家和国际组织的更多参与。

红十字国际委员会支持“《蒙特勒文件》论坛”的设立，并承诺与瑞士政府合作来促进其未来的活动。据估计，通过该文件的实施和推广工作，“《蒙特勒文件》论坛”将在确保对国际法的更大尊重方面发挥重要作用，从而使受私营安保公司行动影响的人获得更多的保护。红十字国际委员会鼓励尚未接受《蒙特勒文件》的国家和国际组织积极考虑支持该文件。它还鼓励《蒙特勒文件》的参加者积极参与和支持“《蒙特勒文件》论坛”的工作，以保证对私营安保公司的必要监管。

⁸⁵ 在平民居民中执行军事任务的私营承包商的出现使武器携带者的种类多样化和数量增加，可能对平民造成威胁。这也使得平民和战斗员之间的基本界线趋向模糊。私营军事和安保服务公司人员执行的任务、他们使用和佩戴的装备以及他们携带的武器，很容易让他们被误认为是战斗员。此外，当私营承包商在军事指挥链条之外行动时，就像他们经常做的那样，难以确保其遵守国际人道法。这使得红十字国际委员会认为，私营军事和安保服务公司的人员不应该被委托直接参加敌对行动，即使国际人道法并没有明确禁止。