

什麼是戰爭罪？

戰爭罪是對國際人道法的最嚴重侵犯。鑒於這些罪行的嚴重性，各國同意，犯戰爭罪者應受刑事法院的追訴和懲罰。《日內瓦公約》及其《附加議定書》不僅要求各締約國在其國內法中規定某些嚴重違反國際人道法的行為為犯罪，而且還要求所有締約國對此類犯罪行為展開調查與起訴，不論其發生於何地，不論其實施者為何人。

因此，戰爭罪是大多數締約國的國刑法的組成部份。此外，包括國際刑事法院在內的一些國際法院和法庭，對於起訴犯有此類罪行的人具有管轄權。

戰爭罪行包括：

- 故意殺害、酷刑及不人道待遇，包括生物學實驗，故意使受保護人或戰俘的身體及健康遭受重大痛苦或嚴重傷害；
- 將被保護人非法驅逐出境或移送，或非法禁閉；
- 強迫被保護人或戰俘在敵國軍隊中服務；
- 故意剝奪被保護人或戰俘受到公正和合法審判的權利；
- 扣留人質；
- 將平民群眾或個人作為攻擊目標；
- 知悉攻擊將造成過份的平民生命損失、平民傷害或民用物體損害，卻發動使平民或民用物體受影響的不分皂白的攻擊；
- 無軍事必須要而以非法與暴亂的方式對財產之大規模的破壞與徵收。

嚴重破壞國際人道法(包括嚴重侵犯國際人道法或故意協助他人——如其承包商、分支機構或客戶——違反國際人道法的商業企業及其代表)有承擔刑事責任的重大風險。

此外，參與實施戰爭罪行，亦可能在國內法院引發民事責任。

=====

國際人道法作用

在人類歷史上，戰爭給人類造成了嚴重的傷害和摧殘，隨著人類社會文明的進步，世界各國人民反對戰爭的要求和願望日益高漲。

1928年的《關於廢棄戰爭作為國際政策工具的一般公約》(簡稱《巴黎非戰爭公約》)，在人類歷史上第一次從法律上明確禁止以戰爭作為解決國際爭端的方法和推行國際政策的工具，即“戰爭非法”。但是，戰爭或武裝衝突仍然無時無刻不在發生。

國際人道法不可能制止或取消戰爭，它主要是出於人道的考慮，通過限制作戰方法和作戰手段來達到保護戰爭受難者，減少戰爭或武裝衝突的殘酷性的目的。

國際人道法包括“海牙公約系統”和“日內瓦公約系統”兩個分支系統。

海牙公約系統是關於作戰方法和作戰手段的諸多公約的統稱；日內瓦公約系統是關於保護平民和戰爭受難者的諸多公約的統稱。

國際人道法的核心是“保護”，“保護”的對象可以概括為三個方面：

人員：傷病者、戰俘、平民、醫務人員、宗教人員、佩戴紅十字或紅新月標誌的救護人員；場所、物品：醫院和醫務用車、宗教或文化場所、民用物品或場所；自然環境，如森林、河流、水庫等。

=====

武裝衝突中兒童的法律保護

國際人道法為兒童提供了廣泛的保護。不論是在國際性還是非國際性武裝衝突中，兒童都可從為沒有參與敵對行動的平民所提供的一般保護中受益。考慮到兒童的特殊脆弱性，1949年《附加議定書》制定了一系列給予兒童特殊保護的規則。直接參與敵對行動的兒童不會喪失受特殊保護的權利。《附加議定書》、1989年《兒童權利公約》以及最近的《任務議定書》也對兒童參與敵對行動做出了限制。

在國際性武裝衝突中，未參與敵對行動的兒童受到有關保護平民的《日內瓦第四公約》以及《第一附加議定書》的保護。他們將得到這些條約所規定的基本保護，尤其是生命權、對強迫、體刑、酷刑、集體懲罰以及報復的禁止，並且受到《第一附加議定書》中有關敵對行動的規則的保護，其中包括必須區分平民和戰鬥員的原則以及禁止對平民實施攻擊。

在非國際性武裝衝突中，兒童也享受針對未直接參與敵對行動人員的基本保護。兒童還進一步受到以下原則的保護，即“平民居民本身以及平民個人，不應成為攻擊的對象。

《日內瓦第四公約》保證兒童得到特殊照顧，規定了特殊保護原則的是《第一附加議定書》：“兒童應是特別尊重的對象，並應受保護，以防止任何形式的侵犯。衝突各方面應向兒童提供其年齡或任何其他原因所需的照顧和援助。”該原則同時適用於非國際性武裝衝突。

國際人道法羅裏奇公約

1933年12月16日，在蒙得維的亞舉行的第七次美洲國家國際會議建議未行會議決議之美洲國家政府簽署由美國“羅裏奇博物館”首倡的“羅裏奇公約”，旨在廣泛採用已設定並且昭示之旗幟，在危險時保護構成民族文化寶藏的，國家或個人所有的不可移動之紀念物。

- 第一條 歷史紀念物，博物館，科學、藝術、教育和文化機構應視為中立，依此受到交戰國尊重與保護。
- 第二條 上條所及紀念物和機構中立地位及由此對其尊重與保護適用於簽約國和加入國主權範圍內全部領土，不應對該紀念物及機構人員對國家忠誠有任何歧視。各國政府同意採用必要的國內立法措施，確保上述保護與尊重。
- 第三條 為識別第一條所及紀念物及機構，將使用條約所附之特別旗樣(白底，紅圓圈，圓圈中為三合紅球形)。
- 第四條 簽約國政府和加入國政府應在其簽約或加入時，或其後隨時向泛美聯盟寄送其需條約保護之紀念物和機構清單。
- 第五條 第一條所及之紀念物和機構若被用於軍事目的，應停止享有本條約之特權。
- 第六條 本條約開放供所有國家簽署。未在本日簽署之國家可隨時簽署或加入。
- 第七條 入約、批准及退約書應由泛美聯盟保存。泛美聯盟應將保存情況通知其他簽約加入國。

=====

婦女和國際人道法

“作為衡量平等的規模，國際人道法在武裝衝突問題上採用了特別的男性視角。現實中女性與男性並不平等，武裝衝突對男性和女性的影響也有著根本的不同，但是國際人道法的一般分類規則中卻沒能包括這一現實，因為女性不能對她們的境遇作出反應。

許多女權學者日益主張，國際人道法一直都忽視了女性權益。以上的語錄，摘自名為《婦女、武裝衝突和國際法》的新書。在該書中，作為弋達和雅衛斯認為：國際人道法是建立在女性的騎士理想的哲學基礎上的。它不是將女性作為獨立的享有權利個體，而是將她們放置在與他人的關係中來對待。在1949年《日內瓦公約》和1977年的附加議定書的條文中，有42個條款涉及女性，在其中的19個條款中，女性作為母親被保護。作者認為保護胎兒和兒童是“制定這些條款的理論依據”。

總之，弋達和雅衛斯批評了國際人道法僅關注女性“生理上”與男性差別的局限性，並指出：即使是針對性暴力的條款，也是從侵害了貞潔和端莊的角度進行措辭。他們寫到：“通常在國際人道法中，女性的生命因其性別和繁衍後代的原因而被重視。”

國際人道法對女性權利保護不充分的大量事例，在書中俯拾即是。與對戰俘(主要是男性)的廣泛保護相比，對難民營中的人員(主要是女性)的權利保護卻非常匱乏，女性所遭受到的來自武裝衝突的各方的痛苦，包括來自“己方”和其他被派遣來保護她們的維和人員的；空洞地重覆法律上已有規定、但實踐中沒有充分發揮的女性代表權問題以及缺乏武裝衝突後應實施的救助等，都被認為是不可接受的。

作者在討論中，也承認女性不是唯一的受害者，特別是考慮到可適用於國內武裝衝突的法律是如此的有限，性別也不是解釋對女性保護程度不夠的唯一理由。

如弋達和雅衛斯這樣的學者，曾直接批評過國際紅十字會組織的父權制性質，但現在也承認該組織進行了“徹底的改變”。

《婦女、武裝衝突和國際法》中有一種潛在的而又克制的激情，這也同樣存在於廣大女權主義者的爭論中對缺乏措施的憤怒和失望，對女性在武裝衝突中和武裝衝突後所遭受的不同程度的恐怖的認知。應當有人採取行動。任何在此領域中工作的人都會情不自禁地對目前女性與戰爭的話題中談及的和未談及的感到憤怒。對在迎娶濟的憲法危機中被監禁和強姦的女性的遭遇的沉默和少人知曉；作為擔負整個國家重建的大量的繁重、辛勞工作的承擔者的女性，在阿富汗正式和平談判中卻不見女性的代表；一貫將女性的身體作為戰場，除非認為將影響公眾利益，否則不認為女性遭受的個人痛苦是嚴重的；在正規軍和非正規軍中的女性戰鬥員的待遇……有時候似乎整個世界都拒絕傾聽和採取適當措施給予人道關懷。

國際人道法需要廣泛的對性別基礎的批評，而這恰是《婦女、武裝衝突和國際法》一書所提供的。給予武裝衝突中的女性更多的保護，這是所有人的責任，無論是理論家還是法律執業者、學者還是實務操作者，都應一道(儘管有困難)為尋求正確的解決方案而努力。

(節选自《紅十字國際評論》)

=====

《羅馬規約》設立的原因

《羅馬規約》是國際人道法的重要組成部份之一，它規定了國際人道法的管轄範圍、適用法律和審判機構——國際刑事法院的設置。

國際社會出於什麼原因簽署這一條約呢？在《羅馬規約》的序言裏有這樣的表述：

本規約締約國，意識到各國人民唇齒相依，休戚與共，他們的文化拼合組成人類共同財產，但是擔心這種並不牢固的拼合隨時可能分裂瓦解，注意到在本世紀內，難以想像的暴行殘害了無數兒童、婦女和男子的生命，使全人類的良知深受震動，認識到這種嚴重犯罪危及世界的和平、安全與福祉，申明對於整個國際社會關注的最嚴重犯罪，絕不能聽之任之不予處罰，為有效懲治罪犯，必須通過國家一級採取措施並加強國際合作，決心使上述犯罪的罪犯不再逍遙法外，從而有助於預防這種犯罪，憶及各國有義務對犯有國際罪行的人行使刑事管轄權，重申《聯合國憲章》的宗旨及原則，特別是各國不得以武力相威脅或使用武力，或以與聯合國宗旨不符的任何其他方法，侵犯任何國家的領土完整或政治獨立，強調本規約的任何規定不得解釋為允許任何締約國插手他國的武裝衝突或內政，決心為此目的並為了今世後代設立一個獨立的常設國際刑事法院，與聯合國系統建立關係，對整個國際社會關注的最嚴重犯罪具有管轄權，強調根據本規約設立的國際刑事法院對國內刑事管轄權起補充作用，決心保證永遠尊重並執行國際正義，議定本規約。

關於《渥太華公約》

《禁止殺傷人員地雷公約》又稱《渥太華公約》是國際人道法的組成部份之一。它是對殺傷人員地雷的全面禁止。禁止使用、儲存、生產、發展、獲取和轉讓殺傷人員地雷，並要求將儲存中或地面中的此種地雷予以銷毀。

至 20 世紀 90 年代初，殺傷人員地雷已經在幾乎所有使用了該種地雷的情況下造成了嚴重的醫療、人道和社會危機。用醫學術語來說，殺傷人員地雷已經造成了重傷、死亡和痛苦的嚴重“疫情”。

殺傷人員地雷本質上不能區分平民和士兵，而區分原則是國際人道法的基本要求。殺傷人員地雷在衝突結束很長時間後仍在繼續爆炸，大多是不分皂白地造成平民的死亡和殘疾。

那些從地雷爆炸中倖存下來的人一般都肢體粉碎而需要截肢，要進行多次手術並且經歷漫長的身體康復過程。他們終生殘疾，還要忍受殘疾帶來的社會、心理和經濟影響。殺傷人員地雷的後果並非“意外”：這些武器是專門設計成用於粉碎肢體和生命至無法補救的地步。

正是爲了應對殺傷人員地雷所造成的傷害的“疫情”，紅十字國際委員會於 10 年前呼籲對殺傷人員地雷予以全球性禁止。該組織的呼籲得到了各國紅十字會和紅新月會的聲援，並引起了國際禁雷運動組織的注意。公眾對殺傷人員地雷對平民造成的可怕傷害的痛恨與日俱增。鑑於此，以加拿大爲首的各國政府於 1996 年開始協商並於一年後通過了《禁止殺傷人員地雷公約》。1997 年，國際禁雷運動組織及其協調官喬迪·威廉斯因在禁止殺傷人員地雷方面的工作而獲得了諾貝爾和平獎。

失蹤人員與人道法

失蹤人員是指那些家人不知道其下落的人，和(或)基於可靠資訊，而被報告在國際性或非國際性武裝衝突、國內動亂或騷亂局勢、或其他任何需要中立且獨立的調解者加以預的局勢中失蹤的人。

國際人道法和國際人權法均努力防止人員失蹤。具體地說，國際人道法規定：

國際性武裝衝突的參與方應盡一切努力澄清失蹤人員的命運；

家庭有權獲知其失蹤親屬的命運。

在由此確定的正式框架內，應採取一系列措施來實施這些原則。

在武裝部隊、安全部隊和武裝團體內部確立嚴格的指揮系統，以確保有效監督；

使每人方便獲得身份證件；

登記所有處於危險中的人；

進行死亡登記並發放相應證明；

通過與有關逮捕、拘留、關押和俘獲的國際公認規範相一致的行政規章。

此外，應採取以下特殊措施：

為武裝部隊(團體)成員提供身份標籤；

根據 1949 年《日內瓦公約》的規定設立情報局和墓地登記處，

在武裝部隊(團體)成員及其家人之間確保每月至少一次的消息傳遞和信件投送；

對於所有那些沒有或不再參加敵對行動的人，特別是剝奪自由的人，確保他們的人身安全和身體健全；

確保人類屍體得到妥善處理。

習慣國際法知識點問答

什麼是習慣國際法？

條約法和習慣國際法都是國際法的淵源。諸如《1949年日內瓦四公約》這樣的條約是具有書面形式的公約，在這些公約中，各國正式確立了一些規則。

習慣國際法則來源於各國的實踐，它們體現在軍事手冊、國內立法、判例法和官方聲明等資料之中。當一條規則反映了被各國承認為法律的某種“普遍的、具有代表性的和基本統一的”實踐做法時，它就會被視為一條習慣法規則。

為什麼要進行國際人道法方面的研究？

習慣國際法是不成文的法律，要確定它們的存在，必須考察各國的實踐。有鑑於此，1995年召開的第26屆紅十字與紅新月國際大會要求紅十字國際委員會開展一項研究，查明習慣國際人道法的現有規則，然後促進這些規則的應用。

此項研究並未額外創造任何國際人道法的規則，它只是記錄了現存的習慣國際人道法規則。

習慣國際人道法現存的條約法補充了哪些規則？

儘管(1949年日內瓦四公約)已經得到了世界各國的批准，但是其他國際人道法條約卻並非如此，例如，1977年《日內瓦公約附加議定書》就未獲得普遍的批准。然而，此項研究表明，這些條約中確立的許多規則和原則都屬於習慣法的範疇。作為習慣國際法的一部分，這些規則和原則可以適用於所有的國家，不論其是否加入了相關條約。

另外，儘管當代的大多數武裝衝突都具有非國際的性質，但是，以非國際武裝衝突作為規範對象的條約卻相當有限。該研究表明，存在數量眾多的國際人道法的習慣規則，與條約法相比，這些習慣規則對非國際武裝衝突各方義務的規定要詳盡得多。這一點在有關作戰方法的規則方面表現得尤為明顯。

此項研究還表明，國際人道法的許多習慣規則既適用於國際武裝衝突，同時也適用於非國際武裝衝突。因此，對於適用這些規則而言，將武裝衝突界定為國際性的還是非國際性的，是沒有意義的。

最後，習慣國際人道法對於聯盟戰爭也是有用的。當代武衝突經常涉及一個由各國組成的聯盟。當組成聯盟的各國由於沒有共同批准某些條約而不具有共同條約義務時，習慣國際人道法代表了聯盟所有成員均應遵守的那些共同規則。在聯盟制定共同行動規則或採取某些目標政策時，可以利用這些規則作為起碼的標準。

習慣國際人道法的研究對衝突受害者有何意義？

習慣國際人道法填補了條約法在武裝衝突受害者保護方面的某些空白。這些空白的產生，或者是由於相關條約未獲得批准，或者是由於條約法對非國際武裝衝突缺乏詳盡的規則。習慣法的優勢在於：只要一條規則是建立在“普遍的、具有代表性的且基本統一”的各國實踐基礎之上，而且被各國視為法律，那麼，要使其對一國產生拘束力，根本無須該國正式接受此規則。

此類研究列出了習慣國際人道法的具體規則，因此它有助於確保人對適用的規則有一個更好的認識。如果那些有責任實施規則的人能夠對這些規則有所瞭解，那麼這將有助於強化對國際人道法的遵守。對法律的瞭解，再加上可能的制裁的存在，尤其是那些由國內或國際法院所實施的制裁的存在，使得國際人道法能夠確保對受武裝衝突影響之人提供保護。

習慣國際法知識問答

習慣國際法為什麼有拘束力？

各國普遍承認，條約和習慣國際法都是國際法的淵源，因此而具有約束力。例如，《國際法院規約》就對此做出了規定。

習慣國際法是具有拘束力性質的法律，能夠說明這一點的一個事實是：國內法院以及國際法院或國際法庭都適用這些法律規範。

哪些人受習慣國際人道法的約束？

一般來說，國際法的目的在於調整國家之間發生的武裝衝突時，上述一般規則也同樣適用於國際衝突的所有各方，而不論其為一個國家還是一個反對派武裝團體。對各國實踐的分析表明，許多適用於非國際武裝衝突的習慣國際法規則既約束各國，也約束各反對派武裝。

如果一項規則被不斷違反，它還可以視為習慣法的一部份嗎？

所有法律規範，無論其為國內規範還是國際規範，都有可能被違反。但是，這並不意味著它們過時了。如果習慣國際人道法的一項規則被違反，但此違法行為受到其他大多數國家的譴責或者相關國家對此違反行為的存在予以否認，那麼，這樣的做法與其說是削弱了該規則，不如說是強化了該規則。

舉例來說，儘管有時會發生攻擊平民的事件，但是這樣的行為通常會受到批評，而且，被控實施此攻擊行為的當事方或者會否認攻擊的事實，或者會爭辯說攻擊行為不是故意做出的。這種譴責和辯護已經表明承認了禁止攻擊平民這條規則。

習慣國際法知識問答

習慣國際法如何得到執行？

原則上講，在條約法的執行和習慣國際法的執行之間並不存在什麼區別，因為二者都是同一個法律部門的法律淵源。

首先，軍事指揮官有義務確保他們的軍隊遵守國際人道法。在發生違法行為時，可以通過外交手段，包括由國際組織所採取的外交手段(例如，由聯合國安理會採取的措施)，來執行國際人道法。各國國內法院以及國際人道法(例如，審判那些對違法行為負有責任的個人)，這是執行該法律的另一種方法。

此項研究成果是如何組織的？

此項研究包括對反映在各國國內資料以及國際資料中的國家實踐的考察工作。161 條規則被歸入到 6 個部份之中：區分原則；受到特別保護的人員和物體；特定作戰方法；武器；平民和喪失戰鬥力之人的待遇；執行。

哪些人可以使用此項成果？

凡是對國際人道法感興趣的人士，都可以利用此項研究成果，其中包括學術界人士、非政府組織和國際組織。

此項研究成果可以為國際法院和國際法的工作提供幫助，因為它們經常要考察國家的實踐，以便確定在其所處理的特定問題方面是否存在一項習慣國際人道法規則。

此項研究成果對各國政府也是有用的，因為它為各國政府處理與國際人道法相關的事務提供了指導。

最後，軍事法律專家在起草軍事手冊或交戰規則時，也可以將此研究成果作為背景資料使用。它還可以被用來分析某個特定的軍事行動是否具有合法性。

戰爭罪行與《日內瓦公約》

1949 年的四個《日內瓦公約》及其 1977 年《第一附加議定書》中規定了許多涉及國際性武裝衝突的規則。各國有義務制止所有違反這些條約的行為。然而，對於某些被稱為嚴重破壞行為的嚴重違反行為則還存在一特定義務。

嚴重破約行為代表了某些最嚴重的違反國際人道的行為。它們是《日內瓦公約》及其《第一附加議定書》中明確列出的特定行為。其中包括：故意殺害、酷刑或不人道待遇，及故意造成重大傷害。附表中完整列出了屬嚴重破約行為。嚴重破約的行為被視為戰爭罪。

《日內瓦公約》及其《議定書》明確規定嚴重破約行為必須受到懲治。然而，它們自身並沒有列出具體的懲治措施，也沒有設立審判罪犯的法庭。它們只是明確規定各締約國制定刑事立法以懲治那些對嚴重破約行為負責的人。它們還規定各締約國應搜捕那些被指控實施了嚴重破約行為的人，並將他們交由本國法院或轉交另一個法院審理。

一般而言，一國刑法只適用於在該國境內或由其本國國民實施的行為。然而，國際人道法的規定則更進一步。它要求各締約國搜捕並懲治所有實施了嚴重破約行為的人，而不論犯罪者的國籍為何也不論其犯罪地點在哪裡。此原則被稱為普遍管轄權原則，它是確保有效制止嚴重破約行為的關鍵因素。

實踐人道法的措施

預防措施，建立在各國履行義務遵守國際人道法的基礎上。包括：傳播國際人道法的知識；培訓合格人員促進國際人道法的執行，向武裝部隊委任法律顧問；通過立法及法定條款，確保國際人道法得到嚴格遵守；翻譯公約。

監督措施，確保國際人道法在衝突期間受到尊重。包括：保護國或其代表所採取的行動；紅十字國際委員會的行動。

抑制措施，基於衝突各方履行預防各制止一切違反人道法行為的義務。抑制機制包括：國家法庭對被視為戰爭罪行的嚴重違反國際人道法的行為負有制裁責任；上級的刑事及紀律責任，及軍事指揮官有義務制裁及譴責犯罪行為；國與國之間在刑事問題上的相互合作。

這些抑制措施除了任何基本法律固有的一部份外，也扮演一個警示的角色。

此外，在國際人道法執行上也有其他措施同時發揮預防、監督和制裁的功能；後兩者是源於國家有義務確保國際人道法受到尊重。包括：調查程式；國際事實調查委員會；檢查應用及解釋法律條文的程式；與聯合國合作。

外交努力以傳媒各輿論壓力也有助於確保國際人道法得到執行。

(本文節選自紅十字國際委員會出版物《國際人道法問題》)

國際法與輕小型武器的轉讓

小型武器和輕武器如果落入濫用者手中，就會被用來侵犯人權和實施違反國際人道法的行爲，變成壓迫者的工具。它們經常會加劇惡化地區穩定和武裝衝突的形勢，並阻礙武裝衝突結束後當地的重建工作。

聯合國裁軍事務部常規武器處提供的數字顯示，世界範圍內共有超過 6 億件小型武器和輕武器在流通。“在 20 世紀 90 年代 49 場大規模的武裝衝突中，有 47 場衝突都是以小型武器爲作戰手段。這些小型武器每年造成 50 多萬人喪生，其中在武裝衝突中造成 30 萬人死亡，另外 20 多萬人則死於謀殺和自殺。”

小型武器的問題包含許多相互聯繫和相互依賴的方方面面，因爲沒有所有國家協調一致的行動，這個問題得不到徹底解決。控制跨國界的武器轉讓是一項典型的集體行動，如果一些國家的規制標準比較低、或者規制能力比較弱，那就會毀掉其他國家的努力。

但是，各國逐步注意到了小型武器的極易獲取與發生大規模的暴力事件之間的聯繫。這就促進一些國家在各自的武器流通法律和政策裡加入基於人權和人道法的“最終使用者”標準。這一發展是向著解決小型武器的濫用問題邁出的積極的一步。這種綜合性和一致性措施的缺失反倒爲小型武器持續落入可能會利用它們違反國際法的人手中創造了機會。

國際人道法的實施：從法律到行動

實施是指什麼？實施這一術語涉及到為全面遵守國際人道法規則所必須採取的所有措施：平民和軍隊都熟悉國際人道法的規則；設立遵守國際人道法所要求的機構、行政安排與人員；防止違反國際人道法的行為發生，在此類行為發生時予以懲治。

由誰來實施？所有國家都有義務並實施人道法的措施。這些措施可能需要由一個或多個政府部門、立法機構、法院、武裝部隊或其他國家機關予以實施。

專業機構及教育機構、國家紅十字會或紅新月會或其他志願組織可能也會發揮作用。國家仍然對有效實施國際人道法承擔主要責任。

需要做些什麼？

- (1) 對各公約和議定書翻譯成本國語言；
- (2) 廣泛地在武裝部隊內及大眾間傳播這些知識；
- (3) 懲治所有違法行為，特別是通過懲治戰爭犯罪的刑事立法；
- (4) 確保受法律保護的人員、財產與場所得標記和保護；
- (5) 採取措施防止紅十字、紅新月及其它符號和標誌被濫用；
- (6) 確保在武裝衝突期間，被保護人享有司法和其他基本保證；
- (7) 委任並培訓國際人道法方面的合格人員，特別是武裝部隊內的法律顧問；
- (8) 設立並(或)管理下列機構：國家紅十字會和紅新月會及其它志願援助團體；民防組織；國家情報局；
- (9) 在選擇軍事據點，以及發展和採用武器與軍事戰術時考慮國際人道法；
- (10) 設立醫院地帶、中立地帶、安全地帶和非軍事化地帶。

其中一些措施要通過立法或規章方可採用，另一些則要求並展教育項目、招聘和(或)培訓人員、製作身份卡、設立特殊機構、引進規則和行政程式。

人道法是否適用“新型”衝突

當今，人們對所謂的“新型”衝突眾說紛紜。這一表述涉及到不同類型的武裝衝突：一橫被稱為“無政府”衝突，另一類則是以確立派系身份為焦點問題的衝突。

“無政府”衝突，它的興起無疑是冷戰後遺症，國家機器被部份或全部削弱以至癱瘓。在這些情況下，武裝派系利用政治上的真空企圖奪權。不過，這類衝突最突出之處在於，武裝派系本身的由上而下的指揮機制也受到削弱或破壞。

旨在確立派系身份的衝突往往通過“種族清洗”的方法來消滅敵人。這包括強迫某些族群遷移甚至滅絕他們。在反覆不斷的宣傳、暴力和仇恨的作用下，這類衝突發展成一種動力，增強派系感情以至損害現存的國籍，和其他派系和平共處變成幻想。

國際人道法依然適用於這些“無政府”及“身份攸關”的衝突。特別是當中的平民群眾，他們時刻面對暴力的威脅。共同第 3 條要求所有武裝派系，不管他們是否參與叛亂，都得尊重那些已經解除武裝的人和沒有參加戰鬥的平民。

因此，國際法不會因為國家的統治結構被削弱或不存在而出現真空。相反，正是在這種情況下，國際人道法才得以全面發揮它的效用。

誠然，要在這類衝突中應用國際人道法確實比較困難。交戰國之間缺乏相互約束，隨著武器源源不絕運入境內，平民居民也紛紛武裝起來，戰鬥員和非戰鬥員的區別日趨模糊。這些往往使對峙形勢急轉直下，法律規則實施的空間有限。

這種情況下，更要加倍努力普及國際人道法。雖然提高人們對法律規則的認識不能解決導致衝突的根本問題，但能削弱其致命後果。

共同第 3 條：微型條約。

在同一締約國之領土內發生非國際性武裝衝突之場合，衝突之各方最低限度應遵守下列規定：

- 一、不實際參加戰事之人員，包括放下武器之武裝部隊人員及因病、傷、拘留或其他原因而失去戰鬥力之人員在內，在一切情況下，應予以人道待遇，不得基於種族、膚色、宗教或信仰、性別、出身或財力或其他類似標準而有所歧視。因此，針對上述人員，不論在何時何地，不得有下列行為：對生命與人身施以暴力，特別如各種謀殺；殘傷肢體、虐待及酷刑；作為人質；損害個人尊嚴，特別如侮辱與降低身份的待遇；未經具有文明人類所認為必需之司法保障的正規組織之法庭之宣判，而遽行判罪及執行死刑。
- 二、傷者、病者應予以收集與照顧。

公正的人道團體、例如紅十字國際委員會，得向衝突之各方提供服務。

衝突之各方應進而努力，以特別協定之方式，使本公約之其他規定得全部或部份發生效力。

上述規定之適用不影響衝突各方之法律地位。

(節選自 ICRC 的出版物《國際人道法問答》)

不對稱性衝突的戰俘問題

戰俘由俘獲者來審判的問題曾多次引起爭議。戰俘的確負有向其俘獲者提供某些信息的義務；如果他們故意隱瞞，可能招致法律上預訂設立的制裁；這一事實和大量的相關實踐曾多次引發國際人道法下相關條款解釋的混亂。儘管《日內瓦第三公約》第 17 條的規定是非常明確的，但在今天，由於收集有關敵人的信息、身份及其行蹤已經成爲一個重要的戰略目標，因此，這個問題潛在的意義就變得非常巨大。或是由於當前許多武裝衝突不對稱的本質特性；或是作爲非締約國的關係；或是出於政策的選擇。無論出於何種原因，在很多情況下，戰俘似乎更多的是因爲訊問的目的而被綁架，而不是當其成爲戰俘後被順帶訊問。

從歷史來看，俘獲者從未放過從俘虜那兒收集有關敵對方情報的機會。但是，當考慮到難以琢磨其用意的國際恐怖主義現象時，常常會發現這樣一種傾向：在不對稱性衝突中，弱勢的一方會試圖通過秘密行動來獲得某種相對優勢，特別是恐怖分子網絡，他們常常使用各種化名來隱瞞其成員的身份，並且將它作爲行動戰略的組成部份；從道理上講，收集躲在暗處的敵人的有關情報，是任何有效戰略所必不可少的。與此同時，由於前面所述的趨勢存在，戰爭問題和主要與刑法執行有關問題之間的界限越來越模糊。因而，旨在追究個人刑事責任的調查訊問可能會優先於戰俘訊問程序。

從扣留方的立場來看，存在著兩個問題：第一，戰俘地位能在多大程度上保護當事人免受這兩種不同模式的訊問；第二，戰俘在多大程度上、從何時開始享有受到公正審判的權利，具體來說就是享有保持沉默的權利，或者不得自証有罪的權利，以及與之對應的被告知受到公正審判的具體措施的權利。

人道法的戰爭實踐

曾被捲入 1945 年以來所發生的武裝衝突中的國家，大部份都聲稱自己是“正義”的，是爲了抗擊自己或對其盟友的侵略而行使了單獨或集體自衛權的結果。只有一個國家在人道法的適用方面及是否行使單獨或集體自衛權問題上，曾有過具體的結論，那就是越南。

直到 1973 年 2 月簽署巴黎和約、結束越南戰爭及遣返美國戰俘回國之前，越南民主共和國一直都以越南是美國侵略戰爭的受難者爲理由，認爲不必對美國戰俘適用《日內瓦第三公約》，也不必同意紅十字國際委員會根據該公約開展的有利於這些戰犯的活動。所以，越南政府拒絕接受紅十字國際委員會提供的任何服務。紅十字國際委員會爲援助越南戰場上的俘虜而開展的一切活動，都無功而返。

在 1979 年 2 月中越衝突中，越南社會主義共和國政府一開始援引了同樣的理由。但在經過進一步的討論之後，還是同意了紅十字國際委員會的代表訪問在該衝突中被俘的中國軍人。

最後，河內政府在批准《第一附加議定書》時，對序言第五段並未作任何正面的保留。因此可以認爲：越南政府在《日內瓦公約》的適用條件問題上改變了立場，從而同意“重新確認與發長國際人道法外交會議”所形成的一致意見，即：任何基於武裝衝突的性質或起因或交戰國所提出理由的考慮都不能阻止人道法的適用。

自《聯合國憲章》通過以來，依據《聯合國憲章》第七章及經聯合國安理會授權採用的軍事行動，主要有三項：

艾國及其盟國根據 1950 年 6 月 27 日安理會第 83 號決議(1950)在朝鮮採用的行動；根據 1990 年 11 月 29 日通過的第 678 號決議(1990)爲解放科威特而實施的反伊拉克聯盟軍事行動；北約根據 1993 年 3 月 31 日及 6 月 4 日通過的第 816 號決議(1993)及第 836 號決議(1993)，及其後眾多決議對波斯尼亞—黑塞可維那採用的軍事干涉。

在上述事件中，沒有一個國家尋找理由擺脫國際人道法所規定的義務。

這樣，國家實踐就與理論上分析結論相符合了：一個交戰國不得以自己是侵略的受害者或維護一項正義的事業爲理由而不承擔戰爭法規或慣例、尤其是人道法所規定的義務。它反映了國際社會要限制實施暴力、並保證在任何情況下都保護人身的願望，無論交戰國訴諸武力的動機是什麼。

總之，實現正義的理由並不能授權交戰國踐踏人道主義最基本的規則，也不能爲暴力泛濫提供借口，即使是正義的戰爭也是有限制的。

(節選自《紅十字國際評論》)

戰爭罪：沉默即縱容

當戰爭的槍聲歸於平靜，殺戮、酷刑、強姦和恐怖都已結束，各國政府應如何面對過去可能出現的暴行以及嚴重破壞武裝衝突規則的行為？一些人和政府認為，過去的事已經成為過去，社會應將它們置於腦後，以便集中精力建設未來。

對過去的忘卻，或由國家認可的“集體健忘”，包括以下情形：政府未設置和啓動追究責任的程序；國家未對戰爭罪或造成國內恐怖行為的責任展開調查。社會沉默可能是明確選擇的產物，是在衝突結束後各國繼續管理各項事務需要的結果。如果一個國家明確選擇了沉默，那麼通常意味著它將會實行特赦或給予原諒，它會保護前政府官員，使他們不因在控制國家機器期間可能犯下的戰爭罪和不人道的行為而受到法律審問。

總之，遺忘或忽略過去的罪行是從被擊敗的戰爭時政權或極級主義政權向一種新的統治形式過渡的最快方式。

選擇這樣的沉默是很多受害者擔心的，因為它意味著對個人和目標體所受傷害缺乏尊重。沉默讓人感覺像是受到了否認。

1954 年至 1962 年，法國發了阻止阿爾及利亞獨立的戰爭。最終，法國與阿爾及利亞簽訂了《埃及昂協定》，承認阿爾及利亞獨立，但在協定普遍赦免的規定，之後直到 1999 年，法國不斷有個人或團體出版書籍和文章譴責法軍在戰爭期間的暴行。2000 年，一名前阿爾及利亞戰士路易賽特·伊吉拉瑞茲公開了她於 1957 年遭受法軍酷刑達 3 個月之久的事實。一些因她的陳述而被牽連其中的法國將軍也做出了公開回應，從而引起了一場廣泛的公眾辯論。

12 位著名學者公開向法國政府發出呼籲，要求其承認並譴責在阿爾及利亞戰爭期間發生的酷刑刑，以正視聽。

法國前總理若斯潘說：“我不相信披露真相會削弱一個國家。讓一個國家在歷史教訓的基礎上建設未來反而會使這個國家更強大。

2001 年，曾於 1955 年至 1957 年間在阿爾及利亞服役的一名法國將軍保羅·奧薩萊實出版了一名為《特殊兵役：阿爾及利亞 1955-1957》的書。在書中，他說：“我從沒喜歡過酷刑，但是，我認為我不得不使用酷刑。在那時，酷刑已經成為一種常規行為。如果現在有相同情況出現，我不能還會那樣做……我反對認為法國今天需要道歉的觀點。我們承認事實，但不應上網上線。我個人並不感到悔恨。”此書出版後，人權聯盟指控他為戰爭罪辯護。反種族主義與促進人民友誼運動、路易賽特·伊吉拉瑞茲以及在這名將軍在場的情況下謀殺的拉爾比·本·姆希迪的兩個妹妹以反人道罪對他提起了訴訟。

在對該將軍進行審判之後，一名法官拒絕對針對奧薩萊塞反人道罪所提起的司法訴求進行定罪。2001 年 12 月 14 日，巴黎的一個人上訴法院支持了這一做法，因為 1968 年的一次特赦，涵蓋了所有在阿爾及利亞戰爭期間所犯的罪行。

2002 年 1 月 25 日，巴黎的一個刑事法院因奧薩萊賽將軍為戰爭罪辯護的行為，對其判處 7500 歐元的罰金。他的兩家出版商也被分別判處 15000 歐元罰金。

如果沒有人因酷刑和其它虐待行為受到懲處，給人的感覺就是“這事一定沒有發生過”。用學者阿里耶·奈爾的話說就是：“如果受害者發現沒有人對他們所遭受的痛苦負責，那麼和平共處的可能性似乎要大為降低。”既往不咎的政策可能意味著：怨恨埋藏在受害者的心裡，任其潰爛，而不給其任何治癒的其他選擇。

盧旺達衝突催生國際刑事法庭

1994 年 4 月 6 日，盧旺達總統、胡圖族人哈比亞行馬納的座機在基加利上空被導彈擊落，機上人員全部遇難。該事件立即在盧全國範圍內引發了針對圖西族人血腥報復。之後三個月裡，一場針對圖西族人的大屠殺悲劇上演了。在盧旺達政府軍和“愛國者陣線”衝突期間，先後約有 100 萬人被殺，其中絕大部份為圖西族人，也包括一些同情圖西族人的胡圖族人。

7 月，政府戰敗並被趕下台，種族屠殺隨之結束。在接下來的幾個月裡，新政府逮捕並關押了 12 萬多被控參與了種族屠殺的人。由於已經沒有了正常運作的司法機構，新政府開始建立國家法院，並開始培訓未來的法官。但是，等待審判的人實在太多，可利用的資源又太缺失。

由於犯罪嫌疑人超過十萬，政府決定啓用盧旺達傳統的司法制度“嘎味卡”法庭，這些法庭由當地人選舉的平民組成。但是，它們不能對那些被認定犯有嚴重罪行的人進行宣判，它們也不能作出死刑判決。

11 月，聯合國安理會對種族屠殺行爲和對國際人道法的普遍、大規模的違反行爲感到震驚，因此在坦桑尼亞、阿魯沙設立了盧旺達國際刑事法庭。

該法庭被授權起訴和審判自 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日在盧旺達領土上(或由在領國的盧旺達人)實施了以下罪行的人員：滅絕種族罪；危害人類罪；違反適用於非國際性武裝衝突的國際人道法規則的罪行。該國際法庭的管轄權優先與各國的國內法庭。

國家內部的法院永遠都應用管轄權。在“補充性”原則之下，只有在國內法院不能或不願採取行動時，國際刑事法庭才能發揮其作用。在某些國家，衝突期間或社會政治崩潰之時，可能有執政政府不願起訴本國公民，尤其是那些高級別的官員。在此情況下，國際刑事法院將追訴罪犯。

鑑於盧旺達國際刑事法庭和 1993 年設立的前南國際刑事法庭在起訴和審判違反國際人道法的罪方面具有超越國內法庭的優勢，國際社會決定建立一個統一的國際刑事法院。1998 年 7 月，在羅馬舉行的一次國際會議上通過了《羅馬規約》，即《國際刑事法院規約》，2002 年 4 月 11 日，《羅馬規約》得到第 60 個國家的批准，國際刑事法院在荷蘭海牙成立，並於 2002 年 7 月 1 日正式開始運行。目前已有 139 個國家簽署了《羅馬規約》。

(節選自《探索國際人道法》)

人道法與“新型”衝突

當今，人們對所謂“新型”衝突眾說紛紜。這一表述涉及不同類型的武裝衝突：一類被稱為“無政府”衝突，另一類是以確立派系身份為焦點問題的衝突。

“無政府”衝突是指在國家機器被部分或全部削弱以至癱瘓的情況下，武裝派系利用政治上的真空爭奪權力。這類衝突最突出之處在於武裝派系本身由上而下的指揮機制也遭到削弱或破壞。

旨在確立派系身份的衝突，往往通過“種族清洗”的方式來消滅敵人。包括強迫某些族群遷移甚至滅絕他們。在反復不斷的宣傳、暴力和仇恨的作用下，和平共處變成幻想。

國際人道法依然適用於這些“無政府”及“身份攸關”的衝突。特別是當中的平民，他們時刻面對暴力的威脅。國際人道法要求所有武裝派系，不管他們是否參與叛亂，都得尊重已經解除武裝的人和沒有參加戰鬥的平民。

因此，國際人道法不會因為國家的統治結構被削弱或不存在而出現真空。相反，正是在這種情況下，國際人道法才得以全面發揮它的效用。

誠然，要在這類衝突中應用國際人道法比較困難。交戰國或武裝派別之間缺乏約束，隨著武器源源不絕運入境內，平民也紛紛武裝起來，戰鬥員和非戰鬥員的區別日趨模糊。這些往往使對峙形勢急轉直下，法律規則實施的空間有限。

正是出於以上原因，更要加倍努力普及國際人道法。雖然提高人們對法律規則的認識不能解決導致衝突的根本問題，卻能削弱其致命後果。

節選自《國際人道法問答》

對被拘留者的探視是一種更好的保護

1975年9月25日，瑞士銀行家、慈善家讓·雅克·戈蒂埃宣導建立一個新的國際協議，建立“經授權的流動委員會，以便在未提前通報情況下探視任何監獄或警察局”，目的是為了有效地制止酷刑和野蠻對待，非人道或有損人格的待遇或懲罰。

當時，傳統的國際人權法律基本上被限定在標準化的模式裏。儘管許多有關禁止酷刑和虐待，非人道或有損人格的待遇或懲罰的檔為聯合國、歐洲委員會和美洲組織所接受，但執行機制並未放在首要位置。這種固有缺陷，使其執行效果不佳。

讓·雅克·戈蒂埃認為，即使防止酷刑的實踐活動能在合作、保密的基礎上在和平時期進行，並且包含在人權保護的實體範圍內，要改變所有被剝奪自由的人，特別是違反習慣法而被剝奪自由的人避免酷刑和虐待，還將有很長一段路要走。

現在的狀況與30多年前已有很大不同。聯合國大會於2002年12月18日通過了《聯合國關於反對酷刑和其他虐待，非人道或有損人格的待遇的附加議定書》（以下稱為“議定書”），這是向新目標邁出的重要一步。議定書對所有國家開放，同時議定書為被剝奪自由的人提供了唯一的、全球化的、定期探視體系。這種探視由獨立的國家或國際組織執行，在國家合作的基礎上，向有資格的當局提供防止酷刑和虐待的建議。

這種國際人權保護的新方法促使各國、各區域性機構建立了旨在保護人權的探視機構。

歐洲防止酷刑委員會於1989年開始工作，具有獨立性。該委員會從1989年開始已在其成員國內進行了189次探視。歐洲防止酷刑委員會進行常規探視或“在某種情況下應要求而進行探視”。在探視以後，委員會向被探視國提交一份秘密報告，裏面提出改進被剝奪自由的人現狀的建議，以便防止酷刑和虐待。

在美洲國家組織裏，美洲人權委員會負責探視方面的活動，評價所探視國家的基本人權狀況，或者對特別情況進行調查。在這些探視活動中，在征得有關國家同意的情況下，美洲人權委員會探視拘留所。美洲人權委員會已經對不少國家進行了探視，其中海地7次；尼加拉瓜和秘魯各5次；多明尼加共和國、巴拿馬、美國和瓜地馬拉各4次；薩爾瓦多3次；墨西哥、阿根廷、委內瑞拉、洪都拉斯、巴哈馬群島、牙買加、厄瓜多爾、蘇里南和巴拉圭等國各2次；哥倫比亞1次。

1996年，非洲人權和人民權利委員會指定了一個特別秘書長負責探視非洲的監獄和監禁地狀況。在有關國家同意的情況下，該秘書長按照要求探視非洲的一些監禁地，以便評估監禁地的總體狀況和被監禁人的待遇。到目前為止，該秘書長已探視過的國家包括貝寧，岡比亞，馬拉維，馬里（2次），莫三比克，中非共和國和辛巴威。

聯合國酷刑委員會特別報告員的作用也不應被忽視。特別報告員不進行有規律的探視，但在有關國家同意的情況下，他也會探視這些國家的監禁地。1985年，聯合國人權委員會任命了第一個特別報告員。到現在為止，他以及他的繼任者一共執行了28次探視任務。

在某些國家，對監禁地的探視由政府機構、類似調查員的官員、人權研究會、國會授權的委員會、法官和非政府組織來執行。例如，摩洛哥監獄觀察員（OMP），尼泊爾酷刑受害者中心，喬治亞州年輕律師協會，烏拉圭和平與正義服務中心（SERPAJ），保加利亞赫爾辛基委員會和肯雅獨立醫生和律師協會（IMLU）等，都是可以探視監禁地的非政府組織。與這些組織相似的還有，烏干達的全國人權委員會，南非、斐濟和阿根廷的監獄調查員（Procurado Penitenciario），波蘭調查員和愛沙尼亞司法大臣等，他們都有根據不同的程式探視監禁地的權力，其目的是為了防止酷刑和虐待的發生。

武裝衝突期間對文化財產的法律保護

“戰爭在人類的理念中產生，維護和平的理念同樣是在人類的理念中構造起來的”——聯合國教科文組織的章程這樣認為。

這個觀點能夠超越差異、團結人類，同時也能加強維護和平文化，不幸的是它在某些情況下會產生分歧。

在某些情況下，戰爭對遺址、文化聖地及藝術作品所造成的破壞不足為奇，而這些文化財產曾是人類智慧最神聖的結晶。

一些破壞是偶然的。但更多的情況是，這些破壞是故意的。通過對遺址、文化聖地及藝術作品的破壞，是為了消滅對方產生的足跡直到否定他們的存在，以便達到對對方身份、歷史、文化及信仰的摧殘。

在前南斯拉夫和高加索的武裝衝突中，無數的教堂、清真寺及修道院甚至陵墓遭到了破壞。我們記憶猶新的還有 2001 年春天發生在阿富汗的對米巴揚大佛的破壞。破壞針對的是人們的集體信仰。

事實上，對這些遺址、文化聖地及藝術作品的故意破壞是全面戰爭理論的一個表現，是另一種形式的種族屠殺。但歷史也告訴我們，從最古老的時代開始，人們就為保護文化聖地及藝術作品而採取措施。

在中世紀歐洲，騎士階層都有對教堂和修道院進行保護的規定。伊斯蘭教也有許多保護基督教和猶太教的宗教聖地及清真寺的規定。在人道原則的基礎上產生的古印度的武裝衝突法，也反映了這一思想。古印度重視對軍事目標和民事目標的區分，只有軍事目標才可以被攻擊，民事目標則禁止被襲擊。

這些來自宗教靈感的古老法則，被分享同一種文化、崇拜同一些神靈的人們所遵守。所以當戰爭在屬於不同文化的人類之間發生時，這些法則經常被蔑視。上述所提到的破壞在聖戰和宗教戰爭中頻繁發生。

事實上，最近我們才開始關注在國際法中引入戰爭期間保護文化財產這一規則。

對軍事目標和民用物體進行區分的原則，是所有戰爭法和習慣法，尤其是有關敵對行動規則的基石。

1907 年 10 月 18 日有關陸戰法規和習慣的《海牙公約》（四）提出了文化財產在圍攻或者轟炸時豁免的原則：“在圍攻和轟炸時，應當採取所有必要的措施，盡可能地避免危害到文化、藝術及科學聖地，避免襲擊歷史博物館、醫院及傷病員的聚集地，前提是這些地方並沒有被軍事目的所利用。”

在被占領土上，《海牙規則》禁止佔領、毀壞和故意破壞所有屬於這一國家的文化、藝術及科學聖地。

不幸的是，這些規則並沒能阻止第一次世界大戰中對文化財產實施的大量破壞，也沒能阻止第二次世界大戰中實施的更為巨大的破壞。正是為了防止這些破壞的再現，許多國家認為有必要通過一項專門保護文化財產的公約。這就是 1954 年 5 月 4 日制定的關於武裝衝突期間保護文化財產的《海牙公約》的淵源。

對文化財產的保護是國際人道法的一部分。事實上，對文化財產的破壞不僅僅是破壞財產的問題，實際上是通過對文化財產的破壞來達到消滅敵方的目的。一般財產不會激起敵對行為。

我們對文化財產的保護，並不僅僅是保護遺跡和物體，還意味著保護民族的記憶、民族的集體意識和文化認同，還有構成這些民族的個人記憶、意識及認同感。事實上，我們不可能孤立於我們的家庭和我們所附屬的社會實體以外而獨立存在。

澄清“直接參加敵對行動”

國際人道法的核心原則是區分戰鬥員和平民，前者的職責是在武裝衝突中開展敵對行動，後者則被推定為沒有直接參加敵對行動並因此有權享受免遭攻擊的全面保護。只有當他們直接參加敵對行動時，才會失去這種保護。

從遠古時代開始，平民居民就參與戰爭，不論是通過生產和提供武器、設備、食物和住所，還是通過經濟、行政和政治方面提供支持。通常情況下，這些活動都是遠離戰場的，平民只在極特殊的情況下才會參加實際戰鬥。

最近幾十年，情況發生了變化，戰場和平民居住區之間的界限日益模糊。平民與軍事行動距離不遠，而且他們越來越多地承擔了本屬於士兵的任務，這些都導致了實施區分原則的混亂。由於越來越多軍事職能開始外包業務，這使得情況變得更為複雜。私人承包商、民事情報工作人員和其他公務員在武裝衝突行動中發揮著越來越大的作用。

有時武裝人員不將自己與平民加以區分。例如，在秘密軍事行動中，他們“白天是農民，晚上是士兵”，這時就會出現更多問題。平民更有可能成為錯誤或任意攻擊的目標，而軍隊人員由於無法正確辨認敵人的身份，易於遭受那些與平民無法區分的個人實施的攻擊。所有這些都強調了區分的重要性，不僅要區分平民和軍事人員，還要區分未直接參加敵對行動的平民和那些參加敵對行動的平民。

雖然國際人道法規定平民“除直接參加了敵對行動並正在直接參加敵對行動時外”，應享受免遭直接攻擊的保護，但《日內瓦公約》及其附加議定書都沒有規定什麼行為構成直接參加敵對行動。

爲了補救這種情況，並保護平民居民不成爲錯誤或任意攻擊的目標，紅十字國際委員會發起了一些非正式的研究和諮詢，旨在澄清三個關鍵問題：出於開展敵對行動的目的，誰可被視爲平民；什麼行為構成直接參加敵對行動；什麼規則適用於平民失去免受直接攻擊的保護。

2003 至 2008 年間在荷蘭海牙和瑞士日內瓦召開的 5 次會議彙聚了來自軍隊、政府部門和學術界、國際組織和非政府組織的多達 50 位元法律專家，他們都以個人名義參與了意見。經過 6 年的專家討論和研究，紅十字國際委員會發表了一個“解釋性指南”，旨在澄清國際人道法中“直接參加敵對行動”的涵義和後果。

令人質疑的戰俘地位

1949年8月12日簽署的有關戰俘待遇的《日內瓦公約》（又稱《日內瓦第三公約》）通常被視為武裝衝突習慣法的一部分。

在其所規定的內容中，有兩項原則最為重要：戰俘不能因為僅僅曾經參加敵對行為這一事實而受到控訴和懲罰；戰俘從陷落敵方權力之下起到最終被釋放或被遣送回國為止，必須給予人道的待遇。

因此，對於那些被俘獲而處於敵方控制之下的人員，戰俘的身份在法律地位和待遇兩方面都極其重要。不享有戰俘身份的人，會因為曾經從事的交戰行為而受到審判。某些交戰行為在國內的司法管轄權下可能會被判處死刑。這種情況下，是否具有戰俘身份，就成爲一個關係生死的問題。

當對被俘人員的戰俘身份存在疑問時，如何裁決身份就顯得至關重要。在1949年的日內瓦外交會議上，代表們在就《日內瓦第三公約》進行談判時沒有忽視這一問題。該公約規定：當對曾經從事交戰行為的被俘人員是否具有戰俘身份存在疑問時，他們的身份應由主管法庭來裁定。

《日內瓦第三公約》以有關戰俘待遇的一般國際法原則爲基礎。這些自18世紀以來逐漸發展形成的原則，包括戰爭中被俘“不是報復，也不是懲罰，而是保護性的監管，其唯一目的是防止戰俘進一步地參與戰爭”。與這一特殊原則的發展相一致的還有這樣的觀點，即認爲殺害或傷害無助的人違背戰爭法。此外，戰俘屬於戰爭中最易受攻擊的受害者範圍，因此需要特別保護。而且，戰俘身份和待遇所依據的原則，是從騎士制度這一傳統的軍事概念發展而來，其中包括尊重戰鬥人員的榮譽。拘留戰俘的國家對給予戰俘的待遇負有責任。這種責任包括拘留國應充分滿足一項要求，即打算或已經將戰俘移送的國家，願意並且能夠適用《日內瓦第三公約》。

被俘人員如要被承認具有戰俘身份，必須符合《日內瓦第三公約》第4款中規定的6類人員的條件。儘管第4款措辭謹慎，但戰爭中的混亂狀況使得戰鬥人員和平民的區別並不十分明顯。因爲這個原因，《日內瓦第三公約》第5條第2款還規定：“如果對於曾經從事交戰行為並陷落敵方權力之下的人員，是否屬於第4款所列舉各類人員中的任何一種產生了任何疑問，在其身份由主管法庭裁決之前，這類人員將享有本公約的保護。”

一些評論員評論《日內瓦第三公約》時，提供了一種假設，即在戰區被俘獲的人就是戰俘。一些軍事手冊中也採用這種對參加敵對活動的人推定有戰俘身份的假設。例如，1992年《新西蘭武裝衝突暫行法手冊》規定：“作爲一個實際問題，如果（《第一議定書》）第43條所定義的戰鬥人員被俘獲時其武裝不是隱藏的，他們有權獲得戰俘身份。任何情況下，將由法庭裁定其身份。”同樣，1994年《澳大利亞國防部隊手冊》指出：“多數情況下，被俘的戰鬥人員有權要求獲得戰俘身份。”

前南國際法庭的成立

前南斯拉夫聯盟的解體導致了一系列戰爭的爆發。無數的暴行，尤其是反人類罪、戰爭罪和種族滅絕罪，在這些戰爭中發生。

1991 年到 1995 年，克羅地亞和波士尼亞發生的武裝衝突及隨後在科索沃和馬其頓發生的武裝衝突慘烈，震驚了國際社會。

當時各當事國的國內司法機構還沒有為追訴戰爭罪做好準備，同時國際社會明確表示，希望通過包括政治和軍事手段（磋商、國際力量、北約轟炸）及國際司法程式在內的手段“影響”巴爾幹半島事態發展。於是，第二次世界大戰之後的第一個國際刑事法庭（即前南斯拉夫國際刑事法庭）建立起來。

對前南斯拉夫國際刑事法庭及其“雙胞胎兄弟”盧旺達國際刑事法庭的一般性評價是，它們都是有選擇性地建立起來的。儘管如此，這兩個法庭還有在波黑、塞拉里昂、柬埔寨和東帝汶建立的混合型法庭，毫無疑問地為發展國際刑法及證實普遍性原則做出了重要的貢獻。

前南國際刑事法庭的工作應該放到前南斯拉夫解體分出的國家所經歷的轉型背景下進行評價。這個轉型是一個雙重的過程，即從戰爭到和平社會，尤其是對司法準則和武裝衝突責任的國際標準的接受；從一黨制社會到建立在所謂西方民主之上的多極化社會。

以戰爭罪的責任為例，存在著一個對戰爭罪責任的雙重標準問題。在自己一方針對敵人實施的嚴重犯罪還沒有被懲罰的同時，對敵方人員的刑事追訴卻以一種沒有任何法律依據、歧視性並且不尊重公平審判權利的方式進行著。

除了這些，在戰爭和社會的轉型期，從專業和道德的角度來說，國內司法已經被摧毀，並且常常被指責為腐敗不堪或與黑勢力相勾結。因此，在評價戰爭犯罪的責任方面，不同政治、法律和道德標準及司法能力的問題，讓所有的轉型國家很難以符合國際標準的方式運行國內的司法體系。

對於前南斯拉夫解體後建立起來的這些國家來說，前南斯拉夫國際刑事法庭在很多方面扮演著很重要的角色。

首先，當這些國家的國內法庭沒有準備好懲罰自己國家的人所犯下的罪行時，法庭能保證實現正義，並且將公正送到受害者手中。其次，前南斯拉夫國際刑事法庭在工作中為認定戰爭罪、反人類罪及種族滅絕罪的責任設定了新的標準。

正因如此，前南斯拉夫國際刑事法庭不僅推進了國際刑法的發展，為國際刑事法院的建立提供了寶貴的經驗，也讓當事國的國內司法體系開始將自己的標準與前南斯拉夫國際刑事法庭所制定的標準看齊。這不僅僅幫助其國內法庭提高了審理戰爭罪的品質，也幫助這些新建立起來的國家提高了國內的法律意識和本國司法的品質。