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

ICRC

参 考

红十字国际委员会
东亚地区代表处
地址: 北京市建国门外大街9号
齐家园外交公寓3-2
邮编: 100600
电话: 010-8532 3290
传真: 010-6532 0633
网址: www.icrc.org
© ICRC,10.2009

ICRC

国际人道法中

直接参加敌对行动

定义的解释性指南

尼尔斯·梅尔泽

红十字国际委员会法律顾问

目录

序 4
致谢 8
概述 9
1.《解释性指南》的目的和性质 9
2.平民参加敌对行动的问题 11
3.关键法律问题 12

第一部分：红十字国际委员会就如何解释 15

第二部分：建议与评注 19

一、平民的概念 20
(一)国际性武装冲突中平民的概念 20
1.平民、武装部队和民众抵抗概念的相互排除 20
2.武装部队 21
3.民众抵抗 25
4.结论 25
(二)非国际性武装冲突中平民的概念 26
1.平民、武装部队和有组织武装团体概念的相互排除 26
2.国家武装部队 29
3.有组织的武装团体 30
4.结论 34
(三)私人承包商和文职雇员 35
1.与私人承包商和文职雇员有关的特殊困难 35
2.国际性武装冲突 36
3.非国际性武装冲突 37
4.结论 38

二、直接参加敌对行动的概念 39
（四）直接参加敌对行动是一种具体行为 41
1. 直接参加敌对行动这一概念的基本要素 41
2. 限于具体行为 42
3.结论 43
（五）直接参加敌对行动的构成要素 44
1. 损害下限 45
2. 直接因果关系 49
3. 交战联系 56
4. 结论 62
（六）直接参加敌对行动的开始和结束 63
1. 准备工作 63
2. 部署和返回 65
3. 结论 66

三、影响到丧失保护的情况 67
（七）丧失保护的时间范围 68
1. 平民 68
2. 有组织武装团体的成员 69
3. 结论 71
（八）不确定情况下的预防措施和推定 72
1. 采取可行预防措施的要求 72
2. 平民保护的推定 73
3. 结论 74
（九）对在直接攻击中使用武力的限制 75
1. 国际人道法具体条款中的禁止和限制性规定 75
2. 军事必要性原则和人道原则 76
3. 结论 80
(十) 重获平民保护的后果 81
1. 不能免于国内追诉 81
2. 有义务遵守国际人道法 82
3. 结论 83

序

保护平民是国际人道法的主要目标之一。根据有关作战行为的国际人道法规则，平民居民和平民个人享有免受敌对行动影响的一般保护。为此，该法要求武装冲突各方在任何时候都应区分平民和战斗员，并且只针对军事目标采取行动。该法还规定不能将平民作为故意攻击的目标。基于同样的思路，人道法还要求必须给予落入敌手的平民以人道待遇。这一总原则体现在了包括禁止一切侵害生命的暴力形式以及酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇等大量人道法规定中。

对平民进行全面保护并非始终是国际人道法关注的重点，尽管这在今天看来可能有些奇怪。但国际人道法（至少就其条约法规则而言）起源于这样一个时代：平民居民基本上不受敌对行动的直接影响，也只有战斗员参加实际战斗。当第一个《日内瓦公约》于1864年通过时，军队交战的战场战线清晰。那时需要减轻的是士兵的苦难——常常有成千上万的士兵在交火后受伤或即将死去。只是到了后来，随着武器的技术革新开始在战争中造成大规模平民苦难和伤亡，保护平民才成了亟待解决的问题。

随着时间的推移，尤其是在第二次世界大战之后，法律不得不去调整平民日益频繁地直接参加敌对行动所造成的后果。有两种情况较为典型：一是政府军同争取殖民地人民自由的“非正规”武装组织进行交战的民族解放战争。1977年《第一附加议定书》承认这类战争在某些情况下可以被视为具有国际性。二是政府军同有组织的非国家武装团体之间或者此类团体彼此之间出于政治、经济或其他原因而发生的非国际性武装冲突，这种情况变得越来越普遍，并且仍

然是目前主要关注的问题。几乎不言而喻的是，这两类部分平民居民被有效转化为战斗力但也同时成了主要受害者的冲突，还在继续造成不计其数的伤亡和破坏。

国际人道法在《日内瓦公约》的两个《附加议定书》中规定了一条基本规则，以应对越来越多的平民地参加敌对行动这一趋势。根据该规则，平民“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”，应享有免受直接攻击的保护。本《解释性指南》试图解释的正是“直接参加敌对行动”这一概念。在审视这一概念时，红十字国际委员会不仅必须面对与这一概念实际应用有关的一些由来已久的难题（例如，一个人可以白天是受保护的农民，而晚上却成为可被攻击的战士吗？），还必须面对一些近来出现的趋势，这些趋势进一步凸显了澄清此概念的必要性。趋势之一是作战行为明显转向平民居民中心，包括城市战，其特点是平民与武装人员前所未有地混合在一起。趋势之二是过去的传统军事职能被越来越多地外包给了平民，例如私人承包商或政府文职雇员，这就使得区分享有和不享有免受直接攻击之保护的人变得更加困难。第三个，也是特别令人忧虑的趋势是那些直接参加敌对行动的人——无论是平民还是武装部队或团体的成员——都没有充分将自己同平民居民区分开来。

《解释性指南》对“直接参加敌对行动”这一概念给予了法律解读，旨在强化对区分原则的执行。为了使禁止直接攻击平民的规定得到充分遵守，必须将武装冲突——不管是国际性还是非国际性——各方的军队同平民相区分，将从不直接参加武装冲突的平民同那些单独、零星或无组织地直接参加武装冲突的平民相区分。本文试图通过对如何解释与直接参

加敌对行动这一定义有关的国际人道法提供指导，从而促进这些区分。为此，本文探讨了以下三个问题：就区分原则而言谁被视为平民；什么样的行为构成直接参加敌对行动；以及影响丧失免受直接攻击之保护的情况。

对这些问题的回答，以及由此得出的包含在《解释性指南》中的解释，涉及国际人道法中最为困难且至今未获解决的问题之一。红十字国际委员会发起对直接参加敌对行动这一概念进行反思，既是为了加强实践中对平民的人道保护，也是为了履行其被赋予的国际使命，更好地理解并忠实适用国际人道法。在这一背景下，做出以下三点评论是适当的：首先，《解释性指南》仅仅代表红十字国际委员会的观点。一群杰出的法律专家耗时数年，研究了与直接参加敌对行动这一概念有关的国际人道法，对此红十字国际委员会深表感激；但本文所阐述的仍然只是红十字国际委员会自己的立场。其次，尽管《解释性指南》反映了红十字国际委员会的观点，但它不是也不可能是具有法律约束力的文本。只有国家协定（条约）或出于法律义务感而针对某事项所采取的国家实践（习惯）才能产生具有约束力的法律。第三，《指南》并不旨在改变法律，而是在现有法律框架内对直接参加敌对行动这一概念加以解释。

本文仅就作战行为对直接参加敌对行动做出了解释。因此，除对一个人何时被视为丧失免受直接攻击之保护及丧失多久这一点提供指引外，本文并不涉及一旦某人落入敌手，其直接参加敌对行动的后果问题。届时其他国际人道法规则将予以适用，其中最重要的是前面已经提及的人道待遇原则。

不幸的是，几乎没有理由认为，当前越来越多的平民参加敌对行动这一趋势会随着时间的推移而减弱。如今，根据应如何在错综复杂的现代战争环境中实施区分原则等方面的正确指导，采取一切可行措施防止平民居民成为错误或任意攻击的目标，变得比以往更加重要。红十字国际委员会希望通过介绍本《解释性指南》，帮助确保那些没有直接参加敌对行动的人获得其根据国际人道法理应享有的人道保护。

红十字国际委员会主席
雅各布•克伦贝格尔

致谢

本《解释性指南》是红十字国际委员会的重要出版物，是红十字国际委员会于2003至2008年间组织专家审议的成果。

《解释性指南》的构思、起草和出版归功于许多人的参与和贡献，但在此我们只能对其中的一些表示感谢。我们首先要特别感谢红十字国际委员会法律顾问尼尔斯•梅尔泽博士，他从2004年开始负责专家审议，并且是《解释性指南》以及审议期间大部分背景文件和专家会议报告的作者。我们还要对专家们致以最诚挚的谢意，他们所有人都以个人身份参加了专家会议；没有他们的参与、学识和经验，这一旨在澄清的审议就不可能取得成功。最后，我们还要衷心感谢所有对《解释性指南》的文本做出评论，对专家会议的组织和后续工作提供宝贵支持，以及对《解释性指南》的出版给予帮助的我们红十字国际委员会同仁。

红十字国际委员会

2009年2月

概述

1.《解释性指南》的目的和性质

《解释性指南》的目的是为解释与直接参加敌对行动这一概念有关的国际人道法提供建议。因此，《解释性指南》中所提的**10项建议以及所附的评注，并不是要改变习惯或条约国际人道法具有拘束力的规则，而是要反映红十字国际委员会关于应如何根据当代武装冲突中普遍存在的情况来解释现有国际人道法的重要立场**。

《解释性指南》利用了各种资料来源，其中包括：首先也是最重要的是习惯和条约国际人道法中的规则和原则，必要时还包括条约的准备工作、国际判例、军事手册及法学理论权威著作。此外，它还吸收了由红十字国际委员会与阿塞尔研究所联合发起的专家审议过程中所产生的丰富资料，审议的目的是澄清国际人道法下直接参加敌对行动的概念。[1]2003至2008年期间举行了5次非正式专家会议，每次均有40至50名来自学界、军队、政府和非政府组织的法律专家以私人身份参会。[2]

《解释性指南》在很大程度上基于专家会议的讨论成果，但并不一定是专家们的一致看法或多数意见。它致力于提出一个平衡、实用的解决方案，既考虑到各种相关利害关系，同时又确保做出符合国际人道法目的和原则的清晰、连贯的法律阐释。**最终，对《解释性指南》负责的是红十字国际委员会这个中立且独立的人道组织，国际社会赋予该组织的职责之一就是促使**

[1]专家审议过程中产生的如报告、背景文件等所有材料均可见于www.icrc.org。
[2]如欲了解有关专家审议的更多信息，参见文件"Overview of the ICRC's Expert Process (2003-2008)"。

人们更好地理解国际人道法。[3]尽管只有主管司法机构或者说是各国自身才能对国际人道法做出具有法律拘束力的解释，但红十字国际委员会希望《解释性指南》中所体现的全面法律分析以及对人道和军事利益的谨慎平衡，能够使其得出的建议对于国家、非国家参与者、实务工作者和学界人士都具有说服力。

《解释性指南》包括10项建议，每项建议都概括了红十字国际委员会就某一特定法律问题进行国际人道法解释的立场，并附有评注，说明了每项建议的依据。在整个文本中，特别是在专家意见存在重大分歧之处，均用脚注指明了记录相关讨论的专家会议报告和背景文件中的段落。《解释性指南》的不同章节和建议之间密切相关，只有作为一个整体来阅读才能恰当理解。同样，《解释性指南》中提到的例子并非是对某种特定局势或行为法律性质的权威说明，而必须结合其确切背景、根据普遍公认的国际人道法原则和规则加以善意解读。它们只能阐明做出相关区分所依据的原则，而不能代替对当时时间和地点具体情况的仔细评估。

最后，应当强调的是，《解释性指南》**仅就作战行为对直接参加敌对行动的概念进行了分析**。我们无意以此结论作为基础，来解释那些有关调整作战行为以外的人员——如被剥夺自由者——的地位、权利和保护的国际人道法规则。此外，尽管《解释性指南》只涉及国际人道法，但**其结论并不妨碍根据其他可适用的国际法分支——如人权法或调整国家间武力使用的法律（诉诸战争权）——去分析与直接参加敌对行动有关的问题**。

[3]参见《国际红十字与红新月运动章程》第5条第2款第3与第7项。

2.平民参加敌对行动的问题

国际人道法的首要目标是保护武装冲突受害者，并基于军事必要和人道要求的平衡调整作战行为。国际人道法核心是区分原则，即区分武装部队（代表武装冲突各方作战）与平民（被推定不直接参加敌对行动而必须受到保护，免于军事行动带来的危险）。纵观历史，平民居民始终对武装冲突各方的一般性战争努力有所贡献，如通过生产和提供武器、设备、食物和住处，或者提供经济、行政和政治支持。然而，这些活动通常远离战场，传统上来看，只有一小部分平民真正卷入军事行动。

然而，近几十年来情况有了显著变化。作战行为持续转入平民居民中心，这就导致平民同武装人员日趋混淆，并促使平民卷入同军事行动关系更为密切的活动。更近以来，越来越多的传统军事职能被外包，从而使大量私人承包商、平民情报人员和其他政府文职雇员参与到当代武装冲突中。再者，军事行动常常已达到前所未有的复杂程度，需要协调位于不同地点的多种互相依存的人力和技术资源。

所有这些现代战争的特点都对区分合法军事目标和享有免受直接攻击之保护者造成了混淆和不确定。当武装人员不将自己同平民居民区分开来时，例如进行卧底军事行动或者白天当农民晚上当战士期间，问题就更严重了。其结果是，平民更易成为错误或任意攻击的受害者，而武装部队——因无法恰当识别其敌人——受到无法同平民居民相区分之人攻击的危险加大。

3.关键法律问题

这一趋势凸显了将平民和武装部队以及直接参加和不直接参加敌对行动之平民加以区分的重要性。根据国际人道法，直接参加敌对行动的概念是指由平民实施的，可中止其享有的免于军事行动所引发之危险的保护的行为。最明显的是，平民在直接参加敌对行动期间，可以像战斗员一样被直接攻击。直接或实际参加敌对行动这一概念源自《日内瓦公约》之共同第3条，在国际人道法的许多条款中都可见到。然而，尽管所涉及的法律后果非常严重，但无论是《公约》还是其《附加议定书》均未规定直接参加敌对行动的定义。这就要求根据既可适用于国际性也可适用于非国际性武装冲突的国际人道法，对三个问题加以澄清：

- 就区分原则而言，谁被视为平民？这一问题的答案将确定那些除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外享有免受直接攻击之保护的人员范围。[4]
- 什么样的行为构成直接参加敌对行动？这一问题的答案将确定会导致平民免受直接攻击之保护中止的个别行为。[5]
- 丧失免受直接攻击之保护具有哪些特征？这一问题的答案将阐明如下问题：丧失免受直接攻击之保护的持续时间、在不确定情况下的预防措施和推定、对合法军事目标使用武力时所应遵循的原则和规则、以及重新获得免受直接攻击之保护的后果。

---

[4]作战行为之外人员的地位、权利和保护并不取决于他们的平民属性，而是取决于赋予其相关地位、权利和保护之条款的确切适用范围(例如：《日内瓦第三公约》第4条、《日内瓦第四公约》第4条、《日内瓦公约》共同第3条、《第一附加议定书》第75条、《第二附加议定书》第4—6条)。

[5]为简要起见，在讨论平民直接参加敌对行动的后果时，《解释性指南》一般称之为丧失免受“直接攻击”之保护。这一术语也包括平民暂停享有免受“军事行动所产生的其他危险”的保护(《第一附加议定书》第51条第1、3款，《第二附加议定书》第13条第1、3款)。例如，这意味着直接参加敌对行动的平民不但可以受到直接攻击，而且在对攻击其附近的军事目标进行比例性评估时可以不将其考虑在内。

第一部分：

红十字国际委员会就如何解释

与直接参加敌对行动定义有关的国际人道法提出的建议

(一) 国际性武装冲突中平民的概念

就国际性武装冲突中的区分原则而言，既非冲突一方武装部队成员又未参加民众抵抗者为平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击之保护。

(二) 非国际性武装冲突中平民的概念

就非国际性武装冲突中的区分原则而言，所有不是国家武装部队或冲突一方有组织武装团体成员的人都是平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，均享有免受直接攻击之保护。在非国际性武装冲突中，有组织的武装团体构成非国家冲突方的武装部队，且仅包括那些有持续直接参加敌对行动职责(“持续作战职责”)的个人。

(三) 私人承包商和文职雇员

武装冲突一方具有平民身份(参见上文(一)和(二))的私人承包商和雇员享有除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外免受直接攻击之保护。不过，即使他们不直接参加敌对行动，他们的活动或所处的位置也会增加其附带伤亡的危险。

(四) 直接参加敌对行动是具体行为

直接参加敌对行动是指由个人实施的、作为武装冲突双方间作战行为一部分的具体行为。

(五) 直接参加敌对行动的构成要素

一项具体行为必须同时满足以下条件才能构成直接参加敌对行动：

1. 该行为必须很可能对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响，或者致使免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损(损害下限)；
2. 在行为与可能因该行为(或该行为作为有机组成部分的协同军事行动)所造成的损害之间必须存在直接的因果关系(直接因果关系)；

3. 该行为必须是为了直接造成规定的损害下限，其目的是支持冲突一方并损害另一方(交战联系)。

(六) 直接参加敌对行动的开始和结束

为实施直接参加敌对行动的具体行为所做的准备，以及部署和离开实施地点的过程，均构成该行为的有机组成部分。

(七) 丧失保护的时间范围

平民在构成直接参加敌对行动的每一项具体行为期间均丧失免受直接攻击之保护，而属于武装冲突中非国家一方的有组织武装团体的成员，只要负有持续作战职责，就不再是平民(参见上文(二))，并丧失免受直接攻击之保护。

(八) 不确定情况下的预防措施和推定

在判定一个人是否是平民，以及如果是，该平民是否直接参加了敌对行动时，必须采取一切可行的预防措施。如果无法确定，必须推定该人享有免受直接攻击之保护。

(九) 对在直接攻击中使用武力的限制

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。

(十) 重获平民保护的后果

国际人道法既不禁止平民直接参加敌对行动，也不给予其特权。当平民不再直接参加敌对行动，或者当属于武装冲突中非国家一方的有组织武装团体的成员不再负有持续作战职责时，他们将重新获得平民免受直接攻击的完全保护，但其已经实施的违反国内法和国际法的行为不能免受追诉。

第二部分：

建议与评注

一、平民的概念

就区分原则而言，平民是指那些除直接参加敌对行动并在参加敌对行动时外享有免受直接攻击之保护的人。[6]当国际人道法规定除平民以外的其他人有权免受直接攻击时，该保护的丧失和恢复标准与直接参加敌对行动的类似，但并不必然完全相同。[7]因此，在对直接参加敌对行动这一定义本身加以解释之前，有必要澄清在可适用于国际性与非国际性武装冲突的国际人道法中平民的概念。

(一) 国际性武装冲突中平民的概念

就国际性武装冲突中的区分原则而言，既非冲突一方武装部队成员又未参加民众抵抗者为平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击之保护。

1.平民、武装部队和民众抵抗概念的相互排除

根据《第一附加议定书》，[8]在国际性武装冲突中，平民被消极地定义为既非冲突一方武装部队成员又未参加民众抵抗的人。[9]尽管在《第一附加议定

---

[6]参见《第一附加议定书 》第51条第3款，《第二附加议定书》第13条第3款。另见亨克茨/多斯瓦尔德—贝克：《习惯国际人道法：规则》，法律出版社2007年版，规则6（以下简称“《习惯国际人道法》”）。关于《解释性指南》中使用的“丧失免受直接攻击之保护”这一术语，参见前注6。

[7]例如，武装部队的医疗和宗教人员在从事超出其特权职责的“敌对”或“有害”行为时将丧失保护（《日内瓦第一公约》第21条、《第二附加议定书》第11条第2款；《习惯国际人道法》（前注7），规则25）。丧失战斗力的战斗员如果从事“敌对行为”或“企图逃跑”，也不再受保护。

[8]截止到2008年11月1日，有168个国家成为《第一附加议定书》的缔约国。与此同时，四个《日内瓦公约》获得了普遍批准（194个缔约国）。

[9]《第一附加议定书》第50条第1款。根据《习惯国际人道法》（前注7），规则5，对平民的这一定义反映了国际性武装冲突中的习惯国际人道法。《日内瓦第三公约》第4条第1款第1、2、3项所涵盖的类别包括在《第一附加议定书》第43条第1款的武装部队一般定义中。另见Sandoz et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva: ICRC, 1987), §§1916 f [hereafter: *Commentary AP*].

书》之前的国际人道法没有明确界定平民，但《海牙章程》和《日内瓦公约》均暗示，平民、武装部队和民众抵抗这三个概念是相互排除的，每个卷入敌对行动或受其影响的人必定属于其中一类。[10]换言之，在调整国际性武装冲突的所有法律文件中，平民的概念都是通过武装部队和民众抵抗的定义从反面予以界定的。[11]下文将对后两者作进一步分析。

2.武装部队

(1) 基本概念

根据《第一附加议定书》，冲突一方的武装部队是由一个为其部下的行为向该方负责的司令部统率下的有组织的武装部队、团体和单位组成。[12]初看之下，这一宽泛的功能性的武装部队概念似乎比《海牙章程》和日内瓦四公约更广。尽管这些条约没有明确界定武装部队，但它们要求，在国内法所承认的正规武装部队之外的民兵和志愿部队人员必须满足四个条件：(1)有负责的统率；(2)备有可从远处识别的固定

---

[10]例如，1874年《布鲁塞尔宣言》第22条第2款和1907年《海牙章程》第29条将“平民”同“军人”作对比。同样，正如其名称所暗示的那样，1949年《日内瓦公约》用“平民”这一类别（《日内瓦第四公约》）作为“武装部队”成员（《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》）的补充。尽管每个公约的适用范围同其各自名称所指的一般类别并不完全吻合，但“平民”和“武装部队”的概念在四个公约中显然都是相互排除的。例如，《日内瓦第一公约》、《日内瓦第二公约》和《日内瓦第四公约》都提及伤、病和遇船难的“平民”（《日内瓦第一公约》第22条第5款、《日内瓦第二公约》第35条第4款、《日内瓦第四公约》第20—22条），他们与《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》所保护的一般类别即“武装部队”（《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》的名称）中的伤者、病者和遇船难者是相对的。同样，《日内瓦第四公约》第57条提到的伤病“军事人员”与《日内瓦第四公约》所保护的一般类别即“平民”相对。四公约中其他一些条款也将“平民”这一术语与“军事人员”（《日内瓦第三公约》第30条第2款：“军用或民用医疗机构”；《日内瓦第四公约》第32条：“平民或军事人员”；《日内瓦第四公约》第144条第1款：“军事和公民教育”；《日内瓦第三公约》第93条第2款：同军服相对而言的“平民服装”；《日内瓦第四公约》第18、19、20、57条：同军用医院相对的“民用医院”；《日内瓦第四公约》第144条第2款：“民政、军事、警察或其他当局”）或“战斗员和非战斗员”（《日内瓦第四公约》第15条）区分开来。这些文件中没有任何一个暗示着存在既不是平民也不是武装部队成员或民众抵抗者的其他人员类别。

[11]*Commentary AP*（前注10）第1914节也同意这一点。前南斯拉夫问题国际刑事法庭（ICTY）将国际性武装冲突中平民这一概念界定为“不是或不再是武装部队成员的人”（ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T, Judgment of 3 March2000, § 180）。关于专家会议期间的相关讨论，参见Report DPH 2005, pp. 43 f., 58, 74; Report DPH 2006, pp. 10, 12 ff., 19 ff.; Report DPH 2008, pp. 35,37。

[12]《第一附加议定书》第43条第1款；《习惯国际人道法》（前注7）第1卷，规则4。

特殊标志；(3)公开携带武器；(4)遵守战争法规及惯例进行战斗。[13]然而，严格说来，这些要求只是非正规武装部队在被俘后享受战斗员特权和战俘地位的条件，而不是冲突一方武装部队的构成要件。

因此，尽管未能满足这四个要求的非正规武装部队成员在被俘后不能享受战斗员特权和战俘地位，[14]但这并不意味着就作战行为而言，这些人必然被排除出武装部队的类别而被视为平民。[15]仅仅因为非正规武装部队没有将自己同平民相区分、没有公开携带武器或者没有遵守战争法规及惯例进行战斗，就将其置于适用于平民居民的、保护程度更高的法律制度之下，这同区分原则的逻辑是矛盾的。因此，即使是按照《海牙章程》和《日内瓦公约》的用语，所有表现出足够的军事组织程度并且属于冲突一方的武装人员也都必须被视为冲突一方武装部队的一部分。[16]

(2)“属于”冲突一方的含义和重要意义

有组织武装团体要想成为国际人道法上的合格武装部队，必须属于冲突之一方。尽管只对包括有组织抵抗运动在内的非正规民兵和志愿部队从文字上明确提出了这一要求，[17]但每当条约提及冲突一方“的”武装部队时，都暗示了该要求。[18]“属于”这一概念

---

[13]《海牙章程》第1条；《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第13条第1、2、3、6款；《日内瓦第三公约》第4条第1款第1、2、3、6项。

[14]红十字国际委员会认为，在国际性武装冲突中，任何未能满足《日内瓦第三公约》第4条所规定的战俘地位条件的人都必须被给予《第一附加议定书》第75条所规定的已经具有习惯法性质的基本保证，并在满足《日内瓦第四公约》第4条的国籍要求的前提下，仍是《日内瓦第四公约》含义范围内的“受保护人”。

[15]间谍（《海牙章程》第29—31条、《第一附加议定书》第46条）和未按国际人道法（《第一附加议定书》第44条）要求表明自己身份的其他战斗员的待遇说明了，丧失战斗员特权或战俘地位并不必然导致丧失武装部队成员的身份。

[16]尽管2006年专家会议期间的主流意见支持这一解释，但也有人担心这一方法可能会被误解为创造了一个既不受《日内瓦第三公约》保护也不受《日内瓦第四公约》保护的人员类别（Report DPH 2006, pp. 15 f.）。关于红十字国际委员会在此问题上的立场，参见，例如，前注15。

[17]参见《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第13条第2款；《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项。

[18]例如，参见《海牙章程》第3条、《日内瓦第三公约》第4条第1款第1项、《第一附加议定书》第43条。

要求在有组织武装团体和冲突一方之间至少存在事实上的关系。这一关系可以公开宣布，也可以通过默示同意或者能够清楚表明该团体正在为哪方作战的确凿行为来表示。[19]如果一个有组织武装团体的行为根据关于国家责任的国际法可以归于某个国家，那么就可以确定无疑地说该团体属于该国。[20]需要达到何种控制程度才能让国家为有组织武装团体的行为负责，这一点在国际法上尚无定论。[21]实践中，要认定有组织武装团体属于冲突一方，必不可少的要求是它代表该方作战并得到了该方的同意。[22]

无论是根据《第一附加议定书》、《海牙章程》还是《日内瓦公约》，针对国际性武装冲突之一方从事有组织的武装暴力行为、却又不属于该冲突之另一方的团体，不能被视为冲突一方武装部队的成员。因此，根据这三项公约，他们是平民。[23]任何其他观点都将忽视所有武装冲突中都存在的冲突各方武装部队与平民居民间的区别；也会同国际性武装冲突的定义——国家与国家之间而不是国家与非国家主体之间

[19]Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Geneva: ICRC, 1960), p.57 [hereafter: *Commentary GC III*].
[20]参见Report DPH 2006, p.16.
[21]关于这方面基本立场的最值得注意的论述，参见ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua. v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986 (Merits), § 115; ICTY, Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-A, Judgment of 15 July 1999 (Appeals Chamber), § 145; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 27 February 2007, § 413; ILC, Report to the General Assembly on the work of its 53rd session (2001), UN Doc. A/56/10, Draft Article 8,Commentary § 5。
[22]参见后注26。
[23]这是专家会议期间的主流意见（Report DPH 2006, pp.16 ff.; Report DPH 2008, pp. 43 f.）。关于近来反映这一立场的国内判例法，参见Israeli High Court of Justice, *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel et al.,* (HCJ 769/02), Judgment of 13 December 2006, § 26 。在此案中，法院认为，根据调整国际性武装冲突的国际人道法，在交战占领背景下作战的巴勒斯坦独立武装团体必然具有平民资格。不过，关于这些团体成员丧失保护的时间范围，法院判定："加入恐怖组织，以之为'家'，并按其在该组织中的职责，实施了一系列敌对行动，其间只有短期休整，这样的平民在其实施这一系列行动'之时'丧失了攻击豁免。实际上，对于这样的平民来说，敌对行动之间的休息不过是为下一次敌对行动做准备而已。"〔同上，§ 39〕）。

的对抗——相矛盾。[24]在国际性武装冲突的大环境中作战，却又不属于冲突一方的有组织武装团体，只要暴力行为达到规定程度，仍可被视为一个独立的非国际性武装冲突的当事方。[25]此时，相关个人究竟是平民还是冲突一方武装部队的成员，取决于调整非国际性武装冲突的国际人道法如何规定。[26]

最后，应当指出的是，不构成国际性或非国际性武装冲突的有组织的武装暴力仍然是一个执法问题，不管实施者是被视为暴徒、恐怖分子、海盗、歹徒、绑匪还是其他有组织的罪犯。[27]

(3) 成员身份的判定

对于国家正规武装部队来说，个人的成员身份一般由国内法调整，表现为正式加入可以凭借制服、徽章和装备加以辨别的常备战斗单位。这一点同样适用于武装警察单位、边境警卫队或类似的穿制服的部队被并入国家武装部队的情况。无论其实施了哪些个人行为或在武装部队中担任何职，正规部队的成员都不是平民。就区分原则而言，当一名武装部队成员脱离现役，重返平民生活时（不管是完全退役还是转为预备役军人），他就不再具有国家正规武装部队成员的身份，并可重新享有平民保护。

---

[24]参见Report DPH 2006, pp. 16 ff., 52 f.; Report DPH 2008, pp. 43 f. 对于《第一附加议定书》的缔约国而言，调整国际性武装冲突的法律也适用于国家与《第一附加议定书》第1条第4款含义范围内的民族解放运动之间发生的武装冲突。

[25]Commentary GC III（前注20）第57页写道："抵抗运动必须代表第2条所指的'冲突一方'作战，否则就应适用关于非国际性武装冲突之第3条的规定，因为这些民兵和志愿部队无权称自己为'冲突一方'。"对于国际和非国际因素可能在同一武装冲突的大背景下并存的问题，准备工作中没有提及。关于专家会议期间的相关讨论，参见Report DPH 2005, p. 10;Report DPH 2006, pp. 17 ff. and 53 f.; Report DPH 2008, pp. 43 f.。应当指出，"内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为"（《第二附加议定书》第1条第2款）并未达到"持久武装暴力"的程度，而后者是构成一个单独的非国际性武装冲突所必需的（ICTY, Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, §70）。

[26]参见下文第（二）点。

[27]参见Report DPH 2006, p. 16; Report DPH 2008, pp. 44, 49.

非正规武装部队（例如属于冲突一方的民兵、志愿部队或抵抗运动）成员的身份一般不由国内法调整，而只能基于功能性标准来确定，例如那些适用于非国际性武装冲突中的有组织武装团体的标准。[28]

3. 民众抵抗

就民众抵抗而言，所有相关法律文件都是基于同一定义，即未占领地之居民，当敌人迫近时，未及组织成为正规部队，而立即自动拿起武器抵抗来侵军队者，但须彼等公开携带武器并尊重战争法规及惯例。[29]参加民众抵抗者是唯一的虽然顾名思义是自发作战并缺乏构成武装部队成员所需的足够组织和统率，但仍然被从平民居民中排除出去的武装人员。所有其他的自发、零星或无组织地直接参加敌对行动的人，都必须被视为平民。

4. 结论

就国际性武装冲突中的区分原则而言，所有既非冲突一方武装部队成员又未参加民众抵抗的人都是平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击之保护。对于属于冲突一方的非正规组建的民兵和志愿部队（包括有组织的抵抗运动在内）的成员身份问题，应适用与在非国际性武装冲突中判定有组织武装团体成员身份时相同的功能性标准。

[28]参见下文第（二）3（2）点；关于私人承包商的问题，参见第（三）2点。
[29]参见《海牙章程》第2条、《日内瓦第三公约》第4条第6款以及《第一附加议定书》第50条第1款对《日内瓦第三公约》第4条第6款的援引。

(二) 非国际性武装冲突中平民的概念

就非国际性武装冲突中的区分原则而言，所有不是国家武装部队或冲突一方有组织武装团体成员的人都是平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，均享有免受直接攻击之保护。在非国际性武装冲突中，有组织的武装团体构成非国家冲突方的武装部队，且仅包括那些有持续直接参加敌对行动职责（“持续作战职责”）的个人。

1. 平民、武装部队和有组织武装团体概念的相互排除

(1) 条约法中没有明确定义

调整非国际性武装冲突的国际人道法条约使用了“平民”、“武装部队”和“有组织武装团体”的术语，但却没有明确加以界定。因此，对这些概念必须按其上下文并参照国际人道法之目的及宗旨所具有之通常意义，做出善意解释。[30]尽管一般认为，非国际性武装冲突中的国家武装部队成员不是平民，但条约法、国家实践和国际判例对于这一点是否同样适用于有组织的武装团体（即武装冲突中非国家当事方的武装部队）尚无定论。[31]因为有组织的武装团体一般不具备国内法上正规武装部队的地位，因此有人可能会倾向于断定，这些团体中成员的身份只是平民直接参加敌对行动的延续。这样，有组织武装团体的成员就将被视为平民，并因持续直接参加敌对行动而在具有该成员身份期间始终不享有免受直接攻击的保护。

[30]《维也纳条约法公约》第31条第1款。
[31]参见《习惯国际人道法》（前注7），第18页。

然而，这一方法将严重削弱人员类别的概念完整性，而区分原则正是建立在此人员分类的基础之上。最明显的是因为它将为非国际性武装冲突创造出这样一类当事方，即它的整个武装部队仍然是平民居民的一部分。[32]正如《日内瓦公约》之共同第3条和《第二附加议定书》的措辞和逻辑所显示的那样，平民、武装部队和冲突各方的有组织武装团体在非国际性武装冲突中也是相互排除的类别。

(2)《日内瓦公约》之共同第3条

尽管一般认为四个《日内瓦公约》之共同第3条不调整作战行为，但它的措辞使得人们能够就非国际性武装冲突中武装部队和平民居民的一般区别得出某些结论。最突出的是，共同第3条规定："冲突各方"必须对"不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及……失去战斗力之人员"给予保护。[33]因此，冲突的国家和非国家当事方都拥有区别于平民的武装部队。[34]这段话还表明，与其他人不同，这些武装部队只有在解除其战斗职责（"放下武器"）或丧失战斗力后，才被视为"不实际参加敌对行动"；仅仅中止战斗是不够的。因此，日内瓦四公约之共同第3条暗示了这样一个概念，即平民包含那些代表冲突一方但"不携带武器"的个人。[35]

---

[32]关于将直接参加敌对行动这一概念延伸到具体行为之外的危险，另见下文第（四）2点。在专家会议期间，基于持续直接参加敌对行动的方法受到批评，理由是其模糊了国际人道法对因行为而丧失保护（平民）和因身份或职责而丧失保护（武装部队或有组织武装团体的成员）这两者所做的区分。See Background Doc. DPH 2004, p. 36; Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, p. 10; Report DPH 2005, pp. 44, 48, 50. See also the discussions in Report DPH 2006, pp. 20 ff.; Report DPH 2008, pp. 46 ff.

[33]日内瓦四公约之共同第3条。

[34]*Commentary GC III*（前注20）第37页写道："一般来说，必须承认第3条中提到的冲突是'武装冲突'，从事'敌对行动'的双方均拥有'武装部队'——简言之，是在很多方面都同国际战争相似的冲突[……]"。

[35]根据Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva: ICRC, 1958), p. 40中的观点："第3条的适用范围极为广泛，涵盖武装部队成员和不参加敌对行动的人员。不过，该条款的首要适用对象是平民，即不携带武器的人员。"

(3)《第二附加议定书》

尽管《第二附加议定书》[36]的适用范围要窄得多，用语也不同于共同第3条，但两个公约中的人员分类是相同的。[37]在1974年至1977年的外交会议期间，《第二附加议定书》第25条第1款草案将平民界定为包括“任何不是武装部队或有组织武装团体成员的人”。[38]尽管在“简化”《议定书》的最后关头，这一条款同关于敌对行动的大部分其他条款一起被放弃，但最终文本仍然反映了最初提出的平民概念。根据《议定书》，“武装部队”、“持不同政见的武装部队”和“其他有组织武装团体”有职责并有能力“进行持久而协调的军事行动”，[39]而“平民居民和平民个人”“除直接参加敌对行动并在参加期间外”，享受免于这些部队所开展的“军事行动所产生的危险的一般保护”。[40]

(4) 术语的协调

在《第二附加议定书》中，“武装部队”一词仅指国家武装部队，而非国家当事方的武装部队则被称为“持不同政见的武装部队”或“其他有组织武装团体”。相反，日内瓦四公约之共同第3条中的“武装部队”概念包括了《第二附加议定书》第1条第1款列出的所有三个类别，即国家武装部队、持不同政见的武装部队和其他有组织武装团体。因此，与国际性武装冲突中的情况相似，非国际性武装冲突中平

---

[36]截止到2008年11月1日，《第二附加议定书》有164个缔约国。
[37]关于适用《第二附加议定书》的高门槛，参见《第二附加议定书》第1条第1款。
[38]《第二附加议定书》第25条第1款草案于1975年4月4日被第三委员会一致通过(O.R., Vol. XV, p. 320, CDDH/215/Rev.1)。另见红十字国际委员会就《第二附加议定书》草案第25条第1款的原始版本提交给1974年至1977年外交会议的评注（1973年10月）：“如在缔约方领土上正发生第1条含义范围内之武装冲突，则所有处于该方领土上且不属于任何武装部队或武装团体的人被视为平民。”
[39]《第二附加议定书》第40条第1款。
[40]《第二附加议定书》第13条第1、3款。这一解释得到了该《议定书》中提及“平民”（《第二附加议定书》第13、14、17条）和“平民居民”（《第二附加议定书》第四部之标题，第5条第1款第2、5项，第13、14、15、17和18条）之处各自上下文的进一步支持。

民的概念也是通过“武装部队”（日内瓦四公约之共同第3条）——或者《第二附加议定书》中所使用的术语——“武装部队”、“持不同政见的武装部队”和“其他有组织的武装团体”等定义从反面予以界定的。[41]就本《解释性指南》而言，非国际性武装冲突中国家当事方的武装部队被称为“国家武装部队”，而非国家当事方的武装部队则被称为“有组织的武装团体”。[42]如无另行说明，“有组织的武装团体”这一概念包括“持不同政见的武装部队”和“其他有组织的武装团体”（《第二附加议定书》第1条第1款）。

2. 国家武装部队

(1) 基本概念

没有理由假定，两个《附加议定书》的缔约国希望国家武装部队的概念在国际性和非国际性武装冲突中有所不同。《第二附加议定书》的准备工作显示，第1条第1款中的缔约国武装部队的概念被有意设计得足够宽泛，以便包括在国内法上不必然构成武装部队的武装分子，如国民警卫队、海关或警察机关的成员，倘若他们事实上的确承担了武装部队的职责。[43]因此，与《第一附加议定书》中的武装部队概念相比，《第二附加议定书》中的国家武装部队既包括正

[41]赞成意见参见ICTY, *Prosecutor v. Martic*, Case No. IT-95-11-A, Judgment of 8 October2008, §§ 300-302。这也是专家会议期间的主流意见（Report DPH 2005, pp. 43 f.; Report DPH 2006, pp. 20 ff.; Report DPH 2008, pp. 46 ff）。

[42]注意，调整国际性武装冲突的国际人道法中也使用有组织的武装团体这一概念，指的是除正规武装部队（在一个向冲突一方负责的司令部统率下作战，并因此构成该方武装部队的一部分。《第一附加议定书》第43条第1款；上文第（一）点）之外的有组织的武装分子。

[43]参见*Commentary AP*（前注10），第4462节：“对缔约国‘武装部队’这一术语应给予最广义的理解。事实上，之所以选择这一术语而不是如‘正规武装部队’等其他提议，正是为了涵盖所有武装部队，包括那些在部分国家的国内立法中没有被包含在军队定义中的部队（国民警卫队、海关、警察机关或任何其他类似部队）”，参考 O.R., Vol. X, p. 94, CDDH/I/238/Rev.1。关于警察部队可能有资格成为冲突一方武装部队一部分的讨论，参见Report DPH 2005, p. 11; Report DPH 2006, pp. 43, 52f.; Report DPH 2008, pp. 54, 64, 68。

规武装部队，也包括在一个对国家负责的司令部统率下的有组织的武装团体或单位。[44]

(2) 成员身份的判定

至少就正规武装部队而言，国家武装部队中的成员身份一般由国内法调整，表现为正式加入可以凭借制服、徽章和装备加以辨别的常备战斗单位来表示。这一点同样适用于将武装警察单位、边境警卫队或类似的穿制服的部队并入国家武装部队的情况。无论其实施了哪些个人行为或在武装部队中担任何职，正规部队的成员都不是平民。就区分原则而言，当一名武装部队成员脱离现役，重返平民生活时（不管是完全退役还是转为预备役军人），他就不再具有国家正规武装部队成员的身份，并可重新享有平民保护。正如在国际性武装冲突中一样，非正规国家武装部队（例如民兵、志愿部队或准军事团体等）中的成员身份一般不由国内法调整，而只能基于与适用于非国家冲突方的有组织武装团体的相同的功能性标准予以判定。[45]

3. 有组织的武装团体

(1) 基本概念

属于武装冲突之非国家一方的有组织武装团体包括持不同政见的武装部队和其他有组织的武装团体。持不同政见的武装部队本质上是已经转而反对政府的国家武装部队的一部分。[46]其他有组织的武装团体主要从平民居民中招募成员，但足以达到代表冲突一方作战的军事组织程度，尽管并非总是具备同国家武装部队一样的手段、强度和完备程度。

---

[44]根据Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1982), p. 672，《第二附加议定书》第1条第1款中的“有组织”和“在负责统率下”等术语“可推定承认了《第一附加议定书》第43条所规定的必要条件：武装部队必须同冲突一方相联系，必须有组织，并且必须处于负责统率下”。

[45]参见上文第（一）2（3）点和下文第（二）3（2）点。

[46]See *Commentary AP* (above N 10), § 4460.

在这两种情况下，将非国家冲突方（如起义、叛乱或分裂运动）与其武装部队（即有组织武装团体）相区分对于保护平民而言都是至关重要的。[47]同武装冲突的国家当事方一样，非国家当事方既包括战斗部队，也包括由平民居民构成的支持部门，如政治和人道机构。然而，有组织的武装团体这一术语仅指非国家当事方的武装或军事部门，即其功能意义上的武装部队。这一区分对于判定有组织的武装团体中成员的身份——而不是与非国家冲突方交往或为其提供支持等其他形式——具有重要意义。

(2) 成员身份的判定

持不同政见的武装部队：尽管持不同政见武装部队的成员不再是国家武装部队的成员，但他们并不仅仅因为转而反对政府就成为平民。只要他们还有组织地处在其以前所属的国家武装部队的结构内，这些结构就应继续决定个人在持不同政见的武装部队中的成员身份。

其他有组织武装团体：在持不同政见的武装部队之外的其他有组织武装团体中，成员身份的概念更为复杂。国内法中没有规定这些非正规组建团体中成员的身份。除为该团体承担某种职责外，很少通过加入行为正式体现，也不始终通过制服、固定的特殊标志或身份卡予以表示。考虑到武装部队作战所处的文化、政治和军事环境复杂多样，个人同这些团体之间可能会存在不同程度的联系，但并不必然等同于国际人道法含义内的“成员身份”。从属关系可能有时源自个人选择，有时源自非自愿征募，还有时源自部族

[47]尽管《第二附加议定书》第1条提到了国家武装部队同持不同政见的武装部队或其他有组织武装团体“之间”的武装冲突，但此类冲突真正的当事方显然是缔约国与对立的非国家当事方，而不是它们各自的武装部队。

或家庭等更为传统的观念。[48]实践中，大多数有组织的武装团体其结构非正式且较为隐秘，再加上其成员身份弹性很大，从而致使区分非国家冲突方与其武装部队尤为困难。

如上所述，在调整非国际性武装冲突的国际人道法中，有组织武装团体的概念特指严格的功能意义上的非国家武装部队。因此，就区分原则的实际运用而言，这些团体中成员的身份就不能基于抽象的从属关系、家庭联系或其他容易导致错误、武断或滥用的标准加以判定。相反，成员身份必须取决于个人所承担的持续职责是否同该团体作为一个整体所共同履行的职责——即代表非国家冲突方作战——相一致。[49]所以，根据国际人道法，在判断个人在有组织的武装团体中的成员身份时，决定性标准是其是否为该团体承担了涉及直接参加敌对行动的持续职责（以下简称“持续作战职责”）。[50]持续作战职责并不必然包括理应赋予战斗员特权，[51]而只是将非国家当事方的有组织作战部队的成员同那些仅仅是自发、零星或无组织地直接参加敌对行动或者只担任政治、行政或其他非战斗职责的平民区分开来。[52]

---

[48]Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, P. 15.

[49]关于持续作战职责的集体和个体性质，参见Report DPH 2008, pp. 55 ff。

[50]关于何种行为构成直接参加敌对行动，参见下文第（五）点。

[51]只有国际性武装冲突各方的武装部队成员（医疗和宗教人员除外）和参加民众抵抗者（《海牙章程》第1、2条，《第一附加议定书》第43条第1款）方可享有战斗员特权，即直接参加敌对行动且不因合法战争行为而受国内追诉的权利。尽管所有享受特权的战斗员均有权直接参加敌对行动，但他们的职责并不必然要求其这样做（例如厨师和行政人员）。相反，在特权人员类别之外以及在非国际性武装冲突中负有持续作战职责的个人，持续作战职责不享有国际人道法上的战斗员特权（参见下文第（十）点）。

[52]专家会议期间的主流意见是，只要人们在属于非国际性武装冲突一方的有组织的武装团体中持续承担了直接参加敌对行动的职责（“持续作战职责”），他们就不再是国际人道法含义内的平民（Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Bothe); Report DPH 2005, pp. 43 f., 48 ff., 53 ff., 63 ff.,82 f.; Report DPH 2006, pp. 9 ff., 20 ff., 29-32, 66 f.; Report DPH 2008, pp. 46-60）。

持续作战职责要求持久加入一个有组织的武装团体，该团体起到武装冲突非国家一方之武装部队的作用。因此，那些持续职责涉及准备、实施或指挥行为或者其行动相当于直接参加敌对行动之行为或行动的个人，就是在承担持续作战职责。被这种团体招募、训练和装备来持续直接参加敌对行动的个人，即使是在其首次实施敌对行为之前，也可以被视为承担了持续作战职责。必须将这种情况与预备役军人相区别；后者在接受基本训练或实际具有成员身份一段时间后离开了武装部队，重返平民生活。除被召回现役并在服役期间外，这些“预备役军人”是平民。[53]

如果某人持续伴随或支援一个有组织的武装团体，但其职责并不包含直接参加敌对行动，那么这个人就不是国际人道法含义范围内的该团体成员。相反，他们仍然是承担支援职责的平民，类似于伴随国家武装部队的私人承包商和文职雇员。[54]因此，虽然征募人员、训练人员、募资人员和宣传人员可能会对非国家当事方的一般性战争努力持续做出贡献，但他们不属于该方有组织的武装团体的成员，除非他们还承担了相当于直接参加敌对行动的职责。[55]这同样适用于那些其职责限于在具体军事行动之外购买、走私、制造和保有武器及其他设备，或者收集战术情报以外其他情报的个人。[56]尽管这些人员可能会伴随有组织的武装团体并向冲突一方提供实质支持，但他们并不承担持续作战职责，因此就区分原则而言，不能

[53]参见上文第（一）2（3）点和（二）2（2）点；更一般性的讨论参见下文第（七）2点。
[54]参见下文第（三）点。
[55]关于征募、训练、募资和宣传行为是否构成直接参加敌对行动的讨论，参见下文第（五）2（1）、（2）点和第（六）1点。
[56]关于购买、走私、运输、制造和维护武器、炸药及设备，以及收集和提供情报的行为是否构成直接参加敌对行动的讨论，参见下文第（五）1（1）点，第（五）2（1）、（2）、（7）点和第（六）1点。

被视为有组织的武装团体的成员。[57]作为平民，他们除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击的保护，即使他们的活动或所处位置会增加其遭受意外死亡或伤害的危险。

在实践中，适用区分原则必须基于切实有效且在当时情况下有理由认为可靠的情报。持续作战职责可以通过穿着制服、佩戴特殊标志或携带武器公开体现。但是，也可根据确凿的行为来识别，例如：某人为支持一个有组织的武装团体再三直接参加敌对行动，相关情形表明其行为构成持续职责，而不是在某一行动期间自发、零星或临时担负的任务。在具体情况下，实施区分原则无论适用何种标准，都必须确实将非国家冲突方的武装部队成员同不直接或只是自发、零星或无组织参加敌对行动的平民区分开来。[58]如下文所示，一切可行的预防措施以及在不确定情况下的保护推定仍然适用。[59]

4. 结论

就非国际性武装冲突中的区分原则而言，所有不属于国家武装部队成员或冲突一方有组织的武装团体成员的人都是平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加期间外，享有免受直接攻击之保护。在非国际性武装冲突中，有组织的武装团体构成非国家冲突方的武装部队，但仅包括那些负有持续直接参加敌对行动职责（“持续作战职责”）的个人。

[57]显然，缺乏“成员身份”并不排除支持有组织武装团体的平民因其活动而导致国内法和（在国际犯罪的情况下）国际法中刑事责任的可能。
[58]参见Report DPH 2006, pp. 25 ff.; Report DPH 2008, pp. 49-57.
[59]参见下文第（八）点。

(三) 私人承包商和文职雇员

武装冲突一方具有平民身份（参见上文（一）和（二））的私人承包商和雇员享有除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外免受直接攻击之保护。不过，即使他们不直接参加敌对行动，他们的活动或所处的位置也会增加其附带伤亡的危险。

1. 与私人承包商和文职雇员有关的特殊困难

近几十年来，武装冲突各方越来越多地雇佣私人承包商和文职雇员来行使各种传统上由军人行使的职责。[60]一般说来，判断武装冲突一方的私人承包商和雇员是否是国际人道法含义内的平民以及他们是否直接参加了敌对行动，所适用的标准与其他平民相同。[61]不过，这些人员的特殊职责要求我们在做出判断时应尤为慎重，并恰当考虑到这一因素，即许多私人承包商和文职雇员所处的地理位置接近敌对行动发生地，而且其组织结构也与武装部队非常相似。

还应当指出的是，区分平民和武装部队成员的目的在国内法和国际法上可能并不完全相同。根据国内立法，武装部队中的成员身份可能导致的行政、司法或其他后果可能与作战中的区分原则无关。根据国际人道法，具有武装部队成员身份的首要后果是将其排除在平民类别之外，在国际性武装冲突中，他有权代表冲突一方直接参加敌对行动（战斗员特权）。当出

[60]这一趋势致使瑞士政府与红十字国际委员会合作发出倡议，以解决有关私人军事和安保公司的问题。倡议的成果是17个与会国于2008年9月17日一致提出的《蒙特勒文件——武装冲突期间各国关于私营军事和安保服务公司营业的相关国际法律义务和良好惯例》。

[61]关于平民的概念，参见上文第（一）、（二）点；关于直接参加敌对行动的概念，参见下文第（四）至（六）点。

于作战之目的界定平民和武装部队时，相关标准必须源自国际人道法。[62]

当前活跃在武装冲突中的绝大多数私人承包商和文职雇员并未被并入国家武装部队，其所承担的职责也显然不属于代表冲突一方直接参加敌对行动（即没有持续作战职责）。[63]所以，根据国际人道法，他们一般来说符合平民的定义。[64]尽管他们因此享有免受直接攻击之保护，但他们接近武装部队及其他军事目标，因而使得他们比其他平民更易遭受军事行动所产生的危险，包括意外死亡或受伤的危险。[65]

然而，在某些情况下，确定承包商的活动属于平民性质还是军事性质可能极其困难。例如，保卫军事人员及其他军事目标免遭敌人攻击（直接参加敌对行动）与保护同样的人员和物体免受同敌对行动无关的犯罪或暴力行为影响（执法/自卫或其他）这两者之间的界限可能会很模糊。因此，在这种情况下，遵守国际人道法中关于预防措施和不确定情况下的保护推定的一般规则就显得尤为重要。[66]

2. 国际性武装冲突

平民——包括那些被正式授权伴随武装部队并在被俘时有权享受战俘地位的平民——绝不意味着应代表冲突一方直接参加敌对行动。[67]只要没有被并入武

[62]See Report DPH 2005, pp. 74 f.
[63]关于持续作战职责的概念，参见上文第（二）3（2）点。
[64]Report DPH 2005, p. 80.
[65]Report DPH 2006, pp. 34 f.
[66]参见下文第（八）点。
[67]在根据《日内瓦第三公约》第4条第1—6款有权享受战俘待遇的人员类别中，第4条第4款（伴随武装部队的平民）和第4条第5款（商船队或民航机的平民船员/机组人员）中描述的人是平民（《第一附加议定书》第50条第1款）。同其他平民一样，他们被排除在享有战斗员特权的人员类别——武装部队成员和参与民众抵抗者（《第一附加议定书》第43条第1、2款，第50条第1款；《海牙章程》第1、2条）——之外，并因此不享有直接参加敌对行动而不受国内追诉的权利。参见下文第（十）点，以及Report DPH2006, pp.35 f中的简要讨论。

装部队，私人承包商和文职雇员就不会仅仅因为伴随武装部队或承担作战（该职责传统上应由军事人员行使）以外的职责而失去平民身份。当这些人员未经国家冲突方明示或默示授权而直接参加敌对行动时，他们仍然是平民，但在直接参加期间丧失免受直接攻击之保护。[68]

而对于那些无论是通过国内法上的正式程序还是事实上被赋予了持续作战职责，实际上已被并入冲突一方武装部队的承包商或雇员而言，则必然会得出不同的结论。[69]根据国际人道法，此类人员将成为在一个对冲突一方负责的司令部统帅下之有组织的武装部队、团体或单位的成员，从而就区分原则而言，则不再具有平民资格。[70]

3. 非国际性武装冲突

经过必要修正后，上述意见也适用于非国际性武装冲突。因此，在私人承包商为属于非国家当事方的有组织的武装团体承担持续作战职责期间，他们则成为该团体的成员。[71]理论上，私人军事公司甚至可以成为非国际性武装冲突中独立的非国家当事方。[72]然而，既不是国家武装部队成员又不是有组织武装团体成员的私人承包商和文职雇员必须被视为平民，并因此除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击之保护。

---

[68]Report DPH 2005, p. 82.

[69]关于持续作战职责的概念，参见上文第（二）3（2）点。关于具体在国际性武装冲突中确定成员身份的功能性补充标准，参见上文第（一）2（3）点。

[70]专家会议期间的主流意见是，就作战行为而言，被一国授权直接参加敌对行动的私人承包商和雇员在国际人道法上将不再是平民，无论是否被正式并入，都将成为该国武装部队的成员。专家们指出，从历史上发放给私掠船的私掠证到现代的战斗员特权，在国家授权下直接参加敌对行动始终被视为合法，并因此免受国内追诉。参见Report DPH 2003, pp. 4 f.; Report DPH 2004, pp. 11 ff., 14; Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Schmitt), pp. 8 ff.; Report DPH 2005, pp. 74 ff. and 80 f.; Background Doc. DPH 2005, WS VIII-IX, p. 17。

[71]See Report DPH 2005, pp. 81 f.

[72]Ibid.

4. 结论

判断冲突一方雇佣的私人承包商和职员是否具有国际人道法含义内的平民资格，以及他们是否直接参加敌对行动，所适用的标准与其他平民相同。这些人员在地理位置和组织结构上同武装部队及敌对行动的接近，要求在进行判断时要尤为慎重。尽管那些具有平民资格的人除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，享有免受直接攻击之保护，但他们的活动或所处位置可能会增加其遭受意外伤害和死亡的危险。这并不排除国内法出于作战之外的目的，可能会以不同于国际人道法的方式规制私人承包商和雇员的地位。

二、直接参加敌对行动的概念

条约国际人道法没有界定什么是直接参加敌对行动，国家实践或国际判例也没有对其做出明确解释。因此，对直接参加敌对行动这一概念必须依其用语按其上下文并参照国际人道法之目的及宗旨所具有之通常意义，给予善意解释。[73]

在条约法涉及敌对行动之处，这一概念同国际性或非国际性武装冲突有着内在的联系。[74]因此，直接参加敌对行动这一概念就不包括发生在内部动乱和紧张局势等非武装冲突局势中的行为，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其它类似性质的行为。[75]再者，即使是在武装冲突期间，也并非所有行为均构成敌对行动的一部分。[76]本章旨在明确判定某一行为是否构成直接参加敌对行动的标准，以及如果是的话，该行为在多长期间内构成直接参加敌对行动。

实践中，在差异很大的地理、文化、政治和军事环境中，平民居民参加敌对行动的形式多种多样，激烈程度也不尽相同。因此，在判定某一行为是否构成直接参加敌对行动时，必须适当考虑与当时时间和地

---

[73]《维也纳条约法公约》第31条第1款。

[74]敌对行动这一概念频繁出现在调整国际和非国际性武装冲突的条约法中，例如下列情形：敌对行动的开始、作战、敌对行为、（没有）参加敌对行动的人员、敌对行动的影响、敌对行动的中止、敌对行动的结束等。参见《海牙第三公约》的名称和第1条；《海牙章程》第二编的名称；《日内瓦公约》共同第3条；《日内瓦第一公约》第17条；《日内瓦第二公约》第33条；《日内瓦第三公约》第四部第二编的名称以及第21条第3款、第67、118、119条；《日内瓦第四公约》第49条第2款以及第130、133、134、135条；《第一附加议定书》第33、34、40条、第43条第2款、第45、47条、第51条第3款、第59、60条以及第四部第一编的名称；《第二附加议定书》第4条、第13条第3款；《战争遗留爆炸物议定书》第3条第1—3款和第4条。

[75]根据《第二附加议定书》第1条第2款，这些局势不构成武装冲突。

[76]实际上，武装冲突可在未有任何敌对行动的情况下引发，亦即通过宣战或未遇武装抵抗而占领领土（《日内瓦公约》共同第2条）。此外，国际人道法有相当一部分内容调整作战以外的事项，特别是对处于冲突一方手中的人员和领土行使权力。See Report DPH 2005,pp. 13, 18 f.

点相关的情况。[77]然而，每次事件发生环境的重要性并不能改变这一事实，即直接参加敌对行动这一法律概念的弹性是有限的，其解释方法必须在理论上是正确的且前后一致，并反映出国际人道法的基本原则。

[77]参见下文第（八）点，另见 Report DPH 2006, pp. 25 ff., 70 ff。

(四) 直接参加敌对行动是一种具体行为

直接参加敌对行动是指由个人实施的、作为武装冲突双方间作战行为一部分的具体行为。

1. 直接参加敌对行动这一概念的基本要素

直接参加敌对行动这一概念实质上包含“敌对行动”和“直接参加”这两个要素。[78]“敌对行动”指的是冲突各方伤害敌人（集体）诉诸的手段和方法，[79]而“参加”敌对行动却是指（个人）参与到这些敌对行动中。[80]个人参加敌对行动根据参与的性质和程度不同，可以分为“直接”和“间接”参加。直接参加敌对行动这一概念是从《日内瓦公约》共同第3条中所使用的“不实际参加敌对行动”的表述发展而来的。尽管《日内瓦公约》和《附加议定书》的英文文本分别使用了“实际”（active）[81]和“直接”（direct）[82]这两个词，但同样作准的法文文本始终使用的是“直接参加”（participent directemen）这一短语，这说明就个人参与对敌对行动的性质和程度而言，“直接”和“实际”是一回事。[83]而且，由于在

[78]Report DPH 2005, p. 17; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 2.

[79]参见《海牙章程》第22条（第二编：“敌对行动”）。条约法没有确立关于敌对行动的统一术语，除“敌对行动”外还使用了“作战”（warfare）（《第一附加议定书》第三部、第一编及第35条第1款）、“军事行动”（military operations）（《日内瓦第四公约》第53条、《第一附加议定书》第51条第1款、《第二附加议定书》第13条第1款）和“行动”（operations）等表述。

[80]参见《第一附加议定书》第43条第2款，第45条第1、3款，第51条第3款，第67条第1款第5项；《第二附加议定书》第13条第3款。

[81]《日内瓦公约》之共同第3条。

[82]《第一附加议定书》第51条第3款、第43条第2款、第67条第1款第5项，《第二附加议定书》第13条第3款。

[83]这是专家会议期间的主流意见（Report DPH 2005,p. 29; Report DPH 2006, p. 62）。卢旺达问题国际刑事法庭（卢旺达刑庭）确认了“实际”和“直接”参加敌对行动具有相同含义（ICTR, Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2September 1998, § 629）。初看之下，国际刑事法院筹备委员会在做出如下解释时，似乎暗示“实际”和“直接”这两个术语在征募儿童的语境中存在区别：“采纳‘使用’和‘参加’这两个词，是为了既涵盖直接参加战斗的情形，也涵盖实际参加与战斗有关的军事活动的情形。”然而，严格说来，委员会要区分的是“战斗”和“与战斗有关的军事活动”，而不是“实际”参加和“直接”参加。

《第一附加议定书》和《第二附加议定书》中直接参加敌对行动的意义是相同的，因此在国际性和非国际性武装冲突中应以同样方式对其加以解释。[84]

2. 限于具体行为

在条约国际人道法中，构成敌对行动一部分的个人行为被称为直接参加敌对行动，无论该个人是平民还是武装部队成员。[85]个人直接参加敌对行动是自发、零星或无组织的，还是作为一份子为属于冲突一方的有组织的武装部队或团体承担持续职责，对于其平民地位而言可能具有决定意义，但对于构成直接参加敌对行动的行为范围而言却没有影响。这说明直接参加敌对行动这一概念所针对的不是一个人的地位、职责或隶属关系，而是其所从事的具体敌对行为。[86]大体上，可以将敌对行动这一概念概括为直接参加敌对行动的个人所实施的所有敌对行为的总和。[87]

当平民持续、反复从事敌对行为时，有观点可能倾向于不但将每个敌对行为，甚至将他们打算在将来继续实施的尚未确定的敌对行为的意图也视为直接参

---

[84]这也是专家会议期间的主流意见（Background Doc. DPH2004, p. 30; Report DPH 2004, pp. 15 ff.; Report DPH 2005, p. 13）。当然，这并不排除就其中某些后果（特别是已经直接参加敌对行动的人可免受追诉）而言，可因国际性和非国际性武装冲突所涉的人员类别不同而做出不同的调整。

[85]参见《第一附加议定书》第43条第2款、第51条第3款、第67条第1款第5项，《第二附加议定书》第13条第3款。

[86]这也是专家会议期间的主流意见（Report DPH 2004,pp. 24 f.; Report DPH 2005, pp. 17-24; Report DPH 2006, pp. 37 f.; Report DPH 2008, pp.33 ff.）。

[87]就本《解释性指南》而言，“敌对”行为这一概念是指符合直接参加敌对行动条件的具体行为。根据*Commentary AP*（前注10）第1943节，“‘敌对行动’一词看上去不仅涵盖平民实际使用武器的时候，还涵盖，例如，他携带武器的时候，以及他未使用武器实施敌对行为的情况”。Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* (Geneva: ICRC,1992), 第57页将敌对行动界定为“交战方对敌人实施的、旨在结束其抵抗并强迫其服从的暴力行为”；Salmon, *Dictionnairede droit international public* (Bruxelles: Bruylant, 2001),第550页将敌对行动界定为“在武装冲突的框架中，交战一方的进攻或防守行为及其实施的军事行动的总称。”。另见《第一附加议定书》第41条第2款和第42条第2款中使用的“敌对行为”的术语。关于“敌对行动”和“敌对行为”二者的含义和相互关系，可进一步参见Report DPH 2004, pp. 24 f.; Report DPH 2005, pp. 17-24; Report DPH2006, pp. 37 f.。

加敌对行动。[88]然而，将直接参加敌对行动延伸到具体行为之外的任何做法，都将模糊国际人道法基于活动而暂时丧失保护（因为直接参加敌对行动）和基于身份或职责而持续丧失保护（因为战斗员身份或持续作战职责）这两者之间的区别。[89]国际人道法根据两种截然不同的规则调整何时平民将丧失保护，何时武装部队或有组织武装团体成员将丧失保护，而在实践中，混淆这两种规则将产生难以克服的证明问题。作战人员已经面临区分从事和未从事具体敌对行为（直接参加敌对行动）的平民、以及区分平民与有组织武装团体（持续作战职责）和国家武装部队成员的艰巨任务。在现实作战中，也不可能有十足把握确定现在没有准备或实施敌对行为的平民以前是否持续、反复地实施过敌对行为，又是否有再次实施的持续意图。将持续丧失保护建立在这种猜测性的基础之上，将不可避免地导致对平民的错误或任意攻击，从而削弱作为国际人道法核心的平民保护原则。[90]因此，按照国际人道法的目的和宗旨，直接参加敌对行动这一概念必须被解释为仅限于具体的敌对行为。[91]

3. 结论

直接参加敌对行动是指由个人实施的、作为武装冲突各方之间作战之一部分的具体行为。在国际性和非国际性武装冲突中必须对其做出同义解释。“直接”和“实际”这两个条约术语所表示出的个人参与敌对行动的性质和程度是相同的。

---

[88]Report DPH 2006, pp. 28 f.; Report DPH 2008, pp. 35-40. 关于近来国内判例法中得出的相似观点，参见Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 39。
[89]参见上文第（二）3点。关于有组织武装分子和平民丧失保护的不同时间范围，参见下文第（七）点。
[90]Report DPH 2008, pp. 36-42.
[91]这也是专家会议期间的主流意见（Report DPH 2006, p.38）。

(五) 直接参加敌对行动的构成要素

一项具体行为必须同时满足以下条件才能构成直接参加敌对行动：

1. 该行为必须很可能对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响，或者致使免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损(损害下限)；
2. 在行为与可能因该行为(或该行为作为有机组成部分的协同军事行动)所造成的损害之间必须存在直接的因果关系(直接因果关系)；
3. 该行为必须是为了直接造成规定的损害下限，其目的是支持冲突一方并损害另一方(交战联系)。

相关行为必须同时满足三个要求才能构成直接参加敌对行动：（1）损害下限很可能是由该行为导致的；（2）行为同预期损害之间存在直接因果关系；（3）该行为同武装冲突各方所开展的敌对行动之间存在交战联系。[92]尽管这些要素之间有着非常密切的相互联系，并且可能会有重叠，但在此将对它们分别加以讨论。

[92]关于这些要求必须同时被满足这一点，另见Report DPH 2006, pp. 40 f.,43 ff., 49 f.。

1. 损害下限

要达到规定的损害下限，一项具体行为必须很可能对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响，或者致使免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损。

一项具体行为要构成直接参加敌对行动，它可能造成的损害必须达到某一下限。[93]这一下限可以通过造成专具军事性质的损害来达到，也可以通过致使免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损来达到。一个可构成直接参加敌对行动的行为并不需要实际造成达到该下限的损害，而只要有造成这种损害的客观可能性即可。因此，在确定相关程度时必须基于“可能的”损害，即可合理预料到损害是由当时情况下的行为所导致的。[94]

(1) 对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响

当可合理预料某行为将造成专具军事性质的损害时，无论该行为的严重程度如何，一般都能满足损害下限的要求。在这一语境中，军事损害应当被解释为不仅包括造成军事人员死伤和物体毁损，[95]还包括对冲突一方的军事行动或军事能力造成重大不利影响。[96]

---

[93]Background Doc. DPH 2004, pp. 27 f.; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 6.
[94]Background Doc. DPH 2004, p. 25; Report DPH 2005, p. 33.
[95]使用武器或其他手段对敌军的人员和物体实施暴力行为，也许是直接参加敌对行动最无可争议的例子（《习惯国际人道法》（前注7），规则6，第22页）。
[96]在专家会议期间得到广泛同意的一点是，造成军事损害作为敌对行动的一部分，并不必然以使用武装部队或者造成死亡、伤害或毁损为前提（Report DPH 2005, p. 14），而是实质上包括“所有对或旨在对敌人实现其军事目的或目标的追求造成不利影响的行为”（Report DPH 2005, pp. 22 f., 31）。一些专家担心对军事行动或军事能力“造成不利影响”这一标准过于宽泛和模糊，可能会被误解为允许在没有任何军事必要性的情况下杀害平民，下文第（九）点将对此加以讨论（参见Report DPH 2006, pp. 41 f）。

例如，除杀伤军事人员和对军事目标造成物理或功能损害之外，还可以通过蓄意破坏和其他武装或非武装的活动限制或干扰部署、后勤和通讯，从而对冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响。还可通过俘获或其他方式确立或行使对军事人员、物体和领土的控制，达到损害敌方的目的，继而产生不利影响。例如，不让敌方使用某些物体、设备和领土，[97]看守敌方被俘军事人员以防止其被强行解救（而不是对其行使职权），[98]以及扫除敌方埋设的地雷，[99]都可以达到规定的损害下限。对军用计算机网络的电子干扰——不管是通过计算机网络攻击（CNA）还是计算机网络刺探（CNE）[100]以及窃听敌方统帅部[101]或者为实施攻击传送战术目标情报也可以满足下限要求。[102]

与此同时，不能仅仅因为平民的行为没有对冲突一方的军事行动或军事能力产生积极影响，就将之解释为造成了不利影响。因此，平民拒绝为冲突一方担任线人、探子或监视哨达不到规定的损害下限，无论拒绝背后的动机是什么。

---

[97]Report DPH 2005, pp. 11, 29.

[98]专家会议期间的主流意见是，看守被俘军事人员显然属于直接参加敌对行动（Background Doc. DPH 2004, pp. 9; Report DPH 2005, pp. 15 f）。不过，在实际可行的限度内，应当区分以下两种情况，即：看守被俘军事人员作为防止其被敌方解救的一种手段，以及当他们处于冲突一方权力下时（包括暴动、逃跑等不属于敌对军事行动的情形）对其行使行政、司法和纪律权威。专家会议没有讨论这一细微差别。参见后注163-165及相应正文对于“对人员或领土行使权力或职权”的讨论。

[99]Report DPH 2005, p. 31.

[100]计算机网络攻击暂时被定义为“旨在干扰、拒绝访问、损害或毁掉计算机和计算机网络中的信息或者计算机和网络本身的行动”（背景文件DPH 2003第15页及以后，引文），可以通过无线电波或国际通信网络远程实施。尽管它们可能并不涉及直接的物理损害，但却能造成毁灭性的系统障碍。计算机网络刺探，亦即“获取信息系统所存储的信息并利用该系统本身的能力”（同上，引文），虽然不具有直接破坏性，但却可能造成同样重大的军事影响。专家会议认为，在武装冲突局势中对敌方造成军事损害的计算机网络攻击被明确视为敌对行动的一部分（Report DPH 2005, p. 14）。

[101]See Report DPH 2005, p. 29.

[102]在专家会议上提到这样一个例子：一位平民妇女反复窥探军队藏身所在的建筑，以便向敌方进攻部队指示其位置。专家们认为，判断她的行为是否构成直接参加敌对行动的决定性标准是：她所传送的信息对于直接造成损害、进而实施具体军事行动的重要性。

(2) 造成享有免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损

具体行为即使不大可能对冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响，也可构成敌对行动的一部分。不过，在没有造成此类军事损害的情况下，具体行为必须很可能造成死亡、受伤或毁损。[103]在没有造成军事损害的情况下仍然可以构成直接参加敌对行动，这种行为最无可争议的例子就是攻击平民和民用物体。[104]在国际人道法上，攻击被定义为“对敌人的暴力行为而不论是进攻还是防御”。[105]“对敌人”这一短语指定的不是攻击目标，而是攻击的交战联系。[106]因此，甚至是专门针对平民或民用物体的暴力行为也可以构成直接参加敌对行动。[107]例如，狙击平民[108]和轰炸或炮击平民村落或城市居民区[109]都有可能造成享有免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损，因此无论是否对冲突对方造成了军事损害，均构成直接参加敌对行动。

既未造成军事损害也未造成受保护人员死亡、受伤或物体毁损的行为与使用“作战”手段或方法[110]或者“伤害敌人”[111]的行为是不能划等号的，因为后者

---

[103]专家会议上的观点是，如果可以合理预料某行为将造成人员死亡、受伤或物体毁损，那么就显然达到了所需的损害下限（Report DPH 2005, pp. 30 f.; Background Doc. DPH 2004, pp. 5 f., 9 f., 28）。

[104]因此，《海牙章程》第二编（题为“敌对行动”）禁止“以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物”（《海牙章程》第25条）。

[105]《第一附加议定书》第49条第1款。不应将国际人道法（《第一附加议定书》第49条第1款）含义范围内的攻击同危害人类罪中所理解的攻击（参加后注167）或诉诸战争权含义范围内的武装攻击相混淆；后两者都超出了本研究的范围。

[106]关于交战联系，参见下文第（五）3点。关于外交会议期间对《第一附加议定书》第44条草案的相关讨论，参见CDDH/III/SR.11, pp. 93 f。

[107]不用说，调整国际和非国际性武装冲突的国际人道法都始终禁止这种攻击。例如，参见《第一附加议定书》第48和51条，《第二附加议定书》第13条；《习惯国际人道法》（前注7），规则1。

[108]关于将狙击界定为国际人道法含义范围内的攻击，参见ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Case No. Case No. IT-98-29-T, Judgment of 5 December 2003, § 27 in conjunction with § 52。

[109]ICTY, Prosecutor v. Strugar, Case No. IT-01-42-T, Judgment of 31 January 2005, §§ 282f. in conjunction with § 289.

[110]《第一附加议定书》第35条第1款。

[111]《海牙章程》第22条（第二编：“敌对行动”）。

是构成敌对行动的要素。例如，修建栅栏或路障、中断水电或食物供应、挪用汽车和燃料、操纵计算机网络以及逮捕或驱逐人员等行为均有可能对公共安全、卫生和商业造成严重影响，甚至可能为国际人道法所禁止。然而，在没有不利军事影响的情况下，它们所造成的损害的种类和程度尚不足以构成直接参加敌对行动。

(3) 小结

某一具体行为要想达到构成直接参加敌对行动所规定的损害下限，则必须很可能对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响。在没有军事损害时，如果某一行为很可能造成享有免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物体毁损，那么也可以达到这一下限。在这两种情况下，达到规定下限的行为还必须满足直接因果关系和交战联系的要求才能构成直接参加敌对行动。

2. 直接因果关系

要满足直接因果关系的要求，则在行为与可能因该行为（或该行为作为有机组成部分的协同军事行动）所造成的损害之间必须存在直接的因果关系（直接因果关系）。

(1) 作战、一般性战争努力和战争支持活动

“直接”参加敌对行动这一条约术语指的是将导致丧失免受直接攻击之保护的平民行为；这暗示着还存在不会导致丧失保护的、“间接”参加敌对行动的行为。实际上，如果上升到武装冲突各方的集体层面，一个人直接参加与间接参加敌对行动的区别，所对应的正是作战和其他活动(属于一般性战争努力或战争支持活动的一部分)[112]之间的区别。

一般说来，在实际作战之外，一般性战争努力可以说包括了客观上有助于在军事上挫败敌人的一切活动（如设计、生产、运输武器和军事装备，在具体军事行动之外修建或修复公路、港口、机场、桥梁、铁路及其他基础设施），而战争支持活动则还包括对一般性战争努力提供支持的政治、经济和媒体活动（如政治宣传、金融交易、农业或非军用工业物资的生产等）。

诚然，一般性战争努力和战争支持活动最终都可能造成构成直接参加敌对行动规定的损害下限。其中有

[112] *Commentary AP*（前注10）第1679节写道：“将[直接参加敌对行动]这一概念限于战斗和实际军事行动将过于狭窄，而将其延伸至整个战争努力又将过于宽泛，因为在现代战争中全部人口都在某种程度上参与战争努力，尽管是间接地。不能因此就认为这些人都是战斗员……”相似的观点还出现在上书，对《第一附加议定书》第51条的评注中，第1945节。赞成意见还包括ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment of 17 July 2008, §§175-176。还可参见《日内瓦第四公约》第15条第1款第2项中的“参加战事”与“军事性工作”之间的区别。《评注》中反映的立场与专家会议期间的主流意见一致（Report DPH 2005, p. 21）。

些活动甚至可能是使敌人受损所必需的，如为武装部队提供资金、食物和住处，以及生产武器和军火。然而，与用于造成规定损害——亦即使损害实际发生——的作战行为不同，一般性战争努力和战争支持活动还包括只为维持或加强造成此类损害之能力的活动。[113]

(2) 直接与间接因果关系

一项具体行为要想构成“直接”而非“间接”参加敌对行动，在该行为与所造成的损害之间必须存在足够密切的因果关系。[114]诸如“间接造成损害”[115]或“实质性促成损害”[116]这样的标准显然过于宽松，因为它们将会把所有战争努力都放进直接参加敌对行动的概念中，从而剥夺大部分平民居民免受直接攻击的保护。[117]相反，必须把直接和间接参加敌对行动之间的区别解释为与直接和间接造成损害之间的区别相对应。[118]

在本文中，直接因果关系意味着所涉损害必须是在一个因果步骤中造成的。因此，那些仅仅是增进或维持当事方损害敌人之能力或者以其他方式间接造成损害的个人行为，就被排除在直接参加敌对行动的概念之外。例如，对武装冲突一方实施经济制裁、剥

---

[113]*Commentary AP*（前注10）第1944节写道：“‘直接’参加是指那些由于其性质和目的很可能对敌方武装部队的人员和装备造成实际损害的战争活动。”对此表示赞成的观点参见ICTY, *Prosecutorv. Strugar*, *Appeal*, (above N 16), § 178。专家会议期间强调的一点是，“直接参加”敌对行动既不同于“卷入”或“有助于”敌对行动，也不同于为其他人直接参加敌对行动“做准备”或“使其能够”直接参加敌对行动，而是本质上意味着一个人“亲身参与正在进行的损害敌人的行动”（Report DPH 2004, p. 10），并且亲自实施作为敌对行动“一部分”的敌对行为（Report DPH2005, pp. 21, 27, 30, 34）。

[114]*Commentary AP*（前注10）第4787节写道：“‘直接参加敌对行动’这一术语暗示在参加行为与其直接后果之间存在着充分的因果关系。”另见Report DPH 2005, pp. 30, 34ff。

[115]Report DPH 2005, p. 28.

[116]Background Doc. DPH 2004, p. 27; Report DPH 2005, pp. 28, 34.

[117]See also Background Doc. DPH 2004, pp. 27 f.; Report DPH 2004, pp. 11, 25; Report DPH 2005, pp. 28, 34.

[118]*Commentary AP*（前注10）第1679节写道：“直接参加敌对行动暗示在所从事的活动与当时当地给敌人所造成的损害之间存在着直接的因果关系。”

夺其金融资产[119]或者向其敌人提供物资和服务（如电力、燃料、建材、资金和金融服务）[120]都对该方的军事能力或军事行动有着潜在的重大影响，但这种影响仍然是间接的。间接参加的其他例子还包括科学研究和设计，[121]以及生产[122]和运输[123]武器及装备（除非是作为旨在直接造成所需之损害下限的具体军事行动的必要组成部分）。同样，尽管招募和训练人员对于冲突一方的军事能力至关重要，但一般来说这同敌人所受损害之间仍然只有间接的因果关系。[124]只有在为了实施一个预先确定的敌对行为而专门招募和训练人员时，此类活动才能被视为该敌对行为的有机组成部分，从而构成直接参加敌对行动。[125]

此外，就满足直接因果关系的要求而言，相关行为对于造成损害必不可少这一点既非充分条件也非必要条件。[126]例如，给武装部队以资助或生产武器及提供食物，对于后来造成损害可能是必不可少的，但却没有直接因果关系。另一方面，在伏击期间担任瞭望员的人肯定是在直接参加敌对行动，尽管他的贡献可能并不是造成损害所必不可少的。最后，行为与其后

[119]Background Doc. DPH 2004, pp. 9 f.; Report DPH 2005, pp. 14 f.
[120]Background Doc. DPH 2004, pp. 14 f.
[121]尽管专家会议期间普遍认为平民科学家和武器专家享有免受直接攻击之保护，但也有人对这一论断在极端情形下——即特定平民的专业知识对于武装冲突的结果有着非同一般的潜在决定性价值，例如第二次世界大战期间的核武器专家——能否成立表示怀疑（Report DPH 2006, pp. 48 f）。
[122]在专家会议期间得到广泛同意的观点是，军工厂里的平民工人只是增强冲突一方损害敌人的能力，而不是自己直接造成损害。因此，与实际使用所生产的军火去损害敌人的平民不同，这些工人不能被视为直接参加敌对行动（Report DPH 2003, p. 2; Report DPH 2004, pp. 6 f.; Report DPH 2005, pp. 15, 21, 28 f.,34, 38; Report DPH 2006, pp. 48 ff., 60; Report DPH 2008, p. 63）。不过，专家们对于下面这一点存在分歧：非国家行动者制造简易爆炸装置和导弹的行为是否超出了能力建设的范围，从而不同于在工厂里生产武器，可以构成具体军事行动的准备措施（Report DPH 2006, pp. 48 f., 60）。
[123]关于军火卡车的平民驾驶员的例子，参见下文第（五）2（5）点。
[124]Report DPH 2004, p. 10; Report DPH 2005, pp. 35 f. For dissenting views, see: Report DPH 2006, pp. 26, 65; Report DPH 2008, p. 51, 53 ff.
[125]参见下文第（五）2（3）点和第（六）1点。
[126]关于专家会议期间对于“如果没有”——因果关系的讨论（即“如果没有”该行为，所述损害就不会发生），参见Report DPH 2004, pp. 11, 25; Report DPH 2005, pp. 28, 34。

果之间通过一条连续的事件因果关系链相联系这一点也不构成充分条件。例如，在工场组装和存放简易爆炸装置，或者购买或走私所需配件，可能会通过一条连续的事件因果关系链同所造成的损害相联系，但它们不同于安放和引爆该装置，并不直接造成损害。

(3) 集体行动中的直接因果关系

所要求的直接因果关系标准必须考虑到当代军事行动的集体性和复杂性。例如，由无人驾驶飞机实施的攻击可能会同时涉及许多人，包括通过遥控装置操纵飞机的计算机专家、为攻击目标照明的人员、收集数据的机组人员、控制导弹发射的专家、传输指令的无线电话务员以及总指挥官。[127]虽然所有这些人都是该行动的必要组成部分，并且都在直接参加敌对行动，但可以说，他们中只有很少数人单独实施了能把直接造成规定损害下限的行为。因此，直接因果关系标准必须被解释为包括那些同其他行为一起造成损害的行为。更确切地说，即使一个具体行为本身没有直接造成规定的损害下限，但如果该行为构成一个直接造成这种损害的具体协同战术行动的必要组成部分，那么仍然可以满足直接因果关系的要求。[128]举例说明，此类行为包括：识别和标记目标、[129]为攻击部队分析和传输战术情报[130]以及为了执行具体军事行动而向军队提供指示和援助等等。[131]

---

[127]Report DPH 2005, p. 35.
[128]Report DPH 2004, p. 5; Report DPH 2005, pp. 35 f.
[120]Background Doc. DPH 2004, pp. 13; Report DPH 2004, p. 11, 25; Report DPH 2005, p.31
[130]Report DPH 2005, pp. 28, 31. See also the example provided in N 103, which was described as the equivalent of a "fire control system". 另见前注103所举的例子（被认为相当于一个“开火控制系统”）。
[131]Report DPH 2004, p. 10; Report DPH 2005, pp. 33, 35 f.

(4) 因果、时间和地理接近性

直接因果关系要求指的是一定程度的因果接近性，不应将其同只具有参考价值的时间或地理接近性相混淆。例如，使用地雷、饵雷和定时控制装置等延时（即时间上远程）武器系统，以及遥控（即地理上远程）导弹、无人驾驶飞机和计算机网络攻击，对于冲突各方来说已经很常见。无论时间上或地理上是否接近，所使用的此类手段与随之而来的损害之间都有着直接的因果关系。相反，尽管为战斗部队运送或准备食物的行为可能会与战斗在同一时间和地点进行，但这些辅助活动同给冲突对方造成的损害下限之间仍然只有间接的因果关系。因此，虽然具体行为同所造成的损害之间的时间或地理接近性可能表明该行为构成直接参加敌对行动，但如果没有直接因果关系，光有这些因素是不够的。[132]如前所述，如果所要求的损害尚未实际发生，那么必须参考根据合理预料，具体行为或行动将会直接造成的损害（“很可能”造成的损害）来确定直接因果关系。[133]

(5) 选例

驾驶军火运输卡车：平民卡车司机向前线的实际交火阵地运送军火的行为几乎肯定会被视为正在进行的作战行动的有机组成部分，从而被视为直接参加敌对行动。[134]另一方面，将军火从工厂运往港口，以便进一步运往冲突地区的仓库，这一行为同在具体军事行动中使用该军火之间太过遥远，而不能直接造成损害。此时，尽管军火运输卡车仍然是合法的军事目

[132]Report DPH 2005, p. 35.
[133]见章节V. 1.
[134]Background Doc. DPH 2004, p. 28; Report DPH 2006, p. 48. 同样的推理出现在两个国内判例中，分别是关于“驾驶一辆装有两枚地对空导弹的车辆，在时间和空间上都同两场正在进行的作战行动接近”（U.S. Military Commission, *USA v. Salim Ahmed Hamdan*,19 December 2007, p. 6）和“驾车将军火运往其将被用于敌对行动的地点”（(Israel HCJ, PCATI v. Israel, above N 24, § 35）。

标，但驾驶卡车不构成直接参加敌对行动，从而不会使平民驾驶员丧失免受直接攻击之保护。[135]因此，任何针对卡车的直接攻击，在进行比例性评估时都必须考虑到平民驾驶员很可能死亡这一点。[136]

自愿人盾：同样的逻辑也适用于平民试图凭借其享有免受直接攻击之保护人员这一身份来掩护军事目标的行为（自愿人盾）。当平民自愿且故意使自己所处的位置对冲突一方的军事行动造成物理障碍时，他们可以直接造成那种构成直接参加敌对行动所规定的损害下限。[137]在地面行动中，可能更会出现这样的场景。例如，在城市战中，平民可能会试图用身体掩护他们支持的战斗员，或者阻止对方步兵部队的移动。[138]

相反，在行动中使用有更大威力的武器（如大炮或空袭）时，自愿人盾的存在通常不会对进攻方识别和摧毁被掩护之军事目标的能力造成不利影响，而是会使比例性评估中的参数发生不利于进攻方的变化，从而增加这样的可能性：同预期军事利益相比，不得不认为预期附带损害过大。[139]自愿人盾在实践中被认为对军事行动构成法律障碍而不是物理障碍这一点，本身就表明他们被公认享有免受直接攻击之保护；换言之，他们的行为不构成直接参加敌对行动。实际上，尽管自愿人盾的存在可能会最终导致进攻方取消

[135]Report DPH 2006, p. 48.
[136]参见Report DPH 2005, pp. 32 f. 尽管专家会议承认，军火运输卡车的平民驾驶员可能必须面对被误认为是武装部队成员的危险，但专家们也广泛同意，当知道军事目标中有平民时，必须在比例性权衡中将之考虑在内，除非其直接参加作战行动并在参加期间（Report DPH 2006, pp. 72 f）。
[137]这一观点在专家会议期间得到了广泛认同（Report DPH 2006, pp.44 ff.; Report DPH 2008, pp. 70 ff）。
[138]在专家会议期间，一个具体例子描绘了这一场景：一名妇女用她宽大的长袍遮住了两名战斗员，使他们能够从她身后向敌人射击（(Report DPH 2004, pp. 6 f）。
[139]参见《第一附加议定书》第51条第5款第1项。关于这一规则在国际性和非国际性武装冲突中的习惯法性质，参见《习惯国际人道法》（前注7）第1卷，规则14。关于专家会议期间的相关讨论，参见Report DPH 2004, pp. 6 f.; Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, p. 70。

或推迟行动，但他们的行为与所造成的损害之间的因果关系仍然是间接的。[140]根据具体情况，自愿人盾是否达到规定的损害下限这一点也是有疑问的。

一些平民为掩护军事目标，自愿且故意滥用其免受直接攻击之保护的法律权利，无论受掩护的目标是什么，这一事实本身并不必然导致其丧失保护并进而直接受到攻击。[141]不过，由于其自愿出现在合法军事目标附近，自愿人盾尤为曝露于军事行动所带来的危险之中，从而增加了自己在针对这些军事目标的攻击中附带死亡或受伤的风险。[142]

(6) 小结

如果可以合理地预料到所涉具体行为，或者该行为作为一次具体的协同军事行动的有机组成部分将直接（即在一个因果步骤内）造成规定的损害下限，那么就可以满足直接因果关系的要求。然而，即使是满足直接因果关系要求并达到规定损害下限的行为，要构成直接参加敌对行动也还需满足第三个要求，即交战联系。

[140]尽管专家会议期间普遍认为非自愿人盾不能被视为直接参加敌对行动，但专家们无法就自愿充当人盾的行为在哪些情况下构成或不构成直接参加敌对行动达成一致。关于对不同立场的概括介绍，参见Report DPH 2004, p. 6; Report DPH 2006, pp. 44ff.; Report DPH 2008, pp. 70 ff。

[141]参见《第一附加议定书》第51条第7和第8款：任何违反禁止使用平民作为人盾之规定的行为并不解除进攻方涉及平民居民和平民个人的义务，包括采取必要预防措施的义务。

[142]参见Report DPH 2004, p. 7; Report DPH 2008, pp. 71 f.

3. 交战联系

要满足交战联系的要求，一项行为必须是为了直接造成规定的损害下限，其目的是支持冲突一方并损害另一方。

(1) 基本概念

并非每一个对武装冲突一方的军事行动或军事能力造成不利影响，或造成享有免受直接攻击之保护的人员死亡、受伤或物造毁损的行为都必然构成直接参加敌对行动。正如已经指出的那样，直接参加敌对行动这一概念仅指那些同武装冲突各方所开展的敌对行动之间关系密切、构成这些敌对行动有机组成部分的具体行为。[143]国际人道法条约将敌对行动这一术语描述为使用“伤害敌人”的手段和方法，[144]并将攻击描述为“对敌人”的行为。[145]换言之，要构成直接参加敌对行动，一个行为不仅必须在客观上很可能造成符合前两个标准的损害，还必须专门以达到这一结果为目的，以支持武装冲突一方并损害另一方（交战联系）。[146]

相反，任何其目的并非是为了损害武装冲突一方或者并非为了支持另一方而损害一方的武装暴力行

---

[143]参见上文第（四）点。
[144]参见《海牙章程》第22条（第二编：“敌对行动”）。
[145]参见，最明显的是，将“攻击”定义为“对敌人”的暴力行为（《第一附加议定书》第49条第1款）。Report DPH 2005, pp. 22 f., 26, 40; Report DPH 2006, pp.50 ff.
[146] “交战联系”的构思较之前南刑事法庭和卢旺达刑事法庭在判例中形成的“一般联系”的要求狭窄得多，后者将“一般联系”作为某一行为构成战争罪的先决条件（ICTY, *Prosecutor v.Kunarac et al.,* Case No. IT-96-23, Judgment of 12 June 2002 (Appeals Chamber), § 58;ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96–3, Judgment of 26 May 2003 (Appeals Chamber), § 570）。“一般联系”是指行为与整个武装冲突局势之间的联系，而“交战联系”是指行为与武装冲突各方作战行动之间的联系。在专家会议期间得到广泛同意的是，任何与敌对行动缺乏足够联系的行为都不能构成直接参加此敌对行动。See Report, DPH 2005, p. 25 and, more generally, Background Doc. DPH 2004, pp. 25 f.; Report DPH 2004, pp. 10, 25; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 8; Report DPH 2005, pp. 9 f., 22 ff., 27, 34.

为，均不构成对这些当事方之间所发生的敌对行动的任何形式的“参加”。[147]除非该暴力行为达到构成一个单独武装冲突所规定的下限，否则它仍然是非交战性的，只能通过执法措施来处理。[148]

(2) 交战联系和主观意图

当将交战联系同主观意图[149]和敌对意图[150]等概念相区分。这些概念与相关人员的思想状态有关，而交战联系则与行为的客观目的有关。这种目的通过行为或行动的目的来体现，而不取决于每个参加个体的思想状态。[151]作为仅同行为本身相联系的客观标准，交战联系一般不受个人痛苦或偏好等因素的影响，也不受相关人员为其行为承担责任的精神能力或意愿的影响。因此，即使是被迫直接参加敌对行动的平民[152]或者未满合法征兵年龄的儿童[153]也有可能丧失免受直接攻击之保护。

---

[147]Report DPH 2006, pp. 51 f.

[148]同样的道理也适用于，例如，独立武装团体在国际性武装冲突中所实施的武装暴力行为（参见前注24—27及相应正文）。在专家会议期间，对于在武装冲突中区分执法行动和敌对行动这一点的重要性有着广泛共识。参见Report DPH 2005, pp.10 f.; Report DPH 2006, pp. 52 f.; Report DPH 2008, p. 49, 54, 62 ff。

[149]在专家会议期间几乎得到一致同意的是，驱动平民实施具体行为的主观动机在军事行动期间无法可靠地加以确定，因此在需要“瞬间”决定攻击目标的场合无法作为可操作的明确标准。参见Report DPH2005, pp. 9, 26, 34, 66 f.; Report DPH 2006, pp. 50 f.; Report DPH 2008, p. 66。

[150]在专家会议期间得到同意的是，敌对意图并非国际人道法术语，而是在根据国内法起草的交战规则中使用的专门术语。交战规则是指那些旨在为武装人员在具体环境中的行为提供指引的、关于指挥和控制的法律文件。因此，交战规则并不必然反映国际人道法的准确内容，不能用于界定直接参加敌对行动的概念。例如，出于政治或军事考虑，特定交战规则可能会禁止对某些活动使用致命武力，即使其根据国际人道法构成直接参加敌对行动。反过来，交战规则可能会允许在针对暴力行为的个人自卫中使用致命武力，即使该行为不构成直接参加敌对行动。因此，一般认为，在界定直接参加敌对行动时考虑敌对意图是无济于事、令人困惑乃至有危险的。参见Report DPH2005, p. 37。

[151]Report DPH 2005, pp. 22 f., 26, 40; Report DPH 2006, pp. 50 f.

[152]但应当指出的是，不得强迫根据《日内瓦第四公约》受到保护的平民从事“与军事行动有直接关系”的工作或者在敌国的武装或辅助部队中服务（《第一附加议定书》第40条第2款和第51条第1款），也不得强迫平民医务人员和宗教人员执行与其人道使命不符的任务（《第一附加议定书》第15条第3款，《第二附加议定书》第9条第1款）。

[153]因此，武装冲突各方均有义务采取一切可行的措施确保不让15岁以下的儿童直接参加敌对行动，并且不征募他们进入武装部队或有组织的武装团体。（《第一附加议定书》第77条第2款，《第二附加议定书》第4条第3款第3项；《习惯国际人道法》（前注7）第1卷，规则137）。当然，一旦儿童重新获得免受直接攻击之保护，他们也就重新获得了国际人道法赋予儿童的特殊保护（《第一附加议定书》第77条第3款，《第二附加议定书》第4条第3款第4项）。

只有在例外情况下，平民的思想状态才能引起对于其行为的交战联系的疑问，其中最值得注意的是以下情形：平民完全没有意识到他们在敌对行动中所扮演的角色（例如正在运输遥控炸弹的司机），或者完全被剥夺了身体上的行动自由（例如作为非自愿人盾，在近战中被强迫用身体提供掩护）。这些极端情形中的平民不能被视为在实施任何真正意义上的行动（亦即不能被视为在做什么），因此尽管其在军事行动中被当作工具因而具有交战联系，但他们仍然享有免受直接攻击之保护。所以，在对所有可能造成这些平民附带伤害的军事行动进行比例性评估时，必须将其考虑在内。

(3) 交战联系在实践中的重要意义

武装冲突期间的许多活动尽管会造成相当程度的损害，但却缺乏交战联系。例如，警察与绑匪在一起普通银行抢劫案中交火、[154]基于与冲突无关的原因实施暴力犯罪、为私人用途盗窃军事装备，[155]这些行为都有可能造成规定的损害下限，但却不是专门为了支持冲突一方而损害另一方。同样，当通往重要战略地区的公路被大群难民或其他逃跑的平民阻断时，冲突一方的军事行动会直接受到不利影响；然而，这些平民的行为并非专门为了支持冲突一方而损害另一方，因此缺乏交战联系。当然，如果平民阻断道路是为了拖延政府武装部队的到达时间，以便叛乱部队撤退（或者反之），那么上述分析将会发生变化。在区分构成和不构成直接参加敌对行动的活动时，交战联系这一标准在以下四种情况中尤为重要：

[154]See also Report DPH 2005, pp. 9, 11.
[155]Report DPH 2004, p. 25.

个人自卫：个人自卫或保卫他人免受国际人道法所禁止之暴力行为所造成的损害缺乏交战联系。[156]例如，尽管平民使用暴力保卫自己免遭劫掠士兵非法攻击或抢劫、强奸、谋杀的行为可能会造成规定的损害下限，但其目的显然不在于支持冲突一方而反对另一方。如果针对被禁止的暴力行为而实施的个人自卫使平民丧失免受直接攻击之保护成为必然，那么将导致把此前非法攻击行为合法化的荒谬后果。因此，在这种情况下使用必要和相称的武力不能被视为直接参加敌对行动。[157]

对人员或领土行使权力或职权：国际人道法从根本上对作战以及对人员或领土行使权力或职权进行了区分。因此，平民对在国际人道法意义上落入其“手中”[158]或“权力”下[159]的人员造成的死亡、伤害或物体的毁损，这一事实本身并不构成敌对行动的一部分。

例如，民政当局在冲突地区为镇压暴动或其他形式的民间骚乱、[160]防止劫掠或者以其他方式维持法律和秩序而使用武力的行为，可能会造成人员死亡、受伤或物体毁损，但一般并不构成武装冲突双方所开展的敌对行动的一部分。[161]同样，一旦军事人员已经被俘（从而丧失战斗力），那么镇压暴动、防止逃跑[162]或者合法执行死刑判决[163]的目的就不是为了对冲突对方直接造成军事损害，从而不具有交战联系。[164]

---

[156]这也是专家会议期间的主流意见（Report DPH2003, p. 6; Background Doc. DPH 2004, pp. 14, 31 f）。
[157]个人使用武力保卫自己或他人与国家在武装攻击中使用武力自卫是两个问题；后者由诉诸战争权调整，不在本研究范围之内。
[158]例如《日内瓦第四公约》第4条。
[159]例如《日内瓦第三公约》第5条、《第一附加议定书》第75条第1款。
[160]关于民间骚乱的交战联系，参见后注169及相应正文。
[161]例如，条约国际人道法明确了占领国（《海牙章程》第43条）和非国际性武装冲突中国家当事方（《第二附加议定书》第3条第1款）的执法责任。
[162]例如《日内瓦第三公约》第42条。
[163]例如《日内瓦第三公约》第100和101条。
[164]参见前注99及相应正文。

被排除在直接参加敌对行动这一概念之外的，不仅有代表冲突一方合法行使行政、司法或纪律职权的行为，甚至还包括在敌对行动之外实施战争犯罪或其他违反国际人道法的行为。因此，尽管集体惩罚、扣押人质以及虐待和即决处决被关押者的行为始终为国际人道法所禁止，但它们并不属于敌对行动。[165]这些行为可能会构成国内或国际犯罪，从而可以对犯罪者合法使用武力作为执法或自卫（卫他）手段。[166]然而，丧失国际人道法含义范围内的免受直接攻击之保护并不是对犯罪行为的制裁，而是敌对行动中军事必要性的结果。[167]

民间骚乱：在武装冲突期间，政治示威、暴动或其他形式的民间骚乱常常伴有高度暴力，有时需以军事力量加以应对。实际上，民间骚乱很可能会造成人员死亡、受伤或物体毁损，最终甚至可能通过政治压力、经济不安全、破坏和混乱削弱冲突一方的属地职权和控制，从而使另一方的一般性战争努力获益。因此，区分直接参加敌对行动（专为支持武装冲突一方而反对另一方）和民间骚乱的各种暴力形式（主要目的是对领土或拘留当局表达不满）具有重要意义。[168]

平民间的暴力：与此类似，要成为敌对行动的一部分，平民对其他平民使用武力的行为，即使是分

---

[165]例如，参见《日内瓦公约》之共同第3条、《日内瓦第四公约》第32条和《第一附加议定书》第75条第2款。关于专家会议期间对于扣押人质是否构成直接参加敌对行动这一点的意见分歧，参见Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2005, p. 11; Report DPH 2006, pp. 43 f.; Report DPH 2008, pp. 67 ff。

[166]危害人类罪语境中的“攻击”概念并不必然意味着相当于国际人道法上直接参加敌对行动的行为。正如前南刑事法庭所解释的那样，“‘攻击’这一术语在危害人类罪语境中的含义与在战争法中稍有不同。它不仅限于作战行动，还可能包括虐待没有实际参加敌对行动之人的行为，例如被拘留者。”（ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Case No. IT-96-23, Judgment of 22 February 2001 (Trial Chamber), § 416, confirmed by the Appeals Chamber in its Judgment in the same case of 12 June 2002, §89）。另见Report DPH 2006, pp. 42 f。

[167]关于专家会议期间的相关讨论，参见Report DPH 2008, pp.63-65。

[168]See also Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2008, p. 67.

布广泛，也必须是专门为了支持武装冲突一方同另一方的军事对抗。[169]当平民仅仅是利用法律和秩序的坍塌实施暴力犯罪时，就不符合这一要求。[170]最有可能存在交战联系的情形是：基于与引发周边武装冲突相同的政治争端或种族仇恨激发了平民间的暴力，并且造成了专具军事性质的损害。

(4) 交战联系的实际确定

确定一个行为的交战联系可能会面临相当大的实际困难。例如，在很多武装冲突中，匪徒和海盗的行动处于灰色地带，很难将敌对行动同与武装冲突无关或仅仅是武装冲突促成的暴力犯罪相区分。相关决定必须基于决策者可以合理获得的信息，并且必须始终可以从能够被客观证实的因素中推断而来。[171]实践中，起决定性的问题应当是：结合与当时时间和地点相关的情况，平民的行为能否被合理地视为通过对冲突一方直接造成规定的损害下限，而专门支持冲突另一方的行为。由于交战联系的确定可能导致平民丧失免受直接攻击之保护，因此必须采取一切可行的措施防止出现错误或任意选择目标，在不确定的情况下，必须推定相关人员享有免受直接攻击之保护。[172]

(5) 小结

要想满足交战联系的要求，一项行为必须是专门为了造成规定的损害下限，以支持武装冲突一方并损害另一方。作为一项一般规则，下列行为或活动所造成的损害缺乏构成直接参加敌对行动所需的交战联系：①保卫自己或他人免受国际人道法所禁止之暴力

[169]See also Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2005, pp. 8, 11.
[170]关于平民暴力与周边武装冲突之间存在一般联系的问题，前南刑事法庭在 *Prosecutor v. Rutaganda*（above N 147, § 570）一案中得出了相似的结论。
[171]Report DPH 2005, pp. 9 f., 22, 26, 28, 34, 40.
[172]参见下文第（八）点。

侵害；②对人员或领土行使权力或职权；③ 民间骚乱；④ 平民间的暴力。

4. 结论

损害下限、直接因果关系和交战联系这三项要求结合在一起，使我们能够对以下两种活动做出可靠地区分：构成直接参加敌对行动的活动；和虽然发生在武装冲突之中，但并非敌对行动的一部分，从而不会导致丧失免受直接攻击之保护的活动。[173]然而，即使某一行为构成了直接参加敌对行动，在应对时所使用的武力之种类和程度也必须符合国际人道法及其他可适用的国际法的规则和原则。[174]

[173]为应对不符合这些要求的活动而使用武力的行为必须受到执法标准和个人自卫标准的约束，并考虑到所要应对的威胁及周边环境的性质。
[174]参见下文第（九）点。

(六) 直接参加敌对行动的开始和结束

为实施直接参加敌对行动的具体行为所做的准备，以及部署和离开实施地点的过程，均构成该行为的有机组成部分。

因为平民是在直接参加敌对行动“期间”才丧失免受直接攻击之保护，所以必须尽可能慎重地确定构成直接参加敌对行动之具体行为的起止时间。[175]直接参加敌对行动这一概念无疑包括符合上述三个标准（损害下限、直接因果关系和交战联系）的具体行为的直接实施阶段。它还可能包括为实施此类行为而做的准备工作以及前往和离开实施地点的过程，这些都构成该具体行为或行动的有机组成部分。[176]

1. 准备工作

准备工作是否构成直接参加敌对行动，取决于大量无法用抽象术语概述的具体因素。[177]实质上，构成直接参加敌对行动的准备工作所对应的是条约国际人道法上的“攻击前军事准备行动”。[178]它们专具军事性质，并且同后来实施的具体敌对行为有如此密切的联系，以致已经构成该行为的有机组成部分。相反，为实施不特定行动的总体战役做准备则不构成直接参加敌对行动。与直接和间接参加敌对行动之间的区别一样，可以说旨在实施具体敌对行为的准备工作构成

[175]参见the discussion in Report DPH 2006, pp. 54-63. 关于丧失保护的时间范围，参见下文第（七）点。
[176]参见上文第（五）2（3）点对于集体行动中的直接因果关系的相关讨论。
[177]关于专家会议期间的相关讨论，参见Background Doc. DPH 2004, pp. 7, 10, 13, 21; Background Doc. DPH 2005, WS VI-VII, p. 10; Report DPH2005, p. 19; Report DPH 2006, pp. 56-63。关于准备工作、部署和撤离这些导致丧失免受直接攻击之保护的情形同预备、未遂及其他导致刑事责任的参与方式之间的区别，参见Report DPH 2006, pp. 57 ff。
[178]《第一附加议定书》第44条第3款。

直接参加敌对行动，而旨在为实施不特定敌对行为而进行一般性能力建设的准备工作则不构成。[179]

准备工作发生于具体敌对行为即将实施之前（时间接近性），或者同该行为有地理接近性，又或者对于行为的实施必不可少，这些对于构成直接参加敌对行动而言既非必要条件也非充分条件。例如，将炸弹装上飞机，用于直接攻击敌对行动地区的军事目标，这构成为具体敌对行为所做的准备工作，从而构成直接参加敌对行动。即使行动要到第二天才展开，轰炸目标要在行动中才选定，并且准备工作同后来的攻击地点相距遥远，结论也是如此。相反，将炸弹从工厂运往机场的仓库，再装机运往冲突地区的另一个仓库，用于未来非特定的用途，则是一般性的准备工作，只构成间接参加敌对行动。

同样，如果旨在实施具体敌对行为，那么所有下列准备工作几乎都肯定会构成直接参加敌对行动：装备、指示和运送人员；收集情报；准备、运输和安放武器及设备。不会导致丧失免受直接攻击之保护的一般性准备工作的例子通常包括：购买、生产、走私和藏匿武器；一般性招募和训练人员；对武装分子的资金、行政和政治支持。[180]应当重申的是，这些例子只能阐明进行必要区分所应遵循的原则，而不能取代对于当时具体环境中以及行动当时当地的整体情况的细致评估。[181]

---

[179]参见前注114及相应正文，以及第（五）2（2）点。

[180]关于这些行为是否构成直接参加敌对行动，参见上文第（五）2（1）、（2）点。

[181]在专家会议期间被强调的一点是，对构成和不构成直接参加敌对行动的准备工作的区分应当尽可能慎重，以确保平民不会因为距实际战斗还十分遥远的行为丧失保护。要想让直接参加敌对行动这一短语中的“直接”一词还有意义，平民就只应在可识别且紧邻的准备工作期间（如给枪上膛），以及在具体军事行动框架的部署期间，为直接攻击承担责任。

2. 部署和返回

如果实施直接参加敌对行动的具体行为需要事先进行地理部署，那么这种部署已经构成所涉行为的必要组成部分。[182]同样，只要实施敌对行为后的返回仍然是先前行动的有机组成部分，它就构成军事撤离，而不应同投降或其他丧失战斗力的情形混为一谈。[183]只有当参与部署的人为实施具体行动而动身启程时，构成直接参加敌对行动的部署行为才算开始。而一旦所涉之人已经完全同该行动相分离——例如，放下、收存或藏匿起所使用的武器或其他装备，恢复了区别于该行动的活动——实施具体敌对行为后的返回即告结束。

某个个人是否参与了具体敌对行为实施前的部署或实施后的撤离，取决于大量无法用抽象术语概述的具体因素。决定性的标准是，部署和撤离是否都属于一个相当于直接参加敌对行动的具体行为的有机组成部分。在做此决定时必须尽可能慎重，将其建立在合理评估当时情况的基础之上。[184]当敌对行为的实施不需要地理位置的转移时——例如计算机网络攻击或遥控武器系统——直接参加敌对行动的期间将仅限于行为的直接实施和构成该行为有机组成部分的准备工作。

---

[182]参见*Commentary AP*（前注10），其中第1679、1943和4788节回忆，参加1974—1977年外交会议的数个代表团都曾表示，敌对行动这一概念包括战斗准备和作战后返回。在对2004年问卷的回应中，多数专家认为前往敌对行为发生地应当已经构成了直接参加敌对行动；而对于从该地点返回，专家们尽管更为犹豫，但也倾向于得出同样的结论。See Background Doc. DPH2004, pp. 7 (I, 1.3.), 10 (I, 2.4.), 13 (I, 3.4.), 20 (I, 6.4.). See also Report DPH 2005, pp. 65 f.

[183]尽管这也是专家会议期间的主流意见（Report DPH 2005, p. 66），但有专家担心，在实施具体敌对行为后持续丧失保护，会招致任意和不必要地被选为攻击目标（Report DPH 2006, pp. 56 f., 61 ff）。

[184]参见Report DPH 2005, p. 66; Report DPH 2006, p. 55.

3. 结论

当准备工作和地理部署或撤离构成一个相当于直接参加敌对行动的具体行为或行动的有机组成部分时，它们就将该行为或行动的起止时间延伸到其直接实施阶段之外。

三、影响到丧失保护的情况

根据习惯和条约国际人道法，平民丧失免受直接攻击之保护的原因有二：一是直接参加敌对行动，二是彻底不再是平民，即成为国家武装部队或者属于武装冲突一方的有组织武装团体的成员。[185]考虑到丧失国际人道法上的保护对于个人的严重后果，本章将致力于澄清其准确特性。下列各节将依次分析（七）丧失免受直接攻击之保护的时间范围、（八）不确定情况下的预防和推定、（九）针对合法军事目标使用武力时所应遵循的规则和原则以及（十）重获免受直接攻击之保护的后果。

与《解释性指南》的目标一致，本章将主要分析（平民）因直接参加敌对行动而丧失保护的问题，同时也会分析在（有组织的武装团体成员）具有持续作战职责的情况下丧失保护的问题，因为后者同直接参加敌对行动这一概念有着内在联系。[186]本章不涉及或只是稍有涉及国家武装部队成员丧失保护的问题，因其在很大程度上取决于与直接参加敌对行动无关的标准，如国内法上的正式征募、并入、退役或复员等。[187]但国际人道法若无相反规定，并不排除第（七）至（十）点所得出的结论在经过必要修正后也可以适用于国家武装部队成员。

[185]关于《解释性指南》中所使用的“丧失免受直接攻击之保护”这一术语，参见前注6。
[186]关于持续作战职责这一概念，参见上文第（二）3（2）点。
[187]关于在判定属于各缔约国非正规组成之民兵、志愿部队和抵抗运动中成员身份方面，持续作战职责的适用性，参见上文第（一）2（3）点。

(七) 丧失保护的时间范围

平民在构成直接参加敌对行动的每一项具体行为期间均丧失免受直接攻击之保护，而属于武装冲突中非国家一方的有组织武装团体的成员，只要负有持续作战职责，就不再是平民（参见上文（二）），并丧失免受直接攻击之保护。

1. 平民

根据适用于国际性和非国际性武装冲突的条约和习惯国际法，平民“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”，享有免受直接攻击之保护。[188] 直接参加敌对行动的平民并非不再属于平民居民，而是其免受直接攻击之保护被暂时中止。“除……并在……期间外”这一短语表明暂停保护持续的时间与相应的直接参加敌对行动的时间完全一致。[189]这必然意味着平民丧失和重获免受直接攻击之保护的时间与其直接参加敌对行动的时间间隔相吻合（所谓平民保护的“旋转门”）。

平民保护的“旋转门”不是国际人道法失灵，而是其有机组成部分。它防止攻击那些在当时不构成军事威胁的平民。与有组织的武装团体成员不同，他们的持续职责在于代表冲突一方作战，而个体平民的行为取决于大量不断变化的情况，因此很难预期。即使一个平民曾经自愿或被迫反复参加敌对行动，也无法

[188]《第一附加议定书》第51条第3款；《第二附加议定书》第13条第3款；《习惯国际人道法》（前注7），规则6。前南刑事法庭在*Prosecutor v. Blaskic*（Case No. IT-95-14-A, Judgment of 29 July 2004, § 157）一案的判决中通过援引较早的判例，也肯定了这一规则的习惯法性质。近来国内判例中明确承认了包括“除……并在……期间外”这一短语在内的《第一附加议定书》第51条第3款的习惯法性质，关于此方面的情况参见Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 30。

[189]关于直接参加敌对行动的开始和结束，参见上文第（六）点。

对其未来的行为做出可靠预测。[190]由于直接参加敌对行动这一概念是指具体行为，因此每当他或她所从事的敌对行为结束，国际人道法就恢复该平民免受直接攻击之保护。[191]对该平民使用武力必须符合执法或个人自卫的标准，直至其再次从事直接参加敌对行动的具体行为。

尽管“旋转门”保护的机制可能会使对方的武装部队或有组织的武装团体更加难以对平民直接参加敌对行动进行有效应对，但它对于保护平民免受错误或任意攻击仍然是必要的。只要这种参加行为只是自发、零星或无组织的，作战部队或团体就必须接受这一机制。

2. 有组织武装团体的成员

属于非国家冲突方的有组织武装团体的成员，只要还因其持续作战职责而具有成员身份，就不再是平民。[192]因此正式说来，他们不能再受益于平民“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”所享有的保护。的确，将丧失保护限于具体敌对行为期间，是为了应对平民自发、零星或无组织的敌对行为，而不能将这一限制适用于有组织的武装团体，否则就会使此类组织的成员较之可被持续攻击的国家武装部队

---

[190]关于在实践中不可能可靠预测平民的未来行为这一点，参见Report DPH 2006, pp. 66 ff。

[191]*Commentary AP*（前注10）中写道：“如果平民直接参加敌对行动，那么只要其参加行为持续，他显然将不享有任何免受攻击之保护。在那之后，当他不再对敌人构成任何危险时，他就不能再受到攻击。”另见ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Appeal (above N 16), § 178中关于直接参加敌对行动潜在的“间歇性和不连续性”的描述。尽管“旋转门”保护机制在专家会议期间引起了一些争议，但主流意见是，根据《日内瓦公约》之共同第3条第1款和两个《附加议定书》，持续丧失平民保护不能基于个体平民所反复从事的行为，而只能基于在国家武装部队或属于非国家冲突方的有组织武装团体中的成员身份。See Report DPH 2004, pp.22 f.; Report DPH 2005, pp. 63 f.; Report DPH 2006, pp. 64-68; Report DPH 2008, pp.33-44。

[192]关于平民和有组织武装团体这两个概念的相互排除性，参见上文第（二）1点。关于持续作战职责的概念，参见上文第（二）3（2）点。

成员而言，具有显著的作战优势。这种不平衡将会鼓励有组织的武装团体以白天是农民晚上是战士的方式作战。长远来看，处于不利地位的一方就会对国际人道法妥善规制作战行为的能力丧失信心，从而导致严重的后果，包括过分自由地解释国际人道法以及完全无视其所赋予的保护等等。[193]

相反，如果个人超出了自发、零星或无组织地直接参加敌对行动的限度，而成为属于冲突一方的有组织武装团体的成员，那么只要他们仍然是该团体的成员，国际人道法就会剥夺其免受直接攻击的保护。[194]换言之，“旋转门”保护基于具有成员身份而开始运转。[195]如前所述，有组织武装团体的成员身份始于平民事实上开始为该团体承担持续作战职责之时，直至其停止承担该职责时终止。[196]脱离有组织武装团体无需公开声明；它也可以通过令人信服的行为来体现，如在物理距离上持续远离该团体并重新融入平民生活，或者永久性地承担专门的非战斗性职责（如政治或行政活动）。实践中，承担或脱离持续作战职责所依据的判断标准可能会随政治、文化和军事情况的变化而变化。[197]因此，必须基于对当时情况的合理评估

[193]Report DPH 2005, p. 49; Report DPH 2006, p. 65。

[194]*Commentary AP*（前注10）第4789节写道：“可以随时攻击属于武装部队或武装团体的人员。”另见Expert Paper DPH 2004(Prof. M. Bothe)。当武装团体成员因被俘、投降、受伤或任何其他原因而丧失战斗力时，则恢复免受直接攻击之保护（《日内瓦公约》共同第3条第1款、《第一附加议定书》第41条）。

[195]在专家会议期间，这一折中意见得到广泛支持，被称为“功能性成员身份法”。关于讨论的概况，参见Report DPH 2003, p. 7; Background Doc. DPH 2004, pp. 34 ff.; Report DPH 2004, pp. 22 f.;Report DPH 2005, pp. 49, 59-65; 82 ff.; Report DPH 2006, pp. 29 ff., 65 f。

[196]参见上文第（二）3点。另见Report DPH 2005, p. 59。

[197]参见上文第（二）3点。专家会议期间所强调的一个问题是，在判定是否已经肯定脱离时必须基于具体情况（Report DPH 2005, p. 63）。关于不确定时需要采取的预防措施和推定，参见下文第（八）点。

而善意地加以判断，并在不确定的情况下推定其享有平民保护。[198]

3. 结论

根据习惯和条约国际人道法，直接参加敌对行动的平民以及为属于冲突一方的有组织武装团体承担持续作战职责的人员，将丧失其免受直接攻击之保护。就丧失保护的时间范围而言，必须明确区分平民与有组织的武装分子。平民在构成直接参加敌对行动的每一项具体行为期间丧失其保护，而属于冲突一方的有组织武装团体的成员则不再是平民，因而在其具有成员身份期间——亦即承担持续作战职责期间——都不享有免受直接攻击之保护。

[198]专家会议期间反复指出的一点是，尽管“旋转门”保护是《第一附加议定书》第51条第3款和《第二附加议定书》第13条第3款所表述的关于平民直接参加敌对行动之规则的一部分，但在实践中区分有组织的武装团体成员与平民却非常困难。在针对进攻采取的还击行动中，作战部队常常因为缺乏足够情报而不得不依赖基于个体行为而做出的推定。因此，实施此类行动一般只限于在它们所还击的具体敌对行为的持续期间内。相反，如果武装部队根据某人在有组织武装团体内担任职责的可靠情报主动采取行动，那么此类行动也可在目标人员没有直接参加敌对行动的时候实施（Report DPH 2006, pp. 56 f）。

(八) 不确定情况下的预防措施和推定

在判定一个人是否是平民，以及如果是，该平民是否直接参加了敌对行动时，必须采取一切可行的预防措施。如果无法确定，必须推定该人享有免受直接攻击之保护。

在实践中，平民不同程度地参加敌对行动所带来的主要问题之一就是难以确定敌人的身份。例如，在很多镇压叛乱的行动中，武装部队总是会面对或多或少抱有敌意的个人。这些部队需要解决的难题是对下列人员进行可靠的区分：属于冲突对方的有组织武装团体，自发、零星或无组织地直接参加敌对行动的平民，以及那些可能向也可能没向敌人提供支持，但当时没有直接参加敌对行动的平民。为避免错误或任意将享有免受直接攻击之保护的平民作为攻击目标，则必须明确在不确定情况下需要采取的预防措施和遵循的推定原则。

1. 采取可行预防措施的要求

在实施任何攻击之前，都必须采取一切可行的预防措施，证实目标人员是合法的军事目标。[199]进攻开始之后，一旦发现目标显然不是合法军事目标，相关负责人员则必须取消或暂停进攻。[200]在进攻之前和进攻期间，必须采取一切可行措施，确定目标人员是否是平民，以及如果是，他或她是否在直接参加敌对行动。一旦情况表明目标人员享有平民保护，负责人

[199]参见《第一附加议定书》第57条第2款第1项第1目。根据《习惯国际人道法》（前注7）第1卷，规则16，这一规则在国际和非国际性武装冲突中均已取得习惯法性质。

[200]参见《第一附加议定书》第57条第2款第2项。根据《习惯国际人道法》（前注7），规则19，这一规则在国际和非国际性武装冲突中均已取得习惯法性质。

员就不得发动攻击；如果进攻已经开始，则必须取消或暂停。这一决定必须根据具体情况下可以合理获得的所有信息善意做出。[201]正如条约国际习惯法所言："可行的预防指施是指计及了当时存在的一切情况，包括人道和军事方面的考虑以后实际可行的或实际可能的预防措施。"[202]此外，如果平民丧失了战斗力，那么就必须取消或暂停针对他或她的直接攻击。[203]

2. 平民保护的推定

就区分原则而言，国际人道法区分两大类人员：平民与冲突各方武装部队的成员。国家武装部队（医疗和宗教人员除外）或有组织武装团体的成员一般被视为合法军事目标，除非他们投降或以其他方式丧失战斗力。除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，平民一般均享有免受直接攻击的保护。对每类人员而言，除非满足例外要求，否则均适用一般规则。

因此，在不能确定特定平民的行为是否构成直接参加敌对行动的情况下，必须推定平民保护的一般规则能够适用，即该行为不构成直接参加敌对行动。[204]当不确定一个人是否已经成为属于冲突一方有组织

---

[201]Report DPH 2006, p. 70 ff.

[202]参见《常规武器公约议定书二》（1980年）第3条第4款，《常规武器公约议定书三》（1980年）第1条第5款，《修正后的常规武器公约第二号议定书》（1996年）。另见《第一附加议定书》第57条的法文文本（"采取一切实际可能的措施"）。

[203]除要求确定平民是否参加敌对行动以外，进攻中的预防原则还要求采取一切可行的预防措施，防止平民伤亡和民用物体的损害，并且无论如何要将损害程度降至最低。它还规定负责人员有义务不发动或者取消或暂停那些很可能造成"过度"附带损害（相较于预期军事利益而言）的攻击（参见《第一附加议定书》第57条第2款第1项第2、3目和第2项；关于这些规则在国际性和非国际性武装冲突中的习惯法性质，参见《习惯国际人道法》（前注7），规则17、18、19）。

[204]在专家会议期间得到同意的是，在不确定一个平民是否构成合法军事目标的情况下，必须推定该平民享有免受直接攻击之保护（Report DPH 2005, pp. 44 f., 67 f.; Report DPH 2006, p.70 ff）。

武装团体的成员时，更应当适用平民保护推定。[205]显然，适用于确定攻击目标的怀疑标准不同于刑事诉讼中所适用的严格怀疑标准，而是必须反映出具体情况下所能合理达到的确定程度。实践中，在做决定时必须考虑到以下因素，包括：决策者所能获得的情报、情况的紧急程度以及错误决定对作战部队或享有免受直接攻击之保护的人或物所可能造成的损害等。

平民保护推定并不排除对那些其行为虽未明确构成直接参加敌对行动，但已对公共安全、法律和秩序构成严重威胁的平民使用武力。不过，在这种情况下，武力的使用必须受到执法标准和个人自卫标准的约束，并将所要应对的威胁及周围环境的性质考虑在内。[206]

3. 结论

实践中，平民直接参加敌对行动很可能会给实施区分原则带来严重的混乱和不确定。因此，为避免错误或任意将享有免受直接攻击之保护的平民作为攻击目标，最重要的就是采取一切可行的预防措施来确定一个人到底是不是平民，以及如果是，他或她是否在直接参加敌对行动。在不能确定的情况下，必须推定该人享有免受直接攻击之保护。

---

[205]就国际性武装冲突而言，这一原则已经被编入《第一附加议定书》第50条第1款。就非国际性武装冲突而言，参见*Commentary AP*（前注10）第4789节（“在无法确定一个人身份的情况下，应推定他是平民”）。

[206]参见Report DPH 2005, pp. 11 f.

(九) 对在直接攻击中使用武力的限制

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。

无论是因为直接参加敌对行动（平民）还是承担持续作战职责（有组织武装团体的成员）而丧失免受直接攻击之保护，都不意味着相关人员不受法律调整。习惯和条约国际人道法上的一项基本原则就是“交战者在损害敌人的手段方面所具有的权利是有限制的”。[207]实际上，即使是针对合法军事目标的直接攻击也应受到法律约束，不管是国际人道法的具体条款、作为一个整体的国际人道法背后的原则还是其他可适用的国际法分支。

1. 国际人道法具体条款中的禁止和限制性规定

在武装冲突期间实施的任何军事行动都必须遵守那些可适用的、调整敌对行动的习惯和条约国际人道法条款。[208]这包括那些源自区分原则、预防原则和比例原则的规则，以及对拒绝受降和背信弃义行为的禁止；还包括限制或禁止使用某些武器，以及禁止采取会造成过分伤害或不必要痛苦的作战手段和方法(maux superflus)。[209]不过，除禁止或限制某些作

[207]《海牙章程》第22条。另见《第一附加议定书》第35条第1款：“在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。”
[208]参见Report DPH 2006, p. 76; Report DPH 2008, pp. 24, 29 ff.
[209]例如，参见禁止或限制使用毒物（《海牙章程》第23条第1款第1项和1925年

战手段和方法外，国际人道法的具体条款并不明确规定对合法军事目标所允许使用之武力的种类和程度。相反，国际人道法只是不向包括直接参加敌对行动的平民在内的特定类别之人员提供免受直接“攻击”的保护，即免受“不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为”。[210]显然，特定类别人员不享有免受进攻或防御性暴力行为侵害之保护并不等于拥有无需多加考虑就可以杀死这些人的法律权利。与此同时，不存在不受约束的杀人“权利”也并不必然意味着不管情况如何都必须俘虏而不是杀死敌人这样的法律义务。

2. 军事必要性原则和人道原则[211]

在无明确规定的情况下，攻击合法军事目标时允许使用之武力的种类和程度，必须首先根据军事必要性和人道这两个基本原则来确定。这两个原则是整个国际人道法规范框架的基础和支柱，并因此构筑出特定的环境，而国际人道法的规则也必须在这样的环境中加以解释。[212]军事必要性和人道的考虑既不会减损国际人道法的特定条款，也不会凌驾于其之上，而只是为解释交战方在这些条款所设定范围内的权利和义务提供指导原则。[213]

《日内瓦禁止毒气议定书》）、膨胀性子弹（1899年《海牙第三宣言》）和某些其他武器（1980、1995和1996年《常规武器公约》及其议定书，1997年《渥太华禁止杀伤人员地雷公约》，2008年《集束炸弹公约》）的条款，以及禁止采取涉及拒绝受降的方法（《第一附加议定书》第40条、《海牙章程》第23条第1款第4项）和背信弃义的手段（《海牙章程》第23条第1款第2项、《第一附加议定书》第37条）的条款。另见Report DPH 2006, p. 76; Report DPH 2008, pp. 18 f。

[210]《第一附加议定书》第49条第1款。

[211]在专家会议期间，《解释性指南》第（九）2点一直饱受争议。一些专家认为只有在不可能俘虏时才能对不享有免受直接攻击之保护的人员使用致命武力，而另一些专家则坚持认为在国际人道法上并没有必须俘虏而不是杀死敌人的法律义务。不过，在整个讨论期间，既没有人声称有义务为保护不享有免受直接攻击之保护的敌人的生命而承受更大风险，也没有人声称在明显没有军事必要性的情况下也可以合法杀死这样的敌人。See Report DPH2004, pp. 17 ff.; Report DPH 2005, pp. 31 f., 44. ff., 50, 56 f., 67; Report DPH 2006, pp.74-79; Report DPH 2008, pp. 7-32.

[212]参见:*Commentary AP* (above N 10), § 1389.

[213]Report DPH 2008, pp. 7 f., 19 f。另见劳特派特的陈述：“在设计关于这些问题〔即关于作战〕的法律时——只要还完全能够被设计——必须考虑的并不是现有的法律，而是人道、文明存续和人类个体神圣性这些更具强大说服力的因素。”（转引自*Commentary AP* (above N 10), § 1394。）

现今，一般都承认，军事必要性原则“只允许使用没有被武装冲突法另行禁止的、为实现冲突的合法目的——即以最少的生命和资源代价，尽早让敌人全部或部分投降——所必需之程度和种类的武力”。[214]军事必要性原则中暗含和补充的是人道原则，它“禁止造成非为实现合法军事目标所实际必需的痛苦、伤害或毁坏”。[215]军事必要性原则和人道原则一起，减少了所允许的军事行动的总量，即从国际人道法未明确禁止的行动，减少为在当时情况下为实现合法军事目标所实际必需的行动。[216]

尽管不可能事先确定在每种情况下使用武力的准确数量，但人道考量要求，在国际人道法具体条款所设定的范围内，不要造成超出为在当时情况下实现合法军事目标所必需之限度的死亡、伤害或毁损。[217]对于特定军事目标而言，何种类型和程度的武力可被视

---

[214]United Kingdom: Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict(Oxford: OUP, 2004), Section 2.2 (Military Necessity). 其他很多当代军事手册和术语表也做了类似的解释。See, For example, NATO: Glossary of Terms and Definitions (AAP-6V), p. 2-M-5; United States: Department of the Army, Field Manual 27-10 (1956), § 3; US Department of the Navy, The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1–14M/MCWP 5–12-1/COMDTPUB P5800.7A (2007), § 5.3.1, p. 5-2.; France: Ministry of Defence, Manuelde Droit des Conflits Armés (2001), pp. 86 f.; Germany: Federal Ministry of Defence, Triservice Manual ZDv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts (August 1992) §130; Switzerland: Swiss Army, Regulations 51.007/IV, Bases légales du comportement àl'engagement (2005), § 160. 从历史上看，现代的军事必要性概念深受《利伯守则》（United States: Adjutant General's Office, General Orders No. 100, 24 April 1863）第14条之定义的影响。

[215]United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict* (above N 215), Section 2.4(Humanity). 另见United States: Department of the Air Force, *Air Force Pamphlet, AFP 110–31* (1976), § 1-3 (2),p. 1-6 中的表述，尽管其已失效。因此，就将死亡、受伤或毁损限制在为实现合法军事目标所实际必需的范围内这一点来说，军事必要性原则和人道原则并非相互对立，而是相互强化。只有当一项军事行动可以被合理地认为是为实现合法军事目的所必需时，军事必要性原则和人道原则才成为相互对立的考量；而正如国际人道法某些条款所表述的，此时必须对二者加以平衡。

[216]参见*Commentary AP* (above N 10), § 1395. 另见国际法院的决定，它认为禁止使用对战斗员造成不必要痛苦的作战手段和方法，是国际习惯法一项不容违反的原则，也是国际人道法的一项基本原则；它认为造成“伤害的程度超过为达到合法的军事目标所不可避免的程度”的行为是非法的。参见国际法院，《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》（以下简称《核武器咨询意见》），1996年7月8日，第78段。

[217]参见1868年《圣彼得堡宣言》的表述：“各国在战争中应尽力实现的唯一合法目标是削弱敌人的军事力量；为了这一目标，应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力。”

为必需，涉及建立在大量不同的操作和环境因素基础上的复杂评估。我们的目标不是用僵化或不切实际的标准取代军事指挥官的判断，而是在他或她基于对具体情况的评估选择作战手段和方法时为其提供指导原则，从而避免错误、武断和滥用。[218]

在装备良好的有组织武装部队或团体之间进行的典型的大规模对抗中，军事必要性原则和人道原则不大可能在国际人道法具体条款已有的规定之外限制针对合法军事目标的武力使用。随着冲突一方对其军事行动所处地区和环境的控制能力不断增强，这种限制作用的实际重要性也将不断加大，并且当武装部队在类似于和平时期的维持治安活动中对选择的个人展开行动时，这种限制作用还可能成为决定性因素。实践中，当冲突一方有效实施领土控制时——最突出的是在被占领土和非国际性武装冲突中——这种考量很可能会变得尤为重要。[219]

例如，如果一个没有武装的平民坐在饭店里，用无线电或手机向进攻中的空军发送战术目标定位情

---

[218]久已公认的是，条约国际人道法所没有明确调整的事项不应“由于缺乏书面的约定，就可以听任军事指挥官任意武断行事”（《海牙第二公约》序文，《海牙第四公约》序文）。用著名的“马顿斯条款”的话来说，“平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配”（《第一附加议定书》第1条第2款）。马顿斯条款在1899年《海牙第二公约》序文中被首次采纳，在其后百余年的条约和判例中得到重申，并且直到今天还在不断提醒我们：在武装冲突中，某一行为并不仅仅因为条约法没有加以禁止或以其他方式予以调整就必然是合法的。例如，参见1907年《海牙章程》、1977年《第二附加议定书》和1980年《常规武器公约》各自的序文；1949年《日内瓦第一公约》第63条、《日内瓦第二公约》第62条、《日内瓦第三公约》第142条、《日内瓦第四公约》第158条；国际法院，《核武器咨询意见》（前注27），第78段；ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al*., Case No. IT-95-16-T-14, Judgment of January 2000, § 525。关于专家会议期间对马顿斯条款的讨论，参见Report DPH 2008, pp. 22 f。

[219]关于最近反映这一立场的国内判例法，参见Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 40。法庭在该案中认为：“在平民直接参加敌对行动当时，如果能够使用损害更小的手段，就不得对其进行攻击。……并非总是能够使用逮捕、调查和审问这样的手段：有时完全不存在这种可能性；有时虽然存在，但因为这样做会给士兵造成太大的危险，所以不要求这样做。……事实上，在交战占领状态下这样做也许更切实可行，因为此时军队控制着作战行动所在的地区，有时逮捕、调查和审判也有实现的可能。……当然，鉴于具体案件的具体情况，也可能不存在这种可能性。有时，这样做对附近无辜平民造成的损害可能大于不这样做而造成的损害。在此情况下就不应当采取这种做法。”

报，那么他很可能不得不被视为在直接参加敌对行动。然而，如果所涉饭店位于对方牢牢控制的地区内，那么就有可能通过俘获或其他非致命手段来消除该平民所造成的军事威胁，而不致给战斗部队或周围的平民居民带来额外风险。同样，根据国际人道法，有组织武装叛乱团体的军事指挥官不会仅仅因为为访问政府控制领土内的亲属而暂时不携带武器、不穿制服和不佩戴特殊标志，就重新获得免受直接攻击的平民保护。不过，根据具体情况，政府的武装或警察部队也许能够不诉诸致命武力就俘虏该指挥官。再比如，如果大量没有武装的平民故意聚集在桥上，阻止追赶叛乱团体的政府地面部队通过，那么他们很可能不得不被视为在直接参加敌对行动。然而，在大多数情况下，武装部队完全有可能通过比直接军事攻击损害更小的手段来消除这些平民所构成的物理障碍。

总之，尽管很难要求战斗部队为了活捉有武装的敌人而让自己或平民承担更大的风险，但如果在明显没有必要使用致命武力时杀死敌人或拒绝给予其投降的机会，那将公然挑战基本的人道观念。[220]在此类情况下，军事必要性原则和人道原则在确定对合法军事目标所允许使用之武力的种类和程度方面就会发挥重要作用。最后，尽管本《解释性指南》是关于国际人道法的分析和解释，但它的结论并不妨碍其他可适用的国际法框架，例如，最明显的是国际人权法和调整

[220]正是应当在这个意义上理解皮克泰的著名论断："如果我们能通过俘虏一个士兵让他无法行动，那就不应当让他受伤；如果能通过使他受伤来达到这个结果，那就绝不能杀死他。如果有两种方法可以实现相同的军事利益，我们必须选择造成较少罪恶的一种。"See Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law (Dordrecht, Nijhoff 1985), pp. 75 f. 在专家会议期间得到普遍认可的是，皮克泰所建议的方法不太可能适用于包含大规模军事对抗的典型战场环境（Report DPH 2006, pp. 75 f.,78）；在武装冲突中作战的武装部队，即使配备有精密的武器和观察手段，也并非总是有办法或有机会去俘虏而不是杀死敌人（Report DPH 2006, p. 63）。

国家间武力使用的法律（诉诸战争权），对武力使用做出其他限制。[221]

3. 结论

在武装冲突中，即使是对不享有免受直接攻击之保护的平民使用武力也受到法律限制。除国际人道法对具体作战手段和方法所施加的限制外，并在不影响其他可适用的国际法分支所可能施加的进一步限制的前提下，对不享有免受直接攻击之保护的人员所允许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所实际必需的程度。

[221]根据《第一附加议定书》第51条第1款的规定，第51条第3款所表述的规则是“对适用的其他国际法规则所附加的”。同样地，《第一附加议定书》第49条第4款回忆说，《第一附加议定书》第四部第一编（第48—67条）是“对……其它国际协定关于人道主义保护的规则的补充，也是对有关保护平民……免受敌对行动影响的其它国际法规则的补充”。尽管这些条款主要指向《第一附加议定书》本身以外的国际人道法文件，但它们也试图包括那些“适用范围更广，并且在武装冲突中仍然可以全部或部分适用的法律文件”（see *Commentary AP* (above N 10), §§128-131），如“关于保护人权的地区性或普遍性公约和盟约”（同上，关于《第一附加议定书》第49条的评论，第1901节）和“能够对平民居民在武装冲突中的命运产生积极影响”的其他可适用的条约（*ibid*., Commentary Art. 49 AP I, § 1901）。在专家会议期间，有些专家建议说第（九）点中的论断应当以生命权这一人权为基础。然而主流意见是，《解释性指南》不应分析人权法对于国际人道法所允许使用之武力的种类和程度有何影响。相反，应当用一个一般性的保留条款说明，《解释性指南》并不妨碍人权法等其他法律规范的适用（Report DPH 2006, pp. 78 f.; Report DPH 2008, p. 21 f）。

(十) 重获平民保护的后果

国际人道法既不禁止平民直接参加敌对行动，也不给予其特权。当平民不再直接参加敌对行动，或者当属于武装冲突中非国家一方的有组织武装团体的成员不再负有持续作战职责时，他们将重新获得平民免受直接攻击的完全保护，但其已经实施的违反国内法和国际法的行为不能免受追诉。

1. 不能免于国内追诉

国际人道法只赋予国际性武装冲突各方的武装部队和参加民众抵抗者直接参加作战行动的“权利”。[222]这一权利并不暗含实施国际人道法所禁止之行为的权利，而只是给予战斗员免于因那些虽然符合国际人道法、但根据冲突各方的国内刑法可能会构成犯罪的行为而受国内追诉的权利（即所谓“战斗员特权”）。[223]国际人道法没有明确赋予平民直接参加敌对行动的权利并不暗含对这种参加行为的国际禁令。事实上，平民直接参加敌对行动既未被国际人道法禁止，[224]也没有为任何过去或现在的国际刑事法庭或法院规定为犯罪。[225]然而，因为平民——包括根据《日内瓦第三公约》第4条第4和第5款享受战俘地位的人——不享有战斗员特权，所以他们不享有因合法战

[222]《第一附加议定书》第43条第2款（医疗和宗教人员除外），《海牙章程》第1、和第2条。
[223]与此相反，对于因违反国际人道法而受到的国际或国内刑法上的追诉，不因战斗员特权而享有任何豁免。
[224]这也是专家会议期间的主流意见（see Report DPH 2006,p. 81）。专家们还同意，一个行为在国内法或国际法上合法与否，与其是否构成直接参加敌对行动无关（Background Doc. DPH 2004, p. 26; Report DPH 2004, p. 17; Report DPH 2005, p. 9;Report DPH 2006, p. 50）。
[225]无论是第二次世界大战后成立的军事法庭（即纽伦堡国际军事法庭和东京远东国际军事法庭）的规约，还是前南刑事法庭、卢旺达刑事法庭、国际刑事法院和塞拉利昂问题特别法庭的规约，均未将平民直接参加敌对行动规定为犯罪。

争行为（即在遵守国际人道法的情况下直接参加敌对行动）而免受国内追诉的权利。[226]因此，对于直接参加敌对行动的平民，以及属于非国家冲突方的有组织武装团体的成员传言，[227]只要国内法将其活动、成员身份或所造成的损害规定为犯罪（如叛国罪、纵火罪、谋杀罪等），那么他们就可能会受到起诉和惩罚。[228]

2. 有义务遵守国际人道法

第二次世界大战以后成立的国际军事法庭、[229]前南刑事法庭和卢旺达刑事法庭都始终确认，即使是平民个人也可能违反国际人道法条款，犯下战争罪。决定其行为在国际人道法上意义的，不是行为人的身份，而是行为的性质及其与冲突的联系。[230]毫无疑问，直接参加敌对行动的平民必须尊重国际人道法规则，包括那些关于敌对行动的规则，并且可以同国际武装部队或有组织武装团体的成员一样，因为战争犯罪而被追究责任。例如，平民对享有免受直接攻击之保护的人员或物体实施敌对行为，拒绝饶赦丧失战斗力的敌人，或者通过背信弃义的方式俘虏或杀伤敌人，均构成对国际人道法的违反。

---

[226]在1899年的和平会议上，对于武装反抗既定占领国的平民应当被视为享有特权的战斗员还是可以被处决的义勇兵这一点，参会国无法达成一致。马顿斯条款（前注219）正是反映了他们之间的妥协。自那以后，各国逐渐将战斗员特权延伸至参加民众抵抗者、民兵和志愿部队（1907年《海牙章程》），有组织抵抗运动（1949年日内瓦第一至第三公约），以及某些民族解放运动（1977年《第一附加议定书》）。然而，就平民而言，国际人道法仍然既不禁止其参加敌对行动，也不赋予其免于国内追诉的权利。

[227]显然，在可以适用《第一附加议定书》的场合，《第一附加议定书》第1条第4款含义范围内的民族解放运动的武装部队成员将享有战斗员特权，并因此享有免于因合法战争行为而受追诉的权利，即使其所从属的运动是武装冲突的非国家当事方。

[228]See Background Doc. DPH 2004, p. 26; Report DPH 2004, p. 17; Report DPH2005, p. 9; Report DPH 2006, pp. 80 f.

[229]参见前注226。

[230]关于前南刑事法庭和卢旺达刑事法庭所确立的联系标准，其中最值得注意的分析，参见ICTY, *Prosecutor v Tadic*, Interlocutory Appeal (above N 26), §§ 67, 70; ICTY, Prosecutor v.Kunarac et al. (above N 147), §§ 55 ff.; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda* (above N 147), §§569 f。

禁止背信弃义的行为在实践中具有特殊意义，因为直接参加敌对行动的平民常常不公开携带武器，也不以其他方式将自己同平民居民相区分。如果平民在俘虏或杀伤敌人时不将自己同平民居民相区分，以便使敌人相信其享有免受直接攻击之保护，那么可能会构成背信弃义，从而违反了习惯和条约国际人道法。[231]

3. 结论

总之，国际人道法既不禁止平民直接参加敌对行动，也不给予其特权。因此，当平民不再直接参加敌对行动或者当个人因为脱离持续作战职责而不再是有组织武装团体的成员时，他们就重新获得完全的免受直接攻击的平民保护。然而，由于没有战斗员特权，因此，他们就其在直接参加敌对行动或具有成员身份期间实施的行为，不享有免受国内刑法追诉的权利。而且，同国家武装部队或属于武装冲突各方的有组织武装团体一样，直接参加敌对行动的平民必须遵守有关作战的国际人道法规则，并且可以因为战争罪或其他违反国际刑法的行为而被追究个人责任。

[231]《海牙章程》第23条第1款第2项，《第一附加议定书》第37条第1款（国际性武装冲突）。关于这一规则在非国际性武装冲突中的习惯法性质，参见《习惯国际人道法》（前注7），规则65。根据《国际刑事法院规约》，以背信弃义的方式杀、伤“属于敌国或敌军的人员”（国际性武装冲突：第8条第2款第2项第11目）或“敌对方战斗员”（非国际性武装冲突：第8条第2款第5项第9目）的行为是战争罪。

使 命

红十字国际委员会是一个公正、中立和独立的组织，其特有的人道使命是保护武装冲突和其他暴力局势受难者的生命与尊严，并向他们提供援助。

红十字国际委员会还致力于通过促进和巩固人道法与普遍人道原则的方式防止苦难发生。

红十字国际委员会创建于1863年，它是《日内瓦公约》和国际红十字与红新月运动的发起者。 该组织负责指导和协调国际红十字与红新月运动在武装冲突和其他暴力局势中开展的国际行动。

ICRC

DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES

0990/006T 10.2009 500