

## 令人质疑的战俘地位

亚斯明 • 纳克维

1949年8月12日的有关战俘待遇的《日内瓦公约》（又称《日内瓦第三公约》）通常被视为武装冲突习惯法的一部分<sup>1</sup>。在其所规定的内容中，有两项原则最为重要：第一，战俘不能因为仅仅曾经参加了敌对行为这一事实而受到控诉和惩罚<sup>2</sup>。第二，战俘从陷落敌方权力之下起到最终被释放或被遣送回国为止<sup>3</sup>，必须给予人道的待遇。因此，对于那些被俘获而处于敌方控制之下的人员，战俘的身份在法律地位和待遇两方面都极其重要。不享有战斗人员身份的人，会因为曾经从事的交战行为而受到审判。如果这种犯罪行为在国内的司法管辖权下可能会被判处死刑，那么，是否具有战俘身份问题，就成为一个关系生死的问题。

因此，当对被俘人员的战俘身份存在疑问时，如何裁决身份就显得至关重要，在1949年的日内瓦外交会议上，代表们在就《日内瓦第三公约》进行谈判时也没有忽视这一问题<sup>4</sup>。该公约规定：当对曾经从事交战行为的被俘人员是否具有战俘身份存在疑问时，他们的身份应该由一个主管法庭来裁定<sup>5</sup>。但是该公约没有规定法庭应该如何组成，也没有指明在裁决身份的程序中被怀疑者所应享有的程序权利。《日内瓦第三公约》第5条第2款中这种不作最后定论的措辞，回避了主管法庭的具体构成，以及必须给予来到法庭的那些人怎样的司法保障这个问题。同时它还提出了一个问题：有关战俘身份的疑问是怎样产生的。

本文将探讨充满疑问的战俘身份的含义是什么，以及怎样组成“主管法庭”来裁决战俘身份。第一部分将结合习惯法规则和国际人道法中有关司法保障的原则，来对第5条第2款所规定的规则，进行法律分析。第二部分则研究与确定战俘身份有关的国家实践和国内军事规章。

### 国际人道法和第5条第2款的规定

《日内瓦第三公约》是以有关战俘待遇的一般国际法原则为基础的<sup>6</sup>。这些自十八世纪以来逐渐发展形成的原则，确立了这样的原则，即：战争中被俘“不是报复，也不是惩罚，而仅仅是保护性的监管，其唯一目的是防止战俘进一步地参与战争”<sup>7</sup>。与这一特殊的原则的发展相一致的还有这样的观点，即认为杀害或伤害无助的人，是违背战争法的。此外，战俘属于战争中最易受攻击的受害者的范围，因此需要特别保护<sup>8</sup>。而且，战俘身份和待遇所依据的原则，是从骑士制度这一传统

---

\*亚斯明 • 纳克维，文学学士，名誉法学学士（塔斯马尼亚大学），正在日内瓦高等国际问题研究所攻读硕士学位。同时也是日内瓦国际红十字委员会工作人员。

<sup>1</sup> L.C.格林，《当代武装冲突法》，曼彻斯特大学出版社，曼彻斯特，1993年，第188页；费瑟，《战俘的保护》，见菲莱克《武装冲突中的人道法手册》，牛津大学出版社，牛津，1995年，第325页。

<sup>2</sup> 《日内瓦第三公约》第99条规定：“战俘的行为，实施之时不被当时有效的拘留方的法律和国法所禁止的，战俘不能因此受到审判或判处刑罚。”

<sup>3</sup> 第12至16条是关于拘留方应该给予战俘的一般性保护的规定，这些规定包括任何时候的人道待遇要求（第13条），对他们人身和荣誉的尊重（第14条），以及不允许存在基于种族、国别、宗教信仰或政治主张的不利的区别对待，或者基于类似标准的任何其他的区别对待的原则（第16条）。另见《日内瓦第三公约》第5条第1款。

<sup>4</sup> 代表们注意到，确定身份的裁决可能会引起“极其严重的后果”。J皮克德，《有关战俘待遇的日内瓦第三公约的评注》（以下称为《日内瓦第三公约评注》），日内瓦，国际红十字委员会，1960年，第77页。

<sup>5</sup> 《日内瓦第三公约》第5条第2款。

<sup>6</sup> 这一主张，最早是在1941年由德国海军上将卡纳里斯反对德国军方发布的有关俄国战俘的规章时提出的，之后被纽伦堡国际军事法庭认可为合法正确的。皇家文书局Cmd 6964 (1946年)，第48页；转载于《美国国际法年刊》第41卷，1947，第228-22页。

<sup>7</sup> 同上。

<sup>8</sup> 在古代，战俘被杀害、残害肢体或者被奴役；而在中世纪，战俘往往被囚禁或被拘留以索取赎金。在十七世纪，战俘第一次被视作国家的囚犯而不是抓获战俘者个人的财产。但是，虐待战俘的情况依然继续，并贯穿了十九世纪始终。第二次世界大战后，大量的德国和日本军官受到了审判并因杀害或虐待战俘而被宣告有罪。《国际军事法庭宪章》第6条b款规定“杀害或虐待战俘”是战争犯罪。见《达邵集中营审判》11 W.C.R., 第5页；《贝尔森审判》2 W.C.R.；《陆战法》，《军事法手册》第三部分，战争办公室，伦敦，1958年（以下为英国1958年战争手册）第45页，第122段；费瑟，同上，注一，第322页。

的军事概念发展而来，其中包括尊重战斗人员的荣誉<sup>9</sup>。拘留战俘的国家对给予战俘的待遇负有责任<sup>10</sup>。这种责任，包括拘留国应该充分满足一项要求，即打算或者已经将战俘移送来的国家，愿意、并且能够适用《日内瓦第三公约》。<sup>11</sup>

被俘人员如要被承认具有战俘身份，必须符合《日内瓦第三公约》第4款中规定的六类人员的条件其一<sup>12</sup>。尽管第4款措辞谨慎，但战争中的混乱状况使得战斗人员和平民的区别并不总是十分明显<sup>13</sup>。因为这个原因，《日内瓦第三公约》第5条第2款还规定：“如果对于曾经从事交战行为并陷落敌方权力之下的人员，其是否属于第4款所列举各类人员中的任何一种产生了任何疑问，在其身份由主管法庭裁决之前，这类人员将享有本公约的保护。”

这一规则，看起来是明确地要求成员国在被俘人员的战俘身份存在疑问时，必须通过正规的机制来逐一裁决身份。同时，被俘人员必须按战俘一样对待。但不明确的是：“任何疑问”的真正含义是什么？由谁来裁决这种疑问？“主管法庭”的含义是什么？

### 战俘身份的“疑问”

正如第5条第2款所规定的，疑问一定是关于被俘人员是否属于《日内瓦第三公约》第4条规定的六类人员中的任何一种。但是“疑问”的含义是什么？谁会产生这种疑问呢？<sup>14</sup>“合理的疑问”在司法上可被界定为一种会使通情达理的人在重要问题采取行动前有所犹豫的怀疑<sup>15</sup>。《日内瓦第三公约评注》在解释“任何的疑问”怎样“产生”时，可以说不起什么帮助作用。它仅仅提到了两种可能适用第5条第2款的人员的例子：逃亡者和追随武装部队而且丢失了身份证的人员。但它的确指出：“第4条中所包括的解释，理所应当减少了未来任何的冲突中有疑问的情况的数量。因此，我们认为不应该过于限制性地解释这一规定。”如果按照《评注》中的说明来广泛地解释《日内瓦第三公约》第4条，应该很容易产生使被俘人员无权获得战俘身份的疑问。而相反的是，被俘人员是战俘的疑问，应该很难产生。这意味着对全部被俘的参加敌对活动的人员，国家将不能单方面地决定没有出现任何存在疑问的情况。事实上，一些评论员评论《日内瓦第三公约》时，提供了一种假设，即在战区被俘获的人就是战俘<sup>16</sup>。一些军事手册中也已采用了这种对参加敌对活动的人推定有战俘身份的假设。例如，1992年《新西兰武装冲突暂行法手册》规定：“作为一个实际问题，如果（《第一议定书》）第43条所定义的战斗人员被俘获时其武装不是隐藏的，他们有权获得战俘身份。任何情况下，将由法庭裁定其身份<sup>17</sup>”。同样，1994年《澳大利亚国防部队手册》指出：“多数情况下，被俘的战斗人员有权要求获得战俘身份。”<sup>18</sup>

1967年当马来西亚和印度尼西亚相互之间发生有争端时，英国枢密院考虑过如何执行第5条的

---

9 1929年7月27日有关战俘待遇的公约（1929年战俘公约）第3款和在日内瓦第三公约第16款中，这规定为一项准则：“战俘有权获得对其人身和荣誉的尊重。”

<sup>10</sup> 《日内瓦第三公约》第12条第1款。

<sup>11</sup> 《日内瓦第三公约》第12条第2款。如果一国在任何重要的方面没有履行《日内瓦第三公约》的规定，移送战俘的一方必须采取措施补救这种情势或者请求将战俘送回。这类请求必须符合《日内瓦第三公约》第12条第3款。

<sup>12</sup> 《日内瓦第三公约》第4条中规定的六类人员是：（1）冲突一方的武装部队人员以及构成这种武装部队人员一部分的民兵或志愿部队人员；（2）属于冲突一方的其他民兵和志愿部队人员，包括有组织的抵抗运动人员，他们在本国领土内外开展行动，即使该领土已经被占领，只要这些民兵和志愿部队，包括有组织的抵抗运动人员满足下列条件：（a）由一个对部下负责的人统率；（b）备有可从远处识别的特殊固定标志；（c）公开携带武器；（d）遵守战争法规及惯例进行战斗；（3）宣称效忠于不被拘留国承认的政府或当局的正规武装部队人员；（4）追随武装部队而实际上并非其成员的人；（……）（5）依据国际法的任何其他规定不能享受更优惠待遇的冲突各方的商船队的船员（……）和民用航空器上的工作人员，（6）未被占领的领土上的居民，在敌人迫近时未来得及组织成为正规部队而自动拿起武器抵抗来侵军队的，只要他们公开携带武器并且尊重战争法规及惯例。”

<sup>13</sup> 例如见P. 塔维尼所描述的1980至1988年的两伊战争中战斗人员和非战斗人员的相互混淆的状况，《战斗人员和非战斗人员》，I. 德可、H. 帕斯特（主编），《1980至1988年的海湾战争》：《国际法视角看两伊战争》，马廷斯·尼赫夫出版社，荷兰，1992年，第129-136页。

<sup>14</sup> 1989年，第二版的《牛津英语词典》中定义的“怀疑”一词是“有关任何事情的真实性或现实性不能肯定的一种（主观）状态”或者“（客观上）无法预测的条件；会产生犹豫或怀疑的可能的事态”。

<sup>15</sup> 1996年《马利安姆·韦伯斯特法律词典》。

<sup>16</sup> 例如见《人权律师委员会华盛顿事务所主任，艾力索·马斯米诺的声明》，人权律师委员会新闻稿，2002年2月7日，<[http://www.lchr.org/media/admin\\_gc.htm](http://www.lchr.org/media/admin_gc.htm)>。

<sup>17</sup> 《新西兰国防军武装冲突暂行法手册》，法律事务总署委员会，惠灵顿，1992年，第907(3)页。

<sup>18</sup> 澳大利亚，《国防军手册》1994年，ADFP 37，第1004段。

问题<sup>19</sup>。它认为：“如果没有‘产生疑问’的提出，也就没有适用第5条的问题，法院没有要求一定会提出‘疑问’。因此，如果被告自己没有提出疑问，也就不存在误审的问题”<sup>20</sup>。这表明，枢密院对“发生疑问”的解释，意味着被告要求获得战俘身份的请求是在审判前或审判中提出的。对第5条第2款的这一解释非常引人注目，其间接地表明满足了“产生疑问”的标准可以是程序意义上的，而非一定要在事实上与第4条规定的几类人有关。法官盖斯和巴威克在他们共同的否定裁决中对这一点有分歧；对“实际上被告没有提出适当的请求（……），必须依据第5条才能产生的‘疑问’，将是指人员是否属于（《日内瓦第三公约》）第4条A中提到的几类人<sup>21</sup>”。

将“产生疑问”解释为主张获得战俘身份时发生的情况，这已经在一些军事手册中被采用，特别是有关战俘的《美国1997年军事法规》。它要求组成主管法庭来裁决“任何看似无权获得战俘身份”、但又“主张他或她有权获得战俘待遇”的问题<sup>22</sup>。值得注意的是，在1977年6月《1949年8月12日有关保护国际武装冲突中受害者的《日内瓦公约》的附加议定书》（《第一议定书》）的第45条第1款中，当被俘人员“要求享有战俘身份”时或者如果“其所依附一方代表其要求获得此种身份”时<sup>23</sup>，战俘身份的推定和上面的解释也是一致的。

尽管1949年《日内瓦第三公约》第5条第2款对于保护参加敌对行动的人是一个重大的发展，但这一规则仍然是“非常不明确而且处于萌芽阶段”<sup>24</sup>。游击战争中战斗人员的法律识别问题，突出了第5条第2款的不足。

《第一议定书》的第45条旨在弥补这一不足，其目标是规定更有可能保证授予战俘身份的程序<sup>25</sup>。实际上，该条列举了几种有关战斗人员身份的疑问必须让位于战俘身份的推定的情况，即：

（1）如果他主张这种身份；（2）如果他似乎有权享有此种身份；（3）如果他所属的一方主张他这种身份。尽管有了上述推定，但如果仍然存在疑问时，那就应交给主管法庭解决。《第一议定书》中一系列的推定是对《日内瓦第三公约》第5条第2款的发展，但是与后者的规定不同，证明责任明确地要由拘留方承担。《第一议定书》通过使用一系列基于“无罪推定”基础上的倒置原则，每当出现战俘身份被质疑时，主管法庭就必须提出关于其不是战俘身份的证据<sup>26</sup>。

由此看来，《第一议定书》第45条重申了第5条第2款中“产生任何疑问”的解释，认为它包括了被拘留者本人或者他或她所依附的一方提出的战俘身份的主张。可以得出的结论是：基于对军事手册中规则的解释，尽管对于那些参加敌对行动的人的战俘身份有普遍的（未成文的）推定，当对有关被俘人员是否属于第4条的各类人员产生了严重的疑问时，《日内瓦第三公约》第5条第2款里的战俘身份的疑问可能会产生。

### 主管法庭

由于对第5条第2款中的“主管法庭”一词没有下定义，因此缔约国国内法可以来决定这一词的含义。“主管”一词，是指“拥有司法管辖权或采取行动的权力”<sup>27</sup>。法庭可以是“司法审判的法院”，或者是更广义上的“做出判决或裁定的机构”<sup>28</sup>。因此，“主管法庭”是指有权做出判决的法庭，它不以司法性质为必要条件。起草第5条第2款时的历史背景，在一定程度上指出了该词的含义。最初的草案条款是在国际红十字委员会的请求之下加入，并在1949年的斯得哥尔摩会议上获得

<sup>19</sup> 公诉人诉奥尼·何·科亚以及有关请求，（英国）枢密院司法委员会，1967年12月4日[1968]，A.C. 829。

<sup>20</sup> 同上，第834页。

<sup>21</sup> 同上，第839页。

<sup>22</sup> 《军队规章》1-6(b)节190-8，《敌军战俘、被扣留的人员、被拘留的平民和其他被拘留者》，陆、海、空军和海军陆战队总部，哥伦比亚特别行政区华盛顿，1997年10月1日（以下为1997年美国军队规章）。

<sup>23</sup> 一方以通知的方式向拘留国或者保护国提出此种主张。《第一议定书》第45条第1款。

<sup>24</sup> Y.塞多滋、C.斯威纳西基、B.基米(主编)，《1949年8月12日有关保护国际武装冲突中受害者的《日内瓦公约》的1977年6月8日附加议定书的评注》（第一议定书）马廷斯·尼赫夫出版社，日内瓦，1987年。

<sup>25</sup> 同上，第1728段。名为“对参加敌对行动的人保护”的第45条第1款规定：“参加敌对行动而落入敌方权力下的人，如果主张战俘身份，或表现为有权享有这种身份，或其所依附的一方通知拘留国或保护国代其主张这种身份，应推定为战俘，因而应受第三公约的保护。如果对于任何这类人是否有权享有战俘身份的问题有任何的怀疑，这类人在主管法庭决定其身份以前，应继续享有这种身份，因而受第三公约的保护。”

<sup>26</sup> 《第一议定书的评注》，同注24，第553页，第1746段。

<sup>27</sup> 《牛津英语词典》，第二版，1989。1966年12月16日联合国大会通过的2200 A (XXI)号决议，《公民权利与政治权利国际公约》中和《1950年美洲人权公约》使用的“主管”一词，是表示法律诉讼中对任何刑事控诉或权利和义务进行裁决的法庭的本质特征。

<sup>28</sup> 《牛津英语词典》，第二版，1989年。

认可的。它规定：“如果有关这些人员中的任何一人是否属于上述条款提到的各类人员中的一种产生了疑问，在某一负责的权威机构裁决他或她的身份之前，此人将享有本公约的权益。”<sup>29</sup>

国际红十字委员会的目标，是保证战斗人员在被敌人俘获时能享有最低限度的保护。在1949年日内瓦会议期间，最先提出了用“军事法庭”一词来替代“负责的权威机构”，以获得更大程度的精确性，是因为如果将决定权交给一个人甚至可能是地位很低的人时，可能产生严重的后果<sup>30</sup>。由于无权参加但又实际参加了敌对行动的人员，会因谋杀或意图谋杀罪而受到控诉，因此许多代表都认为战俘身份问题应由法庭来决定<sup>31</sup>。然而，这种观点没有被完全接受。一些代表认为，和一个可能剥夺某人受公约保护权利的裁决相比，将其交付军事法庭审判会产生更加严重的后果<sup>32</sup>。为了解决对这一问题所表现出来的关切，在进一步制定的修正案中，规定了将由一个“主管法庭”、而不一定是军事法庭来裁决令人怀疑的战俘身份<sup>33</sup>。因此，起草的过程表明：“主管法庭”比国际红十字委员会最初提出的“负责的权威机构”在本质上更加正式、更具司法性质，确定身份的裁决应该由一人以上并且依据适当的程序来做出。

如上所述，《日内瓦第三公约》第5条第2款作为一项原则十分重要。但鉴于对参加游击战争的战斗人员难以定义，以及如不给予被俘人员战俘身份时后果的严重性，该款在法律上是不完整的。《第一议定书》第45条规定，同样没有明确“主管法庭”应该怎样组成。但在这一方面，有两点是十分重要的。第一，第45条第1款中的“主管法庭”不同于第45条第2款中的“司法法庭”，当某人被指控犯有敌对活动中所发生的罪行并且不被视为战俘时，后者必须对战俘身份进行裁决<sup>34</sup>。第二，大会报告起草人在其报告中指出，“如（《日内瓦第三公约》）第5条中的情况，此类法庭可以是行政性质的”，其中包括军事方面的使命<sup>35</sup>。

争论当中有这么一种假设：此类法庭应在武装冲突发生时在战场上能快速组成；有人还指出，即使在这种情况下也“应该确保法庭的能力、组成和程序”，法庭“应该是公正有效的”<sup>36</sup>。由于在武装冲突发生中在战场上立即建立这样的法庭有一定的实际困难，大会最后补充了一条规定：每当因有关武装冲突期间的敌对行为受到审判、但其身份并未被视为“战俘”时，该被告的身份必须由一个司法性质的法庭来裁决。<sup>37</sup>于是，第45条就建立了一个两级体制：其一，尽管有一系列的推定，但就身份问题产生疑问时必须由“主管法庭”来裁决；其二，如果未被视为“战俘”但却又因为武装冲突中的实际敌对行为而受审时，其真实的身份“司法法庭”来裁定。

### 从事“交战行为”的含义

关于第5条第2款最初起草的案文经斯德哥尔摩的会议修改后，明确规定它只适用于对从事了交战行为并落入敌方权力之下的人的身份产生疑问的情形。<sup>38</sup>《日内瓦第三公约评注》认为：“公约

<sup>29</sup> 见“第十六届国际红十字大会修订的草案或新公约”，第54页，《第一议定书的评注》引用，同注4，第77页（着重强调）。

<sup>30</sup> 见《1949年日内瓦外交会议最后记录》，联邦政治部，伯尔尼，卷II-A，第388页。第二次世界大战期间，俘虏是否享有受益于《1929年战俘公约》中的保护的權利，有时只不过是由没有军衔的军官、特别是下士来决定的。见J. P. 莫浓，“法国及其同盟国法庭对战争罪的审判”（论文），日内瓦，1956，第191页，引自《日内瓦第三公约评注》同注4。

<sup>31</sup> 《1949年日内瓦外交会议最后记录》第3卷，第9期，第63段。

<sup>32</sup> 前苏联代表指出“如果被告由军事法庭来判决，他不仅不能依据第4条受益于公约（第5条），而且无法确定是否能成功地证明自己无罪（……）。我相信应受保护的人员宁愿放弃公约的权益也不愿意出现在有可能惩罚他们的军事法庭前。”同上，卷II-B，第270页。

<sup>33</sup> 丹麦代表团建议用“主管法庭”来代替“军事法庭”，这表示“拘留国的法律将允许由民事法庭而不是军事法庭来解决这一问题。”同上注。

<sup>34</sup> 第一议定书第45条第2款规定，其他事项之外，“如果落入敌方权力之下的人不被视为战俘，并由该方就敌对行动中所发生的罪行进行审判，这样的人应该有权在司法法庭上提出其享有战俘身份的权利主张，并要求对该问题予以裁决”。

<sup>35</sup> 《第一议定书评注》第551页，第1745段。帕特·巴斯和斯法也评论到“一般认为行政理事会满足了这一要求”，引用《美国军队陆战手册》27-10，第71b段。M. 巴斯和W. 斯法《武装冲突中受害者的新规则：1949年日内瓦四公约的1977年两议定书评注》，马廷斯·尼赫夫出版社，海牙，1982年，第260页。

<sup>36</sup> 美国在越南战争中适用了这样的规则。见《美国有关国际法的当代实践》，《美国国际法期刊》，第三62卷，1968年，第767页。

<sup>37</sup> 第一议定书，第45条第2款。

<sup>38</sup> 《1949年日内瓦外交会议最后记录》，第II-B卷，第270-271页。

中提到的‘交战行为’是促使某人从事该行为的主要因素，而不仅仅是从事该行为的方式。”显而易见，如果有人从事了交战行为，那就应该对他的法律身份进行裁决。

第5条第2款中最大的不足是：对于经主管法庭裁定为不是战俘的人，没有任何规定明确地授权其将身份问题交由因被指控非法从事敌对行为而对其审判的司法法院裁决<sup>39</sup>。如果主管法庭没有而且至今仍没有裁决被俘人员的战俘身份，《第一议定书评注》明确地指出“此人有双重的危险：a)因不是必然构成犯罪的行为而受到控诉（仅仅参加了敌对活动的情况）；b)被剥夺了即使是在被控行为应受惩罚的情况下战俘仍有权享有的程序性保证”<sup>40</sup>。

在这种情况下，被告有权主张战俘身份，也有权依照普遍认可的保证与程序要求司法法庭来裁决，是至关重要的。这就是《第一议定书》第45条第2款的基础。第三委员会的大会报告起草人指出，该规定包括：

“给那些未被视为战俘、但将因为在敌对行为中所产生的刑事犯罪受到审判的人，以一项程序上的新权利（…）。不论依据第1款做出了任何的裁决，此类人都有权要求获得战俘身份，并将该问题提交司法法庭重新裁决。（…）司法法庭可以是审判犯罪行为的法庭，也可以是另一个法庭。可以是民事法庭也可以是军事法庭，司法一词仅仅意味着刑事法庭应提供通常的司法程序保证”<sup>41</sup>。

但也可能出现問題，因为不可能总是在被控罪行（尤其是公开携带武器或备有可识别的标志）的判决做出之前，就一定会对被俘人员的战俘身份作出裁决<sup>42</sup>。此外，主张战俘身份的权利不仅要依据事实，而且要依据对《公约》或《议定书》中规则的解釋<sup>43</sup>。

《第一议定书评注》指出：“毫无疑问，在原则上，应该在确定其是否有罪之前，就《日内瓦第三公约》中的保护问题，即是否属于是战斗人员和战俘的问题，做出裁决。”<sup>44</sup>对这个问题解决不利的原因是：由于各国国内司法程序上存有巨大的差异，因而要确立具体的规则，以便在对犯罪行为审判之前就裁决这一问题，是不可能的。大会报告起草人确实曾主张：“只要有可能就应当这样决定，因为《日内瓦第三公约》给予战俘所有大量的程序保证都要依据它，而且这个问题属于法庭的管辖范围。”<sup>45</sup>

不管怎么样，主管法庭依据第45条中的一种情形所遵循的程序，应该是在最低程度上符合《日内瓦第四公约》<sup>46</sup>相应的规则，或者应该符合《第一议定书》第75条中的规则（“基本保证”）。<sup>47</sup>

<sup>39</sup> 帕特, 巴斯和斯法, 同上注 35, 第 260 页。

<sup>40</sup> 《第一议定书评注》第 554 页, 第 1751 段。

<sup>41</sup> 《第一议定书评注》O.R. XV p. 433, CDDH/III/338, 同上注24, 第1752段。行政当局、军事或其他委员会在这一阶段被排除在外。第一种情形下组成的裁决战俘身份的法庭可以是民事的或军事的。然而，从战俘身份被承认的一刻起，如果罪行不仅仅是参加敌对活动的行为这种可以终止控告的情况，《日内瓦第三公约》第84条和第102条开始适用。第84条要求拘留方在刑事法院审判被告，而第105条明确规定了被告所有的辩护权利和方式。无论依据《日内瓦第三公约》第130条还是《第一议定书》第85条第4款（e），剥夺囚犯接受公平和正规的审判的权利是严重的违法行为。

<sup>42</sup> 《第一议定书》第45条第2款规定：“依据适用的程序，如果可能，应在对罪行审判前先行进行这项战俘身份的裁决。”

<sup>43</sup> 如《1958年英国军事手册》针对第4条A第6款下的战斗人员适用《日内瓦第三公约》第5条所存在的困难指出：

“看来有这样的可能，如果平民（例如）因向伤员和抬担架的人开枪射击而被指控违反了战争法规，在主管法庭确定其不符合第4条A第6款要求的任何一项条件之前，将仍然有权被视为战俘对待。（……）因此，如果在主管法庭上证实其曾向伤员和敌军受保护的医护人员开枪射击，这一事实将自动剥夺其战俘身份，从而使其将作为从事非法的敌对行为的平民受到审判。”通常的理解是违反战争法规并不剥夺一个人的战斗人员或战俘的身份，而是使其依据《日内瓦第三公约》第85条受到控诉，这一解释却与之相反。遵守战争法规和惯例的要求作为战斗人员身份的构成要件是个集体性的标准，而不是个人的标准。又见《第一议定书》第44款。

<sup>44</sup> 《第一议定书评注》第 1755 段。

<sup>45</sup> 同上引(注24), 第1755段。《第一议定书评注》指出，尽管“毫无疑问，从理论上，在第一阶段规定这些保证性权利（这本应该）是比较简单的，但是当主管法庭裁定战俘身份时，（…），让被要求介入战场的法庭承担这样一项艰巨的任务，看来不是切实可行的。”《第一议定书评注》第554页, 第1751页。

<sup>46</sup> 如果没有授予某人战俘身份，或者在授予此种身份之前，其应受1949年8月12日《关于战时保护平民的《日内瓦公约》》（日内瓦第四公约）的保护。

<sup>47</sup> 《第一议定书》第45条第3款规定：“参加敌对行动而无权享有战俘身份而且不能获得按照《第四公约》享受更优惠待遇的利益的任何人，无论何时，均有权受本议定书第75条的保护”。

## 基本的正当程序权利和身份裁决程序

国际人道法没有关于战俘身份裁决程序中应该有什么样的正当程序权利的规定。由于人权法在任何时候，包括在武装冲突的情况下都发挥作用，因此可能有人会主张：无论以何种形式被拘留的人，保证其正当程序权利的基本人权标准，也应该适用于身份裁决程序<sup>48</sup>。尽管国际人道法可以作为适用于武装冲突时期的特别法<sup>49</sup>，《第一议定书》第 75 条中有关基本的正当程序权利的规定<sup>50</sup>和日内瓦四公约的共同 3 条，都包括关于保证公平审判的规定<sup>51</sup>。这两条规定，都已被承认是习惯法的一部分。<sup>52</sup>

这些权利是否可以适用于身份裁决程序，还是仅仅只适用于因参加敌对行为的刑事指明控，这一问题仍然没有得到解决。美洲国家组织的美洲国家间委员会最近在回复关于对古巴关塔摩海湾的被拘留者采取预防措施请求时，就此问题发表了意见<sup>53</sup>。首先，委员会认为：在武装冲突的情况下，国际人权法和人道法有关保护的规定可以互相补充和强化，“两者都以不可贬损的权利为共同核心，以增进人类生命安全和尊严为共同目标”。委员会还认为：当人们发现自己处于国家的权力和控制之下、并且可能涉及武装冲突的情况时，将部分参照国际人道法和国际人权法的有关规定，以确定他们的基本权利。

即便是在不适用国际人道法规定的保护的情况下，这些人至少依然有权依据国际人权法而获得那些不可贬抑的保护。因此，依据委员会的意见，“与政权机构相对的主管法院或法庭，必须负有义务确保处于国家权力和控制之下的人的法律地位和权利”。注意到由于对“被拘留者的法律身份存在疑问”，委员会促请美国采取必要的“紧急措施”，由主管当局来裁决被关押在关塔摩的人的法律身份<sup>54</sup>。

可以确定地得出结论：至少依据国际习惯法，基本的正当程序权利是适用于身份裁决程序的<sup>55</sup>。作为《公民权利和政治权利国际公约》的监督机构的国际人权委员会，在其《对保留的一般评述》中坚决主张：国家没有任意逮捕和扣押人员或在一个人未能证明自己无罪时推定其有罪的权利<sup>56</sup>。《美国对外关系法第三重述》也将长期任意的拘留和持续存在的大规模侵犯国际所认可的人权认定为属于其所罗列的并被习惯法承认的侵犯人权的行<sup>57</sup>。

尽管《盟约》中的第9条（人身权保护）和第14条（公平审判）不属于第4条列举的不可贬损的

<sup>48</sup> 如见《保护任何形式拘留或关押的所有人员的主要原则》，1988年12月9日联大第43/173决议；《公民权利与政治权利国际盟约》第9条、第14条；《国际人权宣言》，1948年12月10日联大第217决议A(III)，第6条至第11条；《美洲人类权利与义务宣言》，第2、18、25和26条；《战俘待遇最低标准规则》，1988年12月9日联合国大会第43/173决议。

<sup>49</sup> 《武装冲突中威胁使用或使用核武器的合法性》，1996年7月8日国际法院咨询意见，1996年国际法院报告，第23—24段。

<sup>50</sup> 尤其是第 75 条第 3 款规定：“对任何因为与武装冲突有关的行为而被逮捕、拘留或拘禁的人，应该迅速以一种其能听懂的语言告知所曾采取的措施的原因。除了因为刑事犯罪而被逮捕或拘禁的情况外，在任何情况下，构成逮捕、拘留或拘禁原因的情形一旦已经不再存在，此类人应该尽可能毫不延迟地获得释放。”（重点强调）。又见列举基本的正当程序权利的第 75 条第 4 款。

<sup>51</sup> 日内瓦四公约共同第 3 条第 1 款（d）禁止在任何时间、任何地点“未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织的法庭之宣判，而判罪和执行死刑。”

<sup>52</sup> 国际法院曾经形容相同的第 3 条是“基本的人道考虑”。《在尼加拉瓜发生的反对尼加拉瓜的军事和军事辅助活动》（*尼加拉瓜诉美国*），实质部分判决，法律判决，国际法院 1986 年报告第 14 页和 114 页。又见 T. 门罗《人道法的人性化》，《美国国际法期刊》2000 年第 94 卷，第 246 页。

<sup>53</sup> 美洲国家间组织，哥伦比亚特别行政区：华盛顿，20006，参见《古巴关塔摩的被拘留者：采取预防措施的请求》，2002年3月13日，见<http://www.humanrightsnow.org/oasconventionnonguantanamodetainees.htm>。

<sup>54</sup> 同上注，第 3 页。如果他们明确的法律身份，“委员会认为他们不能被看作国家已向其提供了有效的、根据国际法或国内法所享有的权利和保护的人员。”

<sup>55</sup> 鉴于《公民权利和政治权利国际公约》有大量的成员国（2002年7月10日已经有148个成员国），以及该公约中一些公平审判的权利曾经在其他国际文件中多次重复的程度，通过将权利纳入国内法，可以认为公约第14条规定的正当程序权利的核心，已经取得了习惯法的地位。参见 D. 维斯伯特和 R. 沃尔夫特(主编)：《公平审判的权利》，斯普林格出版社，柏林，1997年。

<sup>56</sup> 《联合国人权委员会对保留的一般评述》，第 24 期，第 8 段，联合国文件：CCPR/C/21/Rev1/Add.6，1994 年 11 月 2 日。

<sup>57</sup> 《美国对外关系法（第三）重述》，§ 702 (1987年)。

权利的范围，但减损这些权利被“严格限制在紧急情势所需的程度内”<sup>58</sup>，而且成员国不能基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身、而采取歧视性的措施<sup>59</sup>。此外，人权委员会的《一般评述》中指出了国家不能减损维护不可贬损的权利所必需的基本司法保障，例如生命权和不得刑讯逼供的权利<sup>60</sup>。

### 各国有关《日内瓦第三公约》第5条第2款的规则的实践

#### 美国

美国在这方面的立法，是1997年的名为《敌军战俘、被扣留人员、被拘留的平民和其他被拘留者》的《军队规章》<sup>61</sup>。术语表中将“其他被拘留者”定义为“美国武装部队监管下的人员，如果他们还未被归类为”敌军战俘（《日内瓦第三公约》第4条）、被拘留人员（《日内瓦第四公约》第78条）或留用的平民（《日内瓦第三公约》第33条）。那么，“在主管法庭裁决其法律身份之前，（他们）应该按敌军战俘被对待”。《军队规章》第1至6（a）部分规定了《日内瓦第三公约》第5条第2款的规则。此外，（b）款规定：“任何从事交战行为或者参加了援助敌军武装部队的敌对活动、并且主张其有权获得战俘待遇而又看似无权获得战俘身份的人员，或者关于对是否存在此类性质有任何疑问的人员，应由主管法庭裁决其法律身份。”<sup>62</sup>事实上，《军队规章》较《日内瓦第三公约》第5条第2款，做了进一步的规定。因为不仅在第4条的标准产生疑问时，而且在看似无权获得战俘地位的人在主张其有权获得战俘待遇时，《军队规章》要求应该由主管法庭对此做出裁决。因此，在美国武装部队监管之下的被俘人员，即使似乎并不符合第4条的范畴，但当其主张有权获得战俘待遇时，美国有义务将此事交由主管法庭裁决。这一点，与在分析“产生任何疑问”的含义时认为包括了提出战俘身份主张的情况是相一致的。

在战俘身份的裁决程序方面，主管法庭必须由三名任命的官员组成，其中一名必须具备陆军军衔。《军队规章》规定了公正审判的所有基本程序和保证<sup>63</sup>。最重要的是，主管法庭裁决无权获得战俘身份的人员“在没有进一步的程序以裁定其所从事的活动和应该课以的刑罚时，不能对其采取措施、关押或给予其他处罚”<sup>64</sup>。此外，产生否认战俘身份的裁决的每一法庭程序记录，应在负责组成法庭的军法官人员办公室“被审查以确保充分的法律性”<sup>65</sup>。

《2000年美国军事法官一般行动手册》也要求在发生有战俘地位的疑问时，设立“主管法庭”。《手册》还评价了美国在设立主管法庭方面以往的实践。其中提到了在越南冲突期间，有一项确立适用第5条的法庭活动程序的规则。但在格林纳达和巴拿马武装冲突的实践中，并没有组成第5条规定的法庭，因为所有被俘的敌方人员都尽可能快地遣返了。海湾战争中，“沙漠风暴”行动曾俘获大量人员，但实际上是流离失所的平民被当作战俘俘获。俘获后所进行的审讯，确定了他们从不曾从事对联合部队的敌对活动。<sup>66</sup>在任何情况下，都应设立法庭来核实被拘留者的身份地位<sup>67</sup>。

<sup>58</sup> 人权法委员会，一般评述 13，第 14 条，联合国文件 HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), at 14。

<sup>59</sup> 人权法委员会，一般评述 5，第 4 条，联合国文件 HRI/GEN/1/Rev. 1 (1995), at 5。

<sup>60</sup> 德扎亚：《联合国反对虐待以及其他残忍、不人道或贬损人格的待遇或惩罚的公约》，同上注 55，第 674 页。美洲国家间人权法院根据《美洲人权公约》认为：不可贬损的“基本”保证包括人身保护权和其他任何旨在确保尊重公约中不可贬损的权利和自由的有效措施。《紧急状态下的司法保证》，1987 年 10 月 6 日咨询意见 OC-9/87，美洲国家间人权法院 (Ser. A) NO. 9 (1987 年)，第 41 页。1994 年联合国人权法委员会通过了一项决议鼓励各国“确立类似人身保护权的程序或者相似的程序作为不可贬损的人身权利，包括紧急状态”。1994 年 3 月 4 日 1994/32 决议。

<sup>61</sup> 1997 年《美国部队规章》，见上注 22。

<sup>62</sup> 同注 61，第 1 至 6（b）。

<sup>63</sup> 规定了下列的保证：（1）程序的书面记录；（2）除商讨过程之外，或者如果不考虑安全时，公开程序；（3）在审判开始时告知他们的权利；（4）应该允许参加所有的公开的庭审，并在必要提供翻译；（5）如果合理可行时应该允许人们传唤证人并且向传唤至法庭的证人提问；（6）有作证的权利；（7）不得被强迫作证。法庭采用的证明标准是“证据优势”。此外，每一案件中都要求做成法庭裁决的书面记录。法庭可以作出下列的集体裁决：（a）战俘；（b）有权获得战俘的保护，应该考虑证实其为医护、宗教或义务援助团体的被扣留人员的这些托管的被扣留的人员，（c）应该立即将其遣送回国或释放的无辜平民；和（d）为了军事行动的安全，或者可能引起刑事侦察的原因而扣留的平民。第 1 至 6（10）部分。

<sup>64</sup> 同上，第 1 至 6（g）部分。

<sup>65</sup> 同上。

<sup>66</sup> 《手册》中记载：在有些情况下所谓的向联合部队“投降”，目的是为了得到水和食物。

<sup>67</sup> 《手册》指出“法庭是否必要是一个应该讨论的法律问题——‘平民’不曾‘从事过交战行为’，或者他们的身份

美国在越南战争中曾发布20—5号指令，规定了要断定美国监管之下的曾经从事交战行为的人员是否是战俘的政策和程序<sup>68</sup>。指令授权并设立“《日内瓦战俘公约》（《日内瓦第三公约》）第5条规定的法庭”<sup>69</sup>。曾经从事交战行为的被拘留者将被提交给第5条规定的法庭，只要（a）关于被拘留者是否在应获得战俘身份方面存在疑问时，或者（b）虽已做出了被拘留者的身份并非战俘的裁决，但被拘留者或代表其利益的人仍然主张他有权获得战俘身份时<sup>70</sup>。依据指令，根据第5条组成的法庭，应该包括不少于三名官员，其中至少有一名必须是军法官或者其他军事律师<sup>71</sup>。将给予被拘留者建议和“认为对公正审判至关重要”<sup>72</sup>。在程序的制定方面，考虑较多的是如何来证明战俘的身份<sup>73</sup>。从1965年越南战争以来，对于那些战斗人员只要有任何证据表明其属于一个即使是秘密的军事团体，而且曾经参加了任何性质的战争活动，包括宣传或保护任务，无论是专职的还是兼任的活动，美国不仅给予战俘待遇，而且还授予其战俘身份<sup>74</sup>。国际红十字委员会的代表在西贡发言时，对于美国有关被俘战斗人员的待遇的政策是这样讲的：

“指令（……）体现了一种灵活而现实的态度（……）这可以当之无愧地成为人道法历史上非常重要的一件事，因为这是第一次（……）政府官方在对武装部队指令中规定了比日内瓦四公约中的要求更多的内容。今天的梦想将是明天的现实。对于关心如何保护那些不能保护自己的人来说，这些或者相似的定义被纳入一项国际条约的那一天（……）将是个伟大的日子。”<sup>75</sup>

### 英国

英国1981年《〈武装冲突法〉手册》中规定：如果对被俘人员的身份存在疑问时，在“更高的权威机构”裁决其身份之前，应该按战俘对待<sup>76</sup>。《英国1958年军事法手册》更加全面地重申了第5条的规则。它还强调，“这样的裁决不应由俘获该拘留人方的军官最后作出。”<sup>77</sup>此外，“（……）对被解除武装的敌人，不是由军官或士兵决定其是否具备交战一方的资格。（……）他们对其人负责，且必须将其命运交由主管法庭裁决。”<sup>78</sup>手册中继续指出，如果其作为武装部队成员的身份受到了质疑，应该将其交由“一个有能力调查该事项的法院”<sup>79</sup>。主管法庭裁决的内容，应该确定是否需要因为战争犯罪开始进一步的程序，即：主管法庭要裁定他从事了敌对行为、但无权获得战俘身份<sup>80</sup>。

根据第5条组成的法庭受《1958年关于确定战俘身份的规章》所调整。对于一名军官来说，如果对英国监管之下的被俘人员是否属于《日内瓦第三公约》第4条规定的各类战俘中的任何一种存在疑问时，则将适用该《规章》里的规定。为了实现《规章》的目的，“主管法庭”由一个调查委员会组成，而委员会做出的报告则构成了有关人员战俘身份的有效裁决。被拘留者可以用公共开支来聘请律师。英国的实践显示出利用第5条中都未采用的调查委员会裁决身份的意愿。例如，在1990至1991年的海湾战争期间，35名伊拉克被拘留者抗辩说：他们不是伊拉克武装部队的成员，并要求从罗尔斯特集中营的扣留中获得释放。尽管事实上没有一名被拘留者被认为曾从事了交战行为，但“为了符合公约的精神”，可做出的裁决是<sup>81</sup>：当罗尔斯特集中营的司令官对某个特定的个人的身份有疑问时，其正确的做法是将这些疑问向上级报告，并建议依据《1956年调查委员会（军

---

也没有‘疑问’。但如果裁定他们是没有参与过敌对行为的平民，他们将被转送到难民营”。

<sup>68</sup> 1968年3月15日第20—5指令，翻印于《美国国际法期刊》，1968年第62卷，页768。

<sup>69</sup> 同上，第2条。

<sup>70</sup> 同上，第5条（f）。

<sup>71</sup> 同上，附件A(3)。

<sup>72</sup> 同上，附件A(7)。

<sup>73</sup> 裁定由多数票作出，但是如果票数相等，将作出授予战俘身份的裁决。同上，附件A(6)。当决定被拘留者无权获得战俘地位时，裁决必须随附给所有成员国和召集的权威机构的、所有相关的文件和复件。同上，第15条（b）。

<sup>74</sup> 《第一议定书评注》第548页。此种待遇的原因很大程度上是因为给予越共和北越部队控制之下的美国战俘互惠的好处。《战俘和战争犯罪》，<http://www.army.mil/cmh-pg/books/Vietnam/Law-War/law-04.htm>。

<sup>75</sup> 《战俘和战争犯罪》，同上注，第5页。

<sup>76</sup> 《武装冲突法》，战争法典71130，D/DAT/13/35/66，英国国防部1981年修订，第28页。

<sup>77</sup> 《英国1958年军事手册》，同上注8，第50页，第132段。

<sup>78</sup> 同上，第35页，第104段。

<sup>79</sup> 《手册》要求为第5条的目的制定《规章》，对法庭做出规定使其发挥主管法庭的作用。这在1958年《确定战俘身份的规章》和1958年《关于在战俘中维持纪律的皇室令状第一附表》中实现了。

<sup>80</sup> 同上，脚注3（a）。

<sup>81</sup> G. 里希斯，《战俘和英国》，载于P. 洛维（主编）：《国际法和英国法上1990—91的海湾战争》，卢特里奇出版公司，伦敦，1993，第296页。

事)规则》组成调查委员会<sup>82</sup>。

### 加拿大

在加拿大,《1991年确定战俘身份规章》规定:包括一名加拿大军队法律部官员在内的法庭,“应该举行听证会,以决定有关被拘留者是否有权获得战俘身份”<sup>83</sup>。每一被拘留者(被定义为加拿大监管之下的曾从事交战行为的人员),在被俘以后要在负责指挥的官员监管下,如果可能,要尽快地进行最初的甄别,以裁决被拘留者是否有权获得战俘身份,或者有关被拘留者主张获得战俘身份的权利是否存有疑问。当负责指挥的官员对主张获得战俘身份的权利“存有疑问时”,他将请求权威机构<sup>84</sup>指令法庭举行听证会以进行裁决。如果权威机构在关于被拘留者获得战俘身份的主张方面存有疑问时,可以要求法庭通过听证会来确定其身份<sup>85</sup>。因此,一定要首先有权威机构的前期裁决,至少要有对其身份上的疑问<sup>86</sup>。

在法庭听证会上,被拘留者有权获得法律帮助,有权不提供对他(她)自己不利的证据,有权获得翻译,有权出示证据,并且在法庭宣布决定后的24小时内有权请求对该决定进行复审<sup>87</sup>。证据的标准是“权衡被拘留者不能获得战俘身份的合理性”,或者“在任何其他情况下裁决被拘留者有权获得战俘身份”<sup>88</sup>。规定具体的证据标准、以为了做出被拘留者无权获得战俘身份的裁决这一事实本身,表明了可以足以使被拘留者以更低的标准获得战俘身份。而在身份存在疑问的中间时期,被拘留者按规定被作为战俘对待<sup>89</sup>。

### 澳大利亚

依据《1994年澳大利亚国防部队手册》,如果关于被俘人员的身份产生任何疑问,在依据《日内瓦第三公约》设立“适当的法庭”裁定他们的身份之前,将按照战俘身份来对待<sup>90</sup>。在《武装部队指挥官指南》中又重申了这一点,规定在存在疑问的情况下,在“适当的法庭对他们的身份作出权威性裁决之前”,应该授予战俘身份<sup>91</sup>。“权威性裁决”一词的措辞,似乎表明:对身份进行裁定时需要承担很高的证据责任。其可能还暗含了为保证审判有效,所有正当的程序权利和程序都是必要的。

### 新西兰

《武装冲突暂行法手册》规定,当对某一特定的俘虏是否有权获得“其主张的战俘身份”有疑问时,在其身份“由适当组成的法庭裁定授予或否认”之前,应该按战俘对待<sup>92</sup>。这些规定表明被拘留者主张有权获得战俘待遇时可能产生疑问。“适当组成的法庭”的措辞,可能是指明《日内瓦第三公约》第5条所规定的法庭,也可能是表示法庭具有一种更加正式的、司法的性质。

### 以色列

在以色列,裁定战俘身份的程序被包含在《2000年关押无权获得战俘身份的战斗人员的法律》中。该法律的目标是“以一种符合国际人道法的规定,尤其是1949年8月12日日内瓦四公约的方

<sup>82</sup> 这些规则从《1955年英国部队方案》s.135中获得其效力依据。被拘留者被允许获得法律代理,在诉讼过程中出庭,可以出示证据和询问证人。

<sup>83</sup> 《确定战俘身份的规章》第4条和第5条,加拿大司法部,SOR/91-134,1991年2月1日。

<sup>84</sup> 可以设立法庭的权威机构是:国防部;国防参谋长;控制一个管区的军官;指挥一个兵团的军官;国防参谋长可以命令或任命的任何其他当局。同上,第3条。

<sup>85</sup> 同上,第8条。

<sup>86</sup> 如果权威机构对享有战俘身份的权利没有任何疑问,就可以指令指挥官依据其意见决定是否承认战俘身份问题。同上,第8条第1款(a)、(b)。

<sup>87</sup> 同上,分别见第10条,第6条第2款,第11条,第13条(d),及第17条。

<sup>88</sup> 同上,第13条(g)。

<sup>89</sup> 同上,第12条。又见加拿大《战略战术上的武装冲突法手册》(1999年),总军法官办公室,1999年1月8日,第2(10)部分。

<sup>90</sup> 澳大利亚,《1994年国防部队手册》,ADFP 37,第1004段。

<sup>91</sup> 《武装冲突法指挥官指南》,ADFP 37附件1,澳大利亚国防部队出版物,军事行动服务,堪培拉,1994年3月7日,第703段。

<sup>92</sup> 《武装冲突暂行法手册》,同上注17,第912段。新西兰没有任何已生效的确定战俘身份的规章,尽管依据1958年《日内瓦公约》法案的第9部分,总指挥官可以通过枢密令制定必要的规章从而赋予法案充分的效力。

式，将关押无权获得战俘身份的战斗人员的问题纳入以色列的法律之中”<sup>93</sup>。依据该法律规定，如果参谋长“有理由假定”该国监管下的人是战斗人员而不是战俘时，可以发布一项命令指令关押此人<sup>94</sup>。此命令应“尽可能早”地让被关押者知晓，并且提供机会让其在拥有少校以上军衔的官员前就该命令陈述意见，其书面意见也将呈交给参谋长。从发布命令起三周内，被关押者将被交付给地方法院院长，而院长则必须裁定该被关押者是战斗人员还是战俘<sup>95</sup>。如果对裁决不服，可以向最高法院提起上诉。在程序方面，被拘留者有权获得代理（尽管可能会被限制在准许在军事法庭担任辩护律师的人员范围之内），听证会是秘密地进行，而且允许背离证据规则（尽管其原因必须记录在案）<sup>96</sup>。甚至在制定该法律之前，一位评论者指出：“利用特殊的法庭和拘留设施，以及以色列给予被俘的巴勒斯坦‘恐怖分子’特殊的待遇（……）为人道法规定的落实提供了进一步的证据”<sup>97</sup>。

### 属于习惯法的《第一附加议定书》的第45条

对第45条的习惯法性质进行适当的分析，将超出本文题目的范围。但对这一条款所显示的法律性质，还是应该予以指出。一些国家将第5条第2款纳入其军事规章的作法表明：各国已经普遍地将第5条的规则视作一种最低限度的保护。如美国等国家，已经自愿将由主管法庭裁决战俘身份的义务，扩展到了被俘人员看似无权获得战俘身份而又做出此种权利请求的情况。各国也已经对那些接受身份裁决程序的人员提供基本的正当程序权利。除了现在美国在古巴关塔那摩海湾控制的被拘留者这一显著的例外情况外<sup>98</sup>，各国有关《日内瓦第三公约》第5条第2款的实践，普遍显示了愿意给予曾经参加敌对活动的人以战俘身份和待遇的意愿，即使从严格意义上讲，这些人员可能并非轻易即可满足第4条中各类人员的条件。

在卜舍、帕石和索非对《第一议定书》的评述中，认为：“第45条强调、补充、阐明并扩展了《日内瓦第三公约》第5条”<sup>99</sup>。如上所述，第45条中一系列关于战俘身份的推定和举证责任的倒置，都是《日内瓦第三公约》第5条规定的扩大和发展。另一方面，许多军事手册中已经解释了第5条，认为其为断定在身份问题产生疑问方面，确立了很高的前提条件<sup>100</sup>。因此，尽管第45条第1款的规定可能没有从整体上反应习惯法。但是确立对那些参加敌对活动的人员可普遍地被推定为战俘身份方面隐含的规定，则正在发展成为一项习惯法规则。此外，在许多军事守则中，都反映了那些看似并非战俘的被俘人员可以主张获得战俘待遇、以及由此引起适用第5条第2款的权利，这与国家实践也是相符的<sup>101</sup>。关于第45条第2款的规则，即规定未被视作战俘的人员因敌对活动中所发生的罪行受到审判时，有权由司法法庭裁决其身份，也已经被一些国家的军事手册或实践所采纳。而且许多国际普遍同意的关于以任何形式被扣押的人员的权利的主要原则和宣言都赞同该规则。

作为《第一议定书》的非成员国，美国对第45条某些方面的习惯法地位的立场，可以从1987年里根执政期间的国务院副法律顾问迈克尔·马特生的一次讲话中得以确认。在一次关于“习惯法和《1977年的1949日内瓦四公约附加议定书》”的讨论会上所作的演讲中，马特生一开始就指出：他很高兴能有机会就《第一议定书》的习惯法地位来谈一下“美国立场的评论”，接着他继续讲到：“（另一方面）我们的确赞同这样的原则，即：如果在对某人是否有权获得战斗人员的身份产生疑问时，在主管法庭裁决其身份之前，应按战斗人员对待；如果陷入敌方控制之下的人未被视作战俘、并将因敌对活动所产生的罪行受到审判时，他应有权在司法性的法庭前主张有权获得战俘身份的待遇并要求法庭就此问题进行裁决。所有这些原则在第45条中都作了规定。”<sup>102</sup>

<sup>93</sup> 《关押无权获得战俘身份的战斗人员的法律》，5769—2000，第1条。

<sup>94</sup> 同上，第3条（A）。在“以色列国家和俘虏所属的或者参与其活动的抗击以色列的部队之间的敌对活动结束”之前或者参谋长指令的更早的时间以前，该指令有效。见同上，第3条（B）。

<sup>95</sup> 同上，第4条。

<sup>96</sup> 同上，第4条（E）（D）和（C）。

<sup>97</sup> A. 鲁宾，“恐怖活动和战争法”，《丹佛国际法律和政策期刊》，第12卷，第2-3期，1983，第227页。

<sup>98</sup> 为讨论所涉及的法律问题，见E. 差哥帕卡，“关于关塔那摩的被拘留者：依据《日内瓦公约》的人道和人权义务”，《人权概要》，第9卷，第3期，页1，可参见<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/09/3guantanamo.cfm>。

<sup>99</sup> 帕特，巴斯和斯法，同上注35，第260段。

<sup>100</sup> 见注14至25和所附的案文。

<sup>101</sup> 见第二部分有关第5条第2款的国家实践，尤其是美国和英国的实践。

<sup>102</sup> 引于M. 德比、J. 哈维和M. 沙可，“美国红十字年刊第六期—华盛顿法学院关于国际人道法和1949年日内瓦公约的1977年附加议定书的会议”，《美国大学国际法评述》，第2卷，第2期，1987年。

《1997年美国军事规章》中，包括了看似并非战俘的被俘人员主张有权获得战俘待遇的权利，以及要求主管法庭对此进行裁决的权利。在美国没有批准《第一议定书》的情况下，这表明：主张获得战俘身份的权利和此后由主管法庭做出裁决的权利，已被美国视为一个习惯法规则。<sup>103</sup>

### 结论

拟定《日内瓦第三公约》，是旨在保护武装冲突受害人中最易受攻击的那部分人，即：已落入敌国手中的战斗人员。为了坚持公约的目标和宗旨，曾经从事交战行为的人员，只有当其是否属于第4条中各类的战斗人员存在明显疑问时，或者当未被授予战俘身份的被俘人员主张此种权利时，其战俘身份才能被质疑。因此，如果曾经参加敌对活动的某个人或某群人看似并非属于公约中通常意义上战斗人员的范畴，国家应该认为这已产生了疑问，而且应该适用第5条第2款的规定。

如果对曾经从事交战行为的被俘人员在具有存在战斗人员身份上存有疑问时，不将这一问题交由主管法庭或者由另一权威机构来裁决，是违反《日内瓦第三公约》和《第一议定书》的（如果可以适用的话）规定的。此外，正如《第一议定书评注》着重指出的：“有一点非常确定，而且在这点上规定是非常明确的：所有被俘的而且既没有被视作战俘、也没有被视作未曾参加敌对活动的平民的人员，在主管法庭裁决其身份之前，在那个时候应按战俘被对待。”<sup>104</sup>

主管法庭是依据国内法设立的，其程序必须能够逐一地裁定身份。法庭不能仅由一人组成，但是它的性质可以是军事的、民事的或者行政的，包括军事委员会。阐明法庭的权限、组成和程序的规则，必须由拘留国来规定。这些规则应该包括基本的正当程序权利。身份裁定的做出，尽管看似没有任何的时间限制，但是考虑到此种裁定的后果和适用基本的正当程序权利的重要性，因此如果要求尽可能快地裁定被拘留者的身份，是合理的。

未被视作战俘或其身份尚未裁定的人员，以及将要因敌对活动所产生的罪行接受审判的人员，有权主张他们获得战俘身份的权利，有权要求将该问题交由司法性法庭，或者至少是一个能保证所有基本的正当程序权利的法庭进行裁定。在任何可能的情况下，身份的裁定一定要在刑事审判之前进行。因为身份裁定可被视为等同于审判，假设发现某人在敌对活动中曾经从事了不法行为，以一种快捷、公正和组成适当的方式来裁定其身份，这不但是国家依据国际人道法所承担的义务<sup>105</sup>，而且也是国家承担人权和法律规则义务的强有力的证明。

姚冰 翻译  
校对：朱文奇

<sup>103</sup> 103 《1997年美国部队规章》，第1至6（b）部分，同上注22。

<sup>104</sup> 104 《第一议定书评注》，同上注24，第550页，第1743段。

<sup>105</sup> 否认公正审判的权利严重违反了《日内瓦第三公约》（第130条）和《日内瓦第四公约》（第147条）。否认受《第一议定书》第45条保护的人的公正审判的权利也是严重违法的。这包括依据第45条第2款身份裁决程序中的司法保证。