

第五章

平民与战斗员的基本区分

导 读

即便是在武装冲突中，也只有削弱敌方军事潜力这一点是可以被接受的，这是支撑国际人道法的一项基本原理。这就意味着，国际人道法必须对以下这种人做出界定：他可能被认为是军事潜力的一部分（因此可以被攻击），且直接参加了敌对行为，但根据一般的国内法，他参加敌对行动是不受惩罚的。在区分原则下，所有卷入武装冲突的人员必须按这样的定义来加以区分，也就是说，必须将他们区分为平民和战斗员。因此，战斗员必须使自己与所有其他人员——不受攻击且不直接参与敌对行为的平民——区分开来（也就是说，必须使敌人能够识别出他们）。

这两类人的分界线是在以下利益冲突过程中长期发展而来的：一方面是强大且装备精良的部队，它希望做出严格的定义并能够清晰地识别战斗员；另一方面是实力较弱的部队，它希望保留灵活地使用更多人力的可能，从而使它在即使领土被占的情况下也能继续战斗，在此情形下，如果它的战斗员必须持续地表明自己的身份，那继续战斗实际上就是不可能的了。在非国际性武装冲突中，国际人道法甚至没有明确提到战斗员这个概念，这主要是因为，各国均不想赋予任何人以对抗政府军的权利。尽管如此，在此类武装冲突中，如果要想让国际人道法得到遵守，也必须存在以下这种区分：对于敌方战斗员来说，只有在他们有理由预期那些看似平民的人们不会对其实施攻击时，他们才有可能对平民予以尊重。

今天，战场上的现实已经对这项基本原理本身构成了挑战。如果冲突的目的在于“种族清洗”，那么，攻击平民而非战斗员就不仅是符合逻辑，而且也是必要的了。如果某些参战者不再希望获得胜利，而是希望借此谋生（通过劫掠或控制某些经济部门），那么，他们攻击没有防御能力的平民而非战斗员，就再符合

逻辑不过了。最后，如果冲突一方的目标旨在改变敌国的政体，而不击败其军队或占领其领土，那么，这就可能促使它为实现这一目标而推动敌国平民大众推翻他们的政府。如果对敌国平民所施加的压力是通过攻击他们或使他们挨饿的方式进行的，这就构成了对国际人道法的违反。无论如何，这种方法的有效性都是值得质疑的。事实上，经验表明，当平民居民面临上述局面时，他们会倾向于支持自己的政府，而不是发动叛乱。

平民与战斗员的定义和特征

平民

= 除战斗员以外的所有人

战斗员

= 广义的武装部队成员

(其定义可参见下文，第六章、一“谁是战斗员”？第153页)

一、行为

不直接参加敌对行动

直接参加敌对行动

二、权利

无权直接参与敌对行动

(但有权受到尊重)

有权直接参与敌对行动

(但有义务遵守国际人道法)

案例83. 美国，奎林等人案 p. 1063

案例121. 大赦国际，违反区分原则 p. 1324

案例157. 美国，施莱辛格报告 p. 1609

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 p. 2293

三、可惩罚性

可以仅仅因参与敌对行动而受到惩罚

不可仅因其参与敌对行动而受到惩罚

(见下文第六章、三“战俘待遇”。第159页。)

案例14. 关于联合国人员安全问题的公约 p. 629

案例83. 美国，奎林等人案 p. 1063

案例104. 尼日利亚，皮乌斯·努沃加诉政府案 p. 1147

案例140. 南非，S诉佩塔内案 p. 1498

案例217. 美国，军事委员会指示 [Section 6.3.] p. 2319

四、保护

受到保护，因为没有参加冲突：

- 作为落入敌手的平民

(见下文，第八章、二“保护平民不受专断的待遇”，第183页，以及四“有关被占领土的特殊规则”，第195页)

- 免受攻击和敌对行动的影响

(见下文，第九章、二“保护平民居民不受敌对行为的影响”，第209页。)

当不再参加冲突时受到保护：

- 如果他们落入敌方的控制之下

(见下文，第六章、三“战俘的待遇”，第159页。)

- 如果受伤、患病或遇船难

(见下文，第七章“对伤者病者或遇船难者的保护”，第167页)

- 如果从遇险飞机上跳伞（参见《第一议定书》第42条）

- 即使是在战斗中，也被保护免受一些作战方法和手段之害

(见下文第九章、三“作战方法和手段”，第228页)

区别的相对性：在敌方控制下的任何人都受保护。

案例101. 美国，美国诉威廉·L·卡利案 p. 1136

五、战斗员将自己与平民相区分的基本义务

《第一议定书》第44条第3款 [《习惯国际人道法》规则第106]

文件57. 法国，加入《第一附加议定书》 [Cf. B., para. 8.] p. 973

案例98. 马来西亚，奥斯曼诉检察官案 p. 1119

案例104. 尼日利亚，皮乌斯·努沃加诉政府案 p. 1147

文件106. 红十字国际委员会关于近东地区的呼吁 [Cf. B.]. p. 1152

案例121. 大赦国际，违反区分原则 p. 1324

案例157. 美国，施莱辛格报告 p. 1609

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 p. 2293

建议阅读： FERRELL William H., "No Shirt, No Shoes, No Status: Uniforms, Distinction and Special Operations in International Armed Conflict", in *Military Law Review*, Vol. 178, Winter 2003, pp. 94-140, online: <http://www.fas.org/man/eprint/ferrell.pdf>. PFANNER Toni, "Military Uniforms and the Law of War", in *IRRC*, No. 853, March 2004, pp. 93-130.

六、在现代冲突中区分的相对性

案例121. 大赦国际，违反区分原则 p. 1324

建议阅读： PETERS Ralph, "The New Warriors Class", in *Parameters*, Summer 1994, pp. 16-26. SCHMITT, Michael N., "The Impact of High and Low-Tech Warfare on the Principle of Distinction", in ARNOLD Roberta & HILDBRAND Pierre-Antoine (ed.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts*, Lausanne, Edis, 2005, pp. 169-189.

深入阅读： BELT Stuart Walters, "Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas", in *Naval Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 115-175. BROWN Kenneth B., "Counter-Guerrilla Operations: Does the Law of War Proscribe Success?", in *Naval Law Review*, Vol. 44, 1997, pp. 123-173. DAVID Éric, "Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War", in *YIHL*, Vol. 3, 2000, pp. 81-107. VEUTHEY Michel, *Guérilla et droit humanitaire*, Geneva, ICRC, 1983, 451 pp.

(一) 游击战争

案例61. 美国，总统拒绝签署《第一附加议定书》 p. 985

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 35.] p. 1717

(二) 种族灭绝战争

案例118. 联合国, 关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议 [Cf. G. II. 2.] p. 1301

案例174. 波斯尼亚和黑塞哥维那, 1992-1993年安全区的建立 p. 1762

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 1. A. and 3. C.] p. 2082

(三) 国家权力瓦解地区的局势

案例32. 红十字国际委员会, 国家结构的瓦解 p. 784

文件37. 第一次定期会议, 主席报告 [Cf. II. 2.] p. 817

案例195. 案例研究, 大湖地区武装冲突 [Cf. 3. A. and C.] p. 2082

案例224. 案例研究, 塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf. 1. and 2.] p. 2347

建议阅读: CAIN Kenneth L., "The Rape of Dinah: Human Rights, Civil War in Liberia, and Evil Triumphant", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 21/2, 1999, pp. 265-307. THUERER Daniel, "The 'Failed State' and International Law", in *IRRC*, No. 836, December 1999, pp. 731-761. THUERER Daniel, "Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: Der 'failed State'", *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 34, 1995, pp. 9-47.

(四) 旨在推翻一个政权或政府的冲突

(五) “反恐战争”，尤其是“不法战斗员”身份问题

[不法战斗员：隶属于一个武装团体，但不履行对战斗员所要求的（集体或个体）义务之人]

建议阅读: BORELLI Silvia, "Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the 'War on Terror'", in *IRRC*, No. 857, March 2005, pp. 39-68. BORELLI Silvia, "The Treatment of Terrorist Suspects Captured Abroad: Human Rights and Humanitarian Law", in BIANCHI Andrea (ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 39-61. BYERS Michael, "Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September", in *ICLQ*, Vol. 51/2, 2002, pp. 401-414. CASSESE Antonio, "Terrorism is also Disrupting Crucial Legal Categories of International Law", in *EJIL*, Vol. 12-5, 2001, pp. 993-1001. CONDORELLI Luigi & NAQVI Yasmin, "The War against Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date?", in BIANCHI Andrea (ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 25-37. DÖRMANN Knut, "The Legal Situation of 'Unlawful/Unprivileged Combatants'", in *IRRC*, No. 849, March 2003, pp. 45-74. GASSER Hans-Peter, "International Humanitarian Law, the Prohibition of Terrorist Acts and the Fight against Terrorism", in *YIHL*, Vol. 4, 2004, pp. 329-347. GREENWOOD Christopher, "International Law and the 'War against Terrorism'", in *International Affairs*, Vol. 78/2, 2002, pp. 301-317. HOFFMANN Michael H., "State Practice, the Customary Law of War and Terrorism: Adapting Old Rules to Meet New Threats", in *IYHR*, Vol. 34, 2004,

pp. 231-249. JACKSON Jami Melissa, "The Legality of Assassination of Independent Terrorist Leaders: an Examination of National and International Implications", in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 24/3, 1999, pp. 669-697. KING Faiza Patel & SWAAK-GOLDMAN Olivia, "The Applicability of International Humanitarian Law to the 'War on Terrorism'", in *Hague Yearbook of International Law*, 2003, Vol. 15, 2002, pp. 39-49. MCDONALD Neil & SULLIVAN Scott, "Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and War on Terror", in *Harvard International Law Journal*, Vol. 44/1, 2003, pp. 301-316. LIETZAU William, "Combating Terrorism: The Consequences of Moving from Law Enforcement to War", in WIPPMAN David & EVANGELISTA Matthew (ed.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, New York, Transnational Publishers, 2005, pp. 31-51. NEUMAN Gerald L., "Humanitarian Law and Counterterrorist Force", in *EJIL*, Vol. 14/2, April 2003, pp. 283-298. PARKER Tom, "The Proportionality Principle in the War on Terror", in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 3-15. PFANNER Toni, "Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action", in *IRRC*, No. 857, March 2005, pp. 149-174. ROBERTS Adam, "Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War", in *Survival*, Vol. 44/1, 2002, pp. 7-32. ROBERTS Adam, "The Laws of War in the War on Terror", in *IYHR*, Vol. 32, 2002, pp. 193-245. RUBIN Alfred P., "Applying the Geneva Conventions: Military Commissions, Armed Conflict, and Al-Qaeda", in *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 26/1, 2002, pp. 79-81. SASSÒLI Marco, "La 'guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre", in *CYIL*, Vol. 39, 2001, pp. 211-252. SASSÒLI Marco, "Use and Abuse of the Laws of War in the 'War Against Terrorism'", in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 22, 2004, pp. 195-221. TIGROUDJA Hélène, "Quel(s) droit(s) applicable(s) à la 'guerre au terrorisme'?", in *AFDI*, Vol. 48, 2002, pp. 81-102. VEUTHEY Michel, "Le droit international humanitaire face à la guerre contre le terrorisme", in DOUCET Ghislaine (ed.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, pp. 516-529. WATKIN Kenneth, "Humans in the Cross-Hairs: Targeting, Assassination and Extra-Legal Killing in Contemporary Armed Conflict", in WIPPMAN David & EVANGELISTA Matthew (ed.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, New York, Transnational Publishers, 2005, pp. 137-179. WEDGWOOD Ruth, "Responding to Terrorism: the Strikes against Bin Laden", in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24/2, 1999, pp. 559-576. YOO John C. & HO James C., "The Status of Terrorists", in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, Fall 2003, pp. 207-228.

1. 在敌对行动中

他们是（像战斗员那样）在丧失战斗力之前都可被攻击，还是（像平民那样）只有在直接参加敌对行动之时才能被攻击？

2. 一旦落入敌方之手

他们属于受保护的平民，还是像战斗员那样——尽管他们并不能获得战俘的地位——可不因任何个人决定而受拘留？