

阿富汗冲突中平民的认定

约安娜·武祖丽*著/姚艳霞**译

摘要

尽管国际人道法中存在对平民身份的定义，但如今仍可看到该定义的适用无论在理论层面还是实践层面均存在差异。这些差异仍然十分明显（且对于战斗各方都是如此）的国家之一就是阿富汗，该国多年来平民伤害程度一直很高。本文探讨了平民和平民居民的法律概念，包括概念是如何形成和解释的，以及这些概念最终为属于这些类别的人员赋予何种保护。本文的第二部分将这些问题带入阿富汗这一复杂且文化和宗教影响不容忽视的环境背景中，介绍了涉及平民身份的该国交战方的公开声明、报告和守则，以及阿富汗平民的经历，特别关注据报告的伤害。最后，本文指出，尽管存在事实层面和环境背景层面的混乱，但如果善意适用现有的法律规则和解释，就足以确保国际人道法下的平民得到保护，且某些平民的行为可能造成的威胁可以在不改变其身份的情况下得到有效解决。

关键词：国际人道法；阿富汗；平民定义；区分原则；《直接参加敌对行动的解释性指南》；平民保护；宗教；文化；军事必要；善意解释。

* 约安娜·武祖丽（Ioanna Voudouri）是红十字国际委员会阿富汗代表处法律部主管。她拥有日内瓦国际人道法与人权学院的法学硕士学位和雅典大学的法律学位。本文只代表作者个人观点，不必然代表红十字国际委员会的观点，提及红十字国际委员会公开立场的部分除外。本文中转载报告、意见或文章时，并不意味着对其内容的认可。感谢埃扎特·古尔（Ezat Gul）、弗朗西斯·康韦（Francis Conway）和马里奥·苏亚苏亚（Mario Zuazua）在论文写作过程中的帮助，以及阿比·蔡思（Abby Zeith）和托马·德圣莫里斯（Thomas de Saint Maurice）的宝贵意见。

** 北京外国语大学法学院副教授，法学博士。

引言

平民即非战斗员——即任何不是国家武装部队成员或冲突一方的有组织武装团体成员的人。以此开始并结束本文也许是最容易的。这可能是对谁是阿富汗平民并根据国际人道法，特别是规定平民和民用物体不得成为攻击对象的区分原则，对其进行保护这一问题的最简洁、准确和直接的回答。然而，这并没有说明最初为什么需要提出这个问题。在像阿富汗这样旷日持久且复杂的冲突中，为平民提供的保护一直是所有话语——军事、政治和人道——的关键原则。尽管如此，各种消息来源报告的平民伤亡人数一直居高不下。虽然仅这一因素就代表了一个令人担忧的趋势，但其持续存在可能会导致另一问题：交战各方是否清楚地知道谁是平民或平民何时失去免受攻击的豁免权？¹以及，是否有符合国际人道法的调和任何可能的误解的方式？尽管有时可能无法提供直截了当的答案，但这些都是本文将尝试探讨的问题。²

文章结构如下：首先介绍分析平民和平民居民的概念，接着论述概念是如何发展和解释的。本文将提出的关键问题之一，是国际人道法对平民的定义是否取决于行为。该定义还将根据其提供的保护进行分析。本文第二部分将问题带入阿富汗的环境背景中，概括一些影响问题答案的国情。在进一步展开答案时，本文将继续讨论战斗各方公开声明中对平民身份的看法，以及阿富汗平民的经历，特别关注所报告的伤害。本文最后提出，如果善意适用现有的法律规则和解释，则足以确保国际人道法下的平民受到保护，而且某些平民的行为可能构成的威胁可以在不改变其身份的情况下得到有效解决。最后，特别需要补充，本文是在 2021 年 8 月 15 日阿富汗政权更迭之前撰写的，尽管在作者看来这并不影响本文的分析内容。

国际人道法中平民的概念

平民的定义

“平民”一词是从反面通过对比来加以定义的。在战时，平民是指既不是冲突一方武装部队成员，也不是民众抵抗参加者的任何人。³前南斯拉夫国际刑事法庭（前南刑庭）审判分庭在 2003 年“加利奇”（*Galić*）案的判决重申了这一定义，认为“就保护武装冲突的受难者而言，‘平民’一词从反面加以定义，为不属于武装部队或冲突一方有组织军事团体的成员的任何人”。⁴

平民定义中的一个关键要素，是在考虑到国际性武装冲突和非国际性武装冲突的框架为法律的发展所创造空间的前提下，平民的含义在这两种冲突中的发展。就此，有两点需要确认：其一，非国际性武装冲突是当今武装冲突的绝大多数；其二，非国际性武装冲突面临着一项挑战：有人质疑对其予以规制的现有法律框架是否充分。⁵

在国际性武装冲突中，各国在其相互主权权力的相对安全范围内就规则（包括个人身份定义）达成一致。因此，国家明确授予对方战斗员免于因参与敌对行动而遭到起诉的特权和战俘身份相关

¹ 联合国阿富汗援助团（联阿援助团）在其 2020 年年度报告中以及往年的年度报告和专题报告中都提出了同样的问题。See UNAMA, *Afghanistan: Protection of Civilians in Armed Conflict: Annual Report 2020*, February 2021, p. 124, available at: https://unama.unmissions.org/sites/default/files/afghanistan_protection_of_civilians_report_2020_revs3.pdf（所有互联网参考资料均访问于 2021 年 11 月）。

² 本文将在阿富汗已经存在的武装冲突框架内审查平民的定义，并推定国际人道法是适用的，特别是适用于作为武装冲突当事方的阿富汗政府、北约部队（包括美国）和通常被称为塔利班的阿富汗伊斯兰酋长国（Islamic Emirate of Afghanistan，阿伊酋）。除“塔利班”一词直接引用于其他来源外，全文将使用“阿伊酋”一词进行代称。

³ 《1949 年 8 月 12 日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》，1125 UNTS 3，1977 年 6 月 8 日（1978 年 12 月 7 日生效）（《第一附加议定书》），第 50 条；让·马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版（简称《红十字国际委员会习惯法研究》），规则 5，载：<https://ihl-databases.icrc.org/zh/customary-ihl/v1/rule5>。

⁴ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-T, Judgment (Trial Chamber), 5 December 2003, para. 47.

⁵ Jelena Pejic, “The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011, pp. 189–190.

的权利。这使得就“战斗员性”与“平民性”⁶达成全球一致变得更加容易，但仅在国家武装部队相互对抗的情况下才是如此。根据日内瓦四公约《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。⁷

以上为我们提供了一个广泛的定义，其中唯一需要确定的标准是个人是否是战斗员。如果不是，他们就是平民。对于非国际性武装冲突，事情并不那么简单。非国际性武装冲突中对“平民”（个人）或“平民居民”（集体）的概念没有具有约束力的定义。⁸由于平民的定义与战斗员的定义相对，困难在于就谁是非国际性武装冲突的战斗员达成一致。

《第二附加议定书》规定了对平民的保护（包括在平民直接参与敌对行动时停止此类保护）。⁹《第二附加议定书》的准备工作表明，省略对平民的定义是一种故意选择，而不是一次意外。各国不愿在非国家武装团体和国家武装部队之间建立对等关系¹⁰——从而使前者“合法化”——也许是这种选择背后的主要原因。出现在各国商议中的拟议定义，是将平民视为“不属于武装部队或其他有组织的武装团体的成员”的“任何人员”。¹¹

如果一个人的身份有疑问，则应推定其为平民。¹²该规则进一步强调了定义的保护范围，而且举证责任在于确立战斗员身份。事实上，《第一附加议定书》第 50 条涉及那些可能没有实施敌对行为，但由于当时的情况，他们的身份似乎值得怀疑的人。在获得进一步信息之前，这些人应被视为平民，因此不应受到攻击。¹³

某人的平民身份不明显的多种情形得到了考虑。例如，在更大规模的有组织行动（例如多国行动）中，红十字国际委员会规定：

参与经济/政治治理、促进/保护人权或人道援助的文职人员，必须被视为国际人道法意义上的平民，即使多国行动被定性为武装冲突的一方。多国行动的文职部门必须与其军事部门区分开来。¹⁴

伴随武装部队但未编入武装部队的人员（战地记者和商人）同样保持其平民身份。¹⁵

红十字国际委员会审视了以编入武装部队作为改变身份之原因的情形。商人（以私营军事安保公司的形式）如果被编入军队，则可能不再具备平民资格。警察部队可能被误认为失去了平民身份（或者甚至一开始就没有平民身份），即使他们进行正常的执法活动也是如此。

⁶ 这些“非常规”术语方便地填补了语言空白，并将在本文中通篇使用。作者感谢丽贝卡·萨顿在学术研究中使用了这些词语。See Rebecca Sutton, *The Humanitarian Civilian: How the Idea of Distinction Circulates Within and Beyond International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

⁷ 《第一附加议定书》，第 43 条第 1 款；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 3，规则 4。

⁸ Yoram Dinstein, “Fighters, Civilians and LONIAC”, in Y. Dinstein (ed.), *Non-International Armed Conflicts in International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 79.

⁹ 《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》，1125 UNTS 609, 1977 年 6 月 8 日（1978 年 12 月 7 日生效）（《第二附加议定书》），第 13 条。

¹⁰ Camille Marquis Bissonnette, “The Definition of Civilians in Non-International Armed Conflicts”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, 2016, p. 131.

¹¹ 《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 3，规则 5。

¹² 《第一附加议定书》，第 50 条第 1 款；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 3，规则 6。

¹³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987 (ICRC Commentary on the APs), para. 1920.

¹⁴ 红十字国际法委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2015 年 12 月，第 25 页，载：
www.icrc.org/zh/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts。

¹⁵ 《第一附加议定书》，第 79 条；《1949 年 8 月 12 日关于战俘待遇之日内瓦公约》，75 UNTS 135（1950 年 10 月 21 日生效）（《日内瓦第三公约》），第 4 条第 1 款第 4 项；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 3，规则 4 和规则 24。

即使是直接参与敌对行动的平民也仍然是平民——他们这样做时可能会失去免受直接攻击的豁免权，但他们仍然是平民。¹⁶前南刑庭强调，“‘平民’的定义是广泛的，包括曾一度进行过抵抗行为的个人”。¹⁷

受国际人道法保护的人（包括平民在内的类别）一旦落入冲突一方手中，就有权获得人道待遇。然而，正如前南刑庭上诉分庭在加利奇案中指出的那样，平民身份的内涵超出了这一权利，该分庭解释道（并由此更正了审判分庭的判决¹⁸），当战斗人员失去战斗力时，他们有权受到人道待遇，但不因此享有平民身份。¹⁹

平民居民的定义

《第一附加议定书》第 50 条规定的定义解释说，平民居民包括所有作为平民的人。

在“加利奇”案之前，前南刑庭的判例已经探讨了平民居民的定义，坚持认为“在一个群体中存在已放下武器的抵抗组织成员或前战斗员，不会改变其平民特征”。²⁰同样，士兵的存在并不一定会剥夺平民居民的平民特征，²¹失去战斗力的人的存在也不会。前南刑庭上诉分庭在“科尔迪奇”（*Kordić*）案和“切尔凯兹”（*Čerkez*）案的上诉判决中指出，“平民居民包括所有作为平民的人，平民居民中存在不符合平民定义的个人并不剥夺平民居民的平民性质”。²²

这种从聚焦平民个体的定义到“拉远”来审视平民居民定义的过程强调了对维持一个群体的平民地位的偏好，即使其中可能发现非平民的成分。虽然这并没有改变谁被视为平民的定义，但它说明了对非战斗部分人口的保护性“偏向”。1987 年《〈第一附加议定书〉评注》补充说，在保护平民居民时，一般的理解为“必须使无辜平民尽可能远离敌对行动，并享有免受敌对行动危险的一般保护”。²³关于消极预防措施的条约和习惯规定²⁴——即“采取必要的预防措施保护平民居民……免受军事行动造成的危险”的义务——进一步支持这一点。通过这些规定，“平民居民”的通常含义，亦即等同于保护一个群体的必要性，得到了明确。

红十字国际委员会《解释性指南》

在审视国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的平民定义时，红十字国际委员会承认并探讨了在非国际性武装冲突中发现的关于平民身份以及这一身份与何相对这两方面存在的漏洞。在《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》（《解释性指南》）中，红十字国际委员会确认了非国际性武装冲突中战斗人员和平民之间存在的区分，并解释说日内瓦四公约的共同第 3 条和《第二附加议定书》使用的措辞支持了这两个相互排除的类别的存在。²⁵

¹⁶ 同样的立场在以色列著名的（并同样受到批评的）“定点清除”案（*Targeted Killings case*）中也得到了支持，该案指出：“一名平民……实施战斗行为不会使其失去作为平民的身份。” Supreme Court of Israel, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel (Targeted Killings)*, Case No. HCJ 769/02, 13 December 2006, para. 31.

¹⁷ ICTY, *Galić*, above note 4, para. 143.

¹⁸ 审判分庭认为，在考虑平民居民的首要要求时，平民的定义范围很广，包括曾一度进行过抵抗行为的个人以及犯罪发生时失去战斗力的人。

¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgment (Appeals Chamber), 30 November 2006, para. 144.

²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, Case No. IT-95-14-A, Judgment (Appeals Chamber), 29 July 2004, para. 113.

²¹ ICRC Commentary on the APs, above note 13, para. 1922; ICTY, *Blaskić*, above note 20, para. 115: “为了确定平民居民中士兵的存在是否剥夺了平民居民的平民特征，必须检查士兵的人数以及他们是否正在休假。”

²² ICTY, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Judgment (Appeals Chamber), 17 December 2004, para. 50.

²³ ICRC Commentary on the APs, above note 13, para. 615. “无辜”一词在使用时没有定义，事实上，所有平民都受到保护，免受攻击。这将在本文后面更详细地讨论。

²⁴ 《第一附加议定书》，第 58 条；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 3，规则 22。

²⁵ 尼尔斯·梅尔泽，《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，红十字国际委员会，日内瓦，2009 年（《解释性指南》），第 26~28 页。

红十字国际委员会认为——这一观点在有争议的讨论后出现并仍然受到批评²⁶——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。²⁷

根据《解释性指南》，对国际人道法的善意解释²⁸会得出这样的结论，即战斗人员确实存在于非国际性武装冲突中，判断构成战斗人员的条件需要审视他们的行为。鉴于平民参与武装冲突的趋势日益增加，并为了加强区分原则的实施，《解释性指南》就敌对行动而言的行为仅从两个方面看待：决定某人在有组织武装团体中（作为负有持续作战职责的战斗人员）的成员身份的行为，以及决定平民“可攻击性”的行为（直接参与敌对行动）。²⁹

《解释性指南》确定的是，除非平民承担持续作战职责，否则他们仍然是平民。如果他们作为平民直接参与敌对行动，³⁰他们仍可保持其身份，但在参与持续期间失去免受攻击的豁免权——且无论如何都可能因拿起武器而受到起诉（负有持续作战职责的人也是如此）。

《解释性指南》总结了三重标准³¹以确定个人的行为是否构成直接参与敌对行动。首先，当一项行为可能——且特别是旨在——通过对军用物体或合法目标造成损害，或对受保护的人员或财产造成破坏或伤害而直接伤害敌方时，即构成直接参与敌对行动。其次，该行为与预期伤害之间必须存在直接因果关系。再次，该行为与武装冲突各方的敌对行动之间必须存在交战联系。通过澄清此类行为的构成要素，《解释性指南》就敌对行动中某人的身份而言没有留下任何可供质疑的空间。

通过直接参与敌对行动的概念确定谁可能是目标，已被认为是区分平民与“其他人”的可靠方法。³²达波·阿坎德（Dapo Akande）在评估《解释性指南》的实用性时研究了以下示例。以色列最高法院认为，如果一名平民

加入了一个恐怖组织，该组织已经成为了他的“家”，而他在履行其自身在该组织中的职责时，实施了一系列敌对行动，行动之间的间歇时间很短，则〔他〕在实施这一连串行为的“这段时间内”失去了免受攻击的豁免权。的确，对于这样的平民，敌对行动之间的间歇无非是为下一次敌对行动做准备。³³

阿坎德总结说，应用红十字国际委员会的分析得出的结论是相似的。唯一的区别是，在红十字国际委员会的分析中，此人不是平民，而是有组织的武装团体的成员。³⁴

对于仅仅是自发、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，将得出不同的结论。例子包括征募人员、训练人员、募资人员和宣传人员，他们对非国家当事方的一般性战争努力持续做出贡献，但不履行持续作战职责。³⁵

最后，值得研究的是，一直以来提出的一个人直接参与敌对行动的起始时间以及有组织的武装团体成员身份的开始和结束时间。根据《解释性指南》，“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”，而根据该指南，这“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、

²⁶ See Michael N. Schmitt, “The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis”, *Harvard Law School National Security Journal*, Vol. 1, No. 1, 2010.

²⁷ 《解释性指南》，见前注 25，第 16 页。

²⁸ Marco Sassòli, Antoine Bouvier and Anne Quintin (eds), *How Does Law Protect in War?*, 3rd ed., ICRC, Geneva, 2011, Chap. 5.1.

²⁹ 《解释性指南》指出：“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。”《解释性指南》，前注 25，第 6 页。

³⁰ 《〈第一附加议定书〉评注》使用了“武装战斗”一词：见 ICRC Commentary on the APs, above note 13, para. 1942.

³¹ 《解释性指南》，前注 25，第 44 页。

³² Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 359.

³³ Supreme Court of Israel, *Targeted Killings*, above note 16, para. 39.

³⁴ Dapo Akande, “Clearing the Fog of War? The ICRC’s Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities”, *EJIL: Talk!*, 4 August 2009, available at: www.ejiltalk.org/clearing-the-fog-of-war-the-icrcs-interpretive-guidance-on-direct-participation-in-hostilities/.

³⁵ 《解释性指南》，前注 25，第 32 页，脚注 52。

零星或无组织的，作战部队或团体就必须接受这一机制”。³⁶相反，“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”。³⁷

通过条约解释理解平民的定义

为了进一步理解平民定义的组成部分，本文现在将研究日内瓦四公约中的“平民”一词，并讨论条约解释规则如何有助于这一努力。《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条规定了条约解释的基本规则。根据这些条款，“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。³⁸就日内瓦四公约而言，红十字国际委员会强调，“在确定公约的目的和宗旨时，……必须考虑公约全文，包括标题和附件”。³⁹在此，本文将探讨如何通过对于日内瓦四公约的善意解释来理解平民的概念，以及通过相关规则的准备工作进行解释的补充手段。

善意⁴⁰

说日内瓦四公约及其附加议定书的目的和宗旨是减少武装冲突期间的人类痛苦似乎几乎是陈词滥调，但当人们审视每条规则的适用时，包括与平民定义有关的规则，这仍不禁让人想起这一目的和宗旨。“善意解释条约意味着即使条约的措辞很清楚，也必须以不会使含义明显荒谬或不合理的方式进行解释。”⁴¹国际条约的一些初步声明——甚至在日内瓦四公约之前——表达了“在人们力所能及的范围内减轻战争中不可避免的祸害”的愿望。⁴²因此，所有可以避免的“祸害”都应该被避免，其中包括尽可能广泛地扩大对平民赋予的保护，承认大部分伤害确实是可以避免的。由此，对什么构成“可避免的”伤害的分析也可能会引起分歧，但作者认为，至少彻底的尽职调查方法⁴³要求执法者寻求避免平民伤害的行动，包括提供对平民身份质疑的有利推定（法律进一步确认了这一点，后来发展为在质疑的情况下推定为平民身份）。尽管学者和从业者对于应予善意解释的日内瓦四公约的目标和宗旨的确切范围没有达成共识，⁴⁴但“人道考虑和军事必要性这两方面之间的平衡是国际人道法的标志”。⁴⁵此外，一般认为，公约的核心是“保护个人”。⁴⁶

强调善意解释所具有的价值声音仍未停止。⁴⁷鉴于这一原则在条约解释中发挥根本性的作用，这应该不足为奇。这可能部分是由于当今冲突中出现的大量平民伤亡和严重的人道后果。本文在此又重申了其中的一些观点，与其说是强调法律原则，不如说是强调有必要在法律解释中更加意识到

³⁶ 同上注，第 69 页。

³⁷ 同上注，第 70 页。

³⁸ 如果一项条约可作两种解释，其中一种解释可使条约产生适当的效果，而另一种则不能，此时根据善意原则以及条约的目的和宗旨，应采用前一种解释。见红十字国际委员会，《〈日内瓦第一公约〉评注：改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，第二版，日内瓦，2016 年，中文译本由红十字国际委员会组织编译，2022 年（《红十字国际委员会〈日内瓦第一公约〉评注》），第 28~32 段，引用 International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p. 219, para. 6.

³⁹ 《红十字国际委员会〈日内瓦第一公约〉评注》前注 38，第 29 段。

⁴⁰ 善意被定义为“要求条约、合同或任何其他类型的国际交易的各方以诚实和公平的方式对待彼此。各方应合理行事，考虑另一方/其他各方的公正期望，如实披露所有相关动机和目的。最后，如果仅仅关注措辞会导致无法尊重协议的目的、宗旨和精神，则各方应避免因字面解释而获得不公平的优势”。Markus Kotzur, “Good Faith (Bona Fide)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, January 2009.

⁴¹ Michael W. Meier, “The Updated CGIII Commentary: A Flawed Methodology?”, *Articles of War*, 3 February 2021, available at: <https://lieber.westpoint.edu/updated-gciiii-commentary-flawed-methodology/>.

⁴² 《关于 1906 年 7 月 6 日日内瓦公约原则适用于海战的公约》（《海牙第十公约》），海牙，1907 年 10 月 18 日，序言。

⁴³ Marco Longobardo, “The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 37, No. 1, 2019.

⁴⁴ M. W. Meier, above note 41.

⁴⁵ ICRC, *Commentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, 2nd ed., Geneva, 2020, para. 32.

⁴⁶ US Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), No. 05.184, 29 June 2006.

⁴⁷ Michael P. Van Alstine, “The Death of Good Faith in Treaty Jurisprudence and a Call for Resurrection”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, No. 6, 2005.

这一点，并将有时归因于“善意人道论点”的“天真”⁴⁸与制定这些规则所要保护的价值观的核心相调和。

希金斯（Higgins）法官在对国际法院“核武器咨询意见”的著名反对意见中写道：“无论是在解释人道法的困难问题上，还是在解决相互竞争的规范之间声称的紧张关系方面，司法的标杆必须是国际法寻求促进和保护的价值观”。⁴⁹最近，克雷格·琼斯（Craig Jones）写道：“一直都需要对国际人道法关于敌对行动的规则进行善意解释，这样才能使平民和其他人免受城市战中最糟糕的常见蹂躏。”⁵⁰

起草历史

追踪国际人道法对“平民”的理解如何发展的整个历史并不是一项简单的任务。虽然“平民”具有公认的“简单”普通含义，但以某种形式或形态进行的讨论已经跨越了数十年，涉及各种文件和论坛。

为审视《第一附加议定书》通过书面定义之前的内容，1971年的审议揭示了当时存在的问题。当时认真考量了所处环境背景对界定平民的影响，并指出，如果与所提供的特定保护相关联，该定义将是有意义的。⁵¹相关方一致同意在随后的文件中编纂这一定义。提交初步定义提案的红十字国际委员会表示：“认为与军事行动有关的人可能成为直接针对他们的攻击的目标是错误的。”⁵²红十字国际委员会后来认为，

“直接”这个词……具有一项重要价值，就是在不符合条件的战斗员和与军事努力有关的平民之间进行区分——而这种区分是多么困难！这其中包括平民居民中与军事努力有关的人员和军事目标中不符合条件的战斗员。事实上，“直接”在参与行为与其在军事行动中的直接结果之间建立了“充分的因果关系”。根据这种“充分的因果关系”理论，一个人只有在其行为或活动从军事层面来说是对敌方造成损害的直接原因时，也就是说，其行为或活动在事态的一般发展中，并根据武装冲突的经验会造成这种性质的损害时，才是“战斗员”，并由此可能成为军事目标。

相反，只要一个人的行为或活动不对敌方在军事层面遭受的直接损害负责，他就仍然是平民。因此，就“与军事努力相关的平民”这一问题而言，已找到了法律解决方案。基于前述原因，他们不会构成一个单独、不同的平民居民类别。⁵³

红十字国际委员会在1977年的讨论揭示了对平民和平民居民定义的总体共识，且相关方通过没有对此作出任何保留而支持了这一共识。据称，“出于简化文本的目的”，平民的定义“和其他一些条款……一起”在最后一刻从《第二附加议定书》的最终文本中删除了。⁵⁴

上述审议中提出的一些（无争议的）论点表明，存在对保护平民居民免受与军事努力发生“表面”联系的担忧——尽管这些联系的程度没有也仍然没有得到同等的共识。讨论表明，保护普通平民居民确实是起草过程中的主要关切。

⁴⁸ 尤其是在严格的法律讨论之外以及在一线开展行动的工作者之间。

⁴⁹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1996*, p. 226, para. 591.

⁵⁰ Craig Jones, “In Good Faith: Legal Advice during Aerial Targeting in Urban Areas”, *Humanitarian Law and Policy Blog*, 4 May 2021, available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2021/05/04/in-good-faith/>.

⁵¹ ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: Report on the Work of the Conference*, Geneva, August 1971, pp. 73–77.

⁵² ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Vol. 3, Geneva, January 1971, p. 39.

⁵³ ICRC, above note 51, p. 28.

⁵⁴ 《红十字国际委员会习惯法研究》，前注3，规则5。

平民的定义在多大程度上依赖于行为

平民定义本身并没有为依据行为来确定身份留下空间。无论是作为战斗员，还是更广泛而言作为平民，都是通过类别来确定的——换句话说，是依据身份来确定的。可能不具备作战职责的武装部队成员仍然是战斗员；相反，如果平民直接参与敌对行动，他们也仍然是平民（但在此时会失去免受攻击的保护）。这一事实进一步证明了这一点。

尽管如此，通过行为来确定一个人的身份以及对其所赋予的保护远非一个新问题。奥本海（Oppenheim）有句名言：“那些不直接或间接隶属于武装部队的交战国的私主体不参加作战；他们不进攻也不防守；因此，不应对他们进行攻击。”⁵⁵我们关于谁是平民的共同普通理解的本质，在某种程度上是由一个人的行为决定的。红十字国际委员会在《〈第一附加议定书〉评注》中解释说，“在保护平民免受战争危险时，重要的与其说是他们的国籍，不如说是要免于攻击之人的无害性以及他们的处境”。⁵⁶这种理论也得到前南刑庭审判分庭在“布拉戈耶维奇”（*Blagojević*）案和“约基奇”（*Jokić*）案判决的支持，该判决写道：“‘平民’一词是指不参与敌对行动的人。”⁵⁷

“平民”一词意在体现“无辜”（因此，“无辜平民”⁵⁸一词仍然极为常见）、与军事活动的距离以及总体上没有威胁。萨顿总结说，平民性等于“无辜”，而战斗员性等于“共谋”和“参与”。⁵⁹实际上，类别从来无法进行如此清晰的划分。此外，法律定义需要具体，并能作为在战斗中提供保护的“标签”。

现代战争中，可能会认为全体民众都在某种程度上参与了战争，尽管是间接参与。人们可能会滑入一个“灰色地带”，⁶⁰即所谓的“无辜平民”与支持敌对行动、直接参加敌对行动或有人认为是的跨越界线而成为战斗员身份的平民之间的“灰色地带”。驾驭这种分歧需要我们了解为什么那些作为平民的人拥有这种身份。

几乎毫无疑问的是，平民确实可能采取行动支持冲突一方的政治或军事行动。⁶¹美洲人权委员会非常明确地认为，

仅支持敌方战争或军事努力、或仅间接参与敌对行动的平民，不能仅基于这些理由被视为战斗员。这是因为间接参与，例如，向一个或多个武装当事方出售货物、对一武装当事方的事业表示同情，或者更明确地说，未能采取行动阻止一武装当事方的入侵，均不涉及对敌方构成导致实际伤害的直接威胁的暴力行为。⁶²

“通过提供劳动力、运送物资、充当信使或传播宣传信息”支持武装部队（或武装团体）的平民“可能不会受到直接的个人攻击，但他们仍然受禁止向国内敌方提供援助和安慰的国内立法的约束”。⁶³

综上所述，有理由说平民确实可能会在“战争努力”中提供某种形式的支持，但这并不影响他们的身份。回顾最初的定义，我们注意到，平民就是并非战斗员/战斗人员的人。因此，行为是相关的，因为对持续作战职责的评估基本上是基于行为的。话虽如此，虽然“行为”可能描述了与“职责”不同的一组要素，但也可以认为行为是职责这一概念的必要条件。

⁵⁵ Lassa Oppenheim, *International Law*, Vol. 2: *Disputes, War and Neutrality*, ed. Hersch Lauterpacht, 7th ed., Longmans, London, 1952, para. 57.

⁵⁶ ICRC Commentary on the APs, above note 13, para.1909.

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case No. IT-02-60-T, Judgment (Trial Chamber), 17 January 2005, para. 544. See also ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Judgment (Trial Chamber), 31 January 2005, para. 282.

⁵⁸ Ryan Goodman, “The Detention of Civilians in Armed Conflict”, *American Journal of International Law*, Vol. 103, No. 1, 2009, p. 53.

⁵⁹ Rebecca Sutton, “The Humanitarian Civilian: A Book Launch with Dr. Rebecca Sutton”, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, Edinburgh Centre for International and Global Law, and Political Settlements Research Programme, virtual event, 5 May 2021.

⁶⁰ ICRC Commentary on the APs, above note 13, para. 1944. See also Antonio Cassese, “Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killing”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 2, 2007, p. 343.

⁶¹ Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 1982, p. 303.

⁶² Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999, Chap. 4, para. 56.

⁶³ M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 61, p. 303.

具有持续作战职责的人，是指持续参加敌对行动的人。要承担这一职责，需要持久地融入一个有组织的武装团体。团体中成员的身份不能基于抽象的从属关系、家庭关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。⁶⁴

总结这一点，上述要素表明，作为平民的个人可能造成的风险并未考虑到平民定义。要通过“身份”转变的测试，只要求一个人符合战斗人员的标准。如果情况并非如此，则该人仍然是平民。

对平民所赋予的保护

“姓名本来是没有意义的；我们叫做〔平民〕的这一个人〔人〕，要是换了个名字，它〔听起来还是一样地好听〕。”⁶⁵尽管本文并无冒犯莎士比亚之意，但名称在国际人道法中还是十分重要的。名称及其定义构成了指南针，用于确定一个人是否可能成为攻击的对象，如果被俘，是否可能享有战斗员的豁免权，等等。

敌对行动

最常见的是，平民身份与敌对行动期间免受攻击有关，这概括在区分原则中：平民除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外，不得成为攻击的对象。这种“平民性”的根本特权体现在区分原则中。⁶⁶在其众多赞誉中，区分原则被描述为“整个国际人道法体系的基础”。⁶⁷

确定国际人道法下规制对特定个人使用武力的规则的决定性标准，是该人根据规制敌对行动的规则是否属于合法目标。一个人可能因其身份（根据国内法一般定义的正规国家武装部队的成员）、职责（因负有持续作战职责而是非正规国家部队或非国家武装团体的成员）或行为（作为平民直接参与敌对行动）而成为攻击的合法目标。⁶⁸

通过比例性评估以及需要采取的预防措施，平民和民用物体还成为即使攻击针对军事目标也可能造成的伤害的衡量标准。换言之，平民身份往往代表了战斗“平衡行为”中与军事必要性相对应的“人性”。

最后，如果对个人身份的推定不正确，并且该个人将使用一物体（例如，建筑物），那么这可能会影响该物体的分类，并使其因成为军事目标而受到攻击。⁶⁹

调查与赔偿

作为遭受伤害的平民⁷⁰似乎是调查任何违法事件的常见触发因素，但也是考虑某种形式的补救措施的触发因素。国际人道法要求采取同等程度的谨慎和措施来调查⁷¹针对其他类别的受保护人员（例如失去战斗力的人员）的违法行为，但事实仍然是，作为平民会使启动这一过程的可能性要大得多。

鉴于这些过程大多是针对具体国家和地区的，下面提出的调查方案与阿富汗相关，将在此背景下应用迄今为止提出的理论分析。一些行为者已经采取了某些补救措施，这些措施涉及战斗期间的

⁶⁴ 《解释性指南》，前注 25，第 32 页。

⁶⁵ 改编自莎士比亚的《罗密欧与朱丽叶》，见莎士比亚：《罗密欧与朱丽叶》（名著名译插图本），朱生豪、吴兴华译，方平校，人民文学出版社 2003 年版。

⁶⁶ 《第一附加议定书》，第 48 条。

⁶⁷ Alejandro Lorite Escorihuela, “Humanitarian Law and Human Rights Law: The Politics of Distinction”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 19, No. 2, 2013, p. 319.

⁶⁸ ICRC, “Glossary: Use of Force”, *How Does Law Protect in War?*, available at: <https://casebook.icrc.org/glossary/use-force>.

⁶⁹ 军事目标是“由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益”的物体。见《第一附加议定书》，第 52 条第 2 款和第 3 款；ICRC Commentary on the APs, above note 13, paras 2022–2023.

⁷⁰ 在许多情况下，即使在平民伤害是合法的情况下也是如此，例如当它与预期的军事利益相称时。

⁷¹ 《第一附加议定书》，第 85 条；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 3，规则 158。

附带伤害，但与赔偿不同，因为它们不需要经确认的对可适用法律的违反行为。这些措施也将平民伤害作为获得权利的先决条件。

美国在其对平民伤亡的年度评估中解释说，国防部调查了针对美国军事行动造成的平民伤亡的指控。如果行动对平民造成伤害，会向平民或平民家属提供抚慰金或其他援助——尽管有时这可能会排除被认为对美国不“友好”的个人。美国还澄清，“就此类评估的目的而言，国防部没有包括因参与敌对行动而丧失平民身份保护的平民居民中的成员”。⁷²

遭受冲突相关伤害的平民可以要求阿富汗政府支付援助金。其中一种选择是通过 91 号或 92 号紧急预算法案获得一次性付款，并通过国家烈士和残疾人事务部每月向受冲突影响的受害者家庭提供经济援助。但据报道，阿富汗一半以上的平民受害者“没有收到任何款项或不知道申请援助的计划”，⁷³或者有时，执行补救措施需要额外努力。⁷⁴

此过程中主要挑战之一是，要求申请人获得阿富汗国家安全局的签字才能获得援助。需要签字是为了确保申请人不是有组织武装团体的成员。生活在武装反对派团体控制地区的人在满足这一要求方面可能会遇到困难。⁷⁵

平民冲突缓解援助项目也有类似的要求。该项目是由美国国际开发署资助的项目，旨在帮助在冲突中受伤害的平民。申请平民冲突缓解援助项目的平民被告知，他们的申请必须获得两个签名：“第一个来自当地警监，第二个来自村里的长者，以确认事件，并确认申请人不是任何武装团体的成员，并且不受政府雇用。”⁷⁶

在阿富汗谁是平民？

为了回答这个问题，我们必须首先承认并审视在阿富汗谁被认为是平民。⁷⁷比索内特（Bissonnette）写道：“‘平民’概念的含义不能抽象地定义：任何简化它和促进对其的遵守的尝试必须基于现实和实践。”⁷⁸

阿富汗环境的特殊性

考虑在阿富汗表达的观点时，人们既不能忽视该国的历史，也不能忽视其宗教和文化的错综复杂。威廉·梅利（William Maley）在他为《红十字国际评论》撰写的文章中评估了阿富汗的历史和地理环境，称该国是“数十年创伤”的受害者。⁷⁹不稳定和动荡根深蒂固，强度较强，且持续时间长，而冲突的原因则涉及政治、族裔、文化、宗教等各个方面。所有这些因素都表明，如果不考虑这些因素，就得出结论将某人归类为战斗员，有时可能会过于草率。⁸⁰

⁷² DoD, *Annual Report on Civilian Casualties in Connection with United States Military Operations in 2020*, 2 June 2021, available at: <https://tinyurl.com/xerptz5n>. 值得注意的是，使用“参与敌对行动”一词可能会排除比红十字国际委员会《解释性指南》中确定的人员更广泛的人员类别。

⁷³ Center for Civilians in Conflict (CIVIC), *Unacknowledged Harm: Hurdles to Receiving Victims' Assistance in Afghanistan*, December 2020, pp. 9–10.

⁷⁴ Antonio De Lauri and Astri Suhrke, “Armed Governance: The Case of the CIA-Supported Afghan Militias”, *Small Wars & Insurgencies*, Vol. 32, No. 3, 2021, p. 499.

⁷⁵ CIVIC, above note 73, p. 17.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁷ 本部分将研究国际人道法中规定的平民概念，而不是执法行动和国际人权法中针对平民生命的暴力行为。定点清除也在国际人道法框架内被考虑，但指出目标对象有时在地理上远离敌对行动，和/或在被攻击时不一定直接参与敌对行动。

⁷⁸ C. Marquis Bissonnette, above note 10, p. 131.

⁷⁹ William Maley, “Afghanistan: An Historical and Geographical Appraisal”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 880, 2010.

⁸⁰ 《解释性指南》指出：“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点相关的情况。”《解释性指南》，前注 25，第 39~40 页。

本文无意对阿富汗的社会学、宗教或政治层面进行深入研究审视。然而，在试图回答在阿富汗谁是平民的问题时，重要的是要强调某些根本不能忽视的因素。

宗教

不考虑宗教的情况而汇总阿富汗人对规范阿富汗人行为的法律的理解，将是极大的疏忽。阿富汗各政府以及在该领土上活动的武装反对派团体都适用伊斯兰法。尽管有其他人定法和法规作为补充，但所有这些最终都援用神法，且不得与神法相抵触。⁸¹可以说，就其中的一些法律而言，宗教是解释可攻击性的最重要因素。

根据伊斯兰战争规则，非战斗员被认为是受保护且不受伤害的人。⁸²达伍迪（Al-Dawoody）写道，战斗员（al-muqātilīn）的理解如下：“他们必须在参加战斗；除比喻外，任何愿意或准备战斗的人都不能被描述为战斗员，直到他们进入战斗。”他进一步解释说，伊斯兰法规定了一些受保护的人员类别（例如妇女、儿童、老人、僧侣或宗教隐士），并得出一项推论“穆斯林必须与攻击他们的人作战，而不是与不攻击他们的人作战”。⁸³

为了不超出本文在探讨宗教法方面有所欠缺的能力，这一点不再赘述。最后，肯·格斯特（Ken Guest）在他对阿富汗宗教与武装冲突之间相互作用的非常全面的评论中写道，“宗教和武装冲突的舞台主要是为了观念而进行的战斗”。⁸⁴尊重信仰和规定非战斗员的受保护地位的指令是阿富汗冲突的一个重要因素。

文化

胡什哈尔汗·哈塔克（Khushhal Khan Khattak）被认为是普什图人的民族诗人。他曾写下这样的诗句：“我鄙视不以荣誉指引自己生活的人。”⁸⁵

传统、习俗和文化——包括诗歌——塑造了阿富汗的公共建筑，这些建筑也因地区、族裔和部落而异。具有启发性的例子是普什图人，他们遵循有数百年历史的称为普什图瓦里（*Pashtunwali*）⁸⁶的习惯法典。该法典规定了价值观和行为规则。部落忠诚、家庭荣誉、对陌生人的热情好客、战斗中的勇气和对不公正入侵的报复构成了该法典的基础。⁸⁷捍卫其中所载的价值观具有绝对重要性——未能遵守会导致羞愧和耻辱。家庭中的男性成员被特别挑选出来，因为他们必须与侮辱抗争，以免失去荣誉。

普什图人之间的忠诚和血缘关系可能以各种方式实现。例如，女性应该支持家庭中的男性，包括在他们参与战斗时——普什图瓦里指出，这种支持可能包括“为战壕提供食物、水和其他必需品”。⁸⁸

普什图瓦里中所规定的平等和互惠并不是该群体所独有的——事实上，格斯特将阿富汗描述为“一个‘互惠’社会，在这个社会中，交换恩惠和易货交易是必须相互竞争和社区的常

⁸¹ 格斯特对前伊斯兰战斗模式适应新的神圣规则提出了有趣的评论，称其“触及令人不安的繁琐细节”。他将最初的实施过程描述为“接受广泛的概念，但在细节上却择优挑选”。See Ken Guest, “Dynamic Interplay between Religion and Armed Conflict in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 880, 2010, pp. 887–888.

⁸² Ahmed Al-Dawoody, “Islamic Law and International Humanitarian Law: An Introduction to the Main Principles”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 99, No. 906, 2017, p. 1002.

⁸³ *Ibid.*, p. 1002.

⁸⁴ K. Guest, above note 81, p. 896.

⁸⁵ Akbar Ahmed, *Pukhtun Economy and Society: Traditional Structure and Economic Development in a Tribal Society*, Routledge, London, 2013, p. 92

⁸⁶ 深入分析见 Lutz Rzehak, “Doing Pashto: Pashtunwali as the Ideal of Honourable Behaviour and Tribal Life among the Pashtuns”, Afghan Analysts Network, 21 March 2011, available at: www.afghanistan-analysts.org/wp-content/uploads/downloads/2012/10/20110321LR-Pashtunwali-FINAL.pdf.

⁸⁷ 格斯特解释说，非普什图人共享荣誉（*nang*）的社会概念，热情好客（*melmastya*）也是如此。See K. Guest, above note 81, p. 886.

⁸⁸ Qiyamuddin Khadim, *Pashtunwali*, Kabul, 1331/1952, p. 29.

态”。⁸⁹由亲属和部落联系在一起的人之间的团结是阿富汗社会的另一特点。从某种意义上说，阿富汗人所表达的团结和互惠，既促进了光荣行为被要求捍卫的血缘关系，也助长了影响这种防御行为的报复精神。

团结和亲情在巴达尔（*badal*）的概念中找到了本质；这一概念传达了无条件补偿的要求，这是尊严和荣誉所固有的。它通常被解释为“补偿和报复”，但正如卢茨·热扎克（Lutz Rzehak）所指出的，巴达尔还体现了感谢他人提供帮助并尽快提供补偿的义务。⁹⁰这种信念可能导致“有待实施”的互惠行为。

为什么考虑这些因素很重要？因为它允许对某些可能被冲突各方视为敌对行为，甚至被解释为剥夺个人的平民身份的行为进行不同的解读。⁹¹例如，在某人家中接待一名战斗人员可能同样是款待或回报的标志，或出于维护个人荣誉的愿望而采取的其他行为。此外，某些暴力行为可能是巴达尔的结果，旨在捍卫潜在的侮辱和荣誉的丧失，而不是与正在进行的冲突有联系。研究还强调了文化因素导致的情报收集风险，指出“审查情报以减轻线人的部落、家族和其他偏见对于确保攻击正确的军事目标和平民不成为目标至关重要”。⁹²

旷日持久的冲突与武器扩散

列举阿富汗数十年的冲突对共同良知、缺乏信任、生存本能和安全问题渗透到日常生活中等影响的方方面面几乎是不可能的，而且无论如何也超出了本文的范围。⁹³但某些事实从中凸显出来，与战争遗留问题密切相关。例如，武器在阿富汗家庭中的扩散。作者于2021年4月在喀布尔经历的一则轶事颇具启发性。4月11日晚，整个城市爆发出响亮的枪声。声音听起来像是在进行激战，使用了各种类型的枪支，并且可以从城镇的各个地方听到。可实际上，开火是为了庆祝阿富汗综合格斗比赛的胜利，这虽然令人欣慰，但也清楚地证明了喀布尔家家户户（包括民宅）的全副武装程度。

武装人员的存在常常是引发安全关切的重要理由，但根据上文所解释的构成直接参加敌对行为的要求，不应仅凭某人拥有武器就推论该人具有战斗员身份，甚至有意在自卫之外参加敌对行动。引用格斯特的话，“阿富汗的实用主义是使他们得以生存的生命线。在严酷无情的自然环境中，阿富汗人坚韧不拔地忍受世界对他们的任何挑战。”⁹⁴严酷无情的阿富汗山脉也让位于严酷无情的城市中心。考虑到我们所看到的阿富汗情况的特殊性，一个人如果诉诸暴力行为但此种行为并不构成交战联系，则其行为可能只是出于个人自卫的动机。

最后，持久冲突的另一无可争议的残余是梅利所说的“赞助和联盟”。他声称，这是一种界定全球社会各种因素在集体和个人层面对战斗各方施加的不同程度影响的方式。外部影响强调了“斗争的政治”。⁹⁵

靠近平民环境的战斗

许多评论员将阿富汗冲突描述为“不对称”，即“以交战各方的军事能力不平衡为特征（例如，武器技术、装备、情报信息和部队人数方面）”。⁹⁶至少在冲突的早期阶段，这种不平衡影响了作战方法的选择。结果，战斗不断靠近平民环境，而且这些地区通常人口稠密。冲突的演变遵循这种

⁸⁹ K. Guest, above note 81, p. 880.

⁹⁰ L. Rzehak, above note 86, p. 14.

⁹¹ 关于人际竞争如何影响目标选择的类似实例，见 Bette Dam, “How Flawed Information Created a ‘Taliban’ Threat”, *The Australian*, 29 January 2021, available at: <https://tinyurl.com/wvj5yjkw>.

⁹² CIVIC, *Afghan Airstrikes: Good Practices and Challenges to Protect Civilians*, August 2020, p. 16, available at: <https://civiliansinconflict.org/wp-content/uploads/2020/08/PB-on-Airstrike-Final.pdf>.

⁹³ 对使阿富汗旷日持久的冲突变得棘手和危及平民居民的人道、政治、社会和经济层面的深入分析，见 Emmanuel Tronc and Anaïde Nahikian, *Fragile Future: The Human Cost of Conflict in Afghanistan*, Humanitarian Action at the Frontlines: Field Analysis Series, Harvard Humanitarian Initiative, 1 December 2018.

⁹⁴ K. Guest, above note 81, p. 881.

⁹⁵ W. Maley, above note 79, p. 875.

⁹⁶ ICRC, “Glossary: Asymmetric Warfare”, *How Does Law Protect in War?*, available at:

<https://casebook.icrc.org/glossary/asymmetric-warfare>. See also ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, September 2003, Section IV.

模式；几个交战方适应了这种距离的缩短，⁹⁷导致目前平民和战斗人员密切共处的地区普遍存在。这遵循了一个更普遍的趋势，即平民行为方越来越多地卷入冲突。⁹⁸最后，平民和战斗人员的共存造成了由于距离接近而将非平民身份与个人联系起来的高风险。⁹⁹

阿富汗交战各方¹⁰⁰对平民身份的认定

我们在力图解读阿富汗平民身份的概念时，需要审视有责任尊重国际人道法的交战各方。对个人能够赋予何种身份具有事实上的不固定性，这就需要我们对此进行更加仔细的研究。

首先，重要的是要承认，在阿富汗战斗的任何人都没有（已知的）声明质疑平民应该受到保护的事实。事实上，许多阿富汗战斗人员提倡保护平民并谴责造成平民伤害的事件（尽管通常是由敌军造成伤害的事件）。¹⁰¹不太清楚的是他们所说的这个词的含义——以及由此延伸出的他们排除的人。尽管下面提到的例子不能说是详尽无遗的，但仍然表明了所表达的关键看法。

报告

澳大利亚国防军督察长的《阿富汗调查报告》（《布雷顿报告》）¹⁰²试图了解澳大利亚军队在阿富汗交战的适用规则，以评估他们的行为。报告称，“在阿富汗，塔利班的军队是澳大利亚国防军指定的敌军之一”，并补充说，敌方战斗部队（即阿伊酋）的成员身份足以使某人成为目标。¹⁰³

在试图使士兵可能遇到的实际例子多样化并帮助澄清谁应该被视为平民时，报告解释说：

〔澳大利亚国防军部队〕可能已被部署，以协助阿富汗国家安全部队逮捕一名并非塔利班成员而只是罪犯的“毒梟”。逮捕该人或采取行动关闭该毒梟的设施的原因可能仍与武装冲突有关——例如，毒品贸易总体而言为塔利班的行动提供了资金。然而，该毒梟与塔利班或反对澳大利亚国防军的敌对行动没有任何联系。……在这种情况下，该人——尽管显然是罪犯——但就武装冲突法而言仍是“平民”，不能成为攻击目标。¹⁰⁴

《布雷顿报告》继续解释了使个人由于身份（而不是行为/直接参与敌对行动）而成为合法目标的标准。报告提到“满足有组织武装团体标准的要求”，列出了需要识别参与对抗澳大利亚国防军和友军的敌对行动的组织武装团体，然后考察提议的目标是否是其中一个团体的成员，以及他们所承担的职责任是否可使其成为目标（例如，负责计划、指挥或参与军事行动的人员是可攻击的人员；作为有组织的武装团体的政治发言人或宣传员，但从不参与计划、实施或促进军事行动的，可

⁹⁷ Robin Geiss and Michael Siegrist, “Has the Armed Conflict in Afghanistan Affected the Rules on the Conduct of Hostilities?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011, p. 12.

⁹⁸ Alessandro Silvestri, “The ‘Revolving Door’ of Direct Participation in Hostilities: A Way Forward?”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 11, No. 2, 2020, pp. 415–416.

⁹⁹ 此外，阿伊酋“行为守则”（Layeha）的第81条规定，战斗人员应在“发型、衣着和其他方面与当地保持一致，（因为）这将使圣战者能够保护当地人民，并使他们能够在任何地方自由行动”。

¹⁰⁰ 这指的是众所周知的以某种形式参与阿富汗战斗的行为方。

¹⁰¹ 例如，阿伊酋谴责2021年6月在赫尔曼德省发生的一次轰炸事件，并指出：“该基地位于路边，赫拉特-坎大哈高速公路上的驾驶者、乘客和其他当地人途经该基地遭到了敌人的轰炸。” Statement by the Spokesman of the Islamic Emirate of Afghanistan, Zabihullah Mujahid, 4 June 2021, available at:

https://twitter.com/Zabehulah_M33/status/1400837761070866437. 美国2020年向国会提交的阿富汗问题报告指出：

“《（坚定支持）战术指南》强调平民伤亡是（坚定支持）特派团的最大威胁。” DoD, *Enhancing Security and Stability in Afghanistan: Report to Congress*, June 2020, available at: https://media.defense.gov/2020/Jul/01/2002348001/-1/-1/1/ENHANCING_SECURITY_AND_STABILITY_IN_AFGHANISTAN.PDF.

¹⁰² Inspector-General of the Australian Defence Force, *Report of Inquiry under Division 4A of Part 4 of the Inspector-General of the Australian Defence Force Regulation 2016 into Questions of Unlawful Conduct Concerning the Special Operations Task Group in Afghanistan*, Public Release Version, November 2020, (Brereton Report), available at: <https://afghanstaninquiry.defence.gov.au/sites/default/files/2020-11/IGADF-Afghanistan-Inquiry-Public-Release-Version.pdf>.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 290.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 290, paras 16–17. 武装冲突法一词在本文中可与国际人道法互换使用。

能并非可攻击的人员)。示例的详尽性仅止于此，声明“有一系列因素和标记可用于协助识别过程”。¹⁰⁵

准则、指南和手册

这一类别中的例子可能是各方对平民定义理解的最明显的体现，因为它们构成了行动的指南。阿伊酋战斗人员行为守则（Layeha）¹⁰⁶强调避免平民伤亡：“应注意防止普通平民伤亡”。¹⁰⁷

在阿伊酋“行为守则”中，阿富汗伊斯兰共和国的代表及其军队、警察和工人被称为“反对派”，而外国人被称为“异教徒”。“司机和承包商如其罪行为圣战者所熟知，也可以直接攻击”，¹⁰⁸不过“行为守则”指出他们可能只有在工作时才是合法的目标。有趣的是，对于同一类别的人，如果其罪行并不为人所“熟知”，则只有在其被俘获并经省法官判定有罪时才会受到惩罚。根据该守则，不在“普通平民”保护范围内的还有与阿伊酋的敌人关系密切的组织。例如，2019年5月，对美国非政府组织“国际合伙人”（Counterpart）办公室的袭击被证明是正当的，其理由之一是该非政府组织由美国国际开发署资助以实现阿富汗“入侵者”的目标，它积极参与选举过程，培训了阿富汗国家安全部队的战斗人员，并鼓励性别混合，促进“阿富汗的道德腐败”。¹⁰⁹

虽然不是为战斗而设计的书面准则，但普什图瓦里提供了有关某些类别的人员所获得身份的基本指导。它包括以下人员受保护的平民身份：

妇女、儿童以及社会地位低下的种姓成员（如理发师或音乐家）的受保护的平民身份。毛拉（Mullah）和赛义德（Sayyid），即被接受为伊斯兰先知穆罕默德后裔的男性、哈吉（Hajji），即成功完成麦加朝圣的人，以及苏菲兄弟会的精神领袖和其他政要，应因其神圣性而被排除在军事行动之外。¹¹⁰

美国国防部《战争法手册》对“非战斗员”一词的解释是军事医疗和宗教人员，但该术语也可以包括那些失去战斗力的战斗员。¹¹¹该手册通过提供战斗员类别的详细说明给出了与之相对的平民的定义。除了那些明显是武装部队成员的人以外，该手册还包括所谓的“无特权交战方”类别。¹¹²无特权交战方通常“同时承担战斗员和平民身份的责任，包括：在敌方阵线之后从事间谍活动、阴谋破坏和其他类似行为的人，和参与敌对行动的个人”。¹¹³后者被解释为指“个人”而不是“平民”，除其他外，“因为参与敌对行动的个人可能在一个或多个方面被视为战斗员”，以及因为“通常被称为‘平民’的属于国家的非军事人员（例如，被授权伴随武装部队的人员）与决定参加敌对行动的个人这种一般情况不同，提出了一系列不同的问题，需要特别考虑”。¹¹⁴

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 292, para. 27.

¹⁰⁶ 关于“行为守则”的各个版本，见 Muhammad Munir, “The Layha for the Mujahideen: An Analysis of the Code of Conduct for the Taliban Fighters under Islamic Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, 2011, p. 82, fn. 1. 关于该守则的适用性，2017年《圣战者指南》解释说：“伊斯兰酋长国已在总体性的‘行为守则’中发布了圣战者要求的所有必要命令。” *Mujahideeno ta da Emir-ul-Momineen Larshawoney (The Emir-ul-Momineen’s Guidance to the Mujahideen)*, p. 7, Pashto original available at: <https://web.archive.org/web/20200202172848/http://www.mujali.net/?p=878>.

¹⁰⁷ Layeha, Art. 57(3). “普通平民”是指代平民的一种方式。其他术语还包括：第2条：aam kas（普通个体）；第48条：wolosi khalk（普通人）、aam wagrey（普通公民）、walis（稠密人口）；第65条：aam khalk（普通平民）、mulki khalk（群众）；第72条和第73条：khalk（关于大众）；第81条：mahali khalk（当地人）。

¹⁰⁸ Layeha, Arts 23–25.

¹⁰⁹ IEA, “Updated Information regarding the Martyrdom Attack in Kabul”, 8 May 2019, available at: <https://web.archive.org/web/20190511195113/http://shahamat1.net/?p=157721>.

¹¹⁰ L. Rzehak, above note 86, p. 11.

¹¹¹ DoD, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, June 2015 (updated December 2016), p. 98, para. 4.1.1.1, p.98. available at: <https://tinyurl.com/38mwxkux>.

¹¹² 红十字国际委员会认为，丧失战斗员特权或战俘身份并不一定会导致丧失武装部队成员资格：见《解释性指南》，前注25，第22页。

¹¹³ DoD, above note 111, p. 101, para. 4.2.3.3.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 155, para. 4.18.1.

声明

除了编纂的指导方针之外，战斗方的临时声明，无论是发布命令还是对攻击发生做出的回应，也可以成为启发性的来源。各种此类声明已经公开发表，或直接面向战斗人员，或列出各种询问者（媒体、研究人员等）提出的问题。

2019年，阿伊酋发布了一份每周评论，确定了那些被其战斗人员视为合法目标的个人和团体：

阿伊酋始终努力只针对那些与入侵者或佣兵管理机构直接相关并且根据伊斯兰教法被视为敌人的目标：而社区设施、这些设施的工作人员、医疗中心、教育设施和国际慈善人道组织，都属于阿伊酋不仅不允许进行攻击，而且还协助其为社会提供服务的有益组织和人员。……总体而言，所有那些没有政治或军事关系且不危害社会的个人和组织都处于和平状态〔即受到保护〕。¹¹⁵

阿伊酋在探讨联阿援助团的一份平民伤亡报告时声称：

在联阿援助团的报告中，圣战者对主要〔阿富汗〕政权目标的攻击被标记为对平民的攻击，而且攻击次数被夸大了。例如，如果非执勤的军官和安保人员被圣战者攻击，这些被称为平民死亡……在联阿援助团的报告中，攻击参与折磨、骚扰、拘留圣战者，判处圣战者服刑甚至对其判处死刑的政府工作人员的行为，被标记为攻击平民。¹¹⁶

在声明中，阿伊酋承认了不应予以攻击的各类人群，例如，宗教学生、医务工作者、¹¹⁷普通村民。¹¹⁸它还解释说，它不会攻击非军事和手无寸铁的人员，而只针对“积极参与战斗或进行间谍活动的敌人”。¹¹⁹有助于完善阿伊酋所使用的平民概念形象的另一项声明是对2020年联阿援助团年度报告的回应，内容如下：“我们反对那些不以平民身份行事的人，他们持有武装或与武装人员同行。根据你们的定义，如果所提及的人——也就是你们所说的平民——是携带武装的，那么他们就不能被称为平民。”¹²⁰

谈到政府或亲政府部队，国防部行动局的行动计划官员接受了采访，并透露他们在计划袭击前几小时或几天进行了“附带损害估计”和“生活模式”分析，以明确该地区的平民相关情况。然而，动态目标选定会在一至两个小时的时间内进行，在此期间，必须实时对平民进行识别、情报审查和风险评估，这增加了出错的可能性。¹²¹

美国解释说，它将非国家有组织武装团体的“敌对意图”¹²²归咎于该团体的所有成员，无论他们是否正在履行作战职责。美国驻阿富汗部队认为，某些所谓的毒品加工实验室内的所有人员都可以根据其声称的成员身份成为可攻击的目标。¹²³根据美国的说法，¹²⁴表明某人是非国家有组织武装团体成员的迹象包括“遵循团体领导人发布的指示，〔并〕代表团体执行类似于在战斗、战斗支援或战斗服务支援角色中提供的任务”。¹²⁵

¹¹⁵ IEA, “Weekly Commentary: It Is Not the Policy of the IEA to Strike Civilian Targets”, 20 May 2019, available at: <https://web.archive.org/web/20190528143144/http://shahamat1.net/?p=158956>.

¹¹⁶ IEA, “Remarks by Spokesman of Islamic Emirate concerning Civilian Casualty Report by UNAMA”, 6 February 2017, available at: <https://activist1.blog/2017/02/08/remarks-by-spokesman-of-islamic-emirate-concerning-civilian-casualty-report-by-unama/>.

¹¹⁷ “Raid on Seminary and Airstrike on Clinic”, *Voice of Jihad*, 16 March 2021, available at: <https://piazzadcara.wordpress.com/2021/03/20/afghanistan-war-crime-updates-enemy-bombs-health-center-infaryab/>.

¹¹⁸ “Dead Consciences and Arghandab Tragedy”, *Voice of Jihad*, 14 December 2020, available at: <https://piazzadcara.wordpress.com/2020/12/17/afghanistan-hypocritical-silence-in-the-face-of-brutality/>.

¹¹⁹ IEA, “Remarks by the Spokesman of Islamic Emirate regarding Targeted Killings of Scholars, Journalists and Political Figures”, 7 January 2021, available at: https://twitter.com/Zabehulah_M33/status/1347023574423515137/photo/1.

¹²⁰ UNAMA, above note 1.

¹²¹ CIVIC, above note 92, p. 13.

¹²² 请注意，“敌对意图”不是国际人道法中的术语。有关此主题的更多信息，见 Erica Gaston, *When Looks Could Kill: Emerging State Practice on Self-Defense and Hostile Intent*, Global Public Policy Institute, June 2017.

¹²³ USFOR-A, “Response to United Nations Mission in Afghanistan’s (UNAMA) Objections to U.S. Strikes on Taliban Methamphetamine Laboratories”, prepared by the Office of the Staff Judge Advocate, 15 July 2019 (on file with UNAMA).

¹²⁴ 2019年8月5日联阿援助团与一名美国驻阿富汗部队法律顾问之间的电子邮件通信（由联阿援助团存档）。

¹²⁵ UNAMA, Afghanistan: Protection of Civilians Special Report: Airstrikes on Alleged Drug-Processing Facilities, October 2019, p. 15, available at: www.ohchr.org/Documents/Countries/AF/SpecialReportUSforAirstrikesBakwa.pdf.

阿富汗平民的经历

关于阿富汗平民遭受的伤害，已有大量报道。尽管对数据的看法与来源一样多，¹²⁶但人们普遍认为，平民因冲突而受到高度伤害。有趣的是，尽管有大量平民伤亡报告，但除了那些明确提及国际人道法的报告外，没有对如何定义平民的明示澄清。¹²⁷合理的假设是，澄清的缺失是由于对平民身份的可能推定。

联阿援助团可能是最广泛引用的平民伤亡人数来源。¹²⁸在其 2021 年第一季度报告中，联阿援助团发现“阿富汗冲突中对平民造成的巨大伤害（继续）有增无减，且联阿援助团还发现 2021 年前三个月的平民伤亡人数明显高于一年前”。¹²⁹联阿援助团将地面交战和非自杀式简易爆炸装置确定为造成平民伤害的主要原因，其次是复杂的袭击、定点清除、战争遗留爆炸物、空中作战、即决处决和炮击。

阿富汗冲突的受害者名单包括媒体成员、¹³⁰教育机构、¹³¹民间社会活动家、司法机构成员和文职政府管理人员。¹³²联合国安理会进一步强调了“医务人员和人道工作者，包括担任重要职务的妇女、保护和促进人权的人以及少数民族和宗教少数群体”。¹³³

联阿援助团在解释谁是平民时强调，它记录了

对日常活动不构成直接参与敌对行动的各类人的攻击，包括公务员和政府工作人员、教师、诊所工作人员、选举工作人员和其他参与提供公共服务的人员、政治人物和公职人员、非政府组织的雇员，以及不直接参与敌对行动和不参与平叛行动的民事警务人员。¹³⁴

一些袭击因其对看似平民/民用物体的人员或物体造成了影响而受到特别关注；没有人对这些攻击负责。其中一次是 2020 年 5 月 12 日无国界医生组织支持的喀布尔妇产诊所遇袭，¹³⁵这导致无国界医生停止对该诊所的支持。据报道，有 24 名妇女、儿童和婴儿在那次事件中丧生。¹³⁶另一场因其严峻的伤亡人数而备受关注的是 2021 年 5 月 8 日对一所小学的袭击。¹³⁷据报道，该袭击造成约 90 人伤亡，¹³⁸其中主要是儿童。

¹²⁶ 《纽约时报》每月发布“阿富汗战争伤亡报告”，见：www.nytimes.com/spotlight/afghan-war-casualty-reports。

¹²⁷ 例如，联阿援助团解释说，“国际人道法将‘平民’定义为不是军事或准军事部队成员或冲突一方有组织武装团体的战斗人员的人。平民在直接参与敌对行动时可能会失去免受攻击的保护。” UNAMA, “Frequently Asked Questions”, available at: <https://unama.unmissions.org/poc>.

¹²⁸ 然而，联阿援助团表示，它没有记录在死亡或受伤时正在直接参与敌对行动的平民的伤亡情况。

¹²⁹ UNAMA, “Need for Violence to End in Order to Stop Thousands of Afghan Civilians Being Killed and Injured in 2021 – UN Report”, 14 April 2021, available at: <https://unama.unmissions.org/need-violenceend-order-stop-thousands-afghan-civilians-being-killed-and-injured-2021-un-report>.

¹³⁰ Afghan Journalists Safety Committee, *Annual Report 2020*, Kabul, 2021, available at: <https://ajsc.af/211/ajsc-2020-annual-report>; UNAMA, “Joint Statement of Support for Afghan Journalists and Media”, 3

May 2021, available at: <https://unama.unmissions.org/joint-statement-support-afghan-journalists-and-media>.

¹³¹ UNAMA, *Afghanistan: Protection of Civilians in Armed Conflict: Annual Report 2019*, February 2020, p. 27, available at: https://unama.unmissions.org/sites/default/files/afghanistan_protection_of_civilians_annual_report_2019_-_22_february.pdf.

¹³² UNAMA, “Afghanistan: Protection of Civilians in Armed Conflict, First Quarter Update: 1 January to 31 March 2021”, April 2021, p. 3, available at:

https://unama.unmissions.org/sites/default/files/unama_protection_of_civilians_in_armed_conflict_1st_quarter_2021_2_0.pdf.

¹³³ UNAMA, “Security Council Press Statement on Targeted Attacks against Civilians in Afghanistan”, 12 March 2021, available at: <https://unama.unmissions.org/security-council-press-statement-targeted-attacks-against-civilians-afghanistan>.

¹³⁴ UNAMA, above note 127.

¹³⁵ MSF, “‘They Came to Kill the Mothers’ in Kabul Maternity Hospital Attack”, 14 May 2020, available at: www.msf.org/they-came-kill-mothers-kabul-maternity-hospital-attack.

¹³⁶ “MSF Afghan Maternity Ward to Close after Deadly Gun Attack”, BBC News, 16 June 2020, available at: www.bbc.com/news/world-asia-53059022.

¹³⁷ “Blast Kills Dozens Near School in Afghan Capital Kabul”, Al Jazeera, 8 May 2021 (updated 11 May 2021), available at: www.aljazeera.com/news/2021/5/8/blasts-kill-dozens-near-school-in-afghan-capital-kabul.

¹³⁸ “Bombing Outside Afghan School Kills at Least 90, with Girls as Targets”, New York Times, 8 May 2021 (updated 16 May 2021), available at: www.nytimes.com/2021/05/08/world/asia/bombing-school-afghanistan.html.

警察的情况仍然很复杂。警察一直被描述为平民。¹³⁹但与此同时，在许多统计和评估阿富汗生命损失的报告中，警察伤亡与“其他”平民伤亡是分开的。¹⁴⁰

根据修正主义的正义战争理论，¹⁴¹有时也可以说平民成为攻击的对象，是因为他们容易受到某种“道德”¹⁴²伤害。没有任何已知的声明表明这种做法体现出其他人认为平民拥有了战斗员身份。

毫无疑问，要确定一个人在袭击期间确切行为的所有事实是非常困难的。例如，该人在袭击时是否直接参与了敌对行动，他们是否被认为是针对合法军事目标进行攻击所造成的合法附带伤害的受害者，或者他们是否因其持续作战职责而成为有组织武装团体的成员。尽管如此，这里要指出的是，如果没有编入武装部队或并非武装团体的武装派别成员，则应推定为平民身份。但是，这并不排除解决这些人可能参与的（而且有时通过攻击希望解决的）各种其他形式的威胁或犯罪活动。

调和定义

如上文所解释的，平民伤亡人数历来表现出不同来源之间的差异。造成这种情况的主要原因之一是，记录阿富汗平民伤亡情况的机构¹⁴³使用“不同的方法来记录平民伤害情况，并对国际人道法下谁是平民的法律解释存在分歧”。¹⁴⁴

对阿富汗情况的分析以及交战各方就上述法律解释所表达的意见是有说服力的。如果要从所有不同的因素中得出一个结论，那就是：各方倾向于将那些不会以任何直接或间接方式支持、认可或参与敌方“战争努力”的人视为平民。当一人的行为被视为支持、认可或参与此种努力时，情况就开始变得更加复杂——本质上，这个人的行为被贴上了敌对的标签；在战斗各方的眼中，这改变了这个人的身份。

武装冲突各方的最终目标是战胜敌方的武装部队。因此，允许冲突各方攻击（或至少不被禁止攻击）彼此的军事目标或无权受到保护以免受直接攻击的个人。¹⁴⁵一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，与用于造成损害的实际敌对行动不同。¹⁴⁶

但是，如果允许造成伤害，那么一个人因支持战争努力而导致身份发生变化又有什么问题呢？国际人道法无法阻止战争——但其目的是限制破坏和痛苦。《〈第一附加议定书〉评注》中写明了贯穿国际人道法适用的观点：“毫无疑问，武装冲突会给平民居民带来危险，但应将这些危险降至最低。”¹⁴⁷该最低限度借助军事必要的概念加以确定。¹⁴⁸以死伤形式体现的平民伤亡长期以来一直被认为是造成苦难的主要原因之一。然后由此可推论，应将导致伤亡的做法减少到最低限度。众所周知，平民会因声称的军事必要性为借口而遭到袭击。¹⁴⁹

¹³⁹ A. De Lauri and A. Shurke, above note 74, p. 503.

¹⁴⁰ See, for example, the *New York Times* “Afghan War Casualty Reports”, above note 126.

¹⁴¹ 当代正义战争理论分为两大阵营：修正主义者和传统主义者。传统主义者寻求为一种接近现行国际法，特别是武装冲突法的理论提供道德基础；修正主义者则认为，国际法充其量只是一种实用主义的虚构——它缺乏更深层次的道德基础。哲学家塞思·拉扎尔（Seth Lazar）认为，“杀害平民通常涉及一种特别令人反感的有害代理模式——他们的痛苦被用作迫使他们的同胞和领导人结束战争的手段。相比之下，战斗员通常被杀害是为了避免他们自身所构成的威胁。” Seth Lazar, “Just War Theory: Revisionists Versus Traditionalists”, *Annual Review of Political Science*, Vol. 20, 2017, p. 51.

¹⁴² 基于宗教、文化或其他基础。

¹⁴³ 特别是北约坚定支持特派团、阿富汗独立人权委员会和联阿援助团。

¹⁴⁴ Sahr Muhammedally and Marc Garlasco, “Reduction of Civilian Harm in Afghanistan: A Way Forward”, *Just Security*, 25 February 2020, available at: www.justsecurity.org/68810/reduction-of-civilian-harm-in-afghanistan-a-way-forward/.

¹⁴⁵ 红十字国际委员会，前注 14，第 13 页。

¹⁴⁶ 《解释性指南》，前注 25，第 50 页。

¹⁴⁷ ICRC Commentary on the APs, above note 13, para. 1936.

¹⁴⁸ 军事必要性原则允许采取为实现合法军事目的而实际必要的，且国际人道法并未以其他方式禁止的措施。军事必要性的概念被理解为要求采取该措施主要是为了某种特定的军事目的，它与实现军事目的具有实质相关性，它是合理可用的措施中伤害最小的，并且它将造成的损害与其将取得的利益成比例。最后，采取措施的军事目的以及措施本身必须符合国际人道法。See Nobuo Hayashi, “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 28, No. 1, 2010, pp. 62–93, 120–121.

¹⁴⁹ Emily E. Camins, “The Past as Prologue: The Development of the ‘Direct Participation’ Exception to Civilian Immunity”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, 2008, p. 868.

国际人道法不区分“无辜”或“有罪”的平民，而是将其视作一个不同于战斗员/战斗人员的统一类别。如果一个人的行为不会使其成为（持续作战职责标准下的）战斗人员或直接参与敌对行动的平民，但此人又可能已犯下了适用规则下的罪行或以某种方式构成安全威胁，那么仍然有解决风险的其他适当的、非致命的方法。这可能包括拘留和赋予公正审判。¹⁵⁰

另一种选择是，出于某种抽象的军事目的让交战方根据行为来临时决定谁是目标，但这可能会导致危险的滑坡。¹⁵¹

可以在法律方面的基础上添加道德和人道论据：“正如人道法的传播有助于促进人道理想和各国之间的和平精神一样，忠实地实施这种法律有助于通过限制敌对行动的影响重建和平”。¹⁵²有人认为，国际人道法作为一个整体的限制性制度发挥作用，¹⁵³支撑观点包括“战争法不为国家赋予权利，而只是出于人类的利益对其行动加以限制”。¹⁵⁴

结论

2021年上半年，联合国声称阿富汗的平民伤亡人数达到了前所未有的高点。¹⁵⁵除其他原因外，这一令人担忧的记录可归咎于所谓的“战争迷雾”，有时还包括为获取预期的军事利益而无视国际人道法的行为。根据作者的经验，对阿富汗平民身份的看法往往是不稳定的，这是造成悲惨现实的因素之一。本文旨在引发对这一话题的反思，希望阿富汗冲突各方在确定平民身份时采取更多考虑国际人道法及其更人道解释的方法。

属于或不属于武装部队或有组织武装团体的事实会决定一个人的身份是战斗员还是平民。如有疑问，则个人将被推定为平民。如果他们的行为表现出敌意，则需要提出此人是否正在直接参与敌对行动的问题。如果是，则他们可能会受到攻击，但仍然是平民。

归根结底，国际人道法中的可攻击性并不是用来判断一个人是否以某种方式卷入了冲突。称某人为平民也并不会使他们成为100%中立、政治冷漠的实体。国际人道法中的可攻击性也不能确定个人是否根据国内法和国际法犯了罪，亦不能确定个人是否会构成某种形式的安全威胁。这些问题可以通过更人道且非致命的方式来处理，并且仍然可以达到目标。国际人道法中的身份和可攻击性只是为了让交战各方能够消除特定、具体和直接的军事威胁。最终，战争可以在几乎没有平民伤亡的情况下取得胜利。

¹⁵⁰ 已有人提出，国际人道法规定有义务在敌对行动中，尤其是在攻击人员时，应在可能的情况下，且危害最小的手段也能获得同样的军事利益时，使用此种危害最小的手段。See Ryan Goodman, “The Power to Kill or Capture Enemy Combatants”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 2013, quoted in Anne Quintin, *The Nature of International Humanitarian Law: A Permissive or Restrictive Regime?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 263.

¹⁵¹ 比索内特对武装团体就非国际性武装冲突中平民概念的看法进行了分析。她发现了四种不同的判定方法：具体行动法、成员资格法、享有非特权战斗员身份法，以及直接参加敌对行动法，且属时范围根据各武装团体的承诺和行动有所扩大。然而，她得出结论表示，所有方法都在实际用于武装冲突中的可行性以及冲突各方的接纳度上遭到质疑。C. Marquis Bissonnette, above note 10.

¹⁵² ICRC Commentary on the APs, above note 13, para. 20.

¹⁵³ A. Quintin, above note 150.

¹⁵⁴ Richard Baxter, “The Role of Law in Modern War”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 47, Cambridge University Press, Cambridge, 1953, referenced in A. Quintin, above note 150, p. 63, fn.18.

¹⁵⁵ UNAMA, “Civilian Casualties Set to Hit Unprecedented Highs in 2021, Unless Urgent Action to Stem Violence – UN Report”, 26 July 2021, available at: <https://unama.unmissions.org/civilian-casualties-sethit-unprecedented-highs-2021-unless-urgent-action-stem-violence-%E2%80%93-un-report>.