

尽管关于非法战斗员法律境遇的讨论，不是一个新的话题，然而，在美国领导的对阿富汗战争结束之后，在新近的出版物、声明、报告中它已经成为一个争论激烈的话题。本文并不想涉及这场武装冲突的细节，而只打算清楚明白地宣示国际人道法对“非法的/无特权的战斗员”的法律保护规则。<sup>1</sup>由于“这类人员不享有国际人道法下的任何保护”的断言日益频繁，本文将特别考虑这个问题，即：他们是否属于 1949 年《日内瓦第三公约》<sup>2</sup>或者《日内瓦第四公约》<sup>3</sup>范围之外的一类人员。在对这个问题进行审议的基础上，将分析对他们可适用的保护规则。而在回答所有这些问题之前，有必要对专业术语做一些解释。

### 专业术语

在国际武装冲突中，“战斗员”这个术语意味着可以直接参加战斗的权利。<sup>4</sup>根据美洲国家委员会的规定，“战斗员的特权……本质在于，其杀害或者伤害敌方战斗员、或毁坏敌方的其他军事目标，都是得到许可的。”<sup>5</sup>因此，（合法的）战斗员不会因为在军事行动期间的合法的战争行为而被起诉，即使这种行为在和平时期构成严重的罪行。他们只能因为违反国际人道法，尤其是犯下战争罪，而被起诉。当他们被俘获时，战斗员享有战俘的身份，受到《日内瓦第三公约》的保护。战斗员是合法的军事目标。一般而言，武装力量的成员（除了医护人员和牧师）是战斗员。享有战斗员/战俘身份的条件源自《日内瓦第三公约》的第 4 条和《日内瓦公约第一附加议定书》的第 43 和第 44 条，后两条是对《日内瓦第三公约》第 4 条的发展。<sup>6</sup>

一般而言，平民是指《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第（1）、（2）、（3）、（6）项和《日内瓦公约第一附加议定书》第 43 条提到的几类人之外的任何人（见《日内瓦公约第一附加议定书》，第 50 条）。根据规范敌对行为的法律，尤其是《日内瓦公约第一附加议定书》第 48 条以及其后面的条款规定，以及国际习惯法，针对军事行动引起的危险，平民有获得全面保护的资格；他们尤其不能成为攻击的目标。除非是在相对罕见的大规模被动员的情形下，否则，平民没有直接参加战斗的权利。但尽管如此，如果他们直接参加了战斗，他们仍然是平民，只是在这时候他们就成为合法的攻击目标。他们落入敌方手中时的法律境遇将是下面分析中的症结所在。

尽管“战斗员”、“战俘”、“平民”这些术语普遍地用于国际人道法有关条约的规定之中，但“非法的战斗员”、“无特权的战斗员/交战人员”等术语，却还没有出现。然而，至少自上世纪初以来，它们已经频繁地被用在法律著述、军事手册和判例法中。这些术语的内涵、以及它们与可适用的保护方式之间的因果关系，却并不总是非常清楚。

为了本文的目的，“非法的/无特权的战斗员/交战人员”术语被理解为：所有那些无权直接参加战斗但实际上又参加了战斗的人、以及所有那些不能享受战俘待遇但又被敌方人员抓获的人。这似乎是最普遍的共同理解。<sup>7</sup>比如，它包括直接参加战斗的平民，也包括没有加入正规武装力量、但属于冲突的某一方、并且不符合《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第（2）项条件的民兵和其他志愿军团的成员——包括有组织的抵抗运动成员的人。在本方中，为方便起见，统一地使用“非法的战斗员”这一术语。

\* 红十字国际委员会法律部法律顾问。本文仅反映作者个人的观点，并不代表红十字国际委员会组织的观点。

<sup>1</sup> 本文专门侧重于人权法的保护，而不是来自其他法律的保护。

<sup>2</sup> 《关于战俘待遇的第三公约》，日内瓦，1949 年 8 月 12 日。

<sup>3</sup> 《关于战时保护平民的第四公约》，日内瓦，1949 年 8 月 12 日。

<sup>4</sup> 见《1949 年 8 月 12 日日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受难者的 1977 年附加议定书》（即《第一附加议定书》），第 43 条第 2 段。

<sup>5</sup> 泛美人权委员会：《关于恐怖主义和人权的报告》，OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 2002 年 10 月 22 日，第 68 段。

<sup>6</sup> 《第一附加议定书》第 44 条为本议定书的缔约方设置了标准。它在国际习惯法下的地位有更多的争议。

<sup>7</sup> 例如见 G. 奥尔德利希 (G. Aldrich)：《塔利班、基地组织和非法的战斗员的确定》，载于《美国国际法杂志》，第 96 卷，2002 年，第 892 页；《关于恐怖主义和人权的报告》，前引书（注解 5），第 69 段。

如果一个直接参加战斗的人在战场上被俘获了，这个人到底是属于哪一类的人，可能不一定很清楚。在这类情形下，《日内瓦第三公约》第5条（《日内瓦公约第一附加议定书》，第45条）规定了一个特别程序，即：由“主管法院”来认定该被俘人员的地位。

“非法的战斗员”这个概念，只是适用于关于国际性的武装冲突的1949年《日内瓦公约》及该公约的《第一附加议定书》。适用于非国际性武装冲突的法律，还没有任何关于战斗员特权的规定（即：直接参加战斗的权利和合法的战斗行为不受惩罚等）。<sup>8</sup>没有积极、或没有直接参加战斗的人，以及那些已经停止积极/直接参加战斗的人，如果被俘获或拘留，就应受到国际人道法相应规则的保护（即四个《日内瓦公约》的共同第三条和《日内瓦公约第二附加议定书》，尤其是第4条到第6条）的保护，他们还应受到相应的国际习惯法的保护。<sup>9</sup>

不管这些人员以什么方式参加战斗（例如，依照或者不依照国际人道法规定；依照或者不依照国内法规定等等），给予他们保护的规则都适用。至于这些人员是否属于武装叛乱团体的成员、属于一国武装力量的成员、或是（暂时）直接/积极参加战斗的平民，都无关紧要。

### 《日内瓦第四公约》之下的非法的战斗员的法律保护

鉴于上面部分所界定的非法的战斗员并不符合战俘所需要的条件，从而他们不受《日内瓦第三公约》的保护，本文将首先考察非法战斗员是否也属于《日内瓦第四公约》适用的范围。接着考虑当他们落入敌方手中时他们享有什么特殊保护。最后，将简要地讨论一下战斗行为所涉及的法律规定。

根据国际条约法中关于解释条约的规定，焦点将放在“依条约用语按上下文并参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义”。<sup>10</sup>条约起草谈判过程的纪录和法律著述，也将被作为解释条约的参考资料。

《日内瓦第四公约》第4条规定的该公约适用的人员范围

在下列的条款中详细说明了《日内瓦第四公约》适用的人员范围。第4条第1款明确规定：

“在冲突或占领的场合，于一定期间及不论以何种方式，处于非其本国的冲突一方或占领国手中的人，即为受本公约保护的人。”

这个定义似乎包括所有的人。根据这一规定，任何人只要发现他（她）处于冲突一方或占领国手中就可以获得保护。只有该冲突方或占领国自己的国民被排除在外。<sup>11</sup>该段宽泛的措词，如果仅仅从这一规定来看，就不仅包括平民，甚至还包括武装力量的成员。<sup>12</sup>

然而，该段的适用范围被明确的例外规定所缩小。下列人员被第4条接下来的段落排除在外：

根据第4条第2款的规定：

<sup>8</sup>同样见《关于恐怖主义和人权的报告》，前引书（注解5），第70段。

<sup>9</sup>这可以从以下摘录中明显地看出来（重点标示）：

《日内瓦四公约》共同第三条：“（1）不实际参加战斗的人员，包括放下武器的武装部队成员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力的人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而加以任何不利区别。”

《第二附加议定书》第2条：“1. 本议定书应适用于受第一条规定的武装冲突影响的一切人，而不应以种族、肤色、性别、语文、宗教或信仰、政治或其他意见、民族或社会出身、财富、出生或其他身分或任何其他类似标准为依据加以任何不利区别（以下简称“不利区别”）。

2. 在武装冲突结束时，基于有关该冲突的原因而被剥夺自由或限制自由的一切人，以及在该冲突后基于同样原因而被剥夺自由或限制自由的一切人，均应享受第5条和第6条的保护，直至对自由的剥夺或限制终止为止。”

《第二附加议定书》第4条第1段：“一切未直接参加或已停止参加战斗的人（……）”

《第二附加议定书》第5条第1段：“对于基于有关武装冲突的原因而被剥夺自由的人，不论是被拘禁或被拘留，至少应尊重下列的规定”

《第二附加议定书》第6条第1段：“本条适用于对有关武装冲突的刑事罪行的追诉和惩罚。”

<sup>10</sup>《维也纳条约法公约》第31条。

<sup>11</sup>然而，第二部的规定，正如第13条界定的，在适用时更宽泛。

<sup>12</sup>J.皮克泰（编辑）J. Pictet (ed.), 《注释：关于战时保护平民的日内瓦第四公约》，红十字国际委员会，日内瓦，1958，（以下简称《第四公约注释》，第46页。

- “不受本公约拘束的国家的国民”不受保护（这只是一个纯粹从理论角度施加的限制，因为，世界上的国家都已普遍加入 1949 年《日内瓦公约》）；
- “在交战国领土内的中立国国民以及共同作战国国民，在其本国有通常外交使节驻在控制其的国家时”不受保护。

对于后一个例外，措词不是非常的清晰。红十字国际委员会根据为约起草谈判过程整理了一份纪录。如果从该记录所确认的对日内瓦第四公约第 4 条的注释来看，有必要作出下列的区分：

在交战国领土上的中立国或共同作战国国民，只要该中立国或共同作战国有通常外交使节驻在该交战国领土内，就被排除在保护之外。在被占领领土内的共同作战国的国民，只要该共同作战国有通常意义上的外交使节驻在占领国，就被排除在外。然而，在这种情形下，中立国国民是受保护的人员，《日内瓦第四公约》对他们适用。因为《日内瓦第四公约》在这种情形下的适用，不取决于外交使节的存在与否。<sup>13</sup>

根据《日内瓦第四公约》第 4 条第 4 段，该公约不保护已经受《日内瓦第一公约》、《第二公约》和《第三公约》保护的人。

《日内瓦公约》的原文解释只能推导出这个结论，即：所有不受日内瓦第一到第三公约保护的人，其中包括不遵守赋予他们战俘资格/待遇的条件的人，都受《日内瓦第四公约》保护，只要他们不是：

- 本公约非缔约国的国民；
- 属于冲突方或占领国手中的该冲突方、或占领国自己的国民；或者
- 存在通常意义上外交使节情况下的中立国国民（只当他们在交战国领土内时）或者共同作战国国民（详见前引红十字国际委员会注释）。

非法参加战斗事实本身，并不能用来排除《日内瓦第四公约》适用的评判标准。相反，允许在严格条件下对《日内瓦第四公约》的保护、做出某些减损的该公约第 5 条，对作为间谍或破坏分子，和因确有嫌疑或实际参加了危害冲突一方/占领国安全的活动而被拘留者使用了“受保护的人员”这一术语。“危害冲突一方/占领国的活动”和“破坏分子”这两个概念<sup>14</sup>，无疑包含了直接参加（没有得到授权）战斗的情形。因此，本文所要谈的情况，尤其是针对那些不符合日内瓦第一到第三公约的标准、却又直接参加了战斗的人员，换句话说，就是被称为“非法的战斗员”的人。<sup>15</sup>

对“非法的战斗员”适用《日内瓦第四公约》的进一步论据，可以从《日内瓦公约第一附加议定书》第 45 条第 3 段的规定中得出。该条规定如下：

“参加战斗而无权享有战俘身份、而且不能按照《第四公约》获得更优惠待遇的任何人，无论何时，均应有权受本议定书第 75 条的保护。在被占领领土内，任何这类人，除被认为间谍外，尽管有《第四公约》第 5 条的规定，也应享有该公约规定的通讯的权利。”

《第一附加议定书》的这条规定，由于得到一致同意而被采用，<sup>16</sup>它默认了我们对《日内瓦第四公约》的解释，即：如果“非法的战斗员”满足上面提到的国籍标准，他们就受《日内瓦第四公约》保护。按照《第一附加议定书》第 45 条第 3 段的规定，“参加战斗而无权享有战俘身份、而且不能按照《第四公约》获得更优惠待遇的任何人，无论何时，均应有权受本议定书第 75 条的保护”，它承认《日内瓦第四公约》事实上适用于某类非法的战斗员——否则“不能按照《第四公约》获得更优惠待遇”的明确表述，就没有意义了。这段的第 2 句，即（“在

<sup>13</sup> 《第四公约注释》，前引书（注解 12），第 46 页。关于公约草案的注释，见《1949 年外交大会的最后谈判纪录》（以下简称《最后谈判纪录》），第 2 卷 A，第 814 页。又见瑞士大会报告起草人在外交大会上的解释，他肯定了该解释，《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 793 页。又见美国的陈述，同前，第 794 页。

<sup>14</sup> 见 E. 罗森伯拉德 (E. Rosenblad)，《游击战和国际法》。Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, 1973, 第 110 页起。罗森伯拉德进一步说道：“破坏分子，他们是（原文如此）非法的战斗员，一方面根据保护平民公约受到惩罚。假定他是‘受保护的人员’（第 4 条），他就必须无条件地‘受到人道待遇’（第 5 条第 3 段）。然而，被保护人可以被置于指定居所或加以拘禁，如果‘迫切的安全理由’使这成为必要（第 78 条）。此外，占领国在特定情形下可以未经审判而拘留破坏分子（第 5 条第 2 段），以及在追诉时对其判处死刑（第 68 条第 2 段）。”

<sup>15</sup> 见 F. 卡尔斯霍芬 (F. Kalshoven)，《战争法下游击队战士的地位》。Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, 1972, 第 72 页，他将游击队战士界定为（直接参加战斗）而不被视为战俘的人员，同前，第 65、69 页。

<sup>16</sup> CDDH/SR.41, O.R. 第 6 卷，第 155 页。

被占领领土内，任何这类人，除被认为间谍外，尽管有《第四公约》第 5 条的规定，也应享有该公约规定的通讯的权利”，则默认了在被占领领土内的非法的战斗员（即在被占领领土内直接参加战斗而无权享有战俘身份的受保护的人员），尤其受《日内瓦第四公约》的保护。如果在被占领领土内的非法的战斗员不受《日内瓦第四公约》的保护，就没有理由限制该公约第 5 条的范围。<sup>17</sup>

在军事手册中也能找到支持我们这一解释的论点。例如《美国作战手册》(FM 27-10)，《陆战规则》，1956，第 31 页，第 98 页起，关于本规定的修订如下（重点标示）：

“72. 被占领区域内的特定人员

在被占领区域内不属于（《日内瓦第三公约》）第 4 条列出的几类的人员，当他们从事了危害占领国或损害占领国安全的行为时，他们受一项特殊制度的保护（参见《日内瓦第四公约》第三部第三编的规定）……

73. 从事危害行为而无权享有战俘待遇的人员

如果一个人被有权管辖法院认定为符合（《日内瓦第三公约》）第 5 条而不属于（《日内瓦第三公约》）第 4 条所列的任何一类，他就无权享有战俘待遇。但是，他是（《日内瓦第四公约》）第 4 条含义下的“受保护的人员”。……

247. 受保护人员的定义

（引用《日内瓦第四公约》第 4 条）

解释。按照第 248 段列出的条件，受（《日内瓦第四公约》）保护的人员也包括从事敌对或交战行为、但是无权享有战俘待遇的所有人。

248. 减损

a. 本国和被占领领土

（参见《日内瓦第四公约》第 5 条）

b. 其他区域。冲突一方深信在上述 a 中提及之外的领土内，个别被保护人确有危害该国安全的活动的嫌疑，或从事该项活动，而（《日内瓦第四公约》）的各项权利与特权若为该个人行使将损害该国安全时，同样地，该个人即不得享有此等权利与特权。”

另见《大不列颠及北爱尔兰联合王国手册第三部——陆战法》，1957 年，第 96 卷：

“如果正规战斗员未能符合（《日内瓦第三公约》第 4 条）的四种情形，他们在某些情况下可以成为非法的交战个人。这意味着当他们被俘获时，他们无权享有战俘身份。因此武装部队的正规战斗员如果作为间谍被抓获，将无权享有战俘待遇。但至少他们有权享有《关于战时保护平民的日内瓦公约》第 5 条赋予平民间谍、或破坏分子的有限的特权。（……）武装部队的战斗员在敌方领土内穿着平民衣服、却从事破坏活动时，可以类比间谍的身份。”

## 条约起草谈判过程的纪录

“非法的战斗员”是为了本文的目的而界定的一个词，但负责日内瓦第三和第四公约的两个委员会，在谈判过程中曾提及具有非法战斗员资格的人员这个问题。虽然有合理的理由相信“非法战斗员”符合《日内瓦第四公约》第 4 条的“国籍标准”，因此受《日内瓦第四公约》保护（这种保护也有减损的限制），但根据最终谈判的纪录，在这个问题上要达成一个确定的结论显得比较困难。达成一个确定结论的难点在于以下原因：首先，记录下来的陈述几乎不能被认为是有代表性的，因为它们仅反映了一些代表团的观点；其次，它们是在不同的委员会和谈判的不同阶段做出的；特别是，关于《日内瓦第三公约》的一些陈述是在《日内瓦第四公约》第 5 条还没被提议时做出的。第三，通常不使用“非法的战斗员”/“无特权的交战人员”这些术语；而以违反战争法的人员、破坏分子和间谍的提法取代了。讨论《日内瓦第三公约》时、第二委员会的根本观点主要是，“非法的战斗员”不应享有与战俘同样的保护，也不

<sup>17</sup> 在这点上，见 M. 博特 (M. Bothe), K. 帕区 (K. Partsch) 和 W. 索福 (W. Solf): 《武装冲突受难者的新规则：关于 1949 年〈日内瓦公约〉的两个 1977 年〈附加议定书〉的注释》，马蒂努斯·奈霍夫出版社 (Martinus Nijhoff)，海牙，1982 年，第 261 页起。

享有给予“爱好和平的”平民的所有保护，<sup>18</sup>但他们应享有人道的待遇，不能被草率地处死。<sup>19</sup>

被国际红十字大会斯德哥尔摩会议认可并提交 1949 年外交会议的第三公约的草案，在第 3 条中在界定“战俘”方面用了下面一段措词：

“同样，本公约将为任何其他因武装冲突而被俘获、或拘留人员、以及任何其他公约没有明确提供保护的人员，提供最低标准的保护。”

红十字国际委员会威廉先生对该段的解释如下：

“红十字国际委员会还不能确定它希望保护哪类人员。本会议忙于制定一个保护武装部队成员和同类人员（例如有组织抵抗运动的成员）的公约，以及另一个保护平民的公约。尽管这两个保护性公约似乎概括了所有相关类别的人员，但非正规的交战人员事实上没有受到保护。是否给予不遵守战争法规和习惯的人员以保护，这是一个未解决的问题；但是由于可能出现应当重视的情况，似乎有必要规定一个与 1907 年《海牙公约》类似的保护的普通条款，这点苏联代表已经提到。然而，把这一想法规定在某一个条款中似乎显得急躁了些，因为清楚地界定所有应当受保护的人员的类别，是本（第三）公约的主要目的。”<sup>20</sup>

这段陈述，主要有以下三个基本要点：

第一，威廉先生认为斯德哥尔摩日内瓦第三和第四公约的草案，没有保护非正规的交战人员或者“不遵守战争法规和习惯的人员”。这个论点是非常令人惊讶的，因为《日内瓦第四公约》适用的人员范围界定得很广，<sup>21</sup>除非他认为这些人员可以被适用的人员范围所包括、但是实质一的规定没有真正地给予他们以保护（如果他把自己的陈述限于战场上的非法的战斗员，现今这些人员在巴克斯特、德雷珀和卡尔斯霍芬（Kalshoven）等人的法律著作中是受保护的）。

第二，他认为，从“马顿斯条款”原则出发，有必要给予这些人员以最低程度的保护。

第三，这种保护不能在一个涉及战俘的公约中，得到清楚的说明。

丹麦代表做出回应，指出：“给予该段中提到的人员与战俘同样的权利和特权，不是一个问题，它只是提供‘最低程度的保护’，‘以防止这些人遭到非人道待遇或被草率枪决’。”<sup>22</sup>

其他代表不反对提供最低程度的保护，但是在是否要将这样一个保护条款引进《日内瓦第三公约》这点上，不能达成一致。因此，被提议的草案第 3 条第 3 款（《日内瓦第三公约》，第 4 条）没有被采纳。<sup>23</sup>相反，会议基本上一致同意《日内瓦第三公约》第 5 条的基本内容，（即：对“抵抗敌军的人员”先作为“战俘”来保护，直到主管法院确认其身份的时候为止）。后面提议的第二部分，即：“即使在上述当局不允许这些人员从本公约获利的情况下，他们仍然受来自文明国家的普遍的惯例、人权和公众良心的保护和规范”，同样没有被采纳。<sup>24</sup>最后，丹麦代表仅仅要求下引的内容，来作为证明他关于第 3 条解释的观点并没有遭到反对的

<sup>18</sup> 例如霍奇森上校（澳大利亚）认为：“他的观点是，与特定人例如间谍、破坏分子、第五纵队队员以及叛国者相关的国家权力被界定得不够详细。（……）规定《第三公约》保护的例外是可取的。”，第三委员会（平民）第二次会议，1949 年 4 月 26 日，见《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 622 页。

<sup>19</sup> 威廉（红十字国际委员会），科恩 Cohn（丹麦），见《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 433 页；佩奇旅长（英国）：“保护平民公约整体上是战时平民受难者的保护，不是对非法的武器运送者的保护，他们不能指望根据他们不遵守的战争规则得到充分的保护。毫无疑问应该给予这些人员一定标准的待遇，但他们不应享有保护平民公约的所有利益。（……）总之，英国代表团认为（……）违反了那些规则的平民不应再享有为守法的平民规定的待遇。不过，英国代表团不反对任何保证这些平民得到人道待遇的合理提议。”，第三委员会（平民）第二次会议，1949 年 4 月 26 日，见《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 621 页；狄龙将军（美国）：“无疑地，第 3 条中未列举的人员（《日内瓦第三公约》第 4 条）没有被剥夺所有的权利”。见《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 409 页。

<sup>20</sup> 《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 433 页。

<sup>21</sup> “在冲突或占领的场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国的一国手中的人，即为受本公约保护的人；（……）像战俘、病人和伤员、医护人员这些人，他们受其他国际公约的保护，同时也受本公约的保护。”《保护战争受难者公约的新修正草案》，第 3 条，正文经第十七次红十字国际委员会修正和认可，日内瓦，1948 年，第 114 到 115 页。

<sup>22</sup> 《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 433 页。

<sup>23</sup> 《最后谈判纪录》，第 2 卷 A，第 480 页。

<sup>24</sup> 《最后谈判纪录》，第 3 卷，第 63 页。

会议纪录。<sup>25</sup>委员会的讨论被总结在提交给全体大会的报告中，其措词如下：

“某些代表团希望扩大公约的范围，来保护其他类的人。他们特别考虑了遭受袭击时拿起武器、来保卫自己和亲朋生命、健康、自己的生计、从而违反了战争法规和条件的平民；他们希望，应确保落入敌方手中的这些平民不被草率审判后枪决，应当根据规定或者至少根据公约的人道原则来对待。这个问题众多可能的解决方案都被仔细地考虑过了，但是最后委员会的大多数得出这个结论：要避免按照提议的方案进行、而又不会产生间接弱化第 3 条（《日内瓦第三公约》第 4 条）规定的各类人员的保护的的风险，是很难的。一个代表团特别指出，接受提议的扩大，等于否决了为《海牙公约》所普遍接受、并为战俘公约认可的原则。按照这个代表团的观点，从本质上讲，战争、即便是不法战争，都应当由这些原则来规范。然而，另一个代表团则要求，摘要纪录应提到在专门委员会讨论中没有对他的观点提出异议这一点，他的观点是：第 3 条不应当解释为剥夺第 3 条规定保护之外的人员的人权、或他们对不法行为的自卫权。”<sup>26</sup>

在全体会议对《日内瓦第三公约》第 5 条（在不确定的情况下由有权管辖法院决定）的讨论过程中，不符合战俘条件、却又参加战斗人员（即非法的战斗员）的问题又被提了出来。姆敦（Mouton）上尉（荷兰）主张由“法院”作出决定、而不是由“主管当局”来作出决定，他声称后一种方式意味着“在实践中（……）负责的军事指挥官……决定落入他手中的人是否属于（《日内瓦第三公约》）第 3 条的适用范围。（……）这意味着如果他决定该人不属于第 3 条，该人将被认为是非正规的狙击队员、而被当场背壁枪决。”莫罗索夫（Morosov）先生做出回应指出：“哪里规定不受第 3 条保护的任何人就应被枪决？我不知道有这样内容的任何法律，我也不知道谁会希望设计出这样一个条款。……如果一个人根据第 3 条的条款不被承认为战俘，他就将是平民，将享受《关于战时保护平民的日内瓦公约》给予的全部保护。”荷兰代表不同意该观点，说道：“不属于第 3 条规定范围的人员自动受其他公约的保护，无疑是不正确的。例如，《关于战时保护平民的日内瓦公约》只涉及确定情形下的平民，例如在被占领国家内的平民或者居住在交战国内的平民，但是它肯定不保护在战场上拿起武器反抗敌对方的平民。这些人员，如果他们不属于第 3 条、且又落入敌对方的手中，可以被枪决（……）。”<sup>27</sup>

总之，在《日内瓦第三公约》的讨论中，一种被记录下来的观点，即（俄罗斯代表团）的观点，是当《日内瓦第三公约》第 4 条的条件不满足时，《日内瓦第四公约》就自动地予以适用。丹麦代表团的努力，则聚焦在对反抗侵略者实施自卫又不满足大规模征兵条件的平民确保得到最低的保护。荷兰代表团反对俄罗斯关于“在战场上拿起武器反抗敌对方的平民的观点”。不过，他们的观点可以被认为，是暗示：在被占领领土内或在敌方领土内拿起武器反抗敌军的平民，也受《日内瓦第四公约》的保护。

与《日内瓦第四公约》有关的讨论，应当被认为是不赞同这个背景的。《日内瓦第四公约》的起草历史，似乎支持“非法的战斗员”满足它的第 4 条国籍标准、就受保护的观点，但是这种保护是可以受到减损的。一些代表团认为，《日内瓦第四公约》不应该保护那些违反战争法规的人员、破坏分子和间谍（这些人应当是非法的战斗员<sup>28</sup>——尽管在最终谈判纪录中从未使用这一术语）。<sup>29</sup>而其他代表团对此表示不同意。<sup>30</sup>正如澳大利亚代表所说，“在讨论中两

<sup>25</sup> 《最后谈判纪录》，第 2 卷A，第 481 页。

<sup>26</sup> 《最后谈判纪录》，第 2 卷A，第 562 页。对全体大会报告的最后两句涉及的不同问题，却混在一起，这在全体大会中引起了争议。见《最后谈判纪录》，第 2 卷B，第 268 页。

<sup>27</sup> 《最后谈判纪录》，第 2 卷B，第 271 页起。

<sup>28</sup> “破坏”这一术语在军事中表示意在损害或毁坏敌方基础设施、“通讯线路”和“军事装置”的行为（《日内瓦第四公约》，第 64 和 68 条）。见罗森伯拉德（Rosenblad），前引书（注解 14），第 109 页。

<sup>29</sup> 《第四公约注释》，前引书（注解 12），第 52 页（“一些人认为《第四公约》应该没有例外地适用于它提到的所有人，而另一些人认为犯有违反战争法的罪行的人显然没有权利主张本公约的利益。然而，这些分歧的意见（在初步讨论中）没有被表达出来，直到斯德哥尔摩大会才产生该问题。它在那时产生是因为该大会通过了一个被保护人员的定义，该定义包括了那些实施了敌对行为的非正规武装部队的成员”）。

<sup>30</sup> 卡斯特伯格（Castberg）先生（挪威）：“破坏分子不能当然地主张战俘公约的保护；尽管如此，他们应当被保护以免受到刑事虐待和酷刑。”索德伯姆（Soderbolm）先生（瑞典）和达尔（Dahl）先生（丹麦）支持这一观点。迪·帕基耶（Du Pasquier）上校（瑞士）有些不明确地说道“关于那些违反了战争法的人员的法律地位，公约并不当然包括罪犯或者破坏分子。此外，第 55 条（《日内瓦第四公约》第 64 条）及其以下条款确立了占领国有权拟订



种观点的学派，变得很明显——持一种观点的代表团希望达成一个广泛的和‘弹性的’公约，而持另一种观点的代表团想要达成一个受限制的公约。”<sup>31</sup>为了克服相互分歧的观点，作为妥协，委员会采纳了草案第3条第1款（这款成为《日内瓦第四公约》第5条）。这条规定将违反战争法规的人员、破坏分子和间谍，视为“受保护的人员”，但是允许国家在特定情况下、剥夺这些人员受到的《日内瓦第四公约》提供的某些保护。<sup>32</sup>这个妥协方案最终被外交会议以压倒性的多数所采纳。<sup>33</sup>

如果英国代表<sup>34</sup>所表述的对《日内瓦第四公约》第4条<sup>35</sup>的解释是正确的（即：“在当前的状态下，第3条意味着无权享有战俘公约保护的人员将受到战时保护平民公约完全同样的保护，所以所有参加战斗的人员无论是否遵守战争法规都受到保护”），而草案原文没有被根本改动，因此就有充分理由相信：代表团最后承认《日内瓦第四公约》适用于非法的战斗员，前提是他们满足了公约第4条所列出的条件。对这些人员给予稍微降低的保护的目标是通过它的第5条实现的，这条是在较迟的阶段插入的，它允许对经常被作为非法战斗员而提到的这类人员的保护做出减损。简而言之，《日内瓦第四公约》的起草历史——尤其是上面所援引的英国的陈述——证明它保护非法的战斗员、和这种保护的力度受它的第5条描述的限制的结论，是正当的。起草的历史总体上，即《日内瓦第三公约》和《第四公约》的讨论，表明不满足战俘资格的条件、但又参加了战斗的人员问题，在当时就有争议。没有迹象显示——与被采纳的它的第4条措词相反——存在《日内瓦第四公约》不应该保护“非法的战斗员”的普遍协议。尽管有明显的踟躇不定，外交会议最终接受了它广泛的适用的主体范围。它的代价就是插入第5条的规定。

## 法律著述

在法律著述中，关于《日内瓦第四公约》对非法的战斗员的适用性有不同的论点。许多作者明显地持有与我们相同的观点，即：《日内瓦第四公约》也保护非法的战斗员，只要他们满足了关于国籍的标准。<sup>36</sup>巴克斯特的观点，是要明显限制将《日内瓦第四公约》适用于被占领

---

刑事规则来保护其军队的原则。另一方面，第29条（《日内瓦第四公约》第31/32条）及其以下条款对这类刑事立法设定了限制，尤其禁止酷刑和作为人质。”他赞同红十字国际委员会草拟的第3条的修正形式（该条本欲保护非法的战斗员！所以，意大利代表马若斯加（Maresca）先生在表示赞同红十字国际委员会的提议时，建议增加一条规定被保护人负有不违反战争规则的义务）。斯克皮斯（Schepers）将军（荷兰）同意斯堪的纳维亚代表的意见。第三委员会（平民）第二次会议，1949年4月26日，《最后谈判纪录》，第2卷A，第621页起。

<sup>31</sup> 《最后谈判纪录》，第2卷A，第622页。

<sup>32</sup> 见《最后谈判纪录》，第2卷A，第796页；《关于公约草案的注释》，同前，第814页：“现代战争不仅发生在战场上；它也渗透到交战国的国内活动；敌方秘密的代理人刺入军事武器的内部运作，或是侦察，或是损害它的机械装置。（……）因此很多代表团担心间谍、破坏分子或其他对本国有危险的人员可能根据公约提供的保护滥用他们的权利。这些代表团认为防止公约的提供保护偏袒秘密的行为是他们的义务。因此，这样一种意见产生了：对于对一国安全构成秘密威胁的人员，其享有的公约利益应当限制在一定的范围内。由于很难追捕到这些秘密的行为，就允许国家根据公约无拘束地采取防卫措施，而不强加任何义务，除了保证人道的和合法的待遇的义务。正是出于这些考虑导致了第3条第1款的产生（《日内瓦第四公约》第5条）（……）。”

<sup>33</sup> 《最后谈判纪录》，第2卷B，第377、384页：31票赞成，9票弃权（《日内瓦第四公约》第4条）；25票赞成，9票反对，6票弃权（《日内瓦第四公约》第5条）。

<sup>34</sup> 佩奇旅长（英国），第三委员会（平民）第二次会议，1949年4月26日，《最后谈判纪录》，第2卷A，第621页。

<sup>35</sup> “在冲突或占领的场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国的一国手中的人，即为受本公约保护的人；（……）然而，正如第2条所述，第二部的规定在适用上更加宽泛。像战俘、病人和伤员、医护人员这些人，他们受其他国际公约的保护，同时也受本公约的保护。”《保护战争受难者公约的新修正草案》，第3条，正文经第十七次红十字国际委员会修正和认可，日内瓦，1948，第114到115页。

<sup>36</sup> 参见K.伊珀森，D.福莱克（K. Ipsen, in D. Fleck）（编辑）：《武装冲突人道法手册》，牛津大学出版社，1995，第301页；H. 麦克库布雷（H. McCoubrey）：《国际人道法：作战限制的新发展》，达特茅斯，艾尔德少特（Aldershot），第2版，1998，第137页；E. 大卫：《武装冲突法的基本原则》（Principes de droit des conflits armés），布鲁伦特（Bruylant），布鲁塞尔，第2版，1999，第397页起；博特、帕区与索福：前引书（注解17），第261页起；奥尔德利希：前引书（注解7），第893页，脚注12；G.I.A.D.德雷珀：《战斗员的地位和游击战的问题》，《不列颠国际法年鉴》，1971，第197页（认可了在《日内瓦第四公约》第5条的限度内，《日内瓦第四公约》对不符合《日内瓦第三公约》第4条条件但在敌方领土内或被占领领土内参加了战斗的人员的适用性）；罗森伯拉

领土内从事活动的非法的战斗员。<sup>37</sup>然而，他对在交战方领土内（第三部，第一编）和敌方领土内（第三部，第二编）从事活动的非法的战斗员不给予保护的论据，并不是前后一致，但受保护人员的定义应该是一样的。尽管《日内瓦第四公约》里面已有明确的规定，但一些法律学家似乎根本就不认可《日内瓦第四公约》对非法战斗员的适用性。<sup>38</sup>但他们也没有对他们的立场，能有一个比较说得通的法律推理，仅仅声称《日内瓦第四公约》不保护非法的战斗员；也没有任何对第4条规定所作的分析。这些著作提到了判例法（特别是单方面作出的规则<sup>39</sup>），然而，这些判例法在时间上要早于《日内瓦第四公约》。考虑到这个问题在《日内瓦第四公约》制订以前，还没有一个国际人道法的法律文件曾明确订立有这样的规定，这种说法就有些站不住脚。更多近来的判例法，则恰恰采纳了与其不同的观点。在“德拉力奇（Delalic）案”中，前南国际刑事法庭认为：

“271. (……) 如果一个人无权作为战俘享有《第三公约》的保护（或第一、第二公约），但倘若第4条的必要条件都满足，他或她就必然地属于《第四公约》的适用范围之内。”<sup>40</sup>

1949年《日内瓦第四公约》，是在知道存在有一些和非法的战斗员相关联问题的背景下、制定通过的（见外交会议中的讨论）。因此，在我们看来，与第4条相当措词广泛正相反的、所谓“非法的战斗员一律被排除在《日内瓦第四公约》的适用范围之外”的论点，是几乎站不住脚的。认为并存的国际习惯法其中也包括对非法的战斗员的保护、并将制定一种特别法的观点，也同样站不住脚（前引的《美国军事手册》就与这样一个国际习惯法规则相反！）。关于这一点，还应当注意到：《第一附加议定书》的起草者已认为，《日内瓦第四公约》的适用范围应至少包括某些类型的非法战斗员。

### 《日内瓦第四公约》对非法战斗员的实质的保护

关于受保护人员的待遇问题，《日内瓦第四公约》根据他们处于冲突另一方/占领国手中时的情形提供了不同标准的保护。该公约的第三部分，就详细说明了《日内瓦第四公约》第4条含义内的受保护人员的具体的保护范围。它的第一章包含了对冲突方领土和被占领领土的共同规定。它们包括：

人道待遇的规则；对妇女的特殊保护；非歧视性；禁止把受保护人员作为人盾来使用；禁止强迫、体刑、酷刑等等；个人责任；以及禁止集体惩罚、掠夺、报复和作为人质。

紧随这编的是关于在冲突一方领土内的外国人的待遇的明确规定（第二章），它和其他事项一起提到了：

离境的权利；人员在禁闭期间的待遇；获得个人/集体救济物品，医疗照顾和举行宗教仪式的权利；就业；管制措施，即指定居所或拘禁，和采取管制之后的程序；移送到另一个国家。

---

德，前引书（注解14），第98页（认可了在《日内瓦第四公约》第5条的限度内，《日内瓦第四公约》对不符合《日内瓦第三公约》第4条条件的有组织反抗运动成员的适用性）；卡尔斯霍芬：前面引用的书（注解15），第71页（认可了《日内瓦第四公约》对不符合《日内瓦第三公约》第4条条件但在敌方领土内或被占领领土内参加了战斗的人员的适用性）。对于在非敌方领土内和非被占领领土内的战斗，“落入敌方手中的游击队战士不享有扩展到在被占领领土内受保护人的全面保护。然而，他并非完全不受保护。同时，第3条中详细说明的非国际武装冲突原则提供了最低的保护标准，交战国不能在最低保护标准之下行事（below which belligerents may not go in other situations）要么（……）我的意见是，赞同该文的最有力的论点只能基于他们的外国籍，且他们效忠于被扣留一方的相对方。”

<sup>37</sup> R.R.巴克斯特 (R.R. Baxter): 《所谓的“无特权的交战状态”：间谍，游击队员和破坏分子》，《不列颠国际法年鉴》，1951，第328页起，第343页起；R.R.巴克斯特：《战斗员的义务和战斗的行为（海牙规则）》；亨利·杜南研究所（Henry Dunant Institute）和联合国教科文组织（版）：《人道法的国际尺度》，马蒂努斯·奈霍夫出版社（Martinus Nijhoff），海牙，1988，第105页起。

<sup>38</sup> 例如I.德特尔 (I. Detter): 《战争法》，剑桥大学出版社，2000年，第136页；R.K.格德曼 (R.K. Goldmann) 和B.D.提特摩尔 (B.D. Tittermore): 《无特权的战斗员和阿富汗战争：他们在国际人道法和国际人权法下的地位和权利》，见<http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>，第38页；C.格林伍德 (C. Greenwood): 《国际法和反恐战争》，国际事务出版社，2002年，第316页；《关于恐怖主义和人权的报告》，见注解5，第74段。

<sup>39</sup> 317 U.S. 1, 63 S.Ct. 2 (1942)。

<sup>40</sup> 前南斯拉夫国际刑事法庭，《判决》，检察官：戴拉力奇以及其他，IT-96-21-T，1998年11月16日，第271段（重点标示）。



第三章是关于被占领领土内的受保护人员，它包括以下相关的一些规定：驱逐和移送；儿童；劳动；为居民提供食物与医疗供应品；卫生与公共保健；实施救济；刑事立法；刑事程序；被拘留者的待遇；以及安全措施。

第四章规定了被拘禁者的待遇和其他相关事项，如：

拘禁的地点；食物与衣服；卫生和医疗照顾；宗教，文化和体育活动；个人财产及经济来源；管理及纪律；与外界的关系；刑事及纪律制裁；被拘禁人的移送；死亡；以及释放、遣返及收容于中立国。

该章的第 79 条规定，冲突各方除按照第 41—43 条（在冲突一方领土内的外国人）和第 68 和 78 条（在被占领领土内的受保护人员）的规定外，不得拘禁受保护人。

既然非法的战斗员如果满足《日内瓦第四公约》第 4 条列出的国籍标准就受它的保护，以上各种形式的保护也应该适用于他们。除了第三部分第一章适用于冲突方领土和被占领领土的普遍保护之外，还可以预见对在被占领领土内和敌方领土内从事活动的非法战斗员的特殊保护。不过，这些保护的程度为《日内瓦第四公约》第 5 条所减损（见下文）。

《日内瓦第四公约》只给处于敌对方手中的、在冲突的敌对方领土内的外国人和在被占领领土内的人员、提供不同特殊保护的事实，可能会使一些专家认为，在军事行动地区的非法战斗员的这一情形（在没有被占领的他们本国的前线或战场上）没有被《日内瓦第四公约》这一国际公约，尤其是第 4 条和第 5 条的规定所考虑。<sup>41</sup>

然而，由于 J.S.皮克泰（J.S. Pictet）编辑的《注释》中对《日内瓦第四公约》第 6 条的解释已被接受，因此这种推论就很难站得住脚：

“它是从“占领”这个词中得出的。第 6 条中使用的占领的含义比 1907 年《海牙第四公约附件》、即《陆战法规和惯例章程》中的第 42 条中的还要更加地广泛。只要涉及到个人，《日内瓦第四公约》的适用不取决于上面提到的第 42 条规定含义内的占领国的存在。一国领土内的平民和推进到该领土的部队不管是否对抗，他们之间的关系都将适用于本公约。在可能被称作入侵的阶段和一个稳定的占领政权举行就职典礼之间，没有一个中间的阶段。即使没有逗留意图而在敌方领土的一次巡逻，在涉及碰到的平民时也必须遵守公约。（……）公约在这点上非常明确：所有处于冲突一方或占领国手中的非本国国民都是受保护的人员。没有漏洞留下。”

根据前述的解释，每个满足上文列出的国籍标准且当敌方武装力量存在时（从入侵时起到撤退时止）被俘获的人员，将受《日内瓦第四公约》规定（第三部，第一、三、四章）的保护。

然而，这种对占领概念的解释不被普遍地接受。例如，《德国军事作战手册》里规定：“被占领土范围不包括战场，即那些仍然被敌人围困且不属于永久占领国的区域（入侵区域，撤退区域）。”在对该手册的规定的注释中，当对这条规定作进一步解释时还认为：“占领法，只是在侵略外国的武装力量已经对某一特定领土确立了实质控制时（侵略之后）才适用，但当武装力量不再有这样的控制时（撤退之后）就停止适用。这些规则意在稳定的情形下适用。”<sup>42</sup>同样地，德雷珀、巴克斯特和卡尔斯霍芬提议的区别<sup>43</sup>只有在他们对占领有不同的理解时才有意义，对他们来说，这就是要求敌对方在一段时间内至少能控制某一部分的领土。

如果这样解释能被接受，那么，在符合上面所说的国籍标准的人员，在没有确立谁已实施控制的战场上落入敌方手中的人员，将不受《日内瓦第四公约》第三部分第三章和第四章规定的保护。但他们将受《日内瓦第四公约》总则和第二部的保护，<sup>44</sup>而且也受其第三部分第一章

<sup>41</sup> 见 A. 罗萨斯 (A. Rosas): 《战俘的法律地位》，赫尔辛基，索马兰·提蒂卡特米亚出版社 (Suomalainen Tiedeakatemia)，1976，第 411 页；巴克斯特：《无特权的交战状态》，前引书（注解 37），第 329 页起。

<sup>42</sup> 伊珀森和福莱克：前引书（注解 36），第 528 页。

<sup>43</sup> 见脚注 30 和 31。

<sup>44</sup> 关于以下事项的规定：

设立医院、安全地带和中性地带；缔结协定以便将特别易受攻击的几类人撤出；保护民用医院；保护医护人员；保护在陆地、海上或空中运送伤病平民和其他类特别易受攻击的人；装运物资的自由通过；对儿童的特别保护；允许互递家庭信件和给予与家庭成员离散相关的调查以便利。它们与本文的目的无关，因为它们不涉及受保护人的待遇/拘留/追诉。

的保护。<sup>45</sup>

但是，如果他们一旦从战场上被带到敌方领土、或者被占领土，或者如果战场本身变成被占领领土（即外国军队已经建立了实质控制），那他们的保护将会是怎样的？这些人员被俘获时不在敌方领土、或被占领领土内，那这个问题本身是不是很重要吗？对这问题通常的回答是，他们被监禁地点的法律应当在这种情况下适用，即：

- 对最终处于被占领土内的人员，适用《日内瓦第四公约》第三部分第一，三，四章；
- 对最终处于敌方领土内的人员，适用《日内瓦第四公约》第三部第一，二，四章。

《日内瓦第四公约》第4条通过相当宽泛的措词，清楚地表明：公约保护“在冲突或占领的场合，于一定期间及不论以何种方式，处于冲突一方或占领国手中的人”。<sup>46</sup>对这一观点支持的依据可以在皮克泰（Pictet）编辑的注释中找到，它指出：“该条款不仅是指战争爆发（或者占领开始）前在领土内的人，而且还指那些作为以下情况的结果到达或者被带到那里的人，即：旅行者，旅游者，遭遇海难的人，甚至可以是间谍或者破坏分子。”<sup>47</sup>

然而，这些同意《日内瓦第四公约》适用于在被占领领土内、或敌方领土内的“非法的战斗员”的作者，没有进一步探讨这一问题。他们似乎把《日内瓦第四公约》的明确保护，仅仅局限在被俘获时在被占领领土内或敌方领土内从事活动的非法的战斗员。<sup>48</sup>德雷珀说：“如果他们即不在被占领领土内、也不在敌方领土内从事活动，他们的身份就会非常成问题，对他们的保护也就不好确定。”<sup>49</sup>

如果这种推论被接受，那么无疑，至少作为国际习惯法的《第一附加议定书》第75条和日内瓦第一到第四公约的共同第三条，提供了最低限度的保护。

#### 减损

《日内瓦第四公约》第三部分中详细列举的权利和特权，并不是绝对的。《日内瓦第四公约》第5条规定了在特殊情况下的减损：

“凡冲突一方深信在其领土内的个别被保护人确有危害该国安全的活动的嫌疑，或从事该项活动，而本公约的各项权利与特权若为该个人行使将有害该国安全时，该个人即不得要求此等权利与特权。

在被占领领土内个别被保护人如系因间谍或破坏分子，或因确有危害占领国安全的活动嫌疑而被拘留者，在绝对的军事安全有此要求的情况下，其人即应认为丧失在本公约下的通讯权。

在每种情形下，这些人员仍应受人道待遇，且在受审判时，不应剥夺本公约规定的公平正常的审判的权利。又应斟酌个别情况尽早在符合该国或占领国的安全时给予这些人员以被保护人依本公约所享有的全部权利与特权。”（重点标示）

理解了该条文，它尤其可以适用于直接参加战斗、但不符合日内瓦第一到第三公约的标准

<sup>45</sup> 另外，《日内瓦四公约》共同第三条和下面将要讨论的其他最低保证也将适用，共同第三条被视为国际习惯法在任一类型的武装冲突中适用（见国际法院在“尼加拉瓜军事和准军事活动案”（尼加拉瓜v.美国），实质判决，《国际法院报告》，1986年，第14页，第114页，第218段）。

<sup>46</sup> 在“拉伊奇（Rajic）案”中（《控告评论》，检察官v.伊维察·拉伊奇（Ivica Rajic），IT-95-12-R61，第35到37段），前南斯拉夫国际刑事法庭认为：“红十字国际委员会对《日内瓦第四公约的注释》建议受保护人的必备条件应当作宽泛解释。该《注释》说道‘于一定期间内及依不论何种方式’的措辞‘意在保证所有的情形及所有的场合都被保护’。红十字国际委员会，《注释：关于战时保护平民的日内瓦第四公约》（日内瓦1958）（……）。在第47页它进一步指出‘处于……手中’的用语带有非常普遍的意味。它不仅仅是一个直接处于敌方手中的问题，因为战俘是……换句话说，‘处于……手中’的用语没有必要理解为是物理意义上的；它仅意味着该人在正被讨论一方控制下的领土内。”

<sup>47</sup> 《第四公约注释》，前引书（注解12），第47页。

<sup>48</sup> 德雷珀（Draper）：前引书（注解36），第197页；巴克斯特：《无特权的交战状态》，前引书（注解37），第328页和第343页起；巴克斯特：《战斗员的义务》，前引书（注解37），第105页起；卡尔斯霍芬（Kalshoven）：前引书（注解15），第70页起，第73页；罗萨斯：前引书（注解41），第411页起。在红十字国际委员会的一本出版物中，它作了如下简洁陈述，它指向这样一种解释：“从而不符合（《日内瓦第三公约》第4条）条件和在被占领领土内从事军事行动的游击队员受《日内瓦第四公约》的保护”。《适用于游击战的规则》，重申和发展适用于武装冲突的国际人道法专家会议，日内瓦，1971年5月24日到6月12日，红十字国际委员会提交的文件，日内瓦，1971年1月，第19页。

<sup>49</sup> 德雷珀：前引书（注解36），第197页。

的人员，也就是被称作“非法的战斗员”的这些人。<sup>50</sup>正如上面指出的，“危害该国/占领国安全的活动”和“破坏分子”<sup>51</sup>的概念当然包括了直接参加战斗（没有经过授权参加战斗）。

第5条包含了下列区别：

- 在冲突一方领土内，这些人员无权主张《日内瓦第四公约》下的权利与特权，如果该公约的各项权利与特权为该个人行使将有害该国安全；<sup>52</sup>
- 在被占领领土内，在绝对的军事安全有此要求的情况下，这些人员即应认为丧失在《日内瓦第四公约》下的通讯权。

除了在解释如“确有嫌疑”<sup>53</sup>，“危害该国安全”，“这些权利和特权……将危害该国安全”，“绝对的军事安全有此要求”等这些概念、可能会遇到的困难以外，第5条第3款致使该条第2款的意思，即仅对通讯权相关的规定给予减损权利的规定，也是很清楚。根据第3段“在每种情形下”（即在第1款和第2款提到的情形下）受保护人“仍应受人道待遇，且在被审判时，不应剥夺本公约规定的公平正常的审判的权利。”<sup>54</sup>如果仅是通讯权被减损，为什么还需要指出作为最低保护的人道待遇和公平审判？<sup>55</sup>

两类不可被减损的权利包括：第27和37条规定的“人道待遇”的权利、禁止酷刑和虐待<sup>56</sup>，以及包含在第71到76条的公平审判权利<sup>57</sup>，这些权利都适用于第126条规定的在非被占领领土内的进行刑事诉讼的被拘留者。<sup>58</sup>

## 国际习惯法下的最低保证

我们已经看到，《日内瓦第四公约》对非法战斗员的能否实施保护，取决于他们是否满足第4条列出的国籍标准。于是，留待回答的问题，就是其他国际法规则在多大程度上能补充《日内瓦第四公约》提供的保护，这些规则在多大程度上适用于不符合标准的非法的战斗员。

适用于所有在冲突一方权力下人员的最低保证，现在被界定在《第一附加议定书》第75条。其适用范围如下：

“1. 在冲突一方权力下而不享受《日内瓦公约》和本议定书所规定的更优惠待遇的利益的人，在其受本议定书第1条所指的场合的影响范围内，在任何情况下，均应受人道的待遇，

<sup>50</sup> 见卡尔斯霍芬：前引书（注解15），第72页，他将游击队战士界定为（直接参加战斗）不被视为战俘的人，同前，第65、69页。

<sup>51</sup> 参见注解10。

<sup>52</sup> 关于第1段下可能的减损，《第四公约注释》，前引书（注解12），第55页，说明如下：“被拘留的受保护人的权利不是非常广；这些权利主要包括通信权、接受个人或集体救济的权利、接受其本牧师的协助的权利和接受保护国和红十字国际委员会代表的接见的权利。国家安全不能作为一个令人信服的理由来剥夺这类人其他规定下的利益——例如，第37条的规定‘他们在候审被禁闭期间，或受剥夺自由的判决而被禁闭期间，应受人道待遇’，第38条的规定‘他们应获得医药照顾，如其健康情形有此需要’。此外，拒绝让牧师会见被拘留且生了重病的人是非常不人道的。酷刑和报复显然是被禁止的。而且应当指出该规定并没解除拘留方对其相对方的义务。第136条强加了冲突一方将其看管逾两周的任何被保护人的详情通知官方情报局的义务。事实上，这不是被保护人的权利或特权，而是拘留方的义务。”

<sup>53</sup> 就嫌疑而言，强调“嫌疑不能根据一类人整体来看待；根据该条不能采取集体的措施；在每个案子中都必须有证明行为正当的理由”是很重要的。见《第四公约注释》，前引书（注解12），第55页。又见《最后谈判纪录》，第2卷A，第815页（第三委员会对全体会议的报告）。

<sup>54</sup> 罗萨斯，前引书（注解41），第412页。

<sup>55</sup> 见外交大会上苏联代表和英国代表的争论，《最后谈判纪录》，第2卷B，第379页起。

<sup>56</sup> 《日内瓦第四公约》，第32条。又见《最后谈判纪录》，第2卷A，第815页（第三委员会对全体会议的报告）：“第3段详细说明了前两段留下来的一些含糊的问题。它确定了国家在人道待遇和正当刑事程序方面的义务；它没有削弱禁止酷刑或残忍待遇条款的力量。”又见前南斯拉夫国际刑事法庭在“戴拉力奇案”中的判决：“为了确定（《日内瓦公约》下的）非人道待遇罪行的本质，该术语必须置于《日内瓦公约》及其《附加议定书》的相关规定的语境下”。它认为禁止非人道待遇应该结合《日内瓦第二公约》第12条；《日内瓦第三公约》第13、20和46条；《日内瓦第四公约》第27和32条；《日内瓦四公约》共同第三条；《第一附加议定书》第75条和《第二附加议定书》第4和7条；被保护人应该根据以上这些规定“受到人道对待”。与上面规定中的行为相反的任何行为都构成非人道待遇。

<sup>57</sup> 《第四公约注释》，前引书（注解12），第58页。

<sup>58</sup> 同前，第126条，第497页；卡尔斯霍芬：前引书（注解15），第72页。另外，共同第三条是它的基础，《第四公约注释》，前引书（注解12），第5条，第58页。

并至少应享受本条所规定的保护，而不得以种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或其他意见、民族或社会出身、财富、出生或其他身份或任何其他类似标准为依据而加以不利区别。每一方均应尊重所有这类人的人身、荣誉、信念和宗教仪式。”

该条款无疑地保证了，在国际性的武装冲突一方权力下的任何人都处在国际人道法的保护之下。<sup>59</sup>它界定了适用于任何这类人的最低的标准，因而增加了现有规则的保护，例如《日内瓦第四公约》第 5 条所指的情形。正如上面指出的，《第一附加议定书》第 45 条第 3 款明确地认可了第 75 条适用于非法的战斗员。

上述的第 45 条<sup>60</sup>不仅包含了我们对《日内瓦第四公约》属人范围的解释的默示肯定，而且通过与《第一附加议定书》第 75 条规定的连接，还补充了对非法的战斗员的保护。这通过两个途径做到：

首先，第 45 条第 3 段与第 75 条规定一起，为那些非法的战斗员提供了没有被《日内瓦第四公约》包括的最低保护，因为他们不满足《日内瓦第四公约》第 4 条的国籍标准，如果根据巴克斯特、德雷珀和卡尔斯霍芬坚持的解释，它们还为那些在战场上落入敌方手中的人提供了该保护。<sup>61</sup>在这之前，这些类型的非法战斗员，只能根据作为国际习惯法的共同第三条或者“马顿斯条款”来获得保护。

其次，对那些受《日内瓦第四公约》保护的非法的战斗员，它通过界定在任何情形下都必须遵守的最低保证补充了《日内瓦第四公约》所提供的保护。更明确地说：

(1) 对处在敌方领土上敌方手中的非法的战斗员，《第一附加议定书》第 75 条特别规定了各种司法保证必须得以遵守（第 4 段）。这在《第一附加议定书》被采纳以前，只有在作为国际习惯法的共同第三条<sup>62</sup>的基础上或者在《日内瓦第四公约》第 126 条<sup>63</sup>的基础上，才有可能。另外，《第一附加议定书》第 75 条规定了与待遇（第 1 段和第 2 段）、逮捕、拘留和拘禁（第 3 段）相关的其他保护，这些保护在某些情形下扩大了《日内瓦第四公约》第三部分第一、二、四章的保护范围。

(2) 对于在被占领土上、在敌方手中的非法的战斗员，《第一附加议定书》第 75 条增加了一些司法保证，如“推定无罪”的原则。它补充了与待遇、逮捕、拘留和拘禁相关的保护。另外，《第一附加议定书》第 45 条第 3 款限制了对《日内瓦第四公约》第 5 条的减损的可能性。

这种解释在很大程度上被博特、帕区和索福（Bothe, Partsch and Solf）在他们对《第一附加议定书》的注释中所认同：

“第 3 款将第 75 条的安全措施和保护适用于参加战斗的所有人员，这些人员参加了战斗、但却没有资格享有战犯身份或待遇、以及没有资格享有《第四公约》下的优惠待遇。这类人员包括：武装部队中丧失了战犯身份和待遇的权利的人员（例如，《第一附加议定书》第 46 条的从事间谍行为、以及无法按照《第一附加议定书》第 44 条第 3 款的规定能将他们自己和平民区分开来的人员）、不受《第四公约》拘束的国家的国民、拘留国的国民以及拘留国与其维持正常的外交关系的中立国和共同作战国的国民（见《日内瓦第四公约》第 4 条国籍基础上的例外）、间谍和外国雇佣兵。尽管《第四公约》第 5 条允许减损，该条款同样将第 75 条规定中最低的人道标准的保护适用于受《日内瓦第四公约》保护、在冲突一方领土内或者在被占领领土外的任何其他区域内直接参加战斗的平民。在被占领领土内，它事实上限

<sup>59</sup> 见红十字国际委员会在 1974 年到 1977 年外交大会上的陈述，CDDH/III/SR.43, OR 第 15 卷，第 25 页起；芬兰，同前，第 27 页，比利时，同前，第 31 页，梵蒂冈，同前，第 34 页。

<sup>60</sup> 该段通过适用第 44 条第 4 段（即不符合最低区别标准的武装部队成员），未将被拒绝战俘身份的战斗员包括进去。后者事实上仍在《第三公约》程序保证的范围之内，但是此处考虑的规定涉及被拒绝这些保证的人。

<sup>61</sup> 又见红十字国际委员会《关于 1949 年 8 月 12 日日内瓦公约附加议定书草案的注释》（1973 年 10 月），关于第 65 条草案（《第一附加议定书》第 75 条）：“该草案的目的是纠正现有条约法的一个漏洞；一方面，不受第一、二、三公约保护的人并不必然被第四公约保护，见《第四公约》第 4 条；另一方面，《第四公约》与减损相关的第 5 条解释起来相当困难，它似乎不适当地限制了被保护人的权利。”第 81 页起。

<sup>62</sup> “不论何时何地，不得有下列行为（……）（d）未经被认为是必需的司法保障的正规组织的法庭宣判而即行判罪及执行死刑（……）”

<sup>63</sup> “第 71 到 76 条的规定，应依比照，适用于在拘留国本国领土内，对被拘禁人的诉讼。”

制了《第四公约》第5条允许的减损，除非被认为是间谍的人员。”<sup>64</sup>

同样，见红十字国际委员会关于《第一附加议定书》第45条的《红十字国际委员会注释》中的论点：

“在带有国际性质的武装冲突中，具有敌对方国籍、没有资格享有战俘身份的人员，原则上属于受《第四公约》保护的平民，因此在保护上是没有漏洞的。然而，在第1条（一般原则和适用范围）第4段的武装冲突情形下，事情并不总是那么简单，因为敌对方的人员可以持有本方的国籍。而且，外国占领的概念在游击战中常常具有很大的不固定性，因为它还没有划出任何一方占领的区域的确定的法律边界，这在适用《日内瓦第四公约》某些条款时可能导致不能克服的技术难点。这是我们这里正在考虑中的这段（《第一附加议定书》第45条第3段，译者注）规定‘不能获得按照《日内瓦第四公约》享受更优惠待遇的被告，无论何时均有权受本议定书第75条（基本保证）的保护’的原因之一。这条规定被上述的第75条第7段第2款确认。然而，也有可能是，在《日内瓦第四公约》的保护不被否定的情况下，被告可能属于该公约第5条规定的适用范围，该条规定了一些重要的减损。在这种情形下，第75条的保证（基本保证）继续适用于他们全部。最后，如果是《日内瓦第四公约》适用的人员《第一附加议定书》第75条也适用于，其中哪条待遇对他更优惠就适用哪一条，也不论其被控的罪行是否严重破坏各公约或本议定书。例如，它也同样适用于在冲突一方领土内参加针对该方的敌对行动的外侨，因为《日内瓦第四公约》没有明确他们享有的司法保证。”<sup>65</sup>（重点标示。）

《第一附加议定书》第75条规定的保护，现在已成为国际习惯法的一部分。<sup>66</sup>很多似乎不承认《日内瓦第四公约》适用于非法的战斗员的作者，也赞成《第一附加议定书》第75条适用于非法的战斗员的观点。<sup>67</sup>那些限制《日内瓦第四公约》适用于一些类型的非法的战斗员的作者，也承认上述第75条对所有的非法的战斗员的适用性。<sup>68</sup>在《第一附加议定书》被采纳之前，那些作者同意将某些最低的人道保证，适用于所有的非法的战斗员。他们不管是从《日内瓦四公约》共同第三条，还是从《日内瓦第四公约》第5条第3段，或是从“马顿斯条款”，都得出了这些保证的结论，也不论他们是否同意《日内瓦第四公约》对非法的战斗员的适用性。<sup>69</sup>

## 对非法的战斗员的刑事追诉

一般人都会承认，即使非法战斗员遵守了所有的国际人道法的规则，他们也有可能仅仅因为参加了战斗而被起诉。<sup>70</sup>然而，国内的立法必须首先提供这样一个可能性。<sup>71</sup>只有当非法的战斗员还犯有严重违反国际人道法的行为，他们才有可能被指控犯有战争罪行为。<sup>72</sup>在任何此类的诉讼程序中，他们必须享有《日内瓦第四公约》中“公平审判”保证的权利，前提是《日

<sup>64</sup> 博特、帕区和索福：前引书（注解17），第261页起。

<sup>65</sup> 《对第45条的注释》，载于Y.桑多、Ch.隋纳启和B.齐默尔曼（Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann）（编辑）：《关于1949年8月12日日内瓦公约的1977年6月8日附加议定书的注释》，红十字国际委员会，马蒂努斯·奈霍夫出版社，日内瓦，1987，1761号。又见《对第51条的注释》，同前，1942号。

<sup>66</sup> 见格林伍德（Greenwood）：前引书（注解38），第316页；见《关于恐怖主义和人权的报告》，前引书（注解5），第76段；奥尔德利希：前引书（注解7），第893页。

<sup>67</sup> 《关于恐怖主义和人权的报告》，前引书（注解5），第74段；丁斯顿（Dinstein）：《非法的战斗员和战犯的区别》，见Y.丁斯顿（编辑）：《困惑年代的国际法》，1989，第112页。

<sup>68</sup> K.伊珀森，见D.福莱克（编辑）Ipsen, in Fleck (ed.): 前引书（注解36），第301页；麦克库布雷（McCoubrey），前引书（注解36），第137页；大卫：前引书（注解36），第397页起；博特、帕区和索福：前引书（注解17），第261页起；奥尔德利希：前引书（注解7），第893页，脚注12。

<sup>69</sup> G.施瓦曾伯格（G. Schwarzenberger）：《国际性法院和法庭所适用的国际法》，第2卷，史蒂文斯出版社，伦敦，1968，第115页起；德雷珀：前引书（注解36），第197页；罗森伯拉德（Rosenblad）：前引书（注解14），第98页；卡尔斯霍芬：前引书（注解15），第71页。

<sup>70</sup> 夏尔·卢梭：《武装冲突法》，A. Pedone，巴黎，1983，第68页；丁斯顿：前引书（注解67），第105页；《第四公约注释》，前引书（注解12），第50页；卡尔斯霍芬：前引书（注解15），第73页起。

<sup>71</sup> 丁斯顿：前引书（注解67），第114页；卡尔斯霍芬：前引书（注解15），第73页。

<sup>72</sup> 巴克斯特：《无特权的交战状态》，前引书（注解37），第344页。



内瓦第四公约》适用（也就是说，如果他们符合该公约第 4 条规定中的国籍要求），或者他们至少享有反映了国际习惯法的《第一附加议定书》第 75 条规定的权利。当他们落入敌方手中时，不能不经过正当程序的审判就被处死、或被惩罚。<sup>73</sup>丁斯顿（Dinstein）的观点，在相当程度上限制了俘获国仅因非法的战斗员参加了战斗就给予其惩罚的能力，他提出“非法的战斗员只能因发生在同一任务过程中、导致他被敌方俘获的行为而受审。（……）因此，如果敌方在后来才俘获（他），就不能因为先前的罪行而起诉他。”<sup>74</sup>，提出这点是很有意思的。从而，丁斯顿把海牙规则中与间谍相关的规定，也适用于非法的战斗员。《第一附加议定书》第 44 条第 5 款，也为尚未按照该条第 3 款将他们自己与平民区别开的武装部队的成员，规定了同样的限制（它规定“未从事攻击或攻击前军事准备行动、而落于敌方权力下的任何战斗员，不应因其先前活动而失去其成为战斗员和成为战俘的权利”）。<sup>75</sup>

## 对从事敌对行为的非法战斗员的“保护”

只有平民群体和平民个人享有针对军事行动产生的危险的全面保护。他们受到保护、以避免受到直接的攻击，除非且仅当他们直接参加战斗的情况。平民是“《第三公约》第 4 条第 1 款第（1）项、<sup>76</sup>第（2）项、<sup>77</sup>第（3）项<sup>78</sup>和第（6）项<sup>79</sup>，以及《第一附加议定书》第 43 条提到的一类人”（即武装部队成员）以外的任何人。因此，从关于敌对行为的法律的目的来看，这是没有漏洞的，<sup>80</sup>不论一个人是属于战斗员还是平民。由于非法的战斗员从定义上来看不满足《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第（1）、（2）、（3）和（6）项以及《第一附加议定书》第 43 条中所规定的标准，就意味着他们其实就是平民。当他们直接参加战斗时，他们就成为合法的被攻击目标。当他们不直接参加战斗时，他们作为平民被保护，不能被直接作为攻击目标。必须强调的是，平民过去有时直接参加战斗的事实本身，并不使他们以后就丧失了免受直

---

<sup>73</sup>德雷珀：前引书（注解 36），第 197 到 198 页；巴克斯特：《无特权的交战状态》，前引书（注解 37），第 336、337、340 页；巴克斯特：《战斗员的义务》，前引书（注解 37），第 105 页起；施瓦曾伯格：前引书（注解 69），第 115 页起；克拉克、格林和罗杰斯（M.H.F. Clarke, T. Glynn and A.P.V. Rogers）：《战斗员和战俘的地位》，载于梅耶（编辑）M.A. Meyer (ed.): 《武装冲突和新规则：从 1977 年<日内瓦附加议定书>和 1981 年<常规武器公约>的角度》，英国比较国际法学会，伦敦，1989 年，第 125 页；卢梭，前引书（注解 70），第 68 页；丁斯顿：前引书（注解 67），第 112 页；卡尔斯霍芬：前引书（注解 15），第 73 页起。

<sup>74</sup>丁斯顿：前引书（注解 67），第 112 页。

<sup>75</sup>《对第 44 条的注释》，载于桑多、隋纳启和齐默尔曼（Sandoz, Swinarski and Zimmermann）（编辑）：前引书（注解 65），nos.1721 以下。（脚注缺省）：“大会报告起草人是这样解释该条的：‘第 5 段是工作组的一个重大创新。它确保了未从事攻击或攻击前军事准备行动而被俘获的任何战斗员保留其作为战斗员和战俘的权利，不管他先前是否违反了第 3 段第 2 句的规定。该规定在很多情形下应该包括了大多数的战俘，它将保护他们以避免任何试图找到或虚构过去的事来剥夺对他们的保护的企图。’这样，武装部队的成员仅在从事军事行动中被俘获时才能被剥夺其战斗员身份和战俘的权利。第 4 段在适用时，违反的行为发生在俘获之时或就在俘获之前是必要的。违反和俘获在时间上的联系必须非常接近，以致抓捕人自己能够注意到该违反行为。因此这种情形属于‘现行犯’。毫无疑问，‘如作适当变动’它类似于间谍的情形，从而它与无特权的交战个人的概念有一些关系。与间谍一样，未公开持有武器的战斗员必须在其从事行为时被抓获，并对其施加适用于其的制裁。同样地，在未从事违反行为时被俘获的战斗员，不因其先前行为而招致任何责任。然而，必须指出，武装冲突法不禁止间谍，仅是规定了惩罚，和间谍形成对照，《附加议定书》禁止战斗员不公开持有武器，且《附加议定书》原则上要求其对此承担责任。然而，实际上相对方由于刑法的原因不能对其采取行动，除非其在被俘获时突然袭击而成为‘现行犯’。禁止是存在的，但是制裁只能在此情形下才能适用。从事违反行为的战斗员至少暂时地保有其战斗员的身份和其战俘身份的权利。如果他在未从事违反行为时被俘获，他就是战俘，只能根据第 2 段给予惩罚。”

<sup>76</sup>正规武装部队成员。

<sup>77</sup>民兵和志愿兵成员，包括不属于正规武装部队的有组织抵抗运动。

<sup>78</sup>未经承认的政府/权力的正规武装部队的成员。

<sup>79</sup>大规模征兵。

<sup>80</sup>关于日内瓦第四公约和第一附加议定书的不同途径，见《对第 50 条的注释》，载于桑多、隋纳启和齐默尔曼（编辑）：前引书（注解 65），1908 号：“《关于战时保护平民的 1949 年日内瓦第四公约》第 4 条定义了处于敌方手中时受公约保护以免遭受武断和任意的敌对行为的人；这是本公约的主要目的。然而，标题为‘对居民的一般保护以防止战争的若干影响’的第二部的适用范围更广；根据第 13 条，第二部涉及‘冲突各国的全体人民’。该定义与此处正在讨论的附加议定书第 50 条对平民的定义很接近。”

接攻击的权利。<sup>81</sup>

如果非法的战斗员已经放下他们的武器、或者不再采取抵御手段而无条件投降，他们就不应被杀死或者击伤。<sup>82</sup>同样地，也要禁止弑无赦。<sup>83</sup>

## 结语

如本篇文章所示，很难断言，非法的战斗员就不能享有人道法下的任何保护。如果他们能满足《日内瓦第四公约》第4条中的国籍标准，他们自然地就受该公约保护。非法地参加战斗的事实，并不是排除《日内瓦第四公约》适用的根据，虽然根据该公约第5条，这会构成减损某些权利的一个原因。《日内瓦第四公约》实施的具体保护，是根据这些人员落入敌方手中时的情形。如果非法的战斗员在被占领领土内落入敌方的手中，那这些保护就非常广泛。对于那些在敌方领土内落入敌方手中的非法的战斗员，国际人道法中有关保护的规定，同样发展得很快。然而对于在没有确立实际控制的战场上的非法战斗员的有关规则——这还取决于对占领的解释——其发展速度就显得比较慢。《第一附加议定书》第75条的保证，构成了适用于在国际性武装冲突中、落入其中一方手中的所有人的最低保护，不论他们是否为《日内瓦第四公约》所保护的人员与否，这也包括非法的战斗员。

翻译：王淑翩 校对：李斌 朱文奇

---

<sup>81</sup> 见《第一附加议定书》第51条第3段：“平民除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动~~时~~外，应享受本编所给予的保护”（重点标示）。见《对第51条的注释》，载于桑多、隋纳启和齐默尔曼（编辑）：前引书（注解65），1944号；博特、帕区和索福：前引书（注解17），第301页。

<sup>82</sup> 1907年《海牙规则》第23条第3款。又见红十字国际委员会：《适用于游击战的规则》，前引书（注解48），第19页。

<sup>83</sup> 1907年《海牙规则》第23条第4款。又见红十字国际委员会：《适用于游击战的规则》，前引书（注解48），第19页；卡尔斯霍芬：前引书（注解15），第67页起。