

# 国际人道法何时开始适用： 对一些难题的讨论

茱莉亚·格里尼翁\* 著/廖凡\*\* 译

.....

## 摘要

本文讨论与国际人道法何时开始适用有关的一些难题。结论是，一旦一国未经对方同意而在另一国境内使用武力，且暴力行为是集体性的，与国际性武装冲突有关的国际人道法即开始适用。就非国际性武装冲突而言，本文承认，目前公认的两个关键标准是冲突各方的组织性和暴力行为的强烈程度。但本文表明，国际人道法何时开始适用这一问题所固有的一些难题，使得人们几乎不可能确认其开始变得可适用的单一时间点；无论对于包括占领在内的国际性武装冲突，还是非国际性武装冲突，都是如此。

**关键词：**国际人道法；适用的时间范围；开始适用；武装冲突开始；国际性武装冲突 非国际性武装冲突；占领

---

\* 加拿大魁北克拉瓦尔大学法学系教授。本文部分内容来自笔者以法文出版的博士论文。Julia Grignon, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, 2014.

\*\* 中国社会科学院国际法研究所研究员，法学博士。

国际人道法开始适用于一个局势的时间点不尽相同。尽管对于国际人道法能够适用于哪些人员存在一系列限制，但一旦其被认为可以适用，这一法律分支就会引发大量有利于受武装冲突影响者的保护性规则。除了适用于被占领土的规则——这是保护性最强的规则之一，下文将予以讨论——之外，国际人道法还根据一个适应武装冲突这种特殊情形的具体概念框架，提供一些实质性保障，例如针对在武装冲突期间被剥夺自由的人。人权法也同时适用于武装冲突期间，这可能会使在拘留问题上适用国际人道法的用处变得模糊。然而，在国际性武装冲突中，国际人道法所赋予的地位会施加一些不存在于其他任何法律体系中的义务。想想下面这些就足够了：禁止仅仅因为参加敌对行动而起诉战俘；禁止在其被俘获领土之外的任何地方拘留平民。

反过来说，一旦认定国际人道法适用于某个局势，与使用武力有关的规则就将根本改变。在一种情形下（执法），致命武力只能作为最后手段使用；而在另一种情形下（武装冲突），其却是标准做法。因此，确认国际人道法可以适用，对于参与暴力行为的人而言可能极其不利。在此情形下，如果这些人参加国际人道法含义范围内的敌对行动，那么他们可以成为合法的攻击目标；而在受国际人权法和国内法调整的执法情境下，需要的则是致命武力之外的其他手段。这一根本区别也许可以解释红十字国际委员会在叙利亚冲突持续一年之后，于2012年5月8日采取的一个奇怪立场。据报道，红十字国际委员会的意见是，这一冲突可以被归类为“某些特定地区的国内武装冲突”。<sup>1</sup>就国际人道法适用问题的另一个方面，即属地适用性而言，这一声明至少可以说是令人费解的。因为公认的一点是，如果国际人道法适用于某个特定局势，那么它就涵盖全部相关领土，而不只是敌对行动的直接战场。然而，如果认定国际人道法适用于全部领土，那么地方化冲突的存在就会成为把任何抗议或示威行动视为直接参加敌对行动——从而受关于作战行为而

---

1 Stephanie Nebehay, “Some Syria Violence Amounts to Civil War: Red Cross”, Reuters, 8 May 2012, available at: [www.reuters.com/assets/print?aid=USBRE8470D920120508](http://www.reuters.com/assets/print?aid=USBRE8470D920120508) (本文网络资料的最后访问时间均为2015年1月14日)。但同年7月17日，红十字国际委员会在一份新闻稿中澄清道：“这些当事方之间的敌对行动，无论发生于叙利亚何处，均受国际人道法规则调整。” ICRC, “Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent Maintain Aid Effort Amid Increased Fighting”, available at: [www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm).

非执法行动的规则调整——的借口。相反，坚持认为冲突仅限于领土一部分有助于避免暴力行为升级。

另一方面，确定国际人道法何时开始适用对于其强制执行有着重要意义，尤其是就对涉嫌违反国际人道法的人进行追诉而言。根据1949年四个《日内瓦公约》的规定，指控某人犯有战争罪或者主张普遍管辖权的必要前提条件，是将发生这些违法行为的局势定性为武装冲突，从而确定可以适用国际人道法。

这些只是诸多情境中的三个，在这些情境中国际人道法何时开始适用具有关键意义。既然国际人道法被认为是在武装冲突爆发时开始适用（除了那些适用于“任何时候”或者“和平时期”的规定，或者在“积极敌对行动结束后”开始适用的规定），那么这个时间点应当不难确认。然而，正如本文通过讨论几个关键难题而力图表明的那样，这一点并不像看上去那么直截了当。

## 几个先决问题

尽管没有数学公式来准确指明国际人道法何时开始适用，但在这方面确实有一些因素需要牢记于心。传统上，这些因素取决于适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的国际人道法之间的区分。相关规定见于1949年《日内瓦公约》。除已经废弃不用的1907年《关于战争开始的海牙公约》之外，<sup>2</sup>明确规定这一法律体系何时开始适用的国际人道法条约只有1949年《日内瓦公约》及其1977年《附加议定书》。四个《日内瓦公约》与国际性武装冲突有关的共同第2条规定，《公约》适用于“两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态”。规制非国际性武装冲突的共同第3条的适用性则规定如下：“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合，冲突之各方最低限度应遵守下列规定……”这些规定被《第一附加议定书》（将关于国际性武装冲突的国际人道法的适用性扩展至“民族解放战争”）和《第二附加议定书》（确立

<sup>2</sup> 关于该公约状态的更多讨论，see Julia Grignon, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, 2014, p. 30, note 88.

了国际人道法适用于非国际性武装冲突所需具备的一系列条件，从而在只受共同第3条调整的非国际性武装冲突与还受《第二附加议定书》调整的非国际性武装冲突之间作出了区分，但前提条件是在其领土内发生非国际性武装冲突的国家是该议定书的缔约方)所进一步补充。在这个名单上还必须加上《罗马规约》的相关规定，其中一些将在下文讨论。

一般来说，为了确定国际人道法何时开始适用，必须询问以下问题：何时可以说已经宣战？何时存在国际性武装冲突，包括占领？何种事件标志着民族解放战争开始？哪些指标表明存在非国际性武装冲突，从而标志着关于非国际性武装冲突的国际人道法开始适用？进而，从这一系列问题中产生出若干难题。第一个难题是，不仅要回答上述每一个问题，还要回答一些深层问题，例如：是否一旦有一个敌方士兵被俘虏或者一个平民被拘留，国际人道法就开始适用，即使此前没有任何敌对行动？非国际性武装冲突何时由于外国干涉而转变为国际性武装冲突，从而引发关于国际性武装冲突的国际人道法的适用？还有的难题与这样一个事实有关：一些相关约文没有明确规定国际人道法何时开始适用；另一些则试图将国际人道法的开始适用问题同一系列标准挂钩，这些标准按说是客观的，但随着事态的发展，它们是否得到满足在实践中却极其难以认定。还有一个难题来自于案例法的解释，特别是国际刑事法院的案例法。这些解释多多少少是不清楚的，如果不是相互矛盾的话。最后，一个不可否认的难题是理论与那些理应适用和尊重国际人道法的主体——换言之，相关国家及/或武装集团——的现场实践之间脱节。这有时可能会使国际人道法何时开始适用变成一个纯粹的理论问题。

本文将检视上述与国际人道法的开始适用有关的难题，与此同时提供进一步的证据来支持“一旦存在武装冲突国际人道法即开始适用”这一标准假设。文章将首先关注包括占领在内的国际性武装冲突的开始问题，进而讨论非国际性武装冲突的开始问题。

## 国际人道法在国际性武装冲突中的开始适用问题

由于《日内瓦公约》没有提供任何真正的定义，也由于不存在负责对冲突分类的普遍权威，因此必须根据事实来确定是否存在国际性武装冲

突。<sup>3</sup>下面讨论的一些因素有助于确认与国际性武装冲突有关的国际人道法何时开始适用。

尽管“当事方的明确声明是战争开始的最明显标志”，<sup>4</sup>但“宣而后战”这一理念指向的是一种如今已然废弃不用的实践。<sup>5</sup>因此，本部分将集中讨论确定事实上存在武装冲突——从而开始适用国际人道法——的先决条件。有两个假定可以作为确定国际人道法何时开始适用这一问题的出发点：一个是《〈日内瓦公约〉评论》中的假定（通常称为“第一枪理论”），另一个是前南斯拉夫问题国际刑事法庭（以下简称“前南刑庭”）在“塔迪奇案”中采用的假定。<sup>6</sup>

《〈1949年日内瓦公约〉评论》称：

产生于两国之间并导致武装部队成员干预的任何分歧都是第2条所指的武装冲突，即使当事一方否认存在战争状态。无论冲突持续多久、屠杀人数多少都没有影响。<sup>7</sup>

- 
- 3 See Anthony Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 252; Dino Kritsiotis, “The Tremors of Tadić”, *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, p. 275; Marko Milanovic, “The End of Application of International Humanitarian Law”, in this issue of the *Review*; Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Sijthoff/Henry Dunant Institute, Leyden/ Geneva, 1975, p. 52; Jean-François Quégnier, “Ten Years after the Creation of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: Evaluation of the Impact of Its Jurisprudence on International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, 2003, p. 273; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgement (Appeals Chamber), 15 July 1999, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen (Presiding Judge), p. 150, paras 25–26.
- 4 Werner Meng, “War”, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, Amsterdam, North-Holland, 2000, p. 1338. See also Alfons Klafkowski, “Les formes de cessation de l’état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques)”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 149, 1976, p. 224.
- 5 这一编纂于1907年《关于战争开始的海牙第三公约》中的规定可以说已经形同虚设。其最后一次适用也许是在第二次世界大战之后的1946年，当时纽伦堡法庭的判决认为这场战争的进行违反了1907年《海牙第三公约》。see International Military Tribunal for Germany, 14 November 1945–1 October 1946, *Trial of the Major War Criminals*, Vol. 1, Official Documents, Proceedings, Nuremberg, 1947, pp. 85 (Indictment), 220 (Judgment). 关于这一问题更充分的讨论以及相关参考文献，参见J. Grignon，前引2。
- 6 ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 70.
- 7 Jean Pictet (ed.), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: Commentary*, ICRC, Geneva, 1952, p. 32. See also UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 27, para. 3.1; Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, Impressions SMS, Château-Chinon, 2000, pp. 12, 41.

前南刑庭在其首个案件中更加简洁地称：“任何时候只要国家之间诉诸武力，就存在（国际）武装冲突……国际人道法从这种武装冲突开始时即适用。”<sup>8</sup>

### 武装暴力行为的目标

四个《日内瓦公约》共同第2条明确规定，任何时候只要两个“缔约国”之间有武装冲突，就存在国际性武装冲突；而该条的评论和前南刑庭在“塔迪奇案”中的裁决都说的是“国家”之间使用武力。<sup>9</sup>因此，问题就在于这两个用语是否同义。<sup>10</sup>尽管缔约国必定是国家，但一个没有机会成为《日内瓦公约》缔约国的国家也有可能卷入武装冲突。鉴于目前全世界所有国家都是《日内瓦公约》缔约国，<sup>11</sup>并且公约包含的一些规则属于习惯性，<sup>12</sup>这个问题似乎没有实际意义。然而，其对于分离战争或者国家在武装冲突过程中解体的情形是有意义的。由于先前存在的国家通常反对分离或者

8 ICTY, 前引6, 第70页。这一定义在后续判决中从未受到反驳。see Luisa Vierucci, “Armed Conflict”, in Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 247–248。在“德拉里奇案”中，审判分庭仅称“在裁断所涉武装冲突之性质时，审判分庭受《<日内瓦公约>评论》指引”。ICTY, *The Prosecutor v. Željko Delalić, Zdravko Mucić, also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo, also known as “Zenga”*, Case No. IT-96-21-T, Judgement (Trial Chamber), 16 November 1998, para. 208. See also Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 19; William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 202.

9 前南刑庭别无选择，只能使用“国家”一词。其《规约》使其不可能使用“缔约国”这一术语，后者是《日内瓦公约》所特有的。关于这一点，参见D. Kritsiotis, 前引3, 第275页。

10 对于红十字国际委员会而言，答案显然是肯定的：“根据本条，国际性武装冲突是指‘缔约国’——亦即国家——之间的武装冲突。” see ICRC, *How Is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*, opinion paper, March 2008, available at: [www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflictarticle-170308.htm](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflictarticle-170308.htm).

11 See ICRC, “Treaties and States Parties to Such Treaties”, online database available at: [www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party\\_main\\_treaties/\\$File/IHL\\_and\\_other\\_related\\_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

12 See International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, p. 226, para. 75 (reiterated with regard to the conduct of military operations in ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, p. 136, para. 89). See also A. Aust, above note 3, p. 253; as well as Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (ICRC Customary Law Study), p. 628.



解体，因此这些过程一般都伴随着武力——换言之，它们出现在武装冲突过程中，而只要是先前国家的组成实体在对政府部队作战，该冲突就被划归非国际性武装冲突。然而，如果分离或解体后冲突仍在新“国家”与既存国家之间延续，那么冲突何时转化为国际性武装冲突这个问题就出现了。鉴于这些局势造成的后果，同时考虑到关于国际性武装冲突的国际人道法何时生效这一根本问题，有必要接受事实的指引，因为在这些情形下，“国际社会在大多数情况下都会接受既成事实”。<sup>13</sup>与国际人道法所特有的实用主义相一致，确定其何时开始适用这一问题不能取决于任何国际承认程序，也不能取决于联合国的任何反应。<sup>14</sup>然而，将国际人道法的适用性仅仅建立在新“国家”不再承认中央政府、完全控制其领土、有其自己的武装部队这样的事实认定上，也可能会有难度。如何区分这些属性与不能被称为国际人道法含义范围内的国际性武装冲突“当事一方”的武装集团的属性？因此，这就有必要遵守国际公法为国际社会承认一个国家所规定的条件。换言之，“一旦国家以独立形态出现并满足国家地位标准……那么无论是否加入联合国，其均受国际法律社会的规则约束”，<sup>15</sup>包括国际人道法规则。也不需要武装冲突双方相互乃至单方承认对方是国家。<sup>16</sup>

---

13 Patrick Dallier, Mathias Forteau and Allain Pellet, *Droit international public*, 8th ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2009, p. 587, para. 344. 又见巴丹泰仲裁委员会（以其主席的名字命名）关于南斯拉夫社会主义联邦共和国的组成共和国是否解体及其后果如何的意见：“国家的存在或消失是一个事实问题，其他国家的承认仅具宣告效力。” Peace Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission, available at: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e13?>].

14 See in this connection Marco Sassòli, “The Legal Qualification of the Conflicts in the Former Yugoslavia: Double Standards or New Horizons for International Humanitarian Law?”, in Wang Tieya and Sienho Yee (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, p. 320.

15 Ram P. Anand, “New States and International Law”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, para. 1, electronic ed. available at: [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (password required).

16 ICRC, above note 10; Christopher Greenwood, “Scope of Application of Humanitarian Law”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2008, p. 51; Dietrich Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 163, 1979, pp. 128, 129.

因此，有必要确定哪些国家机关必须被涵盖在内。如上所述，根据对共同第2条的评论，“产生于两国之间并导致武装部队成员干预的任何分歧都是第2条所指的武装冲突”。<sup>17</sup>这一理念其后被下列表述重申：“因此，两个国家之间涉及它们的武装部队干预并存在受害者——如《日内瓦公约》所定义——的任何对抗，都是武装冲突。”<sup>18</sup>两者都要求必须有“武装部队”或“它们的武装部队”的干预，这产生了若干问题。首先，这两个假定，特别是后者，暗示说要存在国际性武装冲突（从而国际人道法可以开始适用），就必须涉及一个或多个国家的武装部队。接受这一观点相当于认为，例如，一国对另一国实施的空中轰炸袭击，如果后者因为缺乏实际能力或者出于任何其他原因而没有还击，就不构成武装冲突。然而，这种情形毫无疑问已经具备冲突的显著特征，从而可以适用国际人道法，特别是这一法律体系中专门调整作战行为的那部分。并不要求一个或多个相关国家的武装部队已经交火。如果一国对另一国使用武力，即便后者没有反击，国际性武装冲突也将已经存在，从而国际人道法将开始适用。因此，缔约国任何一方的武装部队成员的干预即已足够。根据关于作战行为的规则，这一结论是必然的。没有理由将一国对另一国发起的初始攻击豁免在这些规则之外；必须确认军事目标，必须事先分析并尊重比例性和预防措施。再者，考虑到一些国家没有自己的武装部队，就更不可能得出其他结论。如果必须要至少两支军队参加才能让一个局势够格成为武装冲突，从而适用国际人道法，那么理论上就不可能与哥斯达黎加或者所罗门群岛发生国际性武装冲突。<sup>19</sup>然而，任何第三国在这些国家的领土内对其使用武力，都显然要受相关国际人道法规则调整。同样地，这些国家落入敌方手中的任何国民都受到相关国际人道法规则的保护。

17 J. Pictet (ed.), above note 7, p. 32.

18 J. Pictet, above note 3.

19 尽管有一些细微区别，因为它们中的一些有议会部队或者领土内有外国军队驻扎，但世界上大约有20个国家没有政府军。参见中情局的数据，[www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2055.html#bp](http://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2055.html#bp)。它们是：安道尔共和国、哥斯达黎加、多米尼加、格林纳达、冰岛、基里巴斯、列支敦士登、马绍尔群岛、毛里求斯、密克罗尼西亚、摩纳哥、瑙鲁、帕劳、巴拿马、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、萨摩亚、圣马力诺、所罗门群岛、图瓦卢和瓦鲁阿图。



## 武装暴力行为的目的及其集体性质

一国对另一国平民或者另一国除军事目标之外的任何其他民用目标使用武力，也同样会构成参加国际性武装冲突，从而适用国际人道法。一国对另一国使用武力这一事实本身就足以使关于国际性武装冲突的国际人道法开始适用，条件是相关行为不是一个单独个体实施的孤立行为。<sup>20</sup>要满足国际性武装冲突的条件，实施攻击的武装部队成员必须是奉命行事。如果其是自作主张，没有咨询上级，那么就不可能说在其所属国与其攻击国之间存在国际性武装冲突。无论作为攻击目标的物体或人员的性质如何，一旦可以从这种目标定位中推断出对武力行使对象国的伤害意图，关于国际性武装冲突的国际人道法就开始适用。换言之，在另一国领土内使用武力必须是敌对性质的。因此，绝对不要求直接目标必须是受暴力行为攻击国的武装部队。国际刑事法院已经采纳了《〈日内瓦公约〉评论》和前南刑庭案例法的定义，<sup>21</sup>认为“发生在两个或多个国家之间的武装冲突是国际性武装冲突”，<sup>22</sup>这似乎是令人满意的。但对更进一步的主张还必须仔细审视：法院进一步声称“如果国家之间通过其各自武装部队或者代表国家行事的其他主体开展武装敌对行动，就存在国际性武装冲突”。<sup>23</sup>首先，“之间”一词并不必然暗示在其领土内被行使武力的国家需要作出反击。其次，如果武力必须是集体行使的，至少必须是由实施攻击国的武装部队集体行使的，那么“通过其各自武装部队”这一表述可能会给人错误的印象，即必须有所反击才能适用国际人道法。

20 See in this connection C. Greenwood, above note 16, p. 46.

21 ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber I), 29 January 2007, paras 207, 208.

22 Ibid., para. 209; ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber I), 30 September 2008, para. 238.

23 ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber II), 15 June 2009, para. 223.

### 俘获作为一种引发国际人道法在国际性武装冲突中适用的行为

在国际人道法中，使用武力并不仅指使用致命武力。俘虏敌方士兵是另一种形式的暴力，可以构成引发国际人道法适用的行为。《〈日内瓦第三公约〉评论》明确写道：

一方的武装部队俘获了第4条含义范围内的敌手，这就足够了。即使没有战斗，《公约》所涵盖的人员被拘留这一事实也足以令其适用。当然，在此情形下俘虏的人数是无关紧要的。<sup>24</sup>

如果武装冲突的目标是削弱敌方的潜力，那么达成这个目的的手段之一就是俘获对方士兵。因此，一旦满足共同第2条的适用条件，一般来说有关国际性武装冲突的国际人道法就立即开始适用。一旦有人落入敌方手中，国际人道法根据这一事实本身就开始规制其处境。仅仅是敌方武装部队成员被另一国武装部队成员俘获这一敌对事件就可以引发《日内瓦第三公约》的适用，即使没有任何其他敌对行为。因此，即使在此之前没有敌对行动，关于俘获和拘禁的国际人道法规则也开始适用。例如，2007年3月23日在波斯湾巡逻过程中被伊朗俘获的15名英军士兵，<sup>25</sup>仅仅因为其被俘本身就应当被视为战俘。因此，伊朗当局几天后让他们上电视的做法违反了《日内瓦第三公约》第13条第2款，后者保护战俘免受公众好奇心的烦扰。

这一《日内瓦第三公约》规定的引发国际人道法适用的手段是直截了当的。如果相关人员是战斗员，那么其被俘就会使其成为战俘，并使《日内瓦第三公约》得以适用，无论其国籍如何、在哪国领土内，也无论此前是否已经确认存在国际性武装冲突。因此，对战斗员的俘获本身就是一个引发《日内瓦第三公约》适用的敌对行为。

《日内瓦第四公约》第4条的立场更微妙一些，因为有两种可能性。第一种是该人员被俘时是在其国籍国领土之上，因此如果其落入敌方手中，

24 Jean Pictet (ed.), *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War: Commentary*, ICRC, Geneva, 1960, p. 23.

25 关于这些事件的详细叙述，see Jean-Pierre Langellier, “Téhéran capture quinze soldats britanniques”, *Le Monde*, 25 March 2007, p. 4; and Jean-Pierre Langellier, “Les quinze marins britanniques capturés dans le Golfe sont apparus à la télévision iranienne: Londres gèle ses relations diplomatiques avec Téhéran”, *Le Monde*, 30 March 2007, p. 4.

这就意味着已有外国军队入侵该国领土，引发了国际性武装冲突，并使国际人道法得以适用。即使没有发生武装敌对行动，敌军进入领土这一军事行动也已在俘获相关人员之前就引发了国际人道法的适用。即使武装入侵的唯一目的就是俘获一个或多个人员，也能满足这一条件。因此，《日内瓦第四公约》并不是因为实际俘获行为本身，而是因为先前引发国际性武装冲突的行为而开始适用。第二种可能性是该人员落入敌方手中时不是在其国籍国领土内。如果先前没有敌对行动，该如何区分普通拘留与受国际人道法调整的拘留呢？如果已经正式宣战，这个问题就不会出现，因为宣战本身就引发了国际人道法的适用，对外国平民的监禁受国际人道法调整。但由于这种情形不复存在，因此如果一国在先前没有敌对行为的情况下，决定剥夺在其领土内的另一国国民的自由，就可能会有问题。因为在此情形下，监禁或者指定居所是为了这些措施的实施国的安全利益而下令进行的，其本身就表明了这两个相关国家之间的敌对关系。如果相反，这些人员是司法程序的对象，那么他们就必须被视为普通被拘留者。因此，在第二种情形下，决定性因素是拘留的目的，即安全，以及相关人员的身份，即特定第三国的国民。<sup>26</sup>

### 同意在确定国际人道法开始适用时点方面所起的作用

除了这些实际因素外，要确定国际人道法是否应当开始适用还有一个心理要素：所使用的暴力必须是敌对性质的。“敌对行动”这一用语本身就意味着相关行为的动机不是仁慈，而是敌意。因此，并非在一国领土内见到的所有军事行动都会自动导致其被划归国际性武装冲突。因此，必须将外国武装部队在一缔约国同意的情况下进驻后者领土的行为排除在这一定义之外，

26 这种情形让人想起前南刑庭在其关于《日内瓦第四公约》第4条在种族武装冲突中的适用问题的推理中所使用的“效忠”的概念，即人们可以不是因为他们的国籍，而是因为他们对第三国的效忠而被拘留。就算不考虑国际人道法的属时适用性，这一问题本身也值得进行长篇大论的分析。see ICTY, above note 3, paras 164 ff; Christopher Greenwood, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 2, 1996, pp. 272–273; and Theodor Meron, “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, p. 242.

因为在这种情形下，外国军事存在并非源自“争端”。<sup>27</sup>为评判是否存在争端，从而确定关于国际性武装冲突的国际人道法是否适用，就有必要确定是否存在同意。尽管从武装敌对行动可以很容易地看出不存在同意，但存在同意却不那么容易判断。当敌对军队之间存在暴力冲突时，很容易断定存在国际性武装冲突，因为明显缺乏同意。另一方面，仅仅观察到一国领土内有外国军事存在，可能难以从中推断出该存在是敌对性质的，例如一国对另一国领土内的武装集团而不是该国政府武装部队开展军事行动这种情形。在这种情形下，适用于军事行动开展国与该武装集团之间关系的是关于非国际性武装冲突的国际人道法，但关于国际性武装冲突的国际人道法也可能同样适用于该国与武装集团“东道国”之间的关系。

乌干达在刚果民主共和国的行为凸显出难以确定国际人道法开始适用时点的一种情形，即一国请求另一国协助打击其领土内的武装集团，但后来又撤回同意。在本例中，刚果民主共和国起初请求乌干达支持其打击叛乱武装集团，乌干达因此在刚果民主共和国同意下在其领土内使用武力。但不久以后，刚果民主共和国当局要求“结束所有外国军队在刚果的存在”，<sup>28</sup>进而谴责乌干达入侵其领土。<sup>29</sup>乌干达对刚果民主共和国所提部分指控的抗辩理由是后者已经对其存在给予同意。<sup>30</sup>在这类情形下，外国军队将会参与针对武装集团的行动。只要在其领土内发生冲突的国家（“领土国”）同意这些行动，该情形就“只会”被定性为领土国和干预国与武装集团之间的非国际性武装冲突。但一旦起初请求协助的国家撤回其同意，如果干预国仍继续在领土国开展军事活动，就将引发两国之间的国际性武装冲突。关于国际性武装冲突的国际人道法就会至少适用于这些国家之间的关系。接下来的问题就是何时可以认为已经终止同意。国际法院的观点是，刚果民主共和国谴责乌干达入侵其领土这一事实表明其不再同意后者的存在；但法官们拒绝了刚果民主共

27 See in this connection Sylvain Vité, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, 2009, p. 73.

28 Official statement of 28 July 1998, reproduced in the judgment of the ICJ in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19 December 2005, para. 49.

29 这一谴责是1998年8月8日结束的维多利亚峰会上作出的。参见同上，第33段。

30 同上，第42段以下。

和国关于所有外国部队均已离开其领土的正式声明，理由是其含糊不清。<sup>31</sup>因此，在此情况下撤回同意的时点就是该国公开谴责在其领土内的外国存在那一刻。在这里，问题的一部分并未得到彻底解决，那就是一国的哪些机关有权给予和撤回同意。但值得强调的是，国际法院明确指出“刚果民主共和国撤回其关于乌干达军队在其领土内驻扎的同意不需要采取任何特殊形式”。<sup>32</sup>因此，撤回同意就纯粹是个事实问题，不是必须伴之以正式行为才算有效。

### 诱惑：复活“交战意向”概念以确定国际人道法开始适用的时刻

从上述分析中显而易见的是，必须先有出于敌对目的而实施的暴力行为才能开始适用国际人道法这一前提可能包含一个困难的评估。如果考虑到联合部队——其在武装冲突中扮演的角色不尽相同——所开展的军事行动的多重性，那么定性武装冲突和确定国际人道法的适用性可能会更加错综复杂。为克服这一障碍，人们也许会受到诱惑去复活“交战意向”这一与老式“战争”观念想联系的陈旧概念。意向是一种意图。在“战争”语境下，交战意向是一种确定相关国家是否打算以战争状态取代它们之间和平状态的手段。换言之，其意味着使用一个法律概念。<sup>33</sup>相反，1949年引入“武装冲突”概念是试图将国际人道法的适用性植根于事实认定。因此，在这一新语境中使用交战意向这个概念将是一个退步，不仅有损国际人道法的实施，还会跟不上始于1907年、在1949年获得推动且自那以后日益显著的一个总体趋势，即通过进行事实分析来确定国际人道法是否适用于某个特定局势。<sup>34</sup>再者，要通过交战意向确定上述敌对意图，就必须在很大程度上依赖当事方对其意图的表述。传统上交战意向是通过“宣战或任何其他正式声明”来显示的，<sup>35</sup>

31 同上，第51、53段。还可以更为一般性地参见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第20条和第45条的评论，其提到了可以认定存在同意或默许的时间点。International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, available at: [legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), para. (3) of the Commentary to Draft Article 30 and para. (6) of the Commentary to Draft Article 45, pp. 73 and 122.

32 ICJ, 前引28，第51段。

33 See in this connection Christopher Greenwood, “The Concept of War in Modern International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, p. 286.

34 同上，第295页。

而国际人道法在确定其开始适用时点时则试图不考虑任何立场表述。国际人道法对卷入武装冲突的国家设定的义务几乎不可避免地导致后者否认存在任何此种冲突，以逃避该法律体系的适用。因此，任何探查交战意向的企图都会不可避免地受到不符合实际情形的声明或立场的阻碍。故此，尽管这一概念表面上很有吸引力，因为其似乎便于确认相关国家之间的敌意，但其副作用却使得其重新应用并不可取。

有人主张这一概念在“存疑情形”——例如军队错误行进至另一国领土，或者在领土国请求下使用武力——下尤为有用。<sup>36</sup>很难看出交战意向在错误军事行动情形下能提供何种帮助——如果这是失误，那么顾名思义犯错的军队就没有理由对相关领土上的居民实施任何敌对行为。

### **在确定国际人道法在国际性武装冲突中的开始适用时间时，暴力行为的强度无关紧要**

尽管有各种不同司法机构<sup>37</sup>或文献<sup>38</sup>的陈述所导致的疑问或不确定性，但国际人道法的适用与冲突当事方使用武力过程中的暴力程度无关，这是没有争议的。在第31届红十字与红新月国际大会上，红十字国际委员会庄严申明如下：

35 同上，第286页。

36 这是D. Kritsiotis提出的可能性，参加前引3，第280页。

37 See, for example, ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, report prepared by the ICRC, 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2–6 December 2003, p. 8, or ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, report prepared by the ICRC, 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 26–30 November 2007, p. 7; and ICTY, *Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Trial Chamber), 7 May 1997, para. 569, or Special Court for Sierra Leone (SCSL), *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgement (Trial Chamber II), 18 May 2012, paras 563 ff.; Lucius Cafilisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 2008”, *Revue Suisse de Droit International et Européen*, No. 4, 2009, p. 605, reproduced in the reply given on 19 November 2008 by the Federal Council to a question put by Mr Josef Lang, Member of the National Council, on 1 October 2008.

38 See, for example, UK Ministry of Defence, above note 7, p. 29, para. 3.3.1; George H. Aldrich, “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *American Journal of International Law*, Vol. 90, 1996, p. 67, or International Law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, p. 10; and International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 3, note 7, available at: [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022).



在《公约》制定后的数十年间，一般认为长度或强度不是国际性武装冲突存在与否的判定要素。这一方法近来受到质疑，有人建议说敌对行动必须达到某种烈度……我们认为，除了主流法律意见与此相反之外，还必须坚持引发国际性武装冲突无需最低烈度要求的立场，因为这有助于避免可能出现的法律和政治争议，即基于特定情形下的具体事实是否能够满足最低要求。<sup>39</sup>

同理，尽管国际刑事法院和法庭表达的立场有时不尽明确，但归根到底的趋势似乎仍是保持传统方法，即国际性武装冲突的定性与暴力行为的强烈程度无关。

前南刑庭在“塔迪奇案”判决的推理中有一个异乎寻常的陈述，即“目前可以说冲突的强烈程度……已经能够满足《规约》对构成国际性武装冲突的要求”。<sup>40</sup>但这种想法似乎是孤例。例如，“德拉里奇案”就与此相反，认为在国际性武装冲突中，“国家之间存在武力这一点本身就足以引发国际人道法的适用”。<sup>41</sup>国际刑事法院采取了相似立场。<sup>42</sup>最后，塞拉利昂问题特别法庭在其2012年5月18日的判决中采用了前南刑庭在“塔迪奇案”判决第70段中所下的定义。<sup>43</sup>但这里的措辞是含糊不清的。法官们在“泰勒案”中认为组织性和强度是确定武装冲突存在与否的标准，但却没有指明冲突的性质（是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突），而这两个标准只有对定性非国际性武装冲突才是有意义的。因此，法官们是否希望将强度标准适用于定性国际性武装冲突就成为一个没有实际意义的问题。这似乎不是他们的本意，因为尽管他们认为国际性武装冲突与非国际性武装冲突的区别在本案中无关紧要，因为涉案行为在两类冲突中都是犯罪，但他们使用了与前南刑庭一模一样的措辞，而后者明显是对这两类武装冲突加以区分的。

39 ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, report presented at the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 28 November–1 December 2011, pp. 8–9, available at: [www.icrc.org/fre/assets/files/redcross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-12-fr.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/redcross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-12-fr.pdf).

40 ICTY, 前引37, 第569段。

41 ICTY, 前引8, 第184、208段。

42 ICC, 前引21, 第207段。

43 SCSL, 前引37, 第563段以下。

## 特例：国际人道法在被占领土的开始适用问题

《海牙章程》第42条是关于占领局势开始问题的参考条款，其规定：“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。”《陆战法规和惯例公约及其附件：陆战法规和惯例章程》，海牙，1907年10月18日。

《日内瓦第四公约》第三部中关于被占领土的规则何时适用，是国际人道法在国际性武装冲突中的开始适用有关的关键问题之一。近年来，关于国际人道法的争论集中于占领概念本身，以及外国军队在某个时间点上可以被认为在进行《海牙章程》第42条<sup>44</sup>含义范围的占领意味着什么。2003年美国入侵伊拉克和2005年以色列军队单方撤出加沙地带这两件事重新唤起了对这一主题的兴趣。本文无意重复这些已经被知名专家在本刊中广泛讨论过的方面，<sup>45</sup>而是只想指出，一旦我们认可根据功能性占领理论，关于被占领土的规则可以在局势被定性为《海牙章程》所指的占领之前就予以适用，那么就会出现又一个难题。如果逐一阅读关于被占领土那一编的条款（译者注：指《日内瓦第四公约》第三编），这一点就会变得显而易见。要求“占领国”遵守所有这些条款是不可能的，如果该“国”只不过是进入领土的几个士兵，或者更一般地说，是在该国已经决定性地建立权力之前的入侵阶段。<sup>46</sup>为了确定关于被占领土的条款何时开始适用，笔者在2014年建议对《日内瓦第四公约》第三编逐条进行有指导的阅读，以便有可能确认其所包含的义务何时开始适用于“占领国”。<sup>47</sup>为此目的，考虑因素包括这些条款

44 《海牙章程》第42条是关于占领局势开始问题的参考条款，其规定：“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。”《陆战法规和惯例公约及其附件：陆战法规和惯例章程》，海牙，1907年10月18日。

45 See *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, 2012, 特别是Michael Bothe、Martin Zwanenburg 和Marco Sassòli之间的论争，以及Tristan Ferraro的文章。其讨论的都是什么时间点上可以说占领已经开始。

46 See in this connection Robert Kolb and Sylvain Vit , *Le droit de l'occupation militaire: Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Brussels, 2009, pp. 145–146. See also Eritrea–Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims I*, 3, 5, 9–13, 14, 21, 25 & 26, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, The Hague, 19 December 2005, para. 27.

47 详见J. Grignon, 前引2

是否确立了某项权利，或者是否对被保护人有影响；与此同时，在“占领国”建立有效控制之前其是否可以实施。<sup>48</sup>事实上，国际人道法的实用主义性质要求其必须时刻确保实施的可能性。<sup>49</sup>笔者2014年的研究所涉及的大多数条款仅仅是要求不从事特定行为，而并不要求采取具体实施措施。研究结论是，《日内瓦第四公约》第47-49、51、53、58、59条、第61条第1款、第63、64-75、76和78条是立即适用的，这不同于第50、52、54-57、60条、第61条第2、3款和第77条。<sup>50</sup>由于《日内瓦第四公约》关于被占领土的一些条款即使是在没有《海牙章程》所指的占领的情况下也被认为可以适用，因此在某些方面法律状况仍然是模糊不清的。所建议的对《日内瓦第四公约》第三编条款的阅读依赖于对公约起草者意图的宽泛理解。这可能会产生国际人道法可以随意适用的感觉，从而招致占领国的质疑；后者本可以用“被占领土”的通常含义作为挡箭牌。所幸的是，《第一附加议定书》超越了因合并阅读《海牙章程》和《日内瓦第四公约》关于占领的条款所可能产生的这种截然对立。事实上，除少数几个条款外，《第一附加议定书》不再区分冲突当事方的领土和被占领土。在102个条款中仅有8条明确提到被占领土，其中仅有3条<sup>51</sup>是完全关于这种特殊情形的。其余5条都是既有关于冲突当事方的段落，也有关于占领国的段落。

## 国际人道法在非国际性武装冲突中的开始适用问题

非国际性武装冲突是当今世界更为常见的武装冲突形式。<sup>52</sup>但条约法没有定义非国际性武装冲突的开始时间。对这类冲突的重要方面已经进行了广泛的分析和解剖，主要是在前南斯拉夫问题和卢旺达问题国际刑事法庭的案

48 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert Meeting, ICRC, Geneva, 2012, p. 25, available at: [www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4094.htm](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4094.htm).

49 See in this connection Daniel Thürer and Malcolm McLaren, “Ius Post Bellum in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?”, in Klaus Dicke et al. (eds), *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 758.

50 详见J. Grignon, 前引2, 第133页以下。

51 《日内瓦第四公约》, 第14、63、69条。

52 See Michele Mack, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-international Conflicts*, ICRC, Geneva, 2008, available at: [www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc\\_002\\_0923.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0923.pdf).

例法中，也有在理论中。尽管对其时际方面的关注更少，但要确定国际人道法开始适用于非国际性武装冲突的时点，总结一下司法机构和博学作者们关于这一主题业已阐述的诸多立场就足矣。<sup>53</sup>

简言之，现在公认，一旦冲突各方有足够的组织性，且暴力冲突达到一定强烈程度，国际人道法就开始适用于非国际性武装冲突。尽管前南刑庭在“哈拉迪纳伊案”和“博斯科斯基案”中阐明了组织性和强度的指标，<sup>54</sup>但不可避免地，其实际确定工作极其复杂。此外，定性(或不定性)为非国际性武装冲突会带来重大影响，因为国际人权法关于使用武力的规则不同于国际人道法。因此，这仍是一个极端敏感的问题。

在此似乎有必要将我们的研究限于两个受到关注相对较少、但却对国际人道法在非国际性武装冲突中的开始适用时点有直接影响的方面。首先是引入“长期”(protraction)这一要素——其一度是案例法中的主导性考虑因素——的潜在影响，以及适用这一指标来确定冲突各方是否具有足够组织性所面临的困难。其次是在制定《国际刑事法院罗马规约》后对非国际性武装冲突的门槛进行进一步区分——或者相反，进一步标准化，取决于不同视角——所带来的影响。

## 判定国际人道法在非国际性武装冲突的开始适用时间方面的不确定性

强度和组织性要素有助于定性，但其在国际人道法何时开始实际适用于非国际性武装冲突方面仍然留下一些疑问。冲突各方的组织程度难以评估，

53 See in particular ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, Case No. IT-0484-T, Judgement (Trial Chamber I), 3 April 2008, para. 49; ICTY, *The Prosecutor v. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, Case No. IT-04-82-T, Judgement (Trial Chamber II), 10 July 2008; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgement Pursuant to Article 74 of the Statute (Trial Chamber I), 14 March 2012, para. 537; Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

54 ICTY, *Haradinaj and Bošković*, above note 53.

这给国际人道法开始适用于非国际性武装冲突的时间点带来了不确定因素。同样，在分析暴力行为的强度时引入“长期武装冲突”这一概念也是导致分析混乱的时际要素。

### 组织性标准

冲突各方的组织程度难以评估，这给国际人道法何时开始适用于非国际性武装冲突这一问题带来了不确定因素。叙利亚的例子很好地说明了将现实事件同案例法描述的指标相匹配是何等困难。尽管如今也许可以直截了当地说，叙利亚局势呈现出受共同第3条规制的非国际性武装冲突的特征，<sup>55</sup>但达到组织性和强度标准的确切时间点仍然是有争议的。

今天可以看到，武装反抗集团和政府武装部队双方所使用的武器、军队在重新控制某些地区方面的无能为力、成千上万的受害者、大规模逃往相邻国家的平民、日益增加的暴力行为、联合国恢复和平努力的徒劳无功、政府方面持续高强度使用武力，再加上局势已经持续近三年这一事实，都表明强度标准已经满足。<sup>56</sup>同样地，就组织程度而言，可以说当时的主要武装集团叙利亚自由军(2011-2012)——武装冲突中的绝大多数叛乱者都声称是其成员——实施了协调行动、有总参谋部、控制了领土的某些部分或者至少有能力阻止叙利亚军队进入某些区域，并且有发言人和代表。因此，叙利亚自由军的组织程度似乎已经满足了相关标准。故此可以断定，有存在进行之中的

55 See ICRC, “Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent Maintain Aid Effort Amid Increasing Fighting”, Operational Update, 17 July 2012, third paragraph, available at: [www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-0717.htm](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-0717.htm). 对于该冲突是否也满足《第二附加议定书》的标准不作进一步分析，因为叙利亚不是该文件的当事方，因此其不适用于这一局势。参见红十字国际委员会汇编的批准国家表，[www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party\\_main\\_treaties/\\$File/IHL\\_and\\_other\\_related\\_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)。

56 See the indicative factors defined by the ICTY in *The Prosecutor v. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, above note 53, paras 177 ff.

非国际性武装冲突，其适用共同第3条。<sup>57</sup>红十字国际委员会、联合国和人权观察的描述证实了这一评判。<sup>58</sup>

尽管今天看来这是毫无争议的论断，但它是从什么时候开始的呢？可以认为，所需要的强度标准很快就满足了，因为上述指标从2011年4月末就得到确认了。<sup>59</sup>另一方面，要评估叙利亚自由军在哪个时间点上满足了有足够组织性这一标准，则要困难得多。2011年8月无疑是一个关键时刻，因为这是其成立的时间。但其似乎是在接下来的几个月里才达到足够组织程度的。能找到的与2011年秋天的暴力行为强度和叙利亚军队为反制叛乱者而采用之手段有关的情报表明，已存在成熟的组织；叙利亚自由军有能力开展协同军事行动并遏制政府军队的事实也证实了这一点。这一时期的另一个决定性因素是该武装集团有能力发动真正的军事进攻，这表明存在一个能够向下级发出指令并由后者予以实施的指挥链。综上所述，尽管无法给出受共同第3条规制之非国际性武装冲突的两个主要标准得到满足的确切日期，但可以认为这种局势从2011年秋天就开始存在了。

57 *Ibid.*, paras 199 ff.

58 联合国设立了一个独立国际调查委员会来调查叙利亚局势。委员会制作了涵盖各个不同时期的数份报告，namely: UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 23 November 2011, UN Doc. A/HRS/S-17/2/Add.1; UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 22 February 2012, UN Doc. A/HRC/19/69; UN Human Rights Council, Oral Update of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 26 June 2012, UN Doc. A/HRC/20/CRP.1. 欧洲理事会议会大会也制作了一份关于2012年4月24日之前事态的极其详尽的报告: Parliamentary Assembly of the Council of Europe, The Situation in Syria, report, 24 April 2012, Doc. 12906. See also UN Human Rights Council, Preliminary Report of the High Commissioner on the Situation of Human Rights in the Syrian Arab Republic, 14 June 2011, UN Doc. A/HRC/17/CRP.1. 还可以参见非政府组织人权观察制作的报告，特别是“*We Live as in War*”: Crackdown on Protesters in the Governorate of Homs, Human Rights Watch, November 2011; “*By All Means Necessary*”: Individual and Command Responsibility for Crimes against Humanity in Syria, Human Rights Watch, December 2011; and *In Cold Blood: Summary Executions by Syrian Security Forces and Pro-Government Militias*, Human Rights Watch, April 2012. See also S. Nebehay, above note 1; and “*Exclusive: Red Cross Ruling Raises Questions of Syrian War Crimes*”, Reuters, 14 July 2012, available at: [www.reuters.com/article/2012/07/14/us-syria-crisis-icrc-idUSBRE86D09H20120714](http://www.reuters.com/article/2012/07/14/us-syria-crisis-icrc-idUSBRE86D09H20120714). 又见ICRC, 前引1。

59 参见该时期的联合国报告，前引58。



## 暴力强度标准与“长期武装冲突”概念

前南刑庭早期在“塔迪奇案”中提及的“长期武装暴力”，以及《国际刑事法院规约》第8条中的“长期武装冲突”概念，可能会造成一定困惑，即给人以要构成非国际性武装冲突还必须满足一个额外要求的印象。这样一种解释只有事后才能作出，而且帮助不大，因为参与武装暴力的人无法知道暴力行为将持续多久。

如果定性非国际性武装冲突的标准是冲突的长期性，那么从第一天开始的任何一个时间点，冲突参与者们都可能会认为其行动受另一个不同的法律制度调整，从而可能会意识不到其行为与武装冲突相关并构成战争罪。他们要等多久才能确认冲突符合非国际性武装冲突的特征？例如，尽管从事后看很清楚，冲突持续了3个月，但在战事期间不可能预测其何时会结束。同样是事后来看，在3个月的时间跨度内，也许有可能认为第15天意味着冲突已经成为长期。但当其还在发生时，当事方又怎么能够知道第15天会是一个关键时刻，从这天起国际人道法开始适用且国际刑事法院或法庭可以指控他们不遵守该法？相反，他们也许设想第16天将会是冲突最后一天，并认为这段时间太短，不够满足长期冲突的要求。因此，这一要素就涉及将某人的行为定性为战争罪时的犯罪意图问题。在上述情形下，在武装冲突已经进行几天后所实施之犯罪的行为人就可能被认定为有罪，尽管其实施该行为时并未意识到自己是在非国际性武装冲突之中——因为其无法预知事态将会持续足够长时间，从而在事后被定性为非国际性武装冲突。

从另一个角度看，必须是长期使用武力才能被视为非国际性武装冲突并因此受国际人道法规制这一要求损害了对受这些冲突影响者的保护。如果必须等上一段时间才能认定局势呈现出非国际性武装冲突的鲜明特征，那就意味着在暴力行为一开始就被逮捕的人将享受不到国际人道法所提供的保护；而如果是在几天、几周或几个月之后——取决于为确定存在非国际性武装冲突而被认为合适的时间长度——被逮捕的，他们则将受到充分保护。对于国际人道法的目标与这一推迟国际人道法适用时间的标准之间的利益冲突，在《第二附加议定书》的准备阶段已经有所争论。德意志联邦共和国政府提出了如下问题：“仅仅因为叛乱是新近发生的，政府就有权采取侵犯最低

限度人权的行动吗？”<sup>60</sup>当然，由于今天已经公认人权法适用于一切时期，且不可减损的人权适用于一切局势，<sup>61</sup>因此即使不适用国际人道法，德意志联邦共和国所称的“最低限度人权”也必须得到尊重。尽管如此，国际人道法这一专门用于规制武装冲突的法律体系包含有为这类局势量身定做的规定。

### 《罗马规约》中的“长期武装冲突”概念对习惯国际人道法在非国际性武装冲突中的适用性的影响

对《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项和第5项的合并阅读产生了某种不确定性。第8条第2款第3项指向“在非国际性武装冲突中”违反共同第3条的行为，而第8条第2款第5项则是关于“严重违反……适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为”。《规约》直至第8条第2款第6项才规定第5项适用于“政府当局与有组织武装集团之间或这种集团相互之间的长期武装冲突”。这种区分目的何在不甚清楚。是不是各国意图通过《罗马规约》重申共同第3条的传统概念及其极低的适用门槛，故此在违反共同第3条行为与其他违法行为之间划一条分界线？或者第8条第2款第6项中的这一具体规定的目的是将国际刑事法院和法庭阐述的适用门槛标准化，并将之延伸至所有非国际性武装冲突？这一问题仍然悬而未决，相关立场两极分化。<sup>62</sup>我们必须等待国际刑事法院在涉及违反共同第3条的案件中给出它的解释。法院要么给出与前南刑庭一样的解释，要么回到传统的适用性低门槛。因此它将要么建议对国际人道法在非国际性武装冲突中的开始适用时点

60 *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974–1977)*, Vol. 8, Summary Records of Committee I, 1978, p. 220, para. 31.

61 德意志民主共和国1975年2月14日发言时，两个国际公约均未生效（《公民和政治权利国际公约》1976年3月23日生效，《经济、社会和文化权利公约》1976年1月3日生效）。

62 赞成标准化的立场参见A. Cullen, 前引53, 第219页。尤其参见他在第120和121页上的脚注18-25中提出的详细清单。他欢迎这一趋势，因为他认为共同第3条没有客观标准，而《第二附加议定书》中包含的标准又有问题。See also Anthony Cullen, “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol. 12, 2004, p. 202; Anthony Cullen, “Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *Military Law Review*, No. 183, Spring 2005, pp. 108–109.

进行标准化，要么相反，建议进行区分。在决定到来之前，分析一下标准化可能带来的、并非无足轻重的后果不无意趣。

如果将国际人道法在非国际性武装冲突中的适用门槛标准化——换言之，如果非国际性武装冲突的形式是长期武装暴力这一观念成为这类冲突的一般定义——这将对习惯国际人道法在非国际性武装冲突中的适用性产生重大影响。

习惯规则应当与相对应的条约法规则同时适用。《第二附加议定书》所涵盖的所有非国际性武装冲突必然也被共同第3条涵盖，因为后者适用门槛更低；但反之则不然。这正是条约法对这两类冲突的区分点之所在。一些局势被共同第3条所涵盖，但因不满足《第二附加议定书》第1条规定的对事标准而不适用该议定书。就习惯国际人道法的适用性门槛而言，这一推理意味着应当可以区分两类规则：一类是被认为在非国际性武装冲突中具有习惯性性质、并适用于共同第3条所涵盖之局势的规则；另一类则是适用于《第二附加议定书》所涵盖之局势的规则。奇怪的是，《红十字国际委员会习惯法研究》并未区分这两个适用领域。当说一项规则可以适用于非国际性武装冲突时，该研究并未进一步指出这项规则仅只适用于单单满足共同第3条标准的武装冲突，还是也适用于满足《第二附加议定书》标准的武装冲突。不过，正如国际性武装冲突中的习惯规则在非国际性武装冲突中并不自动具有习惯性性质一样，《第二附加议定书》所涵盖之武装冲突中的习惯规则在共同第3条所涵盖之武装冲突中也并不必然具有习惯性性质。可以断言，只有当在两种局势中可以找到等效的实践和法律确信时，一项规则才会在只受共同第3条调整的武装冲突中和被《第二附加议定书》所涵盖的武装冲突中均具有习惯性性质。由于《红十字国际委员会习惯法研究》并未作此区分，因此对于其认为在非国际性武装冲突中具有习惯性性质的每一项规则，都必须通过对相关规则是否内在包含领土控制这一假定进行个案分析，确定该非国际性武装冲突是仅被共同第3条所涵盖，还是也被《第二附加议定书》所涵盖。不重复研究报告撰写人所做的全部工作是不可能完成这项任务的。

因此，第8条第2款第6项中提出的标准化定义，与第8条第2款第5项一起，提供了一个很大的好处，即第8条第2款第5项第1-12目所列举的严重违反行为包括了《第二附加议定书》所涵盖的大部分行为。从关于非国际性武

装冲突的国际人道法的适用性的角度看，对这些条款需要作出两方面评论，第二个方面在此尤为相关。首先，《国际刑事法院规约》使得有可能基于习惯法依据起诉《第二附加议定书》所涵盖之行为，而无需满足该议定书第1条所要求的全部标准。这些以条约为基础的标准相当严格，以至于该文件最终能够适用的情形寥寥无几。<sup>63</sup>这个借鉴自前南刑庭早期案例法的定义在某种意义上给了它新生。<sup>64</sup>其次，这个“新”定义尤其有助于确定与非国际性武装冲突有关的习惯国际人道法何时开始适用。由于第8条第2款第5项和第6项明确指向“非国际性武装冲突”，因此不必再考虑相关习惯法是仅适用于共同第3条所涵盖之局势，还是也适用于《第二附加议定书》所涵盖之局势。一旦在政府当局与武装集团之间或者在武装集团相互之间存在“长期”武装冲突，适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法就开始起作用。

其结果是，源自条约法特别是《第二附加议定书》的习惯规则，可以适用于不被这些文件所涵盖的局势。由此，第8条第2款第5项和第6项简化了习惯国际人道法在非国际性武装冲突中的实施问题。适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法因此大大促进了对受这类冲突影响者的保护。通过采用前南刑庭提出的定义，根据法庭在后续案例法中的解释并假设标准化获得普遍接受，《国际刑事法院规约》可以大大拓展保护范围。第8条第2款第6项的门槛将同共同第3条一样低，<sup>65</sup>因为冲突的长期性实际上只是用于评估暴力强度的因素之一。这一规定因此将为国际人道法的适用设定一个非常低的门槛。不必具备《第二附加议定书》中列举的对事条件即可要求非国际性武装冲突——甚至可能是低强度的冲突——各方遵守国际人道法，包括来自《第二附加议定书》或者与国际性武装冲突有关的国际人道法的规则。此外，采用这一定义作为与非

63 See in this connection A. Cullen, above note 53, p. 112; Dieter Fleck, “The Law of Non-International Armed Conflicts”, in: D. Fleck, above note 16, p. 624; Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3rd ed., Manchester University Press, Manchester, 2008, p. 83; D. Schindler, above note 16, p. 149.

64 对比Dietrich Schindler1979年所说的话，这种思维上的转变尤其引人注目：“因此，通过制定《第二附加议定书》来发展共同第3条的简陋规定的企图被证明是相当不成功的（由于所加上的适用性要求）。然而，《第二附加议定书》可以被看作是在非国际性武装冲突中承认更多人道法规则的第一步。下一步应当是降低《第二附加议定书》的使用门槛，以便将其适用领域吸收进共同第3条的适用领域。”参见D. Schindler, 前引16, 第149页。

65 在这方面参见D. Fleck, 前引63, 第624页。

国际性武装冲突有关的国际人道法的适用门槛，意味着以条约为基础的关于国际性武装冲突的规则现在有可能在没有国家参与的武装冲突中强制执行。就习惯的构成要素而言，这将是国际公法中引人注目而绝无仅有的一次。

## 结 论

尽管有若干指标使得确认国际人道法适用于某个特定局势成为可能，但往往难以确切地说出其何时开始适用。这主要是因为今天的武装冲突有时是意义不明的行为所导致的。本文讨论了在确定国际人道法开始适用时间方面的难题，但没有提及在暴力行为爆发时所发表的声明的意义。取决于其不同利益，相关国家或第三国或者甚至是其他机构会发表相互矛盾的声明。一国会为了拒绝适用国际人道法而拒不认为其在其自身领土上卷入了非国际性武装冲突，另一国则会拿“全球反恐战争”来为其正在采取的某些措施提供正当理由。

无论如何，这些立场决不能影响国际人道法的适用。无需任何当局来决定存在武装冲突或者决定可以适用国际人道法，后者就能够起作用。尽管如此，对立各方对其所面临之局势的评估确实可以在获得人道援助或者有效保护武装冲突受害者方面造成不可接受的后果。如果各方不承认适用国际人道法，那么他们可能会利用这一主张来拒绝人道机构进入存在受武装冲突影响者的领土。因此，确定国际人道法何时开始适用就可能是一件具有重要的实际意义却又错综复杂的工作，且不能产生非常确切的结果。但一般来说可以断言，冲突的定性与冲突各方的意见无关。

一旦一国在另一国领土内未经后者同意使用武力，且暴力行为具有集体性质，与国际性武装冲突有关的国际人道法就开始适用，不管作为攻击目标的是何种物体或人员。暴力行为的形式可以仅仅是俘获。无需评估暴力强度或寻找交战意向就能够确定一个局势可以被定性为国际人道法下的国际性武装冲突。

就非国际性武装冲突而言，公认的两个关键标准是冲突各方的组织性和暴力行为的强烈程度。这些标准已经成为案例法和文献深入分析的主题。一

些难题源自暴力行为的“长期性”这一要素，尤其是考虑到其在适用习惯国际人道法初始阶段的影响。

尽管《日内瓦公约》的谈判者们——他们仍然是这一问题上的顶尖权威——有意选择不为国际人道法的适用性作出一个严格定义或者设定一个确切的起始点，以便在实施国际人道法的实践中保持尽可能多的灵活性，但这种缺乏准确性也造成了许多错综复杂的难题。然而，潜在的法律难题绝不当成为削弱国际人道法的实际适用的借口。此外，如果在确定国际人道法开始适用的标志性关键时刻是如此，那么关于国际人道法的结束适用也是如此。<sup>66</sup>国际人道法的结束适用问题有其自身固有的难题和不确定性。其中，在军事行动何时可以被认为已经结束这一点上缺乏明确性，就是一个重要问题。最重要的是，必须更充分地理解与推后或延缓国际人道法的结束适用有关的难题，尤其是因为它们的形式完全不同于与国际人道法的开始适用问题有关的难题。

---

66 See Marko Milanovic, “The End of Application of International Humanitarian Law”, in this issue of the *Review*.