国际人道法上的武装冲突类型：法律概念与实际局势

西尔万·维泰*著/廖凡**译

摘要

尽管国际人道法以限制武装冲突之影响为目标，但它并未对那些属于其实质适用范围的局势加以详尽界定。相关公约固然提及了各种不同类型的武装冲突，从而略微勾勒出这个多层面概念的法律轮廓，但这些文件并没有规定足够准确的标准，以明确确定那些冲突类别的具体内容。然而，一定程度的明确性又是必要的。事实上，所涉局势在法律上的界定不同，所适用的规则也不尽相同。本文从国际人道法的角度对武装冲突的分类提出建议，试图说明如何根据国际法律实践的晚近发展，对该法律体制所预见到的不同武装冲突类别加以解释。文章还讨论了一些实际局势，其分类在现有法律概念下尚存争议。

引言

尽管国际人道法以限制武装冲突之影响为目标，但它并未对那些属

---

* 红十字国际委员会法律部法律顾问。本文仅代表作者个人观点，并不必然反映红十字国际委员会的立场。作者由衷感谢对本文思路有所贡献的红十字国际委员会法律部同事，特别是劳伦特·科拉西斯（Laurent Colassis）、特里斯坦·费拉罗（Tristan Ferraro）、让—玛丽·亨克尔茨（Jean-Marie Henckaerts）和凯瑟琳·拉万（Kathleen Lawand）。

** 中国社会科学院国际法研究所副研究员，法学博士。

于其实质适用范围的局势加以详尽界定。相关公约固然提及了各种不同类型的武装冲突,从而略微勾勒出这个多层面概念的法律轮廓,但这些文件并没有规定足够精确的标准,以明确确定那些冲突类别的具体内容。然而,一定程度的明确性又是必要的。事实上,相关局势在法律上的界定不同,所适用的规则也不尽相同。因此,需要考虑的法律体制并非始终相同,而是取决于相关局势是否构成,例如,国际性或非国际性武装冲突。同样,一些被称为“国内紧张局势”或“内部动乱”的暴力形式,因为达不到适用国际人道法的起始标准而属于其他规范性框架的调整范围。

本文从国际人道法的角度对武装冲突的分类提出建议。首先,它想说明如何根据国际法律实践的晚近发展,对该法律体制所预见到的不同武装冲突类别加以解释。在这方面,有必要提及与以下方面有关的概念构建工作:一是国际性武装冲突,二是非国际性武装冲突。接下来,本文对各种有争议的具体适用问题加以审视。事实上,武装冲突的现实比国际人道法所描述的模型更为复杂——正是在这个意义上,当今一些观察者质疑法律分类的恰当性。

国际武装冲突法

国际武装冲突法的历史表明,这一法律体制的适用范围随着条约法的发展而逐渐扩大。起初,占据支配地位的是形式主义的狭义战争概念,但在 1949 年,《日内瓦公约》的修订改革了这一体系,至此,一种更为广泛的方法得到了优先考虑,这种方法系建立在更为客观的武装冲突概念的基础之上。其后,1977 年通过的《第一附加议定书》使得国际武装冲突法的适用范围进一步扩大。该公约将另一类冲突——民族解放战争——加至国际武装冲突法中。这一法律体制还包括一套特别规则,其适用范围取决于一个独立的概念——占领。

战争与国际性武装冲突

根据共同第 2 条第 1 款,1949 年《日内瓦公约》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”。[1] 这里所指的局势是国家间冲突。文本中提到的“缔约国”是主权实体。取决于具体情况,这些局势可能会表现为国家间的直接冲突,或表现为对先前已存在的国内冲突的干涉。在后一种假设中,冲突被“国际化”了。外国派军队前往一国领土支持反抗当地政府的运动就是这种情况。干涉还可以通过代理人进行,即该外国只是远距离支持和指导暴动。[2] 在这种情况下,控制的程度是否足以使该武装冲突被归类为国际性武装冲突是关键所在。并非一切形式的影响都必然导致冲突被国际化。关于这一点,前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南国际刑庭)指出:“国家对附属武装部队、民兵或准军事部队的控制应是总体性的(并且必须比仅仅提供资金援助或军事装备或训练做得更多)。但是,这一要求并没有严格到必须由该国发布具体指令或者指导每次行动的地步。”[3] 当外国“除为军事团体提供资金、训练、装备或行动支持之外,还在组织、协调和策划其军事行动中扮演角色

---

[1] 这一适用范围也保留在其他国际人道法文件中,特别是《第一附加议定书》(见第 1 条第 3 款)。

[2] International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-941-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, para. 84:“发生在两国或多国之间的武装冲突无疑是国际性的。此外,发生在一国领土上的国内武装冲突也可能会变成国际性的(或者,取决于具体情形,国际与国内武装冲突并存),如果另一国通过其军队干涉该冲突,或者该国内冲突中的一些参加者代表该另一国行事。”

[3] 同上,第 137 段。关于这一点,又见 International Court of Justice (ICJ), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, *ICJ Reports* 2007, 26 February 2007, para. 404。法院对此问题没有采取决定性立场,但承认总体控制标准“可以并适于”用以确定一场武装冲突是否是国际性的。关于这一问题的讨论见 A. Cassese, “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, vol. 18, No. 4, 2007, pp. 649-668。

(着重号为作者所加)”时,“总体控制”标准便得到满足。[4] 因此,参与程度必须高于单纯的后勤支持,但并不意味着相关团体所做的一切事情都要接受远距离参与国的指导。

可以从形式和效果这两个角度来观察 1949 年《日内瓦公约》共同第 2 条第 1 款所指的局势。首先,存在经过宣战的战争,这意味着相关各方正式承认战争状态。其次,存在其他形式的国家间武装冲突,其存在不依赖于各方对其如何界定。战争的概念在最早的国际人道法条约中即已存在,[5]而 1949 年《日内瓦公约》则首次将武装冲突概念引入这一法律体制。这些文件的起草者希望通过这一语义上的贡献表明,国际人道法的适用性自此以后与政府的意愿无关。它不再单纯基于对战争状态予以承认所固有的主观性,而是取决于符合客观标准的可以验证的事实。由于 1949 年的这一贡献,国际性武装冲突成为受效果原则支配的概念。当某些具体的事实性条件得到满足时,相关规则即可适用。[6]

至于这些条件的性质,公认的观点是必须自由地加以评估,因为很

---

〔4〕 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Judgment (Appeals Chamber), above note 2, para. 137; see also paras 120 and 131. See also ICTY, *Prosecutor v. Naletilic*, Case No. IT – 98 – 34 – T, Judgment (Trial Chamber), 31 March 2003, para. 198. For an analysis of this case law, see J. G. Stewart, “Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: a Critique of Internationalized Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, pp. 323 ff.; A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Study on Thresholds of Applicability*, Thesis, University College, Galway, 2007, pp. 229 ff.

〔5〕 例如,见 1864 年 8 月 22 日《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》第 4、5、6 条。

〔6〕 See J. Pictet et al. (eds.), *Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: Commentary*, Geneva, ICRC, 1952, p. 32; R. Kolb, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Basel/Brussels, Helbing and Lichtenhahn/Bruylant, 2003, pp. 72 ff.

低强度的冲突即可受国际人道法的支配。[7] 相关文件所设想的局势只需存在即可。因此,“一旦一国武装部队发现另一国受伤或投降的武装部队成员或者平民落入其手,一旦他们拘留战俘或者实际控制敌国领土一部,他们就必须遵守有关公约”。[8] 但是,冲突并不需要长期进行或造成特定数目的受害者。[9] 换言之,如前南国际刑庭所述,“任何时候只要国家之间动用武装部队”,国际性武装冲突就存在了。[10] 也许可以更确切地说,当相关情势以当事方之间的敌对行动为特征时,国际性武装冲突就存在了。攻击的意图必须在于伤害敌人,从而排除了误用武力的情形(非自愿进入外国领土、错误辨识目标等)。与此类似,当目标国业已同意第三国在其领土内开展行动时(例如为了打击非政府武装团体),也不存在国际性武装冲突。[11]

1977 年《第一附加议定书》制定以来,国际武装冲突法的适用范围不再严格限定于国家之间的冲突,而是也包括政府部队与一些非政府团体(亦即在行使自决权过程中作战的人民)之间的冲突。该议定书规定,1949 年《日内瓦公约》共同第 2 条所针对的局势包括“各国人民在行

---

〔7〕 J. Pictet et al. (eds.), above note 6, p. 34; see also D. Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, *The Hague Academy Collected Courses*, Vol. 63, 1979 – Ⅱ, p. 131; H. – p. Gasser, “International Humanitarian Law: an Introduction”, separate print from *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henri Dunant Institute, Geneva, 1993, p. 24; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Brussels, 2008, p. 122; Kolb, above note 6, p. 73.

〔8〕 H. – p. Gasser, above note 7, pp. 22 – 23.

〔9〕 但一些作者主张,必须区分国际性武装冲突(达到一定强度)与只构成“事件”、“边境冲突”或“小规模战斗”的其他形式的敌对行动。见 International Law Association, *Draft Report, Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, Rio de Janeiro Conference, 2008, pp. 9 – 10 and 23 – 24。

〔10〕 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT – 94 – 1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70. See also ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.* (Čelebći Camp), Case No. IT – 96 – 21, Judgment (Trial Chamber), 16 November 1998, para. 184:“国家之间诉诸武装部队这一点本身就足以触发国际人道法的适用。”此后这一定义被其他国际机构所沿用。例如,见 Commission of Inquiry on Lebanon, *Report pursuant to Human Rights Council resolution S – 2/1*, A/HRC/3/2, 23 November 2006, para. 51。

〔11〕 相反观点见 David, above note 7, p. 127。

使庄严加载于《联合国宪章》和《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作的国际法原则宣言》的自决权中,对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突”。[12]

这一条款的适用范围引发了许多解释方面的问题,首先就是涉及“人民”的定义,以及可将这些武装冲突局势同 1949 年《日内瓦公约》及其《第二附加议定书》所涵盖的局势相区分的标准。[13] 事实上,《第一附加议定书》第 1 条第 4 款所提及的两份文件表述过于笼统,无法从中得出完全令人满意的答案。而且,也难以从现实实践中得到进一步澄清,因为该条款所指向的局面从未得到正式承认,特别是由于那些可能被涉及的国家并未批准《第一附加议定书》。有兴趣的读者可以参见针对该特定武装冲突类型已经做出的评注。[14]

占领

当交战一方成功地取得对敌方的优势,国际性武装冲突就可能表现为占领这一形式。[15] 用 1907 年《海牙章程》第 42 条的话来说,“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(着重号为作者所加)。”需要满足两个条件才会存在该条款所指的占领:(1)占领者能够对不属于它的领土行使有效控制;(2)其干涉尚未得到合法主权

---

〔12〕《第一附加议定书》第 1 条第 4 款。

〔13〕见下文关于非国际性武装冲突的部分。又见 M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, pp. 45 – 52。

〔14〕特别见 D. Schindler, above note 7, pp. 133 – 144; Y. Sandoz et al. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of* 8 *June* 1977 *to the Geneva Conventions of* 12 *August* 1949, ICRC/Martinus Nijhoff, Geneva/The Hague, 1987, paras 66 – 118; E. David, above note 7, pp. 184 – 198。

〔15〕关于这一概念及占领法的更为详细的研究,见 Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; R. Kolb, S. Vité, *Le droit de l' occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Brussels, 2009; Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2009。

者的批准。[16] 有效领土控制是占领这一概念的核心,它暗示可能成功地发生了权力更替。当被推翻的政府无法行使其权力,而占领国能够通过行使其自己的权力来填补这一空白时,该条件就得到了满足。[17] 这一条件暗示,原则上敌国军队应当部署在相关领土,并强制实现了最低限度的稳定,从而使其得以行使源于占领法的职责。至于第二个标准,即未获同意,则必须相当宽泛地加以理解。特别是,它不限于通过敌对行动夺取权力的情形。1949 年《日内瓦第四公约》第 2 条第 2 款补充了 1907 年的定义,明确规定即使占领"未遇武装抵抗",相关规则依然适用。

有时占领军并不直接行使领土控制,而是通过傀儡政府或其他形式的本地附属政权行使。[18] 然而,难以对实际构成占领所要求的影响程度进行逐例评估,因为并不是对第三国事务的任何干涉都必然意味着占领的存在。本地当局与外国军队的关系在强度上不尽相同,取决于具体情形,并且在决策过程中总是表现出某种相互影响——乃至一定程度的磋商。为解决这一问题,前南国际刑庭认为这种情况同样适用"总体控

---

〔16〕 特别见 M. Bothe, "Beginning and End of Occupation", *Current Challenges to the Law of Occupation*, *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 20 – 21 October 2005, No. 34, Autumn 2004, pp. 28 – 32。又见 E. Benvenisti, *The International Law of Occupation* , Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4。作者将占领定义为"一国在未获领土主权者同意的情况下对其不享有主权的领土所行使的有效控制"。

〔17〕 See, in particular, United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, para. 11. 3; ICJ, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*) , Judgment, ICJ Reports 2005, para. 173; ICTY, *Prosecutor v. Naletilic*, above note 4, para. 217; A. Roberts, "What is Military Occupation?", *British Yearbook of International Law* , Vol. 55, 1984, pp. 249 and 300.

〔18〕 见 United Kingdom Ministry of Defence, above note 17, para. 11. 3. 1。又见 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT – 94 – 1 – T, Judgment (Trial Chamber), 7 May 1997, para. 584: "the relationship of de facto organs or agents to the foreign Power includes those circumstances in which the foreign Power "occupies" or operates in certain territory solely through the acts of local de facto organs or agents" (our emphasis)。"事实性机构或代理人与外国的关系包括这样的情形,即该外国完全通过当地的事实机构或代理人的行为'占领'特定领土或在其上运作(着重号为作者所加)。"

制”标准。当一国“总体控制”了对所涉领土实际行使“有效控制”的本地代理人时,占领就存在了。[19] 例如,纳戈尔诺—卡拉巴赫目前的局势就是这样。自从阿塞拜疆同受到亚美尼亚军队支持的分裂主义部队交战(1994 年以其失败告终)以来,前者就不再能在该地区行使其主权了。该领土实际上由“纳戈尔诺—卡拉巴赫共和国”统治(有效领土控制),后者在当地进行公民投票后于 1992 年 1 月 6 日自行宣布成立。然而,迄今为止还没有国家承认新当局的主权。而且,几方面的情况表明该共和国实际上附属于亚美尼亚(的总体控制)。特别是,该地区的军事组织中包括来自该国的大量募兵和军官。因此,亚美尼亚的角色并不限于单纯提供后勤支持,而是暗示它插手了在纳戈尔诺—卡拉巴赫建立的政权的组织、协调和规划。由此可以认为,该领土事实上处于占领状态。[20] 因此,用以确定一个局势是否构成代理人占领(亦即总体控制)的检验标准,与用以确定国内冲突是否被国际化的检验标准相同。在这两种局势下,问题都在于评估一国对另一国领土内的团体或当局所行使之控制的强度。

非国际武装冲突法

对人道法上的非国际性武装冲突这一概念的分析必须基于两个主要条约文本,即 1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条及 1977 年《第二附加议定书》第 1 条。本节将阐述这两个条款各自的标准,并说明如何根据实践来解释这些标准。此外,对非国际性武装冲突概念的讨论还与国际刑事法院管辖权的确定联系起来,有必要通过审视该法院规约的相关条款,简要提及讨论的内容。

---

〔19〕 ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT – 95 – 14 – T, Judgment (Trial Chamber), 3 March 2000, para. 149; ICTY, *Prosecutor v. Naletilic*, above note 4, paras. 181 – 188, 197 – 202.

〔20〕 尤其见联合国安理会 1993 年 11 月 12 日第 884 号决议、联合国大会 2008 年 3 月 14 日第 62/243 号决议及欧洲议会第 1416(2005)号决议。

1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条

1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条适用于“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突”之场合。[21]

这一条款以否定性表述开头,调整的是“非国际性之”武装冲突。因此,它含蓄地指回共同第 2 条;后者如上所述,调整的是国家之间的冲突。非国际性之武装冲突是指那些其中至少一方不是政府的冲突。取决于具体情况,敌对行动要么发生在一个(或多个)武装团体与政府部队之间,要么仅发生在武装团体之间。[22]

共同第 3 条还假定存在“武装冲突”,即局势已经达到足以同不适用国际人道法的其他形式暴力行为,亦即“非武装冲突的内部动乱和紧张局势,如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”[23]相区分的程度。这种情况下所需要的最低强度要高于对国际性武装冲突的要求。客观实践,特别是前南国际刑庭的实践表明,一旦局势可以被界定为“长期的武装暴力行为”,[24]这一底线就达到了。对这一条件的评估需要结合两条基本标准,即暴力行为的强度和当事方的组

---

〔21〕 共同第 3 条第 1 款。

〔22〕 See ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, above note 10, para. 70.

〔23〕 《第二附加议定书》第 1 条第 2 款。尽管这句话引自《第二附加议定书》,但其所确立的起始标准对于共同第 3 条所涵盖的冲突也被公认为有效。见 ICRC, *How is the term “Armed Conflict” defined in international humanitarian law?*, Opinion Paper, March 2008, p. 3. See also ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, Case No. IT-03-66-T, Judgment (Trial Chamber), 30 November 2005, para. 84。

〔24〕 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, above note 10, para. 70.

织情况。[25] 非国际性武装冲突概念的这两个组成部分无法抽象描述，而是必须逐案评估，权衡众多指标性数据。[26] 例如，在涉及强度标准时，这些数据可以包括战斗的集体性，或者国家因其警察部队不能再独立处理局势而被迫动用军队这一事实。冲突的持续时间、暴力行为和军事行动的频率、所使用武器的性质、平民的流离失所、敌对部队对领土的控制以及受害者（死者、伤者、流离失所者等）的人数等也都是可以加以考虑的信息。[27] 不过，这些只是可以使在每个案件中判断是否达到强度底限的评估因素，而不是必须同时存在的条件。至于第二个标准，它要求那些参与武装暴力行为的人必须有最低程度的组织。政府部队被假定满足该要求，无须逐案评估。[28] 而对于非政府武装团体，需要考虑的指标性要素包括，例如，存在表明指挥结构的组织图表、有权发起由不

---

〔25〕 见 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Judgment (Trial Chamber), above note 18, para. 561 – 568, especially para. 562。又见 ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, above note 23, para. 84; ICTY, Prosecutor v. Boskoski, Case No. IT04 – 82, Judgment (Trial Chamber), 10 July 2008, para. 175, 这些标准自此被其他国际机构所采纳。特别见 International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR – 96 – 3, Judgment (Trial Chamber Ⅰ), 6 December 1999, para. 93; International Commission of Inquiry on Darfur, *Report Pursuant to Security Council Resolution* 1564 *of* 18 *September* 2004 , 25 January 2005, paras. 74 – 76。在 Haradinaj 案中，前南国际刑庭采取了一个略微不同的立场，称必须广义地理解“长期的武装暴力行为”这一概念。它不仅涵盖暴力行为的持续时间，还涵盖使得强度得以被评估的所有方面的内容。前南国际刑庭似乎还将这一概念等同于“强度”概念。见 ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, Case No. IT – 04 – 84 – T, Judgment (Trial Chamber), 3 April 2008, para. 49。关于这一点的学理分析见 A. Cullen, above note 4, pp. 179ff。

〔26〕 ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj* , above note 25, para. 49; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, above note 25, para. 93. Pictet 在其《〈日内瓦公约〉评注》一书中说明性地列举了一系列在此评估中可以考虑的标准。见 Pictet, above note 6, pp. 49 – 50。

〔27〕 见 R. Pinto (rapporteur), “Report of the Commission of experts for the study of the question of aid to the victims of internal conflicts”, *International Review of the Red Cross*, February 1963，特别是第 82 ~ 83 页：“如果针对合法政府的敌对行动是集体性的，并且有最低限度的组织，那么就不能否认有第 3 条含义范围内的武装冲突存在。在这方面，应当考虑诸如冲突的时间长度、反叛团体的人数和框架、他们在领土一部的驻扎或行动、不安全的程度、受害者的存在、合法政府为重建秩序所采用的方法等因素；这些因素并不必然是累加的。”关于前南国际刑庭在其判例法中所考虑的指标性因素，见 ICTY, *Prosecutor v. Boskoski*, above note 25, para. 177。又见 ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, above note 23, para. 168; ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, above note 25, para. 49。

〔28〕 ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj* , above note 25, para. 60。

同单位共同参与的行动、有能力招募和训练新战斗员,或者有内部规则。[29]

一旦满足了这两个条件中的一个或另一个,就完全可以将暴力局势界定为国内动乱或国内紧张局势。这两个概念所指向的是不属于武装冲突的社会不稳定形态。虽然《第二附加议定书》明确提及了这一点,[30]但却从未在法律上对其加以界定。在为起草该文档所准备的背景文件中,红十字国际委员会认为国内动乱是指这样的局势:"不存在非国际性武装冲突本身,但在国内存在对峙,该对峙具有一定严重性或持续性,并且包含暴力行为。暴力行为可以采取不同形式,从自发的起义行为到或多或少有所组织的团体同执政当局之间的斗争不等。在这些并不必然恶化为公开斗争的局势中,执政当局大量动用警察部队乃至武装部队来恢复国内秩序。"[31]而国内紧张局势则指的是暴力程度更低的情形,包括,例如,大规模逮捕、大量"政治性"被拘留者、酷刑或其他虐待行为、强迫失踪及/或暂停基本司法保证。[32]

最后,共同第3条适用于"在一缔约国之领土内发生的"武装冲突。这一要素的含义可能存在争议。应当将其理解为排除了发生在两个或

---

〔29〕 关于前南国际刑庭在其判例法中所考虑的指标性因素,见 ICTY, *Prosecutor v. Boskoski*, above note 25, paras. 199 – 203. 又见 ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, above note 23, paras. 94 – 134; ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, above note 25, para. 60。

〔30〕 《第二附加议定书》第1条第2款。

〔31〕 ICRC, *Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, Document presented at the Conference of government experts on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Vol. V, Geneva, 24 May – 12 June 1971, p. 79. 《〈附加议定书〉评注》也采纳了这一定义,见 Y. Sandoz et al. (eds.), above note 14, para. 4475。

〔32〕 Y. Sandoz et al. (eds.), above note 14, para. 4476. 关于国内动乱和国内紧张局势的进一步分析,尤其见 A. Eide, "Internal Disturbances and Tensions", *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO, Paris, 1988, pp. 279 – 295; H. – p. Gasser, "Humanitarian Standards for Internal Strife—A Brief Review of New Developments", *International Review of the Red Cross*, No. 294, May-June 1993, pp. 221 – 226; F. Ni Aolain, "The Relationship between Situations of Emergency and Low-Intensity Armed Conflict", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 28, 1998, pp. 97 – 106; R. Abi-Saab, "Le droit humanitaire et les troubles internes", *Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001, pp. 477 – 493。

多个国家领土内的武装冲突,还是理解为对共同第 3 条适用范围的单纯提醒? 根据后一种理解,加入这一表述是为了表明,共同第 3 条只适用于已批准 1949 年《日内瓦公约》的国家的领土。我们在下文会看到,这样解释也许最好。[33]

一些评论者对非国际性武装冲突这一概念附加了进一步的条件。他们建议,需要考虑所涉非政府团体的动机。由此,非国际性武装冲突就会仅仅涵盖致力于实现政治目标的团体;"纯粹犯罪性"组织,如黑手党团体或地盘黑帮(territorial gangs),则被排除在该类别之外,绝不会被视为非国际性武装冲突之一方。[34] 然而,这一附加条件在现阶段的人道法中并无法律依据。在考虑 1998 年发生在塞尔维亚部队和科索沃解放军之间的战斗的性质时,前南国际刑庭有机会讨论到这一点。在"利马伊案"(*Limaj*)中,辩方质疑该战斗可能构成武装冲突这一说法,称塞尔维亚部队开展的行动不是为了击败敌人,而是在科索沃实施"种族清洗"。法庭拒绝了这一主张,并特别指出:"是否存在武装冲突仅取决于两个标准,即冲突的强度和当事方的组织情况;因此,武装部队的目的——实施暴力行为或者还要实现某种进一步的目标——无关紧要(着重号为作者所加)。"[35] 相反的立场还会在实践中产生难以解决的问题。武装部队的动机从来不是整体划一的,也并非总是能够清晰地加以识别。它们中有很多经常从事犯罪活动,如敲诈勒索或毒品走私,与此同时又追求政治目标。反过来,犯罪组织有时也行使属于政治领域或者至少是同管理居民有关的权力。

---

〔33〕 见下文"'输出型'非国际性武装冲突"部分。

〔34〕 例如,Bruderlein 坚持认为武装团体的定义要包含三个主要特点,即基本的指挥结构、为政治目的而诉诸暴力以及独立于国家控制(C. Bruderlein, *The Role of Non-state Actors in Building Human Security*: *The case of Armed Groups in Intra-state Wars*, Centre for Humanitarian Dialogue, Geneva, May 2000)。又见 D. Petrasek, *Ends and Means*: *Human Rights Approaches to Armed Groups*, International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2000, p. 5。

〔35〕 ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, above note 23, para. 170.

《第二附加议定书》第1条

《第二附加议定书》适用于“在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装团体之间的”非国际性武装冲突。然而,这一文件不适用于民族解放战争,因为根据《第一附加议定书》第1条第4款,后者相当于国际性武装冲突。

与共同第3条的情形一样,《第二附加议定书》含义范围内的武装冲突只有在局势达到足以将其同国内紧张局势或动乱相区分的程度时才会存在。[36] 不过,该文件所界定的适用范围比共同第3条更为有限。它要求非政府部队有特别高的组织程度,即必须被置于“负责统率之下”并行使领土控制,以使其能够“进行持久而协调的军事行动并执行本议定书”。[37] 尽管共同第3条也假定武装团体能够表现出一定的组织程度,但它并未规定这些团体应当有能力控制部分领土。因此,实践中某个不符合《第二附加议定书》所规定之条件的冲突可能会属于共同第3条的实质适用范围。相反,《第二附加议定书》所涵盖的所有冲突同时被共同第3条所涵盖。

实践中,符合《第二附加议定书》所确立之适用标准的局势往往难以识别。特别是,所要求的领土控制程度可能会随具体情况而有不同理解。如果采取广义解释,那么该文件含义范围内的非国际性武装冲突就同共同第3条相近。在此情况下,即便是地理范围有限的暂时控制也足

---

〔36〕《第二附加议定书》第1条第2款。

〔37〕《第二附加议定书》第1条第1款。关于这一点,见 M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, above note 13, pp. 626ff。

以支持《第二附加议定书》的适用。[38] 相反,如果狭义解释第 1 条第 1 款,那么所涵盖的局势就限于非政府一方行使类似于国家行使控制的那些局势,而冲突的性质也就类似于国际性武装冲突。[39] 红十字国际委员会在其《〈附加议定书〉评注》中对此似乎采取了折中立场,承认领土控制有时可以是"相对的,例如,当中心城市仍在政府手中,而农村地区却脱离了其控制时"。[40] 但它又补充说,《第二附加议定书》所规定之义务的性质本身就暗示,存在"一定程度的对于哪怕是有限范围国土的稳定控制"。[41]

《第二附加议定书》还将其适用范围限于政府部队同持不同政见的武装部队或其他有组织武装团体之间的武装冲突。这意味着——同没有规定该限制的共同第 3 条不同——它不适用于单纯发生在非政府团体之间的冲突。[42]

最后,《第二附加议定书》重申了已经规定于共同第 3 条的所在地标准,即它只涵盖"在一缔约国之领土内发生的"武装冲突。上文关于这一问题的评论亦适用于此。该议定书还规定,所涉冲突是那些在一缔约国领土内发生的"该国"武装部队同敌对运动之间的冲突。对这一段的狭义解释会使得该文件不适用于在为支持当地政权而进行干涉活动的外国政府军队;这种情况所涉及的部队不是冲突发生地国家的部队。然而,如果按照人道法所体现的精神进行解释,那么"该国武装部队"在这种情况下就应当不仅包括领土国的军队,还包括代表该国政府进行干涉的任何其他国家的军队。

---

〔38〕 Momtaz 认为,相关当事方无须建立类似于国家的行政结构。他补充说,必须根据所设想之义务的性质来评估领土控制标准。对于其中一些义务而言,该标准同尊重基本权利有关,而"对领土一部之控制可能会被证明是不必要的"(D. Momtaz, "Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux", *The Hague Academy Collected Courses*, No. 292, 2002, p. 50, ICRC translation)。

〔39〕 L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 106.

〔40〕 Y. Sandoz et al. (eds.), above note 14, para. 4467.

〔41〕 同上。

〔42〕 同上。前注〔13〕,第 627 页。

至于《第二附加议定书》所引入的新要点的适用范围,应当记得的是,该文件扩展和补充共同第 3 条,但并不改变其适用条件。[43] 因此,第 1 条第 1 款所规定的附加限制仅仅是界定该议定书的适用范围,并不延伸至整个非国际武装冲突法。共同第 3 条因而保持其独立性,涵盖数量更多的局势。[44]

《国际刑事法院罗马规约》

《国际刑事法院罗马规约》(以下或简称《罗马规约》或《规约》)区分两类发生于"非国际性之武装冲突"中的犯罪:(1)严重违反共同第 3 条的行为;(2)其他严重违反适用于这些情形的法规和惯例的行为。[45] 在两种情况下,《规约》均表明相关条款只在最低程度上适用,规定其不适用于"国内动乱和紧张局势,如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为"。[46] 此外,尽管这一文件没有确切定义同"严重违反共同第 3 条之行为"有关之规则的对事适用范围(第 8 条第 2 款第 4 项),但其针对"其他严重违法行为"明确了非国际性武装冲突的概念。第 8 条第 2 款第 6 项规定,在这种情况下规则必须适用于"在一国境内发生的武装冲突,如果政府当局与有组织武装团体之间或者这种团体相互之间长期进行武装冲突"。[47] 接下来的问题就是,第 2 款第 6 项明确提及持续时间这一标准("长期进行武装冲突"),这仅仅是为了澄清第 2 款第 4 项的表述,而并未单独创设一类冲突,还是提出了一个不同的非国际性武装冲突类型,从而界定了一个新的适用范围。对此问题存在争议,迄今尚未得到最终解决。

---

〔43〕《第二附加议定书》第 1 条第 1 款。

〔44〕 Y. Sandoz et al. (eds.), above note 14, para. 4467; L. Moir, above note 39, p. 101.

〔45〕《国际刑事法院罗马规约》第 8 条第 2 款第 3、5 项。

〔46〕《国际刑事法院罗马规约》第 8 条第 2 款第 4、6 项。

〔47〕 这一定义是基于前南国际刑庭的判例法,后者认为"任何时候只要国家之间诉诸武装部队,或者政府当局与有组织武装团体之间或者这种团体相互之间长期存在武装暴力行为,那么武装冲突就存在了"(ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, above note 11, para. 70. 着重号为作者所加)。

一些评论者认为这两个段落处理的是同一种局势。[48] 特别是,他们认为,《规约》谈判者的意图并不是创设单独一类非国际性武装冲突;相反,第 2 款第 6 项提及持续时间,这是为了防止《第二附加议定书》中的那些限制被纳入《规约》。在某种意义上,它是在草案初稿——在第 2 款第 4 项和第 6 项之间不作区分——和一些国家将《第二附加议定书》中的限制加入第 2 款的愿望之间所作的妥协。[49] 此外,持这一立场的人还主张他们的解释是唯一合乎习惯法演变的解释,因为后者并不区分不同类型的非国际性武装冲突。

与此相反,其他学者[50]认为,如果第 2 款第 4 项中的非国际性武装冲突的概念是直接指向共同第 3 条,那么第 2 款第 6 项就增加了一项时间标准。当冲突是"长期的"时,第 2 款第 6 项含义范围内的武装冲突就存在了。对于第 2 款第 4 项而言,持续时间是可以在评估局势时加以考虑的因素之一,并不构成强制标准;但它是第 2 款第 6 项这一概念本身

---

〔48〕 T. Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, p. 260; M. Bothe, "War Crimes", in A. Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 423; A. Cullen, "The Definition of Non-international Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 3, 2007, p. 445。

〔49〕 第 2 款第 6 项的措辞是塞拉利昂的一份提案的结果。提案的目的是在赞成和反对制定一份适用于非国际性武装冲突的战争罪行目录的代表团之间达成妥协。朝着这个方向的最初提议系由"全体委员会办公署"(Bureau of the Committee of the Whole)提交,内容是通过采纳《第二附加议定书》第 1 条第 2 款所阐述的标准来限制第 2 款第 5 项中的罪行的适用范围(A/CONF. 183/C. 1/L. 59)。因无法就该提议达成一致,塞拉利昂提出了新的文本并最终得以保留。提案的目的在于安抚那些反对将战争罪行引入非国际性武装冲突的代表团,同时避免设置同《第二附加议定书》一样高的起始标准(A/CONF. 183/C. 1/SR. 35, para. 8)。见 Cullen, above note 48, pp. 419 – 445.

〔50〕 A. Bouvier, M. Sassòli (eds.), *How Does Law Protect in War?*, Vol. 1, Geneva, ICRC, 2006, p. 110; R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 268 f.; W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007 (3rd edn), p. 116. 又见 E. David 的更为平衡的立场;他认为严格说来,第 2 款第 6 项并不构成非国际性武装冲突的第三种类别,但"这个更为广义的武装冲突概念作为'后法'取代了《第二附加议定书》中的概念"(David, above note 7, p. 137,红十字国际委员会译文)。

的有机组成部分。因此,这一概念似乎并不构成第 2 款第 4 项适用范围的延伸,而是创设了单独一类非国际性武装冲突,其目的是在《罗马规约》的语境下将其他违反国际人道法的行为,亦即违反《第二附加议定书》之规则的行为,规定为犯罪。起草该条款时需要达成妥协,这一点似乎表明,当时的意图是就不同于第 2 款第 4 项所指的一类犯罪达成一致。

判例法倾向于支持第二种解释。在"卢班加·迪伊洛案"(*Lubanga Dyilo*)中,国际刑事法院预审分庭援引《第二附加议定书》来解释《规约》第 2 款第 6 项。由此可见,它显然希望赋予该条款一项独特的含义,以界定一个具体的可适用的标准。预审分庭明确表示,这一标准有两个特色性条件:(1)暴力行为必须达到一定强度并长期存在;(2)必须有具备一定组织程度,特别是"计划和执行长期军事行动之能力"的武装团体参与其中。[51] 这一定义使用这样的措辞,其界定的适用范围似乎比共同第 3 条更为严格,因为它要求战斗在一定时间段内持续进行。不过,它又比《第二附加议定书》的定义更为宽泛,因为它不要求相关武装团体行使领土控制。[52] 因此,这里所指向的冲突界乎共同第 3 条和《第二附加议定书》分别所指的类别之间。

总之,《罗马规约》似乎明确了两类非国际性武装冲突:首先是共同第 3 条含义范围内的冲突(第 2 款第 3、4 项),其次是"长期"非国际性武装冲突(第 2 款第 5、6 项)。尽管如此,必须忆及,《规约》的这一创新并未在国际人道法上创设非国际性武装冲突的新概念,而只是为了确定国际刑事法院的管辖权。因此,它只适用于管辖权的行使,而没有确立一个适用性更为广泛的类别。

---

〔51〕 International Criminal Court, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-803, Decision on the confirmation of charges (Pre-Trial Chamber I), 29 January 2007, paras. 229-237, especially 234.

〔52〕 这一新类别也带来了一些问题。没有客观标准来判断何时可以达到所需的最短持续时间。此外,在战斗还不到"足够长期"从而可以被归类为该定义范围内的非国际性武装冲突的阶段,应当适用何种法律制度也是个问题。在此情况下必须溯及既往地适用国际人道法吗?

某些存在分类争议的武装冲突

现实中对武装冲突的界定并不像法律类别那样清楚。它们中有些可能不符合国际人道法所设想的任何一种概念。这就提出了一个问题：是否需要对这些类别加以补充或调整，以免这些局势造成法律真空。本章将通过分析以下三种定性存在争议的局势，非穷尽式地审视实践中遇到的一些两难局面：没有实地军事存在情况下的领土控制、非国际性武装冲突中的外国干涉以及发生在数国领土内的非国际性武装冲突。

没有实地军事存在情况下的领土控制

尽管 1907 年《海牙章程》和 1949 年《日内瓦公约》都对占领这一概念有所阐释，但在实践中识别该概念所涵盖的局势并非总是易事。正如罗伯茨（Roberts）所指出的，“这一术语的核心含义足够明显，但作为抽象概念的通病，它的边界不够清晰”。[53]

以色列撤离加沙地带后的情形尤为尖锐地例示了这些困难。2005 年 9 月 12 日，最后一支以色列军队撤离了这个他们自 1967 年“六日战争”以来一直持续保持存在的地区。他们这样做是为了帮助执行以色列政府于 2004 年 6 月 6 日制定并于同年 10 月 25 日获得议会批准的“脱离计划”（Disengagement Plan）。[54] 当局的意图是通过该计划终止其对生活于该领土上的人民的责任。[55] 那么，能断定这些措施标志着所涉地区被占领状态的结束吗？换言之，以色列部队物理上的撤离是否足以表明在那一刻，作为占领特征的有效领土控制已不再存在？

---

〔53〕 Roberts, above note 17, p. 249.

〔54〕 Israeli Prime Minister's Office, *Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan: Addendum A-Revised Disengagement Plan-Main Principles*, 6 June 2004, 可访问 http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm#A（2009 年 7 月 9 日访问）.

〔55〕 *Ibid.*

一些评论者对此问题给予了否定回答。他们进而指出,尽管以色列军队不再实地部署在该地区,但它仍然保持着对加沙地带的实质控制。[56] "脱离计划"明确声称以色列将对该领土边境及其空间和海岸地区继续行使控制。[57] 此外,以色列还拥有可以随时进入巴勒斯坦维持公共秩序这一有利条件。[58] 加沙领土面积小而可用的军事手段多,这使得这一权力变得更大。这种解释还能在1907年《海牙章程》第42条第2款中找到某些支持。该条款明确规定,当敌军当局"建立并能够行使(着重号为作者所加)"其权力时,占领就存在了。该"能力"可以被这样解释,即潜在之权力即足以证实占领之现实。联合国秘书长因此认为"以色列国防军有关加沙的行动已经清楚表明,现代技术使得占领国甚至可以在没有军事存在的情况下有效控制领土"。[59] 根据该立场,对加沙地带的占领并未随2005年撤军而结束,因为以色列可以说在继续远程行使着相当于占领法所要求之"有效控制"的权力。

然而,另一些评论者认为,对条约文本的更细致的研究表明,不能将

---

〔56〕 See the Note by the United Nations Secretary-General: *Situation of human rights in the Palestinian territories occupied since* 1967, UN Doc. A/61/470, 27 September 2006, para. 6. See also *Report on the situation of human rights in the Palestinian Territories occupied by Israel since* 1967, J. Dugard, Special Rapporteur, E/CN. 4/2006/29, 17 January 2006, paras. 6 ff.

〔57〕 Israeli Prime Minister's Office, above note 54, *Chapter* 1: *Background-Political and Security Implications*.

〔58〕 关于以色列在撤出加沙后仍然行使着的权力,详见 Gisha-Legal Center for Freedom of Movement, *Disengaged Occupiers: The Legal Status of Gaza*, January 2007, pp. 29 ff, 可访问 http://www.gisha.org/UserFiles/File/Report%20for% 20the%20website.pdf (2009年7月13日访问)。

〔59〕 *Situation of human rights in the Palestinian territories occupied since* 1967, UN Doc. A/61/470, 27 September 2006, para. 7. See also the *Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in the Palestinian Territories occupied by Israel since* 1967 (E/CN. 4/ 2006/29, 17 January 2006). See also C. Bruderlein, "Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan Under International Humanitarian Law", *Legal and Policy Brief*, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, November 2004, pp. 10 – 11; A. Bockel, "Le retrait israélien de Gaza et ses conséquences sur le droit international", *Annuaire Franc,ais de Droit International*, Vol. 50, 2005, p. 23; I. Scobbie, "Is Gaza Still Occupied Territory?", *Forced Migration Review* , Vol. 26, 2006, p. 18.

占领者行使权力之能力同其在所控制领土上的实地存在相分离。[60] 尽管 1907 年《海牙章程》承认,占领在敌军当局"能够行使"权力时存在,但它明确指出必须首先"建立"这种权力。因此,它在建立权力(暗示在所涉领土上实地部署)和将该权力延伸至整个领土的能力之间打造了不可分割的联系。正如国际法院所忆及,有效控制因为权力替代而明白可见。[61] 如果外国军队位于所涉地区之外,显然无法达到类似的适用起始标准。此外,除非在领土上保持存在,否则无法设想大部分占领规则能够得到执行。[62] 事实上,从外部不可能如《海牙章程》第 43 条所要求的那样确保公共秩序和生命。因此,如果一国因为在相关领土上没有存在而无法履行其国际义务,那么要求它这样做就是自相矛盾的。类似的解释会违反占领法的基本原则。

加沙的例子说明了占领这一概念在应用于实践时造成了多大程度的解释困难。在本文的有限框架内不可能涉及与该概念有关的所有问题。红十字国际委员会目前正在展开一个磋商程序,它将有助于澄清大量仍有争议的问题。

非国际性武装冲突中的外国干涉

在此可以区分两种不同形式的干涉:(1)一个(或多个)第三国为支持冲突一方或另一方而介入非国际性武装冲突;(2)多国部队在维和行动过程中介入非国际性武装冲突。

一个或多个第三国在非国际性武装冲突中的干涉

这一场景有时被称为"混合冲突",它结合了源于国际性武装冲突

---

〔60〕 See Y. Shany, *Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement*, The Hebrew University of Jerusalem International Law Forum, Research Paper No. 12 – 06, August 2006, p. 19. See also Roberts, above note 17, p. 300; H. – p. Gasser, "Belligerent Occupation", in The *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, D. Fleck (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 243; M. Bothe, "Occupation, Belligerent", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, Elsevier, Amsterdam, 1997, p. 764.

〔61〕 ICJ, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, above note 17, para. 173.

〔62〕 例如,见 1907 年《海牙章程》第 43 条及《日内瓦第四公约》第 55、56、59 条。

和非国际性武装冲突两者的特征。取决于所涉各方的组成情况,实地战斗可能会发生在领土所属国部队与干涉国部队之间、代表前线双方采取行动的干涉国之间、(领土所属国或第三国的)政府部队与非政府武装团体之间或者仅仅是武装团体相互之间。这些局势同国际人道法所确立的标准冲突类别不相吻合,从而产生了法律界定的问题。

红十字国际委员会在工作中认为,取决于交战各方,此等局势适用的法律随具体情形而不同。国家间的关系由国际武装冲突法调整,而其他场景则受制于非国际武装冲突法规则。[63] 因此,第三国为支持同国家部队相敌对的非政府武装团体而进行的干涉就会造成既有国内冲突的"国际化"。国际法院在"在尼加拉瓜境内针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案"(Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua)中含蓄地赞成了对国际人道法的这种分割适用:在其对冲突的分析中,法院区分了尼加拉瓜政府与反对派之间的冲突及同一政府与美国政府之间的冲突。[64] 不过,这种区别对待的方法也带来了一些实际问题。在很多情况下,源自两类冲突中的一种或另一种的那些冲突之间的区别是人为造成的,或者会导致难以接受的结果。例如,当外国政府部队和叛军之间存在联盟时,就会产生如下问题:需要给予那些被外国部队俘虏后又移交给当地团体的平民何种地位?对于他们应当适用《日内瓦第四公约》的相关规则(在干涉国与领土国之间存在武装冲突的意义上),还是源自非国际武装冲突法的规则(因为他们被非政府武装团体监禁)?换言之,需要根据这些人是被外国部队逮捕还是被当地团体直接逮捕而适用不同的规则体系吗?

鉴于这些困难,接下来的问题是,是否有必要考虑对国际人道法进行调整,以便适用于以外国军事干涉为特征的非国际性武装冲突。一些评论者建议这样做,要求国际武装冲突法能够适用于外国势力代表一方

---

〔63〕 See D. Schindler, "International Humanitarian Law and Internationalized Internal Armed Conflicts", *International Review of the Red Cross*, No. 230, 1982, pp. 255 – 264.

〔64〕 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment, ICJ Reports 1986, para. 219.

或另一方行事的所有个案。[65] 特别是,红十字国际委员会在其 1971 年《关于保护非国际性武装冲突受害者的报告》[66] 中所提出的建议之一的本质就是如此。然而,该建议被研究红十字国际委员会草案的专家所拒绝。他们认为,该建议有可能使冲突趋于恶化,因为非政府团体会尽力吸引第三国,以便从适用国际武装冲突法中获益。[67]

多国部队在非国际性武装冲突中的干涉

首先,我们必须忆及,多国部队在这种情形下的存在并不必然使其转化为冲突当事方。这些军队通常并不是在那里参加战斗,而是基于传统维和目标而部署。他们的职责并未授权他们在这种情况下向敌对双方中的一方或另一方提供支持,而是限于进行干涉或观察。此外,他们只有在自卫情况下才能诉诸武力。然而,在以下两种假设情形下,多国部队必须被视为冲突当事方。首先,他们可能会碰巧通过支持交战实体的一方而直接参加进行中的敌对行动。例如,联合国刚果民主共和国特派团为刚果民主共和国提供军事支持,以便击退武装反对派发动的攻势。[68] 其次,当部署的国际部队不支持交战阵营的一方时,他们的地位必须根据通常用于评估是否存在非国际性武装冲突的标准来确定。如果他们的介入程度达到了所需强度,这些部队就必须被视为冲突一方。[69] 但这不适用于仅为自卫而诉诸武力的情形。

---

〔65〕 I. Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 49; E. David, above note 8, p. 175.

〔66〕 ICRC, above note 31, pp. 17ff.

〔67〕 ICRC, *Report on the Work of the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, August 1971, pp. 50 ff., especially paras 301 ff.

〔68〕 See, for example: United Nations Secretary-General, *Fourth special report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, S/2008/728, 21 November 2008, paras 13 and 25.

〔69〕 见上文关于“战争与国际性武装冲突”的部分。

这里所考虑的武装冲突的性质是有争议的。对于多数作者而言,[70]这些局势应当等同于国际性武装冲突。在相关行动是由国际组织所决定、界定和实施的意义上,它们天生就属于该类别。在此情况下,敌对方是国家还是非政府团体无关紧要。根据该理论立场,所假设的情形构成一类独特的国际性武装冲突,所涉组织的特殊地位本身就足以使其具备这一资格。在冲突发生在多国部队和无组织武装团体之间的假设情形中,要求各方遵守1949年《日内瓦第三公约》似乎尤其困难。而根据另一种由红十字国际委员会所采取的方法,在这种情形下必须基于每个个案中的实地当事方,区别适用国际人道法。由此,当国际部队同政府部队发生冲突时,必须适用国际武装冲突法;相反,在同非政府团体进行战斗时,必须适用的就是非国际武装冲突法。因此,取决于出现在每个局势中的敌对方,适用于同一冲突的法律制度不尽相同。[71]

---

〔70〕 See, in particular, D. Shraga, "The UN as an Actor Bound by International Humanitarian Law", in L. Condorelli et al. (eds.), *The United Nations and International Humanitarian Law*, Pedone, Paris, 1996, p. 333; p. Benvenuti, "The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of UN Peace-Keeping", in European Commission Humanitarian Office, *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1995, pp. 96 f.; C. Emanuelli, "United Nations forces and humanitarian law", in L. Condorelli et al. (eds.), *The United Nations and international humanitarian law*, Paris, Pedone, 1996, pp. 357 ff.; R. Kolb, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, Bruylant, Brussels, 2006, pp. 57 ff.

〔71〕 H. McCoubrey, N. D. White, *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*, Dartmouth, Aldershot, 1996, p. 172; L. Condorelli, "Le statut des forces des Nations Unies et le droit international humanitaire", in *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, C. Emanuelli (ed.), Wilson et Lafleur Itée, Montreal, 1997, p. 110; B. Tittemore, "Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 33, 1997, p. 110; J. Pejic, "Status of Armed Conflicts", in E. Wilmshurst and S. Breau (eds.), Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 94. 一些作者还建议重新审视国际人道法,以便使其适应多国部队与众不同的特征。这方面的尝试见 R. Kolb, above note 70, pp. 65ff。

发生在数国境内的非国际性武装冲突

《日内瓦公约》共同第 3 条及《第二附加议定书》均通过规定所涉冲突须发生于在缔约一方领土上而明确了各自的适用范围。然而,实践中政府与武装团体之间的许多冲突却发生在两个乃至数个国家的领土之上。一些作者认为这是现行有效的法律文本尚未加以规定的一种新的冲突类型。他们将这种冲突称为“跨国武装冲突”或“超国家冲突”,并认为必须对其适用一种特殊类型的国际人道法。[72] 在这方面,有必要区分不同的场景。

“输出型”非国际性武装冲突

传统非国际性武装冲突(在共同第 3 条或《第二附加议定书》含义范围内)的各方完全可能在得到相关政府明示或默示同意的情况下,在一个或多个第三国的领土上延续其战斗(这被称为“输出型”或“去本地化”冲突,或者“域外”非国际性武装冲突)。原则上,所涉政府部队是在追击在邻国领土内避难的武装团体。在这种局势下,不存在国际性武装冲突,因为既然干涉国是在领土主权国同意下行事,就不存在(《日内瓦公约》共同第 2 条所要求的)两国或多国之间的冲突。

关于在这种情形下应当适用何种法律存在争议。一些作者认为这里涉及的是一种与众不同的冲突形式,因此建议开发出一种新形式的国际人道法,作为同国际武装冲突法和非国际武装冲突法相并列的第三种法律制度。他们认为,从所涉当事方的角度来看,这些武装冲突同非国际性武装冲突非常相似,因为它们涉及政府部队与武装团体的冲突。然而,从领土角度看,这些冲突又以“国际化”为特征,因为它们不限于一国

---

〔72〕 See, in particular, R. S. Schöndorf, “Extra-State Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, No. 1, 2004, pp. 61 – 75; G. S. Corn, “Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Armed Conflict: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* , Vol. 40, No. 2, March 2007. 88.

疆界之内,而是涉及两个或更多国家。[73] 例如,舍恩多夫(Schöndorf)建议,专门针对该第三类冲突的法律制度可以将"国家间武装冲突之非战斗员法"(敌军手中的平民的待遇、区分原则)同"国内武装冲突之战斗员法"(伤者、病者和遇船难者的保护和待遇,被俘敌人没有地位等)相结合。[74] 该作者认为,没有理由根据冲突是国家间冲突还是国内冲突而给予非战斗员(即不直接参加敌对行动的平民)不同保护。然而,对战斗员进行此种区分则是可以接受的,因为国内冲突中的武装团体成员并不享有那些参加国际性武装冲突的士兵所享有的特权。这一方案使得这些武装冲突的国内方面(冲突当事方的性质)和国际方面(域外性)得以兼顾。

然而,领土因素是否真的是非国际性武装冲突的构成要素尚不确定。事实上可能会有这种主张,即共同第 3 条和《第二附加议定书》提及缔约国一方领土,这只是为了确保相关规则的适用同已经批准条约之国家的管辖权相联系。因此,其目标就不是将"输出型冲突"排除在国际人道法的适用范围之外,而是可以被视为——在非国际武装冲突法的语境下——对国际条约只约束那些已经接受条约的国家这一原则的提示。[75] 这样一来,就没有理由阻止这一法律制度的适用,即使敌对行动延伸至单个国家的疆界之外。此外,鉴于四个《日内瓦公约》已经得到普遍批准,红十字国际委员会补充说,第 3 条中的领土标准在实践中已经失去了意义。事实上,正如该组织所指出的,"政府武装部队与武装团体之间或者这种团体相互之间的任何武装冲突都不能不发生在《日内瓦

---

〔73〕 尤其见 Schöndorf, above note 72, pp. 41ff。

〔74〕 尤其见 Schöndorf, above note 72,第 45 页以下。

〔75〕 See D. Jinks, "September 11 and the Laws of War", *Yale Journal of International Law*, Vol. 28, 2003, pp. 36 f.; M. Sassòli, "Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law", *Occasional Paper Series*, Harvard University, Winter 2006, Number 6, p. 9; J. Cerone, "Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law and the Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context", *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007.

公约》缔约方之一的领土上。”[76]

跨境非国际性武装冲突

另一种可能性是国家部队同位于邻国领土内的非政府武装团体发生冲突。在这种情形下,就不存在既有冲突的“外溢”或“输出”问题。敌对行动在跨境基础上进行。如果该武装团体是在所处国的控制下行事,那么战斗就属于两个相关国家之间的国际性武装冲突的范围。然而,如果该团体是自主行事,而不是服务于政府当事方,那么局势就更加难以归类了。是否因为一国在另一国领土上使用武装部队而必然存在国际性武装冲突?如果是这样,该武装团体的成员应当被视为直接参加敌对行动的平民吗?将该局势视为跨境非国际性武装冲突——即使与此同时两国之间可能存在国际性武装冲突——是否更恰当?反过来,单纯基于武装团体所在国接受或容忍其邻国的干涉行为这一假设——如果未予同意的话该冲突将被划归国际性武装冲突——是否必须认定存在非国际性武装冲突?[77] 最后,是否应当将之视为一种新的冲突类型,从而需要一个尚未得到界定的特殊法律体制?[78]

最近的一个例子是 2006 年夏天的黎巴嫩。大家可能还记得,在黎巴嫩真主党的军事部门多次攻击以色列领土内的阵地和村庄后,一场高强度武装冲突于 7 月 12 日爆发。在这些行动过程中,8 名以色列士兵被杀死,2 名被俘虏。作为报复,以色列当局对黎巴嫩发动了地面、空中和海上攻势。敌对行动一直持续到 8 月 14 日双方政府达成的停火协议生效为止。[79]

联合国人权理事会设立的调查委员会认为已经发生国际性武装冲

---

〔76〕 ICRC, *How is the term “Armed Conflict” defined in international humanitarian law?*, above note 23, p. 3. See also Moir, above note 39, p. 31.

〔77〕 David 认为,当武装团体声称代表该国并得到一部分居民的支持时,国际性武装冲突就存在了(David, above note 7, p. 127)。

〔78〕 Corn 将这些局势称为“跨国武装冲突”,并建议对其适用“武装冲突法的基本原则”,实质上也就是共同第 3 条以及一些规制敌对行为的原则(Corn, above note 72)。

〔79〕 关于该冲突的情形和过程,详见 Commission of Inquiry on Lebanon, *Report pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1*, A/HRC/3/2, 23 November 2006。

突,尽管在其看来,黎巴嫩武装部队从未参加战斗。在其 2006 年 11 月的报告中,委员会认为真主党应当被视为 1949 年《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项含义范围内的“从属于冲突一方的”民兵。为支持该立场,委员会强调指出,真主党作为合法成立的政党,在议会和黎巴嫩政府中有代表。此外,真主党数年来在黎巴嫩南部承担反以色列抵抗运动的角色。这一点得到黎巴嫩总统本人的承认,后者曾将该团体的武装部门称为“民族抵抗斗士”。[80] 委员会认为,由于真主党与黎巴嫩政府之间当时存在组织联系,因此 2006 年的战争具有国际性。

然而,关于委员会所提出的论据是否足以支持《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项的假设已经成为现实这一结论,还有一些疑问。事实上,这些论据并不足以表明在真主党战斗员与黎巴嫩政府之间存在足够严密的联系。要想存在这种联系,那些战斗员必须是在“代表”后者行事。[81] 换言之,“要想让非正规军具备战斗员资格,国际规则和国家实践……都要求国际性武装冲突一方对其行使控制;同理,要求这些非正规军对冲突一方存在依附和效忠关系”。[82]《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项“从属于冲突一方”这一表述必须作此理解。[83] 在上述情形中似乎并未达到所要求的控制程度。相反,黎巴嫩当局已在数个场合声明其之前并不知道引发冲突的这些攻击,也没有予以批准。他们是在致联合国秘书长和安理会的信中正式做出这一声明的。[84] 由此看来,在本案中也许需要保留双重法律分类。2006 年的战争构成以色列与真主党之间的非国际性武装冲突,同以色列与黎巴嫩之间的国际性武

---

〔80〕 关于该冲突的情形和过程,详见 Commission of Inquiry on Lebanon, *Report pursuant to Human Rights Council resolution S – 2/1*, A/HRC/3/2, 23 November 2006,第 50 ~ 62 页。

〔81〕 J. Pictet et al. (eds.), *Geneva Convention Ⅲ Relative to the Treatment of the Prisoners of War: Commentar* y, ICRC, Geneva, 1960, p. 57.

〔82〕 ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Judgment (Appeals Chamber), above note 2, para. 94.

〔83〕 *Ibid*.

〔84〕 See, in particular, *Identical letters dated* 13 *July* 2006 *from the Chargé d' affaires a. i. of the Permanent Mission of Lebanon to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council*, A/60/938 – S/2006/518, 13 July 2006.

装冲突相比,其独特之处在于跨境发生。[85] 因此,本案中构成冲突分类之决定性标准的是交战方的性质,而不是该局势的跨境特点。[86]

不过,这种立场带来了某些法律适用问题,尤其是在同被俘战斗员有关的方面。它暗示,对于那些是黎巴嫩或者同以色列没有外交关系之国家的国民的真主党被拘成员,必须适用《日内瓦第四公约》。[87] 然而,被武装团体拘留的以色列士兵却只享有非国际武装冲突法所给予的保护。因此,该立场带来了交战方平等性方面的问题。但是,如果认为非国际武装冲突法也适用于那些被以色列拘留的人,那么平等性就得到了支持,但其代价是会降低所适用的标准。

其他评论者建议对黎巴嫩冲突作进一步解读。例如,他们中有些人认为,这个例子揭示了一种既不能划归国际性武装冲突也不能划归非国际性武装冲突的新型武装冲突,因此需要适用特殊的国际人道法。[88]

国际反恐斗争的问题

关于跨境武装冲突之性质的辩论引发了有关当前一些国家同基地组织之间的冲突的问题。在所涉情形中,冲突表现为发生在数个国家的一系列恐怖袭击与反恐行动。那么,这些事件的总和能够被视为可以适用国际人道法的(跨境全球)武装冲突吗?[89] 它是否构成一种新型武装冲突从而需要适用一个尚待建立的法律体制?[90] 或者说它是一种与武

---

〔85〕 See David, above note 7, p. 156.

〔86〕 L. Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 136.

〔87〕 《日内瓦第四公约》第 4 条第 1、2 款。

〔88〕 见前注〔78〕。

〔89〕 见 J. C. Yoo, J. C. Ho, "The Status of Terrorists", UC Berkeley School of Law, *Public Law and Legal Theory Research Paper No.* 136 , 2003。Jinks 也认为 2001 年 9 月 11 日的攻击构成美国与基地组织之间的非国际性武装冲突,因此适用共同第 3 条(Jinks, above note 75, pp. 11ff and 30ff.)。

〔90〕 见 Schöndorf, above note 72; Corn, above note 72; R. D. Sloane, "Prologue to a Voluntarist War Convention", Boston University School of Law, Working Paper No. 07 – 09。Balendra 似乎提供了另一种选择,诉诸对武装冲突所进行的可变化的界定:当国际人道法和国际人权法不重合时作狭义界定,而当其重合时则作广义界定(N. Balendra, "Defining Armed Conflict", *Cardozo Law Review*, Vol. 29, No. 6, 2008)。

装冲突无关的现象?对于跨境犯罪集团也可以询问同样的问题。例如,一些评论者毫不迟疑地认为存在"全球禁毒战争"。[91]

相关的关键问题已经得到详细讨论。[92] 在这里只需记住,答案需要足够灵活,以便考虑到国际人道法所规定的不同类型的武装冲突。基本上,基地组织的作战方式很可能已经排除了将其界定为能够划归全球非国际性武装冲突一方之武装团体的可能性。相反,根据现有情报,它似乎是一个联系松散的秘密的单元网。[93] 这些单元达不到构成人道法含义范围内的非国际性武装冲突所需的组织标准。不过一些专家认为,有朝一日一个或多个国家同跨国武装团体之间的冲突要达到那种程度也并非不可能。[94] 在"哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案"(*Hamdan v. Rumsfeld*)中,美国最高法院似乎就持此观点,认为1949年《日内瓦公约》共同第3条适用于在反恐斗争中被俘的基地组织成员以及同该组织有关联的人员。[95]

除该特殊问题外,反恐斗争在某些语境下也可能表现为武装冲突。当其导致国家之间的冲突——例如2001年10月美国进攻阿富汗——时,情况就是如此。该斗争也可能会相当于传统的(国际化的)非国际性武装冲突,例如,阿富汗自2002年6月19日过渡政府成立之日起的

---

〔91〕 M. Kenney, "The Challenge of Eradicating Transnational Criminal Networks: Lessons from the War on Drugs", Paper prepared for delivery at the 2002 annual meeting of the American Political Science Association; D. M. Luna, "Narco-Trafficking: What Is the Nexus With the War on Terror?", 8 October 2008, 可访问 http://merln.ndu.edu/archivepdf/terrorism/state/110828.pdf (2009年7月9日访问).

〔92〕 See J. Pejic, "Terrorist Acts and Groups: a Role for International Law?", *British Yearbook of International Law*, 2004, pp. 85 ff.

〔93〕 See, in particular, ICRC, *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts*, Excerpt of the Report prepared by the International Committee of the Red Cross for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent Geneva, December 2003, pp. 232 ff. See also Pejic, above note 92, pp. 85 ff.; Sassòli, above note 75, pp. 10-11.

〔94〕 前注〔75〕,第9页。

〔95〕 Supreme Court of the United States, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), pp. 65-69.

情形。在国际联军的支持下,新成立的当局要同有组织的非政府军队即塔利班武装进行高强度的战斗。

结论

对国际人道法中不同形式武装冲突的审视表明,为暴力局势分类并进而确定应适用的规则是何等困难。这些困难部分来自法律类别自身,因为其内容在确立这些类别的条约文本中往往规定得不够确切。在这方面,国际实践的发展至关重要,因为它可以根据现实局势对这些类别进行评估,使其逐渐得以具体化。这方面最突出的贡献也许是前南国际刑庭对于非国际性武装冲突概念的澄清。前南国际刑庭的判例法不仅明确了这一概念的两个组成要素,还提出了范围广泛的指标性标准,使得逐案确认是否具备每个要素成为可能。然而,源于武装冲突分类的其他要素还有待进一步澄清。加沙地带仅仅是其中的一个例子,反映出要将占领概念的方方面面纳入考虑范围所面临的困难。此外,还存在其他不确定因素,特别是关于能够用以确定占领之开始或结束的标准。

武装暴力局势的分类还往往同政治考虑有关,因为所涉各方都尽力按照自己的利益解释事实。例如,以有关法律类别的一般性措辞所允许的自由裁量权的限度为基础,国家拒绝承认其卷入武装冲突并不罕见。它们倾向于通过声称是在执行维持公共秩序的行动而对局势轻描淡写,从而否认人道法的适用性。没有独立国际机构被授权系统地就这些同这种或那种武装冲突有关的情形作出决定,这一事实鼓励了上述倾向。诚然,红十字国际委员会这一主要基于国际人道法开展工作的机构会将其对局势的评估知会各方,除非这样做不符合受害者的利益,但收到评估的主体并不受红十字国际委员会观点的约束。有鉴于此,澄清相关概念,缩减解释余地,从而增强国际人道法的可预测性,就显得更为重要。