一九四九年《日内瓦公约》

新版评注：共同第一条、第二条和第三条

ICRC

一九四九年《日内瓦公约》

新版评注：共同第一条、第二条和第三条

本书所收录的第一、二、三条之评注节选自《日内瓦第一公约评注》(修订版)。因《日内瓦第二公约》第三条第一款第二项除规定收集与照顾伤、病者外还提及了针对遇船难者的同类义务，故《日内瓦第二公约评注》中相应增加了针对此项义务的评注，特此指出。

目　录

第一条：尊重公约……3
第二条：公约的适用……25
第三条：非国际性之冲突……59

第一条
尊重公约

公约条文

各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。

保留或声明

无

目　录

一、引言.....4

二、历史背景.....4

三、适用范围.....5

（一）在国际性和非国际性武装冲突中适用的规则.....5

（二）在武装冲突与和平时期均适用的规则.....5

四、共同第 1 条的适用对象.....6

（一） 各缔约国.....6

（二）参与多国行动的各缔约国.....6

（三）国际组织.....7

五、共同第 1 条衍生的义务.....8

（一）尊重以及保证武装部队及其行为可归因于各缔约国的其他个人或团体尊重公约的义务.....8

（二）保证缔约国治下之全体人民尊重公约的义务.....10

（三）保证其他人尊重公约的义务.....11

1. 消极义务.....12

2. 积极义务.....14

3. 可采取之行动的范围.....16

4. 综述可能采取的措施.....17

六、“在一切情况下”的措辞.....19

主要参考书目……...……..21

一、引言

118 就在 1949 年四个《日内瓦公约》各自的第 1 条中，各缔约国“承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”。这个条款证实了公约的特殊性质，大量规则表现出“人性的基本考虑”。[1]各缔约国因此认为，最好明确重申《日内瓦公约》对其缔约国有约束力这项一般原则，必须“尊重”这些公约。此外，缔约国承诺在它们能力范围内采取一切合理的措施“保证尊重”这些公约。“尊重并保证尊重”这一表述首先适用于各缔约国自身、它们的武装部队、代表其行事的其他个人和团体以及这些国家的全体人民。

119 另外，各缔约国承诺保证武装冲突的其他缔约当事国和非国家当事方尊重这些公约，不论它们自身是否为武装冲突的当事方。公约所保护的利益对于人类来说具有如此根本的重要性，以致每个缔约国在遵守公约方面都具有法律上的利益，不论冲突发生在何地以及受害者是何人。[2]此外，公约规定的保护制度的正常运行要求缔约国不仅自己要适用这些规定，还要在它们能力范围内采取一切合理的措施保证这些规定得到普遍尊重。公约因此创设了“对一切人”的义务，也就是对其他所有缔约国的义务。[3]

120 在过去几十年中，对共同第 1 条的解释，尤其是“保证尊重”这一表述，带来了很多问题。一般而言，有两种解释方法。一种方法主张，根据第 1 条，各国已承诺采取一切必要措施，但只保证其机关和其管辖范围内的个人尊重这些公约。另一种方法则反映了当今的主流观点并得到红十字国际委员会（ICRC）的支持，即第 1 条额外要求各国保证其他国家和非国家当事方尊重这些公约。1952 年皮克泰的评注中已经表达了这种观点。[4]自那时起，习惯国际法的发展也确认了这种观点。[5]

121 共同第 1 条并非只是一个格式条款，而是被赋予强制力，是确保遵守这些公约的可用手段之一。通过承诺“尊重并保证尊重”这些公约，各国也认识到采取一切合理措施从一开始就防止违法行为发生的重要性。

二、历史背景

122 1864 年和 1906 年的《日内瓦公约》并没有包含类似于共同第 1 条的条款。即便如此，共同第 1 条的第一个要素（“尊重”）以及保证自身武装部队尊重公约也已经暗含在 1864 年的公约中，其中规定：“本公约的实施细节由交战国军队的总司令根据他们各自政府的指示

---

[1] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 218, 涉及共同第 3 条（“在本法院看来，它们是反映本法院在 1949 年所称的‘人性的基本考虑’的规则”）；《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见》，1996 年，第 79 段：“毫无疑问，因为武装冲突中适用的很多人道法规则对人身的尊重和‘人性的基本考虑’如此重要……所以各国才普遍加入《海牙公约》和《日内瓦公约》。”

[2] 譬如，类似的考虑也适用于 1948 年《灭绝种族罪公约》，该公约规定“缔约国没有任何私利；它们全都只有一个共同利益，即实现本公约之所以会存在的那些至高目的”；ICJ, *Reservations to the Genocide Convention*, Advisory Opinion, 1951, p. 23.

[3] 见国际法院，《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 157 段（“法院认为，这些（在武装冲突中适用的人道法）规则包含了实质上具有‘对一切人’性质的义务。”）；ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 519（“国际人道法规范并非施加双诺义务，即一国和另一国的对等义务。相反……它们为国际社会整体设定了义务”）；Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 25（“它并非基于互惠而达成的协议，并非只有在协议一方遵守其自身义务时才对另一方有拘束力。相反，它是代表其他缔约方在全世界面前庄严缔结的单边协议。”）。

[4] Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, 1952, p. 26. (尽管该评注的英文版使用了动词“应尽力”，但法文原版使用的动词则意味着“必须”，后者显然将其视为一项义务。)

[5] See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220. 让—马里·亨克茨与露易丝·多斯瓦尔德—贝克：《习惯国际人道法第一卷——规则》，法律出版社，2007 年版，规则 144（以下简称 ICRC《习惯国际人道法研究》）。

并遵照本公约规定的一般原则予以制定。”[6]1906 年《日内瓦公约》和 1907 年《海牙第十公约》用类似的措辞重述了该规定。[7]

123 被“在一切情况下”这一措辞所补充的“条约必须遵守”原则（“协定必须受到尊重”），在 1929 年两个《日内瓦公约》中首次得到明确表述：“缔约各国应在任何情况下尊重本公约的各项规定。”[8]在最初的草案中，这句话是与在与其他缔约国的关系上适用公约的义务联系在一起的，即使并不是所有交战方都是公约的缔约国。但在起草的过程中，这些义务被分成了两个不同的段落，从而使在一切情况下尊重公约的义务有了独立的含义。[9]

124 1948 年，在提交给于斯德哥尔摩召开的红十字国际大会的草案中，在一切情况下尊重公约的义务被移至现在的位置，即四个《日内瓦公约》第 1 条这一显著的位置，而且增加了“保证尊重”这一要素，以便“强调，若要该公约的保护制度有效，各缔约国不能仅限于自身实施公约”，还“必须在其权力范围内采取一切措施，保证构成公约之基础的人道原则得以普遍适用”。[10]因此公约草案第 1 条规定：“各缔约国以其人民的名义承诺，在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”[11]同样的文本，除了在斯德哥尔摩会议上删除了“以其人民的名义”这一措辞外[12]，于次年在外交会议上被提议，在只有少量代表团对该条作出评论后，未经太多讨论就予以通过。[13]

三、适用范围

(一) 在国际性和非国际性武装冲突中适用的规则

125 各缔约国承诺在一切情况下尊重“本公约”并保证“本公约”之被尊重。这一措辞不仅涵盖适用于国际性武装冲突的规定，包括共同第 2 条所定义的占领，还涵盖那些依据共同第 3 条适用于非国际性武装冲突的规定，后者也是“本公约”的一部分。因此，各缔约国还必须保证尊重非国际性武装冲突中可适用的规则，包括保证非国家武装团体（有关该义务范围的细节，见第五节第 2 小节和第 3 小节）尊重这些规则。[14]这一解释与共同第 3 条的基本性质是一致的，被国际法院认定为任何武装冲突中的“最低标准”。[15]

126 此外，根据红十字国际委员会对习惯国际人道法的研究，尊重和保证尊重的义务并不局限于《日内瓦公约》，而是约束某一特定国家的整个国际人道法体系。[16]

(二) 在武装冲突与和平时期均适用的规则

127 但是，尊重和保证尊重《日内瓦公约》的义务并不局限于武装冲突，在和平时期也同样适用。另外，该义务的对象可能是“冲突各方”而不是更一般意义上的“各缔约国”。在

---

[6] 1864 年《日内瓦公约》，第 8 条。
[7] 1906 年《日内瓦公约》，第 25 条；1907 年《海牙第十公约》，第 19 条。
[8] 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》，第 25 条第 1 款；1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》，第 82 条第 1 款。
[9] 在一切情况下保证尊重公约的义务形成了 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 25 条第 1 款，即使并非所有交战方都是公约缔约国，在与其他缔约国的关系上也适用公约的义务形成了第 2 款。1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》第 82 条与之措辞相似。关于公约起草历史的详细回顾，see Kalshoven, pp. 6–10.
[10] *Draft Conventions submitted to the 1948 Stockholm Conference*, p. 5.
[11] 同上，第 4、34、51 和 153 页，分别涉及四个《日内瓦公约》草案。
[12] *Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, pp. 9, 31, 51 and 114.
[13] *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 53（法国、意大利、挪威和美国的声明）。另见摩纳哥（第 79 页）和法国（第 84 页）代表团在其他场合所作的评论。
[14] See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220.
[15] *Ibid.* para. 218.
[16] ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 139。

1929 年外交会议的讨论期间，这个含义被专门提及以回应中国的担忧，即红十字国际委员会提议的条款草案的最初措辞——“在发生战争的情况下”——没有考虑到那些适用于和平时期的公约条款。[17]

128 因此，尊重和保证尊重的义务还涵盖那些已明确适用于和平时期的公约条款。共同第 2 条第 1 款也提到了这些规则（“于平时应予实施之各项规定之外”）。[18]

129 公约适用的广泛时间范围还反映在“在一切情况下”这一短语中，它被解释为既包括武装冲突期间也包括和平时期。[19]

四、共同第 1 条的适用对象

130 本节列出了受尊重及保证尊重公约义务约束的主体。关于这些义务内容的进一步细节，见第五节。

(一) 各缔约国

131 共同第 1 条的适用对象是“各缔约国”。不同于公约中其他一些规定，其对象不是“冲突各方”。因此，它不包括作为非国际性武装冲突之一方的非国家武装团体。

132 然而，该条源自对冲突各方都有约束力的共同第 3 条，非国家武装团体有义务“尊重”其中所包括的各项保证。[20]此外，这类团体必须“保证”其成员和代表其行事的个人或团体“尊重”共同第 3 条。[21]这源自如下要求，即有组织及有负责之人统率的武装团体必须保证人道法之被尊重。它也是习惯国际法的一部分。[22]

(二) 参与多国行动的各缔约国

133 如果各缔约国参与多国行动，即在一个国际组织、永久同盟或临时联盟主持之下由两个或两个以上国家的部队所开展的行动，关于共同第 1 条的适用问题就可能产生。这方面的例子包括以联合国或区域性国际组织名义开展的行动。

134 这种行动可能采用各种形式，各国对其部队所保留的权力范围也各不相同。然而在实践中，部队派遣国从来不会将全部“指挥权”移交给领导行动的国家或国际组织，而只是移交“行动控制权”或有时是“行动指挥权”。[23]另外，各国几乎一直对其本国派遣的部队保有纪律控制及刑事管辖权。

135 这可能会产生的问题是，这些被派遣部队的行为在多大范围内仍可归因于各缔约国，以及哪些国际法主体可能因此为其行为负责。这是独立于共同第 1 条之外关于国家及国际组织

---

[17] *Proceedings of the Geneva Diplomatic Conference of 1929*, pp. 329–330.

[18] 进一步的细节，见关于共同第 2 条的评注，第三节。Sceptical Focarelli, p. 159.

[19] See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 186：“这里想要澄清的是，在一切情况下都必须适用公约——有些在 1906 年公约中未作详细规定——无论平时还是战时（涉及那些在两种局势中均可适用的规定）。重点在于强调该义务的一般性。”

[20] 关于共同第 3 条对冲突所有当事方之拘束性质的更多细节，见关于该条的评注，第四节第 1 小节。

[21] 另见关于共同第 3 条的评注，第十三节第 5 小节第 1 目以及 Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 92–93. 还有一些工具，例如，见 ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, 2008, and Sandesh Sivakumaran, ‘Implementing humanitarian norms through non-State armed groups’, in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 125–146.

[22] 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 139 及其评注，第 469-470 页。

[23] 关于这些术语的定义，see Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2010, pp. 631 and 638.

之责任的国际法问题。[24]不论如何归因，各缔约国在多国行动期间仍有义务尊重这些公约并保证这些公约之被尊重。

136 参加多国行动的事实并不会免除各缔约国在共同第 1 条项下的义务。它们一直会对其本国派遣的部队保留某些权力，在这个范围内，各缔约国必须继续保证这些部队尊重公约。它们可能通过如下方式履行这项义务，尤其是：保证其部队得到充分的培训、装备及指导；[25]行使它们所保留的纪律及刑事权力；努力保证它们的联盟伙伴国停止其可能非法的行为；以及最后一点，如果预期这些行动可能违反公约，就选择退出特定的行动。[26]

137 因此，各缔约国仍然有义务保证这些公约之被尊重；它们不能用将派遣的部队交由一个国际组织、永久同盟或临时联盟支配的方式来逃避其义务。[27]按照这个思路，它们应当在充分保证这些部队遵守公约的条件下移交其指挥权和控制权。[28]

(三) 国际组织

138 除了部队派遣国之外，对各国派遣的部队行使指挥和控制权或授权其成员国诉诸武力的国际组织也有义务尊重并保证这些部队尊重公约。

139 国际组织——在国际法的现状下——并不直接或在形式上受这些公约的约束，因为只有国家才能成为“缔约国”。但现在公认的是，作为国际法主体，国际组织受习惯国际人道法的约束[29]，从而也有义务尊重该法律体系并保证该法律体系之被尊重。[30]

140 在一个国际组织对一个行动行使指挥和控制权的范围内，它有义务尊重并保证供其支配的各国派遣的部队尊重人道法，其方式在本质上与国家必须尊重和保证其武装部队尊重公约的方式相同。例如，联合国在其军事特遣队部署之初以及过程中都会为其成员有系统地提供人道法培训。[31]

141 人道法对联合国部队的可适用性已经得到 1999 年联合国秘书长公告的确认，其颁布是“为阐明适用于在联合国指挥和控制下进行活动的部队的国际人道法基本原则和规则”，并可被视为一种尊重人道法并保证人道法之被尊重的方式。[32]另外，联合国与联合国和平

---

[24] 见 2001 年《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称 2011 年《国家责任条款草案》），第 4-5 条和第 8 条以及 2011 年《关于国际组织的责任的条款草案》，第 6-7 条。

[25] See e.g. 20th International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965, Res. XXV, Application of the Geneva Conventions by the United Nations Emergency Forces, para. 2（在序言中援引共同第 1 条后建议“向联合国派驻代表团的各国政府在其部队离开本国之前给予他们——鉴于该问题至关重要——有关《日内瓦公约》的充分指示以及遵守这些公约的命令”）。

[26] 关于确保其他冲突当事方尊重公约之义务的消极和积极方面，见第五节第 3 小节。

[27] Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011), Article 61. See also Naert, p. 510.

[28] See e.g. 20th International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965, Res. XXV, Application of the Geneva Conventions by the United Nations Emergency Forces, para. 1（建议“作成适当安排以确保联合国驱策的武装部队遵守《日内瓦公约》的规定”）。Naert, p. 511, 认为共同第 1 条可以“加强一国不将权力授予无充分保证之国际组织的义务”。See also Zwanenburg, p. 108（“可以说，一国将其对武装部队的权力让渡给一个不能充分保证尊重人道法的国际组织，就违反了这项义务。”）。

[29] See ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, p. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, para. 37; and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, Advisory Opinion, 1996, para. 25, 认为“不同于国家，国际组织……不具备一般性的权限。国际组织受‘特定性原则’的制约，也就是说，由创建它们的国家授予其权力”。就人道法对国际组织的可适用性而言，关于上述原则之影响的探讨，seeKolb/Porretto/Vité, pp. 121–143; Naert, pp. 533–534; Shraga, 1998, p. 77; and Engdahl, p. 519.

[30] 见国际法院，《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 160 段；ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 93; see also Boisson de Chazournes/Condorelli, 2000, p. 70; Boisson de Chazournes/Condorelli, 2006, pp. 15–16; and Engdahl, p. 517.

[31] See e.g. Agreement between the UN and the AU and the Government of Sudan concerning the Status of the AU/UN Hybrid Operation in Darfur (2008).

[32] 1999 年《秘书长关于联合国部队遵守国际人道主义法的公告》，序言。

行动的东道国之间签订的部队地位协定（SOFAs）一般要求联合国保证其行动“充分尊重适用于军事人员行为的国际公约的原则和规则”，包括“1949 年 8 月 12 日的四个《日内瓦公约》及其 1977 年 6 月 8 日的两个《附加议定书》以及 1954 年 5 月 14 日联合国教科文组织《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》”，并对东道国施加相应的义务，以便其在任何时候对待该行动的军事人员时都充分尊重这类原则和规则。[33]

142 同时，即使没有任何这种指挥与控制权，不论它们自身是否为冲突当事方，国际组织根据习惯国际法也负有保证其他人尊重公约的义务。[34]如果该组织首先授权使用武力[35]，或者从事支持冲突其他当事方的行动，情况尤其如此。[36]

五、共同第 1 条衍生的义务

(一) 尊重以及保证武装部队及其行为可归因于各缔约国的其他个人或团体尊重公约的义务

143 尊重《日内瓦公约》的义务重申了 1969 年《维也纳条约法公约》第 26 条所编纂的条约法的一般原则——“条约必须遵守”：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。”

144 构成破坏公约的作为或不作为会使缔约国承担国际责任，如果根据国家责任规则那些作为或不作为可归因于该缔约国的话。这不仅涉及缔约国国内法定义的国家机关的行为，还涉及代表该国行事的其他个人或团体的行为，例如《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项意义上的民兵和志愿部队、该国行使必要控制的其他武装团体以及在某些情况下该国约聘其提供服务的私营军事和安保服务公司。[37]就这一原则而言，共同第 1 条并没有为一般国际法已经规定的内容增加新的东西。

145 该条的新颖性在于增加了“保证尊重”的责任，该责任必须“在一切情况下”都要履行。这设立了一个清楚的标准，因为“保证”的意思是“确定某事会发生或会这样”或反之“确定（某个问题）不会发生”。[38]因此，各国必须采取适当的措施从一开始就防止违法行

---

[33] See e.g. The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan (UNMISS), Juba, 8 August 2011, paras 6(a) and (b).尽管联合国秘书长应大会请求准备的“维持和平行动部队地位协定范本”（UN Doc. A/45/594, 9 October 1990）中没有包含此类规定，但它们已被纳入相关的部队地位协定，因为 1993 年 11 月 5 日联合国就已针对联合国卢旺达援助团（联卢援助团）与卢旺达缔结了此种协议（United Nations *Treaty Series*, Vol. 1748, 1993, pp. 3–28）。

[34] See Shraga, 1998, p. 71, and David, para. 3.13. 2004 年，国际法院对“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”发表的咨询意见中提到了保证他方尊重公约的义务（第 160 段），尤其是在涉及尊重人道法和保证人道法之被尊重义务的三个段落（第 158-160 段）的最后谈到了联合国：“最后，本法院认为，联合国，尤其是大会和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止修建隔离墙及相关制度所造成的非法状况，对本咨询意见给予应有的考虑。”

[35] See Shraga, 1998, pp. 71–72, and Kolb/Porretto/Vité, pp. 153–154 and 332–333.

[36] See Human rights due diligence policy on United Nations support to non-United Nations security forces, UN Doc. A/67/775–S/2013/110, 5 March 2013. 实际的例子，例如，见 2009 年 12 月 23 日联合国安理会第 1906 号决议，第 22 段：“重申，……联刚特派团（联合国组织刚果民主共和国稳定特派团）向刚果（金）武装力量领导的打击外国和刚果武装团体的军事行动提供支助的严格条件是，刚果（金）武装力量遵守国际人道法、人权法和难民法，切实共同规划这些行动。”

[37] 关于一国约聘的的私营军事和安保服务公司，见 2008 年《蒙特勒文件——武装冲突期间各国关于私营军事和安保服务公司营业的相关国际法律义务和良好惯例》，第一部分，第 7 条。

[38] *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 475.

为的发生。[39]因此，各缔约国必须——从和平时期开始——采取一切必要的措施以保证公约之被尊重。[40]在发生武装冲突时尊重公约通常假设已事先做好一切准备。[41]

146 原则上，各缔约国在选择保证公约之被尊重的措施上有一定自由度，只要这些措施足以达成预期的结果。但它们选择的余地是有限的，尤其是在公约规定各缔约国有义务采取特定措施的情况下。公约包含大量旨在保证各缔约国予以实施的规定：

—*武装部队内的教育*：要求各缔约国在它们各自的国家尽量广泛传播公约，尤其是将这些公约的学习纳入它们的军事教育计划中。[42]

—*适用规则*：各缔约国应互相通知公约的正式译文，及其所采用以保证实施公约的法律与规则。[43]

—*制止破约行为*：各缔约国应“不分国籍”搜捕、起诉或引渡被控犯有严重破坏公约行为之人，并在这方面制定必要的立法。各缔约国还被进一步要求制止其他一切破坏公约的行为。[44]

—*滥用标志*：各缔约国，若其立法尚未完备，应采取必要之措施，以便随时防止及取缔各种滥用标志的行为。[45]

147 公约还提出了若干其他措施，各缔约国可以此保证公约之被尊重，尤其是指定保护国或代替组织[46]，并使用公约所规定的调查程序。[47]

148 另外，还有许多措施可被视为公约所隐含或者被认为构成习惯国际法的一部分，因此各国应予以采纳，作为履行其尊重公约和保证公约之被尊重义务的手段。这些措施特别包括，向部下发出命令和指示以保证公约之被尊重并监督其实施[48]，以及必要时为武装部队提供法律顾问。[49]

---

[39] See also Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of IHL (2005), para. 3(a).

[40] 另见共同第 2 条第 1 款（“于平时应予实施之各项规定之外”）；《日内瓦第一公约》，第 45 条；《日内瓦第二公约》，第 46 条。另见《第一附加议定书》，第 80 条。

[41] 关于准备措施，见关于共同第 2 条的评注，第三节。

[42] 《日内瓦第一公约》，第 47 条；《日内瓦第二公约》，第 48 条；《日内瓦第三公约》，第 127 条；《日内瓦第四公约》，第 144 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 83 条、《第二附加议定书》第 19 条、《第三附加议定书》第 7 条所补充。

[43] 《日内瓦第一公约》，第 48 条；《日内瓦第二公约》，第 49 条；《日内瓦第三公约》，第 128 条；《日内瓦第四公约》，第 145 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 84 条所补充。

[44] 《日内瓦第一公约》，第 49 条；《日内瓦第二公约》，第 50 条；《日内瓦第三公约》，第 129 条；《日内瓦第四公约》，第 146 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 85 条所补充。

[45] 《日内瓦第一公约》，第 54 条；《日内瓦第二公约》，第 45 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 18 条、《第三附加议定书》第 6 条所补充。

[46] 《日内瓦第一公约》，第 8 条和第 10 条；《日内瓦第二公约》，第 8 条和第 10 条；《日内瓦第三公约》，第 8 条和第 10 条；《日内瓦第四公约》，第 9 条和第 11 条。

[47] 《日内瓦第一公约》，第 52 条；《日内瓦第二公约》，第 53 条；《日内瓦第三公约》，第 132 条；《日内瓦第四公约》，第 149 条。这些规定又为根据《第一附加议定书》第 90 条设立的国际人道实况调查委员会所补充。

[48] See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 26（“譬如对一个国家来说，只是向几个民政或军事当局发出命令或指示，然后让它们按照自己的意愿安排执行的细节，这不够。该国要监督这些命令或指示的执行情况。”）；Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 41（“尊重的义务意味着确保民政和军事当局、武装部队人员以及更一般而言的全体人民尊重本议定书。这意味着，不仅必须采取准备措施以实施本议定书，还应对该实施予以监督。在这方面，‘保证尊重’这一短语必然期待第 80 条（‘执行措施’）中规定的执行和监督措施。”）。另见《第一附加议定书》，第 80 条第 2 款。

[49] 见《第一附加议定书》，第 82 条。ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 141。

149 非国际性武装冲突的当事国可以通过本质上相同的措施保证尊重其在共同第 3 条项下的义务。共同第 3 条第 3 款特别要求冲突各方努力达成特别协定，以使公约之其他规定的全部或部分发生效力。

(二) 保证缔约国治下之全体人民尊重公约的义务

150 保证尊重的义务不仅涵盖武装部队以及代表缔约国行事的其他个人或团体，还扩及于缔约国治下的全体人民，即其行为不可归因于该国的私人。[50]这构成防止和制止一国治下之私人破坏公约的一般注意义务，包括被占领土内的私人。[51]这是一项手段义务，其内容取决于具体的情况，特别是违法行为的可预见性以及该国是否知道、破约的严重性、该国合理可用的手段及其对私人所施加的影响程度。[52]

151 另外，公约中的许多规定明确要求缔约国采取措施保证私人尊重公约：

—*在平民居民中传播*：缔约国承诺，如可能时在公民教育计划中，包括本公约之学习，俾本公约之原则为全体人民所周知。[53]

—*制止破约*：缔约国有义务“不分国籍”搜捕、起诉或引渡被控为犯有严重破坏公约行为之人并制止其他一切破约行为。这包括私人所犯的破约行为。[54]

152 其他若干规定还更一般性地要求缔约国保护特定的人员或物体，包括保护他们免受私人行为的侵害。这些规定涵盖如下一些领域：

—*伤者、病者和遇船难者*：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》要求伤者、病者和遇船难者在一切情况下应受尊重与保护。[55]《日内瓦第一公约》特别号召一般平民应尊重此种伤者、病者，尤不得施以暴行。[56]此外，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》明确规定了保护伤者、病者和遇船难者免遭抢劫和虐待的义务。[57]

—*医疗队和医疗所、医务和宗教人员、医疗运输队*：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》规定要尊重和保护医务部门的固定医疗所及流动医疗队、医务和宗教人员、医疗运输队和医院船及其船员。[58]

---

[50] *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 53（挪威、美国）（“确保全体人民尊重公约”）。See also Inter-American Court of Human Rights, *Mapiripán Massacre case*, Judgment, 2005, para. 114.

[51] See Koivurova, para. 32; Sassòli, pp. 411–412; and Ryngaert/Van de Meulebroucke, pp. 462–463.

[52] 关于注意义务的标准，见 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 430–431. See also Pisillo-Mazzeschi, p. 45, and Ryngaert/Van de Meulebroucke, p. 463. 关于在人权法语境下对注意义务标准的解释，见 European Court of Human Rights, *Osman* v. *UK*, Judgment, 1998, paras 115–116; Inter-American Court of Human Rights, *Velásquez Rodríguez case*, Judgment, 1988, paras 172–175; *Pueblo Bello Massacre case*, Judgment, 2006, paras 123–141; UN Human Rights Committee, *General Comment No. 31,The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, para. 8; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS* v. *Cameroon*, Decision, 2009, paras 89–92.

[53] 《日内瓦第一公约》，第 47 条；《日内瓦第二公约》，第 48 条；《日内瓦第三公约》，第 127 条；《日内瓦第四公约》，第 144 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 83 条第 1 款所补充。

[54] 《日内瓦第一公约》，第 49 条；《日内瓦第二公约》，第 50 条；《日内瓦第三公约》，第 129 条；《日内瓦第四公约》，第 146 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 85 条所补充。

[55] 《日内瓦第一公约》，第 12 条第 1 款；《日内瓦第二公约》，第 12 条第 1 款。这些规定又为《第一附加议定书》第 10 条和《第二附加议定书》第 7 条所补充。

[56] 《日内瓦第一公约》，第 18 条第 2 款。该规定又为《第一附加议定书》第 17 条第 1 款所补充。

[57] 《日内瓦第一公约》，第 15 条第 1 款；《日内瓦第二公约》，第 18 条第 1 款。

[58] 《日内瓦第一公约》，第 19 条第 1 款、第 24、25、26 条和第 35 条第 1 款；《日内瓦第二公约》，第 22 条第 1 款、第 24、25、27、36 条和第 37 条第 1 款。这些规定又为《第一附加议定书》第 12 条（医疗队）和第 21-31 条（医务运输工具）所补充。

—死者：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》规定了防止死者被剥劫的义务。这包括平民居民所犯的剥劫行为。[59]

—战俘：《日内瓦第三公约》规定了在任何时候都应保护战俘的义务，尤其免致遭受暴行或恫吓及侮辱与公众好奇心的烦扰。[60]

—平民伤者和病者、弱者、孕妇：《日内瓦第四公约》要求伤者和病者，还有弱者及孕妇应受到特别保护与尊重。这包括免遭来自于平民居民的任何暴行、骚扰或其他不当行为。[61]

—民用医院及其人员：《日内瓦第四公约》规定了保护民用医院及其人员，以及运送伤病平民、弱者及产妇的运输队。[62]

—被保护人：《日内瓦第四公约》规定了尊重被保护人的义务，特别使其免受一切暴行，或暴行的威胁及侮辱与公众好奇心的烦扰。[63]

—妇女：《日内瓦第四公约》规定了妇女应受保护以免其荣誉受辱，尤须防止强奸、强迫为娼或任何形式的非礼之侵犯的义务。[64]

(三) 保证其他人尊重公约的义务

153 保证尊重的义务还有一个对外的层面是关于保证作为冲突当事方的其他人尊重公约。因此，不论是中立国、同盟国还是敌国，都必须在其权力范围内采取一切合理的措施保证作为冲突当事方的其他人尊重公约。

154 这项保证其他人尊重公约的义务由消极义务和积极义务组成。在消极义务下，各缔约国既不能鼓励，也不能帮助或协助冲突各方违反公约。在积极义务下，它们必须在其权力范围内采取一切合理的措施以防止和结束这类违反公约的行为。保证尊重公约义务的这个外部维度超出了“条约必须遵守”原则的范畴。

155 共同第 1 条并没有清楚地说明必须保证公约被谁尊重，有人认为起草者们只打算给国家施加保证其人民尊重公约的义务。[65]在公约通过的外交会议期间，挪威和美国代表的发言表明，他们在本质上将“保证尊重”这一短语理解为国家保证其全体人民尊重公约的一项承诺。[66]但起草者们确实就一个非常宽泛的表述达成共识。考虑到《日内瓦公约》在人道方面的显著重要性以及公约起草的时间——第二次世界大战结束后不久——这一宽泛的表述容纳了保证尊重公约义务的外部维度。在 1948 年斯德哥尔摩会议前以及 1949 年外交会议期间的发言中，红十字国际委员会表明，在它看来，共同第 1 条意味着各缔约国“应当尽最大努力见证公约之基本人道原则的普遍适用”。[67]

156 后续的实践确认了共同第 1 条中保证其他人尊重公约义务的存在。1968 年德黑兰人权会议明确承认了这项义务[68]，随后又被联合国大会所提及。[69]正是充分了解了这些发展，《第一

---

[59] 《日内瓦第一公约》，第 15 条第 1 款；《日内瓦第二公约》，第 18 条第 1 款。这些规定又为《第一附加议定书》第 34 条所补充。

[60] 《日内瓦第三公约》，第 13 条第 2 款。

[61] 《日内瓦第四公约》，第 6 条。

[62] 《日内瓦第四公约》，第 18 条第 1 款、第 20 条第 1 款、第 21 条和第 22 条。这些规定又为《第一附加议定书》第 12 条（医疗队）、第 15 条（平民医务人员）和第 21-31 条（医务运输工具）所补充。

[63] 《日内瓦第四公约》，第 27 条第 1 款。

[64] 《日内瓦第四公约》，第 27 条第 2 款。该规定又为《第一附加议定书》第 76 条第 1 款所补充。

[65] See Kalshoven, p. 28.

[66] *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 53(挪威和美国).

[67] 同上。至于原始表述，见 *Draft Conventions submitted to the 1948 Stockholm Conference*, p. 5：“红十字国际委员会认为有必要强调，若要使本公约的保护制度有效，缔约国不能只限于实施本公约。它们必须尽其所能确保构成本公约之基础的人道原则得到普遍适用。”

[68] International Conference on Human Rights, Teheran, 1968, Res. XXIII, Human Rights in Armed Conflict, Preamble.

附加议定书》第 1 条第 1 款[70]，以及后来的 1989 年《儿童权利公约》第 38 条第 1 款和 2005 年《第三附加议定书》第 1 条第 1 款中又重申了这一条款。2013 年《武器贸易条约》明确提到尊重和保证尊重的义务，该条约旨在使武器转让决定取决于受让方对人道法的尊重。[71]保证其他人尊重公约的义务还得到国际法院[72]、联合国安理会[73]、红十字与红新月国际大会[74]以及在其他场合开会时各缔约国的明确支持。[75]红十字国际委员会采取了许多保密或公开的措施，鼓励各国利用它们的影响力或提供合作以保证公约之被尊重，即使那些国家并非冲突的当事方。[76]

157 正如上文所述，保证其他人尊重公约的义务由消极义务和积极义务组成：

1. 消极义务

158 按照共同第 1 条，各缔约国负有某些消极义务，这意味着它们不得从事某些行为。尤其是，它们既不能鼓励，也不能帮助或协助违反公约的行为。[77]如果共同第 1 条赋予各缔约国武装部队“尊重和保证尊重”的义务却又允许它们帮助冲突其他当事方违反公约，这就自相矛盾了。因此，国际法院在 1986 年认可了“不鼓励在尼加拉瓜参与冲突的个人或团体违反

---

69 联合国大会第 2851 (XXVI)号决议，“调查以色列妨害占领领土内居民人权的行为特别委员会报告书”，1971 年 12 月 20 日，序言和第 9 段。

70 See e.g. ICRC,Questionnaire concerning measures intended to reinforce the implementation of the Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, 1973, p. 19; Levrat, p. 269; and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 44. 但参见 Kalshoven, p. 52：作者认为“《第一附加议定书》对共同第 1 条文本（无可否认的）重述以及（只是技术性的）重申并不能真的被认为体现了会议全面理解了这条只是被逐字重复的条款或者体现了其真正的意愿”。

71 2013 年《武器贸易条约》，序言，“原则”第 5 段。

72 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, paras 158–159; and *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 211 and 345.

73 联合国安理会第 681 号决议，1990 年 12 月 20 日，第 5 段。

74 25th International Conference of the Red Cross, Geneva, 1986, Res. I, Respect for international humanitarian law in armed conflicts and action by the ICRC for persons protected by the Geneva Conventions, para. 5; 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 1995, Res. I, International humanitarian law: From law to action. Report on the follow-up to the International Conference for the Protection of War Victims, para. 2, and Res. II, Protection of the civilian population in period of armed conflict, para. A(a); 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 1999, Adoption of the Declaration and the Plan of Action, Res. I, Final goal 1.1, para. 1; 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2003, Res. 1, Adoption of the Declaration and Agenda for Humanitarian Action, Final Goal 2.3; and 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2.

75 See e.g. International Conference for the Protection of War Victims, Geneva, 1993, Final Declaration, Part II, para. 11; Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Geneva, 5 December 2001, Declaration, para. 4; and Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Geneva, 17 December 2014, Declaration, para. 4.

76 See e.g. ICRC, News Release 03/63, Israel and the occupied and autonomous Palestinian territories: Deliberate attacks on civilians must stop, 10 September 2003; News Release 82/07, Myanmar: ICRC denounces major and repeated violations of international humanitarian law, 29 June 2007; News Release 95/8, Rwanda: ICRC sounds alarm on appalling prison conditions, 31 March 1995; Conflict in Southern Africa, ICRC Appeal, 19 March 1979, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 209, April 1979, pp. 85–90, at 89; Conflict between Iraq and Iran, ICRC Appeal, 11 May 1983, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 23, No. 235, August 1983, pp. 220–222, at 222; Conflict between Iraq and Iran, Second ICRC Appeal, 15 February 1984, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 24, No. 239, April 1984, pp. 113–115, at 115; and ICRC appeal for a humanitarian mobilization, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 25, No. 244, October 1985, pp. 30–34, at 33.

77 关于与之对应的保证尊重的习惯法义务，见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 144（“各国不得鼓励武装冲突各方违反国际人道法。”）。

1949 年四个《日内瓦公约》共同第 3 条之规定”的消极义务。[78]该项“不鼓励”的义务也得到各缔约国自身的明确承认。[79]

159 此外，根据一般国际法，国家要对蓄意帮助或协助另一个国家实施国际不法行为负责。[80]根据国际法委员会的观点，这要求“相关的国家机构有意通过特定的帮助或协助，为不法行为的发生提供便利”。[81]但就共同第 1 条而言，“故意”这一主观要素不是必要的。与前段中提出的理由一致，共同第 1 条不容许一国蓄意帮助冲突一方违反公约，不论其意图为何。

160 因此，共同第 1 条和国家责任规则是在不同的层面上发挥作用。保证尊重公约的义务是独立的初级义务，在帮助或协助的问题上较之关于国家责任的次级规则施加了更为严格的条件。其利害关系不只是在于帮助或协助违反国际法的规则，而是涉及帮助或协助各缔约国违反其特别承诺尊重和保证尊重的规则。[82]因此，提供资金、物资或其他支持且明知这种支持会被用于实施违反人道法的行为时，将违反共同第 1 条，即使就国家责任而言，它尚不构成帮助或协助接受国实施不法行为。

161 因此，如果存在多国行动，共同第 1 条就要求各缔约国选择退出某一特别行动，倘若基于事实或对过去模式的了解，预计该行动可能会违反公约的话，因为这将构成帮助或协助违反公约。

162 可举例说明武器转让背景下的消极义务。共同第 1 条要求，如果基于事实或对过去模式的了解，预计武器会被用于违反公约，则各缔约国不得转让这类武器。[83]

163 最后，根据一般国际法，还有额外的消极义务，即不得将严重违反国际法强制性规范而创设的局势认定为合法，且不得为维持该局势提供帮助或协助。[84]这些义务与《日内瓦公约》相关，因为它们象征着不可克减的规范。[85]在 2004 年关于“隔离墙”的咨询意见中，国际

---

78 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220.

79 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2.

80 见 2011 年《国家责任条款草案》，第 16 条。

81 同上，关于第 16 条的评注，第 5 段。另见关于侵犯人权的第 9 段。对在此情况下引用“故意”标准的评论，见 Boivin, pp. 471–472，供进一步参考。

82 在武器转让的背景下，另见 Sassòli, p. 413，作者认为，一旦一国得知接受国有系统地利用某些武器实施违反人道法的行为，“继续进行援助就必然旨在便利进一步的违法行为。这一严格标准可能并非国际法委员会在其评注中提到的标准，但得到以国际人道法为依据的特别义务的支持，即第三国不仅不能协助犯有违法行为，还要‘确保’其他所有国家‘尊重’国际人道法规则。一国如明知援助被用于实施违法行为还予以提供，当然属于未遵守上述特别义务”。See also Brehm, pp. 385–386.

83 这就要求在任何武器转让之前都进行适当评估。See Dörmann/Serralvo, pp. 732–735; Daniel Thürer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, The Hague Academy of International Law, 2011, p. 223; and ICRC, *Arms Transfer Decisions: Applying International Humanitarian Law Criteria*, ICRC, Geneva, May 2007.

84 见 2011 年《国家责任条款草案》，第 41 条第 2 款。

85 见国际法院，《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见》，1996 年，第 79 段（“毫无疑问，武装冲突中适用的很多人道法规则……构成习惯国际法中不可违反的原则”）；《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 157 段；2011 年《国家责任条款草案》，关于第 40 条的评注，第 5 段（“适用于武装冲突的国际人道法的基本规则”是国际法强制性规范的一部分）；ILC, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, reproduced in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session*, UN Doc. A/61/10, 2006, Chapter XII, para. 251, subparagraph (33), p. 182（“最经常被引述的强行法规范实例包括……适用于武装冲突中的国际人道法的基本规则”）；ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 520（“国际人道法中的大多数规范，尤其是那些禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的规范，同时也是国际法中的强制性规范或强行法，即具有不可克减和高于一切的性质”）。

法院似乎已将同样的义务与《日内瓦第四公约》第 1 条联系在一起。[86]此外，这些义务可被视为既不鼓励也不帮助或协助实施违反公约行为之义务的必然结果。

2. 积极义务

164 各缔约国还负有共同第 1 条项下的积极义务，这意味着它们必须主动采取措施以结束违反公约的行为，尤其是利用它们对有过错的冲突当事方的影响力，使该方重新尊重公约。[87]这项义务不限于制止正在进行的违法行为，还包括存在可预见的违法风险时预防违法行为发生的义务，以及在已经发生违法行为时防止公约被进一步违反的义务。[88]

165 原则上，各国仍可在不同的可能措施之间进行自由选择，只要所采取的措施可被视为足以保证公约之被尊重。履行保证公约之被尊重的职责要尽到注意义务。正如上文所述，其内容取决于具体情况，包括破约行为的严重性、该国合理可用的措施以及该国对那些破约行为责任人所施加的影响程度。不同于前述消极义务的是，它是手段义务，即只要各缔约国已在其权力范围内采取了一切合理的措施来终止违反公约的行为，则不为其工作可能出现的失败承担责任。[89]

166 1948 年《灭绝种族罪公约》第 1 条项下存在类似的注意义务，根据该条的规定，“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之”。在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用”案中，国际法院认为：

> 涉及（防止灭绝种族）的义务是行为义务，而非结果义务，从这个意义上说，一国不可能有义务在任何情况下都成功地防止灭绝种族罪的实施：各缔约国的义务是采取所有可以合理采取的措施，以尽量防止灭绝种族罪。一个国家不能仅仅由于未实现预期的结果就承担责任；但如果该国明显未采取力所能及的所有有助于预防灭绝种族罪的措施以防止灭绝种族罪，该国则应承担责任。在这方面，需要具体加以评估的“注意义务”的概念是至关重要的。[90]

至于注意义务的适用标准，国际法院认为：

---

[86] 见国际法院，《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 158-159 段。See also Tom Moerenhout, ‘The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and their Economic Activity in Occupied Territories’, *Journal of International Humanitarian Law Studies*, Vol. 3, 2012, pp. 344–385.

[87] See 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2. See also ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, A 1308, 16 February 2005, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400, at 396：“此外，普遍认为共同第 1 条要求不属于武装冲突当事方的国家要采取一切可能的措施制止冲突之一方的违法行为，尤其是利用其对该方的影响力，以努力保证尊重国际人道法。”关于相应的保证尊重的习惯法义务，见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 144（“（各国）须尽可能施加影响，以阻止对国际人道法的违反”）。更加谨慎的看法，见 Gasser, p. 32：“总之，可以说第三国至少有义务审查涉及交战一方违反人道法的局势，并善意地考虑是否应采取措施。”

[88] See 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2; Dörmann/Serralvo, pp. 728–732; Geiss, 2015a, p. 117; Devillard, pp. 96–97; Gasser, pp. 31–32; and Levrat, p. 277.

[89] See also ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430.另见红十字国际委员会，《习惯国际人道法研究》，规则 144（“尽可能”）；ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, A 1308, 16 February 2005, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400, at 396（“采取每一项可能的措施”）；Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 24（“通过一切适当手段采取措施”）；Boisson de Chazournes/Condorelli, 2000, p. 69（“采取一切可能的措施”）；Pfanner, p. 305（“通过一切适当手段采取措施”）；Bothe/Partsch/Solf, p. 43（“在其国际关系中有权使用的任何合法手段”）；Azzam, p. 69（“运用一切可以使用的合法手段”）；Sandoz, p. 167（“在可能的范围内”）。

[90] ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430.

当评估一国 1.是否已经充分履行了有关义务时，要考虑各种参数。第一，各国之间大相径庭的情况，显然是有效影响可能犯有或已经犯有灭绝种族罪之人的行为的能力。特别是，这种能力本身取决于有关国家与事件发生地之间的地理距离，以及该国当局与事件主要行为人之间政治联系和其他所有类型之联系的强度。[91]

167 就联合行动中的合作伙伴而言，保证《日内瓦公约》之被尊重的义务尤其强有力，尽管这种情况更多与既不鼓励也不帮助或协助违反公约的消极义务密切相关。例如，某一缔约国参与资助、装备、武装或训练冲突一方的武装部队，甚或与这些部队联合策划、执行并总结行动，就将自身置于独一无二的可影响这些部队之行为的地位，从而保证公约之被尊重。

168 如将被拘留人移送至共同作战国、非交战国或中立国，即使没有关于移送后责任的具体规定（例如，见《日内瓦第三公约》第 12 条第 3 款），各缔约国也应当关注被移送人员的命运，并在必要时发挥其影响力以保证接受国遵守公约。[92]

169 有些人质疑保证其他人尊重公约之义务中积极成分的法律性质，因为该义务的内容没有被明确定义，其具体履行在很大程度上留给各缔约国来决定。[93]

170 但是，共同第 1 条作为一个国际条约一部分的事实意味着它不是一个随意的誓言而是具有法律效力的承诺。国际法院在“尼加拉瓜”案中确认了这一点，其在该案中认为，这个条款反映了一项法律义务。[94]共同第 1 条中所使用的“承诺”一词也强调了各缔约国保证其他人尊重公约的承诺。“承诺”一词的通常意义是“正式地保证、许诺或允诺”。[95]国际法院认为该术语“并非仅仅是劝告或决心”。[96]

171 1973 年，在回答红十字国际委员会发出的调查问卷时，许多国家明确承认这项积极义务的存在。[97]自那时起，联合国安理会[98]、联合国大会[99]、联合国秘书长[100]、欧洲议会[101]和各缔

---

91 *Ibid.*

92 See e.g. Colassis, pp. 467–468:

> 尤其是，如果移送国在接受国具备强有力的外交和军事存在，像美国在伊拉克的情形，在这种背景下，移送国更有手段保证尊重国际人道法。它们可以就被拘留人的待遇问题进行对话并采取其他措施，例如移送后的回访或者在羁押链条的不同层级上进行能力建设，以确保接受国遵守其义务。

另见关于共同第 3 条的评注，第七节第 7 小节，以及《日内瓦第三公约》第 12 条和《日内瓦第四公约》第 45 条。

93 See Kalshoven, pp. 59–61（“道德动机”）；ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, 2004, paras 46–50（“我看不到由于有了这项义务，个别国家除外交行动外，还可以采取哪一类积极行动”）；Focarelli, p. 125（“仅仅是一个建议”）和 pp. 170–171（“不明确的建议性意义”）；Frutig; and Kolb, p. 518（“采取行动权力……但……不是一项在一切情况下都要如此做的义务”）。

94 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220.

95 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1573.

96 关于 1948 年《灭绝种族罪公约》第 1 条中“承允”一词的含义，见 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 162（“它并非仅仅是劝告或决心。承允是无条件的……；不要理解为只是介绍后来明确提及的（其他义务）”）。

97 ICRC, Questionnaire concerning measures intended to reinforce the implementation of the Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, 1973, 联邦德国（第 20 页）、比利时（第 21 页）、韩国（第 23 页）、美国（第 24-25 页）和英国（第 30 页）对问题 2 的回答。外交会议期间，巴基斯坦也表达了相同的观点：“1949 年四个《日内瓦公约》共同第 1 条和《第一附加议定书》草案第 70 条意味着，如果一方未履行其义务，其他缔约国有义务尽力使其回到尊重其承诺的态度上来。” *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. VIII, p. 185, para. 3.

98 联合国安理会第 681 号决议，1990 年 12 月 20 日，第 5 段。

99 联合国大会第 43/21 号决议，“巴勒斯坦人民的起义”，1988 年 11 月 3 日，第 5 段。

100 联合国秘书长：《秘书长按照第 605（1987）号决议的规定向安全理事会提出的报告》，联合国文件号：S/19443，1988 年 1 月 21 日，第 27 段。

101 Council of Europe, Parliamentary Assembly, 39th Ordinary Session, Res. 881 (1987) on the activities of the International Committee of the Red Cross (ICRC) (1984–86), 1 July 1987, para. 21, see also para. 23(iii).

约国自身[102]都明确提到过保证尊重公约的积极义务。在此基础上，红十字国际委员会呼吁各国积极保证其他缔约国遵守公约。[103]2004 年，国际法院从《日内瓦第四公约》第 1 条中得出结论，“该公约的每个缔约国，无论是否是某冲突的一方，都有义务保证有关文书中的各项规定得到遵守”。[104]

172 当然，这项积极义务的准确内容很难抽象地加以确定，但该困难本身并不足以否认此种义务的存在。共同第 1 条是一个活生生的条款，必须结合公约和议定书（可适用时）的全部上下文以及作为一个整体的国际法律秩序来解释。其内容在未来几十年内会进一步具体化并具备可操作性。

173 因此，保证尊重公约的积极法律义务的确存在，并且得到专家和学者的广泛支持。[105]也正是在这个意义上理解相应的保证尊重人道法的习惯法义务。[106]

3. 可采取之行动的范围

174 共同第 1 条不为背离可适用的国际法规则提供依据。[107]最显著的是，它本身无法证明一个国家或国家集团参与背离《联合国宪章》第 2 条第 4 款规定之“威胁或使用武力”行为的正当性。只有关于诉诸武力的国际法规则（诉诸战争权）才能决定任何威胁或使用武力的合法性，即便此种武力意在结束严重违反公约的行为。

175 保证尊重的义务不允许克减公约自身的保障措施，因为这将直接背离“在一切情况下”尊重其规定的义务。此种克减只允许在构成合法报复的范围内实施。[108]

---

102 See e.g. International Conference for the Protection of War Victims, Geneva, 1993, Final Declaration, Part II, para. 11, and 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2.

103 See e.g. ICRC, Letter dated 18 October 1989 from the ICRC Director of Principles, Law and Relations within the Movement to two UK Members of Parliament, reproduced in Labour Middle East Council and Conservative Middle East Council (eds), *Towards a Strategy for the Enforcement of Human Rights in the Israeli Occupied West Bank and Gaza, A Working Symposium*, London, 25 July 1989, pp. vii–viii; ICRC Statement, The Balkan conflict and respect for international humanitarian law, 26 April 1999, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 834, June 1999, pp. 408–411, at 411; and ICRC, News Release 82/07, Myanmar: ICRC denounces major and repeated violations of international humanitarian law, 29 June 2007. See generally ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, A 1308, 16 February 2005, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400, at 396.

104 见国际法院，《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 158 段；另见第 159 段。

105 See Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 368–369; Bothe/Partsch/Solf, p. 43; Kessler, 2001b, pp. 504–507; David, para. 3.13; Levrat, pp. 267 and 276–279; Benvenuti, p. 29; Azzam, p. 68; Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 24; Boisson de Chazournes/Condorelli, 2000, p. 69; Brehm, pp. 374–375; Sachariew, p. 184; Palwankar, p. 9; Sandoz, p. 167; Gasser, p. 32; Vöneky, para. 1432, pp. 696–697; Niyungeko, p. 127; Pfanner, pp. 304–305; Obradović, pp. 487–488; Fleck, p. 182; Zwanenburg, p. 108; and Dörmann/Serralvo. 2003 年，五份关于促进遵守人道法的地区性专家咨询意见也一致同意这是一项法律义务；see ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*, Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2003, p. 22.

106 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 144。

107 见国际法院，《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 159 段（“在遵守《联合国宪章》及国际法的同时”）；《第一附加议定书》，第 89 条（“按照联合国宪章”）；30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2（“依据国际法”）。关于防止灭绝种族罪的义务，另见 ICJ, *Application of theGenocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430（“每个国家都只能在国际法允许的范围内行事”）。

108 关于禁止报复，见《日内瓦第一公约》，第 46 条；《日内瓦第二公约》，第 47 条；《日内瓦第三公约》，第 13 条第 3 款；《日内瓦第四公约》，第 33 条第 3 款。另见《第一附加议定书》第 20 条、第 51 条第 6 款、第 52 条第 1 款、第 53 条第 3 项、第 54 条第 4 款、第 55 条第 2 款和第 56 条第 4 款。

176 此外，中立法要求中立国在不歧视基础上对待所有国际性武装冲突当事方的事实没有免除这些国家共同第 1 条项下保证尊重的义务。恰恰相反，共同第 1 条并没有为违反中立法提供依据。[109]

177 不干涉原则本身不会妨碍第三国根据共同第 1 条采取措施。它源自公约义务“对一切人”的性质，某一缔约国违反公约规定不应被视为只是该国的内部事务，即使违法行为发生在非国际性武装冲突的背景下。[110]

178 最后，共同第 1 条并没有规定集体措施优先于个别措施。[111]因此，在违反公约的情况下，每个缔约国都有权个别采取恰当的措施以结束违反公约的行为。[112]所以，2001 年《国家责任条款草案》第 48 条第 1 款第 2 项认为，如果违反的是“对一切人”的义务，任何国家都有权援引国家责任。在实践中，国家确实都会各自谴责违反人道法的行为或诉诸强制措施以防止或结束违反公约的行为。[113]但是，某些特别严重的违反公约的情形可能需要集体措施，尤其是在联合国的框架内。[114]《第一附加议定书》第 89 条专门规定了这个选项，“在严重违反本公约或本议定书的情形下，缔约各方承诺在与联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行动”。

179 共同第 1 条和《第一附加议定书》第 89 条项下的义务独立于任何其他概念而存在，例如联合国大会和联合国安理会认可的“保护人们免遭灭绝种族、战争罪、种族清洗和危害人类罪的责任”。[115]

4. 综述可能采取的措施

180 从概念上讲，有可能在保证其他人尊重公约的个别措施和集体措施之间做出区分。[116]

181 个别措施包括：

—在外交对话的背景下处理遵守的问题；

—通过保密的抗议或公开的谴责施加外交压力；

—将联盟伙伴国遵守其在公约项下的义务作为联合行动的条件和/或联合策划行动以防止此种违反公约的行为；[117]

---

109 关于中立法的适用范围，见关于第 4 条的评注。

110 See e.g. ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 519, 涉及人道法规则所施加的大多数义务的“对一切人”的性质（“国际社会的中每一个成员都在遵守方面具有‘法律上的利益’，因此有权要求尊重这些义务”）。另见 2001 年《国家责任条款草案》，第 48 条和 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，ICRC 向第 28 届红十字与红新月国际大会提交的报告，日内瓦，2003 年，第 49 页（“根据共同第 1 条采取的措施不应被理解为对他国内部事务的非法干涉”）。

111 情况与此相同的是根据 1948 年《灭绝种族罪公约》第 1 条而形成的防止灭绝种族罪的义务，见 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 427. But see Sachariew, p. 193, 该作者总体上偏向于采取集体措施。

112 See 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, para. 2.

113 见 Palwankar 引用的例子，第 16 页。

114 根据一般国际法，至少存在着一个合作义务的趋势；见 2001 年《国家责任条款草案》，第 41 条第 1 款：“各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。”

115 联合国大会第 60/1 号决议，“2005 年世界首脑会议成果”，2005 年 10 月 24 日，第 138-139 段以及联合国安理会第 1674 号决议，2006 年 4 月 28 日，第 4 段。关于“人道干涉”和人道法相关概念的讨论，见 Ryniker。

116 关于可能措施的概况（其中大量措施已被整合进如下列表），见 Palwankar, pp. 12–24（特别是，作者区分了外交施压措施、各国自身采取的强制性措施以及与国际组织合作采取的措施）。

117 例如，见《关于联合国向非联合国安全部队提供支持的人权尽职政策》，联合国文件号：A/67/775–S/2013/110，2013 年 3 月 5 日。就联刚特派团而言，例如，见联合国安理会第 1906 号决议，2009 年 12 月 23 日，第 22 段；至于进一步的措施，同上，第 9 段（“联合保护小组、预警中心以及与当地村庄的通信联络”）。

—如违反公约，例如某一联盟伙伴国即将非法攻击平民，则由指挥官直接干预；

—向冲突各方提供法律援助和/或支持其他人提供的援助，例如教育或培训；

—根据共同第 8 条（《日内瓦第四公约》第 9 条）充当保护国或根据共同第 10 条（《日内瓦第四公约》第 11 条）充当替代组织；

—根据第 11 条对公约的适用和解释进行斡旋以解决分歧；

—根据第 52 条同意进行对被控违犯公约行为的调查程序；

—如果可适用，则将局势提交国际人道实况调查委员会；[118]

—请求召开缔约国会议；[119]

—采用反报措施，例如停止正在进行的谈判或拒绝批准已经签署的协定，不展期贸易特权以及减少或中止自愿的政府援助；

—采用合法的反措施，例如武器禁运、贸易和经济制裁、飞行禁令以及减少或中止援助及合作协定；

—制约、限制或拒绝武器转让；[120]

—将问题提交给有管辖权的国际组织，例如联合国安理会或联合国大会；[121]

—如果可能，将特定问题提交给国际法院或其他争端解决机构；[122]

—采取刑罚措施制止违反人道法的行为；[123]以及

—支持国内和国际努力，将严重违反国际人道法的嫌疑人绳之以法。[124]

---

[118] 《第一附加议定书》，第 90 条第 2 款第 1 项和第 4 项。See also Pfanner, p. 286:

> 原则上，国际实况调查委员会只有在所有相关当事方都同意的情况下才能从事调查，但这并不妨碍第三国请求调委会调查冲突一方实施的严重破约或严重违反人道法的行为，只要该当事方也承认调委会的管辖权。这种可能性源自“保证尊重”武装冲突法的义务。

[119] 迄今为止，已召开三次《日内瓦第四公约》的缔约国会议以便在被占巴勒斯坦领土执行该公约，且三次会议均明确提及共同第 1 条：第一次会议召开于 1999 年 7 月 15 日（特别由联合国大会第十届紧急特别会议第 ES-10/6 号决议提出建议，“以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动”，1999 年 2 月 9 日，第 6 段）；第二次会议召开于 2001 年 12 月 5 日（遵循联合国大会第十届紧急特别会议第 ES-10/7 号决议，“以色列在被占领东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动”，2000 年 10 月 20 日，第 10 段）；第三次会议召开于 2014 年 12 月 17 日（由联合国大会第 64/10 号决议提出建议，“联合国加沙冲突问题实况调查团报告的后续行动”，2009 年 11 月 5 日，第 5 段）。另见联合国安理会第 681 号决议，1990 年 12 月 20 日，第 6 段。

[120] See e.g. 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, Res. 2, Annex 1: Action Plan for Implementing International Humanitarian Law, Objective 5: Arms transfers; 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict; 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2003, Agenda for Humanitarian Action, Final goal 2(3); and Updated EU Guidelines on Compliance with International Humanitarian Law (2009), para. 16(i). See also Dörmann/Serralvo, p. 734; Boivin, pp. 475–479; Fleck, pp. 182–183; and Brehm, pp. 375–377. 2013 年的《武器贸易条约》要求缔约国考虑到拟议武器转让的受让方尊重人道法的情况（第 6-7 条）。

[121] 见 1945 年《联合国宪章》，第 35 条第 1 款。

[122] See e.g. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, Separate Opinion of Judge Simma, para. 34:

> 因此，不论受虐待人员是否是乌干达人，乌干达都有权利——事实上是义务——起诉在机场针对私人实施的违反国际人道法的行为。在这方面，一国通过在国际法院提起诉讼，实施其确保另一国尊重人道条约义务的国际法律义务，当然是最具建设性的途径之一。

[123] See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 1995, para. 71（“共同第 1 条关于所有缔约国都必须尊重和保证尊重《日内瓦公约》的要求可能需要诉诸刑罚措施。”）

[124] 另见《第一附加议定书》，第 88 条，关于刑事事项上互助。

182 许多这样的措施，以及更多旨在阐明法律或促进遵守公约的一般措施，同样可以由国家集团[125]或在国际组织的框架内集体采取。[126]联合国在保证遵守公约方面有着特殊的职责，1977 年《第一附加议定书》第 89 条明确认可了该职责。联合国在这方面也变得越来越主动并且参与了很多行动，从谴责特定的违法行为和派遣实况调查组到根据 1945 年《联合国宪章》第七章采取制裁行动以及部署旨在保护平民的和平行动。[127]

183 至于各缔约国针对非国际性武装冲突的国家当事方可能采取的措施，可以参考与国际性武装冲突情景下可用的本质上相同的措施。在实践中，国家和国际组织通常谴责违反共同第 3 条的行为，包括非国家武装团体的违法行为，并且采取经济和其他非军事制裁措施。[128]

六、“在一切情况下”的措辞

184 最后，各缔约国承诺“在一切情况下”尊重和保证尊重公约。这个短语最初是与废除所谓的普遍参加条款相联系的，该条款尤其规定于 1906 年《日内瓦公约》和 1907 年《海牙公约》，其含义是只有某一特定冲突中的所有交战方都是公约的缔约国，公约才可以适用。[129]1929 年，起草者们认为非缔约国参与冲突不应当再影响公约对那些属于缔约国之交战方的约束性质。正如前文所述，在起草过程中，在一切情况下保证尊重公约的义务和在与其他缔约国的关系上适用公约的义务（即使并非所有交战方都是公约的缔约国）被分成两个不同的段落，从而使前者获得了独立的意义。[130]后者现在明确规定于共同第 2 条第 3 款，即虽然并非所有武装冲突当事方都是公约的缔约国，但其他缔约国于其相互关系上，仍应受公约的拘束。[131]

185 此外，正如上文所述（第 129 段），取决于相关义务的具体情况，“在一切情况下”的表述意味着尊重和保证尊重的义务在武装冲突期间及和平时期均可适用。公约某些规定必须

---

125 另见 2008 年《蒙特勒文件》。

126 例如，见 2009 年《关于遵守国际人道法的新版欧盟指南》（Updated EU Guidelines on Compliance with International Humanitarian Law）中包含的行动手段列表，第 16 段，为欧盟及其机构和机关促进遵守人道法列出了行动工具。

127 进一步的细节，见关于《第一附加议定书》第 89 条的评注。

128 一般上，见 2009 年《关于遵守国际人道法的新版欧盟指南》，第 2 段：“这些指南符合欧盟及其成员国对国际人道法的承诺，旨在处理第三国以及适当时处理在第三国境内活动的非国家行为体对国际人道法的遵守问题。”具体的例子包括联合国安理会针对下列实体通过的制裁措施：争取安哥拉彻底独立全国联盟（例如联合国安理会第 864 号决议，1993 年 9 月 15 日，第二部分，第 19 段）；利比里亚，包括非国家行为体（例如联合国安理会第 1521 号决议，2003 年 12 月 22 日，第二部分，第 2 段和第 4 段）；在刚果民主共和国境内活动的外国和刚果武装团体与民兵（例如联合国安理会第 1493 号决议，2003 年 7 月 28 日，第 20 段）；科特迪瓦（例如联合国安理会第 1572 号决议，2004 年 11 月 15 日，第 7、9 和 11 段）；在达尔富尔活动的非政府实体和个人（例如联合国安理会第 1556 号决议，2004 年 7 月 30 日，第 7 段和第 8 段）。加强非国家当事方遵守人道法问题的概况，see Kessler, 2001a, pp. 219–234.

129 1906 年《日内瓦公约》，第 24 条：“本公约的规定，仅在缔约国内的两国或数国间发生战争时，对这些国家有约束力。如果交战国之一不是本公约的签署国，则本公约的规定不具有约束力。”另见 1868 年《圣彼得堡宣言》，第 9 段；1907 年《海牙第四公约》，第 2 条；1907 年《海牙第五公约》，第 20 条；1907 年《海牙第六公约》，第 6 条；1907 年《海牙第七公约》，第 7 条；1907 年《海牙第八公约》，第 7 条；1907 年《海牙第九公约》，第 8 条；1907 年《海牙第十公约》，第 18 条；1907 年《海牙第十一公约》，第 9 条；1907 年《海牙第十二公约》，第 51 条第 1 款；1907 年《海牙第十三公约》，第 28 条；1907 年《海牙第十四宣言》，第 3 段；1909 年《伦敦海战法规宣言》，第 66 条。

130 在一切情况下保证尊重的义务，最后成为 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 25 条第 1 款；即使并非所有交战国都参加了公约，但在其他缔约国之间仍应适用公约的义务，最后成为第 25 条第 2 款：“战时遇有一交战国并未参加本公约，则本公约的规定仍应在参加本公约的交战国之间具有拘束力。”相同的措辞出现于 1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》，第 82 条。关于起草历史的详细概况，see Kalshoven, pp. 6–10, and Dörmann/Serralvo, pp. 712–716.

131 更多细节，见关于共同第 2 条的评注，第六节第 1 目。这独立于如下事实，即所有国家均受习惯国际法的约束。

先在和平时期加以实施的事实显然暗含在共同第 2 条第 1 款中（“于平时应予实施之各项规定之外”）。[132]

186 承诺“在一切情况下”尊重和保证尊重公约还重申了诉诸战争权和战时法的严格分离，这是遵守公约的基本保障之一。换句话说，公约的适用并不取决于诉诸战争权项下冲突的正当理由。只要出现共同第 2 条或第 3 条规定的适用条件之一，受公约约束的国家就没有任何合理的借口（无论法律上的还是其他方面的）不全面尊重公约，从而保护所有需要保护的人。不论武装冲突是“正义的”还是“非正义的”，不论是侵略战争还是抵抗侵略的战争，公约的保证都决不能受到影响。[133]因此，对武力攻击的自卫（参见《联合国宪章》第 51 条）无法排除违反公约行为的不法性[134]，缔约国根据联合国安理会授权行事时也一样。

187 此外，冲突各方在军事、经济、地理或其他事实上的不平等不会影响它们在公约项下的义务；公约必须遵守，不论其实际能力如何。基于可用手段的区别适用对反映手段义务的规定来说是可能的。[135]施加最低标准的义务在该底线之上也可以不同的方式适用。[136]

188 此外，“在一切情况下”这一措辞还表明公约的非相互性，即公约约束每一缔约国，不论其他缔约国是否遵守其义务。[137]该原则得到 1969 年《维也纳条约法公约》第 60 条第 5 款的明确认可，排除了因实质违反“各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”而终止或暂停施行条约。

189 另一方面，除了公约明确禁止的内容之外，“在一切情况下”尊重公约本身似乎并没有绝对禁止报复[138]，尽管在前南斯拉夫国际刑事法庭的判例法中支持这种推理。[139]依据 2005 年评估过的习惯国际法也是如此。[140]

190 然而，“在一切情况下”这个短语似乎在很大程度上排除了诉诸一般国家责任法所承认的“解除行为不法性的情况”来证明违反公约行为的正当性。[141]2001 年《国家责任条款草案》列举了六种情况，如能证明存在，就可解除一国行为的不法性，否则就构成违反该国国际义务的行为。这六种情况是：（1）同意；（2）自卫；（3）反措施；（4）不可抗力；（5）

---

[132] 更多细节，见关于共同第 2 条的评注，第三节。

[133] 《第一附加议定书》序言第 5 段明确重申了这一原则。但见 Kalshoven, p. 48：“包含该措辞的必要性有效地破除了如下主张，即共同第 1 条一劳永逸地解决了这些问题。”

[134] 见 2001 年《国家责任条款草案》，关于第 21 条的评注，第 3 段，根据该条，《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》“平等地适用于国际性武装冲突的所有当事方”，并且提到国际法院，《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见》，1996 年，第 79 段（“习惯国际法中不可违反的原则”）。

[135] 例如，见《日内瓦第一公约》，第 15 条第 1 款；《日内瓦第二公约》，第 18 条第 1 款；《日内瓦第三公约》，第 76 条第 1 款；《日内瓦第四公约》，第 76 条第 1 款。

[136] 例如，见《日内瓦第三公约》第 25-32 条和《日内瓦第四公约》第 76、85、87 和 89-92 条中所包含的向自由被剥夺之人提供生活必需品（食物、水、衣物、住所和医药照顾）的规则。在对厄立特里亚关于战俘之赔偿请求的部分裁决中，厄立特里亚-埃塞尔比亚求偿委员会发现，至少现在，无法要求厄立特里亚和埃塞尔比亚拥有与发达国家相同的医疗待遇标准。然而，资金和基础设施的匮乏也不能成为不给予人道法所要求的最低标准之医药照顾的借口（*Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, para. 138）。

[137] See 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Res. 3, Reaffirmation and implementation of international humanitarian law: Preserving human life and dignity in armed conflict, Preamble (“回顾尊重国际人道法的义务对武装冲突的各方都有约束力，强调这一义务不是基于互惠原则”) and ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 517. 关于该原则的习惯法性质，见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 140。关于 1929 年公约，见 Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 19.

[138] 见《日内瓦第一公约》，第 46 条；《日内瓦第二公约》，第 47 条；《日内瓦第三公约》，第 13 条第 3 款；《日内瓦第四公约》，第 33 条第 3 款。另见《第一附加议定书》第 20 条、第 51 条第 6 款、第 52 条第 1 款、第 53 条第 3 项、第 54 条第 4 款、第 55 条第 2 款和第 56 条第 4 款。

[139] See ICTY, *Martić* Rule 61 Decision, 1996, para. 15.

[140] 根据 ICRC《习惯国际人道法研究》，第 493 页：“断定已经形成了一项明确禁止在敌对行为中针对平民的报复行为的习惯法规则是困难的。”

[141] See also Vöneky, para. 1402（“即便诉诸某些解除行为不法性的情况，例如自卫、受害国同意、危急情况，等等”，违反《日内瓦公约》、《第一附加议定书》和习惯法的行为也不会合法）。

危难；以及（6）危急情况。[142]就违反公约而言，同意不能成为正当理由，因为这可以从不得推卸其本身或任何其他缔约国所负之破坏公约行为之责任的禁止性规定推断出来。[143]同样的理念还体现在被保护人不得放弃公约赋予彼等之权利的规定中。[144]正如前文所讨论的，由于战时法和诉诸战争权的严格分离，国家对武力攻击进行自卫不能证明违反公约行为的正当性。[145]另外得到普遍赞同的是，除了专门的例外规定[146]，军事必要不能证明违反公约行为的正当性，因为在制定这些规定时已经考虑到了军事必要。[147]同样的考虑也适用于危难。[148]

191 至于应对违反人道法规则以外之国际不法行为所采取的反措施，条款草案明确规定这些措施不影响“禁止报复的人道主义性质的义务”。[149]但正如前文所述，考虑到即使针对非法攻击的自卫都不能作为违反公约——以及可适用时的《附加议定书》——之行为的正当理由，有人可能会疑问，这项例外是否应制定得更加宽泛从而一般性地涵盖所有“人道主义性质的义务”，不论这些义务是否属于禁止报复的范畴。[150]最后，条款草案第 26 条规定，若违反国际法强制性规范（国际法委员会本身也认为其涵盖人道法的基本规则），这六种情况都不得作为解除其行为不法性的理由。[151]

主要参考书目

Azzam, Fateh, ‘The Duty of Third States to Implement and Enforce International Humanitarian Law’, *Nordic Journal of International Law,* Vol. 66, No. 1, 1997, pp. 55–75.

Benvenuti, Paolo, ‘Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of IHL’, *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, 1989–90, pp. 27–55.

Boisson de Chazournes, Laurence and Condorelli, Luigi, ‘Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, No. 837, March 2000, pp. 67–87.

– ‘De la “responsabilité de protéger”, ou d’une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie’, *Revue générale de droit international public*, Vol. 110, No. 1, 2006, pp. 11–18.

Boivin, Alexandra, ‘Complicity and beyond: International law and the transfer of small arms and light weapons’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 859, September 2005, pp. 467–496.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, pp. 43–44.

142 2001 年《国家责任条款草案》，第 20-25 条。

143 见《日内瓦第一公约》，第 51 条；《日内瓦第二公约》，第 52 条；《日内瓦第三公约》，第 131 条；《日内瓦第四公约》，第 148 条。

144 见共同第 7 条（《日内瓦第四公约》第 8 条）。

145 见 2001 年《国家责任条款草案》，关于第 21 条的评注，第 3 段：“至于国际人道法规定的义务以及在不可克减的人权条款方面，自卫并不解除行为的不法性。”

146 例如，见《日内瓦第一公约》，第 8 条第 3 款、第 33 条第 2 款和第 34 条第 2 款；《日内瓦第二公约》，第 8 条第 3 款和第 28 条；《日内瓦第三公约》，第 126 条第 2 款；《日内瓦第四公约》，第 27 条第 4 款、第 42 条、第 53 条、第 55 条第 3 款、第 78 条第 1 款、第 108 条第 2 款和第 143 条第 3 款。

147 关于“军事必要”问题，见 2001 年《国家责任条款草案》，关于第 25 条的评注，第 21 段，认为“虽然与第 25 条类似的各种基本考虑因素可能有所作用，但在规定和解释首要义务时已将它们考虑在内”；另见国际法院，《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见》，2004 年，第 140 段。

148 Sassòli, p. 417.

149 2001 年《国家责任条款草案》，第 50 条第 1 款第 3 项。

150 Sassòli, pp. 425–426.

151 2001 年《国家责任条款草案》，关于第 40 条的评注，第 5 段。关于解除行为不法性的不同情况的概览，see Sassòli, pp. 413–417.

Brehm, Maya, 'The Arms Trade and States' Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 3, 2007, pp. 359–387.

Colassis, Laurent, 'The Role of the International Committee of the Red Cross in Stability Operations', in Raul A. 'Pete' Pedrozo (ed.), *The War in Iraq: A Legal Analysis*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 86, 2010, pp. 457–476.

Condorelli, Luigi and Boisson de Chazournes, Laurence, 'Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 17–35.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012, paras 3.11–3.20.

Devillard, Alexandre, 'L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire : l'article 1 commun aux Conventions de Genève et à leur premier Protocole additionnel, fondement d'un droit international humanitaire de coopération?', *Revue québécoise de droit international*, Vol. 20, No. 2, 2007, pp. 75–129.

Dörmann, Knut, and Serralvo, Jose, 'Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895–896, December 2014, pp. 707–736.

Engdahl, Ola, 'Compliance with International Humanitarian Law in Multinational Peace Operations', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009, pp. 513–526.

Fleck, Dieter, 'International Accountability for Violations of the *Ius in Bello*: The Impact of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11, No. 2, 2006, pp. 179–199.

Focarelli, Carlo, 'Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?',*European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, pp. 125–171.

Frutig, Andreas, *Die Pflicht von Drittstaaten zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts nach Art. 1 der Genfer Konventionen von 1949*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2009.

Gasser, Hans-Peter, 'Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations', in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds), *Armed Conflict and the New Law, Vol. II: Effecting Compliance*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, pp. 15–49.

Geiss, Robin, 'The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 111–134. (2015a)

– 'Common Article 1 of the Geneva Conventions: scope and content of the obligation to 'ensure respect' – 'narrow but deep' or 'wide and shallow'?', in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 417–441. (2015b)

Happold, Matthew, 'Comment – obligations of States contributing to UN peacekeeping missions under Common Article 1 of the Geneva Conventions', in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 382–398.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC/Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

Kalshoven, Frits, 'The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 3–61.

Kessler, Birgit, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001. (2001a)

– 'The duty to "ensure respect" under common Article 1 of the Geneva Conventions: its implications on international and non-international armed conflicts', *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, pp. 498–516. (2001b)

Koivurova, Timo, 'Due Diligence', version of February 2010, in RüdigerWolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Kolb, Robert, 'Commentaires iconoclastes sur l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire selon l'article 1 commun des Conventions de Genève de 1949', *Revue belge de droit international*, Vol. 46, No. 2, 2013, pp. 513–520.

Kolb, Robert, Porretto, Gabriele and Vité, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

Levrat, Nicolas, 'Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires', in Frits Kalshoven and Yves Sandoz (eds), *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 263–296.

Momtaz, Djamchid, 'L'engagement des Etats à "faire respecter" le droit international humanitaire par les parties aux conflits armés', in *Actes du Colloque de Bruges, Améliorer le respect du Droit International Humanitaire*, 11–12 septembre 2003, Collegium No. 30, Summer 2004, pp. 27–34.

– 'Les défis des conflits armés asymétriques et identitaires au droit international humanitaire', in Michael J. Matheson and Djamchid Momtaz (eds), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 3–137, at 70–101.

Moulier, Isabelle, 'L'obligation de "faire respecter" le droit international humanitaire', in Michael J. Matheson and Djamchid Momtaz (eds), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 725–783.

Naert, Frederik, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2010.

Niyungeko, Gérard, 'The implementation of international humanitarian law and the principle of State sovereignty', *International Review of the Red Cross*, Vol. 31, No. 281, April 1991, pp. 105–133.

Obradović, Konstantin, 'Que faire face aux violations du droit humanitaire? Quelques réflexions sur le rôle possible du CICR', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 483–494.

Palwankar, Umesh, 'Measures available to States for fulfilling their obligation to ensure respect for international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 34, No. 298, February 1994, pp. 9–25.

Pfanner, Toni, 'Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 279–328.

Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, 'The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States', *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51.

Ryngaert, Cedric and Van de Meulebroucke, Anneleen, 'Enhancing and Enforcing Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Armed Groups: an Inquiry into some Mechanisms', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 16, No. 3, 2011, pp. 443–472.

Ryniker, Anne, 'The ICRC's position on "humanitarian intervention"', *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842, June 2001, pp. 527–532.

Sachariew, Kamen, 'States' entitlement to take action to enforce international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 270, June 1989, pp. 177–195.

Sandoz, Yves, 'Appel du C.I.C.R. dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran', *Annuaire français de droit international*, Vol. 29, No. 1, 1983, pp. 161–173.

Sassòli, Marco 'State responsibility for violations of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, June 2002, pp. 401–434.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, pp. 368–372.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

– 'The Secretary-General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Decade Later', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 39, 2009, pp. 357–377.

Tonkin, Hannah, 'Common Article 1: A Minimum Yardstick for Regulating Private Military and Security Companies', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4, December 2009, pp. 779–799.

Vöneky, Silja, 'Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 647–700.

Zwanenburg, Marten, *Accountability of Peace Support Operations*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden, 2005.

Zych, Tomasz, 'The Scope of the Obligation to Respect and to Ensure Respect for International Humanitarian Law', *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 27, No. 2, 2009, pp. 251–270.

第二条
公约的适用

公约条文

（1）于平时应予实施之各项规定之外，本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。

（2）凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。

（3）冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束。

*加注段落编号是为了便于引用。

保留或声明

无

目　录

一、引言.....26
二、历史背景.....26
三、第 1 款：和平时期公约的可适用性.....27
四、第 1 款：缔约国间经过宣战的战争或任何其他武装冲突.....28
（一）经过宣战的战争的概念.....28
（二）武装冲突的概念.....30
1. 武装冲突定义的构成要素.....32
2. 与国际性武装冲突概念有关的具体问题.....37
3. 国际性武装冲突的结束.....44
五、第 2 款：公约在占领情况下的可适用性.....46
（一）占领未遇武装抵抗.....46
（二）占领概念的定义.....47
（三）占领的构成要素. 48
（四）与占领概念有关的具体问题.....51
1. 占领的地域范围.....51
2. 占领的时间范围.....51
3. 对国际地位不明之领土的占领.....52
4. 代理人占领.....53
5. 多国部队的占领.....54

六、第 3 款：冲突之一方为非缔约国时公约的可适性.....55
（一）第 1 句：普遍参加条款的废除.....55
（二）第 2 句：非缔约国对公约事实上的适用.....56
主要参考书目.....56

一、引言

192 本条规定是《日内瓦公约》的核心支柱，因为它确立了公约适用的情况和条件。[1]1949 年通过的四个《日内瓦公约》共同第 2 条是一项重大进步，它弥补了较早的国际人道法文书的缺陷。事实上，无论是 1899 年和 1907 年的《海牙公约》还是 1864 年、1906 年和 1929 年的《日内瓦公约》，都没有详细规定它们的适用条件。由于缺乏明确的指示，普遍认为这些文书仅适用于经过宣战的战争，且交战方承认相互之间存在战争状态。

193 通过引入“武装冲突”的概念，第 2 条第 1 款拓宽了《日内瓦公约》的适用范围，从而使其适用不依赖于“经过宣战的战争”概念所附带的形式主义。此外，第 2 条第 2 款明确规定，《日内瓦公约》适用于所有类型的外国军事占领，即使此项占领在入侵期间或之后未遇武装抵抗。在这方面，第 2 款是第 2 条第 1 款的补充，涵盖了国家间敌对行动所导致的占领局势。第 2 条——连同第 3 条——有助于区分国际性和非国际性武装冲突，这是继《日内瓦公约》之后通过的人道法条约所逐步确定的两分法。

194 虽然非国际性武装冲突才是目前最普遍的武装冲突形式，但共同第 2 条仍在人道法的架构中发挥着基础作用。确实，尽管《联合国宪章》禁止国家间诉诸武力作为解决其分歧的手段[2]，但国家间的武装冲突仍不断发生，第 2 条仍然十分相关。鉴于其概念中所附着的政治和感性因素，各国往往不愿意承认它们正在从事战争或武装冲突。这使得第 2 条第 1 款愈加重要，它清楚地表明，基于客观标准，《日内瓦公约》和人道法可以得到更普遍地适用。

195 第 2 条第 3 款确认放弃普遍参加条款[3]，而这种条款此前曾是将人道法有效适用于国家间武装暴力的一大障碍。它还使非缔约国有可能通过明确表示接受的方式适用《日内瓦公约》，如果新建立的国家在批准这些文书之前就卷入武装冲突，这一点也许十分重要。

196 共同第 2 条也在确定《第一附加议定书》的适用范围方面发挥作用。[4]

二、历史背景

197 1864、1906 和 1929 年的《日内瓦公约》都没有关于其各自适用范围的具体规定。到了 20 世纪 30 年代，已经变得很明显的是，准确指出 1929 年关于伤者病者和战俘的《日内瓦公约》适用于何种局势将十分有帮助，因为这些公约中的某些规定提到了“战时”或类似表述，如

[1] 共同第 3 条是例外，它调整非国际性武装冲突。更多细节，见关于该条的评注，尤其是第三节。
[2] 在自卫的情况下以及获得联合国安理会授权时例外；分别见 1945 年《联合国宪章》，第 51 条和第 42 条。
[3] 早期的战争法条约中都含有普遍参加条款，它规定，如果有冲突的一方不是该文书的缔约国，那么冲突各方均不受该文书的约束。例如，见 1907 年《海牙第四公约》第 2 条，其规定：“第一条所指章程及本公约各条款，应在缔约国之间，并且只有在交战各方都是缔约国时方能适用。”1906 年《日内瓦公约》第 24 条也有类似的规定。
[4] 《第一附加议定书》第 1 条第 3 款规定：“本议定书补充一九四九年八月十二日关于保护战争受难者的日内瓦四公约，应适用于各公约共同第二条所指的各场合。”

果对此进行狭义解释，就很可能被理解为只适用于经过宣战的战争的情况。[5]与此同时，尤其是基于西班牙内战的经验，很明显武装冲突已不必然只发生于国家之间，而 1929 年《日内瓦公约》不适用于“内战”。[6]此外，第二次世界大战的经验还揭示出将公约适用于所有军事占领场合的必要性。在 1948 年于斯德哥尔摩举行的红十字国际大会上得到认可并在 1949 年外交会议上予以讨论的共同第 2 条的草案，就旨在解决所有这些关切。[7]

198 该条草案详细规定公约适用于包括交战占领在内的所有国家间发生武装冲突的场合，这些方面没有争议且获得一致通过。[8]该条的前三款与如今共同第 2 条的规定几乎完全一致。第 2 条草案中被证明有争议的部分是该条原始文本中的第 4 款，它提议整个公约都适用于非国际性武装冲突；该款规定经修正后最终成为共同第 3 条。[9]

三、第 1 款：和平时期公约的可适用性

199 共同第 2 条第 1 款是一个重要的提醒：尽管《日内瓦公约》完全适用于武装冲突局势，但缔约国在平时已负有义务。特别是，各缔约国必须颁布并实施立法以便对严重破约行为施以刑事制裁，并采取措施制止其他违反公约的行为；它们必须颁布并实施立法以防止对标志的误用和滥用；它们还必须培训武装部队以使其周知并遵守公约，并在平民居民中尽量予以广泛传播。[10]由于以一个国家自己的语言进行培训和教育通常最为有效，各缔约国还应将公约（事实上是所有人道法文书）翻译成本国语言。[11]

200 如果在平时就已做好准备措施来执行，那么公约中规定的武装期间的进一步义务就能得到最好的实施。就《日内瓦第一公约》而言，这不仅包括诸如向军队医务人员盖印并颁发臂章以及标记医疗队和医疗所等技术任务，还延伸至更为复杂的义务，如确保有足够的医务人员已经过适当培训和装备并准备好提供医疗服务。[12]各缔约国还可能希望在平时就设立医院地带。

---

[5] 例如，见 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 24 条、第 25 条和第 29 条。该公约第 37 条还提到“战争状态”。1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》提到了“战争的极端情况”（序言）、“战时”（第 82 条）和“战争状态”（第 95 条）。为回应这些关切，1934 年在东京举行的第 15 届红十字国际大会通过一项决议，明确表达了这样的意愿：1929 年《日内瓦公约》可类推适用于国家间发生的武装冲突，即使没有经过宣战。See *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 16, No. 191, November 1934, p. 899. See also *Report of the Preliminary Conference of National Societies of 1946*, pp. 14–15, and *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, pp. 8, 102 and 272. 另见本评注的脚注 29。

[6] ICRC, *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929*, Report prepared for the 16th International Conference of the Red Cross, London, 1938, pp. 7–8.

[7] 1948 年在斯德哥尔摩会议上通过的公约草案的第 2 条规定：

> 于平时应予实施之各项规定之外，本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。
>
> 凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。
>
> 冲突之一方如非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。
>
> 凡在一个或多个缔约国领土内所发生之非国际性武装冲突之场合，任一交战方均应有义务实施本公约之各项规定。本公约适用于这些情况应不受妨碍，无论冲突各方之法律地位为何。

[8] *Final Record of the Diplomatic Conference of 1949*, Vol. II-B, p. 128.

[9] 更详细的情况，见关于共同第 3 条的评注，第 372-383 段。

[10] 见《日内瓦第一公约》第 49 条、《日内瓦第二公约》第 50 条、《日内瓦第三公约》第 129 条和《日内瓦第四公约》第 146 条（关于严重破约行为的立法和制止其他违法行为）；《日内瓦第一公约》第 47 条、《日内瓦第二公约》第 48 条、《日内瓦第三公约》第 127 条和《日内瓦第四公约》第 144 条（传播）。另见《日内瓦第一公约》第 54 条（防止标志的滥用）。

[11] 《日内瓦第一公约》第 48 条、《日内瓦第二公约》第 49 条、《日内瓦第三公约》第 128 条和《日内瓦第四公约》第 145 条要求各缔约国互相通知公约的正式译文。

[12] 见第 12 条和第 40-43 条。至于每一公约的具体义务，见关于共同第 2 条的评注。

[13]此外，正如传播《日内瓦公约》的义务所强调的，培训所有武装部队人员在一切行动中尊重伤者、病者、医务人员、医疗队和医务运输工具是一项至关重要的平时任务。[14]

四、第 1 款：缔约国间经过宣战的战争或任何其他武装冲突

201 第 2 条第 1 款包含“经过宣战的战争”和“武装冲突”两个概念。二者均可引起《日内瓦公约》的适用，但涉及不同的法律场景，其中后者比前者更加灵活和客观。不过，二者是互补的，甚至可能重合，而且涵盖的交战关系范围比 1949 年《日内瓦公约》之前法律规定的范围更大。

202 第 2 条第 1 款旨在扩大《日内瓦公约》的适用范围，以使其规定即便在缔约国之间发生未经正式宣战的敌对行动时亦可实行。通过这种方式，即尽可能降低各国仅仅通过不宣战或拒绝承认武装冲突的存在就逃避其人道法项下义务的可能性，第 2 条第 1 款有助于实现《日内瓦公约》的人道目的。[15]

(一) 经过宣战的战争的概念

203 《日内瓦公约》中经过宣战的战争的概念对应的是 1899 年《海牙第二公约》第 2 条以及 1907 年关于战争开始的《海牙第三公约》序言中所体现的战争概念。经过宣战的战争的概念较之第 2 条第 1 款中武装冲突的概念更有局限性，因为它充斥着形式主义和主观性。如果《日内瓦公约》仅取决于形式上的战争概念，那么公约的适用就会取决于交战一方通过宣战的形式正式承认（或建立）战争状态。无论对象的立场和行为如何，单方面的宣战就可以触发战争状态。[16]第 2 条第 1 款重申了这一概念，确认即使其中一个交战方不承认，战争状态依然可以存在。

204 根据传统的经过宣战的战争理论，仅仅是各国从事武装暴力的事实尚不足以取代平时法并引起人道法的适用。因此在法律意义上，经过宣战的战争是以宣战为起点[17]，而宣战被认为是表达各国交战意图的唯一方式。

205 2005 年，厄立特里亚-埃塞尔比亚求偿委员会详细说明了宣战的重要性，委员会称“宣战的本质在于明白无误地确认交战各方之间存在战争状态”。[18]宣战应当被理解为“一个合宪的国家主管当局发出的单方面正式声明，明确指出与指定敌人之间的战争开始”。[19]因此，经

---

[13] 第 23 条。

[14] 此外，各缔约国还有在武装冲突结束后继续适用公约（《日内瓦第四公约》第 6 条第 4 款）或者冲突之后必须适用以确保公约有意义且有效（譬如《日内瓦第一公约》第 16 条和第 17 条）的义务。特别是，《日内瓦第三公约》第 122 条（《日内瓦第四公约》第 136 条做出同样规定）提到的国家情报局，在冲突后必须继续履行其职责。除《日内瓦公约》规定的义务以外，《第一附加议定书》的缔约国还有具体的平时义务。这些义务包括训练合格人员以便利《日内瓦公约》及其《附加议定书》的适用，保证于必要时有法律顾问向军事司令官提供意见（分别是《第一附加议定书》的第 6 条第 1 款和第 82 条）。其他人道法条约也施加了平时义务以确保武装冲突期间其所提供之保护的有效性。譬如，1954 年《保护文化财产海牙公约》就要求缔约国于和平时期准备好保障文化财产（第 3 条）；修改其军事条例或训示以确保尊重本公约（第 7 条第 1 款）；在其武装部队内筹划或设置机构或专门人员，其目的在于确保文化财产得到尊重并同负责其保护的民政当局进行合作（尤其是第 7 条第 2 款）。

[15] 例如，给其行动打上战争以外的行动或非战争军事行动的标签，或者认为其行动只是执法行动而不适用人道法。

[16] Dinstein, 2011, p. 30.

[17] 见 1907 年《海牙第三公约》，第 1 条：“缔约各国承认，除非有预先的和明确无误的警告，彼此间不应开始敌对行为。警告的形式应是说明理由的宣战声明或是有条件宣战的最后通牒。”

[18] Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claims*, Partial Award, 2005, para. 17.

[19] Dinstein, 2011, p. 30.

过宣战的战争标志着法律的适用从平时法转换为战时法。它还会带来其他法律后果，例如中立法的适用[20]、交战各方之间外交关系可能断绝[21]以及国际捕获法的适用。[22]

206 即使宣战后宣战国与其指定的对手之间没有武装对抗，《日内瓦公约》也自动适用。[23]事实上，宣战不需要以针对敌人的敌对行动为基础就可以使人道法得以适用。[24]因此，一国如仅限于宣战但不参加战斗，也必须适用《日内瓦公约》。这也凸显出经过宣战的战争概念与武装冲突概念的互补性，因为就人道法而言，后者需要敌对行动的支撑，以便规制第 2 条第 1 款意义上的武装冲突中的行为。

207 自《日内瓦公约》生效至今，各国已很少宣战。1945 年《联合国宪章》的通过以及使侵略战争非法化的“诉诸战争权”制度的创立，导致各国对另一国宣战的实践显著减少。不过，这并不必然意味着经过宣战的战争概念已被废弃。即使有学者声称战争的概念已消失[25]，也不能排除一国宣战的可能性。[26]因此，即使其逐渐衰退不容忽视，断言经过宣战的战争概念已消亡也为时尚早。[27]

208 保留经过宣战的战争这一概念还有助于实现人道目的，因为这使身处其敌对方领土之内的敌国国民有可能——即使各国尚未开战——受益于人道法所给予的保护，如果他们正遭受宣战及其带来的好战言论和氛围的不利影响的话。在这种情况下，各缔约国必须以符合《日内瓦第四公约》的方式对待处于其领土内属于敌国国民的平民。因此，如果发生经过宣战的战争，从保护的角度来看，《日内瓦公约》的适用已证明十分有帮助，也符合其人道目标。[28]

209 就引起人道法适用的条件而言，由于缺乏更加客观的定义，因而只依赖经过宣战的战争概念及其附带的主观性可能会妨碍实现《日内瓦公约》的人道目标。[29]因此在 1949 年，人们感到有迫切的需要，摒弃经过宣战的战争概念所附带的主观性和形式主义，确保人道法的可适用

---

[20] 如果已经宣战并且有关战争状态得到公认时，中立法适用；如果《日内瓦公约》第 2 条第 1 款意义上的国际性武装冲突已经存在，中立法也适用。See Michael Bothe, ‘The Law of Neutrality’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 549–580, at 549; Wolff Heintschel von Heinegg, ‘“Benevolent” Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality’, in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 543–568; Dietrich Schindler, ‘Transformations in the Law of Neutrality since 1945’, in Astrid J.M.Delissen and Gerard J. Tanja (eds), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 367–386; and Wolff Heintschel von Heinegg, ‘Wider die Mär vom Tode des Neutralitätsrechts’, in Horst Fischer (ed.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 221–241.

[21] Greenwood, 1987, pp. 283–306.

[22] Wolff Heintschel von Heinegg, ‘The Current State of International Prize Law’, in Harry H.G. Post (ed.), *International Economic Law and Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 5–50.

[23] Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 268; Greenwood, 2008, p. 43.

[24] 例如，在第二次世界大战中，大多数拉丁美洲国家都对轴心国宣战，但没有参与任何敌对行动；see Schindler, p. 132.

[25] See Kolb, 2009, p. 161; Partsch, p. 252; and Marco Sassòli, ‘La “guerre contre le terrorisme”, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre’, *Annuaire canadien de droit international*, Vol. 39, 2001, pp. 211–252, at 215. 还值得注意的是，前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇”案中定义了国际性武装冲突但从未提及“战争”（*Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70）。

[26] International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, pp. 7–8. See also Greenwood, 1987, p. 294：“国家实践表明，很多国家仍然认为有建立战争状态的可能性，因此推测它们接受战争作为一项法律制度继续存在。”

[27] Dinstein, 2011, p. 32.

[28] 在这种情况下，1949 年《日内瓦公约》的适用并不妨碍同时适用人权法，后者提供的保护可以补充人道法。

[29] 如果《日内瓦公约》只适用于“经过宣战的战争”，为了避免受到《日内瓦公约》的约束，一国能做的唯一事项就是否认法律意义上战争状态的存在（因为没有宣战），即使确实发生了武装对抗。最有名的例子就是 1931 年爆发的中日冲突，当时中国和日本均拒绝承认相互之间存在战争状态，尽管二者都展开了大规模的军事行动、日本占领了中国东北且导致严重伤亡（Voelckel, p. 10）。这种情况会导致法律上的不确定性：如果人道法不调整这种情形，那可适用的法律框架又是什么？在那种情况下，那些受敌对行动影响的人会丧失适当的法律保护。

性主要以客观和事实标准为前提。在这一背景下，《日内瓦公约》引入基于事实的武装冲突概念，即从实质意义而非法律意义上加以定义，从而补充经过宣战的战争的概念。通过这一语义上的转变，《日内瓦公约》的起草者们放弃仅基于战争的法律概念来设定《日内瓦公约》的适用条件。从那以后，人道法的可适用性不仅与各缔约国宣告的意愿有关，还取决于源自第 2 条第 1 款所引入的武装冲突概念的客观和事实标准，即只要一国针对另一国开展敌对军事行动，人道法就适用。

(二) 武装冲突的概念

210 如上所述，在 1949 年《日内瓦公约》之前，普遍接受的规则是战争法仅在两个或两个以上国家之间存在法律上的战争状态时才可适用。第 2 条第 1 款克服了这一僵化的规则，确认除了经过宣战的战争以外，即使战争状态未获承认，《日内瓦公约》也可适用。[30]1907 年至今的经验已表明，许多拥有战争的全部特点的武装冲突可能会发生，却不表现出 1907 年《海牙第三公约》所规定的任何形式。[31]从第 2 条第 1 款推断，武装冲突存在的事实就足以引起人道法的适用。[32]此外，第 2 条第 1 款中武装冲突的概念还包括敌对行动或经过宣战的战争所导致的占领情形。[33]因此，武装冲突概念主要的补充价值是使《日内瓦公约》的适用以客观和事实标准为依据。

211 事实上，第 2 条第 1 款强调了武装冲突的事实存在相对于正式战争地位的优越性。因此，确定第 2 条第 1 款意义上武装冲突的存在必须只基于当时的事实，即交战各方之间存在事实上的敌对行动，即使未曾宣战。

212 这一观点除了得到学术界的广泛支持外[34]，还反映在晚近的国际判决和某些军事手册中。事实上，前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭已经确认了人道法的可适用性应根据当时的情况而非冲突各方的主观认识来决定。[35]例如，前南斯拉夫国际刑事法庭审判庭在“博什科斯基和塔尔库洛夫斯基”案中就表示，“在有关时间内是否存在武装冲突是一个事实问题，由审判庭听取并调查审判中采信的证据后决定”。[36]同样，卢旺达国际刑事法庭在“阿卡耶苏”案中也强调，“如果国际人道法的适用仅取决于冲突各方的自行判断，在大多数情况下就会出现冲突各方尽可能淡化冲突的趋势”。[37]

---

30 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. 117–164, at 131.

31 1907 年《海牙第三公约》，第 1 条。

32 International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 2.

33 对占领概念的详细分析，见第五节。

34 See e.g. David, p. 120; Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 75–76; Kleffner, pp. 47–48; Geoffrey S. Corn *et al.* (eds), *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012, pp. 72 and 80; Gabriele Porretto and Sylvain Vité, ‘The application of international humanitarian law and human rights to international organisations’, *Research Papers Series No. 1*, Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006, p. 32; and Shraga, 2008, pp.83-84. See also International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 33：“武装冲突法律上的状态或情势取决于实际可见的事实的出现，换言之，就是客观标准。”

35 即使大多数情况涉及到的都是确定非国际性武装冲突的存在，国际刑事法庭的分析对国际性武装冲突局势来说也有重要意义。大多数判决都基于前南斯拉夫国际刑事法庭在 1995 年“塔迪奇”案中给出的武装冲突定义，该定义同时包含国际性和非国际性武装冲突。在“卢班加”案和“本巴”案中，国际刑事法院审判庭使用了前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇”案中确立的检验标准来确定武装冲突的存在。ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, paras 531–538, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 128. 因此，国际刑事法院默认了武装冲突的存在要依据当时的事实来确定。

36 ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 174.

37 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 603. See also ICTY, *Milutinović* Trial Judgment, 2009, para. 125：“武装冲突的存在不取决于冲突各方的看法。”同样，见 *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 82：“无论在何种情况下，冲突各方都不可相互协议改变冲突的性质，冲突的性质只能依据事实确定，而对该事实的解释（如果可适用的话）只能由法官做出。”See also United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 3.2.3.

213 在这方面，我们不能排除即使现场事实证明存在武装冲突某些国家也可能忍不住加以否认的可能性。即使交战各方都不承认存在战争状态或武装冲突，倘若武装冲突事实上确实存在，人道法仍旧可以适用。如果情况表明，相关国家实际参与了针对另一国的敌对武装行动，那么各国对武装对抗如何予以定性并不影响《日内瓦公约》的适用。无论出于政治还是其他原因，一国在特定局势中没有明确提及存在第 2 条第 1 款意义上的武装冲突，该事实并不妨碍对其做出法律上的归类。譬如在一项决议中，联合国安理会也提出它自己依据人道法对一个局势的归类。[38]《日内瓦公约》的可适用性独立于官方声明，以避免出现各国否定公约之保护的情况。[39]

214 应当指出的是，国际法上不存在一个中央机关负责把一个局势界定或归类为武装冲突。各国和冲突各方需要决定其开展军事行动时可适用的法律框架。对红十字国际委员会而言，它要对事实做出独立的判定并对局势进行系统地归类以便开展工作。红十字国际委员会要依据《日内瓦公约》履行其职责，这是一项固有的任务，也规定于《国际红十字与红新月运动章程》之中。[40]而像联合国和区域性组织等其他行为体，也需要对局势进行归类以便开展工作，国际或国内的法院和法庭也需要这样做以行使管辖权。无论在何种情况下，必须依据事实和人道法的相关标准善意地进行归类。[41]

215 基于当时事实的判断还应符合——或帮助保持——战时法与诉诸战争权的严格分离。[42]事实上，根据这一区分，确定武装冲突的存在以及与之相关的国际人道法的可适用性仅取决于当时现场的情况而非针对另一国使用武力是否符合《联合国宪章》。一国是依据其自卫权、获得联合国安理会授权还是以违反禁止使用武力之原则的方式使用武力并不影响对国际性武装冲突存在的判定。一国有诉诸武力的授权以及事实上或感觉上的合法性属于诉诸战争权范畴的问题，不影响国际人道法对两个或两个以上缔约国参与的特定局势的可适用性。

---

[38] 依据 1945 年《联合国宪章》第 103 条，可以说联合国安理会援引第七章做出的决定具有拘束力。虽然这么说也站得住脚，但如果安理会决议会导致终止或更改具有强行法性质的义务，这样的结论就值得怀疑了。See e.g. Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 119–121; Marco Sassòli, 'Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers', *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 661–694, at 680–682 and 684.

[39] See ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, p. 8, and Vité, 2009, p. 72.

[40] 1986 年《国际红十字与红新月运动章程》，第 5 条。

[41] 由于国际法是一个自适用系统，不同的行为体对相同的事实很可能有不同的看法。在任何情况下，决定一个局势是否构成国际性武装冲突、非国际性武装冲突抑或根本不构成武装冲突的都是事实。

[42] 除了条约法（共同第 1 条和《第一附加议定书》的序言）以外，国际和国内法庭、大量学者以及许多军事手册不仅确认了战时法和诉诸战争权严格分离的有效性和重要性，而且确认了交战各方在人道法面前平等原则的有效性和重要性。特别是，美国设在纽伦堡的军事法庭在 1948 年"人质"案的判决中就形成了关于诉诸战争权和战时法严格分离的里程碑式的判决。其他关于第二次世界大战期间实施的战争罪的判决也遵从了相同的方法并确认了保持严格分离的重要性（see Okimoto, p. 17, and Orakhelashvili, pp. 167–170）。遵循着这项一贯的判例法的路径，学术界强烈支持严格分离并确认，交战各方在诉诸战争权意义上的法律地位不应影响人道法的可适用性或其实际适用：see. e.g. Hersch Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 6th edition, Longman's, Green and Co., London, 1940, pp. 174–175; Charles Rousseau, *Le droit des conflitsarmés*, Pedone, Paris, 1983, pp. 24–26; Myres S. McDougal and Florentino P. Feliciano, *The International Law of War: Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven Press, 1994, pp. 530–542; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edition, Cambridge University Press, 2011, pp. 167–175; Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edition, Manchester University Press, 2000, pp. 18–19; Christopher Greenwood, 'International Humanitarian Law (Laws of War): Revised Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899', in Frits Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions*, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 173–192; François Bugnion, 'Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, No. 847, September 2002, pp. 523–546; Okimoto; Sassòli, 2007, pp. 241–264; Christopher Greenwood, 'The relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello*', *Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4, 1983, pp. 221–234; Ryan Goodman, 'Controlling the recourse to war by modifying *jus in bello*', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 12, 2009, pp. 53–84; and Jasmine Moussa, 'Can *jus ad bellum* override *jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, December 2008, pp. 963–990.

216 倘若国际人道法的适用取决于冲突在诉诸战争权框架下的合法性，就会妨碍该法律体系的目的和宗旨——保护武装冲突期间那些没有或不再参加敌对行动的人。对于正从事所谓的“正义”或“合法”的武装冲突的交战一方，断言人道法不适用或在适用上有所不同，会无理地剥夺冲突受难者所享受的保护。它也会为武装冲突各方通过给敌方使用武力打上非法的烙印或强调自身的国际合法性来否认其在人道法项下承担的法律义务大开方便之门。人道法不考虑这种区分，平等地适用于参与冲突的所有国家。

1. 武装冲突定义的构成要素

217 第 2 条第 1 款仅提到“两个或两个以上缔约国间所发生之任何其他武装冲突”。尽管它定义了国际性武装冲突的当事方，却没有提供武装冲突的定义。第 2 条第 1 款引入武装冲突概念的主要目的是提供一个以当时的事实为基础的客观评估标准。

218 国家实践、判例法和学术著作都对武装冲突概念做出过法律界定，并提出过应如何解释第 2 条第 1 款的见解。第 2 条第 1 款意义上的武装冲突是指那些缔约国之间的对抗，在一国或多国针对另一国诉诸武力时就会发生，而不论对抗产生的原因或激烈程度。[43]在“塔迪奇”案中，前南斯拉夫国际刑事法庭表示，“只要国家之间诉诸武力，就可以说存在武装冲突”。[44]从此以后，该定义就被其他国际机构所采纳且被公认为对人道法中武装冲突概念的任何解释都具有借鉴意义。

219 上述所有情况都表明，第 2 条第 1 款中武装冲突的概念需要两个或两个以上的国家带有敌意地诉诸武力。[45]

(1) 交战各方的法律地位：两个或两个以上缔约国间

220 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……武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态”。“缔约国”这一表述是指这些文书对其生效的国家。[46]因此，第 2 条第 1 款提到的情况仅限于国家之间发生的武装冲突。[47]

221 因此，根据第 2 条第 1 款，参与敌对行动的行为体的身份——国家——定义了武装冲突的国际性。[48]在这方面，国家地位一直是衡量第 2 条第 1 款意义上武装冲突存在的基准。

---

[43] ICRC, ‘How is the term “armed conflict” defined in international humanitarian law?’, Opinion Paper, March 2008, p. 1. 1958 年对《日内瓦第四公约》的评注也在阐释“武装冲突”的概念方面发挥了重要作用。See Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, Geneva, 1958, pp. 20–21.

[44] ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70.

[45] ICRC, ‘How is the term “armed conflict” defined in international humanitarian law?’, Opinion Paper, March 2008, p. 1.

[46] 公约中使用的“缔约国”这一表述必须在 1969 年《维也纳条约法公约》第 2 条第 1 款第 7 项赋予“当事国”一词的意义上加以理解，即“同意承受条约拘束及条约对其有效之国家”。See Kritsiotis, p. 275：“鉴于缔约国本质上属于公约的习惯用语，将‘缔约国’变换为‘国家’从而使其成为所谓‘国际性武装冲突’这一法律关系的主体，当然是（前南斯拉夫国际刑事法庭）上诉庭从习惯法的角度定义国际性武装冲突时所做出的一个必要的变动。”

[47] 当代武装冲突表明，除了国家以外，诸如联合国或北约等国际组织也可能参与武装冲突。See ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, pp. 30–33, and Ferraro, 2012a. 不过，《日内瓦公约》本身并不适用于国际组织。国际组织不能成为《日内瓦公约》的签署方，从而也不能成为缔约方，但它们受习惯国际人道法的约束。

[48] 9・11 事件以后，为了根除基地组织的威胁，即使一方并非国家，美国政府也将这种局势界定为国际性武装冲突（see *Hamdan case*, Government Brief on the Merits, 2006.）。美国联邦最高法院在“哈姆丹”案中做出共同第 3 条适用于该局势的判决后，美国政府紧接着就将其视为一个跨国的非国际性武装冲突。See United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 629–631; John B. Bellinger, ‘Prisoners in War: Contemporary Challenges to the Geneva Conventions’, lecture at the University of Oxford, 10 December 2007, reported in *American Journal of International Law*, Vol. 102, pp. 367–370. See also Marko Milanovic, ‘Lessons for

222 在处理第 2 条第 1 款所包含的武装冲突概念时，1958 年对《日内瓦第四公约》的评注提到了“两个国家间产生任何分歧并导致武装部队人员的介入”。[49]不过，就存在第 2 条第 1 款意义上的武装冲突而言，这种看法意味着至少需要有两个敌对的国家通过其武装部队同时介入。这种解释太过狭隘。

223 这一立场事实上把一国针对另一国单方面使用武力的情形排除在武装冲突的范围之外。对第 2 条第 1 款的这种解读与《日内瓦公约》的目的和宗旨相悖，因为其旨在调整两个或两个以上国家间任何类型的使用武力。一国单方面对另一国使用武力，即使后者没有或无法以军事手段来回应，武装冲突也可能产生。单方面使用武力的前提是有多个行为体，仍然体现出两个或多个国家之间的武力对抗，即存在攻击国和被攻击国，因此满足第 2 条第 1 款的要求。一国针对另一国诉诸武力的事实就足以将该局势界定为《日内瓦公约》意义上的武装冲突。从这个角度看，作为一种“战争行为”，有效的海上或空中封锁的宣告、建立和执行足以开启国际性武装冲突，人道法也将适用。[50]同样，一国武装部队未经同意即入侵或部署于另一国领土——即使未遇武装抵抗——也构成一国针对另一国单方面带有敌意地使用武力，符合第 2 条第 1 款中国际性武装冲突的条件。[51]

224 同样，不针对敌国武装部队而只是针对敌国领土、领土内的平民居民和/或民用物体（包括但不限于基础设施）使用武力，构成第 2 条第 1 款意义上的国际性武装冲突。根据人道法，国际性武装冲突的存在不要求攻击的人员和/或物体必然是行政当局的一部分，也不以仅限于攻击正在履行职责的政府为条件。[52]国际性武装冲突发生在国家之间。政府只是国家的构成要素之一，而领土和居民则是其他的构成要素。因此，针对领土、居民或者军用或民用基础设施的任何攻击都构成对该领土、居民或基础设施所属国诉诸武力。[53]

225 国际性武装冲突的存在以至少一个国家的武装部队参与为前提。[54]事实上，武装冲突假定的是，使用军事手段以战胜敌人或迫使其屈服、根除其所带来的威胁或迫使其改变做法。在传统的作战手段和方法——诸如在敌国境内部署军队、使用火炮或诉诸战斗机或武装直升机——发挥作用时，毫无疑问它们构成国家之间的武装对抗并引起《日内瓦公约》的适用。

226 不过，即使武装对抗不涉及军事人员，而是由准军事部队、边防警卫队或海岸警卫队等国家非军事机构实施，我们也不应完全排除第 2 条第 1 款意义上的武装冲突存在的可能性。[55]上述任何一类人员都可能从事武装暴力，其表现出的特点与国家武装部队参与的暴力并无不同。

227 在海洋背景下，依据海上可适用的国际法，国家在某些情况下可以针对另一国所有或运营或在该国注册的船舶合法地使用武力。譬如，如果海岸警卫队怀疑一艘船舶违反了本国的渔业立法，尝试登临该船但遭遇抵抗时，可能就会出现这种情况。在此过程中使用武力以及其他

---

human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing *Hamdan* and the Israeli *Targeted Killings* case', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 373–393.

49 Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 20. 同样，皮克泰将国际性武装冲突定义为“两个国家间的任何对抗，而且有武装部队的参与并存在受难者”；see Jean S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1975, p. 52. 前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇”案中几乎使用了相同的说法，确认“只要国家之间诉诸武力，就可以说存在武装冲突”；*Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. See also Kritsiotis, p. 274.

50 Wolff Heintschel von Heinegg, 'Naval Blockade', in Michael N. Schmitt (ed.), *International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honour of Professor L.C. Green on the Occasion of his Eightieth Birthday*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 75, 2000, pp. 203–230, at 204.

51 这种单方面的军事行动不是错误或越权行动的结果时就是这种情况（见第 236-244 段）。

52 Akande, p. 75.

53 见第 236-244 段

54 See Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 274; Schindler, p. 131; and David, p. 125.

55 有时会有人主张，因为国家之间在涉及非军事机构的小规模和/或零星的武力冲突期间使用武力，这种局势不应被解读为国际性武装冲突，也不受人道法的规制。See Arimatsu, p. 77.

类型的海洋执法行动受类似于依据人权法调整武力使用的那些法律概念的调整。[56]原则上，这类措施不构成这些船舶所附属的国家之间的国际性武装冲突，特别是在针对私人船舶使用武力的情况下。但也不能排除海上使用武力是受国家机关以外的某些机构驱动，以执行海上可适用的监管制度。视情况而定，这种局势可能被界定为国际性武装冲突。

228 “谁”卷入国家之间武装对抗的问题不应对把该局势归类为国际性武装冲突产生重大影响。如果一国针对另一国诉诸作战手段和方法，该局势就可界定为国际性武装冲突，不论该国内哪一个机关诉诸此类手段和方法。

229 即使第 2 条第 1 款意义上的武装冲突通常意味着军事手段的使用和介入，也可能存在这样的情况，即有其他政府官员或被定性为一国“代理人”的人员使用武力就足够了。不过，只有一国法律上或事实上的机关而非私人使用武力才构成武装冲突。[57]国际刑事法院预审庭在“本巴”案中遵循了类似的推理方法，断定“若国家之间通过其各自的武装部队或代表该国行事的其他行为人发生武装敌对行动，就可以说存在国际性武装冲突”。[58]

230 这些观点强调，倘若被定性为国家机关，国家的非军事机构即使没有正式并入武装部队也可能成为武装冲突的起因。将存在国际性武装冲突仅限于国内法定义的双方武装部队的参与，会使各国使用非军事机构或不被认为是正式武装部队人员的其他代理人来规避人道法的适用。对第 2 条第 1 款的这种解释会导致明显不合理的结果，因为它妨碍了《日内瓦公约》的保护性目标。

231 在确定存在国际性武装冲突时，一个经常出现的问题是声称具有国家地位的冲突一方实际上是否是一个国际法所定义的国家。这个问题尤其会在因非国际性武装冲突而导致的分离主义或国家分裂的场合遇到。[59]就这一点而言，如果分离主义实体在满足了国际法所要求的国家地位标准后成功地变成一个国家，那么以非国际性武装冲突开始的冲突转变为国际性武装冲

---

[56] 阐明法律框架的相关案件的例子包括：ICJ, *Fisheries Jurisdiction case (Spain* v. *Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1998, para. 84; International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), *The M/V 'Saiga' (No. 2) case, Saint Vincent and the Grenadines* v. *Guinea*, Judgment, 1 July 1999, paras 155–159 (see also the last paragraph of the Separate Opinion of Judge Anderson); and Arbitral Tribunal constituted Pursuant to Article 287, and in accordance with Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, *In the Matter of an Arbitration between Guyana and Suriname*, Award of the Arbitral Tribunal, Registry: The Permanent Court of Arbitration, The Hague, 17 September 2007, para. 445. See further *Claim of the British Ship 'I'm Alone'* v. *United States*, Joint Interim Report of the Commissioners, 30 June 1933, in *American Journal of International Law*, Vol. 29, 1936, pp. 326–331, and 'Investigation of certain incidents affecting the British Trawler *Red Crusader*', Report of 23 March 1962 of the Commission of Enquiry established by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Denmark on 15 November 1961, *International Law Reports*, 1962, Vol. 35, p. 485. For academic literature, see Efthymios Papastavridis, *The Interception of Vessels on the High Seas*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 68–72; Douglas Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2009, pp. 271–272; Patricia Jimenez Kwast, 'Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorisation of Forcible Action at Sea in Light of the *Guyana/Suriname* Award, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, No. 1, 2008, pp. 49–91; Natalie Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2001, pp. 62–146; Ivan Shearer, 'The Development of International Law with Respect to the Law Enforcement Roles of Navies and Coast Guards in Peacetime', *International Law Studies*, Vol. 71, 1998, pp. 429–453; and Anna van Zwanenberg, 'Interference with Ships on the High Seas', *International and Comparative Law Quarterly*,Vol. 10, No. 4, 1961, pp. 785–817.

[57] Greenwood, 2008, p. 48.

[58] ICC, *Bemba* Decision on the Confirmation of Charges, 2009, para. 223. 该方法在审判时也适用；see *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 654–656. 对于以一国控制位于敌国境内的非国家武装团体为依据判定国际性武装冲突的情况，更详细的分析，见第 265-273 段。

[59] 例如，前南斯拉夫国际刑事法庭不得不弄清克罗地亚是否已成为一个国家以便确定在前南斯拉夫发生的冲突是否为国际性武装冲突。See ICTY, *Slobodan Milošević* Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 2004, paras 85–93.

突就是可能的。交战者的国家地位决定了武装冲突的性质是国际性的，它由国际法规定的客观标准加以确定，本身就具有复杂性。[60]冲突一方不承认另一方是国家的事实与此无关。

232 同样，交战者的法律地位还产生了某些涉及国家代表权的问题。尽管国际性武装冲突很明显是在国家之间发生，但谁能获得代表这些国家的资格则可能是一个棘手的问题。[61]确定哪一个实体是一国政府至关重要，因为许多国际法的问题都取决于该问题，尤其是涉及该国政府的武装冲突的性质。事实上，回答这个问题可能从一开始就对武装冲突的归类产生某些影响，或者由于过渡/政治进程或非国家武装团体的军事胜利而导致的政府更迭，逐渐对其再归类产生影响。[62]

233 不过，现任政府被击败以及胜利一方建立傀儡政府的事实本身都不改变武装冲突最初的国际性质。由于前政府被击败，武装冲突的性质发生改变的唯一可能途径是确定新政府已有效建立并同意外国部队在其境内驻扎或开展军事行动，除非该政府是由占领国建立的。[63]

234 根据国际法，一个政府存在的关键条件是它的有效性，即在一国领土范围内有效行使通常分配给它的职责的能力，包括维护法律和秩序。[64]有效性是指在内部和外部行使国家职责的能力，即与其他国家进行国际交往的能力。[65]

235 一个分裂的国家也可能产生这样的问题，在那里会有不同的实体自称该国政府。2001 年在阿富汗、2010-2011 年间在科特迪瓦以及 2011 年在利比亚，都存在这种情况。在这方面，一国政府未能获得国际社会的普遍承认无所谓。就确定国际性武装冲突的存在而言，上述政府的有效性以及控制有关国家大部分领土的事实恰恰就意味着它是事实上的政府，考虑到它会产生的一切后果，其行为必须被视为它所代表的国家的行为。[66]

---

[60] 见 1933 年《蒙得维的亚国家权利义务公约》（Montevideo Convention on the Rights and Duties of States）第 1 条（“作为国际人格者的国家应满足如下条件：1）永久居民；2）确定的领土；3）政府以及 4）与其他国家进行国际交往的能力。”）。

[61] Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 279.

[62] 例如，见 2002 年 12 月 20 日红十字国际委员会法律顾问致英国下议院（国际发展委员会）的信：

> 为回答所提出的问题，我还是要抓住这次机会告知国际发展委员会关于红十字国际委员会对阿富汗冲突的法律定性以及由此产生的某些影响。
>
> 尤其要忆及，红十字国际委员会认为 1949 年 8 月 12 日四个《日内瓦公约》充分适用于 2001 年 10 月 7 日开始的阿富汗武装冲突。因此，红十字国际委员会将该冲突定性为国际性武装冲突。
>
> 随着 2002 年 6 月大国民会议在喀布尔的召开以及后续于 2002 年 6 月 19 日建立了阿富汗过渡政府（不仅获得了整个国际社会的一致承认，还宣称通过大国民会议进程在阿富汗国内获得广泛承认），红十字国际委员会改变了其最初对冲突的定性：红十字国际委员会不再把目前正在阿富汗进行的针对塔利班嫌疑人或其他武装团体的军事行动视为国际性武装冲突。
>
> 因此，2002 年 6 月 19 日以后，美国及其盟国部队在阿富汗针对塔利班和基地组织等团体开展的敌对行动受可适用于非国际性武装冲突局势的规则规制，因为相关军事行动是在公认的主权国家，即阿富汗伊斯兰共和国政府同意的前提下进行的。

[63] 见《日内瓦第四公约》，第 47 条。在占领期间，如果出现一个“拥有大量权威和公信力并被接受为该国代表机关”的当地政府，其同意就可能改变武装冲突的性质。See ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, p. 29.

[64] Hersch Lauterpacht, ‘Recognition of Governments: I’, *Columbia Law Review*, Vol. 45, 1945, pp. 815–864, especially at 825–830; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, pp. 376–382.

[65] 一些人将该要素称为合法性要素。进一步的讨论，见 Jean d’Aspremont, ‘Legitimacy of Governments in the Age of Democracy’, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 38, 2006, pp. 877–917; see also Hersch Lauterpacht, ‘Recognition of Governments: I’, *Columbia Law Review*, Vol. 45, 1945, pp. 815–864, especially at 830–833, and Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, 379.

[66] Dinstein, 2004, p. 888. See also Christopher Greenwood, ‘International law and the “war against terrorism”’, *International Affairs*, Vol. 78, No. 2, April 2002, pp. 301–317, at 312–313. 国家代表权的问题对第三国在另一国境内实施干涉的局势来说也有某些重要性。在这种情况下，人道法的可适用性以及与之相关的武装冲突性质的确定将以同意的概念为中心。在这方面，同意者的身份及其做出同意的能力是需要考虑的关键因素。See paras 257–263.

(2) 武装对抗的激烈程度

236 就国际性武装冲突而言，并没有要求各方之间使用武力只有达到某种激烈程度才可以说存在武装冲突。第 2 条第 1 款本身也没有提到任何关于敌对行动的激烈程度或持续期间的下限。事实上，在被频繁引用的 1958 年关于共同第 2 条的评注中，皮克泰表示：

> 两个国家间产生任何分歧并导致武装部队人员的介入就构成第 2 条意义上的武装冲突，即使其中一方不承认有战争状态。冲突持续多长时间或者屠杀了多少人都没有差别。对人本身的尊重不要用受难者人数来衡量。[67]

此外，“参与部队的数量有多庞大”也没有区别；对一国武装部队来说，曾俘获过《日内瓦第三公约》第 4 条范围内的敌手就足够了。[68]这种看法现今仍然十分恰当。

237 即使武装部队（可能是陆军、空军或海军部队）之间微小的摩擦也可能引发国际性武装冲突并导致人道法的适用。[69]一国未经另一国同意而在其境内开展军事行动应被解释为对后者主权范围的武装干涉，因而可能构成第 2 条第 1 款意义上的国际性武装冲突。

238 《日内瓦公约》通过数十年来，有实践和理论学说支持这种解释。譬如，一些国家曾认为，只要俘获一名敌方武装部队人员，可引起《日内瓦公约》适用的国际性武装冲突就存在。[70]国际法庭也支持不需要某种激烈程度的要求，譬如前南斯拉夫国际刑事法庭就判定“国家之间使用武力本身就足以引起国际人道法的适用”。[71]相当多学术界的专家也赞同这一看法。[72]

239 不把国际性武装冲突的存在与特定的暴力程度联系在一起有非常令人信服的理由。这种方法符合《日内瓦公约》的主要目的，即确保最大限度地保护这些文书旨在保护的那些人。[73]譬如，依据《日内瓦第三公约》，如果一国与另一国产生争端且其武装部队人员落入敌手，他们就有资格享受战俘地位，无论两国是否已全面开战。《日内瓦公约》清楚地定义了战俘的地位和待遇，包括拘留国不得因合法的战争行为而起诉战俘。如果一个局势未被归类为武装冲突，被拘留的军事人员依据拘留国的国内法无法享受同等的法律保护，即使有国际人权法作为补充。[74]

240 这种方法还允许将人道法适用于开战阶段，从而避免这一期间一国试图观察是否达到特定的激烈程度下限而带来的不确定性。[75]

241 然而，重要的是排除如下可能性：在人道法的适用范围中包含错误或未得到相关国家认可的个人越权行为所引发的局势，即使这些行为可能导致实施了这些行为的个人所属国家的国际责任。这类行为不构成武装冲突。[76]国际性武装冲突的存在要依据如下因素来确定：发生针对另一国居民、武装部队或领土的敌对行动；该敌对行动由以官方身份并按照指示行事的国

---

67 Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, pp. 20–21.

68 Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 23.

69 国际刑事法院检察官办公室使用了相同的低下限方法，尤其是涉及 2010 年发生在黄海的海上炮击事件；see *Situation in the Republic of Korea*: *Article 5 Report*, June 2014, paras 45–46.

70 *Digest of United States Practice in International Law* (1981–1988), Vol. III, 1993, p. 3456. See also Sassòli, 2008, p. 94, and Berman, p. 39.

71 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 184 (see also para. 208); *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70; ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of Charges, 2007, para. 207. 塞拉利昂特别法庭使用了前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇”案中提出的国际性武装冲突的定义；see SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, paras 563–566.

72 See Hans-Peter Gasser, ‘International humanitarian law: An introduction’, in Hans Haug (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1993, pp. 510–511; David, p. 125; Kolb, 2003, p. 73; Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 274; Kritsiotis, pp. 278–279; Clapham, pp. 13–16. Schmitt, 2012b, pp. 459–461 and Grignon, p. 75, fn. 255.

73 Arimatsu, p. 76.

74 ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, p. 7.

75 另见关于共同第 3 条的评注，第 422-437 段。

76 不过，伯曼认为，低下限方法没有考虑到意外事件（第 39-40 页）。

家代理人实施或者由接受国家代理人或机关专门指示而执行这种敌对行动的其他人实施；该敌对行动没有错误地进行。[77]譬如，如果一个局势客观上表明，一国实际参与了针对另一国的军事行动或任何其他敌对行动，使敌方军事人员或资产失去效用，阻碍了敌方的军事行动或使用/控制了敌方领土，该局势就是武装冲突。武装冲突的存在必须依据事实来推断。

242 然而必须承认，有些人认为敌对行动必须达到一定的激烈程度才能界定为第 2 条第 1 款意义上的武装冲突。[78]国家之间孤立或零星地使用武力有时被形容为“边境摩擦”、“海上事件”、“轻微冲突”或其他类型的“武装挑衅”，这让一些人建议，这种局势不要界定为国际性武装冲突，因为相关暴力持续的时间较短或激烈程度较低。[79]

243 确实，国家可能不会公开承认这种局势是武装冲突，很可能只将其形容为“意外事件”。它们还可能选择不使用暴力回应针对其军事人员或居民或在其领土上发动的攻击。尽管如此，考虑到人道法的适用是基于事实，一国公开使用“武装冲突”以外的术语来描述一个涉及与另一国敌对行动的局势本身不是该局势被归类为武装冲突的决定因素。此外，一旦国家开始针对另一国使用武力，人道法就会提供一个公认的保护所有受影响之人的框架。如果国家之间的轻微摩擦不被认为是国际性武装冲突或者敌对行动从一开始就不受人道法调整，那么就要在可适用的法律方面找到替代选择。人权法和国内法似乎没有能力充分处理国家之间的暴力。“诉诸战争权”本身为使用武力的合法性提供了一个一般性框架，但在武力使用的方式方面只包含非常一般性的规则。[80]一旦一国针对另一国实际使用武力，人道法就会提供非常适合于国家间武装对抗的详细规则。因此，不要求暴力具有特定的激烈程度就能引发国际性武装冲突，既合乎逻辑也符合《日内瓦公约》的人道目的。

244 最后应当忆及，《日内瓦公约》的适用并不一定涉及繁琐的机制。它完全取决于具体情况。譬如，就《日内瓦第一公约》而言，即使只有一人因冲突受伤，只要该人已被收集并加以照顾，公约就适用，就要遵守第 12 条的规定，该人的身份就要通知其所依附之国。

2. 与国际性武装冲突概念有关的具体问题

(1) 多国部队参与的武装冲突

245 如果满足人道法适用的典型条件，国际人道法的规定不会妨碍派遣多国部队[81]的国家或国际组织成为武装冲突的当事方。根据上文所述的“战时法”和“诉诸战争权”的严格分离，人道法可适用于多国部队，就像其适用于任何其他行为者一样，而且只取决于现场的情况，不论联合国安理会授予其何种国际使命以及潜在的敌手对其如何加以称呼。这种判定以满足源自人道法相关规范（即关于国际性武装冲突的共同第 2 条第 1 款和关于非国际性武装冲突的共同第 3 条）的具体法律条件为基础。[82]委派给多国部队的任务的权限范围与合法性属于“诉诸战争权”的范畴，对人道法适用于其行动没有任何影响。

---

77 See e.g. Vité, p. 72; Kritsiotis, p. 262; David, p. 125; Françoise J. Hampson, ‘The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 549–572, at 553; Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 250; and Ferraro, 2012b, p. 19.

78 International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, pp. 32–33.

79 *Ibid.* pp. 32–33; Greenwood, 2008, p. 48. See also Marouda, pp. 204-207.

80 见 1945 年《联合国宪章》第 51 条，结合必要性和比例性的要求。

81 本节使用的“多国部队”一词是指部队派遣国交由和平行动支配的武装部队。国际法上并没有关于和平行动的明确定义。《联合国宪章》中也没有“和平行动”、“和平支持行动”、“维持和平行动”和“执行和平行动”这些术语。它们可用不同的方式加以解释，有时还互换使用。一般而言，“和平行动”这一术语涵盖国际组织、区域性组织以及国家联盟依据联合国安理会按照 1945 年《联合国宪章》第六、第七或第八章通过的决议而开展的维持和平与执行和平行动。原则上，本节的讨论也适用于在国际社会授权之外运作的多国部队，如以自卫为理由开展军事行动时。

82 相关讨论，见关于共同第 3 条的评注，第 411-413 段。

246 不过有些人主张，如果在联合国指挥和控制下的多国部队依据联合国安理会的授权参与军事行动，那么就规制国际性武装冲突的人道法的适用而言，就有或应当有更高的暴力下限。[83]这种看法并未在整体上挑战人道法的可适用性，但暗示出有联合国指挥和控制下的多国部队参与时，人道法的适用条件会有所不同。[84]偶尔也有人主张，如果多国部队在联合国授权之下而非其指挥和控制下开展行动，只要该军事行动的唯一目标是保护平民和重建国际和平与安全，向该行动派遣部队的国家就不会卷入国际性武装冲突。[85]

247 然而，《日内瓦公约》中没有任何规定暗示出，在多国部队——包括联合国指挥和控制下的部队——参与武装冲突时其适用条件会有所不同。根据现行法，有多国部队参与的武装冲突存在的判定标准与形式上更“传统”的武装冲突所使用的标准完全相同。[86]要求敌对行动有更高的激烈程度才能达到有多国武装部队参与的武装冲突的下限，既没有得到一般实践的支持，也没有得到法律确信的证实。[87]因此，确定多国部队参与了国际性还是非国际性武装冲突，抑或根本没有参与武装冲突，应遵循共同第 2 条和第 3 条的通常解释，即使依据联合国安理会的授权行动时也是如此。[88]

248 一旦多国部队卷入国际性武装冲突，重要的是查明多国行动的参与者中谁应当被认为是冲突的一方。视情况而定，冲突一方或各方可能是部队派遣国、指挥和控制多国部队行动的国际组织或二者兼有。

249 如果多国行动由不受国际组织指挥和控制的国家实施，参与针对其他国家之军事行动的各国应被认为是国际性武装冲突的当事方。

250 如果多国行动在国际组织的指挥和控制下实施，情况则更为复杂。参与这种行动的国际组织通常都有一个共同特点，即它们自身都没有武装部队。为了实施此类行动，它们必须依靠成员国将武装部队交由其支配。将部队交由国际组织支配的国家总是保留对其武装部队某种形式的权威和控制，也就是说，即便在一国武装部队代表一个国际组织开展行动时，它们同时也作为该国的一个机关在行事。因此，参与在一个国际组织指挥和控制下实施的多国行动的武装部队的双重身份——同时作为部队派遣国和该国际组织的机关——使确定谁应被认为是武装冲突的一方变得十分复杂。

251 在这种情况下，确定谁是冲突当事方的一个途径是要查明该行为可依据国际法规则归因于它的实体。[89]根据为了确定国际组织和国家的责任而发展起来的行为归因的规则，对有关行为

---

[83] See Shraga, 2008; Berman, p. 41; Christopher Greenwood, ‘International Humanitarian Law and United Nations Military Operations’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 3–34, at 24; and International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 17. For an overview of the discussion, see Ferraro, 2013, pp. 580–583.

[84] Shraga, 2009, pp. 359–360.

[85] 这一主张在北约部队于 2011 年在利比亚开展的“联合保护者行动”的背景下提出。Engdahl, p. 259，此处提到了挪威首相的一项声明，据此挪威参加北约在利比亚的行动时不能被视为国际性武装冲突的一方，因为它正在执行联合国委派的任务。

[86] ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015, pp. 21–23. Kolb/Porretto/Vité, pp. 180–181; see also references in fn. 88. But see *Marten Zwanenburg, Accountability of Peace Support Operations, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden*, 2005, p. 207.

[87] Ferraro, 2013, p. 582.

[88] Ola Engdahl, ‘The Status of Peace Operation Personnel under International Humanitarian Law’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11, 2008, pp. 109–138, at 118; Garth J. Cartledge, ‘Legal Restraints on Military Personnel Deployed on Peacekeeping Operations’, in Helen Durham and Timothy L.H. McCormack (eds), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, pp. 125–130.

[89] Zwanenburg, 2012b, pp. 23–28.

实施控制的概念是关键。[90]因此，若要采用这个方法，则意味着确定哪个或哪些实体是武装冲突的当事方，需要分析该国际组织对处于其支配之下的部队的控制程度。

252 这可能是一项艰难的事业，因为在多国行动中，就指挥和控制安排与相应有效的权威程度而言，不存在“一刀切”的方法。指挥和控制安排因行动以及国际组织的不同而有差异。[91]在这方面，需要采用逐案分析的方法以确定哪个实体有效或全面控制着军事行动，因而谁应当被认为是国际性武装冲突的一方。[92]在某些情况下，国际组织以及某些或所有部队派遣国都可能成为武装冲突的当事方。[93]

(2) 网络行动引发的国际性武装冲突

253 技术的进步，特别是国家网络能力的成倍增长及其对平民居民和基础设施以及敌国军事能力的潜在影响，提出了与人道法的可适用性相关的重要问题。更具体地说，重要的是确定网络行动能否产生国际性武装冲突。

254 如果一国针对另一国进行的网络活动与更为传统的军事行动联合在一起并支持该行动，毫无疑问这种局势构成国际性武装冲突。[94]但如果网络行动是一国从事敌对行动的唯一手段，情况就不那么清晰了。而在此类行动是孤立的行为时，问题甚至更加复杂。它们能被认为是武装冲突概念中的国家之间“诉诸武力”这一构成要素吗？

255 普遍认为，网络行动与传统的动能行动有着相似的效果，可以构成国际性武装冲突。[95]确实，如果这些行动导致民用或军事资产的毁坏或者造成士兵或平民的伤亡，就没有理由认为这种局势不同于通过更传统的作战手段和方法所实施的程度相当的攻击。

256 但是，网络行动并不总是和必然有这种效果。网络攻击也可能是干扰其运营，而不在物理上毁坏或损害军用或民用基础设施。这些仍然可被认为是第 2 条第 1 款意义上的诉诸武力吗？仅通过网络行动实施敌对行为时低烈度方法仍然合适吗？取决于“作为攻击目标”的物体是军用还是民用性质，受网络行动影响的国家所容许的损害下限有所不同吗？目前，这些问题

---

[90] See Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011), paras 77–88. See also Tom Dannenbaum, ‘Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers’, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2010 pp. 113–192, and Christopher Leck, ‘International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct’, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 346–364. For States, see also paras 265–273.

[91] Terry D. Gill, ‘Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations’, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 42, 2011, pp. 37–68; Blaise Cathcart, ‘Command and control in military operations’, in Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds) *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2010, pp. 235–244.

[92] 对这些问题的讨论，见 Engdahl, pp. 233–271; Zwanenburg, 2012b, pp. 23–28; and Ferraro, 2013, pp. 588–595.可能发生的情况是，部队派遣国与国际组织的指挥和控制体系的联系是如此紧密，以致几乎不可能分辨出是国际组织本身还是部队派遣国对军事行动拥有全面或有效的控制。在这种情况下，行动通常应同时归因于该国际组织和部队派遣国。就人道法而言，这样做合乎逻辑的法律后果是，二者均应被认为是武装冲突的当事方；see ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015, pp. 23–24.

[93] 已经公认的是，这类组织受习惯国际法的约束。See ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, p. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, para. 37; and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, Advisory Opinion, 1996, para. 25. See also commentary on common Article 3, section D.1.c.

[94] See Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (2013), Rule 22.

[95] See Schmitt, 2012a, p. 251; Knut Dörmann, *Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks*, ICRC, 2004, p. 3; Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge University Press, 2012, p. 131; Nils Melzer, *Cyberwarfare and International Law*, UNIDIR Resources Paper, 2011, p. 24; and Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (2013), Rule 23, para. 15. See, however, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc. A/68/98, 24 June 2013, para. 16.

仍悬而未决，关于这个主题的法律也并不确定。因此，国家是否且在何种条件下会在未来的行动中将这类网络行动视为构成人道法意义上武装冲突的武力，仍需拭目以待。[96]

(3) 同意对存在国际性武装冲突的相关性

257 当代的武装冲突表明，国家越来越多地在另一国境内开展军事行动。在事先存在非国际性武装冲突的框架内，这些军事干涉经常针对非国家武装团体且构成提供给当地政府的军事支持的一部分。在其他情况下，针对这类团体的军事干涉也可能构成发生在另一国境内且该国并非当事方的非国际性武装冲突的一部分。通过支持与领土所属国政府作战的武装团体甚至对其行使某种形式的控制，第三国也可能介入事先已存在的非国际性武装冲突。[97]

258 所有形式的外部干涉都提出了第三国的军事行动对人道法意义上的局势归类所产生的影响问题。在某些情况下，这些局势可构成第 2 条第 1 款意义上的国际性武装冲突。

259 首先，应明确说明的是，并非每一次在他国领土（包括其领水和领空）内使用武力都会建立与领土所属国的交战关系，因此也不必然被归类为国际性武装冲突。事实上，一国可能同意一个外国在其领土内使用武力，甚至可能邀请外国干涉，例如应对来自与政府作战或在其境内反对其他国家的非国家武装团体的威胁。在这种情况下，同意的存在会明确排除将这种干涉归类为国际性武装冲突，倘若这种干涉局限在同意国设定的范围内且同意没有撤回的话。

260 存不存在同意对描述两国之间可适用的法律框架来说至关重要，因为它影响着对涉及那些国家的武装冲突的国际性或非国际性的判定。[98]如果第三国未经领土所属国同意就实施干涉，就会构成干涉国与领土所属国之间的国际性武装冲突。[99]

— 在另一国领土内实施武装干涉

261 在某些情况下，干涉国可能声称，暴力并非针对该国政府或国有基础设施，而只是，例如在跨国、跨越边境或外溢的非国际性武装冲突的框架内，针对它正与之作战的另一方。但即使在这种情况下，这种干涉也构成未经同意地武装侵入领土所属国的主权范围，相当于共同第 2 条第 1 款意义上的国际性武装冲突。[100]国际法院在“刚果领土上的武装活动”案中含蓄地确认了这一立场，将规制国际性武装冲突的法律适用于乌干达在刚果民主共和国境内但在其占领的部分以外所进行的军事行动。在国际法院看来，即便乌干达声称其在刚果民主共和国境内的军队主要是与非国家武装团体而不是刚果武装部队作战，冲突也是国际性的。[101]这并不排除同时存在着干涉国与该武装团体之间发生的非国际性武装冲突。

262 一些人认为，在一国只攻击位于另一国领土上的非国家武装团体成员或其财产的情况下，在与该武装团体作战的国家和领土所属国之间不会同时发生国际性武装冲突。[102]尽管在某些方

---

96 Cordula Droege, ‘Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, June 2012, pp. 545–549.

97 对这些场景更为详细的评论，见 Vité, pp. 69–94.

98 Fleck, p. 608：“考虑到一国未经另一国同意而在后者领土上使用武力相当于该外国针对领土所属国使用武力，武装冲突局势在两国之间就自动发生。”

99 这并不妨碍同意在诉诸战争权方面可能拥有的任何效果问题。

100 Akande, pp. 74–75. 对于非纯粹国内性质的非国际性武装冲突问题的讨论，见共同第 3 条评注：三、3（3）。

101 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 108, 146 and 208ff. 类似的立场，见 UN Commission of Inquiry on Lebanon, *Report of the Commission of Enquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1*, UN Doc. A/HRC/3/2, 23 November 2006, paras 50–62, 承认 2006 年以色列和黎巴嫩之间发生了国际性武装冲突，即使敌对行动仅涉及黎巴嫩真主党和以色列武装部队。

102 See Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, 2010, pp. 92–134; Djemila Carron, *L’acte déclencheur d’un conflitarmé international*, Schulthess, Geneva, 2016, pp. 409-432; Andreas Paulus and MindiaVashakmadze, ‘Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization’, *International Review of the Red* Cross, Vol. 91, No. 873, March 2009, pp. 95–125, at 111–119; and Claus Kreß, ‘Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts’, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 245–274, at 255–277.

面这种看法是自然而然的结果，但忆及如下这一点会很有帮助，即领土所属国的居民和公共财产也可能处于该武装团体盘踞的地区而且其中一些成员也可能就是领土所属国的常住居民或公民，因而针对该武装团体的攻击将附带地影响当地居民和该国的基础设施。出于这些理由以及其他一些理由，得出如下结论更能反映出现实：如果未经领土所属国同意而在其领土上使用武力，该国与干涉国之间就会发生国际性武装冲突。

263 如果领土所属国同意干涉国的行动，从而排除同时存在国际性武装冲突，那么做出的同意就必须事先表明或确认（明示或默示）。[103]同意必须有效，即由有权代表该国的机关在未受干涉国强迫的情况下做出。[104]然而出于各种原因，确定存在这种同意可能十分困难。国家通常不会公布表示同意的协议。此外，第三国的干涉也许不会有来自领土所属国的任何抗议，也可能会促使其当局做出自相矛盾的声明，或者引起旨在迎合自身选民的象征性抗议。如果没有抗议就是（至少）存在默示同意的强烈信号，那么其他两种情况就仍然十分复杂和敏感。不过，如果领土所属国明确抗议该干涉而且这种抗议由有权给予或撤回同意的当局做出，就应当首先推定同意不存在或者已被撤回，从而使人道法适用于领土所属国与干涉国之间的关系。

— 在另一国境内存在向非国家武装团体提供支持的武装部队

264 国家有时通过其武装部队在另一国领土上支持一个或多个非国家武装团体对抗当地政府来实施干涉。这种支持的性质可能各不相同，但经常采用的形式是该国武装部队直接参与，同上述武装团体并肩作战。在这种情况下——除了当地政府与上述武装团体之间存在着非国际性武装冲突这一事实以外——干涉国与领土所属国之间武装对抗的性质就是国际性的。确实，如果第三国通过针对领土所属国使用军事手段而在该国领土内强制实施干涉，就存在第 2 条第 1 款意义上的武装冲突而言，所有条件都已满足，《日内瓦公约》全都将规制干涉国与领土所属国之间的交战关系（与此同时适用于非国际性武装冲突的法律将规制领土所属国与上述武装团体之间的冲突）。[105]

(4) 国家控制非国家武装团体和国际性武装冲突

265 在某些情况下，外部国家对非国家武装团体提供支持就相当于某种形式的控制。这种控制的行使，可补充或替代一国武装部队实际出现于其他国家的领土内。国际法庭已处理过这种情形，而且已认可的是，如果另一国通过对属于冲突当事方的一个或多个武装团体行使某种程度的控制而介入事先存在的非国际性武装冲突，该局势就呈现出国际性。

266 在这种情况下，不再同时有非国际性和国际性武装冲突，而只是存在干涉国与领土所属国之间的国际性武装冲突，即使其中一方利用了非国家武装团体。[106]20 世纪 90 年代在前南斯拉夫发生的冲突就是这种情况，根据前南斯拉夫国际刑事法庭的调查结果，克罗地亚和塞尔维亚政府对在波黑和克罗地亚发生的非国际性武装冲突中作战的某些武装团体行使了全面控制。这种控制凸显了武装团体与干涉国之间的隶属关系，视其程度而定，可能使事先存在的非国际性武装冲突转变为纯粹的国际性武装冲突。

---

103 ILC, 'Report of the 53rd session', *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two, 2001, p. 73. See also Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, pp. 370–371.

104 Draft Articles on State Responsibility (2001), commentary on Article 20, p. 73. 在武装冲突的背景下对同意的概念更为详细的讨论，见 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 20–23.

105 See Vité, pp. 85–87. 一些人认为，如果一个外国介入一个正在进行的非国际性武装冲突，那么整个冲突就会变为国际性的，但这种看法尚未得到实践或判例法的接受。See e.g. David, pp. 167–178. See also George H. Aldrich, 'The Laws of War on Land', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 1, 2000, pp. 42–63, especially at 62–63.

106 然而可以想象的是，如果一国利用它可以行使必要控制的武装团体针对另一国从事军事行动，就会引发国际性武装冲突而不会事先存在非国际性武装冲突。在这种情况下，武装冲突由国际性武装冲突法直接和完全规制。

267 为了确定隶属关系的存在，我们需要证明该武装团体确实代表干涉国行事。这就意味着武装团体的行动需要与干涉国有关联，从而在法律上可被视为后者的行动。因为人道法中不存在确定一个武装团体的部队是否“隶属于”第三国的具体检验标准[107]，我们必须依赖国际法的一般规则，这有助于确定何时以及在何种条件下私人（包括非国家武装团体的成员）可以被视为代表第三国行事。调整国家责任的国际法提出了某些适当的解决方法。

268 依据调整国家责任的国际法，对冲突归类来说紧要的问题是个人或团体开展的行动能否与国际义务的承担者（即干涉国）联系在一起。这意味着在依据人道法对冲突进行归类时用于查明一群个人与一国之间关系的检验标准应当与根据国家责任法将私人从事的行为归因于一国时所使用的标准相同。[108]“归因”的问题在界定国际性武装冲突时发挥着主要作用，通过这种归因，武装团体的行为可被视为干涉国的行为[109]并建立隶属关系。

269 以这样一种方式使武装冲突变为国际性所必需的外国对非国家武装团体的控制程度尚存在争论。[110]国际法委员会[111]和一些国际法庭（国际刑事法院、前南斯拉夫国际刑事法庭）[112]以及学者[113]，都承认控制的概念对于一个非国家武装团体的行为可归因于一国的问题来说十分重要。不过，受理该问题的国际法庭最初以并不一致的方式解释控制的概念。随后，各法庭提出了不同的检验标准，尤其是有效控制标准和全面控制标准，引发了理论上的争论。在查明适用于特定局势的人道法规则方面，对控制概念的法律分析没有探究太多细节，所以有必要强调，国际判决——以及学说——一直在两种标准之间左右摇摆，即国际法院在 2007 年[114]和 1986 年[115]就国家责任问题做出的判决中所采取的更为严格的“完全依赖和控制”或“有效控制”标准与前南斯拉夫国际刑事法庭所建议的更宽泛的“全面控制”标准。[116]有效控制的概念要求受到控制的非国家武装团体不仅得到干涉国的装备和/或资助且其行动受干涉国的监督，还从该国接受具体的指令或者干涉国控制着有违法行为发生的具体行动。[117]与此相反，前南斯拉夫国际刑事法庭 1999 年在“塔迪奇”案中认定：

> 为了将一个军事或准军事团体的行为归因于一国，必须证明该国对该团体行使全面控制，不仅是装备和资助该团体，还要协调或协助其制定军事活动的总体计划。只有那样，该国才

---

107 只有《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 2 项提到了这种隶属关系，但只以事实的方式加以描述而并不必然要求对该团体行使控制。

108 Zwanenburg, 2012b, p. 26. See also Marina Spinedi, ‘On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs’ Conduct to Serbia’, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 4, 2007, pp. 829–838, at 832–833. 注意，国际法院似乎暗示，行为归因和冲突归类的检验标准不必相同；see ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–405.

109 ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 104.

110 对这一争论的概述，例如，见 Akande, pp. 57–62 and 63–64.

111 Draft Articles on State Responsibility (2001), commentary on Article 8, pp. 110–112.

112 ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of the Charges, 2007, and Trial Judgment, 2012, para. 541; ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999. 欧洲人权法院曾被当事方要求在其受理的案件中适用归因标准以确定管辖权；在许多判决中，该法院坚持使用不同的判断标准。See e.g. *Chiragov and others* v. *Armenia*, Grand Chamber, Judgment, 2015, para. 169; see also Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele, paras 6–12, and Dissenting Opinion of Judge Gyuluman, paras 49–95. See also *Al-Skeini and others* v. *UK*, Judgment, 2011, paras 130–142; *Catan and others* v. *Moldova and Russia*, Grand Chamber, Judgment, 2012, paras 106–107; *Jaloud* v. *The Netherlands*, Judgment, 2014; *Loizidou* v. *Turkey*, Judgment, 1996; and *Cyprus* v. *Turkey*, Judgment, 2001.

113 Milanovic, pp. 553–604; Cassese, pp. 649–668; Talmon, p. 496.

114 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 392–393.

115 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 115.

116 这种摇摆不定反映在国际法委员会对 2001 年《国家责任条款草案》的评注中。国际法委员会在关于第 8 条评注的框架内讨论控制的概念时，并未在有效控制标准和全面控制标准之间做出选择，而只表示：“无论如何，特定的行为是否在一国的控制下做出，达到这样一种程度以致于受控制的行为应归因于该国，这是一个逐案评估的事项。”（第 48 页）

117 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 115.

能为该团体的任何不法行为承担国际责任。不过除此以外，并非必要的一点是，该国还应当向该团体的头目或成员发布指令去实施违反国际法的特定行为。[118]

因此，就军事和准军事团体而言，前南斯拉夫国际刑事法庭拒绝在对武装冲突进行归类时适用有效控制标准，而是选择“全面控制”作为条件。[119]

270 在将行为归因于一国的问题上，尽管国际法院没有接受前南斯拉夫国际刑事法庭提出的“全面控制”标准，但国际法庭最近的判决显示出一个明显的趋向，即在冲突归类的问题上适用全面控制标准。当然，在这一背景下，前南斯拉夫国际刑事法庭是先驱者，因为正是在它的主持下首次发展出全面控制的概念。[120]随后，国际刑事法院在“卢班加”案中遵循了这一方法。2007 年，国际刑事法院预审庭表示，“如果一国没有通过其自身部队在另一国领土上直接实施干涉，全面控制标准就被用于确定武装部队是否正代表前者行事”。[121]2012 年，同样是在该案的判决中，审判庭同意这一分析。[122]最后，国际法院在 2007 年也明确表示，全面控制的概念可被用于确定某一局势在人道法上的法律分类。[123]

271 为了依据人道法对某一局势进行归类，在一个非国家武装团体与一个第三国之间有密切关系时，如果并非隶属关系，那么全面控制标准就是适当的，因为全面控制的概念更好地反映出该武装团体与该第三国之间的真实关系，包括出于归因的目的。这意味着该武装团体可能隶属于该国，即使后者没有就每一项交战行为都对前者发出具体指令。此外，诉诸全面控制标准能够整体评估对事实上的实体或非国家武装团体的控制程度，从而允许将若干行为归因于第三国。[124]另一方面，依靠有效控制标准可能要求每一次行动都重新对冲突进行归类，这是不切实际的。再者，所用标准还必须避免这样的情况，即某些行为受国际性武装冲突法规制但无法归因于一国。

---

[118] ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 131.从这个意义上说，全面控制的概念不仅是指监督或控制活动，还要求对另一个实体行使某种形式的权力。很明显，所指的“权力”概念比“发出指令的权力”概念更具一般性和全局性，因此前者更加近似于“指示和协调”的权力。

[119] 不过，前南斯拉夫国际刑事法庭也承认，如果控制国不是领土所属国，“就需要有更加广泛和有说服力的证据来表明该国真正控制着该单位和团体”，这意味着该国参与了军事行动的计划和协调可能更加难以证明（*Tadić* Appeal Judgment, 1999, paras 138–140）。法庭还指出，如果个人或团体没有被组织成军事架构，就要采用不同的方法（*ibid.* paras 132–137）。

[120] 前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭在“塔迪奇”案中做出的判决经常引起评论家的关注，但实际上在此前 1999 年“阿列克索夫斯基”（*Aleksovski*）案的判决中就已经提出了全面控制的概念。事实上，在该判决中，沃赫拉（Vohrah）和涅托-纳维亚（Nieto-Navia）法官在他们关于 1993 年《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》第 2 条可适用性的联合意见中得出结论（第 27 段）：

> 在起诉期间和起诉书中，检方未能履行其证明责任，证明在从事针对波黑的武装冲突期间克罗地亚国防委员会事实上在克罗地亚共和国军队的全面控制下行事。审判庭大多数意见认为，克罗地亚国防委员会并非该国事实上的代表机关……因此，检方未能确立冲突的国际性。

[121] ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of the Charges, 2007, para. 211.

[122] ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 541:

> 就另一国对代表其行事的武装团体行使控制的必要程度而言，审判庭认定“全面控制”标准是正确的方法。这将确定一个非国际性的武装冲突是否可能因为代表另一国行事的武装部队的加入而变成国际性的。

See also *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 130.

[123] ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 404. 国际法院使用的措辞是：“‘全面控制’标准尽可能被用于确定一个武装冲突是否为国际性的……该标准可适用且适当是完全有可能的。”

[124] 相反，与每一次行动相联系的有效控制几乎不可能加以证明，因为它需要不太可能获得的一定程度的证据。更不用说，基于“全面控制和依赖”（国际法院分别于 2007 年和 1986 年在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用”案以及“在尼加拉瓜的军事和准军事行动”案中为确定国家对任何国际不法行为之责任时所使用）的归因标准，使得有效控制标准甚至更加严苛。See Ascencio, pp. 290–292, and Jörn Griebel and Milan Plücken, ‘New Developments regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia* v. *Serbia*’, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 601–622.

272 这一立场目前尚未被一致认可。国际法院认为，全面控制标准可用于给冲突进行归类而有效控制则继续作为行为可归因于一国的检验标准，但没有阐明两种标准如何协作。[125]少数学者质疑使用全面控制标准。[126]

273 在红十字国际委员会看来，在非国家武装团体隶属于干涉国的范围内，全面控制概念的结果将是决定性的。武装团体的成员相当于国际法中干涉国的“代理”。这意味着干涉国代替该武装团体成为现有冲突的一方，而且该冲突完全变成国际性的。全面控制的概念可以防止干涉国隐藏在代理人的面纱之后，从而规避其人道法上的义务和国际责任。它还使质疑第三国的如下声明成为可能：行为事实上是那些不能被视为官方人员或代表其行事的人所实施的，因此其本身不能被视为冲突的一方。[127]

3. 国际性武装冲突的结束

274 评估第 2 条第 1 款意义上之武装冲突的结束可能是一个十分困难的事项。这主要是因为《日内瓦公约》没有对此问题做出规定，而且国家实践也表明，各国越来越少地诉诸缔结和平条约的手段。[128]

275 根据传统的理论方法，战争因缔结和平条约或交战各方认为战争状态终止的任何其他明确迹象（如声明）而结束。这一立场支持如下主张：一旦（传统法律意义上的）战争状态开始存在，实际敌对行动和军事行动停止的事实“本身不足以终结战争状态”。[129]因此，以停火或休战、停止敌对行动或停战形式出现的任何其他协议，都被认为是临时性的，可以中止但无法终止敌对行动。[130]这些协议的共同特点是不改变仍然存在正在进行的国际性武装冲突且总体尚未和平的事实。尽管如此，所有这些协议都意味着暂时中止敌对行动，且被视为迈向最后终止武装冲突的一步。[131]

276 现今，国际性武装冲突很少以缔结和平条约而结束，而经常是以不稳定的停火、缓慢而逐步地降低激烈程度或者维和人员的介入为特征。在某些情况下，敌对行动非常有可能再度爆发。[132]随着这种趋势，旨在中止敌对行动的协议与和平条约之间的区别也已变得模糊。但在任何情况下，确定国际性武装冲突已结束不要以存在和平协定为依据，而是要根据现场的事实加以评估。

277 在这方面，已存在“军事行动全面结束”的证据是确定国际性武装冲突已经全面、最终并有效结束的唯一客观标准。[133]如果认为国际性武装冲突已终止，敌对行动必须结束并伴随一定程度的稳定性和持久性。[134]前南斯拉夫国际刑事法庭在“戈托维纳”案中确认，军事行动的全面结束已构成确定国际性武装冲突结束的关键因素：[135]

---

125 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–407.

126 对这些观点的分析，例如，见 Milanovic, 2006, pp. 553–604; Milanovic, 2007, pp. 669–694; Talmon, pp. 493–517; Akande, pp. 57–62; Katherine Del Mar, ‘The Requirement of “Belonging” under International Humanitarian Law’, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, pp. 105–124; and Theodor Meron, ‘Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: *Nicaragua’s Fallout*’, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2, April 1998, pp. 236–243.

127 Cassese, p. 656. See also ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 117.

128 不过，《日内瓦公约》确实包含大量涉及其适用期间的规定。例如，见《日内瓦第一公约》第 5 条以及《日内瓦第四公约》第 6 条；另见《第一附加议定书》第 3 条。

129 Kleffner, p. 62; Dinstein, 2004, pp. 889–890.

130 Dinstein, 2004, pp. 889–890.

131 Shields Delessert, p. 97. 从实质上说，可能是停战协议走得最远，隐隐包含交战各方开始准备终止战争的意图；see Greenwood, 2008, p. 58.

132 Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 134–135.

133 该主张进一步得到《日内瓦第四公约》第 6 条第 2 款的支持，该款规定公约之适用“于军事行动全面结束时”即停止。See also Greenwood, 2008, p. 72：“实际敌对行动的停止应足以终止武装冲突。”

134 *Ibid.* p. 88.

135 ICTY, *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1697.

一旦武装冲突法开始适用，我们就不应轻易断定其适用停止。否则，武装冲突的参与方可能会发现自身处于可适用与不可适用之间的旋转门中，导致相当程度的法律不确定性和混乱。因此本审判庭要考虑，在起诉期间的任何一个时间点，国际性武装冲突是否已充分全面、最后且有效地终止，从而结束武装冲突法的适用。尤其要考虑是否存在军事行动全面结束。[136]

278 军事行动全面结束这一概念在 1958 年关于《日内瓦第四公约》的评注中被解释为“所有相关各方之间的一切战斗最终结束”。[137]后来，在 1987 年关于《第一附加议定书》的评注中，又主张“军事行动全面结束”这一表述并不限于仅仅停止实际敌对行动，因为交战性质的军事行动并不必然意味着武装暴力，在没有敌对行动时亦可继续。[138]军事行动全面结束不仅包含实际敌对行动的终止，还包括具有交战性质的军事运动的终止，包括改革、重组或重构，以致于敌对行动再度爆发的可能性可以被合理地排除。

279 既然“军事行动”被定义为“武装部队为作战而开展的任何类型的运动、演习和行动”[139]，为增强军事能力沿边境重新部署部队或出于防御或进攻目的而动员或部署部队就应被视为以作战为目的的军事措施。即使没有实际的敌对行动，这种与国际性武装冲突有持续联系的军事行动就是将该局势归类为国际性武装冲突的正当理由。由此情形可以看出，整体情况是武装冲突从客观上讲尚未全面、明确且有效的结束。

280 因此，如果交战各国不再参与敌对行动，但例如在其边境保留警戒部队、动员预备役人员或开展军事运动，没有正在进行的敌对行动总体上就暂停或临时中止了武装冲突，而不是可被解释为走向即将到来之和平状态第一阶段的稳定停火或停战。由于正在进行的军事运动，倘若可以合理地认为敌对国家之间的敌对行动很可能在不久的将来再度爆发，那么没有交战一方与另一方之间实际敌对行动的军事行动，本身仍然是国际性武装冲突继续存在的正当理由。在这种情况下，不能断定军事行动已全面结束。

281 与“军事行动全面结束”标准类似，有人建议对武装冲突结束的评估围绕着一个基本的一般原则，即“一旦一开始引起国际人道法适用的条件不复存在，其适用即停止”。[140]适用该原则意味着，如果交战各国不再参与武装对抗，第 2 条第 1 款意义上的武装冲突就会结束。在下列情况下这一点极为明显，例如，武装冲突仅仅是由于俘虏了敌方士兵或者零星且短暂地军事侵入敌国领土所引发且只由这些情形构成。在这些情况下，释放士兵或停止军事入侵就足以结束武装冲突局势。不过，如果武装冲突起因于更为传统的武装对抗，即两个或两个以上国家的武装部队之间开战，在这种背景下确定武装冲突的结束可能更加复杂。因此，像这样提出的一般原则应结合提供上文所述军事行动全面结束之证据的因素加以解读。

282 武装冲突既不是一个技术概念也不是一个法律概念，而是对敌对行动事实的承认，这一考量支持如下结论：不像和平条约那么正式的协议就可以宣告武装冲突的结束。尽管如此，上文提到的不构成和平条约的任何协议都可能有永久终止敌对行动的效果。也就是说，如果现场的事实表明情况相反，那么暂停敌对行动、停火、停战甚或和平条约都不构成国际性武装冲突的结束。[141]反之，协议只不过是一项证据，结合其他要素，可能揭示出交战各方最终结束

---

136 *Ibid.* para. 1694.
137 Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 62.
138 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 153.
139 *Ibid.* para. 152.
140 Milanovic, 2013, pp. 86–87. 不过，该作者确实也指出，这个一般原则可能存在某些例外。
141 在这方面，前南斯拉夫国际刑事法庭在 2008 年“博什科斯基和塔尔库洛夫斯基”案的判决中（第 293 段）确实表示：

> 就国内武装冲突而言，上诉庭将战争法规和惯例适用的时间范围描述为持续至达成和平解决方案。这一认定不要理解为将法庭对犯罪的管辖权限定于各方达成和平协议以前；相反，即使已达成此类协议，如果武装暴力继续，武装冲突仍可能存在并且战争法规和惯例依旧适用。

武装冲突的某种意图。因此，给协议“打上什么样的标签”无关紧要；相反，正是协议所引起的事实情况才能定义其真实含义及其客观上结束武装冲突的能力。[142]因此，导致或符合军事行动事实上全面结束的停火协议或任何此类文书可能表明武装冲突被认为已结束的时间点。

283 因此，武装冲突的结束，就像其开始一样，必须基于事实和客观标准加以确定。[143]关键在于，交战各国之间的武装对抗已经停止，且该局势已到了可以被合理解释为军事行动全面结束的程度。

284 武装冲突结束并不意味着人道法完全停止适用。某些规定在武装冲突结束后会继续适用。例如：《日内瓦第一公约》第 5 条、《日内瓦第三公约》第 5 条第 1 款、《日内瓦第四公约》第 6 条第 4 款以及《第一附加议定书》第 3 条第 2 款，该条规定：

> 在冲突各方领土内，于军事行动全面结束时，各公约和本议定书应终止适用。在被占领领土内，则于占领终止时终止适用，但在上述任何一种情况下，嗣后予以最后释放，遣返或安置的人除外。这类人在最后释放、遣返或安置前，应继续享受各公约和本议定书有关规定的利益。

五、第 2 款：公约在占领情况下的可适用性

(一) 占领未遇武装抵抗

285 第 2 条第 2 款是《日内瓦公约》中第一个明确提到占领概念的规定。不过，占领已为共同第 2 条第 1 款所暗含，其包括在经过宣战的战争或武装冲突背景下在敌对行动期间或因为敌对行动而发生的占领。[144]但出于编辑上的原因，所有与占领有关的问题都在本评注的这一节加以处理。

286 插入第 2 条第 2 款是为了确保在占领未遇抵抗时占领法也适用。该款旨在处理没有发生敌对行动而建立占领的情况，填补第 2 条第 1 款遗留的空白。第 2 条第 2 款的历史渊源是基于第二次世界大战的经验，尤其是 1940 年纳粹德国占领丹麦。在那时，由于德国军队占据绝对优势，丹麦决定不抵抗占领。此外，在 1949 年《日内瓦公约》通过前，欧洲国际军事法庭认为波西米亚和摩拉维亚是被占领土，即使它们落入德国有效控制时未作任何武装抵抗。[145]因此，第 2 条第 2 款将学术界和法庭已承认的情形引入条约法，它的通过并非法律上的创新。[146]

287 因而，第 2 条第 2 款是第 2 条第 1 款的补充，确保占领法适用于所有类型的占领。

288 占领未遇武装抵抗的事实并不妨碍它是带有敌意的。占领的敌对性质源自未经同意的入侵或一国武装部队出现在另一国领土内。[147]军事占领明显是一种不对称的关系：占领的存在意味着外国部队利用军事或其他强迫手段对当地政府施加其权力。通过军事手段施加这种权力意味着不必开战，仅通过展示武力就可实现。真正的或者感觉上的军事优势可能致使当地政府避免在军事上对抗外国军队在其境内的部署。当地统治者不作军事抵抗不应被解释为对外国

尽管该案涉及非国际性武装冲突，但在这里可以提出，这种看法也可以完全换用于国际性武装冲突，因为它确切地反映了第 2 条第 1 款的理论基础及其目标，即评估人道法的可适用性仅基于当时的事实。See also Venturini, p. 57.

142 Shields Delessert, pp. 97–100.

143 在“戈托维纳”案的判决中，前南斯拉夫国际刑事法庭似乎还找出了一个比在“塔迪奇”案中所要求的“直至全面实现和平”标准（该标准有可能导致一定程度的形式主义）更加基于事实的标准。

144 See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 331–339. See also Pictet (ed.) *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, pp. 18–22.

145 International Military Tribunal for Germany, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1946, pp. 220–222.

146 Arnold D. McNair and Arthur D. Watts, *The Legal Effects of War*, Cambridge University Press, 1966, p. 423.

147 例如，如果一国武装部队驻扎在另一国领土内，一旦后者撤回对前者驻扎的同意，也可能出现这样的情况。See e.g. Roberts 2005, pp. 43–44; Dörmann/Colassis, pp. 309–311. See also para. 289.

军队在其境内的出现有某种形式的同意从而排除占领法的适用，而要解释为该决定是在强迫之下做出的。[148]在这一背景下，外国部队的出现显然是因为军事上的强迫而要被界定为带有敌意，这提供了占领的交战性质的证据。

289 占领未遇武装抵抗的事实并不意味着占领国被当地居民所“接受”，也不意味着后者不需要法律保护。只要平民和平民财产处于敌方的军事和行政控制之下，包括没有敌对行动的占领期间，就有专断和滥用的风险。因此，在占领的建立未遇武装抵抗时，适用人道法的理由仍然存在。部分当地居民可能欢迎外国部队的事实对于将该局势归类为占领没有任何影响。

290 应详细说明的是，依据联合国安理会决议和东道国的同意而在联合国指挥和控制下行动的多国部队不会被视为占领军。[149]在这种情况下，对该部队不作武装抵抗的基础是东道国对多国部队的出现和行动明确表示同意。不过，如果这种多国部队未经东道国同意仍驻留该国并继续行动，或者其部署未得到这样的同意，在这种情况下，该部队（或部队派遣国）就有可能符合占领的标准，无论其获得授权的法律依据为何。[150]

291 人道法意义上占领的存在可引起四个《日内瓦公约》的完全适用。对当事方而言，它尤其触发了《日内瓦第四公约》第三部第三编（“占领地”）以及其他条约中规制占领的其他规范的适用，如 1907 年《海牙章程》和《第一附加议定书》。[151]

(二) 占领概念的定义

292 占领法，尤其是《日内瓦第四公约》第三部第三编中所包含的规定，构成人道法提供给该公约第 4 条所定义的“被保护人”的最详细的保护性规范。因此，有必要准确描述占领的概念，因为导致占领的武装冲突还尚未做到这一点，对当事方而言，它将引起占领法以及《日内瓦第一公约》、《日内瓦第二公约》、《日内瓦第三公约》和《第一附加议定书》相关规定的适用。

293 因为有许多潜在的复杂因素，譬如敌对行动的持续、当地政府继续行使一定程度的权力或者入侵一方拒绝承担源自其对一个外国领土行使权力时衍生出的义务，这种描述并不容易。

294 由于《日内瓦公约》中没有占领的定义，对存在占领的判定甚至变得更加复杂。反而只是 1907 年《海牙章程》第 42 条概略地描述了占领的概念，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。占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域。”随后的条约，包括《日内瓦公约》在内，都不曾更改这一定义。

295 正如上文所讨论的，第 2 条第 2 款中占领的概念特意包括了未遇武装抵抗的占领。然而，除了这个补充以确保该情形被涵盖在内外，在筹备工作中没有任何迹象表明公约的起草者们有意大幅更改《海牙章程》第 42 条所包含的公认的占领定义；他们只是想澄清其内容。[152]

---

[148] 应清楚地区分对外国军队部署于另一国领土内不作反抗与当地统治者给予正式的同意这两种情形，前者并不必然隐含着后者。

[149] See Roberts, 1984, pp. 289–91; Dinstein, 2009, p. 37; Kolb/Vité, pp. 102–103; and Michael Kelly, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 167–181. See also section E.4.e.

[150] 大多数人认为这种可能性是存在的，如在众所周知的“执行行动”或“和平行动”中。See Alexandre Faite, ‘Multinational Forces Acting Pursuant to a Mandate of the United Nations: Specific Issues on the Applicability of International Humanitarian Law’, *International Peacekeeping*, Vol. 11, No. 1, 2007, pp. 143–157, especially at 150–151; Shraga, 1998, pp. 64–81, especially at 68–70; Kolb/Vité, pp. 99–105; and Dinstein, 2009, p. 37. See also Benvenisti, pp. 62–66.

[151] 见 1907 年《海牙章程》，第 42-56 条，以及《第一附加议定书》，尤其是第 14 条、第 15 条、第 63 条和第 69 条。

[152] See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-A, pp. 650, 672, 675–676, 728 and 811. See also ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, paras 78 and 89; ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 215; and Dinstein, 2009, pp. 6–7. See also Kolb/Vité, pp. 70–71.

296 既然共同第 2 条明确承认这些文书适用于一切占领的情形而又没有定义占领的概念，我们从逻辑上可以得出结论，《日内瓦公约》相关规范的可适用性是基于《海牙章程》第 42 条所规定的占领定义。《日内瓦第四公约》中规制该文书与 1907 年《海牙公约》之关系的第 154 条也暗示出这一点。[153]正如该条的规定，《日内瓦第四公约》是《海牙章程》的补充。换言之，就定义占领的概念来说，《日内瓦第四公约》建立在《海牙章程》的基础之上而不是取代它们。

297 因此，占领法是本质上是一个由《海牙章程》、《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》（如果可适用的话）构成的规范性框架。[154]

298 国际法院和前南斯拉夫国际刑事法庭都确认了对占领概念的这种解释，二者将《海牙章程》第 42 条描述为确定人道法意义上占领存在的唯一标准。[155]

299 因此，《日内瓦公约》中所使用的占领概念与《海牙章程》并无区别，确定占领是否存在的条件以《海牙章程》第 42 条为依据。[156]

300 正如关于第 2 条第 1 款的评注所提到的，作为国际性武装冲突的一个类型，占领的存在只能依据当时的事实来确定。基于当时的事实进行确定不仅要符合战时法与诉诸战争权的严格分离，而且得到了设在纽伦堡的美国军事法庭的支持，后者表示“入侵是否发展为占领是一个事实问题”。[157]认为 1907 年《海牙章程》和 1949 年《日内瓦公约》中所包含的占领概念相同并不意味着占领法的某些规则不能适用于入侵阶段。占领法的某些规范也很可能适用于入侵阶段。

(三) 占领的构成要素

301 为了查明占领概念的构成要素，我们必须首先分析有效控制的概念，这是占领概念的核心，长期以来与之密切联系在一起。在与占领有关的问题上，“有效控制”一语频繁地被使用；然而，无论是《日内瓦公约》还是 1907 年《海牙章程》都没有提及这个短语。“有效控制”反映的是一个在与占领有关的法律语境中久而久之发展出的概念，描述了确定占领状态存在的情况和条件。[158]

---

153 至于进一步的细节，见关于《日内瓦第四公约》第 154 条的评注。

154 有人主张存在两种不同的占领定义，一个来源于《海牙章程》而另一个来源于《日内瓦第四公约》。See Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 60; Sassòli, 2012, pp. 42–50; Akande, pp. 44–48; and Koutroulis, pp. 719–728.不过，由于《日内瓦第四公约》中不存在任何明确的占领定义且考虑到其第 154 条所起的作用，关于《日内瓦公约》提供了一个不同的占领定义的主张没有得到一致接受（see Zwanenburg, 2012a, pp. 30–36, and Ferraro, 2012b, pp. 136–139）。

155 前南斯拉夫国际刑事法庭已在多个不同的判决中使用了《海牙章程》所规定的占领定义，以确定《日内瓦第四公约》意义上的占领是否存在。基于《日内瓦第四公约》第 154 条的规定，法庭判定：

> 《日内瓦第四公约》只是对占领国权利和义务的进一步编纂，但在此事项上它并未废除《海牙章程》。因此，由于在《日内瓦公约》中没有关于“占领”的定义，考虑到《海牙章程》的习惯法性质，法庭就只能参考该章程以及它所包含的定义。

Naletilić and Martinović Trial Judgment, 2003, para. 215.接着审判庭就援引了《海牙章程》第 42 条并且详细阐释了它赞同该定义的原因（第 216 段）。在 2004 年发表的“对在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”的咨询意见以及 2005 年做出的“刚果领土上的武装活动”案的判决中，国际法院仅仅依据《海牙章程》第 42 条来确定在有关领土上是否存在占领以及占领法是否适用于上述局势。

156 进一步的讨论，见关于《日内瓦第四公约》第 6 条的评注。See also United Kingdom, *Military Manual*,1958, p. 141, para. 501; United States, *Field Manual*,1956, p. 138, para. 352(b); and ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 221–222.

157 United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948. 下列判例重申了相同的方法：ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, para. 173, and ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 211.

158 与占领有关的“有效控制”概念不同于国家责任法上的有效控制概念。选择“有效”一词（该词通常与控制的概念联系在一起，是为了定义外国部队支配有关领土的性质）反映出 1874 年《布鲁塞尔宣言》谈判期间对占领和封锁概念之间进行的类比。在该宣言的起草过程中，代表们讨论时几乎毫无例外地指出占领和封锁之间的相似性：在武装冲突法的意义上，二者都必须有效才可以说存在。See Marten Zwanenburg, ‘The law of

302 占领意味着敌军作为领土所属国主权政府的替代者对一个外国的全部或部分领土实施某种程度的控制，这一点是不言而喻的。然而根据人道法，正是该控制的有效性导致了占领法的适用。事实上，只有有效控制才允许外国部队适用占领法。就这一点而言，“有效控制”是一个不可或缺的概念，因为它用事实证明并详细说明了“权力”的概念，而这正是《海牙章程》第 42 条所包含的占领定义的核心。因此，有效控制是占领的主要特征，因为没有外国敌军行使的有效控制，就不可能有对一国领土的占领。但是，有效控制不要求对该领土行使全面的权力；相反，仅仅有行使这种权力的能力就足够了。尽管存在抵抗，甚至部分领土已被抵抗军暂时控制时，仍然可以说存在军事占领。[159]

303 即使《日内瓦公约》没有包含占领的任何定义，1907 年《海牙章程》及其缔约准备资料、学术著作、军事手册和司法判决都表明了给予占领等式中三要素以优先地位，即外国军队未经同意的部署、外国军队取代当地统治者对有关领土行使权力的能力以及后者无法再对该领土行使其权力。所有这些要素集合在一起，就构成了所谓的“有效控制标准”，用来确定一种局势是否构成国际人道法意义上的占领。也只有这三个要素的叠加适用才能反映出当地政府、占领国和当地居民之间的利益冲突，而这正是交战占领局势的特点。[160]

304 在此基础上，下列三个条件需同时满足以建立人道法意义上的占领状态：[161]

— 一国武装部队入侵一外国领土时未经其合法有效政府的同意而实际部署于该领土；

— 由于外国军队未经同意的部署，入侵期间该领土合法有效的政府已经或可能在实质上或完全无法行使其权力；

— 外国军队有能力取代当地政府对有关领土（或其一部分）行使权力。[162]

305 从法律角度评估占领的结束也非常困难。逐步完全撤军、局部撤军、对先前占领的地区仍保留某些责任、基于令人怀疑的同意而保留军事存在或者自《海牙章程》通过至今行使控制的

---

occupation revisited: the beginning of an occupation', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 10, 2007, pp. 99–130 at 102; Shane Darcy and John Reynolds, An Enduring Occupation: The status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 211–243, at 218–220; Thomas J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 6th edition, Macmillan & Co., London, 1917, pp. 435–436; and James M. Spaight, *War Rights on Land*, Macmillan & Co., London, 1911, pp. 328–329. 有人主张，就像只有有效的封锁才会被承认一样，占领的存在也必须在有效控制的基础上加以确定。就这一点而言，代表们一致同意的是，某种程度上只要外国军队可以对有关领土实施某种程度的控制，就可以说占领事实上已然存在。See Doris A. Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation 1863–1914: A Historical Survey*, Columbia University Press, New York, 1949.

159 United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, pp. 55–59. 英国军事手册规定：

> 占领不因某些居民处于反叛状态、游击队或“抵抗”分子偶然成功的事实而终止。即使处于占领之下的某一地区暂时成功的反叛活动也不必然终止占领，只要占领国采取措施镇压叛乱并重建其权力或者有关地区被包围并被切断与外界的联系。

Manual of the Law of Armed Conflict, 2004, para. 11.7.1. 不过，如果外国军队需要通过重大作战行动才能从当地抵抗武装手中重新夺取有关地区，那么直到外国军队设法重新在该地区建立有效控制时，该部分领土才能视为被占领。See also United States, *Law of War Manual*, 2015, p. 746. See also ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 16–26, and Dinstein, 2009, pp. 42–45 and Roberts, 2005, p. 34.

160 See also ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 16–26.

161 关于占领概念构成要素的详细分析，see Ferraro, 2012b, pp. 133–163; Sassòli, 2015; Dinstein, 2009, pp. 31–45; and Benvenisti, 2012, pp. 43–51. See also ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 16–35.

162 尽管占领法假定占领国因为其军事支配地位而应在被占领土内承担所有责任，但也允许“纵向的权力共享”。占领国可以决定——依照人道法——在多大程度上行使其行政权而且哪些权力可以下放给被占领土当局。这种情况不影响存在占领国对被占领土行使有效控制的事实。See Ferraro, 2012b, pp. 148–150, and ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, p. 20. See also Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, *Tzemel case*, Judgment, 1983, pp. 373–374.

手段的演变：所有这些问题都使得从法律上对某一特定局势进行归类变得十分复杂，并且在何时可以说占领已结束方面引发了大量问题。[163]

306 原则上，有效控制标准同等适用于确定占领的开始和结束。事实上，确定占领结束的标准一般来说与确定占领开始所用的标准相同[164]，只是反过来而已。[165]因此，外国军队的实际存在、取代当地现有政府当局对有关领土行使权力的能力以及一直缺乏当地政府对外国军队存在的同意，这三个条件叠加在一起，在评估占领的终止时必须予以详细审查。任何一个条件不满足，都不应认为占领已结束。

307 然而，在某些特殊和例外的情况下——尤其是外国军队撤出全部或部分被占领土后但仍保留权力的关键要素或其他通常由占领国担负的重要政府职责——占领法可能在上述权限的地域和职责范围内继续适用。[166]

308 事实上，即使外国军队没有实际出现于有关领土，他们所保留的权力仍相当于占领法意义上的有效控制，从而使占领法的相关规定继续得以适用。[167]

309 现今，不能排除在先前被占领的领土之外继续行使有效控制的情况。确实，可以说军事和技术的发展已经使不用持续军事部署于有关地区就有效控制一个外国领土的全部或一部成为可能。在这种情况下，重要的是考虑到外国军队保留权力的范围而不是只关注权力实际行使的方式。我们也应该承认，在这些情况下，交战各国之间存在任何地理上的毗连都可能在便利远程行使有效控制方面发挥重要作用，例如允许重新在该领土之外部署军队的占领国在合理的时间内彰显其权力。

310 因此，这种功能性方法可用作相关标准，确定逐步或突然撤离被占领土的敌国军队根据占领法还应承担的义务范围。在占领无疑已经建立并正在进行时，外国军队在全部或部分被占领土内履行政府职责的范围也可以适用该标准。

311 这种功能性方法还可以更准确地勾勒出适用于下列局势的法律框架，即在这些局势中，很难有把握地确定占领是否已结束。由于占领法没有明确涉及单方撤离被占领土期间可适用的法律义务问题，这一点就显得愈加重要。占领法在这一问题上的失语显然是由于如下事实：占领通常可因强迫、协议或者单方面撤离（随后通常是当地政府重获相关权力）而结束。在大多数情况下，撤离被占领土的外国军队不会——至少在未经当地政府同意时不会——在那里继续履行重要的政府职责。

312 占领法相关规定的继续适用确实相当重要，因为它专门用于解决并调整交战各国之间权力的共享和有关责任的分配。

---

163 占领也可能在缔结和平条约后结束，在这种情况下，重新掌权的统治者可能选择将被占领土的所有权让渡给占领国，只要这种割让符合 1969 年《维也纳条约法公约》第 52 条的要求。

164 斯拉格曾主张，《日内瓦第四公约》第 6 条第 3 款创造了一个占领结束的新定义，即把有效控制标准替换为履行政府职责标准；see Daphna Shraga, 'Military Occupation and UN Transitional Administrations – the Analogy and its Limitations', in Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 479–498, at 480–481. 但也有人提出，这种观点是对第 6 条第 3 款的误解。该条款从未打算提供一个评估占领开始与结束的标准，而只是在占领仍然继续的基础上规定《日内瓦第四公约》何时终止适用或该公约的适用范围。《海牙章程》第 42 条以及《日内瓦第四公约》第 6 条第 3 款是两个不同的规定，涉及不同的具体而重要的事项。因此，第 6 条第 3 款不能被用作确定占领结束的参考。See Ferraro, 2012b, p. 149.

165 Yuval Shany, 'Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza afterIsrael's Disengagement', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 369–383, at 378. 确定占领开始与结束之标准的同一性也可从法学著作及军事手册中推导出来，因为它们都不区分用于评估占领开始或结束的标准，这暗示着适用于二者的标准是相同的。See Kolb/Vité, p. 150.

166 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 31–33; Ferraro, 2012b, p. 157.

167 相关规定取决于所保留的权限的性质。因此理论上，除了 1907 年《海牙章程》中基础性的第 43 条外，查明具体的规范是不可能的。

313 与之对立的观点则是不考虑占领法的某些相关规则在这类特殊情况下的适用，这可能鼓励占领国从全部或部分被占领土撤军，但仍保留某些远程行使的重要职责以规避人道法所施加的义务。[168]这种方法最终会使当地居民失去法律保护，与占领法的目的和宗旨背道而驰。

(四) 与占领概念有关的具体问题

1. 占领的地域范围

314 1907 年《海牙章程》第 42 条第 2 句表明，占领的地域范围与占领者对该领土建立并行使其权力的能力是相称的，这意味着被入侵领土的某些部分可能在占领者的有效控制之外，从而不被认为是被占领的领土。

315 共同第 2 条第 2 款确认了这种方法，因其明确提及部分占领的概念。结合《海牙章程》第 42 条，该方法否决了一个领土要么被完全占领要么根本未被占领的想法。这种方法没有考虑到可能情况的多样性。即便公认整个国家都能被占领，但第 2 条第 2 款仍阐明，占领可以局限于该国的某些部分。不过，《海牙章程》第 42 条和共同第 2 条第 2 款都没有准确划定占领的地理边界。根据人道法，不能排除即使是非常小的地方（如村庄或小岛）也可以被占领。[169]但在部分占领的情况下，查明被占领土的确切边界已证明十分复杂。[170]

316 这个难题的产生是因为，依据占领法，有效控制的概念不要求外国部队存在于被占领土的每一个角落。事实上，如果有这样的可能，即在一个相对合理的期间内派遣部队在有关地区全境彰显占领者的权力，那么通过把这些部队部署于被占领土的战略要地就可以行使有效控制。[171]如果部分领土已经落入外国军队的有效控制之下而其他部分仍在作战，或者外国部队在占据敌国领土方面可用的资源有限，这种情况就可能产生。如果占领军逐步撤离被占领土但保持对特定地区的有效控制，占领的地域范围也可能很难确定。

317 因此，视情况而定，占领的地域范围可能各不相同。[172]

2. 占领的时间范围

318 法律对确定占领有效建立是否有最低时限要求的问题尚未详细加以处理。

319 有人主张，一定量的时间是必要的，用以区分入侵阶段和占领。根据这种方法，占领意味着某种程度的稳定性，而且需要一些时间才能认为被争夺的地区已被外国部队牢牢占据，且由于外国部队未经同意即出现，当地统治者已实质上或完全无法行使其权力。[173]就这一点而言，一些专家主张，行使有效控制应持续一定量的时间才能认为在人道法意义上一个领土被占领且占领国能够依据占领法担负起相应的责任。[174]

---

168 Yuval Shany, 'Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 369–383, at 380–383. See also Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, *Bassiouni case*, Judgment, 2008, para. 12. But compare e.g. Dinstein, pp. 276–280, Michael Bothe, Cutting off electricity and water supply for the Gaza Strip: Limits under international law, preliminary expert opinion commissioned by Diakonia, 18 July 2014, p. 2, and ICC, Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, Article 53(1) Report, 6 November 2014, para. 16.

169 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, p. 24.

170 例如，见国际法院 2005 年在设置乌干达部分占领刚果民主共和国的地域范围时所遇到的难题（*Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 167–180）。

171 See United States, *Field Manual*, 1956, p. 139.

172 Dinstein, 2009, pp. 45–47.

173 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 38–40.

174 *Ibid*. p. 24.

320 但是，占领法没有为占领设置具体时限，且事实上对最短持续期间这一问题未作任何规定。[175]占领可能非常短暂，譬如只持续几周或几天。[176]入侵阶段和占领之间的过渡可能非常快，尤其在入侵部队未遇武装抵抗且有充足的资源能迅速对有关领土行使权力时。

321 依据占领法，为了确定占领已存在，有效控制的概念并不要求占领者能够承担起分派给它的所有责任。相反，它允许随着时间的推移逐步适用占领法。

322 占领法既包括积极义务也包括消极义务。消极义务直接适用，例如禁止将被保护人驱逐出被占领土，而绝大部分属于手段义务的积极义务，则要根据所行使的控制程度、占领初期阶段主要的制约因素以及外国部队可用的资源，随着时间的推移逐步履行。譬如在非常短暂的占领中，可期待占领者向居民提供饮水和食物等基本必需品，不驱逐被保护人，但不能期待占领者建立可行的教育或卫生制度，如果这样的制度在占领前就没有到位或者由于占领已崩溃的话。另一方面，须允许现存的制度继续发挥作用。换言之，占领国责无旁贷的义务与占领的期间相对应。如果占领持续，占领国就会承担越来越多的责任。[177]

3. 对国际地位不明之领土的占领

323 有人主张，《日内瓦第四公约》涉及被占领土的第三部第三编仅在国际法所定义的一个“国家”的境内适用。因此，只有一国已有效建立主权的领土才可能被视为被占领土。[178]

324 不过，这种主张违背了占领法的精神，也被判例法[179]和法学著述[180]所广泛否定。事实上，领土地位不明并不妨碍《日内瓦第四公约》之规则的可适用性，包括那些涉及被占领土的规则。就《日内瓦第四公约》的适用而言，其武装部队已对该领土建立有效控制的国家，本身在冲突爆发或未遇武装抵抗的入侵发生时不是该地的合法统治者就足够了。只要一个领土处于未被承认为该领土主权者的一个国家的有效控制之下，占领就存在。至于该领土是从谁手中夺取的都无所谓。被占领土居民不得因交战各方对有关领土的主权者有争议而丧失赋予他们的保护。[181]

325 这一解释——根据该解释，“占领”一词意味着涵盖一国占领国际地位有争议之领土的情况——反映在最近的国际判决中。正如国际法院在其 2004 年的咨询意见中所说：

> 第 2 条第 2 款的目的并非是要排除不在一个缔约方主权范围内的领土，从而限制第 1 款所界定的《日内瓦第四公约》的适用范围。其用意仅仅是要表明，即使在冲突期间实施的占领没有遇到武装抵抗，该公约仍然适用。[182]

---

175 Dinstein, 2009, p. 39：“对突袭的最长时间和交战占领的最短持续期间来说不存在严格的规则。”

176 厄立特里亚-埃塞俄比亚球场委员会曾支持这一立场：“如果在被敌国武装部队控制只有几天的的地区没有发生战斗，本委员会认为适用于被占领土的法律规则应当适用。”*Central Front, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2004, para. 57.

177 ICRC, Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, pp. 18 and 24–26.

178 这种观点以如下事实为其依据：1907 年《海牙章程》第三编题为“在敌国领土内的军事当局”，而且共同第 2 条第 2 款提到的是“缔约国”的领土，这个词已经被解释为指代一个稳定建立的国家。根据这种方法，属于一个不符合构成国家之法定标准的实体的领土不在共同第 2 条第 2 款所提到的“缔约国”一词的范围内。See Meir Shamgar, 'Legal concepts and problems of the Israeli military government: The initial stage', in Meir Shamgar (ed.), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967–1980: The Legal Aspects*, Vol. I, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 1982, pp. 31–43, and 'The observance of international law in the administered territories', *Israel Yearbook on Human Rights*, 1971, pp. 262–277.

179 For example, ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 95.

180 See Greenwood, 1992, pp. 243–244; Roberts, 1984, p. 283; Benvenisti, p. 4; Kolb/Vité, pp. 81–85; Dinstein, 2009, pp. 20–25; Bothe, p. 794; and Gasser/Dörmann, pp. 270–271.

181 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Central Front, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2004, para. 28.

182 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 95.

326 厄立特里亚-埃塞俄比亚求偿委员会在 2004 年采用了相同的方法，指出：

> 《海牙章程》认为被占领土是指实际上被置于敌军当局权力之下的一个敌对国家的领土，而“凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合”，1949 年《关于战时保护平民之日内瓦公约》都适用。然而这两个文本都没有说只有主权清晰和无争议的领土才能成为被占领土。[183]

327 任何其他解释都会导致不合理的结果，否则占领法的可适用性将取决于入侵国的主观考虑。因为对该国来说，只要援引相关领土有争议的国际地位以否定相关地区是被占领土就足够了，从而逃避其在占领法上应负的责任。

4. 代理人占领

328 在“传统的”占领中，占领国的武装部队会实际出现在被占领土。然而，诸如 20 世纪 90 年代在前南斯拉夫流行的那种情况已表明，即使不在现场部署自己的武装部队（由其国内法来界定），各国也可能通过代表它们行动的武装团体在另一国领土内行事。

329 正如上文所指出的，在部队对领土行使有效控制时占领即建立。根据人道法，对全部或部分外国领土的有效控制可以通过代理部队来实施，只要该部队在外国的全面控制之下。[184]因此，一国可全面控制另一国事实上的当地政府或其他有组织的当地团体而后者又能有效控制该国全部或部分领土时，就可被视为占领国。

330 国际法庭在不同判决中均支持了该理论的存在及其重要意义。譬如在“塔迪奇”案中，前南斯拉夫国际刑事法庭判定“事实上的外国机关或代理人的关系包括该外国仅通过当地事实上的机关或代理人的行为‘占领’某领土或在该领土内活动的那些情形”。[185]在“刚果领土上的武装活动”案中，国际法院也分析了乌干达是否已控制刚果武装团体。国际法院似乎已接受通过间接有效控制实施占领的可能性，但建立在该国对该武装团体或相关团体行使有效控制的基础之上。[186]

331 法学著作或军事手册很少涉及间接有效控制的概念。有人提出，如果间接有效控制已确定，要求敌国部队的军事存在这一标准就满足了。对当地实体（这些实体本身已有效控制了有关地区）行使全面控制使隶属于那些实体的个人成为该外国的“代理人”或“附庸”。对这些当地实体行使的这种控制反映出行使有效控制的团体与通过代理人行动的外国国家之间真实和有效的联系。[187]

332 在防止一国利用当地代理人规避其占领法上的责任而产生的法律真空方面，间接有效控制理论十分重要。

---

[183] Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Central Front, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2004, para. 29.

[184] 见关于对一个实体或武装团体行使全面控制的第 265-273 段。对该团体或实体行使全面控制的问题不同于该团体或实体是否对该领土行使有效控制的问题。

[185] ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 584.前南斯拉夫国际刑事法庭在“布拉什基奇”案中确认了这种解释，指出：

> 在这些飞地中，克罗地亚通过全面控制克罗地亚国防委员会的方式扮演了占领国的角色，它向该民兵组织提供支持并与其保持密切联系。与适用于确立国际性武装冲突的理由相同，克罗地亚对克罗地亚国防委员会实施的全面控制意味着在该民兵组织实施破坏活动时，波黑穆斯林的财产处于克罗地亚控制之下的被占领土内。

Blaškić Trial Judgment, 2000, para. 149.

[186] ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 160 and 177.

[187] 英国军事手册涉及到间接有效控制的问题：

> 在某些情况下，占领军可通过现有或新任命的本地政府间接开展行动……在这种情况下，尽管与军事占领的传统形式存在某些差别，但与军事占领有关的法律同样可予适用。法律义务、政策考量以及外部的外交压力都可以指向这一结论。

Manual of the Law of Armed Conflict, 2004, para. 11.3.1.

5. 多国部队的占领[188]

333 长期以来，占领法对多国部队（尤其是那些在联合国指挥和控制下的多国部队）的可适用性是被否定的。有人认为，他们在国际法上的特殊地位是基于联合国安理会给予的特别授权，其行动的利他性质，以及感觉上他们与当地居民之间不存在敌对，都是与军事占领的概念相矛盾的。[189]

334 不过，第一种主张混淆了诉诸战争权与战时法，其推理忽视了如下事实：占领法的可适用性是基于当时的事实和满足《海牙章程》第 42 条所规定之标准来确定的，不论分派给多国部队的任务为何。[190]

335 如同其他形式的武装冲突，如果满足了占领的条件，人道法中没有任何规定会妨碍将多国部队归类为占领者。[191]国际社会分派给多国部队的任务决不是让他们摆脱占领法的约束并避免成为占领者，同样也不会这样对待其他行为体。不过，如果在联合国指挥和控制下行动的多国部队正在执行联合国安理会根据《联合国宪章》第六章分派的任务，这样一支多国部队就不太可能满足占领者的标准。

336 最近一些多国行动的特点——尤其是未经东道国同意即部署多国部队或者多国部队被部署在政府当局垮台和国家基础设施瓦解的国家——进一步表明占领法在这种情况下作为一个法律框架的重要性，也表明确定人道法的这一分支何时以及怎样适用于多国部队的必要性。

337 确定占领状态的传统条件同样适用于多国部队；但主要的难点在于判定，在对一个领土实施有效控制的多国行动中，哪些参与者应被视为人道法意义上的占领者。对在一个国际组织指挥和控制下的多国部队而言，该国际组织原则上应被视为占领者。[192]

338 就各国领导下的多国部队实施的占领而言，这种确定尤其困难。[193]在行动中，参加这种多国部队的国家可能被分派给不同的任务。在对一个领土行使有效控制的多国部队中，确定哪些参加国可被归类为占领国，有两个选择。第一个选择是，分别对每一个部队派遣国根据占领的法律标准加以评估。在这种情况下，人道法要求，要界定为占领国，每个部队派遣国都需要在未经当地政府同意的情况下实地部署军队，并且能够代替倒台的当地政府对分配给它的那部分被占领土行使权力。

339 第二个选择是所谓的“功能性方法”。[194]根据这种方法，除了各自符合有效控制标准的国家以外，履行一般由占领国来完成且占领法具有相关性的职责和任务的其他部队派遣国，也应被归类为占领国。因此，正是这些部队派遣国的行动以及分派给它们的职责使其转变为占领国。

---

188 就本评注而言，关于多国部队的定义，见脚注 81。

189 Shraga, 1998, pp. 69–70.

190 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 33–34. 对这个问题的详细分析，见 Tristan Ferraro, ‘The applicability of the law of occupation to peace forces’, in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 133–156.

191 See Roberts, 1984, pp. 289–291; Christopher Greenwood, ‘International Humanitarian Law and United Nations Military Operations’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 3–34, at 28; Marco Sassòli, ‘Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers’, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 661–694, at 689–690; and Kolb/Porretto/Vité, p. 218.

192 Kolb/Vité, pp. 99–105. See also Benvenisti, p. 63 (with further references); Dinstein, 2009, p. 37. 当提到联合国指挥和控制下的部队由于部署的通常情况而作为占领者的可能性时，尽管一些人继续区分“维持和平”与“执行和平”，但依靠事实情况而不是赋予该行动的名称来得出结论是恰当的。

193 见第 248-252 段。

194 红十字国际委员会对 2003 年的伊拉克占领使用了这个方法；see Dörmann/Colassis, pp. 302–304; ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 34–35; and Ferraro, 2012b, pp. 160–162.

340 尽管功能性方法具有重要意义，不过考虑到各个部队派遣国所从事活动的广泛性，在实践中仍然很难区分它们的法律地位。尽管如此，在“公认的”占领国的命令或指示下执行任务势必会把占领国的地位赋予那些与占领国合作的国家，尤其是在这种任务对履行源于占领法的行政责任不可或缺时。[195]

341 此外，我们也应承认，占领国对被占领土的权利和义务已发展变化，其公认的全面管理者的角色——《海牙章程》第 43 条和《日内瓦第四公约》第 64 条所假定的那样——使其很难区分委派给占领者的核心任务（如执行法律和秩序）与其他不那么具有象征意义的任务，因为所有这些任务都是占领者分内的事项。因此，那些参加对一个外国领土行使有效控制的多国部队的国家，如果承担起一般由占领国履行的职责，就应当被视为占领国，这种假定似乎是存在的。不过，这种假定亦可推翻，例如一个部队派遣国将行动指挥权或部队控制权交给另一个参与多国部队的国家。

六、第 3 款：冲突之一方为非缔约国时公约的可适用性

342 共同第 2 条第 3 款涉及并不是所有成为冲突当事方的国家都是《日内瓦公约》缔约国的情况。在撰写本评注时，《日内瓦公约》已获得全球批准，这意味着上述情况应该很难发生。但是，可能形成新的国家（尽管很少发生）就意味着在国家地位和公约批准之间也许会存在偏差，如此一来这些规定可能会具有相关性。

343 相同的条款还规定于《第一附加议定书》的第 96 条第 2 款。

(一) 第 1 句：普遍参加条款的废除

344 第 2 条第 3 款的第 1 句是，“冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束”。这一句必须结合第 2 条的上下文进行整体解读，该条规定公约适用于两个或两个以上缔约国间发生的冲突。因此，在只有两个国家之间发生的冲突中，如果其中一个国家不是公约的缔约国（除非其“接受并援用”公约，因为它可能会根据第 3 款第 2 句这样做），从法律上说公约就不适用于该冲突，但实质义务仍然拘束各方，从某种程度上说它们反映了习惯国际法。

345 如今，如果一个冲突有三个当事方，但只有其中两个敌对的国家是《日内瓦公约》的缔约国，似乎很明显而且也没有必要去说明公约在这两个国家之间仍然适用。然而情况并非总是如此。事实上，根据 1906 年《日内瓦公约》以及 1899 年和 1907 年《海牙公约》中的一条规定，冲突的所有当事方都必须是公约的缔约国，公约才能适用。[196]这就是著名的普遍参加条款。1929 年修订 1906 年的公约时，基于第一次世界大战的经验，废除普遍参加条款被提上日程。[197]在对各种建议进行讨论后，1929 年通过了一条与第 2 条第 3 款近乎相同的规定。[198]1949 年时该规定毫无争议地被保留下来。

---

[195] See Roberts, 2005, p. 33, and Lijnzaad, p. 298.

[196] 见 1899 年《海牙第二公约》，第 2 条：

> 第一条所指章程各条款只对缔约国在它们之中两个或两个以上国家之间发生战争的情况下具有拘束力。
> 在缔约国之间的战争中，一俟一个非缔约国参加交战一方时，此章程的条款就失去拘束力。

另见 1907 年《海牙第四公约》第 2 条：“第一条所指章程及本公约各条款，应在缔约国之间，并且只有在交战各方都是缔约国时方能适用。”

[197] 第一次世界大战期间，严格说来 1906 年《日内瓦公约》从未在冲突各方之间生效，因为黑山不是该公约的缔约国；不过，它实际上被卷入冲突的所有国家适用并援引；see Paul Des Gouttes, ‘De l’applicabilité des Conventions de La Haye de 1889 et de 1907, ainsi que de celles de Genève de 1864 et de 1906’, *Revue internationale de La Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 1, No. 1, 1919, pp. 3–10.尽管大多数国家继续援引各公约并认为它们可适用，但由于第 24 条（普遍参加条款）的存在，有一个国家——美国，不认为自己受 1906 年公约的约束。结果，德国拒绝遣返被俘的美国医务人员。不过，美国后来显然改变了

346 对作为《日内瓦公约》（或《第一附加议定书》）一个非缔约国的共同作战者或盟友而参与多国行动的国家——不论它们的指挥结构是否协调——而言，该规定还具有特别的意义。在这种情况下，对所有其他同样受这些条约约束的国家来说，公约缔约国仍然受其义务的约束。

(二) 第 2 句：非缔约国对公约事实上的适用

347 第二次世界大战期间，作为冲突当事方的一些国家并非 1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的缔约国，这严重破坏了对战俘的保护。[199]在这方面，人道法条约和人权法条约之间存在重大区别：如果冲突一方不受《日内瓦公约》约束，与该方发生冲突的国家在与前者的关系上也不受公约的约束，即使该国是《日内瓦公约》的缔约国，而人权法条约在任何时候都对缔约国有约束力。[200]引入第 3 款第 2 句正是为了补救上述情况。

348 1949 年的外交会议期间，代表们讨论了这一条款各种可能的表述，包括要求冲突一方接受本公约约束并提供一段时间默许这种要求的可能性，以及最终被选择的更为务实的事实性方法。[201]

349 缔约准备资料表明，各国并不想让一个缔约国的义务仅取决于另一国的正式接受声明。所以，就双方完全遵守公约所设定的义务而言，一国以行动表明其接受并适用公约就足够了。[202]这种情况曾发生过多次，譬如 1956 年苏伊士运河危机期间。[203]相反，如果一个非缔约国明确拒绝接受公约约束，第 2 条第 3 款就不能使公约对任何一方生效。[204]

350 如今在实践中，《日内瓦公约》事实上适用的重要性在降低，因为这些公约已被普遍批准。此外，公约的规定一般还被视为习惯国际法的一部分。[205]

主要参考书目

Akande, Dapo, ‘Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts’, in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 32–79.

Arimatsu, Louise, ‘Beginning of IHL Application: Overview and Challenges’, in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 71–82.

Ascencio, Hervé, ‘La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l’affaire du génocide bosniaque’, *Revue générale de droit international public*, Vol. 111, No. 2, 2007, pp. 285–304.

立场。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 188, fn. 2.《海牙公约》直到 1917 年才生效，当时有几个不是上述公约缔约国的国家加入了冲突。

198 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 25 条第 2 款：“战时遇有一交战国并未参加本公约，则本公约的规定仍应在参加本公约的交战国之间具有拘束力。”

199 See Bugnion, pp. 169–170 and 176–194.在适用 1929 年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》时没有产生这个特殊问题，因为相较于战俘公约，它获得了更为普遍的批准。

200 不过在这种情况下，所有当事方仍受习惯法义务的约束。

201 *Final Record of the Diplomatic Conference of 1949*, Vol. II-B, pp. 53–55, and Vol. III, pp. 27–28.

202 *Ibid.* Vol. II-B, pp. 53–55.

203 Jean S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1975, p. 52. 在 1971 年印巴冲突期间，孟加拉当局明确表达了尊重《日内瓦公约》的意图；see ‘Activités extérieures’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 54, No. 637, January 1972, pp. 20–29, at 20.

204 在埃塞俄比亚与厄立特里亚之间发生的冲突中，厄立特里亚不接受《日内瓦公约》，不接受这些公约的约束。See Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia’s Claim*, Partial Award, 2003, paras 24–28.

205 See e.g. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, paras 79 and 82; Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea’s Claim*, Partial Award, 2003, para. 40; and *Prisoners of War, Ethiopia’s Claim*, Partial Award, 2003, para. 31.

Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, Princetown University Press, 1993.

Berman, Paul, 'When Does Violence Cross the Armed Conflict Threshold: Current Dilemmas', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 33–42.

Bothe, Michael, 'Belligerent Occupation', *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, pp. 64–66.

Cassese, Antonio, 'The *Nicaragua* and *Tadić* 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.

Clapham, Andrew, 'The Concept of International Armed Conflict', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 3–26.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Dinstein, Yoram, 'Comments on War', *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 27, No. 3, Summer 2004, pp. 877–892.

– *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009.

– *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edition, Cambridge University Press, 2011.

Dörmann, Knut and Colassis, Laurent, 'International Humanitarian Law in the Iraq Conflict', *German Yearbook of International Law*, Vol. 47, 2004, pp. 293–342.

Engdahl, Ola, 'Multinational peace operations forces involved in armed conflict: who are the parties?', in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and GroNystuen (eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 233–271.

Ferraro, Tristan, 'IHL applicability to international organisations involved in peace operations', in *International Organisations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, Proceedings of the 12th Bruges Colloquium, 20–21 October 2011, College of Europe/ICRC, Collegium No. 42, Autumn 2012, pp. 15–22. (2012a)

– 'Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, March 2012, pp. 133–163. (2012b)

– 'The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891, December 2013, pp. 561–612.

Fleck, Dieter, 'The Law of Non-international Armed Conflict', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 581–610.

Gasser, Hans-Peter and Dörmann, Knut, 'Protection of the Civilian Population', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 231–320.

Greenwood, Christopher, 'The Concept of War in Modern International Law', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 2, April 1987, pp. 283–306.

– 'The Administration of Occupied Territory in International Law', in Emma Playfair (ed.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 241–266.

– 'Scope of Application of Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2008, pp. 45–78.

Grignon, Julia, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Geneva, 2014.

ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Report of expert meetingedited and prepared by Tristan Ferraro, ICRC, Geneva, March 2012.

Kleffner, Jann K., 'Scope of Application of International Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 43–78.

Kolb, Robert, *Ius in bello : Le droit international des conflitsarmés, Précis*, Helbing and Lichtenhahn, Basel, 2003.

– *Ius in bello : Le droit international des conflitsarmés*, Précis, 2nd edition, Helbing and Lichtenhahn, Basel, 2009.

Kolb, Robert, Porretto, Gabriele and Vité, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

Kolb, Robert and Vité, Sylvain, *Le droit de l'occupation militaire : Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Brussels, 2009.

Koutroulis, Vaios, 'L'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Ouganda) : une lecture restrictive du droit de l'occupation?', *Revue belge de droit international*, Vol. 39, No. 2, 2006, pp. 703–741.

Kritsiotis, Dino, 'The Tremors of *Tadić*', *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 262–300.

Lijnzaad, Liesbeth, 'How Not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation', in Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek and Bahia Tahzib-Lie (eds), *Making the Voice of Humanity Heard*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 291–305.

Lubell, Noam, 'What does IHL regulate and is the current armed conflict classification adequate?', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 17–24.

Marouda, Maria-Daniella, 'Application of international humanitarian law in contemporary armed conflicts: Is it 'simply' a question of facts?', in Stelios Perrakis and Maria-Daniella Marouda (eds), *Armed Conflicts and International Humanitarian Law 150 Years after Solferino: Acquis and Prospects*, Bruylant, Brussels, 2009, pp. 201–244.

Milanovic, Marko, 'State Responsibility for Genocide', *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 553–604.

– 'State Responsibility for Genocide: A Follow-Up', *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 669–694.

– 'End of IHL Application: Overview and challenges', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 83–94.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, 'A taxonomy of armed conflict', in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Jus post Bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Okimoto, Keiichiro, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

Orakhelashvili, Alexander, 'Overlap and Convergence: The Interaction between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 2, 2007, pp. 157–196.

Partsch, Karl Josef, 'Armed conflict ', in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1992, p. 252.

Roberts, Adam, 'What Is a Military Occupation?', *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, No. 1, 1984, pp. 249–305.

– 'The End of Occupation: Iraq 2004', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1, January 2005, pp. 27–48.

Sassòli, Marco, '*Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*, The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 241–264.

– 'International humanitarian law and peace operations, scope of application *ratione materiae*', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4–6 September 2008, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 100–106.

– 'A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion: the case for the applicability of the Fourth Geneva Convention during the invasion phase', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, March 2012, pp. 42–50.

– 'The Concept and the Beginning of Occupation', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 1389–1419.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?* Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, p. 122.

Schindler, Dietrich, 'The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 163, 1979, pp. 117–164.

Schmitt, Michael N., 'Classification of cyber conflict', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17, No. 2, 2012, pp. 245–260. (2012a)

– 'Classification in Future Conflict', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 455–477. (2012b)

Shields Delessert, Christiane, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities: A Study of Article 118, Paragraph 1 of the 3rd Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1977.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

– 'The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4–6 September 2008, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 82-89.

– 'The Secretary General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Decade Later', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 39, 2009, pp. 357–377.

Talmon, Stefan, 'The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, No. 3, July 2009, pp. 493–517.

Venturini, Gabriella, 'The Temporal Scope of Application of the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 51–66.

Vité, Sylvain, 'Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, March 2009, pp. 69–94.

Voelckel, Michel, 'Faut-il encore déclarer la guerre?', *Annuaire français de droit international*, Vol. 37, 1991, pp. 7–24.

Zwanenburg, Marten, 'Is the law of occupation applicable to the invasion phase? Challenging the Pictet theory', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, March 2012, pp. 30–36. (2012a)

– 'International organisations vs. troops contributing countries: Which should be considered as the party to an armed conflict during peace operations?', *International Organisations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, Proceedings of the 12th Bruges Colloquium, 20–21 October 2011, College of Europe/ICRC, Collegium No. 42, Autumn 2012, pp. 23–28. (2012b).

第三条
非国际性之冲突

公约条文*

一、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：

（一）不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内，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有所歧视。

因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：

（甲）对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；

（乙）作为人质；

（丙）损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；

（丁）未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑。

（二）伤者、病者应予收集与照顾。

二、公正的人道团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。

三、冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力。

四、上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位。

*加注段落编号是为了便于引用。

保留或声明

无[1]

[1] 1949 年，阿根廷在签署日内瓦四公约时，对共同第 3 条作出如下保留（see United Nations Treaty Series, Vol. 251, 1956, pp. 372–375）：“……因此，本人应当在经批准的条件下以本国政府之名义签署日内瓦四公约，并作出如下保留：该四部公约的共同第 3 条是唯一一条应当适用于非国际性之武装冲突之场合的条款，且该条款旨在排除公约其他所有条款适用于此非国际性场合的可能性。”但是，1956 年，阿根廷在批准日内瓦四公约时并未正式承认此保留；See United Nations Treaty Series, Vol. 251, 1956, pp. 372–375. 1949 年，葡萄牙在签署日内瓦四公约时，对共同第 3 条作出如下保留（see United Nations Treaty Series, Vol. 75, 1950, p. 446）：考虑到对于“非国际性之冲突”的含义并没有实际上的界定，且倘若此用语仅指内战，又考虑到无法明确一国内部的武装叛乱究竟在何时才会被视为已经演变为内战，当第 3 条的各项条款可能与葡萄牙法律相违背时，葡萄牙在世界范围内处于其主权之下的所有领土内保留其不适用第 3 条的各项条款的权利。但是，1961 年葡萄牙在批准日内瓦四公约时撤回了此项保留（See United Nations Treaty Series, Vol. 394, 1961, p. 258）。

目　录

一、引言.....64
二、历史背景.....65
三、第 1 款：共同第 3 条的适用范围.....70
（一）引言.....70
（二）“非国际性之武装冲突之场合”.....72
1.非国际性武装冲突各方.....72
2.非国际性武装冲突的标准.....77
（三）适用的地理范围.....85
1.引言.....85
2.“国内”非国际性武装冲突.....85
3.不限于一国领土的非国际性武装冲突.....87
（四）属时适用范围.....92
1.引言.....92
2.非国际性武装冲突的开始.....92
3.非国际性武装冲突的结束.....92
4.非国际性武装冲突结束后共同第 3 条的继续适用.....94
四、第 1 款：共同第 3 条的约束力.....95
（一）冲突各方皆有义务遵守.....95
1.引言.....95
2.共同第 3 条对非政府武装团体的约束力.....95
3.共同第 3 条对多国部队的约束力.....96
（二）“最低限度应遵守下列规定”.....97
五、第 1 项：受保护的人员.....98
（一）引言.....98
（二）不实际参加战事之人员.....98
（三）放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去
战斗力之人员.....99
1.武装部队人员.....99
2.放下武器或失去战斗力.....100
（四）共同第 3 条与敌对行动.....101
（五）共同第 3 条对所有平民以及冲突一方自身武装部队的可适用性.....102
六、第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务.....103
（一）人道待遇义务.....103

1.引言.....103
2.人道待遇.....103
3.在一切情况下.....105
（二）禁止歧视.....107
1.引言.....107
2.歧视.....107
3.非不利区别.....108
七、第 1 项：共同第 3 条禁止的行为.....109
（一）引言.....109
（二）对生命与人身施以暴力，特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑.....110
1.对生命与人身施以暴力.....110
2.谋杀.....112
3.残伤肢体.....113
4.虐待.....115
5.酷刑.....118
（三）作为人质.....123
1.引言.....123
2.作为人质的定义.....124
（四）损害个人尊严，特别是侮辱与降低身份的待遇.....126
1.引言.....126
2.损害个人尊严的定义.....127
（五）具有必需之司法保障的正规组织之法庭的要求.....128
1.引言.....128
2.正规组织的法庭.....129
3.必需之司法保障.....130
4.非政府武装团体组建的法庭.....133
（六）性暴力.....134
1.引言.....134
2.共同第 3 条项下的禁止性暴力.....135
（七）共同第 3 条中的不推回原则.....136
八、刑事诉讼以外的拘留.....140
九、第 2 项：收集与照顾伤者、病者.....142
（一）引言.....142

（二）历史背景.....143
（三）讨论.....143
1.该义务的对象.....143
2.适用范围.....144
3.收集伤者、病者的义务.....146
4.照顾伤者、病者的义务.....148
5.收集和照顾伤者、病者的默示义务.....150
十、第 2 款：诸如红十字国际委员会（ICRC）等公正的人道团体提供服务.....152
（一）引言.....152
（二）历史背景.....153
（三）公正的人道团体.....154
1.引言.....154
2.红十字国际委员会.....155
（四）提供服务.....156
（五）可提供的服务.....156
1.人道活动.....156
2.保护.....157
3.救济/援助.....158
4.受益者.....159
（六）服务提供的对象.....160
（七）同意.....160
1.同意的要求.....160
2.不得任意拒绝同意.....160
3.准许和便利迅速和无阻碍通过的义务.....162
十一、第 3 款：特别协定.....162
（一）引言.....162
（二）历史背景.....163
（三）讨论.....163
十二、第 4 款：冲突各方之法律地位.....167
（一）引言.....167
（二）历史背景.....167
（三）讨论.....167

十三、刑事方面和遵守机制.....168
（一）引言..... 168
（二）非国际性武装冲突中的个人刑事责任.....168
（三）严重违反共同第 3 条作为战争罪.....171
（四）违反共同第 3 条的国家责任.....172
（五）预防措施和监督遵守的机制.....173
1.预防措施.....173
2.监督遵守的机制.....174
（六）非国际性武装冲突中交战报复的概念.....176
主要参考书目.....177
一、历史背景.....177
二、第 1 款：共同第 3 条的适用范围.....178
三、第 1 款：共同第 3 条的约束力.....182
四、第 1 项：受保护的人员.....183
五、第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务.....185
六、第 1 项：共同第 3 条禁止的行为.....186
对生命与人身施以暴力、谋杀.....186
残伤肢体.....187
虐待、酷刑及损害个人尊严.....187
作为人质.....189
性暴力.....190
不推回原则.....192
七、刑事诉讼以外的拘留.....192
八、第 2 项：收集与照顾伤者、病者.....193
另见对《日内瓦第一公约》第 12 条之评注的主要参考书目.....193
九、第 2 款：诸如 ICRC 等公正的人道团体提供服务.....194
十、第 3 款：特别协定.....197
十一、第 4 款：冲突各方之法律地位.....199
十二、刑事方面和遵守机制.....199

一、引言

351 1949 年日内瓦四公约的通过带来了国际人道法诸多重要的发展，而共同第 3 条就是其中尤为突出的一项突破。在各公约中加入这一条表明，这是有史以来第一次各国同意在国际性条约框架内对所谓“非国际性之武装冲突”进行规制。[2]在以往，这类情势一直被视为是国家的专属内政。而共同第 3 条就是最早出现的针对此类情势的国际法规则之一。在四部《日内瓦公约》中，均规定有这样一个相同的条款。[3]

352 在随后的几十年中，共同第 3 条的重要性得到了证明。尽管国际性武装冲突仍旧不时发生，但是近年来爆发的大部分武装冲突在性质上均属于非国际性武装冲突，且其造成的苦难并不亚于国际性武装冲突。[4]

353 自 1949 年以来，关于非国际性武装冲突的法律得到了相当发展。各国通过了调整非国际性武装冲突的其他各种条约，尤其是 1977 年《第二附加议定书》，以及诸多适用于非国际性武装冲突的其他文件。[5]此外，红十字国际委员会（ICRC）关于习惯国际人道法的研究也明确了一系列适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规则。[6]

354 即使已经有了这些发展，共同第 3 条仍然是人道法条约中调整非国际性武装冲突的核心条款。作为得到广泛批准的 1949 年日内瓦四公约的一部分，共同第 3 条是唯一一条在全世界范围内具有约束力和规制所有非国际性武装冲突的条款。相对而言，《第二附加议定书》尚未得到广泛批准，而且其适用范围更加有限。不过，共同第 3 条既有的适用条件并没有因《第二附加议定书》而得到改变。[7]

355 与日内瓦四公约中调整国际性武装冲突的条款数量和详细程度相比，共同第 3 条显得简短，表述得笼统概括。

356 在 1949 年的外交大会上，共同第 3 条就已经被视为是针对非国际性冲突的“微型公约”。[8]此后，由于其所具有的根本性，共同第 3 条被认为是一项“最低标准”，在所有武装冲突中均有约束力，并反映了“最基本的人道考虑”。[9]

---

[2] 除非另有特别注明，第 3 条所调整的武装冲突大体上是指“非国际性武装冲突”；该用语的含义将在第三节中讨论。

[3] 日内瓦四公约“共同”第 3 条的案文基本是一致的，唯一的不同之处在于，第二公约规定的是“伤者、病者及遇船难者”，而第一、第三和第四公约则规定的是“伤者、病者”。

[4] 关于从国际人道法和其他学科的视角进行多角度考察的问题，see e.g. Stuart Casey-Maslen (ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2013*, Oxford University Press, 2014, pp. 26–32 and 35–233, and Lotta Themnér and Peter Wallensteen, ‘Patterns of organized violence, 2002–11’, *SIPRI Yearbook 2013*, Oxford University Press, 2013, pp. 41–60.

[5] 例如，见 1954 年《保护文化财产的海牙公约》第 19 条；1996 年《经修正的对 1980 年<常规武器公约>的第二号议定书》第 1 条第 3 款；1997 年《关于禁止杀伤人员地雷的公约》；1999 年《<保护文化财产的海牙公约>的第二议定书》第 22 条；2000 年《<儿童权利公约>关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》；2000 年《修正 1980 年<常规武器公约>第一条》（使公约及其议定书可以适用于非国际性武装冲突）；and 2008 年《集束弹药公约》。

[6] Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* and *Volume 2: Practice*, ICRC/Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1. 1995 年第 26 届红十字与红新月国际大会在日内瓦通过决议，采纳 1995 年“保护战争受害者问题政府间专家组”会议的第二号建议，委派 ICRC 着手准备此项研究。

[7] 日内瓦四公约及其《附加议定书》目前的地位可参见 https://www.icrc.org/ihl. 关于共同第 3 条和《第二附加议定书》适用范围的比较，见本评注第三节第（二）小节，以及对《第二附加议定书》第 1 条和第 2 条的评注。

[8] See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 326. 在当时的外交大会中，该表述被用以形容最终成为共同第 3 条的相应草案的简明性和独立性，以便与该次外交大会所考虑的其他草案起草方法相区别，这些其他方法会使得日内瓦四公约的某些条款本身也可以适用于非国际性武装冲突。另见第二节。

[9] See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219.

二、历史背景

357 非国际性武装冲突并非新现象，早在 1949 年共同第 3 条第一次对其进行调整之前的很长一段时间里，国际性或非国际性的暴力就已在长期影响和塑造着人类的历史了。[10]

358 但是，第一部《日内瓦公约》，即 1864 年的《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》，只针对国家间的武装冲突，更确切地说只针对“战争”，[11]其后续的修正文本和其后相继通过的与人道关切相关之问题的公约也沿用了此做法。[12]这反映了当时人们对战争的理解，即开始或发动战争行使的是国家才享有的主权权力这种特权，因此由国际法来进行调整是合适的。反之，并非基于此种特权而发动的暴力被认为不适合受这些规则的约束。[13]倘若将其视为“战争”并受到国际法的调整，将会过度地抬高这些暴力实施者的地位。[14]

359 但是，这并不意味着在 1949 年共同第 3 条通过之前，人们没有意识到需要对涉及非政府武装团体的暴力行为的某些方面进行调整。[15]例如，1928 年《在内乱期间的国家之权利和义务公约》规定了一国处于内乱时另一国应遵守的规则。[16]此外，处于国内武装暴力的国家偶尔也会与非国家当事方缔结临时协定，[17]或者颁布专门针对己方武装部队的单方面命令，这其中最著名的一个例子是 1863 年的《利伯守则》。[18]

360 另外，在 19 世纪，承认交战团体的概念开始得到发展。[19]这一概念承认一些非国家当事方具有发动一场足以影响第三国利益的“战争”这一事实上的能力，即使其在法律上并没有这样的能力。[20]承认交战团体使得某些原本仅调整国家间“战争”的国际法可以适用于某些涉及到非国家当事方的武装冲突中，这些国际法包括交战团体与中立国之间的中立法以及交战国之间的战争法规和惯例。[21]只要该武装冲突满足某些条件，[22]第三国将被“允许”（在一些学者看

---

10 关于那些跨越几个世纪和跨文化的被视为是国际性或非国际性的暴力情势的详细讨论，见 Neff。

11 关于国际法中“战争”观念的详细讨论，见对共同第 2 条的评注，第四节。

12 见 1899 年《海牙第三公约》；1906 年《日内瓦公约》；1907 年《海牙第五公约》；1929 年《关于伤者和病者的日内瓦公约》；和 1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》。另见 1868 年《圣彼得堡宣言》和 1899 年和 1907 年《陆战法规和惯例章程》。

13 See e.g. Moir, p. 3, and Sivakumaran, 2012, p. 9.

14 See e.g. Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 261–262, and Sivakumaran, 2012, p. 9.

15 See e.g. the work of Emer de Vattel, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Slatkine Reprints/Henry Dunant Institute, Geneva, 1983, Book III, Chapter XVIII, paras 287-296.（号召内战各方遵守已经确立的战争法，以避免内战升级为野蛮行径。）

16 另见国际法研究院于 1900 年在瑞士纳沙泰尔会议上通过的两项决议：Resolution I, Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile; and Resolution II, Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection.

17 See e.g. Sivakumaran, 2012, pp. 25–28.

18 1863 年的《利伯守则》是美国南北战争期间由亚伯拉罕·林肯颁布的用于约束北方联盟军队的军事命令规则。

19 On this concept, see e.g. Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 263–264; Moir, pp. 4–18; and Sivakumaran, 2012, pp. 9–20.

20 See e.g. Oppenheim, pp. 92–93.

21 See Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 262, with reference to Neff, p. 251, 文中指出渴望适用中立法是推动交战承认发展的决定性因素。

22 See e.g. Oppenheim, p. 93, para. 76:
任何国家均可以承认某些叛乱团体是交战团体，只要：（1）他们占据了合法政府的一部分领土；（2）他们建立了自己的政府；（3）他们依据战争法规和惯例与合法政府进行武装对抗。
另见国际法研究院 1900 年在纳沙泰尔会议通过的第二项决议第二项决议是《发生叛乱运动情况下外国针对处理叛乱而设立并得到承认的政府的权利和义务规章》，第 8 条。See further Lauterpacht, 1947, pp. 175–176, and 1952, pp. 249–250 with additional considerations.

来甚至是“被要求”）[23]承认冲突的非国家当事方是“交战团体”，由此触发中立法的适用。[24]

361 不过，由第三国承认交战团体将不会对冲突各方之间的关系产生任何法律后果，既不会使战争法规和惯例在他们之间生效，也不会使发生冲突的国家一方有承认其国内反对派为交战团体的法律义务。[25]国家一方可以自由决定是否承认其国内的反对派为交战团体；只有当国家决定承认交战团体时，国际法才具有可适用性，武装冲突才会受到关于战争的国际法规和惯例的调整。[26]但是，一旦冲突结束，虽然叛乱团体已经被承认为交战团体，但并不能阻止获胜的国家一方将其视为叛国者并对其适用国内刑法，因为通过承认而获得的交战团体的资格已经因为其战败而被剥夺。[27]在实践中，除了少数一些例外情形外，[28]国家通常不愿意利用有关承认交战团体的法律文件，因为这等于说，它们需要承认在其境内存在可以、甚至是要求适用国际法的情势，而且会提高境内反叛者的法律地位。而且，第三国通常也不愿意承认他国境内的反叛者为交战团体，因为这可能冒犯这些国家，第三国也会倾向于不使自己受到中立法的限制。[29]

362 起初，ICRC 同样犹豫是否将非国际性武装冲突作为一项国际人道关切的事项。[30]但是，考虑到实地经验，ICRC 已经清楚意识到，在非国际性武装冲突情形下，需要有类似于 1864 年《日内瓦公约》那样的合适规则。[31]1912 年，一些国家的红十字会向第九届红十字国际大会提交了两份关于在“内战”和“叛乱”情形下红十字会作用的报告，[32]但受到了一些国家的强烈反对，最终这些报告没能得到详细讨论和投票。[33]

363 不过，1921 年，第十届红十字国际大会仍然通过了一项决议，该决议主要针对“内战”局势期间

---

[23] See Lauterpacht, 1947, pp. 175–176, and 1952, pp. 249–250. 不过，这并不是一种广泛采纳的观点。

[24] See Oppenheim, p. 69, and Lauterpacht, 1952, p. 209. 关于武装冲突的国家一方，“在任何情况下合法政府有权宣布交战团体的地位和由此产生的交战权利”；see Lauterpacht, 1952, p. 249, fn. 4, with further considerations.

[25] See e.g. Oppenheim, pp. 69 and 366, see also Lauterpacht, 1947, pp. 246–247, with further considerations, and 1952, pp. 251 and 209–210.

[26] 另外，武装冲突的国家一方在第三国之间的关系上开始受中立法的约束，尽管此时第三国既不会因为国家一方承认非国家一方为交战团体而因此受到中立法的约束，也不会因为国家一方承认非国家一方为交战团体而导致第三国也有承认的义务；see e.g. Oppenheim, pp. 69 and 366, and Lauterpacht, 1947, pp. 246-247, with further considerations. See also Sivakumaran, 2012, pp. 15-16, with further references.

[27] See Oppenheim, pp. 69–70, and Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 264. 另见 1863 年《利伯守则》第 154 条：“在战场上依据战争法规和惯例对待叛军不会阻碍合法政府以叛国罪审判叛军领袖，也不会阻碍合法政府以叛国罪对待他们，除非他们被大赦。”

[28] 经常被讨论的一个例子是在美国南北战争中南方的邦联被承认为交战团体；see Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 264, and Sivakumaran, 2012, pp. 17-19.

[29] See Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 264, and Duculesco, p. 126.

[30] 为了研究执行亨利·杜南在《索尔费里诺回忆录》中的建议，“日内瓦公共福利协会”建立一个小组委员会（ICRC 的前身），该小组委员会的第二次会议纪要指出：

> 首先，委员会在其意见中同意，内战当中不应采取任何行动，且委员会应只关注欧洲发生的战争。从这几年的经验可知，福利计划一旦得到广泛通过和建立，毫无疑问将会以多种方式拓展到其他地区，但是目前我们应当限制在欧洲国家之间的大规模冲突当中。

Reproduced in *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Supplement, Vol. II, No. 3, March 1949, p. 130.

[31] See Moynier, p. 304, and Ador/Moynier, pp. 168–169.

[32] 美国红十字会提交了名为《内战或叛乱情况下红十字会的作用》的报告，古巴红十字会提交了名为《一国处于内乱情况下红十字会可以在不丧失中立的情况下在交战者之间采取的措施》的报告；see American Red Cross, *Neuvième Conférence Internationale de la Croix-Rouge tenue à Washington du 7 au 17 Mai 1912, Compte Rendu*, Washington, 1912, pp. 45–49.

[33] See *ibid*. pp. 45 and 199–208. 例如，有一个国家的代表团指出，红十字会为“叛乱团体”或“革命党”提供每一项直接或间接的服务必然会被该国视为“不友好的行为”。

的人道关切。[34]尽管该决议是一份无拘束力的文书，但是确实确认了在内战及社会和革命动荡中红十字会的权利和义务。该决议承认内战或者动乱中的所有受害者无一例外均有权获得与红十字一般原则相符的救济。[35]

364 1921 年决议所迈出的重要一步在 1938 年再次得到了确认，此时正是西班牙内战期间，第 16 届红十字国际大会通过了一项更进一步的决议，请求 ICRC 利用其实践经验，继续对内战引发的关于红十字方面的问题进行一般研究，并将其研究成果提交下一届红十字国际大会。[36]

365 第二次世界大战的爆发使得原本应当在 1942 年召开的红十字国际大会未能如期召开。战争结束之后，考虑到西班牙内战和希腊内战的经验，ICRC 重新思考非国际性武装冲突中的人道问题，并将其作为 1929 年两项《日内瓦公约》和 1907 年《海牙第四公约》的修订工作的一部分，同时这也是起草新的关于战时保护平民的公约这项工作的一部分。

366 1946 年，ICRC 召开了“研究各公约以及与红十字相关的诸多问题的各国红十字会预备会议”。针对 1929 年《关于伤者病者的日内瓦公约》的修订，ICRC 建议“在一国境内发生内战的情况下，在遵守相互性原则的基础之上，应当请敌方宣布其已经做好适用该公约之原则的准备”。[37]

367 该次预备会议采取了更直接的方法，用推定适用取代了 ICRC 草案中相互性这一适用条件。其建议，在公约的开头加上一条来界定公约的适用范围，其中包含如下条款：

> 当一国境内发生武装冲突时，敌对的每一方都应适用本公约，除非其中一方明确表示相反的意图。[38]

368 预备会议还考虑到，“面对世界舆论，没有任何国家或叛乱机构敢于冒险去宣称其有漠视人道法的企图，因为后者的价值和基本性质已得到公认”。[39]就 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》而言，预备会议认为，“在原则上，公约的规定……应当适用于内战的情形”。[40]

369 1947 年的政府专家会议讨论了这些提议。就 1929 年两项《日内瓦公约》和关于平民的新公约草案而言，与会者同意在一项条款中再次加入相互性的适用条件：

> 当发生内战时，缔约国应将本公约的原则同等适用于其本土或殖民地的任何部分，只要敌方也同样遵守此公约。[41]

---

[34] 10th International Conference of the Red Cross, Geneva, 1921, Resolution XIV, Guerre Civile, reproduced in *Dixième conférence internationale de la Croix-Rouge tenue à Genève du 30 mars au 7 avril 1921. Compte rendu*, Imprimerie Albert Renaud, Geneva, 1921, pp. 217–218.

[35] *Ibid*. Section entitled ‘Résolutions’, paras 4–6.

[36] 16th International Conference of the Red Cross, London, 1938, Resolution XIV, Role and Activity of the Red Cross in Time of Civil War, reproduced in *Sixteenth International Red Cross Conference, London, June 1938, Report*, p. 104.

[37] *Report of the Preliminary Conference of National Societies of 1946*, p. 15.

[38] *Ibid*.

[39] *Ibid*.

[40] 同上，第 70 页。此外，关于特定的红十字问题，预备会议“希望将下列活动写入公约当中：……在内战的情形下，红十字会应当被授权将其救助工作扩展到所有的伤者，而不区分其可能属于哪一方”；同上，第 105 页。

[41] *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, p. 8.（修订《关于伤者病者的公约》所通过的案文）与《关于战俘的公约》的修订版以及新的《关于保护平民的公约》的用语相比较，其段落文字略有不同，但实质内容是一致的；see also pp. 103 and 271. 重新插入“公约的原则”的表述是接受了某个代表团的建议而做出的；See *Minutes of the Conference of Government Experts of 1947*, Vol.II-1, Commission I, pp. 5–6. 政府专家会议通过的文本修改了“内战”一词（1946 年预备会议通过的文本使用的是“武装冲突”）。See *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, pp. 9 and 270.

370 在筹备 1948 年于斯德哥尔摩举办的第 17 届红十字国际大会时，ICRC 随后起草了如下内容，它们将作为第 2 条第 4 款列入经修订的公约或新制定的公约：

> 在非国际性之武装冲突的场合，尤其是可能发生在一个或者多个缔约国领土上的内战、殖民冲突或者宗教战争中，敌对之各方有义务执行本公约的原则。公约在这些情形下的适用完全不依赖于冲突各方的法律地位，且不影响其法律地位。[42]

371 ICRC 的草案排除了相互性的适用条件，是考虑到它可能“导致这一条文变得没有价值，因为某一当事方可能总会声称对方没有遵守公约的某些特定条款”。而对冲突各方法律地位作出明确阐释，也是 1947 年政府专家会议期间接受一个代表团建议的结果。[43]

372 以此为基础，斯德哥尔摩大会为修订 1929 年《关于伤者病者的日内瓦公约》和 1907 年《海牙第四公约》通过了第 2 条第 4 款草案：

> 在一个或者多个缔约国领土内可能发生非国际性之武装冲突的所有场合，敌对之各方有义务执行本公约的条款。公约在这些情形下的均应适用，无论冲突各方的法律地位为何，也不影响其法律地位。[44]

373 至于修订 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》的修订工作以及制定新的关于战时平民保护的公约，斯德哥尔摩大会纳入了相互性的适用条件：

> 在一个或者多个缔约国领土内可能发生非国际性之武装冲突的所有场合，敌对之各方有义务执行本公约的条款。只要敌方在行动时也同样遵守这些条款。公约在这些情形下的均应适用，无论冲突各方的法律地位为何，也不影响其法律地位。[45]

在战俘公约草案和平民公约草案中加入相互性的适用条件源自这样一个主流的观点，即关于伤者、病者及遇船难者的各个公约的人道性质虽支持在非国际性武装冲突中适用其规定，甚至无需相互性，但在战俘公约和新的平民保护公约中，并非所有的条款都具有相同的性质，例如尤其是涉及保护国的条款。[46]此外，ICRC 的草案中关于非国际性之武装冲突的列举（“尤其是内战、殖民冲突或者宗教战争中”）被删去，其根本原因是，规定得越细，越有可能削弱该条款，并且某个情势是否是武装冲突与发生该情势的动机无关。[47]

374 1949 年初，ICRC 为准备当年晚些时候在日内瓦举行的外交大会，向各国散发了关于公约草案的大量评论和建议。对于 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》的修订草案以及关于战时保护平民的新公约草案，ICRC 强调了其意见，即在这两个公约中“最好删去‘只要敌方在行动时也同样遵守这些条款’这一表述”。[48]

---

[42] *Draft Conventions submitted to the 1948 Stockholm Conference*, pp. 5, 34–35, 52, 153 and 222.

[43] *Ibid*. p. 6.

[44] See *Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, pp. 10 and 32.将条款中的“本公约的原则”改为“本公约的条款”，是为了调和英文和法文的案文。ICRC 提交至斯德哥尔摩大会的提案原文为法文，其用语为“本公约的条款（dispositions de la présente Convention）”，但英文文本却错误地将其翻译为“原则（principles）”。See *Minutes of the Legal Commission at the 1948 Stockholm Conference*, p. 46.

[45] 见同上，第 51–52 及 114 页。着重号省略。

[46] See *Minutes of the Legal Commission at the 1948 Stockholm Conference*, pp. 48–57 and 64. 关于支持在这些公约中规定相互性的适用条件的所有代表团的观点总结，See *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, pp. 37–38.

[47] See *Minutes of the Legal Commission at the 1948 Stockholm Conference*, pp. 36–45 and 64.

[48] See *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, pp. 36–38 and 68, *inter alia*, noting at 38:

375 在外交大会上，正如之前因此发生的争论一样，如何调整“非国际性之武装冲突”成为谈判桌上最棘手的议题之一。

376 在联合委员会对第 2 条草案进行一读时，各国立场的分歧就已经开始显现。[49]一些国家反对在新公约中规定任何调整非国际性武装冲突的条款，而其他一些国家则支持对所有的非国际性武装冲突进行规制。另外一些国家则虽然同意应当有某些调整，但主张这样的调整应严格局限在特定的情势中。[50]

377 因此，大会又设立了一个特别委员会，其任务是寻求一个能调和各方意见的条款。当各国就最基本的问题达成一致，即同意各个新公约均应当以某种方式对非国际性武装冲突进行调整之后，特别委员会将其工作重心转移到下列两个选项当中：

1. 将各个公约的全部条款适用于非国际性武装冲突的特定情形；或者

2. 仅将各个公约的某些条款适用于所有的非国际性武装冲突。[51]

378 为了研究上述两个选项，特别委员会设立了一个“工作组”。[52]工作组在提交的第一份草案中设想，将各个公约的全部条款（除保护国条款之外）适用于严格界定的非国际性武装冲突的情形；倘若不存在这些类型的武装冲突，则仅能大体上适用公约的“基本人道原则”。[53]不过，无论是赞同对非国际性武装冲突进行调整的国家，还是反对进行调整的国家，都不支持这项提案。[54]

379 基于收到的反馈，工作组提交了第二份草案。这份草案分为两部分，一是 1929 年两项《日内瓦公约》和 1907 年《海牙第四公约》，[55]二是关于战时保护平民的新公约。[56]

380 这些草案再次促使一些国家提出了修正草案。[57]其中，法国建议，放弃“将各个公约的全部条款（除保护国条款之外）适用于严格界定的非国际性武装冲突的情形；倘若不存在这些类型的武装冲突，则仅能大体上适用公约的‘基本人道原则’”的方法。法国提出的草案是在保护

正如到目前为止 ICRC 在其关于公约草案的评论所指出的，也正如一个国家红十字会最近所评论的，ICRC 想要强调的是，如果这段中写入了相互性条款，那么公约在内战中的适用可能就完全没有意义了。冲突中的其中一方可能总会声称敌方没有遵守公约这样或那样的规定，尤其是在内战这种性质的战争中这么做实在太容易了。

49 See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 9–15. 联合委员会将三个由大会设立的委员会联合起来，分别讨论以下问题：伤者病者公约草案和海上公约草案；战俘公约草案；关于平民的新公约草案。联合委员会收到的工作任务是讨论这些草案中的共同条款。

50 See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 16 and 26.

51 见同上，第 122 页，进一步指出，“这两种方法并未相互排斥，而且，也有可能在四个公约中用不同的方法解决这个问题，这增加了解决方法的数量”。另见下文，第 76 页。

52 See *ibid*. pp. 45 and 122.

53 See *ibid*. pp. 46–47 and 124, Annex A.

54 见同上，第 47–50 页。就草案而言，ICRC 的代表指出，“在他看来，工作组起草的案文可能无法适用于近期发生的任何一场内战。因此，这项案文不能反映新近局势的发展情况”（同上，第 47–48 页）。

55 See *ibid*. pp.76–77 and 125, Annex B.

56 See *ibid*. pp. 76–77 and 125, Annex C.

57 见同上，第 77–79 及 122–123 页。特别委员会向联合委员会提交的第七份报告对代表们关于第二份草案案文的回应做了如下汇总：

> 对于工作组的第二份草案最主要反对意见是，倘若将非国际性武装冲突细分为两类，那么在每一次内战、殖民战争或其他战争的开始阶段都将会出现漫无止境的讨论，争论其究竟属于哪一种类别；公约也没有规定哪些机构具有管辖权，以判断在特定情形中公约的完整适用条件是否得到了满足；实际上，此类判断将会由合法政府自由裁量；且这些条件将很少能被满足。（同上，第 123 页）

平民公约的序言部分加入一些规定，[58]在这些条款中，提及一部分数量有限且明确的人道法规则，以使其可以适用于所有类型的非国际性武装冲突。[59]

381 第二工作组由此成立，专门研究法国的提案。[60]工作组把一份在四个公约中都有规定的文本草案提交给特别委员会，这份文本草案为最后通过的文本奠定了基础。[61]

382 在特别委员会的会议中，有相当数量的修正提案都进行了表决，[62]其中的一项案文被成功提交至联合委员会，其行文与最终通过的共同第 3 条几乎完全一致。[63]联合委员会还考虑了其他进一步的草案，其中包括前苏联代表提交的一项案文，主张只要是基于基本的人道目的，所有类型的非国际性武装冲突都应当适用日内瓦公约的规定。[64]最后，由特别委员会提交至联合委员会的案文在表决中获得了多数票，被采纳为新草案的第 2 条第 1 款，并被提交至全体大会。[65]

383 在全体大会的最终表决中，第 2 条第 1 款草案以 34 票赞同、12 票反对和 1 票弃权得以通过。[66]一同通过的还有其他条款，因此第 2 条第 1 款草案最终的位置是日内瓦四公约的共同第 3 条。[67]

三、第 1 款：共同第 3 条的适用范围

（一）引言

384 共同第 3 条没有就其适用范围提供一个详细的定义，也没有包含一套判断其旨在适用之情形的标准。它仅仅规定了“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合”，冲突各方都必须遵守相关规定。

385 这一看似简单的表述是共同第 3 条谈判历史的结果。[68]在 1949 年的外交大会上，各方立场千差万别，有的认为，一国在其主权范围内对武装暴乱做出反应是国家的权利，因此反对国际法对这一权利施加任何限制；而有的则决心要将非国际性武装冲突在最大程度上纳入国际法的管辖范围。因此，必须找到一种妥协的方案。摆在各国面前的选择有两个：一是将受公约约束的情形限定在一些指定的非国际性武装冲突类型中，二是限制适用于非国际性武装冲突的规则的数量，并确保这些规则能够适用于多种情形。各国最终选择了后者，同时为冲突方就允许适用更多的公约规则达成特别协议预留了空间。[69]

---

[58] 在联合委员会的早期讨论中，以及在设立第一工作组之前的特别委员会的早期讨论中，意大利代表也提过建议；见同上，第 13 和 40 页。

[59] 法国提案的案文见同上，第 123 页。法国提案中的序言草案最初是在 1948 年斯德哥尔摩大会的平民保护公约草案中提出的。See *Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, p. 113. ICRC 随后提交了一个类似的序言案文，以便将其置入所有的四个公约当中，See *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, pp. 8, 26, 36 and 67（附有一个平民保护公约的替代案文草案）。外交大会最终决定日内瓦四公约不设置实质性的序言；但是，序言草案的实质内容最终成为了共同第 3 条。详见对本公约序言的评注，第二节。

[60] See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 79.

[61] See *ibid*. pp. 82–83 and 125–126.

[62] See *ibid*. pp. 83–84, 90, 91 and 93–95.

[63] See *ibid*. pp. 101 and 126, Annex E.

[64] See *ibid*. pp. 97–98 and 127.

[65] See *ibid*. pp. 34–35 and 36–37.

[66] See *ibid*. p. 339.

[67] See *ibid*. Vol. I, pp. 383–385.

[68] 详见第二节。

[69] 《日内瓦外交大会最后文件（第二卷下）》，第 122-123 页；另见第 46-50 页，第 76-79 页及 122-125 页。

386 然而，各方同意的措辞却并不能解决共同第 3 条一直存在的适用范围问题。在这一点上，故意省去细节有助于国家接受共同第 3 条。但对其适用范围作出澄清却十分重要，因为确定一个局势是否是非国际性武装冲突将产生重大后果。为此，需要注意的是，将《第二附加议定书》第 1 条中“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它类似性质的行为”定性为“非武装冲突”，对于理解共同第 3 条来说，也是准确的。[70]

387 当有组织的冲突方与另一方发生达到一定强度的暴力时，这种局势便超过了“非国际性武装冲突”所要求的最低标准。这些都需要基于事实作出判断。

388 如果一个暴力局势构成了非国际性武装冲突，那么就应当适用共同第 3 条及其他适用于非国际性武装冲突中的人道法规定，这将能够保证冲突各方负有国际法上的义务，为冲突的受难者提供基本的保护，并遵守交战规则。[71]重要的是，人道法约束的是所有冲突方，无论是国家还是非国家实体。[72]因此，适用共同第 3 条，以及其他经过专门发展用于处理非国际性武装冲突现实的人道法规定，对冲突受难者的生存、健康和尊严具有至关重要的意义。

389 尽管共同第 3 条的一些规定限制或禁止非国际性武装冲突中的伤害行为，但这一条款本身却没有就交战行为作出规定。然而，当共同第 3 条应当适用的时候，其他包括与敌对行为有关的非国际性武装冲突中的人道法规则也应当适用。因此，虽然确定共同第 3 条适用范围可能存在的界限没有明显的必要，但仍然需要记住，适用于武装冲突的规则只适用于存在这种冲突的情形。[73]

390 因此，也就不能轻易断定或否定满足“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突”最低标准这种情形的存在。人道法标准必须只适用于武装冲突，这是它们产生并发展的目的，并谨慎地平衡着军事必要和人道需求。

391 对共同第 3 条范围的认定不仅回答了暴力局势是否达到了非国际性武装冲突门槛的问题，它还有另外一个目的：确定国际性和非国际性武装冲突的区别。虽然自 1949 年以来适用于非国际性武装冲突的公约或习惯国际人道法已经有了长足发展，但调整国际性武装冲突的人道法中仍有一些重要元素，在非国际性武装冲突法中没有对应规定。特别是，适用于非国际性武装冲突的人道法没有战俘地位的规定，也没有与占领法相对应的规定。因此，国际性和非国际性武装冲突的区分也将一直具有重要意义。

392 应当指出的是，国际法上不存在一个中央机关负责把某个局势界定或归类为武装冲突。各国和冲突各方需要自行决定其开展军事行动时可适用的法律框架。对 ICRC 而言，它要对事实做出独立的判定并对局势进行系统地归类以便开展工作。ICRC 要依据《日内瓦公约》履行其职责，这是一项固有的任务，也规定于《国际红十字与红新月运动章程》之中。[74]而像联合国和区域性组织等其他主体，也需要对局势进行归类以便开展工作，国际或国内的法院和法庭也需要这样做以行使管辖权。无论在何种情况下，必须依据事实和人道法的相关标准善意地进行归类。[75]

---

[70] See Bothe/Partsch/Solf，p. 719, 作者提到关于《第二附加议定书》：这一段（非武装冲突）不能被解释为试图改变共同第 3 条的意义，共同第 3 条中现行的适用条件并没有被《第二附加议定书》第 1 条修正。

[71] 除了共同第 3 条，其他人道法条约也可能适用于非国际性武装冲突，特别是《第二附加议定书》。详见对《第二附加议定书》第 1 条的评注及本评注第三节第（三）小节。此外，适用于非国际性武装冲突中的习惯国际法也应当予以遵守，See Henckaerts/Doswald-Beck。

[72] 关于共同第 3 条约束力详见第四节第（一）小节。

[73] 关于共同第 3 条的属地和属时适用范围，详见第三节第（三）、（四）小节。

[74] 1986 年《国际红十字与红新月运动章程》，第 5 条。

[75] 由于国际法是一个自适用系统，不同的行为体对相同的事实很可能有不同的看法。在任何情况下，只有事实才能决定一个局势是否构成国际性武装冲突、非国际性武装冲突抑或根本不构成武装冲突。

(二) “非国际性之武装冲突之场合”

1. 非国际性武装冲突各方

(1) 引言

393 共同第 3 条基于一种反面描述：它适用于“非国际性”之武装冲突之场合。非国际性的武装冲突中至少有冲突一方不是一个国家。共同第 3 条的前后文支持这一解读：它规定在适用于国家间的武装冲突（也就是国际性武装冲突）的共同第 2 条之后。共同第 3 条适用的场合使其区别于共同第 2 条所适用的国家间的武装冲突。[76]据此，非国际性武装冲突首先是缔约国政府与一个或多个非国家交战方的武装冲突。[77]这种类型的武装冲突是在共同第 3 条谈判过程中大多数时候讨论的类型。[78]

394 此外，共同第 3 条意义上的非国际性武装冲突也被广泛认为包含了没有国家一方参加的武装冲突，也就是只发生于敌对的非政府武装团体之间的武装冲突。[79]但需要注意的是，《第二附加议定书》并不适用于此种冲突。[80]然而，这并不影响共同第 3 条的适用范围。[81]随着 1998 年《罗马规约》的通过，各国也确认，仅发生于不同武装团体之间不涉及某个国家的战斗也属于非国际性武装冲突。[82]

(2) 具体场合

395 至少有冲突一方不是国家的武装冲突就是共同第 3 条意义上的非国际性武装冲突，这种理解通常能够使我们很容易区分国际性和非国际性武装冲突。但这一点并不是那么明显的情况仍可能存在。

396 国际人道条约法本身就涉及到某些场合。根据《第一附加议定书》第 1 条第 4 款，日内瓦四公约共同第 2 条意义上的国际性武装冲突还

---

[76] See e.g. Australia, *Manual of the Law of Armed Conflict*，2006 年，para 3.8：“非国际性武装冲突区别于国际性武装冲突是由于其敌对各方的法律地位不同；冲突各方不都是主权国家，而是一个国家的政府在其境内与一个或多个武装部队发生冲突。”; see also United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, p. 67：“‘非国际性武装冲突’一词用作与发生于国家之间的武装冲突相对比。‘《公约》有关其适用范围规定的根本逻辑’也体现了这一点。”But see Israel, Supreme Court, *Public Committee against Torture in Israel case*, Judgment, 2006, 第 18 段将国际性武装冲突定义为：“（关于国际性武装冲突的国际法）适用于任何具有国际性的武装冲突中，也就是跨越国境线的武装冲突。”

[77] See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para 70；see also Gasser, p. 555。

[78] 详见第二节。

[79] See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, 1995, para. 70；see also Gasser, p. 555：“[非国际性武装冲突的]另一种情形是，一国所有政府权力处于瓦解之中，导致各种团体为了夺权而相互斗争。”

[80] 根据《第二附加议定书》第 1 条第 1 款，该议定书适用于在缔约一方领土内发生的该方武装部队和持不同政见的武装部队或其它有组织的武装集团之间的一切武装冲突。详见该条评注。

[81] 根据《第二附加议定书》第 1 条第 1 款，该议定书“发展和补充”共同第 3 条，“而不改变其现有的适用条件”。基于同样的原因，《第二附加议定书》第 1 条第 1 款关于非国家一方行使对领土控制权的要求仅适用《第二附加议定书》而不适用共同第 3 条。至于共同第 3 条，领土控制权可能反应了非政府武装团体已经达到了非国际性武装冲突一方的有组织程度。详见第三节第（二）小节第 2 点。

[82] 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 4 项在确定第 8 条第 2 款第 3 项的适用范围时，并没有将其限制于至少涉及一个国家的非国际性武装冲突，尽管这一条在其他地方利用了《第二附加议定书》发展出的其他概念。此外，根据该规约第 8 条第 2 款第 6 项，第 8 条第 2 款第 5 项明确适用于“在一国境内发生的武装冲突，如果政府当局与有组织武装集团之间，或这种集团相互之间长期进行武装冲突。”

包括各国人民在行使庄严载入《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之国际法原则之宣言》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。

397 对于《第二附加议定书》的缔约国来说，调整国际性武装冲突的人道法由此适用于这些冲突中。[83]

398 当一国与另一个国家地位不确定的实体发生武装冲突时，武装冲突的国际性还是非国际性就可能不是那么明确。该实体是不是一个国家将决定该冲突是国际性的还是非国际性，也将决定应当适用国际性武装冲突法还是非国际性武装冲突法。[84]共同第 3 条或更普遍的国际人道法对于一个实体在国际法上是否是一个国家并没有答案；设置相关标准的是一般国际法。[85]例如，反政府武装是否以及何时成为一个国家的问题就曾经出现在 20 世纪 90 年代早期前南斯拉夫的冲突中，这一冲突导致了克罗地亚、波斯尼亚和黑塞哥维那的独立。[86]该冲突和其他局势也说明，武装冲突可以从非国际性变成国际性，反之亦然。

399 此外，当一个国家与另一个可能是、也可能不是另一国政府的实体发生武装冲突时，该冲突是国际性的还是非国际性的可能也不清楚。与上述情况不同，这种情况的问题并非是国家地位不确定，而是一国的对手是否是另一国的政府。人道法并不能决定一个实体是否是一个国家政府。这一决定应当根据一般国际法规则作出。根据国际法，一个政府存在的关键条件是它的有效性，即在一国领土范围内有效行使通常分配给它的职责的能力，包括维护法律和秩序。[87]换句话说，有效性是指在内部和外部行使国家职责的能力，即与其他国家进行国际交往的能力。如果该实体为政府，武装冲突就是两国之间的国际性武装冲突。如果该实体不是政府，只要达到了非国际性武装冲突的条件，该冲突就是非国际性武装冲突。[88]

400 例如，在 2001 年 10 月，美国领导的北约国家联盟针对阿富汗的军事行动中就产生了这一问题。基于以上考虑，ICRC 在初期将以美国为首的联军与在当时控制阿富汗将近 90%领土的塔利班政权之间的冲突归类为国际性武装冲突。2002 年 6 月，阿富汗大国民会议成立新政府之后，ICRC 又重新将盟国支持的阿富汗新政府与塔利班及其他非政府武装团体之间的局势归类为非国际性武装冲突。[89]

---

[83] 见《第一附加议定书》，第 93 条第 3 款。详见《第一附加议定书》第 1 条第 4 款和第 96 条之评注。

[84] 只要在后一种情况中非国际性武装冲突的条件已经满足，详见第三节第（二）小节第 2 点。

[85] 有关国际法上的国家地位问题，see e.g. James R. Crawford, 'State', version of January 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL, as well as, for a detailed analysis, James R. Crawford : *The Creation of States in International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2006. 一般而言，以有效性为基础的关于国家地位的"传统"标准规定在 1933 年《关于国家权利和义务的蒙德维的亚公约》第 1 条：作为一个国际法人，国家应当具有以下资格：1）永久的人口；2）确定的领土；3）政府；和 4）与其他国家交往的能力。另见关于共同第 2 条的评注，第 231 段。关于保存国在这方面的作用，见第六十条评注第三节第（一）小节，和第六十二条评注第三节第（二）小节。

[86] ICTY, *Slobodan Milošević* Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 2004, paras. 87–115; *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras. 96–108 and 211–214; *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 72。

[87] Hersch Lauterpacht, 'Recognition of Governments: I', *Columbia Law Review*, Vol. 45, 1945, pp. 815–864, especially at 825–830; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, pp. 376–382. See also Siegfried Magiera, 'Governments', version of September 2007, in RüdigerWolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL, paras 14 and 17. 另见《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 3 项，从该规定可以推断出，拘留国不承认一国政府或当局不影响武装冲突的国际性；详细分析见关于该条的评注。

[88] 且假如该实体不属于另一个国家。详见第三节第（二）小节第 2 点关于非国际性武装冲突的标准。

[89] 例如，见 ICRC, 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2007 年，第 7 页，及《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 10 页。

401 卷入该冲突的某些国家对冲突有着不同的归类，从最初的国际性武装冲突，[90]到维稳行动，可能还包含维和行动的性质，而后者通常不被认为是武装冲突（不论是国际性的还是非国际性的）。[91]

(3) 一个或多个外国卷入非国际性武装冲突

402 当一个或多个外国加入一场非国际性武装冲突时，对该武装冲突的归类也是一个复杂的问题。外国可能替政府一方作战，也可能替非政府武装团体一方作战。在多个外国卷入的情况下，也有可能一个或多个国家支持政府，而另外的一个或多个国家则支持非政府武装团体。

403 鉴于这一情况的潜在复杂性，有人认为，只要外国介入非国际性武装冲突，就使得该武装冲突全部国际化，从而使调整国际性武装冲突的人道法适用于所有敌对各方之间的关系。[92]ICRC 也在 1971 年的政府专家大会上提出了这一主张，但未被接受。[93]

404 一种区别对待的方法反而被广泛接受，该方法区分域外国家是支持冲突的政府一方还是支持武装团体一方。[94]在前一种情况下，因为在该武装冲突中非政府武装团体与政府当局持续敌对，所以该武装冲突将保持其非国际性。在后一种情况下，非政府武装团体与缔约国的武装冲突仍然保持其非国际性（除非介入该冲突的国家对该武装团体行使了一定程度的控制）。[95]与此同时，由于在第二种情况下，介入该冲突的国家与最初作为非国际性武装冲突一方的国家之间变成敌对状态，所以这两个国家之间还同时存在着国际性武装冲突。最后，当多个外国介入最初的非国际性武装冲突时，每个双边冲突关系的国际性还是非国际性将取决于敌对各方是全部都是国家还是有非政府武装团体卷入其中。ICRC 现在也接受了这一主张。[96]

405 尽管这一区别对待的方法在法律上是准确的，但是在实际适用中，有时却并不那么容易。[97]例如，当支持作为武装冲突一方的非政府武装团体的外国介入而导致非国际性和国际性武装冲突同时存在的情况下，被非政府武装团体剥夺自由的人员和被介入冲突国家剥夺自由的人员便会适用不同的法律制度。基于这些人员不同的地位，介入冲突的国家有义务根据《日内瓦

---

90 United States, Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, The White House, Washington, 7 February 2002, 此备忘录将该冲突定性为国际性武装冲突。

91 Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, pp. 33–36；see also Nina M. Serafino, *Peacekeeping and Related Stability Operations: Issues of U.S. Military Involvement*, Congressional Research Service Report, updated 24 January 2007; Constantine D. Mortopoulos, 'Note: Could ISAF be a PSO? Theoretical Extensions, Practical Problematic and the Notion of Neutrality', *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, Vol. 15, No. 3, pp. 573–587; and Françoise J. Hampson, 'Afghanistan 2001–2010', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 242–279.

92 例如，见联合国安理会《安全理事会第 780（1992）号决议所设专家委员会的临时报告》，1993 年 2 月 10 日，附件一，第 45 段，认为规范国际性武装冲突的人道法适用于“发生在前南斯拉夫领土上的整个武装冲突”。See also Davi，p. 178：“总之，将冲突分为国内和国际性的是在理论上是可能的，但是在实践中可能会非常困难，而且可能导致不一致。因此，在外国介入的情况下，冲突总体的国际化是更可取的。”

93 该提议是：“在非国际性武装冲突场合下，当一个或其他冲突方单独或全部接受来自第三国提供的行动武装部队的帮助，冲突各方则应当适用适用于国际性武装冲突的全部国际人道法。”；*Report of the Conference of Government Experts of 1971*, p. 50. 专家们拒绝这一提议的原因之一是该提议会鼓励非国际性武装团体寻求外国的支持。同上，第 51–52 页。

94 国际法院也曾暗示支持这一区别对待的方法，*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 219; see also Akande, pp. 57 and 62–64; Schindler, p. 150; and Sanremo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (2006), commentary on Section 1.1.1.

95 See paras 406–410.

96 见 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 10 页，关于在国际组织框架内的多国部队介入的情况，见第 31 页。

97 See e.g. Schindler, p. 150; Vité, p. 86; and Stewart.

第三公约》或《日内瓦第四公约》给予其相应待遇，而非政府武装团体则仅仅受非国际性武装冲突法约束。

(4) 介入武装冲突的外国对作为冲突一方的非政府武装团体进行控制

406 可能还会发生一种特殊的情况：即当一外国不仅加入了与一国武装部队的冲突，并且控制了该场冲突中的非政府武装团体。在这种情况下，便不涉及非国际性和国际性武装冲突的并存，而仅存在干预国与领土国之间的国际性武装冲突。于是就存在争论，要使武装冲突成为国际性，需要外国对非国家的武装团体存在何种程度的控制。[98]

407 在 1999 年的“塔迪奇案”中，联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在该问题上寻求国家责任法的指引。[99]在 1986 年的“尼加拉瓜案”中，国际法院为了确认是否存在国家责任，将非国家的行为归于某一外国所要求的控制程度是：非政府武装团体完全依赖于某一外国，从而使其任何行为均归于该外国；或者对具体行动存在有效控制，从而使在该行动期间的行为归于该国。[100]在这一背景下，前南刑庭发展出了一国对非政府武装团体的“全面控制”标准，该标准既适用于国际性和非国际性武装冲突的归类，也适用于国家责任的可归因性。[101]根据该标准，要把国际性武装冲突以及使非政府武装团体的行为归于一个国家，就要求干预国对该非政府武装团体“不仅只是资助和提供装备”，“还要参加计划和监督军事行动”，但并不要求“此种控制延伸至对每个军事行动都发布具体的命令或指示”。[102]

408 在 2007 年的“灭种罪公约适用案”中，国际法院指出：“目前，‘全面控制’标准被用于判定一场武装冲突是否是国际性的……大概是因为该标准是可适用且合适的。”但国际法院并不接受“全面控制”标准适用于将不法行为归于国家。[103]

409 为了依据人道法对某一局势进行归类，在一个非政府武装团体与一个第三国之间有密切关系时，如果并非隶属关系，那么全面控制标准就是适当的，因为全面控制的概念更好地反映出该武装团体与该第三国之间的真实关系，包括就归因而言。这意味着，该武装团体可能隶属于该国，即使后者没有就每一项交战行为都对前者发出具体指令。此外，诉诸全面控制标准能够整体评估对事实上的实体或非政府武装团体的控制程度，从而允许将若干行为归于第三国。[104]另一方面，依靠有效控制标准可能要求每一次行动都重新对冲突进行归类，这是不切实际的。再者，所用标准还必须避免这样的情况，即某些行为受国际性武装冲突法调整、但无法归因于一国。

---

98 关于争论的概况，see Akande, pp. 57-62 and pp. 63-64.

99 See ICTY, *Tadić*, Appeal Judgment, 1999, paras. 88–114.

100 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras. 110–116.

101 See ICTY, *Tadić*, Appeal Judgment, 1999, paras. 115–145.

102 *Ibid*. para. 145; see also ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of Charges, 2007, para. 210-211, and Trial Judgment, 2012, para. 541; 就冲突归类而言，一个源自于在国家责任法上关于可归因性程度的次级规则的主张是否合适，以及是否应当在国际人道法的初级规则中建立一个解决方案，一直以来都有争议。See Cassese, 2007, and Milanovic, 2006 and 2007.

103 See ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras. 404–407. 有关控制标准及其在国际性或非国际性武装冲突情形归类中的可行性分析，详见关于共同第 2 条评注，第 265-273 段。

104 相反，与每一次行动相联系的有效控制几乎不可能加以证明，因为它需要不太可能获得的一定程度的证据。更不用说，基于“全面控制和依赖”（国际法院分别于 2007 年和 1986 年在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用”案以及在“尼加拉瓜的军事和准军事行动”案中为确定国家对任何国际不法行为之责任时所使用）的归因标准，使得有效控制标准甚至更加严苛。See Ascencio, pp. 290–292, and Jörn Griebel and Milan Plücken, ‘New Developments regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia* v. *Serbia*’, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 601–622.

410 这一立场目前尚未被一致认可。国际法院认为，全面控制标准可用于给冲突进行归类，而有效控制则继续作为行为可归因于一国的检验标准，但没有阐明如何协调适用这两种标准。[105]

(5) 非国际性武装冲突中的多国部队

411 只要符合国际人道法适用的传统条件，该法律的规定并不妨碍国家或国际组织派遣多国部队[106]成为武装冲突的一方。[107]人道法对多国部队的可适用性，跟适用于任何其他行为者一样，仅取决于现实的情况，而不考虑联合国委派给这些部队的国际职责，也不考虑冲突各方反对他们的理由。该决定仅基于源自国际人道法相关规范的具体法律条件是否得到满足，也就是适用于非国际性武装冲突中的共同第 3 条。

412 因此，不论该武装部队如何命名或构成，不管其是根据联合国安理会决议行事的维和部队，还是有无联合国安理会授权的多国部队，如果事实上该部队与一个或多个武装团体发生集体敌对行动，并满足了非国际性武装冲突的条件，派遣多国部队的国际组织或该组织的成员国便成为武装冲突的一方/各方。[108]

413 鉴于多国部队的国际背景，有人认为，多国部队从事的活动相当于国际性武装冲突之一方的任何冲突都是国际性武装冲突，而不论该多国部队与国家还是与非政府武装团体作战。[109]然而，这种武装冲突的自动国际化是否合适也存在疑问，特别是当介入国只是与非政府武装团体发生敌对行动的时候。[110]根据另一种观点（ICRC 也同意），[111]对多国部队参加之武装冲突的国际性和非国际性的评估应当采取与单独一个国家介入武装冲突之情况相同的区别对待方法。[112]据此，武装冲突的国际性与非国际性取决于敌对各方是国家还是非国家。因此，只有当多国部队与一个国家发生武装冲突时，该武装冲突才是国际性武装冲突，且不影响将同时存在的该国最初与一个非政府武装团体之间发生的武装冲突界定为非国际性。与此相反，当多国部队为支持某缔约国而与一个非政府武装团体作战时，敌对各方的关系将由非国际性武装冲突法进行规范。[113]

---

105 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–407.

106 本节所用“多国部队”一词是指多个国家派遣军队组成用于和平行动的武装部队。“和平行动”、“和平支援行动”、“维和行动”等用语并没有出现在 1945 年的《联合国宪章》中。这些用语可能有不同的解释，也时常被交替使用。一般来说，“和平行动”包括了由国际组织、地区性组织或国家联盟代表国际社会根据联合国安理会依据《联合国宪章》第六、七或八章做出的决议而进行的维和行动以及和平支援行动。

107 这一判定并不影响另一个有区别的问题，即：是该国际组织整体还是该组织的下属机构成为了冲突的一方。

108 关于谁才是冲突一方（比如是国际组织还是派出部队的国家）的讨论，见关于共同第 2 条的评注，第 245-252 段。See also Ferraro, 2013b, pp. 588–595 and ICRC, 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2015 年，第 21-26 页。

109 See e.g. Shraga, 1998, p. 73 and David, pp. 178–186.

110 For a discussion, see Ferraro, 2013b, pp. 596–599.

111 见 ICRC, 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》, 2011 年，第 31 页。

112 See e.g. Pejic, 2007, p. 94; Ferraro, 2013b, pp. 575-579; Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 185–193; Ola Engdahl, ‘The Status of Peace Operation Personnel under International Humanitarian Law’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11, 2008, pp. 109–138; Françoise J. Hampson, ‘Afghanistan 2001–2010’, in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press,2012, pp. 242–279; and Robert Kolb, Gabriele Porretto and Sylvain Vité, *L’application du droit international humanitaire et des droits de l’homme aux organisationsinternationales: Forces de paix et administrations civilestransitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

113 部分日内瓦四公约缔约国也支持在多国部队介入的情况下的差别化主张。See e.g. Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 34：“北约领导的国际安全援助部队是在阿富汗政府的邀请和允许下才存在于其境内的，这意味着有关领土国同意国际安全援助部队以符合有效国际法的方式派遣。由于国际安全援助部队是代表阿富汗政府当局作战，所以尽管涉及国际部队，冲突必须根据国际法被归类为‘非国际性’的。”

2. 非国际性武装冲突的标准

(1) 引言

414 非国家行为体与政府当局或者几个非国家行为体相互之间发生武装暴力是很常见的现象。国家职责的一部分就是控制境内暴力活动，维持和恢复法律和秩序，必要时可为此目的行使独占权利，即合法地使用武力。[114]国内法和国际法，尤其是可适用的国际和区域人权法，为一国行使这种权利提供了框架。

415 在非国家武装团体和政府当局之间或者几个非国家武装团体相互之间发生的暴力局势，最根本的问题就是，依据人道法，这些暴力在什么情形下可以成为非国际性武装冲突。

416 非国际性武装冲突的标准与国际性武装冲突的标准存在差异。对国际性武装冲突来说，“只要国家之间诉诸武力”，人道法对它们立刻适用。[115]然而，当武装冲突因双方中一方具有非国家的特征从而不能被定性为国际性武装冲突时，这样的暴力局势不一定就是非国际性武装冲突。非国际性与国际性武装冲突存在不同标准，这是因为，与处理同其他主权国家之间的外部关系相比，各国更倾向于防止利用国际法处理内部事务。共同第 3 条通过时当然也是这种情况。[116]

417 1952 年，皮克泰在其对《日内瓦第一公约》进行评注时，提到不存在“非国际性之武装冲突”的定义时说：

> 许多代表团担心，公约可能会被用来调整武装力量实施的任何行为——各种形式的无政府状态、叛乱甚或普通匪患。例如，如果一些人起来反抗国家，并且袭击警察局，那么是否足以形成该条意义上的武装冲突？[117]

这些关切与主权相关，它有助于解释为什么在非国际性武装冲突中，适用人道法的标准要比国际性武装冲突的标准要高。

418 不过，应当注意的是，在谈判和通过 1977 年《第二附加议定书》时，各国将《第二附加议定书》限制在相对较窄的适用范围，并未改变共同第 3 条的适用范围。[118]

419 从 1952 年至 1960 年，在让•皮克泰担任主编的情况下，ICRC 出版的对四个《日内瓦公约》的评注中，列举了大量用来评估可适用共同第 3 条的“实用标准”。[119]正如这些评注所言，“实

---

[114] Max Weber, ‘Politik als Beruf’, speech at Munich University, 1919, in *Gesammelte Politische Schriften*, Munich, 1921, pp. 396–450.

[115] See ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. 更为详细的论述，见关于共同第 3 条的评注，第 236-244 段。

[116] 详细讨论和更多参考资料，见，例如，Milanovic/Hadzi-Vidanovic，第 269–272 页。1948 年，在斯德哥尔摩会议上，一些国家对这一草案进行了批判（根据该草案，公约的全部条款都将适用于非国际性武装冲突），它们担心“公约可能涵盖所有形式的叛乱、反叛、无政府状态、国家的崩溃、甚至是普通的匪患”。Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 43. 各国尤其担心，对非国家各方任何法律地位的承认可能在人道法下产生的影响。

[117] Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 49.

[118] 《第二附加议定书》，第一条。另见评注第 394 段，《第二附加议定书起草历史回顾》第 88-101 页。

[119] See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 49–50:

> 1、敌对合法政府的一方拥有一支有组织的军事力量，一个为其行为负责的当局，在一块确定的领土内行动，并且拥有尊重和确保尊重本公约的方法。
> 2、合法政府有义务诉诸常规军事力量，镇压占据该国一部分领土的军事叛乱组织。
> 3、（1）合法政府承认叛乱者为交战者；或者
> （2）它主张自己享有交战权利；或者

用标准”来源于 1949 年外交大会上“讨论的多个修正文本”。这些修正文本认为，“尽管这些不同的条件并没有约束力，但是构成实用标准”，它们“可以作为区分真正的武装冲突与仅仅是匪患或者无组织的短期叛乱的方法”。[120]

420 然而，这些“实用标准”仅具指引作用。[121]他们来自于 1949 年外交大会期间提交的有关《日内瓦公约》修正案的建议，当时仍在讨论的是《日内瓦公约》对非国际性武装冲突完全适用，而不仅仅适用最终被通过的共同第 3 条中一些最低限度规定。所以，各国为了限制将来生效的共同第 3 条的适用范围，考虑到如果整个公约将来全部适用非国际性武装冲突将带来太过详尽和苛刻的义务，就提出了具体的标准。[122]由于最终通过的共同第 3 条放弃了将《日内瓦公约》完全适用于非国际性武装冲突的思想，从而使其有广泛的适用范围，因此并不是所有这些标准都适用于共同第 3 条。[123]然而，如果符合“实用标准”，当然表明，非国际性武装冲突就存在了。

421 随着时间推移，在皮克泰评注所列举的标准中，现在已经有两个被认为是与评估非国际性武装冲突是否存在最相关，即：暴力必须达到一定强度，并且该暴力至少发生在两个以上有组织的当事方/武装团体之间。因此，非国际性武装冲突是否存在，就需要依据这些特定的标准进行评估。

(2) 冲突方的组织性以及冲突的强度

422 共同第 3 条的措辞中，有一些关于其适用标准的粗略指引，即要求存在非国际性的“武装”、“冲突”、并涉及“冲突之各方”。这表明，若要适用共同第 3 条，暴力局势必须达到一定的强度，而且那些有资格成为武装冲突主体的非政府武装团体必须诉诸了武力。[124]

423 ICRC 基于国际判例法的实践和发展，表明了其对非国际性武装冲突的理解，即：

> 非国际性武装冲突是政府武装部队与一个或者多个武装团体之间或者上述团体相互之间在[《日内瓦公约》缔约]国领土内发生的长期武装对抗。此种武装对抗必须存在最低限度的强度，并且卷入冲突的各方应当具有最低限度的组织性。[125]

（3）它仅仅为了本公约的目的而承认叛乱者为交战者；或者
（4）有关争议已经被联合国安理会或大会承认为是对国际和平的威胁、对和平的破坏、或者是侵略行为。
4、（1）叛乱者具有国家那样的组织形式；
（2）叛乱者中的民事当局对确定的领土内行使事实上的权力；
（3）武装部队依据有组织的民事当局的指挥行动，而且准备遵守一般的战争法；
（4）叛乱者中的民事当局同意遵守本公约的规定。

See further Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 35–36, and *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, pp. 35–36. 这些标准在关于《日内瓦第二公约评注》中没有出现。

120 *Ibid*.

121 See e.g. ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 176.

122 因此，这一标准体现的是传统交战团体概念的内容，例如必须得到有关国家的承认、或者要求非国家的团体武装团体具有国家一样的特征、包括明确宣布遵守《日内瓦公约》。

123 例如，如果承认叛乱团体为交战团体的标准得到满足，那就意味着，武装冲突法的所有规定，而不仅仅是共同第 3 条，都将适用。这将使共同第 3 条成为多余的了。不过，需要注意的是，皮克泰原先的评论倡导“尽可能广泛地”适用共同第 3 条的规定。See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 50.

124 需要注意的是，“敌对行动”这个术语“指的是冲突各方（集体）动用伤害敌人的手段和方法”。ICRC，《解释性指南》，第 43 页。

125 ICRC, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion Paper, March 2008, p. 5. 这方面进行理解的首要案件是前南刑庭审理的“塔迪奇案”，*Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70, andTrial Judgment, 1997, para. 562.

424 其他一些机构的实践也广泛体现了非国际性武装冲突的上述定义，即“政府当局和有组织的武装团体或此种团体相互之间”、以及作为判断标准的“强度”和“组织性”。[126]在《日内瓦公约》缔约国的实践中，也可以发现此种表述。[127]

425 早在 1962 年，当 ICRC 召集的专家委员会在研究对国内武装冲突的受害者提供人道援助问题需要评估共同第 3 条的适用门槛时，就已经弄清了这些标准。[128]另外，1979 年，有一位学者重申，指导性的要素是敌对行动具有某种强度，而且各方具有组织性，他写道：

> 实践已经为区分非国际性武装冲突和内乱设定了如下标准。首先，敌对行动必须由武装部队实施，并且要达到一定的强度，即：政府被迫动用武装部队来对付叛乱组织，而不仅仅依靠警察。其次，就叛乱组织而言，敌对行动必须具有集体性，也即不是由单个团体实施。另外，叛乱组织应当具有最低限度的组织性。他们的武装部队应当在一个负责任的统率之下，并且有能力符合最低的人道要求。[129]

426 20 世纪 90 年代，前南刑庭和卢旺达问题国际刑事法庭的裁决为澄清非国际性武装冲突的定义或构成要件作出了重大贡献。为了对严重破约和其他战争罪行使管辖权，这两个法庭必须确定，据称实施了犯罪的局势是否构成武装冲突，而且如果构成，它们是国际性抑或非国际性武装冲突。[130]

427 1995 年，在“塔迪奇案”的管辖权问题决定中，前南刑庭上诉分庭认为，“只要一国境内的政府当局和有组织的武装团体或此类武装团体相互之间发生……长期的武装暴力”[131]，就符合了非国际性武装冲突存在的标准。1997 年，同样在这个案件中，前南刑庭审判分庭进一步发展了这一方法，认为：“上诉分庭所采用的标准……关注的是冲突的两个方面……冲突的强度和冲突当事方的组织性。”[132]这些结论随后被前南刑庭和卢旺达刑庭的判例法重

---

126 See e.g. SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 95, and ICC, *Bemba* Decision on the Confirmation of Charges, 2009, para. 231, and Trial Judgment, 2016, para. 128. For further examples, see Sivakumaran, 2012, p. 166.

127 See e.g. Canada, *Use of Force for CF Operations*, 2008, para. 104.6; Colombia, *Operational Law Manual*, 2009, Chapter II; Netherlands, *Military Manual*, 2005, para. 1006; Peru, *IHL Manual*, 2004, Chapter 9, Glossary of Terms; and United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, p. 29.See also Colombia, Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-291/07*, Judgment, 2007, pp. 49–52; and Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 34.

128 当时邀请专家思考的问题是，“在何种情况下，需要适用 1949 年 8 月 12 日通过的四个《日内瓦公约》”，委员会作出了下列回答：

> “委员会能够依据有关的实践确定适用第 3 条的局势类型……它必须是一个国内‘武装’冲突的问题，产生‘敌对行动’……
>
> 在委员会看来，如果针对合法政府的敌对行动具有集体性质，而且具有最低程度的组织性，则无法否认存在第 3 条意义上的武装冲突。在这个方面，人们应当考虑的因素包括冲突的时间长短、叛乱团体的数量与框架、盘踞或行动的领土面积大小、局势不稳定的程度、是否存在被害人、合法政府为了恢复秩序而动用的手段等，而且这些情况不一定需要累计考虑”。

ICRC, ‘Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a Commission of Experts in Geneva, 25–30 October 1962, Report’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 3, No. 23, February 1963, pp. 79–91, at 82–83.

129 See Schindler, pp. 146–147.

130 See ICTY Statute (1993), Articles 2 and 3, and ICTR Statute (1994), Article 3.

131 See ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70.

132 See ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 562:

> （1）政府部队与有组织的团体武装团体之间的长期武装暴力
>
> 562. 上诉分庭采用的判断适用共同第 3 条的武装冲突存在的标准集中在冲突的两个方面：冲突的强度与冲突各方的组织性。在国内或者混合性质的武装冲突中，这些彼此密切相关的标准仅仅用来区分武装冲突和匪患、无组织的或者短期的叛乱者或者恐怖行为，后者并不受国际人道法的调整。在对《日内瓦第一公约》的评注中，已经提到了判断因素。（‘*Commentary*, Geneva Convention I’）[着重号为作者所加]

申。[133]正如前南刑庭和卢旺达刑庭所指出的那样：“冲突的强度和冲突方的组织程度是事实问题，需要在个案的基础上结合特定的证据进行分析。”[134]

428 从国际刑事司法判例发展出来的这一方法与 ICRC 关于共同第 3 条中“非国际性的武装冲突”的概念的理解是一致的。国际法庭的司法判例也为理解这些标准的内容提供了更多有益的内容。

429 首先，关于“组织性”的标准，国家武装部队被推定为具有组织性。非国家的武装团体的组织性要足以达到非国际性武装冲突的一方，就必须拥有有组织的武装部队。这些部队“必须具有某种指挥结构，而且有能力开展持续的军事行动”。[135]另外，“尽管这种团体并不需要达到像国家武装部队那样的组织程度，但是它必须具有某种程度的等级和纪律，而且必须有能力履行国际人道法的基本义务”。[136]

430 为了评估非国家的武装团体的必须达到的组织程度，前南刑庭找出了某些指示因素，不过同时指出，这些因素本身对于判断是否符合这一标准并不是决定性的：

> 这些指示性的因素包括：团体内部是否存在指挥结构和纪律规则和机制；是否存在总部；团体是否控制了一定的领土；团体是否有能力获得武器和其他装备、招兵与军训；是否有能力计划、协调和实施军事行动，包括军队的调动和后勤保障；是否有能力确定统一的军事战略，并采取军事策略；是否有能力对外一致发声，并且谈判和缔结诸如停火或和平协议一样的协定。[137]

431 其次，“当敌对行动具有集体性质，或者政府被迫动用军队来对付叛乱组织，而不仅仅是警察”时，[138]可以说符合了强度要求。据此，可以说，《第二附加议定书》第 1 条第 2 款中的规定，即“本议定书不应适用于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它类似性质的行为”，也界定了更低的共同第 3 条的适用门槛。[139]这种理解已经得到国家实践的确认，各国经常既提到共同第 3 条，也提到《第二附加议定书》第 1 条第 2 款。[140]

---

133 See e.g. ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 84, and *Boškoskiand Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 175. See also e.g. ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 619–620, and *Rutaganda* Trial Judgment, 1999, paras 91–92.

134 See ICTY, Trial Judgment, 2005, para. 84. See also *Boškoskiand Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 175, and ICTR, *Rutaganda* Trial Judgment, 1999, para. 92.

135 ICRC, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion Paper, 2008, p. 3.

136 Droege, 2012, p. 550. See also ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 2003, p. 19.

137 ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 60. See also ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, paras 199–203, and *Limaj* Trial Judgment, 2005, paras 94–134. 其中一些要件已在国际刑事法院得到适用：See *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 537, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1186, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 134–136.

138 ICRC, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion Paper, 2008, p. 3.

139 See Bothe/Partsch/Solf, p. 719, 指出对于《第二附加议定书》第 1 条第 2 款来说，“该表述 [‘非武装冲突’] 不应被解释为改变了共同第 3 条的含义，共同第 3 条‘已有的适用条件’并没有因《第二附加议定书》第 1 条而改变”。See also e.g. Abi-Saab, p. 147, 他指出对于共同第 3 条而言，《第二附加议定书》第 1 条第 2 款实际上比《第二附加议定书》更加重要。更多细节，见第《第二附加议定书》第 1 条的评注。
关于“内部动乱”和“紧张局势”，另见 ICRC, ‘The ICRC, the League and the Report on there-appraisal of the Role of the Red Cross (III): Protection and assistance in situations not covered by international humanitarian law, Comments by the ICRC’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 18, No. 205, August 1978, pp. 210–214.see also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 4475–4476.

140 例如，见 1998 年《国际刑事法院规约》，第 8 条第 2 款第 3 项至第 4 项；1999 年《保护文化财产海牙公约第二议定书》，第 22 条第 1 款至第 2 款；2001 年《修正 1980 年〈某些常规武器公约〉第一条》，第 1 条第 2 款。

432 前南刑庭还发展出了许多用来评估暴力强度的“指示性因素”，包括：

> 袭击的严重程度，以及武装冲突是否呈加剧态势，冲突波及的领土范围和时间范围，政府力量和政府动员的数量是否增加，以及武装冲突各方配置武器是否增加，另外该冲突是否引起联合国安理会的关注，以及是否有针对此事的决议通过。审判分庭在这个方面还考虑了平民被迫逃离战斗区域的数量、使用的武器类型，尤其是重型武器和其他军事装备，例如坦克和其他重型交通工具；是否有对城镇的封锁或包围以及对这些城镇是否进行了猛烈炮击；炮击或战斗造成的伤亡程度；部署的军队和作战单位的数量；各方之间是否存在前线以及是否前线有改变；领土、城镇和农村是否被占领；在危险地区是否部署了政府力量；道路是否被封闭；是否存在停火命令或协议，以及国际组织的代表是否尝试调停和执行停火协议。[141]

433 正如这两个法庭指出的，上述强度和组织性的指示性因素仅仅只是例子而已，在某个特定的案件中，为了判断强度和组织性标准是否得到满足，不一定需要存在上述全部因素。

434 无论如何，要使暴力局势符合非国际性武装冲突的标准，必须同时满足强度和组织性的标准。然而，其中一个标准也有可能从另一个标准中推导出来，这取决于具体的情况。例如，当政府当局和非政府武装团体或者多个非政府武装团体相互之间发生的武装对抗十分激烈，则表明，这样的团体已经满足了非国际性武装冲突所需要达到的组织性标准。

435 总的来说，冲突的强度和对手的组织程度需要在对各种事实因素进行综合判断的基础上进行评估，但它们是这些局势的关键标准。这两个标准从共同第 3 条通过后不久就被提出，而且在此后多年被不断重申和发展，这足以说明，它们是判断共同第 3 条适用的关键标准。尽管如此，仍然存在一些局势，在这些局势中，对这些标准的解释变得尤其困难。

436 鉴于此，应当注意的是，就像在国际性武装冲突中的情况一样，技术的发展引起了网络行动是否以及在何时可以成为非国际性武装冲突的问题。[142]要判断是否存在涉及网络行动的非国际性武装冲突，应当适用如同现实暴力中一样的判断标准。[143]如果在涉及或纯粹就是因为网络行动而引发的局势中，存在足够的组织性和冲突的强度，那么共同第 3 条就适用这样的局势。

437 在将明确的分类标准适用于网络行动时，存在一些特定的挑战。首先，充分有组织从而构成传统非国际性武装冲突之一方的非国家武装团体也足以成为包括或仅基于网络行动的冲突之一方。然而，对于一个只能在网上组织起来的团体来说，可能就难以——但也不是不可能[144]——判断其是否已经符合成为非国际性武装冲突一方所必需的标准。[145]其次，如果网络行动“具有与现实行动一样的暴力后果，例如网络行动被用来打开大坝的闸门，或者引起飞机或者火车相撞”，[146]它们可以达到非国际性武装冲突所要求的强度标准。相反，某些网络行动不会产生像现实攻击那样的影

---

141 See ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 177, 脚注中提到的前南刑庭的判例被删除了。See also *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, paras 49 and 90–99, and *Limaj* Trial Judgment, 2005, paras 90 and 135–170. 其中一些要素也被国际刑事法院所适用；see *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 538; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1187; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 137–141.

142 见关于共同第 2 条的评注，第 253-256 段。

143 See Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (2013), Rule 23, and Droege, 2012, pp. 549–550.

144 Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (2013), Rule 23, para. 13.

145 See Droege, 2012, p. 550. 关于对“分散的虚拟团队”也可以成为非国际性武装冲突的一方的观点更强烈的反对意见，see Robin Geiss, ‘Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts’, *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 627–645, at 637.

146 Droege, 2012, p. 551.

响，而仅限于阻碍网络功能、破坏网络或者窃取、删除、或破坏网络数据。如果网络行动仅仅符合后面几种情形，那么人道法所要求的暴力强度则不太可能达到。[147]

(3) 持续期间是否是一个独立的标准？

438 由于在一些定义中提到了“长期的武装暴力”这一表述，因此就引起了政府当局和非政府武装团体或此种非政府武装团体相互之间发生的敌对行动的持续期间是否构成一项判断非国际性武装冲突存在的独立的附加标准的问题。

439 敌对行动的持续期间尤其适合在事后进行评估，例如在司法程序中。从人道法实际适用的角度来说，要求存在持续期间这一独立的标准反而可能导致在战斗早期阶段，期待尊重法律的当事方不确定人道法是否可以适用，或者致使在其实早就需要通过人道法加以调整的局势中，该法迟迟得不到适用。

440 因此，应当把敌对行动的持续期间作为判断武装冲突强度的一个因素。视情况而定，如果在一个特定的案件中，有其他因素表明敌对行动有足够的激烈程度，仅仅持续很短时间的敌对行动仍然有可能达到非国际性武装冲突的强度水平。[148]

441 关于这一点，前南刑庭认为，持续期间是判断武装对抗强度的一个因素：

> 因此，长期的武装暴力这一标准在实践中，包括“塔迪奇案”中审判分庭自身在内，已经被解释为更多指的是武装暴力的强度而非持续期间。审判分庭援引了判断“强度”标准有关的指示性因素，这些因素中没有一个因素本身就足以构成强度标准。这些指示性因素包括数量、持续期间、和个别对抗的强度等。[149]

442 然而，前南刑庭也指出，在评估敌对行动是否已经达到非国际性武装冲突所要求的强度时，也不应该忽视武装对抗的持续期间：

> 在评估冲突的强度时，应当注意，不要忽视在国内武装冲突中对长期武装暴力的要求。标准是紧密联系的。它们是事实问题，应当根据现有的具体证据在个案的基础上进行判断。[150]

443 1998 年，各国在谈判和通过《国际刑事法院规约》时，有机会处理非国际性武装冲突的定义或构成要件问题，包括长期的武装对抗应当是怎样的。各国通过了一类涉及共同第 3 条的战

---

147 将网络行动定性为非国际性武装冲突的国家实践仍在发展，需要进一步观察。有些评论人员认为，“由于更具破坏性和干扰性的网络行动和团体正在高度依赖网络基础设施，因此结合有关国家实践和法律确信，可以说出现了比现有标准更低的判断标准。”Michael N. Schmitt, ‘Classification of Cyber Conflict’, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17, No. 2, 2012, pp. 245–260, at 260.

148 See e.g. Sivakumaran, 2012, pp. 167–168. 1997 年，在“塔布拉达案”（*Tablada*）中，美洲人权委员会通过适用强度标准和组织性标准，认为 42 名武装人员对兵营的袭击持续了 30 个小时，已经符合非国际性武装冲突存在的标准。See *Case 11.137 (Argentina)*, Report, 1997, paras 154–156. But see Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, pp. 34–35:

> 关于武装冲突的时间问题，德国的《惩治违反国际法犯罪法典》规定，有关的战斗必须具有一定的期限。……不过，这并不是说，有关的军事行动不能受到任何中断。另一方面，动用武装部队的战斗必须通常持续几个小时或几天以上（不过，另见美洲人权委员会在涉及阿根廷的一个案件中的判决，在判决中，对兵营仅仅两天的袭击就被认为是“武装冲突”，原因是战斗极其激烈，Report no. 55/97 Case no. 11.137）。

149 ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 49. 相比之下，还可见前南刑庭一个早期的判决，认为要区别武装冲突和百姓骚乱或恐怖行为，应当关注武装暴力是否长期以及有关各方的组织性程度。See *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 184.

150 ICTY, *Boškoskiand Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 175.

争罪，即《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项，还通过另一类含有其他严重违反战争法的战争罪，即第 8 条第 2 款第 5 项。关于第 8 条第 2 款第 3 项，各国重申了共同第 3 条的适用范围，仅仅增加了一个排除条款，即《第二附加议定书》第 1 条第 2 款所规定的国内动乱和紧张局势。[151]各国通过的第 8 条第 2 款第 5 项所列的其他战争罪的适用范围规定在第 8 条第 2 款第 6 项中，即：

> [它]适用于非国际性武装冲突,因此不适用于内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为。该项规定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集团之间，或这种集团相互之间长期进行武装冲突。

444 《国际刑事法院规约》通过后，出现了一个问题，即：这一规定是否创设了一种不同类型的非国际性武装冲突？[152]一些人认为，“长期的武装冲突”是一种新的非国际性武装冲突，居于共同第 3 条和《第二附加议定书》之间。[153]其他人则认为，该规约第 8 条第 2 款第 6 项并未创设一种新型的非国际性武装冲突，因为采用“长期的武装冲突”这一表述的目的是为了防止把《第二附加议定书》中的限制性标准纳入《国际刑事法院规约》，是给各国提供了一个受前南刑庭判例法启发的折中方案。[154]国际刑事法院的首批判决认为，在《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项和第 5 项中之间并不存在两类不同的非国际性武装冲突。[155]为了证明存在非国际性武装冲突，检察官必须证明，武装团体的组织性已足以让他们能够实施长期的武装对抗。[156]审判分庭明确拒绝了这一观点，即，若要适用《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项的规定，就必须要求武装团体具有《第二附加议定书》第 1 条第 1 款所要求的已经控制了部分领土或者有一个负责的统率。[157]另外，由于第 8 条第 2 款第 6 项指出暴力行为不能是孤立和零星的，审判分庭考虑了武装冲突的强度。[158]为评估冲突的强度，国际刑事法院采用了与前南刑庭使用的相似的因素，明确表明，武装敌对行动的强度和武装团体的组织性是界定任何非国际性武装冲突必不可少的两个标准。

(4) 其他武装部队参加先前存在的非国际性武装冲突

445 正如上述，当多国部队或外国武装部队参加和平行动时，无论是集体参加还是单独参加，都有可能成为武装冲突的一方。[159]当和平行动参加正在发生的非国际性武装冲突时，ICRC 认为，并不一定需要评估多国部队的行动自身是否符合判断存在一场新的非国际性武装冲突所必需的强度标准，以便他们成为这场新的非国际性武装冲突的一方。例如，当一国政府和非国家武装团体之间存在非国际性武装冲突，而且外国部队支持该国政府时，就是这种情况。或者，也有可能的情况是，多国部队已经卷入了一场针对非政府武装团体的非国际性武装冲突，而且其他外国部队对多国部队提供了支援。多国部队卷入非国际性武装冲突的第三种方式是，一些国家的先遣队提供了支援，但是并没有卷入集体的敌对行动。在后两种情况下，根据他

---

151 See ICC Statute (1998), Article 8(2)(d).
152 全面了解更多观点，see Vité, pp. 80–83, and Cullen, pp. 174–185.
153 See e.g. Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol. I, p. 123; Condorelli, pp. 112–113; and Bothe, 2002, p. 423.
154 See e.g. von Hebel/Robinson, pp. 119–120; Meron, 2000, p. 260; and Fleck, p. 588.
155 See ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, paras 534–538, and *Katanga* Trial Judgment, 2014, paras 1183–1187.
156 See ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 536; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1185; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 134–136.
157 See ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 536; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para.1186; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 136.
158 See, in particular, ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para.538; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1187; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 138–140.
159 见本评注第 411–413 段。

们开展的功能不同，部队派遣国有可能成为非国际性武装冲突的一方。这是因为，他们所参加的非国际性武装冲突的存在标准已经得到了满足。[160]

446 必须强调的是，这种判断谁是非国际性武装冲突之一方的方法只是补充、而非取代判断人道法适用的标准，其标准仍然是冲突方的组织性和敌对行动的强度。另外，并不是所有的行动/参加形式/支援形式都可以使其成为先前存在的非国际性武装冲突的当事方。决定性因素是这些部队对集体敌对行动的贡献大小。只有对敌对方开展军事行动的能力产生直接影响的行动，才可以使多国部队成为先前存在的非国际性武装冲突的当事方。相反，那些能让冲突方从多国部队的参加中获益以增强其军事能力的活动就不会导致同样的结果。然而，有人对这种方法表达了担忧。[161]

(5) 特定的目的是否是一个额外标准？

447 还可能产生的一个问题是，除了冲突的强度以及武装团体的组织性之外，在判断某个暴力局势是否构成非国际性武装冲突而不仅仅是普通的犯罪时，是否还需要考虑额外的标准，即便该局势很严重，而且有关团体有严密的组织。

448 尤其是，有人认为，非国际性武装冲突的一个典型特征是必须具有政治目的。[162]在共同第 3 条的谈判过程中，与会国讨论了将某些目的作为判断非国际性武装冲突存在的必要因素。然而，与会国没有采纳这类提议。[163]

449 这些年来，在确定某个局势是否是非国际性武装冲突时，已经明确拒绝把参加暴力行动的目的作为判断标准。正如前南刑庭所称：

> 判断是否存在武装冲突仅需依据两个标准：冲突的强度和各方的组织性，因此，武装部队参与暴力行动的目的或者是实现了进一步的目标，在所不问。[164]

---

160 关于对这种方法的详细描述，See Ferraro, 2013b, especially pp. 583–587.

161 See the remarks by Marten Zwanenburg and Mona Khalil, in 'Peace Forces at War: Implications Under International Humanitarian Law', in *Proceedings of the 108th Annual Meeting of the American Society of International Law*, April 7–12, 2014, pp. 149–163.

162 See e.g. Gasser, p. 555:

> 非国际性武装冲突是指在一个国家的领土内发生的政府一方和武装叛乱团体一方之间的武装斗争。此种团体的成员，无论是被称作叛乱者、造反者、革命者、分离主义分子、自由战士、恐怖分子或者是其他类似的名称，是为了取得统治权、在国内得到更大的自治权或者为了脱离并建立他们自己的国家而进行斗争。另一种情况是，不同的团体为了争夺权力而相互斗争，导致国家的所有政府部门崩溃。[着重号为作者所加。]

163 1948 年提交给在斯德哥摩尔举行的红十字与红新月国际大会的条款草案（该条款最终成为共同第 3 条）列出了"非国际性的武装冲突"的具体例子，即"内战、殖民冲突或者宗教战争"。但是，在讨论过程中，占据上风的观点认为，如果规定得过于详细，可能会削弱该条款，因为预见所有将来的情形是不可能的，而且某个局势的特点与该局势的动机具有相对独立性，因此斯德哥摩尔会议拒绝了这些例子。在 1949 年的外交大会上，丹麦代表团建议，"增加适用条件的标准，[明确提出]应当增加'政治性武装冲突'一词。这样可以在具有法律性质的情形和具有政治性质的情形之间作出区分"。但是，法国代表团回应称，"'政治性'这个形容词并不恰当，因为某个冲突可能具有宗教性质或者在某些方面与普通法有关。法国政府准备适用第二工作组的文本中所包含的原则，甚至适用于土匪的情形"；See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*,Vol. II-B, p. 99. 丹麦的建议没有得到支持。

164 See ICTY, *Lima* Trial Judgment, 2005, para. 170. See also Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 33:"就区分非国家行为者参加的武装冲突类型而言，从法律上说，就像他们描述自己及其行动的方式一样，他们的政治倾向或其他动机是无关紧要的。" See also Germany, Federal Prosecutor General, *Targeted Killing in Pakistan case*, Decision to Terminate Proceedings, 2013, pp. 741–742.

450 还应当考虑，将政治动机作为判断非国际性武装冲突存在的前提条件将会为其他各种各样根据动机否认存在此种武装冲突的理由打开大门。[165]而且，在实践中，非国家武装团体的动机往往难以确定。例如，什么是政治目标可能会有争议；非政治和政治动机可能共存；非政治的行为可能在实际上对实现最终的政治结果起帮助作用。[166]

451 因此，ICRC 认为，某个暴力局势是否构成非国际性武装冲突应当仅依据冲突的强度和有组织的程度标准来回答。[167]

(三) 适用的地理范围

1. 引言

452 一旦根据参加各方的特征、冲突的强度和各方的有组织性确认存在非国际性武装冲突，共同第 3 条即可适用。但对于调整共同第 3 条所指的非国际性武装冲突的人道法，其适用的地理范围存在争议。

453 此外，当敌对行动越过单个国家的边界时，会产生行动的地理位置是否影响该局势被归类为非国际性武装冲突的问题。

454 这些问题由于实践的发展而变得相当突出，特别是在武力使用的问题上。在撰写本文时，这些问题一直是讨论的主题。[168]

2. “国内”非国际性武装冲突

455 传统上，从“国内”武装冲突的意义上来说，非国际性武装冲突主要被理解为发生在单个国家领土范围内的冲突。[169]一般来说，对于这些“国内”非国际性武装冲突，规范非国际性武装冲突的共同第 3 条和人道法的可适用性是毋庸置疑的。

456 但是，问题在于，人道法究竟是适用于有关国家的整个领土还是只适用于发生敌对行动的地区。在一国内几乎没有、远离敌对行动甚或不存在敌对行动的地区，是否适用人道法可能存在疑问。有人认为，即使是在武装冲突正在发生的国家内，人道法特别是针对敌对行动的规则不应该适用于没有发生敌对行动的地区。在该国较为和平的地区，该国的刑法和执法制度可以在有关国际和区域人权法规定的范围内提供充分的法律框架。[170]

---

165 见 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 11 页。

166 See e.g. Vité, p. 78, and ICRC, 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 11 页。

167 见 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 11-12 页。See also Akande, p. 52, with further references, and Moir, 2015, pp. 408–409.

168 See e.g. Akande; Anderson; Arimatsu; Bartels, 2012; Bianchi, pp. 10–11; Blank; Corn/Jensen; Corn, 2013; Ferraro, 2013a; Koh, pp. 218–220; Kreß; Milanovic/Hadzi-Vidanovic; Pejic, 2011; Radin; Sassòli, 2006; Schmitt; Schöndorf; Sivakumaran, 2012, pp. 228–235 and 250–252; and Vité. See also ILA Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*（ILA, *Report of the Seventy-Fourth Conference*, The Hague, 2010）, and ILA Study Group on the Conduct of Hostilities (ongoing).

169 这是皮克泰评注提供的解释：“发生在单个国家的国界内……的……冲突”；see Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 36（see also *Commentary on the Second Geneva Convention*, 1960, ICRC, p. 33, and *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC , 1960, p. 37. 该表述没有出现在《第一公约》的评注中。） See also Gasser, p.555；Sanremo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (2006), para. 1.1.1；and Milanovic, 2007b, pp. 379–393.

170 即使可以适用人道法，一国的国内法仍然适用，而且，国际人权法也仍然适用，除非该国际人权法已经被该国克减。

457 然而共同第 3 条的措辞表明，只要存在非国际性武装冲突，该条款就适用于相关国家的整个领土："不论何时何地，不得有下列行为"。

458 1995 年，在"塔迪奇案"中，前南刑庭指出：

> 67、……国内和国际武装冲突的时间和地理范围不限于发生敌对行动的准确时间和地点……
>
> ……
>
> 69、《日内瓦公约》共同第 3 条的受益人是那些不实际参加敌对行动或者不再实际参加敌对行动的人。这表明，第 3 条所包含的规则同样适用于发生实际战斗行动之外的区域。……
>
> 70、……国际人道法继续适用于交战国的整个领土，或者在国内冲突的情形下，适用于一方控制之下的整个领土，无论在那里是否发生了实际的战斗。[171]

459 一般而言，一旦一国境内发生了符合非国际性武装冲突的标准的情形，共同第 3 条和其他调整非国际性武装冲突的人道法条款就可以延伸适用于该国的整个领土。[172]

460 然而，人道法应当适用于发生冲突的国家的整个领土并不意味着，该领土内的所有行为都因此必然要遵守人道法的制度。正如前南刑庭所指出的：要判断某个特定的行为是否在武装冲突局势中实施且因此应适用国际人道法，则该行为必须"与受冲突各方控制的领土的其他地区内正在发生的敌对行动紧密相关"。[173]因此，人道法是否适用于某个具体的行为需要考察在该行为和非国际性武装冲突之间是否存在某种联系。与冲突没有此种联系的行为一般在遵守国际和区域的有关人权法的情况下，完全受到国内刑法和执法制度的调整。[174]

461 而且，如果在一国相对和平的地区，依据前面提到的考虑因素实施或发生的某个特定行为一般属于人道法的适用范围，那么关于某个特定的情形，仍然会产生有关法律标准的可适用性问题。可能还需要判断的是，在某个案件中，具体的武力使用是否必然受到敌对行动法律规范的调整，还是受到建立在人权法基础之上的执法制度的调整。[175]

462 这些问题都在讨论中。[176]在发生实际敌对行动时，武装冲突各方对合法目标动用武装部队受到人道法中关于敌对行动规则的调整。[177]但是，对那些依据国际人道法通常构成合法的攻击

---

171 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, paras 67–70. See further *Delalić* Trial Judgment, 1998, para.185, and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 636.

172 See e.g. Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 36："从国际人道法的基本目的来看，以及在这种情况下在实践中无法做出区分，可以说，原则上，国际法的主体，例如阿富汗及其盟国，是不可能卷入非国际性武装冲突的，除非作为一个领土整体。" See further David, pp. 261–262, and Kleffner, 2013b, p. 59. 就为了人道法来说的目的，一个国家的领土不仅包括它的土地表面，还包括河流和内陆湖、领海和领土之上的领空。

173 See ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. 这一解释也得到了国际刑事法院的支持，see ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1176, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 142–144.

174 例如，见 ICRC，《武装冲突中的武力使用》，第 5 页："为了适用人道法，武力使用必须发生在一个武装冲突情形中、且必须与武装冲突存在联系。"从国际刑法的角度来看，see further e.g. ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 636, and ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, paras 58–59. 这可能还包括涉及紧急状态的相关法律。

175 更详细的讨论和进一步的参考文献，见 ICRC，《武装冲突中的武力使用》，第 13–23 页，列举了在武装冲突中对合法目标使用武力的例子。

176 见关于国际人道法下直接参加敌对行动的概念和关于武装冲突中武力使用的专家会议。详见 ICRC，《解释性指南》以及《武装冲突中的武力使用》。

177 谁或者什么是合法目标的问题是另一个问题。详见对《第二附加议定书》第 13 条的评注。对于个人，ICRC 的立场在《解释性指南》中已有说明。

目标、但处在一国牢固而稳定控制的地区、并没有发生敌对行动、而且没有理由预见敌人可以轻易得到援军的孤立的个人使用武力，则不是很明确。

463 法律还没有解决此问题。但是，已经提出来一些不同的法律解读，它们大致可以被归类为四种学说。根据其中一种观点，有关敌对行动的人道法规则将调整上述情形，除了人道法中的具体规则外，没有任何其他限制。[178]根据第二种观点，在那种情况下使用武力的问题受到 ICRC《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》中建议九的调整。[179]该项建议及其评注都指出，在一国国内更和平的地区，“可以针对无权得到免受直接攻击保护的人员采用的武力的类型和程度不得超出在当时的情况下实现正当军事目的实际必要的范围”。[180]然而，另一个观点认为，对每个情形所适用的法律框架需要衡量所有状况，以个案为基础决定。[181]最后，有观点认为，在此种情形下武力使用应由以人权法为基础的执法规则进行调整。[182]

464 可以看出，如果采用最后三个学说中的任何一个学说，都有可能在实践中导致相似的结果。

3. 不限于一国领土的非国际性武装冲突

465 如上所述，就“国内”武装冲突而言，传统上说，非国际性武装冲突主要被理解为在一国范围内针对非政府武装团体或者非政府武装团体相互之间的武装冲突。[183]但是，这提出了一个问题，即：把冲突限制在一国领土范围之内是否是判断共同第 3 条所指的非国际性武装冲突存在与否的一项要求。

466 乍看之下，共同第 3 条的措辞要求有这样的限制，因为它不仅提到武装冲突的“非国际性的”，[184]而且还要求武装冲突发生 “在一缔约国之领土内”。对这一表述的一种解读可以是，该冲突必须发生在明确的“一”缔约国的领土内，因而将共同第 3 条的适用必须限制在“国内”武装冲突。但是，另一种解读可以是，将重点放在冲突必须发生在其中一个“缔约国”领土

---

178 根据此观点，虽然军事必要原则和人道原则广泛存在于人道法整个体系，但是除了人道法中的具体规则外，它们并不创设额外的义务。See e.g. W. Hays Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2009–2010, pp. 769–830.

179 2009 年，ICRC 出版了《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》（以下简称“《解释性指南》”），仅从人道法的视角讨论武力使用，不涉及其他法律，尤其是人权法，其有可能在特定的情形中与人道法同时适用。

180 建议九的全文如下：

> 除了国际人道法关于具体的作战手段和方法的限制外，在不损及其他有关的国际法规定的限制外，可以对无权享受免受直接攻击保护的人员使用武力的种类和程度不得超出在当前情况下实现合法目的实际必要的范围。

据此观点，军事必要和人道这两项基本原则减少了当前情况下，实际上完成一项合法军事目时需要的、而人道法没有明确禁止的军事行动总量；ICRC, 《解释性指南》, pp. 77–82。我们承认，在写作时，这一解释并未得到普遍接受。See e.g. “Forum: The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 637–916.

181 Marco Sassòli and Laura Olson, ‘The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflictsr, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 599–627, at 603–605. See also ICRC, *The Use of Force in Armed Conflicts*, pp. 20–21.

182 Charles Garraway, ‘Armed Conflict and Law Enforcement: Is There a Legal Divide?, in Marielle Matthee, Brigit Toebes and Marcel Brus (eds), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, The Hague, 2013, pp. 259–283, at 282.

183 见本评注第 455 段。

184 这可以被初步理解为是潜在的非国际性武装冲突各方的国家或非国家的特征；见第三节第（二）小节第 2 点。

内，只不过是为排除发生在《日内瓦公约》非缔约国领土内的冲突。[185]共同第 2 条同样提到了《日内瓦公约》的缔约国。结合这种背景来看，这两个条款均提到“缔约国”可能是为了避免产生 1949 年《日内瓦公约》会对非缔约国创设新义务的任何误解。

467 从共同第 3 条的目的和宗旨来看，它可以适用于那些超出一国领土范围的非国际性武装冲突。由于它的目标是在国家和非政府武装团体之间或者非政府武装团体相互之间激烈的武装对抗中，为在敌对行动中没有或者不再实际参加战事的人员提供某些最低限度的保护，因此当这种暴力波及的领土范围多于一国时，也应当适用那些相同的保护，这符合逻辑。[186]

468 但是，当共同第 3 条适用时，也可以适用其他规则，尤其是那些涉及敌对行动的规则，只是与平时法相比，需要对使用武力的方式作出不同的限制。必须牢记，并不是共同第 3 条对某个局势的可适用性导致人道法中调整非国际性武装冲突的其他规则的适用，而是由于存在了非国际性武装冲突，因此使得共同第 3 条和其他人道法规则具有可适用性。[187]据此，让共同第 3 条适用于那些超越一国领土范围之外的非国际性武装冲突，符合共同第 3 条的目的。

469 如果上述分析仍然使共同第 3 条是否只适用于国内武装冲突存有疑问，[188]那么为了弄清含义，还可以考察该条款的起草历史。各国曾一度考虑的一个条款草案是，“在一个或多个缔约国之领土内可能发生”的武装冲突。[189]但是，不知为何，1949 年的外交大会并没有采纳“或多个”这一表述。因此，对于解释共同第 3 条的含义来说，无法从中得出任何结论。[190]在 20 世纪 40 年代，各国似乎主要考虑的是需要对国内武装冲突进行调整。当时，它们限制适用于非国际性武装冲突之实体规则的主要顾虑和动机之一就是防止国际法对其内政的全面调整。[191]但是，如果共同第 3 条的措辞“意味着反抗国家和镇压有组织的武装团体且蔓延至几个国家的领土内的冲突不是‘非国际性武装冲突’，那么这将在保护方面产生漏洞，而这也无法用各国对其主权的顾虑来加以解释。”[192]

470 总之，虽然文本分析和起草历史都存在某种程度的含糊，但是共同第 3 条的目的和宗旨表明，其对那些跨越边界的非国际性武装冲突是适用的。

471 在撰写本文时，《日内瓦公约》缔约国的有些实践证明，在特定、有限的情形下，非国际性武装冲突可能是跨越国界发生的。[193]

---

185 在此意义上，见例如，Sassòli，2006 年，第 9 页。结合这种背景来看，这两个条款均提到“缔约国”可能是为了避免产生以为 1949 年《日内瓦公约》会对非缔约国创设新的义务的任何误解。

186 在此意义上，见例如，Sassòli，2006 年，第 9 页。

187 在这方面，必须知道，共同第 3 条没有对非国际性武装冲突进行界定；它仅仅表明了那些其适用的武装冲突。

188 下文对国家实践进行了分析，第 473-478 段。

189 See *Draft Conventions submitted to the 1948 Stockholm Conference* and *Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, p. 10; see also section B.

190 有关详细的历史, see Katja Schöberl, “The Geographical Scope of Application of the Conventions”, Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli(eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 67–83, at 79–82.

191 See e.g. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 10–15; see also section B.

192 Marco Sassòli, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law” *HPCR Occasional Paper Series*, Winter 2006, p. 9.

193 See United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 66–67. 德国的《军事手册》注意到，一起非国际性武装冲突是“通常”发生在一国领土内的对抗；在强调非国际性武装冲突的国内特征的同时，这一措辞似乎同样允许不是这样的情形；see *Military Manual*, 2013, p. 186, para. 1301. See also Netherlands, Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on Armed Drones*, Advisory Report No. 23, The Hague, July 2013, p. 3（“在一个或多个国家和一个或多个有组织武装团体之间，或者这类团体相互之间的非国际性武装冲突中，原则上国际人道法仅适用于发生冲突的国家的领土之内。”），and United States, *Law of War Manual*, 2015, section 3.3.1：“即使在战斗中跨越了国际边界，两个非政府武装团体相互交战或者国家与非政府武装团体交战可被称为‘非国际性武装冲突’。”

472 那些跨界发生的非国际性武装冲突有多种称法，有时被称为“跨界”冲突、“溢出”冲突、以及“跨国武装冲突”。有时还被称为“域外非国际性武装冲突”。[194]这些并不是法律分类或者术语，但是它们有助于作出描述。

473 其中有一类不限于一国领土、在实践中也被视为“非国际性”武装冲突的是，一个或多个国家加入另一国在另一国的领土上与有组织的团体作战。尽管此类冲突可能发生在一国领土之内，其他国家作为冲突的一方则在域外使用武力，也就是说，在它们自己的领土之外使用武力。在这种情形中，冲突在性质上仍为非国际性。[195]在此类情形中，就会产生适用共同第 3 条和更加一般的人道法的范围问题，尤其是，该国的领土被划分为由不同的外国负责的不同的责任区，而且有一些责任区与其他责任区相比，正在发生更加激烈的战斗。在这种情况下，就像在前面描述的纯粹的“国内”非国际性武装冲突，人道法以相同的方式适用于所有参加国。[196]至于国际法是否同样适用于参加此类冲突的国家的“本国”领土，则出现了进一步的问题。[197]在撰写本文时，对于其在本国领土的可适用性问题，可找到的国家实践非常不充分。

474 第二，一场非国际性武装冲突可能从其开始的国家的领土波及至不属于冲突一方的邻国的领土。[198]有时，这样的冲突被称为“溢出”型的非国际性武装冲突，尽管这仅仅是一个描述性的词汇，而非一个法律专业术语。就分析此问题而言，假设一国同意冲突的国家一方使用其领土，因此在这两个国家之间就不可能存在国际性武装冲突，那么就产生了一个问题，即：当冲突的国家一方与非国家的一方在该国（即邻国）的领土上开展行动时，它们之间的关系是否仍然受到调整非国际性武装冲突的人道法的约束？[199]可能出现这样一种情况，即：他们之间在他国领土上发生的武装暴力自身已经满足了非国际性武装冲突的构成要件，即强度要件和组织要件。但是，如果不是这种情况，而且，当敌对行动仅仅是偶尔或者零星发生在那里时，人们可能会想，这种偶尔发生的“溢出”行为是否可以被视为与在本国领土上发生非国际性武装冲突有关，也就是说，是否仅仅是本来已经存在的非国际性武装冲突的延续。[200]在

---

194 See Vité, p. 89.

195 见第 402–405 段。这并不影响领土国政府和有关国家之间是否存在一起国际性武装冲突；详见对共同第 2 条的评注，第 257–264 段。

196 2002 年之后在阿富汗的冲突被广泛认为是若干国家在域外参加非国际性武装冲突的一个例子。

197 See e.g. Schmitt, pp. 10–11.

198 See Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice，*Targeted Killing in Pakistan case*, Decision to Terminate Proceedings, 2013, p. 742: “阿富汗塔利班将联邦管理的部落地区作为一个避难所和中转地使用，毫无疑问导致了阿富汗的冲突‘扩张’至巴基斯坦国家领土的特定部分。”另见第 723 页：

> 无人机空袭的时候[2010 年 10 月 4 日]，至少存在着两个独立的非国际性武装冲突。一个在巴基斯坦政府和在联邦管理的部落地区活动的非政府武装团体（包括基地组织）之间。另一个在阿富汗塔利班及其附属团体和国际安全援助部队支持的阿富汗政府之间，外溢至巴基斯坦的领土。

Netherlands, Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on Armed Drones*, Advisory Report No. 23, The Hague, July 2013, p. 3：“如果冲突外溢至另一个国家，交战一方的一些或者全部武装部队转移到另一个国家（通常是邻国）的领土内，并且敌对行动在那里继续的情况下，国际人道法的可适用性可能会延伸。”Milanovic 给出了更多被认为是外溢至另一国领土的冲突的例子，2015 年，第 52、56 和 58 段（引用了从刚果民主共和国外溢至相邻国家；埃塞俄比亚欧加登地区民兵组织和索马里阿尔沙巴布民兵组织对肯尼亚的入侵；库尔德人对土耳其和伊朗的入侵；和哥伦比亚武装部队和哥伦比亚革命武装力量对厄瓜多尔的入侵。）Melzer, 第 259–260 页，引用了苏丹同意乌干达在其领土实施对圣灵抵抗军的行动；南非在博茨瓦纳、莫桑比克和津巴布韦对南非国会的行动；以及越南冲突扩张至柬埔寨等例子。

199 当第二个国家不同意时，这个问题可能同样会出现。在这种情况下，可能同时存在着国际性和非国际性武装冲突。

200 正如 ICTY 所注意到的，与在一国领土的其他部分实施的敌对“密切相关”个人行为可以与该非国际性武装冲突有联系；see *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. 有人建议同样的考量因素适用于扩张的情形；see Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 290–291.

这种情况下，国家实践看起来表明，跨越边界并不改变该武装冲突的非国际性性质。[201]与“溢出”型冲突相关的国家实践的例子全部都与冲突从一国领土扩张至邻国领土或者相接壤的领土的情形有关。

475 这种情况的存在似乎还被 1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》所承认，该规约规定该法庭的管辖权是，起诉“对在卢旺达领土上实施种族灭绝和其他严重违反国际人道法负有责任的人，和对在相邻国家的领土上实施的种族灭绝和其他此类违反行为负有责任的卢旺达公民”。[202]

476 然而，仍然存在非国际性武装冲突在多大程度上波及至邻国才能被视为“溢出”的问题。换言之，仍然不清楚的是，人道法是否可以适用于受到该冲突波及的国家的整个领土（就像典型的“国内”武装冲突情形一样），或者它的适用范围是否更加有限。[203]只要其领土受到波及的国家不是该冲突的一方，就有理由置疑人道法适用于该国的整个领土。[204]尽管已经提出了不同的法律理论，但是实践还没有达到能够建立明确规则的地步。[205]另外，还出现的一个问题是，根据地理环境或者技术能力的不同，非国际性武装冲突的“溢出”是否只限于相邻国家的问题。下面将研究最后这种情形。

477 非国际性武装冲突不限于一国领土的第三种情形就是，甲国与从乙国（即邻国）领土上开展行动的非政府武装团体之间发生的武装对抗，而且符合了冲突的强度标准。[206]武装对抗也可以发生在两个有组织的非政府武装团体相互之间。在这种情况下，对抗就具有“跨越边界”的性质。如果非国家武装团体是在代表乙国采取行动，则可能存在国际性武装冲突，因为这样的对抗实际上是在甲乙两国之间进行。[207]但是，如果非国家武装团体并不代表乙国开展行动，那么可以相信，在甲国和非国家武装团体之间的对抗应该被视为非国际性武装冲突。[208]在这种情况下，如果乙国并不同意甲国在其领土内开展行动，那么甲乙两国之间也可能存在国际性武装冲突。[209]因此，有可能的情形是，存在一场非国际性武装冲突，同时并行存在一场有关国家之间的国际性武装冲突。

---

201 见脚注 198 列举的例子。另见 ICRC, 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 9–10 页，指出：

> 有人提出冲突扩张的各方之间的关系在最低程度上保留由共同第 3 条和习惯国际人道法进行规范。这一立场是基于这一理解：一起非国际性武装冲突扩张至接壤领土，并不能仅仅因为跨越了国际边界而起到免除各方他们的国际人道法义务的作用。接着发生的法律空白将剥夺对可能受到战争影响的平民和落入敌人手中的人的保护。

202 ICTR Statute (1994), T itle and Preamble. But see ICTR, *Musema* Trial Judgment, 2000, para. 248: “‘武装冲突’这一表达采取了实质的标准：……在这些限制之内，非国际性武装冲突是敌对行动在武装部队或者有组织的武装团体之间在一个国家的领土之内爆发的情形”。

203 Schöberl, p. 82; Lubell/Derejko, p. 78.

204 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70（人道法适用于在参加一方控制下的整个领土）。

205 例如，将人道法的可适用性限制为仅仅对于与该武装冲突有联系的人、地点和客体。See e.g. Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 307–308; Lubell/Derejko, pp.75–76; ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2015 年，第 15 页，脚注 13。

206 关于讨论，例如，见脚注 168 提及的著作。

207 见第 406–410 段以及对共同第 2 条的评注，第 265–273 段。

208 在此方面，见 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 10 页，写道：“在起草共同第 3 条时，这种情形几乎是无法想象的。但是，仍然有人认为，除了适用两国之间发生的国际性武装冲突的法律外，还可以同时适用共同第 3 条和习惯国际人道法”。

209 详见对共同第 2 条的评注，第 257–264 段。

478 最后，还有一个问题是，关于非国际性武装冲突，地理因素是否起着最低限度的作用。[210]例如，在某个特定国家内有或没有敌对行动的主要或者关键战区时，非政府武装团体和国家之间是否存在非国际性武装冲突？这可能有两种情形。第一种情形是，前面所描述的“溢出”型的冲突。在这种情形下，冲突的强度和组织的程度都足以构成一场非国际性武装冲突，而且被归类为敌对行动的主要战区，唯一的问题是，这种溢出效果可以延伸到多远。第二种情形是，只基于非政府武装团体的行动但敌对行动和武装团体成员从地理上看很分散时产生非国际性武装冲突的可能性。在这种情形下，主要的问题就是，有没有可能将广布的敌对行动评价为一个整体，以便得出在非政府武装团体和国家之间存在武装冲突的结论。因此，在不抛弃存在非国际性武装冲突所要求的有组织性和强度标准的同时，依据这一理论，可以认为，在每个国家的领域内看起来是零散的或者独立的行动可以累积起来被视为存在非国际性武装冲突。

479 假如存在这样一种全球性或跨国性的非国际性武装冲突，那么就可以使人道法适用于那些没有卷入此种冲突各方之间对抗的国家的领土，否则只能在有关人权法的框架内适用刑法和关于武力使用的执法规则。

480 这一情形引起了严重的保护方面的担忧。这意味着，例如，当这种全球性的或者跨国性非国际性武装冲突的一方在另一个没有卷入冲突的国家的领土内攻击对方的士兵个人时，该国家的居民就有可能受到关于武力使用的人道法规则的约束。在人道法中，例如，攻击军事目标只有在可能附带使平民生命受损失与预期的具体和直接军事利益相比过分时，才会被认为不合法。这意味着，根据情况，对不参加全球性或者跨国性非国际性武装冲突各方之间对抗的国家的平民居民造成特定数量的“附带损害”可能并不是不合法的。这将明显削弱国际法对这些居民的保护。

481 然而，如上文表明的，即使认为人道法适用于这一情形，也并不必然意味着这一情形中所有的行为都由该法律进行规范。[211]

482 另外，《日内瓦公约》的缔约国支持全球性或者跨国性非国际性武装冲突的实践还很少。[212]因此，ICRC 认为：对是否存在武装冲突或特定的军事行动与已有的武装冲突的关系需要在个案的基础上进行评估。[213]

---

[210] 关于讨论，例如，见脚注 168 提及的著作。

[211] 见本评注第 460–463 段。

[212] See e.g. United States, Remarks by President Obama at the National Defense University, 2013 年 5 月 23 日：“在国内法和国际法下，美国正在和基地组织、塔利班和他们的附属部队打仗。”See also, e.g. US Department of Justice, Office of Legal Counsel, Memorandum for the Attorney General Re: Applicability of Federal Criminal Laws and the Constitution to Contemplated Lethal Operations Against Shaykh Anwar al-Aulaqi, 2010 年 7 月 16 日，在 2014 年 6 月 23 日公开发布，第 24 页：“……将使得国防部在也门的行动成为与基地组织的非国际性武装冲突的一部分”。Compare also United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 66–67. 至于美国最高法院是否考虑到非国际性武装冲突，这在该决定中确认为具有全球性的特征，see e.g. Milanovic, 2007b, pp. 378–379, with further reference. But see Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Targeted Killing in Pakistan case*, Decision to Terminate Proceedings, 2013, p. 745, 据此，“只有涉及到一个具体的领土范围和时间段时，存在一起武装冲突的决定才将会有效”。

[213] 见 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 10 页，以及多国部队介入国际组织框架内的具体背景，第 10–11 页。

(四) 属时适用范围

1. 引言

483 共同第 3 条适用于在一缔约国领土内“发生”非国际性武装冲突之场合。但是，共同第 3 条并没有就何谓“发生”此种武装冲突做出任何规定。与《日内瓦公约》在国际性武装冲突中的适用[214]、或《第一附加议定书》[215]和《第二附加议定书》[216]不同，共同第 3 条并没有就它的属时适用范围做出任何形式的具体规定。

2. 非国际性武装冲突的开始

484 关于共同第 3 条的开始时间，没有必要做出具体的规定：只要根据前面的分析，存在非国际性武装冲突，即：只要国家和非政府武装团体或者两个或两个以上的非政府武装团体相互之间的暴力局势符合强度和组织性标准，共同第 3 条就应当开始适用。

3. 非国际性武装冲突的结束

485 与认定非国际性武装冲突的开始一样，认定冲突何时结束同样具有重要影响。因此，与非国际性武装冲突的开始存在一样，对于冲突何时结束，既不能轻易断言，也不能否认。这是因为，就像人道法并不适用于尚未上升到非国际性武装冲突的暴力局势一样，它也不适用于不再构成非国际性武装冲突的局势。

486 前南刑庭认为：“国际人道法的适用是从（该非国际性武装冲突）开始并延伸至敌对行动的终止，直至达成有关国内冲突的和平协定。”[217]这种方式已经为国际判例法所认可，也在其他国内和国际法渊源中得到了确认。[218]

487 在评估非国际性武装冲突是否结束或者是否已经达成“和平协定”时，必须依靠相应的事实。[219]这种方法不仅反映了单纯基于事实评估非国际性武装冲突何时开始，[220]而且更符合现代人道法，因为就其可适用性而言，形式要求并不具有决定性。[221]

488 在对确定非国际性武装冲突是否结束的事实进行评估时，应考虑以下事项：

---

214 见《日内瓦第一公约》第 5 条；《日内瓦第三公约》第 5 条第 1 款；以及《日内瓦第四公约》第 6 条。

215 见《第一附加议定书》第 3 条。

216 见《第二附加议定书》第 2 条第 2 款：在武装冲突结束时，基于有关该冲突的原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，以及在该冲突后基于同样原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，均应享受第五条和第六条的保护，直至自由的剥夺或限制终止之时为止。

217 ICTY, Tadić Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70.

218 See e.g. ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 100；ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 619；*Rutaganda* Trial Judgment, 1999, para. 92; and ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, paras 533 and 548. 这些也反映在国家实践之中；see e.g. United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 15.3.1; Council of the European Union, Independent International Fact-Finding Missionon the Conflict in Georgia, *Report*, Vol. II, 2009, pp. 299–300; Colombia, Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-291-07*, Judgment, 2007, para. 1.2.1. 关于“和平解决”概念的讨论，see e.g. Jean-François Quéguiner, ‘Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, No. 850, June 2003, pp. 271–311, at 282–283.

219 See ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 293.See e.g. David, pp. 267–268, 一般没有具体规定何时结束适用人道法。See also Kolb/Hyde, p. 102, for both international and non-international armed conflicts, as well as Sivakumaran, 2012, pp. 253–254.

220 见第三节第（二）小节。

221 见共同第 2 条中除传统形式的“宣战”概念以外，还包括了“其他武装冲突”的概念。更多内容，见关于共同第 2 条的评注，第 201-202 段。

489 第一，当冲突一方不复存在的时候，非国际性武装冲突自然就结束了。军事上完胜另外一方、非国家一方的复员、或者任何一方的解散，都意味着非国际性武装冲突的结束，即使由残余分子组织的孤立、零星的暴力行为仍然存在。然而，当一方受到程度较小的打击，处于混乱状态的时候，它仍有可能重新集结，甚至能在长时间内再进行敌对行动。在非政府武装团体控制领土或继续招募、训练和武装其部队的情况下，这种情形尤其可能发生。在这种情况下，并不能得出一方已经不复存在的结论。

490 第二，即使已经存在达成或单方宣布例如停火、停战或和平协议的正式行为，但武装冲突仍可能会继续存在。如果仅依靠这些协议的存在便认定非国际性武装冲突已经结束，有可能会导致在冲突仍然实际存在的情况下过早结束适用人道法。[222]相反，在没有任何停火、停战或和平协议的情况下，或者在缔结这些协议之前，武装冲突也可能已经消失了。因此，虽然评估所有事实时可以考虑到这些协议的存在，但它们本身并不必要或不足以终止人道法的适用。

491 第三，在没有重新开始的风险下，武装冲突的长时间停止无疑将构成非国际性武装冲突的结束，即使在实际上并没有达成或单方宣布例如停火、停战或者和平协议等正式行为，但这已经相当于冲突的和平解决。

492 第四，武装冲突的短暂停歇不能自动视为非国际性武装冲突的结束。冲突的强度也许会“摇摆不定”，[223]但强度没有增加而冲突各方仍继续存在的平静时期，并不足以断定冲突已经结束。我们不能抽象地以多长时间没有发生武装冲突为由认定目前局势已经稳定，相当于已经和平解决。例如，其中一方可能决定暂时停止敌对行动，或者说，冲突的历史模式本就在武装冲突的结束与重新开始间更迭。在这种情况下，我们还不能得出局势已经稳定的结论，仍然需要更长时间的观察。与此同时，人道法将继续适用。

493 冲突的划分不能成为人道法在适用性与非适用性之间的“旋转门”，因为这会“导致一定程度上的法律不确定性及混乱”。[224]因此，基于事实情况的评估需要考虑到冲突的波动性质，以避免过早地断定非国际性武装冲突已经结束。

494 在这一点上，我们不能仅以各方之间的武装冲突已经不满足冲突存在的强度要求为由，从而得出非国际性武装冲突已经结束的结论。[225]然而，根据现有事实，即使可能仍然存在孤立的或零星的暴力行为，但冲突原始各方之间持续不存在武装对抗可能表明，非国际性武装冲突已结束。

495 表明局势已经稳定到足以认为非国际性武装冲突已经结束的因素包括：和平或停火协议的有效实施；冲突方发布的与事实不相违背并表明其放弃所有暴力的宣言；政府为冲突所设的特别机构的撤销；解除武装、复员或重返社会方案的实施；无敌对行动时期的不断延长；紧急状态或其他限制性措施的解除。

---

222 See e.g. ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 293. 另见相关实践应用，在第 294 段：“该武装冲突的属时适用范围包括 8 月 12 日，而且还包括 8 月 13 日的《奥赫里德框架协议》，直至该月月末。”

223 ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 100.

224 ICTY, Gotovina Trial Judgment, 2011, para. 1694.

225 For a discussion, see Marko Milanovic, ‘End of application of international humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 893, March 2014, pp. 163–188, at 178–181. See also Bartels, 2014, pp. 303 and 309, and Grignon, pp. 270–275, 他强调武装冲突的全球性结束，与国际性武装冲突中军事行动的全面结束概念相当，对判断非国际性武装冲突的结束来说是一个决定性因素。对于多国行动的类似观点，see Ferraro, 2013, p. 607, and Sivakumaran, 2012, pp. 253–254.see also Kolb/Hyde, p. 102, and Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol.I, p. 135, paraphrasing ICTY, Haradinaj Trial Judgment, 2008, para. 100.

496 因此，只有通过对所有可用事实的整体评估，才可确定局势是否已经稳定到一定程度，并且已经到了可以达成冲突的“和平解决”的时候。很明显，这样的预测不会有绝对的确定性。这不是一门严谨的科学。有鉴于此，ICRC 认为，最好不要过于草率，以致面临冲突划分“旋转门”的风险，这会导致法律上的不确定性和混乱。

4. 非国际性武装冲突结束后共同第 3 条的继续适用

497 尽管非国际性武装冲突已经结束，在必要的情况下，共同第 3 条的某些方面是否仍然能够继续适用呢？对于这个问题，共同第 3 条没有做出任何规定。

498 然而，早在 1962 年，ICRC 在召开专家委员会研究对国内冲突受害者的人道援助问题时就指出：

> 委员会过去也审议了第 3 条的适用范围。依赖于第 3 条的国内冲突的解决，本身并没有完全终止该条的适用，不论解决的形式和条件是合法政府自身已重新建立秩序，还是为了支持对手组成的政府而消失，亦或是与另一方达成协议。委员会指出：第 3 条规定的义务在“任何情形，任何时间以及任何地方”都应得到尊重。因此委员会认为，第 3 条的规定仍然适用于冲突造成的局势以及冲突的参加者。[226]

499 1977 年，各国在《第二附加议定书》中通过了以下规定：

> 在武装冲突结束时，基于有关该冲突的原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，以及在该冲突后基于同样原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，均应享受第五条和第六条的保护，直至自由的剥夺或限制终止之时为止。[227]

500 共同第 3 条对国家和非国家当事方具有约束力，共同第 3 条的保证对于非国际性武装冲突的受害者甚至是冲突结束后的受害者来说至关重要。

501 受共同第 3 条保护的人，只要其仍然处于共同第 3 条提供保护的情形中，即使非国际性武装冲突已经结束，仍然能够继续受益于该条的保护。因此，例如，与冲突有关的被拘留者在冲突结束后应继续得到人道待遇，包括不受酷刑或残忍待遇或被拒绝公正审判。[228]

502 如果在非国际性武装冲突结束后恢复正常的国内和国际法律框架可以为受到共同第 3 条保护的人提供比共同第 3 条更有利的保护，则必须适用该种保护。[229]

---

[226] See ICRC, ‘‘Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a Commission of Experts in Geneva, 25–30 October 1962, Report’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 3, No. 23, February 1963, pp. 79–91, at 83. See also Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol. I, p. 136, and David, pp.267-268.

[227] 《第二附加议定书》，第 2 条第 2 款。该议定书第 5 条和第 6 条对基于武装冲突的原因以及在刑事追诉期间被剥夺自由的人提供保护。其中更多内容，见关于《第二附加议定书》第 1 条、第 5 条和第 6 条的评注。对于国际性武装冲突，还可比较《日内瓦第一公约》第 5 条、《日内瓦第三公约》第 5 条第 1 款、《日内瓦第四公约》第 6 条第 3 款和《第一附加议定书》第 3 条第 2 款。

[228] 《第二附加议定书》第二条第二款并未将第五条和第六条冲突结束后的继续保护限定在冲突期间基于冲突原因而自由被剥夺或被限制的人，它同时保护冲突后基于同样原因而自由被剥夺或限制的人。如果共同第 3 条意义上的非国际性武装冲突已经结束，那么各方也可以考虑依据共同第 3 条提供此种广泛的持续保护。

[229] See e.g. David, p. 268.

四、第 1 款：共同第 3 条的约束力

(一) 冲突各方皆有义务遵守

1. 引言

503 一旦出现了共同第 3 条意义上的非国际性武装冲突，共同第 3 条明确地规定了“冲突之各方应遵守”本条的基本规定。

504 这个简单但明确的规定是一个重要的成就。一旦共同第 3 条开始适用，冲突的国家一方和非国家一方须自动且绝对地遵守其义务。该义务独立于非国家一方是否接受共同第 3 条，也独立于敌对方是否实际遵守了共同第 3 条的规定。[230]此外，共同第 3 条是基于冲突各方平等的原则。它赋予了国家和非国家当事方相同的纯粹人道性质的权利与义务。[231]然而，这并不意味着，对于非政府武装团体的成员来说，他们享有战斗员的豁免权，因为战斗员这一概念不适用于非国际性武装冲突。

2. 共同第 3 条对非政府武装团体的约束力

505 非政府武装团体不是《日内瓦公约》的“缔约国”。1949 年，各国决定非国家实体不能成为《日内瓦公约》的缔约国。然而，共同第 3 条作为条约和习惯法对非政府武装团体具有约束力已经成为共识。[232]

506 共同第 3 条的措辞明确地将“缔约国”与冲突各方区分开来：“在一缔约国之领土内发生非国际性的武装冲突之场合，冲突之各方应遵守……”。在共同第 3 条谈判期间，在该句第二部分提及缔约国的修正案被否定了。[233]

507 争论的主题是共同第 3 条如何对非缔约实体产生约束力。[234]有关解释包括：声称代表一个国家或其某些部分，特别是对其行使有效主权的实体，承担该国的国际义务；[235]在一国批准《日内瓦公约》后，共同第 3 条成为国内法的一部分，因此对该国管辖下的所有个人，包括对非政府武装团体成员都具有约束力；[236]旨在对非国际性武装冲突的非国家方具有约

---

230 另见第五节第（一）小节第 3 点。

231 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4442. see also Sivakumaran, 2012, pp. 242–244; Bugnion, 2003b, p. 167; and Christopher Greenwood, ‘The relationship between *iusad bellum* and *ius in bello*’, *Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4, 1983, pp. 221–234, at 221.

232 关于共同第 3 条的习惯法地位，see e.g. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219; ICTY,*Tadić* Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 1995, para. 98；*Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 228; and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 608–609.

233 See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 90, with a response by the ICRC；see further pp. 93–94 and 99–100.

234 For an overview, seeSivakumaran, 2012, pp. 238–242, and 2015, pp. 415–431; Kleffner, 2011; Moir, pp. 52–58; Murray, pp.101–131; and Dinstein, 2014, pp. 63–73.

235 See e.g. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 51–52；*Commentary on the Second Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 34; *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 37–38; *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 37; Elder, p. 55; Schindler, p. 151; and Sivakumaran, 2015, pp. 422–423.

236 这通常被称为立法管辖权原则。See e.g. Pictet (ed.), *Commentary on the Second Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 34; Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4444; Sivakumaran, 2015, pp. 418–419；Dinstein, p. 70; and Elder, p. 55. See also *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 94 (希腊的发言)。

束力的共同第 3 条和其他人道法条约，是为第三方合法地规定义务的国际条约规定，在一定情况下[237]以类似条约的方式为非缔约国创造义务；[238]当一国批准某项条约时，它是代表着其管辖下所有的个人，因此这些人都是国际法规定的权利与义务的主体；[239]它“源于（共同第 3 条）规则的基本性质，其得到了整个国际社会的认可，是保护重要人道利益所需的绝对最低限度”；[240]非政府武装团体也可同意受共同第 3 条的约束，例如通过发布单方面声明或武装冲突各方之间签订特别协定的方式。[241]

508 学界已经提出各种法律理论来解释非政府武装团体如何受共同第 3 条的约束，但无可争议的是，共同第 3 条的实质性条款在武装冲突期间对武装团体具有约束力。

3. 共同第 3 条对多国部队的约束力

509 如前所述，[242]无论是出于执行任务还是由于事态的发展，多国部队可以参加行动，从而使各国或国际组织成为非国际性武装冲突的一方。我们可以区分由不受国际组织指挥和控制的国家联盟主导的多国行动与在联合国或其他国际组织指挥和控制下的多国行动的不同之处。

510 在由不受国际组织指挥和控制的国家联盟进行多国行动的情况下，参加多国部队的各个国家皆成为冲突的当事方。[243]根据多国部队是否对国家或非国家方采取行动，有关国际性或非国际性武装冲突的法律对部队派遣国产生约束力。针对后者，共同第 3 条对这些国家部队具有约束力。

511 当有关国际组织在其框架内指挥和控制多国行动时，它可以成为武装冲突的一方。[244]由于部署多国部队的国际组织并非国家，因此其不能成为《日内瓦公约》或其他人道法的缔约国，这些条约对其也就不产生约束力。但是，联合国与联合国和平行动的东道国之间签订的部队地位协定要求联合国确保其行为“充分尊重有关适用于军事人员行动的国际公约的原则与规范”。[245]关于在联合国指挥和控制下的部队，联合国秘书长已经明确肯定了“国际人道法基本原则和规范”对多国部队的适用性。[246]

---

237 见《维也纳条约法》（1969 年），第 34-36 条。

238 See Cassese, 1981, pp. 423–429; and Sivakumaran, 2015, pp. 419–420.

239 See Sivakumaran, 2015, pp.417–418; Antonio Cassese, ‘La guerre civile et le droit international’, *Revue générale de droit international public*, Vol.90, 1986, pp. 553–578, at 567; Dinstein, p. 66; and Schindler, p. 151.

240 见 Bugnion，2003a，第 336 页，他还认为，共同第 3 条的约束性“来源于国际习惯、人道法与公众良知”。关于这一点，另见 Sivakumaran，2015 年，第 424 页。

241 See Sivakumaran, 2015, pp. 420–422, and Dinstein, pp. 70–71.

242 See paras 411–413, as well as the commentary on common Article 2, paras 245–252.

243 更多内容，见第 411–413 段。

244 在某些情况下，国际组织和部队派遣国也可能被视为武装冲突的当事方。关于这一问题的更多内容，see paras 411–413; the commentary on common Article 2, paras245–252, and Ferraro, 2013, pp. 588–595.

245 See e.g. The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan (UNMISS), Juba, 8 August 2011, paras 6(a) and (b). 虽然这些规定并没有列入联合国秘书长应联合国大会要求编写的“维持和平行动部队地位示范协定” (UN Doc. A/45/594, 9 October 1990)，但它们已经被列入联合国自 1993 年 11 月 5 日与卢旺达就联合国卢旺达援助团（UNAMIR）签订以来的相关协定中，United Nations *Treaty Series*, Vol. 1748, 1993, pp. 3–28.

246 See e.g. the 1999 UN Secretary-General’s Bulletin, 但其中并没有区分国际性与非国际性武装冲突。

512 此外，这些国际组织受到习惯国际法的约束已经成为共识。[247]国际法院指出：包括联合国在内的国际组织是国际法的主体，受到国际法一般规则下的义务的约束。[248]

513 另外，由于部队派遣国通常不会向部署多国部队的组织交出对其部队的一切控制权，因此许多国家认为，这些部队仍受其自身国家承担的人道法义务的约束。[249]

(二) “最低限度应遵守下列规定”

514 非国际性武装冲突中冲突各方应遵守共同第 3 条“最低限度”规定。这些基本义务在任何非国际性武装冲突发生时即自动适用。

515 正如共同第 3 条本身指出的，这些规定是“最低限度”的规定。

516 1949 年各国在通过共同第 3 条时，对于是否使更多或全部《日内瓦公约》的规定在非国际性武装冲突中自动适用的问题上难以达成一致。[250]他们意识到，额外的和更具体的适用规则在这种冲突中更为可取。因此，他们最终同意在共同第 3 条中增加第 3 款，即《日内瓦公约》中“冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力”。[251]

517 除了共同第 3 条以及可能存在的特别协定外，非国际性武装冲突各方还应遵守其他人道法条约。[252]此外，冲突各方还应遵守适用于非国际性武装冲突的习惯人道法以及国际人权法中可适用的义务。但是，人权法对非政府武装团体是否适用，以及适用的范围是什么，尚未得到解决。至少，那些对领土行使控制权和履行类似政府职能的武装团体应依据人权法承担责任似乎已经成为共识。[253]

---

247 See ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* Advisory Opinion, 1949, p. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt,* Advisory Opinion, 1980, para. 37; and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, Advisory Opinion, 1996, para. 25.

248 在 1996 年的“一国在武装冲突中使用核武器的合法性（世界卫生组织）”案的咨询意见第 25 段中，国际法院指出：

> “国际组织与国家不一样，并不拥有一般的权限。国际组织受‘专业原则’的制约，即是说，它由建立它的国家授予权力。授予国际组织的权力通常在它的组成文书中作了明确的说明。”

关于这一原则对国际组织适用人道法的影响的讨论，see Kolb/Porretto/Vité, pp. 121–143; Naert, pp. 533–534; Shraga, 1998, p. 77; and Engdahl, p. 519.

249 See Section 2 of the 1999 UN Secretary-General’s Bulletin, 其中规定：“现有条款不能取代在整个行动期间对军事人员仍具有约束力的国家法律。”例如，see also Netherlands, *Military Manual*, 2005, para. 1231（“自然地，参加联合国行动的国家受习惯法及其签署和批准的条约或公约的约束。”）， and Germany, *Military Manual*, 2013, para. 1405（“联合国是否设定了使命并不影响武装冲突法的适用。相反，如果国际人道法的规范对有关派遣国适用，而且如果在部署国存在武装冲突，那么国际人道法的规范就可以直接适用。”）

250 更多详细内容，见第二节。

251 详细内容，见第十一节。

252 尤其是《第二附加议定书》的规定，当然这需要取决于该议定书是否得到了批准，还有，某个特定的非国际性武装冲突是否符合适用该议定书的条件。详情内容见对《第二附加议定书》的评注。另见本评注脚注 5 提及的其他条约。

253 关于这一问题的实践及对这一问题的辩论，see e.g. Sivakumaran, 2012, pp. 95–99; Jean-Marie Henckaerts and Cornelius Wiesener, ‘Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution from customary international law?’, in Robert Kolb and Gloria Gaggioli (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 146–169; Andrew Clapham, ‘Focusing on Armed Non-State Actors’, in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, pp. 766–810, at 786–802; and Konstantinos Mastorodimos, *Armed Non-State Actors in International Humanitarian and Human Rights Law: Foundation and Framework of Obligations, and Rules on Accountability*, Ashgate, Farnham, 2016.

五、第 1 项：受保护的人员

(一) 引言

518 第一项包括所有“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员”。共同第 3 条并未对上述概念进行详述，在 1949 年外交大会上也没有对这部分内容进行讨论。一个人若需要依据这一项得到保护，则必须处在冲突一方的权力之下（见第五节第（四）小节）。[254]

519 保护一切未参加或不再参加敌对行动的人员是人道法的核心内容。共同第 3 条因此将保护的人员明确界定为“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员。”非国际性武装冲突之各方应在一切情况下予以人道待遇，不得有所歧视。

520 然而，除共同第 3 条外，人道法中还有大量在这些人员实际参加敌对行动期间的保护规定，包括总体禁止使用引起过分伤害或不必要痛苦的作战手段和方法，以及禁止使用特定的作战手段和方法。[255]

(二) 不实际参加战事之人员

521 共同第 3 条保护“不实际参加战事之人员”。这些人员首先是平民居民，他们一般不实际参加敌对行动。[256]因此，平民受到共同第 3 条的保护，除非在他们实际参加敌对行动时。一旦他们停止实际参加敌对行动，包括“因伤、病、拘留或其他原因而成为失去战斗力”时，他们将立即受到保护。[257]此外，平民居民还包括被武装部队遣散或脱离武装部队的前成员。[258]

522 第二，未实际参加敌对行动的人员还包括武装部队中的非战斗人员，即医务和宗教人员。因为他们专门被派遣从事医疗或宗教职务，因此一般不会实际参加敌对行动。[259]

523 第三，正如共同第 3 条阐明的，不实际参加敌对行动的人员包括“放下武器的武装部队战斗人员以及失去战斗力的人员”。这类人员将在第三节第（三）小节中进一步讨论。

524 共同第 3 条并未对实际参加敌对行动这一概念进行明确界定，1949 年日内瓦四公约或更早的条约也没有对该内容做相关规定。[260]事实上，对实际参加敌对行动的人员和未参加或不再参加敌对行动人员的区分是人道法的主要特征。

---

254 关于受到该款第二项保护的人员，见第九节第（四）小节，涉及伤者和病者。

255 这些规则作为习惯国际法适用于非国际性武装冲突；见 ICRC《习惯国际人道法研究》（2015 年），尤其是规则 46、64-65、70、72-74、77-80 以及 85-86。

256 另见 2002 年的《国际刑事法院犯罪构成要件》，提到对 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项规定的所有罪行的共同要件（将受《日内瓦公约》共同第 3 条保护的人员描述为“该人或该类人员是失去战斗力的人员、或者不参加实际参加敌对行动的平民、医务人员或宗教人员。”）

257 关于失去战斗力的人员的详细内容，见第五节第（三）小节第 1 点。之所以把失去战斗力的人员包括那些不参加实际参加敌对行动的平民，是因为在“失去战斗力的人员”和“不参加实际参加敌对行动的人员”之间存在联系。关于这一点，法文版更清晰，因为其重复了“人员”一词（‘Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris … les personnes qui ont été mises hors de combat …’）。See also Kleffner, 2015, pp. 442–443.

258 关于从团体武装团体非政府武装团体中脱离的问题，见 ICRC，《解释性指南》，第 72–73 页。

259 另见 2002 年的《国际刑事法院犯罪构成要件》，提到对 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项规定的所有罪行的共同要件（将受《日内瓦公约》共同第 3 条保护的人员描述为“该人或该类人员是失去战斗力的人员、或者不参加实际参加敌对行动的平民、医务人员或宗教人员。”）

260 但见《日内瓦第四公约》第 15 条。该条规定了国际性武装冲突各方设立庇护人的中立化地带的可能性，尤其是那些“不参加实际参加敌对行动的平民，以及居住在该地区、且不从事军事性质工作的人员”。

525 1977 年两个《附加议定书》对参加敌对行动的概念做出了规定，即平民“除了直接参加敌对行动并在参加期间外”，应避免遭受军事行动所产生的危险。[261]共同第 3 条中的“实际”参加敌对行动和两个《附加议定书》中的“直接”参加敌对行动是一个相同的概念，这已得到广泛承认。[262]

526 两个《附加议定书》提及直接参加敌对行动的目的是为了确定在敌对行动期间，平民何时依据人道法会成为合法攻击对象。直接参加敌对行动这一概念的范围和适用问题也是敌对行动相关规则框架的争议内容。[263]

527 无论冲突各方为了进行打击对直接参加敌对行动这一概念采取何种观点，一旦人员停止实际参加敌对行动，例如落入敌手，该人员就处于共同第 3 条的保护范围，必须给予人道待遇。

528 因此，不能因为一个人在过去曾经实际参加敌对行动而对其进行任何形式的虐待，包括酷刑、或者残忍的、羞辱的或有辱人格的待遇。人道法禁止报复。

(三) 放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员

1. 武装部队人员

529 共同第 3 条或《日内瓦公约》并未对“武装部队人员”做出定义。[264]

530 就共同第 3 条来说，“武装部队”是指冲突中的国家一方和非国家一方的武装部队。这一点可以从共同第 3 条使用的措辞中推导出来，即“冲突之各方”应对“不实际参加战事之人员，包括武装部队人员”予以保护。[265]此外，共同第 3 条并没有在“武装部队”这一措辞前面加上定冠词“the”，因为如果加上的话，则意味着只能是国家的武装部队，相反它仅仅提及“武装部队”。[266]最后，共同第 3 条是建立在对冲突各方的义务进行平衡的基础之上，并要求一旦国家武装部队和非国家武装团体的人员放下武器或者失去战斗力，均应受到人道待遇。[267]

531 但是，要求得到人道待遇并不意味着，非国家武装团体的人员享有战斗员应当享有的豁免权，这是因为战斗员这一概念本身对于非国际性武装冲突是不适用的。非国家武装团体中的人员可能因为参加敌对行动而依据国内法被起诉，包括那些依据人道法并非不合法的行为。共同第 3 条的最后一款确认该条的适用不影响冲突各方的法律地位。

---

261 见《第一附加议定书》第 51 条第 3 款及《第二附加议定书》第 13 条第 3 款。另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 6。

262 See e.g. ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 629, and ICRC, 《解释性指南》，第 43 页。具有同等效力的共同第 3 条的法文版则使用了“没有直接参加敌对行动的人（personnes qui ne participent pas *directement* aux hostilités）”这一说法。

263 就敌对行动中的区分原则来说，ICRC 对直接参加敌对行动的概念解释提出了建议，见 ICRC,《解释性指南》。关于对该出版物的讨论，see e.g. Michael N. Schmitt, ‘The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis’, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 5–44; *Report of the Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston, Addendum: Study on targeted killings*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, pp. 19–21; and ‘Forum: The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law’, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 637–916. 更多详细内容，见对《第一附加议定书》第 51 条和《第二附加议定书》第 13 条的评注。

264 直到 1977 年，武装部队的定义才规定在了涉及国际性武装冲突的人道法条约中，见《第一附加议定书》第 43 条。

265 另见 ICRC《解释性指南》，第 28 页。

266 另见具有同等效力的共同第 3 条法文版，该版本用的是“les membres *de* forces armées”这一表述，而不是“les members *des* forces armées”这一表述。

267 See also Sassòli, 2006, p. 977.

532 国家武装部队首先包括一国正规的武装部队。但是，国家武装部队这一概念还包括其他有组织的武装团体或单位，只要他们在非国际性武装冲突的缔约国一方的负责统率下。[268]

533 国家武装部队通常由行使战斗员职能的人员和非战斗员职能的人员组成，后者包括医务和宗教人员。如上所述，医务和宗教人员通常不实际参加敌对行动，因此如果他们的行为符合非战斗员的行为，则受到共同第 3 条的保护。[269]

534 非国际性武装冲突中的非国家一方不具有依据国内法意义上的建立的武装部队。[270]不过，要存在非国际性武装冲突，就需要有代表冲突之非国家一方而进行战斗的部队，这种部队有能力从事持续的武装暴力，并要求存在一定程度的组织性。[271]这样有组织的武装团体就是共同第 3 条意义上冲突的非国家一方的“武装部队”。[272]

2. 放下武器或失去战斗力

535 共同第 3 条分别提及“放下武器之武装部队战斗人员”和“因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员”。把“放下武器”的武装部队战斗人员与“因病、伤、拘留或其他原因而失去战斗力”的人员进行区分的标准是，前者停止参加冲突是基于自身投降的决定，而非他们不可控的外界因素。[273]不过，这样基于自身决定的结果同因外界因素失去战斗力的结果是一致的：他们都不再参加冲突。个人放下武器即可获得共同第 3 条的保护，而不需要武装部队整体这样做。[274]

536 共同第 3 条以及《日内瓦公约》并未对失去战斗力这一概念做出界定。

537 不过，就敌对行动来说，《第一附加议定书》对“失去战斗力”的后果及要件作出了规定：

> 一、被认为失去战斗力或按照情况应被承认为失去战斗力的人，不应成为攻击的对象。
>
> 二、下列的人是失去战斗力的人：
>
> （一）在敌方权力下的人；
>
> （二）明示投降意图的人；或
>
> （三）因伤或病而失去知觉，或发生其他无能为力的情形，因而不能自卫的人；
>
> 但在上述任何情形下，均须不从事任何敌对行为，并不企图逃脱。[275]

---

[268] 这包括依据国内法不属于武装部队、但是被正式纳入或者实际上行使正规武装部队职能的实体，如国民警卫队、海关、警察或其他类似部队。See e.g. Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4462; ICRC，《解释性指南》，第 30–31 页；and Sivakumaran, 2012, p. 180.

[269] 见本评注第 522 段。

[270] 尽管如此，有时，他们也可能包括一国持不同政见的武装部队，见《第二附加议定书》第 1 条第 1 款。

[271] 见第三节第（二）小节第 2 点。

[272] 见 ICRC, 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 43 页；ICRC, 《解释性指南》，第 27–36 页；以及《第二附加议定书》第 1 条第 1 款和第 13 条。

[273] 在 1949 年外交大会期间，最终通过的表述是“放下武器的人员”，而提案中的“投降人员”这种表述，see *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 84, 90 and 100.

[274] 在具有同等效力的共同第 3 条的法文版中，“放下武器的武装部队战斗人员”可以理解为，武装部队中放下武器的战斗人员个人或武装部队为使其战斗人员受到共同第 3 条的保护而按照要求放下武器的全部人员。然而，1949 年外交大会上的讨论表明，真实的意图是前面第一种意思。在目前采纳的英文版中，使用的是“放下武器的人员”这种表述，其中关系代词用的是“who”，仅指代个人。在提案中，曾经建议用关系代词“which”取代关系代词“who”，以“表明作为整体的武装部队必须放下武器”，但是这一提议遭到了否决。See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 100.

[275] 《第一附加议定书》，第 41 条。

这一规则是适用于非国际性武装冲突的习惯法的一部分。[276]

538 这一定义的最后一部分（即“在上述任何情形下，均须不从事任何敌对行为，并不企图逃脱”）解释了失去战斗力的人员不应成为攻击对象的原因。当一个人不从事敌对行动且不企图逃跑时，也就没有理由伤害该人员。这些情形因此也与共同第 3 条相关联，即决定武装部队战斗人员（或实际参加敌对行动的平民）从何时起被视为失去战斗力的人员并因此受共同第 3 条的保护。

539 特别是，明确表示投降意图的失去战斗力的人员属于共同第 3 条意义上的“放下武器”，因而受该条的保护。[277]共同第 3 条继而指出，下列其他因素可能使人失去战斗力，包括：“病、伤、拘留或其他原因”。病和伤如同拘留一样，通常都是非国际性武装冲突中的武装部队人员失去战斗力的原因，冲突中国家和非国家的一方通常都会援引它们。[278]其他原因还包括如船只失事、从遇难飞机上跳伞降落或类似的落入或处在冲突一方权力之下的情形（比如在检查站），即使该情形可能不能被视为等于拘留。“其他原因”这一表述说明，不能对共同第 3 条中的“失去战斗力”作狭义解释。[279]

(四) 共同第 3 条与敌对行动

540 共同第 3 条并未对敌对行动做出具体规定。共同第 3 条提供的实质保护，如禁止酷刑和劫持人质，是建立在对相关人员有一定程度控制的基础上：落于敌方权力之下。这包括居住在冲突一方控制区域内的平民，但并不涉及受敌对行动规制的冲突各方的行为。这一解读可以在《日内瓦公约》的准备工作、军事手册，判例法中得到支持，[280]也得到学术文献的支持。[281]

541 在这方面，唯一引起疑惑的是对谋杀的禁止，某些情况下可以发现它适用于敌对行动中的非法攻击。[282]一些学者认为，共同第 3 条对敌对行动做出了某些规定。[283]如若正确，那么禁止

---

276 ICRC Study on Customary International Humanitarian Law (2005), Rule 47.

277 被遣散或脱离武装部队的人员可以被视为“放下武器”，但若上述情况发生在该人员落入敌方权力下之前，他们自落入敌方权力时就受共同第 3 条保护，因为此时他们“不参加实际参加敌对行动”。另见第 521 段。

278 在外交大会上，更多代表团倾向在共同第 3 条中使用“拘留”一词，而非“被俘”一词。有代表团认为，被俘“意味着具有战俘的地位，而这不适合内战的情况”，因此建议使用“拘留”一词；也有代表团认为，“使用‘被俘’一词并没有问题，因为这一词语指被警察或反对派部队‘拘捕’”；see *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 94 and 100. 关于不涉及刑事诉讼的拘留，见第八节。

279 这也是 2002 年《国际刑事法院犯罪构成要件》起草者的理解。See Dörmann, p. 389.

280 See e.g. *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 407–410.（美国、加拿大、墨西哥、法国和瑞士就《第四公约》第 32 条中“在其手中”的含义所做的发言，在讨论中，明确将这一规定与共同第 3 条进行了比较。）

281 See Meron, 1991, p. 84; Pejic, 2011, pp. 203, 205–206 and 219（共同第 3 条保护的是处于“权力”或“被捕获”的人员；涉及的是对“处在敌人手中的人员进行保护”的问题）; Melzer, 2008, p. 216（关于禁止谋杀）; Yukata Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 299 （共同第 3 条保护的是“在武装冲突中捕获的”人员；在敌对行动中不存在谋杀，谋杀只能发生在有法律秩序的情况下); Knuckey, p. 456 （关于禁止谋杀）; and Dinstein, p. 134.

282 ICTY, *Strugar* Trial Judgment, 2005, 该案涉及炮击杜布罗夫尼克老城，当时里面居住着不参加实际参加敌对行动的人员。前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为，作为谋杀的战争罪、虐待的战争罪、以及攻击平民的战争罪指控均成立，See paras 234–240, 260–261 and 277–283, with references to earlier case law. Compare further ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, paras 856–879. See also Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, 26 February 1999, para. 41; Human Rights Council, *Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya*, UN Doc. A/HRC/17/44, 12 January 2012, para. 146; and UN, *Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, paras 193, 206 and 242.

283 See e.g. Bond, p. 348; William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, 2012, p. 433; Cassese, p. 107; and Rogers, p. 301. 还有一种更加折中的观点，见 Bothe/Partsch/Solf，第 667 页，脚注 1。

谋杀应当依照规制敌对行动的具体规则来进行解释，特别是区分规则、比例规则和预防措施规则。也就是说，如果敌对行动遵守了上述规则，那么由此造成的剥夺生命的行为将不构成共同第 3 条中的谋杀。

542 但是，根据 ICRC 的观点，从共同第 3 条所在的 1949 年《日内瓦公约》的上下文来看，共同第 3 条并不旨在调整敌对行动。[284]最终通过的共同第 3 条原先的草案是建议将《日内瓦公约》中的原则，或者《日内瓦公约》的规定本身，适用于非国际性武装冲突。《日内瓦公约》主要的关注点在于保护国际性武装冲突中落于敌方权力下的受害人，而非规制敌对行动。同样，共同第 3 条也应当如此，当时通过共同第 3 条是为了将《日内瓦公约》的核心要素扩大适用于非国际性武装冲突。[285]

543 敌对行动可能导致不实际参加敌对行动的人员伤亡，这是非国际性武装冲突中的现实，有可能是因为这些人员成了非法攻击的目标，或者是因为他们成了攻击的附带受害者。不过，共同第 3 条并不适合评估敌对行动的合法性与否，其应当受到人道法中特定规则的调整。对于非国际性武装冲突来说，此类特定规则规定在《第二附加议定书》和习惯国际法中。[286]

(五) 共同第 3 条对所有平民以及冲突一方自身武装部队的可适用性

544 尤其是《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》的很多条款，仅限于保护处于敌方权力之下的人员，[287]但有些条款则不限于此。在《日内瓦第一公约》中，明显是规定公约重点保护的条款是：第 12 条。[288]

545 共同第 3 条的措辞显示，它“不加任何歧视”[289]地适用于所有不实际参加战事之人员。为了受到此条款的保护，其不要求不实际参加战斗之人员处于敌方权力之下。

546 平民应该享受共同第 3 条的保护，无论他们处于哪方权力之下，这样才合乎逻辑。在实践中，通常无法在非国际性武装冲突中确定不实际参加战事之全体居民中是否有人隶属于冲突一方或另一方。不同于在国际性武装冲突中的通常做法，[290]像国籍这样的客观标准是无法采用的。[291]如果要求共同第 3 条中的保护限于隶属于或被认为隶属于敌方之人员，那么将很难符合共同第 3 条的保护目的。

547 另一个问题是，冲突一方的武装部队是否能从他们自己对共同第 3 条的适用中获益。[292]例如，武装部队成员被己方指控涉嫌犯罪，如武装冲突背景下的战争罪或普通犯罪，以及武装部队

---

284 1977 年，在起草《第二附加议定书》第 13 条（禁止攻击平民居民与不直接参加敌对活动的平民）时，也存在同样的理解；see *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. XV, p. 363: “与非国际性武装冲突相关的唯一的一般国际法是 1949 日内瓦四公约的共同第 3 条，其并未规定与《第二附加议定书》中该条相关的内容。” See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 4365 and 4776; Draper, 1965, pp. 84–85（《日内瓦公约》“采取避开直接对敌对行动进行立法的方式……受到禁止的待遇都与战斗行为无关”。）ICRC, 《解释性指南》，第 28 页；Pejic, 2011, p. 219; Gasser, p. 478; Meron, 1991, p. 84; Watkin, p. 271, with fn. 31; Zegveld, pp. 82–84; and Abresch, p. 748, with fn. 22.

285 详细内容见第二节。

286 尤其见《第二附加议定书》第 13-17 条，以及 ICRC《习惯国际人道法研究》（2005 年），规则 1–2、5–21、42–48 以及 53–54。

287 见《第三公约》第 4 条、《第四公约》第 4 条。

288 见关于第 12 条的评注，第 1337、1368 和 1370 段。

289 关于禁止不利区分，见第六节第（二）小节。

290 详见《第四公约》第 4 条之评注。

291 关于作为共同第 3 条中不利区分禁止标准的国籍的讨论，见第六节第（二）小节第 2 点。

292 关于对这一点的详细讨论，see Kleffner, 2013, and Sivakumaran, 2012, pp. 246-249. N

成员遭到己方的性侵犯或虐待。[293]实际上，其所属一方执行审判或犯下虐待罪行，都不能否认这些人应受到共同第 3 条的保护。这是由共同第 3 条的基本特点决定的，它也一直被认为是处理所有武装冲突的“最低标准”，同时也反映了“人道的基本考虑”。[294]

548 当然，在许多情况下，可能没有必要援引共同第 3 条促使冲突一方给予己方武装部队人道待遇，因为冲突一方会觉得自己当然有义务这么做，或者因为考虑到自身利益，或者因为，至少就缔约国一方而言，国内法和国际人权法要求的待遇至少就相当于共同第 3 条中的人道待遇。

549 然而，就与非国际性武装冲突相联系的某个特定情况而言，就像上面提到的例子那样，武装冲突各方应该至少依据共同第 3 条给予自己的武装部队人道待遇。

六、第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务

(一) 人道待遇义务

1. 引言

550 人道待遇义务是共同第 3 条提供保护之基石。它只用了寥寥数语表达，但仍不失其根本。从中延伸出共同第 3 条第 1 款第 1 项下的具体禁令，并且其致力于确保所有没有或不再参加敌对行动的人从非国际性武装冲突中的国家一方和非国家一方中得到人道待遇。

551 让•皮克泰在 1958 年写到，人道待遇原则“事实上是日内瓦四公约的主旨”。[295]就国际性武装冲突而言，人道待遇原则已经被规定于 1899 年和 1907 年的海牙公约，以及随后的《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》中。[296]然而，就非国际性武装冲突而言，它是在共同第 3 条中被首次规定的，并且随后在《第二附加议定书》中得以重申。[297]

2. 人道待遇

552 共同第 3 条下给予受保护的人员人道待遇不仅仅是一个建议或道德诉求。很明显，“应当”一词表明，其是冲突各方在国际法下的义务。

---

293 See ICC, *Ntaganda* Decision on the Confirmation of Charges, 2014, paras 76–82, 该决定确认了冲突方对自己一方的儿童兵实施强加和性奴役是战争罪的指控；see also *Katanga* Decision on the Confirmation of Charges, 2008, para. 248. 该决定指出，在敌对行动中使用儿童兵“可以由行为人对属于冲突自己一方的人员实施”。But see SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, paras 1451–1457, 该判决认为，“武装冲突法不保护武装团体成员免遭其本国部队针对他们的暴力行为”。

294 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras218–219.

295 See Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 204.

296 见 1899 年和 1907 年《陆战法规和惯例公约及其附件：陆战法规和惯例章程》（1899 年海牙第二公约和 1907 年海牙第四公约），第 4 条；《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》（1929 年），第 1 条；《关于战俘待遇的日内瓦公约》（1929 年），第 2 条；当今，尤其见《第一公约》，第 12 条；《第二公约》，第 12 条；《第三公约》，第 13 条；《第四公约》，第 27 条；以及《第一附加议定书》，第 10 条和第 75 条。

297 这样的正式规则可以追溯到《利伯守则》，它是在非国际性武装冲突（美国内战）的背景中颁布的。见《利伯守则》（1863 年），第 4 条和第 76 条。另见《布鲁塞尔宣言》（1874 年），第 23 条。《利伯守则》第 73 条明显地说明了人道待遇的特殊重要性：“所有军官在被捕时必须向俘虏他的人上缴其随身携带的武器。在特殊情况下，指挥官会把它们还给俘虏，以表示他对其杰出勇气的钦佩，或者对其被俘之前给予俘虏的人道待遇的赞赏”（强调）。见《第二附加议定书》第 4 条（该议定书第二部分第 1 条），其标题为“人道待遇”。根据《第二附加议定书》第 5 条第 1 款和第 3 款，人道待遇规则也适用于“基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论是被拘禁或被拘留”以及“基于有关武装冲突的原因而自由以任何方式受限制”的人。

553 尽管如此，“人道待遇”的确切含义并没有在共同第 3 条或任何其他人道法条约中得到明确规定。然而，这并不是这些条款的一个缺陷。人道待遇的含义需要结合特定的背景理解，并且必须置于每个案子的具体情况进行考量，要考虑到客观和主观因素，比如环境、人员的身心状况，还有其年龄、社会、文化、宗教或政治背景以及过去的经历。另外，妇女、男人、女孩和男孩受武装冲突影响的方式是不同的，这点已经获得越来越多的承认。必须顾及每个人固有的地位、能力和需求，包括在一个社会中的男人和女人由于社会、经济、文化和政治结构而产生的差异，这有助于加深对共同第 3 条中人道待遇的理解。[298]

554 如果在共同第 3 条中纳入人道待遇的全面定义，将会形成一个框架，其风险是过于狭窄和僵化，而且在那些不可预见或特殊的情况下，例如气候条件、文化敏感性或个人需求等，它无法确保人道待遇，上述情况必须加以考虑。与此同时，对人道待遇的含义不给任何指导可能给武装冲突各方留下太多空间，导致出现不符合这一基本规则目的的解释。[299]共同第 3 条选择的方式是将人道待遇规则作为中心轴，同时用禁止行为的例子加以说明。因此，共同第 3 条明确要求，在一切情况下给予不参加敌对行动的人或不再参加敌对行动的人以人道待遇，并加上：“因此”，对生命与人身施以暴力、劫持人质、损害个人尊严、未经公正审判之宣判“不论何时何地，不得有下列行为”。

555 “因此”这一措辞表明，人道待遇义务是共同第 3 条的实质性核心。人道待遇具有自己的含义，超出了所列的禁令。这些禁令只是不可辩驳地违反人道待遇义务之行为的具体例子。[300]

556 根据“人道”一词的通常含义，应当给予受共同第 3 条保护的人员“慈悲或仁慈”[301]的待遇。这更直接地反映在法语版文本中，其中义务被规定为要求“人道对待”共同第 3 条所保护之人员。

557 国家实践要求的待遇是尊重个人之所以作为人的内在尊严。[302]对人道待遇的同样理解也反映在国际判例法中。[303]受共同第 3 条所保护之人员绝不应被视为低于旁人，其固有的人格尊严必须得到支持和保护。

558 此外，各国在军事手册、行为守则和政策文件中阐明人道待遇义务的方式进一步说明了这些义务的内容，特别是关于被剥夺自由者。这些文件不仅列出与人道待遇概念不相符的实践，

---

298 关于武装冲突产生的各种影响的更多信息，see e.g. Lindsey, 2001, or Lindsey/ Coomaraswamy/Gardam, 2005, or parallel information in UN Security Council, *Report of the Secretary-General on women, peace and security*, UN Doc. S/2002/1154, 16 October 2002. 要求妇女和男子积极参加有利于其利益的行动的规划和实施。因此，在确定和评估这些问题时，应当纳入不同年龄和背景的男子和妇女的视角。关于这方面的指导，see e.g. Cecilia Tengroth and Kristina Lindvall, *IHL and gender – Swedish experiences*, Swedish Red Cross and Swedish Ministry for Foreign Affairs, Stockholm, 2015, Recommendations, and chapter 6,Checklist – a gender perspective in the application of IHL.

299 See e.g. ICTY, Aleksovski Trial Judgment, 1999, para. 49; see also Elder, p. 61, and Sivakumaran, 2012, pp. 257–258.

300 《第二附加议定书》第 4 条第 1 款、第 2 款重申了这一方法。See also Sivakumaran, 2012, pp. 257–258.

301 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 693, 增加了另一个要件，即“造成最小痛苦”。

302 See e.g. Colombia, *Constitutional Case No. C-291/07*, Judgment, 2007, section III-D-5: ‘La garantía general de trato humano provee el principio guía general subyacente a las convenciones de Ginebra, en el sentido de que su objeto mismo es la tarea humanitaria de proteger al individuo en tanto persona, salvaguardando los derechos que de allí se derivan.’（人道待遇的一般保证是《日内瓦公约》的总体指导原则，因为其本身目的是保护作为人的个人以及保障源于此的权利的人道任务。）See also United States, *Naval Handbook*, 2007, paras 11.1–11.2: “人道待遇…… 所有被羁押者应当：……（六）作为人得到尊重。”

303 See e.g. ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 49.

而且提供了人道待遇是什么要求的例子。这些例子包括：充分尊重个人的性别，[304]尊重信仰和宗教习俗，[305]提供足够的食物和饮用水[306]以及衣物，[307]健康和卫生保障，[308]提供适当的医疗护理，[309]防止暴力和免遭武装冲突的危险，[310]以及与外界的适当联系。[311]

3. 在一切情况下

559 根据共同第 3 条，人道待遇义务“在一切情况下”适用，这一准则也出现在其他人道法条约的条款中。[312]

560 此准则强调，人道待遇义务是绝对的，并且没有例外。任何情况下都不能背离此义务。[313]如上所述，尽管履行义务，例如提供充足的食物或医疗服务，可能会因武装冲突的具体情况而有所不同，[314]但是对共同第 3 条所保护之人员提供的待遇必须不低于人道这一标准，其为给予全人类同胞的最低待遇标准。[315]

561 “在一切情况下”这一表述也可以确认，不能以军事必要为由拒绝履行共同第 3 条中的人道待遇义务。[316]人道法的一些规定明确考虑了军事必要，使之与人道需求相平衡。如果一项规定不这样做，就必须假定军事必要与人道之间的平衡已经纳入到了该规则，因此不得援引军

---

304 See e.g. Australia, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2006, paras 9.48 and 9.49; Canada, Code of Conduct, 2007, p. 2-9, para. 5; Djibouti, *Manual on International Humanitarian Law*, 2004, p. 23; Turkey, LOAC Manual, 2001, p. 49; and Sri Lanka, Military Manual,2003, para. 1603.

305 See e.g. Australia, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2006, para. 9.58; Chad, *IHL Manual*,1996, p. 28（乍得在批准《第二附加议定书》前的版本）; Nepal, *Army Handbook*, 2011, p. 6; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, para. 1222; Turkey, *LOAC Manual*, 2001, p. 158; United Kingdom, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, p. 2-5; and United States, *Naval Handbook*, 2007, para. 11.2.

306 See e.g. Chad, *IHL Manual*, 1996, p. 28; Sri Lanka, Military Manual, 2003, para. 1221; Turkey, LOAC Manual, 2001, p. 158; United Kingdom, Joint Doctrine Captured Persons, 2015, p. 2-4; and United States, Naval Handbook, 2007, para. 11.2.

307 See e.g. United Kingdom, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, p. 2-5, and United States, *Naval Handbook*, 2007, para. 11.2.

308 See e.g. Chad, *IHL Manual*, 1996, p. 28; Sri Lanka, *Military Manual*, 2003, para. 1228; Turkey, *LOAC Manual*, 2001, p. 158; and United Kingdom, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, p. 2-4.

309 See e.g. Canada, Prisoner of War Handling Manual, 2004, p. 1B-4; Chad, IHL Manual,1996, p. 28; Sri Lanka, Military Manual, 2003, para. 1228; Turkey, LOAC Manual, 2001, pp. 159–160; United Kingdom, Joint Doctrine Captured Persons, 2015, p. 2-5: and United States, Naval Handbook, 2007, para. 11.2.

310 See e.g. Chad, IHL Manual, 1996, p. 28; Sri Lanka, Military Manual, 2003, para. 1228; and Turkey, LOAC Manual, 2001, p. 158.

311 See e.g. Chad, IHL Manual, 1996, p. 28; Nepal, Army Handbook, 2011, p. 3; Sri Lanka, Military Manual, 2003, para. 1228; Turkey, LOAC Manual, 2001, pp. 159–160; United Kingdom, Joint Doctrine Captured Persons, 2015, p. 2-5; and United States, Department of Defense (DoD), DoD Detainee Program, Directive No. 2310.01E, 19 August 2014, section 3(b)(1) ‘Policy’. See also Copenhagen Process: Principles and Guidelines (2012), paras 2, 9 and 10.

312 关于“在一切情况下”对某类人员之待遇、尊重和保护，例如，见《第一公约》第 12 条和第 24 条；《第二公约》第 12 条；《第三公约》第 14 条；《第四公约》第 27 条；《第一附加议定书》第 10 条第 2 款和第 75 条第 1 款；以及《第二附加议定书》第 4 条第 1 款和第 7 条第 2 款。此规定同样出现在《日内瓦公约》共同第 1 条以及《第一附加议定书》第 1 条第 1 款中，要求缔约国“在一切情况下”尊重和确保尊重各公约或议定书。在敌对行动情况下，《第一附加议定书》第 51 条第 1 款和《第二附加议定书》第 13 条载有遵守确保“在一切情况下”保护平民免受军事行动危害的规则的义务。

313 See e.g. United States, *Manual on Detainee Operations*, 2014, 关于被羁押人员，p.1-1：“《统一军事法典》、国内法和国际法以及国防部政策都禁止对被羁押人员的非人道待遇。因此，这项人道待遇要求不存在例外，也不得规避”（着重号为作者所加）。See also United States, *Naval Handbook*, 2007, paras 11.1–11.2.

314 See e.g. Côte d’Ivoire, *Teaching Manual*, 2007, Book IV, p. 14; United Kingdom, *Joint Doctrine Captured Persons*, 2015, pp. 2-5 and 2-8; and United States, *Naval Handbook*, 2007, para. 11.1. See also Elder, p. 60.

315 See e.g. ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, paras 168, 173 and 18, 以及在国际性武装冲突背景下, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea’s Claim*, Partial Award, 2003, paras 58, 65, 68 and 138.

316 见 Kleffner，2013a, 第 326–327 页，对《第一公约》第 12 条“在一切情况下”的评论。

事必要来作为不遵守规则的理由。[317]共同第 3 条中的人道待遇义务不受任何基于军事必要的明确限定。因此，军事必要不能成为不符合人道待遇要求的作为或不作为的正当理由。

562 “在一切情况下”这一表述也加强了包括共同第 3 条在内的人道法的非相互性。武装冲突的一方受其人道法义务的约束，不论敌方的行为如何。武装冲突一方不履行其义务，不免除另一方的义务。[318]这种理解得到了共同第 3 条的起草历史的支持。正如第二节所讨论的，要使人道法在非国际性武装冲突各方之间适用，本条的早期草案要求相互性。[319]然而，文本中删除了对相互性的要求，相反，用的是“在一切情况下”这一表述。

563 在非国际性武装冲突的背景下，国际法没有任何关于在诉诸战争权意义上诉诸武力的规则。“在一切情况下”这一表述重申，自己诉诸武力的合法性或敌方使用武力的非法性，不能成为违反使用武力方式的法律的正当理由。[320]虽然一国的国内法律通常禁止对政府当局采取暴力行为或其领土上的人员相互之间从事暴力行为，但是国家通常有权使用武力来恢复国内公共安全、法律和秩序。[321]无论这一权利如何，一旦暴力局势达到非国际性武装冲突的门槛，所有冲突各方必须遵守人道法条约和习惯法所规定的义务。非国际性武装冲突的国家一方或非国家一方是否有权根据国内法参加该冲突，与其在人道法上的义务无关。适用于非国际性武装冲突的人道法正是为了规范这种暴力局势，特别是保护所有不实际参加敌对行动或不再实际参加敌对行动的人。如果人道法的可适用性取决于诉诸武力的合法性或非法性，人道法就无法实现这一目的。[322]

564 最后，必须指出，“在一切情况下”不应被理解为，作为条约法规定的共同第 3 条适用于所有武装冲突，即国际性和非国际性武装冲突。这种解读将不符合限于非国际性武装冲突的共同第 3 条的具体适用范围。然而，共同第 3 条中规定的人道法的基本规则，作为“人道的基本考虑”的体现，是当今公认的所有武装冲突中具有约束力的“最低标准”。[323]此外，条约法还

---

317 用设在纽伦堡的美国军事法庭 1948 年在人质案（*Hostages case*）判决第 66-67 页中的话来说，“军事必要或权宜考虑不是违反实在法规则的正当理由”。See also Kalshoven/Zegveld, pp. 32–33 and 84; O’Connell, pp. 36–38; and Rogers, pp. 7–10.

318 See Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 19; Moir, p. 60; and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, 1987, paras 49–51, 对《第一附加议定书》第 1 条的“在一切情况下”的评论。See also ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 517:“你也一样”这种论调在原则上是错误的，因为其认为人道法是基于权利与义务的狭窄的双边交换。相反，人道法绝大部分规定了绝对义务，即无条件的或者说不是基于对等的义务。
这方面还可以参见 1969 年《维也纳条约法公约》第 60 条第 5 款，其规定排除了国家援引违约理由终止或停止实施“关于各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”。

319 例如，见 1948 年在斯德哥尔摩举行的第十七届红十字国际会议通过的关于战俘待遇问题的公约草案第 2 条第（4）款，并作为 1949 年外交会议谈判的基础：

> 在所有可能发生在一个或多个缔约国领土内的非国际性武装冲突情况下，冲突各方必须执行本公约的规定，前提是敌方也遵照该规定行事。本公约应在一切情况下得到适用，不论冲突各方的法律地位，也不影响它们的法律地位。

公约草案由 1948 年斯德哥尔摩会议通过，第 51–52 页。更多细节，见第二节。

320 见 Bugnion, 2003b，第 173 页，提到了共同第一条中的“在一切情况下”这一表述。

321 更多细节，see Bugnion, 2003b，pp. 169–170. 关于 1945 年《联合国宪章》第 51 条是否也包括一国有权对另一国领土上活动的非国家行为者使用武力进行自卫的权利的辩论情况，see Tams.

322 For more details, see Bugnion, 2003b，pp. 186 and 197, and Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 114–121.

323 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219.

有更详细的规则，规定在国际性武装冲突期间，给予像共同第 3 条所保护之人同样脆弱的人员以人道待遇。[324]

(二) 禁止歧视

1. 引言

565 共同第 3 条第 1 款第 1 项所保护的人员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有所歧视”。

566 《第二附加议定书》重申了这项义务。[325]

567 人道法的某些规则应当无区别地加以适用，这一主张可以追溯到针对国际性武装冲突的人道法的编纂。[326]1929 年《关于战俘待遇的日内瓦公约》第 4 条明确阐述了人道法中在禁止歧视基础上的考虑因素：“战俘之间待遇的区别仅因基于享受待遇者的军级、生理或心理健康状况、职业能力或性别的理由始为合法。”就其本身而言，根据人道法，待遇上的差别本身并不被禁止，甚至可能是法律所要求的。共同第 3 条的条款反映了这种观点。如果实质不同的情况和需要不能证明差别的正当性，那么任何形式的差别都是禁止的。[327]

2. 歧视

568 共同第 3 条要求人道待遇“不得加以任何歧视”。这个表述加强了该条规定的人道待遇义务的绝对性。

569 共同第 3 条列举了“种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力”作为禁止对受保护人员歧视的根据。从其后的概括性表述“或其他类似标准”可以明显得出，这一列举并非穷尽式的，而只是说明性的。因此，同样禁止基于其他根据的歧视，例如受共同第 3 条保护的人员的年龄、健康状况、教育水平或者其家庭关系。

570 《第二附加议定书》第 2 条第 1 款进一步明确补充了禁止歧视的理由：语文、政治或其他意见，以及民族或社会出身，并再次附有概括性表述“或任何其他类似标准”。[328]这些理由也构

---

[324] 关于必须给伤者、病者及遇船难者提供人道待遇，见《第一公约》和《第二公约》第 12 条第 2 款；关于战俘，见《第三公约》第 13 条第 1 款；关于保护平民，见《第四公约》第 27 条第 1 款；关于在冲突一方权力下及不能从《日内瓦公约》或《第一附加议定书》规定的更有利待遇中获益的人员，见《第一附加议定书》第 75 条第 1 款。

[325] 《第二附加议定书》的第 2 条第 1 款事实上将禁止歧视扩大到了议定书的整体适用。关于给予没有或不再直接参加敌对行动的人员“不得加以任何歧视”的人道待遇，见《第二附加议定书》第 4 条第 1 款。更多细节，见关于《第二附加议定书》第 2 条及第 4 条的评注。

[326] 见 1864 年《日内瓦公约》，第 6 条；1906 年《日内瓦公约》，第 1 条；1907 年《海牙第十公约》，第 11 条；以及 1929 年《关于伤者病者的日内瓦公约》，第 1 条。更多细节，见关于第 12 条的评注，第六节第（一）小节第 3 点。

[327] 关于国际性武装冲突中禁止歧视的规定，对于伤者病者及遇船难者的，在《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第 12 条以及《第一附加议定书》第 9 条；对于战俘的，在《日内瓦第三公约》第 16 条；对于冲突各国之全部人民的，在《日内瓦第四公约》第 13 条；对于受保护的人员的，在《日内瓦第四公约》第 27 条；以及对于在冲突一方权力下而不享受日内瓦四公约和《第一附加议定书》所规定的更优惠待遇的利益的人的，在《第一附加议定书》第 75 条。

[328] 见《第二附加议定书》第 2 条第 1 款。这些标准与 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 1 款的规定非常相似：“种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别”。对这些标准的解释，例如，见 Nowak, 第 47–57 页。关于国际性武装冲突中所列举的禁止歧视的标准，见《日内瓦第一公约》及《日内瓦第二公约》，第 12 条；《日内瓦第三公约》，第 16 条；《日内瓦第四公约》，第 27 条第 3 款；以及《第一附加议定书》，第 9 条第 1 款和第 75 条第 1 款。

成共同第 3 条所禁止的“其他类似”的不利标准。

571 不同于人道法的其他规定，[329]共同第 3 条没有将“国籍”列为一项禁止性标准。[330]这可能只是考虑到相比于国际性武装冲突，在非国际性武装冲突中，国籍的问题不经常发生。然而，情况不一定是这样；一场非国际性武装冲突也可能涉及或者影响到不同国籍的人员。虽然认识到了这一点，但鉴于一国政府歧视性地对待本国叛乱者和参加内战的外国人可能是完全合法的，在 1949 年外交大会上负责起草共同第 3 条最后文本的工作组决定不把国籍作为一项标准。相比于有关国家的国民，外国人可能被视为犯有更严重罪行，或者相反，他们可能会受到较轻的处罚或仅仅被驱逐出境。[331]

572 列表中没有包括“国籍”，是考虑到了国家对参加非国际性武装冲突的人员依据国内法实施制裁的权利。然而，这对于共同第 3 条下不得加以任何歧视的人道待遇的必要义务没有影响。共同第 3 条在性质上是严格的人道。它并不限制国家镇压非国际性武装冲突或处罚参加这类冲突的权利。它专注于确保每一个没有或者不再积极参加敌对行动的人员都享有人道待遇。对非国际性武装冲突的国内法律审判中，国籍可以视为是一项加重或者减轻情节，但是它不能以任何方式影响人道法上的人道待遇义务。非人道地对待非国际性武装冲突中的外国公民是与共同第 3 条相抵触的。[332]因为上述原因，虽然 1949 年日内瓦外交大会没有把国籍列为一项禁止性标准，但它必须被理解为属于共同第 3 条的“其他类似标准”的范畴之内。[333]

573 为了共同第 3 条的完全有效实施，该条禁止“任何歧视”不仅应包括特别针对受其保护的特定人员给予不利待遇的措施，还应包括会对这类人员产生不利影响的看似中立的措施。对于受共同第 3 条保护的人员来说，非人道待遇是直接单独针对他们的政策所规定的，还是一般性政策产生间接后果，这个并没有差别。[334]因此，当采取一般性政策时，非国际性武装冲突的一方需要考虑到这些政策对于共同第 3 条保护下所有受影响的人员所产生的潜在后果。

3. 非不利区别

574 如上所述，同人道法的其他规定一样，共同第 3 条不禁止这种区别。

---

329 关于国际性武装冲突，见《日内瓦第一公约》及《日内瓦第二公约》，第 12 条，以及《日内瓦第三公约》，第 16 条。

330 《第二附加议定书》第 2 条第 1 款，同《第一附加议定书》第 9 条第 1 款和第 75 条第 1 款以及 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 1 款一样，规定的是“民族出身”，从而引入一种与国籍相关的概念，尽管不是这里所说的国籍；例如，见 Sivakumaran，2012 年，第 259 页。然而，在《公约》的语境中，民族出身标准被解释为与种族，肤色和种族出身的标准重叠，而不是指这里所说的国籍，后者被归为“其他身份”；关于该讨论的引言，例如，见 Nowak, pp. 54–55，以及进一步的参考文献。

331 See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 94.

332 类似的考虑适用于“政治或其他意见”，《第二附加议定书》第 2 条第 1 款明确将“政治或其他意见”列举为禁止歧视的根据，而在共同第 3 条中将其归入禁止歧视的“任何其他类似标准”。受共同第 3 条保护的人员的“政治或其他意见”在国内法中可能是有影响的，例如导致其积极参加非国际性武装冲突或效忠于冲突一方。然而，它与冲突各方在共同第 3 条下的所承担的人道待遇的绝对义务无关。不同于国籍，政治或其他意见的问题，在 1949 年外交大会上没有具体讨论。

333 同《日内瓦第四公约》第 27 条第 3 款一样，共同第 3 条没有将国籍列举为一项禁止对受保护的人员歧视的标准。考虑到《日内瓦第四公约》某些规定的适用事实上取决于一个人的国籍，1949 年外交大会将国籍从第 27 条第 3 款列举的标准中删除了：“在第 25 条中（最终通过为第 27 条）删除了‘国籍’一词，因为对敌国公民采取拘禁或限制人身自由的措施正是基于‘国籍’。”; see *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Volume II-A, p. 641. 然而，正如共同第 3 条一样，《日内瓦第四公约》第 27 条第 1 款所载的人道待遇的绝对义务不受这些考虑的影响。更多细节，见关于《日内瓦第四公约》第 27 条的评注。

334 后者例如，向被监禁人员提供标准化食物配给，虽然这些食物通常具有足够的营养价值，但对于一些人来说，可能是不够的或者在文化上不能容忍。

575 它不禁止非不利区别，即由受该条保护的人员实质不同的情况和需求证明是正当的区别。

576 共同第 3 条允许实际上有助于实现对个人的人道待遇的差别待遇。虽然共同第 3 条下人道待遇的法律义务是绝对的；但是实现这种待遇的方式必须适应个人的具体需求。[335]给予某个人的人道待遇不一定足以构成对另一个人的人道待遇。因此，若差别待遇是为实现人道待遇实际上所必需的，则共同第 3 条并不会禁止。[336]

577 共同第 3 条没有具体提及合理的理由，证明对其所保护人员差别待遇是正当的。然而，这种理由可以在人道法的许多其他规定中找到。尤其是，传统上，一个人的健康状况、年龄或者性别都可以证明差别待遇的正当性，并且实际上也要求因此给予差别待遇。[337]例如，为了确保生存，一个人伤病的严重性要求其优先于其他情况较轻的伤者或病者得到医治。[338]被监禁人员依据其年龄可以要求适当的待遇，例如在提供的食物种类或医疗护理方面；而且被监禁的怀孕或哺乳期的妇女同样可以要求适当的营养和医疗护理以及调整住宿安排和设施上。

578 当认识到社会、经济、文化或政治背景如何形成可区分不同年龄和背景之男女的具体地位、需求和能力方面的角色或模式时，也可以发现非不利区别的理由。对这些因素的考虑并不违背禁止歧视的义务，而是有助于实现对共同第 3 条保护下的一切人员的人道待遇。[339]

579 非国际性武装冲突的一方总是可以选择给予的待遇高于人道待遇标准。然而，共同第 3 条中并没有此种法律义务。

580 无论如何，给予某些人员高于人道待遇标准的待遇，绝不会导致共同第 3 条第 1 款第 1 项下的所有其他人员的非人道待遇。

七、第 1 项：共同第 3 条禁止的行为

(一) 引言

581 本项首先规定“因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为”。该句第一个词语——“因此”——重申了这一项中所规定的禁止行为，旨在确保在其保护范围内的一切人员享有人道待遇。

582 另外，“不得”这一词重申了这些禁止是绝对并且毫无例外的。

---

335 在国际人权法的语境中，这通常是指实质平等而非形式平等的概念。在 *Thlimmenos* v. *Greece* 中，关于《欧洲人权公约》第 14 条，欧洲人权法院裁决认为：“当国家没有客观及合理的理由未能区别对待情况明显不同的人员时，这些人员不受歧视地享有《欧洲人权公约》所保障权利之权利也会受到侵犯。”(Judgment, 2000, para. 44).

336 See e.g. Pejic, 2001, p.186.

337 关于非国际性武装冲突，见《第二附加议定书》第 4 条第 3 款规定：“对儿童，应给予其所需的照顾和援助。”关于国际性武装冲突，例如，见《日内瓦第一公约》及《日内瓦第二公约》，第 12 条第 3-4 款；《日内瓦第三公约》，第 16 条；《日内瓦第四公约》，第 27 条第 2-3 款；《第一附加议定书》，第 76 条和第 77-78 条。另见关于对犯罪时不满十八岁的人、孕妇以及幼童的母亲宣布和执行死刑的规定：《第二附加议定书》，第 6 条第 4 款；《日内瓦第四公约》，第 68 条第 4 款；以及《第一附加议定书》，第 77 条第 5 款和第 76 条第 3 款。See also Rona/McGuire, p. 195.

338 更多细节，see section G.

339 在实现不歧视的方法方面，人道法和人权法是相同的，即允许并事实上要求对相关人员予以区别（待遇），这种区别并非不利于有关人员而是对其有利的，从而可使其从人道待遇中充分受益；例如，见人权事务委员会，“第 18 号一般性意见：不歧视”，1989 年 11 月 10 日，第 7-8 和 13 段。

583 “不论何时何地”的表述指的是共同第 3 条适用的地理和时间范围。[340]“对于上述人员”指的是该项所保护的人员范围。[341]

(二) 对生命与人身施以暴力，特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑

1. 对生命与人身施以暴力

(1) 引言

584 在共同第 3 条明确禁止的行为中，首先列举了对生命与人身施以暴力的行为。给予该项禁止性规定以突出的位置强调了其在保障人道待遇方面的根本重要性。

585 共同第 3 条是对没有或者不再参加战事之人员的保护。[342]因此，该条将对上述人员的生命与人身施以暴力的行为宣布为不合法的原因便显而易见。这样的暴力行为与敌人的军事行动或能力无关。侵犯这些人并无军事上的需要。[343]对人的生命进行不必要的剥夺或者对人的身心幸福施以暴行不符合构成共同第 3 条基础的人道待遇义务。

586 《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 1 项再次禁止对生命与人身施以暴力。

587 共同第 3 条着重列举“特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑”等禁止行为，说明对生命与人身施以暴力的禁止。这意味着，那些没有在具体的例子中被穷尽列举的行为仍然可以被归入到更加一般意义上的禁止行为中。例如，一个并不完全等同于酷刑或是虐待的行为仍然可以作为对人身施以暴力的行为而被禁止。

588 国际的和区域的人权条约在它们各自适用的领域内均要求对生命权[344]和人身完整权[345]予以尊重。且一般而言，这些文件均保护这些权利使其不因突发的公共事件而被克减。[346]

(2) 保护的价值：生命与人身

589 “禁止对生命与人身施以暴力”所保护的第一个价值是人的生命。共同第 3 条所规定的禁止的情形强调了尊重人的生命的十足重要性。因为如果连人的生命都不能得到尊重，那么共同第 3 条的终极目的——人道待遇——就不能够得到实现。[347]

---

340 更多细节，见第三节第（三）小节以及第（四）小节。

341 更多细节，见第五节。

342 详细内容，见第五节。

343 1868 年的《圣彼得堡宣言》在其前言中简明扼要地表述道，尽管是在国际性武装冲突的背景中，“各国在战争中应尽力实现的唯一合法目标是削弱敌人的军事力量；……为了满足这一目标，应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力。”

344 例如，见《公民权利和政治权利国际公约》（1966 年），第 6 条；《欧洲人权公约》（1950 年），第 2 条；《美洲人权公约》（1969 年），第 4 条；和《非洲人权和民族权宪章》（1981 年），第 4 条。

345 一些人权文件明确保护人身完整权，相比之下，其他的一些文件则只规定了一些更为明确的禁止情形，如酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇和处罚。见《公民权利和政治权利国际公约》（1966 年），第 7 条；《欧洲人权公约》（1950 年），第 3 条；《美洲人权公约》（1969 年），第 5 条；和《非洲人权和民族权宪章》（1981 年），第 4 条。

346 例如，见《公民权利和政治权利国际公约》（1966 年），第 4 条；《欧洲人权公约》（1950），第 15 条；《美洲人权公约》（1969 年），第 27 条。然而，需要注意的是，根据《欧洲人权公约》第 15 条第 2 款的规定，“因战争行为引起的死亡”从而导致的对生命权的克减是不受禁止的，《欧洲人权公约》第 2 条第 2 款对此内容也有相同规定。1981 年的《非洲人权和民族权宪章》则包含不得克减条款。

347 See Nowak, p. 121，及该书中的更多参考文献，指出：在国际人权法中，“生命权被恰当地界定为至高无上的人权，若没有对这一权利的有效保障，其他人权也都将失去意义。”

590 “禁止对生命与人身施以暴力”所保护的第二个价值是“人身”。在英文文本中，共同第 3 条并没有表明“人身”是仅由身体的完整性组成，还是也包括精神的完整性。在具有同等效力的法文版本中，关于“人身”的措辞则更为明确（“侵犯生命和身体完整”），它表明，共同第 3 条所禁止的对人身施以暴力的范围不包括对人的精神完整性的侵害。同时，《第二附加议定书》第 4 条第 2 项明确禁止“对人的生命、健康和身体上或精神上幸福的暴行”。一方面，本条规定可以被解读为，其宣告了对人的精神完整性的暴行包含在对人身施以暴力的范围之内，另一方面它又可以被解读为，共同第 3 条“禁止对人身施以暴力”，有意将对精神完整性的暴行排除在其禁止的范围之外。[348]然而，现如今，普遍接受的观点是，禁止酷刑与虐待作为共同第 3 条明确列举的禁止对人身施以暴力的具体情形，包含了禁止有害于精神完整性的行为。[349]

(3) 禁止的行为：对生命与人身施以暴力

591 共同第 3 条将禁止对个人的生命与人身施以暴力纳入其保护的范围，但它却没有对“暴力”的含义作出明确的界定。

592 导致共同第 3 条所保护的人的死亡或者人身伤害的暴力明显包含在“禁止对生命与人身施以暴力”的范围内。然而，是否构成对违反“禁止对生命与人身施以暴力”这一规定并不取决于是否造成受害人的死亡。在许多情形下，一个行为虽然没有造成受害人的死亡，或者甚至没有造成受害人身体或者精神上的损害，也构成对人身施以暴力。

593 鉴于“禁止对生命与人身施以暴力”的目的是确保对没有或者不再实际参加敌对行动的人的人道待遇，因此这种禁止应当被理解为包括特定情形下的不作为。例如，一方的行为有存在以下目的的可能性时，那么这些行为就不符合人道待遇的要求，即通过不提供食物的方式以达到使处于其负责下的人饿死的目的，或者通过不提供医疗的方式任由人们死去，或者使他们继续遭受伤病的折磨。[350]

594 共同第 3 条第 1 款第 4 项项提到了死刑，这表明，共同第 3 条并未禁止死刑。然而，它明确要求遽行判罪及执行死刑必须经“具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判”。[351]不受此项特殊限制的死刑判决和执行不仅将侵犯共同第 3 条第 1 款第 4 项的规定，还将构成对共同第 3 条第 1 款第 1 项意义上的人身的不法侵害。[352]

595 共同第 3 条并未明确禁止体罚。然而，《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 1 项明确禁止体罚，它规定，禁止“对人的生命、健康和身体上或精神上幸福的暴行，特别是谋杀以及虐待，如酷刑、残伤肢体或任何形式的体罚”。这表明，在共同第 3 条没有明确禁止体罚的情况下，《第二附加议定书》明确禁止体罚。[353]然而，共同第 3 条明确禁止虐待，《第二附加议定书》第 4

348 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann, para. 4532, and Zimmermann/Geiss, para. 888.

349 详细内容，见第七节第（二）小节第 4 点和第 5 点。

350 关于不作为的问题，见关于第 50 条的评注，第 2954 段。

351 详细内容，见第七节第（五）小节。

352 从国际性武装冲突的角度看，see Dörmann, 2003, pp. 40–41，指出：下列行为构成 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 1 项第 1 目规定的“故意杀害”的战争罪：未经公正审判而杀害……非法的死刑判决和执行，不管是特别针对战俘的《日内瓦第三公约》第 100–2 条、第 107 条，还是针对平民的《日内瓦第四公约》第 68、71、74、75 条，都构成故意杀害的战争罪。

353 《第二附加议定书》第 4 条起草的历史可能支持以下结论：不像《附加议定书》第 4 条第 2 款第 1 项的其他部分，体罚涉及的内容在 1974-1977 年举行的外交大会上引起了争论，有的代表团更倾向于禁止“各种形式的身体伤害”，认为体罚包括监禁，还特别指出，体罚作为一种刑罚的方式在许多国家的国内立法中被接受；see, in particular, *Official Recordsof the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. VIII, pp. 421–429, paras 5 and 12, and Vol. X, pp. 49–50, paras 146–147, and pp. 103–104.

条第 2 款第 1 项中提及的体罚可以被看作是虐待的一种具体情形。另外，如果体罚符合残伤肢体或酷刑的具体构成要件，那么体罚也仍然会透过共同第 3 条所包含的禁止性规定而受到禁止。[354]

2. 谋杀

596 “各种谋杀”是共同第3条列举的“对生命与人身施以暴力”的第一种情形，对“各种谋杀”的禁止在《第二附加议定书》第4条第2款第1项中得到了重申，同时它也成为国际习惯法的一部分。[355]

597 但是，共同第 3 条和其他人道法条款均没有对“谋杀”的概念进行界定。有说法认为，“对构成犯罪的‘谋杀’的理解已在各国国内法中得以明确、并进行了很好地界定，因此，对于该种被禁止的行为不必作出进一步的解释。”[356]然而，由于受各国国内法之间不同刑事法律传统的影响，各国国内法对谋杀的概念的理解也不同。[357]因此，对共同第 3 条所禁止的各种形式的谋杀进行解释是十分有益的。这也同时表明，不宜对共同第 3 条所禁止的谋杀进行限制解释。

598 对于违反共同第 3 条的行为，包括对没有或者不再实际参加战事之人员的谋杀，一直依据 1993 年的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3 条的规定（违反战争法规或惯例的行为）受到起诉。[358]前南刑庭认为，“故意杀人”与“谋杀”之间并不存在内容上的实质区别，[359]唯一的区别是“《规约》第 3 条项下的犯罪针对所有‘受保护的人员’，而非仅针对‘没有或者不再实际参加战事之人员’。”[360]2002 年的国际刑事法院《犯罪要件》重申了上述观点，认为不管是国际性武装冲突中的“故意杀人”还是非国际性武装冲突中的“谋杀”，它们作为战争罪，除针对不同的犯罪对象之外，几乎采纳了相同的犯罪构成要件。[361]国际判例法对“故意杀人”的解释可以作为界定“谋杀”含义的依据，反之亦然。[362]

599 基于以上分析，可以确定共同第 3 条项下禁止谋杀包含以下内容：

— 禁止对受共同第 3 条第 1 款保护的人进行杀害或者造成他们死亡。[363]

— 禁止谋杀的情形包括故意杀害或者故意造成他人死亡，以及放任杀害或者放任他人死亡

---

354 在国际性武装冲突的背景下，明确禁止对受保护的人员实施体罚规定在 1929 年《关于战服待遇之日内瓦公约》第 46 条，1949 年《日内瓦第三公约》第 87 条、《日内瓦第四公约》第 32 条和 1977 年《第一附加议定书》第 75 条第 2 款第 1 项第 3 目。

355 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 89。

356 See ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996), p. 48，将“谋杀”作为危害人类罪的一种。

357 对世界上一些国家的法律的介绍，例如，见 Horder。

358 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 316.

359 *Ibid*. para. 422。

360 ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 233.

361 见国际刑事法院《犯罪要件》（2002 年），第 8 条第 2 款第 1 项第 1 目和第 3 项第 1 目。

362 详细内容见对第 50 条的评注，第四节第（一）小节。

363 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 424; *Jelisić* Trial Judgment, 1999, para. 35; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 153; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgment, 2004, paras 36–37; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; *Krajišnik* Trial Judgment, 2006, para. 715; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Dragomir Miloševic* Appeal Judgment, 2009, para. 108; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, paras 137–138; *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1725; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 102; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2143; *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6165; *Nizeyimana* Trial Judgment, 2012, para. 1552; SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, paras 688–690; *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 146; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 142; *Taylor* Trial Judgment, 2012, paras 412–413; and ICC, *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 91–97. 详细情况见对第 50 条的评注，第四节第（一）小节。

的结果发生。当死亡纯属意外或者某人的疏忽大意的作为或不作为造成的，则不能算作是被禁止的谋杀行为。[364]在许多情况下，例如人身自由被剥夺的情况，受共同第 3 条保护的人处在敌对一方的完全控制之下，因此，他们生存的希望便被牢牢掌控在该冲突一方的手中。在此情形下，若是该冲突一方积极创造或者消极容忍不健康的拘押条件，则可能被视为放任的或者故意的作为或不作为的谋杀。[365]

— 作为和不作为都是被禁止的。[366]比如，如果一方有责任且有可能为受共同第 3 条保护的人员提供充足的食物或者医疗时，但是其没有这么做并最终导致了这些人员被饿死，那么这种不作为的情形也构成共同第 3 条所禁止的谋杀行为。[367]

600 然而，共同第 3 条关于谋杀的概念并不适用于敌对行为期间的杀戮。[368]对这种谋杀行为合法性的认定必须依据敌对行为的具体规则进行判定，特别需要考虑区分规则、比例规则和预防措施规则。

3. 残伤肢体

601 对生命与人身施以暴力所明确列举的第二种情形是残伤肢体。禁止残伤肢体是国际人道法上一项非常古老的规则。[369]第三、第四公约的其他一些条款也提及了该项规则，1977 年的两个《附加议定书》对该项禁止性规定进行了重申。[370]这项禁止性规定已经成为国际习惯法的一部分。[371]没有任何法律或实践的证据表明，“残伤肢体”这一术语在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中有不同的含义。[372]

(1) 残伤肢体的含义

602 《日内瓦公约》及其《附加议定书》并未对残伤肢体的含义作出明确界定。这些公约及其《附

---

364 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, paras 437 and 439; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 153; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 229; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 248; *Stakić* Trial Judgment, 2003, para. 587; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 386; and *Kordićand Čerkez* Appeal Judgment, 2004, para. 36. See also Dörmann, 2016, p. 329–331, 对 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 1 项第 1 目的评注。详细情况见对第 50 条的评注，第四节第（一）小节第 2 点。

365 See Dörmann, 2003, p. 43, referring, *inter alia*, United Kingdom, Military Court at Brunswick, *Gerike case* (also known as *The Velpke Children's Home case*), 1946, pp. 76–81, 在该案中，几个被告被指控犯有战争罪并被判成立，“因为他们于 1944 年 5 月至 12 月间在德国的费尔普克通过故意忽视的方式杀死了许多儿童和波兰公民，他们的这一行为违反了战争法规和惯例。”

366 这与违反禁止情形是否会导致国际刑事责任的问题无关，国际的法院或者法庭已经承认了个人不作为的刑事责任。See e.g.ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 424; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 153; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 229; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; *Krajišnik* Trial Judgment, 2006, para. 715; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Dragomir Milošević* Appeal Judgment, 2009,para. 108; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, paras 137–138; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1725; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 102; ICTR, *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6165; *Nizeyimana* Trial Judgment, 2012, para. 1552; SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, paras 688–690; *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 146; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 142; and *Taylor* Trial Judgment, 2012, paras 412–413.

367 见对严重违反第 50 条的“故意杀害”的评述第四节第（一）小节。柬埔寨法院特别法庭认为被指控的严重的故意杀人罪，必须是被扣押者死于可能导致死亡的不作为或者因为扣押他们的环境所致；见 2010 年 *Kaing* 案的判决，第 437 段。

368 详见第五节第（四）小节。See also Knuckey, pp. 452–456.

369 See e.g. Lieber Code (1863)，第 16 条、第 44 条（禁止残害）和第 56 条（禁止残伤肢体）。

370 见《日内瓦第三公约》第 13 条第 1 款；《日内瓦第四公约》第 32 条；《第一附加议定书》第 11 条第 2 款第 1 项、第 75 条第 2 款第 1 项第 4 目；以及《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 1 项。

371 ICRC Study on Customary International Humanitarian Law (2005), Rule 92.

372 See Dörmann, 2003, pp. 231 and 484.

加议定书》均同时使用“肢体残伤”（mutilation）和“伤残肢体”（physical mutilation）这两种表述。[373]根据通常含义，“残伤肢体”是指“严重的伤害或者破坏以至于通常造成外形上损害的行为”。[374]因此，“残伤肢体”这一术语针对的是对肢体上的暴力行为。据此，“伤残肢体”和“肢体残伤”这两个术语可以被理解为具有相同的意义。[375]

603 国际刑事法院的《犯罪要件》指出，构成残伤肢体的要件应特别包括“对人身的永久外形损伤”或者是“永久的残疾或器官缺失或使用辅助性器具”。[376]塞拉利昂特别法庭判例法遵循了关于残伤肢体的这一定义。[377]然而，目前似乎没有任何国内或者国际判例法对什么是构成“残伤肢体”要素中的“永久的外形损伤”或者“永久的残疾或者缺失”作出进一步界定。

604 作为犯罪要件的损伤的“永久性”应当在其一般意义上理解为“持续的或者保持确定不变的，或者是在主观上意图使之如此，而不是暂时的”。[378]这表明，不一定要求损伤永久存在。[379]

605 犯罪构成中的“外形损伤”也应当在其一般意义上进行理解，即破坏某人外表的完整性。[380]但“损伤”要求具有一定的严重性。[381]

606 当代武装冲突实践阐释了构成残伤肢体行为的具体内涵。这些行为包括：切除手足的行为、[382]切除人体其他部位的行为、[383]残伤性器官的行为、[384]切割尸体的行为。[385]其他还如挖掉眼睛的行为、敲掉牙齿的行为、损伤内脏的行为、或者利用酸性物质给人毁容的行为。[386]

---

373 《日内瓦公约》及其附加议定书均使用了“肢体残伤”这一术语，但是《日内瓦第三公约》第 13 条第 1 款和《第一附加议定书》第 11 条第 2 款第 1 项除外，它们使用了“伤残肢体”这一术语。

374 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 945.

375 See Dörmann, 2012, pp. 230 and 397, and Zimmermann, pp. 489–490.

376 国际刑事法院《犯罪要件》（2002 年），第 8 条第 2 款第 2 项第 5-1 目、第 3 项第 1-2 目和第 5 项第 6-1 目。对于这些要件的评注，see Dörmann, 2012, pp. 229–233, 396–397 and 482–484. See also La Haye, 2001, pp. 164–166 and 208–209.

377 See SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 724, and *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 180, and Appeal Judgment, 2009, para. 1198.

378 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1068.

379 See also United States, *Manual for Military Commissions*, 2010, Part IV, para. 5(14)(c), 其认为“即使受害者被损害的器官恢复功能或者外形的损毁最终通过手术得以治愈”，那么构成该种损害的行为也构成残伤肢体。

380 See *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 410.（将“外形损伤”定义为“毁掉外形”。）

381 见同上，第 1395 页（“损伤”被定义为“减少或毁灭价值或质量”）。See SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 179 (“肢体残伤是受到禁止的暴力行为中尤其恶劣的行为”); ICTR, *Kayishema and Ruzindana* Trial Judgment, 1999, para. 108 (肢体残伤是“严重的身体伤害”), and Appeal Judgment, 2001, para. 361 (某些类型的伤害更加严重，例如肢体残伤); *Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 706–707 (肢体残伤对身体造成了“严重”伤害); and Canada, Superior Court, Criminal Division, Province of Québec, *Munyaneza case*, Judgment, 2009, para. 88 (肢体残伤是“造成严重身体伤害”的行为). See also United States, *Manual for Military Commissions*, 2010, Part IV, para. 5(14)(c):

> 缺陷并不要求侵犯了该条所有的规定，也没有任何特定的形式，但必须明显地或实质性地损害了被害人外表的完整性。这种缺陷导致了被害人活力的降低，或者造成身体的部分或器官的永久的实质性的缺陷或者功能的丧失。

382 See e.g. SCSL, *Koroma* Indictment, 2003, para. 31.

383 See e.g. ICTR, *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, paras 935–936, and Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, September 1996.

384 See e.g. ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2266; *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, paras 935–936; and ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, paras 45 and 237; UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on her mission to Colombia (1–7 November 2001)*, UN Doc. E/CN.4/2002/83/Add.3, para. 42; and Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, September 1996.

385 See e.g. SCSL, *Koroma* Indictment, 2003, para. 31.

386 See United States, *Manual for Military Commissions*, 2010, Part IV, para. 5(14)(c).

(2) 例外情形

607 只有基于严格的医学原因才可以残伤肢体，即：残伤肢体有助于改善有关人员的健康状况，比如对腐坏的肢体进行截肢。尽管这些例外情形在共同第 3 条中没有得到明确规定，但是，若不如此，将导致与照顾伤病者的义务相悖的其他解释，这不符合共同第 3 条的目的和宗旨。《日内瓦第三公约》及其《第一附加议定书》对这些例外情形做出了明确规定，强化了上述结论。[387]

608 国际刑事法院《犯罪要件》在规定战争罪构成要件的同时也对例外情形进行了规定。它规定，“对需要照顾的人因为其利益而对其实施的医疗、牙科和医院治疗是正当的”。[388]这种例外情形也得到了塞拉利昂特别法庭判例的确认。[389]

609 除上述例外外，不存在其他例外。同意从来不被认为是残伤肢体的正当理由。这在《第一附加议定书》第 11 条第 2 款得到了明确的表述。这也反映在国际刑事法院《犯罪要件》的规定中，其明确规定，被害人的同意不能成为辩护理由。[390]

610 而且，也不得依据国内法将残伤受共同第 3 条保护之人员的肢体作为惩罚措施的一部分，因为共同第 3 条或一般人道法并没有规定这样一种例外。

(3) 对尸体的残害

611 共同第 3 条仅禁止对生者的肢体残害，并没有扩展到禁止对尸体残害。无论是永久性的外形残伤，还是器官或者辅助器具的移除，都必须是以受害者在被侵害时是生者为前提。因此，共同第 3 条禁止残伤肢体的目的和宗旨并不针对死者。然而，对尸体的残害可以被看作是严重践踏人格尊严的行为从而受到共同第 3 条的禁止。[391]对尸体的残害也被国际习惯法所明确禁止。[392]

4. 虐待

(1) 引言

612 虐待是共同第 3 条明确列举的禁止对生命与人身施以暴力的第三种情形。这种禁止长久地存在于国际人道法的规则中，[393]也被《日内瓦第三公约》、《日内瓦第四公约》的有关条款所禁止，并在《第二附加议定书》中得到重申。[394]这种禁止已经成为国际习惯法的一部分。[395]国际或者区域人权条约也在它们各自适用的领域将禁止虐待视为不可克减。[396]

613 除虐待之外，共同第 3 条禁止酷刑和损害个人尊严的行为，所有这些术语都被视为“虐待”

387 见《日内瓦第三公约》，第 13 条第 1 款，以及《第一附加议定书》第 11 条第 1-2 款。
388 见国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 3 项第 1-2 目，要件二。See also La Haye, 2001, p. 209.
389 See SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 725, and *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 181.
390 见国际刑事法院《犯罪要件》（2002 年），脚注 46 与第 8 条第 2 款第 2 项第 5-1 目有关，涉及要件三，脚注 69 与第 8 条第 2 款第 5 项第 6-1 目有关，涉及要件三。根据 Dörmann，2003 年，第 396 页，与第 8 条第 2 款第 3 项第 1 目有关的不作为的脚注可能是起草上的错误。
391 见第七节第（四）小节。
392 见 ICRC，《习惯国际人道法研究》（2005 年），规则 113。
393 See e.g. Lieber Code (1863), Article 16; see also Articles 11 and 56.
394 见《日内瓦第三公约》，第 87 条；《日内瓦第四公约》，第 118 条；《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 1 项。
395 见 ICRC，《习惯国际人道法研究》（2005 年），规则 90。
396 见《公民权利和政治权利国际公约》（1966），第 7 条；《欧洲人权公约》（1950），第 3 条；《美洲人权公约》（1969），第 5 条第 2 款；《非洲人权和民族权宪章》（1981），第 5 条。

的各种形式。但是，以上这些被禁止的情形只是相似，并不完全相同，因此它们按顺序被分散规定在了共同第 3 条中的不同位置。

614 尽管如此，从是否被禁止的角度 来说，“虐待”、“酷刑”和“侵犯个人尊严”这些术语之间的差别并不重要，而且，它们在法律文本中的顺序也不能表明，它们受禁止的程度有差别。共同第 3 条完全禁止非国际性武装冲突中在任何情形下实施的各种形式的虐待行为，[397]不能因为任何政治、经济、文化或者宗教原因为被禁止的任何形式的虐待行为辩解，也不能因为打击恐怖主义、镇压武装叛乱等维护国家安全的原因而实施虐待行为。根据实际情况需要授权实施酷刑或者其他形式的虐待行为与共同第 3 条的性质和初衷是完全背离的，这样做将减损共同第 3 条所作禁止性规定的积极作用，并进而导致实施侵害行为的危险性上升。因此，将找寻合法性的门彻底堵死确实十分必要，如若允许合法性例外的存在，那么将不可避免地诱导人们通过扩大找寻和适用能够使虐待行为合法化的理由而使得任何情形下各种形式的虐待行为取得正当性，这便会造成所谓的“滑坡效应”。此外，若允许合法性例外的存在，将会给冲突各方释放出可以使被禁止的虐待行为合法化的信号，这将减损冲突各方对共同第 3 条的遵守，但实际上，共同第 3 条禁止在任何时间、任何地点实施虐待行为，因此所有的虐待行为都在其禁止之列。

(2) 虐待的含义

615 《日内瓦公约》及其《附加议定书》并未对“虐待”的含义进行界定。[398]

616 前南刑庭将共同第 3 条的禁止虐待看作是一种手段，通过这种手段确保未实际参加敌对行为的人在任何情况下都能够得到人道的待遇。[399]鉴于此，前南刑庭将虐待定义为：

> 造成严重的精神或身体痛苦或者严重侵犯人格尊严的待遇，其相当于《日内瓦公约》严重破约条款之框架中不人道待遇的犯罪行为。[400]

617 由此可知，该法庭并未区分共同第 3 条所禁止的“虐待”和严重破坏《日内瓦公约》中的“不人道待遇”。[401]国际刑事法院的《犯罪要件》也坚持了同样的定义方式。[402]据此，“残酷”和“不人道”这两个术语可以互换使用。关于国际性武装冲突中作为严重破约行为的“不人道待遇”的更多详细介绍，请参见关于第 50 条的评注的第四部分第三小节。

---

397 同样的，国际人权法完全禁止所有形式的虐待；这种禁止也适用于紧急情况，如战争或受战争威胁。见《公民权利与政治权利国际公约》（1966 年），第 4 条；《欧洲人权公约》（1950），第 15 条；《美洲人权公约》（1969），第 27 条；和《联合国禁止酷刑公约》（1984），第 2 条第 2 款。

398 人权公约也没有对虐待的定义进行界定，尽管两个人权公约在禁止虐待与尊重人类固有的尊严之间建立起了联系。见《美洲人权公约》（1969），第 5 条第 2 款（“不得对任何人施以酷刑或残暴的、非人道的或侮辱性的惩罚或待遇，所有被剥夺自由的人都应受到尊重人类固有的尊严的待遇。”），以及《非洲人权和民族权宪章》（1981），第 5 条（“每一个人的固有尊严有权受到尊重”）。

399 ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 723.

400 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 551. See also *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 246; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 256; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, paras 154–155; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 231; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 351; *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 126; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957; and *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 853. 2011 年 6 月 9 日《红十字国际委员会关于被剥夺自由者遭受酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇问题的政策》遵循了同样的定义；see *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 547–562, fn. 1.

401 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 550–552（“虐待是一种不人道的待遇”）; see also *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 265, and *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 186.

402 见国际刑事法院《犯罪要件》（2002），第 8 条第 2 款第 1 项第 2-2 目（违反人道的战争罪）和第 3 项第 1-3 目（虐待的战争罪）。对虐待的战争罪的犯罪要件的解读：1.行为人造成一个人或更多的人身体上或精神上的严重痛苦。对于该罪的评论，see Dörmann, 2003, pp. 398–401; see also pp. 63–70（非人道待遇）。

618 某一行为如果构成残忍的（或者不人道的）待遇，必须造成严重的身体或精神痛苦。不像酷刑，虐待不要求有特定目的。至于相关精神与身体痛苦的严重程度，前南刑庭认为，“特定行为是否构成虐待，是一个需要逐案确定的事实问题”。[403]这种解释与人权机构的解释一致。[404]

619 为了评估痛苦的严重程度，需要考虑每一个案件中的个别情况，包括与伤害的严重程度相关的客观因素和与被害人的自身状况相关的主观因素。但是，虐待通常不表现为孤立的行为。虐待可以通过单个行为实施，也可以是几个单独都不构成虐待的数个行为相结合或累积的结果。[405]根据前南刑庭的意见，这些包括“作为或者不作为的性质、行为发生的背景、行为持续的时间、行为是否反复多次实施、针对被害人的行为所带来的身体上、精神上或者道德上的影响以及诸如年龄、性别以及健康程度等被害人的自身状况”。[406]虐待所造成的痛苦不要求持久，只需它“真实且严重”。[407]但某一待遇有长期影响的事实可能与建立行为的严重性相关。[408]

620 前南刑庭认为，缺乏足够的医疗照顾、[409]拘留中心的生活条件不人道、[410]殴打、[411]企图谋杀、[412]在前线用被拘留人员开挖战壕而使其处在危险境地、[413]使用人体盾牌等行为均构成虐待。[414]

621 人权机构的实践和标准中也可以总结出一些虐待的例子，包括：某些惩罚方法，特别是体罚、[415]某些处决方式、[416]未经公正审判程序强制判处死刑、[417]强制节育、[418]基于性别的羞辱，例

---

403 ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 232, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 517; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957; and *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 854.

404 For more details, see Droege, 2007, pp. 521–522, and Doswald-Beck, 2011, pp. 196–199.

405 See European Court of Human Rights, *Dougoz* v.*Greece*, Judgment, 2001, para. 46; *Iovchev*. v. *Bulgaria*, Judgment, 2006, para. 137; and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States parties under Article 19 of the Convention: Israel*, UN Doc. A/52/44, 10 September 1997, para. 257.

406 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 131; see also *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 33; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 80; *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 51; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957; and *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 854. Not all of the judgments listed mention the full list of factors to be taken into account.

407 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 131. See also *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 80, and *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957.

408 See ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 235.

409 See ICTY, *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 517; see also Inter-American Court of Human Rights, *Tibi case*, Judgment, 2004, para. 157, and European Court of Human Rights, *Koval* v.*Ukraine*, Judgment, 2006, para. 82.

410 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras. 554-558 and 1112–1119, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352. See also *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 35. 关于拘留的条件，see Droege, 2007, pp. 535–541, and Doswald-Beck, 2011, pp. 205–214.

411 See ICTY, *Jelisić* Trial Judgment, 1999, paras 42–45, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352; see also *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 35.

412 See ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 239, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

413 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 713, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

414 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000 para. 716, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

415 国际人道法完全禁止肉刑的适用。 See 《日内瓦第三公约》第 87 条第 3 款、第 89 条和第 108 条；《日内瓦第四公约》第 32 条、第 118 条和第 119 条；《第一附加议定书》第 74 条和《第二附加议定书》第 4 条。See also UN Human Rights Committee, *Osbourne*v. *Jamaica*, Views, 2000, para. 9.1; Inter-American Court of Human Rights, *Caesar* v.*Trinidad and Tobago*, Judgment, 2005, paras 67–89; and African Commission on Human and Peoples' Rights, *Doebbler* v.*Sudan*, Decision, 2003, paras 42–44.

416 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006, para. 31.

417 See European Court of Human Rights, *Öcalan* v.*Turkey*, Judgment, 2005, paras 168–175, and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Guatemala*, UN Doc. CAT/C/GTM/CO/4, 25 July 2006, para. 22.

418 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Peru*, UN Doc. CAT/C/PER/CO/4, 25 July 2006, para. 23.

如将处于分娩期的被拘留妇女用镣铐锁住、[419]为控制被拘留人而使用电击设备。[420]上述这些行为等于违反共同第 3 条。

622 虐待的定义表明，痛苦不一定只是身体上的痛苦。造成一定严重程度的单纯精神上的痛苦也构成虐待。[421]对虐待含义的这种理解也可以从禁止虐待与实现完全的人道待遇之间不可分割的关系中得以体现，因为充分的人道待遇并不只是要求保护人的身体完整性。例如，把人当作人体盾牌的行为就可能因为使人遭受精神上的痛苦而构成虐待。[422]此外，前南刑庭的判决还指出了其他一些构成虐待的情形，包括对生命的威胁、[423]强制掩埋同伴尸体、[424]随意殴打射杀被监禁人员。[425]人权机构也将以下造成精神痛苦的情形列为虐待行为并纳入其规制的范围：威胁使用酷刑、[426]目睹他人被虐待、[427]强奸[428]或者处决。[429]

623 在这一点上，非常有必要指出的是国际刑事法院的《犯罪要件》，它并未将“严重侵犯人格尊严”这一要素纳入虐待的范畴。[430]该要件是前南刑庭的判例确立起来的，并一直得到维持，但是制定《犯罪要件》的国际刑事法院筹备委员会并未将其在该文件中单独列出，因为筹备委员会认为，侵犯人格尊严有可能构成“损害个人尊严”这项战争罪。[431]

5. 酷刑

(1) 引言

624 酷刑是共同第 3 条中规定的禁止对生命与人身施以暴力的最后一项具体实例。这项禁止性规定是人道法中存在已久的规则[432]。它也包含在四个《日内瓦公约》的其他条款中，并为 1977 年的两个《附加议定书》所重申。[433]禁止酷刑现在被认为是习惯国际法的一部分。[434]国际性和区域性人权公约在其各自的适用范围内，都将禁止酷刑列为不可克减的规定。[435]法律或实

---

419 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006, para. 33.

420 See *ibid.* para. 35.

421 See e.g. ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 369; Inter-American Court of Human Rights, *Loayza Tamayo* v. *Peru*, Judgment, 1997, para. 57; European Court of Human Rights, *Ireland*v. *UK*, Judgment, 1978, para. 167; and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006, para. 13.

422 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 716, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

423 See ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 655.

424 See *ibid.*paras 313 and 657.

425 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 394.

426 See Inter-American Court of Human Rights, *Villagrán Morales and others*v.*Guatemala*, Judgment, 1999, para. 165; *'Juvenile Reeducation Institute'v.Paraguay*, Judgment, 2004, para. 167; andInter-American Commission on Human Rights, *Case 11.710 (Colombia)*, Report, 2001, para. 34. 认为威胁使用酷刑并不必然构成虐待的判决，see European Court of Human Rights, *Hüsniye Tekin*v.*Turkey*, Judgment, 2005, para. 48.

427 See Inter-American Court of Human Rights, *Caesar*v.*Trinidad and Tobago*, Judgment, 2005, para. 78.

428 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.565 (Mexico)*, Report, 2000, para. 53.

429 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.520 (Mexico)*, 1998, report. 76.

430 见国际刑事法院《犯罪要件》(2002 年)，第 8 条第 2 款第 3 项第 1-3 目。

431 See Dörmann, 2003, pp. 63–64.

432 例如，见 1863 年《利伯守则》，第 16 条。

433 除了共同第 3 条以外，禁止酷刑还被包含在：《日内瓦第一公约》第 12 条；《日内瓦第二公约》第 12 条；《日内瓦第三公约》第 17 条和第 87 条；《日内瓦第四公约》第 32 条；《第一附加议定书》第 75 条第 2 款第 1 项第 2 目；以及《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 1 项。

434 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 90。

435 见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 7 条；1950 年《欧洲人权公约》，第 3 条；1969 年《美洲人权公约》，第 5 条第 2 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 5 条。另见专门的反酷刑公约：1984 年《禁止酷刑公约》和 1985 年《美洲禁止酷刑公约》。

践当中也没有迹象表明，“酷刑”一词在国际性和非国际性武装冲突中具有不同的含义。[436]

625 法语版本的共同第 3 条禁止“酷刑和折磨”，而英文本是禁止“酷刑”。但是，法文本中使用的“折磨”一词并没有创设任何额外类型的且“酷刑”一词没有涵盖的违禁待遇。[437]

(2) 酷刑的定义

626 《日内瓦公约》及其《附加议定书》都没有定义酷刑。国际条约中的第一个定义出现在 1984 年《禁止酷刑公约》第 1 条第 1 款中。这个定义包含如下要求，即酷刑“是由公职人员或以官方身分行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”。但是，人道法并不要求酷刑行为中要有官方的参与（见第 645 段）。

627 因此，就人道法而言，前南刑庭将酷刑定义为：为了向受害人或第三者取得情报或供状，为了惩罚、恐吓或威胁受害人或第三者，或为了基于任何一种理由歧视受害人或第三者，通过作为或不作为，故意在肉体或精神上造成剧烈疼痛或痛苦。[438]

628 因此，酷刑与残忍待遇之间的区别是酷刑中的疼痛或痛苦具有更高的标准，必须是“严厉”而不是“严重”，而且造成疼痛或痛苦必须是某一特定目的或动机的结果。

— 剧烈疼痛或痛苦

629 前南刑庭要求酷刑达到的疼痛或痛苦的标准比残忍待遇更高：“严厉”而不是“严重”。另一方面，国际刑事法院《犯罪要件》则要求酷刑和残忍待遇都要有身体或精神上的“剧烈”疼痛或痛苦。[439]它们之间唯一的差别是这两种待遇的目的不一样。这是一种妥协的结果，而且背离了前南刑庭的判例法。[440]

630 有些作者对确立残忍待遇和酷刑的痛苦等级之必要性提出了质疑。[441]对他们而言，区分酷刑和残忍待遇的唯一要素应当是酷刑所要求的特定目的。支持该学说的一个论据是很难定义严重痛苦和剧烈痛苦之间强度的标准。而认为某种待遇比“残忍”更严厉也有些荒谬。[442]

631 不同条约的措辞使这个问题悬而未决。[443]《禁止酷刑公约》第 16 条提到“未达酷刑程度的其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为”，这可能隐含着酷刑所受痛苦的强度比残忍、不人道或有辱人格的待遇更高。但是，它也可能意味着酷刑所要求的特定目的构成了加重要

436 See Dörmann, 2003, p. 401.

437 *Le Grand Robert & Collins français-anglais*, 2008. 作者将法语词“折磨”翻译为“酷刑的形式、酷刑”。

438 前南刑庭首次列出了构成酷刑要具备的所有目的：See *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 497. 当时，审判庭确信，对于正在审理中的特定案件来说，这些目的已成为习惯国际法的一部分而且也不需要为本案的审判再去探究其他可能的目的；见同上，第 485 页。前南刑庭后来也承认，这些目的也并非全部：see e.g. B*rđanin* Trial Judgment, 2004, para. 487; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 235; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 513.

439 见 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 3 项第 1 目-3（战争罪——虐待）和第 3 项第 1 目-4（战争罪——酷刑）。

440 See Dörmann, 2003, p. 63.

441 See Evans; Rodley, 2002; and Nowak, 2005, p. 678, and 2006, p. 822. See also Nowak/McArthur, pp. 74 and 558, referring to the European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, p. 186 (“‘酷刑’一词经常被用于形容带有一定目的的不人道待遇……通常是不人道待遇的一种加重形式”), as confirmed by ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 442. See also Rodley/Pollard, pp. 123–124.

442 See Evans, pp. 33–49, especially at 49.

443 特别见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 7 条；1950 年《欧洲人权公约》，第 3 条；1969 年《美洲人权公约》，第 5 条第 2 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 5 条。

素，而且这个问题似乎在该公约起草期间并未得到解决。[444]

632 即使在国际刑事法院《犯罪要件》通过以后，前南刑庭仍在继续适用不同的疼痛或痛苦标准，以区分酷刑和残忍待遇。[445]欧洲人权法院也要求有更高的疼痛标准，造成疼痛的目的也是一个相关因素[446]，而且有时是决定性因素。[447]美洲人权委员会和美洲人权法院，和前南刑庭一样，要求酷刑中的疼痛比残忍、不人道或有辱人格的待遇有更高的强度，同时还有目的要求。[448]ICRC 也基于不同的疼痛标准开展工作。[449]另一方面，联合国人权事务委员会没有尝试对二者进行区分。[450]

633 使用单一的目的标准来区分酷刑和残忍待遇的主要后果是，在为了特定目的而造成残忍待遇的情况下，它会自动构成酷刑。考虑到“目的”一词有着非常宽泛的定义，包含了诸如恐吓或威胁等如此广泛的意图[451]，这在酷刑与损害个人尊严之间没有给残忍待遇留下多少余地。正如上文所指出的，到目前为止，判例法并没有放弃将痛苦的强度作为区分酷刑和残忍待遇的一个要素，但这不排除将来会有所改变，尤其是如果国际刑事法院遵守《犯罪要件》中的明确措辞的话。但如果真是如此，不应该以提高残忍待遇所要求之严厉程度的标准为代价。

634 为了评估疼痛或痛苦的严厉程度，必须要考虑每个案子中的个别情况，既包括与损害的严厉程度有关的客观因素，也包括与受害者处境有关的主观因素。[452]因此，这种评估必须要考虑大量事实因素，例如环境、持续时间、与世隔绝、受害人的身体或精神状况、文化信仰和敏感性、性别、年龄、社会、文化、宗教或政治背景或者过去的经历。[453]

635 具体因素则包括“造成疼痛的性质和环境”、[454]“虐待的预谋和制度化”、“受害人的身体状况”，“使用的方式和方法”以及“受害人的劣势地位”。[455]就虐待的所有形式来说，“在某些情况

---

444 Burgers/Danelius, p. 150（作者只提到了作为辨别属性的目的）; see also the account in Rodley, 2002.

445 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 468; *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 142; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, paras 180–181; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 483; *Martić* Trial Judgment, 2007, paras 75 and 80; *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, paras 126–127; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 422; and *Limaj* Trial Judgment, 2005, paras 231 and 235. 关于被认为严厉程度不足而不构成酷刑的残忍待遇的例子，see ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 369.

446 See European Court of Human Rights, *Ireland v. UK*, Judgment, 1978, para. 167; *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 1996, para. 64; *Selmouni v. France*, Judgment, 1999, paras 96–105; *Salman v. Turkey*, Merits, Judgment, 2000, para. 114; European Commission of Human Rights, *Corsacov v. Moldova*, Judgment, 2006, para. 63; and *Menesheva v. Russia*, Judgment, 2006, para. 60.

447 See European Commission of Human Rights, *Kismir v. Turkey*, Judgment, 2005, paras 129–132.

448 See Inter-American Court of Human Rights, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgment, 2005, paras 50, 68 and 87.

449 见 2011 年 6 月 9 日《ICRC 关于被剥夺自由者遭受酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇问题的政策》，载于《红十字国际评论》，第 93 卷，第 882 期，2011 年 6 月，第 547-562 页，脚注 1。

450 联合国人权事务委员会在其关于第 7 条（禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚）的第 20 号一般性意见中提到了待遇的“性质、目的和严厉程度”（《第 20 号一般性意见，第七条：禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚》，1992 年 3 月 10 日，第 4 段）；Rodley, 2002, 作者指出，从该委员会早期的判例法中推断出任何一般标准都是不可能的。

451 See ICTY, *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 140, and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 682.

452 See ICTY,*Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 143, and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 483.

453 SeeICTY, *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, paras 483–484; *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 143; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75.

454 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182, confirmed by ICTY, *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514. See also *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75（只提到“性质”）

455 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182. See also *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012 para. 417; *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75.

下，痛苦可能会因为社会和文化状况而加剧，在评估被指控行为的严厉程度时应考虑到受害人特定的社会、文化和宗教背景”。[456]

636 像残忍待遇一样，酷刑通常都不是孤立的行为。它可能通过一个单独的行为来实施，也可能源自数个单独看起来都不构成酷刑的行为的结合或累加。因此虐待的持续时间、重复次数和各种形式应当作为一个整体加以评估。[457]但是，酷刑的“定义中没有严格的持续时间的要求”。[458]它并不需要造成永久的伤害。[459]因此，“在犯罪实施之后，痛苦的证据甚至无需是看得见的”。[460]

637 有些行为本身就达到了严厉程度的标准，因为它们必然意味着剧烈的疼痛或痛苦。[461]强奸尤其如此。[462]在这方面，前南刑庭认为：

> 某些行为，如强奸，看起来明显满足严厉程度的标准。像酷刑一样，强奸侵犯人格尊严，其目的是恐吓、诋毁、羞辱和歧视、惩罚、控制或毁灭一个人。一旦证明强奸成立，就可以说具备了酷刑罪定义所要求的剧烈疼痛或痛苦，因为强奸行为必然意味着这种疼痛或痛苦。[463]

638 从国际判决中收集到的其他酷刑实例包括电击[464]、火刑[465]、分膝[466]、跪在锋利的工具上[467]、水刑[468]、活埋[469]、吊刑[470]、鞭笞和毒打[471]、尤其是抽打足底[472]、模拟处决[473]、模拟埋葬[474]、

---

456 ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237.

457 See ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182, and *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237.

458 ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300.

459 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, paras 148–149; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; and *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417.See also *Brđanin* Appeal Judgment, 2007, para. 249.(“身体酷刑可能包括造成比‘极度疼痛或痛苦’或者‘与严重人身伤害（例如器官衰竭、身体机能受损甚至死亡）所伴随之疼痛强度相当的……疼痛’的严厉程度稍弱的身体疼痛或痛苦的行为。”)

460 ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; see also *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 150, and *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48.

461 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 299, and *Brđanin* Appeal Judgment, 2007, para. 251.

462 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 495–497; *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 151; ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 682; European Court of Human Rights, *Aydin v. Turkey*, Judgment, 1997, paras 82–86; UN Committee against Torture, *T.A. v. Sweden*, Decisions, 2005, paras 2.4 and 7.3; and Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.970 (Peru)*, Report, 1996, p. 185. See also UN Commission on Human Rights, *Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Report by the UN Special Rapporteur on Torture*, UN Doc. E/CN.4/1986/15, 19 February 1986, para. 119.

463 ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 485. See also *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48.

464 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, pp. 406–407; UN Human Rights Committee, *Rodríguez v. Uruguay*, Views, 1994, paras 2.1 and 12.1; *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Views, 1984, paras 8.2 and 12; European Court of Human Rights, *Çakici v. Turkey*, Judgment, 1999, para. 93; and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Switzerland*, UN Doc. CAT/C/CR/34/CHE, 21 June 2005, para. 4(b)(i).

465 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, p. 407.

466 See *ibid*.

467 See *ibid*.

468 See *ibid*. p. 406 (the so-called ‘water treatment’); see also UN Human Rights Committee, *Rodríguez v. Uruguay*, Views, 1994, paras 2.1 and 12.1.

469 See UN Human Rights Committee, *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Views, 1980, paras 2.3 and 12.

470 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, pp. 406–407 (有时与鞭笞结合使用); European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 1996, para. 64; and UN Human Rights Committee, *Torres Ramírez v. Uruguay*, Views, 1980, para. 2.

471 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, p. 408, and European Court of Human Rights, *Selmouni v. France*, Judgment, 1999, para. 101.

472 See European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 1996, para. 64.

射杀威胁[475]、将审讯中的被拘留者长时间置于严寒环境中[476]、击打后拘留三天但不给饮食以及不准上厕所[477]、组合酷刑（在非常疼痛的条件下羁押、在特殊条件下蒙上头、长时间听高分贝音乐、威胁（包括死亡威胁）、猛烈摇晃和使用冻刑）。[478]

639 精神上的疼痛和痛苦本身可能就剧烈到足以构成酷刑。[479]《日内瓦第三公约》和《第一附加议定书》均明确指出，禁止施以肉体和精神上的酷刑。[480]心理上的酷刑方法以及酷刑的心理影响可以造成与身体酷刑及其后果同样严厉的痛苦。[481]前南刑庭认为，强迫观看对一名亲属施以的凌虐[482]或者强迫观看对一名熟悉的人进行的严重性侵犯，对被强迫观看的人来说就是酷刑。[483]法庭认为同样的情况还有：造成剧烈精神痛苦的死亡威胁，向受害人谎称他的父亲已被杀害[484]，或者强迫受害人收集同族人的遗体，尤其是他们邻居和朋友的遗体。[485]

— 特定目的

640 酷刑的构成要件之一是要有特定的目的或动机。《禁止酷刑公约》举例如下：（1）取得情报或供状，（2）惩罚、恐吓或威胁受害人或第三者，以及（3）基于任何一种理由歧视受害人或第三者。[486]前南刑庭认为这些目的构成习惯国际法的一部分。[487]

641 这些目的是示例性的，并非穷尽式的列举。《禁止酷刑公约》第 1 条的措词“such purposes as”也确认了这一点。[488]《禁止酷刑公约》中的非穷尽式列举还反映在国际刑事法院的《犯罪要件》中。[489]前南刑庭也认为该列举是非穷尽式的。[490]

642 实践中，这会导致对不当目的极为宽泛的解释。的确，“恐吓或威胁（受害人）或第三者”以及“基于任何一种歧视的理由”这些概念如此宽泛，以致大多数给某个人——尤其是拘留中的人——造成剧烈痛苦的蓄意行为，都是由这些目的之一或者与之非常相似的目的引起的。

---

473 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, p. 408; European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, pp. 462–465; and UN Human Rights Committee, *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Views, 1984, pp. 182–188, paras 8.2 and 12.

474 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 7823 (Bolivia)*, Resolution, 1982, p. 42.

475 See European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, pp. 462–465.

476 See UN Committee against Torture, *Report on Mexico produced by the Committee under Article 20 of the Convention, and reply of the Government of Mexico*, UN Doc. CAT/C/75, 26 May 2003, para. 165.

477 See UN Committee against Torture, *Danilo Dimitrijević v. Serbia and Montenegro*, Decisions, 2005, paras 2.1, 2.2, 7.1 and 7.2.

478 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Israel*, UN Doc. A/52/44, 10 September 1997, paras 253–260.

479 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 149; see also *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514.

480 见《日内瓦第三公约》，第 17 条和《第一附加议定书》，第 75 条第 2 款第 1 项第 2 目。

481 See Inter-American Court of Human Rights, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment, 2003, para. 93. 关于这一问题的更多细节，见 Reyes。

482 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 149.

483 See ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 267.

484 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 446-447.

485 See ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 511.

486 见 1984 年《禁止酷刑公约》，第 1 条。

487 See ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 485. 在该案中，法庭无须处理习惯国际法是否也包含其他目的的问题。See also *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 185.

488 See also ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 470, and ICTR, *Musema* Trial Judgment, 2000, para. 285.

489 见 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 1 项第 2 目和第 3 项第 1 目：“行为人造成这种痛苦是为了：取得情报或供状、处罚、恐吓或胁迫，或为了任何歧视性理由。”

490 See e.g. ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 487; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 235; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 513.

但是，该目的不能是任何形式的，而是必须与“明确列出的目的有某些共同之处”。[491]因此，前南刑庭认为“羞辱”（它被认为与恐吓的概念较为接近）也是酷刑的可能目的之一。[492]

643 因此，前南刑庭认定，如果在讯问被拘留者期间实施了强奸应存在这些这些目的：“强奸由讯问者本人或者与讯问有关联的其他人实施，作为惩罚、恐吓、威胁或羞辱受害人，或者向受害人或第三者取得情报或供状的一种手段。”[493]

644 前南刑庭还认为，要裁定酷刑成立，并不要求被禁止的目的“是唯一的目的或是造成剧烈疼痛或痛苦的主要目的”。[494]

— 公职人员参与

645 人道法中的酷刑定义并不要求公职人员参与该行为。另一方面，1984 年《禁止酷刑公约》则规定，疼痛或痛苦必须是“由公职人员或以官方身分行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”。[495]前南刑庭在其早期的判决中确认，这个定义是武装冲突中可适用的习惯国际法的一部分。[496]但法庭后来得出结论，人道法中的酷刑定义并不包括与上述相同的要素。尤其是，“在实施酷刑的过程中，国家公职人员或任何其他行使该权力之人的出现”，不能被认为是该行为构成人道法中酷刑的必要条件。[497]这个推论符合共同第 3 条的适用范围，即不仅禁止由国家武装部队实施的酷刑，也禁止非政府武装团体实施的酷刑。

(三) 作为人质

1. 引言

646 回溯至第二次世界大战，那时仍然认为，将不实际参加战事之人员作为人质是合法的，尽管受制于非常严格的条件。[498]但是，作为对第二次世界大战期间滥用相关行为的回应，1949 年日内瓦四公约完全禁止了这种做法。[499]两个《附加议定书》重申了这项无条件的禁止性规定。[500]它现在构成习惯国际法的一部分。[501]

---

491 Burger/Danelius, p. 118.

492 See ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 162. See also *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 337.

493 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 163.

494 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 153. See also *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 470; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 184; *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 486, and Appeal Judgment, 2002, para. 155; *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 128, and Retrial Judgment, 2012, para. 418; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 239; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 77; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 515; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 487; and *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 486, and Appeal Judgment, 2002, para. 155.

495 1984 年《禁止酷刑公约》，第 1 条。

496 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 459, and *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 162, and Appeal Judgment, 2000, para. 111.

497 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 496, confirmed in Appeal Judgment, 2002, para. 148. See also *Simić* Trial Judgment, 2003, para. 82; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 488; *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 284; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 240; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 419; and *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 49.

498 See United States, Military Court at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, pp. 1249–1251.

499 关于禁止劫为人质之由来的更多细节，见关于《日内瓦第四公约》第 34 条的评注。

500 《第一附加议定书》，第 75 条第 2 款第 3 项；《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 3 项。

501 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 96。

2. 作为人质的定义

647 《日内瓦公约》及其《附加议定书》没有对作为人质加以定义。在另一个不同的法律语境中，1979 年《反对扣留人质国际公约》将扣留人质定义为扣留或扣押一个人（人质），并以杀死、伤害或继续扣押该人为威胁，以强迫第三方，作或不作某种行为，作为释放人质的明示或暗示条件。[502]

648 这个定义为 1998 年《国际刑事法院规约》中扣留人质之战争罪的构成要件提供了基础，但增添了该人被扣留、拘禁“或以其他方法以该人为人质”的一揽子规定。[503]在此基础上，塞拉利昂特别法庭上诉庭得出结论，“个人落入犯罪人手中的确切手段不是该罪行的典型特征”。[504]

649 对于共同第 3 条和《日内瓦第四公约》第 34 条规定的禁止作为人质的理解来说，也可以参考国际刑事法院《犯罪要件》中给出的广泛定义。事实上，起草《犯罪要件》的专家组认为，国际性和非国际性武装冲突中的作为人质不可能有差异。[505]

650 因此，就共同第 3 条而言，作为人质可以被定义为抓捕、拘禁或以其他方法控制一个人（人质），并以杀死、伤害或继续扣押该人为威胁，以强迫第三方，作或不作某种行为，以此作为人质的释放、安全或健康的明示或默示条件。

651 现今，扣留人质通常是为了索取赎金、换囚或获得“战争税”。[506]这类做法有时被称为绑架或诱拐，但不同的称谓并不影响其法律定性。[507]倘若满足了所有必要条件，这些做法就构成扣留人质，并且为共同第 3 条所禁止。

(1) 人质

652 共同第 3 条中的禁止作为人质适用于所有属于该条保护范围内的人员。[508]在“塞萨伊案”中，塞拉利昂特别法庭审判庭认为，“作为人质的该人或该群人在被控违法行为发生时决不可直接参加敌对行动”。[509]在审判庭看来，“‘人质’一词必须作最广义的解释”。[510]在这个案件中，被告人被控绑架了数百名联塞特派团的维和部队人员，并将他们作为人质。[511]

---

502 1979 年《反对扣留人质国际公约》，第 1 条。

503 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》关于扣留人质之战争罪的第 8 条第 2 款第 1 项第 8 目，部分规定如下：

1. 行为人扣留或拘禁一人或多人，或以这些人为人质。
2. 行为人威胁杀害、伤害或继续拘禁这些人。
3. 行为人意图迫使某一国家、国际组织、自然人或法人或一组人采取行动或不采取行动，以此作为这些人的安全或释放的明示或默示条件。
4. 这些人受到一项或多项 1949 年《日内瓦公约》的保护[即：他们是丧失战斗力的人、平民、没有实际参加敌对行动的医务或宗教人员]。

关于这些要件的评注，see Dörmann, 2003, pp. 406–407; see also pp. 124–127.

504 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, para. 598.

505 Dörmann, 2003, p. 406.

506 目前一些做法的例子，see Herrmann/Palmieri, pp. 142–145, and Sivakumaran, 2012, pp. 269–271.

507 关于绑架的定义，see ECOSOC, Res. 2002/16, International cooperation in the prevention, combating and elimination of kidnapping and in providing assistance for the victims, 24 July 2002, para. 1.（“违背一人或多人的意志而对其实施非法拘禁，旨在以释放为条件换取非法利益或任何其他经济利益或其他物质利益，或为了强迫某人做或不做某事”）。国际法没有定义诱拐。按照其通常意义，它是指利用暴力或欺骗的方式非法带走某人；see *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 2.

508 更多细节，见第五节。

509 SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 241.

510 *Ibid.* with reference to Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, Article 34, p. 230, cited with approval by ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 187.

511 SCSL, *Sesay* Corrected Amended Consolidated Indictment, 2006, Count 18.

653 人质通常是指被非法抓捕和扣押的人，例如不会带来安全威胁的平民。但是，非法拘留不是扣留人质的先决条件。被合法拘留的人，例如带来安全威胁的平民，也可能被作为人质，那么就构成扣留人质的情形。在拘留开始时，不需要表现出以人为质的必要意图；它可能在拘留期间逐渐显现。[512] 2009 年塞拉利昂特别法庭上诉庭就确认了这一点：

> 作为一个法律问题，（扣留人质所需的）必要意图可能在该人第一次被拘留时就表现出来，也可能是在该人被扣留后的某个时间形成的。就前者而言，犯罪行为在初次拘留时就已经完成（假设其他所有犯罪要件都已满足）；就后者而言，该意图具体形成的那一刻情况才转变为扣留人质的犯罪行为（还是假设其他犯罪要件都已满足）。[513]

654 这一点很重要，因为前南刑庭早期的判决似乎表明，非法剥夺自由是扣留人质之定义的一部分。[514]但是，这些判决也可能被解释为支持如下主张：由于是扣留人质，所以剥夺自由是非法的。也许更重要的是，前南刑庭分析同样的问题时并没有像塞拉利昂特别法庭那样，即：如果非法目的是在其后某个时间产生的，那么最初本不是以扣留人质为目的而进行的拘留能否转变为扣留人质。

(2) 人质面临的威胁

655 正如上文所定义的，扣留人质包括以杀死、伤害或继续扣押人质相威胁。威胁伤害人质包括以他们身体上和精神上的幸福相威胁。这个解释源于禁止对被拘留者的身体和精神施以暴行。[515]因此，前南刑庭判定，“非法扣留平民作人质之罪行若成立，必须加以证明的一个额外要件是，对平民身体上和精神上的幸福发出附带条件的威胁”。[516]

656 这种威胁必须本身在国际人道法中就是非法的。因此，威胁继续扣留一个人并不一定构成扣留人质。例如，作为换俘谈判的一部分，威胁继续扣留法律上并未要求予以释放的某人，就不违反禁止作为人质的规定。但如果拘留是任意的，做出这种威胁就是非法的。[517]仅仅是某一非政府武装团体拘留了某一战斗员的事实，不能视为共同第 3 条规定的作为人质。

(3) 强迫第三方的意图

657 扣留人质是“为了强迫”第三方。因此，必须发出附带条件的威胁，“意在作为一种强迫措施以达成履行某项条件的结果”。[518]正如扣留人质定义中所指出的，威胁可以是明示或暗示的。[519]

---

512 See also Sivakumaran, 2010a, p. 1033, and 2012, p. 269.

513 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, para. 597.

514 见 ICTY，*Blaškić* 案判决，2000 年，第 158 段（“平民人质是指那些经常是任意且有时是在死亡威胁下被非法剥夺自由的人。然而，正如辩护一方所主张的，在某些情况下拘留可能是合法的，尤其是为了保护平民或是有迫切的安全需要。”）和 187 段（“必须把人质的定义理解为类似于前南刑庭《规约》第 2 条规定的严重破约意义上被劫为人质的平民，即经常是任意且有时是在死亡威胁下被非法剥夺自由的人。”）以及 *Kordićand Čerkez* 案判决，2001 年，第 314 页。（“一个人如果威胁被非法拘留的平民，以遭受虐待或死亡作为令其履行某一条件的手段，就犯有扣留平民作人质的罪行。”）

515 见第七节第二项第一目以及《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 1 项。这进一步说明以这种行为相威胁也是非法的；见《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 8 项。

516 ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 313.

517 关于禁止任意拘留的习惯法规则，见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 99 及其评注，第 327-334 页。

518 ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 313; SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 243, and Appeal Judgment, 2009, para. 583.

519 See SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 1964.

658 在“塞萨伊案”中，塞拉利昂特别法庭审判庭认为，“扣留人质罪行要求威胁被传达给第三方，意在强迫第三方作或不作某种行为，以此作为人质的安全或释放的条件”。[520]在该案中，审判庭发现，被告人虽然反复威胁被俘的维和人员，[521]但没有证据表明，该威胁已被传达给第三方，或者暗含着维和人员会受到伤害的威胁或以维和人员的安全或释放为隐含条件。[522]但是，塞拉利昂特别法庭上诉庭认为，“它并不需要遵循带有强迫意图的威胁须传达给第三方的要求”，并断定“威胁传达给被拘留的个人就足够了”。[523]

(4) 扣留人质的目的

659 正如定义中所反映的，扣留人质是为了强迫第三方作或不作“某种行为”，这是一个非常宽泛的概念。前南刑庭认为，扣留人质是“为了获得某种让步或得到某种好处”，这同样也很宽泛。[524]

660 例如，在“塞萨伊案”中，被告人是革命联合阵线（“联阵”）的成员，曾在联阵领导人被俘后扣留维和部队人员，以他们作人质来强迫释放该领导人。[525]

661 扣留人质其他的目的可能还包括，利用被俘的平民作人盾，使某些地区或军事目标免受军事打击。[526]在这种情况下，扣留人质还可能违反禁止残忍待遇或禁止集体惩罚的规定。[527]但是，对每个具体违法行为都必须分别加以分析。

662 禁止扣留人质，不论扣留人质者试图施加何种行为。因此，即使旨在强迫第三方停止非法行为，扣留人质也不合法。违反共同第 3 条并非保证尊重人道法的合法途径。[528]

(四) 损害个人尊严，特别是侮辱与降低身份的待遇

1. 引言

663 禁止损害个人尊严最先出现在共同第 3 条中。这项规定在两个《附加议定书》中得以重申，现在被认为是习惯国际法的一部分。[529]国际性和区域性人权公约，在它们各自的适用范围内，都将禁止“不人道和有辱人格的待遇”列为不可克减的规定。[530]正如前文所述，“损害个人尊严”一词可能与残忍待遇和酷刑有关，但也有其自身的特点。

---

520 *Ibid.*
521 *Ibid.* para. 1963.
522 *Ibid*. paras 1965–1968.
523 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, paras 582–583.
524 ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 158; see also para. 187 (“要作为人质，被拘留人必须被用于获得某种好处，或者确保交战一方、其他人或其他一群人达成某种协议”); *Blaškić* Appeal Judgment, 2004, para. 639 (“利用某种关系到被拘留人的威胁以获得某种让步或得到某种好处”); *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 319.
525 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, paras 596–601.
526 See also Gasser/Dörmann, para. 535(3).
527 对于把使用“人盾”界定为残忍待遇，见第 620 和 622 段。关于禁止集体惩罚，见《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 2 项；另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 103。
528 关于非国际性武装冲突中交战报复的概念，见第十三节第（六）小节。
529 《第一附加议定书》，第 75 条第 2 款第 2 项；《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 5 项；ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 90。
530 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 7 条；1950 年《欧洲人权公约》，第 3 条；1969 年《美洲人权公约》，第 5 条第 2 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 5 条。另见 1984 年《禁止酷刑公约》、1985 年《美洲禁止酷刑公约》和 1987 年《欧洲预防酷刑公约》。

2. 损害个人尊严的定义

664 《日内瓦公约》及其两个《附加议定书》并没有对“损害个人尊严”一词做出定义。前南刑庭要求“被告人蓄意犯下或参与某种通常被认为造成严重侮辱、有辱人格或以其他方式严重侵犯人格尊严的行为或不行为”。[531]法庭还认为，这种评估不应当仅基于与受害者敏感程度相关的主观标准，还应当基于与行为严重性相关的客观标准。[532]关于行为的严重性，法庭认为对受害者的侮辱必须强烈到任何理性的人都会愤怒的程度。[533]

665 像残忍待遇和酷刑一样，损害个人尊严通常不是孤立的行为。单一行为可犯下这种罪行，但也可能由数个行为的结合或累积造成，而这些行为如果单独拿出来看，可能不构成损害个人尊严。根据前南刑庭的判决：

> 某个行为的严重性及其后果可能来自于该行为本身的性质，或一个行为的反复实施，或者不同行为的结合，而这些行为单独拿出来看又不构成本规约第 3 条意义上的犯罪。暴力的形式、严重程度和持续时间，身心痛苦的强烈程度和持续时间，都应作为评估是否犯罪的依据。[534]

666 尽管侮辱和降低身份的待遇必须是“真实且严重的”，但它不必是持久的。[535]也不要求具备诸如界定酷刑罪时所需的禁止性目的。[536]

667 国际刑事法院的《犯罪要件》将损害个人尊严的实质要件定义为“行为人侮辱一人或多人、实施有辱人格的待遇或以其他方式损害侵犯这些人的尊严”以及“侮辱、有辱人格待遇或其他侵犯行为的严重性达到公认为损害个人尊严的程度”。[537]尽管该定义用语重复，但它表明，侵犯行为无需造成剧烈的身心痛苦（就像酷刑那样），但为了与简单的冒犯相区分，这又很重要。[538]这也是遵循了“损害”一词的通常意义。[539]

668 根据国际刑事法院的《犯罪要件》，禁止损害个人尊严，特别如侮辱和降低身份的待遇，包括那些对死者犯下的行为。[540]澄清这一点很重要，因为近年来的武装冲突表明，即使在当今，以一种侮辱和降低身份的方式对待人的遗体也很常见。例如，前南刑庭和卢旺达刑庭都记录了对尸体的残害。[541]

---

531 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 514, and Appeal Judgment, 2002, paras 161 and 163. See also *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 132 (using ‘severe’ instead of ‘serious’); ICTR, Bagosora Trial Judgment, 2008, para. 2250; Renzaho Trial Judgment, 2009, para. 809; *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6178; SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 431; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 175; and *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 716.

532 See ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 56, and *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 504, and Appeal Judgment, 2002, paras 162–163.

533 *Ibid.*

534 ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 57.

535 See ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 501, and *Kvočka*Trial Judgment, 2001, para. 168. See also SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 176.

536 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 226.

537 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 3 项第 2 目。

538 关于国际人道法中的禁止性规定比国际刑法中的禁止性规定更宽泛的观点，see Sivakumaran, 2012, p. 264.

539 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1017（“盛怒或极大的愤慨；践踏（准则、法律等）”）。

540 国际刑事法院《犯罪要件》（2002 年），第 8 条第 2 款第 3 项第 2 目，脚注 57。See also UN Human Rights Council, Advisory Committee, Fourth Session, 25–29 January 2010, *Study on best practices on the issue of missing persons*, UN Doc. A/HRC/AC/4/CRP.2/Rev.1, 25 January 2010, paras 66–71, and ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 748.

541 See ICTR, *Niyitegeka* Trial Judgment, 2003, para. 303, and ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 849. 其他损害个人尊严的例子还包括将身体部位作为战利品以及向公众展示尸体和诋毁。

669 国际刑事法院的《犯罪要件》还进一步具体规定，受害者本人无需意识到受侮辱。[542]提出这最后一点是为了涵盖对无意识的人或有精神疾病的人进行蓄意侮辱的情况。《犯罪要件》还指出，需要考虑到个人文化背景等相关方面，从而涵盖诸如侮辱具有特定国籍、文化或宗教的人，而这些对其他人来说不一定是侮辱。[543]

670 没有一个国际刑事法庭曾尝试区分“侮辱”和“降低身份”的待遇。尽管共同第 3 条并列使用了这两个术语，暗示它们可能指代不同的概念，但它们的通常意义几乎是一样的。[544]某种构成损害个人尊严的待遇是侮辱却不是降低身份（反之亦然），是否可能存在这样的问题根本无关紧要，因为这两种行为都为共同第 3 条所禁止。在“损害个人尊严”与其他两个概念的关系上同样也可以这么说。尽管在该规定中使用了“特别”一词，我们也很难想象存在是“损害”而不是侮辱或降低身份的情况。

671 还有个问题是，要构成残忍待遇，身心痛苦是否必须达到一个更高的标准。关于严重破约之规定将不人道（或残忍的）待遇而非损害个人尊严定为犯罪，该事实可能会做出上述暗示。这意味着，前南刑庭做出的残忍或不人道待遇和损害个人尊严这两个定义之间有重叠，因为二者都包括“严重侵犯个人尊严”这一短语。事实上，这两个概念在一定范围内必然会重复。视具体情况而定，如果在一定期间内反复实施或者针对某个处于特别脆弱状态下的人实施，被认为是降低身份或者侮辱的待遇就可能会转化成残忍待遇。如果出于某一特定目的实施并造成剧烈疼痛或痛苦，降低身份或侮辱的待遇也可能构成酷刑。

672 国际刑事法庭认为构成降低身份待遇的具体行为包括：强迫在公共场合裸体；[545]强奸和性暴力；[546]“性奴役，包括扣留妇女和女孩作‘丛林妻子’，这是一种婚姻形式的性奴役”；[547]利用被拘留者作为人盾或挖掘壕沟；[548]不适当的监禁条件；强迫做出谄媚行为；强迫方便在自己的衣物上；经常忍受对遭受身体、精神或性暴力之恐惧的煎熬。[549]

673 从人权机构的裁决中收集到的降低身份待遇的例子包括：对一个人的待遇或惩罚属于“在他人面前下流地侮辱他或者驱使他做出违背意志或良心的行为”；[550]不允许被关押者更换脏衣服；[551]剪掉某人的头发或胡子作为惩罚。[552]

(五) 具有必需之司法保障的正规组织之法庭的要求

1. 引言

674 共同第 3 条禁止“未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑”。该规定在《第二附加议定书》中得以细化并构成习惯国际法的一部分。[553]

---

542 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 3 项第 2 目，脚注 57。

543 同上。

544 *The Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 377, 将“降低身份”界定为“造成丧失自尊；侮辱”。

545 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 766–774.

546 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, paras 270–275; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2158.

547 SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 432.

548 ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 229.

549 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 173.

550 European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, p. 186.

551 European Court of Human Rights, *Hurtado v. Switzerland*, Judgment, 1994, para. 12.

552 European Court of Human Rights, *Yankov v. Bulgaria*, Judgment, 2003, paras 114 and 121.

553 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款；ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 100。另见《第一附加议定书》，第 75 条。

675 该规定禁止由任何不公正和不正规的法庭进行“草率”司法或审判。但是，它并没有为任何犯罪提供审判豁免；它并不妨碍对嫌犯依法予以逮捕、起诉、判罪和惩罚。

676 共同第 3 条提到“遽行判罪及执行死刑”。“判罪”被定义为“在查明刑事被告人有罪后由法庭正式宣布的判决；对罪犯施以惩罚”。[554]这意味着共同第 3 条中公正审判的保证适用于对遭受犯罪指控的人进行起诉和惩罚。

677 至于“执行死刑”，共同第 3 条虽未加以禁止，但其他条约可能对缔约国产生影响。首先，《第二附加议定书》分别限制了对犯罪时不满 18 岁的人以及孕妇和幼童的母亲宣判和执行死刑的权利。[555]人道法并不禁止宣判死刑或对其他人执行死刑。不过，它为国际性武装冲突中宣判和执行死刑的程序设定了严格的规则。[556]另外，若干条约还要求缔约国完全禁止死刑。[557]许多国家都已经废除死刑，即使是军事犯罪。[558]

2. 正规组织的法庭

678 正规组织之法庭的要求已被《第二附加议定书》第 6 条第 2 款中具备“独立和公正的主要保证”之法院的要求所取代，而这一措辞源自《日内瓦第三公约》第 84 条。它更加关注法庭进行公正审判的能力而不是法庭是怎样设立的。该规定考虑到了非国际性武装冲突的现实（另见第 692-693 段）。国际刑事法院《犯罪要件》还将“正规组织”的法庭定义为可提供“独立和公正的必要保障”的法庭。[559]根据这些文本，独立和公正的要求是解释该条款含义的试金石。

679 1966 年《公民及政治权利国际盟约》及其他人权条约均规定了受到公正审判的权利。这些条约详细规定，审判若要公平，则必须由“独立”且“公正”的法庭做出。[560]人权机构曾表示，公正审判的基本原则和法院独立且公正的要求永远不能被忽视。[561]这些机构对这些条款的解

554 Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10th edition, Thomson Reuters, 2014, pp. 1569–1570.

555 《第二附加议定书》，第 6 条第 4 款。对国际性武装冲突而言，见《日内瓦第四公约》第 68 条第 4 款以及《第一附加议定书》第 76 条第 3 款和第 77 条第 5 款。

556 见《日内瓦第三公约》，第 100-101 条和第 107 条，以及《日内瓦第四公约》，第 68 条、第 71 条和第 74-75 条。

557 1989 年《公民及政治权利国际盟约第二任择议定书》；1990 年《美洲人权公约废除死刑议定书》；《欧洲人权公约》的 1983 年《第 6 号议定书》和 2002 年《第 13 号议定书》。

558 1989 年《公民及政治权利国际盟约第二任择议定书》第 2 条第 1 款允许各国提出这样一项保留，即“规定在战时可对在战时犯下最严重军事性罪行被判罪的人适用死刑”。有八个国家对该条提出保留，其中三项已被撤回，其余五项仍然有效。1990 年《美洲人权公约废除死刑议定书》允许提出类似的保留。两个国家对此提出保留，现均有效。关于死刑的更多信息，see e.g. Hans Nelen and Jacques Claessen (eds), *Beyond the Death Penalty: Reflections on Punishment*, Intersentia, Cambridge, 2012; Austin Sarat and Jürgen Martschukat (eds), *Is the Death Penalty Dying? European and American Perspectives*, Cambridge University Press, 2011; William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2002, and 'The Right to Life', in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, pp. 365–385; and Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford University Press, 2010.

559 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 3 项第 4 目。

560 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 1 款；1989 年《儿童权利公约》，第 40 条第 2 款第 2 项；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 1 款；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 1 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条和第 26 条。

561 见联合国人权事务委员会：《第 29 号一般性意见，第四条：紧急状态期间的克减问题》，UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11，2001 年 8 月 31 日，第 11 段和第 16 段；African Commission on Human and Peoples' Rights, *Civil Liberties Organisation and others* v. *Nigeria*, Decision, 2001, para. 27; Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, paras 245–247; and Inter-American Court of Human Rights, *Judicial Guarantees case*, Advisory Opinion, 1987, paras 29–30.

释在共同第 3 条的语境中也有重要意义，至少对国家当局设立的法庭来说是这样。

680 一个法庭要独立，它必须能够履行其职责而不受任何政府机关的干预，尤其是行政部门。[562]因此，法官必须要有任期届满的保障。[563]独立性的要求并不一定排除法庭由来自政府行政部门的人员组成，例如武装部队的成员，只要程序适当，足以保证这些人独立且公正地履行其司法职责即可。

681 公正性的要求包含主观和客观两个方面。第一，为了公正，组成法庭的法官做出判决时不得受其个人倾向或偏见之影响，不可对其审判的案件存有成见，也不得为当事一方的利益而损及另一当事方。[564]第二，法庭由合情理的人来看也必须是公正的。[565]前南刑庭和卢旺达刑庭均适用了公正性之要求的这两个方面。[566]

682 司法机关独立，特别是独立于行政部门的要求，以及主观和客观公正的要求同样适用于普通法庭、军事法庭和特别安全法庭。由军事法庭或特别安全法庭审判平民只能在例外情况下进行，并且应当在真正提供共同第 3 条规定的公正审判的充分保证的条件下进行。[567]

3. 必需之司法保障

683 在 1949 年外交会议上，就共同第 3 条中是否要包括一个司法保障的列表，或者是否要提及《日内瓦公约》的其余规定以及其中包含的司法保障，存在一些争论。提及《日内瓦公约》中的

---

562 See e.g. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Centre for Free Speech* v. *Nigeria*, Decision, 1999, paras 15–16; European Court of Human Rights, *Belilos case*, Judgment, 1988, para. 64; *Findlay* v. *UK*, Judgment, 1997, paras 73–77; and UN Human Rights Committee, *Bahamonde* v. *Equatorial Guinea*, Views, 1993, para. 9.4.

563 更多细节，见联合国人权事务委员会：《第 32 号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，UN Doc. CCPR/C/GC/32，2007 年 8 月 23 日，第 19 段和 1985 年《关于司法机关独立的基本原则》。美洲人权委员会也曾强调不受行政部门干预之自由以及法官任期届满之保障的必要性；see Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 1992–1993*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.83 doc. 14, 12 March 1993, p. 207, and *Case 11.006 (Peru)*, Report, 1995, section VI(2)(a). See also Canada, Supreme Court, *Ell case*, Judgment, 2003, paras 18–32, and United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, p. 632.

564 联合国人权事务委员会：《第 32 号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，UN Doc. CCPR/C/GC/32，2007 年 8 月 23 日，第 21 段；*Karttunen* v. *Finland*, Views, 1992, para. 7.2; and European Court of Human Rights, *Incal* v. *Turkey*, Judgment, 1998, para. 65. See also Australia, Military Court at Rabaul, *Ohashi case*, Judgment, 1946.

565 见联合国人权事务委员会：《第 32 号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，UN Doc. CCPR/C/GC/32，2007 年 8 月 23 日，第 21 段；see also African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project* v. *Nigeria*, Decision, 1995, para. 8; *Malawi African Association and others* v. *Mauritania*, Decision, 2000, para. 98; European Court of Human Rights, *Piersack* v. *Belgium*, Judgment, 1982, paras 28–34; *De Cubber case*, Judgment, 1984, paras 24–26; *Findlay* v. *UK*, Judgment, 1997, para. 73; and Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.970 (Peru)*, Report, 1996, section V(B)(3)(c).

566 See e.g. ICTY, *Furundžija* Appeal Judgment, 2000, paras 189–191; *Mucić* Appeal Judgment, 2001, paras 682–684; and *Galić* Appeal Judgment, 2006, paras 37–41; ICTR, *Akayesu* Appeal Judgment, 2001, paras 203–207; *Rutaganda* Appeal Judgment, 2003, paras 39–41; and *Nahimana* Appeal Judgment, 2007, paras 47–50.

567 见联合国人权事务委员会：《第 32 号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，UN Doc. CCPR/C/GC/32，2007 年 8 月 23 日，第 22 段。在许多案件中都曾发现这类法庭不符合标准。See e.g. UN Human Rights Committee, *Espinoza de Polay* v. *Peru*, Views, 1997, para. 8; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project* v. *Nigeria*, Decision, 1995, para. 8; *Civil Liberties Organisation and others* v. *Nigeria*, Decision, 2001, paras 25, 27 and 43–44; European Court of Human Rights, *Findlay* v. *UK*, Judgment, 1997, paras 73–77; *Çiraklar* v. *Turkey*, Judgment, 1998, para. 38; *Mehdi Zana* v. *Turkey*, Judgment, 2001, paras 22–23; *Şahiner* v. *Turkey*, Judgment, 2001, paras 45–47; Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.084 (Peru)*, Report, 1994, section V(3); and Inter-American Court of Human Rights, *Castillo Petruzzi and others* v. *Peru*, Judgment, 1999, paras 132–133. For more details, see Doswald-Beck, 2011, pp. 337–344.

司法保障，包括《日内瓦第三公约》第 105 条的提议，没有得到采纳。[568]最后，采用了“文明人类所认为必需之司法保障”这样的措辞，而没有列出任何具体的保障措施。然而，代表们并没有将解释完全放开，因为这句话规定保障必须是“文明人类所认为必需”。“文明人类所认为必需”这一表述在国际刑事法院《犯罪要件》中被替换为“公认为国际法规定的所有其他必需的”，[569]现今就应当予以这样的解释。

684 尽管共同第 3 条并没有列出具体的司法保障，但《第二附加议定书》第 6 条进行了列举，而且共同第 3 条中公正审判的要求必须根据这些规定和相应的习惯法来解释。[570]由于跟在第 6 条中“特别是”这个短语之后，所以这个列表不是穷尽式的，而是指出了当今国际法公认为必需的公正审判的最低限度保障。[571]现在，《第二附加议定书》第 6 条中列举的司法保障被认为构成习惯法。[572]

685 因此，当今公认为必需的司法保障至少包括：

— 立即告知被告其被控犯罪的性质及原因的义务；[573]

— 要求被告享有必要的辩护权利和手段；[574]

— 除以个人刑事责任为依据外，不被判罪的权利；[575]

— 法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚原则（“罪刑法定”）以及禁止处以重于其犯罪时可适用的刑罚；[576]

— 无罪推定的权利；[577]

— 受审时在场的权利；[578]

— 不被强迫提供对自己不利的证据或自认犯罪的权利；[579]

---

568 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 83–84.

569 2002 年国际刑事法院《犯罪要件》，第 8 条第 2 款第 3 项第 4 目。

570 See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4597.

571 各种人权法文书均支持这一列表。特别见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条。

572 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，与规则 100 相关的实践，网址：https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul.

573 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 1 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 1 项；1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 3 款第 1 项；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 3 款第 1 项；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 2 款第 2 项。

574 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 1 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 1 项；1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 3 款；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 3 款；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 2 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条第 1 款第 3 项。

575 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 2 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 2 项。

576 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 3 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 3 项；1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 15 条；1950 年《欧洲人权公约》，第 7 条；1969 年《美洲人权公约》，第 9 条；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条第 2 款。

577 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 4 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 4 项；1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 2 款；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 2 款；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 2 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条第 1 款第 2 项。

578 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 5 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 5 项和 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 3 款第 4 项。关于缺席审判的问题，见关于第 49 条的评注，第 2871 段。

579 《第二附加议定书》，第 6 条第 2 款第 6 项。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 6 项；1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 3 款 7 项；以及 1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 2 款第 7 项和第 3 款。1950 年《欧洲人权公约》虽然没有明确规定这项权利，但它已被欧洲人权法院解释为第 6 条第 1 款所指之公正审判的要素之一；例如，见 *Pishchalnikov* v. *Russia*, Judgment, 2009, para. 71.

— 被告知其司法或其他救济方法以及使用这些救济方法的时限的权利。[580]

— 关于这些司法保障的更多细节，参见关于《第二附加议定书》第 6 条的评注。

686 《第一附加议定书》第 75 条也做了类似的列举，在这个语境中也有重要意义。[581]两个列表都受到了 1966 年《公民及政治权利国际盟约》的启发。[582]第 75 条还列出了三种额外保障：

— 要求证人出庭和讯问证人的权利；[583]

— 取得公开宣判的权利；[584]

— 不因同样的行为或同样的指控而为同一方不止一次地追诉或惩罚的权利（一事不再理）。[585]

687 有些代表希望尽可能少列举一些保障措施，作为响应，额外保障中的前两条并没有出现在《第二附加议定书》中。[586]然而，可以证明这两条应当适用于非国际性武装冲突，从某种程度上来说它们对于公正审判至关重要，而且在主要的人权文书中都有规定。第三项保障——即一事不再理原则——没有包含在该议定书中是因为“该原则在政府建立的法庭和叛乱团体建立的法庭之间不能适用”。[587]但反过来，也可主张应当将该原则作为一项关于一事不再理的禁止性规定予以适用，即禁止由同一方进行追诉或惩罚，就像该原则在《第一附加议定书》第 75 条中规定的那样。在对相关人员已宣告无罪或已定罪的终审判决之后，同一方就同一行为或同一指控进行二次审判，就应当被视为不公正。

688 正如前文所指出的，两个《附加议定书》中的列表是示例性而非限定性的。其叠加效果是要保证被告得到公正审判。每项权利都应当以保证公正审判的方式来适用。人权文书进一步包括了“不被无故拖延”或“在合理时间内”受审的权利。[588]《日内瓦第三公约》第 103 条也

---

580 《第二附加议定书》，第 6 条第 3 款。另见《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 10 项。人权文书均保障上诉权；见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 5 款；1989 年《儿童权利公约》，第 40 条第 2 款第 2 项第 5 目；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 2 款第 8 项；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条第 1 款第 1 项；以及 1984 年《欧洲人权公约》的《议定书七》，第 2 条第 1 款。“在这个问题上，人权法的影响如此之大，以至于可以说，上诉权本身——而不仅仅是被告知是否可上诉的权利——已经成为武装冲突中的公正审判权的一个基本组成部分”（ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 100 的评注，第 352 页）。

581 See e.g. United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 632–634.（法院依赖《第一附加议定书》第 75 条，指出即使美国没有批准该议定书，美国政府适用第 75 条也没什么问题，而且第 75 条列出了许多最低要求。此外，美国是 1966 年《公民及政治权利国际盟约》的缔约国，该公约同样包含许多公正审判的要求。本法院认定，军事委员会违反了被告必须已查阅了对其不利的证据以及受审时必须在场的基本原则。）See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3084, 以及 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 16 页。

582 关于《公民及政治权利国际盟约》的重要意义，See e.g. United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 15.30.5, and United States, Supreme Court,*Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 632–634.

583 《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 7 项。另见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 3 款第 5 项；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 3 款第 4 项；以及 1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 2 款第 6 项。

584 《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 9 项。另见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 1 款；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 1 款；以及 1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 5 款。

585 见《日内瓦第三公约》，第 86 条；《日内瓦第四公约》，第 117 条第 3 款；以及《第一附加议定书》，第 75 条第 4 款第 8 项。另见 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 7 款；1984 年《欧洲人权公约》之《议定书七》，第 4 条；以及 1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 4 款。

586 Bothe/Partsch/Solf, p. 745.

587 *Ibid.*

588 1966 年《公民及政治权利国际盟约》，第 14 条第 3 款第 3 项；1950 年《欧洲人权公约》，第 6 条第 1 款；1969 年《美洲人权公约》，第 8 条第 1 款；1981 年《非洲人权和民族权宪章》，第 7 条第 1 款第 4 项。

规定了该项原则，但《第二附加议定书》第 6 条或《第一附加议定书》第 75 条则没有。但在非国际性武装冲突中，无故拖延也会对审判造成不良影响，因此这类审判也应被纳入公正性评估的考虑范畴。

4. 非政府武装团体组建的法庭

689 在实践中，已知非政府武装团体曾组建法庭，特别是因涉及武装冲突的罪行而审判自己的成员。[589]尽管这种法庭的建立可能引起合法性的问题，但以这种方式进行审判，可以构成草率司法的替代选择以及武装团体维持“法律与秩序”并保证尊重人道法的一种方式。[590]例如联合国安理会等机构，经常呼吁武装团体要保证尊重人道法。[591]

690 指挥官责任原则适用于非国际性武装冲突强化了这一评估。[592]根据该原则，如果武装团体的指挥官知道，或者有理由知道他们的下属犯有战争罪，且没有在其权力范围内采取一切必要且合理的措施惩罚责任人，他们将负有刑事责任。[593]国际刑事法院将是否存在非政府武装团体指挥官可用以惩罚战争罪的司法系统视为在实践中适用该原则的一项重要因素。[594]

691 这些法庭，即使国家不认为它们合法，也要遵守共同第 3 条中公正审判的要求。这源于共同第 3 条第 1 款规定“冲突之各方应遵守”。

692 共同第 3 条要求“正规组织之法庭”。如果这专指根据国内法组建的国家法庭，那么非政府武装团体无法遵守这项要求。共同第 3 条规定这项规则适用于“冲突之各方”产生不了任何作用。因此，为了让该规定有效，可以主张，只要法庭是根据武装团体的“法律”组织的，就是正规组织的法庭。[595]另外，武装团体也可能继续运用现有的法庭并适用现有的法律。

693 在 1974-1977 年的外交会议上，解释共同第 3 条被公认为是难题。因此，《第二附加议定书》中正规组织之法庭的要求被替换为“具备独立和公正的主要保证”之法庭的要求。《第二附加议定书》中的这一表述来自《日内瓦第三公约》第 84 条，没有受到外交会议代表们的任何反对。[596]

694 如果不能提供这些保障，无论国家当局还是非政府武装团体，都不应进行审判。武装团体能否进行提供了这些保障的审判是一个事实问题，需要逐案确定。[597]如果不能提供公正审判，

---

589 See examples of practice provided by Sivakumaran, 2009, pp. 490–495, and 2012, pp. 550–555; Somer, pp. 678–682; and Willms, pp. 22–24.

590 Sivakumaran, 2009, pp. 490 and 497, and 2012, p. 550.

591 例如，见联合国安理会关于科特迪瓦的第 1479（2003）号决议，第 8 段；关于利比里亚的第 1509（2003）号决议，第 10 段；关于科特迪瓦的第 1962（2010）号决议，第 9 段；关于科特迪瓦的第 1933（2010）号决议，第 13 段；关于阿富汗的第 2041（2012）号决议，第 32 段；以及关于叙利亚的第 2139（2014）号决议，第 3 段。

592 Sivakumaran, 2009, p. 497, and 2012, p. 557; Sassòli, 2010, p. 35; Somer, p. 685.

593 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 152。

594 ICC, *Bemba* Decision on the Confirmation of Charges, 2009, para. 501, and Trial Judgment, 2016, paras 205–209.

595 See Bond, p. 372; Sivakumaran, 2009, pp. 499–500, and 2012, p. 306; Somer, pp. 687–689; and Willms, p. 6. The UK *Manual on the Law of Armed Conflict*, 2004. 该手册指出，“（《第二附加议定书》第 6 条第 2 款第 3 项中）使用没有修饰的‘法律’一词……也可能广泛到足以涵盖叛乱当局制定的‘法律’（第 15 条第 42 款，脚注 94）”。根据如下文献（Bothe/Partsch/Solf, p. 746），“反叛团体不得改变其行使实际权力的领土内现有的法律秩序，这一观念没有依据”。欧洲人权法院判定，“在某些情况下，一个属于国际法所不承认的某个实体之司法系统的法庭可以被视为‘依法建立的’法庭，只要它属于‘依照宪法和法律’运作的司法系统的一部分，反映出符合本公约的司法传统，从而让个人能够享受本公约提供的保障”（*Ilaşcu and others* v. *Moldova and Russia*, Judgment, 2004, para. 460）。

596 Sandoz/Swinarksi/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4600.

597 See generally Sivakumaran, 2009; Somer; and Willms.

就要考虑其他形式的拘留，特别是出于安全原因的拘禁（参见第八部分）。在这种情况下，必须尊重禁止任意拘留的规定。[598]

695 上述分析旨在评估武装团体对共同第 3 条之要求的遵守情况。该条并不意味着一国必须对冲突中非国家一方进行审判或其他司法程序的结果予以认可或赋予法律效力。这符合共同第 3 条最后一款关于这类冲突当事方法律地位的规定。

(六) 性暴力

1. 引言

696 尽管共同第 3 条没有明确禁止性暴力，但是隐含了这方面的内容，因为它规定了人道待遇的义务并且禁止对生命与人身施以暴力，包括残伤肢体、虐待、酷刑及损害个人尊严。

697 “性暴力”一词用于描述在强制的情况下对任何人实施的任何性行为。[599]强制性情况包括武力、武力威胁或者以诸如对暴力的恐惧、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成强制性情况。[600]它也包括行为人利用强制性环境或一个人无能力给予真正同意的情况。[601]武力、武力威胁或强制既可针对受害人，也可针对其他人。[602]性暴力也包括利用上述情况迫使一个人进行性行为。[603]

698 性暴力包括诸如强奸、强迫卖淫[604]、非礼侵犯[605]、性奴役、强迫怀孕和强迫绝育等行为。[606]其他来自于国际刑事法庭判决的例子还包括强迫在公共场合裸体[607]、例如强迫脱衣等性骚扰[608]以及残伤性器官。[609]性暴力还被认为包括诸如强迫婚姻、强制童贞检查、诸如利用食物或保护换取性服务等性剥削、强迫堕胎[610]以及为性剥削而贩卖人口等行为。[611]

699 正如下文解释的一样，判例法和国际刑事法庭规约都表明，性暴力构成共同第 3 条所列之一项或多项违禁行为。通常这些行为不会只属于共同第 3 条中的某一类违禁行为，而是可能同

---

598 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 99。

599 See ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 688. 关于武装冲突中关于这一概念的概况，see, e.g. Durham; Gardam/Jarvis; Haeri/Puechguirbal; Brammertz/Jarvis; and Viseur Sellers/Rosenthal.

600 见国际刑事法院《犯罪要件》（2002 年），第 8 条第 2 款第 5 项第 6 目之六；另见第 7 条第 1 款第 7 项之六以及第 8 条第 2 款第 2 项第 22 目之六；WHO, *World report on violence and health*, Geneva, 2002, pp. 149–181.

601 国际刑事法院《犯罪要件》指出战争罪之强奸的脚注也适用于战争罪之性暴力：“有关的人可以因自然、诱发或与年龄有关的因素而无能力给予真正同意。”

602 见国际刑事法院《犯罪要件》第 8 条第 2 款第 5 项第 6 目之六。

603 *Ibid.* See also ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 1066.

604 见《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 5 项。另见《日内瓦第四公约》，第 27 条和《第一附加议定书》，第 75 条第 2 款第 2 项。1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项第 6 目、1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4 条第 5 款、东帝汶特别法庭第 2000/15 号法规第 6 条第 1 款第 5 项第 6 目以及 2002 年《塞拉利昂特别法庭规约》第 3 条第 5 款均将强奸和强迫卖淫列为战争罪。

605 见《第二附加议定书》，第 4 条第 2 款第 5 项。另见《日内瓦第四公约》，第 27 条和《第一附加议定书》，第 75 条第 2 款第 2 项。1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4 条第 5 款和 2002 年《塞拉利昂特别法庭规约》第 3 条第 5 款均将非礼侵犯列为战争罪。

606 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项第 6 目和东帝汶特别法庭第 2000/15 号法规第 6 条第 1 款第 5 项第 6 目将性奴役、强迫怀孕和强迫绝育列为战争罪。

607 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 688. See also ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 766–774.

608 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 693. See also Bastick/Grimm/Kunz, p. 19.

609 See ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 976.

610 所有这些例子，see Bastick/Grimm/Kunz, p. 19; WHO, *World report on violence and health*,Geneva, 2002, p. 149 and WHO, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Geneva, 2003, p. 7.

611 为性剥削而贩卖人口经常被纳入强迫卖淫的定义，但它还可能包括诸如为制作淫秽作品而对人进行性剥削。See Inter-Agency Standing Committee, *Guidelines for Integrating Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Action*, p. 6.另见 2000 年《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 3 条。

时构成诸如“对生命与人身施以暴力”和“损害个人尊严”的行为。另外，性暴力可能在某个违禁行为后接续发生，例如谋杀或强迫在公共场合裸体往往伴随着强奸。[612]

700 《日内瓦第四公约》第 27 条第 2 款专门规定保护妇女免遭强奸、强迫卖淫和非礼侵犯。[613]但如今，性暴力的对象被认为包括所有人，不仅是妇女和女孩，也包括男人和男孩。[614]《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 5 项和《第一附加议定书》第 75 条第 2 款第 2 项都禁止性暴力行为，而不论受害者性别为何。[615]习惯国际法同样如此。[616]国际刑事法院和法庭规约也定义了不分性别的性暴力犯罪。[617]尽管武装冲突中大多数性暴力的受害者是妇女和女孩，但男人和男孩也经常是性暴力的受害者，特别是被关押在拘留所内的时候。[618]

2. 共同第 3 条项下的禁止性暴力

(1) 性暴力及人道待遇之要求

701 共同第 3 条禁止性暴力，因为它违反了应给予不实际参加战事者以人道待遇的义务。《日内瓦第四公约》第 27 条中作为不人道待遇的例子而列举的行为包括强奸、强迫卖淫和非礼侵犯。因此，在共同第 3 条的语境下，这些行为也应被认为是不人道的。[619]

(2) 性暴力和禁止对人身和生命施以暴力，特别如残伤肢体、虐待及酷刑

702 性暴力通常属于“对生命与人身施以暴力”的禁止性行为，并且构成酷刑、残伤肢体或虐待。

703 前南刑庭和卢旺达刑庭认为，强奸和其他一些形式的性暴力可能构成酷刑。这两个法庭以及一些人权机构认为，强奸本身就满足了酷刑所要求的严重性标准，因为它必然意味着剧烈疼痛或痛苦。[620]例如，在“库纳拉茨案”中，前南刑庭上诉庭认为，“性暴力必然导致剧烈疼痛或痛苦，不论身体上还是精神上，以这种方式足以证明其具有酷刑行为的特征”。[621]前南刑庭还认为，强迫某个人观看对其熟悉之人的性侵犯对于该人来说是酷刑。[622]

704 性暴力行为还被认为构成残伤肢体和残忍或不人道的待遇。在“普立奇案”中，前南刑庭审判庭认为，“利用威胁、恐吓或武力手段，对一个人的身心健康施加任何性暴力，以此方式降

---

612 See e.g. ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 933.

613 另见《第一附加议定书》，第 76 条第 1 款。

614 强迫怀孕、强迫堕胎和强制童贞检查是例外，依其性质，它们只能针对妇女和女孩实施。

615 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3049.

616 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 93 的评注，第 311 页。

617 见 1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4 条第 5 款；1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项第 6 目；东帝汶特别法庭第 2000/15 号法规第 6 条第 1 款第 5 项第 6 目；以及 2002 年《塞拉利昂特别法庭规约》第 3 条第 5 款。

618 See Lindsey, p. 29; Solangon/Patel, pp. 417–442; and Sivakumaran, 2010b.

619 就危害人类罪而言，不人道行为包括性暴力；see e.g. ICTR, *Muvunyi* Trial Judgment, 2006, para. 528; *Kamuhanda* Trial Judgment, 2004, para. 710; and SCSL, *Brima* Appeal Judgment, 2008, para. 184.

620 See ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 485; *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48; *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 495; *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 151; and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 682. For examples taken from human rights law, see European Court of Human Rights, *Aydin* v. *Turkey*, Judgment, 1997, paras 82–86; UN Committee against Torture, *T.A.* v. *Sweden*, Decisions, 2005, paras 2.4 and 7.3; Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.970 (Peru)*, Report, 1996, p. 185; and *Report of the Special Rapporteur on Torture*, UN Doc. E/CN.4/1986/15, 19 February 1986, para. 119.

621 ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 150.

622 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 267. See also *Kvoćka* Trial Judgment, 2001, para. 149. 美洲人权委员会认为，强迫某个人观看他人被强奸构成虐待；see *Case 11.565 (Mexico)*, Report, 1999, para. 53.

低受害者身份或侮辱受害者，可构成不人道待遇”。[623]非自愿的绝育被认为构成虐待。[624]在性暴力的情况下残伤肢体的一个例子是残伤性器官。[625]

(3) 性暴力与禁止损害个人尊严

705 共同第 3 条中规定的禁止“损害个人尊严”涵盖了性暴力行为。随后《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 5 项和几个国际刑事法庭的规约中将某些性暴力行为纳入损害个人尊严范畴则确认了这种理解。《第二附加议定书》第 4 条第 2 款第 5 项明确将“强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”列为损害个人尊严。[626]卢旺达刑庭和塞拉利昂特别法庭规约也将强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯列为共同第 3 条项下的损害个人尊严。[627]

706 国际法庭在无数场合都表示性暴力属于损害个人尊严的范畴，包括侮辱和降低身份的待遇。性暴力被认为构成降低身份或侮辱待遇的例子包括强奸、[628]强迫在公共场合裸体、[629]性奴役，包括拐骗妇女或女孩成为“丛林妻子”（一种婚姻形式的性奴役）、[630]性侵犯[631]或者忍受着可能遭到身体、精神或性暴力的持续不断的恐惧。[632]在“巴戈索拉案”中，卢旺达刑庭审判庭认为被告有罪，因强奸导致违反共同第 3 条和《第二附加议定书》而损害个人尊严。[633]

707 最后，还需着重指出的是，某些性暴力行为已被认为明显构成国际性和非国际性武装冲突中的战争罪，《国际刑事法院规约》即包含此类规定。[634]

(七) 共同第 3 条中的不推回原则

708 由于共同第 3 条所保护的基本权利，该条也应当被理解为禁止冲突各方将处于其权力之下的人移送给另一当局，倘若那些人会因移送而面临那些基本权利遭受侵犯的危险。禁止这种移送通常被称为“不推回”。

709 在传统意义上，不推回原则禁止以任何方式将一个人从一国移送至另一国，倘若有实质理由相信该人在另一国管辖下将会面临某些基本权利遭受侵犯的危险。在涉及酷刑或残忍、不人

---

623 ICTY, *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 116. 国际性武装冲突中实施的“不人道待遇”的概念与共同第 3 条所禁止的“虐待”的概念之间没有区别；见关于第 50 条的评注，第 2982 段。

624 UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Peru*,UN Doc. CAT/C/PER/CO/4, 25 July 2006, para. 23.

625 See e.g. ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2266; *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, paras 935–936; ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, paras 45 and 237; UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, UN Doc. E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 March 2002, para. 42; and Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, New York, September 1996.

626 《第二附加议定书》的这一措辞直接来自《日内瓦第四公约》第 27 条。See *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. X，p. 104.

627 见 1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 4 条第 5 款和 2002 年《塞拉利昂特别法庭规约》第 3 条第 5 款。

628 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, paras 270–275; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2158.

629 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 766–774.

630 SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 432.

631 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 272.

632 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 173.

633 ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2254.

634 1998 年《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项第 6 目之一至之六：战争罪之强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育以及构成严重违反共同第 3 条的其他任何形式的性暴力。关于国际刑事法院首个因强奸而定为战争罪的案件，see *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 98– 112 and 631–638. 另见东帝汶特别法庭第 2000/15 号法规第 6 条第 1 款第 5 项第 6 目。

道或有辱人格的待遇或处罚、任意剥夺生命（包括作为未经公正审判之基本保障而被宣判死刑的结果），或者基于种族、宗教、国籍、属于某一特定社会团体或政治见解而受迫害时，这一点尤其得到认可。很多国际法律文书，包括人道法、难民法、人权法以及某些引渡条约，尽管在范围上有些不同，都明确规定了不推回原则。[635]本质上，不推回原则也是习惯国际法的一项原则。[636]

710 共同第 3 条没有明确禁止推回。但是，在 ICRC 看来，共同第 3 条绝对禁止的行为也包括禁止将人移送至如下地方或当局，即在那里有实质理由相信他们将面临生命和人身遭受暴力的危险，例如谋杀或者酷刑和其他形式的虐待。[637]尽管支持在适用于非国际性武装冲突的人道法中解读出不推回义务的主张曾被指“极其脆弱”，[638]但一些政府专家反过来也指出，这种义务“已经隐含在现有的国际人道法中”。[639]事实上，《日内瓦公约》禁止在国际性武装冲突中将被保护人移送至不遵守义务的缔约国从而规避应尽的保护义务，[640]适用于非国际性武装冲突的人道法以同样的方式禁止将人移送至冲突另一方或者不是冲突一方的另一国或国际组织来规避义务。[641]可以说，对共同第 3 条中所有的基本保障来说都是如此，包括人道待遇、禁止作为人质以及禁止未提供一切司法保障而遽行宣判。[642]但对于最后一种情况——也考虑到人权判例中更具限制性的解释——禁止不推回可能至多被限定于明显不公正的审判。[643]

711 从某种程度上说，《第二附加议定书》第 5 条第 4 款也包含这一逻辑，即要求决定释放某个人的当局采取“必要措施保证其安全”。这也是根据《日内瓦第三公约》第 118 条遣返战俘时援引并

---

635 《日内瓦第三公约》禁止缔约国将战俘移送至不愿意和不能够适用《日内瓦第三公约》的国家（第 12 条），并且要求“患病或受伤之战俘……在战事期间不得违反其意志将其遣返”（第 109 条第 3 款）；《日内瓦第四公约》禁止将被保护人移送至不愿意和不能够适用《日内瓦第四公约》的国家，并且规定“被保护人在任何情况下不得移送于因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由之国家”（第 45 条）。其他专门禁止推回的条约包括：1951 年《难民公约》，第 33 条；1969 年《非洲难民问题公约》，第 2 条第 3 款；1984 年《禁止酷刑公约》，第 3 条；2006 年《保护所有人不遭受强迫失踪公约》，第 16 条第 1 款；1969 年《美洲人权公约》，第 22 条第 8 款；1985 年《美洲禁止酷刑公约》，第 13 条第 4 款；以及 2000 年《欧盟基本权利宪章》，第 19 条第 2 款。另见 2001 年《难民地位和待遇曼谷原则》，第 3 条第 1 款。本评注不涉及一国不得整体推回逃离武装冲突局势而试图入境该国之人的义务。

636 UNHCR, ‘The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93’, 31 January 1994; UNHCR, ‘Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol’, 26 January 2007, paras 15 and 21. See also Lauterpacht/Bethlehem, pp. 87–177, and Hathaway, pp. 503–536.

637 See Gisel.

638 Françoise J. Hampson, ‘The Scope of the Obligation Not to Return Fighters under the Law of Armed Conflict’, in David James Cantor and Jean-Fran ̧ois Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 373–385, at 385.

639 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 23.

640 特别见《日内瓦第三公约》，第 12 条；《日内瓦第四公约》，第 45 条；以及日内瓦四公约共同第 1 条。

641 在 ICRC 召开的专家咨商会议期间，“许多专家都赞成共同第 3 条至少禁止非国际性武装冲突之一方通过蓄意将被拘留人移送至可能侵害他们的冲突之另一方来规避本条之规则”。ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 23. See also ICTY, *Mrkšić* Appeal Judgment, 2009, paras 70–71.

642 See Copenhagen Process: Principles and Guidelines (2012), Commentary, para. 15.4（“在移送的情况下，重要的是确保将要被移送的被拘留人不会遭受违反有关人道待遇和正当程序之国际法义务的违法行为侵害的现实风险。”）

643 European Court of Human Rights, *Mamatkulov and Askarov* v. *Turkey*, Judgment, 2005, para. 90; UN Human Rights Committee, *Yin Fong* v. *Australia*, Views, 2009, para. 9.7.

落实的一项原则，即使该条的文本没有明确提及不推回。[644]最后，同样重要的是，《日内瓦公约》共同第 1 条包含“保证尊重”各公约的义务。[645]如果冲突之一方将某一被拘留人移送至另一当局，而被后者羁押的被拘留人将面临其根据共同第 3 条所享有的基本权利遭受侵犯的危险，就可以说该冲突方没有采取一切可能的措施来保证尊重共同第 3 条。[646]

712 共同第 3 条中绝对禁止酷刑、虐待或损害个人尊严的规定应当“按照人权法中的相应规定”进行解释，这强化了共同第 3 条禁止推回这一解释。[647]确实，共同第 3 条的逻辑是一样的：如果人权法中绝对禁止意味着当局既要避免使人遭受这种待遇，也不得将其移送至会遭受这种待遇的地方，就没有理由认为人道法中应有什么不同。[648]此外，国际判例和联合国人权事务委员会也认为，不推回已构成保护某些人权——特别是不受酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇或者不被任意剥夺生命的权利——不可分割的一部分，尽管没有单独加以规定。[649]

713 至于谁受到禁止推回原则的约束，共同第 3 条的逻辑是，不仅国家，非国际性武装冲突中的非国家当事方也应该遵守该原则。非国家当事方将控制权移交给另一国家或非国家当局，就会触发不推回原则。例如，共同第 3 条禁止冲突的非国家一方将一个人遣返至敌方控制的领土或同盟的非国家当事方，倘若该人在该领土内或处于该非国家当事方手中时分别都有遭受虐待的风险。

---

644 Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 547–548:
> 本规则（实际战事停止后，拘留国必须遣返战俘，不得迟延）没有例外，除非有重大理由担心本身不同意被遣返的战俘在被遣返后可能遭受影响其生命或自由的不公正措施，尤其是基于种族、社会阶层、宗教或政治观点的不公正措施，以及担心遣返结果会违背国际法关于保护人员的一般原则。每种情况都必须单个加以分析。
>
> See also ICRC, *Annual Report 1987*, ICRC, Geneva, 1988, p. 77; ICRC, *Annual Report 1991*, ICRC, Geneva, 1992, pp. 111–112; ICRC, *Annual Report 1992*, ICRC, Geneva, 1993, pp. 141–142; ICRC, *Annual Report 2000*, ICRC, Geneva, 2001, p. 201. See further Alain Aeschlimann, ‘Protection of detainees: ICRC action behind bars’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 83–122, at 104–105; and Meron, 2000, pp. 253–256.

645 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 24（让人想起一些专家将移送的义务视为“一国根据共同第 1 条采取适当措施保证其他国家尊重国际人道法之义务的一部分”）；Horowitz, pp. 50–51. 鲁文·齐格勒发展了这一主张，以便非交战国将被拘留人移送至非国际性武装冲突之国家一方，属于“介乎于‘共同第 1 条’和‘共同第 3 条’之间的不推回”。See David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity*? War Refugees and International Humanitarian Law, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 386–408.

646 See Gisel, pp. 118–120.

647 Droege, 2008, p. 675. See also Bellinger/Padmanabhan, p. 236, and Horowitz, p. 57.

648 Droege, 2008, p. 675. See also Sanderson, pp. 798–799, and Byers.

649 关于酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇，见第 613-614 段。关于 1966 年《公民及政治权利国际盟约》第 7 条，见联合国人权事务委员会：《第 20 号一般性意见，第七条：禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚》，1992 年 3 月 10 日，第 9 段以及《第 31 号一般性意见，〈盟约〉缔约国的一般法律义务的性质》，UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13，2004 年 5 月 26 日，第 12 段以及判例法。关于 1950 年《欧洲人权公约》第 3 条，see European Court of Human Rights, *Soering* v. *UK*, Judgment, 1989, paras 88–91; *Chahal* v. *UK*, Judgment, 1996, para. 74; and *El Masri* v. *the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Judgment, 2012, para. 212. 可能引发推回之连锁反应的移送也被禁止：特别见 *Hirsi Jamaa and others* v. *Italy*, Judgment, 2012, paras 146–147. 欧洲人权法院也认为，已批准 2002 年禁止死刑之《议定书十三》的《欧洲人权公约》的缔约国还不得将人送回其可能面临死刑之风险的国家，不论该审判公正与否：see *Al-Saadoon and Mufdhi* v. *UK*, Judgment, 2010, paras 115–120 and 137. 另见联合国儿童权利委员会：《第六号一般性意见（2005 年）：远离原籍国无人陪伴和无父母陪伴的儿童待遇》，第 28 段，规定由于极有可能造成不可弥补的损害，包括侵犯生命权等基本人权，缔约国不得将儿童遣返到“存在着招募未成年兵风险的国家的边境内，这种招募入伍不仅包括作为战斗员，同时也包括为军人提供性服务，或的确有可能直接或间接参与敌对行动，无论是作为战斗员或是履行其他军事职能”。

714 如果外国部队或当局自身拘留某些人或对这些人行使权力和控制，不推回原则就适用于这类当局将任何个人移送至另一国（通常是东道国）或国际组织的领土或控制之下的情况。[650]如果外国部队处于某个国际组织的指挥和控制下，禁止推回原则不仅来自于习惯法，从而约束国际组织，还来自部队派遣国的人道法和人权法义务的持续可适用性，即使那时这些部队正在海外开展行动。[651]然而，一些其海外部队已参与了移送的国家尚不承认不推回原则可适用于这些情况。[652]这种立场受到了人权机构的批评。[653]在 ICRC 看来，不论是否跨越国境，不推回原则都应适用。对于共同第 3 条项下的不推回原则来说，重要的是移送对某个人的控制权。[654]

715 禁止推回原则就决定了计划将某个人遣返或移送至另一当局控制之下的冲突一方必须审慎且善意地评估是否有实质理由相信该人在移送后会遭受酷刑、其他形式的虐待、任意剥夺生命或迫害。如果有实质理由相信会发生这些情况，就不得移送该人，除非已采取了有效消除这些风险的措施。该评估应当涵盖接收当局的政策及实践以及个人情况和被拘留者个人的主观恐惧，[655]同时基于对被拘留人的访谈、拘留国自身对接收当局实际做法的了解以及从独立来源获得的情报。[656]

716 在最近的非国际性武装冲突中，一些国家和国际组织已达成共识，并且正在实施不同形式的移送后监管。[657]在大多数情况下，监管的持续时间有意与评估被拘留人会面临受到非法待遇之危险的期间相当。这些移送后的监管机制显然准许移送当局接触被移送的被拘留人，以便

---

650 Droege, 2008, pp. 683–687. See also UN Department of Peacekeeping Operations, *Interim Standard Operating Procedures: Detention in United Nations Peace Operations*, 24 January 2010, para. 80.

651 联合国人权事务委员会：《第 31 号一般性意见，〈盟约〉缔约国的一般法律义务的性质》，UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13，2004 年 5 月 26 日，第 10 段；《人权事务委员会的结论性意见：比利时》，UN Doc. CCPR/CO/81/BEL，2004 年 8 月 12 日，第 6 段；《德国政府对结论性意见的评论》，UN Doc. CCPR/CO/80/DEU/Add.1，2005 年 1 月 5 日；《人权事务委员会的结论性意见：波兰》，UN Doc. CCPR/CO/82/POL，2004 年 12 月 2 日，第 3 段；*Consideration of periodic reports: Italy*, UN Doc. CCPR/C/SR.1680, 24 September 1998, para. 22; *Consideration of periodic reports: Belgium*, UN Doc. CCPR/C/SR.1707, 27 October 1998, para. 22; and *Consideration of periodic reports: Canada*, UN Doc. CCPR/C/SR.1738, 7 March 1999, paras 29 and 32–33. 另见 1999 年《秘书长关于联合国部队遵守国际人道法的公告》，第 2 节。东道国的人权义务也可能适用；见联合国人权事务委员会：《人权事务委员会的结论性意见：科索沃（塞尔维亚共和国）》，UN Doc. CCPR/C/UNK/CO/1，2006 年 8 月 14 日。

652 See Gillard, pp. 712–715, and Bellinger/Padmanabhan, p. 237.

653 See European Court of Human Rights, *Al-Saadoon and Mufdhi* v. *UK*, Judgment, 2010, para. 143; Committee against Torture, *Conclusions and Recommendations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – Dependent Territories*, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 December 2004, para. 5(e); UN Human Rights Committee, *Concluding observations: United States of America*, UN doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 December 2006, para. 16.

654 虽然同样也没有条约的明确规定，但这种解释符合禁止推回原则的目的和宗旨。由于哥本哈根原则关注的是国际军事行动，其第 15 条主要就处理不跨境的移送，关于该条的评注中提到“东道国”就确认了这一点；见 2012 年《哥本哈根进程：原则与指南》（Copenhagen Process: Principles and Guidelines），第 15 条第 2 款。一些参加过 ICRC 召开的专家咨商会议的人士也“感觉任何现有的不推回义务都优先于东道国的任何移送请求”，但相反也有其他人指出，在某些情况下可能很难证明这样做是正当的；see ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 33.See the references in fn. 652 above.

655 ICRC, *Meeting of all States on Strengthening Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of their Liberty: Chair's Conclusion*, 27–29 April 2015, p. 12.

656 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 25. 虽然一些专家暗示，周围环境可能会限制对个别评估的需求，但这种需求很早之前就有，如缺乏明确规定时移送战俘；(Pictet (ed.),*Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 547. See also Droege, 2008, pp. 679–680; Gillard, pp. 731–738; and Gisel, pp. 125–127. 关于一个部分有些不同的观点，见 Horowitz，第 64 页。

657 在 ICRC 召开的咨商会议期间，“有些（国家的专家）认为（移送后的监管）是一项法律义务，而其他人则认为它只是一个良好实践”；ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 26. 落实移送后监管机制之协议的例子，见 Gisel, pp. 128–130, text in relation to fns 60–78.

它能够监管这些人享受的福利待遇并将今后的移送决定建立在这些事实调查基础之上，在某些情况下会导致移送暂停。[658]有关国家和国际组织还开展了涉及拘留行动的不同形式的能力建设，包括被拘留人的待遇问题。如果有效，这些措施也与共同第 1 条规定的各国保证尊重公约的义务相对应。

八、刑事诉讼以外的拘留

717 拘留是国际性和非国际性武装冲突中都经常发生的事情，国家和非国家当事方都会实施。[659]对于涉及刑事诉讼的拘留，共同第 3 条施加了公正审判的义务（见第七节第（五）小节）。

718 本节涉及刑事诉讼以外的拘留，也被称为拘禁。“拘禁”一词是指在武装冲突中出于安全原因的拘留，即基于其行为给拘留当局的安全带来武装冲突方面的严重威胁而对某个人实施的非刑事拘留。[660]

719 在国际性武装冲突中，《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》相当详细地规范这种拘留。[661]在非国际性武装冲突中，共同第 3 条和《第二附加议定书》都没有规定类似的拘禁框架。[662]然而，习惯国际法要求任何拘留都不得是任意的。[663]因此，必须规定这种拘留的某些理由和程序。但当今国际法没有解决这些理由和程序的确切内容问题。

720 在非国际性武装冲突中缺乏可适用的人道法规则已经成为法律和保护方面的问题。共同第 3 条只是一般性地提到了拘留，但仅为表明被拘留的人有权享受该条的保护。然而，该条没有规定人员在非国际性武装冲突中被拘禁的理由及程序保障，尽管——正如前文所述——国家和非国家武装团体都会实施拘禁。《第二附加议定书》明确提到了拘禁，从而确认这是非国际性武装冲突中所固有的一种剥夺自由的形式，但同样没有提到拘禁的理由或程序权利。

721 ICRC 将“迫切的安全理由”作为最低法律标准，在非国际性武装冲突中关于拘禁的决定应予告知。之所以选择这个标准，是因为它强调了拘禁的例外性质，并且在国家出于安全理由诉诸非刑事拘留时已被广泛使用。在具有域外因素的非国际性武装冲突中，外国部队在东道国

---

658 See Horowitz, pp. 57 and 61–64; *U.S. Monitoring of Detainee Transfers in Afghanistan: International Standards and Lessons from the UK & Canada*, Human Rights Institute, Columbia Law School, December 2010; and United Kingdom, High Court of Justice, *R (on the application of Maya Evans)* v. *Secretary of State for Defence*, Judgment, 2010, paras 287–327.

659 See e.g. 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015, Res. 1, Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Preamble, para. 1（“注意到剥夺自由在武装冲突中十分常见且很可能发生……”）; and Copenhagen Process: Principles and Guidelines (2012), Preamble, para. III (“与会者承认拘留是实现国际军事行动之目标的一种必要、合法且正当的手段。”). 另见 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011 年，第 17 页；以及 Dörmann，第 349 页。

660 并非每一次伴随于军事行动的剥夺自由——例如，在检查站停下接受检查或者在搜查期间限制身体移动——都构成拘禁。但在剥夺自由达到某一时间门槛时，或者受到因其带来的严重安全威胁而拘留某个人的决定所驱动时，关于拘禁和法定程序的理由，必须清楚地降低任意性的风险。

661 特别见《日内瓦第三公约》，第 21 条和《日内瓦第四公约》，第 42 条和第 78 条。

662 《第二附加议定书》第 5 条涉及“不论是被拘禁或被拘留，基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人”的待遇，但没有规定这种剥夺自由的理由和程序。

663 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 99。见 2012 年《哥本哈根进程：原则与指南》，评注，第 4.4 段：

> 作为合法性的重要组成部分，拘留不得是任意的。就《哥本哈根进程：原则与指南》而言，“任意”一词是指需要保证每一次拘留都有法律上的正当理由，以便能表明拘留在一切情况下都是合理且合法的。证明拘留的正当性则要求，做出拘留的决定必须基于法律中坚实的理由，这些理由在一切情况下都是合理且必要的。此外，拘留不能构成集体惩罚。因此，拘留必须服务于合法且始终正当的目标，例如安全的目标或刑事司法。

领土内对非本国国民实施拘留，这个标准似乎也是合适的，因为其措辞基于《日内瓦第四公约》中适用于被占领土的拘禁标准。[664]它也反映出人道法的一个基本特征，即需要在人道考虑和军事必要之间取得平衡。

722 关于非国际性武装冲突中剥夺自由的程序，人道法条约未作任何规定，在努力解决其所带来的不确定性时，ICRC 于 2005 年发布了一份题为《在武装冲突和其他暴力局势中关于拘禁/行政拘留的程序性原则和保障措施》的制度性指南。[665]该指南基于法律和政策，意在落实时考虑到当前的具体情况。ICRC 已在与国家、国际和地区部队及其他行为体开展行动对话时使用了该指南。

723 至于确定拘禁合法性的审查程序，12 条具体的指南规定，必须以一个人能够理解的语言迅速告知其被拘禁的理由。被拘禁者同样也有权利即刻质疑拘留的合法性。[666]对拘禁合法性的审查必须由独立且公正的机构进行。[667]应当注意的是，在实践中，提出有效的质疑是履行若干程序和实践步骤的前提条件，包括：（1）向被拘禁者提供支撑对其提出指控的充分证据；（2）确保程序适当，能够使被拘禁者寻找并获得额外的证据；以及（3）确保被拘禁者理解拘禁审查程序的不同阶段以及整体流程。如果拘禁审查是行政性而非司法性的，就需要特别注意确保审查机构必要的独立性和公正性。在可能的情况下应提供辩护律师的协助，但也可考虑其他保证专家法律援助的手段。

724 指南还规定了对继续拘留之合法性进行定期审查的权利。定期审查要求拘留当局确定被拘留人是否会继续造成迫切的安全威胁，如果不是就应下令予以释放。适用于初次审查的保障措施也同样适用于定期审查。

725 然而在本评注写作时，在非国际性武装冲突中需要采取何种标准和保障措施来防止任意性的问题仍处于争论中，需要进一步澄清，部分原因是国际人道法和国际人权法之间的相互作用问题悬而未决。[668]

726 在一国领土内发生的国家武装部队与一个或多个非政府武装团体之间的非国际性武装冲突中，含有该国人权义务和人道法的国内法，构成了规范国家可能实施之拘禁的法律框架，在这种情况下被拘禁之人员的活动被认为带来了严重的安全威胁。

---

664 见《日内瓦第四公约》，第 78 条。

665 See ICRC, 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', 2007. 这些指南涉及拘禁/行政拘留问题，将后者定义为“由行政机关发起/命令剥夺一个人的自由……但不对该被拘禁者/被行政拘留者提起任何刑事指控”。这些指南既不涉及刑事诉讼的审前拘留，也不涉及国际性武装冲突中对战俘的拘禁，因为后者依据《日内瓦第三公约》存在一个单独的法律框架。

666 关于这一原则形成的法律渊源和理论依据，见 Pejic，第 385–386 页。

667 关于这一原则形成的法律渊源和理论依据，见同上，第 386–387 页。

668 在 ICRC 依据 2011 年在日内瓦召开的第 31 届红十字与红新月国际大会通过的第 1 号决议而发起的加强对武装冲突受难者之法律保护的咨商进程期间，这些问题得到了特别讨论。See e.g. *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*,ICRC, Geneva, November 2013, pp. 10–11; *Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Concluding Report*, Document prepared by the ICRC for the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, June 2015, pp. 12 and 20–21; 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. 2, Strengthening compliance with international humanitarian law, para. 8; and Copenhagen Process: Principles and Guidelines (2012), Preamble, para. IV. （“与会者回顾并重申了国家、国际组织、非国家行为体和个人在可适用之国际法项下的相关义务，尤其是承认就准确描述国际人权法和国际人道法之间的相互作用达成共识所面临的挑战。”）

727 然而，人道法是否规定了固有的拘留权问题仍处于争论之中。[669]该问题已经引发争议，尤其是在具有域外因素的非国际性武装冲突中，即一国或多国、国际或区域组织的武装部队，与东道国武装部队在其领土内并肩作战，对抗一个或多个非政府武装团体的那些武装冲突。

728 一种观点是，在非国际性武装冲突中剥夺自由的法律依据必须明确，就像《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》为国际性武装冲突规定的情形。[670]ICRC 则持另一种观点，即习惯和条约国际人道法中均包含非国际性武装冲突中所固有的拘留权。[671]不过，在所有情况下都必须提供符合合法性原则的有关非国际性武装冲突中剥夺自由的理由和程序的额外权力。[672]

九、第 2 项：收集与照顾伤者、病者

(一) 引言

729 共同第 3 条专门规定了对非国际武装冲突中陆上伤者、病者（依据《日内瓦第二公约》第 3 条还有遇船难者）的法律保护。在这一点上共同第 3 条包含了两项核心义务：伤者和病者应予（1）收集和（2）照顾。尽管简明扼要，但如果结合共同第 3 条中的其他义务和保护来解释，它就为全面保护非国际性武装冲突中的伤者、病者提供了基础。

730 在非国际性武装冲突中，武装冲突对公众健康所造成的间接影响可能“相比受到暴力伤害的人来说，对受影响的人会构成更为严重的健康威胁”。[673]武装冲突可能会妨碍医疗设施的使用和药物的获得，对急性病和慢性病均是如此；它还可能助长传染病的传播、导致营养不良、妨碍诸如接种疫苗等预防医学的有效落实以及破坏母婴保健。[674]

731 收集和照顾伤者、病者必然意味着要尊重和保护他们。这也源自第 1 项中予以人道待遇的一般义务，明确禁止某些行为。因此，自 1949 年《日内瓦公约》通过以来，尊重和保护伤者、病者的义务事实上得到公认。[675]此外，收集和照顾的义务还必然意味着要尊重和保护医务人员、设施及运输工具。[676]这是因为尊重和保护医务人员、设施和运输工具对于有效履行收集与照顾伤者、病者的义务来说至关重要。

732 《第二附加议定书》包含了关于伤者、病者更详细的规定，尤其明确了对医务人员、设施和运输工具的保护。[677]其中规定的保护被认为隐含了收集和照顾伤者、病者的基本义务：因为

669 See e.g. ‘Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict, Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 876, December 2009, pp. 859–881.

670 See e.g. United Kingdom, England and Wales High Court, *Serdar Mohammed and others* v. *Ministry of Defence*, Judgment, 2014, paras 239–294; and England and Wales Court of Appeal, Appeal Judgment, 2015, paras 164–253.

671 See 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015, Res. 1, Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Preamble, para. 1; ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014, p. 7; and Jann K. Kleffner, ‘Operational Detention and the Treatment of Detainees’, in Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015, pp.518-532, at 524-525.

672 See ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014, p. 8.

673 Müller, p. 213.

674 *Ibid*.; ICRC, *Health Care in Danger: A Sixteen Country Study*, ICRC, Geneva, 2011, p. 3.

675 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 57.

676 *Report of the Conference of Government Experts of 1971*, Vol. VII, pp. 30–31.

677 见《第二附加议定书》，第 7-12 条。

它们对于落实那些义务来说至关重要，二者密不可分。[678]尽管如此，在《第二附加议定书》中对这些保护明确加以规定仍然有必要。这些规则一般也被认为是习惯国际法的一部分。[679]《日内瓦公约》中包含有适用于国际性武装冲突中的类似义务。[680]

(二) 历史背景

733 收集和照顾伤者、病者的义务是自 1864 年开始的保护伤者、病者的法律制度的一部分。考虑到亨利•杜南在索尔费里诺战场亲眼所见的骇人情况，当时大约 4 万名奥地利、法国和意大利士兵被遗留在战场上无人照看，他受此触动而建议缔结一项国际公约以改善受伤和生病士兵的境遇，这是唯一合乎逻辑的假设。[681]该规定在 1906 年、1929 年和 1949 年的日内瓦公约中得到了扩充。[682]然而，伤者、病者和遇船难者不得受攻击，不得忍受没有医药照顾之痛苦，这些基本原则始终不变。

734 1949 年，收集和照顾伤者、病者的义务在《日内瓦第四公约》中扩展至平民，在共同第 3 条中扩展适用于非国际性武装冲突。

(三) 讨论

1. 该义务的对象

735 收集和照顾伤者、病者的义务适用于冲突之各方，不论是国家还是非国家。这也源于共同第 3 条第 1 款，其中规定“冲突之各方应遵守下列规定”。值得注意的是，许多武装团体的行为守则都反映出他们理解自身受尊重和保护以及收集和照顾伤者、病者之义务的约束。[683]此外，大多数军事手册都没有基于冲突的性质区分对伤者、病者的保护。[684]

---

678 《第二附加议定书》的缔约准备工作显示，保护医务人员、设施和运输工具已被认为隐含在共同第 3 条中。See *Report of the Conference of Government Experts of 1971*, Vol. V, pp. 53–55. See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4634.

679 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 25、26、28、29、30、59、109、110 和 111。

680 见《日内瓦第一公约》，第 12 条和第 15 条；《日内瓦第二公约》，第 12 条和第 18 条；以及《日内瓦第四公约》，第 16 条。

681 Dunant, p. 126.

682 1864 年《日内瓦公约》，第 6 条；1906 年《日内瓦公约》，第 1 条和第 3 条；1929 年关于伤者、病者的《日内瓦公约》，第 3 条。1899 年，1864 年《日内瓦公约》中的原则被引入海战当中，当时的《海牙第三公约》保护在海上受伤、生病和遇船难的士兵。1907 年，《海牙第十公约》取代了《海牙第三公约》，将 1906 年《日内瓦公约》（见第 25 条）中的原则引入海战当中。关于这一历史背景的更多细节，见关于《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第 12 条的评注，第二节。

683 See e.g. Ejército de Liberación Nacional (ELN), Colombia, Our Principles on Military Doctrine, 1996, Principle 2（“（哥伦比亚民族解放军）给予投降或在战斗中受伤的敌人以人道待遇，尊重其个人尊严并视其境遇提供必要的帮助”）; Moro Islamic Liberation Front/Bangsamoro Islamic Armed Forces, Philippines, General Order No. 2（一份修正摩洛族伊斯兰武装力量行为守则第 34 条和第 36 条并包含其他目标的命令）, 2006, Article 34(4)（“受伤的敌方战斗员——决不出卖、背弃或报复。不残害……（《圣训》）”和（6）“战俘或被俘人员——始终对被俘人员或战俘保持仁慈。收集和照顾受伤的战斗员。（Al Insan: 5:9）”）； Transitional National Council (TNC) Libya, Guidelines on the Law of Armed Conflict, 2011, p. 3, Rules on the treatment of detainees（“立即向任何有需要的人提供医疗/急救。有从双方战场上搜寻、收集和救助伤者的义务。死者也必须被收集、以礼相待并予以埋葬”）; and Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), Colombia, Beligerancia, Suplemento, 2000, p. 13（“哥伦比亚革命武装力量遵守如下规则：尊重战斗中战败之战俘的生命、向他们提供食物和医药照顾并且人道和有尊严地对待他们”）; 所有文件可参见 http://theirwords.org/。

684 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 109 和 110 的实践，网址：https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul。

2. 适用范围

(1) 涵盖的人员类别

736 这一款规定适用于伤者、病者，无论是武装部队的成员还是平民。如同适用于敌方武装部队的伤者、病者一样，收集和照顾的义务也同样适用于一方自身武装部队的伤者、病者以及受伤和生病的平民。因武装冲突而受伤或生病的人，例如由于军事行动或战争遗留爆炸物，还有那些身体状况或就医途径受冲突影响的人，最低限度也必须被认为属于共同第 3 条中受保护之伤者、病者的范畴。一个人的身体状况或就医途径可能会受冲突的影响，例如，当治疗所依赖的设施被摧毁时，当他们因为冲突无法接触到其所依赖的医务人员或设施时，或者基于关于冲突的理由无法获得对其持续治疗来说至关重要的药物时。

(2) 伤者、病者

737 无论是作为一般规定的《日内瓦公约》还是作为特别规定的共同第 3 条，都没有具体规定一个人何时在法律上被视为“伤者”或“病者”。以这些词汇的通常含义为标准，如果某个人受伤或者生病，那么该人通常会被认定为伤者或病者。这一用词足够开放，可以容纳大范围不同严重程度的疾病，无论身体还是精神上的。这个说法被广泛接受，并且也反映在《第一附加议定书》第 8 条第 1 款的定义中，即要成为人道法意义上的伤者或病者，一个人必须同时满足两项标准：第一，该人必须需要医疗救助或照顾；第二，该人必须没有从事任何敌对行为。[685]

738 《第一附加议定书》第 8 条第 1 款反映出当代对“伤者”和“病者”这些词语的理解，这为理解共同第 3 条中的义务范围提供了有用的试金石。在国际性武装冲突中适用一种“伤者”或“病者”的定义而在非国际性武装冲突中适用另一种显然不合逻辑；因此，就共同第 3 条而言，使用《第一附加议定书》第 8 条第 1 款中的定义似乎是恰当的。[686]此外，与《第一附加议定书》第 8 条第 1 款和第 2 款中相类似的定义原本预计要纳入《第二附加议定书》。最终不将这些定义纳入《第二附加议定书》最后文本的决定总体上受到精简文本的愿望所驱使。[687]但是，这些定义以及它们在非国际性武装冲突中的可适用性是没有争议的。[688]

739 因此，受伤或生病的状态基于一个人的身体状况及其行为。人道法对“伤者”和“病者”的定义相比于这些词的通常含义，既宽泛又狭窄。[689]说其宽泛，是因为除了在通俗意义上不会使人成为伤者或病者的受伤或生病之外，它们还包含许多身体状况。同时，说其狭窄，是因为人道法要求伤者、病者不得从事任何敌对行为。

740 有必要忆及，就法律目的（不同于医疗目的和确定适当的治疗手段）而言，一个人是通俗意义上的“伤者”或“病者”，还是包含了所有其他需要立即接受治疗的人，并无区别。

741 就法律目的而言，除了不得从事任何敌对行为之外，决定性的标准是一个人是否需要医疗救助或照顾。正是这种特别需求，和随之而来的特定脆弱性，是保护伤者、病者的法律制

685 Kleffner, 2013a, pp. 324–325.

686 See also Bothe/Partsch/Solf, pp. 655–656, and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4631.

687 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. IV, p. 40, Article 11(a).《日内瓦第二公约》第 3 条还提到遇船难的人也需要予以收集与照顾。

688 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. IV, pp. 39–43, and Vol. XII, pp. 259–272. See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4631, and Sivakumaran, 2012, p. 190.

689 Sivakumaran, 2012, p. 274.

度旨在予以应对的。事实上，这种解读也符合《第一附加议定书》第 8 条第 1 款第一句的措辞，该条并没有具体规定创伤或疾病的严重程度，而是提到了“需要医疗救助或照顾”的人，并通过举例的方式列举了一系列的条件。因此，就相关的身体状况而言，“伤者”和“病者”要进行广义解释，适用于需要医疗救助或照顾的任何人，而不附加任何关于身体状况严重性的定性要求。不区分急症和慢性病；唯一相关的因素是对医疗救助或照顾的需求。[690]因此，作为需要医疗照顾的人，性暴力或其他犯罪的受害者可能也符合“伤者和病者”的定义。精神或心理状况，包括创伤后应激障碍，也符合条件，倘若他们需要医疗救助或照顾的话。

742 《第一附加议定书》第 8 条第 1 款的第二句还清楚地表明“伤者和病者”包括“产妇、新生婴儿和其他……，如弱者或孕妇”，因为他们可能急需医疗救助或照顾。所有这些情况都仅仅是示例；决定性的标准始终是一个人是否需要医疗救助或照顾。

743 需要医疗照顾是否源于武装冲突之前或与武装冲突有关（即便不是冲突造成）的身体状况无关紧要。[691]该定义“不局限于那些受冲突影响的人，即基于有关武装冲突的理由而受伤或生病，而是涵盖所有急需治疗的人”。[692]

744 除了必需的身体状况，一个人不得从事任何敌对行为，才能构成法律意义上的“伤者”或“病者”。因此，与这些词的通常意义相反，继续参与敌对行动的人并不是法律意义上的伤者或病者，不论其身体状况可能有多严重。对大多数平民来说，这个要求通常可以满足。因此，构成伤者或病者的这项条件对于作战人员来说尤为相关，[693]即使这只是一项一般标准。

745 受伤或生病但继续在武装部队中担负正常职责的作战人员可被认为从事敌对行为。因此，例如患有轻微疾病或者正从战伤中恢复的作战人员，若继续驾驶军火车辆或擦拭武器，就不享有对伤者、病者的保护。但是，该人应当获得自身武装部队提供的任何必要的医疗照顾。不过，如果一名作战人员因为肺炎或需要医疗照顾或观察的创伤，正在急救站或医院接受治疗，且没有从事任何敌对行为，他或她就不得受攻击且必须受到保护。实践中，攻击方可能主要依据在医疗设施里接受治疗与否，来区分这些受伤或生病的作战人员与身体健康的作战人员。这些人有权接受其身体状况所需的医疗照顾。在近战中这可能更加难以确定，但是诸如被安置在看起来是伤员收容所的地方、不携带武器、没有其他同志的帮助就不能移动等所有这些因素，都表明该作战人员不再从事任何敌对行为。

746 在敌对行动中，当一名作战人员在战斗中负伤时，也许有一刻攻击者必须停止对该人的攻击并开始给予尊重和保护。在战斗情况下，在作战人员负伤的那一刻，要想明确地认定该人是否是法律意义上的受伤或生病，尤其是该人是否不会再从事任何敌对行为，是极为困难的。在正在进行的敌对行动中，一名作战人员可能在数秒内从合法目标变为受伤人员——并因此

690 《第一附加议定书》第 8 条第 1 款提到了由于任何“肉体上或精神上失调或失去能力”而需要医疗照顾。一个人属于共同第 3 条意义上的“伤者或病者”的事实并不妨碍该人可能在 2006 年《残疾人权利公约》可适用时同时成为该公约所指的残疾人。

691 武装冲突期间，许多死亡是由可预防和可治疗的疾病造成的，只是因为与冲突有关的理由而未能去治疗。譬如在刚果民主共和国就是这种情况。See ECOSOC, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Concluding observations: DRC*, UN Doc. E/C.12/COD/CO/4, 16 December 2009, para. 34.

692 Müller, p. 205. 另见第 736 段。

693 在本评注中，“作战人员”一词是指非国家武装团体的武装部队人员以及国家武装部队中构成战斗员的人员。

成为受保护的人。在这种情况下，考虑到初次评估要在很短的时间内完成，焦点可能主要集中于是否有明显的迹象表明某个人已经受伤并且此后不再从事任何敌对行为。

747 相关标准是，一个通情达理的作战人员在特定情况下是否会认为相关人员不再从事敌对行为。例如，参加战斗但小腿刚刚被子弹打伤的作战人员可能仍然拿着枪。即使受到像这种相对较轻的伤，该作战人员也可能停止所有的敌对行为。攻击方必须要注意一名受伤的作战人员可能会放弃其敌对行为，从而相应地调整攻击的对象。在这种情况下，是否拥有继续攻击该作战人员的权力要依据对该人是否负伤并不再参加任何敌对行为的善意评估来决定。若看不到受伤或生病的作战人员有任何敌对行为，就应当结束针对该人的所有敌对行为。然而，在某些情况下，在战场上可能很难确定一个受伤的人是否不再从事任何敌对行为。

748 继续战斗的人，即使已经受重伤，也不构成法律意义上的伤者。并不存在这样的义务，即不得攻击通常意义上受伤或生病但继续参与敌对行动的人。冲突各方可能会通过发布诸如“交战规则”这样的内部文件，为其武装部队提供指南，帮助他们评估这类情况，这类文件必须遵守人道法。

749 正如上文所述，伤者、病者必须受到尊重和保护。这个概念是共同第 3 条的核心，并且为《第二附加议定书》第 7 条的明文规定所强化。[694]就这一点而言，尊重伤者、病者的义务最低限度要包括不得予以攻击以及不得予以谋杀或虐待。另外，他们必须被保护，这意味着各方有义务提供防护，尽力阻止或预防来自第三方、正在进行之敌对行动的影响或其他方面对他们的损害。例如，保护的义务要求采取措施以便利医务人员的工作，包括便利医疗供应品通过的措施。[695]

3. 收集伤者、病者的义务

750 冲突各方有义务收集伤者、病者。为了与共同第 3 条和更一般意义上之人道法的人道目标相一致，“收集”一词必须作广义解释，包括搜寻伤者、病者并将他们撤出至更安全的地点的义务。[696]如果不这么做，很多人会被留在敌对行动区域，这与该款的目的和宗旨相悖。该规定的目的是将伤者和病者直接从危险区域转移，使他们能够尽快接受必要的医治并处于更好更安全的条件下。如果说不存在将他们撤出至更安全地方的相应义务，搜寻和收集伤者、病者就没有意义。根据习惯国际法，撤出的义务与搜寻和收集的义务并存。[697]

751 收集伤者、病者的义务，还有搜寻和撤出的义务是行为义务。就其本身而言，这些义务的履行要满足注意义务。注意义务是一个相对标准，其所要求的确切内容取决于具体的情况。[698]因此，在每种情况下都需要决定何时开始搜寻、收集和撤出行动以及用什么手段和措施是合理的。

752 收集伤者、病者的义务是一项不间断义务，即它适用于非国际性武装冲突的整个持续期间。《第二附加议定书》第 8 条要求缔约国“在情况许可的任何时候”采取一切可能措施搜寻、收集

694 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. XI, pp. 209–210.

695 ICRC, *Safeguarding the Provision of Health Care: Operational Practices and Relevant International Humanitarian Law Concerning Armed Groups*, ICRC, Geneva, 2015, p. 23.

696 《日内瓦第一公约》第 15 条和《日内瓦第四公约》第 16 条为国际性武装冲突也规定了类似的义务。

697 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 109。

698 Riccardo Pisillo-Mazzeschi, ‘The Due Diligence Rule and the Nature of theInternational Responsibility of States’, *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51, at 44; Timo Koivurova, ‘Due Diligence’, version of February 2010, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

和保护伤者、病者及遇船难者。习惯国际法中存在同样的要求。[699]无论何时有迹象表明该地区可能有伤者、病者，若情况许可，则必须开始搜寻、收集和撤出行动。很明显，特别是在战斗后，存在伤者、病者的可能性是很高的。尽管共同第 3 条没有提到“特别是在战斗后”，但《第二附加议定书》第 8 条提到了。[700]由此可以推断，除非有明显相反的迹象，善意适用共同第 3 条要求在每次战斗后开始搜寻、收集和撤出活动。

753 共同第 3 条并不要求进行危及生命的搜寻、收集和撤出行动。例如，安全条件不好时可能会暂停开展这些行动。[701]因此，该义务并不要求搜寻、收集和撤出行动必须在正在发生的战斗中进行。尽管如此，也可能有例外。例如，如果在阵地战中很明显有伤员在该区域，而且冲突一方有可能通过空中途径或其他任何手段，在不会给自己的人员带来很大风险的情况下收集并撤出这些人，那么善意适用规则就要求该方这样做。同样，如果在人员和装备方面有丰富资源可用，就需要合理地分配这些资源。相反，如果资源稀缺，公约并不要求各方进行不可能完成的行动，但它们必须考虑到所有可用的资源，在特定情况下采取一切可行的措施。

754 考虑到尽快医治经常能救命，尽快搜寻和收集伤者、病者至关重要。[702]因此，该义务所固有的要求是，搜寻和救援行动必须在情况许可时尽快开始。强烈鼓励各方缔结特别协定，暂停战斗以开展这些行动。[703]

755 尽管很明显，非国际性武装冲突之各方有责任搜寻和收集伤者、病者，但共同第 3 条并没有具体规定由谁来实际开展这些行动。该条设想的典型场景是，参与作战并导致产生伤员的冲突一方或各方开展搜寻、收集和撤出行动。但在多方冲突中，这也意味着没有参与某一特定战斗的一方需要帮助搜寻和收集伤者、病者。

756 如果冲突之一方的资源不足以开展搜寻、收集和撤出行动，为了履行其在共同第 3 条项下的义务，该冲突方可以呼吁平民或人道组织协助开展这些行动。[704]同样，当伤者、病者的医疗需求超出冲突一方所能提供的范围时，该冲突方应当设法将他们撤出至拥有更多可用医疗设施的地区。如果冲突一方本身无法搜寻、收集或撤出伤者、病者，它就需要提供所有相关信息，使其他人能够安全地执行这些任务。因此，冲突各方应当为收集和撤出伤者、病者的交通工具及人员和任何其他必要的设备安全、有效地通过提供便利，并且提供的交通路线和时间表不会让这些人员或交通工具有遭遇雷区或其他障碍的风险。例如，冲突各方应当采取措施保护人道工作者免受地雷和其他战争遗留爆炸物的影响。具体的条约义务存在于《某些常规武器公约》的各议定书中。[705]

757 收集和照顾伤者、病者的义务使冲突之对方承担允许尽快撤出并前往医疗设施的辅助义务。例如，为了履行这些义务，检查站的工作程序必须允许尽可能最快地收集、撤出和照顾伤者、

---

699 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 109。See also Mali, *Army Service Regulations*, 1979, Article 36; Morocco, *Disciplinary Regulations*, 1974, Article 25(4); and Netherlands, *Military Handbook*, 2003, p. 7-44.

700 它还隐含在《日内瓦第一公约》第 15 条中。

701 在这方面，例如加拿大的《行为守则》（Canada’s Code of Conduct, 2007, p. 2-12, para. 3）就规定，“不过可以理解为，这项义务仅在该地区安全时才需履行”。

702 Atul Gawande, ‘Casualties of War – Military Care for the Wounded from Iraq and Afghanistan’, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 351, 2004, pp. 2471−2475.

703 更多细节，见第十一节。

704 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 109 的评注，第 478 页。另见《日内瓦第一公约》，第 18 条。

705 对于 1996 年《〈某些常规武器公约〉修正的第二号议定书》的缔约国来说，冲突之各方必须尊重该议定书第 12 条规定的相关义务（特别见第 12 条第 2 款至第 5 款），而对于 2003 年《〈某些常规武器公约〉第五号议定书》的缔约国来说，冲突之各方必须尊重该议定书第 6 条规定的相关义务。

病者，避免对医务交通工具造成任何不必要的迟延。安全检查应当尽快进行。即使是短暂的延迟，例如那些不到一个小时的检查，都可能是致命的。[706]当冲突一方认为有必要逮捕或拘留某个被送往医疗设施的伤者、病者时，必须在任何安全措施和病人的身体状况之间取得平衡。无论如何，这种安全措施不得妨碍获得必要且充分的医疗照顾，而且实施逮捕的一方必须确保被逮捕和拘留的人能够继续接受治疗。同样，如果运送伤者、病者或提供救助的人被逮捕或拘留，尽管如此，仍然需要确保将伤者、病者运送至医疗设施或在运送途中提供必要的照顾。

758 类似地，将敌方的伤者、病者运往医疗设施的冲突方也必须尽快行动，无论如何不得在运送途中故意出于任何对伤者、病者的身体状况来说不允许的目的延长行程。

759 如果一方不能或不愿撤出伤者或病者，应当充分授权公正的人道组织这么做，而且在任何情况下都不得任意撤回。[707]实践表明，尤其是 ICRC，经常参与伤者、病者的撤出行动。[708]

760 尽管共同第 3 条并没有提到收集死者的义务，但是《第二附加议定书》第 8 条涵盖了搜寻死者，防止其被剥夺衣物并予以适宜的处理。习惯国际法中有类似的义务。[709]根据习惯国际法，冲突各方还必须采取一切可行的措施以确定死者身份，并且在任何可能的时候，将遗体返还给家属以便妥善埋葬、火葬或举行葬仪。[710]只有在搜寻和收集了死者时才能这么做。实践中，在搜寻和收集伤者、病者的同时可能也会搜寻和收集死者，尽管需要遵循不同的程序。[711]这就是说，必须优先考虑伤者、病者以便他们接受恰当且及时的治疗。

4. 照顾伤者、病者的义务

761 照顾伤者、病者的义务要求冲突各方采取实际行动以改善他们的身体状况。像共同第 3 条中的其他义务一样，该义务同等适用于国家和非国家当事方。有些非政府武装团体有能力提供高级的医疗照顾，而其他一些只具有基本的能力。无论如何，非政府武装团体必须努力发展自身能力，以提供它们所能做到的最好的治疗，并且应当允许它们这么做。和国家一方一样，它们应当保证其部队受过急救训练。同样，必要时它们可以诉诸公正的的人道组织提供的医疗救助。

762 照顾伤者、病者的义务是手段义务。其具体内容取决于每个案例的具体情况。[712]显然，受重伤的人会比受轻伤的人需要更多的医疗照顾；[713]可以支配大量医疗供应品的一方必须比只有有限手段的一方承担更多责任；[714]如果有医生在场，相比只受过有限训练的作战人员，就需

---

706 ICRC, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, p. 8.

707 更多细节，见第十节。

708 例如，在 1956 年布达佩斯冲突期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 38, No. 456, December 1956, p. 720）；在 1961 年多米尼加内战期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 47, No. 558, June 1965, p. 283）；在 1976 年和 1981 年黎巴嫩内战期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 58, No. 692, August 1976, pp. 477–478, and ICRC, *Annual Report 1981*, ICRC, Geneva, 1982, pp. 52–53）；以及在 1979 年乍得内战期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 61, No. 716, April 1979, pp. 95–96）。See also ICRC, Communication to the Press No. 96/25, Russian Federation/Chechnya: ICRC calls on all parties to observe truce, 10 August 1996.

709 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 112-116。

710 同上，规则 114、115、116 及其支撑实践，网址 https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul。

711 例如，救护车不应用于收集死者。另见 ICRC，《灾后死者尸体的处理》，第 7–8 页。搜寻并记录死者还有助于防止死者成为失踪人员。

712 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430.

713 即使是致命伤，注意义务也要求他们得到治疗，显然是为了解决疼痛和痛苦；see United States, *Law of War Deskbook*, 2010, p. 51.

714 See e.g. Lindsey, p. 112：“尤其在武装冲突中，提供安全献血的必要资源可能是有限的。”

要更高标准的医疗照顾。[715]尤其是，《第二附加议定书》和习惯法中的相应规定要求“在最大实际可能范围内和尽速”提供医疗照顾。[716]从实质上说，《日内瓦公约》、《第二附加议定书》和习惯国际法中的医疗照顾是同类同质的。

763 急救至关重要，经常能救命。然而，考虑到在战斗后甚或可能在战斗中不得不在战场上进行处理，很显然共同第 3 条并没有要求达到伤者、病者被转移至医疗队后处于更安全条件下所需的治疗标准。尽管最理想的是医疗照顾符合最高医疗标准，但考虑到诸如安全条件和可用资源等因素，共同第 3 条只要求达到在特定情况下所能合理预期的标准。

764 至于共同第 3 条所要求的医疗照顾的种类和质量，基本规则是伤者、病者必须接受他们身体状况所需的医疗照顾。尽管该条没有明确予以提及，但这一点已被普遍接受，并且在《第二附加议定书》中有明确规定，而且符合习惯法。[717]专业医疗行为可适用之标准的一般指南，源自世界医学协会通过的普遍适用的一般性规定及文件。[718]这些标准随着时间的推移可能会发生改变，而且国与国之间也可能有所不同。但是，就医疗标准而言，该义务所要求的治疗类型，应由执业医师根据特定情况和人员的身体状况加以处理。[719]

765 在任何情况下都必须提供符合医疗道德的照顾。[720]这要求照顾只能根据分诊原则来决定。[721]因此，如任何一方坚持受轻伤的作战人员优先于急需医疗照顾的平民或其他人，就会违反照顾伤者、病者的义务。事实上，除了医疗方面的原因，在治疗中不得基于任何理由区别对待。[722]

766 就获得平等医疗照顾而言，不同年龄、背景的妇女、男人、男孩和女孩可能会面临不同的风险，或者会因受伤或生病而面对各种社会歧视，从而可能产生不同的医疗需求。因此重要的是在医疗需求评估中要考虑到人们的不同性别、年龄和背景，同时也要考虑到可能出现的制约因素（如实际前往的可能性、安全、资金紧缺和社会文化制约）以及可能的解决方案。[723]

767 最后，严格意义上的医疗照顾，即专门治疗伤病本身，不足以改善伤者或病者的身体状况。的确，如果不能同时提供充足的食物、衣服、庇护所和卫生设施，提供医疗照顾毫无意义。受重伤的人正接受长期治疗时，尤其是这种情况。根据其宗旨和目的，共同第 3 条中照顾伤者、病者的义务应当做广义解释，与之有关的不仅是医疗照顾，至少还包括提供食物、衣服、

---

715 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's claim*, Partial Award, 2003, paras 57 and 69–70.

716 《第二附加议定书》，第 7 条第 2 款以及 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 110。

717 同上。

718 关于发生武装冲突时医疗道德的文件，尤其包括：the World Medical Association's Regulations in Times of Armed Conflict (adopted by the 10th World Medical Assembly, Havana, Cuba, October 1956, as amended or revised in 1957, 1983, 2004, 2006 and 2012); Rules Governing the Care of Sick and Wounded, Particularly in Time of Conflict (adopted by the 10th World Medical Assembly, Havana, Cuba, October 1956, edited and amended in 1957 and 1983); Standards of Professional Conduct regarding the Hippocratic Oath and its modern version, the Declaration of Geneva, and its supplementary International Code of Medical Ethics (adopted by the 3rd WMA General Assembly, London, England, October 1949, as amended in 1968, 1983 and 2006). See also ICRC, *Health Care in Danger: The Responsibilities of Health-Care Personnel Working in Armed Conflicts and Other Emergencies*, ICRC, Geneva, 2012, pp. 55–62.

719 关于执业医生应使用的装备和技术的类型以及应遵循的程序有许多研究；see e.g. ICRC, *War Surgery*.

720 Bothe/Partsch/Solf, p. 108, para. 2.3. 另见明确提到医疗道德的《第一附加议定书》的第 16 条第 1-2 款。

721 关于分诊原则，见 ICRC, *First Aid in Armed Conflicts and Other Situations of Violence*, p. 116.

722 见《第二附加议定书》，第 7 条第 2 款以及 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 110。

723 See Charlotte Lindsey-Curtet, Florence Tercier Holst-Roness and Letitia Anderson, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict: An ICRC Guidance Document*, ICRC, Geneva, 2004, p. 76. 因此，在计划并提供照顾时，对于如下事项的敏感性至关重要：社会、文化、经济和政治结构会怎样构造角色或模式，使之反过来承载着特定地位以及产生男女不同的需求和能力。理解性别的影响以及人拥有的机会和与他人互动方面的其他差异，有助于在照顾伤者、病者时提供更有效的保护和尊重。

庇护所和卫生设施，这有助于改善伤者、病者的境遇。无论如何，剥夺伤者、病者的这些生活必需品在大多数情况下还会构成不人道待遇，违反共同第 3 条规定的一般义务。[724]照顾病人可能还包括采取预防措施保证居民的基本健康，包括给人们注射传染病疫苗。

5. 收集和照顾伤者、病者的默示义务

768 为了保护伤者、病者，那些负责搜寻、收集和照顾他们的人以及他们的运输工具和装备，也需要得到保护。因此共同第 3 条中隐含着医务人员必须受到尊重和保护，因为它可以理解为“保护医务人员是一种确保伤者、病者得到医疗照顾的辅助保护形式”。[725]这种保护被公认为是规制非国际性武装冲突的习惯国际法的一部分，并被编纂于《第二附加议定书》第 9 条。[726]它也来自于共同第 3 条第 1 款，因为不直接参加敌对行动的医务人员受到该款的保护。为非政府武装团体成员提供医疗服务的行为不得被解释为支持该团体的事业，也不得被理解为从事敌对行为。因此，医务人员不能纯粹因为给伤者、病者提供符合医疗道德的治疗或照顾这一事实而受惩罚。[727]以这些行为作理由去骚扰或惩罚医务人员构成违反照顾伤者、病者的义务，因为这对提供照顾构成了妨碍。

769 同样，医疗队和运输工具不得受到攻击，包括它们被用于运送受伤的作战人员时。[728]如果它们被用于从事敌对行为，例如运输武器或身体健康的作战人员，它们就丧失免受攻击的保护。因此，冲突各方必须采取一切可行的预防措施以保护医疗队、设施及运输工具，免受军事行动带来的危险。这包括要避免以可能导致它们失去免受攻击之保护的方式对其进行使用，从而保证他们能继续收集和照顾伤者、病者。如果这些医疗队失去免受攻击的保护，冲突各方必须发出警告，并且只有在一段合理时限后警告仍无效果时，才可进行攻击，这一点为《第二附加议定书》第 11 条第 2 款所认可。[729]什么是合理时限，会根据情况而有所不同；但必须要有足够长的时间，使其要么可以停止非法行为，要么能让伤者、病者以及医疗队中的医务人员撤出至安全地区。警告也允许医疗设施对无端的指控做出回应。但是，如果滥用导致攻击部队的生命处于紧迫的危险之中，时限的设定可能会被完全摒弃，这种情况下他们可能会以自卫的方式来应对。例如，在医务运输工具接近检查站并向卫兵开火时，上述情况就可能发生。[730]

770 这些默示义务还意味着，比如，提供医疗照顾所需或所用的医疗设施或运输工具不得被抢劫或毁坏。抢劫医疗设施会妨碍对伤者、病者的照顾，并因此而违反这一款。即使冲突一方因

---

724 更多细节，见第六节第（一）小节。

725 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. XI, pp. 209–210. 另见关于第 24 条的评注和 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 25 的评注，第 77 页。

726 关于外交会议期间提出的定义，见 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. XIII, p. 304. 另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 25 的评注，第 78-79 页，并得到布雷奥的确认（Breau, pp. 177–178）。

727 见《第二附加议定书》，第 10 条第 1 款以及 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 26。

728 国际刑事法院将故意攻击“按照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及人员”以及攻击“医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标”列为非国际性武装冲突中的战争罪；见 1998 年《国际刑事法院规约》，第 8 条第 2 款第 5 项第 2 目和第 4 目。See also Dörmann, 2003, p. 462. 可能需要指出的是，叙利亚问题调查委员会认定，“攻击医务人员和设施违反日内瓦四公约共同第 3 条和习惯国际人道法并构成战争罪”；see Human Rights Council, *Commission of Inquiry Report on Syria*, 13 August 2014, UN Doc. A/HRC/27/60, para. 111.

729 另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 28 和 29 及其评注（Henckaerts/Doswald-Beck, pp.91-102）; Sanremo *Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* (2006), section 4.2.1; United States, *Law of War Manual*, 2015, p. 1045; Breau, pp. 177–178; and Kleffner, 2013a, p. 338.

730 Kleffner, 2013a, p. 338.

需要医疗供应品而抢劫这类设施，同样也违背了本款规定义务。因此，冲突各方可能需要采取措施，保证医疗设施和运输工具不受其他人的抢劫或掠夺。

771 另外，为了执行搜查行动而全副武装地进入医疗设施可能会严重破坏医疗照顾的提供。因此在医疗设施中开展军事搜查行动只能是特别措施，并且应当将对提供医疗照顾的负面影响降至最低。如果一个人被逮捕，必须保证其继续得到治疗。为了避免医疗设施或运输工具丧失免受攻击的保护，冲突各方不得采取会导致这种损失的行动。会导致失去保护的行动包括，例如在医院里储藏武器（属于在医院接受治疗的伤者、病者并于治疗期间暂时保有的武器除外）或者使用救护车运送身体健康的部队、武器或弹药。

772 此外，如果那些照顾伤者、病者的人以及他们的设施可资识别，就会十分有帮助，这样他们不会受到攻击。在恰当的授权和控制之下，用诸如红十字、红新月或红水晶标志来标记医疗设施，可使敌方和大众更容易识别这类设施，从而提高获得医疗照顾的可能性。

773 共同第 3 条没有对非国际性武装冲突中使用特殊标志做出规定。但是，《第二附加议定书》第 12 条规定了在非国际性武装冲突中出于保护性目的而合法使用这些标志的条件：

> 在有关主管当局指导下，医务和宗教人员以及医疗队和医务运输工具应展示白底红十字、红新月或红狮与太阳的特殊标志。在任何情形下，该特殊标志均应受尊重。该特殊标志不应用于不正当的用途。

774 在形成第 12 条的谈判期间，没有人反对非政府武装团体的医务人员可以像国家的医务人员一样以同等资格展示标志。[731]这意味着该团体的领导人必须有能力授权和控制标志的使用。习惯国际法禁止滥用《日内瓦公约》规定的特殊标志。[732]滥用是指出于规定以外的目的对标志的任何使用行为。[733]此外，保护性标志必须以纯粹的形式。也就是说，它只能包含白底上的红十字、红新月或红水晶，不能有任何额外的标记或词语。[734]

775 ICRC 所知的实践表明，有些非政府武装团体的医务人员的确佩戴了红十字或红新月标志的臂章，但其他许多人则没有。冲突各方也希望通过与其他各方沟通医疗设施的 GPS 坐标，使医疗设施的存在为人所知。

776 不论国家的武装部队或非政府武装团体是否选择展示标志，当务之急是他们尊重对手所使用的标志，以保证伤者、病者可以被收集和照顾。从这个角度来说，必须要强调的是，就像在国际性武装冲突中那样，如果医务人员携带轻武器专门用于自卫或者保卫他们所照顾的伤者、病者，这不会使他们失去免受攻击的保护。[735]因此，医务人员出于这些目的而携带这些武器的事实并不是冲突各方不尊重——以及攻击——这些医务人员的理由。这就是说，为了维系其所享有的保护，医务人员不得从事害敌行为。[736]

---

731 *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. XI, pp. 427–431.

732 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 59。

733 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 59 的评注，第 199 页。

734 实践中，ICRC 出于保护目的使用其“圆形标志”（两个同心圆环内包含一个红十字，圆环之间填充大写字母的法文“国际委员会，日内瓦”字样），这个标志已得到广泛接受。不过，这种做法只适用于 ICRC。See ICRC, *Study on the Use of the Emblems: Operational and Commercial and Other Non-operational Issues*, ICRC, Geneva, 2011, pp. 156–157.

735 见第 22 条。

736 关于医务人员实施之害敌行为的概念的讨论，见关于第 24 条的评注，第六节；另见关于第 21 条的评注，涉及医疗队的第三节第（一）小节。

777 在一些非国际性武装冲突中，为了表明人员和设施只为平民居民提供医疗服务，会采用红十字或红新月的替代标志。例如，在哥伦比亚的医疗特派团就是这种情况。[737]无论如何，即使医疗设施或运输工具没有使用标志或以其他手段表明其受保护地位，只要为人所知，它们就必须受到尊重和保护。[738]

778 最后，冲突各方还可能像共同第 3 条第 3 款规定的那样，通过特别协定，设立专门照顾伤者、病者的区域。[739]这些区域的设立必须获得各方同意并且必须是非军事性的。在很多非国际性武装冲突中都设立了这种区域。[740]无论如何，重要的是忆及，在这种区域内的伤者、病者和任何提供治疗的医务人员，因为他们受伤或生病或作为医务人员的职责而受到保护；保护并不取决于这些设立的区域本身。此外，根据人道法的一般规则，处于这种区域之外的人仍然受到保护。因此，即使没有设立这种区域，伤者、病者和医务人员及设施，以及没有直接参加敌对行动的平民，也必须受到尊重和保护。禁止攻击这种区域。[741]

十、第 2 款：诸如红十字国际委员会（ICRC）等公正的人道团体提供服务

(一) 引言

779 共同第 3 条第 2 款赋予公正的人道团体向非国际性武装冲突的各方提供服务的权利。本款明确提及 ICRC 作为此种团体的一个实例。这项权利的行使面向冲突的所有当事方，包括非国家当事方在内。

780 其他涉及到这个问题的人道法规定明确了这项权利行使的方式：为了从事拟开展的活动，公正的人道团体需获得同意。自 1949 年至今，国际法已发展到这样的地步，即非国际性武装冲突的任何当事方不得任意撤回同意（见第十节第（六）小节第 2 点）。

781 通过本款和其他相关条款的适用，各缔约国承认，无论在国际性还是非国际性武装冲突中，提供服务的权利在国际法中都具备坚实的基础。[742]这一宽泛的法律依据不足为奇，它只不过是反映了这样一个真理：每一场武装冲突不论在法律上如何定性，都会产生人道需求。因此，不论怎样对武装冲突进行法律界定，各国都承认，作为一个国际法问题，ICRC 和其他公正的人道团体最有可能在满足那些需求方面发挥作用。

782 公正的人道团体愿意而且也有能力对受非国际性武装冲突影响之人的人道需求做出回应，但这并不影响在国际法上，冲突各方仍负有满足此类需求的首要责任。在这方面，如果确有必要，公正的人道团体的活动应只作为冲突当事方相关努力的补充。这也是为什么说公正的人道组织没有提供服务的法律义务，共同第 3 条第 2 款的措辞“得……提供”也清晰地体现出这一点，它们可以自由裁量。

---

737 See Colombia, Ministry of Health and Social Protection, *Manual de Misión Médica*, Bogotá, 2013, Resolución 4481 de 2012, pp. 11–12.

738 另见《第一附加议定书》附件一，第 1 条第 2 款。

739 另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 35 和 36。

740 譬如，这种情况涉及哥伦比亚、乍得、塞浦路斯、黎巴嫩、尼加拉瓜和斯里兰卡的冲突。见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 35 的评注，第 114 页，脚注 6。

741 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 35。

742 其他相关条款为适用于国际性武装冲突的共同第 9 条（《日内瓦第四公约》为第 10 条）和适用于非国际性武装冲突的《第二附加议定书》第 18 条。

783 尽管如此，各国红十字会与红新月会（以下简称“国家红会”）有义务在其职责范围内认真考虑其各自政府当局提出的开展其职责范围内人道活动的任何请求，只要这些活动的开展符合国际红十字与红新月运动（以下简称“国际运动”）的基本原则。这项义务源于它们在人道领域的特殊地位以及对其各自政府当局独一无二的辅助作用——该地位明确规定于《国际红十字与红新月运动章程》之中。[743]《章程》的序言中列明了红十字与红新月国际大会通过的各项基本原则，而大会由 1949 年日内瓦四公约的缔约国以及运动的各成员组成，因此具有权威性。[744]

784 提供服务的权利，有时也被称为“人道倡议权”，不要与所谓的“人道干涉权”以及“保护的责任”相混淆，后两者是否两个完全不同的概念，引发了大量争论，譬如国际法是否允许出于人道考虑而采取威胁或使用武力等措施。[745]同样，对共同第 3 条第 2 款的分析不妨碍联合国安理会根据 1945 年《联合国宪章》采取行动的权利，而且要与其决议在国际法上的效果相一致，这对于人道活动来说是合适的。这些问题由一般国际法，特别是武力使用法（“诉诸战争权”）来规制。因此，它们必须有别于在共同第 3 条第 2 款框架内开展的人道活动。

（二）历史背景

785 在非国际性武装冲突的背景下开展人道活动的实例，其出现要早于共同第 3 条。[746]事实上，在 1949 年以前，从未有过像这样调整非国际性武装冲突的一般性条约规定。[747]作为一个必然的结果，也就没有任何条约规定在非国际性武装冲突中应该如何提议并开展人道活动。然而最初，在这个问题上缺乏国际法律框架已被证明并非 ICRC（建立于 1863 年）和国家红会（随后纷纷建立）在若干此类冲突中开展活动的障碍。不过随着时间的流逝，通过以条约为基础的规范性框架来澄清某些基本问题，这种需求变得日益明显：特别是，作为一个条约法的问题，人道组织有权在非国际性武装冲突的背景下提供服务吗？

786 基于这一点，1921 年召开的第 10 届国际红十字大会通过了一项关于适用于 ICRC 和国家红会之规范性框架的决议。[748]直至 1949 年，这项决议还是规制提供服务之权利的主要文件。[749]

787 在为 1949 年召开外交会议做准备的起草阶段，找不到共同第 3 条第 2 款最终怎样形成的蛛丝马迹。在外交会议期间，第一工作组在提供服务的权利方面使用了不同的表述：只有冲突各方无法就保护国的指派和职责达成一致时，公正的人道团体，如 ICRC，才可以向非

---

743 1986 年《国际红十字与红新月运动章程》，第 4 条第 3 款。

744 这些基本原则首次公布于 1965 年在维也纳召开的第 20 届国际红十字大会，随后被纳入 1986 年第 25 届国际红十字大会通过的《国际红十字与红新月运动章程》的序言中，并于 1995 年和 2006 年两次修正。

745 Vaughan Lowe and Antonios Tzanakopoulos, ‘Humanitarian Intervention’, version of May 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 2, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

746 For details, see Bugnion, 2003a, pp. 244–296, Chapter IX, The International Committee of the Red Cross and Internal Conflicts (1863–1945).

747 另见第一节。

748 第 10 届国际红十字大会，日内瓦，1921 年，第 14 号决议，“红十字灾害救助的原则和规则”，原则 1；见 Bugnion，2003a，第 260-262 页。在 1912 年于华盛顿召开的第 9 届国际红十字大会上曾经有过一次就该主题通过一项决议的不成功尝试；见 Bugnion，2003a，第 248-250 页。

749 See Bugnion, 2003a, pp. 263–286. 从这一时期的记录中可知，ICRC 在 1938 年于伦敦召开的第 16 届国际红十字大会上曾提出一份决议草案。该决议本来可以为 ICRC 在非国际性武装冲突的情况下开展活动提供更为坚实的法律基础，同时强化其在“内战”中的作用，却无法全面阐释关于这一主题的法律框架；见同上，第 283–286 页。

国际性武装冲突的当事方提供服务。[750]因此在草案第一稿中，公正的人道团体的活动仅限于《日内瓦公约》赋予保护国的那些职责。[751]不过，第二工作组在其两版草案中都不再提及缺乏保护国这一先决条件，而是预见到公正的人道团体（如 ICRC）“向冲突各方”提供服务的可能性。[752]

(三) 公正的人道团体

1. 引言

788 从这项规定的意义上说，只有“公正的人道团体”才有权提供服务，并附带相应的法律后果。如同涉及在国际性武装冲突中提供服务权的共同第 9 条所使用的“公正的人道组织”这一实质上相同的概念，《日内瓦公约》并未对此概念进行定义。具有同等效力的法文版本在共同第 3 条第 2 款和共同第 9 条中使用的术语都是“公正的人道组织”，因此强化了如下结论：“公正的人道团体”和“公正的人道组织”可认为是实质相同的概念。

789 当这些词汇被插入共同第 3 条的文本时，各缔约国记忆中熟悉的例子主要是 ICRC 和各国红会。自 1949 年至今，将自身视为共同第 3 条意义上公正的人道组织、本身又为武装冲突各方承认的组织的数量和多样性显著增长，包括了某些非政府组织和政府间组织。

790 对于一个有资格成为“人道组织”的组织而言，并不要求其活动范围要局限于人道活动。[753]因此，一个只关注武装冲突爆发前的发展活动的组织之后可能会变成一个共同第 3 条所指的人道组织，也不妨碍该组织同时在其他地方开展不同性质的活动。

791 共同第 3 条要求希望提供服务的实体是一个公正的人道“团体”。因此，一个松散的个人联盟，尽管其活动可能在减轻人类痛苦，但也不能获得本规定意义上的资格。希望从事慈善活动的私人也没有这个资格。对于一个能作为人道组织履行职责的“团体”来说，最低限度的组织结构是必需的。此外，该组织应始终能够遵守人道活动的职业标准。[754]否则，实践中就会存在风险，即作为提供服务之对象的当局可能会怀疑该组织的公正和人道性质。

792 人道组织需要资金来支持其工作人员和行动以及购买必要的商品和服务。因此，涉及金钱的事实决不能被视作剥夺了该组织或其活动的“人道”性质。此外，倘若该组织继续作为一个公正的人道组织行事，不得禁止它与诸如私营或国有公司等经济行为体保持相互关系。这种关系的例子包括：有能力提供人道服务的经济行为体，例如用于运输救济物资的商业航空公司，向公正的人道组织销售其服务来获利；经济行为体向公正的人道组织免费提供其服务，譬如作为企业社会责任计划的一部分。

793 尽管经济行为体参与人道活动的例子多种多样，即使它们在特定的人道活动框架内提供免费服务，它们逐利的另一面也排斥它们自身被界定为公正的人道组织。经济行为体参与人道活动的其他例子还包括：接受另一个行为体（例如武装部队）为提供人道服务而支付的款项；

---

750 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 122.
751 *Ibid.* p. 124.
752 *Ibid.* pp. 125–126.
753 关于哪些活动可被界定为“人道活动”的分析，见 J.4.c 节。
754 See e.g. ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013. 通过 ICRC 主导的一个磋商过程而通过的这些标准，反映出人道和人权机构（联合国机构、国际运动成员、非政府组织）之间共有的思维模式和共识。ICRC 认为，一个机构提供保护的标准不应低于这个文件所列明的标准。

在与公正的人道组织无关的情况下自己直接提供人道服务。因此，经济行为体不得行使共同第 3 条意义上提供服务的权利，因为它们不是公正的人道组织。

794 《日内瓦公约》规定，希望依据共同第 3 条提供服务的人道组织必须是“公正的”。公正指的是在计划和实施拟定的人道活动时，对受到武装冲突影响的人所采取的一种态度。作为国际运动的一项基本原则，“公正”要求不得“因国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治见解”或任何其他类似标准而有任何“歧视”。[755]此外，公正这项基本原则已获得国际法院支持[756]，它还要求国际运动成员“仅根据需要，努力减轻人们的疾苦，优先救济困难最紧迫的人”。[757]作为一项良好实践，不仅国际运动成员，还包括国际运动以外的行为体，都遵循了这一定义。

795 某个组织想要成为“公正的人道团体”，自身单方面宣称它有这种资格是不够的：它需要始终公正地开展行动。在行动的现实中，重要的是，作为提供服务之对象的当局认为该组织是公正和人道的，同时它们相信该组织将据此行事。

796 公正原则在任何人道活动的计划和实施阶段都适用：在决定采取哪些活动以及在哪里且怎样实施时（例如，谁首先接受医疗援助），只有受冲突影响之人的需要才可能影响人道组织的建议、优先事项和决定。

797 对于一个要被界定为共同第 3 条意义上的公正的人道团体的组织而言，对其总部设在哪里没有要求，它可以设立在发生非国际性武装冲突的国家的领土以外。

798 公正的概念不同于中立。实际上，作为一种态度，即使中立经常是必不可少的以便能够公正地开展工作，但共同第 3 条并不要求希望按照本条规定获得资格的组织是“中立的”。在人道活动的背景下，“中立”是指面对武装冲突各方所采取的态度。中立也是国际运动的基本原则之一，表述如下：“为了继续得到所有人的信任，本运动在敌对状态下不采取立场，任何时候也不参与带有政治、种族、宗教或意识形态性质的争论。”

799 应当指出的是，尽管不构成公正的人道组织的行为体也可以开展人道活动，而且这种活动也可以减轻人类痛苦，但它们既不受共同第 3 条第 2 款也不受指导公正的人道团体之行为的原则所约束。

2. 红十字国际委员会

800 共同第 3 条以 ICRC 为例（采取“如”这样的措辞），说明何为公正的人道团体。

801 ICRC 是唯一一个同时被共同第 3 条第 2 款和涉及提供服务权的共同第 9 条提到名字的组织。对于公约的起草者来说，ICRC 是公正的人道团体的典型。反言之，由于是公正的人道组织的典范，已赋予 ICRC 提供服务权利的各国发出的信号是，这个明确的提法是依 ICRC 始终作为一个公正的人道组织开展活动而定的。

---

755 尽管共同第 9 条中没有“任何其他类似标准”这些词语，但它们确实出现在《日内瓦公约》的其他条款中。例如，见《日内瓦第一公约》第 12 条第 2 款。

756 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242.

757 See also The Sphere Project, *Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, 3rd edition, 2011, para. 6 :

> “必须根据公正原则提供[人道]援助，这就要求仅根据需要来提供且与需要相称。这一点反映出更为宽泛的不歧视原则：任何人都不应基于任何有关自身状况的理由而受到歧视，包括年龄、性别、种族、肤色、族裔、性取向、语言、宗教、伤残、健康状态、政治或其他见解、血统或社会出身。”

802 在 1949 年《日内瓦公约》及其 1977 年《第一附加议定书》中，有相当多的条款中缔约国明确赋予 ICRC 提供服务的权利以便在其介入国际性武装冲突时开展具体的人道活动。[758]不过，就适用于非国际性武装冲突的条约法而言，只有共同第 3 条明确提到了 ICRC 且没有将其与特定的活动相关联。与此同时，《国际红十字与红新月运动章程》为 ICRC 在这些类型的冲突以及其他类型的局势中提供服务提供了法律依据。[759]

(四) 提供服务

803 依据共同第 3 条，各缔约国明确承认，公正的人道组织有权，而不是有义务，提供它们认为与满足武装冲突所造成的人道需求有关的任何服务。这种服务的提供是无条件的，不论一个或多个相关冲突当事方是否事先经过任何接触或提出任何请求，也不论是否存在制约这些组织享有的提供服务权的任何其他因素。

804 在提供服务时，这既不能被视为不友好的行为，也不能视为对一国国内事务的非法干涉，无论在一般意义上还是特别就该冲突而言。[760]它也不能被视为承认或支持冲突的某一方。因此，提供服务及其实施不得通过立法或制定其他规章而被禁止或入罪。不得阻止非国际性武装冲突之一方邀请 ICRC 或其他公正的人道组织从事某些人道活动。不过，作为一个国际法问题，这些组织并没有义务接受这样的请求；它们在任何特定的环境下都可以自行决定是否要积极回应。[761]在向非国际性武装冲突的一方提供服务时，共同第 3 条并不要求也向冲突的其他当事方提供同等的服务。

805 ICRC 或另一个公正的人道组织提供服务与作为服务对象之实体的国际法律地位毫无关系。共同第 3 条第 4 款清楚地表明，向武装冲突的一个非国家当事方提供服务的事实不影响该方的法律地位。同样，提供服务也不得解释为赞同该实体参与武装冲突的理由。

806 为了使以条约为依据的提供服务的权利得到有效行使，代表非国际性武装冲突之一方的当局应确认，负责在这方面做出决定的人能够接受这项权利。

(五) 可提供的服务

1. *人道活动*

807 共同第 3 条简要地表示，在非国际性武装冲突的情况下，一个公正的人道团体可以提供“其服务”。共同第 3 条没有定义服务的概念，也没有提供例子。

808 共同第 9 条规定了国际性武装冲突中提供服务的权利，它允许 ICRC 和其他公正的人道组织从事“人道活动”来“保护”和“救济”（该词可与“援助”一词互换使用）某些类别的人员。

809 武装冲突造成的人道需要可能是基本一致的，不论冲突的法律定性为何。因此，如果没有任何相反的意思表示，共同第 3 条中的“服务”一词应做广义解释，即包括满足所有受武装冲突影响之人的需要所必需的一切类型的人道活动。武装冲突的性质不应对可提供的人道活动

---

758 更多细节，见关于第 9 条的评注，第 1132 段。

759 见 1986 年《国际红十字与红新月运动章程》，第 5 条第 2 款第 3-4 项和第 3 款。关于这些规则之由来的细节，见第 783 段。

760 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242：“毫无疑问，向另一国的人员或部队提供完全是人道性质的援助，不论其政治背景或目的为何，都不能被视为非法干涉或者以任何其他方式违反国际法。”

761 关于各国红会在这方面的特殊地位，见第 783 段。

产生任何影响，无论是保护活动还是救济/援助活动。

810 可以说，人道保护和人道援助活动拥有相同的目标，即保障受武装冲突影响之人的生命和尊严。因此在实践中，它们既不应被看作是割裂的，也不应被看作是互斥的：援助受武装冲突影响的人同时也是保护他们，反之亦然。所以，“人道保护”活动同时也可被界定为“人道救济”活动。因此，如果冲突之一方只允许一种类型的活动（例如，人道救济）而原则上拒绝同意另一种（在这个例子中就是人道保护），就会背离共同第 3 条的目的。

811 在“人道”这项基本原则的定义中可以找到何种行为可被界定为“人道主义”的指征。该原则也已得到国际法院的支持，[762]是国际运动七项基本原则的第一项。[763]从定义来看，可以推断人道活动是指“防止并减轻人们的疾苦，不论这种苦难发生在什么地方”的所有活动，其宗旨是“保护人的生命和健康并确保每一个人得到尊重”。[764]该定义中使用“生命”一词并不妨碍也可以为了死者的利益而从事人道活动，例如以有尊严的方式处置人的遗骸。[765]

812 因此，在武装冲突的背景下，人道活动就是那些试图保护受冲突影响之人的生命、安全、尊严和身心健康的活动，或者试图恢复曾被侵害之福祉的活动。这些活动必须关心人类本身。所以，也正如公正之要求所昭示的，人道活动以及实施这些活动的方式不得受任何政治或军事方面的考量所影响，也不得受与该人过去的行为相关的任何考量因素所影响，包括依据刑法或其他纪律规范可能受到惩罚的行为。人道活动试图挽救人的生命、身体完整和尊严，除了完成这项目标以外没有其他动机。最后，那些从事人道活动的团体只关注受冲突影响之人的需要。

813 除了上述一般性的考虑，各缔约国没有详细说明哪些活动在他们眼中属于人道活动。这一点丝毫不令人意外，因为很难预测一个特定的武装冲突可能造成哪些人道需要；此外，由于武装冲突的性质可能发生变化，它们导致的人道需要也可能会变，依据共同第 3 条可能提供的服务也因此会变化。一般性地定义在一个特定的环境中哪些活动具有保障受影响之人的生命、安全、尊严和身心健康的性质也不可能，尤其当一个武装冲突持续数年甚或数十年时。

2. 保护

814 “保护”的通常含义是指“使免于损害或伤害”。[766]就其本身而言，人道法的核心目标之一就是在武装冲突的情况下“保护”人们免受冲突各方权力的侵犯。

815 共同第 3 条第 2 款没有为公正的人道组织可开展何种活动以确保非国际性武装冲突各方遵守可适用的法律框架来“保护”人民提供任何指导。即使在公正的人道组织中间，对于哪些行为构成保护活动也存在不同的看法。对 ICRC 和机构间常设委员会来说，[767]“保护”的概念包

---

762 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242.

763 关于基本原则的由来和地位的详细信息，见第 783 段

764 关于“人道”原则及相关术语的深入讨论，可参见 Jean S. Pictet, ‘Commentary on the Fundamental Principles of the Red Cross (I)’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 210, June 1979, pp. 130–149.

765 “人道”这一术语的另一个定义包含在《全球项目：人道主义宪章与人道主义救援响应最低标准》（*Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*）一书中，其将“人道原则”定义为采取行动“来防止并减轻灾害或冲突造成的人类苦难”的义不容辞的责任。See also, *Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organisations (NGOs) in Disaster Relief*, 1994, p. 3：“人道原则优先。”

766 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1153.

767 为了响应联合国大会关于加强人道援助的第 46/182 号决议，机构间常设委员会（IASC）于 1992 年建立。它是一个包括联合国系统内和系统外之重要人道伙伴在内的机构间协调、政策制定和决策的平台。

括一切旨在依据相关法律体系的文字和精神确保充分尊重个人权利的活动，这些法律体系包括国际人道法、国际人权法和难民法。[768]

816 因此，在人道法的语境下，“保护活动”是指试图确保当局和其他相关行为体履行其义务以维护个人权利的所有活动。[769]保护活动包括设法制止或预防违反人道法的行为（再）发生的活动（譬如与当局交涉或普法）以及试图确保当局中止或结束任何违反可适用于其之规范的活动。

817 在非国际性武装冲突中从事保护活动时，ICRC 旨在确保可适用的人道法规则以及其他可适用的相关法律得到冲突各方的遵守或实施。这类活动可包括探视自由被剥夺的人以及与负有人道法义务的当局进行有理有据的保密对话。[770]更一般地说，ICRC 可提议从事任何其认为有必要的活动来监督人道法规则以及其他可能相关的法律框架的实施。

818 除《日内瓦公约》以外，“保护”一词对不同的行为体来说意味着不同的事项，并非所有此类活动都属于共同第 3 条的范畴。实践中，这使得概念分析变得复杂化。例如，如果一支参与联合国授权的执行和平任务的部队被授权“保护”平民居民，不同的活动和方法就会发挥作用，包括使用武力。尽管使用了相同的术语，但这个意义上的“保护”迥异于公正的人道组织从事保护活动时所采用的方法。

3. *救济/援助*

819 “救济”的通常含义是指“减轻或消除痛苦、焦虑或不幸”。[771]《日内瓦公约》中使用的“救济”一词主要适用于解决紧急情况造成的人道需要的活动。根据《第一附加议定书》的上下文，该术语需要结合第 81 条第 1 款所使用的更广义的术语“援助”来进行解读，它还试图涵盖更长期的乃至经常性甚至长期不断的需要。[772]就保护而言，无论《日内瓦公约》还是《附加议定书》，既没有对救济也没有对援助做出定义。缺少一个一般定义，或者说缺少一个“援助”一词所涵盖的具体活动的列表，符合这样的事实，即每一个环境下对人道援助的需求并不必然是相同的，可能随着时间的流逝而发生变化。

820 “援助活动”是指主要在卫生、饮水、住所（创造可持续的生活环境）和经济安全（ICRC 将其定义为“能够根据文化标准以一种可持续的方式涵盖基本需求和必然支出的个人、家庭或社会的状况”）等领域开展的所有活动、服务和物品之提供，试图确保卷入武装冲突的人能够活下来并有尊严的生活。[773]实践中，救济活动的类型视受益者的身份及其需求的性质而有所

---

768 ICRC, *Professional Standards for Protection Work carried out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013, p. 12. See also Inter-Agency Standing Committee, *IASC Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, The Brookings – Bern Project on Internal Displacement, Bern, January 2011, p. 5. 关于公正概念的进一步细节，见第 794-797 段。

769 ICRC Protection Policy, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 751–775.

770 ICRC 在保密的基础上开展工作。应当指出的是，这种保密性并非只与 ICRC 的保护活动相关，譬如在拘留的情况下；它还是 ICRC 整个人道行动的先决条件。保密使 ICRC 能够访问武装冲突和其他暴力局势的受难者，与有关当局开展双边对话，保护其受益人及一线工作人员。进一步的信息，见 ICRC2012 年 12 月通过的政策文件——《红十字国际委员会的保密工作法》。这是 ICRC 为确保遵守政府与非政府当局制定的法律而使用的一种特别方法。《红十字国际评论》，第 94 卷，第 887 期，2012 年秋季刊，第 1135-1144 页。

771 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1215.

772 ICRC Assistance Policy, adopted by the Assembly of the ICRC on 29 April 2004 and reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 677–693.

773 *Ibid*. p.* 678. ICRC 所采用的那些术语涵盖的具体活动的实例，see ICRC, *Health Activities: Caring for People Affected by Armed Conflict and Other Situations of Violence*, ICRC, Geneva, 2015, and *Economic Security*, ICRC, Geneva, 2013.

不同。譬如，针对战场伤员的救济活动就不同于针对自由被剥夺的人进行的活动。人道法的核心原则之一是，不管对没有或不再直接参加敌对行动的人采取哪些救济活动，这类活动永远不应被视为具有加强敌方军事能力的性质，譬如向受伤的作战人员提供医疗救助。

821 就保护和援助活动而言，ICRC 在双边和保密的基础上利用诸如劝说等作用机制来引导当局履行其遵守可适用规则的义务，包括那些支配基本服务供应的规则。[774]如果 ICRC 认为其努力不会得到当局令人满意的及时回应而且问题很严重，它就可能同时适度支持或取代直接提供援助。[775]如果发生这种情况，仍应牢记正是冲突之各方承担着确保人道需要得以满足的首要责任。[776]尽管做出努力并且在人道法遭到重大且再三违反的情况下，如果未能说服当局承担起这方面的责任，ICRC 就可以使用其他作用机制，在某些情况下，包括公开谴责。[777]

4. 受益者

822 共同第 3 条没有详细说明哪类人员可能成为所提议之人道活动的受益者。如果根据本规定的上下文加以解释，它必须被理解为人道活动首先是为了所有受共同第 3 条保护之人的利益而开展的，即“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内”。

823 武装冲突影响的不只是那些明确属于共同第 3 条所保护的人。但本条也没有说，ICRC 或其他公正的人道组织可向之提供服务的人仅限于列举出的那些人。此外，对受益于人道活动的人而言，不要求他们必须是违反可适用的法律标准的受害者。对谁能成为人道活动受益者的这种广义解释反映于《第一附加议定书》第 81 条第 1 款（该款提到了“冲突受难者”），并为后来在非国际性武装冲突中的实践所确认：在接受所提供之服务时，冲突各方通常不会将对活动的同意仅限于给予共同第 3 条所涵盖的受武装冲突影响的人。最后，前文所述不妨碍如下事实，即公正的人道组织的其他活动，例如在预防领域的那些活动（譬如宣传国际人道法），能够且正是为了身体健全的战斗员的利益而进行的。

824 尽管共同第 3 条没有明确提及，提供服务的权利还可能涉及为了死者的利益而进行的活动。[778]同样，尽管本身没有明确提及，源自共同第 3 条之宗旨的是，视情况而定，也可以行使提供服务的权利来保护或保障有益于伤病员的物体的正常运作，例如医疗所。

---

774 关于在救济活动领域也作为 ICRC 主要工作方法的保密工作法，见第 817 段和脚注 770。

775 见《红十字国际委员会援助政策》，第 682 页，该文件刊载于 2004 年 9 月的《红十字国际评论》，第 86 卷，第 855 期，第 677–693 页。

776 ICRC 或其他公正的人道组织从事援助活动从而替代当局或补充其工作的事实并不意味着它有这样做的法律义务。共同第 3 条中使用“得……提供”这样的词语进一步证明了这一点。见 ICRC 于 2004 年 4 月 29 日在大会上通过的《红十字国际委员会援助政策》，第 683 页，该文件刊载于 2004 年 9 月的《红十字国际评论》，第 86 卷，第 855 期，第 677–693 页。它阐明了 ICRC 同意作为替代者直接向居民提供服务的情况：

> 做出替代有关当局并直接向那些受影响的人提供服务的决定取决于要满足之需求的紧迫性和严重性。可以考虑这种行动模式，如果：
> - 需求巨大且应负责的当局不能够满足，或这样的当局不存在；
> - 需求巨大且应负责的当局不愿意满足；
> - 安全状况和/或间接援助可能被滥用或接受不到的风险有此要求；
> - 援助有助于保护受影响的人。

777 For further information, see ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400.

778 关于依据共同第 3 条给予死者的保护，见第 760 段。

(六) 服务提供的对象

825 共同第 3 条允许公正的人道组织“向冲突之各方”提供服务。在非国际性武装冲突的背景下，这使此类组织既有权向《日内瓦公约》的缔约国提供服务，如果它是冲突之一方，也有权向构成冲突之一方的任何非政府武装团体提供服务。因此，依据共同第 3 条第 2 款提供服务不得被认为是介入武装冲突，且“不影响冲突各方之法律地位”。[779]

826 尽管冲突各方主要负责解决人道需求，但本款的目的在于允许公正的人道组织在冲突各方无法履行其在这方面的义务时作为后者的补充。

(七) 同意

1. 同意的要求

827 共同第 3 条规定“公正的人道团体，如 ICRC，得向冲突之各方提供服务”，但没有讲清楚由谁以及怎样让这种服务的提供得到回应。在这方面，共同第 3 条不同于《第二附加议定书》第 18 条第 2 款，后者明确提到了就特定类型的人道活动（即救济行动）获得“有关缔约一方”同意的要求。[780]

828 尽管共同第 3 条没有提及，但从构成一般国际法[781]尤其是人道法基础的逻辑来看很清晰的是，公正的人道组织原则上只能从事提议的并已获得同意的人道活动。

829 同意可以通过向提供服务的组织做出书面回复来明示，也可以口头传达。若没有获得明确批准，公正的人道组织要确认相关冲突之一方至少默示地同意事先已及时通知该方的提议的人道活动。

830 但在例外情况下，寻求并获得有关当事方的同意可能面临难题。譬如，如果不确定政府仍有控制权或者国家政权已经瓦解或停止运作，就可能是这种情况。

831 此外，还可能存在人道需求特别重要的情况。只要这些需求没有得到解决，人道原则就要求公正的人道组织（如 ICRC）开展人道活动。

2. 不得任意拒绝同意

832 对于是否存在这样的情况，即非国际性武装冲突之一方可以合法地拒绝同意一个公正的人道组织提供服务，《日内瓦公约》没有提供任何指引。1949 年，至少就相关缔约方的同意而言，对获得相关冲突各方同意的要求就被置于国家享有近乎绝对主权的背景下去理解：作为提供服务之对象的缔约国不认为任何国际法规则可以克减其充分的自由裁量权。然而在当时已有这样的理解，如果冲突之一方拒绝所提供的服务，那么该方对其违反自身对预期受益者承担的人道义务所造成的一切后果将承担严重的道义责任。[782]

---

779 见第 805 段和第十二节。

780 同样，对于《第一附加议定书》适用的国际性武装冲突，另见该议定书的第 70 条第 1 款和第 81 条第 1 款。另见 ICRC，“ICRC 关于人道准入的问答及术语汇集”和 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，为第 32 届红十字与红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2015 年，第 26-30 页。

781 这包括一国对进入其领土进行监管的主权权利。

782 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 58：“拒绝前线以外提供的慈善服务的冲突之一方（如果额外的帮助是必要的）要负起严重的道义责任。”

833 自 1949 年至今，作为一般法的国际法和特别法的人道法已经有了显著变化，某种程度上说非国际性武装冲突之一方，无论是公正的人道团体向之提供服务的缔约国还是非政府武装团体，都没有完全的自由来决定如何回应这种服务的提供。现在公认的是存在这样的情况，作为一个国际法问题，非国际性武装冲突之一方有义务同意一个公正的人道组织提供服务。

834 特别是，国际法已经受到了《日内瓦公约》实施方面相关国家实践的重要影响，现在已经发展为不得任意拒绝同意。[783]因此，对人道活动的任何阻碍都必须基于有效的理由，被寻求其同意的冲突之一方必须善意地[784]并且依据涉及受非国际性武装冲突影响之人的人道需求的国际法律义务来评估任何服务之提供。所以，如果非国际性武装冲突之一方不愿意或不能够解决基本人道需求，国际法就要求其接受一个公正的人道组织提供服务。如果这种人道需求尚未得到满足，拒绝一个公正的人道组织提供服务就是任意的，从而违反国际法。

835 对于如何解释“任意”这个标准，国际法没有提供权威阐释。[785]这项评估一直是以环境为导向的。尽管如此，确实有一些情况下拒绝给予同意显然不能认为是任意的。譬如，如果作为服务提供对象的当事方本身愿意并且能够解决人道需求而且确实以一种公正的方式这样做，就是这样的情况。反过来说，如果拒绝同意导致该方违反了人道法或其他国际法领域的义务，例如可适用的人权法，就可以认为是任意的。譬如，如果有关当事方不能够或不愿意向受武装冲突影响的人提供人道援助，甚至连能使他们有尊严地生活的基本需求都不满足，就是这样的情况。

836 此外，必须牢记，作为作战方法使平民居民陷于饥饿是禁止的。[786]因此，如果供应品的缺乏旨在或者预期使平民居民陷于饥饿，就不存在拒绝向该居民提供人道救济之提议的正当理由。[787]当作为提供服务之对象的当事方本身没有能力解决人道需求时，也不存在任何拒绝的正当理由。同样，无论明示还是默示地为了加剧平民的苦难而拒绝同意也被视为任意的。

837 如果拒绝给予同意是基于不利区别，即旨在剥夺某一国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治见解的人员所必需的人道救济或保护，那么该拒绝也可认为是任意的。

---

783 习惯国际人道法也已有了同样的发展：见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 55 的评注，第 187 页：“未征得相关各方的同意，人道组织就无法开展行动。但禁止任意拒绝同意。”这一表述是在一条涉及“向急需帮助之平民提供人道救济”之规则的语境下做出的。从逻辑上讲，提供服务来保护或援助伤者、病者或遇船难者也适用相同的规则，保护或援助战俘也是如此。这种服务的提供应由不同的规则来调整是毫无道理的。否则，这将导致出现明显荒谬和不合理的情况：禁止冲突之一方任意拒绝向平民提供的服务，但提供的服务旨在使受武装冲突影响的其他类别的人员受益时则不在此列。See also *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. XII, p. 336. 联邦德国的代表（在这一点上也得到其他几个代表团的支持）针对“但须受有关各方关于这种行动的同意的拘束”这句话表示：“这句话并不意味着有关各方有拒绝同意救济行动的绝对和无限制的自由。一方拒绝同意必须有这样做的正当理由，而不是任意或难以捉摸的理由。”另见 1998 年《关于国内流离失所的指导原则》，原则 25 第 2 款：“不得任意拒绝（给予一个国际人道组织或其他适当的行为体提供服务的）同意，尤其在有关当局不能够或不愿意提供必需的人道援助时。”另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 124 第 2 款的评注，第 421 页。最近的两个例子，见联合国安理会涉及叙利亚的第 2139 号决议，2014 年 2 月 22 日，序言第 10 段：“谴责所有不让人道主义人员和物资进出的行为，回顾任意剥夺平民生存不可缺少的物品，包括蓄意阻碍救济物资的供应和获取，可构成违反国际人道法行为”；涉及也门的第 2216 号决议，2015 年 4 月 14 日，序言第 10 段，“回顾”部分包含完全一致的措辞。

784 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，为第 31 届红十字与红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2011 年，第 25 页。

785 另见“ICRC 关于人道准入的问答及术语汇集”，第 369 页。

786 见《第二附加议定书》，第 14 条和 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 53。

787 ICRC，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，为第 31 届红十字和红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2011 年，第 25 页。

838 根据人道法，军事必要不是拒绝服务之提供或者整体否定公正的人道组织提议的人道活动的正当理由。

839 自始至终，非国际性武装冲突之一方对从事人道活动的同意都不妨碍该方采取控制措施的权利。这类措施可包括：核实援助的性质；为提供援助规定技术安排；出于紧急的军事必要而临时限制人道活动。[788]如果核查措施得出的结论是，该活动既不是公正的也不是人道性质的，就可拒绝准入。但这些控制和限制措施的设计及实施，其所有实际的意图和目的都不得相当于拒绝同意。换言之，人道法承认的控制权不应无理延迟人道行动或使其实施成为不可能。在这方面，仅在为了规范而非禁止人道准入时，可在例外情况下援引紧急的军事必要，而且只能暂时且在地理上限制人道工作者的行动自由。[789]紧急的军事必要这种理由可能包括如防止干涉正在进行的或未来的军事行动。

3. 准许和便利迅速和无阻碍通过的义务

840 不像适用于国际性武装冲突的人道法，没有任何条约规则专门处理不构成非国际性武装冲突之一方的缔约国是否有义务准许和便利救济物资、设备和人员迅速和无阻碍地通过。[790]至少暂时可以主张，依据共同第 1 条所规定的尽职义务部分（“保证尊重”），这可以被认为是强制性的。无论如何，如果一个人道组织只有穿越某一国家的领土才能接触到其受益者，那么构成《日内瓦公约》之基石的人道精神就隐含着一项合理期待，即该国不得以一种有损于那些受益者的方式滥用其主权权利。若那些国家拒绝准许和便利救济的提供，就事实上阻碍了人道需求得以解决，从而导致冲突各方给予的同意无效。

十一、第 3 款：特别协定

(一) 引言

841 共同第 3 条第 3 款邀请冲突之各方订立协定，除适用共同第 3 条以外，还适用形式上本不适用于非国际性武装冲突的《日内瓦公约》之“其他规定”。就这一点而言，本款反映出适用于此类冲突的人道法条约仍处于相当初级的阶段。在这方面，重要的是忆及，即使非国际性武装冲突之各方之间没有特别协定，习惯国际人道法也适用。

842 特别协定“可简单明了地规定在这种情况下可适用的法律——或除了已适用的法律以外更多国际人道法的规定——并从各方获得维护国际人道法的明确承诺”。[791]谈判缔结特别协定的益处“不止在于该文件中所订立的正式条款，冲突之各方被召集在一起进行谈判本身就具有重要意义”。[792]

843 《保护文化财产海牙公约》也鼓励非国际性武装冲突之各方“通过特别协议以实施本公约所有或部分其他条款”。[793]在国际性武装冲突中订立特别协定的可能性则规定于共同第 6 条（《日内瓦第四公约》第 7 条）。

---

788 见《第一附加议定书》，第 70 条第 3 款；另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 55 的评注，第 188 页。
789 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 56。
790 见《第一附加议定书》，第 70 条第 2-3 款以及关于第 9 条的评注，第 1168 段。
791 ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, p. 16.
792 *Ibid*. p. 17; see also Bell, p. 20.
793 1954 年《保护文化财产海牙公约》，第 19 条第 2 款。此外，该条第 4 款还确认，订立此种协议不影响冲突各方的法律地位。

(二) 历史背景

844 为 1949 年外交会议准备公约草案期间，关于人道法适用于非国际性武装冲突的最初提案之一是这类冲突之各方“应宣告他们愿意适用本公约之原则”。[794]该提案就包含了利用特别协定使各公约的所有规定对非国际性武装冲突之各方发生效力这一理念的由来。在外交会议期间，几乎在当时提出的所有第 2 条第 4 款的草案背后都发现了这种可能性[795]，最终被保留作为共同第 3 条的第 3 款。

845 在非国际性武装冲突中利用这种协定的一个历史先例发生在西班牙内战期间（1936-1939 年），当时还不存在任何这方面的条约规定，那时冲突各方分别与 ICRC 订立协定，同意该组织在冲突期间提供人道服务。[796]

(三) 讨论

846 共同第 3 条第 3 款规定“冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力”。如果狭义解读，该款似乎暗示，只有明确使日内瓦四公约中的其他规定发生效力的协定才可被认为是一项特别协定，而超出日内瓦四公约规定以外的协定不得被视为特别协定。不过，既然该规定的目的是为了鼓励武装冲突之各方就一套更全面的保护那些没有或不再参加敌对行动之人的规范达成共识，其中规定实施习惯国际人道法或者包含一套比《日内瓦公约》更加宽泛之规范的特别协定，尤其是像《第一附加议定书》中的规定，就可以被认为是共同第 3 条所指的特别协定。此外，确认冲突之各方不会使用某种类型的武器或者确认或建立敌对行为规则的协定也可以构成特别协定。

847 协定可以仅仅是宣告性的，因为他们可承认已经适用的习惯或条约法义务，或者他们也可制定更详细的安排来执行新的或现有的义务。重要的是在各方之间发生效力的规定有助于保护武装冲突受难者。事实上，各种类型的协定都可被视为本条意义上的特别协定。此外在实践中，非政府武装团体和其他行为体曾利用大量不同手段来表达尊重各种人道法规范的承诺。[797]

848 冲突之各方“应……努力”订立此类协定。因此，并非仅是指出冲突各方订立此类协定的可能性，该规定还鼓励各方做出认真努力，履行保护受难者并限制武装冲突所造成之苦难的义务。本条的法文版也确认了该项敦促的紧迫性，它使用的词语是“s’efforceront（努力）”。

849 共同第 3 条所指特别协定的最简单情况就是非政府武装团体和与其交战的国家之间或两个相互交战非政府武装团体之间签署的协议。实例包括 20 世纪 90 年代前南斯拉夫境内武装冲突各方订立的实施《日内瓦公约》多项规定和《附加议定书》某些规定的协定。[798]其他此类协定包括：2001 年哥伦比亚革命武装力量和哥伦比亚政府之间订立的人道交换协议；[799]2004 年

---

794 *Report of the Preliminary Conference of National Societies of 1946*, p. 15.

795 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 120–127. See also Siordet, pp. 198–200.

796 ‘Comité International: Guerre civile en Espagne’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 67, No. 409, 1936, pp. 758–759. 尽管冲突各方都同意 ICRC 提供人道服务，但在其他方面，这些协议彼此之间都有些许不同。

797 See paras 855–857.

798 Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (1991); Jakovljevic, pp. 108–110.

799 Government-FARC Humanitarian Exchange Accord, 2 June 2001, available at https://www.c-r.org/accord.

订立的关于达尔富尔冲突的人道停火协定；[800]尼泊尔政府和尼共（毛派）之间于 2006 年订立的停火行为守则；[801]以及 1998 年在菲律宾订立的尊重人权和国际人道法全面协定。[802]这类协定都是在武装冲突正在进行的背景下订立的，旨在规范敌对行为，允许提供人道援助，此外还有减轻冲突对居民的消极影响。

850 如果包含使来自《日内瓦公约》和/或《附加议定书》之进一步义务成立的条款，那么和平协定、停火或其他协议也可以构成共同第 3 条意义上的特别协定，或者实施共同第 3 条的手段。在这方面，应当忆及，旨在终止敌对行动而订立的“和平协定”，可以包含来自其他人道法条约的规定，例如给予依据战争法规和惯例开展行动的武装人员以豁免，释放所有被俘人员或者承诺搜寻失踪人员。[803]如果它们包含来自人道法的规定，或是实施冲突各方已责无旁贷的人道法义务，这些协定或者视情形也可能是相关规定，就可以构成共同第 3 条意义上的特别协定。鉴于敌对行动并不总是随着和平协定的缔结而终止，这一点尤为重要。

851 同样，一项协定可包含来自人权法的义务并有助于实施人道法。例如，它可以为了更精确地创设进行公正审判的义务，也可以另一种方式运用国际人权法。[804]在某些情况下，人权法和人道法项下的规则可能是一致的，这样的话，协定各方可适用的规则源自其中哪一个体系就不重要了。再次强调，这种协定中任何实施人道法或使其生效的规定都可构成共同第 3 条意义上的特别协定。

852 特别协定可能有多种不同的形式和格式。视情况而定，平行声明或者冲突之每一方与诸如一个国家或者国际组织等第三方之间订立的“三方协定”也可以是特别协定。关键在于各方表示同意尊重或实施人道法或特定义务。可以通过共同谈判并包含体现出受约束意愿之条款的平行声明做到这一点。[805]不管是否被视为共同第 3 条意义上的特别协定，如果冲突之一方与一个人道组织订立一项协定，允许该组织开展人道活动，那么这种协定就有助于该方履行其人道法义务或使这些公约的其他规定发生效力。

853 如果一项协定是书面形式的，可能更容易证明各方承诺的准确条款。实施广泛人道法义务的协定当然就是这种情况。此外，譬如，建立安全地带或医院地带的协定，或者建立司法保证的协定，就应当是书面形式的。[806]不过，在某些情况下，对一个专门问题，可能没有必要订

---

800 N’Djamena Humanitarian Ceasefire Agreement on the Conflict in Darfur (2004); see also the accompanying N’Djamena Protocol on the Establishment of Humanitarian Assistance in Darfur (2004).

801 The Code of Conduct for Ceasefire agreed between the Government of Nepal and the CPN (Maoist), Gokarna, 25 May 2006.

802 Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines (1998).

803 《第二附加议定书》，第 6 条第 5 款：“在敌对行动结束时，当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免。”另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 159。例如，见 1993 年关于利比里亚的《科托努协定》。然而，见 1994 年在危地马拉订立的《全面人权协定》（Comprehensive Agreement on Human Rights），第 9 条第 2 款（“根据 1949 年《日内瓦公约》（共同）第 3 条第 2 款第 2 项，冲突各方的这些声明不构成一项特别协定。”）。

804 Marco Sassòli, ‘Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law’, Paper presented at the Armed Groups Conference, Vancouver, 13–15 November 2003, p. 10. Confirming the inclusion of human rights law obligations in agreements, Sivakumaran, 2012, pp. 131–132. See also Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines (1998).

805 一个经常被引用的历史先例，ICRC 和西班牙内战各方之间订立的非国际性武装冲突中的特别协定，就是这种情况。更近的一个例子是刚果民主共和国政府和非国家武装团体“3•23”运动（M23）于 2013 年 12 月分别发布的平行单方面声明：见联合国安理会：《秘书长关于〈刚果民主共和国和该区域的和平、安全与合作框架〉执行情况的报告》，2013 年 12 月 23 日，UN Doc. S/2013/773，第 3-11 段。

806 例如，见关于《日内瓦第一公约》第 23 条和《日内瓦第四公约》第 14 条的评注。

立书面协定，如果这种方式可以信赖的话。因此，譬如，允许获得人道救济的明确承诺，如果冲突各方达成共识并广而告之或者以其他方式进行了有效传达，就构成共同第 3 条意义上的特别协定。也就是说，该协定应足够详尽从而使义务和期待清晰明确。[807]

854 必须强调的是，即使各方只同意数量更加有限的附加规定，他们也仍受到所有可适用的人道法规范的约束。此外，这类协定不得克减可适用的人道法，从而削弱该法提供的保护。这一结论来自对共同第 3 条文本的字面解读，该条规定“冲突之各方最低限度应遵守”本条之规定。[808]共同第 6 条（《日内瓦第四公约》是第 7 条）也采用了这种方法，详细规定国际性武装冲突中的特别协定既不得对这些公约所保护之人员的境遇有不利的影响，亦不得限制其所赋予彼等之权利。

855 还应当指出的是，非国际性武装冲突之各方经常与该冲突的其他当事方、其盟友以及国际组织订立协定。虽不是全部，但这些协定中很多都可构成共同第 3 条意义上的特别协定。这项规定的目的旨在鼓励非国际性武装冲突之各方就一套保护那些没有或不再参加敌对行动之人以及更好地履行现有义务的更全面规范达成共识。尽管是盟友而非冲突各方之间订立的规定实施习惯国际人道法或者包含比《日内瓦公约》之规定更为宽泛的一套规范的协定并非共同第 3 条意义上的特别协定，但它们仍是确保尊重人道法的一个受欢迎且有效的手段。

856 非政府武装团体和政府也曾与国际组织签署声明或协定，后者具备使该团体或国家就具体问题改进其遵守机制的特殊专长。其中一些可被解释为一种类型的单方面声明，而其他的则可能是双边或多边协定。[809]譬如，苏丹解放军的一个派别曾与联合国儿童基金会签署了一份“行动计划”，其中“承诺停止招募并释放所有 18 岁以下儿童”。[810]联合国秘书长儿童与武装冲突问题特别代表办公室也与大量其他非政府武装团体和国家签署过这种“行动计划”，旨在预防和/或停止在武装冲突中使用或招募儿童的行为。[811]同样，非政府武装团体也曾与一个名为“日内瓦呼吁”的非政府组织签署行动承诺，其中他们承诺在特定地区尊重人道法。[812]因此，明示的承诺并不需要发生在冲突各方之间才能阐明该方所负的人道法义务。

857 事实上，非政府武装团体通过各种机制承诺尊重人道法并不罕见。仅举几例，这些机制包括共同第 3 条规定的特别协定，以及单方面声明、行为守则或者签署“行动承诺”或“行动计

---

807 除了总体上详尽协定所带来的益处外，值得回顾的是“仅仅宣传国际人道法……不足以对战斗员的行为产生直接影响”；ICRC, *The Roots of Behaviour in War*, p. 11.

808 此外，各方还不得克减习惯国际人道法项下的义务，也不得克减《第二附加议定书》中可适用的规定或者可适用于非国际性武装冲突的其他人道法条约。

809 ICRC, *Improving Compliance with International Humanitarian Law*, ICRC Expert Seminars, October 2003, p. 21; Roberts/Sivakumaran, p. 142.

810 联合国安理会：《安全理事会第 1612（2005）号决议所设的儿童与武装冲突问题工作组活动年度报告（2007 年 7 月 1 日至 2008 年 6 月 30 日）》，联合国第 S/2008/455 号文件附件，2008 年 7 月 11 日，第 11 段 c 项。同样，中非共和国政府、民主力量团结联盟（UDFR）和联合国儿童基金会之间于 2007 年 6 月签署了一份三方协定，“其中 UDFR 同意分离并释放所有与其所属武装团体有关的儿童；并且帮助他们重返社会”；另见联合国大会：《秘书长的报告：儿童与武装冲突》，UN Doc. A/63/785-S/2009/158，2009 年 3 月 26 日。后两份文件引自 Bellal/Casey-Maslen，第 190 页。

811 联合国大会：《秘书长的报告：儿童与武装冲突》，UN Doc. A/66/782-S/2012/261，2012 年 4 月 26 日；《秘书长的报告：儿童与武装冲突》，UN Doc A/67/845-S/2013/245，2013 年 5 月 15 日（2013 年 7 月 30 日再次发布）。See also Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, Action Plans with Armed Forces and Armed Groups, http://childrenandarmedconflict.un.org/our-work/action-plans/.

812 “日内瓦呼吁”有三项行动承诺：Deed of Commitment for Adherence to a Total Ban on Anti-Personnel Mines and for Cooperation in Mine Action; Deed of Commitment for the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict; and Deed of Commitment for the Prohibition of Sexual Violence in Situations of Armed Conflict and towards the Elimination of Gender Discrimination, http://www.genevacall.org/how-we-work/deed-of-commitment/.

划”。[813]所有这些机制都提供给“冲突之一方对其遵守国际人道法的意愿或意向做出‘明确承诺’的机会”，应当予以鼓励。[814]尤其是，如果这些机制详尽细致且伴随着实施其中所包含之承诺的真诚而具体的努力，它们就可有效地加强尊重人道法。[815]不过，没有任何这种承诺也并不减少非政府武装团体遵守条约和习惯国际法的义务。

858 无论一方是否通过一项特别协定、单方面声明或者包括行为守则在内的其他承诺手段承担了额外的人道法义务，它都应当有能力尊重其所承担的义务。这是为了确保协定不会成为最终可能会削弱尊重人道法的一纸空文。

859 公正的人道组织，如 ICRC，可提供服务以便利特别协定的订立或者帮助实施这些协定。[816]尽管不存在订立特别协定的一般义务，但在某些情况下它可能是尊重人道法现有义务的一个至关重要的手段，例如使收集和照料伤者和病者或者寻找失踪人员的下落成为可能。还需特别指出的是，如果一项协定的各方希望赋予第三方以特定的监控或监督职责，他们应确保获得该实体承担相关职责的同意。

860 最后，值得回顾的是，订立特别协定的能力与共同第 3 条第 4 款的遵守密切相关，该款规定“上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位”。因此不能推定，承认订立使《日内瓦公约》中其他义务发生效力之特别协定的能力就意味着承认为交战团体或以任何方式表明该协定的非国家当事方拥有完全的国际法律人格。[817]特别协定之各方重申该协定不影响其法律地位的情况并不罕见。[818]即使认为特别协定无法像国际条约那样优于国内法，也不应援引国内法来阻碍实施冲突各方善意商定的特别协定。[819]

---

813 关于这类承诺的列表，see Sivakumaran, 2012, pp. 143–151, and more generally pp. 107–152. See also ICRC, ‘A collection of codes of conduct issued by armed groups’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011.关于单方面声明、行为守则和特别协定的例子，见 http://theirwords.org/，这是由非政府组织“日内瓦呼吁”维护的一个数据库。See also Ewumbue-Monono, pp. 905–924; Veuthey, pp. 139–147; Roberts/Sivakumaran, pp. 107–152; and ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, Geneva, 2008. 这些参考资料提供了一些曾订立特别协定之主题类型的实例。

814 ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*. 在外交会议上总体缩短《第二附加议定书》期间被删除的该议定书第 38 条的草案，也规定可做出单方面声明；see *Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. IX, pp. 245–246 paras 45–50. See also 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. 1, Adoption of the Declaration and the Plan of Action, Annex 2: Plan of Action for the years 2000–2003, para. 1.1.3：“在非国际性武装冲突中有组织的武装团体被敦促尊重国际人道法。呼吁他们宣告其尊重国际人道法的意图并教育其所属部队。”

815 ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*; Sassòli 2010, p. 30; Roberts/Sivakumaran, pp. 126–134.

816 例如，在前南斯拉夫冲突中，ICRC 参与订立了 1991-1992 年的协定。另见关于公正的人道团体向冲突之各方提供服务权利的共同第 3 条第 2 款。

817 See van Steenberghe, pp. 51–65.

818 此外，“日内瓦呼吁”的标准行动承诺中也包含带有这个意思的规定。

819 1969 年《维也纳条约法公约》第 3 条详细规定，该公约不适用于“国家与其他国际法主体间所缔结之国际协定或此种其他国际法主体间之国际协定”（但同时承认上述协定的存在）。无论是否构成国际法上的条约，非国际性武装冲突之各方之间订立的特别协定可以说创设了国际法义务。前南刑庭认为，在其管辖范围内的冲突各方之间订立的特别协定中至少有一项，按照一位评论家的话说，具有“类似于条约”的拘束力；针对苏丹解放运动/苏丹解放军与正义和平等运动之间订立的协定，达尔富尔问题国际调查委员会得出了类似的结论；见 Sivakumaran，2012 年，第 109 页。尽管前南刑庭审判庭在一个案件中将一项特别协定作为法律义务的渊源而做出有罪判决，但上诉庭更愿意将相同的义务基于习惯国际人道法。See *Galić* Trial Judgment, 2003, and Appeal Judgment, 2006. 更经常的情况是，前南刑庭出于证据目的使用这类协定；见 Vierucci，2011 年，第 423 页。在某些情况下，非国家武装团体与国家之间订立的协定虽然不被认为是国际法上的条约，但仍然“能够在国内法上给协定的各方创设有拘束力的义务和权利”；SCSL, *Kallon and Kamara* Decision on Challenge to Jurisdiction, 2004, para. 49. 不过，该裁决曾受批评：Cassese, pp. 1134–1135. See also Colombia,

十二、第 4 款：冲突各方之法律地位

(一) 引言

861 本款确认“上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位”是十分必要的。它解决了如下担忧：在非国际性武装冲突的情况下适用公约，哪怕是非常有限的适用，都可能构成对合法政府合法镇压武装活动的干涉。这一款绝对清楚地表明，公约的目的纯粹是人道性质的，它决不干预各国的内部事务，而只是在一切情况下保证尊重所有国家都认为无论在何处都有效的必要的人道规则。

(二) 历史背景

862 本规定的起草历史简单明了。它在 1947 年 ICRC 主持召开的政府专家会议上首次被提议，几乎没怎么改动就再一次被接连引入所有草案。[820]没有这一款，无论是共同第 3 条，还是该位置的任何其他条款，都不可能获得通过。但应当忆及，旨在适用于非国际性武装冲突的人道法的范围从缔约过程开始至结束发生了巨大变化。1949 年外交会议上讨论的第 2 条第 4 款草案的最初建议文本是：

> 在一个或多个缔约国境内发生的所有非国际性武装冲突中，敌对各方应有义务执行本公约的规定。本公约得适用于这些情况，无论冲突各方的法律地位为何，也不妨碍上述地位。[821]

863 出于上述理由，与同意在非国际性武装冲突中适用全部公约相反，外交会议上各国代表选定了我们现在所知的共同第 3 条。[822]会议上各国代表认为，人道法适用于非国际性武装冲突的言外之意，尤其是它“似乎赋予叛乱分子（其发动战争的权利不受承认）以交战团体地位”，这种主张必须从这个角度来看待。[823]并非适用任何人道法规则无论如何都会带来难题，而是在他们看来适用整个法律体系才会这样。[824]

(三) 讨论

864 本规定确认，适用共同第 3 条——或者，可能更准确地说，一国承认共同第 3 条和习惯国际人道法义务适用于一场涉及一个非政府武装团体的冲突——不构成合法政府针对敌方有任何此类地位或权力的任何承认；它没有将政府的权利限定为利用一切合法手段与非政府武装团体作战；它不影响政府根据其本国法律以及可适用此类程序的任何其他相应的国际法律义务，针对这些人就其罪行进行起诉、审判和宣判的权利。[825]这一点同样适用于订立特别协定。事实上，将共同第 3 条适用于非国际性武装冲突不会赋予非政府武装团体以交战团体地位或者越来越多的权力。

Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-225/95*, Judgment, 1995, para. 17. 关于特别协定之地位的讨论，另见 Vierucci，2015 年，第 515–517 页。

820 *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, p. 9.

821 See *Draft Conventions adopted by the 1948 Stockholm Conference*, p. 10.

822 详细情况，见第二节。

823 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 10.

824 各国尤其关心战俘地位的适用；同上，第 10–11 页。因此，适用人道法不影响各方法律地位的事实必须结合交战团体的地位在狭义上理解，而不是非国家武装团体的国际法律人格存在与否的更广泛问题。关于这一争论，见 Moir，第 65–66 页。

825 不过，见《第二附加议定书》第 6 条第 5 款，它敦促当权当局在敌对行动结束时，“对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论被拘禁或被拘留，给以尽可能最广泛的赦免”。另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 159。

865 尽管对本款做出如此澄清，但各国有时会继续对一个被归类为非国际性武装冲突的局势持保留态度，经常是因为担心这种归类某种程度上会赋予非政府武装团体某种地位或合法性，无论是法律上的还是政治上的。[826]这部分是因为缺乏与经常被政府打上恐怖分子标签的冲突之非国家当事方就某一特定问题进行谈判或者就诸如和平解决等更广泛问题进行接触的意愿。重要的是，并不一定是因为缺乏适用和尊重人道法的意愿。[827]事实上，尽管各国可能出于各种理由继续否认非国际性武装冲突的存在，包括如果这样做就给予武装冲突的非国家当事方以合法地位，但适用人道法不改变冲突各方之地位的原则如今已被广泛接受。[828]

866 本规定确认，尽管人道法为冲突各方在对待处于其权力之下的人民方面规定了同等的权利和义务，但并不给予冲突各方中的非政府武装团体以合法地位。

867 此外，本规定有助于强调，由于国际人道法仅基于事实适用，不论一国是否将某一非政府武装团体的成员界定为“恐怖分子”或将其活动界定为“恐怖主义”，只要适用条件得以满足，人道法就适用。

868 拒绝被一国打上“恐怖分子”标签的团体成为人道法意义上的非国际性武装冲突之一方，会带来该非政府武装团体失去遵守国际人道法之动力的风险。这反过来又会降低人道法服务于其保护性目的的能力。人道法力图保护平民和所有没有直接参加敌对行动的人；某种程度上它要通过责成冲突各方区分平民/民用物体和军事目标来做到这一点。

869 自 1949 年引入共同第 3 条至今，人道法对非国际性武装冲突局势的可适用性不影响非政府武装团体的法律地位或者不增强其合法性的事实从未改变。这一点在今天仍和过去一样至关重要，因为任何其他解释几乎都不可避免地会导致各国否认共同第 3 条的可适用性，从而逐渐削弱其人道目标。

十三、刑事方面和遵守机制

(一) 引言

870 共同第 3 条缺乏各公约中适用于国际性武装冲突的部分所包含的遵守机制，例如保护国、和解程序和调查程序。更重要的是，它没有规定违反其规定之个人的刑事责任。不过，在过去的几十年里，无论条约还是习惯国际法都有了显著发展，填补了其中某些空白。

(二) 非国际性武装冲突中的个人刑事责任

871 1949 年外交会议仅简要讨论了违反共同第 3 条的个人刑事责任问题。有些国家希望共同第 3 条能包含各国将违反本条的行为视为战争罪的可能性。[829]这主要是那些支持 1949 年各公约的大部分规定都适用于非国际性武装冲突的国家。不过，当时大部分国家都拒绝了这项

826 United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 15.3.1; Fleck, pp. 589–591, para. 1202.

827 Sivakumaran, 2012, pp. 209 and 546–549.

828 1980 年《某些常规武器公约》及其他人道法条约也都采纳了类似的规定。见 1954 年《保护文化财产海牙公约》，第 19 条第 4 款；1996 年《〈某些常规武器公约〉修正的第二号议定书》，第 1 条第 6 款；1999 年《保护文化财产海牙公约第二议定书》，第 22 条第 6 款；以及 2001 年《1980 年〈某些常规武器公约〉经修正后的第一条》，第 1 条第 6 款。See also the opinion of the Constitutional Court of Colombia on the conformity of Additional Protocol II: *Constitutional Case No. C-225/95*, Judgment, 1995, para. 15.

829 意大利代表团就表达了这种观点；see *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, p. 49.

提议。[830]多数派的观点是，除了第 3 条，四个《日内瓦公约》的规定不适用于非国际性武装冲突。[831]同样，1949 年外交会议期间关于严重破约之规定的讨论也表明，就没设想过让这些规定适用于非国际性武装冲突。[832]

872 起诉严重违反共同第 3 条的个人被交由各国依据其各自的国内刑法典自由裁量。20 世纪 90 年代以前这很少发生。[833]1993 年前南斯拉夫问题和 1994 年卢旺达问题《国际刑事法庭规约》的通过是承认非国际性武装冲突中个人刑事责任的转折点，包括严重违反共同第 3 条的行为。在联合国安理会中促成建立这些法庭的辩论表明了国家实践的变化，因为安理会的一些成员认为，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》关于违反战争法或惯例的第 3 条应理解为包括：

> 行为当时前南斯拉夫领土上遵行的各人道法协定，包括 1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条及其 1977 年《附加议定书》所载的各项义务。[834]

873 前南刑庭上诉庭将《规约》第 3 条解释为“一个包括所有违反人道法的一般条款”，具体包括严重违反共同第 3 条以及其他可适用于非国际性武装冲突之习惯法规则的行为。[835]上诉庭发现：

> 习惯国际法对严重违反共同第 3 条（被保护国内武装冲突受难者的其他一般原则和规则所补充）的行为施加了刑事责任，也对破坏国内动乱中关于作战手段和方法的某些基本原则和规则的行为施加了刑事责任。[836]

874 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》是首份将严重违反共同第 3 条的行为定为罪行的国际文书。[837]1998 年，尽管有一小群国家反对，[838]但绝大多数国家支持将非国际性武装冲突中的战争罪，尤其是严重违反共同第 3 条的行为，纳入国际刑事法院的属事管辖范围。[839]结果，《国际刑事

---

830 See La Haye, 2008, p. 133.

831 见关于共同第 3 条的讨论期间特别委员会报告员博拉先生表达的观点：“特别委员会表达的一个明确意见是，各公约之规定原则上不适用于内战，只有被明确提到的某些规定才适用于此类冲突。” *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II-B, pp. 36–37.

832 例如，见联合委员会之特别委员会起草的第四次报告，其中已表明，严重破约制度仅适用于国际性武装冲突中最严重的违反公约的行为；*ibid*. pp. 114–118.

833 关于缺少对严重违反共同第 3 条的国内起诉，见 Perna, pp. 139–143.

834 Statement by the US representative in UN Security Council, *Provisional verbatim record of the three thousand two hundred and seventeenth meeting*, UN Doc. S/PV.3217, 25 May 1993, p. 15. See also the statement by France on p. 11 (“法国认为，《规约》第 3 条中使用的‘战争法或惯例’的表述特别涵盖由犯罪之时在前南斯拉夫领土上实行的各种人道法协定而产生的所有义务”), and by the UK on p. 18.

835 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 89.

836 *Ibid*. para. 134. 卢旺达刑庭审判庭在“阿卡耶苏案”中也赞同这些结论，法庭认为：“很明显，这些骇人听闻的违法行为的元凶必须为其所作所为承担个人刑事责任……因此，本审判庭得出的结论是，作为一个习惯国际法问题，违反这些规范会导致行为人承担个人责任。” *Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 616–617.

837 见联合国安理会：《秘书长按照安全理事会第 955（1994）号决议第 5 段提出的报告》，UN Doc. S/1995/134，1995 年 2 月 13 日，第 12 段，指出“（卢旺达问题国际刑事法庭）规约……首次将违反四项《日内瓦公约》共同第 3 条的行为定为罪行”。有意思的是，在 1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》通过之时，联合国人权委员会关于卢旺达人权情况的特别报告员提出报告称：“所指控的许多行为，如谋杀、政治暗杀、处决人质以及冲突双方之武装部队对平民或解除武装的士兵实施的其他不人道行为，均构成战争罪，直接违反了 1949 年 8 月 12 日四个《日内瓦公约》及其共同第 3 条，卢旺达亦批准了这些公约。” See UN Commission on Human Rights, *Report on the situation of human rights in Rwanda*, UN Doc. E/CN.4/1995/7, 28 June 1994, para. 54.

838 例如，见印度的发言（the statement made by India to the UN Committee of the Whole on 18 June 1998），印度主张“只要主权国家存在，国际性和非国际性武装冲突之间就不可能有相同的处理结构”。UN Committee of the Whole, *Summary record of the 5th meeting*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.5, 20 November 1998, p. 13.

839 例如，见 1998 年 6 月 18 日孟加拉的发言：“（孟加拉）强烈支持赋予 1949 年《日内瓦公约》的共同第 3 条以充分效力……从世界和平与安全的视角来看，区分国际性和非国际性武装冲突正变得越来越无关紧要。” UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Summary record of the 7th plenary meeting, UN Doc. A/CONF.183/SR.7, 25 January 1999, pp. 4–5. 在另外一个场合，美国代表表示：“美国坚信，严重违反共同第 3 条所反映之基本习惯规范的行为应当是国际刑事法院关于非国际

法院规约》包含了一个重要的非国际性武装冲突中战争罪的列表，包括严重违反共同第 3 条的行为。[840]

875 现今，关于非国际性武装冲突中战争罪的个人刑事责任原则已成为习惯国际法的一部分。大量国内法，包括国际刑事法院的实施性立法和刑法典以及军事手册，都将严重违反共同第 3 条定为战争罪。在安理会或者《国际刑事法院规约》缔约谈判期间各国所作的大量单方发言表明，对大多数国家而言，实践伴随着一个强烈信念，即犯有严重违反共同第 3 条之行为的人应负刑事责任。[841]

876 承认严重违反共同第 3 条构成战争罪为国际和国内法庭起诉被指控的犯罪人开辟了新的途径。已建立国际法庭，例如前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭、国际刑事法院、塞拉利昂特别法庭和伊拉克特别法庭，来起诉被指控除其他国际犯罪以外严重违反共同第 3 条的犯罪人。

877 犯罪行为在其境内实施的国家、受害人国籍国或者犯罪人国籍国的法院都可以起诉被指控的行为人。在非国际性武装冲突中，这三类可能的国家大部分情况下是同一的，即领土所属国。领土所属国的国内法院，如果正常运作的话，似乎是处理这类案件的最佳平台。它们可以直接调取证据和证人并且熟知当地的风土人情。它们的判决兼具真实和象征意义：受害人能看到正义的实现，而且可以给和解带来积极影响，同时还可以作为对未来犯罪行为的一种威慑。[842]不过，政府并不总是寻求这种解决方案；当权者可能会庇护犯罪嫌疑人，无论是庇护战犯本身还是提议制定赦免法。即使愿意起诉，政府也可能缺乏进行公正审判所需的财政、技术或人力资源。[843]

878 严重破约制度尚未延伸至严重违反共同第 3 条。因此，依据《日内瓦公约》，各国没有义务搜捕被控犯有这些严重违法行为的人，并应将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。[844]不过，在习惯法中公认的是，各国有权授权其国内法院对战争罪，包括严重违反共同第 3 条的行为，行使普遍管辖。[845]

879 此外，各国有义务对被控由其国民或武装部队或者在其领土上实施的战争罪进行调查，并于适当时对犯罪嫌疑人进行起诉。[846]这项习惯法义务在国际性和非国际性武装冲突中均适用。

性武装冲突之属事管辖权的核心……美国强烈主张，应当有一节……涵盖涉及非国际性武装冲突中敌对行为的其他规则。”Statement by the US delegation to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 23 March 1998, http://www.amicc.org/docs/USDel3_23_98.pdf. 更多实例和分析，见 La Haye，2008 年，第 162–164 页。

840 见 1998 年《国际刑事法院规约》，第 8 条第 2 款第 3 项，涵盖严重违反共同第 3 条的行为，以及第 8 条第 2 款第 5 项，列举了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。

841 关于这个主题的详细研究以及该原则确立为一项习惯规则，见 La Haye，2008 年，第 131–251 页。另见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 151 和 156；Moir, pp. 233–235; and Sivakumaran, 2012, pp. 475–478.

842 在曾遭受非国际性武装冲突荼毒的国家中已有一些进行了国内起诉，例如波黑、克罗地亚、埃塞尔比亚、科索沃和卢旺达。关于国内起诉的概况，见 La Haye，2008 年，第 256–270 页。关于在波黑进行的大量起诉，见 http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e。

843 See La Haye, 2008, p. 216; Morris, pp. 29–39; and Blewitt, pp. 298–300.

844 见关于第 49 条的评注第七节中对这个问题的讨论。

845 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 157。关于该规则具有习惯法性质的反对观点，see John B. Bellinger III and William J. Haynes II, ‘A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study *Customary International Humanitarian Law*’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 443–471; but see Jean-Marie Henckaerts, ‘*Customary International Humanitarian Law*: a Response to US Comments’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 473–488.

846 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 158。另外注意 1998 年《国际刑事法院规约》的序言，忆及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

880 就像在 2015 年，似乎有报告指出，在过去的 60 年仅有 17 个被报道的案例中，国内法庭对犯有战争罪的人行使了普遍管辖。[847]有意思的是，这些案例绝大多数发生在最后的 20 年且与非国际性武装冲突中发生的事件有关。这些数量有限并基于普遍管辖权的国内起诉，有多种因素可加以解释。依据普遍管辖权进行起诉的可能性通常取决于被指控的犯罪人出现在愿意且能够对其行使管辖权的一国境内。一些依据普遍管辖权进行的起诉曾面临无法克服的举证难题。获取证据和证人以及取得犯罪发生地国家当局的合作，可能十分困难。第三国之国内法院与涉嫌犯罪之行为的时间和地点之间的距离对起诉工作非常不利，可能因缺乏证据而导致无罪释放。[848]最后，这类起诉对于进行这些活动的国家来说代价不菲。不过，如果在犯罪发生地国没有进行起诉，那么在其他国家的国内法院进行起诉可能会是一个有价值的替代方案，同时还可以作为国际法庭起诉的必要补充。[849]

(三) 严重违反共同第 3 条作为战争罪

881 实施共同第 3 条第 1 款第 1-4 项所列之违禁行为已发现可导致非国际性武装冲突中行为人的个人刑事责任。谋杀、残伤肢体、虐待、酷刑、作为人质、损害个人尊严以及拒绝公正审判，都已作为非国际性武装冲突中的战争罪，被明确包括进卢旺达刑庭、国际刑事法院和塞拉利昂特别法庭的《规约》中。[850]此外，依据前南刑庭《规约》之第 3 条，上述行为还因严重违反战争法和惯例而被起诉。这些违禁行为也已作为战争罪或严重违反人道法的行为被纳入大量国内法。[851]

882 国际刑事法院的《犯罪要件》并未基于武装冲突的性质对这些犯罪行为做出区分。[852]同样，国际刑事法庭也对这些行为适用了相同的犯罪要件，无论是在国际性还是非国际性武装冲突中实施的。[853]

883 适用于非国际性武装冲突的战争罪列表远不止共同第 3 条第 1 款所包含的违禁行为列表。该列表为《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项列明的犯罪以及条约或习惯法认可的其他犯罪所补充。[854]

884 至于禁止“对生命与人身施以暴力”，《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项第 1 目重申了共同第 3 条，将“对生命与人身施以暴力，特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑”列为《规约》项下非国际性武装冲突中的战争罪。不过，2002 年国际刑事法院缔约国大会没有通过关于对生命与人身施以暴力的犯罪要件，而只是针对谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑等具体犯罪。这表明，缔约国大会无意根据《国际刑事法院规约》起诉对生命与人身施以暴力的指控本身。

---

847 有关这些案例的概况，见 ICRC, Preventing and repressing international crimes, Vol. II, pp. 123–131, and ICRC, National Implementation of IHL database, available at https://www.icrc.org/ihl-nat.

848 关于国内起诉的一些实例，见 La Haye, 2008, pp. 243–256.

849 See *ibid*. pp. 270–273.

850 见 1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 4 条第 1-7 项；1998 年《国际刑事法院规约》，第 8 条第 2 款第 3 项；2002 年《塞拉利昂特别法庭规约》，第 3 条第 1-7 项。

851 有关这些法律的细节，见 ICRC《习惯国际人道法研究》，涉及第 89 条（谋杀）、第 90 条（酷刑、虐待和损害个人尊严）、第 92 条（残伤肢体）、第 96 条（作为人质）和第 100 条（拒绝公正审判）的实践，第五节，网址：https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul.

852 适用于国际性和非国际性武装冲突的战争罪之间唯一的区别源自相关受害者的性质：非国际性武装冲突中的战争罪针对受共同第 3 条保护的人实施，而国际性武装冲突中的战争罪针对受《日内瓦公约》保护的人实施。

853 关于大多数此类犯罪涉及刑法方面的更多细节，见关于第 50 条的评注，第四节。

854 特别见，ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 156 的评注，第 563-569 页。

885 此外，2002 年，前南刑庭的一个判决关于对生命与人身施以暴力之战争罪采用了谨慎的方法。在“瓦西列维奇案”中，审判庭考虑到“法无明文不为罪”原则——该原则特别要求，刑法规定必须足够“精确以确定行为并区分罪与非罪”，[855]驳回了“对生命与人身施以暴力”的战争罪指控，而是认定被告人犯有具体的谋杀之战争罪。[856]

886 因此，就国际刑法而言，关于“对生命与人身施以暴力”的战争罪是否已发展出一个足够精确的定义，尚有疑问。[857]但这不影响共同第 3 条从根本上禁止对生命与人身施以暴力。人道法的禁止性规定与违反这些规定是否会产生国际刑法上的后果无关。

887 关于残伤肢体之战争罪，《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 3 项第 1 目将残伤肢体列为严重违反共同第 3 条的行为，而第 8 条第 2 款第 5 项第 11 目则将其列为严重违反非国际性武装冲突中战争法规和惯例的行为。国际刑事法院的《犯罪要件》区分了这两种犯罪行为。就严重违反共同第 3 条的残伤肢体而言，不一定要证明它造成受害人死亡或严重危及受害人的身心健康，而只需要这种违反战争法规和惯例的证据。塞拉利昂特别法庭审判庭也已确认，该要件不适用于严重违反共同第 3 条的残伤肢体。[858]

888 各国只选择将共同第 3 条第 1 款第 1-4 项所列之违禁行为定为犯罪对于强化本条所包含之其他义务并无影响，包括人道地对待没有或不再实际参加敌对行动之人员，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有所歧视的基本义务。

(四) 违反共同第 3 条的国家责任

889 根据国家责任之规则，就像有任何违反《日内瓦公约》的行为一样，违反共同第 3 条的缔约国也要承担责任。[859]在一些人权案例中，国家曾被发现违反了共同第 3 条。[860]国家还可能要为非政府武装团体的行为负责，如果这些行为可归因于该国的话。[861]譬如，如果该武装团体事实上按照该国的指示或在其指挥下行事，就是这种情况。

890 如果武装团体后来成为一个国家的新政府或者一个新国家的政府，那么也可以设想该武装团体因违反共同第 3 条应负的责任。在这些情况下，该武装团体的行为将依据国际法被视为该国的行为。[862]

---

855 See ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 193.

856 See *ibid*. paras 193–204 and 307–308. 关于不同的观点，见 ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, pp. 267–269, 初审判决对生命与人身施以暴力之战争罪成立（后来在上诉阶段被推翻）。在“科尔迪奇案”和“切尔克斯案”的判决中，前南刑庭审判庭同意在“布拉什基奇案”中使用的关于对生命与人身施以暴力之战争罪的描述；不过，考虑到同时进行的“故意造成重大痛苦”和“不人道待遇”的战争罪指控对于未造成受害人死亡的行为来说更加具体，就没有因对生命与人身施以暴力而进行定罪；see *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, paras 260 and 821.

857 沿着相同的思路，see e.g. SCSL, *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 145, referring to ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002.

858 SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 725; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 182.

859 见 2001 年《国家责任条款草案》，第 1 条和第 4 条；ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 149 的评注，第 500-505 页；以及 Dinstein, 2014, pp. 116–126.

860 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.480 (El Salvador)*, Report, 1999, para. 82; *Case 10.548 (Peru)*, Report, 1997, para. 88; and *Case 11.142 (Colombia)*, Report, 1997, para. 202; 所有这三个案例均引自 Sivakumaran, 2015, p. 429, fn. 62.

861 见 2001 年《国家责任条款草案》，第 8 条以及 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于第 149 条的评注，第 502-505 页。

862 见 2001 年《国家责任条款草案》，第 10 条。See also Dinstein, 2014, pp. 126–130.

891 若一个非政府武装团体没有成功变成新政府或一个新国家的政府，该非国际性武装冲突之国家一方就不用为非政府武装团体违反共同第 3 条的行为承担任何责任。[863]

892 至于一个非政府武装团体本身作为一个实体是否要为该团体成员实施的行为负责，国际法尚不清晰。[864]

(五) 预防措施和监督遵守的机制

1. 预防措施

893 《日内瓦公约》包含非国际性武装冲突之各方应当落实的许多措施以加强尊重共同第 3 条并预防或制止违法行为。

894 共同第 3 条没有包含传播该规定之内容的义务。不过，《日内瓦第一公约》第 47 条规定的义务是尽量广泛“传播”本公约之“约文”，其中就包括共同第 3 条。[865]向一国武装部队和广大公众普及可适用于非国际性武装冲突之法律的内容是确保有效适用上述法律以及遵守共同第 3 条之规定的重要一步。[866]

895 既然第 47 条所包含的传播义务也涵盖共同第 3 条，各缔约国就已经有义务平时在其军事，并如可能时在公民教育计划中，包括共同第 3 条之学习。[867]传播的方法交由各缔约国自己决定。[868]让共同第 3 条的内容为全体人民所周知，一旦爆发非国际性武装冲突，将有助于创造一个有益于尊重人道法的环境。

896 实践已表明，一旦一国发生非国际性武装冲突，包括共同第 3 条在内的人道法的传播和教育，也可以由缔约国以外的实体进行，例如 ICRC 和非政府组织。[869]国家以及非国家当事方的武装部队中配备法律顾问也会在这类冲突中加强尊重人道法。同样，由于各国有义务调查战争罪和起诉嫌疑人，[870]它们应在国内立法所包含的战争罪列表内包括严重违反共同第 3 条的行为。

897 在非政府武装团体中间宣传人道法、培训其成员如何尊重人道法以及纪律制裁和刑事制裁并用，能在促进这类团体遵守共同第 3 条方面发挥至关重要的作用。[871]

---

863 某一国若未能采取可用的步骤以保护如中立国外交使团的房地，就可能产生国家责任（见 2001 年《国家责任条款草案》，关于第 10 条的评注，第 95 页，第 15 段），但它不会为某一个非国家武装团体违反共同第 3 条的行为负责。

864 关于这个问题的分析，see Zegveld,and Annyssa Bellal, ‘Establishing the Direct Responsibility of Non-State Armed Groups for Violations of International Norms: Issues of Attribution’, in Noemi Gal-Or, Math Noortmann and Cedric Ryngaert (eds), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place: Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Brill, Leiden, 2015, pp. 304–322.

865 另见关于第 47 条的评注，第 2769 段；Sivakumaran, 2012, p. 431; Moir, p. 243; and Draper, p. 27.

866 另见《第二附加议定书》第 19 条，其规定：“本议定书应尽可能广泛地予以传播。”

867 更多细节，见关于第 47 条的评注。

868 传播历来通过命令、教育课程或颁布手册来进行，但也可以采取其他手段，例如图示、图片或漫画书以及广播或电视节目；see Sivakumaran, 2012, pp. 433–434.

869 在这个领域特别活跃的一个非政府组织是“日内瓦呼吁”；see Sivakumaran, 2012, pp. 434–436. 另见联合国安理会：《秘书长提交安全理事会关于武装冲突中保护平民的报告》，UN Doc. S/2001/331，2001 年 3 月 30 日，建议 10，第 9 页。

870 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 158。另外注意 1998 年《国际刑事法院规约》的序言，忆及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

871 更多细节，see Sassòli, 2010; La Rosa/Wuerzner; and Bellal/Casey-Maslen.

898 共同第 1 条呼吁各国在一切情况下尊重并保证尊重《日内瓦公约》。这一措辞涵盖了可适用于国际性和非国际性武装冲突的规定。[872]“保证尊重”共同第 3 条的措施可能包括：第三国对违反共同第 3 条的冲突各方施加外交压力以及采取旨在确保共同第 3 条被遵守的任何其他措施。[873]

899 从对非国际性武装冲突之各方均有拘束力的共同第 3 条可由此得出结论，非政府武装团体有义务“尊重”其中所包含的各项保证。[874]此外，这类武装团体还必须“保证”其成员以及代表其行事的个人或团体“尊重”共同第 3 条。[875]这源自如下要求：有组织且有负责任之统率的非政府武装团体必须保证尊重人道法。这也是习惯国际法的一部分。[876]

2. 监督遵守的机制

900 共同第 3 条缺乏有助于保证非国际性武装冲突各方遵守其规定的手段。[877]遵守机制是《日内瓦公约》的一部分，例如保护国制度[878]以及建立调查程序或和解程序[879]，仅适用于国际性武装冲突。[880]不过，非国际性武装冲突之各方可依据第 3 条第 3 款订立特别协定来使用这些遵守机制或非国际性武装冲突中的其他机制。[881]

901 1991 年根据《第一附加议定书》第 90 条建立的国际人道实况调查委员会（IHFFC），有权对被控为从事严重破坏或其他严重违反《日内瓦公约》或《第一附加议定书》的行为进行调查。其职权受《第一附加议定书》的适用范围制约。[882]不过，一些作者曾认为，议定书第 90 条第 2 款第 3 项第 1 目的措辞可包含严重违反共同第 3 条的行为。[883]委员会自身也表达了“只要冲

---

872 更多细节，见关于共同第 1 条的评注，第 125 段。

873 对各国保证尊重这些公约时可用措施的详细讨论，同上注，第 146、150-151 和 181 段。See also Moir, pp. 245–250.

874 关于共同第 3 条对非国际性武装冲突之各方均有拘束力的更多细节，见第 505-508 段。

875 见关于共同第 1 条的评注，第 132 段。For some tools, see e.g. ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, 2008, and Sandesh Sivakumaran, ‘Implementing humanitarian norms through non-State armed groups’, in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 125–146.

876 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 139 及其评注，第 469-470 段。

877 See 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, Res. 1, Strengthening legal protection for victims of armed conflict.

878 见关于第 8 条和第 10 条的评注。

879 见关于第 11 条和第 52 条的评注。

880 有人可能认为，在有违反共同第 3 条的情况下可使用第 52 条（调查程序），因为第 52 条的文本中提到“关于任何被控违反本公约的行为之调查”。

881 关于特别协定的更多细节，见十一节。在相应时间曾考虑过调查程序的非国际性武装冲突之当事方的例子，see Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (1991), Article 12,Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 1713–1717：

> 12. 请求调查。
>
> 1. 如果 ICRC 被要求展开调查，它可以进行斡旋，以便在它的组织之外根据它的原则建立一个调查委员会。
>
> 2. ICRC 只有根据一般协定或与有关各方签订专门协定的情况下才会参与设立这种委员会。

另见一些单方面声明，例如“‘日内瓦呼吁’关于遵守全面禁止杀伤人员地雷并在排雷行动中开展合作的行动承诺”，有超过 30 个非国家武装团体签署，其中第 3 条规定了监督与核查手段。

882 See Bothe/Partsch/Solf, p. 543; Françoise J. Hampson, ‘Fact-Finding and the International Fact-Finding Commission’, in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II, *Effecting Compliance*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, p. 76; Heike Spieker, ‘International (Humanitarian) Fact-Finding Commission’, version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL; and Pfanner, p. 299.

883 See Sivakumaran, 2012, pp. 459–462; Luigi Condorelli, ‘La Commission internationale humanitaire d’établissement des faits : un outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire ?’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 83, No. 842, June 2001, pp. 393–406, at 401; and Aly Mokhtar, ‘To Be or Not to Be: The International Humanitarian Fact-Finding Commission’, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. XII, 2002, pp. 69–94, at 90.

突各方同意，就对被控违反人道法的行为，包括那些非国际性武装冲突中发生的行为，进行调查的意愿”。[884]在调查开始之前，国际人道实况调查委员会需得到非国际性武装冲突之各方的同意。这种情况迄今为止尚未发生。[885]

902 在非国际性武装冲突中加强遵守人道法也曾得力于其他组织的帮助。尤其是，共同第 3 条赋予公正的人道团体，如 ICRC，向冲突之各方提供服务的权利。[886]在从事保护活动时，ICRC 力图阻止违法行为并确保非国际性武装冲突之各方停止可能发生的任何违法行为。[887]在开展这些活动时，ICRC 专注于与武装冲突各方进行双边对话，旨在说服那些为违法行为负责的人改变其行为并履行其义务。[888]在与所有冲突当事方接触时，ICRC 还发出尊重人道法的公开声明和呼吁，提供培训和能力建设，并帮助将人道法融入公务员、法律、教育和作战课程。[889]

903 其他组织的工作，例如联合国，也有助于在非国际性武装冲突中保持对人道法更大的尊重。[890]安理会长期呼吁非国际性武装冲突之各方尊重人道法，谴责严重的违法行为并提醒各方起诉这类违法行为实施者的义务。[891]安理会建立了实况调查团来调查非国际性武装冲突中违反人道法和人权法的行为，它还根据第 1612（2005）号决议建立了创新的关于儿童与武装冲突的监测和报告机制。[892]联合国的人权机制也旨在确保在非国际性武装冲突中更好地尊重人道法，尤其是因为，它们在特别程序机制中考虑了人道法问题或者在某些情况下建立了调查委员会。[893]

---

884 International Humanitarian Fact-Finding Commission (IHFFC), *Report of the International Fact-Finding Commission 1991–1996*, Bern, 1996, p. 2. See also *Report on the work of the IHFFC on the Occasion of its 20th Anniversary*, Bern, 2011, pp. 15, 17, 19 and 28.

885 See Sivakumaran, 2012, p. 461.

886 更多细节，见第十节。

887 这样做是为了推动 1986 年《国际红十字与红新月运动章程》第 5 条第 2 款规定的 ICRC 的职责，其中规定 ICRC 的职责主要是为“忠实执行国际人道法”以及为“了解和传播国际人道法知识”而努力。有关保护活动的讨论，见第 814-818 段。

888 原则上，这种对话是保密的。除了被严格定义的情况，公开谴责应为违反人道法负责的当局不是 ICRC 的做法；see ‘Action by the ICRC in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400.

889 关于 ICRC 接触武装团体的更多细节，see e.g. ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, and Sivakumaran, 2012, pp. 467–472.

890 See, in general, David S. Weissbrodt, ‘The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 21, 1988, pp. 313–365.

891 关于 1989 年以来联合国安理会在这个领域的工作概况，see La Haye, 2008, pp. 166–167. See also Sivakumaran, 2012, pp. 465–466, and Stephen M. Schwebel, ‘The Roles of the Security Council and the International Court of Justice in the Application of International Humanitarian Law’, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 27, No. 4, 1995, pp. 731–759. 一个例子是，联合国安理会向国际刑事法院提交了达尔富尔和利比亚情势。

892 联合国安理会已在布隆迪、达尔富尔（苏丹）、卢旺达、前南斯拉夫和其他地方建立了许多实况调查团。关于在武装冲突中严重侵犯儿童的监测和报告机制的信息，见 https://childrenandarmedconflict.un.org/.

893 例如，见人权理事会中的请求，第 S-16/1 号决议：在最近的事件中阿拉伯叙利亚共和国当前的人权状况，2011 年 4 月 29 日，联合国人权高专据此建立了一个实况调查团，来调查被控在叙利亚境内实施的违反国际人权法和人道法的行为。See also Sivakumaran, 2012, p. 467; Daniel O’Donnell, ‘Trends in the application of international humanitarian law by United Nations human rights mechanisms’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 38, Special Issue No. 324, September 1998, pp. 481–503; Theo C. van Boven, ‘Reliance on norms of humanitarian law by United Nations’ organs’, in Astrid J.M. Delissen and Gerard J. Tanja (eds), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*: *Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 495–513; and Fanny Martin, ‘Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l’homme’, *Droits fondamentaux*, No. 1, July–December 2001, pp. 119–148.

(六) 非国际性武装冲突中交战报复的概念

904 交战报复是指在国际性武装冲突中，冲突之一方为回应另一方违反人道法的行为而采取的措施。这种措施旨在终止违法行为并促使对方遵守人道法。如果不是受害国为了回应责任国实施的国际不法行为，这些措施就是违反国际法的。[894]在国际法不禁止的情况下，使用交战报复必须遵从国际性武装冲突中的严格条件。[895]

905 共同第 3 条和《第二附加议定书》都没有涉及非国际性武装冲突中的交战报复问题。ICRC 认为，没有充分的证据证明，国际法曾使非国际性武装冲突中交战报复的概念成为现实。[896]在历史上，描述报复之目的以及诉诸报复之条件的实践仅涉及国家间的关系。[897]在《第二附加议定书》的谈判期间，许多国家都认为，非国际性武装冲突中恰恰没有报复的概念。[898]将交战报复的概念延伸至非国际性武装冲突可能给予非政府武装团体以国际法上的法律地位或合法性[899]，也会给予这类团体针对国家进行交战报复的权利，所有这些国家都不愿意给予。[900]许多军事手册都没有将这个概念适用于非国际性武装冲突，而是将交战报复定义为一国针对另一国的一种执行措施。[901]此外，在过去的 60 年里，似乎没有国家在非国际性武装冲突中实际诉诸报复的有记录的实例。[902]在非国际性武装冲突中被控实施的所谓“报复”的行为已被谴责，保护平民与丧失战斗力之人的重要性也已得到强调。[903]这些考虑因素使 ICRC《习惯国际人道法研究》得出结论，根据习惯国际法，非国际性武装冲突之各方没有诉诸交战报复的权利。[904]

906 不过，一些作者坚信，交战报复是一个向非国际性武装冲突之各方都开放的手段，这是此类当事方受人道法初级规范约束的必然结果。[905]前南刑庭某些审判庭也注意到这个问题，即报复的概念是否适用于非国际性武装冲突。[906]

---

894 更多细节，见关于第 46 条的评注，第一节。

895 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 145。更多细节，见关于第 46 条的评注，第 2731–2732 段。

896 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 148 的评注，第 497 页。Sivakumaran 不赞同这一观点，他援引西班牙内战作为交战各方有权使用交战报复的例子；see Sivakumaran, 2012, p. 449.

897 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 148 的评注，第 497 页。

898 同上，例如援引加拿大、伊朗、伊拉克、墨西哥、尼日利亚和美国的声明。《第二附加议定书》筹备工作中关于这个问题的全面回顾，见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 148 的评注，第 498-499 页以及 B Íková, pp. 44–47.

899 见《第二附加议定书》缔约谈判期间德国所作的声明：该术语可能赋予“冲突各方本无权主张的国际法地位”；*Official Records of the Diplomatic Conference of Geneva of 1974–1977*, Vol. VIII, p. 325, para. 11.

900 Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 273, and De Hemptinne, p. 588.

901 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 148 的评注，第 498 页，例如援引了澳大利亚、加拿大、德国、英国和美国的军事手册。See also Bilková, pp. 50–51.

902 See B Íková, p. 49. 但该作者主张，“各国在非国际性武装冲突中没有诉诸报复或至少没有公开声称这样做的事实，并不一定意味着他们相信自己无权这样做”。

903 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 148 的评注，第 497 页（援引了乍得、哥伦比亚、刚果民主共和国、马里和卢旺达冲突中的一些例子）。

904 见 ICRC《习惯国际人道法研究》，规则 148。See also De Hemptinne, pp. 587–591, and Shane Darcy, ‘The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals’, *Military Law Review*, Vol. 175, March 2003, pp. 184–251, at 216–220.

905 细节见 B Íková, pp. 31–65, and Sivakumaran, 2012, pp. 449–457. 比尔科娃认为这种报复的权利并非是不受限制的；特别见第 40-41 页。西瓦库马兰则认为，“凭借共同第 3 条禁止使用交战报复只限于该条所禁止的行为”（第 451 页）。

906 值得注意的是，前南刑庭早期在“马尔蒂奇案”（*Martić* Rule 61 Decision, 1996, paras 15–17）和“库普雷什基奇案”（*Kupreškić* Trial Judgment, 2000, paras 527–536）中得出的研究结果——根据习惯法，在所有武装冲突中都禁止针对平民居民实施报复——并未得到“马尔蒂奇案”审判庭和上诉庭的遵从；see *Martić* Trial Judgment, 2007, paras 464–468, and Appeal Judgment, 2008, paras 263–267. 那些案件中的法官分析了被告人炮击萨格勒布的行为能否被视为一种合法的报复。在进行这种分析时，审判庭将报复所必需的条件或限制适用于非国际性武装冲突，而这些条件或限制通常公认为适用于国际性武装冲突，因此这明显拒绝了“库普雷什基奇案”中审判庭所得出的结论，即根据习惯法，禁止在一切情况下针对平民居民实施报复。

907 然而，不管采用何种观点，很明显的是，共同第 3 条“不论何时何地”都禁止下列行为：对生命与人身施以暴力、作为人质、损害个人尊严——尤其是侮辱与降低身份的待遇以及拒绝公正审判。因此，任何伴有这些行为的“报复”都应禁止。[907]同样，共同第 3 条规定，没有或不再实际参加敌对行动的所有人员，“在一切情况下”必须予以人道待遇。因此，任何不符合人道待遇要求的“报复”都是非法的。[908]

主要参考书目

一、历史背景

Abi-Saab, Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes : Origines et évolution de la réglementation internationale*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986.

Ador, Gustave and Moynier, Gustave, ‘Les destinées de la Convention de Genève pendant la guerre de Serbie’, *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, Vol. 7, No. 28, 1876, pp. 164–176.

Duculesco, Victor, ‘Effet de la reconnaissance de l’état de belligérance par les tiers, y compris les Organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international’, *Revue générale de droit international public*, Vol. 79, 1975, pp. 125–151.

Lauterpacht, Hersch, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947.

– (ed.), *Oppenheim’s International Law*, 7th edition, Longmans, Green and Co., London, 1952.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, ‘A taxonomy of armed conflict’, in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Jus post Bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Moynier, Gustave, *Étude sur la Convention de Genève pour l’amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Librairie de Joël Cherbuliez, Paris, 1870.

Neff, Stephen C., *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge University Press, 2005.

O’Connell, Mary Ellen, ‘Historical Development and Legal Basis’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 1–42.

Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, Vol. II, *War and Neutrality*, 2nd edition, Longmans, Green and Co., London, 1912.

Padelford, Norman J., ‘The International Non-Intervention Agreement and the Spanish Civil War’, *American Journal of International Law*, Vol. 31, No. 4, 1937, pp. 578–603.

---

907 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 55. ICRC《习惯国际人道法研究》，关于规则 148 的评注，第 496 页。

908 同上。同样，《第二附加议定书》第 4 条也决不允许针对没有或不再直接参加敌对行动的人员实施报复；see Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4530.

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia*, 2nd edition, Externado University of Colombia, Bogotá, 2004.

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

二、第 1 款：共同第 3 条的适用范围

Abi-Saab, Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes : Origines et évolution de la réglementation internationale*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986.

Akande, Dapo, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 32–79.

Anderson, Kenneth, 'Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a "Legal Geography of War"', *American University Washington College of Law Research Paper*, No. 2011-16, 2011, pp. 1–17.

Arimatsu, Louise, 'Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 12, 2009, pp. 157–192.

Bartels, Rogier, 'Transnational Armed Conflict: Does it Exist?', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 114–128.

– 'From *Jus In Bello* to *Jus Post Bellum*: When Do Non-International Armed Conflicts End?', in Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday and Jens Iverson (eds), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, 2014, pp. 297–314.

Bianchi, Andrea, 'Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law & Literature Perspective', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, Blank, Laurie R., 'Defining the battlefield in contemporary conflict and counterterrorism: Understanding the parameters of the zone of combat', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, 20102011, pp. 1–21.

Blank, Laurie R., 'Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, 2010, pp. 1–38.

Bothe, Michael, 'War Crimes', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. IA, Oxford University Press, 2002, pp. 379–426.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Cassese, Antonio, 'The *Nicaragua* and *Tadić* 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.

Condorelli, Luigi, 'War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court', in Mauro Politi and Giuseppe Nesi (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001, pp. 107–117.

Corn, Geoffrey S., '*Hamdan*, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 295–355.

– 'Geography of Armed Conflict: Why it is a Mistake to Fish for the Red Herring', *International Law Studies*, U.S. Naval War College,Vol. 89, 2013, pp. 77–107.

Corn, Geoffrey S. and Jensen, Eric Talbot, 'Transnational Armed Conflict: A "Principled" Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations', *Israel Law Review*, Vol. 42, 2009, pp. 1–34.

Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Droege, Cordula, 'Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, June 2012, pp. 533–578.

Ferraro, Tristan, 'The geographic reach of IHL: The law and current challenges', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, *Collegium* No. 43, Autumn 2013, pp. 105–113. (2013a)

– 'The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891, December 2013, pp. 561–612. (2013b)

Fleck, Dieter, 'The Law of Non-International Armed Conflict', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 581–610.

Gasser, Hans-Peter, 'International humanitarian law: An introduction', in Hans Haug (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1993, pp. 491–592.

Grignon, Julia, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Geneva, 2014.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC/Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2003.

– *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*,

Report prepared for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2007.

– *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, by Nils Melzer, ICRC, Geneva, 2009.

– *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2011.

– *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, Expert Meeting, Report prepared and edited by Gloria Gaggioli, ICRC, Geneva, 2013.

– *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2015.

Kleffner, Jann K., 'Scope of Application of International Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 43–78. (2013b)

Koh, Harold Hongju, 'Keynote Address: The Obama Administration and International Law', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 104, 2010, pp. 207–221.

Kolb, Robert and Hyde, Richard, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2008.

Kreß, Claus, 'Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 245–274.

Lubell, Noam and Derejko, Nathan, 'A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict', Journal of International Criminal Justice, Vol. 11, N° 1, 2013, pp. 65-88.

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008.

Meron, Theodor, 'The Humanization of Humanitarian Law', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 239–278.

Milanovic, Marko, 'State Responsibility for Genocide', *European Journal of International Law,* Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 553–604.

– 'State Responsibility for Genocide: A Follow-Up', *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 669–694. (2007a)

– 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing *Hamdan* and the Israeli *Targeted Killings* case', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June

2007, pp. 373–393. (2007b)

– ‘End of IHL application: Overview and challenges’, in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, *Collegium* No. 43, Autumn 2013, pp. 83–94.

– ‘The Applicability of the Conventions to ‘Transnational’ and ‘Mixed’ Conflicts, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 27–50.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, ‘A taxonomy of armed conflict’, in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Jus post bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Moir, Lindsay, ‘The Concept of Non-International Armed Conflict’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 391–414.

Pejic, Jelena, ‘Status of armed conflicts’, in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 77–100.

– ‘The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, March 2011, pp. 189–225.

Radin, Sasha, ‘Global Armed Conflict? The Threshold of Extraterritorial Non-International Armed Conflicts’, *International Law Studies*, U.S. Naval War College,Vol. 89, 2013, pp. 696–743.

Sassòli, Marco, ‘Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law’, *HPCR Occasional Paper Series*, Winter 2006, pp. 1–43.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

Schindler, Dietrich, ‘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. 117–164.

Schmitt, Michael N., ‘Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict’, *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 90, 2014, pp. 1–19.

Schöndorf, Roy S., ‘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. 1–78.

Shraga, Daphna, ‘The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law’, *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

– ‘The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to

acceptance', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4–6 September 2008, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 82–89.

Shraga, Daphna and Zacklin, Ralph, 'The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations: Conceptual, Legal and Practical Issues', *Report to the Symposium on Humanitarian Action and Peacekeeping Operations*, 22–24 June 1994, ICRC, Geneva, 2004, pp. 39–48.

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

Stewart, James G., '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, June 2003, pp. 313–350.

Vité, Sylvain, 'Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, March 2009, pp. 69–94.

von Hebel, Herman and Robinson, Darryl, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 79–126.

三、第 1 款：共同第 3 条的约束力

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003. (2003a)

Cassese, Antonio, 'The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, No. 2, 1981, pp. 416–439.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173–199.

Elder, David A., 'The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 1979, pp. 37–69.

Engdahl, Ola, 'Compliance with International Humanitarian Law in Multinational Peace Operations', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009, pp. 513–526.

Ferraro, Tristan, 'The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891, December 2013, pp. 561–612.

Kleffner, Jann K., 'The applicability of international humanitarian law to organized armed groups', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 443–461.

Kolb, Robert, Porretto, Gabriele and Vité, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Murray, Daragh, 'How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 20, No. 1, 2015, pp. 101–131.

Naert, Frederik, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2010.

Schindler, Dietrich, '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. 117–164.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

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

– 'The Addressees of Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 415–431.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

四、第 1 项：受保护的人员

Abresch, William, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 741–767.

Bond, James E., 'Application of the Law of War to Internal Conflict', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 2, 1973, pp. 345–384.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Cassese, Antonio, 'The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian law of Armed Conflict and Customary International Law', *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, 1984, pp. 55–118.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Draper, Gerald I.A.D., 'The Geneva Conventions of 1949', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 114, 1965, pp. 59–165.

Gasser, Hans-Peter, 'Remarks of Hans-Peter Gasser', in The SixthAnnual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, No. 2, 1987, pp. 477–481.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, by Nils Melzer, ICRC, Geneva, 2009.

– *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2011.

Kleffner, Jann K., 'Friend or Foe? On the Protective Reach of the Law of Armed Conflict: a Note on the SCSL Trial Chamber's Judgment in the Case of "Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao"', in Mariëlle Matthee, Brigit Toebes and Marcel Brus (eds), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, The Hague, 2013, pp. 285–302. (2013c)

– 'The Beneficiaries of the Rights Stemming from Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 433–447.

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008.

Meron, Theodor, 'Application of Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts: Remarks by Theodor Meron', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 83–85.

Pejic, Jelena, 'The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, March 2011, pp. 189–225.

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, 3rd edition, Manchester University Press, 2012.

Sassòli, Marco, 'Terrorism and War', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, pp. 959–981.

– 'The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts', in Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 34–94.

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

Watkin, Kenneth, '21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 265–296.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

五、第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务

Bugnion, François, '*Jus ad bellum, jus in bello* and non-international armed conflicts', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6, 2003, pp. 167–198. (2003b)

Condorelli, Luigi and Boisson de Chazournes, Laurence, 'Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 17–35.

Elder, David A., 'The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 1979, pp. 37–69.

Kalshoven, Frits and Zegveld, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4th edition, ICRC/Cambridge University Press, 2011.

Kleffner, Jann K., 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357. (2013a)

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

– 'The Impact of Armed Conflict on Women', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 21–35.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005.

O'Connell, Mary Ellen, 'Historical Development and Legal Basis', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 1–42.

Pejic, Jelena, 'Non-discrimination and armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 841, March 2001, pp. 183–194.

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, 3rd edition, Manchester University Press, 2012.

Rona, Gabor and McGuire, Robert J., 'The Principle of Non-Discrimination', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 191–205.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

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

Tams, Christian J., ‘The Use of Force against Terrorists’, *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 2, 2009, pp. 359–397.

六、第 1 项：共同第 3 条禁止的行为

对生命与人身施以暴力、谋杀

Ambos, Kai, ‘Article 25: Individual criminal responsibility’, in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 979–1029.

Bellal, Annyssa, Giacca, Gilles and Casey-Maslen, Stuart, ‘International law and armed non-state actors in Afghanistan’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, March 2011, pp. 47–79.

Bothe, Michael, ‘The status of captured fighters in non-international armed conflict’, in Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange and Stefan Oeter (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 195–214.

Cassese, Antonio, ‘The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian law of Armed Conflict and Customary International Law’, *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, 1984, pp. 55–118.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

– ‘Wilful killing’, in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 329–331.

Doswald-Beck, Louise, ‘The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, December 2006, pp. 881–904.

Gasser, Hans-Peter, ‘The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions; Remarks of Hans-Peter Gasser’, *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, No. 2, 1987, pp. 415–538, at 477–481.

Gowland-Debbas, Vera, ‘The right to life and the relationship between human rights and humanitarian law’, in Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange and Stefan Oeter (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 121–150.

Horder, Jeremy (ed.), *Homicide Law in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

ICRC, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*,Expert Meeting,Report prepared and edited by Gloria Gaggioli, ICRC, Geneva, 2013.

Knuckey, Sarah, ‘Murder in Common Article 3’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 449–467.

Meron, Theodor, 'Application of Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts: Remarks by Theodor Meron', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 83–85.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Kehl, 2005.

Ovey, Clare and White, Robin C.A., *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, 4th edition, Oxford University Press, 2006.

Watkin, Kenneth, '21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 265–296.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

Zimmermann, Andreas and Geiss, Robin, 'Mutilations', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 528–568.

残伤肢体

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

La Haye, Eve, 'Mutilation and medical or scientific experiments: Article 8(2)(b)(x)', in Roy S. Lee and Hakan Friman (eds), *TheInternational Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 164–167. (2001a)

– 'Violations of Common Article 3', in Roy S. Lee and Hakan Friman (eds), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 207–213. (2001b)

Zimmermann, Andreas and Geiss, Robin, 'Mutilations', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 528–568, at 551.

虐待、酷刑及损害个人尊严

Bank, Roland, 'Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe', in Rainer Grote and Thilo Marauhn (eds), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 479–534.

Burgers, J. Herman and Danelius, Hans, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

Dewulf, Steven, *The Signature of Evil: (Re)Defining Torture in International Law*, Intersentia, Antwerp, 2011.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Doswald-Beck, Louise, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, pp. 194–227.

Droege, Cordula, '"In truth the leitmotiv": the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 515–541.

Evans, Malcolm, 'Getting to Grips with Torture', in *The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*, Association for the Prevention of Torture, Geneva, 2001, pp. 33–49.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

Nowak, Manfred, 'Challenges to the absolute nature of the prohibition of torture and ill-treatment', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, No. 4, 2005, pp. 674–688.

– 'What Practices Constitute Torture?: US and UN standards', *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 4, 2006, pp. 809–841.

Nowak, Manfred and Janik, Ralph R.A., 'Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 317–342.

Nowak, Manfred and McArthur, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008.

Reyes, Hernán, 'The worst scars are in the mind: psychological torture', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 591–617.

Rodley, Nigel S., 'The definition(s) of torture in international law', *Current Legal Problems*, Vol. 55, 2002, pp. 467–493.

– 'The prohibition of torture: absolute means absolute', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 34, No. 1, 2006, pp. 145–160.

Rodley, Nigel S. and Pollard, Matt, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2009.

Röling, B.V.A. and Rüter, C.F., *The Tokyo Judgment:The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946–12 November 1948*, 2 volumes, University Press, Amsterdam, 1977.

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

作为人质

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Elliott, H. Wayne, 'Hostages or Prisoners of War: War Crimes at Dinner', *Military Law Review*, Vol. 149, 1995, pp. 241–274.

Gasser, Hans-Peter and Dörmann, Knut, 'Protection of the Civilian Population', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 231–320, at paras 508 and 535.

Gucciardo, Dorotea, 'Hostages', in Jonathan F. Vance (ed.), *Encyclopedia of Prisoners of War and Internment*, 2nd edition, Grey House Publishing, Millerton, New York, 2006, pp. 183–186.

Hammer, Ellen and Salvin, Marina, 'The Taking of Hostages in Theory and Practice', *American Journal of International Law*, Vol. 38, No. 1, 1944, pp. 20–33.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

Herrmann, Irène and Palmieri, Daniel, 'A haunting figure: The hostage through the ages', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 135–145.

Kuhn, Arthur K., 'Editorial Comment: The Execution of Hostages', *American Journal of International Law*, Vol. 36, 1942, pp. 271–274.

Lambert, Joseph J., *Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Grotius Publications, Cambridge, 1990.

Pilloud, Claude, 'La question des otages et les Conventions de Genève', *Revue international de la Croix Rouge*, Vol. 32, No. 378, June 1950, pp. 430–447.

Rosenstock, Robert, 'International Convention Against the Taking of Hostages: Another International Community Step Against Terrorism', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, No. 2, 1980, pp. 169–195.

Salinas Burgos, Hernán, 'The taking of hostages and international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 270, June 1989, pp. 196–216.

Sivakumaran, Sandesh, 'War Crimes before the Special Court for Sierra Leone: Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 4, 2010, pp. 1009–1034. (2010a)

– *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Tuck, David, 'Taking of Hostages', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 297–316.

Wright, Lord, 'The Killing of Hostages as a War Crime', *British Yearbook of International Law*, Vol. 25, 1948, pp. 296–310.

Requirement of a regularly constituted court affording all the indispensable judicial guarantees

Barber, Rebecca, 'Facilitating humanitarian assistance in international humanitarian and human rights law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 371–397.

Bond, James E., 'Application of the Law of War to Internal Conflict', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 2, 1973, pp. 345–384.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Doswald-Beck, Louise, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, pp. 331–344.

– 'Judicial Guarantees', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 469–494.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

Sassòli, Marco, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law', *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 5–51.

Sivakumaran, Sandesh, 'Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice?', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 3, 2009, pp. 489–513.

– *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Somer, Jonathan, 'Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 655–690.

Willms, Jan, 'Justice through Armed Groups' Governance – An Oxymoron?', *SFB-Governance Working Paper Series*, No. 40, October 2012.

性暴力

Bastick, Megan, Grimm, Karin and Kunz, Rahel, *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview*

and Implications for the Security Sector, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2007.

Brammertz, Serge and Jarvis, Michelle (eds), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016.

Durham, Helen, 'International Humanitarian Law and the Protection of Women', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 95–107.

Gardam, Judith G. and Jarvis, Michelle J., *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

Haeri, Medina and Puechguirbal, Nadine, 'From helplessness to agency: examining the plurality of women's experiences in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 103–122.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

Inter-Agency Standing Committee, *Guidelines for Integrating Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Action: Reducing risk, promoting resilience and aiding recovery*, 2015.

Lindsey, Charlotte, *Women facing war:ICRC Study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

Sivakumaran, Sandesh, 'Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 259–277. (2010b)

Solangon, Sarah and Patel, Preeti, 'Sexual violence against men in countries affected by armed conflict', *Journal of Conflict, Security and Development*, Vol. 12, No. 4, 2012, pp. 417–442.

Viseur Sellers, Patricia, 'The Context of Sexual Violence: Sexual Violence as Violations of International Humanitarian Law', in Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman (eds), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 263–332.

Viseur Sellers, Patricia and Rosenthal, Indira, 'Rape and Other Sexual Violence', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 343–368.

World Health Organization, *World report on violence and health*, Report edited by Etienne G. Krug *et al.*, WHO, Geneva, 2002.

– *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, WHO, Geneva, 2003.

不推回原则

Bellinger III, John B. and Padmanabhan, Vijay M., 'Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law', *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 2, 2011, pp. 201–243.

Byers, Michael, 'Legal Opinion on the December 18, 2005 "Arrangement for the Transfer of Detainees between the Canadian Forces and the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan"', Liu Institute for Global Issues, 7 April 2006.

Droege, Cordula, 'Transfers of detainees: legal framework, *non-refoulement* and contemporary challenges', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 669–701.

Gillard, Emanuela-Chiara, 'There's no place like home: States' obligations in relation to transfers of persons', *International Review of the Red Cross,* Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 703–750.

Gisel, Laurent, 'The principle of *non-refoulement* in relation to transfers', in *Detention in Armed Conflicts*, Proceedings of the 15th Bruges Colloquium, 16–17 October 2014, College of Europe/ICRC, *Collegium*, No. 45,Autumn 2015, pp. 113–130.

Hathaway, James C., 'Leveraging Asylum', *Texas International Law Journal*, Vol. 45, No. 3, 2010, pp. 503–536.

Horowitz, Jonathan, 'Transferring Wartime Detainees and a State's Responsibility to Prevent Torture',*American University National Security Law Brief*, Vol. 2, No. 2, 2012, pp. 43–66.

Lauterpacht, Elihu and Bethlehem, Daniel, 'The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion', in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pp. 87–177.

Meron, Theodor, 'The Humanization of Humanitarian Law', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 239–278.

Sanderson, Mike, 'The Syrian Crisis and the Principle of *Non-Refoulement*', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 776–801.

Sassòli, Marco and Tougas, Marie-Louise, 'International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan', *McGill Law Journal*, Vol. 56, No. 4, 2011, pp. 959–1010.

Skoglund, Lena, 'Diplomatic Assurances Against Torture – An Effective Strategy? A Review of Jurisprudence and Examination of the Arguments', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4, 2008, pp. 319–364.

七、刑事诉讼以外的拘留

Debuf, Els, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

Deeks, Ashley S., 'Administrative Detention in Armed Conflict', *Case Western Reserve Journal of*

International Law, Vol. 40, No. 3, 2009, pp. 403–436.

Dingwall, Joanna, 'Unlawful confinement as a war crime: the jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the common core of international humanitarian law applicable to contemporary armed conflicts', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 9, No. 2, 2004, pp. 133–179.

Dörmann, Knut, 'Detention in Non-International Armed Conflicts', in Kenneth Watkin and Andrew J. Norris (eds.), *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 88, 2012, pp. 347–366.

Hampson, Françoise J., 'Is Human Rights Law of Any Relevance to Military Operations in Afghanistan?', in Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 85, 2009, pp. 485–524.

Heffes, Ezequiel, 'Detentions by Armed Opposition Groups in Non-International Armed Conflicts: Towards a New Characterization of International Humanitarian Law', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 20, No. 2, 2015, pp. 229–250.

ICRC, 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', in *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, Report prepared for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Annex 1, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 375–391.

– *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014.

Pejic, Jelena, 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 375–391.

– 'Conflict Classification and the Law Applicable to Detention and the Use of Force', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 80–116.

Rona, Gabor, 'Is There a Way Out of the Non-International Armed Conflict Detention Dilemma?', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 91, 2015, pp. 32–59.

Rowe, Peter, 'Is There a Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict?', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 3, 2012, pp. 697–711.

八、第 2 项：收集与照顾伤者、病者

另见对《日内瓦第一公约》第 12 条之评注的主要参考书目。

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Breau, Susan C., 'Commentary on selected Rules from the ICRC Study: Protected persons and objects', in Elizabeth Wilmshurst and Susan C. Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 169–203.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Dunant, Henry, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, reprint 1986.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

ICRC, *Management of Dead Bodies after Disasters: A Field Manual for First Responders*, ICRC, Geneva, 2009.

– *War Surgery: Working with Limited Resources in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, Vol. 1 by Christos Giannou and Marco Baldan and Vol. 2 by Christos Giannou, Marco Baldan and Åsa Molde, ICRC, Geneva, 2009 and 2013 respectively.

– *First Aid in Armed Conflicts and Other Situations of Violence*, ICRC, Geneva, 2010.

– *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, January 2012 to December 2013, ICRC, Geneva, 2014.

– *Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care*, ICRC, Geneva, 2014.

Kleffner, Jann K., 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357. (2013a)

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC Study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

Müller, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health-Related Issues in Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

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

九、第 2 款：诸如 ICRC 等公正的人道团体提供服务

Barrat, Claudie, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

Blondel, Jean-Luc, 'L'assistance aux personnes protégées',*Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 69, No. 767, October 1987, pp. 471–489.

– 'The meaning of the word "humanitarian" in relation to the Fundamental Principles of the

Red Cross and Red Crescent', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 507–515.

– 'Genèse et évolution des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 73, No. 790, August 1991, pp. 369–377.

Bouchet-Saulnier, Françoise, 'Consent to humanitarian access: An obligation triggered by territorial control, not States' rights', *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 893, March 2014, pp. 207–217.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, Book II, Part Two. (2003a)

de Geouffre de La Pradelle, Paul, 'Une conquête méthodique : le droit d'initiative humanitaire dans les rapports internationaux', in Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 945–950.

Fast, Larissa, 'Unpacking the principle of humanity: Tensions and implications', *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Nos 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 111–131.

Forsythe, David P., 'International Humanitarian Assistance: The Role of the Red Cross', *Buffalo Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, 1996–1997, pp. 235–260.

Gentile, Pierre, 'Humanitarian organizations involved in protection activities: a story of soul-searching and professionalization', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, December 2011, pp. 1165–1191.

Gillard, Emanuela-Chiara, 'The law regulating cross-border relief operations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 890, June 2013, pp. 351–382.

Harroff-Tavel, Marion, 'Neutrality and Impartiality – The importance of these principles for the International Red Cross and Red Crescent Movement and the difficulties involved in applying them', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December1989, pp. 536–552.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

ICRC, 'ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access', *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 893, March 2014, pp. 359–375.

– *The Fundamental Principles of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, ICRC, Geneva, August 2015.

ICRC and International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *The Fundamental Principles of the International Red Cross and Red Crescent Movement: Ethics and Tools for Humanitarian Action*, ICRC, November 2015.

Junod, Sylvie S., 'Le mandat du CICR durant un conflit armé. Le mandat et les activités du Comité international de la Croix-Rouge', *The Military Law and Law of War Review*, Vol. 43, 2004, pp. 103–110.

Kalshoven, Frits, 'Impartiality and Neutrality in Humanitarian Law and Practice', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 516–535.

Kolb, Robert, 'De l'assistance humanitaire : la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges en 2003', *Revue international de la Croix-Rouge*, Vol. 86, No. 856, December 2004, pp. 853–878.

Kuijt, Emilie Ellen, *Humanitarian Assistance and State Sovereignty in International Law: Towards a Comprehensive Framework*, Intersentia, Cambridge, 2015.

Labbé, Jérémie, and Daudin, Pascal, 'Applying the humanitarian principles: Reflecting on the experience of the International Committee of the Red Cross', *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Nos 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 183–210.

Lattanzi, Flavia, 'Humanitarian Assistance', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 231–255.

Nishat, Nishat, 'The Right of Initiative of the ICRC and Other Impartial Humanitarian Bodies', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 495–508.

Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict, by Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, commissioned and published by the UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 2016.

Plattner, Denise, 'Assistance to the civilian population: the development and present state of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 32, No. 288, June 1992, pp. 249–263.

Ryngaert, Cédric, 'Humanitarian Assistance and the Conundrum of Consent: A Legal Perspective', *Amsterdam Law Forum*, Vol. 5, No. 2, 2013, pp. 5–19.

Sandoz, Yves, 'Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-rouge', *German Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1979, pp. 352–373.

Schwendimann, Felix, 'The legal framework of humanitarian access in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, December 2011, pp. 993–1008.

Spieker, Heike, 'Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Stoffels, Ruth Abril, 'Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 515–546.

Swinarski, Christophe, 'La notion d'un organisme neutre et le droit international', in Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 819–835.

Swiss Confederation, Federal Department of Foreign Affairs, *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Practitioners' Manual*,2014.

Toebes, Brigit, 'Health and Humanitarian Assistance: Towards an Integrated Norm under International Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2013, pp. 133–151.

Vukas, Budislav, 'Humanitarian Assistance in Cases of Emergency', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

十、第 3 款：特别协定

Aïvo, Gérard, 'Le rôle des accords spéciaux dans la rationalisation des conflits armés non internationaux', *Revue québécoise de droit international*, Vol. 27, No. 1, 2014, pp. 1–30.

Bell, Christine, 'Peace Agreements: Their Nature and Legal Status', *American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2, 2006, pp. 373–412.

– *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, 2008.

Cassese, Antonio, 'The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, No. 4, 2004, pp. 1130–1140.

Corten, Olivier and Klein, Pierre, 'Are Agreements between States and Non-State Entities Rooted in the International Legal Order?', in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 3–24.

Ewumbue-Monono, Churchill, 'Respect for international humanitarian law by armed non-state actors in Africa', *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, December 2006, pp. 905–924.

ICRC, *The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations*, by Daniel Muñoz-Rojas and Jean-Jacques Frésard, ICRC, Geneva, October 2005.

– *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, February 2008.

– 'A collection of codes of conduct issued by armed groups', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 483–501.

Jakovljevic, Bosko, 'Armed conflict in Yugoslavia: Agreements in the field of international humanitarian law and practice', *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, Vol. 5, No. 3, 1992, pp. 108–111. (1992a)

– 'The Agreement of May 22, 1992, on the Implementation of International Humanitarian Law in the Armed Conflict in Bosnia-Herzegovina', *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo*, Nos 2–3, 1992, pp. 212–221. (1992b)

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia*, 2nd edition, Externado University of Colombia, Bogotá, 2004, pp. 45–53.

Roberts, Anthea and Sivakumaran, Sandesh, 'Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law', *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, 2012, pp. 107–152.

Sassòli, Marco, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law', *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 5–51.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, pp. 1713–1717.

Sassòli, Marco and Tougas, Marie-Louise, 'International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan', *McGill Law Journal*, Vol. 56, No. 4, 2011, pp. 959–1010.

Siordet, Frédéric, 'Les Conventions de Genève et la guerre civile (suite)', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 32, No. 375, March 1950, pp. 187–212.

Sivakumaran, Sandesh, 'Lessons for the law of armed conflict from commitments of armed groups: identification of legitimate targets and prisoners of war', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 463–482.

– *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

van Steenberghe, Raphaël, 'Théorie des sujets', in Raphaël van Steenberghe (ed.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, Brussels, 2013, pp. 15–71.

Veuthey, Michel, 'Learning from History: Accession to the Conventions, Special Agreements, and Unilateral Declarations', in *Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors*, Proceedings of the Bruges Colloquium, 25–26 October 2002, College of Europe/ICRC, *Collegium*, No. 27, Spring 2003, pp. 139–151.

Vierucci, Luisa, 'Special Agreements between Conflicting Parties in the Case-law of the ICTY', in Bert Swart, Alexander Zahar and Göran Sluiter (eds), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pp. 401–433.

– 'Applicability of the Conventions by Means of Ad Hoc Agreements', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 509–522.

十一、第 4 款：冲突各方之法律地位

Fleck, Dieter, 'The Law of Non-International Armed Conflict', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 581–610.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

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

十二、刑事方面和遵守机制

Bellal, Annyssa and Casey-Maslen, Stuart, 'Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors', *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1, 2011, pp. 175–197.

Bílková, Veronika, 'Belligerent reprisals in non-international armed conflicts', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 1, 2014, pp. 31–65.

Blewitt, Graham T., 'The Necessity for Enforcement of International Humanitarian Law', *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 89, 1995, pp. 298–300.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

De Hemptinne, Jérôme, 'Prohibition of Reprisals', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 575–596.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173–199.

Draper, Gerald I.A.D., 'The implementation and enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978' (sic), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 164, 1979, pp. 1–54.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, February 2008.

– Advisory Service on International Humanitarian Law, *Preventing and repressing international crimes: Towards an 'integrated' approach based on domestic practice*, Report of the Third Universal Meeting of National Committees for the Implementation of International Humanitarian Law, prepared by Anne-Marie La Rosa, Vols I–II, ICRC, Geneva, February 2014.

La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2008.

La Rosa, Anne-Marie and Wuerzner, Carolin, 'Armed groups, sanctions and the implementation of

international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, June 2008, pp. 327–341.

Meron, Theodor, 'International Criminalization of Internal Atrocities', American Journal of International Law, Vol. 89, No. 3, 1995, pp. 554–577.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, 'A taxonomy of armed conflict', in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Just post bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Morris, Madeline H., 'International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability', *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 29–39.

Perna, Laura, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Pfanner, Toni, 'Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 279–328.

Plattner, Denise, 'The penal repression of violations of international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts', *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 278, October 1990, pp. 409–420.

Sassòli, Marco, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law', *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 5–51.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

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

– 'The Addressees of Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 415–431.

UPDATED COMMENTARY OF ARTICLE 1, 2 & 3
COMMON TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949

使　命

红十字国际委员会(ICRC)是一个公正、中立和独立的组织，其特有的人道使命是保护武装冲突和其他暴力局势受难者的生命与尊严，并向他们提供援助。红十字国际委员会还通过推广和加强人道法与普遍人道原则，尽力防止苦难发生。红十字国际委员会创建于1863年，它是《日内瓦公约》和国际红十字与红新月运动的发起者。该组织负责指导和协调国际红十字与红新月运动在武装冲突和其他暴力局势中开展的国际行动。

ICRC
微博

ICRC
微信

ICRC
官网

ICRC
电子资源库

红十字国际委员会东亚地区代表处
中国北京市建国门外大街9号
齐家园外交公寓3-2
邮编：100600
电话：+86 10 8532 3290
传真：+86 10 6532 0633
邮箱：bej_beijing@icrc.org　www.icrc.org
© ICRC, 06.2018

ICRC

2017.0224/006 06.2018 300