

一九四九年《日内瓦公约》

新版评注：共同第二条



ICRC

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.....	2
二、历史背景.....	2
三、第 1 款：和平时期的可适用性.....	3
四、第 1 款：缔约国间经过宣战的战争或任何其他武装冲突.....	4
(一) 经过宣战的战争的概念.....	4
(二) 武装冲突的概念.....	5
1. 武装冲突定义的构成要素.....	7
2. 与国际性武装冲突概念有关的具体问题.....	13
3. 国际性武装冲突的结束.....	19
五、第 2 款：公约在占领情况下的可适用性.....	21
(一) 占领未遇武装抵抗.....	21
(二) 占领概念的定义.....	22
(三) 占领的构成要素.....	24
(四) 与占领概念有关的具体问题.....	26
1. 占领的地域范围.....	26
2. 占领的时间范围.....	26
3. 对国际地位不明之领土的占领.....	27
4. 代理人占领.....	28
5. 多国部队的占领.....	29
六、第 3 款：冲突之一方为非缔约国时公约的可适用性.....	30
(一) 第 1 句：普遍参加条款的废除.....	30

(二) 第 2 句: 非缔约国对公约事实上的适用.....	31
主要参考书目.....	31

一、引言

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。¹1949 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。

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。

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。

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使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。

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

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

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。”

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。

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

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：和平时期的可适用性

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

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。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

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 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》就要求缔约国于平时时期准备好保障文化财产（第 3 条）；

四、第 1 款：缔约国间经过宣战的战争或任何其他武装冲突

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。

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

《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。

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。

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

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

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.

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.

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。

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

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

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

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。³⁰1907 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

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, 1979, 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。

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.

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。

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。

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

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

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

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 Shrager, 2008, p. 94. 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.

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。

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

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。

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

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。

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

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 conflits armés*, 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)。

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.

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。

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

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

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。

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。

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

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“同意承受条约约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 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.

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款国际性武装冲突的条件。⁵¹

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

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。

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。

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。

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. 122.

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.

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.

“谁”卷入国家之间武装对抗的问题不应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。

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发生武装敌对行动，就可以说存在国际性武装冲突”。⁵⁸

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。

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。

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

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.

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。

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

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

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

（2）武装对抗的激烈程度

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。

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。

《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

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 257–264.

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.

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

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

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

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。

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

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

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. 122; Kolb, 2003, p. 73; Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 274; Kritsiotis, pp. 278–279; Clapham, pp. 13–16. Schmitt, 2012, p. 240; 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）。

⁷⁷ See e.g. Vitè, p. 72; Kritsiotis, p. 262; David, p. 122; 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. 393–400.

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。

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

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。

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

然而，《日内瓦公约》中没有任何规定暗示出，在有多国部队——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

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。

⁸³ See Shrags, 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 Shrags, 2008, 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/Vit é pp. 180-181; see also references in fn. 88. But see Zwanenburg, 2005, p. 207.

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

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。

如果多国行动由不受国际组织指挥和控制的国家的国家实施，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。

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。

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。

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

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*, MartinusNijhoff Publishers, The Hague, 1999, pp. 125–130.

⁸⁹ Zwanenburg, 2012b, pp. 23–28.

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 74–82.

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, 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.

（2）网络行动引发的国际性武装冲突

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。

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？

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。

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

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

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。

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。

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

⁹⁵ See Schmitt, 2012(a), p. 251; Knut Dörmann, *Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks*, ICRC, 2004, p. 3; Heather Harrison Dinness, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge University Press, 2012, p. 131; and 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.

⁹⁶ Cordula Droëge, '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 Vit 6 pp. 69–94.

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

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。

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。

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

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 conflit armé international*, Thèse de doctorat, Université de Genève, 2015, pp. 402–425; Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze, ‘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.

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.

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

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。

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。¹⁰⁶20 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。

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。

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。

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

¹⁰⁵ See Vitépp. 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。

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, 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，

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

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”。¹²¹2012 年，同样是在该案的判决中，审判庭同意

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，拒绝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.

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 and 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.

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

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。

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

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

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

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

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 Plücker, ‘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.

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

¹²⁶ 对这些观点更深入的分析，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.

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

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。

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

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

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。

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。

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。

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.

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.

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。

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。

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。

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

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款所暗示，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。

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。

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.

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

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。

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。

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。

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作占领军。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

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

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

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; Dürmann/Colassis, pp. 309–311. See also para. 99.

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*, MartinusNijhoff Publishers, 1999, pp. 167–181. See also paras 142–150.

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。

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。

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。

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。

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

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。

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

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

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

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

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.

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 Koutoulis, 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.

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

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

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

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

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 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, “‘Otherwise occupied’: 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.

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

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

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。

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

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

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。

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, 2012, 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.

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 after Israel’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。

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。

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。

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。

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

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。

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

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。

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

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。

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.

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.

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

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。

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。

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

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

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

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

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 24.

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/Därman, pp. 270–271.

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

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

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

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

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。

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。

国际法院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

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

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

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。

5. 多国部队的占领¹⁸⁸

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

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

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。

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。

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

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。

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）

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 Sassoli, ‘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 248–250 段。

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。

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

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

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。

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

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。

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

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 Därmann/Colassis, pp. 302–304; ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 34–35; and Ferraro, 2012b, pp. 160–162.

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

论后，1929 年通过了一条与第 2 条第 3 款近乎相同的规定。¹⁹⁸1949 年时该规定毫无争议地被保留下来。

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

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。

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

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，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

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 Wilmschurst (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.

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.

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.

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 Tadi  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 Sass li (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 3–26.

David, Eric, *Principes de droit des conflits arm s*, 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.

D rmann, 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 M jezinovi  Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (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 D rmann, 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'applicabilit  temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Geneva, 2014.

ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Report of expert meeting edited 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 conflits armés, Précis*, Helbing and Lichtenhahn, Basel, 2003.

– *Ius in bello : Le droit international des conflits armés, 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, Vaïos, '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. 90–99.

– '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)



ICRC

UPDATED COMMENTARY OF ARTICLE 2
COMMON TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949