

# 反恐與國際法

葉錦鴻

中中正大學財經法律系助理教授

**摘要：**如同〔對某些人而言的恐怖主義，對某些人而言卻是自由的戰士〕，這句話的諷刺性所示，某個行為是戰爭法所認定為合法的戰鬥行為，或者是恐怖犯罪行為的區別判定，是取決於國家之間激烈的對立。第2次世界大戰後的恐怖行動的定義，加上戰爭法立約的淵源歷史，都可說是造成這次議論的始末原因。

**關鍵字：**反恐、國際法、戰爭法

## 綱要

- 一、前言
- 二、非國家實體的國際法地位
- 三、「民族解放團體」於戰爭法上的地位查
- 四、戰爭法與恐怖犯罪之關係
- 五、結語

## I 前言

由於恐怖主義屬於「私人性質的」政治暴力，與透過國家機關所進行的戰鬥行為，屬於截然不同的法律體制<sup>1</sup>，因此在某種意味上，恐怖主義與國際法的關係是十分特殊的。首先，國際法的主體是國家，頂多包括國際組織或個人這種限定性的主體，因此對於「民族解放團體」甚至更低層次的「私人武裝組織」如何定位，都是必須討論的問題。其次，傳統的戰爭法僅認定由國家正規軍所進行的暴力行為是合法行為，並不將由私人組織所進行之暴力行為視為適用對象，而僅將其認定為一般犯罪。

但時至今日，原本僅設定以主權國家間的武力紛爭為適用範圍的戰爭法，其適用範圍已逐漸擴大至國家與叛亂者等「非國家主體」之間的武力衝突，或是「非國家主體」與「非國家主體」之間的軍事衝突<sup>2</sup>。此外，如第二次世界大戰時的游擊隊與抵抗運動，以及戰後的反殖民地武力鬥爭等，雖然經常被站在敵對立場的國家批判為「恐怖主義」，但是事後我們若觀察第二次世界大戰後戰爭法的發展，可以看到已將該等現象反映在實體規定上。

在2001年9月11日的恐怖攻擊事件後，美國總統布希將此種恐怖攻擊定義為「新戰爭」的開始，給人一種宛如以美國為首的諸國軍隊，正在與奧薩瑪·賓·

<sup>1</sup> Oeter S., *Terrorism and Wars of National Liberation from a Law of War Perspective: Traditional Patterns and Recent Trends*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.49 NO. 3(1989), p.446.

<sup>2</sup> 參照國際刑事法院規約第8條第2項。

拉登及其所指揮之「恐怖份子」進行「戰爭」的印象<sup>3</sup>。布希總統的該項發言具有宣傳的效用，雖然欠缺法律上的正確性，但此事件無疑地超越以往國際法所想定之國家與恐怖組織間的關係。

時至今日，與非國家機關之武裝集團間的武力衝突可以適用戰爭法，而在國與國之間的武力紛爭中，也有不屬於國家軍隊的非正規兵的活動，甚至目前恐怖組織擁有進行不遜於主權國家的破壞活動的能力，故而恐怖主義與戰爭法的關係，已經不能單純用「私人性恐怖犯罪」與「正式戰爭」來區分，或是區別「國家所進行的戰爭」與「私人組織所進行的恐怖活動」。

在這樣的狀況下，「民族解放團體」甚至更低層次的「私人武裝組織」是否可視為國際法的主體？國際法或是戰爭法應如何定位恐怖主義呢？特別是在戰爭法中，賦予正規軍進行合法戰鬥行為的權利，但在恐怖主義與戰爭法間的關係如此複雜的現代國際社會中，我們是否能將戰爭法中的合法行為與恐怖犯罪加以區分呢？這些都是本文希望討論的問題。

## II 非國家實體的國際法地位

### 1 國際法上的實踐

如前所述，國際法的主體原本僅設定是國家，但目前其適用範圍已逐漸擴大至「非國家實體」與叛亂者等非國家主體。換言之，非國家實體在國際法地位已有所改變。

如眾所周知地，香港並不是一個獨立的國家，但卻以非國家實體的身份，加入許多國家間的條約，甚至是聯合國國際人權盟約等條約的當事國<sup>4</sup>。尤其甚者，大多數的殖民地在完成獨立之前，也有透過母國及若干國家的同意，與外國建立條約關係的例子<sup>5</sup>。亦即，如果負責該非國家性質領域實體之對外關係的國家，透過憲法、與外國的約定及國際協定，即可使該非國家實體具備國際法主體的地位。

在英國殖民地時代，即使憲法上並沒有規定，但亦可依照憲法上的習慣，在經濟及貿易相關事項上，給予香港交涉及締結單獨協定的權限。另外，在關於某些專門上、技術上領域的國際機構，香港也被認為具備單獨加入或是準加入的資格<sup>6</sup>。香港於一九九七年七月一日回歸中國後，依據香港特別行政區基本法之規定，其得以「中國香港」之名義，在經濟、貿易、金融、海運、通訊、觀光、文

<sup>3</sup> 所謂「為永續的自由（ENDURING FREEDOM）而戰」一詞，是由美國等在遭受恐怖攻擊後所創設的戰爭狀態，因其將 911 恐怖攻擊視為一項「戰爭犯罪」。如上所述，如果發生大規模的恐怖攻擊的話，則「該恐怖組織與被害國之間是否存在戰爭」是一個問題，但在現今國際法的規範中，除了恐怖組織在其領土內且發生內戰性武力紛爭，否則身為個人集團的恐怖組織與國家間不應有戰爭的發生。由美國等國在 2001 年 10 月 7 日對阿富汗所進行的武力攻擊行為，嚴格說來應視為有美國等國和阿富汗間存在戰爭關係。

<sup>4</sup> 王志安「國際法上擁有高度自治權的香港」，參照『外交時報』一九八九年三月號，九一頁。

<sup>5</sup> 如英國治下的許多自治領即是。

<sup>6</sup> 姚壯「香港與國際組織」、『中國國際法年刊』一九八九年、三二八—三三一頁。

化、運動等非政治的領域，繼續維持、發展與各個國家、各個地區及國際機構的關係，並且可以締結相關連的協定<sup>7</sup>。

特別該注意的是航空協定的締結。國際民間航空條約第一條規定「締約國承認，各國在其領域上空具有完全排他的主權<sup>8</sup>」。也就是說，締結航空協定意味著其中有關於國家主權的相關問題存在，但非國家性質的領域實體卻亦常擁有締結航空協定的權能<sup>9</sup>。如前所述，香港在對外關係上被賦予非常廣泛的權限，其中甚至包括關於航空業務協定，也被認為具有一定的交涉及締結的權限。一九八六年以來，在英國政府的授權之下，香港為了確保自己的權利，以與英國的航空協定分離的形式，與第三國締結起新的航空協定<sup>10</sup>。當然，這些協定都受到英國的授權。更進一步來說，在香港回歸之後，香港特別行政區繼承這些新的協定及建立於這些協定之上的權利、義務，必須要獲得中國政府對於締結或修正之授權才能保證<sup>11</sup>。也可以說，這些航空協定的繼續存在是獲得中國政府的首肯。就此而言，在締結條約權限的一般性授權下，香港這個非國家主體卻擁有部分國際法主體的地位<sup>12</sup>。

同時，構成前蘇聯的數個共和國，基於蘇維埃憲法及聯合國憲章，皆被認為是國際法的主體。在前蘇聯的時代，烏克蘭與白俄羅斯雖不是獨立國家，但卻是聯合國憲章的締約國，也是大部分多國間條約的會員國。

除此之外，在某些限定的民族解放團體中，也有被認可其締結條約之能力的情形存在。與國際人道法有關的日內瓦諸條約及議定書等，也規定針對民族解放戰爭全面性的適用<sup>13</sup>。當然，並非所有的民族解放團體最後都能成功地組成國家，故不能將其視為締約國來看待。但也有民族解放團體建立臨時政府，辦理加入日內瓦諸條約的手續的例子存在。例如阿爾及利亞共和國臨時政府，於一九六〇年六月二十日，經過利比亞政府將加入日內瓦諸條約的申請書交與瑞士政府<sup>14</sup>。更進一步來說，聯合國完成海洋法條約之際，由於解放團體獲得聯合國及區域性機構承認其加入，阿拉伯集團的諸國提案條約應被開放<sup>15</sup>。關於這一點，聯合國國際法委員會(ILC)也認為：「非國家性質的主體有國際人格及締結條約能力的情況，在國際法上是經常性、原則性的存在<sup>16</sup>」。

更進一步而言，以解放團體加入國際機構的例子來看，如不結盟國家會議、

<sup>7</sup> 香港特别行政区基本法第一五一条。

<sup>8</sup> Convention on International Civil Aviation (Chicago), Dec. 7, 1944, Art. 1, 61 Stat. 1180, *U.N.T.S.*, Vol. 15, p. 259.

<sup>9</sup> Cheri L. Attix, *op.cit.*, p. 382.

<sup>10</sup> Jean-Louis Magdelenat et Jiefang Huang, Les accords de transport aerien dans les successions d'Etas : le cas particulier de Hong-Kong, *Annals de droit aéroen et spatial*, Vol. X, 1985, p. 121.

<sup>11</sup> Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong, Dec. 19, 1984, U.K.-P.R.C., *I.L.M.*, Vol. 23, p. 1371.

<sup>12</sup> Louis Henkin et al., *International Law: Cases and Materials*, West Pub., 1980, p. 168.

<sup>13</sup> 參照龔育達『國際人道法』，世界思想社，一九八〇年，四三一四八頁。

<sup>14</sup> Mohamud Bedjaoui, Law and the Algerian Revolution, *International Association of Democratic Lawyers*, 1961, pp. 207-220.

<sup>15</sup> UN, *Press Release*, SEA/445, 16 April 1980, p. 14.

<sup>16</sup> *Yearbook of I.L.C.*, Vol. 2, 1962, p. 36.

伊斯蘭諸國會議、阿拉伯諸國會議等若干國際機構，均可舉出承認解放團體加入的例子。另外，解放團體以觀察員的身份參與聯合國各個機關及專門機關的作法也已經非常廣泛地被接受<sup>17</sup>，更何況還有叛亂團體與中立國家締結某種形式的協定的例子<sup>18</sup>。

## 2 國際法上的論理

如前所述，非國家實體在國際法地位已有所改變，在某些情況下，非國家實體甚至可加入聯合國的多數國家間條約，也可成為 WTO 等國際機構的會員國。由於此點與非國家實體是否有資格成為多數國間條約的當事國，亦即是否有締結條約的能力，在本質上有密切的關係，以下即從非國家實體的條約締結能力加以探討。

關於非國家實體的條約締結能力，一直是國際法上最受爭議的問題之一，在學說上也有許多對立的見解。首先，有一說認為締結條約的能力是付隨國家主權而來的。例如，依 W. Gould 的看法，締結條約的能力「並非物理上的事實，而是主權及獨立的結果」<sup>19</sup>。另外，於溫布頓（Wimbledon）號事件中，常設國際法院（PCIJ）亦聲明：「締結條約的權利為國家主權的特性」<sup>20</sup>。此點意味著僅有主權國家得以締結條約。換言之，此說認為若有某個實體想要締結條約，該實體就非得要有一個主權形式的存在。但最應留意的是，另有學者認為在沒有主權存在的前提下，非國家形式的主體亦具有締結條約的能力<sup>21</sup>。

第二說主張國際人格是締結條約的能力之淵源。例如，國際法院（以下稱 ICJ）就「於聯合國的職務中所蒙受到的損害之賠償」的諮詢意見中，對國際人格所下的定義為「享受國際上權利與義務的能力」<sup>22</sup>。但只從這個定義來看，就某實體享受有某些權利與義務是否就具有國際人格一事上，並沒有明確的標準。

同時，G. G. Fitzmaurice 認為締結條約的能力是國際人格的特性<sup>23</sup>。H. Waldock 也同意締結條約的能力與國際人格有所相關的部分，但有若干保留。也就是說，「有締結條約的能力之實體，一定具有國際人格。但此並非意味著所有有國際人格的實體都具有條約締結能力<sup>24</sup>」。進而，R. Ago 也將締結條約的能力當作檢測某些實體是否具有國際人格的基準<sup>25</sup>。然而，某些實體具有國際人格也只不過是意味著他享有一定的權利及義務，所不得不注意到的是，締結條約的能力並非國際人格的固有部分。

第三個說法認為非關國家主權與國家人格，而是某個實體為求於締結條約的

<sup>17</sup> Theodor Meron, "The Composition of the UN Regional Economic Commissions the PLO", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, 1979, pp.59-60.

<sup>18</sup> Theodor Meron, *op.cit.*, p.382.

<sup>19</sup> W. Gould, *An Introduction to International Law*, 1957, p. 57.

<sup>20</sup> P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 25.

<sup>21</sup> Luigi Di Marzo, *Component Units of Federal States and International Agreements*, 1980, p. 5.

<sup>22</sup> *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of April 11, 1949, I.C.J. Reports (1949), p. 174.

<sup>23</sup> G.G. Fitzmaurice, "Third Report of the Law of Treaties", *Yearbook of I.L.C.*, Vol. 2, 1958, P. 115.

<sup>24</sup> *Yearbook of I.L.C.*, Vol.2, 1962, p. 36.

<sup>25</sup> *Yearbook of I.L.C.*, Vol.1, 1962, p. 61.

能力上有實質上的支配力。K. Marek曾說：「條約主要只成立於可能獨立履行條約的國家之間，更進一步來說，只有現實上且有實質效力的政府，才可能有效地盡到這個責任<sup>26</sup>」。S. Gemma也說：「能夠盡到自身義務的政府之能力及意思表示，才是得以成為條約當事者之決定性的因素<sup>27</sup>」。依照他的說法，事實上的政府之基礎在於維持秩序，並以主權者的身份來為意思表示，以履行實現所有機能。

即使在ILC起草條約法公約過程中，也產生關於不完全獨立狀態的實體之締結條約能力的議論。該次討論中，H. W. Briggs認為應包含非國家實體擁有條約締結能力的相關條項。他說：「不完全獨立狀態的實體之締結條約能力，是依存於與該實體進行有國際關係的國家及其他締約國的承認<sup>28</sup>」。相對於此，S. Rosenne則表示相反的論點。他表示：「依據關係當事國所得到的締結條約能力之承認是不必要的。也就是說，當事國之間互相承認對方的締約能力，毫無疑問地是為了要證明條約本身的有效性。<sup>29</sup>」

依據以上的說法，我們可以發現學說上的對立，但締結條約的動作本身即可證明其具有締結條約的能力，而在國際社會的實際情況中，非國家實體已締結許多國際法上的條約，並且實際上已在進行運作，因此其適用戰爭法與國際人道法應是無庸置疑。

### III 「民族解放團體」於戰爭法上的地位

其次，關於在前提上不具國際法主體性，並非戰爭法適用主體的非國家主體，其地位問題亦頗值得探討。這些團體的行為即使符合戰爭法的原則，但並不等於被認定為合法的戰鬥行為。

就傳統的看法而言，除了被承認為交戰團體的叛亂者之外，可成為執行合法戰鬥行為的主體(亦即交戰者)的僅有國家而已。當然，今日戰爭法的部份規則也適用於非國際性武力紛爭，但需強調的是，即使戰爭法的規則適用於非國際性武力紛爭，但並不是將交戰者資格賦予叛亂團體等非國家主體，而這些叛亂團體若沒有被認定為交戰團體，其行為即被視為一般犯罪(叛亂罪，殺人罪等)。換言之，即使是遵循戰爭法規定的行為，因其並不具交戰者資格，故而無法成為合法的戰鬥行為。

但眾所周知地，在日內瓦條約第一附加議定書中，各國將人民主導的武力抗爭認定為國際的武力紛爭，而不是傳統的內戰。這種「解放抗爭」的國際化和戰爭法的適用，下述部分和恐怖主義間的關係存在很大的爭議。

#### 1 「民族解放抗爭」的國際化

依據聯合國於1960年通過的賦予殖民地獨立宣言，「人民自決的權利」獲得

<sup>26</sup> K. Marek, *Identity and Continuity of States in International Law*, 1953. p. 59.

<sup>27</sup> S. Gemma, "Les Gouvernements de fait", *Recueil des Cours*, 1924, Vol. III. p. 316.

<sup>28</sup> *Yearbook of I.L.C.*, 1962, Vol. 1, p. 59.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 62.

承認，從此以後所有對人民的壓制行動皆被要求停止，將人民自決抗爭予以正當化的活動亦在國際間日益壯大。在將自決抗爭和聯合國憲章第 2 條第 4 項間的關係正當化的同時，將這樣的人民抗爭視為國際性武力紛爭，並要求適用於戰爭法的呼聲紛紛而起<sup>30</sup>。

但是，以西歐為主的各國卻堅持反對將民族解放抗爭加以國際化，其反對原因主要來自於主權國家的領土保全觀點，即使戰爭法的適用在人道上合情合理，不過卻根據以下理由加以批評。亦即，「依據某種紛爭的動機而作為決定國際性與否的分別，或者是依據某種戰爭犧牲者的動機而給與特別待遇的情況，恰與國際人道法的理念完全相反」<sup>31</sup>。

為追求 1949 年日內瓦條約的完整性，各國亦開始起草兩份附加議定書，但這當然也引起相當激烈的爭論。在國際紅十字委員會(ICRC)為準備起草兩份附加議定書而主辦的專家會議中，「自決的武力抗爭適用國際人道法」的提議受到大多數國家代表的反對<sup>32</sup>。因此，於 1974 年外交會議所提出的 ICRC 草案中，因自決而引起的武力抗爭僅適用於非國際性武力紛爭的第二議定書，只有民族解放團體成員被俘獲時，能依照國際性武力紛爭的規定，以俘虜待遇處之<sup>33</sup>。

然而，從外交會議的第一會期(1974 年)開始，共產主義以及第三世界國家接連四個會期提出修改提議，針對訂定關於議定書適用範圍的草案第 1 條，要求將民族解放戰爭認定為國際性武力紛爭，且明確規定全面適用 1949 年日內瓦條約以及第一附加議定書。

針對這樣的提議，資本主義國家除前述批評之外，更宣稱解放團體無法履行日內瓦條約及議定書的義務，再者解放團體等用詞的定義過於曖昧，因而以有濫用危險等理由而強烈反對<sup>34</sup>。但反對的聲音終究無法獲得多數支持，最後於第一委員會以及外交會議全體大會時，決議通過現行的第一附加議定書第一條第四項<sup>35</sup>。

## 2 第 1 附加議定書第 1 條第 4 項和恐怖主義

做為反映第三世界國家堅持將游擊戰和殖民地解放抗爭正當化的心聲，在第一附加議定書中，將人民自決抗爭列為國際性武力紛爭的適用對象。但是此規定在起草作業就遭到強烈的抨擊，其中主要的反對國家——美國還宣稱：此規定會助長恐怖主義的犯罪，甚至造成對戰爭法一體性的阻礙，因此堅持絕不批准第一

<sup>30</sup> See generally Wilson, H. A. *International Law the Use of Force by National Liberation Mourners* (Clarendon Press, 1988). p. 149ff.

<sup>31</sup> Mr. Evans (USA). In U. N. Doc. A/PV. 2197, 12 December 1973; Wilson Supra note 31. p. 151.

<sup>32</sup> Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Second Session (3 May - 3 June 1972). Report of the Work of the Conference. Vol. 1. pp. 200-201.

<sup>33</sup> CDDH/1: 1, Three, 13.

<sup>34</sup> 樋口一彥「執行民族自決權的人民交戰資格」《法學雜誌(關西大學研究院)》53 號(1989 年)，17 頁。

<sup>35</sup> Cassese, A. "War of national liberation and humanitarian law" in Swiparski, C. (ed.). *Etudes et essris sur le droit international et sue les principes de la Crais-Rouge*(ICRC. Martious Nijhoff Publishers.1984).

附加議定書<sup>36</sup>。在起草過程中，以美國為主的資本主義國家認為，第一附加議定書第一條第四項的規定過於「曖昧、主觀以及政治化」，因此第一附加議定書的通過，會讓實行恐怖主義的團體假稱「民族解放」之名，而在國際法上提昇其地位。

正如美國所批評地，「代表人民的團體」依何種標準而定義並不明確，因此自稱「解放團體」的恐怖組織當然想適用議定書，甚至犯案累累的恐怖組織亦可能被認定為是國際性武力紛爭當事者。另外，依據第一附加議定書第 96 條第 3 項所述，「代表人民之當局向寄託國以片面宣言方式為之」，即可被承認為紛爭當事者的地位，並開始適用議定書。對此，以美國為主的資本主義國家批評如下：「此點結果使得解放團體的片面宣言不僅對該團體本身，對敵對當事者亦有所約束。」<sup>37</sup>

不過依據以下理由，因第一附加議定書而使恐怖主義者受到國際法上的承認，從而助長其恐怖犯罪的可能性並不高。首先要注意的是，即便適用於戰爭法，並不表示解放團體的所有暴力行為皆可正當化。理所當然地，違反戰爭法的恐怖行為即使其解放抗爭適用於戰爭法，亦同樣是違法的。

其次，所有自稱為「解放團體」並不會因單方面的通告就會發生第 1 條第 4 項以及第 96 條第 3 項的效果。還不到武力紛爭層級的個案的暴力行為也就是大多數恐怖組織活動皆不是第 1 條第 4 項的適用對象<sup>38</sup>。

再者，依據第一條第四項所規定，人民僅侷限於「國連憲章和友好關係宣言規定之自決權利」，因此在第一附加議定書原定的解放團體應解釋為：在反殖民地化的國家和聯合國執行過程中形成的意義，而此意義的自決權並不包括少數民族等從主權國家的自由分離獨立權，且第一附加議定書亦並不適用於諸如這種少數者的一切反政府抗爭。第一條第四項可說是適用侷限於「針對殖民地統治、外國占領以及人種歧視」所進行的抗爭<sup>39</sup>。具體而言，第一附加議定書起草當時存在的「抗爭」，其觀念即是：①1970 年葡萄牙領非洲殖民地的典型殖民地統治；②東帝汶和以色列占領下的西岸地區和加薩地區的外國統治(被占領地區因屬地不明，僅限於戰爭法上的軍事占領之外)<sup>40</sup>；以及③類似南非的種族隔離(Apartheid)等「依據人種歧視形成的體制」<sup>41</sup>。在這些事例中，除了被外國占領的情形之外，其他均已失去其重要性，因此依此規定所衍生的國際紛爭目前可說是非常稀少。

<sup>36</sup> The White House. Letter of Transmittal January 29, 1987, cited in American journal of International Law, Vol. 81. No. 4 (1987). pp. 910-912.

<sup>37</sup> Dinsterin Y. "The New Geneva Protocols: A Step Forward or Backward?" , Year Book of World Affairs, Vol, 33 (1979) p. 268.

<sup>38</sup> Sendox, Y., Swinski C. & Ziounernann B. (eds). Commentary on the Additional Protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (International Committee of the Red Cross, 1987) para. 107. 英國於署名時所附帶的解釋宣言如下：適用於第一附加議定書的武力紛爭是以一定強度以上者為前提，而並不低於第二附加議定書第一條第二項所規範低於武力紛爭的「暴動，一次或零散的暴力行為」。Roberts. A. and Bueltt R. Document on the Law of War (20d ed., Oxford UP. 1989). p. 467.

<sup>39</sup> Wilson, supra note 31, pp. 157-168.

<sup>40</sup> Greenwood, supra note S. 194, Wilson. Supra note 31, p.167.

<sup>41</sup> Sandoz Swinarski & Zunmermann (eds.). supra note 39, para. 112.

最後，還應探討人民抗爭存在於現實狀況時，自稱「解放團體」者是否還可成爲代表其人民的存在？<sup>42</sup>依據議定書第 96 條第 3 項，非締約國的人民適用於議定書的條件需透過「人民代表當局」的宣言。至於外交會議的決議顯示，擁有可以執行第 96 條第 3 項片面宣言資格的解放團體，需經非洲統一機構和阿拉伯聯盟等地區性機關的認定而提議<sup>43</sup>，但此國際性承認並無法形成明示的條件而被接納。另有看法指出，沒有區域性國際機關的地區，以及考量這些區域性國際機關做成決定時的任意性及消極性，結果就是任由「解放團體的自我認定」<sup>44</sup>。但是，如果通過議定書的外交會議本身僅容許特定「經過承認的」解放團體參加，則經由某形式「國際承認」的團體會採取如此宣言的舉動亦是十分妥當的<sup>45</sup>。實際上，幾個署名或批准議定書的國家均有類似的解釋宣言<sup>46</sup>。再者今日不單是資本主義國家，就連第三世界國家也懼怕議定書第一條第四項將助長自己國內的分離運動，故而亦支持限定解釋「民族解放團體」的地位<sup>47</sup>。因此，除部份解放團體依據第一議定書第一條第四項和第 96 條第 3 項獲得國際承認以外，其他僅自稱「民族解放團體」，並未因此規則而獲得利益<sup>48</sup>。

## IV 戰爭法與恐怖犯罪之關係

### 1 國際法對恐怖犯罪的定義

一般而言，恐怖主義是非常難以定義的。尤其是在定義國際法可管制的恐怖主義時，到目前爲止，具備普遍涵蓋性的定義方式仍尚未出現<sup>49</sup>。然而，在與戰爭法的關係上，被廣泛稱之爲恐怖主義的各種活動，大致可分爲以下兩種範疇<sup>50</sup>。

<sup>42</sup> Sandoz(eds.), supra note 39, para. 3763.

<sup>43</sup> Greenwood, supra note 5, pp. 195-196.

<sup>44</sup> Abi-Saab, G. "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols" *Rece\* des Co\**, Vol. 165 (1979). p. 408; Ouguergouz, F. et al. (eds). *Implter\* of international Humanitarian Law; Resent papers by participants in the 1986 Session of the Center for Studies and Research in International Law and International Relation of the Hague Academic of International Law* (Martious Nijhoff Publishers. 1989). p. 343.

<sup>45</sup> Greenwood supra note 5. p. 196; Wilson. Supra note 31. pp. 171-172. Kalshoven, F. *Co\* on the (Vaging of War International Committee of the Red Cross. 1987). pp. 73-74.*

<sup>46</sup> 英國在 1977 年的署名時宣言如下，「唯有真正符合第 1 條第 4 項條件的當局宣言才擁有第 96 條第 3 項規定的效果，回顧起草過程，當局也有必要讓適當的地區機關認可的」。韓國在批准時也作同樣的宣言。但英國在 1998 年的批准時的解釋宣言即修改爲，「如英國真的不承認『人民代表當局』，即不受第 96 條第 3 項的宣言所限制」。

<sup>47</sup> Kalshoven supra note 46. p.74.

<sup>48</sup> 過去南非的ANC、納米比亞的SWAPO、伊利多里亞的人民解放戰團、安哥拉的UNITA、阿富汗的民族解放戰線、伊斯蘭黨和伊斯蘭協會各勢力、PLO、菲律賓的摩洛民族解放戰線等的宣言 (Wilson sqpra no (e31,p,171,n,83)。但是，96 條 3 項的宣言之所以有效，那些解放團體在爭取「讓定書締約國」時，南非、伊斯蘭、阿富汗、蘇聯、安哥拉、菲律賓等這些團體所爭取的對象國，並不是當時讓定書的締約國。

<sup>49</sup> 西井正弘「大規模國際恐怖活動與國際法」*國際問題 505 號*(2002 年 4 月)，3-11 頁。關於恐怖活動定義之難處，參照加藤朗「恐怖活動—現在暴力論」(中公新書，2002 年)，21-24 頁。

<sup>50</sup> Greenwood, C. "Terrorism and Humanitarian Law: The Debate over Additional Protocol 1", *Israel Yearbook on Human Rights. Vol. 19(1989),p.189.*



首先，在恐怖主義的各種活動中，存在所謂「核心犯罪」的行為，該等行為不論其主體為何，在國際法上均為絕對的犯罪。這些暴力行為可根據其「攻擊目標（平民百姓、孩童等）」，或是「攻擊方法或手段（人質、無特定對象攻擊等）」，就其攻擊本身的性質，而被認定為恐怖犯罪，即使是適用戰爭法的狀況，也是違法的戰爭犯罪<sup>51</sup>。

其次，在被稱為恐怖主義的各種活動中，若是國家軍隊在武力紛爭時所進行，則可被認定為「合法的戰鬥行為」，但若是恐怖組織所為，則將被視為恐怖犯罪而遭到責難。例如，以未受禁止之武器攻擊軍事目標（如軍事基地）的行為，若是在適用戰爭法的狀況下，由紛爭當事國之軍隊所實施即不算違法，但若是叛亂組織進行同樣之攻擊行為，則會被認定為恐怖犯罪。屬於此類第二種範疇的暴力行為，其法律上的評價並非依該行為本身的性質，而是因行為者或其所屬組織在法律上之地位而定。

在國際法針對恐怖主義的規範中，最大的困難就是如何看待在殖民地體制或外國佔領下之「人民」進行自決而採取的行動。但我們應認知，此一認定人民的暴力行為是正當鬥爭而非恐怖犯罪的主張，主要是將人民的鬥爭與國際性的武力紛爭置於同一層次，而將解放團體當作戰爭法的當事者來看待。這並非將前述等同於核心犯罪的恐怖主義予以正當化，而是一種與第二類範疇的恐怖犯罪相關的要求。

的確，在反殖民地鬥爭相當激烈的時期，第三世界諸國不僅要求適用戰爭法，甚至對於國家在國際性武力紛爭中被認可的權利，存在希望得到較其更高之優越權利的主張<sup>52</sup>。但我們可以發現，這些論調只是為了強調在原有戰爭法的規定中，將解放團體置於不利立場的政治修辭，藉以批判將解放鬥爭視為內戰，而拒絕將其適用戰爭法的國際社會與宗主國<sup>53</sup>。最後，將人民的鬥爭置於國際法規範之上的這項嘗試，並未獲得國際社會的支持。至少站在法律信念的觀點來看，即使是主張人民的鬥爭不能視為恐怖犯罪的國家，亦並未抱持著將違反戰爭法的行為加以正當化的意圖<sup>54</sup>。

因此，雖說恐怖主義很難定義，但若將戰爭法亦無法容許的狀況，如對於平民百姓或孩童進行無特定對象的攻擊等行為，將其定義為恐怖犯罪而加以譴責，事實上是沒有任何爭議的。實際上，國際社會是存在將特定暴力行為認定為「恐怖犯罪」的輿論，如有關綁架人質或劫機等犯罪，之所以能締結個別條約來加以

<sup>51</sup>如對平民展開無特定對象的攻擊行為，應可視為違反戰爭法的恐怖活動。在戰爭法中，禁止將平民視為直接攻擊的對象，甚至連攻擊可能因過度捲入而造成平民傷害的「軍事目標」，也是在禁止之列。此外，「心理的影響」也是「恐怖活動」所強調的定義之一，如戰爭時為了消滅敵方平民的戰鬥意志和續戰能力，而展開以造成「心理恐懼感」為目的的攻擊行為亦是被禁止的。

<sup>52</sup>如在越戰中，北越主張「俘獲的美國士兵不具俘虜的資格，應以侵略者、罪犯身份接受制裁」，這可視為北越主張在與美國的「鬥爭」中，戰爭法對於雙方應具有對等的效力，以及否定自國受該法的義務拘束的說法。另外，在安哥拉、莫三比克等原屬葡萄牙殖民地的解放戰爭中，也有人主張應採取對「自由戰士」有利的戰爭法來「差別適用」。

<sup>53</sup>藤田久一「新版國際人道法（增修）」（有信堂，2000年），51頁。

<sup>54</sup>如關於「禁止人質行為條約」締造過程所產生的爭議即是。

規範，主要即是因為國際間都同意，無論是擁有自決權的人民所為，或是國家機關所為，該等犯罪行為都應無條件地加以禁止。

在這樣的思維下，我們在討論恐怖主義與戰爭法之關係時，其前提就是前述分類中被視為核心犯罪之行為，也就是戰爭法亦無法容許的行為，在何種狀況下，無論行為的目的或行為主體的法律地位為何，在國際法上都無法將其正當化<sup>55</sup>。在此前提下，我們才能進一步討論國際法如何區分戰爭法中的合法戰鬥行為，以及不適用戰爭法的恐怖犯罪。

## 2 國家的合法戰鬥行為與恐怖犯罪

首當其衝的問題，就是如何看待一個國家（或是其他在戰爭法中被視為與國家具有同等地位之非國家主體）之軍隊組成人員的行為。在戰爭法的規範中，軍隊組成人員擁有合法之戰鬥權利。然而，若第3世界各國所主張之「國家性恐怖主義」真的存在，那麼要如何區分它與戰爭法中所述之合法戰鬥行為呢？另外，戰爭法中所容許的行為會不會被視為恐怖犯罪呢？

國家軍隊組成人員，在面臨武力紛爭時，擁有以戰鬥員的身份，進行敵對行為的權利。也就是說，只要不違反戰爭法，其暴力行為並需要負刑事責任。因此，國家軍隊組成人員的行動，該界定為一般犯罪之暴力行為，或是正當的戰鬥行為，基本上必須取決於武力紛爭的存在與否<sup>56</sup>。只要有武力紛爭的存在，又是在合乎戰爭法的情況下，他們的暴力行為便不是犯罪，而是合法的戰鬥行為。另一方面，在武力紛爭不存在的情況下，即使是適用於戰爭法的行為，也有可能將其視為恐怖犯罪並加以規範。

在國家軍隊的行為方面，有可能成為問題的，就是是否能將武力紛爭時的合法戰鬥行為視為恐怖犯罪，而將其列入法律的規範對象之內。

在過去，當面臨法律所界定之「戰爭狀態」時，交戰國之間所有的「平時國際法」將停止適用，而以戰時國際法來代替。然而在今天，只要有武力紛爭的事實發生，戰爭法即可開始適用。此外，即使「戰爭狀態」的概念存在，也不會有停止適用平時國際法等效果。換言之，在武力紛爭狀態下，雖然立即開始適用戰爭法，但並不表示國際法的其他規範也理所當然地停止適用<sup>57</sup>。在今日，當武力紛爭產生時，為取締一般恐怖活動而訂立之國際條約，也並非一定要停止適用。是故，當武力紛爭產生時，若反恐條約將被視為合法戰鬥的行為定義為「恐怖犯罪」，那麼該條約與戰爭法之間將會產生適用上的競合現象。

然而，在適用戰爭法的狀況下，由國家正規軍所實施之符合戰爭法規定之軍事行動，若被認定為恐怖犯罪而遭受禁止，也不一定是最理想的情形。因為這可能會

<sup>55</sup> Greenwood. *Supra* note 5, p.190.

<sup>56</sup> 像這類由法律效力所帶來的武力紛爭，必然存在於各國間行使武力之時 (Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction [TT-94-AR72]), International Criminal Tribunal for the Yugoslavia, Appeals Chamber, 2 October 1995, para30.)。

<sup>57</sup> Institut de Droit International. "The Effects of Armed Conflict on Treaties. Resolution Adopted on 28 August 1985" ,Annuaire de Institut de Droit International.Vol.61-11(1986),pp.279-282. Art. 2.

對戰爭法的適用造成阻礙。也就是說，如果缺少了將符合戰爭法的行為視為「合法」戰鬥行為的這個前提，就算遵守戰爭法，也會因為其他的法條而遭受處罰的話，士兵們便會喪失遵守戰爭法的動機，而難以確保其遵守法律<sup>58</sup>。

例如，在現今社會中，無論是否遵守戰爭法，特定的軍事行動有可能會被認定為「國家恐怖主義」而遭到譴責。但是到最後，這樣的譴責，應該限定於站在行使武力本身的合法性（*jus ad bellum*）的觀點來看，若將其個別的行動與戰爭法中的評價相互混淆，那麼將明顯阻礙戰爭法的平等適用性<sup>59</sup>。因此，在定義反恐條約的規範對象（也就是恐怖犯罪）時，為了避免阻礙戰爭法的適用性，有時必須做一些適當調整。

### 3 反恐條約與戰爭法之關係

在規範個別恐怖犯罪的反恐條約中，某些條約將戰爭法中所認定之非合法戰鬥行為，視為以條約為對象之犯罪行為。若該犯罪是在發生武力紛爭時，由國家正規軍組成人員所為，則國際法的效果會隨該行為被視為恐怖犯罪或是一般戰爭犯罪，從而產生若干差異<sup>60</sup>，但不會出現反恐條約使部份合法的戰鬥行為出現違法化的矛盾。如對民航機造成威脅的劫機行為，或炸毀民航機的行為，在戰爭法中亦是不被允許的。此類反恐條約還包括外交官等保護條約，但不包含調整戰爭法適用範圍的條款<sup>61</sup>。

關於外交官等保護條約方面，身在國外而沒有參加直接戰鬥行為的外交官，在武力紛爭時雖然不會成為合法的攻擊目標，但是當國家元首、政府首長擔任軍隊的最高指揮官時，該人員是否可成為軍事目標或被容許攻擊。若是如此，則本條約在發生武力紛爭時該如何適用即成為一大疑問。

關於此點，暗殺敵國要員等行為在戰爭法中是否可被容許呢？我們經常看到某國暗殺特定的敵軍司令官或敵國領導者，以求戰爭有利於該國。的確，敵軍司令官或國家領導者是可以成為軍事目標，將戰鬥行為移到前線後方進行的動作亦並未被禁止，但不給予暗殺對象認知自己將遭受攻擊，或表明投降意願的機會，即直接將其殺害的行為便違反海牙規則第 23 條第 2 款「有權表明求生意願」之規定，或者有可能被視為「背信之行為」<sup>62</sup>。但在戰鬥地區中，有可能無法保障

<sup>58</sup>關於此點，可參照新井京「『聯合國官員及相關人員等保護條約』之適用範圍：以其與戰爭法之關係為中心」，《同志社法學》49 卷 3 號，1998 年，221 頁。

<sup>59</sup>關於對永續的自由之批判，最常見到的就是「美國的所行使的武力，本身就是一種違法行為，即使沒有違反戰爭法，也應該對受到損害之阿富汗人民做出『補償』」這樣的主張。（坂本義和「恐怖主義與『文明』的政治學」《世界》2002 年 1 月號 59 頁）

<sup>60</sup>例如，若是戰爭犯罪，則違抗軍命及戰時復仇等行為，可適用於戰爭法特有的違法性、妨礙責任事由，但若是恐怖犯罪而非戰爭犯罪時，則無法承認此違抗行為。

<sup>61</sup>當然，在這些條約的起草過程中，人們也有討論其所指之犯罪行為對反殖民地鬥爭所造成的影響。至於其結果，以外交官等保護條約為例，在通過條約的聯合國總會決議中提到，條約內的各項規範，不得阻礙人民為求自決而進行之鬥爭。（U. S. A Field manual 27-10. The Law of Law Work (1956). para. 31）

<sup>62</sup>Cryer R. The Fine Art of Friendship: \* in Belto in Afghanislan Jousnat of Cou\* and Sec\* Law. Vol 7. No. 1 (2002) p. 67

其生存意願，因此難以區別違法的暗殺與正當的殺敵行爲。<sup>63</sup>如在「永續自由」作戰中，賓拉登被以獎金「懸賞」，美國政府雖表示已停止禁止暗殺行爲的 12333 號行政命令，但其不論生死，「懸賞」敵方領導者首級的行爲，即爲遭受禁止之「不給予表達生存意願機會之命令」。

此外，在反對劫持人質的國際公約第 12 條即留有這樣的保留規定：「在關於保護戰爭受害者的 1949 年日內瓦各項公約或這些公約的附加議定書可以適用於某一劫持人質行爲，並且本公約締約國受各該項公約約束，有責任起訴或交出劫持人質者的情況下，本公約不適用於 1949 年日內瓦各項公約及其議定書中所稱的武裝衝突中所進行的劫持人質行爲，包括 1977 年第 1 號附加議定書第 1 條第 4 款所提到的武裝衝突——即各國人民爲行使「聯合國憲章」和「關於各國依聯合國憲章建立友好關係和合作的國際法原則宣言」所闡明的自決權利而進行的反抗殖民統治和外國占領以及反抗種族主義政權的武裝衝突。」

劫持人質行爲在過去雖然曾被視爲合法的戰鬥行爲，然而在今日至少對平民百姓的劫持行爲是絕對禁止的（例如第 1 號附加議定書第 75 條第 2 項（C）款）。是故，此規定並非具有將合法戰鬥行爲排除在條約適用範圍之外的意義。

此規定是根據第三世界諸國所提出之「將人民自決的鬥爭全面排除在條約適用對象之外」的提案所發展而來<sup>64</sup>。當初雖然出現「劫持人質行爲在人民自決的鬥爭中並非違法行爲」的意見，但在同一時期起草的第一號附加議定書中，人民鬥爭的「國際性」已獲承認，而在劫持人質行爲也被明訂爲戰爭法中所不容許之行爲後，亦無任何國家再繼續堅持該立場<sup>65</sup>。最後，在可適用「日內瓦各項公約及其附加議定書」且產生需要引渡之義務的情況下，則可適用該條約的規範。若考慮到這樣的起草過程，此規定的意義，與其說是想要區別其與戰爭法的適用範圍，倒不如說它只是在強調人民自決的鬥爭可以適用戰爭法。

另一方面，有些條約的目的是以將戰爭法中視爲合法的行爲認定爲恐怖犯罪而加以規範。例如，制止危及海上航行安全之非法行爲公約中，以不法手段，並且故意「以暴力、暴力脅迫及其他恐嚇手段奪取船隻，或是控制船隻的行爲」、「破壞船隻，以及損壞船隻或船上的物品，導致可能對安全航行造成威脅的行爲」等，都被視爲犯罪（第 3 條第 1 項）。然而上述這些對船隻所行使的強制力與攻擊行爲，如果是在戰爭時，由戰爭當事國軍艦所爲，便是合法的戰鬥行爲。只要是協助敵方進行戰爭的船隻，即使是商船，也會被視爲軍事目標，對方得以用威嚇、射擊等手段令商船停止行進，並加以緝捕，此爲海上經濟戰的手段之一。因此，此條約中所界定之犯罪，可能會與戰爭法相抵觸。然而在起草的過程中，由於將「政府」之名奪取船隻之行爲納入條約適用範圍的提議已被否決，因此該條約

<sup>63</sup> Parks, W. H. "Memoraodum of Law: Executive Order 12333 and Ass\*ation" A\* Lo\* 1989. December. pp. 4-9

<sup>64</sup> Lambert J J. Terrons and Hoslog\* in International Law (1990) pp. 263-273; Verwey W. D. The International Hostages Convention and National Liberation Morements" *American Journal of International Law*. Val 75 No. 1 (1981). pp 69-92.

<sup>65</sup> Lambert. S\* note 18, p. 269.

很明確地不將國家（軍隊）對船隻的妨礙與破壞視為一種犯罪<sup>66</sup>。同一條約之第 2 條中規定，對於軍艦及其他公共船隻的妨礙破壞行為亦不適用於該條約。

此外，在聯合國人員等保護條約中，戰爭法與條約間的適用關係也成為問題。條約中規定，殺害或侵害聯合國人員之身體或自由等行為，以及對聯合國相關設施或交通設施等進行暴力行為者，皆視為犯罪（第 9 條第 1 項）。在今日，當聯合國軍隊成為武力紛爭的當事者時，即使是與侵略國之間的戰鬥，也必須平等地適用戰爭法，這是無庸置疑的。因此，在發生武力紛爭的狀態下，針對聯合國人員及聯合國設施的攻擊，在法律上是有可能被容許的。是故，為了避免與戰爭法之適用範圍重疊，制訂以下規定：「本條約根據聯合國憲章第七章之規定，為安理會所承認之具有強制性的聯合國活動，在與其人員所組織之軍隊的交戰過程中，從事戰鬥工作，且不適用於戰爭法之相關法規。」（第 2 條第 2 項）

依同條約中規定，擁有「造成死亡或是身體重大傷害的意圖」，或是「造成（提供公眾使用的場所，或是政府設施的）大範圍破壞的意圖」，並在上述設施及場所放置爆裂物，且引爆的行為，皆視為犯罪（第 2 條第 1 項）。由於敵對當事國的軍事基地與政府機關皆為軍事目標，所以在發生武力紛爭時炸毀上述場所，將被視為合法的戰鬥行為。在此條約的第 19 條中明載：「國家及個人基於國際人道法所擁有的其他權利、義務與責任」不受影響（第 1 項），在發生武力紛爭時，軍隊的活動若為「國際人道法所規定之活動」，或國家軍隊在執行公務之活動為「其他國際法所規定之活動」時，則不適用於此條約（第 2 項）。

另外，最近開始認真進行審議的「概括性恐怖活動禁止條約」，將以往許多「零碎的」反恐條約加以補足，並意圖將尚未包含在以往條約中的所有恐怖犯罪皆納入條約，但由於其具有概括性，故在其對犯罪的定義以及其與戰爭法之間的適用關係等方面產生一些論爭。

例如，在印度草案的第 18 條第 2 項中，設置「正規軍除外條款」。「在國際法所指之武力紛爭中，被國際法規範之軍隊所進行的行為，並不受本條約的限制。國家軍隊在進行公務時所採取的行動，若受到其他國際法之規範，則不受本條約的限制。」<sup>67</sup>本條款中，條約將戰爭法的規則加以變更，因為擔心「不能有將本來合法之事項違法化之行為」<sup>68</sup>，故將戰爭法所規定之行為排除於本條約之外。但根據此一規定，本條約可能無法適用於佔領地之以色列軍的行為，為對抗此規範，回教國家組織便提出以下之條約草案。亦即，「為對抗他國所進行之佔領、侵略、殖民及霸權行為之武力鬥爭，人民在國際法的原則下，為求解放與自決所進行之鬥爭，皆不視為恐怖犯罪。」<sup>69</sup>。但回教國家組織強烈主張：「必

<sup>66</sup>有人曾主張海盜行為被認定是一種基於「私人目的」而做出的暴力行為，非掠奪等以獲取金錢利益為目的的「具有政治目的的行為」，不應被視為海盜。然而本條約起草的契機—Achille Lauro 號劫持事件為一具有政治目的的犯罪，也包含在條約的適用範圍內，所以條約所規定的犯罪就不限定於具「私人目的」的行為。 *American Journal of International Law*. Vol. 82 No. 2 (1988), pp. 269-310 at p. 306.

<sup>67</sup> U. N. Doc. A/C 6/55/1 (A/C 6/55/L 2 Aonex 11)

<sup>68</sup> U. N. Doc. A/C 6/56/L 9 Annex IV. para. 6.

<sup>69</sup> U. N. Doc A/C 6/55/WG 1/CRP 30.

須明確地界定恐怖犯罪與人民的正當鬥爭」<sup>70</sup>，以及「人民擁有正當鬥爭的權利，同時也擁有決定戰爭方式的權利」<sup>71</sup>。

然而，這樣的主張受到以下強烈批判：「這並非意味著人民鬥爭的正當性可以超越戰爭法的範圍，或是可以用任何手段來達到目的」<sup>72</sup>。因此，回教國家組織在 2002 年的討論態度趨緩。換言之，他們關於人民的鬥爭提出這樣的規定：「在國際法所指之武力紛爭（包括佔領外國等狀況）中，當事者所進行的行為，若受到國際法的規範，則不受本條約之限制。」另外，在國家軍隊之行動方面，則提出「國家軍隊在進行公務時所採取的行動，若遵守其他國際法之規範，則不受本條約的限制。」的提案，做為印度草案的修正案<sup>73</sup>。

雖然關於此條約的草案在 2002 年秋天後有進一步的討論，但目前各方對於其與戰爭法之間的關係，看法仍然相當分歧，很難達成共識<sup>74</sup>。

關於概括性禁止恐怖活動條約之議論，反恐條約愈廣泛地將各種行為定義為犯罪，其與戰爭法之間的關係就愈容易出現問題，而將國家軍隊的行動及為求自決而進行的鬥爭排除在法規之外的呼聲就會變得愈高。

## V 「不正規兵」的法律地位

如前所述，私人團體的恐怖組織當然無法不承認是交戰團體或自己決定鬥爭行為，所以未享有戰爭法的合法戰鬥行為權利。但像游擊、反抗活動、狙擊兵等主權國家間亦存在的武力紛爭形式，在戰爭法適用的情況下，異於正規軍的私人組織，卻在紛爭當事國領域內與領域國政府合作，或是從事與政府毫無關係的軍事活動。像這樣的私人團體所引發的暴力行為，與國與國之間存在的武力紛爭狀態有關，是否可以使用國際法處理呢？

### 1 戰鬥員（捕捉俘虜）資格的擴大

如前所述，當武力紛爭存在時，符合戰爭法的行為就被視為合法的戰鬥行為。但所有與紛爭當事國有關聯的人士，不一定就是從事合法的戰鬥<sup>75</sup>。

首先，關於國際性武力紛爭，當事國的正規軍成員擁有戰鬥者資格，陷入敵國權力區內時，擁有捕捉俘虜的資格是無庸置疑。就算是所謂的傭兵或義勇軍，只要被編列為正規軍，就被視為一般的組織成員。原則上，禁止私人參加敵對行為或武力紛爭時，禁止與紛爭當事國無關的恐怖組織一同活動或發動破壞行為，

<sup>70</sup> U. N. Press Release L/2971 (2001).

<sup>71</sup> U. N. Doc. A/56/37 (2001). Annex V, para 13.

<sup>72</sup> U. N. Doc. A/56/73 (2001). Annex V. Para 14.

<sup>73</sup> U. N. Doc. A/56/73 (2001). Annex IV.

<sup>74</sup> 依據今日國際刑事法院章程規定，即使是內戰，國際法亦將追究戰爭犯罪的個人責任，而叛亂團體成員也可能因某程度的戰爭犯罪而遭受刑罰。在此前提之下，即使叛亂團體成員依照戰爭法來行動，其結果卻也(因叛亂罪等)受罰的同時，最後還是被要求遵守戰爭法。在這樣的情況下，令人質疑要如何來確保一般對戰爭法的遵守。

<sup>75</sup> Clarke, M. H. F. Glynn, T. & Rogers, A. P. V. "Combatant and Prisoners of War Status" in Meyer, M. A. (ed.). *Arm Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 War Convention* (British Institute of International and Comparative Law, 1989) p. 107.

即便是採取被禁止的手段攻擊軍事目標亦屬違法。

不過，雖說參與戰鬥就擁有捕捉俘虜的資格，至於該如何約制正規軍組織成員，在歷史上依舊議論紛紛。自從 19 世紀以來，軍事大國想約制擁有戰鬥員資格的正規軍組織成員，其他各種中小型國家卻以保衛國家的目的，對於民兵、游擊隊等的不正規兵員，認為亦應賦予戰鬥員資格。就這個觀點而言，與大國之間嚴重對立。1899 年萬國和平會議採取妥協方法，其通過的「陸戰法規慣例 二 條約附屬規則（海牙陸戰規則）」規定須符合：「①必需有人負責部下；②要配戴在遠方就能辨識的特殊徽章；③攜帶公然兵器；④個人行為必需遵守戰爭法規慣例」等四個條件，才會被認可是擁有戰鬥員（捕捉俘虜）資格的民兵或義勇軍。但是，中小型國家認為這些條件太嚴苛，因而不願意接受，改為插入所謂的「馬爾汀斯條項」，明白記載基於「人道法則與公共良心」，即使是不符合規定條件的不正規兵亦必需加以處置。

這個海牙規則的基準，經過 1929 年的捕虜條約，在 1949 年的捕虜條約中，都一直被視為是捕虜資格的條件。也就是說，根據 1949 年捕虜條約 4 條 A 項 1 號，捕虜員（戰鬥員）包括「紛爭當事國的軍隊成員以及該部隊的一部份民兵或義勇隊成員」，在 A 項 2 號條文規定：「屬於紛爭當事國的其他民兵隊及義勇隊成員…在該領域內外都能採取行動。但這些民兵隊或義勇隊成員…絕對須符合以下的條件」，海牙規則 1 條的 4 個條件再度被提及。

本來這些條件就是軍事大國與中小國妥協後產生的規定，但是考慮到游擊戰的「隱密性」，在現實上海牙規則的四條件必需含含游擊兵或反抗運動成員，實在很難賦予這些人員捕虜資格<sup>76</sup>。不過，1949 年的捕虜條約是在第二次世界大戰時的德國佔領地發生反抗活動或游擊戰時所起草的。因此，這些規定就是在發生反抗活動時的清楚意願表示，從而認為未符合海牙規則四條件就無法賦予戰鬥員資格。

但採用 1949 年日內瓦各條約以來，透過游擊戰獲勝而獨立建國的舊殖民地諸國，開始主張要將游擊兵戰鬥正當化，並大幅賦予捕虜資格。結果，1977 年的第 1 議定書即在 1 條 4 項中認為，人民自決的武力鬥爭為國際性武力鬥爭，但基於要反映游擊戰的現實狀況，對戰鬥員資格有如下的規定<sup>77</sup>：

(1)第 43 條 1 項將紛爭當事國軍隊定義為「對於部下的行動，該國要負起指揮責任，這個軍隊就是要服從該國指揮下的組織武裝兵力、集團與團體」，又規定「軍隊，尤其要強制遵守武力紛爭發生時的國際法規則，並且遵守內部規律制度」。廢除以前的形式化正規軍與民兵隊的區隔，該軍事組織予以實質性組織化，從上官到部下建立完善的指揮命令系統。第 43 條 2 項認定這樣的「紛爭當事國軍隊」成員為戰鬥員，第 44 條 1 項則賦予這些戰鬥員捕虜資格。

(2)第 44 條 3 項將西歐各國強烈主張戰鬥員要將「清楚區別文明與自我的不

<sup>76</sup> Barter R. R. "So-Called Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas and Saboteurs, *British Year Book of International Law*, Vol. 28 (1951), pp. 336-337.

<sup>77</sup> 參考竹本正幸「國際人道法的再確認與發展」(東信堂、1996 年)，236~237 頁。

同」的這個條件訂為一般原則，同時也接受東亞諸國與開發中國家要求游擊戰正當化的要求，無法清楚區別的「例外狀況」也只好妥協<sup>78</sup>。同項條文還規定「戰鬥員為了保護一般居民不受敵對行動影響，從事攻擊行動期間或從事主動攻擊軍事行動期間，有義務將自己與一般居民劃清界線」，第2文則認同「因為敵對行為的特質，在武力紛爭發生時，武裝戰鬥員無法清楚區別狀況」這樣的事實。對於這樣的狀況，武裝戰鬥員在「交戰中」以及「從事主動攻擊軍事行動，被敵人盯上的期間」，「只要攜帶公然武器，就可保有戰鬥員地位」。

(3)第44條4項認為沒有符合44條3項第2要件而陷入敵陣的戰鬥員，「將失去捕虜權利」，「區別居民與自我的義務」不是只被視為是戰爭法的某項義務，亦要清楚確立戰鬥員資格條件。

基於以上原因，在第一附加議定書中，明確記載戰鬥員必需能夠區別自我與他人的義務。關於區別方法並無特別規定，因此廢除海牙規則的四個條件。在一定的狀況下，自我識別義務可以獲得緩和，但如果在非常時期，只要將限定期間武器「公然攜帶」，就賦予戰鬥員資格。與1949年的捕虜條約基準比較，這是更適合游擊戰術的條件<sup>79</sup>。

## 2「恐怖行動」的戰鬥員（捕虜）資格

根據第1附加議定書第44條3項規定，戰鬥員條件發生極大的變更，但到目前為止，仍有許多國家沒有成為第一附加議定書的締約國。同時，在第1附加議定書的起草過程中，這個部份發生強烈的對立，還有國家以這個規定會「助長恐怖行動」為理由而拒絕加入，主張第1附加議定書的「新戰鬥員資格」必需國際法化。因此，第1附加議定書諸締約國之間緩用新基準，如2001年10月阿富汗（塔里班政權）與美國之間的武力紛爭，由於兩個當事國都不是第一附加議定書的締約國，因此只能適用1949年的捕虜條約基準<sup>80</sup>。

<sup>78</sup>這個規定有問題的是第2文，也就是「無法將自己與一般居民劃清界線的例外狀況」中，「公然攜帶武器」的這個條件太過鬆緩，只有像這樣的「例外狀況」中，違反區別義務就該取消捕虜資格。但根據這個規定的反對解釋，有人認為，區別義務應該更嚴格規定而「沒有例外狀況」，即使是在一般狀況下也有無法被認為是「例外」的時候。當然大家都主張，當違反區別義務時，就該取消捕虜資格。

<sup>79</sup>藤田久一「捕虜資格與國際人違法的展開」『國際法外交雜誌』77卷5號（1979年3月），25～38頁。

<sup>80</sup>被拘捕的特定人物是否擁有捕虜資格？違法的戰鬥員又該如何定義？根據捕虜條約5條2，規定被拘捕的兵士的捕虜資格「有疑慮產生時，該位人士的身份地位，在所屬權限的法院做出判決前的這段期間，享有這個條約的保護」。因此，美國政府集體判決安卡達士兵和塔里士兵的「捕虜資格是不被認同的」（E. g. Marc Weller “Al-Qaeda entitled to Po W status” The Times, 21 January 2002）。但是，根據ICRC的註解，原本的捕虜條約5條2項就認定會有軍人遇害或在戰登中失去身份的事例發生（Pictet. J.S. (ed.), Vol III. (International Correspondence of the Red Cross 1960) p. 77）。因此，這個規定很明顯包括「違法戰鬥者」在內，在所有情況下，本人的捕虜地位被認可後，就具有捕虜地位，在法院否定他的地位之前的期間，他都享有捕虜資格（詳情請看『恐怖主義與戰爭』與戰爭法：捕虜資格』『法律時報』74卷8號（2002年5月）20～21頁）。但根據捕虜條約，就算被認為不是捕虜員，在捕虜資格未被正是否定前的這段期間，仍可享有捕虜條約的保護。在第1議定書中更明白確認此。因第44條4項喪失捕虜資格者也認為『從各方面來看，應與捕虜員同樣享有保護權』。現在的戰爭法則認為：在定義上，某人喪失戰鬥員資格時，仍保有一般人民的身份（第1附加議定書50條1項）。違法的戰鬥者，被視為犯重大刑事罪的人民，根據第



### (1)捕虜條約

捕虜條約將「(當事國)軍隊一部份的民兵隊或義勇隊成員」視同正規軍看待。在海牙規則並無此等規定,未記載以「民兵」「義勇兵」等名義稱呼軍隊的一部份,有些國家仍然認為要與正規軍有所區別。不過,將「民兵隊」視為「軍隊的一部份」只是名目上的稱謂,在本質上毫無意義<sup>81</sup>。根據捕虜條約,就算不是軍隊的一部份,「屬於紛爭當事國的其他民兵及義勇隊成員」,只要符合海牙規則四條件,也被認為擁有捕虜資格。

當恐怖組織於紛爭當事國領域內活動時,該組織成員想要符合這個基準,首先它的組織必需是「屬於紛爭當事國」。這個規定是根據第二次世界大戰時恐怖活動經驗中所產生的,關於恐怖行為的法定責任,歸屬為「紛爭當事國(譬如法國亡命政權等)」,目的是要保障成員的法律地位。同時,某個程度的「支配」關係就成為這個規定的條件前提<sup>82</sup>。因此,恐怖組織與領域國軍隊只是針對同一敵人,在同一時間、同一領域發生戰爭是不夠的,兩者間必需有「所有軍事活動計畫互相調整、支援」的支配關係。

就算二者存在一定程度的支配關係,該組織還是要符合海牙規則的四個條件。個別事例需要檢證,但考慮到恐怖犯罪的一般特徵,恐怖組織成員很難以固定標準來規範,要他們履行自我識別、攜帶公然武器的義務很難。同時,他們跟正規軍士兵不同,「服從戰爭法規與慣例的行動」變成是不正規兵的捕虜資格條件,所以當恐怖組織不顧一般人民安全而隨意攻擊,從事違反戰爭法的行動時,其捕虜資格將不被認同<sup>83</sup>。

然而,根據捕虜條約規定,會讓人解讀四條件只適用於不正規兵,關於正規軍成員,不管是否符合四條件,都理所當然地被認為擁有捕虜資格吧?<sup>84</sup>

根據ICRC的註解,依據捕虜條約,為了讓自軍與人民、自軍與敵軍更容易區別,締約國對於正規軍成員要如何措置,被視為當然的義務<sup>85</sup>。通常這個義務必需在穿制服的情況下適用。未穿制服而偽裝成一般人民,讓敵對行為有利進展,這是海牙陸戰規定中被禁止的背信行為,屬於戰爭犯罪。但是就如捕虜條約第 85 條的規定,成為捕虜員之前的違反戰爭法行為,就算被認為有罪追訴且被判決,其捕虜員資格並未喪失。因此,通常正規軍成員的背信行為,只有在違反戰爭法的情況下,其捕虜資格是不會被剝奪的。

但西方各國主張,就算是正規軍士兵,也要清楚區分自己與一般人民之間身

---

—附加議定書第 75 條的詳細規定,絕對享有人民的「最低權限人權保護」的保障。

<sup>81</sup> Pictel (ed.) supra note 55. pp.51-52.

<sup>82</sup> Prosecutor v. Tadic International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber. Is July 1989, paras. 92-97.

<sup>83</sup> 在阿富汗被捕的亞卡達組織成員的法律地位變成問題,考慮到這是輕視亞卡達戰爭法的行為,所以不給予他們捕虜資格。此點連批判美國政府的各人權組織團體也予以認同。See Human Rights Watch. January 29. 2002.

<sup>84</sup> 關於此點,所謂的「永續自由作戰」中,不只是私兵集團的亞卡達組織,連被視為阿富汗正堆軍的坦林班士兵,美國認為他們的徽章圖示不符合捕虜條約第四條的四個條件,所以不認為具有捕虜資格。

<sup>85</sup> Pictel(ed.) supra note 55. p. 52.

份的不同，這是成為戰鬥員資格的條件。正規兵無法區別自己與一般人民的身份不同時，還積極表明自己是一般人民身份時，不僅會因戰爭犯罪（背信行爲）遭受處罰，也會喪失戰鬥員（捕虜）資格。

如 1968 年的摩罕默德事件，英國樞密院司法委員會就是根據這個主張做成判決。原為印尼軍的被告，在當時與印尼處於武力紛爭狀態的馬來西亞境內，穿著便服從事破壞活動，因而被告的捕虜資格遭取消，並判決犯下殺人罪<sup>86</sup>。該委員會根據海牙規則 29 條，「在隱密或虛偽的藉口下」從事情報收集的間諜喪失捕虜權利，針對這個條文，「變裝」軍人就算從事情報收集活動，也不會被視為是間諜。一般論定，穿制服是擁有捕虜資格的重要條件。該委員會還引用英美軍隊手冊以及國際法學者的學說，符合捕虜條約第 4 條 A 項 1 號的正規軍成員要服從針對不正規兵所規定的同項 2 號的四個條件。

西方國家的立場認為正規兵也要賦予「區別自我與人民的義務」，對於這個要求，支持遊擊戰的第三世界諸國極力反對，但是捕虜條約所定的捕虜資格條件非常嚴格，也是不爭的事實。永續自由作戰時，就如美國高官所說，這樣嚴格的捕虜資格條件是要保護無辜的人民，這是很有意義的，因此絕對要堅持到底<sup>87</sup>。

#### (2) 第一附加議定書

另一方面，在第一附加議定書的新戰鬥員資格中，有「游擊兵可以自由地於人民領域的海中游泳」等比較符合人性化的規定，與嚴密的捕虜條約基準不同，因此有人批判這樣會助長恐怖活動猖獗而為害一般人民<sup>88</sup>。

最大的問題是，海牙規則的嚴格主張：「戰鬥員負有區別自我與一般人民的義務」，這在一定的「狀況」下是不可能履行的。如果遇到這樣的「例外狀況」，認為義務執行任務可以稍加鬆綁，但條文並未明文規定「例外狀況」，因此這個新基準就將原本戰鬥員該負責的「區別義務」軀殼化，引起此舉將會讓游擊組織或恐怖組織更加囂張的批判<sup>89</sup>。

但在此想強調的是，第 44 條 3 項第 2 款所預想的狀況被限定為非常狀況，只能當作例外狀況，當其不符合「因敵對行為特質，武裝戰鬥員無法加以區別的狀況」時，同項第 1 款的區別原則就發生效用。理所當然地，為了免除嚴密的區別義務，在「無法區別」一般人民與戰鬥員的狀況下，要進行特定的軍事行動時，必需個別證明。一般說來，想要全面擺脫區別義務，享受所有權利，這個想法是不會被紛爭當事者認同。此外，根據起草過程或各國的解釋宣言，大多數的外交會議參加國或議定書締約國，對於第 44 條 3 項第 2 文的「例外狀況」、占領區域的恐怖運動和第一附加議定書一條四項的民族解放鬥爭中所存在的狀況，彼此解

<sup>86</sup> M\* Ni el al . e. Public Proserator. 91968 All E. R. 489.

<sup>87</sup> DoD News Briefing, February 8. 2002, of <http://www.defensehak.mil>

<sup>88</sup> White House, supra note 37. Feith D. J. Law in the Service of Terror” . National Interest, No. 1 (1965 fall) pp. 36-47.

<sup>89</sup> Sofaer. A: The United States Decision Not to Ratify Protocol. American of International Law, Vol. 82 (1988). p. 786.

釋都是一致的<sup>90</sup>。

在第 44 條 3 項第 2 文，認為在「例外狀況下」，一般人民與戰鬥員的區別義務可以暫時緩行，而在「從事交戰的期間」和「開始主動攻擊的軍事展開活動期間」，公然攜帶武器的話，戰鬥員就必需遵守區別義務。這裡所謂的「開始主動攻擊的軍事展開」，關於攻擊前階段要從何時開始算起，在外交會議上引起激烈的對立討論，有人認為「擁有攻擊意圖時算開始」，有人認為「攻擊前會發生各種狀況，正式開始攻擊行為時才算開始」，因此各種意見分歧。根據各國的解釋宣言，所謂戰鬥員必需公然攜帶武器的期間是指「於進行攻擊行為場所移動期間」，大多數國家都是如此解釋。要求這麼長的時間公然攜帶武器，與恐怖戰爭的實際狀況並不吻合。結果，「開始主動攻擊的軍事展開」這段文字記載，就變成主張將恐怖戰術視為合法的人士與極力主張不能將恐怖活動合法的人士最後妥協的結果，因此要從單一特定方向解讀這段文字，實在非常困難<sup>91</sup>。

如此一來，第一附加議定書中有關新戰鬥員的資格之所以會被批判為助長恐怖主義的原因，主要就是多慮地將性質上可以廣泛解釋之第 44 條 3 項規定以最極端的解釋後產生的狀況。當然這規定是為了承認游擊隊員的資格而提案的條例，因此若考量身著平民服裝隱身於一般市民中而行動之游擊隊員的特徵，那這類的憂慮是有其根據的。

然而，在第 44 條 3 項第 2 文的規定中所考量的是侷限於締約國或 1 條 4 項中所說的解放團體的軍隊成員而已。如先前所見，第 1 條 4 項所設想的解放團體，其解釋範圍是有所限定的。另外，這些軍隊根據 43 條 1 項中規定，是被置於〔對國家負責的指揮官之下〕，必須服從〔遵守武力紛爭規則而訂之內部規律〕之〔組織化〕。因此，44 條 3 項所適用的範圍被極度的限定下，這個規定無法認定為是如〔支持恐怖主義的方法〕般的容許恐怖主義活動的。

## VI 結語

就如同〔對某些人而言的恐怖主義，對某些人而言卻是自由的戰士〕，這句話的諷刺性所示，某個行為是戰爭法所認定為合法的戰鬥行為，或者是恐怖犯罪行為的區別判定，是取決於國家之間激烈的對立。第 2 次世界大戰後的恐怖行動的定義，加上戰爭法立約的淵源歷史，都可說是造成這次議論的始末原因。

1977 年的第一附加議定書中，在議論對立之末，都將民族解放戰爭或游擊隊員等等西方先進國所稱之「恐怖主義」的行為都包括為適用對象，給予一定的權利。這類的展開雖然也被批評為助長恐怖行動，但在同一議定書中，已將今日不適合於武力紛爭現狀的基準條約更改，並進而導入更符合現實情況的基準條約。現在，在選擇議定書之時，這些議定書制定的當事者們已轉變成為，由原本反對這類傾向的西方世界各國也漸漸認識到現代武力紛爭下的游擊隊的實際情

<sup>90</sup> Sandoz. (eds.). supra note 39. para. 1698.

<sup>91</sup> Fleck, D (ed.). The Handbook of Humanitarian Law in Arm Conflict (Oxford UP, 1995). p 78.

況，因此在條約上儘量制定不容有恐怖行動存在余地的同時，亦多所保留及解釋各類的宣言。另外，如果排除對於因猶太人而造就的巴勒斯坦教義的批判，過去主張激進派的第三世界各國也會(對是否擁護)為自國內部的分離主義有所疑慮，而對自決的戰鬥採取讓人認為比較慎重，並無意圖極端擴大解釋人民鬥爭的正當性。就現今而言，有關第一附加議定書，對於使過去認為危險的所有〔自稱解放團體〕獲得戰爭法上的權利，或者如游擊隊士兵一樣，不受限於任何法律的束縛，可以自由容許其加入一般市民之中而行動的解釋，我們應思考是否真有其妥當性。

在此種狀況下，必須強調以下各點戰爭法和恐怖行動之間的關係。亦即，今日的武力紛爭不只是國家間的武力紛爭，更可廣義地擴及非國際性的武力紛爭，但不論在任何場合下違反戰爭法，即不能將其行為主體的政治動機或其目的正當化。如解放團體的游擊隊士兵被認定為具有戰鬥員的資格，但只要其無法滿足戰爭法的要件，或不能遵循戰爭法的規則，即使其戰鬥的原因是由於正當的因素而為之，亦無法見容於國際社會。相較於這些解放團體的正當性，毋寧說反而應盡可能避免這些於保護一般民眾時具有否定性效果的游擊戰術，並應更加注重於嚴禁利用一般民眾達成其遮蔽性的行為，且追究違法者的法律責任。

於今日而言，國家軍隊於面對恐怖組織或反派團體行動之場合時，亦適用於一定的戰爭法規則。此點即意味著，如果以國家軍隊為例，或者這些團體的違法性為根據的話，則不是任何行為都可被正當化。另外，為了鎮壓國內恐怖組織而進行之軍事行動，即使有些情況並不適用於戰爭法，或者說軍事行動不該運用於武力紛爭之上，甚至只承認為了尊重基本人權而使用最低限度的武力等想法，都在和戰爭法相較之下，被要求必須遵從更嚴格的規則。