

# 联合国反恐全面公约中的武装部队问题

黄 瑶\*

---

**内容提要：**如何规范一国武装部队的行为是制定联合国反恐全面公约的最大难题之一。武装部队在武装冲突及执行公务中的活动，应否受该公约的管辖？各国在此问题上难以达成共识。分歧的主要原因在于各国在国家恐怖主义的概念以及全面公约与国际人道法的关系问题上看法不一。为使全面公约尽早得以通过，可以明确规定国家武装部队在武装冲突及执行公务中的活动以及民族解放部队的活动均免受全面公约的管辖。因为即使不适用全面公约来约束武装部队的行为，国际人道法和国际刑法等其他相关国际法规则也可对此种行为进行管制。

**关键词：**联合国反恐全面公约 武装部队 国家恐怖主义 国际人道法

---

## 一、导 言

近半个世纪以来，为打击层出不穷的国际恐怖主义，联合国已通过了多项针对特定恐怖主义行为的国际公约（又称部门性反恐公约），但至今仍未有一项全面禁止恐怖主义活动，适用于所有情况的普遍性国际条约。为了弥补此不足，1999年底联合国大会通过第54/110号决议，决定开始制定一部《关于国际恐怖主义的全面公约》（Comprehensive Convention on International Terrorism，本文以下简称全面公约）。〔1〕该公约若能顺利通过，无疑将有力地推动反恐领域的国际法治进程。

自2000年以来，负责制定全面公约任务的一个反恐特设委员会（以下简称“特委会”）和一个工作组〔2〕，在由印度提交的全面公约草案基础上进行了多次的协商讨论，但该公约的制定工作历经八年至今仍未完结。导致全面公约谈判陷入僵局的最大争议问题之一，是该公约应如何

---

\* 中山大学法学院教授。

本文的研究与写作受到国家社会科学基金项目（批准号04BFX054）的资助，特此致谢。

〔1〕 在该公约2005年版的草案中，其名称变更为《反国际恐怖主义全面公约草案》（Draft Comprehensive Convention against International Terrorism）。

〔2〕 该委员会是联合国大会于1997年1月建立的关于国际恐怖主义的特设委员会。它由联合国大会第六委员会（即法律委员会）下设的一个工作组支持，其任务是起草反对国际恐怖主义的文书。特委会和工作组每年分别在春季和秋季开会一次，会后发表载有全面公约草案拟订工作情况的年度报告，即“特委会报告”和“工作组报告”。除了全面公约草案之外，1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》（2001年生效，以下简称“恐怖爆炸公约”）和2005年《制止核恐怖主义行为国际公约》（以下简称“核恐怖公约”）也是由该特委会起草的。

处理国家武装部队在武装冲突和执行公务中的行动。争议的焦点在于该种行动是否受到全面公约的管辖。

武装部队问题关涉国际恐怖主义的界定和全面公约适用范围的确立，因而成为了谈判各方在制定全面公约中最大的难点问题。在起草和审议公约草案过程中，有三个问题是各国代表团争论最为激烈的：一是国际恐怖主义的定义，二是全面公约的适用范围，三是关于全面公约与现存的部门性反恐公约的关系。其中，前两个问题的争论最为激烈，而第三个问题的最后确定取决于前两个问题的解决。武装部队问题之所以成为拟订全面公约的关键点，是因为该问题落入全面公约的两大焦点之中，即武装部队问题属于国际恐怖主义定义和全面公约适用范围的例外情况。因此，要最终敲定全面公约草案，非解决武装部队问题不可。

此外，国际反恐法中的武装部队问题本身极其复杂。一方面，武装部队的活动受到各种不同的法律管辖，而如何确定它在不同情况下（如在武装冲突中或平时时期等）适用何种法律以及怎样避免不同法律之间的冲突，是颇为棘手的难题。另一方面，武装部队问题的实质是国家恐怖主义问题，该问题本身争议颇多。兼之武装部队问题的解决又与民族解放运动问题紧密挂钩，而后者是国际关系和国际法中的一个老大难问题。在长达八年的公约草案谈判过程中，武装部队问题与民族解放运动问题（西方文献中也称之为“外国占领”问题）相生相伴，如影随形，它们已成为拟订全面公约工作中的最大难题，并已构成了完成该公约制订工作的实质性障碍。<sup>〔3〕</sup>

鉴于武装部队问题的复杂性，本文将先对有关武装部队问题的各方争论予以梳理，然后进行法理分析，进而从法律角度探讨解决争议的办法。在展开讨论之前，有必要先对武装部队这一概念的含义做一简要的说明和界定。

武装部队一词有广、狭两种含义。广义上的武装部队包括了国家的武装部队和非国家的武装部队两种。2005年，意大利米兰法院在一个判决中曾指出，武装部队一词似应包括武装冲突任何一方的所有战斗员，即不仅包括国家的武装部队，而且还包括反叛或叛乱的有组织的武装团体或非国家团体或组织。<sup>〔4〕</sup>所谓非国家的武装部队，主要包括国内武装冲突中的叛乱团体和行使自决权的民族解放运动组织，如巴勒斯坦解放组织和反对南非种族隔离斗争期间的非洲国民大会等组织，他们为了正义事业有时不得不求助于武力。西方文献中常将民族解放部队（national liberation forces）称为非国家部队（non-State forces）。我国权威辞书也认为，武装“冲突各方的正规军队、有组织的民兵、志愿军、游击队和起义军都具有武装部队的性质。”<sup>〔5〕</sup>

鉴于全面公约不适用于一国内部发生的、犯罪人为该国公民、暴力行为针对本国的人或财产实施的国内恐怖主义犯罪（这种行为适用国内法），而民族解放运动问题笔者已另有专文探讨<sup>〔6〕</sup>，因此本文主要探讨狭义的武装部队问题，即国家的武装部队问题。国家武装部队有时也被称为军事部队，或简称军队。它是指国家政权中为政治目的服务的武装组织，是国家对外抵抗或实施侵略、对内巩固政权的主要暴力工具。国际法上，武装部队一词一般在武装冲突的情形中使用，而军事部队一词则多用于平时时期。例如，全面公约第18条第2款中描述武装冲突中活

〔3〕 2001年美国的“9·11”恐怖事件发生之后，各国代表团有关全面公约的分歧缩小到只有一个关键性的条文，那就是关于豁免国家武装部队和民族解放运动的第18条。不少国家的代表团都强调，“为了解决本公约的未决问题，就非先解决草案第18条不可。”见《消除国际恐怖主义的措施：工作组的报告》（以下简称“工作组报告”），联合国文件A/C.6/60/L.6（2005年10月），附件，第9段。

〔4〕 Antonio Cassese, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, November 2006, p. 953, note 47.

〔5〕 何笑冰：“武装部队”，载王铁崖主编：《中华法学大辞典·国际法学卷》，中国检察出版社1996年版，第589页。

〔6〕 关于全面公约草案中的民族解放运动问题的讨论，可详见拙文：《国际反恐法中的民族解放运动问题——以〈关于国际恐怖主义的全面公约草案〉为视角》，《中山大学学报》（社会科学版）2008年第5期。

动的主体时采用的是“武装部队”这一措词，而该条第3款有关（和平时期）执行公务活动的规定中使用的主体是“军队”。但实际上，“武装部队”和“军队”两个名词常被交替使用。

## 二、关于武装部队问题的争议及各方理由

在起草全面公约草案的协商过程中，各国代表团就关于武装部队在武装冲突中的活动是否应被排除在该公约之外这一问题分歧严重，它集中体现在草案第18条的第2款和第3款规定的措辞和内容上：一种观点主张应该将武装部队在武装冲突中的行动包括进全面公约的范围内；另一种看法则完全相反，认为该活动应被排除在全面公约之外，不需承担恐怖主义责任。

第18条是全面公约的关键条文，由于该条处理的是应该排除在该公约范围之外的问题，故此又被称为除外条款、排除条款或豁免条款。然而，自2002年以来，它就存在着两个不同版本的案文：一是伊斯兰会议组织成员国提议的案文，另一是协调员分发供讨论的案文。<sup>〔7〕</sup>请看两个案文的异同。

伊斯兰会议组织成员国提议的第18条案文如下：“1. 本公约的任何规定均不影响国际法特别是《联合国宪章》各项宗旨和原则以及国际人道法规定的国家、各国人民和个人的其他权利、义务和责任。2. 武装冲突中、包括外国占领情况下各方的活动，按照国际人道主义法所理解的意义，由该法加以规定，不由本公约规定。3. 一国军队执行公务所进行的活动，如果符合国际法，不受本公约约束。4. 本条中的任何规定均不宽恕非法行为，或使其成为合法行为，也不妨碍根据其它法律进行的起诉。”

在公约协调员拟订的第18条的案文中，第1款和第4款的案文与伊斯兰会议组织的案文完全相同，各国对此均无争议，但对第2款和第3款的内容和措辞却争议很大，至今仍未能妥协。协调员分发的第18条案文的第2款规定：“武装冲突中武装部队的活动，按照国际人道法所理解的意义，由该法加以规定，不由本公约规定。”第3款规定：“一国军队执行公务所进行的活动，由于是由国际法其他规则所规定的，本公约不加以规定。”协调员的案文得到西方国家集团的支持。

在第18条的两份不同案文中，第1款的作用是决定哪些内容不属于全面公约草案的适用范围，其中人民自决权的行使问题被排除在全面公约调整的范围之外。第4款旨在防止出现有罪不罚的现象，实际上该款的规定对同条第2款和第3款做了界定，即这两款都不得解释为不追究原属非法的行为或使其合法化，或解释为禁止根据其他法律提出起诉。第18条两份案文有关武装部队问题的争议反映在该条第2款和第3款内。以下对争议情况作一简介。

### （一）全面公约草案第18条第2款的有关争议

第2款讲的是武装部队在武装冲突中的行动问题。从文字上来看，第18（2）条两份案文有关武装部队问题的分歧是：仅将冲突中“武装部队”（armed forces）的活动排除在公约适用范围之外，还是应将冲突中“各方”（the Parties）的活动都排除在外，以及在该款中是否应加入“包括外国占领情况”等文字。

这两份案文措辞上的差异反映出两大集团的不同立场。西方国家集团要把武装部队的行为排除在恐怖主义之外；而伊斯兰会议组织的提案中插入“包括外国占领情况”一语，反映了伊斯兰国家的特殊关切。此外，使用“各方”（即武装冲突的所有当事方）一词的用意在于，要在排除国家武装部队的活动与排除民族解放部队活动之间取得平衡，若排除前者，也应排除后者。该提

〔7〕 这两份案文见《大会1996年12月17日第51/210号决议所设的特设委员会的报告》（以下简称“特委会报告”），联合国文件A/57/37（2002年1—2月），附件四。但该文件的中文版对伊斯兰会议组织提案第18（3）条的翻译有误。

案来自于1999年《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》的第2条。该条规定：“人民斗争，包括按照国际法原则开展的反对外国占领、侵略、殖民主义和霸权以争取解放和自决权的武装斗争不得视为恐怖主义罪行。”伊斯兰会议组织有56个成员国，该提案也得到阿拉伯国家和不结盟运动国家的支持。<sup>〔8〕</sup>

由上述不难看出，第18(2)条争议的实质是排除国家武装部队与排除民族解放运动的问题之争。将某种活动排除在恐怖主义行为之外的理由主要有两个，一是被排除的行为是合法的，二是这些行为另外由其他法律来管制。下面看各方的具体理由。

排除国家武装部队的主要理由是，武装部队在武装冲突中的活动留给国际人道法来调整。在各种现有的部门性的反恐公约中都含有所谓的国家军事排除条款。其常见的表述是：武装部队在武装冲突中的活动，由国际人道主义法加以规定，不受反恐法约束。例如，1997年恐怖爆炸公约的第19(2)条和2005年的核恐怖公约第4(2)条，这两款措辞均相同。在全面公约的谈判中，支持排除国家武装部队的代表团认为，该公约不应当重复调整国家行为的其他国际法规范，也不应取代适用于武装冲突的国际人道法规范。<sup>〔9〕</sup>在国家实践中，诚如国际刑法专家、意大利的卡塞斯教授所指出的，将武装冲突中从事的行动从反恐法的范围中去除，将这种行动留给人道主义法来调整，这种倾向不仅见之于阿拉伯国家，在西方国家也可见到。例如欧洲联盟关于恐怖主义的框架决定和载入全面公约的得到西方集团支持的案文（即协调员提出的第18(2)条）。<sup>〔10〕</sup>

将民族解放运动的活动排除在全面公约范围之外的理由有三，以下分而述之。

第一，基于国际人道法的理由。与排除军队的理由一样，非国家的武装部队在武装冲突中的行动也可适用国际人道法，受国际人道法的管辖，所以全面公约不适用于民族解放部队的行动。在第59届联大会议上，伊斯兰会议组织成员国坚持认为，被占领土情势等同于武装冲突状态，因而在被占领土适用国际人道法而不适用反恐法。<sup>〔11〕</sup>瑞士日内瓦大学的萨索利教授也认为，《阿拉伯制止恐怖主义公约》、《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》和《非洲统一组织关于防止和打击恐怖主义的公约》将武装冲突的一种类型，即民族解放运动战争和抵抗外国占领活动排除在公约适用范围之外。<sup>〔12〕</sup>

第二，基于行为合法性的理由，即殖民地、外国占领下的人民为自决和民族解放而进行的斗争是合法的，与恐怖主义行为具有明显的区别，不能适用反恐法。恐怖主义行为是一种犯罪行为，而“许多国家在法律上都将‘自由战士’从事解放战争中所为的行为视为合法”。<sup>〔13〕</sup>

第三，基于平等对待原则。根据该原则，如果让国家武装部队豁免反恐公约管辖的话，那么武装冲突中各方同样享受这种豁免。可以说，这一理由是很有力的。英国的“石盘加诉检察长案”（1976—1978年）表明，民族解放运动的武装部队可能有权享受与一个国家的武装部队同样的待遇。<sup>〔14〕</sup>国际红十字会在对1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》第1条第4款的评论中

〔8〕 Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 186. 不结盟运动组织现有成员国115个。

〔9〕 工作组报告，联合国文件A/C.6/56/L.9（2001年10月），附件四，第6段。

〔10〕 前引〔4〕，Antonio Cassese文，第954页。

〔11〕 贾桂德：“第五十九届联合国大会法律议题的审议”，载《中国国际法年刊（2004）》，法律出版社2005年版，第293页。

〔12〕 Marco Sassoli, *Terrorism and War*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, November 2006, p. 975.

〔13〕 前引〔4〕，Antonio Cassese文，第935页。有些国家和学者将抵抗殖民统治、压迫政权、外国侵略和外国占领军斗争的个人或团体称为“自由战士”。

〔14〕 [英]詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第一卷第二分册），王铁崖、李适时等译，中国大百科全书出版社1998年版，第598页注释4。

指出, 人民和代表人民的解放运动有资格成为武装冲突的当事方。<sup>[15]</sup> 因此, 如果一国军队可以不受反恐法惩治, 那么冲突的任何一方也应当同样不受反恐法的约束, 从而避免对国家军队和民族解放部队适用双重标准, 达到在公约的除外条款上一视同仁。

## (二) 全面公约草案第 18 条第 3 款的有关争议

第 18 条第 3 款规定和平时期一国军事部队以官方身份进行的活动。

两份案文在文字上的关键区别是下面的两个提法: 一国军队为执行公务所进行的活动“由于是由国际法其他规则所规定的”(inasmuch as they are governed by other rules of international law) 和“如果符合国际法”(inasmuch as they are in conformity with international law), 所以被排除在公约之外。<sup>[16]</sup> 前后两个提法分别出自协调员案文和伊斯兰会议组织的案文。

西方国家集团坚持认为, 协调员的草案并不是要“宽恕一个国家的军事部队的有罪不罚”。<sup>[17]</sup> 相反, 这种犯罪要适用国际法的其他部门, 如国际人道法或人权法, 没有必要将它们纳入全面公约的范围。赞成伊斯兰会议组织案文的代表团则认为, 它们通过第 3 款强调军队的活动应符合国际法。<sup>[18]</sup> 学者之中, 如作为加拿大代表团成员参加全面公约谈判工作的艾哈迈德 (Nadia Ahmad) 女士在接受学者采访时指出, 伊斯兰会议组织对第 3 款规定的国家军队所为的国家犯罪由国际法的其他部门管制的前景并不乐观, 而将他们案文中的措辞视为一种补救以涵括任何这种犯罪, 防止它们有可乘之机逃避惩处。<sup>[19]</sup> 再者, 一些人权组织 (如大赦国际和人权观察) 认为, 第 3 款的措辞似乎暗示着, 和平时期进行的军事活动不适用国际人道法, 它们也不属全面公约管辖, 这打开了军事人员可能从事严重的违反人权行为而有罪不罚的方便之门。<sup>[20]</sup>

第 18 (3) 条两份案文在措辞上的差别所反映的问题在于, 一国军队执行公务所进行的活动是否应被排除在全面公约之外。对此, 各方的理解和看法不一。

关于“一国军事部队”的含义, 特委会《主席团编写的关于全面公约草案序言和第 1 条的讨论文件》第 1 条第 2 项做了规定: 它是指一国按照其国内法, 主要为国防或国家安全目的而组织、训练和装备的武装部队, 以及在这些部队的正式指挥、控制和负责下向其提供支援的人员。<sup>[21]</sup> 关于“公务”一词的含义至今未有界定, 不过在制定 1997 年恐怖爆炸公约相同条款的讨

[15] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987. Quoted from Mahmoud Hmoud, *Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism: Major Bones of Contention*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, November 2006, p. 1039.

[16] inasmuch as 一语既可译为“由于”, 也可译为“如果”。在载有“与全面公约草案第 18 条有关的案文”的联合国文件 (A/57/37) 附件四的中文版上, 该语译为“由于”; 而在载有伊斯兰会议组织提案的初始文本——瑞士和新西兰提案的联合国文件 (A/C. 6/55/L. 2) 附件三的中文版上, 该语译为“如果”。实际上, inasmuch as 这个含糊的用语是来自《制止恐怖主义爆炸的国际公约》相同条文 (第 19 (2) 条) 中的一个妥协措辞。赫穆德先生指出, 不论 inasmuch as 一语的意思是“由于”还是“只要” (to the extent, 或译“如果”), 在这两种情况下, 因实施恐怖主义犯罪而违反国际法的行为都被排除在《制止恐怖主义爆炸的国际公约》的范围之外。见前引 [15], Mahmoud Hmoud 文, 第 1041 页。

[17] 特委会报告, 联合国文件 A/58/37 (2003 年 3—4 月), 附件二, 第 6 段。

[18] 特委会报告, 联合国文件 A/59/37 (2004 年 6—7 月), 附件二, 第 9 段。

[19] Alexandra V. Orlova & James W. Moore, “Umbrellas” or “Building Blocks”? : *Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law*, *Houston Journal of International Law*, vol. 27, 2005, pp. 280—281.

[20] *Letter from Director of Human Rights Watch & Representative to the United Nations Amnesty International to United States Ambassador to the United Nations*, Jan. 28, 2002, available at <http://www.hrw.org/press/2002/01/terror012802ltr.htm> (visited October 11, 2008).

[21] 特委会报告, 联合国文件 A/57/37 (2002 年 1—2 月), 附件一。

论中，澳大利亚、德国、韩国、哥斯达黎加和新西兰几国的提案中明确规定，“公务”活动包括执法行动、疏散行动、自卫行动、维持和平行动、人道主义救济行动、通过联合国及国际或区域安排进行的活动等。<sup>[22]</sup>伊斯兰会议组织的提案认为，如果军队不遵照包括关于种族灭绝和酷刑的法律、国际人道法或国家责任法的国际法，那么他们将承担恐怖主义的责任。这些国家认为，尽管现行国际法适用于国家行为，但全面公约仍然应涉及国家恐怖主义和国家支持的恐怖主义。<sup>[23]</sup>与此相反，协调员的案文则认为，一国军队以官方身份从事的行为应排除在全面公约适用范围之外，由国际法其他规则调整。

通过以上对第 18 条两份案文有关争议的分析可以归纳出下列几点：其一，第 18 条第 2 款的争议是：国家的武装部队在武装冲突中有没有豁免全面公约管辖的权利？协调员的案文将其排除在公约的适用范围之外，而伊斯兰会议组织的提案则意在使冲突中的各当事方包括民族解放部队的活动均不受该公约的管辖。此分歧涉及如何区分全面公约规则和国际人道法。其二，关于第 18 条第 3 款的不同界定。根据协调员的案文，国家军事部队执行公务所进行的活动不受全面公约管辖，而伊斯兰会议组织的提案则可以解读为：该种行为如果违反国际法就要受该公约的管辖。这就涉及国家恐怖主义概念问题了。下面我们将对此进行专门的分析。

### 三、关涉武装部队的两个具体问题

其实，第 18 条措辞方面的分歧并不难解决。譬如，该条第 2 款中的“武装部队”与“各方”的措辞之争，必要时可以在全面公约草案内做出明确的界定。国际红十字会就曾建议，“武装部队”一词应该被界定为包括政府部队和有组织的武装团体的部队。<sup>[24]</sup>实际上，依据 1977 年《第一议定书》第 43 条<sup>[25]</sup>和该议定书的目的，冲突一方的武装部队包括在被占领情况下有组织的抵抗和解放运动组织。总之，措辞上的问题相对容易解决，难的是对实质问题的妥协。

第 18 条第 2 款和第 3 款的争议可一言以蔽之：武装部队的活动有没有豁免国际反恐法管辖的权利？由此引出两个具体的问题：一是武装部队在武装冲突中的行为是否受反恐法管辖？二是一国军队在和平时期的行为是否受反恐法的管辖？前者关涉全面公约与国际人道法的关系，后者涉及国家恐怖主义问题。各国在这两个问题上的分歧是导致第 18 条争议的主因。

#### （一）武装部队的有关行为是受国际人道法管辖还是受全面公约管辖

第 18 条第 2 款被称为全面公约与国际人道法之间关系的条款，因为它涉及武装部队或冲突各方在武装冲突中的行为，是受国际人道法管辖还是受全面公约管辖的问题。或可言之，武装部队的这种行为，在哪种情况下应适用全面公约，哪种情况下应适用国际人道法。

国际人道法是指在战争和武装冲突期间，保护平民、战斗员以及战争受难者的法律原则、规则和规章制度的总称。它属于战争与武装冲突法的一个组成部分。而宽泛意义的国际人道法，有时与战争法、武装冲突法或战争与武装冲突法等术语交替使用。本文所称的国际人道法是指宽泛意义而言，即它包括传统意义上的战争法内容以及武装冲突中有关人道主义的规则。也就是说，

[22] 工作组报告，联合国文件 A/C.6/52/L.3（1997 年 10 月），附件四。

[23] 此处所称的现行国际法应包括国际人道法、人权法、国际刑法、关于不使用武力和不干涉内政的法律，以及国家责任法等。见前引 [8]，Ben Saul 书，第 188 页。

[24] *Terrorism and International Law: Challenges and Responses*, ICRC Report, Geneva, 2002, p. 5.

[25] 《日内瓦四公约第一附加议定书》第 43 条第 1 款规定：“冲突一方的武装部队是由一个为其部下的行为向该方负责的司令部统率下的有组织的武装部队、团体和单位组成，即使该方是以敌方所未承认的政府或当局为代表。该武装部队应受内部纪律制度的约束，该制度除其他外应强制遵守适用于武装冲突的国际法规则。”见王铁崖等编：《战争法文献集》，解放军出版社 1986 年版，第 431 页。

国际人道法适用于武装冲突。

应当承认,国际人道法的适用范围与全面公约的适用范围是不同的。国际人道法适用的行为是武装冲突过程中实施的行为。而全面公约调整的是国际恐怖主义行为,即只有当某一行为被视为国际恐怖主义时才可能引发全面公约的适用问题。然而,关于恐怖主义定义的该公约第2条并没有规定公约只处理发生在和平时期的暴力行为,而是规定公约也惩处针对“任何”人和财产的暴力行为。所以当全面公约适用于国际人道法调整的武装冲突时,它将介入国际人道法确定的暴力行为的范围,其结果是可能造成国际人道法与国际反恐法的矛盾或冲突。

#### 1. 武装部队在武装冲突中的活动不仅仅只受国际人道法管辖

在公约草案的协商中,支持协调员案文的一些代表团指出,该条第2款是关于选择法律的规定,它仅指出国际人道法是适用于武装部队在武装冲突中的活动的法律。<sup>[26]</sup>然而答案并非如此简单,武装部队在武装冲突中的活动不仅仅只受到国际人道法的管辖。

有相当一部分的西方学者认为,如果武装部队的成员在武装冲突期间实施了违反武装冲突法的行为,包括恐怖主义行为,要适用国际人道法,因为对这种行为的处罚措施在国际人道法中均已存在。一方面,如故意杀人、酷刑或不人道的待遇、扣押人质或大规模地毁坏财产等,是严重违反《日内瓦第四公约》的行为,属于战争犯罪行为。<sup>[27]</sup>另一方面,武装冲突中实施的恐怖行为也已经在国际人道法中予以禁止和定罪。例如,1949年《日内瓦第四公约》的第33条和1977年的《第一议定书》的第51条第2款,都明确规定了应惩处的恐怖主义行为。<sup>[28]</sup>而且,卢旺达国际刑庭和塞拉利昂特别法庭都支持对武装冲突中的恐怖主义行为进行定罪。1994年《卢旺达国际刑庭规约》第4(d)条和2000年《塞拉利昂特别法庭规约》第3(d)条分别规定,这两个刑庭对违反国际人道法规则的行为,包括恐怖主义行为行使管辖权。然而,诚如萨乌尔博士所指出的,国际人道法上的恐怖主义的含义与武装冲突之外(即平时时期)的恐怖主义的含义是不同的。<sup>[29]</sup>因此,有必要对国际人道法管辖的行为与国际反恐法管辖的行为进行区分,亦即区别战争犯罪和恐怖主义犯罪。<sup>[30]</sup>

攻击平民的行为不仅为国际恐怖主义法而且也为国际人道法所禁止。恐怖主义的一个显著特征是以无辜的平民或民用物体为攻击目标。而在国际人道法上,如果攻击国军队的空袭炸死炸伤大量的受攻击国的平民,那就构成了违反1949年《日内瓦第四公约》(即《战时保护平民公约》)和1977年两个日内瓦公约《附加议定书》关于战时保护平民的规则的行为。作为战争犯罪中的一种犯罪的恐怖主义,其特征之一也是攻击平民。然而,战争或武装冲突导致大量平民伤亡的战争犯罪行为,不能认为是通常意义上的恐怖主义行为。

正如陈致中教授所指出的,违反战争法和国际人道法的战争犯罪行为与恐怖主义行为的区别

[26] 特委会报告,联合国文件A/59/37(2004年6—7月),附件二,第4段。

[27] 广义的战争犯罪是指违反国际法基本原则,策划、发动侵略战争,破坏和平,违反战争法规和惯例,违反人道主义准则的各种犯罪行为。目前战争犯罪包括三种罪行:反和平罪、战争罪和危害人类罪(也译反人道罪)。狭义的战争犯罪仅指违反战争法规和惯例的行为,即通常所说的战争罪。

[28] 关于国际人道法目前适用于武装冲突期间的恐怖主义问题的广泛讨论,详见以下这本书的第五章,“国际人道法上的恐怖主义”:前引[8],Ben Saul书,第271页以下。

[29] 前引[8],Ben Saul书,第319页。

[30] 卡塞斯教授对武装冲突中的恐怖主义犯罪做出这样的描述:在武装冲突期间,如果采取某一暴力行动(或甚至是此种行动的威胁)时同时具备下面两点可定为恐怖主义:一是针对平民或不积极参加武装敌对行动的任何其他人,二是此行动的主要目的是在平民人口中扩散恐怖。他还指出,在武装冲突时期,恐怖主义(即攻击不积极参加武装敌对行动的人,并具有在平民人口中扩散恐怖的意图)现在相当于特定的战争犯罪(恐怖主义犯罪);在武装冲突时期,恐怖行为也可相当于危害人类罪(如果它是广泛或系统地攻击平民人口的一部分的话)。见前引[4],Antonio Cassese文,第933、957页。

在于：战争或武装冲突中的伤害平民是武力行动造成的结果，而恐怖主义伤害无辜民众是暴力行为的目的。这两种行为的另一区别是，恐怖主义行为伤害无辜民众与战争时期伤害平民的性质不同。在战争时期，交战国的人民和它们的财产是带有敌性的，因此他们是“战时平民”而不是“无辜平民”。恐怖主义不是战争行为，无论在平时或战时出现的恐怖行为，除了打击的直接对象之外，任何人都属于无辜平民。不过，有的行为可能既是战争罪行又是恐怖主义罪行。譬如，二战期间，日本军队进入我国南京市屠杀了我国 30 万平民，此暴行不仅构成战争罪，而且由于这不是战争行为产生的结果，而是行为的目的，旨在以大量杀人作为威胁达到战争目的的手段，因而也构成了恐怖主义行为。<sup>〔31〕</sup> 这种行为应受到国际人道法和国际反恐法的双重惩治。

既然国际人道法上的恐怖主义的含义与一般意义上的恐怖主义的含义不同，国际人道法管辖的行为有别于国际反恐法管辖的行为，那么，武装部队在武装冲突中实施的恐怖主义行为如果只受国际人道法的制裁和惩罚，显然不合理。因为，虽然这种行为受到了法律的惩处，但将此种行为定罪为战争罪而非恐怖罪，其后果并不相同。卡塞斯教授指出，如果交战者（无论他们是否是合法的战斗员）在武装冲突期间对平民或民用目标的攻击行为被定为恐怖主义犯罪，那么将产生更广泛的调查权（和更重的刑罚），此权力正常情况下不能用以处理任何普遍犯罪或战争罪。因此，如果出现将交战者在武装冲突中实施的行为仅仅交由国际人道法调整，那么执法机构的全部调查权和相应措施将不再对他们适用。又如，如果在伊拉克对平民的攻击只是被定为战争罪，那么诸如在国外募集资金的准备行为将根本不被定罪。<sup>〔32〕</sup>

由此推之，武装部队在武装冲突和执行公务中如果实施了符合国际恐怖主义定义描述的行为，那么就不应由于国际人道法有了规定就不能作为恐怖主义行为看待了。现实中，“任何军事行动都可能直接或间接采取恐怖主义行动……民族解放运动的极端分子采取恐怖手段的行为是恐怖主义行为，而任何国家的武装部队的极端分子在武装冲突中或执行公务中实施的行为如果符合恐怖主义定义的标准，就应该同样作为恐怖主义行为处理。”<sup>〔33〕</sup> 因此，在理论上有必要将国际反恐法的适用与国际人道法结合起来，使武装部队的活动同时受到这两种法律的约束。

将国际反恐法和国际人道法这两种法律结合并同时适用于武装冲突的做法，见之于 1999 年的《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》。该公约第 2（1）条规定：本公约所称的犯罪是指任何人以任何手段，直接或间接地非法和故意地提供或募集资金，其意图是将全部或部分资金用于实施：……（b）意图致使平民或在武装冲突情势中未积极参与敌对行动的任何其他人死亡或重伤的任何其他行为……。该公约目前已被 153 个缔约国中的 150 个国家所批准。据此，在武装冲突中，交战方在攻击敌方战斗员时附带导致平民的损害，而且此种损害是不成比例的，那么他们的行为可被视为非法，这些人员将受到国际人道法的惩治。然而，如果他们以平民为目标并旨在向平民制造恐怖，那么他们就构成了恐怖主义行为，要适用反恐国际公约。“在任何情况下，针对平民的攻击都应视为恐怖主义罪行，这是人们的一般共识。”<sup>〔34〕</sup>

与此不同的是，一些反恐国际公约将武装冲突中的行为留作国际人道法的专属管辖范围，而关于国际恐怖主义的原则和规则却不适用于武装冲突。譬如，1997 年恐怖爆炸公约第 19（2）条，2005 年的核恐怖公约第 4（2）条和全面公约草案第 18（2）条。它们均以相同的措辞规定，将武装冲突期间武装部队的活动排除在公约之外，这种行为受国际人道法调整。其结果是，武装

〔31〕 参见陈致中：“国际恐怖主义的定义问题——基于《关于国际恐怖主义的全面公约》的视角”，载《中国国际法年刊（2006）》，世界知识出版社 2007 年版，第 35 页。

〔32〕 参见前引〔4〕，Antonio Cassese 文，第 954 页。

〔33〕 前引〔31〕，陈致中文，第 41 页。

〔34〕 消除国际恐怖主义的措施，联合国文件 A/59/894（2005 年 10 月），附录一，中文版，第 5 页。



冲突中反恐法规范停止适用,而由人道法来接管。如前所述,这三项公约的制定均出自同一个反恐特委会。但全面公约草案第18(2)条尚未达成一致意见。

## 2. 避免或解决全面公约规则与国际人道法之间的可能冲突

如果国际反恐法也适用于武装部队在武装冲突中的行为,那么如何避免该法与国际人道法的冲突?就全面公约草案而言,消除冲突的一种方式就是,确定武装冲突中实施的不违反国际人道法的行为不被定罪为恐怖主义。这样做不仅可以避免反恐法与人道法的矛盾,而且有利于冲突各方对国际人道法的遵守。

具体做法是在关于恐怖主义定义的第2条中规定一个构成要素:在武装冲突中这种行为违反有关国际人道法,或者在关于公约范围的第18条中增加一款内容,规定如果武装冲突中的行为不被国际人道法所禁止,那么不将该行为定罪为恐怖主义。

事实上,这种设想已出现在各国代表团的提案中。在2000年,卡塔尔曾提出一项关于第18条的修正案,建议第18条第2款做出如下规定:国际人道法所指的武装冲突中武装部队的合法活动,不受本公约约束。<sup>[35]</sup>在工作组2005年的会议中,列支敦士登分发了一项议案,后经工作组的主席之友提议在第18条中增加一款(即第5款)。该款规定:“5.本公约内任何规定均不得将国际人道法所适用并且根据该法不是非法的行为定为非法。”<sup>[36]</sup>依此规定,如果某一行为符合关于恐怖主义犯罪的定义,那么它将同时被国际人道法和全面公约规则加以惩处;但如果根据国际人道法,交战方没有实施非法的恐怖主义行为,那么其行为只受国际人道法调整。对于此项建议案,一些代表团以该案文“模棱两可”为由而提出保留。然而,此举更多的只是一种托词,很大程度上是政治立场使然。

为了解决或避免反恐法与人道法之间的可能冲突,可在公约第18条中另添一款规定,以进一步澄清全面公约的规则与国际人道法之间的关系。此种做法在国内的反恐立法中是有例可循的。例如,新西兰2002年的《制止恐怖主义法》中有关恐怖主义行为的定义中包括一条“武装冲突中的恐怖行为”,规定“如果该行为发生在武装冲突的情势中,而且在当时和在该行为的发生地,该行为符合适用于武装冲突的国际法规则”,那么该行为不纳入本法的管辖范围。<sup>[37]</sup>

避免全面公约规则与国际人道法冲突的另一个选择性的办法是,将该公约第2条关于恐怖主义行为的界定限制在以平民为攻击目标。全面公约草案第2(1)条规定的恐怖主义犯罪的受害者或攻击目标的范围十分宽泛,将受害者规定为“任何人”。而实际上,关于联合国改革问题的“联合国名人小组报告”和“联合国秘书长报告”都呼吁,只将针对平民和非战斗员的行为包括在恐怖主义定义之内。<sup>[38]</sup>若此,在武装冲突中,针对平民和非战斗员实施的行为适用全面公约,而攻击战斗员或其他积极参加敌对行动的人的行为适用国际人道法。萨乌尔博士指出,将针对平民的政治暴力定罪为恐怖主义很少与国际人道法的目标相冲突,就像禁止种族灭绝、危害人类罪和酷刑的法律与国际人道法同时适用并补充国际人道法一样。<sup>[39]</sup>

诚然,国际反恐法并不总是与国际人道法发生抵触。具体而言,在武装部队的行为不适用国际人道法的场合,倘若武装部队的成员实施了国际恐怖主义行为,将此种行为纳入全面公约的管

[35] 工作组报告,联合国文件A/C.6/55/L.2(2000年10月),附件三,第36项。

[36] 消除国际恐怖主义的措施,联合国文件A/C.6/60/INF/1,2005年10月20日。

[37] 参见T. M. A. Luey, *Defining "Terrorism" in South and East Asia*, Hong Kong Law Journal, vol. 38, Part 1, 2008, p. 150.

[38] 威胁、挑战 and 改革问题高级别小组的报告:《一个更安全的世界:我们的共同责任》,联合国文件A/59/565(2004年12月),附件一,第二部分,第44段(d);秘书长的报告:《大自由:实现人人共享的发展、安全和人权》,联合国文件A/59/2005(2005年3月),第91段。

[39] 前引[8], Ben Saul书,第189页。

辖范围，就不会有异议。那么，哪些情形是不适用国际人道法的？此等情形有二：一是不在武装冲突期间，二是在执行公务活动之外。正如美国陆军法官塔克卡贝里少校所言，现行的武装冲突法适用的场合是，个人在一国雇用的范围之内实施了威胁行为、恐吓、侵略或暴力的国际行为。<sup>[40]</sup>而行为者不在一国雇用范围内行事即非公务行为。应该说，将不属于国际人道法调整范围之内的一国武装部队的行动纳入全面公约的范围，这有助于防止出现有罪不罚的现象。

除了这两种情况之外，有的国家代表团在讨论全面公约草案中指出，国际人道法未加规定的武装部队的活动，不应被排除在该公约范围之外。<sup>[41]</sup>这种看法是正确的，它可以防止例外条款的含糊规定所可能导致的负面结果——武装部队的活动将不受两种法律制度中的任何一种法律管辖。看来，在全面公约中拟订一项明确国际人道法和全面公约之间关系的条文，对防止反恐斗争中的法律漏洞是必要的。

根据上述全面公约协调员案文第 18（3）条的规定，只有国家军队在他们的公务活动之外并且不适用国际人道法的行为才受全面公约的管辖。那军队执行公务的活动呢？这就涉及到了另一个问题——国家恐怖主义。

## （二）一国军队的行为与国家恐怖主义问题

全面公约草案第 2 条的规定一开头就说，“任何人”都可实施恐怖主义行为。<sup>[42]</sup>从字面上看，军队的行为将可被视为恐怖主义犯罪。然而，协调员分发的案文明确规定了一国军队执行公务所进行的活动不受全面公约调整（第 18 条第 3 款）。据此，国家行为被排除在了恐怖主义定义之外。但此规定遭到了一些国家尤其是中东阿拉伯国家（如伊拉克等国）的极力反对。

军队的行为是代表该国政府执行防务的行为，它们在武装冲突中的行为和在执行公务中的行为，即是他们所属国家的行为。《奥本海国际法》认为，军队的成员在执行公务时所犯的罪行是在执行国家的指示时所犯的，对犯罪者的诉讼往往与对国家的诉讼没有区别。<sup>[43]</sup>反之，军人在非执行职务时的犯法行为，是属于私人性质的行为，不构成国家行为。根据上述第 18 条的规定，此行为不能豁免全面公约的管辖。<sup>[44]</sup>

国家行为会不会构成恐怖主义呢？这就出现了国家恐怖主义的问题了。这一问题主要包括什么是国家恐怖主义，哪些行为构成国家恐怖主义的内容。

### 1. 关于国家恐怖主义概念的争议

在全面公约草案的讨论中，关于国家恐怖主义一直存在着两种对立的意见。一种意见认为，恐怖主义必须包括国家支持的恐怖主义行为（acts of State-sponsored terrorism）和国家恐怖主义行为（acts of State terrorism），特别是军事人员和准军事人员的行为。另一种意见认为，尽管国家支持的恐怖主义行为可能属于全面公约管辖的范畴，但其它国家行为，即有时所谓的“国家恐怖主义”行为不属于全面公约管辖的范畴。<sup>[45]</sup>

关于国家恐怖主义的两派意见各有自己的理由。主张国家恐怖主义行为不受全面公约约束的国家和学者提出两个理由：

[40] Major Karin G. Tackaberry, *Time to Stand Up and Be Counted: the Need for the United Nations to Control International Terrorism*, The Army Lawyer, July 2007, p. 16.

[41] 特委会报告，联合国文件 A/60/37（2005 年 3—4 月），附件一，第 23 段。

[42] 特委会报告，联合国文件 A/57/37（2002 年 1—2 月），附件二。

[43] 前引 [14]，《奥本海国际法》，第 599 页注释 13。

[44] 在讨论 1997 年恐怖爆炸公约的相同条款时，一些国家的代表团认为，军队的行为只有在符合或按照国际法执行公务时才不属本公约管辖。见特委会报告，联合国文件 A/52/37（1997 年 3 月），附件四，第 44 段。同样，在审议全面公约草案中，有的代表团指出，对于不符合《联合国宪章》和国际法的军队行为不应规定任何例外。见特委会报告，联合国文件 A/60/37（2005 年 3—4 月），附件一，第 23 段。

[45] 参见特委会报告，联合国文件 A/56/37（2001 年 2 月），附件五，第 15 段。

第一,国家恐怖主义是一种国家行为,它由国际法的其他规则体系来调整,因此作为一项法律执行文件的全面公约草案并不适宜涉及此问题。<sup>[46]</sup>这里所说的“国际法其他规则”有两类:一是关于使用武力的法律和国际人道法,二是国家责任法。<sup>[47]</sup>

第二,国家恐怖主义的概念不可行。国家恐怖主义行为不可能自我执行,国家无法惩罚自己,人们无法在法院起诉或要求引渡一个国家!而且,“国家罪行”问题非常有争议,它已经在联合国国际法委员会对《国家责任条款草案》的二读中被删去了。<sup>[48]</sup>

与此相反,支持国家恐怖主义概念的国家认为,全面公约应当包括这个概念,其理由可归纳为三点:

第一,一国军队的行为并不全部受到国际人道法的规制。在特委会2005年的会议上,一些代表团指出,有关联合国改革问题的秘书长报告说,“现在应当搁置对所谓‘国家恐怖主义’的辩论,因为国际法已经对国家使用武力作出周详的规范”,这样说是不准确的,因为存在一国军事部队的活动目前没有受到国际人道法规范的情况。<sup>[49]</sup>

第二,国家恐怖主义危害极大。在特委会2007年的会议上,一些代表团表示,关于国际恐怖主义的任何全面公约都必须包含国家恐怖主义的内容。他们重申,国家恐怖主义行为是国际社会严重关切的问题,此类行为只会助长恐怖主义的恶性循环。<sup>[50]</sup>

第三,全面公约若排除国家恐怖主义行为也必须同时排除民族解放运动的活动。针对协调员案文第18(3)条将国家行为排除在全面公约之外,伊斯兰会议组织成员国提出了他们的修正案第18(3)条。该条可以解读为:如果不承认国家恐怖主义概念,让国家武装部队豁免全面公约的管辖,那么武装冲突中各方同样享受这种豁免。也就是说,如果正规部队一方可以得到豁免,那么民族解放部队也应该同样得到豁免,否则就是将国家行为特殊化,对国家行为和非国家行为适用“双重标准”。<sup>[51]</sup>因此,排除国家恐怖主义问题必须与排除民族解放运动问题一并解决。

在全面公约的适用范围上,西方国家集团坚决要排除国家恐怖主义,而伊斯兰会议组织成员国则要排除民族解放运动。应该说,后者提出的平等对待冲突各方的理由是很在理的。试想,同是武装冲突的当事方,为什么国家恐怖主义行为可以排除在全面公约之外,而民族解放运动行为就不能排除?这是什么逻辑?当然,反对国家恐怖主义概念的国家也提出了很现实的问题。一方面,依照“平等者之间无管辖权”的法律原则,在由主权国家组成的国际社会,无法追究国家行为者的刑事责任。另一方面,由作为国际组织的联合国主持下制定的反恐全面公约,它必定要反映国家意志。这就决定了该公约不可能不将国家行为排除在外,否则该公约将被制订者本身所推翻。

[46] 参见前引[15], Mahmoud Hmoud文,第1039页。

[47] 有学者认为,卷入恐怖主义的国家可被分为三种:(1)支持恐怖主义的国家(states supporting terrorism),他们向恐怖主义实体提供意识形态、后方勤务、财政、军事或军事行动上的支持;(2)操作恐怖主义的国家(states operating terrorism),这种国家通过非国家实体的中间代理人来发动和指挥恐怖主义;(3)实施恐怖主义行为的国家(states performing terrorism),它们通过国家代理人(官员)实施恐怖主义行为。如果确认了国家因通过支持非国家的行为者参加恐怖主义行为的国家责任,那么在很大程度上,这个困难的问题是证据问题而不是原则问题。See Reuven Young, *Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and its Influence on Definitions in Domestic Legislation*, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 29, Winter 2006, pp. 62-63.

[48] 关于国家罪行问题的争论,可参阅贺其治:《国家责任法及案例浅析》,法律出版社2003年版,第18页以下。

[49] 特委会报告,联合国文件A/60/37(2005年3-4月),附件二B,第13段。

[50] 特委会报告,联合国文件A/62/37(2007年2月),附件,第5段。

[51] 萨索利教授认为,同样的行为由反叛者实施时是恐怖主义分子,而由政府的士兵实施则不是恐怖主义分子,这样的想法将严重损害反叛者遵从国际人道法的愿望。见前引[12], Marco Sassoli文,第977页。

那么, 该如何看待国家恐怖主义问题? 要回答此问题首先应论及国家恐怖主义是否存在, 即国际恐怖主义的主体是否包括国家。综观现有的各项反恐公约, 它们都是规定个人而非国家或团体的行为。例如, 2005 年核恐怖公约、1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、1988 年《制止危及海上航行安全非法行为公约》、1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》(即海牙公约) 和 1979 年《反对劫持人质国际公约》等都规定, 有关的行为者是“人”, 其意在只有个人才可实施恐怖主义行为。虽然核恐怖公约的第 4 (2) 条和恐怖爆炸公约第 19 (2) 条都明确规定武装部队在武装冲突中的活动不受这两个公约的调整, 但是联合国大会和安理会的一系列决议都承认了国家恐怖主义的存在, 并予以反对。<sup>[52]</sup> 例如, 1999 年 10 月安理会通过的第 1269 号决议重申, “镇压国际恐怖主义行为, 包括国家参与的这种行为”。1991 年联合国大会第 46/51 号决议呼吁, 所有国家履行其国际法义务, 并限制组织或参与对他国的恐怖主义行为。而且, 不少西方学者也承认国家恐怖主义的确存在, 并认为国家恐怖主义被国际人道法所禁止。<sup>[53]</sup> 然而, 关键的问题是, 如何将国家恐怖主义纳入一项国际反恐的法律执行文件——全面公约当中。

## 2. 关于国家恐怖主义行为的处理

全面公约草案的最初文本是印度于 2000 年在特委会非正式分发并经其修改的文本。<sup>[54]</sup> 该草案第 18 条第 2 款第二句话的内容为, 一国军队执行公务时的活动获得豁免, 原因是这些活动由国际法其他规则调整。在工作组 2000 年会议上, 瑞士和新西兰共同提交了对该草案第 18 条第 2 款的修正案, 试图将国家武装部队从事的违反国际法的行为纳入全面公约适用范围之内。<sup>[55]</sup> 由于该提案与“国家恐怖主义”概念不谋而合, 因而受到包括伊斯兰国家和不结盟国家在内的多数国家的支持, 只有少数西方国家明确反对。在 2001 年 10 月的全面公约草案谈判中, 关于处理军事部队在和平时期进行的“国家恐怖主义”问题的瑞士和新西兰修正案, 被伊斯兰会议组织正式采纳为自己的意见。该组织将这两国提案中的第二句话一字未改地作为自己提出的第 18 条第 3 款案文的内容, 并且此后始终坚持该款的规定。根据该款规定, 和平时期军事部队实施的恐怖主义犯罪行为应被纳入到全面公约的规制范围内。其理由是: 在和平时期, 只有安理会这一个政治性机构处理国家机关的国际恐怖主义犯罪事件还不够, 需要一部合适的法律文件来阻止进行恐怖主义行为的国家机关逃避惩罚。<sup>[56]</sup> 但此提案一直遭到主要西方国家的强烈反对。

如果说在现阶段, 国际社会还不具备追究国家刑事责任的条件, 那么处理国家恐怖主义行为的方法至少可以是: 追究国家军队成员的恐怖主义责任。随着国际刑法的发展以及起诉和审判犯有国际罪行的个人的国际刑事司法机构的增加, 尤其是作为首个普遍性和常设性司法机构的国际刑事法院在 2002 年的正式成立, 在一定程度上增加了追究国家刑事责任的可能。

为了弥补全面公约草案现存文本在界定恐怖主义罪行上的漏洞, 在工作组 2005 年的会议上, 古巴曾提出一项有关惩处国家武装部队负责人的建议案, 建议在关于恐怖主义定义的第 2 条中另增一款 (即第 2 条第 4 款)。其案文如下: “具有可有效控制或指挥国家武装部队所属部队行动的身份, 以违反包括《联合国宪章》在内的国际法的方式, 命令、准许或积极参与本条第 1、第 2 或第 3 款所述各项犯罪的策划、筹备、发动或实施。”提案发起国代表团指出, 此款的目的是涵盖有权控制一国武装部队者的行为; 国际社会必须强调, 这种人不得随意从事恐怖主义行为; 此

[52] 参见刘恩照:《国际恐怖主义》, 世界知识出版社 2006 年版, 第 38 页。

[53] 参见前引 [15], Mahmoud Hmoud 文, 第 1040 页; 前引 [4], Antonio Cassese 文, 第 944 页。

[54] 见工作组报告, 联合国文件 A/C.6/55/L.2 (2000 年 10 月), 附件二, 印度就关于国际恐怖主义全面公约草案提出的工作文件。

[55] 见工作组报告, 联合国文件 A/C.6/55/L.2 (2000 年 10 月), 附件三, 第 28 项。

[56] 前引 [15], Mahmoud Hmoud 文, 第 1040 页。

提案的目的不是要把惩处国家行为列为罪行，而是要惩处那些负责国家武装部队的个人的行为。<sup>[57]</sup>

古巴这一提案的内容值得重视，它有助于避免有罪不罚的现象。至于该款内容是放入第2条还是第18条或放入该公约的其他位置，那属于立法技术问题。如果说在现行的国际法体系中已经存在着处理国家行为的国际规则，那么全面公约的制定者应将主要目标放在研订有关个人（包括军人）对恐怖主义罪行所负责任的国际规则上。对于古巴代表团的这项提案，各国代表团中支持者有之，反对者有之。在反对者中，一些代表团指出，该提案只有在国际人道主义法无法适用的情况下才能适用；另一些代表团则担心该提案的规定会走向国家罪行的概念，还有的代表团只是对此表示保留但没有提出具体理由。<sup>[58]</sup>

国家军队的人员实施恐怖主义犯罪，可以是他们自己直接实施这种行为，也可以是他们下令让他人为之。最可能出现的情况是军事指挥官犯有全面公约规定范围内的罪行，追究这种罪行具有现实可行性。譬如，可将武装部队的成员所犯的恐怖主义罪交由国际刑事法院处理。建立该法院的《罗马规约》虽然没有规定恐怖主义犯罪，但是在关于设立该法院的全权代表外交会议即罗马大会上，各参加国都承认恐怖主义行为是受到国际社会关注的严重罪行，并建议将来召开的审查会议将恐怖主义犯罪列为国际刑事法院管辖权内的犯罪。<sup>[59]</sup>而且，武装部队的成员从事的恐怖主义行为，正如学者们所指出的，如果是在武装冲突中实施的，就很可能构成《罗马规约》第8条规定的战争罪；若在其他情况下进行的，还可能构成《罗马规约》第7条规定的危害人类罪，国际刑事法院对此享有管辖权，可以对这些人进行审判。<sup>[60]</sup>

通过对全面公约与国际人道法的关系问题和国家恐怖主义问题的分析，我们可以得出如下结论：其一，武装部队的活动受到不同的法律管辖，包括国际人道法、国际反恐法（如全面公约）、国家责任法、国际人权法、国际刑法、使用武力法等其他相关国际法规则。譬如，超过一般的相称性要求的武力行动为国际人道法所禁止，而直接攻击和杀害民众的行为受国际恐怖主义法的惩治。武装部队在武装冲突中的活动主要受国际人道法管辖，在和平时期且执行公务之外进行的活动主要受国际反恐法管辖。而实际上，武装部队在武装冲突中的行为有可能兼受国际人道法和国际反恐法两种法律的约束，只是全面公约现在的草案文本避开了这种情况。其二，不可否认，在现阶段要惩处国家本身的恐怖主义责任困难重重，但不能由此否认国家恐怖主义的存在。虽然现在的全面公约草案未把旨在引起恐怖的那些故意或正式的国家行为列入该公约管辖，但武装部队成员的恐怖主义行为不应豁免全面公约的管辖，而且国际刑事法院在追究武装部队人员所犯的恐怖主义罪行方面完全可以有所作为。

## 四、解决公约中的武装部队问题的政治障碍和法律办法

### （一）全面公约草案一揽子方案涉及的有关解决原则

为了尽快完成全面公约的制定工作，2007年，全面公约新的协调员提出了一份载有该公约

[57] 工作组报告，联合国文件 A/C.6/60/L.6（2005年10月），附件 A，第18、19、22段。

[58] 参见工作组报告，联合国文件 A/C.6/60/L.6（2005年10月），附件 A，第19、21、23段。

[59] 《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议最后文件》，联合国文件 A/CONF.183/10（1998年7月），中文版，第8页。

[60] 参见 Nico Schrijver & Larissa van den Herik, *Counter-terrorism Strategies, Human Rights and International Law: Meeting the Challenges: Final Report Poelgeest Seminar*, Netherlands International Law Review, Issue 3, 2007, p. 581; 汉斯·彼得·盖瑟尔：“恐怖行为、恐怖主义和国际人道法”，载朱文奇主编：《国际人道法文选（2001—2002）》，商务印书馆2004年版，第53页。

草案未决问题一揽子解决办法要素的案文。它包括增加一段序言和提出新的第 18 条款案文（共有 5 款）。这是迄今为止最新的公约一揽子解决方案，其中的关键还是武装部队问题。新增的序言内容如下：“注意到国家军事部队的活动由本公约框架以外的国际法规则规定，某些行动被排除在本公约适用范围之外并非是容许不合法行为或使不合法行为合法化，或禁止根据其他法律提出起诉。”新增的第 5 款（即“不妨碍条款”）规定：“本公约不妨碍适用于武装冲突的国际法规则，特别是适用于国际人道法所规定的合法行为的规则。”此款的关键之处是“本公约不妨碍国际人道法的原则。”至于全面公约和国际人道法之间的关系则“必须按照具体情况确定”。〔61〕

事实上，在这个一揽子方案中，不仅新增的一段序言借用了 1997 年恐怖爆炸公约和 2005 年核恐怖公约的序言规定，而且作为排除条款的第 18 条，其拟议要素（proposed elements）实质上与上述两项公约的排除条款很相似。但由于全面公约草案的适用范围更为广泛，因此其排除条款的规定应当向那些包括各部门公约在内的公约执行部门提供清晰和进一步的指导。故此，全面公约谈判各方对排除条款达成妥协的难度也相应提高。

在特委会 2008 年的届会上，各国代表团继续审议 2007 年届会提出的全面公约草案一揽子解决方案，其讨论仍然集中在这两个问题上：一是如何清楚区分国际人道法管辖的活动和全面公约管辖的活动，二是和平时军事部队可能存在有罪不罚的问题。

关于第一个问题，第 18 条第 2 款已区分了全面公约草案所涵盖的活动和武装冲突中武装部队的活动，即“国际人道法所指的活动”。新增第 5 款中的不妨碍条款旨在进一步澄清这个区别。正如协调员所指出的，该款的目的是确保公约草案不妨碍国际人道法，以及犯下人道法所述罪行的人受到该法管制；而且第 18 条“排除某些活动的目的不是允许有罪不罚，只是要从公约范围内排除其他法律领域管制的某些活动。”解释和适用全面公约时的一项原则是，该公约不影响国际人道法以及该公约不寻求限制人道法的发展。〔62〕

关于第二个问题，将第 18 条第 3 款与第 4 款一起解读，其意在堵住一国军事部队在有罪不罚方面的任何漏洞。第 3 款“没有使在其他法律之下非法的行为变成合法，它只是承认在这种情况下应适用其他法律，并且没有排除根据这些法律进行起诉的可能性”。这里有一项重要原则是，一国军事部队如果实施类似于该公约中所禁止的、根据其他适用法律将会受到起诉的那些罪行，则不应有罪不罚。〔63〕

上述新的第 18 条款案文所体现的两项原则（即全面公约不影响及限制国际人道法的适用与发展及一国军队的恐怖主义行为应有罪必罚），基本上反映了本文第三部分讨论的关切要点，但一揽子提案并未具体处理一国军队在和平时行为的豁免问题，即国家恐怖主义问题。

## （二）解决全面公约中的武装部队问题需要谈判各方的积极的政治意愿

全面公约适用范围中的武装部队问题的争论，虽然在法律上来源于各国代表团关于全面公约与国际人道法之间关系以及国家恐怖主义概念问题的分歧，但法律问题争论的背后却是各国政治观点的分歧。关于哪些行为可从全面公约适用范围中排除出去的问题，反映了不同的地区集团在

〔61〕 特委会报告，联合国文件 A/62/37（2007 年 2 月），附件，第 18 段。2007 年全面公约一揽子方案中的第 18 条款案文与之前的文本相比，第 1 款采用了伊斯兰会议组织提案的第 1 款，而第 2 款和第 3 款则照搬了 2002 年协调员案文的第 2 款和第 3 款。第 4 款在原先第 4 款规定之后增加了一句话“构成本公约第 2 条所述罪行的行为仍可根据这些法律予以处罚”。此增加的内容强调无论适用何种制度，一些核心罪行均应受到处罚。这里使用的“仍可……予以处罚”一语是指适用于这些行为的法律制度。如果结合第 4 款来看，第 3 款可以理解为不会使本来非法的行为变为合法行为。另外，这些行为如果非法，则不妨碍根据其他法律提出起诉。见特委会报告，联合国文件 A/62/37（2007 年 2 月），附件，第 17 段。

〔62〕 参见特委会报告，联合国文件 A/63/37（2008 年 2—3 月），附件二，第 4、5、11 段。

〔63〕 特委会报告，联合国文件 A/63/37（2008 年 2—3 月），附件二，第 6、11 段。

政治上的特别关注。因此第18条问题被称之为“有法律和政治后果的问题”。〔64〕这种问题要取得突破有赖于有关国家作出政治决定。如何界定反恐公约的适用范围问题不是全面公约所独有，在联合国框架内通过的众多部门性反恐公约也不同程度遇到这个难题。诚如联合国国际法委员会委员、维也纳大学的哈弗纳教授所指出的，找到一般接受的解决这个问题的办法是极其困难的，这已被部门性公约所证实。这些公约在一定程度上都含有豁免条款，但这些条款的制订不同，几乎不能作为全面公约的有用模式。〔65〕

尽管要在由192个国家组成的联合国大会上制订出令全部谈判方都满意的解决方案相当困难，但毕竟全面公约的拟订已走到了最后一步，因为迄今该公约的争议只剩下了第18条这一条文。该条在字面上是关于适用于武装部队和武装冲突问题的条文，但它却牵涉两个最为棘手的问题——民族解放运动问题和武装部队问题，用特委会的话来说，全面公约的最后完成需要对“武装部队”和“外国占领”问题取得共识。〔66〕而要谈妥第18条，需要西方国家在民族解放运动问题上作出让步，这是能否完成全面公约制定工作的真正关键点和最后的拦路虎。德国学者弗里德里希斯直截了当地指出，该公约历经多年讨论后，很有必要要么完全放弃全面公约这项计划，要么就豁免解放运动的条款这个悬而未决问题达成妥协。〔67〕

其实，全面公约中的武装部队问题和民族解放运动问题并非无法同时解决。只要西方国家愿意，或曰只要他们有结束全面公约制定工作的政治意愿，解决民族解放运动问题在国际法上并无任何障碍。现在的问题在于，少数西方大国是否准备好了在这一问题上做出妥协。2001年“9·11”事件后，美国发动了阿富汗反恐军事行动，在阿富汗造成了一种外国占领的情势，并已成为武装冲突的当事方。2003年伊拉克战争后，美国占领了伊拉克，并在波斯湾地区造成了一种既成事实。“只要这种情况持续下去，美国几乎不会接受伊斯兰会议组织提出的全面公约草案中的豁免条款，即豁免武装冲突中、包括外国占领情况下的所有当事方。”〔68〕由此不难看出，正是政治障碍造成了全面公约草案的久拖不决。故此，全面公约涉及的法律问题的解决需要各方拿出解决问题的积极的政治意愿。

### （三）目前解决武装部队问题的较为可行办法

从较为可行的角度看，解决目前分歧的一个办法是：一方面，在武装冲突情况下，明确排除国家武装部队和民族解放部队的活动受全面公约的管辖，该活动由国际人道法来调整。这样可区分国际人道法管辖的活动和全面公约所调整的活动，避免全面公约规则与国际人道法的冲突。另一方面，对于一国军队在和平时期的执行公务的行为也不适用全面公约。可以适用国际人道法和国际刑法等其他相关国际法规则来管制此种行为，由此堵住一国军队可能存在的有罪不罚的漏洞，有助于从法律上克服现有谈判的障碍。这一妥协性的解决办法，可以为有关各方所接受，有助于该公约的通过，符合世界上大多数国家的共同利益。

以上的办法不仅具有法理根据（已在本文第三部分中述及），也具有相当的可行性。在当代，第三世界国家对国家恐怖主义问题的看法已有松动。阿拉伯国家在传统上认为，国家恐怖主义是危害最大的和致命的恐怖主义形式。但随着形势的发展变化，传统的观点已有所改变。有学者认为，排除国家恐怖主义现在已经是是可以谈判的，条件是民族解放运动的政治暴力也不受全面公约

〔64〕 特委会报告，联合国文件 A/62/37（2007年2月），附件，第19段。

〔65〕 Gerhard Hafner, *Current Development: Certain Issues of the Work of the Sixth Committee at the Fifty-sixth General Assembly*, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 158.

〔66〕 见前引〔8〕，Ben Saul书，第184页，脚注375。

〔67〕 Jorg Friedrichs, *Defining the International Public Enemy: The Political Struggle behind the Legal Debate on International Terrorism*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, p. 77.

〔68〕 同上文，第79页。

的管辖。就西欧国家而言，民族解放运动在许多年前就已不再是一个受关注的事项。巴勒斯坦大部分人已停止依赖恐怖主义手段。如果民族解放运动仍然活跃的话，应当在诸如《日内瓦四公约》这样的法律框架内予以处理。为了应对国际恐怖主义的挑战，制定一个将基地组织和其他原教旨主义恐怖组织包括在内而把巴勒斯坦人和以色列人排除在外的国际恐怖主义定义，对广大国家来说应该是可以接受的〔69〕。

2008年11月26日晚在印度金融中心孟买发生的枪击、爆炸和绑架人质的恐怖主义事件，其惨烈程度仅次于美国2001年9月11日遭受的恐怖主义袭击，故被称为亚洲版的“9·11”事件。对此，联合国安理会和潘基文秘书长于同月28日分别发表声明，以最强烈的措辞予以谴责。孟买的恐怖袭击事件造成众多无辜人员死亡。这再一次提醒国际社会，国际恐怖势力还很猖獗，恐怖主义是包括各国在内的国际社会必须面对的最大挑战，国际社会必须团结一致，共同打击恐怖主义活动，因此加快完成全面公约的制定尤显重要和紧迫。该公约的通过将促进国际反恐领域的国际执法合作，并向各国施加明确的司法合作义务，以尽可能减少各国在国际反恐活动中单方面对他国使用武力。

---

**Abstract:** The application scope of the Comprehensive Convention on International Terrorism drafted by the United Nations General Assembly is the key issue whether or not the Convention can be concluded. At present, there are two outstanding issues surrounding its application scope, one is the issue of National Liberation Movements, and the other is the issue of armed forces. Moreover, these two issues affect each other, and become the final material obstacles to complete the Convention. The issue of armed forces includes two specific problems, one is whether the activities of armed forces during armed conflicts are governed by the Convention, which is provided in paragraph 2 of draft article 18, and the other is whether the activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties are governed by the Convention, which is provided in paragraph 3 of draft article 18.

As to the actions of armed forces during armed conflicts, the text circulated by the Coordinator of the Convention provides that they are not governed by the Convention, which represents the view of the West countries group. The text proposed by the Organization of the Islamic Conference provides that the activities of the parties including national liberation forces during an armed conflict are not governed by the Convention. The substance of the controversy is the relationship between international humanitarian law (IHL) and international anti-terrorism law (e. g. the Convention). This paper thinks that a feasible solution to current disagreement is that the activities of both State armed forces and national liberation forces during an armed conflict, which are governed by IHL, are expressly excluded from the scope of the Convention.

According to the text circulated by the Coordinator, the activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties are not governed by the Convention. On the contrary, under the text proposed by the Organization of the Islamic Conference, if those activities are not in conformity with international law, they will be governed by the Convention. The terrorism acts committed by the military forces of a State in time of peace belong to acts of State terrorism, which in theory should fall within the scope of the Convention. Moreover, the Inter-

---

〔69〕 参见前引〔67〕，Jorg Friedrichs文，第75、90页。



national Criminal Court can hold members of armed forces responsible for their terrorism crimes. However, since there are a lot of difficulties to punish States themselves for their terrorism acts in the present international reality, this paper thinks that, beyond the Convention, other rules of international law such as IHL and international criminal law can be applied to regulate State military forces' acts in the exercise of their official duties.

**Key Words:** the Comprehensive Convention against Terrorism of the United Nations, armed force, state terrorism, international humanitarian law, national liberation movements

## 法经融合 经济匡时

### ——前进中的上海财经大学法学院

上海财经大学法学院的前身是上海财经大学经济法学系，始建于1987年，1998年8月经济法学系更名为法学系，1998年12月，法学系更名为法学院。现任院长郑少华教授，党总支书记李清伟教授。

经过二十余年的探索和发展，上海财经大学法学院目前已经拥有法律经济学、法律金融学两个二级学科博士点，建立了经济法学、宪法行政法学、国际法学、民商法学、法学理论和法律专业硕士学位共六个硕士点。学科发展重点是经济法学、国际法学、宪法行政法学。法学院设有经济法与社会法研究基地以及司法研究与法学教育中心、金融法研究中心、财税法研究中心、知识产权法研究中心、台商法务研究中心等研究机构。

法学院拥有一支结构合理、力量雄厚的师资队伍。现有教师45人，其中教授12人，副教授17人，具有博士学位教师26人。经济法学学科集聚了郑少华、丁邦开、王全兴、单飞跃、刘水林教授等一批知名学者。国际法学集聚了周仲飞、单海玲、张军旗、张圣翠教授等一批知名学者。王士如、李清伟、汪进元教授为宪法与行政法学学术带头人。

学院始终把提高科研水平作为发展的基本任务，在经济法学、国际法学、劳动法学、环境法学、宪法与行政法学等领域发表了不少创新之作。近五年来，学院教师在《法学研究》、《中国法学》等法学类学术期刊上发表学术论文百余篇，承担国家社科基金项目10项，教育部、司法部、上海市社科项目等30余项，撰写学术专著30余部。

学院坚持为社会服务的理念，积极参与国家立法和地方立法活动。学院教师先后参与了劳动合同法、循环经济法、环境保护法、上海市节约能源条例等法律和地方法规的制定和修改，为国家立法和地方立法做出了应有的贡献。

在未来的发展中，上海财经大学法学院将继续坚守财经特色，坚持财经与法律相融合的办学模式，培养社会主义市场经济建设所需要的法律专门人才。