

恐怖組織的戰爭法適用問題

葉錦鴻*

林正順**

摘要

眾所周知地，國際法的主體是國家，至多包括國際組織或個人這種限定性的主體，屬於「私人性質」的恐怖組織在國際法上應如何定義？同時，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，已逐漸擴大其適用範圍至國家與叛亂者等「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。

由於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軍的活動。目前的恐怖組織有些甚至擁有不遜於小型主權國家的破壞力，故恐怖活動已不能單純用「私人性質的組織犯罪」來處理，於此種狀況下，「恐怖組織」是否可視為準國際法主體而適用戰爭法？戰爭法是否須在「國家所進行的戰爭」之外，再涵蓋「私人組織所進行的恐怖活動」？這些都是本文希望討論的問題。

*中正大學財經法律系副教授

** 華梵大學副教授兼人文教育研究中心主任

The Application of Law of War for Terrorist Organizations

Chin-Hung Yeh*

Cheng-Shung Lin**

Abstract

As is known by all, the main body of International Law is the state, in its widest definition it includes international organizations and individuals which are a limited body. So how do we define 'private' terrorist organizations in International Law? Traditional Law of War only regarded the violence organized by national regular armies as a legal act; the violence organized by personal organizations was only a general crime. Originally the Law of War was only applicable to military force disputes between sovereign states, but nowadays, it is expanding its application to military disputes between states and traitors which are not part of the main body of state, or military conflicts between forces which are both 'non main body of state'.

The Law of War is applicable to military conflicts between military organizations of non state agency. And there are acts of non regular armies in military disputes between states. Nowadays some terrorist organizations even possess destructive capabilities not less strong than small sovereign states. So terrorist acts no longer can be simply dealt with under 'crime of private organizations'. Under these circumstances, can 'terrorist organizations' be considered under the main-body-to-be of International Law

* Associate Professor Department of Financial and Economic Law, National Chung Cheng University.

** Associate Professor, Director of the Research Center for Humanistic Education, Hufan University.

and under application of the Law of War? Should the Law of War cover 'terrorist acts held by private organizations' apart from 'war held by state'? These are the subjects we'll discuss in this essay.

恐怖組織的戰爭法適用問題

葉錦鴻

林正順

目 次

- 壹、前言
- 貳、恐怖組織能否適用戰爭法
- 參、戰爭法與恐怖行為之關係
 - 一、國家的合法戰鬥行為與恐怖犯罪
 - 二、國際法對恐怖犯罪的定義
 - 三、反恐條約與戰爭法之關係
- 肆、恐怖組織成員的法律地位
 - 一、戰爭法中的戰鬥員資格
 - 二、恐怖組織成員的戰鬥員資格
- 伍、結語

關鍵字：恐怖組織、戰爭法、關於戰俘待遇之日內瓦公約、日內瓦公約
第一附加議定書、恐怖主義

Keyword : terrorist organizations, law of war, Geneva convention
relative to the treatment of prisoners of war, Protocol
Additional I to the Geneva convention, Terrorism

壹、前言

恐怖攻擊最早始於歐洲，使得歐洲國家飽受恐怖主義之困擾，如法國遭受來自中東及回教組織之攻擊，特別是「回教武裝組織」(Armed Islamic Group)及「沙拉斐斯特祈禱及武裝組織」(Salafist Preaching and Combat Group)。西班牙則是遭逢巴斯克(Basque)分離主義組織之攻擊¹。英國之主要問題來自於北愛爾蘭，北愛爾蘭共和軍(Irish Republic Army)從 1960 年代開始已造成將近 2,000 人死亡²。自 1980 年代以來，美國本土、海外使領館及商旅、軍事駐地和船艦即陸續成為恐怖攻擊之目標，到 1990 年代以後情況更是惡化。美國遭受恐怖攻擊的重要案例包括 1993 年 2 月 26 日，美國世貿中心遭爆炸攻擊（6 死 1,000 餘人傷）；1995 年 4 月 19 日，奧克拉荷馬州聯邦大樓遭爆炸破壞（168 死 642 傷）；1996 年 6 月 26 日，美國駐沙烏地阿拉伯達蘭軍事基地遭爆炸攻擊（19 死 380 傷）；1996 年 7 月 27 日，亞特蘭大百年紀念奧運公園遭鋼管炸彈爆炸（2 死 112 傷）；1998 年 8 月 7 日，美國駐肯亞和坦桑尼亞大使館遭爆炸攻擊（美國國民 12 死 7 傷）；2000 年 10 月 12 日，美國驅逐艦寇爾號在葉門遭小艇自殺爆炸撞擊（16 死 35 傷）等。直到 2001 年 9 月 11 日，美國遭逢恐怖攻擊的最高點，透過劫持多架民航飛機衝撞紐約摩天高樓的自殺式恐怖攻擊，使得死亡人數高達 2,986 人³。

¹ See Jose A. Trevino, "Spain's Internal Security: the Basque Autonomous Police Force", in Yonah Alexander and Kenneth A. Myers (eds.), *Terrorism in Europe*, (Groom Helm, 1982), pp. 141-153, at pp. 143-145. 謝福助，〈恐怖主義與反恐怖主義之難題〉，《淡江人文社會學刊》，第 11 期，2002 年 6 月，頁 128。

² See Jeremie J. Wattellier, "Comparative Legal Responses to Terrorism: Lessons from Europe" .27 *Hastings International and Comparative Law Review*, 397(2004) .pp. 399-402. Dennis Pluchinsky, "Political Terrorism in Western Europe", in Yonah Alexander and Kenneth A. Myers (eds.), *Terrorism in Europe*, (Groom Helm, 1982), pp. 40-78, at pp. 41-45. Jan Oskar Engene, *Terrorism in Western Europe*, (Edward Elgar, 2004), pp. 59-60.

³ 在該事件中，共有包括美國紐約地標性建築世界貿易中心雙塔在內的六座建築被完全摧毀，其它 23 座高層建築遭到破壞，美國國防部總部所在地五角大樓也受到襲擊，美國

眾所周知地，屬於「私人性質」的恐怖組織進行無差別攻擊行動等政治暴力，與透過國家機關所進行的戰鬥行為截然不同⁴，故就法律體制的意義而言，反恐行動與國際法的關係是十分特殊。

在九一一的恐怖攻擊事件後，美國總統布希將此種恐怖攻擊定義為「新戰爭」，給人一種宛如以美國為首的諸國軍隊，正在與賓·拉登 (Osama Bin Laden) 及其所指揮之「恐怖份子」進行「戰爭」的印象⁵。但同樣長期遭受恐怖主義來自於國內及國外攻擊的歐洲國家，卻從未宣稱要進行「反恐戰爭」，甚至連參加攻打阿富汗及伊拉克之歐洲國家，亦沒有宣稱國家進入緊急狀態，而只是以制定國內法之方式，試圖加強行政措施及調查能力，以尋求打擊恐怖主義犯罪之可能性⁶。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。

眾所周知地，國際法的主體是國家，至多包括國際組織或個人這種限定性的主體，屬於「私人性質」的恐怖組織在國際法上應如何定義？同時，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

經濟同樣遭到嚴重打擊。該事件也導致此後國際範圍內的反恐行動，包括阿富汗戰爭、伊拉克戰爭以及針對恐怖組織及相關國家越來越大的壓力。這次事件是自 1944 年 10 月日本向美國拋下「汽球炸彈」以來，美國本土第二次遭受來自空中的襲擊，也是繼珍珠港事件後，歷史上第二次外國勢力對美國本土造成慘重傷亡的襲擊，事件死亡總人數超過珍珠港事件的 2,400 人。

⁴ Oeter S., (1989), "Terrorism and Wars of National Liberation from a Law of War Perspective: Traditional Patterns and Recent Trends", 49 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, NO.3, p.446.

⁵ 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，因其將九一一恐怖攻擊視為一項「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。

⁶ See Colin Warbrick, "The European Response to Terrorism in the Age of Human Rights", 20 European Journal of International Law, 983 (2004), pp. 993-994.

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，已逐漸擴大其適用範圍至國家與叛亂者等「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⁷。

由於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軍的活動。目前的恐怖組織有些甚至擁有不遜於小型主權國家的破壞力，故恐怖活動已不能單純用「私人性質的組織犯罪」來處理，但在此種狀況下，「恐怖組織」是否可視為準國際法主體而適用戰爭法？戰爭法是否須在「國家所進行的戰爭」之外，再涵蓋「私人組織所進行的恐怖活動」？這些都是本文希望討論的問題。

貳、恐怖組織能否適用戰爭法？

如前所述，今日戰爭法的部份規則也適用於非國際性武力爭端，但需強調的是，即使戰爭法的規則適用於解放團體、叛亂團體，但並不是對這些「非國家行為體」賦予交戰者資格，這些「非國家行為體」若未被承認為交戰團體或解放團體，則其行為仍被視為一般犯罪(叛亂罪、殺人罪等)。換言之，即使是遵循戰爭法規定的行為，因其並不具備交戰者資格，故而無法成為合法的戰鬥行為。

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性武力紛爭，而不是傳統的內戰。這種「解放鬥爭」的國際化和解放團體適用戰爭法的問題，在過去曾引起很大的爭議。

首先，依據聯合國於 1960 年通過的賦予殖民地獨立宣言，「人民自

⁷ 參照國際刑事法院規約第 8 條第 2 項。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」，但我們可以看到第二次世界大戰後戰爭法的發展中，已將該等現象反映在實體規定上。

決的權利」獲得承認，從此以後所有對人民的壓制行動皆被要求停止，而基於人民自決的武力抗爭在國際間日益被正當化。於是，隨著自決抗爭和聯合國憲章第二條第四項間的關係被正當化，要求將基於人民自決的武力抗爭視為國際性武力紛爭並適用於戰爭法的呼聲日益高漲⁸。然而，以西歐為主的各國起初卻堅持反對將「基於人民自決的武力抗爭」予以國際化，其反對原因主要來自於主權國家的領土保全觀點，他們雖認為戰爭法的適用在人道上合情合理，不過卻主張：「依據某種紛爭的動機而作為決定其是否為國際性武力爭端的區別，或者是依據某種戰爭犧牲者的動機而給予特別待遇的情況，恰與國際人道法的理念完全相反」⁹，從而加以反對。

另一方面，為追求 1949 年日內瓦條約的完整性，各國開始起草兩份附加議定書時，解放團體是否適用戰爭法的問題，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舉辦的專家會議中，「基於人民自決的武力抗爭適用國際人道法」的提議，遭到大多數國家代表的反對¹⁰。因此，ICRC 於一九七四年第一次外交會議所提出的草案中，「基於人民自決的武力抗爭」僅適用於非國際性武力紛爭的第二附加議定書，只有解放組織的成員被俘獲時，能依照國際性武力紛爭的規定，以俘虜待遇處理之¹¹。

然而，在外交會議其後接連的四個會期(1974-77 年)中，社會主義國家以及第三世界國家提出修正案，針對議定書適用範圍的草案第一條，要求將解放戰爭認定為國際性武力紛爭，且明確規定須全面適用

⁸ H. A. Wilson, *International Law the Use of Force by National Liberation Mourners* (Clarendon Press, 1988), p.149.

⁹ Mr. Evans (USA). In U. N. Doc. A/PV. 2197, 12 December 1973.

¹⁰ 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.

¹¹ Wilson *Supra* note 8, p. 151.

1949年日內瓦條約以及第一附加議定書。針對此種提議，自由陣營國家除繼續前述批評之外，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。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的全體大會時，決議通過現行的第一附加議定書第一條第四項¹²。

雖然第一附加議定書明文將「基於人民自決的武力抗爭」列為國際性武力紛爭的適用對象，但此規定並非沒有質疑。首先，「人民代表當局」依何種標準而定義並不明確，因此自稱「人民代表當局(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。其次，第一附加議定書第九十六條第三項規定：「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，其結果使得人民代表當局(解放團體)的片面宣言亦能約束敵對的當事者¹³。

以美國為首的反對國家認為，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(恐怖組織)假稱「人民代表當局(解放團體)」之名，而提昇其在國際法上的地位。他們宣稱：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附加議定書¹⁴。

不過，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。因為即便恐怖組織適用於戰爭法，

¹² Cassese. A. , "War of national liberation and humanitarian law", in Swiparski, C. (ed.). *Etudes et series sur le droit international et les principes de la Crais-Rouge*(Martious Nijhoff Publishers,1984) ,pp. 157-211.

¹³ Y. Dinsterin, "The New Genera Protocols: A Step Forward or Backward?", 33 *Year Book of World Affairs*, 268 (1979).

¹⁴ The White House. Letter of Transmittal January 29, 1987, cited in *American journal of International Law*, Vol. 81. No. 4 (1987), pp. 910-912.

並不表示其所有暴力行為皆可被正當化，恐怖組織若適用於戰爭法，反而能使其違反戰爭法的恐怖行為被認定為違法。其次，所有自稱為「人民代表當局」者，並不因其片面宣示就會產生第一附加議定書第一條第四項以及第九十六條第三項的效果，還不到武力紛爭層級的個案性暴力行為(也就是大多數的恐怖活動)，皆不是第一條第四項的適用對象¹⁵。

再者，第一附加議定書第一條第四項所規定的「基於人民自決的武力抗爭」僅侷限於「依據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規定的「基於人民自決的武力抗爭」，應為「在非殖民地化的國家和聯合國執行過程中所形成的意義」，而此意義的自決權並不包括少數民族等恣意要求從主權國家分離獨立的權利，且第一附加議定書亦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¹⁶。

具體而言，第一附加議定書起草時存在的「基於人民自決的武力抗爭」僅侷限於：①一九七〇年代葡萄牙占領非洲殖民地的典型殖民地統治；②印尼占領下的東帝汶和以色列占領下的約旦河西岸地區和加薩走廊等的外國統治(被占領地區因屬性不明，僅限於戰爭法上的軍事占領)¹⁷；以及③類似南非的種族隔離(Apartheid)等「因人種歧視而形成的體制」¹⁸。在這些事例中，除了被外國占領的情形之外，其他在目前均

¹⁵ 英國於署名時所附帶的解釋宣言如下：適用於第 1 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 2 附加議定書第 1 條第 2 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 Buelt R. "Document on the Law of War" (2nd ed., Oxford University Press, 1989), p. 467.

¹⁶ Wilson, *supra* note 8, pp. 157-168.

¹⁷ Greenwood, C. "Terrorism and Humanitarian Law: The Debate over Additional Protocol 1", 19 Israel Yearbook on Human Rights, 194 (1989).

¹⁸ Y. Sendox, C. Swinski & B. Ziounernann (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.

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已非常稀少。

最後，從事「基於人民自決的武力抗爭」的「人民代表當局」是否真的為代表其人民的存在？¹⁹亦即，「人民代表當局」是如何認定？關於此點，依據第一附加議定書第九十六條第三項，非締約國的人民適用議定書的條件是需透過「人民代表當局」的宣言。但依外交會議的記錄顯示，部分國家曾提議：擁有可以執行第九十六條第三項片面宣言資格的「人民代表當局」(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²⁰，但此種國際性承認最後因無法形成明確的條件而未被接納。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作成決定時的恣意性及消極性，結果等於是任由「人民代表當局」(解放團體)進行「自我認定」²¹。

事實上，通過第一附加議定書的外交會議本身僅容許特定「經過承認的」人民代表當局參加，此種先經地區性機關某形式「國際承認」的「人民代表當局」，再由其採取宣言的舉動十分妥當²²，幾個署名或批准第一附加議定書的國家均有類似的解釋宣言²³。今日不單是資本主義國家，就連第三世界國家也擔憂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「解放組織(人民代表當局)」的地位²⁴。因此，除部份依據第一議定書第一條第四項和第九十六條第三項獲得國際

¹⁹ Id. at para. 3763.

²⁰ Greenwood, *supra* note 17, pp. 195-196.

²¹ Abi-Saab, G. "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols", 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, (Martius Nijhoff Publishers, 1989), p. 343.

²² Wilson, *supra* note 8, pp. 171-172.

²³ 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為，「如英國不承認的『人民代表當局』，即不受第 96 條第 3 項的宣言所限制」。

²⁴ Kalshoven, F. cited by the Verging of War International Committee of the Red Cross (1987), pp.73-74.

承認的「解放組織(人民代表當局)」以外，其他自稱「人民代表當局」的「解放組織」並不能因此獲益²⁵。換言之，除非是國際社會承認的「解放組織(人民代表當局)」，否則「恐怖組織」並不能因自稱是「解放組織(人民代表當局)」而適用戰爭法。

參、戰爭法與恐怖行為之關係

一、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，若第三世界各國所主張之「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，其暴力行為並不需要負刑事責任。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²⁶。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

²⁵ 過去南非的 ANC、納米比亞的 SWAPO、伊利托里亞的人民解放戰團、安哥拉的 UNITA、阿富汗的解放戰線、伊斯蘭黨和伊斯蘭協會各勢力、PLO、菲律賓的摩洛解放戰線等的宣言即是。但第 96 條 3 項的宣言之所以有效，那些解放團體在爭取「議定書締約國」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，並不是當時議定書的締約國。

²⁶ 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.)。

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。

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²⁷。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。

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

²⁷ 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.

適用性²⁸。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。

二、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，到目前為止，具備普遍涵蓋性的定義方式尚未出現。然而，在與戰爭法的關係上，被廣泛稱之為恐怖主義的各種活動，大致可分為以下兩種範疇²⁹。

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³⁰。

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

²⁸ 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。

²⁹ Greenwood. C. *supra* note 17, p.189.

³⁰ 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在被禁止之列。

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³¹。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。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，亦未抱持著將違反戰爭法的行為加以正當化的意圖³²。

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

³¹ 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」。

³² 如關於「禁止人質行為條約」締造過程所產生的爭議即是。

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³³。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。

三、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³⁴，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³⁵。

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

³³ Greenwood. *Supra* note 17, p.190.

³⁴ 例如，若是戰爭犯罪，則違抗革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。

³⁵ 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.

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」³⁶。但在戰鬥地區中，有可能無法保障其生存意願，因此難以區別違法的暗殺與正當的殺敵行為。³⁷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為的 12333 號行政命令，但其不論生死，「懸賞」敵方領導者首級的行為，即為遭受禁止之「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為，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為，包括 1977 年第一號附加議定書第 1 條第 4 款所提到的武裝衝突——即各國人民為行使『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。」

劫持人質行為在過去雖然曾被視為合法的戰鬥行為，然而在今日至少對平民百姓的劫持行為是絕對禁止的（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為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

³⁶ Cryer R. "The Fine Art of Friendship: in Belo in Afghanistan Law.", *Philippine International Law Yearbook*, Vol. 7.(2002), p. 67

³⁷ Parks. W. H. "Memorandum of Law: Executive Order 12333 and Assertions", (Harvard University Press, 1989), pp. 4-9.

在條約適用對象之外」的提案所發展而來³⁸。當初雖然出現「劫持人質行為在人民自決的鬥爭中並非違法行為」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，而在劫持人質行為也被明訂為戰爭法中所不容許之行為後，亦無任何國家再繼續堅持該立場³⁹。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為合法的行為認定為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為公約中，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，或是控制船隻的行為」、「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為」等，都被視為犯罪（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為，如果是在戰爭時，由戰爭當事國軍艦所為，便是合法的戰鬥行為。只要是協助敵方進行戰爭的船隻，即使是商船，也會被視為軍事目標，對方得以用威嚇、射擊等手段令商船停止行進，並加以緝捕，此為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，由於將以「政府」之名奪取船隻之行為納入條約適用範圍的提議已被否決，因此該條約很明確地不將國家（軍隊）對船隻的妨礙與破壞視為一種犯罪⁴⁰。同一條約之第2條中規定，對於軍艦及其他

³⁸ Lambert J. J., "Terrorism and Hostages in International Law", (Grotius Publications Ltd, 1990), pp. 263-273; Verwey W. D. "The International Hostages Convention and National Liberation Movements" 75 American Journal of International Law. 66 (1981), pp. 69-92.

³⁹ Lambert J. J., Id., p. 269.

⁴⁰ 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。 Canon A. H.

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。

“Memorandum of Law”, 82(2) American Journal of International Law. (1988), pp. 269-310 at p. 306.

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。」⁴¹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」⁴²，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。」⁴³。但回教國家組織強烈主張：「必須明確地界定恐怖犯罪與人民的正當鬥爭」⁴⁴，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」⁴⁵。

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」⁴⁶。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⁴⁷。

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

⁴¹ U. N. Doc. A/C 6/55/1 (A/C 6/55/L 2 ,Annex 11)

⁴² U. N. Doc. A/C 6/56/L 9 Annex IV. para. 6.

⁴³ U. N. Doc A/C 6/55/WG 1/CRP 30.

⁴⁴ U. N. Press Release L/2971 (2001).

⁴⁵ U. N. Doc. A/56/37 (2001). Annex V, para. 13.

⁴⁶ U. N. Doc. A/56/73 (2001). Annex V. Para 14.

⁴⁷ U. N. Doc. A/56/73 (2001). Annex IV.

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。

肆、恐怖組織成員的法律地位

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。但像游擊隊、反抗組織、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？

一、戰爭法中的戰鬥員資格

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，未必就是從事合法戰鬥行為的戰鬥員⁴⁸。

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，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

⁴⁸ 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.

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、游擊隊等的非正規軍員，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個人行為必須遵守戰爭法規慣例」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非正規軍亦必需加以處置。

這個海牙規則的基準，經過 1929 年的俘虜條約，在 1949 年的俘虜條約中，都一直被視為是俘虜資格的條件。也就是說，根據 1949 年俘虜條約 4 條 A 項 1 號，俘虜員（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」，海牙規則第 1 條的四個條件再度被提及。

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游擊兵或反抗運動成員，實在很難賦予這些人員俘虜資格⁴⁹。不過，1949 年的俘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。

⁴⁹ Barter R. R. "So-Called Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas and Saboteurs, 28 *British Year Book of international Law*, 330 (1951), pp. 336-337.

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，並大幅賦予俘虜資格。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：

(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俘虜資格。

(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⁵⁰。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，「將失去俘虜權利」，「區別居民與自我的義務」不是只被視為是戰

⁵⁰ 這個規定有問題的是第 2 款，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俘虜資格。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，就該取消俘虜資格。

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，但若在非常時期，只要將限定期間武器「公然攜帶」，就賦予戰鬥員資格。與 1949 年的俘虜條約基準比較，這是更適合游擊戰術的條件。

二、恐怖組織成員的戰鬥員資格

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，主張第一附加議定書的「新戰鬥員資格」必需國際法化。因此，第一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 年的俘虜條約基準⁵¹。

⁵¹ 被拘捕的特定人物是否擁有俘虜資格？違法的戰鬥員又該如何定義？根據俘虜條約 5 條 2，規定被拘捕的兵士的俘虜資格「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，美國政府集體判決蓋達士兵和塔里班士兵的「俘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）。但根據 ICRC 的註解，原本的俘虜條約 5 條 2 項就認定會有軍人遇害或在戰爭中失去身份的事例發生。因此，這個規定很明顯包括「違法戰鬥者」在內，在所有情況下，本人的俘虜地位被認可後，就具有俘虜地位，在法院否定他的地位之前的期間，他都享有俘虜資格。但根據俘虜條約，就算被認為不是俘虜，在俘虜資格未被正式否定前的這段期間，仍可享有俘虜條約的保護。在第一議定書中更明白確認。因此第 44 條 4 項喪失俘虜資格者也認為「從各方面來看，應與俘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（第一附加議定書 50 條 1 項）。違法的戰鬥者，被視為犯重大刑事罪的人民，根據第一附加議定書第 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。Pictet J.S. (ed.), Vol. III. (*International Correspondence of the Red Cross* 1960), p. 77

(一) 俘虜條約

俘虜條約將「(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⁵²。根據俘虜條約，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，也被認為擁有俘虜資格。

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⁵³。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」變成是非正規軍的俘虜資格條件，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，其俘虜資格將不被認同⁵⁴。

⁵² Id., pp.51-52.

⁵³ Prosecutor v. Tadic International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, July 1999, paras. 92-97.

⁵⁴ 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，所以不給予他們俘虜資格。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.

然而，根據俘虜條約規定，會讓人解讀四條件只適用於非正規軍，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俘虜資格吧？⁵⁵

根據 ICRC 的註解，依據俘虜條約，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⁵⁶。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。但是就如俘虜條約第 85 條的規定，成為俘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，其俘虜員資格並未喪失。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，其俘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（背信行為）遭受處罰，也會喪失戰鬥員資格。

如 1968 年的穆罕默德事件，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，因而被告的俘虜資格遭取消，並判決犯下殺人罪⁵⁷。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俘虜權利。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，穿制服是擁有俘虜資格的重要條件。該委員會還引用英美軍隊手冊以及國際法

⁵⁵ 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，連被視為阿富汗正規軍的坦林班士兵，美國認為他們的徽章圖示不符合俘虜條約第四條的四個條件，所以不認為具有俘虜資格。

⁵⁶ *Supra* note 51. p. 52.

⁵⁷ *Supra* note 49. p. 382.

學者的學說，符合俘虜條約第 4 條 A 項 1 號的正規軍成員要服從針對非正規軍所規定的同項 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，但是俘虜條約所定的俘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，這樣嚴格的俘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⁵⁸。

(二) 1977年第一附加議定書

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，與嚴密的俘虜條約基準不同，因此有人批判這樣會助長恐怖活動猖獗而危害一般人民⁵⁹。

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⁶⁰。

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

⁵⁸ DoD News Briefing, February 8, 2002, of <http://www.defensehak.mil>

⁵⁹ Feith D. J. "Law in the Service of Terror". *National Interest*, No. 1 (1965 fall) pp. 36-47.

⁶⁰ Sofaer Abraham D. "The United States Decision Not to Ratify Protocol. *American of International Law*", 82 *American Journal of International Law*, 784 (1988), p. 786.

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 1 條 4 項的民族解放鬥爭中所存在的狀況，彼此解釋都是一致的⁶¹。

在第 44 條 3 項第 2 款，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⁶²。

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 款的規定中所考量的是侷限於締約國或 1

⁶¹ Sandoz, K., "Terrorism and Humanitarian Law", 19 Israel Yearbook on Human Rights, 194 (1989).

⁶² Fleck, D (ed.). The Handbook of Humanitarian Law in Arm Conflict (Oxford University Press, 1995). p 78.

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〕。因此，第 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支持恐怖主義或容許恐怖主義活動。

伍、結語

1977 年的第一附加議定書中，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，賦予一定的權利。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。因此，目前世界各國在選擇議定書上儘量制定不容有恐怖行動存在餘地的同時，亦多所保留及解釋各類的宣言。

另外，世界各國對主張自決的解放團體亦比較慎重，無意極端擴大解釋人民鬥爭的正當性。就現今而言，讓所有解放團體獲得戰爭法上的權利，或者如游擊隊士兵不受限於任何法律的束縛，可以容許其自由混入一般平民中而行動的解釋，此種危險的做法是否具有妥當性，值得我們進一步思考。相較於這些解放團體的正當性，國家軍隊於面對恐怖組織時，反而應盡可能避免這些游擊戰術，嚴禁利用一般民眾達成其遮蔽性的行為，且適用一定的戰爭法規則，追究違法者的法律責任。

參考文獻

書籍

Fleck, D (ed.). The Handbook of Humanitarian Law in Arm Conflict (Oxford University Press, 1995).

H. A. Wilson, International Law the Use of Force by National Liberation Mourners (Clarendon Press, 1988)

Jan Oskar Engene, Terrorism in Western Europe (Edward Elgar, 2004)

Lambert J. J., Terrorism and Hostages in International Law (Grotius Publications Ltd, 1990)

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)

Parks. W. H. “Memorandum of Law: Executive Order 12333 and Assertions” , (Harvard University Press, 1989)

Roberts. A. and Bueltt R., Document on the Law of War (2nd ed., Oxford University Press. 1989)

Swiparski, C. (ed.). Etudes et series sur le droit international et les principes de la Crais-Rouge(Martious Nijhoff Publishers, 1984)

Yonah Alexander and Kenneth A. Myers (eds.) Terrorism in Europe,(Groom Helm, 1982)

期刊

謝福助，〈恐怖主義與反恐怖主義之難題〉，《淡江人文社會學刊》，第 11 期，2002 年 6 月。

Barter R. R. “So-Called Unprivileged Belligerency”: Spies, Guerrillas and Saboteurs, 28 *British Year Book of international Law*, 330 (1951).

Colin Warbrick, “The European Response to Terrorism in the Age of Human Rights”, 20 *European Journal of International Law*, 983 (2004).

Greenwood.C. “Terrorism and Humanitarian Law: The Debate over Additional Protocol 1”, 19 *Israel Yearbook on Human Rights* 194 (1989).

Jeremie J. Wattellier, “Comparative Legal Responses to Terrorism: Lessons from Europe”, 27 *Hastings International and Comparative Law Review*, 397(2004).

Oeter S., “Terrorism and Wars of National Liberation from a Law of War Perspective: Traditional Patterns and Recent Trends”, 49 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 446 (1989).

Sandoz.K., “Terrorism and Humanitarian Law”, 19 *Israel Yearbook on Human Rights*, 194 (1989).

Sofaer Abraham D. “The United States Decision Not to Ratify Protocol. American of International Law ” 82 *American Journal of International Law*, 784 (1988).

Verwey W.D. “The International Hostages Convention and National Liberation Movements”, 75 *American Journal of International Law*, 66 (1981).

Y. Dinsterin, “The New Genera Protocols: A Step Forward or Backward?”, 33 *Year Book of World Affairs*, 269(1979).

