

1977年议定书：国际人道法发展史中的一座里程碑

勒内·科西尔尼克*

起草 1977 年议定书：一项艰难然而却卓有成效的工作

1977年6月8日，参加日内瓦会议的各国通过了1949年公约的两个附加议定书，历时四年的艰苦磋商取得了圆满成功。这两个议定书耗时四年之久，而公约也只不过用了四个月的时间。二者之间相差如此悬殊，原因何在？

1949年，对任何战争规则都本能地加以拒绝的最初阶段一旦过去，一种共识便自然而然地产生了：战争中的主要恶行应以法律来禁绝。此外，支配敌对行为规则的微妙主题——即作为人道法部分的所谓海牙法——当时也未能予以讨论。而且，此时世界政治版图简直就是铁板一块，就是说，北方仍在支配南方，东西方的紧张局势还尚未升级。

制定1977年两个议定书的想法被提出时，形势已迥然不同。第三世界已经起来反对现存的国际秩序，非殖民化运动如火如荼。“资本主义”集团与“社会主义”集团在相互指责。无论从政治观点来看，还是就所发生的暴行而言（特别是大规模轰炸，酷刑，草率处决），惨痛的越南战争就是一例。这种意识形态和政治上的对抗也反应在个人益与集体利益之间的冲突上。

了解了当时的历史背景，便比较容易理解为什么1974—1977年的外交会议如此旷日持久，举步维艰；以及与会国就军事、人道主义、政治和法律问题进行谈判时的紧张情形。因此我们十分赞同杰斐瑞·柏斯特的观点：“一切造法过程，在某种意义上说，都是政治过程。”¹ 当就涉及战争的问题起草一部普遍性的条约法时，这就更是一个政治性问题。

鉴于当时的整个情况以及必须解决的问题和挑战，无论怎样赞扬所取得的成果都不过分。然而，它也不可避免地是一个妥协的产物，自然也就无法使每一个参加国在各个方面都同样满意。

优点与不足

怎样才能使1949年公约所未能满足的需要得以满足呢？怎样才能对实施敌对行为的新方法以及根据人道主义对内战和民族解放战争的后果作出反应呢？答案是制定两部长短不同的条约，其中一部条约包含102条条文，另一部仅有28条条文，但两部条约所涉及的人道主义保护的范畴却可等量齐观。它们就是1949年8月12日的日内瓦公约的两个附加议定书，即：关于国际武装冲突中受害者保护的附加议定书（第一附加议定书）和关于非国际武装冲突中受害者保护的附加议定书（第二附加议定书）。这两个条约并未使1949年的公约失去效力，而只是通过加强原有规则和引进新的保护性条款对原公约加以补充。首先，议定书增加了一整套有关敌对行为和作战方式的规则，这是自1907年海牙公约生效以来从未被触及的两个领域。

制定议定书的意见被提出后，红十字国际委员会便主张对支配国内、国际冲突的规则采取平行的办法。² 但这种主张在1971年召开第一次政府级专家预备会议时就遇到了反对。³ 与会国并不打算将赋予敌国正规军队的权利义务同样给予国内反叛武装。

* 该作者曾获法学、国际政治学学位及法律、外交学硕士学位。现任红十字国际委员会国际法律与政策部副主任。他曾多次执行区域性任务，并在各总部出任包括法律事务负责人在内的高级职务。原文载于《红十字国际评论》1997年卷，第320期，483—506页。

在另一方面，新独立国家则竭力要其他国家同意这样的意见，即在适用人道主义条约时，民族解放武装运动应被视为正规的武装力量。较有争议的部分是第一议定书第一条中的第三、四款。⁴这也是第二议定书在谈判阶段结束时被大量删减的主要原因之一。一旦解决了民族解放战争的问题，也就没有多少国家继续支持一套完整的、固有的、适用于内战的规则了。这无疑是一个不足，但值得庆幸的是，在这一法律体系下，并没有使受害者失去应有的保护。

第一议定书的新建树

让我们来看一下第一议定书主要的创新之处。

议定书对平民医务人员、医疗运输工具和医疗单位给予了特殊保护，这意味着对受害者的医疗救助有了相当大的进步。这也充分表明议定书所取得的重大突破，因为它拓宽了受1864年日内瓦公约保护的物与人的一般范围。除此之外，识别医疗运输工具的手段（如：无线电信号、雷达及收音装置等）也与现代技术相适应。

第二个主要的创新，同时也是最有争议的创新之一，就是赋予战斗员地位的条件有所改变，因而在被俘情况下赋予战俘地位的条件也有所改变。考虑到民族解放战争中存在的一些特殊情况，不再强制规定战斗员在任何时候都必须穿着正规制服。⁵对于这一点，有些人认为是现实的、必要的措施；而在另外一些人看来，则是使平民与战斗员之间的区别变得模糊不清，实难恭维。既然在这个问题上，不可否认地存在一个灰色区域，并因此增加了引发大错和滥用权利的双重危险性，我们认为两种观点都有些道理。有三种途径可以把这种危险控制在一定的限度内：

—严格适用取得战斗员地位所需的其他条件，特别是，在实施攻击时公开携带武器的义务；

—对尊重作战行为规则，特别是预防措施，予以确认并作为要求；

—不断加强区别原则的道德基础，从而，正如约翰·德·普鲁柯斯正确指出的那样，交战者能认识到：“他们保护平民居民就是保护了自己。”⁶

但是，第一议定书所取得的主要突破还在于：它在敌对行为的有关规则、所允许的作战手段和方法以及对平民居民的保护等方面取得了实质性的进展。⁷

三项支配敌对行为的基本规则得以清楚地表达并纳入一部单一的、一般性的法律文本之中：

1、“冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。”（35条第1段）

2、“禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器……及作战方法。”（35条第2段）

3、平民与民用物体不得成为攻击的目标（第48、50、52条）；这些条款还规定了必须区分平民与战斗员及民用物体与军事目标的原则。

除了这三项规则之外，我们还应该谈一下预防措施问题，这一措施无论是在进攻还是在防守时都有义务遵守的（分别规定在第57和58条中）。这些关键性规则还附有一些便于适用的具体规则。

上述内容被认为是二战以来国际人道法的三大主要发展之一。另两大发展分别是：关于战时对平民予以保护的1949年日内瓦第四公约；以及适用于内战的条约性规则（即：1949年日内瓦公约共同条款第3条和1977年第二议定书）的订立。

在这种情况下，其他的两项发展也应提及。首先要提到的是一项义务，即：需认定使用一种正在被开发或采用的新式武器是否应受到人道法的禁止（第36条：“新式武器”）。第二点是在国际人道法中引进了“民防”的制度，这是一个旨在保护、帮助平民居民的实用工具；议定书第61—67条界说了其范围和特点。然而，议定书被通

过后的二十年间，必须承认国家的“民防”制度所取得的结果是利弊皆有，这意味着民防的作用和未来的发展可能应被重新评价。

第一议定书中所包含的最后一类创新涉及监督和实施机制。国际人道法，由于意在保障甚至强制尊重其规则的机制软弱无力，常常遭到批评，这种批评是言之有据的。它说明了一个事实：遵守人道法的原因部分是出于自愿，因而该法只具有国家愿意赋予的实施手段。只要国际社会还是由各独立国家所组成，且各国仍不愿受外部制约，该法的实施机制就无法尽善尽美。然而，正象在 1977 年出现的情况那样，这并不意味着进步是不可能的，也不意味着国内和国际文明社会不应保持合法压力或甚至提高这种压力。实际上，自那时以来，还是取得了一些进展。

实施机制

首先，我们记得第一议定书的第七条，该条规定缔约国应召开会议考虑公约和议定书的适用问题。就是根据这一条款，公约和议定书的保存国—瑞士，就战争受害者的保护问题召集了一次国际会议，该会议于 1993 年 8 月 30 日至 9 月 1 日在日内瓦举行。这次非同寻常的会议部分地取代了自 1986 年起就一直未能召开过的国际红十字和红新月会议，⁸并且提供了一个解决当时有关条约实施的主要问题并就救济方式提出建议的机会。⁹

另一点是：指挥官们被赋予了更大的责任。根据第 87 条，指挥官们有责任“防止破坏各公约和本议定书的行为，于必要时制止这种行为并向主管当局报告。”这是一项正当而繁重的责任，但却并没有为世人所普遍了解，因而也没有得到适当地遵守和执行。

第一议定书第 90 条为国际人道法引进了一个新的调控机制：国际事实调查委员会。1949 年的公约中确也包含了对违法行为进行调查的想法，但从未能实现。事实调查委员会的设立是对弥补该公约体系的缺陷所付出的努力，它特别使对任何被指控为严重违反国际人道法的行为接受调查成为强制性的。它是强制人们尊重国际人道法的一个新的、强有力的手段。然而，它仍然有两点不足：首先，仅是加入了议定书的国家并没有接受调查的义务，它还必须就接受该委员会的权力专门发表一个声明。截至 1997 年 10 月 31 日，第一议定书的 148 个缔约国中只有 50 个国家发表了这样的声明。这就是为什么仍需要付出较大的努力以促进这件事情进展。第二点不足在于委员会的实体权能方面：该委员会仅被授权调查属于第一议定书范围内，即与国际武装冲突有关的情势。然而，近来，大多数悲剧都发生在内战之中或不同的暴力交织在一起的冲突中。因此，应当努力扩展委员会的权限。

我们要重点讨论的第四个，也是最后一个大的发展是对构成第一议定书的第 11 条及 85 条所界定的严重违法或战争罪的行为所给予的补充。这些新的战争罪行包括：

- 对平民居民或平民个人进行攻击；
- 对含有危险力量的工程或设施（如核电站）发动攻击；
- 强行驱逐或迁移人口；
- 对构成人民文化或精神遗产的纪念物发动攻击；
- 剥夺受到公正和正规审判的权利。

议定书指定的这些行为同各个公约列明的那些严重的违法行为一起构成了对战争中所犯下的最应予谴责的行为所给予的适当的刑事处罚。

但是，至今还没有哪个罪犯受到指控并被判刑。首要的原因在于国家没能履行其根据各公约和本议定书所应承担的义务，去追捕所有犯有战争罪行的人，并将他们提交有管辖权的国内法院。¹⁰其次，根据条约法，只有国际武装冲突或具有国际性质的冲

突中所犯下的有关违法行为才构成战争罪。鉴于当今冲突的性质，而在这些冲突中往往会发生最严重的暴行，这一点确是一个严重的缺陷。

不过，法律和实践共同的发展趋势是：无论武装冲突的性质如何，上述的这些行为都应视为战争罪行。在这方面，朝前迈出的重要一步就是前南国际法庭就塔迪奇一案作出的判决。¹¹在国际刑事法院筹备委员会的工作中也表现出了类似的趋势。确认这一趋势是极为重要的。反之，则会使加强国际人道法实施机制的努力遭受挫折，同时，对于国际人道法中其他亟待发展的领域而言，也是一个不良的先兆。

第二议定书：第一个与内战有关的条约

谈及第二议定书，首先要说的是：至少存在着这样一个条约。这样说毫无轻慢之意。实际上，作为第一个专门规定在内战或非国际性武装冲突中，对个人实施保护及对使用武力加以限制的普遍性条约，它的出台确是来之不易。从这种意义上讲，第二议定书是对日内瓦四公约共同条款第三条的一个重大补充。在此之前，该第三条一直是唯一可以适用于国内或非国际性冲突的条款。

然而，事物总有相反的一面：为了通过协商一致的检验，提交谈判的草案不得不做大量删减。¹²有关战斗人员特权地位的问题早在讨论之初就被删除，关于敌对行为、救助、医疗职责和实施机制的问题在最后一轮外交谈判中都被删去了。

不过，即使做了这些删减，第二议定书在保护内战受害者方面仍是一座里程碑。例如，议定书详细列举了基本保障(第四条)、自由受到限制者的权利(第五条)、司法保障(第六条)等内容，这些都大大超出了人权法最核心的要求。¹³

虽然，敌对行为一章内容确被大量删减，但幸运的是，禁止攻击平民居民的原则还是保留下来了(第十三条)。这对共同条款第三条来说是相当大的改善，原条款没有规定——至少没有明示规定——保护平民免受敌对行为之影响。除了这一基本规则之外，我们还应提及一些关键性的新规则，它们涉及到“对平民居民生存所不可缺少的物体的保护”(第十四条)和“不得强迫平民迁移”(第十七条)。

全球性评价

就实体性行为规则而言，议定书的总体结果还是很令人满意的。两个议定书的价值还在于它们的多元文化背景；事实上，世界上各主要大国都参与了条约文本的起草。两个议定书的订立揭开了国际人道法的新篇章，该法在过去经常因其过于西方化而受到批评。

然而，就监督和实施机制而言，评价就不那么积极了。这表明在国家方面还是缺乏足够的意志尊重国际人道法，并采取一切措施“保证”这种尊重。

经常听到的针对条约文本的另一种批评意见是：该文本非常复杂，有些地方是过于复杂了。这可能算是个小缺点，但算不上一个真正的缺陷，因为没有人会指望活动在战区的官兵们还随身带着议定书的副本。正象 A. P. V. 罗杰斯将军最近所写道：“第一议定书本身并不能做为文件发给军人们。它必须被纳入到配有解释性说明、互相参照条目和实用指南的军事手册中去，但是它确实构成了这些军事手册的基础。”¹⁴这种说法是非常正确的。

最后，我们认为，两个议定书的主要贡献在于明确重申了国际人道法的三个基本的有用原则，这三项原则可以适用于一切武装冲突的情势。¹⁵

一人道原则：非战斗人员享有普遍保护，免受敌对行为的影响；他们必须得到尊重、保护和人道待遇。

一军事必要原则：可以攻击军事人员和目标，但是所造成的伤害和损害应尽可能

予以限制。

一比例原则：当保护不可能是绝对的时候，应秉承善意，对“人道”和“军事必要”这两项要求互相制约。¹⁶

朝着普遍化的方向前进

参加条约的状况对我们的启示

截止 1997 年 10 月 31 日，已有 148 个国家成为第一议定书的缔约国，140 个国家成为第二议定书的缔约国；虽然这个数字还远不及实际上已普遍参加的 1949 年四公约（共有 188 个缔约国），但也足以跻身被国际社会最广泛接受的法律文件之列。鉴于国际社会近四分之三的国家都已加入了这两个议定书，对条约的基本内容作任何重新考虑都是无法想象的。

为了了解我们从参加条约的状况中可以得到哪些教训，让我们进一步来看一些事实和数字。这两个议定书为我们展示了一幅怎样的世界图景呢？

非洲：虽然有一些值得注意的未参加者，即：埃塞俄比亚、索马里和苏丹，但非洲仍是缔约国最多的大洲之一。最近发生内战的两个国家—安哥拉和莫桑比克—尚未加入第二议定书。

美洲：美洲是缔约国最多的大洲。南美洲所有的国家全部加入了两个议定书，而北美洲由于一个主要国家—美国—未加入条约，但是另一国家—加拿大—则是缔约国，因而显得很突出。

亚洲及大洋洲：该地区的非缔约国为数最多，但也有一些鼓舞人心的例外，如：澳大利亚、中国和越南（只参加了第一议定书）已经成为缔约国。

欧洲：总体上非常令人满意，但有三个主要的非缔约国—英国、法国（第二议定书的缔约国）和土耳其。

中东和北非：就第一议定书而言，大体上令人满意，但也四个重要的例外国家—伊朗、伊拉克、以色列和摩洛哥。还有一些国家没有加入第二议定书。

就上述情况我们提出三点看法。

首先，部分非缔约国正在卷入或最近曾经卷入一些已经发生的或潜在的武装冲突。

其次，未加入条约的主要国家和中等国家对条约的实质内容都未作或不再作保留。它们之所以不加入，是因为国际人道法自身以外的原因。那么，是出于某种政治或战略上的考虑，还是因为官僚们的惰性而拖延至今，抑或是需要解决更重要的事务一时未能列入议事日程？

再次，亚洲的加入国如此之少，是应归责于其他地区某些强国的态度影响呢，还是由于该地区对普遍性条约特有的一种不信任心理呢？

尽管各种法律文件和有关条约本身都在反复重申：国际人道法并不“创造”武装冲突，也不影响交战者的法律地位，但很明显，许多发现自己将要卷入或已经卷入武装冲突的国家，往往出于这种担心而不愿加入议定书。缔约各国应做更多努力，借一切可能的机会阐明国际人道法真正的作用和调整范围，以消除这些错误解释的影响。

针对上述第一类国家，还有一种解释更能使人产生混乱，即：它们中的一些国家之所以不加入条约，是为了避免承担某些人道主义义务，或是为了使自己处于一种愿意引用则引用或想什么时候引用就什么时候引用该义务的地位，甚至还将该义务作为讨价还价的筹码。这种观点应被摒弃，且永不复提。

在这种情况下，世界各大国肩负着无可推卸的重大责任。作为国际事务的领导者，它们发号施令，小国家一般予以遵从。如果两个议定书毫无争议地、明确地、旗帜鲜明地获得普遍承认，所有认为武装冲突的受害者应当享有更好的保护的国家应竭尽全力促进公约的普遍遵守。至于对某些实体内容仍有的反对意见，其大多数可以通过发表解释性声明或做出保留的方式解决。

法律与实践

尽管四年的谈判历程艰辛备尝，但在外交会议结束之际，几乎无人再对议定书提出任何批评。绝大多数观察家都认为条约是积极和务实的。当时就连若干年后强烈抨击议定书的大多数美国学者当时也持这种观点。¹⁷

对议定书的强烈批评阶段，尤其是法国和美国的批评，在 1987 年达到高峰，那一年，里根总统提议参议院只批准第二议定书，而不批准第一议定书。¹⁸诚然，军事专家们开列了一份清单，列举了议定书在实践上和撰写上的缺点，在他们看来，这些都可以作为拒绝批准该条约的理由。然而，除了禁止报复行为这一敏感问题以外，美国方面所提出的最有力的论点都具有政治或意识形态的性质。尤其是某些主张，如：将民族解放运动战争纳入武装冲突会使外国干涉合法化，并使国际人道法政治化；对游击队的承认就是对恐怖主义敞开大门，更是说明了这一点。¹⁹法国主要是在核武器使用问题上持反对意见，正如其在 1984 年批准第二议定书时，向条约保存国递交的一份声明中所明确表示的那样。²⁰

八十年代末期，形势有所转变。主要是由于下述三点原因：社会主义阵营的逐渐衰落和最终瓦解；作战区域里对这些条约提出的要求及有关实践，这一点在海湾战争期间、以及索马里和前南斯拉夫冲突中表现得尤为突出；再就是阿拉伯国家和以色列之间的和解。一旦全部或部分清除了这些政治和战略上的障碍，两个议定书的真正性质和价值就重新凸显出来。

同时，西方主要军队中的参谋和法律专家们——特别是德国、美国和英国——都各自或在北约框架内，再一次逐条审查了议定书的内容，以便重新确定它们的效力、作用，决定如何对其作出适当的解释或保留，及/或认定它们的习惯法属性。

这些为德国于 1991 年批准两个议定书，并出版据此修订的军事手册，²¹为美国在其武装部队的训令中吸收了两个议定书的大多数条款，²²以及为 1995 年英国政府和议会核准两个议定书，²³铺平了道路。

红十字国际委员会的行动

近年来，红十字国际委员会作为负责促进和实施国际人道法的机构，²⁴在（各国所赋予的）职责范围内，提醒各国注意人道法的主要规则，并且严重的国内、国际武装冲突一矣爆发，委员会即要求有关各方遵守这些规则。目前为止，还从未发生过拒绝接受委员会援引规则的约束的情况，即使交战方不是议定书的缔约国。这种趋势有助于确认议定书的主要规则已经具有超越条约文本的拘束力。

为了表明这一点，我们认为对下列三种情况作出评论是有用的：

- 海湾战争：国际性武装冲突；
- 前南斯拉夫冲突：混合型冲突；
- 安哥拉冲突：非国际型武装冲突。

海湾战争的参加者，特别是伊拉克、美国、法国和英国都不是第一议定书的缔约国。考虑到这一点，为确保有关各方能就适用该冲突的关键规则达成共识并共同遵守，红十字委员会于 1990 年 12 月 14 日向有关各方发出了一份备忘录。备忘录中除了含有保护平民和退出战斗或失去战斗能力者的条款外，委员会还特别强调了第一议定书中涉及敌对行为的有关规则，指出：这些规则“已被承认为对武装冲突中的任何一方都有拘束力的普遍规则（……）”²⁵

在前南斯拉夫问题上，红十字国际委员会在初始阶段即发挥了积极作用，以便与交战各方一道建立起一整套适用于不同冲突关系的规则体系。这样做是很必要的，因为，尽管南斯拉夫自 1979 年起便已接受两个议定书的约束，但其分裂后还无法确定由哪个新独立国家来继承前南斯拉夫的条约义务，而且对这些冲突是国内冲突还是国际冲突的定性也还存在分歧。因此界定一些可以适用于各种情况的“核心”规则是非常重要的。

为此，1991 年 11 月 27 日克罗地亚和南斯拉夫社会主义联邦共和国的代表签署了

一份协定，该协定涉及日内瓦四公约和第一议定书。²⁶对于后者，协定专门提到冲突一方权力之下的人员待遇（第 72~79 条）、战争手段和方法（第 35~42 条）及对平民居民的保护（第 48~58 条）等有关规定。虽然其中的许多条款在冲突中都遭到践踏，但对其可适用性各方却从未提出过异议。

自安哥拉独立时起，红十字国际委员会就一直在该国工作，几乎从未间断过。该国所发生的敌对行为，很明显构成了非国际性武装冲突，但由于第三方军事力量的介入也带有某些国际色彩。因此，能够适用于安哥拉政府军与安盟部队间关系的国际人道法规则只能是日内瓦四公约的共同第三条和关于内战的习惯规则。在敌对行动的最后阶段，红十字国际委员会认为有必要提醒冲突双方它们应遵守哪些人道主义规则（即 1994 年 6 月 8 日的备忘录）。²⁷

该文件最突出的一点是：它除了援引日内瓦四公约及其共同第三条外，没有涉及其它任何条约，而是开列了一份相当完备的清单，列举了源于两个议定书并可适用于非国际性武装冲突的习惯规则。其中需要我们特别予以关注的有：

- 不得征募十五岁以下儿童参加战斗；
- 不得攻击平民和平民财产；
- 禁止不分皂白的或对平民造成过度损害的攻击；
- 不得破坏维持平民群众生存所不可缺少的供给；
- 在攻击和防守时采取预防措施。

有趣的是，这些被红十字国际委员会认为是习惯法的行为规则，在 1990 年 4 月 7 日的圣莱莫宣言中已有过类似的阐释。²⁸

稳步发展

如此之多的国家接受了第一议定书，第二议定书缔约国的数量虽然不及第一议定书但差距并不很大，两个议定书的一些规则对非缔约国的行为已经产生了的而且继续产生着的无可争辩影响，这些都清楚地表明，今天这些条约的实质表现出普遍的习惯法的状态。既然只有少数基于条约的规则可以适用于国内冲突，故而习惯规则不能通过直接参考相关的法律条款来加以决定。相反，必须从对一般规则、原则加以目的性解释中以及通过参考适用于国际武装冲突的条约规则中来推论习惯法规则。这揭示了习惯规则的实用性和内在的不确定性。²⁹这种不稳定因素就适用于内战的法律情况而言得是十分明显的，但这一点对于支配国际冲突的人道法也很明显，只不过程度有所下降而已。

某些分析家针对美国尚未批准第一议定书的情况恰当地提出自己的意见，其中之一认为存在着看到建立一种美国习惯法的风险，这一习惯法不同于国际社会大多数国家遵循的基于条约的法律。另一方面，这些人进一步说道，如果美国加入了第一议定书，它仍可以在其认为必要时，做出任何解释性说明和保留。鉴于该国对国际形势的影响力，这些声明和保留有助于在单一的条理清晰的框架内，即议定书的框架内，形成普遍适用基于条约准则的习惯法规则。³⁰西奥多·莫隆甚至走得更远，他认为：“美国如仍在议定书之外游荡，它就有可能失去在战争法形成过程中的历史性的领导地位。”³¹他对美国的这种评价，在我们看来，对于没有加入议定书的其他国家同样是很中肯的。这其中当然包括英国，对于它，我们希望其能早日交存批准文件；特别是还有一些主要的亚洲国家，如印度、印度尼西亚和日本。如想使国际人道法拥有更大的稳定性和普遍性，承诺加入两个议定书是一个必备条件。

二十年过去了，两个议定书正在发挥着积极的作用。它们无疑是一般实在法的一个组成部分；它们所含规则的精髓被适用于实践中，在海湾战争中盟国一方的做法便是一个例证。但如果该法律领域在危机中将对相当大一部分国际关系进行调整，那么它要享有充分的信誉和权威，就必须具有普遍性，而两个议定书仍未具备这一性质。

对议定书未来之展望

众多从事于现代冲突分析或致力于减少冲突的危害后果的学者都认为：国际人道法的基本条约，即 1949 年日内瓦公约和 1977 年两个附加议定书中列明的有关行为守则和保护规则，满足了卷入现代战争灾难的个人和民族的基本需求。我们相信这些规则对明天的战争也是用得上的，因为需要捍卫的基本价值是永恒的。

既然存在适当的规则，那为什么战争这种令人发指的灾祸仍有增无减呢？在很大程度上，其原因在于：武装冲突的性质和前因后果不断发生变化。

为了传统的战争目的，即：争夺政治霸权和扩张领土而进行的现代冲突越来越少。造成今天的暴力冲突的主要原因在于：权威和国家职能的衰弱、经济困境、以及对种族个性的主张。这些引发冲突的幽灵在道德沦丧、传统价值观缺失以及排他的种族情绪高涨的背景下四处游荡，其本身通常就已经构成了对人道法的否定。甚至可以说，在这种情势下，国际人道法已几无厝身之地。

但过错并不在国际人道法。真正的问题在于“失去联系”，即该法律与相关团体的道德价值取向间缺乏联系。在这方面我们赞同阿兰·帕潘柯斯和阿兰·韦勒的观点，他们认为：一种解决问题的途径尽管可能是一个社会集团维持稳定的必由之路，但其能否为该集团所接受，则取决于它是否已经融入了当时的伦理观念。³²因此，要想使国际人道法得以适用和尊重，从现在起，各种努力都应着眼于此。

说得更直白一些，它必须包括以下内容：

—重新界定或确认并坚持国际社会的道德标准，使其不再处于茫然若失的状态；

—寻求正当的沟通渠道，对新形式的暴力实施者施加影响；

—以一种传播对象能够理解的方式，向有关的群体或社会传播神圣地记载于国际人道法中的普遍价值观；

—对有关人员进行教育或再教育。

我们相信：暴力冲突并非不可避免的，即使无法避免，也可对其加以控制。这需要在增进了解和提高教育方面付出大量的努力，红十字和红新月运动，特别是各国的红十字会和红新月会，能够也应该为此做出更大贡献。于 1995 年召开的最近一次红十字和红新月国际会议所通过的一些主要决议，也都表达了这种意向。³³

这些措施并不要求对法律做出任何修改，它们与法律是相辅相成的。

然而必须承认，现行的国际人道法的传统主体概念，即：官方和个人，以及国际条约、文件所提供的实施机制，对于新型冲突的参与者——特别是那些没有正式组建的松散团体——或者以私有经济和金融寡头为代表的新的权力基础已不适宜。

与此类似，人道主义条约的适用领域限制得过于严格以至无法包含所有情势的武装暴力。因此根据国际法对个人提供的保护也是不平衡的，而取决于有关的暴力行为的性质。

现在我们可以对这个问题做出最终评价，并对下一步的行动提出我们的建议。

1977 年的两个议定书是对 1949 年公约的必要补充。今天，日内瓦规则体系和海牙规则体系已构成了一个不可分割的整体。这些条约的实质为在战时对人类实施保护提供了充分的基础。因此我们需要确保议定书享有与公约同等的普遍性。如果我们希望这些规则的效力及于新的暴行的实施者，需要具备的一个前提是：传统意义上的有关各方，特别是各主要国家，至少都应对这些条约表达同等的诚意。

公约与议定书共同构成了一整套一致的行为规则。在过去的二十年中，一方面基于议定书缔约国的数量不断增加，另一方面则是基于非缔约国对条约内容的适用，一个反映上述条约规则的普遍的习惯规则体系已经出现。在不能正式适用条约的情势下，这一习惯法将提供保障人类安全的措施。³⁴由于这两个议定书，一些基本原则得以重申和明确。它们构成了在任何使用武力情势下对个人实施保护的无形基础。

议定书所取得的成就为这一领域的进一步发展提供了一个起点，人道法仍有待于进一步发展，以调整诸如不为国际人道法涵盖的暴行问题、实施机制问题及对新的冲突参与者适用法律的问题。

诚然，国际人道法，特别是两个议定书并没有能防止发生在卢旺达、前南斯拉夫、利比里亚或车臣发生的残酷杀戮。但是，正如杰斐瑞·柏斯特所指出的，³⁵这些惨烈事件的发生，与其说是表明了国际人道法的失败，不如说是人类文明的失败。由议定书推动了其发展的国际人道法给我们的启示是：对战争能够也必须加以控制。

附录

红十字国际委员会

敦促安哥拉尊重国际人道法的备忘录³⁶

1994年6月8日

自1992年第四季度重开战端以来，安哥拉境内之武装冲突已使无以计数之人成为受害者，其中尤以平民居民为甚。数十万人民，如果不是上百万的话，惨遭杀戮、致伤、致残或流离失所，备受饥饿之苦，必需之物品、服务也遭褫夺，家人离散，音信杳然。

无论从政治或军事立场看事态如何发展，众多平民居民之困境亟需提供更多无偏袒之人道主义援助，以满足其基本需求，实乃举国之首务。

红十字国际委员会业经证实：遍及该国，皆有多次大量违反国际人道法之恶行，尤以违反该法之基本规则为甚。

红十字国际委员会作为国际人道法之推动者，捍卫者，认为有绝对必要重申该法之基本规则及原则，反政府武装之冲突中各方与安盟于各种情况下俱应遵守。

在现存情势下，1949年日内瓦公约之共同第三条及与非国际性冲突有关之各项习惯规则均可适用于安哥拉之敌对行动。

冲突有关各方尤需在以下方面采取一切必要步骤尊重及确保尊重国际人道法。

(一)对未曾参加或退出敌对行动人员的保护

对于未参与或退出战斗的人员，例如：伤者、病者、战俘及平民，无论其隶属于哪一方，在任何情势下都应受到保护与尊重：

- 平民不构成军事上的危险因素，必须予以尊重和人道待遇；下列行为尤须禁止：攻击平民之生命、身心健全或人格尊严，扣留人质，草率处决，未经公正审判而处刑，不能为迫切的安全理由所证实的强制性迁移；
- 所有伤者和病者，无论其为平民或军事人员，都需无差别的集中照料；如其在当地无法得到维持生命所必须的照顾，只要安全条件允许，应组织其撤离并为此提供便利；
- 被俘之战斗人员及已放弃武器者即不再构成任何危险并应受到尊重；应将他们交付邻近之最高军事长官；杀害该类人员即构成犯罪，应予绝对禁止；对其实施或以实施虐待行为相威胁，特别是该行为意在迫使该类人员与其被俘前所属一方作战，在任何时候都构成对国际人道法的破坏；
- 对被剥夺自由的人，无论其为平民或军事人员，必须自始至终给予人道待遇并使其免受酷刑；不得将其拘押于邻近战场的区域内；

—在任何情况下，都应给予儿童及青少年优惠待遇；十五岁以下少年不得被征募入伍，不得允许其直接或间接地参与敌对行为。

（二）军事行动的行为规则

军队选择战争手段和方法之权利应予限制；在任何情势下，皆应明确区分平民和战斗员及平民物体和军事目标；

- 禁止攻击平民或平民物体；旨在恐吓平民居民的攻击或暴力威胁也在禁止之列；
- 采取一切可行的预防措施，以避免对平民居民造成伤亡和损害；这些预防措施还应包括使平民免受地雷攻击；尤其应使平民远离因军事行动所导致的危险，并不得利用平民掩护自己免受敌人攻击；在安全条件允许的情况下，如平民要求撤离，应予组织或提供便利；
- 所有不分皂白地针对军事及平民目标进行的攻击，以及预计附带对平民造成的伤亡和损失远远超过预期的具体和直接军事利益的攻击，都须予以禁止；
- 不得使用具有对退出战斗及失去战斗能力者造成不必要的痛苦或必然致其死亡性质的武器、弹药和作战方式；不得下达不许任何人幸存的命令；尤其应禁止使用化学或细菌武器和毒素；
- 禁止对平民居民生存不可或缺的物质，如食物、农作物、牲畜、饮水装置与供应，加以攻击、毁坏或使其失去效用；
- 如果攻击会造成危险力量的释放并导致对平民居民的严重损害，包含危险力量的物体，如水坝、堤防，不得成为攻击目标。

（三）尊重红十字标志和医务活动

医务与宗教人员、医院、救护车及其它医务单位和运输工具均应予以保护和尊重；红十字标志作为该种保护的象征，在任何时候都必须得到尊重：

- 医院、医务单位及运输工具不应成为攻击的目标；上述设施应只用于实施医护或为之提供便利，而不得用于准备或实施敌对行为；
- 所有向平民居民和退出战斗或失去战斗能力者提供帮助的红十字人员及医务人员，应被给予其所要求的任何行动自由，且应保证他们的安全；
- 不当使用红十字标志应予禁止并必须予以惩处。

（四）救援行动

冲突各方负有义务向其控制区域内的平民居民提供生存所必需的物资，并使提供给敌对一方控制区域内的平民居民的援助物资得以自由通行：

- 如平民居民不能得到充足的物资供应，救援行动，如红十字会的行动，应得到准许、并向其提供便利和受到尊重，这类救援行动的性质必须是完全人道主义的及中立的，且以有利于区别的方式予以实施；
- 救援机构的人员、车辆及其房舍应受到保护。

（五）国际人道法的传播

冲突各方必须确保其武装部队及所有军事、准军事部队中行使职责之人员了解其根据国际人道法所承担的义务。为此，有必要发布专门训令以使该义务切实得到尊重。

（六）红十字国际委员会的作用

基于其对武装冲突受害者提供保护与协助的首要职责，红十字国际委员会重申：该机构愿通过与有关各方订立协议的方式，在其物质力量允许的条件下，为人道主义规则的实施做出贡献，履行国际人道法赋予它的各项任务。

1949年日内瓦四公约规定：非国际性武装冲突的有关各方，应努力通过特别协议的方式，使国际人道法中不能正式适用于这种情势的其它全部或部分条文产生效力。如安哥拉共和国政府与安盟之间有意达成此类协议，特别是如能就建立医疗或中立区域达成协议以便使伤者、病者及部分平民居民，尤其是最易受攻击者得免亲罹战火，则红十字国际委员会作为专门性、中立的、独立调停者，愿在其职能范围内，为此提供各种便利。

注释

1. 杰斐瑞·柏斯特，《1945年以来的战争与法律》，克莱兰顿出版社，牛津，1994年版，第342页。该作者与他人共同获得了1997年度的鲍尔·路透奖。
2. 红十字国际委员会向第21届国际红十字大会（1969年，布鲁塞尔）提交的报告。参见《国际红十字评论》（IRRC），第100期，1969年7月号，第343~352页。
3. 特别参见弗朗索瓦·布格尼昂所作评论“国际红十字委员会与保护战争受难者”，红十字国际委员会，日内瓦1994年版，第386~387页。
4. 第一议定书第1条第3、4款如下：
 3. 该议定书，作为1949年8月12日关于保护战争受害者的日内瓦公约之补充，应适用于公约共同第2条所列之情势。
 4. 前段所称之情势包括：《联合国宪章》及《关于依据联合国宪章维持国家间友好及合作关系的国际法原则宣言》所明文昭示的，人们为行使民族自决权而对抗殖民统治与外占领，以及对抗种族主义政权的武装冲突。
5. 见第一议定书第43、44条。
6. 《国际红十字评论》，第258期，1987年5—6月号，第250页。
7. 见第一议定书第三部分第一节：“作战手段和方法”（第35~42条）；第四部分：“平民居民”，第一节：“防止敌对行动影响的一般保护”（第48~60条）。
8. 议最后声明及“红十字国际委员会关于保护战争受害者的报告”，《国际红十字评论》，第296期，1993年9~10月号，第377~381页及第391~445页。
9. 关于会议的作用，见《国际红十字及红新月运动规约》第8~11条。
10. 见第四公约第1、2、3及146条。
11. 见前南国际法庭决定：“检察官诉D. 塔迪奇 a. k. a. ‘Dule’ 一案：关于被告就管辖权问题中间申诉的裁定，1995年10月2日，案件号：IT-94-I-AR72”；及马尔克·萨斯瓦就该问题所著：“前南国际刑事法庭关于被告申诉的决定：塔迪奇（职权范围）”一文，载于国际公法学报（RGDIP），第1期，1996年1~2月号，第101~134页。
12. M. 波瑟, K. J. 帕尔什与 W. A. 索尔夫合著：《关于战争受害者的新规则：对1949年日内瓦公约的两个附加议定书（1977年）所作的评论》，尼霍夫出版社，海牙，1982年版，第604页。
13. 例见：卡莱尔·瓦萨克编：《人权的国际色彩》，2卷本，联合国教科文组织，戈林武德出版社，1982年版。
14. A. P. V. 罗杰思著：《战地法》，曼彻斯特大学出版社，1996年版，第156页。该作者为1997年度的鲍尔·路透奖的另一得主。
15. 塔迪奇判决具有习惯法性质的原则，见前注11。
16. 许多作者把“比例原则”和“军事必要原则”联系在一起，或将前者融入后者。我们则认为应将二者加以区分，理由有二：一方面，“比例原则”不仅适用于敌对行为规则；另一方面，只有考虑了“敌对原则”的因素，才能更好地理解“人道原则”与“军事必要原则”之间根本性的不同。特见埃利克·大卫著：《武装冲突法律原则》，布鲁伊兰特出版社，布鲁塞尔，1994年版，第205~208页。
17. W. 海斯·帕尔克思著：《1949年日内瓦公约的1977年议定书》，摘自《国际法研究》1995年版（第68卷）。《海战学院学报中的国际法论文集》，1978~1994年，第467~478页。
18. 见《罗纳德·里根总统致美国参议院的信》，载于《美国国际法学报》，1987年第四号，第81卷，第910页。另见汉斯·彼得·盖瑟尔的反驳文章：“对美国批准议定书的要求”，引书相同，第912页。

¹⁹. 见古伊·B·罗伯特著《战争行为新规则：反对批准第一附加议定书的情况》。载于《福吉尼亚国际法学报》，1985年第1号,第26卷,第109~170页。另见：乔治·H·阿尔德里奇所著的反驳文章：“不断发展的战争法：对1977年日内瓦第一议定书批评的回击”，载于《弗吉尼亚国际法学报》，1986年第3号,第26卷,第693~720页；“美国批准1949年日内瓦公约第一附加议定书的前景预测”，《美国国际法学报》，1991年第1号,第85卷,第1~20页。

²⁰. 见迪特里奇·辛德勒与吉里·托曼合编：《武装冲突法》，尼霍夫出版社，日内瓦，1988年版，第709页。

²¹. 见《武装冲突中的人道法：手册》，联邦德国联邦国防部编。VRII3,1992年8月，及有关评论，迪特尔·弗莱克编：《武装冲突中的人道法手册》，牛津大学出版社1995年版。

²². 见《国际法—武装冲突和空战行为，空军手册》(AFPI 10~31),华盛顿特区，美国空军部，1976年版。《有关海战行动法律规则的指挥官手册》NWP3,华盛顿特区，海军部，海军作战部部长办公室，华盛顿特区，1989年版。

²³. 彼得·罗伊与迈克尔·A·梅伊尔合著：《英国对1949年日内瓦公约的1977年附加议定书的批准》，载于：《北爱尔兰法律季刊》，1994年第4号,第45卷,第343—363页。

²⁴. 见《国际红十字与红新月运动规约》第5条规定的红十字国际委员会的权限。

²⁵. 摘自《1990年12月14日关于国际人道法适用问题的备忘录》，《国际红十字评论》，第280期，1991年1—2月号,第24—25页：

“敌对行为(……)

—冲突各方选择致敌伤亡的手段、方法的权利应受到限制；

—在任何情况下，都必须区分战斗员和平民以及军事目标和平民财产。禁止攻击平民和平民财产，或发动不分皂白的攻击；

—必须采取各种可能的预防措施，以避免使平民遭受人员伤亡或财产损失。如果攻击附带造成的伤亡或损害，将超过预期的直接军事利益，该攻击应予禁止。

关于某种武器的使用，下列规则特别适用于武装冲突：

—禁止使用化学生物武器(1925年日内瓦议定书)；

—武装冲突法规则同样适用于大规模杀伤性武器。

红十字国际委员会敦促1977年议定书之非缔约国，在武装冲突条件下，尊重议定书下列条款，该条款源于平民免受攻击这一基本原则：

—第54条：保护平民居民生存不可或缺的物质；

—第55条：保护自然环境；

—第56条：保护含有危险力量的工程设施。”

²⁶. 见迈克尔·摩尔斯尔《不受惩处的罪行》，伦敦，普鲁托出版社，1995年版，第195~198页。

²⁷. 见附件。

²⁸. 《调整非国际性武装冲突的国际人道法规则宣言》，《国际红十字评论》，第278期，1990年9—10月号,第404—408页。

²⁹. 马尔克·萨所里，《编撰一般国际法的意义：对在敌对行为中保护平民居民规则的特别思考》，荷尔宾与笠之坦汗出版社，法兰克福，1990年。

³⁰. 见乔治·H·埃尔德里奇，“美国批准1949年日内瓦公约第一附加议定书的前景预测”，载于美国国际法学报，1991年,第85卷,第一期,第1—20页；西奥多·莫隆，“美国批准日内瓦第一议定书的时机已到”，载于美国国际法学报，1994年,第88卷,第4期,第678—686页。

³¹. 引书同上,第682页。

³². 阿兰·帕潘柯斯和阿兰·韦勒合著，《国际法的道德》，PUF，巴黎，1997,第86页。

³³. 见国际红十字与红新月第26届会议第1、2、4、5号决议，《国际红十字评论》，第310期，1996年1—2月号,第55—77页。

³⁴. 克里斯多夫·戈林乌德，《1977年议定书的习惯法地位》，载于《武装冲突中的人道法：弗里斯特·卡尔萧文纪念文集》，尼霍夫出版社，荷兰，莱顿，1991年版,第93—144页；西奥多·莫隆，《人权与作为习惯法的人道主义规范》克萊兰顿出版社，英国，牛津1989年版。

³⁵. 杰斐瑞·柏斯特，前引注释1,第422页：“如果说，不能减少战争标志着国际人道法的日趋消亡，那么，这种状态的长期存在，就预示着人类文明的覆亡。”

³⁶. 该文件尚未刊行。

曹永刚译

李兆杰、尹文娟校

