

直面当代武装冲突的挑战，捍卫和发展国际人道法

——“纪念日内瓦四公约 1977 年《附加议定书》通过 40 周年” 国际研讨会述评

周 雯*

摘要：2017 年 5 月 19—20 日，红十字国际委员会与中国社会科学院国际法研究所在北京联合举办“纪念日内瓦四公约 1977 年《附加议定书》通过 40 周年”国际研讨会。研讨会以 1977 年《附加议定书》通过 40 周年为契机，讨论了一系列当前国际人道法的重点问题。与会专家一致认为，现行的国际人道法框架基本足以规制当代武装冲突，国际人道法面临的真正考验是冲突各方能否遵守这些规则。中国必将为捍卫国际人道法基本价值、确保各国对国际人道法的实施和遵守以及推动国际人道法的发展与完善发挥日益重要的作用。

关键词：日内瓦公约 附加议定书 国际人道法 中国

2017 年 5 月 19 至 20 日，红十字国际委员会与中国社会科学院国际法研究所在北京联合举办“纪念日内瓦四公约 1977 年《附加议定书》通过 40 周年”国际研讨会，来自红十字国际委员会、全国人大、中国国际人道法国家委员会、外交部、国防部、中国红十字会、中国人民解放军有关院校和研究机构、中外高校和学术机构的代表、专家学者近百人参会。这是国内近年来在国际人道法领域层次最高、参会人数最多、与会者来源最广泛、研讨内容最丰富的一次专题研讨会。

1949 年日内瓦四公约^①及其附加议定书^②是国际人道法的基石，其宗旨是出于人道原因，在武装冲突中设法保护那些没有或不再直接参加敌对行动的人，并对作战手段和方法加以限制。经过历时四年的外交会议，《关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（又称《第一附加议定书》）和《关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（又称《第二附加议定书》）于

* 红十字国际委员会东亚地区代表处法律顾问。本次研讨会发言和讨论的记录整理工作由红十字国际委员会东亚地区代表处法律顾问姜斌统筹负责，并得到下列同学的大力协助：张茂莉（中国青年政治学院）、陈加勤（中国政法大学）、刘泽（北京大学）、杨璇（中国政法大学）、张雅慧（中国政法大学）、赵鹏（中国政法大学）、郑雅冉（中国社会科学院研究生院），在此一并感谢。

① 日内瓦四公约是指 1949 年 8 月 12 日在瑞士日内瓦签订的四项保护武装冲突受难者的国际公约，即日内瓦第一公约《改善战地武装部队伤者病者境遇的公约》、日内瓦第二公约《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的公约》、日内瓦第三公约《关于战俘待遇的公约》和日内瓦第四公约《关于战时保护平民的公约》。

② 目前日内瓦四公约共有 3 个附加议定书。除 1977 年通过的第一和第二《附加议定书》外，日内瓦四公约之《第三附加议定书》于 2005 年 12 月 8 日通过、2007 年 1 月 14 日生效。该文件承认了一个被称为“红水晶”（白底红色边框的竖立正方形）的新增特殊标志。这个新增标志并非取代红十字和红新月，而是提供另一种选择，目的是创造一个可以在全世界范围内使用的不具有任何政治、宗教或其他意义的标志。

1977年6月8日在瑞士日内瓦获得通过，是对日内瓦四公约的重要补充和发展，在国际人道法的发展历程中有着里程碑意义。今天，两个《附加议定书》所载的规则仍像40年前一样与现实密切相关。它们对落入敌方之手的各类人员的基本待遇作出了明确规定，发展了关于作战手段和方法的规则，致力于在军事必要性与出于人道原因对战争加以限制之间实现微妙的平衡。

本次研讨会以日内瓦四公约1977年《附加议定书》通过40周年为契机，探讨了一系列国际人道法的重点和热点议题。研讨会旨在提高各界对与当代武装冲突相关的国际人道法问题的认识，特别是与两个《附加议定书》相关的问题，推动国际人道法在中国的传播和实施，并促进红十字国际委员会及中外专家就该领域前沿问题交换观点、分享经验。

在为期两天的研讨会上，红十字国际委员会荣誉委员伊夫·桑多（Yves Sandoz）先生和中国外交部条约法律司副司长马新民先生从历史和现实两个角度分别做了题为“1977—2017年：日内瓦四公约两个《附加议定书》通过40年回顾”和“变革中的国际人道法：发展和新议程”的主旨演讲，引发热烈反响。随后，研讨会就国际人道法的重点和热点问题进行了6场主题研讨：首先对适用于国际性武装冲突的《第一附加议定书》和适用于非国际性武装冲突的《第二附加议定书》的法律框架是否足以规范当代武装冲突分别进行总体探讨，然后选取当前热点问题，从国际人道法的阐释与发展、实施与遵守等多维度就新科技与战争、在当代武装冲突中加强对平民的保护、惩治违反日内瓦四公约及其附加议定书的行为、确保对国际人道法的尊重与中国的贡献等专题展开讨论，为下一步国际人道法的研究和实践指明了方向。

一 日内瓦四公约1977年《附加议定书》的历史意义和重要贡献

1977年《附加议定书》是在瑞士日内瓦举行的外交会议（1974—1977年）上谈判制定的。红十字国际委员会荣誉委员伊夫·桑多先生亲身参与了日内瓦外交会议的谈判过程。他在主旨演讲中回顾了议定书订立的历史背景，即非殖民化运动过程中爆发的民族解放战争、新国家的大量涌现、非国际性武装冲突日益增长以及作战手段和方法的快速发展。而且，1949年日内瓦四公约虽为伤者病者、遇船难者、战俘和平民这四类冲突受难者提供保护，但是未能对敌对行为的规则做出系统性的规定，而这一类规则自1907年《海牙章程》通过以来一直没有发展。因此，这次外交会议的主题为重申并发展国际人道法。

由于外交会议发生在冷战时期东西方阵营政治对立的背景下，如果重启谈判修订《日内瓦公约》可能会妨害1949年已经取得的进步，各国决定以日内瓦四公约之《附加议定书》的形式通过新的法律文本，并于1977年6月8日得以实现。

两个《附加议定书》在国际人道法的发展过程中无疑具有里程碑式的意义，与会各位专家均肯定了其对国际人道法发展作出的贡献，可以概括为以下几个方面：

首先，《附加议定书》将传统上国际人道法的两个分支“日内瓦法”体系和“海牙法”体系融为一体。“日内瓦法”体系和“海牙法”体系因其最初编纂时所在的城市而得名，其中前者为旨在保护武装冲突受难者的规则体系，而后者旨在确立交战各方从事敌对行动时权利和义务并对作战手段和方法加以限制。1977年两个《附加议定书》分别将“保护”和“限制”纳入其中，使两个分支合二为一，形成了统一的国际人道法体系，并为国际人道法各个领域的后续发展奠定了基本框架。

第二，《附加议定书》是获得批准或加入的最为广泛的国际条约之一。《第一附加议定书》目前有 174 个缔约国，^①《第二附加议定书》有 168 个，^②虽然较日内瓦四公约获得全世界所有国家普遍批准仍有一定差距，但仍是普遍性国际公约中获得接受程度最高的。因此，这两项《附加议定书》与日内瓦四公约共同构成国际人道法的基础，成为保护和尊重武装冲突中人类尊严的基石。

第三，《附加议定书》对习惯法的形成作出了贡献。各国包括新独立国家广泛参与了《附加议定书》谈判过程，而且两个议定书大多数条款均获得协商一致通过，对于习惯国际法规则的形成发挥了关键作用（虽然仅凭这些要素不足以使一项习惯规则生效）。这些习惯规则对所有国家（包括非缔约国）都具有法律约束力。考虑到适用于非国际性武装冲突的条约法规则相对薄弱，习惯法的确立尤其对适用于非国际性武装冲突的法律产生了巨大影响。红十字国际委员会所开展的习惯国际人道法研究项目确认了 161 条习惯国际人道法规则，其中 149 条都适用于非国际性武装冲突。^③

第四，《附加议定书》为多个武器条约奠定了基础。例如，《第一附加议定书》第 35 条规定了选择作战手段和方法的权利不是无限制的，在对该条的谈判过程中，代表们就已决定就此问题制定国际条约。最终促使 1980 年《禁止或限制使用某些常规武器公约》以及 1997 年《禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》等一系列公约得以通过。

最后，《附加议定书》还在打击有罪不罚现象方面作出了里程碑式的贡献。《第一附加议定书》对国际性武装冲突中可导致个人刑事责任的严重破坏公约行为（grave breaches）和其他严重违反国际人道法的行为进行了更为详尽的规定，而《第二附加议定书》为在非国际性武装冲突领域打击有罪不罚现象扫清了障碍，这在非国际性武装冲突频发的今天至关重要。

二 日内瓦四公约 1977 年《附加议定书》与国际人道法当前的发展与挑战

《附加议定书》通过后的 40 年间，国际格局发生了巨大变化，武装冲突的形式、作战手段和方法也发生变化。从实践角度来看，《附加议定书》真正的胜利在于其与实践的持续相关性。过去 40 年发生的各类武装冲突证明了《附加议定书》是能够在实践中平衡军事必要与人道需求的有力工具。尽管如此，在 1977 年《附加议定书》通过 40 年后，国际人道法面临着多重挑战，包括非国际性武装冲突的泛滥、非政府武装团体的行为、现代科技发展的挑战、非对称冲突和反恐斗争的挑战等，国际人道法要不断适应新情况，与时俱进。

中国外交部条约司副司长马新民在其主旨演讲中全面总结了《附加议定书》通过 40 年以来，国际人道法在理念、框架、立法、执行和适用等五大方面所取得的显著进展。

第一，理念的变化：从“军事范式”到“以人为本的范式”。国际人道法在过去半个世纪的两个转折点分别是 1977 年《附加议定书》的制订以及 20 世纪 90 年代国际刑事法庭的设立，标志着

^① 《第一附加议定书》缔约国名单见红十字国际委员会网站统计，https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewState=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470，最后访问时间：2017 年 6 月 28 日。

^② 《第二附加议定书》缔约国名单见红十字国际委员会网站统计，https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewState=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=475，最后访问时间：2017 年 6 月 28 日。

^③ [比]让-马里·亨克茨、[英]路易丝·多斯瓦尔德-贝克主编：《习惯国际人道法》，红十字国际委员会组织编译，法律出版社 2007 年版。

国际人道法的重点从以规范国家间行为为基础的体系转向保护个人权利与追究违法个人刑事责任并重的体系。无论国际人道法的立法，还是国际司法实践，都强调和尊重保护平民和战争受难者的基本权利，出现了国际人道法与国际人权法趋同的倾向，两者关系仍在进一步发展演变之中。保护武装冲突中的平民、妇女、儿童、难民的基本人权成为联合国系统的重要议题，红十字国际委员会也积极推动强化失踪人员、国内流离失所者、被拘禁者等的保护措施，并加强非国家实体遵守国际人道法。

第二，框架的调整：由重点规制国际性武装冲突到非国际性武装冲突。1949年日内瓦四公约共同第3条和《第二附加议定书》确立的非国际性武装冲突中人道保护规则使对非国际性武装冲突的规制成为国际人道法的重要组成部分。国际人道法规制重点逐渐转向非国际性武装冲突并不断完善健全。一方面，实践中出现了许多具有跨国或跨界等涉外因素的国际化的武装冲突，既不属于国家间国际性武装冲突，也不属于传统的非国际性武装冲突，而若干司法实践均将国家间武装冲突以外的所有其他冲突界定为受共同第3条规范的非国际性武装冲突。另一方面，实践中也出现了弱化国际性与非国际性武装冲突之间的区别并将两种规则混用的倾向。在立法方面，冷战以来制定的国际人道法条约基本都适用于两类武装冲突。在司法层面，国际刑事司法机构确认其对非国际性武装冲突中的犯罪具有管辖权。而在软法方面，以红十字国际委员会《习惯国际人道法》为代表，归纳认定习惯国际人道法规则中的绝大多数均同等适用于两类武装冲突。但是，在认识到这些发展变化的同时不应忽视两类武装冲突的不同性质。

第三，法律的完善：补充新规则与澄清现有规则并用。40年来国际人道法不断发展，既补充了新规则，又澄清和编纂了现有规则。在国际立法层面，关于作战方法和武器限制的武器法条约不断发展，保护战争受难者和规制敌对行为的国际立法也不断完善。在软法层面，红十字国际委员会、有关国家和非政府组织牵头制定了大量指南性软法文件，编纂了国际人道法规则。虽然软法文件不具有法律约束力，但其对于国家政策和实践的影响以及对国际人道法规则的形成和发展的作用是不容忽视的。

第四，实施的强化：国际和国内两方面并举。冷战结束以来，国际人道法的一个重要发展是将保护平民和战争受难者与惩治违反国际人道法的个人并重，国际人道法的实施在国际和国内两个方面都不断强化。在国际层面，建立了一系列国际司法机构来依法惩治在武装冲突中的国际犯罪、追究个人刑事责任；还建立了1991年联合国赔偿委员会和2001年的厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会等违反国际人道法的赔偿机制；而近年来各种违反国际人道法的调查机制也纷纷建立。在国内层面，不少国家将国际人道法条约纳入国内法，规定严重违反日内瓦公约及其附加议定书的行为构成国内法上的犯罪，予以调查、起诉，或通过司法协助或引渡，由国内法院进行审判。不过，国际人道法执行仍面临巨大挑战。一方面，日内瓦公约及其附加议定书所确立的各种机制，如保护国制度、调查程序、国际实况调查委员会、缔约国会议制度等并未得到全面落实，有的尚未启动。另一方面，一些国家和非政府组织建议将国际人权公约的监督机制间接适用于武装冲突法，建立诸如定期报告、事实调查、预警和紧急行动、国别访问等新的国际人道法执行机制。对于是否有必要以及如何设立国际人道法执行机制已成为国际人道法领域的重要议题。

第五，适用的扩展：扩大与细化并存。国际人道法适用的扩展表现在三个方面：一是适用主体的扩大。多国部队和联合国维持和平行动部队如果直接介入武装冲突，应被视为武装冲突的一方而适用国际人道法，而私营军事和安保公司在一定条件下也可能成为国际人道法的适用主体。二是适用范围的扩大，国际人道法在外层空间和网络空间如何适用值得进一步探讨。三是法律规则的充实

和细化，特别是有关武装冲突的概念、直接参与敌对行动的概念、域外定点清除、反恐战争、无人机等自主武器的法律规制、武装冲突中被拘留人的待遇（包括多国军事行动和联合国维和行动中的拘留问题）、国际人道援助的规则、军事占领的规则等议题，成为国际关系和国际法的热门话题。

三 日内瓦四公约 1977 年《附加议定书》热点问题探析

本次研讨会的 6 场专题讨论紧扣上述国际人道法的当前发展与挑战，既对现有法律规则进行梳理和分析，又直面武装冲突发展态势带来的问题与挑战，力图探索人道法的巩固和发展之道。

（一）《第一附加议定书》的法律框架：是否足以规范国际性武装冲突

国际人道法只适用于武装冲突局势。具体局势中可适用的规则要视武装冲突的类型而定。日内瓦四公约共同第 2 条实际上界定了国际性武装冲突，^① 即一个或多个国家对另一个国家诉诸武力时，国际性武装冲突即告发生。一个国家与一个国际组织之间的武装冲突也可归类为国际性武装冲突。《第一附加议定书》还补充规定，各国人民行使民族自决权抗击殖民统治和外国占领以及反对种族主义政权作战的民族解放战争，在特定条件下也被归类为国际性武装冲突。^②

《第一附加议定书》适用于国际性武装冲突，对日内瓦四公约所提供的保护加以补充。例如，它保护受伤、生病和遇船难的平民及平民医务人员。它还规定了搜寻失踪人员以及向平民居民提供人道援助的义务。所有人都享有基本保证，无论其身份为何。而《第一附加议定书》最大的成就是系统审查、编纂和发展了敌对行为的基本规则，以保护平民居民和民用物体免受敌对行动影响。例如，《第一附加议定书》包含对“战斗员”、“武装部队”、“军事目标”、“平民”和“民用物体”等重要概念的定义，明确规定了指导军事目标选择的关键原则，包括区分原则、比例原则与预防原则，还禁止蓄意和不分皂白地攻击平民居民和民用物体，并首次涉及武装冲突的环境问题。

尽管取得了上述成就，面对当今武装冲突分类的复杂性以及武装冲突发展的新趋势，《第一附加议定书》的法律框架是否足以规范国际性武装冲突呢？当前的主要问题是加强对现有法律规则的遵守还是亟需发展新规则？

红十字国际委员会东亚地区法律顾问拉里·梅比（Larry Maybee）在发言中总结了国际人道法的框架和规则因当代武装冲突的新趋势而面临的诸多挑战：（1）对平民和民用物体进行蓄意和不分皂白地攻击；（2）攻击中预防措施的不足甚至完全缺乏预防措施；（3）违反比例原则；（4）滥用被保护人和使用人体盾牌；（5）武器选择不当和使用禁用武器；（6）拒绝保护平民；（7）缺乏对医疗设施、救护车和医疗人员的尊重；（8）拒绝人道准入等。此外，现代战场上新技术和武器的使用也为传统国际人道法规则和原则的适用提出了挑战。但红十字国际委员会坚信，现行的国际人道法规则框架足以规制当代武装冲突，尤其是国际性武装冲突，但前提是这些规则被正确解释且被善意地适用。

中国政法大学国际法学院副教授朱利江结合红十字国际委员会 2016 年出版的《日内瓦第一公约评注》对日内瓦四公约共同第 2 条的评注进行了评析，特别对“国际性武装冲突的开始和结束”这一问题进行了评论。他认为在判定国际性武装冲突是否存在时不仅需根据实际情况进

^① 日内瓦公约共同第 2 条第 1 款。

^② 见《第一附加议定书》第 1 条第 4 款和第 96 条第 3 款。

行判断，也需要考虑宣战意图（*animus belli*）和作战意图（*animus belligerandi*）两个主观因素，以排除错误使用武力的情形。他还认为2016年评注对冲突各方的界定过宽以及未将冲突强度作为判断依据，导致对国际性武装冲突和适用国际人道法设定的门槛过低，从而可能产生因比例原则允许产生附带民事损害而降低对平民的保护程度的风险。

西安政治学院军事法系教授王海平大校在发言中分析了《第一附加议定书》有关作战手段和方法的基本规则，并提出对一些基本概念和规则进行澄清和更新的必要性，包括更新“背信弃义”、“战争诈术”、“战斗员”、“直接参与敌对行动”等概念（第35条、第37条等），澄清缔约国断定和审查新武器的义务（第36条），以及将攻击的定义（第49条）扩大到包括网络空间等。他建议在更新《第一附加议定书》评注之前，进一步研究该议定书包含的规则。

针对武装冲突中的环境保护这一问题，北京大学法学院副教授陈一峰首先总结了现有的条约法规范，包括《第一附加议定书》第35条第3款和第55条、1976年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》和特定常规武器公约之《禁止或限制使用燃烧武器议定书》，此外习惯国际人道法规则和软法规范也规制了武装冲突中可能影响环境的敌对行为。他认为法律制度的多样性体现了规则的碎片化，一方面国际环境法公约在武装冲突中的适用性不够明确，另一方面相关国际人道法规则是欠发达的。他随后介绍了两个重要的法律编纂项目，分别是红十字国际委员会的习惯国际人道法研究项目以及联合国国际法委员会“与武装冲突有关的环境保护”专题研究，并对一些国家反对相关规则的习惯国际法性质表示忧虑。他还提出应探索如何发挥两个潜在的执行机制的作用，即联合国安理会的决议和《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第2项第4目规定的战争罪。

（二）《第二附加议定书》的法律框架：是否足以规范非国际性武装冲突

《第二附加议定书》是第一个专门致力于保护非国际性武装冲突受难者的条约。在非国际性武装冲突中，日内瓦四公约共同第3条提供了最低限度的保护，其所包含的规则被视为构成习惯法。《第二附加议定书》发展和补充了共同第3条，禁止直接攻击平民、集体惩罚、恐怖主义行为、强奸、强迫卖淫和非礼侵犯、奴役和抢劫等行为，还规定了有关被剥夺自由者待遇的规则，从而在共同第3条规定的最低标准的基础上又加强了对冲突受害者的保护。

但是，《第二附加议定书》的局限性也是比较明显的。首先，共同第3条适用于“在一缔约国之领土内发生的非国际性武装冲突”，可能发生在国家武装部队与有组织的非政府武装团体之间或只发生在这种团体相互之间。而《第二附加议定书》中非国际性武装冲突的定义要窄于共同第3条，不适用于冲突方仅为非政府武装团体之间的冲突，而且要求与政府武装部队作战的非政府武装团体符合更严格的条件，包括对领土的控制权、组织性以及能够进行持久而协调的军事行动的能力。^①其次，适用于非国际性武装冲突的规则不如适用于国际性武装冲突的规则那样详尽——《第一附加议定书》有80多项实体条款，而《第二附加议定书》只有15项。各国基于国家主权原则不愿意将国内事务完全交由国际法调整，也不希望改变或赋予非政府武装团体法律地位或使其有权免受国内法的追诉，想加强非国际性武装冲突中的保护机制已证明是困难重重。应当指出，习惯国际人道法规则在很大程度上填补非国际性武装冲突的法律空白。

^① 《第二附加议定书》第1条第1款。

非国际性武装冲突是当代武装冲突的主要形式，而违反国际人道法的行为又屡见不鲜，武装冲突日益复杂化而且呈现长期化态势，非政府武装团体又往往缺乏守法意愿。在此背景下，有必要探讨规范非国际性武装冲突的国际人道法框架是否足以应对当前的各种挑战。

上海交通大学凯原法学院副教授马天赐（Matthias Vanhullebusch）在发言中指出，《第二附加议定书》存在有两个灰色地带。首先，在非国际性武装冲突中由于非刑事原因被政府部队或者非国家武装团体拘禁的平民是否享有接受司法审查权目前仍处于灰色地带。虽然他们根据国际人权法享有该权利，但该权利不属于不可克减的人权，而且人权条约义务不及于非政府武装团体。就国际人道法而言，《日内瓦第四公约》第43条第1款以及《第一附加议定书》第75条可否被类比适用于非国际性武装冲突而保证被拘留者的行政或司法审查权，则尚不构成习惯国际法。第二个灰色地带是非政府武装团体是否有权拒绝中立的人道团体提供人道援助以及拒绝的条件。他认为这两个灰色地带所带来的问题可以通过冲突各方缔结特别协定以及发展习惯国际人道法的方式加以解决。

中国政法大学军事法研究所教授、原中央军委法制局法制员肖凤城从历史和现实两个角度介绍了非国际性武装冲突交战规则在中国的发展。他回顾了解放战争时期中国人民解放军的“三大纪律八项注意”及保护文化财产的相关实践，及其与国际人道法有关原则和规则的契合性。他梳理了中国自1983年批准《第二附加议定书》之后制定的相关国内立法，包括《刑法》、《国防法》、《反分裂国家法》、《中国人民解放军政治工作条例》等，以及中国人民解放军不对外公开的关于战俘待遇与平民保护的若干其他内部规定。他对解放军遵约履约表达了充分自信。为了更好地履行议定书，他提出应进一步加强和细化法律法规的制订工作，特别是通过制订详细的交战规则手册来落实《第二附加议定书》，并应当适时对外公开与国际人道法有关规定。

中国人民解放军军事科学院王祥山大校主要讨论了非国际性武装冲突中适用国际人道法的标准与当前所面临的挑战。关于非国际性武装冲突的判断标准，他认为主要取决于对非国际性武装冲突的开始时间的判定。构成非国际性武装冲突须具备两个要素，即冲突各方必须具备一定的组织性和武装冲突必须达到一定的激烈程度。关于当前所面临的挑战，他认为，国外因素对一国内部武装冲突的介入、国内武装冲突的跨国性、国内武装冲突的多样性以及一国内部武装冲突中的网络攻击等新出现的因素，导致对是否存在非国际性武装冲突的判断更为复杂。

美国罗格斯大学法学院阿迪尔·哈克（Adil Haque）教授认为《第二附加议定书》存在几个悬而未决的问题，包括：就适用对象而言，要求武装团体具有控制能力，但控制需要达到何种程度仍然十分模糊；就适用时间而言，并未明确其是否适用于有组织的武装团体的首次袭击；就适用范围而言，适用于在缔约国领土范围内发生的冲突，但如何规制武装团体的跨境活动问题仍然悬而未决。此外，他对将《第二附加议定书》视为非国际性武装冲突中优先于国际人权法而适用的特别法的观点提出了质疑，他认为没有迹象表明《第二附加议定书》意在取代或修正主要的人权法条约。

（三）新科技与战争

科技的迅猛发展推动了近年来作战手段和方法的不断创新，例如网络攻击、武装无人机和武装机器人的出现。这带来了全新的法律和道德方面的挑战。各国要确保其研究、发展、取得或采用的任何新武器、作战手段或方法的使用符合国际人道法规则。^① 在武器技术迅猛发展的今天，

^① 参见《第一附加议定书》第36条。

对新武器实施法律审查尤为重要，其目的是为了保护平民免受武器不分皂白伤害的后果，并保护战斗员免受不必要的痛苦及违禁武器的伤害。但是，新科技也给现有国际人道法原则和规则的解释适用造成了困难，并引发了对国际人道法现有规则是否足够清晰的质疑。一些关键的法律概念比如比例性原则如何解释，国际人道法能否以及如何适用于网络战，自主武器如何界定和规制等，有必要进行讨论和反思，以便在需要之处重申、澄清或发展国际人道法。

美国罗格斯大学法学院阿迪尔·哈克教授以美国奥巴马政府于2013年出台的适用于定点清除美国领土外恐怖分子的《美国总统政策指南》为例，分析美国“定点清除”政策对国际人道法的区分原则、比例原则和预防原则提出的挑战。

武汉大学国际法研究所副所长黄志雄教授对国际人道法适用于“网络战”目前存在的共识和分歧进行了梳理。就网络行动的概念界定，他提出网络行动不仅包括伴随着传统的武装冲突而发动的网络攻击，也包括未伴随传统行动的网络攻击。关于人道法“是否适用”，他指出了各国在此问题上态度的分歧。值得注意的是联合国信息安全政府专家组在2015年报告中确认了人道原则、必要性原则、相称原则和区分原则对网络行动的可适用性。关于“何时适用”，他指出网络战对传统国际人道法中使用武力、攻击的可归因性、有组织武装团体、武装冲突强度等概念都构成了挑战。关于“如何适用”以及“适用何种规则”的问题，他认为现有的国际人道法规则并不足够，而应当以制定新条约、形成新习惯、确立自愿性的负责任国家行为规范的方式发展更加精准、可靠的规则，从而实现对网络战更为有效的规制。

西安政治学院军事法系教授宋新平大校讨论了致命性自主武器的定义及法律和道德视角下的相关考量。他指出，关于致命性自主武器，国际社会迄今没有统一的定义，原因在于难以区分自主与自动，且对“致命性”的理解不同。他认为，从法律角度考量，致命性自主武器对国际人道法的挑战有如下几点：（1）规制与否的争议，包括该种武器挑战国际人道法的基本原则，冲击国家审查新武器的义务，关于是否规制该类武器国际社会尚存的争论；（2）规制路径的困惑，即关于自主武器条约的起草是应当由国家主导还是联合国主导这一问题尚未明确；（3）法律属性的双重性，即自主武器是属于武器还是战斗员尚存疑虑；（4）责任主体的不确定性，即对自主武器的违法攻击应当惩处武器本身还是与之相关的人员仍然模糊。从道德角度考量，则存在分离与剥夺人类道德价值判断权以及亵渎战斗员生命权与人格权的问题。他倡议通过联合国主导下的《特定常规武器公约》这一立法途径制定专门的国际条约来规制致命性自主武器的研发与适用，以确保对国际人道法的遵守。

西安政治学院军事法系副教授朱雁新上校则聚焦比例原则及其对新型武器的适用。比例原则的适用要遵循在军事需要与人道保护之间寻求平衡这一国际人道法的立足点。通过分析《第一附加议定书》的有关规则，他指出，由于缔约谈判时各国观点的分歧，现有规则措辞模糊，给比例原则的适用造成了很大的困难和不确定性。他认为对比例原则的考量标准主要可以归纳为三个方面：军事利益、附带损害和对比例的评估。军事利益必须是与军事行动直接相关并且具体而直接，即必须可以合理预见并且可以辨识，且必须基于整个攻击进行判断。而附带损害则包括平民的生命损失、身体伤害以及民用物体受到的损害。在附带损害的评估方法方面，则存在规则和经验上的欠缺，有必要审查并合理利用攻击时指挥官掌握的信息。关于比例原则对新型武器的适用，他认为这一原则的适用性毫无疑问，但是目前仅停留在基本原则层面，很难落实到具体规则的层面。以网络攻击为例，在新武器使用过程中对军事利益进行界定存在困难。他建议各国制定符合国情的军事手册与指南，对比例原则对新武器的适用加以澄清。

(四) 在当代武装冲突中保护平民

在当代武装冲突中，平民是冲突各方实施违反国际人道法行为的主要受害者。在这方面遇到的挑战是多方面的，例如各国的反恐行动倾向于将武装团体（特别是在非国际性武装冲突期间）的所有作战行为都列为恐怖主义行为；在非国际性武装冲突中被剥夺自由者的待遇和程序保障的规则有待进一步澄清或发展；战争的日益私有化，即武装冲突方越来越多地雇用私营军事和安保公司承担传统上由武装部队承担的任务，引发了国际人道法应如何适用的问题。而国际人道法和人权法的关系和相互作用影响到在武装冲突中的拘留和武力使用的相关问题以及跨境对个人目标实施打击的问题。

中国社会科学院国际法研究所研究员、《红十字国际评论》编委会成员孙世彦讨论了国际人权法与国际人道法在反恐行动中的适用性问题。他指出在实践中，反恐行动既可能被定义为武装冲突，也可能被定义为执法行为。各国往往不愿意承认反恐行动构成武装冲突，原因如下：(1) 存在将非政府武装团体“合法化”的风险；(2) 根据交战双方平等原则，可能使“恐怖分子”在一定条件下享有国际人道法上的受保护地位，例如在被剥夺自由的情况下；(3) 存在使非政府武装团体的某些暴力行为“合法化”的风险。在国际人道法存在适用争议的情况下，国际人权法的适用就显得尤为重要。近年来国际人道法与国际人权法呈现趋同与混淆的趋势，应对两者关系做进一步澄清和研究。

红十字国际委员会总部高级法律顾问耶莱娜·佩伊奇 (Jelena Pejic) 女士就在非国际性武装冲突中加强对被剥夺自由者的保护进行了发言。当前在非国际性武装冲突中保护被拘留者面临两大挑战，即与国际性武装冲突相比，关于在非国际性武装冲突中被剥夺自由者的条约规范十分有限；在非国际性武装冲突中实施羁押的法律依据和程序性保障也有待明晰。适用于非国际性武装冲突的相关规则仅见于日内瓦四公约共同第3条和《第二附加议定书》的有限条款，而各国对这方面习惯国际人道法规则的认同有待统一。红十字国际委员会认为国际人道法规则存在四方面缺口：(1) 拘留条件；(2) 对尤为脆弱的被拘留者群体的保护；(3) 拘禁的原因和程序；以及(4) 被拘留者从一方当局向另一方当局的移交问题。为此，根据国际红十字与红新月大会的授权，红十字国际委员会过去几年来一直致力于通过开展“加强在非国际性武装冲突中被剥夺自由者的法律保护”研究和政府间谘商来推动相关软法规则的制定以填补这方面的法律空白。

中国军事管理研究所副所长、原中央军委法制局法制员王新建就私营安保公司在国际人道法中的地位问题进行了分析。第一，基于国籍、私人利益目的等严格条件限制，私营安保公司不属于《第一附加议定书》第47条规定的雇佣兵；第二，私营安保公司不同于武装部队，一是因为其未被编入武装部队，仍然是平民身份，二是因为其在军事指挥链之外独立开展活动。他认为通常情况下私营安保公司员工仍享有平民地位所应得到的保护，不能成为攻击目标，除非他们直接参加敌对行动。判断是否丧失受保护地位，有两个标准：一是以“军事目标”为标准，私营安保公司的军事服务本身就是军事行动甚至是作战行动，直接构成战斗力，因而显然是可以攻击的合法军事目标；二是以“直接参加敌对行动”为标准，私营安保公司的许多军事服务可以符合或接近于这个定性。因此，他建议，为避免成为攻击目标，私营安保公司应当在服务范围上与军事职能切割，弱化或者解除军事服务，强化和突出安保职能。

(五) 惩治违反日内瓦四公约及其附加议定书的行为

日内瓦四公约及其附加议定书界定了严重破坏公约行为和其他严重违反国际人道法的行为，

并确立了各缔约国的普遍管辖义务，作为应对战争罪有罪不罚问题的手段之一。为此，各缔约国应采取具体的国内实施措施来履行其各自在国际人道法下的义务，而国内司法在国际人道法的执行方面发挥着重要作用。此外，国际刑事司法机制在二战后得到长足发展，还可通过不同国际刑事法庭追诉违法行为，包括各类特设法庭以及国际刑事法院。这些国际（和混合）刑事法庭会有助于国际人道法的发展和澄清，例如国际法庭的实践使战争罪的范围扩展到在非国际性武装冲突中对国际人道法的严重违反。

与刑事司法机制用于事后惩戒违法行为相对应，国际人道法的遵守机制着力于促进守法和预防违法。然而，目前国际人道法缺乏有效的机制来确保各方遵守其各项规则，现有的机制罕有或根本没有得到适用，因此有必要推动加强国际人道法的遵守机制。

浙江工商大学法学院特聘教授苏珊娜·林顿（Suzannah Linton）选取了孟加拉国、柬埔寨、东帝汶三个国家为例，以亚洲视角分析了惩治违反国际人道法的国家实践。选取这三个国家的原因在于，三国在当代历史上均发生过长期武装冲突和暴行，近年来均通过其国内司法系统或者建立混合国际司法机制惩治战争罪及其他违反人道法的行为。三个国家都是《国际刑事法院规约》缔约国，但均表现出国际层面的条约义务与国内立法不相衔接的问题。三国在制定实施人道法的国内立法上表现出了一定的选择性。

解放军国防大学教授王梅大校介绍了通过国内实施机制惩治违反国际人道法行为的中国实践。中国尊重和严格遵守武装冲突法的态度主要表现在：首先，中国积极参与武装冲突法的缔约和立法工作；其次，通过设置机构和强化力量、完善相关的立法、在军事斗争及其准备中高度重视并积极运用武装冲突法等方式促进其实施；再次，积极开展传播教育和研究工作。她认为，主要通过国内实施机制、由作为当代国际社会基本主体的国家而非国际组织或者国际法庭来实施国际人道法具有现实合理性，也更具效力和执行力。

国际关系学院法律系副教授谢菁菁探讨了国际刑事司法机制在确保尊重国际人道法中发挥的作用。她指出，国际刑事司法机构的判例作为辅助性法律渊源促进了国际人道法的发展，例如它们澄清了危害人类罪与武装冲突的关系，确认了部分人道法规则的习惯法性质，重申了个人刑事责任。国际刑事司法机制的实践也有助于解释国际人道法上诸如罪行与武装冲突的联系、维和人员、虐待、官方身份、指挥官责任和平民指挥官等概念，并厘清违反国际人道法的个人在接受审判时享有的程序性保障。她也指出了当前国际刑事司法机制遇到的挑战，包括选择性司法的质疑、司法实践的一致性、过于高昂的成本等。

红十字国际委员会总部高级法律顾问耶莱娜·佩伊奇首先回顾了现有的国际人道法遵守机制，现有机制在实践中由于各种原因极少得到应用，而且这些机制仅适用于国际性武装冲突。当代武装冲突中屡见不鲜的违法行为也说明现有机制的不足。为加强国际人道法的遵守，经红十字与红新月国际大会授权，红十国际委员会与瑞士政府自2011年起组织了一系列磋商进程以探索如何增强国际人道法遵守机制的有效性。目前这一工作仍在进行中，其形式是建立在协商一致原则基础上由国家主导的政府间进程，目的在于就潜在的国家间论坛的功能与特征寻找共识，并利用红十字与红新月国际大会和区域性国际人道法论坛来加强国际人道法的实施。

（六）确保对国际人道法的尊重与中国的贡献

国际人道法得到遵守和有效实施对于当今的武装冲突至关重要。对战争受难者的保护不力往

往并非源于缺乏敌对行为的规则，而主要是由于这些规则未能得到遵守。为保护人的生命和尊严，国际人道法需要得到更严格有效地实施。这一责任应由参与武装冲突的所有国家及其他各方共同承担。为此，要确保各缔约国和冲突各方忠实履行《日内瓦公约》共同第1条所规定的主要义务，即尊重国际人道法并保证国际人道法受到尊重。^①中国作为和平崛起中的大国，在全球治理中发挥日益重要的作用，是国际法治的捍卫者和发展者。在这个意义上，中国能够也必将在防止国际人道法被违反、确保人道法被各缔约国尊重方面做出更大的贡献。

中国政法大学军事法研究所副所长李强副教授的发言首先回顾了日内瓦四公约共同第1条的起草历史，阐明了这一条文的由来及其原初意义。但他强调，当代对共同第1条的理解已经超越了其最初的含义，由后续的国家实践予以补充和完善，特别是为缔约各国施加了“保证尊重”的额外义务。因此，对共同第1条必须放在日内瓦四公约的整体框架内进行解读。他还特别指出，尽管共同第1条所用的措辞没有为各国规定具体的义务，但它有助于加强各国遵守国际人道法。

红十字国际委员会总部法律顾问、《日内瓦公约评注》修订项目负责人让-马里·亨克茨（Jean-Marie Henckaerts）分析了日内瓦四公约及其附加议定书在确保对国际人道法的尊重所发挥的作用。他首先介绍了日内瓦公约新版评注对共同第1条关于“尊重国际人道法与保证尊重”义务适用范围的解读，即存在两个维度：缔约国承诺尊重和确保其武装部队和平民尊重的内部维度，以及表明缔约国有义务确保其他国家和非国家武装团体尊重的外部维度。关于国际人道法的执行措施，他介绍了军事指挥官在确保执行公约方面的核心作用、缔约国传播国际人道法的义务以及调查程序和国际实况调查委员会制度在实践中不被使用的原因。关于缔约国在本国通过国内立法制裁严重破坏公约行为的义务，他认为目前各国内外立法仍有不足，基于对严重违约行为的普遍管辖权进行国内起诉的数量也有限。各国有义务采取立法、规章以及切实可行的一切措施，将国际人道法纳入国内法律和实践并融入军事理论培训。

吉林大学法学院教授何志鹏认为作为正在崛起中的大国，中国正在积极主动地参加并引领全球治理，在国际秩序中积极发挥负责任的大国作用。为此，应当进一步使用法律话语来表达其关切并维护自身利益。中国要通过对法律原则和规则的充分解读来构建中国国际法的理论，使用国际法话语捍卫自己的立场，一贯地遵守国际法并将国际法应用于真实案例来对国际法治做出贡献。国际法的中国理论应是国际法治中国立场的系统化陈述，是在国际事务中运用国际法的通用术语来对规则进行中国观念的特色阐释。

四 结语

本次研讨会在北京举办既具有历史价值，又具有现实意义。中国自古就有“怀仁杀敌”、“降者勿杀”等反映人道主义精神的战争思想，在近代史上也曾是非人道战争手段的受害者。中国一贯重视并强调遵守国际人道法。中国不仅在1974年两个《附加议定书》缔约谈判开始之时就派代表团积极参加谈判，而且在它们通过以后，于1983年9月14日率先批准。中国是联合国安理会五个常任理事国中最早批准两个议定书的国家，也是所有缔约国中较早予以批准的国家之

^① 日内瓦四公约共同第1条：“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”。

一。虽然目前两个议定书获得了世界上 80% 以上国家的批准和加入，但其在亚太地区的批准率较低，因此中国也在本地区发挥了示范作用。

自批准和加入 1949 年日内瓦四公约及其 1977 年《附加议定书》至今，通过国际合作与国内机制建设，中国政府在国际层面充分重视并积极参与关于国际人道法的实施、澄清和发展的各项进程。在国内层面，为促进国际人道法的传播和实施，由多个相关部委组成的中国国际人道法国家委员会于 2007 年成立，不仅为国际人道法的传播和实施进行协调并提供咨询，还与红十字国际委员会等组织和其他国家的国际人道法国家委员会开展了国际合作。正如马新民副司长在其主旨演讲中指出的，包括日内瓦公约确立的国际人道主义精神在内的一系列公认原则，应该成为构建人类命运共同体的基本遵循，这也是中国政府在国际人道法领域开展相关工作的一个重要指导思想。

本次会议也深化了红十字国际委员会与中国国际法学界和实务届在国际人道法领域的交流和相互理解。红十字国际委员会成立于 1863 年，是世界上历史最悠久的人道组织。自其诞生之日起，红十字国际委员会的一项核心工作就是根据《日内瓦公约》和《国际红十字与红新月运动章程》赋予的法定职责，推广和促进对国际人道法与普遍人道原则的传播和理解。自东亚地区代表处于 2005 年迁至北京以来，红十字国际委员会与中国政府、军队、智库、高等院校和研究机构在推广国际人道法并促进实施方面进行了卓有成效的合作。红十字国际委员会与中国社会科学院国际法研究所保持了良好的合作关系，双方曾于 2015 年 9 月与瑞士驻华使馆合作，在北京成功举办了“探索加强并确保有效遵守国际人道法的方法”高级别研讨会。

针对国际人道法遇到的新挑战和新问题，中国与会者有一个普遍的认识，就是国际法学界和实务届应关注国际人道法的新议程，加强跟踪、研究和应对。

Upholding and Developing International Humanitarian Law in Response to the Challenges of Contemporary Armed Conflicts: Review of the Conference Commemorating the 40th Anniversary of the Adoption of the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions

Zhou Wen

Abstract: The International Committee of the Red Cross in cooperation with the Institute of International Law Chinese Academy of Social Sciences organized a Conference Commemorating the 40th Anniversary of the Adoption of the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions, 19 – 20 May 2017 in Beijing. The Conference covered a range of current international humanitarian law (IHL) issues in the context of the 40th anniversary of the Additional Protocols of 1977. It was generally acknowledged that the current IHL framework is in principle sufficient to regulate contemporary armed conflict. The real challenge to IHL is whether parties to a conflict respect for and comply with the rules. China will play an increasingly important role in upholding the basic values of IHL, ensuring respect for and compliance with IHL by all parties, and working towards the development and amelioration of IHL.

Keywords: Geneva Conventions, Additional Protocols, International Humanitarian Law, China

(责任编辑：李西霞)