第一章　引论

从原始社会末期产生了国家，就开始有了国家之间的战争与和平的交往，也逐渐形成了国家间的权利义务关系。国家间持续不断的交往促进了国际社会的形成，并产生了规范国际社会行为规则和确定国家权利义务关系的国际法，系统化的国际法原则逐渐成为特定的国际法体系。战争是政治的继续，法律是政治的重要内容。战争作为一种国家间政治交往的形式，受到国际法的制约和规范，不同的国际法体系对战争产生不同的影响；战争又反过来影响国际法原则和国际法体系的形成与发展。因此，战争作为国家间政治交往的形式，就某种意义上说，并不是一种无序的状态，而是一种具有法律意义的行为，战争和国际法之间的关系是复杂而深刻的。

第一节　国际法与国际法体系

要认识战争，必须研究战争存在的社会环境，国际法和国际法体系就是战争赖以存在的客观环境之一。战争不能脱离一定的国际法环境而存在，也对国际法原则和体系的发展产生重大的反作用，战争和国际法是在相互促进中发展演变的。

一、国际法及其基本原则

国际法，顾名思义就是国家间的法律，它有两层意思，一是指国家间交往的准则；二是指国家间的权利义务关系。前者主要

需要全本请访问 www.ertongbook.com

指国际法的一般原则；后者主要指国家在国际法体系中所处的法律地位、单方面声明、双边条约和多边条约中承担的国际义务和拥有的法律权利。国际法有三个主要法律特征：

1. 国际法的主体主要是国家。但在一定的条件下和在一定的范围内，一些类似国家的政治实体，主要是正在进行反对殖民主义统治、争取民族独立斗争并正在形成国家的民族，和由国家组成的国际组织可以成为国际法的主体。

2. 国际法的根据是参予国际关系的国家的一致同意，换言之，国际法是由组成国际社会的主权国家共同制订的，它是国际社会利益调和的体现。法律是社会的产物，是社会的行为规则，像国内法一样，国际法存在的前提是国际社会的存在。国际社会的存在要求有众多的基本平等的主权国家，但在事实上，即使是联合国时期的当代国际社会中也还存在着霸权主义和强权政治，建立平等的国际社会还只是人们的良好愿望。

3. 有强制执行的外力。具有强制性是法律的基本特征，这也是法律不同于道德的地方。道德规则只要求由良知的内部力量来加以规范，而法律规则需要由外力来强制执行。国际法作为法律，具有强制力，但国际法又不同于国内法，它不存在一个统一的国家机关来强制执行，国际法的强制力主要来自国家自身。各国在受到侵害时起来自助执行法律，以及其他国家或国际组织同情受到侵害的国家或出于条约义务而进行干涉是国际法得到强制执行的主要方法。

根据国际法调整的国际关系领域，又可以将国际法区分为平时国际法和战时国际法。后者也称为战争法，或武装冲突法。在和平时期平时国际法在起作用，在战争时期战时国际法或战争法发挥作用。《中国军事百科全书·军事法分册》中对战争法的定义是：“ 战争法是在战争或武装冲突期间，以条约和惯例形式调整交战国之间、交战国与中立国之间、交战国与非交战国之间关系，以

及作战行为的法律原则、规则和规章制度的总称。”战争法对国家的战争指导的影响最大，关系最为密切。但在现代战争中，由于交战国之间一般不断交、不宣战，只进入事实上的战争状态，而没有法律上的战争状态，因此在战争期间除战争法起作用外，许多和平时期的国际法律关系仍然在起作用，所以在本论文中将对战争期间对国家的战争指导发挥作用的所有国际法律关系，都用“国际法”一词表达，但偏重于战时国际法的内容。

有关战争的国际法原则主要包括三方面的内容：战时国际关系规则，包括处理交战国之间、交战国与中立国之间关系的规则；战争程序规则，包括战争的发起、结束等规则；战争行为规则，也称为人道主义法，主要是对战争行为的限制，包括交战人员的法律地位，对和平居民、战俘、战争受难者的保护以及对作战手段和方法的限制等。

战争法有四个主要理论原则：

第一，军事必要原则。合法的战争行动不得超过军事必要的限度。禁止在战争中使用任何造成不必要伤害的武器、战术和作战方法。同时，“军事必要”的借口不能解除交战国遵守战争法的义务。

第二，区别原则。只有军事目标和战斗员是战争中可以合法攻击的目标，不得使用不分皂白地进行攻击的武器、战术和作战方法。战争法上对武器的限制包括，禁止使用极度残酷的武器，例如进入人体中容易变形的达姆弹，无法用 X 光检测的碎片武器，诡雷和燃烧武器等；禁止使用化学武器、生物武器等。对战术和作战方法的限制包括，禁止使用不分皂白的作战方法；禁止改变环境的作战方法；禁止对城市等目标进行大规模轰炸等。

第三，比例原则。战争手段与作战方法要与战争结局具有合理的比例关系，不得超过战争结局的要求。

第四，人道主义的原则。交战国在战争中，要尽量降低战争

的残酷性和对人类的危害性，对和平居民、战俘和战争受难者进行保护，不得危害非军事设施和破坏自然环境。

二、国际法体系的四个发展阶段及其特点

国际法体系，是某一特定的国际社会中存在的所有的国际法原则、国际法律关系和国际惯例的总和。国际法体系是继承性和阶段性的统一。一方面，国际法是在人类历史的长河中国际关系长期实践的结果，即使在不同的国际法体系中许多国际法原则也都具有永恒的意义，表现出明显的继承性，例如在战争中实行人道主义的原则，是历史上所有国际法体系的基本原则。另一方面，国际法体系又与一定的国际政治格局相联系，存在于特定的国际社会之中，国际法原则随着国际社会的进步而不断发展，有些国际法原则可能就不再适用，过时并被淘汰，国际法体系又表现出鲜明的阶段性。

国际法体系的阶段与国际政治体系发展的阶段性密切相关，实际上，国际法体系是国际政治体系的本质体现。国际法体系是对国际政治体系的法律表达，它用法律文件的形式固化国际政治体系的现实。因此，任何一个相对稳定的国际政治体系必然存在一个与此相伴的国际法体系。国际法体系的内容通常包括：第一，国际社会的基本交往规则，即国际法基本原则，它包括战争法原则和平时法原则。这些原则在古代往往以惯例形式出现，从近代以后由于国际会议或国际法学家的努力，而以国际公约或国际法规集的形式出现。国际法原则的发展反映的是国际政治的进步，在近代以来的国际法体系之间有明显的继承性；第二，国家在国际社会中的法律地位，有些国家在某一国际政治体系中占有优势地位，成为某一国际政治体系中的大国，这种地位通常被相应的国际法体系所规定。例如国联时期，英国和法国在国联中的支配地位，和联合国时期中美俄英法的大国地位，分别由国联盟约和《联合国宪章》明确加以规定。但这些法律规定是易变的，大国的

地位往往因为国家实力的相对变化而发生变化。第三，在该国际政治体系下，还存在相关国家之间双边或多边法律关系。包括各种双边或多边的条约、协定、宣言等具有约束力的法律文件。第四，国家单方面承担的国际法律义务。包括国家作出的具有法律意义的承诺、声明等。

自古至今，根据国际政治体系的发展，大致可以将国际法体系的发展分为四个大的发展阶段：古代地区性国际法体系时期；近代国际法体系时期；现代国际法体系国联时期；和联合国国际法体系时期。

古代地区性国际法体系时期，泛指近代国际法体系建立之前古代各相互孤立的地区性文明中孕育起来的国际法体系。在古代东方、古希腊、古代印度、古代非洲、古代美洲国家之间都曾形成过地区性的文明和地区性的国际社会，在许多地方都曾发展起国家间复杂的和比较稳定的国际关系规则，它们中的代表是中国春秋时期诸侯国之间的国际法体系和古希腊城邦国家之间的国际法体系。两个国际法体系恰恰代表了国际法体系的两种基本类型。在春秋时期的国际法体系中，存在着有名无实的周天子，它是国际法律体系中权威性的象征。在周王朝的法律“周礼”的基础上，发展起一套比较完善的国际法原则。周天子只不过是国际会议召集人和组织者的角色，到后期周天子的这种地位也被诸侯国中的霸主攫取。在此之前，周王朝在一个时期里的作用相当于现代国际法体系中的国联和联合国等国际组织的作用。与此形成鲜明对比的是古代希腊的国际法体系，它并不存在类似的国际组织，虽然在伯罗奔尼撒战争时期希腊世界分别形成了以雅典和斯巴达为首的两个联盟，但在两个联盟之上并没有形成统一的国际组织。因此，希腊国际法体系代表的是一种没有统一的国际组织的国际法体系形式。无论是中国，还是希腊，都没有编纂国际法的记载，可以设想古代国际法体系的主要内容是以国际法惯例的形式存在

需要全本请访问 www.ertongbook.com

的，这是这一时期国际法体系的重要特点。春秋时期的国际法体系由于中国的统一而不存在了，而古希腊也由于罗马的入侵而毁灭，东西方古代地区性国际法的繁荣时期也就结束了。

三十年战争后欧洲进入近代时期，以欧洲新兴的民族国家为主体形成了新的国际政治体系和国际法体系。我们将这一时期形成的国际法体系称为近代国际法时期，它一直持续到第一次世界大战结束。从历史延续性来看，近代国际法体系和古代地区性国际法体系之间没有直接的继承关系，但古代国际法体系的若干人道主义原则却成为近代国际法体系的重要内容。近代国际法体系开始时基本上是欧洲国家之间的国际法体系，但随着欧洲向全世界的扩张，而逐渐具有了世界性。近代国际政治体系，是强权政治盛行的时期，欧洲国家对外进行野蛮的殖民战争，欧洲国家之间则凭借势力均衡政策勉强维持国际政治的平衡，国际法主要是用来处理欧洲国家之间关系的，亚非拉国家在近代国际法体系中没有平等的法律地位。近代国际法体系是和近代欧洲三十年战争后形成的以欧洲民族国家为主体的国际政治体系相适应的。这一体系从一开始就是由韦斯特伐利亚条约确定了国际关系的基本准则、各国在国际体系中的地位以及其他双边、多边的法律关系。近代国际法体系是以法的主体民族国家、国家的完全主权和条约的约束性为基本范畴的，这与古代国际法体系以惯例为国际法的基本内容形成了鲜明的对比。在近代欧洲国际社会中，主权国家在国际体系中的地位发生过多次变化，拿破仑战争对近代欧洲国际体系的冲击最大，但近代国际法体系却在这次大规模战争中保持了下来。在整个近代国际法体系的发展中，以荷兰的格劳秀斯为代表的近代国际法学家对国际法理论的确立作出了巨大的贡献，他们的法律思想陆续被体现在这一时期签订的国际公约之中，成为有法律约束力的国际法原则。在近代国际法体系发展的后期，从1856年开始国际社会对近代以来的战争惯例以国际会议和国际

公约的形式加以编纂， 1899 年和 1907 年海牙国际会议标志着近代国际法理论体系的最高成就。第一次世界大战后，近代国际政治体系被彻底摧毁，但反映着近代国际法体系最高成就的国际法基本原则却成为一战后出现的现代国际法体系的基础。

第一次世界大战摧毁了近代国际政治体系，也摧毁了近代国际法体系生存的基础。战后签订的凡尔赛条约和作为其中一部分的国联盟约标志着现代国际法体系国联时期的开始。 1919 年国联正式成立，这是国际政治生活中的一件大事。在国联盟约中摒弃了近代欧洲势力均衡的思想，试图通过集体安全体制维持世界和平，国联就是根据这一政治思想建立起来的。在国联国际法体系中，对国家的战争权进行了限制，要求各缔约国之间的争端应该通过仲裁、调停或其他和平方式解决。国联大会、行政院和秘书处有权对危害国际安全与和平的情势进行讨论，对违反盟约的国家进行军事和经济制裁。但国联盟约存在着明显的缺陷，行政院决议全体一致原则限制了国联对危害国际和平与安全的情势作出反应的能力。美国不参加国联，一些重要国家被排斥在国联之外以及侵略国家对国联的蔑视都是造成国联失败的重要原因。国联的存在只经历了短暂的时期，事实证明国联无力制止侵略战争，国联时期只是现代国际法体系的第一个时期，第二次世界大战摧毁了凡尔赛体系，也使国联国际法体系的政治基础不存在了，战后，国际法体系进入了一个新的时期。

二战结束前在美国旧金山会议上成立的联合国，标志着国际政治和国际法体系都进入了一个新的时期。《联合国宪章》的签署奠定了联合国国际法体系的基础。根据宪章，联合国大会、安理会和国际法院等机构为联合国的主要机关。大会是联合国的立法机关。安理会的主要职权是维护世界和平。联合国安理会按照大国一致的原则形成决议，中美苏（俄）英法五个安理会常任理事国享有否决权。联合国宪章废除了国家的战争权，除自卫行动和

集体安全措施外，国家不得使用武力。宪章中还提出了和平解决国际纠纷的方法。联合国宪章也给联合国提供了更多的强制力。二战以后，许多新独立的亚非拉前殖民地国家加入联合国，成为一支新生的力量，使联合国具有了更加广泛的世界性。但联合国作为一个主权国家之间的国际组织，也具有一切国际组织的共同的缺陷，冷战时期联合国的历史表明，联合国是难以采取违背大国意愿的行动的。联合国有时还成为某些大国的强权工具，这些大国利用其所谓的“投票机器”操纵联合国以形成有利于自己的决议。事实也同时表明，联合国在维护国际安全与和平方面发挥着越来越重要的作用，联合国的理想和宪章中规定的许多原则反映了大多数国家和人民的要求。随着新世纪的到来，联合国必将对维护世界和平作出更大的贡献。

三、影响国际法发展演变的基本因素

马克思主义认为，社会意识形态的一切变化归根结底是经济基础变化的结果，国际法也不例外，其发展的基本动力是国际社会经济的发展和技术的进步。但国际法的发展也有其特点，正义战争的理论对国际法的发展有直接的推动作用。

第一，国际社会的扩大，是国际法发展的基本前提。世界发展的进程，是世界上所有国家融为一个世界性国际社会的过程。而国际社会的每一次扩大和融合，都促进了国际法的进步与发展。从历史发展来看，在几个最古老的文明发祥地中国、印度和地中海地区，最先形成了几个地区性的国际社会。中国春秋战国时期，列国纷争，各国之间会盟聘约不断，虽然这些诸侯国并不是现代意义上的国家，但它们也都有相对独立的主权，各诸侯国之间的密切交往形成了一个地区性的国际社会，也形成了许多国际交往规则。西方的情形也与此相类似，古希腊人生活在上百个城邦国家里，由于这些希腊人同血统、同宗教和同文明，这些独立的和主权的国家结合成一个地区性的国际社会。这一时期是西方古代战

争法的黄金时期。古代国际法的许多思想和原则成为近、现代国际法发展的基础。

经过中世纪的沉寂之后，从 15 世纪开始，欧洲走上了向全世界急剧扩张的道路。对殖民地的疯狂掠夺促进了西方资本主义的发展，也扩大了国际交往的领域。到 19世纪末，亚洲、非洲、美洲、澳洲大都沦为欧洲的殖民地，没有被殖民者完全控制的古老文明国家在非洲只有埃塞俄比亚，在亚洲有土耳其、中国和日本，这些国家也被迫打开大门，加入欧洲国家主导的国际社会。通过殖民战争世界开始融为一体，但殖民地与宗主国之间是没有什么平等的国际关系可言的，这一时期的国际法仍然只是适用于欧洲基督教国家之间的“欧洲国际法”。从 17 世纪中叶开始美洲殖民地爆发独立战争，产生第一个殖民地国家——美国。其后，美洲殖民地纷纷独立，在前西班牙、葡萄牙和法国的殖民地上成立了海地、墨西哥、阿根廷、巴西等 17个国家。这些前欧洲殖民地国家的加入扩大了国际社会的领域。

第二次世界大战中殖民主义势力遭到了沉重的打击，二战后，在亚非拉地区掀起了轰轰烈烈的民族解放运动，到 70年代为止世界上几乎所有的殖民地国家的人民都获得了解放，诞生了一大批新兴国家，这些国家先后以独立平等的地位全面参加了联合国的活动。从这时起，国际社会才真正摆脱了地区的局限，第一次成为世界性的国际社会。

从国际法的发展来看，虽然现代国际法源于地区性的“欧洲国际法”，却是在世界逐步融合过程中发展起来的，世界上的所有国家都为国际法的发展作出了贡献。在它们没有被接纳为国际社会的一员时，它们对国际法的贡献往往是被动的；在被纳入国际社会大家庭之后，它们对国际法的发展作出了更大的积极的贡献。现代国际法就是在人类漫长的历史的长河中，随着世界性的国际社会的形成而逐步形成的。

第二，技术进步改变了战争的形态，也促进国际战争法的发展。历史上的战争不是一成不变的，战争形态变化的基本动力是技术进步。战争法是对战争的规范，战争形态的变化影响着战争法的发展进步。

历史上每一次重大的技术进步总是最先运用于军事上，这种进步是战略战术变化的原因，也影响着人们对战争的传统观念和战争行为。例如，在《司马法》上记载：“古者，逐奔不过百步，纵绥不过三舍，是以明其礼也。不穷不能而哀怜伤病，是以明其仁也。成列而鼓，是以明其信也。争义不争利，是以明其义也”。意思是说，古时候（西周以前），追击遗逃的敌人不超过百步，追踪主动退却的敌人不超过九十里，这是为了表示礼让。不残杀丧失战斗力的敌人并哀怜其伤病人员，这是为了表示仁爱。等敌人布阵完毕再发起进攻，这是为了表示诚信。争大义而不争小利，这是为了表示战争的正义性。“明其礼”“明其仁”“明其信”“明其义”是当时的政治口号，也是当时的战争惯例。对于《司马法》上的记载，后人多有批评，意思是用“礼”来解释战术原则是不对的，认为当时的战争惯例之所以如此，是因为西周以前，军队数量不多，战争目的也很单纯，往往只要求对方屈服，交战往往是在两国交界处进行，双方各倾全力，一次交战就决定胜负。因此，没有必要进行大纵深的追击。另一方面，由于早期以车战为主，步兵为辅，密集而笨重的战斗队形，进攻速度很慢，追击自然也不会太远。而采取车战，列阵进行交战，只能是“成列而鼓”，这都是当时的军事技术水平所决定的。到春秋战国步兵和骑兵大量运用于战场，这些战争惯例就不再被人所遵守。《汉书·艺文志》上对此句话的评论是十分精到的，说：“下及汤武受命，以师克乱而济百性，动之以仁义，行之以礼让，《司马法》是其遗事也。自春秋至于战国，出奇设伏，变诈之兵并作。”春秋战国之后，由于步兵数量增多，兵器的杀伤力加大，军队的机动力提高，战

术上的灵活性也随之增高，所以就出现了“出奇设伏变诈之兵并作”的时代了。在公元前 684 年的齐鲁长勺之战中，曹刿也不遵守“成列而鼓”的战争惯例，而是在齐军第三次击鼓士气消沉之后，发起攻击取得胜利。而在公元前 638 年宋国和楚国的泓水之战中，宋襄公仍然坚持“君子不重伤，不禽二毛。古之为军也，不以阻隘也。寡人虽亡国之余，不鼓不成列。”就成为被历史嘲笑的对象了。毛泽东在《论持久战》中专门提到，“我们不是宋襄公，不要那种蠢猪式的仁义道德。”从车战到步骑作战，军事技术和战争形态都发生了巨大的变化，过去规范战争行为的战争惯例也就不起作用了，因此春秋时代的人感叹人心不古，其实这是习惯战争法发展的必然表现。

在西方，从中世纪开始，西方军事技术的发展越来越快，对战争法发展的影响也就更为明显。 11 世纪初，十字弩在欧洲重新出现。十字弩射出的箭初速很快，能穿透铠甲，形成一个很大的伤口。十字弩被认为是一种极端残酷的武器， 1139 年梵蒂冈颁布一项法令，禁止在基督徒之间的战争中使用十字弩，可是用它对付穆斯林或其他异教徒则被认为是完全合法的。这也是最早的武器限制的例子。技术的进步和武器的发展给人们提出了战争中的道德问题，人们对武器和作战方法的自觉规范也就促进了战争法的发展。

进入近代以后，军事技术的每一次重大发展都对战争法的发展起了推动作用。1863 年，俄国军队开始使用有很强杀伤力的子弹。鉴于这种子弹的残酷性，俄国陆军大臣向沙皇亚历山大建议召开国际会议，制订放弃使用所有爆炸性子弹的国际协议。亚历山大遂向与俄有外交关系的国家发出邀请，会议于 1868 年 11 月召开，在会议发表的《圣彼得堡宣言》中，首次确立了“战争的需要应服从人道的要求”的原则。鉴于四百克以下的爆炸性弹丸或是装有爆炸性的或易燃物质的弹丸无益地加剧失去战斗力的人

需要全本请访问 www.ertongbook.com

的痛苦，应禁止使用。19 世纪后期，大量的新式武器出现，在战争中限制它们的运用的问题日益突出。 1899 年第一次海牙会议，发表《禁止从气球上或其他类似方法投掷投射物和爆炸物宣言》、《禁止使用专用于散布窒息性或有毒气体的投射物的宣言》、《禁止使用在人体内易于膨胀或变形的投射物，如外壳坚硬而未全部包住弹心或外壳上刻有裂纹的子弹的宣言》，上述宣言对这些新武器和作战方法进行了限制。1907 年第二次海牙会议又对水雷、潜水艇、细菌武器的使用进行了限制。

第二次世界大战后，出现了以核、生、化武器为代表的大规模杀伤性武器，而深海海床、太空及星体都有可能成为战场，为防止这种情形的出现，1961 年 11月 24 日联合国大会通过《禁止使用核及热核武器宣言》，1972 年 4 月 10 日签订《禁止细菌(生物）及有毒武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》，1963 年 8 月 8 日《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》，1971 年 2月 11 日《禁止在海床洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》，1996 年《化学武器公约》。总之，技术的进步必然引起战争形态的发展，也推动着战争法的进步。今后，随着军事技术的不断进步，战争法将有新的发展。

第三，正义理论的发展促进了国际战争法的发展。经济发展和技术进步是战争法发展的基本动力，但战争法发展的直接动力还在于人类对于战争认识的提高，在于关于战争的正义问题的认识。人类是一种道德的动物，在社会交往中，人类不仅以满足自己的需要为标准，而且还有一种重要的行为标准，这就是道德标准。道德标准是一套价值系统，人们的一切行为都必须受到这种价值系统的评判。道德虽然不具有强制力，但道德是作用于人的灵魂的力量，是人类社会性的体现。在一个健康的社会里，法律制度往往体现了道德规范，虽然两者作用方式和强制力的来源不同，但其基本精神往往是一致的。法律的进步实际上反映的是道

德观念的变化。

国际社会作为一种社会，也存在着道德规范，虽然有人并不承认存在国际道德，但毕竟存在着某种类似于国际道德的东西。在西方，国际法学理论的一个重要流派是自然国际法学派，它强调“理性”、“正义”、“人类的法律良知”及“永恒不变的法则”为国际法的宗旨，国际道德是国际法效力的基础。和自然法学派的观点相反，实在法学派反对自然法作为国际法的基础，认为国际法的基础是国家的实实在在的行为，它主张国际条约和国际惯例才是国际法的真正渊源。格劳秀斯学派对上述观点兼收并蓄，认为国际法的效力根据有自然理性和各国的一般同意，自然法是国际法的基础，各国的“共同同意”是国际法的效力根据。从上述观点可以看出，自然法学派和格劳秀斯派都承认社会道德的作用，实在法学派虽然强调各国共同意志的作用，但不可否认的事实是无论是条约还是国际惯例，都不能不反映当时的道德水平和价值标准。而在战争中，关于战争正义性和战争行为正义性问题的理论就是这种国际道德的体现。因此，每个时代的正义理论是那一时期战争法的基础，正义理论的发展是战争法发展的直接根据。

战争正义性理论并不是一个统一而系统的理论，从古代起它就是人道主义法和弱者服从强者的政治理论的混合体。一方面，古代的许多道德理论都认为在战争中应保护弱者；但另一方面，弱者服从强者、强者对弱者拥有无限的权力也被认为是正义的。在《伯罗奔尼撒战争史》中，修昔底德给我们描述了两次围绕正义问题的辩论，今天我们读起来仍然饶有趣味。在两次辩论中，正义问题表面上是辩论的中心问题，这是国际政治斗争所使用的法律语言。

第一次辩论是伯罗奔尼撒战争开始前斯巴达和雅典人的辩论。当斯巴达的盟国科林斯控诉雅典人的蛮横侵略之后，雅典人答复说：“我们不是利用暴力取得这个帝国的，它是在你们不愿意

和波斯人作战到底的时候，才归我们的。……我们所作的没有什么特殊，没有什么违反人情的地方；只是一个帝国被献给我们的时候，我们就接受，以后就不肯放弃了。三个很重要的动机使我们不能放弃：安全、荣誉和自己的利益。我们也不是首创这个先例的，因为弱者应当屈服于强者，这是一个普遍的法则。……但是现在，你们考虑了自己的利益之后，就开始用‘是非，、‘正义’等字眼来谈论了。当人们有机会利用他们的优越势力得到扩张的时候，他们绝对不因为这种考虑而放弃的。那些合乎人情地享受他们的权力，但是比他们的形势所迫使他们作的更注意正义的人才是真正值得赞赏的。”(1)

第二次辩论是雅典人和弥罗斯人之间的辩论。弥罗斯是个岛国，是斯巴达的移民建立的国家，他们不愿意隶属于雅典，在伯罗奔尼撒战争开始时保持中立，但雅典人决心征服它。雅典人和弥罗斯人进行了辩论。

雅典人：“既然这样，我们这一方面就不愿说一切好听的话，例如说，因为我们打败了波斯人，我们有维持我们帝国的权利；或者说，我们现在和你们作战，是因为你们使我们受到了损害——这一套话都是大家所不相信的。我们要求你们一方也不要说，你们虽然是斯巴达的移民，你们却没有联络斯巴达人向我们作战；或者说，你们从来没有给我们以损害；不要妄想把这套言词来影响我们的意志。我们建议：你们应该争取你们所能够争取的，要把我们彼此的实际思想情况加以考虑；因为你们和我们一样，大家都知道，经历丰富的人谈起这些问题来，都知道正义的标准是以何等强迫力量为基础的；同时也知道，强者能够做他们有权力做的一切，弱者只能接受他们必须接受的一切。”

弥罗斯人：“那么，在我们看来（因为你们强迫我们不要为正义着想，而只从本身的利益着想），无论如何，你们总不应该消灭那种对大家都有利益的原则，就是对于陷入危险的人有他们得到

公平和正义处理的原则，这些陷入危险的人们应该有权使用那些虽然不如数学一样精确的辩论，使他们得到利益。这个原则影响到你们也影响到任何其他的人一样的，因为你们自己如果到了倾危的一日，你们不但会受到可怕的报复，而且会变为全世界引为殷鉴的例子。”

……

弥罗斯人：“那么，你们不赞成我们守中立，做朋友，不做敌人，但是不做任何一边的盟邦吗？”

雅典人：“不，因为你们对我们的敌视对我们的损害少，而我们和你们友好对我们的损害多；因为和你们友好，在我们的属民的眼光中，认为是我们软弱的象征，而你们的仇恨是我们力量的表现。……保持独立的国家是因为它们有力量，我们不去攻击他们是因为我们有所畏惧。所以征服了你们，我们不仅扩充了幅员，也增加了我们帝国的安全。我们是统驭海上的，你们是岛民，而且是比别的岛民更为弱小的岛民；所以尤其重要的是不要让你们逃脱。”(2)

在上面的辩论中，雅典人公然嘲笑正义的原则，而斯巴达人和弥罗斯人却强调正义问题的重要性。雅典人认为，正义的标准是以强迫力量为基础的，斯巴达人和弥罗斯人谈论正义问题是因为他们考虑到自己的利益，隐藏在正义问题之后的真正的考虑是国家的安全、荣誉和利益，影响国家关系的真正的因素是强力。可见，正义的观念和强力的观念都对希腊人的战争行为起作用，古代希腊的战争法就是建立在这种共同的基础之上的。在伯罗奔尼撒战争中，高举正义旗帜的国家有之，公然嘲笑正义的国家有之；遵守人道主义原则的情况有之，违反人道主义原则的情况也有之。究其原因是正义和强力的观念都在发挥作用，和国家利益冲突不大或没有冲突的时候，国家宁愿高举起正义的大旗，而在与国家利益发生冲突的时候则公然蔑视它，这在当时的国际政治中都被

认为是可以接受的。

中世纪欧洲的战争十分频繁，不仅有各国之间的战争，也有大小领主之间的私战。这一时期也是基督教在欧洲大发展的时期，中世纪的神学家用神学的眼镜观察世界，也建立战争理论。奥古斯都和托马斯·阿奎那就是经院式正义战争理论的代表人物。阿奎那在《神学大全》提出，正义战争的条件：一是“君主的授权”——这个条件是对中世纪私战的谴责；二是“正当的理由”；三是“交战者的正当意图”。即战争必须根据君主的命令进行；由于对方首先进行了不正当的行为，为对其加以惩罚，在迫不得已的情况下才允许进行战争；而且这种战争要本着促使对方改变和纠正不正当行为的精神来进行。只有具备上述条件时，战争才是正义的、被允许的。到 16 世纪末，这种理论进一步被西班牙的法规学家比托里亚、苏亚雷斯等系统化，他们认为，战争既不是一个偶然的事件，也不是一个简单的事实，而是解决国家间争论的一种真正的处理程序。要想成为正义战争，必须符合四个条件：一是正义的名义。由国家主管的权力部门宣布战争。二是正义的原因，即有建立在正义之上的理由，并有与战争造成的危害相称的理由。三是必要性，也就是说，不存在其他获得正义的手段。四是正当地进行，这种进行方式是为了准备重新恢复秩序与和平。但是这一战争正义性的理论存在着其自身难以克服的问题，交战双方可能都由君主授权，而双方都自称是为了正当的理由和正当的意图进行战争的，那么这时是否对战争双方来说都是正义的呢？为克服这一矛盾，文艺复兴时期的政治家和法学家把法规学家的理论倒了过来，提出：既然战争是必要的，那么战争就是正义的。

德国思想家们沿着上述的思路发展这一理论。十六世纪，路德在宗教改革失败之后，从对人类本质和人的根本性恶的概念出发，提出了一个著名的论断：紧迫必要时无法律。即战争是一种没有法律的状态。康德继续发展了这一观点，他认为，自由的观

念是作为行动的唯一规则而被采用，自然状态是一种战争状态，而不是一种和平状态。费希特和黑格尔也认为，武力创造法律，战争只要是符合国家利益，那就是正义的。尼采最后完成了这一理论，他断言：“一场好的战争使得一切事业变得神圣。”这种理论发展的结果是彻底抛弃了正义战争的理论，它产生了两方面的影响：

一是19世纪无差别战争观兴起。根据这种观点，在从法律角度评价战争时，不以战争的正义性或合法性作为标准，而完全从程序上确定其合法与否。这种观点认为，从对战争惯例的严格研究看来，进行战争就是行使主权，就是不承认有制约它的任何权威。如果把国际法看作是从各主权国家的惯例引出的法规，那么，原因的正当与否就不成问题，问题只在于开始和结束战争的程序规则以及进行战争的手段的合法性问题。因而，主权国家可以任意诉诸战争权，而战争法讨论的问题只是交战与中立的法规。由于交战国处于无差别的地位，第三国必须平等地、无差别地对待交战国，保持中立。无差别战争观对战争的性质不加区分，在本质上是错误的，但无差别战争观却十分强调战争手段的正义性和合法性，强调在战争中必须使用合法的害敌手段，因此，它对战争法的具体规则的发展也还是起到了促进作用的。

二是总体战思想的产生及其在法律上的深刻影响。总体战争理论是民众战争和技术发展在军事上的反映。但根据战争的无差别观和战争是一种自由的状态的理论，德国理论家和德国统帅部奉行了极其残酷的政策，1938年10月1日德军最高统帅部的备忘录指出，总体战争使得国际法的规定无效。在第二次世界大战中，交战各方抛弃了所有限制它们行动自由的法律规则，并力求最大限度地毁灭敌人。而在战争目标上则追求绝对的胜利，终止战争的法律文件上要求无条件地投降。

在无差别战争观占统治地位的同时，正义战争论并没有销声

需要全本请访问 www.ertongbook.com