



■ 余民才 著



法学理念·实践·创新丛书

国际法上自卫权 实施机制

 中国人民大学出版社

014041615

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

D992
21

■ 余民才 著



法学理念·实践·创新丛书

国际法上自卫权 实施机制



北航

C1724784

D992
21

中国人民大学出版社

· 北京 ·



北航

C1724784

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法上自卫权实施机制/ 余民才著. — 北京: 中国人民大学出版社, 2014. 4

(法学理念·实践·创新丛书)

ISBN 978-7-300-19093-8

I. ①国… II. ①余… III. ①国际法-自卫权-研究 IV. ①D992

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 056444 号

法学理念·实践·创新丛书

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

国际法上自卫权实施机制

余民才 著

Guojifa shang Ziweiquan Shishijizhi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京易丰印捷科技股份有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2014 年 5 月第 1 版

印 张 22.5 插页 1

印 次 2014 年 5 月第 1 次印刷

字 数 398 000

定 价 66.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

前 言

自卫权是国内和国际法律制度中的一项基本权利，分别称为个人自卫权和国家自卫权。在宪章国际法体制中，国家自卫权载于《联合国宪章》第 51 条。根据这个条款，国家享有行使自卫的固有权利反击武力攻击。国家固有自卫权的重要性在于，它是国家在联合国安理会武力控制机制之外单方面使用武力实施国际法、保护国家重要权利和安全的唯一正当机会，与联合国集体安全体制一起成为维护和恢复国际和平与安全的两翼。自联合国成立半个多世纪以来，各大洲发生了六十多场战争，包括在格林纳达、朝鲜、巴拿马、苏伊士运河、越南和海湾地区，以及在阿富汗和伊拉克的战争。^① 这些战争所涉国家均声称其使用武力是行使自卫权或者将自卫权作为使用武力的一个理由。

然而，国家自卫权的适用并不像其得到一致承认和广泛主张那样获得普遍共识。第 51 条是《联合国宪章》中最有争议的条款之一，其简短可数的措辞为行使自卫权留下解释和争论的弹性空间。自卫权是不受外部评价的固有权利还是基于《联合国宪章》的权利；武力攻击是引起自卫权行使的前提条件还是其中一种情况，如果是前者，什么是武力攻击，武力攻击自何时开始、如何识别；当一个国家认为自己受到武力攻击时，其行使自卫权的必要性与比例性是什么，必要性是否意味着在受到攻击时必须立即自卫反击，攻击结束后即丧失自卫的必要性，比例性是自卫反击的数量比例还是目的比例，如何判断自卫的必要性和比例性。此外，国家行使自卫权是否受安理会行使宪章权力的影响，二者是平行关系还是后者采取的集体行动终止国家的单方自卫行动；国家向安理会报告的法律性质是什么；行使集体自卫权是否需要受害国的明示请求。凡此种种，一直都是众说纷纭的问题。

^① 参见《调查自联合国成立以来爆发的战争》，A/65/196，2010-08-02。

21 世纪初国际安全局势的嬗变再次将国家自卫权推上瞩目焦点和热议漩涡。2001 年 9 月 11 日在美国发生的最严重国际恐怖主义袭击使国家首次不得不重新认识一个恒久观念,即只有国家才有能力对另一个国家进行武力攻击。诸如国际恐怖主义组织之类的非国家行为者发动的袭击是否构成引起自卫权行使的武力攻击,受害国是否可以对恐怖主义组织及其支持国或庇护国行使自卫权,支持国或庇护国必须在多大程度上卷入才能成为自卫行动的对象,这些都是颇有争论的问题。更为显著的是,国际恐怖主义与大规模杀伤性武器(即核武器、生物武器和化学武器)的结合使国家无法承受大规模杀伤性武器恐怖主义袭击的灾难性后果,面临此种威胁的国家因而是否有权在威胁正在形成时先发制人,打击恐怖主义和大规模杀伤性武器扩散,在 2002 年《美国国家安全战略》首次将先发制人确立为国家安全战略后,对于这些问题支持者、追随者与反对者之间喧嚣一时。近来因为计算机网络技术和环境安全引发的计算机网络攻击和防止环境退化以及定点清除也产生了同样的问题。

如何处理诸如上述有关自卫权行使之类的新老问题,是关乎国际法治的严肃问题,因为自卫权具有损害禁止国家间使用武力原则的潜在性质,如果其解释和适用不限于适当范围,对使用武力的禁止将变得没有意义。弗兰克曾描述这种现象:国际制度中没有一个确定的方法可以被用来判断哪些国家是侵略者,哪些国家是受害者。由于不存在客观查明事实的制度,所以自卫概念仍然是自私性和侵略性行为的一个方便盾牌。换言之,鉴于引起争端的事实不能得到令人满意的调查,《联合国宪章》第 51 条的适用正有效地并危险地变得不受节制。充满诱惑力的仍然是《联合国宪章》第 2 条第 4 款之前所设想和实施的那种局面,即先发动攻击,然后撒谎。^① 2010 年 7 月,利比亚向联合国第六十五届大会提出一个议案,要求大会考虑在其第六十六届会议期间成立一个有效的国际机制,以调查自联合国成立以来爆发战争的理由和背景,确保战争的始作俑者不会逍遥法外。^② 因此,研究国家自卫权行使的系列问题,厘清其实施框架和对新安全形势的适应性,有助于使用武力的法治化,明辨是非曲直,支持合法自卫,反对或阻止以自卫之名的非法使用武力或军事侵略。

具体就中国来说,研究自卫权行使问题的意义不言而喻。和平发展是中国长

① See Thomas M. Franck, "Who Killed Article 2 (4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States", in 64 *American Journal of International Law*, 811 (1970).

② 参见《调查自联合国成立以来爆发的战争》, A/65/196, 2010-08-02。

期的国策，自卫权也是中国宣示的国防政策。在“三股势力”危害、外国武力介入台湾问题和构筑中国军事包围圈、周边国家效仿攻击性的先发制人军事战略与加强军事结盟和提升军备的环境下，如何发挥自卫权行使在保障或恢复和平发展中的作用，中国自卫权的性质是什么，是消极被动的后发制人还是积极主动的“先发制人”，中国自卫安全政策是否也需要顺势微调，如何处理自卫权行使与和平发展的关系，是攸关中国重大安全利益与和平发展的课题。

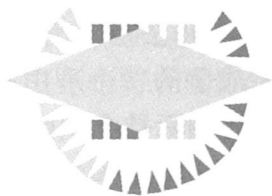
基于上述背景与初衷，本书以《联合国宪章》第51条和习惯自卫法为基础，反映最新发展，围绕制度实施与国际法治的主线，以国际判例和宪章实践为支持，以维护、促进中国和平发展与和谐世界和确立有效自卫观念为归宿，系统研究一般自卫权和中国自卫权实施的法律问题，努力提供一个自卫权行使的全景式理论与适用框架。本书由五章组成。第一章介绍自卫权的概念与特征、性质及其渊源，自卫权的历史演进与法律意义。第二章是自卫权行使的实体性规范，包括武力攻击、自卫的必要性和比例性、安理会的作用、集体自卫权以及国家责任。第三章讨论的是有关自卫权行使的程序性事项，如自卫行动的对象、地点、方式及其合法性评价。第四章探讨了自卫权在几个现实新问题中的适用性。这些问题是：预先性自卫，先发制人，武力反恐，计算机网络攻击，防止大规模杀伤性武器扩散，暗杀或定点清除，武力保护海外国民，防止环境退化，以及《联合国宪章》第51条的修改。第五章分析了中国自卫权的确立及其内容、有效自卫及其行使、中国自卫权行使与和平发展战略的关系、中国行使自卫权的实践以及现行适用自卫权的问题与完善建议。最后是整个内容的简要结论。

本书得到中国人民大学法学院中青年项目资助。

目 录

第一章	自卫权基本理论	1
	第一节 自卫权概念与特征	1
	第二节 自卫权的性质	18
	第三节 自卫法及其渊源	29
	第四节 自卫权的历史演进	36
	第五节 自卫权行使的法律意义	47
第二章	自卫权行使的实体规范	51
	第一节 武力攻击	51
	第二节 自卫的必要性与比例性	87
	第三节 安理会的作用	122
	第四节 集体自卫权	139
	第五节 国家责任	160
第三章	自卫权行使的程序规范	164
	第一节 自卫权行使的对象	164
	第二节 自卫权行使的地点	169
	第三节 自卫权行使的武力形式	175
	第四节 自卫权行使的合法性判断	181
第四章	自卫权行使的新问题	196
	第一节 预先性自卫	196
	第二节 先发制人	202
	第三节 武力反恐	221
	第四节 计算机网络攻击	240
	第五节 防止大规模杀伤性武器扩散	249

	第六节 暗杀	261
	第七节 武力保护海外国民	273
	第八节 防止环境退化	286
	第九节 《宪章》第 51 条的修改	292
第五章	自卫权行使与中国和平发展	296
	第一节 中国自卫权的确立与内容	296
	第二节 中国行使自卫权的实践	305
	第三节 中国自卫权适用机制的完善	337
结 论		343
参考文献		346



国际法上自卫权实施机制

第一章 自卫权基本理论

第一节 自卫权概念与特征

一、自卫权概念起源及其相关概念

国际法上的自卫权概念起源于个人之间的关系。在国家形成之前，人们生活在自然状态之中，它们的一切权力和管辖权是相互的，且是自由平等的。但是，人们行使自由并非没有任何限制，自然法并没有赋予人们毁灭他人及其财产的自由。如果有人违反了这种限制，就应当承担剥夺他人生命或财产的惩罚。由于人们没有伤害他人的权利，且不存在市民政府来保证这种遵守，因此人们有权对威胁进行自卫。^① 这种个人自我保护的权利观念为国家法律所承认，成为国内法、特别是刑法的一部分。在 1837 年“卡罗林案”中，英国驻美特别公使阿什伯顿

^① 参见 [英] 约翰·洛克：《政府论》（下篇），5~12 页，北京，商务印书馆，1964。

勋爵在回复美国国务卿韦伯斯特的信中说：“自卫……为明文规范个人之间地位和关系的所有法典所承认。”^① 在国际法上，个人自卫权概念从一开始就被移植到国家之间的关系中，成为正义战争的一个理由。^② 因为国际社会与自然状态是相类似的，自然法也就可以适用于国际社会中的国家。也就是说，国家没有侵犯他国的自由和权利。如果一个国家进攻他国，后者有权行使自卫权保护自己。^③

但是，在诉诸战争被视为所有国家的自由的时代，自卫并不是一个法律概念，而只是使用武力的一个政治借口。阿雷查加指出：“直到禁止战争之前，出于绝大多数的意图和目的，自卫不是一个法律概念而仅仅是使用武力的借口。”^④ 只有在废除发动战争的普遍自由时，自卫才在国际法上成为一项具有重要意义的权利，对自卫进行法律规范的需求才凸显出来。事实上，自卫权概念在国际法上的发展是与废弃战争和禁止使用武力或武力威胁相伴而行的。只是在普遍禁止使用武力或武力威胁成为一项国际法基本原则时，自卫权概念才获得了完整的法律意义。

什么是自卫权，没有一个确定的含义，其范围随时间而不同。一般来说，定义自卫权有两种方式。一种是借助“卡罗林原则”来描述。比如，《国际法百科全书》将自卫定义为：“美国和英国 1841 年 4 月 24 日因为卡罗林事件互换信函所表达的自卫规则。”^⑤ 这种定义方式在 20 世纪 90 年代似乎尤为盛行。1991 年由联合国教科文组织资助的一部国际法著作认为，《联合国宪章》（以下简称《宪章》）第 51 条的自卫权包括“卡罗林原则”，该原则涉及允许一个国家对攻击予以反击。^⑥ 同样，国际法经典名著《奥本海国际法》第九版也采用这种模式，认为“自卫权的基本要素是由 1837 年卡罗林事件所界定的”^⑦。另一种是剥离“卡

① Letter from Lord Ashburton to Mr. Webster, Washington 28 July 1842, available at http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#ash1, 2009-12-14.

② See D. W. Bowett, *Self-Defense in International Law*, Fredrick A. Praeger, 1958, p. 4.

③ See Hedley Bull, *The Anarchical Society: a Study of Order in World Politics*, New York: Columbia University Press, 1977, p. 48.

④ E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, in 196 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 96 (1978).

⑤ Clive Parry Et. Al. Eds., *Encyclopedic Dictionary of International Law*, Cambridge University Press, 1988, p. 361.

⑥ See Ronald St. John Macdonald, “the Use of Force by States in International Law”, In Mohammed Bedjaoui Ed., *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO, 1991, pp. 717, 721.

⑦ Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts Eds., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. 1, Longman, 1992, p. 420.

罗林原则”背景，予以概括性定义。凯尔森可称为这方面的代表，他把自卫权视为一国使用武力反抗外来非法攻击而保护自己的权利。^① 有些学者援引了这种定义方式。比如，丁斯坦认为，自卫是指符合国际法规定的条件的，针对先前的非法使用武力或至少是武力威胁而作出的合法使用武力行为。^② 王铁崖指出，自卫权是国家对于任何外国的进攻、侵犯和侵略以武力予以抵抗和反击的权利。^③

将“卡罗林原则”作为定义自卫权的核心要素所隐藏的真实目的是规避《宪章》第51条的武力攻击条件，将自卫权扩大到所谓预先性自卫、甚至先发制人自卫。这种潜在扩大国家单方面使用武力的做法不符合《宪章》禁止使用武力原则的主旨。上述第二种定义方式是适当的，据此可以将自卫权理解为国家使用武力反击外来武力攻击以保护自己的自然权利或固有权利。这个定义包含以下四层意思：

第一，它是国家本身所具有的权利。因此，国家行使自卫权无需一个外部法律权威的授予，既可以单独进行，也可以集体进行。单独行使的称为单独自卫权，集体行使的称为集体自卫权。

第二，它是外来武力攻击引起的，不构成武力攻击的使用武力或不具有“涉外性”的内部攻击不引起国际法上的自卫权。国际法院2004年“在被占领巴勒斯坦领土构筑围墙的法律后果”咨询意见（以下简称以色列围墙咨询意见）中拒绝了以色列修建隔离墙的自卫主张，指出国家对以自卫作出反应的行动必须是从该国之外发动的。^④ 依据《宪章》第2条第7款，一个国家内的非国家实体原则上不受安理会管辖，不受第51条规范。也就是说，自卫权不适用于诸如内战之类的国内冲突。或者换言之，在一个国家内部，竞争性政府一方向另一方或者政府军与反政府军之间发动的攻击不构成引起国际法上自卫权的武力攻击。

然而，安理会1950年第82号决议在序言中提到“朝鲜部队对大韩民国施行武装攻击”^⑤。这里“武装攻击”词语似乎意味着，一个国家内对立的一方武力进攻另一方构成第51条特有的“武力攻击”，因而引起被攻击一方的自卫权。2008年欧洲联盟理事会建立的关于格鲁吉亚冲突的独立国际事实调查团发表的报告则明确认为，一个国家内冲突一方向另一方发动的攻击引起受攻击一方的自

① 参见[美]汉斯·凯尔森著：《国际法原理》，王铁崖译，51页，北京，华夏出版社，1989。

② See Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2d Ed., Grotius Publications, 1994, p. 175.

③ 参见王铁崖：《王铁崖文选》，463页，北京，中国政法大学出版社，1993。

④ See Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004 (hereinafter the Israeli Wall advisory opinion), *I. C. J. Reports* 2004, p. 194, para. 139.

⑤ S/RES/82 (1950) .

卫权。根据该报告,由于格鲁吉亚、俄罗斯、南奥塞梯、北奥塞梯和阿布哈兹之间所订立的三个不同和平协定^①提到禁止使用武力,所以,《宪章》第2条第4款和第51条适用于格鲁吉亚与南奥塞梯之间的关系,虽然南奥塞梯不是一个国家。南奥塞梯在2008年8月8日之前攻击格鲁吉亚村庄的行为构成第51条的武力攻击。而格鲁吉亚2008年8月7日发动的攻击不是自卫,而是武力攻击,南奥塞梯为反击该攻击在至2008年8月12日所采取的军事行动是自卫。^②

但是,安理会在朝鲜内战中使用武力攻击概念并非表示这个概念将产生它本来应该具有的法律后果,因为第82号决议没有提到《宪章》第51条或自卫权,反而断定朝鲜的“武装攻击”“构成和平之破坏”。显然,安理会只是将“武装攻击”视为“和平之破坏”的性质,从而为它授权集体行动奠定基础。事实上,安理会第83号决议和第84号决议都涉及联合国集体行动。^③关于格鲁吉亚冲突的独立国际事实调查团的上述观点是很有疑问的,因为《宪章》第2条第4款适用于国与国之间的国际关系,格鲁吉亚与作为其一部分的南奥塞梯之间的关系不是这种关系。第51条适用于遭受武力攻击的“国家”,而非非国家实体。该条虽然没有排除非国家实体能够发动武力攻击的可能性,但是,武力攻击必须来自于一个外国。南奥塞梯的攻击显然不是来自外国的攻击。况且,明文提及禁止使用武力的只有1994年协定和1996年备忘录,且没有任何一个协定提到《宪章》第2条第4款。^④再者,如果南奥塞梯进攻格鲁吉亚村庄构成武力攻击,那么格鲁吉亚8月7日的攻击就是自卫,南奥塞梯的回击就不是自卫。因为冲突中的双方不可能都是自卫,循环自卫在国际法上是不存在的。

第三,它是指采取武力对抗措施的权利,因而行使这种权利是指主张国采取的某种军事行动,这有别于在执法中使用武力(如行使紧追权)和非武力的反报、国家责任法中的反措施以及世界贸易组织法中的报复或交叉报复。

① 即1992年格鲁吉亚与俄罗斯之间关于解决格鲁吉亚与奥塞梯冲突的原则协定(索契协定),1994年格鲁吉亚、俄罗斯、南奥塞梯和北奥塞梯之间关于进一步发展格鲁吉亚与奥塞梯冲突和平管理进程和联合控制委员会的协定,以及1996年格鲁吉亚、南奥塞梯和北奥塞梯之间关于在格鲁吉亚与奥塞梯冲突方之间采取必要措施确保安全及增强互信备忘录。

② See the Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Volume II, September 2009, pp. 229-251, 262-263.

③ See S/RES/83 (1950), S/RES/84 (1950) .

④ See James A. Green and Christian Henderson, "The Jus ad Bellum and Entities Short of Statehood in the Report on the Conflict in Georgia", in 59 *International & Comparative Law Quarterly*, pp. 132-135 (2010) .

第四,它是一种以武力手段解决争端的权利,因而与和平解决争端手段相比,行使自卫权实际上是指使用武力强制解决争端。

为进一步理解自卫权概念,还有必要区分与之相关的如下几个概念:

(1) 自保。自保是一个比自卫要宽泛得多的概念,指国家在必要时为了维护自己的生存而对没有违反任何国际义务的国家所采取的武力行动。在1920年以前,自卫与自保没有严格的区分,往往作为同义词交互使用。^①即使在当代,有学者仍然持这种看法。^②但是,这两个概念实际上是有区别的。自卫以武力攻击为前提,自保则没有这样的限制。这一点在布赖尔利引证的一个1884年英国案例中有形象说明:一艘装载着两个大人和一个小孩的小船受到风暴袭击在海上漂流。数天过后,他们所有的食品和淡水都已耗尽。于是,两个大人杀了小孩,并将他吃掉。后来这两个大人被控犯谋杀罪,尽管陪审团认为这三个人在那种情况下都可能饿死,除非一个人被其他人杀了吃掉。显然,虽然这两个大人的动机是自保,但明显地不是自卫。因为不存在使他们必须保护自己免于受到伤害的攻击,他们对于一个既没有攻击也没有威胁他们的小孩使用了武力。^③

对于自保的法律地位,传统国际法往往将它视为国家的一项基本权利。然而,在现代国际法上,由于国家领土不可侵犯和禁止使用武力或武力威胁国际法基本原则的确立,自保再也不能援引为侵犯行为的合法理由。“自保不是一种法律权利,只是一种本能。”^④在“科孚海峡案”中,国际法院指出,英国海军在阿尔巴尼亚领水内的扫雷行动,不能以行使自保或其他理由而被认为是正确的。^⑤《奥本海国际法》也说,如果每个国家都有自保权,那么它们就将有“允许、容忍和承受”在行使该权利时对它们所作违反行为的义务。然而,这种义务

① See Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, 1981, pp. 42-45, 240.

② See Ziyad Motala and David T. Butleritchie, “Self-Defense in International Law, the United Nations, and the Bosnian Conflict”, in *57 University Of Pittsburgh Law Review*, 14 (1995).

③ See Stanimir A. Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 24.

④ J. L. Brierly, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, 2nd ed., Clarendon Press, 1936, p. 256.

⑤ See *Corfu Channel case (UK v. Albania)*, Judgment of April 9th, 1949, *I. C. J. Reports* 1949, p. 35.

不存在。相反，国家可以对“以自保采取的行动”给它们所作的违反行为予以反击。^①

(2) 自助。自助是一个国家对另一个国家直接针对它先前不友好或不合法行为所采取的行动。由于国际社会不存在执行法律的中央权力机关，自助被认为是国家保护自己法律权利的一种手段。自助可采取多种形式，可以是非武力措施，也可以是武力措施。前者如反报、经济制裁和断绝外交关系，后者如和平封锁、海军示威和军事报复。通常认为，自卫是自助这个宽泛概念的一个组成部分，是一种可允许的“武力自助”形式。^②但是，自卫与自助是有区别的。自卫的性质是防御性的，其功能是维持或恢复原有法律现状。而自助在性质上是救济性的或抑制性的，其功能是采取救济或压制措施以使法律权利得到实施。在执法职责受集体机关某种程度控制的法律制度中，国家可能不被允许单独采取在某种程度上涉及使用武力的自助措施，而只允许它们以自卫保护自己的权利。事实上，根据《宪章》第51条，自助是被禁止的，而自卫则是可允许的。^③克雷洛夫法官在“科孚海峡案”的不同意见中说：“所谓自助权，也就是曾经为许多德国学者所支持的危急情况法，不能再援引了。它必须被视为已经过时。以这种方式使用武力或武力威胁是为宪章（第2条第4款）所禁止的。”^④

(3) 危急情况。危急情况或必要性是使用武力法与国家责任法共有的概念，使用武力法上的危急情况是指一个国家面临不得不对入侵者使用武力的极端危险的情况，国家责任法上的危急情况则是指一个国家为保护受某种严重而迫切危险威胁的基本利益所采取的唯一手段的那种情况。在国家责任法领域，与危急情况有关的条件与自卫的那些条件相似，因为“唯一手段”和“严重而迫切危险”概念意味着自卫的必要性和比例性条件。然而，自卫不同于危急情况。它是一种权利，而不仅仅是一种解除行为不法性的正当理由。即使在后者意义上，二者仍然有区别。危急情况独立于受影响国家的先前行为，是一种非武力行为。自卫则源于受影响国家的先前行为，是一种武力行为。

① 参见[英]劳特派特修订：《奥本海国际法》，王铁崖、陈体强译，上卷，第一分册，224页，北京，商务印书馆，1981。

② See Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, fourth edition, Cambridge University Press, 2005, p. 176.

③ See D. W. Bowett, *Self-Defense in International Law*, 1958, p. 11.

④ Dissenting opinion by Judge Krylov, the Corfu Channel Case, *I. C. J. Reports* 1949, p. 77.

在使用武力法领域,自卫与危急情况或必要性密切联系。在韦伯斯特时代,必要性是与自卫放在一起使用的,有时甚至被用作自卫和自保的同义词。^①在当代反恐战背景下,有些学者仍然把它视为使用武力的一个合法理由。但是,危急情况不等于自卫。现代国际法允许合法使用武力的是自卫,不是危急情况。有关国际义务明示或默示地规定了不得援引危急情况的各种状况。例如,适用于武装冲突的某些人道主义公约明确规定不得援引军事危急情况。因此,如果援引自卫不能证明一国使用武力的合法性,那么危急情况也不能解除其行为的非法性。^②

(4) 预先性自卫 (anticipatory self-defense)、先发制人自卫 (preemptive self-defense) 和预防性自卫 (preventive self-defense)。这三个概念没有准确的定义,为不同学者以不同方式使用。有些区分了这三个概念^③,有些则交替使用这几个概念^④;有些区分了预先性自卫与先发制人自卫^⑤,有些却视它们为同义词^⑥;有些将预先性自卫视为种概念,先发制人自卫与预防性自卫视为它的两个属概念^⑦,有的则将先发制人视为一个宽泛意义的概念,包括预先性自卫和预防性自卫^⑧;有些将预先性自卫与预防性自卫视为同义词^⑨,有的则予以区别对待。^⑩然而,使用这些概念的学者都将它们作为一种方法,以区分不同形式的自

① See Timothy Kearley, "Raising the Caroline", in 17 *Wisconsin International Law Journal*, 333-334 (1999) .

② See Ian Johnstone, "The Plea of 'Necessity' in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism", in 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 378 (2005) .

③ See Terry D. Gill, "The Temporal Dimension of Self-Defense: Anticipation, Pre-emption, Prevention and Immediacy", in *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, edited by Michael Schmitt and Jelenā Pejic, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 115.

④ See Jorge Alberto Ramirez, "Iraq War: Anticipatory Self-Defense or Unlawful Unilateralism?" in 34 *California Western International Law Journal*, 14 (2003) .

⑤ See Olaoluwa Olusanya, *Identifying the Aggressor under International Law: A Principles Approach*, Peter Lang, 2006, p. 128.

⑥ See Kalliopi Chainoglou, *Reconceptualising the Law of Self-Defence*, Athens: Ant. N. Sakkoulas, 2008, p. 324.

⑦ See Efraim Inbar, "The 'No Choice War' Debate in Israel", in 2 *Journal of Strategic Studies*, 35 (1989) .

⑧ 参见黄瑶:《国际反恐与先发制人军事行动》,载《法学研究》,2006(1)。

⑨ 参见丁成耀:《对国际法上“自卫权”的探讨——兼评美国发动伊拉克战争的“自卫”理由》,载《法制与社会发展》,2003(4)。

⑩ 参见吴慧:《从国际法角度析“先发制人”战略》,载《国际关系学院学报》,2004(2)。

卫行动的时间性质。^①

预先性自卫自 20 世纪 60 年代起成为一个颇具争议性的概念,一般认为起源于“卡罗林案”。所以,对它的通常理解是指一个国家对尚未发动却即将发动的活跃迫近武力攻击威胁使用武力。^②就作为对迫近武力攻击威胁的反应而言,预先性自卫是第 51 条中的自卫。也正是在这个意义上,预先性自卫被许多学者接受为合法。但是,预先性自卫不是一个普遍接受和公认的概念,反对者至少与支持者一样多。^③无论“卡罗林案”还是第 51 条,都没有提到“预先性”词语。实际上,在旧金山会议上,“谈判代表有意地关闭了任何声称‘预先性自卫’的大门”^④。在国家实践上,很少有国家公开将预先性自卫作为官方政策,提出这种主张的主要是美国和以色列。虽然 2004 年联合国高级别小组关于《一个更安全的世界:我们的共同责任》报告和 2005 年联合国秘书长《大自由》报告都提到了预先性自卫概念,但是,2005 年联合国首脑峰会并没有对预先性自卫的可适用性达成共识。

先发制人自卫是美国前总统乔治·布什(小布什)在 2002 年首次确立为美国国家安全政策的,意指美国将对正在形成、但尚未构成迫近攻击的威胁使用武力。这种所谓的自卫完全是预防性的,因此与所谓的预防性自卫概念属于同义词。无论预先性自卫还是先发制人自卫或预防性自卫,它们都不是《宪章》第 51 条的自卫。联合国高级别小组明确指出,预防性军事行动属于安理会的职权范围,不属于无须安理会同意的自卫行动。^⑤

(5) 报复。报复是指一个国家例外地被准许以强迫另一个国家同意接受由于其自己的国际不法行为所产生的争端的满意解决,而对后一个国家所采取的有害

① See Christian Henderson, “The 2010 United States National Security Strategy and the Obama Doctrine of ‘Necessary Force’”, in 15 *Journal of Conflict & Security Law*, 406–407 (2010).

② See Kalliopi Chainoglou, *Reconceptualising the Law of Self-Defence*, Athens: Ant. N. Sakkoulas, 2008, p. 75.

③ See Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, 2004, pp. 146–147.

④ Thomas M. Franck, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge University Press, 2002, p. 50.

⑤ See Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2004, paras. 188–190.

的、否则是国际非法的行为。^①它是与国际法一样古老的一个概念，源于公平观念，即如果一个人受到另一个人非法行为的伤害，那么受害者有权对非法行为者采取救济措施。实际上，在国家主张把正式的报复权作为国际法上外交政策的一项工具之前，它就是中世纪时期个人的一项权利。^②报复有多种形式，通常涉及的是使用武力的报复。这种报复可分为和平报复与战时报复。和平报复即通称的武装报复，是宪章时代讨论的报复形式。

在《宪章》之前，报复被视为传统国际法上一种合法的自助、部分执行与实施的形式，其价值在于可能获得救济而不造成正式的战争状态。^③通常认为，只要满足如下条件，报复就是合法的：（1）针对先前违反国际法的行为；（2）要求未得到满足；（3）使用武力与违法行为成比例。^④但是，《宪章》的产生从根本上改变了报复的法律现状。《宪章》禁止国家在其国际关系中使用武力，要求它们和平解决争端，并提供了几个常设机制，如联合国大会、安理会和国际法院。因此，在宪章国际法上，涉及使用武力的报复是不必要的和被禁止的。然而，报复概念并没有完全消失，它继续在自卫的名义下存在。武装报复就被视为第51条所允许的一种自卫形式，丁斯坦称之为防御性武装报复。^⑤

自卫是一种自助形式，与传统意义上的报复具有一些相同点，如国际不法行为的先决条件、和平解决无效以及行动的比例性反应。^⑥但是，武力报复不是自卫，自卫也不包括武力报复。联合国实践表明，武装报复是违反《宪章》的。大会和安理会多年来通过了无数谴责与《宪章》不相符合的武力报复的决议。最显著的是1970年《国际法原则宣言》规定，国家有义务避免使用涉及使用武力的报复行动。国际法委员会在其编纂工作中也完全区分了武力报复和自卫概念。^⑦国际法院在“科孚海峡案”和“在德黑兰的美国外交和领事人员案”（下称德黑

① 参见[英]劳特派特修订：《奥本海国际法》，王铁崖、陈体强译，下卷，第一分册，95页，北京，商务印书馆，1981。

② See Michael J. Kelly, "Time Warp to 1945-Resurrection of The Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law", in 13 *Journal of Transnational Law & Policy*, 4 (2003).

③ See Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, p. 220.

④ See Michael J. Kelly, "Time Warp to 1945-Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law", in 13 *Journal of Transnational Law & Policy*, 9 (2003).

⑤ See Yoram Dinstein, *War, Aggression And Self-Defence*, fourth edition, pp. 221-231.

⑥ See Stanimir A. Alexandrov, *Self-Defense against the Use of Force in International Law*, 1996, pp. 17-18.

⑦ See Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 3d ed., 2001, p. 198.