

利比亚危机与国际法上 不使用武力原则的新近发展^{*}

黄 韬^{**}

沈 伟^{***}

目次

- 一、利比亚危机与联合国的介入
- 二、武力解决利比亚危机的国际法分析
 - (一) 人道主义干涉与联合国安理会的职能边界
 - (二) 对安理会政治决议进行合法性评判的必要性
 - (三) 对安理会第 1973 号决议中“一切必要措施”措辞的理解
- 三、透过利比亚危机解读国际法上不使用武力原则的新近发展
 - (一) 不使用武力的国际法原则与频繁使用武力的国际社会现实
 - (二) 联合国集体安全体制与不使用武力原则的发展
 - (三) 前瞻：不使用武力原则是否需要修正
- 四、一些初步的结论

关键词 安理会决议 不使用武力原则 人道主义干涉

兵者，国之大事，死生之地，存亡之道，不可不察也。——孙子^{〔1〕}

人间正道是沧桑。——毛泽东^{〔2〕}

^{*} 本文初稿完成于 2011 年 7 月。
^{**} 上海交通大学法学院副教授、法学博士。
^{***} 上海交通大学法学院教授、法学博士。作者感谢匿名评审人有益的建议，以及上海市教育委员会东方学者项目和上海交大校际国际合作资助专项(项目编号：2012-1.5.3.22)的资助。

〔1〕《孙子兵法》计篇。
〔2〕毛泽东：《七律·人民解放军占领南京》。

一、利比亚危机与联合国的介入

2011年年初,弥漫于北非西亚诸多国家内部的不安定因素开始向利比亚扩散。当年2月16日,利比亚多个城市开始出现抗议活动,要求卡扎菲当局下台,抗议活动随后波及首都的黎波里。在一系列的抗议活动中,游行示威者与利比亚安全部队发生了激烈冲突。2月22日,阿拉伯国家联盟决定暂停利比亚参加阿盟及其所有附属机构会议的资格,直至其对本国人民的诉求予以回应。鉴于局势动荡,多国开始紧急撤离在利比亚人员。^{〔3〕}

2月26日,联合国安理会第6491次会议一致通过了关于利比亚问题的第1970号决议,^{〔4〕}该决议在序言部分使用了如下措辞:

严重关切阿拉伯利比亚民众国局势,谴责暴力和对平民使用武力,

斥责严重、有系统地侵犯人权,包括镇压和平示威者,对平民死亡深表关切,并明确反对阿拉伯利比亚民众国政府最高层煽动对平民的敌意和暴力行为……

认为目前在阿拉伯利比亚民众国发生的针对平民人口的大规模、有系统的攻击可构成危害人类罪……

很明显,安理会在一定程度上已经把利比亚的国内局势界定为一种人道主义性质的危机,进而为包括联合国集体安全机制的介入和国际法的适用提供了一种事实认定上的依据。为此,第1970号决议要求各会员国“根据《联合国宪章》第七章采取行动,并根据第四十一条采取措施”,具体包括:要求立即停止暴力;^{〔5〕}敦促利比亚当局保持最大克制,尊重人权和国际人道主义法;^{〔6〕}决定把2月15日以来的利比亚局势问题移交国际刑事法院检察官;^{〔7〕}对利比亚实行武器禁运、禁止利比亚领导人卡扎菲及其家庭主要成员出国旅行、冻结卡扎菲和相关人员的海外资产^{〔8〕}等。

3月1日,联合国大会以协商一致的方式通过决议,中止利比亚的联合国人权理事会成员国资格。这是联合国大会首次中止人权理事会某一成员国的资格。3月12日,阿盟在开罗召开成员国外长紧急会议,决定促请联合国安理会采取行动在利比亚设立禁飞区。

3月17日,联合国安理会第6498次会议以10票赞成、5票弃权的投票结果通过第1973号决议,^{〔9〕}“谴责利比亚当局未遵守第1970号决议,严重关切局势恶化、暴力升级和平民伤亡严重,重申利比亚当局有责任保护利比亚民众,重申武装冲突各方负有采取一切可行步骤确保平民受到保护的首要责任,谴责严重、有系统地侵犯人权,包括任意拘留、强迫失踪、酷刑和即决处决”。决议的核心内容是“授权……会员国,采取一切必要措施……以便保护阿拉伯利比亚民众国境内可能遭受袭击的平民和平民居住区,包括班加西,同时不在利比亚领土的任何地方派驻任何形式的外国占领军……”^{〔10〕}以及“决定在阿拉伯利比亚民众国领空禁止一切飞行,以帮助保护平民”。^{〔11〕}

〔3〕 参见《背景资料:今年以来利比亚局势大事记》,载新华网,2011年3月20日。见 http://news.xinhuanet.com/world/2011-03/20/c_121208375.htm,最后访问时间 2012-06-17。

〔4〕 U.N. Doc. S/RES/1970(2011).

〔5〕 Ibid, at para 1.

〔6〕 Ibid, at para 2.

〔7〕 Ibid, at para 4.

〔8〕 Ibid, at para 9-19.

〔9〕 U.N. Doc. S/RES/1973(2011).

〔10〕 Ibid, at para 4.

〔11〕 Ibid, at para 6.

第 1973 号决议通过的次日,旨在落实联合国安理会关于利比亚的决议问题会议在法国首都巴黎举行。阿拉伯国家联盟、欧盟等地区组织负责人及多国领导人与会。与会各方敦促利比亚立刻停火,否则有关各方将动用包括军事手段在内的一切方式迫使决议得到落实。会议结束之后仅数小时,北约国家即开始以军事打击的方式执行安理会第 1973 号决议。法国的战机于当地时间 19 日晚上开始对卡扎菲军队的一部军车开火,这也使得法国成为第一个对卡扎菲进行军事攻击的国家。^[12]此后,当天部署在地中海的美军和英军军舰与潜艇至少向利比亚政府军的防空设施发射了 110 枚“战斧”巡航导弹。^[13]由此,以武力干预的方式解决利比亚问题已不可避免。在此过程中,参与对利比亚军事打击的国家除了英、美、法之外,还有加拿大、意大利、比利时、荷兰、丹麦、挪威、卡塔尔、阿联酋等国。^[14]

现在看来,虽然利比亚危机以卡扎菲政权的倒台告终,但毫无疑问的是,联合国的介入,尤其是安理会通过的 1973 号决议,在利比亚局势的演进中发挥了重要作用。由于 1973 号决议将利比亚国内局势定性为受国际法规制的事件,为安理会实施集体武力干涉(collective use of force)^[15]提供了依据,可以说 1973 号决议在某种程度上丰富了现行国际法规范和实践。以此为线索,本文第二部分重点讨论 1973 号决议在联合国宪章规制使用武力的制度性框架中的定位,并从国际法角度评价该决议的性质。第三部分则进而讨论国际法上不使用武力原则的新近发展。由于利比亚危机不仅触及了禁止使用武力原则,而且和在此之前的联合国几次授权使用武力一样对制度设定及现实提出了挑战,为此文章的第三部分将着重探讨这些挑战。

二、武力解决利比亚危机的国际法分析

(一) 人道主义干涉与联合国安理会的职能边界

尽管安理会第 1973 号决议得以通过,但是观察这一决议的通过过程,期间并非没有出现反对的观点和声音,^[16]包括五大常任理事国中的俄罗斯和中国在内的五个国家投了弃权票即是这种分歧的表现。在国际法层面,这一决议的法理基础受到了不少的质疑甚至指责,认为安理会并没有权力针对利比亚这一主权国家的内部事务授权其他会员国采取强制性的措施,违反了习惯国际法和《联合国宪章》所确认的国家主权原则。^[17]

[12] 参见吴辛欣:《法国战机已在利比亚进行 4 次军事打击行动》,载新浪网,2011 年 3 月 20 日。见 <http://news.sina.com.cn/w/2011-03-20/080622147390.shtml>,最后访问时间 2012-06-17。

[13] 参见《英美军队向利比亚发射 110 余枚导弹》,载新浪网,2011 年 3 月 20 日。见 <http://news.sina.com.cn/w/2011-03-20/051022146767.shtml>,最后访问时间 2012-06-17。

[14] 参见《已有 10 国确认参与对利比亚军事行动》,载新浪网,2011 年 3 月 20 日。见 <http://news.sina.com.cn/w/2011-03-20/144022148318.shtml>,最后访问时间 2012-06-17;参见《卡塔尔、阿联酋参与针对利比亚军事行动》,载中国新闻网,2011 年 3 月 21 日。见 <http://www.chinanews.com/gj/2011/03-21/2920313.shtml>,最后访问时间 2012-06-17。

[15] 单边和集体使用武力的区别不在于实行武力干涉的国家数目,而在于后者是由一个国际组织出于国际社会的利益而做出的决定。Martin Dixon, *Textbook on International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 309.

[16] James Blitz, “Wider Campaign in Libya Opposed by Majority in Europe and the US”, *Financial Times*, June 21, 2011, 2.

[17] Alexander Mezyaev, “U. N. Resolutions 1770 & 1973 Breach International Law”, at <http://alexandravaliente.wordpress.com/2011/03/20/u-n-resolutions-1770-1973-breach-international-law-nations-seeking-to-protect-libya-should-ignore-them/>.

对安理会 1973 号决议的合法性质疑集中体现为这样一种认知和判断:此次利比亚的情势并不涉及该国对其他国家的侵略或非法使用武力(区别于 1990 年伊拉克入侵科威特以及此后的安理会第 678 号决议);也不涉及利比亚政府对恐怖主义活动的支持(区别于美国在 2001 年“9.11”事件之后对阿富汗动武以及安理会当年通过的第 1368 号和第 1373 号决议);同时也与国际政治活动中部分国家基于“预防性自卫”(preventive self-defense)或“先发制人的自卫”(preemptive self-defense)^[18]的理由而单方面采取武装行动的情况明显不同(区别于美国在 2003 年以伊拉克拥有大规模杀伤性武器为由而对其发动战争)。相反,安理会第 1973 号决议针对的在利比亚发生的各种冲突性事件原本均为该国的内部事务,并未对任何国家,包括主张采取和使用武力措施的北约国家自身的安全构成任何实质性的影响。在这种情况下,基于《联合国宪章》第 2(7)条“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件,且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决”的规定,基于处于国际法核心地位的“不干涉内政原则”,安理会无权对一个主权国家的内部事务采取某种强制性措施。^[19]

然而,以该“内政说”为基础而对安理会第 1973 号决议的法理依据提出的质疑并不能得到现时国际法的支持,同时也与国际法的发展趋势不相容。

二战之后形成的以联合国为中心的国际体制很大程度上是构建于《联合国宪章》第 2(4)条不使用武力基本原则之上的。该条款要求“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立”。不同于此前的国联《盟约》,^[20]《宪章》对于国际争端中武力的使用,持有的是全面且无条件禁止的态度,试图寻求宣告战争为非法,^[21]只对该条法律规则留下了有限的例外情形。^[22]除了基于自卫而使用武力之外,《宪章》第 2(4)条的一项最重要的例外就是安理会可以根据《宪章》第 39 条对“任何和平威胁、和平之破坏或侵略行为”建议或抉择使用武力,“以维持或恢复国际和平及安全”。法律依据即是《宪章》第 42 条的“安全理事会如认第 41 条所规定之办法为不足或已经证明为不足时,得采取必

[18] “预防性自卫”或“先发制人的自卫”在国际法上是一项有争议的命题,学者们也莫衷一是。Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 230-233.

[19] 关于这种态度可参见《多国反对西方干涉利比亚内政,呼吁结束军事行动》,载新华网,2011 年 3 月 23 日,见 http://news.xinhuanet.com/world/2011-03/23/c_121220819.htm,最后访问时间 2012-06-17;《印度反对多国空袭利比亚,称西方无权干涉利内政》,载中国日报网,2011 年 3 月 22 日,见 http://www.chinadaily.com.cn/hqgj/2011-03/22/content_12210989.htm,最后访问时间 2012-06-17;《阿尔及利亚执政党总书记声明反对他国干涉利比亚内政》,载网易新闻,2011 年 3 月 25 日,见 <http://news.163.com/11/0325/10/7003IHGS00014JB5.html>,最后访问时间 2012-06-17。

[20] “国联并未全面禁止以战争解决国际争端,只规定在一定时间内、一定条件下不得从事战争。”王铁崖主编:《国际法》,法律出版社 1981 年版,第 503 页。

[21] Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd ed. (New York: Columbia University Press, 1979), p. 137. 大部分的国际法学者持有这样的观点,如 Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford: Clarendon Press, 1991), p. 267; Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (Oxford: Oxford University Press, 1963), p. 183; Oscar Schachter, “Legality of Pro-democratic Invasion”, 78 *American Journal of International Law* (1984), 645-650.

[22] 一些学者认为第 2(4)条并不禁止威胁或使用武力,禁止的是针对任何国家领土完整或政治独立的威胁或使用武力。Julius Stone, *Aggression and World Order: A Critique of United Nations' Theories of Aggression* (London: Stevens, 1958), p. 95. 因为“真正的人道主义干涉不导致领土征服或政治镇压……认为第 2(4)条禁止人道主义干涉是一种曲解”。W. Michael Reisman and Myres S. McDougal, “Humanitarian Intervention to Protect the Ibos”, in Richard B. Lillich (Ed.), *Humanitarian Intervention and the UN* (Charlottesville: University of Virginia Press, 1973), p. 177.

要之空海陆军行动,以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动”。

当主权国家之间发生冲突,尤其是确认侵略行为的事实发生时,《宪章》第 42 条的适用当无任何的疑问。例如在 1990 年伊拉克入侵科威特之后,安理会通过第 678 号决议,明确授权各会员国使用“一切必要手段”帮助科威特政府收复被伊拉克占领的本国领土。^[23] 然而,《宪章》第 42 条属于第七章“对于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为之应付办法”的一部分,^[24] 因而针对此次在利比亚发生的危机事态,是否能够援引《宪章》第 42 条的内容对利比亚政府及其政府领导人采取强制性措施就难免引发争议,毕竟“人道主义”的理由并非直接出自《宪章》,由此也给“内政说”的存在提供了事实上的空间。

其实,此次针对利比亚国内局势而做出的第 1973 号决议并非是一种前无古人的做法。在安理会既往的实践中,基于“人道主义”的原因对有关国家做出包含强制性措施的决议并不鲜见。1977 年,安理会通过第 418 号决议,认定实施种族隔离政策的南非政府获得武器和有关物资将构成“国际和平与安全的威胁”,决定对其采取武器禁运措施,这是联合国历史上第一次依据《宪章》第七章而对会员国采取行动,而行动的背后明显带有人权保护的考量。^[25] 然而,在冷战期间,由于安理会常任理事国拥有一票否决的特权,以及主要国家之间的国际势力角力,以通过安理会决议的方式进行人道主义干涉并不是一种常态的现象。^[26] 这一局面在冷战结束之后得到了改变。针对伊拉克政府对其境内库尔德人的镇压,安理会于 1991 年通过第 688 号决议,对伊拉克采取相应的强制措施,认定伊拉克政府的行为已经构成了对国际和平与安全的威胁,要求其保证公民的人权和政治权利得到尊重。此后,美英法三国据此在伊拉克上空建立了“禁飞区”。可以说,第 688 号决议是安理会在历史上第一次清楚、明确地表示一侵犯人权的行为与国际和平与安全之间存在实质性的联系。^[27]

此后,安理会在 1992 年针对南斯拉夫做出的第 770 号决议、同年针对索马里做出的第 794 号决议、^[28] 1994 年针对卢旺达做出的第 929 号决议^[29] 和针对海地做出的第 940 号决议、^[30] 1995 年针对波黑做出的第 1031 号决议等都在试图传递这样一个现实主义的信号(如果还不能算作宣告或创

[23] U. N. Doc. S/RES/678(1990).

[24] 联合国宪章第 42 条规定:“安全理事会如认第 41 条所规定之办法为不足或证明为不足时,得采取必要之空海陆军行为,以维持或恢复国际和平及安全”。

[25] Security Council Resolution 418 (1977), D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1998), pp. 966-967.

[26] 关于冷战与国际战争形式之间的关系是一个备受争议的问题。一种观点认为,冷战有效地遏制了战争的爆发。这种观点主要由国际关系和国际政治学者所主张。John Lewis Gaddis, *The Long Peace: Inquires into the History of the Cold War* (Oxford: Oxford University Press, 1987), pp. 219-237; Kenneth Waltz, *A Theory of International Politics* (MA: Addison-Wesley, 1979), pp. 1-13. 这些学者认为两个超级大国主导的国际格局有效地维护了世界和平。但是另外一种观点却认为,冷战的结束为联合国的集体安全体制创造了新的机会。[美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 211 页。

[27] Kelly Pease & David Forsythe, “Human Rights, Humanitarian Intervention and World Politics”, 15 *Human Rights Quarterly* (1993), 290-303.

[28] 安理会第 688 号决议指出“内战是对国际和平和安全的威胁”。Security Council Resolution 688, UNSCOR, 2982nd mtg., December 3, 1992.

[29] 安理会第 929 号决议指出“大屠杀构成了对和平的威胁”。Security Council Resolution 929, UNSCOR, 3392nd mtg., June 22, 1994.

[30] 安理会第 940 号决议指出“海地人权状况的恶化,特别是系统性违反民事权利(civil liberties)的升级构成了对区域内和平的威胁”。Security Council Resolution 940, UNSCOR, 3413th mtg., July 11, 1994.

设这样一个规则的话): 安理会决议授权的人道主义干涉在当代国际法体系中是有一席之地的。由此引申开来的法理依据是,《联合国宪章》第七章授权安理会使用武力以结束大规模人道主义灾难。纵观安理会 20 世纪 90 年代以来的武力授权行动,突出的特点就是扩大解释《宪章》第 39 条中“和平之威胁”之外延,以便扩大联合国对有关事项干涉的可能性。^[31] 安理会对国际和平与安全的威胁做了扩展的解释: 授权派遣维和部队前往索马里与饥饿做斗争, 对前南斯拉夫进行经济制裁反对当地的“种族清洗”, 干预阻挠联合国政治解决柬埔寨问题的势力, 反对海地的非法镇压和统治, 等等。

可以肯定的是, 触及主权和人权关系的最敏感但又是灰色的最核心地带的人道主义干涉问题一直以来都是国际法领域极具争议性的话题。对此问题, 科学的学理态度和方法就不应该是下一个言之凿凿的结论, 抽象地断定其合法性的有无, 而是应当区分两种情形: 未得到安理会授权的单方面的人道主义干涉因为存在滥用的风险, 因而尚未成为国际法的一部分而被充分地承认;^[32] 而人道主义干涉一旦出自安理会的决议, 其合法性基础自然就不能轻易被否认。

在涉及一个联合国会员国的主权问题时,《联合国宪章》从未赋予主权原则和不干涉内政原则以绝对的地位。回顾联合国法律体制的建立过程, 不难发现《宪章》在确立国家主权原则的同时, 还预示了新的国际人权法的出现。^[33] 这集中表现在《宪章》序言中所阐述的“我联合国人民同兹决心欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸, 重申基本人权, 人格尊严与价值, 以及男女与大小各国平等权利之信念”以及《宪章》第 1(3) 条所宣告的宗旨之一“……不分种族、性别、语言或宗教, 增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。可以说, “人权原则”在联合国法律体系内的确立在某种程度上反映了国际社会在二战之后对于类似纳粹德国和日本军国主义那般严重侵犯人权的行为与国际和平遭受破坏这两者之间必然联系的一种事实体认和法律确认。有鉴于此, 对于一国领域内出现的严重侵犯人权的情势, 如若以绝对化的“主权”或“内政”观念来看待的话, 恐不符合《宪章》的宗旨, 也是同近年来安理会的实践不相契合的。无论过往, 还是现在, 抑或将来, 在国际关系中, 那种只见“国家”而不见“国人”的处理方式至多被理解为是一种政治立场, 很难获得国际法的充分支持。隐藏在“内政”和“主权”背后的严重侵犯人权的国家行径或政府行为如果可以游离于国际法约束框架之外而被肆意放任的话, 那丝毫不是国际法、国际体系和国际社会的幸事, 而恰恰是对联合国集体安全体制和《宪章》法的公然蔑视。

人道主义干涉问题在当代国际法发展的演进中已经在不断找寻并强化其“制度”和法理依据, 并且逐渐摆脱以往的一种形而上的以“观念”形式存在的哲学存在。^[34] 其中的一个标志性事件就是在 2005 年 9 月 20 日, 世界首脑峰会(World Summit)通过一份名为《2005 年世界首脑会议成果》的法律文件。^[35] 该份文件的第 138 段和 139 段明确要求各国承担“保护人民免遭灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害的责任”, 即“保护的责任”(Responsibility to Protect, RtoP or R2P), 而且“国际社会通过联合国也有责任根据《联合国宪章》第六章和第八章, 使用适当的外交、

[31] 黄瑶:《论禁止使用武力原则——联合国宪章第二条第四项法理分析》, 北京大学出版社 2003 年第 1 版, 第 260 页。

[32] Ulrich Beyerlin, “Humanitarian Intervention”, in Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 2, (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1995), pp. 316-317.

[33] W. Michael Reisman, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, 84 *American Journal of International Law* (1990), 866.

[34] 一些学者, 如布坎南, 仍然主张一种更高的道德标准和政治合法性以追求国际法上的“政治基础”。Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

[35] U. N. Doc. A/60/L. 1.

人道主义和其他和平手段,帮助保护人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害。在这方面,如果和平手段不足以解决问题,而且有关国家当局显然无法保护其人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害,我们随时准备根据《宪章》,包括第七章,通过安全理事会逐案处理,并酌情与相关区域组织合作,及时、果断地采取集体行动”。虽然这份文件不构成条约法意义上的国际法渊源,但其中关于通过联合国机制和安理会的授权,采取强制性措施来实施人道主义干涉的内容不可谓不是发展中的国际法所呈现出来的一种“制度增量”。

在此背景下,国际社会自然会将安理会第 1973 号决议的内容同“保护的责任”这一处于制度化变迁过程之中的国际法律规则联系起来。决议的第 1 段“要求立即实行停火,全面停止暴力和对平民的所有袭击和虐待”,第 3 段“要求利比亚当局遵守国际法、包括国际人道主义法、人权法和难民法为其规定的义务,采取一切措施保护平民,满足他们的基本需要,并确保人道主义援助快速、无阻碍地通行”以及第 4 段“授权……会员国,采取一切必要措施……以便保护阿拉伯利比亚民众国境内可能遭受袭击的平民和平民居住区”等内容就反映了“保护的责任”制度在当代国际法体系中已经逐渐在事实上占有一席之地。这些条款说明,尽管主权国家对是否接受人道主义干预能否成为一个权利仍有很大争论,同伊拉克禁飞区、北约轰炸科索沃一样,1973 号决议似乎是对联合国宪章第 2(4)条的习惯例外所进行的一种正式化的努力。对此,正如联合国秘书长潘基文在安理会的决定做出之后所指出的那样,“第 1973 号决议明确地且毫不含糊地重申了国际社会决心履行保护的责任,以保护平民不受到他们自己政府施暴行为的侵害”。^[36]

(二) 对安理会政治决议进行合法性评判的必要性

就在联合国安理会短时间内连续通过针对利比亚问题的第 1970 和第 1973 号决议之后,对决议本身的合法性质疑也成为了国际社会的一个关注点。^[37]事实上,关于安理会决议合法性问题的讨论,在以往的国际司法实践中并非未曾涉及。1995 年前南斯拉夫国际刑事法庭(International Criminal Tribunal for Yugoslavia)成立之后审理的第一个案子^[38]中,被告杜思科·塔迪奇(Duško Tadić)就对前南刑庭设立的合法性提出了抗辩。他的这项主张最终被上诉庭驳回。上诉庭认为,前南刑庭是联合国安理会依据《联合国宪章》第七章,特别是第 41 条所行使的权力,尽管《宪章》本身没有明确授予安理会以司法权。^[39]对此,中国籍法官李浩培提出了个别意见(Separate Opinion),认为前南刑庭只有权审查它自身的管辖权,而决定设立前南刑庭的安理会第 808 号决议是联合国机关对政治问题所做出的判断和决定,法庭是无权审查的。^[40]

尽管《联合国宪章》对于安理会的职权范围以某种方式做出界定,安理会已经承担和行使了出于集体安全目的而推荐或授权范围广泛措施的职责和权力,^[41]包括根据宪章第 39 条的规定出于维护国际和

[36] See, UN Breathes Life into ‘Responsibility to Protect’, <http://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/article/957664--un-breathes-life-into-responsibility-to-protect>.

[37] Alexander Mezyaev, *supra* note [17], U. N. Resolutions 1770 & 1973 Breach International Law.

[38] ICTY Case No. : IT-94-1-A.

[39] See, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

[40] See, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002723.htm>.

[41] 《联合国宪章》第六章。学界对安理会行使权力存在很大争议。一些学者认为安理会行使范围广泛的权力是基于一种自由的对《宪章》第六章的自我解释。Pierre-Marie Dupuy, “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited”, 1 Max Planck Yearbook of United Nations Law (1997), 1-33. 此外,现实主义流派的学者支持安理会拥有不受控制的权力,而法律主义流派的学者则主张对安理会行使权力进行一定程度的司法控制,以确保该制度运行的合理性。Jose E. Alvarez, “Judging the Security Council”, 90 American Journal of International Law (1996), 1-39.

平和安全的目的而授权使用武力。在此背景下,任何安理会决议的通过都应当是安理会行使职权的表现。因此,关键问题不在于宪章是否已明确授权了安理会某种具体的职能权限,而在于安理会各成员国(尤其是安理会常任理事国)是否有足够的政治意愿推动决议在安理会得到通过。在某种程度上,决议被通过这一事件本身即是该决议合法性的最大基础。如若不然,安理会的政治决议动辄被某一“法律原因”否定其效力的话,那将会给整个联合国体系的运作和合法性带来巨大冲击。正如李浩培法官在前引个案中提出的意见所言,“至于(南斯拉夫的情势)是否构成对国际和平和安全的威胁以及何种措施应当被采用,这些都是作为联合国政治机构的安理会有充分资格进行决定的政治事项;只受过法律训练,且对于国际政治事务缺乏经验的法庭法官而言,在此问题上确实是无知的(ignorant)”。

回到利比亚问题,安理会第1973号决议的事实基础是该国出现“严重、有系统地侵犯人权”的情况,用耳熟能详的媒体语言来讲,就是发生了“人道主义灾难”。对于这一描述性的情形是不是客观存在,本质上来讲并非法律问题,而是事实问题,也可以说很大程度上是政治问题。何种情况构成对和平之威胁、和平之破坏或侵略行为,《宪章》中并没有对此做任何的定义或者提供指导原则。具体来讲,一个国家国内发生的侵犯人权的事件是否构成对国际和平与安全的威胁,在何种情况下可以采取强制措施,《宪章》并未做出规定,取决于安理会的认定,而安理会的认定是相当灵活的。一旦安理会做出定性,就可授权“使用一切必要手段”采取强制行动,其合法性是毋庸置疑的,经安理会授权的人道主义干涉就具备了合法性。^[42]由此可见,对安理会决议的合法性批评在某种程度上类似于拿温度计去测空气湿度的行为。对于安理会的决议,任何人都可以批评其对事实的认定不尽合理,^[43]采用的标准带有多重性和歧视性,甚至存在种种幕后的政治利益妥协和交换。但在最为关键的合法性问题上,它是不应被否定的。

如果安理会的决议应当接受某种形式的合法性审查,进而判断其法理基础的有无的话,那么同理,我们是否也可以将安理会没有通过某项决议的行为置于国际法的镭射灯下进行审视,进而裁断安理会不作为的合法性缺失呢?如果可以这样做的话,毫无疑问会对以安理会为核心的联合国机制和国际法体系形成冲击和否定,进而对国际秩序带来的破坏性和重塑性后果很有可能是颠覆性的。可以断言的是,作为联合国安理会五大常任理事国之一的中国,其立场也理所当然的是倾向于主张加强而不是削弱联合国机制在解决国际争端和处理国际热点问题上的权威与作用。

(三) 对安理会第1973号决议中“一切必要措施”措辞的理解

安理会第1973号决议一经通过,北约国家旋即从空中展开了对利比亚的军事打击行动。但是这一举动遭到来自各方的质疑甚至指责,其中的一个理由是:安理会第1973号决议并没有明确包含对利比亚使用武力的任何授权,因此北约国家的军事打击行动已经超越了安理会的决议内容,因而是非法的。^[44]

[42] 李红云:《人道主义干涉的发展与联合国》,载《北大国际法与比较法评论》,第1卷,北京大学出版社2002年第1版,第1~29页。

[43] 例如,俄罗斯总理普京就认为,联合国安理会关于利比亚局势的1973号决议是“不完整的,有缺陷的”。参见《普京反对军事干涉利比亚内政,称1973号决议无合理性》,载凤凰网,2011年3月21日。见 http://news.ifeng.com/world/special/libiya/content-2/detail_2011_03/21/5283001_0.shtml,最后访问时间2012-06-17。

[44] 例如,阿拉伯国家联盟秘书长穆萨20日批评西方国家对利比亚实施的军事打击“超出了在利比亚设置禁飞区的行动范围”;俄罗斯国家杜马国际事务委员会主席科萨切夫认为军事行动“过度夸大解读”,“与联合国决议精神相违背”,参见《国际社会质疑空袭利比亚合法性》,载新浪网,2011年3月22日,见 <http://news.sina.com.cn/w/2011-03-22/021822155658.shtml>,最后访问时间2012-06-17;而部分国内学者的代表性观点可参见《张召忠:多国部队空袭利比亚非法》,载中华网,2011年3月25日,见 <http://military.china.com/critical2/23/20110325/16450197.html>,最后访问时间2012-06-17。

纵观安理会第 1973 号决议的全文内容,其中对授权其他会员国对利比亚采取强制性措施的规定主要是两处,分别是第 4 段的“授权已通知秘书长的以本国名义或通过区域组织或安排和与秘书长合作采取行动的会员国,采取一切必要措施,尽管有第 1970(2011)号决议第 9 段的规定,以便保护阿拉伯利比亚民众国境内可能遭受袭击的平民和平民居住区,包括班加西,同时不在利比亚领土的任何地方派驻任何形式的外国占领军,请有关会员国立即通知秘书长它们根据本段的授权采取的措施,并应立即向安全理事会通报这些措施”;以及第 8 段的“授权已通知秘书长和阿拉伯国家联盟秘书长的以本国名义或通过区域组织或安排采取行动的会员国视需要采取一切必要措施,强制执行上文第 6 段规定的禁飞,并请有关国家与阿拉伯国家联盟合作,与秘书长一起密切协调它们为执行这一禁令正在采取的措施,包括建立一个适当机制来执行上文第 6 和 7 段的规定”。这里,最大的争议是如何解释这两段规定中的“一切必要措施”(all necessary measures)的措辞。换言之,这一短语是否必然包含了对利比亚使用武力的授权。

国际习惯法上有关战争行为的“必要性原则”(Principle of Necessity)来源于 1837 年著名的加罗林号事件。时任美国国务卿丹尼尔·韦伯斯特(Daniel Webster)在致英国的一份外交通信中最早阐明了使用武力的先决条件[即“加罗林原则”(Caroline formula)],其中要求“必要性”的判断必须符合“刻不容缓的”(instant)、“压倒一切的”(overwhelming)、“没有其他选择手段”(leaving no choice of means)等特定情况的要求。^[45]

以此为标准,对利比亚实施军事打击行动的北约各国很难证明其行为是符合“必要性”的,毕竟解决利比亚危机的手段和方式在理论上可以是多样化和多渠道的,在安理会决议做出之后就立即采取军事行动是不是唯一的选择,是要打上一个问号的。但是,这种对“一切必要措施”的解释方式并不能准确地适用于此次的利比亚危机,原因很简单,“加罗林原则”所解释的“必要性”存在严格的适用前提,即一个国家基于行使自卫权而采用战争手段。但是在我们所要讨论的问题上,对利比亚采取强制性措施的合法性并非来自联合国会员国固有的自卫权(基于《宪章》第 51 条),而是来自安理会的授权(基于《宪章》第 42 条)。因此,若要把适用于自卫性质的战争行为的国际习惯法作为分析安理会 1973 号决议内容的理论依据或出发点是很难站住脚的。

从文义上分析,安理会第 1973 号决议明确规定了有一种情况是不属于“一切必要措施”的,即第 4 段所要求的“不在利比亚领土的任何地方派驻任何形式的外国占领军”。因此,从语义逻辑上来分析,既然决议明文禁止的只是“占领利比亚”这一项强制性手段,那么其他形式的武装军事行为就不应当被认为是排除在“一切必要措施”之外的。

更具说服力的是,在安理会的既往实践中,其决议中的“一切必要措施”一词几乎成为了对授权使用武力的一种替代性说法。这样的例子包括:1990 年针对伊拉克做出的第 688 号决议^[46]的第 2 段;1992 年针对南斯拉夫做出的第 770 号决议^[47]的第 2 段;1992 年针对索马里做出的第 794

[45] Werner Meng, “The Caroline”, 1 *European Public International Law* (1992), 537-538. 英文原文为: “necessity of self-defence [was] instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. . . even supposing the necessity of the moment authorized [British forces] to enter the territories of the United States at all, [they] did nothing unreasonable or excessive; since the act, justified by the necessity of self-defence must be limited by that necessity, and kept clearly within it.” Letter from Daniel Webster, US Secretary of State, to Henry Fox, British Minister in Washington (April 24, 1841), reprinted in Kenneth Bourne (Ed.), *British Documents on Foreign Aff: Reports and Papers from the Foreign Office Confidential Print*, Series C Part I, (University publications of America, 1986), 153, 159.

[46] U. N. Doc. S/RES/678(1990).

[47] U. N. Doc. S/RES/770(1992).

号决议^[48]的第10段;1995年针对波黑的第1035号决议^[49]的第16、17段。国际法院前主席、英籍法官罗莎琳·希金斯教授(Rosalyn Higgins)也持这样的观点:联合国安理会第688号决议授权采取“一切必要措施”,在安理会决议的语境里,就是授权使用武力。^[50]

虽然我们在安理会做出的决议中不能直接看到“授权动武”的明确表述,但所有这些决议文本上的“一切必要措施”在之后的各国实践行为中,都毫无疑问地被理解为安理会已经通过决议对其会员国使用武力做出了批准。可见,此次涉及利比亚危机的第1973号决议中使用“一切必要措施”一词并非首创之举,只不过是因袭旧例罢了。所以,对于决议内容的解释,有必要参照既往的法律实践,而不是孤立地审视该决议本身的文字。

可以说,使用“一切必要措施”的措辞是安理会政治决策过程中的一种“策略性模糊”(strategic ambiguity)。此中隐含的道理也是清楚的:为了尽可能保证安理会的“团结”,避免出现决议无法通过的情形,在决议的用语上就有必要给予各国一定的空间以阐释各自的政治立场,只要这种阐释不至于影响到决议的顺利执行。^[51]在利比亚问题上,安理会各个理事国对于是否采用军事打击的方式解决危机其实是有不同看法的,但正是考虑到了该国境内所出现的侵犯人权事件对平民的严重伤害,第1973号决议才能够被各国所共同接受(一个重要前提是各常任理事国不动用否决权)。当然,对于通过外部军事手段介入利比亚危机的做法,一些国家是持有保留态度的,所以“一切必要措施”这样的模糊用语显然就要比“授权动武”这样的措辞更能为这些国家所接受(至少不排斥),尽管依照之前的分析,这两个措辞在法律上并无实质差异。

这里还需附带说明的是,北约在进行空中军事打击过程中伤及平民和普通建筑设施的行为,涉及国际法上关于从事战争或者武装冲突的方法和手段(Ius in bello)的合法性问题。这同战争本身是否合法,即国家是否具有诉诸战争的权力(Ius ad bellum)是两个有区别的问题。^[52]我们没有理由因为战争中某些作战行为的欠法性和失当性就断然宣称动武本身是非法的。同样,动武本身的合法性也并不能排除交战国基于国际人道法而需要承担国际法律责任的可能性。

三、透过利比亚危机解读国际法上 不使用武力原则的新近发展

(一) 不使用武力的国际法原则与频繁使用武力的国际社会现实

不使用武力原则主要规定在《联合国宪章》的三个条款之中。首先,第2(4)条要求“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国

[48] U. N. Doc. S/RES/794(1992).

[49] U. N. Doc. S/RES/1035(1995).

[50] Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 259.

[51] 例如,中国政府对于其在1973号决议表决过程中选择弃权的立场所给予的解释是“中方一贯强调,安理会行动应遵循《联合国宪章》的宗旨与原则以及相关国际法准则,尊重利主权、独立、统一和领土完整,通过对话等和平手段解决利当前危机。我们反对在国际关系中使用武力,对决议中的一些内容是有严重保留的。考虑到阿拉伯国家和非盟的关切和立场以及利比亚当前的特殊情况,中方和有关国家一道对决议投了弃权票,没有阻拦决议的通过”。参见《外交部就多国部队对利比亚实施军事打击答记者问》,载中国政府网,2011年3月20日,见 http://www.gov.cn/xwfb/2011-03/20/content_1828038.htm,最后访问时间2012-06-17。

[52] 此处的“诉诸战争权”有别于习惯国际法上把战争视为实现基于国际法的或基于国际法的权利主张的一种手段。见前注[20],王铁崖书,第501页。

或国家之领土完整或政治独立”。以我们熟悉的修辞学对第 2(4)条进行解读可以得出这样的三段论:国家领土完整和政治独立是根本原则;不得使用威胁或武力是重要保障;维持国际和平及安全并且“制止侵略行为或其他和平之破坏”^[53]是终极目标。第 2(4)条确立了“以武力威胁或武力”为非法,并且没有规定任何例外的情形。特别是第 2(4)条的最后一部分清楚地显示了第 2(4)条构成了对所有使用或威胁使用武力的一个全面的禁止(a comprehensive ban),^[54]是以最宽泛的用语表述了一个绝对的总体概括性的禁止(an absolute all-inclusive prohibition),^[55]不留任何漏洞。依据第 2(4)条,国际和平和国家主权是联合国宪章的最高价值,诸如人权、正义等价值都不能为违反和挑战和平和主权的最高价值提供合理化理由。防止人道主义灾难或清除恐怖主义组织等并不是联合国宪章的文字所直接表述的例外情形。基于第 2(4)条的重要性,它已经成为适用于全体国家的习惯国际法(customary international law)。^[56] 其次,《宪章》第 39 条赋予安理会在其“断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存在”时采取执行措施的权力。第 39 条创设了安理会授权国家使用武力的机制,作为“以必要地维护或重塑国际和平和安全”。这为执行和捍卫第 2(4)条确立的核心价值和原则和实现集体安全体系创设了集体机制。第 39 条确立现代战争法和集体自卫原则:联合国可以授权为抵制侵略和维持和平采取集体行动。第 39 条又辅之以第 41 和 42 条,赋予安理会行使武力的权力。安理会依据第 39 条的规定启动《宪章》第七章的机制主要取决于政治而非法律因素。^[57] 整个机制的启动也绝非自动。^[58] 一旦安理会启动了集体安全机制,安理会就会根据《宪章》第 41 条和第 42 条的规定采取必要的措施。第三,《联合国宪章》第 51 条确立了习惯国际法的基本原则,当一个国家遭受袭击的时候,它可以使用武力进行自我防卫。第 51 条规定:“联合国任何会员国受到武力攻击时,在安理会采取必要措施以维持国际和平与安全以前,本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利……。”这个规定显然扩展了国际法上的自卫原则,允许个别国家自卫和集体自卫,适应了国际政治的现实。习惯国际法上自卫的必要性和比例性等传统规制原则仍然有效。在“9. 11”事件之前,任何宽松或扩展地解释第 51 条的努力和尝试都不为国际法学界所认同。

联合国宪章有关不使用武力原则的规定是“周密的”。^[59] 这三个条款建立起来的“滴水不漏的体系”(a watertight scheme)^[60]表明,联合国的不使用武力原则既是一个高度封闭的和相互钳制的体系,也是一个绝对限制性和收缩性的法律执行机制。第 2(4)条规定了总的原则,第 39 条和第 51 条提供了两个辅助的机制。^[61] 第 2(4)条规定了被禁止的使用武力,而第 51 条规定了被允许的使用武力,而在这个谱系的两极之间存在着安理会授权的使用武力。由于不使用武力原则关涉国际和平和国家主权独立这两个神圣的国际法原则,联合国宪章所确立的框架和体系在设计之初

[53] 《联合国宪章》第 1(1)条。

[54] Tom Guys, “Armed Attack” and Article 51 of the UN Charter (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 57.

[55] UNCIO, Vol. 6, 334-5.

[56] Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Rep 1986, p. 14.

[57] J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), p. 245.

[58] J. G. Merrills, *supra* note [57], p. 246.

[59] 见前注[20],王铁崖书,第 507 页。

[60] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 240.

[61] Tom Guys, *supra* note [54], p. 57.

就不曾预留任何弹性解释和适用的空间。主权国家在加入联合国之际就放弃了它们使用武力的权力,将这种权力授予联合国,并承担联合国宪章的义务,接受联合国机制的制约。联合国宪章确认的不使用武力原则设定的使用武力的门槛要高出联合国成立之前的国际法使用武力原则。^[62]

但是,自20世纪90年代以来包括科索沃、阿富汗、伊拉克和利比亚等几次战争(或军事行动)在一定程度上改变、修正甚至是挑战了习惯国际法关于战争合法性的基本法律原则:自卫原则和联合国安理会授权原则。

以美国和北约为首的军事集团的这几次军事行动同冷战时期的战争和军事行动的目的截然不同。冷战时期的军事行动的主要目的是遏制苏联和东欧集团的势力扩张或者保持美国势力范围的稳定。近十年来的军事行动的主要目的是应对新型的国际热点问题和威胁。比如,美国军事打击南斯拉夫联盟是为了阻止在科索沃地区发生大规模的人道主义灾难;在阿富汗的军事行动则是因为控制阿富汗的塔利班集团为本·拉登为首的基地组织及其恐怖主义活动提供的庇护对美国构成了威胁;在伊拉克的军事行动是执行安理会决议销毁伊拉克的大规模杀伤性武器。这些军事行动的目的必然产生不同的法律合法性(或非法性)的理由。科索沃的军事行动被冠以人道主义干涉;阿富汗的军事行动则是美国行使自卫权,因为阿富汗为恐怖主义活动提供场所和庇护;伊拉克战争是打着联合国安理会决议的名义进行的。2002年9月份出炉的美国国家安全战略首先评估了美国未来面临的主要危险。传统国家间的战争作为国际武装冲突的主要模式已经落伍,美国面对的主要威胁是国际恐怖主义、流氓国家、地区冲突和大规模杀伤性武器的泛滥和散播。打击极端主义将会是今后国家面临危险和进行战争的主要原因。由于这些新型风险的特性,美国国家安全战略进而提出,应对这些非常规敌对势力和威胁的主要手段是“通过先发制人的行动以行使自卫权”。^[63] 美国政府主张,这些新的威胁很难被有效阻却,“在这些威胁抵达我们的边界之前确认和摧毁这些威胁”。^[64] 大规模杀伤性武器不再是“最后手段”(weapons of last resort)而是有效的“武器选择”(weapons of choice)。由于美国的先发制人策略成形于小布什任内,因此该“先发制人的战争学说”被学界称为“小布什主义”或小布什的“单边主义”。

一些美国学者认为小布什主义应当具有即时国际法惯例的地位。^[65] 但是,不可否认的是,无论是先发制人还是单边主义,此类先行自卫权理论同习惯国际法上的自卫原则显然是格格不入的,因为即使是习惯国际法也清楚地存在着对使用武力的一般禁止,同联合国宪章的原则是平行不悖的。^[66] 自卫原则的前提是存在紧迫的威胁,如可以看见的军队、舰队和空军准备或进行军事袭击的移动。而先发制人原则改变了这个自卫原则适用的前提,也就是说,在紧迫的威胁还没有出现或相当遥远时,一个国家就可以采取先发制人的军事行动。在技术层面上,这个学说无法对足以导致对方国家采取行动的威胁进行量化。因此,这个理论的实质是一个对没有紧迫的危险进行防御自卫的理论。因为这些瑕疵,先发制人的自卫行动招致了国际法学界的普遍批评,被认为

[62] [德]奥本海:《奥本海国际法》(下卷第一分册),劳特派特修订,王铁崖、陈体强译,商务印书馆1971年第1版,第108~117页。

[63] The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, at 6, available at <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>.

[64] Ibid.

[65] B. Langille, “It’s ‘Instant Custom’: How the Bush Doctrine Became Law after the Terrorist Attacks of September 11, 2001”, 26 Boston College International and Comparative Law Review (2003), 145-156.

[66] Martin Dixon, *supra* note [15], p. 312.

是违反了国际法核心原则。^{〔67〕} 根据《联合国宪章》，政府有义务控制使用武力。而习惯国际法学者一般公认国家有权在预见到进攻的时候使用武力，但是同时，使用武力只有在进攻紧迫时才具有合理性。这里自卫原则必须区分两个截然不同的情况：一种是针对迫在眉睫进攻的先发制人的战争，这样的战争可能是合法的；另外一种则是预防性的战争，目的是打击一个具有不断增长的侵略他国能力的国家，这种战争未必合法。《联合国宪章》第 51 条下的自卫原则上只在武力进攻发生后才能进行。^{〔68〕}

以此为线索，根据国际法上限制性的自卫原则，美国和（或）北约在近十年发动的几场战争（或军事行动）的合法性都有存疑。科索沃战争是一场没有得到联合国授权的不合法的战争。阿富汗战争勉强可以被解读为针对“9. 11”事件的自卫，即使如此，美国也没有权力仅仅因为塔利班政权为恐怖分子提供庇护场所而发动一场以推翻塔利班政权和促使政权更迭为使命的军事行动。伊拉克战争是一场扭曲联合国决议的战争。联合国安理会没有授权美国入侵伊拉克，而美国声称的伊拉克的危险充其量仅仅是一个假设、猜测和可能，而不是自卫学说中的紧迫的危险。

（二）联合国集体安全体制与不使用武力原则的发展

根据《联合国宪章》，只存在两种合法使用武力的情况：经安理会授权的合法的使用武力；自卫情况下使用武力。其余的都可以定性为非法使用武力。规制使用武力的当代国际法从两个方面试图消除国家之间大规模战争的可能性。首先，《联合国宪章》确保主权国家的主权不受侵犯。《宪章》第 2(4)条规定：“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力”。作为基本原则，国家之间不使用武力，战争不能被允许作为执行政治利益的工具。尽管如此，国际法原则并不能保证和平。《联合国宪章》的基本宗旨是使用法律确保和平，而不使用武力是该宗旨的前提。此外，第 2(4)条确定的国际法原则还要求国家之间的冲突应该由和平的方式解决。这个原则在一个国家违反国际法的极端情况下仍然适用。进一步，原则上，即使是合法的国际法也不能使用武力得以执行。关于《宪章》的使用武力的限制，国际法学界存在一定的争议。一些学者认为，根据条约的一般意思的解释方法，该条的含义可以解读为允许国家在有限的情况下使用武力，只要发起战争的国家不进行领土侵略、政权更迭或者是为了促进联合国的基本原则。^{〔69〕} 而另外一些学者则认为，《宪章》第 2(4)条的解释不能使用一般意思的解释方法，这样第 2(4)条的规定就非常狭窄，除了允许国家为了防止侵略而发动战争之外，没有留下任何其他例外。^{〔70〕}

其次，《联合国宪章》确立并建立了由五大国主导的安理会制度，只有安理会有权授权使用武力作为维持或重塑国际和平和安全的必要手段。^{〔71〕} 在制度设计之初，联合国安理会被设计成集体防卫机制的启动器。为了弥补集体防卫机制的不足，《联合国宪章》第 51 条认可成员国具有进行自我防卫的权利。一些学者将第 51 条狭隘地解读为对国家自卫权的限制，国家只被允许在遭到一个事实上的武力进攻时才能自卫。^{〔72〕} 布朗利教授甚至认为自卫权只能在发生跨境袭击或袭击

〔67〕 “Agora: Future Implications of the Iraq Conflict”, 97 (3) American Journal of International Law (2003), 553; Editorial Comment, “NATO’s Kosovo Intervention”, 93 (4) American Journal of International Law (1999), 824.

〔68〕 Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 260.

〔69〕 D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1958), p. 152.

〔70〕 Ian Brownlie, *supra* note [21], pp. 265-268.

〔71〕 UN Charter, Article 42.

〔72〕 Yoram Dinstein, *War, Aggression, and Self-Defence*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), pp. 167-168.

开始的情况下才能使用。^[73]之所以这些学者狭窄地解释《联合国宪章》第51条的规定,就是因为它们坚信自卫权的行使必须加以限制,否则国家之间的战争仍然能够轻易地发起,一些国家可能会滥用处于灰色地带的先行自卫权,^[74]借自卫权的名义行侵略之实。^[75]这样,联合国维护和平的崇高目标就不能得到实现,国际和平和稳定就非常脆弱。联合国关于限制使用武力的法律体系完全取代了在此之前的扩张性使用武力的国际规则,具有很强的限制属性。任何扩张或自由的解释方法都会创设《宪章》禁止战争作为国际争端解决方法的漏洞和空隙。^[76]当然也有学者对这种狭窄的解释方法持批评的态度。这些学者认为第51条规定的自卫是国家的自然权利,没有对习惯国际法下存在的自卫权设置任何的限制;^[77]第51条规范化的是联合国设立之初的国际习惯法下的自卫原则,而这已经与当代的国际法实践不相适应。正如联合国应对威胁、挑战和变化的高端委员会评估的那样,联合国安理会对第51条鲜有提供值得信赖的依据。^[78]

联合国在武力授权方面总体上持非常谨慎和克制的态度。在整个冷战时期,安理会仅仅将五六起武力冲突定性为对世界和平的威胁。^[79]一般而言,联合国安理会不会对使用武力给出事前的批准(*ex ante* approval),但是却可能做出事后授权(*ex post* authorization)。在“9.11”之后,安理会谴责恐怖主义袭击“威胁了国际和平和安全”,并且“承认根据联合国宪章,国家固有单独或集体的自卫权”。安理会没有授权对阿富汗使用武力。^[80]但是,在阿富汗战争之后,联合国事后批准了阿富汗重建计划。但这有别于事前的批准。尽管国际法学界对伊拉克战争的合法性的争论在继续,安理会在战争之后做出了三个决议,认可了美英等国军队对伊拉克的占领。^[81]这些决议分别认可了美英军队根据国际法对伊拉克的占领、在伊拉克进行联合国维和行动、以及授予伊拉克管理委员会(Iraqi Governing Council)权限。

目前国际法学界有一股扩大自卫权使用范围,特别是允许国家行使先行自卫权的势头,也就是国家在另一方武力进攻发生之前就可以采取武力行动,这尤其为部分美国国际法学者所支持,以便为美国政府的几场战争寻找合法性和合理性的理由。这些学者特别强调自卫权的内生性,即国家拥有绝对和完全的权力决定何时何地行使自卫权,自卫权的行使不受国际条约和习惯国际法约束。^[82]相应地,《联合国宪章》第51条就被解读为仅仅是认可而非规范自卫权的条款。^[83]这些

[73] Ian Brownlie, *supra* note [21], pp. 275-280.

[74] [美]W. 迈克尔·赖斯曼著,王鄂湘等主编:《国际法:领悟与构建》,法律出版社2007年第1版,第364页。

[75] Antonio Cassese, “Return to Westphalia? Considerations on the Gradual Erosion of the Charter System”, in Antonio Cassese (Ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1986) p. 505, pp. 515-516.

[76] Ian Brownlie, *supra* note [21], pp. 272-275.

[77] Myres S. McDougal, “The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence”, 57 *American Journal of International Law* (1963), 597-604.

[78] A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the Secretary General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (United Nations, 2004), at www.un.org/securworld/report.pdf, at 62.

[79] J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pp. 245-246.

[80] UN Security Council Resolution 1368, S/RES/1368 (September 12, 2001).

[81] UN Security Council Resolution 1483 (2003); UN Security Council Resolution 1500 (2003); UN Security Council Resolution 1511 (2003).

[82] Michael J. Glennon, “The Fog of Law: Self-defence, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter”, 25 *Harvard Journal of Law & Public Policy* (2002), 539, 558.

[83] D. W. Bowett, *supra* note [69], p. 182.

学者主张抛弃严格的规则指引的使用武力,倾向建立更加开放和灵活的国际法标准。^[84]当然,这些学者也提供了一些现代战争,特别是现代武器所特有的性质,作为理据。那就是,现代武器,如大规模杀伤性武器、空军、导弹等武器,很有可能使得首先采取军事行动的国家获得无可比拟的战术优势,而后发制人的自卫国家会处于明显的劣势。^[85]可能遭受战争重创的国家没有充裕的时间寻求联合国授权或者坐以待毙。这为先发制人的战争发起理论提供了军事学方面的依据。

那么国际法上是否存在先发制人的自卫权呢?与先行自卫权相比,先发制人的自卫权更加宽泛,更容易导致诉诸国际暴力,^[86]是一种出于“防患于未然的战略,一种单边的、无需国际事先授权的……主张”。^[87]《联合国宪章》第5(1)条是否允许先发制人的自卫权呢?一部分学者坚持这样的观点,第5(1)条的规定必须严格地做狭窄的解释,应当将其作为不使用武力规则的一个例外。扩张性的解释可能容易引起滥用,造成严重的后果。“一项先发制人的防御措施通常被认为是严重的或是歇斯底里的对某些事实的错误判断和对别国赤裸裸的侵略。”^[88]《联合国宪章》处理国际和平的威胁有一套既定的程序。^[89]严格遵循第5(1)条的规定要求进攻已经开始。这个观点被国际法院在尼加拉瓜诉美国一案的判决所吸收。国际法院这样写道:“(个体自卫权)只能由担心成为军事进攻受害国的国家来行使”;“各国无权对没有构成‘军事侵略’的行为给予‘集体’的武力回应”。^[90]另一部分学者认为,狭窄的解释太过形式化,很难与现实相吻合。要求一个国家等待另一个国家的实际进攻,继而采取自卫是机械的。这种情形下采取的自卫也是没有实际效果的。总体而言,在这个问题上,国际法学界尚无定论,先发制人的自卫权还仅仅是一种“不可操作性的初步发展的主张”。^[91]

《联合国宪章》确定的另外一个不使用武力原则的例外情形是,根据《联合国宪章》第7章的框架,安理会发起的集体行动。第7章规定的是与威胁和平、和平的违反和侵略行动有关的行动。第42条罗列了军事行动的基础,一旦一个威胁或者违反和平能够根据第39条的规定被确定,安理会就被授予使用海、陆、空武装力量以“维持或重塑国际和平和安全”。联合国的实践是,安理会可以将执行此类措施的权力授予成员国。

联合国安理会能否授权以人道主义干涉为主要目的的军事行动呢?国际法的核心价值是作为国际体系成员的主权国家的自治性。国家的自治性和国家天然享有的包括独立权和属地最高权在内的基本权利^[92]同任何形式的干涉在本质上是天然排斥的。对国家主权的尊重即意味着主权国家不受任何形式的干涉。正因如此,国家独立和主权平等原则和不受别国干涉原则被定性为强行法(jus cogens),其位阶处于优于国际法主体之间所订立的条约法的地位。^[93]尽管大部分的国家坚持不干涉的原则,完全的自治和完全不干涉只能是国家社会的理想和目标。从现实主义的角度看,不干涉原则又是“软法”,缺乏具有约束力和强制性的适用准则。“不干涉”原则的执行仍然存在

[84] Abraham D. Sofaer, “International Law and Kosovo”, 36 Stanford Journal of International Law (2000), 1-16.

[85] Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (New York: Basic, 1977).

[86] 见前注[74], W. 迈克尔·赖斯曼书, 第371页。

[87] 见前注[74], W. 迈克尔·赖斯曼书, 第368页。

[88] 见前注[74], W. 迈克尔·赖斯曼书, 第368页。

[89] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 242.

[90] See, *supra* note [56], at paras 195, 211.

[91] 见前注[74], W. 迈克尔·赖斯曼书, 第368页。

[92] 见前注[62], 奥本海书, 第198-200页。

[93] 张潇剑:《国际强行法》, 北京大学出版社1995年第1版, 第101页。

在一定的模糊性。^[94] 联合国大会于1970年通过的《有关根据联合国宪章国家间友好关系和合作国际法原则的宣言》以及1974年通过的《关于侵略定义的决定》重申了国家不干涉他国国内管辖权下任何内部或外部事务的义务。国际法院在尼加拉瓜诉美国一案的判决^[95]中也狭窄地限制了合理化实质性干涉的胁迫要素,间接否定了扩张性的作为违反不干涉原则依据而提出的出于捍卫社会主义制度而进行干涉的“勃列日涅夫主义”^[96]和出于民主而干涉的“里根主义”。^[97] 从《联合国宪章》第2(4)条引申开来,任何形式的武力干涉都是非法的,除非有安理会的授权。国际法实践的趋势也肯定和维护安理会在使用武力方面的全权,包括预防性的权力,以维护国际和平和安全。这在联合国秘书长于2005年发表的报告《为了更大的自由:迈向发展、安全和所有人的人权》中得到重申。^[98]

联合国形成的历史背景和所处时代决定了当初的新制度设计者们极力避免任何形式的国家间的武力冲突。《联合国宪章》第2(7)条一般地“禁止联合国对任何一个国家的内部事务进行干涉”。有学者认为,就是《联合国宪章》第2(4)条和第51条也不能为人道主义干涉提供任何法理依据。^[99] 因此,即使一个国家的政府极端恶劣地违反本国国民的人权也不能招致他国以军事行动的方式对其进行惩戒。但是,现实是联合国确实以人道主义干涉为名授权在索马里、海地、波斯尼亚、东帝汶等地采取不同的干涉行动,尽管这样的授权仍然非常有限。在这些情况下,联合国安理会的理据和解决人道主义干涉与不使用武力之间的两难困境和紧张关系的技巧是某一国家的人道主义灾难会对世界和平和安全构成威胁。这个技术上的理据最早是安理会在罗得西亚(Rhodesia,现称津巴布韦)事件中首创的,^[100]并且在安理会处理伊拉克问题的第688号决议^[101]和处理索马里问题的第794号决议^[102]中使用并强化。国际法学界形成的一个普遍共识是,只要联合国安理会同意或授权,出于任何理由和原因,任何国家或集团可以采取单边的军事行动。^[103] 但是,很明显,通过安理会为人道主义干涉打开军事行动之门会对联合国执行机制构成重大负担。^[104]

即使如此,接下来的问题是,在没有联合国安理会授权的情况下,国家或者国家集团是否可以

[94] 第2(4)条禁止“与联合国宗旨不符之任何方法”的使用武力或武力干涉。这是否意味着存在“符合联合国宗旨”的使用武力或武力干涉。联合国宗旨还包括“发展友好关系”,“出于社会和经济之目的实现国际合作”,等等。以这些原因进行的干涉是否完全非法和禁止呢?

[95] See, *supra* note [56].

[96] “勃列日涅夫主义”是前苏联领导人勃列日涅夫提出的,一个社会主义国家在另外一个社会主义国家的社会主义制度受到威胁时,可以进行干涉。这个理论为苏联在1968年入侵捷克斯洛伐克提供理据。ILM 7 (1968), p. 1323.

[97] “里根主义”是美国前总统里根提出的,为了保存或强加一国民主可以进行武力干涉。但是,“里根主义”在美国对巴拿马采取军事行动之后就失去了市场,因为联合国大会决议强烈谴责美国的军事行动是公然违反国际法。New York Times, December 30, 1989, A6.

[98] The UN Secretary-General, In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All (2005).

[99] Thomas M. Frank, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 136.

[100] SC Res. 232 (1966).

[101] 决议的相关表述是:“the consequences of which threaten international peace and security in the region”。

[102] 决议的相关表述是:“magnitude of the human tragedy caused by the conflict in Somalia [constituted a threat to international peace and security]”。

[103] Louis Henkin, “Kosovo and the Law of ‘Humanitarian Intervention’”, 93(4) American Journal of International Law (1999), 824-826.

[104] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 257.

采取军事行动进行人道主义干涉。一些学者试图将人道主义干涉纳入联合国框架。例如,有学者认为人道主义干涉同《联合国宪章》的宗旨是吻合的,即为了维护整体性的人权,这样的军事行动不应被《联合国宪章》第 2(4)条所禁止。^[105] 此外,这样的干涉并不是为了侵害对方国家的政治独立和领土完整,因为人道主义干涉的主要目的是停止人道主义灾难,而不是征服或改变对方国家的版图。这些理论和分析的落脚点仍然是人权高于主权。还有一些学者主张未经授权的人道主义干涉是一个在习惯国际法上既存的习惯权利,^[106]而且联合国的创设“既没有终止也没有削弱”这一在 19 世纪和 20 世纪早期确立的习惯法。^[107] 但是必须指出的是,没有或鲜有证据证明国际社会已经毫无疑问地承认这个权利是具有法律约束力的权利(*opinio juris sive necessitatis*),一个习惯国际法上的必要条件(*sine qua non*)。^[108] 此外,习惯法上最大的困难是找到具有普遍意义的并且适应当代国际社会现实的适用标准。^[109]

即使是一些西方学者在承认人权国际性和重要性的同时,也反对这种对人权和人道主义重要性做扩张性和主导性的解释和适用。在他们看来,无论使用武力是如何短暂或有限,绝大多数的使用武力必然侵害了一个主权国家的领土完整。^[110] 出于人道主义目的的单方面干涉会有被滥用的危险。^[111] 此外,人道主义干涉的危害性也是显而易见的:“人道主义干涉甚至不需要证明针对干涉国或国家集团真正的或推测的威胁。”^[112] 特别需要指出的是,主张法律权利或追求经济和社会正义从而使用武力在国际法上是很难获得合法化依据的。^[113] 即使是自助^[114]和报复性武力^[115]在国际法上也是得不到支持的,否则联合国宪章第 2(4)条主导的不使用武力原则体系就会事实上(*de facto*)被修改。^[116] 国际外交的实践者和观察者亦反对联合国安全机制从维护和平滑向“寻求”正义。基辛格就认为这会使得共识更加难以达成。^[117]

一些美国国际法学者试图创设一种新的国际法理论和规则,对人道主义干涉的军事行动进行

[105] W. Michael Reisman and Myres S. McDougal, *supra* note [22], pp. 167-177.

[106] Richard B. Lillich, “Forceful Self-help by States to Protect Human Rights”, 53 *Iowa Law Review* (1967), 334; Jean-Pierre L. Fonteyne, “The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention; Its Current Validity under the UN Charter”, 4 *California Western International Law Journal* (1974), 203-270; Michael J. Bazylar, “Re-examining the Doctrine of Humanitarian Intervention in Light of the Atrocities In Kampuchea and Ethiopia”, 23 *Stanford Journal of International Law* (1987), 547-619.

[107] See, *supra* note [22].

[108] J. Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, 56 *British Yearbook of International Law* (1985), 1-24; G. Danilenko, *Law-making in the International Community* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993), pp. 81-109; Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 129-203.

[109] 一部分学者提出,人道主义干预需要得到联合国安理会或大会的授权,或者必要性相当明显,或者人道目的相当清楚,这样干预行为才能具有合法性。Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Boston: Martinus Nijhoff, 1991), p. 126.

[110] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 240.

[111] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 254.

[112] 见前注[74], W. 迈克尔·赖斯曼书,第 371 页。

[113] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 239.

[114] *Corfu Channel Case*, ICJ Rep (1949) 3.

[115] *Naulilaa Case (Germany v. Portugal)* 2 RIAA 1011.

[116] Rosalyn Higgins, *supra* note [50], p. 240-241.

[117] Henry Kissinger, *On China* (New York: Penguin Press, 2011).

合理化包装和诠释。这些努力集中表现在采用有别于传统国际条约解释方法的道德-政治价值的条约解释,^[118]将道德理性作为高于法律理性之上的标准;或者试图将保护主权的国际法制度体系引领到保护所有人人权的体系范式之中。^[119]另外一种与人道主义干涉存在些许联系的是针对一国政府瓦解或者被暴力的势力或组织所控制而采取的军事干涉行动。在这种情况下,他国或一些国家的军事干预不属于自卫。索马里和阿富汗战事是这种情况的缩影。阿富汗被塔利班集团所掌控,索马里的军阀不仅侵害本国人民的人权而且为非洲的恐怖主义势力提供庇护。一些美国学者也试图为在这种情况下之下的军事行动寻找合理化的理据。但是,联合国宪章在条文上并没有允许人道主义干涉的内容,尽管安理会已经批准在海地、索马里和科索沃进行人道主义干涉。^[120]

就这个争论,国际法院对尼加拉瓜诉美国一案的判决提供了有价值的指导。国际法院明确写道:“武力的使用不可能成为监控和保障对人权尊重的适当方法”;^[121]“根本就不存在‘为了支持他国反对派的普遍干涉权’”。^[122] 尽管国际法院的判决对案件当事国之外的其他国家没有约束力,但是,作为“法律规则定义的辅助形式”,国际法院在尼加拉瓜诉美国一案中的裁决仍然具有相当高的权威性。国际法院明确将政治意识形态和民主等因素排除在考量范围之外。^[123]

(三) 前瞻:不使用武力原则是否需要修正

国际形势的变化对包括战争法在内的国际法提出了挑战。其中一个基本的问题是,国际法上过于封闭的包括自卫原则在内的使用武力规则是否需要变化和更新。回答这个问题的一个视角是检视《联合国宪章》确立的使用武力规则是否起到了设计之初的作用和功效。如果答案是肯定的,那么这种变革的需要也就不迫切。联合国的设计者们在设计之初的主要目的是消除一切形式的国家之间的侵略战争。这也是《联合国宪章》使用武力规则的核心目标。^[124] 首先,美国、前苏联、英国、法国等主要国家都曾经在国际关系中非法使用武力。在这个意义上,以《联合国宪章》第2(4)条规定为基础的战争法体系是失败的,^[125]因为联合国制度设计者的初衷没有得到实现。特别是最近十几年内的几次战争,如北约入侵科索沃和美国入侵伊拉克更是进一步削弱了联合国的作用,构成了对《联合国宪章》的规避。^[126] 亦有学者直呼,科索沃战争不仅标志着《联合国宪章》的“死亡”,而且是国际社会将战争置于法制之下的巨大努力的失败。^[127] 科索沃和伊拉克战争的直接后

[118] Fernando R. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2nd ed. (New York: Transnational, 1997), p. 149.

[119] W. Michael Reisman, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, 84 *American Journal of International Law* (1990), 869-870.

[120] 北约轰炸科索沃基本上构成一个“极端情况”的特例。这种特例也可能被国际法或国际组织所容忍。但是这种特例无法事前复制或提供标准。这也间接说明国际法或习惯法上很难有规则重塑或改变。Jane Stromseth, “Rethinking Humanitarian Intervention: the Case for Incremental Change”, in J. L. Holzgrefe and Robert O. Keohane (Eds.), *Humanitarian Intervention—Ethical, Legal, and Political Dilemmas* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 242-243.

[121] See, *supra* note [56], at para. 268.

[122] See, *supra* note [56], at para. 209.

[123] See, *supra* note [56], at para. 194.

[124] Ian Brownlie, *supra* note [21], pp. 264-280.

[125] Thomas M. Franck, “Who Killed Article 2(4) Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States”, 64 *American Journal of International Law* (1970), 809, 836.

[126] Richard A. Falk, “Kosovo, World Order, and the Future of International Law”, 93 *American Journal of International Law* (1999), 847, 854-856.

[127] Michael J. Glennon, “Why the Security Council Failed”, 82 *Foreign Affairs* (May/June 2003), 16, 24.

果是国家可能不再认为有义务获得联合国的事先授权或者遵守《联合国宪章》关于使用武力的规则。

其次,自从第二次世界大战结束以后,国家之间的战争,特别是为了争夺领土的战争,不再是威胁国际安全体系稳定的主要问题。而此类战争正是直接导致两次世界大战的导火线。联合国设立之初的主要目的就是防止此类战争的重演。而《宪章》确立的不使用武力原则恰恰反映了世界各国对第二次世界大战以前以武力主导世界格局和政治生态的状况的反对。国际社会的成员普遍认同战争和武力不能实现联合国维护和平的目标。^[128] 随着科学技术的发展和国际关系的演进,主权国家国内(种族)战争、人道主义灾难、国际恐怖主义组织日渐成为国际事务中人员伤亡的主要原因。这类非传统的威胁国际和平与安全的破坏势力由于其特有的灵活性和非传统性而比传统意义上的战争更具现实和直接的破坏性。由于恐怖主义组织的军事行动本身并不遵循国家法准则,强求主权国家对这类敌对势力采取互惠的战争政策就是变相将国家置于更加不利的境地。但是,到目前为止,国际社会就如何应对此类非传统破坏势力、采取有效的集体防御仍然没有达成广泛的共识。

国际法是否应当接受或允许人道主义干涉呢? 总体而言,国际法体系没有系统性地为任何形式的干涉或干预提供法理依据。^[129] 唯一的明文例外是《联合国宪章》第2条第7款,“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件,且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决;但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用”。但是,对于各种干预的特殊形式及其程度,该条款的适用性是不确定的。^[130] 国际法学界一般持这样的观点,干涉和反干涉受到必要性和适当性原则的限制。^[131]

人道主义干涉能否被定性为对《联合国宪章》第2(4)条的良性(或善意)例外呢? 这可能取决于一些关键的因素。首先,一国违反人权行为的极端负面性是否对他国造成了损害。^[132] 不可否认的是,二战以后,武装冲突导致的人员伤亡主要发生在国内武装冲突而不是传统的国家之间的武装冲突之中。二战以后的武装冲突75%-80%是国内冲突,而这些冲突导致的人员伤亡占有(包括国内的和国家之间的)武装冲突导致伤亡人数的80%。^[133] 因此,内国的武装冲突对人权的伤害可能要远甚于国家间的武装冲突和战争。其次,人道主义干涉如果被广泛使用,是否会危及国际体系的稳定,因为主权国家会担心无法控制和处理本属于主权国家内部的事务。这里存在着一个明显的紧张关系,允许使用武力的国际法框架的目的是使国际安全和和平体系更加稳定,然而人道主义干涉会危及这个体系赖以存在的基础,即主权国家的独立和主权。这个紧张关系可能是联合国对人道主义干涉采取犹豫态度的原因。联合国前秘书长安南也早就指出,成员国在是否需要修正不使用武力原则的问题上存在差异,而一个分歧就在于成员国是否应当有权(或有义务)保护性地使用武力以保护他国的国民免于种族灭绝、种族清洗或类似的反人类的罪行。^[134] 但是,至今

[128] 见前注[26],路易斯·亨金书,第207页。

[129] 此处的干涉不是指作为国家争端解决方法之一的国家之间发生冲突以后第三国的介入。见前注[62],奥本海书,第106~107页。

[130] 见前注[26],路易斯·亨金书,第196页。

[131] 见前注[26],路易斯·亨金书,第198页。

[132] Amartya Sen, “Humanity and Citizenship”, in Joshua Cohen (Ed.), *For Love of Country: Debating the Limits of Patriotism* (Boston: Beacon, 1996), p. 111, 117; Charles Jones, “Patriotism, Morality, and Global Justice”, in Ian Shapiro and Lea Brilmayer (Eds.), *Nomos XLI: Global Justice* (New York: NYU Press, 1999) p. 125, 142; Michael Walzer, *supra* note [85].

[133] K. J. Holsti, *The State, War, and the State of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 24.

[134] Report of the Secretary-General, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All* (2005), at <http://www.un.org/largerfreedom/contents.htm>, para 122.

为止,联合国在这个分歧点上贡献有限。安南仍然将使用武力的授权紧紧限制在安理会手里。而安理会作为唯一的有权国际机构,会在情况严重到足以威胁到国际和平和安全的情况下使用第七章的权力授权对反人类罪行采取集体军事行动。^{〔135〕}但是,现实困难在于安理会对采取人道主义干涉的军事行动本身缺乏一致。同时,非安理会成员国对安理会的武力授权存在不信任的心理。有鉴于此,一些西方学者主张只有在两种极端情况下人道主义干涉才具有合法性:经安理会授权;剥夺人权的极端情况,如种族灭绝。^{〔136〕}

国际法是否应当允许主权国家对此类非传统威胁采取自卫呢?关键的问题是如何定义和解释“紧迫的危险”。一种修正国际法的路径是重新解构和定义自卫原则中的“紧迫的危险”这一成分,考虑一个可能的进攻的潜在后果。传统上,“紧迫的危险”注重的是威胁在时间上的接近性(the temporal proximity of the threat)。时间上的紧迫危险性可能是一个相当高门槛的自卫标准。受害国可能只有在见到进攻发起的时候才能合法地自卫。结果是,自卫可能只有在相当迟的时间点上才能进行。国际法院在匈牙利诉斯洛伐克一案中对“紧迫的威胁”做了一个双维度的解读。^{〔137〕}除了时间(timing)上的维度外,国际法院也要求对威胁的可能性(probability of the threat)做合适的分析。尽管国际法院在此案中将“紧迫的威胁”等同于“即时性”,这个概念的具体操作仍然存在许多不确定性。国家在这方面的实践是国际法的主要渊源。^{〔138〕}而国家的实践显示出相当的灵活性和多样性,在一定程度上修正了《联合国宪章》的规定。^{〔139〕}同利比亚有关的一个个案是1986年美国为报复利比亚制造的一系列针对美国的恐怖主义活动——包括在柏林袭击美国军人经常出入的夜总会——而对利比亚采取的军事行动。当时的美国总统里根在发起军事行动之前解释说,利比亚正在计划对美国发起一系列的恐怖主义袭击。美国认为其对利比亚的军事行动是合法的先行自卫,完全符合《联合国宪章》第51条的规定。美国还认定这些军事行动是美国在竭尽非军事救济手段之后采取的,符合习惯国际法上的必要标准(standard of necessity)。尽管有些国家试图在联合国安理会通过谴责美国军事行动的决议,美国连同澳大利亚、丹麦、法国和英国成功否决了这一谴责决议。美国显然是将利比亚的恐怖主义袭击视为“军事进攻”,并以军事行动回击这类恐怖主义活动。尽管在理论上美国可以争论这类军事行动是自卫,但是这个理由遭到了国际社会的普遍批评,因为《联合国宪章》第2(4)条禁止了非战争的报复行动,而仅仅允许针对“军事进攻”的武力。

但是,即使一些西方学者也不赞同对《联合国宪章》第51条禁止单边作战的规定,因为允许国家在认为受到潜在威胁的时候能够单边使用武力会导致一个荒诞的后果(*reductio ad absurdum*)。^{〔140〕}国际法不能轻易地允许任何一个国家在它认为受到他国威胁的时候能够不加限制地诉诸武力。^{〔141〕}国际法的现实缺陷在于它的非强制性。习惯国际法对使用武力的限制对美国 and 北约等军事集团的实际抑制效果是相当有限的。但是,对使用武力的限制是成员国在联合国宪章下的条约义务和国际安全责任。^{〔142〕}而国际法体系开始自生出内在的执行机制,特别是国际刑法法庭,其对发起非

〔135〕 A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the Secretary General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (United Nations 2004), at www.un.org/securworld/report.pdf, para 66.

〔136〕 Martin Dixon, *supra* note 〔15〕, p. 324.

〔137〕 Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), 1997 ICJ Rep 7, 15-22, 52, 54, 55-56.

〔138〕 Jack Goldsmith and Eric Posner, “A Theory of Customary International Law”, 66 University of Chicago Law Review (1999), 1113.

〔139〕 Thomas M. Franck, *supra* note 〔99〕, pp. 5-9, pp. 171-72.

〔140〕 Thomas M. Franck, *supra* note 〔99〕, p. 98.

〔141〕 Ibid.

〔142〕 见前注〔74〕, W. 迈克尔·赖斯曼书, 第429页。

法战争仍起到一定的威慑作用。

四、一些初步的结论

尽管对于北约国家和美国军事打击利比亚的行动存在诸多的非议,我们客观上应当看到此次事件较之以往美国等国对前南斯拉夫、阿富汗、伊拉克等国使用武力的情形所不同的是,联合国安理会在事前确实通过了一个要求适用《宪章》第七章的决议,只不过各方对于第 1973 号决议是否包含了授权使用武力存在观点上的分歧。我们从中或许可以看到一种进步,即作为当代国际法体系和国际治理秩序的核心机制,安理会在使用武力问题上的“话语权”并没有被剥夺,相反其权威性和合法性正在得到包括美国在内所有国家的认可和尊重。争议的焦点并非北约组织和美国是否绕开了联合国以及安理会径直采用武力手段,而是第 1973 号决议的内容如何得到合乎法理的解释。

近年来,国际关系的实践表明,国际法上关于不使用武力原则正处于关键的十字路口。一方面,我们应该对任何修订第二次世界大战以来现行的国际法规则和联合国和平安全框架的企图和尝试保持高度的警觉,因为这有可能打破既有的利益平衡和国际集体安全体制。但是,另一方面,我们也要意识到,“现代的国际法是动态的国际法”;^[143]国际法不是一套静态的体系,而是一个过程(process),一个处于动态演化过程中的规范、制度和体系。自然地,对包括联合国宪章在内的成文条约规范的解释会不断变化和发展,遇到挑战。相应地,国际社会对国际法以及不使用武力原则的解释和适用自然也需要有一个逐步深化、演进和变革的过程。无疑,建立一个应对变化的国际形势的“有效的普遍国际法”的过程肯定是“艰难而冗长的”。^[140]

一些国家内部不时发生的人道主义危机已经使国际社会意识到不能再以“内政”为由而袖手旁观了。一个客观事实是,国际社会、联合国、甚至是国际法在这个问题上已经是深度介入了。最具争议的问题在于“人道主义干涉”在国际法上如何找寻其合理的位置以及如何保证联合国尤其是安理会在此问题上被充分地尊重,发挥更大的主导功能,并且同《联合国宪章》第 2(4)条为核心的国际安全体制相衔接。这在很大程度上将决定未来国际社会在此问题上能达成多大空间的共识。当然,在这方面,国际法的发展还有待观察。但是可以肯定的是,无论是人道主义干预还是干涉,国际法的发展必然是缓慢的。

作为一个发展中的负责任的大国,中国在国际人道主义问题上早已不再是沉默是金。恰恰相反,中国也已经积极介入并参与,有所作为和贡献。目前中国已是安理会常任理事国中对外派遣维和人员人数最多的国家。在国际社会介入利比亚局势的过程中,中国也曾经先后邀请利比亚政府和反政府武装的代表来华就解决危机展开商谈。由此可见,中国政府长期坚持的“不干涉内政”原则本身存在着一定的弹性和解释空间。从发展的态势看,这已经不再是一项鼓励各国“事不关己”的消极法律原则。中国必须融入国际社会关于人道主义问题的积极考虑,“保护的责任”的提出就是最典型的例证。

(责任编辑:李迎捷)

[143] 邓正来主编:《王铁崖文选》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 21 页。

[140] 同上,邓正来书,第 410 页。