

国家对非国家行为体行使自卫权的 国际法律问题研究

廖丽, 秦冰燚

(武汉大学法学院, 湖北 武汉 430072)

摘要:随着全球化和国际事务的不断演变,非国家行为体在国际关系中的角色愈发凸显。本文探讨国家是否有权对非国家行为体行使自卫权的问题,认为国际法并未明确排除面对武力攻击时国家对非国家行为体行使自卫权的可能,同时指出尽管“不愿或不能”测试在维护受害国国家安全和非国家行为体所在领土国主权之间保持了微妙平衡,但这个学说缺乏学理支撑且国际上未形成法律确信,自卫权行使仍需遵循“必要性”和“相称性”原则。因此,在面临来自非国家行为体的武力攻击时,国家有权采取包括自卫权在内的必要行动来维护国家安全,但各国必须深化在国际和地区事务中的沟通协作,捍卫以国际法为基础的国际秩序,确保自卫权的行使符合国际社会的共同利益和国际和平与安全的目标。

关键词:非国家行为体;武力攻击;自卫权;“不愿或不能”测试

中图分类号:DF90

文献标识码:A

文章编号:1005-0566(2024)08-0071-12

Research on the international legal issues regarding states exercising the right of self-defense against non-state actors

LIAO Li, QIN Bingyi

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: With the continuous evolution of globalization and international affairs, the role of non-state actors in international relations has become increasingly prominent. This article explores the question of whether states have the right to exercise self-defense against non-state actors. It argues that the international law does not explicitly rule out the possibility of states exercising the right of self-defense against non-state actors in the face of armed attacks. It also points out that although the “Unwilling or Unable” test maintains delicate balance between safeguarding the national security of the victim state and respecting the sovereignty of the territorial state where the non-state actors are located, this doctrine lacks theoretical support and has not gained opinio juris internationally. Therefore, the exercise of the right of self-defense still needs to adhere to the principles of “necessity” and “proportionality”. This implies that states have the right to take necessary actions, including the right of self-defense, to safeguard their national security when facing armed attacks from non-state actors. Moreover, countries must deepen communication and cooperation in international and regional affairs, uphold the international order underpinned by international law, and ensure that the exercise of self-

收稿日期:2024-04-11 修回日期:2024-05-20

基金项目:国家社会科学基金重点项目“推动构建新型国际关系和人类命运共同体的国际法规范体系建设研究”(21AZD092);2024年武汉大学专业学位特色课程建设项目“中国国际法实务”。

作者简介:廖丽(1983—),女,湖北荆州人,武汉大学法学院副教授、国际法研究所副教授,法学博士、管理学博士后,研究方向为国际法、国际争端解决。

defense aligns with the common interests of the international community and the objectives of international peace and security.

Key words: non-state actors; armed attack; right of self-defense; “unwilling or unable” test

地缘政治冲突中,胡塞武装等非国家行为体(Non-State Actors)对他国国家安全和公民生命构成了严重威胁,突显各国面临着复杂的安全挑战。国家是否有权行使自卫权来应对这些非国家行为体的威胁,成为了备受关注的问题。部分国家和组织认为,根据《联合国宪章》第 51 条,自卫权的行使范围不仅包括来自其他国家的武力攻击,还应包括来自非国家行为体的威胁^[1]。然而,这种观点面临着国际法上的争议,需要在实践中进行平衡和界定,否则可能导致自卫权的滥用,进而滋生霸权主义和强权政治。目前研究与非国家行为体有关的自卫权相关论文较少,且多集中于国际法主体的认定、网络空间领域中的非国家行为体责任归因以及非国家行为体在全球治理中发挥的作用。相较于已有研究,本文聚焦国家面对非国家行为体威胁时可否以及如何行使自卫权,并着重考察了相关国际法原则与国际法院判例,同时以《联合国宪章》与国际法院判例为依据,重点分析了非国家行为体对国际安全框架的挑战、自卫权的法律基础和历史渊源、国际法院对武力攻击归因问题的回避以及当今的国际实践。

一、从传统到当代:非国家行为体对国际安全框架的挑战

在全球化和国际关系不断演变的背景下,国际安全框架正在经历深刻变革,非国家行为体的崛起给国际安全框架带来了新的挑战与机遇,传统的国家中心主义观念已经无法完全适应复杂多变的国际环境。传统国际安全主要关注国家间的冲突,但现代国际安全环境更加复杂、多样,非国家行为体已成为影响国际安全的重要因素。

(一) 非国家行为体的概念

一般而言,国际社会的主体分为国家行为体和非国家行为体两大类。作为与国家行为体相对的概念,非国家行为体可以定义为由一定的成员

(个人或国家)构成,是拥有一定的财政资源(捐款或经营利润)、在全球或地区范围内活动并足以对全球社会产生影响的组织^[2],它们既可能是跨国公司、非政府组织(NGO)、学术机构等积极参与国际合作、推动全球发展的力量,也可能是恐怖组织、犯罪集团、武装团体等对国际安全和稳定构成威胁的因素。非国家行为体的兴起挑战了传统国家中心主义的观念,国际关系不再局限于国家之间,而是面临更加复杂和多样化的参与者,这也意味着国际社会需要更加开放和包容,以适应不同实体之间的关系。相较于传统的国家中心主义,现代国际关系更加强调多边主义和合作精神,促进不同实体间的沟通和协调,共同面对全球性挑战,共同构建一个和平、公正、包容、合作的国际秩序,这些都与我国倡导的人类命运共同体理念不谋而合。

(二) 国际法体系中的非国家行为体

传统国际法体系是一个以主权国家为中心的体系。近代国际法被视为源自《威斯特伐利亚和约》(Peace of Westphalia),其随着大批国家取得独立而发展,且被认为是调整主权国家间关系和利益的国际规范^[3]。尽管传统国际法不承认非国家行为体具有国际法律人格,但随着全球化的不断深入以及国际关系日益复杂化,这一观念已然发生变化。

在关于“为联合国服务而受伤害的赔偿案”中,国际法院对国家中心主义的传统观念提出质疑,否认国家是国际社会的唯一主体,并申明联合国的国际人格对于实现其成立的宗旨不可或缺。法院指出,“国际法的发展一直受到国际生活的影响……国家集体活动的逐步增加已经引起了某些非国家实体在国际层面上的行动”^[4]。国际法院认为新的国际法主体可以是其他非国家行为体,这些都取决于“国际社会的需要”^[5]。国际法院的

观点体现了国际法发展的新趋势,即随着国际社会的演变和国家集体活动的增加,国际法主体的范围不再局限于国家,而是逐渐扩展到包括国际组织在内的其他非国家行为体。

从实证主义的角度来看,尽管国际法实践已经证明“政府间国际组织……具有国际法主体资格”^[6],但大多数非国家行为体,既不是适当的国际法律制定者,亦非国际法主体。非国家行为体所发挥的实际作用虽然不可否认,但并不足以说明整个国际法体系发生了重大变化^[7]。毫无疑问,无论这些非国家行为体的影响力如何增强,国家和国际组织仍然是主要的国际法制定者——无论条约法抑或国际习惯法。本文关注的非国家行为体并非欧盟等区域安全组织,也非民族解放组织等类国家实体,亦非亚太经合组织等区域经济组织^[8],而是诸如哈马斯、胡赛武装等具有私人、民间性质的实体^[9]。此类非国家行为体通常由特定的支持者组成,其目标和活动也不受官方政府的控制,因而不被认为是国际法主体,但由于其行为可能对国际安全和地区稳定产生重大影响,因此时常引起国际社会的关注。

(三)非国家行为体对传统国际安全框架的挑战

随着国际恐怖主义、跨国武装团体对国际安全的威胁日益加剧,国际社会必须面对这些新的挑战。《联合国宪章》第2条规定了禁止使用武力原则,要求所有会员国在国际关系中避免威胁或使用武力,这意味着所有会员国都有义务遵守这一原则以维护国际和平与安全。本文在此关注的问题是,非国家行为体是否受到该原则的约束?禁止使用武力原则作为国际法基本原则,既由《联合国宪章》明文规定,也构成国际习惯法规则^[10]。尼古拉斯·萨古里亚斯(Nicholas Tsagourias)认为国际习惯法具有强大的灵活性和包容性,尽管大多数的非国家行为体并非国际法主体,但只要他们有能力采取行动,且他们的行动会在国际层面产生后果,国际习惯法框架下的禁止使用武力原

则就具有约束力^[11]。换言之,非国家行为体因其行为而被视为禁止使用武力原则的客体 and 对象。正如联合国威胁、挑战和改革问题高级别小组指出的:恐怖主义针对的是联合国的核心价值观……基地组织对联合国及其会员国的威胁持续存在^[12]。

在这一背景下,国家对非国家行为体行使自卫权的问题成为了国际法和国际实践中备受争议的议题。尽管非国家行为体也受到禁止使用武力原则的约束,但非国家行为体的威胁是否进而可以被认定为武力攻击?面对非国家行为体的威胁,国家是否可以按照《联合国宪章》主张行使自卫权?探讨这些问题,首先需要分析行使自卫权的国际法基础。

二、从《联合国宪章》到国际习惯法:国家行使自卫权的法律基础

作为国际法的重要基石,《联合国宪章》确认了自卫权是国家拥有的“自然权利”,然而,国家行使自卫权更多地受到国际习惯法的影响和塑造。因此,我们不仅需要回顾《联合国宪章》所确认的基本原则,更需要追根溯源,考察国际习惯法在这一领域的演变与发展,以便更全面地理解国际法体系对自卫权的规范与约束。

(一)《联合国宪章》框架下的自卫权原则

根据《联合国宪章》第2条第4款确立的“禁止使用武力原则”^[13]旨在减少战争的发生、维护国际和平,被认为是维护国际和平与稳定的基础,是现代国际秩序的基石^[14],而安理会授权使用武力是该原则的第一个合法例外。根据《联合国宪章》第7章,安理会有权授权有关国家或组织代表安理会使用武力,其最初的设想是会员国根据《联合国宪章》第43条“向安理会提供”的部队将根据安理会的要求采取必要的强制行动^[15]。自卫权则是禁止使用武力原则的第二个合法例外。《联合国宪章》第51条确认了国家的自卫权,允许成员国在遭受武力攻击时采取必要的自卫行动^[16]。然而,国家在行使自卫权的名义下采取行动时,往往

存在解释上的模糊性,可能被滥用为侵犯他国主权的手段——某些国家可能会宣称受到潜在威胁,以合法化其对其他国家的军事介入。这使得自卫权的行使面临国际社会的质疑和审查,因此需要建立更为明确和可执行的标准,避免自卫权成为侵犯他国主权和领土完整的借口。

对此,《联合国宪章》第 51 条对自卫权的行使做了程序上的限制和要求,即只有当“遭受武力攻击”且“在安理会采取必要办法维持国际和平及安全之前”两大条件同时满足,方可行使自卫权,这也与《联合国宪章》中对安理会所设想的维护世界和平职责的作用相符。虽然此条没有详细说明这些“必要办法”是什么,但明确了这些“必要办法”应为“维持国际和平与安全所必需”。如若安理会通过一项谴责非法武力攻击的决议,但该决议并不包含能够消除受害国自卫所需要的措施,那么受害国采取自卫行动的权利将不受影响;若安理会决议呼吁或要求停火,且最初的攻击国遵守安理会的要求,那么受害国如不停止自己使用武力的行为,就很可能使其行为从合法自卫变成非法使用武力。

(二) 武力攻击——行使自卫权的重要前提

《联合国宪章》第 51 条规定,会员国只有在“遭受武力攻击时”,才可以行使“单独或集体自卫之自然权利”。国际法院在“尼加拉瓜诉美利坚合众国案”(以下称“尼加拉瓜案”)的判决认为,无论是单独自卫或集体自卫,它只有在对“武力攻击”做出反应时才能行使。法院强调,这既包括正规军队,也包括武装团体的攻击^[17]。且根据后文对国际法院判例的分析,国际法院并没有认为武力攻击必须来源于国家。

引起自卫权的“武力攻击”的标准存在一定的模糊性,国际法院在“尼加拉瓜案”、“刚果民主共和国诉乌干达案”(以下称“刚果(金)诉乌干达案”)中要求“规模和效果”达到一定的“严重程度”是一个相对的标准。但国际法院在判决和解释中,通常没有明确规定具体的数量或程度,而是

更侧重于特定情境的评估。然而,随着非国家行为体如恐怖组织和跨国武装团体的崛起,这种标准在评估和回应新型安全威胁方面显得不够灵活。特别是恐怖袭击虽然规模较小,但却能够引发恐慌并对国家安全造成重大威胁。因此,传统的“规模和效果”标准很难准确评估恐怖主义对国家的威胁。

为弥补“规模和效果”理论的缺陷,“累积事件”理论在法国等国的立场文件中陆续出现^[18],该理论强调,即使每一次单独攻击不足以触发自卫权,但在多次累积后,可以形成足够的基础来合法地行使自卫权。这个理论反映了对于武力威胁动态性和渐进性的认识,尽管该理论在解释和适用自卫权时提供了一种更灵活的视角,但也面临争议和批评。首先便是其主观性和模糊性,没有确切的标准来衡量攻击的累积何时达到足够程度,这使得该理论容易受到不同国家的随意解释;另外,从各国实践来看,目前很少有国家接受这一理论,因此“武力攻击”的标准仍然具有相当大的模糊性。鉴于此,国际法院法官希金斯(Higgins)^[19]指出,确实存在对于“武力攻击”的法律标准缺乏明确可操作性的情况——因此,自卫权是否合法便更加依赖于反击是否得当。这就是国际习惯法上的“必要性”与“相称性”要求。

(三) 自卫权的渊源与行使原则

一般认为,“卡罗琳号案”确定了自卫权行使的两大原则:必要性和相称性,这两大原则也是国际法中自卫权概念的核心^[20]。国际法院在“尼加拉瓜案”的意见中分析了国家有效援引自卫权的标准,认为任何此类援引必须符合“必要性”和“相称性”的要求。法院随后在“核武器案”中再次申明:“行使自卫权必须符合必要性和相称性,这构成了国际习惯法规则”^[21]。

1. 必要性

“卡罗琳号案”中,美国国务卿丹尼尔·韦伯斯特(Daniel Webster)^[22]认为若行使自卫权,必须证明“迫在眉睫和没有其他手段可以选择以及没

有时间认真考虑的”情形,即“卡罗琳号案”中的必要性原则中包括了“即刻性”的要求。“即刻性”意味着武力攻击的受害者必须毫不迟疑地作出反应才能使自卫合法。然而,“卡罗琳号案”提出的“没有时间深思熟虑”的标准过于严格,因为在决定采取自卫行动时,如果国际社会期望受害国首先采取现有的非强制性措施以满足“必要性”标准,则可能恰恰需要时间进行审议。国家实践还表明,采取自卫行动往往需要时间,1990年的科威特战争就是例子,朱迪思·加德姆(Judith Cardam)^[23]指出,实际上,“国家认为自己有持续的义务努力通过和平手段解决他们的分歧。依据情况的不同,不承认和平倡议可能使合法的自卫反应成为具有侵略性质的武力使用形式”。

若一国遭受了另一国的武力攻击,受害国在诉诸武力进行自卫之前是否必须尝试其他所有可能的途径?首先,应该指出的是,对这一问题的立场可能取决于最初的武力攻击是否已经结束,以及是否预计会有更多的武力攻击。如果一国是对正在进行的武力攻击作出反应,那么除非安理会进行干预,否则该国在进行武力自卫之前无需尝试其他可能的措施;如果最初的武力攻击已经结束,但预计攻击仍将继续,那么国家在有权行使自卫权之前可以尝试其他措施。但以上的情形都需要一国花费大量时间进行处理,而这恰恰无法满足“即刻性”的要求,特别是在针对非国家行为体行使自卫权的情形中,“即刻性”的要求就更加难以满足。当攻击由国家实施时,除武力自卫外,受害国可以通过外交手段直接与攻击国接触,双方应当在不进一步使用武力的情况下达成和平协议;若武力攻击来自非国家行为体,那受害国在行使自卫权之前,还可以请求非国家行为体所在领土国行使管辖权,对其领土内的非国家行为体采取措施以阻止非国家行为体的敌对活动。也即,只要还存在通过与领土国协商寻求解决方法的选项,那直接行使自卫权便没有满足“必要性”的要求,国际法委员会特别报告员罗伯托·阿戈

(Roberto Ago)^[24]指出:“必要性”是行使自卫权的原则之一,即受到攻击的国家在特定情况下,除诉诸武力之外,必须没有任何制止攻击的手段。换言之,若不使用武力便可达成既定目标,那便不应违反国际法的基本原则——这一点是不言而喻的,也是得到普遍承认的,因此无需进一步讨论。

“必要性”实际上是作为自卫权的触发要素,也即一旦满足“必要性”的要求,我们关注的重点就应转移到行使自卫权的“相称性”要素上。

2. 相称性

“相称性”是规定自卫行为的可允许和必要范围的原则,该原则界定了自卫行动的范围和持续时间是否为防范非法威胁所必需。因此,Kre等^[25]主张将“相称性”视为“必要性”要求的组成部分,将“相称性”与“必要性”联系起来,就能在引起自卫行动的威胁与防范这一非法威胁的行动范围和持续时间之间建立合理的联系。简言之,他们认为行使自卫权必须包括两个关键因素:第一,非法威胁的性质是否可以触发自卫权;第二,自卫权可允许的范围是什么。从这个角度理解,将“相称性”概念化为自卫权“必要性”的一个组成部分,这会极大增强行使自卫权的合法性,因为“必要性”和“相称性”都有助于界定国家诉诸自卫权的行为何时具有最广泛意义上的客观必要性:即使自卫行为是合理的,自卫反应的范围也可能与触发自卫权的威胁程度不具有相称性,以至于无法认定自卫行为在总体上的必要性。Schmitt^[26]指出,“相称性涉及自卫权中允许使用武力的程度:它允许使用的武力不得超出在相关情况下阻止预期攻击或击败正在进行的攻击所需的武力”。“国际法协会使用武力问题委员会”(ILA Committee on the Use of Force)在2018年通过了一份范围广泛的报告,认为“相称性评估并不一定要平衡自卫措施与之前武装攻击之间的相称性;相反,它应评估……造成的伤害是否超过了武力试图实现的合法目的”^[27]。亦即,“相称性”意味着必须在合法目的和手段之间取得平衡,达

成“目的——手段”测试。那么衡量“相称性”的第一步便是确定使用武力的合法目的是什么,然后再根据所使用的武力是否为实现这些目的所必需来评估“相称性”。

在面对非国家行为体的武力攻击时,“相称性”的意义就变得格外重要。因为非国家行为体的跨国攻击可能无法归因于领土国,这些攻击要么孤立来看不构成武力攻击,但由于“累计事件”理论被整体认为属于武力攻击;要么由于其“规模 and 效果”达到了一定严重程度而直接被认为是武力攻击。由于非国家行为体的特殊性,受害国在使用武力对非国家行为体进行自卫时,一般不是为了抵御正在发生的袭击,而是为了防止来自同一非国家行为体的进一步袭击。因此,对非国家行为体行使自卫权的合法目的是防范其日后的进一步袭击。

有学者认为“相称性”并不排斥受害国使用更强大的武力进行反击,“要求受害国将其反应限制在制止和击退武力攻击上似乎是不合理的,特别是当受害国有充分的理由担心侵略者很可能在未来发动另一次攻击”^[28]。对“相称性”原则的含义产生混淆的重要原因就在于此,人们自然而然地认为“相称性”意味着“以牙还牙”“以眼还眼”。然而,关键不在于目的和手段之间是否取得了平衡,而在于人们对国家行使自卫权的合法目的缺乏共识。即使人们普遍承认“相称性”的检验标准是“目的——手段”测试,但如果不能就这些目的达成一致,显然无法就实现这些目的的必要手段达成一致。“巴以冲突”中,以色列国防部长加兰特(Gallant)声称“当战争结束时,加沙将不再存在哈马斯……以色列将拥有绝对的自由”^[29],亦即面对哈马斯的袭击,以色列行使自卫权的目的已经演变为消灭加沙地带的哈马斯,因此采取了该国认为消灭哈马斯应当采取的一切可能措施。显然,以方这一目的已然超出合法目的的范畴,尽管“各国都有自卫权,但应遵守国际人道法,保护平民安全”^[30],而以色列的军事军事目标选择过于

广泛,导致大量平民伤亡,构成了对加沙地带民众的“集体惩罚”,这显然违反了“相称性”原则,因为不是实现合法目的所必需的武力自然不具有“相称性”。

三、从法院回避到国家实践:非国家行为体的威胁与国家自卫权的适用

根据《联合国宪章》第 51 条,只有发生武力攻击时国家才可以援引自卫权。有学者认为,国际法院强调“武力攻击”必须可归于国家,从而排除了将非国家行为体的攻击视为“武力攻击”的可能性^[31]。这似乎是国际法院在“关于以色列在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙法律后果的咨询意见”(以下称“隔离墙案”)中采取的立场^[32],并在之后的“刚果(金)诉乌干达案”中得到了验证^[33]。但情况并非如此,确切地说,法院回避了这个焦点问题。

(一)武力攻击的归因——“卡罗琳案”再审视

一般认为,“卡罗琳案”是自卫权形成过程中一个标志性的案件,是国际习惯法对自卫权最权威的宣示^[34]。如前所述,时任美国国务卿韦伯斯特(Daniel Webster)在给英国政府的外交照会中阐明了自卫权行使的原则^[35],亦即自卫行为必须是必要且相称的,这些原则也被称为“卡罗琳准则”。除了国际习惯法业已确认的“必要性”和“相称性”原则,在此案例中,英国并没有针对美国而是针对叛乱团体采取了武力行动。这表明,武力攻击可以来自非国家行为体——“卡罗琳案”中的威胁便来自反政府武装团体。由于美国政府对此毫不知情,自然不对反政府武装的行为负有责任,在英美两国之后的外交信件中以及对关于自卫的“卡罗琳准则”的表述中,没有任何情况表明来自于非国家行为体的武力攻击会对自卫权的行使造成影响。

(二)直面抑或回避——国际法院对武力攻击归因问题的态度

《联合国宪章》第 51 条虽然确认了国家的自卫权,但并没有对发动武力攻击的主体做出限制。在

“隔离墙案”中,国际法院对《联合国宪章》第 51 条进行了如下解读,“在一国对另一国进行武力攻击的情况下,自卫权存在”^[32]。对此,希金斯(Higgins)^[36]法官在其单独意见中指出,《联合国宪章》第 51 条的案文中没有规定只有在一国进行武力攻击时才可以进行自卫,这一对武力攻击主体的限制是国际法院在“尼加拉瓜案”中确认的结果。

在“尼加拉瓜案”中,国际法院认为若美国援引集体自卫权为武力攻击尼加拉瓜辩护,需满足以下条件:①攻击萨尔瓦多等国的武装团体的行为归因于尼加拉瓜;②有关国家认为它们是尼加拉瓜武力攻击的受害者;③美国的行动符合必要性、相称性原则。对此,法院认为每一项至少都无法作出肯定答复。因此,法院判定,美国的自卫权抗辩不能成立。由此,国际法院^[37]认为若行使集体自卫权,则攻击萨尔瓦多等国的武装团体的行为须归因于尼加拉瓜。也即,国际法院是在评估一国对另一国行使自卫权的情况下武力攻击归属于一国的问题及其后果,而没有对缺乏国家支持的非国家行为体的单独行动本身是否构成武力攻击进行判断。此判决没有肯定或否定非国家行为体是否可以对《联合国宪章》第 51 条所理解的武力攻击负责的观点。

国际法院在“隔离墙案”中重复了这个立场,认为若一国行使自卫权,则武力攻击必须可归因于另一国,而由于以色列对此并未提出主张,因此以方援引自卫权修建隔离墙的主张无法成立^[38]。国际法院这种重复立场而回避以色列针对外国恐怖主义行为主张自卫权的行为遭到了诸多质疑。科艾曼斯(Kooijmans)等法官指出,《联合国宪章》第 51 条在承认各国享有自卫权之自然权利的同时,并没有行使自卫权须遭到另一国武力攻击的表述,且无论是《联合国宪章》第 51 条,抑或安理会第 1368(2001) 号和第 1373(2001) 号决议都没有将恐怖主义行为归因于一国的含义^[39],国际法院没有就以色列的真实诉求作出答复,这非常令人遗憾。

在之后的“刚果(金)诉乌干达案”中,国际法院面对国家对非国家行为体的自卫权问题再一次选择回避。在此案例中,国际法院强调“法院将调查乌干达是否有权采取针对刚果(金)的自卫军事行动”^[40]。在此基础上,法院指出,虽然乌干达声称采取了自卫行动,但从未声称受到刚果(金)的武力攻击,乌干达所提到的武力攻击都来自民主同盟军。法院认定,没有可靠证据证明刚果(金)政府直接或间接参与了这些武力攻击。根据 1974 年《关于侵略定义的决议》,这些攻击不能归因于刚果(金);同时法院认为,即使这一系列攻击可产生累积效果,它们仍然不能归因于刚果(金)。由此,法院得出结论:乌干达对刚果(金)行使自卫权的法律和事实基础并不存在,法院无需回应针对非国家行为体行使自卫权的问题^[41]。科艾曼斯(Kooijmans)法官在其单独意见中指出,法院错过了调整其在“尼加拉瓜案”中采取的立场的机会,尽管这一立场受到越来越严厉的批评,法院只处理了乌干达是否有权对刚果(金)采取自卫行动的问题,并作出了否定答复,但却没有回答这样一个问题,即如果非正规武装团体的武装行动“由于其规模和影响”被等同于正规军所开展的武力攻击……受害国有权采取何种行动?^[42]国际法院一直在重复之前的立场,即只有当武力攻击可归因于一国时,法院才会审查是否可以行使自卫权的问题,但“若在一个国家的全部或部分领土上几乎不存在政府职权,非正规武装团体从这些领土对邻国发动武力攻击,即使不能将其归因于领土国,这些袭击仍是武力攻击。仅仅因为没有攻击国就剥夺被攻击国的自卫权是不合理的,《联合国宪章》也没有这方面的要求”^[43]。西马(Simma)法官也认为,“法院本可以借助本案所提供的机会澄清这一具有高度争议性的事项的法律状况,但结果并非如此”^[44]。他相信,如果非正规军对邻国开展武力攻击,即使这些活动不能归因于领土所属国,依然应当被视为武力攻击,并同样产生自卫权。

从上述案件可以看出,国际法院并没有在针对非国家行为体行使自卫权的问题上做出明确答复,也没有就受害国在何种情况下有权直接对非国家行为体使用武力进行自卫提供指导,但相关裁决不应被理解为排除国家对非国家行为体进行自卫的权利;相反,法院的裁决应被理解为,如果国家本身是行使自卫权的对象,则武力攻击必须归因于国家。“卡罗琳号案”和国际法院的相关判决都未否认国家有权针对非国家行为体行使自卫权,国际法体系对于自卫权的行使并没有严格将其限定为仅限于国家间的行为。那针对行为不可归因于一国的非国家行为体行使自卫权该满足哪些条件?一国在何种情况下可以专门针对非国家行为体的武力攻击行使自卫权?

(三)“不愿或不能”测试——针对非国家行为体行使自卫权的途径

在应对非国家行为体武力攻击时,为使自卫权的行使具备初步合法性(即“必要性”原则),武力攻击的受害国应首先尝试由领土国对该非国家行为体采取必要措施,而领土国与非国家行为体之间的关系则会影响“必要性”的判断。对于非国家行为体在其领土从事对他国武力攻击的领土国而言,其与受害国的关系可能有以下几种可能:第一,非国家行为体接受了所在领土国的物质帮助或指导,甚至接受领土国的指示对他国进行武力攻击;第二,领土国正在阻止在其领土上活动的非国家行为体的武力行动;第三,领土国不愿干预或客观上不能阻止非国家行为体的活动。

很显然,若存在第一种关系,则受害国可以直接对领土国进行自卫,由于本文探讨对非国家行为体的自卫权问题,因此第一种法律关系不予讨论。在第二种关系中,若一国正在积极打击在其领土上活动的非国家行为体的武力活动,并尽一切可能防止这些团体利用其领土组织或发动袭击,那么受害国对非国家行为体使用武力便不具有“必要性”。如果受害国认为领

土国可采取进一步行动应对威胁,可通过与领土国的合作处理这一问题。但一般来说,第二种事实关系中的领土国对非国家行为体的行为并不承担责任。

在第三种关系中,非国家行为体的行为无法归因于领土国,但领土国仍然需要承担某种国际责任。在“刚果(金)诉乌干达案”中,国际法院^[45]提出了违反义务的问题:“即使没有证据表明刚果解放运动的行为归因于乌干达,乌干达对‘刚果解放军’的训练和军事支持也违反了国际法的某些义务。”法院接着援引《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》:“各国^[46]有义务避免在他国发动、煽动、协助……内争或恐怖活动”以及“不得组织、协助、煽动、资助……以暴力推翻另一国政权。”同时指出,此宣言的内容为国际习惯法的“宣告性规定”。

因此,不愿或不能阻止非国家行为体在本国从事武力攻击的领土国将违反国际法,但若武力攻击不能归因于领土国,此时受害国是否可以对领土国上的非国家行为体行使自卫权?从“尼加拉瓜案”“刚果(金)诉乌干达案”“隔离墙案”中可以看出,国际法院对此持模糊态度。作为起源于中立法的概念^[46],阿什利·迪克斯(Ashley Deeks)提出了完整的“不愿或不能”测试,该测试试图确定,当非国家行为体的武力攻击无法归因于领土国时,何时允许受害国行使自卫权。此测试包括以下标准:第一,受害国需寻求领土国的同意以对非国家行为体使用武力;第二,受害国应合理评估非国家行为体所造成的威胁和风险;第三,受害国应给予领土国一段合理期限,以便领土国自行遏制非国家行为体的威胁;第四,评估领土国遏制威胁的能力;第五,评估与领土国的合作历史^[47]。这将使受害国能够更好地判断对非国家行为体采取军事行动是否合理。换言之,只有在领土国被确认为无法或无意应对其境内非国家行为体,并穷尽其他途径后,作为最后手段,受害国才能直接对非国家行为体行使自卫权。

但“不愿或不能”测试存在根本缺陷,即此测试只是阐明使用武力的标准,并没有解释该测试得以运作的学理依据。此测试阐明了标准本身,但却隐藏了更重要的说理:即为何“不愿或不能”测试可以为侵犯领土国的主权提供理由。换言之,当需要进入他国领土行使自卫权时、需要“侵犯”他国主权时,“不愿或不能”测试没有解释为何这种“主权入侵”在法律上是成立的。针对以上“不愿或不能”测试存在的根本漏洞,诸多学者提出了自己的观点。

第一种观点认为,只要受害国将其攻击限制在非国家行为体控制的军事和行政资源范围内,就不构成对领土国使用武力^[48]。根据这一观点,只要受害国拒绝攻击由领土国而不是非国家行为体牢牢控制的地区,那么受害国就没有“攻击”领土所属国。既然领土所属国没有受到攻击,那受害国的自卫权行使便具有合法性。这种观点显然是荒谬的,因为一国的主权对内不可分割,国家具有完全支配和处理领土的权利。换言之,国家对其领土范围内的一切土地和资源拥有占有、使用和支配的永久权利^[49]。领土完整与国家主权的不可分割性决定了受害国的自卫行为会侵犯到领土国的主权和领土完整,从而构成对国际法的违反。第二种观点认为,领土国拒绝应对非国家行为体的威胁是“共谋”行为,因此侵犯领土国的主权是合理的^[50]。但根据国家责任原则,当国家向非国家行为体提供全面援助时,双方才可能成为共犯。尽管国际社会普遍承认国家有义务防止其领土被用于损害其他国家的主权或领土完整^[51],国家在道义上有义务解决其领土上对其他国家的威胁,否则它们就要对这些威胁的目标承担责任,但这并不能直接说明领土国与非国家行为体结成共谋关系。况且,这种解释不适用于国家愿意解决威胁,但客观上无法做到的情况。第三种观点认为,若领土国确实无法阻止非国家行为体利用其领土策划或发动攻击,这表明领土国对其领土没有完全的控制权,其政府没有能力行使人们通常认为

与主权相关的“控制职能”。在这种情况下,只要受害国干预的限度与领土国对非国家行为体缺乏控制的程度相称,就不会侵犯领土国的主权,也即,当国家无能为力时,国家主权的削弱程度与其控制程度成正比^[52]。这种观点将国家主权视作有高低之分,但主权是国家法律人格的产物,国家作为法律人格者是完全平等的^[53],强国并不比弱国享有更大的主权。

尽管“不愿或不能”测试存在这样的缺点,但从国家实践来看,部分国家已经开始利用该理论直接对他国领土上的非国家行为体使用武力进行自卫。如俄罗斯 2002 年在格鲁吉亚使用武力,其依据是格鲁吉亚“不愿或不能”阻止车臣叛乱分子在俄罗斯进行的袭击^[54];早在 1979 年和 1981 年,以色列试图利用“不愿或不能”测试作为其使用武力抵御巴解组织和真主党袭击的理由;以色列在 2006 年则采取了更含蓄的类似立场,它以“黎巴嫩政府多年来没有对其领土行使管辖权和无所作为”为其行使自卫做辩护^[55]。

然而,这些实践并没有在国际上形成法律确信,大多数国家并没有对此表示明确支持。如联合国安理会所有国家都对以色列 2003 年声称基于自卫在叙利亚进行的导弹袭击表示明确谴责^[56];哥伦比亚在厄瓜多尔对哥伦比亚革命武装力量的军事行动也受到美洲国家组织的谴责;尽管联合国安理会承认以色列有权针对真主党 2006 年的袭击进行自卫,但伊朗、委内瑞拉、古巴和阿拉伯国家联盟都对以色列的行为予以谴责^[57]。阿什利·迪克斯(Ashley Deeks)等^[58]认为,一个多世纪的国家实践表明,“不愿或不能”测试标准是合法的,但目前没有足够的法律确信将该检验标准上升为国际习惯法的一部分。阿什利·迪克斯(Ashley Deeks)^[59]本人也承认,“没有发现国家明确声称出于法律确信遵循该检验标准的情况”。

总体而言,“不愿或不能”测试并非国家扩大自卫权行使范围的新路径,而应当视为在“必要性”和“相称性”的基础上发展起来的具体操作标

准,国际法院^[60]的判例明确表明,“必要性”和“相称性”是对任何自卫权的明确限制。换言之,若领土国愿意并有能力应对其领土上的非国家行为体,受害国为自卫而使用武力便不再不符合“必要性”;即使自卫行为是必要的,但若该行为导致了更大的生命或财产损失,就有可能违反“相称性”原则。

四、结语

国际法和国家实践都表明非国家行为体可以实施武力攻击,当此类攻击可归因于领土国时,国家可对非国家行为体和领土国行使自卫权。然而,国际法院却对不可归因于领土国的非国家行为体武力攻击问题屡屡回避,这种回避无疑给国际法的适用和发展带来了一定的挑战。国际法院对于这一问题的回避可能是出于对于法律适用的谨慎,但这同时也反映了国际法对于这一新型安全威胁的认识尚未完全成熟的现实。

“不愿或不能”测试为针对非国家行为体行使自卫权提供了较为具体的操作标准,特别是国际法院对此问题持续保持沉默的背景下,此测试在维护受害国国家安全和非国家行为体所在领土国领土主权之间保持了微妙的平衡。但需要明确的是,“不愿或不能”测试不应被视为诉诸武力的新理由,而应被视为必要性标准的组成部分,即在对另一国领土上的非国家行为体采取自卫行动以应对武力攻击时,这是必须满足的额外检验标准,并不排除遵守行使自卫权所附带的所有其他义务的必要性。究其原因,在于该测试标准只解释了何时使用武力是合理的,但并没有解释为何一国在他国领土上使用武力是正当的。因此,为了对此测试标准的合法性进行补充,自卫权的行使必须建立在“必要性”和“相称性”的基础上,从而将“不愿或不能”测试看作是国际习惯法上“必要性”和“相称性”理论的组成部分,而不是受害国使用武力进行自卫的独立原则。当然,目前这个测试只是一种学者学说,还未成为国际习惯法的一部分,仍需要在坚持“必要性”和“相称性”的基础上

对“不愿或不能”测试的相关标准进行完善。

同时,我们必须清醒地认识到,自卫权不能成为某些国家以不当方式干涉他国内政或实施侵略行为的借口。国际社会应当对此保持警惕,通过合作和协商不断探讨并完善相关法律框架,捍卫以联合国为核心的国际体系、以国际法为基础的国际秩序,坚决反对有关国家以行使自卫权为名对他国国民实施集体惩罚;摒弃单边主义和强权政治,确保在处理非国家行为体威胁时既能维护国家安全,又能尊重《联合国宪章》宗旨和原则为基础的国际关系基本准则,携手构建人类命运共同体。

参考文献:

- [1] UNSC. Letter dated 7 October 2001 from the permanent representative of the United States of America to the United Nations addressed to the president of the Security Council[Z]. New York: UN, 2001.
- [2] 苏长和. 非国家行为体与当代国际政治[J]. 欧洲研究, 1998, 19(1): 5.
- [3] 梁西. 国际法(第3版)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2011: 21.
- [4] International Court of Justice. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, advisory opinion [R]. Hague: International Court of Justice, 1949: 174.
- [5] International Court of Justice. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, advisory opinion [R]. Hague: International Court of Justice, 1949: 178.
- [6] 王铁崖. 国际法[M]. 北京: 法律出版社, 1981: 97.
- [7] CHARNOVITZ S. Two centuries of participation: NGOs and international governance [J]. Michigan journal of international law, 1996(18): 183.
- [8] HENDERSON C. Contested states and the rights and obligations of the Jus Ad Bellum [J]. Cardozo journal of international & comparative law, 2013, 23: 367-369.
- [9] UNSC. Resolution 2624 (2022) /adopted by the security council at its 8981st meeting, on 28 February 2022[Z]. New York: UNSC, 2022.
- [10] 张华. 网络空间适用禁止使用武力原则的法律路径[J]. 中国法学, 2022(2): 285-286.
- [11] TSAGOURIAS N. Non-State actors and the use of force

- [C]// D'ASPREMONT J. Participation in the international legal system: multiple perspectives on non-state actors in international law. Abingdon: Routledge, 2011:327.
- [12] High-level Panel on Threats, Challenges and Change. A more secure world: our shared responsibility[R]. New York: United Nations Department of Public Information, 2004:43.
- [13] UN. UN Charter[Z]. New York: UN, 1945.
- [14] HENKIN L. The reports of the death of article 2(4) are greatly exaggerated[J]. American journal of international law, 1971, 65(3): 544-548.
- [15] WET E D. The chapter VII powers of the United Nations Security Council [M]. Oxford: Hart Publishing, 2004: 256-262.
- [16] UN. UN Charter[Z]. New York: UN, 1945.
- [17] International Court of Justice. Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), merits, judgment [R]. Hague: International Court of Justice, 1986:14.
- [18] French Ministry of National Defense. Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace [EB/OL]. [2024-02-20] <https://www.defense.gouv.fr/comcyber/droit-international-applique-aux-operations-cyberspace>.
- [19] HIGGINS R. Problems and process: international law and how we use it[M]. Oxford: Clarendon Press, 1994:251.
- [20] SHAW M N. International law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2004: 1031.
- [21] International Court of Justice. Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict, advisory opinion [R]. Hague: International Court of Justice, 1996:66.
- [22] 安德鲁·克拉彭. 布赖尔利万国公法[M]. 7版. 朱利江,译. 北京:中国政法大学出版社, 2018: 278.
- [23] 安德鲁·克拉彭. 布赖尔利万国公法[M]. 7版. 朱利江,译. 北京:中国政法大学出版社, 2018: 284.
- [24] AGO R. The internationally wrongful act of the state, source of international responsibility[J]. The yearbook of the international law commission, 1980(2): 120.
- [25] KRE C, LAWLESS R. Necessity and proportionality in international peace and security law [M]. Oxford: Oxford University Press, 2020:79-132.
- [26] SCHMITT M N. Change direction 2006: Israeli operations in Lebanon and the international law of self-defense [J]. Michigan journal of international law, 2007(29): 153.
- [27] LUBELL N, WOOD M. The ILA's 2018 report on aggression and the use of force[J]. Journal on the use of force and international law, 2019, 6(1): 4-11.
- [28] KRETZMER D. The inherent right to self-defence and proportionality in Jus Ad Bellum [J]. European journal of international law, 2013, 24(1): 267.
- [29] 观察者网. 以方誓言将“消灭”哈马斯加沙领导人 [EB/OL]. (2023-11-05) [2023-12-23]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1781707830747140861&wfr=spider&for=pc>.
- [30] 中国政府网. 王毅分别同巴勒斯坦、以色列外长通电话 [EB/OL]. (2023-10-25) [2024-01-02]. https://www.gov.cn/govweb/yaowen/liebiao/202310/content_6911461.htm.
- [31] 史久镛. 国际法上的禁止使用武力[J]. 李雪平,译. 武大国际法评论, 2017(6): 4.
- [32] International Court of Justice. Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, advisory opinion[R]. Hague: International Court of Justice, 2004:136.
- [33] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:168.
- [34] DINSTEIN Y. War, aggression, and self-defence[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2005:209.
- [35] JENNINGS R Y. The Caroline and Mcleod cases[J]. American journal of international law, 1938, 32(1): 91-92.
- [36] International Court of Justice. Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, advisory opinion[R]. Hague: International Court of Justice, 2004:215.
- [37] International Court of Justice. Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), merits, judgment [R]. Hague: International Court of Justice, 1986:70-92.
- [38] MURPHY S D. Self-defense and the Israeli wall advisory opinion; an ipse dixit from the ICJ? [J]. American journal of international law, 2005, 99(1): 62-76.
- [39] International Court of Justice. Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory,

- advisory opinion[R]. Hague: International Court of Justice, 2004: 229-230, 242-243.
- [40] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:216.
- [41] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:222-223.
- [42] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:313.
- [43] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:314.
- [44] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:336.
- [45] International Court of Justice. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), judgement [R]. Hague: International Court of Justice, 2005:226.
- [46] MARTIN C. Challenging and refining the unwilling or unable doctrine[J]. Vanderbilt journal of transnational law, 2019(52): 402.
- [47] DEEKS A S. “Unwilling or unable”: toward a normative framework for extraterritorial self-defense[J]. Virginia journal of international law, 2012(52): 490.
- [48] DINSTEIN Y. War, aggression, and self-defence[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2005:299.
- [49] 梁西. 国际法[M]. 3 版. 武汉:武汉大学出版社, 2011:126.
- [50] RATNER S R. Complicity and compromise in the law of nations[J]. Criminal law and philosophy, 2021, 10(3): 559.
- [51] UN General Assembly. Declaration on principles of International Law concerning friendly relations and co-operation among states in accordance with the charter of the United Nations[Z]. New York: UN, 1970.
- [52] KRE C, LAWLESS R. Necessity and proportionality in international peace and security law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2020:79-132.
- [53] 劳特派特. 奥本海国际法[M]. 8 版. 王铁崖,陈体强,译. 北京:商务印书馆,1981: 200.
- [54] DEEKS A S. “Unwilling or unable”: toward a normative framework for extraterritorial self-defense[J]. Virginia journal of international law, 2012(52): 486.
- [55] TIBORI-SZABO K. The ‘unwilling or unable’ test and the law of self-defence [C]// PAULUSSEN C, TAKACS T, LAZIC V, et al. Fundamental rights in international and European law. Hague: T. M. C Asser Press, 2017:73-97.
- [56] TRAPP K N. Can non-state actors mount an armed attack? [C] // WELLER M. The Oxford handbook of the use of force in international law. Oxford: Oxford University Press, 2015:692.
- [57] TRAPP K N. Can non-state actors mount an armed attack? [C] // WELLER M. The Oxford handbook of the use of force in international law. Oxford: Oxford University Press, 2015:83.
- [58] DEEKS A S. “Unwilling or unable”: toward a normative framework for extraterritorial self-defense[J]. Virginia journal of international law, 2012(52): 486.
- [59] DEEKS A S. “Unwilling or unable”: toward a normative framework for extraterritorial self-defense[J]. Virginia journal of international law, 2012(52): 503.
- [60] International Court of Justice. Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), merits, judgment [R]. Hague: International Court of Justice, 1986:14.

(本文责编:润 泽)