

国际反恐的自卫权适用研究

郑飞燕

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年4月28日; 录用日期: 2022年6月7日; 发布日期: 2022年6月17日

摘要

随着世界经济的发展和科技的进步, 恐怖主义活动越来越猖獗, 它的危害性越来越强。各国在打击恐怖主义时所亟待解决的新的法律问题也越来越多。因此如何正确的运用自卫权去打击恐怖主义已经成为了一个刻不容缓的议题。本文从研究现代国际恐怖主义的特征入手, 分析其对国际法律规制带来的新挑战。然后, 从理论和实践两个方面着重分析就单独的自卫权的行使条件, 同时将自卫权行使的条件与反恐的大背景相结合, 提出在反恐形势下自卫权行使应受到的规制。最后, 本文对反恐形势下自卫权的行使对象问题进行深入探究。根据《联合国宪章》第五十一条规定, 自卫权的行使对象只能是国家; 而在打击恐怖主义组织时, 国家与恐怖主义组织往往有着或多或少的联系, 而法律对这一部分的规定仍是空白, 使得在实践中受害国在反恐时与东道国产生很多纠纷。本文从学者的论述和国际法院的判决中分析了面对不同情况下受害国的自卫权的行使对象, 以期能够对反恐形势下自卫权的国际法规范的完善有所裨益。

关键词

国际法, 国际恐怖主义, 自卫权, 反恐

Study on the Application of the Right to Self-Defense in International Counterterrorism

Feiyan Zheng

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Apr. 28th, 2022; accepted: Jun. 7th, 2022; published: Jun. 17th, 2022

Abstract

With the development of world economy and the progress of science and technology, terrorist ac-

tivities are more and more rampant, and its harm is more and more strong. There are more and more new legal problems to be solved in the fight against terrorism. Therefore, how to correctly use the right of self-defense to combat terrorism has become an urgent issue. This paper starts with the study of the characteristics of modern international terrorism and analyzes its new challenges to international legal regulation. Then, from the theory and practice of the two aspects of the exercise of the right to self-defense on the condition of the exercise of the right to self-defense combined with the background of counter-terrorism, put forward the exercise of the right to self-defense in the context of counter-terrorism should be regulated. Finally, this paper discusses the object of exercising the right of self-defense under the anti-terrorism situation. According to article 51 of the charter of the United Nations, the right of self-defense can only be exercised against states; And organizations in the fight against terrorism, and terrorist organizations tend to have more or less contact, this part of the provisions of the law is still a blank, makes the victim in practice with the host country produce a lot of disputes on terror, in this paper from the scholars and the court's decision, the object of a victim's right of self-defense is analyzed in the face of the exercise of different cases, in order to counter-terrorism situation, benefit the improvement of the international law of self-defense.

Keywords

International Regulation, International Terrorism, Right of Self-Defense, Anti-Terrorism

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 概述

1.1. 国际反恐条约的历史发展

现代意义上的恐怖主义是从 20 世纪 60 年代末 70 年代初才真正被国际社会所关注。然而关于“恐怖主义”的定义，国际上仍没有达成一个共识，各国根据本国的法律观念，站在不同的政治立场去解释恐怖主义，因此目前关于恐怖主义的定义可以在各个关于恐怖主义的国际公约和各国国际法学家的著作中窥见一斑。根据我国国际法著名学者王铁崖做出的解释，“恐怖主义”是指：具有国际政治目的由私人或有组织的团体伤害他人生命或损害他人的暴力行为。当这种行为受到国家的支持或甚至是由国家所发动的就转化为国家恐怖主义。

国家恐怖主义最早可以追溯到 1934 年，在法国发生的刺杀南斯拉夫国王事件，国际联盟行政院才开始讨论国际恐怖主义，并在 1937 年制定了《防止和惩治恐怖主义国际公约》。自 20 世纪 60 年代以来，恐怖主义活动激增，越来越引起国际社会的高度注意，随后许多国家及国际组织制定了一系列多边公约来规制恐怖主义：包括 1970 年的《国际法原则宣言》，其中规定“禁止国家本身去组织、协助、煽动、资助、鼓动或容许恐怖活动”，并且还规定国家“有义务去避免在他国发动、煽动、协助或参加恐怖活动”；1971 年美洲国家组织订立的《防止和惩罚恐怖主义公约》；1973 年联合国大会通过了《关于防止和惩处侵害受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；1977 年的《关于制止恐怖主义的欧洲公约》，其中主要规定某些恐怖主义行为是可以引渡的罪行，如果缔约国家不引渡，那么可以对之进行控诉；在 1979 年，联合国又主持订立了《反对劫持人质公约》。

这些公约虽然对于制止恐怖活动起到了一定的作用，但是由于各国对于恐怖主义的定义的意见尚不

能达成普遍性的同意，这些已经存在的国际公约仍然只是对缔约国有拘束力，对于非缔约国不能产生法律拘束力，除非其中的一些原则规则已经被各国普遍同意从而转化为一般国际法。目前，在国际上尚未能订立关于制止恐怖主义的全面性的普遍性的国际公约。

1.2. 国际恐怖主义的新特征及带来的挑战

近几年，恐怖组织已经越来越发展存在超越国家、超越政权的趋势，甚至某些恐怖组织内部已经建立起类似政权的权力架构^[1]，并在此基础上通过暴力手段伤害平民、破坏国家财产、攻击他国领土。多国大案要案频仍，恐怖分子的手段更加残暴冷血。现代国际恐怖主义呈现出以下几个特征：破坏力强、不可预测性大、难以及时有效打击、有时与国家主权有着千丝万缕的联系。这就对国际社会每一个成员的公共安全造成严重的威胁。

现代恐怖主义的新特征对现存制约恐怖主义的国际法规造成了前所未有的挑战：首先，恐怖主义集团或基础设施的地点总是很隐蔽，难以查明；其次，国际法并不总是能对恐怖分子起到有效的威慑作用，因为各种各样的制止恐怖主义的国际条约的说法总是前后不一，而且执行力不强；再次，国际法的效力常常受到恐怖主义网络跨界性质的限制；最后，由于恐怖分子通常位于目标国家之外，因此防御措施意味着挑战第三个“中立”国家的主权。

与此同时，国家对国际恐怖主义的反应的不同一性似乎威胁到了现代国际法的同质性，并破坏了统一的法律规则制度。在一定程度上，它也使得学术界的理论观点莫衷一是。总的来说，对于恐怖主义用现有的国际法难以对其进行有效规制，在某些方面它已经脱离了现有的国际法律体制，因此需要采取相应的行动来对这部分空白补充。

2. 自卫权概述

自卫权是指国家为了保护其生存和安全而采取的武装行动以抵抗外国武力攻击的权利。在传统国际法上，自卫条件首先是“急迫的”且是“必要的”。“必要”是指必须是压倒一切的和毫无选择的余地的。其次，自卫行为要以这种必要程度为限，而不能超过这个状态限制。

2.1. 自卫权的历史沿革

许多国际法规则最初都是习惯法，后来被写进公约才变成成文法的，自卫权也不例外。国际习惯法意义上的自卫权的最初并不称为是“自卫权”，而是叫做“自助”，这种权利是国家的基本权利，是国家作为国际法的基本主体本身固有的。由于当时国际上并没有一个统一的中央权力机关，因此为了充分保护本国的安全和生存利益不受侵犯，传统国际法上的自卫权的行使条件不仅可以针对实际发生的外来武力攻击，而且可以针对潜在的武力威胁。自助指的是，一国对另一国不友好或不合法行为做出反应的行为。可见对于自助行为做出的条件限制并不严格，只要是受害国认为该行为是不友好的，即可以采取自助行为，这里的自助包括武力措施。

成文法意义上的自卫权要追溯到 1928 年的《巴黎非战公约》，该公约首次提出在处理国际关系上禁止使用侵略战争，但在当时的英美法等国的表示都要对该条款提出保留，不能对所有的情况一刀切，对于那些非法武力攻击，他们纷纷表示各国保留自卫权。由此，传统国际法上的自助就被抛弃了，而代之以“自卫权”——一项被国家和国际社会所普遍承认的合法的权利。

1945 年《联合国宪章》第一次以多边条约的形式对自卫权做了规定。根据联合国宪章第 51 条的规定：自卫权不被禁止；自卫权是国家的自然权利；在安理会采取必要办法之前可以行使自卫权；自卫权分为单独的和集体的。值得注意的是，宪章明确规定自卫权的行使只有在遭受到外来武装进攻的情况下

才是合法的，而所谓的“假想的防卫”很可能是非法行为，这就使得自卫权与自助行为明显的区分开来。

[2]

总的来说，自卫权是在禁止非法使用武力或武力威胁，禁止侵略战争的现代社会，它的意义才完整的展露出来，并在今后促进国际社会和平方面发挥着十分重要的作用。

2.2. 以自卫为基础进行反恐的合理性

首先基于前述对现代恐怖主义的特征分析，恐怖主义正在朝着一个新的方向发展，一方面领域上更加复杂，可能呈现活动地点同时存在于好几个国家或地区的态势，这时仅仅依靠国家的国内关于打击恐怖犯罪的刑法和国家间的规制恐怖主义的国际条约不足以打击这种情况下的恐怖犯罪。另一方面，恐怖分子呈现出多种形态，可能是国家行为者，也可能是非国家行为者。由于传统的自卫权理论行使的对象并不包括非国家行为者，因此现有的国际法框架很多时候并不能很好的打击恐怖主义。适时对自卫理论进行新的解释，使得武力反恐成为合理合法就成为时代发展的必然选择。

其次从形式上来看，根据《宪章》规定，合法使用武力情形包括：根据联合国安理会授权而采取的武力行动；武装自卫；殖民地、半殖民地人民为争取民族独立而进行的武装斗争。现代社会面对恐怖主义的威胁，国家想要采取武力措施反击，自卫权仿佛是最合适的理论工具。为了成员国的权利保护和执法过程更加有效，自卫权具有重要的意义，它是唯一正当的单方诉诸武力的手段。

最后从内容上看，行使自卫权的目的不应当是为了惩罚罪犯或防止未来的侵犯，也就是说，自卫不应当是报复性的。正如施瓦岑贝格教授所说，自卫的目的是“击退目前对防卫者权利的任何侵犯”。毫无疑问，国际恐怖主义行为破坏了对国家至关重要的价值观——国家的主权、领土完整性和政治独立不可侵犯。因此，在反恐中行使武装自卫可以说是合理的。由于自卫权与国家主权有着内在的联系，因此是否采取防御措施完全由主权国家自己决定。

3. 反恐形势下自卫权行使的条件

3.1. 受到武力攻击

关于联合国宪章中提到的“武力攻击”，《宪章》本身并没有明确它的含义。但联合国大会的所通过的决议——《侵略定义》可以作为探讨“武力攻击”定义的补助资料。该定义¹从内涵和外延两个方面对武装侵略行为进行了较为全面的规定，而侵略与武装进攻应当是包含与被包含的关系，侵略的范围比武装进攻的范围更加广泛。根据该定义，武装进攻至少包含两个基本特征：其一，非法使用武力；其二，侵害了别国的主权、领土完整、政治独立或其他合法权益。[3]

在国际法实践中，某一具体国际行为是否属于“武力攻击”，在现有的联合国安理会体制下，则需要安理会或国际法院或国际刑事法院的具体认定。

那么随之而来的问题就是恐怖主义是否属于武力攻击。对此，学界的观点不一。本文在第四节对该问题有详细阐述，此处不再赘述。

¹1974年12月14日《侵略定义》草案：“侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立，或以本定义所宣示的与联合国宪章不符的任何其他方式使用武力”；“一个国家违反宪章的规定而首先使用武力，就构成侵略行为的显见证据”。定义规定：“任何下列行为，不论是否经过宣战都构成侵略行为：① 一个国家的武装部队侵入或攻击另一国家的领土；或因此种侵入或攻击而造成的任何军事占领，不论时间如何短暂，或使用武力吞并另一国家的领土或其一部分；② 一个国家的武装部队轰炸另一国家的领土，或一国家对另一国家的领土使用任何武器；③ 一个国家的武装部队封锁另一国家的港口或海岸；④ 一个国家的武装部队攻击另一国家的陆、海、空军，或商船和民航机；⑤ 一个国家违反其与另一国家订立的协定所规定的条件，使用其根据协定在接受国领土内驻扎的武装部队，或在协定终止后，延长该项武装部队在该国领土内的驻扎期间；⑥ 一个国家以其领土供另一国家使用让该国用来对第三国进行侵略行为；⑦ 一个国家或以其名义派遣武装小队、武装团体、非正规军或雇佣兵对另一国家进行武力行为，其严重性相当于上述所列各项行为，或该国实际卷入了这些行为。”同时指出，以上列举的行为并非详尽无遗，安理会可以断定其他行为也构成侵略。

3.2. 即时性

就单独的自卫权来说，自卫必须是针对先前的武装攻击的即时反应，即防御措施必须在合理的时间内做出，相反，如果在最初的武装攻击和防御反应之间不存在合理的时间间隔，那么这种反应行为则很可能被认为是非法。因为延迟的反应可能表明该行动具有报复性质或武装报复性质。但是，这也不是绝对的，比如说由于地理位置偏远或受攻击国的物质、财政或军事准备而造成的合理的时间延迟是可以接受的。因此，这一条件仍然需要根据每一情况的特殊性加以评估。

在反恐形势下，确立时效问题同样存在着观点分歧。一些学者认为，防御反应只能针对实际或即将发生的武装攻击，因为它可能被滥用作侵略行为的借口。^[4]而自由观点主义者认为自卫并不是国家在这种情况下唯一可能的反应，因为还有报复行为，并不一定总是自卫。^[5]美国国务院法律顾问亚伯拉罕·索法尔教授认为，自卫作为一种对付恐怖主义的措施，可以作为一种预防或预期的方式使用。他说：“一个健全的第五十一条将允许任何国家建设，一次恐怖袭击发生或即将发生时，使用武力来对付那些负责攻击为了防止攻击或阻止进一步的攻击，除非有合理的理由相信没有进一步的攻击将会进行。”^[6]

从更广泛的意义上来说，如果该条的优先事项之一是以和平方式解决国际争端，那么在最初的恐怖主义攻击到部署防御部队之间有一定的时间间隔在逻辑上是必要的。在自卫中使用武力应当是最后可能的手段。因此，应该让面临迫在眉睫的危险的国家有一段时间的延迟，以便进行谈判并找到一个和平的、非强制性的解决办法。而至于报复的理论观点应不应当被接受，因为它在国际法上的地位极具争议，大多数国家和学者都认为它是被现代国际法所摒弃的。

但是，一般来说自卫权的行使必须针对的是现时的紧迫的危险，即自卫权不能对“过去的行为”行使。虽然国际上关于现时、紧迫并没有明确的标准规定，但是可以基本肯定有两种形态属于“过去的行为”：第一种形态为明示的放弃，以书面或口头形式明确向受攻击国或国际组织机构表示不会再次进攻，并且接受他们提出的解决方案；第二种形态是默示的放弃，即以加害国丧失了再次进攻的客观事实。因此，面对恐怖主义分子的袭击时，如果恐怖分子明确的表示出投降并愿意接受安理会或者受害国提出的和平解决的方案，或者恐怖分子已经事实上丧失了继续进攻的能力时，受害国就不应当以自卫权为依据继续对恐怖分子适用武力反击，而是应当根据《宪章》的规定，采用和平解决争端的政治方法或法律方法。除了以上两种情况之外，原则上受害国遭到武力攻击之后应当毫不迟延的和以自卫为目的的自卫，如果没有在遭到攻击之后即时的行使自卫权，那么该国不能再次以自卫为借口发起战争，否则就是违反了《宪章》中“禁止非法使用武力或武力威胁”的规定。此时正确的做法是，受害国应当立即将这种情况报告安理会，由安理会决定什么时候采取行动，此时的属于受害国的自卫权实际上授权给了安理会，由安理会去承担和平解决冲突，维持国际和平与安全的责任。

3.3. 必要性

必要性原则要求防卫国表现出“即时的、压倒性的、没有选择的手段、没有考虑的时间”，并且这种状态也被要求没有做“不合理地或过分的事情”。^[7]在恐怖主义网络或集团活动的国家，必须根据必要性原则为任何滥用主权的行为辩护。国家必须在使用武力之前用尽其他和平措施。首先领土国家应该自己消除威胁，这是可取的。其次，如果领土国家不能自行消除威胁，该国可以接受恐怖分子在其境内活动的地方政府即受害国的帮助，这也可以表明这个国家的防御性意图是明确的。领土国确实无法消除威胁本身，受害国向安全理事会提出的呼吁也是一种备选办法。^[8]

从国际法层面来看，《联合国宪章》要求每一国家在解决国际争端时首先应当使用和平的政治方法或法律方法。因此国家在受到国际恐怖主义袭击时，原则上应当考虑和平方法，只有当这些和平方法仍然不能够有效解决时，才能进行武装自卫。

但是从国际法实践来看,似乎大多数国家都没有严格遵守上述的条件。[9]原因很简单,必要性原则的方法限制与即时性原则在某种程度上是相互冲突的。国家在遭受到恐怖主义的武力攻击时,这种危险对于国家来说是十分紧迫的,并且恐怖主义分子往往在袭击后立刻逃匿至隐蔽的地方,因此国家不但来不及以谈判、调查等和平方法解决争端,而且在某些情况下,比如平民和财产正在受到损失并且如果不及时去止损,将产生不可挽回的损失的情况下,国家如果不以武力手段将别无他法,那么仍要求严格遵守上述规定的话,不仅国家在后续想要行使自卫权时的必要性会大大降低,而且可能造成对受害国的人民或财产造成不可估量的损失。安理会在第 687 号决议中对关于自卫权的必要性的方法限制标准征集各安理会理事国的意见,当时大多数国家都是认为方法限制标准有待商榷,国家可以依据具体的情况自主决定采取或不采取非武力方法,只要在不违反公认的国际法原则和规则。

综上所述,反恐形势下自卫权行使的方法限制条件并不是不可以变动的,国家并不需要每一次都要遵守方法限制,而是可以灵活的根据自身情况来选择非武力措施。毕竟国际法并不是为了让国家严格遵守而制定,而是为了最大限度的维护国家作为国际法基本主体的正当的合法的利益,从而促进国际社会和平与发展。

3.4. 相称性

相称性原则要求自卫在程度和范围上和最初的威胁或攻击成比例,要求自卫持续的时间应当以受害国的生存和安全不受威胁为限制。

3.4.1. 反击程度

理论上说,自卫权的行使应当与被进攻范围相当,在使用武器、进攻规模、造成后果等方面应当大致与进攻国对等,不能超过这个界限限制,否则就属于非法使用武力,违反了国际强行法。

但是在实践中,国际反恐措施往往情况十分复杂,国家通常都不能严格遵守反击程度的限制。究其原因,受害国进行反恐措施的目的是为了结束或击退攻击,所以防御力量的水平或范围并不一定要与进攻的武力或武力威胁严格对应。有时防御力量的程度必须更高,因为防御国的目标是削弱或麻痹攻击者进行武装进攻或继续侵略的能力。有些学者,比如奥布赖恩(O'Brien),提出了一种观点,在某些特定情况下,防御性反恐措施应该是从“敌对行动的整体背景以及更广泛的政治军事战略背景”来看。[10]同时,所采取的防御措施也应达到某种威慑的目的,并说服可能的侵略者不要采取这种行动。奥斯卡教授的认为:如果比例性包括手段与目的的合理关系,那么在某些情况下,报复力量为了达到威慑目的而超过最初的攻击,也不会不成比例。[11]有人可能会说,这支部队必须足以使恐怖分子改变他对成本和收益的期望,从而使他停止恐怖活动。但这一观点适用于数目非常有限的情况,它只适用于恐怖主义活动的模式长期存在,并严重威胁到受害国。但是,过分依赖战略概念和考虑是不可取的,因为它可能忽视法律考虑,从而使得防御措施极受怀疑,甚至是不可接受的。

从逻辑上说,人们会认为,防御部队应严格限于其目的,即摧毁军事或恐怖主义目标,包括基础设施和训练设施。在这些情况下,应只对恐怖主义目标使用武力,不包括各自国家的军事设施或部队。但是,这只适用于国家不参与恐怖主义集团行动的情况。不幸的是,现实并不那么简单,因为有各种各样的概念和理论描述潜在的目标。如上所述,针对一个可能无辜的国家的敏感问题仍然存在。

因此,这个问题值得更多的关注。无论采取什么办法,防御行动都必须符合国际人道主义法的有关原则,其中主要涉及禁止以平民为目标或使平民财产遭受过度损害或破坏的规则。这就是暴力反恐措施备受争议的地方,因为恐怖分子故意将他们的基地设在人口稠密的地区,防御国对他们的强行反击将会在一定程度上造成平民伤亡,并极有可能受到国际社会的谴责。这就要求正在考虑对恐怖分子使用武力的国家非常精确地计算和计划其强制行动的实际目标。目标选择成为一个至关重要的问题。关于具体反

恐措施是歧视性的还是无差别的，国际法在这一问题上目前仍存在分歧。

3.4.2. 反击时间

对自卫措施进行的时间也应当符合比例性原则。自卫措施应该在解除了对受攻击国的生存和安全的危险，或者在已经造成损害的情况下已经恢复了原状为限。因此防御国削弱了进攻者的攻击能力或侵略能力的军事目标一旦已经实现，就应当立即停止防御行动。防御国如果实现了目标之后仍然进行自卫措施，就超过了自卫行使限度，构成非法使用武力。

4. 反恐自卫行为的对象

在反恐形势下自卫权的适用还有一个重要的问题：根据国家责任法，恐怖主义集团的武装进攻是否可以归咎于国家或地方政府？这是一个十分重要的问题，因为这决定着自卫权的行使对象除了恐怖主义组织是否还包括国家。首先，关于归因原则，我们需要评估的是恐怖主义组织的东道国的参与程度和共谋程度。其次，对国家责任法的内容提出意见，特别是关于这种行为是否可以归咎于国家。

4.1. 对国家行使自卫权

4.1.1. 国家法律机关的行为

一个国家的法律机关以该国的名义或代表该国的行为完全应当归咎于该国。根据国家责任法，行使国家职能的一切机关以其所进行的任何行为都应当被视为是国家本身的行为，即使这些机关逾越权限或违背指示。因此，这些机构所进行的武装攻击，事实上就是可以称为所谓的“国家恐怖主义”或“国家支持的恐怖主义”，在这种情况下，行使自卫权的对象理所当然是东道国。

4.1.2. 国家事实上的机关的行为

东道国还应当对它本身事实上的机关的行为负责。这种事实上的机关通常是个人行为，这些个人本身并不享有任何国家权力，但是根据国家责任法，在某些情况下，他们可能是在国家的指示下或者为了国家的利益而采取行动。在讨论事实上的机构时，他们与有关国家之间的具体事实联系是至关重要的，事实关系的性质或真实性将最终将成为评估这些机构的行为是否可以归因于国家的决定性因素。即使这些事实上的机构违背指示或超越了权限，他们的行为仍然应当归因于国家。此外，如果东道国有能力对个人控制或采取预防措施，但没有采取这些措施，容忍个人的行为，从而对邻近的第三国或第三国公民造成损害或其他伤害，而不打算停止这种活动，那么就会建立事实关系。

目前在国际上仍没有关于一个国家必须对恐怖分子施加多大程度的控制，才能对恐怖分子的行动负责的通说。而在国际实践中，根据国际法院对尼加拉瓜的裁决，国际法院为国家介入设定了一个较高的标准：仅仅援助或提供武器或支持恐怖分子不应当上升到武装袭击的水平。^[12]法院确认，在一定条件下，非国家攻击可以触发自卫权，只要它足够严重以及有关国家的较高程度的参与。尼加拉瓜的裁决表明，一个国家必须对恐怖主义分子施加非常重大或实质性的影响，才能将武装攻击归咎于该国。法院将这种“非常重大或实质性的影响”总结为“有效控制”，即国家对团体或其他非国家实体的“有效控制”是对东道国行使自卫权的前提，很显然，根据该裁决，仅仅援助或提供武器或支持恐怖分子未达到“有效控制”，有效控制至少要求国家有较高程度的参与或共谋。这一结论也表明了，某些恐怖主义集团虽然不是国家机关，但得到国家的支持和指导就可能成为这种国家事实上的代理人。但是在受害国想要提供证据证明“有效控制”并不是一件容易的事情。

在1999年，前南斯拉夫问题国际刑事法庭(后简称前南问题国际法庭)对恐怖分子实际上是一个国家的机关采取了比较开明的看法。前南问题国际法庭认为，必要的控制或参与程度将取决于每一案件的实

际情况，国家必须对非国家实体拥有“整体控制”。“整体控制”是指不仅在物质上提供装备和融资，还包括在心理上协调或帮助军事行动的总体规划。只有同时符合这两个条件，国家才能对该集团的任何不当行为承担国际责任。但是，恐怖组织首脑或组织成员并不需要国家发出指示，指示他们采取违反国际法的任何行动。前南问题国际法庭的裁决表明了评估国家参与恐怖主义活动方面出现了某种转变：恐怖主义可以拥有相当大的自主权，但是仍可以被视为是事实上的国家机关。这与尼加拉瓜案的主要区别就在于地方国家所施加的控制程度。

另外还有一种情况，如果东道国与恐怖组织之间的关系相当于一种长期合作，即国家向该组织提供大量支持，那么这种合作可以被理解为东道国的合谋。这种高度的共犯也意味着国家要为非国家行为者的行为承担责任，也就成为另一国家自卫行动的目标。当然，在个案上可能还有不同程度的共谋，但这并不影响东道国承担责任。

最后应当指出的是，发现或调查共谋的程度并不是容易举证，国家总是有很多手段来隐藏或掩饰他与恐怖主义组织的勾结，并可能否认任何协助和窝藏恐怖分子的指控。这种情况存在使得建立共犯关系变得非常主观，并且很有可能会被滥用。在2001年的“911”恐怖袭击之后，似乎有越来越多的人支持“实质性参与”标准应当包括窝藏恐怖分子的主张。这就使得这样一种情况存在，即只要一个国家愿意庇护一个非国家集团，那么这个国家就已经成为这个集团武装攻击的目标，它就可以对另一个国家领土上的基地使用武力自卫。有学者认为，受害国可以在另一国领土内对恐怖主义集团采取军事行动，否则这个国家就可能变成恐怖主义分子的避风港，这显然不是《宪章》所希望的。

4.1.3. 国家后来将行为归为其本身

如果恐怖主义分子的行为一开始是独立于有关国家的，但是一旦国家承认或批准这种行为之后，该行为就可以根据2001年《关于国家责任条款草案》的规定，将该行为归因于国家而被视为是国家行为。

国际法院在一篇题为“关于美国驻德黑兰外交和领事人员”的决定中赞成这一原则。1979年，美国驻黑德兰大使馆激进的学生组织占领之初，该组织并不是代表伊朗，伊朗当局也没有明确指示他们，这时还不能将攻击归罪于伊朗政府。但是后来，伊朗未能阻止对美国外交机构的袭击而负有国际责任。几天后，伊朗当局最终正式同意并批准了武装分子占领使馆和拘留美国公民的行动。国际法院认为这种情况已经完全改变了案件的法律性质，武装分子集团已经事实上成为了伊朗当局的代理人，因此，武装分子的行为应当归咎于国家。在这样的情况下，一旦恐怖分子被国家批准，受害国就可以对这个国家行使自卫权。

4.1.4. 国家违反尽职调查原则的行为

关于恐怖组织的行动还有最后一种情况。这些集团可以利用一个国家的领土作为发动武装攻击的基地，而不需要东道国的直接或间接参与。在这种情况下，不能归咎于国家的同谋，因为国家可能没有能力制止恐怖主义行动。原则上，东道国不对团体或个人的行为负责，但是这并不意味着国家对这些团体或个人的非法行为不负有义务，否则他们的行为就没有一个国家负责，这样不利于国际关系的公平和正义。

根据一般国际法的要求，国家要尽职调查，一个国家有义务采取一切合理的措施以防止对第三国造成伤害。1970年《国际法原则宣言》就重申了国家有义务避免在他的领土内进行恐怖活动。而判例法同样支持尽职调查原则。早在1946年，国际法院在科孚海峡举行了一次“普遍公认的原则”会议，其中就包括每一个国家都有义务在知情的情况下不允许其领土被用来从事侵犯他国合法利益的行为。如果科孚海峡原则适用于现代恐怖主义活动，那么每一个国家都有义务不允许将其领土作为恐怖主义行为的基地。

[13]

因此，可以得出结论，当地或东道国对第三国违反了尽职调查，系国际不法行为，因此需要对这种不法行为负责，但是，这种不法行为本身又不属于武装攻击，因此被恐怖主义侵害的国家对东道国可以采取的措施，目前学上仍意见不一。有些学者认为，如果一个东道国允许其将领土用作恐怖袭击的集结地区，那么东道国政府不能指望其领土免受自卫措施的侵犯。

但是仍可能存在这样一种情况，即领土国已经采取一切措施阻止这些活动，但私人集团仍然能成功地攻击第三国。此时，不应由领土国负责，因为它已经采取了一切预防措施。^[14]但是，领土国应当与受害国合作，以便将恐怖主义分子从其领土上驱除。

4.2. 对非国家行为者行使自卫权

可以看出的是，尼加拉瓜案所提出的“有效控制”标准似乎过于严格了，无法应付现代国际社会出现的许多挑战。现在的情况是，随着经济的发展和科技水平的迅猛提高，恐怖分子的武器装备、作战技术、隐蔽手段等都比以前大大提升，即恐怖分子有时即使没有国家物质或心理上的援助仅仅依靠自身力量也会造成规模较大的恐怖袭击，非国家行为者成为大多数武装袭击的发动者，甚至其中不乏危害性极强，规模巨大的武装袭击。因此，新的规则和较低的归属标准应当被制定出来，允许在恐怖袭击达到武装袭击水平的极端情况下进行自卫。

但是即使非国家行为者的使用武力的程度达到了武装袭击水平的极端情况下，也就是达到了“武力攻击”标准下，是否可以对该非国家行为者行使自卫权，换句话说，当恐怖组织作为非国家行为者时是否可以成为自卫权行使的对象仍是国际法学者争论的问题。有学者认为，非国家行为者并不是国家，不够成国际法意义上的“武力攻击”。但是根据《联合国宪章》第 51 条，自卫权的行使对象并没有限定为国家，而是仅规定了规制种类——“武力攻击”。此外，该条还强调自卫权是国家固有的自然的权利，所谓“固有”就包含了不能因为发起武力攻击的对象不是国家而剥夺了国家的自卫权的含义。由此可以得出的是，我们至少不能否认将非国家行为者包括在自卫权行使的对象的可能性。当然不能把所有非国家行为者的恐怖袭击行为都认为对其可以行使自卫权，至于在何种标准就能使非国家行为者的恐怖袭击行为上升到“武力攻击”标准以至于可以对其行使自卫权，还需要国际社会长期的实践与慎重的规则制定过程。

5. 结论

自 2001 年“911”事件之后，对于恐怖主义使用武力的国际法律框架发生了很大的变化。^[15]在研究反恐形势下的自卫权时，应当特别注意扩大对与国际恐怖主义行为有关的自卫权的解释。国际社会需要制订一套具体的规则，以处理对恐怖主义作出合理反应的问题。

一种选择是扩大自卫的权利，包括对自卫概念的广泛解释。首先应该明确的是，如果非国家行为者攻击成员国，成员国在何种情况下可以合法使用武力进行自卫。其次，值得注意的是，对非国家行为者作出武力反应，可能对无辜国家产生不利影响，因为恐怖组织极有可能在第三国的领土上活动。扩大自卫权的新概念的同时，必须保障只有那些在自己领土上庇护、协助或接待恐怖分子的国家才可能成为自卫强制措施的目标，而不能把武力作为强行占领或推翻一个不友好政权的借口。再次，判断恐怖主义集团和东道国之间关系，必须要有一个强有力的事实调查当局，最好是在安全理事会或任何其他公正的国际机构的主持下，这样才能公正地评估东道国与恐怖主义集团之间的事实关系。最后，一个国家在采取以自卫为基础的防御措施之前，必须提出明确、可靠和可信的证据，使得使用武力合法化。这就要求必须构建一个提出证据和核查证据的条件的程序。举证责任应由即将使用武力自卫的国家承担，并且为了防止自卫权的滥用，必须设立一个较高的举证门槛或标准。

在对付非国家行为者攻击的自卫方面，一般国际法的一种新习惯正在形成。有人认为，现行的国家责任法构成了归责的充分基础，此种说法尚待论证，但是显然国际法院在尼加拉瓜案件中提出的“有效控制”的概念并不能反映国际法的现状。国际法院有责任根据现代国际恐怖主义的事态发展趋势找到解释这一用语的方法。

另一种选择是，在没有东道国的责任或同谋的情况下，对“必要状态”的原则进行精确和详细的阐述或可能重新阐述。如果其他和平手段被证明是不适当的或无效的，这一套规则应使得使用武力来打击恐怖主义成为被允许的。[16]可以肯定的是，《宪章》是一份可以自由解释的活文件。它有足够的灵活性来容纳和应对当今世界的挑战。因为修改《宪章》的进程相当复杂，不可能灵活地适应现代的挑战。近年来，国际上的许多做法似乎违背了《宪章》的约文，国家的做法在某些方面与《宪章》的文本意义有很大的不同，特别是在规定使用武力的准则方面。这可能是一项新的习惯法的演变，它将仔细地反映过去二十年中发生的所有重大变化，并可能在以后被国家和国际社会普遍接受而成为一项新的公认的国际法规则。

参考文献

- [1] 罗国强, 朱俊杰. 国家援引自卫权打击恐怖主义可能性之维度[J]. 武大国际法评论, 2018, 2(3): 44.
- [2] 易平. 国际法视野下的预防性自卫[J]. 厦门大学法学评论, 2012(15): 94.
- [3] 黄瑶. 论禁止使用武力原则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 280.
- [4] Francis, A. (1987) Boyle Remarks. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, **294**, 81-95.
- [5] Coll, A.R. (1987) The Legal and Moral Adequacy of Military Responses to Terrorism. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, **81**, 297-307.
- [6] Sofaer, A.D. (1989) Terrorism, the Law, and the National Defense. *Military Law Review*, **126**, 95.
- [7] Jennings, R.Y. (1938) The Caroline and McLeod Cases. *American Journal of International Law*, **32**, 82-89. <https://doi.org/10.2307/2190632>
- [8] 易平. 国际法视野下的预防性自卫[J]. 厦门大学法学评论, 2012(15): 282.
- [9] 姜爱丽, 朱颜新. 自卫权之必要性原则与相称性原则探析[J]. 学习与探索, 2006(4): 2.
- [10] O'Brien, W.V. (1990) Reprisals, Deterrence, and Self-Defense in Counterterror Operations. *Virginia Journal of International Law*, **30**, 477.
- [11] Schachter, O. (1984) The Right of States to Use Armed Force. *Michigan Law Review*, **82**, 1620-1637. <https://doi.org/10.2307/1288499>
- [12] I. C. J. (1986) Nicaragua Case. I. C. J., 94.
- [13] 余民才. 自卫权适用的法律问题[J]. 法学家, 2003(3): 151.
- [14] 李毅, 潘国平. 论预防性自卫与反国际恐怖主义[J]. 东北亚论坛, 2008(11): 31.
- [15] I. C. J. (1986) Nicaragua Case. I. C. J., 152.
- [16] 易平. 国际法视野下的预防性自卫[J]. 厦门大学法学评论, 2012(15): 156.