

将比例性脉络化：黎巴嫩战争中的 诉诸战争权与战时法

恩佐·坎尼扎罗 著 /朱利江^{*} 译

摘要

本文分析了现代国际法中调整武力使用的比例原则的地位和内容，目的是澄清调整武装冲突各方行为的法律框架。在诉诸战争权的体系中，基本上是保护受到攻击的国家击退攻击的利益，考虑其他利益只是为了实现该目的而限制可以采取的手段。相反，在战时法的体系中，根本不存在占据主导的利益，而是存在有权得到平等法律保护的各种利益和价值，必须对它们进行权衡。虽然存在这两种不同的规范体系，而且对于相同的行为适用不同的法律标准，但是一般不会产生重大的问题。诉诸战争权的合法性是根据行使自卫权的比例性来衡量的，而具体的行为则必须符合战时法中的比例性要求。不过，除了两套标准出现重叠的主要情形外，还可能出现严格适用诉诸战争权的标准无法实现战时法的目的的情形。在这种情况下，必须把战时法中的比例性标准看做是诉诸战争权中的比例性标准的一部分。因此，国家在寻求采取军事行动来决

* 恩佐·坎尼扎罗 (Enzo Cannizzaro)，意大利马切拉塔大学 (University of Macerata) 国际法教授。作者对保罗·帕尔凯蒂 (Paolo Palchetti) 和玛丽·埃伦·奥康奈尔 (Mary-Ellen O'Connell) 对本文初稿提出的有益评论表示感谢。

** 中国政法大学国际法学院讲师、北京大学法学院国际法博士、荷兰海牙国际法学院博士项目参加者、瑞典隆德大学瓦伦堡人权与人道法研究所国际人权法硕士、北京大学法学院法学学士。

定其安全的程度时，必须把人道后果考虑进去。

关于以色列 2006 年夏天在黎巴嫩境内采取的强制行动是否合法存在各种争论，但是，即使是最漠不关心的读者也肯定已经发现其中与比例性之间存在的联系。实际上，各国和国际机构对这个复杂的问题所采取的所有立场都是围绕着对比例性的评估而进行的。的确，从已经发表的观点来看，一般倾向于认为，以色列有权对真主党民兵（一个盘踞在黎巴嫩南部领土上的政治和宗教组织）所发动的攻击行为依据自卫而使用武力。真主党定期向以色列领土上的定居点发射火箭弹，在越界侵入的过程中，最终与以色列士兵发生交火，打死并绑架了一些士兵。不过，大家都认为，以色列的反应已经不成比例，因为它甚至对那些远离战区的军事和民用基础设施发动空袭，造成了严重的平民伤亡，最后还使用坦克越界展开行动，据称目的是解除在南黎巴嫩领土上活动的真主党武装，并且在该块黎巴嫩领土建立起一个缓冲区。^{〔1〕}

本文将分析现代国际法中调整武力使用的比例原则的地位和内容，目的是澄清在本案中调整各方行为的法律框架。的确，为了判断国际社会赋予比例原则在武装冲突中具有什么地位，需要研究它们的行为以及

〔1〕 例如，2006 年 7 月 14 日，在安理会第 5489 次会议上，许多国家的代表（阿根廷、日本、英国、秘鲁、丹麦、斯洛伐克、希腊、法国）一方面谴责以色列的行动不符比例原则，另一方面却认为它是在进行自卫。根据英国代表的意见，“以色列有进行自卫而采取行动的权利。但是，它必须克制，而且必须确保它的行动是成比例、可衡量和符合国际法的，而且必须避免造成平民的伤亡。不符比例原则的行动只能加剧已经存在的危险局势”。根据欧洲联盟理事会 2006 年 7 月 17 日发表的关于中东问题的声明，“欧洲联盟承认以色列有进行自卫的合法权利，但是敦促以色列保持最大程度的克制，不采取不成比例的行动”。同样，根据八国集团 2006 年 7 月 16 日领导人峰会发表的声明，“以色列在行使自卫权的同时必须时刻注意它的行动策略和人道后果，这是非常关键的。我们敦促以色列保持最大程度的克制，避免造成无辜平民的伤亡，避免对民用基础设施造成损害，避免采取使黎巴嫩政府陷入不稳定局面的行动。”还可以参见：根据人权理事会 2006 年 8 月 11 日第 S - 2 / 1 号决议建立的黎巴嫩局势调查委员会发表的报告，可访问 <http://www.dhchr.org/english/bodies/hrcouncil/specilsession/2/CI - Lebanon/index.htm>。2006 年 7 月 25 日，以色列外交部发表了一份文件，其中阐明了以色列关于比例原则的立场：“对来自黎巴嫩的真主党袭击行为的反应”，可访问 <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Responding+to+Hizbullah+attacks+from+Lebanon+Issues+of+proportionality+July+2006.htm>。

国际社会的反应。因此,从方法论来说,通过分析黎巴嫩战争来研究比例原则具有两方面作用:比例原则这个概念有助于判断和评估各方行为的合法性;黎巴嫩战争中所采取的立场则可以促进这个概念的进一步发展,也有助于解决仍然存在争议的涉及它的地位和内容的一些问题。

因此,本研究的范围是很小的,小范围的研究将贯穿本研究的整个过程。本文只集中分析黎巴嫩事件中产生的某些具体问题,而且参考的书目和援引的文件只限于说明推理过程中必需的最小范围。本文将不涉及与全面审查调整各方行为的法律框架有关的其他问题,例如真主党在国际法中的法律地位以及对非国家实体进行自卫的合法性问题。

比例性的两个概念

在法学学术界,占主导的观点倾向认为,比例性在限制武力使用的两个不同方法之间是明显不同的。比例性既是对国家诉诸武力的权力(诉诸战争权),也是对选择作战手段和方法的权力(战时法)所施加的限制。^[2]

虽然从理论上说,对比例性的这两个概念做出这种区分是容易的,但是在实践中,则是比较困难的,因为在全面评估使用武力的合法性时,通常很难对它们加以区分。在黎巴嫩战争的情形中,也是这样的。虽然许多国家的反应是强调以色列的反应不成比例,但是要看出到底是指哪一类型的比例原则则更加困难。通常,它们的声明中既包括诉诸战争权的内容,也包括战时法的内容。^[3]

在国际实践中,对比例原则进行法律评估通常存在这种粗心的问

[2] See Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. 关于更为一般的分析,可以参见笔者之前的一份研究: Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milan, 2000.

[3] 关于一个清晰的例子,参见法国代表于2006年7月14日在安理会会议上的发言,文号为S/PV.5489。

题,因此并不让人感到惊讶。即使在法学学术界,尽管被普遍接受的一种观点认为,这些规范体系具有不同的历史基础,而且发挥着不同的作用,但是它们之间到底是一种怎么样的关系则是不清楚的。因此,对比例原则在诉诸战争权和战时法两者中的地位和内容进行简要的分析是必要的,而且对于它们在自己体系中是否是一个自治的概念,或者说,是否存在一个可以分析它们之间相互作用的案件,也是恰当的。

诉诸战争权中的比例性

比例性和武装攻击的概念

在诉诸战争权中,比例性具有双重的地位:它用来查明是否可以单方面使用武力的情形;它还用来判断军事行动的强烈程度以及级别程度。就这两者而言,黎巴嫩事件有助于提供有意义的法律分析。

关于第一方面,国家是否可以单方面使用武力取决于功能主义的观点,即:只有在存在武装攻击的情形下,作为防御而单方面诉诸武力,而且必须限制在击退攻击的必要范围之内。^[4]这意味着,自卫并不是一个自由的工具,而只能以击退武装攻击、临时保障国家安全为目的。国际社会已经认为,通过武力消除危险局势以及创设永久安全的任务是需要集体完成的。这种解决方案是反映国际社会的结构的,因为单方面使用武力可能出现无法控制的滥用情形,而且存在可能危及集体安全的局势升级的长期风险。

而且,只有为了击退一定程度的严重的武装攻击才可以进行防卫。如果没有达到那个程度,轻微地使用武力不属于“武装攻击”这个范畴,因此是不能对其使用武力的。这可能是因为,自卫制度并不是保护个别

[4] 参见国际法院于1986年6月27日在“尼加拉瓜案”的判决中的认定: Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, paras. 176 ff., esp. paras. 194 - 195 and 211.

国家对任何武力侵犯做出反应的利益,而是认为只有当武力措施仅仅针对那些客观上会危害它们的安全的侵略行为以及在击退它们的必要范围内才是恰当的。这意味着,诉诸战争权的制度决定了可以通过合法使用武力来实现需要保护的利益和保护的标准。还有,比例性只能用来作为决定实现该目的的手段。

在“尼加拉瓜案”(Nicaragua case)中,国际法院认为,仅仅是跨界的武器流通以及后勤支援并不违反禁止使用武力原则,是不能对其做出武力反应的。^[5]最近,为了解决埃塞俄比亚和厄立特里亚之间尤其是关于对越界渗透的武力做出反应的合法性的争端而设立了求偿委员会。该委员会甚至认为,“《联合国宪章》规定的使自卫有效的本质是,诉诸武力的一方已经受到了武装攻击。当地很小的步兵单位之间的边界冲突即使涉及人员死亡,也不属于《联合国宪章》中规定的武装攻击”。^[6]因此,没有达到构成武装冲突级别的轻微违反禁止使用武力原则的行为并不能使相应的轻微使用武力成为自卫。^[7]

就以色列对黎巴嫩采取反应之前的事件来看,它们非常类似于国际法院在判决中提到的那种并不能采取武力反应的行为类型。的确,媒体的报道提到了巡逻兵之间的交火,造成了少量的伤亡,并有两位士兵被俘。^[8]但是,就像前面指出的那样,国际社会广泛认为以色列的行为是

[5] Ibid, paras. 195, 230. 还可参见国际法院在2003年11月6日在“石油平台案”中做出的决定: Oil Platforms case (Islamic Republic of Iran v. the United States, Merits [2003] ICJ Rep.), para. 55, 以及 Simma 法官在他的个别意见中对该点的讨论,尤其是第12段和第13段。

[6] 参见2005年12月19日的仲裁裁决,“Ethiopia vs. Eritrea, jus ad bellum, Ethiopia's claim 1-8”, available at www.pca-cpa.org.

[7] 这意味着,在自卫情形中,比例原则并不是一个全部可以起作用的标准,而只具有标准作用。对比例原则这样考虑符合对单方面使用武力进行社会控制的哲学。由于单方面使用武力是一种危险的手段,它只能作为最后的手段使用。不过,如果集体安全机制失效,国家就没有一个可以随意使用的、能有效确保它们安全的强制手段。

[8] See e.g. “Turmoil in the Mideast: Escalation-clashes spread to Lebanon as Hezbollah raids Israel”, New York Times, 14 July 2006, p.1. 还可参见以色列政府于2006年7月2日发布的特别内阁公报,可访问 <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communique/2006/Special+Cabinet+Communique+-+Hezbollah+attack+12-July-2006.htm>.

在进行自卫。这可能是因为在更广阔的背景来看，真主党的渗透活动是一系列不断实施的、越界的轻微攻击行为。^{〔 9 〕} 因此，把以色列的反应定为自卫看来表明，就此而言，人们不必考虑攻击者实施的单独行为，而必须考虑整个侵略计划，这种计划可以从一系列小规模攻击中发现。这说明，想要判断什么才是可以采取武力反应的武装攻击，人们不仅可以考虑等于是轻微违反禁止使用武力原则的单独行为，而且还可以考虑在更为复杂的侵略战略中其他互相有关的行为。不过，这不一定说明，采取的反应可以与作为整体考虑的行动的整个系列相称，而不与作为整体的复杂战略的一部分而实施的单独行为相称。下面我将研究这一点。

比例性和防卫行动的强烈程度

一旦认为，可以进行武装自卫的武装攻击已经发生，就会产生哪些才是恰当反应的行为类型和规模这个更深入的问题。如果要求反应符合攻击的数量特征，例如行为的规模、使用的武器类型和造成损害的程度，那么比例性就是根据数量标准来判断的。质量标准并不关心在攻击和反应之间是否存在内在联系。它所关心的是，所采取的手段对于反应所要达到的目的来说是否恰当。这样一来，一个符合比例原则的反应是一个对于击退攻击来说必要的和恰当的反应，而且对于受到反应影响的其他利益和价值来说，是产生可以接受的边际效果的反应。

尽管从直觉上说，数量意义上的比例原则在攻击和防卫之间具有对称性，因此看来可能不太容易受到主观评估的影响，但是，从逻辑上来说，质量意义上的比例原则更加符合自卫规则的构成要件，其目的并不是赋予受到攻击的国家进行惩罚的权利，而只是赋予其在具体情况下使

〔 9 〕 重要的是，所有国家看来都认为，虽然黎巴嫩的一小部分领土仍处在以色列的控制之下，但这是一个无关的话题。这也许能进一步说明自卫规则的特定结构，因为它说明，一国完全解放仍然处在另一国控制之下的一小部分领土的目标本身不能作为采取武力反应的一个理由。

用恰当的手段击退攻击的权利。^[0]

在大多数情况中,适用这两种标准都会产生相同的结果。两者看来都强调,需要进行自卫的国家在防卫行为和受到的攻击之间维持某种程度的相称性,以此来实现对单方面诉诸武力的社会控制。而且,虽然质量标准被错误地认为将会给受到攻击的国家太大的自由裁量权,但它仍然是需要进行数量分析的,因为它要求在击退攻击的必要性和防卫性的军事行动可能对其他处在危险之中的价值和利益,例如人道性质的价值,所带来的损害之间达到平衡。

这在评估以色列对真主党攻击所采取的反应是否合法的问题中是关键的一点。之所以说以色列所采取的反应不成比例,很大程度上是因为下列三点:它的行为的规模被认为超出了击退攻击所必要的程度;所采取的反应摧毁了位于受到攻击的地方几百英里之外的军事和民用基础设施,这与行动的防卫性目标无关;平民受到的威胁以及伤害。尽管这些观点都涉及它的反应的数量方面的指标,但它们没有指出在攻击和防卫之间应当存在一个严格的数量方面的相称性,而是要求防卫行动与目标的关联性是合理的,而且达成目标只能限于通常认为的防卫性反应的社会成本之内,不能出现不符比例的后果。

这种观点有助于弄清两个标准之间的区别。尽管质量标准允许防卫者偏离针对原先的攻击所造成的恰当后果(这是数量标准的特征),但确实还需要考虑在后果中可能受到损害的利益和价值抵消了这种更大的自由裁量权。就像国际法院在“核武器案”中(Nuclear Weapons case)就环境保护说的那样,“在为了追求合法的军事目标评估什么是必要的和成比例时,国家必须把环境保护考虑在内。对环境的尊重是在评估某个行为是否符合必要性原则和比例原则时需要考虑的因素”。^[1]

[10] 关于对比例原则这个问题在概念方面的不同看法,我再次希望读者阅读我的书,前注[2],第 278 页。

[11] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, [1996] ICJ Rep., para. 30.

比例性和“事件的累积”

这种观点要求对做出反应的恰当性的具体标准进行进一步讨论。我们已经看到，即使一套复杂的侵略战略是由许多小规模、单个的违反禁止使用武力的行为所组成，而且这些行为单个进行考虑也许不符合做出反应所必需的强烈程度，它仍然可能符合《联合国宪章》第 51 条中所规定的“武装攻击”。不过，令人奇怪的是，这种一般被称为“事件的积累”的逻辑理论^{〔2〕}在衡量以色列做出的反应是否符合比例性时并没有在黎巴嫩战争的背景中用到。恰恰相反，国际社会的反应看来指出，以色列的反应与它所受到的各种单独的攻击事件是不成比例的，因此与真主党的侵略战略是不相称的。^{〔3〕}

如果人们思考一下诉诸战争权的制度中在逻辑上令人信服的比例原则，那么这个结论并不令人感到惊讶。尽管对攻击者进行防卫这种需要具有优先性，但是比例性仍然是对单方面诉诸武力进行社会控制的一个工具。因此，使用武力必须与击退进行中的攻击的具体要求相称，而不是与受到攻击的国家所寻求的某种程度的安全保障的要求相称。那种认为一系列小规模攻击，尽管单独一个都没有严重危害受到攻击的国家的安全可以进行累积考虑，因此就可以采取大规模的反应的思想看来偏离了把比例原则作为一项旨在采取武力反应只是为了击退攻击以及避免升级的最小需要的工具这种观念。

战时法中的比例性

在战时法中，对比例性的要求来自不同的逻辑。虽然法律对使用武

〔12〕 据我所知，从概念上对这个理论最详细进行阐释的学者是 Yoran Dinstein，参见他的著作：War, Aggression and Self-Determination, 3rd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 202。

〔13〕 关于这点，也可以参见各国于 2006 年 7 月 14 日在安理会上的发言，文号为 S/PV.5488 和 S/PV.5489。

力进行调整的基础是受到攻击的国家具有对攻击者更加优先的权利,但是法律对作战手段和方法进行调整的基础则是交战平等这项主导原则和各方相互负有的尊重人道性质的利益和价值这项附带原则。因此,在评估是否符合战时法中的比例性时,主要考虑的是交战一方试图取得的军事利益与尤其是(但不限于)对平民和受保护的人的人道价值造成的损害之间的相互作用。众所周知,这样的概念结构强调对《1949年日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受难者的第一附加议定书》第51条第5款第2项规定的比例性的考虑。该条款禁止不分皂白的攻击,即:“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”。〔4〕从这个条款的内容可以看出,它现在已经成为习惯法上的规则,甚至已经超出了《第一附加议定书》对人的适用范围。〔5〕

如果法律规则没有为交战者规定具体的行为模式,而只是要求符合比例性的标准,那么这样的规则对那些法律事先没有规定如何权衡价值而必须根据具体情况和实际需要、需要考虑各种利益的相对重要的情形是适用的。对于抽象的行为规则而言,采取行动的国家需要协调各种不同利益之间的关系,它们必须适用比例性标准。

因此,在某个情形中,如果不存在规定交战行为的某项具体规则,那

〔14〕 该《附加议定书》第57条是对这个条款的补充。虽然第57条涉及的是预防性原则,但是有关的。根据第57条第2款第1项第3目的规定,“不决定发动任何可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”。《国际刑事法院规约》第2条第2款第4项(原文有误,应当是“第8条第2款第2项第4目”——译者注)看来也是需要考虑比例性的,不过,它可能与《第一附加议定书》中的概念不同。《国际刑事法院规约》在构成严重破坏(原文有误,应当是“严重违反”——译者注)战争法和惯例的各种行为模式中规定了“故意发动攻击,明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体或致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏,其程度与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比显然是过分的”。这个条款把重点放在发动攻击的主观意图,同时也意识到这种严重的后果极有可能是因为这项规则的性质,这才使个人对违反人道法的行为负有刑事责任。

〔15〕 参见下面书中提到的相关实践: Jean-Marie Henckaerts and Louis Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II, part 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 297。

么各方不一定就可以自由采取它们想要采取的行为。国际法院在著名的“核武器”案中使用的推理是,不能抽象地评估威胁或甚至使用核武器的合法性问题,而只能在具体的案件中根据具体的情形进行评估,这种推理为本分析提供了方法论上的指引。

比例性和战时法中的目的一手段关系

作为一项适用于战时法的规范技巧,比例性不承认任何一种利益绝对优于其他利益。因为这种特殊的结构,在这个特殊的体系中,从逻辑上说,不能根据军事行动的最终目标来衡量比例性,而必须考虑每个单独的军事行为所具有的更为直接的目的。这一点把战时法中的比例性与诉诸战争权中的类似技巧明显区分开来。对于后者来说,国际法赋予受到攻击的国家具有采取防卫行动的优先权利,而且只能根据比例性决定为了实现那个更高的价值可以做出牺牲的其他价值的程度。相反,在战时法中,根本不存在一项更高的价值,因为军事行动攻击性或防卫性这种特征本身是不能作为衡量比例性的一项内容的。

正是因为这种概念上的区别才把战时法与诉诸战争权区别开来。作为战时法中考虑比例性的因素,尤其是军事利益和附带损失这两个因素,只能根据眼前的状况进行考虑。例如,在考虑以色列的军事行动以及对平民造成的附带损失是否符合比例原则时,以色列据称追求的是停止黎巴嫩真主党这个派别的侵略行为,但是这个最终目的并不重要,即使假设从长期来说,因为摧毁真主党实施的把平民当做人体盾牌的战略都将给双方平民带来更为安全的环境,因此被认为更加有利于人道目的。

对比例性进行客观评估

在近期的实践中,逐渐出现了一种趋势,即:考虑比例性的基础是,为了避免在攻击中造成过多的附带损失,攻击者可以采用其可利用的最佳手段。在绝大多数情况下,由于这种考虑方式强调某种程度的相对

性,因此产生了比较恰当的后果。不过,在有些情形中,主要是因为交战者之间技术发展的不对称,进行相对的评估是不确切的,而且曲解了比例性的标准。简单说来,这个问题事关我们看待附带损失的可能性以及在可能的损失和想要实现的军事利益之间取得平衡的视角。应当是根据可利用的最佳手段,还是根据国家或直接指挥行动的单个指挥官可利用的最佳手段来开展这样一种符合逻辑的行动?虽然有时候建议采取替代性手段,但在法律上毫无意义。^[6] 比例性不是一项关于行为的规则,而是一项要求对存在冲突的各种价值进行权衡的规则,例如一方面,交战者在执行军事行动中存在利益,另一方面,平民,尽管对于敌对行为来说是局外的,可能受到行为的损害。因此,在权衡过程中,认为对一方进行保护的水平取决于对方的主观愿望是不符合逻辑的。相反,比例性所要求的是,平民必须受到保护,而不论交战者的内在特征。如果在特定的情形中,国家当局或者代理人无法预见将要展开的攻击可能带来的附带损失的程度,该国或者代理人就不应当采取行动。因此,主观标准是不符比例原则的精髓的。

显然,在一场双方的发展水平不同的冲突中,对于发达国家来说,对比例性进行客观评估是有利的,因为它可以使用最好的技术把平民伤亡减少到最小程度,因此可以在另一方无法攻击的情形中发动攻击,因为对方并不具备相应的技术优势。^[7]

[16] 这看来是 Yoram Dinstein 所建议的立场,参见: *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 126.

[17] 需要客观评估比例性表明,根据预防性原则,如果无法对那些因素进行恰当评价,因此附带损失的风险无法精确评估的话,人们就不得采取行动。的确,预防性是适用更为一般的比例标准的特定形式。不幸的是,这并不是促使厄立特里亚和埃塞俄比亚求偿委员会在 2004 年 4 月 28 日对埃塞俄比亚和厄立特里亚之间做出的关于中部边界以及埃塞俄比亚的第二项请求(两国的争端范围更大)的部分裁决的原则。该份裁决书第 110 段指出:“委员会相信,《第一附加议定书》第 57 条规定了适用这种请求的法律标准。它的精髓是,在选择目标、攻击手段和方法以及实际的军事行动中,必须采取所有可行的预防措施,避免对受保护的人造成不想造成的伤害。委员会并不质疑厄立特里亚空军把 Mekele 机场作为攻击的目标,也不质疑它所选择的武器。委员会对厄立特里亚提出的它只能使用一些没有经验的飞行员和地勤人员的主张是否有效也不提出质疑,因为它就只有这么几个没有经验的人员。法律要求所有‘可行的’措施,而不是那些实际上不可能的措施。”

但是,事情并不总是想象的那么简单。即使发达国家也可能倾向于采取主观标准,以便防止比例性成为限制其选择军事战略的因素。这种趋势最好的例子是进行“空战”。在最近的冲突中,战略家们总是青睐空战,以便让它们部队的伤亡最小化,即使以改变军事损失和平民伤亡之间的平衡为代价。^[8] 然而,如果只能根据某个单独行动的情形来考虑比例性,那么即使能够证明如果采取不同的战略,让部队遭受更高风险从而可以把伤亡最小化,也可以认为为了取得军事优势,伤亡是合理的。不过,这看来得到了前南斯拉夫国际刑事法庭检察官的支持。^[9] 检察官决定不对北约部队在对前南斯拉夫的轰炸中的行为发出指控令,她赞成专家小组的结论。专家小组认为,接下来的战略选择仍然完全是在采取行动的国家的权利范围之内的,而且判断行动是否符合比例原则必须严格以单个的军事行动进行判断。他们的报告看来还同意,在地面防空系统射程范围上面飞越的高空轰炸机所造成的伤亡是成比例的,因为飞行员由于受到高度的影响无法预见所带来的伤害。^[10] 不过,这个结论看来不符合认为需要在军事利益和附带损失之间取得平衡的思想。看来,那种认为代理人为了让自身获得最大安全和避免遭受风险而故意选择无法进行客观的成本 - 收益分析(这是比例原则的最终基础)的情形是符合比例原则的说法是荒谬的。^[11]

[18] 参见下面书中提到的近期实践: Luisa Vierucci, “ Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale ”, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 89 (2006), p. 693.

[19] See Paolo Benvenuti, “ The ICTY Prosecutor and the review of the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia ”, *European Journal of International Law*, Vol. 12 (2001), p. 503; Michael Bothe, “ The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: Comments on a report to the Prosecutor of the ICTY ”, *ibid.*, p. 531; Enzo Cannizzaro, “ Le operazioni aeree della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia e il diritto umanitario ”, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 84 (2001), p. 133.

[20] 尤其参见该份报告第 69 段及其以下。

[21] 关于不同的结论,参见: William J. Fenrick, “ Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia ”, *European Journal of International Law*, Vol. 12 (2001), p. 489, at p. 501.

比例性和因使用人体盾牌而对平民造成的附带损失

需要再次强调的是,在人道法的特殊情形中,比例性用来判定两个发生冲突的价值是否取得平衡:一方面是各方的军事利益;另一方面是作为与交战者无关的独立主体的平民人口的利益。不过,必须承认的是,在军事利益和人道关注两个差异很大的利益之间进行权衡不是一件容易的事。任何一个利益所体现的价值都是很主观的,它取决于许多历史和社会因素,而且根据每个时代对人道的敏感性的不同有很大差别。然而,这并不是说无法进行客观的评估。在国际法的其他领域,对比例性的评估是建立在什么才是某个行为“通常的”社会成本的基础之上的。在这里,“通常”这个概念是一个历史性的概念,只能在实践的基础之上、在相同或者类似的情形中进行解释。

有一种反对意见看来更加严重,它声称:这项规则是建立在军事和平民利益对立的假设之上的,这种假设正在逐渐变成或者将要变成过时,因为在现代的冲突中,平民通常或多或少地倾向于积极参加敌对行为。

发生在黎巴嫩的冲突就为我们提供了这样一类的情形。在该冲突中,以色列就认为平民人口卷入了冲突,因为他们为真主党提供后勤支持,并且允许真主党以平民人体盾牌为掩护展开行动。在现代冲突中,这是经常发生的情形。在这种冲突中,一方面是武装部队,另一方面是支援或者以平民人口为掩护而展开行动的平民人口。在这种情况下,各方的立场很有可能出现某种情形的不对称:一方的交战者认为是被迫小心谨慎地遵守人道法的规则,最大程度保护另一方的人口;而对方则违反这些规则,并且把人口当做盾牌,尽管这样做可能会对平民造成伤害。

在这类情形中,问题是:是否有足够的证据证明对方有违反人道法的行为?更加具体地说,问题是:作为对一方违反在战斗员和平民之间作出严格区分的义务的反应,尤其是在平民设备和基础设施之间放置军事装备,另一方是否可以不履行在军事和平民目标之间进行区分的义务,从而可以从事不分皂白的攻击?

这样一说，问题就只有一个了，而且答案显然是否定的。从规则上说，由于平民的利益已经被认为从交战者的理由中正式分离出去了，因此双方都应当尊重这些利益。因此，一方违反区分规则并不说明另一方也可以违反，因为这项规则不是一项互惠性质的规则。这样一个答案比看上去显得更加重要，因为人道法的整个领域都不存在互惠性，而且尤其是对待平民问题上，这是法律意识长期发展的结果，这里只能顺便提及。只有在具体的情形中，平民成为敌对行为的积极参加方，或者从根源上质疑对战斗员和平民进行区分这项原则，从而对人道法的某些最基本的原则产生疑问，才可以设想会有不同的答案。^{〔2〕}

另外一个从技术上说更加微妙、从概念上说更加难以捉摸不定的问题是，平民的行为和现代冲突中民兵和平民之间的紧密联系产生的不对称性是否影响比例标准对平衡价值的要求？还有，损失的“过分性”是否应当在这个基础上进行判断？换句话说，根据这种说法，在有足够证据证明平民明知危险、但仍然自愿把自己当做人体盾牌的情形，而不是那种平民与暴力之间不存在真正联系的情形中，某种数量的附带损失可以是“不过分的”。

尽管发动攻击的国家暗地里主张，如果平民（或多或少积极）参与敌对行为，那么就可以给他们造成更多的附带损失，但是这种观点是无法令人信服的。今天对平民的人道保护是建立在对战斗员和平民进行严格区分的基础之上的。为了改变通常赋予平民的地位，必须存在平民卷入冲突的标准，一般要求其行使了属于服兵役的人员通常行使的职能。如果不想做出这种推定，而是想要推定平民并没有积极从事产生更大附带损失的敌对行为，那么就要求他们履行积极的义务，例如应当采取行动防止民兵使用平民设施，或者甚至要求他们离开平民居住的地区。因此，如果他们没有这样做，另一方就可以把平民设施或者“军民两

〔22〕 参见红十字国际委员会和阿塞尔研究所联合开展的一项题为《直接参与敌对行为的概念》的研究，可访问 www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-inl-311205?opendocument#a1。

用的”设施当做军事目标,从而可以采取行动。

显然,这种推理过程将根本改变人道法的逻辑。它会让人以为,如果平民没有明确采取行动把他们自己与民兵区分开来,他们在客观上就是有助于民兵的行动的。人道法规定比例原则的目的是为了增强对平民的保护,但是,这样一来,比例原则却被用来实现对立的目标,即:赋予发动攻击的一方更多的自由裁量权。的确,如果把区分军人和平民的责任放在平民人口身上,而且如果没有做出这种区分就不给平民通常的保护,那么适用比例原则就无法与集体惩罚区分开来,集体惩罚是与促使适用该项人道法原则的更为神圣的目的明显对立的。^[3]

结语:把比例性作为诉诸战争权与战时法的连接点

到此为止所进行的概念分析说明,也可以把比例性作为填补诉诸战争权与战时法之间空白的一个工具。本文已经不止一次强调,这两套规范体系具有不同的历史起源,每个都是为了实现不同的目的和价值。正是因为所追求的价值不同,比例性也就具有不同的概念结构。在诉诸战争权的体系中,基本上是向受到攻击的国家在击退攻击中提供保护,另外一个需要考虑的利益仅仅只是为了实现该目的而限制作战手段的选择。相反,在战时法的体系中,根本不存在占主导的利益,而只是各种不同的利益和价值,它们有权得到法律的平等保护,必须互相权衡。

虽然存在这两套不同的规范体系,而且对于同一个行为具有不同的法律标准,但是一般说来并不会产生很大问题。使用武力的合法性是根据行使自卫权的比例性来进行衡量的,而单独的行动必须符合战时法中的比例性的要求。不过,除了这两套标准发生重叠的领域外,可能存在的情况是,严格适用诉诸战争权中的标准无法实现战时法的目的。在这种情况下,必须把战时法中的比例性标准看做是诉诸战争权中的比例性的一部分。因此,国家为了判断安全标准而采取军事行动时,必须对人

[23] 关于不同的结论,参见 Dinstein, 前注[16], 第 131 页。

道后果进行考虑。

从法律技巧的角度来说,这个结论来自对这些重叠的体系之间相互作用进行的分析。由于国家必须同时遵守诉诸战争权和战时法两套体系,在发生冲突的情况下,在与另一套体系的价值取得平衡的过程中,其中一套体系中的原则必须作为一个指引,从而影响比例原则发挥作用的方式,看来这种看法是合理的。

这个结论的恰当性并不纯粹是概念上的。它可以根据在黎巴嫩发生的实践得到实际的评价。从第三国以及国际组织的许多反应来看,由于出现了附带损失,尤其是大量的平民人口的伤亡,成为证明以色列的自卫反应不成比例的有力证据。这表明,战时法中的比例性必须是在诉诸战争权中对比例性进行更为一般的评估时的一个考虑因素。

我在分析的一开始就指出,对以色列在黎巴嫩的行动的许多反应并没有区分战时法中的比例性和诉诸战争权中的比例性,尽管人们希望在这两套体系明显不同的基础上做出这种区分。不过,看上去奇怪的事情提高了我们对这两套体系是如何互相作用、而不是各自发挥作用的理解决,并对武力反应中的比例性进行了总体的评估。战时法中的比例性标准是诉诸战争权中的比例性的一个关键因素,这个结论无论对于两个体系、还是对于实践来说都是非常重要的,因为它有助于判断现代国际法在安全和人道之间如何取得可以被人接受的平衡点。例如,在本文研究的案例中,它说明,如果实现那个标准将会对受到攻击的国家的平民造成过分的损失,一国就不可以随意为它自己的人口决定安全标准。即使能够证明只有摧毁在南黎巴嫩的火箭弹基地和消灭准军事民兵才是以色列可以防止将来受到攻击的唯一手段,如果作为一种副作用,它们造成了不成比例的人道损失,也是不能采取行动的。如果采用更低的标准,造成的人道损失能更加让人接受,就更有可能符合国际法。