

恐怖主义及其防卫权的前提

李 汉 军^{*}

目 次

- | | |
|--|------------------------------|
| 一、从国际法角度，当外来恐怖袭击符合武力攻击的条件，国家有权进行军事自卫 | 三、划分两种不同机制的客观参照依据应当是恐怖主义威胁本身 |
| 二、从治安和司法角度，恐怖主义威胁应采用治安手段予以预防，以司法审判予以惩处 | |

摘 要

从国际法角度，当外来恐怖袭击符合武力攻击的条件，国家有权进行军事自卫，但恐怖主义并非传统的战争行为，不能无条件行使国家自卫权。从治安和司法角度，对恐怖活动应采用治安手段予以预防，以司法审判予以惩处。恐怖活动的危险性及其来源属性与危害范围、紧迫性是确定防卫权的法理依据，应当根据其属性与情势确定防卫行动的级别与机制，分别以军事和治安手段应对。对于恐怖主义的控制和防卫，常规情况下应当依靠治安预防和司法惩处，并形成最终的法律评价机制。所谓常规情况是指不存在失去有效控制的危险的一般情势，包括社会安全感受到长期威胁与抑制的情况，以及突发性恐怖袭击之后的秩序恢复。

面对恐怖主义活动，国际社会的反应可以划分为两种不同的判断与反制体系：从传统的法律立场，恐怖主义活动是一种犯罪行为，因而适用司法惩治和治安预防体制；随着恐怖活动的升级与国际形势的演变，在恐怖主义活动上升为准军事武装袭击的前提下，某些国家采取了以军事手段予以打击的政策。这两种不同的反应机制之间存在巨大的差异，其法理依据也是完全不同的，两者同时成为应对恐怖主义的政策，并行之下必有区分上的困难。

对于反恐自卫权这一概念，其与国际法上的国家防卫权的关系，也存在理解上的差异。在大陆法学界，既有以国家自卫权的正当性为依据支持反恐军事行动的意见，也有主流声音针对美国等国家的单边军事行动提出质疑，尤其是国家是否拥有预防性自卫权，“先发制人”战略是否符合自卫条件，表达对军事行动演变为单边的武力对外政策的担忧。

事实上无论将恐怖主义视犯罪行为还是武力攻击，在一定意义上，国际法上的国家

^{*} 国际关系学院法律系系主任

自卫权和国内法上的治安防卫权属于同根同宗的关系，法律范畴有异，行使机制有所区别，但其原理是一致的。当面临恐怖主义尤其是国家恐怖主义的防卫对象时，其事实机理相似而法律原则实为不同，因而容易扰人视线，进而可能产生混淆，甚至存在引发政策性偏差之虞。

本人认为，无论将恐怖主义视为犯罪行为还是外来武装威胁，对其反制机制都可以引用自卫权作为依据。问题的关键在于，两种机制不能混淆，而划分与选择两种机制的事实参照系必须明确。在此试图对此两种截然不同的反应机制进行对比，理清脉络，找到合理分界点。

一、从国际法角度，当外来恐怖袭击符合武力攻击的条件，国家有权进行军事自卫

在极端的情况下，外来的武装恐怖袭击可以视为外来武力攻击，行使军事自卫权。但是，恐怖主义活动并非传统的战争行为，不能当然地直接适用国家自卫权。而且，在符合自卫前提的情况下行使国家自卫权也应当遵从国际法规范。

反恐军事行动的法理依据是国家自卫权。而国家行使军事自卫权的前提是受到武力攻击。联合国宪章规定：联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，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。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应立即向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之责，以维持或恢复国际和平与安全。

在这一关于国家自卫权的权威文本中，可以看到以下几点：1. 国家自卫权是所有国家的固有权利，并非联合国授予，无需经安理会授权即可行使；2. 国家行使自卫权的条件是国家“受到武力攻击”，这是关键要件；3. 在国际关系中，不得使用武力或武力威胁是基本原则，使用武力实施自卫是例外。国家行使军事自卫权应受国际法约束，联合国会员国行使自卫权应受联合国集体安全体制约束。

通过国际上发生的反恐军事行动实例，可以看到当以国家自卫权反击恐怖袭击时，其行使前提和战略目标不同于传统的国家军事自卫战争。由此我们必须注意到两点：

其一，对恐怖主义以军事自卫权应对必须符合“受到武力攻击”的前提。

关于受到武力攻击的解释，在国际法上关键的争点是攻击发生的时间，即预防性自卫的合法性问题。可以肯定，一方面，以预防性自卫权“先发制人”应对恐怖袭击的主张在国际法上没有得到充分的支持。预防性自卫的基本含义是当国家发现自身面临一个即将出现的攻击危险时，率先采取适当措施打击对方以保全自己。主张应广义解释自卫权的国家认为预防性自卫是存在的，在其本国或其海外武装力量受到攻击前，也可以行使自卫。但绝大多数国家持反对意见，而是更愿意对“受到武力攻击”持广义观点，而不愿就预防性自卫权请求权利。实践中，预防性自卫权很少被具体行使，可以说没有令人信服的诉诸预防性自卫的案例。另一方面，由于恐怖主义威胁的非传统性，其危害在于不确定的袭击目标和时间，因此严格要求袭击发生之后才能反击，是不现实的。如果说运用军事力量打击国境之外的恐怖分子，显然其行动的合法性存在疑问，关键的问题还是没攻击迫在眉睫的确凿的事实依据，以及是否达到必须以军事手段进行打击的程度。因此，本人认为，对于反恐的军事自卫权的时间前提，终究回归到恐怖袭击本身的

属性与规模。即，只有袭击达到武力攻击的严重程度，而且具有发生的不可避免性，符合“受到武力攻击”的广义解释，行使自卫权的依据才是清晰充分的。

其二，反恐军事行动的战略目标仅限于制止恐怖活动，消灭或惩处恐怖分子。

传统的国家自卫权是指当国家受到攻击，它有权在必要的情况下使用武力以防卫自己不受攻击，击退进攻者并将进攻者赶出国境。在常规情况下，自卫并不包括自卫的国家侵犯另一个国家领土主权的行动，自卫行动将限于将入侵者驱逐出本国领土。但是面对恐怖主义的非传统威胁，行使国家自卫权可能不是以驱逐入侵者为军事自卫行动目标。美国遭受9·11事件重创后，对阿富汗进行了自卫性质的战争，理由是发动袭击的恐怖分子得到阿富汗当时的塔利班政府的支持和庇护，必须推翻塔利班政府，才能制止恐怖袭击，惩处恐怖分子。尽管这引起国际法学界就国家自卫权的范围、对象及时间等方面的争论，鉴于美国受到了事实上的大规模攻击从而有反击的权利，并没有遭到联合国及绝大部分国家的否定。然而，对于反恐军事行动的目标，仍然必须加以明确的限制，即仅限于制止武力的恐怖袭击，消灭或者惩处恐怖分子。唯如此才能防止自卫权的滥用。同时应当强调，这一战略目标将使军事行动本身受到战术和行动规模、方式的限制，不得波及无辜的国家和人民。

二、从治安和司法角度，恐怖主义威胁应采用治安手段予以预防，以司法审判予以惩处

在历史上，恐怖主义活动被世界各国看作一种刑事犯罪，国内的恐怖主义袭击事件在传统上按照国内刑法处理，涉外案件则依照国际刑法的机制处理。但是比较遗憾的是刑事司法的机制存在犯罪预防的死角，而且司法程序的高成本与低效率在反恐的紧迫性方面相比极度跟不上现实的需求。洛克比空难后，相关各国调动各种外交和法律手段，以期将肇事者绳之以法，由于当时的利比亚政府拒绝国际司法合作，西方国家对利比亚实施长达十余年的各种制裁，最终才迫使利比亚把嫌犯交由国际法庭审判。但迟来的正义事实上造成了恐怖主义形势的恶化，而且外交和国际刑事合作中的妥协让步，已经使司法正义本身的权威性受到侵蚀。尤为严重的是，对于自杀式恐怖攻击，司法是比较软弱苍白的法律工具。

因此，当我们将恐怖主义视为犯罪行为时，其视线的重点同样不是刑事责任的追究，而是治安意义上的预防。在此，一方面引入刑法上的防卫权概念予以比较，另一方面尝试解读治安预防与防卫权的关系。

刑法上的正当防卫权利是国家刑法权为公民面对不可避免的不法侵害时保留的自力救济之特权，其天然固有权利的属性和行使原理与国际法上的国家自卫权有异曲同工之妙。当然，正当防卫权的主体为公民个人，是解决刑事法律体制下个人基本权利的紧急救济的特殊渠道，而国家自卫权是国家主体的权利，以国家的名义行使。这里所要进行比较的，主要是防卫权的行使条件，以及国家行政权对恐怖主义活动进行防范的过程中，基于公共防卫的理由所采取的预防行动原理。

通常，正当防卫权的行使，以存在紧迫的不法侵害为前提，必须针对不法侵害者本人，同时有防卫限度的限制。防卫适时是指不法侵害“正在发生”，防卫限度有必要说和相当说两种。恐怖主义的危险性远大于一般刑事犯罪，对恐怖主义犯罪的预防，不宜用刑法上的防卫权原则加以过严的限制。其一，如果过度强调“正在发生”，则对于防

卫恐怖袭击的需求过于迂腐；其二，如果过度强调防卫限度，则防卫反击受到手段与策略上的拘束。所以简单引用刑法上的防卫权，不足以解答反恐的问题。在这里我们可以在法律层面比较，公民个人主体所享有的有限防卫权和国家行政权所涵盖的公共防卫权，有着质的差别。

首先，国家行政权对恐怖主义进行预防和打击，是基于公共防卫权。一般刑事犯罪主要是针对个人的犯罪行为，但恐怖主义却是针对国家和政治群体的集体犯罪行为。恐怖组织是某种政治势力的一部分，它有着坚定的意识形态和明确的政治目的，严密的组织形态和群体背景，甚至外部国家力量的支持。对于恐怖主义活动的预防，是国家公共权力的责任。国家从治安法的角度行使预防犯罪的治安管理，对于恐怖主义活动在特殊的紧迫情势下可以动用必要的武装力量，是依法行事，其行动权限远大于一般的犯罪事件处置。

其次，国家行政权不能代位司法权。打击和预防恐怖主义是基于社会管理的法则行事，而对于恐怖活动的法律评价，即恐怖分子刑事责任的追究，仍然归于司法的处置。虽然在符合特定条件下政府可以采取武力手段对恐怖袭击进行防卫，其法律评价的最高权威仍然是司法评价，因而在司法手段可以控制的局势下，应当依司法程序解决。

最后，对比国家防卫权在国内与国际法上的差异，以军事行动对身处外国的恐怖分子进行打击，必须符合国际法的条件。也就是说，一个国家的政府对内行使武装力量采取打击恐怖主义行动，需要依该国宪法行事；对外使用武力，只能在国际法所允许的军事自卫权范围内行动。那么，前文所指预防性自卫权的问题，如果在国际法上尚无明确依据的话，唯有通过国际合作，而非单边行动解决。

三、划分两种不同机制的客观参照依据应当是恐怖主义威胁本身

发生于美国的9.11袭击事件无疑是国际社会反恐政策的一个重要转折点。在此之后，联合国安理会通过了一系列决议，国际社会基本达成共识，即承认以军事手段打击国际恐怖主义活动的正当性。此次事件与以往其他国际恐怖活动不同有三：1.此次攻击造成的损失远大于有史以来的任何恐怖事件；2.发动袭击的恐怖组织获得特定国家的支持和庇护；3.受害国美国的国家实力及其在国际社会中的地位独一无二，也是重要的国际政治背景。美国行政当局界定此次恐怖攻击为战争行为，以军事手段进行反击，也意味着此次攻击以及此后美国的反应，如果不是进入全面战争状态的话，至少可列入军事冲突的范畴。那么，传统的法律机制与军事机制之间，如何进行界定？将国际恐怖主义袭击界定为战争行为是否恰当？

9.11袭击之所以被界定为战争行为，关键的理由是袭击发动者获得特定国家支持的背景，其次是因为此次攻击造成的后果的严重性。这次恐怖袭击造成的生命和财产损失甚至超过一次普通的武装冲突，其目的是形成对受害国对外政策的威胁和绑架，从而形成具有历史性影响的事件。但是，如果单纯依据后果的严重性而将此次恐怖活动界定为战争行为，似乎在法理上缺少说服力。有组织犯罪也会造成大量的生命财产损失，但没有国家把有组织犯罪界定为战争行为。而且，单纯的国际性背景也不意味着可以被视为战争行为。

本人认为，国际恐怖主义袭击符合武装攻击的属性而可以成为国家自卫权对象的前

提，是恐怖主义行为本身的威胁性质、规模和紧迫性。

其一，恐怖袭击来自特定国家，或者具有国家的实质性支持与庇护。所有的恐怖主义活动均具有具有特定政治元素，而获得国家的支持庇护，甚至直接来自特定国家，形成国家恐怖主义时，解决问题的其他常规途径被阻断。

其二，恐怖袭击的规模不能为治安手段所制止，而且袭击者的势力足以形成军事对抗，超出国际其他合作解决的能力。

其三，恐怖袭击确定将要发生，或者必将持续发生，其他手段不能及时制止。

以上判断的核心仍然是恐怖活动本身的危险性，包括其危害来源的属性，危害对象的范围，现实危险的紧迫性程度为判断基础，由此可以从法理上定位行使防卫权的层次依据。从现实的需要出发，对于恐怖主义的防卫理应形成可控性强的阶梯机制，即根据危险性所涉及安全利益的属性与范围确定防卫行动的级别与规模，根据危险性发生的紧迫程度确定防卫权的原则类型，分别以军事和治安手段应对。

动用国家自卫权进行军事反恐，是极为特殊的事例。对于恐怖主义的控制和防卫，在常规情况下应当依靠治安的防范，并以司法的惩处和约束为后盾，形成最终的法律评价机制。所谓常规情况，是指不存在失去有效控制的一般情形，包括社会安全感受到长期威胁与抑制的情况，以及突发性恐怖袭击之后的秩序恢复时期。

