

# 在战争与和平之间

——格劳秀斯战争法思想述评

禾 木\*

**摘要：**荷兰学者雨果·格劳秀斯的“正义战争”（just war）理论对国际法的发展产生了巨大影响，人们通常认为格劳秀斯的“正义战争论”为第二次世界大战后确立的“禁止行使武力”原则提供了基础。但是人们在理解格劳秀斯时，往往忽略了一点，即格劳秀斯思想的特色不仅在于系统诠释了“正义战争”，更在于保持了“正义战争”与“正式战争”（formal war）之间的持续张力与微妙平衡，而后世的战争理论却往往忽视或消解了这两者之间的紧张关系。本文通过仔细阅读原著文本的方式，重新梳理了格劳秀斯的战争法理论，在此基础上，指出国际法上一些常见的错误观念，分析这些观念产生的原因及其对现实政治结构带来的正面或负面影响，并对当代国际法中有关武力行使的法律规范做出了简要的点评和展望。

**关键词：**格劳秀斯 战争法 正义战争 正式战争

## 一 导 论

1625年，荷兰学者雨果·格劳秀斯（Hugo Grotius，1583—1645）的三卷本巨著《战争与和平法》（*De jure belli ac pacis*）<sup>①</sup>在巴黎问世，其时适逢欧洲三十年战争期间。约二十年后，在为结束这场战争而举行的威斯特伐利亚讲和会议上，各国君主和外交官都以《战争与和平法》作为谈判的依据，最后缔结的《威斯特伐利亚和约》中的诸多条款都是其思想和学说的体现。这部书对后世所产生的影响更为重大而深远。它出现了数十个版本，被译为几十种语言，成为国际法学说史上的经典之作，被后人——尤其是国际法学者和外交官——反复研读。

综观格劳秀斯的一生，这部书只是他全部著述中的冰山一角。事实上，他留下了上百部专著

\* 法学博士，北京大学法学院讲师。

① Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres, In quibus jus naturea & gentium; item juris publici praecipua explicantur*, Paris, 1625. 译本参见在卡耐基基金会的资助下、由斯科特博士（James Brown Scott）主持编纂的“国际法经典文库”（The Classics of International Law）中的英译本，Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace*, translated by F. W. Kelsey, Oxford: Clarendon Press, 1925（以下简称*War and Peace*），英译者所依据的拉丁文原本是1646年的修订版，也是格劳秀斯生前亲手修订的最后一版。近年，塔克（Tuck）教授依据1853年法文版编辑整理的英译本（Richard Tuck ed., *The Rights of War and Peace*, edited from the edition by Jean Barbeyrac, Indianapolis, Ind.: Liberty Fund, 2005）亦被广泛使用。本文引用主要依据凯尔西（Kelsey）的英译本，适当参照了塔克的英译本。

和未刊行的手稿，而且其作品所涉领域极其广泛。无论哲学、神学、历史学、文献学，还是天文学、地理学、语言学、文学和法学，他都进行过深入研究。另一方面，在他的全部作品中，尽管法学方面的论著只占一小部分，而且其中仅有三部书与国际法相关，即《捕获法论》（*De jure praedae commentarius*）、<sup>①</sup>《海洋自由论》（*Mare liberum*）<sup>②</sup>和《战争与和平法》，可是从对后世的影响来看，这三部国际法学著作，相对于其他著述来说，似乎具有压倒性的分量。以至于今天人们一提到格劳秀斯，首先想到的便是他作为“国际法之父”的声名。哪怕这一称呼未必完全妥当，也无人能够否认他在欧洲国际法思想形成过程中的地位和贡献。一个有趣的现象是，无论是在17世纪欧洲三十年战争之后，还是在18—19世纪欧美列强全球殖民争霸的格局之下，甚至是在20世纪两次世界大战后的满目疮痍之中，格劳秀斯的著作都会反复被人征引提及，奉为圭臬。他的思想似乎具有一种历久弥新的魅力，能为每个时代国际法的发展提供丰富的思想资源，指明其应有的出路。

要对格劳秀斯的国际法思想做出准确的评价，必须在一种整体性的视野之下来进行理解和观照，而不能从后世国际法的既定概念出发，回溯性地发掘他思想中与当代理论有直接关联的蛛丝马迹，寻找到表面相似或相反的证据，逐一贴上标签。换言之，只有回溯到格劳秀斯所置身的总体环境之中，才能对他的思想做出准确的把握和定位。

在这一认识前提之下，本文将着重围绕格劳秀斯的战争法学说来展开反思。在格劳秀斯对国际法的贡献中，最广为人知的，无疑是他关于“正义战争”的学说。这一学说一方面延续了中世纪经院哲学中正义战争论的传统，另一方面开启了近代国际法上战争理论的先河。通说认为，格劳秀斯的“正义战争论”主宰了从近世直至现代的主流战争观，<sup>③</sup>只是在18世纪中晚期至20世纪早期，它一度受到冲击而隐身后，<sup>④</sup>经过两次世界大战的惨痛教训，《联合国宪章》最终

① Hugo Grotius, *De jure praedae commentarius*, The Hague: Apud Martinum Nijhoff, 1868. 译本参见“国际法经典文库”中的英译本, Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, translated by G. L. Williams, Oxford: Clarendon Press, 1950 (以下简称 *Law of Prize*)。这是格劳秀斯在1604—1606年期间,受荷兰东印度公司董事会的委托为一桩捕获案件撰写的辩护词。在这篇辩护词中,格劳秀斯不止于就事论事,而是借题发挥完成了一部内容翔实、体系完整的法学论著,细致全面地阐述了法律的基本原则和正义战争的理论。但是《捕获法论》除一小部分(即第十二章“海洋自由论”)以外,迟迟未能面世,甚至不为同时代人所知晓。直到1864年格劳秀斯的子孙拍卖祖传藏书时,尘封两百多年的原稿才公之于众,并于1868年正式出版。关于正义战争的论述,《战争与和平法》和《捕获法论》之间有很多相似之处,但又在很多有趣的方面有所不同。

② Hugo Grotius, *Mare liberum sive de jure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertation* (Leiden: Lodewijk Elzevir, 1609). 英译本参见 Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas, or the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade: A Dissertation*, translated with a revision of the Latin text of 1633 by Ralph van Deman Magoffin, New York: Oxford University Press, 1916 (以下简称 *Freedom of Seas*)。该书原本是1604—1606年写就的《捕获法论》中的一部分。1609年,在荷兰与西班牙举行休战谈判的过程中,东印度公司担心荷兰政府过早妥协,发动舆论造势,请格劳秀斯将尚未刊行的《捕获法论》书稿的第十二章进行细微修订后,以《海洋自由论》为题独立成册匿名出版,目的在于捍卫荷兰的海上航行自由权和贸易自由权。这本不足80页的小册子立刻引起了巨大的争议,甚至引发了一场关于海洋自由还是海洋封锁的“百年书战”。

③ 田畑茂二郎:『国际法(第二版)』,东京:岩波书店、1966年、356—382页。

④ Renée Jeffery, “Hersch Lauterpacht, the Realist Challenge, and the ‘Grotian Tradition’ in 20th-Century International Relations”, (2006) 12 *European Journal of International Relations* 223, p. 224. 瑞内·杰弗瑞(Renée Jeffery)举出数据,即,格劳秀斯的《战争与和平法》一书在1625年到1758年之间被重印或翻译了50次,但是在接下来的100年只被印刷了2次,他认为由此可以看出格劳秀斯关于战争与和平的观点在18世纪中期以后处于低潮期。See also J. G. Starke, “The Influence of Grotius Upon the Development of International Law in the Eighteenth Century”, in C. H. Alexandrowicz (ed.), *Grotian Society Papers 1972: Studies in the History of The Law of Nations* (Den Haag: Martinus Nijhoff, 1972), pp. 162—163.

以明文方式确立了“禁止行使武力”的基本原则，这意味着格劳秀斯“正义战争论”的重新复活。<sup>①</sup>换句话说，除了短暂的中间脱轨阶段，国际法发展的大部分历史时期都是以格劳秀斯的“正义战争论”作为其正统思想。<sup>②</sup>

然而，如果我们仔细研读《战争与和平法》的文本，就会发现，格劳秀斯的“正义战争论”虽然着眼于限制战争，但并不主张禁止一切战争，甚至从某些角度来看，似乎是要鼓吹战争。例如，他曾多次指出，“自然法原则中的任何内容都不反对战争，毋宁说它们都支持战争”，<sup>③</sup>“每一个民族的历史、法律和习俗都充分表明，有些战争不会受到万国法的谴责”。<sup>④</sup>这和我们今天供奉的格劳秀斯神像似乎有些差距，更不同于第二次世界大战后确立的基本方针——禁止一切威胁或使用武力的行为。

更重要的问题在于，格劳秀斯的战争法理论其实并不局限于“正义战争论”，另一重维度，即“正式战争”理论，长期以来在格劳秀斯研究中没有受到足够的重视。如果仔细研读原著文本就会发现，格劳秀斯思想的特色不仅在于系统诠释了“正义战争”，更在于保持了“正义战争”与“正式战争”之间的持续张力与微妙平衡，但是后世的学说却往往忽视或消解了这两者之间的紧张关系。如下文所述，把两次世界大战之后出现的反战思潮和“禁止行使武力”原则仅仅视为格劳秀斯“正义战争论”的复活，其实是对其理论的误解和扭曲。

当然，后人对格劳秀斯学说的各种认识——想当然的理解、创造性的误读乃至歪曲性的利用等——在当时的历史处境下，同样构成了国际法思想史中一个非常重要的发展脉络，是国际法的理论乃至现实不可分割的一部分。但是我们首先应该做的，如上文所言，还是要建立起一套整体性的视野，从格劳秀斯所面临的处境出发，关心格劳秀斯所意欲解决的问题以及他解决问题的路径和方式，以此作为起点来观察国际法的发展和变化。同时，澄清后世学者对格劳秀斯的各种误读乃至曲解，不仅是为了正本清源，更是为了从中发现新的生长点。换句话说，格劳秀斯的战争法理论对现代国际法的贡献，不仅通过其理论本身体现出来，也通过它被后人以或正确或错误的方式反复援引从而滋生出新的生长点的方式得到体现。

以下，笔者将不囿于当代国际法中约定俗成的思维框架和论证边界，通过对文本（尤其是《战争与和平法》与《捕获法论》这两部集中体现其战争法思想的著作）的细致研读，重新梳理格劳秀斯的战争法理论。在此基础上，指出国际法上一些常见的谬误，揭示这些观念产生的原因及其对现实政治结构带来的正面或负面影响，并对当代国际法中有关武力行使的法律规范做出简要的点评和展望。

① Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, (1946) 23 *British Year Book of International Law* 1, pp. 1 – 53. 劳特派特 (Lauterpacht) 认为现代关于战争与和平的观点是对“格劳秀斯传统”的部分回归; Mary Ellen O’Connell, *The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 30, 32. 奥康奈尔 (O’Connell) 则认为是凯尔森 (Kelsen) 在第二次世界大战后复活了格劳秀斯的概念。See also Hedley Bull, Benedict Kingsbury and Adam Roberts (eds.), *Hugo Grotius and International Relations* (Oxford: Clarendon Press, 1992), esp. Chapters 5, 8.

② 田畑茂二郎:『国際法』、356 – 382 頁。See also Cornelius F. Murphy, Jr., “The Grotian Vision of World Order”, (1982) 76 *American Journal of International Law* 477, p. 481.

③ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. II, § I (4), p. 52.

④ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. II, § IV (2), p. 57.

## 二 理论背景

在进入具体分析之前，有必要先透过格劳秀斯的 *Jus gentium* 概念，看看他所构建的法律体系具有怎样的宏观架构，在这一背景下才能更好地理解他的战争法思想。

*Jus gentium* 在不同的时代和不同的学者那里，被赋予了多种意涵。它是基于自然理性而产生的普遍法，还是基于各种政治实体相互交往的实践和合意而形成的共同习惯和制度？它是超越于各个政治实体之上或介于其间的法，还是各个政治实体自身的固有法，只是碰巧具有相同或相近的内容而被视为共同法？它是用来调整从属于不同政治实体的个人之间关系的法，还是也包括那些调整政治实体本身之间关系的法？这些问题并没有统一的答案。

尽管对于 *Jus gentium* 的性质众说纷纭，但在罗马法上，这个词的基本含义还是比较确定的。它一般是作为市民法 (*Jus civile*) 概念的对称，用来指那些调整罗马公民与外邦人、以及外邦人相互之间民事关系的法律。<sup>①</sup> 这个意义上的 *Jus gentium* 通常译为“万民法”。万民法具有跨国性，但它和市民法一样，主要是调整公民个人之间关系的法律，属于私法范畴。有时，*Jus gentium* 也可以用来指那些调整罗马国家与其它政治实体之间公法关系的法律，如交战、讲和、条约、使节等，但这种用法属于例外。这个意义上的 *Jus gentium*，译为“万国法”更为恰当。

### (一) 《捕获法论》中的 *Jus gentium*

在早年写就的《捕获法论》中，格劳秀斯使用的 *Jus gentium* 概念脱胎于罗马法，但并非与市民法相对置，而是汲取了市民法中具有普遍适用效力的法律原则，以整个人类作为适用对象，同时也涵盖了一部分调整国家间关系的法律，但总体说来其落脚点主要在于个人而非国家，因此译成“万民法”更为妥当。在早期的格劳秀斯笔下，万民法和自然法可以各自分成“初级”和“次级”两个层次。

“初级自然法”是神意自然法，适用于宇宙万物，永恒不变，这是他赖以建构整个法律体系的核心和顶点。“初级万民法”本质上就是一种自然法，只不过是世俗自然法（即“次级自然法”）。它是从神的意志中产生出来的正确理性，体现为人类的普遍合意，仅适用于人类，永恒不变。“次级万民法”则是所有国家或多数国家意志的体现，这些法律并非由先验的道德原则所决定，而是建立在实际考虑之上，是可变的实证法。

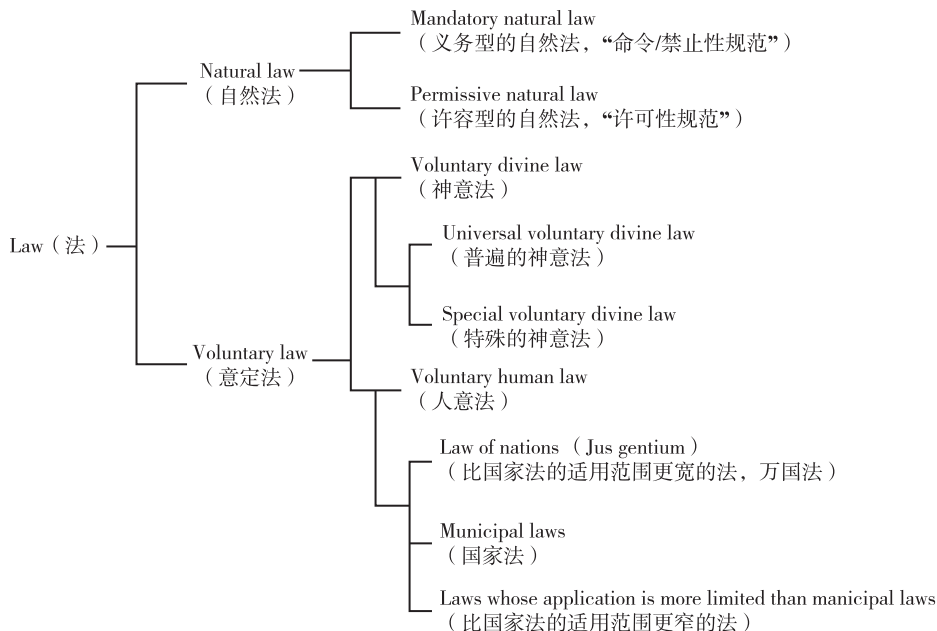
格劳秀斯一共提出了 9 项规则和 13 项法律，作为构建其法律体系的基本要素。<sup>②</sup> 这些规则和法律都是一些清晰、简明的命题，既有实体性的也有程序性的，可以通过理性的逻辑演绎推导出明确的结论。绝大部分命题都是以个人而非国家作为权利义务的主体，而且涵盖了一国之内和属于不同国家的个人之间、以及国家之间的法律关系。在格劳秀斯眼里，无论自然法还是万民法，都是建立在个人自然权利基础上的普遍法，通过类比个人权利可以推导出国家的权利，个人与国家没有本质性的区别，国家的每一项权利都来源于个人。

① 周相：《罗马法原论（上册）》，商务印书馆 1994 年版，第 86 - 87 页。

② Grotius, *Law of Prize*, Chap. II, pp. 8 - 30.

## (二) 《战争与和平法》中的 *Jus gentium*

但是，在后年撰写的《战争与和平法》中，格劳秀斯使用的自然法和 *Jus gentium* 概念的含义只是延续了《捕获法论》中的部分观点，同时又进行了一些重大调整。首先，他放弃了“初级”和“次级”的划分方法，而是先将“法”分成自然法和意定法两大类。其次，自然法依据其是否具有强制性，又被分成两大类，即义务型的自然法（“命令/禁止性规范”）和许容型的自然法（“许可性规范”）。意定法也被分为两大类，即神意法和人意法。所谓神意法，来源于神的意志，既包括普遍的神意法，也包括仅适用于特定民族的神意法。人意法则包括三种：一是国家法；二是比国家法的适用范围更宽的法，即 *Jus gentium*；三是在适用范围上比国家法更窄的法，如主人对奴隶的命令、家长对子女的命令等。<sup>①</sup>



在这里，“初级自然法”的概念消失了，格劳秀斯把作为神意之体现的法，归为意定法中的“神意法”。由此一来，“自然法”仅仅指《捕获法论》中的“次级自然法”，即体现人类理性之内在原则的法，是“正当理性的命令，指示行为是否符合理性的本性”。<sup>②</sup> 合乎理性即为善，神会命令之；反之即为恶，神会禁止之。这一自然法是永恒而不可变更的，“连上帝自己也不能加以改变”，<sup>③</sup> “即使我们冒着最大的亵渎，假设没有上帝，或者上帝并不眷顾我们”，<sup>④</sup> 自然法依然统治人类。与《捕获法论》不同，格劳秀斯在这里试图从渊源上区分自然法和神法，把前者置于一个更加稳妥而且更容易取得共识的基础上——理性。每个人都具有理性，是格劳秀斯全部论

① Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. I, § XIII, § XIV (1), § XV (2), pp. 44 – 45; Chap. II, § V (1), p. 57. See also, TANAKA Tadashi, “Grotius’s Concept of Law”, in ONUMA Yasuaki (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War, and Justice in Hugo Grotius* (Oxford: Clarendon Press, 1993), pp. 51 – 55.

② Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. I, § X (1), p. 38.

③ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. I, § X (5), p. 40.

④ Grotius, *War and Peace*, Prolegomena, § 11, p. 13.

述中一个隐含的前提假设。这一基础是世俗化的，不体现为外在的超越性诉求。但同时，格劳秀斯又指出，自然法源于人之本性，而“这最终仍应归结于上帝，正是上帝之意志使我辈具有此本性”，<sup>①</sup>永恒的上帝才是最高的创造者。可见，格劳秀斯只在非常有限的意义上将自然法世俗化了，并没有完全摒弃自然法的神学根基。

同时，为了突显自然法和人意法的区别，他还缩小了 *Jus gentium* 的范围，不再把“初级万民法”视同为“次级自然法”，而是将 *Jus gentium* 限定为人意法的一种，近似于《捕获法论》中的“次级万民法”，是可变的实证法。*Jus gentium* 并非由先验的道德原则所决定，而是基于实际考虑、建立在所有或者多数国家间的合意之上，是可变的实证法，其适用范围比同样作为人意法的国家法更宽，具有普遍妥当性，在此不宜继续译为“万民法”，而应译为“万国法”。“万国法”概念的出现对于后来的“国际法”具有先导性作用，但又在很多方面与之不同。

就自然法和万国法的关系而言，自然法居于高位，不能为人的意志所改变。严格定义的自然法包含一些最基本的命令性和禁止性规范，作为人意法的万国法不能改变自然法上的这些规定。但同时，自然法中还存在一个“许容地带”（permissive domain），万国法可以在其中订立规则。<sup>②</sup>之所以如此，是因为假如人意法的所有规则都能从命令/禁止性的自然法中自动推衍出来，则人意法就显得多余，“许容型自然法”的存在为人意法，尤其是其中的万国法，留下了发挥作用的余地。在例外情况下，如在战争法领域中，万国法的某些规定甚至可以违背自然法，只不过这些行为的法律效果需要另加探讨。对此，后文将予详述。

需要注意的是，格劳秀斯的万国法，只在不充分的意义上是“国家间”的法，它依然保留了“万民法”的传统特性。例如，他在《战争与和平法》的开篇明言，本书的研究对象是个人、国王、贵族和自由的民族等“不属于同一国家法体系下的人们”之间的争端。<sup>③</sup>他强调说，万国法不是为了谋求特殊国家的利益，而是为了实现由此构成的大结合体的利益而产生的。<sup>④</sup>这个大结合体，并非如现代国际法所想象的那样，以国家作为唯一主体和构成单位，而是由君主、国王、领主、家长或其他自立的权力主体所共同构成的普遍的人类社会。这是一个充满了流动性和渗透性的多元重层权力结构体，从个人到国家，层层类似，没有绝对的断裂和隔离。另一方面，格劳秀斯笔下的个人，也绝非现代观念中赤手空拳的弱者，而是指能够合法的使用暴力手段、对家庭成员和奴隶拥有绝对权力的家长。在格劳秀斯眼中，社会的基本构成单位是家庭而不是孤立的原子式的个人。相应的，他所意欲建立的法律体系，也不着眼于把国家与社会、国家与个人截然分开，而是试图抽取出一套普遍的共通原则，适用于各种错综复杂的社会现象。下文将要谈到他的战争法理论，亦体现了这种观念的特点。

### 三 格劳秀斯的战争法理论

关于正义战争的研究源远流长。早在古希腊罗马时代，关于国家、正义和法的学说中已经包

① Grotius, *War and Peace*.

② Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. II, § V (1), p. 57.

③ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. I, § I, p. 33.

④ Grotius, *War and Peace*, Prolegomena, § 17, p. 15.

含了正义战争论的一些基本要素。正义战争的概念由早期基督教思想家正式提出，中世纪晚期最杰出的经院哲学家托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas）继承和发展了这一思想源流。<sup>①</sup> 在经院哲学中，关于正义战争的理论可以分成两大部分。其一是“诉诸战争的法”（*Jus ad bellum*），它关心的是战争的发动本身，即，谁、出于什么理由、在什么情况下有权发动战争；其二是“战争中的法”（*Jus in bello*），即，当战争爆发之后，交战者可以使用哪些武器、攻击哪些目标、采取什么样的杀伤行为、如何对待战俘等。经院哲学家关注的重点在于前者，即，判断哪一交战方具有正当理由。只要这一问题得到解决，则合法诉诸战争的一方无论在道义上还是法律上都占据优势，其必然的逻辑后果就是，正义一方可以动用一切手段去杀伤敌人，而非正义方在战争中无法享有任何权利和保护。

格劳秀斯一方面延续了经院哲学中正义战争论的传统，同时又在很多方面做出了重要的修正。按照纯粹形态的正义战争论，目的正当性可以将正义方的一切杀戮手段合法化，由此一来，战争进行过程中的法律规制将被等闲视之。格劳秀斯认为，如果要最大限度的减少战祸给人类带来的危害，不仅要从道义上和法律上谴责那些不具备正当理由的战争，尽可能减少战争的爆发，而且对于已经爆发的战争，也要通过法律来规制具体的战斗行为，减少不必要的残酷后果。正是在这一认识前提之下，《战争与和平法》分了三卷，从不同侧面分别来讨论战争问题。第一卷概述了什么是战争、什么是权利、战争的类型以及发动战争的主体；第二卷详细考察了自然法、万国法和市民法上的各种权利，阐明哪些权利可以构成战争的正当理由，即“诉诸战争的法”；第三卷研究的是当战争爆发之后，交战双方应该恪守哪些战斗行为规则，即“战争中的法”。以下，将以第一卷的论述为基础，分别从“诉诸战争的法”和“战争中的法”这两个方面来概观格劳秀斯的战争法理论，揭示出两者之间的关联。正是在这里，体现了格劳秀斯战争法理论的最大特色。

### （一）诉诸战争的法（*Jus ad bellum*）

关于“诉诸战争的法”，格劳秀斯的首要关心当然是正当理由。他认为，有三种原因可以构成战争的正当理由：防御、恢复原状和惩罚。其中，防卫战争针对的是正在进行的侵害，而恢复战争和惩罚战争针对的是已经结束的侵害。关于这三种正当理由的详细分析，已有诸多方家介绍，此处不再赘述。<sup>②</sup>

这里要留意的是，格劳秀斯并非一个绝对的和平主义者，即一味谴责使用武力并视所有战争为非正义和不必要的反战论者。他所试图明确的是，哪些战争是正当的，为自然法和万国法所允许，哪些战争并非如此。他不主张禁止一切战争，不仅因为事实上不可能，而且因为法律上不可欲。战争，在格劳秀斯看来，是实现法和权利的正当手段，是执行法律的一种重要方式。因此，

① 马清槐译：《阿奎那政治著作选》，商务印书馆1997年版，第135-136页。

② Peter Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (Paris: Presses universitaires de France, 1983); Peter Haggemacher, "Mutations du concept de 'Guerre juste' de Grotius à Kant in La guerre", (1986) 10 *Cahiers de philosophie politique et juridique* 105 (Caen: Centre de publications de l'Université de Caen), pp. 105-125; Hedley Bull, "The Grotian Conception of International Society", in H. Butterfield & M. Wight (eds.), *Diplomatic Investigations: Essays in the Theory of International Politics* (London: George Allen & Unwin, 1966), pp. 51-73; 另参见：大沼保昭：“战争”、大沼保昭編『戦争と平和の法：フーゴー・グロティウスにおける戦争、平和、正義（補正版）』，東京：東信堂、1995、113-196頁。

他的工作是确定有哪些法和权利需要用战争方式来执行，限定这些法和权利的范围，运用法律手段来规制在这一过程中所发生的战争行为，使战争的危害降至最低。至于全面否定战争、唯愿实现世界大同，并非他的主张。

有人说，他的战争法理论毋宁说为国家提供了一套最广泛的发动战争的权利。<sup>①</sup> 的确，如导言中所述，格劳秀斯曾多次明确表达过他对战争的支持态度。然而，通观全书则会发现，格劳秀斯所支持的只是非常有限的一些战争，他列举出战争的正当事由，是为了将那些不具有正当理由的战争置于不义之地位，来限制战争的恣意爆发。<sup>②</sup> 当然，格劳秀斯从未提出过禁止一切战争的观念，对于那些必要的正义战争，他始终站在拥护支持而非谴责拒斥的立场上。

同时，格劳秀斯依据战争主体的不同，区分了私战、公战和混合战。格劳秀斯的主要关心对象是公战，但是他也并不否定私战这种具有更古老渊源的战争形式的合法性，在大多数情况下，他都将公战和私战置于同一平面上来处理。<sup>③</sup> 例如，他对战争的定义是“依武力争斗的状态”，<sup>④</sup> 由此囊括了以上各种类型的战争。他对于战争正当理由的限定、对战斗行为的规制等也同时适用于公战和私战。之所以如此，固然是因为他认识到，即便设立了公共性的法庭来裁决争端，私力救济依然在一定范围内有其存在的合理性和必要性，<sup>⑤</sup> 而且当时的国家还没有能力垄断一切暴力行为，私战广泛存在的现象也使得法律必须回应这一问题。但更重要的，还是上文所述的格劳秀斯的普遍人类社会观：他把个人、团体和国家置于同一条连续轴上来把握，试图用同一套法律体系来规制所有的战争，以最大限度地抑制所有现实的和潜在的战争。

由于战争会给交战双方和无辜者带来巨大的损害，格劳秀斯强调，在关于战争的正当理由存在疑问的情况下，应尽可能避免发动战争。<sup>⑥</sup> 而且，即便具有正当理由，也不应贸然发动战争，作为一种美德，最好放弃这种权利，“放弃权利往往比实践权利需要更多的仁慈和正直之心。”<sup>⑦</sup> 格劳秀斯不仅通过明确列举出作为正当理由之构成要件的各种实体性权利来限制诉诸战争的理由，而且试图通过诉诸宽宥和克制的美德来进一步加以抑制。尽管这种呼吁只是一种道德劝诫，而非法律义务，但其苦心由此可见一斑。

## （二）战争中的法（*Jus in bello*）

限定发动战争的正当理由是抑制战争的一种途径，而对于已经爆发的战争，限制双方在战争中运用的杀敌手段则是减少战争损害的另一种途径。虽然古谚有云：“枪炮作响法律无声”（*Inter arma enim silent leges*），但是进入交战状态并不意味着人们就可以不受任何法律的约束，格劳秀斯的工作恰恰是为战争立法。在《战争与和平法》中，格劳秀斯从自然法和万国法的角度，详细讨论了在战争中使用诈术、处分战俘及人质、损毁敌国财物（如焚烧粮食、毁坏房屋、劫掠

① [美] 理查德·塔克：《战争与和平的权利：从格劳秀斯到康德的政治思想与国际秩序》，罗炯等译，南京译林出版社2009年版，第130页。

② Grotius, *War and Peace*, Book II, Chap. XXII, pp. 546 – 556.

③ Grotius, *Law of Prize*, Chap. VII, p. 68.

④ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. I, § II, p. 33.

⑤ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. III, § II (1) (2), p. 92.

⑥ Grotius, *War and Peace*, Book II, Chap. XXIII, pp. 557 – 566.

⑦ Grotius, *War and Peace*, Book II, Chap. XXIV, pp. 567 – 577.



人畜、破坏圣物等)、捕获敌方物资及占领敌国领土等行为的合法性限度,<sup>①</sup>并再次诉诸道德,呼吁交战双方能够出于人道的考虑,有节制的行使这些权利。<sup>②</sup>

但格劳秀斯努力决不止于制定具体的交战规则。除此以外,他还详细探讨了作战双方在战争中的地位。对于已经爆发的战争,他不是根据交战双方是否具有正当理由而对他们采取差别待遇,而是致力于明确平等适用于双方的各种杀敌手段的合法性限度,减少敌对行为的残酷性,并避免新一轮战争的爆发。这也是他和经院学者的最大不同。当然,在他这里,正当理由对于交战规则并非毫无影响。通过导入“正式战争”(formal war, solemn war)这一概念,他在*Jus ad bellum*和*Jus in bello*这两个层面之间建立起了复杂而微妙的关联,以实现其最大限度抑制战争、减少战争危害的目的。以下将从自然法和万国法两个角度对这一问题进行分析。

### 1. 自然法

格劳秀斯指出,首先,依据自然法从事正义战争,即具备正当理由的一方,有权使用为了达成战争目的所必需的合法手段。其次,由正义战争引发的因素也可能产生出一些附加权利,例如,对于敌人的盟友或从属者,正义方同样有权对其发动战争。第三,有些超出战争目的的行为,本来是不合法的,但如果附随之善远远超过偶然的灾难性后果,也可以被允许。<sup>③</sup>

以上观点和传统的经院哲学中的正义战争论并无大异。那么,依据万国法,交战双方在战争中处于何种地位呢?正是在这里,格劳秀斯展现出其战争法理论中非常独特的一面。

### 2. 万国法

格劳秀斯认为,在万国法上还存在着另一种合法形态的战争——正式战争(formal war, solemn war),它不同于自然法上的正义战争。正式战争有两个构成要件:(1)交战双方均为享有最高统治权的主权者;(2)有正式的开战宣言。满足这两项要件,在万国法上就被视为“正当”的战争。<sup>④</sup>但是此处的“正当”不同于自然法上的“正当”,因为它不考虑战争的原因是否满足自然法上的正当理由,只看交战双方是否具备了万国法上的形式合法性要件。也就是说,万国法上的“正当”战争未必是自然法上的“正当”战争。<sup>⑤</sup>从实质正当性的角度来看,通常只能有一方交战者为正当,其所从事的战争被视为正义战争;但在形式合法性层面上,交战双方有可能同时满足“正当性”的要求,从而可以平等的适用战斗规则。

格劳秀斯进一步指出,依据万国法,正式战争——无论其是否为正义战争——还伴随着两种特殊的“外在效果”:不可罚性和所有权的变动。<sup>⑥</sup>这两种外在效果并非源于战争本身的性质,而是作为万国法上的效果受到承认。不可罚性指的是,正式战争中的交战双方,在战争期间从事

① Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. I – Chap. IX, pp. 599 – 715.

② Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. XI – Chap. XVI, pp. 722 – 782.

③ Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. I, § II – § IV, pp. 599 – 601. 河西直也:“战争法”、大沼保昭編『戦争と平和の法:フーゴー・グロティウスにおける戦争、平和、正義(補正版)』,東京:東信堂、1995、397 – 399頁。

④ Grotius, *War and Peace*, Book I, Chap. III, § IV (1) (2), p. 97, Book III, Chap. III, pp. 630 – 640.

⑤ 格劳秀斯对自然法和万国法上的“正当性”的区分,或者说对“正义性”与“合法性”的区分,已被很多学者指出。如, Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, pp. 5, 7. 劳特派特指出,格劳秀斯的“正义战争学说”中的“正义”(justice)与“合法”(lawful)是不同的,战争即使合法,但也有可能是不正义的。格劳秀斯的“正义”是自然法上的概念。See also Murphy, Jr., “The Grotian Vision of World Order”, p. 481. 墨菲(Murphy)也强调指出,格劳秀斯的“正义战争学说”中的“正义”指的是战争的起因(cause)在道德上的正义性,即使对抗的开始是符合法律程序的(lawful),只要战争的起因不具有道德上的正义性,则不属于格劳秀斯所说的“正义战争”。

⑥ Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. IV, § I – § III, pp. 641 – 644.

的杀伤、加害、破坏和掠夺等行为，在万国法上都被视为合法的战争行为，战争结束后不会遭到惩罚，哪怕是从自然法的角度来看从事了非正义战争的一方也享有这种权利。所有权的变动指的是，正式战争中的交战双方都有权取得在战争中捕获的人和财产的所有权，其他国家必须尊重这一权利。当然，这里的所有权，既不同于原始取得（先占等）也不同于继受取得（割让、继承等），只是一种特殊的、基于战时权利而取得的所有权。<sup>①</sup>

相形之下，在自然法上，从事正义战争的一方，并不能无限制的从敌方那里夺取一切东西。防卫战争以保全自身为限；恢复战争的目的在于恢复原状，或者从敌人那里取得与损失相当的财物；即使是惩罚战争，也不得对敌人造成不成比例的损失。同时，从事非正义战争的一方，依据自然法的观点，所享有的权利更为有限。一般说来，其所有行为均为无效，自然法不承认其对于从正义方夺取的任何东西的所有权。这就造成了一个矛盾。依据自然法从事战争的双方，只要满足了万国法上的形式合法性要求，就会被视为从事了正式战争，本来依据自然法被禁止享有的权利，在万国法下却可以享有，这难道不是会大大刺激甚至鼓励不义行为的发生吗？一直竭力主张限制战争、减少战争危害的格劳秀斯，究竟是出于什么考虑，提出了正式战争的理论？

格劳秀斯在书中并没有对这一问题做出明确回答，但我们可以依循他的论证逻辑做出一些合理的推断。首先，如果完全采用自然法的观点，正义方可以采取一切杀敌手段，非正义方完全被置于“法外”状态，不受任何保护，这在现实中不仅不会减少反而只会增加战争的残酷性。格劳秀斯通过诉诸万国法上的正式战争概念，引入了一个较低限度的、容易满足的形式合法性标准。只要满足这一标准，双方就会被置于法律的平等规制之下，享受同等的权利，负担同样的义务。这意味着，双方都把对方视为“正当敌人”，而不是应予歼灭的恶魔，法律也给予非正义方以一定的保护，而不是放任占据道义优势的一方采取任何残酷的杀敌手段。这一非歧视性原则的确立可以大大减少敌对行为的残酷性。况且，虽然就上述两种“外在效果”而言，万国法有逾越自然法之处，但同时，自然法上不加禁止的某些行为，如毒杀、背信弃义的暗杀、强奸等，在万国法上也会受到限制。从事正义战争的一方，如果同时也是正式战争的一方，同样要受到这种限制。从这一点来说，通过自然法和万国法的双重规制，有利于实现减少战争残酷性的目的。

其次，万国法赋予交战双方同等的法律地位，也是因为缺乏最高裁判者的国际社会中，机械的正义战争论在现实中几乎很难适用，很多情况下无从辨明谁是正义的一方。格劳秀斯自身也不得不在作为理想型的“正义战争论”与社会现实之间进行苦心调和，承认在原则上交战的双方不能同时被承认为正当，但从法律效果（*juris effectus*）上说，并非没有这种可能。<sup>②</sup>同时，这种做法还可以防止第三方对战争的性质擅自做出评判，导致更多的人卷入战争，扩大战争的规模。在现实中，由第三方来判断哪一交战方具有自然法上的正当事由，是一件非常困难甚至危险的工作，甚至有可能形成连锁反应，引发新的战争。欧洲三十年战争的残酷现实就充分证明了这一点。身处其中的格劳秀斯深切意识到，为了避免战争规模的不断扩大，正义与否的判断权应该交给当事方自己，而不是第三方。他宁愿在万国法上对两者一视同仁，以排除第三方的恣意评判，把实现正义的希望寄托在交战双方自身的理性和良知之上。<sup>③</sup>

① 河西直也：“戦争法”、414-441頁；柳原正治：『グロティウス』、東京：清水書院、2000、151-153頁。

② Grotius, *War and Peace*, Book II, Chap. XXIII, § XIII, pp. 565-566.

③ Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. IV, § IV, p. 644.

第三,更重要的问题在于,万国法上这种特殊的“外在效果”毕竟只是暂时的。格劳秀斯在这里区分了两种万国法,即“在所有方面都是真正的法”的万国法,以及“与那原初的法相似、但只产生出某种外在效果”的万国法。如前所述,万国法作为人意法,通常只能在许容型自然法的范围内发挥作用,只是在例外情况下,才可以改变命令/禁止性的自然法。但后一种万国法并非“真正的”万国法,它所规定的外在效果无法产生出稳定的法律后果。此时的转换工具是一个独特的概念——“内在正义”,这明显是和“外在效果”相对峙的一个概念。<sup>①</sup>

依据内在正义的观点,在自然法上从事非正义战争的一方,其所有行为都是不义的,其所附随的外在效果仅仅在万国法上得到承认,但依据内在正义的观点却应该被否定。非正义方对于自身在战争中针对正义方从事的所有行为,都负有恢复的义务。只不过,这种恢复义务应该交给负有该义务者的良知来自发履行。即便这项义务没有被履行,也不得成为发动新的战争的借口。<sup>②</sup>换言之,万国法上对于正式战争之外在效果的认可,要受到内在正义的制约,暂时承认非正义方的行为具有外在效果,只是为了避免引发战争的连锁反应,最大限度的消弭再次发动战争的借口。为了在减少战争和实现正义之间达致平衡,格劳秀斯最终寄希望于从事非正义战争一方的理性和良知,期待它能自动放弃其不当获得的所有权,将其恢复给正义方。尽管这样的期待很有可能落空,但在那个时代,法律标准并不比道德诉求具有更强的效力来约束国家行动。正如劳特派特(Hersch Lauterpacht)所指出的,格劳秀斯的伟大贡献在于他同时完成了法律和道德的双重任务,诉诸道德的规范性力量来完善法律,而不是通过分离法律和道德来解决问题。<sup>③</sup>

不仅如此,格劳秀斯对于从事正义战争的一方,也通过内在正义、爱的法、人性的规则等来加以限制。无论是杀伤权、破坏权、捕获权、战时占领权还是战前复归权,都需要“有节制”的行使。<sup>④</sup>即便这些行为在自然法和万国法上受到认可,由此被赋予的战时权利,依据内在正义等规范的要求也会受到限制。<sup>⑤</sup>

综上所述,格劳秀斯的战争法思想,不只具有“正当理由”这一个维度,而是一个多元复合的重层结构体。他利用自然法与万国法、正义战争与正式战争、外在效果与内在正义之间的张力关系,在 *Jus ad bellum* 和 *Jus in bello* 两个层面上进行双重规制,来最大限度的实现其遏制战争爆发、减少战争危害的目的。换句话说,格劳秀斯清醒地意识到,对国家发动战争的行为采取完全放任的态度会导致恣意发动战争的危险,因此他通过积极诉诸法律、伦理和道德规范来加以限制。但是关于正义与不正义的区分,作为学者的他,最终只能满足于从道德观念上提出这一标准,希望国家能通过接受这些观念而对自己的行为加以法律约束。至于国家行动的具体边界,最终还是只能交由各个主权国家自己来判断。

#### 四 格劳秀斯之后的战争法学说

基于上述分析可以看出,格劳秀斯的战争法思想远比通常理解的“正义战争论”要复杂,

① 河西直也:“战争法”、441-446页;柳原正治:『グロティウス』、151-153页。

② Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. X, pp. 716-721.

③ Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, pp. 1-53.

④ Grotius, *War and Peace*, Book III, Chap. XI-Chap. XVI, pp. 722-782.

⑤ 河西直也:“战争法”、441-446页。

其中既包含着正义战争的主张，也包含着正式战争的要素，对战争正当理由的考察只是其中的一个维度，不能涵盖全部。事实上，格劳秀斯试图在各种相关要素之间保持一种微妙的平衡，让它们充分发挥各自的优点，来最大限度地抑制战争所带来的实际损害。这种做法正是他战争法理论的最大特色。而且，这样一种分析进路和思维特点并不局限于战争法领域，而是贯穿于格劳秀斯的整体法律思想之中。关于格劳秀斯的思想定位，20世纪最伟大的国际法学者之一奥本海（Lassa Oppenheim）指出，格劳秀斯的学说介于国际法的两大流派——自然法主义和实证法主义之间，只是更偏向于自然法。<sup>①</sup>如上所引，劳特派特也认为格劳秀斯的伟大贡献在于他同时完成了法律和道德的双重任务。<sup>②</sup>“英国学派”的代表人物赫德利·布尔（Hedley Bull）则借用其师马丁·怀特（Martin Wight）的说法，认为国际政治学中有三大传统，即马基雅维里—霍布斯的现实主义传统，康德的永久和平传统，以及介于两者之间的格劳秀斯传统。<sup>③</sup>总体而言，后世学者大多将格劳秀斯置于自然法主义与实证法主义、现实主义与理想主义之间，认为他代表了一种折衷和过渡的传统，而不是将任何一种立场推向极致。即便是格劳秀斯的自然法思想，如上文所述，同样处于过渡阶段中，虽然没有完全摆脱神学的影响，但是已经表现出一种趋势，把自然法的基础奠定在同时代大多数人所具有的一般观念，即理性和常识之上，把对古典正义理念的追求转化为对现实和平秩序的向往。这一基础并不高贵，却具有根基牢靠的优势，通过降低政治的标准，使得政治的目标更容易实现。

可见，格劳秀斯的思想中蕴含着丰富的张力和多元的维度，但是后世理论的发展，却往往执其一端。以下将分别考察19世纪的主流战争观和两次世界大战之后的战争观，将其与格劳秀斯的思想作一比较。

### （一）作为决斗的战争：“正式战争论”的张扬？

自18世纪晚期开始，随着国际法学的主流研究方法从自然法主义逐步转变为实证主义，国际法上占据主导地位的战争观也开始脱离自然法上的正当性要求。至第一次世界大战前，下述观点成为主流：战争是解决国际争端的最终手段，无异于一场“决斗”，赢得一场战争，并不意味着实现了自然法上的正当权利，而只意味着以对本国有利的方式解决了这个争端。战争的发动与其说是法律规制的对象，不如说是一个法律事实，只要符合国际法上规定的形式要件就是合法的。英国剑桥大学的韦斯特莱克教授（John Westlake）曾明言，“国际法并不创设战争，只是发现战争既已存在。”<sup>④</sup>他的接班人奥本海教授在其经典教科书《国际法》中写道，“战争的原因对于国际法而言无关宏旨，尽管对于国际伦理而言并非如此，”<sup>⑤</sup>“有人认为战争只能作为对于受到不法行为侵害的权利的自力救济才能被允许，这些人忘记了战争往往仅仅由于政治原因而爆发。上述看法混淆了战争的原因和战争的概念。战争的原因也有可能是自力救济，但决不仅限于此。

① Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise (Peace)*, Vol. I (London: Longmans, Green, and Co., 1905), p. 79.

② Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, pp. 1–53.

③ Hedley Bull, “The Grotian Conception of International Society”, pp. 51–73.

④ John Westlake, *International Law (War)*, Part II (Cambridge: Cambridge University Press, 1907), p. 3.

⑤ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise (War and Neutrality)*, Vol. II (London: Longmans, Green, and Co., 1906), § 61, p. 69.

战争法对于各类战争都同样有效，并不问其爆发原因是法律的还是政治的。”<sup>①</sup> 劳特派特教授在修订奥本海的经典教科书时，更加明确地指出，在战争违法化之前的时代，国际法上的战争实际上扮演了两种角色，一种是以自力救济的方式来维持现存法律、保护既有权利，另一种则是用实力斗争来打破现存的权利义务关系，改变既有的法律，使之符合新形势的发展变化。<sup>②</sup> 也就是说，战争的结果既可以是重新恢复战前的法律关系，也可以是设定新的法律状态，按照胜利者的意图重新分配权力结构，确立新的权利义务关系。

这个时期的主流观点已经明显偏离了传统“正义战争论”的轨道，从某种意义上说，这似乎是格劳秀斯“正式战争论”的体现。但要注意的是，在格劳秀斯那里，“正义战争”和“正式战争”这两种视角是相辅相成、不可或分的，只有同时运用两者，才能最大限度的减轻战争危害。然而，在19世纪占据主流地位的战争法理论，却是抽离了“正义战争论”骨架支撑的“正式战争论”，只重视战争的形式合法性问题以及各项具体规则的完善，这种单一侧面上的努力无法有效遏制战争的残酷后果，其流弊和危害在两次世界大战中得到了集中体现。

为何19世纪的主流战争法理论会走到这个方向？要回答这个问题，还是要回到 *Jus gentium* 概念上来进行分析。格劳秀斯的 *Jus gentium* 概念，是普遍人类社会的法，虽然其侧重点从“万民法”发展到了“万国法”，但基本思路始终未变，即，从个人到国家是一个没有断裂的连续体。<sup>③</sup> 格劳秀斯试图用同一套战争法规则来规制各种类型的战争，这套规则是人意法，却要以普遍适用的自然法为基础。正因为如此，重视形式合法性的“正式战争”概念最终还是要受到“正义战争”概念的制约，以及内在正义、爱的法、人性的规则等等限制。可以说，在格劳秀斯的 *Jus gentium* 视野下，无论哪种战争，其最终的合法性根据都建立在自然法的正当性基础之上。

但是18世纪晚期以后，随着实践层面上绝对主义国家的兴起和确立，观念层面上社会契约论、作为抽象人格的国家观、主权论、均势论等理论的渐趋完善，*Jus gentium* 逐渐被限定为调整国家间关系的法，即 *Jus inter gentes*，对应的英语是 law of nations。1879年，边沁在《道德与立法原理导论》<sup>④</sup> 中首次使用了 international law 一词，这比 law of nations 更接近现代国际法的意涵，在法文、意大利文、西班牙文和葡萄牙文中也出现了类似的变化和调整。<sup>⑤</sup> 到20世纪初，international law 成为通用术语，此后的国际法学文献几乎不再使用 *Jus gentium* 一词来指代国际法。<sup>⑥</sup>

术语的演变反映的是人们对于国际社会认知结构的变化。从 *Jus gentium* 演变为 international law 的过程，正是国际法逐步缩小其主体范围、从一个多元权力自治体并存的重层结构，走向以

① Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise (War and Neutrality)*, pp. 56 - 57.

② Hersch Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law (Disputes, War and Neutrality)*, Vol. II, (London: Longmans, Green, 7<sup>th</sup> edn, 1952), pp. 177 - 178.

③ 国际法史大家瑞士学者哈根马赫 (Peter Haggemacher) 敏锐地指出，如果说近代国际法的本质特征是以主权国家作为其唯一主体的话，格劳秀斯的普遍人类社会思想恰恰是这一观念的对立物，前者是由比格劳秀斯晚出生一百多年的瓦特尔 (Emmerich de Vattel) 明确提出的。Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 1.

④ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (London: T. Payne, 1789). 中译本参见 [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2009年版，第363页。

⑤ 法文中的 *Droit international*，意大利文的 *diritto internazionale*，西班牙文的 *derecho internacional*，葡萄牙文的 *direito internacional*，以及俄文的 *международное право*，都是受到边沁影响的术语。但德文中的 *Völkerrecht*，以及德文的近亲荷兰语中的 *Volkenrecht*，都相当于 law of peoples，算得上是 *jus gentium* 为数不多的继承者。

⑥ 板倉卓造：『近世國際法史論』，東京：巖松堂、1924年、1 - 14頁。

主权国家作为唯一主体的法律体系的过程。这一变化趋势在 20 世纪初达到顶峰。随之而来的，是国家主权的空前强化，国家被拟制为一个个孤立而自由的原子，完全独立而不受干涉，在国家之上，不存在任何超越性的普遍秩序规范。<sup>①</sup> 战争权是“超法”（ultra-law）事项，国际法不能对其做出限制。这是一种无限膨胀了的绝对主权学说，以此作为前提的国际法学，尊奉“国家理由”（*raison d'état*），不重视对于战争爆发原因的法律规制，只重视具体的战斗规则，不关心发动战争的法律根据，只关心战争结果带来的国际法上权利义务的变更。这种学说表面上看似是格劳秀斯“正式战争论”的张扬，但由于脱离了“正义战争论”的制约与支撑，最终沦落到为国家自由发动战争的行为进行无条件辩护的可悲境地，更无力阻止两次世界大战的相继爆发。

## （二）禁止行使武力：“正义战争论”的复活？

在一战之前达到顶峰的原子论秩序观，以及国际法学对于战争发动原因的作壁上观，在现实中导致了残酷的后果，在理论上也无法自圆其说。因为它必然会引发一个尖锐的问题：如果在国家之上，不存在任何超越性的规范秩序和共通利益，国际法的最高而且唯一的来源就是主权国家意志的话，这些享有绝对自由的国家如何能够组成一个有秩序的社会？事实上，绝对主权理论在本质上与国际法是相互冲突的，如果国家可以恣意发动战争来破坏既存的法律关系，国际法就不可能为国家权益提供任何法律保护；如果国际法无条件的肯定国家享有诉诸战争的自由，它在实践中就只能由赤裸裸的国家实力来加以保障，这无异于取消了国际法作为法的存在妥当性。<sup>②</sup>

作为对这一趋势的反动，一战后，以 1928 年的《非战公约》为代表，出现了“战争非法化”的思潮，禁止追求国家利益的战争；二战后，《联合国宪章》第 2 条第 4 款最终确立了“禁止行使武力”原则，纽伦堡和东京审判所确立的“反和平罪”是对这一原则的典型体现。当时的人们普遍认为这是格劳秀斯“正义战争论”的复活。乍看起来似乎如此，但其实这种认识并不完全准确。首先，如前所述，格劳秀斯并非一个绝对和平主义者，他从未主张过禁止一切行使武力的行为。其次，根据《宪章》的规定，“禁止行使武力”原则的主要目的在于禁止主权国家单方面采取进攻性的武装行动，从某种意义上说，这同样是一种非常形式化的判断准则，因为它并不考察争端的实质，只以是谁首先行使了武力这样一个形式性要件作为判断个别国家间战争行为的合法/违法性的标准。相比而言，格劳秀斯的“正义战争论”详细列举出各种支持正义战争的实体性权利，为了实现这些权利，谁先动手谁后动手并不重要。进攻战争也有可能是正义战争，防御战争也有可能违背正义。正义战争被视为国际社会的秩序维持原理，作为追求和平的手段而发挥着积极的作用。因此，说“禁止行使武力”原则复活了格劳秀斯的“正义战争论”，这是对格劳秀斯和《联合国宪章》的双重误解。

更严重的问题在于，由于二战之后的国际法已经禁止了一切国家单方面行使武力的行为，对于 *jus ad bellum* 的探讨似显多余，惟有 *jus in bello* 层面上规则——尤其是国际人道法规则——的完善才是当务之急。如此一来，*jus ad bellum* 和 *jus in bello* 之间的鸿沟会越来越深，自然正义的视

① Alfred Verdross and Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis* (Berlin: Duncker & Humblot, 3<sup>rd</sup> edn, 1984), pp. 11 – 17.

② Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940—41*, (Buffalo, N. Y.: W. S. Hein & Co., 1997, Originally published: Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1942), pp. 51 – 54; 田畑茂二郎：『国際法 I（新版）（法律学全集 55）』，東京：有斐閣、1973 年、71 – 73 頁。

角往往容易遭到忽略。

当然，仅仅指出二战后有关武力行使的国际法不能被简单视为格劳秀斯“正义战争论”的复活，并非笔者意图之所在。事实上，格劳秀斯的思想对战后国际法的影响依然深远，只不过，其发挥影响的方式与我们通常所想象的未必完全一致。之所以产生上述误解，是因为刚刚经历过战争创伤的人们对于建设一个和平的国际秩序满怀期待。他们以格劳秀斯作为原型，试图把漫长的国际关系史书写为一部连续的史诗，认为除了19世纪的短暂脱轨以外，“正义战争论”应该主宰人类历史长河的绝大部分时期。从这个意义上说，格劳秀斯被塑造成为一个神话，并非一个无意的错误，而是一种有意的误读。<sup>①</sup>

进一步说，虽然“禁止行使武力”不是格劳秀斯“正义战争论”的简单翻版，但显然有其存在的巨大合理性。它是伴随着和平处理国际争端的强制性义务的出现而出现的，试图全面禁止国际关系中单方面行使武力的现象。它的有效性建立在两个前提之上：集体安全保障制度的有效实施，以及各种和平解决国际争端手段的充实和完善。这是二战后新发展出来的国际形势所提供的有利条件，是缔造和平国际秩序的新的生长点，也是当年的格劳秀斯无从想象的。假如这些制度条件能够充分发挥作用，则国际社会就像国内社会一样，除了在极少数场合下需要自卫以外，大部分情况都可以借助国际公共机制来制裁或者惩罚违法者，国家既没有权利也没有必要去发动攻击性战争，通过武力来解决争端的做法在原则上当然应该被非法化。但问题在于，今天国际社会的现实是否充分满足了这一前提？格劳秀斯面对他的时代提出了富含张力的解决方案，我们又该如何面对今天的问题？

## 五 结 语

在“禁止行使武力”原则在国际法上获得不可动摇的地位的今天，谈论在争端解决和维和过程中行使武力的功能和作用本身，也许已经犯下大忌。但是，缄口不言并不能消灭现实中的战争、保卫住和平。今天，我们依然不能通过和平手段解决所有国际争端（尽管和平处理国际争端已经成为一项强制性义务，但“处理”不等于“解决”）。<sup>②</sup> 在《联合国宪章》体制之下，还是不可避免的存在着一些需要对实质正当性问题做出权衡判断的情况。<sup>③</sup> 我们不能停止思考战争或武力的法律性质，而要不断追问这个问题。这种思考和讨论，决不是要否定今天国际法学中“禁止行使武力”作为一项基本原则的正当性，更不是要轻视对和平的志向与向往，而是要强调，无论武力的使用还是对武力的规制，都不是终极目的，而要在具体的状况性关联中，作为达成某种目的（无论是为了个别国家的安全保障，还是为了维持国际社会的秩序，或是为了实现人类的共同利益）的手段，加以功能性的把握。

前文指出，从 *Jus gentium* 演变为 international law 的过程，正是国际法逐步缩小其主体范围、

① 这种“有意的误读”在日本著名学者田畑身上体现得最为明显，参见田畑茂二郎：『國際法（第二版）』，東京：岩波書店、1966年、356-382頁，以及西对田畑的批判，西平等：「戦争概念の転換とは何か——20世紀の欧州國際法理論家たちの戦争と平和の法——」『國際法外交雜誌』第104卷4号、2006年、63-68頁。

② 宮野洋一：「國際法学と紛争処理の体系」國際法学会編『紛争の解決（日本と國際法の100年（第9卷））』，東京：三省堂、2001年、52頁。

③ 最上敏樹：『人道的介入——正義の武力行使はあるか——』，東京：岩波書店、2001年、i-xii頁。

从一个多元权力自治体并存的重层结构，走向以主权国家作为唯一主体的法律体系的过程。这一变化趋势在 20 世纪初达到顶峰。但是二战之后，尤其是冷战结束之后，国际法的主体再度扩展弥散到社会生活的各个空间。主权国家依然重要，却不再是唯一的主体。笔者看来，今天高歌猛进的“国际共同体”、“国际立宪主义”、“人类共同遗产”等概念，其背后的价值预设正是普遍人类社会的观念和人类共同利益的诉求。国际社会似乎正在重新呈现为一个多元重层的结构体。正是在这个意义上，格劳秀斯的传统再度复活，现代国际法学正在以某种回归古典的方式来拓展她的视野。

以上，通过回顾格劳秀斯的战争法理论，将他笔下作为整体的人类社会重新纳入我们的视野，以期找到解决当下问题的思想资源，正是写作这篇小文的意义之所在。

## Between War and Peace

### —A Review of the Hugo Grotius' Law of War Theory

*He Mu*

**Abstract:** It is well known that the theory of “just war”, proposed by Dutch jurist Hugo Grotius, has had a huge impact on the development of international law and has been widely believed to provide a basis for the post-World War II principle of prohibition of the threat or use of force. However, the popular reading of Grotius does not catch that his thought is characterized by not only a systematic interpretation of “just war” but also by the maintenance of the continuous tension and subtle balance between “just war” and “formal war”. The antithesis between these two concepts is often overlooked or dispelled by subsequent theories on war. This article gleans from the text of Grotius's works and reinterprets his works on law of war as it is, and then proceeds to point out some common mistaken conceptions in international law, their causes and impact—positive or negative—on real-world political structures, before ending with brief comments and outlook on the norms governing the use of force in contemporary international law.

**Keywords:** Hugo Grotius, the Law of War, Just War, Formal War

(责任编辑: 李西霞)