

壹、前 言

第二次世界大戰後，祈求和平與安全之人們建立聯合國，期望藉由此一國際性機構共同解決國際社會各項紛爭，聯合國憲章（Charter of the United Nations）遂成為國際法上最重要之法律文件，關於聯合國之宗旨，憲章第一條第一款規定：「維持國際和平安全，為達此目的，採取有效集體辦法，以防止且消除對於和平之威脅，制止侵略行為或其他和平之破壞；並以和平方法且依正義及國際法之原則，調整或解決足以破壞和平之國際爭端或情勢¹。」聯合國憲章將傳統上「禁止戰爭」提升為「一般性禁止武力使用」，因為在傳統國際法下，國家訴諸戰爭乃是一項權利，國際法容許當事國以戰爭之強制手段解決國際爭端，但是在現代國際法下，「戰爭」或「使用武力」，均被禁止，各國負有以和平方法解決國際爭端之法律義務²。然而有原則即有例外，聯合國憲章亦在例外狀況下允許武力行使，憲章第五十一條規定：「聯合國任何會員國受武力攻擊時，在安全理事會採取必要辦法，以維持國際和平及安全以前，本憲章不得認為禁止行使單獨或集體自衛權之自然權利。會員國因行使此項自衛權而採取之辦法，應立向安全理事會報告，此項辦法於任何方面不得影響該會按照本憲章隨時採取其所認為必要行動之權責，以維持或恢復國際和平及安全。³」儘管有上述規定，但仍有許多國家處理國際關係時使用武力，並為自己動武行為辯護，將之解釋為符合憲章之規定，就當代言，武力之行使不外以社會制度與意識型態之爭、人權危機與人道主義干涉、反恐戰爭、反制非法干涉、預防性自衛權為理由⁴，這些理由在不同立場之國家言，往往是各自表述，並無一致之判斷標準，可是在國際關係中，肯定在下列情況下，採取武力適合法行為：

一、自衛作戰

自衛作戰係以上述聯合國憲章第五十一條為依據，根據該項規定，在國際關係上為了自衛而使用武力，無論是單獨自衛或集體自衛均是合法行為，合法自衛作戰則是以「受武力攻擊」為前提，所謂「武力攻擊與「侵略」」實質上是同義詞。在此種定義下，不承認所謂「預先自衛」，以避免混淆顛倒自衛與侵略，為侵略者提供「自衛」之藉口。

二、民族獨立或民族解放戰爭

民族獨立或民族解放戰爭，是人民對殖民統治者和外國佔領及對種族主義政權作戰之武裝衝突，其合法性來自於國際法之民族自決原則。

三、聯合國安全理事會採取或授權之軍事行動

聯合國憲章第三十九條規定，安全理事會應斷定任何和平之威脅、和平之破壞或侵略行為是否存在，並應作成建議或選擇依第四十一條或第四十二條規定之辦法，以維持和恢復國際和平安全。第四十一條是武力以外之辦法，第四十二條是規定使用武力之辦法，該條規定「安理會如認為第四十一條所規定之辦法不足或已經證明為不足時，得採取必

*李麒，輔仁大學法學博士。開南大學法律學系助理教授。

¹ 中國人權協會編，人權法典，遠流出版社，2001年出版，第2頁。

² 俞寬賜，國際法新論，國立編譯館主編，2005年再版，第582頁。

³ 同註1，第11頁。

⁴ 真理與強權……國際法與武力之使用，路易斯·亨金著，徐敏等譯，武漢大學出版社，第8頁。

要之陸海空軍行動，以維持或恢復國際和平及安全。此項行動得包括聯合國會員國之海陸軍示威、封鎖及其他軍事舉動。」國際法上肯定此種行動為武力之合法行使⁵。亦有學者認為在自衛、集體安全、內戰情形下可以合法行使武力⁶。

由上述可知，戰爭之法律性質即係戰爭之合法性問題，取得動用武力之合法性，即可得到國際社會及國內民眾在法理基礎上之認同與支持，否則難謂「師出有名」。例如英、美兩國第二次出兵伊拉克，擊垮海珊政權，動武之主要理由是消除伊拉克擁有之大規模殺傷性武器，2002年11月8日，由聯合國安理會一致通過之1441號決議，重新啟動對伊國之武器檢查，並要求其全力配合，否則將面臨「嚴重後果」，但並不含有自動授權動武之意旨，而英美聯軍始終沒有找到大規模殺傷性武器，使得此次戰爭之合法性受到各界質疑⁷，本文擬自美國國家安全保障戰略為起點，探討此次對伊戰爭之相關國際法問題。

貳、美國國家安全保障戰略

一、美國國家安全保障戰略（2002）

2001年9月11日美國受到舉世震驚之恐怖攻擊，次日應美國要求召開聯合國緊急安全理事會，一致通過第1368號決議案，對於恐怖攻擊加以譴責，基於聯合國憲章，國際社會為早日結束反恐戰爭可採取一切必要之措施，根據此決議，美軍採取軍事準備行動，並要求聯合國會員國共同參與反恐作戰，10月2日於普魯賽爾召開之北約理事會決議行使集體自衛權，於是自10月7日起由美軍主導之多國聯軍對支持塔利班之阿富汗政權發動攻擊，11月中旬佔領首都喀布爾，布希總統在美軍進攻阿富汗前曾公開宣示不論生死均要逮捕之911事件首腦賓拉登，迄今仍未被逮捕，但總體而言對阿富汗之戰爭，除了古巴關塔那摩基地對於被逮捕人員之非人道待遇引發爭議外，在軍事層面而言是成功的⁸。由於此次成功軍事行動，堅定布希政府對恐怖主義及其支援國家採取先制武力攻擊政策之決心，認為行使先制武力攻擊是防止恐怖活動之必要手段，此種思維也成為美國日後進攻伊拉克誘因之一⁹。

2002年9月20日美國公布「新國家安全保障戰略」¹⁰，本文件代表美國軍事戰略之重大轉變，由以往之嚇阻戰略轉化為軍事預防戰略及單方（一國主義）行動¹¹，文中對於「軍事力之使用」多所著墨，特別是強調國際法之第五部分，開宗明義引用布希總統2001年6月1日於西點軍校演講「面對激進主義與科技之關鍵時刻，自由正受到最嚴重之威脅，當生化、核子武器與彈道飛彈科技擴散之際，即使是弱小國家或小型集團均有可能具有毀滅性力量對強大國家實施攻擊，我們的敵人已宣稱並且具有充分意圖去謀求此類恐怖武器，他們希望以此種能力脅迫、傷害我們及盟友，而我們將以所有力量加以對抗。」

⁵ 俞正山，武裝衝突法，軍事科學出版社，2001年8月，第33-35頁。

⁶ 俞寬賜，國際法新論，國立編譯館主編，2005年再版，第587頁。

⁷ 荀恆標，現代戰爭中的法律戰，解放軍出版社，2005年9月一版，第12-14頁。

⁸ Michael E O'Hanlon, "A Flawed Masterpiece-Assessing the Afghan Campaign", Foreign Affairs, Vol.81(May/June 2002), pp.47-55.

⁹ 大場 昭「イラク戦争と先制自衛権の法理」，防衛法研究，第29號，2005年，防衛法學會編，第198頁。

¹⁰ The National Security Strategy (www.whitehouse.gov/nsc/nss.html)

¹¹ Gerd Brueggemann, Die Bush-Doktrin setzt auf Praevention, in NAZZ, 22.9.2002.

以下為該文件之重點內容：

- (一) 冷戰時期美國及盟邦採取之戰略本質為以武力嚇阻敵人，形成可能導致相互毀滅之恐怖戰略 (grim strategy)，隨著蘇聯解體及冷戰結束，美國之安全環境已全面變遷。
- (二) 自 1990 年起，吾人目睹一些流氓國家 (rogue state) 之行為，具有下列特質
 - 1、基於統治者之個人利益而殘忍對待自己國家之人民並浪費國家資源。
 - 2、不尊重國際法，威脅鄰近國家並且冷酷無情地違反國際條約。
 - 3、企圖取得大量毀滅性武器與其他先進國家之科技，形成威脅或達成該政權侵略之目的。
 - 4、全球恐怖主義之贊助者。
 - 5、否認基本人類價值，憎恨美國及其他支持美國之國家。

在波灣戰爭 (the Gulf War) 期間，已經得到不可否認之證據，足以證明伊拉克曾對伊朗及自己人民使用化學武器，進而伊拉克更想取得核子武器及生化戰劑。以往數十年間，北韓成為世界上最重要之彈道飛彈供應者，並且不斷增強其在戰術彈道飛彈之能力，其他流氓國家亦不斷尋求核子、生物及化學武器，這些國家在世界各地從事相關武器交易，成為所有國家之隱憂。在這些流氓國家及其恐怖主義客戶取得大規模毀滅性武器對美國及其盟邦給予威脅前，我們被迫必須採取對策，強化與同盟國間之關係，我們必須與以往之敵人建立伙伴關係，在軍事武力及現代科技上持續創新，包括發展有效之飛彈防禦體系，強化情報蒐集及分析能力。

- (三) 對於流氓國家及恐怖主義 (rogue states and terrorists)，美國不能再如同過去一樣僅採取反制態勢 (reactive posture)，以往作法不能對潛在之攻擊者或令敵人對大規模殺傷性武器之後果產生威嚇作用，因此不能允許敵人有選擇之機會，我們不能讓敵人先發攻擊 (We cannot let our enemies strike first)。冷戰時期，特別是古巴危機後，美國面對具有反制能力風險之敵人，嚇阻 (Deterrence) 曾經是有效之防衛方法，嚇阻之基礎建立在於報復之威脅 (the threat of retaliation)，嚇阻對於流氓國家欠缺效果，因為它們願意冒險，以他們國家人民之生命、國家之財產作為賭

注。流氓國家將大規模毀滅性武器作為威脅或軍事侵略鄰國之工具，同時形成美國及其盟邦對於侵略行為採取反制作為之威脅，特別是針對在傳統武器上具有絕對優勢美國之最佳威脅手段。

- (四) 法律學者及國際法學家認為先制行為 (preemption) 之合法性條件，必須存有一個即將發生之威脅 (imminent threat)，通常指有陸、海、空軍之軍事動員及準備攻擊之事態。但是即將發生威脅之概念並不適用於今日流氓國家及恐怖份子，它們使用大規模毀滅性武器具有容易隱藏、秘密運輸及使用前不進行警告

之特性。

- (五) 流氓國家及恐怖份子攻擊之目標包括我國軍事設施及平民，直接違反戰時國際法之原理。就如同九一一事件恐怖份子之目標就是造成大量平民之傷亡，如果恐怖份子取得並使用大規模殺傷性武器，人員及財產之損失將難以計數。
- (六) 美國長期以來對於國家安全之重大威脅即保有一種先制行動 (preemption action) 之選擇權，最大之威脅及風險就是無所作為，即使無法確定敵人將於何時、自何處實施攻擊，我們也必須採取先發制人之行動以防衛自身之安全。為先行制止或防止敵人之敵對行為，美國將會而且必要時採取先發制人之行動。
- (七) 美國不會在面對所有威脅狀況時均採取先發制人之行動，也不會以先制權作為侵略之藉口。美國會謹慎地進行、權衡我們行為之結果而行使先制權。

二、美國國家安全保障戰略之法律評價

對於美國 2002 年之國家安全保障策略，媒體以「布希主義之預防賭注」¹²或「預防戰爭之危險構想」¹³或「預防戰爭」¹⁴稱之。但是上述國家安全保障策略是否含有「預防戰爭」之意義，必須從文義上探求，首先「美國不能再如同過去一樣僅採取反制態勢 (reactive posture)，以往作法不能對潛在之攻擊者或令敵人對大規模殺傷武器造成之後果產生威嚇作用，因此不能允許敵人有選擇之機會，我們不能讓敵人先發攻擊 (We cannot let our enemies strike first)」、「法律學者及國際法學家認為先制行為 (preemption) 之合法性條件，必須存有一個即將發生之威脅 (imminent threat)，通常指有陸、海、空軍之軍事動員及準備攻擊之事態。但是即將發生威脅之概念並不適用於今日流氓國家及恐怖份子，它們使用大規模毀滅性武器具有容易隱藏、秘密運輸及使用前不進行警告之特性」、「為先行制止或防止敵人之敵對行為，美國將會而且必要時採取先發制人之行動」意味著保留「先制攻擊」之可能性，另一方面對於「先制攻擊」或「先制行動選擇權」表示出自我節制之態度，強調「美國不會在面對所有威脅狀況時均採取先發制人之行動，也不會以先制權作為侵略之藉口。美國會謹慎地進行、權衡我們行為之結果而行使先制權。」從全文觀察美國之新戰略並無表現出採取「預防」 (prevention) 意欲，而只是採取「先制」 (preemption) 因此由美國之「國家安全新戰略」可以導引出承認「先制攻擊」之態度，但是無法得出承認「預防

¹² Gerd Brueggemann, Die Bush-Doktrin setzt auf Praevention, in NAZZ, 22.9.2002.

¹³ Paul-Mariz de la Gorce, Ce dangereux concept de guerre preventive, in Le Monde Diplomatique, Septembre 2002 參照。

¹⁴ Ignacio Ramonet, De la guerre perpetuelle, in Le Monde Diplomatique, 3.2003, S.3.參照。

戰爭」之結果，故而 2003 年對伊戰爭屬於合法之「先制武力攻擊」或違法之「預防戰爭」即有加以檢討之必要¹⁵。

參、伊拉克戰爭之法律評價

一、美國法學界之法律意見

(一) 否定說

美國國際法學界主張伊拉克戰爭違法之主要代表 Richard Falk 認為

1、布希總統於 2002 年 6 月在西點軍校之演講，提出「預防攻擊主義」

此種擴大干涉之要求欠缺法源依據，無論自聯合國憲章或其他法源均無法找出其理論依據，布希主義有兩個重點

(1) 自九一一事件後，美國不必等待受到攻擊後才做出反應。

(2) 具有充分證據認定伊拉克準備發動戰爭，因為其企圖擁有核子武器且與回教主義恐怖份子關係密切。

2、無論從「先制戰爭」(preemptive war)或「預防戰爭」(preventive war)角度觀察，美國對伊拉克戰爭均不符合其要件，首先，所謂

「先制戰爭」係指①一方面實際上存有武力攻擊之危險②此種危險無法以其他方法加以排除，同時具備上述兩個要件時，方能使「先制戰爭」正當化，2003 年伊拉克對於美國並不具有上述威脅。

其次，伊拉克長期尋求核子武器之戰略，對於美國雖然形成某種程度之威脅，以此種威脅實施「預防戰爭」雖然有理由，但此種嘗試無法為國際法所承認，而且考量美國之國家利益亦不能接受此種先例。

3、對伊戰爭合法性之爭點在於國際法上對於國家自衛權行使之承認範圍與界線，一般認為自衛權受到聯合國憲章第二條第四項「各會員國在其國際關係上不得使用威脅或武力，或以與聯合國宗旨不符之任何其他方法，侵害任何會員國或國家領土完整，或政治獨立。」之方針指導，聯合國憲章第五十一條則係允許以自衛權為由行使武力之特別規定，只是本條文義不夠精確，自一九四五年以來，自衛權成為爭議焦點。限縮解釋派之觀點，認為自衛權只有在受到軍事武力攻擊時加以反擊才具有正當理由；廣義之解釋則認為聯合國憲章承認自衛權係「自然權 (inherent right droit naturel)」而且是國家主權之表現，因此在聯合國安理會採取行動前，承認各國有權合法行使自衛權。美國受到九一一事件之攻擊，實施反恐戰爭，對阿富汗之軍事行動受到國際上多數國家之支持，是因為阿富汗繼續、公然支持蓋達組織，但是伊拉克對美國並不具有急迫而直接之危險，不符前述發動「先制戰爭」之要件。

4、美國以受到伊拉克威脅為由從事「先制戰爭」，對其他國家有引導作用，例如對阿富汗用兵，導致以色列、俄羅斯、印度等國以「反恐戰爭」為名，以暴力對待反對勢

¹⁵ 小林宏晨，「イラク戦争 2003 年の合法性と違法性」防衛法研究，第 28 號，2004 年，防衛法學會編，第 100 頁。

力，而美國意圖轉換伊拉克政體之企圖，明顯干涉伊國之內政及伊國人民之自決權¹⁶。美國國際法學會(American Society of International Law=ASIL)於1988年以「對伊拉克可能動武時之法律授權」(Legal Authority for the possible Use of Force against Iraq)為題之研討會，會中持否定說學者 Thomas Frank 等之意見，綜整如下

第一、聯合國憲章第二條第四項禁止國家使用武力解決國際紛爭，允許武力之二個例外分別規定於憲章第四十二條及第五十一條。第四十二條指經由安理會授權實施之軍事行動，此種型態較無爭議，

在伊拉克對美國沒有威脅時，美國可否以第五十一條自衛權為理由出兵伊拉克則有討論必要，在「先行自衛」(anticipatory self-defense)理論下，當然會採取肯定見解，但是

1、先行自衛主義並非通說，只有美國等少數國家採認之。

2、僅以伊拉克可能擁有核生化武器之疑慮，並不具有適用此原則之正當理由，不能過度擴張此原則之適用範圍，因此即使是安理會在此種情形下授權使用武力，也是違反武力行使之原則。

第二、聯合國第 678 號決議要求伊拉克遵守聯合國在 1991 年以前針對該國所為之各項決議(above mentioned resolution)，例如

第 660 號決議等(all subsequent relevant resolution)如果伊拉克不遵守以往諸項決議(previous adopted resolution)

，為回復該地區之國際和平與安全，安理會授與武力行使之權限，所謂「以往之諸項協議」係指要求伊拉克自科威特撤軍，釋放人質等事項，與聯合國後來做成對伊拉克核武檢查之第

687 決議沒有任何關聯。

第三、伊拉克雖然違反並且未遵守第 687 號決議，但該號決議並未授權使用武力，第 678 號動武決議之效力並未延續至第 687 號決議。第 1154 號決議因為伊拉克違反與聯合國秘書長安南協議之內容，給予該國「嚴重後果之警告」，該警告並非美國及其同盟認定之「武力授權」，此係美國對該號內容非善意之解釋。

第四、即使如同美國所指摘伊拉克違反第 687 號決議，是否可對伊拉克再度動武，屬於安理會之權限，不能由美國單方自行決定，因為第 687 號解釋是由安理會決定協定之內容，違反該協定之效果如何？應由安理會作成最後決定。

第五、賦予武力行使權限之第 678 號決議，授權採取「所有必要之方法(all necessary means)」，限於以解救科威特等為特別目的，此種特別目的與事後之停戰協定並無關連。伊拉克違反停戰協定時，對於違反之當事國雖然可以採取必要妥當之行動，

¹⁶小林宏晨，「イラク戦争 2003 年の合法性と違法性」防衛法研究，第 28 號，2004 年，防衛法學會編，第 104 頁。

必要妥當之方法根據聯合國憲章第二條第四項之規定，當然不包括使用武力在內或至少應取得安理會之授權，而安理會並未授權美國行使武力¹⁷。

（二）肯定說

持肯定說之學者 Marquise 則認為

- 第一、美國沙漠風暴作戰(Operation Desert Storm)係以第 678 號決議作為授權動武之基礎。假設一種狀況，如果第 678 號決議並未授權英美聯軍使用武力，可以想像同盟國軍隊也會以行使個別或集體自衛權為理由，對伊拉克動武，收復科威特，然後同盟國與伊拉克簽署停戰協議，至此之行動也符合國際法之規範，為達成停戰協定或避免當事國違反協定，應該允許合理而適度使用武力。
- 第二、在前述實際沒有發生之假設情況下，安理會並未授權，而由交戰國家間簽訂停戰協定，以廢除大量毀滅性武器、國際社會成立檢查小組等作為停戰協定之主要條件，如果發生實質違反停戰條件事實，應該承認得以違反停戰協定為由再次行使武力之權利，朝鮮戰爭就是一例。伊拉克在其地域範圍內具有重大威脅，係經過安理會確認之事實，只要於伊拉克持續違反停戰協定，同盟國也繼續保有動武之權利。
- 第三、美國政府認為第 678 號解釋已經賦予其再度對伊拉克動武之權利，而第 1154 號決議只是強調伊拉克違反其與聯合國秘書長安南之協議時，清楚明白地指出有行使武力可能之嚴重警告，美國認為 1154 號決議雖然沒有授權行使武力，但是美國自第 678 解釋起所取得之行使武力授權並未中斷。
- 第四、波灣戰爭戰鬥結束後，聯合國停戰宣告之第 687 號決議，附帶在國際監督下全面銷毀伊拉克生物、化學武器及長程飛彈等條件，安理會事後確認伊拉克違反上述停戰協定，美國及其同盟認為伊國實質違反停戰條件就有導致再次動武之可能性。
- 第五、關於對伊拉克動武是否應經過安理會再度授權？美國及其同盟國可否自行決定？美國採取後者之立場，主張安理會自第 678 號決議以來針對伊拉克之相關決議，都要求伊拉克遵守安理會之決定，為確保此目的之達成，美國認為必要而適當之行使武力屬於決議內容之一部分，所以對伊動武不必經過安理會之重複授權，但安理會則認為應經過再度授權。
- 第六、實際狀況是武力紛爭之當事國間具有停戰協定，一方違反停戰協定時，針對違反協定國家行使必要而適當之武力，當然不必

¹⁷小林宏晨，「イラク戦争 2003 年の合法性と違法性」防衛法研究，第 28 號，2004 年，防衛法學會編，第 108-114 頁。

再經過安理會之授權¹⁸。

二、英國法學界之意見

(一) 否定說以 Stern 為代表

主要理由如下

- 第一、第 1441 號決議針對伊拉克違反義務時，僅使用將「面對嚴重後果(serious consequences)」之用語，並未如同在第 678 號決議中之「所有必要方法」(all necessary means)用語，該用語是 1991 年對伊拉克軍事攻擊正當化之表現，其他類似動武之場合，例如對盧安達(Luanda)、波西尼亞(Bosnia)、索馬利亞(Somalia)、海地(Haiti)等國用兵時，也是使用此種用語，因此，主張從 1441 號決議中默示取得武力授權顯難成立。
- 第二、伊拉克雖然未遵守第 687 號決議之休戰條件，考慮再次行使武力之依據，與第 1441 號決議相同，第 687 號決議也沒有行使武力之明確授權，安理會授權對伊拉克動武之依據只有在 1990 11 月波灣戰爭前作成之第 678 號決議，該決議是以收復科威特為動武之前提要件。
- 第三、伊拉克雖然違反第 687 號決議，沒有遵守銷毀毀滅性武器之要求，但是依據聯合國憲章第四十二條以下之規定，強制伊拉克履行義務之決定權屬於安理會而非英美兩國¹⁹。

(二) 肯定說

英國政府之法務長 Goldsmith 為肯定說之代表

主要理由為

- 第一、對伊拉克武力行使之權限係由安理會第 678 號決議、第 687 號決議及第 1441 號決議共同構成。
- 第二、沙漠風暴結束後，設定休戰條件之第 687 號決議中，為回復該地區之和平安全，安理會科予伊拉克繼續銷毀大規模毀滅性武器之義務。伊拉克違反第 687 號決議將使第 678 號決議因而復活 (revival)。
- 第三、第 1441 號決議給伊拉克銷毀武器之最後機會，否則將面臨嚴重後果(serious consequences)。而 1990 年安理會第 678 號決議，就是授權行使武力之依據²⁰。

三、日本法學界之意見

(一) 否定說

¹⁸ 小林宏晨，「イラク戦争 2003 年の合法性と違法性」防衛法研究，第 28 號，2004 年，防衛法學會編，第 116-118 頁。

¹⁹ 小林宏晨，「イラク戦争 2003 年の合法性と違法性」防衛法研究，第 28 號，2004 年，防衛法學會編，第 121-122 頁。

²⁰ 小林宏晨，「對イラク戦争（2003）の年法的問題」，防衛法研究，第 29 號，2005 年防衛法學會編，第 240-242 頁。

松田竹南氏認為美國 2003 年對伊拉克戰爭具有違法性，理由如下

第一、英美兩國及日本政府主張對伊戰爭合法化之依據為一系列之安全理事會決議，以伊拉克違反第 687 號決議，未履行銷毀大量毀滅性武器之停戰協議，該停戰協議因而廢止，英美兩國根據復活之第 678 號決議，取得對伊拉克用武之權限。但是伊拉克是否違反停戰協議？違反之效果如何？應該由安理會作最後決定，不容許戰勝國之一方，獨斷地為動武之決定。2002 年 11 月 8 日安理會第 1441 號決議當時，雖然認為伊拉克違反義務，因為賦予伊拉克「最後機會」成立新的國際監督體系，所以該號決議不能成為解除停戰協定之依據，隨後英、美兩國在安理會提案要求授權動武，安理會討論後只有有四票贊成票，因此英美對伊拉克之軍事行動並未獲得安理會之授權。

第二、美國主張對伊戰爭屬於自衛權之行使。認為伊拉克隱藏大規模生化武器、支援對美之恐怖行動，就前者而言迄今為止，美國佔領伊拉克一年有餘仍未能提出確切證據，證明化武之存在，而且布希政府有製造假情資之疑慮，另一方面，以反恐為名主張自衛權之理由亦不充分，私人犯罪行為是否可以成為國家行使自衛權之理由，不無疑問，而自衛權之行使必須限於面臨迫切、現實之威脅，無法以其他適當方法加以排除時，方具有行使之正當性，布希政府以不確定、非現實之威脅主張自衛權，其理由難以令人信服。

第三、近日布希政府以解救受壓抑之伊拉克人民為由，企圖正當化其動武行為，其辯解更欠缺說服力，在英美佔領下之伊拉克人民同樣受到壓抑，人權、民主雖然是國際社會之普遍原理，然而並非有一致之內容與標準，必須參照各國歷史、傳統、經濟結構，由其人民自行決定，才是民主主義之精髓，由外力強壓之民主，本身就是對民主主義之否定²¹。

（二）肯定說

小林宏晨氏認為聯合國並非全部由愛好和平國家所組成，其構成員有民主國家、準民主國家、共產主義國家、準共產主義國家等，即使將「戰爭與和平」之決定權賦予安理會，安理會之構成國，也具有也聯合國複雜之本質，因此要求自由民主之國家將世界和平完全交由聯合國決定，有其事實上之困難，而安理會常任理事國之否決權，可以有效防阻危險之發生，是避免聯合國成為神話之正確作法，因此民主自由國家組織成世界規模之防衛同盟，可以有效抑制或封鎖流氓國家，基於此種觀點之考量，1999 年之科索沃(Kosovo)戰爭、2001 之阿富汗戰爭、2003 對伊拉克之戰爭，均受到「人道的軍事干涉」觀點之啟發，而上述三次戰爭都沒有經過安

²¹ 松田竹南，「自衛隊のイラク派兵の國際法」，法律時報第 76 卷 7 號，第 47-48 頁。

理會之授權，因此此基於人道觀點，對於主權獨裁國家之軍事攻擊，即使沒有安理會之明示授權，

在國際法上也有成立「合法推定」之可能，即使不能成為既成法(*lege lata*)至少可以被視為接近既成法之未成法(*lege ferenda*)²²。

肆、國內學說與本文意見

我國法學界對於 2003 年美國對伊拉克戰爭之法律評價，或許基於不是聯合國之會員國及長期以來依賴美國協防台灣之主觀期待，著墨有限，此一領域實有增長之空間。本文認為 2003 年美國對伊拉克之戰爭屬於國際法上之違法行為，理由如下：

第一、首先就憲章第二條第四項限制行使武力之一般規定言，誠如日本學者高也雄一氏所言，聯合國憲章第二條第四項禁止武力行使之規定屬於集體義務，亦即重申自國際聯盟以來之「禁止侵略」行為，聯合國屬於集體安全保障體制，各會員國在未取得聯合國決議之前，除自衛權外，即使在維持和平、防止侵略之名義下，亦不能以個別國家（或數各國家）之判斷決定是否行使武力，此時應參照憲章第九十四條第二項之規定共同加以理解，第九十四條第一項規定「聯合國每一會員國為任何案件之當事國者，承諾遵行國際法院之判決。」同條第二項規定「遇有一造不履行依法院判決應負之義務時，他造得向安全理事會申訴。安全理事會認為必要時，得作成建議或決定應採辦法，以執行判決」本條具有雙重意義，首先判決享有權利之國家（特別是弱小國家），如果相對國不放棄侵害之行為，得以公開之程序請求安理會協助執行，以維護其權利。其次，判決享有權利之國家（特別是強大國家），如相對國不履行義務，也不能自恃強大以實力強迫相對國執行，所以一般而言禁止加盟國根據個別判斷而行使武力²³。

第二、其次，就憲章第五十一條之自衛權言，自衛權之行使並非毫無條件，例如日本政府對於自衛權之行使即附有三項條件

- 1、須有急迫不正之侵害，亦即現實之侵害。
- 2、上述侵害無法以其他手段或方法加以排除。
- 3、在最小必要之限度內採取防衛措施²⁴。

學者則認為國際法上「自衛權」之正當行使，必須具備

- 1、具有急迫性、現在之不正侵害。
- 2、不具有代替手段。
- 3、侵害行為與反擊行為間之平衡（比例原則）。

²²小林宏晨，「イラク戦争 2003 年の合法性と違法性」防衛法研究，第 28 號，2004 年，防衛法學會編，第 126 頁。de lege lata 相對於 de lege ferenda，兩者皆是拉丁文，前者指 the law ought to be 後者指 what the law ought to be。

²³高也雄一，集體安全保障と自衛權，東信堂，1999 年 10 月 15 日，初版一刷，第 243-244 頁

²⁴中村 明，戰後政治憲法第九條，中央經濟社，平成 13 年 1 月 30 日第 2 版，第 142 頁。

例如只是一個步兵營跨越國界之行為，不允許立刻對相對國之首都實施飛彈攻擊（欠缺第3要件）；剛開始建造原子反應爐，不允許立刻以武力將其爆破（欠缺第1要件）²⁵。關於自衛權行使之要件，我國學者亦認為自衛權之發動必須是在緊急之下，並無其他措施可採取之唯一手段，並且自衛措施必須限於除去攻擊之必要限度內實施並考量攻擊程度之均衡²⁶。第一次波灣戰爭（海灣戰爭）後，伊拉克禁止持有150公里以上之飛彈，該國領空受到長期之監視，同時受到嚴厲之經濟制裁，所產出之石油不能自行處分，而伊拉克與美國距離遙遠，對美國不具有威脅性²⁷。由於難以證明美國受到伊拉克現實、緊急、迫切、無法避免之威脅，美國以主張對伊戰爭為自衛權之行使，顯難成立。

第三、美國所主張先制自衛權(anticipatory self-defence)是否能

夠成立，亦有待討論，從條文形式或防止自衛權濫用之觀點而言，以武力攻擊限於「現實發生」的說法較為有力；憲章起草時對於自衛權之發動只限於在發生武力攻擊之情形，為一般認知之事實，因此第五十一條對於急迫之威脅並未承認國家具有先制攻擊之權利²⁸。由於並無具體事證認定伊拉克支援蓋達組織，而且2002年9月12日布希總統於聯合國大會發表非難伊

拉克之演講，4日後伊拉克無條件同意聯合國進行武檢，同年12月起聯合國從事武檢工作，但是一直沒有發現大規模毀滅性武器，2003年3月7日正當聯合國對伊武器監督長官 Hans Bilx 於安理會提出武檢報告。布希於同日召開記者會，由英國、西班牙等國以伊拉克未符合第1441號決議案為由，向安理會提出對伊國「最後通告」之要求，由於法國及俄羅斯反對，認為應該繼續武檢，該提案未經安理會同意，美國遂以解救伊拉克人民脫離海珊政權、建立民主國家為由，未經安理會授權於3月19日進攻伊拉克，並加以佔領²⁹。迄本文截稿止美國仍未在伊拉克找出大規模武器，其主張先制戰爭之理由自難以成立。

第四、雖然有美國學者自歷史角度探討先制自衛(anticipatory self-defence)，認為該觀念來自於1984年美國國務卿 Daniel Webstre 與英國首相 Henry Fox 之信件，起源於1837年之意外事件，當時加拿大爭取獨立，叛軍為運送物資使用美國船隻卡洛林號，該船在美國本土內遭受加拿大英軍攻擊焚燬，所謂自衛必須限於特定情況，指面臨立即而不可避免之危險、無其他選擇及審議空間，但以今日之高科技武器而言，此種過時之標準不適用於恐怖份子及其代理人之戰爭，採取先制防衛之先例者，有1967年以阿戰爭中，以色列空襲阿拉伯國家機場，

²⁵ 水島朝穗，現代軍事法制之研究，日本評論社，1995年11月15日1版1刷，第6頁。

²⁶ 魏靜芬，戰爭法學，社團法人台灣海洋事務策進會出版，2005年12月，第38頁。

²⁷ 大場 昭「イラク戦争と先制自衛権の法理」，防衛法研究，第29號，2005年，防衛法學會編，第228-229頁。

²⁸ 魏靜芬，戰爭法學，社團法人台灣海洋事務策進會出版，2005年12月，第37-38頁。

²⁹ 大場 昭「イラク戦争と先制自衛権の法理」，防衛法研究，第29號，2005年，防衛法學會編，第229頁。

1981 年以色列空襲伊拉克核子反應爐及 2003 年之美伊戰爭³⁰。美國布希主義(Bush Doctrine)企圖辯稱條約法與習慣法之動態發展，擴大先制防衛之文字意義，即使美國之行為是例外地或沒有先例，但也可創建新習慣法則(to create wider customary rule)，因為在國際法上政治比法律佔有優勢³¹，本文認為如果承認強權即是公理，國際法即無存在必要與價值。

第五、以人道干涉(humanitarian intervention)為由，使伊拉克人民脫離海珊暴政，亦不具正當性，因為人道干涉不能以戰鬥為目的，而且必須經過安理會授權，例如安理會於 1992 年 12 月以在索馬利亞有違反國際人道法之行為，為確保飢餓難民食物之運輸、分配從事人道救濟任務，允許多國聯軍武力介入，長久以來聯合國遵守不干涉他國內政規定（憲章第二條第七項），基於人道援助介入他國事務，是基於採取人道優先之立場，安理會將 PKO(Peacekeeping Operation)作為確保停戰雙方停止內戰之合意或因為人道考量要求交戰雙方早日停止內戰，聯合國此種行動只有在遂行任務之必要範圍內藍盔部隊方能行使武力，人道干涉行動尚有波西尼亞監督和平協議之和平實施軍(IFOR、1995)及安全保障軍(SFOR、1996)、科索沃停戰監視部隊(KFOR、1999)、東帝汶治安維持部隊(INTERFET)等，但均係以維持和平為宗旨³²。美國對伊戰爭既無安理會授權，又以推翻他國政權為目的，不符合上述人道干涉之標準。

伍、結論

日本學者淺井基文氏，在 2003 年美國進兵伊拉克前指出布希政府之最大錯誤係將九一一事件視為「戰爭」，使恐怖主義之犯罪行為正當化，則美國之軍事行動必須以自衛權或安理會授權之集體自衛權（北約）為依據，其後美國以正義者自居，獨斷地進行自己之軍事外交政策，最終導引出為預防戰爭可以對主權獨立國家行使先制權之理論，國際社會對於美國之作法多有批評，如果承認美國對主權獨立國家之「先制預防攻擊」理論，自聯合國成立以來建立之國際法體系將全面崩潰。特別是核子武器之使用，如果承認美國可以發動先制攻擊，戰後之禁止核武政策也難以維持，國際社會將近入黑暗世界³³。反恐行動是否為戰爭或許見仁見智，但以今日美國在伊拉克身陷泥沼之處境，北韓、印度等國持續研發核武，淺井氏之言論似有先見之明，本文肯認美國 2003 年對伊戰爭之違法性，美國身為常任理事國而違法發動戰爭，安理會對於涉及不法之一方為安理會五

³⁰ Charles A. Shanor National Security and Military Law Thomson West .p.366-367。

³¹ Nigel D. White Self-defence ,Security Council authority and Iraq , International Conflict and Security Law Cambridge 2005 P238.

³² 西修等著，日本安全保障法制，內外初版社，2001 年 4 月初版，第 248-249 頁

³³ 淺井基文，「9・11 事件後アメリカの軍事外交政策」，文載山內敏弘編，有事法制を検証する，法律文化社，2002 年 9 月 25 日，初版一刷，第 16-17 頁。

強時，不僅在法律上因為否決權而難有作為，在政治上亦將軟弱無能³⁴。如果美國政府未來不檢討改進其軍事外交政策，日後勢將面臨更嚴峻之挑戰，國際社會必然相互影響，處於美、中、臺三角微妙關係之台灣政府對國際趨勢及國際法相關問題應廣泛加以關注，考量本身國家利益，是否支持美國所有之軍事、外交行動？是一個值得慎思明辨之議題。

³⁴ 姜皇池，國際公法導論，新學林出版社，2006年3月初版一刷，第8頁。