

周建·军事法之门
丛书



穿越疆界的军法

朱莉欣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



穿越疆界的军法

《穿越疆界的军法》朱莉欣著 法律出版社

朱莉欣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

穿越疆界的军法 / 朱莉欣著. —北京:法律出版社, 2013. 5

(“周健·军事法之门”系列丛书 / 周健主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4729 - 4

I. ①穿… II. ①朱… III. ①军法—立法—研究—中国 IV. ①E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 052238 号

穿越疆界的军法
朱莉欣 著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 6.5

经销 新华书店

字数 138千

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

版本 2013年5月第1版

责任印制 陶 松

印次 2013年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4729 - 4

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序一

二十年前,伴随着依法治军方针的确立,军事法学这门新兴的学科得以诞生。今天,军事法学人们风华正茂,成熟自信,正沿着党的十八大指引的方向,在军事法学教育伟大征程上践行着“依法治军、从严治军是强军之基”的思想。在这个奋蹄拓荒、领航中国军事法学的团队里,有一个创造了业内多项“第一”的学者,他就是武警政治学院教授周健大校。

周健教授主编的“军事法之门”丛书,是从周教授指导的十名优秀博士生的学位论文衍生而来,称得上是“穿越军事法之门”、领略军事法学万千气象的路标之作。有幸对丛书概要先睹为快,感触最深的无疑是周教授及其高足们对军事法学的拳拳之心和奉献精神。

与已成潇洒青年的军事法学相比,武警法学可谓嗷嗷待哺的婴儿,好在有如周健教授等学识渊博的名家及其新锐高徒们的关爱、支持和奉献,他们笃学博厚的治学态度、古今中外的学术视野、通力协作的团队精神,对后起的武警法学人来说,都是催人奋进的榜样力量。我相信在不久的将来,通过包括周教授在内的武警法学人的后发努力,必将锻造出所向披靡的法苑利剑,为武警部队履行神圣使命保驾护航!

穿越疆界的军法

愿周健教授佳作不断！祝军事法学和武警法学蓬勃发展！
是为序。

武警政治学院院长 李吟少将

序二

近年来,军事法领域的论文、著作不断面世,各种主题的军事法学研讨会相继召开,军地军事法学学术交流活动日益增多,军事法学研究呈现出军地融合、繁荣发展的可喜局面。而这样一个局面的出现,离不开一位在军事法学这片沃土上默默耕耘二十余载的军法学人——武警政治学院周健教授。周健教授长期从事军事法学的教学和研究,潜心探索,执着前行,建树颇丰。其中,尤应提到的是他先后培养了我国第一位军事法学硕士和第一位军事法学博士,出版了第一部系统研究军事法学的文集《周健军事法学文集》。而今天,展现在广大读者面前的这套“周健·军事法之门”军事法文库,则用一种新颖的方式,诠释了周健教授带领他的学生多年来在军事法领域中的造诣。

文库由周健教授近十年来所指导的十位优秀博士的学位论文构成,涉及军事法学领域的方方面面。有研究军事法学基础理论的《军权探秘》、《军法生成之道》、《穿军装的公民》,有研究军事法制史的《军律之殇:晚清军事法变革之旅》,有描绘外国军事法制的《美国军法面面观》,有关注我国国防法制现实问题的《兵役法三千年》和《布局国防的砝码——战略物资储备立法》,亦有研究完成多样化军事任务法制问题的《枪炮作响法有声——军事法如何规制战争》和《穿越疆界的军法》。可谓题材多样、内容丰富,可读性强,是读者了解、学习军事法知

识的阶梯,步入军事法学殿堂的门径。文库不仅仅是对年轻一代军法学人从事军事法学研究最新成果的汇集,更是对周健教授研究军事法学精髓的传承和发扬,也彰显了周健教授努力实现军事法学“广纳贤才”的师长风范和“通达天下”的学术理想。

我相信,在老一代军事法学人执着坚持下,在新生代军法学人勤奋努力下,中国军事法学研究必将薪火相传,继往开来,不断向更高水平发展。

是为序。

中央军委法制局局长 王黎红少将

前 言

在 21 世纪,全球性灾难、国际恐怖主义、核扩散威胁下的世界更加复杂和混乱。面对新的安全威胁,一些国家在保护本国利益的同时,海外频繁用兵实施维和、反恐等行动,这些新的军事行动样式给军事法带来了新的视角和挑战。面对这些挑战,法学并没有回避和消沉,不少法学家提出了依法应对的理论和策略,为全球治理提供了有力的法律支持。在我国,随着涉外非战争军事行动的增多,对这一领域的军事法律需求丰富了我国军事法律制度的内容,同时也给我国军事立法理论研究带来了新的挑战。我国的军事立法将何去何从?涉外非战争军事行动的立法研究必将给我们带来新的启示。

一、穿越疆界的军法研究——涉外非战争军事行动立法

近年来,为了国际和平和国内安全、经济发展的需要,我国军队出使亚丁湾进行海外护航,实施境内外的联合军演,参加奥运会的安全保卫,参与了越来越多的涉外非战争军事行动。可以预见,随着中国逐渐成为世界性贸易大国,必将在国际和平中承担更多的大国责任,中国军队走出国门,实施涉外非战争军事行动的频率还会增加。在这一过程中,依法规范涉外非战争军事行动,维护参加行动的官兵权益等问题也

应运而生。现实需要正呼唤着涉外非战争军事行动法律的制定,而这些法律的制定和健全则需要军事立法理论的支撑。选择涉外非战争军事行动立法的基本问题进行研究正是为了满足这种现实需求,尤其是在国内这方面研究还很缺乏的情况下。

具体地说,涉外非战争军事行动立法研究的必要性表现在以下几个方面:第一,涉外非战争军事行动对于我国来说,是一种全新的军事行动样式,要将其纳入我国法律的框架内,需要做法学上的解剖和研究。第二,涉外非战争军事行动立法要具备正确的法律理念。美国等西方军事强国的相关立法中包含着的霸权思想是我们所摒弃的,我国立足的是国内安全的需求与“和平崛起”的国际战略,而这不仅要在立法理论方面作出相应的创新,也需要突破和改变我国以往军事法的立法观念。第三,涉外非战争军事行动样式多样,涉及的社会关系复杂,需要在研究它们共性的基础上,对构建其法律制度进行理论上的分析和逻辑上的推理。第四,涉外非战争军事行动给军事立法带来的挑战需要引入新的立法方法来应对。如今,随着立法技术的发展,越来越多的新方法被运用于立法以确保法律的有效性和科学性。把一些先进的立法方法引入军事立法制度,就能有效提高涉外非战争军事行动的立法质量。

周旺生教授认为,立法学体系应当由立法原理、立法制度和立法技术三要素构成,从这三个方面来研究立法有利于促进法学理论与实践的结合,有利于促进法学体系和法学研究方法论变革。^①在涉外非战争军事行动立法的研究中,笔者也认为,在对涉外非战争军事行动本身的特点和性质进行全面分析、掌握后,要对相关立法进行全面的研究并有所贡献,同样也需要从立法理论、立法体制和立法方法三个方面对涉

^① 周旺生:《立法学教程》,北京大学出版社2006年版,第5页。

外非战争军事行动立法做以探讨。所以,出于对这几个基本问题的考虑,并着眼于涉外非战争军事行动立法的实际需要,笔者提出了本书的论题,研究涉外非战争军事行动立法应确立的立法理论,涉外非战争军事行动立法的框架和涉外非战争军事行动法律的制定方法,并期望能以这一新生军事立法领域的研究为基点,服务于整个军事立法学的发展创新和不断进步。

二、研究现状

对于我国来说,涉外非战争军事行动法律问题的凸显是与我国经济高速增长并融入世界市场时,国家安全战略和军事发展日后的趋势和面临的问题密切相关的。这两年,对涉外非战争军事行动的法律研究越来越引起人们的关注,有的学者从它的非战争性角度进行研究,有的学者从军队完成多样化军事任务角度来研究它。虽然冠名不一,但都提出了在这方面我国军事法立法存在的问题,也都注意到了国际法对军事法在这一方面的影响。然而,这些研究却缺乏在涉外非战争军事行动立法这方面整体的探讨和论述。

2008年6月,谢丹在西安政治学院学报上发表文章“‘非战争军事行动’法律问题的初步研究”,指出:随着中国经济的高速发展、国际地位的提高和国家利益需求的变化,我军参与“非战争军事行动”的地域范围和任务种类将不断拓展,“可考虑参照国际惯例和其他国家做法,认真研究和解决有关的国际性法律规范本国适用化的问题,通过签订有关国际协议和制定法规条例等方式,对中国军队赴境外参与‘非战争军事行动’的地位问题作出详细规定。”其后,他又著文“涉外非战争军事行动的法律问题分析”对这一领域进行了理论探讨。2008年10月,中央军委法制局调研组赴西安政治学院进行了军队应对多种安全威胁、完成多样化军事任务的立法调研。与会专家认为,广义的多样化军

事任务,是指除了战争以外军队执行的所有军事任务,包括武装护送、情报的收集与分享、军力展示、军事恫吓、联合军演、反恐、平叛、戒严、处置突发性暴力事件、缉毒、打击海盗、抢险救灾、国际维和等,其空间范围涉及陆、海、空,其活动地域涉及国内、国外和公海,执行任务涉及的主体有各级政府、平民、外国政府、外国军队和武装人员、外国平民和国际组织等。座谈会上,与会专家围绕多样化军事任务的概念和性质、立法目的、立法依据、立法原则、立法模式和法律体系等问题进行了充分探讨和交流并认为,适应我军进行多样化军事任务的要求,应不断加强我军适用国际法特别是武装冲突法的立法,充实完善我军完成多样化军事任务的国际法依据。宋新平、张晓军在2009年第1期西安政治学院学报上发表文章“军队完成多样化军事任务法律保障刍议”认为,要完善涉外军事行动在内的多样化军事任务的法律保障体系,须引入新的国际法规则,“目前要重点解决的是涉外非战争军事行动的法律问题”。盖世金、张培忠2009年1月出版的新书《多样化军事任务论》中也专章提出了完成多样化军事任务的法律支持问题,并建议要在这方面加强国际法研究。在这一时期,军事科学院也进行了涉外非战争军事行动立法的课题研究。

郭炎、杨军主编的《美军非战争军事行动研究》一书中,把涉外非战争军事行动作为美军非战争军事行动的主要表现形式,通过详细介绍和剖析美军非战争军事行动的准备、组织、实施及指挥,揭示美军在国际法基础上,制定了比较健全的涉外非战争军事行动法律,为其涉外军事行动赢得了有力的法律支撑。编者得出一个结论认为:完善的军事理论是非战争军事行动取得成功的重要前提,我军应“着力加强相关理论和法规的研究,为非战争军事行动实践提供支撑”。而我国近几年来也非常重视对美军涉外军事行动立法的翻译。解放军出版社编译出版了《联合作战条令》、《美国武装部队的联合作战》等相关的美国军事法条令,为我国研究美军的相关立法提供了较为直接的资料。另外,通

过美军的战争法规汇编,我们也可以看出,美军的每项涉外非战争军事行动,都有相关国际法、国内法和军事法律的支撑及规范。^① 以其 2006 年战争法规汇编中的反恐行动法律依据为例,其中有:《国际民用航空公约》、《关于制止和惩罚以犯罪形式违反人道和与具有国际性影响的抢劫有关的恐怖主义活动美洲公约》等近十部国际条约、公约,《美国法典》中相关章节的规定,《2001 年航空暨交通安全法》,《2002 财政年度情报授权法案》,《2002 财政年度国防授权法案》等国内法律的规定,国防部指示 O-2000.16:国防部打击恐怖主义计划的标准、联合出版物 3-07.2,打击恐怖主义之联合战术、技术与程序等军事法规、条令的规定。这显示了美国军队对国际法和军事立法的衔接及配合的重视,也显示出了其“无法不立”的军事行动思想。

在全球化条件下,涉外非战争军事行动立法将会深受国际法的制约和法律国际化趋势的影响。在国外,西方国家对国际法的研究和运用一直占据着优势地位,一些学者敏锐地察觉到了全球化条件下国内法律的国际化趋势,包括这种趋势对军事法的影响。2001 年,William Twining 在其著作《Globalization and Legal Theory》中比较系统地阐述了全球化趋势对西方法律的影响,带动了英美国家对全球化对法律影响的研究。在 2003 年 3 月法兰西学院举行的院士就职仪式上,法国当代著名法学家、法兰西学院院士米海依尔·戴尔玛斯—马蒂(比较法与法律国际化首教授)作了题为“比较法研究与法律国际化”的法哲学学术演讲,指出了国内法律的国际化已成为一个普遍性的趋势。^② 在军事法律领域,不论是驻军海外、援外救灾还是打击恐怖主义,美国等西

^① 参见美国军法总署法律中心和学院(TJAGLCS)国际与军事行动法律部合编:《OPERATIONAL LAW HANDBOOK(2006)》,《军事行动法律手册(2006 年版)》。

^② 米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:“比较法研究与法律国际化”,载《法学家》2005 年第 1 期。

方军事发达国家的法学者都注重研究国际法的相关规定,或是以国际法为依据实施军事行动,或是“开发”出新的国际法理论,为其军事行动辩解,并把这一套理论用于其军事法律,这些都可以从其军事法律法规中窥其一斑。例如,Ryan Goodman 等人在哈佛法律评论(2005年第8期)发表文章“International Law, U. S. War Powers, and The Global War on Terrorism”中即探讨了美国的全球反恐行动与国际法的关系,具体地为美国的军事反恐行动寻找国际法理论和依据的支持,并提出了基于美国利益的国际法新的诠释和理解。W. 迈克尔·莱斯曼在其论文《国际造法——一个沟通的过程》中强调通过沟通制定法律以及三种沟通流程:政策内容、权威信号和控制意图,并认为具备了国际沟通功能的国家政策和法律,包括一国军事法规也同样可以影响到国际法,成为国际法渊源。

国外的相关研究同样也在我国有了反应和回响。在国内法律的国际法趋势方面,一些学者直接从国内法的国际化角度出发探讨了这一时代的国际法和国内法的关系。例如:1995年,刘卫翔在《学习与探索》第1期上发表论文“论法律的国际化趋势”,较早地提出了国内法的国际化发展趋势。1997年,公丕祥亦在《法学研究》第1期上发表论文“国际化与本土化:法制现代化的时代挑战”,较为深入地探讨了国际化与本土化对我国立法的影响。2003年,华中科技大学的仇志刚也在当年《学习与探索》第1期发表文章“试析法律国际化的历史进程”,在界定了法律国际化的概念后指出,法律国际化是一个历史过程且在不断地向前推进和发展。这方面的研究在2008年取得了较大的进展,不仅有博士论文专门探讨全球化条件下国际法和国内法的关系,指出了国际法和国内法相融的趋势,而且还有不少优秀的期刊论文深入论述国内法国际化的法律机理和意义。西安政治学院的吴翔飞在2008年11月的《法制与社会》上发表文章“法律国际化进程中应注意的几个问题”,提出法律国际化是一个长期演进的过程。2008年吉林大学

贾少华的博士论文“全球化时代的国际法和国内法关系研究”则提出，在全球化时代，国际法内化，主权国家都在政治领域和法律领域调整国内法以适应国际法的要求。也是在这一年，邓正来教授发表了“认识全球化的‘问题化’进路——对中国法学‘全球化论辩’中流理论问题的追究与开放”、“一种以中国为根据的‘全球化观’的论纲”、“作为一种‘国家法与非国家法多元互动’的全球化进程——对‘法律全球化’争辩的中立性批判”等一系列文章讨论全球化对中国国内法的影响，并认为这种影响是包含了政治、经济、军事、法律等全维的一种影响，并呼吁用新的法学理念来认识这种法律品格上的变化。

军队内的法律专家们则更为直接地感受到了我国涉外非战争军事行动所面临的国际法调整。他们有的从非战争军事行动角度，有的从军队完成多样化军事行动角度，有的则从具体的军事行动如维和、反恐、安保、护航等角度谈到了涉外军事行动带来的军事立法新课题，包括国际法在这些方面的重要影响。例如：盛洪生在《联合国维持和平行动法律问题研究》一书中认为，联合国维持和平行动的法律基础是《联合国宪章》中的联合国宗旨及原则。但联合国维持和平行动需要各国在其宪法和军事基本法中对本国军队及人员参加联合国维持和平行动的问题作出规定。同时，维和行为还需各国军事法共同努力解决维和人员违法犯罪的惩治问题，维和行动中发生的战争罪行等。在军事演习行动方面，有孙冬磊撰写的“联合军事演习立法研究”硕士学位论文，在这篇论文中，就我国进行联合军事演习相关立法进行了研究，并提出了将其与国际法相互衔接的若干建议。张杨的“美国奥运安保反恐政策探析——以洛杉矶和亚特兰大夏季奥运会为例”一文中向我们揭示了美国为奥运会安保工作专门发布了总统令，并动员了包括陆军防化部队、联合特种作战司令部、空军、国民警卫队等军事力量以保证奥运会的安全举行，甚至和有关国家达成空军护航的协定，这都说明了在重大国际事件中军事力量使用的必要性，也说明了规范使用军事力

量的重要性。刘逢安、刘鑫庆 2008 年 3 月在环球军事上的文章“解放军为奥运安保加紧练兵”较为全面地介绍了我国军队在奥运安保工作中场馆和安保区域,包括:封控、监控、反核化生恐怖袭击、“三防”医学救援、大面积查排爆、保障等方面,说明了在这一领域我国军事力量使用的不可或缺。郭殊博士在“中国海军索马里护航行动的法律依据与意义”一文中认为,虽然我国在护航行动方面并不存在国内法障碍,但在采取军事行动的程序性法律法规方面,我国还比较欠缺,有待进一步完善。因此,建议在各类海外军事行动中,要更为注重在联合国的机制中发挥作用,尊重联合国安理会的各项决议,与相关区域的国家、国际组织密切合作,并与该地区的其他国家军事力量协调,在国际法框架内建立军事协作机制,由全国人大常委会制定专门“海外行动”法律,使得军事行动更为有法可依,并将制定一些具体细则的权力委托或授权给中央军委,由其制定相应的军事法规并负责实施。在反恐行动方面,2008 年栾勇海的硕士论文“反恐怖斗争的国际法问题研究”比较全面深入地探讨了各国反恐怖行动立法与国际法的关系。论文指出,各国频频动用军事力量,制定国内反恐怖主义法或签订双边、多边条约打击恐怖分子,这反映了反恐怖立法的全球化趋势;要有效打击恐怖分子,需要建立各国联合协作机制,在政治、经济、军事方面共同行动,并使国内立法与国际法协调一致。然而在全球化时代,面对国内立法国际化趋势,我国军事立法应该有创新和发展的方面,国内还缺乏专门的研究和讨论。

与涉外非战争军事行动立法有关的研究离不开对近些年来我国国内军事立法研究成果的吸取和借鉴。2002 年,张建田发表论文“军事立法体制与军事立法实践中的有关问题”认为,我国军事法的立法权限有待厘清,传统的立法体制有待完善,军事立法程序有待规范。2007 年,他又撰写文章,回顾了我国军事立法的历史发展与阶段,认为现在中国军事立法已经进入了创新发展的阶段,在全军依法治军的意识日

益增强的情况下,不仅立法机制不断完善,而且立法质量也有所提高。西安政治学院的胡世洪博士也在近年来连续撰文探讨军事立法技术,他比较了军事立法技术与一般立法技术的区别,指出在全球化的今天,军事立法不应闭门造车,要善于吸取国内法、国际法和外国法的长处,通过吸取先进军事学说和立法学说,使军事法为社会进步、国家和军队服务。^①田龙海、张超晖的论文“论军事法规运行机制”提出现今的军事立法存在着立法部门化、立法协调难、立法机构不健全的问题,认为军事立法的质量仍有待提高,要完善军事法规的立法机制,加强军事立法的顶层设计。毛国辉在“军事立法监督”一文中分析了我国军事立法监督体制存在的问题,认为应该控制军事立法的权限范围,健全军事立法的控制程序,建立军事法规备案审查制度,发挥司法审查对军事立法的制约作用。2009年,周健教授主编的《军事立法研究》一书总结了这些年来军事立法学的研究成果,指出了新军事革命和军事立法革新的关系,进一步系统地论述了军事立法的原理、方法、技术和机制,推动了整个军事立法学的发展。上述研究从军事立法的各方面提出了完善我国军事立法制度和技术的建议,但是从国家大战略构架的角度来看,关于我国军队走出国门后军事立法问题的阐述却很少。

三、研究思路

涉外非战争军事行动的立法无疑属于军事立法,对它的研究必须建立在整个军事立法研究的基础上,如果仅仅着眼于—隅,很难在现有著述稀少的情况下科学地建立相关立法的基础理论,也不能揭示出这一领域对整个军事立法的影响和推动。因此,本书试图从军事立法整

^① 胡世洪:“军事立法技术新解”,载《武警学院学报》2008年第3期。

体发展路径的视野来研究涉外非战争军事行动立法,通过探寻军事立法的发展趋势来拓展制定这些法律应具有的法律视野,帮助建立其应具有的正确立法理念;通过军事立法应遵循的基础理论来奠定涉外非战争军事立法的合法性基础,构建其整体框架;通过军事立法中可以应用的先进立法方法来寻求制定涉外非战争军事行动的科学方法。这样,也基本完成了从立法基本理念、立法体制及立法方法三个部分对涉外非战争军事行动立法的研究和创新。

全书分五个部分,第一章解读:涉外非战争军事行动之初体验。从军事学角度入手,深入探讨了涉外非战争军事行动本身的渊源、行为性质、特点与具体的表现形式,并将这些内容引入法学的范畴。在对基本概念进行释义后,本章提出了我国制定涉外非战争军事行动法律的必要性,分析了我国现有的涉外非战争军事行动类型及相关的法律规范,指出了现有立法的不足,点明了进行涉外非战争军事行动立法,保证涉外非战争军事行动合法的意义,并对我国今后有关的立法作了展望。

第二章借鉴:涉外非战争军事行动的法律完善。运用了比较法学的方法,按照涉外非战争军事行动的类型,分别阐述了美国、俄罗斯、日本、欧洲和印度等国家和地区有关的涉外非战争军事行动立法,在分析这些立法的战略背景和意图的基础上,介绍了它们的主要内容。对国外涉外非战争军事行动立法的研究表明,无论是先进行立法规范,再实施涉外非战争军事行动的国家,还是先行动,再进行立法保障的国家,其相关法律总是和其国家安全战略的变化密切地联系在一起,这些法律实质上是在国家安全战略的指导下,为其行动的合法性和有效性服务的。这些法律有着共同的特点,都是在冷战结束后逐渐丰富起来的,而且越是军事发达的国家,这方面的立法就越先进和健全,对涉外非战争军事行动在国内外的合法性就越重视。

第三章趋势:全球化条件下涉外非战争军事行动立法理论研究。本章节作为涉外非战争军事行动立法的理论构建,提出了军事法国际