

构建军事法学学者的共同精神家园

我国军队职能的拓展与军事法的发展

军人法律地位研究

战后正义何以可能

武装冲突中的国际习惯人道法规则

始终高擎开放的学术大纛

Z H O N G G U O J U N S H I F A X U E L U N C O N G

中国军事法学论丛

2007年卷 总第一卷

主 编：薛刚凌 执行主编：李卫海

主 办：中国政法大学法学院

Z H O N G G U O J U N S H I F A X U E L U N C O N G

中国军事法学论丛

2007 年卷 总第一卷

主 编: 薛刚凌
顾 问: 雷渊深 俞正山
执行主编: 李卫海

编辑委员会: (排名不分先后)

周忠海 周 健
丛文胜 张建田
王黎红 肖凤城
荀恒栋 钱寿根
曲新久 李卫海

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：马颖

图书在版编目 (CIP) 数据

中国军事法学论丛 / 薛刚凌主编. — 北京：中国法制出版社，2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0280 - 4

I. 中… II. 薛… III. 军法 - 法的理论 - 中国 - 文集
IV. E266 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 171386 号

中国军事法学论丛

ZHONGGUO JUNSHIFAXUE LUNCONG

主编/薛刚凌

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 11 月第 1 版

印张/17.5 字数/383 千

2007 年 11 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0280 - 4

定价：42.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66034242

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

卷首语

构建军事法学者的共同精神家园

公元前十五世纪，西方盛行着荷马史诗中歌颂的迈锡尼文化，东方则出现了新兴的殷商王朝。从那时至今，经历了三千五百年，在这漫长的历史中，没有战争记录的只有短短的二百年。从十八世纪中叶直到今天，没有一年不曾出现过武力争端。既然战争或武力冲突是矛盾和纠纷得以解决的最终的、最极端也是最残酷的方式，而军队的存在必不可少，那么以规范军队和战争为主要内容的军事法就彰显了应对危机、保持和平、追求安全与秩序的一种法治上的努力。二战后联合国集体安全机制逐渐形成，和平与发展已成为世界各国人民的共同意愿，消灭战争或武装冲突也已成为世界各国的共同追求。但因主权纠纷、领土归属、民族矛盾、宗教信仰对立等引发的地区冲突和局部战争依然频仍，尤其是恐怖主义、极端主义和分裂主义对国际和平与人类安全构成极其严重的威胁。重大自然灾害、事故灾难和突发公共卫生事件不断发生，也在危害着当今人类社会的安全。社会变迁使军队不可能再是完全封闭的孤岛，军地、军政间的关系愈来愈密切复杂。各国间的军事交流与合作不断向纵深发展，一国军队也经常走出国门执行国际合作和人道援助任务，扮演和平使者的角色。随着人权教育日渐深入，军人的权利意识也在不断增强。这一切都对军事法治构成多重挑战。

我国军事法学产生于依法治军、军事法治建设的实践需要。

军事法研究伊始，学者们尤其是以军队学者为主导的研究群体就明确地提出以创建有中国特色的军事法学为目标，立足于我国的国情和军情，着重考察我国当代及历史上的军事法建设情况，为我国军事法体系初建做出了很大贡献。但是，也应该看到：在法学学科丛林中，军事法研究至今仍未达到应有的学术水准和高度。军事法研究不够开放、军地学者间没有交流渠道与对话平台、对外军军事法治理理论和实践关注不到位、国际法规则和国内规则整合欠缺，都影响了军事法学的发展。军事法学除了面临学科基本问题的系统梳理，军事法规范体系的建构外，还应积极回应实践需求，解决不断涌现的新问题，构建理性的军事法律制度。因此，加强军事法学研究已变得十分迫切，军地学者们应携手并进，不负时代期望，勇担时代重任，共同推进军事法学的繁荣。

☆ 对军事法研究所获得的智识成果理应由一种学术载体予以汇集、整理、存储和传播。中国政法大学法学院和军事法研究所创办的《中国军事法学论丛》，借助军地军事法学研究的学术资源和知识积累，旨在为一切对军事法有兴趣的学界同仁打造一个展示自身学术见解和观点的论坛，提供一个学术交流和互动的平台，并构建一个有着共同学术信仰和追求的精神家园。为此，我们倡导：

《论丛》坚持开放的办刊理念。军事法学的研究在我国法学研究中相对单薄，唯有坚持开放心态，摒除学科壁垒，呼吁军地所有研究人员携手努力，密切关注国内外军事法学的发展进步，才能迎头赶上，有所作为。

《论丛》认同独特的“学者”身份。向本刊投稿的作者，我们不问您的职业和角色，一律认同您具有共同的“学者”身

份。我们所欢迎的论文，理应展现着您独特的学术观点、新颖的论据材料、严谨的论证路径和流畅优雅的语言。

《论丛》尊重自我的研究品格。本刊所刊登的论文，仅代表作者本人的学术观点和立场，并不代表本刊的观点和立场。《论丛》是个人学术精神、人文关怀和军事法学专业素养自我展现的平台。

《论丛》强调严谨的学术规范。本刊殷切欢迎有较强原创性、思想性，能严格遵守行文规范和注释体例的论文，拒绝写作不规范、抄袭、剽窃和一稿多投等学术不良和欺骗行为。

《论丛》欣赏务实的治学风格。论文应有深刻、务实的“问题意识”，紧盯当下国内外军事法制的最新发展，着眼涉及军事法的热点事件和行为，我们不赞赏脱离实践的学究式研究，也反对繁琐、空洞的唯理论至上情结。

《论丛》将秉持理性反思和自由批判的学术风格，为精进军事法研究而踵事增华！

☆

目 录

卷首语

- 1 构建军事法学者的共同精神家园

基础理论

- 1 我国军队职能的拓展与军事法的发展 / 肖凤城
- 21 论美国军事法的价值理念 / 于恩志
- 39 论晚清军事法的特点 / 闵光玉

66 运用科学发展观 反思与重构军事法学

学科体系/ 周 健

专题研究

80 军人法律地位研究 / 薛刚凌 赵东斌

109 积极应对科学技术发展对军事立法的影响/ 王 梅

☆

129 预决与信任/ 林晓坤

——以马利门案所涉及的统帅权动用为例

147 战时缓刑制度研究/ 张进红 张传江

175 论军队中命令的执行/ 夏 勇

204 试论军事刑事诉讼的特有原则/ 李佑标

224 关于捕获法院的若干问题刍议/ 谢 丹

239 论武装冲突中的习惯国际人道法/ 周忠海

265 核威慑阴霾下的“法庭不知法律” / 林亚松

——浅析 1996 年 7 月 8 日海牙国际法院关于使用

或者威胁使用核武器合法性的咨询意见

281 “反恐战争”对武装冲突法的冲击和挑战/ 田士臣

303 “反恐战争”下的另类审判/ 李卫海

——美国军事审判委员会略介

318 适用于非国际性武装冲突的国际人道法渊源

研究/ 王祥山

学术译介

342 战后正义何以可能? / Richard P. Dimeglio

——正义战争理论的最新进展

403 略论美国最高法院与军事特别法庭管辖权

之界定/ Brian C. Baldrate

——围绕 Hamdan V. Rumsfeld 案所作的考察、批判与建言

467 转捩与变迁 / Anthony Cullen

——论国际人道法上国内武装冲突范围的重大发展

资料荟萃

518 武装冲突中的国际习惯人道法规则 / 日内瓦国际红十字委

员会 (ICRC) 编纂

学苑百家

540 始终高擎开放的学术大纛

——中国政法大学军事法学研究所速写

附：稿约及注释体例

☆

543 《中国军事法学论丛》稿约

544 《中国军事法学论丛》注释体例说明

➤ 基础理论 ◀

我国军队职能的拓展与军事法的发展

肖凤城*

内容提要：最近十几年，由于国内外形势的变化，我军同其他一些国家的军队一样，参与执行反恐怖、灾害和灾难救助、公共卫生和社会安全事件处置等任务，我军的职能有所拓展。根据建设社会主义法治国家的理念，军队职能应当法定。因此，需要探讨军队职能拓展与职能法定化之间的关系，研究解决由此引起的国际法和国内法问题。本文对我国宪法关于军队职能的规定作了研究，论述了宪法的规定对我军新职能的涵概情况，并进一步探讨了我军在执行新的职能任务时需要解决的若干主要的国际法和国内法问题。

关键词：军事法 军队职能 法制建设

最近十几年，在国际大背景和国内新情况的综合作用下，我国军队的职能逐渐拓展。一是我军走出国门，参加联合国维持和平行动，参加双边或者多边的国际反恐怖军事演习，参加对外国遭遇自然灾害的救助行动，以及执行国际合作和援助任务等；二是我军在国内执行任务，参加自然灾害、事故灾难、

* 作者简介：肖凤城，中央军委法制局法制员，大校军衔。

突发公共卫生事件和严重社会安全事件的处置行动。我军执行上述任务，有的曾有先例，但大多是前所未有的。即使是曾有先例的任务，就其行动机制的稳定性、明确性而言，也是前所未有的。在国家实行依法治国方略、我军贯彻依法治军方针的大背景下，如何确保我国军队职能的拓展在法制轨道上运行，不断探索解决军队履行新职能遇到的法律问题是本文的研究重点所在。另外，本文也探讨军队职能的拓展与职能法定化之间的关系、我国军队职能的拓展在国际法和国内法方面的相关问题。

一、军队职能的法定化

根据历史学家的研究，至少在公元前1500年，就已经出现了国家的常备军^①，把军队与国家的其他机构稳定地区分开来。从那时以来，国家常备军（以下称军队）的职能既有一定的稳定性，也有一定的变动性。军队职能的稳定性是由军队掌握国家最强的暴力手段决定的，凡是需要采取最强的暴力手段处理的事项，便稳定地纳入军队的职能范围，比如武装进入和占领别国、抵抗外国侵略、镇压国内的武力颠覆活动等。军队职能的变动性则是由军队的高度组织性和机动性以及国家控制局势的特殊需要造成的。国家维持社会治安、进行社会管理、惩治犯罪和解决纠纷等事务，平常都由警察、行政机关和司法机关担

① 公元前1580—1557年，埃及阿莫斯统治时期，建立了强大的中央集权统治，并建立了埃及历史上第一支常规军队。公元前700年，亚述国王提格拉特·比利萨三世建立了当时世界上最有效的军事、经济和行政管理机构，其中军队是这一体制的核心，他废除了后备队，建立了正规的常备军。见《哈珀—柯林斯世界军事历史全书》，中国友谊出版公司，1998年版，第4页、第8页。

负，但当国家出现严重的骚乱、动乱、暴乱或者灾害，警察、行政机关、司法机关无法履行职能，甚至正常的社会经济活动都无法进行时，国家就有可能动用军队代行警察、行政机关、司法机关甚至生产组织的职能。但军队的这些职能并不是经常的、稳定的，而是在特殊情况下担负的。在 18 世纪以前的漫长岁月中，由于国家没有进入法治化状态，国家权力包括军权掌握在极少数人手中，因而动用军队缺乏稳定、明确的章法，军队职能总体上处于不稳定状态。

法国大革命产生了通过法律使军队职能有限化、稳定化的思想和实践。法国大革命的胜利成果《人权宣言》第一次明确提出了军队为人民而设立的思想。宣言第 12 条规定：“人权的保障需要有武装的力量；因此，这种力量是为了全体的利益而不是为了此种力量的受任人的个人利益而设立的。”以《人权宣言》为基本原则制定的法国 1791 年宪法以国家根本大法的形式贯彻了这一思想。该宪法第四篇“武装力量”中的第一条规定：“武装力量的设立是为了对抗外部敌人而保卫国家以及确保内部秩序的维持和法律的施行。”这一规定明确了武装力量的职能包括两个方面，一是对抗外部敌人、保卫国家（这一职能被称为军队的“外部职能”）；二是维护内部秩序、施行法律（这一职能被称为军队的“内部职能”）。这两项职能都因宪法的这一规定而实现了法定化。但是，在这部宪法中，这两项职能的法定化有所不同，前一项职能的法定化是由宪法的这一规定直接实现的，后一项职能的法定化则需要进一步引据法律的具体规定。该宪法接下去的规定表明了这一点，比如第 7 条规定：“用以对抗外敌保卫国家安全的武装力量的各部分的行动，由国王命令之。”表明军队的外部职能直接通过宪法授权给国

☆

王。第8条规定：“任何正规军军团或分队非经合法征调，不得在王国之内有所行动。”第10条又规定：“王国内部征调武装力量之权属于文官，并应按照立法权所规定的规则。”^①表明军队的内部职能并没有明确授予某一机构，而是由法律另行规定。

由《人权宣言》所开创的军队职能法定化的思想和实践在此后成为越来越多的法治国家的立法和实践。至19世纪下半叶，世界大多数法治国家都实行了正规军基于体制^②，以宪法和法律的形式明确军队的职能，军队职能进入了法定化状态，并且基本上都限于上述两项职能以及两种法定化方式。

☆ 我国也实现了军队职能的法定化。中华人民共和国成立前夕（1949年9月29日），中国人民政治协商会议通过的宪法性文献《共同纲领》第10条规定：“中华人民共和国的武装力量，即人民解放军、人民公安部队和人民警察，是属于人民的武力。其任务为保卫中国的独立和领土主权的完整，保卫中国人民的革命成果和一切合法权益。”1954年我国第一部宪法第20条规定：“中华人民共和国的武装力量属于人民，它的任务是保卫人民革命和国家建设的成果，保卫国家的主权、领土完整和安全。”我国1975年宪法第15条第4款规定：“中华人民共和国武装力量的任务，是保卫社会主义革命和社会主义建设的成果，保卫国家的主权、领土完整和安全，防御帝国主义、社会帝国主义及其走狗的颠覆和侵略。”我国1978年宪法第19条第3款

① 上述关于《人权宣言》和法国1791年宪法的内容，均见《世界宪法全书》，青岛出版社，1997年版，第893、904页。

② 参见《苏联军事百科全书》，解放军出版社，1986年版，第2卷第927页“正规军”：“大多数西欧国家以及日本，在十七至十八世纪就建立有正规军。……在和平时期供养一支人数众多的军队，是国家经济的一种负担。因此，在十九世纪下半叶，大多数欧洲国家以及日本都转而实行建立正规军的基于体制。”

规定：“中华人民共和国武装力量的根本任务是：保卫社会主义革命和社会主义建设，保卫国家的主权、领土完整和安全，防御社会帝国主义、帝国主义及其走狗的颠覆和侵略。”我国 1982 年宪法第 29 条第 1 款规定：中华人民共和国武装力量的任务是“巩固国防，抵抗侵略，保卫祖国，保卫人民的和平劳动，参加国家建设事业，努力为人民服务”^①。

我国历次宪法和宪法性文献关于武装力量职能的规定在范围上有所不同，并且呈现出起伏式的变化。它们都对武装力量保卫国家主权、领土完整和安全的职能（外部职能）表述得十分明确，但是对于武装力量保卫人民和平劳动等职能（内部职能），有的表述得很明确，有的表述得不那么明确。《共同纲领》与 1982 年宪法的表述最为相近，不但明确规定了外部职能，而且也明确规定了内部职能。特别是《共同纲领》中关于“保卫中国人民一切合法权益”的表述直接体现了军队职能的法定化。1954、1975 和 1978 年宪法对外部职能的规定也是明确的，但对内部职能的规定看上去不同于《共同纲领》和 1982 年宪法。这三部宪法都把关于外部职能的表述放在后面，而将应作内部职能理解的“保卫革命和建设成果”的表述放在前面，并且对内部职能的明确化、法定化都没有作出明文表述。

☆

① 这里需要注意的是，我国宪法第 29 条规定的是我国武装力量的“任务”而不是“职能”。汉语词典对这两个词语的解释是密切相关的。商务印书馆 2005 年出版的《现代汉语词典》（第 5 版）第 1151 页解释“任务”的词义是：指定担任的工作；指定担负的职责。第 1750 页解释“职能”的词义是：人、事物、机构应有的作用；功能。根据词典解释的词义，我们不难理解，宪法规定的我国武装力量的任务，也就是宪法明确由武装力量担负的职责，这样，这种任务也就成为我国武装力量的应有的作用或者功能。所以，宪法第 29 条的规定也就是关于我国军队职能的规定。

我国现行的1982年宪法对内部职能的规定很有特色,作了三个表述:1. 保卫人民的和平劳动;2. 参加国家建设事业;3. 努力为人民服务。这三个表述可以理解为三层意思,一是维护社会秩序,二是参加国家建设,三是担负人民需要军队做的其他任务。显然,1982年宪法对军队职能的规定非常宽。但是今天看来,宪法对军队职能作涵盖面宽的规定恰恰适应了军队职能拓展对宪法的需求。我认为,宪法对军队职能的规定关键在于职能范围的宽窄^①,而在于明确军队职能的法定化。对此,1982年宪法第5条作了规定:“中华人民共和国实行依法治国,……一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”。所以,我国宪法明确规定了军队职能的法定化,同时,我国《国防法》^②以及其他法律^③

☆
① 经查阅,美国、英国、法国等绝大多数国家的宪法都没有对军队职能的实体性范围作出明确的规定,但对于动用军队的程序性权力却作出了明确的规定。这表明,在宪法上,军队职能的法定化主要是指动用军队的程序性权力的法定化,有了这样的宪法性规定,军队的职能基本上就不会被随意地扩大或缩小。从这个意义上讲,宪法可以不对军队的职能作实体性的规定,或者宪法可以对军队的职能作涵盖面较宽的实体性规定,以适应国家和人民对军队的需要。我国现行宪法就属于后一种做法。

② 《国防法》对军队职能的法定化作了十分明确的规定。该法第17条关于军队职能的规定基本重述了宪法第29条的规定。紧接着,国防法第18条的规定重述了宪法第5条的规定,即“中华人民共和国的武装力量必须遵守宪法和法律”。但是接下来,国防法第22条的规定使上述两条规定得到了明确和具体化,即“中国人民解放军现役部队是国家的常备军,主要担负防卫作战任务,必要时可以依照法律规定协助维护社会秩序”。这一规定包括三个要点:第一,主要担负防卫作战任务;第二,必要时依照法律的规定担负其他任务;第三,协助维护社会秩序,当然包括执行戒严任务以及执行反恐、灾害救助等任务。但在这里似乎看不出关于我军出境参加国际维和行动及执行国际合作与援助等任务的法律规定。关于这方面,国防法在第11章(第65条和67条)中作了规定,即“中华人民共和国……独立自主地处理对外军事关系,开展军事交流与合作”,“中华人民共和国在对外军事关系中遵守同外国缔结或者加入、接受的有关条约和协定”。

③ 其他法律主要有《戒严法》、《军队参加抢险救灾条例》等。

对军队履行职能也作了进一步的规定。

二、我国军队职能的拓展

二战结束后不久，世界许多国家的军队职能开始发生拓展性的变化。如果我们把此前军队实际履行的职能称为军队的“传统职能”，那么各国军队在最近十多年中履行了越来越多的“非传统职能”。这些非传统职能包括以下几个方面：1. 执行联合国维持和平行动；2. 打击恐怖主义；3. 参加自然灾害、事故灾难和突发公共卫生事件的救助行动；4. 执行国际合作和援助任务。各国军队的职能向非传统领域发展的原因可以概括为以下几个方面：一是联合国维和行动体制形成并向前发展；二是恐怖主义、极端主义和分裂主义对国际和平与安全造成威胁；三是重大自然灾害、事故灾难和突发公共卫生事件受到国际社会的普遍重视；四是包括军事合作在内的国际合作向纵深发展。

我军职能的拓展也许可以将 1992 年作为开端。这一年，中国政府派遣工程兵部队参加联合国驻柬埔寨临时权力机构的维持和平行动^①，我军执行这样的任务在历史上是第一次^②。自那时以来的 15 年间，我军担负了大量履行非传统职能的任务，这些任务可以概括为以下四个方面：

① 我军分两批共派遣 800 名官兵赴柬参加维和行动，在 18 个月内完成了机场、公路、桥梁等多项工程建设和维修任务，其中修复和扩建机场 4 个，修复公路 4 条共 640 公里，新架设和修复桥梁 47 座，并完成了其他大量的勤务工程，为保障联柬维和部队行动的顺利实施作出了贡献。见中华人民共和国国务院新闻办公室 1998 年 7 月发布的《中国的国防》白皮书，第 36 页。

② 我军历史上也曾出境执行任务，例如 1950 至 1953 年赴朝鲜进行抗美援朝战争，但部队的性质属于“志愿军”，任务的性质属于军队的传统职能。