

XINXI SHIDAI ZHANZHENG  
FALI YANJIU

# 信息时代战争 法理研究

毛国辉 著



军事科学出版社

本书由国防科学技术大学  
学术著作专项经费资助出版

# 信息时代战争 法理研究

毛国辉 著



军事科学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

信息时代战争法理研究/毛国辉著. —北京: 军事科学出版社, 2006. 11

ISBN 7-80137-916-0

I. 信… II. 毛… III. ①战争法—法的理论—研究②战争—关系—法律—研究 IV. D995

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 134191 号

**军事科学出版社出版发行**

(北京市海淀区青龙桥/邮编: 100091)

电话: (010) 62882626

经销: 全国新华书店

印刷: 北京鑫海达印刷厂

开本: 850×1168 毫米 1/32

版次: 2006 年 11 月北京第 1 版

印张: 9.75

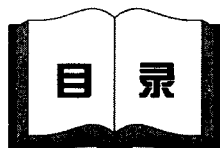
印次: 2006 年 11 月第 1 次印刷

字数: 233 千字

印数: 1—2000 册

书号: ISBN 7-80137-916-0/E·617

定价: 25.00 元



## 上 篇 战争法制理念

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 第一章 战争与法律的一般关系 .....            | ( 3 ) |
| 一、战争与法律的关系 .....                | ( 3 ) |
| 二、现代战争对军事立法的基本要求 .....          | (13)  |
| 三、信息化战争条件下我军军事立法的价值<br>取向 ..... | (21)  |
| 第二章 信息化条件下的现代战争与战争法 .....       | (30)  |
| 一、战争法的产生和发展 .....               | (30)  |
| 二、信息化战争中的国际法和战争法 .....          | (39)  |
| 三、中国军队与战争法 .....                | (51)  |
| 第三章 战争法制理念与现实 .....             | (57)  |
| 一、战争法制的理论基础 .....               | (57)  |
| 二、战争法的价值和理念 .....               | (76)  |
| 三、战争法制的现实 .....                 | (88)  |

## 中 篇 战争法律制度

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 第四章 战争权的法理研究 .....     | (97)  |
| 一、战争权之法律限制 .....       | (97)  |
| 二、对“先发制人”战略的法理分析 ..... | (112) |

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| 三、战争权制度法理学分析·····                | (117) |
| <b>第五章 现代战争与国家主权问题</b> ·····     | (129) |
| 一、主权和人权关系之界定·····                | (129) |
| 二、民族自决权与国家主权·····                | (138) |
| 三、人道主义干涉与国家主权·····               | (145) |
| 四、国际人道主义援助的法理分析·····             | (150) |
| <b>第六章 现代战争与人道主义保护</b> ·····     | (156) |
| 一、国际人道法的发展概况·····                | (156) |
| 二、国际人道主义保护的主要内容·····             | (158) |
| 三、现代战争中对本国公民权利的保护·····           | (169) |
| 四、国际人道法的实施机制·····                | (174) |
| <b>第七章 现代战争的武器使用规则</b> ·····     | (180) |
| 一、战争法对武器使用的规定·····               | (180) |
| 二、新武器的审查机制·····                  | (187) |
| 三、信息时代武器装备的发展趋势及对战争法的<br>影响····· | (193) |

## 下 篇 战争法制实践

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| <b>第八章 现代战争中的法律实施</b> ····· | (211) |
| 一、现代战争中运用法律的基本形式·····       | (211) |
| 二、战时军事司法·····               | (218) |
| 三、现代战争中的法律顾问制度·····         | (227) |
| <b>第九章 现代战争中的法律战</b> ·····  | (234) |
| 一、法律战的概念和本质·····            | (234) |
| 二、法律战的特点·····               | (241) |
| 三、法律战在现代战争中的作用·····         | (246) |
| 四、法律战的保障机制·····             | (254) |
| 五、美军法律战研究·····              | (258) |

---

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 第十章 战争犯罪及法律责任 ..... | (271) |
| 一、战争犯罪的概念及发展 .....  | (271) |
| 二、战争犯罪的刑事审判 .....   | (280) |
| 三、战争法律责任 .....      | (286) |
| 主要参考文献 .....        | (300) |
| 后 记 .....           | (302) |



**上 篇**

**战争法制理念**



## 第一章 战争与法律的一般关系

对人类而言,战争并非陌生的概念,甚至早在原始部落或集团之间便存在着仇杀或复仇的行为——原始人的战争。著名的人类学家拉德克里夫·勃郎在描绘原始澳大利亚人之间的战争时指出:“在某些共同体中,如在澳大利亚游牧部落中,进行战争通常是由一个集团对应向所遭受的伤害负责的另一集团所实行的一种复仇行为,而其程序则由等于现代国家的国际法的一批公认的习惯来加以调整。”<sup>①</sup>战争的发展推动了法律的产生、发展和进步,另一方面,战争又越来越受到法律的调控和制约。法律也是提高军队战斗力的倍增器,法律对保证国家安全、促进国防建设、规范作战行为、制约武装冲突等方面,产生了独特的作用。而且,这种作用正在被越来越多的国家认识和重视,并得到越来越充分的发挥。

### 一、战争与法律的关系

#### (一) 战争是法律产生和发展的催化剂

战争和法律都是一个历史范畴,是人类社会发展到一定阶段的产物。不过,战争的起源要早于法律的产生,而且战争是法律产生的催化剂。

1. 战争导致了氏族习惯向法律转变。在原始社会前期,人类是一个和平美好、既无战争也无法律的时期,这时社会组织是一种非常美妙的制度,“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国

---

<sup>①</sup> [澳] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 368 页。

王、总督、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条不紊的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决……”<sup>①</sup>直到原始社会后期，氏族“能够处理在这样组织起来的社会内部一切可能发生的冲突。对外的冲突，则由战争来解决”<sup>②</sup>，在原始社会后期，各个氏族、部落的生活地域不同，发展程度不同，财富不同，利益不同，往往导致战争的爆发。战争又加强了军事首长的权力，他们由选举产生逐渐变为世袭制。随着部落之间战争的加剧，氏族公社把战争中俘虏来的人员变成奴隶，随着私有财产关系的产生，许多贫穷的氏族成员也沦为了债务奴隶，这样，氏族内部出现了身份等级的差别和矛盾，氏族成员原有的血缘亲和关系代之以奴役、剥削和压迫关系，阶级随之产生。此时，社会上的集团已经不能依氏族组织来划分，而只能依阶级的利益来划分了，调整社会关系的职能由新的公共权力和新的社会规范来担任，这就是国家和法律。这个过程用恩格斯的话来说就是：“氏族制度已经过时了。它被分工及其后果即社会之分裂为阶级所炸毁。它被国家代替了。”<sup>③</sup>可见，战争所导致的原始社会调制机制的崩溃，为法律的形成创造了条件。

战争起源于原始社会后期，而战争的频繁爆发最终推动了国家和法律的产生，正如马克思所说：“暴力是每一个孕育着新社会的旧社会的助产婆”，所谓“刑起于兵”就揭示了法律与战争的不解之缘。从历史上看，最初的法律是在原始氏族习惯的基础上逐渐演变发展而来的，这些氏族习惯向法律转变，或者是直接由氏族内部发展起来的阶级冲突和矛盾完成的，或者是由站在氏族外面的外来人集团反对该氏族贵族集团的战争以及这一战争的

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第92页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第154页。

③ 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第165页。

胜利完成的，如古罗马法的产生即带有这个特点。所以，战争在法的产生过程中起到了极其重要的作用，可以说，战争是法律产生的催化剂。不过，战争并不是法律产生惟一的催化剂，如古希腊雅典氏族习惯向法的转变，则是历史上发生的一系列政治改革的结果。

2. 战争的胜利推动法制发展和进步。恩格斯曾指出：“所有通过革命取得政权的政党或阶级，就其本性说，都要求由革命创造的新的法制基础得到绝对承认，并被奉为神圣的东西。”<sup>①</sup> 这说明，任何在战争中取得胜利的阶级若要建立和巩固一定的社会秩序，维护本阶级的利益，就必须借助于法律，特别是要借助适合于新的生产关系、能推动生产力发展的新型法律，把自己的意志上升为国家意志，并保证它的实施。于是，一些原来落后的国家或民族借战争胜利之机，学习和借鉴其他国家法制建设经验，废除原来的旧法，完成了本国或本民族的法制改革。如公元5世纪，日尔曼（德意志）人在征服罗马帝国后，为情势所迫逐步抛弃和改革了本氏族的制度与习惯，建立了封建国家和封建制法。因此，恩格斯说，日尔曼人的法“是作为征服外国广大领土的直接结果而产生的”<sup>②</sup>。

在德国、日本等国，资产阶级在夺取政权的过程中及民族统一运动胜利后，也都通过立法的方式，巩固自己的胜利成果。可以说，资产阶级法律的产生和资产阶级革命或战争胜利的过程是交织在一起的，如果没有资产阶级革命和民族统一运动的胜利，资产阶级法典的出现是难以想象的。正如《共产党宣言》中所指出的：“只有用暴力推翻全部现存的社会制度才能达到。”这一观点恰如其分的阐述了战争与阶级社会制度、战争与法的历史类型更替的关系，也证明了马克思主义的法制发展观：一切落后民族

① 《马克思恩格斯全集》第36卷，人民出版社1960年版，第238页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第166页。

均可以在战争胜利的基础上,学习、借鉴和吸收先进民族的经验,迅速完成本民族法律制度的变革,从一种法的历史类型进入到另一种法的历史类型,甚至跨越某一历史类型,进入更高一级的法的历史类型,建立新的政治制度和法律制度,从而完成法律的演进,包括法律的精神、原则及法的本位的演进。

美国军事法的产生和发展证明了这一点。美国的前身是英国在北美大陆东海岸所建立的 13 块殖民地,在独立战争前它适用英国法律,独立战争胜利后,它通过了自己的《独立宣言》,以后《独立宣言》便成为美国资产阶级宪政制度的法律基础。同时,美国军事法既是战争的产物,又在战争中不断得到发展和完善。1775 年 4 月,英军与殖民地民兵在马萨诸塞的列克星敦和康科德发生武装冲突,波士顿人民举行武装起义,殖民地人民反对英国统治的独立战争由此爆发。在独立战争期间,第二届大陆会议分别于 1775 年 6 月 30 日和 1775 年 11 月 28 日仿照英国陆军和海军的军事法,颁布了《陆军战争条款》,这就是美国军事法的最初形态。并且其所继承的英国军事法传统直到第二次世界大战结束以后,1951 年《统一军事司法典》生效,一直在本质上保持不变。美军的一种传统观点认为,军队的最终目标不仅是进行战争,而且是赢得战争。军事法必须最大可能地帮助军队提高其战斗效能,而其检验则只能在战争中才得以进行。战争对现有的军事法体系进行了检验,战后对军事法律体系在战争中的作用加以总结,包括已有的军事法律制度是否符合军队发展的目标以及是否有利于促进军队建设,这就在某种程度上促进了军事法的发展和完善<sup>①</sup>。

我国社会主义法律制度的建立也体现了这一规律。随着中国人民反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义反动统治的解放战争的胜利,无产阶级夺取了政权,起着新中国临时宪法作用的

<sup>①</sup> 周健、于恩志:《美国军事法》,海潮出版社 2002 年版,第 22 页。

《中国人民政治协商会议共同纲领》规定：“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令，建立人民司法制度。”简言之，无产阶级在取得胜利后，建立了社会主义的法律制度和法律体系。可见，战争和法的历史类型的更替，都是社会经济、政治矛盾发展到一定程度的结果，战争可以促进社会加速发展，加速法制的转型和变革。

总之，战争与法律是对立统一的关系。战争会破坏平时的法律制度，甚至可能会使宪法全部或部分权利受到合法的限制。同时，战争必须遵守与战争相关的法律，如战时法、军事法、战争法，等等。没有这些法律的保证，战争不可能取得全面胜利，甚至还要受到战争法的制裁。自古以来，无数次战争产生了大量的国内战争法，如紧急状态法、动员法、战时军事行政法、战时军事刑法、战时军事刑事诉讼法。所以，战争的存在不仅改变了法律适用的社会条件，而且产生了适合战争需要的战时状态法。

## （二）战争和法律共同服务于政治

1. 战争是政治的继续，法律是政治的重要内容。战争和法律虽然都是一种历史现象，它们从来就不是孤立的、离开社会发展进程而独立存在的东西。马列主义曾深刻地揭示了战争和法律这两个社会现象与政治的内在联系。马克思主义认为，政治是产生战争的原因，战争是为了达到政治目的而进行的暴力活动，是为政治服务的，是达到政治目的的手段。他指出：“危机的军事原因在某种程度上是和它的政治原因联系着的。”<sup>①</sup> 列宁更是明确地指出：“把每次战争都看作是当时各有关国家（及其内部各阶级）的政治的继续。”<sup>②</sup> 同时，马克思和恩格斯在他们合写的《德意志意识形态》一书中曾指出：“法律是由统治者的共同利益

---

① 《马克思恩格斯军事文集》第5卷，战士出版社1981年版，第41页。

② 《列宁军事文集》，战士出版社1981年版，第205页。

所决定的意志的表现。”在《共产党宣言》中，马克思和恩格斯深刻地揭露了资本主义法的本质，指出：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”<sup>①</sup>马克思和恩格斯的这段话虽然是针对资本主义法的本质而说的，但它同样具有普遍意义，各国家、政治集团的法律都是集中反映统治阶级的根本愿望和共同要求，代表着统治阶级的整体利益，一切法律和制度都具有政治的目的。可见，马克思主义战争观和法制观的契合点就是政治，即战争是政治的继续，法律是体现政治的重要手段，它们共同为政治服务，为统治阶级服务。

对于一个国家来说，战争主要是其对外政策，法律主要是对内政策，实际上，每个国家都是实行统一政策的，不可能存在彼此独立的截然分离的两种政策。对外政策和对内政策只是反映统治阶级利益的两个方面。法律代表统治阶级的根本的长远利益，更直接地反映社会的经济和政治结构，战争则是其政策的继续。列宁论述了战争与战前政策的关系，他说：“任何战争都是同产生它的政治制度分不开的。某个国家或某个阶级在战时所实行的政策，必然是它们在战前长时期内所实行的政策的继续，只不过在行动方式上有所不同罢了”，“每个国家、每个阶级所发动的任何战争与它们战前的政策有着密切的经济的和历史的联系”<sup>②</sup>。可以说，对内政策更确实地反映战争的本质。列宁还指出：“战争的性质及其胜利主要取决于参战国的国内制度，战争是该国战前所实行的国内政策的反映，所有这一切在进行战争时必然会反映出来。”<sup>③</sup>列宁关于战争与战前政策的关系，实质上说明了战

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1972年版，第268页。

② 《列宁全集》第24卷，人民出版社1958年版，第369页。

③ 《列宁全集》第30卷，人民出版社1958年版，第130页。

争与法律在服务于政治中的互动关系，战争是法律本质的一种反映，而法律又必须为战争服务。卷入战争的社会集团，在严酷的战争面前，不得不重新审查其政策，不得不重新制定符合战争需要的法律和政策，使之适应战争中出现的新情况和新任务。如苏联在卫国战争时期，把国内的政策转变为以对待德国法西斯战争的态度来区别谁是人民、谁是朋友、谁是敌人的政策，把原来以和平建设为主的经济政策转变为一切为了前线作战的战时经济政策，把文化政策转变为宣传、号召人民群众参加作战、为战争服务的政策<sup>①</sup>。

2. 战争和法律最终是阶级利益冲突的结果。如前所述，一个国家政治目的确定之后，统治阶级就需要通过外交的、经济的、法律的、文化的手段来实现它。如果这些手段达不到政治目的，矛盾将继续存在和发展，当矛盾达到最激烈、最高程度时，就只有用战争来解决矛盾。不过，战争只是解决矛盾的一种方法，而不是惟一的方法。而且马克思主义还认为，“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关”<sup>②</sup>。恩格斯在分析德国 1524 ~ 1525 年农民战争时说：“16 世纪的所谓宗教战争也根本是为着十分明确的物质的阶级利益而进行的，这些战争，同稍后时期英国和法国的国内冲突完全一样，都是阶级斗争。”<sup>③</sup> 可见，战争对政治的反映只是一种表面现象，战争在本质上更是利益冲突的结果，特别是阶级利益冲突的结果。战争一经产生，它就具备了为社会集团、阶级、国家的经济利益服务的特性，战争目的就紧密地不可分割地同经济目的、经济利益联系在一起了，经济利益就成了引起战争的原因，所以，准确地说，经济利益才是战争的

---

① 邓锋：《马列主义军事理论研究》，国防大学出版社 1988 年版，第 713 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1960 年版，第 82 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 7 卷，人民出版社 1960 年版，第 400 页。

真正根源。纵观历史,在各个不同历史时期出现的战争,都是社会集团为了各自利益和目的而进行的,这才是战争真正的本质。正如恩格斯所说:“暴力仅仅是手段,相反地,经济利益是目的”<sup>①</sup>,这个目的是要获取权利,是要通过战争来改变国家间的法律关系,这点也可以从战后交战各方之间所进行的法律安排中体现出来。我们可以发现,许多战争在战争初期,战争指导者主要关注的是军事上的胜利,但在战争后期,战争指导者的主要任务就是在适当的情况下结束战争,以便在战后作出有利于自己的法律安排。法律作为社会控制的手段,是一种重要的利益分配和调整机制,它必须规定各种利益的分配,平衡各种利益关系,有时法律还是各种不同利益的相互平衡与妥协的产物。马克思也对法的利益性持十分肯定的态度,他指出:“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。”<sup>②</sup>邓小平也曾指出过:“权利义务的关系,归根到底,就是……各种利益的相互关系在政治上和法律上的表现。”所以说,战争是由阶级利益的冲突而引发的,战争的结果还需靠法律来安排、来平衡、来调整,战争只是一种手段,用法律来保障阶级利益才是统治阶级的目的。

3. 政治目的决定战争的合法性。战争有不同的性质,有正义的、合法的革命战争,有非正义的、非法的反革命战争,弄清战争的性质,这是对待战争的态度的首要前提。那么,战争的不同性质是由什么决定的呢?马克思主义认为,决定战争性质的根本因素是每一个时代进行战争的社会集团之间的社会政治矛盾,即交战双方的政治目的。为争取社会解放和民族解放,摆脱封建压迫和异族统治阶级而进行的防御性战争是正义的战争,也是合法的战争。列宁也认为,凡是为了反抗阶级压迫和民族压迫,谋

① 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1972年版,第199页。

② 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社1961年版,第292页。

求阶级解放和民族解放，保卫国家独立、主权和领土完整，为促进人类社会进步的战争，都是防御性的进步的合法战争。同时，马克思主义从来不认为任何战争都是绝对的坏事，也不笼统地反对一切战争，有些战争代表了广大人民群众的利益和历史发展趋势，这些战争具有进步性、合理性。反对侵略战争，维护世界和平是社会主义国家的历史使命。马克思主义的正义战争观与后来联合国宪章的基本精神也是一致的。联合国宪章废除了国家的战争权，规定除自卫战争、集体自卫和集体安全行动之外的一切战争均为非法战争。在这种情况下，现代社会围绕战争的合法性和正义性的斗争更加激烈，交战一方通常以自己的战争行为是自卫为借口，或以受到合法当局的邀请为借口出兵作战。难能可贵的是，在认识战争的合法性方面，马克思主义为我们提供了锐利的武器，为我们拥护正义的、合法的战争，反对非正义的、非法的战争提供了理论依据。

### （三）战争法体现了战争规律，又对战争起制约作用

战争是人类社会特有的现象，它同其他事物一样，存在着内部矛盾及其运动发展规律，人们可以通过战争实践认识和掌握这些规律。“在表面上看是偶然性在起作用的地方，这种偶然性始终是受内部的隐蔽着的规律支配的，而问题只是在于发现这些规律。”<sup>①</sup>人们为了进行战争并在战争中取得胜利，必须掌握和运用战争过程中的策划、指挥、组织、监督等行为<sup>②</sup>。恩格斯也说过：“海上和陆上的军事行动，便不再服从外交官的愿望和计划，而服从它自己的规律，违反这些规律，就不免使整个远征军遭受危险。”<sup>③</sup>马克思和恩格斯通过战争实践揭示出很多战争规律，如人民战争规律，统一作战、协同作战规律等三大战争规律制约

① 《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社1964年版，第341页。

② 周健：《中国军事法的传统》，海南出版社2006年版，第1页。

③ 《马克思恩格斯全集》第10卷，人民出版社1960年版，第3页。