



中外军事法学精品文丛

ZHONGWAI JUNSHI FAXUE JINGPIN WENCONG

主编：薛刚凌

中立法研究

◆ 肖凤城/著



人民出版社



中外军事法学精品文丛

ZHONGWAI JUNSHI FAXUE JINGPIN WENCONG

主编：薛刚凌

中立法研究

◆ 肖凤城/著



人民出版社

责任编辑:张 立

版式设计:边 娜

责任校对:胡 佳

图书在版编目(CIP)数据

中立法研究/肖凤城 著. —北京:人民出版社,2016.5

(中外军事法学精品文丛/薛刚凌主编)

ISBN 978-7-01-016226-3

I. ①中… II. ①肖… III. ①中立法-研究 IV. ①D995.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 104128 号

中立法研究

ZHONGLIFA YANJIU

肖凤城 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京汇林印务有限公司印刷 新华书店经销

2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:15.5

字数:225 千字

ISBN 978-7-01-016226-3 定价:52.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

总 序

在新国家安全观指引下繁荣中国军事法学

2015年,正当《中华人民共和国国家安全法》公布施行、我国国防和军队改革方案确定并实施之际,中国政法大学军事法研究中心与人民出版社商定,共同推动出版《中外军事法学精品文丛》。学术从来都是社会生活的理论升华。出版这个文丛,正是顺应了在“中国梦”背景下对“强军梦”的追求,在“总体国家安全观”指引下对国家军事制度的全新安排,在新的战争形态浮现眼前时对未来战争规则的思考,以及在纷繁复杂的国际安全形势中对构建国际军事法律新秩序的期望。

繁荣军事法和军事法学,是“强军梦”的题中应有之义。党的重要文献一再强调,必须坚持富国与强军相统一。“中国梦”是中华民族振兴的伟大梦想,“强军梦”是“中国梦”的重要组成部分,也是实现“中国梦”的重要步骤。正如习近平总书记所指出的,依法治军、从严治军是强军之基。要实现“强军梦”,不仅要有坚定的信念、先进的武器装备和良好的训练,还必须要有铁的纪律和科学的制度,也就是要有现代法治意义上的军

事法。军事法十分古老,古人说“刑起于兵、师出以律”、“大刑用甲兵”,自古以来军事活动就与刑法密不可分,从这个意义上讲,军事法贯穿人类军事史。但军事法同时又十分年青,现代法治意义上的军事法萌芽至今不过三四百年历史,20世纪初以来军事法更是发生了翻天覆地的发展变化。对于我国而言,改革开放以来的军事法,不啻是一个全新的法律领域、全新的法治事业。在发展中国当代军事法的进程中,军事法学的繁荣发展发挥着巨大的作用。而今天,军事法学的繁荣发展又与实现“中国梦”、“强军梦”紧密联系在一起,成为夯实强军之基的重要举措。

总体国家安全观,是繁荣军事法学的根本指引。2014年4月,习近平总书记提出了“总体国家安全观”;2015年7月,《中华人民共和国国家安全法》对“总体国家安全观”作了法律表述:“国家安全工作应当坚持总体国家安全观,以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础,以军事、文化、社会安全为保障,以促进国际安全为依托,维护各领域国家安全,构建国家安全体系,走中国特色国家安全道路。”从这一规定可以看出,军事安全是国家安全体系中的一部分,必须以总体国家安全观为指引,扎实做好军事安全工作。为此,军事法和军事法学肩负着艰巨繁重的任务。进入本世纪第二个十年以来,我国面临的国际安全环境正在发生重大变化,世界军事变革不断向纵深发展,新旧国际矛盾错综复杂,国际政治秩序出现新的变数,对军事冲突的控制和应对遇到新情况、新困难。在这样的大背景下,我国国防与军队建设正在着手进行重大改革,军事力量的运用方式正在进行重大调整转型。无论是改革还是转型,在现代法治条件下,都需要法律制度的坚实保障。一方面,要推动中国特色军事制度全面完善,促进军民融合深度发展;另一方面,还要推动国际军事法向着公平、公正、合理的方向发展。无论是推动国内军事法还是推动国际军事法发展,都需要符合总体国家安全观的军事法学思想理论的有力指导。

新的历史条件下的军事法学研究,必须直面新的战争形态。尽管以联合国和联合国宪章为核心的国际和平与安全法律制度构建至今已有70多年,但国际社会的和平与安全秩序并不完善,战争阴影始终在天际

徘徊,国际格局的多元化和多变性依然使国际风云波谲云诡。最近十几年,不仅在阿富汗战争、伊拉克战争以及西亚北非的武装冲突中,不断出现挑战国际法的新情况、新问题,而且网络战已经成为现实,空战和导弹战成为战争常态,太空战的可能性正在上升,新的战争形态不断酝酿。随着军事技术的不断发展和军事变革的不断深入,各国将采取更多的作战样式,除了信息作战以外,还将采取空地海天一体的机动战、电子战、火力瘫痪战、海空封锁战、特种作战等。这些作战样式涉及的法律问题非常广泛和复杂,因此,相关的军事法学研究就显得十分重要,需要以更加广阔的思维,同时又以更加细致的设计,用法治的思维和方法解决当今国际社会所面临的安全监管、争端解决、全球治理、人道保护等方面前所未有的复杂问题。

重视基本理论探索,是推动军事法学发展的必由之路。任何法律都应有自己的基本逻辑,从而由此构建自己的规则体系。尽管法律可以是强制命令的结果,可以是协商协调的结果,但从根本上讲,法律的正当性并非基于其强制性或主观同意,而是基于它的合理性,而它的合理性则来自它符合客观逻辑。例如,大多数国际人道法具体规则是以条约形态出现的,而人们在理解和适用这些规则时却很少注意它们在条约法上的合理性,结果造成解释和执行上的困难。所以,对国际人道法的精细研究,就需要从条约法上探索它的客观逻辑,以条约法理论为脉络,探讨解决国际人道法所面临的造法和理解执行问题。军事法学只有建立起自己的逻辑体系,才能在国内立法和国际造法过程中增强自己的说服力、演绎力,在国内军事法和国际军事法理解执行过程中提供强有力的理论指导,否则,就会处处受阻、困难重重。从这个角度讲,推动出版这套文丛,就是要推动军事法基本理论的创新发 展,为构建军事法学基本理论体系搭建一个平台,打牢理论基础,为军事法学基本建设作出贡献。

《中外军事法学精品文丛》将尽力组织出版一定数量的军事法学研究成果以飨读者,但这将是一个任务艰巨、时间较长的努力过程,愿我们的努力最终能够不负读者的期待。

前 言

中立法是国际法的组成部分。在国际法发展史上,中立法是历史最为悠久的制度;尤其从19世纪下半叶到第二次世界大战前夕,中立法曾经十分兴盛,形成了一系列以中立法为主要内容的海牙公约及其他相关公约。二战后,中立法一度被认为过时了。冷战结束以来,中立法逐渐重新受到国际社会重视,2015年12月11日,国家主席习近平向土库曼斯坦总统别尔德穆哈梅多夫致贺信,祝贺土库曼斯坦获得永久中立国地位20周年;近20多年来编纂的国际法文献,如1994年《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》、2012年《适用于网络战的国际法塔林手册》,均将相关中立规则设专章加以编纂。

本书适应中立法发展的新形势,对中立法的兴衰历程、规则体系和发展趋势作了分析研究,提出以下主要观点:

一、中立关系的基本矛盾是“战争正义”与“公正不偏”的矛盾。

中立关系,也就是交战国与非交战国之间的关系。如何处理这种关系,存在着两种主张,一种主张非交战国应当支持交战国中正义的一方,

另一种主张非交战国应当公正不偏地对待交战各方。两种主张构成了一对矛盾,矛盾双方都有一定理据,一方要求非交战国乃至国际社会对战争的正义性进行判断,支持正义一方,不支持非正义一方;另一方要求非交战国在对战争正义无法判断时,应对交战双方一视同仁。但是,在复杂的国际关系中,这两个方面不易两全,其实质在于国际社会本身就存在着这样一对矛盾。这对矛盾,是中立的基本矛盾,它在各个历史时期左右着中立规则的内容及其被遵守的程度,可以说,中立法正是这对矛盾运动的产物。本书以分析中立关系的这对基本矛盾为核心内容,展开各个角度的分析。

二、国际社会的平权结构是中立法产生和存在的基本社会条件。

在非平权社会中,中立必然受到一个统一权力或强势权力的制约或者否定,因而无法经常存在并被普遍认可。而在平权社会中,中立不仅成为可能,而且会经常出现。以主权平等为基础的“国家间体制”,使国际社会成为平权社会,只要国际社会仍以“国家间体制”为基础,中立现象和中立制度就不会消亡。二战后,国家的战争权虽被废弃,但国际社会的平权结构并没有改变,所以中立法并未消亡。进一步说,中立法不是建立在战争权基础上,而是建立在平权社会条件下“战争客观性”的基础上,因此,在当今国际社会,中立法依然有效,在国际实践中发挥作用并在新的条件下继续发展,这是由国际社会的平权性所决定的。

三、中立法发展演变具有与国际格局演变相对应的规律。

中立法的兴衰与国际格局关系十分密切,在非多极格局下,中立受到冷落,而在多极格局下,中立往往兴盛。几个世纪的历史事实表明,“多极格局”和国际政治力量“分散时期”是中立相对兴盛的阶段,而“非多极格局”和国际政治力量“集中时期”则是中立相对衰落的历史阶段。中立的兴衰取决于国际格局中的“第三力量”。在欧洲国际团体中,英、法、德、俄四强曾经长期互为第三力量,使中立以及中立法得以发展。欧洲国际团体扩展为全球国际社会后,正是美国的兴起使其成为欧洲两大军事集团的第三力量,因而在两次世界大战前,中立都兴盛一时。在第二次世

界大战后的两极格局中,第三力量“暂缺”,中立相对处于低潮。两极格局瓦解后,国际格局走出美苏两极对抗格局,世界正在形成一个新的若干大国互为第三力量的多极格局,同时又伴随着安理会集体安全体制,在这样的国际形势下,21世纪中立的样式和中立法的内容正在产生新的发展变化。由于中国是这个多极格局中重要的一极,因而中国学者研究中立法的现实性、必要性和重要性是毋庸置疑的。

四、平时中立是国际法上中立制度的重要组成部分。

长期以来,平时中立被认为属于政治中立而不是法律中立,即对平时中立的法律性予以否定,认为只有战时中立才是法律意义上的中立。但这个观点在历史事实面前逐渐消失。两次世界大战之间,平时中立法得到了较多的发展;二战结束后,平时中立法没有停止发展的脚步。比如,永久中立受条约法的约束,永久中立国的地位以及保证国的义务都不得随意放弃或变更;《南极条约》规定了南极的非军事化,《外层空间条约》规定了月球及其他天体的非军事化,它们的非军事化地位也不得随意改变,否则,都将违反国际法。如果把平时中立看成政治问题,就等于排除对平时中立的法律调整,这不仅对维持国际和平与安全不利,也不符合平时中立具有法律意义和法律效果的客观事实。

五、中立法在联合国集体安全制度下仍继续有效并向前发展。

联合国宪章建立了集体安全制度,集体安全制度与中立法并不矛盾,这是因为中立不等于绝对的公正不偏,而是建立在战争正义基础上的公正不偏。绝对公正不偏是海牙会议那个时代中立的表现形态,而中立还可以有其他的表现形态。在不同的时代,中立的表现形态取决于中立基本矛盾的表现形式。战争正义与公正不偏是对立统一的,战争正义是实质上的公正不偏,而公正不偏是形式上的战争正义。集体安全制度在一定程度上解决了判断战争正义的问题,因而它在一定程度上改变了中立的表现形态。但是,只要集体安全制度还未达到充分完善,那么战争正义与公正不偏的矛盾就不会停止运动,中立也就客观存在。

六、联合国集体安全制度下的中立法以有条件中立为基本特征。

联合国集体安全制度有两根支柱,一是在原则上规定禁止使用武力,二是在办法上采取集体安全措施。这两根支柱触及中立的基本矛盾,对中立产生重大影响。一方面在实体上,战争权的废弃和非法使用武力判断标准的确立,为战争正义的评判提供了法律依据;另一方面在程序上,由联合国组织而不是由个别国家自己来断定使用武力的正义性,大大提高了评判战争正义的可信度。这样,在中立的矛盾天平上,战争正义一端大大加重了,同时也使集体安全制度下的中立不可能是传统意义上的中立。在联合国集体安全制度下,非交战国首先要履行集体安全义务,在这个前提下才能维持其中立。在履行集体安全义务和交战之间,中立仍有其需要和可能。正是在此范围内,当代意义上的有条件中立仍然存在着,并且由于集体安全制度远未完善而使这种有条件中立将长期存在下去。

本书的许多内容早在 1999 年就已出版面世。此后 17 年来,在阿富汗战争、伊拉克战争以及西亚北非的武装冲突中,不断出现适用中立法的新情况、新实践,战争形态也在发生重大变化,网络战已经成为现实,太空战的可能性正在增大,国内外学者对新的战争形态中的中立法问题形成了新的研究成果。作者对这些新情况、新成果进行梳理和研究,着重充实完善了关于中立的基本矛盾、中立规则和中立法最新发展情况以及发展趋势方面的内容。

目 录

前 言	1
第一章 中立的基本性质和形式	1
第一节 中立的基本性质	2
第二节 中立的形式	10
第二章 中立法的历史发展	18
第一节 中立法的出现	18
第二节 中立法在习惯法中的发展	21
第三节 中立法在实定法中的发展	25
第四节 中立法在第二次世界大战后的发展	32
第三章 影响中立法发展的主要因素	40
第一节 国际贸易发展对中立法的影响	40
第二节 政治力量对比对中立法的影响	45
第三节 国际格局演变对中立法的影响	51

第四章 中立的基本矛盾	54
第一节 中立基本矛盾的两个方面	54
第二节 中立基本矛盾的表现形态	57
第五章 战时中立的权利义务	61
第一节 中立选择权	63
第二节 中立国的通商交往权和交战国的交战权	66
第三节 公正不偏义务	70
第六章 平时中立的权利义务	76
第一节 平时中立的法律性质问题	76
第二节 永久中立的权利义务	79
第七章 集体安全体制下的中立	89
第一节 集体安全体制的两根支柱	89
第二节 集体安全体制对中立的限制	94
第三节 集体安全体制下中立的特征	102
第八章 中立地位的确立	107
第一节 国际性武装冲突中中立地位的确立	107
第二节 内战条件下中立地位的确立	112
第三节 平时中立地位的确立	116
第九章 中立规则	119
第一节 中立规则的渊源和体系	119
第二节 一般中立规则	123
第三节 人道中立规则	131
第十章 中立国允许交战国利用领土的限制	141
第一节 领土通过	142

第二节 领土庇护	149
第三节 在中立国领土上的战争活动	155
第十一章 中立国对交战国援助的限制	158
第一节 军备援助	158
第二节 资金援助和财产被征用	159
第三节 服务性援助	164
第四节 情报援助	168
第十二章 中立国经贸活动的限制	171
第一节 禁 运	172
第二节 封 锁	180
第三节 临 检	184
第四节 捕 获	187
第十三章 人道主义活动与国际组织的中立	191
第一节 人道主义活动的中立	191
第二节 国际组织的中立	196
第十四章 破坏中立的国家责任	202
第一节 破坏中立的构成	202
第二节 破坏中立的责任	207
第十五章 中立法的最新发展及趋势	211
第一节 中立法的最新发展	211
第二节 中立法的发展趋势	218
主要参考文献	224
附录 《网络战国际法塔林手册》(选译).	228

第一章

中立的基本性质和形式

中立法是 17 世纪以来国际社会逐步发展起来的调整战争或者武装冲突条件^①下交战国与非交战国之间关系的国际规则。中立法属于国际法的组成部分,对此没有争议。但对中立法是否属于战争法或者武装冲突法的组成部分,有不同看法。有的学者将其视为战争法或者武装冲突法的组成部分,因为它是适用于战争或武装冲突条件下的国际法,例如夏尔·卢梭著的《武装冲突法》将中立法包含在其中。有的学者将中立法独立于战争法,因为它调整的不是交战各方之间的关系,而是交战方与非交战方之间的关系,将其作为战争法的组成部分不符合非交战方的地位

① 这里用“条件”比用“期间”可能更为合适。因为,如果用“期间”,似乎意味着中立法只适用于战争或者武装冲突发生并持续的状态下,但随着“平时中立”的发展,在战争或武装冲突尚未实际发生的情况下,国家间签署的有关中立的条约协定已经调整着国家的行为和国家间的关系。同时也要看到,即使是在战争或武装冲突没有实际发生的情况下适用平时中立条约协定,它所面向的依然是关于战争或武装冲突可能发生的情形。所以,用“条件”一词,可以涵盖战时和平时两种情况。

和行为性质,例如《奥本海国际法》将中立法与战争法并列。本书认为这两种观点都有道理,但更倾向于将中立法作为战争法或武装冲突法的组成部分,因为国际法的开创者格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645)从一开始就认为全部国际法可以分为和平法和战争法两大部分,这一主张有利于对全部国际法的整体把握,长期得到学者广泛认可。按照这一主张,中立法应当属于战争法或武装冲突法的范畴。当然,对战争法或武装冲突法进行细分,中立法又是独立性很强的一个部分,因为它所调整的法律关系具有很强的独立性。

笔者全面介绍在战争或者武装冲突条件下交战方与非交战方的关系为什么需要调整,为什么会形成调整它们之间关系的一系列规则,这些规则的具体内容有哪些,在国际关系中发挥过怎样的作用;还专门回答,在《联合国宪章》明确规定各国在国际关系中不得使用武力和威胁的时代条件下,中立法出现了怎样的发展演变。

第一章首先阐述中立“是什么”。主要从两个方面来阐述这个问题:一是在“内涵”上,阐述中立有哪些性质和特征;二是在“外延”上,阐述中立有哪些表现形式。只有首先讲清楚中立是什么,后面才好进一步阐述中立法是怎样起源、演进和发挥作用的。

第一节 中立的基本性质

现代哲学和社会科学对事物进行研究的一个基本方法,就是从语言学或者词源学的角度入手,通过考察描述该事物的词语(也就是概念)的产生和演变过程,切入并逐步深入对该事物的研究。运用这一方法进行考察,中立法的“中立”一词,英文为 Neutrality,法文为 Neutralité,德文为 Neutralität,该词早就存在。其英文、法文、德文源自中世纪拉丁语 neutre。该词的本义是中性、中和、居中。但在中世纪,还没有关于“中立法”、“中立规则”

的文献,因为当时这个词还不包含今天它所包含的关于“交战方与非交战方之间关系”的特定含义。当时,如果两国交战,另一国没有介入,这个国家的状况并不被称为“中立”(neutre),而是被称为“静坐不动”(法文为 *rester tranquillement assis*, 德文为 *stille sitzen*)^①。据考察,中立一词被用于描述交战国与非交战国之间的关系,最早是在 17 世纪初^②,也就是 1620 年,当年诺伊迈尔·德·拉姆斯拉发表《论战时中立和援助》一书,首次在国际关系上使用了中立这个词语^③。此后,这个词在国际关系领域逐渐通行开来,越来越多地用于指称交战方与非交战方之间的关系。但是,这个词义的使用在 17 世纪还不太稳定,有的学者仍然采用其他方式表述“中立”的含义,至 18 世纪,“中立”一词才稳定地成为表达中立概念的专用词语。

对中立这一概念的形成作出内涵性、实质性贡献的是现代国际法的奠基人格劳秀斯。他于 1625 年^④出版《战争与和平法》一书,在书中没有使用“中立”一词^⑤,而是使用“战争中的中间者”。该书第三编第十七章“战争中的中间者”阐述了两条基本规则。第 1 条规则是:“战争中的中间者应不作任何行为以增强事业不正当的人或阻止事业正当的人的行动。”第 2 条规则是:“假使战争的正义性有疑问,他们应当对敌对的双方同等对待,无论是在允许其军队过境方面,或是在向军队提供食品方面,还是在拒绝提供能帮助被围者的物品方面。”1724 年,法国学者巴尔贝拉克将《战争与和平法》由拉丁文译成法文时,把“战争中的中间者”改译为“中立之人民”,从而使“中立”一词同格劳秀斯的阐述联系起来,使格劳秀斯的两条规则成为中立概念“后来发展的基础”^⑥。

① [瑞士]埃德加·蓬儒:《瑞士中立史》,刘文立译,武汉大学出版社 1991 年版,第 1 页。

② 关于在此以前是否实际上存在中立的问题,参见本书第二章第一节。

③ [法]夏尔·卢梭:《武装冲突法》,张凝等译,中国对外翻译出版公司 1987 年版,第 286 页。

④ [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》,王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 3 页。

⑤ 格劳秀斯在 1635 年 3 月 15 日的一封信中提到“中立法”,说明他知道并且也使用“中立”一词,但在书中却没有使用该词,这说明当时对“中立”一词的使用尚未稳定。

⑥ 《奥本海国际法》称格劳秀斯关于国际法的著述成为国际法“后来发展的基础”,这里借用这一说法。

在将近四个世纪的发展中,许多学者对中立作了多方面的研究和阐释,中立的基本含义大体稳定下来。按照《奥本海国际法》的表述,“中立的定义是:第三国对各交战国所采取的并为各交战国所承认的公正不偏的态度,这种态度产生了公正不偏的国家与交战国之间的权利和义务。”^①按照法国学者夏尔·卢梭的表述,“中立可以看做是一种法律地位或者是一种政治行为。前者指两个或几个国家发生战争时,一国置身于这场战争之外,不以加入战争行动的直接方式或以对交战区此方或彼方予以援助的间接方式卷入战争的一种地位。后者指一国所采取的坚持不参与涉及两个或几个国家的战争的行动路线。”^②

从上述《奥本海国际法》和夏尔·卢梭对中立的定义性表述中可以看出,他们的表述反映了格劳秀斯提出的关于中立的第2条规则,而格劳秀斯提出的关于中立的第1条规则,在他们的表述中至少在文字上看不出来。这反映了四个世纪来中立法发展的一个基本走向,就是中立国对交战国的正义性进行判断的权利和义务逐渐与公正不偏的权利和义务分离开来,不再作为中立概念的组成部分,也就是说,中立就是指对敌对的双方同等对待,不再包含对双方的正义或者不正义进行判断并区别对待的意思。当然,这种含义上的变化其实是表面的,在实质上,格劳秀斯提出的中立第1条规则中所涉及的战争“正义性”问题始终影响着中立概念和中立规则。“正义判断”其实是“公正不偏”的矛盾对立面,只要“公正不偏”存在,“正义判断”就会相对存在。因此,尽管可以把中立的含义限于“公正不偏”,但实际上“正义判断”是中立不可避免的重大问题^③。

从上面两个定义性表述看,夏尔·卢梭的表述比《奥本海国际法》的表述更多地涉及“平时中立”。这反映了中立概念在外延上始终难以确定的一个问题:中立只包括战时中立还是也包括平时中立?有不少著述

① [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》下卷第2分册,王铁崖、陈体强译,商务印书馆1973年版,第147页。

② [法]夏尔·卢梭:《武装冲突法》,张凝等译,中国对外翻译出版公司1987年版,第283页。

③ 本书第四章“中立的基本矛盾”将对这个问题进行深入阐释。