



周健军事法文集

【第四卷】

战时军事法



周健

著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



周健军事法文集

【第四卷】

战时军事法



周健

著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

周健军事法文集 / 周健著. —北京: 法律出版社, 2008. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8219 - 3

I. 周… II. 周… III. 军法—文集 IV. E126 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 024155 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法制音像出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2008 年 4 月第 1 版

印张/60.25 字数/1719 千
印次/2008 年 4 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 - 5036 - 8219 - 3

定价: 158.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前言

战争与军事法,都是人类社会发展到一定历史阶段而产生的社会历史现象。战争的存在,将人类生存的环境划分为战时和平时两种不同的社会环境。法的制定和实施作为实践性很强的社会活动,自然离不开对战时和平时条件的研究。战争的每一次胜利或失败,都与军事法密切相关,都能促进军事法的进一步发展;战时军事法的每一次探索与发展,都对战争实践起着巨大推动作用。在这样一种互动中,战争与战时军事法都得到了进一步发展。面对高技术战争的挑战,现行的法学研究尤其军事法学的研究尚不能满足战争的需要,加强对战时军事法的研究,就成为法学亟待解决的课题,这里,我们尝试就战时军事法的问题做一些初步探索。

一、前提:战争的不可避免性

作为这个星球上最完美的生命体,能否和平相处,共同生存?这也是人类一直以来的理想,但几千年的战争史却告诉了我们一个血淋淋的事实。我们总是在屠杀同类,我们总是在使用战争暴力。我们诚然可以说近代以前的战争是由于我们人类的愚昧无知所造成,但给人类造成史无前例灾难的两次世界大战并没有发生在黑暗的中世纪,而是产生于自由、民主、平等、博爱深入人心的 20 世纪,产生于民主主义制度走向全面胜利的时代,我们何以面对?我们何以解释?所以,一谈到和平,所有的学者都持谨慎态度,富勒认为,战争就像大海的潮汐一样,有规律地起伏着。战争的可能性就像人和自己的影子,只要存在着人类,战争的可能性就存在。这些美好的比喻道出的却是残酷的可能。因为激发战争的诸多根源

是绝对不会消失的。^①

现代政治文明的高度发展使我们对永久和平又产生了一种萌动与期望。但在民族—国家体制下,任何的民主制度都要服从于民族—国家这一政治架构的需要。我们之所以选择民主制度,并不是因为它是最好的政治制度,而是因为它是我们人类迄今为止发现的最不坏的政治制度,但它还不足以制止战争的发生。通过分析可以发现民主制度致命的弊端,这使得包括汤因比在内的一些西方学者大为困惑:民主原动力是爱,它所产生的巨大活力不仅不能阻止战争,反而全部转化成战争热情?汤因比的困惑在于不了解人类尚未摆脱国家的羁绊,在国家的范围内,民主仅仅是调动一切成员、形成一致对外力量的有效手段。由于历史的局限,民主所产生的“爱”在现实中成了“恨”的手段。所以富勒说出了那句惊世骇俗的话:“民主的原动力不是对他人的爱,而是恨。”这也许就是两次世界大战在民主主义时代爆发的根本原因,近代民主制度使人类战争恢复了原始野蛮时期的总体状况。因此康德所追求的“人类永久和平”^②是一种海市蜃楼的幻觉。

柏林大学的历史学教授特莱希克认为:“战争不仅仅是一种实际上的必要。它也是一种理论上的必要,一种逻辑的要求。国家这一概念意味着战争的概念,因为国家的本质是权力……要在这个世界上永远消灭战争不仅是一种荒谬可笑的希望,而且也是极其不道德的希望。这将造成人类灵魂的许多基本的和崇高的力量的萎缩……一个国家的人民,如果执迷于永久和平的幻想,就必然要因为在超然孤立中衰败而不可救药地灭亡。”我们大可不必对特莱希克的坦率表示不满,事实上,他从逻辑上论证了战争必然是历史的主角。我们的先人也早已悟到这点,“国之大事,在祀与戎”。^③ 战争不仅是历史主题,也是国家的主题。克劳塞维茨说过:“一个民族必须把自己生存的尊严和自由看得高于一切,它应不惜流尽最后一滴血保卫其尊严和自由。”^④ 要彻底了解一种文明、一个民

① 倪乐雄:《战争与文化传统》,上海书店出版社2000年版,第15页。

② [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第187页。

③ 《左传·成公十三年》。

④ [德]克劳塞维茨:《战争论》,商务印书馆1995年版,第1章。

族和一个国家,须深入考察其中的战争行为,考察其中一切与战争有着直接、间接关系的事物。施密特曾言:只有在极端状态下,主权国家才能显示它的政治本质。因为主权国家许多重要的特征只有在战争状态下才显现出来。再听听黑格尔发自象牙之塔的声音:战争是最伟大的纯洁剂,战争有助于因长期和平所腐化的各国人民的伦理健康,正如刮风使海洋去除长期平静所造成的污秽。

克劳塞维茨认为,战争是一种搏斗,其目的是在于使敌人无力反抗以便把你的意志强加给他。换言之,战争不是那种由18世纪的国王或将军们不时举行的温文尔雅的礼仪。从理论上讲,战争是不受限制的,除了那些“微不足道的,在国际法和国际惯例的名义下自己强加于自己的限制”。战争是一种暴力行为,而暴力的使用是没有限制的。战争含义同暴力的含义不完全重叠,战争是人类共同体之间围绕生存为核心的各种具体利益,有目的、有组织、动用一切共同体社会内外资源,以暴力方式坚持自己意志,并将这种意志强加于冲突对方的行为,因此可以说:战争是人类暴力行为的最高表现形式。

然而,实际上——克劳塞维茨指出——战争需受政治上的种种考虑的限制。正如他所表述的那样,战争其实是一种实现交战国政治目的的工具,它不能也不应该脱离政治目的而存在。这意味着,在战争时期,一个秩序井然的国家和它的军队是二位一体的;即使在平时时期,高尚的爱国主义精神也是一种战斗精神,因为在现代战争中,爱国主义精神意味着“全民皆兵”,而这正是取得战争胜利的强有力的后盾和武器。

二、战争与军事法的关系

(一)战争实践促进军事法发展

战争实践推动战时军事法的发展完善。从历史上看,军队重大改革措施出台大都发生在大规模战争之后。根据战争中暴露出的问题,有针对性地进行了改革,成效显著。例如,美西战争、第一次世界大战、第二次世界大战、越南战争、海湾战争、科索沃战争等,都是推动美军改革的巨大动力。美西战争后,陆军部长鲁特推动国会通过《参谋部法》,确立了陆军参谋长为陆军最高军职领导人的地位,解决了陆军长期存在的陆军部长、陆军总司令和陆军参谋长职责不明的问题。第一次世界大战后,设立了

陆海军委员会,初步实现了陆军与海军在战略层次上的联合。第二次世界大战后,国会通过《国家安全法》,设立统管三军的国防部,使空军成为独立的军种,把军队的作战指挥体制与行政管理体制分开,奠定了美军现代体制的基础。越南战争后,国会通过《戈德华特——尼科尔斯法》,明确了参联会主席与联合作战司令部司令的职权,基本解决了越南战争中暴露出的战场指挥不统一的问题。海湾战争更成为推动美军冷战后改革的基本动力。

战争作为一种特殊的社会现象,归根结底也要讲究效益。而战争的最高效益就是以最小的代价获取最大的利益。因此,赢得战争胜利与尽量减少伤亡,是战争指导的根本法则,这是任何国家军队的作战理论和作战行动所追求的基本目标,也是军事法的重要目标。例如,在美军看来,减少人员伤亡是第一位的,而赢得战争胜利是要讲究效益和代价的,这个效益和代价的最重要指标就是减少伤亡;如果一场战争的人员伤亡超过美国民众情绪可“容忍”的地步,即便可以赢得胜利,也不得不放弃。这是美军实施作战指导的突出特点。所以,在每次作战前,美军都规定详细的“交战规则”,规定具体的伤亡指标。他们认为,歼敌5万,自损3万,这种仗不划算,代价太大,没有效益。20世纪70年代,美军通过总结越战教训,取消了征兵制,以更符合现代市场经济社会的全志愿兵役制取而代之,大幅度提高官兵待遇,确保了较高的兵员质量。冷战后,面对威胁降低、军费减少和《国家安全法》、1958年的《国防改组法》、1986年的《戈德华特——尼科尔斯法》等法律对保证军队改革的顺利进行发挥了决定性作用。参联会《2010年联合构想》和新的联合出版物系列,以及各军种相继出台的“构想”系列文件,大都是根据海湾战争的经验教训而制定的。

(二)军事法保障战争的胜利

“战争作为人类的一种暴力对抗形式,蕴涵着预测、策划、动员、指挥、组织、协调、强制、督导等法的要素。”^①战争总是与政治、经济、文化、外交等方面的激烈斗争相伴而行,高技术战争诸军兵种联合作战,系统参量更为复杂,战场情况瞬息万变,要求指挥人员具备很强的战略意识。

军事法对战争的保障体现在以下几个方面:首先,军事法是确定战略

① 周健:《军事法史纲》,海潮出版社1998年版,第3页。

方针的重要考虑因素,在战略层面上制约着对战争发起、进程和结束等的运筹。对是否发起或参与战争,战争发起的具体时机、样式、规模、时限等,具有一定的影响;其次是战役胜利的重要保证,规范着参战部队的军事行动和各级首长的指挥活动;再次是相关人员进行作战行为的重要依据,影响着有关个人的权利行使和义务履行;最后是巩固战争成果的重要法律形式。这方面的作用,一方面表现为以法律形式将战争的军事成果固定下来。战争是确立、巩固、改变和发展国际法律关系的重要工具。另一方面表现为以法律为有力武器惩治战争罪犯。第二次世界大战结束后,国际社会的纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭,分别对当年在德国和日本法西斯政府中策划、准备、发动侵略战争的主要负责人进行了审判,规模浩大,影响深远。应当看到,公正的司法惩处不仅能制裁和打击战争犯罪,而且对企图违反现代战争规则的人也是一种警戒,发挥着类似刑法的特殊预防与一般预防的作用。

三、战时军事法建构的法哲学基础

(一)效率

效率是社会发展的基本价值目标。法律对人们的重要意义之一,应当是以其特有的权威性的分配权利和义务的方式,实现效率的极大化。现代社会的法律,从实体法到程序法,从根本法到普通法,从成文法到不成文法,都有或应有其内在的经济逻辑和宗旨:以有利于提高效率的方式分配资源,并以权利和义务的规定保障资源的优化配置和使用。

战争的紧迫性决定了战时军事法的建构必须遵守效率原则。从战时军事立法、司法,到战时军事执法无不体现着效率的要求。要求军事立法要快,针对性要强;军事司法更是强调效率的主导地位,普遍使用简易程序,尽可能的在确保基本正义的前提基础之下,实现军事司法的高效运作。

从平时军事法到战时军事法转换的过程,也就是效率价值在军事法价值体系中由弱势转化为强势的过程。确立效率价值在战时军事法价值体系中的定位的理念基础主要是保障战争顺利进行,因为战争永远是战时的唯一中心工作。

（二）秩序

秩序的存在是人类生活的必要前提。马克思主义认为:秩序是一定的物质的、精神的生产方式和生活方式的固定社会形式,因而是它们相对摆脱了单纯偶然性和任意性的形式,建立社会秩序的目的归根到底是要创造一种安居乐业的条件。

秩序意味着某种程度的关系的稳定性、结构的一致性、行为的规则性、进程的连续性、事件的可预测性以及人身财产的安全性。秩序与无序或脱序是相对的。“无序”或“脱序”意味着关系的稳定性和结构的一致性模糊并消失了;行为的规则性和进程的连续性被打断了、断裂了,偶然的、不可预测的因素侵入到了社会生活之中,从而使人们失去了信心 and 安全感。当无序状态或脱序状态发生或将要发生时,人类必须采取措施去保护受到危害的秩序:在文明社会中,法律是预防脱序、制止无序状态的首要的、经常起作用的手段。

正义和秩序是任何法律都应包含和追求的价值,但处于不同历史时期为不同目的而制定的法律的价值核心是不同的。也就是说,无论是正义或是秩序,在任何一部法律中都不可能处于绝对核心也就是绝对优先的地位,而是根据现实条件此消彼长。战时军事法在做出价值抉择时,必须坚持历史观与价值观相统一、普遍性与特殊性相统一、批判性与建构性相统一的科学思维方式,充分地尊重和引入现代法治的科学之处,并从保证现代法治实施的基本要求角度出发,通过确定一系列的准则来保证军事秩序优先的合理空间,实现军事秩序与现代法治的平衡。而这些准则,又恰恰是现代法治对军事秩序理性制约的结果。

对秩序的追求也会促使国家通过制定严密的程序规则来约束军事权力,防止其以国家的名义侵犯公民的权利和自由。在战时军事活动中,国家主权和安全被置于最重要的位置,军事秩序就成为首先追求的价值目标。战时军事领域,往往以武力的形式表现出来最残酷的社会冲突,正常的社会秩序受到严重挑战,而军事秩序是以武力维护正常社会秩序的最后屏障。战时军事法的首要任务是尽快消除战时对军事安全的危害,恢复业已破坏的正常的军事秩序。以消除危害或恢复军事秩序的方式与手段上的不同,存在着两种途径:一种是以军事武力通过战争的方式消灭敌人,这种方式只有在发生大规模外敌入侵时适用;另一种是由国家出面以

公力救济的方式,通过战时司法这一较为平和的手段来实现。战时军事法运作的简洁性、权威性、及时性的特点,要求战时军事活动比平时军事活动更注重秩序,因为,战时军事秩序潜在的危害比平时要大得多,在处置这类危害行为时,要体现战时军事法从重从快的原则,以此来保障国家安全、军事利益。但是,如果战时权力运用不当,就会给军事利益造成更严重的危害。我军在历史上就有这样惨痛的教训。因此,当平时军事法在战时难以发挥作用时,通过战时军事法作用的发挥所形成的军事秩序就显得尤为必要。

(三) 正义

正义是人类所追求的一种理想状态,但这种理想状态到底指什么,不同的学者有不同的见解。“正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无穷,随时可呈不同形状,并具有极不相同的面貌。”^①博登海默这段话说明:没有永恒的正义,正义是随着时代的变化而变化的。并且不同的人所追求的正义也很不相同。主要的正义观有:正义是一种德行;正义指法治或合法性;正义意味着一种对等的回报;正义指一种形式上的平等;正义指一种公正的体制等。马克思主义经典作家在人类历史上第一次科学地揭示了判断人们的思想、行为和社会制度(包括法律制度)的正义性的物质基础。正义是战时军事法追求的价值标准。“正义只有通过良好的法律才能实现。”“法是善和正义的艺术。”这些古老的法律格言说明了法和正义的关系。国家在法律上创立防止国内混乱的措施和预防外国入侵的措施来实现战时正义。战时军事法的正义价值也是现代战争和现代法治交融的结果。战时正义的内容主要是指,战时军事法通过调整战时军事法律关系,对各种利益予以切实维护,对遭到损害的战时军事利益予以矫正,同时也指战时权力的合理得当和合法运作。战时的特殊情况要求战时军事法的秩序价值优先于正义价值,但这种优先并不是没有限度的,无论在何种情形下,战时军事法都要符合最低正义标准。战时正义要求战时权力机关对公民的基本人权予以应有的尊重和保障,对权利的限制“必须

① [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第252页。

有合法与合理的限度,而且应当在恢复法制程序后及时结束”。^① 同时还要对战时权力予以必要的约束和限制,以防止其滥用。因为“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^②在战时,权力更相对集中,这也就更加需要对权力进行监督。只有这样,才可能实现战时正义。此外,战时军事法的正义价值也是提高军队士气和献身精神的必然要求。

(四) 国家主权与军事利益

民族——国家这一结构决定了任何国家的法治,无论是平时还是战时,都要符合这个国家的主权原则。国家主权与军事利益是战时军事法追求的又一价值目标。战时的特殊性表现在战争是迫使敌人服从自己意志的一种暴力行为,而这种暴力行为是没有限度的,为了使敌方无力抵抗,必须最大限度地使用力量。^③ 这就要求战争双方都迅速做出反应,否则就可能面临失败。因此,战时军事法的制定、实施也都应服从、服务于这一需要。这也就决定了在战时、情况紧急时,军事命令权可能优先于军事立法、司法权;战时军事法律机构的设置也要首先服从国家军事利益,甚至对于战时犯罪的刑事责任的追究也以国家军事利益为最高目标,如我国刑法中设立的战时缓刑制度就是这一原则的具体体现。

正如雅斯贝尔斯所说,没有任何事情比战争更能证明人类的愚蠢。人类在向地球上所有生命种类表明自己是最强大的生命种类的同时,通过战争,自觉地、人为地、快速地逼近了历史的尽头,到达了毁灭自身的边缘。

村上春树在《边境·近境》中写道:“我们怀抱着的某种令人窒息的封闭性总有一天会以不可遏止的强大力量将其过剩压力朝某处喷发出去。……那么,我们将去哪里呢?”

是的,我们将去哪里呢?

① 陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第4页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

③ [德]克劳塞维茨:《战争论》(第一卷),商务印书馆1995年版,第23页。

目 录

第一编 战时军事法总论

第一章 战时的法律属性	(1)
一、“战时”的界定和特征	(2)
二、战时的构成和确认	(5)
三、战时的期限、延长与终止	(9)
四、战时状态结束的法律后果	(11)
第二章 战时军事法的含义	(13)
一、战时军事法概念的界定	(13)
二、战时军事法的渊源	(14)
三、战时军事法的性质和特征	(16)
四、战时军事法的作用与价值	(23)
五、战时军事法律制度的价值目标	(24)
第三章 战时军事法的原则	(26)
一、普遍原则	(27)
二、特殊原则	(30)
第四章 战时军事法的创制和效力	(33)
一、战时军事法的创制	(33)
二、战时军事法的效力	(36)
第五章 战时军事法体系	(41)
一、战时军事法体系的概念	(41)
二、战时军事法体系的构成	(43)
三、战时军事法体系的完备	(45)

第六章 战时军事法律关系	(56)
一、战时军事法律关系的概念和特征	(56)
二、战时军事法律关系的构成要素	(57)
三、战时军事行为	(61)
第七章 战时权	(65)
一、战时权的概念和性质	(65)
二、战时权的效能	(66)
三、战时权的决定与执行	(69)
四、外国战时权	(70)
五、战时权运行程序建构的价值基础和目标	(73)
六、战时权的监督	(74)
七、战时权行使的限制	(75)
八、战时人权限制与保护	(76)
第八章 战时军事法律责任	(80)
一、战时军事法律责任的概念和构成要件	(80)
二、战时军事法律责任的特征	(82)
三、战时军事法律责任的确定	(84)
四、战时军事法律责任的种类与追究	(87)
五、战时军事法律责任的实现方式	(93)
六、战时军事法律责任的豁免	(94)

第二编 战时军事行政法

第九章 战时军事行政法概述	(96)
一、战时军事行政法的界定	(96)
二、高技术战争对战时军事行政法的影响	(98)
三、战时军事行政法作用	(102)
第十章 战时军队管理法	(109)
一、战时军队管理法的含义与作用	(109)
二、战时军队管理法的主要内容	(109)

第十一章 战时军事人事法	(122)
一、战时军事人事法的概念	(122)
二、高技术战争对战时军事人事法的影响和要求	(122)
三、战时军事人事法的主要内容和实施方法	(126)
第十二章 战时军人优抚法	(134)
一、战时军人优抚法的概念	(134)
二、战时军人优待法律制度	(135)
三、革命烈士褒扬法律制度	(139)
四、军人抚恤法律制度的主要内容	(141)
五、军人伤亡保险法律制度	(146)
第十三章 国防动员法	(157)
一、国防动员的概念和作用	(157)
二、国防动员的种类、时机和内容	(159)
三、国防动员机制	(165)
四、外国国防动员法的概况和经验	(170)
五、战时状态向平时状态的转变	(175)
六、建立健全国防动员法律体系的战略构想	(182)
第十四章 戒严法	(189)
一、戒严法的含义	(189)
二、戒严的层次	(194)
三、实施戒严的条件	(194)
四、戒严、紧急状态、军事管制执行权的比较	(196)
第十五章 战时军事管制法	(200)
一、军事管制的含义和适用范围	(200)
二、军事管制同戒严的关系	(201)
三、宵禁	(203)

第三编 战时军事刑法

第十六章 战时军事刑法概述	(204)
---------------------	-------

(155)	一、我国战时军事刑法的基本特征	(204)
(155)	二、战时军事刑法的渊源	(206)
(155)	三、战时军事刑法的适用范围	(213)
(159)	第十七章 战时军事犯罪	(224)
(161)	一、战时军事犯罪的构成要件	(224)
(161)	二、战时军事犯罪的分类	(242)
(161)	三、我国战时军事犯罪的主要种类	(249)
(161)	四、战时军事犯罪的形态	(275)
(161)	第十八章 战时军事刑罚	(276)
(161)	一、战时军事刑罚的种类	(276)
(161)	二、战时军事刑罚的裁量	(293)
(161)	三、军事刑罚的执行	(300)
(161)	四、我国刑法关于战时军事刑罚的规定	(314)
(161)	第十九章 战时军事罪名	(323)
(161)	一、战时军事忠诚方面的犯罪	(323)
(161)	二、战时军事行动方面的犯罪	(332)
(161)	三、战时军事秘密方面的犯罪	(353)
(161)	四、军事关系方面的犯罪	(357)
(161)	五、军事物品方面的犯罪	(358)
(161)	六、军事服役方面的犯罪	(362)
(161)	七、战时军事人道方面的犯罪	(371)
(161)	八、军事管理方面的犯罪	(377)
(161)	第二十章 战时军事刑事法律责任	(379)
(161)	一、战时军事刑事法律责任的概念	(379)
(161)	二、国外的战时军事刑事法律责任	(379)
(161)	三、我国的战时军事刑事法律责任	(381)

第四编 战时军事刑事诉讼法

(161)	第二十一章 战时军事刑事诉讼制度的基本理论	(383)
-------	-----------------------------	-------

一、战时军事刑事诉讼的概念	(383)
二、战时军事刑事诉讼的基本特征	(384)
三、建立战时军事刑事诉讼制度的意义	(391)
四、战时军事刑事诉讼制度的设计	(393)
第二十二章 战时军事刑事诉讼的价值和原则	(400)
一、战时军事刑事诉讼的价值	(400)
二、战时军事刑事诉讼的基本原则	(405)
第二十三章 战时军事刑事诉讼	(411)
一、战时军事刑事诉讼管理	(411)
二、战时军事刑事诉讼公诉	(413)
三、战时军事刑事诉讼审判	(417)
四、战时军事刑事诉讼执行	(419)
第二十四章 战时军队律师制度	(425)
一、战时军队律师制度的含义	(425)
二、战时军队律师制度的特点	(426)
三、战时军队律师制度的主体——战时军队律师	(427)
四、战时军队律师的职责	(429)
五、战争法对战时军队律师的要求	(432)
致谢	(437)

第一编 战时军事法总论

第一章 战时的法律属性

虽然启蒙学者洛克曾详述“自然状态”和“战争状态”^①,但18世纪的各国法律并未明文规定战时状态制度。进入21世纪后,许多国家的宪法对此做了规定,如印度宪法第十八编和巴基斯坦宪法第十编就专门规定了紧急状态制度,巴西宪法第五章也专门做了规定,1958年公布的法国宪法第十六条也涉及这一制度。20世纪初的两次世界大战使战时状态的实践与理论都上升到了一个新的层面。为了保证自身的生存和主权完整及保障战争的胜利,各国政府在战时频频发布战时措施令,采取战时措施,行政干预愈加普遍。这一时期的宪法在客观上顺应了行政权扩张的趋势,增添了战时状态制度。到了20世纪末,许多新独立国家的宪法都规定了这一制度,这在前苏联国家和南太平洋岛国的宪法中表现得相当明显。新中国成立后制定的“五四宪法”和“八二宪法”都规定了战时状态制度。

在战争状态下政府能否依法办事是现代宪政国家的一个重要标志。一个有能力的法治政府,不仅能运用法律处理好正常社会状态下的秩序和有效地保障公民权利,而且能有效地依法处理非常状态下的社会秩序和保障公民权利。战时状态是一个宪政概念。它是解决战时的权力运作和公民权利保护问题的制度。战时状态也是一个法治概念,它是解决战时条件下一套特殊的法律制度运用的问题。因此,战时状态制度是人类政治文明的有益成果。当战时状态情形出现时,宪法将会提供母法依据,只要国家元首依法宣布进入战时状态,政府和其他社会组织就可进入特

① 参见[英]洛克:《政府论》(下篇),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆2002年版。