

ZHONGGUO JUNSHIFAXUE LUNCONG
GUOJIA ANQUAN FALÜ WENTI

中国军事法学论丛

第七卷

国家安全法律问题

主 编 / 薛刚凌

执行主编 / 冷新宇

主 办 / 中国政法大学法学院

 人民出版社

中国军事法学论丛

国家安全法律问题

1. **Introduction**
 2. **Background**
 3. **Methodology**
 4. **Results**
 5. **Conclusion**
 6. **References**



ZHONGGUO JUNSHIFAXUE LUNCONG
GUOJIA ANQUAN FALÜ WENTI

中国军事法学论丛

第七卷

国家安全法律问题

主 编 / 薛刚凌

执行主编 / 冷新宇

主 办 / 中国政法大学法学院

 人民出版社

责任编辑:张立

装帧设计:周涛勇

责任校对:高敏

图书在版编目(CIP)数据

中国军事法学论丛(第七卷) 国家安全法律问题/

薛刚凌 主编. —北京:人民出版社,2014.12

ISBN 978-7-01-014121-3

I. ①中… II. ①薛… III. ①国家安全法—中国—文集 IV. ①E266-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 251729 号

中国军事法学论丛(第七卷)

国家安全法律问题

ZHONGGUO JUNSHI FAXUE LUNCONG DIQIJUAN

GUOJIA ANQUAN FALÜ WENTI

薛刚凌 主编

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京市大兴县新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:16.75

字数:265 千字

ISBN 978-7-01-014121-3 定价:50.00 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

顾问：雷渊深 俞正山

主编：薛刚凌

执行主编：冷新宇

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 曲新久

张柔桑 谢 丹

李卫海 冷新宇

姜 涛 李 强

卷首语

《军事法学论丛》第七卷的稿件已经交付出版,本期的主题是国家安全法律问题。

国家安全问题对于我国来说,并不是一个新问题,其存在和演进由来已久。1949年新中国刚刚成立,当时的国家和政府在内部面临的是领土完整问题,从周边的安全态势来看,面临着朝鲜战争和越南战争两方面的持续性威胁。其中,朝鲜战争自板门店停战协定签订以来,问题并没有解决,而是逐步演变为今天的朝鲜核问题。越南战争以越南军民的胜利告终,但众所周知,统一后的越南政府实质上否认了《范文同公函》的精神,两国的南海岛屿争端和专属经济区、大陆架、渔区划界的问题一直持续至今。1962年以后,中苏关系全面破裂,我国又在漫长的北方边境线上面临来自苏联的军事威胁。美苏冷战背景下,美国开始寻求中国政府的帮助以平衡来自苏联的军事压力,中美关系开始解冻,来自美国的军事威胁稍稍得以缓解。但随着冷战的结束和中国综合国力的提高,来自美国及其军事盟国的安全威胁又呈现出抬头的趋势。国际政治学界存在一个著名的修昔底德陷阱,势均力敌的两个大国,即在头号强国和后来崛起大国之间很难建立稳定的平衡,大国之间不可避免地走向现实主义流派预言的恶性竞争。如何在和平共处、相互尊重的基础上,构建新型大国关系,实现真正的大国之间的平衡,而非美国政府所主导的以地缘政治为基本轴线的“亚太再平衡”,是摆在大国之间的迫切问题。

大国之间竞争面偏少、合作面偏多的时代已经结束,随着美国“亚太再平衡”战略的推进,在美国政府眼中,中国已经成为全面威胁其超级大国地位的竞争对手,今后大国之间将是合作与竞争长期并存的局面。正是在这样的背景之下,检讨各种内外安全问题,从政治、经济及法律的角度加以审视,在当今国际、国内安全形式日趋复杂的背景下,显得尤为重要。

国家安全问题涵盖面极其广泛,围绕军事行动展开的问题仅仅是传统安全问题的一个方面,当今中国还面临着更多的错综复杂且与传统安全问题交织在一起的非传统安全问题,这些问题同样关乎国家的核心利益。国务院办公厅在2011年9月发布了《中国的和平发展》白皮书,白皮书中明确了六大核心利益。我们如果以此六大核心利益作为国家安全问题研究的基础和边界,那么大家会发现一个极其广泛的研究范畴。国家安全问题已经刻不容缓地提到了国家的议事日程上,中国共产党中央国家安全委员会恰恰是在这一背景下成立的。

我们正面临着众多的传统和非传统安全问题,这些问题包括但又限于以下几个方面:(1)领土安全问题;(2)海洋划界与安全问题;(3)暴力恐怖主义问题;(4)周边国家核试验带来的安全问题;(5)民族分裂主义问题;(6)网络安全问题;(7)海外利益拓展及其中国国民、法人安全问题等。可以预见的是,随着经济社会的进一步发展,综合国力的进一步提升,我国面临的安全问题将会变得越来越多、越来越复杂,而非反之。

在中央国家安全委员会掌控全局的背景下,国家安全问题需要系统性的研究,此种研究需要打破某些隔阂和瓶颈,比如自然科学和人文社会学科的隔阂,政治学和法学的隔阂。非常值得注意的是,传统上法律学科内部的研究,都是以理论体系的构建和修正作为自身的使命和目标,在这种潜台词的指引下,法学研究自然就呈现出以部门法为基础的条块分割的状态。但这种研究模式在冷冰冰的现实面前是响应速度不足的,安全问题的研究在传统的法学研究框架下找不到应有的显著位置。法学界越来越意识到,以问题为牵引、以学科融合为创新模式的研究方法,在国家安全问题的研究上,将会越来越得到实务界的认可。

在上述背景下,本书以国家安全法律问题的研究为主题,收录了若干篇论

文为主体,以此体现晚近以来军事法学界的努力成果。

《中国军事法学论丛》欢迎更多的军事法学人与我们携手并进,不囿于职业和角色,坚持开放心态,摒除学科壁垒,共同推进军事法学繁荣,为中国军事法制建设贡献自己的力量。我们将继续坚持开放性、前沿性、学术性的原则,用一如既往的努力,将《中国军事法学论丛》构建成为军事法学者们展现自我观点的学术平台与交流研究成果的沟通桥梁。2015年,我们将继续前行!

目 录

● 专题研究

开罗宣言的法律内涵及其当代意义 ····· 肖凤城 001

- 一、开罗宣言是根除殖民帝国主义恶疾的关键法律文献 /002
- 二、开罗宣言是第二次世界大战后东亚国际法律秩序的基石 /004
- 三、坚持开罗宣言对未来国际安全和发展极为重要 /008

国家战略安全面临的主要威胁及依法应对 ····· 付池斌 015

- 一、国家海洋安全面临的主要威胁及其依法应对 /016
- 二、国家太空安全面临的主要威胁及其有效应对 /019
- 三、国家网络空间安全面临的主要威胁及其有效应对 /022

略论我国国家发展与安全战略的法律保障 ····· 徐 萌 026

- 一、问题缘起:法律维护国家安全的提出 /027
- 二、解决路径:法律维护国家安全之可行性 /029
- 三、路径选择:法律维护国家安全之功能性 /032
- 四、价值定位:法律维护我国国家安全法治意义 /034

太空战阴霾下的太空安全与国际法 ····· 李伯军 037

引 言 /037

- 一、由来已久的太空军事化:太空技术的军民两用性 /039
- 二、初露端倪的太空武器化:即将跨越的危险门槛 /041
- 三、未来可能的太空战:适用战争法的困难与问题 /047

四、太空安全之国际法保障存在的问题及路径 /053

结 论 /062

台海两岸军事互信协调机制的法律构建 ····· 汪保康 泥 吟 065

一、法律构建台海两岸军事互信协调机制的提出 /065

二、台海构建两岸军事互信协调机制的法律依据 /069

三、台海两岸军事互信协调机制构建的初步构想——《关于构建台海两岸军事互信协调机制的内部协定》建议稿 /072

联合国维和行动法律依据研究整理 ····· 赵桂民 081

一、联合国维和行动概述 /081

二、联合国维和行动的法律性质 /082

三、联合国维和行动的法理基础和法律依据 /085

四、联合国维和行动法律依据的完善 /096

● 基础理论

论军事法律的命令性与军事命令的法律性 ····· 陈 聪 105

引 言 /105

一、军事法律的命令性 /106

二、军事命令的法律性 /111

三、军事命令与军事法律过度融合的危害及其消解 /116

四、追求纯粹的军事法律或军事命令的危害及其消解 /119

结 论 /121

对外缔结军事条约的理论与实践 ····· 朱建业 123

一、对外缔结军事条约的成功范例 /124

二、缔结军事条约的意义 /125

三、对外缔结军事条约需要把握的原则 /128

四、缔结军事条约注意事项 /135

五、做好缔结军事条约工作的思考 /139

关于《立法法》与军事立法相关问题探究 ····· 张建田 144

一、《立法法》制定中涉及军事立法规定的简要回顾 /144

二、《立法法》中亟待充实完善的军事立法相关内容 /150

中国军事司法改革若干问题思考	谢 丹	163
----------------	-----	-----

- 一、关于军事司法改革的必要性问题 /164
- 二、关于军事司法机关的组织立法问题 /167
- 三、关于军事刑事诉讼的制度完善问题 /172
- 四、关于军事行政行为的司法救济问题 /178
- 五、关于军事司法人员的行业管理问题 /182

军民融合奠定了我国军事法繁荣发展的坚实基础	丛文胜	188
-----------------------	-----	-----

- 一、军事法的制定主体体现军民融合 /189
- 二、军事法的调整领域关涉军民融合 /190
- 三、军事法的有效实施依靠军民融合 /192
- 四、军事法学研究扎根于军民融合的沃土 /193

● 外国动态

透视美国“自由航行计划”:制定、实施与评价	张传江	195
-----------------------	-----	-----

- 一、美国“自由航行计划”的制定背景 /196
- 二、美国“自由航行计划”实施概况 /201
- 三、对美国“自由航行计划”的评价 /205

美国军法官制度评介	吴又幼	207
-----------	-----	-----

- 一、对英国传统军法官制度的援用与修订 /207
- 二、20 世纪四五十年代现代军法官制度的兴起 /209
- 三、20 世纪后期现代军法官制度的巩固与发展 /213
- 四、军法官制度在当代面临的新挑战 /219
- 五、启示与借鉴 /224

论非对称武装冲突中的“军事必要”	杨文博	227
------------------	-----	-----

- 一、武装冲突法中的“军事必要”原则 /228
- 二、非对称武装冲突中“军事必要”的嬗变 /230
- 三、非对称武装冲突中“军事必要”原则的合理适用 /234

东京审判与侵略罪	薛 茹	237
----------	-----	-----

- 一、东京审判之前国际法上的侵略行为 /238
- 二、东京审判中对破坏和平罪的管辖和认定 /239

三、东京审判对侵略罪发展的影响及对日本言论之反驳 /242

“上级命令”作为抗辩事由:发展脉络及其影响 ····· 李 强 246

一、士兵处于两难境地:一种理解的误区 /247

二、纽伦堡和东京审判:严格责任的确立 /250

三、从纽伦堡到罗马:某些认识的转变 /253

四、遗留的问题:一个暂时的结论 /255

开罗宣言的法律内涵及其当代意义

• 肖凤城*

内容提要:2014年是开罗宣言发表70周年。这个宣言对维护当今世界特别是亚太地区和平与稳定具有重要意义。因为开罗宣言具有深刻的法律内涵,它是根除殖民帝国主义恶疾的关键法律文献,为重整国际秩序、推进国际法进步、铲除殖民帝国主义的土壤发挥了重大作用。70年来,开罗宣言是东亚国际秩序的基石,它不仅是促令日本无条件投降的基本文件,是对日关系正常化的法律基础,也是解决台湾问题、处理钓鱼岛等问题的重要法律依据。必须强调,是否坚持开罗宣言考验着政治家的智慧和良知,坚持开罗宣言就是坚持国际法发展的正确方向,否定开罗宣言则是对历史进步的根本反动。

关键词:开罗宣言 国际法 国际关系

对后世影响深远的文献总让人们回首复读和进一步思考。开罗宣言自发表以来,差不多每10年都会出现与之相关的重大事件,促使人们回顾和讨论这份重要历史文献的时代意义。近十年来,在国际格局发生重大变化、我国综合国力日益增强的大背景下,日本右翼势力不断抬头,企图否定以开罗宣言、波茨坦公告为基础的战后亚太国际秩序,为日本重新成为所谓“正常国家”鸣锣开道;而美国也有一部分政治人物误判国际形势和历史发展趋势,意图背离开罗宣言的基本精神,重新扶持日本右翼势力,推行美在亚洲的所谓“再平衡”战略。今天,如何对待开罗宣言?坚持它还是抛弃它?已经成为决定亚

* 肖凤城,中国政法大学教授,硕士研究生导师。

太地区走向和平、稳定、和谐还是走向对抗、动荡、战争的大问题,这个问题考验着当代政治家们的智慧和良知。在开罗宣言发表 70 周年之际,有必要深入解读开罗宣言的法律内涵以及蕴含其中的历史正当性、进步性,揭示开罗宣言的当代意义,为防止重蹈历史覆辙、重演历史悲剧而鼓与呼。

一、开罗宣言是根除殖民帝国主义恶疾的关键法律文献

殖民帝国主义是资本主义发展过程中生成的给全人类带来极大危害的恶疾。从 17 世纪起,随着资本主义生产方式的产生和发展,以英法为代表的西欧资本主义强国不断夺取海外殖民地,作为它们的原料来源地和商品市场。资本主义发展与对殖民地掠夺之间构成了如影随形、不可分割的关系,英法等最发达资本主义国家同时也是以侵略和掠夺为主要特征、以占有大量殖民地作为重要基础、对殖民地半殖民地人民进行压迫和剥削的帝国主义国家。

在殖民帝国主义恶疾滋生蔓延过程中,出现了两种有区别的殖民帝国主义国家,一种是以英法为代表的老牌殖民帝国主义国家,其殖民历史比较长,推行殖民帝国主义政策的手段相对比较温和;另一种是以德日为代表的新兴殖民帝国主义国家,为在短时期内与老牌帝国主义争夺殖民地,其手段极其残暴,面目特别凶恶。这样,殖民帝国主义同时引发了两大无法调和并且日益深刻的矛盾,一是德日两个新兴殖民帝国主义国家与英法等老牌殖民帝国主义国家之间的矛盾;二是殖民帝国主义特别是德日两大凶恶的殖民帝国主义与受侵略受压迫受掠夺的殖民地半殖民地民族和国家的矛盾。至 20 世纪初,这两大矛盾的尖锐和白热化程度已经到了爆发大规模战争的边缘,虽然 1899 年和 1907 年召开了两次空前规模的世界和平大会,但对缓解两大矛盾根本无济于事,最终爆发了两次惨不堪言的世界大战^①。

面对过去三四百年中生成的“殖民帝国主义”恶疾,世界人民主要通过两种

^① 以第二次世界大战为例:61 个国家和地区 20 多亿人口(占当时世界人口 80%)卷入战争,战火波及 40 多个国家,作战区域 2200 万平方公里,参战军队(不包括游击队)1.1 亿人。战争伤亡近 1 亿人,其中死亡 6500 多万人,苏联人口损失 2000 多万,中国军民伤亡 3500 万人。

方式来解决:一是通过打赢正义战争的方式,从军事上消灭德日两大凶恶的殖民帝国主义;二是通过推进国际法进步的方式,重整国际秩序,从法律上铲除殖民帝国主义生成的土壤。第二次世界大战就是这两种方式并行推进的重大历史进程。

在军事上,第二次世界大战是人类历史上空前的血与火交织、惊心动魄、波澜壮阔的消灭凶恶殖民帝国主义、解放受侵略受压迫受掠夺民族的拼死斗争。德意日法西斯集团发动的战争,目的是要征服全世界所有国家和人民。因此,对世界上所有受德意日侵略和威胁的国家和人民而言,这是一场生死存亡的大搏斗,是必须义无反顾投入的正义战争。在这场斗争中,以中国为代表的受侵略受掠夺的殖民地半殖民地国家、以美国为代表的由殖民地独立后发展起来的新兴资本主义国家、以英法为代表的老牌殖民帝国主义国家、以苏联为代表的探索共产主义发展道路的国家等,结成了世界性的、最广泛的反法西斯统一战线,以亿万人民的壮烈牺牲为代价,在军事上彻底战胜了法西斯集团,为铲除殖民帝国主义奠定了军事和政治基础。

在法律上,第二次世界大战是重整国际秩序、推进国际法进步、彻底铲除殖民帝国主义的重大历史机遇。第一次世界大战后的凡尔赛和会,是战胜的帝国主义国家对战败的帝国主义国家所占有的殖民地进行瓜分的大会,因而是一个分赃的大会,不但没有铲除滋生殖民帝国主义的土壤,反而使这种土壤更肥沃。两次世界大战的惨祸彻底警醒了世界人民,要维护世界和平、防止惨祸重演,就必须铲除殖民帝国主义;要铲除殖民帝国主义,就必须彻底铲除产生殖民帝国主义的土壤。铲除这种土壤,从法律上操作,就必须在国际法上明确武力掠夺他国领土的非法性、无效性,剥夺被殖民帝国主义掠夺的殖民地、半殖民地,让殖民地半殖民地人民获得解放。正是在第二次世界大战期间,美英《大西洋宪章》(1941年8月14日)^①、美英苏中等26国《联合国家宣言》(1942年1月1日)^②、中美英

① 《大西洋宪章》明确规定:美英两国“不追求领土和其他方面的扩张”,“凡未经有关民族自由意志所同意的领土改变,两国不愿其实现”。

② 宣言表示:赞成《大西洋宪章》的宗旨和原则,深信完全战胜敌国对于保卫生命、自由、独立和宗教自由以及各国人权、正义非常重要,深信正在对力图征服世界的野蛮和残暴力量从事共同的斗争。

《开罗宣言》(1943年12月1日)^①、苏美英《雅尔塔协定》(1945年2月11日)^②、五十多个国家签署的《联合国宪章》(1945年6月26日)、中美英苏《促令日本投降之波茨坦公告》(1945年7月26日)等一系列国际文献,完成了这项伟大的法律进步过程,推动国际法向前迈进了历史性的一大步。

开罗宣言是第二次世界大战期间一系列铲除殖民帝国主义的国际文献中特别重要的一环。宣言宣布:“剥夺日本自从一九一四年第一次世界大战开始后在太平洋上所夺得或占领之一切岛屿;使日本所窃取于中国之领土,例如满洲、台湾、澎湖等,归还中华民国;其他日本以武力或贪欲所攫取之土地,亦务将日本驱逐出境”^③。宣言后来成为促令日本投降的波茨坦公告的组成部分,在日本投降书中被无条件接受,并在战后得到了比较彻底的实施^④。所以说,开罗宣言的正当性、合法性深深植根于国际社会通过血与火的惨痛教训而普遍认可的国际关系准则和条约协定之中,它是人类进步和国际法进步的重要体现,是现代最重要的里程碑文件。

二、开罗宣言是第二次世界大战后东亚国际法律秩序的基石

10年前,一些台独分子罔顾历史事实和法理,企图否定开罗宣言的合法

① 1943年11月22日至26日,美中英三国政府首脑罗斯福、蒋介石、丘吉尔在埃及首都开罗举行会议。会议最终成果为三位首脑共同同意的《开罗宣言》,并商定统一于美国东部战争时间12月1日在各自的华盛顿、重庆、伦敦同时发表该宣言。

② 其中《关于被解放的欧洲宣言》指出:“欧洲秩序的建立及国民经济生活的重建,必须凭借足以使被解放的各国人民能够消灭纳粹主义和法西斯主义的最后痕迹及自己抉择的民主制度的程序来实现”。

③ 英文表述为:It is their purpose that Japan shall be stripped of all the islands in the Pacific which she has seized or occupied since the beginning of the first World War in 1914, and that all the territories Japan has stolen from the Chinese, such as Manchuria, Formosa, and the Pescadores, shall be restored to the Republic of China. Japan will also be expelled from all other territories which she has taken by violence and greed.《中国近代对外关系资料选辑》,上海人民出版社1977年版。

④ 尚未得到完全实施,比如钓鱼岛问题就是开罗宣言实施的一个遗留问题。