

第二届中国军事法学青年学子论坛文集

21世纪的战争与法律

——问题、挑战与前景

李伯军 编



湘潭大学出版社

第二届中国军事法学青年学子论坛文集

21世纪的战争与法律

——问题、挑战与前景

李伯军 编

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

21 世纪的战争与法律：问题、挑战与前景：第二届
中国军事法学青年学子论坛文集 / 李伯军编. — 湘潭：
湘潭大学出版社，2014.11

ISBN 978-7-81128-780-6

I. ①2… II. ①李… III. ①军法—法学—文集
IV. ①E126-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第274862 号



责任编辑：刘文情

封面设计：张 迪

出版发行：湘潭大学出版社

社 址：湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真)：0731-58298966 0731-58298960

邮 编：411105

网 址：<http://press.xtu.edu.cn/>

印 刷：长沙宇航印刷有限公司

经 销：湖南省新华书店

开 本：787×1092 1/16

印 张：26.5

字 数：381 千字

版 次：2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-81128-780-6

定 价：58.00 元

(版权所有 严禁翻印)

本书系湘潭大学法学院·知识产权学院出版资助项目
法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台建设阶段性成果
国家社科基金青年项目“海外军事基地的国际法律问题研究”
(项目编号:13CGJ023)的阶段性成果

序一

近些年来,广大法律工作者和专家学者,包括军队的,也包括地方的,都非常关注和积极参与军事法问题研究。对于我国军事法学界来说,这显然是一个十分可喜的现象。尤其令人振奋的是,越来越多的青年学子加入到军事法学研究的队伍中来,让我们看到了中国军事法学发展的美好前景。正是在这种背景下,由中国军事法学界倡议发起,建立了“中国军事法学青年学子论坛”。这个论坛是专门为广大军事法学青年学子搭建的一个健康、轻松、活泼的学术交流平台。

2012年5月,应湘潭大学战争与武装冲突法研究中心的邀请,我到湘潭大学参加了第二届军事法学青年学子论坛。在湘潭大学战争武装冲突法研究中心主任李伯军博士的严密组织和精心策划下,无论是组织工作,还是学术研讨,都非常出色,确保了这届论坛的顺利举行和圆满成功。

首先,我是怀着无比崇敬之心情去参加这届论坛的。湘潭大学是毛泽东主席亲自创办的大学。由湘潭大学及其战争与武装冲突法研究中心来举办军事法学青年学子论坛,是对毛泽东等老一辈革命家倡导的理论和传统在新的历史条件下的继承、创新与发展。

其次,我是怀着高度的使命感和责任感去参加这届论坛的。这届论坛的主题是“21世纪的战争与法律:问题、挑战与前景”。在人类历史长河中,大部分时间都在饱受战争摧残之苦。人类对和平的渴望和追求一直都是永恒的主题。如何借助法律最大限度地减少或减轻人类因战争导致的各种苦难,这显然是一个特别值得关注和研究的问题。研究和探讨21世纪战争与法律之间的种种关系问题,是时代赋予法律工作者和专家学者的重要职责和使命。

再者,我也是满怀着希望去参加这届论坛的。青年是我们国家的希望和未来,广大青年学子是我国军事法学界的希望和未来。军事法

学领域的本科生、硕士研究生、博士研究生和青年教研人员、法律工作者的积极参加,使得这届论坛更具有朝气、活力、创新精神。

在李伯军博士精心编辑和孜孜不倦的努力下,第二届军事法学青年学子论坛文集出版了。这本论坛文集,我认为主要有以下特点:

一是从论文的总体看,反映了广大军事法学青年学子对军事法真诚关注之心,对军事法学研究真挚热爱之情;二是从论文的选题看,体现了军事法学青年学子敢想敢干的精神,对于战争法、军事法领域的问题涉猎广泛,勇于担当,对于前沿问题、难点问题和热点问题迎难而上;三是从论文的内容看,突显了军事法学青年学子博学多思的特点,从理论与实际的结合上深入研究,旁征博引,阐发认识;四是从论文的风格看,反映了军事法学青年学者勇于学术争鸣、开展学术批评的风范;五是从论文提出的观点看,展示了军事法学青年学子们在法学领域积极创新的势头,提出了很多新的观点和独到见解。

总之,“热爱”、“执著”、“敏锐”、“创新”都在这次论坛文集的字里行间里得以充分体现,令人深切地感受到年轻人在军事法学研究过程中所迸发出来的蓬勃朝气和无限活力,使我们对军事法学的发展更加充满信心。

我真诚希望:军事法学青年学子论坛不但要坚持办下去,而且要越办越好。通过论坛,促进我国军事法学青年学子的学习、研究、交流和友谊,真正有利于青年学子的成长,真正有利于我国军事法学的发展,真正有利于我国军事法学的完善。广大军事法学青年学子要增强问题意识,善于发现问题,勇于提出问题,长于研究和解决问题;要增长学习意识,打开自己的知识视野,真正做到博学约取,厚积薄发;要增强调查意识,牢记毛泽东主席“没有调查,就没有发言权”的教导,注重“案例”、“实例”以及“战例”的收集和研究;另外,还要增强“求是”意识,深入探寻真相,积极探索规律,努力探求真理,在军事法学领域不断开拓、探寻和创新。我想这也是繁荣我国军事法学研究赋予我们每个军事法科学人的共同历史使命。

是为序。

雷渊深

2014年6月30日

序二

2012年春夏之交,我国国际法学界和军事法学界的一批朝气蓬勃的青年学人,汇聚于毛主席亲自倡办的湘潭大学,举办第二届“中国军事法学青年学子论坛”,研讨“21世纪的战争与法律:问题、挑战与前景”。论坛主题很富有前瞻性、理论性、现实性和针对性。整个研讨会“有论、有争、有评”。研讨会上主题报告条分缕析,多有精思妙虑;争论、质疑三重四复,时现柳暗花明;点评要言不烦,常能画龙点睛。研讨“网络战”引发的法律问题、“自主机器人投入战场”对现行武装冲突法的挑战、“战斗员生命权的维护”和“武装冲突法在维和行动中的适用”等问题,更是一次次把论坛推向高潮。笔者有幸受邀与会受教,获益良多,至今犹感“曲终人不见,江上数峰青。”

更为欣慰的是,本届论坛的论文经湘潭大学战争与武装冲突法研究中心主任、博士生导师李伯军副教授精心编辑成集,得以由湘潭大学法学院·知识产权学院资助出版。在我看来,即将付梓的这部论文集,并不是论坛论文的简单集结,而是编者对论坛的整个研讨活动和相关论文进行了认真的再思考、再研究、精心提炼和认真打磨的成果。比如说,论坛围绕主题分设了七个子主题,依次逐一展开研讨,论文集则将全部论文归辑为三个部分:(一)海牙公约体系面临的挑战及存在的问题;(二)日内瓦公约体系面临的挑战及存在的问题;(三)其他与战时有关的军事法律问题。经过这样的编辑,学术立足点更明确了,视野更阔大了,思虑更周全了。因此,该论文集不仅凝聚了本届论坛各位论者个体的研究成果,而且还融汇了整个论坛的集体智慧,它并不止于“立此存档”,仅使“曲不终,人照见”,还臻于“集腋成裘”,更让“江峰”青上加青。它的出版,是本届论坛的延续和深化。有志于继续研究这个

问题的读者、包括论坛的参与者,都会从中得到切实的帮助和有益的启示。

当今世界,“和平、发展、合作、共赢”是时代的主流,日益强劲。当今中国,坚持走“和平发展、合作共赢”的道路,坚定不移。也许有人会问,在这种形势下,研讨“21 世纪的战争与法律”,出版这样的论文集,是不是有点多余,有点杞人忧天,有点逆主流而动?

我的看法恰恰相反:这不是杞人忧天,而是未雨绸缪;不是逆主流而动,而是推进主流之所需;不仅不是多余,而是还远未满足需要。这个世界尽管总体和平,但全球性的安全威胁层出不穷,各种地区冲突和局部战争起伏此起彼伏、从未止息。尽管我国政府和人民一心一意、坚定不移地走和平发展的道路,但是,就有那么几个国家,千方百计地企图干扰、阻挠、甚至妄想打断我国的和平发展进程。另外,少数西方大国为了自身的一己之私或者为了维护其全球霸权而不惜破坏当今时代和平与发展的大局。为达此目的,他们竟然不惜以武力相威胁。更为卑鄙和邪恶的是,为了遮人耳目、操控舆论,他们总是打着国际法和保护人权的旗号而曲解和践踏国际法,以“法治”和“人权”之名行“侵害他国、破坏和平”之实。为保障我国的和平发展进程不被外国武力所打断,也为保障“和平、发展、合作、共赢”的世界主流一往无前而不被逆转,必须像习近平主席所说的那样:“推动国际关系法治化”。何谓“推动国际关系法治化”?在我看来,就是要改善和发展国际法,使其全面反映主权、正义、民主之价值,真正体现世界各国之权利、义务、责任相统一,消除国际关系中的不正义、不公平,排除适用国际法的双重标准,用公正统一的规则来评判是非曲直、促进世界和平、谋求发展共赢。而要做到这些,在学术层面,我们就不能不好好研究国际法,特别是要好好研究国际法或军事法中的“武装冲突法”。武装冲突法(又称“战争法”或“国际人道法”)是禁止国家在国际关系上实施战争或使用武力的法律,是减轻战争灾难、对武装冲突受害者施行人道保护的法律,是限制战争的残酷性有助于由武力对抗转向和平与和解的法律。如果我们不懂武装冲突法,对武装冲突法在当代战争中面临的问题、挑战及其前景茫无所知,对于推进国际关系法治化就不能有所作为。遗憾的是,从整

体上而言,我国的国际法学研究远没有达到世界先进水平,而学界对于武装冲突法的研究则显得更为薄弱。我们必需要加倍努力,尽快改变这样的局面。

改变这样的局面,尽快把我国的国际法学、军事法学、武装冲突法的研究提高到世界先进水平,为推动国际关系的法治化提供有效而强劲的学术支撑,是青年学子不可推卸的历史使命。举办论坛,研讨“21世纪的战争与法律:问题、挑战与前景”,出版研讨会论文集,正是青年学子对自己历史使命自觉的表现,是青年学子为完成这一历史使命的一次动员,一次集结,一次冲锋。完成这一历史使命,这仅仅是开始,“路漫漫其修远兮”,需要我们持续不断的努力。我真诚希望这部研讨会论文集,能够为我国军事法学界和国际法学界的青年学子继续奋斗提供可靠的学术支点,能够帮助青年学子和有志于此的一切学人,“抱荆山之玉,握灵蛇之珠”,登上适用于武装冲突的国际法的最高学术殿堂。

俞正山

2014年7月13日

目 录

第一部分 海牙公约体系面临的挑战及存在的问题

战争法在现代空战中的适用与发展	丛文胜 冯江峰(3)
试析现代海战攻击目标选择存在的法律问题及我国的对策	 于恩志 冯艳军(14)
信息化海战中战场欺骗行为的性质认定	刘 华 胡 明(22)
论军事目标的法律界定	丁玉琼(32)
联合作战中的目标选择与区分原则	曹成程 海 娃(45)
区分原则的历史发展与现实挑战	朱雁新(58)
现代高技术战争与战争法面临的机遇和挑战	吴晓曦(69)
自主机器人上战场的法律问题	杨丹丹 李伯军(80)
计算机网络攻击的法律规制	王孔祥(95)
论信息化条件下战争法的发展	朱 喆 刘保国(108)
21 世纪的战争与法律——问题、挑战与前景	李伯军(118)

第二部分 日内瓦公约体系面临的挑战及存在的问题

平民的国际人道法保护:困境与出路	毛国辉(141)
浅析非国际性武装冲突中对平民的法律保护	
——以日内瓦公约体系为视角	马 琳(155)

非国际性武装冲突中平民法律地位的界定	王振波 邢成宾 赵福林(164)
非国家武装团体的定义及国际人道法规制	侯嘉斌(173)
试论国际人道法在非国际性武装冲突中的适用	胡兰英(192)
联合国维持和平行动与国际人道法	盛红生(204)
联合国维和行动适用国际人道法问题探析	张家祥(213)
武装冲突法适用于联合国维和行动所遇到的挑战	申亚尼(221)
战斗员的生命:一个被边缘化的重要议题	苏 艳 李伯军(234)
美国“治外法权”对国际人道法的现实挑战 ——以“美国士兵射杀阿富汗平民之3·11事件”为视角	曹彩雲(274)

第三部分 其他与战时有关的军事法律问题

从国际法看海洋的军事用途	张晏琰(299)
简论战时军事权的法律规制	郭循超(313)
我国战时军事指挥员之司法权的构建问题研究	张 智(321)
战争法在我国军队传播的现状与建议	张京坡(342)
略论我国军事刑法存在的问题及其完善途径	万志鹏(351)
浅议我军的军官任免与考核制度	王佳音(359)
军民融合式发展视野下之军地立法体制的协调	王卫军(368)
新形势下地方军工企业发展中的知识产权问题探析	邹 琳(377)
论武力打击索马里海盗中的人权保护	蔡高强(392)

附 录 第二届中国军事法学青年学子论坛研讨会综述

——“21 世纪的战争与法律:问题、挑战与前景”	李伯军 黄 正(403)
--------------------------------	--------------

后 记	(410)
-----------	-------

第一部分

海牙公约体系面临的挑战及存在的问题

战争法在现代空战中的适用与发展

丛文胜* 冯江峰**

摘 要：相对于陆战法规和海战法规，传统的空战法规可能是在整个战争法规体系中最不发达的。然而，随着高科技不断应用于现代空战中，现代空战无论是在作战形态，还是在作战手段和方式方面都有了很大的发展，原有的空战法规已经远远不能适应现代战争发展的需要。因此，国际社会需要完善既定的空战规则，同时制订新的空战法规，以规范各国在现代空战中的各种作战行为，并减少现代空战对平民及环境所带来的巨大伤害和破坏。

关键词：现代空战；空战法规；1977 年《第一附加议定书》

现代战争形态、战争方式和作战手段的发展，对战争法有效适用和创新发展带来新的挑战与机遇。随着科学技术的进步，作战武器的性能有了极大的改进，使作战的领域和空间不断延伸，尤其是空战已成为现代战争的最为重要的方式之一。杜黑认为：“制空权对战争胜负具有决定性意义，是赢得战争的必要和充分条件。”空战的空间、形式和作战手段也在不断拓展，空战的危害性与其效能的提高同步增加，并有逐渐挣脱战争法规范的危险。因此，必须积极推动国际社会加大对空战法规的创制力度，以有效遏制战争，最大限度地减少空战

* 丛文胜，军事科学院军队建设研究部专业技术4级研究员，博士生导师。

** 冯江峰，军事科学院军队建设研究部博士后。

给人类社会带来的危害。

一、现代空战模式的新发展

第二次世界大战后，科学技术的发展使得人类探索和利用外层空间成为现实，并导致外空武器化。在空战武器方面，除了传统的航空器，还出现了导弹、反卫星武器等新型武器，其中有些武器的使用违背了战争法基本原则。在空战实践中，联合国安理会授权的有些行动有突破国际法上不干涉内政原则的趋势。

（一）空战空间的扩大

1. 外层空间：地球以外的整个空间分为空气空间和外层空间，空气空间由航空法来调整，外层空间由外空法来调整。1967 年的《外层空间条约》作为国际外空立法的根本文件，对外空的武器化作出了明确的限制性规定。条约禁止在外空放置和设置核武器或任何其他种类的大规模毁灭性武器，禁止在天体上建立军事基地、军事设施和工事，禁止试验任何类型的武器和进行军事演习。但条约并没有直接禁止外空的军事活动。如条约只是禁止在外空放置和设置核武器或任何其他种类的大规模毁灭性武器，并未对在外空使用此类武器作出严格限制。

2. 临近空间：随着科学技术的发展，在空气空间和外层空间之间又细分出临近空间。临近空间，通常是指离地面 20 ~ 100km 的高空。其下面的空域被称为“天空”，是传统航空器的主要活动空间；其上面的空域被称为“太空”，是航天器的运行空间。临近空间的法律地位更敏感、更复杂。

（二）空战手段的改进

1. 导弹：“导弹”是指从飞机、军舰或陆基发射器发射和自主推进的制导或弹道武器，可分为弹道导弹和制导导弹。现代空战中，导弹已经成为主要的作战武器，但战争法对导弹的使用缺乏明确的规

范。在利比亚战争中,除远程巡航导弹外,多国部队使用了多种型号的空地导弹和制导炸弹,对利比亚各类地面目标进行打击。如英国“狂风”战斗机发射的“宝石路”IV 激光/GPS 双模制导炸弹、“硫磺石”激光/毫米波双模制导反坦克导弹;美国 F-15E 战斗机和英国“台风”战斗机等发射的“宝石路”II 激光制导炸弹;法国“阵风”和“幻影”战斗机发射的 GPS/惯导型、GPS/惯导+红外制导型“模块化空对地武器”等。^① 国际社会签署有关导弹的条约很少。1972 年,美国和前苏联签订《限制反弹道导弹系统条约》,其中第 5 条第 1 款规定:“双方保证不研制、试验或部署以海洋、空中、空间为基地的以及陆地机动的反弹道导弹系统及其组成部分。”美国从本国利益出发,单方面宣布退出该条约,且进行了多次反弹道导弹拦截试验。2002 年 2 月,86 个国家在巴黎通过了《反对弹道导弹扩散的国际行为准则》,重申了对外空使用武器的限制。准则要求成员国不协助发展弹道导弹项目。

2. 核武器:美国在二战后期对日本的广岛和长崎曾使用原子弹,造成了重大伤亡。1963 年《部分禁止核试验条约》禁止各国在大气层、外层空间和水下外层空间进行核爆炸实验。国际法院在 1996 年的咨询意见中认为:以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道法的原则和规则。

3. 生物武器:为了制止类似在二战中使用生物武器的行为,1971 年《生物武器公约》第 1 条规定:“各缔约国承诺在任何情况下决不发展、生产、储存或以其他方式取得或保有:凡类型和数量不属于预防、保护或其他和平用途所正当需要的微生物剂或其他生物剂或毒素,不论其来源或生产方法如何。”即便生物武器可以针对军事目标使用,它们的特殊性质也意味着一旦发射出去,其效果已非发射者所能控制,并可能同时打击战斗员和平民,且将带来平民过分伤亡的危险。

4. 化学武器:1992 年 9 月 13 日,日内瓦裁军谈判会议通过了

^① 司实:《多国部队空袭利比亚特点刍议》,载《国防》2011 年第 9 期,第 79 页。

《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》（简称《禁止化学武器公约》），禁止有关化学武器的一切发展、生产、获取、保有、储存、转让和使用，要求每一个缔约国在十年内完成销毁其管辖和控制下的化学武器及其生产设施，以及可能遗留在另一缔约国领土上的所有化学武器。

5. 贫铀弹：是指以贫铀为主要原料制成的炸弹、炮弹或子弹。贫铀弹的威力比目前其他炮弹都更强。但贫铀弹在爆炸过程中产生的气体，会通过呼吸进入人体，或沉降至地表，进入水和土壤。贫铀弹的放射性作用于生物体后，会出现核辐射生物效应。1999 年，北约仅在科索沃地区就投下了约 3.1 万枚贫铀弹。贫铀弹属于改变环境的空战武器，应该受到战争法的限制。

6. 集束炸弹：集束炸弹在空中爆炸后，可以抛射出数以百计的子炸弹，对大范围内的装甲部队或士兵等军事目标展开猛烈的袭击，具有摧毁性的攻击力。集束炸弹一般由 B-52 之类的轰炸机携带。在伊拉克战争中，美军总共投掷了大约 1500 枚集束炸弹。在 1996 年的“马尔蒂奇案”中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在审查指控令的过程中对使用集束炸弹的合法性进行了审查，认为其属于不分皂白的攻击。2010 年 8 月生效的《集束弹药公约》将会对全面禁止使用集束炸弹产生积极作用。

7. 改变环境的作战手段：1977 年《禁止为军事目的或其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》（简称《改变环境公约》）规定，各国应承允不为军事或敌对目的使用具有广泛、持久或严重后果的改变环境的技术，如 1999 年北约袭击南联盟石油化工厂的行为。

8. 临近空间飞行器：是指主要在临近空间区域内飞行并完成特定任务的飞行器。临近空间飞行器的种类很多，按照飞行高度可分为以下三类：18~30 千米的平流层平台飞行器（包括平流层飞艇、浮空气球和高空无人机）、30~60 千米的高超声速巡航飞行器和临近空间最顶层的亚轨道飞行器。临近空间飞行器在区域侦察监视、通信中继、电子战、运输补给、武器搭载等方面具有独特的优势。

9. 太空武器：是指部署在太空或以太空物体为攻击目标的武器