



战后法原理

李若瀚 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



战后法原理

李若瀚 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

战后法原理 / 李若瀚著. -- 北京: 法律出版社,

2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1561 - 8

I. ①战… II. ①李… III. ①平时法—研究 IV.

①D994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 261022 号

战后法原理
ZHANHOufa YUANLI

李若瀚 著

策划编辑 高山
责任编辑 汤子君
装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 8
字数 173 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1561 - 8

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论 001

第一章 战后法概论 011

第一节 战后法的基本内涵 012

一、战后法之“战” 013

二、战后法之“战后” 017

三、战后法之“法” 023

第二节 战后法的理论基础 030

一、国际法产生和发展的一般原理 031

二、战后法产生的国际社会基础 035

三、战后法产生的伦理学基础 041

第三节 战后法的价值取向 052

一、完善冲突后社会的法治 052

二、实现冲突后社会的持续和平 057

三、保障冲突后社会的基本人权 061

第二章 战后法的法理之维 066

第一节 战后法的主要法律机制 068

一、冲突后阶段的军事行动规范机制 068

二、冲突后阶段的过渡正义实施机制 072

三、冲突后阶段的国家机器重建机制 074

四、冲突后阶段的社会重建机制 077

第二节 战后法的基本原则 079

一、善意管理原则 079

二、能力建设原则 081

三、协调原则 083

四、相称性原则 086

五、区分原则 087

第三节 战后法的运行机理 090

一、战后法的内部结构 090

二、战后法的外部遵守 104

第三章 战后法的实施机制 120

第一节 战后责任机制 121

一、战后法框架下的战后责任 122

二、战后责任的实现方式 126

三、战后责任机制的选择标准 133

第二节 冲突后阶段的维和行动 139

一、联合国维和行动的嬗变 140

二、战后法框架下的维和行动 144

三、冲突后阶段维和行动的发展方向 151

第三节 冲突后阶段的宪政重建机制 154

一、冲突后阶段的宪政重建 155

二、冲突后阶段宪政重建的合法性依据 157

三、冲突后阶段宪政重建的实施 163

第四章 战后法的困境和出路 174

第一节 战后法体系自身存在的问题 174

一、战后法的弱法性 175

二、战后法的滞后性 177

三、战后法的破碎性 180

第二节 战后法运行过程中存在的问题 181

一、战后法制制过程中存在的问题 182

二、战后法遵守过程中存在的问题 184

第三节 战后法的发展完善 188

一、战后法发展的有利因素 188

二、战后法发展的实现路径 192

第五章 战后法与中国 199

第一节 中国参与冲突后重建的实践 199

第二节 中国应转变冲突后重建理念 207

第三节 中国应积极参与战后法构建 211

结 论 218

参考文献 223

一、中文部分 223

二、外文部分 235

导 论

“冷战”结束以后,国际社会进入向新的国际秩序过渡的时期。在以往意识形态对抗中被长期压抑的各种问题,包括一些国家间的政治、经济、文化等利益冲突,以及一些国家内部的地方武装割据、民族及宗教矛盾,一时间集中迸发。现代武装冲突的形式也悄然发生了变化。国家的战争权被进一步限制,但作为新的战争形态的国际性武装冲突也时有发生,如“人道主义干涉”战争和反恐战争(War on Terror),此类武装冲突通常发生在推行所谓“普世价值”的国家与“失败国家”(Failed States)之间,^①且具有“不对称”的特点。^②从

① 失败国家通常被西方国家用以指代那些政治上缺乏民主、经济上缺乏活力、社会处于动乱状态、国家处于分裂或内战状态的一类国家。参见李伯军:《非洲民族国家构建中的“失败国家”与国际法》,载《求索》2010年第2期。

② 不对称战争(Asymmetric Warfare)反映了战争双方整体军事实力相差悬殊或者一方处于绝对优势的战争状态。它通常发生在军事强国与弱国之间,有时也发生在联合国实施集体安全军事行动的情况下。此类战争常以军事实力较强一方获得胜利告终,因而也被认为是“没有悬念的战争”。参见[美]米夏尔·N.施米特:《非对称战争与国际人道法》,崔鹏译,载《西安政治学院学报》2009年第6期。

武装冲突的数量和规模上来看,非国际性武装冲突(Non-international Armed Conflicts)^①已取代传统国家间的战争成为当前武装冲突的主要形式。

武装冲突不仅会造成冲突发生国(Conflicted Country)^②大量人员伤亡、经济损失、环境和基础设施破坏,还可能造成其国家机器失灵、政局混乱、经济停滞、社会动荡。在战争结束后的一段时期内,该国过渡政权相对脆弱、社会稳定程度不高,各种威胁和平的因素也会不断滋生和蔓延。在该国的和平状态得以彻底恢复之前,其通常会处于一种“不战不和”的状态。^③武装冲突结束后,虽然敌对方的军事行动已经停止,但冲突地区的和平却远未实现。对武装冲突中的受难者来说,武装冲突结束并不意味着灾难终止;实际上不论何种类型的武装冲突其恶果最终将由人民承担:家园被摧毁,生产设施及生活环境被破坏,饥饿、贫困和疾病肆虐,生命安全得不到保障,宗教信仰、伦理道德、家庭关系缺位,社会环境恶化……武装冲突带来的创伤一时间难以消除,人们生产和生活能力的恢复仍是一个痛苦而漫长的过程。以波斯尼亚战争为例,从1992年该国内战爆发至1995年《代顿和平协议》签订,内战共造成约20万人失踪或死亡,其中约40%是平民。在波斯尼亚及其周边地区的武装冲突停止

① 日内瓦四公约共同第3条将非国际性武装冲突界定为“发生在一国境内的武装冲突”。此类武装冲突的交战方通常为一国政府、该国的叛乱团体、反政府武装或交战团体。

② 冲突发生国即指受武装冲突行为影响重大、最直接的国家或地区,有时也包括受武装冲突严重影响的第三国,如1904年的日俄战争,其陆上战争主要发生在中国东北领土之上,此时中国也可以被称为冲突发生国。

③ 一些国际性文件(如联合国文件)也用“灰色地带”来指代武装冲突结束后处于过渡时期的国家或地区。参见吴燕妮:《论冲突中和冲突后社会的法治:联合国的行动及中国的贡献》,武汉大学出版社2014年版,第49~50页。

之后,虽然波斯尼亚中央政府在表面上得以建立,但它并未在全球范围内实施有效的控制和管理,该国的两个半自治实体——波斯尼亚和黑塞哥维那共和国(代表穆族和克族)与塞族共和国(代表塞族),实际上仍处于对抗状态。战后,该国仍有超过100万名战争难民没有回归家园。^①

冲突后阶段(Post Conflict Phase)自战争产生以来一直存在,它指冲突发生国在经历武装冲突之后,从武装冲突向持续和平过渡的特定历史时期。^②任何国家在武装冲突结束之后都会经历一个重建和恢复和平的过程,该过程长久以来一直被视为一国内部事务而未被作为全球性问题加以对待。现代社会信息的开放性和信息获取方式的多元化使武装冲突的恶果更容易被广泛传播并引起国际社会的关注。随着国际社会共同体意识的觉醒以及集体安全观念的增强,人们开始意识到,冲突发生国和平状态的恢复对于国际社会和平与安全也有重要意义,国际社会成员基于和平与安全考虑参与冲突发生国的冲突后重建(Post Conflict Reconstruction)进程已不再被认为是对冲突发生国内政的干涉。实践中已有越来越多的国际社会成员参与到帮助冲突发生国恢复和平的历史进程之中,如国际社会成员对阿富汗、伊拉克、利比亚、南苏丹等国重建和平实践的参与。但目前此类冲突后重建实践总体而言并不十分成功:就国家行为体而言,真正为了国际社会共同利益参与冲突后重建的情况十分鲜见,他们更愿意将冲突后重建作为一种武力干涉的后续措施,或者将之作为大国博弈与争夺势力范围的政策工具,由这些国家主导

① 参见[美]保罗·F·戴尔、丹尼尔·德鲁克曼:《和平行动的评价》,聂军译,世界知识出版社2014年版,第143~151页。

② 参见李若瀚:《武装冲突法的新发展:“战后法”法律问题研究》,载《时代法学》2012年第5期。

或参与的冲突后重建往往由于缺乏计划性和规范性而导致重建过程十分混乱,重建效果也差强人意;就国际组织而言,除联合国在冲突后阶段实施的维持和平行动外,其他国际组织对冲突后重建的参与度并不高,但即使是联合国主导或参与的冲突后重建,其过程也存在各种问题,^①而至于非政府组织,其在冲突后阶段发挥的实际作用微乎其微,也很少受到国际社会的关注。

冲突后阶段自康德以来逐渐为人们所认知。^②在该过渡时期,冲突发生国的政治、经济、社会等各方面状况都不稳定,国际社会成员的参与无疑会使冲突后重建这一进程变得更加复杂。冲突后重建不但关系到冲突发生国在政治、经济、社会等方面的恢复,也关系到该国周边国家、其所在地区以及国际社会的和平与安全。如何实现冲突发生国从武装冲突向持续和平的过渡,已成为国际社会日益关注的全球性问题。发挥国际法的规范作用对于实现冲突后社会(Post Conflict Society)^③从武装冲突向持续和平的过渡无疑十分重要。除限制国家的战争权外,国际法对于武装冲突行为的规范

① 参见张逸潇:《从建设和平的视角看联合国维和行动的困境》,载《武警学院学报》2011年第7期。

② 康德在论述民族权利时,将战争区分为开战、交战和战后三个阶段。参见[德]伊曼努尔·康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第179页。

③ 冲突后社会是指冲突后阶段国际社会成员重建和平行为所发生的国际环境,包括冲突发生国自身的国内环境和参与冲突后重建的国际社会成员共同构成的国际环境。冲突后社会具有以下特征:第一,冲突方虽然表面上达成和解或处于停战状态,但双方的敌对情绪短时间内很难消除,发生武装冲突的隐患仍然存在;第二,冲突发生国在政治、经济、安全等方面都面临着巨大的重建压力,其更希望获得稳定的国内、外环境,特别是确保国内社会的安全与稳定;第三,不论战争原因为何,战争胜利者总是希望以胜利者姿态参与冲突后重建,并在最大程度上掌握冲突后重建的话语权,而作为战败者一方,无论如何他们都希望受到更加公正、合理的对待,并希望胜利者的权力受到最大限度的限制。

以武装冲突法为主,其在限制作战手段和方法以及保护战争受难者等方面的法律规范也已相当完善。但由于传统国际法理论对于冲突后阶段的特殊性未给予足够重视,导致在当前国际法体系中,那些用以专门规范国际社会成员冲突后重建行为的法律机制和法律规范处于整体缺位的状态。就目前既有的能被适用于冲突后阶段的国际法律规范而言,其数量相对缺乏,适用范围有限,在实践中也未能被国际社会成员有效地践行和遵守,实际约束力十分有限。战后法的提出基于以上背景,其旨在通过规范国际社会成员的冲突后重建行为以实现冲突发生国从武装冲突向和平状态的过渡。

战后法,顾名思义,是一类在武装冲突结束之后适用的国际法律规范,其被用以规范国际社会成员在冲突后阶段的重建和平行为。战后法的产生与国际主体^①的战争行为有关。战争主要是指以国家为单位的组织或团体实施的相互使用暴力的武装战斗。^②战争可被分为“开战”“交战”和“战后”三个阶段。作为国家间斗争的最高形式,国家在什么情况下可以发动战争就产生了战争权的问题;在战争期间国家能够如何实施战争就产生了交战权问题;在战争结束后,国家如何实现从交战状态向和平状态的过渡就产生了冲突后重建和恢复和平问题。战争“不仅是一种事实,也是一种法律状态”。^③在现代国际关系中,“战争”与“武装冲突”通常有同样的

① 此处的国际主体包括参与国际性武装冲突的国际社会成员和参与国内武装冲突的国内主体。

② 西塞罗把战争称作通过武力进行的争斗,它体现了国家间极端对立的一种事实状态。参见[荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第28页。

③ 梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第500页。

意指。在法律上,战争更多地被用以描述发生在两个或两个以上国家之间的斗争状态,但现实中没有宣战的战争、边界军事摩擦以及一国内部的武力对抗都是普遍存在的,所以在法律上用“武装冲突”的称谓描述各种形态的武力对抗更为贴切。^①战争法(Law of War)的称谓也有被武装冲突法(Law of Armed Conflict)逐渐取代的趋势。^②因此,相比于“战后”阶段,在法律上以“冲突后阶段”指代从武装冲突结束到持续和平建立的这一特殊历史时期也更为贴切。

由此产生一个问题,即战后法为何不叫“冲突后阶段法”或“冲突后重建法”呢?笔者认为,就法律术语而言,“冲突后阶段法”的指向性并不明确。以冲突后阶段这一特定历史时期命名一类特殊法律规范很容易使人产生误解,认为该法律部门包含了适用于冲突后阶段的所有法律规范,但实际上战后法只是所有可以被适用于冲突后阶段的法律规范的一部分,其外延并不及于在冲突后阶段发生作用的所有法律,如冲突发生国的国内法,其中的一些法律也能在冲突后阶段发挥规范作用,但无疑属于国内法范畴。对于“冲突后重建法”,虽然该称谓能够表明战后法适用于冲突后阶段,并以规范冲突后重建行为为内容,但该称谓指向明确的同时内容却过于宽泛,也容易使人产生误解。因为从内容上来看,战后法实际上并不以所有的冲突后重建行为为规范对象,它只对国际社会成员参与的重建和恢复和平行为发生作用,至于冲突发生国在和平恢复之后实施的政治、经济及社会等方面的重建行为,战后法则并不涉及。战后法是以实现冲突后社会的持续和平为目的的,它并不规定国家重

① 参见俞正山:《国际人道法的界定及其与战争法、武装冲突法的等同问题》,载《西安政治学院学报》2009年第6期。

② 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第615页。

建的方式和方法,因此“冲突后重建法”的称谓也不足取。

战后法的词源来源于“战后正义”(jus post bellum)一词。战后正义是新正义战争理论的一个基本内核。它指在冲突后阶段国家如何行为是正义的。自19世纪末期以来,国际伦理学界已经对战后正义问题进行了较为深入的研究,并提出了“战后正义的法律化”的问题。^①在构建战后法的理念被提出后,许多国际法学者也基于国际法律规范与国际道德之间的区别对“战后正义的法律化”问题进行了研究。在研究过程中,“Law of jus post bellum”一词开始被大量国际法学者和国际伦理学家使用,^②战后法的称谓也由此而来。该称谓在国际法学界和国际伦理学界都具有一定的认知基础,使用其他新创造的名词则可能会在概念上造成混乱。从词意来看,战后法的称谓既能表明该类法律规范适用于冲突后阶段这一特殊历史时期,也能在内容上起到提示效果,使人产生该类法律规范被用以规范国际社会成员在冲突后阶段行为的联想。因此,“战后法”这一称谓也同时兼具了历史合理性与内容表现性两个方面的优点。

战后法是当前国际法研究中面临的一个新的课题。作为基本理论研究,本书更侧重研究战后法的法律体系及运行机理,笔者在研究过程中着重提出并回答以下问题:

第一,战后法是什么?该问题是本书的中心内容,也是展开其他研究的立论基础。回答该问题需要对战后法的源起及发展、现实及理论基础、具体内容及表现形式等问题进行深入思考。

① See Carsten Stahn, “Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s)”, *American University International Law Review*, 2008(2), pp. 345-347.

② 参见黄德明、朱路:《“战后法”法律建构初探》,载《南京理工大学学报》(社会科学版)2011年第2期。

第二,战后法要解决什么问题?该问题是构建战后法体系的出发点和落脚点,澄清这一问题有助于进一步明确战后法对于冲突后社会的特殊价值和作用。回答该问题需要从战后法作为一种社会规范所具有的伦理性和其作为法律规范所具有的规范性两个方面入手加以研究。

第三,战后法如何解决这些问题?这是一个结构性的问题。任何法律其规范作用的实现都需要依靠完备的法律规范和法律机制。回答该问题即需要明确战后法是通过哪些法律机制,以及如何通过这些法律机制以发挥其规范作用,这需要对战后法的基本构架及其运转方式加以研究。

第四,战后法能否解决这些问题?这是一个实证性的问题,即战后法能否对国际社会成员的冲突后重建行为产生实际的规范作用。回答此问题,一方面要从战后法自身入手,考察其法律逻辑是否完善、法律规范衔接是否到位以及其具体制度是否存在缺陷等;另一方面还须从国际社会成员的实践入手,考察其对战后法的遵守及践行情况,通过对国际实践的考察也能更深刻地了解战后法的运行情况及存在的问题,并为进一步解决这些问题提供思路。

国际社会对战后法的研究始于新正义战争理论。该理论预先设定了胜利者是战争中的正义一方,并基于此讨论战争胜利者在冲突后阶段的重建责任。但事实上并非所有武装冲突的胜利者实施的都是正义战争,也并非所有的武装冲突都存在正义方。新正义战争理论家们对于作为该理论核心概念的战后正义没有统一的认识,他们在“战后正义的法律化”问题上的态度也是相当保守的。^①以新

^① 参见黄德明、李若瀚:《论“后冲突时代”战后责任机制的发展》,载《河北法学》2013年第12期。

正义战争理论为预设前提探讨战后法问题通常会导致战后正义道德标准的直接套用,站在道德立场探讨法律问题的缺陷是显而易见的:在法律规范层面对武装冲突胜利者提出的道德要求越高,这些规范就越容易在国际实践中被国际社会成员违反或者规避。摆脱新正义战争理论的束缚,从国际法层面寻找战后法约束力得以产生的根源,实现战后法的“去道德化”是本书构建战后法的一个基本研究思路。

当前学界对国际法的研究仍遵循威斯特伐利亚范式(Westphalia Paradigm),^①但该研究方法无法从法律角度解决现代国家体系与国际秩序构建之间存在的既有张力,即无法从法律角度解决被分割为平等主权单位的国家形态同国际社会成员在和平与安全问题上的相互依存状态之间的紧张关系。导致学者们在研究战后法时面临许多难题:一方面,学者无法为战后法在“战争与和平两分法”(War and Peace Dichotomy)框架下寻找合适的定位,无论是作为“平时法”还是“战时法”的国际法,都忽略了冲突后阶段“不战不和”的特殊状态;另一方面,遵循“国际法教义学”(Rechtsdogmatik Method)的研究方法,^②学者很难从现有国际法体系中寻找更多研究战后法的素材,那些少量的、分散的、缺乏针对性的相关国际法律规范很难被

① 威斯特伐利亚范式也被称为无政府范式,该范式强调国际社会以国家主权为根本依托形成了国家实体在国际交往中的相互承认和对彼此身份的认同,国际法的产生以主权者之间相互无管辖权为伊始,并逐渐形成了主权者之间相互平等、不干涉内政、外交豁免等基本原则。

② 国际法教义学是指依据现有国际法律体系对某些法律规范以及某些具体问题进行分析研究的研究方法,即对国际法规则的解释和对国际现象合规性的研究。该研究方法的问题在于,其对既有实体法的解读,并不能回答诸如国际法价值、体系以及约束力如何产生等法理学问题。See Anthony Carty, *Philosophy of International Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007, pp. 1-22.

捏合成可以规范国际社会成员冲突后重建行为的系统的法律体系。考虑到冲突后阶段的特殊性以及冲突后重建对国际社会和平与安全的重要意义,在构建战后法问题上,打破威斯特伐利亚范式,从“社会法”角度研究国际社会成员在冲突后重建过程中的共同治理模式,将战后法作为一个法律系统,从其产生、运行和适用三个环节探讨其产生和发展规律无疑是一种更科学的研究方法。

第一章 战后法概论

从法律角度而言,战后法不仅是一种社会规范,也是一种行为规范。它以冲突后社会根本利益为导向,旨在实现冲突后社会的持续和平。战后法的产生有其深刻的国际社会根源,其重要性的凸显缘于越来越多的国际社会成员将冲突后重建作为全球性问题加以关注。虽然现代国际法已存在较为完善的法律规范和法律机制来规范国际社会成员在武装冲突之前和武装冲突过程中的法律关系和相互行为,但受到“战争与和平两分法”的影响,那些被用以规范国际社会成员冲突后阶段重建行为的国际法律规范则一直处于缺位状态。战后法的提出无疑弥补了传统国际法这一结构性缺陷。按照国际法发展的一般规律,国际社会成员各异的内生需求导致国家交往过程中利益冲突的产生,从而促使代表国家间协调意志的国际法规范的产生。战后法的产生也是如此。虽然长期以来,冲突后重建问题一直被当作国际政治安排或国内事务处理,但随着全球化和国际法治的发展,对冲突后社会和平、法治和人权的保护也逐渐