



# 海上非战行动 法律问题研究

郑洁◎著



STUDIES ON THE LEGAL SUPPORT OF  
OPERATIONS OTHER THAN WAR AT SEA



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

## 内容提要

本书在研究海上非战行动理论的基础上,尝试界定“海上非战行动”的概念和内涵,并从法律制度支撑和法律咨询服务两个角度的六个方面阐述了海上非战行动中面临的主要法律问题:适用的国际法基本原则、海军作为行动主体的权力基础、在不同海域行动的国际法基础、合法使用武力的法律规制、不同类型行动的法律内涵与应对程序、军事法律咨询服务确保行动合法性。以上六个方面的法律问题探讨贯穿于对国内外海军遂行非战行动法律规制实践考察的始终。本书在厘清海上非战行动中的主要法律问题是什么的基础上,考察了中国海上非战行动的法律规制实践现状以及美国、英国、澳大利亚海军遂行非战行动的法律规制实践,强调海上非战行动中法律问题的解决和应对不仅需要恪守国际法基本原则、遵守相关国际法或双(多)边条约及国内法的规定,而且还需要立足现实,吸收借鉴其他国家在相关法律体系建设、法律法规的调整修订、法律咨询服务等方面的经验。

## 图书在版编目(CIP)数据

海上非战行动法律问题研究 / 郑洁著. —上海:  
上海交通大学出版社, 2021.10  
ISBN 978-7-313-25329-3

I. ①海… II. ①郑… III. ①海上—军事行动—国际  
法—研究 IV. ①E126

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 172526 号

## 海上非战行动法律问题研究

HAISHANG FEIZHANXINGDONG FALÜWENTIYANJIU

著 者: 郑 洁

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

印 制: 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本: 710 mm×1000 mm 1/16

字 数: 312 千字

版 次: 2021 年 10 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-25329-3

定 价: 69.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 17.5

印 次: 2021 年 10 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 025-83657309

# 目 录

第一章 绪论	1
第一节 问题的提出	1
第二节 国内外研究现状综述	3
第三节 研究方法和理论工具	20
第四节 研究思路、研究框架及可能的创新点	23
第二章 海上非战争军事行动概述	27
第一节 非战争军事行动理论的提出及其发展	27
第二节 海军与海上非战争军事行动	35
第三节 国家实践中海上非战争军事行动的主要任务类型	45
第三章 海上非战争军事行动与现代国际法	55
第一节 国际法下海军遂行非战争军事行动的权力基础	55
第二节 适用于海上非战争军事行动的国际法基本原则	58
第三节 海上非战争军事行动在不同海域的国际法基础	62
第四节 不同任务类型海上非战争军事行动的法律内涵	74
第四章 海上非战争军事行动中武力使用的国际法依据及其限制	97
第一节 禁止使用武力的法律变迁	97
第二节 禁止使用武力原则的例外	106
第三节 武力使用问题的新发展	111
第四节 规范海上武力使用的国际法律体系	121
第五节 确保海上非战争军事行动中武力的合法使用	126

第五章 代表性海军强国海上非战争军事行动的法律规制实践 .....	130
第一节 美国海上非战争军事行动的法律规制 .....	130
第二节 澳大利亚海上非战争军事行动的法律规制 .....	140
第三节 英国海上非战争军事行动的法律规制 .....	152
第四节 外军海上非战争军事行动法律规制实践的经验启示 .....	178
第六章 中国海上非战争军事行动的法律规制及其法律应对能力的 提升 .....	184
第一节 中国海上非战争军事行动法律规制实践与面临的挑战 .....	184
第二节 掌握不同类型海上非战争军事行动的法律应对程序 .....	194
第三节 健全我国海上非战争军事行动的法律支撑体系 .....	219
第四节 完善海上非战争军事行动的法律咨询服务制度 .....	231
第五节 促进中国海军作为外交工具的合法运用 .....	243
结语 .....	252
参考文献 .....	257
索引 .....	271

# 第一章

## 绪论

作为一部探讨海洋法在军事领域的应用性研究专著,笔者撰写目的:一是尝试在海军遂行多样化军事任务的相关概念方面有所推进,以“海上非战争军事行动”(以下简称海上非战行动)的概念涵盖当前海军所主要遂行的多样化军事任务;二是尝试对有关海上非战行动的法律问题作出初步的系统性思考:从对海上非战争军事行动相关法律问题的挖掘到对影响海上非战行动合法性因素的分析,再到对海军强国相关法律规制实践的考察和借鉴,最后从法律制度建设、法律咨询服务等方面就中国海军如何提升“用法”能力建言献策,以补充这一领域理论研究的空白。

### 第一节 问题的提出

一个国家的军事力量不仅要有硬实力,而且更要能够实现“软”运用。如果国家军事力量不具备远征能力,只具备战斗能力,那么,这个国家将会面临更多冲突。如果其具备“走出去”帮助其他国家实现共同发展的能力,反而能够促进共同发展。<sup>①</sup> 传统的海权理论认为,海上武装力量肩负着军事、外交、执法三位一体的综合性任务,在全球性海洋问题愈发突出的今天,虽然海上力量的三大基本任务并未发生实质性改变,但其关注的重心发生了根本性转移:海军在和平时期的运用频度要远高于在战争和冲突中的运用,世界海上强国越来越重视海上武装力量的非战争运用。<sup>②</sup>

① Grace V. Jean, Taking Cues from New Administration, Naval Forces Shift Focus to Soft Power[EB/OL]. [2021-04-30]. <http://www.nationaldefensemagazine.org/archive/2009/January/Pages/TakingCuesFromNewAdministration,NavalForcesShiftFocustoSoftPower.aspx>.

② 胡波. 中国海权策——外交、海洋经济及海上力量[M]. 北京: 新华出版社, 2012: 216.

1945年《联合国宪章》生效后,国家诉诸战争的权力被非法化,使用武力被全面禁止。虽然当今时代武装冲突仍有发生,但国家军事力量运用的职能已发生变化,从原来的防御备战扩展到应对各种非传统安全威胁。20世纪90年代,美国非战争军事行动理论的提出使军事行动摆脱了传统战争理论的束缚,发展出军事和战争思维的新逻辑,既为有效发挥军队职能提供了广阔空间,也为降低政治风险提供了崭新思路。继美国之后,澳大利亚、俄罗斯等国也先后对该理论进行了应用和借鉴。我国也顺应时代发展的需要,在国务院及中央军委发布的《中国的军事战略》《中国武装力量的多样化运用》《2010年中国的国防》《军队非战争军事行动能力建设规划》等多份白皮书及政策文件中强调充分发挥武装力量在和平时期的多样化运用职能。

目前,中国的海外利益面临严峻风险,海外利益保护能力亟须提升。中国运用政治、军事、外交、经济手段保护国家海外利益的能力尚未满足应对国家海外利益所面临风险和ari求的需求,尤其是“对军事手段的运用仍是保守有余而顺势不足,行动有余而保障不足,在一定程度上影响了海外利益保护的效益”。<sup>①</sup>“利益走向那里,我们的安全边界就走向那里”。<sup>②</sup>军事力量作为维护国家海外利益的重要工具和手段,必须有效实现其活动范围从本土向世界重要地区的拓展,使其行动能力的作用范围与国家海外利益的存在范围相接近乃至重合。

虽然中国的地缘条件决定了其不可能成为海上霸主,中国也从来没有扩张意图且反对“国强必霸”,但中国海军的发展已经远落后于维护国家安全和海外利益的需要。海军是各国走向世界、维护国家海外利益的“先锋队”,而距离中国海军成为这样一支世界一流的“先锋队”还有一定差距。中国亟须正视现实需求,发展与国家需要相适应的海上力量,以形成一定的威慑能力,捍卫国家海洋权益。

随着“一带一路”倡议的推进,中国海军必将越来越多地参与国际维和、人道主义救援等行动,在力所能及的范围内承担国际责任和义务,提供更多的国际公共安全产品,为维护世界和平、促进共同发展做出更大贡献。<sup>③</sup>为此,中国海军不仅需要通过增强硬实力以克服其在距离、可持续性、海上作战能力、行动协调的复杂性、海上环境的敌对性等方面面临的挑战,<sup>④</sup>而且还需要增强军事“软”运

① 宋云霞,王全达.军队维护国家海外利益法律保障研究[M].北京:海洋出版社,2014:23.

② 张文木.论中国海权[M].北京:海洋出版社,2014:210-211.

③ 国务院新闻办公室.《中国的军事战略》(白皮书),2015.

④ Christopher D. Yung, Ross Rustici, Isaac Kardon, Joshua Wiseman. China's Out of Area Naval Operations: Case Studies, Trajectories, Obstacles, and Potential Solutions[M]. Washington D.C.: Institute for National Strategic Studies, National Defense University Press, 2010: 1.

用能力,尤其应重视提升军事行动合法性建设。因为法律因素在现代军事革命中对提升军事行动能力、增强军事介入效果的影响作用日益凸显,军事力量运用的正当性及合法性已成为决定行动成败的关键性因素。

因此,有必要对下列问题进行分析:首先,中国海军“走出去”既然已经成为国家现实需求,那么,其应当以什么方式“走出去”?其次,中国海军应怎样合法地“走出去”,将面临怎样的法律问题(国内相关法律制度不健全、国际法领域存在模糊地带、行动参与人员法律素养不足等)?再次,如何解决中国海军“走出去”过程中遇到的法律问题?例如当遇到和平方式无法解决的威胁时,如何合法地使用武力(严格遵守国际法基本原则和规定、健全国内相关法律制度、促进国内法与国际法的无缝对接、充分做好各类行动的法律预案、提升行动参与人员的法律素养、完善法律咨询保障制度等)?如何提升中国海军“走出去”过程中应对法律问题的能力、提升行动合法性、帮助国家实现政治目标是本书讨论的核心论点。

## 第二节 国内外研究现状综述

在国内外研究综述方面,笔者对国内外学者在以下四个方面的研究现状进行考察:关于非战争军事行动(以下简称非战行动)的基础性研究、关于海军遂行军事行动的相关情况研究、关于军事法律顾问提供行动法律咨询服务方面的研究、关于海军作为外交工具运用方面的研究。从内容上来讲,该部分主要包括对以上四个方面问题的起源、发展、主要研究内容、存在的不足等研究现状的概述。

通过文献研究,笔者主要发现以下问题。

第一,关于海军遂行非战争军事行动的概念研究稀散零落,且尚未达成概念性共识。虽然国内外对非战争军事行动的概念研究历史较为久远,研究成果相对丰富,但有关海军遂行非战争军事行动的概念性研究成果并未能较为全面地涵盖海军当前遂行的多样化军事任务,故为本书结合中国海军实践、考察海军强国实践,进而界定“海上非战争军事行动”的概念留下了研究空间。

第二,关于海上非战争军事行动的法律问题研究。目前国外对该领域的法律规制主要体现在各国为海军合法“走出去”制定的法律法规、军事条令(条例)及军事教义中,而中国有关海军遂行非战争军事行动的法律制度体系性欠缺,多散落于各部门法及相关军事条令(条例)中,学界关于这方面的研究成果

多呈现宏观性、框架性的特点,多从完善国家相关法律制度的角度提出,认为应加强海军遂行多样化军事任务的法律保障工作。对此,笔者不倾向于使用“法律保障”的说法,因为法律主要作为一种工具或手段对海军部队协助国家执法的合法性发挥一种救济或支持、支撑作用,而非发挥保障国家军事力量的作用。笔者倾向于从分析影响海上非战争军事行动合法性的主要法律问题入手,分析当前中国海军“走出去”面临怎样的法律问题,且应如何解决这些问题以确保行动的合法性。

第三,有关军事法律顾问服务非战争军事行动的合法职能研究。美国、英国、澳大利亚这些海军强国非常重视军事法律顾问在部队的地位,以及在军事行动中的职能履行,甚至建立了健全的军事法律咨询服务制度,以确立军事法律顾问在部队的角色、职能及权限,从而使其能够充分参与到军事行动中来,确保行动的合法性。而中国以军队律师为主体的军事法律顾问队伍,其业务素质尚未完全满足提供海上非战争军事行动实时法律咨询的需求,有关军事法律顾问的制度和队伍建设也与国外存在较大差距,亟须作出相关政策调整以培养满足海军实践需求的军事法律服务人才。目前虽然学界有关军队律师的研究成果比较丰富,但多集中于对军队律师的体制、编制、数量、职能等方面的研究,很少有关关注军事法律顾问的角色职能转向服务军队战斗力的提升、为军事行动提供实时法律咨询方面,而这将是本书研究的重点之一。本书提倡通过提升军事法律顾问对海上非战争军事行动的伴随咨询职能以确保法律法规“落地”,进而增强行动合法性。

第四,关于海军外交的合法运用方面的研究。党的十八大以来,国家提倡开展大国外交,促进对外军事交往,充分发挥海军外交职能作用,这是响应国家号召的积极举措。国外关于海军外交的研究主要集中于两个方面:一是对传统“炮舰外交”的概念和职能研究,甚至将中国海军的崛起看作开展“炮舰外交”的行为;二是对现代“海军外交”概念和职能的研究,认为海军外交作为国家外交政策工具,如果运用恰当,可以在帮助国家实现外交目标的同时达到海上威慑的作用。在当前的研究成果中,多侧重于对海军外交在国际政治方面发挥作用的研究,很少有将海军外交放在国际法下,对其活动开展的合法性问题进行研究。笔者认为,海军外交与海上非战争军事行动在任务目标、任务类型方面有所重合,其所发挥的海上威慑作用是对海上非战争军事行动的有力补充。

## 一、关于非战争军事行动的概念及内涵研究

非战争军事行动最早由美国于20世纪90年代提出,之后被其他国家沿用。

各国根据国情的不同,在力求掌握非战争军事行动理论精髓的同时,对其指导原则、法律基础、任务类型、行动程序等方面进行发展,从而形成适合本国武装力量使用的一套理论。我国学者在 21 世纪初期也开始致力于有关非战争军事行动的概念、任务类型、基本原则、法律需求等方面的研究。

### (一) 国外对非战行动的研究

美国是最早提出非战行动的国家。其关于非战行动的一系列介绍中,最全面的文献是美国在 1995 年出版的《非战争军事行动联合纲要》,主要介绍了非战行动与大规模持久战的区别,阐述了非战行动的目的、行动原则、任务类型和行动计划等方面的内容,为应对、解决不同类型的非战争军事任务提供了有关战术、技术和程序方面的理论指导。<sup>①</sup> 在美国 2000 年的《国防部军事及相关术语词典》中,对非战行动的解释是:“对除战争以外,所有军事行动范围内的军事能力的应用,这些军事行动也可作为国家其他权力工具在战争各阶段的使用补充”。<sup>②</sup> 俄罗斯、澳大利亚等国也相继对该理论进行了借鉴或运用,将非战行动作为其军队遂行军事任务的一种类型。

在和平时期非传统安全威胁此起彼伏的局势下,通过动用军队遂行非战争军事行动来帮助国家实现政治目标,已经越来越多地受到各国政府的重视。各国由于国情的不同,在力求掌握非战行动理论精髓的同时,对其指导原则、法律基础、任务类型、行动程序等方面进行延伸发展,从而形成适合本国武装力量使用的一套理论,在其指导下,各国武装力量帮助国家实现政治目标。我国也顺应时代发展需要,开始运用非战争军事行动理论,但亟须完善与之相关的法律制度。

### (二) 国内对非战行动的研究

我国学界对非战行动的研究主要集中在两个方面:一是对基础理论的研究,例如非战行动的概念界定、行动原则、行动特点、任务范围及类型等;二是对非战行动法律体系的建立与完善及其任务遂行过程中法律支撑问题的研究。关于非战行动的概念,目前尚无规范性界定。我国学者就此概念所达成的较为一致的观点是:非战争军事行动与战争行动存在本质区别,该行动带有战略目的性,而就其行动目的、实施手段、启动事由等方面存在不同的观点。经过梳理文

<sup>①</sup> US Joint Publication 3-07. Joint Doctrine for Military Other Than War, June 1995.

<sup>②</sup> US Joint Publication 1-02. Dictionary of Military and Associated Terms, 2000.

献,可发现目前对非战争军事行动的概念主要是从以下两个角度来界定。

一是以美国《非战争军事行动联合纲要》中的阐述为依据,从非战争与战争的区别上进行定义。例如,我国学者谢丹、张炜、张建田、马利辉对非战争军事行动概念的解释。谢丹认为,“只要不是武装冲突,所有为达成一定政治目的而开展的军事行动都可以归入‘非战争军事行动’之列”;<sup>①</sup>张炜认为,“非战争军事行动是指除战争以外的军事行动范畴内使用军事力量的行动,能够被用于补充任何其他国家力量的手段,可在战前、战中和战后发生”;<sup>②</sup>张建田则将非战争军事行动概括为“国家武装力量为维护国家安全利益和发展利益实施的除战争以外的军事行动”;<sup>③</sup>马利辉认为,“非战争军事行动是指国家、民族、阶级或政治集团为一定政治、经济、军事目的,为维护国家利益,保障社会稳定,抵御自然灾害,保卫人民和平劳动和生命财产安全,直接或间接运用武装力量,采用非暴力手段,或在一定条件下有限度地运用暴力手段,所实施的除战争以外的一系列军事行动”。<sup>④</sup>

二是基于战略目的理解非战行动的内涵,认为非战行动是以实现国家政治、经济等目的而开展的。例如,我国学者朱之江、肖天亮等人对非战争军事行动概念的阐述。朱之江认为,“非战争军事行动是指以防止战争、消除冲突、促进和平与稳定、支持行政当局为直接目的,针对非军事力量难以完成的任务,在公认的战争水平或国际法标准之下使用军事力量的一种军事实践活动”;<sup>⑤</sup>肖天亮认为,“非战争军事行动是指为了达成一定的政治目的使用军事力量,以非暴力或有限暴力手段遂行的非战争事态的军事活动”;<sup>⑥</sup>宋云霞认为,“非战争军事行动是在非战争状态下实施的以维护国家安全和社会稳定、保卫人民和平劳动与生命财产安全、维护国际和平与稳定,以及消除危机和遏制战争为目的的行动”。<sup>⑦</sup>

关于非战争军事行动的特点,学者们均从不同的角度进行归纳总结,例如,非战争军事行动任务的突发性、复杂性和多变性;行动目的的政治性;行动区域的广泛性;参与主体的多元性;作战方式的非暴力性;武力使用的限制性等。尤光旭认为,“非战争军事行动具有任务特殊、政治性强;任务紧急、复杂

① 谢丹. “非战争军事行动”法律问题的初步研究[J]. 西安政治学院学报, 2008(3): 52.

② 张炜. 美军非战争军事行动理论的兴起和“中止”[J]. 中国军事科学, 2008(3): 62.

③ 《中国法律年鉴》社. 中国法律年鉴[G]. 2009: 772.

④ 王湘江. 世界军事年鉴[G]. 北京: 中国人民解放军出版社, 2009: 657 - 658.

⑤ 朱之江. 论非战争军事行动[J]. 南京政治学院学报, 2003(5): 83 - 86.

⑥ 肖天亮. 关于非战争军事行动的理论思考[J]. 国防大学学报, 2008(5).

⑦ 宋云霞, 张林. 海军非战争军事行动中的国际法运用[J]. 西安政治学院学报, 2009(1): 54 - 58.

多变;任务繁重、力量多元;任务多样、专业性强;任务突然、实战性强等五个特点”;<sup>①</sup>易巧平等人认为,“非战争军事行动呈现出常态化趋势,具有广域性、突然性和国际性等特点”;<sup>②</sup>刘向阳等人将非战争军事行动的特点归纳为五点:專屬性、非暴力性、战略性、多元性、政策性;<sup>③</sup>齐敬岩认为,“非战争军事行动任务多样、协调要求高;突发性强、任务转换快;社会关注度、透明度高;危险性高,考验官兵意志”。<sup>④</sup>

我国学者关于非战争军事行动所遵循原则的讨论也都是基于美国非战争军事行动联合纲要中提出的“六项基本原则”开展的,即目标原则、统一原则、安全原则、克制原则、坚持原则、合法性原则,但尚未形成统一表述,例如强调行动开展遵循合法性原则、协调配合统筹兼顾原则、国家利益至上、快速反应等。

对于我军目前和将要担负的非战争军事行动任务范围及类型,目前学界尚无权威性和规范性解释,有的被概括为军事外交、军援军贸、军备斗争、军事威慑、人道主义援助、军事危机与冲突处理等;有的被归纳为反恐、维稳、处突、缉毒、维权、维和、抢险和救灾等;有的被设想为参与维和行动、抢险救灾、联合军演、撤运侨民、武装护送、情报收集与分享等。

虽然学界一致认为非战争军事行动的任务类型具有广泛性,但多从不同角度对其进行划分,常见的划分标准有行动区域、行动环境、行动的武力使用程度、行动目的等,例如从国家安全和需要及现阶段我军军事能力出发,可分为国内维稳、抢险救灾、边海空防、反恐行动、军事外交、国际维和、联合军演、军事援助、军事威慑、海洋权益维护、护侨和撤离非战斗人员等;从实施背景来看,可分为平时、危机时和战时的非战争军事行动;从使用武力的程度看,可分为使用武力、有可能使用武力和基本排除使用武力的非战争军事行动;从行动区域来看,可分为境内非战争军事行动和境外非战争军事行动。<sup>⑤</sup>

多数学者认为非战争军事行动在遂行过程中对法律的要求较高,而且实践中面临许多法律挑战,就如何解决非战争军事行动中的法律支撑问题,学者们的研究范围涵盖了军队参加非战争军事行动的法律依据、组织指挥体制和军地协

① 尤光旭. 非战争军事行动中政治工作应注意把握的几个问题[J]. 政工学刊, 2008(10): 18-19.

② 易巧平, 颜慧. 汶川抗震救灾对我军遂行非战争军事行动能力建设的启示[J]. 国防, 2008(7): 5-8.

③ 刘向阳, 徐升, 熊开平, 张春雨. 非战争军事行动探要[J]. 中国军事科学, 2008(3): 1-6.

④ 齐敬岩. 对非战争军事行动政治工作的几点思考[J]. 领导科学, 2008(19): 44-45.

⑤ 肖天亮. 关于非战争军事行动的理论思考[J]. 国防大学学报, 2008(5).

调机制、使用武力的规则、军队和军人在非战争军事行动中的权利义务、涉外非战争军事行动中的部队地位等多个方面。我国军队职能的拓展应当在法制的轨道上进行,军队履行新职能时应当以国际法和国内法为依据。<sup>①</sup>目前我国军队参加国内抢险救灾、维稳处突等行动中存在的主要问题表现在军队动用的法定条件、指挥和物质保障、法律责任的承担等方面,<sup>②</sup>而我国军队非军事动用行为在动用程序、功能限制、动用监督三方面存在的不足需要通过完善立法、建立军队非战争军事行动法律体系来解决。<sup>③</sup>但是非战争军事行动法律体系的建立需要从解决其起始状态定性、使用武力限制、涉及对象处理、行动区域管控、国际法适用、结束阶段的处理六个方面来着手。<sup>④</sup>

目前我国学界对非战争军事行动的研究成果较为丰富,中国军事科学院出版社出版的《世界非战争军事行动年鉴》、2009年肖天亮撰写的《军事力量的非战争运用》一文、2010年吴清丽主编的《非战争军事行动理论与实践》、<sup>⑤</sup>2013年郑守华主编的《非战争军事行动教程》<sup>⑥</sup>等代表性著作主要涉及非战争军事行动的概念、原则、特点、类型及法律等方面的内容。虽然呈现百家争鸣之态势,但整体而言,研究深入程度不够,较少与实践应用相结合。在选题方面,现阶段研究成果多侧重于有关非战争军事行动的基本理论研究,并未就非战争军事行动的法律问题形成专题性深入研究,这就为笔者深入研究海上非战争军事行动的法律问题留出了空间。

## 二、关于海军遂行非战争军事行动的法律基础及任务类型

通过对外国海军部队遂行非战争军事行动的情况进行研究可以发现,各国对非战争军事行动理论的运用并不完全相同,但都已经形成较为完善的符合本国现状的法律支撑体系,主要体现在根据任务类型的不同,对海军遂行的非战争军事行动予以明确的法定授权、建立完善的法律依据和严格的行动程序、提供充分的军事法律顾问服务等方面,而非战争军事行动理论在我国海军部队的运用方面仍有较大的提升空间。

① 薛刚凌. 中国军事法论丛(2007年卷)[M]. 北京: 方正出版社, 2007.

② 薛刚凌. 中国军事法论丛(2009年卷)[M]. 北京: 方正出版社, 2010.

③ 杨河, 曹莹. 关于军队非军事动用的法律思考[J]. 西安政治学院学报, 2004(5): 76-79.

④ 谢丹. “非战争军事行动”法律问题的初步研究[J]. 西安政治学院学报, 2008(3): 52-55.

⑤ 吴清丽. 非战争军事行动理论与实践[M]. 北京: 蓝天出版社, 2010.

⑥ 郑守华. 非战争军事行动教程[M]. 北京: 军事科学出版社, 2013.

## （一）国外对海军遂行非战行动的研究

### 1. 美国

美国海军在通过遂行非战争军事行动帮助国家实现海洋战略目标方面发挥着不可替代的作用。20世纪初,随着时代发展的需要,美国海军除了担负国家安全防卫的责任之外,还通过遂行诸如和平行动、人道主义援助、灾难救援等一系列国内外非战争军事行动来帮助国家实现政治目标。美国海军遂行非战争军事行动的法律依据十分全面且具有较强的操作性,从国家法律的宏观性原则约束到不同时期的战略规划指导,再到由国防部、海军总部编制出版的系列作战规则、作战概念等。通过文献的梳理,可将美国海军遂行非战争军事行动的法律依据按照其属性的不同,分为法律文件、战略文件、作战指导文件、概念性文件和军事教义五类,不同法律依据发挥着不同的规制和指导作用。

国内法和国际法对美国海军遂行非战争军事行动具有强制约束力,国内法主要被用于美国海事司法范围内的相关法律法规,例如《国防法》《武装冲突法》《美国海军法规》,当然,在遂行跨国海上行动中也包含对受援国国内法的遵守;国际法主要指国际习惯法和美国所加入的各个国家签署生效的条约和公约而形成的国际法,例如《联合国宪章》、美国与多国签订的永久《部队地位协定》,这些法律法规确定了美军在海外执行任务人员的法律地位,形成了完善的海外军事行动法律体系。不同层级的战略文件有不同的效用,国家层面的战略文件通过阐释国家目标来说明官方政策,国家军事战略则将国家战略目标转化成具体的军事目标,而地区军事战略和计划则是用来指导军事行动以实现当地的军事目标,例如《21世纪海上力量合作战略》《美国海上安全合作政策》《军事行动的法律支撑》《美国海军应对非常规挑战的构想》等。

美国国防部及美国海军部所设立的军事法律服务部门及其配置的军事法律服务咨询人员为美国海军遂行非战争军事行动提供了充分的法律服务。美国国防部将其所属的服务军事行动的法律组织按照层级,以不同的职能划分为十个部门,将军事行动中所涉及的法律指导分为战略层、行动层、战术层三个阶段,因此,每个军事法律部门所承担的工作职责并不同。美国海军部队的军事法律服务组织参照国防部的军事法律组织形成,并接受国防部军事法律顾问总处和军种部门法律顾问及军事参谋总处的监督管理,主要有海军部法律顾问总处、海军军法总署、海军作战指挥官军事参谋总处。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> U.S. Joint Publication 1-04, Legal Support to Military Operations, 2011.

## 2. 澳大利亚

为了帮助实现国家政治目标,阻止战争、促进和平,澳大利亚海军部队积极参与遂行诸如反恐行动、打击海盗、开展人道主义救援、帮助实现民事执法等一系列的非战争军事行动。根据遂行任务的不同性质,澳大利亚将其海军部队的行动分为三类:和平时期(平时)的行动(Peacetime Operations)、非战争军事行动(Operations Other than War)、类战争军事行动(Warlike Operations)。在澳大利亚看来,非战争军事行动仅限于出于自卫目的而利用军队开展的军事行动,这种行动中可能会发生一些武装冲突,人员死伤的情况也可能存在,在非战争军事行动中会包括一些具有危险性的任务。虽然澳大利亚尚未与美国一样形成专门的有关非战争军事行动的联合作战纲要,但是澳大利亚海军在遂行非战争军事行动过程中拥有比较全面的法律依据。

在国内法方面,澳大利亚《国防法》《宪法》下的行政授权是澳海军遂行非战争军事行动的法定授权来源,在行动过程中所涉及的相关法律工作的开展主要以《海军防卫法》《海战法》《武装冲突法》等重要国内法为基础,澳大利亚要求其海军部队在武装行动中必须遵循必要性、适度性、区别性及人性化四大原则。根据每次遂行任务的需要,澳海军部队所制定的各种行动规则对部队成员均具有法律约束力和行为指导作用,例如,在遂行海上商船护航任务中必须遵守《海军航运合作与指导》的相关法定规则。<sup>①</sup>

在国际法方面,澳大利亚除了重视对《联合国海洋法公约》《联合国宪章》及已经签署生效的相关国际协议中涉及的涉海国际法规外,还强调加入重要的国际组织,积极成为各种相关条约的缔约国,例如《抑制妨碍海上安全航行不法行为的公约》。当然,在遂行跨国联合作战任务时,还会涉及对环境法、商法、航行法、通信法的运用,这一系列相关国际法和国际协议、国际条约对遂行海上非战争军事任务的海军部队来说,既是法定约束也是合法依据。另外,澳大利亚国防出版物及其教义注重对军事行动的专题介绍,强调每项军事行动开展的法律依据、行动目的和性质、行动计划和程序、命令和控制机制等内容。<sup>②</sup>

## 3. 英国

在英国看来,海上力量(海权)的发展有助于国家经济、外交、军事三大实力的提升。充分利用其皇家海军特有的机动性、灵活性等特质,根据现实需要,在

<sup>①</sup> Part IIIAAA of the Defense Act 1903 and the Executive Power under the Constitution; Naval Cooperation and Guidance for Shipping.

<sup>②</sup> Australia's Maritime Jurisdiction, 2010; Peace Operations Planning and Procedures, 2004; Australian Maritime Doctrine.

国际法律框架下实现硬实力与软实力的自由切换和相互配合,可以有效帮助国家扩展国际影响力,实现国家战略目标。

虽然英国并未像美国那样将非战争军事行动的概念形成制度性文件,但纵观英国军事力量的职能履行情况及国防部制定的军事法规、条令条例、军事教义不难发现,英国军事力量在和平时期的重要职能之一即遂行多样化军事任务应对非传统安全威胁,英国皇家海军的主要任务类型包括稳定行动、非战斗撤离行动、灾难救援行动、对民事当局的援助行动等。

英国有关海军遂行非战争军事行动的立法服务体系十分完善,实现了行动规则和军事教义的细化、法律服务的全面化、军事行动授权程序的法定化。从议会的军事立法(例如武装力量的构成及其基本管理制度、海陆空三军的基本法律都属于议会立法的范围)到议会授权国防部立法(例如兵役制度、民用资源的征用、军事司法程序等),再到英王特权下的国防部职能立法(例如与作战训练、官兵权益、部队日常管理等相关的军事管理条例),以及国防部制定的实用性手册(例如军事教义、行动指南等)。另外,英国政府制定的有关国家安全等方面的战略性文件对皇家海上遂行非战争军事行动也发挥着指导作用。

综上所述,虽然美国、澳大利亚及英国的海军对非战争军事行动理论的运用并不完全相同,但都已经形成较为完善的、符合本国现状的法律支撑体系,主要体现在对海军遂行非战争军事行动的不同情况拥有明确的法定授权来源、完善的法律依据、严格的行动程序、充分的军事法律顾问服务等方面。而非战争军事行动理论在我国的应用和发展尚有较大提升空间,当务之急是结合本国现实,借鉴国外立法和实践经验,尽快完善我国海军遂行非战争军事行动的法律支撑体系,主要包括界定海上非战争军事行动的概念、明确其法定授权、完善其法律依据、规范行动程序、加强军事法律顾问服务等方面。

## (二) 国内对海军遂行非战行动的研究

目前国内学者对海军军事行动的研究主要集中在海上战争法(海上武装冲突法)、海上执法、海上行动法方面,代表性著作有:李铁民等人于1995年出版的《海上战争法》(军事译文出版社);魏静芬、徐克铭于2002年出版的《国际海洋法与海域执法》(神州图书出版有限公司);吕北安、宋云霞于2003年出版的《海军海上行动法教程》(解放军出版社);孙书贤于2007年出版的《海洋行政执法法律依据汇编》(海洋出版社);王振清于2008年出版的《海洋行政执法研究》(海洋出版社);任筱锋于2009年出版的《海上军事行动法手册(平时法卷)》(海潮出版社);沈中昌于2001年主编的《海上军事行动法手册》(海潮出版社)等。另外,还

包括一些学者对具有代表性的美国海军行动的著作进行的译著,例如,任筱锋于2003年翻译出版的《圣雷莫国际海上武装冲突法手册》(海潮出版社);宋云霞等人于2012年翻译出版的《美国海上行动法指挥官手册》(海洋出版社);范虎巍、李进于2012年翻译出版的《美国海军作战构想》(航空工业出版社)等。

通过这些研究成果可以看出,对海军军事行动研究的趋势正在发生改变,已由最初对海上战争法、海上武装冲突行动的研究逐渐过渡到对协助海上执法问题的研究,甚至以任筱锋为代表的学者将海上军事行动区分为战时海上行动法和平时海上行动法,其中有关平时海上行动法的研究内容与本书所研究的海上非战争军事行动在某种程度上有较大的相似性,故为笔者的研究提供了一些理论指导。

而国内关于海军遂行非战争军事行动的研究成果较少,尚未产生相关专著,具有代表性的相关论文成果有盖玉彪、张志伟于2012年发表的《海军协助地方海上维权执法行动的法律思考》;<sup>①</sup>宋云霞等人于2011年发表的《海军非战争军事行动中武力使用及其限制法律研究》;<sup>②</sup>王传刚于2010年发表的《海上非战争军事行动法律保障问题初探》;<sup>③</sup>吴又幼于2011年发表的《海军海上协助执法问题研究》;<sup>④</sup>罗保华于2011年发表的《论平时海上军事行动中〈联合国海洋法公约〉的运用》<sup>⑤</sup>等。

通过对这些论文进行梳理可以发现,目前有少数学者已经开始发现海军遂行非战争军事行动这一课题的研究价值,也就我国海军协助执法、海军遂行非战争军事行动中遇到的现实挑战进行了论证,提出其法律支撑亟待完善的观点,但学界就该课题的研究仍表现出重框架、轻细节;重局部、轻全局;重比较、轻对策的特点,其对于海军遂行非战争军事行动的研究内容都较为浅显,从问题的提出到解决均点到为止,注重对现实问题的发现、梳理,未能做深入的对策研究,更缺乏对域外国家海军遂行非战争军事行动的法律规制实践进行系统研究,这也给本书从国际法适用原则、主体资格授权、特殊情况下合法使用海上武力、遵循基本海洋法律制度等方面深入研究海上非战争军事行动与现代国际法的互动关系,以及从健全立法体系、规范军事法律顾问服务制度、促进海军外交的法治化运用等角度

① 盖玉彪,张志伟. 海军协助地方海上维权执法行动的法律思考[J]. 南京政治学院学报,2012(S1): 42-43.

② 宋云霞,石杨,玉帅,王瑞星. 海军非战争军事行动中武力使用及其限制法律研究[J]. 军队政工理论研究,2011(4): 98-101.

③ 王传刚. 海上非战争军事行动法律保障问题初探[J]. 法制与社会,2010(5): 60-61.

④ 吴又幼. 海军海上协助执法问题研究[D]. 北京:中国政法大学硕士学位论文,2011.

⑤ 罗保华. 论平时海上军事行动中《联合国海洋法公约》的运用[J]. 法学杂志,2011(3): 124-127.

探讨如何提升海上非战争军事行动中的“用法”能力提供了广阔的研究空间。

### 三、关于军事法律顾问服务非战争军事行动的合法职能研究

#### (一) 国外对军事法律顾问的合法职能研究

现在法律对军事行动的影响比以往任何时候都更加广泛、全面、精确。加上军事行动的合法授权及限制性引发的更多关注使得军事法律顾问在军事行动中的重要性迅速提升。<sup>①</sup>许多国家已经认识到对专业化军事法律顾问的需求,军事法律顾问在特定领域所提供的专业化建议能够帮助国家掌控特定领域。

新型冲突的出现使得美国军事法律顾问的角色发生了巨大变化,美国军事指挥官开始改变对其军事法律顾问的看法,将其作为行动队伍中重要的成员,帮助其解决纪律(惩戒)问题、提供法律援助、处理纠纷、参与行动计划、政策报告的制定以及指挥决策,同时被作为部队军事行动计划和行动执行的重要咨询者。军事法律顾问不再仅是军事命令的辅助部分,也不只是解决纪律、法律援助、纠纷等问题,而是成为部队军事行动中的重要成员,其最终目标是帮助指挥官遵照法律原则以合法的方式完成军事任务。<sup>②</sup>美国军事教义不仅对军事行动在战术、战役层面的法律支持进行了较为全面的阐述,而且还描述了相关法律原则,并概括了军事法律顾问的角色定位、职责及挑战等方面的内容。例如,美国军事教义规定,法律顾问必须随时准备为指挥官提供有关国际人道法应用方面的帮助,以确保在其各层级的指挥命令及联合行动的计划、执行各阶段都能够合法、合理地开展。<sup>③</sup>但在国家安全环境日趋严峻的情况下,对于军事法律顾问如何在战略层面发挥作用的问题并未作出规定。<sup>④</sup>

丹麦的军事法律体系在法律顾问方面的规定有其特色,相对灵活。军法官与从事行动法方面工作的律师是相互独立的。丹麦的军事法律顾问是拥有军事教育背景的军人,但不被授予军衔,这有利于确保其在接触相关指挥官时的工作独立性,这种独立的工作关系对军事法律顾问而言十分重要。军事法律顾问并不直接处理违反纪律的起诉和裁决,只负责为军事指挥官提供政策和建议。在丹麦,军事法律顾问不仅要具有基本的法律素养和相关基础教育,而且还应接受

① Rob McLaughlin. Giving Operations Legal Advice: Context and Method[J]. Military Law and Law of War Review, 2011, 50(1): 99 - 126.

② Thomas E. Randall. Evolving Role of the Legal Advisor in Support of Military Operations[J]. Military Law and Law of War Review, 2011, 50(1): 17 - 36.

③ Michael A. Newton. Modern Military Necessity: The Role & Relevance of Military Lawyers[J]. Roger Williams University Law Review, 2007, 12(3): 877 - 903.

④ Colonel Kelly D. Wheaton. Strategic Lawyering: Realizing the Potential of Military Lawyers at the Strategic Level[J]. Army Lawyer, 2006(9): 1 - 16.