

法学
研究

中国社会转型时期的军事法创新

陈友清

(西南政法大学, 重庆 400031)

摘要:中国的社会转型和社会发展,必须以国家安全为保障,以高质量、高效能的军事力量为支撑。处于全球化浪潮和社会转型期的中国国防和军队建设,面临着国际、国内环境的多重冲击。这种冲击对我国军事法提出了一系列新的课题,也为军事法的创新提供了新的机遇。

关键词:社会转型;军事法;理论创新;制度创新

中图分类号:DF32;E126 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-9774(2005)03-0079-04

处于全球化进程中的中国,正在经历着有史以来最为深刻而全面的社会转型。社会转型不仅有力地推动着“依法治国”的进程,也为我国军事法的创新注入了活力,提供了平台。本文试图以国家安全和国防建设面临的新的国内和国际环境为背景,对我国军事法理论和制度的创新作一探讨。

一、多重挑战:新世纪中国军事法面临的课题

军事是政治的工具。基于军事活动的特殊规律,高度集中统一和高度集权是世界各国军队建设和管理的通律。鉴于此,军事法之于军队,其意义与法治之于国家并不完全等同。法治所内含的民主诉求,并不必然成为军事法的必须价值和理念追求。因此,讨论社会转型对军事法理论和实践的影响,必须从军事活动和军队建设的特殊性出发。

市场化对军事法制建设的冲击。与市场经济对社会发展的影响一样,市场化对军事法来说也是一柄双刃剑。一方面,国防和军队建设必须适应市场化要求,并建立相应的法律制度处理军事需要与市场化的关系;另一方面,市场化可能导致国防和军队建设的“边缘化”。(1)国家安全和国防观念的淡化。国家长期处于和平时期,全球化、一体化、“地球村”、和平与发展以及“国防建设要服从经济建

设”、“军队要忍耐”等等,为改革开放和经济发展创造了有利的国内和国际环境,但用以支撑军队建设和军人职业的国家安全观念或国防意识,则逐渐被许多人所淡漠。(2)军队建设和军人职业“边缘化”。军人是世界上公认的高风险职业,不仅在国家面临战争威胁时,而且在国家出现重大事故和灾难时,政府和社会都对军队和军人抱以极大的期待和信任;市场经济所引起的利益格局的变化,容易导致社会对军人职业认同感降低,军队难以吸引需要的人才,而国家对军人敬业的要求又特别高。这一反差既容易导致政治教育、道德教范因脱离实际而影响效果,也容易导致军人的职业标准、职业规范因军人的“自我调节”而影响军事法律、规范的效力。(3)在经济市场化和社会多元化进程不断加快的历史条件下,与军队建设和军人职业相关的法律制度在很多方面仍然是计划经济时代的产物,如军人退役和军官制度等已难以适应社会转型的要求。(4)由于军队的高度政治化,与国家法治化的进程相比,“依法治军”无论在理论研究还是制度创设上都显得滞后。

新军事变革的影响和要求。世界范围的新军事变革,对国防和军队建设战略目标的选择,对军队编制体制、武器装备、作战样式等方面的影响,不仅受到各国的高度关注,而且很多研究成果已经通

收稿日期:2005-03-01

作者简介:陈友清(1962—),男,江苏兴化人,西南政法大学博士生,广州军区司令部处长。

过演习或直接在战场上得到了实战检验,进而得到了立法确认。^①中国特色军事变革,同样要求军事法理论和实践的创新。

“一国两制”概念下的军事法对策要求。香港和澳门回归后的立法和司法实践,特别行政区的政治、经济、社会生活经受了普通法传统下司法复核(Judicial Review)的考验。这种考验一方面说明了“一国两制”理论和特别行政区《基本法》的科学性和现实性,另一方面也论证了法律和法制对政治的影响力,同时还反映了法律技术的重要性。军事法作为国家法律的重要部门之一,也同样需要从理论上和实践上解决适应多法域、多技术、多元化的问题,并通过理论研究和司法实践的总结,尽快解决潜在的可能冲突。此外,就军事法而言,为实现“一国两制”而制定的两部特别军事法,^②不但在我国军事法历史上没有先例,更谈不上理论或实践上的“经验”。相对于香港《基本法》,这两部军事特别法还没有遇到司法挑战,但这并不等于说将来也不会有司法挑战。如两部特别军事法在条文和立法用语上差别都不大,但某些法律表述的司法意义则可能由于法域和法律技术的不同而不同。^③另一方面,从法律的视角看,围绕台湾问题而展开的中央政府与台湾当局、中国政府立场与美国对台干涉之间的博弈,主要集中在台湾的法律地位(包括国际法和国内法的)^④和解决台湾问题的法律依据与法律对策,需要为此提供相应的法律保障。

“和平发展”进程中国家安全战略的军事法需求。基于新的国家安全观和战略观,“和平发展”之路是我们的战略选择。但并不是世界上的所有人和所有政府都能理解和认同我们的“和平发展”。否则就不会有“中国威胁论”的喧嚣,也不会有对中国的战略遏制和打压。保障国家和平发展战略的实现,强大的军事能力是最后的盾牌,而军事法的工具作用同样任重道远。例如,随着全球化进程和经济的发展,国家能源战略和能源安全问题日益凸显。今

天,能源已经日益成为国家外交和军事发展战略的基本决定因素之一,已经并将越来越多地成为武装冲突甚至战争之源。保证国家能源战略的实施,保护国家能源安全,应该成为国防和军队发展战略的重要目标之一。而之于军事法理论和实践,“走出国门”,必然要求加强对国际法特别是国际武装冲突法的研究。

二、理论和制度创新:新世纪中国军事法的选择

历史上的重大社会转型,都曾引发了国家军事关系的急剧变化,军队不但从未独立于外,而且都在转型中扮演了重要角色。新中国的法制建设,也是由中国共产党领导其军队在武装斗争中建立的根据地“法制建设”中发展而来的。尽管当代中国军事法的理论研究和制度创设,从20世纪80年代中期才真正开始,但这并不能否定军事法曾经有过的历史辉煌,也不能否定军事法对中国法制建设所做出的历史贡献。^①但另一方面,当前军事法理论和实践滞后于国家整体法治进程,面对急剧变革和转型的社会,应对世界范围的新军事变革和国家面临的对外安全和对内统一战略,军事法必须实现理论和制度创新,这也是不争的事实。当前中国军事法理论和实践创新不仅极具时代性,而且极具实践紧迫性。

首先,加快构建适应社会转型的军事法理论体系。对中国军事法学来说,基础性理论建设固然重要,但更紧迫的是要使军事法理论跟上社会发展和国家法治建设的步伐。理论方向上,在坚持服务于国家安全和军事战略的原则下,从纯基础性、理论性研究转向面对社会现实,面对军队建设现实,加强社会转型对军事法的要求,军事法如何适应和反映转型社会所引起的社会关系变化,“中国特色军事变革”对军事法制建设的要求,军事法学和法制建设如何适应和反映、确认这一变革的成果,军事法

①例如,美军在海湾战争中,全面检验了越战之后军队改革的成果;在科索沃战争中,试验了非接触作战理论;在阿富汗反恐作战中,首次对网络中心战理论进行了尝试;在伊拉克战争中,美军使用第4机械化步兵师的目的,在于全面论证数字化部队建设目标,为陆军的数字化建设提供依据。2002年美军举行的代号为“千年挑战—2002”军事演习,其目的是检验《2020年联合构想》的主要作战理论和原则,改进现行的条令、编制、训练、人员素质和设施建设。

②指《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》,《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》。

③例如,在香港《基本法》和《驻军法》中,都使用了“国家行为”(Acts of State)这一概念,但这仅仅是一种不具司法意义的理论表述,是内地法律术语中的“国家行为”(更接近的可能是行政法和行政诉讼法理论中的“抽象行政行为”),还是普通法意义上的“国家行为”,并不十分明确。在普通法特别是英国宪法中,“国家行为”(Acts of State)是一个完整的由一系列判断组成的法律规则体系。

④事实上,对于台湾的国际法地位,并不存在任何理论或事实上的争议,因为二战结束时的《波茨坦公告》、《日本投降书》构成了完整的国际法律文件,确认了台湾作为中国领土一部分和归还中国的法律地位。

学在“一国两制”、国家统一进程中的任务,军事法学对如何保障国家“和平发展”等重大现实问题的研究。在此基础上,构建与社会转型和国际军事格局相适合的军事法理论体系。同时,应研究如何通过制度创新,确立军事法的权威性,确立对军事法的信仰,使“依法治军”成为真正的治军理念和治军方式。

其次,保持与中国特色军事变革同步发展,并为之稳步推进提供法理说明和制度保障。中国特色军事变革与以美国为代表的西方国家的军事变革在社会环境上的最大区别在于,后者是在相当成熟的市场经济和相对稳定的社会结构中进行的,不存在军事变革与社会转型之间的突出矛盾,表现为军事领域的“单一变革”。而我国则是在以计划经济向市场经济转型为主导的急剧的社会转型之中推进军事变革,表现为军事领域与社会领域的“双重变革”。受社会环境的制约,“中国特色军事变革”面临更多的困难和挑战,必须将军事变革纳入国家整体变革的大系统中进行筹划,使经济变革、政治变革、社会变革和军事变革协调发展。这就要求军事法理论的创新不仅要为适应中国特色军事变革提供合法性论证,为军事变革所引起的军队体制、作战、训练、管理等方面的调整制定新的规范、规则,为已经取得的变革成果进行军事立法确认,并做好新法律、新规则的执法和司法准备,^①还要在国家法治的框架内,使军事法变革与国家法律变革、与社会转型相协调。

目前,“中国特色军事变革”的军事法理论和制度创新,重点在于充分发挥军事法的理论论证和立法确认功能,如对因军事变革引起的编制、体制调整及时进行编制法规确认,并对新编制体制下的军队管理法规作出相应调整;根据军事变革带来的作战样式、指挥关系、指挥体制、指挥方式、后勤和装备保障体制的变化,对原有法规进行适时的清理

和编纂;对信息化条件下战争动员的法律制度进行论证,并尽早进入立法程序等等。

第三,加紧构建支撑反对分裂、实现国家统一的军事法理论和制度。在国家层面,国家统一进程已经从政策和政治层面面向法律层面发展。《反分裂国家法》的通过和施行,标志着国家正在完成从国际法到国内法的保证国家统一、反对分裂的法制构建,也使得在不得已的情况下运用军事手段解决台湾问题,完成国家统一大业有了合法性依据。从法理上讲,台湾问题是我国的内政,不容任何外国势力的干涉。但由于历史和国际政治的现实原因,特别是美国坚持《与台湾关系法》,国际法在解决台湾问题的过程中仍然有着存在和发挥作用的空间。另一方面,从武装冲突法的角度看,一些国际法律规则的适用范围并不只限于国与国的交战,在内战中同样适用。^②而且,充分运用国际法规则,对于反对和打击外国势力的干预,也有着不可低估的作用。^③因此,对于军事法而言,构建支撑国家统一进程的理论体系和制度体系,不仅是实现国家统一的需要,而且因为调整范围的广泛而任务艰巨。

从制度构建上看,目前军事法需着力解决四个方面的法律创新。一是加紧构建适应反“台独”军事斗争需要的紧急状态,政治、经济和兵员动员、人民防空的法律体系。构建这一体系,还必须在现有《国防法》、《兵役法》、《人民防空法》等法律的基础上,充分考虑“一国两制”实践的因素。从维护“一国两制”和香港、澳门的安全与利益出发,两个特别行政区也应做好相应的法律准备。^④虽然香港和澳门《基本法》都已经预留了紧急状态和战争动员的法律空间,但对立法预案和启动机制的预研尚未开始。二是启动反“台独”军事斗争过程中有关法律的立法研究,主要包括封锁、打击目标选择、武器使用、战场管理、战俘管理、军事管制、战争罪行的确定、战争罪犯的审判等。三是与外国势力

①这方面,美国军事法对军事变革的推动作用对我们很有借鉴意义。美军推进军事变革的基本路径是法律论证、实践检验(主要通过实战)、立法确认。美军十分注重把比较成熟的改革成果及时“物化”于法典之中,把经论证试验后相对成熟的理论写进军事法规。法典“物化”的途径主要有:纳入国会通过的法律,国防部的《国防报告》,国防部、参联会制定的军队发展规划,参联会和各军种部队颁发的条令条例等。

②比如武装冲突法中对交战主体确认、战争受难者保护、武器运用、打击目标选择、战俘待遇、战争罪犯的审判等方面,国际条约中的法律规则同样适用于内战。

③历史上不乏运用国际规则抵制外国对本国内战干涉的成功范例。如1861年美国内战时,联邦政府针对英、法对南方集团的支持(当时英法的战略利益在于美国南方的棉花市场)和对美国内政的干涉,在承认交战国地位、封锁的有效性、截击、拿捕、中立等国际法领域,与英国进行了卓有成效的国际法斗争,揭露了英法政府干涉美国内政,也避免了英法对美国内战的直接干预。

④台湾当局和“台独势力”也没有将香港和澳门排除在中国版图之外。2002年,台湾当局就曾有人叫嚣,一旦大陆武力攻台,台湾将攻击香港、上海等城市。

干涉进行法律和武力斗争的国际法体系（尤其是武装冲突法）研究。这一研究，旨在与国外干涉势力进行法律斗争，为与外国干涉势力进行直接军事斗争提供国际法、尤其是武装冲突法法律保障，并保障与之相关的国际法条约和规则得到遵守。四是相关的司法准备。主要包括特别司法机关、特别司法程序，以及符合军事斗争特殊要求的司法人才的培养和储存。

第四，顺应全球化要求与“和平发展”战略，做好军事法理论和制度的全球化准备。有学者认为，以国防为主导的传统安全是国家安全的支柱，以经济为主导的非传统安全是国家安全的基石，文化安全是国家安全必须紧守的阵地，维护国家主权和统一是全球化背景下国家安全的最优先价值。^[2]我国的和平发展，包括经济、军事、外交、社会发展战略都是以全球化为背景的，必须具有“全球意识”。作为一个大国，我们有责任、有理由、也有资格在国际事务中发挥重要作用，而这种“责任、理由和资格”必须以实力和符合全球格局的战略为支撑。从“现代战争动因”——战略资源的角度看，^[3]不管我们愿意不愿意，也不管别人怎么说，我们都必须为国家“和平发展”进程中的战略资源和全球利益安全做好准备，必须具备保护能源安全的军事战略和军事实力。而之于军事法学，必须为国家面临的这种“全方位的全球化”做出准备，提供法理依据，包括国际法和武装冲突法的理论和制度准备。

三、结语

今天的中国军事法理论和实践所面临的内外环

境，已经与其创立时期发生了根本变化。国内社会急剧转型，世界范围的新军事变革方兴未艾，“中国特色军事变革”刚刚起步，“一国两制”实践提出了许多新问题，国家统一面临着前所未有的威胁，国际军事战略格局正处调整之中，国家“和平崛起”战略呼唤着强大国防和军事的保障。因此，新世纪中国军事法学也就注定要面对前所未有的新环境、新任务。上述国内、国际环境的变化，都需要军事法学作出科学的理论说明，并通过制度创新，使军事法制造适应新的形势。另一方面，社会转型和社会的发展，世界新军事变革，既是中国军事法学在新的世纪所必须面对的客观环境，同时也是形成中国军事法学实现理论创新的巨大压力和原动力。国家经济发展和社会进步，为国防事业也为军事法学的理论和制度创新，提供了历史上从未有过的坚实物质保障。前者意味着中国军事法学的滞后，中国军事法学的任重道远；后者则告诉我们，新世纪中国军事法学充满了理论和制度创新的远大前景。

〔责任编辑 张明之〕

参考文献：

- 〔1〕梁治平．法治：社会转型时期的制度构建——对中国法律现代化运动的一个内在观察〔A〕．许传玺．中国社会转型时期的法律发展〔M〕．北京：法律出版社，2004．
- 〔2〕李际均．全球化时代的中国国家安全〔J〕．瞭望新闻周刊，2004-03-17．
- 〔3〕陈波．论战略资源与国家安全〔J〕．中国军事科学，2000，（1）．

The Innovation of Military Law During the Transitional Period of Chinese Society

Chen You-qing

Abstract: Chinese social transition and social development must depend on protection of national security and supporting of military power with high quality and efficiency. During the Period of globalization and social transition, our country's national defense and military construction are also confronted with difficulties at home and abroad. These difficulties put forward a series of challenges for military law, also create a good opportunity for its theory innovation.

Key words: social transition, military law, theory innovation, system innovation