

论军事外交的法治运作

肖凤城

(中国政法大学军事法研究所 北京 100088)

内容提要:战后国际社会法治环境的发展以及改革开放以来我国不断深入推进的依法治国,要求军事外交必须综合运用国内国际两类规则,善于进行法治运作。我国军事外交法治建设在国内法和国际法两个方面都已取得长足进步,制定了一批法律法规,缔结和加入了一批国际条约,军事法律服务队伍也在成长。但随着我国和平发展的需要,军事外交活动日益多样、丰富和频繁,对法治运作提出了更多需求。在我国军事外交法治运作中,最重要的是转变观念,深刻理解法治运作对军事外交的顶层设计、宏观安排作用,在此基础上做好国际缔约、国内立法和法律服务工作。

关键词:军事外交 法治建设 军事法学

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2015.07.002

军事外交^①并不是“新鲜事物”,自古有之。春秋战国的“合纵连横”、东汉三国的“联吴抗曹”、古希腊斯巴达的“同盟大会”、古埃及与赫梯王国的和平条约,均是著名的古代军事外交活动。19世纪中叶国家间互派外交武官制度的形成,两次世界大战前后协约国、同盟国、北约、华约等军事同盟集团的构建,说明近现代军事外交更加丰富发达。军事外交是直接致力于避免战争、维护和平的外交活动,因而无论大国小国、无论战时平时,无不受到高度重视。值得深切关注的是,二战结束以来,军事外交日益受到法治环境变化的深刻影响,国际社会法治化进程以及各国国内的法治发展,为军事外交提

供了更加多样、更加理性、更加规范的新舞台、新思维、新方法。是否自觉运用这一新舞台、新思维、新方法,对国家军事和外交利益影响甚大,可谓“失此道者悖逆,得此道者顺昌”。

一、军事外交法治环境的深刻变化

二战前,军事外交只是被视为军事活动和外交活动的组成部分,人们通常不把它看作法律事务的重要领域。战后70年间,情况发生了翻天覆地的变化,军事外交法律制度已经形成规模。例如1945年《联合国宪章》关于在国际关系中禁止使用武力和武力威胁、维持国际和平的规定,1961年《维也纳外交关系公约》中有关武官的规定,1982年《联合国海洋法公约》中

作者简介:肖凤城(1957—),男,汉族,上海市人,中国政法大学军事法研究所教授。

^① 关于军事外交的定义,笔者同意这样一种表述:“军事外交是指以主权国家为主体,通过和平方式,对国家间军事关系以及国际军事事务的处理。”张英利主编:《军事外交学概论》,国防大学出版社2009年版,第16页。

有关军舰的规定,1998年《国际刑事法院规约》中关于惩治战争犯罪的规定,以及《不扩散核武器公约》《禁止化学武器公约》《禁止生物武器公约》《天体公约》《特定常规武器公约》等一大批有关禁止和限制武器装备的规定,此外还有更多关于军事往来、^②军事合作、军事行动、军事信任措施的多边和双边国际条约协定;与这些条约协定相衔接、相配套、相关联的还有各国国内有关对外军事关系的法律、法规和规章。所有这一切,为当今军事外交营造了一个庞大而致密的法律空间,深刻影响着当今各国军事外交的谋划思维和运作方式。

(一)以《联合国宪章》为核心的国际和平与安全法律环境对当代军事外交具有根本影响

基于两次世界大战的惨痛教训,二战结束后,国际社会迅速建立了以集体安全体制为主干的联合国组织,在《联合国宪章》中明确规定国家之间在其相互关系中不得使用武力,也不得以武力相威胁,并且进一步规定,对破坏和平、威胁和平和侵略行为,按照《宪章》规定的程序进行处置。^③《宪章》是当代国际法的核心文献,其中关于国际和平与安全问题的各项规

定成为判断各国军事外交活动合法性的基本准则,即任何国家的军事外交活动,不得对他国使用武力和进行武力威胁,不得侵害他国的领土完整和政治独立,不得破坏和平、威胁和平、从事侵略。

(二)以《维也纳外交关系公约》《维也纳条约法公约》为基本文献的外交关系法对当代军事外交具有基础性影响

外交关系的规范化、法治化是二战后国际秩序领域十分重要的基础建设。上世纪60年代形成的外交关系领域的两个基本文献成为军事外交活动必须遵循的基本国际规则。一是《维也纳外交关系公约》,该公约第7条明确规定陆海空军武官是外交使馆职员的组成部分,^④所以,武官的军事外交活动必须遵守外交关系公约的各项规定以及对武官的特殊规定;二是《维也纳条约法公约》,^⑤该公约第26条规定“条约必须遵守”,并规定了遵守条约的一系列具体规则。现代军事外交活动的基本方式是国际缔约,^⑥因而军事外交活动应当受条约法公约的规范和制约。

(三)国际海洋法、空间法、人道法、军控与

② 有的著作把军事外交分为国际军事交往、国际军事合作、国际军事谈判和交涉、军事对外宣传、涉外军事行动五大类。《军事外交学概论》,国防大学出版社2009年版,第34~68页。笔者认为,“国际军事交往”可作广义和狭义两种理解。在广义上,国际军事交往是指国家间除交战以外各种以和平方式进行的互动军事活动,包括军事合作、谈判、交涉、行动,在这个意义上,“国际军事交往”与“军事外交”实际上是同义的;在狭义上,国际军事交往是指军事人员或建制部队的一般往来,包括军事代表团访问、军舰访问、派遣武官及其他军事代表、技术和学术交流、文体交流等,不包含军事合作、谈判、交涉、行动等内容。为避免用语混乱、产生歧义,本文把狭义的国际军事交往称为“国际军事往来”。

③ 《宪章》序言中写道:“彼此以善邻之道,和睦相处,集中力量,以维持国际和平及安全”,“非为公共利益,不得使用武力”;《宪章》第1条第1项规定:“采取有效集体办法,以防止且消除对于和平之威胁,制止侵略行为或其他和平之破坏;并以和平方法且依正义及国际法之原则,调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。”第2条第3项规定:“各会员国应以和平方法解决其国际争端,俾免危及国际和平、安全及正义。”该条第4项规定:“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”特别是《宪章》第六章规定了“争端之和平解决”,第七章规定了“对于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为之应付办法”。

④ 该条的规定是:“除第五条、第八条、第九条及第十一条另有规定外,派遣国得自由委派使馆职员。关于陆、海、空军武官,接受国得要求先行提名,征求该国同意。”

⑤ 我国于1997年9月3日交存批准书,10月3日起对该公约中国生效。

⑥ 这里所称缔约是指缔结广义的条约,即《维也纳条约法公约》第2条的规定:“称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何”。

裁军法等国际法领域的发展对当代军事外交具有广泛而深入的影响

二战后70年,与军事外交相关的国际法还有更多分支领域的发展。1982年《联合国海洋法公约》设有专节规定了适用于军舰的规则,^⑦这些规则对于执行军事外交任务的军舰具有普遍的规范性和约束力。1967年《外空条约》^⑧专门就禁止在外层空间进行军事利用作出了规定,^⑨对国家间在外空领域进行军事合作予以禁止和限制。此外,1949年关于在武装冲突中实施人道保护的日内瓦四公约以及1977年两个附加议定书,1983年《特定常规武器公约》以及后来陆续形成的该公约关于地雷、燃烧武器、激光致盲武器等各项议定书,对属于军事外交范围内的军事往来、军事合作、军事行动和军事信任措施无不具有规范和约束作用。

(四)我国全面推进依法治国、建设社会主义法治国家对军事外交工作法治化具有积极的、内生性的强大推动作用

军事外交不仅受制于国际法,而且同样受制于国内法。改革开放以来,我国不断推进依法治国和依法治军,法治理念不断深化和巩固,法律规范不断健全和完善,对军事外交工作具有深刻和长远的影响。我国《宪法》在序言中明确,坚持以和平共处五项原则发展同各国的外交关系。我国《国防法》第67条规定:“中华人民共和国在对外军事关系中遵守同外国缔结或者加入、接受的有关条约和协

定。”宪法和国防领域基本法律的规定对我国军事外交活动提出了明确的法治化要求。事实上,我国国内法治环境的发展变化,影响到军事外交工作的方方面面,曾经“一事一议”的各项军事外交活动,正在不断地法律化、制度化。

二、法治运作对军事外交的顶层设计作用

当今世界是一个变革的世界,新机遇、新挑战层出不穷,国际体系和国际秩序深度调整,国际力量对比深刻变化并朝着有利于和平与发展的方向转变;认识世界发展大势,跟上时代潮流,是一个极为重要并且常做常新的课题。^⑩国际国内法治环境深刻变化亦是世界大势、时代潮流,军事外交中需要常做常新的课题就是认识这一大势、跟上这一潮流,综合运用国内国际两类规则,在法治平台上谋划和运行。

(一)法治运作有利于军事外交的高端运行、战略安排

2015年1月,习近平主席在接见全军外事工作会议和第十六次武官工作会议代表时强调,要围绕实现国家外交战略、安全战略,加强军事外交整体设计。对于“军事外交整体设计”而言,法治运作是最重要的途径,这是由法治的权威性、协商性、规范性、稳定性特征所决定的。法治运作的基本手段是与有关国家缔结条约,并在国内制定相关法律。缔约和立法都是由国家权力机关或其授权机关作出的行为,

⑦ 《海洋法公约》第二部分第三节C分节“适用于军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的规则”(第29条至第32条)规定了军舰的定义、军舰对沿海国法律和规章不遵守的处置、船旗国对军舰所造成损害的责任、军舰的豁免权。

⑧ 该条约全称为《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》,1966年12月19日联合国大会通过,1967年1月27日起开放签署,当年10月10日生效,我国于1983年12月30日加入。

⑨ 该条约第4条第1款规定:“各缔约国保证:不在绕地球轨道放置任何携带核武器或任何其他类型大规模毁灭性武器的实体,不在天体配置这种武器,也不以任何其他方式在外层空间部署此种武器。”该条第2款规定:“各缔约国应专为和平目的使用月球和其他天体。禁止在天体上建立军事基地、军事设施和工事,试验任何类型的武器和进行军事演习。禁止为了科学研究或任何其他和平目的而使用军事人员。禁止为和平探索月球与其他天体所必需的任何装置或设备。”

⑩ 习近平主席在2014年11月底召开的中央外事工作会议上的讲话,以及2015年1月底接见全军外事工作会议和第十六次武官工作会议代表时的讲话。

具有高度的权威性,缔约和立法的审议程序和文字表现形式体现了协商性、规范性,因此,缔约和立法具有高度的稳定性,是最高形态的互信机制。事实证明,我国与有关国家在缔结条约的情况下开展军事外交活动,有利于保证国际军事关系的良性互动和战略稳定。^⑪

(二)法治运作有利于军事外交居于正当性的道义制高点

正当性是军事外交活动的“通行证”。我国历来主张在国际关系中讲信义、重情义、扬正义、树道义,坚持不干涉别国内政,尊重各国人民自主选择的发展道路和社会制度,通过对话协商以和平方式解决国家间分歧和争端,反对诉诸武力或以武力相威胁,这是我国军事外交活动正当性的政治保证。但是,正当性必须通过合法性表现出来,方能可信、可行。法治运作就是在谋划和开展军事外交活动时要考虑到是否符合国际法基本准则,是否遵行我国缔结和加入的国际公约和双边、多边条约,是否通过缔约尊重相关国家的意愿,是否通过法律专家做好充分的法律技术操作。这样就能够确保军事外交活动的和平性、自愿性、合作性,不针对任何第三方,居于道义制高点。

(三)法治运作有利于通过军事外交增强军事“软实力”

军事外交是国家展示军队形象、宣示军事政策的窗口,也是维护、实现、拓展国家利益的平台,更是增进各国和平共处、合作发展的重要途径,对维护国家安全环境、提升国际影响力具有重要作用。然而,如果一味通过军事外交“秀肌肉”,不仅不能增强军事力量,反而会因失道寡助而有损实力。法治运作,就是在军事

外交中通过法治方法,推进双边和多边合作,维护国际正义,促进国际关系民主化,共同应对挑战,实现互利共赢,推动和平外交。所以,通过法治运作的军事外交活动能够真正增强“软实力”,尤其对于保障境外军事航行和飞越自由、建立境外军事补给基地、实施境外军事行动、与外军进行防务合作等敏感军事外交活动的影响更为显著。

(四)法治运作有利于在军事外交活动中维护国家安全和利益

维护国家安全和利益是军事外交的根本目标,其中包括维护国家统一、领土主权和海洋权益,妥善处理领土岛屿争端,维护发展机遇和发展空间,形成深度交融的互利合作网络,在坚持不结盟原则前提下广交朋友,形成广泛的合作伙伴关系等。但在军事外交活动中维护国家安全和利益,应当力求避免与有关国家发生军事摩擦甚至冲突。要做到这一点,就要在宏观安排和微观操作上认真深入地进行法治运作。我军参加国际维和、派军舰赴亚丁湾护航、派医院船执行人道医疗救助任务、提供扫雷援助等,赢得了国际社会的广泛好评,也遭到一些人的误解和质疑,只有做好法治运作,才能获得最大程度的理解和支持。

(五)法治运作有利于军事外交活动的国内协调

军事外交法治运作的本质是运用法治方式加强协作协调,这不仅在国际上是必要的,在国内也是必要的。军事外交活动在国内也需要加强军政、军民、军企、军队内部等各方面的协作协调,例如,近些年我军从事叙利亚化武海运护

^⑪ 例如,2007年《中国与俄罗斯联邦关于举行联合军事演习期间其部队临时处于对方领土的地位的协定》及2008年《上海合作组织成员国关于举行联合军事演习的协定》,有力地保证了此后多年中俄、上合国家的联合军事演习。近几年,我军与印尼军队建立海军对话机制,与缅甸军队建立战略安全磋商机制,与越南签署《国防部直通电话协定》和《中越国防部边防合作协议》,与印度签署《中印边防合作协议》,与美国签署《建立重大军事行动相互通报信任措施机制》和《海空相遇安全行为准则》两个“互信机制”谅解备忘录,这些缔约活动通过高端运行保证了军事互信、促进了军事交往。

航、搜寻马航MH370客机、抗击埃博拉疫情、为马尔代夫送水、参加联合国维和行动、参加中俄和上合组织联合军演、建立中美两军“互信机制”、对巴基斯坦地震救援等,都会涉及到国内和军内许多部门和单位。加强立法和执法工作,促进军事外交活动在国内和军内的制度化、规范化,建立科学合理的长效机制,避免内部互相抵触、产生内耗,这样才能使军事外交工作高效运转。

三、国际缔约是军事外交法治运作中的长线建设

国际缔约、国内立法、法律服务,构成军事外交法治运作的三个主要方面。其中国际缔约又分为一般国际缔约(缔结普遍适用的国际公约)和具体国际缔约(缔结与具体军事外交活动相关的双边或多边国际条约协定)两个方面。无论是一般还是具体国际缔约,本身就是军事外交活动的组成部分,并对军事外交具有基础意义。

(一)积极推动相关国际公约的发展

与军事外交相关的国际公约范围很广,涉及和平解决国际争端制度、联合国集体安全制度、战争法、武装冲突法、国际人道法、中立法、海洋法、空间法、国际维和行动法、裁军与军备控制法、国际反恐法、国际刑法等广阔领域。

新中国成立以来,我国批准、加入了近30

个与军事外交直接相关的涉及不扩散核武器、^⑫禁止生化武器、^⑬不将某些区域军事化、^⑭禁止和限制某些常规武器、^⑮人道保护和惩治战争犯罪^⑯等方面的公约。此外,我国还批准加入了一大批虽非专门规范国际军事活动,但包含着规范国际军事活动内容或者与军事外交关系密切的公约,如《联合国宪章》《联合国海洋法公约》《维也纳外交关系公约》《维也纳条约法公约》以及反对恐怖主义的一系列公约。以《联合国宪章》为例,它是联合国这一政治性国际组织的基本文件,不是专门规范国际军事活动的,但它规定了许多有关国际军事活动的条款。比如,《宪章》第2条规定:“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立”;《宪章》第七章规定了“对于和平之威胁之破坏及侵略行为之应付办法”,其中包括“维持和平行动”、“联合国会员国之空海陆军示威、封锁及其他军事举动”。

需要注意的是,我们同样要关注和参与我国没有批准加入的与军事外交有关的国际公约,如《国际刑事法院规约》。国际刑事法院是世界上第一个常设的国际刑事司法机构,它的建立及运作对各国主权、国际关系乃至整个国际社会具有重大影响,是世纪之交国际法发展的重大事件。我国积极参与了这个规约起草和

^⑫ 我国1988年批准《南太平洋无核区条约第二和第三号附加议定书》,1991年批准《禁止在海床洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》,1992年加入《不扩散核武器条约》。

^⑬ 我国1984年加入《禁止生物武器公约》,1997年批准《禁止化学武器公约》。

^⑭ 我国1983年加入《天体条约》(全称为《关于各国探测和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》)和《南极条约》。

^⑮ 我国1982年批准《特定常规武器公约》(全称为《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》),同年批准该公约第一、二、三号议定书(分别为《关于无法检测的碎片的议定书》《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的修正议定书》《禁止或限制使用燃烧武器议定书》);1998年批准该公约修正的第二号议定书和第四号议定书(《关于致盲激光武器议定书》);2010年批准该公约第五号议定书(《战争遗留爆炸物议定书》)。

^⑯ 我国1956年加入日内瓦四公约,1983年加入日内瓦四公约两个附加议定书,同年加入《防止及惩治灭绝种族罪公约》;1988年批准《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》;1999年批准《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》;2007年批准《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》。

谈判的全过程,但由于规约对一些重大问题的规定与我国立场差距较大,中国代表团在表决时投了反对票。不过,我国仍应积极参与该法院的进一步立法活动。

之所以要关注、参与、推动一切与军事外交有关的一般国际缔约活动,是因为一般国际缔约通常是“国际立法”性质的活动,此类国际公约具有更加广泛、长久和深远的影响力。只有积极参与而不是回避、拒绝,才能把我们的国家利益尽最大可能地反映到国际法中,争取最大主动权。

(二)认真做好军事外交双边和多边条约协定的谈判签订

军事外交除了积极推动相关的一般国际缔约外,更要深入做好针对具体军事外交活动安排的双边和多边条约协定的谈判签订工作。双边和多边条约协定虽然不是具有普遍约束力的国际法规范,但根据《条约法公约》的规定,经缔约程序缔结的条约协定具有国际法上的效力,对当事国具有法律约束力,因而是军事外交法治运作中更为直接的组成部分。

执行军事外交任务涉及许多复杂的具体问题,比如任务部队和人员的法律地位、组织指挥关系、权利义务、出入境程序、特权与豁免、情报信息保障、经费装备保障、争端解决、损害赔偿等,这些问题如事先无条约协定的约定,很容易发生纠纷,影响军事外交活动的圆满完成和政治效果。国际实践中已经形成了一些得到公认的做法,如执行任务的部队应作为一个整体接受其他国家或国际组织的协调,任务部队的驻地不受侵犯,交通工具以及驻地内的营房、设备、财产免受搜查、征用、扣押和强制执行,享有通信自由,公文、邮袋和信使人身不受侵犯,在

对等条件下享有适当的刑事、民事及行政管辖豁免权等。但这些得到公认的惯例、先例、经验等,并非自动或当然地普遍适用于每一次具体的军事外交活动,在细节上也需注意到每一次具体军事外交活动的具体情况。所以,每一次具体军事外交活动都要对惯例、先例、经验进行深入的研究和借鉴,针对具体情况,在不违背国际公约的前提下,与有关国家谈判签订具体条约协定。

在谈判签订具体军事外交活动的条约协定时,还须注意到其与相关国家间已有条约协定的关系。例如我国与许多国家签订的引渡条约和司法协助条约中都有关于“军事犯罪”不引渡、不移送的规定,在与这些国家谈判签订有关条约协定时,对已有条约协定的规定,非经同等程序或更高程序,不得另作规定。所以,引渡和司法协助条约中关于“军事犯罪”不引渡不移送的规定,实际上也是军事外交法律制度的组成部分,也属于军事外交法治运作的对象。

四、国内立法是军事外交法治运作中的自主平台

国内立法是军事外交活动中不可忽视的重要方面。军事外交在法律上不仅应当遵守国际法,同样应当遵守国内法。许多与军事外交相关的国际公约和条约中都有尊重和遵守相关国内法的明确规定,^①如果不注意制定相关国内法,就等于放弃、丢失了应有的权利。在国内法中健全和完善军事外交方面的法律制度,既是履行我国批准加入的有关国际条约义务的需要,也是维护国家主权、完善法治、协调内政外交、提高工作效率的需要。

我国国内法已经形成了与军事外交有关的各位阶、各方面法律制度。《宪法》中关于国际关系基本原则的规定,^②对军事外交活动具有根

^① 例如《联合国海洋法公约》中有大量关于尊重和遵守沿海国法律和规章的规定;日内瓦四公约中也有许多要求缔约国制定相关法律的规定。

^② 我国《宪法》序言规定:“中国坚持独立自主的对外政策,坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则,发展同各国的外交关系和经济、文化的交流”。

本法效力;《国防法》关于我国对外军事关系的基本原则、^①基本政策、^②基本方针^③和基本准则^④的法律规定构成了关于我国军事外交活动的基本法律制度。除了《宪法》和《国防法》的基本规定外,军事外交活动还须关注和遵守以下各领域的具体法律制度:

(一) 涵盖核、生、化、导弹等领域的军控法律制度

1995年12月,在我国批准《禁止化学武器公约》前一年,国务院发布《中华人民共和国监控化学品管理条例》,规定有关化学品进出口由国务院化学工业主管部门统一归口管理,指定专门的公司经营;随后于1996年发布了《各类监控化学品名录》和《中华人民共和国监控化学品管理条例实施细则》,认真履行《禁止化学武器公约》规定的各项义务,按时完整递交初始宣布和年度宣布,接受了公约组织的多次核查,并参加了公约组织的各次执行理事会和缔约国大会。我国加入《不扩散核武器条约》后,国务院于1997年9月发布《中华人民共和国核出口管制条例》,该条例规定不得向未接受保障监督的核设施提供任何帮助,核出口由国务院指定的单位专营,任何其他单位或个人均不得经营,国家对核出口实行许可证制度。1997年10月,国务院、中央军委联合发布《中华人民共和国军品出口管理条例》,规定我国武器出口实行许可证制度,境内一切军品转让均由政府授权的部门和经政府批准注册的公司对外经营,这些部门和公司必须严格按照政府批准的项目从事经营活动,军品转让合同需经政府有关主管部门批准后才能生效,重大武器出口报国务院、中央军委批准。1998年6月,

国务院发布《中华人民共和国核两用品及相关技术出口管制条例》,对与核有关的两用品及相关技术出口实行严格控制。进入新世纪以来,我国又发布和修订了一系列与军控有关的国内法。2002年8月,国务院发布《中华人民共和国导弹及相关物项和技术出口管制条例》;2002年10月,国务院发布《中华人民共和国生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》;对外贸易经济合作部、国家经济贸易委员会、海关总署联合发布《有关化学品及相关设备和技术出口管制办法》;2003年12月,商务部、海关总署联合发布《敏感物项和技术出口许可证暂行管理办法》;2002年10月,国务院、中央军委重新修订了《中华人民共和国军品出口管理条例》。由此可见,中国已经基本形成了涵盖核、生、化、导弹等领域的防扩散法律体系。

(二) 海洋领域军事外交法律制度

我国在批准加入《联合国海洋法公约》前后制定了一系列相应的法律法规,规范外国军用舰机在我国管辖海域内的活动。《中华人民共和国领海及毗连区法》第6条规定:“外国非军用船舶,享有依法无害通过中华人民共和国领海的权利。外国军用船舶进入中华人民共和国领海,须经中华人民共和国政府批准。”第10条规定:“外国军用船舶或者用于非商业目的的外国政府船舶在通过中华人民共和国领海时,违反中华人民共和国法律、法规的,中华人民共和国有关主管机关有权令其立即离开领海,对所造成的损失或者损害,船旗国应当负国际责任。”该法其他规定也适用于外国军用船舶和飞机。例如第7条规定:“外国潜水艇及其他潜水器通过我国领海,必须在水面航行,并展

^{①⑨} 《国防法》第8条:“中华人民共和国在对外军事关系中,维护世界和平,反对侵略扩张行为。”

^{②⑩} 《国防法》第65条:“中华人民共和国坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处五项原则,独立自主地处理对外军事关系,开展军事交流与合作。”

^{③⑪} 《国防法》第66条:“中华人民共和国支持国际社会采取的有利于维护世界和地区和平、安全、稳定的与军事有关的活动,支持国际社会为公正合理地解决国际争端、军备控制和裁军所做的努力。”

^{④⑫} 《国防法》第67条:“中华人民共和国支持国际社会采取的有利于维护世界和地区和平、安全、稳定的与军事有关的活动,支持国际社会为公正合理地解决国际争端、军备控制和裁军所做的努力。”

示其旗帜。”第8条规定:“外国船舶通过中华人民共和国领海,必须遵守中华人民共和国法律、法规,不得损害中华人民共和国的和平、安全和良好秩序。我国政府有权采取一切必要措施,防止和制止对我国领海的非无害通过。”第9条规定:“为维护航行安全和其他特殊需要,中华人民共和国政府可以要求通过中华人民共和国领海的外国船舶使用指定的航道或者依照规定的分道通航制航行,具体办法由中华人民共和国政府或者其有关主管部门公布。”此外,我国其他法律法规也规定了可以适用于外国军用舰机在我国管辖海域活动的条款。例如《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第11条规定:“任何国家在遵守国际法和中华人民共和国的法律、法规的前提下,在中华人民共和国的专属经济区享有航行、飞越的自由”。据此,外国军用船舶和飞机在遵守国际法和中华人民共和国法律、法规的前提下,在我国专属经济区航行和飞越是自由的。《中华人民共和国海上交通安全法》第11条规定:“外国籍非军用船舶,未经主管机关批准,不得进入中华人民共和国的内水和港口。但是,因人员病急、机件故障、遇难、避风等意外情况,未及获得批准,可以在进入的同时向主管机关紧急报告,并听从指挥。外国籍军用船舶,未经中华人民共和国政府批准,不得进入中华人民共和国领海。”这一规定表明,外国军用船舶即使在人员病急、机件故障、遇难、避风等意外情况下,也必须经中华人民共和国政府批准才能进入中华人民共和国领海。该法第39条规定:“外国派遣船舶或飞机进入中华人民共和国领海或领海上空搜寻救助遇难的船舶或人员,必须经主管机关批准。”这一规定同样适用于外国军用船舶和飞机进入我国领海进行海上救援活动,这种活动必须经过我国主管机关的批准。《中华人民共和国海洋环境保护法》第5条还规定:“军队环境保护

部门负责军事船舶污染海洋环境的监督管理及污染事故的调查处理。”所以,如果外国军用船舶在我管辖海域内造成污染事故,应当由中国人民解放军环境保护部门负责调查处理。

(三)人道保护和惩治战争犯罪的法律制度

《日内瓦公约第一附加议定书》和《儿童权利公约》均规定,不得征募不满15岁的儿童加入武装部队。1998年修订的《中华人民共和国兵役法》明确规定应征青年的年龄不得小于17岁。^③2001年9月国务院、中央军委修订公布的《征兵工作条例》也作了同样的规定。根据《日内瓦公约第一附加议定书》关于正当使用红十字标志的规定,我国于1996年制定了《中华人民共和国红十字标志使用办法》,明确规定“红十字标志是国际人道主义保护标志,是武装力量医疗机构的特定标志,是红十字会的专用标志。”《日内瓦第一公约》第49条、《第二公约》第50条、《第三公约》第129条、《第四公约》第146条均规定:“各缔约国应当制定必要的立法,对本身犯有或使他人犯有严重破坏本公约行为的人,予以有效的刑事制裁。”我国在刑事立法中将严重破坏日内瓦四公约及两个附加议定书的行为确定为犯罪并予以刑事处罚。1981年6月全国人大常委会通过的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》第20条和第21条规定对军人战时在军事行动地区残害无辜居民、掠夺无辜居民财物、虐待俘虏的犯罪行为予以惩处。1997年3月修订的《中华人民共和国刑法》废止该条例后,将上述条款的内容规定为《刑法》第446条和第448条。第446条规定:“战时在军事行动地区,残害无辜居民或者掠夺无辜居民财物的,处5年以下有期徒刑;情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑;情节特别严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”第448条规定:“虐待

^③ 2011年修改的现行《中华人民共和国兵役法》第12条规定:“每年十二月三十一日以前年满十八周岁的男性公民,应当被征集服现役。”“根据军队需要和本人自愿,可以征集当年十二月三十一日以前年满十七周岁未满十八周岁的公民服现役。”

俘虏,情节恶劣的,处3年以下有期徒刑。”

以上法律法规基本构成了我国国内法中直接与军事外交相关的主要制度内容,但并不仅限于这些规定,例如我国有关出入境管理、外交人员管理的法律法规,也与军事外交活动密切相关,^②在军事外交活动中应予遵守。虽然我国国内法已有不少法律规定,但从需要和发展看,我国现行与军事外交相关的法律法规还需健全完善。世界主要国家对军事外交方面的国内立法很重视,如美国有《联合国参与法》,俄罗斯有《俄罗斯联邦反恐怖主义法》,意大利有《联合演习总体指导方针》,德国有《议会参与决定向境外派遣武装力量法》,日本有《联合国维和活动合作法》《反恐特别措施法》《国际紧急援助队派遣法》《国际和平合作法》,加拿大有《外国驻军法》。借鉴外国的有益做法,根据我国军事外交活动的需要,可以研究制定“与外国军队联合演习和训练条例”“执行国际人道救援任务条例”“外军来访条例”“军舰护航条令”等。这些法律法规应当对军事外交活动的各个方面和主要环节作出规范,比如明确部队和人员的法律地位、任务范围、组织指挥、行为规范、协调机制、人员和装备出入境、伤亡和损害赔偿、司法管辖、信息和物质保障等。

五、法律服务是军事外交法治运作中的重要环节

在军事外交活动中安排军队律师或者法律顾问提供法律服务,是当代的通行做法。军事法律顾问主要是二战后为适应军事外交需要而兴起的。二战前,各国军队中的法律事务通常由军法官兼任;战后,军事法律顾问与军法官队伍相对分离,形成相对独立的组织体系。出现这一做法的原因在于军事外交活动中的法律事务具体而细腻,具有高度的专业性,需要长期稳

定、随时担负任务的专业法律服务团队和人员。

首先,国家和军队应当设立专门的“军事条法机构”,专门负责军事外交的国内立法和国际缔约工作,这可以视为“立法性的法律服务机构”。^③目前我国没有这样的专门机构,在一定程度上不利于我国军事外交国内立法和国际缔约工作的加强。

其次,法律的生命在于应用,法律顾问在军事外交活动中发挥着具体适用法律的参谋、咨询、操作等重要作用。外军重视法律服务的做法值得我们借鉴。1998年,在谈判起草《国际刑事法院规约》的外交会期间,美国派出了约300人的庞大代表团,其中约170人是各个法律专业领域的法律专家。近年来,我军律师和法律顾问也越来越多为军事外交活动提供法律服务。例如,2008年以来,在海军执行亚丁湾护航任务中,每一批护航编队都设立法律顾问队伍,随行提供法律服务;在西太平洋论坛、国防部例行记者会等军事外交活动中,我军法制机构和法律工作者也以各种形式发挥着法律服务作用。法律服务在军事外交中所起的作用常常是“四两拨千斤”的。2014年6月11日上午,我军一架图-154飞机在东海防空识别区空域正常飞行时,遭到日本自卫队2架F-15飞机抵近跟踪,最近距离约30米,严重影响中方飞行安全。当日下午,日方声称中国飞机在东海上空“异常接近”日本自卫队飞机;次日,中国国防部新闻事务局通过国防部网站对外公布视频证据。在证据面前,连日本媒体都批评日本官方“恶人先告状”,日方措手不及,应对失据。我方公布视频证据的做法,实际上是积极运用了法律思维和法律手段,在工作层面上发挥了法律顾问的谋划和操作作用,从而赢得了有利局面。

^② 例如我军赴境外参加联合军事演习、执行救援等任务,或者外军进入我国境内参加联合军事演习,需要考虑如何遵守我国出入境管理法;我国武官人员到驻外使馆履职,需要遵守我国外交人员管理法律法规。

^③ 全国人大常委会法制工作委员会、国务院法制办公室、中央军委法制局、外交部条约法律司都可以担负这方面的职能,但这些法制工作部门都有更加广泛的职能,而不是军事外交缔约立法工作的专门机构。从加强法治运作考虑,可以在我国国防部外事办公室中设立“军事外交条约法律工作局”。

同时也应看到,我国在军事外交活动中开展法律服务工作,起步晚、经验少、人才缺、底子薄,需要全方位加强。

一是做好军事外交法律服务组织安排。在与军事外交相关的政府部门、军事机关和任务部队中,应专门编设从事军事外交法律服务的机构和专家。军事外交法律顾问服务有两种组织方式:一是建立常设法律顾问机构。全军按体制编制设立系统的法律服务机构和人员队伍,把军事外交活动的法律服务作为法律服务机构和人员队伍的主要职能任务;二是根据任务建立随行法律顾问团队。该团队并不是常设机构,而是根据军事外交任务需要从常设的法律顾问机构中抽调组建,一旦任务完成,团队随之解散。这两种组织方式都是必要的,应当并存。常设机构提供稳定的、后方的、谋划性更强的系统法律服务,随行团队提供即时的、前沿的、操作性更强的具体法律服务,由此形成全面的法律服务机制。

二是明确军事外交活动中军事指挥员和法

律顾问之间的权利义务关系。军事指挥员有向法律顾问告知行动情况、提供工作条件、听取法律意见等义务;同时,军事指挥员在听取法律顾问意见后,对行动有最终决定权。法律顾问有向军事指挥员了解情况、获得资料、提出建议等权利;同时,法律顾问也有在不与法律相抵触的前提下尽力实现军事指挥员的意图、尊重军事指挥员最终决定的义务;对军事指挥员与法律相抵触的决定,法律顾问有权向上级法律顾问机构反映,并通过上级法律顾问机构向更高级军事指挥员反映。

三是构建军事外交法律服务工作程序。一般情况下,法律顾问负责陪同或者代表军事指挥员与有关方面签订备忘录、合作协议等法律文书以及进行涉法问题的协调。在谋划和实施军事外交行动时,行动方案须交法律顾问进行法律审查,行动过程应当让法律顾问知情,并接受法律顾问的监督检查。军事外交行动中产生争议、纠纷时,应当由法律顾问陪同或者代表军事指挥员、当事人进行法律交涉和处置。

On the Legal Operations of Military Diplomacy

Xiao Fengcheng

Abstract: As the development of the post-war international rule of law environment, and the further promotion of the rule of law in China since the reform and opening, the military diplomacy must be required to operate under the rule of law and comprehensively use domestic and international rules. The construction of the rule of law in China's military diplomacy from two aspects of domestic law and international law has made great progress, has developed a number of laws and regulations, concluded or acceded to a number of international treaties, the military legal services are growing up. But with China's peaceful development, military diplomatic activities becoming increasingly diverse, rich and frequent, the more legal operations are demanded. In our legal operations of military diplomacy, the most important is to change the concept, deeply understanding the effects of top-level design and macro arrangements on military diplomacy. On the basis of this, good job must be done in the international contracting, domestic legislation and legal services.

Keywords: military diplomacy; the rule of law; military law

(责任编辑:李 辉)