

戰爭決定權授權的憲法透視 ——析《反分裂國家法》第八條

◎ 朱中一

針對日益猖獗的台獨勢力，為促進祖國的和平統一，2005年3月14日，全國人大通過了《反分裂國家法》。從該法十個條文的規定來看，絕大多數是以基本法律的形式規定了目前大陸對台的政策和措施。例如，再次強調了一個中國的原則立場；對已經和正在進行的對台友好政策、措施以及和平統一手段用法律的形式進行規定，其中的一些實際上已經取得了階段性成果。最引人注目的當屬該法第八條的規定。就其實際意義來看，這是一個允許對台突然使用武力的法律條款。本文試圖從憲法的角度來重點審視該條規定。

一 《反分裂國家法》第八條的憲法屬性

按照中國憲法的規定¹，戰爭與和平問題的決定權系由全國人民代表大會專有。在中國憲法「國家機構」部分中共有三條涉及戰爭問題的條款，它們是：（1）憲法第六十二條第一款第（十四）項規定「決定戰爭和和平的問題」是屬於全國人民代表大會行使的職權之一。（2）憲法第六十七條第一款第（十八）項規定，全國人大常委會有權「在全國人民代表大會閉會期間，如果遇到國家遭受武裝侵犯或者必須履行國際間共同防止侵略的條約的情況，決定戰爭狀態的宣布。」（3）憲法第八十條規定，「中華人民共和國國家主席根據全國人民代表大會的決定和全國人民代表大會常務委員會的決定，……宣布戰爭狀態，……。」然而，全國人大常委會運用該項職權的前提被明文限定於「遇到國家遭受武裝侵犯」²和「必須履行國際間共同防止侵略的條約」這兩種情況之下，因而不具有在主動宣戰狀態下的戰爭決定權；國家主席擁有的則是戰爭宣布權，並非具有實質意義的戰爭決定權。中國實行人民代表大會制度，全國人民代表大會是國家最高權力機關，憲法未明確授予其他國家機關的權力應由全國人民代表大會保留。據此推斷，戰爭的決定權顯然為全國人大的專屬權力，只有在遭受侵略和履行共同防禦的條約義務的情況下，這一權力才由全國人大常委會與之分享。

《反分裂國家法》第八條明文規定：

「台獨」分裂勢力以任何名義、任何方式造成台灣從中國分裂出去的事實，或者發生將會導致台灣從中國分裂出去的重大事變，或者和平統一的可能性完全喪失，國家得採取非和平方式及其他必要措施，捍衛國家主權和領土完整。依照前款規定採取非和平方式及其他必要措施，由國務院、中央軍事委員會決定和組織實施，並及時向全國人民代表大會常務委員會報告。

根據這個條款，在防止台獨分裂國家的特殊問題上，國務院和中央軍委得以在全國人大未做出戰爭決定之前，就決定採取並組織實施「非和平方式和其他必要措施」。因此，《反分裂

《國家法》第八條的性質應被認定為全國人大將戰爭決定權授予國務院和中央軍委的授權條款，《反分裂國家法》也因此成為了一部戰爭決定權的授權法。

二 全國人大進行戰爭決定權的授權的必要性

孫子曰：兵者，國之大事，死生之地，存亡之道，不可不察也。因為戰爭與和平的問題是一個國家最重要的問題，中國憲法將該事項的決定權作為專有權力賦予了最高權力機關全國人大。這樣的規定符合憲法總則中「武裝力量屬於人民」（憲法第二十九條）的精神。

不過，由於全國人大的組織結構和權力行使方式的特點，使得單靠全國人大本身來決定戰爭與和平問題，已經不能適應現代戰爭的需要。現代戰爭運用的武器和技術條件，使得戰爭不僅具有驚人的殺傷力、破壞力，還具有遠端精確攻擊的能力。在現代戰爭中，進攻一方必須在戰爭開始之後的較短時間內必須摧毀敵人的核心防禦力量，消滅敵人的反擊部隊。否則，一旦對方展開反擊，極有可能使進攻方也遭受相當程度的損傷，付出慘重代價，甚至輸掉整個戰爭。這種快速、隱蔽的戰略要求，使得現代戰爭不能再堅守「先禮後兵」的傳統作戰形式，而是在戰略上強調軍事打擊的突然性。另一方面，國家對台灣地區用武，實為萬般無奈之下的同室操戈。運用戰爭手段應該主要針對台獨勢力，盡量避免將戰火擴大至普通民眾。在這樣的戰爭目的約束下，重點打擊、「斬首」行動之類的做戰計畫將是上策，而海峽兩岸持久全面的對抗將是下策。可見，台灣問題的特殊性也要求軍事行動迅速、隱蔽。全國人大是一個非常設性機構，代表數量有近三千人之眾，分散於全國各地，固定的會期每年不過二周。基於這些客觀條件，將一場現代戰爭的決定權交由全國人大以會議的形式來決定，既無效率，也不保密，將會使中國喪失先發制人的優勢，處於戰爭的不利狀態。因此，儘管將戰爭決定權規定為全國人大的專有權力，符合中國國體和政體的要求，但在具體操作中則絕對不應堅持全國人大的會議程序。

國務院和中央軍委都屬於執行機關，實行首長負責制，相對而言，決策效率和保密程度都相對較高。因此，《反分裂國家法》授權這兩個機關決定使用非和平方式和其他必要措施，由這兩個機關來具體負責戰爭決定事宜，是符合現代戰爭和對台做戰的上述要求的。

事實上，基於現代戰爭的特點，上述轉變幾乎已成為現代國家的通例。一般來說，各國憲法都規定戰爭決定權為議會擁有，而實際上則交由行政機關行使，議會則保留戰爭法立法權、對戰爭行為的立法否定權和包容各種手段的監督權³。

三 戰爭決定權授權的合憲性

儘管這項授權符合對台作戰的實際需要，但在法理上，還必須解決其合憲性的問題。應該說，《反分裂國家法》第八條的授權，是符合中國憲法規定的。

全國人大是代表全國人民行使最高國家權力的機關，是其他國家機關擁有職權的「來源」。中國憲法規定的人民代表大會制度的一個重要的特點，就是憲法所規定的國家機構間職權的劃分，並不能限制全國人大。憲法第六十二條規定全國人大有十五項職權，其中最後一項規定：全國人大可以行使「應當由最高國家權力機關行使的其他職權。」對於甚麼是應當由全國人大行使的其他職權的判斷權顯然又是屬於全國人大自身的。也就是說，全國人大可以自行決定憲法明文列舉的其他國家機構的權力是否屬於「應當」由全國人大行使之列。

與此相對應，當全國人大認為必要時也可以將自身的職權授予其他國家機構。中國憲法第八十九條規定國務院行使十八項職權，其中最後一項是「全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會授予的其他職權」。事實上，此類授權在中國早有發生。1985年4月，第六屆全國人大第三次會議通過決定（《關於授權國務院再經濟體制改革和對外開放方面可以制定暫行的規定或者條例的決定》），授權國務院對於有關經濟體制改革和對外開放方面的問題，必要時可以根據憲法，在同有關法律和全國人大及其常委會的有關決定的基本原則不相抵觸的前提下，制定暫行的規定或者條例，頒布實施，並報全國人大常委會備案。所不同的是，1985年的授權是全國人大用決定的形式授權國務院立法，而此次則是全國人大用立法的形式授權國務院和中央軍委作戰爭的決定。毫無疑問，全國人大對國務院進行授權，不僅具有憲法明文依據，也有先例可以參照。

由於中國憲法對中央軍委的職權規定十分簡單，沒有類似於憲法第八十九條的規定，但是根據人民代表大會制度的基本原則，對中央軍委進行授權當無不妥。

當然，一個必須承認的前提是，全國人大的戰爭決定權授權僅僅是在法律層面的授權，並不表示國務院和中央軍委取代了全國人大在憲法層面獲得了決定戰爭與和平的專有權力。國務院和中央軍委行使這項權力仍要受到兩個限制：其一，受《反分裂國家法》規定的限制，僅在出現或即將不可避免地出現台灣分裂的法律事實之時，國務院和中央軍委才可行使戰爭決定權⁴；其二，全國人大的戰爭決定權仍做保留，全國人大不僅仍可以按照憲法的規定來決定戰爭與和平的問題，也可以在事後進行監督⁵和在未來收回這項授權⁶。絕對不能將《反分裂國家法》第八條的規定理解為全國人大放棄或轉讓了憲法授予其專有的戰爭決定權⁷。

四 《反分裂國家法》第八條的憲法評價——以字面解釋為基礎

根據第八條的文字表達，該授權條款的內容有這樣四個方面的特點值得注意：

（1）目的明確，手段寬泛。

該條規定的重心系為在分裂成為事實或即將成為事實之情況下，國務院與中央軍事委員會得採取「非和平方式及其他必要措施」來維護祖國的統一。該條款的目的是十分明顯的，即「捍衛國家主權和領土完整」，但是對於可採取措施的規定卻十分寬泛。首先，《反分裂國家法》所使用的「其他必要措施」一詞具有很強的包容性，究竟包含哪些措施並沒有明確指明，事實上，為了維護統一，可以採取的措施將涵蓋經濟、政治、文化等各類手段。其次，「其他必要措施」與「非和平方式」的關係沒有明確。既可以將這些「其他必要措施」理解為能獨立使用，也可以理解為必須配合于「非和平方式」而使用。還有，該條款也沒有限定採取這些措施的方式、地點、時間。僅就戰爭行為而論，根據《反分裂國家法》授權，不僅可以對台獨分子使用武力進行打擊，也可以對第三國等其他物件宣戰；不僅可以在台灣地區使用戰爭手段，也可以將戰爭行為擴大到台灣以外的地區；不僅可以用迅捷的突襲手段實施類似於「斬首」行動的軍事打擊，也可以進行正面的持久的軍事交鋒。

僅就字面而論，對該條所授權採取的措施應做最寬泛的解釋。當發生分裂事實或重大事變等情況下，國務院和中央軍委可以採取一切手段，這些手段只要符合「維護統一」的目的，就屬於合法合憲的行為。當然，「必要」一詞對於這種極為寬泛的自由裁量權來說，仍可以構

成比例原則的約束⁸。首先，手段與目的應保持一致，只有在分裂已成為或即將成為事實的情況下才得使用「非和平方式和其他必要措施」；其次，如果尚可利用較緩和的手段——如經濟封鎖、政治壓力、和平談判等——來防止和緩解分裂的趨勢時，應盡可能不使用極端的軍事手段；第三，在採取這些必要措施的時候，「國家應盡最大可能保護台灣平民和在台灣的外國人的生命財產安全和其他正當利益，減少損失」（《反分裂國家法》第九條規定之）。

（2）關於國務院和中央軍事委員會在採取非和平方式與其他必要措施的過程中發揮何種作用，或進行何種分工，《反分裂國家法》並未明確規定。

該條第二款的規定，並未明確劃分國務院和中央軍事委員會的分工。按照漢語的語言邏輯，存在兩種可能的理解：一種理解是，所有這些「非和平方式」和「其他必要措施」都必須經國務院和中央軍事委員會共同決定；另一種理解則是，根據國務院和中央軍委所擁有的權力的性質進行分工——動用武裝力量的「非和平方式」由中央軍委決定，不需要使用武裝力量的「其他必要措施」則由國務院來決定。儘管《國防法》中關於國務院和中央軍委的職權的內容可以成為分工的依據，但是至少對於《反分裂國家法》中的戰爭決定權的歸屬，《國防法》並未提供明確答案。或許，值得參考的是《國防法》第十四條，「國務院和中央軍事委員會可以根據情況召開協調會議，解決國防事務的有關問題。」未來，如要明確地解決這一懸疑，可以採取以下兩種辦法：（1）由全國人大或全國人大常委會對這一問題以法律解釋的形式做出具體規定；或者（2）由國務院和中央軍委聯合以法規的形式對如何執行反分裂法第八條做出具體規定。根據中國的法制經驗來看，運用第二種辦法的可能性似乎略大些。當然，即使不採取上述兩種積極辦法解決這一懸疑，也並不會在實踐中妨礙國務院和中央軍委對該項授權的運用，因為在沒有法律解釋或補充立法的條件下，國務院和中央軍委單獨決定或者聯合決定的做法都應被看成是符合《反分裂國家法》之規定的。

（3）有事後監督，但未明確規定事後監督的程序。

在《反分裂國家法》第八條的規定中，僅規定國務院和中央軍委在做出決定和組織實施時，應「及時向全國人大常委會報告」一項。此處尚存兩大疑問需要澄清。其一，「報告」是不是等於要求全國人大常委會進行監督。須知，在中國的憲法語言環境下，「報告」一詞並不當然地包含聽取報告者可以對報告進行審查並實行監督的意思⁹。其二，條文中僅稱向「全國人大常委會」報告，是不是意味著不用向全國人大報告，進而不受全國人大的監督。

很顯然，在此問題上不能拘泥於文字做限制性解釋。就憲法機理來看，全國人大既然將專有的戰爭決定權委之於人，就必須對該項權力的行使監督。而且，根據中國憲法規定，對其他國家機構的監督是屬於全國人大及其常委會的固有職權。因此，授權法中即使沒有載明監督和控制的條款，最高國家權力機關仍然可以依照憲法對其他國家機關的行為實行監督。絕不能簡單地根據文字，將該條規定理解為全國人大放棄了事後監督或者批准的權力。

因此，對「報告」一詞應結合憲法的規定進行解釋。第八條第二款中「及時向全國人大常委會報告」一句應被理解為：全國人大又進一步確定由全國人大常委會具體負責對國務院和中央軍委的決定進行事後監督。根據中國憲法的規定，全國人大常委會擁有「解釋法律」（憲法第六十七條第一款第四項），「監督國務院、中央軍事委員會、最高人民法院和最高人民檢察院的工作」（前款第六項），「撤銷國務院制定的同憲法、法律相抵觸的行政法規、決

定和命令」（前款第七項）等權力，對國務院和中央軍委進行監督，屬於全國人大常委會的固有憲法權力。同時，由於全國人大常委會是全国人大的常設機關，也有及時開展監督工作的現實條件。因此，《反分裂國家法》第八條的「及時向全國人大常委會報告」一句，應包含以下含義：即，在國務院和中央軍委向全國人大常委會報告之後，由全國人大常委會負責對這些決定和措施進行審查、監督，如發現這些決定和措施違反《反分裂國家法》的立法目的，或者手段有失妥當，全國人大常委會有權撤銷該決定或措施。

儘管如此，這種根據憲法規定而進行的事後監督，仍是缺乏可操作性的。起碼在現有的制度框架中，並不存在事後監督的程序性規定。

（4）全國人大及其常委會只擁有撤銷權（事後否定權）而沒有事後批准權。

撤銷權和事後批准權都屬於事後的監督權，但兩者的性質是不一樣的。以美國為例。美國的國會對總統決定的戰爭行為既擁有事後批准權，也擁有撤銷權。美國的《戰爭權力法》¹⁰要求總統下令採取的海外戰爭活動，除非獲得國會的授權，否則必須在六十天內（最多可延長至九十天）結束。根據此類規定，總統下令採取的戰爭活動，如果事後未獲得國會的批准和授權，在六十天（最長九十天）後即喪失合法性。另一方面，國會在六十天（或九十天）內的任何時刻，都有權以兩院共同決議的形式下令立即撤回武裝部隊。前者屬於事後的批准權，後者屬於撤銷權。這兩種權力雖然目的一致，都是為了監督、控制總統的權力，但是表現形式和後果迥異。就撤銷權而言，如果國會未行使該項權力，則總統的行為並不違法；就批准權而言，國會如未行使，則總統行為即屬於違法。可見，撤銷權是消極權力，而批准權是積極權力。

根據憲法和《反分裂國家法》，全國人大和全國人大常委會所擁有的監督權只包含撤銷權，而不包括事後批准權。也就是說，在國務院和中央軍委向全國人大常委會報告之後，只要全國人大常委會或者全國人大不以作為的形式行使撤銷權，那麼國務院和中央軍委的決定和措施將被推定為是合法有效。相對而論，對國務院和中央軍委行使授權的行為所設置的法律約束顯得較為寬鬆。

參考文獻：

韓大元、林來梵、鄭賢君著：《憲法學專題研究》，中國人民大學出版社。

韓大元編著：《1954年憲法草案的審議程序》，湖南人民出版社。

註釋

- 1 《國防法》是中國軍事活動的基本法律規定。但根據《國防法》第十條的規定，在戰爭決定權的分配上，又要回到憲法的規定上來了。
- 2 對於全國人大常委會在國家受到侵略的時候有權宣佈進入緊急狀態的規定，最早可溯及五四年憲法。在五四年憲法草案的審議過程中，毛澤東曾經對此進行過說明。之所以要賦予全國人大常委會這一職權，完全是為了迅速及時地對帝國主義的侵略做出軍事反應。毛澤東說：「就是要集中權力，要能靈活使用，遇到緊急關頭，別人打進來了，常務委員會就可以決定問題，無須等著開全國人民代表大會。」參見韓大元編著《1954年憲法與新中國憲政》，湖南人民出版社，第274頁-275頁。可見，當時之所以要賦予全國人大常委會這一職權，正是出於對侵略和進

攻進行迅速回應的軍事需要的目的。

- 3 參閱韓大元、林來梵、鄭賢君著《憲法學專題研究》，中國人民大學出版社，第213頁-218頁
- 4 《反分裂國家法》的內容都是指向台灣問題的，這部法律不能被用於其他場合，例如對於東突勢力等。因此，準確的法律名稱實際上應該是《反「台獨」勢力分裂國家法》。
- 5 對於全國人大的監督，只能依據憲法來認定。在《反分裂國家法》第八條第二款的規定中，國務院和中央軍委在決定和組織實施時，僅需「及時向全國人民代表大會常務委員會報告」。因此，該法直接規定的是全國人大常委會的事後監督。但是全國人大應可根據其憲法賦予的權力對國務院、中央軍委作出的決定和採取的措施進行監督。
- 6 由於戰爭決定權在我國憲法中屬於全國人大的專有權力，因此全國人大既可以通過法律進行授權，也可以用決定或者法律的形式宣佈收回該項授權。
- 7 根據中國的國體和政體，全國人大不具有在憲法層面將權力全部轉讓給行政機關和軍事機關的能力。由於全國人大是「權力之源」，主權所在，因此，任何授權都只能被認為是在憲法層面以下的授權，全國人大對該項權力仍有憲法保留。
- 8 「必要」一詞，是否構成對「非和平方式」的限制，僅從語言邏輯的角度來講是存在歧義的。考察《反分裂國家法》的立法宗旨，我國政府的態度是：在可能的情況下，盡量使用和平手段而不訴諸武力。該法第五條明確表示，「以和平方式實現祖國統一，是最符合台灣海峽兩岸同胞的根本利益。國家以最大的誠意，盡最大的努力，實現和平統一。」第八條所列的採取「非和平方式」的前提條件也包含了「和平統一的可能性完全喪失」一項。因此，「必要」一詞應為「非和平方式」的定語；「非和平方式」屬於「必要措施」之一，與「其他必要措施」並列。
- 9 在五四年憲法草案的審議過程中，憲法起草委員會對「地方各級人民政府向本級人民代表大會和上級人民政府報告工作」這一條文中的「報告」一詞的準確含義及其運用是否恰當，有過反覆的討論。參見韓大元編著，《1954年憲法草案的審議程序》，湖南人民出版社，第165頁-167頁。比較有代表性的是李維漢的觀點，他認為：「所謂服從『領導』就包括要向上級報告請示，…不只是下級要向上級『報告工作』而已。…領導與被領導的關係，不僅僅是下級要向上級報告工作而已。…如果只寫『報告之下』，那是不夠的。」可見，報告工作和接受領導不是一回事。同樣，報告工作和事後監督也不完全一致。既可以將其理解為僅在程序上報告一下，不必進行監督，也可以將其理解為報告是監督的一個必不可少的環節。
- 10 *U.S.Code, Title 50, Chapter 33—War Power Resolution (from Section 1541 to 1548).*

朱中一 蘇州大學法學院講師，博士

《二十一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二十一世紀》網絡版第四十期 2005年7月31日

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第四十期（2005年7月31日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。