

军事法基本理论研究

THE RESEARCH ON BASIC THEORY OF MILITARY LAW

管建强 周健 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

事法基本理论研究

RESEARCH ON BASIC THEORY OF MILITARY LAW

管建强 周健 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

军事法基本理论研究/管建强,周健主编. —北京:
法律出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0250 - 2

I. ①军… II. ①管…②周… III. ①军法—法的理论—研究—中国 IV. ①E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 269493 号

军事法基本理论研究
管建强 周 健 主编

编辑统筹 法商出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 牛润青
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

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
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 27
字数 452 千
版本 2017 年 1 月第 1 版
印次 2017 年 1 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0250 - 2

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

华东政法大学(East China University of Political Science and Law),位于中国的金融中心上海,为新中国创办的第一批高等政法院校,被誉为“法学教育的东方明珠”。

2013年11月30日,华东政法大学军事法研究中心成立大会在上海召开。

该军事法研究中心得到了北京东方毅拓展文化发展有限公司的积极支持和共建,因此该研究中心又称华东政法大学东方毅军事法研究中心。

这次成立大会意义重大,它翻开了军事法学发展的重要一页,在中国南方,军事法学创建了新基地。

长期以来,建立军事法学科一直是学校历代领导班子和广大教师执着的追求,时值建校60周年之际,借天时、地利、人和等各种有利条件,2012年获得军事法学硕士学位授权点。

军事法与国际公法学中的武装冲突法有着密切的联系,学校国际公法学科师资队伍,长期以来既有从事理论研究国际人道主义法的学者,也有常年从事对日索赔的国际人道主义法问题研究的专家。此外,筹建军事法学科也得到诸多横向院校、专家的鼎力支持。2013年6月,华东政法大学与中国人民武装警察部队政治学院达成了合作办学的框架协议,为师资的共享提供了保障。与其他法学学科相比,军事法学科具有更强的实践性,学科的教学、科研工作不能“闭门造车”,要对军事法典型案例进行系统的梳理,同时要加强与军事实务部门和军事专业院校的合作,共同提升军事法学科的教学和科研水平。各方围绕学位点建设、专业人才培养、学术科研交流、教学资源共享等方面开展了多形式、全方位的合作与交流,进一步提升了合作水平、拓展合作领域,共同为军事法学科发展和人才培养作出了贡献。

华东政法大学军事法学科是我国华东乃至东南地区重要的军事法学硕士、博士研究生培养基地,拥有多元的教学资源,学术底蕴深厚,教学经验丰富。博

△ 军事法基本理论研究

博士生导师、中国国际法学会常务理事管建强教授为军事法学科带头人。华东政法大学于2015年聘请了武警政治学院周健教授为军事法学博士生导师。

2014年,华东政法大学首次招收了六名军事法学硕士研究生。2015年招收了军事法学五名硕士、一名军事法研究方向的法学博士。

自2015年,华东政法大学开设了“军事法学基本理论”的研究生课程,邀请了全国的诸多军事法专家来沪讲学,经过学生们的整理,编就了这一部教材,谢谢各位专家。

是为序。

管建强 周 健

目 录

第一章 军事法学基本理论	(1)
第一节 军事法的概念	(5)
第二节 军事法学的构建	(22)
第三节 军事法的边界	(41)
第四节 军事法的哲学分析	(56)
第二章 核心军事法	(79)
第一节 军事刑法基本理论	(83)
第二节 军队政治工作法基本理论	(105)
第三节 武警法治的逻辑及实施路径	(125)
第四节 军队预防职务犯罪工作研究	(138)
第三章 军事法新课题	(151)
第一节 军事法学的军民融合	(155)
第二节 中国传统军事法精神	(165)
第三节 比较军事法	(177)
第四节 军事法学的新维度	(200)
第五节 国防资产法基本理论	(208)
第六节 中国军事政治学基本范畴	(236)
第七节 我国军事法建设中的基本关系	(253)
第四章 战争法的理论与实践	(263)
第一节 《开罗宣言》在当代国际法律秩序中的地位	(266)
第二节 远东国际军事法庭的管辖权	(277)
第三节 日本投降性质研究	(300)

第四节	限制主权与日本废弃和平宪法的权限	(312)
第五节	民间战争受害者权益救济的权利与义务主体	(335)
第五章	“冷战”后军事法的新问题	(349)
第一节	“冷战”后新型军事法律问题研究	(352)
第二节	美国规制私人军事公司制度析论	(373)
第三节	美国式法律战:理论范式和现实批判	(388)
第四节	美国军事性重返亚太对我国的影响	(413)
后 记	(427)

第一章

军事法学基本理论

导 语

“军事法”自1984年作为法学专业术语首次亮相中国法学界以来,专家学者对于军事法学这一独立法学部门的研究至今已走过了30多个年头。随着研究内容的深入和研究范围的拓展,军事法学也逐渐适应了当代中国军事需求并顺应了时代发展的潮流,从而构建起了一套较为完整的军事法学科理论体系和军事法制建设实践体系。本章主要从军事法基本理论着手,帮助读者明确“军事法”的概念及其调整对象,界定易混淆概念之间的异同关系;帮助读者从体系上把握军事法研究的三个向度,为研究者搭建对国防和军队法制建设实践认知的理论框架;帮助读者厘清军事法和其他相关部门法学科及其内部实体法的研究领域及范畴;帮助读者从法哲学的高度,领略军事法的精神和研究价值。

本章第一节“军事法的概念”是张艳副教授、周健教授在分析了当下军事法学理论研究困境的前提下,为打破僵局而对军事法的概念进行梳理分析并提出自己的观点。军事法学的基础理论都建立在“军事法”核心概念之上,对“军事法”概念的准确界定为奠定军事法学理论研究和军事法制建设实践具有重要的理论和现实意义,因此,本节处于本章的核心地位,并为后面章节的阐述奠定了坚实的理论基础。

本章第二节“军事法学的构建”是姬娜博士、周健教授在回顾了30多年来军事法学科发展历程后,分析总结出的军事法研究整体上呈现出体系建构、价值反思以及规范分析的三个向度。同时从哲学、政治学、经济学等多学科方法为切入点,突破军事法体系建构、价值反思、规范分析的限度,形成各自方法上的自觉、自治、重组三个向度的研究资源,对于军事法理论研究思路的转变和发展具有时代意义。

本章第三节“军事法的边界”是肖凤城教授为了界定军事法学科的研究范畴,而将军事法大学科下的相关法进行比较研究,区分各个学科研究内容的差异性,阐述学科与学科概念界定的争论点,分析各个学科可以相互融通共促发展的关键点。结合程序法与实体法(主要包括战争法、武装冲突法、人道法、人权法、中立法),具体阐述面临困境和争议点所在,并提出了自己的观点。以史为鉴,对军事法学发展的再回顾,也表达了军事法研究应当和其他学科相互交流沟通借鉴,不能固步自封的强烈愿望。

本章第四节“军事法的哲学分析”主要阐明了有关军事法的哲学思考。哲学是人类智慧之学,是时代精神的精华,当代中国需要军事法的哲学思维。本书从两方面说明了军事法哲学的概况,即我国军事法哲学研究现状和军事法哲学研究之必要性。同时,本书还介绍了在军事法哲学视角下的战争权,战争权作为军事法内容的重要组成部分,推动着军事法走向科学化、现代化、法治化。最后,本书提出了有关军事行政权的哲学思考,完整地阐明军事行政权各个方面的内容,使读者对于军事行政权有全方位的了解。

第一节 军事法的概念

自1984年学界首次提出“军事法”这一概念,军事法学研究至今已走过30多年的发展历程,并取得了一些成果。然而,无论对军事法学研究详知或略晓的人都体认到这样一个事实,即军事法学理论研究已经进入了一个进退维谷的境地。欲对此困境破局,就必须厘清“军事法”的概念;而欲厘清军事法的概念,又必须明晰其调整对象;欲明晰其调整对象,则又必须界定“国防”与“军事”的关系。唯有此途,方能使军事法概念得以确定,并促使立基于其上的理论体系和实践得以发展。

新中国成立之后,“军事法”作为专业术语首次亮相学界,可能是在1984年9月出版的《中国大百科全书·法学》卷前言中,张友渔、潘念之两位教授明确指出:“法学研究的具体范围同法学的分科是密切联系的。从法的各种类别来说,法学研究范围首先是各部门法,如宪法、行政法、家庭婚姻法、民法、经济法、军事法……”自此,学界关于军事法的认识在不断扩展和加深,逐渐适应时代发展和军事需求而构建起军事法学的理论体系和军事法制建设的实践体系。

由于军事法学的基础理论都建立在“军事法”这个核心概念之上,军事法制实践也离不开对“军事法”概念的准确界定,当前军事法在国家法律体系中的地位不高,成分不明,从一个侧面更加说明准确界定“军事法”概念的紧迫性、严峻性和重要性。因此作为奠基军事法学理论研究和军事法制建设实践的元概念,学界对于“军事法”这一专业术语概念的准确界定就具有重要的理论和现实意义。本节欲在此对学界关于“军事法的概念”这一问题的认识演进过程进行梳理、分析并给出自己的观点。

一、学界关于军事法概念的现有认识

关于“军事法”概念的界定,可以说有多少人著书立说,就有多少种答案。真可谓仁者见仁,智者见智。

1. “问题说”。可置于此说之列的观点:

如有人认为,军事法应称之为国防法,其概念是为保护国家主权、领土完整和安全,防御外来的武装侵略和颠覆,把国防和军队建设的重要问题,通过立法机关上升为国家意志,用法律形式固定下来。

2. “笼统军事社会关系说”。可置于此说之列的观点:

(1) 军事法, 简称军法, 是指调整各种军事社会关系, 维护国家军事利益的法律规范的总和。

(2) 军事法是指由国家制定和认可, 并由国家强制力保证实施的, 调整军事社会关系的法律规范的总称。

(3) 军事法是指国家制定、认可或解释的, 并由国家强制力保证其实施, 用以调整军事社会关系的法律规范的总称。

(4) 军事法是指国家制定或认可并由国家强制力保证实施的, 调整军事社会关系的法律规范的总称。

3. “单纯说”, 即认为军事法是单纯调整军事、军人、军队或武装力量建设的法律规范。可置于此说之列的观点:

(1) 军事法是“国家机关为实现国防目的而制定的调整有关军事力量建设和作战行动的社会关系的法律规范的总称”。

(2) 军事法是指仅适用于现役军人或有关军事方面的法律规范的总称。

此外, 早在 2005 年, 夏勇就将学界关于“军事法”的概念解读归纳为“领域”“利益”“活动”和“结合”四说, 即

4. “领域说”。可置于此说之列的观点:

(1) 军事法是国家为调整国防军事领域与国家其他领域的社会关系、内部关系而制定的或授权制定的规范性文件的总称。

(2) 军事法是国家制定或认可, 并由国家强制力保证其实施, 用以调整整个军事领域内各种社会关系的法律规范的总和。

(3) 军事法是国家制定或认可的, 并由国家强制力保证其实施, 用以调整军事领域内各种社会关系的法律规范的总和。

(4) 军事法是“国家制定或认可, 并由国家强制力保证其实施的, 以整个军事领域中各种社会关系和行为规范为调整对象的一个法律部门, 是一个既具综合性又具特殊性的完整的社会体系”。

(5) 军事法是国家制定或认可并由国家强制力保证实施的, 用以调整国防和武装力量建设、国际军事交往和战争等领域的各种军事社会关系的法律规范总和。

(6) 《中国人民解放军军语》对军事法规给予了两种含义的解释, 其中一种含义便是与军事法等同的, 即军事法规是指“由国家制定或认可的, 并以国家强制力保证实施的, 用以规范军事领域社会关系与活动的法律、法规、规章的

统称”。

(7)军事法是指由国家制定或认可并以国家强制力保证其实施的,用于调整军事领域各种关系的法律规范的总称。

(8)军事法,是指国家制定或认可,并由国家强制力保证实施,用以调整军事领域社会关系的行为规则的总称。

(9)军事法是国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,用以调整武装力量建设领域的各种社会关系的法律规范的总和。

(10)军事法是国家制定或认可的,并由国家强制力保证其实施的,调整军事领域内各种社会关系的法律规范的总称。

(11)军事法是国家制定或认可并由国家强制力保证实施的、用以调整国防武装力量建设、国际军事交往和战争等领域的各种军事社会关系的法律规范总和。

5.“利益说”。可置于此说之列的观点:

(1)如我国最早的一部军事法学著作《中国军事法学》的著者就认为,军事法是指调整一定范围内涉及国家军事利益关系的法律规范的总和。

(2)军事法是调整特定范围内涉及国家军事利益关系的法律规范的总和。

(3)军事法是指由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的专门调整有关国家军事利益关系的法律规范的总称。

6.“活动说”。可置于此说之列的观点:

(1)军事法是由国家制定或认可的,并以国家强制力保证其实施的,调整军事领域的活动和由此产生的社会关系的法律规范的总和。

(2)军事法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,调整国防与武装力量建设与活动中的社会关系的法律规范的总称。

(3)军事法是调整国家军事关系,即军事活动中的社会关系的法律规范的总和。

(4)军事法是指维护国家军事利益,调整国家、军队、公民之间和军队内部之间的国防军事活动和军队建设中发生的各种社会关系的法律规范的总称。

(5)军事法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,调整国防与武装力量建设与活动中的社会关系的法律规范的总称。

7.“结合说”。可置于此说之列的观点:

结合说分为“国防和军事结合说”以及“国内和国外结合说”两种。其中“国防和军事结合说”如:

(1) 军事法是关于武装部队和其他军事人员组织、任务、职责、活动原则和军事制度等法律规范的总和。

(2) 军事法通常是指在国防、建军和作战等方面,由国家制定或者认可并由国家强制力保证其实施的行为规则的总称。

(3) 军事法是国家为调整国防军事领域内涉及国家军事利益而制定或授权制定的规范性文件的总称。

(4) 军事法是维护国家军事利益,调整国家、军队、公民之间、军队内部之间的国防、军事活动和军队建设中发生的各种社会关系的法律规范的总称。

(5) 军事法是调整国防军事关系和武装力量内外关系的法规范的总和。

(6) 军事法是指由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的,调整军事社会关系和调控军事权的法律规范的总和。

而“国内和国外结合说”,则体现在如“军事法是国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,用以调整国防和武装力量建设、国际军事交往和战争等领域的各种军事社会关系的法律规范总和”这样的界定中。

这是自 20 世纪 80 年代中期至今 30 多年间,军事法学界出版的各类军事法学论著中对军事法概念的界定。之所以对“军事法的概念”有这么多种不同的观点,问题就集中在对军事法的调整对象的认识的不同上。

二、关于军事法调整对象的现有观点

按照时间先后顺序,学界关于我国“军事法”调整对象的现有观点见表 1-1:

表 1-1

序号	目前关于军事法的调整对象的观点	提出时间
1	现役军人或有关军事方面	1983 年
2	国防和军队建设的重要问题	1987 年
3	国防、建军和作战等方面	1987 年
4	关于武装部队和其他军事人员组织、任务、职责、活动原则和军事制度等	1987 年
5	一定范围内涉及国家军事利益关系	1988 年
6	国防军事领域内涉及国家军事利益	1988 年
7	国防军事领域与国家其他领域的社会关系、内部关系	1988 年
8	国家、军队、公民之间和军队内部之间的国防军事活动和军队建设中发生的各种社会关系	1989 年

续表

序号	目前关于军事法的调整对象的观点	提出时间
9	国家、军队、公民之间、军队内部之间的国防、军事活动和军队建设中发生的各种社会关系	1989年
10	以整个军事领域中各种社会关系和行为规范为调整对象	1989年
11	整个军事领域内各种社会关系	1990年
12	有关军事力量建设和作战行动的社会关系	1990年
13	特定范围内涉及国家军事利益关系	1990年
14	国防与武装力量建设与活动中的社会关系	1991年
15	国防军事关系和武装力量内外关系	1991年
16	国家军事关系,即军事活动中的社会关系	1991年
17	军事领域内各种社会关系	1992年
18	军事领域的活动和由此产生的社会关系	1992年
19	国防和武装力量建设、国际军事交往和战争等领域的各种军事社会关系	1994年
20	军事领域各种关系	1997年
21	军事领域社会关系与活动	1997年
22	有关国家军事利益关系	1997年
23	军事领域内各种社会关系	1997年
24	各种军事社会关系,维护国家军事利益	1998年
25	军事领域社会关系	1999年
26	武装力量建设领域的各种社会关系	2000年
27	国防建设和武装力量建设与活动中的社会关系	2000年
28	军事社会关系	2003年
29	军事领域内各种社会关系	2004年
30	军事社会关系	2005年
31	军事社会关系和调控军事权	2006年
32	国防武装力量建设、国际军事交往和战争等领域的各种军事社会关系	2006年
33	规范军事权及调整军事领域的各种社会关系	2008年
34	军事社会关系	2012年

但表 1-1 中各家关于军事法调整对象的界定,十分繁杂,很难清晰地把握其具体内容,为准确理解,特从中选取几个比较有代表性的观点对军事法调整对象的具体范围作进一步的详解。见表 1-2:

表 1-2

序号	目前关于军事法的调整对象的主要观点	调整对象具体的范围
1	调整一定范围内涉及国家军事利益关系	(1) 国家与武装力量建设方面的关系; (2) 武装力量内部的关系; (3) 军队与地方、军人与公民之间的关系。
2	调整各种军事社会关系,维护国家军事利益	军事机关和军事人员(主体特定)相互之间发生的、和军事有关(内容特定)的社会关系。
3	调整一定范围内涉及国家军事利益关系	(1) 国家与武装力量之间的军事法律关系; (2) 国家与军人之间的军事法律关系; (3) 国家与地方及地方公民之间的军事法律关系; (4) 武装力量内部的军事法律关系; (5) 军队与地方之间的军事法律关系; (6) 涉外军事法律关系。
4	调整军事领域社会关系	军事关系包括以下方面: (1) 国家在国防建设方面的军事关系; (2) 武装力量建设方面的军事关系; (3) 军政、军民之间的军事关系; (4) 在战争、内乱等非常时期的军事关系; (5) 涉外方面的军事关系等。
5	调整武装力量建设领域的各种社会关系	(1) 国家与武装力量之间社会关系; (2) 武装力量内部关系; (3) 军队与地方、军人与其他公民之间的社会关系。
6	调整军事领域内各种社会关系	(1) 国家在国防建设方面的军事关系; (2) 调整武装力量建设方面的军事关系; (3) 军地、军民之间的军事关系; (4) 调整有关国家在战争、动乱等非常时期和涉外军事事务等方面的军事关系。
7	调整军事社会关系和调控军事权	(1) 武装力量建设; (2) 国家战争行为; (3) 武装力量的组织、管理与指挥。