

军事法制建设研究

◆ 军事法学研究会 编

解放

出版社

课题总负责人:雷渊深 朱阳明

课题组组长:许江瑞

副组长:方 宁 肖凤城

课题组成员(以姓氏笔划为序):

王秉山	王忠涛	王新建	王黎红
丛文胜	石成林	宋 丹	陈 力
陈代平	姜秀元	盖新琦	谢 丹
潘柏荣			

说 明

本课题是中国法学会赋予军事法学研究会的“八五”研究项目。研究中,我们坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平关于建设有中国特色社会主义理论为指导,从我国我军实际出发,总结我国军事法制建设的历史经验和新鲜经验,吸取外国军事法制建设的有益看法和做法,从理论和实践的结合上,回答我国新时期军事法制建设中的一些基本的、重大的问题。

课题在内容设置上,主要是对新时期军事法制建设中在理论和实践上有争论或有创见的重要问题进行探讨与论证。在理论观点上,力求有所探索,有所发现,有所创新,有所突破,“言前人所未言,讲前人所未讲”,突出新的研究角度和新的见解。在表述方式上,强调研究色彩,注意理论概括,将对现状的分析和对策的提出融入理论研究之中。在编排结构上,不设章节,而按军事法制建设的基本方面分为十个部分,每个部分按实际内容集中论述2—5个问题,这些问题有大有小,有的属于同一层次,有的则不在同一层次上,但每个问题都突出自身的特点,体现内在的逻辑。

参加本课题的研究者,既有从事立法、司法、行政执法等实际工作的同志,又有从事理论研究工作的同志。在他们的辛勤努力、刻苦钻研下,以及所在单位领导的大力支持和关怀下,本课题得以完成,且具有较好的质量,达到了“攻关性研究”的立项初衷。由于课题组的同志都担负着繁重的工作任务,主要利用业余时间进行研究,所探讨的问题具有前沿性,因而难免在精力投入、资料占有、情况分析、理论阐述等方面不尽人意,不足之处在所难免,恳请广大读者指正。

目 录

第一部分:军事法制基础理论若干问题研究	1
军事法制的构成	3
军事法制建设的内容与地位	29
军事法制的现代化	48
第二部分:军事立法若干问题研究	67
军事立法的概念	69
军事立法的主体及其权限范围	74
军事立法的基本原则	87
军事法的外部结构形式的规范与完善	97
第三部分:军事司法若干问题研究	107
军事司法的特有原则	109
军事司法机关职权范围的扩大	126
第四部分:军事法执行与监督若干问题研究	143
军事法执行机制的形成和运行现状	145
军事法执行机制运行中的障碍	149
发达国家军事法实施的特点和发展趋向	155
健全军事法执行和监督机制的对策	164
第五部分:军队法律服务若干问题研究	175
军队法律服务在军队建设中的作用	177
军队法律服务的基本任务	181
军队法律服务管理体制	185
军队法律服务的基本原则	189
第六部分:军事法制教育若干问题研究	195

军事法制教育的基本理论	197
军事法制教育的结构	211
军事法制人才的培养	224
第七部分:军事法制机构与队伍建设若干问题研究	235
军事法制机构的设置原则及其权限	237
军事法制队伍建设的特点和规律	247
加强军事法制机构与队伍建设的设想	256
第八部分:军事法遵守若干问题研究	261
个人守法在军事法遵守中的地位作用	263
领导干部与军事法的遵守	279
机关在军事法遵守中的非职务守法	297
第九部分:军事法学若干问题研究	305
军事法的基本特征和军事法学的学科性质	307
军事法的价值	321
军事法体系	334
军事法中的权利和义务	349
第十部分:军事法制建设若干综合性问题研究	365
社会主义市场经济条件下的军事法制建设问题	367
军队参加戒严的法律问题	383
“一国两制”下的香港防务与驻军法律问题	395
战争法与军事法制	414
中国军队参加联合国维持和平行动中 的法律问题	429

第一部分
军事法制基础理论
若干问题研究

主笔人：许江瑞



军事法制的构成

军事法制的构成,是指军事法制所内涵的基本要素及其相互关系。对军事法制构成的认识,表现为对军事法制概念的界定。

军事法制的概念如同其它理论概念一样,是一个历史的概念,发展的概念。不同历史时期,不同学者,从不同角度,给予了不同的界定。目前,对军事法制的表述,基本上都是从“法制”一词移植、推演而来。然而,“法制”一词的内涵至今也是一个尚无定论的问题。本文试图在前人研究的基础上,结合我国新时期军事法制的实践,对军事法制一词作出新的理解与概括。

本文认为,我国的军事法制,是指在一定军事法思想指导下,通过对军事法规范的制定、实施、监督、服务、教育、研究等运行与操作环节,建立军事法秩序的机制系统。它在内涵上包括军事法规范、军事法运作、军事法秩序、军事法思想四个基本要素,其中军事法规范是本体,其它要素都围绕着它展开,它贯穿军事法制的全过程;军事法运作是主导,其它要素都通过它来表现,它决定着军事法制的功能与作用;军事法秩序是取向,其它要素都面朝着它来定位,它体现着军事法制的价值;军事法思想是灵魂,其它要素都接受着它的指引,它表明着军事法制的成熟。四个要素之间互相联系又互相作用,构成军事法制自身系统的矛盾运动,进而作为依法治军的机制,保障与促进国防和军队建设事业的发展。

一、军事法规范

军事法规范,是指国家制定或认可,并由国家强制力保证实

施,用以调整军事社会关系的行为规则。相对不同领域、不同关系,它又称军事法、军事法律(广义)、军事法律制度。不论其称谓如何,它们都涉及本质与特征、功能与作用、内容与形式、效力与等级、结构与体系等若干对基本范畴。但以往对这些基本范畴的认识与概括,存在许多不足,如有的范畴缺乏军事法自身的特点;有的范畴注重了统一,忽视了对立;有的范畴与其它近似范畴相混淆;有的范畴缺乏深层次的认识。据此,本文试以“内外关系”这把钥匙,探索开启这些基本范畴的奥秘之门。

(一)军事法规范的本质与特征

1、军事法规范的本质

军事法规范的本质,是指军事法规范固有的、内在的根本属性。应理解为:

(1)军事法是统治阶级意志外化在社会军事关系中的行为规则。它包括三层含义:一是军事法是统治阶级意志的体现。马克思主义认为,法是统治阶级意志的集中体现,军事法作为法的一个分支,无疑与法有着共同的本质。二是军事法所体现的统治阶级意志与社会军事关系相联系。马克思曾指出,统治阶级“必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家之意志即法律的一般形式。”可见,统治阶级意志是一定社会历史条件下经济关系、政治关系、军事关系等社会关系的产物。显然,统治阶级对军事利益的愿望与要求,即统治阶级的军事意志,必然是在一定物质条件所决定的社会军事关系中产生。三是军事法是统治阶级意志外化的行为规则。统治阶级对军事利益的愿望与要求,最终是要外化为行为并通过行为来实现的。同时,统治阶级为使其军事意志具有整体性,即统治阶级的军事意志不是统治阶级内部个别的意志,而是整体的意志;具有统一性,即整个社会服从统治阶级的军事意志,必须采取一定的规则来约束与调整。

(2)军事法是统治阶级用以调整社会军事关系,维护其统治的工具。它包括三层含义:一是统治阶级的统治,离不开军事力量和

军事手段的使用。统治阶级只有依靠军事力量和军事手段才能最终有效地镇压敌对阶级的反抗,抵御侵略。二是统治阶级利用军事力量和军事手段维系其统治,是通过调整社会军事关系来实现的。统治阶级在使用军事力量和军事手段时,必然与社会各层次各方面发生这样或那样的联系,即形成不同的社会军事关系。所以,统治阶级使用军事力量和军事手段的过程,也就是调整社会军事关系的过程。三是军事法是调整社会军事关系的重要工具。统治阶级对不同的社会军事关系,要采用不同的调整形式,诸如政治规范、法律规范、宗教规范、道德规范、习俗规范等不同社会规范的调整,而军事法规范则是最有力的调整工具。

2、军事法规范的特征

军事法规范的特征,是指军事法特有的属性。一个事物的特征是通过与其他事物的比较体现出来的。军事法规范特征的体现,主要有两种情况:一是与同类法规范不同法部门的联系与区别,如与行政法规范、经济法规范的比较;二是与同一社会关系而不同类规范的联系与区别,如与军事道德规范、军事技术规范的比较。由于军事法规范与不同类规范的根本属性不同,所以军事法规范特征的体现,一般是指第一种情况。

军事法规范与其他部门法规范的联系,主要表现为他们具有共同的属性:一是阶级性。都是统治阶级意志的体现,是为统治阶级利益服务的。二是权威性。都是由国家制定或认可的。三规范性。都是以行为规则的形式,对人们的行为起着规范、约束的作用。四是强制性。都以国家机器为后盾,强制行为主体对法规范的遵守和执行。五是稳定性。都在较长的时期内反复起作用。

军事法规范与其他部门法规范的区别,主要表现为军事法规范的特有属性。包括:

(1)军事法规范的基本特征

军事法规范的基本特征,除反映了军事法与其他部门法的关系,即调整对象不同外,还反映了军事法规范特征的内部关系,即

其他特征导源于基本特征。军事法规范的基本特征表现为,它调整的对象具有军事性,即社会军事关系。它包括国家在国防建设方面的军事关系,武装力量建设方面的军事关系,军政、军民之间的军事关系,在战争、内乱等非常时期的军事关系,涉外方面的军事关系,等等。具体说来:一是法律关系主体的军事性。这是指任何人或者组织,只有当他置身于军事法律关系中才享有军事权利与军事义务的主体资格。二是法律关系内容的军事性。这是指法律关系主体所享有的是军事或与军事有关的权利与义务。三是法律关系客体的军事性。这是指军事权利与义务所指向的对象是只能用于军事的专有物或可用于军事的一般物;军事科学技术方面的发明创造;军事或与军事有关的行为。

(2)军事法规范的派生特征

军事法规范的派生特征,是指军事法规范的某些特征是由其基本特征引伸、扩展出来的特征。主要表现为:

从内部结构上看,一是模式设定的非常性。一般法是根据正常情况设定人们的行为规则,而军事法则不同,由于军事行为往往是直接或间接面对政治、军事、自然灾害等非常性的突发事件,所以,对军事行为模式的设定必然具有非常性。这也是军事法作为特别法区别并优于普通法的主要标志之一。二是内容公开的相对性。法的公开是其固有的要求,法只有公开,才能有效地实施与监督。军事法亦不应违背这一原则。军事法相当一部分特别是高层次规范,是对社会公开的,但由于军事活动一定时期一定范围的保密性,有一部分较为具体的规范只能相对于一定的行为主体和关系范围公开。三是法律后果的多样性。法律后果包括鼓励性规范和惩罚性规范。军事法在两种规范的形式上与一般法有许多不同。其一,“奖励与惩罚”并设,而一般法多将“法律责任”、“处罚”单设章节。其二,奖励与惩罚的方式独特,如奖励的方式有三等功、二等功、一等功、荣誉称号;惩罚的方式有降衔、取消志愿兵资格;军人职务犯罪不适用管制、财产刑,而单独设有剥夺军衔、荣誉称号等附加刑。

从外部形式上看,一是规范称谓的独特性。军事法规作为军事法规范的一个等级,在军事法规范体系中占有相当大的数量,而军事法规多以“条令”称谓,如《内务条令》、《战斗条令》、《飞行条令》等。这种“条令”的称谓,是军事法所独有的称谓。二是规范形式的综合性。军事法与民法、刑法等法律部门不同,没有一部独立、完整、系统的法典,而是由专门的军事法规范和其它法律规范中的军事法条款、军事法规范解释、军事法规范性文件、国际军事约章等有机结合、相对独立的综合体。

事物的属性具有不同的层次,同源于法本质的军事法规范本质,是该事物最深层的属性;军事法规范的特征则是外层次的属性。

(二)军事法规范的结构与体系

1、军事法规范的结构

所谓军事法规范的结构,是指军事法规范的内部构成要素和联结状态。构成要素有:

(1)原则要素。原则是指可以作为规则的基础或本源的原理和准则。其特点是,它不预先设定任何确定的、具体的事实状态,没有规定具体的权利和义务,更没有规定确定的法律后果。但是,它指导和协调着全部社会军事关系或某一方面某一层社会军事关系的法律调整机制。原则可分为:一是政治性原则。它是国家关于国防和军队发展目标、战略措施、战争动员等问题作出的政治决定。如“实现国防现代化”。二是公理性原则。它是从社会军事关系本质中产生出来并得到广泛承认的军事法基本理论,如维护国家军事利益的原则,军法从严、战时从严的原则。

(2)制度要素。是指定型化并被军事法规范所吸收的活动规程。包括:一是基本制度。是关于高层次或重要活动的规程,如国防会议制度、兵役制度、军事订货制度、边防制度等。二是具体制度。是关于某一类具体活动的规程,如考核制度、统计制度、值班制度等。

(3)规则要素。规则是具体规定军事法律关系中权利与义务以及法律后果的准则。它包括:一是条件假定。它是指为军事法规范适用所假设的一定条件或情况。二是行为模式。它是指军事法规范的行使权利与履行义务的行为方式。授权性规范规定着“可以做什么”的行为方式;命令性规范规定着“应该做什么”的行为方式;禁止性规范规定着“不该做什么”的行为方式。三是法律后果。它指军事法规范对行为引起后果的肯定或否定。鼓励性规范是对肯定后果的规定,制裁性规范是对否定性后果的规定。

(4)概念要素。概念是指对各种法律事实进行概括、抽象出它们共同特征而形成的权威性范畴。由于军事法规范的概念有其确切的法律意义和应用范围,所以,只有把某人、某一情况、某一行为或某物品归于一个法律概念时,有关的原则、制度、规则才可适用。军事法规范的概念以其涉及的内容可分为:一是涉人概念,即关于自然人、法人或其他群体的概念。如“军人”、“指挥机关”、“后勤保障人员”等。二是涉事概念,即关于法律事件和法律行为的概念。如“突发事件”、“临阵脱逃”等。三是涉物概念,即具有法律意义的有关物品及其质量、数量、时间、空间等无人格的概念。如“国防资产”、“军事设施”、“武器装备”等。

上述四个要素,原则是基础,制度是支点,规则是主体,概念是链条,原则、制度、规则由概念相互联结,形成军事法规范的内部结构。

2、军事法规范的体系

军事法规范的体系,是指由不同层次和不同方面的军事法规范组成的有机整体。不同层次表征着军事法规范之间的纵向关系,不同方面表征着军事法规范之间的横向关系。

(1)纵向关系。依据我国军事立法的权限和法规范的效力与等级,可将军事法规范在纵向上分为五个层次:一是根本法中军事法条款。二是基本军事法律。包括专门的基本军事法律、其他基本法律中的军事法条款、基本军事法律解释。三是军事法律。包括专门

的军事法律、其他法律中的军事法条款、军事法律解释、国际军事约章。四是军事法规。包括专门的军事法规、军事行政法规、其他法规中的军事法条款、军事法规解释、军事法规性文件。五是军事规章。包括专门的军事规章和军事行政规章、其他规章中的军事法条款、军事规章解释、军事规章性文件,以及地方性军事法规和规章。

(2)横向关系。依据国防和军事活动过程的连续性和阶段性,可将军事法规范的横向关系划分为七个方面:

第一,国防和军事活动基本保障方面的规范。包括组织、经济、法律三个保障部分的规范:一是军事组织法部分,主要规定武装力量的规模和建制、武装力量的职能、军事机关的性质、职权、领导体制和编制、军事机关的建立、撤销和变更的程序等内容;二是国防经济法部分,主要规定军费的基本来源和使用的一般原则,包括国防经济体制、军事拨款和军费使用管理等内容;三是军事立法和军事司法部分,主要规定军事立法体制和立法程序、军事司法体制和司法程序以及军事刑法等内容。

第二,军事人员征集、录用、管理方面的规范。包括规定组成武装力量和各种人员(军官、文职干部、预备役军官、士兵、职工等)的服役和退役、录用和退休、职位和军衔、纪律和奖惩、待遇和优抚等内容。

第三,军事设施与装备的建造、管理、保护方面的规范。包括军事工程和军工生产的技术规程、军事设施与装备的使用管理和保护等内容。

第四,国防教育、训练和武装力量日常管理方面的规范。包括全民国防教育、军队院校教育、部队教育训练、部队内务管理、军队机关工作、战斗条令、技术规程等内容。

第五,防务卫戍方面的规范。包括领海、领空、国界、边境、城市、国家重要目标的防务卫戍,以及武装力量自身安全保卫等内容。

第六,武装力量从事非军事活动方面的规范。包括军队进行抢险救灾、生产经营等内容。

第七,武装力量从事直接军事行动方面的规范。包括国家动用武装力量采取武装行动、宣布战争状态或戒严、国防动员、遵守战争规则等内容。

军事法规范的结构,表征着的规范内部要素与要素之间的关系;而军事法规范的体系,则表征着规范外部规范与规范之间的关系。

(三)军事法规范的功能与作用

1、军事法规范的功能

军事法规范的功能,是指军事法规范固有的内在功效和潜在能力。相对于人行为的功能,可称之为行为功能;相对于社会关系的功能,可称之为社会功能。

(1)行为功能。包括:一是导向功能,即军事法规范指引人的行为符合法要求的功能。二是评价功能,即军事法规范作为评价标准衡量人的行为是否合法的功能。三是预测功能,即军事法规范预测行为后果的功能。四是警示功能,即军事法规范所包涵的强制性、责任性信息给人以威慑和教育的功能。

(2)社会功能。包括:一是确认功能,即军事法规范对一定的社会关系确认为法律关系的功能。二是调节功能,即军事法规范协调社会军事关系的功能。三是整合功能,即军事法规范对被破坏的社会军事关系恢复、修补的功能。四是制约功能,即军事法规范对军事权力和权利实行约束,促使权力的节制运行和权利的依法行使的功能。五是组织功能,即军事法规范组织一定的机构、活动和社会关系的功能。

2、军事法规范的作用

军事法规范的作用,是指军事法规范功能对人的行为和社会关系产生的实际影响。主要表现为:一是对保证党对军队绝对领导方面的作用;二是对巩固人民民主专政的国家制度方面的作用;三

是对加强国防和军队建设、巩固和提高部队战斗力方面的作用；四是对维护军队和军人合法权益方面的作用；五是对促进国家和军队精神文明建设方面的作用；六是对发展我国对外军事关系、提高国家和军队国际地位方面的作用。

以往许多观点将功能与作用混为一谈，认为功能即作用，作用即功能。实际上两者是有区别的。军事法规范的功能，表征着规范的内功和潜能，是一种自在的状态；而军事法规范的作用，则表征着它是功能外在表现，是对功能实际的、整体或单一的发挥，是一种自为的状态。

（四）军事法规范的内容与形式

1、军事法规范的内容

军事法规范的内容，是指军事法规范所要规范的事项和行为。

（1）规范的事项，又可称辅助规范内容，包括：立法的目的和依据，调整军事关系的范围，适用的原则和制度，时间、空间和主体的效力，概念和术语的解释，规范变通、修改、废止的主管机关和程序，等等。

（2）规范的行为，又可称基本规范内容，包括：行为者施以行为的时间、空间、对象等条件；国家机关的行为，即国家机关的权利与义务，表现为职权性规范；公民和社会组织的行为，即公民和社会组织的一般或特殊的权利与义务，表现为授权性、命令性和禁止性规范；行为者的行为后果，即鼓励性或制裁性规范。

2、军事法规范的形式

军事法规范的形式，是指军事法规范的表现方式。从宏观和微观两方面考察，可将其分为：

（1）整体表现形式。包括：一是专门的军事法律、法规、规章和规范性文件；二是军事法律和其他法律、法规、规章和规范性文件中的军事法条款；三是军事法的解释；四是国际军事约章。

（2）具体表现形式。包括：军事法规范的名称，颁布机关，颁布与生效时间，条文、条款、项目、点，等等。

哲学中内容与形式关系的原理,同样适用于军事法规范。即内容决定形式,形式要适应和表现内容,并反作用于内容。

(五)军事法规范的效力与等级

1、军事法规范的效力

军事法规范的效力,是指军事法规范在什么时间、什么地点和对什么人具有强制力、约束力。即军事法规范的时间效力、空间效力、主体效力。

(1)时间效力。军事法规范在生效和失效时间,以及是否有溯及既往的效力等方面,与一般法律相近,同时又有其他法律所没有的特点,这就是军事法要受到某些特定时间的限制,如平时、战时或平时与战时的非常时期,根据其不同的情况,军事法规范有着不同的强制力、约束力。

(2)空间效力。军事法规范同其他法规范一样,主要在本国领域内有效。但某些特殊情况下,其空间效力可以延伸到外国领域。如为反击和惩治侵略者,保卫祖国领土主权和安全,必须在外国领土上作战;根据联合国宪章,参加维和行动;受友好国家之邀,帮助打击侵略者;我被俘人员在国外实施了违反军人职责的犯罪行为,等等。此外,军事法的空间效力被某些特定的空间限制着,如军事禁区、军事管理区、边防海防线、战场、阵地、军事行动区等。

(3)主体效力。总体上讲,军事法对一切主体都有效力。但军事法之所以是特别法,就因为它的大多数规范是仅适用于武装力量内部人员这样一种特殊主体。《惩治违反军人职责罪暂行条例》中的脱逃罪,只能适用于军事人员,不能适用于普通公民;《内务条令》中不能涂抹口红、留披肩发的规定,只能适用于现役军人,不适用于编职工,更不适用于普通公民,等等。所以,军事法规范的主体效力,更具有特殊性。

2、军事法规范的等级

军事法规范的等级,是指由于军事法规范的制定机关不同,使得军事法规范在其体系中处于高低不等的地位。具有以下特点: