

周健·军事法之门
丛书



军法生成之道

胡世洪 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

事法之门
丛书

军法生成之道

Law, Tradition, & Custom in the Military

胡世洪 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

军法生成之道 / 胡世洪著. —北京:法律出版社,
2013.5

(“周健·军事法之门”系列丛书 / 周健主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4721 - 8

I. ①军… II. ①胡… III. ①军法—研究—中国
IV. ①E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 050942 号

军法生成之道
胡世洪 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 乔智炜

© 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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 7.5
字数 174千
版本 2013年5月第1版
印次 2013年5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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4721 - 8

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序一

二十年前,伴随着依法治军方针的确立,军事法学这门新兴的学科得以诞生。今天,军事法学人们风华正茂,成熟自信,正沿着党的十八大指引的方向,在军事法学教育伟大征程上践行着“依法治军、从严治军是强军之基”的思想。在这个奋蹄拓荒、领航中国军事法学的团队里,有一个创造了业内多项“第一”的学者,他就是武警政治学院教授周健大校。

周健教授主编的“军事法之门”丛书,是从周教授指导的十名优秀博士生的学位论文衍生而来,称得上是“穿越军事法之门”、领略军事法学万千气象的路标之作。有幸对丛书概要先睹为快,感触最深的无疑是周教授及其高足们对军事法学的拳拳之心和奉献精神。

与已成潇洒青年的军事法学相比,武警法学可谓嗷嗷待哺的婴儿,好在有如周健教授等学识渊博的名家及其新锐高徒们的关爱、支持和奉献,他们笃学博厚的治学态度、古今中外的学术视野、通力协作的团队精神,对后起的武警法学人来说,都是催人奋进的榜样力量。我相信在不久的将来,通过包括周教授在内的武警法学人的后发努力,必将锻造出所向披靡的法苑利剑,为武警部队履行神圣使命保驾护航!

愿周健教授佳作不断！祝军事法学和武警法学蓬勃发展！
是为序。

武警政治学院院长 李吟少将

序二

近年来,军事法领域的论文、著作不断面世,各种主题的军事法学研讨会相继召开,军地军事法学学术交流活动日益增多,军事法学研究呈现出军地融合、繁荣发展的可喜局面。而这样一个局面的出现,离不开一位在军事法学这片沃土上默默耕耘二十余载的军法学人——武警政治学院周健教授。周健教授长期从事军事法学的教学和研究,潜心探索,执着前行,建树颇丰。其中,尤应提到的是他先后培养了我国第一位军事法学硕士和第一位军事法学博士,出版了第一部系统研究军事法学的文集《周健军事法学文集》。而今天,展现在广大读者面前的这套“周健·军事法之门”军事法文库,则用一种新颖的方式,诠释了周健教授带领他的学生多年来在军事法领域中的造诣。

文库由周健教授近十年来所指导的十位优秀博士的学位论文构成,涉及军事法学领域的方方面面。有研究军事法学基础理论的《军权探秘》、《军法生成之道》、《穿军装的公民》,有研究军事法制史的《军律之殇:晚清军事法变革之旅》,有描绘外国军事法制的《美国军法面面观》,有关我国国防法制现实问题的《兵役法三千年》和《布局国防的砝码——战略物资储备立法》,亦有研究完成多样化军事任务法制问题的《枪炮作响法有声——军事法如何规制战争》和《穿越疆界的军法》。可谓题材多样、内容丰富,可读性强,是读者了解、学习军事法知

识的阶梯,步入军事法学殿堂的门径。文库不仅仅是对年轻一代军法学人从事军事法学研究最新成果的汇集,更是对周健教授研究军事法学精髓的传承和发扬,也彰显了周健教授努力实现军事法学“广纳贤才”的师长风范和“通达天下”的学术理想。

我相信,在老一代军事法学人执着坚持下,在新生一代军法学人勤奋努力下,中国军事法学研究必将薪火相传,继往开来,不断向更高水平发展。

是为序。

中央军委法制局局长 王黎红少将

目 录

引子:为什么要研究军法生成之道 / 1

第一章 军法生成之道的 basic 问题 / 6

一、什么是军事立法技术 / 6

二、军事立法技术与一般立法技术的关系 / 12

三、军事立法技术运用的基本原则 / 19

第二章 军事立法预测 / 24

一、什么是军事立法预测 / 24

(一) 军事立法预测的基本任务 / 25

(二) 军事立法预测的重要作用 / 26

(三) 军事立法预测的主要类别 / 28

二、军事立法预测的步骤 / 29

(一) 确定军事立法预测的目标 / 29

(二)明确军事立法预测的类别 / 30

(三)确定实施预测的机构和人员 / 31

(四)选定适用的立法预测方法 / 32

(五)具体实施军事立法预测 / 32

三、军事立法预测的方法 / 34

(一)根据军事战略进行的因果预测 / 34

(二)中外军事立法的类比预测 / 60

第三章 军事立法决策 / 84

一、什么是军事立法决策 / 84

(一)军事立法决策的任务和作用 / 86

(二)军事立法决策的主要类别 / 87

(三)军事立法决策与军事立法预测的关系 / 89

二、军事立法决策的步骤 / 90

(一)发现并提出立法问题 / 90

(二)确定需要解决的立法问题 / 91

(三)设计立法问题的解决方案 / 91

(四)对立法方案做出抉择和定夺 / 93

(五)编制并公布军事立法规划 / 94

三、军事立法决策的方法 / 96

(一)根据上位法决策 / 97

(二)根据大小原则决策 / 101

(三)根据军事习惯决策 / 104

(四)根据军事命令决策 / 112

(五)根据军事行动的遂行决策 / 113

第四章 军事法结构营造 / 125

一、什么是军事法结构营造 / 125

(一) 军事法结构营造的基本任务 / 127

(二) 军事法结构营造与军事立法预测、决策和语言表达的关系 / 129

二、军事法外部结构的营造 / 130

(一) 合理调控军事法在法的体系中的地位 / 130

(二) 均衡协调军事法与其他部门法的关系 / 137

三、军事法内部结构的营造 / 139

(一) 军事法横向间的均衡协调 / 140

(二) 军事法纵向间的均衡协调 / 142

四、内外部结构营造兼有的军事法编纂 / 150

(一) 军事法编纂的主体、对象和成果 / 151

(二) 军事法编纂的条件 / 152

(三) 军事法编纂的准备 / 156

(四) 军事法编纂的方式 / 159

第五章 军事立法语言表达 / 165

一、什么是军事立法语言表达 / 165

(一) 军事立法语言表达的地位和作用 / 166

(二) 军事立法语言表达与军事立法预测、决策和军事法结构营造的关系 / 167

二、军事立法语言一般风格的处理 / 168

(一) 精确绝对 / 168

(二) 简练平实 / 171

(三) 严谨庄重 / 176

(四) 军事专业性 / 178

三、军事立法语言特有风格的处理 / 181

(一)特有风格的表现 / 182

(二)特有风格的成因 / 185

(三)特有风格的合理运用 / 190

四、军事法文本的传播 / 191

(一)绝对公开 / 193

(二)相对公开 / 197

(三)保密 / 198

结语 / 201

参考文献 / 205

后记 / 216

跋 / 219

学界寄语 / 225

引子:为什么要研究军法生成之道

生成,本是指一事物向另一事物的发生转化,从而使新事物产生并形成。本书所说的军法生成,属于法律生成的一种,是指军事法在一定环境与条件下的产生与形成过程。军事立法技术,乃军法生成之道,指生成军事法所需要运用的各种方法和技巧。

法治,作为人类历史进程中经过艰辛探索取得的文明成果,已经成为一切力图实现现代化的国家所奉行的治国方略。依法治军,是我国法治重要组成部分,^①指运用军事法调控军事权和调整军事社会关系,以维护和实现国家军事利益的一种治军方略。也就是把国防和武装力量建设的各个领域都纳入法制系统,在立法、执法、司法、守法各个环节

^① 第一次将“依法治军”方略上升为国家意志的法律,是1997年3月第八届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国国防法》。该法第18条规定:“中华人民共和国的武装力量必须遵守宪法和法律,坚持依法治军。”作为国家根本大法的宪法是通过1999年3月第九届全国人民代表大会第二次会议通过的宪法修正案的修改(第13条)提出“依法治国”和依法治军方略的,经过修正后的《中华人民共和国宪法》第5条规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”

坚持有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。显而易见,以“立法”为起点的军事法制和以“有法可依”为前提的依法治军,都是把“军事法”作为核心内容的。调控军事权和调整军事社会关系的军事法,其对人的行为提出规范性要求的信息,需要通过立法得以表达,并凭依文字载体得以传播。立法这种规模化法律生产的过程和方式,充满了技术性的设计。其法律产品质量的优劣,取决于法律生产者,即立法者的立法能力,而立法能力则在很大程度上依赖于立法技术水平的高低。由此可见,与军事立法相伴而生的军事立法技术,无论在静态的军事法制中,还是在动态的依法治军中都处于核心地位,成为构建军事法制和厉行依法治军的逻辑起点。它上承军事立法原理和军事立法制度,下启军事法律规范的生成与传播,对构建与完善军事法制、推进与实现依法治军具有重大理论和实践意义。

我国的军事立法,在以《中华人民共和国宪法》为统领、《中华人民共和国立法法》、《中华人民共和国国防法》和《军事法规军事规章条例》为主要支撑的框架下,已取得了巨大成就。截至2012年年底,全国人大及其常务委员会制定军事法律和有关法律问题的决定共18件,国务院和中央军委联合制定军事行政法规97件,中央军委制定军事法规224件,军委各总部、军兵种、军区和武警部队制定军事规章3400多件。这些军事法律规范,涵盖了国防和武装力量建设的大部分领域,一个基本适应社会主义市场经济发展要求、符合现代军事发展规律、具有中国特色的军事法制已初步确立。在此基础上,以维护和实现国家军事利益为价值取向的依法治军,从起步到发展,已经取得较大成就,进入了健康运行的轨道。

由于军事法所调整的社会关系的特殊性,在为调整军事社会关系设定行为规则的“法律生产”中,一般立法技术不能完全适应和满足军事法这种特别部门法的生产需求。军事立法技术,具有自己特有的规

律和内容,有的甚至被赋予了法定性。^① 军事法的这种个性,无疑是调整军事社会关系的军事法的个性在其生成阶段之必然体现。

当前,军事立法蓬勃发展,军事立法研究方兴未艾,迫切需要全面而系统的军事立法技术研究成果为其提供实践指导和理论支持。加强军事立法技术研究,必将有助于增强其对军事立法的实践指导,提高军事立法主体的立法能力,促进军事立法的科学化,最终为完善军事法制和厉行依法治军生成高质量的军事法。本书以基于法、军事法和立法、军事立法等基本理论的军事立法技术为视角,研究军法生成之道,内容主要包括两大部分:

首先是军法生成之道,即军事立法技术概述,即对军事立法技术若干基本问题的分析阐明,这是驾驭全书的总论部分。内容包括:从主体、运用的时空范围、本质属性和目的等角度对军事立法技术概念进行解析;以军事立法技术的目的为标准,将其外延确定为军事立法预测、军事立法决策、军事法结构营造和军事立法语言表达;通过军事立法技术与一般立法技术之间的对比,析出军事立法技术的特点;根据军事立法的指导思想和基本原则,确定军事立法技术的运用所应遵循的基本原则。

其次是对军事立法技术的外延,即四种立法技术分别进行的研

^① 比如关于军事法规和军事规章的体例规范、军事法规和军事规章发布命令的格式,在2003年施行的《军事法规军事规章条例》中就由“体例规范”专章和“附则”予以明确规定。而在其之前2000年颁行的《中华人民共和国立法法》,却未提出明确的立法技术要求,偏重于解决一些根本性问题,如立法权限、立法程序、立法监督等。其注重实体内容、轻视立法技术的特点非常明显。其实,在起草《中华人民共和国立法法》的过程中,学者们提出的“建议稿”中曾经专设一章“法的体例”,对法的名称、法的标题、法的语言、法的结构、法的用语等提出了相应的要求,然而最终在审议通过时未能被立法机构所采纳,这不能不说是作为“关于立法的法”、解决法的生成之道的《立法法》留下的巨大缺陷和遗憾。

究,构成全书的分论部分。军事立法预测部分包括:军事立法预测的概念、基本任务、重要作用和主要类别;军事立法预测的具体操作步骤;军事立法预测的主要方法。其中,根据国防战略、武装力量建设方略、战争策略等军事战略进行的因果预测和在国防与军事司法两大领域进行的中外军事立法类比预测为该部分的重点。军事立法决策部分包括:军事立法决策的概念、主要类别、任务与作用;与军事立法预测的关系;军事立法决策的具体操作步骤;军事立法决策的方法。其中,军事立法决策的主要方法是本部分重点,包括根据上位法决策、根据大小原则决策、根据军事习惯决策、根据军事命令决策、根据军事行动的遂行决策等。军事法结构营造部分:简要分析军事法结构营造的概念、基本任务、与军事立法预测、决策和语言表达的关系;重点研究军事法外部结构的营造、军事法内部结构的营造、内外部结构营造兼有的军事法编纂。军事立法语言表达部分包括:军事立法语言表达的概念、地位及作用;与军事立法预测、决策和结构营造的关系;军事立法语言一般风格的处理;军事立法语言特有风格的处理;军事法文本的传播。

本书将以马克思主义法学基本理论为根本指导,根据事物的一般性寓于特殊性之中、特殊性又体现和包含着一般性的原理,将法、立法的一般原理与军事法、军事立法的特殊性相结合,坚持军事立法理论与军事立法实证并重、以当代中国军事立法实践为主与汲取我国历史传统和借鉴发达国家经验为辅的研究方法,力求全面深入地研究基于中国国情和军情的军事立法技术,探寻调控军事权和调整军事社会关系的军法生成之道。

由军事法学的学科属性所决定,^①其任何一个子领域的研究,都不可能也不应该游离于法学和军事学的基本理论之外。作为军事法学分支学科的军事立法学,其下的军事立法技术研究也不例外。所以,无论是本书所厘定的军事立法技术概念,还是所确定的军事立法技术外延,其构成样式同样适用于一般立法技术,亦可为一般立法技术研究所用。只是基于军事立法有别于一般立法的特殊性,军事立法技术除具有一般立法的共性之外,必然还具有军事立法个性的具体内容。而这些具有个性的具体内容,正是本书的主要研究对象和根本价值所在。

按照选定的方法和进路,通过对军事立法技术的理论与实证研究,本书希望:展现一个全新的研究视角,以充实和丰富军事立法技术的学术研究;提供一系列较为周全的、具有相当可操作性的军事立法方法和技巧。^②最后落脚于:有助于军事立法者更好地认识和运用军事立法的各种技术,以此提高军事立法能力,即能够根据国防和军队建设需求确定军事法的调整范围,适时进行军事法的制定、认可、修改、解释和废止,均衡协调军事法的内外部结构,合理准确地处理军事立法的语言表达,从而促进军事立法的科学化,最终为军事法制的完善和依法治军方略的实现生成高质量的军事法。

① 军事法学于1987年被国家教委列入我国法学门类,成为法学十大二级学科之一。同年,《中国军事百科全书》也将军事法学列入军事学57个分支学科之一。所以,军事法学不仅是法学的一门分支学科,同时也是介于法学和军事学之间的交叉派生学科,它同法学体系中的其他部门法学,如民法学、行政法学、刑事法学等,以及军事学中的其他分支学科,如军制学、军事历史学等,既有彼此区别又有所联系。2001年,经中央军委批准的《中国军事科学体系研究》将军事法学列为14个一级学科之一,其下分设军事法理学、军事立法学、军事管理法学、军事司法学、国际军事法学共5个二级学科。

② 当然,本书对军事立法技术的研究仅为一种一般性认识与探讨,而非一种包含军事立法技术所有方面并可供军事立法者照章使用的“操作手册”。

第一章 军法生成之道的 basic 问题

作为军法生成之道的军事立法技术究竟是什么,与一般立法技术之间的联系与区别何在,它在军事法生成过程中的运用应当遵循哪些基本原则,这些都是研究军法生成之道需要首先解决的基本问题。

一、什么是军事立法技术

关于什么是立法技术,“方法和技巧说”已基本成为学界通说。现有研究对军事立法技术概念的界定大都采用此说:在军事立法活动中所遵循的、用以促使立法臻于科学化的方法和技巧的总称。^①本书认为,这种表述尚待改进和完善。一是主体未明示,也就是使用这种“方法和技巧”的行为者没有明确,造成该概念语句中“主语”的空缺。而从语法和逻辑的角度来看,一个事物的概念表述中应该明确指明其主语(主体)。二是“遵循的……方法和技巧”的提法。既然立法技术是一种方法和技巧,而非规则或原则,何来“遵循”?这在

^① 如周健等主编:《军事立法学》,军事科学出版社 2002 年版,第 147 页;张山新主编:《军事法研究》,军事科学出版社 2002 年版,第 73 页;等等。