

COMPARATIVE STUDY *of*
MILITARY JUSTICE SYSTEM
in the TWO MAJOR
LEGAL SYSTEMS

两大法系

军事司法制度比较研究

田友方◇著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013060280

全军军事科研“十二五”计划2011年度重点课题

E126
02



COMPARATIVE STUDY *of*
MILITARY JUSTICE SYSTEM
in the TWO MAJOR
LEGAL SYSTEMS
**两大法系
军事司法制度比较研究**

田友方◇著



北航

C1666723



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2126
02

图书在版编目(CIP)数据

两大法系军事司法制度比较研究 / 田友方著. —北京: 法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5053 - 9

I. ①两… II. ①田… III. ①军事制度—司法制度—对比研究—世界 IV. ①E126

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 135121 号

全军军事科研“十二五”
计划 2011 年度重点课题

两大法系军事司法制度
比较研究

田友方 著

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 大恒数码印刷(北京)有限公司

印张 15.875 字数 471 千

印次 2013 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 978-7-5118-5053-9

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

笔者对外国军事司法制度的关注,始于1995年。那一年,是笔者作为硕士研究生在解放军西安政治学院学习军事法学的起始之年。正是在那一年,笔者第一次接触到法国、英国、美国和加拿大等四国有关军事司法制度的法律。尽管那时掌握的资料十分有限,但有限的资料仍然能够引起笔者对外国军事司法制度浓厚的兴趣。这种兴趣经受住了时间的考验,因为18年过后,笔者对外国军事司法制度的兴趣有增而无减。

笔者研究外国军事司法制度第一次取得成果,是在1997年。那一年的1月5日,《解放军报》发表了笔者的一篇研究生课程论文,题目是《加拿大军队逮捕制度简介》。这篇习作虽然只有寥寥千余字,并且文笔有些稚嫩,但她的发表对笔者来说,意义特别重大。她不仅是对笔者初期研究兴趣的回报,更是对笔者信心的鼓励。此后数年,类似的习作频见报端,这与军报的鼓励有着密不可分的关系。

随后的几年,随着互联网的普及,笔者能够更多接触有关外国军事司法制度的第一手资料。有了这些资料,不仅可以免去由资料匮乏、资料陈旧和以讹传讹所带来的烦恼,还能及时了解国外军事司法制度的最新变化和发展动态以及外国学者在这方面的研究成果。或许,没有互联网,笔者对外国军事司法制度的兴趣将无以为继,本书研究也将很难成为现实的课题或者真正取得成功。

笔者对外国军事司法制度的认知上升到理性认识,是在2001年。这一年,笔者完成了解放军西安政治学院的一项科研课题,该成果于同年以《战时军事司法立法的三个理论前提》为题,在《中国刑事法杂志》

上发表。在这篇论文中,笔者从比较法的角度,对军事司法权的属性、军事司法的价值构成和军事司法的立法形式等三个问题,做了比较广泛和深入的研究,得出了经时间检验至今仍不失为真知灼见的结论。在军事司法权的属性方面,笔者用“延伸主义”和“援用主义”的概念,对世界范围内军事司法权在国家权力结构中的定位作了揭示,并根据不同的定位,将世界上建有军事司法制度的国家区分为“司法一元化”国家和“司法二元化”国家。在军事司法的价值构成方面,笔者提出了安全和公正是军事司法的两大核心价值的观点,并对二者之间的矛盾性作了揭示,在此基础上,进一步提出了军事司法的价值均衡理论。在军事司法的立法形式方面,笔者对当代国家多样化的立法形式作了比较分析,指出立法形式的多样化是各国立法者根据本国国情和实际需要自主选择的结果,并得出军事司法立法无须遵循固定模式的观点。除此以外,笔者在这篇论文中还就军事司法体制的军民关系和平战关系提出了一些新的概念,如“军民同制”、“军民分制”、“平战同制”和“平战分制”等。上述这些观点,在理论界受到了重视,并得到了广泛的认同。

自此以后,笔者开启了对外国军事司法制度进行专题研究的新征程。从最初的瑞士、新西兰、匈牙利、保加利亚和法国,到英国、美国、加拿大、埃及、以色列、沙特阿拉伯、巴基斯坦、波兰、澳大利亚、意大利、喀麦隆、泰国、新加坡和南非,再到西班牙、阿根廷、荷兰、比利时、俄罗斯、越南和韩国,最后到爱尔兰、德国、印度、葡萄牙、奥地利、希腊、土耳其、巴西、秘鲁、墨西哥、哥伦比亚、肯尼亚、加纳、莫桑比克、安哥拉、卢旺达、巴林和伊朗,这一征程显得漫长而且充满了艰辛。对以上每一个国家的研究,首先是从收集资料和研读资料开始的,其中语言是最大的障碍,英语、法语、德语、意大利语、西班牙语、葡萄牙语、俄语、希伯来语,如此等等,这些拦路虎均须一一跨过。在克服了语言障碍之后,接下来的路程稍稍显得平坦一些,先是对每一个国家军事司法制度的概貌和内容做理论上的梳理,然后对这些初步的研究成果作进一步的理论升华。上述的努力于2011年结出了阶段性研究成果,她以《外国军事司法制度研究》(二人合著,西安政治学院科研课题,课题负责人)一书的

出版为标志。

2011年,在《外国军事司法制度研究》一书即将付梓出版之际,获悉笔者申报的全军军事科研“十二五”计划2011年度课题《两大法系军事司法制度比较研究》,作为军事法规类唯一的重点课题获得立项。这一研究课题的成功申报,为笔者全面、系统、深入研究外国军事司法制度提供了难得的机遇。笔者深知,该课题研究在国内是一项开创性工作。即便以全球的视角来看待这项工作,说它是一项令理论界同行望而却步的研究,也绝非言过其实。因此,笔者对这样的一次机会备感珍惜,对这项极具挑战性的工作不敢有丝毫的懈怠。从得知获准立项的那一天起,笔者便将全部的精力投入到本书的研究当中。在过去一年多时间里,笔者废寝忘食,工作到鸡鸣,黎明时分常常听到由罔极寺传来的朗朗诵经声。

课题立项以来四百多个日日夜夜的孜孜不倦和不辞辛劳,18年来对外国军事司法制度研究的不离不弃,这一切终于凝结成眼前这叠既厚重又显单薄的书稿。说它厚重,因为它既是对笔者多年来夙愿的了结,更是世界范围内军事司法制度比较研究的填补空白之作。说它单薄,因为这些年,笔者对家人、朋友、学生、同事和领导有太多的亏欠,用它作为回报,显然是微不足道。

二

本书构建了“史”、“论”、“专”三位一体的两大法系军事司法制度理论知识体系。编章结构分为3编17章。第一编是“总论”,计8章,包括了“史”和“论”。第二编是“大陆法系主要国家军事司法制度”,共5章,包括了“专”的第一部分。第三编是“英美法系主要国家军事司法制度”,共4章,包括了“专”的第二部分。除上述内容以外,笔者还专门整理了两大法系军事司法大事记,作为本书的附录部分。

第一编总论部分,除“绪言”一章就本书的背景、意义、方法和内容等前提性和技术性问题作必要的交代以外,其余七章就“史”和“论”的部分,通过比较研究的方法,论述了外国军事司法制度研究领域七个方

面重大的带有基础性的问题。

第一,对两大法系军事司法制度的历史发展线索作了总体性揭示。笔者对两大法系军事司法制度的历史发展过程作了三个阶段的划分,即封建制时期、早期资本主义时期和现代资本主义时期。笔者在具体阐述这三个发展阶段时,重点考察了战争、社会形态的更替、阶级斗争和社会的民主化、法治化进程等因素,对两大法系军事司法制度发展、变化的影响。

第二,对两大法系宪法军事司法权制度作了广泛而深入的研究。宪法军事司法权制度是一个国家军事司法制度最核心的部分。笔者具体考察了两大法系多个国家宪法对军事司法权的规范方式和规范内容,在此基础上,对两大法系宪法军事司法权制度的特点作了总的提示。

第三,对两大法系军事司法制度的立法形式作了细致的比较研究。笔者首先考察了大陆、英美法系多个国家议会在制定有关军事司法制度的法律时所采用的立法形式,然后,重点分析了几种不同的立法形式背后所隐藏的深刻寓意。

第四,对两大法系军事审判组织制度作了比较全面和深刻的阐述。笔者以全新的视角,重点论述了两大法系的军事审判体制、军事审判的第一审机构、军事审判的上诉审机构和军事审判机关的法官构成等四个问题,此外还论述了英美法系军事审判速审体制。通过对上述问题的研究,笔者提出了许多新的观点。

第五,对两大法系军事检察组织制度作了专门研究。笔者重点论述了三个问题,即军事检察的组织机构、军事检察机关(当局)的性质和地位以及军事检察机关的职权。笔者在厘清两大法系军事检察机关的性质及其行使的职权等方面,感觉有相当的难度。经研究发现,我国理论界对两大法系军事检察制度有深深的误解。如有观点认为,西方国家军事检察机关仅仅是公诉机关,除行使公诉权以外,不承担包括法律监督在内的其他职权。其实这是因缺乏了解而在主观上的一种臆断,必须从观念上将这种臆断加以去除。

第六,对两大法系军事司法管辖制度作了全面而深入的研究。笔

者重点研究了两个方面的问题:一个是军事司法机关与平民刑事司法机关在管辖权限上的分工,另一个是第一审军事审判机关之间的管辖分工。在对前一个问题的论述中,笔者首次系统提出了四个重要概念,即时间管辖权、空间管辖权、人员管辖权和犯罪管辖权。这应当是我们以后考察一个国家军事司法机关管辖权限的基本路径。

第七,对两大法系军事司法程序制度作了比较全面和深入的研究。以往的研究,程序部分是薄弱环节。笔者的研究很大程度上扭转了这一颓势,对军事司法审前程序、审判程序和执行程序作了比较全面的考察,得出了许多新的有益的结论。

第二编分论,以五章的篇幅,就“专”之大陆法系部分,选取了法国、意大利、西班牙、俄罗斯和阿根廷等五个大陆法系国家的军事司法制度进行专题性研究。受时间和篇幅限制,笔者不可能面面俱到,选择更多的大陆法系国家在本书中加以研究。目前所遴选的这些国家中,法国、意大利、西班牙和俄罗斯,是欧洲大陆最重要的几个国家。至于为何选择阿根廷,主要有两个方面的考虑:一是阿根廷原为西班牙的殖民地,该国军事司法制度受西班牙影响较深,选择它,有助于我们观察原殖民国家对当地军事司法制度的影响;二是2008年阿根廷推行的军事司法制度改革力度很大,也很有创意,研究它有助于我们了解大陆法系国家军事司法制度改革的最新动态。在此还要说明的是,德国虽然是大陆法系极其重要的国家,但由于该国在第二次世界大战后取消了平时军事司法制度,且战时军事司法制度并未在法律上真正建立起来,故此未将德国纳入研究范围。不过,笔者在论述两大法系军事司法制度的历史发展线索时,对不同历史时期德国军事司法制度的发展状况作了比较详细的考察。笔者在对上述五个国家的军事司法制度作专题性论述时,主要对这些国家军事司法制度的历史、现行军事司法制度的主要内容和基本特点作了理论上的梳理和解读。

第三编分论,以四章的篇幅,就“专”之英美法系部分,对英国、美国、澳大利亚和南非等四个英美法系国家的军事司法制度作了专题性研究。英国是英美法系军事司法制度的鼻祖,美国是英美法系最重要的一个国家,澳大利亚是积极介入亚太事务的地区性大国,南非是非洲

最重要的国家。除此以外,英美法系还有爱尔兰、加拿大、新西兰和印度等国家的军事司法制度也值得关注,但同样也受到时间和篇幅的限制,笔者无法将这些国家一并纳入专题研究的范围当中。笔者对以上四个国家的军事司法制度作专题性研究时,也同样是对这些国家军事司法制度的历史、现行军事司法制度的主要内容和基本特点进行阐述。

附录部分,从公元4世纪以远到21世纪,笔者以时间先后为序,整理了2000多年间两大法系军事司法领域发生的重要事件。通过这部分内容,读者可以清晰直观地了解某一年、某一段时间或者某一个世纪,两大法系主要国家在军事司法立法或实践领域发生了哪些令人瞩目的大事。

前面提到,本书旨在构建一个较为完整的两大法系军事司法制度理论知识体系。受这一目的的限制,与此紧密联系的一项内容,即两大法系军事司法制度建设对完善和发展我国军事司法制度的启示意义,很难被纳入其中。笔者在此把这个问题提出来,希望有更多的同仁能够与笔者一道加入到这项未尽的研究工作中来。

尽管笔者为完成本书已经殚精竭虑,但由于天资愚钝,加上因外语水平的欠缺而可能导致对外文资料的误读,书稿中不可避免会有遗漏或者错误。所以,在希望得到读者谅解的同时,还恳请读者朋友能指出其中的错误。

作者 田友方

2012年10月于西安

目 录

自序 / 1

第一编 总 论

第一章 绪言 / 3

一、两大法系概说 / 3

二、军事司法制度的地位、功能和作用 / 10

三、两大法系军事司法制度的比较研究 / 17

第二章 军事司法制度的历史发展线索 / 23

一、军事司法制度的缘起 / 23

二、封建制军事司法制度的产生和发展 / 25

三、早期资本主义军事司法制度的产生和发展 / 34

四、资本主义军事司法制度的现代化 / 41

第三章 宪法军事司法权制度 / 49

- 一、大陆法系宪法军事司法权制度 / 49
- 二、英美法系宪法军事司法权制度 / 58
- 三、两大法系宪法军事司法权制度的主要特点 / 63

第四章 军事司法制度的立法形式 / 71

- 一、大陆法系军事司法制度的立法形式 / 71
- 二、英美法系军事司法制度的立法形式 / 76
- 三、两大法系军事司法制度立法形式比较 / 81

第五章 军事审判组织制度 / 86

- 一、大陆法系军事审判组织制度 / 86
- 二、英美法系军事审判组织制度 / 98
- 三、两大法系军事审判组织制度比较 / 109

第六章 军事检察组织制度 / 123

- 一、大陆法系军事检察组织制度 / 123
- 二、英美法系军事检察组织制度 / 131
- 三、两大法系军事检察组织制度比较 / 139

第七章 军事司法管辖制度 / 148

- 一、大陆法系军事司法管辖制度 / 148
- 二、英美法系军事司法管辖制度 / 159
- 三、两大法系军事司法管辖制度比较 / 165

第八章 军事司法程序制度 / 174

- 一、大陆法系军事司法程序制度 / 174
- 二、英美法系军事司法程序制度 / 184
- 三、两大法系军事司法程序制度比较 / 194

第二编 大陆法系主要国家军事司法制度

第九章 法国军事司法制度 / 207

- 一、法国军事司法制度的历史 / 207
- 二、法国军事司法制度的主要内容 / 219
- 三、法国军事司法制度的特点 / 234

第十章 意大利军事司法制度 / 240

- 一、意大利军事司法制度的历史 / 240
- 二、意大利军事司法制度的主要内容 / 245
- 三、意大利军事司法制度的特点 / 264

第十一章 西班牙军事司法制度 / 269

- 一、西班牙军事司法制度的历史 / 269
- 二、西班牙军事司法制度的主要内容 / 279
- 三、西班牙军事司法制度的特点 / 287

第十二章 俄罗斯军事司法制度 / 292

- 一、俄罗斯军事司法制度的历史 / 292
- 二、俄罗斯军事司法制度的主要内容 / 299
- 三、俄罗斯军事司法制度的特点 / 313

第十三章 阿根廷军事司法制度 / 317

- 一、阿根廷军事司法制度的历史 / 317
- 二、2009 年改革前阿根廷军事司法制度的主要内容 / 324
- 三、2009 年改革后阿根廷军事司法制度的新变化 / 329

第三编 英美法系主要国家军事司法制度

第十四章 英国军事司法制度 / 337

- 一、英国军事司法制度的历史 / 337
- 二、英国军事司法制度的主要内容 / 352
- 三、英国军事司法制度的特点 / 370

第十五章 美国军事司法制度 / 376

- 一、美国军事司法制度的历史 / 376
- 二、美国军事司法制度的主要内容 / 384
- 三、美国军事司法制度的特点 / 414

第十六章 澳大利亚军事司法制度 / 422

- 一、澳大利亚军事司法制度的历史 / 422
- 二、澳大利亚军事司法制度的主要内容 / 430
- 三、澳大利亚军事司法制度的特点 / 446

第十七章 南非军事司法制度 / 453

- 一、南非军事司法制度的历史 / 453
- 二、南非军事司法制度的主要内容 / 460
- 三、南非军事司法制度的特点 / 469

附录

两大法系军事司法大事记 / 475

主要参考文献 / 485

后记 / 493

第一编 总 论

第一章 绪 言

大陆法系和英美法系是当今世界影响最大、涵盖地理范围最广的两大法系,二者分别以制定法和判例法为基本的特征。军事司法制度在两大法系国家法律体系中占有重要地位,因其所具有的独特功能,在两大法系国家武装力量建设中发挥着重要作用。两大法系不同国家因所属法系、历史发展进程和国情军情等方面的不同,其军事司法制度总体上呈多样化发展态势。对两大法系军事司法制度进行比较研究,是我们准确把握其多样化发展的有效途径。本书旨在通过比较研究的方法,构建两大法系军事司法制度“史”、“论”、“专”相结合的理论知识体系。

一、两大法系概说

(一) 大陆法系与英美法系的概念和分布范围

法系是西方学者根据各国法的特点、历史传统及其源流关系对法所作的分类。凡是具有某些共同特点和历史传统的,有着同一源流关系的法,就属于同一法系。按照法国学者达维德的观点,当代世界的法系可以分为四类,即大陆法系、英美法系、社会主义法系和其他法系。^①这四类法系当中,以大陆法系和英美法系对当今世界影响最大,被称为两大法系。

^① 参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第24页以下。

1. 大陆法系的概念和分布范围

大陆法系,又称为民法法系,法典法系、罗马法系、罗马日耳曼法系,是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。大陆法系包括法国法系和德国法系两个支系,前者是以1804年《法国民法典》为蓝本建立起来的,以强调个人权利为主导思想,反映了自由资本主义时期社会经济的特点;后者是以1896年《德国民法典》为基础建立起来的,强调国家干预和社会利益,是垄断资本主义时期法的典型。

大陆法系分布范围极为广泛,以欧洲大陆为中心,遍布全世界广大地区。属于这一法系的欧洲大陆国家,既包括法国、比利时、西班牙、葡萄牙、意大利等拉丁语系各国,也包括德国、奥地利、瑞士、荷兰等日耳曼语系各国,还包括十月革命前和苏联解体后的俄罗斯。在欧洲以外的广大地区,属于这一法系的国家主要包括两大类:一类曾是法国、德国、葡萄牙、西班牙、荷兰等国殖民地的国家或地区,如南美的阿根廷、智利、秘鲁、圣地亚哥、危地马拉、巴西等国,非洲的安哥拉、莫桑比克、刚果、阿尔及利亚、毛里塔尼亚、塞内加尔、加蓬等国,亚洲的叙利亚、黎巴嫩、印度尼西亚等国;另一类是因其他原因受到法、德、葡、西、荷等国强烈影响的国家或地区,如日本、泰国和土耳其等。^①

2. 英美法系的概念和分布范围

英美法系是以英国中世纪以来的法律,特别是以英国普通法为基础发展起来的法律的总称。普通法是与衡平法、教会法、习惯法和制定法相对应的概念,因此,英美法系又称普通法系。此外,英美法系还被称为海洋法系、判例法系、盎格鲁—撒克逊法系等。英美法系中也存在两大支流,即英国法系和美国法系。美国的法律源于英国传统,但从19世纪后期开始独立发展,已经对世界的法律产生了很大的影响。英国法系和美国法系在法律分类、宪法形式、法院权力等方面存在一定的差别。

英美法系是西方国家中与大陆法系并列的渊源久远和影响较大的法系,其分布范围相当广泛,遍布欧洲大陆以外的世界广大地区。属于

^① 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第74页以下。