

21 21世纪法学系列教材



“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材

军事法学

第二版

SCIENCE OF MILITARY LAW

薛刚凌 肖凤城 主编



法学阶梯
INSTITUTIONES



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



21 世纪法学系列教材



“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材

军事法学

Science of Military Law

| 第二版 |

主 编 | 薛刚凌 肖凤城

撰稿人

(以撰写章节先后为序)

薛刚凌	张连凯	傅达林
丛文胜	张建田	周 健
肖凤城	杨永康	姜 涛
张柔桑	谢 丹	李 强
冷新宇		



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

军事法学 / 薛刚凌, 肖凤城主编. —2 版. —北京:
法律出版社, 2016. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9216 - 4

I. ①军… II. ①薛…②肖… III. ①军法—法学—
高等学校—教材 IV. ①E126

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 045471 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2016 年 3 月第 2 版

印张/20.75 字数/430 千
印次/2016 年 3 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 - 9216 - 4

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社,素来重视法学教育图书之出版。

原“21 世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心,延续至今已有十余年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任,遍揽名家新秀,因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。当前,根据法学教育发展变化的客观需要,本社将原有教材系列调整重组,形成新编“21 世纪法学系列教材”,以便更好地为法学师生服务。

中国的法学教育正面临深刻变革,未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标,以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向,法学教育图书的编写与出版也将由此进入变革与创新的时代。

为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势,本社将应时而动,为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教学辅助用书。在教材方面,将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等;在教学辅助用书方面,将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新,或全新,以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调,力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采,为法学师生提供更好教本与读本,同享规划教材之盛。

“好书,同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继往开来,以精益求精的专业态度,打造全新“21 世纪法学系列教材”,传播法学知识,传承法学理念,辅拂法律教育事业,积累法律教育财富,服务于万千法学师生和明日法治英才。

法律出版社

作者简介

(按姓名拼音字母顺序排列)

丛文胜 中国政法大学特聘教授、军事法研究中心研究员,军事科学院原研究员,大校军衔、法学博士、博士生导师,中国宪法研究会常务理事,中国海峡两岸关系法学研究会常务理事,中国廉政法制研究会常务理事,中国国际法学会理事,北京市宪法研究会副会长和立法研究会副会长。主持完成各类重大课题研究任务,多次获党和国家领导人批示;独著《国防法律制度》、《军事法制史》、《中国共产党的法制理论与实践》、《战争法原理与实用》等;主编《人民军队法制建设八十年》、《新中国国防法制建设六十年》、《军队条令条例学》、《法律战讲座》等;并在《中国法学》、《中国军事科学》、《法学杂志》等刊物发表论文两百余篇。

傅达林 西安政治学院军事法学系理论军事法学教研室主任、教授、硕士研究生导师,中国政法大学博士研究生。主要研究领域为军事法基本理论、军事组织法和军事行政法。主持、参与国家社科基金等国家和军队课题 15 项;代表作有《建立健全中国军事组织法的几点思考》、《军事权初论》、《国务院与中央军委国防军事权的划分——以“国防”的宪法解释为线索》等;并在《法学》、《法学家》、《当代法学》、《法学杂志》、《中国军事科学》、《广东社会科学》等核心期刊发表学术论文二十余篇。

姜涛 中国政法大学副教授,法学博士、硕士研究生导师。主要研究领域为军事法学和刑事司法制度。独著《刑事诉讼分流研究》;发表论文“我国军事法的定位和体系”、“论军事司法权的重构”、“侦查程序监督研究”、“论侦查权的性质”等。

冷新宇 中国政法大学司法文明协同创新中心、法学院副教授,军事法研究所副所长,中国人民大学法学院博士学位。研究方向为国际刑法。主要著作:《普遍管辖权研究》(法律出版社)、《战争罪》(法律出版社)。

李强 中国政法大学副教授,军事法研究中心副主任,北京市军事法学会理事兼副秘书长,涉台法律研究会理事,第二届空军法律战专家组成员(2015 年 6 月—2020 年 6 月),法学博士。主要研究领域为国际公法和军事法。独著《军事占领制度研究》;合著《国际条约法》;参编《国际法学原理与案例教程》;发表论文和译文三十余篇;主持及参与多项军事立法、司法改革以及涉军法律保障的研究课题。

肖凤城 中国政法大学特聘教授,军事法研究中心研究员,中央军委法制局原法制员,大校军衔、法学博士。独著《中立法》、《21世纪前期武装冲突中的国际法问题研究》等;发表论文“论国际法上的内政问题”、“试论联合国体制的走向”、“海战法对平民和战争受难者的保护”、“论国家航空器在国际空域发生碰撞的管辖权问题”、“国际法对人道主义干涉的否定与再考虑”、“军事外交的法治运作”等。

谢丹 中国政法大学特聘教授,军事法研究中心研究员,解放军军事法院审判监督庭原庭长,一级高级法官、退役大校、法学、法律硕士,全国律协刑事专业委员会委员,北京戎和律师事务所主任。独著《当代军事法治探究与实务》;合著《军事刑法研究及其他》、《国防法研究》、《法律战问题研究》等;主持并完成国家社科基金军事学科研课题6项、省级法学重点课题2项;在《中国军事科学》、《军事学术》、《法学研究》、《法学杂志》、《解放军报》、《法制日报》、《环球时报》等发表论文百余篇;“军事刑事诉讼制度研究”、“军事行政诉讼问题研究”、“军事法院审理军内民事案件问题研究”、“军事法院专门性问题研究”、“捕获法院问题研究”、“非战争军事行动涉法问题研究”、“目标法律论证及误击法律补救研究”、“法律战教育训练问题研究”、“联合作战指挥人才法律素养研究”、“军事行政复议问题研究”、“交战规则问题研究”、“网络战武装冲突法问题研究”、“军人涉外司法管辖问题研究”、“高级军官腐化犯罪问题研究”等军事法法学研究成果及专业论文获全国、全军和省部级奖项。

薛刚凌 女,中国政法大学教授、博士研究生导师、法学院院长,任中国法学会行政法学会研究会秘书长、北京市军事法学会研究会会长,2007年被评为第五届“全国十大杰出青年法学家”,曾担任国务院监察部特邀监察员、国务院行政审批办公室专家组成员,曾挂职最高人民法院行政审判庭副庭长等。研究领域主要为行政法、军事法。独著《行政诉权研究》、《行政法治道路探寻》等;主编《中国军事法学历论丛》、《法治国家与行政诉讼——中国行政诉讼制度基本问题研究》、《中央与地方争议的法律解决机制研究》、《行政补偿理论与实践研究》、《行政主体的理论与实践》等;并在重要学术刊物上发表论文数百篇。

杨永康 西北政法大学副教授,法学博士,北京市法学会军事法学会研究会特邀理事,曾在西安市雁塔区人民法院行政庭挂职锻炼。主要研究领域为军事法学。参与教育部人文社科基金项目、司法部重点课题各1项;主持陕西省哲学社会科学课题和陕西省教育厅课题各1项;完成委托课题3项,校级课题2项;博士论文获中国政法大学2009届优秀博士学位论文;专著《美国宪法军事条款的渊源与变迁》由西北政法大学学术文库资助出版,并获2013年陕西高校人文社会科学研究优秀成果三等奖;发表论文“美国宪法制订过程中关于军事问题的辩论”、“美国军人保险法律制度的建立与运作”、“美国伤病残退伍军人权利及救济”、“美国军人退伍安置法律制度”、“国防行政法研究方法的反思”、“《国防教育法》实施中的若干法律问题”、“大学生军事训练法律责任的划分”等。

张建田 中国政法大学特聘教授,军事法研究中心研究员,中央军委法制局原法制员,大校军衔、法学硕士。独著《邓小平法制思想研究》、《中国军事法学的历史回顾》、《军人违反职责罪》等;发表论文“军人违反职责罪主体认定的几个问题”、“依法治军内涵的再认识”、“关于军事立法的理论与实践的若干问题”、“关于完善宪法中央军委规定的探讨”、“军事行政法规的性质问题研究”、“军事司法体制改革的几个问题”等。

张连凯 中国政法大学讲师,法学博士。发表论文“中国宪法中的权利论的源流”(日文,日本学术期刊)、“非婚生子女继承财产折半事件——民法900条4号但书的合宪判决”(日文,日本学术期刊)、“日本国防法治研究(1):宪法9条的根本原理与国防政策的基本理念”(日文,日本学术期刊)等。

张柔桑 中国政法大学特聘教授、军事法研究中心研究员,解放军军事检察院民事检察厅原厅长,一级高级检察官、大校军衔,兼任中国行为法学会规范制定行为研究会副会长、北京军事法学研究会常务副会长、中国刑法学研究会理事、中国检察学研究会理事、山西运城市人大常委会特聘法律专家。合著《纪律条令通论》、《军事设施保护法简论》;主编《军队战时执行〈刑事诉讼法〉若干规定详解》等书;发表过法学论文、法治评论百多篇。

周 健 中国人民武装警察部队政治学院教授,法学博士、博士生导师、大校警衔、军队律师,武警法制研究中心首席专家,武警政治学院“武警法学”学科带头人,中国政法大学军事法研究中心研究员,中国政法大学、华东政法大学兼职军事法学博士研究生导师,同时兼任西安市仲裁委员会仲裁员、西安市人民检察院专家咨询委员等职务。主要研究领域为军事法学。出版专著、合著二十余部;主笔起草“军队九五规划”军事法制建设专章,主持驻港部队“法律适应化”项目;《周健军事法文集》(四卷本)获“第二届中国法学优秀成果奖”;《周健军事法之门》(十卷本丛书)法律出版社出版;特设“周健军事法学奖学金”(中国政法大学)。曾担任我国第一个军事法学教研室主任。指导了我国第一个军事法学硕士、军事法学博士,被评为全军优秀硕士生导师。

再版说明

本书第一版自2006年4月出版以来,已经成为众多高校开设军事法学课程的基本教材,以及军事法专家学者从事理论研究的基本资料,但是,十年来我国军事法实践和理论取得的许多进步,特别是近年来已经启动并且不断深化的国防与军队重大改革,催促我们尽快对本书进行修订,以适应新形势下军事法教学和研究的迫切需要。

本书在修订中对原书作了大幅度调整和修改,主要体现在以下方面:一是反映并阐释我国权威机构2008年宣布并于2011年重申的中国特色军事法规体系的形成及其纵向和横向构造;二是对本书的编章结构进行重新设计,兼顾总论与分论的关系、基本制度与具体制度的关系、组织法与行为法的关系、国防行政法与军队内部行政法的关系、军事法治过程从立法到司法各环节的关系以及国内军事法与国际军事法的关系等,形成五编二十章的新结构安排;三是重视并突出对我国基本军事制度的研究和阐述,体现党的十八届四中全会关于“完善和发展中国特色社会主义军事制度”的思想和要求;四是结合国防和军队改革最新情况,分析和展望“军委管总、战区主战、军种主建的格局”对我国武装力量组织制度法治化正在产生的重大重构作用;五是深化对军事法基本原则的研究概括,充实军事法历史发展的当代内容,补充并深入阐述军事立法、军事诉讼法、军事司法组织法等新内容,加强对军人法、国防行政法、军队内部行政法的法理阐释和理论建构,反映国际军事法的最新发展,提升本书的法学理论品质并细化对重要法律制度的介绍。

本书各章主要由中国政法大学军事法研究所教师撰稿,另外约请武警政治学院周健教授、解放军西安政治学院傅达林教授、西北政法大学杨永康副教授撰写了有关章节,最后由主编完成统稿。具体撰写分工如下(以撰写章节排序):

- 第一章:薛刚凌
- 第二章:张连凯
- 第三章:傅达林
- 第四章:傅达林
- 第五章:丛文胜
- 第六章:丛文胜
- 第七章:张建田
- 第八章:周 健

2 再版说明

第九章:肖凤城

第十章:傅达林

第十一章:杨永康

第十二章:肖凤城

第十三章:姜 涛

第十四章:张建田

第十五章:张柔桑

第十六章:谢 丹

第十七章:肖凤城

第十八章:李 强

第十九章:李 强

第二十章:冷新宇

对各位撰稿人以及法律出版社责任编辑的辛勤付出,在此一并表示衷心感谢!

主编 薛刚凌 肖凤城

2016年1月8日

目 录

第一编 军事法总论

第一章 军事法概述	(3)
第一节 军事与军事法	(3)
第二节 军事法的调整范围	(6)
第三节 军事法的特征	(10)
第四节 军事法的功能和地位	(11)
第五节 军事法学	(18)
第二章 军事法的渊源和适用	(22)
第一节 军事法的渊源	(22)
第二节 军事法的适用	(28)
第三章 军事法的基本原则	(31)
第一节 军事法基本原则概述	(31)
第二节 维护国家军事利益原则	(32)
第三节 保障高度集中统一原则	(34)
第四节 依法治军原则	(36)
第五节 维护世界和平原则	(39)
第六节 保障军人权益原则	(41)
第七节 促进军民融合原则	(42)
第四章 军事法的历史发展	(45)
第一节 中国军事法的历史发展	(45)
第二节 外国军事法的历史发展	(53)
第三节 军事法发展的影响因素	(57)

第二编 宪法基本军事制度

第五章 宪法中的基本军事制度	(65)
第一节 宪法构建的国家基本军事制度	(65)
第二节 我国宪法军事制度历史发展	(71)
第三节 宪法基本军事制度的重要意义	(74)
第六章 军事领导体制	(77)
第一节 全国人大及其常委会的国防职权	(77)
第二节 国务院的国防建设领导管理职责	(82)
第三节 中央军委的武装力量领导权	(83)
第七章 军事立法	(86)
第一节 军事立法的概念和特征	(86)
第二节 军事立法体制与权限划分	(90)
第三节 军事立法的基本原则	(94)
第四节 军事立法程序	(100)

第三编 军事行政法

第八章 军事行政法概述	(109)
第一节 军事行政法的概念	(109)
第二节 军事行政法的特征、功能和原则	(111)
第三节 军事行政法的分类和内容	(115)
第九章 武装力量	(118)
第一节 武装力量的法律特征	(118)
第二节 武装力量基本制度	(119)
第三节 武装力量组织制度改革	(122)
第十章 军人	(125)
第一节 军人与军人法	(125)
第二节 军人的职位分类与身份取得	(128)
第三节 军人的职业待遇	(132)
第四节 军人衔级	(136)

第五节 军人退役安置	(138)
第十一章 国防行政	(144)
第一节 国防行政概述	(144)
第二节 国防行政主要领域	(146)
第三节 国防行政行为	(157)
第十二章 军队内部行政	(169)
第一节 军队内部行政的法律概念	(169)
第二节 军队内部行政行为合法性构成要件	(171)
第三节 军队内部行政行为的主要类型	(173)
第十三章 军事行政责任	(178)
第一节 军事行政责任概述	(178)
第二节 军事行政违法行为	(180)
第三节 军事行政责任追究	(182)
第四节 军事行政责任方式	(185)
 第四编 军事刑法与军事司法	
第十四章 军事刑法	(195)
第一节 军事刑法概说	(195)
第二节 军事刑法的特征	(198)
第三节 危害国防利益罪	(202)
第四节 军人违反职责罪	(208)
第十五章 军事诉讼法	(217)
第一节 军事诉讼法概述	(217)
第二节 军事刑事诉讼	(222)
第三节 战时军事刑事诉讼	(226)
第十六章 军事司法组织法	(233)
第一节 军事司法组织法概述	(233)
第二节 军事司法组织立法	(241)
第三节 军事法院与军事检察院	(243)
第四节 军事法官与军事检察官	(245)

第五编 军事行动与武装冲突法

第十七章	军事行动	(251)
第一节	军事行动的法律概念	(251)
第二节	军事行动的分类	(253)
第三节	战争行动的法律适用	(256)
第四节	非战争军事行动的法律适用	(257)
第十八章	武力使用法	(261)
第一节	禁止使用武力原则	(261)
第二节	禁止使用武力的例外	(265)
第三节	关于战争开始和结束的国际法规则	(268)
第四节	关于交战国与非交战国关系的国际法规则	(272)
第十九章	国际人道法	(275)
第一节	国际人道法概述	(275)
第二节	国际人道法的基本规则	(279)
第三节	战争受难者的保护	(284)
第四节	国际人道法与中国	(289)
第二十章	战争犯罪的刑事责任	(293)
第一节	战争犯罪刑事责任概述	(293)
第二节	战争罪	(299)
第三节	责任模式	(303)

第一编 军事法总论

第一章 军事法概述

第一节 军事与军事法

军事法是调整军事活动的法律之总称。要研究军事法,首先需要了解军事活动自身,掌握军事活动的一般规律。

一、军事及法律规制

(一) 军事的概念与特征

军事是理解军事法的逻辑前提。《辞海》对军事的解释是:“一切与战争或军队直接相关的事项的统称。主要包括国防建设与军队建设、战争准备与战争实施。”^{〔1〕}据此,军事的内容包括国防建设、军队建设和战争的准备与实施三大方面,其中战争的准备与实施构成军事的核心内容。军事活动具有如下特征:

1. 军事是一种最极端的人类对抗活动。与其他人类对抗活动不同,军事主要是采取战争的方式展开的武力对抗,是一种单纯消耗社会资源、不直接生产物质财富的对抗活动,目标往往在于消灭敌人的肉体 and 设施,其破坏性极大且难以控制。

2. 军事的基本组成要素是人与武器的结合。武器装备是军事战斗力的重要载体,人则是最终的、具有主观能动性的决定因素,二者结合才能产生最大的战斗力。

3. 军事是国家的基本职能。“国之大事,惟祀与戎。”军事向来是共同体最为紧要的公共事务。在国家视野下,军事是国家为国民提供安全的重要手段。国家军事职能的执行者,主要是以军队为主的武装力量。

4. 军事具有鲜明的政治性。军事是“政治的继续”,是政治的暴力表现,也是政治的最终保障。当常规政治手段无法化解冲突时,最终就会以军事手段解决。当政治秩序面临危机,很多时候也要依靠军事手段提供最终保障。

(二) 军事的法律规制

在现代法治国家视域下,军事越来越受到法律的规范和调整,军事法在军事活动中的地位也越来越重要,二者密不可分并呈现出军事与法治的有机联系。

1. 军事活动的有效开展需要法治的保障。军事是对抗和竞争最为激烈的领域,

〔1〕《中国人民解放军军语》也编有“军事”词条,解释与此完全相同。参见中国人民解放军军事科学院:《中国人民解放军军语》,军事科学出版社1997年版,第1页。

要求有敏捷的判断、简明的目标、果断的行动、高度的保密,这些都离不开法治的保障。法律具有显明性、规范性、权威性、强制性,能够以科学理性防止军事治理的人治随意性、风险性,建立权威高效的军事决策与执行机制;法律是调节各种利益关系的最佳载体,能够协调处理好国家战争动员所需的各种资源配置和复杂的利益矛盾,确保军事活动有序开展;法律还能够确认军事活动中各方主体的职权、责任,为战争准备与实施提供制度安排,实现军事管理的正规化、有序化。

2. 建设强大的军事力量需要法律的支持。一个现代化国家必然是法治国家,一支现代化军队必然是法治军队。军队越是现代化,越是信息化,越是要法治化。中国共产党十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,将深入推进依法治军从严治军纳入全面依法治国总体布局 and 战略部署。2015年2月,中央军委印发了《关于新形势下深入推进依法治军从严治军的决定》。从国内环境看,随着国家法治的进步,政府部门、社会组织和广大公民支持武装力量建设、战争准备和战争实施,包括武器装备的研究与开发、作战物资的生产与储备、交通战备建设、民防建设等,都离不开法治手段;从国际环境看,随着国家利益的拓展,中国军队不断走上国际舞台,同样离不开法律的支持和保障。法治是实现强军目标的必然要求,是深化国防和军队改革的重要保障,是确保部队有效履行使命任务和高度集中统一的坚强保证。

3. 驾驭军事力量需要法律的制约。“兵者不祥之器,非君子之器,不得已而用之。”〔2〕军事力量具有破坏性,为防止其被滥用带来灾难,需要对其进行规制、约束和驾驭。法治融入了科学民主的价值,能够实现对军事力量的理性控制。进入近现代以来,各国纷纷将军事力量纳入宪法和法律规制,强调使用武力的合法性、正当性,以确保军事力量在有效保障国家安全的同时,不危害国家的法律秩序。

二、军事法的概念

军事法是关于军事的法,军事的内容和特点决定了军事法的基本特性、主要内容和调整范围。军事法的概念是军事法学的基本范畴,涉及军事法的调整对象、内容、体系等一系列问题。

何谓军事法?军事法学界有不同的认识,分歧很大,观点多达十余种。〔3〕概括起来主要有三类:第一类是狭义的观点,认为军事法主要指军事刑法或军事行政法;第二类是广义的观点,主张军事法是调国防和军事领域各种社会关系的法律规范;第三类是折中的观点,认为军事法是调整一定范围内军事社会关系的法律规范。

立足于军事法的调整对象为军事社会关系,以及军事法作为公法应重点关注对军事权的调控,我们将军事法界定为:由国家制定或认可,调整军事社会关系,设定、

〔2〕《老子·三十一章》。

〔3〕有关军事法概念的不同观点,参见李佑标:“军事法与军事法学的概念研究”,载《中国法学》2004年第5期。