

junshifalixue

guofangdaxuechubanshe

军事法理学

■ 钱寿根 著



国防大学出版社

军事法理学

钱寿根 著

国防大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

军事法理学/钱寿根著. —北京: 国防大学出版社, 2004. 12
ISBN 7-5626-1385-0

I. 军… II. 钱… III. 军法—法的理论—中国 IV. E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 115316 号



国防大学出版社出版发行

(北京海淀区红山口甲 3 号)

邮编: 100091 电话: (010) 66769235

北京国防印刷厂印刷 新华书店经销

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 13

字数: 318 千字 印数: 3000 册

定价: 22.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换

序 言

钱寿根同志的新著《军事法理学》即将出版，我为此书填补我国军事法理学的空白而高兴，同时也向他表示祝贺！

寿根同志要我为此书写一个序言，按我的法理学水平实在不敢承担，但念于我们都是新中国军事法学的过来人、开拓者、合作人的友谊，便承担下来。从哪里写起，首先从概要回顾我国军事法学的历程写起。我国军事法学是从无到有，同其他法学分支学科相比，经历了起步晚、发展快的过程。

1984年在《中国大百科全书·法学》卷的“法学”一文中，我国著名法学界泰斗、著名法学家张友渔、潘念之认为，军事法是一个独立的法律部门，与此相适应的军事法学是我国法学的一个分支学科。虽然，当时在我国法学界对什么是军事法及其调整对象，军事法学的理论体系应包括哪些内容等问题，没有作出明确的回答，但这二位法学家的明论，为我国对军事法以及军事法学的研究，在理论上给予了肯定，为实践指明了方向。

时隔4年，1988年由张建田、仲伟钧、钱寿根三位同志撰写的我国第一本军事法学专著《中国军事法学》由国防大学出版社出版问世。张友渔同志为该书作序，在序言中他说：“建国以来，特别是近几年来，尽管我国法学著作汗牛充栋，但是，军事法学方面的论著实属罕见。这不能不说是一个缺憾。现在军队的同志在军事法学的研究领域里积极探索、耕耘，为广大读者奉献出他们的劳动成果，这自然使我感到莫大的欣慰！”并指出：《中国军事法学》的出版，填补了我国法学研究领域中的一块空白，给予

了高度的评价。

从第一本军事法学专著的问世至今已过了10多年。我国军内外法律工作者在军事法学领域里积极探索、耕耘,取得可喜的成果,10多年来,我国又先后出版了《军事法概论》、《军事法学》、《军事法学教程》、《中国军事法学教程》、《国防法概论》、《国防法学》、《兵役法学》、《军事法制史》、《军队条令条例概论》、《军事法教程》、《中国军事法学研究的回顾与思考》等30多部军事法学专著,同时,每年都有一批研究军事法学的学术论文发表,军事法已作为部门法载入我国一些较大型的法律辞书中,1990年2月,我国成立了第一个地区性的军事法学研究团体——北京市法学会军事法学会。1992年12月全国性的军事法学研究团体——中国法学会军事法学研究会在北京成立。2003年11月,我国首个由地方高等院校设立的军事法学研究机构——中国政法大学军事法研究中心正式成立。这些组织的建立,标志着我国军事法学研究已走上了有组织、有计划发展的道路。实践证明,它们在繁荣和发展军事法学研究中越来越显示其重要的作用。

我看到今天这样繁荣的局面,从心底里高兴!当然也必须清醒地认识到,我国军事法学是一个年轻的学科,理论基础相对薄弱,同法学的其他分支学科相比,同军事法学的理论体系框架结构与法制建设要求的重担相比,都有较大的差距,仍需付出艰苦努力,急起直追。

军事法学作为法学的一门分支学科,也有其自身的体系,这个体系至少包括三个部分:一是军事法理学,即军事法学基础理论,它是从总的方面研究各种军事法律现象的基本概念、基本原理、基本原则和基本规律等。二是军事部门法学,亦称军事应用法学,它是研究各个具体的军事部门法和各种具体的军事法律渊源,如军事法律、法规和规章。主要包括国防法学、兵役法学、军事组织法学、国防动员法学、国防教育法学、国防科技法学、军

事行政法学、军事刑法学、军事诉讼法学、军队政治工作法学，等等。三是军事历史法学，主要研究历史上不同国家、不同类型的军事法律制度和军事法律思想，研究这些制度和思想的实质、内容、形式、特点及其产生、发展和消亡的规律。主要包括军事法律制度史学、军事法律思想史学、军事法学史学等。

军事法理学在我国军事法学体系中占有重要地位，它是一门分支学科，是学习其他军事应用法学的准备和入门“向导”。它应该站在时代的前列，学科的前列，努力回答好新世纪、新阶段、新形势、新任务面临的新问题，在研究中还要处理好法理学的个性和法学的个性与共性的关系，马克思主义法学的坚持与发展的关系，理论与实践的关系。摆在我们面前的《军事法理学》一书，是作者经过多年的努力，以近 30 万字的篇幅，分 22 章，对军事法理学的结构体系和内容作了探讨，大胆地提出了自己的见解，初步勾勒出我国军事法理学的结构体系。尽管书中有些问题乃至体例尚需进一步研究，需要不断地补充和完善。但是，难得可贵的是对作为我国第一本全面阐述军事法理学的学术专著来说，它的出版填补了军事法理学理论著作的空白。它对于推动军事法学学科的发展和建设，对于促进我国军事法制建设，贯彻落实中央军委依法治军的方针，具有十分重要的意义。

图们

2004 年 7 月 24 日

目 录

第一章 导论	1
第一节 军事法学的概念和研究对象	1
第二节 军事法学的研究范围	6
第三节 建设有中国特色的军事法学	9
第四节 军事法理学在军事法学体系中的地位	28
第二章 军事法的产生及其历史发展	31
第一节 军事法的产生	31
第二节 中国历代军事法的发展	37
第三节 我国社会主义军事法的发展	48
第四节 学习军事法的重要性	54
第三章 军事法的概念和调整对象	58
第一节 军事法的概念和特征	58
第二节 军事法的调整对象	61
第三节 军事法是一个独立的法律部门	65
第四章 军事法的本质和作用	72
第一节 军事法的本质和特征	72
第二节 军事法的作用	78
第五章 军事法的基本原则	87
第一节 军事法基本原则的概念和作用	87

第二节	军事法的一般原则	89
第三节	我国军事法的特殊原则	96
第六章	军事法的价值	105
第一节	军事法价值的一般理论	105
第二节	军事法的价值取向和价值目标	108
第三节	军事法价值的评判标准	116
第七章	军事立法的概念、作用和原则	123
第一节	军事立法的概念和分类	123
第二节	军事立法在国防和军队建设中的作用	129
第三节	军事立法的基本原则	133
第八章	军事立法体制	140
第一节	军事立法体制的概念和特点	140
第二节	国防立法体制	143
第三节	军队立法体制	147
第九章	军事立法程序	155
第一节	军事立法程序的概念和特点	155
第二节	国防法律制定的程序	158
第三节	军事法规、军事规章制定的程序	162
第十章	军事法的形式	170
第一节	军事法的渊源	170
第二节	军事法的规范形式	173
第三节	军事法的结构形式	178
第四节	军事法的分类形式	184
第十一章	军事法规清理、汇编和编纂	188
第一节	军事法规清理	188

第二节	军事法规汇编·····	194
第三节	军事法规编纂·····	202
第十二章	军事法的体系·····	205
第一节	军事法体系的概念和特点·····	205
第二节	建立和完善军事法体系的意义和要求·····	208
第三节	我国的军事法体系·····	213
第十三章	军事法的适用·····	221
第一节	军事法适用的概念和要求·····	221
第二节	军事法适用的基本原则·····	226
第三节	军事法适用的方式和主要阶段·····	232
第十四章	军事法的遵守·····	239
第一节	军事法遵守的概念和特点·····	239
第二节	军事法遵守的意义·····	242
第三节	军事法遵守的要求·····	246
第十五章	军事法的效力·····	255
第一节	军事法的时间效力·····	255
第二节	军事法的空间效力·····	260
第三节	军事法对主体的效力·····	264
第十六章	军事法的解释·····	270
第一节	军事法解释的概念和必要性·····	270
第二节	军事法解释的原则·····	273
第三节	军事法解释的分类和有效解释的程序·····	276
第十七章	军事法律关系·····	283
第一节	军事法律关系的概念和特点·····	283
第二节	军事法律关系构成的要素·····	286

第三节	军事法律关系的产生、变更和消灭·····	296
第十八章	军事法律行为·····	299
第一节	军事法律行为的概念和特点·····	299
第二节	军事合法行为·····	303
第三节	军事违法行为·····	315
第十九章	军事法律责任·····	322
第一节	军事法律责任的概念和特点·····	322
第二节	军事法律责任的种类·····	325
第三节	军事法律责任的追究原则·····	329
第四节	军事法律责任的后果·····	333
第二十章	军事法的执法监督·····	337
第一节	军事法执法监督的概念和意义·····	337
第二节	军事法执法监督的原则·····	341
第三节	军事法执法监督的体系·····	343
第四节	加强对军事法的执法监督·····	348
第二十一章	军队法律服务·····	352
第一节	军队法律服务的概念和特征·····	352
第二节	军队法律服务的作用·····	357
第三节	军队法律服务的主要业务制度·····	364
第二十二章	以“三个代表”重要思想为指导,加强 军事法理学研究,贯彻落实中央军委依 法治军的方针·····	378
第一节	依法治军方针的形成及其意义·····	378
第二节	以“三个代表”重要思想的要求,积极推 进依法治军的创新和发展·····	385
第三节	贯彻落实条令条例是依法治军的中心环节·····	390

第四节 加强军事法理学的研究，促进依法治军方针的贯彻落实·····	398
主要参考书目·····	401
后 记·····	403

第一章 导 论

党的十一届三中全会以来,随着我国社会主义法学研究的不断深入和发展,军事法学的研究已呈现出繁荣发展的景象。军事法理学是军事法学体系中的重要组成部分,以“三个代表”重要思想为指导,全面系统地研究军事法理学,对于建立具有中国特色的军事法学体系,贯彻落实中央军委依法治军的方针,加强国防和军队建设,具有十分重要的意义。

第一节 军事法学的概念和研究对象

一、军事法学的概念

军事法学是系统研究军事法这一特定社会现象及其发展规律的科学,又称军事法律科学。它是属于社会科学中法学的一个分支学科,也是法律科学与军事科学之间的一门交叉科学。同宪法学、行政法学、民法学、经济法学、刑法学、诉讼法学等学科一样,都属于法学体系中的部门法学。

军事法学作为法学的一个部门法学,其产生需要一定的条件。恩格斯在《论住宅问题》一文中谈到西方法学的产生时指出:“在社会进一步发展的进程中,法律便发展成或多或少广泛的立法。”“随着立法发展为复杂和广泛的整体,出现了新的社会分工的必要

性：一个职业法学者阶层形成起来了，同时也就产生了法学。”^①这段著名的论述对概括军事法学的产生同样是适用的。它说明军事法学的产生需要具备三个条件：一是军事法学的产生是以军事法的产生为前提的，没有军事法，特别是成文的军事法，就谈不上军事法学；二是军事法学是在军事立法发展到一定规模，法规资料有了相当的积累，即恩格斯所说的“复杂而广泛的整体”后才产生的；三是军事法学是在有了一支研究军事法的队伍，即专门的军事法学者阶层时才产生的。军事法学产生的这三个条件与军事法学的历史发展相吻合。

在人类科学研究的历史长河中，人们对军事法的研究可以追溯到古罗马。据史料记载，古罗马法律思想家西塞罗就主张国家要制定军事法，东罗马皇帝查士丁尼选任的法学专家组成委员会编纂的《学说汇纂》中也收集了有关军事法方面的学说。我国古代军事法也源远流长，秦代以前法学称为“刑名之学”，汉代以后直至晚清称为“律学”，其中包含了许多有关军事法律思想和论述。从先秦时期的“甘誓”、“费誓”，春秋战国时期的《商君书》、《韩非子》、《管子》、《孙子兵法》、《尉缭子》、《司马法》等著作到后世的兵书中，都包含了许多军事法律思想和军事法学的内容。近代以来，随着军事法的不断发展，军事法学研究逐步受到世界各国的重视。19世纪末，英国出版了《军事法和军事管制法》（1874年）和《英王的武装力量》（1869年），俄国先后出版了《彼得大帝以前俄罗斯军事司法制度史》、《军事刑法教程》等著作。第二次世界大战前后，欧洲和西方一些主要国家加强对军事法学的系统研究，一批军事法研究专著相继问世，如德国的《军事刑法概念》（1937年）、《军事刑法典的解释》（1940年）；英国的《军法》（1942年）、《军事刑法的若干原则》（1943年）；前苏联的

① 《马克思恩格斯选集》第2卷，第539页。

《军人犯罪条例注释》(1943年)、《苏联军事刑法》(1948年)、《军职罪刑法》(1958年);法国的《防务组织法》(1959年);美国的《国家安全法》(1947年)、《海军组织法》(1948年)、《陆军组织法》(1950年)、《空军组织法》(1951年)、《军事司法统一法典》(1950年)、《国防教育法》(1958年);日本的《保安厅法》(1952年)、《防卫厅设置法》、《自卫队法》(1954年)等。20世纪70年代以来,军事法学作为一门新兴学科有了长足发展,军事法著作不断问世。美国出版了《军事法》(1970)、《军事法基础》(1977年)、《军事行政法》(1980年)等。前苏联,军事法学也自成体系,相继出版了《军事法学》、《军事法原理》、《军事刑法》等,其中1984年出版的《军事法学》影响较大。许多国家还相继创办和出版了专门研究军事法的刊物。1956年在法国斯特拉斯堡成立的军事法和战争法国际学会(总部设在比利时的布鲁塞尔),到90年代已有50多个国家的数百名的高级官员、法官、研究员以及律师加入,每三年举行一次年会,进行国际间的交流。学会在布鲁塞尔有一个文献处和一个图书馆,供从事研究工作的会员们查询,并出版《军法和战争法评论》(季刊)。

军事法学在我国是一门新兴的法律学科。1984年,《中国大百科全书·法学》卷中首次明确提出军事法学是我国法学的一门分支学科。1987年中华人民共和国国家教育委员会正式将军事法学列为法学的一个分支学科,同年,《中国军事百科全书》将军事法列入该书57个分支学科之一。从20世纪80年代中期开始,我国军内外法律工作者在军事法学的研究领域里积极探索、耕耘,取得了可喜的成果。1988年国防大学出版社出版了我国第一部《中国军事法学》。10多年来,我国先后出版了、《军事法概论》、《军事法学》、《军事法学教程》以及《中国军事法学教程》、《军事法制教程》、《中国军事法制史》、《国防法学》、《兵役法学》、《军队条令条例概论》、《军事法制史》以及《军事法教程》等一系列军

事法学著作,1993年出版了《中国军事百科全书·军事法分册》,1999年出版了《中华人民共和国法律大百科全书(军事法卷)》,同时每年都有一批研究军事法的学术论文发表。1990年2月,我国成立了第一个地区性的军事法学研究团体——北京市法学会军事法学会,1991年12月全国性的军事法学研究团体——中国法学会军事法学研究会在北京成立,1993年西安解放军政治学院成立了我国第一家“军事法学研究所”。2003年11月6日,我国首个由地方高等院校设立的军事法研究机构——中国政法大学军事法研究中心成立。这些组织的建立,标志着我国军事法学研究已走上了有组织有计划发展的道路,对我国军事法学的繁荣和发展起到了积极的推进作用。

二、军事法学的研究对象

任何一门社会科学都有它一定的研究对象,反映一定的客观要求,其认识或思考的客体都是一种客观存在,不能由人们的主观意志随意肯定或否定,只有以客观存在为依据,科学地研究,才能获得正确的认识。恩格斯在论及科学分类的问题时指出:“每一门科学都是在分析某一个别的运动形式或一系列互相关联和互相转化的运动形式的。因此,科学分类就是这些运动形式本身依据其内部所固有的次序的分类和排列……”^①毛泽东同志在《矛盾论》中也指出:“科学研究的区分,就是根据科学对象所具有的特殊的矛盾性。因此,对于某一现象的领域所特有的某一种矛盾的研究,就构成某一门科学的对象。”^②这些论断,对于确定不同学科的研究对象具有普遍的指导意义,也是确立军事法学研究对象的一种理论依据。

军事法学的研究对象,是指军事法学研究主体的认识对象,

① 《自然辩证法》,人民出版社单行本,第227页。

② 《毛泽东选集》第1卷,第309页。

即：军事法学研究的客体。军事法学能否成为一门独立的学科门类，主要就是看它有没有自己的研究对象，看这种研究对象是不是客观存在。毋庸赘述，军事法学是以军事法这一特定社会现象及其发展规律为研究对象，这是军事法学研究的客体，这种客体是不以人们的意志为转移的，人们只能能动地去认识这种客观存在的现象，去寻找它所固有的运动形式或特殊的矛盾性，并揭示出这种固有运动形式或特殊矛盾性及其各个侧面的不同特点。也就是要研究军事法这一特定社会现象本身，研究军事法这一特定社会现象与其他现象的区别，研究军事法这一特定社会现象的发展规律。军事法作为一种社会现象，在社会中必然有其产生、存在、运动和发展的各种表现形式，以及以此为内容的社会意识。

要具体概括军事法这一特定的社会现象，并揭示其固定的运动形式和特殊的矛盾性，可以从以下几个方面来看：一是从现实和历史上看，军事法的现象包括现行的军事法，也包括历史上的军事法；包括本国的军事法，也包括世界各国的军事法。二是从纵向和横向上看，军事法的现象在纵向上，主要包括军事法的产生、发展和消亡，即军事法的过去、现在和将来，以及相应的军事法律思想史等；在横向上，主要包括军事法的各个方面、各个部门以及军事法同其他社会现象的关系等。三是从运动和静止上看，军事法的现象在运动状态，主要包括军事法的创制、适用、遵守、军事法律秩序等；在静止状态，主要包括军事法律规范和军事法律意识等。军事法的现象是认识和研究军事法的本质和特征的直接材料，军事法学正是对上述现象进行理论研究，并揭示出军事法的内部各要素之间以及军事法与其他社会现象之间客观的、必然的联系，即找出了军事法这一特定社会现象所固有的运动形式，才有了自己的研究对象，使军事法学成为一门学科。因此，军事法学作为一门学科，它既要研究军事法律规范的内容和结构，又要研究军事法与其他社会现象相互联系；既要研究军事

法的一般基本概念、原理和发展的规律，又要研究具体的国内和国际的军事法律规范；既要研究军事法的制定，又要研究军事法的适用和遵守等。总之，把军事法学的研究对象界定为军事法这一特定社会现象及其发展规律，有助于我们认识和把握军事法学在众多的学科门类中作为一门独立学科的地位。

第二节 军事法学的研究范围

一、军事法学的对内研究范围

军事法学的对内研究范围，是指军事法学内部各分支学科之间的关系，即军事法学的分类。由于军事法学的对内研究范围广泛而复杂，所以可以从不同的角度作不同的分类：从阶级属性上划分，可分为剥削阶级的军事法学和无产阶级的军事法学；从历史发展阶段上划分，可分为古代军事法学、近代军事法学和现代军事法学；从军事法的各种类别上划分，可以分为国内各种部门军事法学、国际军事法学、军事法律史学、外国军事法学和比较军事法学等；从军事法的制定到实施上划分，可分为军事法制学、军事立法学、军事法律解释学和军事法律社会学等；从认识论上划分，可分为军事理论法学和军事应用法学等。从上述的分类，可以看出军事法学对内研究范围十分广泛，概括起来，主要有以下几个方面：（1）军事理论法学，综合研究军事法的基本概念、原理、作用、功能、结构、体系、效力等级、制定及实施等。（2）部门军事法学，主要包括国防法学、兵役法学、军事组织法学、军事行政法学、军事刑法学、军事动员法学、军事诉讼法学等。（3）军事历史法学，主要研究军事法制史、军事法律思想史等。（4）军事法制学，主要包括军事立法学、军事司法学、军事法律顾问学以及军事法教育学等。（5）国际军事法学，主要包括国际