



国防行政法与 军事行政法

田思源 王 凌 著

清华大学出版社

国防行政法与 军事行政法

田思源 王 凌 著

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书是我国第一部全面论述国防与军事行政法律问题的著作,是一部严谨、求实、创新、为国家法治建设和体制改革所亟须的理论研究著作,填补了我国国防行政与军事行政法律问题的空白。本书提出了国防行政与军事行政二元划分的理论,并以此为基础,确立了国防行政法学与军事行政法学各自独立的学科体系;为解决国防行政诉讼与军事行政诉讼中的疑难问题提供了法理依据;对完善我国的国防行政领导体制提出了科学的建议与设想。

本书适合于地方和军队从事行政法学、军事法学教学与研究的高校教师,理论工作者,行政审判、军事审判等实务工作人员,国家军事机关、立法机关、行政机关、司法机关的相关人员,高等院校法学专业学生等阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国防行政法与军事行政法/田思源,王凌著. —北京:清华大学出版社,2009.1
ISBN 978-7-302-18893-3

I. 国… II. ①田…②王… III. ①国防建设—行政管理—法规—研究—中国②军事行政—行政法—研究—中国 IV. D922.124 E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 175872 号

责任编辑:方洁

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印刷者:北京四季青印刷厂

装订者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:10.25 字 数:259千字

版 次:2009年1月第1版 印 次:2009年1月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:030380-01

2005 年清华大学人文社科振兴基金研究项目

献给祖国改革开放三十周年
献给所有关心和致力于国防与军队建设的人们

序

今天,中国的改革与建设事业已经站在新的历史起点上。社会主义市场经济蓬勃发展,社会主义法治国家建设阔步前进,国防和军事力量作为国家综合实力的重要组成部分,面临着更加复杂、多元、开放的国际环境。在这样的大背景下,军队新世纪新阶段历史使命的赋予和担负,使国防和军队建设事业从来没有像今天这样对科学的、现代的国防和军事法律制度提出如此强烈的需求。

党的十七大报告指出:“国防和军队建设,在中国特色社会主义事业总体布局中占有重要地位。”并提出要从“国家安全和发展战略全局的高度”来认识国防和军队建设的重要性,提出经济建设与国防建设的统一,富国和强军的统一。关于军队建设,提出“坚持依法治军、从严治军,完善军事法规,加强科学管理”,“适应世界军事发展新趋势和我国发展新要求,推进军事理论、军事技术、军事组织、军事管理创新。调整改革军队体制编制和政策制度,逐步形成一整套既有中国特色又符合现代军队建设规律的科学的组织模式、制度安排和运作方式”等要求;关于国防建设,提出了“增强全民国防观念,完善国防动员体系,加强国防动员建设,提高预备役部队和民兵建设质量”等要求。其目的就是要加快推进中国特色军事变革,实现国防和军队现代化。

近年来,国防和军事法制建设事业的健康发展,以及军事法学作为法学的一个部门学科得以承认和确立并不断繁荣发展的事实,从一个侧面充分表明:无论是国防和军队的高层领导与决策部门,还是从事理论研究的专家学者,都非常重视法律制度对国防和军队建设的支撑与保障作用。然而,需要进一步认识的问题是,用法律的视角和方法研究国防与军队建设问题的相对滞后及不足,或者说国防和

军事法研究的落后,客观上已经成为建立、健全和完善科学现代的国防与军事法律制度最大的制约因素。

宪法是国家的根本大法,是一切国家权力的终极来源,任何领域的法学研究都必须以宪法为遵循,任何领域的法律制度建设都必须以宪法为依据,国防和军队建设领域的法律问题研究与法律制度建设当然也不例外。为此,让我们把目光聚焦在宪法和行政法领域,因为在法律视野下国防和军事法制建设的核心内容,实质上就是对权力设置与运行的科学规范,而宪法和行政法的性质与地位决定了它在任何国家、任何领域的法制建设中都是涉及最根本、内容最广泛、影响最全面、作用最突出的法律部门。如果我们能够秉持宪法和行政法学的一般理论,以一种宏观的姿态、宽广的视角,站在更高的层面,俯视和鸟瞰国防与军队法治建设的原野,进而从宪法和行政法学的角度认识与阐述国防及军事行政事务,这不仅可以丰富和完善我国的行政法学与军事法学理论,更重要的是,对于推进国防和军队法制建设进程也是十分必要和有益的。

那么,我们再来看看,在法治昌明和法学昌盛的今天,我国国防和军事问题的宪法与行政法学研究,究竟是一种什么状况呢?或许,囿于视野和水平的局限,我们尚且难以做出综合性、结论性的评判,但以下两个方面的事实却是客观存在的。

第一,在公安行政法、教育行政法、卫生行政法、工商行政法、环境行政法、海关行政法、财政行政法等行政法的各个部门学科如雨后春笋般异军突起的时候,国防行政法学、军事行政法学的学科独立性,尚没有进入人们的视野,在浩如烟海的法律书籍中,以此为题材的教材或专著很少。

第二,国防行政权是国家行政权体系的重要组成部分,军事行政权作为一种客观存在,也相当地活跃于武装力量的军事实践活动中。但是,截至目前,还没有人提出过“国防行政权”、“军事行政权”这样的概念。在清华大学、北京大学等高校图书馆以及国家图书馆、中国

期刊网,检索不到一篇以“国防行政权”、“军事行政权”为关键词的论文。

再就我们视野所能及的研究和著述看,一些军内外学者对国防和军事方面的行政问题做过一些研究,但这些研究往往从技术和操作层面出发,主要集中在军事行政行为的司法审查或者说可诉性问题上,有的甚至直接就是从军事法院能否开展行政审判这个角度展开的,深入系统的基础理论研究比较鲜见。可以说,建构完整的国防行政和军事行政理论体系问题,没有得到应有的关注和重视。而且,更令人遗憾的是,目前的研究,始终没有廓清国防行政与军事行政的相互关系、国防行政与国家行政机关一般行政、军事行政与军事指挥的关系,有的甚至将“国防”和“军事”这两个概念混为一谈,相互替代,因而把国防行政和军事行政现象笼统地视为“军事行政”。这种基础理论研究的不足和基础概念的逻辑混乱导致的结果,一方面是应用理论研究难以在更深的层次上展开,另一方面是仅有的应用研究成果对国防和军事建设实践的指导作用十分微弱。

国防和军事行政问题理论研究的不足,其原因是多方面的。从军队内外研究力量的现状和对比看,一方面,与地方相比,军队内部的研究力量客观上相对分散且薄弱。另一方面,与军队相比,在我国经济和社会建设大发展、大转型和法治建设急速迈进的今天,需要研究的普通行政法现象及课题相当繁杂。对于国防和军事方面问题的法学研究,地方院校的专家学者在时间和精力上无暇顾及,在资料掌握上又相对困难且有限。

没有国防和军队的法治,就没有国家的法治。没有繁荣发达的国防行政和军事行政法学,就没有繁荣完备的行政法学和军事法学。在今天的中国,依法治国、依法治军、依法行政,已经成为我们的治国方略、治军方针和政府行政的重要遵循。国防和军事事务在国家事务中的重要地位、法治国家法治军队法治政府的理想和追求、国防行政和军事行政理论研究的现状,需要我们以强烈的责任感,把国防和

军事问题放在法学视野,特别是宪法行政法视野下来研究和考量。其现实需要与实践意义在于以下几方面。

第一,这是适应实施依法治国方略的需要,有助于完善我国的国防行政领导体制。依法治国,在其静态意义上,就是对国家机构公权力、公民个人私权利的划界;在其动态意义上,就是对公权力和私权利运行的规范与冲突的化解;遵循的原则和追求的理想,就是公平与正义。国防行政领导体制,作为一个国家谋划、决策和实施国防行政领导的机构设置、职权划分、相互关系等体系制度,是国家国防领导体制和国家行政领导体制的重要内容,或者说是两者相互交叉的部分。无论是完善国防领导体制,还是按照法治建设的理想对国家行政领导体制进行研究、探讨,都需要从宪法和行政法的角度,把目光和焦点集中在国防行政的性质、地位、范围和作用上。

第二,这是适应贯彻依法治军方针的需要,有助于推进军队建设和管理的法治化进程。在我国,依法治军这个概念,先于“依法治国”写入文件、进入法律,并在依法治国方略确立后,成为依法治国的当然内容和重要组成部分。^① 依法治军不是一个空洞的口号,也不仅仅是一个宏观上的建军治军目标或建军治军的指导思想与理念,它需要有微观上的、融于军队建设和管理过程中的具体实践,其中最重要、最基础的莫过于符合法治要求的方方面面的制度建设,从而达到和实现军队建设与管理事务的正规化、法治化。这就要求我们必须用法律的视角洞察军事权的内部结构,认清军队内部行政事务的本质,特别是军事行政与军事指挥、军事立法、军事司法等的关系,从而

^① 张建田在《中国军事法学研究的回顾与思考》(北京,法律出版社,2003)一书中指出:“1988年12月27日,中央军委在《1989年全军工作指示》中明确提出:全军工作以正规化建设为重点,从严治军,依法治军……把‘依法治军’写进安排全军主要工作的文件中,这在我军建设史上是第一次,也是军队最高领导机关对法制建设认识上的一次重大跨越!”(第239页)。“1990年6月9日签发命令发布的《内务条令》中,第一次出现了‘依法治军’的表述,规定‘坚持从严治军,依法治军,实行严格的行政管理。’”(第246页)。1999年3月12日宪法修正案将“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”写进了《宪法》第5条。

按照法治的原理和要求,加强军队制度建设。

第三,这是适应落实依法行政原则的需要,有助于保护行政相对人的合法权益。有权利就必须有救济。国防事务的重要性、国防义务的全民性以及行政权力的扩张性,决定了行政权必然会在涉及国防事务的管理和建设方面,作用于包括现役军人在内的全体公民。比如,对普通公民和法人的国防征用、对破坏国防设施行为的行政处罚、对逃避兵役义务的行政制裁、对军人军属的优待抚恤等等,这都是宪法和国防法等法律法规规定的行政机关在“领导和管理国防建设事业”方面延伸出来的、必然面对和实施的具体行政行为。这些行政行为究竟应当由什么样的行政主体来实施?在发生行政纠纷和争议时,又应当通过什么途径对行政相对人的合法权益进行保护?这是我们应当思考的问题。

第四,这是适应推进中国特色军事变革的需要,有助于完善军队的体制编制和组织机构。当今世界,新军事变革的潮流正在全球范围内涌动。中国作为世界性大国,同样也在追赶和适应新军事变革的历史性挑战与机遇,以推进中国军队的现代化建设。军队现代化不仅是人的现代化、武器装备的现代化,更重要的是人与武器的结合方式,即体制编制和组织结构的现代化。实现军队体制编制和组织结构的现代化,最根本的问题当然是国防和军事资源、力量的最优配置,从而实现战斗力的最大限度的追求和提高。但是,军队的体制编制和组织机构调整问题,恐怕不只是个军事问题,不仅仅是军队的事,而必须把这个问题放到更加宏观的视野中来认识和决策,放到宪法关于国家机关特别是行政机关与军事机关职能任务的划分中来求解,从法律的角度研究国防行政与军事行政的相关问题,能够为我们理清思路、提供见解。

第五,这是适应完善军事司法机关职能的需要,有助于为军事法院开展行政审判提供理论指导。我国是法制统一的社会主义国家,军事法院作为宪法和法律规定的国家设在军队的专门法院,是我国审判力量的重要组成部分。近些年来,一些有识之士从国家实施依法治国方略的形势和要求出发,日渐重视军事司法职能在促进依法

治军方针贯彻落实中的重要地位和作用。军事法院能否开展行政审判、对军事行政行为进行司法审查问题,受到一定程度的关注。事实上,对这个问题的回答,我们既不能仅仅从军事法院司法权的性质和主管范围本身去探讨,更不能仅仅停留在军事行政行为的外在表象上,它的核心和关键,取决于对军事行政权的科学的、正确的认识。如果我们对什么是军事行政权、军事行政权与行政机关行政权的关系、军事行政权与军队党委决策权的关系、军事行政权与军事司法权的关系等问题有一个清楚的认识,我们就能够对军事行政诉讼的现实性、必要性、可行性、合法性及其性质、范围、程序给出一个符合法治规律与要求的答案。

在本书中,我们将从宪法和行政法的视角对国防行政和军事行政问题进行实证考察,从而展开对国防行政和军事行政二元关系的阐述,进而在理论上为建构我国的国防行政法学、军事行政法学两个部门法学科奠定框架,在实践中为建立我国国防行政诉讼制度、军事行政诉讼制度、军事行政复议制度,特别是完善国家国防行政领导体制提出符合宪法要求的建议与构想,以期为建设法治的国家、法治的军队和强大的国防提供对策建议与制度构想。

让我们带着问题出发,为达至前述5个方面的目的而努力!

田思源 王 凌
2008年10月



目 录

第一部分	国防行政与军事行政二元理论的基础	1
第一章	国防行政与军事行政的宪法考察	3
第一节	“国防”与“军事”的关系	3
	一、“国防”与“军事”的逻辑本义——从词汇意义谈起	4
	二、“国防”与“军事”的法律内涵——从立法用语考察	5
	三、“国防”与“军事”的逻辑关系之辨——对一些观点的评判	8
第二节	“议行合一”体制下的“五权并立”的国家权力结构	11
	一、军事权的宪法地位	12
	二、军事权宪法地位的历史沿革	14
	三、军事权宪法地位的中外比较	17
第三节	党对军队绝对领导下的“政令分离”的国防领导体制	19
	一、“政令分离”国防领导体制的历史沿革	20
	二、“政令分离”国防领导体制的现实构造	23

	三、“政令分离”国防领导体制的中外比较	25
第四节	国防行政与军事行政二元理论的阐述	27
	一、国防行政的理论阐述	28
	二、军事行政的理论阐述	31
	三、国防行政与军事行政的关系	35
第二部分	国防行政与军事行政二元理论的展开	37
第二章	国防行政主体	39
第一节	国防行政主体基本问题	39
	一、从国防行政法主体说起	39
	二、国防行政主体的法律内涵	40
	三、国防行政主体的理论分类	42
第二节	国防行政机关	43
	一、中央国防行政机关	44
	二、地方国防行政机关	46
	三、国防行政机关内设机构	47
	四、国防事务议事协调机构	48
第三节	国防行政授权组织	52
第四节	国防行政公务员	53
	一、国防行政公务员的一般情形	53
	二、国防行政公务员的特殊现象	54

第三章	国防行政行为	56
第一节	综合国防行政行为	57
	一、国防行政立法行为	57
	二、国防行政计划行为	61
	三、国防动员行为	63
第二节	对人国防行政行为	66
	一、兵役征集行为	67
	二、民兵预备役管理行为	71
	三、革命烈士褒扬行为	78
	四、军人军属抚恤优待行为	80
	五、退役军人安置行为	85
	六、国防教育行为	92
第三节	对事国防行政行为	97
	一、国防设施保护行为	97
	二、国防交通管理行为	99
	三、国防科技管理行为	103
	四、人民防空管理行为	108
	五、边防、海防、空防管理行为	112
	六、国防经费和资产管理行为	114
第四章	国防行政诉讼	117
第一节	国防行政诉讼基本理论	118
	一、从国防行政争议说起	118
	二、国防行政诉讼的概念、特征	119
	三、国防行政诉讼与普通行政诉讼	121
	四、国防行政诉讼与军事行政诉讼	121

第二节	国防行政诉讼制度的完善	123
	一、建立国防行政诉讼特殊制度的价值基础	123
	二、国防行政诉讼应当遵循的特殊原则	125
	三、国防行政诉讼特殊程序构想	128
第三节	“国家国防行为”的分析与探讨	129
	一、从行政诉讼法司法解释对国家国防 行为的界定说起	129
	二、行政诉讼法中的国家国防行为的内涵	132
	三、国家国防行为不可诉正反论据价值辨析	136
第五章	军事行政主体	140
第一节	军事行政主体的基本问题	140
	一、从军事行政法主体说起	140
	二、军事行政主体的法律内涵	142
	三、军事行政主体与军事机关	145
	四、军事行政主体与军事行政组织法	146
第二节	军事机关	148
	一、军事机关的概念	149
	二、军事机关的性质、特征	150
	三、军事机关的分类	152
	四、军事机关的主要体系	154
	五、“军事机关是典型的行政机关”错误观点辨析	156
第三节	军事行政行为实施人	157
	一、军事行政行为实施人的法律内涵	157
	二、军事行政行为实施人的主要类别	158
	三、军事行政行为实施人法律身份的四重性	161

第六章	军事行政行为	164
第一节	军事行政行为的基本问题	164
	一、军事行政行为的法律内涵	164
	二、军事行政行为与国防行政行为	167
	三、军事行政行为与军事指挥行为	169
	四、军事行政行为与党委决策行为	171
	五、军事行政行为的法律分类	172
第二节	军事行政行为的主要形式(上)	175
	一、军事行政处罚	175
	二、军事行政强制	180
第三节	军事行政行为的主要形式(下)	186
	一、军事行政命令	187
	二、军事行政许可	190
	三、军事行政合同	193
第四节	武装力量特殊行为的性质探讨	198
	一、紧急状态执勤人员的执勤行为	199
	二、人民武装警察的执勤行为	201
	三、警备勤务人员的执勤行为	201
	四、军事科研订货合同的性质问题	202
第七章	军事行政诉讼	204
第一节	军事行政诉讼的法律内涵	204
	一、近 20 年来军事行政诉讼研究反思与述评	204
	二、目前关于军事行政诉讼概念的主要观点	209
	三、对目前军事行政诉讼概念的总体评判	211
	四、二元理论下军事行政诉讼的科学内涵	213

第二节	尽快建立我国的军事行政诉讼制度	214
	一、建立军事行政诉讼制度的现实性	214
	二、建立军事行政诉讼制度的必要性	220
	三、建立军事行政诉讼制度的可行性	222
	四、“专门人民法院不审理行政案件”辨析	224
第三节	军事行政诉讼基本问题探讨	226
	一、应当制定专门的军事行政诉讼法	226
	二、军事行政诉讼受案范围相对有限	228
	三、战争状态下的军事行政诉讼制度	230
	四、建立军事行政诉讼制度的实践路径	231
第四节	军事行政复议问题研究	232
	一、军事行政复议研究的缺陷与不足	232
	二、军事行政复议的法律内涵与立法实践	235
	三、完善我国军事行政复议制度的基本构想	236
第三部分	国防行政与军事行政二元理论的运用 ...	239
第八章	军事法基本问题的反思与重塑	241
第一节	军事法概念的法理思考	241
	一、我国军事法概念的演进	242
	二、我国军事法概念的现状	243
	三、我国军事法概念的重构	245
第二节	军事法特征及相关问题探讨	248
	一、军事法特征揭示上的缺陷与不足	248
	二、军事法内容上的职权与职责的统一性	251