

军事法治文库 | 3

总主编：薛刚凌



美国军事法源流论

李卫海 著



中国政法大学出版社

军事法治文库 | 3

总主编：薛刚凌



美国军事法源流论

李卫海 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

美国军事法源流论/李卫海著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 4
ISBN 978-7-5620-5797-0

I. ①美… II. ①李… III. ①军法—研究—美国 IV. ①E712.26

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第002953号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	29.25
字 数	480 千字
版 次	2015 年 4 月第 1 版
印 次	2015 年 4 月第 1 次印刷
定 价	66.00 元

总序

驶向深水和蓝海的中国军事法

恰逢中国军事法发展迎来“第二个春天”^{〔1〕}之际，中国政法大学军事法研究中心支持的《军事法治文库》学术丛书开始陆续出版。历史节点赋予这套丛书承前启后的学术使命：总结过去三十多年我国军事法发展取得的丰硕成果，建构未来军事法治体系建设的理论支撑。“沉舟侧畔千帆过，病树前头万木春”，时代脚步如此矫健，我国国防和军队改革正向“深水区”^{〔2〕}进发，武装力量担负的使命任务正向“蓝海”^{〔3〕}拓展，军事法治理论研究必将随着军事法治体系建设的推进，在“深水”和“蓝海”中激荡。我们相信，伟大时代孕育睿智学者，当代中国新老军事法学者将会一如既往薪火相传、前赴后继，为推进军事法治建设更好更快发展不断作出思想理论贡献。作为这套丛书的总序，我们想对中国特色军事法治发展的大趋势作一个概要的展望。

〔1〕 2014年10月，中国共产党第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》，提出“创新发展依法治军理论和实践，构建完善的中国特色军事法治体系，提高国防和军队建设法治化水平”。在随后召开的第八届军事法治前沿论坛等学术研讨会上，专家学者们认为：十一届三中全会使中国军事法的发展迎来“第一个春天”，十八届四中全会使中国军事法的发展迎来了“第二个春天”。

〔2〕 “深水”是指改革进入了深水区。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“我国正处于社会主义初级阶段，全面建成小康社会进入决定性阶段，改革进入攻坚期和深水区，国际形势复杂多变，我们党面对的改革发展稳定任务之重前所未有、矛盾风险挑战之多前所未有，依法治国在党和国家工作全局中的地位更加突出、作用更加重大。”

〔3〕 “蓝海”是指我国海军以及维和部队等已经担负长期远离本土的远洋及其他境外任务。2008年12月26日，毛泽东诞辰115周年纪念日，中国海军首批护航编队出发前往亚丁湾索马里海域执行护航任务。各界纷纷赞誉此举标志着中国海军成为一支“蓝海海军”。

一、深化改革是中国特色军事法治建设的主基调

党的十八届四中全会是我国“军事法制”建设向“军事法治”建设转型的里程碑。这一转型的核心内涵就是全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》所指出的：“坚持在法治轨道上积极稳妥推进国防和军队改革，深化军队领导指挥体制、力量结构、政策制度等方面改革，加快完善和发展中国特色社会主义军事制度。”简而言之，就是在国防和军队建设领域，把法治建设与深化改革紧密结合起来。

改革的基本问题是“改什么”。早在十年前，我们就指出国防和军队建设中存在不少问题〔1〕，比如军事赔偿问题、〔2〕军婚保护问题、〔3〕预备役人员训练问题、〔4〕退役军人就业安置问题、〔5〕兵役义务履行问题、〔6〕军人民事权利问题〔7〕等。十年过去了，这些问题有的得到了一定程度解决，有的至今悬而未决。十八届四中全会从“完善和发展中国特色社会主义军事制度”的高度，提出了更多更加重要的改革内容。这些改革内容，有的尚无法律规

〔1〕 参见薛刚凌、周健主编：《军事法学》，法律出版社2006年版，导论部分。

〔2〕 尽管军事赔偿也是一种由国家财政支出的赔偿，但《国家赔偿法》没有规定军事赔偿。军事赔偿被当作一般的民事赔偿看待，通过民事赔偿的程序解决。因而有学者认为这种法律安排显然是欠妥的。

〔3〕 2001年修正的《婚姻法》第33条仍然规定：现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。这一条款在该法修正过程中遭到一些组织和公民的强烈反对，认为这一规定与妇女权益保护相抵触，也不符合当今中国的时代风貌。

〔4〕 1990年国务院、中央军委发布的《民兵工作条例》第24条，1993年总参谋部、总政治部、国家体改委、国家经贸委、财政部、人事部、劳动部发布的《关于企业民兵、预备役工作的规定》第11条，1995年全国人大常委会通过的《预备役军官法》第44条均规定：企业民兵、预备役人员在参加军事训练期间，由原单位照发工资和奖金，原有的福利待遇不变；其伙食补助和往返差旅费由原单位按规定报销。这一规定在实际工作中难以执行，尤其是经济效益差的企业实际上无力支付有关费用，频繁流动和临时受雇的人员无法向企业提出相关要求。

〔5〕 退役军人的就业安置仍是一个难题。例如2001年中共中央、国务院、中央军委发布的《军队转业干部安置暂行办法》第22条规定：担任团级职务的军队转业干部或者担任营级职务且军龄满20年的军队转业干部，可以选择计划分配或者自主择业的方式安置。这一规定的施行产生了较好的效果，但近年来，许多地方出现了转业干部不愿选择自主择业的趋势，同时计划分配也遇到了很多困难。

〔6〕 1998年修正的《兵役法》第61条规定：应征公民拒绝、逃避履行兵役义务的，由县级人民政府责令限期改正；逾期不改的，由县级人民政府强制其履行兵役义务，并可以处以罚款。兵役义务是一种人身义务，如何强制履行，由于没有明确的法律规定，至今仍是一个没有答案的问题。

〔7〕 这个问题的范围比较广。举一个例子说，军人在履行职务时失踪，其家属能否向军人所在部队或向法院请求宣告死亡，以解决相关的民事问题？这个问题尚无法律上的答案。

定，有的虽有法律规定，但在执行中还有许多法律问题需要解决。我们相信，那些悬而未决的问题必将得到解决，全会提出的更多改革内容必将得到落实。

改革的突出问题是“往什么方向改”。我们认为，改革方向可分为向内向外两个方面：向内，改革要推动中国特色军事制度的全面完善；向外，改革要促进军民融合的深度发展。改革开放以来，我国已从计划经济转向市场经济，政府管理也从政策化管理转向法治化管理。与这一巨大变化相适应，我国国防和军队建设也在转向法治化，并与政府的法治化管理相融合。进入21世纪以来，随着《宪法》的修正，全国人大常委会和国务院对法律法规进行修改，修改的内容主要是使政府管理更加尊重和保护公民权利。这些修改有许多涉及国防和军队建设领域，主要体现在两个方面：一是管理的标准越来越扩展到军事领域，使原来军队自成一体的标准越来越多地适用政府的管理标准，比如关于婚姻、身份证、出入境、消防、律师、学位、互联网、传染病、食品卫生、医疗、药品、房地产、环境保护、气象、救灾、会计、审计、防疫、检疫、献血、交通、产品质量安全等，都在很大程度上统一适用或基本适用政府所制定的管理标准；二是管理的职权和程序越来越细腻，一项管理活动究竟应当由军事机关自行管理，还是应当纳入政府部门统一管理，常常需要进行深入研究。军队“办社会”不符合社会主义市场经济体制，也不符合国家治理法治化的发展方向，但又必须考虑国防和军队建设的特殊性。所以，必须准确把握军事管理权与政府行政权之间的关系，使中国特色军事法治体系更加科学合理。推动军民融合式发展，仍须遵循现代军事活动的特点和规律，维护应有的军事利益和军人权益，保证国防建设效率和军队的战斗力。例如，在维护军事利益方面，要考虑到军事活动的保密性、强制性等特殊要求，在军事法治建设中予以恰当把握和细致调整。在维护军人权益方面，我国《国防法》明确规定，要尊重和保障军人的合法权益，公民在服兵役和履行其他国防义务时，应当在工资、福利、就业、住房、医疗、养老、补偿等各有关方面，获得与承担义务相匹配、相均衡的权利和利益保障。这在市场经济条件下是正常的，合理满足权益保障有利于国防和军队的长远建设。

改革的重要问题是“怎样改”。十八届四中全会的决定明确要求：“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。”就在我们撰写此文时，中央军委作出了《关于新形势下深入推进依法治军从严治军的决定》，重申并强调“要充分发挥法治引领、推动和

规范作用，坚持重大改革依法决策，坚持改革与立法衔接协调，确保改革在法治轨道上积极稳妥推进。”这表明，国防和军队改革也如国家改革一样，要做到改革于法有据，立法适应改革，使法治在改革进程中充分发挥引领、推动、保障和巩固作用。具体来说，（1）充分发挥法治对军事制度的建构作用。加强国防和军队改革领域的军事立法工作，凡属重大改革都要于法有据，在立法上对中国特色社会主义军事制度进行顶层设计，使军事制度的建构具有合法性依据、规范性指引和制度性保障。（2）坚持改革与军事法治体系建设并驾齐驱。对影响、制约改革的现行法规制度，及时修改或废止；对改革所需要的法律法规，及时研究论证和制定；对已经制定或者修改完善的改革方面的法律法规，进一步完善其实施体制和机制，保障改革举措落到实处、改革意图得到实现；对改革中遇到问题、遇到障碍的事项，运用法治思维和法治方式，弄清属于立法问题、实施问题、监督问题还是理解遵守问题。这样，改革将持续健康地深入发展，军事法治体系也将不断发展和完善。（3）通过军事法治体系建设及时巩固改革成果。法治蕴含着健康的利益表达机制、畅通的利益诉求渠道，有利于化解利益分歧、凝聚改革共识、消除不合理障碍。因而法治是巩固改革成果的最佳方式，军事法治是承载国防和军队改革成果的最佳载体。要做到改革进行到哪一步，军事法治体系建设跟进到哪一步；改革领域扩展到哪里，军事法治体系建设延伸到哪里；始终让军事法治建设伴随改革前行，使国防和军队改革每一步都能顺利进行，最终取得圆满成功。

改革的相关问题是“前景如何判断”。党的十八届四中全会提出推进中国特色军事法治体系建设，具备了前所未有的时代条件。一是得益于国家法律体系和军事法规体系的历史性成就。已经形成的“体现人民军队性质、反映现代军事规律的中国特色军事法规体系”，是“构建完善的军事法治体系”的重要基础。构建完善的军事法治体系，将在国家法律体系和军事法规体系建设所取得的历史性成就基础上进行，没有这样的成就，就不具备构建军事法治体系的前提和基础。二是服从于党中央依法执政、依法治国的全面部署。我们党已把依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方略，把依法执政确定为党治国理政的基本方式，把依法治军确立为治军的基本原则，把依法治军从严治军作为国防和军队建设中的全局性基础性长期性工作，并且已经经过了三十多年坚定不移的实践，这就为构建完善的中国特色军事法治体系奠定了坚实的政治基础，创造了丰富的思想条件。三是承载着举国上下广大人

民对治军强军的热切期待。中国梦包含着强军梦，新形势下，我国国防和军队建设正以强军目标为引领，加快战略转型，建设巩固的国防，打造世界一流的现代化人民军队，举国上下广大民众、广大官兵热切期待强军梦成为现实。这样的社会环境和氛围，有利于依法治军理念、素质的转型，有利于提升法的权威性和强制力，为“构建完善的军事法治体系”创造了良好的社会条件。四是适应国防和武装力量建设以及军事行动法治环境的需要。时代要求按照法治标准重塑军队组织形态和管理模式，推进军队制度建设、制度创新、制度引领和制度规范，以更高水平的正规化实现军队组织形态的现代化，推动国防和军队建设整体水平的现代化，构建中国特色现代军事力量体系。

二、新军事革命是中国特色军事法治建设的新机遇

早在20世纪70年代，苏联军事理论家就提出了“新军事革命”的概念，其含义是指人类历史上曾发生过若干次最深刻、最长久的大规模军事变革，例如畜牧和农耕技术文明相结合引发的以骑兵和金属兵器为代表的冷兵器军事革命；以火药和机械制造技术为基础引发的热兵器军事革命；以现代大工业为基础引发的机械化军事革命；而现在，人类正在进入以信息技术为代表并结合太空、纳米、激光等高新技术的信息化军事革命。20世纪90年代以来美国进行的海湾、科索沃、阿富汗、伊拉克等几场战争，把新军事革命理论变成了现实，C4ISR系统（指挥控制系统）的构建和完善、精确制导武器水平日益提高、无人机和机器人技术大量开发、网络战近在眼前，把人类迅速带入了信息化战争时代。

正如军事思想家李际均将军所言：“军事革命不同于军事改革和军事技术革命，军事改革是渐进的调整；军事技术革命仅限于武器装备方面。军事革命则涉及军事理论、作战方式方法、武器装备、体制编制、作战编组、统率机构等一系列变革。”〔1〕这场新军事革命同样也会引起军事法的发展变化。在武器装备方面，各种新武器的设计、试验、生产、部署、维修、保管、使用、改进、退役等，需要采取“全系统、全过程、全寿命”的管理方式，以提高高新技术武器装备发挥最大的效能，这就需要军地之间以及军队内部各个

〔1〕李际均：《新版军事战略思维》，长征出版社2012年版，第204页。作者还进一步评述了19世纪普鲁士军事革命，20世纪30年代美、英、法等国的军事技术变革，当时德国的军事革命和苏联的军事革命，以及目前正在发生的美国军事革命。

层级、部门、单位之间进行更加紧密、细致的协调，这种协调需要运用法治的方式来实现。新武器的研制和使用还需要进行国际法方面的评估，20 世纪初以来，人类在进行机械化军事革命的同时，对化学、生物、核技术的军事利用进行了普遍禁止和严格限制，对一些常规武器的生产和使用进行了限制，形成了具有强制力的国际公约，我们在研制新武器时，应当符合有关禁止或限制某些武器或作战方法的国际公约，这是军事法发展需要关注的重要领域。在体制编制方面，新军事革命在缩小常备军规模的同时，将使军队内部的体制编制复杂化，使军队的体制编制延伸到军队之外，形成庞大的、高素质的、任务型的后备力量，并使军队的后勤保障和人才培养社会化，这就要求军事法为军队新的体制编制建立法律模型，为后勤保障和人才培养社会化建立法律平台。在作战样式方面，信息时代并非只进行信息战，而是采用更多的作战样式，除信息作战外，还将采取空地海天一体的机动战、电子战、火力瘫痪战、海空封锁战、特种作战等。这些作战样式涉及的法律问题非常广泛和复杂，涉及与军事行动有关的空间法、海洋法、环境法、战争法等许多领域。太空安全监管、南海争端国际仲裁、南海主权权益争端、海上武装冲突法新发展以及国际法相关问题，都成为军事法治理理论研究的重要组成部分。因此，要认真研究在世界新军事革命的大形势下，海洋、太空、网络空间安全所涉及的军事法治建设问题，参与构建完善包括空间物体登记制度、透明与信任机制及核查制度在内的太空安全监管制度，维护海洋主权、管辖权和航行自由的海洋安全国际治理制度，以及网络安全全球治理制度。

新军事革命带来的一个重要变化是武装力量执行任务的多样化和透明化。在信息技术和大众传媒高度发达的条件下，现代军事行动无论是战争行动还是执法行动，都已经被“直播”化，围绕军事行动的舆论斗争、法律斗争十分活跃甚至异常激烈。如何做好军事行动的法律服务保障工作，成为军事法治建设的一个重要课题。在军事行动中做好法律服务保障工作，有利于更好地凝聚民心军心，争取国际社会的理解和支持，取得军事上政治上双重胜利。

军事行动的法律服务保障，分为立法保障和执法服务保障两个方面。在立法保障方面，以下内容将成为重点：一是为军事行动的合法性做好与国际法相衔接的国内立法准备。例如，《反分裂国家法》第 8 条规定：“‘台独’分裂势力以任何名义、任何方式造成台湾从中国分裂出去的事实，或者发生将会导致台湾从中国分裂出去的重大事变，或者和平统一的可能性完全丧失，

国家得采取非和平方式及其他必要措施，捍卫国家主权和领土完整。”“依照前款规定采取非和平方式及其他必要措施，由国务院、中央军事委员会决定和组织实施，并及时向全国人民代表大会常务委员会报告。”根据这一规定，国务院、中央军委有权制定相应法规并做好实施此类法规的准备。二是加强保护平民、保护战争受难者、人道对待俘虏的立法。这方面的国际立法非常丰富，如日内瓦四公约及其两个附加议定书等，应当将国际立法转化为具体细密的国内立法，与我们的具体国情、具体地貌、具体行动、具体要求紧密结合起来，以利于达到最好的法律实施效果。三是加强战时妥善处理与其他国家关系的立法。这方面国际公约和惯例十分丰富，如1907年若干《海牙公约》、《伦敦海战法宣言》、《圣雷莫海战法手册》以及《联合国海洋法公约》等。此类与我国军事斗争有关的国际公约和惯例同样需要转化为必要的国内立法，以便在军事斗争中准确把握对国际法的适用。四是深化惩治战争犯罪的立法。这方面的国际立法已基本汇入《国际刑事法院规约》，无论我国是否加入《国际刑事法院规约》，都应当完善国内立法，因为制定完备的惩治战争犯罪的国内刑法和刑事诉讼法，对于树立我国的国际形象和避免产生国际法上的问题是十分必要的。五是做好妥善处理与媒体关系的立法。由于信息技术不断进步和新闻自由在公共领域进一步拓展，社会生活的信息化程度越来越高，军事行动随时都在公众观察和评论之中，受到国内外舆论的严重影响。为此，要有相应的立法，以便军事行动部队依法妥善处理与新闻媒体的关系，使媒体能够及时、准确、客观、公正地对军事行动加以报道。

在军事行动的执法服务保障方面，同样有大量工作需要开展。军事行动法律服务保障并不是仅在军事行动中开展，在平时军队建设中就应当有组织有计划地展开。一是要加强部队的法治教育。按照十八届四中全会决定的要求，把学习法律知识纳入军队院校教育体系、干部理论学习和部队教育训练体系，列为军队院校学员必修课程和部队官兵必学必训内容，并按照决定中关于“完善军事法律人才培养机制”的要求，全方位提升军事法律人才培养质量，推动官兵法律素养全面跃升。推进军事法治教育目标由重知识灌输向重理念培育转型，军事法治教育的重点由重视义务性向权利义务并重转型，军事法治教育对象由侧重基层官兵向领导干部、领导机关和基层官兵并重转型，军事法治教育类型由以普及性教育为主向多样化教育并举转型。二是要完善军队法律服务体系。在法律服务体制上，根据十八届四中全会关于设置军事法律顾问

的要求，借鉴发达国家在军事法律服务方面的先进经验，适应信息化局部战争和一体化联合作战要求，完善军事法律服务的机构设置和人员编配。在法律服务内容上，遵循军事法律服务的特点和规律，科学划定军事法律服务工作的范畴和领域，重点加强对以作战为核心的多样化军事行动的法律伴随服务保障。

三、反腐败斗争是中国特色军事法治建设的重要推动力

最近十多年，对我国武装力量内部存在的腐败问题批评之声越来越强烈。一些军事法专家指出，进入本世纪以来，统计上的部队犯罪率低得不合常理。20世纪80年代，每个大军区、军兵种每年发案率均为100多起，全军每年发案率近2000起；进入本世纪以来，全军每年发案率仅为100多起，只有上世纪80年代的1/15，有的大军区居然全年没有发生一起刑事案件；同样不合常理的是，全军重大案件与一般案件发案数量的比例关系竟呈倒三角，也就是重大案件的发案数居然大于一般案件。显然，实际情况并不是如统计数字所反映的那样，而是许多违法犯罪案件通过司法外途径被“大事化小、小事化了”，甚至成了“正常”现象，其中最突出的是军队干部任免、工程建设等领域的贪腐犯罪没有受到应有的调查和追究。

党的十八大以来，在党中央直接领导下，军队开展了空前有力的反腐败斗争，挖出了谷俊山、徐才厚等一大批高中级军官极为严重的贪污贿赂案件。这些严重情况不能不引起军事法学者思考：除了任用干部、思想政治教育等方面存在严重问题外，军事司法体制机制是不是也存在严重问题，以至于难以充分发挥发现犯罪、查明犯罪、审判犯罪的应有功能？由此造成军中犯罪活动日益肆无忌惮，使军心不稳、军纪涣散！

针对这一问题，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》作出了“改革军事司法体制机制，完善统一领导的军事审判、检察制度”^{〔1〕}的部署。这一部署，预示着我国军事司法制度

〔1〕 十八届四中全会闭幕后不久，2014年11月，经军委领导批准，总参谋部、总政治部、总后勤部、总装备部联合颁发《军队重点领域预防职务犯罪工作细则》（以下简称《细则》），自2014年12月1日起在全军和武警部队施行。《细则》列出军队预防职务犯罪八个重点领域：军队人事管理、财经管理、工程建设、油料管理、物资和装备采购、医疗卫生、房地产管理、招（接）待服务，并对容易发生职务犯罪的44个高风险环节、需要防范的130余个突出问题，逐一细化展开，明确防范措施，着力消除职务犯罪滋生因素。参见中国国防部网站：http://news.mod.gov.cn/headlines/2014-11/28/content_4554333.htm。

将迎来重大改革。早在三十多年前，党的十一届三中全会后，我国军事法发展就是首先从军事司法领域开始复苏的。1978年初和当年底，先后恢复了中国人民解放军军事法院^{〔1〕}和军事检察院^{〔2〕}；此后不久，全国人大常委会于1981年6月通过了《惩治军人违反职责罪暂行条例》^{〔3〕}。军事司法制度的恢复和初步建构，成为改革开放后我国军事法制建设进入快速发展期的鲜明信号。可以相信，这次军事司法体制机制改革，也将成为今后一个时期军事法治体系建设的先头兵。

值得学者思考的是，我国现行军事司法体制机制存在的问题是什么？改革的具体方案应当怎样设计？

对于现行军事司法体制机制存在的问题，学者已经作了比较深入的研究，指出，我国军事司法制度的国家司法权属性相对较弱是其主要问题，以至不能充分发挥查明和惩治犯罪的应有作用。对军事司法体制机制改革的具体方案，学者提出了如下建议：（1）恢复最高层级军事司法机关设于“两高”的体制。20世纪50年代至60年代中期，我国军事司法机关的最高层级设于“两高”之内，实践证明，这种体制能够较好体现军事司法的国家司法权属性，能从司法层面体现国防的国家主权性质，是解决当前我国军事司法管辖制度某些弊端较为可行的办法。（2）改革军事司法人员任免制度。与最高层级军事司法机关设于“两高”相适应，最高人民法院军事法院院长和副院长、最高人民检察院军事检察院检察长和副检察长以及两院所有法官、检察官，

〔1〕 1954年1月，中央军委批准成立中国人民解放军军事法庭。同年11月1日，根据《宪法》和《人民法院组织法》的规定，改称中国人民解放军军事法院。1956年12月，根据中华人民共和国最高人民法院的建议，改称中华人民共和国最高人民法院军事审判庭。1965年5月，恢复中国人民解放军军事法院的名称。1969年12月取消该院建制。1978年1月中央军委在颁发的《关于军队编制体制的调整方案》中决定恢复中国人民解放军军事法院和军区、海军、空军、解放军总直属队军事法院。参见中国军事百科全书编审委员会编：《中国军事百科全书》，军事科学出版社1997年版，第3卷第822页、第4卷第181页。

〔2〕 1955年9月，中华人民共和国最高人民检察院军事检察院始建。1965年5月改称中国人民解放军军事检察院。1969年12月被撤销。1978年12月，总参谋部、总政治部发出通知重新设置中国人民解放军军事检察院，同时在军区、海军、空军、解放军总直属队恢复设置军事检察院。参见中国军事百科全书编审委员会编：《中国军事百科全书》，军事科学出版社1997年版，第3卷第822页，第4卷第184页。

〔3〕 该条例已自1997年10月1日修订的《刑法》施行之日起废止，其内容基本上成为现行《刑法》第十章的主要规范。

均由全国人民代表大会常务委员会任免。(3) 尽快制定军事法院、军事检察院组织法。人民法院和人民检察院组织法均规定,专门人民法院、专门人民检察院的组织和职权由全国人大常委会另行规定。然而,新中国成立时就已存在的军事法院、军事检察院,至今仍然没有组织法。缺少组织法,显然难以保证军事司法机关依法履行职权,更难以保证军事司法权合法有效地实现。(4) 强化最高人民法院对军事审判工作的指导和监督,强化最高人民检察院对军事检察工作的领导,强化上级军事司法机关对下级军事司法机关领导,从而把司法权属性凸显出来。〔1〕

我们认为,加强军事司法机关的国家司法权属性,是军事司法体制机制改革的大趋势。考察军事司法制度相对比较健全的国家走过的道路,可以看出,现代军事司法制度大致沿着制定“罪刑法定”的军事刑法——建构“程序公正”的军事刑事诉讼制度——建立以军队律师为主体的军事法律服务体系——形成统一侦查犯罪的军事警察队伍——强化国家司法机关对军人犯罪管辖权的路径演进。现代军事司法制度一般可从英国1881年《陆军法》算起,该法构建了体现“罪刑法定”原则的现代军事刑法;此后,英国《陆军法》不断修订,陆续形成了体现“程序公正”原则和被告人得到辩护服务的军事刑事诉讼制度。第二次世界大战后,许多国家的军事司法又有重大发展,美国1951年《统一军事司法典》改变了英国将陆军法、海军法、海岸警卫队法等法律分别规定的做法,开创了制定统一军事刑法和军事刑事诉讼法的先例,将军事刑事实体法和程序法融为一体,并将军人违反普通刑法的犯罪与军人违反军事职责的犯罪统一管辖〔2〕。冷战后,以西欧各国为主,还将和平时期军人犯罪交给地方普通法院审理,和平时期不再设立专门的军事法院。这一做法最初由联邦德国于1949年开始实行,1991年德国统一后延续这一制度,并影响到其他国家。自20世纪90年代以来,捷克(1993年)、比利时(2004年)、丹麦(2005年)等许多国家采取这一做法。2013年,我国台湾

〔1〕 如中国政法大学军事法研究所张柔桑教授提出的关于“强化军事司法机关的国家司法权属性”的建议,对军事司法体制机制改革作了比较全面的研究。见中国政法大学军事法治智库研究团队2014年编印的《军事法治智库建议》总第5期。

〔2〕 参见周健主编《比较军事法》丛书中的《英国军事法》、《美国军事法》等,海潮出版社2002年版。

地区在“洪仲丘事件”^{〔1〕}发生后，也迅速修改“法律”，将和平时期对军人的审判交由普通法院管辖。我国现行军事司法制度虽已形成“罪刑法定”的军事刑法，并且通过统一适用国家刑事诉讼法和律师法保证了军事刑事诉讼的“程序公正”和被告人得到辩护服务的权利，但是，军事法院和军事检察院实际上隶属于军队各级政治机关的组织设置，客观上影响了军事检察和军事审判的独立性，不利于查明和惩治犯罪，不利于军队反腐制度的完善。因此，学者关于调整军事司法体制机制、强化其国家司法权属性的建议是可行的。

进一步看，为建构完善的军事法治监督体系，军队审计、监察、保卫、军务、警备等与预防和发现违法犯罪相关的体制机制，也面临改革。十八届四中全会后，解放军审计署已由原属总后勤部领导，调整为直属中央军委领导^{〔2〕}。还可以考虑，对军队监察、保卫、军备、警备等部门作出调整，建立全军统一的宪兵或军事警察部队^{〔3〕}，在宏观上建立决策、执行、监督相分离的体制，改善权力结构关系，构成严密的军事法治监督体系，发挥法治在军事权力运行中的制约和纠偏作用。这样，才能切实尊重官兵民主权利，保障官兵知情权、参与权、表达权、检举权，使一切权力“在阳光下运行”，得到官兵最有效最有力的监督。

四、融入国家法治体系是中国特色军事法治体系建设的总要求

我国军事法经历了革命战争时期、新中国成立后、改革开放以来三大发展阶段，各个阶段表现出各自特征，总的特点和发展方向是：反映古今中外军队治理的普遍规律，坚持中国共产党领导武装力量的特色，不断融入国家法制和法治体系。构建完善的军事法治体系，要从完善和发展中国特色社会

〔1〕 洪仲丘，“台军”义务役士官，2013年7月4日在被关禁闭期间，因受虐待致死。当年8月7日，我国台湾地区修改“军事审判法”，将和平时期对军人的审判交由普通法院管辖。参见 http://zh.wikipedia.org/zh-cn/洪仲丘事件#cite_note-213。

〔2〕 2014年11月6日，中央军委主席习近平签署命令，解放军审计署由总后勤部划归中央军委建制，在中央军委领导下，主管全军审计工作，对中央军委负责并报告工作，其党的建设、政治工作和行政管理由军委办公厅领导。参见中国国防部网站：http://news.mod.gov.cn/headlines/2014-11/07/content_4550212.htm。

〔3〕 参见中国政法大学军事法研究中心于2014年12月6日至7日组织召开的第八届“军事法治前沿论坛”有关宪兵和军事警察的论文。

主义军事制度的全局和高度来认识。改革开放后,在依法治国大形势下,我国军事法全面振兴,已经形成既有自身特色、又有现代特征的制度体系。我国军事法的自身特色主要表现在:坚持中国共产党在革命战争年代缔造和领导指挥人民军队所形成的重要原则和制度,例如坚持党对军队绝对领导,坚持支部建在连上等,并将这些重要原则和制度作为中国军事法的政治方向和政治基础,作为中国军事法体系的核心;根据当代中国国情形成的与西方国家军事法不同的许多具体制度,这些制度分布在中国军事法的各个领域、各个层级、各个环节,使中国军事法在中观和微观上也处处体现着它的中国特色。中国军事法的现代特征是指这个制度体系与当代发达的西方国家军事法有许多共同点,形成了与西方国家军事法基本一致的概念体系,其中绝大多数概念都可以与西方国家军事法的概念相对应;同时,中国军事法也采用了与西方国家军事法相同的符合现代法治精神的运行方式,遵循着立法、执法、司法、法律服务、法律教育的基本规律。可以说,中国军事法已经成为一个与建设社会主义法治国家的治国方略相融合、与国际社会普遍认可的法律原则相衔接的军事法律制度体系,我们称之为“中国特色军事法规体系”。这个军事法规体系,实际上是中国特色社会主义军事制度的核心部分,或者说是它的法律形态。虽然这个法规体系不能代替“中国特色军事法治体系”,但它所确立的党对军队绝对领导根本原则和重大制度,必须坚持,这是军事法治体系建设的政治方向和政治基础,只有坚持这一政治方向和政治基础,才能把握完善和发展中国特色社会主义军事制度的核心要义。

军事法治体系与中国特色社会主义军事制度之间的衔接,仍应把《中华人民共和国国防法》作为“龙头”,也就是作为基本法律文献和制度文本。全国人民代表大会1997年通过的《中华人民共和国国防法》是直接以宪法为依据制定的,它把国防和军事紧密结合在一起^[1],使之不仅在立法程序上、而且在内容上完全成为中国军事法领域的一部基本法律。《国防法》的制定,标志着我国军事法规体系初步形成,因为它既是宪法所规定的军事制度的具体化,又是对整个军事法的体系化。它在总则中规定了国防活动的基本原则,

[1] 《国防法》第2条规定:“国家为防备和抵抗侵略,制止武装颠覆,保卫国家的主权、统一、领土完整和安全所进行的军事活动,以及与军事有关的政治、经济、外交、科技、教育等方面的活动,适用本法。”这一规定表明国防是指国家的军事活动以及与军事活动有关的活动,军事是国防的行为内涵;换个角度看,国防则是军事的目的和主体内涵,两者是一体的。

进而分章规定了国家机构的国防职权、武装力量、边海空防、国防科研生产和军事订货、国防经费和国防资产、国防教育、国防动员和战争状态、公民组织的国防义务和权利、军人的义务和权利以及对外军事关系等十一个方面的内容,构成了我国军事法的基本结构^[1]。所以,按照十八届四中全会的要求,完善和发展中国特色社会主义军事制度,应当坚持将《国防法》作为这个制度体系的核心和基础。

军事法治体系与中国特色社会主义法治体系之间的衔接,必须坚持以宪法为根本依据。我国1982年《宪法》以国家基本法的地位为我国军事法奠定了正当性和合法性基础,为我国军事权与国家其他权力之间以及军事权与公民自由和权利之间的法律协调提供了基本规范。具体来说,宪法规定了七个方面的基本军事制度:一是规定了战争、动员和紧急状态的决定权^[2];二是规定了国防建设的领导和管理体制^[3];三是规定了武装力量的领导体制^[4];四是规定了武装力量的性质、任务和建设方针^[5];五是规定了武

〔1〕耐人寻味的是,俄罗斯几乎与我国同时采用了将《国防法》作为军事法领域基本法律的做法。1996年《俄罗斯联邦国防法》不同于其他国家“国防法”主要规定军事刑法的做法,将“国防法”作为国家组织开展国防活动的“组织法、执行法”,全面规定了国防领导管理体制、武装力量构成和领导指挥体制、各类组织和公民在国防方面的权利和义务、国家与国防有关的主要行动体制,使“国防法”成为国防领域具有统领地位的基本法。该法对20世纪末以来不少国家的国防法律体系产生了影响。

〔2〕战争是国与国之间、国家与交战团体之间一定规模的武装冲突;动员是国家对各种人力、物力的集中调用,其中包括为应对战争而进行的动员;紧急状态是与正常的状态相对应的可以行使国家紧急权应对的状态。《宪法》第62条第14项规定:全国人民代表大会有权“决定战争和和平的问题”;《宪法》第67条第18项规定:全国人大常务委员会“在全国人民代表大会闭会期间,如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况,决定战争状态的宣布”;第19项规定:全国人大常委会“决定全国总动员或者局部动员”;第20项规定全国人大常委会“决定全国或者个别省、自治区、直辖市的紧急状态”。

〔3〕国防建设是为国防目的所进行的人力和物力建设活动。《宪法》第89条第10项规定:国务院“领导和管理国防建设事业”,这一规定后来在《国防法》中展开为九项职权。

〔4〕我国1954年《宪法》规定中华人民共和国主席统率全国武装力量;1975年和1978年《宪法》都规定由中国共产党中央委员会主席统率全国武装力量。1982年《宪法》第93条规定:“中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量”,第93、94条还规定了中央军事委员会的组成、任期和负责关系。

〔5〕《宪法》第29条第1款关于武装力量的性质和任务的规定是:“中华人民共和国的武装力量属于人民。它的任务是巩固国防,抵抗侵略,保卫祖国,保卫人民的和平劳动,参加国家建设事业,努力为人民服务。”《宪法》第29条第2款关于武装力量建设方针的规定是:“国家加强武装力量的革命化、现代化、正规化建设,增强国防力量。”

装力量的政治地位和活动准则^{〔1〕}；六是规定了公民在国防方面的权利和义务以及对军人的优抚政策^{〔2〕}；七是规定了军事审判和军事检察机关的设置^{〔3〕}。宪法所规定的军事制度，是国家的基本军事制度，具有最高的权威性和很强的稳定性，在构建和完善军事法治体系过程中，非经修改宪法程序，不得加以改变或者与之抵触，只允许切实贯彻实施。军事法治体系与国家法治体系的关系，同军事法规体系与国家法律体系的关系一样，都是整体与局部的关系。尽管全国人大常委会 2011 年在宣布我国社会主义法律体系形成时，没有明文指出军事法是国家法律体系中的一个法律部门，但它是国家法律体系的一个组成部分，这是毋庸置疑的。实际上，我国法律体系的“中国特色”和“社会主义”性质，更多地体现在军事法这一法律部门（或称军事法规体系）中；我国法治体系的“中国特色”和“社会主义”性质，也更多地体现在军事法治体系中。从这个意义讲，构建好军事法治体系，充分做好军事法治体系与中国特色社会主义法治体系的衔接，具有十分重要的意义。

五、基本理论创新是中国特色军事法治建设的内在需要

从新中国成立到改革开放之间的三十年，我国军事法学研究基本处于空白状态。党的十一届三中全会作出加强社会主义民主法制建设重大部署后，张友渔等著名学者于 1984 年首先倡导研究军事法学。三十多年来，军地学者积极探索、不断耕耘，创立了军事法学学科，丰富了军事法学理论。据初步统计，三十多年来我国出版的军事法学著作约 200 多部。此外，我国军事法

〔1〕《宪法》第 59 条关于武装力量政治地位的规定是：“全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。”这一规定把军队作为一个单独的选举单位。全国人民代表大会代表的选举总体上按地域原则规定，只有军队代表按界别原则规定，这是宪法的一项特殊规定。《宪法》第 5 条关于武装力量活动准则的规定是：“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。”

〔2〕《宪法》第 54 条关于公民在国防方面权利义务的规定是：“中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。”第 55 条还规定：“保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务。”《宪法》第 45 条关于对军人优抚政策的规定是：“国家和社会保障残废军人的生活，抚恤烈士家属，优待军人家属。”

〔3〕《宪法》第 124 条规定：“中华人民共和国设立最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院。”第 130 条规定：“中华人民共和国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。”