

军事行政诉讼制度构建 法理探析

JUNSHI XINGZHENG SUSONG ZHIDU GOUJIAN
FALI TANXI

肖孟奎 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

军事行政诉讼制度构建

法理探析

JUNSHI XINGZHENG SUSONG ZHIDU GOUJIAN
FALI TANXI

肖孟奎 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

军事行政诉讼制度构建法理探析 / 肖孟奎著. —北京: 法律出版社, 2017
ISBN 978-7-5197-1482-6

I. ①军… II. ①肖… III. ①军事行政—行政诉讼—司法制度—研究—中国 IV. ①E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 250358 号

军事行政诉讼制度构建法理探析

JUNSHI XINGZHENG SUSONG ZHIDU GOUJIAN

FALI TANXI

肖孟奎 著

策划编辑 吕丽丽

责任编辑 吕丽丽

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 市场研发部(社项目运营中心)

开本 A5

印张 6.5

字数 160 千

版本 2017 年 11 月第 1 版

印次 2017 年 11 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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1482-6

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

军队是执行国家意志的武装集团。为了保持和提高军队的战斗力,必须在内部施行严格的军事管理,以保证组织纪律严明、各项秩序正规。列宁曾指出:“取得胜利的必要条件是统一指挥红军的一切部队,是严格的集中管理。只有统一指挥和集中管理,才能使全军上下左右形成统一的意志和行动,保持强大的战斗力。”^[1]军事管理的核心是军事行政管理,它通过计划、组织、指挥、命令、监督、协调、考核、表彰、惩处等方式,满足军队高度集中统一的特殊要求,保障军队整体运行高效、正规、有序,为部队有效遂行多样化军事任务提供基本支撑。^[2]军事行政管理具有高度集中的特点,与普通行政权相比,军事行政权具有更大的强制力,行使范围也更加封闭,如果缺乏必要的、有效的规范和制约,其权力运行就可能脱离法治轨道,对军队正规化建设造成冲击和损害。^[3]

有权力就必须有制约,有权利就必须有救济。法治的本质是治权。亚里士多德在《政治学》一书中

〔1〕《列宁选集》(第1卷),人民出版社1950年版,第220页。

〔2〕参见杨贺凯:《军事行政法律的现状分析与制度建构》,西南政法大学2010年硕士学位论文,第21~23页。

〔3〕袁新战、李长江、刁子蔚:《军事行政管理的法治化研究》,载《法制与社会》2008年第15期。

论述道：“法应该是使事务合乎正义的一个中道的平衡。”^{〔1〕}按照约翰·罗尔斯《正义论》的阐释，正义的本质即是公平。^{〔2〕}因此，法治就是要通过平衡与制约权力的运行来实现公平。法治社会的重要标志就是权力要依法取得，权力要依法行使，权力要始终在法治轨道上运行。只有建立和完善权力监督体系，让权力在阳光下运行，用规则守望公平正义，用制度规范权力运行，才能由程序正义的“善始”，抵达实体正义的“克终”。而行政权的行使一旦侵犯了行政相对人的合法权益，法律就应当赋予当事人必要的救济途径。从法治国家权力设置及运行的规律来看，引入司法权对行政争议进行裁决早已成为主流。^{〔3〕}我国解决普通行政争议的方式，除行政申诉、行政复议外，同样包括行政诉讼，由人民法院来审查行政行为的合法性，以此来确保行政权力始终在法律允许的范围内行使。军事机关虽然不是行政机关，但其行使行政管理职能时的权力运行方式与普通行政机关在本质上并无差异。^{〔4〕}因此，建立军事行政诉讼制度，由司法机关对引发质疑的军事行政行为是否合法进行审查，理应成为解决军事行政争议的一种选择。

笔者认为，开展军事行政诉讼研究，不仅是一个法学理论问题，更是重大的法治实践课题，不仅是我军法治建设的重要组成部分，也

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，颜一、秦典华译，中国人民大学出版社2003年版，第32页。

〔2〕〔美〕罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第18页。

〔3〕徐元锋：《行政诉讼与法治国家——理念与制度的沟通》，载《研究生法学》2003年第3期。

法治的内涵应包括权力的分立与制衡，这一观念不仅限于权力内部的分权与制衡，而且延伸至权利与权力之间对立与平衡，从制度层面上讲，行政诉讼中司法审查制度的确立便是这一问题的“借点”。行政诉讼之所以成为法治国家的集中体现，是由行政诉讼的构建与运作两方面折射出的理念与法治国家精神的契合得出的结论。

〔4〕薛洪：《论军事行政权的规范化建设》，载《重庆行政》（公共论坛）2011年第1期。许多学者持有相同观点，参见李佑标：《军事行政诉讼初探》，载《政法论坛》1992年第6期；谢丹：《军事行政诉讼有关问题研究》，载《西安政治学院学报》2008年第2期。

是新世纪、新阶段我军正规化建设的重要内容。军事行政诉讼研究对全面推进依法治军从严治军方针,进一步规范和制约权力运行,促进军队各级依法履职,巩固和提高部队战斗力,维护军人合法权益具有重要的实践意义。正是基于这种认识,笔者在2012年5月报考香港城市大学举办的“中国高级法官博士班”时,就将军事行政诉讼作为自己的研究方向,并得到了解放军军事法院领导和香港城市大学、国家法官学院各位老师的帮助与支持。在论文写作之始至2015年8月通过答辩期间,适逢《中华人民共和国行政诉讼法》实施24年来的首次较大修订,而后在2016年5月导师王贵国教授建议我将博士学位论文出版时,军事司法体制也发生了重大变革。更为令人欣喜的是,在拙作与法律出版社签订《图书出版合同》之际,经中央军委批准,并经最高人民法院批复同意,军事行政诉讼试点工作正式启动,解放军军事法院在深入调研论证、广泛征求意见的基础上,制定出台了非常详细的实施方案和指导意见。按照方案,广州军事法院、北京军事法院为试点基层法院,受理第一审军事行政案件,当事人不服一审裁判的,可以分别向南部战区军事法院、中部战区军事法院提出上诉。

探索建立军事行政诉讼制度,是习近平主席着眼深入推进依法治军从严治军作出的重大决策,是军队法治建设进程中的里程碑事件,对于运用法治方式维护党对军队的绝对领导,加快实现治军方式“三个根本性转变”,促进社会公平正义,维护部队安全稳定,进一步健全军事行政诉讼制度具有重大而深远的意义。作为一名试点单位的军事法官和行政诉讼的学术素人,能够通过自己的粗鄙之作,见证和亲历军事行政诉讼制度的起步伊始,实为人生幸事!也希望拙作能够为军事司法体制改革深入推进和军队政法工作创新发展的这样一件大事提供抛砖之效、贡献绵薄之力。

目 录

序 言 / 1

第一章 军事行政诉讼制度法理分析 / 1

第一节 建立军事行政诉讼制度的“瓶颈”问题 / 1

一、难以逾越的法律障碍 / 2

二、有待填补的制度落差 / 4

三、亟待松绑的思想束缚 / 7

第二节 现行军事行政争议解决机制分析 / 8

第三节 军事行政诉讼法理基础 / 11

一、平衡论是军事行政诉讼制度建立的 理论基石 / 11

二、法治论是军事行政诉讼制度建立的 价值基础 / 12

三、权利义务一致性是军事行政诉讼制度 建立的法理依据 / 14

四、司法监督原理是军事行政诉讼制度 建立的内在动因 / 16

第四节 外国军事行政诉讼制度比较与借鉴 / 18

- 一、美国军事行政诉讼制度 / 18
- 二、德国军事行政诉讼制度 / 22
- 三、其他国家军事行政诉讼制度 / 27
- 四、反思与启迪 / 31

第二章 军事行政权与军事司法权的碰撞与调和 / 33

第一节 军事行政权与军事司法权权力渊源的异同 / 33

- 一、军事行政权的界定与权力渊源 / 33
- 二、军事司法权的界定与权力渊源 / 38

第二节 军事行政权与军事司法权权力行使的冲突 / 40

- 一、军事行政权与军事司法权权力行使冲突的观点总结 / 40
- 二、军事行政权与军事司法权权力行使冲突的法理基础 / 41

第三节 军事行政权接受军事司法权审查的可能 / 42

- 一、特别权力关系理论的落伍 / 42
- 二、军事行政权接受军事司法审查的实践需要 / 46
- 三、军事行政权接受军事司法审查的现实可能 / 47

第三章 行政诉讼法规制下的军事行政主体 / 50

第一节 行政主体理论的法理争议 / 51

- 一、我国现行行政主体理论 / 51
- 二、我国现行行政主体的组成 / 52
- 三、行政主体理论的法理缺陷与军事行政主体构建的可能 / 54

第二节 军事行政主体的构建及特殊法律性质 / 56

- 一、军事行政主体的内涵 / 57
- 二、军事行政主体的特殊属性 / 60

第三节 军队党组织军事行政主体资格探析 / 65

第四章 军事机关军事行政主体资格的取得 / 69

第一节 军事机关 / 69

一、军事机关的内涵 / 69

二、军事机关与国家机关的区别 / 76

三、军事机关的特征 / 79

第二节 军事机关军事行政主体资格的取得与排斥 / 81

第三节 军事机关与军事行政主体的区别和联系 / 88

第四节 实践中作为军事行政主体的军事机关 / 91

第五章 军事行政行为概述 / 100

第一节 军事行政行为概述、特征和分类 / 100

一、军事行政行为的概念 / 100

二、军事行政行为的特征 / 102

三、军事行政行为的分类 / 105

第二节 军事行政处罚 / 108

第三节 军事行政强制 / 113

第四节 军事行政许可 / 118

第五节 军事行政确认 / 121

第六节 军事行政给付 / 124

第六章 军事行政诉讼的原则、依据和范围 / 127

第一节 军事行政诉讼的特别原则 / 128

一、非穷尽军事行政救济手段不能诉诸法律原则 / 128

二、严格限定受案范围原则 / 129

三、不过分干预军事行政权力原则 / 130

四、属人管辖为主原则 / 131

五、战时从严原则 / 132

第二节 军事行政诉讼的审查标准 / 133

一、外国军事行政诉讼审查标准的考证 / 134

二、我国军事行政诉讼制度的审查标准 / 137

第三节 军事行政诉讼的受案范围 / 140

一、确定军事行政诉讼受案范围的原则 / 143

二、军事行政诉讼的排除事项 / 146

三、军事行政诉讼受案范围的内容 / 148

第七章 中国特色军事行政诉讼制度基本构想 / 155

第一节 军事司法体制改革背景下的管辖问题研究 / 156

一、军事司法管辖制度的借鉴 / 156

二、军事行政案件的审级与分工 / 158

三、军事行政案件管辖权冲突的调整与规避 / 166

四、军事行政诉讼立案审查与立案登记取舍 / 169

第二节 军事行政诉讼特殊主体原被告适格问题探讨 / 171

一、军事机关能否成为军事行政诉讼的适格原告 / 174

二、受害人能否成为军事行政诉讼的适格原告 / 175

三、非直接针对对象能否作为军事行政诉讼的适格原告 / 176

四、临时军事行政机构能否成为军事行政诉讼的适格被告 / 177

五、军事主体的内设机构能否成为军事行政诉讼的

适格被告 / 178

第三节 军事行政诉讼简易程序与特别程序的创新与适用 / 179

第四节 判决种类和执行措施的完善 / 184

参考文献 / 189

第一章 军事行政诉讼制度法理分析

自1982年我国开展行政诉讼以来,行政诉讼的理论、制度体系已经日趋完善,行政审判和执行制度越来越成熟,行政诉讼在社会主义法制体系中的地位和作用越来越明显,已经成为推动中国法治进程的重要力量。^{〔1〕}然而,在军事领域,却始终没有建立起这种以诉讼方式解决军事行政争议的机制,究其原因,有法律层面的障碍,也有制度层面的“瓶颈”,但更重要的还是思想观念上的束缚。^{〔2〕}

第一节 建立军事行政诉讼制度的 “瓶颈”问题

在我国,开展军事行政诉讼首先要面对法律上的

〔1〕 杨寅、吴楷林:《中国行政诉讼制度研究》,人民法院出版社2003年版,第315页。“新中国成立后,从1950年开始,有个别法律法规规定,发生行政争议可以向法院提起诉讼,但没有形成制度。1982年10月1日公布的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:‘法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。’1987年1月1日起生效的《治安管理处罚条例》规定,治安行政案件可以向法院起诉。1989年4月4日中华人民共和国第七届全国人民代表大会第二次会议通过并公布、1990年10月1日起施行的《中华人民共和国行政诉讼法》,进一步使行政诉讼制度化。”

〔2〕 周芳、赵东斌:《军事法制研究需要新视角》,载《检察日报》2006年5月14日,第12版。

障碍。无论从国家根本大法《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)的角度去考察,还是从行政诉讼的基本法律《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)的规定去理解,都难以找到开展军事行政诉讼的直接法律依据。由此,有学者得出了如下结论:“正是由于军队严格适用《行政诉讼法》,才导致军内没有行政诉讼的事实。”^[1]

一、难以逾越的法律障碍

归纳梳理与我国行政诉讼的相关法律和司法解释,可以发现,开展军事行政诉讼主要有如下三大法律门槛:

第一,《宪法》第三章是国家机构,其中第三节是国务院,第四节是中华人民共和国中央军事委员会,从这样的立法安排可以看出,中华人民共和国中央军事委员会与国务院不是隶属关系,而是一种并列关系。^[2]国务院是最高国家行政机关,^[3]中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量,^[4]因此,军事机关(武装力量)和行政机关在现行《宪法》上的地位是平等的,二者是两类不同性质的机关。有学者认为,“我国《行政诉讼法》明确规定,行政诉讼以国家行政机关

[1] 王周户、李瑰华:《军事行政诉讼新论》,载《西安政治学院学报》2006年第3期。

[2] 大部分人认为,根据宪法和相关法律规定,国家机关分为权力机关、行政机关、军事机关、审判和检察机关5类,分别行使立法权、行政权、军事权、审判权和检察权。笔者也持相同观点。例如,华东政法大学法学硕士陈枫在其论文《论军事行政权的基本界定》中写道:“从《宪法》的角度,观察我国的军事权,可以非常清晰地发现军事权作为一种独立的国家权力存在于国家的权力结构体系中,军事权和立法权、行政权、审判权、检察权是相互独立,互不隶属的。”

[3] 现行《宪法》(1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过,1982年12月4日全国人民代表大会公告公布施行。根据1988年4月12日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正)第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”

[4] 《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。”

为被告,而我国军事机关不属于国家行政机关。”^{〔1〕}行政诉讼解决的是行政机关与行政相对人之间的行政争议,中华人民共和国中央军事委员会及其他各级军事机关无法取得行政主体资格,无法充当行政诉讼的被告,军事行政诉讼也就无法开展。《宪法》作为根本大法,是国家一切法律制度的渊源,对行政诉讼立法和司法起到指导作用,《宪法》上的障碍是开展军事行政诉讼的基本障碍。^{〔2〕}

第二,《行政诉讼法》中国防行为不可诉的明确规定。作为《宪法》下位法的《行政诉讼法》是我国行政诉讼制度的基本法律和总的规范,该法第13条规定:“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:(一)国防、外交等国家行为。”正是基于这个规定,部分学者认为,军队作为国家国防力量,其大部分行为都是国防行为,既然国防行为不可诉,那么开展军事行政诉讼没有必要。^{〔3〕}

第三,原司法解释中专门人民法院不审理行政案件的明确规定。1999年11月24日由最高人民法院审判委员会第1088次会议通过,并自2000年3月10日起施行的最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第6条第2款明确规定:“专门人民法院、人民法庭不审理行政案件,也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。”^{〔4〕}因军事法院属于专门人民法

〔1〕 周卫平、徐高、张明杰:《试论建立我国军事行政诉讼制度》,载《中国法学》1991年第1期。

〔2〕 《宪法》规定了中央军委是与行政机关并列的国家机构,由此将作为军事机关的中央军委排除在行政诉讼的范围之外,因而给军事行政诉讼带来障碍。中央军委不能被解释为特别的行政机关,因为中央军委既是国家机构,也是党的机关,是我国独有的一种特殊类型的机关。它既代表国家行使军事权,也代表中国共产党履行党指挥枪的职责,而行政机关是代表国家依法行使行政权,组织和管理国家行政事务的国家机关,两者在我国当前的政治制度下是不能混同的。这与西方三权分立原则存在本质区别。

〔3〕 徐占峰:《积极创建军内行政诉讼制度》,载《军队政治工作》2006年第11期。

〔4〕 2014年新修订的《行政诉讼法》颁布后,最高人民法院2015年5月1日起施行的司法解释已没有专门人民法院、人民法庭不审理行政案件的规定。

院,^[1]该司法解释成为军事法院开展军事行政诉讼的主要障碍。

综上,笔者认为,开展军事行政诉讼的法律障碍是客观存在的,但并不等于不可逾越。《宪法》中关于军事机关不是行政机关的规定,其实质是军事机关要不要取得行政主体资格,以及如何取得行政主体资格的问题。^[2]《行政诉讼法》中关于国防行为不可诉的规定,其核心问题是军事机关实施的行为是否都是国防行为。最高人民法院司法解释中专门人民法院不审理行政案件的规定,其关键问题是军事权与司法权冲突与协调的司法理念。这些问题的解决,有的需要正本清源,有的需要研究论证,有的仅需假以时日而已。令人欣慰的是,2014年新修订的《行政诉讼法》颁布后,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》已于2015年4月20日由最高人民法院审判委员会第1648次会议通过,自2015年5月1日起施行,新的司法解释中已没有专门人民法院、人民法庭不审理行政案件的规定。

二、有待填补的制度落差

军事行政诉讼是伴随着现代行政诉讼制度的不断发展完善而出现的,综观世界上法制比较发达的国家,都已逐步建立并实行了军事

[1] 《中华人民共和国人民法院组织法》(以下简称《人民法院组织法》)(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过。1979年7月5日全国人民代表大会常务委员会委员长令第三号公布,自1980年1月1日起施行。根据1983年9月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第二次会议《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》、1986年12月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉的决定》和2006年10月31日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》修正)第2条第1款规定:“中华人民共和国的审判权由下列人民法院行使:(一)地方各级人民法院;(二)军事法院等专门人民法院;(三)最高人民法院。”

[2] 中央军委法制局法制员张建田认为:“依据我国现行的宪法和有关法律的规定,军事机关通常不具有国家行政管理权,当然不具备行政诉讼主体的资格条件。但是,在某些特定的情况下,其有可能成为行政诉讼主体,并受到《行政诉讼法》的规范和调整。”参见张建田:《关于军事机关具备行政诉讼主体资格的特殊情形的探讨》,载《法学杂志》2004年第6期。

行政诉讼制度,且两大法系国家在该问题上的态度日渐趋同。^[1]在一些英美法系国家,如美国,立法、行政、司法三权分立,军事权往往隶属于行政权,普通法院对行政机关和军事机关都具有司法审查权。^[2]而一些大陆法系国家,如德国,则采取特别立法的形式确立了军事行政诉讼制度,1956年原德意志民主共和国制定的《军人诉愿法》就明确规定了勤务诉愿和行政诉愿等军事行政诉讼类型,为整个军事行政诉讼制度提供了法律依据。^[3]例如,1958年,美国联邦最高法院在哈蒙诉布鲁克案^[4]中对陆军的一位士兵开除决定进行了司法审查。法院在判决中认定,军队以该士兵入伍前所实施的行为为由所作出的开除决定超出了法定权限范围。这一案件被认为是美国联邦最高法院对军事行政决定进行司法审查的第一案。^[5]

新中国的行政诉讼制度发展经历了多个历史阶段,其萌芽最早可追溯至新中国成立初期。^[6]1949年12月,中央人民政府委员会批准的《最高人民法院试行组织条例》规定,在最高人民法院设立行政审判庭。1954年新中国第一部《宪法》第7条规定:“中华人民共和国公民对于任何违法失职的国家机关工作人员,有向各级国家机关提出书面控告或者口头控告的权利。由于国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有取得赔偿的权利。”这些规定,为我国行政诉讼制度的建立奠定了法律基础,但由于历史的原因,行政诉讼制度并没有真正建立起来。^[7]我国行政诉讼制度真正建立和发展是从党的十一届三中

[1] 吕慧:《外国军事行政诉讼制度述评》,载《西安政治学院学报》2008年第1期。

[2] 代炳权:《从军事行政行为的特点看军事行政诉讼构建的合理性》,载《跨世纪》2008年第11期。

[3] 吕慧:《外国军事行政诉讼制度述评》,载《西安政治学院学报》2008年第1期。

[4] Harmon v. Brucker, 355 U.S.579(1958)。

[5] 谭正义:《美国军事行政司法审查问题研究——兼论其对我国构建军事行政诉讼制度的启示意义》,载《西安政治学院学报》2012年第3期。

[6] 胡建淼、吴欢:《中国行政诉讼法百年变迁》,载《法制与社会发展》2014年第1期。

[7] 林莉红:《行政诉讼法学》,武汉大学出版社2009年版,第37页。

全会以后开始的,一些单行法律、法规中逐渐出现了当事人对行政机关的行政决定不服可以向人民法院提起诉讼的规定,^[1]尤其是1990年《行政诉讼法》的颁布,标志着我国行政诉讼制度的最终正式确立。^[2]但遗憾的是,在我国行政诉讼制度建立发展的过程中,始终没有考虑军事行政诉讼的问题,甚至采取了刻意回避的态度。^[3]《行政诉讼法》第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”这条总的原则决定了我国的行政诉讼制度解决的只能是行政机关和公民、法人或其他组织之间的行政争议,而作为与行政机关相并列的军事机关则不是可诉对象。^[4]虽然军事行政纠纷的客观存在已经成为不争的事实,但不管从法律规范的角度来看,还是从司法实践的角度来看,军事行政纠纷的解决始终无法纳入司法程序。^[5]

从我国军事司法制度层面考察,军事刑事诉讼最为完善,军事民事诉讼历经多年的试行之后已正式确立,并在不断完善之中,而军事行政诉讼却始终处于理论研究阶段。2001年6月26日,最高人民法院以法函〔2001〕33号《最高人民法院关于军事法院试行审理军内民事案件问题的复函》批复解放军法院,同意军事法院试行审理双方当事人都是现役军人、部队管理的离退休干部、军队在编职工或者军内法人的民事案件和申请宣告军人失踪、申请宣告军人死亡的案件。2012年8月28日,最高人民法院发布《关于军事法院管辖民事案

〔1〕 1980年9月10日通过的《中外合资经营企业所得税法》和《中外合作经营企业所得税法》率先规定,外国组织或外国公民对中国税务机关的行政行为不服,或者对纳税行为不服的,可以向人民法院提起行政诉讼。

〔2〕 胡建森、吴欢:《中国行政诉讼法制百年变迁》,载《法制与社会发展》2014年第1期。

〔3〕 杨贺凯:《军事行政法律的现状分析与制度建构》,西南政法大学2010年硕士学位论文,第29页。

〔4〕 杨英敏:《我国军事行政监督基本问题研究》,长春理工大学2012年硕士学位论文,第11页。

〔5〕 谢丹:《军事行政诉讼有关问题研究》,载《西安政治学院学报》2008年第1期。

件若干问题的规定》，对军事法院管辖民事案件的范围、管辖权争议解决途径等问题进行了明确，标志着军事民事诉讼的正式确立。这种极不平衡的发展状态与军事法治建设日渐完善的总体环境不相适应，与军队加快现代化、正规化建设的时代背景格格不入。

从中外、军地在行政诉讼制度上的鲜明反差，以及军事司法制度的横向比较中，可以看出，我国的军事行政诉讼之所以一直停留在理论研究阶段，不是制度选择中的正常取舍，而是一种在制度变迁中的历史落差。但笔者认为，这种制度设计上的缺憾，只能是一个观念层面上的问题，而不应是技术层面上的问题，构建军事行政诉讼虽然存在一定的制度障碍，但并不是不可逾越的制度鸿沟。

三、亟待松绑的思想束缚

虽然我国的行政诉讼理论研究越来越深入，制度越来越完善，但对军事行政诉讼的研究成果却不多，实践中也没有建立军事行政诉讼制度，这与人们思想观念上的束缚有重要关系。

“军队作为一个捍卫国家主权和领土完整的武装集团，必须保持高度的集中统一。军队的这种本质特征决定了军事行政法律关系比普通行政法律关系更加强调和突出命令性、限制性和时效性，强调权力与服从。”^{〔1〕}因此，有部分学者反对开展军事行政诉讼，认为军事行政权是一种特殊的权力，保证军事行政权有效行使是首要的国家利益，如果军事行政权与相对人的合法权益产生冲突，则应以维护军事行政权为主，采取诉讼方式对军事行政权进行干预，将会影响军事行动的效率，甚至影响战争的胜利，对国家利益和军事利益造成损害。^{〔2〕}在军队内部，有一些官兵认为，军事行政诉讼就是“兵告官”，这与军人服从命令的天职^{〔3〕}相冲突，不利于巩

〔1〕 柯严：《军事行政诉讼问题研究综述》，载《法学研究》1990年第5期。

〔2〕 周恩惠：《北京军事法学会召开军事行政诉讼研讨会》，载《法学杂志》1990年第5期。

〔3〕 《中国人民解放军内务条令》（军发〔2010〕21号，于2010年5月4日由中央军委常务会议通过，自2010年6月15日起施行）第17条、第21条分别规定了“服从命令”是士兵和军官的一般职责。