

军事法学理论问题研究

JUNSHI FAXUE LILUN
WENTI YANJIU

张艳 / 著



JUNSHI FAXUE LILUN
WENTI YANJIU

张艳 / 著

军事法学理论问题研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

军事法学理论问题研究 / 张艳著. -- 北京:法律出版社,2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1602 - 8

I. ①军… II. ①张… III. ①军法—法学—研究
IV. ①E126

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 269750 号

军事法学理论问题研究
JUNSHI FAXUE LILUN WENTI YANJIU

张 艳 著

责任编辑 牛润青
装帧设计 鲍龙卉

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

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法商出版分社

开本 A5

印张 7.25

字数 196 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/010-63939792/9779

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/021-62071010/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1602 - 8

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

在笔者15年前进入军事法学的学术殿堂,开启对军事法学的学习和研究工作以来,就不断地遇见一些理论或实践问题,而这些问题自相逢之日起便时时困扰我心,极为持久地刺激着笔者对这一领域基本理论问题的思考,幸而今日略有所得,故将这一己之思汇聚成册,取名为《军事法学理论问题研究》。定此书名,有着以下的考虑:

首先,问题对学术研究的重要性。问题是科学研究的逻辑起点。作为当代西方最有影响的哲学家之一,卡尔·波普尔在其《波普尔自传:无尽的探索》这一思想自传中反复强调“问题意识”对于科学研究的重要性,提出一切科学讨论从问题始,以问题终。^①之所以认定和强调问题是研究的逻辑起点,其原因很简单,不以问题为前提的研究,要么注定只能重复前人的研究,要么是东拉西扯不知所

^① 参见[英]卡尔·波普尔:《波普尔自传:无尽的探索》,赵月瑟译,中央编译出版社2009年版,第139页。

云,因而不可能进行真正的理论推进,从而作出学术贡献。可以说,源起于西方的这一“问题意识”不仅激发自然科学的迅猛发展,同时亦促使社会科学研究活动的不断深入。作为社会科学领域的一分子,军事法学亦无法回避对本学科领域中基本理论问题的思考与回答。恰如学人所言,“问题”恰恰是值得关注、研究和着力解决的对象,解决这些问题正可以为我国军事法在新的挑战中继续前进开辟道路。^①

其次,军事法学学科领域基本理论问题的重要性。有了“问题意识”,能够发现问题,但何谓一个学科领域的基本理论问题也是值得深思的。什么样的问题才能被确定为一个学科领域的基本理论问题呢?也许借助陈瑞华教授对“问题”的界定标准,将有助于我们理解和确定学科领域的基本理论问题。他指出,要想构成社会科学研究中的“问题”,首先必须是一个长时间、普遍发生的疑问;其次这个疑问不是一般的疑问,必须是穷尽了本学科最前沿的理论也无法解释和解决的问题;再者,对一个“问题”能成为理论问题进行必要的验证,能不能被经验事实所验证。^② 立基于此,笔者认为,一个学科领域的基本理论问题也至少要符合这三个要求:一是这些基本理论问题是本学科领域中长时间、普遍发生且不断被追问的疑问;二是这些疑问穷尽了本学科领域累积的现存所有理论成果仍无法获得充分的解决,尚未达成普遍共识;三是这些疑问能够被经验事实所验证,确保不是假问题,而是真真切切地关系学科发展、满足实践需要的。据此,需要进一步追问的是,军事法学这一学科领域是否存在满足上述条件的基本理论问题呢?答案无疑是肯定的。

自1987年原国家教委把“军事法学”列为法学门类的一个分支学科以来,军事法学界研究的问题众多,讨论过的主要问题有:军事法的

^① 参见薛刚凌、周健主编:《军事法学》,法律出版社2006年版,第9页。

^② 参见陈瑞华:《社会科学方法对法学的影响》。转引自《北大法律评论》编辑委员会编:《北大法律评论》(第8卷第1辑),北京大学出版社2007年版,第220~223页。

概念与特征、军事法学科属性和体系、军事法的基本原则、依法治军方针、军队与行政诉讼、战争法与国内军事法的关系等。^①时至今日,仍有一些基本问题被不断提及且长盛不衰,如军事法的概念、军事法学的调整对象和范围、军事法的地位、军事法律体系、军事法的原则、军人法律地位等。对于这些问题的解答有多个版本(当然从已出版的教材对上述问题的回答,重复度偏高),可谓众说纷纭,莫衷一是。由此可见上述这些问题的重要与难度。

以上述三个条件为标准,笔者对符合要求的军事法学领域理论问题进行了梳理,故而本书的结构安排并非杂乱无章,而是经过反复思考后的分门别类。本书所选取的每一个看似零散无关的问题,实际上都与其前者或后者有着紧密的逻辑联系。也可以说,对前一个问题的追问、分析及思考结果,构成为后一个问题的前提基础;而后一个问题也可以说是对前一个问题更深入的解答。问题的前后顺序安排是一环接一环的展开。并且从每一篇文章的独立内容看,也是始终围绕着标题所指向的“问题”来展开。当然,所有的问题都只不过给出了个人思索后的自认为是目前最好的回答,但却远不是终极普适的解答。笔者很清醒地认识到随着研究的进一步深入,他人定会有更切合时代需求和理论发展的答案。

学人一般有这样基本的认知,那就是对基础理论问题开展研究,很有可能是十分耗费心力且成绩不甚突出的。有同仁曾善意地提醒笔者,不要花费时间和精力纠结于这种费力不讨好的付出,现在国防和军队建设领域的重大现实问题比比皆是,随便挑选一个热点问题做出一些研究就足以获得很好的效益。但从笔者研究兵役法学所积累的经验看,一个有学术情怀和责任心的研究者终究是躲不开、绕不过学科领域中那些基本理论问题的,看似浪费时间的无用之举,实则解我心中之

^① 参见张少瑜:《中国军事法学的过去、现在与未来》,载《华东政法学院学报》2000年第4期。

惑，释我久思之怀。

当前军事法在国家法律体系中面临着如问题三所言的“地位困境”，这只是问题的表象，暴露出来的真正问题则是军事法学领域那些基本理论问题没能得到很好地解决，进而影响到军事法学在整个法学领域的话语权受限，军事法在国家法律体系中的地位不高，军事法规制度在依法治军、从严治军实践中作用不强。本书正是基于对这些基本理论追根溯源以求答案的“问题意识”，对教学和研究过程中遇到的若干基本理论问题展开自己的思考，并提出具有自我特点的解决方案。虽然紧扣“问题”这样的研究方法和视角有助于笔者更集中地讨论、更深入地思考、更切实地解答，但必须说明的是，这终究仍是一家之言，因此可能存在谬误。这样的认识自觉除了让笔者更加警醒外，也更激励笔者进行深刻地学术反思、有效的学术创新，同时也热切地欢迎各方的指正。

张 艳

于湖南长沙

目 录

问题一：“军事”与“国防”之关系研究 / 1

一、问题的提出 / 2

二、有关“军事”与“国防”关系的现有解说 / 5

三、“国防”是与“军队”相提并论的概念 / 10

四、厘清“国防”与“军事”关系之意义 / 22

问题二：军事法之概念研究 / 25

一、问题的提出 / 25

二、学界关于军事法概念的现有认识 / 26

三、对军事法调整对象和调整范围现有

观点的评析 / 41

四、军事法概念的界定 / 64

问题三：军事法之地位研究 / 74

一、问题的提出 / 74

二、军事法在国家法律体系中的现有地位 / 76

- 三、军地法学界对军事法地位的认识 / 83
- 四、各方对军事法地位认识不一的原因分析 / 92
- 五、争取军事法的独立部门法地位的意义 / 96
- 六、为军事法获得独立部门法地位应作出的努力 / 102

问题四：中国特色军事法体系研究 / 115

- 一、问题的提出 / 115
- 二、我国军事法体系理论研究的现有成果 / 117
- 三、影响中国特色军事法体系理论研究的两种重要观点 / 121
- 四、中国特色军事法体系理论研究的努力方向 / 127

问题五：“军事法从严原则”的语境分析 / 134

- 一、问题的提出 / 135
- 二、关于“军事法从严原则”的现有界说 / 137
- 三、“军事法从严原则”的刑法对比研究 / 141
- 四、“军事法从严原则”适用的特定语境分析 / 154

问题六：依法治军从严治军之主体研究 / 158

- 一、问题的提出 / 159
- 二、依法治军从严治军主体研究的现状 / 160
- 三、依法治军从严治军主体研究的评析 / 162
- 四、依法治军从严治军回归应然主体是破局之举 / 171

问题七:军人法律地位研究 / 175

一、问题的提出 / 175

二、我国“军人”概念和范围辨析 / 177

三、“军人法律地位”现有研究辨析 / 183

四、“军人法律地位”含义的解析 / 187

参考文献 / 210

后记 / 217

问题一：

“军事”与“国防”之关系研究

军事法学中一个最基础、最重要的理论问题就是“军事法”的概念问题,由于学界对军事法的概念没有形成统一的界定,各人皆欲贡献出自己的理论成果,因此呈现出众说纷纭的状态。

“军事法”作为军事法学理论研究和军事法制建设实践的元概念,^①提醒着学界必须对这一专业术语的概念作出准确界定。因为“任何理论首先必须澄清杂乱的、可以说是混淆不清的概念和观念。只有对名称和概念有了共同的理解,才可能清楚而顺利地研究问题,才能同读者常常站在同一个立足点上。”^②而“如果有谁认为这一切都是毫无意义的,那么他除非不进行理论研究,否则,他一定还没有被

① 所谓“元概念”(meta-concept),是统领诸多一般性具体概念的具备统括能力的本原性概念。参见陈中梅:《辞源考》,载《文学》2013年春夏卷,上海文艺出版社2013年版,第241页。

② [德]克劳塞维茨:《战争论》,中国人民解放军军事科学院译,解放军出版社1964年版,第86页。

那些混淆不清、缺乏任何可靠根据、得不出任何结论的概念,即那些时而平淡无味、时而荒诞无稽、时而空洞无物的概念弄得头昏脑胀。”^①而军事法的概念则恰是一个尚未被界定清楚的概念。从学界对军事法概念的已有研究看,最大的争议在于如何确定军事法的内容和边界,而厘清“军事法”的概念有赖于对“军事”和“国防”二者关系的准确把握。因此,唯有辨清“军事”和“国防”二者间的关系,才能对“军事法”概念给出可信的解读,这个基础性问题必须首先解决。

一、问题的提出

确定军事法概念和边界范围既具有重要的理论意义,也具有重大的现实意义。能否准确界定“军事法”的概念,不仅关系到军事法学理论体系的成熟与否,因为军事法的所有理论构建——不论是军事法学的研究对象,军事法区别于宪法、刑法、民法等其他法律的特征,军事法的基本原则,抑或是军事法规制度体系等——都建立在对军事法的准确定义上;也关系到军事法治建设实践的成功与否,诚如2015年中央军委发布的《关于新形势下深入推进依法治军从严治军的决定》中提到的:(未来要)构建完善中国特色军事法治体系,形成系统完备、严密高效的军事法规制度体系、军事法治实施体系、军事法治监督体系、军事法治保障体系,提高国防和军队建设法治化水平。^②在这四大体系中,且不说军事法规制度是军队建设和部队行动的基本依据,是官兵行为的基本准则;就是这四个体系的适用范围也有赖于对军事法概念做出准确界定。

当前军事法在国家法律体系中的地位不高,成分不明,首先体现在,中国特色社会主义法律体系中难以找到军事法的明确定位;其次,军事

^① [德]克劳塞维茨:《战争论》,中国人民解放军军事科学院译,解放军出版社1964年版,第87页。

^② 参见赵东斌、张永强、张山新等:《〈中央军委关于新形势下深入推进依法治军从严治军的决定〉要点释义》,载《解放军报》2015年4月22日,第7版。

法的很多分支被拆分至宪法、行政法等部门法下；再者，军事法规的地位无法与行政法规、地方性法规的地位相提并论。^①如2015年新修正的《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）仍然沿袭过去只在“附则”而非“分则”部分规定军事机关的立法权限及适用范围，且2015年《立法法》也只在第六章“附则”中给出两个条文来规定中央军委的军事法规制定权和中央军事委员会各总部、军兵种、军区（国防和军队改革以来，原总部、原军区皆已撤、并、改，本处仍按《立法法》现行的原文表述）、中国人民武装警察部队在其权限范围内军事规章的制定权，而不像法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章分别以专章或专节的方式出现在《立法法》的“分则”中；此外，还存在将国务院总理和中央军事委员会主席共同签署的，以国务院、中央军事委员会令公布实施的有关国防建设领域的法规命名为行政法规而非军事行政法规的问题。^②这从一个侧面更加说明厘清“军事法”概念的紧迫性、严峻性和重要性。而要厘清“军事法”的概念，又不得不明晰“军事”与“国防”二者间的关系。正如有的学者所言，目前军事法理论研究最大的缺陷和不足，正是“军事”和“国防”两个关系学科建设发展的基础概念在理解和

^① 参见张艳：《再议军事法在国家法律体系中的地位——基于对〈中国特色社会主义法律体系〉白皮书的分析》，载《西安政治学院学报》2012年第6期。

^② 其实“军事行政法规”和“军事行政规章”的说法得到了官方支持，如1998年我国颁布的第一部国防白皮书《中国的国防》第三部分“国防建设”的“军事法制建设”中提到：“1982年后，中国在国家立法体制中进一步健全了军事立法体制，即全国人民代表大会及其常务委员会制定国防和军队建设的法律；中央军事委员会制定军事法规，或者与国务院联合制定军事行政法规；各总部、各军兵种、各军区制定军事规章，或者与国务院有关部门联合制定军事行政规章。”“十多年来，中国军事立法取得了显著成绩。全国人民代表大会及其常务委员会制定了《中华人民共和国国防法》《中华人民共和国兵役法》《中华人民共和国军事设施保护法》《中华人民共和国人民防空法》《中华人民共和国预备役军官法》《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》《中国人民解放军现役军官服役条例》《中国人民解放军军官军衔条例》等12件国防和军队建设的法律以及有关法律问题的决定。国务院、中央军事委员会制定了《国防交通条例》《征兵工作条例》《民兵工作条例》《中国人民解放军现役士兵服役条例》《军队参加抢险救灾条例》等40多件军事行政法规。”

使用上的混乱。^① 因此,厘清“军事”和“国防”二词的含义十分重要。

目前学界关于军事和国防的关系有 4 种意见,具体见图 1:

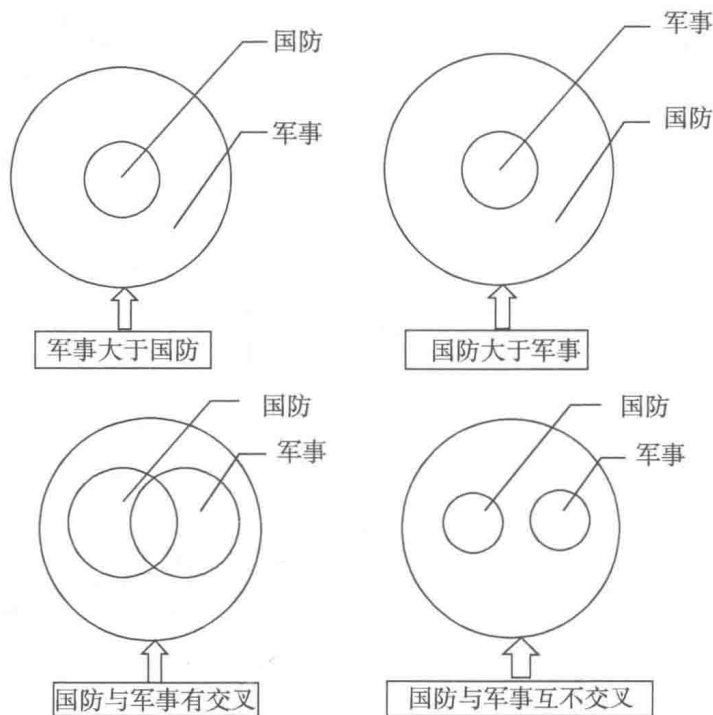


图 1 军事与国防关系图

如图 1 所示,“军事”和“国防”二者间的不同关系将会导致不同的结果发生:

第一种情况,如果主张“军事”包含“国防”,则国防建设领域毫无疑问是军事法的调整对象,国防法是军事法的一个组成部分并且是军事法体系中的基本法(见图 1 中的第一幅图)。

第二种情况,如果主张“国防”包含“军事”,则国防法律法规将调整

^① 田思源、王凌:《国防行政法与军事行政法》,清华大学出版社 2009 年版,第 3~4 页。

所有的军事问题,军事法归于国防法下,按照现在划分的“七大部门法体系”,国防法律法规分别归属于宪法和行政法部门下,军事法随之归于宪法和行政法部门下,并且没有独立的法律部门地位也顺理成章(见图1中的第二幅图)。

第三种情况,如果认为“军事”与“国防”是平行且有交叉关系,则“军事法”与“国防法”是平行且不相隶属关系,它们交叉的部分集中在反侵略的武装抵抗和防御^①(见图1中的第三幅图)。

第四种情况,如果“军事”与“国防”全然无关,则军事的归军事,国防的归国防,军事法律法规与国防法律法规就是两套平行不相交的系统(见图1中的第四幅图),则国防法调整对象与军事法的调整对象不会有交叉。

由此可见,不管采信何种观点,“军事”和“国防”的关系问题都是无法回避而必须作答的,这关系到军事法的概念以及建立在这一概念之上的军事法基础性理论成立与否。

二、有关“军事”与“国防”关系的现有解说

既然厘清“军事”和“国防”二者的关系,可以帮助人们给出“军事法”概念的可信解读,那就有必要梳理当前学界对“军事”和“国防”的界定,而笔者发现“军事”与“国防”的现有概念并不能准确界定二者间关系。

(一)《辞海》对“军事”与“国防”二词关系的界定不足为凭

军地法学界人士虽然对“军事”和“国防”二词的关系存在不同认识,但在讨论“军事”与“国防”这两个词时,通常都会引用到1999年版

^① 夏勇先生认为,较为可取的是将“军事”与“国防”关系定位为交叉关系,即重合部分为反侵略的武装抵抗和防御,之外的军事部分为“武装维和、国家内部的军事冲突”。参见夏勇:《中国军事法学基础理论研究》,中国财政经济出版社2005年版,第40~42页。笔者注意到,夏勇先生在该书中谈到“军事”与“国防”有五种关系,即国防大于或包含军事、军事大于或包含国防、国防和军事等同或重合、国防和军事并列或平行、国防和军事交叉或部分重合,但笔者选用的是较为常见的四种关系进行分析。

的《辞海》。^①这说明军地法学界对于这本工具书的权威性还是予以充分肯定的。那么,通过对该版《辞海》有关“军事”和“国防”界定的解读,能够获得“军事”和“国防”二词关系的何种讯息呢?

1999年版《辞海》将“军事”解释为:“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。”^②而将“国防”定义为:“国家为捍卫主权、领土完整和安全,防备、抵御外来武装侵略和颠覆而进行的军事及与军事有关的政治、外交、经济、科技、文化等方面的建设和斗争。”^③

既然军地法学界都有人认为《辞海》具有权威性,并引用其中对“军事”和“国防”的界定,那笔者就立足于《辞海》对这两个词的解释来分析“军事”与“国防”二者间的关系。

如果主张“国防”大于“军事”观点的学人,就只会列出该版《辞海》第2058页对“国防”的解释,并在解释“军事”一词时省去《辞海》对其界定的某些内容,如在《国防行政法与军事行政法》一书中,仅列出“军事”是“一切与战争或军队直接相关的事项的统称”,^④而省去了该版《辞海》第1012页关于军事“主要包括国防建设与军队建设、战争准备与战争实施”^⑤这样的解释性话语,因此似乎顺理成章地得出“国防”等于“军事+与军事有关的活动”这一结论。

如果主张“军事”大于“国防”观点的学人,则会引用该版《辞海》第1012页对“军事”的解释,即“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”,^⑥而省去该

① 如引用《辞海》中关于“军事”的界定,参见薛刚凌、周健主编:《军事法学》,法律出版社2006年版,第17页。引用《辞海》中关于“国防”的界定,参见田思源、王凌:《国防行政法与军事行政法》,清华大学出版社2009年版,第4页。

② 《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第1012页。

③ 《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第2058页。

④ 田思源、王凌:《国防行政法与军事行政法》,清华大学出版社2009年版,第4页。

⑤ 田思源、王凌:《国防行政法与军事行政法》,清华大学出版社2009年版,第4页。

⑥ 薛刚凌、周健主编:《军事法学》,法律出版社2006年版,第17页。

版《辞海》第 2058 页对“国防”的解释性话语。这样,在与“国防”定义没有可供对比的背景下,也能得出“军事”等于“国防建设 + 军队建设 + ……”的结论。

然而,综合对比 1999 年版《辞海》对“军事”和“国防”二词的完整解释,很难据此得出二者间确切关系的肯定性结论。如前所述,如果单单引用《辞海》对“军事”一词的界定,“军事”大于“国防”的观点是可以成立的;而仅仅引用《辞海》对“国防”一词的界定,也能得出“国防”大于“军事”的观点。但这只是一种没有正确参照物的片面结论,如果将二者摆在一起进行比较,则无法准确地厘清“国防”和“军事”的逻辑关系,谁的内涵和外延能够涵盖另一个术语并不像有些著述所断言的那样肯定。

时隔 10 年后的 2010 年版的《辞海》也没有对二词进行大的改变,仍基本保留了 1999 年版《辞海》的观点。2010 年版《辞海》将“国防”定义为:“国家为防备和抵抗侵略,保卫国家的主权、统一、领土完整和安全,所进行的军事及与军事有关的政治、经济、外交、科技、教育等方面的活动。主要包括:武装力量建设,边防、海防、空防建设,国防科研生产,全民国防教育,完善动员机制,实现国防现代化。”^①将“军事”定义为:“一切与战争和国防直接相关的事项。主要包括战争准备与实施、国防建设与军队建设、国际军事安全与合作等。军事涉及国家的政治、经济、科学技术、文化传统和地理环境等各个方面,具有社会性、政治性、经济性、技术性、暴力性、对抗性和地域性等特征。”^②

综上所述,关于“军事”与“国防”,无论是 1999 年版《辞海》还是 2010 年版《辞海》的解释都无法帮助人们获得二者间关系的清晰认识。因此,《辞海》对“军事”和“国防”的解释缺乏足够的权威性,现有著述片

① 夏征农、陈至立主编:《辞海》(第六版缩印本),上海辞书出版社 2010 年版,第 660 页。这一解释与《国防法》第 2 条的内容基本契合。

② 夏征农、陈至立主编:《辞海》(第六版缩印本),上海辞书出版社 2010 年版,第 995 页。