

21

21世纪法学规划教材

军事法学

SCIENCE OF MILITARY LAW

薛刚凌 周 健 主编



法律出版社

21 世纪法学规划教材

军事法学

主 编 | 薛刚凌 周 健

编 委 | 李佑标 曲新久 吴 华
以姓氏笔画为序 | 肖凤城 周 健 周忠海
钱寿根 曾志平 薛刚凌

图书在版编目(CIP)数据

军事法学/薛刚凌,周健主编. —北京:法律出版社,
2006.4

21世纪法学规划教材

ISBN 7-5036-6290-5

I. 军… II. ①薛… ②周… III. 军法—法学—高等
学校—教材 IV. E126

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 028670 号

法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/23.75 字数/400千

版本/2006年4月第1版

印次/2006年4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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6290-5/D·6007 定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

20世纪80年代,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入21世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人汲取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在21世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育发展服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社

作者简介

薛刚凌 女,中国政法大学教授、法学博士、博士研究生导师、法学院分党委书记兼法学院副院长、军事法研究中心主任。同时兼任国务院行政审批改革办公室专家组成员、监察部特邀监察员、中国行政法研究会常务理事。曾在中国人民解放军 87205 部队任助理工程师,上尉军衔。现主要研究领域为行政法学和军事法学。薛刚凌教授先后参与《行政许可法》、《行政强制法》等多部法律的研究起草工作。个人专著《变迁时代的行政法思考》、《行政诉讼研究》等,主编《外国及港澳台行政诉讼制度研究》、《行政诉讼法学》等,合著《行政组织法研究》等。

周健 解放军西安政治学院教授、法学博士、博士研究生导师、大校军衔,中国政法大学军事法研究中心研究员、中国政法大学兼职军事法学博士研究生导师。同时兼任西安市仲裁委员会仲裁员、西安市人民检察院专家咨询委员等职务。主要研究领域为军事法学。个人专著《军事法史纲》、《军事法论纲》、《中国军事法的传统》等,主编《军事立法学》、《外国法制史》等,合著《军事行政法律行为研究》、《法律战:战时军事法》丛书(共五本)、《比较军事法》丛书(共五本)等。

周忠海 中国政法大学教授、博士研究生导师、博士后流动站合作导师、国际法研究中心主任、军事法研究中心研究员。同时兼任中国国际法学会副会长,中国海洋法学会副会长,中国法学会 WTO 研究会常务理事,中国社会科学院法学研究所、国际法研究中心特邀教授(研究员),北京市军事法学会理事,外交学院、中国海洋大学、解放军西安政治学院兼职教授。个人专著《国际海洋法》、《国际法学述评》等,主编《中国大百科全书》第二版(国际法卷)、《国际法》(教材)等。

曲新久 中国政法大学教授、法学博士、博士研究生导师、刑事司法学院院长、军事法研究中心研究员。同时兼任中国法学会刑法学研究会理事、中国犯罪学研究会理事、北京市人大常委会咨询专家、北京律师协会刑事辩护专业委员会顾问等职务。主要研究领域为刑法学、刑事政策学。专著《刑法的精神与范畴》、《刑事政策的权力分析》、《金融与金融犯罪》等,主编《刑法学》、《刑法概论》、《刑法学案例教程》等教材。

钱寿根 中国政法大学军事法研究中心副主任、硕士研究生导师,法学教授,曾任北京市法学会常务理事、北京军事法学会副会长兼秘书长。参加编写著作 20 多本,专著《军事法理学》,主编《军事法概论》、《军事法学》、《国防法学》、《中华人民共和国法律大百科全书(军事法卷)》等,副主编《军事法学词典》、《军事法学教程》、《中华人民共和国法律大百科全书(宪法卷)》等,合著《中国军事法学》、《邓小平法制思想研究》等。

肖凤城 中央军委法制局法制员、法学博士、大校军衔、中国政法大学军事法研究中心研究员。个人专著《中立法》等。发表论文“论国际法上的内政问题”、“试论联合国体制的

2 作者简介

走向”、“海战法对平民和战争受难者的保护”、“论国家航空器在国际空域发生碰撞的管辖权问题”、“国际法对人道主义干涉的否定与再考虑”、“21世纪:战争样式与武装冲突法”等。

李佑标 中国人民武装警察部队学院教授、军事法学研究所所长、基础部主任、大校军衔。主编《中华人民共和国百法大讲座(军事法编)》等,副主编《国防法学》等,合著《军事法学原理》等,参编《军事法概论》、《军事法学教程》、《军事法学词典》等。在《中国法学》等杂志上发表“军事法与军事法学的概念研究”等军事法学论文二十余篇。

吴华 女,中国人民武装警察部队学院副教授、法学博士、中校军衔,曾在日本东京大学做访问学者一年。个人专著《行政诉讼类型研究》,参与撰写著作9部,参与编写教材5部。在《政法论坛》、《行政法学研究》等杂志发表论文近三十篇。

曾志平 中国政法大学军事法学博士研究生、副教授、退役中校,曾任解放军某部保卫科副科长、副教授,中央广播电视大学、华东交通大学兼职教授。现主要研究军事法学基础理论,侧重于宪政体制下的文武关系研究。在《法学杂志》、《西安政治学院学报》等处发表学术论文十余篇。

田胜利 解放军西安政治学院副教授、硕士研究生导师、军队律师、中校军衔、西安仲裁委员会仲裁员。个人专著《军人权益论》,合著《法律战:战时军事行政法》等,发表论文“军人保险立法的思考”、“对要约理论的再探索”、“公民距离国家赔偿究竟有多远”等。同时担任大型系列法制教育片《军营说法》的主要撰稿人和法律顾问。

李宝生 解放军西安政治学院副教授、硕士研究生导师、少校军衔。主要研究方向为军事行政法、军事司法等领域。合著《军事检察学》,发表论文“我国军事补偿制度初论”等。

朱雁新 解放军西安政治学院讲师、军事法学硕士、少校军衔。主要从事宪法学、军事立法学、比较军事法学、战时军事法学、武装冲突法学、法律战等领域的教学和研究工作。参加编写的主要著作:《军事立法学》、《军队律师工作概论》、《英国军事法》、《战时军事刑事诉讼法》、《法律战教育训练》等,并发表专业论文十余篇。

赵东斌 国防大学政治部干事、中国政法大学军事法学博士研究生、中校军衔。兼职律师。参加《拓宽依法治军的视野》、《建设社会主义法治国家》等10本书的编写。在《中国军法》、《解放军报》、《检察日报》等报刊上发表了三十余篇论文。

胡世洪 解放军西安政治学院军事法学博士研究生、少校军衔。曾任成都军区某技术局翻译,现研究方向为军事立法。合著《比较军事法》丛书,在校期间发表学术论文十余篇。

朱满强 解放军西安政治学院讲师、军事法学硕士、上尉军衔。合著《战时军事法总论》。

潘北枝 中国政法大学宪法学与行政法学博士研究生。

前 言

在我国现代化进程中,国防与军队现代化具有重要地位。而要实现国防与军队的现代化,要以科学发展观为指导,要有完备的军事法律制度的支撑和保障,也要有成熟的军事法学理论的支持和引导。国防与军队现代化的实践要求既对军事法学研究提出了挑战,也是军事法学发展的契机。为适应军事法学教学和科研的需要,我们集体编写了《军事法学》一书。本书的写作从大纲到观点、文字都进行了充分讨论,并数易其稿。本书广泛吸收军事法学以往的研究成果,尤其是最新成果,并注重观点创新。在军事法学结构体系方面,对以往研究进行了全面梳理,按照国内军事法与武装冲突法的关系以及军事活动的环节,对军事法学体系进行了全新的构建。

本书分工如下:

导论:肖凤城

第一章:周健、曾志平、朱雁新

第二章:胡世洪、李佑标

第三章、第十二章:李佑标

第四章:周健、田胜利

第五章:薛刚凌、曾志平

第六章:曾志平、潘北枝

第七章:曾志平

第八章、第九章、第十一章:吴华

第十章:李佑标、吴华

第十三章:赵东斌、钱寿根

第十四章:钱寿根

第十五章:李宝生

第十六章:曲新久

第十七章:朱满强

第十八至二十二章:周忠海

本书由薛刚凌教授、周健教授主编定稿,编委会成员参与了讨论统稿,钱寿根教授承担了大量的组织协调工作。中国政法大学第一届军事法学硕士研究生王涛、张立、林晓坤、薛睿杰、黄秀芬在本书的统稿阶段也做了许多具体工作。

2 前 言

最后,本书在编写过程中得到了法律出版社及编辑易明群、赵浩的大力支持,在他们的帮助和努力下,本书得以顺利出版,在此我们表示衷心感谢。

本书编委会
2006年3月26日

目 录

导论

——中国军事法的建构与展望·····	(1)
--------------------	-------

第一编 总 论

第一章 军事法概述 ·····	(17)
第一节 军事法的概念与调整范围·····	(17)
第二节 军事法学的概念和学科体系·····	(25)
第二章 军事法的渊源 ·····	(34)
第一节 军事法的渊源概述·····	(34)
第二节 军事法渊源的种类·····	(40)
第三节 军事法渊源的冲突与适用·····	(44)
第三章 军事法的基本原则 ·····	(48)
第一节 军事法基本原则概述·····	(48)
第二节 维护国家军事利益原则·····	(51)
第三节 保障高度集中统一原则·····	(56)
第四节 保障军人权益原则·····	(59)
第五节 维护世界和平原则·····	(62)
第六节 开放性原则·····	(64)
第四章 军事法的历史与发展 ·····	(68)
第一节 中国古代军事法的历史·····	(68)
第二节 中国近代军事法的历史·····	(74)
第三节 中国现代军事法的发展·····	(75)
第四节 外国军事法的历史与发展·····	(79)

第二编 军事组织法

第五章 军事组织法概述 ·····	(85)
--------------------------	--------

2 军事法学

第一节	军事组织法的概念	(85)
第二节	军事组织法的内容	(88)
第三节	军事领导体制	(89)
第六章	武装力量	(97)
第一节	武装力量概述	(97)
第二节	外国武装力量	(102)
第三节	中国武装力量	(107)
第七章	军人	(120)
第一节	军人概述	(120)
第二节	军人的法律地位	(124)
第三节	军人管理制度	(130)
第八章	军事装备、军事设施与军事后勤	(146)
第一节	军事装备	(146)
第二节	军事设施	(150)
第三节	军事后勤	(152)

第三编 军事行为

第九章	军事行为概述	(161)
第一节	军事行为的概念和特征	(161)
第二节	军事行为的分类	(165)
第三节	军事行为的效力	(167)
第十章	武装军事行为	(170)
第一节	武装军事行为的概念	(170)
第二节	战争行为	(173)
第三节	抵制武装颠覆行为	(179)
第四节	戒严行为	(181)
第十一章	军事管理行为	(187)
第一节	军事管理行为概述	(187)
第二节	军事行政管理	(188)
第三节	军事训练管理	(197)
第四节	军队政治工作	(200)
第十二章	军事支持行为	(206)
第一节	军事支持行为的概念和特征	(206)
第二节	国防教育	(207)

第三节	国防动员	(208)
第四节	国防科研生产	(211)
第五节	军事采购	(213)
第六节	军事征用	(214)

第四编 军事责任

第十三章	军事责任概述	(223)
第一节	军事责任的概念和特点	(223)
第二节	军事责任的构成和种类	(226)
第三节	军事责任的追究原则	(229)
第四节	军事责任的实现	(231)
第十四章	军事行政责任	(236)
第一节	军事行政责任的概念和特征	(236)
第二节	军人行政违法行为的概念和构成要件	(238)
第三节	军人行政违法行为的法律后果	(239)
第十五章	军事补偿、军事赔偿与军事行政诉讼	(246)
第一节	军事补偿	(246)
第二节	军事赔偿	(253)
第三节	军事行政诉讼	(258)
第十六章	军事刑事责任	(265)
第一节	军事刑事责任概述	(265)
第二节	军事犯罪构成要件	(267)
第三节	危害国防利益罪及其刑事责任	(268)
第四节	军人违反职责罪及其刑事责任	(274)
第十七章	军事刑事诉讼	(283)
第一节	军事刑事诉讼制度的基本理论	(283)
第二节	军事刑事诉讼程序	(292)
第三节	战时军事刑事诉讼程序的构想	(299)

第五编 武装冲突法

第十八章	武装冲突法概述	(311)
第一节	武装冲突法的概念	(311)
第二节	武装冲突法的编纂	(313)

4 军事法学

第三节 武装冲突法的内容体系·····	(314)
第十九章 战争法 ·····	(316)
第一节 战争法的传统规则·····	(316)
第二节 战争的开始及其法律效果·····	(318)
第三节 战时中立·····	(321)
第二十章 武力使用法 ·····	(326)
第一节 武力使用法的渊源·····	(326)
第二节 武力使用法的内容·····	(326)
第二十一章 国际人道主义法 ·····	(337)
第一节 国际人道主义法的概念和内容·····	(337)
第二节 作战手段和方法的限制·····	(338)
第三节 人道主义保护·····	(349)
第二十二章 惩治战争罪与反人道罪 ·····	(356)
第一节 战争罪·····	(356)
第二节 反人道罪·····	(360)

导 论

——中国军事法的建构与展望

一、大结构的生成

中国在清朝以前有过比较发达的封建专制的军事法,随着封建王朝的覆灭退出了历史舞台;后来又出现仿效西方国家的军事法,也随着新中国的建立而被逐出祖国大陆。中华人民共和国的军事法在建国初期有过一个蓬勃发展的阶段,^[1]但在文化大革命期间这一发展几乎完全停滞。文革结束以后,在依法治国的大格局下,中国军事法进入了全面振兴的时代。自20世纪80年代以来,仅仅20多年,中国军事法已经迅速形成一个既有自身特色、又具有现代性的制度体系。所谓自身特色是指这个制度体系与西方国家军事法有一些不同的原则和制度,它可以分为两部分:一是中国共产党在建设武装力量、开展武装斗争中形成的特有的基本原则和制度,这些基本原则和制度是中国军事法的政治基础,在最近20多年中国军事法的发展过程中始终是这个制度体系的核心,使中国军事法在宏观上保持着它的中国特色;二是根据当代中国的国情形成的与西方国家军事法不同的许多具体制度,这类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。中国军事法的现代性则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性,它也可以分为两部分:一是中国

[1] 中华人民共和国建立后,在继承革命战争时期人民解放军和革命根据地(抗日根据地)政府制定的各项军事法规的基础上,逐步加强了军事法制建设。在军事犯罪与刑罚、军事刑事诉讼、兵役、军队体制编制、军人及家属抚恤优待、军队行政管理、军队教育和训练、军队政治工作以及对外军事交往等方面,制定了一系列军事法律、法规。如1950年发布《革命烈士家属、革命军人家属优待暂行条例》、《革命残废军人优待抚恤暂行条例》、《革命军人牺牲、病故褒恤暂行条例》、《民兵民工伤亡抚恤暂行条例》等;1951年发布《中国人民解放军队列条令》、《中国人民解放军纪律条令》、《中国人民解放军内务条令》、《志愿军战时军法条例》、《保守国家军事机密暂行条例》等;1952年发布《民兵组织暂行条例》、《中国人民解放军立功与奖励工作条例(草案)》等;1953年发布《中国人民解放军干部任免暂行规定》等;1954年发布《复员建设军人安置暂行办法》等;1955年发布《兵役法》、《中国人民解放军军官服役条例》等;1957年发布《关于处理干部转业问题的几项规定》等;1958年发布《关于处理义务兵退伍的暂行规定》等。参见中国军事百科全书编审委员会:《中国军事百科全书》,军事科学出版社1997年版,第3卷第367页。

军事法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明快地转译为西方国家军事法的概念而不会发生误解;二是中国军事法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,也就是遵循着立法、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、与现代军事变革相适应的全新的制度体系。

从逻辑上讲,当代中国军事法是以1982年宪法也即现行宪法为起点的。但从时间上讲,在1982年宪法诞生前夕,中国军事法因文化大革命而停滞了的发展进程已经开始复苏。这一复苏有三个标志:一是在军事司法方面,于1978年年初和年底先后恢复了中国人民解放军军事法院^[2]和军事检察院^[3]建制。“两院”的恢复是我国军事法重新振兴的一个鲜明信号。二是在军事刑法方面,全国人民代表大会常务委员会于1981年6月通过了《惩治军人违反职责罪暂行条例》。^[4]这个条例构成了我国的军事刑法,意味着我国军事法向较深的层次发展。三是在军事管理方面,制定和修订了几部亟需的军事法律法规,主要是1978年发布的《中国人民解放军保守国家军事机密条例》、《关于中国人民解放军志愿兵待遇的规定》、《中国人民解放军干部服役条例》,1979年发布的《中国人民解放军机要工作条例》、《中国人民解放军合成军队军、师战斗条令》,1980年发布的《退伍军人预备役登记统计暂行规定》等。这些法律、法规的出台意味着我国军事法向广度发展,逐步走向全面恢复。总的来说,从1978年到1981年,这4年间我国军事法的恢复是新时期中国军事法发展的一个序曲。

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的基础,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与权利之间的法律协调提供了基本规范。具体来说,现行宪法在以下七个方面铺展了中国军事法前进的道路:(1)关于战争、动员和紧急状态的决定权。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。动员是指国家对各种人力、物力的集中调

[2] 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:《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。

[3] 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:《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。

[4] 该条例已于1997年10月1日修订的《刑法》施行之日起废止。

用,其中包括为应对战争而进行的动员。紧急状态是指一种与正常的宪政状态相对应的可以行使国家紧急权应对的状态。这些都是涉及行使国家军事权的大事,应当在宪法中作出规定。我国宪法规定,全国人民代表大会有权“决定战争和和平的问题”(第62条第14项);全国人大常委会“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67条第18项)、“决定全国总动员或者局部动员”(第67条第19项)、“决定全国或者个别省、自治区、直辖市的紧急状态”(第67条第20项)。^{〔5〕}(2)关于国防建设的领导和管理体制。国防建设是指为国防目的所进行的人力和物力建设活动。领导和管理国防建设与政府领导和管理国家的经济社会各项建设的关系应当在宪法中明确。宪法规定:国务院“领导和管理国防建设事业”(第89条第10项)。这一规定后来在1997年通过的《国防法》中得到展开,包括九项职权。(3)关于武装力量的领导体制。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条)宪法还规定了中央军事委员会的组成、任期和负责关系(第93、94条)。(4)关于武装力量的性质、任务和建设方针。宪法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。”(第29条第1款)宪法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。”(第29条第2款)(5)关于武装力量的政治地位和活动准则。宪法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。”(第59条)这一规定把军队作为一个单独的选举单位。可以看出,全国人民代表大会代表的选举总体上是按地域原则规定的,只有军队的代表是按界别原则规定的,这是我国宪法作出的一项特殊的法律规定。宪法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。”(第5条)(6)关于公民在国防方面的权利和义务以及对军人的优抚政策。宪法关于公民在国防方面的权利义务的规定是:“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54条)“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。”(第55条)宪法关于对军人优抚政策的规定是:“国家和社会保障残废

〔5〕 根据全国人民代表大会2004年3月14日通过的《宪法修正案》,第67条第20项被修改为“决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态”。

军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。”(第45条)(7)关于军事审判和军事检察机关的设置。宪法规定:“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124条)“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。”(第130条)

宪法关于军事方面的规定不但极大地推动了20多年来我国军事法持续地迅猛发展,而且为我国军事法体系的形成起了奠基作用。1997年全国人民代表大会通过的《国防法》是直接以宪法为依据、总结15年军事法发展的成果制定的,标志着我国军事法体系基本形成。《国防法》把国防和军事紧密地结合在一起,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。^[6]《国防法》既是宪法有关军事方面规定的具体化,又是对整个军事法的体系化。《国防法》在总则中规定了国防活动的基本原则,尔后分章规定了国家机构的国防职权,武装力量,边防、海防和空防,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。这十一个方面构成了我国军事法的基本结构,除了军事司法由于国家法律体系的特殊原因外,军事法的其他内容都可以纳入到这个结构之中。今天我们可以看到,军事法的上述十一个方面几乎都已经有了比较充分的立法和法律实施活动。所以,中国军事法的大结构已经生成,这是毋庸置疑的。

二、复杂多维的挑战

从1982年宪法诞生到现在20多年过去了,当我们回首中国军事法的发展历程,惊喜它所取得的卓越成就时,发现它又面临着复杂而多维的新挑战,有那么多新情况、新问题需要它作出回应。概括而言,今天我国军事法面临的挑战主要来自以下四个方面:

(一)信息化战争对军事法的要求

由于军事科学技术的进步,进入21世纪后,人类已经迈入了信息化战争时代。信息化战争并不是说所有的武器装备、体制编制、作战样式都是信息化的,而是以信息化部分为龙头,牵引着机械化乃至非信息化、非机械化的各个部分,形成一个更加复杂多样的武器装备、体制编制和作战样式系统。这一新情况给军事法带来了更加复杂的要求。在武器装备方面,从技术上讲,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

[6] 《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。

理方式，〔7〕以使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制的方式来实现。从国际法上讲，新武器的研制和使用还需要进行人道主义法方面的评估，我们有能力研制的新武器是否符合现行有效的有关禁止或限制某些武器或作战方法的国际公约和惯例，是否符合我们推动此类国际公约和惯例发展的方向，这也是军事法需要关注的领域。在体制编制方面，信息化战争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，并且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，并且使军队的后勤保障和人才培养社会化。〔8〕这就必然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的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。〔9〕这些作战样式涉及的法律问题非常广泛和复杂，不仅涉及到与军事行动有关的国际空间法、海洋法、环境法、战争法等许多领域，而且涉及国内军事法本身如何与之相适应的问题。

（二）军事斗争的特定任务对军事法的要求

我国在今后一个时期进行军事斗争的主要目标是针对民族分裂主义、宗教极端主义和国际恐怖主义，其中特别是民族分裂主义。根据这一目标，需要进行军事斗争准备，其中包括法律准备。从20世纪80年代以来发生的几场较大规模的战争可以看出，在军事斗争中开展法律斗争，有利于争取国际社会的理解和支持，有利于更好地凝聚民心、军心，有利于达成军事行动的目的，对战争的进程和结局有重要影响。〔10〕显然，如何为在军事斗争中进行法律斗争做好准备，便成为军事法发展的一个新课题。根据军事斗争中开展法律斗争的需要，我们应当有以下几个方面的立法和实施准备：一是关于“师出有名”的立法，也就是为军事行动的合法性做好与国际法相衔接的国内立法的准备。在这方面，2005年3月公布施行的《反分裂国家法》奠定了坚实的法律基础。《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

〔7〕 武器装备管理趋向高度集中统一，这是当代军事的发展方向。参见张万年主编：《当代世界军事与中国国防》，军事科学出版社1999年版，第81页。

〔8〕 世界各国在调整军队规模和推行精兵政策的过程中，增大技术密集型军兵种的比例，实行军队编制的一体化、多样化和小型化，实行院校教育的社会化和后勤保障的社会化和联合化。同前书，第77～84页。

〔9〕 同前书，第113～121页。

〔10〕 王霞：“法律战概念的形成、内涵和作用”，载《法治论丛》2005年第5期。