

军队“2110工程”重点学科建设项目

中国军事法学研究前沿

CONTEMPORARY STUDIES ON THE SCIENCE
OF MILITARY LAW OF CHINA

(2012年卷)

中国人民解放军西安政治学院



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

军队“2110工程”重点学科建设项目

中国军事法学研究前沿

CONTEMPORARY STUDIES ON THE SCIENCE OF MILITARY LAW OF CHINA

(2012年卷)

中国人民解放军西安政治学院



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

编 委 会

主 任:

张本正 西安政治学院院长、教授、少将

副主任:

陶传铭 西安政治学院副院长、教授、大校

陈 耿 西安政治学院训练部部长、教授、大校

杨邦荣 西安政治学院科研部部长、教授、大校

委 员: (以姓氏笔画为序)

王 梅 国防大学军队建设与军队政治工作教研部教授、大校

王 瀚 西北政法大学副校长、教授、博士生导师

王海平 西安政治学院军事法学系主任、教授、博士生导师、大校

毛国辉 国防科技大学人文与社会科学学院教授、大校

丛文胜 军事科学院军队建设研究部研究员、博士生导师、大校

龙宗智 四川大学法学院教授、博士生导师

朱文奇 中国人民大学法学院教授、博士生导师

朱海文 总政治部保卫部保卫局副局长、大校

李 林 中国社会科学院法学所所长、研究员、博士生导师

李韧夫 吉林大学法学院军事法研究室主任、教授、博士生导师

李佑标 武警学院边防系主任、教授、大校

李晓亮 解放军军事法院审判监督庭庭长、大校

肖凤城 中央军委法制局原法制员、大校

杨东录 西安政治学院军队保卫工作学系主任、教授、博士生导师、大校

汪保康 南京政治学院政治机关工作系教授、博士生导师、大校

周代洪 解放军军事检察院民事检察厅厅长、大校

要文须 总政治部办公厅司法局局长、大校

夏 勇 中南财经政法大学刑事司法学院院长、教授、博士生导师

盖玉彪 海军航空工程学院人文社科系主任、教授、大校

薛刚凌 中国政法大学法学院院长、教授、博士生导师

主 编: 王海平

副主编: 张山新 宋新平

图书在版编目(CIP)数据

中国军事法学研究前沿. 2012 年卷 / 王海平主编

. —北京: 法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4706 - 5

I. ①中… II. ①王… III. ①军法—法学—研究—中国 IV. ①E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 049112 号

中国军事法学研究前沿(2012 年卷)

主 编 王海平

副主编 张山新 宋新平

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 薛 晗 慕雪丹

装帧设计 王 田 贾丹丹

© 法律出版社·中国

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 北京中科印刷有限公司

责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 29.25

字数 492 千

版本 2013 年 8 月第 1 版

印次 2013 年 8 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

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4706 - 5

定价: 88.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

构筑中国军事法学研究的学术高地 (序)

西安政治学院院长 张本正 少将

2012年12月,中央军委习近平主席在会见驻穗部队师以上领导干部时,着眼于走强军路、实现强军梦,提出全军要牢记“坚决听党指挥是强军之魂,能打仗、打胜仗是强军之要,依法治军、从严治军是强军之基”。睿智者治法,习主席关于“依法治军、从严治军是强军之基”的重要指示,突出了法治在强军大业中的极端重要性,将依法从严治军摆到更加突出的战略地位。一个国家,一支军队,在迈向法治化的征途中,必须有一批思想理论的引领者,创造出一批既仰望星空又脚踏实地的学术成果。不难预见,在未来依法治军的伟大实践中,中国军事法学理论研究的重要作用将更加明显,中国军法学人的时代使命将更加突出,迫切需要军事法学研究因应时代需求不断开拓视野。

中国军事法学,伴随着改革开放的春风,在学科体系构建、基础理论研究方面成就斐然,蓬勃发展的研究队伍,生机盎然的军事法治实践,已经形成的中国特色军事法规体系,都凝聚了理论工作者的心血。但是也要看到,与强军大业对依法治军的要求相比,与中国军事法发展的长远目标相比,处在法学百花园中的军事法学仍略显稚嫩,理论的构建依然缺乏主体性意识,研究成果关照中国国防和军队建设的现实土壤不够,对军事法运行的正当性阐释不够,对域外军事法发展经验的甄别与借鉴尚显薄弱,对依法治军的实践引领力有待提升。对于一门

新兴学科来说,中国军事法学发展正处在一个关键时期,经过前期学术积累和学科体系的初构之后,正面临着理论品格的自我重塑与学科自治的突破。

任何一个学科的发展,都需要高水平的学术期刊作平台。与其他学科特别是法学二级学科相比,中国军事法学令人尴尬的地方恰在于此,始终缺乏高水平的专门学术性刊物,某种程度上影响了军事法学界的知识交流与学术争鸣,从而影响到了中国军事法学理论创新与发展。能否形成中国风格的、中国特色的军事法学,取决于我们的理论体系是否能够得到承认,能否作出自身的独特性贡献。为了催生更多高质量、有学术品质的研究成果,为了更加突出军事法学研究的时代特征,也为了凝聚更多的军法学人持之以恒地开拓创新,作为国内最早开展军事法学教学研究的单位,适应新的时代要求和军事法学研究的使命任务,我们创办了年刊《中国军事法学研究前沿》,以激发中国军事法学研究的创造力,荟萃军事法学研究的最新成果,为学人打造一部独具理论特色的学术性出版物。

年刊倡导军事法学基础理论创新。创新是学术生命力的不竭之源,对于理论基础相对薄弱的年轻学科更是如此。当前,面对急剧变革的时代潮流,中国国防和军队法治建设迫切需要基础理论的创新,诸如军事法基本范畴、军事法体系的构建、宪法与武装力量体制、军事组织法等基本而重要的理论问题,都需要进一步深入研究,提供正当性解释和创造性回答。例如,在现代法治社会,军队究竟应该如何定位?国家武装力量的合法性及其边界是什么?国际武装冲突法与国内军事法如何衔接?中国军事法的价值、功能如何?这些都需要在现有的基础上不断创新,完善军事法的理论体系,研究军事法的个性特征。创新军事法学基础理论,既要坚持从中国的国情、军情实际出发,又要批判地吸取世界各国尤其是发达国家军事法学的理论研究成果,既要着眼于中国特色,又要汲世界法治文明之精华。不难预见,未来的中国军事法学将在深厚的理论基点上获得新的更加强劲的生命。

年刊倡导军事法学研究方法的蝶变。近年来,军事法学研究层次不高、深度不够的问题日渐凸显,模仿、套用一般法学原理的研究范式引起学界注意,研究方法上机械地照搬照抄,理论的移植缺少必要的说明与创造性,从而没有很好地形成独立自主的发展道路。研究方法是学术创造的理论工具,缺乏研究方法的创新,必将影响理论论证的结果。就中国军事法学研究而言,目前学界缺乏足够的自省意识和批判精神,对于军事法研究的进路缺乏反思和重构,对于军事法学

如何构建独立的学科理论体系也缺乏合乎逻辑的自主性探讨。今后迫切需要关注方法论的创新,探索并形成适应军事法学自身特点的研究方法,大量采取价值分析、规范分析、实证研究、田野调查、比较研究等方法,准确把握中国军事法治建设的律动脉搏,科学评估实践发展的水平和问题,打通理论与实践的鸿沟。

年刊倡导中国主体性的凸显。军事法学的研究对象,有世界通行的治军规则,但更需要立足于当下中国的主体性目的。与西方国家建军治军不同,坚持党对军队的绝对领导是我国的基本军事制度,这是中国军事法发展的“根本法”,也是军事法学研究的核心原则。在此原则下,需要研究如何在依法治国背景下,进一步确认并贯彻实施党对军队绝对领导这一“根本法”。今后,军事法学研究应当突出中国的主体性要求,立足本国国防和军队建设实际,坚持中国共产党人建军治军思想的指导,坚持基本的法学研究规律和方法,针对新时期国防和军队领域出现的新问题、新情况,进行创造性研究,重点解决好中国军事制度变革的本土化和现代化问题,形成中国军事法发展的理论特色、道路特色和制度特色。

年刊倡导军内外学者的通力合作。推动中国军事法学的发展,不仅是军内学者的职责和使命,也逐渐为地方学者所关注和重视。相比军内学者,地方学者研究军事法也具备一定的“学识优势”和“地缘优势”。一方面,就目前中国整个法学界来说,无论是在理论素养、知识广度还是研究方法、域外路径上,地方学者都具有优势,能够从国家法治大局上考虑军事法的定位与发展,弥补军内研究的不足,解决一些制约军事法发展的理论瓶颈。另一方面,军内学者在研究条件和学术环境上具备实践优势,能够谙察军事法发展的实践需求,准确探求出军事法发展的内生规律。因此,两方面的研究力量应当展开充分合作,相互取长补短,共同推进中国军事法学繁荣发展。

前 言

军事法学是法学学科中一个年轻的二级学科,创立于20世纪80年代中期。适应改革开放之后国家和军队法制建设恢复、发展的实践需求,军事法学学科建设稳步推进,发展迅速,形成了较为成熟的学科理论体系,为加强依法治军和军队法制建设提供了坚实的理论指导。

军事法学学科的创立和发展,与理论界和实务界一代代军事法学同仁的艰苦努力密不可分。经过近三十年的辛勤耕耘,军事法学这块待开垦的处女地,逐渐枝繁叶茂,硕果累累。在军事法学不断发展壮大的历史进程中,西安政治学院军事法学系是一股重要的推动力量。在2013年阳光明媚、桃红柳绿的春天,军事法学系迎来了成立二十周年的历史时刻。作为全军军事法制建设研究基地、军事法制人才培养基地,经过多年的建设发展,军事法学系取得了骄人的成绩,在学科专业、教学体系、教材体系、人才培养、师资队伍、教学条件等方面的建设都取得了历史性进步。军事法学系现拥有法学一级学科博士学位授予权,设有法学博士后科研流动站,军事法学是军队“2110工程”重点建设学科,《武装冲突法》被评为国家精品课程,涌现出一批军内外知名军事法专家。军事法学系多年来为全军培养输送了一大批优秀军事法制人才,为军事法治建设提供了强大人才智力支撑。上报军委总部的立法建议、研究报告,多项被立法机关、首长决策采纳,为维护国家军事利益、海洋权益、领土主权提供了学理支撑,取得了良好的研究效益。军事法学系设有全军两个专业研究中心,多年来完成多项军队委托课题,为促进军队法治建设发挥了重要作用。军事法学系先后与红十字国际委员会东亚地区代表处合作,举办多期武装冲突法教官讲习班,在亚洲乃至世界上

都产生了良好影响,扩大了我军遵守国际人道法的良好声誉。2011年5月,军事法学系被评为2006~2010年全国、全军“五五”普法宣传教育先进单位,受到中宣部、司法部和解放军四总部通报表彰。顺应依法治军,加强军事法治建设的时代潮流,我院的军事法学教学和研究必将为提高国防和军队法制化建设水平发挥更大的作用。

回顾军事法学系发展壮大的二十年,并由此上溯到军事法学学科发展壮大的三十年,我们深切地感受到,作为一个新兴学科,军事法学从无到有的发展过程,恰恰呼应和见证了国家和军队法制建设不断进步的历史进程。正是依法治军的伟大实践,赋予军事法学研究以崇高的历史使命,为军事法学的成长提供了强大实践支撑。正如依法治军方针的确立是建设正规化军队的必然选择一样,创建和发展军事法学学科同样是为军事法制建设提供理论指导的时代呼唤。三十年来,几代军事法学人披荆斩棘、筚路蓝缕,秉持学术使命意识和开拓创新精神,构建起了内容全面、体系完整的军事法学学科理论体系,拓展了军事科学的理论边界,丰富了法学学科的部门分支。目前,以军事法理学、军事法制史、军事行政法学、军事刑法学、军事司法学、国际军事法学以及武装冲突法学等在内的子学科所构成的系统完备的军事法学学科理论体系,为军事法学学科专业的理论研究、人才培养提供了基本的学科平台,是几代军法学人理论积淀的结晶,也是未来理论创新的前提,是宝贵的理论财富,值得我们倍加珍视和呵护。

开展理论研究是推动学科发展的基本路径,而创新无疑又是深化理论研究的不二法门。理论来源于实践并指导实践,理论只有与实践相结合才能永葆青春活力。军事法学不是象牙塔里的高深玄学,相反,扎根依法治军实践广袤沃野的军事法学,需要从实践中寻找有价值的研究选题,经过深入、细致的科学研究,形成有指导意义的研究成果,为国防和军队法制建设实践服务。实践无止境,理论研究同样无止境。经过几代人的不懈努力、孜孜追求,军事法学理论研究稳步推进,学科理论体系已经初具规模,相关领域的理论研究也日臻深入,但是这并不代表军事法学学科建设已经大功告成。军事法学学科未来发展的空间还十分广阔,军事法学理论研究的创新还大有可为。以近些年军事法学界对军事法在中国特色社会主义法律体系中的定位的研究为例,对军事法能否作为国家法律体系的一个独立法律部门的探讨,实质上反映了军事法学研究当下所能达到的

理论深度以及未来可能展开的方向。要论证军事法是一个独立的法律部门,首先要科学回答什么是军事法,什么是军事法的调整对象和调整手段,军事法的体系构成与逻辑划分应该如何界定,归结到一点就是,应该如何定位军事法的内涵与外延,如何构建科学、自洽的军事法体系。否则,理论研究上的模棱两可和莫衷一是必定难以为军事法的独立部门法地位提供坚实可信的理论支撑和依据。围绕这一问题的争论,再一次将人们的关注点聚焦到军事法最原初、最基础的一系列问题上,一些看似简单的问题实则包含着重要的理论价值,需要作出科学、恰切的理论阐释和求证,而这正是军事法学基础理论建设必须承担的历史使命,也是评判军事法学学科是否成熟发达的一个重要指标。检讨当前军事法学理论研究中的大小“军事法观”之争、大小“军事权”之争、大小“军事法体系”之争,虽然就学术争鸣而言值得肯定,但是就构建成熟、规范的学科体系而言,似乎提醒我们,军事法学理论研究仍需不断深化、不断创新,以期为军事法的发展提供更为坚实的理论储备和资本。

三十年来军事法学的发展,虽然取得了一大批重要的理论研究成果,构建了相对成熟的学科理论体系,但是总体而言,军事法学研究的思路、视野还比较狭窄,尤其是对于军事法的本质规律和特殊性的研究探讨还不够。早期军事法学的学科内容,主要是以法学一般理论知识和概念体系为蓝本,并参照前苏联军事法的理论体系构建的,军事法学理论积累先天不足的问题比较明显。总的来看,军事法学学科理论体系的发展演进所体现出的学术创新意识不强,学术研究思维不够开放,理论研究的深刻性不足,一定程度上制约了军事法基础理论的创新完善。一方面,军事法学在构建学科体系时,借鉴了法学一般学科的知识话语体系,对于军事法这一特殊部门法区别于一般部门法的内在规律和本质属性揭示的不够。另一方面,学者们在研究军事法理论问题时,所能使用的理论分析工具较为局限,即仅仅在军事法律规范的框架内论证军事法的相关理论问题,对于军事法所调整的军事社会关系的特殊性,尤其是军事社会的组织模式、管理手段和运转机制等问题,使用其他学科比如军事哲学、军事管理学、军事社会学、军事政治学、军事文化学的概念、知识、理论模型分析军事法问题的意识欠缺,造成军事法理论存在“法内说法”的弊端,对军事法的本质规律和特殊性,乃至军事法基础理论的深化研究都显不足。虽然近年来有少数学者意识到了军事法研究视野狭窄,思路局限的问题,并尝试寻找重构军事法理论体系的新的核心概念和基本命

题,但是这一新的研究思路本身的科学性尚待进一步论证,传统军事法研究并未实现研究进路的整体突围。此外,长期以来,军事法学理论研究对理论问题关注较多,对军事法的实践运作,尤其是依法治军重大现实问题关注不够,导致学术研究理论推演色彩浓厚,对实践问题的把握不全面、不准确,对实践的理论指导作用发挥不够。可以说,理论和实践缺乏良好互动也大大制约了军事法理论研究效用的充分发挥。

一切学术研究的生命都在于创新,唯有创新才能实现学科的知识增长和理论升华。军事法学研究经过近三十年的发展,学术积累阶段业已完成,学科理论体系也基本定型。未来军事法学研究的理论创新,必须在克服固有缺陷的基础上,切实转换研究范式,更新研究方法,着力提升理论创新的自觉,以新视角、新思路、新境界构建更加成熟、更加自信、更加科学的军事法学理论体系。为此,我们倡议,未来的军事法学研究要着重从四条不同的路径展开创新性研究。一是从法内走向法外,深刻揭示军事法的特殊规律。即摒弃穿靴戴帽式简单移植法学一般理论知识和体系的思路,积极尝试利用军事哲学、军事管理学、军事社会学、军事政治学、军事文化学等多学科的概念范畴和知识体系,从军事法律实践运作的规律出发,从军事社会和平民社会法律治理的不同机理切入,寻找能够统揽军事法理论体系的核心概念和基本理论命题,尝试“法外说法”的研究进路,丰富和创新军事法的话语结构和理论体系。二是从理论走向实践,密切跟踪军事法制前沿课题。即革除空中楼阁式堆砌理论概念的弊病,从国防和军事法制建设的丰富实践中发现真问题、提炼好选题,以实践需求为导向,开展针对性、应用性理论研究,为有效维护国家安全和军事利益提供法理依据和理论论证,通过“接地气”实现军事法理论研究的实践价值。当前,军队完成多样化军事任务的法律保障,军民融合式发展法规制度建设,维护国家海洋、太空、网络空间安全的法律保障,加大依法治军、从严治军力度以及先进军事法律文化建设等,都是急需深入研究的实践选题。三是从演绎走向实证,大幅提升研究成果的含金量。即跳出自我陶醉式自拟伪命题、假问题的抽象推演,自觉更新研究方法,尤其注重调查研究和实证分析,采取文献考察、问卷调查、现场访谈、数据统计和分析等法社会学手段,让事实说话,让数据说话,研究军事法律规范在军事社会实践场域中的“活的”状态,紧密围绕存在的问题,问题的样态,问题与相关因素的关系,通过对第一手资料、数据的分析,提出有价值的命题假设,并进行严密的科学求

证,得出科学的研究结论,实现实证的知识增量。四是从国内走向国际,有力拓展军事法研究的视野。即避免画地为牢式内卷化研究,以宽广的理论视野,开展全面深入的比较研究,打通中外军事法发展演进的历史通道,吸收借鉴人类文明创造的优秀军事法律文化因子,构建既有中国特色,又有世界胸襟的中国军事法理论和制度体系,并在推动国际军事法发展中发出中国人自己的声音,有效维护我国利益关切。

回顾和反思我国军事法学的成长、发展历程,一批批学者默默耕耘,为之倾注心血,为军事法学学科的创建、繁荣作出了卓越的贡献,但是,不容忽视和回避的事实是,军事法学研究虽有长足进展,但总体上还是比较稚嫩的,要真正建立科学、成熟的中国军事法学,还有大量的长期的研究工作要做。有人说,近年来军事法学的发展处于萎缩状态,这种看法并不客观。军事法学的发展与其他学科一样,也有自身的规律,在经过学科初创时期的“原始积累”后,学科体系已经基本定型,很多具体问题的研究也已经比较深入和成熟,当前,军事法学研究正在迈向新的发展阶段,即理论创新和学术深化阶段。可以说,创新是21世纪军事法发展的主题。突破军事法研究面临的瓶颈,从最初的复制、移植地方法论的窠臼中跳出来,建立起真正具有军事法自身独特属性、学术品格和民族气派的理论体系,需要有很大的学术勇气和学术创新意识。因此,当前的军事法学研究急需实现研究范式的转型,确立新的研究思路,转换新的研究视角,开辟新的研究空间,提升军事法学研究的整体水平。正是基于搭建交流平台,凝聚研究力量,推进理论创新的目的,我们策划推出了《中国军事法学研究前沿》年刊,并希望将其打造成为军事法学研究的高端学术品牌,为军事法学研究的繁荣与发展尽一份责任和力量。年刊坚持以质取文、注重创新、鼓励争鸣的办刊原则,特别欢迎前沿性、创新性、实践性突出的理论文章。诚挚期望军队和地方、理论界和实务界,一切热衷军事法学理论研究的同志,关心年刊的成长进步,并将最新研究成果惠赐本刊。

党的十八大报告指出,新时期要加大依法治军、从严治军力度,推动正规化建设向更高水平发展。军委习近平主席最近又号召全军牢记依法治军、从严治军是强军之基,培养良好作风和铁的纪律。依法治军的伟大实践,既对军事法学理论研究提出了新的更高要求,也为军事法学理论创新提供了广阔天地。回顾军事法学的发展历程,我们豪情满怀;展望军事法学的未来前景,我们信心百倍。

在中华民族伟大复兴的历史征程中,在强国梦和强军梦的感召引领下,让我们戮力同心,携手并进,秉持高度的政治责任感和学术使命意识,关注军事法学理论前沿,关照军事法治建设实践,以扎实的理论创新研究,推进军事法学学科发展再上新台阶,再创新辉煌!

《中国军事法学研究前沿》编委会

二〇一三年三月三十日

目 录

构筑中国军事法学研究的学术高地(序)	张本正/1
前言	编委会/1
· 基础理论 ·	
新世纪我国军事法学研究回顾与展望	齐三平/3
中国军事法与国际法的接轨	肖凤城/20
论现行宪法在中国特色国防法律制度建设中的 地位与作用	丛文胜/38
当前军事法制建设需要深入研究的几个问题	谢 丹/56
“国防”与“军事”关系研究 ——基于学术史、宪法文本及实践运作的考察	谭正义/73
论国防行政行为 ——基于方法论意义上的考察	曾志平/103
军事行政权研究 ——法哲学视角的考察	毛国辉/124
我国军事经济法律制度的创新构想	李芳梅/143
中国古代战争法的理论与实践	王 梅/157
· 应用研究 ·	
军事审判工作的改革与发展	刘季幸/179
缔结军事条约的理论与实践	朱建业/197
特别行政区驻军法研究	王新建/217

军队维护国家海外利益行动法律风险识别与 评估机制研究	宋云霞	王全达/238
海军医院船遂行多样化军事任务法律问题及 对策分析		傅晓东/259
军事司法语境下“战时”的概念与“战时级别” 的划分		盖玉彪/278
行政看管措施若干问题研究	李佑标	荆 磊/294
简论军队刑事侦查学的基本范畴	胡卫平	付建华/314
“国家—公民”视域下的募兵制考察		姬 娜/336

· 热点专论 ·

自卫权的法律困境与政策选择		顾德欣/355
集体自卫权与台湾 ——驳日本右翼所谓“集体自卫权适用于台湾”	黄 瑶	伍俐斌/374
国际人道法实施机制探究	何志鹏	石 瑶/390
中国无可争辩地拥有南海诸岛主权		邢广梅/408
武装冲突中的国内流离失所者及其保护		王秀梅/431

附一 《中国军事法学研究前沿》稿约		编辑部/449
附二 《中国军事法学研究前沿》注释体例		编辑部/450
附三 《中国军事法学研究前沿》参考选题		编辑部/452

基础理论

