

国防行政法研究

GUOFANG XINGZHENGFA YANJIU

■ 曾志平 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

013069260

第一届中国军事法学青年学子论坛学术论文集

D922.124
03

国防行政法研究

GUOFANG XINGZHENGFA YANJIU

■ 曾志平 主编



北航

C1677542



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

D922.124

03

033030810

内容提要

本书以国家社科基金项目“国防行政法研究”主创人员课题研究的阶段性成果为核心理论与框架,汇集中国政法大学军事法研究中心、西安政治学院军事法学系、吉林大学法学院等军事法研究机构青年学子之共同兴趣与智慧,就国防行政法的基本理论与实践问题进行了深入的探讨,是该领域研究的第一部全国性研讨会论文集。

责任编辑:张筱茶

图书在版编目(CIP)数据

国防行政法研究/曾志平主编. —北京:知识产权出版社, 2013. 9

ISBN 978-7-5130-2206-4

I. ①国… II. ①曾… III. ①国防建设—行政法—研究—中国 IV. ①D922.124

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 179403 号

国防行政法研究

GUOFANG XINGZHENGFA YANJIU

曾志平 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8180

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2013 年 9 月第 1 版

字 数: 308 千字

ISBN 978-7-5130-2206-4

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: baina319@163.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 17

印 次: 2013 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前言

一如刑法学者主张分论的研究之于总论的意义，军事法分论的研究亦应受到充分的重视。以军事行政、国防行政二元论为代表的观点表明，关于军事法体系的歧见中，对国防行政法性质与体系归属的研究，堪称焦点。以上述总论分论关系的理论为观照，以国防行政法这一分支部门法为范例，通过对一类具体规范现象进行抵近的观察与分析，在了解具体问题的同时，反观相应的基本理论问题，为之提供归纳的例证，受到了学界的重视。

笔者主持完成的国家社科基金年度项目“国防行政法研究”（项目批准号：08BFX015）的最终成果《国防行政法要义》（人民出版社2013年6月版），因其在分论的阐释，总论性范畴、命题的建构，以及对军事法体系问题的反观性诠释，得到了鉴定专家的好评。在该课题研究后期，为了验证我们的理论假定，汇聚最富有创造性的青年学者的智慧，2011年5月，课题承担单位南昌理工学院主办了“国防行政法的理论与实践”研讨会。从参会论文及会议研讨的情况看，不仅我们的假定得到了大体的验证，汇聚与鼓励创新的目的也圆满成就。本书收集论文为代表，此次研讨会形成了以下特色与成果。

第一，研究主题明确，范围集中。国防行政法的理论与实践的主题，范围集中于国防行政法的基本理论问题与兵役、国防动员、国防教育、边（海、空）防等具体国防行政活动的实践问题。虽不至于高度聚焦，也可谓论有专属，为深度的交流与切磋奠定了基础。此外，所收论文及其对相应问题的成功阐释与论证，也顺带坐实了本书主编关于国防行政法理论与法律体系的假定：理论上宜有阐明释义路径与规则的总论，体系上可分为兵役法、国防动员法、国防教育法、边（海、空）防法四个部分。

第二，理论焦点集中，研讨深入。不约而同，数篇论文以不同的方式，或直接或间接地为国防行政法的一个基本理论问题——国防行政法的性质与体系归属——作出了重要的贡献。《国防行政与军事行政二元理论的解构与批判——立足于国防行政与军事行政二元理论基础的解析》一文，揭示了在前述问题上的理论分歧，就解决问题的理论基础进行了初步的探讨，开启了青年新进的思想交锋。《宪法释义学的新路径及其对军事法研究的启示》一文，引入我国台湾地区学者在宪法释义学新路径探讨中的成果——在公民权利保障之外，宪法尚应有政策执行与组织保障之维度，成功地尝试了军法释义学的建构——军法的解释，系



源于国防这一国家政策职能，而国防的功能属性——军事与组织属性——军队与文官政府的分头执行，决定了军法解释的内在规律是军事规律，军法体系是军队组织活动法与国防活动支持法的有机整体，为国防行政法的性质与体系归属问题研究进行了正本清源的论证。《浅析武警部队职务防卫权》与《人民武装警察执勤行为性质刍议》，则从武警部队职务行为的法律性质的论证，为一类接近行政类型的军事行为与规制法的性质与体系归属论证，既提供了总论性讨论的素材，也从分论性论证方面进行了卓有成效的尝试与例证。《海军海上协助执法问题研究》、《论平时海上军事行动中〈联合国海洋法公约〉的运用》，则为我们打开了一块貌似神秘的军法领域——海防行政法的理论与实践。

从宪法的视野、以权力理论为背景观察军事法、国防行政法的理论问题，也是这次研讨的一个焦点。《试论我国军事权力的法律规制》、《文本与现实之间：近代中国军事权的宪法规制》，以及《浅析武警部队职务防卫权》与《人民武装警察执勤行为性质刍议》，沿用了由《军事法体系建构新探》^①、《军事法学》^②、《论军事权》^③等论著建构的以军事权为逻辑起点分析军事法现象的学术范式，运用不同的素材，不仅予军事权视野下的军事法释义路径引向深入，也将该理论成果运用于国防行政法研究领域，推进了相应理论问题的研究。

第三，方法结合本体，新象崭露。《宪法释义学的新路径及其对军事法研究的启示》与《文本与现实之间：近代中国军事权的宪法规制》，在继续追寻军事权、军事法的法律上游与理论源头探索的同时，其结合军法问题的论证，尝试研究方法更新的做法；《大学生兵员征集：可持续难题与兵役法律制度的改进》、《军人伤亡保险均衡增长机制论》、《装备采购合同管理立法的经济学分析》等，均系在具体国防行政法问题上，依据研究对象的性质，援引相关学科方法，解决军法问题的杰出尝试。自诠释学的视野观察，以上研究自觉不自觉地暗合了本体论与方法论结合的诠释学路径，让我们触摸到了军法释义学新范式的脉搏。

基于以上确信，知识产权出版社与南昌理工学院充分肯定了本书的策划，慷慨资助本书的出版。我们期待，本书能够为在包括人民武装动员、政治动员、国防经济动员、交通战备动员、边防海防与人民防空等部门工作的所有国防行政法理论与实践的爱好者激发兴趣，提供启示与参考。

无论如何，所有论文存在的问题，无论是论据及其来源，抑或其他问题，均由论文作者负责。诚恳地欢迎读者提出宝贵意见。

曾志平
2013年6月

① 作者曾志平，载《西安政治学院学报》2005年第6期。

② 薛刚凌，周健主编，法律出版社2006年版，第一章第一节（曾志平撰写）。

③ 作者曾志平，中国政法大学2007届博士学位论文，2007年1月发表于中国知网（www.cnki.net）。

目 录

上编 总论

宪法释义学的新路径及其对军事法研究的启示	曾志平 (3)
国防行政与军事行政二元理论的解构与批判	
——立足于国防行政与军事行政二元理论基础的解析	李 敏 (26)
试论我国军事权力法律规制	周 杰 (35)
文本与现实之间：近代中国军事权的宪法规制	仲崇玲 (40)
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	谭正义 (49)
浅析武警部队职务防卫权	黄 涛 (59)
人民武装警察执勤行为性质刍议	文俊生 (64)
浅论关于我国“经济建设贯彻国防要求”法律规制的完善	毛毓婉 (68)

下编 分论

我国兵役法法源研究	张 艳 (79)
大学生兵员征募：可持续性难题与兵役法律制度的改进	金 琳 (88)
试论平等价值理念主导下地方高校毕业生服现役制度的重构	栾一英 (95)
论兵役行政处罚权	马 琳 (105)
军人伤亡保险均衡增长机制论	王 梅 毛 飞 (112)
海军海上协助执法问题研究	吴又幼 (120)
论平时海上军事行动中《联合国海洋法公约》的运用	罗保华 (148)
偷越国（边）境犯罪行为形态之探讨	江 澍 (158)
论国防征用制度的立法完善	盛辉辉 (166)



我国军事征用范围的反思与重构	林子琛 (177)
国防动员体系与突发事件应急机制相衔接的若干理论问题研究 ...	马小龙 (186)
突发公共安全事件应急管理之民防的作用	
——参照联邦德国民防制度浅析我国人防现状与发展前景 ...	尹 殷 (195)
抗战时期陕甘宁边区战时动员法律制度	欧阳华 (207)
信息化战争视野下的国防动员法制建设	苑贤力 (216)
军事征用对象研究	王佳音 (224)
战略物资储备与调用之立法完善	
——以《国防动员法》为视角	高 欣 (231)
浅析国防动员之特别措施	董晶晶 (239)
高校国防教育的现存问题与对策研究	胡兰英 (248)
装备采购合同管理立法的经济学分析	闻晓歌 黄天明 (257)
后 记	(265)

上 编



总 论

宪法释义学的新路径及其对军事法研究的启示

南昌理工学院 曾志平

近年来,宪法学界展开了释义学新路径的尝试——提出与建构部门宪法的概念,“从部门之角度切入,整合过去被割裂处理之规范,并借部门的事实分析注入规范之‘社会性’”,以“基本国策”作为“人权”与“政府体制”之外的第三种结构,发挥其“提升宪法不同规范体系系统化及整合之功能”,补足与克服传统宪法学的结构缺陷。^①在这一探索中,军事法学者扮演了率先的角色,以军事宪法这一部门宪法概念的提出与相应的体系建构为路向解释宪法军事条款及相关军事法现象,不仅为宪法,也为军事法释义学开创了新的学术视野。^②

依军令军政二元结构的体制与理论,军事体制大体可分为军事指挥体制与军事行政体制。依法律系社会关系调整规范的基本命题,在军令方面,除指挥权本身可由法律调整外,战争的指导本身属于军事科学适用的领域,法律适用的空间十分有限。^③而关于指挥权的法律规范,则十分简略,因而多数法学著作均不予系统解释与讨论。在军政方面,依民国以来的军制实践与法学学说,大体包括兵役法、军队共同条令、武器装备科研生产法、国防动员法、军事设施保护法、国防教育法、军人待遇(包括退役安置与军属抚恤优待)法,甚至军事刑法与军事司法,也包括在军政体制之内,换言之,大抵国防、军事制度中,除军事司

① 参见李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版,第1—2页。

② 代表性著作有陈新民:《军事宪法论》,扬智出版社2000年版;陈新民:《宪法学释论》,2005年版(第5版);李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版。

③ 这里涉及一个技术层面的问题,即作战条令是否属于法律规范。依笔者的理解,作战条令具有规范的性质,但是,这类规范与医疗规范类似,不属于法律规范,而属于作战指导的指导性规范,其本身并不具有法律上的强制性,但是可以作为判断军事指挥员是否遵守军事指挥规律的依据。事实上,依笔者所见各种战斗条令,均无法律责任的结构。这里暂不做逻辑上的全面论证,仅举一例以实证支持:在军事科学院,负责军事制度研究的部门,称为军队建设研究部(原称军制部),军事法学科即归于该部;而作战条令的研究机构,则归于作战条令研究部,其人员构成以军事学背景为准。



法、战争与国际人道主义法外，均可归于军政体制的范围。准此，我们赞同军事、国防行政法系军事法之核心内容的观点。^①换言之，除非特别说明，本文关于军事法研究方法的讨论，其对象即为国防/军事行政法。

一、以军事宪法为例的部门宪法学——宪法释义学的新路径

（一）宪法释义学新路径的兴起

法律的解释，不仅要解释各个独立的规范（此处谓独立，非仅指条款的独立，也包括章节的独立），也要重视整个的体系；不仅要解释规范独立的含义，也要对不同规范间表面存在的紧张关系予以关注，并借由更高级的规范对各种矛盾冲突进行解释与化解。进一步地，由于基本权利的解释路向、政府体制的解释路向，以及基本国策的解释路向有重大的区别，在不同的解释路向之间，欲获致共同涉及之问题的化解，有必要形成新的、能够统领不同解释路向与问题的解释路向和更高级别的解释原则。^②

宪法解释亦然。宪法不仅有关于公民基本权利与政府体制的规范，也有大量关于基本国策的规范，譬如国防政策、外交政策、教育文化政策、社会保障（安全）政策，这些政策规范表面的着眼处在事不在人。但是，通过进一步的观察也能看到是针对人的，譬如国防离不开军队，军队由军人组成，国家要组织国防，即意味着得有国民参军，参军不仅意味着战时的牺牲，还意味着平时诸多基本权利的限制。参军的公民究系少数，军人做出的特别牺牲，以及军人获得的特别的薪酬优待，又引出牺牲与薪酬待遇的公平问题。如此，基本国策必然会与公民基本权利与政府权力发生关联，并且，在基本国策的执行中，势必会再发生权利与权力的冲突，以及更深层次的公平问题。对此，宪法学必须做出解释，特别要对规范的冲突做出解释，或者提出解决解释中的冲突的规则或原则。

然而，在部门宪法释义学的视野中，传统的宪法释义学并未将法学方法的基本任务与要求贯彻于始终，因而导致对上述问题研究之空白。

首先，传统宪法释义学通常仅对宪法中的两个部分进行解释，即人权规范与

① 本文认为，“国防/军事行政法”的提法，只是一个暂时的用语，并不代表作者赞同国防行政法与军事行政法二元分立的主张。在军事法学界，国防与军事概念的联系与区别，特别是区别，迄今为止并未形成定论，为了避免因措辞而招致对本文研究主题与范围的歧见，在文首暂用这一措辞方式。在本文以后，除非行文的特别需要，将统一使用“国防行政法”的措辞。

② 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第36、107页。

政府体制，对同样普遍存在于各国宪法中的一类规范——基本国策（如国防、外交、经济、社会安全、教育文化等）规范的解释，或付之阙如，或不予重视，如苏永钦教授言，“传统宪法释义学在宪法规范之体系上，将宪法为区块之切割，主要是人权与政府体制，基本国策则置于可有可无之第三块”。^①对传统宪法学的这一体系完整性缺陷的发现，正是部门宪法学对法学之任务与方法规则的敏感与坚持所致。

其次，从当前宪法学的主流教材看，虽然多把公民基本权利当做核心的部分，但对基本权利与基本国策的交互作用欠缺关注确系普遍现象，甚至可以说，缺少基于基本国策观察的基本权利本身的解释，亦存在重大的缺陷。即如以上举例，普遍的宪法学著作都会提到，公民的基本权利，无论是传统的消极权利，还是积极权利，都可能因为权利本身的目的、公共利益的需要而在必要与合理的范围内受到限制。但是，究竟公共利益何在？必要与合理的界限何在？普遍没有解释。事实上，公共利益虽然是概括的，不免抽象，但是，即便在宪法中，公共利益也是有着类型化的体现的，基本国策即是典型。譬如国防政策，即能够为公民人身权受到限制的原因与程度提供公共利益，甚至是更深入的国家与公民政治伦理层面的解释支撑——国家安全是最基本、最典型的公共利益。为了国家的安全，通常的选择是组建本国的军队。军队是暴力对抗的专业组织，为形成战斗力，必须进行严格的体能与智能训练及纪律训练；因为战争是最极端的暴力对抗，战争失败将意味着最严重的生存危机，因而于国家与人民、社会而言，唯有战胜，战败是没有任何价值的、不可选择的，为此，遇有战事，军人须英勇作战不怕牺牲，否则，即便是实力相当也难保失败。这就是最普遍的国防政策，即国家组织武装力量^②，保留以武装力量的方式解决国家安全甚至国际集体安全的问题，以及解释公民基本权利的界限所需要的依据。换言之，在实现基本国策与基本权利交互解释的情况下，宪法的解释不仅内容结构能保持完整，亦能够为原先的解释路径提供更宽阔、更深刻的解释视野、解释依据。

进一步来讲，当下有一种具有重要影响的宪法观念也与上述解释论有关。传

① 转引自李麒：《军事宪法——统帅权与国防法制》，新学林出版社2008年版，第2页。

② 当然，也可以选择雇佣军的政策，甚至不保留军队，依靠同盟关系及同盟国的武装力量解决安全问题，也是当今社会的政策选择。进一步来讲，武装力量的组建方式，既可以选择义务兵役制，也可以选择志愿兵役制，或者混合兵役制。这些都是基本的国防政策。在不同的国防政策下，公民是否负有兵役义务，以及是否能够因此限制最重要的人权——生命权、身体权等人身权，结果是不同的。



统宪法释义学,因为仅观察与解释人权规范与政府体制规范,容易形成一个疑有重要瑕疵的观念,即认为宪法的根本在于处理人民与国家的权利冲突。依这种解释结构与习惯,宪法关于公民基本权利的规范,以及关于政府权力的规范,大体呈现宏观上的对应关系,即公民基本权利的范围,包括其内容与可以限制的程度,即政府权力的界限,从而引致一个重要观念的形式,即宪法的根本目的在于通过限制政府的权力来保障公民的基本权利。殊不知,宪法关于基本国策的规范,甚至包括公民基本权利中之积极权利的规范,其根本在于通过增加国家的能力,以积极的方法增进国民的福祉。是所谓,个人消极权利的保障固然为正义,组织国防、提供教育文化之类的公共产品等,乃系对整体权利的保障与增进,亦属正义。

鉴于以上观察,我国台湾地区学者于近年提出了通过采用“部门宪法”之概念,从部门角度切入整合过去被割裂处理之规范,并借部门的事实分析注入规范之“社会性”的宪法释义学新路径。^①如苏永钦教授言:“人权区块内部体系以各个人权为基础,不同于基本国策区块以社会领域为基础,不重视区块间之紧张关系,很少以社会领域作基础,做横切面区块整合,部门宪法建议,反过来从社会领域出发,寻找各领域之宪法规范,面对各区块间之紧张关系,特别是人权与基本国策间之关系。同时吸收社会科学之研究成果,从更完整之领域认知出发,以与领域规范互动,找出不同的调适宪法内部紧张关系之道(特别部门关系)。换言之,基本国策属于宪法之第三种结构(人权为第一种结构,政府机关为第二种结构),具有提升宪法不同规范间体系化及整合之功能。”^②

(二) 部门宪法学的建构——以军事宪法为例

在部门宪法学方面,我国台湾地区著名宪法学者陈新民教授首先提出了军事宪法的概念并做过系统介绍。在其《宪法学释论》一书中,认为我国台湾地区所谓“宪法”^③第十三章分为国防、外交、国民经济、社会安全、教育文化与边疆地区六章节,各由一个至十个条文构成,这些在宪法条文体系中已形成特定理论与规范范围,可分类为国防宪法、外交宪法、经济宪法、社会宪法、文化宪法及少数民族宪法。但该书未对其所称体系提出完整说明。^④李麒教授在《军事宪

① 李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版,第1页。

② 李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版,第2页。

③ 指我国台湾地区“中华民国宪法”。引者注。

④ 李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版,第1页。

法概说》一文中界定了军事宪法的概念与范围，提出了军事宪法学体系的基本构想，并在这一过程中体现了法学基本方法规则的贯彻与运用。

第一，军事宪法的概念、范围与渊源。

军事宪法系指宪法中与国防、军事战争有关之规范，包括宪法与其他有关国防、军事法规所形成的国防体系及军事理念，其层次有宪法位阶或法律位阶。后者偏重在组织法方面，相当于“国防组织法”，其范围包括宪法本文及增修条文，如《宪法》第36条统帅权为军事宪法中最重要之条文，基本国策之增修条文第10条第9项：“国家应尊重军人对社会之贡献，并对其退役后之就学、就业、就医、就养予以保障”；宪法先期理解之少数原则，如军事审判法中，于宪法制定前已经确立之军事审判为特别诉讼程序，军官参与审判之军法会审制度、军法官军阶不得低于被告、军事法庭隶属于军事部门（国防部）之军事审判本质，属于宪法先期理解之原则，应不得改变。^①

第二，军事宪法之释义学结构有助于对人权规范、政府体制规范与基本国策规范三种结构间的整合。

军事宪法本属于政府组成之宪法规范。若从部门宪法“从实存之秩序介入，去认识整理该秩序之基本、最高与结构规范，而不是从规范本身切入”，将有助于不同的宪法规范间的整合。“例如把人民之兵役义务及各种自由权，和‘总统’、行政院、立法院有关之军分权，司法权中军、民审判分权，以及国防政策，作一体系之整理，而冠以军事宪法或国防宪法”，将实现对人权规范、政府体制规范与基本国策规范的整合。^②

第三，军事宪法之释义学结构，既能够保持军事宪法之宪法同质性，又有助于打通部门间的隔离与冲突。

在一个法律部门内，不同的部分之间，须保持同质性，是学科逻辑一致的需要；不同的部分之间，依其调整的社会关系的性质不同，确立不同的原则，也是解释规则的要求。最后，还得寻求不同原则之间更高层级的质的规定性。前者如遵行宪法关于政府机构的规定，建立相应的部门宪法解释结构，以“保留部门之结构原则（同质性）”；后者如在不同的宪法基本国策规范领域遵从各该领域的规律解释其基本原则，如认“民主多数决”原则限于政府与人民间关系，遵守

① 李麒：《军事宪法——统帅权与国防法制》，新学林出版社2008年版，第6—8页。

② 李麒：《军事宪法——统帅权与国防法制》，新学林出版社2008年版，第2—3页。



纪律与服从原则于军事宪法领域。而无论民主原则与纪律与服从原则,在保障人性尊严原则上,最终是统一的、同质的。“部门宪法系自社会功能加以切割,在社会变迁剧烈时代,部门间往往出现连动的冲击,例如政府与人民间适用之基本原则……民主多数决,不适用于追求真理之科学部门(试误原则),也不适用于克服资源有限性之经济部门(效率原则),现代宪法之理想性早已不能满足于‘政府组成法’和‘人权保障书’,莫基于制度性保障、保护义务与第三人效力等。”^①军事宪法之“涉及基本人权(宪法第一种结构)与政府组织(宪法第二种结构)、基本国策(宪法第三种结构)中国防目的之交互作用”的释义学结构,显然能够满足“部门宪法所追求之合中有分,分中有合之境界”。^②

二、军事宪法释义学路径的内在逻辑

自宪法文本观察,宪法的结构大体有两种类型,一是公民基本权利与国家机构职权二元对应的结构,美国宪法是其典型;^③二是公民基本权利、政府体制与基本国策三元并列的结构,我国宪法是其适例。与此对应的,大概要算宪法基本权利的N代人权理论,即第一代的自由(消极)权理论与观念,第二代的消极权利加积极权利理论,第三代的集体人权理论与观念。大抵受英美宪法学传统的影响,传统的宪法释义学,多采用二元对应的结构,并进一步形成了政府职权与公民权利二元对立的观念。随着诸如环境保护等公害事件影响的加剧,传统的国家功能观念受到挑战,第二类的宪法亦逐渐扩大其影响,相应地,传统的宪法理论与观念显露出其功能上的不足。部门宪法释义学路径的勃兴,恰属应运而生。

依笔者理解,新的宪法释义学路径的兴起,首先在于其在传统宪法释义学二元结构的基础上,揭示了宪法规范展开的另一种路向,即在传统的基本权利、政府体制二元结构之外,还有另一种规范类型,即基本国策的规范。以军事宪法为典型的部门宪法释义学路径的另一要义,则在于方法上的重要革新,即打通不同结构规范间的互动关节。传统宪法释义学,因单纯关注人权结构与政府体制结构,导致对基本国策规范中涉及人权与政府体制规范的关联关注不够,譬如国防政策,诸如兵役义务、军人职责等规范,势必涉及人权与政府权力,对国防政策

① 李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版,第4页。

② 李麒:《军事宪法——统帅权与国防法制》,新学林出版社2008年版,第5页。

③ 事实上,在权利法案通过之前,仅有国家机构及其职权规定的美国宪法甚至可称为一元结构。

领域宪法及宪法性规范的解释，如果不对相关的人权规范与政府权力规范结合起来，势难获致逻辑上周延的解释。

依笔者对军事、军事与政治、军事与法治关系的理解，以军事宪法为路径的宪法释义学路径，其内在逻辑系源于军事的结构、军事活动的本质规律。

（一）军事自身的结构是军事宪法论展开的根本逻辑

如军事宪法论者所称，军事宪法“涉及基本人权（宪法第一种结构）与政府组织（宪法第二种结构）、基本国策（宪法第三种结构）中国防目的之交互作用”，显然是一种复合的结构。依笔者理解，军事宪法的这种结构特征，系源自国家军事职能之本质。笔者在论及军事法展开的内里逻辑时，曾主张军事权系军事法整个体系的逻辑起点，全部的军事法律制度均由军事权而发生与展开：军事事关国家安全与人民生存底线，国家需为军事需要承担相应的职能，由此产生组织军事事务的权力。依军事的内容及政府组成的原则，军事权可分为三类，一是战争权；二是建军权；三是统率权。决定与宣告战争的权力，为战争权，由最高权力/立法机关执掌，或者与军事统帅共同执掌；建军权，即军队建设所需要的各种资源的筹集的权力，由文官政府执掌；统率权，即对军队的管理教育与作战指挥的权力，由军事统帅执掌。^① 这一观点的论证，系源自国家职能视野下的军事之本质。依《中国人民解放军军语》及《辞海》，军事是指“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 从中可以看出，军事本身属于事的概念。从发生的顺序观察，军事事务的组织，首先在于组织兵员、准备武器，然后将人与武器结合起来——即组织军队建设，有了军队，才谈得上战争的准备与实施。历史事实告诉我们，军队的组织者与战争的实施者并非仅属国家，各种革命团体或者反叛团体也可能组织军队实施战争。因而，唯有从国家职能的视野，即宪法的视野观察，军事才会与法律发生关联。自文本的观察可以发现，各国宪法普遍在军事方面建立了如上所述的三种权力结构，并就军事战略问题确立相应的国防政策，这就决定了军事宪法的根本内容与结构特性。军事固然主要是军队与政府的事，如军队建设、战争准备与战争实施，但是，国防建设却显然不单纯是军队的事，如兵役、武器装备的研

① 参见薛刚凌，周健：《军事法学》，法律出版社2006年版，第1页以下。

② 中国人民解放军军事科学院：《中国人民解放军军语》，军事科学出版社1997年版，第1页；《辞海》（1999年版缩印本），上海辞书出版社2000年版，第454页。



发与生产、国防经费与国防资产的筹集与管理、国防交通设施与军事设施的建设与保护等，均需要由包括文官政府与公民、法人及其他组织等组成的民间社会完成。自宪法视野观察，军队的建设，文官政府组织军事相关活动的职能，大致可归于政府体制的结构。诸如国防经费、国防资产、国防设施的建设与保护，则属于基本国策的结构。而这些职能任务中的相当一部分，则又要涉及公民的基本权利，如兵役义务，军人的特别牺牲与特殊补偿。显然，宪法有关军事的规范及其结构，其源头乃在于军事自身的特性。

（二）军事的特性是军事宪法特殊原则与结构的逻辑依据

军事宪法论者指出，军事宪法部门有一些基本的原则，与其他部门须有某些本质的区别，所谓异质性。如民主多数决原则就不适用军事部门，因为军事的组织须强调高度服从性、纪律性与紧急性。^① 法治国家之基本原则如依法行政、国会监督、司法救济等在该领域亦应适用，然而也应当承认某些例外。此种例外，亦系基于国家安全与军事需要。^② 譬如，因敌军之规模、军力之不同，战争的规模与烈度辄相差悬殊，相应地，战争的预算恐难以满足国会监督的一般规则。因军事之需要高度的便宜授权，因而司法救济在军事领域亦应受到诸多的限制。

依笔者的观察，不但在特殊原则，甚至军事宪法的基本结构，也体现了军事的特性。现代宪法，其政治哲学的基础是政治自由主义，因而基本的框架是公民基本权利与政府体制的对应；甚至在基本国策方面，也大致体现了政治自由主义的立场，如前述部门宪法论者的分析，部门宪法中的经济宪法、教育文化宪法、社会安全（保障）宪法、外交宪法，均只涉及基本国策，在政府体制与公民基本权利区块中，概无对应部分。唯有军事宪法，体现的政治哲学不单纯是政治自由主义，反而更多的是政治现实主义，因而，军事宪法部门不仅有基本国策的规定，而且直接体现于政府体制与基本人权中——各国宪法，无不于政府体制中直接规定战争权、军队组建与维持权、统帅权三种权力；各国宪法，大多直接规定公民的军事义务（主要是兵役义务）。这些正是军事的特性，包括军事与政治、军事与国家关系本质的体现。概括之下，大略有三：

第一，军事是国家首要的积极职能。^③

① 李麒：《军事宪法——统帅权与国防法制》，新学林出版社2008年版，第4页。

② 李麒：《军事宪法——统帅权与国防法制》，新学林出版社2008年版，第70页。

③ 称得上仅次于国防的国家职能，大概要算外交了。但是，即便是外交领域，国防也是首要的。在美国政治学、宪法学界，外交政策的讨论，最经常的主题正是战争与和平。