# 导　　论

## 第一节　　军事法学的概念和体系

### 一、军事法学概念

军事法学是研究军事法律现象及其发展规律的一个重要法学分支学科。这个概念包括两层含义。首先，军事法学的研究对象是军事法律现象及其发展规律。军事法律现象极为广泛。它包括军事法律制度、军事法律规范、军事法律关系、军事法律秩序以及与其他社会现象的关系。军事法学不仅要对军事法律现象做出阐述，而且还应当揭示军事法发展的规律，以指导军事法制建设实践。其次，军事法学的专门理论和具体方法是法学理论和方法。其理论奠定在军事法律实践与认识活动的基础上。它是法学的新兴学科。

### 二、军事法学体系

军事法学的体系构成，要经历一个萌生、发展、成熟的历史过程。

建立起科学的理论体系，是军事法学成为一个独立学科的根本标志。体系的建构并非静止的，需要不断地发展和完善。我们必须依据建构理论体系的客观过程及其规律，在明确军事法的逻辑起点和重要范畴的基础上，运用科学的方法原则，创造性地构建一个揭示军事法律现象本质和规律的军事法理论体系。

军事法学研究的对象和范围十分广泛，其分支学科可以从不同角度进行划分。从宏观的纵向角度可分为：①军事法基本理论。研究军事法的基本概念、作用、结构、体系、效力、创制及实施，研究军事法制史、军事法律思想史等。②部门军事法学。主要包括国防法学、军事行政法学、军事刑事法学等。 ③军事法运行学。主要包括军事立法学、军事司法学、军事法律顾问学、军事法教育学等。④国际军事法和战争法学。主要包括对裁军、维和行动、战争法等问题的研究。它是军事法学的一个相对独立的组成部分。 ⑤边缘军事法学。指军事法学与其他学科交叉或者渗透而产生的一些新学科，如军人犯罪学等。

### 三、军事法学与邻近学科的关系

#### （一）军事法学与军事学及军制学的关系

1. 军事法学与军事学的关系

需要全本请访问 www.ertongbook.com

军事学，是指研究战争和战争指导规律，用以指导战争准备和实施的科学。其主要内容包括军事思想、军事学术和军事技术等三个重要组成部分。军事学的根本任务，是为国家制定军事战略方针，规划武装力量建设，发展武器技术装备，指导战争准备与实施等提供理论根据。

军事法学与军事学存在明显的区别。首先，学科属性有区别。军事法学虽然具有鲜明的军事性特点，但它最终归属于社会科学中的法学门类；而军事学既属于社会科学的范畴，同时又有自然科学的性质。

其次，研究对象有区别。军事法学研究的对象是军事法律现象、本质和发展规律及其应用；军事学的研究对象是战争和战争指导规律。

军事法学与军事学存在密切的联系。首先，两者的根本目的是共同的。都是为国家的军事利益服务的。其次，研究对象具有互相渗透性，军事学的研究对象——战争、军事渗透于军事法学的研究对象之中，又对军事法学的产生和发展有着重大的影响。正是在这个意义上说，军事法学是法学与军事学的交叉学科。再次，在学科发展上具有互补性。军事法学的发展需借助于军事学的发展，军事法学的发展又为军事学的发展提供新思想。

2. 军事法学与军制学的关系

军制学是以军事制度为研究对象的理论体系。其基本任务是揭示军事制度的发展规律，阐明军事制度的原理原则，为军事制度的制定与实施提供理论依据。军制是指由掌握国家政权的统治阶级（或尚未掌握国家政权的政治集团）及其授权的军事领导机关制定的军事制度。军制作为军制学的研究对象，与军事法学的研究对象（军事法制）有着密切的联系。

军制与军事法制在不同的历史条件下，表现出不同的相互关系。当拥有一支武装力量的政治集团尚未取得政权时，它的军制与这个国家的法制通常是分离的。当它取得政权并建立法制以后，它的军制通常就会纳入法制轨道。但仍然会有交叉关系与包容关系两种情况。所谓交叉关系，就是军制的一部分内容纳入法制的范围，而另一部分内容依然保留其相当的独立性；所谓包容关系，就是军制的全部内容都纳入法制范围。在现代法制社会中，法治精神渗透到国家的政治、经济、军事、文化等各个领域，因而通常要求军制应当全部纳入法制范围。

从上述意义上来说，军制学与军事法学也呈现出交叉和包容两种关系，随着军事法制的进一步完善，两门学科的兼容关系将日益加强。

（二）军事法学和其他部门法学的关系

1. 军事法学和宪法学

宪法学是研究宪法的学科。宪法是国家的根本大法。宪法具有最高的法律效力，是其他法律部门的基本依据。显然，军事法的立法依据是宪法，宪法是军事

法的基本法源。同时，军事法又是为实施宪法而制定的，它是宪法有关保护国家军事利益的原则的具体化。如宪法第 29 条中“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。加强国家武装力量的革命化、现代化、正规化的建设，增强国防力量”，第 55 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”的规定，都需要通过许多军事法律法规加以具体规定才能使其得以真正实现。从二者研究对象的关联，可见军事法学和宪法学是密切联系的。

2. 军事法学和刑法学

1997 年修订的中华人民共和国刑法在保障国防和军队建设上的内容主要有三个方面。一是在刑法分则中专门增加规定了危害国防利益罪一章。二是将《军人违反职责罪暂行条例》的内容修改、补充后，作为一章编入到刑法分则中。三是在刑法的其他一些条文中分散规定了保障国防和军队建设的内容。

应该看到，现在虽然我国军事法学界普遍承认并使用“军事刑法”这个概念，但在新刑法实施以后，“军事刑法”或“军事刑罚”至少在实践意义上已很难存在了。在刑罚方面，我国除了“战时缓刑”可以说是有“军事特色”以外，其他则与普通审判的刑罚制度并无差异。军事法学与法学共同将“军事犯罪”与“军事刑罚”作为研究对象，但两者研究的侧重点不同。对刑法典中上述三个方面内容的研究，仍然应是军事法学的重要组成部分。

3. 军事法学和行政法学

在我国，行政法的内容是十分广泛的，它包括国家行政管理的各个方面，不仅包括国家行政机关的组织、任务、职权，国家工作人员的任免和退休，行政机关活动原则、工作方式方法，而且包括军事机关在内的国家企事业单位、社会团体和公民的权利与义务等。所以，我们应该看到，军事法和行政法所调整的法律关系的主体和内容方面，是有相同之处的。如果按照行政管理内容来划分，其中就包括军事行政法的类型。从广义上看，军事行政管理，是指国家运用行政手段，对武装力量的编制、装备、教育训练和科研等方面所进行的管理。

但是，军事法和行政法是有区别的。一方面它们都有各自的调整对象和任务，两者不能相互取代。另一方面，即使行政法中的军事行政法属于行政法规的范畴，但是，它在实施主体、具体内容和法律责任方面，也是不同的。例如《纪律条令》、《战斗条令》、《内务条令》、《保密条例》等。我国军事行政法规是由军队领导机关依据军队行政管理权限进行行政管理活动实施的，各级军政首长在其中享有最大权限，同时，对军人行政处罚的项目也多于一般国家行政工作人员。不能认为没有军事行政法，更不能将军事法和行政法划等号。军事法学和行政法学对军事行政法律规范、军事行政法行为的研究上各有侧重点，呈现出更多的交叉性

和更为紧密的兼容性。

4. 军事法学与战争法学

战争法，是国际法关于战争或武装冲突中，以条约和惯例的形式，调整交战国之间、交战国与中立国之间或非交战国之间的关系以及交战行为的一系列原则、规则和规章制度的总和。战争法的目的和作用在于保护中立国、非交战国和交战国的合法利益，保护国民并使交战人员和战争受难者免遭不必要的、非法的伤害，惩处战争罪犯，维护世界和平。战争法总的来讲属于国际法的范畴；但在国家承认某种战争法律规范的条件下，它也可能成为国内法。战争法与军事法有着密切的联系。

在军事法与战争法的关系中，一个最突出的问题，是军事法学是否应当把战争法作为研究对象。我们认为，从广义的军事法学考虑，从时代的特点上考虑，从当代维护国家军事利益的高度上考虑，军事法学的研究对象应当包括战争法。其理由有以下三个方面：

第一，军事行动的国际化。早在 1899 年和 1907 年的两次海牙会议签署的《陆战法规和惯例公约》的共同第一条中就规定："缔约各国应向本国陆军发出训令，务必遵守本公约附件《关于陆战法规和惯例的章程》的规定。"这一规定表明、一个国家的军事活动不仅仅限于本国范围，往往要涉及到国际社会的各种关系。1990 年的"海湾战争"、1999 年北约轰炸南联盟更表明了这一点。由于现代战争的国际性和空间性大大增强，现代战争法规对于调整国家之间的关系发挥着越来越重要的作用。

第二，战争法作为某种形式的国内法发挥着重要的作用。凡是经过国家最高权力机关承认的有关战争法规的条款，作为国际法主体的该国家就承担了遵守和履行的法律义务。因此，该条款对该国参与军事活动的一切人员都具有法律约束力。这样，军事法与战争法规依据其调整对象的相同点和一致性而紧密联系起来了。所以，许多国家都要求军人必须熟悉和掌握国际战争法规，其基本原因正在于此。我国政府正式承认了 1925 年日内瓦议定书和 1949 年日内瓦四公约，加入了禁止或限制使用特定常规武器公约，批准了 1949 年日内瓦公约的两项附加议定书，等等。我国承认或认可的有关战争的法律规范，是我国军事法的组成部分。遵守这些法规，是我国每一个参与军事活动的人员的法律义务。

第三，许多国家军事法学著作中，通常都收入了战争法规的有关内容。例如，1984 年出版的苏联的《军事法学》中，专列一章"国际法的基本原理（从军事角度）",概述了有关战争法的内容,并要求"军事必须熟悉国际法的军事条款"。《美国军事法手册》一书也以专章介绍了"战争法规"。《英国军事法手册》一书，有专章介绍"陆战法规和惯例"。上述军事法著作均不否认战争法是军事法学的内容，

但都不肯定战争法是与军事法其他组成部分平等的一部分，即都认为战争法是军事法学中一个特殊的组成部分。

## 第二节　军事法学的发展演进

### 一、军事法思想的演变

军事法学的产生和发展，经历了一个先有军事法思想和军事法学说，再有独立的、专门的军事法学学科的演进过程。

#### （一）中国古代的军事法思想

几千年来，军事法思想在中国孕育、磨砺，形成了其独特的风格和丰富的内容。

春秋战国时期，军事活动十分频繁，战争和军事因此得到列国空前的重视，这在客观上为军事法思想的发展提供了环境。这一时期，军事法思想活跃，军事法著述丰富，兵家人物众多，确立了我国古代军事法的许多基本思想，为古代军事法思想的形成奠定了坚实基础。这时期最为突出的、最具代表性的就是《孙子》一书。书中认为：“法者，曲制、官道、主用也。”① 表明对军法已有明确的认识。在孙武看来，军法就是关于部队的编制、将吏职权、后勤等方面的法律制度。书中还突出论述了“文”、“武”结合的治军思想。孙武说：“令之以文，齐之以武，是谓必取。”所谓“文”，即运用政治教化手段管理军队，“武”即用军纪、军法、军令来约束军队。认为只有二者结合，才能治理好军队。在“武”的方面，孙武提倡“信赏”，“赏其先得者”、“明罚”等。这些思想对后世军事法的发展产生了深远的影响。

战国时期，随着军事活动的频繁和军事改革的深入，兵家学派更趋成熟，军事法思想十分活跃，并体现于大量的军事论著之中，成为我国古代军事法思想大放异彩的时代。其中最为著名的有兵家的《孙膑兵法》、《吴子》、《尉缭子》、《司马法》、《六韬》、《公孙鞅》、《魏公子》等。诸子著作中也有不少论兵之作，如《墨子》、《商君书》、《荀子》、《韩非子》等，其中包含了丰富的军事法思想。

春秋、战国时期兵家及诸子的大量著作，集中地反映了我国古代军事法思想，对于军事法的一些基本问题，如军事法的概念、作用以及军事法的原则等都给予了论述，奠定了古代军事法思想的基础。

#### （二）中国近现代的军事法思想

1. 中国军事法思想的近代化

① 《孙子·计篇》。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

在清朝后期特殊的历史条件下，以曾国藩、李鸿章、袁世凯为代表的近代军事家，提出学习西方军事法、改良中国军事法的主张。例如，制度为体，谋略为用；学习西法，改革兵制；营制饷章，兵制二端；治兵之道，纪律为先等思想。

这一时期，中国古代传统军事法制向近代军事法制急剧演变，成为中国资产阶级军事法制的开端。中国近代资产阶级革命者在反封建的斗争中，逐步认识到武装斗争的重要性，对于军队建设问题也给予了高度重视。军事法思想方面的代表人物有孙中山、黄兴、章炳麟等，其中孙中山的军事法制思想，是资产阶级军事立法的指导思想，有着突出的代表性和重要的意义。孙中山的军事法制思想，主要体现于他在 1905 年主持制订的同盟会《革命方略》中。在《革命方略》中，孙中山提出了三民主义战争观，制定了建立中华国民军的方案，其中包括军事编制和体制、军队纪律、战士赏恤标准、军需制度等。

2. 新民主主义革命和社会主义建设时期的军事法思想

1921 年中国共产党成立后，积极领导新民主主义革命，开展武装斗争，创立人民军队，争取民族解放，建设新中国，使我国军事法思想的发展进入了一个新的阶段。这一时期的军事法思想完全不同于古代、近代的军事法思想，是具有现代意义的军事法思想。这一时期最具代表性的就是毛泽东军事法思想、邓小平军事法制理论和江泽民依法治军的论述。本书在第三章“军事法的指导思想与基本原则”中加以阐述。

（三）外国军事法思想的产生

随着社会的发展，国家政权及军事机器的加强，特别是军事建设和战争实践经验的积累，人们对军事法的认识不断由感性上升到理性，关于军事法的理论应运而生，并逐渐发展。最初，人们只是把军事法记录下来。据史料记载，古罗马法学家西塞罗曾主张国家要制定军事法。东罗马帝国查士丁尼选任的法学专家组成委员会编纂的《学说汇纂》中也收集了有关军事法方面的学说。古希腊色诺芬的著作，已有对军事组织、武器装备、教育训练和兵员补充等法律制度的记载和论述。古罗马奥尼山德尔的《军事首长教令》、韦洛帝乌斯的《罗马军制》以及后来许多军事家的著作中，都论及军事法问题。资本主义的产生和发展，科学技术的进步，特别是新式武器装备的使用，战争规模的扩大和作战样式的重大变化，带来军事组织及其内部关系和行政规范的巨大变革，使军事建设面临许多新问题，引起军事制度不断革新，这些都要求从理论上给予说明、论证。一些军事著作，如瑞士 A·H· 若米尼的《战争艺术概论》，专节论述了军事法律制度，强调建立良好军事法律制度的积极作用，并提出建立征集兵员、组织预备队、成立总参谋部、维持整个民族的尚武精神等 12 项军事法律制度。

## 二、军事法学的发展

### （一）外国军事法学的形成与发展

19 世纪末、20 世纪初，各主要军事大国开始了对军事法的系统研究，经过军内外法学者们的努力与推动，终于形成一门新兴的边缘学科——军事法学。与此同时，军法教育也开始受到关注。深入的军法研究与广泛的军法教育，迅速把各国的军队纳入法制的轨道。

美国威罗布所著的《军事法与总统》（1920 年出版），可谓早期的经典之作，开美国军法研究之先河。1954 年以后一些军事法学家先后撰写的《军事法院简史》、《美军武装力量中的军事审判》、《司法与军事》、《军事统一司法典的历史发展》、《战争中的审判 军事法研究》、《军事法》等相继问世。1978 年以后，在美国又有两部重要的专著出版，一部是多人合著的《美国社会中的军队》，着重论述了军事司法制度、军人的人权及武装冲突法等问题。另一部是埃德莱斯顿所写的《军人的权利》，其中着墨较多的是军事犯罪被告人的各种诉讼权利。1982 年，达维德·A·施留特完成了他们的《军事刑事审判：程序与实践》，汇集了军事法研究的最新成果，作为美国《当代诉讼丛书》之一出版。该书结合军事刑法，系统介绍了美国的军事刑事诉讼程序。此外，军事法学方面的论文还散见于美国各大法学刊物(如《哈佛法律评论》、《美国刑法评论》等)。其涉足的领域有“军事法院与宪法”“军事被告人的诉讼权”“军事统一司法典的背景”等。

在美国，军事法的刊物由陆、海、空三军分别主办，“军事刑法”是其主要的课题。《军事法评论》是陆军高级军法官学院主办的季刊，《空军法律评论》是由美国空军高级军法官学院负责编辑的季刊，而海军高级军法官学院则承办了被称为《高级军法官杂志》的刊物。此外，陆军高级军法官学院还编辑出版每月一期的《军队律师》，空军高级军法官办公室编辑有关军事审判的《判例汇编》。

在美国军事法规制定前，有很多研究与论证方式，其中最常见的是成立临时性专题研究组，由他们根据需要，进行调查、试验、论证，尔后在此基础上形成法律或法规草案，呈递立法部门审议。在审议过程中，起草人员要随时准备接受立法机构的质询，并展开学术辩论，陈述草案的有关问题。

在日本，二战后逐步完善的军事法研究颇具特色。军事刑法在日本称为“防卫刑法”，从近年来载于日本《国防》(月刊）的论文来看，其军事刑法学的体系大致分两部分：第一部分为防卫刑法总论，内容包括防卫刑法的概念、主体、目的，防卫刑法与刑法总则的关系，防卫刑法与自卫队的关系以及防卫刑法的法哲学基础；第二部分为防卫刑法分论，主要论述各类犯罪的特别构成要件及处罚。其犯罪大体分为三类：破坏自卫队构成（人与物的构成），破坏自卫队作用（内部与外部），破坏自卫队秩序。此外，还有一些专著与论文集中论述了“自卫权”问题。

在德国，出版了众多的军事法专著与教材。在各军事院校，候选士官的法律课由一般军事教官担任。候补军官的法律课则由专职法律教员讲授。主要课程有：基本法（宪法）、紧急状态法、军人权利和义务、军队纪律条令、军人申诉条例、军事刑法和刑法的基本原则、国防军强制法及国际法等。

在前苏联，其军事法研究自成体系。近年来，已相继出版了《军事法学》、《军事法原理》、《军事刑法》等专著，在军内外产生了很大的影响。1984 年版的《军事法学》，由众多的军事法专家教授所编写，其内容大致分为三个部分，第一部分阐述法学的基本理论、国防的宪法依据、军队指挥的法律基础；第二部分论述如何保证军事法的贯彻落实，包括军事司法、法制教育、法律惩处等内容；第三部分介绍了有关国际法及西方军事法的知识。该书也是迄今我国翻译出版的惟一一部军事法专著。①

此外，从国际上看，1956 年成立了国际军事法与战争法学会，它是目前世界上惟一的军事法与战争法方面的国际非官方学术团体。学会于 1958 年召开了第一次国际大会，以后每 3 年举行一次。目前学会的会员来自 50 多个国家，其中多数是各国的军法署长、军法官、军事法律顾问和军事法学界知名学者。学会下属“武装冲突中保护人的生命委员会”、“军事犯罪学委员会”、“军事法史委员会”和“一般事务委员会”。该学会为推进各国军事法学的发展起了重要的作用。

（二）中国军事法学的形成与发展②

中国共产党的十一届三中全会以后，我国社会主义民主与法制建设进入了一个新的发展时期。随着大批军事法律法规的制定和颁布，军事法学的创立和发展得到军内外法学家广泛关注。1984 年首次公开提出了要建立军事法学，通过广大军法学者不懈努力，在这段不长的时间里，我国军事法学研究取得了可喜成就，为推动我国军事法制建设做出了重要贡献。以军事法学研究发展中关注点和成果不同为划分依据，可以划分为以下两个阶段：

1.1984 年到 1990 年，是我国军事法学的创立阶段

这一阶段的成果主要表现在以下几个方面：

第一，提出创建军事法学。80 年代以来，在邓小平加强社会主义民主、健全社会主义法制的思想指引下，我国法制建设进入了蓬勃发展的新时期。许多新的法律部门出现了，相应的新的部门法学产生了。随着我国军事立法的加强，军事法制实践呼唤创立军事法学。首先公开提出设立军事法学的是我国著名法学家张友渔、潘念之。他们在 1984 年，为《中国大百科全书》（法学卷）写的序言中，首

① 苏 A.r. 戈尔内主编《军事法学》，军事出版社，1978 年。

② 参见张山新等：《军事法学研究十五年》，《西安政治学院学报》1999 年第 1 期，第 42—45 页。

次提出：军事法学是一门重要的法律学科，在法学领域中，占有重要和独立的位置。军队的同志也疾呼开展军事法学研究，以适应日益加强的军队法制建设的迫切要求。1987 年，国家教委将军事法学列为法学门类的一个分支学科。这次列入的意义不仅仅在于法学科体系本身的完善，而更重要的在于军事法学在国家高等教育学科体系中有了明确的地位，为军事法学教育和研究的大力开展，提供了重要的政策依据。

第二，成立组织和指导军事法学研究的领导机构和学术团体。中央军委十分重视军事法学研究。 1988 年 5 月，中央军委法制局成立。中央军委法制局是中央军委领导军事法制建设的办事机构，归口管理全军法制工作的职能部门。中央军委赋予该局九项任务，其中一项就是“研究军事法学理论，开展学术交流”。

第三，出版了一批专著和教材，初步确立军事法学体系。 1987 年以前，张友渔在为 1988 年 4 月出版《中国军事法学》所作的序中指：“究竟军事法的概念和调整对象是什么？军事法学的理论体系包括哪些具体内容？我国法学界还没有作出明确的回答。以至在现有的法学词典中，连‘军事法’、‘军事法学’的条目都没有。”[①] 1988 年国防大学出版社出版了我国第一部军事法学专著《中国军事法学》。这本书对军事法学的概念和作用、军事法与军事法学的关系、军事法的基本原则、军事立法的基本程序、我国武装力量的法律地位等问题进行了探索，初步勾勒了我国军事法学理论结构体系的轮廓。此后先后出版了《军事法概论》、《军队法制学》、《军事法学》，不同程度上补充了《中国军事法学》的内容。至此，我国军事法学体系基本形成。

第四，翻译介绍了一些国外军事法和军事法学资料。翻译出版了原苏联的《军事法学》和法国的《武装冲突法》。《解放军报》的‘军人与法’专栏在‘外军法制”题目下，先后介绍了苏联武装力量纪律条令、苏联军事刑法、美国军事法、英国军事法、美国军人行为守则、美军的法律咨询服务等情况，为我国军事法学研究开阔了视野。

第五，召开了一系列学术讨论会，提出了许多建设性的意见、观点。最早的一次军事法学讨论会是 1986 年 9 月《解放军报》编辑部召开的海军法律顾问处和军队法制建设问题的座谈会，有军内外法学专家、专业干部参加。此后，比较重要的军事法学研讨会有： 1987 年 10 月军事科学院召开的军事法基本理论问题座谈会；11 月《解放军报》编辑部邀请军委、总部和驻京各大单位的有关同志探讨军队法制建设的长远目标和近期目标，以及有关的理论和实践问题的座谈会；1988 年 6 月，《中国军事百科全书》编审室在北京召开的“军事法学术

① 张建田等：《中国军事法学》，国防大学出版社，1988 年。

讨论会”，中央军委法制局成立后，主持召开的“全军军事法立法工作研讨会”、“军事法制建设理论座谈会”、“全军军事法规清理和汇编会”等一系列会议；中央军委法制局和《解放军报》联合召开的军事法制建设理论座谈会；中国法学会召开的“十年法制理论讨论会”。

第六，全面清理了建国以来的军事法律法规，编辑出版了《中华人民共和国军事法规汇编》(1949 年—1988 年）。汇编工作于 1990 年 6 月完成，1991 年 9 月中国民主与法制出版社出版。中央军委法制局还汇编了《中国人民解放军军事规章》总政治部卷、总后勤部卷、国防科工委卷，共 3 卷，1991 年解放军出版社出版。

第七，发表了为数不少的军事法学论文。研究的问题主要有：军事立法、军事法的渊源，军事法的特征、军政法律关系、军事法的概念和体系、军事法的主体、军事行政管理法、军事法制与军队改革、军事司法、依法治军等。这些论文，对于加强我国军事立法工作起到了重要的作用，澄清了人们对于依法治军的模糊认识，有力地推动了我军法制建设的进程。

2.1991 年至今，是中国军事法学的深入发展阶段

1988 年 10 月 18 日，军委领导提出依法治军。 12 月 27 日，中央军委将依法治军写入《关于 1989 年全军工作指示》中。 1990 年 6 月 9 日江泽民主席签发的《中国人民解放军内务条令》中，有“坚持从严治军、依法治军”的表述。有的学者已开始研究有关依法治军，的问题。 1991 年初，中央军委在“八五”期间军队建设计划纲要中，第一次明确地提出：“要坚定不移地贯彻依法治军的方针”，将依法治军作为新时期军队建设的一个重要方针确定了下来，对于军队建设产生了深远的影响，也极大地推动了军事法学研究的发展。军事法学研究的观念和重心都发生了相应的变化，更加关注依法治军的理论和实践问题，从而推动军事法学研究进入了新的发展阶段。因此，1991 年依法治军方针的明确提出，是军事法学研究进入新阶段的重要标志。这一阶段的主要成果表现在以下五个方面：

第一，对依法治军的研究取得了显著成绩。依法治军方针的明确提出，对军事法学研究产生了重要的导向作用，也带来全新的课题。什么是依法治军？如何进行依法治军？依法治军的作用和意义是什么？这些重大的理论和现实问题都需要军事法学工作者做出回答。近年来对于部队管理、军人权益保障、法律服务、法制教育、依法施训、军事执法、法律监督、政治工作法制化、军事法制与军队质量建设、以及执行武装冲突法等研究，都是围绕依法治军这个中心展开的。这些方面的研究成果多、贴近部队实际，具有很强的现实针对性。

第二，基础理论研究逐步深入，军事法学理论体系日臻完善。军事法学界在基本观念及许多理论问题上达成了共识。《军事法学教程》、《军事法学》等专著问

世后，在军事法学的总论的和各论中都增加了新的内容，如军事法律关系、军事法律行为、国防法、国际军事法、战争法等，对原有内容也进行了新的探讨。1993 年《军事法学词典》（杨福坤、朱阳明主编，国防大学出版社）和《中国军事百科全书·军事法分册》的出版，表明军事法学理论研究达到了一个新的高度，军事法学体系进一步成熟和完善。《中国军事制度史·军事法制卷》出版，军队哲学社会科学"八五"重点课题《中国军事法制史》的完成，标志着军事法学既有了"论"，又有了"史"。此外，这一阶段还出版了《军事行政法律行为研究》、《军事法制建设研究》、《国防法概念》、《中华人民共和国国防法释义》、《战争法概念》、《军事后勤法概念》、《海军军制学》等专著，发表了数百篇军事法学理论文章。

第三，军事立法研究取得了丰硕成果。影响较大的军事立法研究包括：1. 国防法立法研究。2. 军事刑法立法研究。1997 年新刑法将军人违反职责罪纳入其中，并增设了"危害国防利益罪"一章。军事法学工作者对有关军事刑法的具体条文进行了解释，重点研究了军事刑法的适用以及军事刑法与刑法的关系问题。3. 香港驻军法立法研究。在香港驻军的地位和作用、驻军与香港政府的关系、驻军人员的司法管理辖等方面取得了重要成果。此外，近年来出台的一批军事法规，如新的《共同条令》、《警备条令》等带动了一定范围的研究活动。

第四，军事法学研究的组织得到加强，学术研讨活动频繁。1991 年 12 月，中国法学会军事法学研究会在北京成立，它是我国第一个全国性的军事法学研究团体。学会成立后，承担并完成了国家赋予的一系列军事法学课题，先后组织召开了五次学术讨论会，即"宪法与武装力量建设学术研讨会"（1992 年）、"新时期军事法制建设研讨会"（1993 年）、"国防法立法学术研讨会"（1994 年）、"军队正规化建设与军事法制学术研讨会"（1996 年）、"军事执法与军队质量建设学术研讨会"（1998 年），"依法治军的理论与实践研讨会"（2000 年）。并编辑出版了《国防法立法理论研究》、《军队正规化与军事法制》、《军事执法与军队质量建设》、《依法治军的理论与实践》等论文集。这几次规模较大的会议，以国防和军队建设的一些重大的理论和实际问题为主题，研讨比较深入，为繁荣和推动军事法学研究，促进我国军事法制建设发挥了重要的作用。

第五，军事法学教育的正规化，推动了军事法学研究的发展。我国军事法学教育经历了一个无从到有的历程。1990 年以前，全军院校尚无正规的军事法学课程。从 1991 年起，我军的个别院校正式开设了军事法课程。1993 年我国创办了第一个军事法学系，1993 年 6 月，成立了我国第一家"军事法学研究所"。同年 12 月，国务院学位委员会批准西安政治学院建立军事法学专业硕士学位授权点。根据军事法学教学的需要，从我军法制建设的实际需要出发，设立了军队法制建设的理论与实践、军事法律发展、军事立法、军事司法、国际军事法、武装冲突法、军事经济法等新的研究方向，多角度、全方位地开展军事法研究。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

我国军事法学研究从无到有，逐步发展，成果显著，在这一过程中，始终坚持军事法学理论研究，为国防和军队建设服务，坚持军事法学理论研究与军事法制建设相结合，为我国军事法制建设顺利推进发挥了极重要的作用。但是，由于时间短，研究力量相对薄弱，军事法学研究仍存在一些不足。如基础理论方面，科学性、系统性尚嫌不够；已有论点还需进一步论证；有的理论框架停留在对法学一般理论的套用上，对军事法、军事法学的独有内容和特点的研究有待拓展和深入。与其他法学学科相比较，成果数量不多，没有涌现出高产高质的学术群体。当然，这些不足是任何新兴学科在发展之初都难以避免的现象。

依法治军已成为依法治国的重要内容。国防和军队法制建设进入了前所未有的重要发展时期。随着依法治军步伐的加快，我国军事法学将日益成熟和完善。

## 第三节　学习军事法的意义

学习军事法的重要意义，可以概括为以下几个方面：

一、学习军事法是世界各国加强国防和军队现代化、正规化建设，提高军队战斗力的共同规律和共同措施，是现代战争的需要。当前，在各国的国防和军队建设中，注重军人素质的提高已成为主流。军人素质一个重要方面就是军人的法律素质。在发达国家的战备中，它们不但将军事立法渗透到每项国防和军队的建设和管理之中，而且把军事法制建设工作运用到战斗行动中。把建立和完善军事法体系看作是加强军事建设的重要组成部分。例如，“海湾战争”中，美国参战部队专门成立了战争法指导机构。如何运用法律成为制定作战计划的重要组成部分。美国士兵人手一册《战争法手册》。出现这种现象，主要是因为高科技运用于军事领域并成为作战主要手段以后，引起了战略、战役和战术思想等领域的一系列革命，并要求建立与之相适应的军事法来加以制约和保障，需要各种有益的军事法思想指导和规范军人的行为。

二、学习军事法有利于军事法制建设，能调动更多的人参加有中国特色的军事法制建设。它是普遍强化人民的军事法律意识、增强军事法制观念的重要途径。只要军事法律意识得到提高，创立有中国特色军事法制就有了群众基础。它能为造就依法治军、依法治国的人才，提供有利的环境和条件。

三、学习军事法有利于落实“从严治军、依法治军”的方针。中央军委在总结历史经验的基础上，于 1991 年 1 月把依法治军作为军队建设的一条重要的方针确定下来，这是加强军队建设的一项重要决策。认真贯彻落实这一方针，把军队建设全面纳入法制化的轨道，是一项重要的任务。

所谓依法治军，是指依照法律管理军队建设事业，把军队建设的各个方面，

各个环节都纳入法制的轨道，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。实行“从严治军、依法治军”是全面提高部队战斗力，做好反侵略战争准备的客观要求。

贯彻落实“从严治军、依法治军”的方针，需要做好许多方面的工作。但是，首要的是结合经常性的法制教育，深入做好“从严治军、依法治军”的宣传工作，把全国的认识，特别是军队各级干部的认识，统一到“从严治军、依法治军”的要求上来，树立起军事法规是军队正规化建设的依据和标志的思想。为此，应当在国防和军队系统中，开展学习、研究、宣传军事法的活动，使人们了解熟悉和掌握依法治军方针的精神实质，使之深入人心。

# 第一编　军事法基本理论

## 第一章　军事法的概念

### 第一节　军事法的概念

#### 一、军事法的词源

在我国古代，就有与军事法类似的词。商朝的军队称“师”，调整军队活动的规则最初称“誓”,后称“师律”。《周易·师》中就有“师出以律”的说法。周朝后期军队称军，军法一词就正式出现了。《周礼·夏官·诸头子》中说“:合其卒伍,置其有司，以军法治之”。在古代，军法一词在不同的场合有不同的含义。有时指军队组织法，如周朝的“合其卒伍，置其有司，以军法治之”，明朝的“军法定律”中的“军法”；有时指作战的战略战术，即“兵法”；有时指军事刑法，如“自古军法后期皆死”中的“军法”。

在现代汉语中，军事法是一个具有广泛含义的词。它既包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的宪法中的军事条款、军事基本法、军事基本法以外的军事法，还包括中央军事委员会制定的军事法规、国务院单独或与中央军委联合制定的军事行政法规，中央军委各总部、各军兵种、各大军区制定的军事规章、国务院各部委单独或与中央军委各总部联合制定的军事行政规章，以及国际军事约章等。

#### 二、军事法的定义

中外军事法学论著给军事法下了不同的定义。这些定义大体可以分为两类：

一类认为军事法相当于其他法律，如《中国人民解放军军语》增修本认为，军法即“军队中的刑法”；《军事法概论》认为军事法即国防法，它是“为保卫国家主权、领土完整和安全，防御外来的武装侵略和颠覆，把有关国防和军队建设的重要问题，通过立法机关上升为国家意志，用法律形式固定下来。”美国《军事行政法》认为，军事法的基本内容是军事行政法。美国人伯恩·爱德华的《军事法》认为，军事法“是为确保在服役过程中执行命令和纪律的各种规范的体系”。这一类定义没有把军事法当作一个独立的法律部门来看待。

另一类认为军事法是一个独立的法律部门，并从调整对象上给军事法下了不同的定义。如英国《布莱克法律辞典》认为，“军法是管理武装部队的法律的体系”。《美国法理学》认为“军法即〈统一军事司法典〉以及其它管理武装部队成员的法律规定。”《军事法学教程》认为，“军事法是国家制定或认可的，并由国家强制力保证其实施，用以调整军事领域内各种社会关系的法律规范的总和。是法律体系中的一个既具独立性又具综合性的法律部门。”①

我们认为，军事法是指由国家制定和认可，并由国家强制力保证实施的，调整军事社会关系的法律规范的总称。这个定义包含以下几点含义：一是指出军事法的制定主体是国家，制定军事法是国家行为，没有国家最高权力机关的授权，任何个人或组织无权制定军事法；二是指出军事法与国家的其他法一样，由国家强制力保证实施，军事司法机关、军事行政执法机关对于违反军事法的行为所采取的制裁措施，是以国家的名义进行的，是代表国家进行的；三是指出军事法的调整对象是军事社会关系；四是指出军事法是调整军事社会关系的各种法律规范的总称，包含各种不同法律效力的法律源渊。

三、军事法的调整对象

法律的调整对象是划分法律部门的主要标准。不同的法律调整不同的社会关系。军事法的调整对象是军事社会关系。军事社会关系是一种特殊的社会关系。根据《辞海》的解释，军事是指“一切有关武装斗争的事。如国防建设、作战行动、军事科学研究等。”《中国人民解放军军语》的解释是“直接有关武装斗争的事项的统称。如武装力量建设、武装斗争的准备与实施，军事科学研究等。”可见军事法调整的范围十分广泛。

第一方面，调整国防建设领域的军事社会关系。国防是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。将国防建设纳入法制轨道，是依法治国、建设社会主义法治国家的必然要求。

第二方面，调整武装力量建设领域的军事社会关系。武装力量是国防活动的主体力量。武装力量建设，特别是军队建设中的军事社会关系是军事法调整的重要方面。军事法明确武装力量的性质、根本任务、活动准则、治军方针、建设目标和基本要求。

第三方面，调整武装力量内部的军事社会关系。军事法明确规定中国人民解放军、中国人民武装警察部队和民兵之间的关系、明确规定军队内部上下左右之间的关系、明确规定军人的权利和义务。

① 图们：《军事法学教程》，法律出版社 1992 年 11 月版，23 页。

第四方面，军事法调整武装力量与外部之间的关系。军事法对军队参加地方经济建设、军队征用土地、军事设施保护、军队和地方互涉案件的处理等问题给予明确规定。

第五方面，军事法调整我国对外军事关系。军事法明确我国处理对外军事关系、开展对外军事活动的政策依据、方针原则、遵守有关的军事约章的态度。从而用法律的形式宣布自己的立场，指导在对外军事关系方面的活动，为维护世界和平做出自己的贡献。

## 四、军事法的本质

任何事物都有本质和现象这两个方面。本质是事物的内部联系，现象是事物的外部联系。军事法的现象是军事法的外部特征，通过感性认识就可以了解到。军事法的本质是军事法存在的基础和变化的决定力量，需要通过抽象思维才能把握。研究军事法的本质，对于认识军事法的产生、作用、发展和消亡具有重要意义。由于社会主义社会不存在剥削阶级，不存在统治阶级和被统治阶级，因此，阶级对立社会军事法的本质与社会主义社会军事法的本质是不同的。

### （一）阶级对立社会军事法的本质

在阶级对立社会，军队是重要的国家机器，军事活动是国家的重要活动，军事法是法律体系当中的重要部门，因此，军事法具有鲜明的阶级性。马克思主义创始人在论述资产阶级观念时，精辟地指出：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正象你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”[①] 马克思、恩格斯的这段话不是专门论述法的，但是为研究阶级对立社会军事法的本质和基本特征提供了科学的立场、观点和方法。我们认为，阶级对立社会军事法的本质可以概括为以下两句话。

第一，军事法是统治阶级意志在军事领域的体现。军事法是统治阶级进行阶级统治的工具，是掌握政权的阶级的意志在军事领域的集中体现。统治阶级通过国家机关的立法活动，将其军事意志上升为国家军事意志，形成军事法。军事法突出地反映了统治阶级为维护本阶级的利益和统治地位，镇压统治阶级的反抗，以军事手段达到政治目的，进行战争并夺取胜利的强烈愿望和要求。这是由统治阶级的根本利益和整体利益所决定的。当然，军事法的形成和调节也要受到被统治阶级的制约。但是，被统治阶级的军事意志不能作为独立的意志直接体现在军事法里，只有吸收到统治阶级的军事意志之中，转化为统治阶级的军事意志，才能反映到军事法律之中。

① 《马克思恩格斯选集》第 1 卷，第 268 页。

第二，军事法是由统治阶级所处的物质生活条件决定的。社会物质生活条件指由与人类生存相关的地理环境、人口和物质资料的生产方式，其中生产方式是决定性的内容。在生产过程中发生的人与人之间的关系是根本的社会关系，其他一切关系包括军事法律关系在内都是从这里派生出来的。军事法是建立在一定的社会经济条件之上的，应当符合军事斗争的客观实际，体现军事斗争的规律性，不是统治阶级的恣意妄为。非常熟悉军事的马克思主义创始人之一的恩格斯讲过："新的生产力必定是作战方法上每次新的改进的前提。"① "新的军事科学是新的社会关系的必然产物。""没有任何东西比军队的编成、编制、装备和战略、战术更依赖于经济条件。"②。当然，除了社会物质生活条件外，政治、思想、道德、文化、历史传统、民族、科技等因素对统治阶级的军事意志和军事制度也产生不同程度的影响。否则，就不能解释为什么受同样的或相似的社会物质生活条件所决定的军事法律制度之间会有很多差别，为什么几个国家或一个国家在不同地区、不同时期，虽然经济发展水平或经济制度是同样的，但是他们的军事法律制度却可能存在着千差万别的情况。

（二）当代中国社会主义军事法的本质

当代中国正处在社会主义初级阶段，实行以公有制为主体，多种经济共同发展，按劳分配为主，效率优先，兼顾公平的收入分配制度，鼓励一部分人先富起来，走共同富裕的道路。在政治上，消灭了剥削阶级，地主阶级、资产阶级作为阶级已经不存在了，阶级矛盾已经不是我国社会的主要矛盾。以工人阶级为领导、以工农联盟为基础的人民民主专政有了更广泛的社会基础。

当代中国社会主义军事法作为国家法律体系当中的重要组成部分，是全国人民的国防利益和军事意志的体现，其内容是由社会主义初级阶段的物质生活条件所决定的，体现和适应当代中国军事斗争和军事生活的内在规律，服从和服务于在邓小平理论指导下形成的党的基本路线，即体现了以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放，自力更生，艰苦奋斗，为把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义现代化国家而奋斗这一根本意志。

五、军事法的特点

法的特点是法与其他社会规范相比所独有的特点。了解法的特点，对于加深对法的本质的理解，正确认识和充分发挥法的作用具有重要意义。法的特点可以概括为以下几点：第一，法是调节人的行为的社会规范。第二，法是由国家制定或认可的。第三，法规定权利和义务。第四，法由国家强制力保证实施。

① 《马克思恩格斯列宁斯大林军事文选》，第 22 页。
② 《马克思恩格斯军事文选》第 1 卷，第 38—39 页

需要全本请访问 www.ertongbook.com