

第一专题 军事法学的学科 属性和发展规律

一 军事法学的学科属性和体系

（一 军事法学的概念和属性

1. 军事法学的概念

如何表述军事法学呢？目前主要有以下几种观点：一种观点认为军事法学是研究军事法律规范的法律学科。第二种观点认为军事法学是研究军队法制现象的一门介于法学学科和军事学之间的交叉学科。第三种观点认为军事法学是研究军事法律这一特定社会现象及其发展规律的科学。我们认为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。这个概念包括两层意思。首先，军事法学的研究对象是军事法律现象及其发展规律。军事法律现象极其广泛，它包括军事法律规范、军事法律制度、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与法学理论方法相通，它是法学的新兴学科。

2. 军事法学的学科属性

学科有自己独特的范式。范式有观念层面和制度建设层面。学科建设就要在这两个层面上进行范式建构。观念层面上的范式建构，目的在于形成一种知识传统或思想传统，以便同行之间相互认同，培养训练新人成为这项学术事业的继承者；制度建设层面上的范式建构，目的在于形成一个学术共同体，它包含学者的职业化、固定教席和培养计划的设置、学会组织和学术会议制度的建立、专业期刊的创办等。

我国军事法学是 20 世纪 80 年代中期，在军事法制建设强烈需要理论指导的现实要求下创立和发展起来的一门新兴学科，它发展极为迅速，成果非常丰富，对军队法制建设产生了重要的影响。现在，军事法学作为独立学科已经达成共识，学科的基本框架已经形成。

军事法学研究军事法律现象及其发展规律，是同宪法学、行政法学、刑法学、民法学等学科相并列的法学重要分支学科。

军事法学具有交叉性和综合性的特点。所谓“交叉”，是指军事法学处于法学与军事科学之间的交界。法学与军事科学虽然各有明确的研究领域，但也存在某种共同的研究内容。军事法学的研究对象是军事法。决定了军事法学与军事学、法学的密切关系。军事学是研究战争和战争规律的科学。它不仅包括军事与政治关系、军事与经济关系等理论，而且包括军事工程、军用物资装备等技术科学。军事法学的研究与应用，离不开军事科学。军事法是从法律的角度对国防和军事斗争方面的问题进行研究。研究和应用军事法学，根本目的在于依法治军和推进军队全面建设。所谓“综合”，是指军事法学研究的不是单一性质问题，它需要概括地综合多门法学学科的知识、原理和方法。如研究《中华人民共和国香港驻军法》就需具备宪法学、行政法学、刑法学、诉讼法学、民法学等理论和方法。

根据科学分类的原则，任何边缘、交叉学科总属于一定的科学门类或体系，军事法学自然也不例外。军事法学以军事法律现象的整体作为研究对象，其理论奠定在军事法律实践与认识活动的基础上。它是归属于法学门类的新兴学科。法学部门的划分又是与法律部门的划分紧密联系在一起。军事法学能否成为法学学科中的一门独立学科，与军事法能否成为一个独立的法律部门相联系。法律部门是一个国家法律体系的构成部分，是调整同一类社会关系的现行法律规范的总和。军事法律部门是一个独立的法律部门，它的存在是军事法学成为独立法学学科的客观条件。

（二）军事法学分支学科

军事法学研究的对象和范围十分广泛，可以从不同的角度进行划分。

从学科体系的角度来划分，一般可分为：①军事理论法学。综合研究军事法的基本概念、原理、作用、功能、结构、体系、效力、等级、制定及实施等。军事历史法学。主要研究军事法制史和军事法律思想史等。部门军事法学。主要包括兵役法学、军事组织法学、军事行政法学、军事动员法学、军事诉讼法学和军事经济法学等。军事法制学。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。⑤国际军事法学。主要包括国际法学中国际安全保障法和战争法。⑥比较军事法学。指对不同国家、不同时期的军事法所作的比较研究，主要包括比较兵役法学、比较军事行政法学、比较军事刑法学、比较军事诉讼法学等。⑦边缘军事法学。指军事法学与其他学科交叉或渗透而产生的一些新学科，如军人犯罪学、军人法律行为学等。

从军事法分支部门来划分，可以划分为以下几个部分：

关于军事基本法的理论。主要研究国家的基本军事制度，国防领导体制，武装力量的组成和任务，国防和武装力量建设的方针、原则等方面的规范。军事基本法对其他军事法的制定具有直接的指导作用。对我国军事基本法——《中华人民共和国国防法》的研究，就形成军事法学中的一个分支理论体系。

关于军事组织方面法律规范的理论。主要研究国防和武装力量的体制编制，各级各类军事组织的职能、职责、职权，以及武装力量内部人事管理方面的规范。

关于军事勤务方面法律规范的理论。主要研究作战原则、作战行动、作战指挥、作战勤务等方面的规范。包括各种战斗条令及战斗勤务保障条令等方面的一系列法规。

关于兵役与动员方面法律规范的理论。主要研究国家的基本兵役制度、公民服兵役的权利和义务，兵员的征召和退役，军官的录用与退役，以及后备力量建设等方面的规范；国家在战争、戒严、自然灾害等紧急状态下征集兵员和征用各种军用物资等方面的规范。

关于军事教育训练方面法律规范的理论。主要研究服役人员及役前人员学习军事知识和技能方面的规范。包括国防教育、军队院校教育、部队军事训练和政治教育等方面的一系列法规。

关于军事行政管理方面法律规范的理论。主要研究军队日常工作秩序、生活管理、组织纪律、队列动作、内部关系和外部关系等方面的规范。

关于军事经济方面法律规范的理论。主要研究国防经济及军队后勤建设和后勤保障方面的规范。

关于国防科技、国防教育方面法律规范的理论。主要研究武器装备的科研、生产、采购、储备、维修、管理 国防教育的管理等方面的规范。

关于军事权益保护方面法律规范的理论。主要研究军事设施保护、国防专利保护、军队房地产保护，以及对现役军人、文职人员和退役、伤残、牺牲人员及其家属的褒扬、抚恤、优待、安置等方面的规范。

关于军事刑法、军事司法方面法律规范的理论。主要研究包括军事刑法和军事刑事诉讼法等内容。

关于战争法的理论。主要研究以国际条约和惯例形式形成的、用以调整交战国之间和交战国与中立国或非交战国之间的关系，以及关于保护平民及战争受难者，限制作战手段与方法的一些原则、规则等。

（三）军事法学与邻近学科的关系

1. 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

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。其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。军事学既属于社会科学的范畴，又有自然科学的性质，有些分支还属于哲学门类。军事法学虽然具有鲜明的军事特点，但它属于社会科学中的法学门类，其研究的对象是军事法律现象、本质和发展规律及其应

用。

军事法学与军事学都是为国家军事利益服务；研究对象具有互相渗透性，军事学的研究对象渗透于军事法学的研究对象之中，军事学对军事法学的产生和发展有着重大的影响；在学科发展上二者具有互补性，军事法学的发展需要借助于军事学的发展，而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，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，军制通常会纳入法制轨道，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，因而通常要求军制全部纳入法制范围。首先，运用法律手段调整军事社会关系，是加强国防和军队建设的必由之路。法制的教育、协调、规范、强制等功能，将从根本上有利于建设一个与整个社会生活相协调的军事制度。其次，在制度的形成上，应当把军制纳入立法范畴。国防和军队建设的一切主要方面和主要环节都要通过国家立法加以规范。再次，在制度的实施上，军队作为一个高度集中统一的武装集团，应当成为严格执法的楷模，在国家法制建设中发挥示范作用，通过加强以法制为基础的军制建设，大大提高我军的战斗力，全面加强国防和军队建设。

从上述意义而言，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。

2. 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。宪法是母法，是一个国家的根本大法。所以，宪法不仅具有最高的法律效力，而且是其他部门法的基本依据。军事法的立法依据是宪法，宪法是军事法的基本渊源。军事法是为实施宪法而制定的，它是宪法有关保护国家军事利益原则的具体化。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

刑法是我国法律体系中一个重要的法律部门。其指导思想、基本原则也适用于某些军事法律规范。军队是武装集团，需要有严密的组织、严格的法纪。曾经

长期作为军事法中重要法律之一的《中华人民共和国刑法惩治军人违反职责罪暂行条例》(1981年6月五届人大常委会19次会议通过颁布,1982年1月1日施行),就曾是我国刑法的补充和续篇。现行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。二是将军职罪条例的内容修改、补充后,作为一章编入刑法分则中。三是在刑法的其他一些条文中规定了保障国防和军队建设的内容。

现在,我国军事法学界普遍承认并使用“军事刑法”这个概念,但是在新刑法实施以后,“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。虽然军事法学与刑法学共同将“军事犯罪”与“军事刑罚”作为研究对象,但两者应是研究的侧重点不同。对刑法典中上述三个方面内容的研究,还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、职权及有关国家工作人员从任免到退休、辞职和行政机关活动原则、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,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,有相同之处。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。我国宪法第九十三条规定,中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量,使我国的军事力量纳入了国家体系,并规定了军队在国家体制中的地位。宪法第八十九条第十项还规定,国务院领导和管理国防建设事业,这就是说,我国军队的装备、编制和科研等工作,都由国务院及其下属有关部、委负责。国防部是国家行政机关,它在国务院领导下管理军队的现代化建设。总之,我国的军事行政管理是整个国家行政管理工作的重要部分。我国的宪法、兵役法和其他有关法律以及行政法规对于军事行政管理的具体任务、职责范围和管理活动的形式等方面,都作出了明确的规定,成为军事行政管理工作的重要法律依据。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,行政法和军事行政法,在实施主体、具体内容和法律责任方面也不相同。例如《中国人民解放军纪律条令》、《中国人民解放军内务条令》、《中国人民解放军保密条例》所作的规定。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,进行行政管理活动来实施的,各级军政首长在其中享有很大权限;对军人行政处罚的项目也多于一般国家行政工作人员。目前,虽然军事行政法尚没有一部成文法典,但是不能依此误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在军事行政法律规范、军事行政法律行为的研究上各有侧重点。

(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。战争法的目的是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前提下，它也可能成为国内法。

广义上讲，军事法学应当包括战争法。其原因是，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。1991 年的海湾战争、1999 年的科索沃战争更表明了这一点。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越来越发挥着重要的作用。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并认可的有关战争法规的条款，作为国际法主体的该国家都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。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。战争法的原则、规则、规章和制度对条约的签字国或非签字国具有不同的法律约束力，因此它是各国军事法的一部分。军事法是国内法的一种，它调整涉及国防和军事的各种法律关系，包括战时调整与敌对国和中立国武装部队、平民及战争受难者的法律关系，它涉及战争法的有关规范。实际上，战争法是军事法的一个特殊组成部分。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“军官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。

二 军事法学沿革及其特点

（一 军事法思想的产生和发展

军事法学的产生和发展，经历了从军事法思想、军事法学说，再到独立的、专门的军事法学学科的演进过程。

1. 中国古代的军事法思想

几千年来，军事法思想在中国孕育、发展，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重视，这在客观上为军事法思想的发展提供了环境。史实表明，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。该书蕴含着丰富的军事法思想。“法者，曲制、官道、主用也”表明时人对军法已有明确的认识，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。“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。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《孙臆兵法》、《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。

（1）关于军事法概念的认识

在《司马法》中对“法”的界定是“凡人之形……因使勿忘，三乃成章，人生之宜，谓之法。”这里的“形”通“型”，指制造模型，《司马法》将其引申为行为准则、规章制度，并强调指出，必须要求军队牢记，反复执行，并形成符合客观要求的那些行为准则、规章制度就是“法”（军事法）。可见，古代（军事）法就是当时军队用以约束将帅士卒的行为规范。而后来的《太白阴经》说得更加明确，所谓“法”其内容就是指治军中的刑赏或赏罚，“赏，文也；刑，武也。文武者，军之法”。

（2）关于军事法作用的认识

春秋战国时期，诸侯各国的政治家、军事家都十分重视军事法，认识到军事

法是治理军队，提高军队战斗力的重要手段。春秋末期的孙武，是第一个从战略上论述军事法问题的军事家。他把“法”作为“兵者国之大事死生之地存亡之道不可不察”的五事之一，并认为“法令孰行兵众孰强士卒孰练赏罚孰明”是制胜要素中的重要问题。孙武论以法治军，言简意赅，影响深远。继孙武之后战国时期的许多论著，对于军事法作用的论述，主要有三个方面：阐明了军法刑赏的重要作用。如“禁令刑罚所以威心”^①；“发号布令而人乐闻”^②；“其令强其敌弱”等，表达了新兴地主阶级力图运用法纪，在兼并战争中取得胜利的强烈愿望。

总结夏、商、周三代经验，明确提出“以治为胜”的思想。^③主要的军事著作都包含了大量的“军事法律规范”。并以其具体作用进行了论述。如《司马法》就是一部以将帅条令为主要内容的军事著作，对将帅的行为作出了明确的规范，表明古代的治军已走向制度化，对法的作用的认识已经逐步深化。

(3) 军事法的几个主要原则

赏罚有据。是指赏罚应该依据一定的标准，这是严明赏罚的基础。古代兵家不仅认识到赏罚是执法的手段，而且也认识到法令是赏罚的依据，只有严法令，才能明赏罚。赏罚公正。是说奖赏惩罚都要公平正直，没有偏私。“刑赏不中则众不畏”^④；“能去私曲就公法者，民要而国治；能去私行行公法者，则兵强而敌弱”都是对赏罚公正的重要性的认识。赏罚严格。是指实施奖惩必须严而有度。“心威于刑不可不严”^⑤；“禁令刑罚所以心。”《六韬》也认为“赏所以存劝，罚所以示惩”，表明兵家已认识到刑罚的心理威慑作用，主张通过重赏重罚来规范人们的行为，强调的是刑罚的威慑作用。

战国以后，由于经济基础、社会制度、战争形式及兵器无本质的变化，因而军事法思想基本上相沿不改，但亦有所创新。秦汉《三略》中的“赏罚必信，如天如地，乃可御人，士卒用命，乃可越境”。三国时期曹操的《兵法集要》、《孙子注》、诸葛亮的《兵礼法》、《兵行法》、《将苑》、《便宜十六策》等系统总结当时的战争经验，为古代军事法思想赋予了新的内容。隋唐时期的《唐李问对》指出：“持军之急务莫大于赏罚矣”。宋元明清时期，出现了岳飞、戚继光等依法治军的名将，尤其是戚继光的《纪效新书》、《练兵实纪》进一步明确了赏罚与纪律的关系。充分认识到了“非有赏罚，孙吴不能以为将”。

2. 中国近现代的军事法思想

(1) 中国军事法思想的近代化

鸦片战争，帝国主义的坚船利炮打开了古老中国的大门，给中国人民带来了沉重的灾难，使中国开始沦为殖民地半殖民地国家。在落后就要挨打的不争事实面前，清朝统治阶级中的一些有识之士由此看到了中西方之间的巨大差距，提出向西方学习，“师夷长技以制夷”。在军事方面，他们倡导吸取西方先进的军事技术和军事思想，锐意革新，以一种空前开放的心态来对待外来思想、文化，为军事

法思想的发展提供了契机。以孙中山为代表的近代资产阶级民主革命者，更是适应时代及革命的要求，给中国传统的军事法思想注入了新的内容，使之发生了根本性改变，这一时期，也是近代中国资产阶级军事法思想的形成时期。

中国近代资产阶级民主革命者在反封建帝制的斗争中，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、章炳磷等，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，主要体现在他在 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。在军队性质上，他指出国民军是国民革命的武装力量。在组织建设上，制订了军队的编制体制，包括各级军事单位的兵员和军官编制，各兵种的配备，以及军阶官制，官兵军饷定额、军队纪律条令、奖赏恤典等，十分详细。在国民军的纪律建设上，孙中山也制订了详尽的规则，其内容大体分为两类，一类是属于军事作战方面的，一类是属于军政刑事方面的，共二十二条。孙中山要求全体国民军官兵听从号令，遵守军纪，保证军队性质和战斗力，执行革命任务。在《革命方略》中，“军律、军法”作为单独一编提出并有详细的规定。“军律”分总则、罪、附则三章；“军法执行条例”分总则、军法会议、军法局的组织、检举及判决布告、行刑、附则等六章，可见其对于军事法已有足够的重视，把它作为组织军队进行革命的重要手段。

(2) 新民主主义革命和社会主义建设时期的军事法思想

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。中国共产党的军事法制思想，是对马克思列宁主义军事法制思想的坚持和发展，是对中国革命军事法制实践经验的总结。其主要内容在后面专章讲述。

3. 国外军事法思想的产生

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》、韦洛蒂乌斯的《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为规范的巨大变革，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。19 世纪上半叶,与军事法学紧密联系的军制学开始成为一门独立的学科。《苏联军事百科全书》称:“在俄国 军制学作为一门学科,是 19 世纪 30 年代出现的。”法国将领马尔蒙于 1845 年编写出版了《军制要论》,日本于 1883 年翻译出版并纳入其陆军文库。英国作为当时的军事大国,最早出现了军事法方面的专著,如英国法学家 C·克洛德出版了《英王的武装力量》(1869 年)和《军事法和军事学法制》(1874 年)。这些军事法思想,为国外军事法学的形成奠定了基础。

(二 军事法学的形成和发展

1. 国外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轨道。

美国研究军事法的专著不断问世。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,其主要价值是为人们提供了一些早期的军事法典;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》,着重谈了军事司法制度、军人的人权及武装冲突法等课题。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,其涉足的领域包括 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,专门研究军事法的刊物由陆、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》,军队负责被告上诉机关的刊物是《辩护人》,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围绕着“自卫权”来展开论述。日本在军事院校中设置法律和条令课程，规定军法课为学员的必修课。自卫队师以上机关设有法务处、宪兵处或法务官，负责法规执行方面的教育监督和调研。自卫队还把国家有关法律(宪法学)、军队有关法令、训令、规则等 140 多件，汇编为《防卫实务小六法》分发部队学习。为了推动军法教育，自卫队还经常举行有关军法的考核，并把考试成绩作为评定官兵勤务成绩的一项内容。士兵提升为军士、军士提升为军官，都要进行有军事法规内容的考试，合格者才能提升。

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。联邦德国军法规定，各级军官要负责教育官兵树立纪律和法制观念，对官兵进行法律教育。新兵入伍后，要听取基层军官讲解基本法和各类军事法，师以上军官要经常学习海洋法、紧急状态法等法律。此外，师以上军官直至国防部长、均有一名法律顾问，提供法律咨询，并负责军法教育。

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》等专著在国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，其内容广泛、结构合理，是苏联军事院校军事法学课的教科书。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唯一一部军事法专著。苏军在许多兵团、部队和舰艇成立了法律学校，系统讲授军事法方面的课程。在军事院校均设置有法律课程，并规定军法课为学员的必修课。

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。

2. 中国军事法学的形成与发展

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全新的发展时期。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。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。第三，出版了一批专著和教材，初步确立军事法学体系。第四，开辟了军事法学研究园地。第五，翻译介绍了一些国外军事法和军事法学资料。第六，召开了一系列学术讨论会，提出了许多建设性的意见、观点。第七，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），第八发表了为数不少的军事法学论文。

(2) 1991年至今是中国军事法学的深入发展阶段

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。第二，基础理论研究逐步深入，军事法学理论体系日臻完善。第三，军事法学研究的组织得到加强，学术研讨活动频繁，学术园地进一步扩大。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，坚持军事法学理论与军事法制建设相结合，理论联系实际，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，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。

（三 军事法学产生发展的特点

1. 军事法学的形成与军事法的产生发展相伴随

科学研究的分工是随人类文明的发展而逐步细致起来的。军事法学学科的产生和发展需要具备一系列条件。军事法学的产生和发展以军事法的产生和发展，以军事法实践经验的积累为前提条件。不具备这个条件，军事法学便没有产生和发展的可能性和必要性。军事法学的研究对象是军事法这一客体的运动、发展、变化的过程和规律，考察军事法学的发展，就必然要关注军事法的产生和发展过程。从中国军事法学的发展历程看，早在夏商周时期，随着禹刑、汤刑、九刑的出现，即有了军事法律思想的萌芽。自原始社会后期至晚清的四千余年里，我国古代军事法经历了由临战誓言的临时性军事规范到相对稳定的成文法，从奴隶制军事法到封建军事法制的漫长发展过程，直至明清形成了以《兵律》为主，各种专门军事法规条例为辅的严密完整的封建军事法体系。在此过程中，也形成了丰富的古代军事法律思想 如“明法审令”“赏罚并重”“军法从重”等贯穿立法与军事法实施过程中的指导原则不断被丰富发展。然而，由于皇权对军权的专制统治本质再加上中国古代法学研究的沉闷，军事法律思想研究缺乏系统性，仅散见于历代兵书及其它典籍之中。

到了近代，面对西方列强的强大军力，开始学习西方的法律制度和法律思想，在军队的建制、编制体制和军规等方面，开始模仿西方，进而引进和移植了西方主要是美、德、日等国的军事法律制度，从而使中国古代传统的军事法制向近现代军事法制急剧转变。主要进步有：改革了军事领导体制、武装力量体制，实行军衔制，出台了单行的军事刑法法典等，近代的军事法制在形式上逐步系统化、程序化，日趋完备。在这一时期，军事法律方面的研究成果主要集中在早期推介西方军制学的论著之中，加以宪政代替专制和军阀政府，鼓吹军队国家化等，到了后期在国民党反动政府的高压统治下，没有取得多少有价值的成果。

从军事法自身的发展过程来看，从 1927 年人民军队创建到 1978 年党的十一届三中全会，是我军军事法制的奠基与曲折发展时期，完成了从新民主主义军事法制到社会主义军事法制的过渡。正是在这一时期，我党围绕着创建和壮大一支革命的人民军队，制订了一系列军事法规，完善了军事组织制度和行政规章，建立了适应形势需要的军事司法制度，特别是在新中国成立后的 10 年时间 军事法制真正进入了奠基时期，建立健全了军队的基本法规和制度，三大条令的草案和政工条例的颁布，义务兵役制、薪金制、军衔制、勋章奖章制和军官服役退役等制度的建立，此外，军事刑法与军事审判制度也得到了确立和健全，为我国军事法制后来发展创造了基本条件。此阶段军事法制思想的成就集中体现在毛泽东军事法制思想上，是我军建设和军事法制实践经验的总结，是集体领导智慧的结晶。曲折发展时期是自 1959 年至 1978 年 此期间 军事法制建设不仅陷入停

顿状态，且有许多重要法规制度被废止，并从组织编制上废除了军事审判机构，使我国的军事法制建设遭到严重破坏，军事法的研究也停顿下来。

从 1978 年党的十一届三中全会到 80 年代后期，是我国军事法学的创立时期。军事法学在我国成为独立的法学分支学科，这是同我国这一时期军事法制建设的全面恢复和发展的时代背景分不开的。

在军事法的发展过程中，人类逐渐形成诸多对军事法需求的思维，对需要什么样的军事法和如何使这种法得以实施的思维，如此等等。这些思维的表现形式，起初是军事法思想，它们是军事法学得以产生和发展的思想渊源，之后在此基础上终于发展为系统的军事法学。

2. 军事法学是军事学、法学学科不断专业化、细分化的产物

军事不仅包括武装力量建设、作战活动的准备与实施，还包括直接为战争服务的政治、经济、文化、科学技术诸因素等。军事这个领域如此之庞杂，如果不从各个方面、层次、部分来加以考察、研究就无法全面把握它。在当代，由于新技术革命的蓬勃兴起所造成的整个人类社会的巨大变革，因此而引发的军事领域全面革新，从而军事各个具体方面、层次和部分，均需要各门具体的军事学科或门类性军事学科去研究。这也就产生了诸如军事社会学、军事运筹学等新兴学科。同样道理，在当代社会的急剧变革中，法学的发展日新月异，更由于法治社会的全面展开，法学与其它学科的交叉学科也随之产生，诸如环境法学、科技法学等。军事法学亦是在这大背景之下出现的，是法学学科不断专业化、细分化的现代产物。

3. 军事法学是在有了专门的军事法学者阶层时才最终形成的

从我国军事法学的形成过程来看，军事法学正是在“职业法学者阶层”的基础上，得以确立起来，我国军事法学专门的研究机构和人员包括：军事科学院军制部是全军性的军事制度研究机构，部内设有军事法研究室，主要研究军事法基础理论和国防、军队建设中重大的现实法律问题，并作为中国法学会军事法学研究会的学术部门，协调全军军事法业余研究活动。解放军西安政治学院设有军事法学研究所，主要研究军事法基础理论、战争法、军事法制史和军事法制思想史，并培养军事法学硕士研究生。解放军后勤指挥学院设有条令条例研究室，主要研究后勤条令条例基本理论，起草重要的后勤条令条例。此外，军委法制局和军事科学院百科研究部还编有专职军事法研究人员。军事法学术研究的团体包括 1990 年 2 月，北京法学会首先成立了军事法学会。1991 年 12 月中国法学会军事法学研究会成立。两个学术研究会是以推动我国军事法学研究为目的的社会性团体。其基本任务是：召开军事法学术研讨会，组织军事法专题调研，编辑出版军事法书籍、资料，主办军事法刊物。培训军事法研究骨干，开展军事法宣传教育活动，开展法律服务。它们的成立，对集聚业余研究力量，广泛调

动各方面的研究积极性创造了条件。两个学会每年都结合军事法制建设的重大主题，召开较大规模的学术研讨会，为军事法制建设作出了突出贡献。培养学科人才的院校，如 1993 年成立的西安政治学院军事法学系，培养军事法学专门人才，招收军事法学本科生及研究生。这些机构和团体的设立，聚集了一批专门从事军事法学研究与教育的人员，军事法学也就应运而生了。前苏联、美国等国的军事法学的形成，也同样体现了军事法学这一产生与发展的基本规律。

4. 军事法学随着社会需要的发展而发展

一门学科能不能发展，向什么方向发展，主要取决于社会的需要，军事法学作为实践性很强的学科，尤其如此。因此，展望军事法学的发展，首先需要正确地认识 21 世纪世界的发展趋势和我国的军事斗争需要。

从对军事法学发生重大作用的角度看，世界发展趋势中有两个问题应当注意：一个是和平与发展成为时代的主体，科技和经济的全球化，促使人们进行合作，国际间的对话与交流日益成为人们解决争端的主要方式；中国已加入世界贸易组织，其经济步入国际化的轨道。另一个是由于民族的、宗教的、文化的等多种因素造成的政治的多极化依然存在，因而国家间包括国际组织间的对抗将依然存在，这种对抗在某种条件下甚至会演化成激烈的局部性战争，如海湾战争、科索沃战争等。这种特点必然会影响到我国军事法学的发展。

从国内的角度看有两大因素值得注意：一个是社会主义市场经济进一步发展所带来的各种变化；一个是以“依法治国，建设社会主义法治国家”为总目标的社会主义法治建设。在前一个因素的影响下，由于经济关系的变化，国家和社会各方面生活也在发生变化，从而影响到军事法制的变革。在后一个因素下，不仅我国的经济生活方面的法律，而且整个政治上层建筑领域内的各种法律都将发生不同程度的变化，从而直接影响到我国军事法制的变革。

根据以上分析，可以预期，我国军事法学未来发展将具有如下趋势：

(1) 军事法学的国际化。经济的、高科技的、环境保护的等各种因素导致了全球化的浪潮。可以说 21 世纪进入了一个全球化的时代。任何一个国家和地区都不可能设想独立于这种联系之外。我们思考任何问题、解决任何问题也都要从国际的角度出发。同时我国又是一个世界大国，是联合国安理会常任理事国。维护世界和平与发展是我国重要的外交政策。在国际军事合作，解决局部地区冲突等问题上，我们都要做好充分的法律准备。我们还要做好打赢高技术条件下的局部战争的法律准备。因此，了解国际法、了解外国军事法，尤其是相关的战争法，研究军事斗争中的法律准备是非常重要的任务。我国军事法研究的思路、选题、方法等都要体现和满足这方面的要求。

(2) 与时俱进的军事法学。军事制度属于上层建筑的制度。按照党和国家现在的基本设想，在 21 世纪的前 10 年里，我国将完成经济体制的改革，然后进行

相关的政治体制改革。军队改革的步伐将更快。这表明，我国将处在社会变革过程中，这些变革将给军事法的各种重要的原则和体制带来较大的变化。因此，军事法学者应当与时俱进，密切关注这些变化，研究这些变化。

(3) 军事法学的具体化。因为我们正处在一个变革的时代，国家的经济生活和政治生活正在或将要发生各种变化。大量的新事物出现，都是从未有过的，有待于我们去探讨，并寻找合适的法律对策。军事法学应当以相当大的力量去投入，从实际生活找研究课题，寻找理性答案。因此，我们切忌从原则出发，从旧的老套套出发。要树立一切从实际出发，实事求是的科研指导思想。

(4) 比较军事法学的繁荣。要学习先进、发达国家的军事法学。军事法学是科学，科学是没有国界的。军事法学在理论的深刻性、完整性、体系性、开放性等方面，应该学习和借鉴他们经验和成果。

三 研究军事法学的意义和方法

(一) 研究军事法学的意义

军事法学作为一个独立的分支学科，它在我国法学体系中占有重要地位，并已经引起了越来越多的人们的重视。它对振兴和发展我国法学研究事业，丰富法律科学和军事科学理论具有重要的意义。在当今世界形势下，各国的国防、军事关系是重要的社会关系，军事法学在法学体系中有着重要地位。开展军事法学研究，有利于继承发展马克思主义法制理论；是普遍强化公民和军人的军事法律意识、增强军事法制观念的重要途径；能够为促进我国军事法制建设提供理论指导；只要公民军事法律意识得到提高，就能调动更多的军人参与军事法制建设和军事法学体系的系统工程，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。

加强军事法学研究，是军队革命化、正规化和现代化建设的迫切需要。军队“三化”建设需要进一步加强法制。法制的加强，离不开军事法学的论证和指导，因为军事法律、法规的制定和实施必须以科学的军事法学研究为基础。军事法的立法技术、立法质量无不与法律科学理论的论证和指导有关。军事法的实施呼唤加强军事法学研究。而且，军事法的研究对于普法教育的深入、军人法律意识的增强，具有重要意义。

加强军事法学研究，是依法治国的迫切需要。国防和军队建设，是在社会主义市场经济体制和依法治国的大环境里进行的。在国家加快立法步伐、严格执法的背景下，军事法学要重点研究军事法制建设如何与国家的法制建设同步发展，完善适应社会主义市场经济要求的军事法体系。

加强军事法学研究，是依法治军的迫切需要。依法治军，是在党的领导下，依照国家的宪法、法律和军事法律、法规的规定，通过各种形式、途径管理和治理军队，保证军队的各项工作都依法进行，逐步使军队建设的各方面制度化、法律化。军事法学在当前的主要任务是深入研究依法治军的主体、客体、依据、方式，研究依法治军与其它治军方式的关系，依法治军同革命化、现代化、正规化建设的关系等深层次理论问题。在理论上弄清这些重大问题，对于正确理解和积极贯彻依法治军方针，实现军队发展战略，具有重要的意义。

加强军事法学研究，是适应新军事革命的迫切需要。随着高新技术的迅猛发展对军队编制体制、武器装备、战备训练、后勤保障以及作战行动等都产生了深刻的影响。战争动员、军工生产、战场建设、军需供应等，涉及到复杂的社会关系。这些都需要军事法学进行全方位的探讨。

加强军事法学研究，是维护国家军事利益和军人合法权益的基础性措施。国家的军事利益，直接关系到国家的主权、领土完整和安全。军人是国家利益的捍卫者，能否维护自身权益，影响到国家和军队的稳定。在建立社会主义市场经济体制的新形势下，军事法学要重点探讨，既要发扬军政一致、军民一致的优良传统，通过协商来维护国家军事利益和军人合法权益，还要把一些必要的政策措施转变为法律，运用法律手段维护国家军事利益和军人合法权益。

当前，在各国的国防和军队建设中，注重军人素质的提高和武器装备、军事科技设备的加强已成为主流。在发达国家，不但将法治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争过程中、战斗行动中，把建立和完善军事法体系和军事法学体系，看作是加强军事法制建设的重要组成部分。这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。这场革命不仅加快发展了高技术武器装备，而且要求军队的组织结构和编制制度进行重大变革。军事领域里的高科技军事现象和军事行为，要求建立与之相适应的军事法律规范来加以制约和保障，需要有指导战争行为的各种有益的军事法制思想指导和规范军人的行为。这就要求军事法学工作者必须认真学习研究高科技条件下，军事法制建设实践对军事法学研究提出的要求，为创立适应高科技战争需要的军事法学体系提供客观条件。

（二）研究军事法学的方法

军事法学的研究方法，指认识军事法这一特定社会现象及其发展规律的各种手段。军事法学研究主体的世界观不同，决定了其研究方法不相同。

1. 理论联系实际

理论产生于实际 指导于实际。实践是理论的基础 也是检验真理的标准。研究军事法学，应当紧密地联系社会、经济、政治、军事等状况来研究，要把军事法