

军事法体系的前瞻性研究

吕世伦, 付池斌

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

[摘要]我国军事法制建设所取得的巨大成就,为军事法体系的科学建设奠定了坚实的基础。本文按照科学发展观的要求,结合我国军事法立法体例和法治现实,提出军事法体系应由宪法性军事法律规范、军事法律、军事法规和军事规章四个等级层次的法律规范和十个子部门构成的理论观点,为科学构建门类齐全、结构完整、构成科学、和谐统一的军事法体系进行前瞻性探索。

[关键词]军事法;军事法体系;军事法体系的科学建构

[中图分类号]DF328 [文献标识码]A [文章编号]1008—7966(2006)02—0001—08

军事法作为国家法律体系中的重要组成部分,已经涵盖了国防建设、军队建设和国家安全保障的方方面面,基本上形成了以宪法军事法律规范为统领,以军事法律为核心,以军事法规、军事规章为重点的层次分明、结构相对完整的军事法体系,有力地保证了我军的革命化、现代化和正规化的建设。军事法体系已初具雏形。可是,由于军事法的特殊性、军事法研究力量的相对不足以及长期的和平环境,致使军事法没有得到法学界应有的重视,在国家的法律体系中没有给予军事法明确的地位,人们对军事法的体系建设还存在许多分歧,这给军事法的进一步发展带来了诸多不利。为了尽快建立起一个体系完备、和谐统一的具有中国特色的军事法体系,保证“2010年形成有中国特色社会主义法律体系”中不缺少军事法体系这个重要的组成部分,笔者现依据法理学的基本理论,结合我国现有军事立法体制和未来军事法的发展趋势,对我国军事法体系的科学构建进行一点前瞻性的探索,提出一些值得研究的问题,以期更多的专家学者加入到军事法的研究领域,推动我国军事法的跨越式发展。

一、军事法的巨大成就为军事法体系的形成奠定了基础

目前,我国军事法制建设取得了十分令人满意的成就,不仅成立了中央军委法制局,^①有了领导全国军事法制建

设的机构,而且还组建了中国军事法学会、北京市军事法学会等军事法学的学术团体,设立了军事法学的研究基地,为军事法的发展提供了组织保障。在几代党和国家领导人的亲自关心下,经过军内外专家学者的共同努力,我国已经颁布了大量的军事法律、军事法规和军事规章,出版了大量的军事法学专著,取得了丰硕的军事法制建设成果,为军事法体系的形成奠定了坚实的基础。

1 军事法的立法成就

“令严方可以肃兵威,命重始足以整纲纪。”我军自创建以来,十分注重对军队规章制度的建设和军队纪律的严格遵守。早在1927年10月我军创建之初,毛泽东针对红军中存在的问题,制定了“三大纪律,八项注意”,成为我军组织纪律建设的最高效力的“法律”,成为我军克敌制胜的法宝。毛泽东还明确地提出了我军正规化建设的“五统四性”^②的基本标准,后来成为我军建设步入现代化、正规化的标志。毛泽东领导我军制定了包括《中华人民共和国兵役法》、《中国人民解放军纪律条令》、《中国人民解放军队列条令》、《中国人民解放军内务条令》等在内的一大批法律、法规,为依法治军提供了依据,保证了我军在各个历史时期都能完成历史使命。

邓小平同志在领导我军建设的时候,更是十分强调军队的法制建设,使依法治军思想成为邓小平理论的重要组成部分。他认为党有党规,国有国法,军有军纪,“国防建

[收稿日期]2006—01—20

[作者简介]吕世伦(1934—),男,辽宁大连人,中国人民大学法学院教授,博士研究生导师,主要从事法理学、法哲学、西方法律思想、马克思主义法律思想等的研究;付池斌(1968—),男,河南潢川人,中国人民大学法学院2003级法理学博士研究生,主要从事法理学、法哲学、军事法学等的研究。

①中央军委法制局,经中央军委批准,于1988年5月成立,它是中央军委领导全军军事法制建设的办事机构和归口管理全军法制工作的职能部门。它与全国人大法制工作委员会、国务院法制局一起构成了国家权力机关、国家行政机关和国家军事机关的法制机构,共同推动着国家的法制建设。

②“五统四性”是指毛泽东对我军建设提出的部队的正规化建设的“统一的指挥、统一的制度、统一的编制、统一的纪律、统一的训练”和“组织性、计划性、准确性和纪律性”。参见《毛泽东军事文选》战士出版社,1981年版第358页。

设和军队建设要逐步走向正规化、法制化道路”，“全党同志和全体干部都要按照宪法、法律、法令办事”，“治军要严，首先对领导班子要严，对高级干部要严”^{[1]（P24）}。邓小平在 1975 年 1 月出任中央军委副主席兼总参谋长以后，一直主张军队建设的所有方面、所有领域都要建立制度、制定法律法规，纳入法制的轨道。他指出，“现在的问题是法律很不完备，很多法律还没有制定出来”，“必要的规章制度一定要恢复和健全”^{[1]（P15-164）}。1977 年 12 月 28 日，他主持召开了中央军委全体会议，一次性通过了涉及军事教育训练、军事院校建设、军队作风纪律、保密制度、武器装备建设、军队体制编制、兵役制度、军队财务制度等方面的九个条例和决定，开始了军事立法工作的全面启动。“有了这些章程，我们就有章可循，就能够统一认识，统一行动。”^{[1]（P72）}正是这一系列的论述，为军队的革命化、现代化、正规化建设指明了方向，为军队决策机关制定方针提供了理论依据。1988 年 9 月 5 日，中央军委专门制定了《关于加强和深化军队改革的工作纲要》，明确了“军事法规是正规化建设的依据和标志，军队改革要与立法结合起来，以改革促进法制建设，通过立法推动改革和巩固改革成果”。同年 12 月 27 日，中央军委在《关于 1989 年全军工作指示》中明确地提出，“全军工作以正规化建设为重点。从严治军，依法治军，运用思想教育、法规制度、行政管理等多种手段，综合治理军队的松散乱现象”。这是我军建设史上第一次把“依法治军”确定在军事法规之中，完成了我军法制建设认识上的新跨越。

1989 年以后，以江泽民为核心的第三代领导集体高举邓小平思想的伟大旗帜，继续贯彻执行“依法治军”思想，抓紧军队的建章立制工作，使我军的法制建设迈入快车道。在他领导我军建设的十五年中，不仅第一次将“依法治军”载入国家的基本法律《中华人民共和国国防法》^①之中，完成了“依法治军”理论由军事法规向国家法律的历史性飞跃，而且还明确了我国军事法的立法体制，确定了各级立法主体的立法权限和法律规范的等级，制定了大量的军事法律、军事法规和军事规章，“在江泽民同志的领导下，军事法制建设取得了历史性的进步，有力地保障和促进了我军革命化、现代化、正规化建设”^[2]。军事法经过“八五”、“九五”和“十五”三个五年立法规划的发展，军事法制建设成就斐然。我国不仅制定了指导国防和军队全面建设的基本法——《中华人民共和国国防法》而且还制定了《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》和《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》，顺利地实现了依法驻军香港和澳门，保证了香港和澳门的胜利回归。除此之外，还制定了

包括军事立法、军事训练、军事管理、国防教育、武器装备、后勤保障、军人权益和国际军事合作等领域的一系列军事法律法规和规章，从制度上和法律上保证了党对军队的绝对领导，依法推进了军队的全面建设，初步建立了具有中国特色的军事法律体系，使“依法治军”成为“依法治国”的重要组成部分。

胡锦涛 2005 年担任中央军委主席以后，继续高举邓小平新时期军队建设思想的伟大旗帜，落实江泽民国防和军队建设思想，密切关注世界新军事变革的发展趋势，更加紧迫地强调加强军队的信息化、现代化和正规化建设，提高我军维护国家安全、保护人民生命财产安全的保障能力。在 2005 年 3 月的十届人大三次会议解放军代表团全体会议上，胡锦涛主席强调：“要不断增强政治责任感，捍卫国家主权、安全和领土完整，保障国家发展利益放在高于一切的位置，紧紧围绕履行新世纪新阶段我军历史使命，贯彻新时期军事战略方针，加速推进中国特色军事变革，努力提高我军信息化建设水平，抓紧做好军事斗争准备，增强应对危机、维护和平、遏制战争、打赢战争的能力。”“各级要坚持解放思想、实事求是，与时俱进，开拓创新，努力探索信息化条件下和社会主义市场经济环境中治军的特点和规律，不断总结新经验，增强新本领，实现新进步。”“要把从严治军作为一项全局性、基础性、长期性工作紧抓不放。”^[3]在 2005 年 10 月 11 日中国共产党第十六届中央委员会第五次全体会议通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展规划第十一个五年规划的建议》中，中共中央从战略高度进行谋划，将“依法从严治军，加强正规化建设，加强武装警察部队全面建设”^[4]等内容列入“规划”之中，为“十一五”期间我国军事法的发展指明方向。2005 年 10 月，在视察南京军区时，胡锦涛主席进一步明确指示：“坚决贯彻从严治军的方针，严格执行条令条例和规章制度，确保部队的高度稳定和集中统一。”^[4]中央军委主席胡锦涛不仅参与和审定了《中国人民解放军政治工作条例》，而且还签署命令颁布施行了《军队参加抢险救灾条例》（2005 年 6 月 20 日）、《中国人民解放军后勤科学技术条例》（2005 年 7 月 26 日）、《中国人民解放军装备科技信息工作条例》（2005 年 8 月 8 日）、《中国人民解放军机关公文处理条例》（2005 年 10 月 7 日）、《中国共产党军队支部工作条例》（2005 年 12 月 11 日）等军事法规，使我军的全面建设进入科学化、规范化、法制化的新阶段。根据中央军委法制局的统计，截至 2005 年底，我国已经颁布实施的由全国人大及其常委会制定的直接调整国防和军队建设的军事法律有 15 部，^②由国务院、中央军委共同制定或单独制定的包括《中国人民解

①《中华人民共和国国防法》第 18 条规定：“中华人民共和国的武装力量必须遵守宪法和法律，坚持依法治军。”

②由全国人大及其常委会颁布的 15 部军事法律和决定是：《中华人民共和国国防法》、《中华人民共和国兵役法》、《中华人民共和国人民防空法》、《中华人民共和国军事设施保护法》、《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》、《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》、《中华人民共和国现役军官法》、《中华人民共和国预备役军官法》、《中华人民共和国国防教育法》、《中华人民共和国戒严法》、《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法（修订）》、《中国人民解放军军官军衔条例（修正）》、《全国人民代表大会常务委员会关于设立全民国防教育日的决定》、《中华人民共和国中央军委委员会关于授予军队离休干部中国人民解放军功勋荣誉章的规定》和《全国人民代表大会常务委员会关于确认 1955 年至 1965 年期间授予的军官军衔的决定》。

放军内务条令》、《中国人民解放军纪律条令》、《中国人民解放军军队列条令》、《中国人民解放军司令部条例》、《中国人民解放军政治工作条例》、《中国人民解放军后勤条例》、《中国人民解放军装备条例》等在内的军事法规、军事行政法规达 240 多件,由中国人民解放军总政治部、总参谋部、总后勤部、总装备部、海陆空二炮各军兵种和各军区制定的军事规章共达 3 000 多件^[9],军事法制建设取得了巨大的成就,军事法体系已初步形成。

2 军事法学的立法体制已经形成

在立法体制上,早在 1990 年,中央军委就颁布了《中国人民解放军立法程序暂行条例》1993 年 8 月发布了《军事规章、军事行政规章备案规定》确保了军事立法的程序正当性和立法的科学性。2003 年 4 月中央军委在总结立法工作经验的基础上,颁布了《军事法规军事规章条例》使军事立法工作与《中华人民共和国立法法》保持一致,废除了先前发布的《暂行条例》和《备案规定》保证了军事立法工作走上科学化、规范化和制度化的轨道。

《中华人民共和国立法法》明确规定,中央军事委员会享有向全国人民代表大会提出法律议案的权力,“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规。中央军事委员会各总部、军兵种、军区,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内,制定军事规章”。依据《立法法》的规定,有关军事和国防建设的法律制度,中央军委可以向全国人大及其常委会提出立法议案,由全国人大及其常委会制定颁布军事法律,中央军委制定军事法规,各总部、军兵种、军区制定军事规章,国务院可以单独制定或与中央军委一起制定军事行政法规。为细化军事立法权限,中央军委专门颁布了《军事法规军事规章条例》,明确了各级立法主体的权限。“中央军委根据宪法和法律,制定军事法规。”“总部可以根据法律、军事法规、中央军委的决定和命令,制定适用于全军的军事规章。”“军兵种、军区可以根据法律、军事法规、中央军委的决定和命令、总部规章,制定适用于本军兵种、本军区的军事规章。”“中国人民武装警察部队制定、修改和废止军事规章的活动,适用本条例。武警部队的规章与军兵种、军区规章具有同等效力。中央军委、总部、军兵种、军区、武警部队制定、修改和废止规范性文件的活动,参照本条例的有关规定执行。”“军事机关拟定由中央军委或者国务院、中央军委提请全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会审议的法律草案的活动,拟定由国务院、中央军委联合发布或者批准发布的军事行政法规草案的活动,以及拟定由国务院有关部门、中央军委有关总部联合发布的军事行政规章草案的活动,参照本条例的有关规定执行。”^①由此可见,全国人大及其常委会、国务院、中央军委、各总部、各军兵种、各军区和武警部队有关机关是军事法的立法主体,军事法的立法体制已经形成。

3 军事法学研究日益繁荣

我国当代军事法学的研究自 1982 年开始以后,军内外军事法学专家潜心钻研、刻苦攻关、共同研究,取得了巨大

的成就,形成了包括军事法学工具书、军事法学专著、军事法学研究论文在内的丰硕的研究成果。1984 年出版的《中国大百科全书(法学卷)》中,我国著名法学家张友渔、潘念之在卷首语中首次提出了军事法是一个独立的部门法的论断,军事法学跟宪法学、民法学、刑法学等法学部门一样,是法学体系中一门分支学科。“法学研究的具体范围同法学的分科是密切联系的。从法的各种类别来说,法学研究范围首先是个部门法,如宪法、行政法、家庭婚姻法、民法、经济法、军事法、刑法、诉讼法。从而有与之相适应的宪法学、行政法学、家庭婚姻法学、民法学、经济法学、军事法学、刑法学、诉讼法学等法学学科。这些部门法属于国内法范围。”^[6]这一论断的提出,极大地促进了学者将军事法作为一门独立的部门进行研究的积极性,对军事法学的形成具有划时代的意义。

在军事法学工具书方面,我国先后编辑出版了《中国军事百科全书·军事法分册》(军事科学院军事百科全书编辑部,中国大百科全书出版社 1993 年出版)、《军事法学辞典》(杨福坤、朱阳明主编,国防大学出版社 1993 年出版)、《中华人民共和国军事法规汇编(1949—1988)》(中央军委法制局主编,解放军出版社 1988 年出版)、《中华人民共和国军事法规汇编(公开本)》、《中华人民共和国军事法规汇编 政治卷 乙种本(内部使用)》(中央军委法制局,解放军出版社出版)、《中华人民共和国军事法规汇编 后勤卷 乙种本(内部使用)》、《中华人民共和国军事法规汇编 装备卷 乙种本(内部使用)》(中央军委法制局,解放军出版社出版)、《中华人民共和国军事规章汇编》(中央军委法制局主编,解放军出版社出版)共 17 卷。

在军事法学研究专著方面,自从 1988 年由张建田、仲伟钧、钱海皓共同著述的我国第一本军事法学著作《中国军事法学》(国防大学出版社出版)出版以后,到 2005 年,我国共出版了有关军事法学的论著共达 80 多本,涉及军事法的概念、基本理论、军事法制史、军事刑法、国防法、战争法、战时军事法等方面。

有关军事法学基础理论方面的论著主要有:《军事法学》(夏勇、汪永康著述)、《军事法概论》(莫毅强、钱寿根、陈航主编)、《军事法学教程》(图们主编)、《军事后勤法概论》(徐有仁、张学谦主编)、《军事法学》(陈学会主编)、《军事后勤立法简论》(张子谦、张振江主编)、《军事法制建设研究》(军事法学研究会编写)、《陆军军制学》(雷渊深著)、《武器装备学》(钱海皓著)、《军人犯罪预防学》(杨东录主编)、《军事法制教程》(方宁、许江瑞、姜秀文著)、《军事法论纲》(周健著)、《军事法学》(张山新主编)、《军事法学》(陆海明、钱寿根编著)、《军队律师概论》(石成林、李昂主编)、《兵役法学》(侯庆贤主编)、《军事审判学》(田龙海著)、《军事立法学》(周健、曹莹著)、《军队刑事侦查学教程》(杨东录主编)、《军队法律服务工作概论》(石成林主编)、《军事法理学》(钱寿根著)等。

有关国防法学方面的研究专著主要有:《国防与立法》(任佩瑜著)、《有中国特色的国防建设理论》(刘义昌、库桂

①《军事法规军事规章条例》第 7 条、第 9 条、第 10 条、第 66 条、第 67 条、第 68 条。

生主编)、《国防立法理论研究》(军事法学研究会编写)、《国防立法理论研究》(中国军事法学研究会编著)、《国防法知识问答》(图们、许安标主编)、《国防法概论》(许江瑞、方宁著)、《中华人民共和国国防法释义》(杨福坤、张春生主编)、《国防法学》(钱寿根、王伟伟主编)、《国防法学》(余子明主编)。

有关军事法学历史方面的研究专著主要有:《军事法史纲》(周健著)、《军事法制史》(丛文胜主编)、《中国军事法的传统》(周健著)、《中外军事制度比较》(李保忠著)等。

有关军事法制建设理论与实践方面的研究专著主要有:《军人法律手册》(朱阳明主编)、《军事设施保护法简论》(张纪孙、张柔桑主编)、《裁军与国际法》(刘海山、李玫著)、《紧急状态法学》(莫纪宏、徐高著)、《海战法概论》(张召忠编著)、《军队法制建设研究》(中国军事法学研究会编著)、《中国军事司法制度》(梁玉霞著)、《邓小平依法治军论》(戴怡芳著)、《中华人民共和国香港特别行政区驻军法释义》(中央军委法制局编著)、《军人违反职责罪》(黄林异、王小鸣著)、《军事行政法律行为研究》(夏勇、周健、徐高著)、《依法治军的理论与实践》(杨福坤、王文成主编)、《军事斗争准备中的法律问题研究》(西安政法学院科研部编)、《军队条令条例概论》(王安、张振岩主编)、《依法治军论》(宋新立著)、《中国军事法学的回顾与思考》(张建田著)、《军队条令条例教程》(军事科学院军制研究部编著)、《军队行政监察新论》(邓三土著)、《新世纪新阶段军队政治工作的根本法规》(程宝山主编)、《法律战——经典案例评析》(丛文胜著)等。

有关战时军事法学的研究专著主要有:《战争法概论》(顾德欣编著)、《国际法与战争》(张景恩著)、《战争法与现代战争》(郑国梁著)、《武装冲突法》(俞正山主编)、《战争法原理与实用》(丛文胜著)、《法律战:战时军事法》丛书:《战时军事法总论》、《战争法》、《战时军事行政法》、《战时军事刑法》、《战时军事刑事诉讼法》(周健主编)等。

我国目前在《法学研究》、《中国法学》、《法学杂志》、《军事科学》、《中国军法》等国内著名的法学专业期刊和《人民日报》、《光明日报》、《法制日报》、《解放军报》等报纸上公开发表有关军事法学的学术论文多达 870 多篇。这些专业研究学术成果,极大地繁荣了军事法学的理论成果。主要有:张建田、仲伟钧在《法学研究》上发表的《应当重视我国军事法学的创立与研究》(1987年第3期)、莫毅强在《政法论坛》上发表的《关于建设具有中国特色的军事法律体系的几个问题》(1990年第1期)、谷安梁在《政法论坛》上发表的《关于军事立法理论问题的思考》(1993年第1期)、张纪孙在《法学杂志》上发表的《来自维也纳的报告——介绍国际军法和战争法研究新课题》(1995年第2期)、付池斌、黄伟在《中国军法》上发表的《战时军事审判管辖制度思考》(2002年第4期)、李佑标在《中国法学》上发表的《军事法与军事法学的概念研究》(2004年第5期)、曾宪义在《中国司法》上发表的《加强教材建设,推动军事法学的发展》(2004年第10期)、徐根初在《国防》上发表的《围绕新军事变革加强军事法学研究》(2005年第3期)

等。

2003年11月,中国政法大学军事法研究中心正式成立,这是我国首个由高等院校设立的军事法学研究机构。

12月,中国政法大学决定设立军事法学专业博士点,聘请了中央军委法制局、总政治部司法局、解放军法院、解放军检察院、中国军事科学院、解放军西安政法学院等军队机关、教学科研单位的16位法律法学专家担任特邀顾问和特邀研究员,与本校的行政法学、刑法学、国际法学等学科的权威教授担任指导教师,研究军事立法学、军事司法学、军事组织法学和军事刑法四个方向。中国政法大学军事法学研究中心必将为我国的军事法学科做出巨大贡献。

二、军事法体系的理论界说

有关军事法体系,法学理论界存在着不同的论说。依据不同的理论标准,专家学者们提出了不同的观点。有的专家学者认为军事法是一个综合法律部门,不益将军事法单独作为一个法律部门;有的专家学者主张军事法调整特殊的军事、国防法律关系的法律规范,应当作为一个独立的法律部门;有的专家学者主张军事法体系是“三层次”说,有的专家学者认为军事法体系是“四层次”说,有的专家学者还主张“五层次”说、“六层次”说等。

1 军事法体系并不存在的理论学说

在我国法学界,存在着军事法学不是一个独立的法律部门的观点,不承认军事法律体系的存在。他们主张将有关调整国防和军队建设的法律规范放入其他法律部门之中。在2000年4月由国务院法制办公室汇编的《新编中华人民共和国常用法律法规全书》中,就把属于军事法范畴的法律法规分别编入宪法类、行政法类。如把《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》、《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》编入宪法类,把《中华人民共和国国防法》、《中华人民共和国兵役法》、《中华人民共和国人民防空法》、《中华人民共和国军事设施保护法》等编入行政法类^[7]。

2001年3月9日李鹏在第九届全国人民代表大会第四次会议上所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告(2001年)》中指出,根据党的十五大提出的依法治国、建设社会主义法治国家的要求,为实现2010年形成有中国特色社会主义法律体系的目标,九届全国人大常委会提出,要在九届人大任期内这个法律体系初步形成,并明确提出构成有中国特色社会主义法律体系的基本标志就是:“第一,涵盖各个方面的法律部门(或法律门类)应当齐全。关于法律部门,法学界有不同的划分方法,常委会根据立法工作的实际需要,初步将有中国特色社会主义法律体系划分为七个法律部门,即宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。第二,各个法律部门中基本的、主要的法律应当制定出来。第三,以法律为主干,相应的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例,应当制定出来与之配套。”“到目前为止,全国人大及其常委会已经制定了390多件法律和有关法律问题的决定,国务院制定了800多件行政法规,地方人大制定了8000多件地方性法规。同时,构成有中国特色社会主义法律体系

的七个法律部门已经比较齐全,各个法律部门中基本的、主要的法律也大多已经制定出来。因此可以说,以宪法为核心的有中国特色社会主义法律体系的框架已经基本形成。”^①2003年3月10日,李鹏在第十届全国人民代表大会第一次会议上所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告(2003年)》中明确地说明:“在前几届工作的基础上,经过不懈努力,构成中国特色社会主义法律体系的各个法律部门已经齐全,每个法律部门中主要的法律已经基本制定出来,加上国务院制定的行政法规和地方人大制定的地方性法规,以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系已经初步形成。”^②在全国人大的网站上也是列出了宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门。这说明,全国人大的指导思想是不把军事法作为一个单独的法律部门来看待的。全国人大在其工作报告中和网站上将全国的法律体系分成了七个法律部门,没有将军事法作为一个法律部门分列出来,而是将有关军事法律规范的法律文件分散在宪法法律部门和行政法法律部门之中,这对发展军事法、繁荣军事法学是极其不利的。虽然这只是全国人大的工作报告,但它对我国的法律体系的法律部门的构成却产生巨大的影响,许多学者都以此为依据来否认军事法是一个独立的法律部门。

其实,这与国家加快军事变革、迎接世界新军事变革的挑战、实现依法治军的要求是极为不相符的,对加速我国国防和军队的现代化和正规化建设是非常不利的,与许多法学专家学者的看法是相反的。军事法作为一个独立的法律部门既是国家权力结构法制调整的需要,也是国家实现民主法制建设的现实需要。作为国家权力构成中的重要一极,国防和军队必须纳入法治的轨道,否则,建设政治文明和法治文明的目标就可能受到破坏,建设富强、民主、文明的现代化国家就很难实现。“兵者,国之大事也。死生之地,存亡之道,不可不察也。”“军无法不立,法无严不威。”正如邓小平所说,“军队非讲纪律不可,纪律松弛是不行的”,“我们这个军队,历来强调一切行动听指挥,强调自觉遵守革命纪律”。必须做到“军队所有的领域,所有的方面”都要“有法可依”,这样才有利于加强我军的革命化、正规化和现代化建设,才能不断地提高我军打赢未来的高科技战争的能力,保护国家和人民的生命财产的安全^{[1][172-78]}。因此,许多专家学者都倾向于把军事法作为一个独立的法律部门来对待。如原中国法学会会长、著名的法学家张友渔老先生早在1987年为我国第一本军事法学著作《中国军事法学》所写的序言中就明确提出“军事法是一个独立的法律部门,军事法学是我国法学的一门分支学科”^[8],在1991年12月致中国军事法学会成立的贺信中再次指出,“军事法学是法学中的一个独立的学科,在我国社会主义法学体系中占有重要的地位”^[9]。北京大学著名法学家沈宗灵教授认为,军事法是“调整国防建设和军事方面关系的法律规范的总称”,是我国法律体系中的一个重要的法律部门^{[10][1348]}。吉林大学法学院法理学家张文

显教授在其编著的全国普通高校使用的法学教材《法理学》中,明确将军事法作为一个独立的法律部门^{[11][136]}。江苏省高级人民法院院长、我国著名的法学专家公丕祥教授在其主编的法学教材《法理学》中,将军事法与宪法、行政法、民法、经济法等一起作为我国法律体系中的十个主要法律部门中的一个独立的法律部门^{[12][361-366]}。军事科学院的唐炎研究员认为:“军事法学是我国社会主义法学的一个分支学科,是研究军事法这一特定社会现象及其发展规律的科学,军事领域里一切以法为研究对象的社会科学都属于军事法学的研究范畴。”^{[13][132]}从而可见,我国法学理论界普遍将军事法作为我国法律体系中的一个独立法律部门。早在1987年5月原国家教委就正式将军事法学与宪法学、刑法学、民法学等一起列为一门学科,同年10月,军事科学院也将军事法列为《中国军事百科全书》57个分支学科之一。现在的军事立法体制和立法数量表明了军事法实际上已经就是一个独立的法律部门了。《中华人民共和国立法法》明确规定,中央军事委员会享有向全国人民代表大会提出法律议案的权力,“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规。中央军事委员会各总部、军兵种、军区,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内,制定军事规章”。全国最高权力机关制定的立法规范明确规定了军事法是由全国人大制定的有关军事法律、军事法规、军事规章构成的。所以,军事法在我国的法律体系中应该成为一个独立的法律部门,而且它还应该是一个基本的法律部门,这样,才有利于我国军事法的全面发展,更好地促进国防和军队的现代化建设。

2 军事法体系的“三层次”说

我国承认军事法是一个独立的法律部门的观点还是占主流,对军事法的体系也有不同的说法,出现了军事法体系的“三层次”、“四层次”、“五层次”、“六层次”学说之多。“三层次”学说专家学者认为,军事法体系内部的体例结构在纵向上大致分为三个层次:第一个层次是由全国人大及其常委会制定的军事法律和有关军事法律问题的决定;第二个层次是由国务院、中央军委依据宪法和法律制定的军事法规(含军事行政法规);第三个层次是由总部、军兵种、各军区为实施军事法律、军事法规而制定的军事规章^{[14][127]}。军事法的“三层次”学说,是从立法体例和立法主体的角度对军事法律规范按照法律的效力等级来进行划分的。其优点就是法律体系的构成层次十分分明,法律规范的等级位阶十分明显,很容易把不同等级效力的军事法律规范归入相应的法律层次之中。其不足是只考虑到了军事法所调整的军事内部法律关系,并没有将我国有关调整军事法律关系的宪法规范涵盖进去。

3 军事法体系的“四层次”说

“四层次”学说专家学者认为,依据法律的现有效力等级,将军事法分为军事基本法、军事法律、军事法规和军事规章。其学说构成的主要依据是原来我国所确定的军事法体系的建设目标。早在1994年的全军首次法制工作会议

① 参见《全国人民代表大会常务委员会工作报告(2001年)》。

② 参见《全国人民代表大会常务委员会工作报告(2003年)》。

上就提出:“围绕军事法制建设的主要任务,从长远看,要逐步建立起从共同原则出发,具有内在联系、结构合理、门类齐全、内容完整、规范严谨、层次分明的军事法律体系。这一体系主要由以下几部分构成:第一,要有一部由全国人大发布的军事基本法(即国防法,是国防和军队建设的根本法)。第二,要有一整套由全国人大常委会发布的与军事基本法相配套的重要军事法律。第三,要有一整套由中央军委发布或国务院与中央军委联合发布,与重要军事法律相配套的军事法规或军事行政法规。第四,要有一整套由全军各大单位发布的与军事法规相配套的军事规章。”^[15]所谓的军事基本法是指调整在国防建设和武装力量建设领域内最重要、最基本的社会关系的法律,通常认为就是《中华人民共和国国防法》。国防大学法学教授钱寿根就认为,“《中华人民共和国国防法》既是我国法律中的基本法,也是我国军事法体系中的基本法”^{[16] (1213)}。军事法体系的“四层次”学说,突出强调了军事基本法与军事法律的效力的不同,认为军事基本法是国家加强国防建设和武装力量建设的法律依据,是制定其他军事法律、军事法规和军事规章的基础和依据。其实,这种说法缺乏法理依据。从效力等级上看,凡是由全国人大制定的法律都应该处于基本法的地位,都应该纳入基本法的体系之中。所谓的军事基本法从固有的属性来说,它应该归属于军事法律之中,因为在法律规范的称谓上,不存在军事基本法的说法,那只是人们对某种军事法律规范在整个法律体系中的地位的认知。所以,在军事法律之外,再有军事基本法的提法实属没有必要。

4 军事法体系的“五层次”说

军事法体系的“五层次”说认为,根据现有的立法体制构成来建设我国的军事法体系。指出“我国军事法的体系,是指以宪法为依据,以军事基本法为核心,以军事法律为主干,以现行的或即将制定的军事法律规范为基础组成的门类齐全、层次分明、内容和谐的有机的统一整体”^{[17] (1105)}。“我国军事法体系是指由军事法的分支部门组成的,门类齐全、具有内在联系,和谐统一的有机整体。是国家法律体系的重要组成部分。军事法的分支部门一般包括:军事基本法、军事组织法、军事行政管理法、兵役法、军事刑法、军事诉讼法、军事经济法、国防科技法、国防动员法、国防教育法、军事设施保护法、军人优抚法、战时特别法、战争法。”^{[18] (12)}纵观我国法学专家学者的论述,他们各自从不同的角度阐释了军事法体系的构成,都有一定的合理性但也存在一些不足。“五层次”说与《立法法》规定不相符,缺少军事规章这部分,其列举式阐述的军事法的分支部门不够全面,缺乏科学依据,欠科学性完整性。

因此,综合我国不同法学专家的论说,并结合我国军事立法体制和现实状况,笔者认为,我国的军事法律体系应该是一个由四个法律效力等级层次不同的法律规范构成的内在的有机统一整体。这四个层次是:宪法性军事法律规范、军事法律、军事法规和军事规章。至于军事行政法规应当归入何类?依据《国防法》、《立法法》和《军事法规军事规章条例》的规定,军事行政法规在法律效力上与军事法规的效力是相同的,完全可以将它纳入军事法规之中。因为

从制定的主体上看,军事行政法规往往是国务院与中央军委联合发布的,从调整的社会法律关系来看也是涉及军事、国防建设与社会建设的诸方面的问题。将军事行政法规纳入军事法规之中是合理合法的。

三、军事法体系的科学构建

军事法经过长时间的建设发展,虽然初步形成了具有中国特色的军事法律体系,但是我国的军事法体制到底应该建成为一个什么样的体系,学界认识还不尽相同,目标还不是十分明确。随着我国民主法制的深入发展,国防和军队现代化的推进,军事法研究的不断繁荣,一个门类齐全、结构完整、构成科学、和谐统一的军事法体系应当迅速建立起来。

1 按照科学发展观的要求,对军事法进行科学分类

在“十一五”期间,在科学发展观的指导下,我国的军事法体系会在现有成就的基础上获得更大的发展,成为我国社会主义法律体系中的重要子体系。中央军委已经按照科学发展观的要求,遵循现代军事发展规律和国防现代化发展的实际需要编制了新的五年立法规划,而且更加突出了国防和军队新世纪新时期的历史使命,依法保障国防和军队跨越式发展目标的实现,为实现中华民族的伟大复兴提供强大的国防和安全保障。对于构建我国军事法体系的法律应当如何划分,许多学者从不同的角度,提出了不同的构成学说。虽然各自均有道理,但也存在不足。为构建科学的军事法体系,根据“四个层次构成”说的理论,结合军事法的立法体例和军事法已经初步形成的体系以及未来军事法的立法重点,笔者认为未来完整科学的军事法体系将是由国防安全法、军事组织法、军事行为法、军事管理法、军事保障法、军事处罚法、战时特别法、特区驻军法、军人权益保护法和国际军事法等十个子系统构成的科学体系。

(1)国防安全法。主要包括《中华人民共和国国防法》、《中华人民共和国国防教育法》、《中华人民共和国国防动员法》、《中华人民共和国军事设施保护法》、《中华人民共和国人民防空法》、《中华人民共和国空间保护法》、《中华人民共和国信息安全保护法》、《中华人民共和国通信设施保护法》、《中华人民共和国外层空间合作保护法》、《国防科技法》、《国防科技成果管理条例》、《国防专利条例》、《国防科技保密条例》、《国防科学技术合同管理条例》、《国防科学技术情报工作条例》等,以及相应的军事法规和军事规章。

(2)军事组织法。主要包括《中央军事委员会组织法》、《中华人民共和国武装力量组织编制法》、《中国人民解放军体制编制法》、《中国人民武装警察部队体制编制法》、《中华人民共和国民兵组织法》、《中华人民共和国兵役法》、《中华人民共和国现役军官法》、《中华人民共和国预备役军官法》、《中国人民解放军文职干部条例》、《中国人民解放军现役士兵服役条例》、《中国人民解放军士官管理规定》、《中国人民解放军军事法院组织法》、《中国人民解放军检察院组织法》、《中国人民解放军科研院校组织法》、《中国共产党军队支部工作条例》等,以及相应的军事法规和军事规章。

(3)军事行为法。主要包括《中华人民共和国戒严法》、《军队参加抢险救灾条例》、《中华人民共和国飞行基本规则》、《中国人民解放军军事训练条例》、《中国人民解放军军事训练大纲》、《中国人民解放军军事训练考核大纲》、《中国人民解放军院校教育条例》、《中国人民解放军军事科学研究条例》、《中国人民解放军联合战役纲要》、《中国人民解放军司令部条例》、《中国人民武装警察部队司令部工作条例》、《中国人民解放军指挥自动化条例》、《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的暂行规定》、《中国人民解放军保卫工作条例》、《军事检察机关侦查工作细则》等。

(4)军事管理法。主要包括《中国共产党军队委员会工作条例》、《中央军委纪律检查委员会关于贯彻执行〈中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例〉若干问题的规定》、《中华人民共和国军品出口管理条例》、《中央军委关于新时期军队政治工作的决定》、《中国人民解放军政治工作条例》、《中国人民解放军内务条令》、《中国人民解放军纪律条令》、《中国人民解放军队列条令》、《中国人民解放军警备条令》、《中国人民解放军基层后勤管理条例》、《中国人民武装警察部队装备管理条例》、《军队武器装备进出口管理条例》、《民兵武器装备管理条例》、《军用爆炸物品安全管理条例》、《中国人民解放军保密工作条例》、《中国人民解放军边防值勤条例》、《中国人民解放军计划生育条例》、《中国人民解放军房地产管理条例》、《中国人民解放军卫生工作条例》、《中国人民解放军绿化条例》等。

(5)军事保障法。主要包括《中华人民共和国国防经费法》、《中国人民解放军后勤条例》、《中国人民解放军装备条例》、《中国人民解放军装备采购条例》、《中华人民共和国征兵工作条例》、《战略武器定型工作条例》、《中国人民解放军团级以上领导干部职务任免暂行条例》、《中国人民解放军联勤条例》、《中国人民解放军后勤科学技术条例》、《中国人民解放军装备科技信息工作条例》、《中国人民解放军机关公文处理条例》、《中国人民解放军军需条例》、《中国人民解放军物质条例》、《中国人民解放军装备维修条例》、《中国人民解放军审计条例》、《中国人民解放军军衔条例》、《军用机场管理规定》、《关于军用港口、码头的规定》、《关于保护海底电缆的规定》等。

(6)军事处罚法。主要包括《中华人民共和国刑法》中有关“军人违反职责罪”的规定、《破坏军婚惩治条例》、《关于剥夺犯罪军人军衔的规定》、《破坏国防设施和武器装备惩治条例》等。

(7)战时特别法。主要包括《中华人民共和国战时动员法》、《中华人民共和国战时征用法》、《中华人民共和国战时补偿法》、《中华人民共和国战时交通运输条例》、《中华人民共和国战时审判条例》、《中国人民解放军后勤战时保障条例》、《中国人民解放军战时空管管制规定》、《中国人民解放军海上通行战时管制规定》、《中国人民解放军战时褒奖条例》等。

(8)军人权益保护法。主要包括《中华人民共和国现役军人权益保护法》、《中华人民共和国现役军人福利法》、《军队转业干部安置暂行办法》、《革命烈士褒扬条例》、《退

伍义务兵安置条例》、《军人抚恤优待条例》、《军人保险制度实施方案》、《军人伤亡保险暂行规定》、《军人退役医疗保险暂行办法》等。

(9)特别行政区驻军法。主要包括《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》、《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》、《中华人民共和国台湾地区驻军法》、《中国人民解放军驻香港部队干部轮换暂行规定》、《中国人民解放军驻香港部队审计规定》等。

(10)国际军事法。主要是指我国已经承认和加入的国际军事条约和缔结的多边或双边协议。主要包括:《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》、《关于禁用毒气或类似毒品及细菌方法作战协议书》、《关于发生武装冲突时保护文化财产的日内瓦公约》、《拉丁美洲禁止核武器公约》、《不扩散核武器条约》、《南太平洋无核区条约》、《南极条约》、《外层空间条约》、《改善战地武装部队伤病者境遇日内瓦公约》、《禁止或限制使用某些可被认为具有过分杀伤或滥用作用的常规武器条约》、《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产以及销毁这些武器的公约》、《1949年8月12日日内瓦公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》等。

2 完善军事权力体制配置理论,全面实现军队建设的民主化

军事民主是国家民主建设的重要组成部分,直接体现了国家政治文明的程度。军权是国家党、政、军权力结构体系中的重要一极,是国家权力的重要组成部分。目前,我国的军事立法,过多地强调了军事权力的正当性和合理性,而对军事权力的泛化和膨胀缺乏应有的考虑。这与现代制度文明的权力制衡理论是不相符的。随着我国政治文明建设的深入发展,人们对军权在国家权力结构中的地位和分配应当逐步进行深入研究,探寻对军权进行有效制约的权力制衡机制,防止军权的无限扩大。完备的军事法律制度,必须对军事权力在国家权力体系结构中的地位加以明确,对军事权力的行使加以科学规制,这对保障国防和军事现代化的发展,保证军队为人民服务,保证军队为捍卫国家的主权和领土完整,保护国家安全,保护人民的利益和国家利益是十分重要的。

3 建立保证打赢信息化战争的法律制度

我国为迎接新军事革命,打赢未来的高技术信息化战争,军队从建制编成到作战样式,从陆、海、空、天、电一体化建设到军事后勤保障的现代化,都需要进行全方位的改革创新,消除不必要的体制障碍,理顺各种关系,确保“打得赢”目标的实现。我国现在正在加速推进具有中国特色的新军事变革,实现从机械化向信息化建设的跨越,需要完善的制度保障和优化的体制支撑。为此,我们必须加快军事法制现代化进程,积极制定适应信息化战争需要的精简、合成、快速、高效的军事体制编制的法律法规,保证军队联合作战体制的达成;制定适应国防和军队信息化建设所需的国防经费运行机制的法律法规,加速推进我国武器装备的现代化;制定保障陆、海、空、天、电一体化建设的法律法规,提高国防和军队打赢信息战的作战能力,等等。因此,必须通过一系列的法律法规,保障信息时代国防和军队的政治

建设、组织建设、文化建设、军事训练等获得跨越式发展,确保我国具有强大的国防和军队,保证我国全面建设小康社会目标的实现,保证全国人民安居乐业。

4 未雨绸缪,构建战时军事法律制度

军事法必须对战时的法律问题理论研究,为未来的高科技信息战争提供法律制度保障。人们已经从国际全球化的背景下,本着未雨绸缪的态度,从战略高度对战时的法制理论进行研究,对战时经济、战时动员、战时保障、战时刑法、战时交通、战时通讯等方面提出了理论支持。我国已经在《中华人民共和国刑法》中规定了有关战时犯罪的情形,建立了战时刑事法律制度,但对战时配套的法律法规还没有制定出来。因此,今后必须加紧制定《战时军事法》、《战时动员法》、《战时行政法》、《战时诉讼法》、《战时褒奖法》等法律法规,为完善我国战时法律制度体系建设进行战略准备。同时,我国还对国际军事法进行了深入研究,熟悉国际法有关战争的规则、人道主义的法律和平利用外层空间的相关规定,学会利用国际法武器进行斗争,为我国赢得和平建设的重要战略机遇期,丰富了我国军事法的理论内容,将我国军事法理论提高到一个新水平。

[参 考 文 献]

[1] 邓小平文选(第 2 卷)[M]. 北京:人民出版社,1993
[2] 中央军委法制局. 伟大的实践,历史性飞跃——江泽民同志领导军事法制建设十五年纪事[J]. 中国军法, 2005 (2).
[3] 黄国柱,曹智,李宣良. 坚决履行新世纪新阶段我军的历史使命,努力开创国防和军队现代化建设新局面

[N]. 光明日报,2005—03—14
[4] 胡锦涛视察南京军区并发表重要讲话[N]. 解放军报, 2005—10—20
[5] 徐根初. 核心与基石[J]. 中国军法, 2005 (1).
[6] 中国大百科全书(法学卷).[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1984
[7] 国务院法制办公室. 新编中华人民共和国常用法律法规全书[M]. 北京:中国法制出版社,2000
[8] 张建田,仲伟钧,钱海皓. 中国军事法学[M]. 北京:国防大学出版社,1988
[9] 张友渔文选[M]. 北京:法律出版社,1997.
[10] 沈宗灵. 法理学[M]. 北京:北京大学出版社,2000
[11] 张文显. 法理学[M]. 北京:法律出版社,2004
[12] 公丕祥. 法理学[M]. 上海:复旦大学出版社,2002
[13] 唐炎. 国家军制学概说[M]. 北京:军事科学出版社,1990
[14] 张建田. 中国军事法学研究的回顾与思考[M]. 北京:法律出版社,2003
[15] 张建田. 关于我国军事法律体系的建立和完善问题[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2004 (1).
[16] 钱寿根. 军事法理学[M]. 北京:国防大学出版社,2004
[17] 图们. 军事法学教程[M]. 北京:法律出版社,1992
[18] 杨福坤,等. 军事法学词典[Z]. 北京:国防大学出版社,1993

[责任编辑:刘雅斌]

Fore—disquisition on theM ilitary Law System In Our Country

LV Shi— hū FU Chi— bin

Abstract: Great achievements made in the military law of our country have made the scientific construction of the military law system have a massive base. Led by the scientific development theory, the article constructively brings forward the theoretical standpoints about our military law system that should be made of the four—degree legal criteria— constitutional military law, military codices, military statute and regulations, and ten lower systems, according to the basic theories of jurisprudence, our military legislative— system and praxis of the democracy, and helpfully probes into the building of a military law system with a complete species, thorough construction, scientific form and harmonious unification in our country.

Key words: military law, military law system, scientific building of military law system