

军事法体系的重构之道

傅达林

摘要:军事法体系的建构关涉军事法部门和军事法学学科的独立性,深刻影响着军事立法和军队法制建设实践。长期以来学界对军事法体系进行了卓有成效的构建,但也凸显出自主性不足的缺陷。在新的思路下以军事权为线索,可以将军事法体系划分为军事组织法、军事行为法、军事程序法、军事监督和救济法。

关键词:军事法体系;重构;军事权

中图分类号:DF0-05 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2011)01-0085-08

部门法的科学发展离不开自身理论体系的主体性构建。作为法学的分支部门,军事法学在中国的创立,很大程度上正是基于理论者对军事法体系的构建,但这种构建的自主性缺失,也使得军事法学至今仍面临着学科自治的困境。军事法体系的哲理化是我国军事法学走向理性和成熟的标志,一方面,近三十年来的军事立法实践及相伴而生的大量军事法律法规,必然要求上升到理论的层面进行逻辑整理;另一方面,军事法体系的重构能够为军事法实践提供指引和判准,有计划、有重点、有步骤地加强立法工作,促使军事法在实践领域完成部门法的孵化,并在法理上使军事法学具备独立的学科样态。

一、军事法体系构建回顾

所谓军事法体系,是由不同层次军事法律规范分类组合成的若干法律部门所形成的有机整体,是国家法律体系的重要组成部分。^①自20世纪80年代以来,我国国防和军事立法步伐加快,日益增多的军事法律法规为军事法体系的创建提供了素材。

但早期的研究成果并没有对军事法体系进行理论上的论证,而主要是在规范的意义上对军事法进行罗列,从纵向上将军事法体系划分为基本军事法—军事法律—军事法规—军事规章,在横向上勾勒出军事法的部门分支。例如莫毅强等主编的《军事法概论》认为,军事法部门包括:军事基本法、军事组织法、军事行政法、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、国界法、战时特别法和战争法十五类。^②图门主编的《军事法学教程》(1992年)、我国第一部《军事法学词典》(1993年)、陈学会主编的《军事法学》(1994年)等,也持大致相同的观点,只不过在具体的门类上有所区别。

1996年12月,解放军出版社出版的《军事法制建设研究》专门探讨了军事法体系的概念、军事法体系的划分标准、军事法体系的结构等,从而将军事法体系的理论研究引向深入。随后,一些学者开始对军事法部门归类,并按照一定的逻辑进行整合,以求构建起“逻辑化”的军事法体系。周健的《军事法

[作者简介]傅达林,解放军西安政治学院讲师。

① 《中国军事百科全书·军事法总论(学科分册I)》中国大百科全书出版社2008年版,第30页。

② 莫毅强、钱寿根、陈航主编:《军事法概论》,中国人民公安大学出版社1990年版,第83—88页。

论纲》认为,中国的军事法部门包括三类:国防法类(国防法、兵役法、军事设施保护法、国防动员法、国防教育法等)、核心军事法类(军事行政管理法、军事训练法、军事人事法、军人优抚和社会保险法、军事经济法、军事刑法、军事司法)、战争法类。^③书中创造性地提出了“核心军事法”的概念,试图将散杂的军事法规规范统合起来,应当说在军事法体系构建上具有突破意义。张山新主编的《军事法学》从国防法律制度、军事行政法律制度、军事刑事法律制度、国家安全和武装冲突法律制度四个方面,阐释军事法的体系。^④张建田认为,军事法体系应当是根据一定的科学分类标准、方法和规律、原则,由各种军事法律规范组成并与国家法律体系相适应的有机统一整体,其中要深入地认识和掌握各种不同部门法律规范之间的内在联系和逻辑关系。据此他将军事法体系划分为国防及军事基本法和武装力量活动法两大部分。^⑤李佑标则认为,我国军事法体系的划分宜粗不宜细,主要包括国防法、军事管理法和战争法三类。^⑥以上述观点为代表,关于军事法体系研究实际上进入到了第二阶段,研究者开始按照一定的逻辑对军事法门类进行重组,在思路、方法上取得了一定的突破。

反思传统并注重军事法体系的内在逻辑联系,意味着研究进入了第三个阶段。曾志平认为,构建军事法体系应当围绕军事权这一逻辑原点展开,并就此界定军事法体系的外部边界和内部逻辑边界,并主张将军事权的类型作为构建军事法体系基本框架的基本依据。^⑦但他并没有给出一个明确的框架体系。2006年出版的《军事法学》也从军事权的逻辑原点出发,参照借鉴行政法体系,在首先划分国内军事法和国际军事法(战争法)的基础上,将国内部分归纳为军事组织法、军事行为法、军事责任法,以求达致一个逻辑自恰的军事法体系。2009年1月出版的《国防行政法与军事行政法》敏锐察觉到已有军事法体系观点的缺憾,认为不应把属于国际法的武装冲突法纳入属于国内法体系的军事法,并主张把国防行政法从军事法体系中剥离出来。^⑧不难看出,军事法体系研究已经进入反思重构阶段,建构中呈现出的种种问题开始受到研究者的关注,建构的自主性意识更强。

二、军事法体系研究的缺陷

学界对军事法体系的研究经过了一个长期渐进的过程,关于其概念、纵向与横向划分等形成了较有代表性的观点,“军事法体系上的学术见解分歧不大,只是随着时间的发展,人们把它划分得越来越细了”。^⑨笔者认同这一实然性判断,但并不认为对军事法体系的构建已经很成熟了,恰恰相反,这种“越来越细”的背后,正折射出军事法体系建构上的种种缺陷。

一是依赖规范研究,缺乏哲理论证。法体系的构建必须基于一定量的法律规范,但这并不意味着可由法规范直接生成法体系,其间还需要学者的哲理化论证。刑法学者陈兴良认为,法学知识具有多元性,法首先是一种规范的存在,其次还包含了一定的价值内容,再次是一种事实的存在,在上述三个层面上对法进行研究分别形成规范法学(法理学)、价值法学(法哲学)和法社会学。^⑩在这个层次性法学知识形态中,以往对军事法体系的研究专注军事法事实和规范的同时,忽略了哲学层面的理论归纳。目前理论构建更多体现为对现有规范的集合,立法者制定出什么样的军事法规范,就将生成什么样的军事法部门,进而形成一个什么样的体系结构,其间缺乏应有的价值分析和理论与实践的充分跃升。如此构建军事法体系,不仅难以凸显出这一部门法的自主性,也会削弱法体系理论构建对于立法实践的价值指导功能。

二是模仿套用明显,缺乏逻辑整理。从整体上看,军事法知识增长与理论变革很大程度上依赖于对

③ 周健:《军事法论纲》海潮出版社 2000 年版,第 99—104 页。

④ 张山新主编:《军事法学》军事科学出版社 2001 年版,第 58—61 页。

⑤ 张建田:《中国军事法学研究的回顾与思考》,法律出版社 2003 年版,第 207、227—228 页。

⑥ 李佑标:《军事法学原理》人民法院出版社 2005 年版,第 173 页。

⑦ 曾志平:《军事法体系建构新探》,载《西安政治学院学报》2005 年第 6 期。

⑧ 田思源、王凌:《国防行政法与军事行政法》,清华大学出版社 2009 年版,第 270—271 页。

⑨ 张少瑜:《中国军事法学的过去现在与未来》,载《华东政法学院学报》2000 年第 4 期。

⑩ 陈兴良:《部门法学哲理化及其刑法思考》,载《人民法院报》2004 年 12 月 29 日。

其他部门法知识、理论、方法的移植或引进,真正属于自己的原创性的知识、理论、方法较少。在这样的背景中,对军事法体系结构和形式的研究,也明显透露出模仿套用其他部门法的痕迹,一些基本概念和基本原理揭示不够充分。有学者认为,划分军事法分支部门的标准有两个:一是军事法律规范调整的军事社会关系的性质,一是军事法律规范调整的军事关系的方式。^①在法理上这种划分标准完全符合研究规律,但问题在于,军事法到底调整哪些军事关系?军事关系到底有什么本质属性?其调整的方式到底与其他部门法有什么本质区别?在这些关键的问题上,由于简单套用法律部门划分的一般理论,反而呈现出模糊状态。就连最具权威性的《中国军事百科全书·军事法卷》也认为,军事法体系包括军事基本法、军事组织法、军事行政法、军事经济法、军事刑法、军事诉讼法和战争法7类。^②而对于军事行政法、军事诉讼法等,目前又过多地援引了一般行政法和诉讼法的理论知识。这种“依葫芦画瓢”式的构建军事法体系,使得军事法调整的社会关系与其他法律部门难以划清界限,调整方法也势必雷同,最终容易丧失军事法的独立性。

三是侧重实然综合,缺乏应然离析。从近年来发表的军事法体系研究成果看,更多的是从军事立法实践的角度对军事法律法规作体系化总结,实然性研究遮掩了应然性探求。在内容上,一度陶醉于军事法体系“层次分明、门类齐全”的现实格局,而缺乏耐心细致的考究与离析:这种实然繁荣的背后,是否符合军事法体系的逻辑理路,是否干扰了军事法体系的主体性,例如军事刑法、军事经济法等是否应纳入军事法体系,是否还存在应当成为军事法内容而没有立法成绩的方向。对于体系内部究竟该有哪些层次和门类,其结构关系应该如何,还缺乏必要的应然性反思。“作为概念的军事法体系绝不是客观现状的简单描述,而应当具有严谨的内涵和科学的含义”。^③军事法学界有人主张,对军事法体系可从“应该是什么”和“事实是什么”两个角度认识,这说明军事法体系的构建在应然性上与实然性上存在差距。

四是凸显急功近利,缺乏学术自觉。从一开始,出于论证军事法作为部门法和军事法学作为法学二级学科独立性的考虑,理论上在没有彻底厘清军事法与其他部门法边界的情况下,就极力构建起一个包罗万象的庞大体系,其内容囊括大部分部门法分支,对军事法门类本身缺乏审视态度。所构想出的军事法体系框架也极不成型,一些相关的基础理论还没有形成共识,对于军事法体系内部设置以及为什么如此设置,各部分之间具有何种逻辑联系,尚缺乏充分的法理依据和有见地、有深度的阐述,整个中国军事法尚未建立属于自己的独立体系。例如对于军事刑法、军事经济法、战时军事法、武装冲突法等作为军事法的分支部门能否成立,提法是否准确,依据是否充分,都缺乏深入的理论推敲。对部门军事法的具体表述和解释有些过于牵强,难以充分揭示军事法体系的本质特征。学者米健曾对法学领域中邀功请赏、急功近利的现象提出批评,他认为这样的法学根本不会有长久生命力,但这些“法学”很容易造势取宠,营造浮躁和虚假的繁荣。^④由此反观,理论建构上的急功近利在很大程度上抑制了军事法体系研究的自主性。

五是划分标准不一,缺乏学术共识。不同的学者对军事法的分支划分依据不同,有的是根据我国不同部门法与军事领域的交叉关系,形成军事刑法、军事经济法等门类;有的则根据我国某一重要立法项目加以划分,如国防法、兵役法、国防教育法等;还有的根据军事领域的主体进行划分,如军队院校法、军人优抚法等。就是同一个学者划分的军事法部门之间的标准也不尽统一。由此在军事法体系上很难达成学术共识,例如纵向划分就有“三层次”、“四层次”、“五层次”、“六层次”之说。这些不同角度的分类标准不一,出现在一个理论体系中,造成了不应有的交叉和重复,削弱了法律体系内部的逻辑性和科学性,大大影响了军事法体系的存在与发展。其带来的问题恰如学者对整个中国法学根本问题的揭示:法律学人各自以小作坊的模式从事知识生产,并未形成诸多法律学人(学术共同体)共同追随或信奉的规范性信念和研究纲领,也未真正产生由某个学术共同体集体创造的理论模型和理论体系。^⑤

① 周健:《周健军事法文集(第三卷):军事法原理》,法律出版社2008年版,第85页。

② 前引①,第30—31页。

③ 前引⑤,第207页。

④ 米健:《法学研究切忌虚假和浮躁》,载中国法律法规网: http://www.chineselaw.com.cn/jiauyifalv/Article/faxueyanjiu/fayuangongxiao/200605/Article_540433.html,发布时间:2006年5月12日。

⑤ 黄文艺:《对中国法学的反思的再反思》,载《现代法学》2007年第3期。

三、重构军事法体系的思路

(一) 创新: 重构的思维基点

创新是科学研究的思维基点。缺乏创新意识, 军事法研究只能永远停留在模仿、套用其他法的理论层次上, 难以形成自己独特的学术范畴和理论特色。对于军事法体系的重构, 必须从照搬照抄一般法原理的窠臼中脱离出来, 不断谋求理论创新之路。

创新主要体现在研究方法上。虽然不少学者都认识到军事法研究中的方法论缺陷,^⑩但许多成果依然凸显出方法论的陈旧, 在构建军事法体系时或是采用简单的综合归纳法, 或是照搬其他部门法的研究方法。军事法作为部门法, 在运用一般方法研究具体的军事法问题时, 需要更加深入地进行“契合”。例如:

1. 法哲学是对法的价值内容的考察, 因而法哲学的方法论主要是一种价值分析方法, 这种方法具有批判性与反思性, 能够超越实在法而成为一种对实在法的批判力量。我们在援引价值分析法研究军事法体系时(事实上, 目前对于军事法体系研究原本就缺乏价值分析法)就不能只是从理论上简单地作出价值构造, 而必须深入军事法核心价值区汲取提炼, 并运用到对现行军事立法的批判和指引上来。

2. 法理学是对法的规范内容的考察, 因而法理学的方法主要是一种规范分析方法, 这种方法具有规范性与思辨性。我们在援引这一方法构建军事法体系的时候, 就不应简单地对军事法规范进行罗列, 而必须找出不同规范的自身特性及它们之间的逻辑联系, 规范之间的结构才能形成一个系统。

3. 法社会学是对法的事实内容的考察, 因而法社会学的方法主要是一种实证分析方法, 而目前我们还缺乏从实证的角度对军事法规范作微观考察, 更缺乏对军事法体系作细致的实证分析。虽然不少人主张军事法研究需要综合运用法学、军事学、经济学乃至自然科学等研究方法, 但这种综合决非单个意义上的重叠运用, 而需要找到每种研究方法与研究对象的“契合点”, 如此才能形成有价值的成果。

当前, 需要摆脱急功近利、浅尝辄止的研究态度, 从军事法的特征、原则等最基础的理论研究入手, 从诸如军事与国防的关系等最原始的概念辨析入手, 对军事法体系构建中的每一个细节问题进行深入的理论考究, 一点一滴地积累起军事法体系的“素材”。这种细致入微的反思精神, 原本就是一种创新思维的体现。尤其是在社会转型时期, 面对军队建设现实, 军事法如何适应和反映转型社会引起的社会关系的变化; 世界军事变革和军事组织变革风起云涌, 军事立法和军事法体系如何适应、确认并推动这一变革进程; 新的兵员素质和军人知识结构, 新的治理思维和法治观念, 军事法如何准确界定自身的使命和边界, 并重塑自身的权威与治军方式, 这些都需要以创新的理论思维、创新的研究方法、创新的制度设计, 对军事法体系进行合乎逻辑和军事规律的主体性构建。

(二) 自治: 重构的核心目标

自治主要指本学科的内部专业化结构, 包括自家历史传承、理论体系、知识概念以及研究方法等。军事法之所以能够对社会事务进行不同于一般法的调整和解释, 就在于其自身传统、理论、知识及方法的这种独特性。由此, 建立起军事法自身的理论体系, 就成为衡量军事法学科独立性的根本标志。

自创建以来, 军事法学的学科属性就被描述为“军事学”与“法学”的边缘学科或交叉学科, 凸显出军事法作为部门法缺乏自身的独立品性。这种独立性的缺失, 很大程度上体现在军事法体系构建上的两种极端: 一个极端是“胃口”过大, 几乎将一般法的内容全部囊括进来, 前面冠以“军事”即可, 丧失了军事法自身的规定性和自主性; 另一个极端是“胃口”过小, 即将军事法完全缩至军队内部的法律条文, 将军事法体系等同于军队管理规则, 过于强调军事法的“军事性”而丧失了军事法作为一个部门法的生存发展空间。

军事法的内容并不是包罗万象的, 并不是法律体系范围内所有的部门法在军事法范畴内都能找到相关类似的法律规范;^⑪与此同时, 军事法也并非限于军事属性而成为军队内部规则的代称。上述两个

^⑩ 具体缺陷详见陈耿:《军事法研究与军事法学方法论》,载《中国法学》(英文版)2006年卷。

^⑪ 前引③,第258页。

极端凸显出军事法体系自主性不足,进而造成军事法作为部门法的独立性和军事法学作为法学二级学科的自治性缺失。由此,军事法体系的重构目标,就是要找到一个合乎军事法发展规律的逻辑线索,以此准确地界定军事法体系的边界,将军事法部门限定在这个逻辑系统内,将不属于军事法体系的内容果断地排除,将原本属于军事法体系而规范不足的内容及时呈现给制度设计者,以创造性地构建出一个揭示军事法本质和规律的、有自身品格的军事法体系。

(三) 开放: 重构的研究路径

军事法体系并非一个封闭的系统,其具有开放的品格,这种品格意味着军事法体系有传承历史的血脉,有接纳世界的胸怀,更有展示未来的勇气。这要求对军事法体系的重构也必须经由开放的研究路径,能够以社会科学的系统理论知识作背景,将军事法体系纳入更加深厚的社科领域和更加宽泛的世界军事殿堂,坚持部门法发展与军事变革、理论与军队建设实际需要相结合的思路,在洞悉历史中起步,在放眼世界中拓展,在反思与重构中追求卓越。

开放首先意味着军事法体系不能满足于自给自足,它需要从其他社会科学以及人文学科的研究中吸取营养。日本学者沟口雄三指出:随着学术研究的发展,封闭的专业限制在被突破,只是正在从狭窄的专业框架中解放出来,形成一些公共的研究领域,通过知识交流达到知识共有。^⑮早期哲学、伦理学等对法学的推进以及近数十年来经济学、解释学等对法律思考的重大影响,都证明部门法的发展不能孤立地去谋求自治,未来的中国军事法发展,也离不开对相关学科的动态关注和知识援引,离不开一种“博大胸怀”的开放研究思维。

开放同时意味着军事法体系重构应充分向军事法制实践敞开胸怀,不仅与本国更要与国外军事法实践相结合,敏锐洞察国防和军队建设中的法律问题,及时回应军事社会变革的法律需求,从部门军事法中汲取理论养分的同时为部门军事法的发展提供指引,用贴近军事社会的开放性思维来回应实践中的理论需求,寻求理论的独立品性与政治实体需要之间的平衡发展。

开放还意味着军事法研究力量的聚合。博登海默指出,“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦。在同一时间里享用一盏探照灯,照亮每一间房间、凹角、拐角是极为困难的”。^⑯这意味着军事法体系的重构,需要不同学者在各自研究的基础上,展开充分的合作,才能共同支起军事法体系的大厦。军事法研究中需要军地研究资源的合作互补,尤其是理论体系的构建,军外学者具备一定的“学识优势”和“地缘优势”。军外学者不仅可以发挥理论素养、知识广度、研究方法、创新思维上的优势,解决一些制约军事法发展的理论瓶颈;更能突破军内学者“体制内”的局限,以充分的自主性和独立性进行军事法研究。例如中国政法大学2006年出版的《军事法学》就充分借助了军地双方的研究力量和资源,在重构军事法体系上不失为一种开放化的有益尝试。

四、以军事权为线索重构军事法体系

部门法体系的构建,首先需要找到其逻辑起点,即这一规范体系是为何发生、围绕什么发生并最终根据什么而定型的。毋庸置疑,军事法作为典型的公法部门,理当围绕公权力展开,因而在国家所有公法部门当中,军事法对军事事务的调整,采取了最类似于行政法调整的手段。因此,笔者赞同以军事权为逻辑起点来构建军事法体系,这或许不一定是最具主体性的构建,但目前至少符合军事法的内在规定性。

(一) 对军事权来源的设定——军事组织法

军事权是由特定的主体对国家军事领域内的事务进行组织指挥、管理支配的一种国家权力,^⑰对军事权的来源、授予、运行进行规范、控制和监督的法律就是军事法,而军事组织法就处在其源头。

军事组织法是关于国家武装力量组织的地位、职权、设置、相互关系及人员武器编配等法律规范的

^⑮ [日] 沟口雄三:《知识共同的可能性》载《读书》1998年第2期。

^⑯ [美] E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第217页。

^⑰ 傅达林:《军事权初论》载《当代法学》2008年第5期。

总称。军事法实现对军事权的科学定位,首先需要通过军事组织法完成对军事权的设定。当今世界军事强国无不将军事组织法作为军事法制建设的源头,纷纷就重要军事组织出台相应的法律规范,并力求形成一个完善配套的军事组织法体系。瑞士早在 1907 年就制定了《瑞士联邦军事组织法》英国 1947 年通过了《国防法》,法国在《国防组织法》基础上制定了《防务总组织法》韩国在 1948 年 11 月颁布了《国军组织法》,美国在 1948—1951 年制定了《海军组织法》、《陆军组织法》和《空军组织法》日本也在 1954 年 6 月 9 日发布了《防卫厅设置法》和《自卫队法》俄罗斯更是出台了《俄罗斯联邦安全会议条例》等一系列关于国防和军事机关的组织法律规范。

相比而言,我国既没有一部总领性的武装力量组织法,也缺乏专门性的法规,对军事组织规模、职权、设置程序等缺乏规范。未来我国军事组织法除了宪法、国防法对军事权和军事领导体制的宏观规定外,专门的法规体系可由三个层次的规范构成:^①第一层次包括武装力量组织法、中央军委组织法决策层的军事组织法;第二层次包括四总部、军兵种、军区及军事科研单位和院校组织条例,属管理层的军事组织法,其是军事组织法的主体部分;第三层次包括陆军集团军、军区兵种部队、海军舰队、军区空军、省军区(卫戍区、警备区)等组织规范性文件,属执行层的军事组织法。

(二) 对军事权行使的保障——军事行为法

军事权的行使表现为各种军事行为,军事法对军事权的规范也具体体现在对军事行为的规范上。近年来,学者对军事行为的法律调控已有关关注,《中国军事法学基础理论研究》对军事行为作了专门研究,具体阐述了军事立法行为、军事行政行为、军事命令行为和军事诉讼行为。^②《军事法学》(2006 年)专门将军事行为法作为军事法体系的一个内容,将军事行为分为核心军事行为和非核心军事行为、外部军事行为与内部军事行为、具体军事行为与抽象军事行为。^③军事行为法必须建立在对军事行为的科学划分基础上,与前述划分不同,笔者遵循军事权核心内容的界定,^④主张将军事行为分为两大类:

一类是军事指挥行为(军令行为)。这又可分为作战行为和非战争军事行为。作战行为形成关于具体作战的法律规范体系,如各种作战手册、武器操作规程等,目的是对作战指挥、战时管理、战时动员、战场管理等进行调控,其中包括对武装冲突法的援引和遵守,此时武装冲突法的内容即由国际法转为国内法。非战争军事行为主要针对我军“多样化军事任务”,例如参与抢险救灾、维稳处突、国际维和、外出访问、反恐演习、戒严等行为。当前,理论界和实务部门对此类行为的立法研究较多,具体的行为种类及立法构建笔者不再赘述。需要阐明的是,此类行为并非军队的核心任务,对此类行为的法律调控也并非军事法的核心内容。在我国,非战争军事行为立法需谨防对作战及战争准备行为立法带来冲击,同时需要关注对军事权运行范围的限定,防止军事权过度侵入其他社会领域。

另一类是军事行政行为(军政行为)。包括专属武装力量的建设与管理事务,如军事训练、军队政治工作、装备管理、内务管理等;以及国家普通行政事务在武装力量内部的延伸,如军队组织的某些专业公共职称等级评定等。其与军事指挥行为的区别在于:前者针对武装力量的日常建设与管理,后者针对军事演习等非战争军事行动和战时军事行动;前者的出发点和着眼点在于巩固和保障战斗力,后者在于使用和发挥战斗力;前者以管理性、执行性、行政性为主要特征,后者则以命令性、隶属性、不可改变性、无条件性为主要特征;前者引发的是行政责任,可以通过复议、诉讼等渠道救济,后者主要通过事后失当追究指挥上的责任,无论何时都不可诉。^⑤两者不同的行为样态,需要不同的法律规则进行规范,形成风格相异的军事行为法体系,一个是以“三大条令”、“基层建设纲要”等规范部队正规化建设为主要内容的军事行为法,一个是以各军兵种、各不同作战样式的作战条令、作战纲要等规范作战指挥和非战争军

^① 傅达林:《建立健全中国军事组织法的几点思考》,载《法学杂志》2007 年第 4 期。

^② 夏勇:《中国军事法学基础理论研究》,中国财政经济出版社 2005 年版,第 184 页。

^③ 薛刚凌、周健主编:《军事法学》,法律出版社 2006 年版,第 165—166 页。

^④ 在《军事权初论》一文中,笔者将军事权核心内容揭示为军事指挥权和军事行政权,具体参见前引^②。

^⑤ 参见前引^③,第 170 页。

事行动的军事行为法。^{②⑥}

(三) 对军事权过程的规范——军事程序法

无论是法治视域内的正义运送,还是军事视域内的安全实现,都依赖于一定的程序。“程序的公正性的实质是排除恣意的因素,保证决定的客观正确”。^{②⑦}对于军事权的运作和军事决策而言,其后果的难以弥补性更加凸显出程序法的上述功能。只有通过对军事权行使过程的规范,对行使军事权力的方式、步骤、时限、顺序等作出科学严格的规定,才能确保军事权依法、公正、有效行使,减少军事决策的随意性和主观性。西方国家从20世纪30年代以来,就特别强调军事程序法尤其是军事行政程序法的发展和完善。^{②⑧}所以,军事程序法不仅具有区别于军事行为法的独立价值,而且成为军事法迈向现代化和自主性的关键部分。目前,我国军事程序法在观念上仍然极为淡薄,立法实践中较少受关注,只是在《军事设施保护法》、《军事训练条例》等规范中有一些零星规定。今后如果条件充分,应在军事行为法的基础上,出台一部统领意义的军事程序法,并重点就不同的军事行为出台相应的程序性法规。

(四) 对军事权运作的监督和补救——军事监督和救济法

军事权具有强烈的暴力性和扩张性,要求从法律上对其运作进行有力的监督,并对其产生的不利后果进行补救,这些构成军事监督法和救济法。军事监督法为军事权行使是否遵守法定权限、法定程序提供监督机制,例如军队审计法、监察法、复议法等;军事救济法为受到滥用军事权行为侵犯的相对人提供法律救济机制,例如军人诉愿法、军人信托代表制度以及军事诉讼制度。

1. 军队监察法。军队监察主要是对军队执法行为的监督和检查,以纠正军事权运作的不合法状况。军队监察法来源于古代的“监军”制度,发展到如今一般包含军队行政监察和专门的军事检察制度。前者如德国的国防监察员制度,1957年6月26日德国公布的《国防监察员法》规定,国防监察员如知有侵犯人权或违反内部领导统御原则之事情时,应行使纠举纠正之职权以保障军人人权;^{②⑨}后者如俄罗斯,其军事检察机关除了行使对刑事案件的侦查权外,主要担负着军内的违法纠举职能,包括对联邦武装力量、其他部队、军事单位和机关的执法情况实施监督,对军事指挥机关遵守公民(包括军人)人身权利和自由的监督,对部队实施调查、审讯和预审机关的执法情况进行监督,对采取强制措施的单位机关、机构以及拘留、监禁地的行政管理人员执法情况进行监督等。^{③⑩}就我国而言,军队行政监察存在职能萎缩、法治化程度低、效能不明显的缺陷,军事检察制度限于对军事刑事案件的侦查与公诉,其职能仍有待拓展。

2. 军事复议法。军事复议是指军队单位和个人认为军事机关的行政行为(指挥行为排除在外)侵犯其合法权益,向上级机关提出申请,由复议机关对该行为的合法性与合理性进行审查并作出处理决定的一种制度。其正当性在于针对军事机关存在违法或不当行使权力的潜在危险与现实可能,提供权利救济,同时体现出上级机关对下级机关的监督。在德国、比利时、荷兰等大陆法系国家,军人违纪行为的权利救济途径就包含军事复议。例如德国1956年12月23日公布了军人诉愿法,这是一种“体制内”的申诉制度,让军人因长官或同僚不当行为而觉得有冤屈,或权利、尊严和人权受损时,能有一个申诉的渠道。我军《纪律条令》规定了军人申诉制度,^{③⑪}但其与保护军人合法权益的实际需要还存在差距,申诉事由不明确,管辖缺乏公正性,法治化程度较低。笔者以为,由于军事权运作利害关系重大,具有很强的封闭性、专业性和即时性,这决定对其补救的主要途径宜采取内部机制,由此有必要出台一部《军事复议

^{②⑥} 有学者认为,军令与军政的区别是行为内容上的区别,二者在行为方式上却是一致的,都具有行政特征,所以军事行政行为应当包括军令行为,军令行为可以并且应当受到军事行政法的调整。(参见前引^{②⑥}第205—206页。)笔者认为,将军令视为“军事命令”是对军令行为的狭曲曲解,军政与军令在内容、方式上都存在重大区别,需要不同类型的法律规范进行调整。如果把二者都纳入军事行政法调整,军事法在很大程度上将等同于军事行政法,最终军事法也容易沦为行政法而失去自身的自主性。

^{②⑦} 季卫东:《法治秩序的建构》中国政法大学出版社1999年版,第14页。

^{②⑧} 杨君琳:《论军事程序法在军队法制建设中的作用》,载《南京政治学院学报》2001年第3期。

^{②⑨} 王峰、傅达林:《德国的国防监察员制度》,载《人民法院报》2004年11月5日。

^{③⑩} 杨毅:《俄罗斯军事检察制度概览》,载《解放军报》2005年3月14日。

^{③⑪} 目前一般认为《纪律条令》的申诉就是军事复议,但笔者以为,这种申诉与政府内部的公务员申诉机制极为类似,而与行政复议差别较远,其在实质上能否视为军事复议大可商榷。

条例》发挥军事复议在均衡军人权利与军事权力、创造和谐军事秩序上的功能。

3 军事诉讼法。一般认为,军事诉讼包含刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼,基于军事司法权的归属不同,理论界对军事诉讼的看法也不同。笔者从军事权的运作逻辑出发,提出另一种思路:军事诉讼并非国家诉讼制度在军队内部的简单复制,而应当是出于对军事权的维护和补救而形成的第四种诉讼制度。这种诉讼制度在内容上主要包括两部分:一是对军人和极特殊情况下的平民^②危害军事权的违纪违法行为进行追诉,例如国外的一些武装力量纪律法庭、美国的军事法庭和军事审判委员会等;二是针对军事权违法行使造成权利损害的司法救济,也即近年来学界呼吁建立的军事行政诉讼制度和军事赔偿制度。由此,军事诉讼将主要负担与军事权相关的案件的审理,而把国家普通司法能够解决的案件排除在外,从而将军事法体系限定在自身的逻辑边界之内。

总之,军事法体系的构建是一个重大的理论与实践课题,既关系到军事法的独立和军事法学的自治,又关系到国家军事立法有无明确而完整的发展目标和思路,关系到军事法体系与国家统一法律体系的融合。笔者在文中只是对军事法体系的构建作出梳理,提出的重构思路和设想不尽成熟,目的旨在推动理论探讨的进一步深入,并期待学界能够给出更加独立而自主的回答。

Reconstruction of the Military Law System

FU Da—lin

Abstract: The construction of military law system determines the independence of military law as both a discipline and a jurisprudence, thus it heavily influences the legislation and ruling of military law. The academic studies have had profound achievement on construction of military law system though in lack of self-determination to some extent. It is suggested to classify military law system according to military power into military organization law, military conduct law, military procedural law, military supervision and remedy law.

Key words: military law system; reconstruction; military power

② “平民不受军事审判”本为现代法治国家的一项宪法性原则,但从各国的军事司法实践看,基于维护军事利益的需要,虽然平民受军事审判在法治常态下是例外,但在非常状态下却又是普遍存在的。具体参见李卫海:《论平民不受军事审判》,载《中国军事法学论丛》(第二卷),中国方正出版社 2009 年版。