

# 论军事法的结构营造

胡世洪

**[摘要]** 军事法的结构营造, 目的在于促进军事立法的科学化。其中, 外部结构营造的任务是平衡和谐军事法在国家法体系中的关系; 根据军队建设、国防建设、战争的准备和战争的实施等军事活动在国家事务中的地位合理调控军事法在法的体系中的地位; 根据军事法调整对象即军事法律关系表现在主体、内容、客体上的特殊性来协调军事法与其他部门法的关系。内部结构营造的任务是均衡协调军事法内部的横向与纵向关系: 根据军事法在平时和战时不同的价值取向重心, 均衡军事法各子部门在数量和规模上的横向关系; 严格按照军事法的上下位阶, 处理军事法在调整范围、名称和内容上的纵向协调。

**[关键词]** 结构营造; 立法技术; 军事立法; 军事法学

**[作者简介]** 胡世洪, 西安政治学院军法系博士研究生, 陕西 西安, 710068

**[中图分类号]** D912.8 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1004-4434(2007)02-0141-06

一般认为, 法的结构是指规范性法律文件所包含的基本要素及其有机搭配和有序排列。它分为法的形式结构和实体结构两个方面。形式结构是指法律文件中外在的各组成部分的排列、组合及其相互关系; 实体结构则是指法律文件内在的、逻辑上各要素的排列、组合、内容、形式及其相互关系<sup>[1](P98)</sup>。对法的结构进行研究, 一般都通过“法的体系”进行。考察军事法的结构, 也可置于“法的体系”的框架中进行, 对应而成“军事法体系”。军事法体系, 指由一国现行的军事法律规范按照纵向和横向的结构与层次组织起来的统一整体。军事法体系作为国家法制系统中的一个子系统, 其结构不仅包括军事法本身即内部各构成要素及其关系, 还包括它的外部结构, 即与其所处的国家法大系统和其他法的子系统之间的关系。军事立法科学化的要求之一就是均衡协调军事法的内外部结构。军事法的结构营造, 分为军事法外部和内部结构营造两个方面。前者包括处理军事法在国家整个法的体系中的关系、军事法与其他部门法即子系统的关系; 后者包括军事法之间横向与纵向的均衡协调。

## 一、军事法外部结构的营造: 平衡和谐

考察军事法外部结构的营造, 是将调整军事社会关系的军事法作为一个子系统置于国家整个法的体系中, 研究如何平衡和谐军事法与这个大系统及其他子系统之间的关系。

### (一) 合理调控军事法在法的体系中的地位

在一个国家整个法的体系中, 作为其构成要素的各部门法在其中所处的地位(在很大程度上是通过其数量比重和规模大小而体现), 不是并驾齐驱的, 也不是一成不变的, 而需要根据各自领域的事务在国家事务中的地位进行合理调整和控制。调整军事领域社会关系的军事法的地位, 应

当根据军事在国家事务中的地位进行合理调控, 二者之间一般呈正比例关系, 即军事在国家事务中的地位越高, 军事法在国家整个法的体系中的地位就越高; 反之亦然。作为一种最为极端的人类对抗活动, 军事在相当长的历史时期内, 都被当作国家最为紧要的公共事务或基本职能, 正可谓: “兵者, 国之大事也。死生之地, 存亡之道。”(《孙子兵法·计篇》) 军事在国家事务的地位, 是通过其具体活动来共同体现的。所以, 军事法在国家整个法的体系中的数量和规模, 需要根据以下具体军事活动的地位来调控:

1. 军队建设。以武力对抗为主要形式的战争, 主要是由军队这种武装力量实施, 即使在没有战争的和平状态下(这正是人类社会的常态和不懈追求), 不同政治力量间的相互威慑与抗衡也是以军队的存在为前提和后盾的。因此, 军队建设成为军事事务中最基本的内容和形式, 其内涵也最为丰富, 包括军队体制的编制、指挥系统的运行、军队行政管理、军事训练、军事后勤和装备保障、军事刑事诉讼、国际军事活动等; 调整这些领域社会关系的军事法相应地表现为各种军事法律制度: 军队编制法律制度、军事指挥法律制度、军事行政法律制度、军事训练法律制度、军事后勤法律制度、军事装备法律制度、军事刑事法律制度、国际军事法律制度等。这些子部门法在军事法体系中的地位也并非等量齐观, 需要根据以上军事活动在军队建设中的地位进行调整和控制, 进而促进军事法体系在国家整个法的体系中的科学定位。

由其在军事事务中的常规性和基本性所决定, 军队建设领域的法律制度在军事法体系中占有重要地位, 并通过其数量和规模表现出来。目前, 军队建设领域的军事法在国家法的体系中的地位总体上是比较协调的, 但也不乏偏颇之处, 结构上有失均衡。如武装力量和军事机关的编制

和组织、军人民事和军事行政诉讼、国际军事活动等方面的法律制度尤为单薄,与这些军事事务的日益广泛性和重要性极不相称<sup>①</sup>。诸如此类的失衡问题,应在军事法的外部结构营造中加以解决。

2. 国防建设。此处的国防建设,特指在军队以外的国家组织系统中进行的、以支持军队建设及为战争的准备和实施而进行的各种活动,一般包括国土防卫、国防动员、国防教育、兵员征集、军事设施保护、武器装备和作战物资的研究、开发与储备、交通战备建设、民防建设,以及在整个国民经济与社会发展的总体规划中所作的与战争准备和实施有关的部署等。随着科学技术的发展和传统战争手段的出现,国防安全观也不断得以更新。在社会实践中表现为,国家在政治、经济、文化等各个领域的建设,与国防建设的互涉性和包容性越来越明显,如航空航天技术的运用(如载人航天工程)、综合性大型国际会议的举行(如奥林匹克运动会、世界博览会)、大型民用工程的建设(如南水北调工程、西气东输工程、三峡水利枢纽工程)等,都包含着巨大的国防因素<sup>②</sup>。所以,国防建设日益呈现出复杂性、开放性和综合性的态势,其在军事事务和国家事务中的地位也必然具有这些特性,调整该领域社会关系的国防法律制度在军事法和国家法的体系中的地位调控,也必须充分考虑现代国防的特性和需求。

目前的国防法律制度,以国防法、国防教育法、兵役法、军事设施保护法、特别行政区驻军法等为主干,已经成为军事法体系中一个重要的子部门法。但在其外部结构上,与现代国防日益凸显的复杂性、开放性和综合性有不尽相称之处,有所失衡。例如,关于国防建设活动中一项重要活动——国防动员的法律规制一直未曾实现,明显表现为国防动员法律制度的缺失。该领域的军事法,应以国防动员基本法为统领,涵盖经济动员、科技动员、信息动员、文化动员等诸多领域的法律调整。

3. 战争的准备。关于一项活动的“准备”与“成功”之关系,古人早在两千多年前就明确提出了“凡事豫则立,不豫则废”的论断<sup>③</sup>。对战争而言,这种必然联系更为突出。毛泽东曾指出:“由于战争所特有的不确定性,现实计划性于战争,较之实现计划性于别的事业,是要困难得多的。然

而,‘凡事预则立,不预则废’,没有事先的计划和准备,就不能获得战争的胜利。”<sup>[2](P495)</sup>由此可见,充分而高效的战争准备,对战争的实施及最后胜利至关重要,是军事活动的核心内容之一。为战争的实施所作的准备活动,一般包括战争动员方案的制定、国家战争指挥系统建设、预定战场建设、战争实施预定方案的制定等。这些战争准备活动在军事事务中的地位,一般都随着战争可能性的增大而提升,规范其组织与实施的相关军事法在数量和规模上也势必有所扩大。

4. 战争的实施。战争的实施,指国家动员战争所需要的各种资源,以军队为武装力量的主体实施战斗、战役,最终达到其预期政治目的<sup>[3](P43)</sup>。从社会本质上看,战争是两个或两个以上政治集团之间所发生的一种巨大的利害关系冲突,这种冲突是以流血的武力对抗为形式<sup>[4](P2)</sup>。作为军事活动中最为核心的内容,战争的最初形态主要表现为血亲复仇,其最基本含义就是消灭敌人的肉体。但随着人类政治文明的演进,这一含义不断变化和丰富。现代战争的基本含义,已不再或不再主要以消灭敌人肉体为目的,而是为了消灭或消减敌对方的势力。这个势力是综合性的,除了战斗人员及武器装备的战斗力等军事上的势力外,还包括政治、经济、社会、文化等诸多领域的势力<sup>④</sup>。战争中,作战指挥和遂行,都是以强制命令与无条件服从为根本形式而实施的,二者都要求建立快捷灵活的决策与执行机制。此时,以明确精炼的符号系统表现权威的法律,因其明确性、稳定性而形成明确、稳定的心理和社会预期,能够较好地消除决策与执行过程中的各种阻力等品质,从而成为统御武装力量实施战争的最好选择<sup>[5](P18)</sup>。事实上,军事法本就源于战争,即所谓“刑起于兵”<sup>⑤</sup>。古人也已认识到立法与战争的联系,即“凡兵,制必先定”,并把法看作是谋取战争胜利的基本因素<sup>⑥</sup>。战争与法的“耦合”问题解决后<sup>⑦</sup>,接下来就应处理如何调控调整战争实施中的社会关系的军事法的地位。与其他军事活动一样,规制战争施行的军事法,必须根据战争在国家事务中的地位而定。比如在军事法源起阶段,进行战争是国家的核心事务。当时国家的法制,实际上就是军事法制<sup>[6](P30)</sup>。现代国家的法制

①如中央军委组织法、军事法院组织法、军事检察院组织法、军人民事诉讼条例、军事行政诉讼条例、参加国际联合军事演习条例、参加联合国维持和平行动条例等立法,一直未能成为现实。

②例如,作为世界上最大的水利枢纽,三峡大坝如何应对军事袭击的问题,在工程初步设计时就进行了充分考虑。为更好地应对恐怖袭击,2005年11月在三峡工地专门举行了“反恐”演习,对可能发生的各种恐怖行为进行了演练并制定了相应预案(参见江时强:《三峡大坝有足够的力量应对恐怖袭击》,http://www.xinhuanet.com,2006)。

③见《礼记·中庸》。豫:同“预”,预先,这里指预先有所准备;立:成功;废:失败。

④关于战争目的和含义在古代的一段演变,《中国的兵》(雷海宗著,中华书局,2005年)论述道:春秋时代的战争由贵族包办,多少具有一些游戏的性质。我们看《左传》中每次战争都有各种的繁文缛节,杀戮并不甚多,战争并不以杀伤为事,也不以灭国为目的,只求维护国际势力的均衡。到战国时代,情形大变,战争的目的在平攻灭对方,所以各国都极力奖励战杀,对俘虏甚至降卒往往大批的坑杀,以便早日达到消灭对方势力地步。从此以后,这就成为常事(参见该书第14~15页)。直到20世纪初,战争才开始进入到它可以毁灭人类的时代。人类已组织成为大的国家和帝国,各民族的兴起充满了集体的意识,使屠杀事业可以按以前意想不到的规模和形式加以设计和实行(参见程栋等主编:《人性与战争》,山东画报出版社,2004年,第111页)。

⑤军事法的产生,与其孪生物——战争相伴。钱钟书指出:按兵与刑乃一事之内外异用,其为暴力相同。“刑罚”之施于天下者,即“诛伐”也。“诛伐”之施于家、国者,即“刑罚”也。兵之与刑,合二为一也(参见钱钟书著:《管锥篇》(第一册),三联书店,第285页)。

⑥“制必先定”出自《尉缭子·制谈》,是尉缭子提出的军事立法要先行思想,其理由就是“制先定则士不乱,士不乱则乃明”,只有制定良好的军事法律,部队在战争中的行动才有所适从,才能步调一致,达到“金鼓所指,则百人尽斗。陷行乱阵,则千人尽斗。覆军杀将,则万人齐刃”的境界。关于决定战争胜负的因素,孙武在《孙子兵法·计篇》中认为主要是五个方面,即道、天、地、将、法。其中,“法者,曲制、官道、主用也”,指的是军队组织编制、各级将吏的职责区分、统辖管理、军需物资、军用器械、军事费用的供应管理等法律制度。《吴子》也认为,军队以治为胜,“若法令不明……虽有百万,何益于用?”

⑦“耦合”本是物理学用语,指两个或两个以上的体系或两种运动形式间通过相互作用而彼此影响以至联合起来的现象(参见杨宗科著:《法律机制论——法哲学与法社会学研究》,西北大学出版社,2000年,第4页)。此处借用“耦合”术语,表示战争与法这两个现象、两种运动形式之间由对立到统一而相互作用,并彼此影响的现象。

体系中,军事法的地位调控,还应置于国际法视野中进行,即合理调控规范作战行为的原则、规则和规章制度——武装冲突法在军事法中的地位。它主要包括关于使用武力的法律规定、关于作战行为的法律规范、中立法和惩处战争犯罪的法律规定等内容,在渊源上表现为具有国内法效力的国际军事约章。它与国内法中有关战争施行的军事法一起,构成调整战争中社会关系的一个子部门法。这个子部门法在军事法和国家整个法的体系中的地位,则应根据战争在军事事务和国家事务中的地位而调整和控制。

战争的准备与战争的实施,都与战争的可能性和现实性密不可分。所以该领域的法律制度在军事法和国家整个法的体系中的地位,也相应地存在一个可能性向现实性转化的问题。当战争的可能性存在时,规制战争准备的军事法就应当具有相应的地位;当可能性转化为现实性时,规制战争实施的军事法的地位必将骤然提升。反之,在战争的可能性或现实性不存在的情形下,它们相应的地位就将只停留于潜在性阶段。

## (二)平衡协调军事法与其他部门法的关系

划分部门法的主要标准,是法律规范的调整对象即社会关系。军事社会关系,则是军事法的调整对象,如国家在国防建设领域的军事关系、武装力量建设方面的军事关系、战争准备和实施中的军事关系、涉外军事关系等。而也正是这种调整对象上的区别性和特殊性,成就了军事法的特殊性,并使之与其他部门法严格区分。所以,作为一个部门法的军事法,与其他部门法之间的关系,主要表现在调整对象上<sup>①</sup>。也就是说,它们之间在结构上的平衡与协调,决定因素就是调整对象的范围。

法的调整范围恰当是一个国家法治水平的具体体现之一。军事法调整范围过大或过小,都不利于国家法律体系的完善与平衡发展,不利于国家和军队法制的科学运行。一方面,军事法的调整范围不可过大,将本应由其他部门法调整的社会关系纳入军事法的调整范围;另一方面,也不可过于狭小,将本应由军事法进行调整的社会关系排除在外。也就是说,法律体系的构建应当坚持自恰性与开放性的结合。自恰性是指调整范围不能出现法律真空状态;同时,法律体系的自恰性也不是封闭的,它要求该体系呈开放的态度,能够接纳新的社会关系进入其中,从而使其保持与社会发展的同步和对人们社会生活的精确调控<sup>[7](P282)</sup>。军事法体系的构建,也应坚持其自恰性与开放性的有机结合。在具体处理军事法与其他部门法的关系的结构营造中,应当根据军事法调整对象即军事法律关系表现在主体、内容、客体上的特殊性来调控军事法的调整范围。

根据以上原理和要求,与其他部门法保持均衡协调的军事法,其调整对象一般应调控在以下合理范围内:

### 1. 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、文化等领域的活动。将国防建设纳入法律的调整范围,与政治、经济、文化等其他领域一样,是法治的必然要求。

2. 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,其以生成和提高战斗力为核心的各项建设中的军事社会关系,理应成为军事法调整的重要对象。武装力量的基本性质、根本任务、活动准则、治军方针、建设目标和基本要求等都需要军事法的规范。

3. 武装力量内部的军事社会关系。我国的武装力量由中国人民解放军、中国人民武装警察部队和民兵组成,它们之间的关系、各自内部上下左右之间的关系、军人的权利和义务等都需要法律的强制性规范,从而成为军事法调整的另一个重要范围。

4. 武装力量与外部社会之间的关系。应当归于军事法调整范围的这一类社会关系,是指武装力量在履行职责的活动中与其他社会系统之间发生的关系,主要包括军事训练和演习中的征用与补偿、军事设施保护、军队环境保护、军地互涉案件的处理等内容。

5. 对外军事关系。在对外军事关系中,开展对外军事活动的依据、原则和遵守有关国际军事约章的立场,都需要用法律的形式予以宣示,从而将对外军事关系纳入军事法的调整范围,并赋予其国内法的国家强制力,对对外军事活动进行法律规制。

## 二、军事法内部结构的营造:均衡协调

法律体系科学性的基本要求之一就是该体系的内在协调性,即避免自相矛盾,以达到和谐协调,这是历代思想家和法学家普遍认同的基本标准。如恩格斯就曾指出,现代社会要求“建立和谐的法体系”<sup>[8](P203)</sup>。毋庸置疑,“中国军事法的大结构已经生成”<sup>[5](P4)</sup>。考察军事法这个“大结构”的营造,就是将调整军事社会关系的军事法作为一个系统,研究如何均衡协调这个系统内部各组成要素纵向和横向间的关系。其任务包括:(1)军事法之间横向结构方面:军事法的自由、平等、安全、秩序、正义、效益等价值,对军事立法活动具有价值导向作用,立法主体可以根据军事法的价值取向来处理军事法之间横向的均衡协调。平时,军事法的价值重心在于自由、平等和正义,此时应当注重体现以上价值的部门军事立法,并在法的数量和规模上相应地表现出来;战时,军事法价值体系的重心转向于安全、秩序和效益,这一时期的军事立法,应当以体现这些价值的部门为重点,其数量和规模较平时都将有所增大。(2)军事法之间纵向结构方面:军事立法权限的层级性,导致了军事法位阶的区分。纵向的结构营造,就是严格按照军事法的位阶处理上下位军事法之间的协调,具体包括调整范围的协调、名称

<sup>①</sup>关于军事法作为一个部门法的划分标准,军事法学界主要有两种观点:一种观点为调整对象与调整方法说,其中军事法的调整对象是主要标准,调整方法为辅助标准,以《军事法论纲》(周健著,海潮出版社,2000年)和《中国军事法学》(张建田等著,国防大学出版社,1988年)为代表;另一种为调整对象与军事法律规范的数量,其中军事法的调整对象是主要标准,而军事法律规范数量则是辅助标准,以《军事法学》(陈学会主编,解放军出版社,1994年)为代表。

的协调和内容的协调等。

### (一)军事法横向间的均衡协调

军事法之间的横向关系,指构成军事法体系的各子部门法之间的平行关系。基于这些子部门法调整对象的同一性(军事社会关系),它们之间的关系更多地表现在数量和规模上。军事立法科学化所要求的军事法之间的均衡协调,主要也就是在数量和规模上的要求。

法的各种价值之间,有时会发生矛盾和冲突。而立法作为一种确立普遍规则的活动,在一定意义上说,正是为了协调、平衡各种价值矛盾和冲突<sup>[9](P36)</sup>。作为军事立法精神底蕴的军事法价值,其取向无疑对军事立法活动具有导向和指引作用<sup>[10]</sup>。所以,如何在立法中促使调整同一社会关系的军事法各子部门之间达成均衡协调,一个行之有效的方法就是利用军事法的价值取向进行调控,即根据军事法在平时和战时的价值冲突来处理军事法横向间的关系。

1. 战时。由安全、秩序和效益构成的“安全价值系”是军事法的本位价值,它直接指向军事法的战争适应性及战争的最后胜利。在国家安全面临或遭受破坏、社会秩序失去控制和规范、追求军事手段效益最大化的战争时期,作为主体的国家、军队及其成员,对作为客体的军事法的需求,无疑集中于它的“充分”和“有用”上,即需要在数量上和效用上都足以维护安全、秩序和效益的军事法;并以此在武装力量内部建立起高效的管理、指挥、作战以及后勤、装备保障系统,在武装力量外部建立起有序的动员、支援系统,从而取得战争的最后胜利。也就是说,战争时期的军事法,其价值重心落在安全这个本位价值上。这一时期的军事立法,应当以具有安全、秩序和效益等价值的部门为重点,其数量和规模较平时势必都大为扩张。从而在军事法内部的横向关系上,营造出“战时军事法”远远多于“平时军事法”的结构。

当然,军事法体系中各子部门法的价值取向并非截然可分,它们之间存在着部分包容或交叉的交集关系。但是,每一个军事法的子部门,其价值取向都各有其重点,要么集中于安全,要么集中于正义,而交集部分则非其价值取向的主流。把握这一点,军事立法主体才能在结构营造中,根据各子部门法的价值重心来均衡协调军事法的横向关系。如规范国防动员、军事管制、战场建设、战时征用与后勤保障、作战指挥、战场纪律、战时犯罪与诉讼及作战手段和方法等领域的军事法子部门,都以安全为其价值重心,应当成为战争时期的立法重点,以满足这种军事法价值取向的需求,在结构上通过军事法的数量和规模体现出来。

2. 平时。安全价值,固然是军事法的本位价值,也是军事法作为国家的特别法而存在的价值基础,但它已不再是

军事法唯一的价值所在,正义价值因素的必要作用日益增强,现代军事法无论在战时还是平时都更多地体现着正义价值<sup>[11](P35)</sup>。但是,将由自由、平等和正义构成的“正义价值系”作为重点,仍然是和平时军事法价值取向的主流。在战争保持其可能性的和平时,国家、军队及其成员对军事法“有用性”的需求,集中在它对军事人员的自由、平等和军事社会的正义的维护上,对军事法安全价值的需求则居于次要地位。所以平时的军事立法,应当以具有自由、平等和正义价值的部门为重点,并相应在其数量和规模上得以体现。一般而言,这类军事法包括军人权益保障、军队人事、工薪福利、教育培训、优待抚恤和军功奖赏等子部门。

### (二)军事法纵向间的均衡协调

军事法纵向间的结构营造,就是在军事法的生成过程中处理各子部门法内部不同位阶军事法之间的上下关系,促成其达成均衡协调。所谓位阶,是指法律在一国法律体系中的不同地位和由这种地位构成的不同法律之间上下的相互关系<sup>[12](P393)</sup>。如前所述,我国军事法律体系的位阶关系业已形成,即宪法(宪法性军事条款)→军事法律→军事法规→军事规章<sup>①</sup>。在此序列中,法律效力是依次递减的,即后者的法律效力低于(小于)前者。调整同一类军事社会关系的一个军事法子部门,按照法律体系“结构严谨”和“内部和谐”的要求<sup>②</sup>,通常应当由一定数量的宪法性军事条款、军事法律、军事法规和军事规章等构成。军事法纵向间的结构营造,就是使同一子部门内不同位阶的军事法在调整范围、名称、内容等方面都保持上下均衡协调的关系。

1. 调整对象的协调。军事法作为一个部门法,之所以可再分为各子部门,在于军事法所调整的对象即军事社会关系可以细分为若干更小的领域<sup>③</sup>。也就是说,调整某一类军事社会关系的军事法就可构成一个子部门。如调整国防社会关系的军事法,可称为“国防法”;调整军事行政关系的军事法,可称为“军事行政法”;调整军事刑事关系的军事法,可称为“军事刑法”等。对于立法者而言,在立法中运用部门法的思维来给一部即将制定的法律定位,无非是考虑该法律的调整对象的归类<sup>[12](P369)</sup>。故此,在军事法的生成过程中需要对各军事法子部门的调整对象进行适当调控,使其各层级的军事法调整对象保持协调,均不可超出该子部门军事法调整对象的范围。与此同时,还要求下位阶军事法不可超出其上位法的调整范围。如“国防法”这个子部门法,由有关宪法性军事条款、《中华人民共和国国防法》《中华人民共和国军事设施保护法》《国防交通条例》《中华人民共和国无线电管理条例》等不同位阶的军事法渊源构成,其总体调整对象都保持于“国防社会关系”之内。同时,

①其中“宪法→军事法律”之间,还可增加“基本军事法律”一级(参见韩延龙主编:《中华人民共和国法制通史》(1949~1995),中共中央党校出版社,1998年,第1165页)。如在国防法序列“《宪法》→《国防法》→《国防教育法》”中,《国防法》即为“军事基本法律”,而《国防教育法》则为“军事法律”。

②法律体系科学化的一个重要方面,就是要求结构严谨、内部和谐。在部门法层面,要求在其内部形成一个从基本法律到与基本法律相配套的一系列法规,做到上下左右紧密配合;在法律位阶上保持上下协调,不能互相矛盾(参见李步云主编:《法理学》,经济科学出版社,2000年,第271~272页)。

③如有学者将军事法的调整范围细分为十个更小的领域,相应地,“一个完整的军事法体系”应由“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、国际军事法”等子系统组成(参见吕世伦等:《军事法体系的前瞻性研究》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》,2006年第2期)。

下位阶的国防法,如《国防交通条例》和《中华人民共和国无线电管理条例》,其对国防交通、无线电领域社会关系的调整,都在其上位法(如《中华人民共和国国防法》等)的调整对象之内。反之,下位法超出了其上位法或该子部门法限定的调整对象范围,如《中华人民共和国军事设施保护法》的调整延伸或涉及到其他领域如民用设施,就将造成国防法这个子部门法在该节点的不协调,进而破坏整个子部门的内部结构。

2. 名称的协调。军事法的名称,一般包括三个要素,分别反映适用范围、法律内容和效力等级。如《中华人民共和国现役军官法》的名称中,“中华人民共和国”就是法的适用范围要素,“现役军官”为法律内容要素,“法”则是法的效力等级要素<sup>①</sup>。军事法内部纵向间的结构营造中,名称的协调要求其所含三个要素均应上下协调,即下位法名称所表示的适用范围、法律内容和效力等级均不得超出其上位法名称所指的界限。具体说来,要求上下位军事法名称所示的“适用范围”应当由大至小或保持一致,“法律内容”也应如此,“效力等级”则必须从大到小,不可保持一致。低位阶的军事法名称不可使用高位阶军事法的名称,如军事规章一般不能使用为其上位法即军事法规和军事法律所用的“条令”、“条例”或“法”等。如在一个关于军队转业干部安置的军事法序列中:《中华人民共和国宪法》→《中华人民共和国国防法》→《中华人民共和国兵役法》→《军队转业干部安置暂行办法》→《陕西省军队转业干部安置实施细则》等名称所指向的适用范围(全国→全军→陕西省)、法律内容(国防建设→武装力量建设和兵役制度→军队转业干部安置→军队转业干部安置实施)和效力等级(宪法→军事法律→军事行政法规→军事行政规章)三要素均体现出协调一致的关系。

不同层级法律的适用范围、内容和效力等级等三个基本要素在名称上的协调,在立法技术上是结构营造的要求,其根本目的是有助于军事法的被理解、遵守和执行。目前我国军事法名称在技术上主要存在的问题是效力等级表达不清,大致呈现出两种情况:一是不同位阶的军事法使用相同的名称。例如全国人大常委会制定的《中国人民解放军军官军衔条例》属于军事法律,国务院和中央军委制定的《中国人民解放军现役士兵服役条例》是军事行政法规,中央军委制定的《中国人民解放军保密条例》是军事法规,但却都称之为“条例”;中央军委制定的《中国人民解放军内务条令》、空军制定的《中国人民解放军空军飞行条令》和海军制定的《中国人民解放军海军舰艇条令》,前者为军事法规,后者为军事规章,但都称为“条令”。这种情况,就难以从名称上判断军事法的立法层级和效力等级。二是同一位阶的军事法使用不同的名称。如《中国人民解放军选举全国

人民代表大会和地方各级人民代表大会代表的办法》和《中华人民共和国军事设施保护法》,都是全国人大常委会制定的军事法律,但一个为“办法”,另一个则为“法”;《征兵工作条例》《中国人民解放军士官退出现役安置暂行办法》《中华人民共和国飞行基本规则》与《保护海底电缆规定》都是国务院与中央军委联合制定的军事行政法规,但却分别称为“条例”、“办法”、“规则”和“规定”,这种情况同样使人无法从名称上判别军事法的效力等级。

关于军事法名称的规范问题<sup>②</sup>,在立法实践中已开始受到重视,有的甚至已上升为法律要求,这无疑将大大有利于军事法名称的协调。如《军事法规军事规章条例》第六十二条就对军事法规军事规章的名称做出了具体规定:“军事法规、军事规章的名称,应当准确反映其调整对象和效力等级。军事法规的名称为条令、条例、纲要、概则、规定、办法。军事规章的名称为规定、规则、办法、细则、标准等;除规范作战行动的军事规章可以称‘条令’外,军事规章不得称‘条令’、‘条例’。军事法规和总部规章的名称中通常应当冠有‘中国人民解放军’或者‘军队’字样;军兵种、军区规章的名称中应当冠有制定机关的名称。”

3. 内容的协调。军事法内容的协调,应当在两个层面同时进行。一是一个子部门法的位阶序列中各层级军事法的内容协调。各下位阶军事法的内容与其上位法协调,从而使整个子部门法的内容保持协调,这也是调整对象的协调的必然要求。二是一部军事法自身的内容协调。作为一种规范性文件,军事法都是由几部分构成的一个有机整体。一般意义上的军事法,大致由如下结构组成:名称→序言→总则→分则→附则。军事法内容在该层面上的协调,通常要求前者统领后者,后者体现前者,如正文内容应当严格限定在名称指定的范围内、总则必须统领分则等。在此之上,还存在一个无形地统摄全局的立法宗旨。

军事立法实践中,内容协调的问题更多出现在第二个层次,现以《中华人民共和国刑法》为例,简要分析其在“军事刑法”方面的内容协调,主要表现为总则与分则的部分冲突<sup>[13]</sup>。刑法总则对分则具有指导和制约作用,即“命诸篇之刑名,比诸篇之法例”<sup>③</sup>。脱离总则的一般原理和原则,分则必将会成为无本之木,难以科学地规定和区分各种不同的犯罪及处罚。二者应当紧密结合、相辅相成,才能充分和有效地实现刑法的各项功能和任务<sup>[14] (P467)</sup>。据此,规定于刑法分则中的军事犯罪和军事刑罚应当接受总则的指导和制约。但事实上,刑法的总则理论却无法完全适用在有关军事刑法的分则中,后者所需要的特别理论和规定在总则中并未完全提供,体现出一定的矛盾和冲突。如:(1)总则中规定的管制刑和罚金刑,在军职罪中实际并不适用,而

①我国多数军事法的名称是由以上三要素构成的,但也有部分名称由两个要素组成,如《国防交通条例》《征兵工作条例》《军事法规军事规章条例》等。尽管这类军事法在名称上没有明示“适用范围”,但其全国性或全军性的适用范围是显而易见的。

②在军事立法实践中,军事法使用的名称极为繁杂,有条令、条令、概则、规定、规则、办法、细则、标准、大纲、教令、规范、决定、命令、规程、纲要、指示、通知、通告、批复、请示、报告、纪要、意见、建议、说明、基准、方案、草案、措施、条件、参考等近30项之多(参见张建田:《军事立法体制与军事立法实践中的有关问题》,载《西安政治学院学报》,2002年,第6期)。

③《唐律·名例律》疏义对其总则解释道:“名者,五刑之罪名;例者,五刑之体例。”“命诸篇之刑名,比诸篇之法例”,充分阐发了总则在整部唐律中的指导地位和重要作用,这在距今1300多年前的唐朝,实属难能可贵(参见郭成伟主编:《中华法系精神》,中国政法大学出版社,2001年,第16页)。

总则并无军人不适用的相关规定<sup>[5](P265)</sup>;剥夺军衔的刑罚在总则中并未规定,而是在《中国人民解放军军官军衔条例》等军事法中予以规定,并在军事司法实践中被使用<sup>[15]</sup>。

(2)在分则的“危害国防利益罪”中,诸多犯罪必须在战时才能成立<sup>①</sup>,或者战时的法定刑重于平时<sup>②</sup>。但在总则及该分则中都未对“战时”进行界定,而是在其后另外一个分则即“军人违反职责罪”中规定了“战时”的概念(而且明示为“本章所称战时”)<sup>③</sup>。然而,分则之间的概念或规定不能直接援用,所以关于“战时”这个对军事犯罪和军事刑罚而言至关重要的概念应当在刑法总则中予以界定。(3)刑法总则规定的“普遍管辖权”在军事刑法分则中未能充分体现,主要表现为战争犯罪的罪名设置不全。其第九条规定:“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。”但刑法分则中关于战争犯罪的设置仅有四条:故意遗弃伤病军人罪;拒不救治危重伤病军人罪,残害居民、掠夺居民财物罪;虐待俘虏罪。而我国参加的有关国际条约中确立的相关罪名还有战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪等。

此外,(军事)刑法中还存在着分则与立法宗旨不尽相符的问题,如“危害国防利益罪”中只规定了“破坏武器装备、军事设施、军事通信罪”(即出于主观故意),而对过失破坏武器装备、军事设施、军事通信的行为没有进行刑法规制。这种立法缺失,与刑法设立“危害国防利益罪”的立法

宗旨明显不符<sup>④</sup>。故此,在第十届全国人大常委会第十四次全体会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(五)》中,对其进行了修订,在原条文中增设一款,规定了“过失破坏武器装备、军事设施、军事通信罪”及其刑罚,从而较为全面体现了刑法的立法宗旨,实现了有关内容的上下协调。

#### [参考文献]

- [1]刘和涛.立法学[M].北京:中国检察出版社,2001.
- [2]毛泽东选集[M].北京:人民出版社,1991.
- [3]克劳塞维茨.战争论:第一卷[M].北京:商务印书馆,1997.
- [4]修昔底斯.伯罗奔尼撒战争史[M].桂林:广西师范大学出版社,2004.
- [5]薛刚凌.军事法学[M].北京:法律出版社,2006.
- [6]余子明.中国军事法律思想史[M].北京:解放军出版社,2005.
- [7]李龙.良法论[M].武汉:武汉大学出版社,2005.
- [8]王人博.法治论[M].济南:山东人民出版社,1989.
- [9]卓泽渊.法的价值论[M].北京:法律出版社,1999.
- [10]王书道.军事法价值初探[J].西安政治学院学报,2004,(5).
- [11]张山新.军事法研究[M].北京:军事科学出版社,2002.
- [12]李林.立法理论与制度[M].北京:中国法制出版社,2005.
- [13]简春来.制定独立的军事刑法是军事刑法发展的最佳选择[J].西安政治学院学报,2006,(2).
- [14]高铭暄.新编中国刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,1998.
- [15]王琳.让“信息高速公路”更畅通[N].解放军报,2005-03-29.

[责任编辑:戴庆璋]

①《中国人民解放军军官军衔条例》第二十八条:“军官犯罪,被依法判处剥夺政治权利或者三年以上有期徒刑的,由法院判决剥夺其军衔。退役军官犯罪的,依照前款规定剥夺其军衔。”

②如《中华人民共和国刑法》第三百七十六条至三百八十一条规定的“战时拒绝、逃避征召、军事训练罪”、“战时拒绝、逃避服役罪”、“战时故意提供虚假敌情罪”、“战时造谣扰乱军心罪”、“战时窝藏逃离部队军人罪”、“战时拒绝、故意延误军事订货罪”、“战时拒绝军事征用罪”等。

③如《中华人民共和国刑法》第三百六十八条规定的“破坏武器装备、军事设施、军事通信罪”等都有“战时犯前款罪的从重处罚”的规定。

④《中华人民共和国刑法》第四百五十一条:“本章所称战时,是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。部队执行戒严任务或者处置突发事件性暴力事件时,以战时论。”