

# 军事法概念新解

张山新

(西安政治学院, 陕西 西安 710068)

〔摘要〕军事法是军事法学的一个前提性和本体性概念。军事决定军事法的基本特性、主要内容和调整范围。军事是以国家为主体, 军队为主要执行者, 进行的战争准备和战争实施的事务。军事法是由国家制定和认可, 并由国家强制力保证实施的, 调整国家和军队发生的关于战争准备和战争实施中军事社会关系的法律规范的总称。军事法属于公法, 具有政治性、技术性、命令性、维权性、实体性、程序性、公开相对性等特点。

〔关键词〕军事; 军事法; 调整范围; 特征

〔中图分类号〕E266 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1003-4781(2006)01-0113-06

〔收稿日期〕2005-10-15

〔作者简介〕张山新(1957-), 男, 陕西府谷人, 西安政治学院军事学博士、军事法学系教授、博士研究生导师。

在诸多军事法学概念中, 军事法是一个前提性和本体性概念。探讨军事法概念, 进而认识军事法的本质, 揭示军事法的构成要素、结构形式、存在形式、调整机制和基本功能, 对于军事法学学科建设和军事法制建设具有重要的理论意义。目前对于军事法概念的争议, 主要是对于军事、军事法的调整范围和军事法的特征的阐释不同, 因此, 进一步研究军事的含义、军事法的调整范围和军事法的特征, 是科学解释军事法概念的基础。

## 一、科学界定军事的含义

军事法是关于军事的法。军事决定军事法的基本特性、主要内容和调整范围。因此, 军事是军事法研究的逻辑起点。否则, 难以清楚、准确地把握军事法所规范的对象。

目前, 关于军事的定义有以下两类表述:

一种为“事项说”。这种观点列举了属于军事的事项范围。比如, “一切直接有关武装斗争的事。如国防建设、作战行动、军事科学研究工作等。”[1](P372)“与军队或战争有关的事情,”[2](P693)《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。”这一类观点从事项上来下定义, 而不是从种概念和属概念的关系上来下定义, 没有定性分析, 因此, 很难抓住军事的要义和穷尽军事的内容。

另一种为“综合说”。这种观点认为军事是一个综合性的概念, 军事分为广义和狭义的军事。“从广义上讲, 凡是平时或战时与国家军队建设、训练、行动以及居民战备有关的一切军事理论和实践问题, 均统称为军事。从狭义上讲, 在苏联武装力量中, 军事乃是所有现役和预备役军人顺利履行军人天职而必须掌握的一个知识体系。”[3](P510)这一观点在一定程度上避免

了“事项说”的简单化，涉及到了军事的主体、时间和空间、军事的内容。但是“理论与实践”的提法又显得过于笼统。

我认为界定军事这样的社会生活领域，应当从主体、内容、性质几个方面进入。一看军事的主体。通常情况下，军事的主体是国家。军事如同经济、政治、文化、教育、外交等事务一样，是国家的事务。当然，也存在非国家主体的军事活动，如革命阶级组织以暴力推翻反动政权为目的的活动，但是，这种情况不是常态，用武装斗争来表达更为恰当。二看军事的内容。军事是围绕战争展开的，所以军事的内容就是战争准备和战争实施行为，具体包括军队建设、军事训练、军事装备、预备役力量建设、军事研究、作战等事项。三看军事的性质。军事从根本性上来讲，就是“政治的继续”，是政治的武力表现。四看军事的参与者。军事的参与者，主要是以军队为主的武装力量，但是非武装人员也有参加军事活动的情形，如平时学生参加军事训练、战时非武装人员为作战部队提供后勤保障。他们也在一定意义上成为军事行为的参与者和参加者。

归纳上述几点，可以给军事作如下定义：军事是以国家为主体，军队为主要参与者，进行的战争准备和战争实施的事务。军事是政治的继续，是政治的暴力表现。

需要进一步说明几个“不是”：军事不是军队的事务，而是国家的事务，军队只是军事行为的主要参与者；军事不是与军队有关的一切事务，而只是与战争准备和战争实施直接相关的事务。军队发生的其他事务，如抗洪救灾、民事借贷，军人婚姻等事务，不是军事；国防事务不等同于军事事务。因为国家的防务是一个综合性的系统工程，除了军事之外，政治手段、外交策略、教育、科技、经济实力、民心都是国防的重要因素。他们虽然与军事密切相关，有的因素甚至决定了军事的性质，如经济利益、政治，但并不是军事本身。否则，经济、政治、文化、教育、科技、外交都是军事事务，国家就成了真正的“军事国家”。其后果在理论上是荒谬的，在实践上是有害的。

## 二、合理确定军事法的调整范围

军事法定义与军事法调整范围互不可分。目前关于军事法调整范围的观点有以下几种：

第一种观点将军事法定义为规范军队和军人行为的法。这种观点认为：“军事法是苏维埃国家制定，用以加强苏联武装力量体制的原则和样式，调整武装力量建设、生活和活动方面的各种关系、规定军人服役制度、军人和其他参与军事关系的人的义务、权利和责任的法律规范的总和。”他们认定的军事法包括了有关规范军队和军人生活的行政法、财政法、土地法、刑法、刑事诉讼法、劳动改造法、民法。“上述规范既是相应的法的传统门类的组成部分，同时又包括在军事法之内。”[4]（P17-18）这种观点泛化了军事法，没有将军事法调整对象与其他法律部门的调整对象区分开来，把军队和军人要遵守的法律都称为军事法。

第二种观点将军事法与国防法等同定义。这种观点认为，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。”[5]（P3）这个定义将国防和军事统合在一起，认为调整二者的法律就是军事法，这是不正确的。孙子兵法讲过：“国容不入军，军容不入国。”[6]（P90）意思是指治军之法与治国之法是不同的，不可混用。上述划分显然没有将治国的范围与治军的范围区别开来。

第三种观点将军事法定义为调整军事领域内的各种社会关系的法律规范的总和。这种观点认为，“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。”[7]（P23）此定义没有明确军事领域内各种社会关系有哪些关系。虽然，在文中提出：“军事法调整的对象

是军事领域内的社会关系，并不是军事领域内所有的社会关系都由军事法来调整。”[8]（P24）但是，对军事法调整范围的划定过于宽泛，将一些行政社会关系、国家对外关系划入军事社会关系。有的观点认为军事法的调整范围主要有三个方面：即调整国家与武装力量建设方面的关系，调整武装力量内部关系，调整军队与地方、军人与公民的关系。[9]（P13—18）也有的著作将军事法的调整范围划分为五个方面：调整国防建设领域的军事社会关系；调整武装力量建设领域的军事社会关系；调整武装力量内部的军事社会关系；调整武装力量与外部之间的关系；调整我国对外军事关系。[10]（P54—57）

第四种将军事法定义为军中行政法。这种观点认为：军事法“适用于一国所有武装力量，调整他们的服役期限，惩罚在许多情况下根据国家一般法不为犯罪的特定职务犯罪的一个特殊的规则体系。”“军事法（美），美国第一届国会设立军事法庭以执行为确保陆军和海军战斗效率所必须的军纪。1775年和1806年两次通过了以当时在大不列颠实施的《陆海军违反军纪惩治条例》和《法规》为蓝本的《军法条例》。军事法现在根据于1951年通过的《军事审判统一法典》予以实施。”[11]（P162）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”。《布莱克法律辞典》说：“军法是管理武装部队的法律的体系”。《美国法理学》说：“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。”“军法是一些独立于一般法之外的管理军人身份的人员的规则，并且束缚它意图管辖的人员。美国武装力量的所有人员都属于军法管辖。”这里表达得非常清楚，军事法就是管理部队、调整军人执行命令和纪律的法律。军事法不调整非军人，不调整军人的非军事行为。军事法是“由军事当局而非民事当局实施的法律，特指为管理军队及随同的文职人员根据成文法而制定的法律。”[12]（P3307）

第五种将军事法理解为军队中的刑法。中华书局1936年版的《辞海》和商务印书馆《辞源》修订本注“军法”为“治军之法律”。那么如何理解“治军之法律”呢？一些辞书认为治军之法律就是军队中的刑法。比如，我国台湾商务印书馆1974年6月出版的《云五社会科学大辞典》第六册《法律学》对“治军之法律”的注释为：“狭义言，专指适用于军人之陆海空军刑法及其特别法；广义言，指对军人及其非军人犯罪，依法应由军法审判之案件，于处理所适用之法令，均属之。”这种理解源远流长。军事法的含义离不开一定的法律文化。我国古代的法律主要是刑法。同理，调整军事关系的法律主要是指军队中的刑法。《周礼·夏官·诸子》中说：“国有大事，则帅国子而致于大子。惟所用之。若有兵甲之事，则授之车甲，合其卒伍，置其有司，以军法治之。”又如《韩非子外储说右上》：“明日令田于圃陆，期以日中为期，后期都行军法焉。”《史记·司马穰苴传》：“召军正问曰，军法期而后至者如何？对曰：当斩。”《后汉书·董卓传》：“昔霍光定策，延年案剑，有敢沮大义者，皆以军法从之。”《三国志·魏志·文帝纪》：“将率陈军法，朝士明制度。”这里，将率所陈之法，后期者、后至者、沮大义者当行之“军法”，显然只能理解为军队中的刑法。

那么，如何确定军事法的调整范围？我认为应当考虑采用均衡原则。既要将军事法的规范全部概括进来，又要考虑军事法的规模适中，与其他法律部门的规模基本相称，不能过于庞大，不能将应当由其他法律调整的社会关系纳入军事法调整的范围；也不能过于狭小，而应当把应该由军事法调整的社会关系全部纳入军事法调整的范围。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，不利于军队法治建设，不利于社会全面发展。

军事法的调整范围一定是具有鲜明的军事属性，是与战争准备和战争实施直接相关的，必须通过军事法这种特别法加以调整的事务。因此，那些可通过行政法加以调整的社会关系，就应当划入行政法调整的范围；那些可通过民事法律调整的社会关系，就应当划入民事法调整的范围。国防建设领域的某些社会关系显然超越了军事社会关系，“与军事有关的政治、经济、外交、科

技、教育等方面的活动”，不应当认定为是军事社会关系，而是国家行政关系。其调整方法和调整对象与军事有很大的不同，将军事社会关系扩展到一般行政领域，主观上想通过军事法这种特别的法律，保证国家军事斗争的需要，但是，在市场经济和民主政治条件下，运用市场的功能，发挥国家行政的作用，可能会更加有力地协调各方力量，调动各方的积极性，推动国防建设顺利发展。再比如，武装力量与地方的关系，包括军队参加地方经济建设、军队征用土地、军事实施保护等事项，都是国家行政机关的职责，军队只是这类法律关系参加者的一方，这种法律关系的参加者必定有一方是非武装人员，运用军事法这种特别的法律来处理，就会发生与国家其他法律冲突的问题，也容易损害相关人的合法利益，实际上不利于国防利益的保护。还比如，我国与外国的军事往来和友好合作、引进国外的先进军事科学技术和武器装备、开展国际间的军事学术交流这一类事务，是国家机关的事务，处理这类关系同样不需要运用军事法这种特别法来进行，而是按照外交政策和原则、市场规则和国际通行惯例来运作，只有这样才符合国际惯例，才便于国际军事交往与合作。

军事法以有关战争准备和战争实施中发生的军事社会关系为调整范围。战争准备和战争实施这种军事社会关系表现为以下三个方面：

第一方面，武装力量建设关系。国家是军事的主体，武装力量是军事斗争的执行人，武装力量建设关系到一个国家安全、主权独立和稳定，因此调整武装力量建设是军事法的重要任务。国家权力机关以军事法明确规定军队在国家政治体制中的地位、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。

第二方面，武装力量相互关系。各国的武装力量的构成不同。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。军事法明确规定中国人民解放军、中国人民武装警察部队、民兵三者之间的权利义务关系，明确规定部队上下级以及各部队之间的权利义务关系。

第三方面，武装人员的军事权利义务关系。军事法明确规定武装人员的军事职权，明确规定武装人员的各项政治权利、经济权利、人身权利、精神权利，明确规定武装人员的军事义务，包括训练时的军事义务、作战时的军事义务以及对于武装冲突法的遵守。

### 三、准确把握军事法的特点

军事法与国家的其他法律部门相比，无论在内容上还是在形式上，都具有自己鲜明的特征。但是，目前学术上对于军事法特征的概括既零乱，又没有抓住军事法的基本特点。我认为应当从内容和形式两个方面来概括军事法的特征。

军事法在内容上有如下特征：

第一，军事法是公法。公法涉及国家利益，公权就是为保护国家利益和公共利益而设定的权利；而私法则涉及个人的利益，私权就是为保护私人利益而非国家利益或公共利益所设定的权利。作为战争准备和战争实施的国家事务，军事显然涉及国家和公共利益，军事生活与国家的安危、民族的强盛、国民的生存有着直接的联系，正如古人所云：“兵者，国之大事”。<sup>[13]</sup>（P3）军事法作为调整军事社会关系的特别法律，自然属于公法。军事法所确认和维护的权利是保护国家和公共利益的权利。

第二，军事法是政治性与技术性的法的统一。从本质上看，军事是政治的继续，是政治的武力表现。所以军事法具有很强的政治性，鲜明地体现了国家的军事意志，反映了公民的军事利益和军事意志，反映了处在执政地位的阶级、政党的根本利益和共同意志，特别是关于武装力量的性质、任务、建设方针、指导思想的规定，具有鲜明的政治属性。但是军事法又具有鲜明的技术性的法的属性。因为军事直接表现为战争准备和战争实施，而战争准备和战争实施涉及到优化军

队组织体制编制、人与武器的最佳结合、军事训练的共同科目和专门技术。所以军事法又具有鲜明的技术性的特点，反映了对于军事人员利用和掌握武器，取得作战胜利的专业要求。

第三，军事法是命令性与维权性的法的统一。军事首长或组织对部属下达法定性任务或决定的军事指令，受令者绝对服从命令，这是军事生活的特点。军事法中有相当部分的内容，是对武装力量包括其人员所作出的指令性安排。这种命令性的规范具有极大的权威性，受令者无论是军事单位还是军事人员，都必须绝对服从，严格执行，并享有军事法上的权利和承担军事法上的义务。但是，军事法也注重对军人权利的维护。军事行为具有极大的艰苦性、危险性和牺牲性，军人要承担一般公民不承担的特殊义务。维护军人包括在特殊场合视为军人的其他人员的权利是军事法的重要使命。比如，军事法对于军人的民主权利、待遇、优待、抚恤、退役、奖励、授衔、授勋、授予荣誉称号等权利的规定。

第四，军事法是实体性与程序性的法的统一。军事法有大量的关于军事组织和军人的权利与义务的法律规定。也有大量关于保证军事组织和军人权利义务实现的法律规定。有的军事法文件既有实体性规定，也有程序性规定。例如，美国重要的军事法文件《统一军事司法典》，既是一部实体法典，又是一部程序法典。其主要规定了指挥官不经审判的处罚权，军事司法机构的组成、管辖及其成员的任职资格，军事审判程序，上诉复核程序规则以及犯罪与刑罚。因此可以说，该法典是一部军事行政处罚法、军事刑法与军事司法的大融合。还比如，《中国人民解放军纪律条令》，作为军人的行为准则和军队维护纪律、实施奖惩的依据，同样既有实体性规定，也有程序性规定。该条令规定了中国人民解放军纪律的性质和内容、军人维护纪律的权利与义务，以及维护和巩固纪律的原则、方法和措施。

第五，军事法是公开性与不公开性兼有的法律。公开性是法律的基本属性之一。法只有公开，才能有效地实施与监督。但是，有的军事法文件是向全社会公开的，有的军事法文件只在适用范围内公开，对社会不公开。军事法中效力较高的文件往往是公开的，因为这部分规定需要全社会知晓与遵守，公开之后才便于普遍遵循，从而有利于提高一个国家的军事力量。如我国全国人民代表大会及其常务委员会制定的军事基本法和基本法以外的法，对内对外都是公开的。《中华人民共和国国防法》、《中华人民共和国兵役法》、《中华人民共和国军事设施保护法》对全社会公开。但是由于军事斗争的残酷性和对抗性，有些军事法律规范必须在一定时期、一定范围内保密。军事法超出一定的范围予以公开，不但无利反而有害。因此，某些军事法律文件，如关于军事训练、军队体制编制、武器装备等文件，只能在其适用范围内公开。在一定范围内公开，并没有影响军事法作为法的品质。对于实施军事法的主体来说，熟悉军事法，明确军事法实施的要求，是他们的责任。对于与军事斗争没有直接关系的一般公民，这部分法律规定对于他们没有效力，不了解这部分法律规定并没有损害他们的权利，也不增加他们的义务。

第六，军事法是效力特别的法。在法理上，法律根据其效力范围的不同，分为一般法和特别法。一般法是对一般的人、一般的事和在一般的时间内有效的法律。特别法是对特定的人、对特定事和在特定范围内有效的法。军事法属于特别法。因为军事法多数规范是对军队和军人制定的；就是对平民制定的规范，也是针对军事事项；有些军事法规范是在特定时间范围内有效，如战时。当军事法和一般法发生“法规竞合”现象时，优先适用军事法。

军事法在形式上有如下特征：

第一，军事法尚未形成统一完整的法典。通常情况下，每个部门法有一部相对统一完整的法典。如民法有民法典，刑法有刑法典。军事法由于涉及的内容复杂，专业技术性强，且随着科学技术的发展及其在军事领域的运用，军事规范变动性也很强，因此军事法很难形成一部法典。军事法律规范是分布在种类不一、层次不等的各类法律文件中。只要是涉及军事活动和军事行为的规范性法律文件，都存在军事法规范。

第二,军事法文件名称特殊。

国家法律文件的名称有“法”、“法规”、“条例”、“规定”等。军事法中在军事基本法、基本法以外的法上的称谓与其他部门法相同。但是在中华人民共和国中央军事委员会制定的军事法规文件的名称上却有特殊的地方,多以“条令”称谓,比如《内务条令》、《纪律条令》、《队列条令》等。条令是以命令形式发布的军事法规文件的名称,是军事法所独有的称谓,一般的法律法规文件没有这种名称。

总结以上分析,我认为,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,调整国家和军队发生的关于战争准备和战争实施中军事社会关系的法律规范的总称。军事法属于公法,具有政治性、技术性、命令性、维权性、实体性、程序性、公开相对性等特点。

#### 参考文献:

- [1] 辞海 [M]. 上海:上海辞书出版社,1980.
- [2] 现代汉语词典(修订本) [M]. 北京:商务印书馆,1997.
- [3] [苏] 奥加尔科夫. 军事百科词典 [M]. 中国解放军军事科学院外军部译. 北京:群众出版社,1985.
- [4] [苏] 戈内尔主编. 军事法学 [M]. 何希泉,高瓦译. 北京:解放军出版社,1987.
- [5] 莫毅强. 军事法概论 [M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1990.
- [6] 中国军事编写组. 武经七书注释 [M]. 北京:解放军出版社,1986.
- [7] [8] 图们主编. 军事法学教程 [M]. 北京:法律出版社,1992.
- [9] 张建田. 中国军事法学 [M]. 北京:国防大学出版社,1988.
- [10] 陈学会. 军事法学 [M]. 北京:解放军出版社,1994.
- [11] [英] 戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典 [M]. 李双元译. 北京:法律出版社,2003.
- [12] 王同亿主编. 英汉辞海 [M]. 北京:国防工业出版社,1990.
- [13] 中国军事编写组. 武经七书注释 [M]. 北京:解放军出版社,1986.

责任编辑:陈开先

## New Understandings on the Concept of Military Law

ZHANG Shan-xin

(Xi'an Politics Institute, Xi'an, Shaanxi, 710068)

**Abstract:** Military law is the basis of the study thereof. Military affairs themselves determine the basic characteristics, main contents and coverage of adjustment of military law. Military affairs are mainly on the preparation and performance of war as subject of which is the state and the operator of which is the military force. Therefore, military law is the body of law enacted of agreed by the state, guaranteed by the state force, adjusting the military social relationship in the preparation and performance of war. Military law belongs to public law, has the characteristics such as political, technical, command, rights safeguarding, substantial, procedural, comparatively open.

**Key words:** military; military law; coverage of adjustment; characteristics