

## “国防”与“军事”关系视角下军事法的边界勘定

谭正义

(西安政治学院 军事法学系 陕西 西安 710068)

摘要:“国防”与“军事”的关系问题是学术界争论已久的问题,也是决定相关学科理论体系范围的前提性问题。当前军事法学研究中普遍存在的大小军事法观、大小军事法体系乃至大小军事法学之争,莫不与“国防”与“军事”的关系问题直接相关。以宪法、国防法有关国务院和中央军委国防职权的规定为依据,明确划定“国防”与“军事”各自的疆界,并以此为前提科学界定军事法的概念,理性构建军事法的体系,进而构筑逻辑自洽的军事法学学科理论体系,能够为解决当前大小军事法之争提供一条有益的参考路径。

关键词:国防;军事;军事法;军事法体系

中图分类号:E266

文献标识码:A

文章编号:1008-5815(2014)02-0092-05

近年来,军事法学研究中普遍存在着大小军事法概念、大小军事法体系、大小军事法学以及大小军事法观之争。军事法究竟是什么,军事法的边界应当划在哪里,问题似乎简单,意义实则重大。从科学界定国防与军事的关系入手,准确划定军事的范围,并由此科学界定军事法的概念、调整范围,明确军事法体系的疆界,或许能为消弭当前大小军事法之争提供一条有益的参考路径。

### 一、“国防”与“军事”关系的规范分析

对于国防与军事的关系究竟应该如何划定,学术界长期以来观点纷纭,争议焦点主要集中在国防大还是军事大上。即便是权威辞书的解释,也存在界定模糊甚至自相矛盾的问题。比如辞海对“国防”和“军事”的解释就存在互相包含的弊病,<sup>[1] [P1377/2074]</sup>当然,辞书的定义也只能代表部分学者的理论认知,不足以作为相关学术研究展开的原点和圭臬。因此,将辞书的定义作为界定国防与军事关系的依据,实质上缺乏科学性。那么,究竟应

该从何入手来揭示这一对关系的本质呢?国防与军事制度属于国家制度的范畴,是一个国家宪法、法律规定的基本事项。在法学研究领域,分析实证法学或法解释学方法是最基本的法学研究方法,通过对法律条文的规范分析,探究法条背后隐含的法理,建构基础性的法学理论体系。故此,从宪法、法律有关国防、军事制度的规范文本入手,作以追根溯源式的条文爬梳和忠实谨慎的法理解释,或许能为解开国防与军事关系的谜题提供某种有益的思路。

我国现行宪法是1982年制定的,其中,有关国防、军事制度的条款是科学界定二者关系的重要依凭。经过反复考虑和慎重决定,1982年通过的宪法,规定设置独立于最高行政机关的中华人民共和国中央军事委员会,并实行主席负责制,以领导全国武装力量。宪法第89条规定,国务院领导和管理国防建设事业。同时,宪法第93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。中华

收稿日期:2014-01-17

作者简介:谭正义,西安政治学院军事法学系讲师。

人民共和国中央军事委员会作为与国务院、最高人民法院、最高人民检察院并列的国家机关由全国人民代表大会产生并对其负责。由此可见,1982年宪法确立了我国现行的有中国特色的国防和军事领导体制,即国务院领导和管理国防建设事业,中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量。<sup>[2]</sup>在国家权力体系架构中,中央军事委员会行使的军事权和国务院行使的行政权处于并列的地位,国务院领导和管理国防建设事业的职权从性质上讲属于国防行政权。<sup>[3]</sup>综合宪法有关国务院和中央军事委员会国防和军事职权的划分,可以很清楚地看出,国务院对国防建设事业的领导和管理并不包括武装力量建设这个核心内容,而仅仅是中央军事委员会对武装力量领导和建设之外的其他与军事有关的事项,因此,宪法文本上的“国防(建设)”和“军事”处于并列的地位,二者没有交叉,也不存在包含与被包含的关系。

1997年颁布的国防法延续了1982年宪法对国务院和中央军事委员会国防和军事领导职权的划分,并进一步对之作出了细化规定。国防法第二章规定了“国家机构的国防职权”,其中,第12条规定,国务院领导和管理国防建设事业,行使国防科研生产、国防动员、国防交通、国防教育等九个方面的具体职权。第13条规定,中央军事委员会领导全国武装力量,行使武装力量指挥、建设等十个方面的具体职权。通过比较国务院行使的国防建设领导和管理职权以及中央军事委员会行使的武装力量领导职权,可以看出,国务院领导和管理“国防建设事业”中的“国防”的涵义与一般意义上“国防”的涵义并不一致,前者仅指除武装力量领导和建设之外的与“军事”有关的其他事项,包括国防科研生产、国防动员、国防教育、兵役工作等“国防行政”方面的事项;而中央军事委员会对武装力量的领导职权既包括对武装力量的指挥,也包括对武装力量的建设,即包含“军令”和“军政”两方面的内容。从国防法立法体例上可以看出,国防法法律名称上的“国防”是广义上的,包括国防法第2条规定的“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、教育等方

面的活动”;国防法第12条规定的国务院领导和管理“国防建设事业”中的“国防”则是狭义上的,其与国防法第13条规定的中央军事委员会领导的“军事”(武装力量)共同构成国防法规定的“国防”的主体内容。因此,从1982年宪法和1997年国防法对国务院领导和管理国防建设事业以及中央军事委员会领导全国武装力量职权的规定来看,在我国现行国家体制当中,国防(军事)领导体制具有明显区别于西方国家的中国特色,法律文本上“国防”的涵义有广义和狭义之分,国务院的“国防”行政职权和中央军事委员会的“军事”(武装力量)领导职权处于并立的地位,二者互不包含,但都属于国家层面上“国防”的重要组成部分。可见,在我国宪法法律框架中,军事的含义是明确的,就是中央军委对武装力量进行领导所涉及的事项,并不包含国务院行使国防行政管理职权所涉及的事项。

## 二、军事法概念的准确界定

军事法的概念属于军事法学学科最基础的问题之一,军事法概念界定的科学性、准确性直接关系到军事法学学科体系的逻辑严密性。可以说,当前军事法学研究中普遍存在的大小之争,均源于对军事法概念界定上的不同认识。所以,准确界定军事法的概念,对于军事法学学科建设而言意义非同寻常。然而,纵观军事法学学科发展三十余年的历史进程,其中关于军事法的概念始终没有形成相对一致的通说,这在一定程度上削减了军事法学学科地位的牢固性。

准确把握军事法的概念,关键在于要对军事法的调整对象或调整范围进行科学的界定。早期军事法学者对军事法概念的不同理解,核心问题集中在对军事法调整对象的不同认识上。大多数学者将军事法的调整对象界定为“国家军事利益关系”<sup>[4] [P5]</sup>或“军事社会关系”<sup>[5] [P43]</sup>,认为其具体包括国防建设领域、武装力量建设领域、武装力量内部、军地军民之间以及战争领域的军事社会关系。<sup>[6]</sup>由于这种观点对军事法概念的界定较为宽泛,客观上造成军事法体系以及军事法理论体系的构建面临逻辑上不甚严密的障碍。近年来,虽然仍有部分学者坚持“大军事法”的观点,<sup>[7]</sup>但更多的学者开始从学科理论自洽的角度反思军事法概念的

科学界定。如有的学者认为,军事法的调整对象只应限于武装力量建设领域的社会关系,不包括调整国防建设领域社会关系的国防法和调整国家战争行为的战争法,因为这三类法律关系的理论基础不同,很难用一个基本理论体系加以统揽。调整武装力量建设领域各种社会关系的法律规范就是“核心军事法”,其与调整国防领域社会关系的国防法以及调整国际军事交往和武装冲突领域社会关系的“战争法”共同构成广义上的“军事法”。<sup>[8] (P9)</sup> 有的学者认为,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。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,具体包括武装力量建设关系、武装力量相互关系以及武装人员的军事权利义务关系。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。<sup>[9]</sup> 有的学者认为,“目前的军事法研究,人们对于什么是军事法始终不能做出科学界定。最根本的原因在于,把大量的国防行政法律、法规视为军事法,导致军事法外延不合逻辑的无限扩大,以致使军事法几乎走到了丧失自我的边缘。”<sup>[10] (P248)</sup> 在区分国防行政法与军事法的基础上,该学者指出,军事法是最高国家立法机关和有权军事机关制定或认可的,由国家强制力保证实施的,规范军事权运行,调整武装力量内部关系的法律规范的总称。<sup>[10] (P245)</sup>

从宪法、国防法对国防和军事事务的规定来看,军事专指中央军事委员会对武装力量的领导,不包含国务院所负责的国防行政事务,相应地,军事法也就是指国家制定和认可,由国家强制力保证实施的,对军事权进行规制,调整武装力量内部产生的军事社会关系的法律规范的总称。换句话说,军事法的调整范围中不应该包含国务院所负责的国防行政方面的事务。从近年来军事法概念的研究情况来看,这一认识获得越来越多的学者的支持与肯定,反映出在对军事法基本含义的理解上正在朝逐渐达成共识的目标迈进。

### 三、军事法体系的理性构建

军事法体系是国家法律体系的一个组成部分,是以现行各种军事法律规范为基础,以一定标准划

分的军事法分支部门为主体组成的内容协调一致、形式完整统一的有机整体。长期以来,关于我国军事法体系究竟应该有哪些分支部门组成,划分军事法分支部门的标准是什么,这些问题在军事法学界尚未取得完全一致的认识。实际上,军事法体系的范围大小与学者们对军事法概念界定的大小密切相关,即军事法的调整对象和调整范围问题决定着军事法体系的边界。

早期许多军事法学者坚持“军事法”包含“国防法”的观点,在论述军事法的体系构成时,都将国防行政方面的法律规范纳入军事法的范围。正如有的学者所言,我国军事法学研究在确立了军事法这个概念和部门法之后,发现尚有大量国防法律现象(其实是属于行政法体系下的国防行政法律现象)无法纳入军事法体系,因而从逻辑上对“军事”的概念进行无限扩充,以至于把“与军事有关”的其他“国防”事务涵盖在“军事”之中。<sup>[10] (P10)</sup> 近年来,一些学者立足军事法体系的反思与重构,提出了许多富有启发意义的新观点、新思路。有学者认为,按照我国宪法体制架构,国务院领导国防建设事业,中央军事委员会领导武装力量建设,包括适用于全体公民的兵役法、国防教育法、国防动员法、军事设施保护法等在内的国防行政类法律规范,与仅在武装力量内部适用的纯军事法规范,二者在理论基础、适用原则等方面具有很大不同,很难用一套理论体系加以论证说明,因此有学者创设了“核心军事法”的概念,主张军事法体系有大小之分,大军事法体系包含国防法、军事法和战争法三类法规规范,小军事法体系仅包含核心军事法,具体由军事行政法、军事刑法和军事司法构成。<sup>[8] (P85)</sup> 该学者进而指出,“核心军事法概念的提出,对军事法体系的构成作了进一步划分,将军事法限定在一个相对固定的范围内,使人们对军事法的认识有了更为清晰的脉络,为学科构建、发展和完善军事法学体系提供了一条新思路 and 途径。”<sup>[8] (P9)</sup> 也有学者从国防行政与军事行政二元区分的角度出发,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,建构内外边界清晰的小军事法体系。<sup>[10]</sup> 另外,随着近年来军事权研究在军事法学领域的兴起,有学

者主张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洽的军事法体系。<sup>[11]</sup>也有学者在分析传统军事法体系建构弊端的基础上,主张在新的思路下以军事权为线索,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。<sup>[12]</sup>

通过上文对“国防”与“军事”关系的宪法法律解读,可以从逻辑上推论出,对国务院领导和管理国防建设事业进行法律调控形成的国防行政法和对中央军事委员会领导武装力量进行法律调控形成的军事法,在性质、调整对象、适用范围等方面均存在显著不同。具体讲,国防行政法对国防行政权进行法律规制,调整国防行政领域的社会关系,在全国范围内实施,对全体公民适用;军事法对军事权进行法律规制,调整军事社会关系,主要在军队内部实施,只对军人适用。二者在内涵与外延上没有交叉,“泾渭分明”,在理论上,既不能将国防行政法纳入军事法的范畴,也不能将军事法纳入国防行政法的范畴。军事法体系应该专指调整武装力量内部基于军事管理形成的军事社会关系的法律规范体系,所以从狭义上说军事法就是军队法,就是武装力量内部的法并不为过。如果把本属于行政法领域的在平民社会适用的国防行政法纳入在军事社会适用的军事法体系,客观上会造成两种不同性质的法律规范无法在理论上实现通约,反而会影响军事法体系构建的科学性和严密性。正如有的学者所言,把“与军事有关”的其他“国防”事务涵盖在“军事”之中,不仅导致了“国防”和“军事”两个基础概念的逻辑混乱,而且反过来也严重制约了军事法学科自身的发展。我国军事法研究的现状,已经充分证明了这一点。<sup>[10] (P10)</sup> 因此,军事法体

系的理性构建并不能从主观意愿出发,而是要实事求是地顺应事物的内在规律。

另外,特别需要说明的是,虽然宪法和国防法法律文本上对“国防”和“军事”的关系有明确界分,但实际上由于政府部门国防行政机关的缺位,导致国防行政立法中“军事”对“国防”的过多甚至过度替代,这在理论上和实践中均产生了一些问题。<sup>[10] (P273)</sup> 军队参与国防行政事务管理存在的最大的理论和制度障碍在于,军事机关不是行政机关,其主要任务在于对外抵抗侵略,保卫国家主权、统一和领土完整,保卫人民的和平劳动,而国防行政事务属于国家内部管理事务,管理对象为国内全体公民,军事机关不能直接对公民的国防行政违法行为作出行政处罚和制裁。在国防行政管理实践当中,正是由于地方国防行政机构的缺位,以及军事机关不能实施国防行政处罚的弊端,造成大量的国防行政事务需要协调军地多个相关部门共同管理,客观上造成了国防行政执法效率的迟滞。

#### 四、余论

当前,对“国防”与“军事”关系的正确厘定,往往成为决定某一军事学科内容构成和发展方向的决定性因素,这在军事(国防)学、军事(国防)管理学、军事(国防)法学等学科上表现得特别明显。尤其对于军事法学学科理论体系的理性构建来讲,“国防”和“军事”关系的科学界定,具有重要的基础性和前提性价值。以我国宪法、国防法对“国防”和“军事”关系的界分为依据,科学划定国防行政法和军事法各自的“疆界”,对于准确界定军事法的概念、调整对象、军事法的体系以及军事法学的学科体系,促进军事法学基础理论研究的深化,提升军事法自身的独特属性和军事法学的学科品质,无疑具有十分重要的理论价值和现实意义。

#### 参考文献:

- [1] 夏征农,陈至立.辞海[D].上海辞书出版社,2009.
- [2] 丛文胜.谈现行宪法对我国国防和军事制度的创新发展[J].国防,2003(4).
- [3] 王凌.论国防行政权[J].国防,2007(5).
- [4] 张建田,仲伟钧,钱寿根.中国军事法学[M].北京:国防大学出版社,1988.
- [5] 陈学会.军事法学[M].北京:解放军出版社,1994.
- [6] 李佑标.军事法与军事法学的概念研究[J].中国法学,2004(5).

- [7]夏勇. 军事法概念与“大军事法观”[J]. 法学杂志 2006( 5) .  
[8]周健. 军事法原理[M]. 北京: 法律出版社 2008.  
[9]张山新. 军事法概念新解[J]. 当代法学 2006( 1) .  
[10]田思源, 王凌. 国防行政法与军事行政法[M]. 北京: 清华大学出版社 2009.  
[11]薛刚凌, 周健. 军事法学[M]. 北京: 法律出版社 2006.  
[12]傅达林. 军事法体系的重构之道[J]. 北方法学 2011( 1) .

[责任编辑: 杨蕾]

## Survey of the Borderline of Military Law

——Based on the Relations of National Defence and Military Affairs

TanZhengYi

Abstract: The relation of national defence and military affairs is a controversial problem in the academic domain , and it is a precondition which decides the area of theory system in some related subjects. The controversy that the conception , system and subject of current military law should be big or little is related directly to the relation of national defence and military affairs. It is a good way to resolve the controversy about the area of military law by deciding the area of national defence and military affairs respectively , and further deciding the area of military law according to the articles of the Constitution and the National Defense Law relating to the authority of State Department and Center Military Affairs Committee.

Key Words: National Defence; Military Affairs; Military Law; Military Legal System

---

( 上接第 91 页)

## The Concept of Military Law in the New Resolution

——Based on the Analysis of the Relationship Between " Military" and " National Defense"

ZhangYan

Abstract: " military law" is the meta - concept of military law theoretical research and military legal system construction , so the accurate definition of the professional terminology , has important theoretical and practical significance to determine the boundary. From the study of existing academic , accurately grasp the concepts of the " martial law" concept depends on the relationship of " Military" and " national defense" of the two. Based on the theory and practice of " military" and " national defense" two words vague understanding and sort of chaos used to identify shortcomings of existing research , gives theoretical standards and practices in line with the requirements of the " military law" is defined.

Key Words: Military Law; Military; National Defense; Armed Forces