

# 论军事法的命令性特征与 军事命令的法律性特征

陈 聪

(南京大学 法学院, 江苏 南京 210093 / 解放军理工大学 理学院, 江苏 南京 210007)

**摘 要:** 军事命令和军事法作为指引军事活动的最主要的两类依据,二者具有内在的联系。军事法具有命令性的特征,军事命令亦具有法律性的特征。同时,军事法和军事命令又具有各自的独立性。在军事社会中,命令性因素关涉军事主权者的意志,法律性因素关涉现代规则治理精神。军事命令的法律性特征与军事法的命令性特征将“意志性”和“规则性”这两者沟通起来,形成军事法治的独特精神。在实践中应当处理好军事命令与军事法的关系,既要防范军事命令与军事法的混同与错位,也应防范二者的过度分离。

**关键词:** 军事法;军事命令;法律规范;命令性特征;法律性特征

**中图分类号:** DF32      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-3933(2015)04-0159-10

## The Imperative Character of Military Law and the Legal Character of Military Command

CHEN Cong

(Law School, Nanjing University, Nanjing 210093 / School of Science,  
PLA University of Science and Technology, Nanjing 210007 China)

**Abstract:** Military command and military law are important guidelines for military affairs. Military command and military law are intrinsically linked. The military law have the imperative character, while the military command have the legal character. In military community, the factor of the military command is concerned with the willpower of the sovereign, and the legal factor is concerned with the spirit of the modern rules. The imperative character of military law and the legal character of

**收稿日期:** 2014-10-13 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2015年3月18日数字出版,全球发行

**作者简介:** 陈 聪(1981-),男,江苏大丰人,南京大学法学院博士研究生,解放军理工大学副教授,研究方向:法理学、军事法学。

military command communicate together to form the unique spirit of the military law.  
We should taking the relationship between the military command and military law  
seriously. Both the alienation and the confusion of the military command and military  
law should be avoided.

**Key words:** military law; military command; legal norms; the imperative character; the legal  
character

军事命令和军事法作为指引军事活动的最主要的两类依据,二者具有紧密的联系。一般认为,军事法属于法的范畴,军事命令属军事行政行为的范畴,它们是两套不同的体系,二者的关系简单明了。其实,军事法与军事命令的关系还具有复杂的一面,军事法具有命令性的特征,而军事命令具有法律性的特征。在军事社会中,军事法是规则的典型表现形式,军事命令是权力的典型表现形式。权力之治与规则之治的关系问题是军事法学中的一个基础性问题,是正确认识和分析军事社会中大量法律现象的前提。笔者试图运用规范分析的方法,通过对军事命令和军事法内在特征的揭示,厘清军事命令与军事法的相互关系,展现军事社会中权力与规则的合理定位,为权力和规则冲突的消解和军事法难题的破解提供一孔之见。

### 一、指引军事活动的两类依据——军事命令与军事法

由于军事命令的概念有广义和狭义之分,军事法的概念亦有广义和狭义之分,因此在论述军事命令与军事法的关系之间,笔者首先明确本文中“军事命令”和“军事法”的涵义。

关于何谓军事命令,学界并无统一的认识,现有相关研究往往在不同意义上使用军事命令一词,主要有以下三种观点。第一种观点从形式上的特征出发,将军军事命令视为一种法律文书,也就是“军队首长或领导机关对所属部队下达规定性任务或公布重要决定的军用文书”<sup>[1]</sup>。根据中央军委 2005 年颁布的《中国人民解放军机关公文处理条例》,命令用于发布军事法规、军事规章,确定和调整体制编制,部署军事行动,调动部队,授予、变更和撤销部队番号,调配武器装备,任免干部,授予和晋升军衔,选取士官,授予荣誉称号等情形。按这一观点,军事命令特指以机关公文形式发布的书面命令,并不包括上级对下级的其他非书面形式的指示。比如,军长口头要求师长率部到达 101 高地就不是一项军事命令。第二种观点从内容的军事相关性出发,将军军事命令视为直接有关作战与训练任务内容的命令,即军事性的命令。夏勇教授认为,“军队命令有两大类型,即军事命令和行政性命令,前者指直接有关作战与训练任务内容的命令,后者是辅助作战与训练行动而进行行政管理为内容的命令。”<sup>[2]</sup>按照这一观点,军长要求师长率部到达 101 高地就是一项军事命令,而某部对某军人记功、嘉奖的书面法律文书却不属于军事命令。第三种观点认为军事命令是军队中的上级向军队中的下级发布的具有特殊执行力的权威意思表示,这一观点关注的是军事命令的内在逻辑结构,中国政法大学的李卫海博士就持此种观点。按这一观点,除书面形式的军事命令外,军事命令还包括口头形式、信号形式等方式,如“十点前必须到达 101 高地”就可以是一种口头形式的军事命令,信号弹发射后发起总攻就是一种信号形式的军事命令。甚至沉默也能构成一项军事命令,哈特曾经举过这样一个例子,“一位依常例服从于长官的中士命令他的士兵去做一些杂役,并且对不服从者加以惩罚。而将军知道此事,并且听任事情持续下去;虽然如果将军向中士下令停止这些杂役,中士也会服从他,但是他没有这么做。在这

个情形中,将军可能被认为默示地表达了他的意志:这些士兵应该要做这些杂役。”<sup>[3]</sup>因此,第三种观点的军事命令的表现形式是多种多样的,其本质就是军队中上级的权威意思表示。由于本文研究军事法律与军事命令,关注的是军事社会中的权力与规则的问题,对军事命令一词的使用采用第三种观点,将军军事命令视为军队中上级的权威意思表示。既包括书面的军事命令,也包括其他形式的军事命令;既包括军队中军事性的命令,也包括军队中行政性的命令。

何谓军事法,学界亦无统一的认识。一些学者将军军事法定义得较为狭窄,如美国学者伯恩·爱德华在其《军事法》中认为,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”;另一类则将军军事法定义的相对宽泛,苏联学者戈内尔在《军事法学》中对军事法的定义为“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”<sup>[4]</sup>。我国学者的观点也不一致,如周健教授采用相对狭义的观点,有学者采用相对广义的观点,而张少瑜教授认为,“军事法有广狭二义,广义的军事法调整国防建设和武装力量建设与活动中的社会关系,包括军队内部的关系和军队以外的涉及国家军事利益的关系,狭义的军事法仅指军内法”<sup>[5]</sup>。由于本文旨在通过军事命令和军事法关系的分析来展现军事社会内部权力及规则的问题,故本文中的军事法采相对狭义的观点,指国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,用以规范军事统率权及调整相关社会关系的法律规范总和。

## 二、军事法的命令性特征

“法即命令”始于博丹和霍布斯,边沁、奥斯丁将之发扬光大,其后成为主宰法学理论一个多世纪的主流观点。其经典表述如奥斯丁在《法理学的范围》一书中所言,“一项法律是一个强制约束一个人或一些人的命令,它普遍地强制要求为一类行为,或者不为一类行为”<sup>[6]</sup>。“法即命令”的理论在20世纪40年代以来经新分析法学的批判而衰落。尽管“法即命令”理论作为一种系统化的主张,已经是法律思想史的一部分。但这一理论所蕴含的与我们关于法律直觉相吻合的部分,至今对相关理论研究仍有意义<sup>[7]</sup>。笔者这里并非循奥斯丁之旧路,论证军事法的本质即命令,而是试图寻找军事法规范中强烈的命令因素。

### (一)军事法规范的逻辑起点是军事权,而军事权本质上是一种命令权

奥斯丁的命令理论依赖于一个关键的假设,他认为,在每个社会里,都可以找到一个特定的集团或机构,能够最终控制所有其他集团。这就是著名的“主权者的假设”。主权者可以是一个人,或者是一定的集团,社会的其他人习惯地服从这一种主权者,而主权者则没有服从其他任何人的习惯<sup>[3]</sup>。借助于主权者的假设,奥斯丁将社会当成像人的脊椎骨一样的由主权者与臣民所构成的垂直结构,将法律解释为主权者的命令或主权者择以代为下达命令之次位者的命令<sup>[3]</sup>,以此建构了他的实证法理论。

主权者的假设所遭遇的最大的挑战是,在现代社会中,政治控制是多元的,难以找到一个拥有如此强大控制权的主权者。哈特批评道,“不受法律限制之主权者的设想,连许多现代国家的法律性格都无法正确地加以呈现,而在这些社会中,没有人会质疑法律的存在”<sup>[3]</sup>。德沃金则以举例的方式提出了他的不同意见,“例如在美国,人们会说‘人民’是主权者。但这几乎是毫无意义的,而且它本身并不提供任何检验标准,用来确定‘人民’曾经命令了什么,或者用来把他们的法律命令从社会或道德命令中区分出来。”<sup>[8]</sup>对奥斯丁主权者假设的

理论批判动摇了奥斯丁的实证法理论。

但是,当我们把目光限缩到军事社会中来重新审视奥斯丁所说的主权者时,这一假设却因军事权力的特殊性而成为可能。军事活动是一种直接而大量占用、调动和组织各种社会资源进行人类对抗的活动,这必然要求形成一种异常强大的公共权力予以支配<sup>[9]</sup>。因而,军事社会天然具有权力本位的特点,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<sup>[10]</sup>。基于此,军队的最高统领者自上而下发布命令,实施控制。在军事社会中,这种绝对单向的政治控制,使得军事主权者的假设成为可能。

军事法作为军事社会控制、规范的手段,主要通过义务性规范来实现自己试图达到的目的。因此,与一般法律将权利作为逻辑起点不同,军事法却以军事权力作为逻辑起点。对军事权的来源、授予、运行进行规范、控制和强化的法律就是军事法<sup>[9]</sup>。军事法的核心是军事权,指由武装力量组织为主体的军事指挥权和军事行政权,也就是军事统率权<sup>①</sup>。从本质上看,作为军事法核心的军事权就是一种命令权,即军事主权者对军队掌控和指挥的权力。

这里的命令权是一种分层级的纵向权力,形成与一般法律规范相区别的权力模式。一般法律规范建构的权力模式<sup>[11]</sup>是网络式的权力结构模式,法律是规范权力之网,而权力只是这一网络上的一个个结;而军事法规范建构的权力模式是“宝塔式的权力结构模式,其所有的权力最终都向一个集主权与治权于一身的主体负责。”<sup>[12]</sup>这种权力结构模式恰好对应于垂直性的军事社会结构,该社会结构正是一种指令性的社会结构。从这个角度看,军事法规范作为联接军事权和军事社会结构的中介,必然带有命令的因素,表现为命令性的特征。

## (二)从军事法规范实际运行的逻辑结构看,具有命令运行的特点

新分析法学派对奥斯丁命令理论进行批判的另一个重要方面是“命令—义务—制裁”的法律模型。奥斯丁的命令理论主张法律是以制裁为后盾的命令,其中命令是法律规范结构的主体部分,而关于制裁的规定则是附属部分。而在凯尔森建构的没有任何人格化、实体化的法律秩序的整体之中<sup>[13]</sup>,制裁的规定就是规范本身,命令只构成规范的条件性语句。对于哈特来说,他从法律规范的不同功用的视角,赋予法律规范结构以多元性的模式。对于法律规范内部结构的不同理解,指代着对法律如何运作的不同看法。

如果我们静态地观察军事法规范的内部结构,很难发现其与其他法律规范在语言结构方面的显著区别。比如“女军人禁止烫卷发”,其语言结构与“禁止杀人”这样一项刑法规范似乎并无区别。从这个角度,我们不宜武断地将军事法规范归结于某一种特殊的结构模式,也无法从静态的语言结构中发现军事法规范的特殊之处。

我们把视角转向军事法规范的运行。法律为何得到服从?哈特说的两点很重要:一是对法律的信仰与忠诚,即哈特所说的“内在观点”;二是害怕受到制裁,即哈特所说的“外在观点”<sup>[14]</sup>;在军事社会中,还有一点不可忽视,即严格服从上级的习惯。为便于论述,我们以《内务条令》中的一个法律规范为例。《内务条令》规定了“军人听到首长和上级呼唤自己时,应当立即答‘到’”,但《内务条令》并未规定不答“到”对其如何制裁。也就是说,这一军

① 这里指的是狭义上的军事权。军事权有广义和狭义之分,广义上的军事权包括国家权力机关、行政机关乃至国家元首等行使的建军权、宣战媾和权等内容,这些权力本身并不涉及军队自身的管理与统御,已超出本文所讨论的军事法规范,而属于国家宪法的范畴。

军事法规范规定了特定主体在满足“听到首长和上级呼唤自己时”这一条件时,应当干什么。这里我们讨论两个问题:第一个问题,如果下级听到上级呼唤自己时没有答“到”,下级是否会受到制裁?尽管我们无法肯定在每一起个案中不答“到”都会受到制裁,但是,基本可以预见的是,在绝大多数情况下该下级会受到上级的批评或更严厉的惩罚。这里的制裁并非来自军事法规范的明确规定,而是取决于军队的等级权威。第二个问题,在实践中,军人听到上级呼唤自己时,为什么会答“到”?都是因为担心受到制裁吗?应该说,在军事社会中,团体成员对军事法规范的遵守,很大程度上基于服从上级的习惯,这也是命令的惯常运行方式<sup>①</sup>。服从习惯是军事法规范运行中不可忽略的一个问题。诺内特和塞尔兹内克认为“绝对的服从”甚至可能达到连强制也不必要的程度<sup>[15]</sup>,但这恰恰是军事管控所要追求的目标,可以说是军事法规范所追求的价值之一。通过考察军事法规范的运行可以发现,“命令—服从/制裁”这一军事命令运行的逻辑结构,一定程度上也存在于军事法规范的实际运行中。

从军事法规范的内在方面和外在方面两个角度都可以发现,军事法规范作为一种特殊的法律规范,具有强烈的命令性特征。

### 三、军事命令的法律性特征

命令大量出现于军队,是因为命令是有利于保持军队高度集中统一的组织和活动方式<sup>[2]</sup>。军事活动事关生死存亡。上级下达命令与下级执行命令,正是实现军队集中统一、保持步调一致的桥梁,只有通过这一桥梁,军事法规范和军事统帅机关的意志才能迅速有效地化为全军将士的行动,从而使军队最大限度地发挥其战斗力,因此,一切军队都非常强调执行命令<sup>[2]</sup>。一般认为,军事命令的本质是军事行政行为<sup>[2]</sup>。本文此处讨论军事命令的法律性特征,并非致力于论证军事命令亦为法律,而是试图发现军事命令的某些方面具有法律的一些特性。

第一,军事命令具有高度权威性,具体表现为不可违抗性。军事命令一经发出,必须得到贯彻执行。“军令如山”、“军人以服从命令为天职”即是这一效力的典型表达。对受令者来说,军事命令必须绝对服从,立即执行,并承担法律上的义务<sup>[16]</sup>。《内务条令》第63条规定:“部属对命令必须坚决执行,并将执行情况及时报告首长”,“如果认为命令有不符合实际情况之处,可以提出建议,但在首长未改变命令时,仍须坚决执行”。可见,军事命令具有不可违抗性。

军事命令的不可违抗性涉及到一个由来已久的法理难题:非法的军事命令是否应当被执行?<sup>②</sup>按照现代法治理念,法律是社会中的最高准则,遵守法律是最高义务,违反法律的其他指令当然无效。依这一逻辑,似乎动摇了军事命令的不可违抗性。其实,在这里,我们混淆了命令是否正当与命令是否有效这两个看似类同实则不同的问题。服从命令是军人的一项根本义务,也是第一义务,这一义务与军事权的产生相生相伴,与军队统帅结构不可分离。军队靠着金字塔的结构,一层一层地往上服从,而另一个方面,也是由上而下一层一层地向

① 法律规范的判断是“合法—非法”的判断,命令的判断是“服从—不服从”的判断。

② 需要说明的是,二战后自然法学派对该问题的一系列反思,甚至提出了“枪口抬高一寸”的良心义务,将“良知”作为高于实在法的准则,虚构出了一种国际实在法。但这只是基于政治审判的权宜之计,或者说,是一种事后的价值判断。对于受令者而言,在执行任务之时如何能做出这一价值判断?

下命令之。军队金字塔阶层的顶端,便是军事主权者,这整个阶梯体系,可称为统帅体系<sup>[17]</sup>。我们强调军事命令的权威性,离不开军事命令权力来源的最高性。

这其实解释了为何军事命令具有不可违抗性。军事主权者的权威授予了次位者,次位者继续向下授予,形成军事命令赖以生效的权威体系。这一权威体系类似于凯尔森所说的“动态规范体系”<sup>①</sup>，“一个动态体系的诸规范,只能由那些曾由某个最高规范授权创造规范的那些个人通过意志行为而被创造出来。这种授权只是一种委托,创造规范的权力从一个权威被委托给另一个权威;前者是较高的权威,后者是较低的权威。动态体系的基础规范是用来创造这一体系的诸规范的基本规则。”<sup>[18]</sup>在我国,军事命令的权威性可以追根溯源至“党对军队的绝对领导”这一政治命题,“绝对领导”建构了无条件服从的命令层级。从理论上说,如果下级有直接判断上级命令合法性并自行决定是否服从的权利,上级的命令就根本不具备权威性,军令将受到削弱。如德沃金和杜明教授所说,“命令是一个效力仅来自于其制定者的权威或权力的陈述。一个命令不给予它的接受者独立地评价命令之后的道理的机会;不管这个命令是不是明智的,也不管它对命令所含的智慧有什么样的看法,接受者都必须服从这个命令。”<sup>[8]</sup>所以,从约束力的角度看,军事命令是最有权威驱动下级行为的,而且这种驱动是绝对的和无条件的,甚至优于军事法。当然,我们讨论这一问题,并不意味着军事命令与军事法是相互对立的,从应然的角度看,二者具有内在一致性。

第二,军事命令具有一定程度的规范性。从一般意义上看,某事物具有规范性即意味着它能够为人们从事它提供正当理由。道德规范、宗教规范都具备规范性的可能。但我们讨论作为法律特征之规范性,强调的是法律上的应当问题。凯尔森将法体系内的规范分为三个层次:基本规范、一般规范与个别规范,其区分标准就是规范效力的大小和产生的根据。个别规范处于规范具体化的链条当中,“它决定一个人在一个不重复发生的状态下的行为并从而只对一个特殊场合才有效而且只可能被服从和规范一次。”<sup>[18]</sup>军事命令也表现为“应为”命题,具有规范的特性。

第三,军事命令的强制性特征。强制性是法律的重要特征,法以制裁为后盾。军事命令的制裁有两种基本的表现形式,一是基于法律规范的强制,如军事法规范规定的警告、记过、降职、降衔等纪律处分和“战时违抗命令”、“拒传、假传军令”等导致的刑事处罚等;二是基于军队等级权威的强制,这种强制并无法律明文规定,但却实际存在并对命令的执行发挥重要作用。这种事实上的强制的存在形式是多种多样的。比如,由于违反上级命令而受到批评。再如,在行军中,连长命令:倒掉水壶中所有的水,轻装前进。如果某战士拒绝倒掉水壶中的水,连长往往会强行倒掉他的水。这些实际存在的强制并非法律明文规定,但对军事命令的执行有重要作用。

第四,军事命令具有位阶性和层次性。军事命令只可能是上级向下级下达,不可能由下级向上级发布,也不可能由同级之间发布。一般按照由高而低的层次逐级下达,在特殊情况下使用越级下达的形式。《内务条令》第10条第3款规定:“命令通常按级下达,必要时也可越级下达,越级下达命令的首长,应将命令告知受令者的直接首长。部属接到越级下达的命

① 这一权威体系与凯尔森所说的“动态规范体系”的区别是,“动态规范体系”建立在基本规范上,而军事命令的权威体系建立在基本权力上。

令,必须坚决执行,并报告直接首长。”这说明,下达军事命令的基础是直接的上下级权力关系。军事命令与各级有权主体的地位层次相适应,由高至低处于顺次递接的不同等级。这种层次性和位阶性,与法律规范的层次性和位阶性十分相似。

军事命令的上述特征区别于行政命令等其他命令。拉兹认为,“法律三个最重要的特点分别是它的强制性、体系性和规范性”,其他法律哲学家“观点上的差别可以被认为是这三个特点的不同说明”<sup>[19]</sup>。而军事命令既具有高度的权威性和强制性,又具有一定的体系性和层次性,所以说军事命令具有法律性特征。

#### 四、军事命令与军事法的本质区分

从形式上看,命令与法本身就具有一定的相近性。依据语法结构的不同,规范性语句可划分为命令语句和确定语句<sup>[20]</sup>。一则命令语句可以是一项军事命令,也可以是一项军事法规范。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<sup>[10]</sup>。事实上,从被约束者的角度看,从形式上很难把直接命令与普遍规则截然分开。施克莱认为,之所以要对法和命令进行区分,是为了表明行政行为在特征上与法不同<sup>[21]</sup>。正因为命令与法的形式相似性,我们区分军事命令与军事法须抓住二者的本质特点。

第一,军事法具一般性,而军事命令具有具体性。法律从人们各种各样的行为中概括出各类典型行为模式,然后赋予其法律后果,以此规范人们的行为。富勒将法律的一般性视为是法治的原则之一,凡是法律规则就必须具备一般性<sup>[22]</sup>。其实,即便是奥斯丁也认为,并非每一种命令都是法律,只有一般性的命令,即强制某个人或某些人必须为某类行为或不为某类行为才具有法律的性质。与军事法规范军事活动中具有一般性的问题不同,军事命令往往针对个别和具体的事务<sup>①</sup>。

第二,军事法具稳定性,而军事命令具有灵活性。法律的稳定性是法律之所以成为法律的显著特征。正如卡多佐所言:“当这种一致性相对稳定,成了有着合理的确定性的预期对象时,我们便说这里存在着法律,……就像对待自然过程中的情况一样,我们给这种持续不断的一致性冠以法律规律之名。”<sup>[22]</sup>军事法从本性上是稳定的,但军事命令却具有高度灵活和可变的特点。比如,发布了一道军事命令后,根据形势变化的需要,可以随时发布另外一道军事命令来进行变更。

第三,军事法的制定遵循立法程序,而军事命令的发布基于行政程序。法律规范的产生则必须经过“提出议案—审议议案—表决通过—公布”等一系列严格的立法程序。无论是军事法规还是军事规章,其制定都要遵循严格的立法程序。没有经过立法程序,这就不能成为军事法。而军事命令的本质属于军事行政行为,其发布具有鲜明的行政程序的特征,无须经过繁琐的立法程序。

第四,军事法具有不可证伪性,而军事命令具有可证伪性。法律规范仅有“善”、“恶”之别,而无“对”、“错”之分。因此,法律规范是永远不能从逻辑意义上的真实概念角度被判定是“正确的”或“真实的”,只能从法所追求的目的角度,也就是从基本的价值秩序角度来判断法律规范可能是适当的、有益的、必要的<sup>[20]</sup>。因此,我们只能说某军事法是恶的,但不能从

① 这里强调军事命令的具体性是指军事命令针对的事项是具体的,而不是说军事命令的作用对象是具体的,军事命令可以作用于广泛的对象。

逻辑上证明其是错误的。但是,有些军事命令却可以从逻辑上被证明为错误的或虚假的军事命令。比如,甲部队已位于101高地,甲部队的上级发布一道军事命令:“请急行军至101高地”,这一命令显然可以被证明为错误的命令。

### 五、军事命令与军事法在军事实践中的合理定位

前文已述及,军事法具有命令性特征,军事命令具有法律性特征,同时,军事法和军事命令又各自具有其独立性。因此,在军事实践中应当处理好军事命令与军事法的关系。

#### (一)防范军事命令与军事法的错位

军事社会和军事活动的内在特点导致了军事法与军事命令的特殊关系。军事的基本性质是暴力性,暴力的核心是武力对抗与较量,军事暴力包括军队组织上的暴力性,手段(战争)上的暴力性,目的(保存自己,消灭敌人)上的暴力性<sup>[23]</sup>。基于对暴力的强化和管控,军队必然是高度集中统一的武装集团,有着特别严格的等级组织关系和活动程序,因此军事社会结构和军事活动规律有其自身特点。而法律规范具有一般性,其行为模式只是对众多典型行为的概括,因此会忽略各种小概率行为。柏拉图早期反对法治的理由之一就是法律的一般性特点会导致法律无法应对复杂多变的人的行为。诺内特和塞尔兹内克概括地更为精辟:“命令是一种特定规则,法律是一种一般规则。从短期来看,如果依靠的是特定的规则而不是更一般的法令,那么控制就比较容易建立。”<sup>[15]</sup>因此,作为一般规则的法律具备命令的特点,更适合需要强烈控制的军事社会。而命令具备法律的强行性、权威性 etc 特性,不但能获得现代形式法治的正当性,也强化命令的执行力,更可自上而下一以贯之。

可见,无论是军事法还是军事命令,都难以独立地服务于军事权的行使。在军事实践中,军事命令和军事法相生相伴,难免产生一定程度的交织。但是,正因二者的关系密切,如果不能正确处理好军事命令与军事法的关系,就会带来一定的问题。

第一,用军事命令代替军事法或者用军事法代替军事命令。对于一些应该用军事法进行规范的问题没有进行军事立法,而是通过命令的方式进行替代,这也就是军事实践中的立法缺失的问题。比如,我军参加国际维和、反恐、打击跨国犯罪和双边、多边国际安全合作的部队日益增多的情况下,对于军队参加非战争军事行动的一些法律问题尚缺少明确的法律规定,在实践中往往采用命令的方式来调整相关行为。同样,对于一些更适合用军事命令调整的问题来进行军事立法,也是另外一种错误。

第二,过于强调军事法的命令性特征和军事命令的法律性特征。比如,在实践中存在的不具一般性的军事法规范、不具稳定性的军事法规范等现象,这些属于过于强调军事法的命令性特征的问题。相反,过于强调军事命令的法律性特征,也会掩盖其命令本性,错误入侵军事法范畴。无论是过于强调军事法的命令性特征还是过于强调军事命令的法律性特征,都会导致军事命令和军事法丧失自身的独立性,危及军事法治的实现。

因此,尽管军事法与军事命令具有内在关联,共同服务于军事权的行使。但是,军事法和军事命令的交织和错位,确为军事法治所面临的重要障碍。防范军事法和军事命令的错位,关键在于使军事法的命令性与军事命令的法律性维持在适当的程度。军事法虽然具有命令性特征,但首先具有法律本性,必须符合法律的基本形式要求。军事命令具有法律性特征,但首先具有命令本性,不能随意入侵军事法的范畴。



## （二）另一种错误倾向——追求纯粹的军事法或军事命令

在关于军事法的研究中,有一种观点认为,军事法应以军事需要为核心价值,“决定军事法学价值取向的应当是军事需要,法学在其中充当的只是方法论的角色”,“法的价值不能过多地渗入军事法的精神之中,法的要素介入军事法只能是次要的、辅助的或者说起着技术性的指导和材料上的支持”<sup>[23]</sup>,与之相对应,也有学者提出,“脱离了现代法价值理念的指导,军事法便如同无源之水、无本之木,最终陷入军事极权化的误区,也无能为武装力量提供秩序与战斗力。”<sup>[24]</sup>这两种观点相互对立,前者强调军事需要,后者更强调法治要求。

在笔者看来,正是军事法的命令性特征的存在和军事命令的法律性特征的存在,使得军事需要和法治要求这一对内在相斥却又共生于现代军事秩序中的价值激烈碰撞,难分高下。军事法作为命令性和法律性相结合的复合体,在内在实质方面倾向于命令性,在外在形式方面倾向于法律性,不宜忽视任何一个方面。

将命令性因素排除出军事法规范,形成纯粹的基于法律的规则治理,将不可避免地“带来现代官僚政治的精神气质”<sup>[15]</sup>。亦如施密特所言,“仰赖抽象法规的规范论思维,容易使得法矮化为功能性的法规,因而制造了国家官僚体制。”<sup>[25]</sup>这种官僚体制在军事社会中恰恰是极不具效率的。如昂格尔指出,“规则性的法律并非社会生活的普遍特点,它仅限于这种情况,即国家与社会的分离已经得以确定,而且,针对普遍性程度不同的各种人和行为,某些行为标准已经采取了明确的命令、禁止、许可的形式。”<sup>[26]</sup>事实上,军事社会与政治国家恰恰是不可分离的。政治对军事组织的控制是一切国家的最后底线,即使是西方国家,军事也必须在与市民社会的分野中得到极端重视<sup>[23]</sup>。军事的终极形式是武装威慑与对抗,军事的终极目标是国家社会的安全,军事活动之有意义在仅在于武装威慑的有效和战争的胜利<sup>[5]</sup>。可见,纯粹基于法律的规则治理,与军事社会格格不入。

此外,在一般领域,主权者可以是一个虚化的概念。但是在军事领域内,必然存在实际的、具体的军事主权者<sup>①</sup>。就排除了命令性因素的纯粹军事法规范而言,所有的规范须由其上一位阶的规范来证成,从最底端的规范上升到最顶端的规范,最高规范本身仍是规范或法律,不可以质变为规范以外的权威。在此等法理建构下,规范不但可对抗军事主权者,更可以在本质上凌驾军事主权者<sup>[25]</sup>。规则统治的关键在于将对人的信仰转化为对非人格化的法律规则的信仰。因此,军事法治的目标绝不可能是追求“法律的统治”,仅可能是“依法治国”。

将法律性因素排除出军事命令,军事命令亦会从军事主权者的“决断”矮化为一般的执行法律的军事行政行为,这将削弱军事命令在现代军事社会中的正当性和执行力。对于追求集中统一、令行禁止的军事社会来说,这是毁灭性的。

因此,我们在反对军事法与军事命令交织和错位的同时,也应防范二者的过度分离。军事法与军事命令具有天然的联系,权力与规则正是通过二者的适度融合而达致平衡状态。在依法治军成为主流话语的今天,我们不宜抛开军事需要来谈论法治要求,也不应为了法治要求而忽略了军事需要。

① 这一结论系从经验得出,军事主权者系指军令权的权力主体,军令权的权力主体一定是一个具体概念。

## 结语

总之,在军事社会中,命令性因素关涉军事主权者的意志,法律性因素关涉现代规则治理精神。“意志性”和“规则性”成为现代军事治理中的两个核心概念,军事命令的法律性特征与军事法的命令性特征将“意志性”和“规则性”这两者沟通起来,形成军事法治的独特精神。在紧急状态或战争状态下,“意志性”呈增强之势,“规则性”呈弱化之势。平时则反之。这种命令的法律性与法律的命令性的互动服务于军事权的增强与节制。

## 参考文献:

- [1] 中国人民解放军军事科学院. 中国人民解放军军语[M]. 北京:军事科学出版社,1997. 141.
- [2] 夏勇. 论军队中命令的执行[M]. 中国军事法学论丛,2007. 175,177,179.
- [3] H·L·A·哈特. 许家馨,李冠宜译. 法律的概念[M]. 北京:法律出版社,2006. 44,45,48,65.
- [4] 李佑标. 军事法学原理[M]. 北京:人民法院出版社,2005. 4.
- [5] 周健. 军事法原理[M]. 北京:法律出版社,2008. 37,45.
- [6] 约翰·奥斯丁. 刘星译. 法理学的范围[M]. 北京:中国法制出版社,2002. 20.
- [7] 陈景辉. 命令与法的基本性质[J]. 北方法学,2013,(4):5-15.
- [8] 罗纳德·德沃金. 信春鹰,吴玉章译. 认真对待权利[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1998. 36.
- [9] 傅达林. 军事权初论[J]. 当代法学,2008,(5):134-138.
- [10] 张山新. 军事法概念新解[J]. 当代法学,2006,(1):113-118.
- [11] 魏治勋. 禁止性法律规范的概念[M]. 济南:山东人民出版社,2008. 285-286.
- [12] 周永坤. 宪政与权力[M]. 济南:山东人民出版社,2008. 112.
- [13] 尹疏雨. 分析实证法学研究的新视角——以纯粹法理论为样本[J]. 河北法学,2012,(5):144-148.
- [14] 杨春福. 法理学[M]. 北京:清华大学出版社,2009. 303.
- [15] P. 诺内特, P. 塞尔兹内克. 张志铭译. 转变中的法律与社会:迈向回应型法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004. v, 70, 71.
- [16] 薛刚凌,周健. 军事法学[M]. 北京:法律出版社,2006. 167.
- [17] 陈新民. 法治国公法学原理与实践·下[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007. 56.
- [18] 汉斯·凯尔森. 沈宗灵译. 法与国家的一般理论[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1996. 127-128.
- [19] 约瑟夫·拉兹. 吴玉章译. 法律体系的概念[M]. 北京:中国法制出版社,2003. 201.
- [20] 魏德士. 丁晓春,吴越译. 法理学[M]. 北京:法律出版社,2005. 53,59.
- [21] 朱迪丝·N. 施克莱. 彭亚楠译. 守法主义[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005. 21.
- [22] 郭忠. 法律规范特征的两面性——从法律目的实现的角度分析[J]. 浙江社会科学,2012,(6):50-56.
- [23] 杨韧. 军事法研究的价值取向与方法论[J]. 武警学院学报,2003,(5):52-55.
- [24] 毛国辉. 军事法:法学与军事学冲突之解决与建构[J]. 南京政治学院学报,2004,(5):70-72.
- [25] 卡尔·施密特. 苏慧婕译. 论法学思维的三种模式[M]. 北京:中国法制出版社,2012. 6,14.
- [26] 昂格尔. 吴玉章,周汉华译. 现代社会中的法律[M]. 南京:译林出版社,2001. 48.

(全文共 13,791 字)