

文章编号:1674-8107(2015)01-0116-10

# 军法公开:依法治军的动力与保障

曾志平

(南昌理工学院文法学院,江西 南昌 330044)

**摘要:**以中共十八届四中全会决定依法治军的论述为契口,探索并运用军事法的知识论与认识论进路,阐述并论证军法公开是有效推行军事法治的根本动力,是保障军事法治的推行、保证党对军队绝对领导的根本保障。并阐述与论证了“军事法究竟要不要保密/公开”这一军法理论的疑难顽症。在具体的军法理论问题的阐释与论证中,依问题的性质针对性地运用发生学与现象学的视角,回溯至各个问题在认识论上的原命题,为军事法的理论研究演示了正本清源式的阐释与论证。

**关键词:**军事法治;军法公开;动力;保障;认识论

**中图分类号:** E266

**文献标识码:** A

**DOI:**10.3969/j.issn.1674-8107.2015.01.020

依法治军,尽管早于依法治国出现于正式的文件中<sup>①</sup>,但在如中央全会决定层次类的文件中,特别是如《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下称《决定》)中作这样全面系统的阐述,却是第一次。这既表明中央对于依法治军的认识在深化,也表明依法治军的深刻认识离不开法治认识的深化。

《决定》关于依法治军的阐述,是首次且全面系统的。其突出之处有如:第一,阐明了军事法治的特殊性质与地位。虽然是在依法治国的整体语境中论及依法治军,但是军事法治并非法治的本体,而是属于法治的保障力量与措施。这一用意,是通过全文的布局结构表达出来的:“深入推进依法治军从严治军”一节,既未列入法治的三个本体

部分——立法、行政执法与司法,也没有纳入法治的社会基础的建设部分,而是列入了《决定》的最后一章“加强和改进党对全面推进依法治国的领导”。<sup>②</sup>第二,明确强调了军事法治的良法之治及其标准。《决定》指出,“健全适应现代军队建设和作战要求的军事法规制度体系,……增强军事法规制度科学性、针对性、适用性”,不再单纯强调服从、执行与依法治军、从严治军,转而明确强调军事法规制度的科学性要求及其认识论来源——军队建设与作战要求,这是思想认识的重大进步。第三,阐述了依法治军的系统设计。《决定》对依法治军问题的阐述,从立法、实施到监督,从法律体系到法制机构,从传统任务与多样化军事行动的法律保障,呈现了系统设计的特征。第四,特别提出

收稿日期:2014-11-15

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目“军事法解释的理论与实践研究”(项目编号:13SFB5002)。

作者简介:曾志平(1966-),男,江西于都人,教授,博士,主要从事军事法研究。

<sup>①</sup>据考证,依法治军最先由中央军委于1988年提出,并于1990年正式写入最重要最常用的规范性文件军事法文件——《内务条令》中:“坚持从严治军,依法治军,实行严格科学的行政管理。”相应的,重要的军事辞书也先后收入并赋予定义,如《中国人民解放军军语》、《中国军事百科全书》。参见《法制日报》编:《依法治军的涵义》,载《法制日报》2014年10月9日。

<sup>②</sup>不过,过细的分析似乎还可以得出另一种推论:依法治军或许可以称为典型的法治——平民社会法治的相关工作。因为,虽然该《决定》第七章以“加强和改进党对全面推进依法治国的领导”为题,就其各部分内容的逻辑关联观察,最后几个部分的内容却难以严格地归属于全章题目之下——第六节“依法保障‘一国两制’实践和推进祖国统一”、第七节“加强涉外法律工作”,虽然从更宏观的视野中与法治有着重要关联,却显然难以置入“加强和改进党对全面推进依法治国的领导”语义之内。相反,从修辞的视野观察,却可以为这些部分安放一个或许更贴切的次分标题——依法治国的相关问题(工作),或者,(依法治国)“余论”。由此逆袭,与最后二部分紧密相连的“依法治军”一节,似乎也可以归入“法治相关工作”或者“依法治国余论”,因为,该节既与前四节的“坚持依法执政”、“加强党内法规制度建设”、“提高党员干部法治思维和依法办事能力”、“推进基层治理法治化”明显不属于同一的政策领域,与之后的二节也缺乏紧密的逻辑同类关系。因此,上述判断尚需进一步论证。

要“加强军事法治理论研究”。<sup>①</sup>相较于平民法治本体部分神清气爽、坚定明确的阐述,对于法治图景下的军队治理——依法治军这个话题,《决定》的文本表明,在军事法治的系统设计,各部分之间的逻辑关系,特别是军事法治的动力与保障,军事法治如何保证党对军队的绝对领导等方面,《决定》至少是没有明晰的、一以贯之的认识。<sup>②</sup>因而,起草者采取了惜字如金,极其审慎的态度,坦诚地表达了军事法治理论研究需要大力加强的判断与期待。

基于以上判断,本文拟集中讨论军事法治的动力与保障问题。这个问题的讨论,需要分别从社会动力学的方向进行逻辑论证,以及从认识论的方向进行可行性的比较论证。除了上述论证以外,因为笔者主张的动力保障在于军法公开,因而还需要针对一些基于军事活动常常强调保密而对军法公开提出的质疑进行论证。同时,考虑到叙述的需要——从依法治军到军法公开之间存在逻辑上的跳跃,因而还需要简略地讨论两个前提性问题:第一,依法治军的特殊地位问题。这里主要是个论证,因为把依法治军列为相对独立于民事社会法治的体系,容易引起质疑。本文打算从两个方面论证,一是军事政治学的理论论证,这个论证大体是个经典理论的观点的梳理与重述;二是比较法的论证,主要是基于不同类型多个国家“军事司法平民化”浪潮的应对的考察与分析;第二,军事法治的良法标准问题。军法公开的讨论,逻辑上的前提是,军事法需要服从军事规律,而在一般的观念中,保密似乎是军事活动的通则,因而需要简略地论证军事法治的良法标准在于适应军事规律的命题。根据上述问题的逻辑关系,论文在结构上将分成顺序的六个部分。

第一部分,论述军事法治的相对独立性;第二部分,从法与调整对象的关系原理出发,正本清源,阐述军事法之良法标准;第三部分,从社会动力学的角度,阐述与论证军法公开如何为依法治军、军法强军提供动力;第四部分,从认识论的角

度,分别对保密、纪律管制与权利限制,以及公开的法律治理对于增强战斗力与维护军队集中统一的作用力或者说因果可能性,进行比较式的论证,从而论证阳光军法对依法治军、军法强军以及保证党对军队绝对领导的决定性意义;第五部分,分别从静态与动态的视野,思辨与实证的进路,讨论军事法公开相较于军法保密的优越性。最后,是总结与结论。

## 一、军事法治的特殊性质与地位

如前所述,《决定》虽然在法治的整体话语背景下专门阐述了依法治军问题,然而,《决定》的文本结构表明,与平民社会的法治不同,依法治军在法治方略中居于特殊的地位:在国家治理的宏观层面,依法治军系为法治的保障力量;并且,与平民社会的法治相比,在动力来源与保障上,军事法治亦有其独特之处。

关于依法治军的地位,虽然前文初步断定其隶属于“加强和改进党对全面推进依法治国的领导”的总体措施,然而,认其为法治相关工作或者依法治国余论的判断却也不无道理。这里,首先要澄清若干基本的政治学(或军事政治学)命题。

其一,强调党在治国重大政策中的领导责任,属政治学常识。在民主政治的系统安排中,政党政治是选举式民主政治的前提,因而,政党负有坚持与保障民主政治与相应的国家治理方略(如法治)的责任。所以,《决定》第七章(当然包括第一章宣示的保障法治目标实现的第一条原则“坚持中国共产党的领导”)以“加强和改进党对全面推进依法治国的领导”作为法治方略的最终保障措施,显然是政党政治的逻辑当然。

其二,将加强军队治理列入法治的保障措施的保障,亦符合军事政治学基本原理。依法治军并非法治体系中一个单纯的军事或者军队侧面,而是与法治在国家治理系统中处于有紧密联系又有重要区别的地位。这一解读,其实与经典作家关于国家机器的核心构成——军队、警察、法庭——的叙述,

<sup>①</sup>这一措辞,表明了《决定》对军事法治理论研究相对于法治理论研究的落后局面的认识,同时也透露出对军事法治与平民法治区别性的基本判断。

<sup>②</sup>事实上,四中全会后包括以中央军委法制局、国防大学等机构名义发表的阐释类文献,也充分地表明了这一点。参见如中央军委法制局:《牢记依法治军从严治军是强军之基》,载《解放军报》2013年4月2日;中央军委法制局课题组:《依法治军从严治军的战略意义》,载《解放军报》2014年10月22日;国防大学军队建设与军队政治工作教研部:《深入推进依法治军》,载《学习时报》2014年11月9日;西安政治学院党的创新理论研究中心:《推进依法治军,夯实强军之基——学习习主席依法治军重要论述》,载《解放军报》2014年10月17日;郭媛丹:《四中全会〈决定〉解读:深入推进依法治军从严治军》,载《法制晚报》2014年10月28日。

在政治理论上是一脉相承的。总体上,军队、警察与法庭为典型符号的国家机器,是国家治理与经济社会发展的力量(实力)保障。具体而言,军队与警察和法庭的地位又有重要区别:警察与法庭,属于与平民社会同质的组织机构与角色,换言之,军队是以物理上的暴力为手段的国家机器,警察与法庭只是以符号性的强制力为手段的国家机器<sup>[1](P36)</sup>;警察虽然也使用诸如警械、武器之类的暴力,但是,警械和警用武器却与军用装备和武器有着本质的区别:警械与警用武器,其功能定位系以自卫或者小范围低强度的对抗为限,“防暴”一词,就是形象而生动的表述;而军队的暴力,虽然在政治的用语中有“国防”一词,此处之防,显然不同于警察的防暴,而是克劳塞维茨所称的常常呈现为“无限”的暴力对抗。<sup>[2](P237)[3](P40)</sup>所以,军队在国家治理中的地位,实际上是所有国家机器发挥作用的最后保障。有鉴于此,在认法治中军队治理优选方案的前提下,推进依法治军自然是国家治理——法治——的可靠保障。

其三,军事法治与平民社会的法治有着重大的、质的区别。近年间,在国防建设领域,“军民融合”被确立为重要的原则。但是,该原则并非针对治军之整体,而是限于以国防工业为核心的事业管理中。相反,关于军事法与平民法的本质区别,早已有明确的共识。“国容不入军,军法不入国”<sup>①</sup>,强调的即是治军与治国<sup>②</sup>的不同。治国与治军,两者虽都沾着一个“治”字,但彼此的差异却是客观存在,千万不可任意混淆趋同。在司马穰苴的眼中,军队系统与平民系统应适用不同的治理原则,国家、朝廷的那一套礼仪规章万万不能搬用于军队,而军队的法令条例也不能移作治国的工具。<sup>[4]</sup>进而逐步形成了文武分途、将相分职的体制,<sup>[5](P54)</sup>即在国防事务中,分别建立军队与政府两套组织

系统,并且在军队系统与平民系统的法律制度中奉行不同的原则。<sup>[6](P55)</sup>大体而言,军事法治与平民法治的区别可以归纳为三个方面。第一,相对于平等主体——市民之间自然是平等主体,公民与政府之间,在政治上也是平等主体——之间的交往秩序及其治理,军队的治理是最为典型的层级制下的管理与服从关系,德国公法学者称其为特别权力关系。第二,在法治的内容上,平民社会的法治几乎是全方位的,既有公民与政府之间的宪法关系与行政法关系,也有公民等私人之间的民事、商事法关系,还有交杂着私法主体与政府的管理和协作的经济法关系。但是,军队的法治,则只有以刑法与军纪法为形式的奖惩法关系。第三,最要紧的是,平民社会的法治,主体及其利益完全是独立的、无限多元的,因而各处对待法律的态度,法律的诉求也是无限多元与独立的。而军队则是一个统一任务的集团,所有人都宣誓完成同一的任务,因此,尽管诸如自由与纪律、指挥与服从的对立普遍存在,但是,在任务——特别是作战任务——面前,任何对立的双方均须放弃对立,一致统一于任务。否则,任务的失败,即是所有人共同的失败,尤其是作战,失败将导致每个人的灾难性后果。因此,在军事政治学、军事社会学上,军人之间的关系称为“我们”的关系,描写战友关系有一个专属的词汇——“袍泽”。

其四,军事法治相对独立的做法,是重视军事政策国家的普遍选择。因为由列编于军队的军事法庭执掌军事司法,天然地难以避免军事指挥官法外影响军事司法的倾向性,因而,一些国家推选了“军事司法的平民化”,即在平时,或者彻底取消属于军队的军事法庭,将军队的司法案件交由平民法庭审理。此种情形,即为军事司法与平民司法一体化的统一法治模式。<sup>③</sup>但是,阐述军事司法平

①《司马法·天子之义》。陈学会教授在阐述军事法调整对象——军事社会关系的特殊性时,即曾经引用上述章句,说明古代军事法的调整对象,尚未展开。参见陈学会主编:《军事法学》,解放军出版社1994年版,第53页。

②即平民社会的治理。此处的“国容”与“军容”、“治国”与“治军”的措辞,着眼点在于描绘军队与平民社会本质规律与治理哲学的区别。

③关于西方国家军事司法平民化的研究,国内尚无专题的成果,英语的文献,论者所见,集中的有3种,其一为现任挪威陆军军法署长达尔(Arne Willy Dahl,退役少将。挪威陆军军法署,原属军队序列,在军事司法平民化的潮流中,撤销军事编制,时为署长的阿尔少将,因随军法署退出现役而成为退役少将,成为平民的军法署长)的著名报告——《军事司法的国际趋势》(International trends in Military Justice, Presentation by Arne Willy Dahl at the Global Military Appellate Seminar at Yale Law School, April 1-2, 2011);其二为美国国会参议院一个专门委员会调查形成的考克斯报告(Dwight Sullivan, The Cox Commission II report, October 19, 2009, 网址 <http://www.caaflog.com/2009/10/19/the-cox-commission-ii-report/>, 2012年9月15日浏览);其三为一批美国军法学者为纪念美国武装力量统一军事司法典立法50周年撰文辑集而成的论文集(Eugene R. Fidell and Dwight H. Sullivan, eds., Evolving Military Justice. Annapolis, MD: Naval Institute Press, 2002.)以及其他的一些文献,如Edward F. Sherman, The Civilianization of Military Law, 22. Meil. L.Rev. 3; Delmar Karlen, Civilianization of Military Justice: Good or Bad, 60 Mil. L. Rev. 113 1973; Stephen I. Vladeck, The Civilianization of Military Jurisdiction, 见 <http://ssrn.com/abstract=2163268>。国内学者略有涉及的研究,如田友方:《法国军事司法制度改革述评》,载《检察日报》2002年8月15日“评论”版;田友方:《我国军事审判制度的比较优势》,载《法制日报》2014年9月4日;徐朋:《双层体系的法国军事法院设置》,载《法制日报》2006年11月4日。



民化趋势的众多文献同样表明,诸如美国、英国、加拿大,以及韩国、澳大利亚等特别重视军事力量的强大及国际国内政治生活中的军事存在的国家,始终坚持军事司法与军事法系统的相对独立性与地位特殊性,在军事政治学的视野中,呈现出如出一脉的考量。美国有军法专家发现,针对军事司法平民化的两大主要趋势——一为对军事司法更大独立性的抵制,二为对军事指挥官非法干预军事司法的抵制,拒绝军事司法平民化的澳大利亚是两种倾向均反对,美国则明确反对后一种。<sup>[7](P209)</sup>

不过,尽管这里强调军事法治与平民法治的特殊区别与不同地位,在法治本身的价值内涵与基本的运行品格上,譬如形式法治与实质法治(良法之治)的统一,法律文本的(静态)公开性与法治活动的(动态)公开性,效率与公正之间的外在冲突与内在一致性等,当然是统一于法治本体。然而,关于军事法的良法标准,特别是军事法的公开问题,实务与理论人士均有保守观点。因而,本文以下部分将着重讨论军事法与良法标准,以及军法公开对于依法治军、军法强军的重大意义。

## 二、军法的良法标准——顺应军事规律

从单纯的“有法可依”,到强调“良法是善治之前提”,标志着法治标准从形式法治到实质法治的进步。依法治军部分,虽然未有如同“良法”之类直接的文字,“增强军事法规制度的科学性、针对性、适用性”的措辞,同样表达了追求良善军法的旨趣;并且,“健全适应现代军队建设和作战要求的军事法规制度体系”的用语,也揭示了良善军法的标准。

关于军事法与军事的关系,出自理论和实际工作部门文献一直不乏阐述与强调。但是,如《决定》这般层次的权威性文献的阐述,却是首次。这至少表明,军事规律系良善军法之标准的命题,并未成为常识。在认识论上,表明人们对这个命题尚缺乏透彻的阐述与论证。因而,就军法需服从军事规律的命题,进行溯及公认命题的阐述与论证,依然有其必要。

简单地说,军事法系为治军之法,军队则为军事(依《中国人民解放军语》与《中国大百科全书军事卷》等主要辞书,军事即指与战争的准备与实施直接相关的事情的总称。除为行文的特别需要外,诸如军队建设与作战、战争与战争准备事务之类的表述,均以“军事”一语概括、指称之)而生,因而,军法自然应该以军事的规律为依据。如此平易的论证与阐述,何需再行论证?可是,理论是灰色的,生命之树常青。现实的军事社会生活,往往会提出一些生动得超出教科书的问题。譬如,台湾学者李麒麟举出一个服从命令与尊重士兵人格的例子,因为内务屡屡整理不好,连长命令该士兵站在全连面前大喊三声“我是全连最邋遢的人!”随后,归纳出诸如“纪律与基本权利冲突的时候,如何处理?是以纪律——背后是军事需要——为本,还是坚持(宪法)基本权利是法律的底线,即便是军事需要也不可逾越?”之类的问题。

表面上看,这里的问题正好是法律的本质要求与军事需要的冲突问题。然而,仔细梳理军事理论的谱系,我们会发现,尊重下级人格的问题,虽然可以归结为法律上的权利尊重与侵害的问题,但是,在军事理论的体系中,这类问题同样也是军事政治学、军事社会学的问题。<sup>①</sup>军事社会学认为,军官或者首长固然有对下级、部属的命令之权,但是,维护所属部(分)队的团结,通过包括说服教育、帮扶济困等方式在军官与士兵、首长与部属之间建立与增进共同价值与凝聚力,从而有效地保证命令得到更好的服从,正是军队建设的内在规律与命令。换言之,上述把军事法律现象简单地归纳为法治规律与军事规律分离,法律要求与军队建设要求分离乃至对立的做法,实际上是由于对军事规律的范围与内容——亦即军事科学的学科范围——认识不清造成的。在此,本文特将军法服从军事需要的叙述含义,以及相应的论证,以脉络自觉的方式重述如下:

服从军事需要,是指在规划、设定相关法律规范时,应当尊重军事规律,体现军事规律的要求;在解释法律时,应当注意从军事规律方面探求法律的真意,以正确的适用法律,实现规范目的。进一步论,服从军事需要原则可以分解为两个侧面,

<sup>①</sup>依军队政治工作学的学科体系,军事社会学、军事政治学、军事心理学、军事伦理学,均包摄其中。

即规范的侧面,强调规范的目标在于实现军事目的;方法论的层面,强调规范的解释须遵循军事规律,唯有在领会军事规律的前提下,才能求得规范的正解,而违背军事规律的解释,则有误入歧途之虞。

在法律制度的领域,强调服从军事需要,约有两个基本的逻辑前提。其一,在法律的领域,表面上应以法治的规律为准则。其二,军事的规律与法治的规律原本是不同质的。事实上,我们认为,因为法律自来被视为调整社会关系的手段,因而,法治本不存在自身独立的规律,相反,其所有的规律,均应以所调整的社会关系的规律为规律。譬如民法,其调整的对象是平等主体之间的财产与人身关系,因为主体平等,自然需出于自愿方有可能发生交易。所以,平等自愿原则,并非法治原则向民事关系的输入,恰恰相反,是法律手段对民事关系自身规律的体认与贯彻。如此,在以军事为核心内容的军事法治,自当奉服从军事需要为主旨。<sup>[6](P78)</sup>

事实上,与刑法以“惩罚与打击犯罪,保护人民”<sup>①</sup>为目标一样,国防法亦以“建设和巩固国防”<sup>②</sup>为主旨。所以,与刑法规范“而系以伦理之理想与社会之理想,采为法律之理想”<sup>[8](P4-5)</sup>一样,军事法规范亦需以强军求胜之军事科学理想,以及强军富民之社会理想,才为军法的理想。也就是说,军事法的形式虽然是法律规范,所追求的目标,却是军事的目标,内里蕴含的规律,自然是军事的规律。而在解释法律时,亦需沿认识论线索从法律的文本反溯法律中采纳的种种“理想”,以及各该种理想所本之学术思想,方能得到正确的法律解释结论,以指导正确的法律适用,维护法律调整之社会关系的公正与秩序。

### 三、军事法治动力与保障的凭仗——军法公开

平民社会的法治,其动力与保障大体属于成熟的命题:《决定》的第一、五、六、七各章,共同完成了在社会动力学、法社会学的逻辑上周延的阐述。但是,关于依法治军的动力与保障问题,《决定》却并无明确的阐述,从而给军法研究者提出了

重大的学术使命。

平民社会法治的动力与保障,大体遵循的是这样一种逻辑:国家的政治领导核心主导法治的方略,系为政治保障;人民认识到法治是公民权利与社会政治经济权利保障的最好保障,提高法治意识,是法治的社会动力来源——因而须强调法治的人民主体原则;专业人士与机构的专业素养与职业伦理,是法治的职业动力与保障。

显然,如第一部分所述的军事社会与平民社会的重要区别,导致上述逻辑无法平移、照搬到军事法治中。那么,军事法治的推行,究竟如何发掘动力,寻获保障呢?

军事社会首先是一个层级社会,首长对部队的战斗力与任务完成负完全、最后的责任。因而,首长的动力无疑是军事法治最理想的动力。然而,这种设想首先要遭到法律之形式理性的质疑与阻却——任何以个人为依赖的期待,均无以合理坚守。

军事社会也是一个武力资源充足的社会,在金字塔式的层次制首长掌控下的部队,是一支天然的、强大的执法力量。如此,自上而下的威权型的法治推进模式,似可期待?诚然,严刑峻法,自古以来不乏忠实追随者。然而,不要说执法对象本身就是暴力集团的成员,采木为兵、揭杆而起者依然可以推翻不公正的暴力。更要紧的,这也与法治的实质理想——出自正义的强制——严重背离。

平民社会模式的自下而上的权利维护与权力控制模式,无疑与核心的军事规律——集中统一的领导与指挥——天然地违逆。

军事社会学的研究告诉我们,军队这种组织,表面上特别强调命令与服从,根本上却比任何其他组织与机构更需要和依赖内心的认同与信服。他们把军队中正式的职务关系称为次属群体关系,是因为在这种以命令与服从的形式关系中产生的权威与凝聚力,远次于职务关系之外的“共同生活”关系——现代所称之为“战友关系”,历代沿用之“袍泽”——客观上抽离了职务关系的非正式关系,称为“首属群体关系”。<sup>[9](P162-164)</sup>这种关系最要害的地方,就是处于一个编制单位(同时也是共同生活的群体,譬如“连”)内的成员,通过各种紧

①《中华人民共和国刑法》第一条。

②《中华人民共和国国防法》第一条。

密的交往,彼此间形成了高度的认同。因此,军事家总是特别重视通过各种手段促成这种职务外的首属群体关系的形成,以增进功能性的职务关系,最终保障军令的畅通,统帅权的实现。<sup>[1](P197)</sup>

这种军事社会的特质,自法律运行动力的视野观察,要害之处就在于关于法律执行的信息与思想的高度公开与共享,并且在这种信息公开与共享中,增强对法律执行的认可。依社会心理学的观察,此类现象的要害,在于通过对法律执行的公开与相应的公开评论,增进执法公正与合理的认可。

这里涉及的就是法律公开,执法公开对法律效果的动力机理。进一步地,军法公开,不仅要公开在军事社会内部,还必须全面扩及至平民社会。这里的叙述与论证,源于军事政治学与关于军民关系的观察与假定。

不同于平民的任何角色,军人乃冒生死的工作,生死面前,还能遵守纪律,服从奖惩,依军事社会学、社会心理学的规律,是荣誉的效用:黄金万两固然有勇士,甘冒生死赴大义,靠的还是对国家、父老乡亲的深厚感情——共同的价值认可,深刻的认同。与前述认同不一样,这里的认同是军人与百姓之间的认同。与前述认同一样,百姓对军人、军队的认同,也以信息的公开与共享为必要。因此,军法的执行,不仅要在军队内部公开,也必须在军队外部公开——与保密有密级相反,地道的公开是没有范围的。

最近公演的一部电视剧《开国元勋朱德》,有一些重要的细节,譬如,红军一直坚持在没有战事的时候,就地分散开展群众工作,“红军就是要同群众一起红”(片中林彪语),向我们再次揭示一条红军建军宝贵经验:对工农群众的全面开放、融合,正是红军维护外部团结、赢得群体拥护的措施;红军内部的民主——必然要求上下级之间、官兵之间公共事务信息的公开与透明,正是红军维护内部团结,历经千难万险,百折不挠,从弱到强,从胜利到更大胜利的法宝。在军史学与军队政治工作学的叙述中,“官兵一致,军民一致,瓦解敌军”被总结为中国人民解放军军队建设与武装斗争成功的“三大法宝”。这里,从知识、思想材料的学科归属与梳理中,又一次提醒我们,包括军队政治工作学在内的军事科学,是军法诠释的重要的

知识、理论来源。

#### 四、军法公开的优越性——知识与认识论的进路

军法领域,最经常最复杂的争论,多集中于纪律与自由的关系。这种争论,在法学文献中,通常描述成军事制裁/强制与军人基本权利的关系;形而上者,如军事政治学上的军事需要与公民权利保障的关系;再如,法哲学上的效率与正义的关系。

为了说明这个问题,这里先做个案例分析。美国的五角大楼,是美国国防部所在地。按道理,这个楼里一定有许多军事秘密。而军事秘密,通常被视为公认的国家重大利益。为了保护五角大楼内的秘密,即便把整座楼严严实实地保密起来,怕也有不少人赞成。事实却是,五角大楼不仅是个热门的旅游点,还非常容易进入——像笔者这样的外国人,只需用美国驾照在美国国防部的官网上预约,即可凭预约用的证件轻松进入。

用上面的各种假定,开放五角大楼的参观,是一种利益(大体可以称为公众的好奇的利益,因为这种好奇既是可贵的——好奇与满足好奇的冲动,是人类进步的根本动力),还有严重的正当性(这个建筑的建成乃是源自人民的贡献)纳税。因此,满足人们对这个军事机构的好奇心,保障国民对于重要国家机构的知情权,无论于知识史,还是公民权,均有其充足的正当性,是一种正义。

然而,为了防止可能的泄密,限制甚至禁止公众进入五角大楼,显然属于保护军事利益的需要,在安全这个消极的利益维度上,也有其正当性,甚至,就效率也是正义的要求而言,这也是一种正义。至此,一个活生生的、具体的军法问题,经过范畴的归并,还原成了一个伦理学问题:两种利益(均可还原为正义的利益)哪个更优越?

第一回合的衡量,应归于知识论。好奇虽然也可称作一种利益,却完全不是经济交往上的利益,而是知识论上的意义——好奇是获取知识的最基本的动力,因而任何经济学的衡器均无法使用。相反,保密,首先是不利益的——人为地阻止知识与信息的流通,于知识的生成与发展,无疑是不利的。因此,第一回合的比较,结论明确:保密与公开(开放),对应的是好奇心的满足与拒绝,显然,满足好奇优越于保密。



第二回合的衡量,在认识论上获得确证的可能性。好奇的利益,虽然不便为经济学的衡器测定,却既没有人敢否认,还一致为人们充分肯定。保密的利益,虽然也没有人否认,但肯定却是笼统的、不确定的,而且是消极的。因为,保密的利益只有泄密以后才知道——保密的利益是通过泄密造成的损失反衬出来的,不仅如此,保密作为一种消极的措施,还有严重的不确定性甚至不可认识:只要没有泄密,谁也无法论证究竟哪一种保密手段、针对哪一类对象的保密措施是有效的。如此说来,保密的利益,经济学家怕是难以准确而有说服力地予以证明。以前述五角大楼的开放参观与保密封闭为例:游客进入固然可能导致泄密,然而,不让游客参观,却并不能保证不泄密。开放参观所带来的利益以及所保障的正义直白而生动,但是,禁绝参观与假定的利益保障之间的因果关系,却难以令人信服。换成认识论的叙述:保密的利益的实现,因为介入因素复杂,因而确定(即认识)起来比较困难,或者说比较不靠谱;正义的满足,却直观而明白,即容易认识到。显然,人们很容易接受以下认识法则:更容易认识的利益,应当优越于更难以认识者。

衡量的第三回合,还可以引入归谬的手段。好奇与公开,大体属于天性,是自然的倾向。换言之,属于自发自觉因而能够处自行启动,只要没有人人为的限制,即可自行前进。相反,保密则属于对上述天性与自然倾向的反动,属于典型的人为活动,因而,若无特殊的动力,保密通常难以为继。此处的特殊动力,通常源自某些特定的个人或者群体的特殊目的或者倾向,此类特殊目的或倾向,通常又是与不特定个人与群体的利益相矛盾与冲突。所以,保密的选择,往往难以避免特殊群体的特殊利益,因而天然地背负着滥用的危险。这样一来,保密将不仅受到认识论的否定,在伦理学上也背负着普遍质疑的枷锁。

军事与军事法领域一些其他的争议与矛盾现象,大体与公开和保密这对二元对立的情形类似。譬如自由与纪律、奖赏与惩罚,均有积极利益与消极不利,自然倾向与人为限制的普遍对立,既有知识论、认识论上的对立,也有伦理评论上的对立,其中,知识论与认识论上的对立,尤其具有启发的意义。

在认识论看来,人类的认识本身是件极其复杂的事物,但是,我们不可能因为这种极其复杂,就放弃或者暂停思维方法与规则的探讨以及成果的推广。在自然科学领域,康德的第一把推力的假定,显然没有妨害科学研究的进展;在精神科学(人文社会科学)领域,面对类似第一把推力猜想的“诠释学循环”,哲学诠释学提出了实践智慧的假定,以鼓励对精神生活真理性知识的探索。实践智慧的假定,概括地说,就是主张各种认识方法中,虽然难以如同自然科学论证般确定各种方法之间的优越性,但是,无论如何,我们可以假定,善的判断,可以优先于各种方法,为真理性知识的获取提供论证。<sup>[10](P295)[11](P512)</sup>在最一般的意义上,柏拉图所称的善,是包含正义的。因而,正义的判断,类似于纯粹理性批判中的先验统觉,在人类精神生活领域真理性认识的论证中,大体可以当作第一把推力,是可以赋予优越性的。不过,正义像普洛透斯的脸的论断,既不是严格的论证所得,事实上也未能阻止人们对正义的判断,尤其是具体事件的正义判断。因此,以正义为精神生活真理性知识获得的衡量手段,哪怕有风险,也是应当容忍的。

军事法所依托的军事领域,显然并非单纯的自然科学、工程科学或者精神科学,而是大范围的综合领域。化约的观察,军事的核心要素无非人与武器(或扩大范围为物)。物——核心是武器与军事装备——的领域,既有自然技术科学,也有工程技术的领域;而人的领域,自然也有自然科学,如生理学,也更多地有精神科学的领地,如奖惩心理学、军事伦理学等。

如前所述,军事法治领域的集中矛盾,大体在于军人权利的保障与军事利益的追求之间。以保密为例,防止保密的措施之无限蔓延,并不能保证保密目的的达成;相反,因为保密而损害的利益却是直观、现实的。因此,我们最应该做的,只能是针对开放对象与时间,保证开放区域的秘密得到保守。再如,训练的强度,内务的程度要求,笼统地说均与纪律的养成以及相应的战斗力的提升具有因果关系,因此,要求军人放弃部分自由处置的时间整理内务,忍受肌体的不适接受体能训练,自属当然。然而,倘若因为内务的要求导致严重的精神性惩罚,个中的精神打击与损害,或者说感受到不公

正——过分的要求,不合理的要求,即为不公正,两种利益的对比,至少在认识论的论证中,相较于体能训练的效果,偏高的内务要求对战斗力提升的效果,正义的感受的优越,自属显明。

概括地说,在军事利益与军人重要权利的冲突中,在认识论上,更多的倾向是军事利益的确证比较困难,而军人权利的损害则常常更为明显,比较之下,权利受损害而造成的正义感的侵害更为明显,因而更应当获得支持。进一步地,因为军事法的执行常常遇到的矛盾多属此类,所以,正义的追求大体应当得到普遍的支持。

## 五、军法公开的可行性与必要性<sup>①</sup>

如前所述,在最一般的认识论法则中,包括军事科学技术甚至战略思想在内的信息的交流,是人类进步的自然倾向。换言之,在一般的法则上,公开是自然的倾向,保密则是一种反动。澄清保密与公开的发生学源头——不得已的、具有先天危险的反动,对于本节的讨论,至关重要。

军法公开,首先取决于法的品性:作为一种普遍适用的行为规范,法律必然是公开的。法的公开,不仅限于公开颁布法律文本之类的静态的公开,也强调行政执法与司法的公开,即法律实施的公开;法律实施的公开,不单限于执法决定的公开,也要求实施过程的公开,即法律程序的公开;不仅包括各种法院主导的程序活动的公开,也包括诉讼参与人向法院提交的证据与意见的公开,换言之,法的公开必须是全方位的公开。

军法公开首先需要回应的质疑,是形式的、消极的质疑:军法公开,是否会导致军事秘密的泄露,从而危害军事利益?在过往的讨论中,军法公开首先遭遇的质疑,是军事上的保密要求——古有“兵者诡道也”的论断与兵法规则,强调军事行动需要追求秘密性以达成突然打击的效果。

军法公开影响军事秘密,首先是一个知识论上的错误。军法公开所涉事实,与需要保密的军事信息,是不同性质的两类知识。以军事活动为例,人类的活动在认识论的视野中,可以分为二个侧面与系统。第一个系统,是技术的、奉自然法则的

侧面,如射弹散布规律与直瞄武器瞄准基线的设计,密集火力兵器的使用与散兵战术的应用。这个领域的活动,遵行的是人与自然关系的法则,不直接涉及官兵关系、官民关系,因此,上级、政府就诸如武器系统性能、具体攻击目标与手段的选定等信息对下级、民众保密,与民主政治、军中正义等方面的问题,大体并无交集,因而通常没有公开的要求。另一个系统,则是交往的、以人定规则为据的侧面,譬如国家如何征募优秀的兵员并令其精忠报国,上级如何实施赏罚保持调动士气维护纪律。这里的规则,是人们藉由对精神生活规律的认识,通过延续不断的总结概括,以伦理法则、道德准则及法律规范等形式,在社会、国家等群体中施行的。这样的两个系统,叙述的方法与逻辑脉络既不相同,描述的对象与内容亦不相隶;作为后一系统组成部分的军法活动之公开,自然不至于泄露前一系统的要害信息。以谷俊山案之受贿为例,虽然受贿事实的查证需要涉及相关的军事后勤项目,譬如营房、军事设施与装备的建设/采购,相应地会涉及某些项目文件,但是,由于受贿罪的构成要件只涉及项目与其职权的关系,因此,作为案件证据可能呈现的,通常只限于项目名称、项目经费预决算之类的财务类文件,而不必披露诸如项目核心部件性能、参数等纯技术信息。况且,在观察技术与装备如此发达的形势下,传统的军事行动突然性的要求早已不断降低,军事活动保密的范围也在不断缩小,更不用说不必要与不可能的保密了。

其次,军法公开与军事保密的分别,也是认识论上的当然。法律规制的对象,源自社会生活,是人们对社会生活某些行为的归纳与提炼,法学理论上,将这一立法归纳的做法称为法律现象或者法律事实的“类型化”。换言之,既然是类型化的行为,自然经过人们的思考与陈述,并被人们认识与类型化接受,因而,这些类型化的事实或者行为,当然不存在保密的问题。而军事上的保密,在认识可能性上,多半属于未经普遍认识的事物,或者缺少普遍运用的条件的手段,譬如最先发明的武器,最早尝试的战术队形。对于这类缺少认识普遍性

<sup>①</sup>参见曾志平:《军事法保密性质辨》,载《南昌理工学院学报》2011年第2期;薛刚凌、周健主编:《军事法学》,法律出版社2006年版,第64-67页(该部分系本文作者执笔撰写);曾志平:《让阳光军法照耀军中正义:论军法公开》载《南华早报》2014年7月9日“观点”版。



的事物,显然不具备基本的立法条件而不可能成为法律。据此,法律规定的事物,天然地不具备保密的必要与可能,即便在军事领域,也不例外。

再次,军法公开与军事保密相关性的断言,还可以进行实质性的、归谬式的证伪。譬如,有人以情报工作的思路,从信息的普遍联系出发,以上述二个系统信息间的关联性论证军事保密在军法领域的适用。这种理由貌似成立,却有一要害的认识悖论:信息之间的关联如此普遍,保密的延伸,哪里是尽头?譬如,将领的教育经历、升迁路径,甚至个人生活习惯,与所属部队的作战训练作风当然有关联,特定部队将领的更换,与该部队的作战训练亦有重要关联;而军队统帅对于军队的影响,则更属要紧,难道这些信息都要保密?论证至此,一对熟悉的范畴进入了我们的视野——特定因果关系与普遍联系。在哲学上,普遍联系与特定的因果关系,完全属于两个不同的范畴。在刑法学上,广泛的、偶然的、间接的因果联系,均不得进入法律责任的因果链。

归谬的论证,还可再进一步。强调军法保密,究竟是军事利益受益,还是不正当的因而阴暗的利益受益?事实上,有一种多发现象:非法的、滥权的行为,同样以内部事务、国家机密等借口进行隐蔽,因而,以保密为由头的公共利益论,常常沦为腐败与愚昧的堂皇借口。执法,是公权力的行使,无论赏罚,均与公平正义紧密相关。因此,为了防止权力的滥用,执法公开早已成为古老的原则。相反,滥用权力者,则要千方百计排除监督,此时,保密就成了最好的借口。君不见,在军队反腐败只干不说的错误政策导向下,军法不公开竟然形成了习惯,其结果必然是,军队不仅不能有效清除腐败,还陷入了一个更可怕的局面:营门紧闭的军营,说不定有多腐败?!

最后,晚近关于司法公开的研究,不公开审理案件的类型化的整理,实证基础上的类型化梳理,也有助于本问题的研究。譬如,将保密的理由做类型化归纳,发现应当保密的理由有:防止有关信息

的扩散;防止因特定信息扩散而造成的损害、危险,或者额外的负担,如为抓捕犯罪嫌疑人而不公开审理,为保护相关证据而不公开审理,为保护庭审秩序而不公开审理。同时,一些宣称应保密的利益,却被论证为不可靠:意图保密的信息不具有保密利益(信息不透明、不对称,因而错认公开信息为独享信息,可共享信息为该保守秘密);错失借助公众知识纠正信息所包含错误的机会。<sup>[12](P15-17)</sup>有论者则归纳了不得对抗的保证公开审判的理由:表达自由(信息自由是表达自由的前提条件和应有之义);公正的保障(监督、评论以辨识和抑制不公);人民知情权(知情权和新闻自由密切相关);民主(一个公开透明的政府是民主制度的必然要求)。<sup>[13](P8)</sup>去年台湾地区军事审判法修订,在和平时期,将现役军人犯凌虐部属、不当管教、阻挠投诉、性侵、渎职及杀人等一般的军人犯罪规定交由普通的平民法院审判,仅保留颠覆政府、暴动、泄密、劫机、毁坏军用设施和制造贩售武器等罪留待平民法院的专业法庭审理。<sup>[14]</sup>这些情形,对于解除军法保密的枷锁,均有重要的助益。

## 六、总结与结论

综上所述,军事法治是以党对军队的绝对领导(特定形式的文人领军)与强军为根本目标,因而,军事法治与平民法治性质与地位均较特殊:军事法治既与平民法治相对独立,又是平民法治的保障力量。军事法治虽然服务于暴力对抗这一人类最野蛮的活动,却更需要良法之治,而军事法治的良法标准,则是是否符合军事规律,即适应军队建设与作战要求。与平民法治的动力与保障途径相异,军事法治的动力与保障,均需仰赖军事法文本与军事法执行的公开。而且,军事法文本与军事法执行的公开,均与军事的保密无关。

公开的军法,是阳光军法。阳光军法照耀下的军队,必定是充满正义的军队。正义照耀下的军队,必定是忠于人民的军队,百战百胜的军队。

## 参 考 文 献

- [1] 曾志平.论军事权[M].南昌:江西人民出版社,2009.
- [2] [德]克劳塞维茨.《战争论》:第一卷[M].中国人民解放军军事科学院 译.北京:商务印书馆,1997.
- [3] 鲍世修.从绝对战争到现实战争——克劳塞维茨战争学说中黑格尔哲学思想影响初探[A].论无产阶级军事科学的基石[C].北京:解放军出版社,2002.
- [4] 黄朴民.“文能附众,武能威敌”:入选“十哲”的司马穰苴[N].光明日报,2006-07-17.
- [5] 吴如嵩,黄朴民,任力,柳玲.中国军事通史:第三卷·战国军事史[M].北京:军事科学出版社,1998.
- [6] 曾志平,等.国防行政法要义[M].北京:人民出版社,2013.
- [7] Eugene R. Fidell, A Worldwide Perspective on Change in Military Justice [A]. Eugene R. Fidell and Dwight H. Sullivan, eds., Evolving Military Justice[C]. Annapolis, MD: Naval Institute Press, 2002.
- [8] 陈瑾昆.刑法总则讲义[M].北京:中国方正出版社,2004.
- [9] 查尔斯·H·科茨,罗兰·J·佩里格林.军事社会学[M].北京大学国防学会 译.北京:国防大学出版社,1986.
- [10] 洪汉鼎.诠释学:它的历史和当代发展[M].北京:人民出版社,2001.
- [11] 潘德荣.西方诠释学史[M].北京:北京大学出版社,2013.
- [12] 何玲.审判公开的公共秩序例外[D].重庆:西南政法大学,2012.
- [13] 魏乐.论刑事司法公开语境下的国家安全例外[D].西南政法大学,2012.
- [14] 韩福东.台湾和平时期废除军法审判[N].南方都市报,2013-08-07.

## Public Military Laws: the Dynamics and Guarantees of Rule of Law in the Army

ZENG Zhi-ping

(Nanchang Institute of Technology, Nanchang 330044, China)

**Abstract:** Based on the Fourth Plenary Session of the 18th CPC Central Committee's statements on rule of law in the army, through the approaches of military law epistemology, this paper expounds and proves that public military law is the basic dynamics for effective practice of rule of law in army as well as the fundamental guarantee for rule of law and the CPC's absolute command of the army. It thoroughly demonstrates the complicated military legal problem as "whether military law should be secret or public". In its expounding and demonstration of specific military legal questions, this paper takes embryologic or phenomenologic perspectives according to the nature of the questions and explores retrospective into the origin propositions, hence exemplifying a down-to-bottom exploration in military legal theoretic studies.

**Key words:** rule of law in military affairs; public military law; dynamics; guarantee; epistemology

(责任编辑:曾琼芳)

(上接第 108 页)

## A Historical Survey on Philanthropic Education in Modern China

ZENG Gui-lin

(History and Culture College, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

**Abstract:** The philanthropic education in modern China experienced four stages, namely, commencement, preliminary development, prosperity and decline. Each stage presented its age-unique features in content, characteristic and attributes. The process of its development shows not only a transition from traditional to modern philanthropy, but also an integration of Chinese and Chinese philanthropic cultures. The philanthropic education in modern China inherited traditional Chinese practices and learned from Western experiences. With the endeavors, many poor and orphaned children were supported and taught with proper vocational skills suitable for the time, hence enabled to support themselves in the society. Such a methods is helpful for the progress of Chinese society.

**Key words:** philanthropic education; modern China; development process; support and teaching

(责任编辑:吴凡明)