

集体判决；法官对正义的责任等等。他所讲的上诉法院的庄重风格和形式风格之分主要是指上诉法院判决是“诉诸理性还是死板地服从前例”。但是如果理性是指正确地思维的话，那么任何时期任何判决都应诉诸理性；如果服从前例是指服从正确的前例，当然也就是诉诸理性的体现。所以诉诸理性和服从正确的前例是一致的。但卢埃林的原意可能是指：在社会发生较大变革或处理特别疑难案件时，上诉法院就不应死板地服从前例，而应诉诸理性、智慧和环境感了。这也就是说，发生了通常所讲的“合法”和“合理”之间的矛盾了。但问题是：这里讲的法官的理性、智慧、环境感都是很抽象的词语，没有制度上的保障而仅依赖授予法官更大权力，这会又导致法律就是官员解决纠纷的行为之类的结论了。

当然，卢埃林的现实主义法学中也包括了一些颇有启发或值得借鉴的观点，例如他强调应研究法官和其他官员在执行法律时的实际行为，研究法律不应仅限于研究“纸面规则”而不顾“实在规则”；他从法律、司法制度上对保障上诉法院判决可估性的因素的分析；他对上诉法院判决风格的研究，等等。

（作者单位：北京大学法律系）

责任编辑：秦凤

· 综 述 ·

军事行政诉讼问题研究综述

柯 严

为了配合《中华人民共和国行政诉讼法》的实施，正确解决军队适用行政诉讼法遇到的问题，北京军事法学会于1990年7月30日在北京召开了军事行政诉讼问题研讨会。来自全国人大法工委、国务院法制局、中央军委法制局、最高人民法院、中国社会科学院法学研究所、中国人民解放军总参谋部、总政治部、总后勤部、军事科学院、中国政法大学、中央民族学院、海军、北京军区等单位的三十余名专家、学者，以及从事立法、执法实际工作的同志参加了这次研讨会。现将会议主要讨论问题综述如下：

一、如何理解军队适用行政诉讼法问题

与会同志认为，弄清军队是否适用和如何适用行政诉讼法，首先要正确理解现行行政诉讼法第12条的规定，该条规定国防、外交等国家行为不适用行政诉讼法。什么是国防国家行为和非国家行为，二者如何划分，非国家行为是否存在，如何适用行政诉讼法？这是会议讨论的第一个热点。

有的同志指出，政府行为可以划分为国家行为和非国家的一般行政行为。政府以国家最高行政机关名义作出的对外涉及国家主权、对内涉及国家统治权的重大行为，属国家行为，如对外作战、对他国实行经济制裁、宣布部分地区戒严、举行军事演习等。国家行政行为的主体是最高行政机关，其内容涉及国家主权、安全和其他重大国家利益。国家行为并不直接影响私人（公民、法人或其他社会组织）的利益。国家行为不负行政法律责任，不能提起行政诉讼是世界各国的通例。我国行诉法的规定正是反映了这一立法通例。但是，我们不能理解为凡属国防事务的行政行为均为国家行为。政府实施的有关国防管理的行政行为中，大多数是涉及私

人利益的一般行政行为。依照依法行政的原则，这些一般行政行为是应该适用行政诉讼法的。与会多数同志支持这种看法，有人还列举出一些具体事例，说明因国防、外交一般行政行为引起的诉讼在现实生活中早已存在并为法律所认定，比如1985年国务院颁布的《外国人出入境管理办法》第29条，1988年7月中国人民解放军三总部颁发的《中国人民解放军医疗事故处理办法实施细则》都对此作出了明确的规定。

如何划清国家行政行为与一般行政行为的界限具有重要的理论和实际意义。有的同志提出，本着严格限定不受司法审查的行政行为数量的精神，借鉴国外经验，我们可以采取这样的办法：凡直接针对敌国的行为，如战争；凡涉及重大军事利益的行为，如军事演习，国防科研等；凡涉及国家安全的行为，如戒严等，均属国防国家行为。立法上对此种行为要明文列举，凡此以外的行政行为均视为一般行为，可以提起行政诉讼。

关于军事机关的性质问题是讨论的第二个热点。一种意见认为，根据我国宪法规定，最高军事机关——中央军事委员会由全国人大产生，向全国人大负责。军事机关作为一种独立的国家机关存在，并不隶属于国家行政机关，处于与行政机关、审判机关、检察机关同等的法律地位。既然军事机关不在行政机关之列，它以及由它领导的武装力量自然也不具备行政诉讼法中的被告主体的资格。行政诉讼法立法原意也是将军事机关排除在外的。因此，军队不存在适用行政诉讼法的问题。有的同志根据军队是“执行革命的政治任务的武装集团”的性质，否认军队有行政机关的属性，支持军队不适用行政诉讼法的意见。另一种意见认为，从我国军队的实际情况看，军队内部管理中的行政行为占有相当的比重，涉及军队建设各方面，是一种明显的客观存在。其次，宪法第89条第10款规定了国务院具有领导和管理国防建设事业的职能，并设立国防部执行此项职能，这样就将军队在国防建设方面的活动划为国家行政活动的一部分。而且，如果我国法律不承认军事机关是行政机关的话，行政诉讼法就没有必要专门做出国防、外交方面行政行为不得提起行政诉讼的限制性规定。还有一种意见认为，我国军事机关具有双重属性，既是军事机关，又是行政机关。军队的干部、组织、军务等部门，享有对军队官兵实行行政管理的职能，可以做出带有军事特征的具体行政行为。从立法依据看，中央军委与国务院，军委各总部、国防科工委与国务院有关部门享有制定军事行政法规、规章的职权。《中国人民解放军立法程序暂行条例》第4条规定：“调整对象属于国防建设领域，涉及地方人民政府、社会团体、企业事业单位和公民的军事行政法规、军事行政规章，分别由中央军委会同国务院，军委各总部、国防科工委会同国务院有关部门联合制定。”既然军委、总部享有制定军事法规、规章的职权，就不能排除军队做为一种特定的行政机关，在从事一种特定的行政行为这一事实的客观存在。军事机关具有这种双重属性，当然在一定程度上要接受行政诉讼法的调整。

关于军事机关参与行政诉讼的范围问题。有的同志指出，军事行政诉讼包括三种情况。其一，军事机关及其成员以“公民、法人或者其他组织”的身份，以地方行政机关为被告，向地方法院提起行政诉讼；其二，被告一方为有关军事机关，原告一方为地方公民、法人或者其他社会组织，而争议内容又并非国防方面的国家行为；其三是军事机关和军队组织内部的行政争议。在前两种情况下，即军地争执时，由地方法院适用行政诉讼法应该是无疑义的，与会多数同志赞成这种看法。从总体方面看，军队绝大多数活动属于国防国家行为的范围，在从事这种活动时，军队组织和个人依法不充当行政诉讼被告。但在从事其他一般行政行为时，尤其是在具有行政诉讼法受案范围列举的八项具体行为时，军事机关就可以充任行政诉讼的被告。与会同志认为，根据宪法关于一切国家机关和武装力量都必须遵守宪法和法律的要求，军事机关的一般行政行为必须依法进行，违法时也应该通过行政诉讼，承担法律责任。

二、军内建立行政诉讼制度的必要性与可行性

与会多数同志承认，军事机关和军队组织内部确实存在行政管理活动和行政争议，但是为了解决这种争议，军队内部是不是也要建立行政诉讼制度呢？在这个问题上分歧意见较大。

一种意见认为，军内没有必要建立行政诉讼制度。其理由是，军队做为一个捍卫国家主权和领土完整的武装集团，必须保持高度的集中统一。军队的这种本质特征决定了军事行政法律关系比普通行政法律关系更加强调和突出命令性、限制性和时效性，强调权力与服从。对军事行政行为的制约和限制不应当影响

“下级服从上级”、“部属隶属首长”这一军队特有关系的巩固和维护。基于这一道理，当今世界绝大多数国家均未在武装力量内部实行行政诉讼制度。还有的同志指出，中国人民解放军是中国共产党领导的、用马列主义和毛泽东思想武装起来的人民军队，我军的这一性质决定了军内官兵一致、平等相待的同志关系。官兵之间没有根本的利害冲突，即使发生了矛盾，通过批评与自我批评，通过控告和申诉，运用执行纪律的办法，也完全可以解决，没有必要提起行政诉讼，即用“兵告官”的办法去解决。允许“兵告官”会在干部与战士之间造成一条鸿沟，疏远官兵关系，既不利于军内团结，也容易损伤军官大胆管理部队的积极性，不利于对部队的管理教育。还有的同志认为，允许“兵告官”会降低军事领导机关和首长的威信，并有可能因为行政诉讼而影响军事任务的完成。他们认为解决军内矛盾的根本办法是加强思想政治工作，完善控告、申诉制度，严格纪律，引进行政诉讼固然也有一些好的作用，但弊多利少，不可期望过高。

另一种意见认为，军内建立行政诉讼制度势在必行，其主要理由如下：

1.有利于促进依法治军。依法治军是我国法制建设全局中的不可或缺的一部分，也是中央军委的一贯方针。军队中客观存在着行政管理行为，这些行为必须依法进行。实行行政诉讼制度，对违法者进行制裁，就可以促进各级军事机关依法行政。

2.有利于保护军人的合法权益，保障军内民主。军人身份具有两重性，一方面作为军人，他要参与履行法定的国防义务的活动；另一方面做为公民，他应充分享有法律赋予每个公民的民主权利。事实上军队内部确实存在着行政诉讼法受案范围所列举的那些行为和由此引起的争议，如军队有关部门不依法发给伤残军人抚恤金、强求部属或士兵履行兵役和国防义务之外的其他非法义务，因处理除名、退伍、转业、调动、行政看管、劳动教养等引起的争议，对军队医疗、交通事故纠纷裁定不服的争议等等。当军队行政机关及其工作人员侵犯军人合法权益而又符合行诉法规定的受案范围时，军人应该有权向有关司法机关提起诉讼，否则就不能充分体现“法律面前人人平等”的社会主义法治原则。

3.有利于军队的集中统一。军队的特点决定了它需要高度的集中统一，但是这种集中统一必须建立在严格执行法律的基础上。法院依法审理军事行政案件，维持合法决定，撤销或纠正违法决定，就可以将行政相对人和被告的行为都统一到体现党中央、中央军委方针、政策的军事法律、法规和规章上来，保证军队的集中统一。

4.引进行政诉讼不会降低领导机关和首长的权威，不影响军事行动的效率。领导机关和首长的权威在军队中是重要的，但是这种权威必须建立在处理问题正确、合法的基础上。邓小平、杨尚昆同志都曾指出，从严治军、依法治军要从领导机关和首长做起。司法机关对具体军事行政行为进行合法性审查，防止错误决定造成不良后果，正是维护了军事机关和首长的权威。实行诉讼制度，不会影响军队“令行禁止”的作风，因为行政诉讼法对哪些行政行为可以提起诉讼作出了规定，不会造成过繁的诉讼，何况军队在实行行政诉讼制度后，还可以通过立法进一步具体规定诉讼范围和起诉的限制性条件，如战时、战地不得提起诉讼等。

有的同志进一步分析比较了军内解决行政纠纷的几种方式，认为采用行政诉讼的方式最为优越。行政争议由法院解决减轻了军事行政机关的负担，有利于提高行政效率。行政诉讼在法定期限内起诉、审结，并做出具有法律效力的裁决，可以及时有效地消除不稳定因素，防止矛盾激化，有利于维护军队的正常秩序。

关于建立军内行政诉讼制度可行性问题。有的同志认为，我军目前的司法组织和工作人员条件仅能负担刑事诉讼，一时还不具备接受行政诉讼的能力。军事立法不够完善，处理军内行政活动的法规、规章中，给予受处罚的当事人以申诉、控告及诉讼权力的明确规定还不多，因此处理行政诉讼缺乏法律依据。另一种意见认为，军内行政诉讼事实早已存在，法律对此有过规定，如前面提到的军队医疗事故处理办法实施细则就规定了对医疗事故鉴定结论和处理意见不服者可以向军事法院起诉。新颁发的《中国人民解放军纪律条令》专门列出“控告、申诉和纪律监察”一章，表明我军对行政复议问题高度重视，从法规上予以确认和保证，这也为军队实行行政诉讼提供了依据。同时，军队有关机关在长期处理行政争议中，也积

(下转第79页)

求在南洋速设领事，速颁国籍法，国籍法应采血统主义，确认华侨中国国籍，以保护海外华侨权益。电文历述华侨处境之卑苦，荷人用意之惨毒，并力陈国籍法采取血统主义大有利于国家和华侨。

2. 议决十条对付办法，主要内容为：将加入荷属殖民地籍的利害关系向华侨大众广为宣传；制定国籍调查表，调查南洋华侨国籍；将会议情况通知各地商会、学堂、报馆，请求联合协助、广泛宣传等。会议还制定了几个临时和平办理办法。

以上两个方面，前者在谋求清朝廷用国权保护华侨，后者乃南洋华侨自身的行动。这一事件，表达了海外华侨的民族意识以及对祖国的眷恋。

上海、广州、厦门商会，接获泗水华侨大会的电文后，都极力支持。上海商务总会除向清政府农工商部、外务部拍发电文外，

还向农工商部上长篇稟文，请求清王朝支持保护华侨，速设领事，速订国籍法（内容从略）。

以上为起草《国籍法》和颁布《国籍条例》之因。由此可以看出，当日起草国籍法律，完全是因爪哇华侨的请求而仓促拟定的。如果没有南洋华侨的这一行动，我国第一部有关国籍的法律产生，很可能不在清朝而在以后。从清朝廷宣统元年二月八日、十八日、闰二月七日的三道谕旨中，亦可窥见当日起草的急逼情形：诏下十天即上奏草案，核议二十天，即予颁发，前后时间不足一月。清朝廷封建官僚机构，一向颀顽，但草颁这部法律却颇有效率，这种效率应归功于南洋华侨。

（作者单位：北京大学）

责任编辑：张少瑜

（上接第96页）

累了许多有益的经验。这些都是有利的条件，只要立法上加以明确和完善，并确立和健全必要的行政审判机构和执行机构，军内引进行政诉讼是完全可行的。这些同志还对军内行政诉讼制度和司法组织的基本模式提出了一些建设性的意见。

这次学术讨论会取得了一些成果，深入了对行政诉讼法和军队法制建设的研究，促进了军地法律工作者之间的学术交流。但是，在军队适用行政诉讼法问题上，还有许多重大问题有待于进一步研究，如国防行为的内涵与外延，国防行为与军队行为的关系，军地互涉案件的性质、管辖与适用法规问题，依法治军与加强党对军队的领导的关系等。尤其是对于军内行政法律关系的研究更为重要，因为它直接关系到军内行政诉讼的进行。这些理论问题的深入研究，将进一步促进我国行政诉讼制度和军队法制建设的发展。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张少瑜