

夏

勇

徐

高

/

著



中外 军事刑法 比较

Zhong wai

Junshi Xingfa
Bi jiao ★

法律出版社

中外军事刑法比较

夏 勇 徐 高 著



图书在版编目 (CIP) 数据

中外军事刑法比较/夏勇, 徐高著. -北京: 法律出版社, 1998

ISBN 7-5036-2445-0

I. 中… I. ①夏… V ②徐… III. 军法: 刑法-对比研究-中国、国外 N. E266

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 10073 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷 中国人民解放军第一二〇二工厂印刷

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/8 字数/196 千

版本/1998 年 8 月第 1 版 1998 年 8 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN7-5036-2445-0/D·2062

定价: 13.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

目 录

军事刑法篇

- 一、军事刑法的概念..... (3)
- 二、军事刑法的渊源 (15)
- 三、军事刑法的适用范围 (23)

军事犯罪篇

- 四、军事犯罪的概念 (41)
- 五、军事犯罪的要件 (49)
- 六、军事犯罪的类型 (66)

军事刑罚篇

- 七、军事刑罚的种类 (79)
- 八、军事刑罚的裁量 (95)
- 九、军事刑罚的执行..... (105)

军事罪名篇

- 十、军事忠诚方面的犯罪..... (123)
- 十一、军事行动方面的犯罪..... (133)
- 十二、军事秘密方面的犯罪..... (153)

十三、军事关系方面的犯罪·····	(158)
十四、军事物品方面的犯罪·····	(164)
十五、军事服役方面的犯罪·····	(176)
十六、军事司法方面的犯罪·····	(183)
十七、军事人道方面的犯罪·····	(186)
十八、军事管理方面的犯罪·····	(191)

军事审判篇

十九、军事审判组织·····	(201)
二十、军事审判管辖·····	(215)
二十一、军事审判程序·····	(222)



军事刑法篇

军事刑法篇
PDG



一、军事刑法的概念

在我国军事法学界，研究者们明确使用“军事刑法”的概念并赋予其定义。

张建田、仲伟钧、钱寿根等人在他们所著的《中国军事法学》（国防大学出版社，1988年4月出版）一书中写道：“军事刑事法律，又称军事刑法，是指规定军人犯罪及其处罚的法律。”这里的“军人犯罪”，主要指“军人违反职责罪”。正如作者们阐释的那样：“我国现行的军事刑事法律制度，以1981年6月30日由第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议正式通过、1982年1月1日起在全军范围内正式施行的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》为主要内容。”

莫毅强、钱寿根、陈航等人主编的《军事法概论》（中国人民公安大学出版社，1990年5月出版）这样表述：“军事刑法是统治阶级以国家名义规定军人犯罪及其刑罚处罚的法律规范的总称。”作者们又指出“军事刑法有广义和狭义之分”，认为广义的军事刑法“包括单行军事刑事法律，专门军事刑事法规，其他各种军事法律、法规中包含的有关对军人违法行为进行刑事制裁的规定，国家最高军事机关和最高行政机关颁布的决议、命令中有关军人犯罪和刑罚的规定”；狭义的军事刑法则指“国家权力机关所颁布的法典形式的军事刑事法律”。显然，这里区分广义狭义的依据是军

事刑法的表现形式。

夏勇、汪保康合著的《军事法学》(黄河出版社, 1990年12月出版)也对军事刑法的概念作了广狭二义的区分,但这种区分不仅在于立法形式,而且主要着眼于有关的犯罪内容。即广义的军事刑法,“是指规定军人犯罪及其处罚的法律规范的总和”,包括军人违反职责罪和军人犯国家刑法规定的普通犯罪;狭义的军事刑法则是“规定军人违反职责罪及其军事刑罚的法律”。他们认为,“通常意义上的军事刑法,就是狭义的军事刑法。”

图们主编的《军事法学教程》(法律出版社, 1992年11月出版)认为“军事刑法是指专门或主要适用于军职人员的一种特别刑法。所谓‘专门’是指仅适用军职人员而不适用于非军职人员。”

徐高、周卫平主编的《中国军人法律手册》(中国青年出版社, 1991年5月出版)对军事刑法概念的表述是“指规定军人犯罪及其处罚的刑律”。

由中华人民共和国中央军事委员会法制局主编的《中国军事百科全书·军事法分册》(军事科学出版社, 1993年6月出版)设有军事刑法辞条:军事刑法是“关于规定军职人员危害国家军事利益的犯罪及其处罚的法律规范的总称。是国家刑法的重要组成部分。”

上列表述基本反映了我国军事法学界对军事刑法概念的认识。各种表述虽有不同,但意见并不相互冲突,看法比较一致。将各种表述概括起来,主要有以下要点:

1. 军事刑法是规定军人犯罪和刑罚的法律;
2. 军事刑法是规定军人犯罪和刑罚的一切规范;
3. 军事刑法主要是规定军人违反职责的犯罪和刑罚的法律;
4. 军事刑法是国家刑法的重要和特殊的部分。

此外,上述有关著作都把“军事刑事诉讼法”作为与“军事刑法”相关联而又相并列的概念,表明作者们一致认为军事刑法

是刑事实体法而非刑事程序法。军事刑事实体法与军事刑事程序法的区别, 在我国的刑事立法中也体现出来, 例如, 现行《中华人民共和国刑法》分则第十章“军人违反职责罪”属实体性规定, 而现行《中华人民共和国刑事诉讼法》附则中关于“军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权”的条文, 则属程序性规定。

尽管我国军事法学界承认并使用“军事刑法”的概念, 但我国正式生效的军事刑事立法中却并未出现这一术语。1955年, 我国曾拟定《中国人民解放军军事刑罚暂行条例(草案)》, 也未使用“军事刑法”。

那么, “军事刑法”这个概念在外国是怎样表述、解释和运用的呢? 《中国军事百科全书·军事法分册》给“军事刑法”辞条的英文译名是“military Criminal law”, 然而, 在有关的英文原版资料中, 很难发现这个单词组合。在《牛津法律指南》(《The Oxford Companion to Law》)、《布莱克法律词典》(《Black's Law Dictionary》)、《不列颠新百科全书》(《The New Encyclopedia Britanica》)、《美利坚百科全书》(《The Encyclopedia Americana》)等著名辞书中, 均不见“military Criminal law”。当然, 这绝不意味着英语国家就没有与中文“军事刑法”相对应的概念或观念。

刑法, 简而言之, 是规定犯罪和刑罚的法律。危害社会的犯罪行为的存在和国家动用刑罚手段惩治和预防犯罪的需要, 是各国刑法得以产生、存在和发展的必要前提。同样道理, 军事刑法的产生、存在和发展亦有其社会基础和原因, 这就是危害军事或者有关军事的犯罪及相应的动用刑罚的需要。事实上, 在世界各主要法系中, 军事刑法都是一门古老的法律。中国历来有“刑起于兵”之说。《尚书·甘誓》记载了夏朝(公元前21世纪—16世纪)启王与有扈氏作战之前在队伍面前以“誓”的形式宣布的军

事刑法规范：“用命赏于祖，弗用命戮于社，予则孥戮汝。”公元前5世纪的早期罗马共和国，便在军队实行严酷的“十一抽杀律”。公元前1世纪古罗马过渡到职业军队起，就已定出专门惩治军人犯罪的军事刑法。社会存在决定社会意识。概念是客观世界的反映，而客观事物也必然反映为一定的概念。伴随着涉及军事的犯罪和刑罚现象，基于军事刑事立法和司法的长期实践，各国的法律文化不可能不对“军事刑法”有所反映。英语国家也不例外。从目前英语国家的表述来看，“军事刑法”的概念主要反映于“military Law”这一术语。要了解英语国家对“军事刑法”的认识，就得探讨他们对“military Law”的解释。

《牛津法律指南》认为，military Law 是“一个特殊的法律部门”，“它最初适用于陆军，而现在已适用于一国所有的武装力量，调整他们的服役条件，惩戒和处罚服役期间特定的犯罪。据此，military Law 显然包括军事刑法，因为它要规定如何“惩戒和处罚”武装力量成员在其“服役期间特定的犯罪”。但是，除了军事刑法规范，military Law 还规定武装力量成员“服役条件”等事项。

《布莱克法律词典》认为，military Law 是“管理武装力量的法规体系”，“维护军纪和管理现役军人的法律部门”。据此，作为“维护军纪”重要手段的军事刑法规范，只是 military Law 的一部分。武装力量和现役军人的管理作为 military Law 的内容，决定了 military Law 的范围比军事刑法更为宽泛。因为“管理”不仅仅甚或主要不是针对犯罪和动用刑罚，更多的是面向正常的行为和活动，并且多采用命令等行政性而非刑事性的方式和措施。

《不列颠百科全书》认为，military Law 是国家制定的“一种关于建立、维持及管理它们武装力量的法典和规章”，但是，“这一术语一般仅限于惩戒性的含义”，惩戒性军事法典的目的和作用是“维持武装部队的纪律”。显然，这里的 military Law 有广狭二义。其中，狭义的 military Law 基本同于“军事刑法”，因为

在英美法系国家，通常是违纪即犯罪。

《美利坚百科全书》认为，military Law 是“规定对武装力量以及军事统治下的民间社会进行管理和约束的独立法律系统”。该书对 military Law 的解释明确分为广狭二义。狭义的 military Law “指管理与全社会共处的武装力量这一特殊而独立的实体的行为规则”。在这个意义上，military Law “是军事审判 (military justice) 的同义语”。广义的 military Law 是指“调整一国武装力量与民间社会之间关系的法律制度”，包括军队对已占领的敌国领土的管辖 (military government)、军队对本国一定范围的民间社会的管辖 (martial Law)、军队对自己驻在友好国家的部队的管辖。应当指出的是，jurisdiction (即“管辖”) 这个术语本身就有裁判权、审判权、司法管辖之意，故无论狭义还是广义的 military Law，都和军事司法有关，而军事司法历来都是以有关军事的犯罪和刑事处罚为内容的。不同的是，在广义的 military Law 中，军事刑法是其突出的内容，而狭义上的 military Law 基本就是指军事刑法 (司法)。

《新卡克斯顿百科全书》(《The Caxton Encyclopedia》) 认为，military Law 是“由军事法庭实施或与军事法庭有关的法律规范，这种法律仅限于武装力量成员的犯罪”。据此，military Law 完全是军事刑法。

《社会科学国际百科全书》(《International Encyclopedia of the Social Sciences》) 认为，military Law 是“有关武装力量及其活动的特殊法律”，包括“管理国家武装力量成员 (military justice) 的法典，调整军民关系的 (martial Law 或 military government) 法典，以及战争期间约束交战各方有关行为的法典 (the Law of war)”。据此，军事刑法只是 military Law 的一部分。military Law 含有军事审判、军事管制、军事管辖、战争法等几方面的意义。值得注意的是，该书将“管理国家武装力量成员”等同

于军事司法审判。

《哥伦比亚百科全书》(《Columbia Encyclopedia》)认为, military Law 是“为控制武装力量人员而制定的行为准则体系”,这种法律既不同于 martial Law, 也不同于 military government。这与前面一本书的说法形成了鲜明对照。

《现代法律术语汇编》(《Modern Legal glossary》)认为, military Law 是“规范军队组织的法律体系”,其范围涵盖“所有影响武装力量运转和维持的事务,包括纪律,军事犯罪和民事犯罪,行政法律事务,国际法和国际关系,要求政府赔偿,海事法律,军产取得,以及战争法。”据此, military Law 的内容远不止于军事刑法。

将上述观点加以概括,可归纳出“military Law”与“军事刑法”有着如下几种关系:

1. “military Law”包含“军事刑法”,“军事刑法”仅仅是“military Law”众多内容之一部分。

2. “military Law”包含“军事刑法”,“军事刑法”是“military Law”的一个主要或突出的部分。

3. “military Law”等同于“军事刑法”,“军事刑法”是“military Law”的全部内容或唯一的含义。

无论选择哪一种关系,人们在运用“military Law”时,都经常用它来指“军事刑法”。当然,也普遍使用“military justice”表述“军事刑法”问题。这种表述反映了英美法系“重程序”的传统。也许,很少用“military Criminal Law”的情况正好也反映了英美法系“轻实体”的习惯?不管怎样,通过“military Law”反映出的“军事刑法”内容,是程序法与实体法的结合。在英美等国的观念上,人们往往还是将程序法作为实体法与程序法结合中的主导。这与我国的情况恰恰相反。中国的法律传统是“重实体轻程序”,表现在“军事刑法”的概念上,就是把这一概念严格

限于实体法。至于相关的程序法，如前所述，是由“军事刑事诉讼法”这一专门术语来表述的。“重实体轻程序”的法律传统也在我国现有的军事刑事立法中得到了体现——我国已有系统的“军事刑法”，却至今没有系统的“军事刑事诉讼法”。

“military Law”在我国译为“军事法”或“军法”。但我国军事法学界对“军事法”或“军法”与“军事刑法”之间关系的理解，与英美国国家对“military Law”与“军事刑法”之间关系的认识相比较，是有差异的。

据考证，“军法”一词最早出现于周朝。《周礼》中有“合其卒伍，置其有司，以军法治之”。这里的“军法”，是指军队组织编制方面的法律规范。然而，大多数古籍兵书中记载的“军法”概念，并不含有规范组织编制的意义，而是指军事刑法，即军队用刑罚惩治军人犯罪。春秋时期，齐、晋的军队就曾以“军法”斩杀“后期”（迟到）者。战国之后，“以军法从事”成为军队惩罚犯罪的习惯用语，如“敢有趁漕犯法，辄以军法从事”（《汉书·王莽传》）；“敢有稽留，便以军法从事”（《三国志·魏志·曹爽传》）等。中国古代社会在长期发展过程中，历代相袭“军法从事”，不断强化着“军法即军事刑法”的观念。本世纪70年代末乃至80年代，我国的辞书仍用“军事刑法”诠释“军法”概念。例如，在《现代汉语词典》（中国社会科学院语言研究所词典编辑室编，商务印书馆1978年12月出版）、《中国军事知识辞典》（杨庆旺、哈晔主编，华夏出版社1987年8月出版）、《军事知识词典》（陈力恒、王景佳主编，国防大学出版社1988年11月出版）、《中国人民解放军军语》等辞书中，“军法”条目的释文均为“军队中的刑法”。80年代末90年代初，随着我国军事法学的创立，军事法学研究者开始对传统的“军法”概念提出质疑，纷纷对其进行扩大的解释，并且用“军事法”的概念取代传统的“军法”概念。具体说来，大致有三种情况：

一是仍用“军法”的表述，在传统概念及定义的基础上，揭示其更加丰富的现代意义。例如，《中国军事辞典》（赵先顺主编，解放军出版社1990年12月出版）所设“军法”辞条的释文指出：军法是“施行于军事领域的法律和法规。广义的军法概念指适用于军事、国防和军人的，旨在保证武装力量的建设和作战以及其他军事任务完成的一切法律和法规，包括较宽的范围，统称为军事法。国家的兵役法，施行于军队的刑法和军队的条令、条例等都包括在军事法的概念之内。狭义的军事法概念仅指施行于军队的刑法。这是我国的传统军法概念。”这种观点将“军法”分为广狭二义，狭义为传统概念，广义为现代观念，二义并行，既保留传统概念，又跟上变化了的客观实践。这种观点把广义的“军法”称为“军事法”，使得“军法”在理论层次上居于“军事法”之上。

二是使用“军事法”的表述，也承认“军法”的传统含义，但认为（现代）“军事法”是（古代）“军法”的发展形态，仅限于“军事刑法”的“军法”概念与内容丰富的“军事法”概念是不同历史条件的产物，不能相提并论。例如，《中国军事法学》的作者写道：“即便‘军法’作‘军事刑法’注解，也不宜得出‘军法’非得等于‘军事法’的结论。”因此，我国目前大多数论著都用“军事法”而不用“军法”的表述。《中国军事百科全书·军事法分册》、《军事法学教程》、《军事法概论》、《中国军人法律手册》、《军事法学》、《军事法学词典》（杨福坤、朱阳明主编，国防大学出版社1993年11月出版）等书在给“军事法”下的定义中，均未出现“军法”字眼，而这些书在论及“古代军事法”时，又都提到了“军法”。这种观点所使用的“军事法”在理论层次上要高于“军法”，因为“军事法”既可用于现代意义，又可溯指古代的“军法”，而“军法”则只能是一个历史的概念。

三是使用“军事法”的表述，也不排斥“军法”，二者并用，

以“军事法”为主,“军法”这一古老概念通过“军事法”而获得现代意义,因此,与“军事法”同义的“军法”概念,是绝对排斥“军法即军事刑法”的传统观念的。例如,由陈学会主编的《军事法学》(解放军出版社,1994年12月出版)这样写道:“这种传统的军事法律观点在我国国防现代化建设的今天,是不可避免地落后了、过时了,因为,随着商品经济的发展,现代军事法无论是在调整范围上,还是在结构体系上,都已跨时代地超越了军事刑法的范畴。在当代,无论在任何一个国家,军事刑法都只不过是该国军事法体系中的一个分支部门,我国也不例外。再用‘军事法’或‘军法’即‘军队中的刑法’来表述军事法的概念及其含义,不仅是过时的,而且是不准确的了。”这种观点与第二种观点的区别,主要在于它不排斥“军法”与“军事法”相提并论,只是要把这种“军法”与传统“军法”区别开来。

以上情况表明,我国军事法学界在“军法”与“军事法”两个概念的使用上,有着微妙的区别。“军法”多指“军事刑法”,而“军事法”在任何情况下都不作为“军事刑法”的同义语使用。由于“军法”和“军事法”两个汉语概念共同对应着英文“military Law”,故“military Law”并不存在“军法”与“军事法”两个汉语概念在使用上的那种差异。如前所述,“military Law”既可以像“军事法”那样把“军事刑法”作为其一部分加以包含,也可以像“军法”那样专指“军事刑法”。在比较我国与英语国家的“军事刑法”时,必须注意这种区别。

我国军事法学界对我国现实军事法律制度的研究,同时使用“军事法”与“军事刑法”的概念,“军事法”表示一个独立的法律部门,“军事刑法”表示一个特定方面的犯罪以及对该类犯罪的处罚。因此,为了恰当地与“military Law”比较,应视“military Law”的不同含义而分别取“军事法”或“军事刑法”的表述。当然,从语言交流的规律看,“military Law”在字面上不可能直接

译为“军事刑法”，只能译为“军事法”或“军法”。从我国军事法学界对“军事法”概念的理解出发，要把等同于“军事刑法”的“military Law”译作“军事法”是不妥当的，故这种意义的“military Law”只能译作“军法”。如前所述，英美等国非常强调或十分经常地使用“military Law”的“军事刑法”含义，由此，“military Law”更多地反映为“军法”而不是“军事法”，应当是顺理成章的。当“military Law”的含义完全或主要是“军事刑法”却又不能译作“军事刑法”时，“军法”这个译名无疑最符合中国人熟悉的传统观念，有助于传达“military Law”的确切含义。不过，这也留下了一个问题：对那些并非等同或侧重“军事刑法”的“military Law”来说，“军事法”或“军法”，究竟选择哪一个译名更适宜呢？从目前来看，绝大多数国内研究者是用“军事法”，也有少数研究者用“军法”，例如，“军事法和战争法国际学会”（The International Society for military Law and the Law of war）中第一位来自中华人民共和国的理事、著名军事法学家张纪孙先生就很少用“军事法”这个概念，而坚持使用“军法”。中国法学会军事法学研究会主办的刊物名称亦称《中国军法》。

英美等国几乎不使用在字面上可与“军事刑法”完全对应的表述——“military Criminal Law”，这体现在各种辞书的条目中，也体现于研究者的论著——各种论著的名称及大小标题常涉及的术语是“military law”、“military offenses”、“military Justice”等，而不是“military Criminal Law”，还体现在有关的军事立法名称上，例如，英国的《陆军法》，美国的《统一军事司法法典》，加拿大的《军纪法》，爱尔兰的《国防条例》，等等。在此，欧洲大陆国家与英美国家有着明显的区别，例如，《德国军事刑法典》、《意大利军事刑法典》等。欧洲大陆国家由于其罗马法系的传统，“军事刑法”常常仅指军事刑事事实法而不含军事刑事程序法。《德国军事刑法典》就是一个单纯的军事刑事事实法。法国则有专