

军职罪主体认定问题的探讨

张建田 金桦楚

根据《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》(以下简称《条例》)的规定,构成军职罪的主体,是中国人民解放军现役军人和军内在编职工,即军职人员。《条例》实施以来,在司法实践中,对如何具体认定这一犯罪主体,提出了一些值得研究的问题。认真确定军职罪的主体范围,对于指导司法机关正确适用法律,定罪量刑,划清罪与罪、罪与非罪之间的界限,依法打击危害国家军事利益的犯罪活动,具有现实的意义。

(一)

军人违反职责罪的主体,首先是现役军人,即指正在中国人民解放军所属部队服兵役的公民。这就是说,军人在服役期间,作为军职罪主体,要对《条例》所列犯罪负刑事责任,如果在服役之前或之后构成危害国家军事利益方面的犯罪,由于行为人犯罪时并不具备“现役军人”的主体资格,所以,只受《刑法》而不受《条例》的追究。

《条例》对于“现役军人”资格的起算和终止期间,并无明文规定。然而,法律的严谨性和案件的复杂性却要求我们对此作出比较明确的划分。目前,对“现役军人”作为军职罪主体的起算方法,军内司法界大致有以下三种意见:

1. 从公民进行兵役登记之日起算起。根据这种主张,凡进行兵役登记的公民,从登记之日起,如犯有《条例》所列之罪的,可依《条例》论处。这种划定方法,势必将报名登记的应征公民,无论批准入伍与否,一概以“现役军人”看待,不必要地扩大了军职罪主体的范围,惩罚面过宽,显然是不妥当的。

2. 从入伍公民参加《军人誓词》的宣誓活动之日起算起。持这种主张的同志理由是,总参谋部、总政治部颁发的《军人誓词》,概述了军人职责的基本内容,并有“坚决履行,决不违背”的誓言,而军职罪的一个重要特征就是违反军人职责的犯罪行为,入伍公民进行军人誓词的宣誓后,开始正式地对违背《军人誓词》的行为负责,其中包括负刑事责任。我们认为,这种主张也不足取。因为是否进行《军人誓词》的宣誓,根本不是衡量是否“现役军人”的标志,尤其在这一仪式尚未在一些部队形成制度化的情况下,必然大大缩小了军职罪主体的范围,放纵了相当一部分危害国家军事利益的犯罪分子。

3. 从应征公民被批准入伍之日起算起。这种划定方法,基本上与军人军龄计算方法相一致。根据有关规定,战士的军龄应从被批准入伍之日起计算,即按照入伍登记表中,县、市(区)征兵办公室批准之日起计算(见《解放军报》1983年9月26日第一版)。因此,我们对“现役”的理解,应当是指公民自批准入伍之日起到批准退伍(复员、转业)之日止这一期间所

服的兵役。我们赞同这种对“现役军人”起止的划定范围。

有的同志表示异议,认为新兵被批准入伍的初期,正是从老百姓到军人的过渡阶段,一般不具备一个军人应具有的基本素质,对军人职责并不了解或了解不够,如作为军职罪主体则失之过严。这种观点是不能苟同的。现实生活中,“犯法不知法”既然不能作为免除刑事责任的藉口,不懂军人职责的具体内容,岂能作为影响军职罪成立的理由?为了维护国家的军事利益,从严惩治军内犯罪分子,我们认为,新兵从批准入伍之日起,无论是在征集驻地或赴部队途中,还是新兵集训期间,都可以成为军职罪的主体。例如:新兵吴某在赴部队途中,盗窃带兵干部的枪支,对其只能依《条例》第十一条而不能依《刑法》第一百一十二条论处。又如,被告王某在新兵连集训期间,多次逃跑回家,被劝回部队时竟持枪威胁连队干部,尔后又逃离部队。对王某就可以依《条例》第六条定逃跑罪。

同样,“现役军人”资格,应自被宣布批准退出现役之日终止。被宣布退出现役的退伍、复员、转业军人,已经没有履行军人职责的特定义务,所以,不宜作为军职罪主体看待。如果他们被批准退役后,在部队犯有危害国家军事利益的犯罪行为,如盗窃武器装备、军用物资等,此类案件虽然仍然可由军事法院审理,但也只能依刑法有关条文论处,不能再按《条例》处罚。在审判实践中,有的军事法院对已经办理退役手续,未到地方报到的退役军人犯罪的,仍以《条例》定罪量刑,这是适用法规不当的表现,必须予以纠正。当然,如果他们是在服役期间犯了《条例》所列之罪,而在退役之后才被发现,并未过追诉时效的,可依《条例》论处。

被军队除名或开除军籍的人员,已不存在办理退役手续的问题,不再成为军职罪主体。根据有关规定,未开除军籍的军人在服刑或劳动教养期间,虽然还保留军籍,但不计军龄,在此期间,他们已失去了履行军人职责的条件,所以,也不宜作为军职罪主体。

《条例》中的有些犯罪主体,不是由任何一般的“现役军人”构成,而是限定某一类特定的“现役军人”。例如,《条例》第五条的擅离职守罪和玩忽职守罪,犯罪主体不是一般的军职人员,而是特定的军内指挥人员或者值班、值勤人员;《条例》第八条私放他人偷越国(边)境罪的特定主体,只能是边防海防线的值勤人员;虐待迫害部属罪的犯罪主体只能是被害人所属的上级领导等。在确定军职罪主体是现役军人的前提下,还必须充分注意到这一特殊主体情况。

预备役人员能否同现役军人一样成为军职罪的主体?有不少国家的军职罪立法是持肯定的观点。在起草本《条例》的过程中,也有人提出“适用本条例的犯罪主体,为现役军人、军内在编职工和集训期间的预备役军人”的主张。在我国,预备役是指退出现役的原军人和应服兵役而未入伍的适龄公民,按照兵役法规定办理了服预备役登记手续,作为军队的后备兵员随时准备根据国家需要应征入伍服役。预备役人员与现役军人的不同在于,他们不在军队内服现役。现行《条例》明确规定,军职罪的主体是“现役军人”,所以,在我国目前情况下,预备役人员不能成为军职罪的主体。至于在战时,根据兵役法的规定“预备役人员拒绝、逃避征召或者拒绝、逃避军事训练,情节严重的,比照《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》第六条第一款的规定处罚。”

(二)

构成违反军人职责罪的主体,除了现役军人外,还有“军内在编职工”。《条例》第二十五条规定:“军内在编职工犯本条例之罪的,适用本条例”。

什么是“军内在编职工”呢？有的同志认为，主要是指军内文职人员，聘编专任人员，军用技术人员，军事、军医院校的师生，参加作战的志愿军指战员，军事测绘人员以及人民武装警察部队等。这种解释误处甚多。如军事、军医院校的师生，绝大多数都是现役军人。即使是从地方录取到军事院校学习的学生，入学时，都按规定办理了入伍手续，显然已属现役军人。志愿军作为抗美援朝时的军队组织形式，其成员与现役军人具有同等的权利和义务，自应作为现役军人看待。值得指出的是，现在我国实行的是义务兵役制为主体的义务兵与志愿兵相结合的兵役制度，二者同属现役军人。至于人民武装警察部队是“军内在编职工”的说法，更缺乏法律依据了。我们认为，人民武装警察部队的指战员，是采取服兵役制，并享有军籍的人员，应当属于“现役军人”的范围，适用《条例》的规定。

所谓“军内在编职工”，概略地说，是中国人民解放军队单位编制员额内的没有军籍的工作人员。这类人员的招收、统计、调配使用、供给关系、行政组织等主要由军队的有关部门管理，是计入军队定额之内的成员。而非在编职工则是不计入军队编制内的人员，这是二者的本质区别。实际上，在审判实践中，对于军队单位系统的某个职工是否在编，并不难作出判断。军队中的兵工厂、印刷厂、汽车修配厂、家属工厂等厂矿的职工，军队后勤系统管辖的泥、木、水电、勤杂工等，有相当一部分非编人员。虽然他们的组织、行政、业务关系也由军队有关部门管理，又直接在军队内为军队建设服务，而且过去这些人中的犯罪案件均由军事法院管辖和处理，但这都不能作为他们是“军内在编职工”的依据，当然更不能作为衡量是否构成军职罪主体的标准了。

《条例》为什么要把军内在编职工列入军职罪的主体范围之内呢？我们认为有以下原因：

1. 军内在编职工作为军队组织编制内的成员，从法律主体资格看，应当具有与现役军人同等的权利和义务，在承担违反军人职责罪的刑事责任方面，亦需一视同仁。2. 军内在编职工大多在军队的机关、军事院校、国防工厂等重要部门工作，他们熟悉军队内部情况和各项有关规章制度，其违反职责行为，往往会给国家的军事利益带来损害，有的危害程度并不亚于一般现役军人的违反职责犯罪。因此，《条例》把这类人员划入军职罪主体的范围之内，适用军法从严的原则，是十分必要的。

许多国家立法中对军职罪主体的规定，除“现役军人”这一点相同外，还分别包括各种人员，如“国家保安机关的人员以及法规特别规定的其他人员”（苏联）；“属于军事化组织的，或者属于一种部队的，而这种部队里的人员依照特别法律符合军职上犯罪的人”（捷克斯洛伐克）；“内务省警备队、保安部队及公安人员违反服务规则的犯罪”（朝鲜）；“有权穿着军装的预备役军官，在穿着军装时实施犯罪”、“军事俘虏”，（保加利亚）；“国家内务部的行政经济人员”（蒙古）；“依国际法规定，应受军事审判之人员”（美国）等。将这些人员列入军职罪主体，是否得当，利弊如何，可供我们参考。

（三）

最后，我们想着重谈谈在特殊情况下，非军职人员能否成为军职罪主体的问题。

我国刑法第二十二条规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”由于现役军人和军内在编职工都属于军职罪主体，所以，军人与军人、军人与军内在编职工，军内在编职工与军内在编职工，二人以上共同故意实施《条例》所列的犯罪，构成军职罪的共犯，依照《条例》一并惩处，自不待言。

非现役军人和非军内在编职工，即非军职人员，不能单独构成军人违反职责罪的主体，但能否成为军职罪的共犯呢？持肯定观点的同志举例说明：公民某甲教唆现役军人某乙盗窃军用枪支，某乙照着做了，于是，甲乙两人就共同构成《条例》第十一条规定的盗窃武器装备罪，其中某甲应作为本罪（军职罪）的教唆犯受到刑罚处罚。（见统编教材《刑法学》第578页）我们认为，从刑法理论上说，对某甲以军职罪论处是正确的。因为实行犯实施了何种犯罪，教唆犯即应以什么罪论处。

然而，在审判实践中，有些做法却不是这样。有的同志认为，对伙同军职人员实施触犯《条例》之罪的非军职犯，无论他在这类共同犯罪中是起主犯作用，还是起从犯、胁从犯、甚至教唆犯作用，都应适用《刑法》有关条文定罪处罚。有的说：非军职人员在任何共同犯罪形式中，都不能成为军职罪主体，受到《条例》的追究。其根据是，从司法实践中看，这类案件主要是指军内外人员合伙盗窃武器装备、军用物资的犯罪活动，刑法第一百一十二条、第一百五十一条、第一百五十二条已有类似处罚条款，没有必要将其中的非军职犯也以军职罪名定性处罚。这种观点值得商榷。因为实际上有不少军职罪罪名，刑法并没有作出规定，即便有某些类似的条款，二者在侵害客体、量刑幅度等方面也有所区别，有的还涉及到罪名是否贴切的问题。为此，我们认为，非军职人员勾结军职人员进行危害国家军事利益的犯罪活动，如果刑法没有适用的罪名，按照我国刑法共同犯罪的理论以及司法机关处理共犯的原则，可以对其中已构成军职罪共犯的非军职人员以《条例》的罪名予以惩治。这正如贪污案件的同案犯，有的虽然不是国家工作人员，也没有利用职务上的便利，但只要他和主犯一起参与了侵吞、盗窃、骗取社会主义公共财产的犯罪活动，也可以认定为贪污罪，按共同犯罪处理。

有的同志还担心，对参予军职人员共同作案的非军职共犯适用本条例，涉及到案件管辖问题不好解决。这种顾虑大可不必。案件管辖是司法机关受理案件的分工问题，是否构成军职罪主体则是法律适用问题，二者不能混为一谈。有的同志还认为，按照军队地方人员互涉案件管辖的有关规定，地方司法部门依法处理地方上的犯罪分子，因此只能适用刑法而不能适用《条例》，这是一种误解。《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》是刑法的补充和续编，是国家立法机关制定的法律，地方司法机关对构成军职罪共犯的犯罪分子，同样可以引用《条例》有关条文予以惩处。必须指出的是，在这类共同犯罪案件中，如果军、地司法机关适用法律条款不同，定性不同，将造成定罪量刑的不一致，不利于犯罪分子的认罪服法，同时，也给军、地司法机关互相配合、疏通案情，协同一致地打击军内外犯罪分子带来不便。总之，我们认为，对构成军职罪的共犯，无论他们是军职人员还是非军职人员，无论案件是归军队还是归地方司法机关管辖，都可以适用《条例》有关条文定罪量刑。