新刑法的施行与军事司法实践

张 建 田*

新刑法的公布实施, 对于我国法制建设产生了重大影响, 不仅进一步完善了我国刑事立法制度, 促进了我国的刑事审判工作, 而且也给军队司法机关的司法活动带来了蓬勃生机, 使依法打击危害国防和军队利益的违法犯罪活动有了强大的法律武器。但是, 由于在新刑法修订过程中, 对于军事刑事立法、司法的规律和特点研究不够, 论证不足, 将军职罪并入刑法的时间又显得过于仓促(从 1996 年 10 月并入刑法草案至 1997 年 3 月公布), 不可避免地给军队司法机关贯彻执行新刑法带来一些新情况、新问题。归纳起来, 主要反映在以下几个方面:

一、传统办案做法与新刑法存在较大差距

新刑法公布后, 军队司法机关面临的最为突出的问题就是原先实施《惩治军人违反职责罪暂行条例》(以下简称《条例》)所形成的一些规定、经验和做法明显不适应新刑法实施的具体要求, 在一定程度上影响新刑法的顺利执行。

1981 年《条例》通过后, 军队有关部门为了解决军队办案的实际需要, 曾就《条例》专门作出"注释", 并印发到全军保、检、法部门, 其中明确规定可"供办案参考"。新刑法实施后, 原先军队制定的"注释"是否还有法律效力? 对《条例》所涉及到的名词概念和军事术语作出解释是否还有司法溯及力? 军队适用和解释国家法律的做法是否还有约束力? 军队传统的办案方法和做法是否需要改革?凡此类问题, 都需要在认真研究和遵行新刑法的基本原则及立法精神的基础上, 重新进行审视和甄别。据了解, 新刑法公布后, 军队的司法机关曾准备参照以往的做法, 试图再对"危害国防利益罪"和"军人违反职责罪"两章作出注释, 印发军队各有关政法部门, "供办案中参考"。我们认为, 此种做法不仅无助于维护国家刑法典体系的完整性, 造成军内外司法机关法律适用的不一致, 而且也缺乏法律依据, 影响军队司法机关依法正确办案。

如被告人穆某(某边防团战士)入伍后, 因厌倦部队生活, 产生逃离部队到地方打工挣钱的念头, 先后两次逃离部队, 均被部队追回, 并多次对其进行教育并给予纪律处分。但穆某仍然不思改悔, 又利用夜间站岗之机, 携带执勤用的自动步枪和数发子弹, 再一次逃离部队, 后被抓获。对此案的定性曾存在不同的意见。一种意见认为穆某的行为构成逃离部队罪。其依据是总政治部保卫部、解放军军事检察院、解放军军事法院 1981 年 7 月下发的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例注释》中, "携带武器逃跑"是属于逃离部队罪中"情节严重"的情形之一, 因此, 对穆某可以逃离部队罪定性, 从重处罚。另一种意见认为, 根据新刑法第 435 条、第

* 中央军委法制局法制员。

438 条的规定, 穆某的行为事实上基于两个犯罪故意, 均已经独立构成逃离部队罪和盗窃武器装备罪。况且, 总政保、检、法的 “注释 ”并不具有法律效力。最后, 军事检察院以逃离部队罪和盗窃武器装备罪提起公诉, 军事法院以两罪并罚, 判处穆某有期徒刑 4 年。[1] 我们认为这一定性是可取的。

类似的情况在新刑法实施以来的军队司法实践中还时有所见, 由此引发的对案件定性、量刑发生异议的主要原因, 属于军队习惯的办案方法、做法与新刑法立法精神不相适应的问题。如 1995 年 2 月 25 日, 解放军军事法院为了尽量减少死刑的适用, 依据原刑法第 59 条第 2 款的规定, 制定下发了《关于办理盗窃汽车犯罪案件如何适用刑罚的通知》, 对军队内部盗窃汽车犯罪重新划定了具体的处罚标准, 在一定程度上降低了法定的量刑幅度。新刑法第 63 条第 2 款对原刑法第 59 条第 2 款的内容进行了较大修改, 将原来在法定刑以下判处刑罚的决定权由人民法院审判委员会决定改为必须经最高人民法院核准, 这使得军队司法机关继续执行 “注释 ”就没有法律依据。鉴于新刑法实施后, 最高人民法院已就盗窃犯罪的处罚标准作出具体解释, 军队有关部门明令废止 “注释 ”已势在必行。由此可见, 为维护国家法律制度的严肃性和司法制度的统一性, 正确适用新刑法, 乃是军队司法机关需要加以重视的一个重要问题。

二、新刑法的文字表述欠严谨、规范的现象值得重视

新刑法公布后, 随着司法实践的检验, 立法的仓促所导致的疏忽和遗漏问题已经呈现出来, 特别是新刑法条款中直接涉及到军事术语的一些文字表述不够严谨, 不甚明确, 已经直接造成军队司法机关认定和处理的难度。

例如, 根据刑法第 451 条的规定, “战时 ”通常是指下列三种情况: 一是国家宣布进入战争状态; 二是部队受领作战任务或者遭受敌人突然袭击; 三是部队执行戒严任务或处置突发性事件。可是令人不解的是, 这一对 “战时 ”的解释, 仅限于 “本章 ”, 并不限于 “本法 ”。照此理解, 除新刑法第 10 章外, 其他章节凡有关于 “战时 ”的规定, 都一概不适用第 10 章关于 “战时 ”的界定。那么, 另外一种 “战时 ”的含义又是什么呢? 举例而言, 刑法分则第 7 章的危害国防利益罪中的诸多罪名, 如战时拒绝、逃避征召、军事训练罪, 战时拒绝、逃避服役罪(第 376 条) ; 战时故意提供虚假敌情罪(第 377 条) ; 战时造谣扰乱军心罪(第 378 条) ; 战时窝藏逃离部队军人罪(第 379 条) ; 战时拒绝、故意延误军事订货罪(380 条) ; 战时拒绝军事征用罪(第 381 条) 等条款, 都属于只有冠之以 “战时 ”才能定罪的罪名, 如何科学、完整地理解 “战时 ”的确切含义, 直接事关本罪名能否成立。假设照套第 451 条规定的 “战时 ”显然有悖立法精神; 如果不按照 451 条规定的解释执行, 那么依据什么理解呢?假设出现诸如戒严、抢险救灾等紧急任务时, 无论是军队还是地方司法机关能否直接适用刑法第 7 章关于 “战时 ”的犯罪条款, 就是一个悬而未决的困扰。在国家一部刑法典中, 同一用词却可能存在两种不同的适用范围, 这不能不说是立法上的一个重大遗漏。

再如, 关于 “军人 ”的犯罪主体资格的认定问题, 在立法上也经不住认真推敲。从刑法第 7 条第 2 款关于 “中华人民共和国国家工作人员和军人…… ”之类的表述中, 我们可以推定, 从语法规则要求看, “军人 ”与 “国家工作人员 ”属于并列词语关系, 二者之间外延不宜交叉。本着立法用语必须一致的原则, 人们完全可以有理由认为刑法中凡是出现 “国家工作人员 ”的表述, 都

[1] 詹平: 《穆某携枪逃离部队案》, 《中国军法》1998 年第 3 期。

不宜将军人包含在内。具体地说, 根据刑法罪刑法定的原则, 军人不包括在国家工作人员之内, 即军人不能单独构成所有国家工作人员型犯罪。此理解如果可以成立, 显然有悖于刑事立法原则, 在实践中也难以让人接受, 因为许多渎职犯罪, 如贪污受贿等, 军人不能成为其犯罪主体是不可思议的。刑法第 93 条规定: "本法所称国家工作人员, 是指国家机关中从事公务的人员。" 军人难道不属于 "从事公务的人员 "吗? 刑法对于国家工作人员认定的基本标准在于该主体是否系依法从事公务的人员。然而, 新刑法并没有就 "从事公务 "作出具体界定。何谓 "公务 "? 军务能否属于公务的一种? 有何法律依据? 有人认为, 按照国防法的有关规定, 军事机关是国家机关的组成部分, 军人属于依法执行公务的人员不成问题, 但与此同时, 又有学者认为, 部队的战士不属于依法从事公务的人员, 不应包括在国家工作人员的范围内。④ 根据刑法第 450 条的规定, 军职罪的适用范围与 "军人 "不能完全等同。但刑事处罚意义上的 "军人 "除了包括现役军官、有军籍的文职干部、士兵、部队院校学员外, 是否也包括 "预备役人员和其他人员 "呢? 这就难以形成共识了。在司法实践中, 已经提出了军队的离退休人员可否视为 "军人 "? 冒充执行军事任务的预备役人员和其他有关人员, 可否以 "冒充军人招摇撞骗罪 "论处?解放军的现役军人冒充武警人员, 或者武警人员冒充解放军的现役军人可否以 "冒充军人招摇撞骗罪 "论处?仅围绕 "军人 "的内涵与外延人们产生的种种理解和认识, 就足以说明刑法修订不够严谨、细致, 已经给军事司法实践带来一定的影响。

此外, 在危害国防利益罪、军人违反职责罪等章节中, 还有一些专门术语, 如 "武装部队 "、"应征公民 "、"服役 "、"临阵 "、"在战场上 "、"在战时 "、"在战斗中 "、"武器装备 "、"军用物资 "、"军事机密 "、"指挥、值班、值勤人员 "、"执行军事任务 "、"预备役人员和其他人员 "等的表述, 仍然存在着学理上不好解释、实践中不易掌握、概念笼统、易生歧义的问题, 军队司法机关理解难、认定难、办案难的问题也就不足为怪了。

三、新刑法与其他法律不相衔接的情况比较突出

作为国家的基本法律——新刑法, 与国家其他法律保持协调一致是至关重要的。否则, 不仅无助于维护国家法律体系的一致性, 而且也无助于新刑法的实施。例如, 新刑法第 369 条规定的破坏武器装备、军事设施、军事通信罪中的 "军事通信 "的表述, 难与 1990 年公布的《军事设施保护法》第 2 条对 "军事通信 "的解释形成一致。《军事设施保护法》第 2 条明确规定 "本法所称军事设施, 是指国家直接用于军事目的的下列建筑、场地和设备 ", 其中, "军用通信 "划入军事设施的范围。在司法实践中, 具体认定刑法第 369 条规定的破坏武器装备、军事设施、军事通信罪中, 要判别哪些特定物是属于 "武器装备 ", 哪些特定物属于 "军事设施 "、"军事通信 "往往比较困难。如果按照《军事设施保护法》对 "军事设施 "内容的界定, 将破坏军事通信犯罪行为单列似无意义。另外,《军事设施保护法》第 34 条规定: "在军事禁区非法进行摄影、摄像、录音、勘察、测量、描绘和记述, 不听制止的, 比照刑法第 158 条的规定追究刑事责任。"在司法实践中操作起来也有问题。众所周知, 原刑法第 158 条是扰乱社会秩序罪, 新刑法实施后, 遇到行为人有违反《军事设施保护法》第 34 条行为的, 应当以何罪论处? 是适用新刑法第 290 条的聚众扰乱社会秩序罪? 还是适用同条不同款的聚众冲击国家机关罪? 这都是不明确的。正是法律与法律之间相互不衔接的问题, 直接影响了新刑法的实施效果。

④ 张晨: 《国家工作人员主体身份认定的法律思考》, 《中国律师报》1997 年 6 月 11 日。

又如, 我国最高权力机关——全国人大常委会分别于 1988 年和 1995 年陆续公布了《军官军衔条例》、《预备役军官法》, 明确了对现役军人和预备役军官犯罪后可以附加剥夺军衔的问题, 但新刑法的规定, 并没有充分考虑到这个问题, 更没有对此作出相应的规定。其结果, 导致了司法工作中人们认识上的混乱。新刑法公布后, 军队有的同志认为, 犯罪军人附加剥夺军衔问题在刑法中没有明确规定, 主张少用和不用; 而地方人民法院在审理其管辖的退役军官、预备役军官(含退役的预备役军官) 犯罪案件时, 对于符合剥夺军衔条件的, 也一律没有一并剥夺其军衔。我们认为这是不妥当的。1988 年全国人大常委会通过的《军官军衔条例》第 28 条规定: "军官犯罪, 被依法判处剥夺政治权利或者 3 年以上有期徒刑的, 由法院判决剥夺其军衔。" 1995 年通过的《预备役军官法》第 29 条、第 30 条也对预备军官犯罪可以依法剥夺其军衔或预备役军官退出预备役后仍然保留其军衔的问题作出了明确规定。因此, 无论是军事法院还是地方人民法院, 对其管辖的现役军官和预备役军官、退役军官犯罪的案件, 都必须依法一并剥夺其军衔。这既是维护国家法律严肃性和军衔荣誉的需要, 也是保证司法统一和办案质量的需要。但是, 由于没有受到国家刑法典的认可和确认, 上述依据在刑事审判实践中并没有得到采纳, 不见成效也属必然。在司法实践中, 军队与地方的司法部门对依法剥夺军衔的诸多实际问题, 如军队与地方的司法管辖与协调问题, 判决书的制作与表述, 军衔肩章、符号标志的处理与移交, 有无重新授衔等问题, 必须依据法律规定和司法实际情况, 抓紧研究, 制定办法, 这样才能尽快纠正目前存在的 "判刑不剥夺军衔 "的问题, 使《军官军衔条例》、《预备役军官法》的有关规定不致于形同虚设。

四、新刑法与军事法规中的附属性罚则规范不相协调

严格区分罪与非罪的政策界限, 尽量使危害国家军事利益的行为依其程度轻重与所负的法律责任相适应, 这是完善国家刑法典的重要任务之一, 也是完善军事刑事罚则体系必须解决的基本问题。长期以来, 军队的条例条令明确规定了一般违纪行为必须承担军纪处分责任, 严重违反军纪行为, 构成犯罪的, 必须承担刑事责任。如《中国人民解放军纪律条令》(以下简称《纪律条令》) 第 41 条规定: "对违反纪律, 有下列行为之一, 尚不够刑事处罚的, 按照下列规定给予处分。" 《纪律条令》列举了 29 种违反军队纪律尚不够刑事处罚的情形。在军事 司法实践中, 对于军职人员违反军人纪律(或军人职责) 情节显著轻微、危害不大的, 按军纪处理; 违反军人纪律(或军人职责) 情节严重的, 依法追究刑事责任, 这在立法理论上似乎不成问题, 但在司法实践具体运作时, 就有难度。虽然新修订的刑法典第 420 条明确规定: "军人违反职责, 危害国家军事利益, 依照法律应当受到刑罚处罚的行为, 是军人违反职责罪。"但是, 由于已经删除了原《条例》第 2 条 "情节显著轻微、危害不大的, 不认为是犯罪, 按军纪处理 "的附加性补充规定, 加上刑法修订时对军人违反职责罪与军人违反纪律的具体界限划分不够严格, 衔接不够连贯, 导致了在划清罪与非罪的界限所赖于存在的 "情节 "、"数额 "、"后果 "这三个基本要素, 仍然缺乏具体量化标准, 势必影响新刑法在军事司法工作中难以发挥其预防犯罪、打击犯罪的作用。例如, 军队关于违反兵役法规、擅离部队的犯罪行为, 在一些部队中常有发生, 但案件受理很少, 其原因一是原《条例》的规定过于笼统, 二是《纪律条令》规定: "情节严重的, 给予降职(级) 、降衔(级) 至撤职、除名处分 ", 与《条例》对此类行为 "情节严重的 "予以处刑的规定相互之间界限不清, 不知道在什么情况下, 可以追究行为人的军纪(行政) 责任, 什么情况下可以追究行为人的刑事犯罪责任。这次新刑法修订时, 在划清罪与非罪界限、具体量化军纪处分与判刑

的标准方面由于仍然没有取得突破, 应该解决的问题没有得到解决。加上新刑法在修订过程中, 似乎过于强调了刑事体系的一致性、完整性, 对于在军事法规中已经明确规定的劳动教养、开除军籍、剥夺军衔、行政看管、除名等罚则体系与刑法的关系方面没有予以应有的确认和衔接, 将使得今后军队执行刑法时更难把握罪与非罪的政策界限, 导致"罪该判刑给劳教、该给劳教给除名"的现状将可能继续存在, 这不能不使军队司法部门的同志为之喟叹。

我们认为, 新刑法实施以来, 军事司法实践中反映出来的一些新情况、新问题是正常的, 也是不可避免的。作为军队司法机关来说, 只能面对新形势, 正视新情况, 解决新问题。除了国家立法机关要注重并研究解决新刑法实施后军事审判工作中遇到的特殊问题外, 军队司法机关(包括适用危害国防利益、军事利益方面条款处罚犯罪分子的地方司法机关) 也要注意在新刑法实施的大背景下, 立足现行法律规定, 妥善解决依法办案中的实际问题。

我们认为, 从目前情况看, 军事审判工作依据新刑法办案需要注意遵循以下几个原则:

一是"军法优先"的原则。

1979 年刑法实施之后, 随着《军职罪条例》的公布, 在军事司法实践中, 往往出现犯罪分子的某一犯罪行为, 既符合刑法又符合《条例》所规定的有关罪名的双重情况, 这种现象, 在刑法理论上称之为"法条竞合"。对这种犯罪分子的刑罚适用原则是特别法优先于普通法, 即"军法优先"。按照"军法优先"的原则, 凡军职人员的某一犯罪行为, 同时触犯了刑法分则有关条款和《条例》的有关条款时, 应优先适用《条例》的条文定罪处刑, 而不宜适用刑法分则的有关条文定罪处刑。军职人员只有犯本《条例》以外之罪的, 才可以依照刑法的有关条款处罚。新刑法公布后, 由于军职罪一章已并入国家刑法典中, 失去了其"特别法"的独立地位, 在适用法律问题上, 是否也存在"军法优先"的问题呢? 我们认为答案应当是肯定的。从军职罪专章与新刑法分则其他章节相关条款的比较中可以看出, 属于法条竞合的仍有 14 个条款, 涉及到 16 个罪名。在这 14 个条款中, 除去第 438 条第一款、第 449 条之外, 其余 12 个条款的处罚规定均重于或相当于普通法条。鉴于军职罪条款大多相对为重, 而非军职罪条款处罚相对较轻, 在这种情况下, 适用"军法优先"或特别法优先的原则仍有必要。我们认为, 不仅军队司法机关应当注意处理好这一问题, 地方司法机关也同样需要注意处理好这一问题。

原郑州铁路分局安阳车站人武部部长王某, 从事基层专职武装工作近 20 年。1997 年 8 月 29 日下午, 在其组织的一次民兵训练中, 王将私存的 15 枚 67 式军用手榴弹带至训练场, 在未经上级武装部门同意的情况下, 擅自决定改变训练计划, 增设手榴弹实弹投掷科目, 并严重违反上级军事机关组织民兵手榴弹投掷的教范等有关规定, 在未选择合适的投掷场地, 未对民兵进行投弹训练, 未按规定安排待投人员隐蔽的情况下, 便匆忙组织民兵进行实弹投掷, 导致未经任何投弹训练的女民兵艾某投弹时, 因心情过于紧张, 不慎将拉掉了拉环的手榴弹投到面前仅两米远的地方, 民兵班长王国华奋不顾身, 扑向即将爆炸的手榴弹不幸牺牲。事后, 郑州铁路检察院对王某正式立案侦查, 并于同年 9 月 30 日将其依法逮捕。鉴于本案在新刑法实施后审理, 对王某的行为如何适用法律就有不同意见。一种意见认为应当适用新刑法第 397 条的玩忽职守罪定性处罚, 另一种意见则主张应当适用军人违反职责罪的第 425 条。[四] 我们认为, 王某身为武装部长, 是对民兵训练这一"军事任务"实施具体组织领导的"指挥人员", 由于其违反了军事机关制定的条令条例关于实弹投掷的规定, 而造成严重后果。从其渎职的行为看, 既符合军职罪(王某应视为执行军事任务的有关人员) 也

[四] 程长明、金桦楚: 《王某玩忽职守案》, 《中国军法》1998 年第 1 期。

符合渎职罪的构成要件。根据“特别法优于普通法”的原则, 应当对王某以新刑法第425条的玩忽职守罪而不宜按第397条的玩忽职守罪论处(新刑法第397条第2款明确规定: “本法另有规定的, 依照规定”)。又如, 1998年6月1日晚, 湖北荆州市无业人员陈世春携带作案工具, 窜到荆江大堤763公里处, 将荆州军分区防汛专用电话线钩下并盗割100米, 然后用火烧掉电缆的塑料电皮, 销赃铜线获款75元。6月8日晚, 陈再次窜到此处, 采取同样手段盗割通信电缆约200米。陈两次作案造成直接经济损失1875元。湖北省荆州市荆州区法院认为被告人陈世春的行为已经构成破坏公用通信设施罪, 且系累犯, 遂依照刑法第124条第1款和第65条之规定, 判处陈有期徒刑6年。[¼] 我们认为, 本案应当按照“军法优先”的原则, 适用刑法第369条的破坏军用通信罪论处较妥。

应当指出, 在司法实践中, “军法优先”的原则, 不仅适用于刑法分则, 也适用于刑法总则。如刑法总则第76条规定, 被宣告缓刑的犯罪分子, 在缓刑考验期限内, 如果没有本法第77条规定的情形, 缓刑考验期满, 原判的刑罚就不再执行, 并公开予以宣告。而军职罪一章中的第449条规定, 在战时对判处三年以下有期徒刑没有现实危险而宣告缓刑的犯罪军人, 允许其戴罪立功, 确有立功表现时, 可以撤销原判刑罚, 不以犯罪论处。很显然, 这一条的规定已经突破了刑法总则关于缓刑的原则规定, 在一定程度上补充了缓刑考验期的条件、性质和结果。我们认为, 在军职罪、危害国防利益罪并入刑法典后, 依照“军法优先”的原则处理这类“军法”与“普通法”相冲突的现实, 是军队和地方司法机关都务必需要注意的一个问题。

二是择重论处的原则。

所谓择重论处的原则, 是指一个犯罪行为同时触犯特别法和普通法, 在特别法的规定为轻, 而普通法的规定为重的情况下, 为了贯彻罪刑相适应的原则, 适用法定刑较重的法条。在此种情形下, 司法中可以摒弃“特别法优先”的束缚, 按普通法论处。这是我国刑法理论界近年来提出的一个新原则, 也已经被我国刑事立法所采纳。如刑法第438条第2款规定, 盗窃抢夺枪支、弹药、爆炸物品的, 依照本法第127条的规定处罚。[½] 我们认为, “择重论处”原则在刑事立法上的确定, 主要是基于军职罪条款对军人犯罪的处罚规定较轻于刑法分则其他相关条款的处罚这一事实本身。如构成刑法第438条的盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪的, 情节一般的, 处5年以下有期徒刑或者拘役; 情节严重的, 处5年以上10年以下有期徒刑; 情节特别严重的, 处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑; 构成刑法第127条第2款的盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪, 起刑点即为10年以上有期徒刑, 并视情节、后果直至适用死刑。在刑法分则中, 诸如此类法规竞合需要择一重处的情况还不少。如刑法第259条的破坏军婚罪与第236条的强奸罪、第372条的冒充军人招摇撞骗罪与第266条的诈骗罪等, 前者可视为“特别法”或“轻法”, 后者可视为“普通法”或者“重法”。由于前者的量刑幅度往往要低于后者, 如按“特别法优先”的原则追究犯罪行为人的刑事责任, 就有可能造成重罪轻判的后果。如新刑法实施后, 湖北省孝感市中级人民法院曾于1997年12月以诈骗罪判处冒充军人诈骗案主犯王光智有期徒刑15年, 剥夺政治权利3年, 这实际上就是一起“重法优先”的案例。王犯原系广东省有色金属研究院供应处处长, 因经济问题于1994年元月被开除党籍, 撤销处长职务。后本人持伪造的“中国人民解放军西部融资管理局特区分局局长、大校军衔、师政委”等证件, 以受中央高级领导指派办厂为由, 用高回报率为诱饵, 吸收投资, 私自在湖北金源城市信用社开户, 造假存单, 非法

¼ 荆讯: 《荆州打击破坏防汛通信设施犯罪》, 《人民法院报》1998年8月26日。
½ 任强: 《军职罪法条竞合适用问题探讨》, 《法制日报》1998年4月18日。

集资 1. 3 亿余元。[¾] 从本案情况看, 无论行为人的犯罪客观表现形式, 还是其行为所侵害的客体, 都符合“冒充军人招摇撞骗罪”的特征, 但由于其罪行特别严重, 按冒充军人招摇罪定性, 其最高法定刑仅为 10 年有期徒刑。因此, 本案按“择重论处”的法律适用原则, 依诈骗罪定性处罚, 体现了罪刑相适应和罚当其罪, 符合罪刑法定的立法精神。

当然, 必须指出, 在军事司法实践中, 采用法条竞合“择重论处”的原则, 必须注意妥善处理好这一原则与“特别法优先”(或“军法优先”) 原则之间的关系。在《条例》自成体例的情况下, 它与原刑法之间相似条文的竞合比较明确, 易于区分“特别法”与“普通法”的关系, 在法律适用上, “军法优先”或“特别法优先”比较容易做到。如今新刑法已经将军职罪、危害国防利益罪并入其中, 其“特别法”或“军法”的地位虽然存在, 但在条款选择问题上, 则必须服从大刑法的整体大局。一般而言, 军职罪法条处罚相对为重, 而非军职罪条款处罚相对为轻, 在这种情况下, 适用“军法优先”的原则, 从某种意义上说, 也是一种蕴含“择重论处”的“优先”。假如军职罪条款的处罚相对刑法分则其他条款为轻, 且法律明确规定必须适用“重法”时, 则应当严格依照法律规定的要求办理, 不宜过多强调“军法”的独立性而忽视刑法体系的整体性, 这一点务必要有正确的认识。

三是“主体法优先”的原则。

所谓“主体法优先”的原则, 是指在军事司法实践中, 对于作为国家基本法律的刑法所确立的适用范围、基本原则、刑罚种类、刑事政策等, 在其他法律没有作出特殊规定的情况下, 军事司法机关在审理刑事案件中必须优先恪守刑法的总体规定。如驻港部队军人是否适用新刑法的问题至今就存在争议。我们知道, 新刑法在适用范围问题上, 采取了以属地原则为主, 兼采属人原则、保护原则和普遍管辖原则。其中该法第 6 条规定: “凡在中华人民共和国领域内犯罪的, 除法律有特别规定的以外, 都适用本法。”该法第 7 条第 2 款规定: “中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的, 适用本法。”“法律有特别规定的”涉及香港驻军人员案件管辖和法律适用的有《香港特别行政区基本法》、《驻军法》等。其中基本法明确规定: “全国性法律除列本法附件三者外, 不在香港特别行政区实施”, “列入附件三的法律, 限于有关国防、外交和其他按本法规定不属于香港特别行政区自治范围内的法律”。由于基本法附件三没有列入刑法(新刑法修订公布施行在基本法、驻军法之后) , 因此, 人们似乎可以得出刑法在香港特别行政区是不适用的结论。但是, 在新刑法出台前公布的《香港特别行政区驻军法》第 19 条规定: “香港驻军人员违反全国性的法律和香港特别行政区的法律的, 依法追究法律责任。”该法第 20 条规定: “香港驻军人员犯罪的案件由军事司法机关管辖; 但是, 香港驻军人员非执行职务的行为, 侵犯香港居民、香港驻军以外的其他人的人身权、财产权以及其他违反香港特别行政区法律构成犯罪的案件, 由香港特别行政区法院以及有关的执法机关管辖。”这就存在驻军人员是否适用新刑法的问题。我们认为, 依照“主体法优先”的原则, 中华人民共和国的军事司法机关对于其驻港军人犯罪的案件适用新刑法而不适用香港刑律定性处罚自不待言, 但由于基本法已经赋予香港特别行政区享有独立的司法权, 允许其刑事法律的地域适用, 将来香港特别行政区法院依据基本法、驻军法业已确立的刑事管辖和处罚原则, 按香港刑事法判处因非执行职务构成犯罪的中国人民解放军的军职人员, 其法律后果也应得到认可。应当看到, 我国驻港部队的军人犯罪适用法律不同的问题, 是“一国两制”条件下的独特之处。当然, 在“一国两制”情况下, 存在着国家刑法典(中华人民共和国刑法) 与特别行政区刑法(如香港、澳门刑

[¾] 郭清君: 《湖北一特大诈骗主犯被判刑》, 《检察日报》1998 年 1 月 19 日。

事法) 的冲突, 对于军事司法机关而言, 今后在适用 “主体法(刑法) 优先 ”的前提下, 如何解决国家刑律与地域刑律之间的冲突, 以及由此产生的犯罪军人的法律规避问题(一般而言, 特别行政区的刑法要比国家刑法为轻) , 也要未雨绸缪, 加强研究, 寻求对策。

“主体法优先 ”原则的适用, 对于解决目前军队司法机关与人员的思想模糊认识尤为重要, 这次新刑法修订时扩大了管制刑的适用范围, 使得刑法分则中可以适用管制刑的有 85 条之多, 占 318 个(军职罪一章没有规定管制刑的除外) 条文的 26. 7% , 较之 1979 年刑法所占的 19. 4% , 增长了 7 个百分点。由此围绕着管制刑是否适用于军人, 存在两种不同意见。一种意见认为, 军人犯罪不适用于管制。其理由是, 管制是由人民法院判处, 对犯罪分子不予关押, 但限制其一定人身自由, 交由公安机关管束和群众监督改造的刑罚方法。军队是一支执行政治任务的武装集团, 必须贯彻依法从严治军的方针, 军法从严的原则也决定了军人不适用管制这一最轻的刑罚。此外, 在部队中也不具备管制的场所和条件, 部队集中统一的战备、训练、工作和生活的特殊性, 也不便于对犯罪军人交由群众监督改造。由此, 持这种观点的同志认为, 军人犯罪不适用于管制的刑种, 军职罪一章中没有规定管制刑就是有力的例证。另一种意见认为, 管制是我国刑罚体系的有机组成部分, 新刑法不仅保留了管制刑, 而且还扩大了管制刑的适用范围, 这足以说明立法承认管制刑的本质先进性和社会适应性, 也承认管制刑存在的合理性。在军队范围内, 管制刑的适用比地方更有条件。军队组织严密, 基层单位的思想工作坚强有力, 领导重视等, 都为管制刑的执行创造有利条件。这些年来, 军队判处的拘役、缓刑的犯罪军人, 都是留在部队, 由其原单位在保卫部门的指导下, 负责监督执行, 实践证明效果很好。我们同意后一种。在新刑法并没有明确规定军人不适用管制刑的情况下, 根据 “主体法优先 ”的原则, 军人犯罪应当适用管制刑, 所谓军人不适用管制刑的做法是没有法律依据的。当然, 如何正视管制刑在军队具体执行中的矛盾和问题, 从立法、司法解释角度进一步完善被管制的犯罪分子在执行期间应当遵守的规定和限制人身自由等内容, 为军队管制犯执行难的解决创造条件, 则是当务之急需要解决的问题。

又如, 新刑法扩大了罚金刑的适用范围后, 有的军队司法机关就认为, 军队士兵都是依法尽义务的, 本身没有经济来源(只有少量的津贴费) , 对这些人犯罪判处罚金既难执行, 意义也不大, 主张对士兵犯罪少用或不用罚金刑。我们认为, 凡是新刑法明文规定要适用罚金刑的, 军队司法机关必须无条件适用, 不管犯罪分子是军官还是士兵, 有无经济来源或有无财产, 否则就有损于国家法律的严肃性。此外, 在军事司法实践中, 对于危害重大的犯罪军人剥夺政治荣誉刑的问题, 在《条例》第 24 条中曾明确作出规定, 这是剥夺军人勋章、奖章、荣誉称号为内容的一种特殊附加刑。这次刑法修订时对此没有确认, 说明其继续适用已经没有法律根据。根据我国宪法及有关法律规定, 授予国家勋章、奖章、荣誉称号, 由国家权力机关或其他有关单位决定。因此剥夺勋章、奖章、荣誉称号也应由国家权力机关或者其他单位决定, 不宜再将其作为一种刑罚方法由军事法院判处剥夺。军队司法机关对于新刑法没有规定剥夺犯罪军人政治荣誉刑的规定应当予以足够的理解, 并在今后的审判实践中坚决执行。

总之, 新刑法的施行时间不长, 对于军事司法实践中出现的一些新情况、新问题, 我们必须本着积极研究和探索的态度, 努力维护国家刑法典的统一, 为做好军事司法工作创造一个良好的氛围。