

· 比较与借鉴 ·

两大法系惩戒性军事法概要

田友方

(解放军西安政治学院 军事法学研究所, 陕西 西安 710068)

[摘 要] 莫里斯与古斯塔夫斯的《战争法典》对两大法系惩戒性军事法的形成起到了奠基作用。在两大法系主要国家, 惩戒性军事法以军事司法权的运作为核心, 主要围绕军事司法管辖权及军事司法程序构建军事司法制度。20世纪50年代以来, 受《欧洲人权公约》及《联合国公民权利和政治权利公约》的影响, 两大法系惩戒性军事法的发展又呈现出了一些新的特点。

[关键词] 两大法系; 军事法; 惩戒性军事法

[中图分类号] E266 [文献标识码] A [文章编号] 1003-4781(2006)03-0128-6

[收稿日期] 2005-12-05

[作者简介] 田友方, (1968-)男, 江苏南京人, 解放军西安政治学院军事法学研究所副教授。

在两大法系国家, 军事法是指与武装力量的组建、训练、管理及保障等有关的法律和法规, 但人们习惯上所使用的军事法概念, 主要是惩戒性军事法(disciplinary military law), 它是以军事司法和军事刑法为内容, 并以军事司法权的运作为核心的军事刑事法。惩戒性军事法作为军事指挥官在士兵中推行其意志的合法凭藉, 主要任务是对现役军人的军事犯罪案件行使军事司法权, 从而达到整肃军纪、畅通军令的目的。故此, 惩戒性军事法又称为“士兵中的军事法”或“军纪法”。本文试对两大法系惩戒性军事法的起源、主要内容及发展趋势作一介绍。

一、惩戒性军事法的起源

两大法系惩戒性军事法历史久远, 它的产生最初与古代统治者掌管的军事权直接相关。在古罗马, 惩戒性军事法产生于执法官“治权”中的军事权力, 这与市民法产生于执法官“治权”中的执权力相类似。公元1世纪时古罗马的军事司法制度简单而暴虐, 并且因执法官的更迭而常生变化, 但至4世纪以后《学说汇纂》和《优士丁尼法典》的编撰完成, 罗马帝国的军事司法制度融入了一些理性成分, 并且趋于程式化。

英国惩戒性军事法的产生比古罗马晚了近千年, 诺曼底人入侵以前, 英伦三岛尚没有出现专门的军事审判实践。1066年法兰西征服者威廉加冕为英王后, 从欧洲大陆引入的骑士法庭开始代表英王行使军事审判权。自诺曼王朝时起, 每当国家遇有战事, 为严格作战部队的纪律, 英王或由其授权的军事指挥官都要在作战的初始阶段颁布战争条例和训令, 这些就是英国早期的惩戒性军事法。

17世纪上半叶欧洲发生的30年战争, 是近代初期影响最大的一次国际战争, 其结果决定了当时欧洲各国的大致版图与势力范围, 同时也蕴育着两大法系惩戒性军事法的初步形成。这次战

争发生在德国的新教同盟和天主教同盟之间，国外诸邦也按照信仰加入其中。新教同盟军由来自德国、荷兰、瑞典及英、法等国的雇佣军分队组成，各雇佣军分队在实行军事纪律方面，起初是各自依据本国军事法独立行使军事司法权，但后来，荷兰人莫里斯（Maurice, 1604—1679）及瑞典人古斯塔夫斯·阿道夫（Gustav Adolf, 1594—1632）各自发布了《战争法典》，这两部战争法典因具有浓郁的人文主义精神，受到了其他雇佣军分队指挥官的推崇，因而，新教同盟军实行的纪律趋于相对统一。

30 年战争结束以后，参加过此次战争的指挥官在后来的征战中，将莫里斯与古斯塔夫斯的《战争法典》带到了欧洲各地。这对于两大法系惩戒性军事法的最终形成和发展，起到了至关重要的作用。古斯塔夫斯的《战争法典》是欧洲大陆很多国家军事法效仿的对象。直至今日，这些国家的军事法仍明显留有该法典的痕迹。莫里斯的《战争法典》对英国后世的议会立法产生了重要影响，成为英国现代军事法的重要渊源。

二、惩戒性军事法的主要内容

（一）军事司法管辖权

1. 属人管辖

在两大法系国家，军事司法机关管辖的人员主要是现役军人，但又不仅仅限于现役军人，非军人受军事审判的情况也不同程度地存在。综观这些国家的军事法，军事司法机关管辖的人员除现役军人而外，还包括以下三类人员：

（1）准军事人员。主要包括三种情况：1）被征召服役的人员采取逃离部队或自残的方法逃避兵役的。在比利时、法国、意大利及以色列等实行义务兵役制的国家，他们虽然被视为平民，但已不同于一般的平民，故军法特别规定他们应受军法约束；2）在意大利军事法上，预备役人员犯有叛国、向外国提供情报及泄露军事秘密等罪行的；3）在比利时军事法上，退役军人在其退出现役后的一年内发动叛乱或针对原指挥官实施犯罪的。

（2）平民。尽管“非军人不受军事审判”是西方国家一项普遍的宪法原则，但除奥地利等少数国家以外，很多国家在军事法上又规定了平民受军事审判的一些例外情形。这些情形主要有：1）犯有特定罪行的平民。例如，意大利和土耳其军事法规定，平民犯有叛国罪和叛乱罪的，应依军法审判；2）在特定地域内犯罪的平民。根据阿根廷军事法的规定，处于战争地带、军事行动区域或军事包围圈内的平民，若犯有危害国家安全或侵害军事利益等罪行的，应依军法进行审判；3）为军队提供服务或者跟随军队一起行动的平民。英国军事法规定，在国外跟随军队一起行动的公民，包括士兵家属以及为军队提供服务的人员，若犯有危害良好军事秩序罪行的，应当受军法审判。

（3）战俘。在战时对犯有战争罪行的战俘实行军事审判，是两大法系国家通行的做法。根据 1949 年第三日内瓦公约的有关规定，对战俘的审判必须由军事法庭为之，但交战国的法律明确规定战俘由平民法庭审判的则不在此限；对战俘判处的刑罚，须与犯有同样罪行的本国公民所受到的处罚相当。对此，一些国家的国内法也有相关规定，如法国、比利时及卢森堡等国军事法明确规定战俘一律受军事审判。

2. 案件管辖

两大法系军事法上的军事犯罪，依其对犯罪主体的要求不同，可以分为纯军事罪和军人所犯普通罪两类，前者是只有军人方可构成的犯罪；后者是军人触犯一般刑法规定之民事犯罪。两大法系国家军事司法机关管辖的案件涉及到以上两类犯罪，但各国基于各自的军法理念，对上述两类案件哪些由军事司法机关管辖，却作了不尽相同的规定。

(1) 纯军事罪。一般认为, 纯军事罪是对军事纪律和军事利益的严重侵犯, 因此, 这类犯罪一直是两大法系国家军事司法机关案件管辖的重点, 军事司法机关对此类案件行使专属管辖权, 它排除了普通司法机关管辖介入的可能性。但由于受军事司法“平民化”运动的影响, 并非在所有国家都将纯军事罪案件交由军事司法机关管辖。在法国、德国、奥地利等大陆法国家, 此类犯罪案件的管辖权在平时属于普通司法机关, 但军事司法关于战时恢复行使管辖权。[1]

(2) 普通罪。对于军人所犯普通罪, 两大法系部分国家的军事司法机关可以行使管辖权。在比利时及前苏联, 除轻罪以外, 此类犯罪可以由军事司法机关行使管辖权。在英国、加拿大、澳大利亚、南非等英联邦国家, 除罪行特别严重的以外, 军事司法机关也可以行使管辖权。在印度, 军人在前线哨所所犯的一切普通罪均可由军事司法机关管辖。当然, 这些国家军事司法机关对军人的普通犯罪案件并不行使专属管辖权, 而且普通司法机关还享有优先管辖权。针对由此形成的“共同管辖”现象, 上述国家在立法上和军事司法实践中, 普遍采行一事不再理原则, 以避免军人因同一罪行而受到两次审判。

(二) 军事司法程序

1. 即决处罚

(1) 即决处理(审判)。在两大法系军事法上, 军人受到的处罚除了可由军事法庭作出以外, 还可以是即决的, 但对军人的即决处理仅限于情节较轻的违纪行为或犯罪。在大陆法国家, 由于这类行为不认为是军事犯罪行为, 因而, 即决处理属于军队内部的行政措施。但在英美法国家, 因军事犯罪和违反军纪一体化的普遍采行, 即决处理被认为是一种军事司法行为, 如加拿大军事法对此直接采用了“即决审判”(summary trial)的称谓。在多数国家, 对士兵享有即决处罚权的当局必须是军衔不低于上尉, 且对部队纪律负有维护之责的军事指挥官。该指挥官的上级指挥官(其军衔通常为少校以上)则对军官享有即决处罚权。即决处罚的措施主要包括一定期限的丧失军人优待、罚薪及剥夺自由等, 但在部分大陆法国家, 对军官的处罚不得包括剥夺自由。

(2) 对即决处理的申诉与上诉。根据英美法国家军事法, 军事指挥官在行使即决处罚权时, 若可能判处的处罚达到相当严厉的程度(如涉及到人身自由), 则他(她)必须告知被告有权决定是否将该案件交由军事法庭审判。对于由指挥官即决处理的案件, 被告无权向军事司法机关提出上诉, 但如果认为处罚有失公允或者过于严厉, 仍可逐级向上级指挥官申诉, 直至案件最终得以公正解决。在挪威及瑞典等部分大陆法国家, 即决处理的被告可以在军事指挥系统内向上级指挥官申诉, 在挪威最高可申诉至旅指挥官, 在瑞典则为团指挥官。若案件经申诉仍未得到公正处理, 被告还可向民间法院提起上诉。

(3) 介于即决处理与军事审判之间的审判形式。在英美法国家, 超出军事指挥官即决处理权限的军事犯罪案件应交由军事法庭审判。在大陆法国家, 军事犯罪案件亦通过司法途径解决。然而, 大陆法系军事法上还有一种介于即决处理和军事审判之间的审判形式, 它主要用以处理尚不构成犯罪, 但情节较重的违纪行为。通过该审判形式作出的处罚, 可能对士兵的职业生涯产生实质影响, 这些处罚主要有剥夺军衔、除名及取消职业津贴等。以德国为例, 军队内部设立的所谓的军事法庭(military court of service)可判处对军人职业生涯产生实质影响的处罚。

2. 军事审判

(1) 预审程序。两大法系国家军事法庭适用的审判程序, 按照正当程序的要求, 其程式化原则上不应低于普通高等法院的审判程序。因此, 各国军事刑事法均规定了初步调查和预审程序。在英联邦国家军事法上, 准司法调查由军人疑犯的指挥官负责, 该指挥官有权制作书证, 分析、审查证据, 并决定是否将疑犯送交军事法庭审判。在以色列, 军事检察官负责调查和起诉, 军事指挥官对此不得介入或干涉。在大陆法国家军事法上, 预审程序由军事治安法官全面负责, 军事检察官协助军事治安法官工作。

(2) 军人疑犯诉讼权利的保障。两大法系国家在军事法上均确立了无罪推定原则。基于这一原则,预审当局必须为军人疑犯准备辩护提供充分的便利,必须确保军人疑犯审前逮捕与羁押的公正性。对此,部分国家军事法要求逮捕军人疑犯必须得到军事治安法官的批准,军人疑犯的指挥官必须定期向上级指挥官报告案件的进展情况,从而保证对军人疑犯的羁押能够处于经常性监督之下。[2]

(3) 军事法庭的人员组成。因案件的严重程度及涉案军人的军阶不同,两大法系国家军事法庭一般由3至7名法官组成。军事法庭的法官通常由军官担任,但在一些国家也可由士兵甚至平民担任。在美国,若被告为士兵,则士兵法官不得少于军事法庭成员总数的三分之一。在法国,战时军事法庭须有3名军事法官和2名平民法官组成。

在绝大多数国家,至少应有1名律师在军事法庭任职。该律师可以是军官,也可以是平民,在军事法庭担当的角色可以是审判法官(有时还是庭长),但当军事法庭的法官全部为具有军人身份的非法律人时,其角色则为法律顾问。

在有律师担任法官的军事法庭,该律师有权与其他审判法官一道共同研究案件并作出裁决。该律师作为法官而为司法所要求的独立性,通常借助于实行固定任期制予以保障。在以色列,军事法庭由1名具有律师身份且任期为5至7年的军官(担任庭长)和2名具有军官身份的非法律人组成。在比利时,军事法庭由1名具有律师身份且任期为3年的平民法官和4名现役军官组成。在意大利,军事法院由两名具有律师身份且终生任职的平民法官及由抽签产生且任期为2个月的军官组成。

由具有军人身份的非法律人担任法官,律师担任法律顾问,是英美法国家军事法庭的主要组织形式,而这种组织形式在较大程度上是对英美法上陪审团审判组织形式的模仿。军事法庭法律顾问的职责主要是,在开庭公审时,就法庭认定的事实和适用的法律作总结陈述,休庭后法官就案件的性质认定进行讨论时,法律顾问不得在场。当法官随后就处罚问题进行讨论时,法律顾问可以在场,在必要时为法官提供法律咨询,但不享有投票表决权。

在英联邦国家,军事法庭的法律顾问被称为“军法官”(judge advocate)。英国皇家军队的军法官属于军法总署司法参谋机构的成员,其身份为文职官员,直接向上议院大法官负责,因此,军法官履行职务完全独立于军事当局之外。其他英联邦国家的军法官大都也属于文职人员。

(4) 第一审军事法庭的种类划分及审判权限。英美法系多数国家按照审判权限的不同,将军事法庭区分为若干种类,不同种类的军事法庭同为初审机构。在美国及英联邦等英美法国家,一审军事法庭大致分为2至5种。例如,英国的军事法庭平时分为初级和高级两种;新西兰军事法庭分为有限军事法庭和高级军事法庭两种;美国军事法庭分为初等、特等和高等3种;加拿大一审军事法庭则有4种,即常设军事法庭、军纪法庭、高级军事法庭和特别高级军事法庭。上述4国高级军事法庭(包括加拿大的特别高级军事法庭)对于受军事法约束的所有人员均享有审判权,并可判处为军事法所规定的任何处罚,而其他种类军事法庭的审判权则在被告军人的军阶及处罚权方面受到了不同程度的限制。

(5) 被告的辩护权。尽管荷兰与德国已将辩护制度引入了即决处理的案件,且英国目前正在努力将辩护制度引入此类案件,但两大法系绝大多数国家对此一直持否定态度。然而,在军事审判中,所有国家却无例外地对辩护制度加以确认,允许被告聘用具有执业资格的军队律师或民间律师担任其辩护人。在瑞士,辩护制度在军事审判中业已发展成为一种“强制辩护”,对于重大、复杂案件,军事法庭有义务为被告军人提供辩护律师,费用从国库开支。在希腊和前苏联,被告还有权邀请其家庭成员或朋友为其进行辩护。关于辩护的起始阶段,各国军事法的规定不尽相同。对于多数国家而言,被告于第一次接受讯问后,自被告知辩护权时起,可以寻求辩护律师的帮助。但在少数国家(如希腊),被告只有在审判阶段方可委托辩护人。

3. 经由司法途径的上诉

按照英美国家军事法的传统,军事法庭的有罪认定与处罚须经军事法庭的召集军官或其上级指挥官确认,还须经由指挥系统内较高军事当局的进一步复核。与此同时,被宣告有罪的军人有权就有罪认定的合法性或者处罚的合理性向确认军官乃至复核当局提出上诉。但在大陆法系的部分国家(如瑞士、意大利、西班牙等),被宣告有罪的军人除了可以行使以上权利外,还可以就有罪认定的合法性直接向第二审级的军事法庭上诉。在当代绝大多数国家,被宣告有罪的军人还有权向由平民法官组成的法院上诉,该法院在大陆法国家为最高法院,在英国为来自地区刑事上诉法院的平民法官组成的军事上诉法院,在美国为由总统任命的平民法官组成的武装力量上诉法院。在美英两国,犯罪军人在一定条件下,也可以就有关法律问题向国家终审机关提出上诉。

4. 向军队监察专员的申诉

在部分大陆法国家,军人对于其在军事刑事诉讼中受到的不公正待遇及其他冤情,除了可以寻求军内行政救济和国家司法救济以外,还可以具名申诉的形式向监察专员寻求救助。军队监察专员制度起源于瑞典,1915年,瑞典在军队内部设监察专员,对军事法庭作出的处罚、军事监狱的状况及其他军事行政事项行使监察权。西德众议院于1957年确立军队监察专员制度。对于军人的具名申诉,法律规定了许多保障性措施,如军官如果用命令、恐吓、送礼等方式阻挠、妨害军人向军队监察专员提出申诉,属触犯军事刑法第35条“阻挠诉愿罪”的行为,一经定罪,处5年以下监禁;军官对军人的申诉进行“消极性”阻挠,如向部属宣传“申诉仅是最后手段,有不满事情应先向长官沟通”,致使部属对申诉制度失望,将受到处罚。

5. 战时程序

对于军人在战时或紧急情况下的犯罪,除瑞典仍由普通法院行使审判权以外,两大法系几乎所有国家都规定由军事法庭行使军事审判权。在军事司法实行“平战分制”的国家(主要是大陆法国家),军事法庭在战时适用的程序被不同程度地简化,同时,犯罪军人不得对军事法庭的判决提出上诉。此外,军事指挥官基于军事纪律和军队士气的考虑,必要时有权对犯罪军人当场实施处罚,情况紧急时还有权就地处决犯罪军人。在军事司法实行“平战同制”的国家(主要是英美法国家),军事法庭审理案件仍适用平时军事刑事诉讼程序。但在“9·11”事件后,美国总统授权军方设立特别军事法庭来代替普通军事法庭,负责审理制造“9·11”事件和其他类似袭击事件的外国恐怖分子嫌疑犯。特别军事法庭进行审判,庭审活动及证据来源可以是不公开的,只需三分之二多数即可定罪,有权判处死刑,并且可以不准上诉。

三、惩戒性军事法的发展趋势

20世纪50年代以来,在《欧洲人权公约》及《联合国公民权利和政治权利公约》的直接推动下,两大法系多数国家对传统的惩戒性军事法作了不同程度的调整。

1950年欧洲议会通过了《欧洲人权公约》,该公约第5条、第6条规定,任何人的自由权利非经有管辖权的法院裁决不得被剥夺,受到刑事控告的被告有权要求“依法设立一个独立而公正的法庭对其进行公正、公开的审判”。为了使军事司法制度符合该公约的要求,欧洲各国对本国的军事司法制度进行了检讨和修正,由此掀起了“平民化”改革的浪潮。自西德战后宪法率先规定普通司法机关对军人犯罪案件行使审判权以来,挪威、瑞典、芬兰、奥地利、法国等大陆法国家也加入“平民化”改革的行列,纷纷取消军事法庭的设置,规定军人平时犯罪一律由平民法院行使审判权。在其他未取消军事法庭的国家,也都不同程度地实现了军事法庭组成人员或司法程序的平民化。此外,意大利议会目前正在考虑完全取消平时军事司法制度,瑞士也数次将取消平时军事司法制度的议案交由全民公决,但并未获得通过。

在放宽对军人权利的限制方面，两大法系惩戒性军事法亦取得了一些进展。为保障和改善士兵的工作环境和经济境况，德国与荷兰军事法允许他们成立士兵协会，其他一些大陆法国家军事法则允许军人加入与其职业相适应的社团组织。当然，《欧洲人权公约》和《联合国公民权利与政治权利公约》明白地承认，武装部队中的“自由结社”可以由法律加以限制，故此，这些国家军事法仍然严禁军人采取诸如罢工等劳工行动，同时也禁止军人为了小集团利益或个人私利而从事政治活动。

另一方面，允许军人在休息时间拥有更多的自由，是两大法系惩戒性军事法的又一发展趋势，因此，军营生活已经与平民社会中“上班族”的生活十分接近。当然，为确保军事行动的效率及维护部队的纪律与秩序，对部属的私人生活有足够的掌控，仍然是军事指挥官必须履行的职责。军事指挥官基于上述目的而发出的合理命令通常是合法的，即使这些命令可能是禁止士兵从事一些对于平民来说并不违法的活动。例如，几乎所有国家的军事法都禁止军人之间的同性恋行为，作出这种禁令并非是出于对同性恋行为具有不道德性的考量，而是因为同性恋关系的发展和蔓延对作战部队的纪律和效率将会造成“毁灭性”打击。基于相类似的理由，军人吸食毒品也是为各国惩戒性军事法所严格禁止的。

参考文献:

[1] 田友方. 法国军事司法制度改革述评 [J] . 人民检察, 2002, (8).

[2] 田友方. 加拿大军队逮捕制度简介 [N] . 解放军报, 1997— 1— 5.

责任编辑: 陈开先

Essentials of the Disciplinary Military Law in the Two Major Legal Systems

TIAN You-fang

(Institute of Military Law, PLA Xi'an Political College, Xi'an Shaanxi 710068)

Abstract: Articles of War by Maurice and Gustav Adolf laid the foundations for the disciplinary military law in the two major legal Systems. In civil law and common law countries, the disciplinary military law, with the very core of the practice of the military judicial power, aims mainly at the build-up of the military judicial system by framing both the jurisdictions and procedures. Since the 1950s, on the influence of both the European human rights convention and the United Nations Covenant on Civil and Political Rights, the disciplinary military law in the two major legal systems has been developing with some brand-new features.

Key words: the two major legal systems; military law; disciplinary military law