

执行特别职务的国家工作人员 的正当防卫探讨

杨忠民

一、执行特别职务的国家工作人员实行 正当防卫的特殊法律性质

所谓特别职务的国家工作人员,在这里有着严格的限定,即特指在所执行的公安、司法、国家安全或专门保卫等职务活动中,基于职权和职责的要求必须采取正当防卫排除不法侵害的国家工作人员。主要包括公安机关、国家审判机关、检察机关、国家安全机关和司法行政机关的依法执行职务的工作人员,也包括国家机关的机要工作人员,国家海关工作人员,国家重要财政金融部门、科研单位以及其他国家企业事业单位的专门保卫工作人员,等等。他们所执行的职务之所以特别,理由有二:其一,他们所进行的公安、司法、国家安全或专门保卫等职务活动存在着与不法侵害尤其是暴力性质的不法侵害发生直接冲突的较大可能性,而这种可能性的产生,又与他们职务的特殊性质密切相关。如公安机关的人民警察所进行的打击违法犯罪、维护社会治安的活动,国家安全人员所进行的有关国家安全的活动,海关工作人员所进行的缉私查私的活动,等等;或者是由于职务活动具有保卫国家特定的重要利益的性质,而所保卫的特定对象又往往成为不法侵害的对象,如国家机要人员所进行的有关国家重要机密的工作,国家财政金融部门、科研机关的保卫人员所进行的专门保卫工作,等等。其二,为了保证这类职务活动得以顺利进行,国家必须而且在实际上赋予了有关国家工作人员在执行职务活动中具有排除不法侵害的特殊职权和职责。因此,从这个意义上来说,上述国家工作人员所执行的是区别于一般国家工作人员的特别职务活动。

作为国家公民,执行特别职务的国家工作人员当然地享有国家法律赋予每一个公民的正当防卫权,仅就此而言,他们实行正当防卫的法律性质,与一般公民无异。然而,在具有国家公民这一法律身份的同时,他们还作为执行特别职务、行使特殊职权和履行特殊职责的国家工作人员而存在,这种异于一般公民的特殊身份,必然使其以特殊的权利主体资格享有并行使正当防卫权,由此,也就决定了国家工作人员在执行特别职务时实行正当防卫的法律性质具有其特殊性。

这种特殊性,可以归结为一点,就是执行特别职务的国家工作人员实行正当防卫的法律性质,已从一般意义上的对于公民个人所享有的正当防卫权的行使,上升为国家工作人员对于国家所赋予的特定职权的行使。在法学理论上,法律权利依据权利主体的不同,可分为两类,即公民的权利和国家机关及其公务人员执行公务时的职权。在许多情况下,同一项权利,如果由不

同的权利主体行使,即使在行使形式上无甚差异,行为的法律性质也会有一定的区别。执行特别职务的国家工作人员在行使正当防卫权时,尽管行使形式与一般公民一样,但是,他们所具有的特定职权却必然改变了正当防卫在一般意义上的法律性质。就以人民警察而言,其在执行职务中实行正当防卫,是以武装性质的国家治安行政力量的身份来行使正当防卫权的,那么,这一特殊的权利主体身份必然要求人民警察以法律所许可的一切手段,打击犯罪,防范和制止各种危害社会治安的违法行为,以维护社会的正常秩序,保卫国家和公众的利益。在执行职务中实行正当防卫,应当视为是以法律所许可之强力手段行使特定的治安职权的一种具体表现。因此,人民警察在执行职务中实行正当防卫的法律性质,显然已超越了行使个人合法权利的意义,而上升为依法对不法侵害行使国家所赋予的治安职权。对于其他执行特别职务的国家工作人员所实行的正当防卫的法律性质,亦应作如是认识,只不过不同类别的国家工作人员所依法行使的具体职权各有不同罢了。如海关人员对武装走私的犯罪分子实行正当防卫,实质上是依法行使缉私查私的海关职权,而机要工作人员对于盗窃、抢夺、抢劫国家重要机密的犯罪分子实行正当防卫,其实质则是依法行使保卫国家机密的职权,等等。当然,这并非意味着他们不具有作为公民本应当享有的正当防卫权利,而是为了强调指出,对于执行特别职务的国家工作人员个人而言,个人所享有的正当防卫权和国家所赋予的特殊职权是并存的,但以国家工作人员的身份在执行特别职务中实行防卫,支配其防卫行为并决定其法律性质的只能是后者,而非前者。

执行特别职务的国家工作人员所实行的正当防卫,因其特殊的法律性质而有了更严格的意义。

首先,一般公民的正当防卫,作为一项法律赋予个人的权利,只表示公民具有实施该项行为的资格,并不意味着法律要求权利享有者必须从事这项行为——这种要求只能由社会的道德规范提出,而它是没有任何法律强制力的。因此,在面临不法侵害时,一般公民可以放弃实施防卫的权利。这是因为,传统的正当防卫理论认为,正当防卫权是当公民的合法权益遭致不法侵害,而国家基于紧急状态来不及对该权益采取保护措施时,将国家的刑罚权临时下放与公民,使之能实行自我保护。公民对于这种临时让与自己的国家刑罚权具有接受或放弃的选择自由。所以,虽然以社会道德规范的尺度来衡量,一般公民放弃防卫的行为会受到社会和舆论的否定性评价,甚至会受到有关组织的纪律或行政的处罚,但却不会产生法律上的任何后果。而执行特别职务的国家工作人员的正当防卫作为一项特殊职权,不仅表示该国家工作人员具有实施该项行为的资格,而且意味着法律要求他必须从事这项行为,以履行与这项特定职权相对应的特定职责。也就是说,实施正当防卫应视为执行特别职务的国家工作人员基于其特殊职责所产生的法律义务,必须依法履行,绝无放弃的自由。这种带有法律强制性的要求是与他们所具有的特定职权相适应的,非如此,则不能保证其职权的切实履行。如果在必须实行正当防卫的时候,放弃职守,没有实行防卫,则无论出自故意或者过失,均属于对这一特定法律义务的不作为,具有明显的渎职性质,应当根据情节承担一定的法律后果,直至追究刑事责任。

当然,要求执行特别职务的国家工作人员必须实行正当防卫,并不意味着面临不法侵害时,不论具体情况如何,只能作出实行正当防卫的选择。而是基于防卫的特殊性质,强调执行特别职务的国家工作人员不可放弃采用正当防卫的手段制止不法侵害的特殊职权。至于是否具体采用这一手段,可视实际情况而定。从实际情况来看,制止不法侵害可以采用多种手段,例如,在许多情形中,正在执行特别职务的国家工作人员只向不法侵害人明确显示自己的身分,

或者仅对不法侵害人予以口头警告,责令停止不法行为,即可有效制止不法侵害。此时虽未采用正当防卫,但并不意味其放弃了实行正当防卫的特殊职权。因此,选择何种具体手段制止不法侵害与是否放弃实行正当防卫的特殊职权,是两种不同性质的行为,不能将它们相互混淆。

其次,一般公民的正当防卫权利之行使,通常与维护公民个人的利益紧密联系。不论从法律规定看,抑或从防卫的具体适用实例看,一般公民可以并且在实际上的多数情况下都是为了维护本人的合法利益而实施防卫的——虽然也确有不少为维护公共利益或他人合法权益而实施防卫的实例,而且这种行为更为法律和社会道德所鼓励和褒扬;笔者也不否认,即使是为了维护个人合法权益而与不法侵害作斗争,同样包含着维护社会秩序的意义。但是,作为公民个人的合法权利,正当防卫的适用毕竟与权利享有者个人的利益联系更为紧密。然而,执行特别职务的国家工作人员的正当防卫则与之不同。他们所具有的特殊职权是国家权力的一部份,必须代表和服务于国家及全体公众的利益。对于正当防卫权的实施亦无例外。不论正在执行特别职务的国家工作人员实际的防卫是针对危害公共利益的不法侵害,或是针对危害公民个人权益的不法侵害,防卫的基本出发点只应该而且只可能是维护整个国家和全体公众的利益,即使在执行特别职务时因本人人身受到不法侵害(如个人人身受到暴力伤害或个人所佩带的警械枪支受到暴力劫夺)所实施的防卫行为,尽管具有一定的维护个人合法权益的性质,但是与防卫行为发生根本联系的仍然是国家和公众的利益,因为在此种情况下,不法侵害在客观上所指向的不仅仅是一般公民的个人利益,而且主要是指向了国家工作人员所代表的国家利益、国家法律以及社会秩序,且其自身防卫行为更具有着维护国家特殊职权不受侵犯的价值。

最后,一般公民的正当防卫,是在法律所许可的情况下以个人的暴力制止不法侵害,而执行特别职务的国家工作人员的正当防卫,则在一定意义上是以国家的暴力来实现国家所赋予的特殊职权,尤其是人民警察更是直接作为国家机器的暴力来实现其治安职权的。国家不仅通过有关法规,直接授权人民警察在执法活动中,可以根据情况依法使用武器、警械,并准许其他执行特别职务的国家工作人员(如审判机关、检察机关的工作人员,有关党政机关、邮电部门的机要交通员、机要通信人员,海关人员,以及有关保卫人员等)在必要时可佩带枪支,还使他们在平时获得极为严格的防卫训练,掌握防卫技能,并为之配以现代化的通讯工具和交通工具,从而保证了他们具备较高的防卫素质,强化了其行使特殊职权包括对不法侵害实行正当防卫的效能。这是为一般公民的正当防卫所无法相比的。

综上所述,执行特别职务的国家工作人员实行正当防卫具有特殊的法律性质。明确这一点,对于强化有关国家工作人员的正当防卫意识,提高依法适用正当防卫的自觉性,以更好地行使其特殊的职权和履行其特殊的职责,是极为重要的。

二、执行特别职务的国家工作人员的 正当防卫成立条件的若干问题

执行特别职务的国家工作人员正当防卫的成立条件,原则上应与一般公民的正当防卫无异。但是,由于前者所具有的特殊职权和职责及其防卫行为的特殊法律性质,必然会使其正当防卫成立条件在某些具体要求、具体实施以及法律评价的具体标准等方面有着自身的特殊性,从而区别于一般公民的正当防卫。这正是需要深入探讨研究的一个课题。

(一) 关于必须采取正当防卫的情形

执行特别职务的国家工作人员必须采取正当防卫的情形,因其直接涉及防卫对象的范围

问题,极富实践意义,故值得研究。我国刑法第17条虽然已经规定正当防卫的对象是“不法侵害”,但由于未对其内涵和外延作进一步的解释,因而“不法侵害”作为一个具有一定模糊性的概念,使人们对其范围的界定至今仍存争议。从理论界的讨论来看,多数人所趋向的观点是将犯罪行为与违法行为纳入到不法侵害的范畴之中。在笔者看来,如果这一观点是就一般公民或一般国家工作人员的正当防卫而言,它的确有利于他们以正当防卫的手段全面地维护自身的合法权益,故不无可取之处。但是,如果将这一观点完全作为对于执行特别职务的国家工作人员正当防卫对象范围之解释,要求有关国家工作人员对犯罪行为和一般违法行为都必须实行正当防卫,则显然失之宽泛,不甚妥当。国家工作人员的一切履行职权的行为均应当直接表现着国家法律的严肃性和权威性,而这种严肃性和权威性,在一定程度上取决于行使职权的行为对象具有明确的规定性,以及由此而产生的行使职权行为的严格制约性。执行特别职务的国家工作人员的正当防卫行为更须如此。防卫对象范围是否具有明确的规定性,直接影响着防卫行为是否具有严格的制约性,并最终影响着防卫行为作为一项职权行为的严肃性和权威性。上述观点将犯罪行为和一般违法行为皆纳入不法侵害的范围,但未对它们的侵害性质作明确的限定,这就容易对执行特别职务的国家工作人员的防卫行为产生误导,即对相当多数的轻微违法行为可以动辄采用防卫手段,这不仅会有执行特别职务的国家工作人员滥施防卫、无端侵犯公民合法权益之虞,而且更会直接损害国家法律的严肃性和权威性,因此是不可取的。

那么,何种情形才能属于执行特别职务的国家工作人员必须实行正当防卫的情形呢?对此,应当依据一个基本的前提来予以确定,即本文所讨论的正当防卫,特指执行特别职务的国家工作人员在其职务活动中所必须实行的防卫,因此,防卫对象应当是与防卫人的特别职务活动有着密切的关联,而防卫人基于本人职权和职责的要求依法必须采取防卫行为予以排除的不法侵害。虽然,有关机关在目前尚未从整体上就所有执行特别职务的国家工作人员必须实行正当防卫的情形作出专门的规定,但是我们注意到,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于1983年8月10日制定了《关于人民警察执行职务中实行正当防卫的具体规定》(以下简称《具体规定》),其第1条规定了人民警察必须采取正当防卫行为的七种情形,即:“(一)暴力劫持或控制飞机、船舰、火车、电车、汽车等交通工具,危害公共安全时;(二)驾驶交通工具危害公共安全时;(三)正在实施纵火、爆炸、凶杀、抢劫以及其他严重危害公共安全、人身安全、财产安全的行为时;(四)人民警察保卫的特定对象、目标受到暴力侵袭或者有受到暴力侵袭的紧迫危险时;(五)执行收容、拘留、逮捕、审讯、押解人犯和追捕人犯,遇有暴力抗拒、抢夺武器、行凶等非常情况时;(六)聚众劫狱或看守所、拘役所、监狱和劳改、劳教场所被监管人员暴动、行凶、抢夺武器时;(七)人民警察遭到暴力侵袭,或佩带的枪枝、警械被抢夺时。”;而其第7条又特别规定:“本规定也适用于国家审判机关、检察机关、公安机关和司法行政机关其他依法执行职务的人员。”由此可以认为,《具体规定》的精神实质是要求一切具有与人民警察相同或相类似性质的特别职务的国家工作人员,均应当按照它的有关规定实行正当防卫。换言之,对于一切执行特别职务的国家工作人员的正当防卫问题,《具体规定》也同样具有普遍的指导意义。所以,其他执行特别职务的国家工作人员必须采取正当防卫的情形,完全可以比照《具体规定》第1条所明确规定的七种情形来予以确定。当然,对于不同类别的执行特别职务的国家工作人员来说,必须采取正当防卫的情形还应有各自不同的侧重方面。例如,从正当防卫的实践情况来看,海关工作人员必须采取正当防卫的情形,更多地侧重于执行缉私查私任务时遇有武装走私或其他以暴力妨害缉私查私活动的不法侵害的情形;机要工作人员侧重于遇有

窃取、抢夺、抢劫国家重要机密或其他以暴力妨害执行机要任务的不法侵害的情形;财政金融部门、科研部门及其他企事业单位的保卫人员则侧重于所保卫的特定对象受到严重不法侵害或遇有其他以暴力妨害执行保卫任务的不法侵害的情形,等等。

至于人民警察必须采取正当防卫的情形,由于直接与人民警察的治安职权有关,在正当防卫的具体实践中,其范围较其他执行特别职务的国家工作人员更为广泛,且更为复杂。虽然《具体规定》对此已作了明确规定,但在实际执行中仍有不少争议,因而仍有必要进行专门的研究。曾经有一种观点认为,人民警察防卫所针对的不法侵害,仅限于上述《具体规定》第1条所规定的范围;另一种观点则认为,对于上述范围的不法侵害,人民警察必须采取防卫,而对于其他不法侵害,则是可以采取防卫。笔者认为,这两种观点均失之偏狭,不利于正当防卫的积极适用。应当明确,人民警察正当防卫的根本依据来自于刑法的规定,其防卫对象的范围不能离开刑法的原则性规定而任意伸缩。从刑法规定正当防卫的基本精神来看,作为防卫对象的“不法侵害”应当是指整个刑事法律意义上的不法侵害,而非其中的某几种。《具体规定》之所以只列举七种情形,旨在强调人民警察对于此类危害性极大的暴力侵害负有高度的防卫职责。事实上,《具体规定》并没有排除对其他不法侵害实施防卫的可能性。以正当防卫的角度观之,所谓刑事法律意义上的不法侵害,既不能泛指一切非法行为,也不可仅限于刑法所规定的犯罪行为,而应当是指我国刑事法律规定的故意犯罪行为,以及在侵害性质、形式、内容等方面与故意犯罪行为较为接近的违反社会治安管理规定的故意侵害行为。前者具有较严重的社会危害性,按照法律的规定,应当受到刑罚处罚,属于标准的刑事法律意义上的不法侵害,对其实行防卫当毋庸置疑;后者即《中华人民共和国治安管理处罚条例》第2条中所规定的“扰乱社会秩序,妨害公共安全,侵犯公民人身权利,侵犯公私财产”,“尚不够刑事处罚,应当给予治安管理处罚”的故意侵害行为,其危害程度虽然低于前者,且依法只须给予治安行政处罚即可,但从其发展的可能性看,已接近于或将转化为犯罪行为,仍然可以视为刑事法律意义上的不法侵害,对其实施防卫亦属必须。否则,将不利于人民警察在社会治安领域内最大限度地以正当防卫维护国家和公众的利益。应当指出,上述所指的范围,仍然具有一定的原则性,在实践中是否均可作为人民警察必须实行正当防卫的情形,还要根据具体情况的性质来确定。一般来说,对于那些不带有暴力或类似暴力性质,或者不具有紧急侵害性质,并且可以采用其他强制手段予以制止的不法侵害行为,以不采用防卫行为为宜。当然,这一点对于其他执行特别职务的国家工作人员的正当防卫问题也不无意义。那么,人民警察对于《具体规定》未列举的不法侵害,是否只是“可以”采取防卫呢?回答是否定的。人民警察的治安职权对于实行正当防卫的要求应当是统一的。如果只要求对部份不法侵害必须防卫,而将其他不法侵害划在“可以防卫”之列,则使治安职权在防卫问题上出现两种不同标准的要求,造成职权要求的分割,并将直接导致在实践中出现对相当一部分不法侵害允许放弃职守,不予防卫,任其危害社会的情形。这种与人民警察的特定职责相抵牾的治安职权要求,不仅在理论上难以成立,若付诸实践则更为有害。因此,对于前述的刑事法律意义上的不法侵害,人民警察都负有必须采取正当防卫的职责。

(二) 关于开始实行防卫的时间

我国刑法将不法侵害“正在进行”规定为实行正当防卫的时间条件。而所谓“正在进行”,一般认为是指不法侵害行为的实行阶段,亦即不法侵害正处于已经发生但尚未结束的过程中。关于正当防卫的结束时间,笔者并无异议,因为在不法侵害结束时,不法侵害对于合法权益直接损害或威胁就不再继续,再行防卫已无必要,应即刻停止防卫行为,才能够有效地避免由于事

后加害而对合法权益造成的不必要损害。这无论是对于一般公民或是对于执行特别职务的国家工作人员的防卫行为来说,都具有同等的意义。但是,如果将执行特别职务的国家工作人员开始实行正当防卫的时间确定为不法侵害已经发生之时,笔者则认为有所不妥。所谓“已经发生”,一般解释为不法侵害已经着手,即不法侵害的行为人已经开始实施不法侵害的实行行为。传统的观点认为,只有当不法侵害已经着手,合法权益才会实际地、直接地受到损害或威胁,此时实行正当防卫才有必要。显然,这就意味着对于正处在预备过程中的不法侵害排除了开始实行正当防卫的可能性。如果说这一理论有利于防止一般公民因对实际情形缺乏了解贸然采取防卫行为而产生的事先加害后果,尚有其合理因素的话,那么,对于负有特定职责的执行特别职务的国家工作人员来说,这一观点则不利于其在执行职务中实行正当防卫。因为,一方面,执行特别职务的国家工作人员必须采取正当防卫的情形,主要集中于对社会危害极大的暴力侵害,如暴力劫持交通工具、纵火、爆炸、抢劫、武装走私、特定保卫对象受到暴力侵袭等,在许多情形下,这类暴力侵害虽然尚处于预备过程中,但其由预备行为转换为实行行为的时间过程较短,有时甚至直接衔接,没有间断,而且实行行为一旦实施,即刻就可能发生重大的危害后果,如果绝对地要求必须在不法侵害行为人已经着手实行暴力侵害行为时,才允许开始实行防卫行为,势必为时过晚,不可能及时有效地制止不法侵害,避免重大危害后果的发生;另一方面,执行特别职务的国家工作人员所肩负的特殊职责要求其尽一切可能防范、制止一切妨害其职务活动的行为,最大限度地保护国家和公众的利益不受损害,尤其对于重大的合法权益,如国家金库、国家重大机密、国家重要的科研机构的安全以及特殊保护对象的人身安全,等等,更是担负着特殊保卫的职责。为了有效地履行这一重要职责,国家工作人员在执行特别职务的实际活动中,对不法侵害往往先发制人,以防患于未然,即往往对于正处于预备过程中的严重犯罪行为实行防卫,先以强力制止,而公安机关、安全机关、海关以及其他保卫机关所具备的各种侦讯手段对于不法侵害活动情况的掌握,也为先行防卫以制止尚处于预备过程中的不法侵害提供了实际可能性。从长期的实践来看,这种先行防卫对于防范和制止不法侵害——特别是社会危害性极大的不法侵害——是很有效的。如果将开始实行防卫的时间绝对地限定于不法侵害已经着手之时,则不利于执行特别职务的国家工作人员及时和有效地以正当防卫履行其特殊职权和职责。因此,笔者认为,虽然不法侵害尚处于预备过程中,但如果认为不法侵害已使合法权益处于紧急危险的状态下,有必要通过正当防卫予以制止时,则应允许执行特别职务的国家工作人员开始实行正当防卫。

(三) 有关正当防卫的必要限度的两个问题

所谓正当防卫的必要限度,实质上是指防卫对不法侵害者所造成的反击损害后果,以及与之紧密联系的防卫手段、强度等防卫因素应予控制的范围。防卫若超过必要限度,势必造成不应有的危害,从而将防卫性质转化为对合法权益的侵害,构成防卫过当,按我国刑法规定应当追究刑事责任。因此,执行特别职务的国家工作人员实行正当防卫,应当严守防卫的必要限度。从正当防卫的立法精神和司法实践总结的经验出发,将“足以制止不法侵害所必需,并且不造成不应有的危害”作为反击损害后果、防卫手段和强度等应予控制范围的基本界限,这是法学界和司法实务部门对于正当防卫必要限度的界定所取得的共识。就执行特别职务的国家工作人员在防卫中如何严守这一限度而言,有两个问题值得注意:

其一,反击损害后果是法律评价防卫是否超过必要限度的最具决定意义的因素,而反击损害后果的轻重总是与防卫手段的激烈缓和直接联系的。要使反击损害后果不超过必要限度,防

卫手段的适用和选择必须慎重。基于行使特殊职权的需要,执行特别职务的国家工作人员在防卫中依法可以使用各种手段,但最严厉、最激烈者莫过于使用枪枝。因为,根据《中华人民共和国枪支管理办法》以及其他有关法律规定,大多数执行特别职务的国家工作人员及其部门——如人民法院、人民检察院、公安机关的有关人员,省级以上党政机关的机要交通员,边疆地区县、市党政机关和邮电部门的有关的机要通信员,海关有关人员,重要财政金融单位、科研单位以及其他厂矿、企业、事业等单位的保卫部门等,都可以根据需要佩带或配置枪枝。众所周知,枪枝的杀伤力远远超过警械及其他防卫武器,这自然使执行特别职务的国家工作人员在使用枪枝防卫时保持防卫的必要限度具有了相当的难度。“在防卫中开一枪,或者成为英雄,或者成为罪犯,二者必居其一”,一些同志的感慨正反映了对于这种难度所产生的疑虑心态。这就提出了一个问题:即执行特别职务的国家工作人员怎样才能将使用枪枝进行防卫与保持防卫必要限度获得统一?

笔者认为,首先应当明确,“足以制止不法侵害所必需,并且不造成不应有的危害”作为防卫的必要限度,意味着以防卫行为制止不法侵害所追求的最高目的,只能是维护合法权益,而不论合法权益直接隶属于何人。一切防卫手段的使用都只能服务于这个目的,并受制于这个目的。这是保持防卫的必要限度直至维护防卫的正义性、合法性的最基本要求。任何摒弃这一目的而出于个人报复或个人惩罚的动机,在防卫中滥用枪枝任意伤害的行为,必定会造成对合法权益的侵犯,导致不应有的危害,从而改变防卫的合法性质;其次,使用枪枝进行防卫必须适应于“足以制止不法侵害”的实际需要。即:一方面,是否决定使用枪枝,应当看不法侵害是否属于非使用枪枝而不足以制止的情形,其判断的标准主要是看不法侵害的危害性质。也就是说,对危害性质严重的,应当允许使用枪枝;对于危害性质轻微的,则不宜使用枪枝。具体来说,一切执行特别职务的国家工作人员应当根据或参照1980年7月5日公安部公布的《人民警察使用武器和警械的规定》以及前述《具体规定》的精神,对那些于公共安全、公民人身权利和财产权利具有严重危害的暴力型侵害,如劫船、劫机、杀人、放火、爆炸、抢劫等,以及虽无暴力但危及重大合法权益的不法侵害,如抢夺、盗窃国家重大机密、国家金库、枪枝弹药等,均可以使用枪枝进行防卫;反之,对暴力不严重或者危害合法权益甚轻微的不法侵害,则不宜使用枪枝。除此之外,决定是否使用枪枝,还应当适当考虑不法侵害的具体手段、紧迫程度以及不法侵害者与防卫者双方的力量对比情况等综合因素。另一方面,如何具体使用枪枝,也应适应“足以制止不法侵害”的实际需要。根据上述规定的有关精神,除遇有特别紧迫的情况,应当直接射击不法侵害人外,在一般情况下,均须先进行口头警告或鸣枪警告。即使在对不法侵害人开枪时,也应尽量避免击其要害。一俟不法侵害人已被制服,有畏服表示,或者其已丧失侵害能力,就应立即停止射击,乃至停止整个防卫行为。

应当指出,在不适宜开枪的场合(如公众聚集的影剧院、体育场馆、公园、车站等场所)使用枪枝,只要没有对不法侵害人造成不应有的危害,即使在客观上引起其他损害(如引起群众骚乱或误伤他人的),也不构成防卫过当。因为这仅属于防卫手段的错误适用,所引起的危害本身并非属于对不法侵害人所造成的反击损害后果,防卫人固然需要为此承担一定的行政责任甚至法律责任,但不承担防卫过当的刑事责任。

其二,在原则上应当允许执行特别职务的国家工作人员实行防卫的反击损害后果略大于不法侵害可能造成的危害后果,而防卫手段和强度等防卫因素则可以明显强于不法侵害的手段和强度等侵害因素。这是因为,一方面,以“足以制止不法侵害所必需,并且不应造成不应有

的危害”作为防卫的必要限度,则防卫诸因素的大小强弱、激烈缓和均应与“足以制止不法侵害”的需要相适应,并随此需要的变化而变化。防卫的实践告诉我们,以长方能击短,以强才可制弱。欲制服不法侵害,就需要在各种因素上压倒对方。因此,足以制止不法侵害所需要的防卫因素不可能规范在与不法侵害绝对相等或大体相当的范围内,否则,不法侵害将制而不止。允许以略大于不法侵害的反击损害后果和明显强于不法侵害的防卫手段和强度来制止不法侵害,无疑应当成为法律为国家工作人员顺利行使特殊职权和履行特殊职责所提供的可靠保证;另一方面,许多执行特别职务的国家工作人员(如人民警察、国家安全人员、海关人员和其他保卫人员)所实行的防卫行为,在多数情况下,不是为了单纯摆脱不法侵害的消极防卫,而是将制止不法侵害与拘捕不法侵害者的双重行为合并实施的积极防卫。在实践中,拘捕不法侵害者已成为了许多执行特别职务的国家工作人员实行防卫的必然后续行为,防卫行为因而直接与拘捕行为相衔接,并为直接拘捕不法侵害人创造条件。而由防卫向直接拘捕的积极转换,势必需要以略大于不法侵害的反击损害后果以及明显强于不法侵害的防卫手段和强度等作为前提,否则,便难以实现拘捕行为。因此,在执行特别职务的国家工作人员的反击损害后果略大于不法侵害可能造成的危害后果时,应当视为没有超出正当防卫的必要限度;而在防卫手段、防卫强度等明显强于不法侵害,却并未造成不应有的危害后果时,则更不能认定为超出了正当防卫的必要限度。

(作者单位:中国人民公安大学)

责任编辑:王敏远

“师出以律”的律是指军法吗?

达 知

《易》说:“师出以律,失律则凶。”许多人认为这里的“师律”指的是军法,或称军律、军纪。这种理解不准确,不严格,忽视了“律”一词含义的古今之变。在秦汉以前,律是个多义词,但其基本含义是乐律,乐律的基本要素是节奏。军队训练和作战都要求动作整齐一致,合乎指挥员的要求。靠什么来整齐动作呢?古代要靠旗鼓。旌旗招展,战鼓咚咚,既能鼓舞士气,又能指挥动作。而战鼓的敲击,又必须符合一定或舒或缓的节奏。战士们根据旌旗的指挥和战鼓的节奏,去做各种技术动作,产生类似音乐学上所说“律动”的效果。战鼓的节奏体现出战术、技术的要求,故而“失律则凶”,即不按此要求一致行动,就会打败仗;战鼓的节奏同时又体现出军事指挥者的要求,不服从命令则必然要受到处罚。这样,乐律引申出作战规律和战斗纪律的含义。汉以前的人们正是在这样广泛的意义上使用“律”字的。司马迁《史记》中的《律书》就是从乐律的意义上讲的:“王者制事、立法、物度、轨则,壹禀于六律。六律为万事根本焉,其于兵械尤所重。”先秦时军中之法皆称“约束”,《周礼》中有“军刑”、“军禁”、“军法”等名称。秦汉至隋唐时多称“军令”或“军中教令”,元时出现专用于约束军人的“军律”,明清时出现“兵律”,这些律才具有比较严格的军法的意义。因此,三代时期的律虽然与军法有一定的联系,但还不能算是军法的一种明确的形式。