

西北论坛丛书系列(一)

西北论坛

X I B E I L U N T A N

法学论文集

主 编 黄律廷 任学涛

陕西人民教育出版社

西北论坛

——法学论文集

主 编
副主编
编 委

黄律廷
吉 祥
黄合章
万鹏吉
唐晓东

任学涛
张伟巨
史晓刚
董 超
官 毅

杨 玲
谭海粼
郭 浩

陕西人民教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

西北论坛:法学论文集/黄律廷,任学涛主编.

—西安:陕西人民教育出版社,2006.5

ISBN 7-5419-9596-7

I. 西... II. 黄... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 055298 号

西北论坛——法学论文集

主编 黄律廷 任学涛

陕西人民教育出版社发行

(西安长安南路 181 号)

各地新华书店经销 西安昆明印刷厂印刷

787×1092 毫米 16 开本 11.25 印张 250 千字

2006 年 5 月第 1 版 2006 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-5419-9596-7/D·95

定价:30.00 元

序

《西北论坛法学论文集》一书是由陕西中大教育组织编写的一本论文集,其中收录的论文主要是由西北政法学院的研究生撰写的。他们思想活跃、研究兴趣广泛,论文内容涉及法学各个领域。既有对基本理论的宏观纵论,又有对实践问题的精深探讨。论文选题基本上把握了各学科的重要理论前沿问题和现实迫切需要解决的问题,能够依据基本理论和基本原理去剖析并提出了自己的见解,富有创新性。本书对丰富我国学术理论研究,促进现代人文科学的繁荣无疑具有积极的意义。

研究生是通过学习进行研究,又是以研究进行学习的,研究生离不开研究。无论是学习研究,还是研究学习,撰写学术论文都是最基本和重要的方式之一。学生对学术方法的掌握,对学风的培养都是在写论文的实践中获得的。论文集的出版不仅为研究生提供了交流思想、互相激励、互相学习的平台,而且更重要的是为训练研究生的学术研究、培养良好的学风提供了实践的机会,这本文集是研究生作者的心血之作,是他们学术智慧的结晶和才华的展示,其中不缺乏真知灼见。

在本书付梓出版之际,我应邀为之作序。谨以这点文字表达我对研究生努力学习、奋发向上精神的钦佩,并向他们学习。愿我院研究生学术研究风气更浓厚、成果更丰硕!

窦玉珍
2006.5.24

前 言

随着我国研究生教育事业的繁荣和发展,我国研究生的数量有了长足的增长,但是作为研究生研究成果的论文却时常由于书刊出版方面的种种限制,而不能以书或刊的形式在诸多同仁之间进行交流和學習。《西北论坛》丛书作为主要收集出版研究生论文的学术书籍,正是在当前研究生教育的大环境下出生、成长的。其目的在于为广大学者提供一个学术交流的平台,促进我国研究生理论水平的提高。

著名的法学教授邓正来说:“对学术刊物与学术发展之间的关系、学术自主性在学术刊物的编辑过程中所具有的重要意义以及建构起明确的认识,关键在于我们对‘学术为本’原则的信奉。中国学术规范化的运动必须植根于学术界自己的土壤之中,由广大的知识分子自己通过对各种学术腐败现象及其原因进行讨论、反思和批判来实现其目的。”我们正是本着这样的精神,我们在自主、创新、交流的大前提下,努力建立起我们自己的风格,树立起我们自己的标志。我们期待着这一天的实现。

当我们将出书的想法告知西北政法学院环境法学教授窦玉珍教授时,得到了窦老师的充分肯定和指导。窦老师在百忙中拨冗通读,应邀作序,并提出了许多宝贵意见,给予我们莫大鼓励。同时本书承吉祥、张伟巨、史晓刚等人的精心校正,陕西人民教育出版社给予支持,始得顺利出版,在此一并表示衷心的感谢,并致以深深的祝福。

由于时间短促,成书匆匆,好多工作未能深入,更未能向更多专家请教,兼之我们学识浅薄,书中谬误和纰漏定然不少,希望读者不吝赐教。

作者

2006年5月22日

目 录

对立法程序的几点认识	黄启军 (1)
对正当防卫中不法侵害的界定	李 伟 (6)
法治视野中的信访制度改革	严志杰 (12)
非法证据排除规则有效论	周丽平 (18)
关于生产者责任延伸制度的探讨	任学涛 (23)
国际环境安全视角下的贫困消除	李宇华 (29)
国际环境法主体资格分析	陈娟丽 (35)
国际环境惯例在国际环境保护中的作用	曹雪峰 (42)
环境法立法目的再探讨	
——捍卫人类中心主义	郝清涛 (48)
环境侵权较传统侵权之特性	董 超 (54)
解读物权法定主义	吴维绛 (60)
略论民事诉讼法学和民事实体法学的关系	
——以辩论主义和处分权主义为中心	曾新华 (64)
略论行政参与原则	张兆成 (68)
论多余指定原则应该废除	王志刚 (75)
论法官的法律思维	李姗姗 (79)
论分析国际环境法发展的新趋势	李文娟 (84)
论国际环境法的国家责任	李 瑜 (89)
论国际环境法对国家主权的挑战	张 琪 (94)
论国际环境法中的国家责任	吴 静 (99)
论量刑失衡	李宏钧 (104)
危害行为研究	张婷婷 (110)
特许协议的法律性质浅析	邵玉梁 (115)
手机图铃服务侵权问题研究	
——以消费者权益为视角	章 斐 (121)
试析排污权交易制度在我国实践中存在的问题	李宇华 (125)
试论资本多数决原则之滥用的法律规制	刘引荣 (128)
浅析我国夫妻财产约定制度及完善	彭 刚 (133)
浅谈反致制度在当前国际私法中的作用	高 钊 (137)

秘密监听的立法研究	魏彬伟 (142)
论终局行政裁决行为的可诉性	张 懿 (147)
论中国不宜确立非法证据排除规则	谷立娜 (151)
论正当防卫的必要限度	邓 森 (156)
论医疗事故罪	陈 昊 (160)
关于完善我国民事诉讼发回重审的若干思考	肖 珍 (164)

对立法程序的几点认识

黄启军*

内容摘要:立法程序是立法制度中的重要组成部分,其理论意义和实践价值都极为重要。立法程序的理解应当放到整个立法制度中去,从横向角度和纵向的角度进行分析。要准确的把握立法程序,就要将其作为一项制度从而科学合理分析立法、程序、立法程序及其特征、与立法程序相关的概念等。

关键词:立法 程序 立法程序 与立法程序相关的概念

一、立法与程序

1. 立法

在中外历代经典书籍文献中,“立法”一词的使用早已是存在。而在当代世界各国“立法”一词也已经是普遍使用。例如主张“当时而法,因事制礼”的先秦诸子百家中的法家,其就站在人性恶基础上,主张人有趋利恶害本性,彼此生出种种纠纷争夺,从而需要能定分止争的规则,需要立法;“王者,制事立法”强调的是君王专制国家的皇帝支配着法律的制定;“圣人制礼作教,立法设刑”又是在讲述体现封建伦理纲常的礼教对法律和立法的渗透与作用,这些都是我国古籍中对立法一词的记述,但是其所包含的涵义多有不同。在谢振民先生的《中华民国立法史》一书中,就比较早并且比较多的列举了中国古代典籍对立法一次的使用情况。在西方,立法一词的使用更是多于我国,例如西方文明发源地的古希腊与古罗马思想家在立法这一问题上皆有所议论,其中有的思想家“亚里士多德对立法问题还有相当广泛的论述,他的《政治学》一书论及立法问题,使用立法一词,就达百处”;其中颇有代表性的,如:马克思主义法学观从法、立法与经济基础的紧密关系出发阐述“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已”;作为古典自然法思想家倡导公益代替分权和人民主权代替权力制衡的卢梭认为“由于社会公约,我就赋予了政治体以生存和生命;现在就需要由立法来赋予它以行动和意志了”就是法、立法要体现作为人民主权的公益;把功利原则上升为哲学方法论作为分析衡量法、立法问题基础的功利主义法学家的代表边沁,就主张功利是法律规定的基础、功利原则是研究解释法律和立法制度的标准、法理的后果和立法要符合功利等等。对于立法定义的归纳和概括,要采取科学正确方法才能揭示出历史上存在的每一种立法现象的共同特征,并且才能够说明迄今所出现的各种立法范畴。笔者认为在立法定义的科学归纳上应当注意以下要点:

首先,立法是在历史发展过程中才出现的、是历史的范畴。对待立法,要破除立法是永恒存在的和从来就有的僵硬观点,应该站在马克思历史唯物主义的立场科学全面分析问

* 作者简介:黄启军,西北政法学院 2004 级法理学硕士研究生。

题。从而才能够认识到立法,也是和法一样是随着私有制产生、阶级和国家出现而产生的,是人类社会发展到一定历史阶段的产物;同时,也要认识到立法自身也同样存在一个历史发展的过程,每一不同历史时期同一国度的立法也有着自身不同于以往的特殊性,即要认识到立法本身也是在不停的变化与发展的。

其次,不同国家的立法具有不同特点、与具体国情紧密联系的。立法,不仅是在不同的历史阶段独具特色,即使是在同一历史时期的不同国家往往也会存在种种差异。比如奴隶制时期的立法就由于不同国家不同国情而不同;在东方的中国奴隶制时期,立法权由君主独揽,言出法随,一言兴法和一言废法,立法只是专制君王统权驭民的工具;而在西方的希腊奴隶制时期,雅典城邦的立法权主要为民众大会、五百人会议和陪审法院所享有,“立法权实际上是由三机关分掌的。这种立法制度可视为后来出现的复合的制衡的立法体制的渊源”这就迥异于东方的中国奴隶制立法。

再次,立法是需要一定主体、程序参加的制度化的活动。立法是由特定主体、多以政权名义的活动,并且有权立法的主体也不能随便任性、恣意立法而是需要依据一定的方式、步骤等程序性规则来立法。只有遵循一定程序开展立法,才能确保立法活动的严肃性、权威性;才能保证立法活动的结果、法律为社会所广泛遵守。

最后,立法是一项技术性的活动。“立法技术是在立法工作实践中所形成的方法、技巧的总和”,目前学界认为立法技术通常包括法律的内部结构、法律的外部形式、立法的科学化和系统化等等。不同的学者对立法技术的内涵和外延的理解虽有不同,但是在立法技术对于立法的科学性上却是出乎意料的一致,因此可见,立法技术是科学的立法知识中的一个极其重要的方面。

对于立法定义的归纳和概括,要注意以上要点才能把握住不同历史时期不同国家立法现象的共同特征和本质属性,从而为立法进行科学而合理的定义。笔者认为,立法是在历史发展进程中出现的有权主体、以国家或政权名义并且遵循一定的程序和技术而产生、变动法这一特殊社会规范的活动。

2. 程序

程序在法学研究的层而上讲,是指通常所说的法律程序。对于法律程序的涵义,目前的学界通说认为“法律程序是指人们进行法律行为所必须遵循或履行的法定的时间和空间上的步骤和形式”。法律程序是针对作为特定行为的法律行为而作出的规定,因此,根据法律行为的不同,法律程序通常被分类为立法程序、司法程序(诉讼程序)、行政程序、监督程序。作为法律意义上的程序,无论是在法制的建设方面,或者是在法治社会的建构上都有重要的意义与作用。诚如有的学者所言“程序的完备程度可以视为法制现代化的一个根本性的指标”从而使得程序制度的建设要成为中国今后法制建设和社会发展的一个真正的焦点。对于作为法治意义上法律程序的理解:一方面,法律程序是对于法律实体权利与义务的保障,即具有实体与形式上的作用;一方面,法律程序具有自身相对的独立性。例如:在罗尔斯的《正义论》一书中,其就把程序性正义划分为纯粹的、完全的、不完全的程序正义,并拿赌博、蛋糕等分,刑事审判等作为实例,从而说明“程序所具有的独特的道德内容”也就是程序所具有的相对于法律实体权利与义务的独立价值意义。对于法律程序本身的功能与作用的理解要注意以下几个方面:

首先,面对作为定分止争、化解纠纷意义上的法律,法律程序是对其决策过程中可能出现的随意和恣意的限制与约束。法律程序面对具体纠纷发挥作用,其在时间与空间上表现为规范的认定和事实的认定过程,并且能够形成一个独立于外部环境的相对空间,从而为具体纠纷的解决营造出一个平等对话、自主判断的场所。而这一理想程序的制度设计,目的就在于对法律适用决策活动和事实认定决策活动中可能出现的恣意与随意的限制约束。

其次,法律程序又是对程序参与者理性选择的保证。法律程序通过自身的制度设计如程序公开、当事人双方参与、以证据资料作为决策的基础等规定来保障程序参与者理性选择的自由与有序化。

再次,法律程序具有连接过去与现在的纽带作用。法律程序对于其参与者来说,程序开始前预期结果的不确定性与程序过程后实际结果的拘束力就为其圆满化解纠纷,增加对法律权威性的理解具有重要意义。

二、立法程序的涵义与特征

立法程序是作为法律程序的一部分面存在的,因此法律程序所具有的时间空间性、对恣意限制和本身相对独立的价值特征对于立法程序也是适用的。作为一般的特殊和共性的个性,立法程序又存在自己本身的涵义与特征。

在立法程序的概念上,国外和国内尚未能有一致的看法。其中国外,有的学者认为立法程序就是立法机关实施职权的程序,因为立法机关具有制定法律、通过国家预算、监督政府等多项重要职权,所以立法程序也就应当包括制定法律、拨款和监督政府的程序。另外,也有学者认为立法程序不仅应该包括立法机关制定法律的程序,而且还包括立法机关和行政机关议事程序。目前国内学界对于立法程序概念比较有代表性的观点是“立法程序是有权的政权机关,在制定、认可、修改、补充、和废止法律的活动中,所必须遵循的法定的步骤和方法”这一表述是与立法这一概念的表述紧密相关的。笔者对此也是持肯定态度。

科学的概念必须是对事物本质属性的综合把握,而事物外部特征就是其概念的外部表现也是其本质属性的外化。对于立法程序的特征,应当与立法概念相结合并且能够注意以下几个方面:

首先,立法程序是植根于立法活动的相关步骤和方式。这就区别于非立法活动的其他活动(如行政活动、司法活动、监督活动等)的步骤与方式。立法主体因其是否以立法权为唯一职权面分为专门立法主体和非专门立法机关,非专门立法主体行使职权的活动就不只是立法活动,也同时包含有其他行使职权活动,所以非专门立法主体行使立法权以外其他职权活动所依据的步骤和方式,就不是立法程序。

其次,立法程序是法律规定的、是立法活动中必须遵守的步骤和方式。立法活动具有严肃性和确定性,而规定立法活动的立法程序就指的是在立法活动过程中为法律规定的,进行立法活动所必须遵守的程序性规定,其不是可有可无的也不是任意选择的,立法程序的具体制度性规定对于立法活动中的参与者具有法律意义上的约束力,即不遵守就是违法。这就使得立法程序区别于在立法活动过程中任意性程序。从而体现了立法活动的严肃性和确定性。

此外,立法程序是有权的立法主体在立法活动中所必须遵守的步骤与方式。立法是在立法主体的主导下进行的,同时立法程序就是有权立法主体所必须遵循的程序性规

定。这是立法程序的主体反映,表现了立法活动绝非是任何个人和机关均可开展的,其在主体的设置上是有法定性的。

最后,立法程序在适用范围确定上的划分。目前学界通常是以法律正式确定即由法案到法作为立法活动过程的核心,从而把整个立法活动过程划分为立法准备阶段、由法案到法阶段、立法完善阶段。由于立法程序具有法定性、主体性和立法活动性等特征,所以笔者认为立法程序主要是存在于由法案到法阶段,同时也存在于立法准备阶段和立法完善阶段。由于立法活动过程是权利与义务、权力与责任配置的公权力行为,存在着权力恣意与任性的可能性,因此有的学者就认为“在立法过程的各个阶段,都可以存在立法监督方面的程序”,即对于立法活动过程的法定监督程序。

三、立法程序与相关概念的辨析

作为立法制度的立法程序,在有的学者看来可以从静态与动态两个角度进行理解:静态上,立法程序表现为立法主体进行立法活动时的操作规程,由步骤、时序、方式三要素构成;而在动态上,立法程序表现为立法主体以制定法律为目标的一系列连续的立法行为所组成的立法过程。而在笔者看来这一理解并不是很科学合理的,其模糊了立法程序概念的确定性与严肃性,同时也混淆了立法程序与相关立法学的概念,比如与立法活动过程、立法机关行使职权程序等概念。与立法程序相关的立法学概念有:

首先,是与立法程序紧密相关的立法活动过程。对于立法进行时间空间上分析,则知道其是整体阶段性的过程,立法程序与立法活动过程都是存在于其中,并且立法程序于立法活动过程同时又是存在着重合与交叉的。所以立法程序与立法活动过程有着紧密的联系。“英语中,立法程序一词既可以写作 legislative procedure,又可以写作 legislative process”两者在英文词语使用上的联系可以是看作二者密切相关的一种表现。在笔者看来,对于立法活动过程应当主要从立法活动的完整性、阶段性上理解;而对于立法程序则应该主要从立法活动的进行过程中、程序的法定必要性、严肃性和规则性上理解。从而认识到在立法活动过程的各个阶段上,本身就存在着需要遵循的方法与步骤,而在所有的方法与步骤中有的任意选择性的而有的法定必须遵循的。我们这里所谈的立法程序仅仅指的是这些方法与步骤中必须遵循的,并且是以法定形式加以确定下来的那一部分,只有其在符合立法程序本质属性才可以被称为立法程序。在立法程序与立法活动过程两者的关系上,应当认识到立法程序与立法活动过程是紧密相关的,立法程序是作为制度化的程序性规则具有法律约束力;而立法活动过程是纵向角度对立法的完整性与阶段性的观察,其非整个过程皆具有法定性,但是二者又存在着重合,立法程序是立法活动过程中被固定下来的法定程序性制度。只有看到二者既有区别又有联系,才能正确加以辨别不至于把它们简单的混为一体。

其次,立法主体行使职权程序也是与立法程序存在既相区别又相联系的关系。现代文明国家的立法通常是在一定的有权立法主体主导之下来开展进行的,所以立法主体与立法主体职权相对于立法活动就有着重要的意义。立法程序的特征之一就有权立法主体在立法活动中所遵循的步骤与方法。立法主体,依据各国立法体制的不同而备有特色,单一立法体制、复合立法体制与制衡立法体制中立法权的享有各不相同,从两作为立法主体的职权也是不尽相同。例如中国的全国人民代表大会及其常务委员会作为中国国家立法权主

体,其具体职权也并非唯独立法权一项而同时还存在着人事任免权、监督权和审议批准预算的职权等。所以,全国人大及其常委会行使职权的程序就不只是制定法律的程序,同时还存在行使监督政府职权的程序和审议批准预算职权的程序等等。因此,简单不加区分就把立法程序等同于立法主体行使职权的程序是有欠细致分析与科学考虑的,同时也不利于对立法程序与立法主体行使职权程序两者之间的科学界定与把握。但是,同时也应当看到立法程序与立法主体行使职权程序又是存在密切联系的,其中立法程序是立法主体行使立法权这一国家重要职权所必须履行的法定性程序,其在制度设计上是比较严谨规范的,从而体现了国家立法活动的严肃性和权威性。所以其对于立法主体行使其他职权的活动就存在着重要的借鉴意义,比如立法主体行使其他职权活动通过一般议案时就可以参酌和借鉴立法程序。

立法程序作为立法制度的重要部分,对其制度层面的分析和规范对于目前情况下规范国内立法活动具有现实意义,这包括对立法程序的上位概念立法和程序、相关概念——立法活动过程和立法机关行使职权程序等词义上的归纳综述,这正是本文在论述的中心。但是也更启发我们思考的是这样一些问题:立法的本质与目的是什么?作为制度设计的立法程序有没有本身的价值?

参考文献

[1]周旺生著:《立法学》,法律出版社 2004 版。

[2]《马克思恩格斯选集》第四卷(中译本),人民出版社 1956 年版。

对正当防卫中不法侵害的界定

李 伟*

内容摘要:正当防卫制度经历了悠久的历史沿革,完成了从个人本位到社会本位的变化,伴随着法治的发展,人类文明的进步。体现着正义、人权、平等的法律价值追求,成为一项古老而常新的制度。为捍卫人身权利,保卫财产权利,保障社会秩序发挥了重要作用。不法侵害行为是其成立的前提条件。由于我国立法规定过于简略,没有作出明确界定。造成正当防卫理论上的争论和实践中的困惑。本文拟对此进行探讨。提出一点主张,以期抛砖引玉,完善正当防卫制度。

关键词:正当防卫 不法侵害 刑法

一、正当防卫的概念和意义

我国刑法第20条第一款规定:“正当防卫是指为了使国家、公共利益、本人或者他人人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害,对不法侵害造成损害的行为。”

我国设立正当防卫的直接目的是制止不法侵害,以鼓励群众见义勇为,积极同犯罪行为斗争,使公民的合法利益受到及时、有效的保护。同时作为法律赋予公民的一种权利,对违法犯罪分子起一种震慑作用,以预防犯罪,巩固社会主义法制,维护社会主义社会秩序,保证社会主义事业顺利进行。

二、构成条件及有关不法侵害行为的界定

正当防卫有四个构成要件:(1)起因条件,不法侵害行为存在。(2)时间条件,不法侵害行为正在进行。(3)主观条件,防卫意图的存在。(4)对象条件,只能针对不法侵害行为。其中对不法侵害的含义,在新旧刑法中都没有明确的界定,就此问题已有人做出大量见解,我在其基础上进行再思考,作出合适界定,以期完善正当防卫理论。

正当防卫是为了使国家公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害,对不法侵害人造成损害的行为。不法侵害的存在,乃是实行正当防卫的客观基础条件。如果没有不法侵害的行为,则不产生合法权益需要运用正当防卫予以保护的问题,也就无法谈起正当防卫了。

何为不法侵害?学者们众说不一。有的认为。正当防卫中不法侵害包括一切违法行为和犯罪行为在内。有的认为,“不法侵害”主要指受国家法律保护的国家公民的一切合法权益的违法侵害。还有的认为,“不法侵害”是触犯严重及轻微罪行者,犯罪行为。还有人认为“侵害,指人之行为,意图以对人合法益的侵害而改变现有之状态”。而我认为,从词的

* 作者简介:李伟,内蒙古呼和浩特人,西北政法学院2004级刑法研究生,研究方向刑法学。

意义上讲,“侵”的含义是侵入接近,“害”的含义是伤害,妨害。侵害就是“侵入而伤害”,由此可见,侵害是一种具有积极攻击性,并有可能造成损害的行为。而虽然我们说一切违反法律规定,危害社会的行为均属不法侵害。

但并不能认为对所有的不法侵害均可实施正当防卫。因为合法权益的范围之广,因此侵害合法权益的不法侵害行为范围和内容也很广泛,各类行为在性质、侵害强度、危害程度上都有很大差别,如果都适用正当防卫的话,势必损害了这种制度的正义与效益,进而侵犯人权。违反了设置正当防卫制度的初衷。

因此,正当防卫中的不法侵害行为,主要指那些性质严重,侵害程度强烈,危险性较大的具有积极进攻性的行为,须具有以下特征:

1. 不法侵害必须是危害社会的行为

首先,不法侵害必须是一种行为,而且是自然人的行为,对于法人的不法行为,不能对法人整体进行正当防卫,只能对以法人名义实施不法侵害的自然人进行。因为正当防卫只能针对不法侵害人进行,不得殃及无辜第三者。在正当防卫的对象上,由于正当防卫行为来源于早期自然复仇的个人行为,既“以牙还牙,以眼还眼”又是动物自身的防卫本能,在人类身上得到继承,随着阶级统治的出现,稳定的统治秩序需要行为规范披上法律的外衣被普遍的遵从,因此正当防卫经过庄严的仪式以社会理性的形式得以肯定,防卫对象的范围也有所限制。而对于动物侵害问题在我国《民法通则》第127条中有明确的界定,动物侵害是一种特殊的侵权行为,除对动物进行处理外,只能对动物饲养人或管理人按过错责任来承担民事责任,因而不存在对动物饲养人或管理人的防卫问题,而只有动物饲养人或管理人指使动物进行侵害之时,才可以对动物饲养人或管理人进行防卫,因为这时动物只是动物饲养人或管理人实施侵害行为工具,故而动物并不能成为防卫意义上的侵害主体。

其次,这种行为必须具有社会危害性,这是正当防卫的本质特征。即它对法律所保护的合法权益的侵害。如果没有危害社会性,那就不是不法侵害,而有的资产阶级刑事立法对正当防卫所保护的合法权益加以限制,仅将他人解释为防卫人的亲属或有义务加以救助的人。反映了其法律制度的价值取向不同。不法侵害必须是客观上给社会带来某种物质危害后果的行为,并且这种行为与危害结果之间的关系是紧密相连的,即不法侵害行为一经实施,危害结果就随之发生,并且不法侵害行为必须达到一定强度才能实行正当防卫。根据侵害行为发生的时间地点及对象的不同,一般来说,看行为是否威胁到公民的人身安全身体健康,重大公私财产的安全以及重要的公共利益安全,对一般危害不大,轻微的不法侵害,不能实施正当防卫。

2. 不法侵害必须是违反法律的行为

“不法”是指违反法律秩序,不法的侵害就是违法的侵害,是法律对侵害行为的性质所作的否定评价。并不是任何侵害合法权益的行为都是违反法律的行为。侵害行为被认定为不法,即意味着这种侵害行为是违反现行法律规定的,为法律所不允许的。对这种违背法律的强制规定或禁止规定的行为,被害人或者其他公民没有容忍义务。

关于不法的性质,在理论界也有客观不法说与主观不法说两种解释。客观不法说认为只须行为在客观上具有违法性即可。主观说认为尚须侵害者具有责任能力,即主客观都违法才能成立正当防卫。争议的焦点在于可否对无责任能力人致人伤害的行为以及意外事

件,不可抗力,防卫过当行为实施正当防卫。

我认为对意外事件也可以实施正当防卫。理由如下:

意外事件,即行为人在实施某种损害社会的行为,必造成损害社会的结果时,主观上既无故意,也无过失。对于损害结果的发生,行为人没有预见,而且也无法预见。是刑法规定的排除犯罪性行为之一。意外事件中行为人对客观上所造成的损害结果无罪过这种行为不构成犯罪,不承担刑事责任的根据。但不是不能实行正当防卫的理由。

(1)意外事件常常是在猝不及防的情形下发生的,在极短的时间内,防卫人不可能在实践中也无法做到确切的判断在主观上有无罪过是否实行正当防卫。

(2)意外事件中有许多情况也常有侵害紧迫性的特点,它对合法权益的侵害往往也是在瞬间完成的。如果判断出其性质,而损害结果已经发生,就只有事后补救了,没有必要再实行正当防卫。违背了法律设立这一制度的初衷。

(3)对防卫过当不能实施正当防卫。防卫过当是正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的行为。防卫是否过当,只有在行为完成后才能确定,在正当防卫中,损害结果出现前,很难肯定防卫人防卫行为是否过当,而且不利与保护实行正当防卫权的公民的合法权益,也为不法侵害者进一步侵害防卫人提供了借口,极易形成恶性循环,同样理由也适用于无责任能力人和限制责任能力人的侵害。

(4)不法侵害不仅包括犯罪行为,而且包括一般违法行为,这个结论符合立法精神和防卫实践。因为违法行为与犯罪行为虽有本质的差别,但它们之间并非不可逾越的界限,它们之间只是量决定质的差别,相互可以转化。如果说不法侵害行为未达到犯罪程度就不允许正当防卫,那么公民的人身权利和财产权利就处于无保障的境地公民在不法侵害而前也无能为力,这显然不符合法律保护合法权益的意图。

(5)一般来说,不法侵害的行为人主观上具有故意的罪过形式对过失犯罪也不能实行正当防卫。过失犯罪的行为人虽然往往造成危害社会的后果,但行为人并不希望危害结果发生,所以在大多数情况下,可以通过很多办法提醒,帮助他避免危害结果的发生,再对其实施正当防卫也无意义。

3. 不法侵害行为具有侵害的紧迫性

不法侵害的紧迫性,是正当防卫条件量化的特征。由于正当防卫采用的是损害侵害者利益的方法,而反击不法侵害的行为,而不法侵害行为有不同的性质,不同种类之分,也有轻重缓急程度之分。事实上没有必要也不应允许不加选择的对一切不法侵害行为都实行正当防卫,只能对那些在紧急情况下,将会给特别重要的合法权益带来不可挽回的损害的不法侵害,即具有紧迫性的不法侵害,才能实行正当防卫。

不法侵害的紧迫性有迫切性、破坏性、现实存在性三层涵义。首先,指不法侵害刻不容缓,如不及时制止,便马上给合法权益造成损害。如在实践中,杀人、抢劫、强奸、伤害等暴力性案件。其次,不法侵害破坏性大,如不加以反击,就会给合法权益带来不可挽回的重大损失,第三,不法侵害是现实存在的,切切实实迫近并发生的,而不是假想的或推测出来的。如果由于行为人认识上的错误,把实践上不是不法侵害的行为误认为是不法侵害行为而进行防卫,造成他人无辜伤害的,不是正当防卫,而是假想的防卫,要根据具体情形确定其刑事责任。

如果不法侵害不具有迫切性,现实存在性与直接破坏性,那么不法侵害与所能造成危害结果的关系就不可能是紧密联系的,而是须经过一个过程,才可能产生危害结果,或者是不法侵害行为已经结束后才可能产生危害后果,这种情况下,对这种不法侵害行为可以向司法机关寻求保护的方法达到。如实践中用语言进行侮辱情节已经严重的行为,重婚行为等就不能进行正当防卫。

4. 不法侵害的现实性

侵害的现实性就是要求侵害应当是现在的侵害。即既非过去也非未来而是直接面临的或已经开始的侵害,包括侵害行为已经着手,正在进行。尚未完毕三种情况。如果对于过去的侵害加以报复或者唯恐将来受侵害而进行防卫,都不属于正当防卫。

侵害的现实性,对于侵害行为在一定时间内处于继续状态的继续犯或称持续犯而言,只要侵害行为所导致的不法状态还在持续中,就可以认定侵害现实性的存在。例如非法拘禁他人,非法侵入他人住宅,只要使他人的人身自由受到剥夺或限制以及他人住宅安宁权受到侵害的不法状态仍然在持续,就可以认定侵害的现实性。对于侵害行为实施对合法权益的不法侵害处于继续状态的犯罪形态,尽管不法结果已经发生。但如果仍然具有挽回的余地。那就可以认定侵害具有现实性。

侵害的现实性意味着不法侵害应当是实际存在的。真实发生的。否则就没有不法侵害,自然也就谈不上侵害的现实性,也就没有正当防卫可言,所以在不法侵害并不存在的情形下,误以为有侵害的而采取的防卫。就不能构成正当防卫,而是一种假想的防卫。对于假想防卫造成的损害,应当按照事实认识错误的原则进行处理。

侵害的现实性表明,正当防卫是有时间条件的。在侵害行为还不具有现实性的情形下,就不能进行正当防卫。所以不法侵害行为尚未开始时进行的所谓防卫,就不具有侵害现实性的要求。

那么设立防卫装置防卫将来可能发生的侵害,能否构成正当防卫?例如为了防盗而在家庭的围墙上架设裸露电网并通电,或者瓜农为了防盗而将靠近路边的西瓜注射剧毒农药等。这种防卫如果单从时间上来说和事前防卫相似,但它不同于事前防卫。事前防卫毕竟是防卫人积极主动地针对他所认为的侵害人进行的作为方式的防卫,而设立防卫装置防卫则是一种被动的方式(安装是主动方式)该装置不会主动发生作用在侵害成为现实性才会被动的发挥作用,或者说,该装置发生作用时,不法侵害正在进行。从此意义上说,它又同正当防卫有一致性。我认为,能否成立正当防卫的关键在于,其方法是否得当,主要是工具同防卫目的与结果之间是否相当,方法相当的就构成正当防卫,不相当就不能成立正当防卫。

5. 可制止性

“制止”从词义来讲有使其停止之意,可制止性就是指使不法侵害停止,或者有效的防止危害结果的发生,或者减少危害结果发生的可能性。

不法侵害行为通常是积极作为的行为,并且这种积极作为的行为往往带有暴力或侵袭的性质,肯定带有一定强度,如果一个不法侵害行为一经发生。危害结果随之造成即使实行正当防卫,也不能阻止危害结果的发生或者即时即地的挽回损失。这样的不法侵害行为没有可制止性,因而不能进行正当防卫。

同时也存在这样的情况,即使不再实行正当防卫,也不会再发生危害后果或者危害后果不再扩大。在这种时候,不法侵害虽然没有结束,危害结果也没有继续发生。如犯罪分子仍继续加害也已经失去了对不法侵害的可制止性,因而就不能对之实行正当防卫。

三、不法侵害的种类

不法侵害,可以根据其侵害的合法权益不同,可分为以下几类:

1. 对公共利益的不法侵害

我国刑法明确规定,保护公共利益免受正在进行的不法侵害是正当防卫的首要任务。我国的公共利益在现实生活中可以表现为:国家的军事国防利益,公共财产所有关系,社会主义社会的公共安全,稳定的社会秩序等。凡是危害到此类合法权益的不法侵害,均属于危害公共利益的不法侵害。

2. 对生命,身体健康的不法侵害

生命权和健康权是公民人身权利中最基本的最重要的权利,是公民行使其他合法权利的基础和前提。不法侵害的多数都是直接或间接的针对公民的生命和健康权利的。

3. 对人身自由的不法侵害

人身自由,也是公民一项重要的法定权利。在现实生活中经常发生非法拘禁或者其他妨害自由和侵害行为。

4. 对于名誉的不法侵害

名誉,是一个公民的社会地位和道德品质的象征,是人们进行各种社会活动所必不可少的。对名誉的不法侵害,行为的表现形式而言,又可以有书面的,言词的,暴力性质等等,并不是都可以实行正当防卫。由于防卫是针对现在的,急迫的不法侵害进行,因此,只有那些以暴力形式出现的损害他人名誉的行为才可以实行正当防卫,以书面,言词或秘密方式侵害他人名誉的可通过其他措施予以制止,无须正当防卫。

5. 对于财产的不法侵害

对于财产的不法侵害,表现在对合法财产所有关系的损害上面,又可分为对公共财产的不法侵害和对私有合法财产的侵害两种,具体表现为,抢劫、抢夺、盗窃、诈骗、敲诈勒索,故意损坏公私财务等行为。

四、结语

不法侵害只能与危害程度相结合来考察,并对不法侵害行为的特征作全面的动态把握,才能理解不法侵害的内在含义,只有通过这种动态的把握,才能为理论上真正解决正当防卫的种种问题打下一个坚实的基础。

不法侵害可以是一般违法行为。也可以是犯罪行为,但不问其危害性如何,不问不法侵害是否存在紧迫性和可制止性,就一律认为对不法侵害行为都可做出正当防卫,并不符合立法精神,在司法实践中也是有害的。当然对不法侵害的准确评定,有时只能在事后才能做出,因此在司法实践中就存在防卫人不法侵害行为的危害性及是否可制止性,紧迫性做出了不实际的判断的情况,此时就会产生防卫过当甚至于故意犯罪的行为。

参考文献

- [1] 马克昌著:《犯罪通论》,武汉大学出版社,1999版。