# 防卫过当和报复侵害的界限

崔永星　李健夫

《法学研究》一九八一年第一期刊登了金凯同志的《试谈正当防卫与防卫过当的界限》一文(以下简称金文),读了受到一定的启发。同时也感到金文在区分正当防卫和防卫过当的同时,虽然也注意了区分防卫过当和报复侵害的界限,但论述的观点和列举的案例我们有不同的看法,提出来与金凯同志商榷。

金文在阐述自己的观点时曾指出:"防卫行为的强度与侵害行为的强度相适应性,还表现在防卫行为在制止了不法行为的继续侵害以后,立刻应彻底终止其防卫行为。如果在制止其不法行为侵害之后,仍去加害不法行为人,甚至于将不法行为人致残致死,这显然是防卫行为强度与不法侵害的强度不相适应的表现"。为了说明这一观点,金文还列举了一个具体案例:"例如甲乙两个商贩因事吵架。甲先将乙打倒在地,乙被打倒后,顺手拿起一块石头,将甲也打倒在地。这时乙本应罢手,终止对甲的不法侵害行为的抵御。然而乙由于发觉手背被甲抓伤,鲜血直流,以及右腿伤痛不止,痛恨交加,随即又拿起石头将甲击毙"。据此,金文认为,"这种在不法侵害停止以后,防卫不能随即彻底终止的行为,显然不是正当防卫而是防卫过当"。

根据金文的上述观点和案例,我们认为,金文将不适时的所谓防卫行为和防卫强度混为一谈,又将不适时的所谓防卫行为与防卫超过必要限度混为一谈,进而得出一个结论,即不适时的所谓防卫行为是防卫过当的一种表现。这就混淆了报复侵害和防卫过当的界限,与我国刑法关于正当防卫和防卫过当的科学规定不相符合。就拿金文所举的案例来说,某乙显然是故意杀人,根本不是防卫过当。若按防卫过当来处理,势必放纵了犯罪。防卫行为一般都是在紧急情况下实施的,实施防卫的行为人对防卫强度往往来不及考虑,很难掌握法律所允许的必要限度,所以即使是过当的防卫行为,也规定了较轻的刑罚,"应当酌情减轻或者免除处罚"。这样的规定是非常正确的,有利于保护好人,打击坏人。而对报复侵害,行为人则可以容易做到防止发生,其行为并不是迫不得已而实施的,而是由他的主观思想支配的,是一种故意侵害他人的行为。因此,报复侵害不具有法定的减轻或者免除处罚的情节。所以报复侵害和防卫过当不论在性质上还是在应负的法律责任上都是根本不同的,必须严格加以区别。这不仅可以使人民群众既敢于用正当防卫的武器来还击不法行为的侵害,又能运用法律准绳来约束自己的行为,以维护我国法律的尊严,在司法实践中对准确定罪量刑也有重大的意义。

我们说金文在理论上的科学性值得探讨,首先是它对不该采取防卫而加害于人的行为和防卫强度没有加以区别,并且把二者看作一个东西。我们认为,这是不对的。防卫强度系指防卫行为对不法侵害的行为人加害的程度,是致残致死或者使其利益损害的程度。分析防卫强度要从防卫的手段和方式方法以及后果全面加以考察。在不法侵害已停止并未处在继续状态时,如果防卫行为人再加害不法侵害的行为人,这绝不是防卫强度的问题,而是一种报复侵害,至于是否构成犯罪则可视情节而定。有这样一个案例,某人受三个歹徒的抢劫,耳、鼻、口被打

流血，正在反抗防卫时，群众当场抓获一个歹徒，而某人一时气愤，打了这个歹徒一个耳光。我们说某人的行为显然是在防卫不适时的时候实施的，但其加害的强度远远小于不法侵害的强度，在这种情况下，我们能说某甲由于没有随着不法侵害的停止而彻底终止自己的防卫行为，进而说某甲的防卫强度与不法侵害的强度不相适应吗？当然不能。这说明，防卫是否适时和防卫强度都有特定的内涵，不能混淆。

其次，防卫是否适时和防卫是否超过必要限度是说明两个问题，而不是一回事。前者决定被害人的行为是否是防卫行为，后者决定防卫行为是否过当。比如不是针对不法侵害的所谓防卫行为和不是针对不法侵害行为人的所谓防卫行为，都明显地不属于防卫过当问题。那么不是以免受不法侵害为目的，而以使不法侵害人造成某种损害为目的，并且通过所谓防卫行为造成了予期的严重后果，这是不是防卫行为呢？我们认为不是。不可否认，正当防卫也要使不法侵害者受到一定的损害，但这决不是防卫行为人的目的，而是达到免受不法侵害的手段，所以防卫的目的也是衡量是否防卫行为的主要条件之一。至于防卫是否适时则说明防卫行为人在特定的时间内是否依法享有采取正当防卫的权利问题。不是在非法侵害正在进行的时候，为法律所保护的利益并没有受到直接的实际危害，任何人都不享有实施防卫行为的权利，如果以防卫为借口实施了侵害他人的行为就不是属于防卫行为。因而，防卫是否适时，也是确定是否防卫行为的主要条件之一，并不是认定防卫是否超过必要限度的内容。在确定是防卫行为的基础上，才可进一步分析防卫行为是否超过必要限度的问题，从而确定防卫行为是否正当的问题。所以我们说，不论是正当防卫还是过当防卫，首先都必须是防卫行为，否则任何以防卫为借口、非法侵害他人的行为，都要对所造成的后果依法承担全部责任。

再次，金文在论述自己的观点和分析案例的过程中，忽视了一个重要的事实，即事物的发展引起了质的变化。我们知道。任何不法侵害和与其相适应的防卫行为都有一个发生发展到结束的过程。在不法侵害正在进行的时间内，被害人所实施的防卫行为，不论是正当还是过当，并没有改变防卫的本质。即使防卫行为超过了必要的限度，属于防卫过当，构成了犯罪，但毕竟还是防卫行为。而防卫行为超过了必要的时限，即在不法侵害停止以后，防卫行为人继续加害不法侵害的行为人，性质就发生了根本的变化，使防卫行为走向了反面。由被动地防卫不法侵害的行为转变为主动的非法侵害他人。对此，金文也认为这无疑是一种有目的的故意犯罪行为。但是，金文这样的分析首先肯定了这种行为还是防卫行为。我们认为，这样的结论是不妥的。因为不论是不法侵害行为，还是随之而发生的防卫行为，作为那一对矛盾的过程已经完结了，新的矛盾过程又发生了。前一个过程只是后一个过程的起因，后一个过程又是前一个过程的继续。但后一个矛盾过程和前一个矛盾过程在性质上正好相反，前一个矛盾过程的被害人变成了后一个矛盾过程的不法侵害行为人。其行为的性质也由防卫行为转变为不法侵害。这样，造成严重后果的要负法律责任。在处理这类案件的过程中，虽然在犯罪动机上有值得从轻考虑的地方，但绝不能以防卫过当为理由减轻或者免除处罚。

总之，按照我国的立法精神，不论由于什么原因，只要不法侵害停止以后，被害人都要终止自己的防卫行为。对不法侵害行为需要给予惩罚的，应由司法机关给予制裁，包括追究刑事责任和判令赔偿经济损失。这才有利于矛盾的解决，有利于安定团结。否则，将助长报复性犯罪，失去关于正当防卫立法的意义和作用。