试论事后防卫

刘根菊

事后防卫(又称过时防卫、延缓防卫、迟误防卫),是不适时防卫的一种。不适时防卫属于非正当防卫,构成犯罪的应负刑事责任。因此,研究事后防卫的概念、特征、表现形式、罪过形式以及它与正当防卫、防卫过当的异同等,对于正确认定事后防卫的犯罪性质,准确地定罪量刑,有效地惩罚犯罪分子;对于预防和制止事后防卫犯罪案件的发生,鼓励广大公民同这种犯罪行为作斗争,都具有重要意义。

一

所谓事后防卫,就是指受害人在不法侵害行为结束之后不久对不法侵害者进行报复的一种侵害行为。

事后防卫具有如下四个基本特征:(1)事后防卫者是遭受过不法侵害的人;(2)事后防卫者是持故意心理状态实施报复行为的;(3)事后防卫的报复行为是在不法侵害行为结束后不久进行的;(4)事后防卫者报复的对象是对其实施过不法侵害的人。

以上四个条件只有同时具备,缺一不可时,方可构成事后防卫。否则,就不构成事后防卫。

事后防卫是在不法侵害结束不久的情况下实施报复的一种行为。已经结束的不法侵害行为,包括未实行到底而终止或者已经实施完毕造成了危害结果的行为。其中,未实行到底而终止,包括被迫停止和因被制止而丧失了继续侵害的能力以及自动中止行为等。事后防卫的表现形式,主要有如下四种:

第一,在不法侵害者自动中止不法行为之后实施的事后防卫。例如,张某将大茶藤(一种毒性很强的植物,又叫断肠草)放在中药里一起煎熬,准备将丈夫梁某毒死而另求新欢。但是,当想到这样做会造成儿女无人管、本人会被抓去坐牢时,便打消了毒死丈夫的恶念,将药全部倒掉。正在此时,被梁看见,梁问明情由,一怒之下,将妻子打成重伤致残。

第二,在不法侵害行为被迫停止(犯罪未遂)的情况下实施的事后防卫。例如,谢某与徐某有仇,一日,谢持刀砍杀徐,徐眼疾手快,夺下了谢手中的刀,将谢按倒在地,谢虽求饶,但徐不理,用夺来的刀将谢砍死。

第三,在不法侵害行为被制止,且不法侵害者已丧失侵害能力的情况下实施的事后防卫。例如,某夜,流氓刘某闯进陈某家中,意图强奸陈妻许某,正当刘侮辱许时,陈回到家里,见此情景非常气愤,从门后拿起一根木棒朝刘头上打去。刘受伤后倒在地上。这时,许虽明知刘已丧失反抗能力,但出于气愤,又朝躺在地下的刘头上猛打,将刘打死。

第四,不法侵害已经造成(行为已完毕),不法侵害者又没有再实行侵害的明显意图,在此情况下实施的事后防卫。例如,张

某于某日在大街上，碰到醉酒的余某，余大声喝令张："站住！"张不明所以，立即站住。余上前摘下张头上军帽。此时，余的朋友向张解释说："他喝多了酒，不要理他。"张从余手中夺过军帽，并斥责说："喝不得少喝点嘛！"余听后大怒，向张面部猛打一拳，致使张的口、鼻流血。余打张后，扬长而去。张擦去血迹，感到自己无故被打，愈想愈气，于是，向已离去一百米远的余追去，乘其不备，从后面猛踢一脚，将余踢倒在地，继之拳打脚踢，将余打成重伤。

二

事后防卫的罪过形式，就是驱使事后防卫者实施报复行为的心理状态。事后防卫的罪过形式有几种，刑法学界有不同认识。有的认为，事后防卫者实施事后防卫的罪过形式，只有故意，而无过失。① 笔者认为这种观点是正确的。不过，应当看到，事后防卫的罪过形式，多数是出于直接故意。所谓犯罪直接故意，就是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果并且希望这种结果发生的心理状态。例如，前面所说事后防卫的四种表现形式的案例中，事后防卫者所持的心理状态均属犯罪的直接故意。

在少数情况下，事后防卫者实施事后防卫是持犯罪的间接故意心理状态。所谓犯罪的间接故意，就是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，却放任这种结果的发生。例如被告陈某（女），曾与许某多次通奸。后来，陈拒绝与许来往，但许仍纠缠不休。某日，趁陈夫李某外出，许又跑到陈家，并脱了衣服躺在床上，适被李回家撞见。许逃跑未成，被李按倒，陈拿起扁担将许打倒在地，李又拿起杵棒将许踝关节打断。然后，去大队自首。许因双腿踝关节被打断，血液循环受阻，未能及时治疗而死亡。在此案中，首先必须肯定，陈、李二人的行为不属于正当防卫行为而属于事后防卫。因为，当李回家后，许已开始逃跑，强奸威胁已经解除，此时进行反击，显属事后防卫。其次，还必须看到，陈李实施事后防卫的罪过形式，是间接故意。因为，从他们打的部位看，是许的腿部和上肢，不是要把人打死，但是他们一而再、再而三地毒打许，并将许的踝关节打断，造成血液循环受阻死亡。这种心理状态是放任其死亡结果发生，完全符合间接故意犯罪的特征。处理该案的有关法院，认定陈和李是犯了故意伤害他人致死罪，以防卫过当论，免予刑事处分是不妥的。省高级法院，以不应视为正当防卫（但未指出属于事后防卫），而以故意伤害他人致死罪，援引刑法第134条的规定定罪判刑，并考虑到李主动投案自首情节，减轻处罚，这种判处是正确的。

有的同志认为，事后防卫者实行事后防卫，其罪过形式，除了故意以外，还有过失。笔者认为，在事后防卫案件中，事后防卫者的罪过形式，只能是故意，不可能是过失。因为，事后防卫是一种报复、泄愤的犯罪行为。实施这种行为的心理状态，就决定了他的罪过形式只能是故意，不可能是过失。

三

根据事后防卫的罪过形式和所造成的危害结果不同，按照主客观相一致和罪刑相适应的原则，对事后防卫者实施报复行为属于故意杀人的，可依照刑法第132条的规定，以故意杀人罪判处；对事后防卫者实施的报复行为属于故意伤害他人身体健康的，应依照刑法第134条第1款的规定，以故意伤害罪判处；对事后防卫者报复对方致人重伤或死亡的，应依照刑法第134条第2款的规定，和

① 《法学研究》1981年第4期，第30页。

1983年9月2日全国人大常委会颁布的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第1条第2款有关规定判处。

在司法实践中，对于事后防卫者在报复过程中侵犯数人的人身或其他权益的，应根据所造成的危害结果量刑；对于事后防卫者在报复过程中，实施数个犯罪行为具备数个犯罪构成的，应按数罪并罚原则判处；对于事后防卫者是二人以上共同实行报复行为的，根据刑法第22条和第24条的规定，按共犯原则处理，分别定罪量刑。

如果事后防卫者实施报复行为是受他人教唆的，在这种情况下，应根据刑法第26条规定，在追究事后防卫者刑事责任的同时，还应当追究教唆犯的刑事责任。

有人主张在给事后防卫者量刑时，应将被害人实施的不法侵害行为和因此使事后防卫者遭受的损失作为一个从轻情节。其理由是：第一，事后防卫者实施事后报复是由于被害人首先向他实行不法侵害才引起的；第二，被害人首先对事后防卫者实施不法侵害，造成了一定的损失，二者的损失可以抵消一部分。这种观点是不妥的。就第一条理由而论，被害人实施第一次不法侵害行为，并不必然导致事后防卫者实行报复行为，事后防卫者应当向公安、司法机关报告，请求他们依法惩办，这是法律所提倡和支持的。而搞事后报复是法律所不允许的，是违法的。就第二条理由而论，对他们各自的不法行为都应由司法机关根据行为造成的危害结果，依法分别处理。不能将二者行为造成的损害和损失互相抵消。因为，他们所遭受的伤害和应承担的责任是两个不同性质的问题，不能互相代替。因此，不宜将被害人开始实施不法侵害行为及造成的结果，看作是对事后防卫者量刑的从轻情节。如果把它作为从轻处罚的情节，从轻惩罚犯罪分子，无异于是对事后防卫者实行事后报复的宽容和支持，其社会效果是不好的。

事后防卫构成犯罪，那么，存不存在犯罪的预备、中止和未遂阶段？笔者认为，这种犯罪行为在事后防卫者持直接故意罪过的条件下，存在犯罪的预备、未遂和中止。对于某些事后防卫预备行为，若有确凿证据证明行为人是在为实施比较严重犯罪做准备，则可根据刑法的有关规定处理。例如，为了报复侵害过他的人而准备雷管、炸药等，则可以根据刑法第105条和第19条的规定判处。对于事后防卫犯罪未遂的，如事后防卫者在举刀杀人时，因他人阻止而未得逞，对此，可根据刑法第132条和第20条的规定判处。对于事后防卫犯罪中止，如事后防卫者偷偷把毒药放入被害人的食物里，事后怕造成多人死亡，主动把有毒食物全部倒掉，对此，可根据刑法第105条和第21条的规定判处。

四

在处理事后防卫构成犯罪案件过程中，要注意事后防卫与正当防卫的区别。正当防卫，是为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免遭正在进行的不法侵害，采用使不法侵害者人身或财产受到必要损失的一种合法反击行为。事后防卫，是指受害人在不法侵害已经结束之后，采取的一种报复侵害行为。从表面上看，二者有某些相似之处。例如，二者行为的引起，都是由对方的侵害行为造成的；二者的表现形式，都是给对方造成一定人身或物质损害结果。但是，二者有本质的不同。主要表现在：第一，从行为人的目的看，事后防卫者是为了报复；而正当防卫者是为了维护公共、本人和他人的合法权益。第二，从实施行为的时间看，事后防卫者是在不法侵害已经结束之后实行的；而正当防卫行为是在不法侵害行为正在进行时实施的。第三，从行为的性质看，事后防卫是法律所禁止的违法犯罪行为；而正当防卫是法律支持和提倡的一种合法行为。

明确二者的区别，具有特别重要的意义。它可以防止公民将事后防卫当作正当防卫，从而减少和制止事后防卫犯罪事件的发生；同时也有利于防止将正当防卫当作事后防卫，导致错捕错判好人，造成冤假错案发生。

事后防卫与防卫过当，从表面上看，有某些相似之处。例如，他们的行为都是在受到不法侵害之后实施的，二者的行为都属于犯罪行为。但是，也有区别。主要是：1.从行为人的主观罪过形式方面看，事后防卫是出于故意，而防卫过当绝大多数是出于过失；2.从判断二者行为性质的标准方面看，判断是不是事后防卫，要以行为人的行为是否迟于不法侵害行为为标准；判断是不是防卫过当，是以行为人的行为是否超过必要限度为标准，超过必要限度造成不应有危害的为防卫过当。在刑法学界和司法实践中，有的同志之所以把事后防卫误认为是防卫过当，正是由于他们没有掌握好二者的区别，把不法侵害行为结束之后进行加害的行为，当作防卫行为的强度超过了必要限度，因此，就认定为防卫过当。实际上，防卫时间与必要限度是两个不同性质的问题，二者不可混淆。正确认定事后防卫与防卫过当具有重要的现实意义。防卫过当行为，除了按刑法分则有关条文论处外，还要根据刑法第17条第2款的规定，酌情减轻或者免除处罚。若把事后防卫错定为防卫过当，就会轻纵罪犯；反之，把防卫过当错定为事后防卫，就会重罚罪犯，甚至造成量刑畸重，酿成错案。无论属于何种情况，这些做法都不符合罪刑相适应原则。

在事后防卫案件中，首先实施不法侵害的人，对事后防卫者实行的报复行为能否进行反击？其行为是否属于正当防卫？有的同志主张，不能进行反击。因为，他们是曾经实施过不法侵害的人；事后防卫者之所以实行事后报复，是由对方的不法侵害行为引起的。因此，首先实行不法侵害行为的人无正当防卫权，不应实行反击，应忍受对方进行报复造成的危害。倘若进行反击，这种行为不属于正当防卫。他们之间的行为类似互殴案件中的互殴行为，是不法行为对不法行为，无正当防卫可言，笔者不同意这种观点。因为，首先实施不法侵害行为的人，曾对他人的人身或财产造成危害。对此，若构成犯罪，应由司法部门依法追究刑事责任。他们对于公安、司法机关采取的侦查行为和强制措施，不能进行所谓的“正当防卫”。如果受到他人，其中包括受过其危害的人的事后报复，即事后防卫，他们可以进行防卫，只要其防卫行为符合正当防卫的条件，就应视为正当防卫。这与互殴案件不同，因为，互殴案件中双方的不法行为一直处于持续状态，故仍属非法对非法；而事后防卫案件中的首先实施不法行为的人的侵害行为已经结束，对于构成犯罪的，应由司法机关进行追究，任何公民，其中包括受过其危害的人，无权行使惩罚权。如果事后防卫者对其进行事后报复，其行为即构成了不法侵害，此时，先前实行过不法侵害的人就具有了进行正当防卫的前提，只要防卫不过当，就属于正当防卫，不负刑事责任。

某些事后防卫者狡辩说，他们受到不法侵害，即使是侵害行为已经结束，进行事后防卫也是理所当然的，合法的，不应追究刑事责任。我们认为这种观点是错误的，他们犯了法律上的认识错误，即行为人对自己的行为在法律上的性质和如何处置的认识有错误。他们把法律上认为是犯罪的行为，误认为是合法行为。虽然他们具有法律上的认识错误，但是，只要具备故意犯罪所要求的内容，就应按照故意犯罪判处。不能因他们认识不到是犯罪行为就不以犯罪论处。由此可见，对事后防卫者实施事后防卫构成故意犯罪的，不管他们本人是否认识到是犯罪行为，均应按犯罪论处。例如，1985年2月某

晚，某县城关乡旧县村农民赵某在北小营村偷了6头耕牛。北小营村党支部书记刘某闻讯后，立即组织人员携带铁锹、扁担、棍棒等乘130卡车一辆和三轮摩托车分两路追寻。乘130卡车的农民在村北面的公路上追上了赵，刘便令跟来的农民将赵捆绑送区派出所。这时，后来赶来的方甲、方乙和高某等人一哄而上，将赵某打倒在路沟里，并用铁锹、扁担、木棍乱打赵的臀部、腿部。方甲手持随身带来的半片剪刀，向赵的腿部连刺四刀，赵当即瘫倒在地，血流不止。这些人见状急将赵送往昌平医院抢救。由于流血过多，赵于次日凌晨死亡。方甲、方乙和高在追回耕牛的情况下，故意伤害他人致死，触犯了刑律。县人民法院根据刑法的有关规定，分别判处：方甲有期徒刑二年；方乙有期徒刑一年零六个月，缓刑二年；高有期徒刑一年零六个月，缓刑二年。我们认为，此案的判决是正确的。罪犯受到法律制裁是他们在不法侵害已被制止的情况下，故意对不法侵害者实行事后防卫（事后报复）而自食的恶果。尽管三名罪犯不懂事后防卫是犯罪行为，但司法机关决不会因为他们是不懂法的法盲而不追究其刑事责任。

在司法实践中，曾有这种情况，正当防卫与事后防卫混在一起，往往难以区分，因此，对事后防卫要用分阶段方法来分析才能弄清。例如，王某与李某之妻赵某有不正当男女关系，某日，李与王公开发生争吵，遂产生报复王之心。当晚李手持利斧到王的姐夫郑某家找王。郑开门见李手持利斧，即上前阻拦，李向郑肩膀、背部各砍一斧后，即向屋内冲去。王听到郑的喊叫声，便拿起一把铁叉在屋内提防。当李掀开门帘正欲进屋时，王一叉扎在李的前胸，接着又扎了数下。李当即蹲在地上，王又用铁叉扎了数下。此时，郑也用菜刀对李的头部砍了一刀。随后王让郑找出扎枪，又对李的后背扎了一枪，深达胸腔，李当即死亡。此案发生过程比较复杂，只有按阶段来分析才能弄清在哪一个阶段属于正当防卫，在哪一个阶段属于事后防卫。第一阶段，李持斧砍郑并欲砍王，已构成犯罪，此时，针对李“正在进行的不法侵害”，王予以还击，举叉连刺数下致李蹲在地上，这个阶段王的行为属于正当防卫。第二阶段，李由于被连扎数叉蹲在地上，已经完全失去了侵害能力，不法侵害已经过去，王与郑的正当防卫的条件已不存在。这时，王、郑二人本应将李扭送公安、司法机关，追究其刑事责任。可是，他们不但没有适时停止自己的防卫行为，反而采取更为激烈的手段，侵害对方。郑朝李头上砍一刀，并给王提供了杀人凶器扎枪；王用扎枪刺死李，均构成杀人罪。对于第一阶段的行为，因属于正当防卫，不负刑事责任；对于第二阶段的行为，因防卫不适时，即事后防卫，已构成犯罪，应负刑事责任。对于这类案件，在量刑时应考虑从正当防卫发展到事后防卫这种特殊情况，但是，决不能按照防卫过当判处。

有的案件，从案情的发展过程看，似乎可以分两个或几个阶段看，从某阶段看似乎是事后防卫，但是，从案情总体上分析，仍属于正当防卫行为的一部分。例如，何某回娘家，路遇王某，王见四周无人，便起强奸何之恶念。并拿出杀猪刀来逼何，何在没有办法的情况下、见前面不远的路边有一堵破墙，只好说：“那边有一堵破墙，到那边去吧！”两人来到墙边，正好有一个装满稀粪的池子。何急中生智，趁机用力将王一推，王被推进稀粪池。由于粪池比较深，王一边喊饶命，一边往上爬。但每次快要爬上时，都被何重新推下去，这样反复了几次之后，王已没有什么气力了，何才向村子跑去，一边跑一边喊：“抓流氓啊！”村里人闻讯来时王已被淹死粪池中了。对此案，有不同的看法。有的人说，此案可分为两个阶段，第一

（下转第48页）

公民人身权利当然重于公私财产权利；人身权利尤其是生命、健康等基本人身权利是公民行使其他一切权利的基础和前提。但这并不等于说，规定在前章的犯罪就绝对比后章的一切犯罪都更为严重，而要进行具体的分析与比较。例如，显然不能认为分则第四章里的故意轻伤害比第五章里的数额巨大或情节特别严重的盗窃、诈骗、贪污等犯罪的性质和危害程度更为严重。那么，抢劫罪与故意杀人罪的性质和危害程度孰重孰轻？抢劫罪的情况较为复杂，应当具体分析而不宜一概而论。第1款的抢劫罪，虽然同时侵犯财产权利和人身权利，但由于对人身权利的侵犯远较剥夺生命权利轻，因而从整体上看，普通抢劫罪的性质和危害程度无疑轻于故意杀人罪。第2款的抢劫罪在侵犯财产权利的同时往往也严重侵犯人身权利甚至生命权，就不好讲它的性质和危害程度在整体上一定轻于故意杀人罪；尤其是其中以杀人为手段的抢劫罪，不但与杀人罪一样故意侵犯生命权利，而且还同时侵犯财产权利，因而其性质和危害程度应当是重于故意杀人罪，而不是比后者轻。因此，把因抢劫而杀人定为抢劫罪，在定性上决不是轻于故意杀人罪，而是更加充分地揭露这种犯罪的本质、特征及其社会危害性程度。

关于抢劫罪第2款法定刑的轻重问题。按照我国刑法的规定，因抢劫而杀人定为抢劫罪，其法定刑是否轻于故意杀人罪？实际上并非如此。因为：（1）抢劫罪第2款与故意杀人罪的法定最高刑都是死刑，而且从最低刑上看前者更为严厉一些，故意杀人罪情节较轻的（也可包括已杀死人）最低刑为三年有期徒刑，抢劫罪第2款最低刑为十年有期徒刑；（2）抢劫罪第2款比故意杀人罪多一个"没收财产"的附加刑；（3）抢劫罪第2款包括了情节严重的或者致人重伤、死亡的多种情况，因抢劫致人重伤、死亡又都包含过失与故意造成。法定刑由轻到重排列正是为了适应危害程度不同的多种犯罪情况；因抢劫故意杀人无疑是其中最严重的情况，该款最严厉的刑罚当然主要是针对这种犯罪的。我们认为，从两个条文刑种刑度的轻重排列顺序来比较两种犯罪刑罚的轻重要有条件：一是二者规定的都应是单一的犯罪情况，二是二者的刑种、刑度要相同。抢劫罪第2款与故意杀人罪两个条文不具备这两个条件，怎么能通过比较法定刑排列的方式来比较二者刑罚的轻重呢？总之，我们认为，把因抢劫而故意杀人的行为定抢劫罪，不但是定罪正确的要求，而且在量刑上也符合罪刑相适应的原则。

（作者单位：中国人民大学法律系）

责任编辑：张永明

（上接第53页）

阶段，当王要强奸何，何在不法侵害正在进行时，机智地推王入稀粪池。王已失去侵害能力，并且求饶，此时，何的行为属于正当防卫；第二阶段，何见王往上爬，并且已知粪池深，可能淹死人，还几次往下推，这属于在不法侵害者失去侵害能力以后的事后防卫，构成故意杀人罪。我们认为，不能这么看。对此案应从双方力量对比和发展情况看。当何将王推入稀粪池后，王确实陷入困境。但是，还不能认为侵害行为的威胁已不存在。因为何若不继续推王，王爬上来后仍可实施侵害，包括打伤或杀死。何为了免遭侵害，几次推王下粪池，其行为属于防卫的继续。再从何的目的看，她跑去喊人抓流氓，这表明何无事后报复杀人的目的。因此，既不能认定何故意杀人，也不能认定何实施了事后防卫，而是正当防卫。

（作者单位：中国政法大学）

责任编辑：王敏远