

• 法律基础知识丛书 •

正当防卫与 紧急避险

高 格

福建人民出版社

法律基础知识丛书

正当防卫与紧急避险

高 格

福建人民出版社

一九八五年·福州

正当防卫与紧急避险

高 格

*

福建人民出版社出版

(福州得贵巷27号)

福建省新华书店发行

闽侯印刷厂印刷

开本787×1092毫米 1/32 4.5印张 94千字

1985年11月第1版

1985年11月第1次印刷

印数：1—47,500

书号：6173·10

定价：0.70元

前 言

统治阶级为了维护其统治，把危害统治阶级利益的行为规定为犯罪，并予以刑罚处罚。行为的社会危害性是犯罪的最本质的特征。如果某种行为对统治阶级的利益和统治秩序不具有任何危害性，那就不构成犯罪。犯罪的社会危害性反映在犯罪构成的诸要件的总和上。当一个人的行为具有犯罪构成诸要件，就说明这个人的行为具有社会危害性，即构成犯罪。但是，社会生活是非常复杂的，往往有这样的情况，有的人的行为，从表面上看似乎具有犯罪构成的诸要件，而实际上这种行为不仅不具有社会危害性，相反，却对统治阶级有利。这种行为非但不是违法犯罪行为，而且是法律所要保护的合法行为。例如，某妇女为了反抗犯罪分子的强奸行为，掏出枕头边的剪刀，扎了犯罪分子几刀，紧急中正扎在犯罪分子的心脏而致其死亡。该妇女的行为，从表面上看，似乎具有杀人罪的构成要件，实际上却是正当防卫的合法行为。又如某船长在航行中遇到大风浪无处避风，为了免遭翻船而命令将过重的物资抛入海中。该船长的行为，从表面上看似乎具有故意毁坏财物罪的构成要件，实际上却是紧急避险的合法行为。

上述这种表面上好似犯罪，而实质上不具有社会危害性，不仅不构成犯罪，而且是国家法律要保护的有益于社会的行为，在刑法理论上叫做排除社会危害性的行为，有的国家又叫免除社会危害性的情况或违法阻却行为。

排除社会危害性的行为有许多种，例如，正当防卫、紧急避险、执行法律、执行命令、执行职务、正当业务、被害人同意、行使自己的权利、自救行为等等。我国刑法明确规定了正当防卫与紧急避险这两种排除社会危害性行为，在实际生活中也经常发生这类案件，特别是正当防卫的案件。近几年报刊上发表了一些有关正当防卫的文章，有关紧急避险的文章很少。从发表的文章看，一方面在法制宣传中起到了积极的作用，使越来越多的人了解并学会正当防卫与紧急避险，使公共利益、公民本人或他人的合法利益免遭不法侵害。另一方面也反映出对理解、执行正当防卫与紧急避险问题上存在不少分歧意见，因而在一定程度上影响司法工作人员定罪与量刑的统一性与准确性，不利于同犯罪行为作斗争。同时也影响人民群众的认识不统一，容易产生两种倾向：一种是在不法侵害或危险状态下，畏首畏尾，裹足不前，不敢大胆地实行正当防卫与紧急避险，怕搞错了形成防卫过当或避险过当而承担刑事责任。另一种是随意地把非正当防卫与紧急避险行为当成正当防卫与紧急避险，滥用法律的有关规定。由于我们解释的不统一、不准确，也会在法律上给少数犯罪分子留下可钻的空子。他们往往把自己的伤害行为或杀人行为辩护为“正当防卫”或“紧急避险”与“防卫过当”或“避险过当”，企图为自己开脱或减轻罪责。因此，正确地阐述正当防卫与紧急避险，就具有重要的理论意义与实践意义。这也是本书写作的宗旨。至于其他排除社会危害性的行为，由于刑法没有明文规定，只好作为一章放在本书最后加以论述。

目 录

前言	(1)
第一章 正当防卫的起源与实质	(1)
一、正当防卫的起源与演变	(1)
二、正当防卫的实质	(6)
第二章 正当防卫的概念与意义	(12)
一、正当防卫的概念	(12)
二、正当防卫的意义	(16)
第三章 正当防卫的条件	(13)
一、侵害方面的条件	(21)
二、防卫方面的条件	(29)
第四章 正当防卫与非正当防卫的界限	(35)
一、防御行为与假想防卫	(35)
二、防卫挑拨与防卫不适时	(39)
三、互殴行为	(42)
四、“大义灭亲”	(44)
第五章 防卫过当及其刑事责任	(48)
一、防卫过当的概念与特点	(48)
二、防卫过当行为构成的犯罪	(51)
三、防卫过当的刑事责任	(55)
第六章 正当防卫案例研究	(59)
一、徐俊案件	(59)

二、朱子华案件	(61)
三、何惠案件	(64)
四、方涛案件	(66)
五、薛正案件	(68)
六、周大钧案件	(69)
七、赖正和案件	(70)
八、王正平案件	(71)
九、陈素芬、李树秋案件	(71)
十、贾迅等人案件	(73)
十一、范锁柱案件	(75)
第七章 紧急避险的起源与实质	(79)
一、紧急避险的起源	(79)
二、紧急避险的实质	(82)
第八章 紧急避险的概念	(85)
一、紧急避险的概念与特征	(85)
二、紧急避险在刑法体系中的地位	(88)
第九章 紧急避险的条件	(91)
一、紧急避险的危险条件	(93)
二、紧急避险的避险条件	(97)
第十章 紧急避险与非紧急避险的界限	(101)
一、紧急避险与犯罪的界限	(101)
二、紧急避险与正当防卫的界限	(103)
第十一章 避险过当及其刑事责任	(106)
一、避险过当的概念	(106)
二、避险过当的刑事责任	(110)
第十二章 紧急避险案例研究	(113)
一、刘国庆案件	(113)

二、王洪斌 案件	(114)
三、阮先富 案件	(115)
四、陈宪章 案件	(115)
五、李福金 案件	(117)
六、崔大虎 案件	(118)
七、李巧莲 案件	(119)
第十三章 其他排除社会危害性 行为	(123)
一、执行法律的行为	(126)
二、执行命令的行为	(126)
三、正当业务 行为	(128)
四、被害人同意的 行为	(130)
五、行使自己的权利的 行为	(131)
六、自救行为	(132)
后 记	(134)

第一章 正当防卫的起源与实质

一、正当防卫的起源与演变

在原始社会，人类就具有与一般动物不同的防卫本能，这种防卫本能，可以说是正当防卫的最原始的形态。人类的防卫本能之不同于一般动物的防卫本能，在于人类的防卫是在理性的支配之下，而动物则没有理性的支配，是受自然的支配。正如卢梭讲的：“在我看来，任何动物无非是一部精巧的机器，自然给这部机器一些感官，使它活动起来，并在某种程度上对于一切企图毁灭它或干扰它的东西实行自卫。在人体这部机器上，我恰恰看到同样的东西，但有这样一个差别：在禽兽的动作中，自然支配一切，而人则以自由主动者的资格参与其本身的动作。禽兽根据本能决定取舍，而人则通过自由行为决定取舍。因此，禽兽虽在对它有利的时候，也不会违背自然合它规定的规则，而人则往往虽对自己有害也会违背这种规则。”^①

当人类进入阶级社会以后，人类的防卫本能不再是自发的，而逐渐具有阶级的色彩。它不仅受到理性的支配，还要受到法律的约束，开始只是正当防卫的雏形，表现为一种具

^①卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，商务印书馆1982年版，第82页。

有合法性的私人报复行为，进而发展成为统治阶级的法律所赋予的或剥夺的一种权利行为，形成一种法律的制度。当统治阶级认为防卫行为对自己有利的时候，法律就承认这种权利；当统治阶级认为防卫行为可能危及自己的统治时，法律就会剥夺这种权利。由此可见，正当防卫行为，由个人的防卫意识，发展为以统治阶级为代表的整个社会意识，由私人报复行为，发展为关乎统治阶级利益的法律行为，这种演变不能不说是一种质的变化。

正当防卫由不成文法的习惯上升为成文法规定，也是一个重要的变革。作为不成文法的习惯表现的正当防卫，现无资料可考，作为成文法规定的正当防卫，则在古代法典中有明文记载。例如，在古代印度、希腊、罗马的法典里，有对自己生命、财产、名誉的不法侵害可以实行正当防卫的明文规定。雅典法规定，妻子与人通奸，丈夫有权当场杀死奸夫。罗马十二铜表法第八表第十二条规定：“如果夜间行窃，〔就地〕被杀，则杀死〔他〕应认为是合法的”。^①

我国古代就有正当防卫的规定。《尚书·舜典》中讲“眚灾肆赦”，有的学者认为其中包含了过失、正当防卫与紧急避险行为三种观念。“眚”是普通过失的意思，“灾”是灾害、不幸的意思，“肆”是缓或行的意思，“赦”是不为罪或减免刑罚的意思。“眚灾肆赦”的意思就是因天灾人祸而触犯罪刑，应该不认为犯罪或减免刑罚。日本刑法学家冈田亦认为“眚灾肆赦”兼有正当防卫与紧急避险两种意

①《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版。

思^①在《周礼·地官·调人》中说：“凡杀人而义者，不同国，令勿讎，讎之则死。”有的学者认为：“义，宜也”，“杀人而义者，即今日之所谓正当防卫及救护紧急危难之行为也。”^②《周礼·秋官·朝士》说：“凡盗贼军乡邑，及家人，杀之无罪。”就是说，侵害生命财产的人屯驻于城市或乡村，逮捕居民，如果有人加以杀死或伤害，都是无罪的行为。这实际是具体而微的正当防卫。^③

在封建社会，封建制国家的法律中也有正当防卫的规定。例如一六四九年俄国的会典中曾对正当防卫作了明确规定。^④我国封建社会的法律中，对正当防卫也作了比较系统的广泛的规定。秦始皇在春秋、战国长期战争之后规定：

“夫为寄猓，杀之无罪。”（《史记·秦始皇本纪》）意思就是成年男性只身为家不娶妻者，杀之无罪。^⑤《汉律》规定：“立子奸母，见，乃得杀之”（《公羊·桓公六年》注）意思就是继嗣的养子奸养母的现行犯，杀之不负罪责。^⑥《汉律》还规定：“无故入人室宅庐舍，上人车船，牵引人欲犯法者，其时格杀之，无罪”（《周礼·秋官·朝士》疏引郑司农注）意思是没有正当理由未经主人同意，进入室、宅、庐、舍、车、船这些居住的地方，侵犯人身自由的，当时打死是无罪的。^⑦北齐法律规定：“盗贼群攻乡邑及入人家

①—②见徐朝阳：《中国刑法溯源》（一），商务印书馆印行，第126—135页。

③蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第176页。

④《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第133—134页。

⑤—⑦蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第176—178页。

者，杀之无罪。若报仇者，告之于法而自杀之，不坐”（《隋书·刑法志》）。①《唐律·盗贼》规定：“诸夜无故入人家，笞四十。主人登时杀者，勿论。”②明清律除改杖八十外，其他与唐律同。《唐律疏议》在回答“外人来奸，主人旧已知委，夜入而杀，亦得勿论以否”的问题时说：“律开听杀之文，本防侵犯之辈，设令旧知奸秽，终是法所不容，但夜入人家，理或难辨，纵令知犯，亦为罪人。若其杀即加罪，便恐长其侵暴，登时许杀，理用无疑。况文称‘知非侵犯而杀伤者，减斗杀伤二等’，即明知是侵犯而杀，自然依律勿论。”③《唐律·斗讼》规定：“诸斗两相毆伤者，各随轻重，两论如律；后下手理直者，减二等。”《唐律疏议》解释“后下手理直”的意思是：“乙不犯甲，无辜被打，遂拒毆之，乙是理直。”④无辜被毆而进行反击，也具有正当防卫的意思。清律对唐律夜间防卫的规定，极具戒慎，在辑注中说：“然必是黑夜，必是无故，必是家内，必是登时杀死，方得弗论。有一不符，即当别论矣。”⑤

在资本主义社会，资产阶级刑法规定正当防卫的，最早要算一七九一年的法国刑法典。在该法典第六条中规定：“防卫他人对于自己或他人生命而为杀人行为时不为罪”。以后各资本主义国家刑法关于正当防卫的规定，均以此为蓝本。一八一〇年法国刑法典总则没有正当防卫的规定，而在分则中，加以规定。如第三百二十八条规定：“由于正当防卫自己

①—②蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第177—178页。

③—④长孙无忌，《唐律疏议》（三），商务印书馆印行，第57、88页。

⑤戴炎辉：《中国法制史》，三民书局印行，第61页。

或他人之迫切需要所为的杀人、伤害和殴击，不以重罪或轻罪论。”第三百二十九条的规定：“下列两种情形均视为迫切需要的防卫：一、在夜间因抗拒他人攀越或破坏住宅、家室或其附属物的围墙、墙壁或门户而杀人、伤害或殴击者；二、因防御以暴行实施犯罪的窃盗犯或掠夺犯而杀人、伤害或殴击者。”英国的刑事立法和一八四五年沙俄的刑事立法也无正当防卫的一般概念的规定，只在分则中针对某些犯罪作了规定。后来在一九〇三年的俄罗斯刑法典第四十五条中，才作了比较概括性的规定：“当防卫者自己或他人之身体或财产权益遭受侵害时，防卫者在抵抗侵害之正当防卫中所行之行为，不得论罪。”一九三七年的瑞士刑法典也作了概括性的规定：“任何人为反击对自己或他人之违法攻击或此种攻击之威胁所实行之适合该种情况的适当防卫，乃是正当防卫。”

当代资产阶级国家的刑法典多数在总则中规定了正当防卫的一般概念。如一九七六年的联邦德国刑法第三十二条规定：“（2）因排除对自己或他人之现在不法侵害，所为之必要的防卫，是为正当防卫。”一九六八年的奥地利刑法（总则）草案第三条规定：“对于现在或急迫违法之侵害，仅为防卫自己或他人之生命、健康、身体之完全性、自由或财产，不得已而为防御行为者，非为违法行为。”一九七九年出版的日本刑法第三十六条规定，正当防卫是“为防卫自己或他人的权利，对于急迫的不正当侵害而采取的出于不得已的行为。”

在社会主义国家的刑法中也规定了正当防卫。例如保加利亚刑法典第五条规定：“为了击退对政权或者对本人或者他人的人身或者财产的直接和非法的侵犯，在这种正当防卫

情况下实施的行为，不是危害社会的行为。”匈牙利刑法第十五条规定：“（一）凡直接的不法侵犯行为系对社会或公民的人身或财产所实施者，则对此种不法侵犯或胁迫无论防卫者本人或任何他人均得防止之。凡为防止不法侵犯所必要之行为认为正当防卫，应不处罚。”朝鲜民主主义人民共和国刑法第十五条规定：“虽然实施了刑法中所规定的罪行，但这种行为确实是为了防止对国家主权、或对自己或他人身体和权利的紧急的非法的侵害时，如果这种行为没有超过防卫的范围，不适用刑罚。”我国刑法总结了古今中外刑法关于正当防卫的立法经验，在第十七条中规定：“为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的正当防卫行为，不负刑事责任。”

从奴隶社会、封建社会到资本主义社会，虽其刑法对正当防卫的规定各具特点，反映的统治阶级的意志和保护的利益有所不同，但是由于上述各社会形态，都是剥削统治的社会，其刑法都是剥削阶级的刑法，所反映的都是剥削阶级的意志和利益，所以正当防卫的历史演变只有形式上的不同而无本质的区别，在本质内容上是一脉相承的。只有到了社会主义社会，正当防卫的实质才与剥削阶级统治的社会的正当防卫根本不同。

二、正当防卫的实质

正当防卫的性质问题有两层意思：一层意思是指正当防卫的阶级实质，另一层意思是指正当防卫的法律性质，这两层意思有联系但又有区别。资产阶级学者只谈后一层意思，

尽量回避和掩盖前一层意思。

在资产阶级革命时期，资产阶级及其思想家出于自身阶级的需要，反对封建专制，提出了许多进步主张，如“天赋人权”、“主权在民”、“三权分立”、“自由、平等、博爱”等。在正当防卫方面也提出一些主张，如格罗修斯根据自然法的理论，认为正当防卫是人类生来的权利；齐茨郎认为正当防卫并不是写成的，而是生成的法律；卢骚认为正当防卫条文乃是人的天然自卫权的恢复，这种权利是人在国家社会形成以前所持有的，只在国家社会成立后，人始依据社会契约将这个权利让给国家了；^①孟德斯鸠认为：“人在进行正当的自卫时有杀人的权利”，“在自卫的时候，我有杀人的权利，因为我的生命对我来说，犹如攻击我的人的生命对他来说一样”。^②资产阶级主张私有财产神圣不可侵犯，个人在生命、财产和自由遭受不法侵害时，可以实行正当防卫。资产阶级的这些主张，随着他们的政权的建立和巩固，在刑事立法中得到反映，并且宣扬关于正当防卫的规定是属于全社会的成员，既属于工人阶级又属于资产阶级，从而掩盖了正当防卫的阶级实质。

马克思主义告诉我们，在阶级社会中，由于各阶级经济上的不平等，决定他们政治上法律上都是不平等的，资产阶级提出的法律面前人人平等的主张是虚伪的，对于劳动人民是一种欺骗。在剥削阶级统治的社会，法律是剥削阶级意志的反映，法定的权利与义务是不平等的，被剥削阶级承担着各种义务，而享受不到应有的权利。正如恩格斯指出的：“如果说在野蛮人中间……不大能够区别权利和义务，那末

^①《苏联刑法总论》（下册），彭仲文译，大东书局印行。

^②孟德斯鸠：《论法的精神》（上册）第137页。

文明时代却使这两者之间的区别和对立连最愚蠢的人都能看得出来。因为它几乎把一切权利赋予一个阶级，另一方面却几乎把一切义务推给另一个阶级。”^①如在奴隶社会，奴隶是奴隶主的财产，是会说话的工具。他们承担着一切义务，却没有任何权利。他们的生命、健康、自由没有任何法律保障。对他们来说，无论遭受什么样的侵害，都是无权自卫的。而对奴隶主来说，法律是他们一切权利的保障。在他们的生命、健康或财产遭受侵害时，他们有权进行自卫反击或杀害侵害者。因此，奴隶社会的正当防卫是奴隶主的权利，是保护奴隶主利益、镇压奴隶反抗的一种法律制度。在封建社会，地主阶级与农民在政治、经济、法律上也是公然不平等的。当地主阶级成员的人身或财产权益受到农民侵害时，他们可以进行正当防卫；反之，地主阶级侵害农民的人身或财产利益时，农民则不能进行正当防卫，有时连向官府控告的权利也没有。因此，封建社会的正当防卫的阶级实质，也只是保护地主阶级权益和镇压农民反抗的一种法律手段。在资本主义社会，正当防卫是资产阶级的特权和护身法宝，而对无产阶级来说只是徒有其名。资产阶级在刑法典中规定正当防卫，是为了保护资产者的人身权利和财产权利。资产阶级可以利用军、警、宪、特，对要求自己合法权利的、手无寸铁的和和平示威或罢工行为的劳动群众，以正当防卫为借口，进行血腥镇压，可以为了保护私有财产而让小偷偷坐牢或干脆加以杀害。但是，对于一贫如洗的无产者来说，还有什么私产可以保护而运用正当防卫的权利呢？当然，一切统治阶级都懂得，为了巩固自己的统治，必须缓和同被统治阶级之间的矛盾，在法律上规定一些似乎有利于人民的条款。因此，当无

^①《马克思恩格斯选集》第4卷第174页。

产阶级同资产阶级的利益还没有发生根本冲突的时候，对于无产阶级和其他劳动群众来说，实行正当防卫才是有可能的，这样做也是有利于资产阶级的统治秩序的。

在社会主义社会，国家规定的正当防卫，与一切剥削制度下所有国家规定的正当防卫具有根本不同的阶级实质。社会主义国家是以生产资料公有制为基础，实行社会主义民主与法制，人民是国家的主人，国家利益（公共利益）与个人利益是统一的，不是对立的，因此保护公共利益与保护个人合法利益是一致的。当然，公共利益是全体的根本的利益，必须首先保护，没有公共利益，就没有个人利益，而不保护个人合法利益，也将会损害公共利益。社会主义国家的刑法规定正当防卫，就是为了制止对公共利益与公民合法利益的侵害。任何人只要遵守国家法律，其合法权利与利益都会得到保护；谁实施侵害国家利益、公民个人合法权益的违法犯罪行为，每个公民都有行使正当防卫的权利。在社会主义国家，权利与义务是真正统一的，不允许有只享受权利不尽义务的特殊人物。这也是正当防卫法律制度上体现的社会主义优越性。

就正当防卫的法律性质说，是要回答正当防卫行为为什么不构成犯罪并且不负刑事责任的问题。关于这个问题，资产阶级刑法学者有不同的理论主张：

1、必要行为说。又叫放任行为说。这种学说认为，正当防卫行为是两种法益之矛盾，即正当防卫方面的法益与侵害行为方面的法益不能两立，在事情紧急的情况下，来不及由国家权力机关加以干涉，只能由被害人自力救济，这是一种与紧急避险相似的放任行为，因而不构成犯罪，不能追究刑事责任。