

正当防卫与 紧急避险

附防卫术·

郭守权 何泽宏 杨周武

法学

群众出版社

正当防卫与紧急避险

(附防卫术)

郭守权 何泽宏 杨周武

法学室

群众出版社

1987年·北京

正当防卫与紧急避险

郭守权 何泽宏 杨周武

群众出版社出版 新华书店重庆发行所发行
四川省綦江县印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 印张12.25 字数154千字
1987年6月第1版 1987年6月第1次印刷

中国标准书号：ISBN7-5014-0006-7/D·3
中国统一书号：6067·296 定价：2.36元
印 数：00001—16,000册

内 容 提 要

人难免受侵犯，受侵犯就应防卫。人难免遇险，遇险就得避险。怎样防卫才正当？怎样避险才合法？这是每个公民必须学习的法律知识，是每个公、检、法、司人员难免实施和处理的法律课题。

本书分三部分。第一部分讨论了正当防卫的基本概念，演变历史，立法意义，构成条件，本质特征，适用范围，与故意犯罪、过失犯罪和防卫过当的区别；叙述了正当防卫的几种基本类型，辨认方法和处理原则；介绍了民警等的防卫方法（包括民警实行正当防卫的规定，使用枪枝、警棍、警笛、手铐、警绳和其它警械的规定），妇女防奸法。第二部分讨论了紧急避险的定义，法律渊源，应当具备的条件，若干责任问题和特殊问题及其立法原因。第三部分用大量的插图介绍了防卫术的基本概念和基本动作，讲述了对拳击、腿击、凶器的防卫，被偷、抢时的防卫，被抓、拿、抱时的解脱，单人对两人或多人人的防卫以及女子防身术。

本书语言流畅，实例生动，并配有300余幅插图，既是政法公安人员的专题参考书，又是广大公民学习法律和防卫术的普法教材。

目 录

第一部分 正当防卫	郭守权 (1)
第一章 概述	(1)
第一节 正当防卫的基本概念	(1)
第二节 正当防卫的演变历史	(7)
第三节 正当防卫的立法意义	(11)
第二章 正当防卫的性质特征	(17)
第一节 正当防卫的构成条件	(17)
第二节 正当防卫的本质特征	(22)
第三节 正当防卫的适用范围	(28)
第三章 正当防卫的区别界限	(34)
第一节 与故意犯罪的区别	(34)
第二节 与过失犯罪的区别	(40)
第三节 与紧急避险的区别	(46)
第四节 与防卫过当的区别	(50)
第四章 正当防卫的基本类型	(56)
第一节 自卫行为	(56)
第二节 援救行为	(60)
第三节 职守行为	(66)
第五章 辨认真正当防卫的方法	(72)
第一节 误认真正当防卫的原因	(72)
第二节 辨认真正当防卫的方法	(76)
第六章 进行正当防卫的方法	(82)

第一节	正当防卫的一般方法	(82)
第二节	人民警察的防卫方法	(88)
第三节	妇女防卫强奸的方法	(94)
第七章	处理防卫过当的原则	(99)
第一节	防卫过当的形成原因	(99)
第二节	防卫过当的刑罚原则	(105)
第八章	结束语	(112)
第二部分	紧急避险	何泽宏 (119)
第一章	紧急避险的定义	(120)
第二章	紧急避险的法律渊源	(129)
第三章	紧急避险应当具备的条件	(132)
第四章	紧急避险中的责任问题	(174)
第五章	法律为什么要规定紧急避险制度	(183)
第六章	有关紧急避险中的几个特殊问题	(187)
第三部分	防卫术	杨周武 (200)
第一章	防卫术的基本概念	(200)
第一节	易拉关节、薄弱部位	(200)
第二节	基本要素	(206)
第二章	防卫术的基本动作	(209)
第一节	防守	(209)
第二节	还击	(222)
第三章	防卫技术	(245)
第一节	拳击的防卫	(245)
第二节	腿击的防卫	(269)
第三节	凶器的防卫	(279)
第四节	被抓、拿、抱的解脱	(298)

第五节	被偷、抢钱包的防卫·····	(323)
第六节	对两人以上攻击的防卫·····	(339)
第七节	女子防身术·····	(357)

第一部分 正当防卫

第一章 概 述

第一节 正当防卫的基本概念

什么叫正当防卫？

正当防卫就是为了使公共利益、本人或他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的有限度的防卫行为。例如，为了避免抢劫犯正在进行的暴力侵袭而与之搏斗，以至杀伤或杀死抢劫犯；为了制止强奸犯正在实施的强奸行为而伤害强奸犯的身体等等，这些都是正当防卫行为，不负刑事责任。

正当防卫，就其行为的外部形式来看，客观上造成了对另一个人的杀伤或杀死的后果，好象是一种犯罪行为，但这种行为的目的，是为了制止正在进行的犯罪行为，这种行为的后果，是有效制止正在进行的犯罪行为的必要条件。因此，就其本质而言，正当防卫，不仅不能认为是犯罪行为，而且应当承认是一种合法行为，应当受到法律的保护和支持。我国刑法就作了这样的规定。

在我国刑法中，把正当防卫列入总则之中，作为第十七条加以明文规定。这是确定正当防卫行为为罪与非罪的一个重要标准或规格。正当防卫之所以具有这种作用，并不是毫

无根据的人为安排，而是根据犯罪构成的基本理论加以制定的。马克思主义的法学理论告诉我们，犯罪有两个基本特征：一是犯罪行为必须具有社会危害性；二是这种行为必须是依照刑法规定应当受到刑法的处罚。前者是犯罪概念的质的规定性，后者是犯罪概念的量的规定。质与量是不可分割的，缺一不可。这就是说，不具有社会危害性的行为，当然不能认为是犯罪，反过来，行为的社会危害性达不到刑法规定处罚的程度，同样不能认为是犯罪。其间，确定行为是否犯罪最本质的问题，是看行为是否具有社会危害性。所谓行为的社会危害，不是指行为对某一个人或某一些人的触犯，而是对整个社会利益的侵害。因此，不能看行为所采取的形式，而应看行为的性质。正当防卫就是从行为的性质着眼来区别行为罪与非罪的，所以必须把它载入总则中的犯罪这一章。

之所以要把正当防卫作为区别行为罪与非罪的标准、规格，也不是人为的创造，而是由于它自身的特定性质所决定的。我们知道，在司法实践中，有些行为从手段上看是合法的，可事实上却是犯罪的；有些行为从方式上看是“犯罪”的，但事实上并不具有社会危害性，相反，倒是有益于社会。正当防卫就属于后面这种情况。形似犯罪而实为非罪，是正当防卫的特殊本质所在。“每一种社会形式和思想形式，都有它的特殊的矛盾和特殊的本质。”（《毛泽东选集》第1卷，第297页）如果不研究矛盾的特殊性，不把矛盾的特殊性从普遍性中区别出来，就不能认识具体的事物。也正因为是这样，所以必须把正当防卫这一特殊的合法行为，从普遍性的合法行为中区别出来，作为一个衡量行为罪与非

罪的标准、规格，从而写入刑法的总则之中。

由于正当防卫是一种特殊的矛盾，因此，在法学领域中，把它作为一种刑法制度加以研究。我们知道，刑法是由总则和分则两大部分组成的。总则条文的内容都是一般性、原则性的规定，比较抽象和概括，对分则起着指导作用。总则和分则的关系，是一般与个别、抽象与具体的关系。只有善于把总则的规定和分则的规定有机地结合起来，才能成功地处理一个案件。在总则中，正当防卫是一个不可缺少的方面。这个方面，从人的行为上体现了主观与客观相统一的原则，体现了犯罪构成的基本理论。如果离开了这个方面，即不考察正当防卫这一特定的行为性质，单纯以行为的损害结果来衡量行为的罪与非罪，那么就会导致“客观归罪”的现象产生，从而违反以事实为依据、以法律为准绳的原则。

在刑法理论中，正当防卫这一刑法制度的一个重要课题，就是不处罚正当防卫的学说。马克思主义刑法学认为，正当防卫行为是缺乏社会危害性的行为，是有益于社会的行为。马克思主义刑法学关于不处罚正当防卫的学说，与资产阶级刑法学者所赞同的“违法阻却说”有着根本的区别。资产阶级刑法所说的“社会危害性”，是指对资本主义制度和资本主义社会的危害性。也就是说，是对少数垄断资本家及其代表人物的利益的危害性。这种所谓的“社会危害”实际上对社会利益并没有什么危害。马克思主义刑法学所指的社会危害，是对社会主义制度和社会的危害，即对无产阶级和广大劳动人民利益的危害。马克思主义刑法学对正当防卫行为性质的认识，也就是从社会主义制度出发的。在我们国家

里，社会主义制度决定了社会利益与个人利益的统一性和一致性。国家、集体、个人三者之间，没有根本的利害冲突。所以，尽管正当防卫行为在某些情况下，对不法行为者造成某些危害，但对整个社会则是有益的。

正当防卫行为被确认为缺乏社会危害性行为的另一原因，是行为人主观上不具有罪过。正当防卫行为的目的是制止不法侵害，即制止犯罪行为的发生，行为人的行为是维护法律的正确思想的反映。只要没有防卫过当，就谈不上主观上的罪过。而我国刑罚处罚的目的，是为了预防犯罪、减少犯罪以至消灭犯罪，通过处罚改造犯罪人的主观思想。因此，对无主观上的罪过的行为人，根本就不存在对犯罪思想的改造问题，也就不能进行处罚。否则，就失去了处罚的本来意义。实际上，正当防卫行为的行为人，不仅没有主观上的罪过，相反却是共产主义道德风尚和革命精神的表现。同违法犯罪作斗争，对社会上的每个成员来说，不仅仅是法律规定上的义务，同时也是道德上的义务。实施正当防卫行为，以制止违法犯罪，毫无疑问，应当受到法律的保护，而不应受到刑罚处罚。

正当防卫是在刑法部门中，依据法律规范调整人们之间在行为方面的社会关系的一种法律制度。它在刑法理论中独占鳌头，通称为正当防卫制度。把正当防卫这一刑法制度作为一个专题加以研究，在刑法理论上仍然在进行探索。虽然它仅仅是一个特定的刑法制度，但它的研究范围却是相当宽广的。就其对内范围而言，从横的方面看，在刑法体系中，它与紧急避险一样，因行为缺乏社会危害性而不负刑事责任，而存在于刑法总则之中，乃是从行为人主观上加以考察

的一个重要方面；从纵的方面看，从它的制定到它的实施，需要从注释法学、立法学和法律社会学的角度进行解剖，从理论法学和应用法学的角度进行分析。就其对外范围而言，它不仅要遵循刑法学中关于犯罪构成方面的基本理论，而且还要涉及到哲学、社会学、心理学、政治学、伦理学等与人的行为有关的各种学科。这些不同的学科，在对正当防卫行为的认识中，各有各的作用。这种情况并不排斥正当防卫的法律范畴性质，而是表明它具有边缘学科的特征。

正当防卫，不仅在刑法理论中占有重要地位，而且有它的实践意义。在现阶段，虽然阶级斗争依然存在，但毕竟不是我国社会的主要矛盾，全国工作的重点已转移到社会主义的四化建设上，政治经济形势发生了深刻变化。因此，不需要也不应该象过去那样，靠运动来推动生产力的发展。而应当在人民民主专政下，使人民在社会主义法制规定的秩序中正常生活，使人们的社会主义生产积极性得到最大限度的发挥。马克思指出：“现在存在着的个人的生产关系也必须表现为法律和政治的关系。”（《马恩全集》第3卷，第421页）这种法律的和政治的关系，又体现在人与人之间的行为交往之中。要使生产关系适应生产力的发展，上层建筑适应经济基础的变化，必须运用法律规定来调整人与人之间的行为关系。法律规定同道德规范一样，是人们政治生活的行为准则，所不同的是法律规定带有极大的强制性罢了。人们在法律规定许可的范围内，通过正当防卫的方式打击敌人和惩罚犯罪，保护人民，这既是公民的民主权利，又是公民的神圣职责。如果没有正当防卫的法律规定，不仅使公民自身的人身权利和其他合法权益得不到保障，更重要的是同

犯罪作斗争的正义行为得不到支持。其结果，法律武器束之高阁，不能为广大人民群众掌握利用，势必会否定制订刑法的全部意义。

正因为正当防卫有着极其重要的实践意义，所以在司法实践和政治生活中，对它的学习和应用是不可忽视的。要深刻理解正当防卫的含义，不能从概念到概念，而应结合实际生活和具体案例加以学习和领会。正当防卫这一理性概念本来就是从实践中抽象出来的，是对实践的概括和总结，离开实践是无法认识的，这是其一。其二，正当防卫乃是人的行为中的一种行为方式，不可能不与其他行为方式相联系。没有比较就没有鉴别，如果不与其他行为方式相比较，仅就事论事，是永远不能真正理解正当防卫的。其三，正当防卫作为一个法学范畴，同整个刑法一样，是一定历史阶段的产物，随着社会的发展而发展，并随着国家的消亡而消亡。因此，要从历史发展的角度认识现阶段刑法规定的正当防卫，就必须把握政策与法律、道德与法律、纪律与法律、理想与法律的辩证关系。

我们认为，正当防卫，无论是在刑法理论上，还是在司法实践上，都有极其重要的意义。它是人们经常遇到的、至关重要的、亟待解决的法律课题。它包含着丰富的社会实践与深刻的立法意图。要把它适用到各种纷繁复杂的案件或事件，使之不失本意地与具体实际情况相结合，就必须对它有一个正确的解释。在解释中，必须做到文字简括，逻辑严谨，表达准确。在这里，没有高度的责任感和求实的科学态度，显然是不行的。不过，为了向读者介绍这方面的法律常识，不妨在本书中加以尝试。本书从它的制定到实施，从解

释到适用，从理论到实践，作了比较系统的说明。这个说明性的读本，顶多也只能属于法理解的范畴，在法学上叫做非正式解释或无权解释，没有适用的法律效力。希望本书能抛砖引玉，启迪人们的思想，增强对正当防卫的法制观念和法律知识。

第二节 正当防卫的演变历史

我国刑法关于正当防卫的规定，是从我国实际出发，吸取国内外法制史上有益的经验而制定的。正当防卫作为一种制度明确在刑法的总则之中，是有一个演变和发展的历史过程的。它同刑法中的其他规定一样，不是哪一个人或哪一个国家制造发明的，而是经济基础的反映，是一定历史阶段的产物。这正如马克思所说，立法者“不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律。”（《马克思恩格斯全集》第1卷，第183页）。

正当防卫制度产生于何时，资产阶级刑法学者的意见是有分歧的。有的认为正当防卫是一种最古老的法律制度。他们认为反击紧迫的侵害行为，是属于人们保存自己的本能问题，是自然法的一种现象。也可以说，是个人复仇习惯的继续和发展，是不被书写的法律，即所谓自然的法律。另一些人则认为，正当防卫作为一种阻却违法的事由，乃是比较近的事情。

马列主义的法学观点认为，正当防卫制度的产生，有一个历史过程。它随着国家的产生而产生，随着社会生产力的发展而发展。对它的考察，必须从历史上着手。正如列宁所说，“考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生，

在发展中经过了哪些主要阶段，并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”（《列宁选集》第4卷，第43页）只有历史地考察正当防卫的形成与发展，才能得出正确的答案。

据史料记载，我国从公元前二十一世纪开始进入奴隶社会。其中在夏代就已出现刑法，所谓“夏有乱政，而作禹刑”就是明证。夏代的刑法，由于史料不足，难以确凿考证。但有史料证明，在奴隶制社会里，奴隶主杀伤杀死反抗的奴隶，是“上顺天理”、“下顺民情”的行为规范。在奴隶与奴隶之间、奴隶主与奴隶主之间，如果在争斗中杀了人，允许被杀者家属对杀人者进行复仇。这些成文或不成文的法律规定，具有极大的野蛮性和愚昧性，是一种“复仇”行为，显然不能与我们现在所讲的“正当防卫”相提并论。但应看到这些“行为规范”、“特许规定”，毕竟为后世对正当防卫的提出，奠定了基础。

在我国刑法史上，对正当防卫有明文规定的刑律，是公元六二四年颁布的《唐律》。《唐律》规定：“诸夜无故入家者，笞四十。主人登时杀者，勿论。若知非侵犯而杀、伤者，各以斗、伤者论。”唐朝的政治思想家柳宗元，在为百姓莫诚给观察史的上书中，也陈述过正当防卫的思想。百姓莫诚为救其兄，用竹竿刺伤了殴打其兄的人，结果这人在十二天后死了。据唐律规定，用器物伤人，使受伤者在二十天内死亡的，应按杀人罪论处。柳宗元认为按此规定处理莫诚不妥，上书观察史说，莫诚急于解救其兄，没有预见其行为的后果。救兄是解人危难的正当行为。所伤侵犯人之右臂，又非致命部位，其不幸死亡并非行为入本意，所以，应该谅

解。足见我们国家在封建社会时期就有关于正当防卫的思想认识。

在世界刑法史上，对正当防卫有明文规定的刑法，乃是公元前五世纪古罗马的《十二铜表法》。在铜表法中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。”之后，公元五至六世纪法兰克王国的《萨利克法典》为代表的、通称为“日耳曼法”的法律中，也规定了反击侵害人们人身权利的正当防卫行为。捷克最早的刑法也曾规定，当场拿获盗贼的，可以将盗贼杀死而不受处罚。阿拉伯的伊斯兰教法规定，在自卫及保护自己的财产或另一人之生命、财产时的杀伤行为，不受处罚。但这些规定对正当防卫制度来说，毕竟是不完备的、不准确的，以致与受害者的报复行为相混淆。

实际上，正当防卫作为一种刑法理论、原则或制度而加以明确，则是十三世纪以后的事情。中世纪后期神圣罗马帝国制订的《加洛林纳刑法典》，才明确规定了正当防卫的概念。但这个法典所允许的防卫范围是非常有限的，只用于侵害生命和身体的情况。后来，法国接受了这种理论，并明确规定在一七九一年和一八一〇年的刑法典中，从而成为近代刑法关于正当防卫规定的渊源。但当时所作的正当防卫规定并未纳入刑法总则，而仅仅限于分则之中。如第三百二十八条规定：“由于正当防卫自己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盗窃犯

或掠杀犯而杀人、伤害或殴击者。”除法国外，诸如比利时、埃及等国的刑法，也是把正当防卫写在分则之中。

从各国刑法规定来看，把正当防卫从刑法分则的个别规定演变为刑法总则的一般原则，是十八世纪末期德国刑法学者的成就。其中，费尔巴哈的主张就曾起过不少作用。一八七一年德国统一时所制定的刑法典中，第五十三条规定：“（一）由于正当防卫而不得不为的行为不罚。（二）自己或他人遭受现在和不法的侵害时，为了抗拒侵害所必要的防卫称为正当防卫。（三）行为人如在混乱、恐惧或惊悸中超过正当防卫的限度时，其超过正当防卫的行为不罚。”德国一八七一年刑法典关于正当防卫的规定，成为后来许多资本主义国家刑法规定正当防卫制度的蓝本。

综上所述，正当防卫的法律思想、法律制度，在封建社会甚至在封建社会之前就已经产生了。不过当时的正当防卫规定，仅仅是在生命或身体遭受侵害时，才允许受害人实施防卫行为，并且这种防卫行为具有“同态复仇”的性质。实质上是统治阶级镇压被统治阶级的一种私刑权。到了封建社会末期，资产阶级的一些思想家，为了反对封建专制制度，维护资产阶级的权益，才提出了正当防卫的理论、制度。他们把正当防卫视为天赋人权。孟德斯鸠和卢梭等人公开宣称正当防卫是人类生就的权利。从法律思想方面号召与支持资产阶级反对封建专制的革命斗争。所以，尽管当时的正当防卫规定为资产阶级所掌握利用，但毕竟在历史上曾起过进步作用。到了现代，正当防卫已成为各国刑法所公认的原则和一种普遍的法律制度。所不同的是在不同社会制度的国家刑法里，正当防卫的性质和作用有别而已。在资本主义国家