

# 浅谈唐代正当防卫制度

徐 丽

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

**摘 要** :本文通过重点分析唐律中有关正当防卫的规定,并简要介绍相关规定的历史发展情况,以期管中窥豹,展现我国唐代正当防卫制度之原貌。

**关键词** :正当防卫;唐律

**中图分类号** :K24

**文献标识码** :A

**文章编号** :1003-949X(2011)-05-0036-01

## 一、“防卫夜无故入人家者”

通说将我国古代固有律中关于“防卫夜无故入人家者”视为相当类似于今日刑事立法上的“正当防卫”的典型例证。《唐律·贼盗》第22条“夜无故入人家”规定：“诸夜无故入人家者，笞四十。主人登时杀者，勿论，若知非侵犯而杀伤者，减斗杀伤二等。其已就拘执而杀伤者，各以斗杀伤论，至死者加役流。”

“主人登时杀者，勿论”，此规定理论上与我国现行法律中的正当防卫规定相类似，但却显得过于粗糙。“若知非侵犯而杀伤者”，按照现代法律之理念，此规定乃言明，无防卫意图情况下，而杀伤夜无故入人家者，要追究刑事责任。对于“若知非侵犯”，由《唐律疏议》进一步的解释可知：“老人、小孩、有疾者（残疾、废疾）及妇人”这四种人，是不具备“完全责任能力”的人，故推定为“不能侵犯”，因而不能作为正当防卫的对象。指主人明知对方是因为迷路、醉酒而误入，是“并非侵犯”。对于“外人来奸，主人旧已知委，夜入而杀，亦得勿论以否”，《唐律疏议》解释时指出：“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，理或难辩，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。”也就是说，主人虽已知外人来奸的原委，但由于夜入人家，为防不测的暴力侵害，仍可实行正当防卫。根据《唐律疏议》的规定，如果夜入人家者已被擒获，并被捆绑等使之无法对主人构成威胁，即已不具有人身危险性，此时，如果主人还要将他杀伤，则该行为不具备防卫性质，因而必须依斗殴杀伤人的罪来处分。

## 二、“两相殴伤”时的防卫

《唐律·斗讼律》第9条“两相殴伤论如律”规定：“诸斗，两相殴伤者，各随轻重，两论如律。后下手理直者，减二等。（至死者，不减）。”对于“后下手理直者，减二等”《唐律疏议》进一步解释：“假甲殴乙不伤，合笞四十；乙不犯甲，无辜被打，遂拒殴之，乙是理直，减本殴罪二等，合笞二十。乙若因殴而杀甲，本罪纵不至死，即不合减，故注云‘至死者不减。’高绍先先生认为此条乃“对自身利益的防卫”。戴炎辉先生也认为属于唐律中关于维护个人人身安全的“正当防卫”规定。对此，学者桂齐逊解释说，人人皆有自我防卫的本能与权利，若“无辜被打”，很自然地“遂拒殴之”，因此“反下手而理直者”，唐律规定可以“减二等处分”，此立法精神，实与现行“刑法”“正当防卫”概念颇有类似之处，是毋庸置疑的。笔者认为此规定乃唐代之“正当防卫”，只因理念不同，故仅为减轻处罚，而不似当今之排除犯罪之事由，但不能因此否定其立法理念与正当防卫精神之吻合。“至死者，不减”；说明法律对防卫过当的处理原则。因为侵犯一方只是殴打，并无杀害情节，乙虽是拒殴，但将人杀伤，超过必要限度，造成不应有的损害，所以不能减等”。

对于“尊卑相殴，后下手理直得减，未知伯叔先下手殴侄，兄妹

先下手殴弟妹，其弟、侄等后下手理直，得减以否”根据《律疏》解释可知，卑幼殴尊长，殴即有罪，然卑幼殴尊长，一般的殴打不够罪，即使重伤仍不追究，只有尊长殴卑幼致死才构罪。如此，被殴致死的卑幼当然地，在尊长面前无正当防卫之权利了。

## 三、“祖父母为人所殴击”时的防卫

通说主张“诸祖父母、父母为人所殴击，子孙即殴击之，非折伤者，勿论”之规定，与当今正当防卫的规定相类似，为唐代正当防卫规定之典型例证。《唐律·斗讼律》第34条“祖父母为人殴击”条规定：“诸祖父母、父母为人所殴击，子孙即殴击之，非折伤者，勿论。折伤者，减凡斗折伤三等。至死者，依常律。谓子孙元非随从者。”

这就是说，当祖父母、父母被他人殴击，并非原本跟随的子孙为保护或解救祖父母、父母之危难，因而出手还击他人，没有造成肢体折伤的情况下，不论罪。若造成对方肢体折伤的，减凡斗伤三等论罪。若造成对方死亡的，仍依一般杀人罪处分。

## 四、第三人对待定现行犯的防卫

《唐律·捕亡律》第3条“被殴击奸盗捕法”规定：“诸被人殴击折伤以上，若盗及强奸，虽傍人皆得捕系，以送官司。捕格法，准上条。即奸同籍内，虽和，听从捕格法。”也就是说，对于致人重伤、强盗、盗窃及强奸的犯罪，允许被害人以外的任何人进行正当防卫，具体而言，不仅仅是被害人可以立即捕系现行犯，即使是被害人之亲属，皆得捕系犯罪人，然后再解送官府。若犯罪人拒捕，则可以比照“罪人持杖拒捍”的规定，即使将犯罪人杀死，亦不问罪。所谓“捕格法，准上条”，那么，针对“傍人皆得捕系”的特定现行犯，追捕者即享有“罪人持杖拒捍”条中所言的“官人”的权利。当然，对“已就拘执”而杀或“折伤”的，恐怕属于事后防卫，即防卫不适时，而“不拒捍而杀，或折伤之”则属于防卫过当，即超过必要之限度。故“各以斗杀伤论”定罪处罚，对于“用刃者”，考虑主观恶性，故“从故杀伤论”，对此，似乎也体现着现代的罪刑相适应原则，其合理性自不待言。

唐代第三人对特定现行犯的防卫，实际只是发展至宋代。其后的金、元、明、清已完全将其改变，发展为“杀死奸夫”的规定，有学者将此列为“对奸淫行为的防卫”。

## 参考文献：

- [1]桂齐逊《唐律与台湾现行法关于“正当防卫”规定之比较研究》《中西法律传统》2008.
- [2]长孙无忌《唐律疏议》中华书局，1983.
- [3]戴炎辉《唐律通论》，台湾国立编译馆，1964.
- [4]高绍先《法史探微》，法律出版社，2003.

责任编辑 邓文巧

收稿日期 2011-4-1

作者简介：徐 丽(1985—)，女，新疆人，厦门大学法学院刑法学硕士生，研究方向：法学。