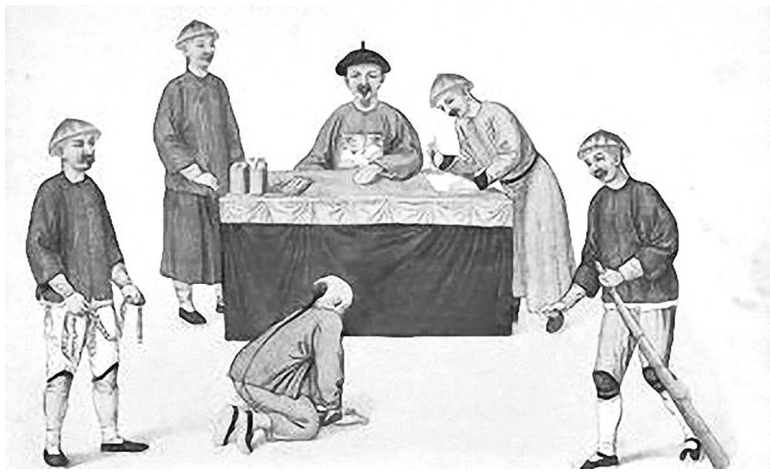


随着电影《第二十条》的热映，正当防卫再度成为人们热议的话题。

虽然我国古代并无关于正当防卫的一般性规定，在漫长的历史进程中，仅形成了一些零散的正当防卫条款。但追溯其历史渊源，不仅有利于我们更好地理解当下的防卫权，也可以为我国正当防卫制度的实践应用、疑难化解和发展完善提供历史借鉴。



资料图片

## 古代复仇与无限防卫

有人认为，正当防卫的理念起源于古代盛行的“复仇”制度，其根据是，不管是正当防卫还是古代复仇制度，都源于“人人都有义务容忍他人之不法侵害”这一理论。在古代，替受侵害的父兄复仇是为人子为人兄弟的义务，《礼记》记载：“父之仇，弗与共天；兄弟之仇，不反兵。”“杀父之仇，不共戴天”反映的是一种朴素的正当防卫的思想。在私刑盛行的春秋战国时期，国家允许个人复仇，在履行一定的诉讼程序后，亦视为无罪。如《周礼·秋官·朝士》规定：“凡报仇者，书于士，杀之无罪。”

从本质上说，古代复仇制度和正当防卫都是以私力救济的方式对不法侵害的反击，针对外来的不法侵害，防卫和反击是出于人类自我保护的本能。只不过在时间先后上，正当防卫是实施于不法侵害正在发生或正在进行之时，而复仇却没有时间上的限定条件，即所谓“君子报仇，十年未晚”。随着人类社会的不断发展和人的社会属性的日益增强，防卫行为逐渐摆脱了本能的自发性，而具有了社会属性：当防卫行为逐渐为社会成员所认可，并符合社会秩序之时，立法者便会以法律的形式承认这一“复仇行为”的正当性。此时，防卫行为不仅受到人的理性的限制，更要接受法律的制约。防卫行为由私人间的复仇行为逐渐发展到接受社会规则和法律制约的正当防卫制度，是人类理性和法制发展日益成熟完善的表现。

而正当防卫的思想在复仇合法化的时代也慢慢生成，并发展出无限防卫规则。有观点认为，《尚书·舜典》中的“眚灾肆赦”是我国古代关于正当防卫的最早记载。“眚灾肆赦”，意思是躲避现时的危难，因不幸而触犯刑罪，应当予以

赦免。这带有正当防卫不可罚以及无限防卫的思想意味。《周礼·秋官·朝士》中写道：“凡盗贼军乡邑，及家人，杀之无罪。”《义疏原案》将之注释为：“军中级邑有盗贼来劫，窃其财物及家人者，当时杀之则无罪也。盖奸人起于仓卒，不杀人则反为彼所伤，故不可以擅杀罪之。”清代学者孙治让则解释为“凡窃盗、强盗、杀人者等攻略乡邑及平民住宅，受害人可以将其杀死而不必报告乡的官员”。这构成了对正当防卫的完整规范，但适用范围有限，防卫行为只能针对采取暴力劫取财物以及随之发生的侵害人身的盗贼行为。而且，该规则赋予了防卫人无限防卫的权利，理由是盗贼行为“起于仓卒，不杀人则反为彼所伤”。可见，在复仇和私刑盛行且合法的先秦时期，已经确立了无限防卫规则。

## “格杀勿论”中的正当防卫

汉朝时，“格杀勿论”已经正式进入实体法。《汉律》规定：“无故人人室宅庐舍，上人车船，牵引欲犯法者，其时格杀之，无罪。”唐代学者徐彦将“牵引人”解释为“劫掠良人”，“格”即“拒”。

到《唐律》问世时，尽管还不存在“正当防卫”的概念，但是作为一种较为成熟的免责事由的正当防卫制度已经发展得很成熟。作为中国古代法律的集大成者，《唐律》在“格杀勿论”条款中对正当防卫的构成作出了明确细致的规定，最具代表性的是关于无故夜入人家的规定。《唐律·贼盗》规定：“诸夜无故入人家者，答四十。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。”《唐律疏议》注释为：“依刻漏法：昼漏尽为夜，夜漏尽为昼。”“家者，谓当家宅院之内。”“登於人时，被主人格杀之者，

# 我国古代也有『正当防卫』

勿论。”“谓知其迷误，或因醉乱，及老、小、疾患，并及妇人，不能侵犯，而杀伤者。”可见，满足“格杀勿论”的正当防卫需要符合几个条件：

首先是“夜入”。根据《唐律疏议》，“依刻漏法：昼漏尽为夜，夜漏尽为昼。”有学者认为，对于夜入的禁止，要和古代的夜禁制度相结合才能理解。《周礼》中已经明确禁止宵行和夜游。实际上，夜晚具备作奸犯科、谋财害命的良好客观条件，此时，单纯从行为特点来看，无故进入他人家中具有高度的危险性。那么，以行为的发生时间来判断行为的危险性和主人判断该危险性的难度，进而以夜入来判断是否构成“格杀勿论”的正当防卫，都具有相当的合理性。

其次是“无故”。单纯从字面意思来看，无故是指行为人没有正当理由夜入人家，而从该条件的适用上，《唐律疏议》严格限定了可以进行正当防卫的情形，使得主人必须是在不知悉对方夜入缘由的情况下才能实施正当防卫，如果“知其迷误，或因醉乱”而入时，则不适用“格杀勿论”条款。此处应注意的是，即使主人提前预知可能存在夜入行为，比如行为人白天曾扬言要夜入主人家杀人等，这时主人应已具备防卫的警惕心理，是否还能实施“格杀勿论”行为呢？答案是肯定的。对此，《唐律疏议》给出的解释是：“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。”

其三是夜入“人家”。此处限定了实施正当防卫的空间条件，即必须是在“家宅”范围内才能实施正当防卫。《唐律疏议》这样定义家：“家者，谓当家宅院之内。”如果不是在当家宅院之内或者盗贼已经自行离去，主人追至门外都不能“格杀勿论”。

第四，实施“格杀勿论”的防卫主体必须是“主人”。

第五，防卫行为实施于“登时”。这限定了实施正当防卫的时间条件，强调即时性，与现在“不法行为正在发生”的时间要求是相似的。但是，“已就拘执”的人不得“格杀勿论”。《唐律疏议》规定：“‘已就拘执’，谓夜入人家，已被擒获，拘留执缚，无能相拒，本罪虽重，不合杀伤。主人若有杀伤，各依斗法科罪，至死者加役流。”行为人已就擒获，便不具备了防卫的时间条件。

第六，行为人具有侵犯性。这里需要注意的是，《唐律疏议》列明了不具侵犯性的几类人，即“迷误，或因醉乱，及老、小、疾患，并及妇人”。这是从行为人本身的危险性来判断的，即以上几类人可视为不具有侵害的现实危险性，故“不能侵犯”。

从以上“格杀勿论”的满足要件我们可以看出，唐朝时实施正当防卫的条件是相当严苛的，体现了严格限制防卫行为的理念。

## “两相殴伤”不构成正当防卫

《唐律·贼盗》在“格杀勿论”条款中体现的正当防卫精神，在其他篇章中并没有特别突出的体现。特别是，《唐律》并不将“两相殴伤”的行为认定为正当防卫，这与我国目前司法实践中的做法比较一致。

《唐律·斗讼》第九条规定：“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。”《唐律疏议》将该条注释为：“假甲殴乙不伤，合答四十；乙不犯甲，无辜被打，遂拒殴之，乙是理直，减本殴罪二等，合答二十。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’。”也就是说，两相殴伤的情形，并不会当作正当防卫对待，殴伤致死应按律承担罪责。

除此之外，《唐律·斗讼》还规定了一种具有防卫和复仇性质的殴击行为，即第三十四条规定：“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。”这是在父母、祖父母为人所殴击的情形下，关于子孙的防卫行为的规定。在赋予受害人子孙防卫权利的同时，法律也对防卫行为施加了限制，即以对施暴者仅造成肢体折伤以下的其他轻伤为限，折伤以下无须负刑事责任，若折伤他人肢体，则减凡斗伤三等论罪，若殴伤至死，则依一般杀人罪处分。可见，除了无故夜入人家的“格杀勿论”条款以外，《唐律》在本条中将是否造成施暴者折伤以上的伤亡后果作为区分防卫是否过当的标准，这一做法具有明显的合理性。因其是对子孙保护长辈的行为的肯定和支持，体现了鲜明的伦理价值立场，同时也明确了这种防卫行为的限度，特别是强调生命权本身的“一经剥夺不可恢复”的宝贵性，而必须予以特殊保护的规范立场。这样的规则设计能提醒防卫人要本着制止犯罪的目的行事，不能滥用防卫权利，更不能以行使防卫权利为由对施暴者施加报复。（戚风 整理）