

# 唐律與現行法關於「正當防衛」規定之比較研究\*

桂齊遜\*\*

## 要 目

- |            |               |
|------------|---------------|
| 一·前 言      | 四·我國現行法的規定    |
| 二·溯 源      | 五·唐律與現行法之比較研究 |
| 三·唐律相關規定釋義 | 六·結 論         |

## 摘 要

所謂「正當防衛」，通說以為，社會上人人皆無義務忍受他人之不法侵害，因而為了防制他人之侵害或攻擊，並施以有效之反擊，似為人類「自我防衛」的本能之一，故知「正當防衛」之概念，由來已久。而此一法理思想，在我國古代固有律，可以說是發軔自上古時代，惟直迄唐律，始有具體而完整之立法理念與法律條文，散見於

\* 本文寫作期間，曾獲國科會專題研究計畫補助（計畫名稱：〈唐律與我國現行法關於「正當防衛」之比較研究〉，案號：NSC-91-2411-H-034-015），特此誌謝。

\*\* 中國文化大學史學研究所博士，現任中國文化大學史學系副教授。

《唐律·賊盜律》、〈鬥訟律〉及〈捕亡律〉之中，並為日後的宋元明清歷代所沿襲。經過以唐律與我國現行刑法關於「正當防衛」相關規範之比較研究後，本文認為唐律中五條與現行刑法關於「正當防衛」的規定，其立法精神與立法理由與現行刑法大體上若合符節；惟在細節中，唐律與現行刑法仍有所不同。然而，唐律上種種不及現行刑法的缺失，似乎只能說是古今歷史背景、法律思想與立法技巧的差異性而已，似不宜說是唐律的缺失。

**關鍵詞：**唐律 固有律 現行法 正當防衛

## 一、前 言

「正當防衛」之概念，由來已久，論者以為可以遠溯自上古時代各個民族均曾盛行的「報復」行為。<sup>1</sup>雖然此一理念，容或尚有商榷之空間，惟姑不論此一理念，是否正確，而社會上人人皆無義務忍受他人之不法侵害，則為理之所當然；故而為了防制他人之侵害或攻擊，並施以有效之反擊，似為人類「自我防衛」的本能之一。然設若過份實施個人之「防衛」權，又有「以暴易暴」或「以暴制暴」之虞。因而，國家似有必要制訂法令，來規定何謂「正當防衛」？何謂「防衛過當」？

此所以我國現行《刑法》乃於第 23 條規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛過當者，得減輕或免除其刑」。<sup>2</sup>本條律文之前項，即所謂的「正當防衛」，律文的第二項即「防衛過當」，此即我國現行刑法關於「阻卻或減免違法事由」規定之一。

---

1 蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，臺北：中國學術著作獎助委員會，民國 57 年 2 月初版，頁 105。

2 林紀東等編纂，《新編六法全書》，臺北：五南圖書出版公司，民國 78 年 9 月修訂版，頁 717。

雖然我國現行法大多是繼受自歐西之大陸法體系，惟現行刑法中，仍多見我國固有律的影子，是為方家所共識。即以「正當防衛」思想而言，我國古代即有相當類似之規範，甚至可以上溯自堯舜時代；然其具體製頒為國家律文，卻又遲至唐代。

易言之，我國固有律關於「正當防衛」的相關法理思想，雖曰發軔自上古時代，惟直迄唐律，始有具體而完整之立法理念與法律條文，散見於《唐律·賊盜律》、〈鬥訟律〉及〈捕亡律〉之中，並為日後的宋元明清歷代所沿襲。<sup>3</sup>

惟學界過往針對唐律中「正當防衛」概念而做研究之專著似未嘗見，多半僅於通論性的法制史研究專書中，附論及此，如戴炎輝、<sup>4</sup>蔡墩銘、<sup>5</sup>錢大群<sup>6</sup>及張晉藩<sup>7</sup>等氏之著作中，均曾做部份討論；而徐朝陽氏則於我國固有律關於「正當防衛」概念之溯源工作，<sup>8</sup>頗有專精之論述。至若以唐律與現行刑法關於「正當防衛」思想來做比較研究之論著，過往更是極為罕見。

本文目的，即在以唐律為核心，釐清我國固有律關於「正當防衛」之法理思想與律文規範，並比較唐律與我國現行法關於「正當防衛」的異同性，

3 關於我國固有律在「正當防衛」方面的相關規定，自宋元明清以降之遞嬗變遷，可參見拙文另稿，〈唐律關於「正當防衛」相關規範試析——兼論宋元明清時代之變革〉，臺北：《中國中古史研究》3，2003年9月，頁195-236。

4 戴炎輝，《唐律通論》，臺北：國立編譯館，民國53年4月臺初版，頁112-116；惟戴著將「正當防衛」與「緊急行為」合併討論，而實際上該書自頁115-116討論的都是「正當防衛」。又，戴炎輝於其《唐律各論》，臺北，成文出版社，民國77年5月增訂版，頁390-391、頁478-479及頁522-523，亦曾論及唐律中的「正當防衛」；所異者是，戴氏在《唐律通論》中將「夜無故入人家」視為「正當防衛」來討論，見《唐律通論》頁115-116，但到了《唐律各論》中，卻將「夜無故入人家」視為「緊急避難」來討論，見《唐律各論》，頁390-391，何以致此？本文則將「夜無故入人家」一概視為「正當防衛」來探討。

5 見蔡墩銘前引，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，頁105-111。

6 見錢大群、夏錦文等著，《唐律與中國現行刑法比較論》，南京：江蘇人民出版社，1991年9月第1版第1刷，頁154-160。

7 見張晉藩、林中、王志剛等合著，《中國刑法史新論》，北京：人民法院出版社，1992年3月第1版第1刷，頁359-363。

8 見徐朝陽，《中國刑法溯源》，臺北：臺灣商務印書館，民國57年6月臺一版，頁127-135。

用以略見古今法理思想之差異。

## 二、溯 源

### (一)西方法律

遠在羅馬時代，為防衛生命與貞操所受之侵害，必要時得對於加害者予以反擊，如因此而殺害對方，仍可不受處罰。依照《十二表法》，當被害人之財產遭受攻擊則認為對於被害人已有生命之危險，尤以其攻擊發生於夜間或加害者使用武器時為然。即使非危及生命而使用單純武力之攻擊或傷害，仍得以武力相對抗。其攻擊不必針對自己，即使是對一定之第三人，亦得代為防衛之反擊。例如子女、父母、兄弟與監護人之間，得互相代為防衛；士兵得為其長官或奴隸得為其主人防衛。<sup>9</sup> 這就是前賢認為「正當防衛」的起源，實與「復仇行為」有著密切關係的主要因素。惟羅馬時代之合法防衛仍只限於針對「現在迫切之侵害」，始能免於刑責；若是對於過去已發生之侵害或事由報復，則復仇之行為，仍然有罰。

依據日耳曼法，被害人得因加害人之破壞和平而有權加以殺傷。又被害人不但得實施防衛，更可追捕逃逸之加害人，而「正當防衛」之概念由是產生。德國中古時代合法之正當防衛，各地方之法律規定不同。原則上其攻擊須係對於生命、身體；但亦有法律規定，受侵害之人，須先退避或至少受傷，方得予以反擊。若屬對於名譽之侵害，受侵害之人，只得以口頭，即口出穢語而反擊之。<sup>10</sup>

嗣後，無論是在法蘭克時代、十五世紀初的荷蘭、或英國的普通法，均

---

<sup>9</sup> 蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，頁 105。

<sup>10</sup> 蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，頁 105-106。

有著類似於此的規定。<sup>11</sup>

而近代法律規範關於「正當防衛」之淵源，當可溯自法國大革命以後所制訂之法國刑法，亦即法國在 1791 年所頒布之刑法第 6 條的規定：

防衛他人對於自己或他人之生命而為殺人之行為，不為罪。

1810 年之法國刑法則將類似之情形，規定於分則之內，即第 328 條規定：

為防衛自己或他人之必要而為殺傷或毆打者，不構成重罪或輕罪。

第 329 條則規定：

左列之情形，視為有防衛之必要。

一、為防止夜間侵入有人居住之住宅、房屋或踰越其附屬物之圍牆或所加之破壞而予之殺害。

二、為防衛以暴力犯強盜或強奪之人所予之殺傷。<sup>12</sup>

至於現代世界各國的刑事立法，雖均有「正當防衛」之規定，惟其防衛權之範圍、寬嚴與詳略均未必相同。其規定於總則編者，自然多為概括規定，適用範圍較為寬大；而規定於分則編者，則多限於一、二種罪名，不及於其他情形。<sup>13</sup>

## (二)我國固有律

我國古代在《尚書·虞書·舜典》中的「眚災肆赦」，<sup>14</sup>或《史記·五

<sup>11</sup> 有關法蘭克時代、十五世紀初的荷蘭及英國普通法在「正當防衛」方面的規定，亦可參看蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，頁 106-107。

<sup>12</sup> 以上法條均引自蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，頁 107。

<sup>13</sup> 詳參蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》，頁 107。

<sup>14</sup> 孔安國傳，孔穎達疏，李學勤主編，《十三經注疏·尚書正義（標點本）》，北