

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

唐律與現行法關於「正當防衛」規定之比較研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC91-2411-H-034-015-

執行期間：91年08月01日至92年07月31日

執行單位：中國文化大學史學系暨研究所

計畫主持人：桂齊遜

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 92 年 10 月 6 日

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

計畫名稱：唐律與現行法關於「正當防衛」規定之比較研究

A Comparative Study of “Justifiable Defense” between Tang Law and Present Law

計畫編號：NSC 91-2411-H-034-015

執行期限：91 年 8 月 1 日至 92 年 7 月 31 日

主持人：桂齊遜 執行機構：中國文化大學史學系

E-mail：guei9400@ms17.hinet.net

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告
計畫名稱：唐律與現行法關於「正當防衛」規定之比較研究

A Comparative Study of “Justifiable Defense” between Tang Law and Present Law

計畫編號：NSC-91-2411-H-034-015 執行期限：91年8月1日至92年7月31日

主持人：桂齊遜 執行機構：中國文化大學史學系

E-mail：guei9400@ms17.hinet.net

一、中文摘要

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《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」相類似之規定，其立法精神與立法理由與現行刑法大體上均若合符節；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：

1.唐律 2.固有律 3.現行法 4.正當防衛

Abstract

The definition of “Justifiable Defense” is anyone didn’t have the obligation to bear other’s illegal encroachment. So, the “defend oneself” which meanings provide against the encroachment or attack from other people, it is like the one of the ability of human. In this words, general speaking consider the “Justifiable Defense” have a long-standing. The legislative idea of “Justifiable Defense” had a long-standing. In the history of Chinese Traditional Legal System, the interrelated code since Ancient Time, and has become an established rule in Tang-Law, which was divided in the Section on Violence and Robbery, Section on Fight and Litigation, Section on Arrest and Flight, 1and through the dynasties of Song-Yuan-Ming-Qing (960-1911) , the

established rule has been carried on in the provisions of the law, and slightly transform. Through the comparative Study of “Justifiable Defense” Between Tang Law and Present Law, this thesis consider the five clauses in the Tang Law which about the “Justifiable Defense” have the resemble character both on the legislate spirit and the legislate reason with the Present Law. But, there are those shortcomings in the Tang Law, just the background of history, the thought of law, and the technique of legislate was different on the ancient and present. It is not to say the shortcomings in the Tang Law itself.

Keyword :

Tang Law ;

Chinese Traditional Legal System ;

Present Law ;

Justifiable Defense

二、緣由與目的

「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，此一理念，是否正確，暫且不論。惟社會上人人皆無義務忍受他人之不法侵害，則似為理之所當然；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」的天性之一。然而，倘若過份實施個人之「防衛」權，似又有「以暴易暴」或「以暴制暴」之虞。因而，國家似有必要制訂以下法令，即何謂「正當防衛」，何謂「防衛過當」，前者得減輕或免除其刑責，後者仍應追究其刑事責任。

邇來臺灣地區之社會秩序頗有失控現象，國內人民對於人身安全、居家安全之保障，至為憂心忡忡，是以何謂「正當防衛」，何謂「防衛過當」的法律概念，似有普為推廣之必要。

唐律在我國法制史的發展過程上，實居於承先啟後之地位，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，仍多見唐律的影子，是為方家所共識。甚者，我國現行刑法既曰大多繼受自歐西大陸法系，惟其是否能完全符合吾國人民之社會風尚、禮教觀念及固有倫理道德思想，迄今仍為有識

者質疑。因之，反觀吾國過往以唐律為中心之固有律，其部份立法理念或有值得今日修法者參照、援引之處。

我國固有律關於「正當防衛」的立法理念，雖曰發軔自漢律，惟直迄唐律，始有具體而完整之立法理念與旨趣，散見於〈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。因此，將唐律中關於「正當防衛」之立法精神，與現行法之相關規定做一比較研究，或有他山之石，可以攻錯之作用。

三、結果與討論

我國固有律早自上古時代，即有著類似於今日刑事立法思想上「正當防衛」之概念，春秋時代亦見諸《周禮》、《左傳》等史籍之記載，直到漢初的《（呂后）二年律令》、乃至於東漢初年，均仍有其文，足見此一法律思想前後相承之脈絡於一斑。惟此一法理思想直至唐代，始具體落實於唐律的法律條文上。

唐律中關於「正當防衛」之相關規範，並無通則性規定，卻散見於各個分則中，大體可以區分為「防衛自己」、「防衛直系血親尊親屬」、「防衛夜無故入人家者」以及「防衛其他特定犯罪之現行犯」等四個部份，而散見於五條律文之內。

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」相類似的律文，其立法精神與立法理由均與現行刑法大體上若合符節；即使唐律在關於國家官員在捕捉人犯時之「正當防衛」，乃至由此延伸而出的人民對於部份特定犯罪之現行犯，亦可以引用「正當防衛」思想，雖然這一部份的法理思想與現行刑法略有不同，然其基本概念仍與現行刑法關於「正當防衛」之立法主旨頗有相符之處；對於唐律與現行刑法的這些共通性，讓我們覺得十分驚訝。只

是在細節上

，唐律與現行刑法仍有所不同，例如就「防衛自己」而言，在現行刑法的規定中，只
要行使防衛權者之行為合乎正當防衛之要件，即使因此而置人於死，亦不論其罪
，但唐律卻規定任何實施正當防衛者，至
多只能獲得「減本罪二等」的處分；又如對於「防衛直系血親尊親屬」而言，唐
律上對於何謂「防衛過當」的認定，亦不如現行刑法來得嚴謹；再者，以「防衛
夜無故入侵者」而言，唐律關於構成要件的認定似有過於寬鬆之虞，立法頗失衡
平。然而，關於「正當防衛」的立法規範，唐律上種種不及現行刑法的缺失，這
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，似不宜逕說是
唐律本身的缺失。

而從管見所得唐代及近代與「正當防衛
」相關的四件司法實例來比較，亦可知唐
代司法體制似未必能夠完全落實唐律之相關規範。反觀民國以來的兩件個案，無
論是初審法院或最高法院，對於「正當防衛
」的認定，均十分慎重且符合法律規定，此亦可見古今司法體制在落實國家法典
規範上的殊異性。

四、計畫成果自評

古今時空環境容或不同，惟鄙見以為
，就「正當防衛」概念而言，唐律與我國
現行刑法，無論是在立法理由或立法精神
，均頗有雷同之處；雖然唐律在立法技巧
上，似未如現行刑法來得周全，但這卻未
必能夠完全抹煞唐律之歷史意義。因之，
本文認為，唐律中關於「防衛其他特定犯
罪之現行犯」的精神，似值得今日立法者
之參考，藉以嚇阻或救平部份社會犯罪亂
象。此一意見，雖似「野人獻曝」，惟鄙
見仍以為值得深思。

本研究計畫除釐清了唐律與我國現行法關於「正當防衛」之異同性以外，而此一經驗，似亦可提供予有意於比較研究我國固有律與現行刑法之異同性做為借鏡，是為本研究計畫另一貢獻。

又，筆者在完成本研究計畫後，已撰成兩篇論文，一篇是〈唐律關於「正當防衛」相關規範試析〉，已發表於《中國中古史研究》第三期（2003-9，P.189-229）；另一篇則是〈唐律與現行法關於「正當防衛」規定之比較研究〉，預定發表於《法制史研究》第四期（審查中，預定本年度十二月刊出）。

五、參考文獻

- 1.三泰等編撰，張榮靜等點校《大清律例》，天津，天津古籍出版社，1995年3月第1版第1刷。
- 2.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）》〉，北京，北京大學出版社，1999年12月第1版第1刷。
- 3.王泰詮主編《中華人民共和國法律·法規彙編》，臺北，作者自印，民國86年初版。
- 4.王壽南《唐代藩鎮與中央關係之研究》，臺北，大化書局重印本，民國67年9月景印初版。
- 5.司馬遷《史記》，新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國66年2

- 月3版。
- 6.司法行政部刑事司主編《各國刑法彙編》，臺北，司法通訊社，民國69年出版。
 - 7.左丘明傳，杜預注，孔穎達正義，李學勤主編《十三經注疏·春秋左傳正義（標點本）》，北京，北京大學出版社，1999年12月第1版第1刷。
 - 8.宋濂等撰《元史》，新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國66年10月初版
 - 9.法律館主編《法律草案彙編》，臺北，成文出版社景印，民國62年初版。
 - 10.沈之奇撰，懷效峰、李俊點校《大清律輯註》，新校標點本，北京，法律出版社，2000年1月第1版第1刷。
 - 11.李昉等編撰《太平廣記》，上海，上海古籍出版社，1990年12月第1版第1刷。
 - 12.長孫無忌等奉敕撰，劉俊文點校《唐律疏議》，北京，中華書局，1983年11月第1版第1刷。
 - 13.林山田《刑法通論》，臺北，臺大法律系，1995年9月修訂五版。
 - 14.林尹註譯《周禮今註今譯》，臺灣，臺灣商務印書館，民國61年9月初版。
 - 15.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月臺二版。
 - 16.林榮《中國法制史》自印，民78年6月修訂九版。

- 17.姚思仁撰《大明律附例注解》，北京，北京大學出版社，1993年8月第1版第1刷。
- 18.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。
- 19.高明士主編《唐代身分法制研究——以唐律名例律為核心》，臺北，五南圖書出版公司，2003年4月初版一刷。
- 20.程樹德《九朝律考》，北京，中華書局，1963年5月第1版，1988年4月第2刷。
- 21.黃源盛《沈家本法律思想與晚清刑律變遷》，臺北，臺灣大學法學研究所博士論文，1991年6月。
- 22.楊鴻烈《中國法律發達史》，臺北，臺灣商務印書館，民國56年臺一版。
- 23.張家山二四七號漢墓竹簡整理小組主編《張家山漢墓竹簡〔二四七號墓〕二年律令釋文注釋》，北京，文物出版社，2001年11月第1版第1刷。
- 24.張晉藩、林中、王志剛合著《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。
- 25.葉潛昭《金律之研究》，臺北，臺灣商務印書館，民國61年7月初版。
- 26.劉煦《舊唐書》，新校標點斷句本，臺北，鼎文書局景印，民國65年10月初版。

27. 劉俊文撰《唐律疏議箋解》，北京中華書局，1996年6月第1版第1刷。
28. 鄭玄注，賈公彥疏，李學勤主編《十三經注疏·周禮注疏（標點本）》，北京，北京大學出版社，1999年12月第1版第1刷。
29. 蔡墩銘撰《唐律與近世刑事立法之比較研究》，臺北，中國學術著作獎委員會，民國57年3月初版。
30. 蔡墩銘《刑法總論》，臺北，三民書局，民國66年2月3版。
31. 蔡墩銘《中國刑法精義》，臺北，漢林出版社，民國71年9月33版。
32. 錢大群、夏錦文撰《唐律與中國現行刑法比較論》，南京，江蘇人民出版社，1991年9月第一版第一刷。
33. 戴炎輝撰《唐律通論》，臺北，正中書局，民國53年4月臺初版。
34. 戴炎輝撰《唐律各論》，臺北，民國54年著者自印，民國77年5月成文出版社增訂版。
35. 竇儀等撰《宋刑統》，標點斷句本，臺北，仁愛書局景印，民國74年10月出版。