

“正当防卫”一词,虽始见于近代刑法,但其法理思想在中国传统法律文化中素有渊源。

# “第二十条”之中国传统法律文化基因

传承 中华优秀传统  
法律文化

中国古代法律尽管没有明确规定正当防卫制度,但历朝历代都存在与之类似的规定,形成有中华民族特色的“防卫减免制度”,其中的部分规范值得反思和借鉴。

中华法系以稳定的价值体系为依托,孕生于中华民族血脉传承的独有文化,其防卫制度更有传统中国独特的法制内涵,对当今中国特色法治体系的建设具有重要价值。一是注重维护“家庭”权益,二是对护卫直系尊亲属作出特殊规制。

田博 王宏治

近期热映的电影《第二十条》,唤起了人们对刑法第20条规定的“正当防卫”的高度关注。“正当防卫”一词,虽始见于近代刑法,但其法理思想在中国传统法律文化中素有渊源。这一曾被称为“沉睡条款”的规定,是否能从中国古代法律寻求历史镜鉴?值得进一步探讨。

中国古代没有“正当防卫”的概念,有学者认为,“正当防卫沿于复仇”。“复仇”与“防卫”二者概念相差甚远,不能混为一谈。中国古代法律尽管没有明确规定正当防卫制度,但历代朝代都存在与之类似的规定,形成有中华民族特色的“防卫减免制度”,其中的部分规范值得反思和借鉴。

## 正当防卫制度的早期萌芽

中国古文献与正当防卫有关的记载,最早见于《周礼·秋官司寇·朝士》:“凡盗贼军乡邑及家人,杀之无罪。”郑司农云:“谓盗贼群若军共攻乡邑及家人者,杀之无罪。若今时无故入人家室、庐舍,上人车船,牵引人,欲犯法者,其时格杀之无罪。”

《周礼·秋官司寇·朝士》:“凡盗贼军乡邑及家人,杀之无罪。”郑司农云:“谓盗贼群若军共攻乡邑及家人者,杀之无罪。若今时无故入人家室、庐舍,上人车船,牵引人,欲犯法者,其时格杀之无罪。”

《周礼·秋官司寇·朝士》:“凡盗贼军乡邑及家人,杀之无罪。”郑司农云:“谓盗贼群若军共攻乡邑及家人者,杀之无罪。若今时无故入人家室、庐舍,上人车船,牵引人,欲犯法者,其时格杀之无罪。”

魏晋南北朝未见相关法律,但南齐袁象为庐陵王谡议时曾发生苻蒋之兄弟杀沙门(即僧人)案:时南郡江陵县人苻蒋之弟胡之妇为曾口寺沙门所淫,夜入苻家,蒋之杀沙门,为官司所检,蒋之列家门移行,欲告则耻,欲忍则不可,实已所杀,胡之列又如如此,兄弟争死。江陵令宗躬启州,荆州刺史庐江王求博议。(袁)象曰:“夫退寒急节,乃见松筠之操;危机迎构,方识贞孤之风。窃以蒋之、胡之杀人,原心非暴,辩讫之日,友于让生,事冷左右,义哀行路。昔文举引谤,获漏疏网;蒋之心迹,同符古人。若陷以深刑,实伤为善。”由是蒋之兄弟免死。

此案明显为沙门夜入苻家,与苻胡之之妻通奸,其兄蒋之当场杀死沙门。依当时法律,本该处死凶手。但兄弟二人都说人自己杀的,江陵县令启奏荆州刺史。刺史征求下属意见,袁象的奏议只是从“原心非暴”,“友于让生”的义举角度,并引用“文举引谤”典故。是说东汉末年,名士张俭得罪宦官,受到通缉,投奔孔融(字文举)之兄孔褒,后事泄露

追责,孔融主动承担责任。由此证明“蒋之心迹,同符古人”。这有点“经义决狱”的味道。只有“原心定罪”的思想,尚没有形成“正当防卫”的原则。

## 正当防卫原则的确立和发展

唐代修律,设“夜无故入人家”条:“诸夜无故入人家者,笞四十。主人登时杀者,勿论;若知非侵犯而杀者,减斗杀伤二等。”疏议曰:“夜无故入人家”,依例漏法:昼漏尽为夜,夜漏尽为昼。谓夜无事故,辄入人家,笞四十。家者,谓当家宅院之内。登于入时,被主人格杀者,勿论。”若知非侵犯,而将其杀者,依斗杀伤律,减二等处罚。若已将其捕杀,又将其他杀伤者,以斗杀伤论罪,至死罪者,处加役流。可见,唐代的防卫制度涵盖了排除“事后防卫”正当性的理念,同时强调要有“不法侵害”。

此外,《唐律》还有关于直系亲属受到攻击时的防卫规定:“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。”疏议曰:祖父母、父母为人所殴击,子孙理合救之。当即殴击,虽有损伤,折伤者,无罪。“折伤者,减凡斗折伤三等”,谓折一齿合杖八十之类。“至死者”,谓殴前人致死,合绞;以刃杀者,合斩。故云“依常律”。注云:“谓子孙元非随从者”,若元随从,即依凡斗首从论。律文但称祖父母、父母为人所殴击,不论亲疏尊卑。其有祖父母、父母之尊长,殴击祖父母、父母,依律殴之无罪者,止可解教,不得殴之,辄即殴者,自依斗殴常法。若夫之祖父母、父母,共妻之祖父母、父母相殴,子孙之妇亦不合即殴夫之祖父母、父母,如当殴者,即依常律。

此有唐穆宗时之案例可为证:(长庆)二年四月,刑部员外郎孙革奏,“京兆府云阳县人张莅,欠羽林官骑乘钱米。宪征之,莅承醉拉突,气息将绝。宪原买得,年十四,将救其父。以莅拒力人,不敢揭解,遂持木轡击莅之首见血,后三日致死者。准律,父为人所殴,子往救,击其人折伤,减凡斗三等。至死者,依常律。即买得救父是性孝,非暴;击张莅是心切,非凶。以髻前之岁,正父子之亲,若非圣化所加,童子安能及此?《王制》称五刑之制,必原父子之亲以权之,慎渊深之量以别之。《春秋》之义,原心定罪。《周书》所训,诸罚有权。今买得生被皇风,幼符至孝,哀矜之宥,伏在圣慈。臣取当谏刑,合分善恶。”敕:“康买得尚在童年,能知子道,虽杀人当死,而为父可哀。若从沉命之科,恐失原情之义,宜付法司,减死罪一等。”孙革的奏谏,引经据典,在于开脱康买得的死罪,从“圣化”“孝道”,到“原心定罪”,句句在理。穆宗仅批“减死罪一等”,即流三千里。这也是对礼与律之间所做的调整。可知,唐代对防卫权的限制还是很严的。

明清以后,这方面有所改动,《大明律》的

者,主人即使事先知情,杀之亦无罪。疏议曰:“律开听杀之文,本防侵犯之輩。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。”《唐律》明确规定,实施防卫的权利不是无限的,若明知入室者并非或不能侵害自己及家人,而将其杀伤者,依斗杀伤律,减二等处罚。若已将其捕杀,又将其他杀伤者,以斗杀伤论罪,至死罪者,处加役流。可见,唐代的防卫制度涵盖了排除“事后防卫”正当性的理念,同时强调要有“不法侵害”。

此外,《唐律》还有关于直系亲属受到攻击时的防卫规定:“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。”疏议曰:祖父母、父母为人所殴击,子孙理合救之。当即殴击,虽有损伤,折伤者,无罪。“折伤者,减凡斗折伤三等”,谓折一齿合杖八十之类。“至死者”,谓殴前人致死,合绞;以刃杀者,合斩。故云“依常律”。注云:“谓子孙元非随从者”,若元随从,即依凡斗首从论。律文但称祖父母、父母为人所殴击,不论亲疏尊卑。其有祖父母、父母之尊长,殴击祖父母、父母,依律殴之无罪者,止可解教,不得殴之,辄即殴者,自依斗殴常法。若夫之祖父母、父母,共妻之祖父母、父母相殴,子孙之妇亦不合即殴夫之祖父母、父母,如当殴者,即依常律。

此有唐穆宗时之案例可为证:(长庆)二年四月,刑部员外郎孙革奏,“京兆府云阳县人张莅,欠羽林官骑乘钱米。宪征之,莅承醉拉突,气息将绝。宪原买得,年十四,将救其父。以莅拒力人,不敢揭解,遂持木轡击莅之首见血,后三日致死者。准律,父为人所殴,子往救,击其人折伤,减凡斗三等。至死者,依常律。即买得救父是性孝,非暴;击张莅是心切,非凶。以髻前之岁,正父子之亲,若非圣化所加,童子安能及此?《王制》称五刑之制,必原父子之亲以权之,慎渊深之量以别之。《春秋》之义,原心定罪。《周书》所训,诸罚有权。今买得生被皇风,幼符至孝,哀矜之宥,伏在圣慈。臣取当谏刑,合分善恶。”敕:“康买得尚在童年,能知子道,虽杀人当死,而为父可哀。若从沉命之科,恐失原情之义,宜付法司,减死罪一等。”孙革的奏谏,引经据典,在于开脱康买得的死罪,从“圣化”“孝道”,到“原心定罪”,句句在理。穆宗仅批“减死罪一等”,即流三千里。这也是对礼与律之间所做的调整。可知,唐代对防卫权的限制还是很严的。

明清以后,这方面有所改动,《大明律》的

“太祖被毆条”前文与《唐律》同,后又增加了一句:“若祖父母、父母,为人所杀,而子孙擅杀行凶人者,杖六十。其即时杀死者,勿论。”《大清律例》律文与此相同,但增加条例:“人命案内,如有父母被人殴打,实系事在危急,伊子救护情切,因而毆死人者,于疏内声明,援例两请,候旨定夺。”这样看,确实比明律更严谨了。

“正当防卫”一词,始用于近代刑法是在清末的《大清新刑律》和北洋政府的《暂行新刑律》,其规定:“对现在不正之侵害,而出于防卫自己或他人权利之行为,不为罪;但防卫行为过当者,得减本刑一等至三等。”同时,《大清新刑律》附录的《暂行章程》规定:“对尊亲属有犯,不得适用正当防卫之例。”《暂行新刑律补充条例》也规定:“正当防卫”,“于尊亲属不适用之”,“但嫡母、继母及夫之尊亲属出于虐待之行为者除外”。南京国民政府的《中华民国刑法》规定:“对于现在不法之侵害,而出于防卫自己或他人权利之行为,不为罪;但防卫行为过当者,得减轻或免除其刑。”刑法第20条规定,为使国家、公共利益、本人或者其他的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任。

## 中国古代正当防卫制度的当代价值

中华法系以稳定的价值体系为依托,孕生于中华民族血脉传承的独有文化,其防卫制度更有传统中国独特的法制内涵,对当今中国特色法治体系的建设具有重要价值。

一是注重维护“家庭”权益。汉代对“无故入人家”者“杀之无罪”,唐律设“夜无故入人家之罪”,且“登时杀之勿论”,以“家宅不可侵犯”的法律理念彰显“家”的重要地位,这种对家庭的重视和对“家”的特殊情感已铭刻民族文化精髓。“朱凤山案”中,家主朱凤山因他人跳入其院墙实施侵害而捕刺侵入者,二审之所以改变一审定罪和刑罚,认定其属于防卫过当,从有期徒刑十五年改判有期徒刑七年,也是对一般民众爱家护家朴素情感的肯定,同时有必要在未来的司法实践中充分体现这一传统法律观念,充分考量维护家庭利益行为的正当性。

二是护卫直系尊亲属作出特殊规制。公众价值判断的背后,存在深厚的民族集体意识和集体认知,伴随社会变革和法制演进,“亲亲尊尊”伦理性规定虽不复存在,但对父母的尊崇仍作为思维习惯或共识性价值留存于公众心中。当父母遭受类似“伤害性不大、侮辱性极强”的不法侵害时,子女应如何作为?最终司法机关认可了子女激愤情绪的合理性,以及在此情绪支配下采取防卫近亲属的正当性,这种观念早已在唐律中建立,并在明清律法中强化,也有必要成为今后涉尊亲伦理案件办理的重要参考。

(作者分别为北京市昌平区人民检察院检察官、中国政法大学法律史学研究院教授)

集萃

## 华东政法大学教授刘宪权:可依现行法规制元宇宙空间虚拟财产



元宇宙空间货币类、藏品类、服务类虚拟财产(对应元宇宙空间表物的数据)可以成为财产犯罪的对象。在经济价值和交易模式上,元宇宙空间的虚拟财产与现实财产的一般财产并无二致,两者都可以表现为一般物品、商品或财产性利益。财产犯罪所侵害的法益是被害人财产事实上的支配关系。在元宇宙空间中,行为人是否对特定虚拟财产重新建立起事实上的支配关系是判断其是否已取得他人虚拟财产的标志。因为元宇宙空间具有全真性,所以在元宇宙空间非法获取他人虚拟财产的手段更为丰富。结合使用暴力、胁迫、骗取、侵占、秘密窃取、公然夺取等不同的行为类型和手段,元宇宙空间可能存在的财产犯罪比传统网络空间更为丰富多样。我们应当以元宇宙空间虚拟财产的财产属性和现实性为依托,以现行刑法财产犯罪的相关规定对侵犯他人元宇宙空间虚拟财产的行为进行规制。

## 中国社会科学院法学研究所研究员朱广新:立足法定监理解指指定监护与协议监护



在民法典建立的监护人设立规范体系中,协议监护与指定监护是两种颇具特色的监护人设立方式。民法典之所以承袭原民法通则及其司法解释之衣钵,沿用这两种监护人设立方式,是为了克服法定监护的规范局限性。法定监护作为一种重要的监护人设立方式,不可避免地会在各个顺位法定监护人之间引发争夺或推诿监护的监护人争议问题。为尊重民法典对法定监护予以首要规定的立法选择,应当立足于法定监护制度,体系性地理解指定监护与协议监护;不能撇开法定监护制度,以维护未成年人最佳利益和尊重监护人的自主选择为由,宽泛地理解民法典关于指定监护和协议监护的规定。

## 中南财经政法大学刑事科学研究院教授魏汉涛:根据人脸识别技术滥用行为类型分域而治



合理规制人脸识别技术滥用行为,必须做好顶层设计。对待人脸识别技术应用的价值取向,理论上存在原则上禁止论与合规性可论的对立。原则禁止论过分强调风险,可能阻碍人脸识别技术的进步;合规性可论将前置法与刑法应当秉持的立场混同,且没有揭示刑法规制人脸识别技术滥用行为的深层法理。对待人脸识别技术滥用行为的应然态度是有所为有所不为。关于人脸识别技术应用行为刑法规制的方向选择,理论界存在刑法规制优先论与科技创新优先论的分野。科技创新优先论与刑法规制优先论各有优劣,只有将人脸识别信息放到第一层级进行强保护,才能真正实现两种规制方式的平衡。关于刑法如何预防人脸识别技术滥用产生的风险,存在事前预防与事后打击两种模式。事后打击模式虽然有利于保障公民的自由,但不利于保障安全;事前预防模式可以实现对法益更前位的保护,但会对刑法的谦抑原则造成冲击,动摇罪责原则的基础。理性的选择是,根据不同类型人脸识别技术滥用行为的不同特质分域而治。

## 江西财经大学法学院教授谢小剑:涉案人供述证据种类转化须遵循供述证据规则



我国证据种类中犯罪嫌疑人、被告人供述仅指狭义上犯罪嫌疑人、被告人在接受讯问时向办案机关作出的认罪陈述。目前,我国在肯定书面讯问笔录证据准入的同时否定其他形式记录的供述,否定行政机关所获供述的证据准入,刑事初查阶段涉案人供述的证据准入尚未明确,立案前涉案人供述随意转化为书证、传来证人。这既导致与案件有关的涉案人供述无法进入诉讼,又让部分不可靠的涉案人供述进入诉讼,可能造成错案。涉案人供述因为违背了自身利益,具有较高可信性,一般具有证据准入资格,但其是否准入还应当受到其他因素的影响,比如供述环境对供述自愿性、明智性的保障,涉案人供述引入诉讼的必要性,能否满足质证的需要等。我国应当赋予同步录音录像作为供述的证据准入资格,对传来证人以来源查证、出庭义务为准入前提,涉案人供述证据种类转化仍应当适用供述证据规则。

(以上依据《法学评论》《法学论坛》《当代法学》《中外法学》,陈章选辑)

# 教育法典编纂可单独设立“责任编”

手鸣  
吕东梅

前不久,教育部将在总结经验、深入调研基础上研究起草的《校外培训管理条例(征求意见稿)》,向社会公开征求意见。该文件以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,深入贯彻落实党的二十大精神,对标对表党中央、国务院决策部署,系统总结现有政策和基层实践并转化为法规制度,着力推进校外培训治理规范化、法治化。

目前,我国教育法的修改已经进入立法计划,在2021年全国人大常委会的工作计划中明确规定,研究启动环境法典、教育法典、行政基本法典等条件成熟的行政立法领域的法典编纂工作。随着实践和理论的蓬勃、迅速发展以及实践的广泛需要,推动教育法典的讨论迅速从宏大、抽象层面转入具体、技术层面,讨论最为充分的是教育法典的框架。一般而言学者和实务部门的专家均同意,教育法典应当区分总则和分则,但具体构建方式众说纷纭:有学者认为,我国教育法典的分则部分应当以目前的基本教育法律制度为基础,以教育规律为依托,依照教育的类型和顺序,形成“学前教育编”“义务教育编”“中等教育编”“高等教育编”“职业教育编”;有学者认为还应适当增加部分内容,例如“民办教育”“终身学习”等。

可见,教育法典的讨论不再是一味的学术畅想,而是结合我国的现实性、紧迫性、重大性、必要性等内容而展开。教育法典的讨论分为不同的对象,目前看来,最具现实意义和转换价值的就是教育法典的框架设计:首先,教育法典的抽象基础和宏大背景已经不再需要讨论;其次,教育法典的路径已经凝成共识,即针对现实问题的“小”法典、逐步完善的“动态”法典以及结合开放知识体系的“阶段”法典路径。而在教育法典的框架模

块中,按照教育的阶段、类型和顺序单独成编也不需要探讨,一方面,我国目前的教育立法主体除了未成年人保护法等保障法之外,是以教育法、学前教育法、义务教育法、高等教育法、职业教育法等为核心的,该成编方式具有相对丰富的基础和经验;另一方面,作为我国最为主要的基本教育法律制度,教育阶段划分后单独成编能够保障教育法典总则和分则之间的体系性和互动性。在目前的争议之中,值得注意的是教育法作为行政法的成熟领域,较少有学者倡导应当单独设立一章“责任编”,但有学者主张将教育纠纷解决作为总则的一部分,将纠纷解决规定为非诉路径和诉讼路径,前者作为学校内部的纠纷解决机制,主要规定在教育法典的总则部分;后者则主要规定在民事诉讼法、行政诉讼法和刑事诉讼法中。由此可见,未来教育法典中并不分则中单独设置法律责任编,是一个相对的共识,但这并不能否认教育法典中没有“法律责任”的规定,在具体展开路径与方式之中,应当首先明确“法律责任”部分的重要性:

第一,法律责任是法律体系完整性的要求。如果缺少法律责任条款,那么构成一个法律规范的“法律效力”部分将不复存在。对教育法典持不同立场的学者,也无法忽略法律责任部分。主张教育法典系权利法的学者认为,只有在法律责任出现之时,才能标注损害,从而证明权利的至高无上性。主张教育法典系领域法的学者认为,只有在法律责任注入之时,才能实现问题之解决,换言之,如果没有法律责任,那么教育法典中的诸多内容无须规定在教育法之中,只需要教育主管部门的抽象行政文件即可实现管理。主张教育法典系保障法的学者认为,法律责任则兼具上述两者的功能,一方面标注作为被保护对象的学生、教师等主体的特定利益,另一方面则需要以责任成为保障的手段。究其原因,还是在于法律责任系系第一部法律完整性的体现。

第二,法律责任无法通过空白条款实现全部功能。作为一种立法技术,我国行政单行立法中经常出现援引其他法律手段实现惩

罚或者预防的方式,主要表现为行政法对刑法的援引,这被刑法学者称为空白罪状。采取这种立法方式的原因在于,行政法和刑法的违法性具有实质上的相似性和位阶性,构成要件尤其是行为要件需要依赖行政法的前置规定。但这种立法技术的存在并不意味着以行政法为主要特征的教育法典不规定法律责任条款,原因在于:首先,之所以存在援引条款,系因为前置法中的责任内容无法完全评价不法行为,而非前置法根本不评价不法行为。换言之,空白罪状产生的原因为行政法本身不能完全保护权利或者利益,才要求刑法这种保障法来实现“兜底”。其次,援引条款本身保障了诸多法律障碍,致使其不能成为唯一一种被依赖的立法技术,所以,援引条款不能成为教育法典中不规定法律责任的理由。

由此可见,教育法典之中应当规定法律责任,但并不在分则中单独成编规定已达共识,原因可能是教育法典其他已经设计好的分则章节的正当性规定无法支撑“责任编”的存在;教育法典是一部实体法和程序法融合的法律,程序部分仅授权学校进行内部非诉讼化处理,故责任编的单独规定将会引发体系性的困难,即造成内部处理的灵活性和司法救济的严谨性之间的冲突。因此,有学者提出了两条相对折中的路线,一是在总则部分笼统地规定法律责任的处理方式,二是在各编最后规定法律责任。但是笔者认为,教育法典中法律责任具有单独成编的可能性:

第一,分则个别篇章统一的正当性基础,并不当然构成分则整体篇章的正当性基础。一般而言,法典分则篇章以同一内容为保护者当然存在,分则内容以保护法益或者保护客体为划分依据。但是也有不存在统一基础者,例如,我国的民法典,物债统一还是物债二分是民法理论长期以来的争议之一,由此观之,分则某些篇章具有统一的学理基础,并不当然地要求分则所有章节均遵守这一基础。更为重要的是,所谓“学前教育”“义务教育”“中等教育”“高等教育”“职业教育”的划分方式并不是依据极为抽象的原理或者