

传承中华优秀传统文化  
《法律文化》

古代“正当防卫”的发展是人类谋求生存防卫本能的真实写照。伴随着我国奴隶社会、封建社会的结构变迁,以及政治统治与法律制度的不断发展完备,“正当防卫”成为国家救济的一种重要补充形式。

# 古代“正当防卫”的制度化过程

□李晓明

春节档电影《第二十条》热映后,有关“正当防卫”的话题也进入2024年全国两会,其背后的法理情再引关注。最高检工作报告提到,2023年,检察机关在履职办案中弘扬社会主义核心价值观,促进法治社会建设。持续引领正当防卫理念,审查认定属正当防卫依法不捕不诉261人,同比上升25.5%。

我国古代刑法没有“正当防卫”这一名词,直至清末制定的《大清刑律》才对阻却违法理由、正当防卫、紧急避险等行为了有明文规定,但无此名词不等于无此制度。追溯历史,我国古代对正当防卫的认识经历了由“私相复仇”到“排除犯罪”,再由“排除犯罪”到“紧急处置”以及“阻却刑罚”的制度化过程。由此可见,古代“正当防卫”的发展是人类谋求生存防卫本能的真实写照。伴随着我国奴隶社会、封建社会的结构变迁,以及政治统治与法律制度的不断发展完备,“正当防卫”成为国家救济的一种重要补充形式。

## 由“私力救济”到“国家正义”观的建立

防卫是人类所具有的惜身立命之生存本能和自然反应。在尚无国家干预或法律规定时期,防卫更多体现为“私力救济”或“私相复仇”。因同族、亲属或朋友被杀伤,而以同样的方法使加害人得到惩罚。随着国家权力的强化和法律制度的产生及完善,古代法律对私相复仇的规定经历了从公开允许到予以限制,直至依法规范的历史演变。

“私相复仇”在我国奴隶社会得到一定认可,复仇的价值标准和规则在于“杀人者偿命”。周朝时,复仇已形成一定的制度,专门设有管理复仇事宜的官吏“朝士”,有正当复仇理由并在朝士处登记后,便可“杀之无罪”。《周礼·秋官·朝士》记载:“凡盗贼乡里及家人,杀之无罪”。对此,汉代经学家郑司农在《周礼》注中解释,“谓盗贼群聚为军,共攻乡里及家人者,杀之无罪”。《左传》中记载:“郑贩夺人之妻,其夫攻杀之,而以其妻行,子产



复之,令游氏弗怨。”故子产赦免了防卫者,让游氏不要怨恨,他的行为属于咎由自取。

战国时期,复仇之风较浓。此后,法律逐渐限制私相复仇,唐宋以后,法律禁止私相复仇,对正当防卫的规定也逐渐规范。由“私力救济”至“国家正义”,代表着人类最朴素的自然正义法则,为历代君王和百姓所认同。当然,“私相复仇”不同于规范层面的正当防卫,仅可视作正当防卫的雏形。尽管在这一点上,具有正当防卫的意识,但在立法上缺乏一般性规定和体系性设置,且相关规定的数量整体上十分有限。因此,在该阶段正当防卫的制度根基和规范依据不甚明显。

## 由“公权力弱化”到“防止或禁止滥杀”

春秋战国时期“私相复仇”较为常见的原因在于奴隶社会国家公权力的体制机制尚不健全,法律制度及配套措施也不完备。此后,由奴隶社会向封建社会过渡,“事断于法”逐渐取代“设法以待刑,临事而议罪”,这也从根本上反映了新兴地主阶级的政治要求和法律制度更替。董仲舒的“春秋决狱”使儒家经典成为封建法律制度的理论基础,秦代的“严刑峻法”压缩了“私相复仇”的生存空间,取而代之的是“防止或禁止滥杀”。据考证,西汉末年已有“禁止复仇”的法令,东汉“私相复仇”的行为基本被明令禁止,“生杀予夺”大权只听命于君主与国家。个人的防卫从古训和国家评价的“排除犯罪”发展为“紧急处置”。凶犯纵使应死也须宣告官治罪,不得设私刑处置和擅杀,除非紧急情况或“紧急处置”,以防止私刑与国家法律的对抗从而产生更大的

社会不稳定因素。

《汉律》规定:“无故入人家室庐舍,上入车船,牵引人欲犯法者,其时格杀之,无罪。”即无正当理由或原因而擅自进入他人住宅、登上他人车船、侵犯他人人身自由的,被侵犯之人当下格杀致死者为无罪。显然,这里强调了“其时”,也即情况紧急,只有“紧急处置”的情况才不构成犯罪。《北齐律》亦规定:“盗贼群攻乡里及人家者,杀之无罪”。唐代在汉代基础上予以增删,在《盗贼》中规定:“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”,删除了“上入车船”和“牵引人欲犯法”的情形,明确了“正当防卫”与“防卫过当”在主观与客观上的界限。在保护民众私宅的所有权及其不可侵犯性的同时,将正当防卫的起因限定为不法侵害现实发生,民众在急迫情况下难以寻求官府的保护和援助,而且在反击刻不容缓的情况下才可以通过“私力救济”对紧急状况进行处置。这些防卫目的和价值,至今都具有重要的意义。

## 由“勿论”到“不坐”性质上的细微区分

通过研究唐代的司法案例可见,法官将“正当防卫”纳入情理考量之中。有这样一个案例:州民莫诚为了救其兄莫荡,以竹刺莫右臂,莫受伤后十二日身死。准律,以他物殴伤,当依杀人论。时任柳州刺史柳宗元上状观察府:“窃以莫诚赴急而动,事出一时,解难为心,岂思他物。救兄有急难之感,中臂非必死之疮。不幸致殁,揣非本意。按文固当恭守,抚事似可哀矜。……律宜无赦,使司明至当之心;情或未安,守更切惟轻之愿。……伏乞俯赐矜哀,特从屈法,幸全微命,以慰远黎。”柳宗元认为,莫诚是为“急难”救其兄弟而动,且其防卫行为只是以竹刺臂,从创伤看并非想置人于死地,被害人之死并非莫诚本意。按照法律条文文义虽应承担刑事责任,但于情于理都使人感到“不安”,故请求对莫诚减轻处罚。由此可见,柳宗元的状文在情理

上从防卫的起因、防卫对象、防卫意图等方面对莫诚的行为予以全面分析,为司法纠偏赋予更多的能动性,至今仍具有借鉴意义。

至元代,刑律规定:“夫获妻奸而妻拒捕,杀之,无罪。”这在当时属于“三纲五常”下典型的“正当防卫”,但同今日的刑法相比,缺乏“防卫过当”的适度限制。“诸妻妾与人奸,夫于奸所杀其奸夫及其妻妾,及为人妻妾杀其奸夫之夫,并不坐。”该条规定显然也有“正当防卫”之意,是在“夫为妻纲”的历史条件下,使用“不坐”而非“无罪”,反映出并非“不构成犯罪”而是“免除处罚”。当然,仅此仍具有现实意义,反映了当时立法技术的高超。再如,清代山西彭应成等与胥金沅等互殴一案,双方因挑逗相争,互殴受伤但没有先后之分,法司将其一起依照法律问罪,这种处罚类似于现在我国刑法理念,互殴者同罚。

综上所述,中国古代的正当防卫制度,存在针对一般不法侵害行为的防卫和针对特定犯罪行为的防卫。前者要求被侵害一方没有过错,限度条件下要求不能殴打对方致死,如果致死的不能减等。后者主要针对奸、盗、杀人行为,但古代律文规定,对这些行为,被害人及其亲属、邻居、其他人具有抓捕权,如果在追捕时,对方持器械抵抗拒捕的,在与其格斗时,致其死亡的,无罪,同时规定了严格的限制条件。由此,古代法律关于正当防卫的规定和理念有以下特点:一是在正当防卫立法宗旨上将保护人的生命权放在首位,避免因“私相复仇”可能引发的“错杀滥杀”。二是在处罚时既关注对被害人人身权的保护也关注良好社会风气的引导。三是在实施防卫权的主体选择上,对于普通的不法侵害仅限于被侵害人自身,对于严重危害人身和财产安全的才允许被害人及其亲属、邻居、路人实施防卫权。四是在处罚上区分“勿论”与“不坐”、“无故”与“登时”以及“持械拒捕”等,有详细的减等处罚和各类防卫过当的不同处罚措施,合理用刑。

(作者为苏州大学国家监察研究院院长、刑事法研究中心主任、王健法学院教授、博士生导师)

在清代救兄殴伤人命案中,司法官员从法律适用之公允出发,特别考虑到救兄行为的正当性,对律例文意作创造性解释,使得裁断结果更加符合法理人情。

# 司法官审理刑案之慎体现司法担当与智慧

□韩伟

清代道光年间,贵州发生一起殴斗命案,因案情复杂,由督抚至朝廷二级司法机关审理,准情核法,最终才作出判决。案件的起因是,李如柏因索欠欠款,与蔡明璟发生口角,进而引发殴斗,蔡明璟力强,将李如柏凶门骨殴伤,致其倒地。李如柏的弟弟李如贵正好路过,见此情形,赶忙上前救护,情急之下将蔡明璟殴打,蔡伤势较重,在不久后死亡。李如贵将其兄李如柏救回后,虽努力医治,但因破骨伤重,亦在七十多日后身亡。至此,一起看似简单的民间欠款纠纷,导致两人死亡,李如贵也因涉案被当地官府拘捕关押。

李如贵因救兄情急,造成蔡明璟身死,应承担何种罪责?在传统的刑事法律观念下,人命至重,需要经过司法机关层层复核,最终若判处死刑,还要由最高统治者即皇帝亲自定夺。在清代,地方刑案的复核流程一般是:地方的流放、充军,以及涉及人命的徒罪案件,经州县地方审理,本省督抚复核后,要用咨文这种文书,将案卷报送刑部定罪,然后再由地方官发落执行。作为朝廷司法机关的刑部,内设与各地方布政司对应的清吏司,包括直隶、江南、浙江、湖广、陕西、福建、四川、贵州、云南等,最初为十四清吏司,康熙之后,随着帝国版图的扩大,刑部形成了十八清吏司的格局,由各清吏司分别处理地方报送的刑案。为了更好地实现监督制约的效果,刑部的官员还分为不同类别,包括司官、堂官、吏。针对具体的刑事案件,司官的职责是对案件的审理、核拟提出建议,表现形式是“主稿”;堂官的职责是对司官的建议进行决策,表现形式是“画稿”。书吏则负责文书的收掌、抄写或递送。乾隆之前,各清吏司在审理得初步裁断意见后,即亲自持稿,向堂



官汇报案件的核拟情况,即“说堂”。乾隆中期后,随着人口激增,各类案件数量增长,“说堂”给堂官带来巨大的压力,特别是疑难案件,难以作出准确的判断,因此改革了运作模式,遇到疑难案件,由拥有更多律学专门人才的律例馆介入,堂官根据律例馆的意见,或准或驳,经再三商榷后确定裁断意见,以体现刑案之慎。

李如贵人命案发生于贵州,地方督抚审理之后,由刑部之贵州司初步复核。该案涉及《大清律例》之斗殴杀人罪,依照规定,“相争为斗,相打为殴”,凡斗殴,以手足殴打他人,不成伤者,答二十;成伤者,答四十;殴打至瞎人两目,折人两肢,及因旧患令至笃疾等,杖一百,流三千里之刑。若因斗殴致人死亡者,最高可处以绞刑、斩刑等死刑。但是,该案中的斗殴具有特殊性,李如贵殴伤蔡明璟致其死亡,并非故意伤害,而是眼见其兄李如柏受到人身伤害,情急之下的救护,其主观意图显然不是故意杀人。

除了兄弟之间相互救助,该案的一个特殊之处在于,它关涉中国古代刑事法律的一项特殊制度——保辜。保辜制度自唐代就已出现,因后世勘查技术有限,在伤害案件发生后,为了准确区分伤害罪与伤害致死罪,便确定一定的期限,限满之日根据受害人的死伤情况,限定加害人承担的刑事责任。在这段期限内,加害人可采取积极医治措施,挽救被害人的生命,以减轻自己的

罪责。《唐律》依据伤害的程度决定保辜的期限,手足殴伤人者期限为十日,以他物殴伤人者二十日,损伤肢体及破骨者五十日,辜限内被害人死亡的,依照“本条杀罪科断”;若在辜限外死者,或虽在限内但因他故死者,以伤害罪论处。《大清律例》同样明确规定了保辜制度,要求斗殴造成身体伤害者,先责令犯人医治,“辜限内皆须因伤死者,以斗殴杀人论”,处以绞刑;“其在辜限外及虽在辜限内,伤已平复,官司文案明白,别因他故死者,各从本殴伤法”,即不必抵命。其中,还明确期限的不同长度,折跌肢体及破骨堕胎者,无论手足他物,“皆限五十日”。

在李如贵人命案中,保辜制度涉及两方面的主体:一是李如贵自身,他殴伤蔡明璟后,依据司法机关的资讯,“蔡明璟逾时殁命”,也即是不久之后死亡,仍在保辜期限之内,故难以因保辜制度减轻李如贵的罪责;二是最初起衅斗殴的蔡明璟,较为特殊的是,在该案中他既是被害人,同时还是加害人。作为加害人,他的行为导致李如柏凶门骨损伤,因此,也可以以保辜制度予以评价。依据资讯,李如柏“越七十三日于破骨伤保辜限外身死”,也即蔡明璟不承担李如柏死亡的罪责,而只对其破骨伤承担法律责任。蔡明璟已经身死,对其定罪量刑自然无意义,但厘清其具体责任,对该案的处理仍至关重要。

清代法典采取律例合编的形式,律文作为其主体,规定主要的罪名刑罚;例文作为其辅助,针对具体犯罪的不同情形,作出规范。斗殴是典型的犯罪行为,规定在律文之中,并分列斗殴成伤的不同刑例。然而,民间斗殴的实际情形异常复杂,特别是在儒家法文化的影响下,不同身份主体间的侵害,又会导致不同的处罚,故与父母、官长等尊卑等级不同的斗殴,都有不同的条例予以补充规定。

就该案而言,清代例文规定,“有服亲属殴死应抵正凶”,可以酌减为满徒,而不必抵命处以死刑。结合前述清代保辜制度,李如柏系在七十三日后,即“保辜限外身死”,故加害人蔡明璟不必适用抵命之律,仅依照殴伤法承担责任,故李如柏之死,在清代法律上,“并无应抵正凶”;反推之,李如贵亦不能适用有服亲属殴死应抵正凶之例减轻刑罚。

对李如贵的刑责推演至此,似乎难免抵罪之刑,但其出手伤人出于救兄情切,若处以死刑,难以做到情法两平。刑部堂官们检视全案情形,对照律例的各种规定,最终作出裁断:于杀人绞罪上酌减一等,“拟以满流”。理由是,李如贵之兄李如柏,毕竟系蔡明璟殴伤殁命,若仅因其死于辜限之外,使李如贵不能适用“殴死应抵正凶”之例,将其处于绞刑,则该弟兄二人一人死于殴斗,一人死于抵罪之律法,不足以体现法律之公正平允。因此,最终将李如贵处以最高等次之流刑,而免于死刑。

刑部对该案之处断,虽然更多是基于清代的律例及法律文化,不能完全等同于现代刑法上的正当防卫制度,但已蕴含正当防卫的精神。对于情急救兄的李如贵,清代律例中并无明确的正当防卫免罪之规定,但“有服亲属殴死应抵正凶”的例文,无疑有限条件下允许反击不法侵害之意,尤其是对于“有服亲属”而言,及及时予以救护,不仅是儒家道德上的义务,更成为减轻刑罚的理由。就该案而言,刑部官员基于全案情节,从法律适用之公平公允出发,特别是考虑到李如贵救兄行为的正当性,对律例文意作创造性解释,使得裁断结果更加符合法理人情,亦达致更优的社会效果,其间闪现的司法担当与智慧,值得深思。

(作者为西北工业大学法学系副教授、国家治理协同创新中心副主任)

## 观察

□张际枫 王潇潇 白晶 冯帅

《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》指出,“完善审判监督工作机制。加强对审判工作中自由裁量权行使的监督。”在民事赔偿损失类案件中,法官自由裁量权的行使边界较广,检察履职也面临不敢监督、不善监督的现实难题。由此,需精准把握民事赔偿损失类个案与类案检察监督的方法。

确定损害赔偿范围的规则。一是可预见性规则,即守约一方的可得利益不得超过违约一方订立合同时预见或者应当预见到的因违约可能造成的损失。根据该规则,预见的主体为违约方,预见的时间为订立合同时,预见的内容为只要求预见损害的类型而无须预见损害的程度,可预见性的标准以一个抽象的“理性人”的标准进行判断。二是与有过失规则,是指当事人一方违约造成对方损失,对方对损失的发生有过错的,可以减少相应的损失赔偿额。该规则是公平原则和诚实信用原则的具体化,有两个构成要件,即赔偿权利人须有过失,且赔偿权利人的行为造成损害的发生或扩大。三是减轻损失规则,是指当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损失的扩大,没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失请求赔偿。减轻损失规则的目的是促使受害人采取合理措施减轻损失,避免社会资源的浪费。四是损益相抵规则,是指赔偿权利人基于损害发生的同一赔偿原因获得利益时,应将所得利益由所受损害中扣除,以确定损害赔偿范围。该规则的法理依据是,赔偿责任制度的目的,在于补偿受害人因违约而遭受的损失,并非使受害人因此获得不当得利。

赔偿损失个案审查的方法。自由裁量是法官主观意见之于客观的过程,具有主观性、复杂性和隐蔽性。检察监督需要深入分析案件背后的深层次审判逻辑,研判自由裁量权的行政规律,以实现高质量办好每一个案件。

还原确定损失额的计算过程。赔偿损失个案监督是有针对性的靶向监督,只有掌握损失赔偿额是如何计算的,才能审查其是否合法。实践中,可以通过以下三种方式还原损失额确定的具体过程:一是通过证据材料和一、二审庭审笔录掌握损失额的具体计算过程。二是通过调阅卷宗掌握损失额的具体计算过程。三是向承办法官核实损失额的具体计算过程。在有些卷宗尚未归档或因其他原因无法调取时,以及调取卷宗并向当事人核实后仍无法得知具体的计算过程的,可以向承办法官进行具体沟通,了解损失计算的过程。

审查生效判决确定的损失额与违约责任的约定、性质和标准的关系。一是审查生效判决是否按照约定的违约责任确定损失赔偿额。具体而言,在对赔偿损失类合同纠纷案件进行审查时,首先看双方的合同中是否约定违约责任,进而审查法官是否根据双方的约定来确定损失数额。二是审查生效判决确定的损失数额是否过分高于守约方的实际损失,即是否坚持违约金“以补偿为主、以惩罚为辅”的性质。根据民法典第585条的规定,约定的违约金过分高于造成的损失,法院可以根据当事人的请求予以适当减少。一般认为,超过实际损失的30%即属于过分高于。三是审查同一案件在不同时段是否适用不同的赔偿标准。守约方的损失可能持续较长时间,受可预见性规则与有过失规则等规制,不同时段可能适用不同的赔偿标准,需要进行甄别。

审查可类型化的赔偿损失案件是否遵循了相应法律规范。不同类型的损失有不同的计算方法,笔者对实践中常见的可类型化的损失处理总结如下:一是非违约方实施替代交易的赔偿。民法典第584条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,造成对方损失的,损失赔偿额应当相当于因违约造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益。在非违约方依法行使合同解除权并实施替代交易时,其损失应是替代交易价格与合同约定价格的差额。二是长期性合同中可得利益的赔偿。在租赁等持续履行的合同中,可以根据当事人的主张,参考合同主体、交易类型、合同履行情况、履约背景等因素确定非违约方寻找替代交易的合理期限,并按照该期限对约定的租金、价款或者报酬等扣除非违约方应当支付的相应履约成本后确定合同履行后可以获得的利益。三是一物二卖的赔偿。违约方为获取更大利益实施违约行为时,可以将违约方因违约获得的利益确定为非违约方在合同履行后可以获得的利益。最典型的案件是一房二卖的情况,可以将出卖人两次出售房屋的差价作为损失赔偿额。四是金钱债务中违约损失的赔偿。根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第18条第4款规定,买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法,出卖人因违约未支付价款逾期付款损失,法院可以违约行为发生时中国人民银行同期同类拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率标准为基础,加计30%-50%计算逾期付款损失。

赔偿损失类案监督的方法。个案与类案并非非此即彼、相互割裂的关系,个案研究是类案监督的基础,类案研究是个案研究的升华。某一类案由的案件虽然不存在当事人申请监督,但通过大数据法律监督模型可以发现其中存在的共性问题;某些案件从个案角度无法提出抗诉意见,但从类案角度则可凸显出裁判标准不统一的问题,更有案件可能存在审判程序违法的情形,都可以通过类案检察建议的方式予以监督。基于同一案由的类案检察建议。如通过民间借贷逾期利息法律监督模型发现生效判决中存在两个问题并制发类案检察建议。一是在许多未约定逾期利率也未约定还款期限的案件中,法院未依法支持逾期日后的逾期利息。二是逾期日起算点存在裁判标准不统一的情形,实践中对于逾期利息起算点存在十余种不同认定情形。

基于同一法律规定的类案检察建议。类案的研究并不局限于同一案由,横跨不同案由的民事法律制度也是可以关注的对象,如合同解除、违约责任等制度。笔者曾对生效判决中酌定违约金的案件进行研究,发现四个共性问题。一是、二审法院酌定的违约金数额差距较大,较大幅度地调整违约金数额不仅影响了当事人对公平正义的感受,也反映出二审法官对实际损失的类型、大小存在认识分歧需要统一。二是以每日一定标准计算一段期间确定的违约金总额过分高于守约方实际损失。三是当事人以不构成违约进行免责抗辩而未主张调整过高违约金,法官对是否需要酌减未予释明。四是法官在酌定违约金时未根据应当考虑的因素针对性地论述。

基于同一监督方式的类案检察建议。在赔偿损失类案件中,还可存在审判人员受贿、审判人员与当事人、律师、特殊关系人存在不正当接触交往,未严格执行“三个规定”,合议庭未严格执行评议程序和要求、合议过程不充分等问题,除对裁判结果依法抗诉外,还可以制发检察建议,必要时向相关职能部门移送涉嫌职务犯罪的违法违纪线索。

[本文系北京市人民检察院2023年检察理论课题《赔偿损失类民事案件法律监督问题研究(BJ2023B29)》的阶段性成果。课题主持人:张际枫,北京市人民检察院第一分院副检察长。课题组成员:北京市人民检察院第一分院王潇潇,北京市人民检察院白晶、冯帅]

# 精准把握民事赔偿损失类 个案与类案检察监督方法