

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2023年第2期(总第25期)

“夜无故入人家”律的演进、法理及实践

丁梦雨

摘要 | “夜无故入人家”律，在中国古代法律文本中流变数千年。经逻辑推论、史料补强、要素比对，发现其在东汉时已经是法律规定，延续而终结至清末修律。“夜无故入人家”律与我国封建社会的盗贼之患关系密切，其原本目的为听民杀贼，这实质是古代社会被迫下放的刑罚权。基于典籍中的案例，可发现在封建国家控制力不断强化的进程中，夜无故入人家律所承载的私人刑罚权不断萎缩，沉积在其中的裁判理性日渐扩张，最终淹没其本义。

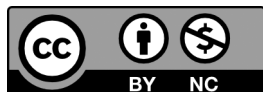
关键词 | 夜无故入人家；东汉；刑罚权；裁判理性

作者简介 | 丁梦雨，男，郑州大学法学院，硕士研究生。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



睽视中华法系之律典，“夜无故入人家”律一以贯之。以当代的法律知识评判，作为一条流变数千年的封建律文，其蕴含着诸如正当防卫的行使、住宅权的保护^[1]等现代法治理念的因子；但是，却不能在我国现行法律中找到承继的明显迹象。似乎，在清末修律的历史进程中，随着中华法系的解体，“夜无故入人家”律赫然而逝^[2]。这一切赋

予“夜无故入人家”律以深入探讨的魅力。因此，论者对其讨论颇多，主要集中于三个方面：第一，作为正当防卫的古代起源；第二，住宅的保护观念；第三，该律的源流考证。对于正当防卫，一方面，该律已成为中国刑法史不会跳过的部分；若干正当防卫的专论也重点探讨该律的起源作用^[3]；另一方面，其成为刑法学者讨论正当防卫不得不提的古

[1] 参见张群：《中国近代的住宅不可侵犯权——以宪法和刑法为例》，载《中国政法大学学报》2008年第4期；蒋海松、熊觉：《中国古典小说中的住宅权观念探微——基于四大名著的分析》，载《中国不动产法研究》2018年第1期。

[2] 高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社2013年版，第37-38页。

[3] 参见孙倩：《中国古代正当防卫制度研讨——以相关案件为主要视角》，载《刑法论丛》2018年第2期；袁作喜：《论我国正当防卫制度》，载《法学研究》1987年第3期；俞晖：《刍议唐律中的正当防卫因素》，载《江西社会科学》2021年第11期；李恩慈：《论正当防卫的历史起源》，载《首都师范大学学报》1993第3期。

代起源^[1]。对于住宅权的保护,其主要是作为古代住宅观念的展示素材。对于该律的源流考证,亦曾有一场热烈的讨论。^[2]但是,对“夜无故入人家”律本身,仍有值得继续探讨的宽广余地。“夜无故入人家”律究竟是何时作为正式的文本入律的,规定这一律文最初基于何种现实因素,在数千年的演变中,“夜无故入人家”律有什么变化?这是本文尝试继续探讨的三个问题。

一、“夜无故入人家”东汉已经入律

综合若干考证该条律文的文献^[3],有论者谓“夜无故入人家”条最早在唐代入律,即《唐律疏议》曰“诸夜无故入人家者,笞四十。主人登时杀者,勿论;若知非侵犯而杀伤者,减斗杀伤二等”^[4]。拙文以为,这样结论值得商榷。况且,虽无详细论证,清代吉同钧已指出“汉时已有此律”^[5]。须知,从现存史料来看,《唐律疏议》作为一部官方编纂的律学著作,虽则是“中国古代流传下来的保存至

今最为完整的第一部法典”^[6],但“我国古代唐以前法律文献亡佚”^[7],这点也是目前学界公认的事实^[8]。故而,基于现存的条文最早出现在唐代,就认为其最早在唐代入律,既没有事实可以佐证,在逻辑上也不成立。

(一)逻辑推论:郑众的话证明东汉存在该律

据《周礼注疏》郑司农云:“谓盗贼群辈若军共攻盗乡邑及家人者,杀之无罪。若今时无故入人家室宅庐舍,上人车船,牵引人欲犯法者,其时格杀之,无罪。”^[9]此处郑司农,论者谓应是郑众而不是郑玄^[10],拙文也以为然。史载袁绍率军到冀州,曾“遣使要玄,大会宾客”,但“玄最后至”,后“绍乃举玄茂才,表为左中郎将,皆不就。公车征为大司农,给安车一乘,所过长吏送迎。玄乃以病自乞还家”^[11]。可见,郑玄并未接受大司农一职。郑众,卢植谓其“通儒达士”^[12],史载“年十二,从父受《左氏春秋》,精力于学,明《三统历》,作《春秋难记条例》,兼通《易》《诗》,知名于世……

[1] 参见汪雄:《寻找失落的“精神”——从〈刑法〉第20条第3款的适用范围反思刑法的立法价值》,载《学术月刊》2020年第1期;姜涛:《行为不法与责任阻却:“于欢案”的刑法教义学解答》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2019年第1期;周光权:《论持续侵害与正当防卫的关系》,载《法学》2017年第4期;陈璇:《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》,载《环球法律评论》2016年第6期;蔡仙:《防卫动机不必要论之提倡》,载《甘肃政法学院学报》2016年第5期。

[2] 参见闵冬芳:《“唐律‘夜无故入人家’条源流考”》,载《法学研究》2010年第6期;张群:《也谈“夜无故入人家”——评〈唐律“夜无故入人家”条源流考”〉》,载《北大法律评论》2011年第11期;赵崧:《“知无不言,言有不尽——〈“夜无故入人家”——不应忽略的那一面〉读后”》,载《法律史评论》2015年第1期。

[3] 参见中村正人、赵崧:《“清律‘夜无故入人家’条小考”》,载《法律史评论》2021年第2期;桂齐逊:《唐律与现行法关于“正当防卫”规定之比较研究》,载中国台湾地区《法制史研究》2003年第4期;闵冬芳:《“唐律‘夜无故入人家’条源流考”》,载《法学研究》2010年第6期;张群:《也谈“夜无故入人家”——评〈唐律“夜无故入人家”条源流考”〉》,载《北大法律评论》2011年第11期;赵崧:《“知无不言,言有不尽——〈“夜无故入人家”——不应忽略的那一面〉读后”》,载《法律史评论》2015年第1期。

[4] 岳纯之点校:《唐律疏议》卷十八《夜无故入人家》,上海古籍出版社2013年版,第293页。

[5] 吉同钧纂辑、闫晓君整理:《大清现行新刑律讲义》,知识产权出版社2017年版,第267页。

[6] 何勤华:《唐代律学的创新及其文化价值》,载《政治与法律》2000年第3期。

[7] 李方:《张家山汉简〈二年律令〉有关汉代边防的法律》,载《中国边疆史地研究》2009年第2期。

[8] 刘培育、臧文川主编:《中国哲学社会科学发展历程回忆·续编1集》,中国社会科学出版社2018年版,第424页。

[9] 李学勤主编:《十三经注疏·周礼注疏(上、下)》,北京大学出版社1999年版,第942页。

[10] 赵崧:《“知无不言,言有不尽——〈“夜无故入人家”——不应忽略的那一面〉读后”》,载《法律史评论》2015年第1期。

[11] 《后汉书》卷三十五《张曹郑列传第二十五》,中华书局2012年版,第958页。

[12] 《后汉书》卷六十四《吴廷史卢赵列传第五十四》,中华书局2012年版,第1698页。

建初六年，代邓彪为大司农”^[1]，其父郑兴“好古学，尤明《左氏》《周官》，长于历数，自杜林、桓谭、卫宏之属，莫不斟酌焉”^[2]。所谓《周官》即是《周礼》，王莽时更为今名，而郑兴、郑众都写过《周礼解诂》^[3]。另外，袁辑成《郑司农周礼解诂》六卷，收录于马国翰《玉函山房辑佚书·经编礼类》。同时，唐宋学者将此句注释为“先郑举汉贼律”，即郑众之言。^[4]由此看来，郑司农只可能是指郑众。基于郑众家学深厚为当时公认的名家，且多年在朝廷担任要职这一事实，可以推论：郑众作的《周礼》之注释应较可信；郑玄与郑众所处时代接近，且为同一领域的后辈，故其对郑众注释的转引，应比较准确；因此“若今时”一句应是东汉时的律文。这点，唐宋以降的学者也如此认为，并持续将其归为汉《贼律》中的律文。^[5]

（二）史料补强：该律具名为“毋故入人家”律

唐以来诸学者之考证，其实只是根据《周礼注疏》中郑玄所引郑众对《秋官·朝士》之“盗贼群辈”句的注释，然郑众的注释并未明说“若今时”句所引用就是律文。故拙文上述的三点推论，似乎只有逻辑上的说服力。以现有的出土汉简来看，似乎可以补强论证的不足，进而相互印证。据查，居延汉简编号 395.011 云：“捕律禁吏毋夜入人庐舍捕人犯者其室殴伤之以毋故入人家律从事”^[6]，对这片简牍所载文字如何断句，比较关键。虽论者对其文义的理解不尽相同，但都将“以毋故入人家律从事”断为一句，并认为这印证郑众“若今时”

句所言是指汉代律文，因此该律文存在。^[7]这样结论无误。严谨地说，语言的含义也会随着时代的变迁而改变。故而，应进一步考察“以某某律从事”这种句式在汉代是否专指引用律文，这样论证更加有力。《汉书》载：“贾人皆不得名田、为吏，犯者以律论”；“孝惠、高后，天下初定，复弛商贾之律，然市井子孙亦不得为官吏”；“今法律贱商人，商人已富贵矣；尊农夫，农夫已贫贱矣”^[8]。基于以上三处记载可知，商贾之律是指代管理商贾的专门法律。另外，《后汉书》载：“敢拘制不还，以卖人法从事”；“敢有所作兴者，以擅议宗庙法从事”^[9]。由此可知，在汉代语言中，“以某某律从事”，一般是比照某某律（法）处理的意思。故而，居延汉简编号 395.011 所载捕律的内容为：禁止捕吏夜晚进入人家，如果无故进入而被打伤，就按照毋故入人家律处理。此处捕律律文应是与毋故入人家律衔接，并有限制捕吏之意。这说明“毋故入人家律”的确是汉代的律文。

（三）要素比对：“毋故入人家”与“夜无故入人家”是同一律

论者可能谓，“毋故入人家”律与“夜无故入人家”表述不同，只能说前者是源头，而不能判定为同一条律文，更况断言汉代入律也？拙文以为，综合郑众的注释，也即“若今时”句和居延汉简编号 395.011 所载内容，“毋故入人家”与“夜无故入人家”，两者在构成要素等方面并没有本质区别，可将两条律文要素比对以证明。在时间要素方面，汉代无限制，唐代为夜间；在地点要素方面，汉代

[1] 《后汉书》卷三十六《郑范陈贾张列传第二十六》，中华书局2012年版，第968-970页。

[2] 同上注，第968页。

[3] 参见陈壁生：《从“礼经之学”到“礼学”——郑玄与“礼”概念的转化》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2022年第1期。

[4] 李学勤主编：《十三经注疏·周礼注疏（上、下）》，北京大学出版社1999年版，第942页；张三夕、杨毅点校：《汉制考·汉艺文志考证》，卷二《朝士》，中华书局2011年版，第52、53页。

[5] 《九朝律考》，商务印书馆2017年版，第81页。

[6] 简牍整理小组编：《居延汉简（肆）》，台北：中央研究院历史语言研究所2017年版，第67页。

[7] [日]大廷脩：《秦汉法制史研究·律的秩文》，林剑鸣等译，上海人民出版社1991年版，第69-70页；秦进才：《汉代皇权与法律形式》，载《河北法学》2004年第4期。

[8] 《汉书》卷二十四上《食货志第四上》，中国社会科学出版社2020年版，第694、2256、2225页。

[9] 《后汉书》卷一下《光武帝纪第一下》、卷二《显宗孝明帝纪第二》，中华书局2012年版，第43、100页。

为室宅庐舍、车船,唐代为“家”;在关键的词语要素方面,汉代为“其时”,唐代为“登时”;在法律后果的设定上,汉代为“格杀无罪”,唐代为“杀死勿论”。结合以上的比对,可以结论,唐律与汉律相比,主要是适用的具体情节有所不同,唐律比汉律更加限制适用。因此,可确定汉“毋故入人家律”与唐“夜无故入人家”律是同一条律文。也即,“夜无故入人家”在东汉郑众所处时代就已是汉律条文。还有一个可以佐证的史料,也即所有考证“夜无故入人家”律流变的论者,都公认元代“诸寅夜潜入人家,被殴伤而死者,勿论”为“夜无故入人家”律的变动,虽则两者的表述也不是完全相同,基于这一思路,汉代的“毋故入人家律”也应和“夜无故入人家”是同一条。即使,目前并无直接史料对汉“毋故入人家”律进行完整表述,我们所知的只有郑众的“若今时”句,其是在叙述一条汉律的内容,但是不能确定其叙述的就是完整的律文;且根据出土的居延汉简,可以推断该律名为“毋故入人家”,但“毋故入人家”律的表述是否和“夜无故入人家”律一样,目前不得而知。但是,依据现有的史料已经足以结论。再者,据宋代《重订刑统》,该律的律名还曾为“夜入人家”^[1],此时,并不能认为“夜入人家”律和“夜无故入人家”律不是同一律。故而,即使在没有直观材料的情况下,确认“毋故入人家”律与“夜无故入人家”为同一律,是可信的。

综上所述,该律的内容流变可以概括为:汉代为“无故入人家室庐舍,上人车船牵引人,欲犯法者,其时格杀无罪”^[2];唐代为“诸夜无故入人家者,笞四十。主人登时杀者,勿论;若知非侵犯而杀伤者,减斗杀伤二等”^[3];宋代为“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”^[4];元代为“诸寅夜潜入人家,被殴伤而死者,勿论”^[4];明代为“凡夜无故入人家内者,杖八十。主家登时杀死者,勿论。其已就拘执,而擅杀伤者,减斗杀伤罪二等。至死者,杖一百徒三年”^[5];清代为“凡夜无故入人家内者,杖八十。主家登时杀死者,勿论。其已就拘执而擅杀伤者,减斗杀伤罪二等,至死者,杖一百徒三年”^[6];“凡夜无故入人家内者处八等罚,主家登时杀死者,勿论,其已就拘执而擅杀伤者,减斗杀伤罪二等,至死者徒三年”^[7]。若如论者谓,其源头确可追溯至西周“盗贼群辈若军共攻盗乡邑及家人者,杀之无罪”^[8],则南北朝《大律》“盗贼群攻乡邑及入人家者,杀之无罪”^[9]也可包括在内。

二、“夜无故入人家”本义是被迫下放的刑罚权

在探讨事实的同时,拙文尝试探讨产生事实的原因,这即是法律史的法理学分析范式的尝试。^[10]拙文以为“夜无故入人家”条的本义为“听民杀贼”,并且与史书中的“盗贼”之患有密切的关系,其实质是一种被迫下放的“刑罚权”。须知,在人类脱离蒙昧而迈向文明后,不论单个的或集合的人,早已不拥有有剥夺他人生命的任性,任何非公权力直接或间接授权下的剥夺他人生命之行为都是被否定的。

(一)为何是“听民杀贼”?

所谓“听民杀贼”,是指允许百姓杀伤盗贼而

[1] 薛梅卿点校:《宋刑统》卷十八《贼盗律二》,法律出版社1999年版,第331页。

[2] 李学勤主编:《十三经注疏·周礼注疏(上、下)》,北京大学出版社1999年版,第942页。

[3] 岳纯之点校:《唐律疏议》卷十八《夜无故入人家》,上海古籍出版社2013年版,第293页。

[4] 郭成伟点校:《大元通制条格》,法律出版社2000年版,“附录”,第419页。

[5] 怀效锋点校:《大明律》,法律出版社,第146页。

[6] 田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,第413页。

[7] 陈颐点校:《钦定大清现行新刑律》,北京大学出版社2017年版,第199页。

[8] 闵冬芳:《“唐律‘夜无故入人家’条源流考”》,载《法学研究》2010年第6期。

[9] 《隋书(三)》卷二十五《志第二十》,中华书局2020年版,第784页。

[10] 刘顺峰:《法律史的法理学研究范式》,载《学术研究》2022年第6期。

不为罪，这是社会对犯罪被害人所赋予的刑罚权。社会对犯罪被害存有三个阶段的进阶认识：强调对个人的侵害；强调对国家的侵害；重新强调对个人的侵害。^[1]被害人角色的变迁历程按时间先后顺序可描述为作为刑罚执行者角色、作为犯罪起诉者角色、逐渐受遗忘的被害人、再度受重视之被害人。^[2]“夜无故入人家”律，其原初的功用是受害者作为“刑罚执行者角色”的“刑罚权”之体现。被害人在最初阶段，之所以被作为“刑罚执行者”，论者有数种观点。第一种，论者谓与复仇观念有关^[3]。例如，瞿同祖谓“复仇的观念和习惯，在古代社会及原始社会中极为普遍”^[4]。第二种，复仇的观念和习惯在一定程度、一定范围内为封建法律所承认和规制。例如，有论者谓从古典时期至唐宋时期，及至明清时期，对于有关复仇的问题，大致经历了一个混乱—选择—确定的历史过程^[5]。拙文以为，社会如此认识犯罪，固然有复仇观念和习惯的因素；尤其我国古代社会，还具有因儒学伦理的倡导而推动入律这一因素。除此之外，最重要还属现实情况的驱使。事实上，“听民杀贼”与封建国家预防和打击犯罪，尤其平息“盗贼”的能力有关。清代刑部侍郎钱维城在其文《杀贼无抵命法论》中谓：《周礼·朝士职》曰：“盗贼军乡邑及家人，杀之无罪。”军犹军其南门之军，言攻也。攻一家一人，与攻一乡一邑同，杀之皆无罪。郑康成曰：“即今律：‘无故入人家及上舟车牵引人欲为非者，杀之无罪’是也。”唐律加“夜”字，分“登时”“拘执”，始失古义，而其听民杀贼则同。^[6]钱维城认为“夜无故入人家”的“古义”为允许民

众杀伤盗贼，攻击一乡一邑是盗贼，攻击一家一人也是盗贼，百姓杀掉盗贼都不为罪；到了唐代，该律的适用情节被限制到夜间，区分出“登时”和“拘执”的情节，“夜无故入人家”的古义就丧失了。

（二）现实驱动：“盗贼”难平

认为“夜无故入人家”条与我国古代的“盗贼”之患有关，也就是该条“本义”或许为“听民杀贼”，其原因有二。首先，该律起源于《周礼》“盗贼群攻乡邑及入人家者，杀之无罪”一句，当然与“盗贼”直接相关。其次，史籍中记载的资料，也可以佐证其与“盗贼”的关系。拙文愚笨，在此以“二十四史”以及《清史稿》中有关“盗贼”的若干记载为分析材料，经过分类与切片，对历史资料进行观察，以资佐证。

1. 盗贼之患具有频发性

所谓“盗贼”，其二字合用，在古语中的意思比较固定。例如王温舒“督盗贼，杀伤甚多，稍迁至广平督尉”^[7]；“东郡闻纯入界，盗贼九千余人皆诣纯降，大兵不战而还”^[8]；“颍川盗贼寇没属县，河东守守兵亦叛，京师骚动”^[9]；“陈留盗贼李坚自称皇帝，伏诛”^[10]。由此可知：其一般涉及动乱，用来指称有颠覆政权目的的暴动。其实也就是所谓的“民变”^[11]。有论者以秦代为例，谓秦王朝管理统一国家的时代，尚无历史经验可以借鉴，对于来自社会底层武装暴动导致的颠覆危险，执政者还没有清醒的认识和充分的警惕，一时依然视作“盗贼”之乱^[12]。这样的结论尚有讨论的空间。据我国古代官修史书载，“盗贼”之患贯穿整个封

[1] 许永强：《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社2003年版，第52页。

[2] 黄富源、张平吾：《被害者学新论》，台湾铭传大学出版社2008年版，第1-4页。

[3] 骆群：《中国传统司法中的犯罪被害人》，载《河北法学》2014年第8期。

[4] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1996年版，第65-66页。

[5] 明辉：《法律与复仇的历史纠缠——从古代文本透视中国法律文化传统》，载《学海》2009年第1期。

[6] 陈重业主编：《〈折狱龟鉴补〉译注》卷四《犯盗》，北京大学出版社2006年版，第622页。

[7] 《史记（四）》卷一百二十二《酷吏列传第六十二》，中华书局2018年版，第2730页。

[8] 《后汉书》卷二十一《任李万邳刘耿列传第十一》，中华书局2012年版，第600页。

[9] 《后汉书》卷一下《光武帝纪第一》，中华书局2012年版，第44页。

[10] 《后汉书》卷七《孝桓帝纪第七》，中华书局2012年版，第228页。

[11] 廖寅：《宋朝应对民变若干措施新探》，载《齐鲁学刊》2017年第1期。

[12] 王子今：《论秦始皇出行逢“盗”及秦代“盗”的法律身份》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期。

建社会,“盗贼”一词作为一种固定称谓,其使用也遍及整个封建社会的史书。

在统计“二十四史”以及《清史稿》中,“盗贼”一词的使用频率后,发现所谓“盗贼”,在整个封

建社会,具有常在、多发的特点。例如《宋史》中,“盗贼”一词使用多达254次。更重要的是,在封建社会里,还有“群盗”“流贼”等词,与“盗贼”基本同义;可怖的是,据《宋史》,“群盗”一词使用了124次。

表1 “盗贼”一词在“二十四史”和《清史稿》中的使用频率及典型例句

典籍	频次	典型句子
《史记》	31	督盗贼,杀伤甚多,稍迁至广平督尉 ^[1]
《汉书》	169	末年,盗贼群起,发军击之,将吏放纵于外。 ^[2]
《后汉书》	155	今久不抚之,臣恐百姓离心,盗贼复起矣。 ^[3]
《三国志》	18	郡主簿刘节,旧族豪侠,宾客千余家,出为盗贼,入乱吏治。 ^[4]
《晋书》	31	于时流人在荆州十余万户,羁旅贫乏,多为盗贼。 ^[5]
《宋书》	14	州郡力弱,则起为盗贼,种类稍多,户口不可知也。 ^[6]
《南齐书》	1	夫惩耻难穷,盗贼长有,欲求猛胜,事在或然,扫墓高门,为利孰远。 ^[7]
《梁书》	6	起为光远将军,合讨阴陵盗贼,平之,以为淮州刺史。 ^[8]
《陈书》	3	寻起为和戎将军,累迁寻阳内史,为政严明,盗贼静息。 ^[9]
《魏书》	22	时山东饥馑,盗贼竞起。 ^[10]
《北齐书》	5	时天下多难,盗贼充斥,征召兵役,途多亡叛,朝廷患之。 ^[11]
《周书》	9	永安末,盗贼蜂起。 ^[12]
《隋书》	65	于时盗贼群起,武阳诸城多被沦陷,唯贵乡独全。 ^[13]
《南史》	9	莫不奔窜山湖,聚为盗贼。 ^[14]
《北史》	54	世基以盗贼日盛,请发兵屯洛口仓,以备不虞。 ^[15]
《旧唐书》	41	今天下大乱,城门之外,皆是盗贼。 ^[16]
《新唐书》	60	既而籍卒逋亡,无生业,曹聚山林间为盗贼。 ^[17]
《旧五代史》	14	时盗贼所在群起,攻劫州郡,断澶州浮梁。 ^[18]
《新五代史》	11	由是山海间盗贼竞起。 ^[19]

[1] 《史记(四)》卷一百二十二《酷吏列传第六十二》,中华书局2018年版,第2730页。
[2] 《汉书(八)》卷二十四上《食货志第四上》,中国社会科学出版社2020年版,第2246页。
[3] 《后汉书》卷三十六《郑范陈贾张列传第二十六》,中华书局2012年版,第963-964页。
[4] 《三国志(四)》卷十二《魏书十二》,中国社会科学出版社2020年版,第1082页。
[5] 《晋书(六)》卷六十六《列传第三十六》,中华书局2017重印版,第1766页。
[6] 《宋书(一五)》卷九十七《列传第五十七》,中国社会科学出版社2020年版,第4992页。
[7] 《南齐书(三)》卷四十八《列传第二十九》,中华书局2019年版,第933-934页。
[8] 《梁书(四)》卷二十八《列传第二十二》,中国社会科学出版社2020年版,第1088页。
[9] 《陈书(三)》卷二十六《列传第二十》,中国社会科学出版社2020年版,第785页。
[10] 《魏书(第三册)》卷四十四《列传第三十二》,中华书局2017重印版,第996页。
[11] 《北齐书(三)》卷二十四《列传第十六》,中国社会科学出版社2020年版,第761页。
[12] 《周书(五)》卷三十六《列传第二十八》,中国社会科学出版社2020年版,第1344页。
[13] 《隋书(六)》卷七十三《列传第三十八》,中华书局2020年版,第1892页。
[14] 《百衲本南史》卷三十四《列传第二十四》,国家图书馆出版社2014年版,第371页。
[15] 《北史(九)》卷八十三《列传第七十一》,中华书局2016重印版,第2798页。
[16] 《旧唐书(七)》卷五十七《列传第七》,中华书局2017重印版,第2286页。
[17] 《新唐书(一三)》卷一百一十八《列传第四十三》,中华书局2017重印版,第3958-3959页。
[18] 陈智超撰述:《辑补旧五代史(八)》卷一百三十七《外国列传一》,巴蜀书社2021年版,第3548页。
[19] 《新五代史(六)》卷六十五《南汉世家第五》,中国社会科学出版社2020年版,第1650页。

续表

典籍	频次	典型句子
《宋史》	254	时四方盗贼窃发，州郡不能制。 ^[1]
《辽史》	12	加以盗贼蜂起，邦国危于累卵。 ^[2]
《金史》	78	诏安抚河南路，捕盗贼。 ^[3]
《元史》	119	玉吕鲁奏，江南盗贼凡四百余处，宜选将讨之。 ^[4]
《明史》	92	盗贼之祸，历代恒有，至明末李自成、张献忠极矣。 ^[5]
《清史稿》	105	辛巳，以广东盗贼横行，谕飭严缉。 ^[6]

2. 平息盗贼成为官府的重要职责

“盗贼”属于“民变”，具有反抗封建当局的性质，因而其是封建秩序的重大威胁，从而平息盗贼也就成为成为封建官府的重要职责。从中央到地方乃至最基层，政府一般设置有专门应对盗贼的机构。据《元史》载，元代设有“隆镇卫亲军都指挥使司，秩正三品”，其职责为“掌屯军徼巡盗贼于居庸关南、北口”^[7]。又如，把平息“盗贼”作为考核官员的重点内容之一，比如，元代选拔守令“以户口增、田野辟、词讼简、盗贼息、赋役均五事备者，为上选”^[8]。据《宋史》载，太宗四年，“始置磨勘之司”，其职责也包括“其贪冒无状、淹延斗讼、逾越宪度、盗贼竞起、部内不治者，亦条其状以闻，当行贬斥”^[9]。又如，设“考官郎中”，以七事考监司，“一曰举官当否，二曰劝课农桑、增垦田畴，三曰户口增损，四曰兴利除害，五曰事失案察，六曰较正刑狱，七曰盗贼多寡”^[10]。又宋代基层还有乡兵负责缉捕盗贼，比如熙宁八年十二月，“诏五路义勇并与保丁轮充及检察盗贼，有违犯，依保丁法”^[11]。早在汉代，

亦有类似的基层机构，据《史记》载“安留武功，替人为求盗亭父也。应劭云‘旧时亭有两卒，其一为亭父，掌关闭扫除，一为求盗，掌逐捕盗贼也’”^[12]。由此可以粗疏地看到，盗贼之患是我国古代封建秩序的重大威胁；从中央、地方到基层，都设置有负责平息盗贼的机构，治理盗贼成为古代官府的重要职责。

3. 盗贼自贫民转化，很难止息

“盗贼”常常是由社会底层的贫民被迫转化；被迫转化，一般是封建王朝政策失误或者重大的自然灾害所引起，这两者都可能导致贫民无法合秩序地生存。这一点不仅可以从史书的记载中直观地看出来；并且，封建王朝的官僚也是有清醒认识的。例如，董仲舒谓“贫民常衣牛马之衣，而食犬彘之食。重以贪暴之吏，刑戮妄加，民愁亡聊，亡逃山林，转为盗贼，赭衣半道，断狱岁以千万数”^[13]。据《后汉书》载，汉孝顺帝曾下诏曰“间者以来，吏政不勤，故灭咎屡臻，盗贼多有”^[14]。又据《三国志》魏书载，郑浑“以百姓新集，为制移居之法，使兼复者与单轻者相伍，温信者与孤老为比，勤稼穡，

[1] 《宋史（三〇）》卷三百二十《列传第七十九》，中华书局2017重印版，第10408页。
[2] 陈述补注：《辽史补注（十）》卷一百《列传第三十》，中华书局2018年版，第3440页。
[3] 《金史（一一）》卷七十八，中国社会科学出版社2020年版，第3447页。
[4] 《元史（二）》卷十五《本纪第十五》，中华书局2016重印版，第320页。
[5] 《明史（二六）》卷三百九《流贼》，中华书局1974年版，第7947页。
[6] 《清史稿（四）》卷十二《穆宗本纪二》，中华书局2018重印版，第837页。
[7] 《元史（七）》卷八十六《百官二》，中华书局2016重印版，第2162页。
[8] 《元史（七）》卷八十二《选举二》，中华书局2016重印版，第2038页。
[9] 《宋史（一一）》卷一百六十《选举六》，中华书局2017重印版，第3758页。
[10] 《宋史（一二）》卷一百六十三《职官三》，中华书局2017重印版，第3839页。
[11] 《宋史（一四）》卷一百九十一《乡兵二》，中华书局2017重印版，第4739页。
[12] 《史记（四）》卷一百四《田叔列传第四十四》，中华书局2018年版，第2427页。
[13] 《汉书（八）》卷二十四上《食货志第四上》，中国社会科学出版社2020年版，第2232—2233页。
[14] 《后汉书》卷六《孝顺孝冲孝质帝纪第六》，中华书局2012年版，第206页。

明禁令,以发奸者。由是民安于农。而盗贼止息”^[1]。《新唐书》载,韩思复被调任梁府仓曹参军,恰好大旱,于是就开仓赈济灾民,州长官弹劾指责他这种做法,韩思复反驳道“人穷则滥,不如因而活之,无趣为盗贼”,史载“州不能诘”^[2]。又《清史稿》载,天聪元年,“大饥,斗米值银八两,银贱物贵,盗贼繁兴”,清太宗皇太极,惻然曰“民饥为盗,可尽杀乎!”,于是,“令鞭而释之,仍发帑赈民”^[3]。不可否认,统治阶级的这种认识,不可避免地具有局限性;正如论者谓:几千年封建社会以“私天下之利”为立法原则,从而出现“治盗之法尽而盗不止”的现象^[4]。

4. 盗贼为聚集性流动,对秩序危害大

所谓聚集性,乃是指盗贼一般具有一定的组织结构,聚集在一定区域,数量不会太小。例如,据《汉书》载,“民弃城郭流亡为盗贼,并州、平州尤甚”^[5]。明显可以看出这些由百姓转化的“盗贼”,聚集在“平州”“并州”一带。又如《后汉书》载,“南郡、江夏盗贼寇掠城邑,州郡讨平之”^[6]。此处直接以“南郡”“江夏”限定盗贼的来源与聚集区域。又如《三国志》载,“盗贼马秦、高胜等起事于郾。合聚部伍数万人,到资中县”^[7]。此处“数万人”可以直观看出盗贼数量之多。又如《旧唐书》载“属盗贼群起,师都阴结徒党数千人,杀郡丞唐宗,据郡反”。此处记载直接反映出盗贼的“造反”性质。再如《明史》载,“军民及商灶户死者无算,少壮转徙,丐江、仪、通、泰间,盗贼千百啸聚”^[8]。

此处“转徙”表明,盗贼并不是静止地聚集,而具有流动中聚集的特点。通过诸如此类的史料,拙文以为,我国古代的盗贼,其一般具有一定的或严密、或松散的组织结构,而且往往聚集在一定的区域内,并有流动的特点。基于盗贼聚集性流动的特点,显而易见,“盗贼”对封建社会秩序的维护具有较大的危害,从而成为封建王朝需要应对的“盗贼之患”。

5. 官方杀盗贼原本就具法律弹性

所谓法律弹性,也即官府平息盗贼,既可以依照现有法律规定行动,也可因情况紧急或盗贼行为恶劣而直接“格杀”。例如,据《后汉书》载,动用军队镇压“盗贼”的记载有多处,例如“庚申,帝自征颍川盗贼,皆降”^[9]，“荆州刺史度尚击零陵、桂阳盗贼及蛮夷，大破平之”^[10]。正如明代岳正认为“为政有体，盗贼责兵部，奸宄责法司”^[11]。也即，“盗贼”对封建社会秩序的重大威胁，导致朝廷一般会派军队前往镇压，那么既然派军队镇压，就很难先捕获盗贼，然后论罪。又例如，据《清史稿》载，“凡步军营捕获盗贼，岁登其数请叙”^[12]。又据《元史》载，“敕凡盗贼必由管民官鞫问，仍不许私和”^[13]，此处说明在其时存百姓与“盗贼”私下和解的情况。而“诏诸人告捕盗贼者，强盗一名赏钞五十贯，窃盗半之，应捕者又半之，皆征诸犯人，无可征者官给”^[14]；“如境内无失，但获强窃盗贼，依例理赏。若应捕之人，及事主等告指

[1] 《三国志(五)》卷十六《魏书十六》，中国社会科学出版社2020年版，第1393页。

[2] 《新唐书(一四)》卷一百一十八《列传第四十三》，中华书局2017重印版，第4271-4272页。

[3] 《清史稿(二)》卷二《太宗本纪一》，中华书局2018重印版，第24页。

[4] 焦冶：《治盗之法尽而盗不止——中国古代“盗”罪之考论》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2008年第5期。

[5] 《汉书(二七)》卷九十九中《王莽传第六十九中》，中国社会科学出版社2020年版，第7572页。

[6] 《后汉书》卷六《孝顺孝冲孝质帝纪第六》，中华书局2012年版，第215页。

[7] 《三国志》卷四十《蜀书十》，中国社会科学出版社2020年版，第2647页。

[8] 《明史(七)》卷八十四《河渠二》，中华书局1974年版，第2072页。

[9] 《后汉书》卷一下《光武帝纪第一下》，中华书局2012年版，第44页。

[10] 《后汉书》卷七《孝桓帝纪第七》，中华书局2012年版，第244页。

[11] 《明史(一五)》卷一百七十六《列传第六十四》，中华书局1974年版，第4680页。

[12] 《清史稿(一二)》卷一百十四《职官一》，中华书局2018重印版，第3289页。

[13] 《元史(一)》卷十二《世祖九》，中华书局2016重印版，第258页。

[14] 《元史(二)》卷十九《成宗二》，中华书局2016重印版，第405-406页。

捕获者，不赏”^[1]，此两处关于捕盗的规定说明某些“盗贼”是可以由官府捕获，而无需派兵征讨的。又如《明史》载，“盗贼奸宄，仍责厂卫，亦必送法司拟罪”^[2]，这里又可以看出，可以捕获的“盗贼”是需要由专门机关依法律处置的。从以上的记载可以得出一个粗浅的结论：处置犯罪情节恶劣的“盗贼”，往往可以脱离法律的规制，而犯罪情节十分轻微的“盗贼”，亦可能被私下和解，而犯罪情节中等而又为官府所知的“盗贼”，则一般会依法处置，尽管最后的结果也是死罪。其法律弹性由此可管窥一斑。

（三）小结

据以上观察，《周礼》谓“盗贼群辈若军共攻盗乡邑及家人者，杀之无罪”^[3]，也就不足为奇。在古代史籍中所记载的“盗贼”，其是从大量的底层百姓转化而来的，其聚集性的特点，其频发性的可怖，往往令官府束手无策、捉襟见肘。据《管子》“夫盗贼不胜则良民危，法禁不立则奸邪繁”^[4]，可知“盗贼”与“良民”是截然对立的称谓的。而令官府窘迫的盗贼往往又经常存在而不能及时平息，故而只能规定“杀之无罪”“勿论”；即在这种情况下不得已给“良民”以刑罚权，让其可以稍微承担“刑罚执行者的角色”以自我保护。故而，可以想象，在“盗贼”蜂起的情况下，“盗贼”闯入“良民”的家中，“良民”可以“杀之无罪”，官府只需“勿论”。例如，钱维城上疏“事主杀盗贼移尸，有司辄置勿论”，得到的结果是“下部议行”^[5]。

经过以上叙述，拙文以为，“夜无故入人家”条起源自统治者在疲于应对“盗贼”之患时，不得已赋予守法百姓的“刑罚权”。直观地说，也就是“听民杀贼”。这一结论，完全可以从历史典籍的记录中得到佐证；最重要的是，清代刑部侍郎钱维城请求施行“事主杀盗贼移尸，有司辄置勿论”的奏疏得到认同与执行，不可不谓一个类似“返祖现象”的证明。

三、从萎缩的刑罚权走向扩张的裁判理性

如论者谓“在古代社会，国家暴力资源相对匮乏，军队和警察装备落后，所以被迫利用私人暴力

来威慑犯罪”^[6]。然而，随着封建国家机器控制力的增强，尤其国家暴力资源的丰富，在“夜无故入人家”律中被迫下放的“刑罚权”渐次变化、逐渐萎缩；也即由被迫下放的“刑罚权”逐渐演进为被限缩的“刑罚权”；同时，其文本中的法理也在累积与迭变，其中裁判理性的边界在不断扩张，并淹没了“听民杀贼”的本义。虽则“夜无故入人家”条源自“听民杀贼”，但从更广阔的时间范围来看，史书中所载的那种明白无误，确可直接格杀“盗贼”的情形，并不是日常生活的全貌。这就涉及到有迹可循的典籍中的案例。

（一）刘崇龟换刀案

《折狱龟鉴》载有一则唐代的案例^[7]，也就是刘崇龟镇守南海郡时，在其治下曾发生一起命案。大致经过为：有一富商的儿子，晚上在江岸边停船，见某大户家的门口有位美丽的女子，并且不避人的眼光；于是这富商之子就戏谑地说：晚上去你家找你。岂知这位女子面无难色，开门等待这富商之子过来。不料，晚上有盗贼进入这女子的闺房，这女子以为果真是富商之子来找她，于是就欢快地扑过去了。此时，盗贼以为自己马上要被这家主人捉住，就挥刀杀了这女子而后逃走。不久，富商的儿子居然来了，闻到血腥味，又发觉有人伏地不起，连忙离去。后刘崇龟以盗贼所遗留的“刀”为切入点，将杀人盗贼捉拿归案。那位富商的儿子由于触犯“夜无故入人家”条，而被施以杖背之刑。此处所谓“杖背”，依《唐律疏议》可知为“夜无故入人家，笞

[1] 《元史（九）》卷一百三《刑法二·职制下》，中华书局2016重印版，第2630页。

[2] 《明史（八）》卷九十五《刑法三》，中华书局1974年版，第2337页。

[3] 吕友仁、李正辉译注《周礼》，中州古籍出版社2020重印版，第323页。

[4] 李山、轩新丽译注：《管子（上、下）》，中华书局2020重印版，第713页。

[5] 《清史稿（三五）》卷三百五《列传第二十九》，中华书局2018重印版，第10519页。

[6] 桑本谦：《科技进步与中国刑法的近现代变革》，载《政法论坛》2014年第5期。

[7] 杨奉琨校释：《〈疑狱集〉〈折狱龟鉴〉校释》卷二《刘崇龟》，复旦大学出版社1988年版，第89-90页。

四十”^[1]。从刘崇龟换刀案可以看出,“夜无故入人家”在这时是得到适用的,但是由于法条的具体适用情节的变换,其已经产生限缩“刑罚权”之意;也即从仅仅规定“杀之无罪”到区分具体情节。在此,拙文再次摘出《唐律疏议》“夜无故入人家”条的完整表述:“诸夜无故入人家者,笞四十。主人登时杀死者,勿论;若知非侵犯而杀伤者,减斗杀伤二等。”^[1]立足于对《周礼》《汉律》《唐律疏议》中该条的比对,拙文的分析如下。

1. 实质限缩:“诸夜无故入人家者,笞四十”

对“刑罚权”比较具实质性的限缩,只有“诸夜无故入人家者,笞四十”这一部分表述。在这种情节中,犯者“夜无故入人家”,主人没有登时杀死,或犯者当时没有被拘执,或犯者事后没有被告发,其所受刑罚仅仅为“笞四十”。这句简单的条文值得仔细推敲,与《周礼》《汉律》中的条文相比,其最大的不同是:轻微的触犯“夜无故入人家”律,刑罚要由国家来实施;“笞四十”作为必须由特定机关执行的行为就是明证。

2. 形式限缩:“若知非侵犯而杀伤者,减斗杀伤二等”

主家知晓“夜无故入人家”者的意图并非为侵犯,此时主家的人身财产不具有现实的危险性,故而“刑罚权”是不被赋予的。此时,主家仍旧杀死闯入者,这是对国家所享有的剥夺生命的刑罚权的侵犯,此时就依“减斗杀二等”处理。此处,从文本上直观地观察,好似已经对“主人登时杀死者,勿论”所赋予的“刑罚权”进行较大的限缩。实则不然。须知,主家当时知与不知闯入者的意图,无法从外界来确定,这是一种即时的主观的心理状态;闯入者的意图,同样是一种主观的心理状态,也不易从外界来探知。那么,如果两者的主观心理状态都处于一种不易为外界确知的情况下,主家即使知其没有犯意而仍旧杀之;在古代,这其中的真实情节难以查明。

3. 小结

综合刘崇龟换刀案以及对《唐律疏议》中该条的分析,到唐代时,“夜无故入人家”中被迫下放的“刑罚权”已经被限缩,但是这一限缩比较轻微。假使依照文本的规定,适用“笞四十”,只能类似刘崇龟案,大概属于事发后又被告发的情形;也即

案情进入国家机关的视野中。在形式限缩几乎无效的情况下,从文本的分析来看,主家杀死任何闯入者的法律风险是很小的,如果主家有能力直接杀死外来闯入者,为何选择把案情推入国家机关的视野而让其仅受一点“杖背”之刑?

(二) 邵守愚案

据《海忠介公全集》载,明代淳安县邵守愚与弟弟邵守正共同继承祖上的一口池塘,每年轮流养鱼。嘉靖三十六年,该年轮到邵守愚,但是鱼塘屡次被偷盗。这年八月二十三夜里,邵守正恰好与伙程周去鱼塘偷鱼,而邵守愚与其养子邵天保拿着武器去鱼塘抓贼。程周看见人影,听见脚步声,就连忙背着渔网逃跑了。邵守正被邵守愚一枪戳倒,当即痛叫一声,又被连戳五枪而死。案发后,“蒙洪知县审得,若是误杀,不宜连戳六枪,似有仇恨。遂安朱知县审问邵守愚,连戳六枪,似非误杀。寿昌彭知县问拟守愚依‘同居卑幼引人盗物,若有杀伤者,依杀缙麻弟’律绞”;这几个知县审问后,认为应处邵守愚以绞刑,然而“解府转详巡按御史王处驳回。分巡道者看得招情亦欠合律,行府转委本县检究”;于是,海瑞得以参于该案,发表意见谓“杀贼不死,贼必反伤,其连戳六枪者、盖亦未知其死与未死,多戳使之必死,亦势所必至也。守正被戳岂无痛声,然止一痛声,未有别样说话。黑夜敌贼,危迫慌忙,兄弟相盗,思虑不及,恐不能就一痛声而辨其为兄弟、他人也”,进而认为“登时杀死,未就拘执,似不当以‘同居卑幼引他人盗己家财物,有杀伤者,依杀伤缙麻弟’律绞论罪。”^[2]

1. 规范:刑罚权的实质限缩

据《大明律》规定:“凡夜无故入人家内者,杖八十。主家登时杀死者勿论。其已就拘执,而擅杀伤者,减斗杀伤罪二等。至死者杖一百徒三年”^[3]。由此处可以直观得知:在明代的“夜无故入人家”律文中,闯入者在与主家没有强烈的肢

[1] 岳纯之点校:《唐律疏议》卷十八《夜无故入人家》,上海古籍出版社2013年版,第293页。

[2] 周恺:《判词的故事》,中国法制出版社2018年版,第109-110页。

[3] 怀效锋点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第146页。

体冲突时，也即存在或者被拘执而送到官府，或者事后被捕等情形，此时的惩罚比唐代有所加重，为“杖八十”；“登时”的情形未变；构成“擅杀伤”的要件由“知非侵犯”的犯意要素到“已就拘执”的失去作为能力要素；这与唐律相比，是对刑罚权的实质性限缩。如此结论，理由在于是否曾让闯入者失去作为能力，是有迹可循的；闯入者“已就拘执”，主家要等待官方的介入而不可“擅杀伤”，这又进一步宣示国家对刑罚权的掌控；即使闯入者的恶意十分大，只要没有“登时”将其杀死而是将其拘执，那么就要由国家司法机关处理。

2. 迹象：裁判适用范围的扩张

在邵守愚案中，适用“夜无故入人家”条的地点要件是有瑕疵的。案件发生的地点为鱼塘，这通常不能被认为在“家”的概念范围内。既然明代“夜无故入人家”律的限缩更加具有实质性，鱼塘与“家”也是截然不同的场域，为何海瑞仍旧引用“登时杀死，未就拘执”这一论点来说明绞刑不适当呢？由海瑞的分析可知，其认为邵守愚应依照“夜无故入人家”律中，“登时杀死者勿论”处理，得出邵守愚不应受到处罚的结论。但是，在文本上，邵守愚案并不完全符合“夜无故入人家”律的构成要件，故而其仅引用“登时杀死，未就拘执”，意在强调“登时杀死”背后的法理与常情，以说明邵守愚不应在法律上受到苛责。

3. 小结

综合以上论述，较唐律而言，明代的“夜无故入人家”律，存在对“刑罚权”进一步的实质性限缩；同时也存在考虑常情的情形。典型的例证就是海瑞的参语，从其中，隐约可看出一丝由“夜无故入人家”律中蕴含的法理来裁判与规范不够契合之案情的迹象。

（三）王玉案

清代《刑案汇览》载有一案：张兴渊向来不认识王玉，一日三更，王玉疯病复发，从矮墙爬入张兴渊家院内。张兴渊和雇工钟义听到动静，点着灯出去看见院内站着一人。此时，张兴渊心生疑虑，和钟义一起用木棍、铁叉等打伤王玉左腿膝盖等部位，并一起扭住王玉问其姓名和来意，但王玉并未回答。于是，张兴渊与钟义将王玉拴在树上继续盘问，王玉还是不说话，张兴渊又用结拢麻绳叠殴其

右肋、右胁，致使王玉殒命。后该省巡抚依照“夜无故入人家”律，以就拘执而擅杀款，拟处张兴渊以满徒的刑罚；但是安徽司认为“今王玉因疯发无知，夜入该犯院内，该犯等既将其捉获捆绑，何难辨认送究，乃辄将其叠殴致死，与仓卒殴毙者不同，自应仍照共殴本律问拟，该抚将该犯依夜无故入人家，已就拘执而擅杀律拟以满徒，殊未允协，罪关生死出人，应令该抚另行按律妥拟具题”，于是，给出以往的做法为“本部查殴死疯发无知夜人家内之人，必实系事在仓卒，搏殴致毙，方可照擅杀律拟徒，若其人业已就缚，辄复将其叠殴殒命，则仍应予以绞抵，向来办理并无歧误。”^[1]

1. 条例：限缩于财产权的保护

据《大清律例》，清代“夜无故入人家”律完全照搬明律。^[2]除此之外，《大清律例》中，该条附有三处条例，分别就“邻佑人”“持仗拒捕”“旷野白日”等特殊类型做出规定。^[3]在文本上，这些条例其实已经溢出“夜无故入人家”律的文本规范。概要地说：在时间要件层面，三处条例皆有规定“白日”的情节，突破“夜”这一时间限制；在地点要件层面，三处条例中，有两处条例规定住宅范围之外的适用情节，如“市野”“旷野”，这已经突破“家”的场域限制；在主体要件层面，行使刑罚权的主体，也已经突破“事主”的界限，例如“邻佑人”“奴仆雇工”这些主体也可因与事主的关系而辅助作为；在客体要件层面，由三处条例可知，“闯入者”侵犯的客体仅是财物的所有权。这些条例在文本上突破“夜无故入人家”律的适用范围，与附着在“夜无故入人家”律中的价值判断一脉相承，并限缩于财产权的保护。

2. 现实：裁判理性扩容

由《大清律例》“夜无故入人家”律可知，在现实的裁判中，清代司法机关甚至直接突破“夜无故入人家”律的文本规范。从王玉案的具体情节来看，时间在三更，地点在主家院内，而王玉又为张兴渊等拘执；最后，王玉为张兴渊等擅杀，这完全

[1] 《刑案汇览三编（二）》卷二十一《夜无故入人家》，北京古籍出版社2000年版，第766-767页。

[2] 郭成伟主编：《大清律例根原》卷七十二《刑律贼盗下》，上海辞书出版社2012年版，第1149页。

[3] 同上注，第1150-1152页。

符合“夜无故入人家”律的规定。然而你,安徽司在回复中谓“殊未允协”,认为“自应仍照共殴本律问拟”,其理由谓:首先,王玉疯发无知;其次,王玉为张兴渊拘执;那么,“何难辨认送究”;但是,“乃辄将其叠殴致死”;于是得出结论:“与仓卒殴毙者不同”。这里,司法机关认为“与仓卒殴毙者不同”而否定“夜无故入人家”条的适用,只能基于常理,尤其“夜无故入人家”律涵义扩张后的法理而推断。其中的法理在于,王玉被拘执之后,按照常情,其疯病较容易为张兴渊等辨认;既然张兴渊按常理可以知道王玉乃疯病发作,那么张兴渊等人在殴死王玉时可谓从容不迫,并非“仓卒殴毙”。这也意在指明,张兴渊等人拘执王玉而擅杀之,是在自知没有任何人身、财产危险的状态下的故意作为,与“登时”背后所蕴含的价值判断与法理依据是背道而驰的。这值得与邵守愚案中海瑞的参语比较。在邵守愚案中,该案并不符合“夜无故入人家”的文本规范,而海瑞确变相引用“夜无故入人家”律,即“登时杀死,未就拘执”来说明观点;在王玉案中,该案完全契合“夜无故入人家”律的文本规范,安徽司却认为“与仓卒殴毙者不同”而不应适用。

3. 小结

相较明代,清代的“夜无故入人家”律,在条例中存在对财产权保护的限缩。同时,自王玉案中可知,随着蕴含于律文中的法理的扩容,即便从外观上符合该条文的规范,也未必可以直接适用,也可被其中的法理所否定。从明代海瑞小心翼翼地认为“似不当以‘同居卑幼引他人盗己家财物,有杀伤者,依杀伤缌麻弟’律绞论罪”,到清代安徽司直白地认为王玉案不依照“夜无故入人家”处理,“向

来办理并无歧误”。这说明,积淀在“夜无故入人家”律中的裁判理性与价值判断有进一步扩张。

四、结语

基于对“夜无故入人家”律一系列切片式的梳理与分析,可以得出一些新的认识。“夜无故入人家”律,数千年一脉相承而又不断演进,从中可体味中华法律文明的源远流长,可管窥华法律文明的特质。自入律时代来看,其在东汉是就已经是律文。自制定目的来看,“夜无故入人家”律的本义为“听民杀贼”;其实质是被迫下放的“刑罚权”,以方便百姓自我保护。自本义中“盗贼”的起源来看,其多数为封建统治者无度剥削或政策失误所致;可贵的是,封建统治者一定程度上认识到“盗贼”与“良民”的转化关系以及自身的问题;因此,要看到这种赋予百姓以“刑罚权”的被迫中,蕴藏着人本主义的基因。自律文内涵的演进来看,确可体味“夜无故入人家”律在演进中,其蛮荒的风貌逐渐被历史所雕琢,沉积在文本中的法理也日益丰富;甚至,清代“夜无故入人家”律在文本与法理两方面都已具备现代“正当防卫”的因素。更重要的是,假如认真观察,就会发现这其中的法理或裁判理性具有强烈的当代价值;也即邵守愚案、王玉案中的裁判问题,当代人也在绞尽脑汁,也在做着类似的选择;典型的例证就是于欢案。这就是发掘优秀传统文化法律文化的意义所在。但是,对优秀传统文化法律文化中积淀的法理,究竟该如何概念化地提炼与表达,以对今天的法治中国建设提供智识,同样是一个有待深入研究的问题。