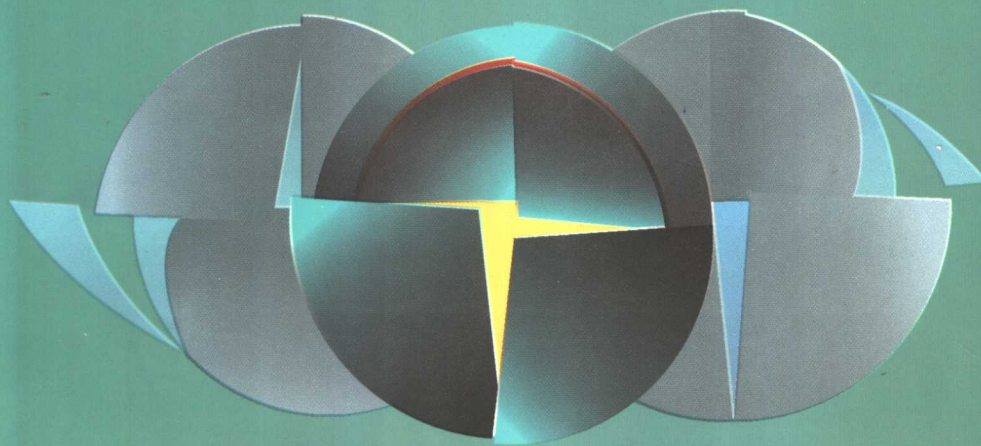


武汉大学
刑法学
博士文库

刑法的社会文化 分析

XINGFA DE SHEHUI WENHUA FENXI

许发民 / 著



全国优秀出版社
武汉大学出版社

武汉大学刑法学博士文库

刑法的社会文化分析

许发民 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法的社会文化分析/许发民著. —武汉: 武汉大学出版社,
2004. 7

武汉大学刑法学博士文库

ISBN 7-307-04220-7

I. 刑… II. 许… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 043966 号

责任编辑: 郭园园 责任校对: 刘欣 版式设计: 支笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 湖北省黄冈日报社印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 13.25 字数: 339 千字 插页: 4

版次: 2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04220-7/D·587 定价: 22.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题,
请与当地图书销售部门联系调换。

内 容 提 要

“社会不是以法律为基础的，那是法学家的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。”（马克思语）刑法是一种极其复杂的社会现象。在一定意义上，则可以说是一种法律和社会文化现象。社会文化与刑法具有极为密切的关系，对刑法的产生和演变起着一定程度的制约作用，而刑法对社会文化的发展与变迁也起着一定程度的反作用。刑法作为一种社会现象，从产生之日起就是一定社会文化下的刑法，它不能超乎于社会文化之外，也不是单纯由外界强加于社会的一种异己力量。刑法来自社会文化，没有社会文化提供的基础和条件，刑法的产生和存在是不可能的，也是不可思议的。当然，没有作为国家意志表现形式的刑法，处于矛盾和冲突中的社会也无法得到统治阶级所需要的社会关系和社会秩序。由此可见，对于刑法研究来说，既可以以刑法规范及其制度等为对象，进行规范分析；也可以将其置入社会文化的动态交互联系这一视角切入进行文化学分析。本书就是由此出发对刑法问题所作的初步探索。这方面的研究在我国目前尚处于拓荒阶段。

多视角既是人类认识能力不断提高的标志，也是接近客观真理的有效途径，开放性则是知识生长起码的生态环境，并使客观世界和认识对象看上去更加丰富多彩。在刑法的社会文化分析之中，对于刑法解释、刑法基本原则、犯罪、刑罚和保安处分的研究，由于引入和借助了“社会文化”的概念和视点，显然便使该研究扩张了固有的规范研究的范畴；同时也有助于提出新问题和得出新结论，从而使我们对刑法的认识进一步逼近全面和深刻。

《武汉大学刑法学博士文库》总序

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生的学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1987年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两本刑法学博士论文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法

学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

目 录

第一章 导言：社会文化视界下的刑法研究	1
第二章 刑法解释原理的社会文化分析	20
一、引言	20
二、主观解释论及其社会文化根据	27
三、客观解释论及其社会文化根据	39
四、国别解释论差异及其文化根据	55
第三章 刑法基本原则的社会文化分析	
——以罪刑法定原则为主	71
一、罪刑法定原则的产生与西方社会文化基因	75
二、罪刑法定原则的价值蕴涵与社会文化透视	96
三、罪刑法定原则的发展与社会文化变迁	124
四、中国社会文化的权利性转向与罪刑法定原则的确立	138
第四章 犯罪的社会文化分析	158
一、犯罪的社会文化分析概说	158
二、犯罪的符号特征与文化的符号性格	173
三、犯罪与法文化传统	177
四、犯罪与社会哲学基础	184
五、犯罪与社会道德	205
六、犯罪与社会宗教	229

第五章 刑罚的社会文化分析	237
一、刑罚的社会文化分析概说.....	237
二、刑罚的演进与社会文化的演进.....	254
三、刑罚与法文化传统.....	259
四、刑罚与社会哲学基础.....	268
五、刑罚与社会道德.....	275
六、刑罚与社会宗教.....	288
 第六章 保安处分的社会文化分析	298
一、保安处分的社会文化分析概说	298
二、保安处分与社会实证文化.....	301
三、保安处分与社会法治文化.....	344
 参考文献	371
后 记	393

第一章 导言：社会文化视界下的刑法研究

法律不是从来就有的，也不是永恒存在的，而是一种社会历史文化现象，因而是一个历史文化的范畴。法律（包括刑法）是人类社会发展至特定文明阶段的产物，并总是与特定的社会整体文明发展状况相对应、相联结。因此法律与社会文化之间存在着一种持久的、多方面的、深刻的关系。正如 M·E·迈耶（M.E.Mayer）所说，法律是一种文化现象，它与整个文化紧密联系在一起。^①

法律不是游离和超乎社会之外的自足自给的孤立自在，不是一种自然存在，而是人类社会文明发展至特定阶段为应对和解决生存与发展问题的一种智慧设计、文化创造。生活于地球上不同地域的不同民族，由于面对和遭遇的具体生存和发展的问題与解决这些问题的态度和方法上的差异，形成了凝聚、沉积该民族知识、思维、价值、审美和生活样法的不同类型的文化，从而使作为社会文化组成部分和文化积淀物并托负社会文化使命的法律也各不相同、品格各异。

不同的文化类型（或模式）赋予其法律不同的品格，因此释义法律、理解法律就必须与其赖以产生、存身立命的社会文化自觉勾连起来。惟此，才能精准地释义法律、并穿透法律规则的外

^① 参见〔德〕弗兰茨·冯·李斯特著、埃贝哈德·施密特修订：《德国刑法教科书》（中译本），法律出版社2000年版，第4页。

在形式洞悉法律的内在文化命意。

法律是以用文字表述的规则为外在表现形式的。释义法律，人们首先就要释解表述规则的语词即本文（text）。而本文，正如美国著名阐释人类学家克利福德·吉尔兹（Clifford Geertz）所指出，其本身就是一个文化描写的系统（system）。本文不只是符号本身，更是一部“以行动描写和揭示着的文化志，是立体（holistic）文化之渊源”。^① 在法国著名思想家米歇尔·福柯（Michel Fdlcault, 1926~1984）的学说体系里，话语被视为一种权力，实际上是统治的根本（一切的统治，归根结底，是语言的统治，它是用语言表述亦是用语言来指令、传播的），是统治的“系统”。说得更宽泛些，是“文化的体系”。^② 这说明，释解法律条文，表面上是进行文字阅读，实质上是在进行特定的社会文化的阐释，而且只有弄懂了条文的真正文化意蕴，才能确定条文的真正语义。从符号学的角度上分析，语词作为一种符号，由两个基本要素组成：一是其具体的感性形式，如语词中的声音、笔画；一是其所包含的事物的概念和意义。前者即能指（signans），后者即所指（signatum）。而“能指”作为一种语词的声音、笔画虽然是确定的、可感的和外在的，但“能指”与“所指”即事物的概念和意义之间的关系却往往是复杂的、多样的，时空关系也是间接的。那么作为文字形式的语词到底何所指呢？这里实际涉及一个语词字义和所表达的概念和意义之间的区分，进而是作为一句（段）文字的真实涵义（意义）的确定问题。也就是说，

① Geertz, Clifford. *Thick Description: Toward and Interpretive Theory of Culture*. and C. Geertz. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books, 1973, p.14, p.452.

② Foucault, Michel. *The Archaeology of Knowledge and the Discourse on Language*. New York: Pantheon, 1972, pp.88-144.

比如一个法律条文，由于存在语词字义和真实涵义的间隔问题，因此释解法律仅驻足于字表意思是不足取的，关键是要解读出其真实所指。但依靠文本形式本身是不易解决上述问题的，只能在文本之外寻找，其中社会文化背景就是一个重要的方面。解读社会文化对于确定法条的真正涵义也就显得十分重要。现代语言学研究已充分认识到了文字符号中“能指”和“所指”不尽符合的复杂性，提出掌握符号不再是通过它的“复合”方法，而是通过它的“装配”方法，这就是“意义”问题。^①文化不是物质现象，文化是对物质现象的理性组织，因此也可以被称为符号的“装配”方法。精通语言并不意味着精通其文化，文化有其内在的认知图式（结构），有其“文化语法”，只有在掌握“语言语法”的基础上，把握了一个民族的“文化语法”才能谈得上真正的理解和解释问题。在汉语中，露水、雾、冰、雪分别用不同的词表达，但在印度南部的 Koyas 人却只用同一个词“mancu”表示；在汉语中“雪”只有这一个词，在爱斯基摩人那里表达雪的词汇却达四十多个；在汉语中骆驼也只用一个词表达而阿拉伯人表示骆驼的词汇竟达六千余个。由此充分说明作为符号的文字与其所表达的意义之间存在着极其复杂的关系，其复杂程度甚至超乎我们的想象。因此理解其远不止是一个纯粹的语词字表含义的问题，而在很大程度上与社会文化存在深层勾连。对此，瑞士杰出的语言学家索绪尔（F. de Saussure, 1857~1913）的以下观点和论述可为参借：意义不等于词义，意义只有达到词义和意义的双重决定的极限时才是真正固定的。意义比词义更重要。对于一个符号来说，下述存在一定是可能的，一方面，交换不同的事物（工作和报酬，表示成分“能指”和被表示成分“所指”）是可能

^① [法] R·巴特：《符号学美学》（中译本），辽宁人民出版社 1987 年版，第 50~51 页。

的，另一方面，在不同的事物之间进行比较也是可能的。一个人可以用 5 法郎的纸币去交换面包、汤或者一张电影票，但是，一个人也可以把银行发行的钞票同 10 法郎或 5 法郎的纸币进行比较，等等；同样道理，一个“词”也可以被用来同一种思想（也就是同某些不同的事物）进行“交换”，但是，它也可以和另一些词（也就是同某些相同的事物）互相比较：在英语中，“羊肉（mutton）”这个词仅仅从它和羊（sheep）的共存之中导出它的意义。在意义和语言的关系上，我们必须从非心理学的角度去分析。这种分析具有共时性和历时性双重性质。^① 藉此，罪刑法定的真义也只有与其产出的“权利型文化”相联结时，才能确定析出其人权保障的涵义（意义）。其实，通过社会文化即文化持有者的眼光（from the native's point of view）才能正确解读作为该文化产物的语音语言（phonemic 和 phonetic）的观点，也为当代认知人类学所主张。如美国认知人类学的主要代表沃德·古德纳（Ward Goodenough）就说：文化存在于文化持有者的头脑里，每个社会的成员的头脑里都有一张“文化地图”，只有通过研究这张“文化地图”，才能杜绝偏见，抓住语言的真义。^② 简要言之，由于语词本身是一种社会文化现象，任何语词的生存发展都离不开其赖以生存的社会文化环境，而社会文化又在一定程度上制约着语词使用者的思维方式和表达能力。^③ 因此即使纯粹的规

① 参见〔瑞士〕索绪尔：《普通语言学教程》，法文版，第 115 页；英文版，第 79～80 页。

② 参见〔美〕吉尔兹：《地方性知识——阐释人类学论文集》（中译本），中央编译出版社 2000 年版，序，第 33 页。

③ 参见白靖宇：《文化与翻译》，中国社会科学出版社 2000 年版，第 3 页。

范解析和释义法律（尤其对古代^① 或他国的法律规范），也必须有文化的眼量，切不可望文生义。否则，可能就会为表面的字义所迷惑而丧失觅获法律规范真义之机会，犯法律解释上功能主义的毛病。

法律解释上的功能主义，是法律解释上的这样一种立场和方法，即观念上仅把法律简单归结为解决纠纷的手段和技术，忽视法律作为文化符号的体现价值、涵容目的之一面，因此只从功能层面解释法律，而看不到表面上功能相近的制度之内之后可能承载着不同的价值依据。^② 这种立场和方法所导致的错误解释，在中外都不乏其人。例如，无视中国传统法律文化的义务秩序的价值祈求，有人系统考证中国法制史后，竟认为中国古代法律本旨

① 例如，罪刑法定在一定意义上讲即罪之法定与刑之法定，但不能由此像有些人那样断言：中国古代也存在罪刑法定原则；又如子女在历史上相当时期，在法律上并不包括非婚生子女，近现代法律上的子女包括非婚生子女，并为人们普遍认同。再如，“权利”一词，也是中国古已有之，其含义却是“权势与货财”。（《荀子·君道》：“接之以声色、权利、忿怒、患险，而观其能无离守也。”又：《史记》卷107《魏其武安侯传》附灌夫：“家累数千万，食客日数十百人，陂池田园，宗族宾客为权利，横于颍川。”又见《词源》条目。）这种含义显然不同于中国译述西人公法中所谓的“权利”。《万国公法》卷一出现“人民通行之权利”时，人们不解，故学界所熟知的美国传教士丁韪良（William Alexander Parsons Martin）在《公法便览》中特解释“权利”一词之意：“公法既别为一科，则应有专用之字样。故原文内偶有汉文所难达之意，因之用字往往似觉勉强。即如一权利字，书内不独指有司所操之权，亦指凡人理所应得之分。有时增一利字，如谓庶人本有之权利云云。此等字句，初见多不入目，屡见方知为不得已而用之。”“有司所操之权”是“权利”，“凡人理所应得之分”也是“权利”。这就是当初创制的“权利”含义（参见李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版，第11页）。这种理解的改变说明词语的意义会流变。关键是词语的文化语境发生了历史性的嬗变。

② 参见梁治平编：《法律的文化解释》（增订本），三联书店1998年版，第54页。

也是保障人权。其解释的推理为,法律禁止私人擅杀其奴婢,就是承认有奴婢的权利;法律原有因救援父母而伤及他人的子女,即是表明有子女保护其父母的权利;法律惩罚交易中的诈欺行为,等于是认可无辜当事人的权利及合法权利持有人的权利,等等。^① 藉此,一部由数百条禁律构成的中国古代刑法典也完全可以被解释为一部权利法典了。这一结论显然是荒唐的,以至连推论者本人也不太愿意承认,并曾明确地说:“中国传统的法律制度,除去命令和禁律之外,也包含有许多明确的和不明晰的旨在确定诸如财产权和人身权的法律条文。”^② 在此,命令和禁律又被认为是与承认权利的法律相抵触的东西。既如此,则作者企图在中国古代“最具代表性的唐朝和明朝两部法典”中确定所谓“中国法的权利体系”的愿望,从文化的立场和方法上审视,由其功能主义的立场和方法的“前见”的非科学性所决定,注定就只能是“一厢情愿”的草率。其实,“权利”并不只是一个“事实”的问题,权利观念更不可能自动产生出来。在一定意义上可以说权利首先是一种态度,一个有着丰富价值意蕴的符号(在全部中国古代语汇里面,并没有与西方现代“权利”概念相对应的字词)。因此,只从功能主义的立场就不可能恰如其分地认识和解释它。诚然,所有的法律都具有惩罚和保护的功能,但并非所有的法律都建立在权利意识和观念上面。^③ 正如 J·C·史密斯(J.C.Smith)所说,许多社会对于违反誓言或保证的事提供法律救济,然而这并不是因为誓言产生了履行合意的法律义务,而是因为违反誓约即是对他人犯有过错。史氏指出,法律上的权利和义务一类概念仅见于古典罗马法和与之相关的法律制度,其他古

① 参见[美]金勇义:《中国与西方的法律观念》(中译本),辽宁人民出版社1998年版,第114~137页。

② [美]金勇义:《中国与西方的法律观念》(中译本),辽宁人民出版社1998年版,第108页。

③ 参见梁治平编:《法律的文化解释》(增订本),三联书店1998年版,第47~48页。

代法律和原始法都属于“过错之法”而非“权利之法”。^① 法律规范（包括刑法规范）本身具有足够的复杂性，其中同时糅杂着功能性和作为依据性的社会文化的东西，而这种糅杂有时具有扑朔迷离的性质，^② 不慎重而小心地辨识极易为相对外显的功能性现象所蒙蔽（这也正是功能主义解释论所以流布的原因）。这就要求我们在释解法律规范时，首先应该与社会文化勾连起来，关心文化研究的视界和方法论立场，自觉、主动地从社会文化的视界照察法律规范。

我国学者指出，在研究中国社会和文化时，以现代汉语为研究语言时，语言是陷阱，也是机会。^③ 现代汉语，脱胎于古汉语，又在很大程度上为西方语言（文化）所渗透。今日流行的汉语词汇（尤其是学术语言）绝大部分是古汉语的材料结构而成的，只是其现代含义往往去古甚远，以至形同（包括音同）而义异的情形很普遍。在此，“同”固然是古今之同，“异”却不仅是古今之异，同时也为中、西之异。只因“异”在“同”中，众人习焉不察，于是古、今、中、西在文化上的差异极易招致混淆。^④ 在法律领域，即使不明西方

① 参见 J. C. Smith. The Unique Nature of the Concepts of Western Law. In J. C. Smith and D. N. Weisstub. ed., The Western Idea of Law. 16-17 (Butterworth & Co. Ltd. 1983).

② 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 9 章等处。

③ 关于解释学，伽达默尔指出，不是一个正确地掌握语言的问题，而是对经由语言的中介发生了什么的恰当理解的问题（参见〔德〕伽达默尔：《人和语言》，载伽达默尔：《哲学解释学》（林格编），上海译文出版社 1994 年版）。对此，梁治平先生也指出：“语言，包括法律语言，并不简单是一件客观事实，一个外在于我们的认识对象，或一个可以任由我们操作的客体。事实上，我们的语言本身构成当下的视阈（梁治平编：《法律的文化解释》（增订本），三联书店 1998 年版，第 100 页）。

④ 参见梁治平编：《法律的文化解释》（增订本），三联书店 1998 年版，第 24～25 页。

文化背景,也一样熟练使用诸如国家、法律、宗教、道德、哲学等范畴和概念,且视之为当然并径直用以概括和分析中国的情况,这便为可能歪曲和肢解研究对象预设了前因。在此,语言可能就是陷阱,意识不到语言中浸润的文化命意,辄止于词意本身,所谓的理解可能正是误解。文字的理解在一定意义上说其实也是文化的翻译,^① 由于文化的隔阂,“词”不达义,以“词”曲义、害义甚至找不到恰切的词,有时并不是一个掌握、运用语言的技巧问题,也可能与语言自身的表达力无关,而关键在于文化冲突。事实上,世上没有两种语言有真正意义上的相同意义可供我们互“译”,真正意义上杰出的“译”永远是出神入化的“释”,是一种语言的兑换和再表述,同时亦是一种文化和世界观的对应和再申述。因此从文化立场以观,很多民族独特的文化观念和息用其他民族的概念是无法表述的,^②这已不是一个语言翻译的问题,而是文化本身所具

① 这方面的论析,还可参考海德格尔(M. Heidegger)下面这段话,海氏指出:“现在看来,希腊文名称译成拉丁文绝非一个无害的过程。不如说,在这种似乎是逐字和忠实的译文之后隐藏着希腊体验进入了不同思考方式的翻译。罗马思想接受了希腊语词,却没有继承相应的同源的希腊语词所说出的体验,没有继承希腊的言语。西方思想的无根性由此翻译始。”——[德]M·海德格尔:《诗·语言·思》(中译本),文艺出版社1991年版,第26页。

② 光绪六年(1880年)由同文馆刊行《法国律例》,系《拿破仑法典》的中译文,由同文馆教习,法国人毕利干翻译。由于没有对应的法律词汇,使人无法阅读(参见李贵连:《法国民法典的三个中文译文》,载《比较法研究》1993年第7卷第1期)。

在国外,也存在类似情形,如实藤惠秀先生也说:“日本人借汉字制作新语时,有时用中国成语的字汇;然而新语却不含这个成语原来的意义,只当做包含一种新鲜意义的词语使用。”例如,日本人所制作的“文学”一词,是借用中国成语“文章博学”的字汇而成;维新以后,这个词汇在日本被用来代表西洋所谓 literature 的意思。又如“革命”一词,来自汉文“革天命”,“革命”原是革天之命的意义。但是,在维新以后的日本,这个词汇被用来表示人民推翻旧政府的 revolution 的意义(参见《中国人留学日本史》(中译本),三联书店1983年版)。

有的嬗递性、背景性以及无法言传的民族性的问题。^①以此为契机，由某些字、词的产生，字形、字义的演变、确定来把握特定的社会现象，再由表现于这些社会现象之中的文化特质分析这些字、词的真实内涵，提供新的解释。一些为我们所熟悉、惯用的

① 在谈及法学及法学学人的能力时，关于前者，著名刑法学家蔡枢衡先生指出：中国近代法学已有数十年历史。就其内容与实质言，纵谓中国尚无法学文化，似亦无过当之论。盖中国法学文化大半为翻译文化、移植文化……中国法学之现实在另一方面为讲义文化、教科书文化及解释法学文化（载1938年《云南日报》星期论坛：《抗战建国与法的现实》）。至于后者，蔡先生尖锐指出，20世纪30年代以前的中国法学界大体为留学生所把持，但是留学生的表现是不令人满意的。清末民初近代式中国法律的学问初期，法学界几乎为留日学生所独占。但是，留日学生的情况怎么样呢？他们最初留日习法是速成，后来才有少数人进法学专门部和本科，本科毕业进大学院直至30年代仍不多见。因此，留日习法者很少成就了各人留学当时可能获得的成就，自然没有达到留学时日本人所已成就的水准。日本的法学成就本来就落后欧美，特别是法律哲学，因之，留日习法者的作风和特色，大体就是注释式解释条文。稍后归国的留学英美习法的留学生，受英美传统的影响，但是没有形成英美学人把规范性和法律观融为一体的风格。他们研究中国法律，重视法的哲学属性，鄙视法律条文，漠视规范性，这是英美派的作风和特色。两派（除此之外，还有留学欧洲的法德派，但是留欧习法者的教养并不比留日者深）不能创建民族的中国法学显而易见。蔡先生认为，这个时期以留学生为主的中国法学界，充斥学术领域的是三种怪物，此即形式主义、超形式主义和“刀的外语观”。其中“刀的外语观”，即外语能力就是学问。而这对于以外语为目的之人是真理。故较为开明的人士，不唱“惟外语论”，只是认为外语对于治法学者为一把刀，可名之曰刀的外语观。其结果：第一，使外国整个的法律知识，成了残肢断臂；第二，使外国的法律知识，成了知识的僵尸。刀的外语观实践之能事，系剽窃外国特定思维体系的全部或一部，据为己有。假使全部攫取过来，也只是抓住了现象，遗弃了本质。在这遗弃本质的一刹那间，思维体系丧失了可宝贵的生命，变成了挺直的僵尸（参见李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版，第55页）。