

中青年法学文库



中西法文化的 暗合与差异

范忠信 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

中西法文化的 暗合与差异

范忠信 著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中西法文化的暗合与差异/范忠信著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2001.10

ISBN 7-5620-2183-X

I. 中… II. 范… III. 比较法学 - 中国、西方国家
IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 077431 号

- 书 名 中西法文化的暗合与差异
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 军事科学院印刷厂
开 本 850 × 1168mm 1/32
印 张 11.5
字 数 300 千字
版 本 2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷
印 数 0 001 - 4 000
书 号 ISBN 7 - 5620 - 2183 - X/D·2143
定 价 21.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码: 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超

越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

我准备这样做贡献 (自序)

“什么是你的贡献？”苏力兄在《法治及其本土资源》中一声棒喝，问得我有些汗颜。

从1980年进大学至今，我从事法学学习与研究好歹也有20余年。这20多年，文章写了不少，也出了勉强叫做“专著”的东西，混了些稿费。但扪心自问我的“贡献”在哪里，的确得意不起来。不是不想做贡献，而是找不着贡献的途径方式和目标方向，没有给自己的研究恰当地找到“定位”。

在1990年以前，我的“贡献”之心比现在急切得多，关心中国法制利害远胜于关心自己的工作和生活环境条件。所以，虽然在斗室尺案中，也敢远远超出“法制史”的范围写关于法理、宪法、刑法、台湾问题的文章。大约自1993年开始，我渐渐地明白，由于资质和时日的限制，我们这辈子大概不能在那么广阔的空间里做贡献，可能只配在相当于针尖麦芒那么大的领域里做我的贡献。于是开始反省中国法制近代化的利弊得失，希望在这里找到我力所能及的“贡献”方式和目标。因为是学法制史的，只敢在这里找，不敢到别人的领域去找。

这一贡献目标，近10年间，虽然尚未完全确定，但总算是越来越明确了。在对中国法制近代化、现代化百年历程的回顾与反省中，我逐渐明确地感觉到，中国近百年的“法律西化”运动，有许多矫枉过正的缺失。这种“矫枉过正”的法律变革，使得我们的法制不但过分对抗中国文化传统，也偏离了西方法文化的传统。

近代以来确立的许多制度，特别是新中国以来的一些制度，实际上已割断了自己的两根脐带，一根是中国传统法文化的脐带，另一根是大陆法系的脐带。割断了脐带之后，又未能完全自主独立地生长和发育，使国人感到陌生、隔膜、疏离。一种兼采西方法制文明精华和中国法律传统精华的新的法制体系并未产生，这就是我国法制今天面临的尴尬。

这种尴尬促使我深省。我开始想，近代以来，我们的治国或立法“良医们”在临床救治“中国法制”这一病躯时，是不是做出了正确的诊断？是不是采取了正确的手术方案？是不是用对了药物？

在思考这些问题时，我开始慢慢地找到了感觉。我渐渐地发现：中国法律传统和西方法律传统在一系列重要问题上和精神契合的，两大传统的法制在解决国家社会面临的共同问题时采取的解决方案是大致相通的，中西法律文化之间的差距并没有我们从前认为的那样大。

在找到了这样的感觉后，我先后写了一系列文章，这些文章先后发表在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物上，现在都收入了本书。这些文章，谈不上是多深的学术研究结论，只是向同仁们描述了这种感觉。我先后研究过关于“亲属相犯”、“亲亲相为隐”、“重典治吏”、“见危不救”、“和奸罪”等一系列问题，发现在这些通常是中国传统伦理和法制最为关注最有特殊规定的问题上，西方法律传统竟也有相当类似的规定或做法。我的发现，也许只是冰山一角，但其意义的确是不寻常的。我们通常所说的中国“封建主义法传统”或“宗法主义的法律传统”竟与西方法传统在如此关键问题（不是一般枝节问题）上有不谋而合，这说明了什么？

我想，这说明人类各大民族的法制文明有非常重要的深层次的共同价值基础和手段选择上的共性。这种共性是各大民族的文明创造者们从未相互商量的，但却是发自文明深处或人类的人性深处

的。某种意义上的“万民法”、“理性法”、“自然法”是客观存在的。

我这些年探讨这些“共性”的过程，不是在刻意去寻找共性或故意把非共性解释为共性，而是不小心碰见了一些惊人的共性。碰到了，就记录下来，写成文章。所以，本书中的文章涉及的那几个问题似乎不是一个严格的总主题下的几个分题。我相信还有更多的、更深的共性，只是我们尚未撞见而已，或者由于我们的学术底蕴太浅薄或研究态度粗心之故而屡屡失之交臂。

我探讨这些“共性”的过程，丝毫没有“试图从中国传统或社会中寻找某些据说是‘具有现代性的因素’”的念头，也不是出自一种“我们先前也富过”的阿Q精神，更谈不上是“出于潜意识地对各种自我既得利益的维护”。苏力兄对“弘扬中国传统文化”论者的这些揶揄，我是不敢“对号入座”的。我的既得利益，在新制而不在旧制；祖先是大家共同的祖先，祖先家业是大家共同的，用不着我一个人去摇唇鼓舌辩护；“举泰西之制而证之于古，谓泰西新法乃我古已有之”的恶习我素来讨厌。我的研究目的绝不在此！

我的研究动机，无非是要寻找中西法制的共同基石，为中国未来的法制建构提出更有说服力的思路。如果找到了中西法制文明过去数千年的共通基石或基础，理清了其发生后来巨大分裂和差异的根本缘故，我们未来的法制变革事业不就有了更明确的目标吗？不是更可以明确我们的途径和任务吗？

找到了这个“共性”，并不能使“中国传统法律文化”整个地起死回生。糟粕成分就是糟粕，你找到了再多的“现代性因素”也没有用。但是，如果找到了中西共同的出发点、最初的共通思路、共通目标，情况就大不一样了；找到了中西不谋而合的基本建构，我们的贡献就会大不一样。

一个国家的法制，贵在有根，贵在合于现实。苏力兄的“本土

资源”，“是要从社会生活的各种非正式法律制度中去寻找”。他强调的是法制合于现实，合于中国的社会实际，以中国现实问题为出发点并为解决现实问题服务，从实际的社会存在中寻求法制建设的资源。我并不反对他的这种偏好，但我更注意寻根。中国未来的法制体系不能没有深厚的扎实的根，这是文化传统的根。

中国未来法制体系的根，显然只能深植于中西两大传统不发生根本对抗的领域。过分地对抗中华传统或过分地对抗西方传统的法制，在我国都是难以真正立足的。寻到了共同的根或基地，沿着现代民主法治的要求延伸下去，我们的法制就是有源之水、有本之木，其生命力就绝对非今日法制情形所能比。

我准备这样地做贡献——寻找和阐释中西法律传统的深层共性，为中国未来法制建设提供更有生命力和针对性的参考意见，为中西法文化合璧做贡献。如果天假我以与先师孔子一样多乃至更多的时日，说不定我也能勾画出一幅草图。

这样地做贡献的想法，是不是有些“胆子忒大了点”？成不成，先干着再说。人们一般不会去谴责一个人的学术目标，哪怕他无力实现。

2001年9月30日

作者小传

范忠信,男,1959年生,湖北英山人。先后就读于西南政法大学、中国政法大学、中国人民大学、获法学学士、硕士、博士学位。现为中南财经政法大学法学院教授、校科研处长、台湾所所长。主要著作有:《情理法与中国人》、《一国两法与中国的完全统一》、《中国法律传统的基本精神》;近年在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等多种刊物发表论文百余篇,1999年6月获全国“十大杰出青年法学家”提名奖。

目 录

我准备这样做贡献(自序)	(I)
第一章 原“原罪”:中、印、欧犯罪终极原因说	
比较思考	(1)
一、《圣经》原罪说的法哲学含义	(1)
二、“摩耶”(幻)与印度哲学中的“原罪”观	(6)
三、“人欲”与中国哲学中的“原罪”观	(8)
四、“原罪”说、法律与宇宙观	(10)
第二章 “法自然”与“自然法”:中西比较	(13)
一、西方“自然法”学说的两大核心内容	(13)
二、中国“法自然”思想之要义	(18)
三、中西法理的歧异及其根本原因	(22)
第三章 中西法观念之比较	(27)
一、关于法的定义(形式、本质)	(27)
二、关于法的起源	(40)
三、关于法的作用、目的	(45)
第四章 从中西比较中认识中国法律传统的特征	(51)
一、关于中国法的形成(起源)	(52)
二、关于中国法的家族本位	(58)
三、关于中国法的刑事化(公法化)	(61)
四、关于中国法的封闭体系	(63)
五、关于中国传统律学	(66)

第五章 中西法律传统中的“亲亲相为隐”	(68)
一、亲属容隐制度的历史发展与阶段特征	(69)
二、亲属容隐在中西文化传统中的同异	(75)
三、不同社会制度下容隐制的同异	(83)
四、不同法系中亲属容隐制的同异	(92)
第六章 容隐制的本质与利弊:中外共同选择的意义	(100)
一、容隐制的本质	(100)
二、容隐制的利弊	(112)
三、容隐制与法治理想:共同选择的意义	(119)
第七章 “亲亲尊尊”与“亲属相犯”:中西刑法的暗合	(125)
一、中西“亲属相犯”律之不谋而合	(126)
二、中西暗合之因由及差异之思考	(144)
三、近百年法制变革之教训	(165)
第八章 中西伦理与法律中的“和奸罪”	(172)
一、中西惩治“和奸罪”之法不谋而合	(172)
二、中西法的相同宗旨及某些差异	(185)
三、“和奸罪”与中国法律近代化的失误	(196)
第九章 西法的市民精神与中法的亲伦精神之比较	(201)
一、从“人民观”看中西法不同的伦理精神	(202)
二、从法律起源论看中西法不同的伦理精神	(205)
三、从至上权威观看中西法不同的伦理精神	(207)
四、从审判模式看中西法不同的伦理精神	(209)
第十章 性犯罪惩治:中西刑法“严以治吏”传统的暗合	(217)
一、只以官吏为犯罪主体的性犯罪	(217)
二、官吏应加重处罚的其他性侵害罪	(229)
三、我国现行刑法相关缺陷及反省	(235)

第十一章 道德刑法化：西方刑法与中国旧法的暗合及其意义	(245)
一、关于见危难、冤狱不予救助或不予报告	(247)
二、关于遗弃自己原无法定义务养护之人	(253)
三、关于逃避与犯罪作斗争之责任	(258)
四、关于其他“道德犯罪”	(264)
五、刑法与精神文明关系之思考	(268)
第十二章 公民社会决定法治：从西方经验看中国	(276)
一、公民社会是法治社会的前提或基础	(277)
二、公民社会生活是法治规则的源泉	(282)
三、公民社会是法治的重要执行者	(284)
四、中国公民社会的积弱与健全之道	(286)
第十三章 大陆法系对中国法律的影响	(291)
一、大陆法系对清末法制改革的影响	(291)
二、民国时期“大陆法系化”的深入	(310)
三、新中国的法制历程与大陆法系影响	(319)
第十四章 中西法伦理合璧与法治模式的中国特色	(325)
一、中西两种法伦理的优长与偏误	(326)
二、中西两种法伦理结合的可能性	(331)
三、中西两种法伦理结合的方式途径	(342)
后记	(355)

第一章 原“原罪”：中、印、欧 犯罪终极原因说比较思考

一、《圣经》原罪说的法哲学含义

“人生而有罪”，这就是“原罪”。

“原罪”是怎么犯下的？《圣经》说是人类的那两位不争气的、有福享不住的祖先亚当和夏娃犯下的。

本来，我们这一对祖先在伊甸园过得好好的。无喜无怒、无忧无虑，饮琼浆玉液，无生老病死之患。然而一经那连上帝都管不住的魔鬼撒旦的谗言哄骗，他们终于偷吃了“禁果”——“知善恶果”或“智慧果”，触犯了“天条”，被上帝定了罪，赶出了伊甸园，也就是判了“流放”之刑。至于他们被定了个什么罪名，至今不得而知，于是人们姑名之曰“原罪”。

这个“原罪”是亚当和夏娃夫妻俩犯下的。要是根据“罚弗及嗣”的原则，我们这些亚当后裔也就没有任何责任可负了，“罪责自负”嘛。可是上帝太残酷，非“株连”亚当和夏娃的子孙不可，要我们世代代为他俩赎罪。这大概是我们所听说的株连最广的“判决”了。

我曾反复地思索过《圣经》里的这个关于人类的“原罪”的传说。现在总算理出了一点头绪。

第一，我看到，“原罪”的“犯罪动机”不是别的，而是好奇心，也就是探索未知的心。人之所以为人，人之所以为天地间之最贵者，正是由于这种好奇心。亚当和夏娃之所以决意要尝尝禁果，不是因为饥饿，也不是因为口渴，而只是想证实一下撒旦向他们所

反复介绍的尝禁果以后会发生的种种神奇效果是否真的会发生。^{〔1〕}这一尝试不要紧，竟犯下了不可饶恕的“罪”，同时也带来了无穷无尽的“痛苦”和“灾难”：喜怒哀乐、是非善恶、生老病死、贪盗欺骗、虚骄诈伪……总之世间一切好坏事物均由此而生，这就是“原罪”的“社会危害性”！简言之，“原罪”带来的惟一“恶果”就是这个无奇不有的人类社会，一个活生生的人类社会！

亚当和夏娃原来生活的伊甸园本不是一个人类社会，那是神的社会。它只不过是人类“社会前状态”的“投影”，且是大大变了形的投影。真正的人类社会是从有智慧、知善恶的人群生活开始的。自从吃了知善恶果（也就是说自从人类有了智慧）以后，大自然就再也不是原来的大自然了。它异化了，它造出了一个它无法得心应手地支配（并且愈来愈难以支配）的人类。人，这个大自然的产物，终于仗着大自然给它的特有恩赐——智慧，竟日渐肆无忌惮地反过来企图占有大自然、支配大自然、作大自然的主宰。这的确是大自然的悲剧：本来一切都是那么自自然然、自生自灭、不声不响、无为而成的“自然”，竟然变得不那么自然了。人的智慧、意志渗透进哪一个领域，“自然”的含义就从那里退出去。智慧的“占领区”日益扩大，“自然”日益不成其为“自然”！从这种意义上讲，人是大自然的第一个叛逆，是第一个“乱臣贼子”。他向生他、育他的自然挑战了，那么，他当然对大自然犯下了“罪”，这就是“原罪”。

第二，在亚当和夏娃的案子终审判决之前，整个宇宙是一个混沌的整体。此前上帝虽然在，但谁也说不清他老人家住在什么地方，或者干脆说他就是自然或宇宙的代名词。自“原罪”判决后，世界一分为二了，混沌一体的世界分裂了。这一分裂是从两重意义

〔1〕《圣经·创世记》第二章：蛇对夏娃说，吃了果子，“你们不一定死，因为神知道，你们吃的日子眼睛就明亮了，你们便如神能知道善恶”。

上说的。一重意义是：天国世界和人间世界的分裂。天国世界是理念的产物，是理想状态的憧憬和设计，那无疑是人类智慧的第一个结晶，因为动物界是无所谓理想状况追求的。从亚当和夏娃流放之日起，也就是从人类的智慧萌芽之时起，人们就创造了一个天国世界。从此之后，我们只能说世界是一种天国与人间、物质与精神、现存与理想的统一（统一不是原来的“一”）。应该说，是亚当和夏娃及其子孙们创造了上帝，并成功地把他们老人家“流放”到天国去了。“您去支配你的天国，我来支配我的人间，您不要处处管我！”——这才是《圣经》“创世记”神话中关于人与上帝订立契约的传说的弦外之音。^{〔1〕}这毋宁是人类祖先的第一份庄严的《独立宣言》。其意义比华盛顿领导下的北美13州脱离英帝国而自成一个“美利坚合众国”的那份宣言重要千百万倍：人类从此脱离“自然大帝国”而独立了！从这种意义上讲，混沌的世界又分裂为二了：一个自然社会，一个人类社会！世界再也不是那个混沌的“一”（即我国先哲老子讲的“与群兽居，与万物并”）或“至德之世”了，它一分为二。这就是另一重意义上的分裂：自然世界和人类世界的分裂。自然与人类的分裂，是祸是福，是喜是忧，未可预卜。然而，就打乱了原有的秩序或状态而言，这就是“恶”，就是“罪”，因而人类犯下了“原罪”。上帝（其实是创教的先贤）先给你一个有罪判决再说。就是错了，日后再“平反”还来得及。今天，如果上帝仍有灵在天，是应主持公道为我们的祖先“平反”的。

第三，亚当和夏娃犯罪是有一定的“社会根源”的。如果不是

〔1〕上帝现在害怕人类了。《圣经·创世记》第三章，耶和华神说：“那人已经与我们相似，能知道善恶。现在恐怕他又伸手摘生命树的果子吃，就永远活着。”所以，要把对自己构成威胁和挑战的人类赶走。上帝“赶走”人类，正是人类赶走上帝的变相记载。

魔鬼撒旦（蛇）的谗言诱骗，他们是不会偷吃禁果的。魔鬼撒旦是什么？它和它的邪恶是不是上帝有意造的？上帝为什么管不住它？至今不得而知，“文献不足征故也”。如果是上帝造的，上帝何必制造这么一个邪恶？^{〔1〕}如果不是上帝造的，那么，跟上帝是什么关系？是先有他还是先有上帝？如果说是先有上帝，那么，毋宁说是在人类未始之前就并存着两个上帝，一个是耶和华，另一个是撒旦。如果说是先有撒旦，那么，毋宁说是魔鬼创造了上帝。总而言之，如果说上帝就是人类的总投影的话，那么，撒旦就是“上帝”（人）之外的那一切呈对立状态的“外在之物”的投影。也就是说，是整个物的世界的投影。《圣经》的这个传说，暗示了人与物的世界的对立，显示了先民们对物的世界的矛盾观念：物既可诱人，使人获得享受，使人忘形，但它又是使人堕落的“恶魔”。这正潜藏一种对立观念。从前与大自然混为一体时期的“人”（那不是真正意义上的人）是不会对物的世界有这种异己感的。所以，从这种意义出发，不是上帝判了人类祖先的“原罪”和“流放”之刑，而是人类自己向自己下了个“罪己诏”。是啊，当人在毫无先例可援的情形下得到了一种莫名其妙而又不忍释手的利益时，他自然而然地会感到惶惑不安：这种利益我应该得到吗？没有人帮他解答。于是他自然而然会产生一种“罪恶感”，并把那些承载利益的物也一概看成是“恶”。人类不期而然地得到的这种莫名其妙而又不忍释手的利益就是智慧，而诱发智慧的竟是撒旦和那个果子——也就是自然物。先民们得到了智慧之后的那种惶惑而自认为是犯下了罪的感情，各大宗教的经典中的传说都有证可稽。于是乎反复地叨念：“我犯下了不可饶恕的罪”，或许能使心里的不安稍平静些，也为自己日后继续享受这些利益或继续犯“罪”找到了一些理论依据：反

〔1〕《圣经·创世记》第三章说：“耶和华神所造的，惟有蛇比田野的一切活物更狡猾。”因此，蛇应该是上帝第六天造的。