

法理念的文化冲突与中国法律的多元属性

徐爱国

〔摘要〕 法律内部的文化冲突与变迁，特别是多元法律理念之间的差异性导致了法律制度的多重属性。中国法同时包含了中国传统、社会主义性质和西方现代法律精神的三重因素。中华法律传统是“有等差的社会和谐”，社会主义法律特点是“政治权力之下的社会秩序”，西方法律传统是“个人权利和经济的繁荣”。中国法的三重属性之间，既有相互统一的一面，又有相互冲突的一面。中华法系传统与社会主义法律都基于社群主义，不同于西方现代法律中的个人主义；社会主义法律与现代西方法律都体现了现代法律精神，不同于中华法系的古代性；从中华法系传统到现代西方法律代表了人类法律从古代到现代的一般发展模式，不同于法律史中特例的社会主义法律。虽然西方现代法律在20世纪初期和中期曾两度侵入，但是法律的社会主义和中华法系传统仍然是中国现行法中的主体因素。

〔关键词〕 法律理念；法律文化；多元法律属性之间的冲突；法律与文化的交互作用

〔中图分类号〕 DF08 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769(2014)06-0060-11

一、法律理念与法律文化

法律文献所用“文化”一词，一般有两个含义：一是指人们对法律的态度、价值和观点，这是法律史和比较法学者们早期的用法，它强调文化对法律的决定性影响；二是指法律主体经长期实践而形成的共同法律规范和期望。与前一种含义相反，主体的行为模式和偏好决定了法律的内容。这里，文化只是法律的产品，它是行为的效果而非原因。^①通常，法律文化学者倾向于研究特

定文化中的种族、宗教和民族法律特殊性，但是，法律文化现象并不局限于此。法律与社会，法律的历史与现实，法律规范与法律精神之间动态转化，也是法律文化研究应有之意。大而话之，法律的文化可视为法律规范与法律理念交互作用的综合体。^②一般意义上，法律文化决定了法律的性质和内容，法律规范体现了特定的法律理念，反过来，法律的理念改变着法律的规范，法律文化的变迁也修正着一个民族的文化内容。在一个国

① 最早使用法律文化一词的学者是美国的弗里德曼，他对法律进行社会学的考察，称法律是特定经济和社会下的产物，而不仅仅是规则和概念的体系，法律不是独立的王国，而是社会的反射影象。Tom Ginsburg, *International Commercial Arbitration: The Culture of Arbitration*, 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1335, 2003; Robert J. Cottrol, *The Scholarship of Lawrence M. Friedman: The Legal Historian and The Social Organization of Criminal Justice*, 40 *Tulsa L. Rev.* 627, Summer, 2005.

② 法律文化有太多的界定，而无一致的认同。参见奈尔肯《法律文化概念运用中的三个问题》，载布鲁因斯马和奈尔肯编《法律文化之追寻》，明辉、李霞译，清华大学出版社，2011年，12-39页。

〔作者简介〕 徐爱国，北京大学法学院教授，博士生导师，中国政法大学法律史学研究院兼职教授，北京 100871。

家处在剧烈变动时期的时候，法律文化上的差异表现得更加明显。就当下的情形而言，我们称中国社会处于转型期。在这个转型的过程中，不同意识形态下的法律规范之间的冲突并存且相互竞争。本文的主题，就是探讨法律内部的文化冲突与变迁，特别是多元法律理念之间的差异性所导致的法律制度的多重属性。^①

不同文化的冲突导致法律的变迁，变迁的结果可以是趋同的，称为法律的“同质化”，可以是趋异的，称为法律的“两极化”，也可以是融合的，称为法律的“杂文化”。^②春秋战国时代，各国的文化是不一样的，秦晋法家的暴力文化、齐鲁儒家的礼乐文化和荆楚道家的神秘文化一并存在，经战国时代的动荡和秦代短暂的实践，终于在汉代形成了“法外儒内”的中国封建正统的法律文化。^③这是法律的趋同。央格鲁萨克森是古日耳曼人的一支，前者占领不列颠开辟了英国法体系，后者征服欧陆继承了罗马法确立了大陆法系。法典与先例、立法至上与司法能动、政治强权与民族习惯、法律革命与法律改良，是两大法系的差异。这是法律的趋异。一个英国人到了北美，娶了一个荷兰人，所生儿子又娶了一个法国人，儿子又生了三子。这三个孙子称为美国人。^④美国是一个“大熔炉”，既有主流的清教或基督新教文化，他们的伦理追求为自由、平等和追逐财富，^⑤也有归结为非主流的天主教文化、犹太教文化、伊斯兰文化和佛教文化，^⑥每种非主流文化人群既有保持内在信仰和维护传统与习

俗的一面，又有融入主流社会实现“美国梦”的迫切要求。他们在坚持内在的民族个性与寻求外在美国身份认同之间挣扎，最后融合一体、形成了超越各民族个性的统一美国文化。文化的冲突同样体现在法律领域，学者们称为法律一体化的杂交模式。

二、中国法的三重文化属性

当代中国法同时包含了中国传统、社会主义性质和西方现代法律精神的三重因素。三种因素之间相互对抗和妥协，中国法呈现复合的特点。

中华法律的传统，我们通常归结为如下几个特征：第一，帝国的法律。广阔的疆域、众多的人口、多民族的臣民、至高的皇帝、领薪履公的官僚，这是一个帝国的基本要素。^⑦18-19世纪的西方人通常把中国的法律称为中华帝国的法律，正是这个帝国意义上的使用。如今，除了没有了皇帝、改臣民为公民外，帝国的其他要素依然存在。统一的国家法律体系和司法体系，民族区域地方自治，公务员的统一考试、录用和考核，政务公开和政治透明，都是我们现行法律的基本制度。第二，宗法制度与家长制。社会的基本结构为家庭，小家庭有家长，大家族有族长。家长对外代表家庭承担家庭内部成员的法律责任，对内享受家父权。^⑧亲亲相隐、留养存嗣、子孙违反教令、一夫一妻多妾、亲属相犯与相奸，都是浓厚中国特色的法律制度。如今，小家庭取代大家族，家长权不复存在，家庭也不再是基本的经济单元和法律责任主体。但是，中国法

① 结构主义者说，“不要把文化界定为一个领域，而要界定为一种运作，它使大自然成为一个真正的世界，”“这种运作是调节，它既是分裂的，又是联合的。”参见多斯《从结构到解构：法国20世纪思想主潮》（上卷），季广茂译，中央编译出版社，2005年，343页。

② Robert Holton, *Globalization's Cultural Consequences*, 570, *The Annals of The American Academy of Political and Social Science* 140, 2000.

③ “故中国固有法系之存在，由法家创造其体躯，由儒家贯注其灵魂，乃儒法两家合作之成绩也。”参见陈顾远《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》，中国政法大学出版社，2006年，38页。

④ H. De Crevecoeur, *Letters From an American Farmer*, pp. 69-70, Penguin American Library ed. 1981.

⑤ Gjerde, Jon., *The Minds of the West: Ethnocultural Evolution in the Rural Middle West, 1830-1917*. pp. xiii, University of North Carolina Press, 1999.

⑥ Kenneth L. Karst, *Paths To Belonging: The Constitution and Cultural Identity*, 64 *N. C. L. Rev.* 303 1986.

⑦ 帝国的标准一般归结为领土、人口和经济的规模，民族或种族多元构成，居民之间的不平等和强力的控制。帝国既非国家（state），也非家庭或家族的团体，西方文明的形成是由帝国向民族国家的转化。帝国的一般界定及与国家的关系，参见 Miguel Angel Centeno and Elaine Enriquez, *Legacies of Empire? Theory and Society*, vol 39, pp. 343-360, 2010.

⑧ “每一家族能维持其单位内之秩序而对国家负责，整个社会的秩序自可维持。”参见瞿同祖《中国法律与中国社会》，中华书局，2003年，28页。

律重家庭伦理的传统依然存在，亲属拒绝出庭作证，孝道入法，取消一胎制度，一直是中国法律讨论的热门话题。第三，外法内儒的法律式样。法律有外在的公开形式、法律平等、以刑去刑、国家暴力是法律秩序的保障，这是“外法”；法律内部，皇亲国戚和官僚享有法律上的特权、家父与家子法律地位不等、法律体恤社会弱者、死刑复核与录囚，这是“内儒”。如今，法律平等成为了法律的基本原则，“外法”的传统保留了下来，“内儒”在法律形式层面已不再存在，法律实质上依然存在。第四，利他主义的道德至上。出礼而入刑、德主刑辅、王道重于霸道、礼让为先、相互扶助^①，孟德斯鸠称之为法律与道德不分，⁽¹⁾昂格尔称之为相互作用的习惯法，⁽²⁾就是在这个意义上的应用。如今，中国传统的利他主义和道德至上受到削弱，集体主义和个人主义混杂其间，但作为一项法律原则，中国法律仍然提倡团结互助与见义勇为。

法律的社会主义性质，始于中华人民共和国的确立，源自苏联的社会主义法律^②，是迄今仍然竭力维护的基本法律原则。传统的社会主义法律，遵循着如下几个基本准则：第一，法律是无产阶级专政的政治工具。无产阶级的政党执政，且具有不可动摇性，党是法律活动的决策者和掌

控人。可以有参政党，但不可以有轮流执政的政党政治。第二，议行合一的法律结构。人民主权，人民代表行使国家权力，由议会权派生行政权和司法权。司法权可以独立行使，但是不能司法独立。第三，实质平等重于法律上的形式平等。确立公有制，消除私有制。私有制是不平等之源，是道德邪恶之渊藪，国家所有和集体所有是社会主义达到实质平等的基本经济保障，公有财产得到法律的优先保护。第四，国家利益高于一切。国家是个人价值的最高体现，集体超越个人。个人权利与国家利益发生冲突的时候，国家利益至上。^③如今，“法律是政治统治的工具”不再提倡，但共产党执政党的地位写进了宪法总则，“政法机关”和“政法干警”的术语现实中依然使用“私有财产”、“物权”得到同等的法律保护，但私有财产保护在书本上的宣传价值大于现实中的实际意义；个人权利的保护呼声很高，但是在国家利益面前，它仍然处于从属的地位。

西方现代法律精神遵循个人自治和有限国家权力的原则，源于现代大陆法系和英美法系传统。两大法系法律设计各不相同，但也有共同的基本原则。^④第一，自由、平等和人权是法律的最高原则，非经正当法律程序，国家不得剥夺公民的

^① 20世纪50-70年代，台湾地区成立了“中华文化复兴委员会”，中华法系研究侧重于法律的文化价值，张金鉴把中华法系的价值总结为“理性主义”、“礼治主义”、“家族主义”、“矜恤主义”、“集体主义”和“泛文主义”；陈顾远把中华法系的精神总结为“天下为公的人文主义”、“互负义务的伦理基础”、“亲亲伦民的家庭观念”和“扶弱抑强的民本思想”。参见俞荣根等编著《中国传统法学述论——基于国学视角》，北京大学出版社，2005年，26-28页。

^② 伯尔曼认为，苏联法不同于西方法律在于，国家高于法律，最高领导人不受法律的约束，没有土地和生产资料的私有制，言论、出版和宗教自由等基本人权受到压制，共产党一党专政，党内总书记和政治局专制。但是，苏联虽无法治但有法制，1991年还有30万受过大学教育的律师。特别地，斯大林之后的苏联民法典、刑法典和司法制度与西方的制度有许多共同之处，与美国20世纪20-30年代大萧条时代及欧洲的法律有“许多类似的东西”。不过，伯尔曼也强调，即使如此，苏联的法律与西方法律还是不同，其一，行政控制经济和社会远甚于西方国家，其二，运用法律指导、训练和惩戒其人民的信仰和态度，也远甚于西方国家。参见伯尔曼《千禧年视角下的西方法律传统：过去与未来》，载《法律与宗教》，梁治平译，商务印书馆，2012年，164-165页。

^③ 对传统共产主义法律理论的评论，参见凯尔森《共产主义的法律理论》，王名扬译，中国法制出版社，2004年。对1978年中国社会主义法律性质的演进评论，参见朱景文《中国特色社会主义法律理论的形成与发展——纪念改革开放30年》，载《法学家》2008年第6期。吕世伦教授以比较法的角度区分了“社会主义”与“国家主义”，参见吕世伦《社会、国家与法的当代中国语境》，清华大学出版社，2013年，29-35页。

^④ 法律的现代主义哲学根基，可以历史、地区分为三个阶段，一为笛卡尔的理性主义，二为洛克的经验主义，三为康德的形而上学。参见菲尔德曼《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》，李国庆译，中国政法大学出版社，2005年，35-45页。

生命、自由和财产。^① 第二，政治不能超越法律，政治活动严格限定在法律框架之内。治权分立并相互牵制，反对权力专断。^② 第三，个人权利和意思自治是法律的根基理念，由此产生罪刑法定、公正审判、私有财产不得侵犯、契约自由、损害赔偿和等价交换等一系列法律原则。^③ 现代西方法律传入中国，最先源于清末立宪和修律，带有大陆法系特征的法律在“书本”上确立；然后是民国时代的法律实践，西方现代法律和中国固有传统摩擦不断；最后是1979年以后中国改革，引进西方法律制度。当下，西方法律制度在中国的引进和运用，既有来自社会主义法律的显性抵制，又有来自中国固有传统的阻碍。

三重因素混杂于中国法律之中，分别且抽象地看，中华法律传统是“有等差的社会和谐”，社会主义法律特点是“政治权力之下的社会秩序”，西方法律传统是“个人权利和经济的繁荣”。三种因素有统一的一面，但更多的是相互的冲突。^④ 中国固有法律传统与社会主义法律都是利他主义的，强调法律更多地保护共同的利益，都忽视个人的权利，但是，一古一今，前者承认不平等，后者追求实质性的完全平等。社会主义法律和现代西方法律都是现代的产物，都强调公民的法律平等地位，但是，前者注重实质平等和集体的利益，而后者侧重于形式平等和个人的自由。中国固有法律传统与现代西方法律既有古代

与现在的差异，又有群己的冲突。中国固有法律传统与社会主义法律的冲突可以并存，但是两者与现代西方法律难以协调。

三、“西方现代法律”与“中国法律传统”的冲突

西方现代法律是个人主义的现代社会的产物^④，而中国法律传统形成于社群主义的古代社会，因此，两者的冲突是明显的，本质上是古代社会向现代社会转型中个人权利和家族利益的较量。现代化前期，法律冲突表现有参议院与资政院立宪及修法中的中西之辩，东式礼教派与西式法理派的讨论，袁世凯复古与孙中山革命的对抗；在私法领域，民国时期大理院判案中的兼顾中西通融，官方立法与民国时期民商法律习惯调查^⑤，每个细节都反映西方法律与中国传统的差异性。

西方现代法律起源于启蒙学者对封建法律的批判，从理论角度看，18世纪的社会契约论战胜了古代社会的君主主权论，法律的人道主义战胜了法律暴虐主义。19世纪之后，西方各国在政治和法律制度层面确立了民主、自由、平等和人权的制度。到中国清修律的19世纪末期，西方各国已经完成了法律的人道主义改造，而当他们殖民到东方世界的时候，遭遇了东方专制主义。清末修律的象征意义，就是要在对中国对野蛮的法律进行人道主义的改造。西方法律精神与东方法律传统的冲突表露无疑。在修订大清新刑律的时候，

- ① 18世纪英国的布莱克斯通断定，英国法不同于欧洲大陆法律和罗马法的特点在于，“自由精神”根植于英国的宪法，“即使是一个奴隶或黑人，一旦他踏上英国的土地，他就受到英国法的保护，并凭借着他享有的所有天赋权利而立即成为一个自由人”，这些权利包括“人身安全权、人身自由权及私有财产权”三大类。参见布莱克斯通《英国法释义》第一卷，游云庭等译，上海人民出版社，2006年，146页，149页。19世纪的戴雪则把英宪精义总结为“议会主权”，“法律主治”和“英宪典则”，参见戴雪《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社，2009年，112页。
- ② 法国法的特点，参见狄骥《拿破仑法典以来私法的普通变迁》，徐砥平译，中国政法大学出版社，2003年，30-32页。美国从农业社会向工业社会的转化，在法律上的表现就是由“保护性的、管制性的、父爱性的”道德感向“实现个人欲望的工具”变迁，与公法上的反功利主义和形式主义相反，私法则体现了功利主义和工具主义。参见霍维茨《美国法的变迁：1780-1860》，谢鸿飞译，中国政法大学出版社，2004年，383-385页。德国法治国的形成与私法的原则，参见拉德布鲁赫《法学导论》，米健译，法律出版社，2012年，43页，65页。
- ③ 埃尔曼说，外国人看中国的法律思想与实践带有“孔子学说的传统”，又有前苏联国家法律制度因素，但是中国既否认与中国传统的联系，也否认与前苏联法律的关联，因此，“至少在目前，中国的法律文化需要归入一个特殊的种类。”原书出版于1976年，参见《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社，2002年，30页。
- ④ 布坎南称，与自由主义的社会秩序相对的意识形态，可以区分为“仁慈的家长主义”、“科学的社会主义”和专家式的“政治理想主义”，参见《宪法秩序的经济与伦理学》，朱泱等译，商务印书馆，2008年，290-293页。
- ⑤ 大理院宣告“判断民事案件，应先依法律所规定，法律无明文者，依习惯法；无习惯法者，以条理”。黄源盛称，大理院和平政院“两院法曹，尤其是在民法典不备之情形下，创设看兼顾民情及现代趋势之判例，不但应了当时过渡时期之现实需求，并为后嗣国府之‘新民法’，完成了若干必须之先期工作”。参见黄静嘉《中国法制史论述丛稿》，清华大学出版社，2006年，331-332页。

沈家本上奏朝廷，为使中国法与西方法律同步，首要的就是要改变中国固有刑法的残忍，因此呼吁要废除中国法中的酷刑，他列举了三项，一为凌迟、梟首、戮尸，二为缘坐，三为刺字。^①新刑律起草的时候，中西方的法律冲突集中在西方个人主义和东方礼教冲突上，典型地，干名犯义、留存养亲、亲属相奸、亲属相盗、亲属相殴、故杀子孙、夫妻相殴、子孙违反教令和发冢行为，一直都是中国固有传统在法律上的体现，要么是因为这些行为违反了尊卑的秩序，要么是它们玷污了中国人的善良风俗。沈家本、伍廷芳与张之洞、劳乃宣的论战，就是围绕着这些法律议题展开。^②清末修律以清朝灭亡而告终，但是在法律层面，西方法律取代了东方法律。^③我们曾经津津乐道的带有浓厚中国传统的礼教之法在法律世界消失。儿子打老子与老子打儿子，法律处罚一样，亲属相奸与普通人相奸，法律结果一样，是中国古代人所不可想象的，因此是有悖中国固有纲常礼教的。

与公法上中西冲突的法律乱象和天翻地覆不同，私法之间的冲突则在暗流深处东西并存。民事交往和规则，中国古代社会同样存在，但因其“细故”上不了官方法律的层面，称为民事习惯。民国时代的大理院，似乎很好地完成了中西方文化上的冲突，财产保护和合同自由之类的民事规

则及公司和合伙之类的商事规则，基本上在不违背中国民俗的前提下，遵循了西方法律。^④但是在“一夫一妻多妾”问题上，中国法律找到了与西方法律“一夫一妻制”不冲突的法律形式：一夫一妻多妾依然是一夫一妻制度，因为妾不是妻。从实质上考察，东西方的差异还是存在的，其一，一个男人专断支配多个女子的性权利，怎么也不能称为一夫一妻；其二，中国妻妾之分别，在于区分两者的身份，妾不是妻，并不能改变一夫多妻的实质。即使如此，一夫一妻多妾的传统一直保留了下来，形式上满足了西方法律的精神，实质上符合了中国传统文化。^⑤1949年后，中国大陆不存在新的妾，但是此前的妾依然享受类似于妻的法律地位。

当下社会，现代西方法律理念与民众根深蒂固的行为模式和思想观念的冲突，依然存在。即使是在现行法律中，对抗无处不在，典型地，西方式民主与中国固有的民本主义、官方主导下的财政税收政策与民众富民减税的要求、维护社会与国家安全与刑法上的人权保护、法律规定的严格审级制度与民众越级上访的习惯、市场经济下的现代财产动态流转与民众静态固守“财主”心态之间、西方法律中的意思自治原则与传统“找价”^⑥实质权利保护原则、西方的过错赔偿责任原则与中国同情弱者补偿受害人原则，在当下中国

- ① 沈家本的《删除律例内重法折》“将中国法律‘最落后’不合时宜的部分真能恺切披陈，可算是对中国法系加以改造的一篇大‘宣言’！沈氏是深刻了解中国法律而且明白欧美法律的一个近代大法官”。参见杨鸿烈《中国法律思想史》，中国政法大学出版社，2004年，280页。
- ② 赫善心“中国新刑律论”，杨度“论国家主义与家族主义之区别”，沈家本“沈大臣酌拟办法说帖”，刘廷琛“奏新刑律不合礼教条文请严饬删尽折”，陈宝琛“读劳提学及沈大臣论刑律草案平议”，劳乃宣“倡议修正新刑律案说帖”。参见高汉成主编《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年，775-806页。
- ③ 蔡枢衡于20世纪40年代的评价是，中国法律西化是沈家本派的胜利和反沈派的失败，但是两派都有“不可救药的致命伤”，中国近代法“初期模仿日本，后来效法西洋”，“直为一幅殖民地风景图”，因此，“三十年来中国法和中国的历史脱了节，和中国社会现实也不适合”。参见程波《中国近代法理学：1895-1949》，商务印书馆，2012年，255页，267页。
- ④ “《大清现行刑律》中不与共和国体抵触的‘民事有效部分’就成为解决民事纠纷的重要审判法源，可以说是民初大理院时期的‘实质民法’。”参见卢静仪《清末民初家产制度的演变——从分家析产到遗产继承》，台湾元照出版有限公司，2012年，79页。
- ⑤ 按照正统的礼制，一夫一妻多妾为官宦人家合法婚姻形式，但是在现实生活中，特别是社会底层里，尚存在着“一妻多夫”现象。有趣的文章，参见苏成捷《性工作：作为生存策略的清代一妻多夫现象》，载黄宗智、尤陈俊主编《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》，法律出版社，2009年，111-139页。
- ⑥ “典当田宅，日后业主无力回赎，而将当业出卖于当户时，当户于当价之外，找给业主银若干，另换买契，谓之‘找价’。”参见南京国民政府司法行政部编《民事习惯调查报告录》，中国政法大学出版社，2005年，291页。但，卖主“由尽卖而再尽卖，由再尽卖而再借款，俗语谓之‘九尽十八借’。买主得一业，往往受累不堪，地方不良习惯未有逾于此者”。《民事习惯调查报告录》，237页。

法律实践中随处可见。

现有一黄姓男子，1963年娶蒋氏为妻，婚后无子，后收养一子。1994年，黄结识张氏后以夫妻名义同居。2001年4月18日，黄立遗嘱并经公证，将自己与蒋氏夫妻共同财产中自己的份额遗赠给张氏。4月22日，黄死亡，张要求执行遗嘱而被拒绝。张氏将蒋氏告上法庭。法庭调查后认定，黄具有完全民事行为能力，遗嘱系其真实意思表示，形式上合法；但是，“遗嘱内容却违反法律和社会公共利益”，因为婚姻法禁止有配偶者与他人同居，黄将自己财产遗赠给张氏的行为是一种违反“公序良俗”的行为。按照《民法通则》第7条所规定的原则，黄的遗嘱行为因此属无效民事法律行为。法院判定驳回张的起诉，上诉院维持了原判。^①

此案涉及的法律间的冲突至少包含有如下方面：第一，《民法通则》原则与《继承法》规则的冲突。民法之个人行为不得违反公共利益原则，其哲学根基在于社群主义，强调个人利益服从于公共利益；而继承法之遗嘱规则，其哲学根基在于个人主义，强调每个人都可以按照自己的意愿处理自己的财产。适用民法原则而否定继承法的规则，实际上是对个人主义的一种否定。第二，《民法通则》中“公序良俗”与《婚姻法》“一夫一妻制”的冲突。“公序良俗”是一个带有浓厚传统色彩的词语，与一个民族的传统和习惯相关。“妾”在中国历史悠久，有史以来就有妾，而法律上否定妾的法律地位则应该从1949年算起。中国的“公序良俗”讲究是反对妾还是肯定妾呢？从历史的角度理解，纳妾并不违反中国的公序良俗，婚姻法反对妾的制度只不过是用手段宣布了“公序良俗”的非法性。第三，《继承法》与中国传统财产继承制度的冲突。其实，这个案件所揭示出来的冲突，还有传统财产继承制度与现行继承制度的差异。现行继承法来自西方法律的移植，其内在的精神是，每个人可以按照自己的意愿处理自己的财产和人身；而按照中国的传统，家庭的财产只能够留在男性家族之内，一个男人的死亡并不改变父系家族的财产

状况。夫死，妻只能够使用该财产而不能处分该财产，改嫁也不能够带走该财产。妻子的地位都如此，何况是一个妾呢？从这个意义上讲，本案的“公序良俗”，与其说是婚姻法上的一夫一妻制，还不如说是中国传统上寡妇和“寡妾”不得享有先夫家庭的财产所有权。

四、“社会主义法律”与“中国固有法律传统”的排斥与融合

社会主义法律在中国的确立，自然追溯到新中国的建立。社会主义法律与中国传统法律有兼容的一面，典型地，两者都强调集体利益至上和大同社会的理想，也有冲突的一面，比如社会主义法律强调人民之间的平等，对妇女和劳动者的保护，而这在古代中国是不可容忍的，古代中国强调的身份等级与权利分配上的差异。社会主义的理论，我们一般追溯到马克思，但马克思也有其思想的渊源，卢梭的平等理论可以解释其中的变化。在古代社会，人们之间是平等的，自然状态下享受自然的权利。当私有制出现之后，人们的平等状态被打破，社会有了贫富经济上的不平等。富人为了使不平等合法化，于是制定出法律来固定这种不平等，于是就有了法律。法律就是使经济上的不平等转化为政治上的不平等，不平等于是进入了第二个阶段，社会有了强者与弱者，这是政治上的不平等。为了恢复人类原本的平等，就要通过暴力的方式摧毁不平等。^④卢梭的平等理论被马列主义所继承，后发展出资本主义的形式平等与共产主义的实质平等理论。封建主义的特点是不平等、资本主义是形式的平等、社会主义要实现实质的平等，这既是社会主义的平等原理，也是当今西方马克思主义的一般说教。在法律领域，左派法律政治理论思路都是如此，包括西方曾经流行的批判法学以及如今红火的女权主义法学和种族批判法学。^②

如果我们回顾历史，就可以看到，新中国建立之初，我们废除了旧的“六法全书”，1952年的司法改革确立了司法活动中的社会主义原则，^⑤建国初期，中国聘请了苏联的法律专家来培训中国的法律人才，^⑥从那时起，根据地法律的红色传

① 张诉蒋遗嘱纠纷案，(2001)沪民一终字第621号。

② 左派法学一直是西方法学的一股思潮。欧陆的西方马克思主义法学，福科和德里达的理论都有着左派理论的印记，美国的批判法学、女性主义法学和种族批判法学则是典型的法学左派运动，“法律是换了外套的政治”，“法律是等级制的复制”，“过失法是对资本主义企业的补贴”，都是前者批判法学典型的命题，“法律是男人对女人的压迫”，“是白人对黑人的歧视”则是后者的一般命题。参见朱景文主编《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》，广西师范大学出版社，2004年。

统，宪法、劳动法和婚姻法的社会主义性质，政党政治在中国法律活动中的特殊角色和地位，一直是中国法律社会主义性质的具体表现。

以法律平等为例，中国传统法律强调不同身份的人法律上不同的权利，而社会主义则既反对法律形式上的不平等，又反对法律实质上的不平等。在这一点上，中国传统与社会主义之间矛盾是突出的。以法律的眼光看，中国近现代反封建，实际上就是围绕着法律平等展开的。

在古代中国，一位官宦之家的家长，对外为朝廷命官，享受法律规定的特权，比如八议、官当、赎、不躬坐狱讼；对内为一家之长，对子女和奴婢行使家父权，妻子只有一个，但是妾无定数，甚至对自家的女婢、部曲之妻和雇工之妻也享有性的权利。⁽⁷⁾“亲亲尊尊”的精神渗透到了法律的每个细节，法律反过来又强化了社会的不平等和政治上的特权。这乃是中国古代社会下法律传统的状况，其中，在私的家庭领域，父与子法律地位不平等，父与妻妾地位不平等，妻、妾和奴婢的地位不平等；在公的政治领域，官僚与平民的法律地位不平等。社会主义在中国确立之后，家父的特权和官员的特权已经在法律层面被消除，宪法和法律确立了法律平等的基本原则。司法判决如何解决中国传统的等级制和现代法律的平等制，我们可以一个案件来说明。

河南沈丘一个浪荡子，整天游手好闲、偷鸡摸狗、殴击父母、横行乡里。娶女生二子，妻子无法忍受家暴提出离婚，被拒后带幼子回娘家居住，长子则由浪荡子的父母供养。一夜，浪荡子酒后进入母亲房间，叫醒母亲索要钱财。母亲惊愕之下交出30元，浪荡子嫌少，持刀威逼其母，其母裸奔出屋、大声呼救。住旁间的父亲救妻，持钩猛击浪荡子头部。浪荡子当场毙命，老父就地掩埋。一年之后，浪荡子妻与人闲聊时泄露秘密。杀子之事发，其父被抓，以故意杀人罪被提起公诉。此案要发生在清代，老父不会受到法律的追究，如果将浪荡子提交官府，那么以其恶逆不孝可要他的小命；如果不报官交由族长处理，浪荡子也会被家法惩办，老父的行为不会受到法

律的惩罚。古代的理念是，父母生儿，宗法上考虑是延续家族香火，经济上考虑是劳动力和养老。儿子其实是父亲的私产，既然是私产，父亲就有处置儿子的权利。但是现代社会不同了，现代的理念是，生命权属于自己，父亲的生命权与儿子的生命权得到法律的同等待遇。父亲没有剥夺不孝子生命的法律权利，即使儿子是浪荡子和不孝子，剥夺了儿子的生命也要承担杀人的责任。案件发生后，同乡上百人联名请愿，要求减轻对老父的刑罚。法院认定了故意杀人罪，判处3年有期徒刑，缓期5年执行。^①此类案件走的是折中路线，严格罪刑法定，罪责自负，但情有可原，缓刑处理。与父亲“大义灭亲”的案件相反，妻子不堪丈夫家庭暴力而杀夫的案件^②则与古代法律正好相反。古代社会谋杀丈夫，视为恶逆，依律严惩。而按现代法律，妻杀夫与夫杀妻，法律平等对待，且在家庭暴力情形下，法律对妻减轻处罚，其中的古今法理差异明显。此类案件反映了中国传统与社会主义法律的冲突所在，法院的审判精神，是在适用社会主义法律的同时，适当遵循中国的传统。

一个难以处理的情形则是官员犯罪，依照古代法律，官员是特殊的群体，在法律上享有特权，刑不上大夫是基本的原则。社会主义法律确立后，官员为“人民公仆”，与一般公民法律地位一致，犯罪同样要受到法律的追究。但是，现实是官员占有丰富的资源，官僚体制与官僚作风使他们较少受到牵扯。^③这是社会主义下的官员与西方民主下的官员不同的地方。权力越大，风险越高。官员一旦被追究法律的责任，他曾经“官方”不当的“职务”行为，会使他处于尴尬的境地，严格依法办事，他要受到法律的处罚。但是，考察中国政治现状，现有法律又给了官员在位期间的肆意妄为的机会，在职期间的“可容忍”的不当行为与被查办时的“犯罪”行为之间，法律上的界限是模糊的。制度给了官员过大的权力，事后再追究他曾经的职务行为，社会主义法律与中国古代的传统发生了冲突。这就使得官员成为“高危”的行业，法律的审判带有浓厚的“政治”审

① 张志信故意杀人案，[2004]沈刑少初字第28号。

② 刘双杀死施虐的丈夫，以故意杀人罪，被判处有期徒刑3年，缓刑4年，[2007]湘高法刑终字第43号。

③ 韦伯认为，科层官僚体制是资本主义社会和社会主义社会共同拥有的制度，都带有集权主义的性质，都属于法理型支配或合法性统治的范畴，也就是说，固定的和专门的职业人员保证了国家机器的运转。官僚制度使法理型统治区别于个人魅力型统治和传统型的统治。参见韦伯《经济与社会》上卷，林荣远译，商务印书馆，1997年，248-249页。

判的性质^①也就是说，法律成为政治斗争的一种方式，而不仅仅是维护必要的社会秩序。

五 “社会主义法律”与“西方现代法律”的对抗

法律的社会主义性质与西方现代法律之间，两者都是现代的产物，都称人民主权，都强调法律的平等，都保护公民的基本权利，都视法律为社会控制的一种工具。但是，法律的社会主义是在批判法律的资本主义前提下产生的，其中的冲突不仅仅表现在法律的技术上，同样也表现为政治上的对立。在法律的经济规制方面，前者相信公有财产制，后者倚重私有财产制；在公共权力组织方面，前者强调权力的集中统一，后者遵循权力的分立；在国家权力与个人权利之间，前者呈现家父权的对公民从属权的支配，后者鼓吹自由市场下个人聪明才智最大限度的发挥，以达到经济的繁荣；在公民权利保护方面，前者重视公民的社会、经济权利，后者重视公民的公民权利和政治权利。哈耶克曾经分析过共产主义法律与资本主义法律的区别。⁽⁸⁾在他看来，西方文明的思想基础就是自由主义和个人主义，资本主义的本质在于自由竞争。自由竞争需要法律的框架，需要法律作为自己行为的指导。每个人尽自己最大能力争取经济上的利益，在不侵犯他人的前提下具有最大限度的权利。法律既是权利的保障，也是行为后果可预见的标尺。个人权利的保障需要政府的强力，而政府的强权又不能够侵犯个人的自由。

社会主义法律与现代西方法律，在我国当下的法律体系中同时存在，20世纪70年代末以来法律制度的变迁，两者的冲突不断显现。可以说，

每一次政治和经济的变迁，都会引起社会主义法律与西方现代法律之间的冲突。如，宪法及修正案中市场经济成分与国有经济成分的比例关系，罪刑法定主义与犯罪预防中的劳教制度，盗窃私人财产与盗窃国有银行财产的差异，物权法立法过程中取得时效的个人财产保护与国有资产流失疑虑的争论，发现物归国家所有与归发现者所有的财产性质差异，太阳能为人类共有财富与属国家所有的争议，城镇化拆迁中个人权利保护与公共利益征收的冲突。^②

中国物权法起草和通过的时候，新派与旧派的矛盾以及民法学者与法理学者的争论，把社会主义法律与市场经济法律的冲突表现得淋漓尽致。民法学者捣鼓了《物权法》草案许多年，当他们拿着物权法草案提交立法机关的时候，法理学家一份异议书就暂时中断了物权法的立法进程。^③从表面上看，法理学家指控物权法草案对国有财产重视不够、保护不力，因此违宪；民法学家认为国有财产的保护应有专门法律规定而不由物权法来界定，在物权法的框架内国有财产和私有财产都应该受到平等的保护，因此并不违宪。但是如果我们从法律理念上看，问题则是中国社会转型时期的不和谐，导致中国法律取向上的混乱，最后导致了法律之间的冲突。

如果我们坚持正统的社会主义传统，那么“国有资产神圣不可侵犯”就是我们法律的唯一宗旨，国家代表人民行使财产权，个人除了生活资料和少量生产资料之外不许有更多的私产。在此前提下，物权法所要调整的物权基本上没有存在的必要。如果我们要发展市场经济，那么国有资产与私有财产应该受到“同等的法律保护”，

- ① 政治审判在西方国家里同样存在，在民主与法治制度确立时期和社会变迁时期尤其明显。英国、法国和美国都有政治的审判，英法欧洲国家，政治审判是一种“非常的武器”，而在美国，它只是“政府的一般管理手段”。参见托克维尔《论美国的民主》上卷，董果良译，商务印书馆，1997年，121-122页。
- ② 庞德的学术生涯在两次世界大战之间，他在法律的演讲和著作中比较分析过西方个人主义理论和社会主义理论。在他看来，把权利归结为自然权利，信仰市场竞争，这些是西方主流的个人主义理论，把权利归结为经济条件，这是社会主义或者共产主义理论。他对利益的个人利益、公共利益和社会利益的划分，多少都受到了社会主义思潮的影响。参见庞德《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆，2010年，55页，73页，41页。他把马克思的法学视为法律的“经济学解释”，兴盛于19世纪后20年的德国和意大利，称美国20世纪前10年的罗斯福新政也深受其影响。庞德分析过英国1867年赖兰茨诉弗莱彻案，此案中，磨房主修水库淹了矿业主的土地，英国贵族院支持了土地主。庞德将此案与戴雪所指的集体主义运动联系起来。美国法学家博赫兰教授分析此案中的阶级对立：土地贵族/商业主和制造业主。庞德反对阶级的分析，但是支持经济的分析，参见庞德《法律史解释》，曹玉堂等译，华夏出版社，1989年，89页，101-103页。
- ③ 感谢巩献田教授所赠刘贻清、张勤德主编《“巩献田旋风”实录——关于〈物权法（草案）的大讨论〉》，中国财政经济出版社，2007年。

国有资产的法律地位相应下降，物权法出台就显得刻不容缓。两者之间的冲突不再仅仅是法律规定层面上的冲突，而是公有制与私有制之间的冲突，以及两种制度下法律原则的冲突。当我们宣称我们实行的是社会主义市场经济的时候，两者之间的冲突似乎在立法的文本层面得到缓解，但是这种缓解并不能够消除法律在实践上的磨擦。早年国有企业改革，现在农村土地制度改革，面临的法律困境是一样的。

2014年伊始，劳动教养制度这个曾经被视为中国特色社会主义的典型法律制度在立法层面废止了。劳动教养制度存废之争，从法理理论的角度说，是法律社会主义性质与现代法律精神的直接对抗。学者的分析，劳动教养制度源于苏联，是对危害社会但尚未达到刑事犯罪的行为予以羁押和矫正的司法措施。自斯大林时代，苏联安全局就一直对政治和宗教异议者采取非法拘禁的措施。押政治犯、禁止犹太人移民和以精神病为由监禁政治上的异议者，在20世纪70-80年代引起了西方人权组织的关注。1983年1月，西方精神病职业体和国际人权组织迫使全苏联精神病和神经学会退出世界精神病协会。西方人士反对苏联以精神病为名侵犯异议者的人权。直到1989年，才以世界人权组织的胜利告终。^①此后，中国法律层面的人权现状，包括劳动教养制度开始受到西方国家和社会的攻击。劳动教养制度在法律精神上是与西方现代罪刑法定主义直接冲突的，未经法律审判将有社会危害的人予以羁押，与西方个人主义和个人自由的精神相背离。西方人分析，中国的刑事司法存在着书本上的法律与社会现实之间的冲突，1979年刑法和1996年的刑法修正案体现西方人权和法治的精神，劳动教养则是存在于现实中的非正式法律，同样也可以在刑法和刑法理论中找到根据。其一，中国刑法的基本原则是维护集体的利益，而非个人的权利，将犯罪定义为“社会危害性”的行为，就是明显的例证；其二，劳动教养制度合乎中国的法律传统，劳动教养与罪刑法定是古代礼法之争在现代的反应，为了社会的和谐，社会利益至上，礼高于法，于是，劳动教养有法理的依据。

如果考察法律思想史，两种理论的对立源自19世纪的西方世界。孟德斯鸠和贝卡利亚的刑法人道主义是罪刑法定的人文基础，^②后被西方个人

主义和自由主义的国家溶入了宪法和刑法实践。英美法系自古就有个人主义的传统，保障个人权利是自由主义应有之义。到19世纪，意大利和德国的刑事实证学派提出了挑战，认为18世纪的刑法理论只是抽象地讨论犯罪，而没有实证地研究犯罪人。龙勃罗梭区分了天生犯罪人和精神病人，^⑩菲利解释了犯罪的社会根源。^⑪对于天生的犯罪人或有害社会倾向的人应该采取事先预防的措施，在他们实际危害社会之前予以遏制。李斯特将此称为社会防卫理论或者保安处分措施，^⑫同时纳入了他的刑法体系。这样，劳动教养与罪刑法定实际上是带有团体主义罗马-日耳曼人的意德的理论和个人主义普通法系的英美理论。社会防卫理论与社会主义国家利益或社会利益至上的理念暗合，非经法律程序提前羁押具有社会危害倾向的人，便成为社会主义法律的一项制度。20世纪后半叶的发展，决定了劳动教养衰落的命运。

六、法律文化的惰性与新文化干预主义

中国法治一直受到三种法律传统因素的影响：“中华法系传统”、“社会主义法律传统”和“西方法律传统”。法律指导思想总体上同时有“中国特色社会主义法律体系”，“中华法律传统的复兴”和“民主法治和人权”，法律的保守倾向和激进倾向并存且相互竞争。法治的内核，不同时期有不同的表达方式，其中“三个代表”、“维护社会稳定”、“民主自由法治”等口号交替出现。中国法律的三种文化属性何去何从，中国法律的三重属性最后会演化成什么样的一种势态，值得我们认真思考和耐心等待。

传统地讲，法律是文化的一部分，文化的属性决定了法律的性质。^②法律仅仅是用来实施一种文化所公认的文雅、正当和道德。这里，法律的文化是惰性的，法律的惰性文化只能够使中国的法律仍然带有社会主义性质和中华传统的性质。就三种属性而言，中国传统与社会主义是相斥又相容的关系，两者与现代西方法律属性则是对抗的性质。从量上考察，2/3对抗1/3，从质上考虑，历史传统与政治惯性的力量远远大于临时政治变革的力量。这也就说明了，中国近百年来来的法律史，仍然以社会本位的法律为重心。清末修律时代引进的西方法律和30年来移植的西方个人主义法律，只是法律文化的边缘。这也同

① Robin Munro, *Judicial Psychiatry in China and its Political Abuses*, 2000, 14 Colum J. Asia L. 1.

② Elaine M. Chiu, *Culture In Our Midst*, 17 U. Fla. J. L. & Pub. Pol'y 231, 2006.

样说明了，中国近代启蒙学者呼吁的西方法律精神和法律口号，如今仍然不变地成为法律改革者的口号。

但是，不同的声音也同样存在。新兴学者则认为，文化和法律的关系不是如此的简单，至少在立法者和法官看来，他们不仅仅是在表达所在社会的共同意识和道德，而是在重塑社会。文化并不是一成不变的，人类可以通过自身的努力来改变一个社会的文化。此类学者被称为“新文化干预主义者”（neocultural interventionist）。他们重新解释了文化和法律关系，首先，法律不仅仅在实施文化的规范，而是频繁地创造新的规范，这些新的规范与文化的倾向相对抗。其次，文化本身不是稳定的、连贯的和单一的，它的延展性也挑战着法律。

从20世纪60—70年代起，西方基金会和大学教授们向第三世界国家输入西方法律制度和法律观念。1971年，一批美国法律教授得到了美国国际发展总署（USAID）的资助，开始了一项野心勃勃的研究计划，其中就包括了文化和法律变迁的关系研究。从20世纪70年代到80年代中叶，这些学者致力于在第三世界国家创立“市场计划”和“民主计划”，前者是要创造适当的法律环境吸引外国投资，后者是谋求国民的公民权利、政治权利和人权。相应的国家以法治社会的标准来创立法律制度，其中包括提升司法能力、执法水平、法律教育以及制定新的商法和刑法。改革者们相信，建立一套恰当的制度就可以自然地产生可期的社会规范。此阶段“强调技术制度安排”。^① 1990年代以来，新文化干预主义者改变了做法，不再重视国家层面的制度变革，而开始关心普通人在日常生活中如何感知法律。他们不再帮助“国家制度”的建设，而是“直接帮助普通的民众，特别是那些穷人”，^② 他们相信法律能够最终“从内心深处来规范其臣民”，帮助法律在普通人的内心中得到确信，使每个人都有能力将他们的利益、欲望和意识与法治的目标相契合。文化干预主义者希望创造一种法治文化，在那里人们都开始相信法律制度的价值。他们首先把文化设定为“意识”，文化是精神的世界，是个人拥有的有意识的价值和信仰；其次，文化是

“类似于法律的规则”，文化是行为的世界，是一套社会规则，它能够带来行为的改变，让人们的行为朝着规范和合理可预期的方向改变。前者为法律文化的精神层面，后者为法律的制度层面。^③ 新文化改造旧文化，以达到法律的全球化。

以法律文化干预理论来看中国法律的未来属性，那么中国法律将会是三种属性的杂交合体。一个乌托邦式的理想法律帝国的原则体系就这样产生了：三种法律属性的冲突部分会逐渐消失，共性的属性将会保留，三种法律固有属性中合理的成份会以转换的特殊方式存在。帝国皇帝没有了，但是，帝国法律的形态依然存在，中央权力仍然强大；超越法律的特权不存在了，法律的形式平等与实质的不平等和平共存；漠视个人权利不再具有合法性，国家并不具有重于个人的优先性，公民私权与集体公权会根据特定场景互有胜负；法律的基本原则依然首先是道德至上和公平至上，其次才是功利主义和效率优先；法律的外在表现是西方现代的法律体系，内在属性则是可兼容性的西式现代性与中国固有传统。

简短的结语

历史形成了文化，文化包含了法律的元素。法律规范是文化的客观载体，法律理念是文化的主观动力。法律规范与法律理念的趋同与趋异，法律文化呈现纷繁的多元属性。以法律理念角度看待中国当下法律，它既有传统的中华法系属性，又有社会主义法律印迹，还有现代西方法律的印记。三者共同构成了中国法律的多元属性。

以共时角度看，中国法的三重属性之间，既有相互统一的一面，又有相互冲突的一面。中华法系传统与社会主义法律都基于社群主义，不同于西方现代法律中的个人主义；社会主义法律与现代西方法律都体现了现代法律精神，不同于中华法系的古代性；从中华法系传统到现代西方法律代表了人类法律从古代到现代的一般发展模式，不同于法律史中特例的社会主义法律。从性质和份量上看，虽然西方现代法律在20世纪初期和中期曾两度侵入，但是法律的社会主义和中华法系传统仍然是中国现行法中的主体因素。

以历时角度看，社会发展的不同阶段，占主导地位的法律传统各不相同，百年来循环上场：

^① John Henry Merryman, *Law and Development Memoirs II: SLADE*, 48 *Am. J. Comp. L.* 713, 722-24 (2000).

^② Vivek Maru, *Between Law and Society: Paralegals and the Provision of Justice Services in Sierra Leone and Worldwide*, 31 *Yale J. Int'l L.* 427, 428 (2006).

^③ Amy J. Cohen, *Thinking with Culture in Law and Development*, 57 *Buffalo L. Rev.* 511, 2009.

当国家目标趋向独立和强大的时候，法律的社会主义性质处于主导地位；当百姓追求富裕和自由的时候，西方现代法律的优势得以彰显；当社会有序和安定的要求提到议事日程上的时候，复兴中华法律传统成为法律的指导思想。从中国法律史上看，第一，近代以前，中华帝国国力强大、足以抵御外来侵扰，这时，中华法系生命力顽强，一直延续了几千年。第二，当帝国式微的时候，伴随着西方殖民主义，西方法律开始入侵中华帝

国，于是有了清末宪政和修律。第三，清末民初，西方的法律与中华传统的法律存在着冲突，和谐的社会秩序并未得到确立和维持。民国的时候，公法与私法不协调、中央与地方不协调、法律与社会不协调同时存在。第四，社会主义法律以其强有力的中央集权特征建立起新兴的强制性的法律秩序，共和国傲立于世界。第五，近 30 多年来，市场经济的命题确立，西方现代的法律制度登场，受到固有文化的抵制。

(参考文献)

- (1) [法] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上册 (M). 张雁深译. 商务印书馆, 1961. 313.
- (2) [美] 昂格尔. 现代社会中的法律 (M). 吴玉章等译. 译林出版社, 2001. 88.
- (3) [英] 洛克. 政府论: 下篇 (M). 叶启芳等译. 商务印书馆, 1964. 84 - 85.
- (4) [法] 卢梭. 论人类不平等的起源和基础 (M). 李常山译. 商务印书馆, 1962. 141, 146.
- (5) 张小军. 1949 年至 1953 年司法改革演变及若干反思——以“新法学研究院”对旧法人员的改造和 1952 年司法改革为例 (J), 政治与法律, 2010, (12).
- (6) 仕春. 建国初期来华苏联法学专家的群体考察 (J). 环球法律评论, 2010, (5).
- (7) 瞿同祖. 中国法律与中国社会 (M). 中华书局, 2003. 230.
- (8) [英] 哈耶克. 通往奴役之路 (M). 王明毅等译. 中国社会科学出版社, 1997. 73 - 74.
- (9) [法] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上册 (M). 张雁深译, 商务印书馆, 2002. 197. [意] 贝卡里亚. 论犯罪与刑法 (M). 黄风译. 中国法制出版社, 2002. 19.
- (10) [意] 龙勃罗梭. 犯罪人论 (M). 黄风译. 中国法制出版社, 2000. 2.
- (11) [意] 恩里科·菲利. 实证派犯罪学 (M). 郭建安译. 中国人民公安大学出版社, 2004. 155, 159.
- (12) [德] 李斯特. 德国刑法教科书 (M). 徐久生译. 法律出版社, 2000. 401.

(责任编辑: 何进平)