

# “亲亲尊尊”与亲属相犯: 中外刑法的暗合

范忠信<sup>\*</sup>

对于亲属之间的侵害案件,在确定法律责任时,奉行“亲亲尊尊”原则:亲属间人身侵犯,罪重于非亲属间人身侵犯;对尊亲属的人身侵犯,罪重于对卑亲属的人身侵犯;亲属间的财产侵犯,罪轻于非亲属之间的财产侵犯……,等等。简言之,“亲疏有别,尊卑有别”。这种原则,长期以来我们一直以为是封建宗法制度原则,是中国传统法律伦理化的典型体现,是中国法系与西洋法的最大区别所在,因而被视为封建毒素。

这是本世纪初中国法律近代化开始以来国人的最大误解之一。大量事实表明,欧美法传统中也存在此类原则的应用,甚至现代欧美法中仍有大量体现“亲疏有别、尊卑有别”的刑事规范,其“亲亲尊尊”之程度实为我们想象所不及。事实上,刑事责任上亲疏有别、尊卑有别,是中西法律的共同原则,是中西法律惊人的不谋而合之处(不过因民族文化传统之不同,双方在适用此原则时各有自己的偏异侧重)。本文将先向读者展示西方法中贯穿此一原则的种种例证并与中国稍作对比,然后分析中西法律于此处不谋而合的原因和立法理由,并附带分析中西法律于此种根本共性之下的各自偏异(差异),最后就亲属相犯问题的中国法律近代化之教训作初步反省,就此种暗合将给予我们的有益启示作些初步推论。这里所说的欧美是地理上的欧洲美洲,包括东欧,并非仅指文化意义上的西方。

亲属间的犯罪,法律特为立制者大约可以分为五大类:一是亲属间人身侵害,二是亲属间财产侵犯,三是亲属间性自由性权利侵犯,四是亲属间诱迫犯堕落耻辱之罪行,五是其他各类侵犯,如遗弃、妨害自由、侵犯尊严、诬告等等。以下分别加以比较分析。<sup>[1]</sup>

## 一、中西“亲属相犯”律之不谋而合

### (一) 关于亲属间人身侵害

亲属间的人身侵害,这里主要指对生命健康之侵害,亦即对人身存在和完整的侵害,即杀害、伤害等等。我们这里仅以杀害、伤害两种情形为例进行分析。

<sup>\*</sup> 苏州大学法学院副教授,博士研究生。

[1] 本文所引各国刑法典的中文本分别来自中国人民大学出版社1955年的《刑法资料汇编》、台湾司法通讯社1980年的《各国刑法汇编》、法律出版社1956年的单行本、西南政法学院1980年的单印本、公安大学出版社1995年的单行本。

## 1. 亲属间杀害、伤害罪刑重于常人

早在古希腊时代,亚里士多德就认为:“任何罪行若发生在非亲属之间,人们会看得比较轻;如果加到父母或近亲身上,就会成为伤天害理的罪恶。”古希腊人认为侵害亲属不仅伤害人伦,亦伤害了“神伦”(犹中国人言“天伦”、“天理”),因而法有特重刑罚以惩之。<sup>[2]</sup>在古罗马,杀害近亲属(起初仅仅是杀害尊亲属)为“弑亲罪”,公元前 52 年专门制定了关于弑亲罪的“庞培法”,并设置了“弑亲审问官”专审此种杀害亲属案件。<sup>[3]</sup>对于“弑亲罪”这种“最可怕的罪行,(法律规定)处以特异的刑罚。它规定凡使其双亲或儿子加速死亡的,或使其他亲属加速死亡,或其杀害在法律上称为杀亲罪的人,无论其行动是公开的或隐蔽的,是杀亲罪的教唆犯或从犯,即使不是家人,也一律处以杀亲罪的刑罚。他不是受到剑、火或其他通常方式的刑罚,而是同狗、公鸡、蛇和猴各一,一起封闭在袋内。在把他禁闭在这种可怕的‘监牢’之后,即依当地地形,把他投入海中或河里。”<sup>[4]</sup>这种特重刑罚,反映了古罗马法有特重亲情伦理的价值取向。在

《圣经》中,亚当夏娃的长子该隐杀死了其弟亚伯,被视为滔天大罪,<sup>[5]</sup>直到中世纪中后期意大利文艺复兴时期伟大诗人但丁在其《神曲》中,仍将该隐罚下第九层地狱(最深一层),受地狱中最严酷的永久冰冻之刑,仍将所有贩卖、杀伤亲属者都罚到该隐所居的冰湖之中受刑。<sup>[6]</sup>这也可以反映中世纪人们对杀伤亲属之罪行极端严重和不可饶恕之性质的一般认识。在现代欧洲刑法中仍有此种观念之显著体现。如 1810 年法国刑法典第 302、323、324 条规定:杀害尊亲属、故杀配偶、父母故杀初生婴儿均为最严重犯罪,处唯一死刑,任何时候不能赦宥,并应受耻辱示众刑于斩首之前(详后)。此种规定到 1975 年的法国刑法典仍基本保留(不过取消耻辱示众之斩刑,杀婴也改处十至二十年徒刑)。此种规定,远重于常人之间的故杀之罪行,如意大利刑法第 576 条规定对直系尊卑亲属故意杀害者均处最高刑——无期徒刑;故意杀害配偶、兄弟姐妹、养父母子女或直系姻亲,均处二十四年以上有期徒刑(而该法第 576 条规定一般杀人罪仅处二十年以上有期徒刑)。关于伤害罪,该法第 582 条规定:一般轻伤害罪告诉乃论,但对尊卑亲属、配偶、兄弟姐妹、养父母子女或直系姻亲犯之者,不在此限,意即伤害亲属一律为公诉案件。这几条表明意大利刑法认为亲属间杀伤罪重于非亲属间杀伤。西班牙刑法亦然,如该法第 405 条规定:杀害父母子女或其他任何婚生或非婚生之尊卑亲属、配偶者一律视为重谋杀罪,处以长期监牢(20—30 年)至死刑;而该法规定的一般故意杀人罪仅处短期监牢(12—20 年)。即使是社会主义刑法,也有杀伤亲属加重处刑的规定。如保加利亚刑法第 127 条、144 条分别规定,杀害父母子女者处十五年以上剥夺自由至死刑,伤害父母子女者(重伤时)处五至十二年剥夺自由,而该法规定常人间故杀(一般情节者)仅处十年以上剥夺自由,常人间伤害成重伤时仅处三年至十年剥夺自由。又如罗马尼亚刑法第 175 条将“杀害配偶或近亲属”定为“应加重处罚的故意杀人”。

这种情形,与中国古代刑法有相类似处,也有明显的不同。中国古律规定亲属间人身侵害之罪行异于常人间侵害,这一点中西一致。不过中国规定杀、伤尊亲属及兄姊之罪刑重于常人

[2] 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆 1965 年版,第 50 页,正文及译注转引。

[3] [英]梅因:《古代法》,商务印书馆 1984 年版,第 216 页。

[4] 查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆 1989 年版,第 241 页。

[5] 《圣经·创世纪》第 4 章。

[6] 但丁:《神曲·地狱篇》,人民文学出版社 1990 年版,第 259 页以下。

间杀伤,而尊亲属杀、伤卑亲属(包括兄杀弟妹、夫杀妻妾)则罪刑轻于常人。<sup>[7]</sup>就是说,在“亲疏有别”之原则的应用上着眼于特别保护尊亲属。但无论如何,这种规定还是建立在认为亲属间人身伤害罪责重于常人相害的基础上的,只不过在应用上偏向一端(尊亲属)忽视另一端(卑亲属)而有“伦常杀人”之弊端罢了。这一点,留待后面具体讨论。在这里我们仅应注意到中国古法的一个内在逻辑:若非视亲属间杀伤为比常人间杀伤更重的犯罪,则连杀伤尊亲属加重处罚之条也不会产生。因此,我在这里仅先以唐律关于杀伤近、远亲属和非亲属罪刑由重到轻的差别来说明。唐律规定:谋杀期亲尊长、外祖父母、夫等近亲属未遂者,斩;谋杀缌麻以上尊长(如伯叔祖父母、祖姑母等)未遂者流二千里;而谋杀常人未遂仅徒三年。<sup>[8]</sup>又规定:殴兄姊者徒二年半;殴缌麻兄姊(堂兄姊等)者仅杖一百;而殴常人只笞四十。<sup>[9]</sup>这种差别规定,显然表示亲属和非亲属有别,近亲和远亲有别。从立法意图来讲,西方的上述规定不是与此暗合么?

## 2. 杀、伤尊亲属之罪刑重于杀伤卑亲属

古罗马时代,起初的“弑亲罪”是名副其实的“弑亲”(以卑杀尊曰弑),仅指杀害双亲的暴行。到君士坦丁一世时,才规定杀害儿子与杀害双亲一样论罪,<sup>[10]</sup>此后的“弑亲罪”实为“杀近亲属罪”。故查士丁尼《法学总论》之中译本直接译为“杀亲罪”。但直到公元六世纪中叶,查士丁尼在其《法学总论》中,仍宣布“尊亲属或保护人受其儿子或被释自由人的侵害”为特别严重的犯罪之一。<sup>[11]</sup>公元542年查士丁尼皇帝新敕规定:子孙虐待尊亲属者即剥夺对亲属的继承权。而在剥夺尊亲属继承权的法定理由栏里,就没有“虐待”子孙这一项,只有更重的罪行。<sup>[12]</sup>在共和时代以前,家长对家子(子孙孙媳)的侵害,家子无任何诉权。帝政时代以后家子才开始有权控告家长侵害。<sup>[13]</sup>家长对家子的生杀权一直维持到二世纪初,此后家长仅有一般惩戒权(重罚必须送经法院裁决,如中国古代之“送惩”制)。<sup>[14]</sup>这种惩戒权的含义就是伤害卑亲属无罪或减轻处罚。这种厚尊薄卑、尊卑有别的原则,在近现代欧洲各国法中还有广泛的体现。如1810年法国刑法典第299条及302条规定:故杀父母(包括正式结婚及未正式结婚的父母)、养父母或其他尊亲属者,为杀尊亲属罪,处唯一死刑(与谋杀罪一样处极重之刑);而一般故杀罪仅处无期重惩役。其第13条规定:“因杀害尊亲属而判处死刑者,应使穿单衣、赤足、头披黑纱,押赴刑场。犯人露(示众)于刑台时,执行员当众宣读判决书,然后斩断犯人右手,并立即执行死刑。”此种规定,特别象中国古代的“俱五刑”和“弃市”。该法第323条还规定,杀尊亲属之罪在任何时候绝不有恕。关于故意伤害尊亲属,该法第312条也明确规定,凡对父母养父母或其他尊亲属故意伤害者,都应加重处罚:常人应处拘役或罚金之情形时,伤尊亲之人应处轻惩役;常人应处轻惩役之情形时,伤尊亲者应处有期重惩役;常人应处有期重惩役时,他们则应处无期重惩役。这些规定,到1975年的法国刑法典仍大致保留,不过刑种略有变化。直到1994年法国刑法典,这种“尊卑有别”的规定仍极为丰富。如第221—4条、221—5条规定,故意杀害或

[7] 《唐律疏议》之《贼盗一》、《斗讼二》。

[8] 《唐律疏议·贼盗一》“谋杀期亲尊长”、“谋杀人”条。注意,此处刑罚仅指谋杀未遂且成伤者而言。

[9] 《唐律疏议·斗讼二》“斗殴人”、“殴缌麻兄姊”、“殴兄姊”等条。此处刑罚也仅指斗殴未成折齿耳鼻指以上伤者而言。

[10] 周鲠:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,上册,139页。

[11] 查士丁尼:《法学总论》,第203页。

[12] [3] [4] 周鲠:《罗马法原论》下册,第487页以下;上册145页;上册139页。前89年古罗马的“庞泊亚法”即取消家长对孙子、丈夫对妻、家长对子女的生杀权,仅剩家长对子女的生杀权。这最后一条至二世纪初取消。

毒杀“合法直系尊亲、非婚尊亲或父母者”；处唯一无期徒刑(因已废死刑)；而一般故意杀人或毒杀仅处 30 年徒刑。该法第 222—3 条、222—8 条规定故意以酷刑或野蛮暴行伤害上述尊亲属处刑 20 年，暴力伤害致死尊亲属者亦处刑 20 年；而同时常人故意酷刑或野蛮暴行伤害及伤害致死仅处刑 15 年。德国也有此尊卑有别之规定。1971 年德国刑法典第 215 条为杀尊亲属专条，规定为唯一死刑；而一般杀人罪仅处无期重惩役。其第 223 条规定一般伤害尊亲属应处一个月以上轻惩役，而常人一般伤害应处 3 年以下轻惩役，均须告诉乃论。其所谓轻惩役的法定期间最短一日，最长五年。对尊亲属侵犯只有下限而无上限(即可达 5 年)，对常人侵犯只有上限而无下限(短至一日，最多 3 年)，显见格外保护尊亲属。修正截至 1976 年的德国刑法典第 223 条仍规定对直系尊亲属犯轻伤罪者处 5 年以下自由刑，比常人轻伤处三年以下自由刑仍显然加重。特别值得注意的是 1871 年德国刑法 232 条规定对于亲属犯伤害罪之告诉可以撤回，1976 年德国刑法则于同条取消告诉可撤回之规定，且刑事追诉官署认为与公益有关即可提起公诉，不管受害之亲属是否告诉。这显然加重了亲伦的法律保护，加重了对亲属间犯罪危害社会公共秩序的定性。西班牙也是如此。如 1971 年西班牙刑法第 423 条规定，“致使父母、尊亲属、监护人、教师……受伤而情节不甚严重时，应处长期徒刑(6—12 年)”；而该法 422 条规定常人同样伤害仅处长期监禁(6 月—6 年)或丙级放逐并科罚金。

欧陆刑法的上述规定与中国法传统的相似性是惊人的。中国古代刑律在确定刑事责任时最大原则之一就是依尊卑亲疏关系定罪，即“准五服以制罪”。如唐律规定：谋杀常人(未成伤者)徒三年；而谋杀亲长、外祖父母、夫、夫之祖父母父母者皆斩，不问既遂未遂、已伤未伤；又规定常人斗殴未伤者笞四十，而殴祖父母父母、夫、夫之祖父母父母者皆斩或绞，不论已伤未伤。<sup>[5]</sup>直到 1935 年民国刑法仍有类似规定。如第 272 条规定杀害直系血亲尊亲属处死刑或无期徒刑，而第 271 条规定杀常人者处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。又如第 280 条规定伤害直系血亲尊亲属者比常人伤害加重刑罚二分之一，第 281 条规定加暴行于尊亲属未成伤者处一年以下有期徒刑、拘役或罚金(而常人此种未成伤之暴行无刑责)。关于国民党刑法的这类规定，我们过去常简单地斥之为“封建主义遗毒”，未料西方法治国家至今仍充满此种“遗毒”。

## (二) 关于亲属间的财产侵犯

亲属间的财产侵犯，包括盗窃、抢夺、抢劫、侵占、欺诈背信等等。自唐至明清，“案属相盗”专条成为封建伦理法律化典型体现之一。在这一问题上，中国古代法的原则是：本着“同居共财”、“案属不分财”之伦理，规定亲属间财产侵害之罪责轻于常人间的财产侵犯，通常是减免刑罚。但这并不是中国独有的原则，西方古今也如此。

古罗马法规定，凡处于家长或主人权力下的人从家长或主人那里窃取财物者虽构成盗窃，但不发生诉权，即不得起诉(仅可收回原物)。<sup>[6]</sup>根据古罗马法，家长对家属的私犯，在共和时代及以前，家属均无诉权。其所谓私犯，包括盗窃、强盗、胁迫、欺诈、对物私犯(损害他人财物)、对人私犯(人格人身伤害等)。<sup>[7]</sup>帝政时代以后虽允许家属控告家长对己之虐待，但仍不许控告财产侵犯。<sup>[8]</sup>这种原则某种程度上为近现代欧洲刑法所继承。如 1810 年法国刑法典第 380

[5] 《唐律疏议》之《贼盗一》、《斗讼二》。

[6] 查士丁尼：《法学总论》，193 页。

[7] [8] 周鲠：《罗马法原论》，上册 145 页，下册 781—783 页。

条规定：窃盗配偶之物或已故配偶之遗物、盗父母之物或子孙之物，或同辈各姻亲间互盗者，只发生民事赔偿义务，无刑事责任。修改至 1975 年的法国刑法典第 380 条仍保持此规定不过仅限于亲属间藏匿财物之行为。直到 1994 年法国新刑法典，仍于其 311—12 条、313—3 条、314—4 条规定对直系尊卑亲属、配偶犯盗窃、诈骗、背信或侵占之罪者，“不得引起刑事追究”。德国刑法也持此种原则。如 1871 年德国刑法典第 247 条规定：对亲属、监护人犯盗窃或侵占者，告诉乃论并可撤回告诉；对直系卑亲属、配偶犯盗窃、侵占者不罚。其第 263、264 条规定对亲属、监护人、配偶犯诈欺之罪者亦然。这类规定，在 1976 年德国刑法典第 247、263 等条中仍加保留，不过“不罚”规定均取消，仅规定“非经告诉不得追诉”。意大利刑法(1968)第 649 条之规定意旨亦同，即：意图加损害于配偶、直系尊卑血亲姻亲或养亲子、同居之兄弟姐妹而犯盗窃、侵占、毁损财物、侵入、诈欺、剥削、赃物、暴利等罪者不罚；即使对合法分居的配偶及不同居的兄弟姐妹或同居的伯叔父母或二亲等内姻亲犯上述罪，也须经被害人告诉乃论。西班牙刑法(1971)第 564 条也规定：对配偶、尊亲属、卑亲属、已故配偶、兄弟以及同居之姻亲兄弟犯偷盗、欺诈、非法占有或毁损之罪，可免除刑事责任，仅适用民法规定。英美法系国家亦有此类规定，不过亲属范围仅限于夫妻之间。在普通法传统中，自配偶处窃取财物均不发生诉权(但分居后盗者可起诉)。如美国模范刑法典第 223—1 条即有此规定。加拿大刑法典(1971)第 289 条即规定，夫妻于同居期间窃取依法属于他方之财物者不构成窃盗罪，但遗弃、分居者不在此限。关于英美法夫妻相盗之传统观念与规定，《肯尼刑法原理》有丰富的论述。<sup>[9]</sup>此外，在前东欧社会主义国家也有亲属相盗减免刑罚的规定。如前罗马尼亚刑法第 210 条规定夫妻之间、直系亲属之间或未成年人对其监护人实施盗窃者，告诉才处理；当事人双方调解和好者免除刑事责任。又如前保加利亚刑法第 203 条也规定：对配偶、尊卑亲属、二亲等以内的血亲、监护人保佐人、同居生活者实行偷盗、侵占、欺诈、勒索、滥用信任、隐匿财物赃物等行为，不告不理。

这些规定与中国传统法原则极为吻合。唐律规定：盗缌麻小功亲属财物者，减凡人一等，大功减二等，期亲减三等。<sup>[20]</sup>关于强盗(抢劫)和恐吓取财，唐律规定：对缌麻以上尊长而犯者，以凡人论，即加窃盗罪一等；对卑幼而犯者，各依窃盗减等论罪之法。<sup>[21]</sup>这里的亲属相盗，皆仅指别居亲属之间犯盗窃、强盗之罪，不包括同居亲属之间相盗。同居亲属之间窃盗，不作窃盗论处，仅按“同居卑幼私辄用财”之律惩处，最高刑是杖一百。同居亲属间犯强盗及恐吓取财怎么处理？唐律无规定，明清律仅有“同居卑幼将引他人盗已家财物”而杀伤尊长者依杀伤尊长本律科断之规定，并无一般性的同居亲属相强盗及恐吓取财惩处之条文。<sup>[22]</sup>这说明同居卑幼对自家行强盗及恐吓取财未伤人者不罚。至于同居尊长对卑幼，根本不存在行窃盗、强盗、恐吓取财之可能，因为他掌管钱财。中国旧法此种原则在 1935 年民国刑法中亦有充分体现，如第 324 条关于直系血亲、配偶或同居共财亲属间盗窃者得免除其刑，五亲等以内血亲及三亲等以内姻亲犯窃盗者须告诉乃论之规定，第 338、343 条关于亲属间侵占、诈欺、背信均告诉乃论，且对直系血亲、配偶、同居共财亲属而犯者均可免刑的规定，等等，似乎它们背后都潜藏着“亲属不分财”、“亲属不言财利”的原则。这些原则，我们从前总以为是封建主义原则，未料西方资本主义

[9] [英]特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆等译，华夏出版社 1989 年版，311 页。

[20] 《唐律疏议·贼盗四》

[21] 《唐律疏议·贼盗三》

[22] 《唐律疏议·户婚一》，《大明律》及《大清律》之《刑律·贼盗下》。

刑法乃至前东欧社会主义刑法也暗持此原则。

### (三) 关于亲属间性侵犯

以性方式侵犯亲属,严格地说,仅指强奸亲属、奸淫幼年亲属、强制猥亵亲属等行为,不包括成年亲属间通奸、自愿互为猥亵等行为,因为那并非严格意义上的侵犯(仅违反伦理)。对亲属的性侵犯,犯罪恶性和刑事责任均重于对非亲属的性侵犯,这是中西刑法的另一共识。

关于亲属间强奸、猥亵,《圣经》规定:凡与姐妹、儿媳、岳母、伯叔母行淫,或彼此互见了对方的下体,即应处死,或用火烧死以消除罪孽。<sup>[23]</sup>这当然包括强奸和强制猥亵。1975 年法国刑法典第 331、333 条规定:尊亲属对卑亲属或监护人对被监护人为猥亵、奸淫、强奸者,处十至二十年有期徒刑或无期徒刑,远重于非亲属间同类行为之罪。1994 年法国刑法典第 222—24 条、222—28 条、227—26 条、227—27 条分别规定尊亲属对卑亲属强奸、奸淫、猥亵者,处二十年、十年、五年监禁或徒刑,也远重于常人之间的强奸、奸淫、猥亵之刑罚。这种规定实际上是把尊亲属对于未成年卑亲属及监护人对于被监护人的奸淫、猥亵都一律视为“准强奸”、“准强制猥亵”;不管是否自愿。1968 年意大利刑法也有类似的规定:成年亲属与未成年亲属乱伦者,处八年徒刑;此实即视同强奸,比常人加重其刑。该法第 519 条规定:尊亲属或监护人与未满十六岁的卑亲属或未成年人奸淫者一律视同强奸,加重其刑。该法第 542 条更规定尊亲属对卑亲属的性侵犯为公诉罪,任何人可以告发,国家提起公诉(同时,其它性侵犯为自诉罪,包括未造成伤亡的纯强奸罪亦为自诉罪)。即使在前东欧社会主义刑法典中,也有亲属间强奸加重处刑之规定。如保加利亚刑法第 172 条规定:强奸尊、卑亲属者处五至十五年徒刑,而同法规定一般人之间的强奸罪处三至十年徒刑。阿尔巴尼亚刑法第 168 条、捷克斯洛伐克刑法第 242 条之规定略同。英美法系国家亦有类似规定,如 1971 年加拿大刑法典第 150 条规定奸淫亲属为公诉罪,处刑十四年。这说明该法也视奸淫亲属为准强奸,加重处罚(一般诱奸罪仅处刑二年)。

欧美法在此一问题上的规定与中国法传统相当吻合,不过在罪恶定性上似比中国稍轻。中国自汉即有“禽兽行”之罪名,严惩亲属间的强奸、通奸。唐律至清律亦然,特别严惩亲属间强奸。如唐律规定:一般强奸罪,加和(通)奸一等,徒二年(无夫者)或二年半(有夫者);强奸缌麻以上亲属(或缌麻以上亲属之妻)、同母异父姐妹、妻前夫之女者流二千里,折伤者绞;强奸从祖母(姑)、从祖伯叔母(姑)、从父姊妹、从母及兄弟妻、兄弟子妻者,绞;奸父祖妾、伯叔母、姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者,不论强和,一律处绞。强奸女、孙女、母、祖母,乃“圣人所不忍言”、“法律所不忍书”,罪刑更重,大约一律处斩首刑。<sup>[24]</sup>这种严厉惩罚,大约是西方很少达到的,且应加重惩处的亲属范围也远比西方为大。不过,从维护亲属间的伦理或卑幼亲属的性权利的目的来讲,中外都作特别严厉的规定,必有立法意图上的一致性。这在后文要讨论。

### (四) 关于唆诱胁迫亲属犯堕落耻辱之罪

诱使或强迫亲属犯猥亵、奸淫、卖淫等有伤风化之罪者,视为严重犯罪,比常人犯此类罪加重处罚,这是欧美法与中国古法暗合的又一主要方面。1810 年法国刑法典第 334 条规定,父母或监护人引诱、便利二十一岁以下男女奸淫放荡堕落者,处二至五年拘役并科罚金(常人为此行为仅处六月至二年拘役);1994 年法国刑法典第 225—7 条规定:合法直系尊亲、非婚尊亲、养父母犯淫媒谋利诱使子女卖淫者,处十年监禁并科 1000 万法郎罚金;而该法规定一般人犯

[23] 《圣经·利未记》第 20 章。

[24] 《唐律疏议·杂律上》

此罪仅处五年监禁并科 100 万法郎罚金。1871 年德国刑法典第 181 条规定：夫、父母、监护人为妻、子女、被监护人之奸淫作媒介者处五年以下重惩役（常人为奸淫媒介即“拉皮条”者仅处一个月以上轻惩役）。1976 年德国刑法典第 180 条规定：尊亲属或监护人利用权势诱迫媒介子女与他人为猥亵者处五年以下自由刑并科罚金；而同条规定一般人诱使协助为猥亵（仅指十六岁以下人与他人猥亵）者仅处三年以下自由刑。该法第 181A 条规定：纵容协助媒介监督管理妻子卖淫者处六个月以上五年以下自由刑。意大利 1958 年《防止卖春的第 75 号法令》第 4 条规定：尊亲属、夫、兄弟姊妹、养父母或监护人教唆帮助或强迫卖淫者，加倍处刑。意大利刑法第 541 条也明确地规定：尊亲属、夫、监护人等犯教唆强迫卖淫罪除依上述规定加重处刑外，还应宣告丧失父权、夫权及取消监护权。第 542 条规定对于性自由之侵犯及引诱未成年人犯猥亵案的为告诉乃论，但尊亲属或监护人犯者不在此例，应予公诉。奥地利刑法第 208 条规定尊亲属或监护人在子女或受监护人面前为猥亵行为对其进行污染者处一年以下自由刑。该法第 212 条还规定：尊亲属诱使子女为猥亵行为者处三年以下自由刑。其惩罚都明显重于常人间此类犯罪。西班牙刑法（1871）第 445 条规定：尊亲属监护人等以从犯方式协助强奸、奸淫、诱拐妇女、破坏贞操等罪者，均按主犯之刑论罪处罚。该法第 452—7 条规定：尊亲属、监护人犯破坏贞节、勒迫卖淫、诱拐妇女等罪应处各罪之最高刑，并剥夺父权监护权夫权或参加亲属会议权等等。美国模范刑法典第 251—2 条规定：行为人助长妻、子女、被监护人或被抚养人卖淫者，为第三级重罪（而一般人助长卖淫仅属轻罪）。加拿大刑法（1971）第 166 条规定：父母或监护人诱使、纵容、迫令女子堕落、通奸、卖淫者，处十四年有期徒刑（女子未满十四岁时）或五年有期徒刑（女子为十四岁以上时），并定为公诉罪；而一般人犯此罪仅处五年有期徒刑。

中国古法与欧美法在此一问题上也不谋而合。元律规定：夫受财而纵容或勒迫妻妾为娼者，夫及奸夫淫妇各杖八十七，离之。<sup>25]</sup>明律规定：凡纵容妻妾与人通奸者，本夫奸夫奸妇各杖九十；抑勒妻妾及乞养女与人通奸者，本夫义父各杖一百，奸夫杖八十，妇女不坐，并离异归宗。若纵容抑勒亲女及子孙之妇妾与人通奸者，罪亦如之。清律雷同。<sup>26]</sup>这些惩罚均远重于一般纵容诱迫协助奸淫之罪。如元律规定媒合容止他人奸淫者，各减奸罪三等，即常人媒合和奸者止杖四十七。明清律规定：常人媒合容止他人通奸者各减犯人罪一等，如媒介有夫者与人奸淫杖八十。<sup>27]</sup>这些处罚均明显轻于尊亲属及夫纵容诱迫奸淫之刑罚，直到 1935 年民国刑法仍贯彻了此种原则。如该法 230 条规定常人引诱容留良家妇女奸淫猥亵处三年以下刑；但第 232 条则明确规定引诱容留服从自己监督之人（如尊亲属对卑亲属、监护人对被监护人）或妻子与他人奸淫者处五年以下有期徒刑并得科一千元。这些规定显然都表明：立法者认为对亲属犯此种罪行者的犯罪恶性更深重，故应重惩之。在这一方面，欧美法前述规定不是与中国古法相当吻合么？

#### （五）关于亲属间的其他犯罪

亲属相犯，刑法以专条规定异于常人之刑罚者，除上述四大类以外，还有许多。在欧美刑法中，还有遗弃、妨害自由、诬告侮辱诽谤、虐待、胁迫、妨害尊严（包括告讦）等等。在中国，还有遗弃或供养有阙、告言骂詈（干名犯义）、祝诅巫蛊、诬告、居丧嫁娶作乐释服从吉、犯父祖名讳、委亲之官、违犯教令、乱妻妾位、立嫡违法等等。中国古法中亲属专条特别多，是西方法所望尘莫

<sup>25]</sup> 《元史·刑法志》之《户婚》、《奸非》。

<sup>26]</sup> <sup>27]</sup> 《大明律》及《大清律》之《刑律·犯奸》。

及的。因篇幅所限,我仅就上述各类犯罪规定中西方与中国相近似者择举一二。

### 1. 关于亲属间虐待遗弃

欧美法关于虐待遗弃的规定与中国古法类似者甚为明显。古罗马时,虐待尊亲属、遗弃患精神病的卑亲属,分别构成剥夺卑、尊亲属继承权的法定理由。甚至还有一种惩罚“精神遗弃”之不作为的规定:直系尊亲属下狱时,卑亲属能保释而不为保释者,丧失继承权;卑亲属为俘虏时尊亲属有资力救赎而不为者,丧失继承权。<sup>[28]</sup>这种规定,极象我国古法中居父母丧或父母被囚禁而嫁娶作乐的法条。近现代欧美法更有亲属间遗弃加重惩罚之条。如 1810 年法国刑法典第 350、351 条规定,一般人遗弃七岁以下儿童者处六月至二年徒刑,但父母监护人或教师为之者处二至五年徒刑。1994 年法国刑法典第 223—3 条、227—1 条、227—3 条、227—15 条规定:常人抛弃因年龄、健康状况或精神状态无自救力之人于任何危险场合者,遗弃十五岁以下未成年人于任何危险场所者,分别处五年监禁和七年监禁;但尊亲属对未满十五岁卑亲属为之者一律处七年监禁并科 70 万法郎罚金。1976 年德国刑法典第 221 条规定:遗弃年幼、残废或患病而无自救力之人者处三月至五年自由刑;亲生父母对于其子女而犯者处六月至五年自由刑。1968 年意大利刑法第 591 条亦规定:对未满十四岁或因精神身体疾病无自救力之人负有保护教养义务而遗弃者处六月至一年徒刑;父母、子女、监护人、配偶或养父母子女犯之者加重其刑。

这些规定与我国自唐律以来“殴冒父祖”、“供养有缺”之条意旨相近。自唐至明清,“供养(父祖)有缺”、“殴冒父祖”均列入“十恶”;为“不孝”表现之一。<sup>[29]</sup>不过父母遗弃子女法律似无惩罚专条。中国近代法制变革后始设一般人遗弃、虐待与亲属间遗弃虐待相区别之条文,且对后者加重处罚。<sup>[30]</sup>

### 2. 关于告发及诬告亲属

告发及诬告亲属,因为忍心使其受刑罚或狠心使其受冤刑而有悖亲情(对尊亲属除有悖亲情外还侵犯了尊长之尊严),故视为亲属相害案件之一类。古罗马时,家属(子)一般不得告发家长(父);对于未经事先特许而对父亲提起公诉的人,任何公民有权对他提起刑事诉讼。对尊亲属提起刑事诉讼者丧失继承权,告发卑亲属有应处死刑之罪者亦丧失继承权。<sup>[31]</sup>中世纪时仍有此种法律,但近代以来均废除。

这种情形与中国差不多同时代产生的不得告讦父祖之法很相似。如《云梦秦简》载秦律:“子告父母,臣妾告主,勿听,”“而行告,告者罪”。<sup>[32]</sup>汉初,告父为“不孝”,罪至弃市。<sup>[33]</sup>唐律规定“告祖父母父母绞”,明清律规定告祖父母父母者杖一百徒三年。直到 1935 年民国刑事诉讼法第 32 条规定对直系尊亲属和配偶不得提起自诉;民国刑法第 170 条关于诬告陷害直系尊亲属加重其刑二分之一的规定等等仍部分保有“干名犯义”之意。所以可以说至少在古代,中国与欧洲在此点上曾不谋而合。

[28] 周鲠:《罗马法原论》下册,第 482—488 页。

[29] 有一点令人惊异:从唐律将“供养有阙”列入“十恶”起,历宋元明直至清律,分则各篇均无惩罚此罪定刑之条。即是说,子孙供养有缺,父祖告诉至官,怎么处刑?全凭法官随意而定。

[30] 参见民国刑法(1935)第 293—295 条;281 条和 286 条。

[31] 查士丁尼:《法学总论》,第 209 页;周鲠:《罗马法原论》上册第 145 页,下册第 487—488 页。

[32] 《云梦秦简·法律答问》

[33] 《汉书·衡山王传》



### 3. 关于子孙违犯教令之类

子孙对父祖或家长权威的藐视, 中国古法称“子孙违犯教令”, 法律亦加惩处。通常是由家长将子孙送至官府, 官府依父祖意愿发落, 一般为杖笞, 也有流徒, 重至处死。这种情形在欧洲古今似乎也有某种程度的体现。在古代斯巴达( 拉栖代孟) 每一个父亲都可以教训别人的子女。古罗马时代, 起初家长对子女有生杀之权, 后被收回。帝政时代以后家长对家属仅有一般惩戒权, 重惩必须送法院判决。<sup>[4]</sup>《圣经》规定: “人若有顽梗悖逆的儿子, 不听从父母的话, 他们虽惩治他但仍不听从, 父母就要抓住他, 将他带到本地的城门、本城的长老( 原文如此——引者) 那里, ……本城的众人就要用石头将他打死。”<sup>[5]</sup>直到现代, 西方法仍以某种方式保护父母的教令权威, 如西班牙刑法( 1971) 第 583 条规定: 家中之子女对其父母缺乏应有之尊敬与服从者应处五至十五天短期监禁。加拿大刑法第 43 条明文规定: 教师、父母或得行使父母职权之人, 得视其情况对于受其管教之学生或儿童施以合理程度之强制以为纠正。

这些情形, 与我国自唐至清“子孙违犯教令”之规定有某种立法意图上的暗合是不容否认的。清朝甚至有“父祖恳请将子孙发遣充军者许之”之条例。<sup>[6]</sup>这些规定最初的用意在于保障家长的教令权威、维持对父母的尊敬服从; 而“送惩制”又适当地限制了家长权的无限滥用。应该说中西在此点上也有一定程度的暗合。

### 4. 关于妨害亲属之自由

《大清新刑律》第 345 条规定: 私擅逮捕或监禁尊亲属者处一等至三等有期徒刑( 三年以上, 十五年以下); 但第 344 条规定的非法拘禁常人仅处刑三等至五等( 五年以下, 二月以上)。这种格外保护亲属不受非法拘禁的规定在欧美法中也有, 如意大利刑法第 605 条规定: 剥夺他人身体自由者, 处六月以上八年以下徒刑; 但对于尊亲属、卑亲属或配偶犯之者, 处一年以上十年以下徒刑。这与中国法立意是相近的。不过中国只强调保护尊亲属, 西法尊卑一体保护, 这点是不同的。

## 二、中西暗合之因由及差异之思考

在上述五个方面西方法与中国法的暗合的确是令人惊讶的。它们体现着“亲亲尊尊”原则应是一个显著的事实。<sup>[7]</sup>在进行本课题之前, 我虽注意到了个别问题上的中西一致, 但的确未料到中西在事关最体现我们通常所说的“封建宗法主义伦理纲常”的亲属相犯之法律规范上如此大面积地暗合。相信读完上文的读者肯定会有同感。如此显著的不谋而合之原因何在? 我们当然不能简单地从往日的主义、斗争、所有制、经济基础的固有思维模式去分析。既然我们所称之为封建主义、资本主义、社会主义三大社会形态的法律都有此共同性, 那就说明此共同性的原因应从人类文明进化的不可避免的法则或人道人性之共通性的角度去寻找。否则, 这些被我们视之为封建伦常遗迹且被我们已从新中国刑事法条文中彻底清除的原则( 亲疏有别、尊卑

[4] 周鲠: 《罗马法原论》上册, 第 139 页, 145 页。孟德斯鸠: 《论法的精神》上册, 商务印书馆 1982 年版, 第 50 页。

[5] 《圣经·申命记》, 第 21 章。

[6] 参见《唐律疏议·斗讼》, 《大清律·刑律·诉讼》“子孙违犯教令”案及附条例( 乾隆四十一年)。

[7] 不过值得说明的是: 中国古代的“亲亲尊尊”原则中, “尊尊”首先是“尊君”。不过本文既只论“亲属相犯”, 因而只就“尊”亲属中之“尊”者来讨论“尊尊”问题。

有别等)在西方古今及中国旧法中的一致存在就是无法解释的。西方法学家常云有所谓“自然法”、“理性法”;中国古代思想们也常云有“王则”、“帝之则”、“天理”;本文所列举的情形是否正是它存在的例证?这正值得思考。

以下我将就欧美法与中国旧法亲属相犯方面不谋而合的原则及中西法的某些差异分别作一初步分析。

### (一) 关于亲属间人身侵害

亲属间人身侵害为何要加重处罚?中外刑法显然有一个共识,即:亲属间人身侵害之犯罪恶性更重。用我国现今的刑法术语来说,就是情节更严重,动机更恶劣。

为什么呢?我想不外三方面理由。第一,亲属之爱是人类最基本、最原始、最深厚的爱,是其他一切爱的基础或发源地。中国儒家认为此种爱是“不学而能”、“不虑而知”的“良知良能”,是人的本性,是“善端”。<sup>[58]</sup>古希腊人也认为一切犯罪发生于常人间时人们看得比较轻,但发生在亲属间则被视为伤天害理的罪恶。<sup>[59]</sup>对一般人侵害,虽违背人类“同类相怜”(爱)的义务,但毕竟只违背了更高更远层次的义务,是外层或引伸义务;对亲属侵害,则违背了人类最深最低层次的义务,是内层或原始义务。稍微高等一点的动物都知父母子女间更亲更爱;人若加害亲属,则无异禽兽,则败坏堕落到骨髓里面去了。对这种更加败坏、恶性更深的人,难道不应处以更重之刑罚?中国古法有“原心论罪”原则:“志善而违于法者免,志恶而合于法者诛”。<sup>[40]</sup>欧美似乎也注意“原心”、“原志”:“志”(动机)大恶者当然应比“志”中恶和小恶者处刑更重。亲属之爱是最说不清原因的、无缘无故的、本能的情感,是最不具备经济性质或利害评估权衡的爱的情感。爱亲属是“天然之善”,害亲属是“天然之恶”。比起破坏“后天之善”(人定之善)的“后天之恶”来,天然之恶理当更严厉惩处。第二,亲属之间一般都有互相关爱之“恩”。忘恩负义,当然犯罪恶性更大。父母对子女有“养育之恩”;夫妻之间有“相濡以沫之恩(爱)”;兄弟之间有“手足之恩”。对有恩者的犯罪,当然从理论上讲比对无恩者犯罪更恶。这种恩,当然不一定全是物质形式的,也有精神形式的。恩是爱的维系因素之一(当然不是唯一因素)。该隐杀弟、犹太贩卖恩师耶稣,均成为基督教中的千古罪人,直到但丁的《神曲》仍将其发配到地狱最底层(第九层)的冰湖中受最严酷的冰湖冻刑。<sup>[41]</sup>知恩图报之情感是人类最善良的本性之一,忘恩负义者的犯罪恶性是远重于一般人犯罪的。一般人之间的犯罪只打破了一道防阻犯罪之屏障(法律或公共秩序),侵害亲属生命健康者则打破了两道或三道屏障(加上亲属血缘或婚姻之爱的屏障、亲属间恩慈之爱的屏障等等)。就是说,对亲属犯罪者下了更大的罪恶决心、作了更大的罪恶努力、放出了更大的罪恶能量,根据罪刑相适应的原则也应该获得更严厉的报应。在外国刑法中,这种亲属之恩也是得到法律的相当重视的。如前波兰刑法典第 252 条规定:如果犯罪人的犯罪行为给他的近亲属带来了帮助或是为避免自己或近亲属遭受刑罚而为,法庭可以考虑减轻或免予其刑罚。<sup>[42]</sup>这等于承认:即使从错误的途径、方式施恩亲属也有某种正当性,因为符合人性。非但如此,甚至非亲属间的恩义关系(情感)的滥用也能得到法律的宽宥。如阿根廷刑法

[58] 《孟子·尽心上》

[59] 亚里士多德:《政治学》,第 50 页。

[40] 桓宽:《盐铁论·刑德》。

[41] 但丁:《神曲》,第 262 页。

[42] The Penal Code of the Polish People's Republic (1968), Fred B. Rothman & Co. New York University 1973. P. 103.

(1958) 第 278 条规定, 近亲属包庇隐匿犯罪不罚, 甚至犯罪人的亲密朋友及从前曾经从他那里得到过巨大恩惠的人包庇隐匿罪犯也可免予处罚。<sup>43]</sup> 这等于承认用不正当(非法)方式报恩也有某种正当性, 因为它合乎人性。法律既如此宽容恩义关系的不合法发挥作用, 则对亲属间正常的恩义情感要格外特别加以保护自不待言。对忘却亲属之恩义者(即竟然忘恩负义达到狠心杀、伤亲属的程度的犯罪人), 法律当然要规定异于常人的重罚。第三, 亲属间密切相处, 更不易防范犯罪、避免受害, 故法律要格外设重法保护之, 以防有人利用亲属相处之便利杀伤亲属, 以警效尤。由于亲属身份之故, 人们在与亲属相处时一般基本上没有戒备之心, 若有一逆伦亲属要杀伤之, 简直如杀伤赤子, 极为容易。同时, 犯罪亲属和受害亲属间的亲密相处, 哪怕到了谋杀的前夜, 外人也不会警觉并提醒将要受害的亲属注意, 故亲属相害没有社会阻止力量(而通常人之间的侵害则可能有外人阻止、举告等), 这也使得人们受到亲属的杀伤极为容易。亲属之间通常总比非亲属间多一层信任。对信任者犯罪最容易得逞, 这种犯罪性质也最严重。故在但丁的《神曲》中, 犯罪分为四类, 由轻到重分别为无节制罪、暴力罪、对非信任者的欺诈罪、对信任者的欺诈罪。最重的就是对信任者的欺诈(背叛)罪, 包括贩卖亲属、贩卖恩人、贩卖宾客朋友等等。最深最恐怖最残酷的地狱就是为这些犯罪人准备的。既然他们如此冷酷无情(冷血者), 就让他们在科奇士冰湖中受永久冻刑吧。<sup>44]</sup> 为何对信任者犯罪最重? 因为信任者最无戒备, 最易受侵害。1994 年法国刑法典第 222—3 条, 222—8 条, 222—10 条等条均将尊亲属侵害卑亲属与常人侵害因年龄、疾病、残疾、怀孕、智障而明显极易攻击或罪犯明知极易攻击的人列在一起, 加重其刑, 正是考虑到卑亲属因信任尊亲属或因幼弱而极易受攻击这一规律, 对极易受攻击者而犯应加重其罪。这种观念, 显然反映了人类的共同情感。欧美法和中国旧法不约而同地为侵害亲属设立重于常人之刑, 正是出于上述三点共识。这应该没有多少争议的, 否则无法解释亲属杀伤加重专条。

至于杀伤尊亲属为什么不约而同地加重处刑? 这个问题也很好回答。除了上述三点原因之外, 可能还应特别注意到以下三个原因: 第一, 尊亲属一般对于卑亲属有格外特殊的恩, 正如中国古语所谓“恩重于山”。对这种恩义的背叛, 比对一般亲属恩义的背叛罪恶更重。这是应格外(比伤害一般亲属)加重处刑的主要理由之一。父母对于子女有生身之恩、哺育之恩、教养之恩、呵护之恩, 非有比侵害一般亲属更险恶的动机目的不足以驱使人背逆此恩。唐律以殴打及谋杀祖父母父母为“恶逆”, 列“十恶”之第四恶, 仅次于侵害国家和皇帝的谋反、谋大逆、谋叛等三恶, 即是说, 视杀、伤父祖为私人侵害中的首恶(最严重之罪)。《唐律疏议》解释了这样对待此罪的理由: “父母之恩, 昊天罔极。嗣续妣祖, 承奉不轻。泉镜其心, 爱敬同尽; 五服至亲, 自相屠戮, 穷恶尽逆, 绝弃人理。”故规定无一例外地均处最高刑——斩首。<sup>45]</sup> 泉、镜(又作獾)是传说中两种(或一种)吞食父母的恶兽。人背至重之恩杀至亲, 则如同泉镜, 应待以极刑。西方法传统的前述规定(如法国的极刑: 斩首、砍手、羞辱并用以惩杀尊亲属者及绝不宽恕之规定)也应有同样的立法理由, 只是没有把父母之恩强调到如此极端而已。<sup>46]</sup> 第二, 对尊亲属的侵害包含

43] The Argentine Penal Code (1958), Fred. B. Rothman & Co. New York University, 1963. P. 103.

44] 但丁:《神曲》, 译者序概括, 第 22 页。

45] 《唐律疏议》之《名例一》及《斗讼二》、《贼盗一》。

46] 近代社会以前中西家庭三世同堂是常见情形, 祖父母与父母一样有养育、生育(不过是间接生育)之恩。古罗马家父常即祖父。中国古代在非多子家庭中更是如此。故杀、伤祖父母被视为与杀、伤父母一样严重至极的背恩叛义。

着对教导权威的蔑视、挑战、侵犯;在古罗马和古代中国,甚至也是对一种特定管理权威的侵犯。在侵害生命健康同时还冒犯权威,当然罪责更重。在古罗马共和时代以前,家长即是法官,维持全家秩序,可以审判家庭成员,对他们有惩戒权,可以卖他们到国外为奴,甚至有权杀戮。帝政时代以后家长生杀权虽被取消,但惩戒权仍在,审判权仍与国家并立。<sup>[47]</sup>这种情形在中国古代更是如此。父母甚至可以直接要求国家将不孝之子处死或流放,其在家内的管教惩戒权大小可想而知(直到清末亦然)。对这种权威的侵犯,如同对皇帝的权威、师父的权威的侵犯一样严重,不可饶恕。比如在唐律中杀本属府主、刺史、县令、现受业师等视为“不义”处以重刑,远重于一般杀人,正是因为考虑到这种罪行同时是在对抗作为人类文明秩序基础之一的管理教导权威;杀、伤尊亲属处极刑,也有同样惩治侵害管教权威者之意。至于唐律把杀伯叔父母、姑、兄弟、外祖父母、夫、夫之祖父母父母者一起列入“恶逆”,处以极刑,同样也有惩治侵害管教权威之考虑。这些亲属,都是尊长,都属于一个尊贵集团(或许可称之为亲属圈中的因年龄和身份、伦理而形成的“贵族集团”)。他们对卑幼虽不一定有养育、教育之恩,但伦理赋予了他们附属于父祖的管理、教训之权。最典型的是本来辈份平等的兄妹、夫、伦理也定其为尊者,有管教弟妹妻妾之权威。所以中国古法在保护尊亲属权威问题上远比西方周密、严厉。在西方古代,似乎不见把祖父母父母以外的亲属视为管理教育权威象征并重惩对其侵犯的情形。第三,侵害尊亲属在多数情况下也是侵害体力衰弱者。侵害弱者罪恶更重;法律要特别保护弱者,故要特重其刑。一般说来,当子孙的力气和智力成长到足以故意杀、伤父祖之时,也正是父母衰弱(或至少开始衰弱)之时。法律若不立严刑惩治加害衰弱的父祖者,则不足以保护弱者的权利,也不足以阻吓那些道德败坏企图恃强凌弱的恶逆之徒。这种规定与法律规定对家庭成员虐待遗弃之罪加重惩罚的意图是内在一致的,与法律保护婴幼儿未成年人及妇女的用意是一致的。当然也有少数情形或许相反,但法律是以大多数情形为考虑标准的。关于保护弱者的这一考虑,西方法律似乎更加关注;而中国古代法似乎主要是把父祖当作特定权威和恩人来保护,虽然也应有保护年老衰弱者的考虑,只是不突出。

在分析中西在亲属间杀伤问题上法条相似的原因之后,我们也应注意到在大原则相同的前提下,中西也有一些明显差异。这些差异主要体现为两点。第一,欧美法在特别注重保护作为体力衰弱者的尊亲属的同时,也特别注重保护作为体力幼弱者的未成年卑亲属。中国传统法则只注意前者不注意后者,有失公允,轻视卑幼的权利。如法国刑法典(1994)第221—4条规定杀害15岁以下未成年人处无期徒刑(最高刑),而一般故意杀人仅处30年徒刑。这包括对尊亲属杀害未成年卑亲属之严惩。该法第222—3条规定,以酷刑或野蛮暴行伤害他人处刑15年;对15岁以下未成年人、尊亲属、老弱病残孕痴等极易攻击人而犯者,处刑20年;但尊亲属或其他对未成年人拥有权力的人对未成年或病残卑亲属而犯者,所受刑罚加至30年。该法222—8条、222—10条、222—12条关于尊亲属暴力伤害未成年卑幼的规定完全一致,都是加重至同罪最高刑。这里规定的尊亲属杀、伤卑亲属(未成年者)之刑罚均反比杀伤常人要重一等。这种力图保护未成年卑亲属合法权益的规定,是中国传统法所没有的。中国传统法没有特别注意防止尊亲属对卑幼的权力或权威的滥用,甚至客观上纵容了这种权力的滥用。唐律规定:尊长谋杀卑幼,各依常人故杀罪减二等。这当然不是认为尊长杀卑幼比杀常人罪恶更轻,而是要格外呵护尊长的支配权力(但谋杀既遂者则不减等,“同常人故杀法”,处绞刑。在谋杀已成时视同杀常

[47] 周鲠:《罗马法原论》上册,第138页;[德]蒙森:《罗马史》(第一卷),商务印书馆1994年版,135页。

人一样重)。唐律又规定：尊长殴卑幼折伤者，缌麻减凡人一等，小功、大功递减一等，殴死者绞。若子孙违反教令而祖父母父母殴杀者徒一年半，以刃杀者徒二年；这比常人间殴杀、刃杀处绞斩远为轻。该律还规定：子孙没有违犯教令而父祖故意杀之者，各加殴杀、刃杀一等，即仅处徒二年、二年半，也远比常人轻。<sup>48]</sup> 这里我们特别注意：子孙没有违反教令而父祖殴伤、刃伤是不论罪的；子孙违反教令而父祖殴伤、刃伤之更无罪；父祖过失杀子孙者各勿论。甚至殴杀弟妹及兄弟之子孙、外孙者仅徒三年，以刃及故杀者流二千里，过失杀者勿论。这都远轻于常人间犯罪。<sup>49]</sup> 对非自己生育教养及管理权下的旁系卑幼尚有如此权威，对自己权力之下的卑幼之权力可想而知。这种过分强调尊长的伦理尊严、管教权威的规定，必然导致明人戴震所言“以理杀人”：“尊者以理责卑，长者以理责幼，贵者以理责贱，虽失犹谓之顺；卑者幼者贱者以理争之，虽得谓之逆”；“人死于法，犹有怜之者；死于理，其谁怜之！”<sup>50]</sup> 中国古代法在这一问题上真是太心狠了一点。中国古法之弊，多与此种“以理杀人”有关。西法则似很早即除此弊。当然，尽管欧洲法与中国法在此一问题上有差异（如上述），但在根本问题上的内在一致仍不可掩蔽，即：尊长杀、伤已成年的卑亲属之罪刑，中西都规定轻于卑亲属杀伤尊亲属之罪；因为杀尊亲属重于常人，而杀已成年卑亲属轻于或同于常人。这种刑差上的中西吻合才是根本的共性。第二，欧美法规定的卑犯尊与尊犯卑之间的刑差比较小，中国旧法则刑差相当大。这也是中西差异之一。唐律规定：詈祖父母父母者绞，詈子孙无罪；殴祖父母父母者斩，殴子孙者无罪；过失杀祖父母父母者流三千里，过失杀子孙者无罪；谋杀祖父母父母者斩，谋杀子孙者徒三年；故杀祖父母父母者斩，故意杀无过子孙者徒二年。<sup>51]</sup> 两种同样罪行之间刑差最大者是死刑和无罪之殊，最小刑差为四等。这种情形在欧美历史上是没有过的。1810年法国刑法典规定杀尊亲属者处斩首之刑；而故杀卑亲属罪同常人相杀，仅降一等处无期重惩役（但杀婴者亦处死刑）。1994年法国刑法典规定杀尊亲属者处无期徒刑，而杀卑亲属者罪处30年徒刑，刑差仅一等。伤害尊亲属处刑20年，伤害卑亲属罪同常人处刑15年，刑差为一等。在欧美刑法中，还未见到有刑差两等以上的尊卑刑罚之别。这一方面的中西之别与前一方面也密切相关，二者总括起来实为一个意思：欧法比较注意保护卑幼在亲属圈内同于常人的权益，平等性较强；中国旧法认为在亲属圈内卑幼的权利应低于常人。当然更不必说欧法规定亲属圈内未成年卑幼应得到高于或重于常人的保障这种富有人权主义色彩的法条了。尽管有此两点差别，我们还是不能不承认：在亲疏有别（害亲属重于害非亲属）、尊卑有别（害尊亲属重于害成年卑亲属）这两个根本原则上中西是暗合的。

## （二）关于亲属间财产侵犯

欧美法和中国法在亲属相盗及类似财产犯罪问题上不约而同地规定其罪轻于常人间财产侵犯，原因何在？这实在是一个很有意义的思考题。

中西在这一问题上的暗合，我想可以从以下四个方面去追究原因。第一，从古到今，无论中外，家庭或亲属圈都被视为某种意义上的“法人”。法律承认这个“法人”在其成员的个人财产权之外，有一种概括的“法人财产权”（这种承认不一定是法律明文承认，有时只是习惯法和判例

48] 《唐律疏议》之《贼盗一》、《斗讼二》。

49] 《唐律疏议·斗讼二》。

50] 戴氏遗书·孟子字义疏证》卷上。

51] 《唐律疏议》之《贼盗一》、《斗讼二》。

的承认)。亲属间财产侵犯,似乎并未真正改变此种“法人总体财产权”的属性,只不过改变了占有人或使用人而已。既然如此,国家不必将亲属间财产侵犯看得跟常人间财产侵犯一样重。在唐律中,亲属相盗仅指别居亲属间,同居亲属间不存在相盗问题。别居亲属间相窃盗、强盗或恐吓取财,仍减凡人罪一至三等。<sup>52]</sup>这实际上有把“亲属共财”扩大化的用意:既然同居亲属团体被视为财产权利一体的“法人”;而这种一体化又是基于高尚的伦理,那么为什么不能推而广之以更大的亲属圈(非同居亲属)为至少在道义上观念上(不是在法律上)的财产权利一体化的“法人团体”呢?儒家的最高理想是四海共财,天下均无私财私利,那么在亲属圈中(哪怕不同居)当然应最先体现这种共财理想。是以在法律上不能把亲属间的财产侵犯当作常人相盗一样的罪行来重视和审理,因为那样无异于鼓励亲属间划清个人财产界限,锱铢必较,重利轻义,必不利于弘扬伦理道德。把这种亲属间的财产争议大事化小、小事化无方为正道,是以法律故意确定亲属相盗等为轻罪或不罚。这种“法人化”的立法用意,在欧美法中亦然,不过欧洲大陆法一般不太强调是否同居(只要是近亲属间盗窃侵占欺诈取财等均不罚或减免刑罚,不管是否同居共籍),而英美法则特别强调同居(配偶只有在同居状态中相盗才免罪,若不同居则有罪)。这种情形,正如英国法学家梅因描述古代家庭(族)时所云:“一个家族在事实上是一个‘法人’,而他(家长)就是它的代表。”<sup>53]</sup>这种情形其实在近现代欧美社会亦存在,只不过程度不同而已。故德国哲学家黑格尔仍认为:“家庭作为法律上的人格,……家庭的任何一个成员都没有特殊所有物,而只对共有物享有权利”;“家庭作为人格来说,在所有物中(即家庭共同财产中——引者)具有它的外在实在性”。<sup>54]</sup>就是说,家庭作为法律上的人格即“法人”只有通过家庭财产所有权才能体现出来。既然任何家庭成员个人没有特殊所有物(个人财产),那么从法理上讲也就不存在真正意义上的一亲属非法取得另一亲属的所有物问题,只有家庭共有财产的某一部分的支配占有状况的不合乎亲属间道德规范的变化而已。在同居亲属间如此尚可,在不同居的亲属间为何也要减轻财产侵犯之罪刑或免罪?显然也是有把这种“共财亲属法人”从道义上扩大化之潜在用意,至少认为即使不同居的近亲属间仍为一个道德上的潜在的共财“法人(法律人格)团体”;否则无法解释。既如此,当然没有必要与常人间财产侵犯等量齐观。在这一点上中西似乎是潜在一致的。第二,从道德伦理上讲,中西似乎都认为近亲属间(不管同居与否)有互相提供物质财利方面帮助之伦理义务(非法律义务),即中国古语所云“亲属不分财”、“钱财如粪土,仁义值千金”。既有此种伦理义务,则亲属间即使不正当地取得对方财产也不被视为很丑恶的事情,就如有同居义务的夫妻之间即使发生强奸情形也不能以强奸论处一样。比起没有“以财相助”的伦理义务的常人之间财产侵犯来,亲属间财产侵犯当然要轻一些,当然不能一样论处。比如 1871 年德国刑法典第 247 条规定:直系尊亲属对卑亲属或配偶一方对他方犯窃盗或侵占行为者,不罚。其第 248—1 条更明确规定:尊亲属因穷困而窃取卑亲属或配偶之小数额物品者,不罚。这两条规定极为明显地体现了这种“亲属间财物相助”之伦理义务的假定:子孙对父祖、夫对妻或妻对夫,不管现在是否同居,都有财物济助之伦理义务。他们来盗取财物,有某种意义或程度上索取赡养抚养费用之性质,当然谈不上有多大犯罪恶性,不应罚之。若使尊亲属和配偶因穷困不得不偷窃,简直应认为被盗亲属也有过错。被盗者既有过错,则盗者之

52] 《唐律疏议·贼盗四》

53] 梅因:《古代法》,第 105 页以下。

54] 黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 185 页。

罪当然应减轻或免究：是你自己没有尽救济义务，使亲属穷困窘迫至此，拿你一点东西有什么关系？第三，现实生活中，客观上讲，亲属间（即使不同居）财产界限的确远不如非亲属间清楚。在财产界限不清楚或至少划清近亲属间财产界限的观念不发达的情形下犯财产侵犯之罪，罪过当然要轻一些。我们通常认为西洋人即使亲属之间也精于财利算计、斤斤计较、财产权利分明，但前文列举的欧美法关于亲属相盗规定表明，我们从前在此方面夸大了事实。事实上，即使不同居的亲属间相盗，也大多是告诉乃论，或不予刑罚，只有民事返还或赔偿之责。这说明欧美法也不把近亲属间的财物非法转移看成大不了的事情，而是看得很轻。看得轻，就说明界限不是特别明显。这种情形在中国当然更是如此，传统道德以亲属共财为美德，共财圈越大越好，哪怕十世共财（即十代以内的旁系血亲还不分财），<sup>55]</sup>甚至还特别鼓励没有亲属关系的朋友间共财。这种至少应道义上共财互济的观念的确模糊了依法应有财产权益分界的不同居亲属间的财产界限。中国古语说“清官难断家务事”，大多就是指亲属间财产纠纷而言。为什么难断？就是因为没有常人间那样明确的财产界限。既然财产本身到底应属于谁都不很清楚，那么要确定谁是否偷窃、侵占就更不容易了。因为“难断”，所以干脆不罚或减轻处罚了事。这也符合“罪疑从轻”、“罪疑从赦”的原则。第四，家庭或亲属圈既被视为一个“法人”或“变相法人”，则应给予其一定自治权，就如个人（自然人）应当拥有一定的人身自由一样。中外关于亲属相盗等财产犯罪的规定表明，两者都不约而同地有给家庭或亲属圈自治权的用意（哪怕是潜意识的），都有划定国家和家庭之间界限之用意。这一点很容易说明。首先是亲属相盗等罪免刑，说明国家不愿用刑罚手段干预家里财产的此类纷争；其次是有些亲属相盗情形不告不理，说明国家有意让家庭或亲属圈自己决定是否将案件移送到国家，有意让他们在亲属圈内自己选择解决办法途径，让他们有“终审权”。特别是1976年德国刑法典第247、263条“非经告诉不得追诉”的规定，简直是在强调国家有不主动干预家内财产纷争的义务，旨在限制国家权力的过分使用。又如1871年德国刑法典第247条关于“告诉可撤回”的规定，亦更体现了尊重家或亲属圈自治权之意：即使已进入国家权力干预程序，你还可以家或亲属圈之自治决定去追改之。这一点在中国古代也是法律的内在原则，不必赘述（连在重大刑事案件是否隐匿告发问题上都容家庭自己决定——此即“亲属相为隐”之制，则区区财利纷争由家或亲属圈自行选择解决途径自是法律依简单逻辑都不能不许可的）。

在了解中西暗合的上述四方面原因以后，我们也不能不看到在亲属相盗之类问题上中西法规定的某些差异。这些差异可以归结为以下几点。第一，关于窃盗，中国古法规定亲等远近与罪责轻重成正比，越近亲属刑责越轻（以至于无）。在同一亲等亲属间，不论尊卑，即不规定卑窃尊加重、尊窃卑减轻之类，并且减免刑责的亲属圈范围相当大（缌麻以上亲属，相当于罗马法的六至七亲等）。这种情形在欧美古今法中似乎没这么繁琐。它们规定可减免财产相犯刑责的亲属范围相当小，英美法仅为夫妻间，欧陆法一般为直系尊卑血亲、配偶、二亲等以内血亲（兄弟姐妹）和姻亲（姻兄弟姐妹）等，此范围远小于中国古法，并且，在这一范围内，再也不论亲疏远近，要减免一样减免，不象中国旧法那样分减一等到减三等直至不罚之差级。但是，在亲属相盗等罪不论尊卑的问题上中西又是一致的，欧美也没有规定盗尊亲属之财罪重、盗卑亲属之财罪轻之类（1871年德国刑法典第247、248条规定尊亲属盗卑亲属免罚，而卑亲属盗尊亲属仅告诉乃论，此属个别例外）。第二，关于强盗（包括抢夺、抢劫、恐吓取财），中国古法强调尊卑有

55] 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第3—6页及脚注。

罪当然应减轻或免究：是你自己没有尽救济义务，使亲属穷困窘迫至此，拿你一点东西有什么关系？第三，现实生活中，客观上讲，亲属间（即使不同居）财产界限的确远不如非亲属间清楚。在财产界限不清楚或至少划清近亲属间财产界限的观念不发达的情形下犯财产侵犯之罪，罪过当然要轻一些。我们通常认为西洋人即使亲属之间也精于财利算计、斤斤计较、财产权利分明，但前文列举的欧美法关于亲属相盗规定表明，我们从前在此方面夸大了事实。事实上，即使不同居的亲属间相盗，也大多是告诉乃论，或不予刑罚，只有民事返还或赔偿之责。这说明欧美法也不把近亲属间的财物非法转移看成大不了的事情，而是看得很轻。看得轻，就说明界限不是特别明显。这种情形在中国当然更是如此，传统道德以亲属共财为美德，共财圈越大越好，哪怕十世共财（即十代以内的旁系血亲还不分财），<sup>55]</sup>甚至还特别鼓励没有亲属关系的朋友间共财。这种至少应道义上共财互济的观念的确模糊了依法应有财产权益分界的不同居亲属间的财产界限。中国古语说“清官难断家务事”，大多就是指亲属间财产纠纷而言。为什么难断？就是因为没有常人间那样明确的财产界限。既然财产本身到底应属于谁都不很清楚，那么要确定谁是否偷窃、侵占就更不容易了。因为“难断”，所以干脆不罚或减轻处罚了事。这也符合“罪疑从轻”、“罪疑从赦”的原则。第四，家庭或亲属圈既被视为一个“法人”或“变相法人”，则应给予其一定自治权，就如个人（自然人）应当拥有一定的人身自由一样。中外关于亲属相盗等财产犯罪的规定表明，两者都不约而同地有给家庭或亲属圈自治权的用意（哪怕是潜意识的），都有划定国家和家庭之间界限之用意。这一点很容易说明。首先是亲属相盗等罪免刑，说明国家不愿用刑罚手段干预家里财产的此类纷争；其次是有些亲属相盗情形不告不理，说明国家有意让家庭或亲属圈自己决定是否将案件移送到国家，有意让他们在亲属圈内自己选择解决办法途径，让他们有“终审权”。特别是1976年德国刑法典第247、263条“非经告诉不得追诉”的规定，简直是在强调国家有不主动干预家内财产纷争的义务，旨在限制国家权力的过分使用。又如1871年德国刑法典第247条关于“告诉可撤回”的规定，亦更体现了尊重家或亲属圈自治权之意：即使已进入国家权力干预程序，你还可以家或亲属圈之自治决定去追改之。这一点在中国古代也是法律的内在原则，不必赘述（连在重大刑事案件是否隐匿告发问题上都容家庭自己决定——此即“亲属相为隐”之制，则区区财利纷争由家或亲属圈自行选择解决途径自是法律依简单逻辑都不能不许可的）。

在了解中西暗合的上述四方面原因以后，我们也不能不看到在亲属相盗之类问题上中西法规定的某些差异。这些差异可以归结为以下几点。第一，关于窃盗，中国古法规定亲等远近与罪责轻重成正比，越近亲属刑责越轻（以至于无）。在同一亲等亲属间，不论尊卑，即不规定卑窃尊加重、尊窃卑减轻之类，并且减免刑责的亲属圈范围相当大（缌麻以上亲属，相当于罗马法的六至七亲等）。这种情形在欧美古今法中似乎没这么繁琐。它们规定可减免财产相犯刑责的亲属范围相当小，英美法仅为夫妻间，欧陆法一般为直系尊卑血亲、配偶、二亲等以内血亲（兄弟姐妹）和姻亲（姻兄弟姐妹）等，此范围远小于中国古法，并且，在这一范围内，再也不论亲疏远近，要减免一样减免，不象中国旧法那样分减一等到减三等直至不罚之差级。但是，在亲属相盗等罪不论尊卑的问题上中西又是一致的，欧美也没有规定盗尊亲属之财罪重、盗卑亲属之财罪轻之类（1871年德国刑法典第247、248条规定尊亲属盗卑亲属免罚，而卑亲属盗尊亲属仅告诉乃论，此属个别例外）。第二，关于强盗（包括抢夺、抢劫、恐吓取财），中国古法强调尊卑有

55] 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第3—6页及脚注。