



西南政法大学研究生学报

法论

邓瑞平 主编

Law Review Vol.25
Journal of Postgraduates of
Southwest University of Political Science and Law
Chongqing, China

魏晋之际法律文化流变述略

人性论与民法调整对象关系研究

金融创新中的金融监管理念变迁

到底是市民社会决定国家，还是国家决定市民社会

论罚金刑减刑——以构建罚金刑减刑制度解决罚金刑执行难为视角



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



法 论

西南政法大学研究生学报

邓瑞平 主编

Law Review Vol.25
Journal of Postgraduates of
Southwest University of Political Science and Law
Chongqing, China



法律出版社

www.lawpress.com.cn



法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

法论 / 邓瑞平主编. —北京:法律出版社,
2010. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1462 - 3

I. ①法… II. ①邓… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 219669 号

法论
主编 邓瑞平

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 10.5
字数 293 千
版本 2011 年 4 月第 1 版
印次 2011 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1462-3

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【理论探索】

从老子视阈观死刑·····	费小兵	3
魏晋之际法律文化流变述略·····	梁 健	11
从政治附庸到学术自觉 ——新中国成立以来我国法理学独立品格的艰难形塑 ·····	蒋海松 谢琼丽	27
法律——规范文本与社会情理的统一体 ——以刑法为例·····	高维俭	44
与共同犯罪理论有关的若干分则术语研究·····	丁胜明	55
人性论与民法调整对象关系研究·····	郭 栋	91
金融创新中的金融监管理念变迁·····	于朝印	122
论罚金刑减刑 ——以构建罚金刑减刑制度解决罚金刑执行难为视角 ·····	王思维	136

【学术争鸣】

到底是“市民社会决定国家”还是“国家决定市民社会”

——马克思、黑格尔之争论析 朱学平 149

从正向性正义到可回溯性正义——不同正义一元论进行认知与
分判的方式

——兼以 17 世纪英国宪政转型为例 张 欢 162

西塞罗的法律论题学思考方法之价值及修正

——西塞罗《论题》读书笔记 王俊峰 185

律师何以不作证

——律师作证豁免的理念及其规制 曾令健 197

【评论与解读】

《论法的精神》的谋篇与意图 刘晨光 219

在规范性与灵活性之间

——评爱德华·H. 列维的《法律推理引论》 欧阳若涛 234

转型宪政时期的权力与权利

——以《姊妹革命》为案例的分析 蒋志如 254

一个正义扭曲时代的谎言

——《理想国》之希腊式解读 于 浩 曾 航 264

【域外法制】

欧洲暴力犯罪被害人补偿公约…………… 李昌林 陈川陵 译 275

【访谈与回顾】

润物细无声

——访张序九教授…………… 谭贵华 孙敏虎 283

辛勤的长者

——访夏登峻教授…………… 刘永荣 287

寂寞的魅力

——访杨和钰教授…………… 徐 文 陈 璞 刘婷婷 293

桃李芬芳秀

——访李权教授…………… 刘婷婷 张少波 298

西政辞世法学家备忘录(第二辑)…………… 306

淡泊名利隐士风,高风亮节君子范

——纪念张警教授…………… 刘婷婷 306

著述立说笔不辍,务实求真终不已

——纪念邓又天教授…………… 吴 俊 310

世间已无廖铁嘴,铁齿铜牙真性情

——纪念廖俊常教授…………… 刘婷婷 314

检察理论拓系谱,高师师德育后俊	
——纪念王洪俊教授·····	吴 俊 317
登攀不止赋华章,桃李满园铭德师	
——纪念韩天森教授·····	车江波 321
正阳英才入西南,学海引舟育学子	
——纪念孙守煌教授·····	车江波 324
编后小记·····	326

CONTENTS

Observation of the Death Penalty from the Perspective of Lao-tze	Fei Xiaobing 3
The Brief account of the Rheology of Legal Culture in WeiJin dynasty era	Liang Jian 11
From the Political Vassal to the Academic Consciousness—On the morning-formation of the autonomous character of Chinese Jurisprudence since 1949	Jiang Haisong Xie Qiongli 27
Law—Unity of Normative text and Social sense—Criminal Law as an example	Gao Weijian 44
Research on Some Terminologies of the Special Provisions of Criminal Law Related to the Joint Crime Theories	Ding Shengming 55
On the Relationship of Human Nature and Adjustment Subject	Guo Dong 91
Transitions of Concept of Financial Regulation and Supervision in the Course of Financial Innovation	Yu Chaoyin 122
On the Commutation of Sentence in terms of Fine Punishment—At the Angle of Resolving the Fine Punishment “Enforcement Difficulty” through building the institution that Commuting Sentence in terms of Fine Punishment	Wang sixiang 136
Does the Civil Society Determine the State, or the State Determine the Civil Society? —Analyze the issue between Marism and Hegel	Zhu Xueping 149

From the Positive Justice to the Retrospective Justice: the way of Cognizing and Subcontracting the different theory of justice—As 17 century ' s Transformation of British Constitutionalism a example	Zhang Huan	162
The Value and Correction of Cicero's Legal Topic Thinking Methods—Read Notes about Cicero's "Topics"	Wang Junfeng	185
Why lawyers refuse to be witnesses—the theory and regulation of the attorney-client privilege	Zeng Lingjian	197
The design and intent of <i>The Spirit of the Laws</i>	Liu Chenguang	219
Between the normative and flexibilit—comment on Edward H. Levi' s "An Introduction to Legal Reasoning"	Ou Yang Ruotao	234
Power and Right on the Period of Transformation of Constitutionalism—Based on the Case of <i>Sister Revolution</i> ; <i>French Lightning, American Light</i>	Jiang Zhiru	254
A Lie in Justice twisted Time—Read <i>Republica</i> in Hellenism	Yu Hao Zeng Hang	264
European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes	Li Changlin Chen Chuanling	275

理论探索

从老子视阈观死刑

费小兵

魏晋之际法律文化流变述略

梁 健

从政治附庸到学术自觉

——新中国成立以来我国法理学独立品格的艰难形塑 蒋海松 谢琼丽

法律——规范文本与社会情理的统一体

——以刑法为例 高维俭

与共同犯罪理论有关的若干分则术语研究

丁胜明

人性论与民法调整对象关系研究

郭 栋

金融创新中的金融监管理念变迁

于朝印

论罚金刑减刑

——以构建罚金刑减刑制度解决罚金刑执行难为视角 王思维

从老子视阈观死刑

费小兵*

从老子视角看当代废除死刑热潮,会有什么结论?换言之,死刑存废何者合“道”?老子曰:“有物混成,先天地生”,而这物“无名,万物之始也;有名,万物之母也”“独立而不改,可以为天地母”,即其是天地万物的根源或始基,但“它”本身是什么?老子也无法言说,只能曰:“吾未知其名,字之曰道”(第25章),即“道”作为宇宙的本体、始基、终极真理,对之无法言说、定义,不过为了方便称呼,暂时给它取个小名叫“道”而已。那么,本文的问题也可以转化为:死刑存废何者在终极真理上是正确的?围绕该问题,笔者曾经沥血求真、思考三载半有余,近来观看老子《老子》,尤其是《老子》第76章直接相关死刑之述说,得新启发,遂弃过去西学贝卡利亚等诸思考,仅从老子视角展开本文讨论死刑。

一、《老子》直接相关死刑之述说

《老子》第76章曰:“若民恒且不畏死,奈何以杀惧之?若民恒且畏死,而为畸者吾将得而杀之,夫孰敢矣?若民恒且必畏死,则恒有司杀者。夫代司杀者杀,是代大匠斫也。夫代大匠斫者,则希不伤其手矣。”这段话意为,如百姓普遍不怕死,怎能以死刑使之畏惧惩罚而抑制犯罪?如百姓普遍怕死,对行为大畸逆道即大罪恶者,就应处之以死刑,则谁还敢再犯如此恶罪?如果百姓普遍怕死,则应该常设专门机构或专业人士审理执行死刑。如果无专业人士掌管司杀,如同常人代替木匠首领伐木少有

* 作者简介:费小兵,西南政法大学法理学博士。

不伤手一样,由外行代替其职权,少有不妄杀无辜或错释有辜、致使隐患重生的。

那么,老子是不赞成完全废除死刑的,而是对之持可为可不为之态度,但这合于老子的“三德”即“慈、俭、不敢为天下先”(第69章)吗?也就是说在刑法方面,追求慈仁、慎刑是老子贵道、无为的表现,为何追求“慈仁、慎刑”却不给罪犯活命并改过自新的机会呢?

二、《老子》整体精神之述说

回首《老子》第38章即《德经》篇首章:“上德不德,是以有德。下德不失德,是以无德。上德无为,而无以为也,下德为之,而有以为。上仁为之,而无以为也。上义为之,而有以为。上礼为之,而莫之应也,则攘臂而扔之。故失道而后德,失德而后仁,失仁而后义,失义而后礼。”其意为,一般所谓之“有德”乃以为必须符合德之形式表现,看起来不失德,实在是真正虚伪、拘泥而失德。上德无为,乃是因为以“无”为最高追求境界;下德有为,乃是以“有”为最高境界。上仁虽有为,但内心源于道德之慈之本质,所以仍以“无”为最高追求境界,是以仁爱之心汨汨不绝;上义亦有为,但以“有”为最高追求境界,因正义有标准,所以可能以直报直,有终点、结局。上礼有为,如遇不理睬不响应者,则卷起衣袖就想拉别人来依礼行事。虽为礼者,道之表面形相也,仅仅追求礼,不过道貌岸然伪君子,繁文缛节酸儒士。而最主要的是礼本身如无道之内涵,必不过是浅薄的忠信,灾祸的源头。前面这些失道之假德、失德之伪仁、失仁之呆义、失义之假礼、失礼之兽刑,不过徒有道之表象或者说假象,实则愚蠢之根!

由以上翻译推之,“有”是执迷、刻意追求某种德性价值,反而失去那种德性价值,反之,“无”是一种追求内在本真之道而不求表象的心态,所以不失去那追求之德性价值。而关键的是,有道无德,易蜕化为邪魔妖道,有德无道,易蜕化为迂腐礼教!“有德”与“无德”、“上德”与“下德”如何达成统一?老子曰:“昔之得一者:天得一以清;地得一以宁;神得一以灵;谷得一以盈;万物得一以生;侯王得一以为天下正。其至之也,谓天母已清,将恐裂;谓地母已宁,将恐发;谓神母已灵,将恐歇;谓谷母已盈,将恐竭;谓万物母已生,将恐灭;谓侯王母已贵以高,将恐蹶。”(第39章)

其意涵是：某物修德达到至高境界，才得道之纯粹、之无杂、之精髓、之清一色，即得道者，在物质世界和精神世界都得纯“一”之性质：例如天得道之纯一，才清澈；地得道之纯粹，才宁静；神得道之纯粹，才显灵；谷得道之纯粹，才充盈满水；侯王（即政治当权者）得道之纯粹，才不破坏道，使所治理天下合于正道，拥有正气。但是物极必反，强求有为必是拔苗助长，如果纯一得没有时空灵活变易，则如常年冰雪、常年烈日或常年暴风，走入极端，必然是大灾难！那时，天不再清，而可能崩裂；地不再宁，而可能倾毁；神不再灵，而可能停歇法力；谷不再盈，而可能干枯；万物不再生，而可能灭绝；侯王不再高贵，而可能垮台。

因此，老子发现，道贵在辩证：只要达到了最高境界的德（上德或玄德），就与道同在，这是不能放弃的本！但是有本无须惧末，甚至，有本之后必须有末之变易，否则，一切停止窒息了！也即天得一不能极端不变，人得一亦不能极端呆板不变。自然之得一与人之得一何以能够比较？在老子的哲学思想中，“万物”包括自然与人，人看似精神层面的东西，自然看似是物质层面的东西，自然之“清”、“宁”与人之“正”似乎是很遥远的东西，如何能够相类比呢？老子说他们都是“得一者”，即都得到“纯粹”这种共同的性质，所以在这种性质上他们是相通的；而每种事物都“只有”一种性质才是最纯粹的，如天最纯粹的性质是“清”，地最纯粹的性质是“宁”，人最纯粹的性质是“正”，舍此，都是杂多：天成为云雨雾阳变幻，地成为各种声音混合，人成为七情六欲流变。因此，“一”成为万物物质与精神层面共同抽象出来的性质，所以自然之“清”、“宁”与人之“正”似乎是很遥远的东西，却能够相类比。

但却正是这多使得天地人有对立变化，而可能运行不息！因此，天得一是本，但要有杂多的气候——只是要四季有时，地得一亦是本，但要有杂多的声音——只是要协调有律，人得一亦是本，但要有杂多的情绪——只是要收放有度。

这有时、有律、有度，实则是万物之有“德”的表现，是得道之“一”后合道的自然变化，所以大道自然。因此上德不德，就是不能刻板局限于具体某种德而不变化。

那么上德与道本身是等同或者说混同的了,而道又生德,那么二者之间的关系是:道生一,道是一,道生德。道作为本体、本质、始基,是虚无而不可言说的,甚至是连“一”这样的数字都是使之“有”的表现;但老子常常又把道等同于“母”即等同于一,然后一生二,即道生出上德与下德,而上德又是道自我的玄德,因此又常常在描述其功用时混合使用——道生德,道与德又对立了——失道而后德,指的是下德与上德的对立,即也是道与德的对立。

这里,本体与可知、可见、可言现象混同了。这正是老子哲学的独特性或高妙之处——可知与不可知、本体与现象、形而上与形而下、逻辑与直观的辩证对立后的统一,或混沌。回首开篇说的“无名,万物之始也;有名,万物之母也”及其“故恒无欲也,以观其眇;恒有欲也,以观其所徼”(第1章),这《道经》开篇之语的确是其最好的表明:老子要追求的就是“无欲”即非逻辑的直观状态与“有欲”即清醒的语言逻辑分析的统一;从非逻辑、非形象思维出发,看到道就是“万物之始”,“始”,始基、开端也;从逻辑、形象思维出发,看到道就是“万物之母”。它认为逻辑的现象的、显性的东西正是道的自我表现,因此,现象即本质——道在肉身,道亦在身外,换言之,道既是不可言说的玄妙所在,又能够以可以言说的自然来表达,即“道法自然”。它既非理念本体论又非存在现象论,而就是二者的混沌综合!或许,这样的综合方法正可以克服重理念形而上、轻实践形而下或反之的任何理论,才是最直指宇宙真理、灵活求真而不偏执拘泥的方法论。否则,本体与现象分离,要么是重本体而使得真理遥遥不可及,而显得一切对真理的求索都是悲剧;要么重现象而使得一切追求都没有至上性,而无根、虚无,甚至是非不分。那么,按照这样的总结,为了方便表述,或许我可以勉强给老子的道哲学理解为“混沌哲学”吧!

因此回到“上德不德”,其所弃之德乃是现象界种类繁多之表象,而成为本质与现象混同的道和德。虽然德是必需的、是前提,但到道后德已经与道混同,彼时,不强求德之有为,仅仅任自然而天有时、音有律、为有

度,就可以“随心所欲而自然不逾矩”,^①逍遥自由由于有为无为、道德欲求间。所谓“随心所欲”乃是不放弃现象界之任意欲求,而“自然不逾矩”,乃是自由符合规矩、道律,达到任意与合律的统一。那么,“上德”是原则、根本、本质,“不德”作为灵活性机制,是补充、权宜、表象。如是之,则达到大道自然,无为而无所不为也!

在此思维前提下,老子眼中,道德关系中,道是目的,德是手段;德仁关系中,德是目的,仁是手段;仁义关系中,仁是目的,义是手段;义礼关系中,义是目的,礼是手段;以及隐含的,礼刑关系中,礼是目的,刑是手段。可见老子眼中的法意的价值排序即是:道、德、仁、义、礼(以及刑法),前者皆是后者之根本、根据,后者失前者皆成为浮华表象,而后者皆是前者的保障;前者为本,后者为末;前者为上,后者为下。换言之,道生德,德生仁,仁生义,义生礼(以及礼生刑法);无道之德是伪德,无德之仁失愚仁,无仁之义失呆义,无义之礼失假礼,无礼之刑是兽刑。因此,有智慧、志气之求真之士,选择道之本真,弃其道之表象!

老子何故会有此结论?追其根由,“道生一,一生二,二生三,三生万物”(第42章),即万物既为混沌宇宙之道所生,道生万物必自有其贵生之玄德,德蓄养万物必自有其爱物之仁慈,仁守护万物必自有其卫护之正义,义维持万物必自有其规矩之礼法,礼恢复失序必自有其威慑之刑法。可见,由于前者的德性自然会自发出后者,是后者的根源,故后者是前者必然涵盖之物。当价值次序出现冲突时,可为前者而弃后者,即为道而弃德,为德而弃仁,为仁而弃义,为义而弃礼,为礼而弃法。这就是其法的精神的等级价值次序,即目的与手段冲突时,取目的而舍手段,即如前述之选择道之本真,弃其道之表象,当达致上德,必有大精神,乃成大价值,最后选择和实现的是“道”的至上价值及其道治秩序。它乃包容一切价值,一切价值之对立获得有序统一和合,于是合道,归真。彼时,上德不德,“不德”乃是一种追求内在本真而不求表象的心态,所以随心所欲不逾

① “随心所欲而自然不逾矩”在老子的著作中有意涵,在孔子《论语》中也有表达。这种达到任意与合律的统一的状态,恰恰消解了西方哲学因分裂本质与现象导致的达到任意与合律的分割,如康德试图以自由意志代替任意的自由。

矩,不失去那追求之德性价值,因而达于“无为而无所不为”之境。其实,这时德、仁、义、礼、刑诸价值并没有抛弃,德成为智德,仁成为智仁,义成为智义,礼成为智礼、刑成为智刑。

三、以《老子》整体精神观死刑存废之正误

回顾《老子》整体精神,刑杀的合理性必须在“法的价值目的体系”坐标图中审视,才是完整的老子刑杀观:实现社会礼仪良性秩序本身不是目的,符合正义才是目的,否则良序是逆道的暂时假象,最后会因逆道而自我秩序崩坏。故刑杀存废,不仅应考虑社会礼仪良性秩序,还应考虑其是否符合义,否则只有功利之秩序而无义,在老子看来是假良序。那么,刑杀存废之争必须看其是否合于正义。刑罚,必须满足正义之目的。而废除刑杀,如果仅导致良序的暂时假象,而不符合罪罚间的公平、正义,^①那么,暂定保留刑杀就合于正义之法则。

但老子曰:“夫乐杀人,不可以得志于天下矣”(第31章),因为道有好生之德,就必有仁慈,没有仁慈的正义是冷酷的正义,不合道之旺生本质,结果,“正复为奇,善复为妖”(第58章),正义变成了不正义,甚至是更具隐蔽性的不正义,其危害或许更胜于一般的不正义,更是逆道的假象。而仁,追求“抱怨以德”(第63章),以退为进,给犯罪者以忏悔改正之机会,使之可以“求以得,有罪以免”(第62章),即罪犯虽有咎过而成为逆道病态,但一旦使其悔过而返归真道,亦能病态消除,复归常态,成为心灵合道之好人,彼时,就可以免去罪罚,达到“有罪以免”。因此,道既是“善人之宝也”,亦是“不善人之保也”(第62章),即道无分别心,是善人的宝物,也是不善人得以保存的根本。道保不善人,是因为只要是道生之万物,道都在终极上有好生而慈爱之,但其逆道必受罚,这惩罚乃是不善人自己的行为逆道导致的病果,只要其改邪归正而合道,道都会给其生生不息的机会。那么,暂定刑杀存在就不合于超越正义的人道之法则。

但仁本身不是目的,符合德才是目的,否则就是“愚仁”。如果刑杀

^① 关于正义在罪罚间的公平如何必然导致死刑的逻辑推衍,参见[德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第165~168页;赵明:“康德论死刑”,载《湘潭大学社会科学学报》2003年第9期,第31~37页。