

法家的“法治”思想辨析

吴亚辉, 赵 菊^①

(山东大学 法学院, 山东 济南 250100)

[摘 要] 法家的“法治”思想是中国传统法律思想发展的高峰, 在中国法律思想史上占有特别重要的地位。在现今正致力于法治建设的社会语境下, “法治主义”又成为学术界和实务界热门的语汇, 先秦法家的“法治”思想再次引起人们的关注。通过对法家所提出的“法治”思想的理论基础和特色的分析, 指出这种“法治主义”实质上是| 一种极端的人治, 与现代法治理念有着根本的区别。

[关键词] 法家; 法治理论; 人治; 现代法治

[中图分类号] D909 [文献标识码] A [文章编号] 1673-0755(2010)01-0058-04

先秦诸子中法家和儒家是塑造中华法律思想史的两股最强大的力量, 有学者把唐朝之前中华文明的法律思想分为“礼治时期”、“法治时期”和“礼法调和时期”^[1], 也有学者把中国法文化传统的总体发展历程描述为“中国法律的儒家化”或“儒家的法家化”^[2]。儒家提倡“礼治”、“德治”或所谓“人治”, 法家则崇尚“以法治国”(《韩非子·有度·显学》)。很明显, 法家比儒家更重视法律在政治和社会中的作用。法家人物是春秋战国时期新兴地主阶级的代表, 大部分属于当时的政治家、军事家, 都是在现实政治中有相当功绩的, 主要代表人物有管仲、子产、李悝、吴起、商鞅、慎到、申不害等, 而集大成者则是韩非。这些人物在生前并没有被人们视为一个学派, 在这些人物的作品以及先秦文献中, 也没有使用“法家”这一术语。正如有学者所考证的那样, 法家学派“并不是一个有意识地结成的学术团体, 而是因其理论倾向的一致而形成的一股理论思潮”^[3]。法家的理论, 虽然内容非常丰富, 但最集中和最精彩的就是法治学说。其先驱管仲在《管子》中最早提出了“以法治国”的概念: “威不两措, 政不二门, 以法治国, 则举措而已。”其字面意思是说, 统治者治理国家, 自己的权威不必要建立在更多的基础之上, 只要不政出多门, 仅仅运用法律, 就会像人们举手投足那样, 轻而易举地治理好国家了。由此观之, 我们的古人早在二千多年前就已经可以站在治国战略的高度来看待法治了, 两千多年后的今天, 我们仍然在倡导“法治”, 然而, 今“法治”非昔“法治”, 在不同的社会语境下, 时代所赋予“法治”的涵义也必然不同。笔者试图以昔日法家所倡导的“法治”理论的基础和特色为突破口来阐述法家的“法治主义”, 通过对法家“法治主义”的再认识, 以求能揭开其神秘面纱。

一 “法治”的理论基础

法家将新兴地主阶级的利益和要求制定为“法”, 以“法”作为治国和统一天下的主要方法, 即所谓“以法治国”、“垂法而治”, 简称为“法治”。它是针对当时社会所流行的“礼治”、“德治”而提出来的。儒家贵族的“礼”是按照宗法血缘关系实行的一整套等级制度和习惯, 而“法”主要是按照政治权力的从属关系实行的一整套等级制度和规定。法治的提出, 旨在用地主阶级的新“法”取代贵族的旧“礼”。儒家把治理国家的责任和希望放在“圣贤”及个人道德才能上, 法家则认为治国的关键是“法”, 有了好的法令, 一般能力的“中主”或能力低下的“庸主”也能治理好国家。“使中主守法术, 拙匠守规矩尺寸, 则万不失矣。”(《韩非子·用人》)法家为了说明法治的必然和有效, 提出了人性恶论和进化论等作为自己倡行法治的理论基础。

(一)“好利恶害”的人性论

“法家主义, 纯以人类性恶为前提, 彼之言曰: ‘人故相憎也, 人之心悍, 故为之法。’”(《管子·枢言篇》)^[4]在法家看来, “趋利避害”是古往今来人人固有的本性。大禹禅让不是因为品德高尚, 而是因为做天子得不到更多的实惠, 反要付出比常人更多的辛劳; 做车子的匠人盼人发财, 做棺材的匠人盼人多死, 不是前者善良, 后者恶劣, 而是利之所在也; 佣工努力干活, 雇主好饭相待, 不是出于相互友爱, 而是各有所图也。社会上有这样的习俗: 生男相贺, 生女杀之, 这是因为养儿防老, 养女亏财的缘故。君出爵禄, 臣出智力, 君臣相市, 何谈仁爱^{[5] 281-283}。由此, 商鞅才得出结论: “人生有好恶, 故民可治也。”(《商君书·错法》)而韩非进一步把“好

[收稿日期] 2009-11-09

[作者简介] 吴亚辉(1987-), 男, 土家族, 湖南慈利人, 山东大学法学院硕士研究生。

^①山东大学法学院硕士研究生。

利恶害”的人性发展为自私自利的“自为心”。(《韩非子·外储说左上》)因此,治理国家不能靠道德说教,只有法令赏罚才能奏效。“凡治天下,必因人情,人情有好恶,故赏罚可用;赏罚可用,则禁令可立;禁令可立而治道具矣。”(《韩非子·八经》)法家这种认为,好利恶害是一切人所固有的本性人性论,其实只是阶级社会中的阶级性的表现,即地主阶级性形象表述,用人性来论述“法治”,旨在“使地主阶级之法建立在社会的现实利害关系之上”^[6]。于此认识,法家思想中的法律只是“性恶论”这一理论预设的产物,是用来规制人性恶的工具,法治便沦为维护地主阶级统治的一种手段。

(二)“不法古,不循今”的历史进化观

法家认为人类社会是发展运动的,而且越变越好。他们不信有“万世不变的法则”,相信法律是“因时制宜的”^[7],上古之世,“人民少而财货有余,故民不争”。当时用“德治”、“礼治”就能治理天下。现在,“人民多而货财寡,事力劳而供养薄,故民争”。(《韩非子·五蠹》)而且国与国争战不休,“强国事兼并,弱国务力守”。(《商君书·开塞》)“力多则人朝,人寡则朝于。”(《韩非子·显学》)要生存、安定和发展,必须致力于富国强兵,实行“法治”是历史的必然^[5]。因此他们得出结论:“不法古,不循今”,必须“当时而立法。”(《商君书·开塞》)这种进化论式的世界观,为法家倡行变法构建了理论上的支撑,也再次彰显了法律作为“富国强兵”的重要工具的法律工具主义理念。

(三)“废私立公”的公法观

法家把“法”和“礼”对立起来,认为前者代表社会的共同利益,后者代表贵族的一己私利。实行“礼治”的结果是:“国利未立,封土厚禄至矣;主上虽卑,人臣尊矣;国地虽削,私家富矣;……公民少而私人众矣。”(《韩非子·五蠹》)因此,为了“兴公利”必须实行“不别亲疏,不殊贵贱”的“法治”。法家把新兴地主阶级的意志说成是社会全体成员的意志,正如马克思所指出的:“每一个企图代替旧统治阶级地位的新阶级,为了达到自己的目的就不得不把自己的利益说成是社会全体成员的共同利益,抽象地讲,就是赋予自己的思想以普遍形式,把它们描绘成唯一合理的,有普遍意义的思想。”^[8]将地主阶级利益稍加粉饰,摇身变为社会大众的“公利”,不过,在当时的历史背景下,是具有积极意义的。

(四)民富国强的功利主义

法家把“趋利避害”的人性与国家的富强结合起来,用赏赐和刑罚诱使、驱使人们耕、战、告奸,生产粮食多的,杀敌有功的,揭发违法犯罪的,可以得到官爵田宅,任何人,不论出身如何,只要努力按国家的法令去做,就能得到富贵荣华,而国家也就强盛起来。在法家看来,一个国家因虚弱而被强国并吞,如同老百姓因“怠而贫”一样,却是理当如此的事情^[9]。实行法治,并非为了彰显人权,削弱王权,而是为了更好地巩固统治,迎合了当时统治者称霸的口味,如此一来,更能赢得统治者的欢心,从而获得支持。

二 法治理论的特色: 刑罚论、法术势相结合

我国著名的法史学家乔伟先生曾把法家的法治思想归

纳为“法随时而变; 弃礼任法; 轻罪重罚; 刑无等级”^[9]。另一位著名法史学家刘海年先生将法家的法治思想也总结为四个方面,即“治理国家必须实行法治,反对人治; 法制要适应历史发展,符合实际,反对因循守旧; 法令是人们言行的标准; 以法为本, 法术势相结合”^[10]。综合看来,笔者以为,法家所倡导的“法治”理论有两大特色: 一是刑罚论,即重视刑罚在法律实施过程中的作用; 二是法术势相结合。

(一) 刑罚论

“法家所谓的‘法治’只在‘刑赏’二字,法家的法观念是‘以刑为核心’的。”^[11]法家从其“好利恶害”的人性论出发,认为行赏施罚是贯彻法令的唯一有效手段。然而,在具体运用刑赏的时候,却是“刑多赏少”,“先刑后赏”,“重罚轻赏”。这便奠定了法家法治理论的特色——刑罚论。

第一,法家治国指导观念是“刑”观念。在古代很多时期“法”仅仅是作为“刑罚”之意使用的。从字源上看,“法”和“刑”可以互训^①。商鞅所云之“民众而奸邪生,故立法制,为度量以禁之”。(《商君书·君臣》)及“守法守职之吏有不行王法者,罪死不赦,刑及三族”。(《商君书·赏刑》)其中之“法”显然是刑法之意。韩非也曾给“法”下过两个定义:“法者,编著之图籍,设立于官府,而布之于百姓者也”。(《韩非子·难三》)“法者,宪令著于官府,刑罚必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也。”(《韩非子·定法》)此处之“法”,也应指刑法。因为韩非这里所定义的“法”最基本的特征就是官府编纂的“图籍”,而且还要公之于众。而一个常识性的认识是,战国时代所公布的成文法都是刑法,至今没有任何证据表明当时除刑法之外,还公布过其他任何方面的法律。所以,所谓“图籍”指的就是“刑书”^[12]。由此观之,法家所言依法治国,实为依“刑法”治国。

第二,法家治国的主要手段是“以刑为本”、“重刑止奸”。尽管赏罚是法家的“二柄”,但法家却特别青睐“刑”。商鞅认为,“重罚轻赏,则上爱民,民死上; 重赏轻罚,则上不爱民,民不死上……王者刑九赏一,强国刑七赏三,削国刑五赏五。”(《商君书·去强》)按照商鞅的逻辑,“重刑”不但不像儒家所说的那样缺乏仁义道德,相反“重刑”恰恰是合乎仁义,体现“王德”的统治方式。因此,商鞅在新法中奖励告奸,实行重刑。而韩非也延续了商鞅的做法,继续推行重刑主义治国。进而使法家的“法治主义”深深陷入重刑主义的泥淖中,无法自拔,形成了封建国家专制集权、进行恐怖统治的理论前奏。

(二) 法术势相结合

这又是法家法治理论的一大特色。“法”指法令,“势”指权势、权力,“术”专指君主驾驭官吏的权术。法家认为“法”、“势”、“术”都是君主不可离开的工具。没有权势,就无法推行法、术; 没有权术,虽有权和法令也制止不了“奸臣”; 而没有法令,便无从督察管理和制裁。

第一,法家认为三者之中,法令最为重要,必须“以法为本”而兼存“势”、“术”。韩非明确指出“抱法处势则治,背法去势则乱”。(《韩非子·难势》)在阐述“法”与“术”、“法”与“势”关系的同时,将“法”置于“术”、“势”之上。因此,

“以法治国”、“按法而治”、“重法而治”的“法治”学说,是法家思想的中心内容。

第二,“法”与“势”的关系上,法家认为,统治的建立决定了权势的大小,不在乎才能或道德的高低,因此,权势是君主制服民众的根本条件,是“令行禁止”的有效保证。(《慎子·威德》)失去了权势,便不成其为君主。官吏和百姓所服从的只是君主的“威势”,并非什么“仁爱”之心。(《管子·明法解》)韩非则提出了“抱法处势”的主张,即在“法治”的前提下充分适用权势的理论。

第三,“法”与“术”的关系上,法家认为,权术与法令一样,都是君主治国的工具,是专制权力的保障。法家提出了以权术加强和实现“法治”的方法,主要有三个方面,一是君主执法治吏,事不亲躬,充分发挥臣下的能力,叫做“君道无为,臣道有为”。(《韩非子·主道》)二是以法令要求官吏尽职尽责,名实相符。对官吏严格检查监督,以法令为标准,以赏罚为后盾。这是法家为君主所提供的“知奸”、“禁奸”的有效办法。三是不能公开的制驭臣下的“暗术”,即阴谋诡计。法家主张设置暗探,实行暗杀。“法”、“势”、“术”的结合,是法家思想的总结和归宿。三者都是为实现君主的专制而服务的。因此,我国先秦的“法治”根本不同于后来资产阶级所提出的以民主制为内容的法治。

三 揭开“法治主义”的神秘面纱

“法治”已成为当下最为时尚的法学和政治学术语,在“言必称希腊,法必谈接轨”的学术背景下,中国的“法治”话语权逐渐被西方所吞噬。一些本土资源论的学者开始向这种局面发出挑战,力图争夺已经失去的话语权。当论及“法治”,他们无一例外地将关注的焦点集中在“法家”的主张上,也曾喊出中国也是最早提出法治理论的国家,有着深厚的法治传统。其实不然,尽管法家所倡导的“依法治国”的法治在字面上与现代意义的“法治”并无二致,但追根究底,二者在实质上却是大相径庭,法家的“法治”实质上是一种极端的人治主义,是现代法治根本对立的。以历史的眼光来审视法家的主张,它是以法治来反对儒家的人治主义,但由于社会制度的原因,“在中国古代,不但儒家的德治归结为人治,就是法家的法治也不可避免地成为人治的另一种表现形式。”^[13]而且从某种意义上来看,“与‘德’比较而言,中国古代‘法’的工具性、手段性更强”^[14],“法治”离人治似乎更近一些。法家主张的“依法治国”,主体是君主,对象是臣民,是强调“君主用法律来治国、治民、治别人,并不涉及君主本人守不守法的问题。”如此将“法家”的法治认为是“现代”的法治,实为一个天大的误解。

现代语境下的“法治”,最初渊源于古希腊罗马时代,经历了近代欧洲“三 R 运动”^②的积累酝酿,大约形成于启蒙运动时期,并伴随着近百年来西方世界的物质、精神以及制度文明在全球范围的扩张,逐步征服和取代了种种非西方的“地方性”法律形态,成为全球“现代化”运动的重要组成部分^[15]。然而,“法治是什么”却如和“法律是什么”一样,是一个“经久不绝的问题”(哈特语)。千百年来,“法治”的涵义也随着人类历史的延续而变得丰富。在西方,最先系统提

出“法治理论”的亚里士多德认为,法治优于人治,所谓“法治”应包含“两层意思:已成立的法律获得普遍服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”^[16]而英国学者拉兹认为,“法治就其字面而言,意味着法律的统治,人民应当服从法律,接受法律的治理,但在政治理论中,对法治应作狭义的理解,即政府应受法律的治理,遵从法律。在这种意义上,法治理念常表达为‘政府由法律而非人来统治’。法治意味着政府的全部行为必须有法律依据,必须有法律授权。”^[19]此外,对于“法治”的理解,还有 1959 年世界法学家大会通过的《德里宣言》中的“三原则说”^③;美国法理学家富勒所提出的“法治八原则说”^④等等。诸说中要么把法治界定为一种治国的方法,要么把其说明为法制的理想状态;要么把其作为法律运行的原则;要么把其待之为法律制度的价值准则^[20]。各说依其成说的不同视角,均有穿透之见。法治概念演变到近现代,尽管至今尚无统一的界定,但其所倡导的民主、宪政、人权等理念却为各国所普遍接受和认同,而这种理念的形成,是根植于社会经济的发展和民主共和国的成立。在中国古代,缺乏民主、自由的土壤,其所提出的法治理念,充其量只是人治的一个变体,无法突破君主集权制的政体藩篱。具体而言,可以从以下几个方面分析,其与现代法治的区别,证实其只是君主进行集权统治的工具。

首先,二者所指称的法的性质不同。法家所谓的“法”是君主的法,“法生于君”(《管子·任法》),是为了君主利益的法,“圣人之治也,审于法禁,法禁明著,则官法;必于赏罚,赏罚不阿,则民用官。官治则国富,国富则兵强,而霸王之业成矣。霸王者,人主之大利也。”(《韩非子·六反》)因此,法家的法治愈彻底,君主的权力就愈得到强化,专制程度就愈加深厚,商鞅以后秦国的实践对此是一个最好的注解。而现代法治的法则是与公民自由意志相联系,是与民主一致的。“不是根据全国的利益而只是根据部分人的利益制定的法律不是真正的法律。那些只是依照部分人的利益制定法律的国家,不是真正的国家,他们所说的公正是毫无意义的。”^[19]由此可以得出结论:现代的法治越彻底,其民主的权威就越得以加强。因此,法家法治的实施,强化了君主专制,而现代社会法治的贯彻,则是完善了民主制。

其次,二者所指称的法的内涵和目标不同。法家的法主要内涵是“刑”,“凡所法者,刑罚也。”(《韩非子·诡使》)其目标是打击“小人”,严厉惩罚反抗专制君主统治的臣民。所谓“民本,法也。故善治者塞民以法。”(《商君书·画策》)非常露骨地点明了法治目标是要使老百姓不敢有丝毫的反抗。以至于古代的法治越发展,刑罚就越残酷,秦朝的统治是一个很好的例子。而现代法治中的法的主要内涵是权利,是以保护公民自由平等、保护公民民主权利、私有财产等为主要目的的。同时也对政府的公权力进行了必要的约束。

最后,法家所主张的法治只是一种形式意义上的法治,即它不追求法本身的良、恶,只要是君主的意志,就必须严格执行。虽然,法家也曾强调法必须顺乎自然,合乎民心,但就法是否必须合乎正义,立法权在多数人手里还是在君主手里,君主是否必须严格服从法律等问题上,法家是始终站在

君主一边, 为君主的利益辩护的。而现代意义上的法治所遵循的法则必须是良法, 法的执行必须符合公平正义的思想。因此, 现代的法治才是一种实质意义上的法治。

综合述之, 法家的“法治主义”与现代的法治仅仅是“形”像而非“神”像, 她诞生在封建专制的母体中, 因为缺少民主、自由等的理念的滋润, 注定了他悲剧般的历史使命, 只能夭折在封建社会而无法发育成为现代的“法治”, 必将为近现代的法治, 即以民主为基础和前提的法治思想所取代, 但作为一种文化遗产, 古代的法治思想中仍有许多可借鉴的精华, 我们应以历史唯物主义为指导, 在与古代法治思想的比较中寻找不同的法治观念和法治模式, 进一步把握现代法治的真谛, 并推动我国社会主义法治建设和依法治国大业。

注释:

- ① 例如《尔雅·释诂》“刑, 常也, 法也”。《说文》“法, 刑也”。
- ② 即文艺复兴 (Renaissance)、宗教改革 (Religion Reform) 和罗马法复兴 (Recovery of Roman Law)。西方社会在近代掀起的这三个(革命)运动, 从不同的领域和价值层面, 对中世纪基督教神圣文化形态进行了批判, 共同促成了人文主义的胜利。从此, 人的价值、权利和自由得到承认和解放, 以此为核心的现代文明建构起来。
- ③ 该宣言所总结的“法治”三原则为: 一、根据“法治”原则, 立法机关的职能在于创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件; 二、法治原则不仅要对制止行政权力的滥用提供法律保障, 而且要使行政能有效地维护法律秩序, 借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件; 三、司法独立和律师自由是实施法律原则必不可少的条件。
- ④ 富勒的“法治八原则”是指: 第一, 法律的普遍性原则; 第二, 法律应当公布; 第三, 法律不能溯及既往; 第四, 法律应当明确; 第五, 法律规则不能相互矛盾; 第六, 法律不能要求人们去做无法做到的事情; 第七, 法律应当稳定; 第八, 官方行为与法律必须一致。(富勒. 法律的道德性[M]. 北京: 商务印书馆, 2005)

[参考文献]

- [1] 杨鸿烈. 中国法律思想史[M]. 上海: 上海书局, 1984 34
- [2] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京: 中华书局, 1981 52
- [3] 何勤华. 法家法治理论评析[J]. 华东政法学院学报, 1999(1): 17.
- [4] 梁启超. 先秦政治思想史[M]. 天津: 天津古籍出版社, 2003 171
- [5] 武树臣. 中国传统法律文化[M]. 北京: 北京大学出版社, 1994 281- 283.
- [6] 杨鹤皋. 中国法律思想史[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005 153
- [7] 转引自 杨鸿烈. 中国法律思想史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004 63
- [8] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯选集: 第 1 卷[M]. 北京: 人民出版社, 1972 53
- [9] 乔 伟. 论新兴地主阶级的法治思想 - 简评法家理论之得失[J]. 山东法学, 1991(1): 38
- [10] 刘海年. 中国古代的法治与社会经济发展[J]. 法学研究, 1992(1): 56
- [11] 梁治平. 法辩[J]. 中国社会科学, 1986(4): 57.
- [12] 马作武. 中国古代“法治”论[J]. 法学评论, 1999(1): 49.
- [13] 罗国杰. 德治新论[M]. 北京: 研究出版社, 2002 20
- [14] 关健英. 先秦法家的法治精神内涵[J]. 北方论丛, 2004(3): 119
- [15] 冯玉军. “法治”的历史阐释及其对现实的启示[J]. 法学家, 2003(4): 32
- [16] [古希腊]亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭译. 北京: 商务印书馆, 1965 199.
- [17] [英]拉兹. 法律的权威——法律与道德论文集[C]. 朱峰译. 北京: 法律出版社, 2005 67.
- [18] 徐显明. 论“法治”构成要件[J]. 法学研究, 1996(3): 37.
- [19] [古希腊]柏拉图. 法律篇[M]. 张智仁, 何勤华译. 上海: 上海人民出版社: 2001: 77.

Analysis on "Rule of Law" of the Legalists

WU Ya-hui ZHAO Ju
(Shandong University, Jinan 250100 China)

Abstract Legalists "rule of law" idea is the peak of the development of traditional Chinese legal thinking and occupies a particularly important position in the history of legal thought in China. In today's social context, the "rule of law doctrine" has become a hot sector in the academic and practical vocabulary. Through analyzing the ideological basis and characteristics of the "rule of law" theory proposed by the legalists, this paper notes that the "rule of law doctrine" is essentially an extreme rule of man and has a fundamental difference from the modern concept of the rule of law.

Key words legalists rule of law theory rule by man modern rule of law