

商鞅法治理论的缺失

——再论法家思想与秦亡的关系

徐 进*

商鞅是我国古代历史上杰出的法治理论家,他的理论产生了辉煌的实践效果。在法家与秦的兴亡问题上,我的结论是:兴秦者商鞅的法治思想,亡秦者韩非的“集大成”之学。^[1]但这并不等于说由商鞅及其后学最先系统阐发的法治理论一经形成便完美无缺;它实际上存在着严重的缺失。韩子的导致秦亡的学说、秦皇父子等把法家学说“推入歧途”^[2]的理论活动,都利用了商鞅理论中的缺失,或者说后者是前者的病源。为了更准确地把握秦法治成败的原因,加深对法家学说的理解,认真探讨商鞅法治理论中的缺失是有必要的。

一、功利主义的法律工具论

商鞅的法治首先是一种治法,一种虽未用于“古”但应用于“今”的治法,一种根据是以智“王天下”还是以力“征诸侯”^[3]等的变化而选择的治法,一种必须适应“时”、“势”(《更法》)的演进和人情的“巧”、“朴”而改变的治法。这种治法的特点就是以法为工具,故称“缘法而治”(《君臣》)、“任法而治”(《慎法》)或“以刑治”(《靳令》)。而商鞅之所以选择法这个工具,或者说之所以主张法治,是为了实现秦国对功利的追求,是因为法这种工具,从而法治这种治法有效用。所谓“效于今者前刑而法”(《开塞》)说的正是这个意思。可以说,商鞅的法治理论就是功利主义的法律工具论。这个理论既帮助秦国实现了富强,同时也为秦由“王”而亡埋下了理论的隐患。

秦孝公求贤招纳商鞅无疑具有功利的目的。商鞅的“强国之术”^[4]正中其怀,“便事”、“强国”(《更法》)的更法之辩更促使其毅然走上法治之路。商鞅为秦构划的功利主义的方案是明确的:“刑生力,力生强”(《说民》)、“强必王”(《参强》),或者“强者必治,治者必强;富者必治,治者必富;强者必富,富者必强”(《立本》),由治而富,富而强,强而王。按他的观察,“国之所以兴者,

* 山东大学法学院副教授。

[1] 见拙作:《韩子亡秦论——商鞅、韩非法律思想之比较》,《法学研究》1994年第4期。

[2] 参见拙作:《中国古代正统法律思想研究》第一卷,山东大学出版社1994年版,第438页以下。

[3] 《商君书·开塞》。为免烦冗,以下引文凡出于《商君书》者,皆随文注出篇名。

[4] 《史记·商君列传》

农战也”，‘国待农战而安，主待农战而尊’（《农战》）。国家要想富强，必须动员更多的人勤于耕耘，勇于征战。他的‘禁使’之论，是要给老百姓一条‘欲利者非耕不得’，‘避害者非战不免’（《慎法》）的出路。他的‘刑九赏一’（《伍强》）之说，是要造成‘边利尽归之于兵，市利尽归之于农’（《外内》）的局面，以促使求利者耕田，谋生者参战。他的抑商政策、愚民政策、徕民政策等等，无一不是为了落实农战政策，实现他的‘治——富——强——王’的构想。

很明显，商鞅的法治就是实现他的富国强兵的一种治法，一种以富国强兵为选择根据的治法。陈烈先生称商鞅的“法治主义是全为运用农本主义和战利主义于政治上的一种手段”。^{〔5〕}法治对于富强的这种手段地位，决定了商鞅理论中的法只能充当治的工具。商鞅自己也正是把法律视为工具，视为有政治效用的“兵甲器具”（《更法》）之类的工具。任重道远要用车马这种工具，“济大川”要有“舡楫”（《弱民》）这种工具。同理，治国，尤其是治处在战争环境中的国离不开法这种工具。“权衡”、“尺寸”是称“轻重”、量“长短”的工具，法是用来评判臣民功过的‘国之权衡’（《修权》）。商鞅的法治就是运用法这种工具来实现国家的功利目标。

应该说商鞅的法治手段是有效的。他不仅帮助秦孝公扭转了“诸侯卑秦”，‘夷翟遇之’的局面，取得了“天子致伯”，“诸侯毕贺”^{〔6〕}的业绩，而且为秦统一中国奠定了基础。但是，商鞅并不知道他的功利主义工具论的消极的基因也遗传给了秦后来的政治。

其一，功利主义的立法目的使法越来越脱离社会生活的源泉，成为纯粹的暴力手段。商鞅曾注意到法的社会生活的源泉。“一兔走，百人逐之，非以兔为可分以为百，由名分未定。夫卖兔者满市而盗不敢取，由名分已定也。”（《定分》）法律的作用正是定名分。这种定名分的法之所以必要，是因为社会生活中有关于兔等的“名分”的问题需要解决。这种法律来自于社会生活的实践和解决实践问题的需要。而当法律成为立法者追求功利目标的工具时，它便难以避免地脱离社会生活的源泉，甚至成为对社会生活正常秩序的反动。商鞅自己的一些主张便已经陷入了这种反动。社会本已形成了农工商的正常分工，但他却要用“使商无得余，农无得粟”的法迫使商人重归于农；逆旅本为旅行交通所必须，他却要“废逆旅”；求知开智本为人之本性，他却要使民“愚”（《垦令》），如此等等。法一旦脱离社会生活的实际需要，便会造成法与社会的背离甚至敌对。立法者一旦可以为了功利的目的而不顾及社会的正常要求，法就可能成为统治者手中随意挥舞的大棒。秦始皇时代“偶语诗书者弃市”^{〔7〕}之法便是这类的大棒。这种大棒借助于政权的力量向社会打来，打得越重，社会同政权之间的矛盾便越尖锐。秦朝末年，反秦力量的积聚在一定程度上就是由秦的反社会的法压挤出来的。

其二，商鞅不追求“良法”，只要求法有效。如此定法即使不脱离社会生活的基础，也可能受功利的驱使而制造恶法。如果说商鞅为了充分发挥他的法律工具的效用，曾要求君王“言不中法者不听，行不中法者不高，事不中法者不为”（《君臣》），从而朝“已成立的法律获得普遍的服从”这个方向跨进了难以跨出的一步，那么，他却没有“良法”的观念，只有“有效的法”的观念。这决定了他的法治有可能成为以恶法为硬件的治法系统。而在功利驱动下所产生的法，成为恶法的可能性是无法排除的。商鞅为实现他的‘刑重而必得’（《赏刑》）的治而制定的什伍连坐之

〔5〕 陈烈：《法家政治哲学》，第28页。

〔6〕 《史记·秦本纪》

〔7〕 《史记·秦始皇本纪》

法便是这种恶法。秦二世的被后人评为“赋敛无度，戍徭无已”^{〔8〕}的法也是这种恶法。“今秦怨毒商鞅之法甚于私仇”^{〔9〕}的评价，说明商鞅的法或后来的秦法至少有一部分是恶法，是不得人心的。

其三，商君视法为器具，赋予法用废由人的特性，使“背法而治”成为他的法治论的当然补充。商鞅虽一再强调治国“不可须臾忘于法”（《慎法》），要求君王一定不要“背法”、“舍法”，但他说服君王守法不违的基本理由是：法这个工具有效，用法这个工具可以产生高效，可以使国强；不用法则降低治国之效，则国弱。如此的论证给君王留出了无法亦可治的退路。当统治者不太关心国家的功利目标时，便可能弃法而不用；当统治者不是考虑国家的功利而是追逐个人的私利时，便可能拿法这个工具来为自己泄愤、报复，等等。当秦始皇述侯生、卢生罪，立“诽谤”罪名时，行坑儒而创“妖言”罪时，为应“游徙吉”之卦“迁北河榆中三万家”，予“拜爵一级”之赏时，为陨石案下令“尽取石旁居人诛之”^{〔10〕}时，法已沦为始皇帝手里的玩物。他既可随便定制以范天下，自己又完全可以不顾法的事先设定而为所欲为。在二世胡亥时代，法律规范作用已完全不适用于皇帝，相反，它成了皇帝“赐志广欲”，“独行恣睢之心”^{〔11〕}的如意棒。如果说法在商鞅和秦孝公手里是富国强兵的工具，那么，孝公的子孙们在秦统一天下之后把法变成了自掘坟墓的工具。

从对商鞅法治的遗传基因的上述分析反观商鞅的法治，我们发现他的法治实在不是一种良好的法治学说。他的法治中的法，已不是“社会共同的，由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现”，而是“单个人的个人恣意横行”^{〔12〕}。他的法治就是运用这种恣意横行的法去达到这种或那种目的的一种统治“术”（《算地》）。

二、强国弱民的制民论

商鞅法治的目的是富强，而治的对象是民。他为秦设计的通往胜利的大路是要由民去劈斩荆棘，填平沟坎。在他的“治——富——强——王”的构想中，作为首要环节的治即用法治民，而富强则是治民所追求的结果。他的思维逻辑的简化形式就是：治民为了富国强兵。这样一个逻辑告诉我们，民不是商鞅法治的目的，而是达到法治目的所要利用的条件。与春秋政治中民的地位相比，商鞅的逻辑已把民由殿堂送进了牢狱。依这个逻辑对待民而产生的最后结果只能是失败。

商鞅清楚国家的力量在于民。他所说的“有民者不可以言弱”（《错法》）揭示了国有民便有力的道理。但是，商鞅对他所发现的这种力不象春秋时期的重民思想家那种主张顺从或者“爱”^{〔13〕}，而是主张“制”。他的口号是“制民”（《画策》）。在商鞅看来，有民便有力，但有力却未必一定国强。要想国强必须使民力为国所用。“民众而不用者，与无民同。”（《算地》）这也就是说，要强国必须“用民”，而且必须充分有效地“用民”。国皆有民，而国有强弱，其原因在于国有

〔8〕《史记·李斯列传》

〔9〕《盐铁论·非鞅》

〔10〕《史记·秦始皇本纪》

〔11〕《史记·李斯列传》

〔12〕《马克思恩格斯全集》第6卷，人民出版社1972年版，第291页以下。

〔13〕见《左传·襄公十四年》师旷语。

“乱”有“治”（《错法》）。他所说的“治”就是法治，就是用设置严密有力的法网的方式把民控制在国家手里，最大限度地发掘民耕作和征战的潜能。所谓“尽地力而致民死”（《算地》）反映了他欲竭尽民力的态度。他的“刑生力”就是用刑罚逼迫民把力用于农战。他的“刑九赏一”就是让民力只能在农战上释放。商鞅法治方案中的种种具体设计，为贯彻农战政策而规划的种种措施，说到底都是“制民”的方法。他说：“法令者，民之命也，为治之本也，所以备民也。”（《定分》）又说：“民本，法也。故善治民者，塞民以法而名地作矣。”（《画策》）商鞅对法的作用的最基本的认识，他的法治的最直接的目的，在这里已表现得清清楚楚。他的法治就是为达到功利的目标而管制百姓吸取民力的办法。

商鞅的极端功利主义的追求不仅促使他选择了由国家逼迫臣民耕战的办法，而且决定了不能接受由民富实现国富国强的道路。他认为，只有民弱才能国强。他说：“民弱，国强；国强，民弱。”这是因为民“辱则贵爵，弱则尊官，贫则重赏”；反过来，荣则贱爵，强则卑官，“富则轻赏”（《弱民》）。民重赏，故趋国家所设农战之赏，其结果是国强；民轻赏，则不会在国家所迫切需要的农战上出力。民力不能“转”（《农战》）于农战，国家便弱。按照这种以追名逐利之心得出的结论，商鞅得出“有道之国，务在弱民”（《弱民》）的结论。他要让臣民在不断为富贵而奋斗，但却永远不能真正富贵的挣扎中把力量献给国家。当百姓贫时，他要“益之以刑”，使之通过为国卖命而得“富”；臣民富时，他要“损之以赏”，使之“贫”；即通过“以粟出官爵”的方式实现“家不积粟”（《说民》）。他要使百姓始终在疲惫状态下度日。按照“国不蓄力”（《说民》）的要求，只要百姓有余力，国家有余财，便应设法“杀”力，把力用于战场，以便胜敌强国并防止“毒输于内”（《怯强》）。

商鞅每以“利民”（《更法》）为言，也希望君王为政能“公私”“分明”，“为天下治天下”（《修权》）。但他的为天下是抽象的，为君王才是具体的；利民是虚幻的，利君才是真实的。他曾说：“兴国行罚则民利。”（《说民》）这所谓的“民利”就是“益之以刑则富”（《说民》），即用严刑逼迫百姓到战场上去索利。在商鞅所说的这种利益之外，真正的利益是君王的“名尊地广”。他还说过：“夫正民者，以其所恶，必终其所好”；“立民之所恶，则民安其所乐”（《奸塞》）。这就是所谓民畏重刑而不犯，从而不受刑的“利”。这种利民就是宣布：献出你的生命，我不杀你；献出你的一切财产，我不罚你！

商鞅的“制民”是眼睛朝外的。他认识到欲胜敌国必须用民力，“转力”是胜敌的保障。他对内向的“制民”也充满信心。“世知则力可以胜之”（《算地》）是他持之坚定的信念。其根据是“世知，无余力而服”（《奸塞》）。至于如何才能使民无余力，法宝就是作为“民之本”的法。商鞅支持其信念的基础性判断应当是：用法则民无余力。然而，商鞅在这里犯了一个致命的错误，用法不能尽取民力。应当成立的是另一个判断：民不可战胜。商鞅的前人已有明言：“以民为土芥，是其祸也”^{〔4〕}。民“所曹恶，鲜其不废”^{〔5〕}。与法家对立的儒家也曾预言：“水则载舟，水则覆舟。”^{〔6〕}

如果说韩非子的“术”立足于君臣对立，使君抛弃了臣，那么，商鞅的“制民”论则有走向君与臣民对立的可能性孕育其中。有限度的制民，可以为国赢得富强；“制”之过度，则将导致君与

〔4〕《左传·哀公元年》

〔5〕《国语·周语下》

〔6〕《荀子·王制》

臣民对立。贾谊在总结秦亡的教训时曾断言：“自古至于今，与民为仇者，有迟有速，民必胜之。”^{〔17〕}秦之“与民为仇”表现为秦王朝“执榘拊以鞭笞天下”^{〔18〕}，而“鞭笞天下”不过是比商鞅更为过分的“制民”。

三、只见人不见社会的人性论

商鞅为了充分利用民力以实现国家的富强，对民进行了认真的研究，提出了关于人性的看法，为他的治民方案找到了理论基础。《商君书》中多处讨论人性。如《算地》篇说：“民之性，饥而求食，劳而求佚，苦则索乐，辱则求荣，此民之情矣。”又说：“民生则计利，死则虑名。”该篇还进一步推论说：“羞辱劳苦者，民之所恶也。显荣佚乐者，民之所务也。”《错法》篇也说：“人情好爵禄而恶刑罚。”在商鞅所提及的这些人之特性中，应当说既有关于人的自然属性的内容，如“饥而求食”等，又有关于人的社会属性的内容，如“虑名”、“务”、“显荣”等。但他的基本发现和基本结论是人的自然属性，所谓“虑名”、“务”、“显荣”只是他的“饥而求食、劳而求佚”的自然属性在事实上具有社会属性的人身上的一种延伸。商鞅关注的并不是社会对个体的人的特性赋予，而是个体的人求生求佚的生理欲望等在社会生活中的表现。他的人性仍然是人的自然性。

商鞅对人性的总结显然是不全面的，因为他没有把人在社会生活的彼此相与中形成的特性纳入他的研究范围内，他的人性结论不包括人与人相与而显的特性，比如，人的“群”^{〔19〕}特性，或如我们马克思主义理论家所说的阶级性。人具有社会性是人区别于其它动物的本质所在。商鞅虽也无法回避人的这些特性，但是他并没有把这些特性视为人的更根本的“性”，没有把这些特性纳入他的人性范畴。在他眼里，“孝”、“弟”、“修”、“善”同“书”、“礼”、“乐”、“辩”等一样，是导致“国削至亡”（《去强》）的破坏性因素。他甚至把“修善”、“孝弟”、“诚信”、“贞廉”、“仁义”与“礼乐”、“诗书”、“非兵”、“羞战”等称为“六虱”（《靳令》）。商鞅要“去”掉这些更能反映人的本质的特性。不管这些特性能否真的“去”掉，商鞅的人性概念剩下的只是人的自然性。

商鞅的人性理论的残缺决定了建立在这种残缺的理论基础上的法治论也不可能是完美的。

他的法治论与他的残缺的人性论联结得是那样顺理成章。他说：“人君而有善恶，故民可治。”（《错法》）韩非子为之解曰：“人性者有善恶，故赏罚可用，赏罚可用则禁令可立，而治道具矣。”^{〔20〕}法治就是因人性的善恶而“具”的“治道”。国家设赏罚就是要“御民之志而立所欲”（《错法》），即设罚以应其恶，设赏以诱其欲。商鞅的“禁使”之道、“刑九赏一”之论等，都是立足于这种人性论基础上的。商鞅的这种法治论适应了人的好利恶害之性的需要，但却无法满足人的其它社会属性的需要，无法解决与人的社会性相联系的问题。他的“去”除孝弟忠信等的主张，不仅不能避免由人的社会性所带来的问题，相反，他对忠孝敬让等伦理道德、政治信仰的蔑视，以及他的法治的实施与人们的这些社会情感的抵触，造成了严重的社会问题。

〔17〕 《新语·大政》

〔18〕 《新语·过秦》

〔19〕 荀况虽也持与商鞅相类的人性恶的观点，但他清楚地认识到了人能“群”的特点。他的法律思想以其人性论为基础，同时又丝毫没有忽视群的特点，及维持群的关系的重要。参见拙作：《试论荀况的法律思想》，《山东大学学报》1987年第2期。

〔20〕 《韩非子·八经》

首先,它导致了民风败坏,使政权丧失社会道德支撑。管仲以礼义廉耻为国之“四维”,认为“四维不张”会导致国家的“灭亡”^{〔21〕}。这个观点告诉人们,社会对政权的最基本的支撑力不是发动于法律的规制和政治的胁迫,而是发动于社会的道德和对政权的政治情感。商鞅的法治论完全不承认这种道德和政治情感的积极作用,显然无法造就浓厚的社会风俗和坚定的政治信念。贾谊所说的“秦俗日败”^{〔22〕}是商鞅法治的自然的结果。商鞅在大谈“求过不求喜”(《垦塞》)时,完全没有想到礼义修善贞廉等作为民之“坊”的价值,没有想到“谋事不并仁义者后必败,殖不固本而立高其者后必崩”^{〔23〕}。

其次,它无法避免遭百姓仇视的结局。商鞅的人性论为他的制民论做了论证,他的以赏罚为基本手段的法治论则是他的制民论的具体化,因此,这种法治论落到实处也将同制民论一样结出与民为仇的苦果。贾谊云:“以礼义治之者,积礼义;以刑罚治之者,积刑罚。刑罚积而民怨背,礼义积而民和亲。”^{〔24〕}商鞅力图把重刑解释为“爱”、“利”;但以“制”民为目的的刑罚很难让臣民产生“爱”的感觉。相反,臣民的恨会随着这种刑罚的不断使用而积聚起来。秦朝灭亡时的“百姓怨望而海内畔”^{〔25〕}虽主要是由秦皇父子的苛政所引起,但百姓之“怨”与商君之法治及其人性论也并非没有关系。

四、以奸止为度的重刑论

按照商鞅的人性分析,国家设定的赏罚必须对臣民的好利恶害之心有足够的影响力,也就是说赏必须“足务”,刑必须“可恶”(《算地》)。初看商鞅的厚赏重罚论,我们觉得它有道理,因为它确能发挥法律调动臣民的积极性的作用,符合预防犯罪的需要。但是,对商鞅重刑论的更深入的研究告诉我们,他的重刑论潜藏着一种危机,一种不崩不止的危机。如果说重赏确曾为秦招来无数能征惯战之士的话,那么,重刑的极致却是法制系统的崩溃。

设重刑,立刑罚之害,让臣民因避刑罚之害而守法,这个想法并不错。然而,商鞅对百姓避害的期望过高,对重刑的政治效用的估价太高。他的过高的期望使它的重刑论逾出了真理的界限。他的重刑不是一般的惩罚犯罪,也不是给犯罪者以报复,而是“去刑”(《垦强》)、“无奸”(《赏刑》)。按照这种要求,他的重刑的标准既非荀子的与“罪”相“称”^{〔26〕},亦非韩非的“大”于“奸之所利”^{〔27〕},而是“民不敢犯”。(《垦塞》)他追求的是那足以“去刑”的重刑。为了“去刑”,这重刑必须重到足以使民“不敢”的程度。他的观点非常清楚:“刑重者民不敢犯”,民不敢犯“故无刑”。他要“为必治之政,战必勇之民,行必听之令”。(《画策》)他希望在法禁面前,一切臣民皆“止之如斩足”(《赏刑》)。非常清楚,他的重刑的度就是足以止奸。如果国家“尚有奸邪盗贼”,他的结论便是“刑轻”(《画策》)。如果无人再犯,便是已足够重;如果还有人犯,便是还不够重,不够重就应再行加重。总之,奸不止则刑加重不止。

〔21〕《史记·管晏列传》

〔22〕《汉书·贾谊传》

〔23〕《新语·道基》

〔24〕《汉书·贾谊传》

〔25〕《史记·秦始皇本纪》

〔26〕《荀子·正论》

〔27〕《韩非子·六反》

商鞅还意图通过使用重刑止一切罪。他的“行刑重轻”之论明确地表达了这种意图：“行刑轻者，轻者不生，则重者无从至矣。”商鞅的重刑实际上是要建立法律与恐怖的联系，通过使用重刑形成法治恐怖，以这种恐怖使臣民“不敢”违反一切法律，包括规定重罪的法律和规定轻罪的法律。“行刑重轻”只是把轻罪作为突破口，造成重罚与轻罪之间巨大的反差，加强重刑之恐怖作用。他的“弃灰于道者被刑”^[28]便是利用轻罪建立法律恐怖的范例。他“一日临渭而论囚七百余人”，以至“渭水尽赤”^[29]的举动也着实给臣民留下了恐怖的记忆。他主张用刑“不违亲近”（《修权》），坚持“不宥过，不赦刑”（《赏刑》），努力防止“刑人复漏”，是担心臣民滋长“微幸”（《算地》）心理，从而降低重刑的恐怖作用。他主张“刑用于将过”（《开塞》）则是要进一步加强重刑的恐怖。他的使民“不犯”不是仅仅利用臣民“不以小利而蒙大罪”^[30]的计算之心使之不犯，而是给臣民造成极度的恐惧使之不敢犯。按照他对“轻法”的理解，如果在有了“行刑重轻”的恐怖之后还有人再犯罪的话，那就是恐怖程度不够，就应使刑更重一些。显然，商鞅的重刑论已具备了走向极端重刑的基础。当秦末阶级矛盾日趋尖锐时，二世胡亥“用法益刻深”^[31]，而李斯以“群臣百姓救过不给，何变之敢图”^[32]为辞说二世行督责之术。这些火上浇油式的做法虽非直接受教于商君，但却可以从商君的理论中找到渊源。

通过以上的探讨我们可以得出这样的结论：如果说秦亡的原因主要是由于韩非子的已非“纯粹法家”的学说的指导，是由于韩非、秦始皇父子等违背了法家法治的一些基本原则，是由于秦始皇父子等把法家的某些主张推向极端，那么，商鞅也有所贡献的法治理论不完善，有导致弊政的因素，没有对实践中可能出现的极端情况预为之防的责任。

[28][29] 《史记集解》引《新序》。

[30] 《韩非子·六反》

[31] 《史记·秦始皇本纪》

[32] 《史记·李斯列传》