

《华东政法大学学报》百周年纪念辑选

法思

主 编 / 李秀清 卢勤忠
执行主编 / 陈越峰 肖崇俊



上海三联书店

《华东政法大学学报》百周年纪念辑选

法思

主 编 / 李秀清 卢勤忠
执行主编 / 陈越峰 肖崇俊

 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法思:《华东政法大学学报》百期纪念辑选/李秀清,卢勤忠主
编. —上海:上海三联书店,2015.6

ISBN 978-7-5426-5204-1

I. ①法… II. ①李…②卢… III. ①法学—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 117873 号

法思:《华东政法大学学报》百期纪念辑选

主 编 / 李秀清 卢勤忠

执行主编 / 陈越峰 肖崇俊

责任编辑 / 王笑红 beautxiao@gmail.com

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 24175971

印 刷 / 上海惠敦印务科技有限公司

版 次 / 2015 年 6 月第 1 版

印 次 / 2015 年 6 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 360 千字

印 张 / 23.75

书 号 / ISBN 978-7-5426-5204-1/D·286

定 价 / 58.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-56475597

序 百期感语

李秀清

2015年5月20日,《华东政法大学学报》第100期出刊。自1998年创刊至今,已经过去了十七个春秋。在十七个寒来暑往之间,何勤华校长作为第一任主编(1998年创刊—2003年第4期),徐永康(1998年创刊—2000年第2期)、施贵康(1998年创刊—2000年第2期)、殷啸虎(1999年第1期—2000年第2期,2000年第3期—2003年第4期常务)、徐士英(2000年第3期—2001年第2期)、张驰(2000年第3期—2003年第4期)等教授先后担任副主编,为学报的发展奠定了坚实的基础。我自2003年第5期起履行主编职责、卢勤忠教授自2006年第4期起担任副主编,一直和学报共同成长。

十七年来,我们的学报与国家的法治进程“同呼吸、共命运”。1997年中共十五大报告提出“依法治国”方略,1999年“依法治国,建设社会主义法治国家”被载入宪法,而学报创刊号即集中研讨“法治”的要义。此后,学报设置过“热点笔谈”、“热点问题探讨”、“立法建议”、“司法时评”等栏目,一直为制定良法鼓与呼,为法的适用与解释提供方案,为法的反思提出新的视角和思路。或许我们的力量微不足道,但是我们不打算在这个伟大的历史时期缺席或失语。

十七年来,我们的学报与中国的法学研究共同进步。在发刊词中,学报即提出了“弘扬学术、培育学术氛围”的办刊宗旨,学报将自己看做学术园地,以期“撒播学术的种子,扶植学术的幼苗,培育学术的秀木”。这些年来,中国的法学研究取得了长足的进步。在论题、材料、论证和方法等各个层面都有了极大的丰富。学报一方面尽自己的努力密切追踪和呈现学术研究的前沿动态,另一方面尝试引领和推动学术研究的发展走向,特别是在法律史、外国法与比较法、判例研究与法解释等方

面,更是进行了不少有益的尝试和探索。

作为年轻的法学期刊,《华东政法大学学报》一直注重与年轻学者相互砥砺,共同成长。自创刊以来,学报即没有门户之见,没有专家和后学之别,凡是有真知灼见,能启迪思考的研究成果,均乐意发表。学报发表过本科生的论文,设置过“硕士学位论文菁华”、“博士论坛”栏目。如今活跃在学界的一批年轻学人,早期的研究论文都曾在学报刊发。在学报全面采取双向匿名专家审稿制后,每一期都会有博士生的研究成果脱颖而出,这是新生的、不可阻挡的法学研究的“中国力量”。学报有责任将这股力量凝聚起来、释放出来。学报也注重延揽研有专长的年轻学者,哪怕他/她还只是讲师、也可担任匿名审稿人。法治和法学的未来,需要一代一代学人接续开创。

十七年来,学报的编辑团队也在不断进步。郑荏老师、余红老师为学报的早期发展做出了重要贡献。王沛博士、吴一鸣博士,曾在编辑部专职工作,现已都是学校法律学院的副教授,在各自研究领域都有优秀的研究成果。朱淑丽、冷霞、胡建会、解锟、王捷、李振林等博士曾在编辑部担任兼职编辑,如今也在各自研究或工作岗位上崭露头角。还有十多年来友情参与的十多位兼职编辑,不少人已是“大咖”,仍然给予学报莫大的支持。我和卢勤忠教授、陈越峰博士、肖崇俊博士,以及即将入职的官雪博士,也都在不断学习、努力进步,尽力履行好自己的职责,甚至将理想、信念、热情和诚意融贯于其中。

学界同仁和期刊界同行的支持,在评价体系中得到了体现。《华东政法大学学报》自2004年至今是CSSCI法学来源期刊,自2008年至今是中文法律类核心期刊,自2013年至今是中国人文社会科学法学核心期刊,还是全国百强高校社科期刊。但是,学报不会躺在来源期刊目录中办刊,而是尽最大的努力开门办刊、开放审稿、公正选稿、及时用稿,更好地为作者、读者、审稿人服务。仅仅因为采取了一些减轻作者形式负担、提高回应效率的举措,一些学者即在邮件或微信中戏谑学报为“业界良心”、“期刊界的‘海底捞’”。由此可见,只要以诚相待、尊重学者的劳动,学报就能够得到学者,特别是年轻学者的认同、信任与支持。学报会在制度化的基础上,将得到认可的做法持续下去。学报还会继续努力,采取得力技术措施,方便作者、读者在移动终端投稿、查询审稿状态、下载和浏览论文等,学报还会尽力不断

跟踪、不断满足用户的日新月异的需求。

回望来路,《华东政法大学学报》也许可以对十七年前的自己会心一笑,这些年,虽已步入红尘,却能不改初心,一直践行着“弘扬学术、推介学人”的办刊宗旨。无论是增大开本、增加页码、纸刊全面改版、启用在线投稿审稿系统、采用三轮审稿和专家匿名二审制,还是接下来学报可能采取的任何新举措,其目的都仍在于此。《华东政法大学学报》真诚感谢海内外学人一直以来的陪伴,我们也希望继续与大家携手同行,为国家的法治建设和法学研究继续做出更多努力和更大贡献。



目 录

C O N T E N T S

序 百期感语 / 1

壹 法治

法家法治理论评析 / 3

法家法治思想的再评判——兼与杨师群同志商榷 / 16

法家“法治”思想再探讨——答武树臣先生 / 35

法家法治思想的再评说 / 45

法治 (Rule of Law) : 晚清法律改革者的理想——沈家本逝世
90 周年祭 / 49

出入经史之间 定鼎法学新风——沈家本先生法律思想的学术
源流探微 / 56

贰 宪政

一百年来 / 71

中国百年宪政梦的追寻 / 73

走向宪政 / 84

从“大妥协”到“大决裂”：重访 1913 年 / 96

最坏的政体——古德诺的隐匿命题及其解读 / 119

民初制宪权问题的再审视——比较宪法的视角 / 138

- 立宪者毛泽东的人民民主专政理论 / 148
- 彭真与宪法监督 / 164
- 协商与代表：政协的宪法角色及其变迁 / 187

叁 法学

- 大学之“大” / 207
- 吴经熊与东吴大学 / 209
- 吴经熊在密歇根大学法学院 / 221
- 罗炳吉与东吴大学法学院 / 235
- 四川法政学校——中国近代法学专门教育的地方实践（1906—1926） / 252
- 梅因历史法学方法论简述
——以《古代法》为中心 / 270
- 再审视作为法学家的边沁 / 281
- 庞德论中国法律：社会学法理学思想的一次应用 / 291
- 论社科法学与教义法学之争 / 303

附 录 《华东政法大学学报》百期全目 / 310



壹 法治

法家法治理论评析

何勤华*

先秦法家的法治理论,在中国古代法哲学史上占有极为重要的地位,并在秦统一六国、建立封建君主专制王朝中发挥了巨大的指导作用。汉代以后,在统治阶级“霸王道杂之”的国策之下,法家的法治理论又被吸收进了正统的封建法律思想之中,从而成为中国传统法律文化的一个重要组成部分。本文拟对法家法治理论的内容、它的历史进步意义、它与古代西方法治学说的差异,以及它对中国古代法和法学发展的影响作些分析、评述。

—

法家是春秋战国时期代表新兴地主阶级利益、主张“以法治国”的一个学派,主要代表人物有管仲、子产、李悝、吴起、商鞅、慎到、申不害等,而其集大成者,则是韩非。但是,这些人物生前,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。将先秦思想家中提倡“以法治国”的人物统称为“法家学派”,是秦汉时期的事情了。司马迁在《史记·太史公自序》中,将法家列为“六家”之一,与阴阳、儒、墨、名、道德五家并列,并首次对法家的政治主张和理论学说的本质作了评述。接着,刘歆在《七略》、班固在《汉书·艺文志》中分述诸

* 何勤华,华东政法大学校长、教授、博士生导师,法学博士。本文原载《华东政法大学学报》1999年第1期(总第2期),第17—23页。

子各家学派皆出于王官时,也谈到了“法家者流,盖出于理官”的问题。因此,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。^{〔1〕}

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。

法家认为,要实行法治,首先必须“以法为本”,必须制定出体现国家利益、人人必须遵守的行为规范,作为实行赏罚的依据、治理国家的标准。比如,商鞅指出:“法令者民之命也,为治之本也,所以备民也。”^{〔2〕}韩非也说:“法者,所以为国也。而轻之,则功不立,名不成;”^{〔3〕}“明法者强,慢法者弱。”^{〔4〕}由于法律是治理国家的根本,所以法家特别强调立法的问题,主张按照功利性、稳定性、适时应变、合乎人情、简明周详、厚赏重罚、重刑等原则来制订法律。所谓“当时而立法”^{〔5〕},“因人之情”^{〔6〕},“令顺民心”^{〔7〕},“法所以制事,事所以名功也”^{〔8〕}等,说得就是这个道理。

实行法治,不仅意味着制定法律,树立法律的权威,而且也要求在治理国家时严格依法办事,这是法家法治理论的核心内容。比如,前期法家邓析就曾明确主张“事断于法”。他说:“立法而行私,与法争,其乱也甚于无法。”^{〔9〕}商鞅说得更为明确:“明主之治天下也,缘法而治,按功而赏。”^{〔10〕}“故明主慎法制,言不中法者,不听也;行不中法者,不高也;事不中法者,不为也。言中法,则辩之;行中法,则高之;事中法,则为之。”^{〔11〕}法家认为,要厉行法治,还必须排除仁义、道德以及贤、智等因素。如申不害强调:“尧之治也,善明法察令而已。圣君任法而不任智,任数而不任

〔1〕胡适在《中国哲学史大纲》(卷上,第320—321页)中说:“古代本没有什么‘法家’。……中国法理学当西历前三世纪时,最为发达,故有许多人附会古代有名的政治家如管仲、商鞅、申不害之流,造出许多讲法治的书。后人没有历史眼光,遂把一切讲法治的书统称为‘法家’,其实是错的。但法家之名,沿用已久了,故现在也用此名。”这话是有一定道理的。

〔2〕《商君书·定分》。

〔3〕《韩非子·安危》。

〔4〕《韩非子·饰邪》。

〔5〕《商君书·更法》。

〔6〕《慎子·因循》。

〔7〕《管子·牧民》。

〔8〕《韩非子·八说》。

〔9〕《邓析子·转辞》。

〔10〕《商君书·君臣》。

〔11〕《商君书·君臣》。

说。黄帝之治天下，置法而不变，使民安乐其法也。”^{〔12〕}韩非进一步指出：“明其法禁，察其谋计。法明，则内无变乱之患；计得，则外无死虏之祸。故存国者，非仁义也。”^{〔13〕}“废常上贤则乱，舍法任智则危。故曰：上法而不上贤。”^{〔14〕}

那么，为什么必须严格依法办事，排除其他一切人治的因素？法家讲了内中的理由，即他们认为，法没有感情色彩，具有客观性、公正性。如慎到便主张去主观的私意，建立客观的标准：“措钩石，使禹察之，不能识也。悬于权衡，则厘发识矣。”^{〔15〕}虽然权衡钩石都是“无知之物”，但这种无知的客观标准，辨别轻重的能力，比有知的人还高出千百倍。因此，“有权衡者，不可欺以轻重；有尺寸者，不可差以长短；有法度者，不可巧以诈伪”。^{〔16〕}这里，慎到所说的“法”，不是先王的旧法，乃是“诛赏予夺”的标准法。而这种标准法，由于是客观的，如钩石权衡是“无知之物”，所以也是最正确、最公道、最可靠的。而人治的赏罚，无论如何精明公正，总不能使人无德无怨。对此，韩非说得更透彻：“释法术而任心治，尧不能正一国；去规矩而妄意度，奚仲不能成一轮；废尺寸而差短长，王尔不能半中。使中主守法术，拙匠守规矩尺寸，则万不失矣。”^{〔17〕}韩非进一步举例说，即使是像舜这样的贤人，去纠正社会弊病时，一年也只能纠正一个，三年也只能纠正三个。然而，严格法治，实行赏罚，就能使大家都不敢违法，从而避免过错。即使有了过错，如果用法律来办事，厉行“符合法度的就奖赏，不符合法度的就惩处”的命令，那么，命令在早晨传达到，过错到傍晚就能改正；命令在傍晚传达到，过错到第二天早晨就能改正；用十天时间全国的过错就可以全部纠正了，哪里要等一年呢？舜不是用这种道理去说服尧来使天下的人服从法令，却亲自去操劳，不是也太没有手段了吗？况且像舜这样的贤人并不多，其寿命也是有限的。更何况使自己吃苦然后再去感化民众的做法，是尧舜这样的贤人也是难以做到的；而运用法律和权势去纠正过错的方法，即使是平庸的君主也是容易做的。^{〔18〕}因此，法治是最可靠的，而儒家的人治，却不免有“人

〔12〕《艺文类聚》卷五十四、《太平御览》六三八引。

〔13〕《韩非子·八说》。

〔14〕《韩非子·忠孝》。

〔15〕《太平御览》八百三十。

〔16〕《太平御览》四百二十九。

〔17〕《韩非子·用人》，奚仲和王尔都是当时的能工巧匠。

〔18〕《韩非子·难一》。

存政举,人亡政息”之病。

法家认为,法治并不只是一种空泛的理论,而是一种实践的方策。因此,他们提出了实现法治的方法和途径。

第一,法律应当“布之于众”。法家认为,法律制订以后,既然要人们遵守,就必须以成文的形式予以公布,并力求做到家喻户晓。商鞅指出:“圣人为法,必使之明白易知,名正,愚知偏能知之;为置法官,置主法之吏,以为天下师,令万民无陷于险危。”^{〔19〕}韩非也强调:“法者,编著之图籍,设之于官府而布之于百姓者也。……故法莫如显。……是以明主言法,则境内卑贱莫不闻知也,不独满于堂。”^{〔20〕}

第二,刑无等级。法家认为,要使法治真正得以实行,必须强调法的大公无私,强调君臣上下一体遵行。所谓“法之不行,自上犯之”;^{〔21〕}所谓“君臣上下贵贱皆从法”;^{〔22〕}所谓“法不阿贵,绳不挠曲”,“刑过不避大臣,赏善不遗匹夫”;^{〔23〕}所谓“刑无等级”,“自卿相将军以至大夫庶人,有不从王令,犯国禁,乱上制者,罪死不赦”,等等,都表明了法家厉行法治的措施和决心。

第三,重刑。为了使法律有效地实施,法家还提出了重刑的主张。如商鞅指出:“重刑连其罪,则民不敢试。民不敢试,故无刑也。”^{〔24〕}韩非对此作了解释:“公孙鞅之法也重轻罪。重罪者,人之所难犯也;而小过者,人之所易去也。使人去其所易,无离其所难,此治之道。夫小过不生,大罪不至,是人无罪而乱不生也。”^{〔25〕}韩非还对重刑所具有的杀一儆百、维护社会秩序之一般预防作用作了详细说明:“夫重刑者,非为罪人也。明主之法,揆也。治贼,非治所揆也;治所揆也者,是治死人也。刑盗,非治所刑也;治所刑也者,是治胥靡也。故曰:重一奸之罪而止境内之邪,此所以为治。重罚者,盗贼也;而悼惧者,良民也。欲治者奚疑于重刑?”^{〔26〕}可见,在法家看来,重刑是达到法治的一个重要手段。重刑并不只是针对某一罪犯,

〔19〕《商君书·定分》。

〔20〕《韩非子·难三》。

〔21〕《史记·商君列传》。

〔22〕《管子·任法》。

〔23〕《韩非子·有度》。

〔24〕《商君书·赏刑》。

〔25〕《韩非子·内储说上·七术》。

〔26〕《韩非子·六反》。

而是要威慑全体民众,“重一奸之罪而止境内之邪”,“以刑去刑”,达到社会的大治。

第四,“壹法”、“一尊”。法家强调,要厉行法治,必须统一立法权,统一法律的内容,统一思想认识,并保持法的稳定性,即所谓“壹法”、“一尊”。如韩非就明确指出:“言无二贵,法不两适,故言行而不轨于法令者必禁。”^[27]“法莫如一而固”,否则“治大国而数变法,则民苦之”。^[28]《管子·法法》也强调:如果“号令已出又易之”,“刑法已错(制定)又移之”,“则庆赏虽重,民不劝也;杀戮虽繁,民不畏也”。

法家力主法治的目的,在于建立一个理想的“法治国”。《管子·法法》对这种“法治国”曾有过精彩的描述:“夫生法者,君也;守法者,臣也;法于法者,民也。君臣上下贵贱皆从法,此之谓大治。”韩非说得更为详细:“明主之国,无书简之文,以法为教;无先王之语,以吏为师;无私剑之捍,以斩首为勇。是境内之民,其言谈者必轨于法,动作者归之于功,为勇者尽之于军。是故无事则国富,有事则兵强,此之谓王资。既畜王资而承敌国之蹙——超五帝侔三王者,必此法也。”^[29]在这一“法治国”中,法律的地位确是无比高了,但其性质,与近代意义上的西方“法治国”的差异却何止十万八千里!关于此点,后面再予展开。

最后,法家还从人性论基础出发,阐述了实行法治的理由。他们认为,治理国家必须用法治,而不能通过其他手段和措施,这是由人类所具有的“好利恶害”的基本属性所决定的。《管子·禁藏》篇说:“夫凡人之性,见利莫能勿就,见害莫能勿避。其商人通贾,倍道兼行,夜以继日,千里而不远者,利在前也。渔人入海,海深万仞,就彼逆流,乘危万里,宿夜不出者,利在水也。故利之所在,虽千仞之山,无所不上;深渊之下,无所不入焉。”商鞅也说:“民之性,饥而求食,劳而求佚,苦则索乐,辱则求荣。”^[30]“人性好爵禄而恶刑罚。”^[31]从这种“人生有好恶,故民可治也”^[32]的人性论出发,法家认为要治理好国家,就必须实行以赏罚为后盾的“法治”。

[27]《韩非子·问辩》。

[28]《韩非子·解老》。

[29]《韩非子·五蠹》。

[30]《商君书·算地》。

[31]《商君书·错法》。

[32]《商君书·错法》。

法家关于法治的理论,在当时无疑是有进步意义的。

首先,法家提出“以法治国”,是要以公开、公正(当然这种公正也仅仅代表了当时新兴地主阶级的利益)、客观的成文法制度来反对奴隶主贵族擅断的、任意的“人治”方式。在中国古代,是法家最先认识并强调了法在治理国家中的重要作用。在法家所设计的“法治国”蓝图中,尽管有诸多局限,而且这些局限后来为历代统治阶级所利用、强化,变为压制民众、阻碍社会进步的因素,但毕竟也提出了“以法为本”、“明法者强,慢法者弱”、“当时而立法”、“令顺民心”、“法必须布之于众”、“缘法而治、论功行赏”、“法不阿贵”、“刑过不避大臣、赏善不遗匹夫”等一系列在当时进步的主张。

其次,法家在法治理论中,对法作出了具有一定科学成分的阐述。比如,他们认为,法律应该是公平的、正直的,因而可以作为衡量人们行为的准则。“尺寸也、绳墨也、规矩也、衡石也、斗斛也、角量也,谓之法。”^[33]又如,他们认为,“法”和“刑”应该结合起来,以“法”作为定罪量刑的根据,以刑以及与之相对的赏作为保证“行法”的手段,从而达到法治的目的:“明刑之犹至于无刑也。”^[34]再如,他们初步意识到了法律的主要功能在于保护私有制、镇压敌对阶级的反抗,维护正常的社会秩序等方面。《管子·七臣七主》指出:“法者,所以兴功惧暴也;律者,所以定分止争也;令者,所以令人知事也。法律政令者,吏民规矩绳墨也。”这些思想,尽管强调的是臣民的义务方面,但已经明确地把法律的作用区分为规范作用和社会作用两个方面,对于我们正确认识法律的价值和功能具有深刻的启发意义。^[35]最后,他们已经认识到了法律的基础是社会,它是随着社会的发展而发展、社会的变化而变化的。“法与时转则治,治与世宜则有功。……时移而治不易者乱。”^[36]这实际上已接触到了法的进化规律方面,这比当时强调固守成法、反对变革的奴隶主贵族显然

[33]《管子·七法》。

[34]《商君书·赏刑》。

[35] 莫纪宏:《法家法律思想得失谈》,载1988年9月23日《法制日报》。

[36]《韩非子·心度》。

要高出一筹。

再次，法家在强调法治时，已提出了法治的法必须是顺应时势、顺应自然的法：“安国之法，若饥而食、寒而衣，不令而自然也”；^{〔37〕}必须是合乎民心、适合于民众的法：“明主之道忠法，其法忠心”^{〔38〕}（尽管这种法源于君主，在本质上是为君主服务的）。

第四，在法家的法治理论中，“刑无等级”，“君臣上下贵贱皆从法”等内容，占有重要的位置。这一思想，尽管在后来的法律实践中很难真正实施，因为中国古代封建社会是君主专制的社会，是等级特权的社会。但在春秋战国时期，法家的这一理论对奴隶主贵族的“刑不上大夫”等旧体制无疑是一个强大的冲击。

第五，法家的法治理论，始终和当时各个诸侯国变法的实践结合在一起。法家的各位代表人物，不仅创设和鼓吹法治的理论，而且还亲自予以实践。因此，他们的理论具有丰富的实践性及应用价值，这一点在法哲学史上是必须充分肯定的。比如，商鞅在变法过程中就取消了除君主之嫡系外一切贵族的世袭特权，以及贵族不受刑律制裁的特权，从而减轻了劳动人民的经济负担，减少了对平民百姓的杀戮和虐待。而这对当时秦国实力的增强具有重要意义；吴起相楚期间，坚持明法审令，裁减冗员和无能的官吏，使旧贵族至边境垦种，收其禄，以抚养训练军队，从而使楚国的国势日渐强盛。而韩非本人虽然没有任相执政的机会，但他的法治思想直接影响了秦始皇，从而在统一中国的宏伟事业中发挥了巨大的物质力量。而中国的统一、秦王朝的建立，在当时都是具有进步意义的事情。

所以，法家关于法治理论的历史进步性是必须肯定的。那种将法家的法治理论说得一无是处，并予以彻底否定的观点，是不符合历史事实的。^{〔39〕}

三

从形式上看，法家的法治理论与古代西方的法治学说具有许多相似之处，比如

〔37〕《韩非子·安危》。

〔38〕《韩非子·安危》。

〔39〕郭沫若在《十批判书》（东方出版社1996年重版）中对韩非的思想作了入木三分的深刻剖析，令人信服。但他在“后记”中说韩非的理论是“法西斯式的理论”的观点，则带有明显的政治色彩，是可以商榷的。