



DUSHI WENHUA YU FAZHI WENMING

都市文化与 法治文明

上海师范大学2015年上海市研究生学术论坛论文集

俞 钢 蒋传光 主编



上海三联书店



DUSHI WENHUA YU FAZHI WENMING

都市文化与

法治文明

上海师范大学2015年上海市研究生学术论坛论文集

俞 钢 蒋传光 主编



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

都市文化与法治文明/俞钢,蒋传光主编. —上海:
上海三联书店, 2016. 4
ISBN 978-7-5246-5500-4

I. ①都… II. ①俞…②蒋… III. ①城市文化—文集
IV. ①C912.81-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 033679 号

都市文化与法治文明

主 编 / 俞 钢 蒋传光

责任编辑 / 殷亚平 郑秀艳

装帧设计 / 周剑峰

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 / 021-22895559

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2016 年 4 月第 1 版

印 次 / 2016 年 4 月第 1 次印刷

开 本 / 890×1240 1/32

字 数 / 300 千字

印 张 / 10.25

书 号 / ISBN 978-7-5246-5500-4/C·544

定 价 / 45.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66510725

本书编委会

主 编：俞 钢 蒋传光

副主编：马英娟 杨龙波



出席论坛的领导、专家、学者与研究生同学们合影留念。



上海市学位办主任束金龙，上海师范大学校长朱自强等领导出席论坛开幕式。



分论坛上,研究生同学们分别就各自的论文阐明自己的见解和观点,与会专家进行了精彩点评。



闭幕式上,上海师范大学副校长、研究生院院长柯勤飞为我校荣获 2014 年度上海市研究生优秀学位论文的指导教师代表和研究生代表颁奖。

目 录

良法与善治:《商君书》的法治思想及当代价值	陈 晨	(1)
杜月笙与上海统一委员会	陈晶晶 贾庆超	(11)
从社会解体理论看英国《1948 年国籍法》	崔卓缘	(23)
市场需求视角下的文化市场监管体系构成与法治化策略研究	董 坤 陶 京 郭英之 苏 勇	(35)
“法治中国”的时代价值与理论价值	胡 成	(53)
法治:作为标准与目的性价值	雷槟硕	(68)
河南省开封市回族民族习惯的流失状况调查研究 ...	李道俊	(83)
婚姻缔结前后的财产关系简论	李梁勇	(120)
试论参政党党内监督的定位、模式、制约因素与对策	刘诗阳	(136)
从礼法渊源看唐律的“一准乎礼”	聂佳旭	(144)
议事会制度中议事会成员的角色研究 ——成都三圣乡红砂社区为例	尚凡力	(153)
体国经野:中国都市法文明的前世与今生 ——从法制文明迈向法治文明	宋伟哲	(185)
论唐朝“共同犯罪”治理机制中的法律文化及其借鉴	王 潜 冯 雨	(203)
关于修复官员问责制度的思考	王志强	(218)
环境健康风险的认知 ——基于湖南省 Z 地区的个案研究	肖丽云	(227)
公元 1008 年的天书封禅运动 ——基于委托—代理理论的分析	薛 陈	(240)

2 都市文化与法治文明

打车软件下新型客运合同与拒载问题的分析	叶 欢	(251)
网络反腐与制度反腐的对接机制研究	尹军力	(262)
失效的拯救,回归的身体 ——试论穆时英笔下的都市小说	张 俊	(296)
发展社区基金会的路径探索	张雅伟	(305)
后记		(319)

良法与善治:《商君书》的法治思想及当代价值

陈 晨

(上海师范大学 马克思主义学院)

摘 要:《商君书》作为商鞅学派的法学论著,蕴含着丰富的法治思想。从良法和善治的现代视角,重新审视《商君书》的法治思想,并在此基础上探究如何使其思想精华与当代社会相结合,达到良法和善治的有机统一,对实现依法治国的总目标具有重要的指导意义。

关键词:《商君书》 良法 善治 依法治国

“法律是治国之重器,良法是善治之前提”,依法治国的核心在于良法的建立和善治的实现。《商君书》作为商鞅学派法学论著的一部总集,蕴含着极其丰富的法治思想。习近平总书记曾指出,对待传统文化“不忘本来才能开辟未来,善于继承才能更好创新”。^①从良法和善治两个方面重新审视《商君书》的法治思想,对落实党的十八届四中全会精神,全面推进依法治国有重要的借鉴和指导意义。

法律是国家治理的利器,依法治国必须首先做到有法可依。然而,从质上来看,法有良法和恶法之分。时代不同,关于良法的评判标准亦不同。党的十八届四中全会指出,法律“要恪守以民为本、立法为民的理念,贯彻社会主义核心价值观”,要“符合宪法精神、反映

^① 《习近平总书记系列重要讲话读本》,学习出版社、人民出版社 2014 年版,第 100 页。

人民意志、得到人民拥护”。《商君书》作为传统社会法治思想的产物,代表占少数的统治阶级的意愿,但其中的某些思想对充实今天良法的内涵具有积极的意义。具体而言,《商君书》中关于良法的思想有以下几个方面。

(一) 良法的根本目的在于强国利民

变法之前,秦国民贫国弱,一度被其他诸国“以夷狄视之”。商鞅认为:“国之所以兴者,农战也”。^① 在传统社会,农业和军事是强国、富国的根本。然而,“夫农,民之所苦;而战,民之所危也”。^② 从趋利避害的本性出发,豪杰之士往往通过学习《诗》、《书》,依傍权势,以获取官职和爵位;普通民众则从事手工业和商业,来逃避农战。农战的荒废,即是造成秦国积贫积弱的根源。于是,商鞅首先将名和利的获得与农战相结合,提出“利出于地,则民尽力;名出于战,则民致死”。^③ 商鞅还提出“圣人之治也,多禁以止能,任力以穷诈”。^④ 就是通过制定法令限制民众农战以外的才能,把民力消耗在农战上以杜绝欺诈的行为,由此民众便可以专心耕战。所以,商鞅在秦国推行变法改革多是围绕农战为主题,如其推行的第一道法令《垦草令》,就是通过法律对社会生活各个方面加以限制,促使百姓去从事农业生产。

推行法律不仅是为了使国家富强,也是为了爱护百姓。商鞅明确指出:“法者,所以爱民也”。^⑤ 事实上,推崇农战以强国,本来就包含了立法为民的目的。一方面,在当时的社会环境中,国家强大是百姓安居的重要保障;另一方面,“显荣佚乐者,民之所务也”,通过法律将农战定为分封爵禄的标准,并赏罚分明,这就为普通民众追求显荣逸乐提供了有效途径。^⑥

由此可见,商鞅学派在立法的目的上是有明确指向的。立法首

① 石磊译注:《商君书》,中华书局2011年版,第24页。

② 同上,第60页。

③ 同上,第61页。

④ 同上,第64页。

⑤ 同上,第3页。

⑥ 同上,第65页。

先要看清时弊所在,然后通过法律的疏导和强制作用,革除时弊。“不观时俗,不察国本,则其法立而民乱,事剧而功寡”。^① 良法,其根本目的必然在于强国利民。

(二) 良法的基本原则在于因时而变

商鞅在同守旧派进行论战的过程中,通过“三代不同礼而王,五霸不同法而霸”的历史事实,有力反驳了因袭守旧的迂腐之论,提出“礼、法以时而定,制、令各顺其宜,兵甲器备各便其用”。^② 这就非常明确的说明,礼法都要根据实际情况来定,法令又要顺应当时的社会事宜。所谓变法,就是要变革不合乎实际情况古法旧制。此说在为变法提供理论基础的同时,还揭示了一个重要的原则,没有任何一部法律可以万古不易,与现实社会环境不相符仍然继续沿用的法是恶法,良法必然要因时而变。

如果继续考察商鞅学派变法主张的理论根源,不难发现,它是建立在对社会历史发展一般规律有所认识的基础之上的。《商君书》中将人类社会的发展分成三个阶段,所谓“上世亲亲而爱私,中世上贤而说仁,下世贵贵而尊官”。^③ 正是因为不同阶段的具体情况发生了变化,所以治理国家就不能效法古代,也就是“世事变而行道异也”。^④ 更为具体来看,“古之民朴以厚,今之民巧以伪”,民风的转变,使得治理国家的方法上也要从德治转化到法治,也就是“效于古者,先德而治;效于今者,前行而法”。^⑤ 同时商鞅学派还主张治理国家也不能拘泥于现有制度,因为“修今则塞于势”。^⑥ 所以圣人治理国家,一定是“观俗立法”,即根据具体国情来制定法律。^⑦ 此外,《商君书》中又指出:“法立而不革,则显”。^⑧ 此说看似与商鞅学派一贯主张的变法相

① 石磊译注:《商君书》,中华书局 2011 年版,第 64 页。

② 同上,第 5 页、第 6 页。

③ 同上,第 69 页。

④ 同上,第 69 页。

⑤ 同上,第 72 页。

⑥ 同上,第 71 页。

⑦ 同上,第 64 页。

⑧ 同上,第 98 页。

矛盾,其实是从贯彻法律的角度,阐明了法律变或不变的辩证法思想。因时而立的法律,自然不能再随意更改,要始终如一的贯彻。

一部法律的好坏,不在于它以前曾经给国家民众带来多大好处,关键在于它是否符合当下的具体情况。商鞅学派从理论到实践两重维度,都坚持法律要不断随着具体情况的变化而变化。良法,其基本原则必然在于因时而变。

(三) 良法的基本要求在于规范明白

“圣人之立法化俗,而使民朝夕从事于农也,不可不知也”。^① 商鞅学派推行法治,在于迫使百姓从事农战,从而使民富国强。显然,法律主要的对象是百姓。懂法是守法的前提条件,要想让百姓遵守法律,必然先使百姓明白法律。所以,法律就一定要有明确的规范,这就为法律的制定提出了基本的要求。这个基本要求达到了,民众就能清楚惩罚的条例,并盘算辨明法令的赏罚,从而约束自己的行为。此所谓“民变诛,计变诛止”。^② 反之,法律名目错乱,百姓就会无所适从,从而于国家社会不利。此所谓“刑烦而罚行者,国多舛”。^③

法律要有明确规范的基本要求,还体现在商鞅学派对贵法不贵义的论述中。《商君书》以良马能日行千里,是因为它具备可以奔跑千里的本领等例子,说明了有仁慈、道义的人,之所以如此,也是自身固有的品质,只可以用来对别人,而不能使别人也具备仁慈和道义。这种议论虽有轻视教化之嫌,弱化了“义”的作用,但却没有否定“义”,而是将其融化到了法治之中。义乃“有法之常也”,故“圣王者,不贵义而贵法”,但前提是,必须要做到“法必明,令必行”,如此“则已矣”。^④

法律作为引导民众行为的准则,是否规范明白,直接影响法律的实施效果。一部名目繁多,前后相左的法律,必然会导致实施过程的混乱,有法也会形同无法。良法,其基本要求必然在于规范明确。

① 石磊译注:《商君书》,中华书局2011年版,第76页。

② 同上,第98页。

③ 同上,第65页。

④ 同上,第138页。

二

良法已立,如果没有付诸实施,依法治国只是空有一副躯壳;如果没有有效地实施,甚至其尊严遭受了践踏,所造成的后果可能会更甚于前。因此,依法治国必然要从“立良法”向“求善治”深入。商鞅在秦国推行变法之后,秦国“道不拾遗,山无盗贼,家给人足……乡邑大治”^①,可谓达到了善治的最佳状态。虽然当代追求依法治国的目标远不局限于此,但《商君书》中关于善治的表述仍然可以为新时期“求善治”提供一定程度的借鉴。《商君书》关于善治的思想,可以归纳为以下几个方面。

(一) 善治首先在于整肃吏治

“君子不设其令,则罚舛”。^② 法律一旦制定,就要由官员去执行,否则刑罚就会混乱。因此,选择什么样的官员作为执法主体是实现善治的前提条件。秦国在推行变法之前,任用官吏并没有统一的法规,于是那些善于空谈和诡辩的人、依傍外国权势的人就会轻易获取爵禄。这样的人一旦获得官职,往往“进则曲主,退则虑私”,使得“国乱而不壹,辩说之人而无法也”。^③ 这导致的一个更严重的后果就是,百姓多去从事别的事,土地荒芜。“善为国者,官法明,故不任知虑”。^④ 商鞅学派主张既要依照法律来选拔官吏,又不任用头脑太灵活的人。这一方面可以杜绝那些投机取巧获取官爵的行为,另一方面可以使官吏专心务事,国家政治清明。“法可在贤,则法在下,不肖不敢为非,是谓重治”。^⑤ 商鞅学派所推崇的依法选拔官吏,事实上也是一种对贤能政治的寄托。尽管商鞅推行变法本质上仍旧无法摆脱人治的藩篱,但作为推行法治的主体,官吏具有较好的品行和较高的

① 《史记》第7册,中华书局2013年版,第2231页。

② 石磊译注:《商君书》,中华书局2011年版,第65页。

③ 同上,第26页。

④ 同上,第28页。

⑤ 同上,第135页。

素质,对于实现善治具有莫大的益处。

执法主体选定之后,还要用法律来制约执法主体的行为。商鞅学派认为要想有效避免官员中出现心术不正之人,首先要做到各县法令的一致。“百县之治一形,则徙迁者不饰,代者不敢更其制,过而废者不能匿其举”。^① 升迁和离任的官员无法粉饰自己的政绩,接任的官员就不能私自更改原有的政策,犯罪被罢免的官员就无法隐瞒自己的错误,如此则“官无邪人”。^② 接着,商鞅学派又通过一连串的因果推导,论述了“官无邪人”,则百姓负担就会减轻,闲暇时间就会增多,最终结果仍然是有利农战,这也从另一个方面证明了,善治首先在于整肃吏治。

(二) 善治关键在于执法必严

“胜法之务莫急于去奸,去奸之本莫深于严刑”。^③ “去奸”的根本在于“严刑”,这就说明了执法必严是实现善治的关键问题。具体而言,商鞅学派关于执法必严的法治思想体现在两个层面。首先是对待法律实施的态度,即“有法不胜其乱,与无法同”。^④ 商鞅学派仍然以古今之民不同为出发点,论述了在当时的社会背景下,严格执法的重要性。古代人们群居,秩序混乱,因此通过选拔首领并自觉服从首领来治理社会是一种内在的需要。这种由内在需要而产生的归附,不需要有法律来发挥强制作用。现在虽然有君主,但如果没有法律,“其害与无主同”。^⑤ 再加之现在的民众又喜欢摆脱君主法律的束缚,由此保证法律强制力的实现显得尤为重要。法律实施不严格,就无法制止混乱,再好的法律也会变成一纸空文。

其次,在法律实施的程度上,商鞅学派主张“重刑少赏”,并将其视为君主爱护百姓的体现。商鞅学派认为“守壹者治”,就是让民众

① 石磊译注:《商君书》,中华书局2011年版,第20页。

② 同上书。

③ 同上,第75页。

④ 同上书。

⑤ 同上书。

专一从事农耕和作战,那么国家就会得到善治。^①与“守壹”相对,商鞅学派又提出国家“有六虱”,即儒家的仁义思想。“法已定矣,而好用六虱者亡”。^②这就是说,法律虽然制定了,但是经常乱用六种虱害,国家仍然会灭亡。为解决这一问题,商鞅学派主张用重度的刑罚,来申明重要的法度,并“重其轻者”,以达到“轻者不至,重者不来”。^③总之,商鞅学派一方面以“少赏”来限制民众获得赏赐的途径,从而鼓励百姓拼力从事农耕和作战;另一方面再用“重刑”威慑民众,迫使他们不去做对国家不利的事。这样,当“重刑少赏”的价值追求与国家的根本问题相一致时,也就不难理解执法必严中“必”的含义了。

(三) 善治根本在于司法公正

古时三王靠仁义得天下,五霸靠法度控制诸侯,是因为他们“非私天下之利”、“为天下治天下”。^④而当时大多数君臣只知道“擅一国之利而管一官之重,以便其利”,所以国家就陷入危机了。^⑤商鞅学派通过古今的对比,论证了“公私之交,存亡之本也”。^⑥公私是否分明,作为“存亡”的“根本”,也就说明了司法公正是善治的根本问题。于是,商鞅学派主张:“立法明分,不以私害法”。^⑦其具体要求是,奖赏不遗漏关系疏远的人,刑罚不回避关系亲近的人。

商鞅学派所提倡的司法公正,是一种处于对国家信用的考虑。信用与法律和权力一道,被其视为是影响国家安定的因素。若想更好地了解商鞅学派这一法治思想,仍然要回到国家根本问题中去讨论。商鞅学派认为,只有统一奖赏、统一刑罚,法律才可以约束到所有的人,法律的威信就不会被削弱。统一奖赏,就是利禄官爵都出自战功。这样无论“知愚、贵贱、勇怯、贤不肖”,都能“皆尽其胸臆之知,

① 石磊译注:《商君书》,中华书局2011年版,第100页。

② 同上书。

③ 同上,第103页。

④ 同上,第108页。

⑤ 同上书。

⑥ 同上书。

⑦ 同上,第105页。

竭其股肱之力，出死而为上用也”。^①民众在作战中全力以赴，军队就可以无敌于天下。统一刑罚，就是“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”。^②用重罚普及朝廷内外，让民众感受到：“亲昆弟有过不违，而况疏远乎！”^③并且，刑罚不因犯罪者之前的功劳和善行而减轻。这样，所有人就会遵守法律，社会秩序就会井然。虽然商鞅学派所提倡的“刑无等级”，还有一定的局限性，即法律为君主治理天下服务，君主可以超脱法律，但仍然是对春秋时期“刑不上大夫”的有力反驳。

三

《商君书》作为传统社会的一部法学著作，笔者用当代的视角，对其进行归纳，只是期望其作为传统文化能够服务现实社会。但真正做到创新利用这一传统文化，还需要用时代的思维，对其进行理性的升华。于是，在阐述《商君书》中关于“良法”、“善治”的法治思想的基础上，进一步总结其蕴含的当代价值，仍有重要的指导意义。

第一，良法要具体体现法治的价值目标。无论是传统社会还是当代社会，良法所体现的根本价值目标并未有本质的差别。民富国强从古至今都是所有国家所期望达到的理想状态。但《商君书》处于诸侯纷争、弱肉强食的时代，其良法所体现的具体的价值目标势必与当今相异。商鞅学派认清了制约国家走向富强的根本问题，即农业和军事。所以劝导、强制民众积极从事农耕和作战，就成了那个时代具体的价值目标。也就意味着，商鞅学派所倡导的法治，具体目标指向就是农战。《商君书》所倡导的良法，首先在具体内容上，或与农战直接相关，或与影响农战的因素相关，这是对法治具体价值目标最直接的体现；其次在变化发展上，新法的制定就是为了强有力的反对旧有制度、习俗等，而这些又都是阻碍农战的，所以法律的革新仍然是

① 石磊译注：《商君书》，中华书局 2011 年版，第 121 页。

② 同上，第 124 页。

③ 同上书。

为了服务法治的具体价值目标；最后在表现形式上，法律要规范明白，前后一致，这既是为了把农战维持成为一个恒定的目标，又是为了让民众懂法而守法，从而去实践法治的具体价值目标。

党的十八届四中全会指出：“全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”。当代的良法在具体内容上就是要体现这一法治的具体目标。包括法律体系改革在内的全面深化改革目的是为了适应新情况和解决新问题，但根本价值目标仍然保持不变。在法律的普及过程中，要充分利用新科技、新媒体，将法律条文规范化、简单化呈现给民众，从而规范自己的行为，为实现依法治国的总目标做贡献。

第二，善治要紧紧围绕法治的价值目标。这里所说的善治，并非其本身所代表的状态，而是指达到这种状态所采取的途径。既然属于过程论的范畴，那就关乎着法律实施层面的问题。如前所述，《商君书》对法律实施的表述，首先在前提问题上，无论是官员的选拔，还是对官员行为的引导和约束，都与法治所倡导的价值目标相一致；其次在关键问题上，提倡重罚轻赏，目的也在于强制百姓专心农战；最后在根本问题上，倡导公平执法，仍然是为了维护法治具体价值目标的实现。

法治所追求的具体价值目标不同，并不代表追求目标的途径没有相通之处。虽然当今社会，司法系统从行政系统中分化出来，官员并非都是执法主体，但官员作为代表民众实行权力者，既要依法产生，又要依法行政。法治国家、法治政府与法治社会是三位一体的，任何一个环节存在问题，都会影响整体目标的实现。而官员队伍依法产生、依法行政，是实现法治政府的根本要求。将“权力关进笼子里”，健全对官员行为的法律监督体系，同样也是建设法治国家的应有之义。法律的严格执行，是法律强制力得以实现的重要保证。作为奉行“乱世出重典”的传统社会，商鞅学派所提倡的“刑九赏一”、“以刑去刑”等，对于当今社会所推崇的“以人为本”而言，确实过于严苛。在法律实施的程度上，需要辩证看待。但法律一旦确立，就要严格执行的态度，无疑需要有效地继承和发扬。此外，法律是否能公正的实施，既关乎法律的尊严，同样也关乎法律实施的效果。君王退出历史舞台，民主社会的建立，使得法律面前人人平等所涵盖的范围达