

吴汉东 主编

南湖法学论衡

——中南财经政法大学六十周年校庆法学论文集萃

中南胜地，首义都市，南湖之畔，聚天下英才，著人生华章。回首花甲，渚才之俊，等身之作，呕心沥血，精挑细选，终成此文集。嘱余作序，欣然为之。是集也，凡三十五篇，皆珠玑之作。皓首穷经，苦索法学真谛者有之，忧国忧民，探求法治前途者有之，扎根一线，为取实践真知者有之，超然洒脱，敢为天下先者有之，根深叶茂，堪为继往开来者有之。百花斗艳方为春，百家争鸣始称盛。是集也，集法治之大成，展大师之风范，见学者之高洁，乃法学之奇葩也。

北京大学出版社



南湖法学论衡

吴汉东 主编

中南财经政法大学六十周年校庆法学论文集萃

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

南湖法学论衡:中南财经政法大学六十周年校庆法学论文集萃/吴汉东主编. —北京:北京大学出版社,2008.9

ISBN 978-7-301-14206-6

I. 南… II. 吴… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 134734 号

书 名:南湖法学论衡——中南财经政法大学六十周年校庆法学论文集萃

著作责任者:吴汉东 主编

责任编辑:薛颖 周菲

标准书号:ISBN 978-7-301-14206-6/D·2120

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印刷者:涿州市星河印刷有限公司

经 销 者:新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 32.75 印张 605 千字

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

定 价:58.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

编辑委员会

主 任 吴汉东

委 员 (以姓氏拼音为序)

曹新明	陈景良	陈小君	程汉大	范忠信
方世荣	雷兴虎	刘大洪	刘茂林	刘仁山
刘 笋	罗洪洋	吕忠梅	麻昌华	齐文远
覃有土	石佑启	王广辉	夏 勇	姚 莉
张斌峰	张德森			

序

中南胜地，首义都市，南湖之畔，聚天下英才，著人生华章。回首花甲，诸才之俊，等身之作，呕心沥血，精挑细选，终成此文集。嘱余作序，欣然为之。

是集也，凡三十五篇，皆珠玑之作。皓首穷经，苦索法学真谛者有之；忧国忧民，探求法治前途者有之；扎根一线，力取实践真知者有之；超然洒脱，敢为天下先者有之；根深叶茂，堪为继往开来者有之。百花斗艳方为春，百家争鸣始称盛。是集也，集法治之大成，展大师之风范，见学者之高洁，乃法学之奇葩也。

自古文章雄天下者，多桀骜不驯。然值此母校甲子华诞，云集相应。看滔滔南湖，从来后浪推前浪；数济济英才，总是先生启后生。甲子之聚，虽多崎岖坎坷，然适逢法治盛事，旧貌换新颜。慨然追忆峥嵘岁月，前辈诸公立马中原，创业维艰，亦曾时运不济，命途多舛。叹母校起于先烈，成于诸公。当年蛮荒之地，泥墙草茅，瓦屋竹楼；今朝高堂华舍，群贤毕至，少长咸集。政法精英，博容纳度，孜孜求精，唯实认真，不懈不倦，中原大学之遗风，中南学人之精魂！

生逢盛事，我辈幸甚。雨夜独坐，颇多感慨，是为序。



2008 年 8 月

目 录

法理学、法律史学

- 商鞅法治理论及其现代借鉴 萧伯符 (3)
- 日据时期台湾法制的殖民属性及其特征 范忠信 (17)
- 诉讼证明标准的科学重构 张继成 (34)
- 宋代司法传统的现代解读 陈景良 (49)
- 法家治国方略与秦朝速亡关系的再考察 屈永华 (71)

宪法学与行政法学

- 论我国《国家赔偿法》的归责原则 刘嗣元 (87)
- 宪法解释与宪法理解 王广辉 (95)
- 宪法究竟是什么 刘茂林 (103)
- 论行政法与公共行政关系的演进 石佑启 (107)
- 论行政行为作为民事诉讼先决问题之解决
——从行政行为效力差异的分析角度 方世荣 羊 琴 (120)
- 紧急权力的自由模式之演进 戚建刚 (135)

刑法学

- 犯罪本质特征新论 夏 勇 (149)
- 社会危害性与刑事违法性关系新论 齐文远 周 详 (167)
- 正犯的基本问题 童德华 (178)
- 实质的刑法解释论之确立与展开 苏彩霞 (190)

诉讼法学

- 美国“法院之友”制度研究 张泽涛 (209)
- 法制现代化进程中的审判组织重构 姚 莉 (228)
- 统一的诉讼举证责任 李汉昌 刘田玉 (247)
- 造法性民事诉讼司法解释研究 洪 浩 (261)

民商法学

- 论农地承包经营权立法目标模式的建构 曹诗权 朱广新 (277)
- 财产的非物质化革命与革命的非物质财产法 吴汉东 (286)

合同概念的历史变迁及其解释	徐涤宇 (301)
高危险民事责任与民法典关系研究	赵家仪 金海统 (313)
我国民法典:序编还是总则	陈小君 (327)
个人主义方法论与私法	易 军 (340)
商标法基本范畴的符号学分析	彭学龙 (368)
信息技术发展与广播组织权利保护制度的重塑	胡开忠 (383)

经济法学、环境资源法学

再论公民环境权	吕忠梅 (403)
劳动争议处理几个疑难问题研究	徐智华 (416)
论市场规制法的价值	刘大洪 廖建求 (425)
矫正贫富分化的社会法理念及其表现	雷兴虎 刘水林 (440)

国际法学

加拿大国际私法的晚近发展及其对我国的启示	刘仁山 (459)
WTO 框架下的多边投资协议问题述评	刘 笋 (474)
欧盟和 WTO 处理贸易与环境案件法律之比较	何 易 (487)
论联合国经济制裁之功能	简基松 (497)

附录

中南财经政法大学法学院教师 2000—2007 年在《中国社会科学》、 《法学研究》、《中国法学》上发表的论文一览表	(511)
---	-------

后记	(514)
----------	-------

Contents

Jurisprudence & Legal History

Shang Yang's Thoughts on the Rule-of-Law Theory and Its Significance in Modern Time	Xiao Bo-fu (3)
The Colonial Characteristics of Taiwan's Legal System during the Period of Japanese Occupation	Fan Zhong-xin (17)
Reconstruction of Standard of Evidence	Zhang Ji-Cheng (34)
Modern Interpretation on the Judicial Tradition in Song Dynasty	Chen Jing-liang (49)
Observation on the Relationship between the "Fa" School's Strategies for Ruling a Country and the Rapid Fallen of Qing Dynasty	Qu Yong-hua (71)

Constitutional Law and Administration Law

A Research on the Liability Doctrine of <i>the State Compensation Law of PRC</i>	Liu Si-yuan (87)
Constitution Interpretation and Constitution Understanding	Wang Guang-hui (95)
What is the Constitution after All?	Liu Mao-lin (103)
A Research on Evolution of the Relationships between Administrative Law and Public Administration	Shi You-qi (107)
A Research on the Administrative Action as a Prerequisite Issue of Civil Litigation	Fang Shi-rong & Yang Qin (120)
Development of the Freedom Model of the Emergency Power	Qi Jian-gang (135)

Criminal Law

A New Theory on Essential Characters of the Crime	Xia Yong (149)
New Perspectives on Relationship between Social Harm and Criminal Illegality	Qi Wen-yuan & Zhou Xiang (167)

On Basic Problems of the Principal Offender	Tong De-hua (178)
A Probe into the Substantial Interpretation Theory on Criminal Law	Su Cai-xia (190)

Procedure Law

Studies on the Amicus Curiae System in the USA	Zhang Ze-tao (209)
Reconstructing China's Trial Organization in the Process of Legal Modernization	Yao Li (228)
On the Unified Burden of Proof	Li Han-chang & Liu Tian-yu (247)
A Research on Judicial Interpretation with Respect to the Civil Procedure Law	Hong Hao (261)

Civil and Commerce Law

On Constructing the Legislative Target Model Regarding the Farmland Contract Right	Cao Shi-quan & Zhu Guang-xin (277)
The Immaterialized Revolution on Properties and the Revolutionary Legislation on Incorporeal Properties	Wu Han-dong (286)
Historical Changes and Explanation on the Concept of Contract	Xu Di-yu (301)
A Research on the Relationship between the High-Risk Civil Liability and the Civil Code	Zhao Jia-yi & Jin Hai-tong (313)
Our Civil Law Code: Preamble Part or General Principles	Chen Xiao-jun (327)
Individualism Methodology and the Private Law	Yi Jun (340)
Semiotic Analysis on Essential Categories in the Trademark Law of PRC	Peng Xue-long (368)
The Information Technology Development and Reconstruction of the Protection System of Broadcast Organization Rights	Hu Kai-zhong (383)

Economic Law & Environmental and Resources Law

Reconsideration on Environmental Right for Citizens	Lǔ Zhong-mei (403)
A Research on Several Issues Regarding the Labor Dispute Resolution Mechanism	Xu Zhi-hua (416)
The Value of Market Regulation Act	Liu Da-hong & Liao Jian-qiu (425)
Ideology and Manifestation of the Social Law Aiming to Rectify the Gap between the Rich and the Poor	Lei Xin-hu & Liu Shui-lin (440)

International Law

- Reflection on the Latest Development of Canadian International Private
Law and Its Significance to China Liu Ren-shan (459)
- Comments on the Issue of Multilateral Investment Agreement under WTO
Framework Liu Sun (474)
- A Comparative Study on the Law between EU and WTO in Relation to Trade
and Environment Cases He Yi (487)
- On the Function of the UN Economic Sanctions Jian Ji-song (497)

Appendix

- List of papers which are published in *Social Sciences in China*,
Chinese Journal of Law and China Legal Science by law professors of
Zhongnan University of Economics and Law from 2000 to 2007. (511)

- Postscript** (514)

法理学、法律史学

商鞅法治理论及其现代借鉴^{*}

萧伯符

内容摘要:本文从法治的功用、法治的人性论基础、法治的纲要、法治的目的四个方面,对商鞅的法治理论进行了探讨;进而指出,应从依法促进和保障我国加快发展、不断提高综合国力和国际竞争力,进一步健全社会主义法制等方面借鉴商鞅法治理论的合理成分。

关键词:商鞅 法治 理论 借鉴

作者简介:萧伯符,男,中南财经政法大学法学院教授、法史专业博士生导师,兼任湖北警官学院党委书记,任中国法律史学会理事、湖北省法学会副会长、武汉市法学会副会长,曾获全国高校文科学报研究会“优秀学报工作者”荣誉称号。

商鞅是先秦法家中变法最有成效的政治家,同时又是一位思想家、法学家。他的法治理论及其指导下的变法实践曾促使秦国由弱变强,并为秦始皇统一中国奠定了基础,而其理论上的缺失也为秦由“王”而亡埋下了伏笔。商鞅的法治理论虽随秦亡走向沉寂,但并未销声匿迹,而是为汉以后历代封建统治者以“阴法”的形式承继下来且揉入封建正统法律思想中,支撑中华帝制达两千余年。其中,仍有一些合理的成分可资我们借鉴。

一、商鞅法治理论若干问题探究

在先秦法家中,商鞅以重法著称,自成一派。在中国历史上,他第一次多方面阐述了法的基本理论,形成了较系统的法治学说,是法家思想体系的主要建设者之一。本文只从四个方面探讨商鞅法治理论的问题。

(一) 法治的功用:增强实力,富国强兵

商鞅是一个具有务实精神的法治理论家和政治家。他不尚空谈,讲求实际,因而其理论亦就非常注重实用。他所处的时代是一个“强国事兼并,弱国务力守”^{〔1〕}的实力竞争时代,而他所效忠的秦国又正好处于积贫积弱,“诸侯卑秦,丑莫大焉”^{〔2〕}的局面,在各国的实力竞争中处于劣势。正是在这种情势下,商鞅才能对秦

• 原文发表于《中国法学》2002年第2期。

〔1〕《商君书·开塞》。为免烦冗,下引该书皆只夹注篇名。

〔2〕《史记·秦本记》。

孝公说以“强国之术”^{〔1〕}而被孝公求贤招纳并委以重任,施展其政治抱负。

商鞅的“强国之术”,一言以蔽之,曰“力”。而他的所谓法治,则“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’(《开塞》)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”^{〔2〕},概言之,是一种排斥“德治”、“智治”而适合“力治”需要的治法。“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》)”^{〔3〕}。商鞅认为法治对秦国富国强兵有实际的功用:“刑生力,力生强”(《说民》),“多力,则国强”(《农战》),“强必王”(《去强》)。换言之,就是“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》),即由治而富,由富而强,由强而王。因此,他得出结论:“国之所以重,主之所以尊者,力也。”(《慎法》)“故凡明君之治也,任其力,不任其德,是以不忧不劳,而功可立也”(《错法》)。

商鞅所讲的“力”,不仅指兵力(军事实力),而且包括财力、物力(经济实力)和作为国家暴力之一的“刑”。在商鞅看来,兵力源自农民,经济实力源于农业,因此,一国之君要富国强兵,巩固统治,就必须重视农战。“故治国者欲民之农也。国不农,则与诸侯争权,不能自持也,则众力不足也”(《农战》)。必须以农战为本,壮大自己的经济实力和军事实力:“国之所以兴者,农战也”;“国待农战而安,主待农战而尊。”(《农战》)因此,“圣人之为国也,入令民以属农,出令民以计战……入使民尽力,则草不荒;出使民致死,则胜敌。胜敌而草不荒,富强之功,可坐而致也。”(《算地》)

既然“力”源于农战,那么,集中民力使之专心致力于农战就是一个关键问题。商鞅说:“凡治国者,患民之散而不可抔也,是以圣人作壹一岁者,十岁强;作壹十岁者,百岁强;作壹百岁者,千岁强,千岁强者王……是以明君修正作壹,去无用,止浮学事淫之民,壹之农,然后国家可富,而民力可抔也。”简言之“国力抔者强,国好言谈者削。”(《农战》)因此,“善为国家者,其教民也,皆作壹……国去言则民朴……民见上利之从壹空(一孔)出也,则作壹。作壹,则民不偷营。民不偷营,则多力。多力,则国强。”(《农战》)欲使百姓“作壹”,国家必须力戒言谈之风,使名利只能出自“壹空”,即农战及告奸这个唯一途径。“为国者,边利尽归于兵,市利尽归于农。边利归于兵者强,市利归于农者富。”(《外内》)如此,则国富兵强可致也。

要做到“作壹”、“抔”民力、利出“壹空”,必须有法制的保障。因此,商鞅提出了“壹赏”、“壹刑”、“壹教”的主张,并认为这是君主实行法治的前提。他说:“圣人之为国也,壹赏、壹刑、壹教。壹赏则兵无敌,壹刑则令行,壹教则下听上。”(《赏刑》)

〔1〕《史记·商君列传》。

〔2〕徐进:《商鞅法治理论的缺失——再论法家思想与秦亡的关系》,载《法学研究》1997年第6期。

〔3〕同上。

“壹赏”，即统一奖赏的标准。赏的重点是军功，赏的对象是有功于农战和告奸的人。主张“利禄官爵转出于兵，无有异施也”（《赏刑》）。对“告奸者与斩敌首同赏”〔1〕。认为“官爵必以其力，则农不怠”。“国以功授官予爵，则治省言寡”，“其国必无敌”（《靳令》）。“授官、予爵、出禄不以功，是无当也。”（《靳令》）他也反对“释法任贤”，认为治国不能靠儒家所谓的“贤人”，而应依靠法。因为任贤会使衡量是非功过失去客观标准，易被坏人钻空子：“世之所谓贤者，言正也。所以为善正也，党也。听其言也，则以为能，问其党以为然，故贵之不待其有功，诛之不待其有罪也。”（《慎法》）故用这样的方法治国，“小治而小乱，大治而大乱”（《慎法》）。他还告诫君主须“知好言之不可以强兵辟土也”（《农战》）。不能让言谈游士、商贾、技艺之人得到利益，否则“言谈游士事君之可以尊身也，商贾之可以富家也，技艺之足以糊口也。民见此三者之便且利也，则必避农。避农，则民轻其居。轻其居，则必不为上守战也。”（《农战》）他还把“不作而食，不战而荣，无爵而尊，无禄而富，无官而长”（《画策》）的人称作“奸民”，主张“去奸”，以真正做到“有功者显荣，无功者虽富无所芬华”〔2〕，从而驱民农战。

“壹刑”，即统一刑罚标准并平等地适用刑罚。商鞅说：“所谓壹刑者，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。有功于前，有败于后，不为损刑。有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。守法守职之吏有不行王法者，罪死不赦，刑及三族。”（《赏刑》）可见，商鞅的“壹刑”，就是要实现在王法面前的刑罚平等。这段话集中地反映了他关于法的平等性的思想。

“壹教”，即用法令统一教育内容，统一思想认识，取缔和打击不利于农战及违背法令的思想言论。商鞅说：“所谓壹教者，博闻、辩慧、信廉、礼乐、修行、群党、任誉、清浊（请谒），不可以富贵，不可以评刑，不可以独立私议以陈其上。坚者被，锐者挫，虽曰圣知巧佞厚朴，则不能以非功罔上利，然富贵之门，要存战而已矣。彼能战者践富贵之门。强梗焉，有常刑而不赦。”（《赏刑》）他认为儒家的仁义道德对于治国、富国强兵毫无益处：“仁者能仁于仁，而不能使人仁；义者能爱于人，而不能使人爱。是以知仁义之不足以治天下也。”（《画策》）仁义、忠孝等都是推行法治后的平常现象，不应为“圣王”所“贵”。“圣王”应贵“法”，而法的作用是有限的：“刑生力，力生强，强生威，威生德。德生于刑”（《说民》）。因此，他把儒家倡导的礼、乐，《诗》、《书》，修善、孝悌，诚信、贞廉，仁、义，非兵、羞战叫做“六虱”（参《靳令》），主张“去虱”。特别是《诗》、《书》等直接影响到农战，故应坚决取缔：“农战之民千人，而有《诗》、《书》辩慧者一人焉，千人者皆怠于农战矣。”（《农战》）富贵的大门，只为有战功的人敞开，使百姓见到战争“如饿狼之见肉”（《画策》），“民闻战而相贺也，起居饮食所歌谣者，战也”（《赏刑》），纷纷参战立功。这样一来，就会形成“当

〔1〕《史记·商君列传》。

〔2〕同上。

壮者务于战,老弱者务于守,死者不悔,生者务劝”(《赏刑》)的有利于农战的社会舆论环境。可见,商鞅主张的是以法为教,用法令将人们的言行统一于致力农战、富国强兵上来。他并将此主张付诸实践,“教秦孝公……燔诗书而明法令”〔1〕。

由上述可见,商鞅的法治有着浓厚的功利色彩,即法治是增强实力、富国强兵的工具。这种功利主义的法治理论及其实践,在当时确曾起到了应有的效果。他基于国力之来源在于农战而提出的“作壹”、“转”民力、“利出壹空”的主张,是符合增强国力、富国强兵的实际需要的;他的“壹赏”、“壹刑”、“壹教”的主张,确实为用法令统一人们的言行于农战,鼓励、逼迫人们致力于农战起到了促进作用;尤其是其“刑无等级”的主张,较“刑不上大夫”的旧制具有重大的历史进步意义。这些都迅速地推动了秦国的富强,取得了“天子致伯”、“诸侯毕贺”〔2〕的光辉业绩,并为秦始皇统一中国奠定了基础。同时,我们也应该看到,商鞅的这种法治理论,也有其不可避免的缺失。

其一,商鞅的法治理论是以功利主义为基础的,所讲求的是“有用”,故其立法难免日趋脱离社会生活的源泉。我们知道,法律植根于社会生活,而社会生活又是丰富多彩的。当是时,农战固然是富国强兵的重要的力量来源,但社会生活并不止于农战。在社会已有了正常分工的前提下,他却为了满足富国强兵的功利追求,反而主张禁绝“商贾”、“技艺”;社会治理手段应该包括法律、道德等,他却信奉法律万能而主张禁绝儒家的道德教化;求知既是人的本质要求也是社会发展的需要,他却为着功利追求实行愚民政策,主张“燔诗书”、废“私议”等。这样就不得不使法律逐渐成为社会正常生活的对立物。同时,因为他只求法“有用”而不论法之“善恶”,所以,为当时及后世埋下了产生“恶法”的伏笔。事实上,商鞅的什伍连坐之法、“参夷之法”和秦始皇的“偶语诗书者弃市”〔3〕之法都是这种理论指导之下产生的恶法。

其二,商鞅法治理论之富国强兵的功利追求是以“制民”、“弱民”为前提的。商鞅虽然对人民的力量有了一定的认识,但是,这种认识是建立在“民”可为“君”“用”这个基础上的,而对“人民是不可战胜的”这一点则缺乏认识。因此,他把本该统一起来的民富、国强的关系对立起来,认为对君主来说,“有民者不可言弱”(《错法》),但有民不一定就强,只有让人民处于“辱”、“弱”、“贫”的地位,人民才会“贵爵”、“尊官”、“重赏”(参《弱民》),才能为取得国家所设定的农战之赏而“转”力于农战,从而国家才能富强。否则,如果民富民强就会“贱爵”、“卑官”、“轻赏”,就不会致力于农战,国家也就无从富强。因此,他主张要“弱民”(《弱民》)、“制民”(《画策》),即以法(刑)制民,榨取民力,为富国强兵服务。商鞅的这种主张,在理论上缺乏科学性,在实践中是有害的。首先,以“弱民”为强国的前提,就使

〔1〕《韩非子·和氏》。

〔2〕《史记·秦本纪》。

〔3〕《史记·秦始皇本纪》。

得“国强”失去了广泛的群众和社会基础；其次，“制民”之“法”或曰榨取民力之法，其理论前提是与人民为敌的，而过度制民、榨取民力，使人民不堪忍受，人民就必然反抗，统治者的统治就必然不保。

（二）法治的人性论基础：“好利恶害”

既然“强国之术”在于“生力”即增强国力，“力”之来源在于农战，而农战又在于民，在于法治，那么，民之能否受“治”，能否致力于农战，就是至关重要的了。因此，商鞅对“民”之本性进行了仔细的分析，为他的法治和“强国之术”提供了人性论基础。

商鞅认为，人的本性是“好利恶害”。他说：“民之性：饥而求食，劳而求佚，苦则索乐，辱则求荣，此民之情也。”“羞辱劳苦者，民之所恶也；显荣佚乐者，民之所务也。”（《算地》）即说，人们生来就追求显、荣、佚、乐，而厌恶、躲避羞、辱、劳、苦。农耕是辛苦的事，战争是危险的事，都是人本性所不愿为的。必须顺应人的本性，以名利驱民农战。“夫农，民之所苦；而战，民之所危也。犯其所苦、行之所危者，计也。故民生则计利，死则虑名……利出于地，则民尽力；名出于战，则民致死。”（《算地》）

在论述了“好利恶害”的人性论之后，商鞅又提出了建立在这种人性论基础上的法治论。他说：“人君（生）而有好恶，故民可治也……好恶者，赏罚之本也。夫人情好爵禄而恶刑罚，人君设二者以御民之志，而立所欲焉。夫民力尽而爵随之，功立而赏随之，人君能使其民信于此如明日月，则兵无敌矣。”（《错法》）正因人性有好恶，故人民才有被“治”的可能。君主要顺应人之好恶，设赏立罚。设赏以引诱人们的欲望，立罚以惩戒人们的恶行。《韩非子·八经》曾对商鞅的这段话作过进一步的发挥，曰：“凡治天下，必因人情。人情者，有好恶，故赏罚可用；赏罚可用，则禁令可立而治道具矣。”即说，法治就是因人性的好恶而“具”的“治道”。可见，商鞅所主张的，正是顺应他所认为的人的“好利恶害”的本性，通过赏罚的方法，把人民纳入法治轨道，驱使他们积极从事农战，以收富国强兵之效。

商鞅“好利恶害”的人性论，揭开了儒家给人性蒙上的一层温情脉脉的面纱，直截了当地揭示了人在自然属性方面存在的趋利避害的现象，有其现实合理性；同时，他“对症下药”，提出了以赏罚为主要方法的法治，并从人的自然属性方面论证了法治的可行性，应该说有一定道理。但我们也应看到，商鞅的人性论及建立在此基础上的法治论也存在缺失。主要表现在：一是商鞅的人性论过多地研究了人的自然属性，而忽视人们的社会属性。如他主张去掉反映人的社会属性的前述所谓“六虱”等，就使得他的人性论陷入了只见自然“人”而不见社会“人”的泥淖。二是以这种人性论为基础的法治论虽然顺应了人之“好利恶害”的自然属性的需要，但无法解决人与其社会属性相联系的问题。如去掉孝悌忠信等人伦关系中的道德规范，否认人通过道德教化向善的可能，否认政权需要道德支撑等，其结果必然是民风败坏、人们政治信仰丧失，以及人们对其所实施的法治的情感抵触。而这些，都直接影响了秦朝的速亡。