

中国法家思想和西方实证主义法学思想的比较

关秀献

(广西经济管理干部学院 社科部,广西 南宁 530007)

【摘要】中国法家思想与实证主义法学分别是中西方比较有影响的法学流派,他们在法的实质、作用及法律和道德的关系等方面存在着一些异同点。通过二者的比较可以得到很多有益的启示。在我们向法治社会转型的过程中,这种比较具有积极的启发意义。

【关键词】法家思想;实证主义法学;启示

【中图分类号】D909 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2010)02-0083-03

中国法家是在奴隶社会逐渐崩溃、封建社会逐渐建立的过程中产生和发展起来的一个学派,其主要代表人物有李悝、吴起、商鞅、韩非等。实证主义法学也叫“法律实证主义”或“实证法学”,形成于十九世纪的资本主义社会,是以孔德的实证主义哲学为思想基础的一个法学流派,其主要代表人物有英国的奥斯丁、哈特,奥地利的凯尔森等。实证主义法学有狭义和广义之分,我们常说的实证主义法学特指狭义上的,也就是分析实证主义法学。分析实证主义又分为古典的和新的,其中把以奥斯丁为代表的分析实证主义法学称之为古典分析实证主义法学,把二十世纪对奥斯丁分析法学的继承和发展称之为新分析实证主义法学。本文在充分考虑两者所处不同的社会背景下,对两者主要的思想观点,学术价值,进行研究性比较,以期对现代法治社会的建设作有价值的启示。

一 法家和实证主义法学的差异

(一) 基本思想不同,所关注的侧重点也不同

实证主义法学基本思想包括:法律与道德没有必然的联系;法学研究的应该是“实际上是这样的法”;法律的概念等。其强调的是对法律进行一种分析、研究,关注的是分析“法律术语”,注重的是法律的形式和结构。例如,关于法的概念,奥斯丁认为:法律是一种以制裁为后盾的 sovereign 的命令;哈特从法律规范、规则的角度界定法律;凯尔森把法律看作是一种等级规范体系。再如,对权利这个概念,是实证主义法学研究的一个传统的重要概念。奥斯丁详细研究了“自由——权利”,“义务——责任”等法律基本名词概念。

法家的核心思想是“法治”,其强调的是法对治理国家,统治人民的作用,把法律视作一种带有功利色彩的工具。商鞅把法当作一种富国强兵的手段,认为法律是战胜天下、战胜人民的唯一武器。

韩非把法比作舟楫,在中国古代,没有舟楫,人们过不了大江大河,治理国家,如果没有法律,就如过河没有舟楫一样,是无法治理的。

(二) 法律与道德的关系上,两者的观点不同

实证主义法学主张道德与法律的分离。分析实证主义的奠基人奥斯丁坚持法与道德之间不存在必要的或概念上的联系。他从“法律是命令”的观点出发,认为道德是一种劝导和忠告的性质,人们可以自由接受或者不接受,而国家的法律,即命令,则人们一定要遵从;道德规范的范围比法律规范的范围广,有些情况是合法的,但不合道德,而有些是道德的,但不合法。严格的法律,不涉及善与恶。首倡纯粹法学的凯尔森说:“法律的概念是没有任何道德涵义”,其决定性标准是“强力因素”。^①哈特坚持实证主义法学的根本立场,即“应当是这样的法和实际是这样的法”,认为法律准则与道德准则不能相互引申。

中国法家在轻视甚至否定道德作用的同时主张法律与道德的一致。建立在对儒家“德治”和“人治”思想批驳基础上的法家,在根本上否定了道德的价值,认为道德是虚伪和不可信的。法家基本认定人性是恶的,人的本性是“好利恶害”,所以只能用赏罚而不能用什么仁义道德之类的办法来进行统治,正如韩非所说的:“夫严家无悍虏,而慈母有败子,吾以此知威势可以禁暴,而厚德不可以止乱也。夫圣人之治国,不恃人之为吾善也,而用其不得为非也,而一国可使齐为治者用众而舍寡外,故不务德而务法”(《韩非子·显学》)。韩非认为应当树立法令的绝对权威,使其成为判断言行是非和赏罚的唯一标准,除此之外,不应有道德或者其他标准。因此他说:“明主之国,令者言最贵,法者事最适者也。言不二贵,法不两适,故言行不轨于法令者必禁”(《问辩》)。作为法家思想体系奠基者之一

的商鞅也提出了与儒家的“以德治国”针锋相对的“以刑去刑,刑去事成”。

法家虽然否定了道德的价值,但法家的集大成者韩非却认为法与道德是一致的。韩非说“赏贤罚暴,举善之者也;赏暴罚贤,举恶之至也”。又说“赏莫如厚,使民利之;誉莫于美,使民荣之;诸莫如重,使民畏之;毁莫于恶,使民耻之”(《韩非子·八经》)。在法家看来,受到法律奖励的行为,在道德上应该是受到称誉的行为,相反,在法律上受到制裁的行为,在道德上也应该受到谴责的行为,即“有厚赏者必有美名,有重罚者必有恶名”。这一点明显区别于实证主义法学所主张的“法与道德无必然联系”。

二 法家与实证主义法学的共同点

(一) 都缺乏对法律内在正义价值和法律本质的思考

对于法的本质、价值,实证主义法学和法家都缺乏思考。实证主义法学在内容上只是对一些法律的概念、法令的定义以及法令的结构上的分析,注重的只是法的形式,而对于法的阶级本质却避而不谈,并且对于法所追求的正义,理性缺欠思考,倾向于认为正义就是合法性,也就是服从国家所制定的规则。在奥斯丁的心目中,所谓法律,指的就是主权者的命令,即主权者对人民所发布的带有制裁威胁的命令。而所谓的命令就是:在你对我表示或通知我应做或不做某种行为的意思表示时,如果我不服从你的意思表示你就以一种邪恶莅临我处,那么你的意思表示就是命令。命令中所要求的作为或不作为就是义务。制裁是命令不可缺少的特征。由此可知,奥斯丁把法律的本质与命令、义务和制裁联系在一起。在凯尔森看来,真正的法学,应当排除任何社会学、政治学、伦理学等因素,尤其是这些学科中的价值判断因素(如正义),只有实效才是法律的基本特征;法律是某种等级结构体系;正义乃是“通过忠实地适用实在制度的方式而继续其存在的”,也就是服从所制定的规则。

同样,中国法家始终没有对法的内在正义价值给予任何关注,虽然他们极其强调法的重要性。但法家所指的法只是人定法,是用以维护封建专制统治的王法。韩非强调“治民无常,惟法为治。法与时转则治,治与事宜时有功”(《韩非子·心度》)。商鞅的“不法古,不修今”,意思就是指法律和统治的方法要随着社会条件的变化而变化,不能拘泥于“常法”和“圣人”。这些都说明了他们变革法律的标准不是法是否体现正义,而是法是否能平乱、治

争,为维护封建统治服务。因此法家主张法的核心价值在于“止乱”,“治众”,而不是构建一个正义、公正的社会秩序。法家强调法律的作用是“制民之本”,即治理人民的根本,“故善治者塞民以法”。这正是法家对法律本质的一种看法。

(二) 都认为法是由统治者制定的,是统治阶级的工具,并以刑罚、制裁为后盾

边沁和耶林的学说中,就隐含有法律实质上是国家的命令或规范性声明,奥斯丁认为:任何一种实在法都是由特定的主权者统治下的某个人或某些人制定的,法律和其它命令来源于“政治优势者”约束或强制“政治劣势者”。“优势者”即在级别、财富或品德方面优于或卓越于“优势者”。当然,在奥斯丁的“优势者”解释中,我们都知道,在当时资产阶级社会里,级别、财富数字都优于别人的人是统治阶级。英国当时的统治阶级是资产阶级和已经资产阶级化了的新贵族集团,只有作为统治阶级的优势者才有权制定法律,并以国家强制力为后盾约束全体人民,而不受法律的限制。奥斯丁认为“随之而来的是……主权者的权力不能受法律限制的……受实在法限制的最高权力在用语上是一个明显的矛盾。”^②就说明了这一点。正如匈牙利法学家朱利斯·穆尔曾说:“法律实证主义认为法律是在社会发展的历史过程中由统治者制定的,这种观点认为法律仅仅是统治者所命令的东西,从而基于这种条件下,统治者所命令的任何东西都是法律”。^③在刑罚和制裁方面,实证主义法学家边沁主张奖励和制裁两者都运用,奥斯丁则主张制裁是命令不可缺少的因素,而且只有惩罚才可以达到命令的目的。凯尔森认为:“法律规范的特点就是通过一种强制性命令对逆向行为进行制裁的方式来规定某种行为。法律秩序所实施的强制主要是一种心理上的强制,法律所运用的制裁是外在的制裁,是强制剥夺生命,自由,财产或实施某其他有联系个人认为是灾祸的措施”。^④

在法是由统治阶级制定的方面,中国法家认为:法自君出,法律,法令是以君主名义公开颁行的,是君主意志的体现,这与实证主义法学如出一辙。中国法家思想代表慎到主张:“国之大道在于民一于君,事断于法。”其中“民一于君”表现在法律上就是只有国君才有权立法和变法,各级官吏只能是“以死守法”。而一般的百姓则必须“以力役法”,即必须受法令的役使。商鞅说:“权者,君之所独制也”(《商君书·修劝》)。韩非说:“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也”(《韩非子·难

三》)。那么,法是谁“编箸之图籍”呢?韩非说“先王寄理于竹帛”(《韩非子·安危》)。意思是法是由先王“编著”。显然,商鞅和韩非都认为法是由统治者制定的,法总是“君之法”,立法总是“君立法”。对于刑罚和制裁,法家更加强调刑罚的作用,视刑罚为治国的唯一有效的方法,把重罚看作预防犯罪唯一有效的手段,法家公开主张重罚轻罪,完全走上“重刑主义”道路。正如商鞅的“禁奸止过,莫如重刑”,“刑九赏一”(《赏刑》),以及“以刑治则民威,民威则无奸,无奸就民安其所乐,以义教则民纵,民纵则民乱,乱则民伤其所恶,立君之道莫广于胜法;胜法之务,莫急于去奸,去奸之本,莫甚于严刑。故王者以赏禁,以刑劝。求过不求善,籍刑去刑”(《商君书·开塞》)。在此,商鞅主张对奸佞之徒及违反法令规定者要“严刑”相加,以收到杀一儆百的效果。韩非则要求人君“不养恩爱之心,而增威严之势”(《六反》)。他还主张用“法之相忍,以弃仁人之相怜”。为法家所强调的高压政策制造了理由。

三 法家思想与实证主义法学思想对建设现代法治社会的启示

(一) 重视道德的作用,正确处理好法律与道德的关系

法律与道德都是治理国家的两种基本手段,两者有同有异,相互补充。道德支配人们的内心活动和动机,而法律调节人们的外部行动。合于道德的法律会使法律更易于被群众接受,普遍的道德内化有助于人们自觉守法。为政者的道德素质对执法具有关键的作用。道德是立法、守法和执法的基础;法律是道德的前提条件和保障,法律对道德同样具有补充和促进的作用,如正确的执法能促进道德教化的推行。由此可见,道德和法律,犹如鸟之两翼,车之两轮,不可偏废。法家只任法治,否定了道德的社会功能,为自身的消亡埋下伏笔。实证主义法学主张法律与道德的分离,认为不道德或不正

义的法律,只要制定合法,仍应具有法律的效力,即所谓的“恶法亦法”,为希特勒政府所利用,实证主义法学也在二战后曾一度蒙上阴影。所以,离开了道德约束的纯粹的法律规范是靠不住的,其后果是灾难性的。我们在建设中国特色的社会主义法治国家进程中,在建设社会主义市场经济的过程中,要把法律建设与道德建设紧密结合起来。

(二) 加强对法的价值的研究,使社会的立法与司法真正体现正义

德国法学家、政治家拉德勃鲁赫认为:法律的价值首先是指正义。“正义”是个抽象的概念,有着不同的含义,在一定的时候可以通过社会制度体现出来。正义的理念是平等、公平。如果由于制度的缺陷而导致收入和财富分配等的不平等,会带来社会的动荡。所以,作为追求共同富裕的社会主义中国,在构建和谐社会的今天,应当更多地关注、重视现在社会中正在不断扩大的贫富差距,及享受教育权的同时,却存在着地域差别不公正的问题。我们应当加强对法的价值的研究,让法律制度不断接近正义的理想价值的同时,法律制度也不断得到完善。

(三) 保障人权

强制、制裁和刑罚都是法律制度的必要组成部分,但绝对不是达到法律目的的手段。要想达到法律目的,首先是保障法律能为社会所接受,要想法律能为社会所接受,必须重视并保护人民权利。因此,在现代我国实施“依法治国”的方略中,立法要以保护公民权利为目的。应当努力完善人民的政治权利、人身权利和经济权利的保障机制。在现阶段,特别要重视农民及农村青年这个庞大的社会群体的权利。从法家无视人民的权利,视人民为法治的客体,以致惨遭败绩,我们应当看到:人民是社会存在的基础,如果如此庞大的社会群体的权利得不到保障,就会给整个社会的稳定带来危机。通过法律保护人民的权利,是现代法治的精义。

注释及参考文献:

- ①③④ 转自博登海默:《法理学 法律哲学与法律方法》[M]. 邓正来译, 中国政法大学出版社, 1999, 第124页, 第116-117页, 第122页。
- ② 转自韦恩·莫里森:《法理学》[M]. 李桂林, 李清伟, 郑云瑞译, 武汉大学出版社, 2003, 第247页。
- [1] 徐爱国, 李桂林, 郭义贵. 西方法律思想史[M]. 北京大学出版社, 2002.
- [2] 沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京大学出版社, 2004.
- [3] 粟劲. 泰律通论[M]. 山东人民出版社, 1985.
- [4] 法学教材编辑部. 中国法律思想史[M]. 法律出版社, 1992.
- [5] 顾维能. 西方法学流派评析[M]. 上海社会科学院, 1992.
- [6] 韦恩·莫里森. 法理学[M]. 李桂林, 李清伟, 郑云瑞译, 武汉大学出版社, 2003.
- [7] 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译, 中国政法大学出版社, 1999.

A Study of the Consuetude that the Ancients Didn't Foster the Infants Who Were Born in May

CHENG Wei

(College of Literature, Shaanxi Normal University, Shaanxi, Xi'an 710062)

Abstract: There were such a record in *The Historic Records* that the ancients didn't foster the infants who were born in May. Ancient and modern commentators of *The Historic Records* have been confused about or evaded the subject. After widespread investigation and careful analysis, we find that the emergence of this kind of custom has its complex factors, which include not only the reality environment reasons such as climate and insect epidemic diseases, but also the idea factor which were accumulated in the folk such as the infants born in May were disobedient and inauspicious.

Key words: The Infants Born in May; Don't Foster; Ecological Reason; Cultural Factor

(责任编辑:李 进)

(上接85页)

A Comparison of the Chinese Legalist Thought with Western Positivism Law Thought

GUAN Xiu-xian

(Society and Science Department, Economic Management Cadre College, Nanning, Guangxi 530007)

Abstract: Chinese legalist thought and western positivism law thought are influential schools of law in China and in the west respectively. There are some similarities and difference between them in the aspect of law essence, function, and the relation of law and the morality. We can get a great inspiration by a comparison between the Chinese legalist thought and western positivism law thought. The comparison is a positive inspiration to us in the process of transforming our society from ruling society to legal society.

Key words: Chinese Legalist Thought; Positivism Law; Inspiration

(责任编辑:李 进)

(上接88页)

building a harmonious society to respect and protect their right to develop. Laws are fundamental protection of their right to develop. Harmonious development of the rural areas is inseparable from protecting the farmers' right to develop. Protecting the farmers' right to develop should be strengthened through improving the legislation, strengthening the administrative protection and judicial protection, and through establishing the farmers' organization .

Key words: Harmonious Society; The Farmers' Right to Develop; Legal Protection