

先秦法家重刑主义批判

马作武*

摘要 先秦以商鞅、韩非为代表的法家之学,以“刑名法术”为核。其所谓“法”者,若指向法律,则坐实于刑。重刑主义是法家思想的必然归宿,其理论基础包括任力不任德的实力主义、性恶论、重刑爱民论、民众愚昧论等;其内容包括刑主赏辅、“刑用于将过”、“以刑去刑”、“重刑连其罪”等。作为君主专制政治暴力统治的思想基础,重刑主义学说荒谬、残忍,必然导致对生命的蔑视、民生的摧残、基本人权的践踏,秦朝的暴政充分印证了这一点。汉朝以后儒、法合流,重刑主义遂成为中华法系的基本精神之一,影响深远,至今仍有必要认真检视与深刻反思

关键词 法家 重刑主义 批判

法家是先秦代表新一代贵族利益,主张通过“变法”强国和“以法治国”来实现政治权力和经济利益再分配的一个学派。这个学派没有明确的师承关系和门墙界划,也不像儒、墨、道各家那样有自己公认的祖师爷,仅是因为他们在思想上颇相一致,而行藏又属现实政治家,^[1]故被后人归类为法家。一般认为春秋时期的管仲、子产、邓析等系法家的先导,而战国时期的主要代表人物则为李悝、商鞅、慎到、申不害、韩非等人。

法家在思想上共同的特征是:第一,特别强调“法”的作用,认为“法”是治国最基本的手段和

* 中山大学法学院教授。本文是广东省2007年度普通高校人文社会科学重点研究基地创新团队项目《儒、法两家法律思想之分合及对中华法系的影响》(项目批准号为07JDTDXM82001)的阶段性成果。

[1] “政治家”被许多学者视为法家的基本特征。章太炎说:“法家者流,则犹通俗所谓政治家也”。参见章太炎:《检论·商鞅》,载《章太炎学术论著》,浙江人民出版社1998年版,页245。杨宽也谓:“法家实即政治家”。参见杨宽:“名家考原”,载《杨宽古史论文选集》,上海人民出版社2003年版,页732。

工具。但法家的“法”和“法律”不能划等号，其本质更接近于“法术”，〔2〕又往往等同于“刑”；第二，以国家主义为价值本位，主张强权政治和实力主义，倡导耕战，认为农与战是增加国力的源泉，从而提出了一整套强化耕战的政策；第三，“法家之言，皆为君主说法”。〔3〕为君主专制体制大唱赞歌并制造理论依据，将君主专制主义推向顶峰，是法家理论的归宿。《汉书·元帝纪》颜师古注引刘向《别录》：“刑名者，以名责实，尊君卑臣，崇上抑下”，一语道破了法家尊君的本质；第四，以历史进化说和人性好利说作为基本社会观，富有现实主义精神，更充斥着功利主义气息；第五，法、术、势、刑、赏等是他们最基本、最常用的概念和范畴，也是他们的思想支柱。

法家之起，因应了社会历史发展的必然。“自春秋逮于战国，法家之说独为世重，而法家所亟论者，抑贵族而尊君权，于是春秋以来之贵族废，布衣卿相，盛于一世，而君权极矣。夫由世族政治以入于君权扩张，此历史之一大进步，惟法家能认识之，此法家所以能独盛者也。”〔4〕

法家之学，以“刑名法术”为核，故法家之士，战国时有迳以“刑法之士”（《管子·七臣七主》）相称者。而以“法家”来概括一个学派，则肇端于司马谈的《论六家要旨》。《汉书·艺文志》谓：“法家者流，盖出于理官，信赏必罚，以辅礼制。《易》曰：‘先王以明罚飭法’，此其所长也。及刻者为之，则无教化，去仁爱，专任刑法，而欲以致治，至于残害至亲，伤恩薄厚。”〔5〕“专任刑法”乃是对法家画龙点睛的总结。

重刑主义乃中国传统法律的基本精神之一，中华法系自产生直到终结，深受其影响与规制。先秦法家是重刑主义理论的缔造者、实践者，其学说的荒谬、思想的危害以及手段的残忍，虽有前人之揭橥与批判，但对于我们这个善于遗忘、惮于忏悔的民族而言，至今似仍不足以去器戾而正视听、除浊杂而振金声，甚有必要认真检视与深刻反思。

一、法家之“法”坐实于“刑”

法家往往“法”不离口，致有“法家”之称。但法家之“法”不等同于法律，其外延与内涵都大

〔2〕 有学者说：“法家所谓‘法’，由于其对君主本体地位的设定，从本质上说，只能是‘术’，与西方文化体系中的‘法权’范畴根本不同。‘法权’运作于确定的价值理念基础上，有可能发育成为有自己特色的健康的文化形态；‘法术’则由于摈弃了价值理念的支撑，将一切归结于自然人性的利欲，其结果只能是导致人文之根的铲除，是心性的败坏和全社会的非道德化。”韩德民：《荀子与儒家的社会理想》，齐鲁书社2001年版，页127。牟宗三说：“法家之所以为法家，其本质的意义实只在此根源上的‘术’上，不在其治道之法上。”牟宗三：《政道与治道》，广西师范大学出版社2006年版，页122。张尔田说：“盖道家君人南面之内术，而法家君人南面之外术也。”张尔田：《史微》，上海书店出版社2006年版，页39。

〔3〕 吕思勉：《先秦学术概论》，云南人民出版社2005年版，页104。

〔4〕 蒙文通：“法家流变考”，刘梦溪主编：《中国现代学术经典》《廖平·蒙文通卷》，河北教育出版社1996年版，页615—616。

〔5〕 《礼记·月令》郑玄注谓：“理，治狱官也。有虞氏曰士，夏曰大理，周曰大司寇。”刘师培说：“盖理字本训为治玉，引伸其义则为事物理之称。盖事物之理必因分析而后明，而国家立法亦必析及毫芒，辨章分北，故法官亦号理官。”刘师培：“周末学术史序”，载《刘申叔遗书》（上），江苏古籍出版社1997年版，页525。

不同。以往出现的对法家的诸多曲解或误读,或是没有明白这个道理。

法家所谓“法”,不外乎广狭两方面的含义。“广义地说,乃统治者强制人民为统治者尽片面义务的命令;狭义地说,只是一种刑法。”〔6〕

法家以“变法”为己任,所谓“变法”就是改变固有的制度与统治的方式方法,这是广义的法。商鞅在秦国变法的内容虽然涉及法律方面,但远远超出了法律的领域,囊括了国家最基本的制度、政策,以及统治的方式方法。《商君书·更法》:“三代不同礼而王;五霸不同法而霸。故知者作法,而愚者制焉。贤者更礼,而不肖者拘焉。拘礼之人不足与言事;制法之人不足与论变。”显然,这里所谓的“法”是指制度、方法。《商君书》中的“垂法而治”(《壹言》)及“任法而治”(《慎法》)等中的“法”,联系上文下义,都不等同于法律,众多注家均以“法度”释之。慎到讲“事断于法”(《慎子·君人》)，“法者,所以齐天下之动,至公大定之制也”(《慎子·佚文》),但他曾将所说的“法”称之为“道术”、“常道”或“法度”。韩非也说“以法为本”、“明法者强,慢法者弱”(《韩非子·饰邪》),而韩非有时直接明了地将“法”称为“治法”、“法术”。他对“明法”二字的解释很能说明问题:“人主使人臣虽有智能不得背法而专制;虽有贤行不得逾功而先劳;虽有忠信不得释法而不禁,此之谓明法。”(《韩非子·饰邪》)法最初的含义就是模型、法式和一种固定的框架,众多法家人物每每从宏观上谈论治国之道而言法时,都落脚在这个层面上。“法家的‘法’指的是方法的法,是指法式与规范,所以我们没有办法来比较这两个‘法’。”〔7〕

法家之“法”,除了许多时候所指为“法度”外,有时又直接指向“刑”,尤其是在法律意义上使用“法”字时,指的其实就是刑。这一点,近人严复早就瞧破。他在翻译《孟德斯鸠法意》所加的按语中,细辩孟氏之“法”与法家之“法”的不同,明言法家之法“直刑而已”。〔8〕其实,从字义上看,法和刑是可以互训的。《尔雅·释诂》:“刑,法也”。所以,称刑为“法”并非法家的别出心裁。《尚书·吕刑》谓:“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法。”商鞅云:“民众而奸邪生,故立法制,为度量以禁之。”(《商君书·君臣》)又如:“守法守职之吏有不行王法者,罪死不赦,刑及三族。”(《商君书·开塞》)韩非说:“法者,宪令着于官府,刑罚必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也。”(《韩非子·定法》)这里所说的“法”乃是指刑,或赏与刑的结合。法家有时又“法令”、“法禁”、“法制”连称,这往往指的就是刑法。《管子·心术》谓:“杀戮禁诛谓之法。”《盐铁论·诏圣》谓:“法者,刑罚

〔6〕 徐复观:“儒家对中国历史命运挣扎之一例”,载徐复观:《中国思想史论集》,上海书店出版社2004年版,页257。

〔7〕 许倬云:《中国古代文化的特质》,新星出版社2006年版,页75。所谓“两个‘法’”,前者指法律的“法”。

〔8〕 严复说:“顾申、韩、商、李皆法家,其言督责也,亦劝其君以任法。然则秦固有法,而自今观之,若为专制之尤者,岂孟氏之说非欤?抑秦治固不可云专制欤?则应之曰:此以法字之有歧义,致以累论者之思想也。孟氏之所谓法,制国之经制也。其立也,虽不必参用民权,顾既立之余,则上下所为,皆有所束。若督责书所谓法者,直刑而已。所以驱迫束缚其臣民,而国君则超乎法之上,可以意用法易法,而不为法所拘。夫如是,虽有法,亦适成专制而已矣。”参见王枬主编:《严复集》(第四册),中华书局1986年版,页938—939。

也,所以禁强暴也。”这些解释已经明白揭示了“法”就是“刑罚”。有研究者认为:“以刑为核心,旨在禁止令行的法观念”乃是法家之“法”的本质所在,“离开刑罚,便无所谓法”,故“法家的所谓法律理论,根本上只是刑罚理论”。〔9〕故人谓“法家所谓‘法治’,只在‘刑赏’二字。”〔10〕李泽厚更谓:“所谓‘法家’不过是公开为专制统治服务的刑名法术,应谓之‘刑家’。”〔11〕

在法家眼里,“法”无论广义狭义,都生之于君,操之于君。商鞅认为“人主为法于上”(《商君书·定分》),人民不得议论。韩非则彻底颠倒了国家与君主的关系,公然宣称国家是君主的工具,所谓“国者,君之车也”(《韩非子·外储说右上》)、“圣人之为法也,所以平不夷、矫不直也。”(《韩非子·外储说右下》)故臣下须“顺上之为,从主之法”(《韩非子·有度》)。法家骨子里是君主专制论者,其所谓“法”,不过是由君主自己制定并操控的“法度”而已,是君主专制的工具而已。作为工具,刑法在维护君主集权专制政治秩序方面作用最为明显,地位最为重要,实用性最强,这决定了法家必然走向重刑主义。

二、重刑主义的理论基础

(一)任力不任德的实力主义

与保守的儒家相比,先秦法家更具有积极的进取精神,主张历史进化论,但他们的进化论具有庸俗和偏狭的一面。如商鞅认为“古之民朴以厚,今之民巧以伪。故效于古者先德而治,效于今者前刑而法”(《商君书·开塞》)。他们认为儒家法古而倡德治,已经不合时宜,针对当今巧伪之民,必须奉行实力主义而以刑治。商鞅是“力”的崇拜者、讴歌者,他所谓的“力”,乃是权力、威力、强力的合一。他认为当时是一个较“力”的时代,因而,“凡明君之治也,任其力而不任其德,是以不忧不劳而功可立也。”(《商君书·错法》)“国之所以重,主之所以尊者,力也。”(《商君书·慎法》)力量决定一切,即便是道德仁义,也是力量的产物,为实力所转移。“力生强,琼森威,威生德,德生于力。”(《商君书·靳令》)强权政治与重刑理论是商鞅实力主义的必然延伸。

慎到是个典型的实力主义者,更是一个实用主义者。他反对贤人政治,轻视道德教化,推崇威势和强权,既反映了他现实主义的立场,也暴露了他对权力的过度迷信。慎到被称为“势

〔9〕 梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,贵州人民出版社1992年版,页80、135、53。梁氏很早就系统而深刻考证中西“法”文化差异,并揭示了法家乃至中国传统之“法”本质是“刑”。但该书第135页关于“中国古代法只能是‘公法’而非‘私法’”的说法略显武断,因为在我看来,中国古代与发达、显性的成文法(公法)体系并行的,还有一个隐性的习惯法(私法)体系。法即刑的结论由于忽略了“私法”的实际存在而显得片面,不过由于中国传统法文化的特殊性,尤其是对法乃治道之具而非治道本身所达成的社会共识,决定了这个结论的深刻性及其经典意义。

〔10〕 同上注,页78。

〔11〕 李泽厚:《论语今读》,安徽文艺出版社1998年版,页110。

治主义”，^{〔12〕}这是与儒家的礼治主义相对抗的政治主张。韩非对慎到赞赏有加，引为知音，特撰《难势》为慎到辩护。他说：“势重者，人主之渊也。”（《韩非子·内储说下》）“势重者，人主之爪牙也。”（《韩非子·人主》）“威势者，人主之筋力也。”（《韩非子·人主》）韩非告诫君主，“无威严之势，赏罚之法，虽尧舜不能以为治”（《韩非子·奸劫弑臣》）。韩非将实力主义视为立国之本，“是故力多，则人朝；力寡，则朝于人，故明君务力。”（《韩非子·显学》）韩非以为“上古竞于道德，中世逐于智谋，当今争于气力。……如欲以宽缓之政，治急世之民，犹无辔策而御驷马。”（《韩非子·五蠹》）西周时，徐偃王大兴仁义，荆楚文王恐其害己，遂兴兵灭了徐。春秋时，齐国欲攻鲁国，鲁派子贡去劝说齐人。齐人说：您的话并非没道理，但我们想要的是土地，而非您讲的道理。齐于是举兵伐鲁，把两国的边界划到了距鲁国都门十里之处。韩非就此总结道：“去偃王之仁，息子贡之智，循徐、鲁之力，使敌万乘，则齐、荆之欲不得行于二国矣。”（《韩非子·五蠹》）这几句话，“是韩非思想之根茎。其一切知见、一切论证、一切主张、一切作风，皆自毁德反智而一归于暴力之大根茎以出发。”^{〔13〕}

（二）性恶论

与荀子一样，商鞅认为“人性中支配人类生活的主要的东西就是‘好恶之情’，即好利害害之情。”^{〔14〕}他从人的生理及生存需求出发揭示了人性好利的一面，尽管颇具朴素唯物主义的眼光，但将之视作人性的全部，则难免滑向貌似深刻、其实片面极端的泥潭。在商鞅看来，“好利害害”的本性是人人皆有之的，历代圣贤之君也不例外；这种人性自古已然，不可改变。正因为人人皆“好利害害”，所以才不能以仁义、道德来治理国家，而只能用行赏施罚的“法治”。“夫人情好爵禄而恶刑罚”，“故民可治也”（《商君书·错法》）。“去奸之本，莫深于严刑”（《商君书·开塞》）。

韩非的刑法观以性恶论及人性自私说为基础。他认为刑法之所以必要，是因为人“皆挟自为心”的本性和“趋利避害”的本能。他指名批判了儒、墨两家认为仁爱可以正人之性，止世之乱的观点，称以仲尼之圣，所服不过七十人；以哀公之庸，却号令一国。故“民者固服于势，寡能怀于义。”（《韩非子·五蠹》）他以管教子女为例，论证了仁爱对子女性情改造的无能为力：

今有不才之子，父母怒之弗为改，乡人谏之弗为动，师长教之弗为变。夫以父母之爱，乡人之行，师长之智，三美加焉而终不动，其胫毛不改。州部之吏，操官兵、推公法而求索奸人，然后恐惧，变其节，易其行矣。（《韩非子·五蠹》）

父母、师长、乡人再三教育，都不能动其胫之一毛；但只要枷索相向，便能立竿见影，马上改恶为善。这种现象生活中当然存在，但个别不能代替一般，“韩非这个论点的不妥之处是以偏

〔12〕 梁启超称道家为“无治主义”，儒家为“人治主义”（或“德治主义”、“礼治主义”），墨家为“新天治主义”，法家为“法治主义”（或“物治主义”）。他认为法家中“尚有两派与法治主义极易相混而实大不同者，一曰‘术治主义’，二曰‘势治主义’”。术治主义推申不害为宗，而势治主义则以慎到为代表。参见梁启超：《先秦政治思想史》，天津古籍出版社2003年版，页78—79、164—165。侯外庐等也称慎到为势治主义。参见侯外庐、赵纪彬、杜国庠：《中国思想通史》（第1卷），人民出版社1957年版，页604。

〔13〕 熊十力：《韩非子评论·与友人论张江陵》，上海书店出版社2007年版，页16。

〔14〕 朱伯崑：《先秦伦理学概论》，北京大学出版社1984年版，页108。

盖全和偷换概念,将从‘不才之子’身上得到的结论,在别的地方就用到其它人身上了。”〔15〕通过这种惯用手法,韩非得出结论:“夫严家无悍虏,而慈母有败子。吾以此知威势之可以禁暴,而德厚之不足以止乱也。”(《韩非子·显学》)进而提出了他的重刑观:“吾以是明仁义爱惠之不足用,而严刑重罚之可以治国也。”(《韩非子·奸劫弑臣》)刑罚不仅是必要的,而且运用刑罚要以严、重为原则。韩非视仁义道德为万恶之源,竭尽揶揄嘲笑之能事,〔16〕明确宣扬“远仁义,去智能,服之以法。”(《韩非子·说疑》)韩非笃信人性本恶,无向善之可能,“于是其刻薄寡恩,专用威势之主张遂成为理论上不可避免之结果。”〔17〕

韩非尤其反对君主行仁义,哀怜百姓,视之为亡国之道。他说:

以仁义教人,是以智与寿说人也,有度之主弗受也。故善毛啬、西施之美,无益吾面;用脂泽粉黛,则倍其初。言先王之仁义,无益于治。明吾法度,则吾必赏罚者,亦国之脂泽粉黛也。故明主急其助而缓其颂,故不道仁义(《韩非子·显学》)。

君通于不仁,臣通于不忠,则可以王矣(《韩非子·外储说右下》)。

韩非以偏概全列举了许多例子来佐证自己的观点,从而将其偏狭与残忍面目暴露无遗。他刻意将行仁义与信赏罚对立起来,将民之利与国之利对立起来。他根深蒂固且绝对化的矛盾论与对立观,使之即便在意识到好恶、祸福可以发生转化时,依然跳不出偏狭的窠臼。“就在他们为提倡‘刑治’反对‘义教’而谈及好恶之互相转化时,他们显然陶醉于以此证明了刑义之绝不兼容,而未尝自觉到他们所用的论据原是对立同一。他们大概不曾想过,好恶既然能够互相转化,刑义为什么永远绝不兼容?”〔18〕

(三)重刑爱民论

重刑爱民说肇端于春秋时期郑国执政子产。作为法家的先驱之一,子产非常重视刑罚的威慑作用。“为刑罚、威狱,使民畏忌,以类其震曜杀戮”(《左传·昭公二十五年》)。子产是最早系统探讨德、刑关系的人,《左传》昭公二十年载:

郑子产有疾,谓子大叔曰:“我死,子必为政。唯有德者能以宽服民,其次莫如猛。夫火烈,民望而畏之,故鲜死焉。水懦弱,民狎而玩之,则多死焉,故宽难。”疾数月而卒。

作为传统政治家的典型代表,子产认为治国之要在安众服民,使民“畏君之威,听其政,尊其贵,事其长,养其亲。”(《左传》昭公元年)在诸子中,他是第一个提出恩威兼施、宽猛并用的人。他利用生活中人们多死于水而少死于火的常识或经验,强作类比,只能让人得出以猛服民

〔15〕 施觉怀:《韩非评传》,南京大学出版社2002年版,页367。

〔16〕 《韩非子·外储说左上》:“宋襄公与楚人战于涿谷上,宋人既成列矣,楚人未及济。右司马购强趋而谏曰:‘楚人众而宋人寡,请使楚人半涉未成列而击之,必败。’襄公曰:‘寡人闻君子曰:……不鼓不成列。今楚未济而击之,害义。请使楚人毕涉成列,而后鼓士进之。’……楚人已成列撰陈矣,公乃鼓之。宋人大败。公伤股,三日而死。此乃慕自亲仁义之祸。”这个故事是韩非对春秋时代尚存的贵族精神的刻意揶揄,而可悲的是两千多年来国人都是按韩非的思维解读这个故事,将宋襄公作为嘲笑的对象。从一定意义上说,这是中国传统精神由高尚、浪漫走向粗鄙、功利的文化蜕变过程的一个象征。

〔17〕 萧公权:《中国政治思想史》(一),辽宁教育出版社2001年版,页218。

〔18〕 庞朴:“‘中庸’平议”,《中国社会科学》创刊号(1980年)。

其实保民的结论。此乃后世法家以刑去刑理论之权舆,更为商鞅、韩非所发挥。

商鞅治秦,行铁血政治。他不仅不曾为其血腥的刑杀政策而愧疚,反而予之披上“爱民”的外衣。他认为先王制定一系列野蛮的刑罚,“非求伤民也,以禁奸止过也。”而“禁奸止过,莫若重刑。”(《商君书·赏刑》)重刑可令“民不敢试”,从而达到“无刑”、“以刑去刑”的理想。所以,“重罚轻赏,则上爱民,民死上;重赏轻罚,则上不爱民,民不死上。”(《商君书·去强》)按商鞅的逻辑,重刑是统治者“爱民”的表现,以仁义而治,轻刑薄罪,反倒是残暴之道。他是这样论证的:

立民之所乐,则民伤其所恶;立民之所恶,则民安其所乐。何以知其然也?夫民忧则思,思则出度;乐则淫,淫则生佚。故以刑治则民威,民威则无奸,无奸则民安其所乐。以义教则民纵,民纵则乱,乱则民伤其所恶。吾所谓刑者,义之本也。而世所谓义者,暴之道也。夫正民者,以其所恶,必终其所好;以其所好,必败其所恶(《商君书·开塞》)。

商鞅以为以仁义治民,行民之所好,民众快乐了,就会荒淫懒惰,就会放纵作乱;行民之所恶,即以刑治民,民因畏惧刑罚而不敢为奸,结果反而能安其所乐。在他看来,刑罚才是仁义之本,而仁义反为致暴之道。这种逻辑不仅荒唐可笑,更暴露了商鞅以民众为敌的残忍本性。

针对当时“重刑伤民”的批评声,韩非辩解道:

今不知治者,皆曰重刑伤民。轻刑可以止奸,何必于重哉?此不察于治者也。夫以重止者,未必以轻止也;以轻止者,必以重止矣。是以上设重刑者而奸尽止。奸尽止,则此奚伤于民也。所谓重刑者,奸之所利者细,而上之所加焉者大也。民不以小利蒙大罪,故奸必止者也。所谓轻刑者,奸之所利者大,上之所加焉者小也,民慕其利而傲其罪,故奸不止也(《韩非子·六反》)。

故其与之刑,非所以恶民,爱之本也(《韩非子·心度》)。

即重刑不仅不伤民,反而是爱民。因为重刑可以止奸,以重刑罚轻罪,民即不敢犯罪,自然不会受到伤害。在韩非看来,轻刑反而伤民:“是故轻罪者,民之埳也。是以轻罪之为道也,非乱国也,则设民陷也,此则可谓伤民矣。”(《韩非子·六反》)轻刑无异于为民设陷,结果民反受其伤害。这一逻辑,显然承接于商鞅,韩非自己交代得很清楚,《内储说上·七术》说:

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。

无论是商鞅,还是韩非,立论基于一种想当然的逻辑,而无视犯罪作为社会现象的多样性与复杂性,更无视重刑本身先已残民的实质。故所谓“重刑爱民”论不过是以“爱民”为幌子,掩盖其暴虐苛刻之实。

“有人说《商君书》的作者颇通政治辩证法,‘以刑去刑’,相反而成。这种评价只可叫做糟蹋辩证法,为屠杀主义辩护。”^[19]

(四)民众愚昧论

对民众的冷漠与蔑视是法家的通病。商鞅认为民众的特性是“朴”、“穷”、“怯”,即愚昧无

[19] 刘泽华:《中国政治思想史》(先秦卷),浙江人民出版社1996年版,页312。

知,穷困且畏惧刑罚,故刑治最为便利。商鞅热衷于去民之强的弱民之道,人为地将国强与民强对立起来。《商君书·弱民》说:“民弱国强;国强民弱(当作‘民强国弱’)。故有道之国,务在弱民。”如何弱民呢?商鞅认为“政作民之所恶,民弱。”政令之实行要让民众害怕、厌恶,民众就弱。商鞅构建了国家及其法度与民众的紧张关系、对立关系,并喊出了最能反映他暴虐一面的口号:“法胜民”!

民胜法,国乱;法胜民,兵强(《商君书·说民》)。

昔之能制天下者,必先制其民者也;能胜强敌者,必先胜其民者也。故胜民之本在制民,若冶于金、陶于土也。本不坚,则民如飞鸟禽兽,其孰能制之?民本,法也。故善治者塞民以法,而名地作矣(《商君书·画策》)。

商鞅将统治者与民众的关系譬若铁工和铁、陶工和土的关系,民众只是作为材料的铁和土,任凭统治者玩弄捏造。统治者如果不使用铁碗手段,民众便如飞鸟走兽般无法制御。

韩非眼里的百姓都是自私和愚昧的,所谓“民心”也就不顾及。他说:

今不知治者,必曰得民之心。欲得民之心,而可以为治,则是伊尹、管仲无所用也,将听民而已矣。民智之不可用,犹婴儿之心也。夫婴儿不剔首则复痛,不副痤则浸益。剔首副痤,必一人抱之,慈母治之,然犹啼呼不止。婴儿子不知犯其所小苦,致其所大利也。……昔禹决江浚河而民聚瓦石。子产开亩树桑,郑人谤訾。禹利天下,子产存郑,皆以受谤。夫民智之不足用亦明矣。故举士而求贤智,为政而期适民,皆乱之端,未可与为治也(《韩非子·显学》)。

儒家虽然讲专制,但还讲“得民之心”。到了韩非这里,民心向背都可置之不顾了。“人主者,明能知治,严必行之,故虽拂于民心,立其治。”(《韩非子·南面》)在他眼里,民者必然愚蒙,非仁恩德教所能化,而专制君威,乃惟一治民之术。故曰:“民者固服于势,寡能怀于义。”(《韩非子·五蠹》)专制论者总是善于将愚昧无知强加在老百姓头上,并以之为实施专制暴政的理据,自古及今,概莫能外。^[20]

韩非毫不掩饰自己对民众的鄙视与轻蔑,认为他们愚昧且狡猾。“是以愚戇窳惰之民,苦小费而忘大利”、“民愚而不知乱。”(《韩非子·南面》)“猾民愈众,奸邪满侧。”(《韩非子·扬权》)儒家讲“富民”、“足民”,韩非针锋相对,在《六反》、《显学》等篇中竟大肆鼓吹“足民何可以为治?”进而提出“为政不期适民”的罪恶主张。可见韩非在骨子里缺乏基本的人性,他眼里的个人与牲畜没有区别,正所谓“反人道于披毛戴角,侮同类犹鬻豕驱羊。”^[21]“法家把人民绳之于法的手段,与行为主义者训练动物做出他们心目中的操作(operant)的手段,基本上没有什么分别。”^[22]民众如犬马奴役,听任驱使乃至作出牺牲。“君上之于民也,有难则用其死,安平

[20] 梁启超曾说:“法家之论治也,颇有似今日军阀官僚反对民治主义者之所云,今语军阀官僚以民治,彼辈辄曰‘国民程度不足’,盖法家之言亦曰:‘民智之不可用也,犹婴儿之心也……’。”梁启超,见前注[12],页180。熊十力也说:“从来桀桀敢独裁而无忌者,必以为民智不可用也,而自计所见者大、所持者正,足为斯民谋福利也。实则彼欲利之,正所以害之;彼欲福之,正所以祸之。”熊十力,见前注[13],页63。

[21] 熊十力,见前注[13],页84。

[22] 张德胜:《儒家伦理与社会秩序:社会学的诠释》,上海人民出版社2008年版,页64。

则尽其力。”(《韩非子·五蠹》)他怂恿“明主”对百姓“不养恩爱之心,而增威严之势。”(《韩非子·六反》)章太炎对韩非虽多有赞誉,但就此曾感叹道:“今无慈惠廉爱,则民为虎狼也;无文学,则士为牛马也。有虎狼之民、牛马之士,国虽治、政虽理,其民不人。世之有人也,固先于国。且建国以为人乎?将人者为国之虚名役也?韩非有见于国,无见于人;有见于群,无见于子!”^[23]这一针见血之论,道破了韩非深刻残忍本性的来源,也揭示出了重刑主义的思想基础。

在商鞅的基础上,经过韩非的进一步补充完善,中国传统的重刑主义理论体系基本完成。

三、法家重刑观的基本内容

重刑思想及其实践在中国历史悠久,并非肇端于商鞅。荀子有“刑名从商”之说,“殷之法,刑弃灰于街者”,而“步过六尺者有罚,弃灰于道者被刑”^[24]正是秦法。商鞅所为不过是承传光大、变本加厉,并完成了理论上的论证。“凡申、韩刻忍之论,胥导源于商君。”^[25]“而商君之严刑当即滥觞于殷法也。”^[26]但“古之为刑者,未尝专以刑为治,而商君则一主于刑罚,此其所以为法家也。”^[27]

(一)赏刑关系

刑与赏虽被法家称为国之“二柄”,但二者重要性截然不同。在赏与罚的关系上,应该是刑主赏辅,赏只能作为刑罚的补充,即《商君书·算地》篇所谓“夫刑所以禁邪也,而赏者所以助禁也。”《开塞》篇更谓:“故王者以赏禁,以刑劝,求过不求善,借刑以去刑。”在《画策》篇甚至提出了“刑不善而不赏善”这种极端的口号。在数量上应该刑多赏少,具体而言是“赏一而罚九”。(《商君书·开塞》)《去强》篇曰:“王者刑九赏一;强国刑七赏三;削国刑五赏五。”《开塞》篇也曰:“治国刑多而赏少,故王者刑九而赏一,削国赏九而刑一。”“刑九赏一”自商鞅发明后,实际成为法家刑法观的核心内容。“法家之异于余家者,不在信赏必罚,而在赏一刑九。”^[28]在顺序上,则为“先刑而后赏”。(《商君书·壹言》)

与商鞅一样,韩非也是赏、刑并提,主张“厚重罚”。他将法赏功罚罪的两大功能称为“二柄”,是不可示人的“邦之利器”:

[23] 章太炎:《国故论衡·原道下》,上海古籍出版社2003年版,页115。

[24] 《史记·商君列传》裴骃《集解》引《新序》。又《汉书·董仲舒传》:“殷人执五刑以督奸,伤肌肤以惩恶。成康不式,……囹圄空虚。秦国用之,死者甚众。”

[25] 蒙文通,见前注[4],页627。

[26] 蒋礼鸿曰:“商君者,盖尝学殷道,而变本加厉,以严罚壹其民者也。《书》称殷罚有伦,罚蔽殷彝;荀卿言刑名从商。刑罚之起虽自远古,要其有伦有彝,则始殷时。李斯上二世书、刘向《说苑》并云商君之法刑弃灰于道者,而韩非书以此为殷法。非说为后人所不信,然观《礼·表記》称殷人先罚而后赏,其民之弊,荡而不静,胜而无耻,则殷罚固重,韩非之说未尽为诬,而商君之严刑当即滥觞于殷法也。”参见蒋礼鸿:《商君书锥指·叙》,中华书局1986年版,页1。

[27] 李源澄:“法家思想之演变”,载《李源澄儒学论集》,四川大学出版社2010年版,页105。

[28] 同上注。

明主之所导制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑德也。何谓刑、德？曰：杀戮之谓刑，庆赏之谓德。为人臣者畏诛罚而利庆赏，故人主自用其刑、德，则群臣畏其威，而归其利矣（《韩非子·二柄》）。

赏罚者，邦之利器也。在君则制臣，在臣则胜君。君见赏，臣则损之以为德；君见罚，臣则益之以为威。人君见赏而人臣用其势，人君见罚而人臣乘其威，故曰“邦之利器，不可示人。”（《韩非子·喻老》）

与商鞅的“赏一刑九”同出一辙的是，韩非也主张赏与刑在运用时要突出重点，即赏要少，刑要多，“刑胜而民静，赏繁而奸生，故治民者，刑胜，治之道也；赏繁，乱之本也。”（《韩非子·心度》）在法家那里，“重刑与厚赏虽然每每对待而言，而事实上重刑是主体，厚赏是陪衬。”〔29〕

（二）“刑用于将过”

按正常逻辑，刑法处罚的对象是已经发生的犯罪行为，但商鞅却认为为时已晚，起不到禁奸止罪的作用。他说：

刑加于罪所终，则奸不去；赏施于民所义，则过不止。刑不能去奸而赏不能止过者，必乱。故王者刑用于将过，则大邪不生；赏施于告奸，则细过不失。（《商君书·开塞》）

商鞅认为等到他人犯罪之后再施以刑罚，无论怎样重罚，都不足以去奸邪，所以，刑罚要用在他人将要犯罪之时。怎样才能肯定他人将要犯罪呢？只能是从思想上、主观上去认定，去强加。“刑用于将过”并不能达到商鞅所期待的“境内之民无淫辟之心”（《商君书·弱民》）的效果，只会带来刑罚的冤滥和司法任意，启后世“以心论罪”之先声。

韩非对“燔诗书而明法”（《韩非子·和氏》）的商鞅十分赞赏，且明确主张“境内之民，其言谈者必轨于法。”（《韩非子·五蠹》）“禁奸之法，太上禁其心，其次禁其言，其次禁其事。”（《韩非子·说疑》）企图禁绝一切学术思想，将所有思想、言论及行为，统统纳入集权主义大一统的轨道。韩非还毫不掩饰地主张以言定罪，甚至死罪。他说：

言无二贵，法不两适，故言行而不轨于法令者必禁（《韩非子·问辩》）。

为人臣不忠当死，言而不当，亦当死（《韩非子·初见秦》）。

“不忠”及“言而不当”在韩非看来都是死罪，实在骇人听闻。更有甚者，即便是不言而退隐者，韩非也主张以“不足以使之”，即不与当局合作的理由杀之。〔30〕可见，“韩非讲的法集中体现了专制君主的意志，把人们的精神生活统统限制在这样的法令之内，不准有与这种法令相违背的精神生活和超出这种法令的新思想的产生，这是十足的文化专制主义。”〔31〕韩非将思想

〔29〕 郭沫若：“十批判书·韩非子的批判”，郭沫若：《中国古代社会研究》（下），河北教育出版社2000年版，页959。

〔30〕 《韩非子·外储说右上》：“齐东海上有居士曰狂矜、华士昆弟二人者，立议曰：‘吾不臣天子，不友诸侯。耕作而食之，掘井而饮之。吾无求于人也。’无上之名，无君之禄，不事仕而事力。太公望至于营丘，使执而杀之，以为首诛。”韩非就此评述道：“不仕则不治，不任则不忠。……自谓以为世之贤士，而不为主用，行极贤而不用于君，此非明主之所臣也，亦骥之不可左右矣，是以诛之。”王充《论衡·非韩》谓：“空杀无辜之民，赏无功，杀无辜，韩子所非也。太公杀无辜，韩子是之，以韩子之术杀无辜也。”

〔31〕 刘泽华：《王权思想论》，天津人民出版社2006年版，页77。

文化专制理论推上了颠峰,极大完善了极端君主专制的理论体系。

(三)以刑去刑

商鞅的重刑观的突出特点在于主张即便是轻罪,也要加重刑罚。对此,商鞅自有一套说辞:

故行刑,重其轻者,轻者不生,则重者无从至矣,此谓治之于其治也。行刑,重其重者,轻其轻者,轻者不止,则重者无从止矣,此谓治之于其乱也。故重轻,则刑去事成,国强。重重而轻轻,则刑至而事生,国削(《商君书·说民》)。

行罚:重其轻者,轻其重者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑去事成(《商君书·靳令》)。

法家被称为刑罚“威吓论的代表”,^[32]商鞅重刑观最残酷的一点,就是轻罪重刑,将刑罚的威吓功能发挥到极致。重罪重刑、轻罪轻刑,符合一般的常识和理性,商鞅偏偏要超出常理之外,不光主张重罪重刑,甚至轻罪也要重刑,以此来实现其“以刑去刑”的目的。

根据这种逻辑,商鞅认为治理国家,即便针对良民,也要以治奸民之法治之。“国以善民治奸民者,必乱至削;国以奸民治善民者,必治至强。”(《商君书·去强》)“以良民治,必乱至削。以奸民治,必治至强。”(《商君书·说民》)

重法严刑,被韩非视为治理当世的不二之选。他声称:“如欲以宽缓之政,治急世之民,犹无警策而御驽马。”(《韩非子·五蠹》)其严苛之政,尤其是赤裸裸的刑治主义,颇得商鞅的真传。他经常照搬照抄商鞅之语,拾人牙惠而不稍作修饰,反映出他对商鞅这方面学说的绝对认同。“公孙鞅曰:‘行刑重其轻者,轻者不至,重者不来。’是谓以刑去刑。”(《韩非子·内储说上七术》)韩非认为重刑是一种手段,目的在于利用人的恶害与畏惧心理来达到以刑去刑的目的。“夫严刑者,民之所畏也;重罚者,民之所恶也。故圣人陈其所畏以禁其邪,论其所恶以防其奸,是以国安而暴乱不起。……严刑重罚之可以治国也。”(《韩非子·奸劫弑臣》)“古之善守者,以其所重禁其所轻,以其所难止其所易。”(《韩非子·守道》)“行刑,重其轻者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑。”(《韩非子·赏令》)

与商鞅单刀直入的风格不同,韩非善于借用生活的经验、常识,乃至特别的事例,巧妙运用偷换概念、强作比附模拟的方法,为重刑说寻找事实与逻辑依据:

董闾于为赵上地守,行石邑山中,见深涧,峭如墙,深百仞,因问其旁乡左右曰:“人尝有入此者乎?”对曰:“无有。”曰:“婴儿、盲聋、狂悖之人,尝有入此者乎?”对曰:“无有。”“牛马犬彘,尝有入此者乎?”对曰:“无有。”董闾于喟然太息曰:“吾能治矣。使吾法之无赦,犹入涧之必死也,则人莫之敢犯也,何为不治。”

《五蠹》篇也曰:

十仞之城,楼季弗能逾者,峭也;千仞之山,跛牂易牧者,夷也。故明王峭其法而严其刑也。

他甚至借孔子之口来为重刑论张目:

[32] (德)马克斯·韦伯:《儒教与道教》,张登泰、张恩富编译,人民日报出版社2007年版,页132。

殷之法，刑弃灰于街者，子贡以为重，问之仲尼。仲尼曰：“知治之道也。夫弃灰于街，必掩人。掩人，人必怒。怒必斗，斗必三族相残也。此残三族之道也，虽刑之可也。且夫重罚者，人之所恶也；而无弃灰，人之所易也。使人行之所易，而无离所恶，此治之道。”（《韩非子·内储说上七术》）

同样是论证重刑“非为罪人也，……重一奸之罪，而止境内之邪”，以实现以刑止刑的目的这一命题，则韩非的手法较商鞅更为老到圆熟。不过相同的是，两者的内在逻辑依然是不能自圆，且恶性流淌，贻害无穷。正如清儒陈澧所言：“老子云：民不畏死，奈何以死惧之？惜乎韩非之未解此也。罪当死者必死，则民畏。若不论罪之轻重而皆死，则民不犯轻罪，而犯重罪矣。此陈胜、吴广所谓失期亦死，举大计亦死也。”^{〔33〕}

（四）“重刑连其罪”

商鞅变法期间首创了连坐之法，“令民为什伍，而相收司连坐。不告奸者腰斩，告奸者与斩首同赏，匿奸者与降敌同罚。”（《史记·商君列传》）连坐所涉及的范畴广泛，尤其是运用于战争场合，更是骇人听闻。《商君书·画策》：

强国之民，父遗其子，兄遗其弟，妻遗其夫，皆曰：“不得，无返！”又曰：“失法离令，若死，我死！”乡治之。行间无所逃，迁徙无所入。

这是一副多么可怕的情景：所谓强国之民送亲人上战场，都要说：得不到敌人首级，就不要回来！违反法令，你死，我们也要死。无处可逃，无地可徙。商鞅的连坐之制要求民众互相举报而不能隐瞒，“民人不能相为隐”（《商君书·禁使》），与儒家的立场完全相反。

韩非不仅主张“连什伍，设告坐”，（《韩非子·和氏》）“设告相坐而责其实，连什伍而同其罪”，（《韩非子·定法》）而且在理论上予以了完善与发挥：

是故夫至治之国，善以止奸为务。是何也？其法通乎人情，关乎治理也。然则去微奸之奈何？其务令之相窥其情者也。则使相窥奈何？曰盖里相坐而已。禁尚有连于己者，理不得（不）相窥，惟恐不得免。有奸心者不令得忘，窥者多也。如此，则慎己而窥彼，发奸之密。告过者免罪受赏，失奸者必诛连刑。如此，则奸类发矣。奸不容细，私告任坐使然也（《韩非子·制分》）。

是“则韩非之法，又酷于商鞅矣。”^{〔34〕}

四、法家重刑主义的实践及其历史影响

法家的重刑主义理论自商鞅开始便全面付诸秦国的实践。在重刑主义理论的支配下，秦法之酷烈惨毒、名目繁多令人闻之色变。《汉书·刑法志》：“秦用商鞅连坐之法，造参夷之诛；增加肉刑、大辟，有凿颠、抽胁、镬烹之刑。”而据《云梦秦简》等文献所载，秦之死刑有：戮、磔、定杀、囊扑、凿颠、抽胁、镬烹、车裂、射杀、剖腹、弃市、枭首、腰斩、绞、坑、族等；肉刑有黥、劓、刖、

〔33〕 陈澧：“诸子”，《东塾读书记》卷十二。

〔34〕 谢无量：《韩非》，《民国丛书》第四编（7），中华书局1936年版，页180。

宫、斩左右趾、榜掠等。^[35] 尽管其中一些名目后来才出现,但无疑是商鞅重刑理论影响所致。汉刘歆曾对商鞅之酷虐有过如下描述:

今卫鞅内刻刀锯之刑,外深鈇钺之诛,步过六尺者有罚,弃灰于道者被刑,一日临渭而论囚七百余,渭水尽赤,号哭之声动于天地,畜怨积仇比于丘山,所逃莫之隐,所归莫之容,身死车裂,灭族无姓,其去霸王之佐亦远矣。^[36]

商鞅之政确曾令秦国富兵强,奠定了秦始皇一统天下之基,这是评价他千秋功过时最为某些人所津津乐道处。我们姑且忽略秦的强大是否有其它因素的影响,^[37] 承认两者之间的关联性,但不能不认清这一切都是以酷虐为手段,以民众的被控制和奴役为代价。他个人的悲惨结局换来的是“秦人不怜”,也告诉世人在他治下秦人生活的苦难艰辛。对此,汉朝的董仲舒曾作过描述:

(秦)用商鞅之法,改帝王之制,……富者田连阡陌,贫者亡立锥之地。又颍川泽之利,管山林之饶,荒淫越制,逾侈以相高;邑有人君之尊,里有公侯之富,小民安得不困? 又加月为更卒,已,复为正一岁,屯戍一岁,力役三十倍于古;赋,盐铁之利,二十倍于古。或耕豪民之田,见税什五。故贫民常衣牛马之衣,而食犬彘之食。重以贪暴之吏,刑戮妄加,民愁亡聊,亡逃山林,转为盗贼,赭衣半道,断狱岁以千万数。^[38]

《盐铁论·非鞅》也说:

商鞅以重刑峭法为秦国基,故二世而卒。刑既严峻矣,又作为相坐之法,造诽谤,增肉刑,百姓齧粟,不知所措手足也。赋敛既烦数矣,又外禁山泽之原,内设百倍之利民无所开说容言。崇利而简义,高力而尚功,非不广攘进地也,然犹人之病水,益水而疾深。知其为秦开帝业,不知其为秦致亡道也。

《淮南子·览冥训》则谓:

今若夫申韩商鞅之为治也,捽拔其根,芟叶其本,而不穷究其所由生。何以至此也? 凿五刑,为刻削,乃背道德之本,而争于锥刀之末。斩艾百姓,殫尽太半,而忻忻然常自以为治。是犹抱薪而救火,凿窦而出水。

以民众为敌的统治,不可能持久,强秦的短祚速亡,应验了这个真理,同时也宣告了法家政治路线在实践中的失败。汉人的上述批评针针见血、凿凿有据,反思不可谓不深不切。然而,集权专制统治必须借助且倚重刑治主义,这决定了即便是汉人的深刻反省也不可能从思想与文化的高度彻底否定重刑主义。历史上所谓“汉承秦制”的通说,恰恰揭示了建构于法家理论基础上的“秦制”不仅没有退出历史舞台,反而改头换面得以承传,影响中国历史两千余年。故

[35] 参见杨师群:《东周秦汉社会转型研究》,上海古籍出版社2003年版,页119。

[36] 《史记·商君列传》裴骃《集解》引《新序》。

[37] 如英国汉学家李约瑟“深信”此与秦武器先进有关。“数百年来,文学性的史学者论及秦之勃兴,辄视为‘奇迹’,但余深信,吾人应一视秦之军库,寻出其具体的技术的发明,方能了解如此残暴与专制之政体,何以能达成其目的至如此辉煌之地步。”参见李约瑟:《中国古代科学思想史》,陈立夫等译,江西人民出版社1999年版,页258。

[38] 《汉书·食货志上》引董仲舒语。

谭嗣同谓“二千年之政，秦政也”，^{〔39〕}乃坐实之论。汉朝在特定的历史背景条件下开启了儒、法合流的进程，最终形成了一整套以儒表法里、阳儒阴法为特征的完善的制度体系。“儒主管文教、风俗、消费等，法主管军事、法律、生产等，儒法共管政治，同主君权等级，文武宽猛相济。”^{〔40〕}儒家做表面文章，法家管实际操控。法家思想路线全面渗入传统政治思维的肌理之中，构成了君主专制政治的精神内核。在法律层面的反映之一就是重刑主义的阴魂不散，卷土重来，影响并决定着法律制度体系。中华法系的重要特征之一就是重刑主义，君主专制政治统治的黑暗与暴虐，刑事立法的一枝独秀，司法审判的有罪推定，刑罚种类的繁杂与手段的滥用，尤其是以凌迟为代表的酷刑的长期存在，以言论罪惩治思想犯，以及族诛连坐制度的广泛使用等，都无可置辩地证实了这一点。面对数千年苦难的历史，我们没有理由低估乃至否认重刑主义给民众造成的伤害，给国家带来的祸患。而更应该警觉的是，重刑主义作为一种精神毒素，其实已经渗入中国传统法律文化的血脉之中，干扰、阻碍着我们这个民族法律理念的健康成长。

我们有着悠久的历史，也不乏优秀的传统。但遗憾的是，我们往往欠缺历史是非的分辨能力，更欠缺对自身罪孽的批判和忏悔。时至今日，法家政治仍倍受许多人赞赏，其重刑主义思想也没有被认真检讨和清算，还有着深厚的社会基础和孳生土壤。“严打”的滥用、“重典”的鼓噪，以及每当论及死刑问题时反映出的汹汹舆情，都一再提醒世人：重刑主义阴魂不散，根基深厚，俨然成为我们走向文明与法治的拦路恶虎。因此，对法家的重刑主义理论及其“法胜民”的专制学说予以全面清算和彻底批判，进而除去这只恶虎，实乃时代赋予吾辈学人的历史使命。

(责任编辑：徐爱国)

〔39〕 谭嗣同：《仁学》卷上。毛泽东“文革”期间给郭沫若的诗中还说“百代皆行秦政制”，呼应了谭氏之说。

〔40〕 蔡尚思：“儒墨斗争史与儒法合作史”，《墨子研究论丛》1993年第2期。