

【史辨】

“以刑去刑”:商鞅思想新论

曾振宇

【摘要】商鞅在历史上是一位被深度误读的人物。对商鞅的核心思想与价值取向不可单纯以“刻薄寡恩”、“轻罪重罚”、“利出一孔”来综括,“比德于殷周”、“移风易俗”、“男女有别”、“以刑去刑”也是商鞅梦寐以求的社会理想。商鞅并未全盘否定和废灭仁义道德文化,只是在仁义范畴的界定、仁义理想实现之途径、法与德的内在关系等方面,与儒家存在一些分歧。商鞅所言“去刑”,是指通过公正、公平与公开的“壹刑”训导,使全社会有望进入“明刑”的理想境界。“去刑”的涵义为“明刑”,韩非称之为“明法”。

【关键词】商鞅;轻罪重罚;以刑去刑;“比德于殷周”

【作者简介】曾振宇,山东大学儒学高等研究院教授,博士生导师(济南 250100)。

【原文出处】《山东大学学报》:哲学社会科学版(济南),2013.1.32~41

【基金项目】本文为国家社科基金重点项目“中华文化元典基本概念研究”(项目批准号 12AZD082)和山东大学儒学院项目“中国思想史基本概念研究”阶段性成果之一。

商鞅在历史上是一位备受争议的人物。司马迁《史记》称其为“天资刻薄人也”^①,司马贞《索隐》云“刻谓用刑深刻,薄谓弃仁义,不恤诚也”^②。纪昀的评价与司马迁如出一辙:“观于商鞅、韩非诸家,可以知刻薄寡恩之非。”^③与此同时,数千年来对商鞅同情、理解甚至赞赏的评价也不绝如缕。韩非将商鞅在历史上的贡献高度评价为“此亦功之至厚者也”^④。在韩非心目中,商鞅就是“圣人”^⑤。韩非是历史上第一位、同时也是最后一位称颂商鞅为“圣人”者,这与历代儒家对商鞅的评价可谓有云泥之别。章太炎先生撰有《商鞅》一文,为商鞅申两千多年来不白之冤:“商鞅之中于谗诽也二千年,而今世为尤甚。其说以为自汉以降,抑夺民权,使人君纵恣者,皆商鞅法家之说为之倡。呜呼!是惑于淫说也甚矣。”^⑥《商鞅》一文是章太炎为商鞅翻案的

巨篇宏文,笔底波涛起伏,对于还商鞅以历史本来面目大有裨助。其后牟宗三先生又立场鲜明地指出:商鞅“不坏”^⑦。“这样的法家是不坏的。商鞅是法家的典型。”^⑧法家是从申不害、韩非开始变坏的,其中缘由在于申不害的“术”与道家相结合,“法家也变坏了”^⑨。孰是孰非?或说论,或诽谤,其间必有当而不可易者。商鞅思想与行事是一面多棱镜,立场与视角的不同,必然导致商鞅这一历史人物影像重叠杂乱。笔者不揣简陋,力图在前贤今哲研究基础上,对商鞅思想特点与性质,尤其是法与德的内在关系,进行一些新的探讨。不当之处,敬祈指正!

一、“至德复立”:商鞅思想并非完全否定道德文化

在学术史上,有人批评商鞅废灭文化、遗弃道

德。换言之,商鞅思想反道德文化。譬如,贾谊指责商鞅“遗礼仪、弃仁恩,并心于进取,行之二岁,秦俗日败”^①;《淮南子·泰族训》也认为,商鞅偏重刑法而弃绝道德,曰:“今重法而弃义,是贵其冠履而忘其头足也”^②。平心而论,学术史上前贤今哲对商鞅的针砭并非纯粹空穴来风,因为在《商君书》中可以发现大量的批判、抹杀甚至灭绝道德与文化的言辞:

六虱:曰礼、乐;曰《诗》、《书》;曰修善、曰孝弟;曰诚信、曰贞廉;曰仁、义;曰非兵、曰羞战。国有十二者,上无使农战,必贫至削。十二者成群,此谓君之治不胜其臣,官之治不胜其民,此谓六虱胜其政也。^③

辩慧,乱之赞也。礼乐,淫佚之徵也。慈仁,过之母也。任举,奸之鼠也。乱有赞则行。淫佚有徵则用。过有母则生。奸有鼠则不止。八者有群,民胜其政。国无八者,政胜其民。民胜其政,国弱。政胜其民,兵强。^④

商鞅把仁义诚信孝悌等等称之为“六虱”,这与韩非“五蠹”提法有异曲同工之处。但是,两者之间也有区别。韩非明确点明“儒者”是“五蠹”之一,是必须“灭”的。但是,在整部《商君书》中,从未提及“孔子”、“孔丘”,也没有“儒”或“儒者”概念。这说明商鞅及其后学所批评的对象并非单纯针对孔子学说,而是针对当时社会上普遍流行的、占主导地位的价值观与主流文化。《靳令篇》所说的“非兵”、“羞战”,也很难说专门针对儒家学派,因为墨家和公孙龙也有类似的思想。至于《靳令篇》的“贞廉”、《说民篇》的“任举”,儒家和墨家都有类似的主张。商鞅之所以猛烈抨击礼、乐、仁、义、诚、信、孝、悌主流文化与价值观,有其深刻的社会历史背景。细而论之,盛行于世的礼乐文化和价值观与秦国力行的治国方略相抵牾,甚至水火不容。当年商鞅四见秦孝公,先以“帝王之道”游说,结果“未中旨”^⑤,然后以“强国之术说君”,孝公才“大说之”。^⑥

孝公追求的是“各及其身显名天下”,既然如此,不用极端手段就无法达到这一社会目标。所谓“极端手段”,就是将秦国变成一座军营,用什伍军事组织方式把全国人民组织起来,只用一种文化(“壹教”)来教育平民百姓。“壹教”的具体内容就是“以法为教”、“以吏为师”。顾颉刚先生认为,秦始皇借助刑罚的制裁,不允许人民读书;汉武帝通过利禄的诱引,只允许人民只读一种书,结果“始皇失败了,武帝成功了”^⑦。其实,秦国与秦王朝并非不允许人民读书,而是只允许人民读一种书,即“以法为教”的“壹教”。凡是符合“利出一孔”治国大略的价值观与文化都是合法的;反之,都是非法的,都是“淫道”。“淫道必塞”^⑧,否则,“学者成俗,则民舍农”^⑨。

但必须点明的是,将道德文化斥之为“六虱”、“淫道”,只是秦国特殊时期的特殊文化政策。在“当今争于气力”的时代,要想彻底扭转“诸侯卑秦,丑莫大焉”^⑩的落后局面,将礼乐文明打入冷宫,是一时权宜之策。“故以王天下者并刑,力征诸侯者退德。”^⑪瞿同祖先生指出,法家“行刑重其轻”,只是“止奸息暴的手段,不得已才用之”^⑫。因此,对礼乐仁义诚信道德文化的批判并不是商鞅思想的全部内涵,更不是其思想本质。

首先,商鞅在内心深处从来就没有否认或弃绝道德文化。从商鞅知识背景与师承关系考察,他在入秦之前实际上是一个杂家。他的老师尸子的思想特点就是兼儒墨、合名法,无所不窥。尸子思想这一特点影响了青年时代商鞅的知识结构。入秦之初,商鞅之所以能分别以“帝道”、“王道”和“霸道”游说秦孝公,得益于他广博的知识来源。因此,我们不能断言商鞅弃绝道德文化,只是在何谓“德”问题上,与其他学派存在着较大分歧。“天下行之,至德复立。此吾以杀刑之反于德,而义合于暴也。”^⑬在商鞅看来,依法治国、社会安定、无邪恶之行,“大邪不生,细过不失”,就是最高的“德”。高

亨先生指出：“法家反对儒家所谓仁义，但并不弃绝仁义，认为实行法治，社会安定，就是做到仁义了。”^②

其次，法家之仁义观与儒家思想存在着相通相容之处。“所谓义者，为人臣忠，为人子孝，少长有礼，男女有别。非其义也，饿不苟食，死不苟生。”^③“义”的概念内涵比较广博，实际上是指道德自觉与道德践行。在这一层面上，商鞅对“义”范畴的界定，与儒家有相近之处。孟子云：“大人者，言不必信，行不必果，惟义所在。”^④义是最高价值原则，所以程颐认为，“人皆知趋利而避害，圣人则更不论利害，惟看义当为不当为，便是命在其中也”^⑤。所谓“命在其中”，实际上是指义不是一种外在的行为规范，更重要的还在于，“义”内在于人心，是德性之心的外在显现^⑥。义出于心，具有绝对性，所以称之为“命”。正因为如此，义又是人生之乐。冯友兰评论说：“对儒家来说，人为什么要行仁义，是不需要提出的问题，因为这是人的本性。”^⑦人既是人，就应该扩充其本性。扩充其本性就是实现人之所以为人，这与外在利益毫无关系。可以说，这一阐释与孟子思想合若符契。也恰恰在这一文化意义上，儒家与法家显现出根本的分歧。在商鞅思想中，义是外在的行为规范（墨家其实也是如此），义属于“有以为”，而非“无以为”；在儒家思想中，义却是内在于人心之“命”，仁与义皆属于“无以为”。换言之，用孟子与告子的争辩术语来概括，“仁义内在”，而非“仁内义外”^⑧。

其三，法家与儒家对仁义忠孝等伦理价值观的性质与适用范围评价不一。“仁者能仁于人，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。”^⑨商鞅认为，仁义忠孝等等伦理道德价值观只对君子有效，对小人无法产生规范效应。仁义忠孝的适用范围是有限的，君子之德只能是单株的小草，无法形成草上之大风。换言之，仁义忠孝并非是超越时空的绝对真理，并

不具备普适性。但是，儒家的伦理观显然与法家截然不同。朱熹认为，天理是一“谷种”，是百无欠缺的自在之物，人伦道德自然也是天理内在属性之一。“理者物之体，仁者事之体。事事物物，皆具天理，皆是仁做得出来。仁者，事之体。”^⑩理是本体，仁是理在人心之落实；理是人伦道德存在正当性之根据，仁义礼智信“五常”是天理之分名。“天理既浑然，然既谓之理，则便是个有条理底名字。……须知天理只是仁、义、礼、智之总名，仁、义、礼、智便是天理之件数。”^⑪天理浑然不可分，天理与仁义礼智信“五常”的关系不是本原与派生物之间的关系，而是本原与属性之间的关系。仁义礼智并非由理“旋次生出”，理是人伦道德的“总名”，仁义礼智信则是天理之“件数”。二程曾指明“人伦者，天理也”，已从哲学高度将仁义定性为天理固有之性，朱熹在二程思想基础上继续论证仁义礼智是天理落实在每一人伦关系上的“一个道理”，如果豁然贯通，“便都是一理”^⑫。朱熹把以仁义礼智信为内涵的理实有化，目的在于论证儒家伦理的普适性与永恒性。

其四，在法与德关系上，儒法两家的分歧十分明显。孔子主张先德后刑、先教后杀，父子相隐，“直”在其中。直是仁的表现，仁是价值体系的核心。在法与德的关系上，仁是法的内在文化精神。这一观点在孔子思想中已有所显露，但还没有进行深入论证。在儒家思想史上，真正阐发孔子法律思想的人物是荀子。在荀子思想中，“礼”规范了社会各阶层的权利和义务。礼不仅“正身”，而且是国之“大分”，礼既有西方自然法的色彩，也被赋予了根本法的性质。“故人之命在天，国之命在礼。”^⑬礼的根本作用是“正国”^⑭，所以礼是“国之命”。基于此，荀子进而提出了“礼法”新概念：“礼法之大分也”^⑮，“礼法之枢要也”^⑯。“礼法”新概念的提出，具有划时代的文化意义。援礼入法、以礼论法，既是对法之性质的重新界定，更是对法背后隐伏的伦

理精神进行论证。有礼之法才是良法,无礼之法是恶法,“故非礼,是无法也”^③。出于礼、入于刑,隆礼重法,礼法合一,其实质意在表明:法已不再是刑罚的汇合,而是建基于礼文化基石之上的新法,法被赋予了焕然一新的文化内核。因此,“礼法”思想的提出,为儒家王道政治文化根基的培植起到了关键作用。与儒家思想相对,法家探讨法与德关系的角度和观点都大不相同。“刑生力,力生强,强生威,威生德。德生于刑。”^④类似文句反复出现于《靳令》、《去强》等篇章中,“威生德”在有些篇章中表述为“威生惠”。蒋礼鸿认为,“惠生于力,犹惠生于刑矣。”^⑤德来源于刑,有刑罚才有道德文明。“非其义也,饿不苟食,死不苟生。此乃有法之常也。”^⑥“常”的含义为内在条理、特性、本质,《说苑·修文》有“常者,质也”的记载,含义基本一致。仁义诚信是“有法之常”,无法则无德。社会通过轻罪重罚,达到“以刑去刑”的社会理想境界之日,就是仁义诚信大行于世之时。“圣君独有之,故能述仁义于天下。”^⑦认清了法与德的关系,才能真正把握仁义的内在真谛。儒家的理论缺陷在于空谈“老老、幼幼”的社会大同理想,缺乏对实现社会大同理想途径的理论与制度设计。“背法而治,此任重道远而无马牛,济大川而无舡楫也。”^⑧法是实现社会道德理想之必由途径,犹如船之桨、车之马。在商鞅看来,儒家因为没有厘清法与德的内在关系,因果颠倒,所以其学说善而无征、空而无果。

二、“比德于殷、周”的社会理想愿景

在梳理德与法内在关系的基础上,商鞅大张旗鼓地施行“行刑重轻”。“轻罪重罚”的目的不仅仅在于惩罚犯罪者本人,而在于通过几十年甚至上百年的“刑不善”,最终达到“以刑去刑”的社会理想境界,这恰恰是商鞅砭砭以求的终生奋斗目标。明乎此,才真正读懂了商鞅的内心世界。概而论之,商鞅所追求的“至德复立”的理想社会,至少有两大愿景:

其一,“比德于殷、周”^⑨、“移风易俗”,男女有别。商鞅相秦十年,已处于各种社会矛盾的交汇点上,“宗室贵戚多怨望者”^⑩。隐士赵良力劝商鞅急流勇退、明哲保身。商鞅对自己十年改革进行辩护“始秦戎翟之教,父子无别,同室而居。今我更制其教,而为其男女之别。大筑冀阙,营如鲁、卫矣”^⑪。值得注意的是,商鞅的辩护词中首先提到的并非政治制度、徭役制度与军事制度上的改革,而是社会伦理道德建设方面的成就。鲁、卫代表周文,以商周文明建设秦国道德文化,“比德于殷、周”,是商鞅一生自我期许的奋斗目标。“营如鲁、卫矣”一句,掷地有声,其中蕴含着诸多感慨与慰藉。李斯对此评论说:“孝公用商鞅之法,移风易俗,民以殷盛,国以富强,百姓乐用,诸侯亲服,获楚、魏之师,举地千里,至今治强。”^⑫我们必须将商鞅“移风易俗”改革置放于中国历史大背景中综合考察,才能认识清楚期间的文化巨变。在周代文明中,“男女有别”是社会伦理道德程度高的一项标杆。《礼记·内则》云:“道路,男子由右,女子由左。”^⑬“女子出门,必拥蔽其面,夜行以烛,无烛则止。”^⑭宋伯姬之所以死于一场大火,就是一直在等待傅姆的到来。“妇人之义,傅姆不在,宵不下堂。”^⑮傅姆晚至,结果宋伯姬葬身于火海。在家庭伦理中,“男女授受不亲”也有详细规定。《礼记·曲礼》云:“男女不杂坐,不同椹、枷,不同巾、带,不亲授。嫂叔不通问,诸母不漱裳。外言不入于闾,内言不出于闾。”^⑯叔、嫂相接,在中原文明国家是被禁止的。齐人淳于髡曾以“嫂溺,则援之以手乎”向孟子发难,孟子则以知“礼”通“权”应答。^⑰但是,中原国家的文明之风丝毫没有传播至边陲之外的秦国,这与秦国历史密切相关。秦人原为东夷,生活在山东沿海一带,夏末向西迁徙。周武王灭商后,秦人迁至陕、甘一带与戎狄杂处。西周孝王时期,秦人首领非子因养马有功,被封于秦(今甘肃陇西一带)。秦人立国时间,远远晚于中原各国,社会文明化程度也远逊于

鲁、宋诸国。以至于到秦孝公时代,中原各国盟会,仍不邀请秦国。因为在中原各国眼中,秦国“与戎翟同俗,有虎狼之心,贪戾好利而无信,不识礼义德行”^⑤。秦人不知礼义德行,寡廉鲜耻,“若禽兽”^⑥。有鉴于此,商鞅治秦,依照鲁、卫风俗,雷厉风行地在秦国推行道德文明建设。秦孝公三年(前359年),商鞅变法颁布《分户令》:“民有二男以上不分异者,倍其赋。”^⑦兄弟必须分家,各立门户,否则“一人出两课”^⑧。秦孝公十二年,又重申《分户令》精神,“令民父子兄弟同室内息者为禁”^⑨。在兄弟分居基础上,又规定父子也必须分户。“同室”即同户。睡虎地秦简《法律答问》有:“可(何)谓‘同居’?户为‘同居’,坐隶,隶不坐户谓殴(也)。”^⑩商鞅两次“分户令”,既有经济与政治管理上的考量,也有“移风易俗”、摒弃“戎翟之教”的社会教化目的。杨宽教授指出,商鞅变法禁止父子兄弟同室居住,目的在于“革除残留的戎狄风俗”^⑪。商鞅以中原礼教文化革除秦国恶风陋俗的措施,在出土文献中多有体现。“某里士五(伍)甲诣男子乙、女子丙,告曰:‘乙、丙相与奸,自昼见某所,捕校上来诣之。’”^⑫秦律强调“男女洁诚”,对通奸之罪绳之以法。如果发生家庭乱伦之行,更是严惩不贷。“同母异父相与奸,可(何)论?”^⑬兄妹通奸,论为“弃市”。汉承秦制,强调男女有别,对家庭乱伦之行惩罚更趋酷烈。汉衡山王之子刘孝先自告谋反,朝廷“除其罪”,但最终却以“坐与王御婢奸,弃市”^⑭。通奸罪竟然重于谋反罪,汉朝整齐风俗之礼法,与秦律相比有过之而无不及。

其二,从“壹刑”到“去刑”。商鞅思想中的“壹刑”蕴涵三层含义:

首先,法之公正性。“民本,法也。”^⑮法是体现国家意志的外在强制性约束力量,法应该具有普遍的约束力,上自君王,下自庶民,人人必须遵循。商鞅一再把法比作规矩、准绳与度量衡。“故法者,国之权衡也。”^⑯因为只有这样论证法的性质,才可

以说“法令者,民之命”。法既然是衡量是非功过的客观准绳,当然蕴涵公正的特点。法的公正性源自何处?换言之,法律公正性的依据何在?商鞅和其他法家一样,皆从“天道”寻求法的公正性存在之合理性。天之运行有其内在的规律和法则,其中一条最根本的法则为“天道无私”。天对万物无远无近,无偏无私。得天之道为“德”,天之道显现于入之道、落实于法是为“公”。“公私之分明,则小人不疾贤,而不肖者不妒功。”^⑰天下人的普遍权益为“公”,个人利益为“私”。代表天下整体利益的法就是“公法”,体现君王个人利益之法就是“私法”。因此,统治者当“立法为公”,“故尧舜之位天下也,非私天下之利也,为天下位天下也。论贤举能而传焉,非疏父子亲越人也,明于治乱之道也。故三王以义亲天下,五霸以法正诸侯,皆非私天下之利也,为天下治天下”^⑱。商鞅于此提出了两个著名的论断:“为天下位天下”和“为天下治天下”。天下不是君王一姓之天下,而是天下人之天下,如果君王把天下当成自己私有之物,必将身亡国危。只有像尧舜那样,以天下为公,立法为公,“论贤举能”,实行禅让制,才真正通晓治国之道。“故公私之交,存亡之本也。”^⑲商鞅这些表述,与墨家禅让思想存在相通相近之处。“为天下位天下”社会政治思想既是对宗法社会“家天下”传统的否定,又是对西周早期以来民本主义思潮的继承与发展。

其三,法之公平性。法既然代表国家和社会整体利益,就应该具有普遍适用的平等性特点。刑罚应该不分贵贱等级,不因人而异。司马迁虽然对法家多有微词,但对法家“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”^⑳普遍适用的平等性原则仍给予高度评价。“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。”^㉑“刑无等级”意味着不分贵贱亲疏,一断于法。在“刑无等级”理论中,商鞅还适度

地提出了君王应守法的思想。尽管君王拥有立法、司法和行政诸大权,但法律一旦颁行,君王也有恪守法令的义务。《商君书·君臣篇》云:“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。”^⑩商鞅从言、行、事三方面论述君王与法的关系,“不为”、“不听”和“不高”是君王自身对待法律应持的态度。不合法律原则的“不为”,合乎法律原则的积极“为之”,此乃“治之至”^⑪。商鞅关于法律面前贵贱平等、“一断于法”的立法思想,并未仅仅停留于思辨领域。在司法实践上,商鞅也力图维护法的平等性原则。在推行新法过程中,太子驷在公子虔、公孙贾等宗法贵族势力唆使下,公然诋毁与阻挠新法推行。对于太子驷的违法行为,商鞅主张依法惩处,后来可能孝公出面求情,又考虑到太子驷是君位继承人不便施加肉刑,只好让太子师傅代其受刑,黥其师、劓其傅。太子犯法,刑及师、傅,这一案例实际上等于处罚了太子,况且太子师傅又都是宗室贵族。由此可以看出,商鞅不仅在理论上倡导“刑无等级”,在司法实践中也力求贯彻法的平等性原则。

其四,法之公开性。商周时代存在着“刑不可知,则威不可测”的神秘法传统,依恃不成文的习惯法和君主的命、诰来调整各种社会关系。迨至春秋晚期郑国子产铸刑书,开创公布成文法先例。此事甫出,立即遭到叔向等人的极力反对,其理由为“昔先王议事以制,不为刑辟,惧民之有争心也”^⑫。“议事以制”是指“临事制刑,不豫设法”^⑬。商周时代的法制特点是“以罪统例”,而非“以罪量刑”。对于子产在法制方面开时代风气之举,叔向不仅抨击,而且诅咒:“民知争端矣,将弃礼而征于书。锥刀之末,将尽争之。乱狱滋丰,贿赂并行,终子之世,郑其败乎!”^⑭商鞅继承了法家先驱子产等人公布成文法的传统,主张“宣明法制”:“故圣人为法,必使之明白易知,名正,愚知遍能知之”^⑮。商鞅认

为,成文法颁布有两大优点:其一,“万民皆知所避就”^⑯。成文法意味着法是刚性的行为规范,人们知道合法与非法的界限,了解自己的权利与义务。其二,“故吏不敢以非法遇民,民不敢犯法以干法官也”^⑰。法令公开、透明,意味着法的可预见性。平民大众都通晓法律所赋予法吏的权利界限,法吏就不敢徇私枉法、任意断罪,罪犯也不敢法外求情或刁难法吏。韩非子评论说:“故法莫如显,而术不欲见。是以明主言法,则境内卑贱莫不闻之也。”^⑱法必须“布之于百姓”,才能达到“刑罚必于民心”的社会效果。商鞅治秦二十余载,在思想与舆论上高倡法律公开性的同时,在制度层面上也采取了诸多措施保障法律的公开、透明。譬如,“为法令置官吏”^⑲。全国建立统一的司法官吏队伍,在中央设立三名司法官吏,其中天子殿中置一名法官,御史置一名法官,丞相置一名法官。诸侯郡县皆分别设置一名法官,配备法吏若干名。由法官与法吏组成的司法机构具有两大职能:其一,定期向天下吏民颁布法令条文。出土秦简《尉杂》律有“岁飡辟律于御史”^⑳的记载,“掌刑辟”的廷尉每年要到御史处核对法律条款,以免传抄讹误,这与《定分篇》中关于司法官吏每年定期核对并颁布法令条文的内容正相吻合。从秦简分析,地方官吏有定期公布法律条文之义务,《语书》实际上就是南郡郡守“腾”颁发给本郡各县、道的法律文告,“发书,移书曹,曹莫受,以告府,府令曹画之。其画最多者,当居曹奏令、丞,令、丞以为不直,志千里使有籍书之,以为恶吏”^㉑。法律文书传达到县、乡、里时,各级政府须及时公布于众,“明法律令,事无不能”者为“良吏”。“不智(知)事,不廉(洁)”^㉒,阻滞延宕法令施行者,将被视为“恶吏”。此外,《内史杂》律的“县各告都官在其县者,写其官之用律”^㉓的记载表明,各县都官必须抄写法律条文,这也是官府公布法律条文的一种形式。其二,司法官吏有向吏民解释法令条文的义务。“吏民知法令者,皆问法官。”^㉔《定

分》篇这些阐述司法理论与制度的记载,已转化为秦国与秦朝的司法制度。秦简《法律答问》实际上就是司法官吏与吏民之间关于法令条文的答问录,“甲盗牛,盗牛时高六尺,系一岁,复丈,高六尺七寸,问甲可(何)论?当完城旦”^⑥。秦朝成年男子平均身高是六尺五寸,尚未成年的孩子偷了别人一头牛,吏民问司法官吏应如何处罚?司法官吏回答说:先囚禁一年,一年后再量身高,如果身高已达6.7尺(约合今1.54米),就收录为城旦隶。这种答问录同样具有法律效力,在审理案件中经常援引,以资判决时参考。在商鞅之前,尚无思想家如此全面深入地论述司法原则、司法机构性质与职能。在这一意义上,商鞅学说代表先秦时期司法理论所达到的最高水平。

法之公正、公平与公开,构成商鞅学说“壹刑”的基本架构。从法之公正、公平与公开,才有可能臻于“以刑去刑”、“至德复立”的理想社会境界。换言之,“壹刑”合乎逻辑的发展趋向就是“去刑”。“重刑,连其罪,则民不敢试。民不敢试,故无刑也。夫先王之禁,刺杀,断人之足,黥人之面,非求伤民也,以禁奸止过也。故禁奸止过,莫若重刑。刑重而必得,则民不敢试,故国无刑民。国无刑民,故曰:明刑不戮。”^⑦商鞅所言“去刑”,并非“无刑”,或完全消灭犯罪现象,而是指通过公正、公平与公开的“壹刑”训导,全社会有望进入“明刑”的理想境界,“明刑之犹至于无刑也”^⑧。所以,商鞅“去刑”的涵义为“明刑”,韩非称之为“明法”^⑨。其思想实质一方面旨在表明法律的公正、公平与公开;另一方面意在说明,经过长期的“以壹辅仁”社会治理之后,法之性质已悄悄改变:“国治,断家王,断官强,断君弱。……故王者刑赏断于民心,器用断于家。治明则同,治暗则异。同则行,异则止。行则治,止则乱。治则家断,乱则君断。治国者贵下断,故以十里断者弱,以五里断者强。家断则有余,故曰:日治者王。官断则不足,故曰:夜治者强。君断则乱,故曰:

宿治者削。故有道之国,治不听君,民不从官”^⑩。在“有道之国”理想社会中,是非对错,已能“断于民心”,平民大众既不“听君”,也不“从官”,他们唯一“从”的是“心”。此“心”既是德性之心,也是法性之心。法已不再是外在强制性的制约力量,法已内化为人内在的生命本然欲求,法与德交融为一“心”^⑪。通晓治国之要的统治者,商鞅称之为“王君”、“圣君”,“圣君”知道“以壹辅仁”的治国之道:社会高度法治化之日,就是社会道德文明大行于世之时。“耆老得遂,幼孤得长,边境不侵,君臣相亲,父子相保。”^⑫“杀刑”与“圣德”相反相成、相生相依。“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须而相成者也。”^⑬至大至刚的法之精神与至善至美的伦理境界水乳交融,犹如气之阴阳相辅相成。圣君深谙德与法相须而相成之“道”,所以真正“能述仁义于天下”^⑭。商鞅明乎此“道”,所以韩非称赞他是“功之至厚者。”

三、结语

综上所述,研究商鞅思想及其行事,有三点有待于我们深入探讨:

其一,对商鞅知识背景、知识结构和价值取向应全面深入研究。从商鞅青年时代治学与游学经历分析,将青年时代的商鞅定位为杂家比较符合历史事实。根据司马迁、班固和刘向等的记载,商鞅年轻时拜杂家尸子为师,杂家的特点在于“兼儒墨,合名法”。商鞅四见孝公,分别以“帝道”、“王道”和“霸道”试探孝公所好,足以证明商鞅的知识背景与知识结构。商鞅的核心思想与价值取向不可单纯以“刻薄寡恩”、“轻罪重罚”、“利出一孔”来综括,“比德于殷周”、“以刑去刑”也是商鞅梦寐以求的社会理想。在历史舞台上,存在着两个影像交叉重叠的商鞅:一个是师事尸子的杂家公孙鞅,另一个是被封于商、於之地的秦相商鞅。历史最终选择了商鞅以法家面目出现于世,而非商鞅自己愿意以法家面目显现于世。点明此区别,不

无必要。

其二,商鞅并未全盘否定和废灭仁义道德文化,只是在仁义范畴的界定、仁义理想实现的途径、法与德的内在关系等方面,与儒家存在一些分歧。在商鞅看来,法的内在文化精神是“爱民”、“利民”^⑨,这一观点与儒家可谓殊途而同归、一致而百虑。也正是在这一层面上,商鞅与韩非不可混为一谈。商鞅思想深处有人文关怀成分,“法者所以爱民”、“以刑去刑”、“至德复立”、“为天下位天下”、“为天下治天下”、“比德于殷周”等等论述,足以证明商鞅思想性质与儒家相比有相通相容之处。《韩非子》一书是帝王权谋之术,功利主义价值观贯穿全书始终^⑩。

其三,中国古代法律的指导思想既有儒家成分,也有商鞅法家思想色彩。秦、汉律的蓝本可追溯至战国李悝《法经》,秦、汉时代法律文化精神(或言灵魂)“纯本于法家精神”自是不易之论。陈寅恪先生也尝言:“汉家法律,实本嬴秦之旧。”^⑪但是,如果认为汉之后的中国古代法律文化的灵魂完全由儒家思想垄断,可能也是偏于一曲之论。首先,商鞅思想就不否定与排斥仁义道德文化,正文中已详论,此不赘述;其次,与其说儒家思想支配了一切古代法律,“一准乎礼”,不如说儒家与法家思想联袂支配了一切古代法典,这恰恰正是古代中国法系一大特色。长孙无忌在《唐律疏议》中开门见山的一段话值得我们细细品味:“夫三才肇位,万象斯分。稟气含灵,人为称首。莫不凭黎元而树司宰,因政教而施刑法。其有情恣庸愚,识沈愆戾,大则乱其区宇,小则睽其品式,不立制度,则未之前闻。故曰:‘以刑止刑,以杀止杀。’刑罚不可弛于国,笞捶不得废于家。时遇浇淳,用有众寡。”^⑫这是一段具有总纲性意义的言论,其思想贯穿于《唐律疏议》始终,事实上也渗透于宋元明清法律文本之中。“德礼”固然是法律文化之灵魂,“崇法”何尝又不是古代法律一以贯之的指导思想?长孙无忌

所引“以刑止刑,以杀止杀”一语,出自商鞅等法家思想家,这足已说明古代法律文化的内在精神是“王”“霸”兼用、“隆礼重法”、“礼法并举”。“汉家自有制度,本以霸王道杂之,奈何纯(住)[任]德教,用周政乎?”^⑬汉宣帝一语,道破数千年古代法律文化的内在玄机。

注释:

①司马迁:《史记》,北京:中华书局,1959年,第2237页。

②司马迁:《史记》,第2237页。

③纪昀总纂:《四库全书总目提要》,石家庄:河北人民出版社,2000年,第2565页。

④陈奇猷:《韩非子新校注》,上海:上海古籍出版社,2000年,第287页。

⑤陈奇猷:《韩非子新校注》,第287页。

⑥汤志钧编:《章太炎政论选集》上册,北京:中华书局,1977年,第68页。

⑦牟宗三:《中国哲学十九讲》,长春:吉林出版集团有限责任公司,2010年,第57页。

⑧牟宗三:《中国哲学十九讲》,第57页。

⑨牟宗三:《中国哲学十九讲》,第58页。

⑩班固:《汉书》,北京:中华书局,1962年,第2244页。

⑪刘安著、高诱注:《淮南子·泰族训》,见《诸子集成》第7册,北京:中华书局,2006年,第364页。

⑫高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,北京:清华大学出版社,2004年,第500页。

⑬高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第425页。另《韩非子·二柄》有“任贤,则臣将乘于贤以劫其君”,与《商君书·说民》“任举”近似。

⑭司马迁:《史记》,第2228页。

⑮司马迁:《史记》,第2228页。

⑯顾颉刚:《秦汉的方士与儒生》,上海:上海古籍出版社,2005年,第36页。

⑰高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第587页。

⑱高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第408页。

- ⑮司马迁:《史记》,第202页。
- ⑯高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第555页。
- ⑰瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,2003年,第328页。
- ⑱高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第462页。
- ⑲高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第504页。
- ⑳高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第555页。
- ㉑焦循:《孟子正义》,北京:中华书局,2006年,第327页。
- ㉒朱熹:《近思录》卷七,上海:上海古籍出版社,2002年,第238页。
- ㉓郭店楚简《五行》有“义形于内谓之德之行,不形于内谓之行”记载,正与孟子“仁义内在”说相印证。
- ㉔冯友兰:《中国哲学简史》,北京:新世界出版社,2004年,第65页。
- ㉕韩非主张“仁内义外”,与告子思想接近,与商鞅思想分歧较大。《韩非子·解老》云:“义者,君臣上下之事,父子贵贱之差也,知交,知交友朋之相助也宜。义者,谓其宜也。宜而为之,故曰:‘上义为之而有以为也。’”(陈奇猷:《韩非子新校注》,第374页)义是“有以为”,与仁不同,仁是“无以为”。
- ㉖高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第555页。
- ㉗黎靖德编:《朱子语类》,北京:中华书局,1994年,第2510页。
- ㉘朱熹:《朱熹集》,成都:四川教育出版社,1996年,第1885页。
- ㉙黎靖德编:《朱子语类》,第2519页。
- ㉚王先谦:《荀子集解》,北京:中华书局,2006年,第194页。
- ㉛王先谦:《荀子集解》,第136页。
- ㉜王先谦:《荀子集解》,第139页。
- ㉝王先谦:《荀子集解》,第144页。
- ㉞王先谦:《荀子集解》,第20页。
- ㉟高亨:《商君书注译》,第432页。
- ㊱蒋礼鸿:《商君书锥指》,北京:中华书局,1986年,第32页。
- ㊲高亨:《商君书注译》,第555页。
- ㊳高亨:《商君书注译》,第503页。
- ㊴高亨:《商君书注译》,第581页。
- ㊵司马迁:《史记》,第2228页。
- ㊶司马迁:《史记》,第2233页。
- ㊷司马迁:《史记》,第2234页。
- ㊸司马迁:《史记》,第2542页。
- ㊹孙希旦:《礼记集解》,北京:中华书局,1989年,第736页。
- ㊺孙希旦:《礼记集解》,第736页。
- ㊻傅隶朴:《春秋三传比义》,北京:中国友谊出版公司,1984年,第200页。
- ㊼孙希旦:《礼记集解》,第43-44页。
- ㊽杨伯峻:《孟子译注》,北京:中华书局,1960年,第177页。
- ㊾张清常、王延栋:《战国策笺注》,天津:南开大学出版社,1993年,第625页。
- ㊿张清常、王延栋:《战国策笺注》,第625页。
- ①司马迁:《史记》,第2230页。
- ②司马迁:《史记》,第2230页。
- ③司马迁:《史记》,第2232页。
- ④睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·法律答问》,北京:文物出版社,1978年,第160页。
- ⑤杨宽:《战国史》,上海:上海人民出版社,1980年,第193页。
- ⑥睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·封诊式》,第278页。
- ⑦睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·法律答问》,第225页。
- ⑧司马迁:《史记》,第3097页。
- ⑨高亨:《商君书注译》,第544页。
- ⑩高亨:《商君书注译》,第507页。
- ⑪高亨:《商君书注译》,第509页。
- ⑫高亨:《商君书注译》,第509页。
- ⑬高亨:《商君书注译》,第509页。
- ⑭司马迁:《史记》,第3291页。
- ⑮高亨:《商君书注译》,第533页。
- ⑯高亨:《商君书注译》,第597页。
- ⑰囿于时代的局限,商鞅尚不可能提出“刑君王”思想,更不可能在司法上真正做到君王犯法,与庶民同罪。对此,我们必须站在历史主义高度,对商鞅思想进行客观的评价。
- ⑱杜预:《春秋经传集解》,上海:上海古籍出版社,1988年,第1275页。

- ⑬杜预:《春秋经传集解》,第1276页。
- ⑭杜预:《春秋经传集解》,第1276页。
- ⑮高亨:《商君书注译》,第625页。
- ⑯高亨:《商君书注译》,第625页。
- ⑰高亨:《商君书注译》,第619页。
- ⑱陈奇猷:《韩非子新校注》,第923页。
- ⑲高亨:《商君书注译》,第615页。
- ⑳睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》,第109页。
- ㉑睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·语书》,第20页。
- ㉒睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·语书》,第19页。
- ㉓睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》,第104页。
- ㉔高亨:《商君书注译》,第619页。
- ㉕睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·法律答问》,第153页。
- ㉖高亨:《商君书注译》。第533页。
- ㉗高亨:《商君书注译》,第533页。
- ㉘商鞅所言“明刑”,韩非称之为“明法”。
- ㉙高亨:《商君书注译》,第435页。
- ㉚曾振宇、崔明德:《由法返德:商鞅社会理想之分析》,《中国史研究》1997年第1期。
- ㉛陈奇猷:《韩非子新校注》,第287页。
- ㉜长孙无忌等撰、刘俊文点校:《唐律疏议》,北京:法律出版社,1999年,第3页。
- ㉝高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第503页。
- ㉞高亨:《商君书注译》,见《高亨著作集林》第七卷,第370页。
- ㉟根据容肇祖先生考证,《韩非子》中的《喻老》、《解老》两篇文章确非韩非所著。如果将《喻老》、《解老》两篇文章排除在外,韩非思想中的人文关怀成分微乎其微。
- ㊱陈寅恪:《陈寅恪集·金明馆丛稿初编》,上海:上海三联书店,2009年,第145页。
- ㊲长孙无忌等撰、刘俊文点校:《唐律疏议》,第1页。
- ㊳班固:《汉书》,第277页。

To Abolish Punishment with Punishment: Kung-sun Yang's Thoughts Revisited

Zeng Zhenyu

Abstract: Kung-sun Yang has been misunderstood in history. His core ideas could not be sufficiently represented with terms such as "brutal and mean", "to punish misdemeanor with severe penalty" and "to pursue interests through one channel". It should be noted that Kung-sun Yang also advocated a society featuring benevolence and justice comparable to Yin and Zhou Dynasty, transforming outdated habit and custom, treating men and women differently and getting rid of crimes with laws and punishment. He did not deny and discard the Confucian teaching of benevolence and justice. He only differs from Confucianism in terms of the demarcation of benevolence and justice, the means to achieve benevolent rule and the relationship between law and ethics. For Kung-sun Yang, getting rid of punishment is to educate the people in a fair and open way to lead them into an ideal world wherein explicit laws and public, objective standards will make punishment unnecessary. To him, abolishing punishment means to make explicit law and to make people understand the law and standards.

Key words: Kung-sun Yang; heavy punishment for misdemeanor; to abolish punishment with punishment; benevolent rule comparable to rulers in Yin and Zhou Dynasty