

慎到

韓非

管仲

商鞅

子產



先秦法家思想史論

◆ 王曉波

吳起

李悝

登木

先秦法家思想史論

王曉波著

先秦法家思想史論

• A 12028 •
80.07.1164

中華民國八十年七月初版

有著作權・翻印必究

Printed in R.O.C.

定價：平裝本280元

精裝本350元

著 者 王 曉 波
發 行 人 王 必 成

出 版 者：聯經出版事業公司
臺北市忠孝東路四段555號
電 話：3620137・6418661
郵政劃撥帳戶第0100559-3號

行政院新聞局出版事業登記證局版臺業字第0130號

ISBN 957-08-0623-0 (精裝)
ISBN 957-08-0624-9 (平裝)

古代的法律思想與〈呂刑〉

——代序

一、古代法律的起源及其演變

中國的成文法起於何時，已渺不可考，惟以歷史進化之觀點視之，法當源於禮，禮源於俗。故呂思勉說：

中國法律之進化，蓋可分為數端。禮與法之漸分，一也。古代各種法律，渾而為一，至後世則漸分析，二也。古代用刑，輕重任意，後世則法律公佈，三也。刑罰自殘酷而趨寬仁，四也。審判自粗疏而趨精詳，五也。而法律必與道德合一，刑之所期為無刑，故邇治之隆，必曰刑措象刑之制，意主明恥，而不必加戕賊於人之體膚，雖未易行，故不失為極高之理想也^①。

① 呂思勉，《中國制度史》，頁八〇五，丹青圖書有限公司，一九八五年臺版。

李源澄亦稱：

言古代刑法者，每喜考中國之有成文法，始於何時，其實此乃無甚關係之事也。遠古之時，人與人之利害，不甚相違，衆所共由之事，自能率循而不越。若此者，就衆所共由言之，則曰俗。就一人之踐履言之，則曰禮。古有禮而已矣，無法也。迨羣治演進，人之利害，稍不相同，始有悍然違衆者。自其人言之，則曰違禮。違禮者，衆不能不加以裁制，然其裁制也，亦不過譴議指摘而已。利害之相違日甚，悍然犯禮者非復譴議指摘所能止，乃不得不制之以力。於是有所謂法。法強人以必行之力強於禮，然其所強者，不能如禮之廣。於其所必不容已者則強之，可出可入者則聽之，此法之所以異於禮也。顧此亦必以漸致。愈古則法所干涉者愈多，即實不能干涉者，在時人之意，亦以為當干涉，特力有不逮耳。所謂「出於禮者入於刑」也^②。

根據古籍記載的傳說，中國法律的起源與發展或可列舉如次，首先是三代以前之法。

(1) 王曰：「若古有訓，蚩尤惟始作亂，延及於平民；罔不寇賊，鴟義姦宄，奪攘矯虔。苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑曰法，殺戮無辜。爰始淫爲劓、刵、椓、黥，越茲麗刑並

② 李源澄，《先秦史》，頁四一六—四一七，臺灣開明書店，一九七四年臺四版。唯張金鑑謂：「至九刑、呂刑縱確有之，想係刑罰之彙編，不必即成文的刑法法典。」見所著《中國法制史概要》，頁一六，正中書局，一九七四年。

制，罔差有辭。」（《尚書·呂刑》）

(2) 黃帝李法曰：「辟壘已定，穿窬不繇路，是謂姦人，姦人者殺。」（《漢書·胡建傳》）

師古《注》：「李者，法官之號也，總主征伐刑戮之事也，故稱書曰『李法』。」

(3) 「昔者黃帝治天下，……法令明而不闇。」（《淮南子·覽冥訓》）

(4) 「象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑。眚災肆赦，怙終賊刑。『欽哉，欽哉！惟刑之恤哉！』」（《尚書·堯典》）

(5) 「帝曰：『皐陶！蠻夷猾夏，寇賊姦宄。汝作士，五刑有服，五服三就；五流有宅，五宅三居；惟明克允。』」（《尚書·堯典》）

(6) 皐陶曰：「天討有罪，五刑五用哉。」（《尚書·皐陶謨》）

(7) 展禽曰：「堯能單均刑法以儀民。」（《國語·魯語上》）韋昭注：「單，盡也。均，平也。儀，善也。」

(8) 「《夏書》曰：『昏、墨、賊、殺。』皐陶之刑也。」（《左傳·昭公十四年》）

(9) 「有虞氏上刑赭衣不純，中刑雜屨，下刑墨幪，以居州里而民恥之。」（《尚書·大傳》）

(10) 「皐陶作刑。」（《呂氏春秋·審分覽》）

(11) 「咎繇作士，正五刑。」（《漢書·百官公卿表》）

(12) 「故皐陶瘠而爲大理，天下無虐刑，有貴於言者也。」（《淮南子·主術訓》）

(13)「昔者神農氏無制令而民從，唐虞有制令而無刑罰。」（《淮南子·汜論訓》）

(14)敏復上疏曰：「臣伏見孔子重經典，皐陶造法律，原其本意，皆欲禁民爲非。」（《後漢書·張敏傳》）

這些記載是否可靠，則有待於出土的考古資料才能證實。惟從國家的起源與發展視之：炎黃之世已形成氏族聯盟，且產生盟主，並與蚩尤有爭奪盟主的戰鬥，爲了部勒各族，強制性的法令的出現，並非不可能。至夏，而漸形成國家的形態，「禮與法之漸分」，而有所謂「出於禮者入於刑」。並且，皐陶似乎乃是上古時期制作成文法的第一人。

至於有關夏的成文法典，已漸形嚴苛，亦有如次之記載：

(1)「夏有亂政，而作禹刑。」（《左傳·昭公六年》）

(2)「《夏書》曰：與其殺不辜，寧失不經。」（《左傳·襄公二十六年》）

(3)「夏刑三千條。」（《尚書·大傳》）

(4)「夏后肉辟三千。」（《法言·先知》）

時至殷商，法益苛，刑益重。茲略述如次：

(1)「商有亂政，而作湯刑。」（《左傳·昭公六年》）

(2)「爾不從誓言，予則孥戮汝，罔有攸赦。」（《尚書·湯誓》）

(3)「汝陳時臬司，師茲殷罰有倫。」「汝陳時臬事，罰弊殷彝，用其義刑義殺，勿庸以次封

汝。」（《尚書·康誥》）

(4)「先王之書湯之官刑有之，曰：『其恒舞於宮，是謂巫風，其刑，君子出絲二衛，小人否，似二伯黃徑。』」（《墨子·非樂上》）

(5)「殷之法，刑棄灰於街者，子貢以爲重。問之仲尼，仲尼曰：『知治之道也。夫棄灰於街必掩人，掩人，人必怒，怒則鬥，鬥必三族相殘也。此殘三族之道也，雖刑之可也。且夫重罰者，人之所惡也；而無棄灰，人之所易也。使人行之所易，而無離所惡，此治之道。』」「一曰：殷之法，棄灰於公道者，斷其手。子貢曰：『棄灰之罪輕，斷手之罰重，古人何太毅也？』曰：『無棄灰，所易也。斷手，所惡也。行所易，不關所惡，古人以爲易，故行之。』」（《韓非子·內儲說上》）

(6)「刑三百，罪莫重於不孝。」（《呂氏春秋·孝行覽》）

到了周，國家組織益複雜，社會分化也益繁複，作爲統治規範的法更不可缺。至於周法，據說是：

(1)「周有亂政，而作九刑。」（《左傳·昭公六年》）

(2)「惟弔茲，不於我政人得罪，天惟與我民彝大泯亂。曰：乃其速由文王作罰，刑茲無赦。」（《尚書·康誥》）

(3)「先君周公制周禮，作誓命曰：毀則爲賊，掩賊爲藏，竊賄爲盜，盜器爲姦。主藏之名，

賴姦之用，爲大凶德，有常無赦，在《九刑》不忘。」（《左傳·文公十八年》）

(4)「惟呂命。王享國百年，耄荒；度作刑以詰四方。」（《尚書·呂刑》）

遠古時代雖文獻難以徵，但「昔者神農無制令而民從」，卻是相當符合現代人類學對初民社會的研究。並且，從《管子》比較黃帝和唐堯之治，古人亦知法制的演變不但是由無到有，並且是由簡入繁的。其曰：

昔者堯之治天下也，猶地之在埏也。惟陶之所以爲，猶金之在鑪，恣冶之所以鑄，其民引之而來，推之而往，使之而成，禁之而止，故堯之治也，善明法禁之令而已矣。黃帝之治天下也，其民不引而來，不推而往，不使而成，不禁而止。故黃帝之治也，置法而不變，使民安其法者也，所謂仁義禮樂者皆出於法。此先聖之所以一民者也。（《管子·任法》）

「仁義禮樂者皆出於法」固是倒果爲因之說，但《管子》之言也說明了法制的繁複，是隨著歷史發展而來的。

二、儒與古代的法律思想

無論我們對古史傳說的記載持如何懷疑的態度，但至遲到西周，「孟鼎」、「師酉殷」、

「克鼎」、「師罇殷」、「匱矢鼎」已出現了「法」字。「法」原作「灋」，據曾榮汾言「法」與「刑」之造字本義云：

兩周既已有「灋」字，則必有其構字之本義，其本義則說文解字云：

灋，刑也。平之如水，从水；廌所巨觸不直者去之，从廌去。𠂔，今文省。金，古文。據段本注。

「灋，刑也。」今文作「法」。刑者為何？許書又云：

𠂔，罰臯也。从刀井。易曰：「井者，法也。」

是則「灋」即為刑法之義。究造字之本，必先具其義，故於此可知，至遲於西周初，「法」之觀念已具備矣^③。

「廌」究竟為何物，楊鴻烈根據傳說的記載，歸納出五種說法——

(1) 像牛說：《說文》、《山海經》說：「東北荒中有獸，如牛一角，毛青，……見文門則觸不直，聞人論則咋不正，名曰獬豸。」

(2) 像羊說：王充《論衡·是應》篇說：「魃魍者，一角之羊也，性知有罪，皋陶治獄，其罪疑者，令羊觸之，有罪則觸，無罪則不觸，斯蓋天生一角聖獸，助獄為驗，故皋陶敬羊，

③ 曾榮汾，〈呂刑研究〉，頁四〇，《國文研究所集刊》第二十一號。

起坐事之。」梁元帝《金樓子》也說：「神獸若羊，名曰獬豸。」《後漢書·輿服志》也說：「獬豸神羊能別曲直。」《墨子·明鬼》篇且有一段記事如下：

昔者齊莊君之臣，有所謂王里國、中里徵者，此二子者訟三年而獄不斷，齊君由謙殺之恐不辜，猶謙釋之恐失有罪，乃使之人共一羊盟齊之神社，二子許諾，於是泔泔。搃羊而澆其血，讀王里國之辭，既已終矣，讀中里徵之辭未半也，羊起而觸之，析其腳祧神之社而橐之，殪之盟所，當是時齊人從者莫不見，遠者莫不聞，著在齊之《春秋》。

(3) 像鹿說：《漢書·司馬相如傳》注，張揖說：「解廌似鹿而一角，人君刑罰得中，則生於朝廷，主觸不直者。」

(4) 像麟說：《隋書·禮儀志》引蔡邕說：「獬豸如麟一角。」

(5) 像熊說：《山海經·神異經》說：「東北荒中有獸，……毛青四足似熊，見人鬥則解不直，聞人論則咋不正……」④。

從「廌」到「法」，中國古代的法律思想或可由《周易》中以窺一斑。

(1) 「初六。發蒙，利用刑人，用說桎梏，以往吝。」（《蒙》）
程頤《傳》曰：

④ 楊鴻烈，《中國法律思想史》，頁二八—二九，臺灣商務印書館，一九七〇年臺二版。

又言，發之道，發下民之蒙，當明刑禁以示之，使之知畏，然後從而教導之。自古聖王為治，設刑罰以齊其衆，明教化以善其俗，刑罰立而後教化行，雖聖人尚德，而不尚刑，未嘗偏廢也。故為政之始，立法居先，治蒙之初，威之以刑者，所以說去其昏蒙之桎梏。桎梏，謂拘束也。不去其昏蒙之桎梏，則善教無由而入，既以刑禁率之，雖使心未能喻，亦當畏威以從，不敢肆其昏蒙之欲，然後漸能知善道，而革其「一无其字」非心，則可以移風易俗矣。苟專用刑以為治，則蒙雖畏，而終不能發；苟免而無恥，治化不可得而成也。故以往則可吝。

(2)「象曰：利用刑人，以正法也。」（〈蒙〉）

程頤《傳》曰：

治蒙之始，立其防限，明其罪罰，正其法也，使之由之，漸至於化也。或疑發蒙之初，遽用刑人，無乃不教而誅乎？不知立法制刑，乃所以教也，蓋後之論刑者，不復知教化在其中矣。

(3)「噬嗑，亨，利用獄。」（〈噬嗑〉）

程頤《傳》曰：

天下之事所以不得亨者，以有間也，噬而嗑之，則亨通矣。利用獄，噬而嗑之道，宜用刑獄也；天下之間，非刑獄何以「一作不可以」去之？不云利用刑，而云利用「一无

利用字」獄者，卦有明照之象，利於察獄也。獄者所以究察情偽，得其情，則知為問之道，然後可以設防與致刑也。

(4)「柔得中而上行，雖不當位，利用獄也。」（〈噬嗑〉）

程頤《傳》曰：

六五以柔居中，為用柔得中之義，上行謂居尊位，雖不當位，謂以柔居五，為不當而利於用獄者，治獄之道，全剛則傷於嚴暴，過柔則失於寬縱，五為用獄之主，以柔處剛而得中，得用獄之宜也。以柔居剛為利用獄，以剛居柔為利。否曰剛柔質也，居，用也，用柔非治獄之宜也。

(5)「象曰：雷電，噬嗑，先王以明罰敕法。」（〈噬嗑〉）

程頤《傳》曰：

象，無倒置者，疑此文互也。雷電相須，並見之物，亦有噬象，電明而雷威，先王觀雷之象，法其明與威，以明其刑罰，飭其法令，法者明事理而為之防者也。

(6)「象曰：山下有火，賁，君子以明庶政，無敢折獄。」（〈賁〉）

程頤《傳》曰：

君子觀山下有火，明照之象，以脩明其庶政，成文明之治，而無果敢於折獄也。折獄者，人君之所致慎也，豈可恃其「一无其字」明而輕自用乎？乃聖人之用心也，為戒深

矣！象之所取，惟以山下有火，明照庶物，以用明為戒，而貴亦自有無敢折獄之義。折獄者，專用情實，有文飾，則沒其情矣，故無敢用文以折獄也。

(7)「象曰：山上有火，旅，君子以明慎用刑，而不留獄。」（〈旅〉）

程頤《傳》曰：

火之在高，明無不照，君子觀明照之象，則以明慎用刑，明不可恃，故戒於慎，明而止，亦慎象。觀火行不處之象，則不留獄，獄者，不得已而設，民有罪而入，豈留滯淹久也。

(8)「象曰：澤上有風，中孚，君子以議獄緩死。」（〈中孚〉）

程頤《傳》曰：

澤上有風，感於澤中，水體虛，故風能入之。人心虛，故物能感之。風之動乎澤，猶物之感於中，故為中孚之象。君子觀其象，以議獄與緩死，君子之於議獄，盡其忠而已。於決死極，於惻而已，故誠意常求於緩，緩，寬也，於天下之事，無所不盡其忠。而議獄緩死，最其大者也。

〈噬嗑〉中已述及有滅趾、噬膚、滅鼻等肉刑，但總體來看，周以前的刑法仍有原始氏族社會的平等性及其寬仁的理想。古代刑法由寬仁而嚴苛，實有其經濟社會發展的因素在內，韓非早就說過：

(1)「上古之世，人民少而禽獸衆，人民不勝禽獸蟲蛇；有聖人作，構木爲巢，以避羣害，而民悅之，使王天下，號之曰『有巢氏』。民食果、蓏、蚌、蛤、腥、臊、惡臭，而傷害腹胃，民多疾病，有聖人作，鑽燧取火，以化腥臊，而民說之，使王天下，號之曰『燧人氏』。」（〈五蠹〉）

(2)「堯之王天下也，茅茨不剪，采椽不斲，糲粢之食，藜藿之羹，冬日麕裘，夏日葛衣，雖監門之服養，不虧於此矣。禹之王天下也，身執耒耜以爲民先，股無完膚，脛不生毛，雖臣虜之勞，不苦於此矣。以是言之，夫古之讓天子者，是去監門之養，而離臣虜之勞也，故傳天下而不足多也。今之縣令，一日身死，子孫累世絜駕，故人重之。是以人之於讓也，輕辭古之天子，難去今之縣令者，薄厚之實異也。」（〈五蠹〉）

(3)「古者，丈夫不耕，草木之實足食也；婦人不織，禽獸之皮足衣也。不事力而養足，人民少而財有餘，故民不爭。是以厚賞不行，重罰不用，而民自治。今人有五子不爲多，子又有五子，大父未死而有二十五孫，是人民衆而財貨寡，事力勞而供養薄，故民爭。雖倍賞累罰不免於亂。」（〈五蠹〉）

(4)「是以古之易財也，非仁也，財多也；今之爭奪，非鄙也，財寡也；輕辭天子，非高也，勢薄也；重爭土橐，非下也，權重也。故聖人議多少，論厚薄，而爲之政。」（〈五蠹〉）

(5)「古者，人寡而相親，物多而輕利易讓，故有揖讓而傳天下者。然則行揖讓高慈惠而道仁

厚，皆推政也。處多事之時，用寡事之器，非智者之備。當大爭之世，而循揖讓之軌，非聖人之政也。故智者不乘推車，聖人不行推政也。」（《八說》）

古代中國基本上是氏族社會，由氏族而氏族聯盟，並保有氏族社會的民主性故有「揖讓之治」，至夏禹將盟主之位傳子，而確立了盟主的世襲制度；由於相互的攻伐兼併，至周更強化了盟主的權力，有周公「制禮作樂」，有宗法封建的建立，但從「協和萬邦」（《尚書·堯典》），「萬邦作孚」（《詩·文王之什》），亦可知「萬邦」亦各氏族也。

在這樣的政治社會的條件下，周初爲了統治的需要強化法制是其趨向，但仍然是「禮」「法」參雜的。《管子》有云：「《周書》曰：國法，法不一，則有國者不祥；民不道法，則不祥，國更立法以典民則祥；羣臣不用禮義教訓則不祥；百官服事者離法而治則不祥。」（《管子·任法》）

「周有亂政，而作九刑」，何謂「九刑」，據鄭《注》《堯典》云：「正刑五，加之流宥、鞭、朴、贖刑，此之謂九刑。」（《周禮·司刑》《疏》引）而「正刑五」乃指：墨、劓、剕、剕、宮、大辟。《書傳》云：

決關梁，踰城郭而略盜者，其刑臙。男女不以義交者，其刑宮。變易君命，革輿服制度，姦軌盜攘傷人者，其刑劓。非事而事之，出入不以道義，而誦不詳之辭者，其刑墨。降畔寇賊，劫略奪攘擄度者，其刑死。（《周禮·司刑》鄭《注》引）

從皋陶的「五刑」到周的「九刑」，古代中國的刑法不能不說是由簡入繁了。另外，值得重視的是贖刑的出現，這是一種財產刑，表示了古代中國至周時的私有制的發達，而漸脫離了原始氏族社會的公有制。

三、周初的法律思想與制度

經過強化後的氏族盟主的權力，據說是「普天之下，莫非王土；率土之濱，莫非王臣」（《左傳·昭公七年》）。陶希聖則認為，氏族聯盟發展到了西周，氏族聯盟盟主的統治是建立在以下三個基礎上：

一是宗主權。氏族聯盟長的王所屬的氏族，通常是同一血緣的氏族羣中最老最大的一支。父子相傳制成立，王的身分由父子孫一系相承，形成一最大最老的宗統，亦即君統。由於子弟的繼續分封與對於氏族成員的繼續賜予祿地，這些被封的子弟或氏族成員，雖然成為始封君而構成一族的大宗，但對其所自分衍而出的最老最大之宗即王室，仍有宗之道。詩謂「文王子孫，本枝百世」，又謂「大宗維翰（幹），宗子維城」，就是由於這種宗法的關係。舉行宗盟時，王以最高的族長資格主盟。宗盟先同姓而後異姓，所謂「周之宗盟，異姓爲後」。在這種場合，王對同姓的部落，有宗主之權。