法律文化周刊

2018年9月7日　星期五　第五版　《法律文化周刊》第409期　理论文化部主办

【本期导读】

法律之声：《正义论》对法官公正审判的启示

法治星空：《儒林外史》中的请托现象

商鞅之法与“秦俗之败”

□ 烟台大学法学院教授　孙季萍

汉代贾谊在《治安策》中对商鞅变法后的秦国社会风气有这样的描述：

（商君之法）行之二岁，秦俗日败。故秦人家富子壮则出分，家贫子壮则出赘。借父耰鉏，虑有德色；母取箕帚，立而诤语。抱哺其子，与公并倨；妇姑不相说，则反唇而相稽。……终不知反廉愧之节，仁义之厚。信并兼之法，遂进取之业，天下大败，众掩寡，智欺愚，勇威怯，壮陵衰，其乱至矣。

简译为：商鞅之法行之两年，秦国风俗大坏。彼时，富家之子长大后即与父母分家析产，贫家之子则出而为赘婿。儿子借农具给父亲时，脸上竟露出施舍之情；母亲来取用扫帚簸箕，竟会遭到责骂。儿媳抱哺婴儿，与公公并坐；婆媳不和，便争辩计较。……不知礼义廉耻，唯崇功利进取，以众凌寡，以强欺弱，乱不堪言。

在贾谊的笔下，秦人无亲情，无礼义，无廉耻，智者胜，愚者败，整个社会崇信勇力，人人趋利。汉初另一位思想家刘安在《淮南子》中，对秦风的判断与此近似：“秦国之俗，贪狼强力，寡义而趋利。”秦国风俗何以至此？贾谊所言新法“行之二岁，秦俗日败”，似将秦风之败归罪于商鞅之新法，这一推论能否成立？以下笔者试从商鞅变法过程中所推行的强国弱民、弃教任刑、尚功利而疏亲情等法律措施加以分析。

强其国而弱其民

商鞅时代，诸侯攻伐兼并，富国强兵的现实目标下，“立公废私”的“国家主义”倾向是各国法制变革的共同选择，主持秦国变法的商鞅也从政治伦理的角度提出“公、私之辨”，力倡国家至上，主张强国、弱民之道。

弱民，即压抑和打击秦国百姓个体的权利、愿望、能力，甚至剥夺个体的人格尊严和自主意识，使个体行为和思想绝对服从于秦国的需要。《商君书》中有《弱民》一篇，明确将国与民的强弱关系对立起来：“民弱国强，国强民弱。故有道之国务在弱民。”

弱民的首要之策，在于控制秦国百姓的思想、言论，不允许秦国百姓有自己的思考和独立的意志表达。商鞅说：“国去言，则民朴”“国好言谈者削”，他批评一国之内以言说博名的所谓博闻、辩慧、清誉之士，痛恨舍农游食的儒家说客，认为这些人烦言饰词，扰人视听。他反对诗书礼乐和一切私学私说，提出燔诗书，主张“以法为教，以吏为师”，即以国家法律、法令为唯一的知识和学问，而这知识和学问，只可学读，不可探讨：在变法之初，百姓对新法议论纷纷，有批评者，有赞扬者，商鞅以其“皆为乱化之民”而尽施之以迁刑。在文化上，商鞅还主张“禁声服”，即禁止华音美服在民间流行，目的在于使百姓“意壹”，即专心务农——“意壹则气不淫，则草必垦矣。”

弱民政策在经济上表现为以强制手段取消秦国百姓的生产自由，坚持“利出一孔”，重农抑商。《商君书·壹言》说：“治国能抟民力而壹民务者，强；能事本而禁末者，富。”变法过程中，商鞅通过奖励耕织、重征商业税、重征关税、禁商旅、限制人口迁移等一系列法律措施，打击商业，驱民于农耕，强制秦国百姓按照国家所划定的唯一渠道谋生。商鞅还提出“壹山泽”政策，即由国家垄断山林湖泊资源，统一管理，禁止私人经营，防止秦国百姓与国家争利，堵塞农民离开土地的途径：“壹山泽，则恶农、慢惰、倍欲之民无所于食。无所于食，则必农。农，则草必垦矣。”

在商鞅治理下的秦国百姓，人格独立和自由被剥夺殆尽，思想、言论、财产、居住、迁徙等权利尽失，个体生产、生活，乃至精神领域皆由国家统一安排。

弃教化而任赏罚

以商鞅为代表的法家在“人性趋利”的基础上，提出赏与罚为最有效的治国手段，他们不相信仁义教化的作用。

人人皆自利，是商鞅对人性的基本判断。他认为：私心、私利乃人所共有，与生俱来，不可改变。他说，饥而求食，劳而求佚，苦则索乐，辱则求荣，是人之常情；“民之于利也，若水于下也”，人的逐利之心，就像水之就下一样，是本性使然，人的一切行为，皆因名、利而发——“名”者，实亦为“利”也：为恶者，为“利”所诱，为善者，为“名”所惑，人心无有善恶，尽在一个“利”字。

基于此，商鞅提出，明君治理天下，要顺应人性而为，因势利导，人的私心、私利虽不可消灭，却可加以利用，使其在符合国家利益要求的方向上发展。他主张国家悬法令定赏罚，以为劝、禁之道：欲劝者，赏之，欲禁者，罚之，以利益得失为核心，使民在利害权衡中，主动服从国家所确立的行为标准和价值取向，追逐国家为现实目标在全社会建立起来的荣誉体系。例如，以

商鞅变法的历史功绩于史有论，但其法制理论与实践的教训亦是深刻的。

资料图片

奖功授爵而督农战，人人争而趋之，国富兵强的结果便水到渠成。为更好地实现赏罚效果，商鞅主张厚赏重罚，他说：“赏少，则听者无利也；威薄，则犯者无害也。”赏罚不厚、不重，难以影响人们的行为，“赏之使忘死，罚之使苦生”，才能立竿见影地达到目的。

商鞅视赏、罚为实现天下秩序的不二法门，赏罚的条件和标准由法律统一规定，这便是商君之法的核心内容。对于仁义道德，商鞅虽未完全否定，但是他说：“仁者能仁于人，而不能使人仁；义者能爱于人，而不能使人爱。”圣人君子或可自身修养而成，但其对他人的影响力微乎其微，欲以“仁爱”治天下，更是南辕北辙。商鞅批评儒家的“假仁义”，认为其教化理论从根本上背离了人性，他将儒学所倡导的价值体系视为危害国家政治的“六虱”，六虱者：礼、乐；《诗》《书》；修善、孝弟；诚信、贞廉；仁、义；非兵、羞战也。在商鞅的眼里，以上六端尽为误国误民之数——无六虱则国必强，存六虱则国必弱；民，可驱，可诱，而不可教，欲治天下，舍赏罚二柄无以成。

商鞅的赏罚理论是时代的合理产物，但是这一理论视自私、自利为人性的全部，其中的偏颇显而易见。儒家的孟子以“四端”之心为人之本性，认为恻隐之心、羞恶之心、辞让之心、是非之心，人人生而有之。“四心”的存在为儒家仁、义、礼、智、信伦理体系的建立奠定了基础，为人的自我改造、自我修养和提升提供了可能。如果说儒家的性善理论着力于唤醒人性中的善端，那么法家的“人性自利”说却显然更倾向于激发和利用人性中的“恶”。在商鞅眼里，人成为纯粹逐利的动物，人与人之间只有简单的利益交换，国家的赏功罚罪制度安排，则进一步将人性中的弱点——自私、贪婪、恐惧，毫无保留地催发和释放出来，将人性中的自尊、理性、仁爱、宽容等美好的部分压抑和忽略；它否定了儒家追求个体人格境界的努力，否定了人的道德自觉的可能，以及人之所以为人的内心的高贵。在法家之法所营造的社会中，人人汲汲于自利、自保，个体的尊严，人与人之间的和谐相处将成为奢侈。

尚功利而疏亲情

商鞅承认人的“逐利”之心，但他并没有为私利留下任何空间，而是一心谋划如何利用个人的逐利之心使之服务于现实政治的需要，在他的“公、私之辨”理论中，儒家所提倡的宗法血缘之亲，也被列入“私”的范畴，需要取缔。

商鞅说：“亲亲则别，爱私则险，民众，而以别、险为务，则民乱”，如果人人私其亲，国家和君王的利益将无从保障，天下也将失去秩序。他主张限制血缘亲情的存在空间。具体到法律制度上，便是压缩家族小共同体的规模，压缩家庭成员血缘情感的需求。商鞅变法中实行分户赋税制度，“令民父子兄弟同室内息者为禁”，规定一家之中有两位成年男子，必须分家析产，违者，加倍征收赋税。为了强化对基层社会的控制，商鞅建立了严格的户籍制度，并在家庭成员之间、邻里之间、行政和军事组织内部建立了广泛的连坐机制，鼓励团体成员互相监督，揭发彼此的犯罪行为。《韩非子·定法篇》云：“公孙鞅之治秦也，设告相坐而责其实，一人有罪，并坐其家室”，此为亲属连坐；《史记·商君列传》曰：商鞅“令民为什伍，而相牧司连坐”，此为什伍连坐。家人、邻里之间互相监督，一人犯罪，他人有义务告发，而这告发与否的现实结果，就是利益的兑现：身显名彰，加官晋爵，或者诛罚加身，甚至丢掉性命。

经过商鞅的制度化变革，秦国百姓从家庭小团体中分离出来，成为国家的编户齐民，这一改革在增加国家财政收入的同时，强化了国家对个体小农的身份控制。进一步，通过全覆盖的监督网络的建立，全体臣民从思想到行动完全被置于国家的掌控之下。于国家的战争秩序而言，这无疑是一个成功的制度安排。但是，这一制度以赏罚诱迫亲情，以功利驱逐亲情——不分异者，倍其赋；不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏，匿奸者与降敌同罚——无疑是对个体血缘情感及其核心社会关系的伤害。血缘之爱，夫妻之情，是生物学意义上的人类自然情感，邻里之间，本为守望相助，而一旦以国家强制力迫使手足分离，并以相互监视与告发来打造家庭和邻里关系模式，利益选择将瓦解和疏离这些基层利益共同体的内部和谐。一家一族尚且不能和洽共处，甚至相互告密、伤害，天下秩序将无以为基，长此以往，国家统治阶级也将不堪重负。悬赏罚以驱民逐利之法，实践证明确给本来脆弱的人性带来了灾难。商鞅的连坐和奖励告奸制度实行后，秦国告奸之风大盛，而恶意诬告亦随之而来，为杜绝这一现象，秦不得不再立“诬告反坐”之法加以严惩，这便是典型的以刑生刑，恶性循环。元代马端临在《文献通考》中批评秦的“告奸”之法，他说：“周之法则欲其出入相友，守望相助，疾病相扶持，是教其相率而为仁厚辑睦之君子也；秦之法，一人有奸，邻里告之，一人犯罪，邻里坐之，是教其相率而为暴戾刻核之小人也。”在《史记·魏世家》中，司马迁说：“秦与戎翟同俗，有虎狼之心，贪戾好利无信，不识礼义德行。苟有利焉，不顾亲戚兄弟，若禽兽耳，此天下之所识也。”秦俗之败，由来有自。

商鞅变法的历史功绩于史有论。变法专注于农战，其过程中所颁布的所有赏罚政策与法令始终不离这一中心。由于顺应了君主集权与国家统一的历史趋势，变法活动在政治、经济、军事方面取得了巨大成功，以至最终成就了秦帝国的统一大业。但是，商鞅变法及之后秦国为治之偏失，自秦亡以来也一直受到历代政治家、思想家的关注，对秦政的反思与批判从未停止。客观而论，秦政之失德、不义，苛暴虐民，终至江山不保，与商鞅以来“任法残民”的法家路线直接相关，而为汉儒所诟病的秦俗之败也可以从商鞅极端功利主义的变法导向中找到原因。在“秩序先于正义”的国家主义目标下，在统一的国家意志与利益面前，秦国百姓成为国家富强的工具，商鞅所塑造的国民形象愚昧而奴性，为了功利可以出让自由与理性，情感与灵魂，如此个体所组成的社会，虽可在短时间内因利益刺激或强权威慑而形成集中统一的力量，但因其内部缺失了稳定与和谐的基础，长治久安难以实现。

苏轼有言：“人之寿夭在元气，国之长短在风俗。”他认为，国家之所以存亡，在道德之浅深，风俗之厚薄，他特别警示：“道德诚浅，风俗诚薄，虽强且富，不救于短而亡。”所以，历史上的圣君贤士必以仁德为本，崇礼义，尚廉耻。孔子说：“导之以政，齐之以刑，民免而无耻。”无羞耻之心，何以为人，这样的人群、社会、国家，何以长久？就此而言，商鞅的法制理论与实践的教训是深刻的。

全国报纸副刊最佳专栏

法文化解读

责任编辑　林　淼

联系电话　(010)67550745

电子邮件　linmiao@rmfyb.cn

文化启思

“罪人持仗拒捕格杀勿论”律的清代司法实践

□ 张田田

1767年，潘相于《事友录》中自叙，正月里，接到报告说辖区发现无名尸一具，他身为县令，星夜兼程赶到案发现场，经验尸发现，死者身受多处刀伤，凶器为鱼刀，当地渔民家家都有。潘相于是今百姓回家听候官吏上门查验，查验时故意疾言厉色，营造紧张气氛，“连点十余户，皆从容呈刀”。到了陈杰家，陈杰却拿不出刀来，其叔也惊恐无语。潘相断言，匿刀者即杀人者，当场将叔侄二人带走讯问。

擒获陈杰，令当地人十分信服，他们称潘相是包公再世。但潘相并不急于科罪，而是令旁人退避，仔细讯问陈杰。陈杰供述，他夜半闻拨门声，急起床披衣，抓起鱼刀，把门打开，忽被一人当胸打了一掌，差点跌跤，混乱中乱刀砍去，那人倒地不起。这时陈杰的叔叔也被惊醒，二人将来犯者尸体抬走。见陈杰胸前确实有殴伤，潘相对他讲，杀盗无大罪，让陈杰回家去找凶器鱼刀。陈杰家大门紧闭，家人痛哭，以为陈杰凶多吉少。陈杰之母“开门见官，即惊跪，泪溢面”，陈杰则坦然安抚，“母无恐，老爷说我无大罪”，并取刀呈上。潘相完成了证据搜集，以“盗贼拒捕，格杀勿论”定案。

[一]

律有明文，“夜无故入人家……主人登时杀死者，勿论”（《大清律例·刑律·贼盗·夜无故入人家》），“罪人持仗拒捕，其捕者格杀之……勿论”（《大清律例·刑律·捕亡·罪人拒捕》），此类规定有利于保障古代百姓反抗不法侵害，是传统立法中可资借鉴的本土资源，与清末移植近代刑法理论的“正当防卫”学说与法规相比，虽采“列举主义”，行文细密有余而概括性不足，但在个案的判断上往往殊途同归，不违背民众的正义观与法感情。

然而，回到现实，陈杰之所以杀死来犯者后选择移尸隐瞒，原因恐怕在于，此类事件死无对证等，真相不易查明；一旦不能认定为“罪人拒捕，格杀勿论”，防卫者免不了要负刑责，甚至有为死者抵命的风险。清代司法者的经验与实践表明，一系列因素影响防卫者的罪之有无与刑之轻重，官吏在关键情节的认定上往往锱铢必较，判定“格杀勿论”更是相当审慎。

以成书于道光年间、传抄于一线办案幕友之手的《刑幕要略》为例，书中介绍办“罪人拒捕”案应如何迎合律意要点：(1)死者行迹，即判断拒捕者是否“持仗”。如持刀拒捕，格杀勿论，不在话下。但事有例外，“设或罪人（拒捕）竟不持仗，（防卫者）被揪发辫狠打，情急举足向踢，适伤（拒捕者）身死，亦可照格杀勿论办”。(2)身份关系，原则上，应捕之人“必本官差遣”，格杀拒捕之罪人，方可勿论，“若捕者非应捕之人，则拒捕不得谓之罪人”；“罪人持仗拒敌官差，方为罪人拒捕，因拒捕而被官差格杀，（官差）方得勿论”。例外是，“盗贼持仗拒捕”的场合，应捕者不仅限于官差，失主及其邻保均可自力救济、抓捕盗贼，也就均适用“格杀勿论”。(3)防卫时机，一则格杀必须是“不先不后”：“罪人不打之先，我即格之，非也；罪人打毕之后，我犹格之，亦非也”。二则事主邻保因盗贼持仗拒捕，情急之下当场格杀，方可勿论，“非事后风闻，竟不报官而自往擅杀也”。刑名幕友熟练掌握律例，经常研读例案，作为辅佐官员办案的专业人士，注重命案的叙供作看，避免拟断报中央审核时遭到驳斥。因而，上述经验总结，折射出当时的司法实况。

在审查死者“持仗拒捕”行为方面，如《刑案汇览》卷五十四载乾隆五十七年（1792年）河北省吴某格杀窃贼黄某案。黄某偷割茅草，见主人吴某捉拿，黄某举起扁担打过去，扁担被夺走击断，黄某又捡起镰刀冲上来。吴某只好用半截扁担格挡，殴伤黄某致其死亡。河北官员认为案情符合“盗贼持仗拒捕，格杀勿论”，并且与此前几案情节相似，应同案同判。刑部司官存疑，理由是所谓盗贼，事发于白日旷野，缺乏人证，所谓拒捕，事主并无伤痕。但河北省复查称拒捕属实，仍照原拟勿论。又如乾隆五十八年（1793年）刑部湖广司办理一案，对“持仗拒捕”作宽泛解释：此案高某偷窃柴禾，事主潘某人赃俱获，要将高某送官究治，高某挣脱奔逃，拾石拒掷，被潘某用柴块格挡、殴伤致死。地方官员认为，死者高某之举应视同持仗拒捕，潘某无罪，刑部无异议。

在防卫人与死者的关系与防卫时机方面，嘉庆五年（1800年），浙江邱某轮值防守时，撞见毛某黑夜偷割王某的田稻。田主王某将毛某告到公堂，列邱某为证人，毛某起意阻挠邱某出庭作证，便携扁担带同伙去邱家门前闹事，邱某正在家削竹子，毛某用扁担殴打他，邱某格挡（利用工具阻挡对方的攻击）时用刀扎伤毛某致其死亡。浙江巡抚认为，“格杀”发生在毛某行窃之后，属“事后擅杀窃贼”，邱某有罪。刑部复核时则指出，毛某行窃，实属罪人，在邱某并未当场追捕的情况下，毛某竟敢“先发制人”前去挑衅，“较之拒捕格斗情罪尤重”；邱某防卫杀人，事在仓猝，“以行窃论，则在事后，以贼人逞凶寻殴论，则实在登时”，符合“格杀勿论”。又如，《续增刑案汇览》卷三载，道光十一年（1831年）刑部安徽司办案，主张“抢窃事同一律”，邻佑格杀强抢妇女、持仗拒捕者，也可以扩大适用“格杀勿论”。

[二]

上述乾隆、嘉庆、道光年间的个案，可以看作是“罪人拒捕，格杀勿论”律在司法实践中的缩影。我们可以发现以下特征：第一，“格杀勿论”体现了古人的罪过报偿观念：罪人道德上应受谴责，因有错在先，挑衅被杀，属咎由自取；良民情急自保，反抗强御，不应担责。这既有助于恢复正常的社会秩序，也以“杀人不偿命”的判决震慑潜在的“罪人”，暗合惩恶扬善的道德判断。清代名臣钱维城甚至在《杀贼无抵命法论》中直言，“夫保有身家，安分乐业，此谓良民，国家所当保护者也……与其惜窃盗已死之命，何如惜良民未死之命”。当然，这种极端看法，乃是钱维城鉴于法规失衡导致“良民杀贼”无罪者少、获刑者多的现实。这就引向了第二个特点，即“格杀勿论”的标准相当严格。古代定律为打击犯罪，以入罪为中心，以有罪者须送官究治、不得擅杀为原则，以“格杀勿论”为例外，“非凡有罪之人，无论何人皆得捕杀，概得勿论”。换言之，要判杀人者无罪，必须多方面排除其主观杀意与客观不当，办案者有必要精密阐释律文，将“情急”与“理直”作为“格杀勿论”的必要条件，即确定“格杀”发生在“拒捕”的当时、当场，面对有犯在先、持仗反抗、来势汹汹的拒捕者，防卫者或为官差，职责在身、责无旁贷，或为事主邻保，利益攸关、不可漠视，无奈采取自保措施杀伤来犯者，方可免责。相应地，为了还原“持仗拒捕”“登时格杀”的现场，司法者必须重视调查取证，探求个案真相到了细致入微的程度。但这种细致，亦不乏隐患。如放眼案例之外，结合司法活动中的官员与刑幕、台前与幕后，不得不说，办理此类案件的影响因素更加复杂。最典型的便是司法者惑于果报，不愿夺人性命，因而流传“救生不救死”之说，加之老于世故的刀笔讼师们敢在叙述案情时便做手脚，与吏胥等勾结高下其手，迎合“格杀勿论”律意，其结果也许是不论律条多么严密、前人总结的经验多么细致，上有规则，下有对策，各地办案“移情就例”，案情如出一辙，刑部便无从真正审核，律意也无从真正落实。

从法律文本到现实生活，办案者要了解律例，但不可太过拘泥，借用光绪年间编辑包括《刑幕要略》在内《入幕须知五种》读本的张廷骧“赘言十则”：“律例如古方本草，办案如临证行医，徒读律而不知办案，恐死于句下，未能运用；徒办案而不知读律，恐只袭腔调，莫辨由来。”如何读懂律、办好案，实现公平正义？张廷骧的解答朴实无华：小民无知犯法，情亦可悯，务宜细心体察，要之，“平恕二字，为千古治狱要诀”。

（作者单位：沈阳师范大学法学院）