

试论秦汉之际法律思想的变化

段 秋 关

在我国历史上,秦汉之际是一个引人注目的时期。经过长期兼并战争而统一全国的秦王朝,仅存在十三年便被陈胜吴广农民大起义所推翻,接踵而来的是长达二百余年的西汉王朝。汉初统治集团承袭和发展了秦王朝确立的基本制度,又吸取了秦亡的教训,在指导思想、统治政策上作了显著的变更,从而巩固了自己的统治,曾出现所谓“文景之治”的繁荣局面。从法律思想史角度看,秦始皇坚决推行法家政治,汉初提倡黄老的“无为”政治,这不仅在当时是一个很大的转变,而且为后来封建正统法律思想的形成创造了前提。我们知道,从秦始皇的禁绝私学、崇尚法家到汉武帝的罢黜百家,独尊儒术,中间有一个过程,而汉初黄老思想,正是这一过程的主要环节。汉武帝以后的官方儒学,亦非孔丘创立的儒学原貌,而是以儒为主,兼取法、道、阴阳谶纬各家主张的杂烩,汉初黄老思想,也是这种儒、法、道合流的重要阶段。所以,探索秦汉之际法律思想的变化,不仅有助于研究秦和汉初统治集团法律思想的异同,而且有助于了解封建正统法律思想形成的历史渊源。

一

自战国以来,随着封建经济的进一步发展,迫切需要全国政治的统一和社会秩序的安定,而封建制度的确立和巩固也要以这两者为基础。统一和安定是人心所向,形成一个强大的历史潮流。用什么样的思想和政策来实现统一和安定,是新兴地主阶级面临的首要问题。秦始皇崇尚“法治”,汉初统治集团实行“无为而治”,都是为了确立和巩固地

主阶级的封建统一政权,但在表现形式上却有着明显的不同。

秦始皇用武力统一六国,坚决实行法家的“法治”主张,在政治上确立专制皇权和郡县制度,统一法令、兵制;经济上“令黔首自实田”,“上农除末”,建立封建赋税制度,并修驰道,决川防,统一货币和度量衡;思想文化上统一文字,禁止私学,以法为教等,这些措施对建立和维护封建统一起了重要的作用。但秦实现了统一,却没有带来安定。当时,保证社会安定的最起码条件,是停止征伐,减少赋役,使人民能从事生产。然而尚法的秦始皇非但没有这样做,反而沿着严刑峻法,轻罪重罚的方向,把法家政治推向了极端。他企图以政治上的暴力镇压和高压手段来强化其专制集权;以经济上的横征暴敛、滥发徭役、大肆兴造来炫耀其帝业的强盛;以文化上的专制主义来钳制禁锢人们的思想。生产发展所需要的社会秩序未能形成,人民群众要求休养生息的意愿终成泡影,而残酷的剥削和搜刮,大规模的迁徙、劳役和冤狱,使广大人民极其贫苦,惶惶不安,整个社会充满恐怖,动乱不宁。地主阶级和农民阶级的矛盾很快激化起来,陈胜“奋臂于大泽,而天下响应”,^①不可一世的秦王朝在农民起义的风暴中顷刻瓦解。秦的灭亡表明,人民要求统一,但反对暴虐,他们只接受那些能带来社会安定的政权。农民用武装起义这种阶级斗争的最高形式表达了自己的要求,而且直接冲击和改变了某些严重阻碍生产力发展的社会关系,为

① 《汉书·贾谊传》

统一和安定的实现开辟了道路。

利用农民起义的成果建立政权的西汉统治者,面临着一种经济凋敝、民困未苏、动荡方平、人心思治的局面。一方面,统一的专制主义的中央集权制度也随着秦王朝一起被农民起义所推翻,新上台的地主阶级迫切需要尽快恢复并巩固这种代表自己根本利益的政权和制度;另一方面,“汉兴,接秦之敝,诸侯并起,民失作业而大饥馑,凡米石五千,人相食,死者过半。”^①不仅“民亡盖藏”,就连西汉朝廷也府库空虚,十分贫弱,“自天子不能具钧驷,而将相或乘牛车。”^②所以“黎民得离战国之苦,君臣俱欲休息乎无为。”^③刘氏统治集团清楚地看到,如果继续秦始皇的那套激化阶级矛盾的急政暴刑政策,自己也会很快地被新的农民起义推翻;只有与民休息、宽政节徭、约法省刑,才能恢复经济,重建封建秩序,维护西汉政权。所以,自刘邦到文、景,由陆贾到贾谊、晁错,都从总结秦亡的教训出发,严厉批判了严刑峻法的法家思想,转而以主张“无为而治”、与民休息的黄老思想作为政治上的指导思想;在“汉承秦制”,即恢复强化封建专制集权制度的同时,又对秦的某些直接导致阶级矛盾激化的政策和残酷的统治方法作了调整和改变。

黄老之学是战国中后期从老子道家分化出来的学派。因它“为言治道贵清静而民自定”,^④主张省刑节赋,毋夺民时的“无为而治”,适应农民战争后的政治形势和恢复生产、稳定秩序的需要;并且在内容上杂揉了道、法、儒各家的观点,便于统治者根据实际需要而损益,所以为汉初统治集团所推崇。

刘邦始入关中,便“除去秦法”,仅“与父老约法三章”^⑤,这可以说是汉初“无为”政治的开始。肖何、曹参、陈平等都是“无为而治”的著名实行者。陆贾和贾谊则从思想上系统地阐发了黄老的主张,尤其陆贾的《新语》,是汉初黄老的代表作。他认为“事逾烦天下逾乱,法逾滋而奸逾炽,兵马益设而敌人逾多。

秦非不欲为治,然失之者,乃举措暴众而用刑太极故也。”^⑥他针对当时的形势,提出“道莫大于无为,行莫大于谨敬”,“以寡服众,以弱制强”^⑦的思想,即“无为而治”。这是从老子“清静无为”阐发出的统治方法。但陆贾主张“无为”,并非老子的放任自流,其目的是“同一治而明一统”^⑧,巩固西汉的专制统治。他强调“鸟兽草木,尚欲各得其所,纲之以法,纪之以数,而况人乎”^⑨。“各得其所”要以“纲纪”、“法数”为前提,“与民休息”要以“汉承秦制”为基础,这是汉初黄老“无为”与老子“清静无为”的主要区别。即有所不为是为了有所为,“无为”是达到“有为”的手段:“无为也,无(不)为也。”^⑩

例如,汉高祖初定天下,便“命肖何次律令,韩信申军法,张苍定章程,叔孙通制礼仪,陆贾造新语”^⑪,从政治、法律、军事、思想各方面重建专制集权。西汉的中央官制和地方机构,基本上是因袭秦制的;肖何的“九章”汉律是“摭摭秦法,取其宜于时者”^⑫,在秦律的基础上修补而成;韩信申订的是秦代的兵刑制度,而叔孙通“定诸仪法”,“有所增益减损,大抵皆袭秦”^⑬。经济方面,“兵罢皆归家”,“以有功劳行田宅”^⑭,是沿袭秦的军功爵制,扶植新的军功地主;又“复故爵田宅”^⑮,照顾秦时的中小地主的利益,扩大自己的政治基础。并继续秦“上农除末”政策,在政治和经济上限制商人。这些措施,使西汉新建立的统治秩序得到稳定,也使大批脱离土地的农民得到从事生产的条件。

黄老之学在文、景时期达于鼎盛,以“无

① 《汉书·食货志》

② 《史记·吕太后本纪》

③ 《汉书·曹参传》

④ 《汉书·高帝纪》

⑤ 《新语·无为》

⑥ 《新语·怀虑》

⑦ 《新语·明诚》

⑧ 《新语·无为》

⑨ 《汉书·高帝纪》

⑩ 《汉书·刑法志》

⑪ 《史记·礼书》

为”之名行“有为”之实也更加明显。汉文帝是实行这种“无为而治”的代表人物。由于这时随着经济的恢复出现了新的社会矛盾，贾谊遂进而将“无为”之道和“有为”之术相结合，主张用儒家的一套“有为”措施来实行黄老的“无为”之道。他认为“明主者南面而正清，虚而静”，“令物自定”以求“各得其当”^①，但具体作法必须用仁、义、礼、法等“制物之术”，变“无为”为“有为”。

他提倡“无为”是为矫正秦政之失，约束君臣不致重犯秦的错误；主张“有为”是为了进一步强化封建统治。这清楚地暴露了黄老“无为”政治的本质，也显示了由“道”入“儒”的必然归宿。贾谊就是这一转折点上的代表人物。

“在“无为”思想的指导下，汉初统治集团在沿袭秦制，强化封建专制的同时又采取了一些轻徭、薄赋、缓刑等与民休息政策。这主要是与秦相比，相对地减轻了对农民的剥削和奴役。例如“轻田租，什伍而税一”、“三十而税一”，比之秦“见税十五”^②“收太半之赋”^③，显然有所减轻。汉初六七十年间，很少兴动大役，一个“丁男”，仅服兵役二年，每年服杂役一月，文帝时又减为“丁男三年而一事”，即三年服一次杂役^④，这比起秦“北有长城之役，南有五岭之戍”^⑤，以及修阿房、造陵墓、长年驱使占全国人口四分之一的劳力陷于苦役的情形，也轻了不少。并且汉初提倡节俭，“量吏禄，度官用，以赋于民。”^⑥文帝尤为突出，他“即位二十三年，宫室苑囿，车骑服御，无所增益”，^⑦“躬修节俭”^⑧“以示敦朴，为天下先”。^⑨与秦始皇的大兴造作，豪奢淫逸也是鲜明的对照。刑法方面更显著一些。肖何作九章律，恢复了秦法，但比秦法简约。高(后)、惠、文、景都有省刑除苛的措施。惠帝时“省法令妨吏民者，除挟书律”^⑩，保存儒家经书等不算犯法；吕后“除三族罪，妖言令”^⑪；文、景相继取消收孥相坐律令，诽谤妖言之罪以及黥、劓、车裂等残酷刑种，当时许多官吏治

狱，但求大旨，不究细苛。凡疑狱或覆狱者本人不服，可复审平狱，允许上诉。故与秦相比，汉初的基本趋势是减轻刑法。这些规定和措施，是当时地主阶级适应农民起义后的阶级关系变化而采取的唯一可行的政策。它一方面有利于西汉封建统治的巩固，另一方面也有利于统一和安定，促进生产的恢复和发展。

汉初轻徭薄赋、约法省刑的“无为而治”，造成政宽人和的局面，各种社会矛盾明显地缓和了。这六十余年期间，几乎没有什么大的农民暴动的记载，从而奠定了两汉四百余年的基业。对此，我国古代史学家曾给予高度的评价。司马迁说：“文帝时，令天下新去汤火，人民乐业，因其欲然，能不扰乱，故百姓遂安。”^⑫班固说：“汉兴，扫除烦苛，与民休息。至于孝文，加之以恭俭，孝景遵业，五六十载之间，至于移风易俗，黎民醇厚，”^⑬“吏安其官，民乐其业，畜积岁增，户口寝息。风流笃厚，禁罔疏阔。”^⑭司马光说：“是以海内安宁，家给人足，后世鲜能及之。”^⑮初期的那种官民俱贫、“人相食”的状况改变了，“民务稼穡，衣食滋殖，”^⑯“不言兵而天下富，”^⑰史称“至武帝之初七十年间，国家亡事，非遇水旱，则民人给家足，都鄙廩庾尽满，而府库余财。”^⑱这就是为后世称道的“文景之治”。

① 《新书·道术》

② 《汉书·食货志》

③ 《淮南子》

④ 《汉书·贾捐之传》

⑤ 《史记·张耳陈余列传》

⑥ 《汉书·食货志》

⑦ 《汉书·文帝纪》

⑧ 《汉书·食货志》

⑨ 《汉书·惠帝纪》

⑩ 《汉书·高后纪》

⑪ 《史记·律书》

⑫ 《汉书·景帝纪》

⑬ 《汉书·刑法志》

⑭ 《资治通鉴·汉纪》

⑮ 《史记·吕太后本纪》

⑯ 苏轼《上请储祥官碑》

⑰ 《史记·平准书》

二

与秦相较,汉初“无为”政治在法律思想上的变化则具体表现为德刑并重、礼法结合、约法省禁、平狱宽刑等内容,兹分别阐述于下:

(一)从“事统上法”到“德刑并重”。

德和刑,都是统治阶级用来对付人民的手段。在地主阶级内部,很早就出现重德还是重刑的统治方法的辩论,有所谓“德治”、“法治”以及“无为而治”之争。从历史上看,统治阶级从赤裸裸地使用暴力镇压到熟练地交替使用镇压和欺骗这两手,并使二者结合起来,还有一个发展过程。从秦到汉初法律思想的变化,有助于我们了解这一过程。秦始皇是凭尚武重刑上台的,非常赞赏严刑峻法的法家思想。他“事统上法”^①,“刚毅戾深,事决于法,刻削,毋仁恩和义。”^②认为这不仅是取得天下,而且是巩固统治的有效方法。后来李斯迎合秦二世的政治需要,又提出“督责之术”,即主张皇帝用严刑峻法来监督臣下百姓。他说,君主“督责之,则臣不敢不竭能以徇其主矣”,认为官吏和百姓都恐怖于苛刑之中,“何变之敢图”^③?这确是比商、韩的“以刑去刑”更为明显的镇压理论。在这种思想支配下,他们一方面颁行烦密残酷的法令,所谓“诸产得宜,皆有法式”^④;另一方面还用这样的法令来统一思想,大搞“以法为教”,“以吏为师”,强制推行法家思想。秦始皇本来企图以此来确立法家政治的绝对权威,以便“后嗣循业,长承圣治”,“二世三世至于万世,传之无穷。”^⑤不料却成为了激发农民起义的直接原因,产生了壁覆巢倾的结果。秦的灭亡,也意味着“事统上法”在实际政治中的失败。

经历过农民战争风云的汉初统治者,看到“秦以刑罚为巢,故有覆巢破卵之患。以赵高李斯为杖,故有倾仆跌伤之祸。”^⑥因此转而重视“德治”这种比较和缓、具有麻痹作用

的统治方法。陆贾、贾谊等人,都从秦亡教训的角度,提出必须改变统治思想和政策,实行儒法相参、文武并用、礼法结合、德刑兼施的建议。

行伍出身的刘邦本“不喜儒”^⑦陆贾常“说称诗书”,刘邦骂道:“乃公居马上得之,安事诗书?”陆贾说,“马上得之,宁可以马上治乎?且汤武逆取而以顺守之,文武并用,长久之术也”。^⑧“武”为法家所尚,“文”是儒学要旨。陆贾的“文武并用”,提出了只有儒法结合的统治方法,才是维护封建统治的“长久之术”。贾谊则更为明确,指出“攻守之势异”,故“取与守不同术也”,^⑨夺取政权与维持政权必须用不同的方法。他认为,在诸侯兼并时期,须靠“专威定功”,要用法家的尚武恃力统一天下;而取得政权之后,“进取之时去矣,兼并之势过矣”^⑩,就必须改用“仁义”之术,实行礼法结合了。但“秦离战国而王天下,其道不易,其政不改”^⑪,因此灭亡。这表明地主阶级已认识到,在推翻奴隶制,建立封建统一王朝时曾起很大作用的法家政治,用来维持长久的统治,处理与农民阶级的矛盾却有很大弊病,需要用儒家政治来改造。

陆贾指出,“德盛者威广”,“德布则功兴”^⑫,“德治”是巩固封建秩序的最好方法。因为,一方面“偃道者众归之,恃刑者民畏之。归之则附其侧,畏之则去其域。故设刑者不厌轻,为德者不厌重。刑罚者不患薄,布赏者不患厚。”^⑬重德能取得民心民力,而重刑却

① 《汉书·刑法志》

② 《史记·始皇本纪》

③ 《史记·李斯列传》

④ 《史记·始皇本纪》

⑤ 《史记·始皇本纪》

⑥ 《新语·辅政》

⑦ 《史记·高祖本纪》

⑧ 《汉书·陆贾传》

⑨ 《新书·过秦》

⑩ 《新书·时变》

⑪ 《新书·过秦》

⑫ 《新语·道基》

⑬ 《新语·至德》

容易失掉民心。另一方面,法刑虽不可缺少,但“法令者,所以诛恶,非所以劝善”,而“德”却有教化的作用:“民畏其威而从其化,怀其德而归其境,美其治而不敢违其政。”^①所以他主张德刑兼施,并强调重德轻刑。

贾谊更强调“礼义”治国,礼法结合。他说:“君臣上下、父子兄弟非礼不定”;“道德仁义、非礼不成”;“分争辩讼,非礼不决”,“班朝治军,莅官行法,非礼威严不行。”^②因为,首先,“礼”是国家制度的核心:“管子曰,礼义廉耻,是谓四维。四维不张,国乃灭亡”,“秦灭四维而不张,故君臣乖乱……万民离散,凡十三岁而社稷为虚。今四维犹未备也”,故“汉兴至今二十余年,宜定制度,兴礼乐,然后诸侯轨道,百姓素朴,狱讼衰息。”^③其次,礼与法相比具有“绝恶”、“迁善”的作用:“夫礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后,是故法之所用易见,而礼之所为生难知也”。“然而曰礼云礼云者,贵绝恶于未萌,而起教于微渺,使民日迁善远罪而不自知也。”再次,礼与法相比,还有笼络人心,稳定秩序的功能:“安者,非一日而安也。危者,非一日而危也。皆以积然”,“以礼义治之者积礼义,以刑罚治之者积刑罚。刑罚积则民怨背,礼义积则民和亲。”^④

贾谊提出,必须用“法”将“礼”所规定的封建等级固定下来,并且给官吏以合法特权,才能有效地防止人民作乱:“贵贱有级,服位有等。等级既设,各处其检,人循其度。擅退则让,上僭者诛。建法以习之,设官以牧之……则人伦法矣”。^⑤为此,他主张“刑不至君子”,应该用“廉耻节礼以制君子,故有赐死而亡戮辱。是以系、缚、榜、笞、完、别、黥、劓之罪,不及大夫”^⑥。这种“刑有等级”的主张,是曾被法家所否定的儒家“刑不上大夫”思想的再现,反映了政权已经得到巩固的地主阶级的等级特权要求,所以深得统治者的赞许。文帝“深纳其言,养臣下有节。是后大臣有罪,皆自杀,不受刑。”^⑦

陆贾和贾谊的德刑并用,礼法结合思想,在当时已贯彻到实际立法之中,并对后世有较大影响。文帝时“诸法令所更定,及列侯就国,其说皆谊发之”。^⑧在此之前,儒家唯礼独尊,法家则重法轻礼。战国末的荀况虽用“法”来充实“礼”,迈开了礼法结合的第一步,但因未被当时统治者采纳,故没在立法中实现。因此,真正在法制实践中起作用的“礼法并重”,可说是从汉初开始的。德刑并用、礼法结合以及给地主阶级上层分子以减免刑罚的合法特权的“刑有等级”,经过后来的不断补充发展,成为中华法系和中国封建法律思想的重要特点之一。

(二)从“法令烦僭”到“法宜省约”。

繁密和暴虐,是秦朝法律的显著特征。西汉的“文学”之士说,“秦法繁于秋荼,而网密于凝脂。”^⑨晁错批评秦始皇:“妄赏以随喜意,妄诛以快怒心。法令烦僭,刑罚暴酷,轻绝人命,身自射杀。”^⑩从睡虎地秦简看,的确从生产、生活到行动、思想都“皆有法式”,秦法是非常周密严酷的。汉初黄老学派反对法令烦苛。他们认为天地万物“各受一性,不得两兼,兼则心惑”。主张“执一政以绳百姓,持一概以等万民。”^⑪因为“事众者心烦,心烦者则刑罚纵横而无所立。”^⑫即法令烦多会使人无所适从,法令的实际作用也发挥不出来,只有“执一统物”^⑬才能“以寡制众。”^⑭所以他们大力抨击秦的烦法苛刑,主张“约法省禁”^⑮,即废除烦杂,使法令简约易行。刘邦的

① 《新语·无为》
② 《新书·礼》
③ 《汉书·贾谊传》
④ 《新书·服罪》
⑤ 《新书·阶级》
⑥ 《汉书·贾谊传》
⑦ 《盐铁论》
⑧ 《汉书·晁错传》
⑨ 《新语·怀虑》
⑩ 《新语·至德》
⑪ 《新语·怀虑》
⑫ 《新语·思务》
⑬ 《汉书·刑法志》

“约法三章”，在当时的历史条件下，有明显的删繁就简，去苛从宽的意义。陆贾曾以西周与秦对比来说明律令繁滋的祸患：“周公制作礼乐，郊天地，望山川，师旅不设，刑格法悬，而四海之内，奉供未臻。”“秦始皇设车裂之诛……蒙恬讨乱于外，李斯治法于内，事逾烦天下逾乱，法逾滋而奸逾炽。”^①所以应效周之简易而去秦之烦苛。他们还力求法令通俗易懂，主张“天下易知之道”，“设道者易见晓，所以通凡人之心，而达不能之行。”^②法令简约易行，才便于官吏掌握和百姓遵守。《汉书·贾山传》里说，“文帝时，山东吏布诏令，民虽老羸癯疾，莫不扶杖而往听之，愿少须臾无死，思见德化之成。”这虽是溢美之辞，但也可看出当时注重法令的通晓易知，故直接宣达于民间，受到百姓的重视。

约法省禁，并非一味减少律令。汉初统治者主要在于谋求法令的贯彻，百姓的遵从，以巩固自己的统治。省除什么律令，简约那些内容，都围绕着这个目的。具体作法有二，一是所谓“御奸”、“禁暴”、“止邪”，即镇压人民的反抗，调整统治阶级内部的冲突，维持封建秩序。经过“省”“约”，汉律在这方面的作用更加集中和显著。因此在实际上，汉初虽废除了部分秦法，却又增补了新的律令，法令日趋完备。如“肖何定律，除参夷连坐之罪，增部主见知之条，益事律兴、廐、户三篇，合为九篇。叔孙通益律所不及，傍章十八篇。张汤越官律二十三篇。赵禹朝律六篇，合六十篇。”^③二是“宜于时”，即根据社会政治需要而省除或颁立法令。一旦需要，已废除的法令又被重新施行。如高后元年曾“除三族、妖言令”^④，而文帝在新垣平谋反时，又“复行三族之诛。”^⑤但汉初“宜于时”的特征，是尚能体察民情，较主动地修订法律以适应社会和生产发展的需要。汉文帝是比较突出的。他“常畏过行”，“恐烦百姓”^⑥，生怕失去民心而重蹈秦的覆辙，所以约束群臣“各敕以职任”^⑦，“平狱缓刑，天下莫不说喜。”^⑧他在

位时，“刑罚大省，断狱四百，有刑错之风”。这自然是封建史家的褒语，不可全信，但也能看出他是反对滥施刑罚的。晁错提出制定法令，必须“合于人情”，文帝也很赞同，让晁错更定法令。后来，“景帝即位，以错为内史，……法令多所更定。”^⑨这里的“人情”，当然首先是指地主阶级的意愿，但是也不能说没有考虑劳动人民的要求。他们当时这样做，是有利于人民生产和社会安定的。随着经济的恢复和统治地位的巩固，到汉武帝时，又大量任用酷吏与苛刑来加强专制皇权。“前主所是著为律，后主所是疏为令”，“专以人主意旨为狱”，^⑩加之酷吏们“舞文巧诋以辅法”^⑪，法令又达繁密驳杂，以致无所依遵，常常罪同而论异。在中国历史上，于农民起义之后建立的较大的封建王朝的法律，大抵都是前简后繁，前缓后严，这和各统治集团法律思想的变化有密切的关系，归根结底是封建制度和地主阶级的本性决定的。

(三)从“深督轻罪”到“刑宜宽平”。

刑罚，是使法律得以贯彻的重要手段。刑罚是否残酷和能否做到罪刑适应，是法制从野蛮到文明的重要标志。法家的“重刑”主张，本来就是一种鼓吹残酷镇压的理论，在秦时又被恶性发展。如李斯便主张：“唯明主为能深督轻罪。夫罪轻且督深，而况重罪乎？故民不敢犯也。”^⑫这种露骨的恐怖主义理论，将“重刑”学说推向了极端。秦始皇也是“专任刑罚”^⑬，“用商鞅连相坐之法，造参夷之诛，增加肉刑，大辟，有凿、颠、抽、肋、镬、烹

① 《新语·无为》

② 《新语·慎微》

③ 《晋书·刑法志》

④ 《汉书·高后纪》

⑤ 《汉书·刑法志》

⑥ 《汉书·文帝纪》

⑦ 《汉书·贾山传》

⑧ 《汉书·晁错传》

⑨ 《汉书·杜周传》

⑩ 《汉书·张汤传》

⑪ 《史记·李斯列传》

⑫ 《史记·始皇本纪》

之刑”^①，“盗马者死，盗牛者加”、“盗伤与杀同罪”^②，还规定“有敢偶语诗书者弃市，以古非今者族”^③等，以致秦二世时“刑者相半于道，而死人日成积于市”^④，“天下愁怨，溃而叛之”^⑤。

鉴于秦“尚刑而亡”^⑥的教训，汉初统治者认识到，刑罚的暴虐，一不利于调正统治阶级内部的关系，二不利于缓和与被压迫阶级的矛盾，并常常是社会动乱的直接原因。因此陆贾力劝刘邦：“设刑者不厌轻”，“行罚者不患薄。”^⑦贾谊屡屡建议：要慎言慎行慎刑罚，“疑罪从去”，“疑功从予”，提出“诛赏之慎焉，故与其杀不辜也，宁失于有罪也。”^⑧汉文帝也很注意“惩恶亡秦之政，论议务在宽厚”^⑨。景帝亦“欲令治狱者务先宽”^⑩。从《汉书·刑法志》中文帝除肉刑和景帝减笞刑的记载，可以看出他们主张“宽刑”的根据。文帝十三年，淳于公获罪应处肉刑，他最小的女儿缇萦上书文帝，要求“人为官婢，以赎父刑罪”。文帝下了个诏令，先是自责一番，接着说，“今人有过，教未施而刑已加焉。或欲改行为善，而道亡繇至，朕甚怜之。夫刑至断肢体，刻肌肤，终身不息，何其刑之痛而不德也”。故应废除。他提出了两条理由：一是不合乎“先教后刑”的原则，没给人“改行为善”的机会，二是“不德”太惨酷，造成终身残废。这既破坏了劳动力又易激起民愤，所以文帝很不赞成。景帝曾两次下诏减笞，认为“加笞与重罪无异，幸而不死，不可为人”，“或至死而笞未毕，朕甚怜之”。并说，“笞者，所以教之也。其定箠令。”^⑪即拟定了“箠”（竹板）的标准规格，当笞者答臀（原答背），毋得更人”。也是反对不教而刑，致人残疾。文、景的“怜”，只不过是给封建法制涂上一层“人性”色彩，但也表明，随着社会的进展，统治阶级不断总结经验教训，觉察到酷刑严诛的弊病和缺陷，因此转而实行“德教”和刑罚两手的结合，并且废除某些残酷的刑罚。从中也显示了农民起义对封建法律思想发展的影响。

汉初黄老很强调依法定罪，使罪刑相当。汉文帝在废“相坐法”时说，“法正则民慤，罪当则民众”，认为“今犯法已论，而使无罪之父母妻子”也受刑，这是“不正之法”，官吏不去教化引导，反而株连无辜，“是法反害于民为暴也”。^⑫故应废除。晁错在“贤良对策”中，也提出“奉法不容私”，应该依法办事，“功多者赏厚，功少者赏薄”，“罪大者罚重，罪小者罚轻”。“如此，民虽伏罪至死而不怨者，知罪罚之至，自取之也。立法若此，可谓平正之吏矣。”^⑬不言而喻，文帝所谓“正”、“当”，晁错所谓“平正”，都是以封建法制和封建道德为标准的。

不仅官吏，君主也应依法行事。这也是黄老法律思想的突出之点。《汉书·张释之传》载，文帝经过渭河桥时，忽走出一人惊了御马，便交廷尉张释之办理此案。“释之奏，此人犯跸，当罚金。”文帝大怒，要加重处罚，“释之曰：法者天子所与天下公共也。今法如是，更重之，是法不信于民也。且方其时，上使使诛则已。今下廷尉。廷尉，天下之平。一倾，天下用法皆为之轻重，民安所措手足？”张释之指出天子也必须遵守法令，并且不能无端干涉司法官吏依法办事，这样法令才能取信于民，真正贯彻。文帝听后想了很久，说张释之做的很对。一个封建君主，能够约束自己，遵守法制，这在历史上是不多的。象张释之这样的封建官吏，敢于犯颜直谏，坚持遵法断案，也属难能可贵。

① 《汉书·刑法志》

② 《盐铁论》

③ 《史记·始皇本纪》

④ 《史记·李斯列传》

⑤ 《新语·道基》

⑥ 《汉书·刑法志》

⑦ 《新语·至德》

⑧ 《新书·大政上》

⑨ 《汉书·文帝纪》

⑩ 《汉书·景帝纪》

⑪ 《汉书·景帝纪》

⑫ 《汉书·刑法志》

⑬ 《汉书·晁错传》

在“朕即法律”的封建社会里,“法之不行,自上犯之”,皇帝往往任意践踏法律。秦始皇的“法治”,也以治下不治上、治民不治官、治臣不治君为特征。张释之提出的“法者天子所与天下公共也”,便是对“朕即法律”观念的一个否定。皇帝自己能以身守法,官吏自然比较收敛,不敢公然贪赃枉法,人民当然也不肯轻易犯法,铤而走险,这是汉初社会秩序得以安定的重要原因之一。

三

从秦始皇“法家”政治的失败,汉初黄老之学的出现,到汉武帝确立封建正统思想,是中国政治法律思想史上具有重要意义的转折。由前述可见,汉初法律思想具有明显的过渡性特征。它既保持了黄老所具有的道家形式,又更多地吸取了儒、法等家的思想内容,成为以后儒、法、道三家合流的先导。

虽然汉初黄老批判“专任刑罚”,在很大程度上是针对秦王朝崇尚“法治”提出的,但是并没有将法家学说完全否定。黄老的循道而行,“无为而治”,实际是强调依法办事。陆贾说“威不强还自亡,立法不明还自伤”^①,曹参说:“法令既明具,陛下(惠帝)垂拱,参等守职,遵而勿失”^②,都主张立法必须明确、政令必须宣达,法制必须遵守。说明他们是重视“法治”的。但是黄老坚决反对严刑峻法,这是与秦始皇所推崇的法家主张最大的不同。汉初黄老保留和吸收了法家关于维护专制集权与等级制度的“法治”主张,摒弃的是法家学说中容易激化与被统治阶级的矛盾的观点。

汉初统治者看到了儒家德治、礼教等主张的双重作用:既能用来巩固君权和宗法等级制,又能掩饰对劳动人民的压迫剥削。因此较多地采纳儒家的观点。但是儒学本身“博而寡要,劳而少功,是以其事难尽从”^③,不适应民力疲敝、国家贫弱的形势;而且经过秦始皇焚书坑儒,儒家受到严重摧残,还没有战胜其他学派的力量。所以汉初黄老有选择地吸取

儒学的主要主张,逐步抬高儒学的地位,却没有言必称孔孟,或将儒学奉为指导。

老子学说,因为本身较抽象,“与时迁移,应物变化,立俗施事,无所不宜”^④,便于统治者根据实际需要充实新的内容,并且老子的“无为”也合乎汉初的政治形势,所以黄老学派便以道家思想形式来推行自己的政治主张,充实以儒法结合的内容。总之,在黄老思想中,既有“道”,也有“德”、“礼”和“法”、“刑”,并且进行了一番改造,将这些原来互相排斥的主张统一在一起,在思想上起了承前启后的作用。汉武帝时,西汉进入全盛时期,社会经济条件已经改变,阶级矛盾也日渐激化,使统治者要从“无为”走向公开的“有为”。黄老政治已不能再维持下去了,董仲舒的“天人感应”神学目的论的儒学便应运而生,被捧为独尊地位。黄老之学虽为官方正统的儒学所排斥,但汉初主张的儒法合流,礼法结合,省法宽刑、君臣共守等原则,却在封建正统法律思想中保留下来,对后世也有很大影响。秦汉之际的这一变化说明,统治阶级总是力图采取最适用的思想武器来维持自己的统治,法律思想的发展变化,不仅受社会政治经济的决定和制约、而且与继承前代思想成果有着密不可分的联系。

从秦汉之际法律思想的变化我们还可以得到以下几点启示:

其一,黄老之学盛行于汉初,具体原因很多,但究其根本,不能不说秦末农民大起义是决定性的一个。如前所述,秦的暴政造成了社会动乱,严重阻碍生产力的发展,农民起义迅速推翻了秦王朝,从而为统一和安定的实现创造了前提,为社会经济的发展开辟了道路。从农民方面看,虽然起义失败,胜利果实落到西汉统治者手中,但农民在斗争中也争得一

① 《新语·至德》

② 《汉书·曹参传》

③ 《史记·太史公自序》

④ 同上

些实际的权益。他们迫切要求保持这些利益，希望有个较安定的环境，以进行生产，改善生活。从地主阶级方面说，经过农民起义的沉重打击，身家破碎，元气大伤，从而使其中一些较有远见的代表人物深惧农民的力量，不得不重视民心所向，改用有利于缓和阶级矛盾的思想和政策来维持自己的统治。这就是汉初摒弃法家、推崇黄老的社会和阶级基础。

在本质上，地主阶级是看不起劳动人民的。贾谊就是一个代表。他认为民“至贱”、“至愚”，是“瞶”“盲”；然而秦亡于农民起义的事实使他认识到：“夫民者，至贱而不可简也，至愚而不可欺也。故自古至今，与民为仇者，有迟有速，而民必胜之。”^①以至提出：“故国以民为安危，君以民为威侮，吏以民为贵贱，此之谓民无不为本也，”^②告诫统治者一定要注意随民欲，得民心，这是长治久安的关键。因此他大声疾呼：“士民之志，不可不要也。戒之戒之！”^③统治阶级当然不会自觉认识人民的力量，但是农民起义的威力却不能不使他们感到民力可惧，众怒难犯，不得不谨慎从事。贾谊的这一认识，正是秦末农民起义在统治阶级思想上的反映。

汉初统治者也深知封建法制对维护地主阶级专政的巨大作用，只要有可能，他们便竭力强化这一工具。然而秦王朝“政苛刑惨”，造成“匹夫一呼，天下影从”^④的那种农民起义的情景给他们的教训太深刻了，从而认识到“虐行则怨积”^⑤，“恃刑者民畏”^⑥，因此“因民之疾秦法，顺流与之更始。”^⑦说明了正是在农民起义的打击下，统治阶级才改变了自己的法律思想。

其二，汉初黄老思想是为封建统治服务

的，但是不能因此而否认它对当时社会统一和安定所起的作用。它的政治主张和法律观点，符合当时人心思治、民欲生息的要求，客观上促进了经济的恢复和社会秩序的稳定。因此，从实际效果看，它并非仅仅有利于地主阶级，或者总是加重了对人民的剥削。秦汉之际法律思想的变化，涉及到秦始皇、汉高祖、汉文帝等封建帝王和陆贾、贾谊等地主阶级思想家。作为个人，他们在历史发展中的作用或许微不足道，然而作为一种社会政治势力和思想的代表，却是值得重视的，并应给予恰当的评价。秦始皇的历史功绩应该肯定，但对其暴政和苛法却不能加以推崇。从法律思想角度看，他在坚持“法治”的同时，又将法家思想的一些糟粕，如“独断”、“重刑”等等推向极端，也根本谈不上什么“先进”和“杰出”。比较起来，汉初统治集团倒是有政治眼光。尤其是汉文帝刘恒，能顺应潮流，体察民情，励精图治，率身遵法，提倡节俭，政绩显著，是应该肯定的。以他为代表的“无为而治”、文武并用、重德轻刑、法宜省约、刑宜宽平、随民所欲、因时而变的黄老法律思想，其中也有不少因素是值得肯定的。当然，汉文帝是个封建君主，他的所作所为都是为了加强地主专政，离不开对人民的压迫，所谓“文景之治”，实际上只不过是地主阶级进行统治的一种政治局面，根本不是农民的天堂。这是我们治思想史者不可不注意的。

① 《新书·大政上》

② 同上

③④ 《新书·大政》

⑤ 《新语·道基》

⑥ 《新语·至德》

⑦ 《史记·曹相国世家》