

试析汉初“约法三章”的法律效力

兼谈“二年律令”与肖何的关系

张建国

关于汉初的法制概况,《汉书·刑法志》是这样说的:“汉兴,高祖初入关,约法三章曰:‘杀人者死,伤人及盗抵罪。’黜削繁苛,兆民大悦。其后四夷未附,兵革未息,三章之法不足以御奸,于是相国肖何续秦法,取其宜于时者,作律九章。”历来研究家们对班固的上述说法基本上深信不疑。本文想结合有关史籍记载,做些新的分析与推测。

刘邦的三章之法一直是人们很感兴趣的话题。有的人认为它是汉最早的立法;也有的人说它只具有策略上的意义,刘邦宣布它,是站在反叛者地位上的政治鼓动,而不是国家帝王的正式立法。《史记·秦楚之际月表》提到:“沛公出令三章,秦民大悦。”其中直称刘邦宣布的内容为“令”,律令皆为法是秦汉的通例,据此似乎不能不算作正式立法;但是另一方面,刘邦作出这一宣布的时候不仅不是帝,也不是王,更不知他未来的国家名称为汉,按最初的约定,他本来是应该王关中,也就是当秦王,说“法三章”非帝王立法也不无道理。不过,仅局限于这样静态地分析总是情感不足,因此,本文不想就类似的说法再发议论,而是换一个角度,谈谈三章之法的法律效力问题。

公元前207年10月,秦王子婴向攻进关中的刘邦起义军投降,秦灭亡。11月,刘邦的三章之法便出台了,有关此事的最早记载见于《史记·高祖本纪》。当时刘邦,“召诸县父老豪杰曰:‘父老苦秦苛法久矣,诽谤者族,偶语者弃市。吾与诸侯约,先入关者王之,吾当王关中。与父老约,法三章耳,杀人者死,伤人及盗抵罪。余悉除去秦法。诸吏人皆案堵如故。凡吾所以来,为父老除害,非有所侵暴,无恐。且吾所以还军霸上,待诸侯至而定约束耳。’乃使人与秦吏行县乡邑,告谕之。秦人大喜,争持牛羊酒食献飧军士。沛公又让不受,曰:‘仓粟多,非乏,不欲费人。’人又益喜,唯恐沛公不为秦王。”下面以《史记》的这条材料为主线逐步做些分析。

我们首先分析一下三章之法对人的效力问题。它对于哪些人具有法律效力?为了说明这一关键点,我觉得有必要先理解“约”字的含义。“约”在这一时期屡次出现,其主要特征是定约各方都有相应的权利与义务,虽然有时亦有主约者和从约者的不同。例如,据高祖本纪的记载,由于项梁骄傲轻敌,秦军大破反秦义军,项梁战死。项梁所立的楚怀王对起义军下一步的作战重新做了部署,主力由宋义、项羽等人率领北向救援被秦军包围的新建立的赵,又令刘邦率另一支起义军向西略地入关,并“与诸将约,先入定关中者王之”。此“约”的主约者自然是楚怀

• 本文作者系北京大学法学院副教授。

王,这从后来项羽入关中并派人向怀王请示一事可以反映出来:项羽得到怀王的回答是“如约”,因此他怨恨怀王当初不让他和刘邦一起向西进军,而让他向北救赵,后天下约。他不满地说:“怀王者,吾家项梁所立耳,非有功伐,何以得主约!”但是,同样的事情在前引刘邦的话中,变成了“吾与诸侯约,先入关者王之”的词句。本来是怀王与诸侯约,又可以说成刘邦本人与诸侯约,这或许正是说明,与约的各方都是“约”的主体,既表示他人与自己约,也表示自己与他人约,否则刘邦把自己作为约的一方的话便无法解释。“约”在只有两方面而不是多方的时候,其特点显得更为清楚。如高祖本纪中有一例,讲到赵高杀了秦二世之后,派人到刘邦处,“欲约分王关中”。项羽本纪的另一例,提到秦将章邯内因赵高意欲加害,外受项羽军队强劲攻击,故而派人到项羽那里,“欲约”。这种“约”虽然有投降的表示,但绝不是无条件的,赵高是以与刘邦瓜分关中双方各自称王为前提,章邯则是同意倒戈转而攻秦,目的也是得到分秦地为王的待遇。定约的双方地位即使有高下之分,也仍然是作为相对的主体,因此看上去更象是一种停战谈判,而不仅仅是纳降,“约”的结果必然是一种相互的承诺,对双方都有约束力。

刘邦与父老约,同样具有上述的特点。在说话的态度上,他不是试图震慑秦人而是采取联络感情的语气;在秦父老面前,他不是以征服者的身份而是以解放者的身份讲话;在说明自己攻秦的目的时,他说不是来侵暴而是为秦人除害。凡此种种,无不表示他意识到自己将管辖这里的人民,因此便以未来秦王的姿态安抚秦人,从而争取获得他们的拥护。既然大家不是敌人而是自己人,刘邦不仅告诉秦人不要害怕,连既往不咎都免谈了,那么,这时宣布的三章之法就有了更深一层的含义。我认为,法三章之所以称为“约”,那就不是指秦人单方面的遵守,其中也包括由刘邦率领的反秦部队的承诺。不言而喻,秦人最怕的是关东起义者采取报复行动,首先怕胜利者乘势伤害自己,其次是担心自己的财产受到侵犯。现在,占领军的最高统帅与他们约定,当然不管是谁,只要杀人就要处死,伤人和盗都要依法处罚,这无疑使原本处在不利地位的秦人的生命财产有了安全保障,在当时的形势下,受益最多的自然是秦人。秦人所以“大喜,争持牛羊酒食献飨军士”,恐怕除秦苛法的宣布倒在其次,因为刘邦列举的惩治诽谤和偶语一类的秦苛法与普通百姓的日常生活没多大联系。秦人所高兴的,主要的还在于反秦起义军承担了不侵犯他们生命财产的义务。所以,当刘邦谢绝秦人的贡献,以行动再次证实了自己的诚意时,秦人大喜过望,必然会“唯恐沛公不为秦王”了。正因为这一“约”的效力及于双方,三章之法对人的效力便体现在既适用于秦人,又适用于刘邦的军队,而且在当时特定的情况下,与其说是要求秦人守法,更多的不如说是对起义部队的约束,从而安定了当地的秩序。

其次,我们再来看一下三章之法的空间效力。班固在《汉书·刑法志》中使用了“兆民大悦”一语,这可能不如《史记·秦楚之际月表》所说的“秦民大悦”确切,很容易让人产生普天之下皆大欢喜的错觉。其实,在赵高杀了秦二世之后,基于关东皆反、庞大的秦帝国已经不复存在、秦朝廷的有效统治区域基本退回到以前秦王国范围的现实,赵高主张继立的子婴不再称帝而是称秦王,只王秦的故地。接下来的战争,也就变成了秦国与关东各国的较量。同样,当秦已灭亡,此后的三章之法也仅在关中地区生效,所谓关中就是指秦王国之地。《史记》谈到刘邦约法三章时的秦人,是特指原来生活在关中的秦人,而非指大一统时期秦帝国的所有人民。因此,三章之法所适用的地域范围是有限的,只是指关中,它不可能也无必要施行于其他地区,那些地区不属未来(虽然没有变成事实)的关中之王刘邦的管辖,用不着他来操心。

再次,也是最重要的,是三章之法的时间效力。按班固所说,法只有三章的局面持续相当一段时间,一直到相国肖何作九章律才告结束,这种说法今天看来有不少疑问。从时间顺序讲,肖

何为相国最早也早不过汉高祖九年(公元前198年),这可参见《史记·高祖功臣侯者年表》。如果依《史记·肖相国世家》记载,刘邦拜丞相肖何为相国则是到了汉高祖十一年诛韩信之后。近年出土的张家山汉简《奏谳书》证明,此前已有了律。《奏谳书》有一件“狱史闾诱女子南”案,时间为高祖十年,内有“律所以禁从诸侯来诱者”和“它如律令”等律和令的字样。另有一件“狱史武被贼杀”案,经考证时间为高祖六年,内有“律,贼杀人,弃市”;“律,谋贼人杀人与贼同法”;“律,纵囚与同罪”。^{〔1〕}这些“律”,无疑都是正式的汉律的律文,它们被制订的时间应当在肖何为相国之前,所以班固的说法有可疑之处。

三章之法的有效期间究竟有多长?拙见认为短则不过两月,长则不过两年。

先证其短。有必要再次强调,三章之法是在刘邦首先攻入关中平秦后出台的,当时刘邦是以占领军最高统帅和未来的秦王的双重身份与父老相约。但是,仅过一个月,随着地位和实力远高于刘邦、率领各路部队、身为诸侯上将军的项羽的入关,一切就完全变了。史称刘邦还军霸上并与父老约,然后“居月余,诸侯兵至,项籍为从长,杀子婴及秦诸公子宗族。遂屠咸阳,烧其宫室,虏其子女,收其珍宝货财,诸侯共分之。灭秦之后,各分其地为三,名曰塞王、塞王、翟王,号曰三秦。项羽为西楚霸王,主命分天下、王诸侯,秦竟灭矣”(《史记·秦始皇本纪》)。所谓“从长”,是指项羽作为统帅关东诸侯兵马的头号人物,主宰一切。刘邦只能居于从属的地位,发号施令的权力一点儿也没有了,后来秦的主要地区又分配给其他三王,他凭什么还能继续保持由其所约的三章之法的效力呢?据说项羽屠烧咸阳,“所过无不残破。秦人大失望,然恐,不敢不服耳”。没有刘邦的法三章,秦人本来也不会抱什么希望,因为他们是战败的一方,即被灭亡的秦王国的国民而不是秦帝国的国民,只有任人宰割的份儿;秦人所以感到“大失望”,也正是战胜的一方并没有按约定行事,既杀人放火又虏人子女。随章邯一起倒戈、后来被坑杀的二十万秦兵,生前也曾遭诸侯吏卒奴役和折辱(这是他们以前仗势欺负关东人的代价),联系这一点,关东诸侯的军队进入关中后对他们痛恨的秦人也不会太客气。总之,约法三章伴随着项羽的到来及其所作所为,可以说并不存在了。

《汉书·高帝纪》在最后的总结部分讲到,汉高祖“初顺民心作三章之约。天下既定,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。”这里的“天下既定”之语,和《刑法志》相同,都有项羽败亡楚汉战争结束后的意思,也就是至少到汉高祖五年(公元前202年)以后,全中国统一,只剩下“四夷未附”的时候,肖何才受命整理汉律令。这就不仅涉及三章之法的时间效力,也关系到汉法中的律令的形成时间,因此,我们不得不倒过来研究肖何究竟在什么时候制定了汉律令,以反证三章之法何时被取代。

虽说受到排挤,刘邦最后还是被项羽分配到偏处一隅的巴、蜀、汉中,做了不大不小的汉王。也许有人认为,他不妨在那里实施三章之法。以后他又主动出击,攻破三秦,重新控制了关中,也有了和全体原来的秦人续一续旧约的条件。可是,刘邦根本不需要老调重弹,因为事过移时,今非昔比。约法三章是在反秦战争刚刚结束、需要为和平的到来安抚惶恐不安的关中秦人而提出的,现在刘邦需要挥师东向,争夺整个天下,三章之法不仅是不足以御奸,简直是不足以治国,继续实行已经完全不对症。所以拙见认为,律令的制定此时当已经开始。《史记·太史公自序》谈到:“秦拨去古文,焚灭诗书,故明堂石室金匱玉版图籍散乱。于是汉兴,肖何次律令,韩信申军法,张苍为章程,叔孙通定礼仪……。”我们将此文与前引《汉书》对照,可以看出《汉

〔1〕《奏谳书》,引文见《文物》1993年第8期。

书》基本是采录了司马迁《史记》的文字,只是在前后加了一些内容,但加得颇有问题。比如后面加了“陆贾造新语”就有些不妥,司马迁列举肖何到叔孙通,是说他们四人分别奠定了有汉一代的各种制度,陆贾的“新语”怎么能和制度并列?这是其一。其二是,司马迁叙事从秦说到“汉兴”,紧接着便提到肖何次律令,班固却是先讲三章之约和天下既定,然后才讲肖何等五人诸事。我想,对于属于不急之事的新章程礼仪,待到天下太平时再制定并不算晚,但其他的制度也一起等到天下既定时才着手则恐怕未必。以军法为例,刘邦在其元年(公元前206年)已拜韩信为大将指挥全军,目的是想从巴蜀打到外面去夺取整个天下,在这个时候不让韩信申明军法,以应付未来的重新划分天下的战争,却要等到天下既定时再申军法,实在是不合情理的事情。肖何的事情与此相同,他也不大可能等到这样晚的时候才从事法制的建设,原因有以下几点:

第一,肖何以处理行政庶务的丞的身份随军进入咸阳,当时“诸将皆争走金帛财物之府分之,何独先入收秦丞相御史律令图书藏之”。他一定是因意识到当刘邦按约成为诸侯王时,这些宝贵的资料将成为自己主持政务的重要参考,也是他成就事业的所在,所以才视为至宝。他收集的东西很快就派上了用场。刘邦为汉王,以肖何为丞相,“汉王所以具知天下厄塞,户口多少,强弱之处,民所疾苦者,以何具得秦图书也。”^{〔2〕}“图书”方便了汉王的作战,“律令”当然也会方便肖何的理政。肖何为丞相后并未随军打仗,刘邦却在后来论功时,说他功劳第一,比喻其为打猎中发踪指示的人,而把诸将比喻为猎狗,人比狗的功劳大,这大概正是指肖何制定法令、经营关中根据地的功绩,而不是指他具有张良那样的“运筹帷幄之中,决胜千里之外”的才干。

第二,史称“汉王引兵东定三秦,何以丞相留收巴蜀,镇抚谕告,使给军食。汉二年,汉王与诸侯击楚,何守关中,侍太子,治栎阳。为法令约束,立宗庙、社稷、宫室、县邑。……关中事计户口转漕给军,汉王数失军遁去,何常兴关中卒,辄补缺。上以此专属任何关中事。”^{〔3〕}汉开始有纪年的发展顺序是:刘邦以十月入咸阳,因此便定此月为汉元年(即后来所称的汉高祖元年)的岁首。接下来十一月,与父老约法三章。十二月,项羽入关。元年一月(即汉高祖元年的第四个月),项羽主持分封诸侯王。四月,诸侯王各自去自己的封地。八月(《汉书·高帝纪》说是五月),刘邦就出师进攻塞王章邯,拉开了争夺天下的序幕。肖何留在巴蜀,既镇抚百姓,又收取租税,以保障军队的粮食等等的供给。在刘邦的攻击下,三秦诸王相继被打败,章邯困守孤城废丘,塞王、翟王均投降,到汉二年初,刘邦已经占有差不多全部的关中再加上关外的河南地区。二年三月,刘邦乘项羽攻齐无暇它顾的机会,大举向东,进攻楚兵力空虚的中心区域。肖何这时到了关中新的都城栎阳,关中就成了刘邦军队的稳固的后方。刘邦在汉二年采取了一系列法律措施,如在春正月,“赦罪人。二月癸未,令民除秦社稷,立汉社稷。施恩德,赐民爵。蜀汉民给军事劳苦,复勿租税二岁。关中卒从军者,复家一岁。举民年五十以上,有修行,能率众为善,置以为三老,乡一人。择乡三老一人为县三老,与县令丞尉以事相教,复勿徭戍。”六月壬午,“立太子,赦罪人。……兴关中卒乘边塞。”^{〔4〕}这里我们可以见到,租税徭役之法已经在实行,而且征发戍卒防守边塞,也需要有相关的法律来保证实施,特别是在半年里两次赦罪人,说明法律已经比较严密,半年内积累的罪犯也比较多。肖何在这时“为法令约束”,完全可能就是司马迁所说的“汉兴,肖何次律令”的起始时间。他要统计户口、征发徭役、转漕军粮,又要经常兴发关中卒补充刘邦损失的兵员,这不是很需要制定户律和兴律性质的法律吗?打仗时不仅人员会损

〔2〕〔3〕《史记·肖相国世家》

〔4〕《汉书·高帝纪》

失,骑兵的军马照样会损失,还有虽然战争打得很厉害,但从散见的史料记载来看,驿传制度似乎在有效地实行着,有关厩事之法的重要性也可能被提升,那么会不会同时制定厩律呢?至于盗、贼、囚、捕、杂、具等六律和其它律,有不少现成的秦法律令作为参照,稍加删改便可成型,费不了什么事。总而言之,既然肖何对秦律令那么感兴趣,由于以前职业的关系又极为熟悉一般的律令,在得到刘邦的全权委托后,负责处理关中的一切事务,这正是他一显身手的机会,不大可能只让他收集的图书发挥作用却让律令闲置在那里,在管理相当于战国时期一个大国那么大的关中时不去发挥自己的特长。而且从实际需要来说,三章之法肯定远远不够了,单以肖何支援前线的主要事务来说,假如百姓拒不交租,或拒不服徭役运军粮,或拒不从军打仗,仅用三章之法就不能找到合适的罪名予以相应的惩罚。我前面之所以提出来,即使保守点儿来估计,法三章独占实施的最长时间也不会超过两年,就是因为注意到肖何早在汉二年已经“为法令约束”。还有应注意的一点便是,史汉作为专章的肖何的传记里,再没有其它制定法律的记录,肖何如果不是在治理关中时使汉法形成一定的规模,恐怕也难以作出其他解释。所以我认为,《史记》说的“汉兴”以后肖何次律令,可以把时间定在高祖为汉王时的“汉国”时,而不定在高祖打败项羽之后或者在肖何任相国之后,因为这后两个时间在《史记·肖何传》中毫无制订律令的记载,而制订律令这样一件事总不能当做是一件可说可不说的小事。

第三,与拙见上述汉二年肖何定律令说相关联,在此谈一下有关近年出土的张家山汉简中的“二年律令”,因为有关简文尚未公布,也无机会见到原简,所以只能靠已发表的有限信息做些推测。较早对简文作介绍的一篇文章说到律令简有一枚简后载有“二年律令”,文章断定当指吕后二年,理由是出土律令中记载有“吕宣王”,因为吕宣王是高后之父,高后元年才被追尊为吕宣王等等。^{〔5〕}此论一出,便有人直接称这些律令为吕后二年律令。

我想,如果以“吕宣王”的字样来确定该墓年代的上限是没错的,但要由此断定出“二年律令”就是“吕后二年律令”尚需要斟酌,除非“二年律令”和那些与吕宣王有关的法律内容同在一支简上。《汉书·高后记》记载吕后临朝称制后,只提到在元年(公元前187年)春正月除三族罪妖言令,这一改变还是为她已死的儿子孝惠帝实现遗愿,应算在惠帝生前的账上。肖何制定律令之后,孝惠吕后时期承平无事,制定个别令的情况会有,而对律令作大规模的整理修订恐怕不大可能。曹参在惠帝二年接替死去的肖何为相国,整天喝酒不问国事,当惠帝想知道他为何如此而询问时,君臣二人在对话中把自身与高祖和肖何分别比较后都承认比不上。曹参接着说:“且高帝与肖何定天下,法令既明,今陛下垂拱,参等守职,遵而不失,不亦寡乎?”曹参跟刘邦打天下前是犹豫,与肖何一样出身于精通法律的刀笔吏,连他都认为只需要遵守既明的法令就足够了,这里的法令应当是指肖何所定律令。当他在惠帝六年(公元前189年)死去之后,时间仅隔三年,吕后称制时期却要制定“二年律令”,这不免有点让人感到困惑。肖何律令果真是这么短命吗?吕后关心的,是如何保证吕氏家族能够控制中央大权,对由他的丈夫和儿子在位时期沿用下来的与权力无关的法律不会太关注。所以我觉得,记在数百枚简上的几十种律令不大可能都是吕后二年律令,特别是律,稳定性较高,制定后很少进行整体地修订,而个别的律条修改也不需要冠以“二年”的纪年。说到纪年问题,我们还应注意,汉初诸帝无年号,因此到吕后时已经分别有高帝、惠帝和后来被废掉的小皇帝等三个皇帝的“二年”,而高皇帝、惠帝等皇帝谥号是死后追加的,当时怎么区别这些相同的“二年”还不清楚,但显然,有区别需要的是后来

〔5〕 参见陈耀钧、阎频:《江陵张家山汉墓的年代及相关问题》,《考古》1985年第12期。

皇帝在位时期,而不是开国皇帝的纪年。既然不需特别注明的只有汉高祖时形成的文书,汉二年的肖何制定法令在“二年”这一时间上正与“二年律令”有些巧合,是不是把它看作“汉二年律令”更妥当呢?当然,汉在以后逐步形成的一些追加法应排除在外,只有由这枚简所标识的原先编在一组里的或放在一简中那些简才属于一个时期。张家山汉简中的律令可以视为肖何所作律令和其它个别新法律的综合,但其主要部分,可能在吕后称制前十几年的高祖初年就已经完成。

近来,有的学者对汉高祖除秦苛法提出了质疑,我觉得有些地方似可商榷。^{〔6〕}拙见以为,汉高祖与关中秦父老相约时提出的“余悉除去秦法”也是约的一部分,并且是和“法”只有“三章”互为存在依据的,所谓此一时彼一时,当适合法三章的特殊时刻已成过去,汉高祖在彼时所作的除秦法的承诺自然随之消失。我们应注意刘邦的宣布中下面还有“待诸侯至而定约束”这样一句,其意思当然是指“法三章”和“除秦法”等约定是临时性、过渡性的,诸侯们来了之后,一切都将重新约定,刘邦并没有说法三章和除去其他秦法的约定是从此实行到永远。所以,不管诸侯(指随项羽进关的诸侯)来了以后事情发生什么变化,以及后来刘邦当汉王或进一步当了皇帝时把王国或帝国法律制定成什么模样,总之对汉高祖没有什么可以质疑的。汉法是有不少从秦继受过来的苛法,但这与霸上之约没有关联,不是汉高祖忘了约定的内容,而是三章之法和除秦苛法都有个效力问题,离开了对人的效力、时间效力和空间效力这三点去讨论,便不妥当。我想,这位学者如果换成论证汉承秦制,也许就比较贴切了。秦始皇在琅邪刻石中曾镌上“维二十八年,皇帝作始。端平法度,万物之纪。……除疑定法,咸知所辟”^{〔7〕}之类的词句,还有其它石刻中所说的类似的内容,说明秦统一中国后对法律作过系统的整理,这时距后来的汉二年只有短短的十四年,法律在此期间恐怕挑不出多少毛病。汉只要去掉一些不得人心的严法,少征发点儿徭役,多几次大赦,取消一些让人生不如死的督责之术,对有功之人舍得给予重赏,也就差不多弥补了秦的缺陷。肖何的律令是以发达的秦法为蓝本而制定的,上面提到的那位学者的论题虽显欠妥,但文章中列举的事实却对我们有所启发。这些事实证明了肖何是怎样摭摭秦法的,他差不多是照抄照搬,小有修补,所以秦的不少苛法依旧在汉初期的法律中存在。这种以大量借鉴秦制为特点的立法,制定起来就比较快,省时省力,九章律在这时形成便极有可能。肖何只需要把有关户事、兴事、赋事的法令提升为刑律,与其它六篇同列即可制订出九章律。

班固《汉书》水平极高是公认的,本文无意贬低这一点。不过,他作为生活在东汉时期的人(公元32—92年在世),对发生在二百多年前秦末汉初的事情有些已经不甚了解,也是在所难免。他写肖何事迹,基本套用的是《史记》的内容,几乎用词相同,而极少的添加,却有疑点存在。如他在《肖何传》讲到项羽负约,让本应王秦的刘邦王蜀汉,并把关中分给三个秦的降将以拒汉王后,接着又写到:“汉王怒,欲谋攻项羽,……何谏之曰:‘虽王汉中之恶,不犹愈于死乎?’汉王曰:‘何为乃死也?’何曰:‘今众不如,百战百败,不死何为?……臣愿大王王汉中,养其民以致贤人,收用巴蜀,还定三秦,天下可图也。’汉王曰:‘善。’乃遂就国,以何为丞相。”这段描述的真实性令人怀疑:刘邦在不久前,因为和项羽实力悬殊,听到项羽要率军攻击自己,不得不亲冒生命危险到鸿门给项羽说好话,可能低声下气的地方司马迁都不好意思照写。以后一个月中,刘邦的军事实力不仅没有增加,反被项羽强制从十万兵员减成三万,这与项羽的四十万大军相比,

〔6〕 参见韩国磐:《汉高祖除秦苛法质疑》,《求索》1992年第6期。

〔7〕 《史记·秦始皇本纪》

简直不成比例。十万的时候都明知打不过,这时却气概非凡地敢于“谋攻项羽”,要知道当时双方近在咫尺,打起来一点儿回旋的余地都没有,难道刘邦蠢到需要别人提醒都不知道“何为乃死”,去用鸡蛋碰石头吗?项羽能打硬仗是出了名的,别的不说,仅在后来的楚汉战争中就有以三万兵力打垮刘邦五十多万大军的战例,刘邦后来消灭项羽也是靠了纠合各地诸侯采用人海战术才取得成功的。从刘邦的行事特点来看,他也不是那种单凭一时冲动不顾后果的人,可见班固对肖何的事迹想在《史记》的基础上增加时,已经找不到新材料而只剩下不可靠的传闻了。

王充在《论衡·谢短》篇中嘲笑当时的法律家时写道:“法律之家,亦为儒生,问曰:‘九章谁所作也’,彼闻皋陶作狱,必将曰皋陶也。诘曰:‘皋陶唐虞时,唐虞之刑五刑,案今律无五刑之文。或曰:‘肖何也’。诘曰:‘肖何高祖时也。孝文之时,齐太仓令淳于德有罪征诣长安,其女缇萦为父上书,言肉刑一施,不得改悔。文帝痛其言,乃改肉刑。案今九章象刑,非肉刑也,文帝在肖何后,知时肉刑也,肖何所造,反具肉刑也,而曰九章肖何所造乎?’”从王充的话里,似乎可以看出,东汉时的人对九章律和肖何的关系,也就是西汉初年的事情已经说不大清楚了,至少没有统一的或权威的说法。王充生于公元27年,约死于公元97年,可以说与班固完全是同一时期的人,他所说的“法律之家”是指有家学渊源的研究法律的专家,这些人居然都说说法不一,以汉代对律学重视的程度,出现这种情况,可以认为朝廷上下已经没有相应的对九章律的准确记载。班固在这时写《汉书》,把有关“三章之法”有效期间的描述不适当地延长,那么他随之把肖何作律九章的时期说得不够准确,不是也很有可能吗?

最后,谈一下肖何在汉高祖二年所作法令是否就是律令的问题。在汉代,法令即指律令,律令也可称为法令。如《史记·赵禹传》提到汉武帝时,赵禹“以刀笔吏积劳,稍迁为御史。上以为能,至太中大夫,与张汤论定诸律令”。而《汉书·刑法志》讲到汉武帝即位后,外事四夷之功,内盛耳目之好,征发烦数,百姓贫耗,穷民犯法,酷吏击断,奸轨不胜。于是招进张汤、赵禹之属,条定法令”。两处所说的都是同一事情,但一个说律令,一个说法令,可证法令与律令基本是同义语。更早的如《史记·秦始皇本纪》中有关李斯提出的焚书令中就有“若有欲学法令者,以吏为师”,所谓法令自然也是指律令。

概而言之,本文的主要观点是:三章之法是刘邦捷足先登攻入关中后,为安抚秦人,同时为填补旧政权灭亡、新政权尚未建立这段短暂期间所出现的真空而提出的,它既有要求秦人遵守最基本的法律的一面,又有保证不侵暴秦人的一面,所以可以认为它具有双重意义,因而才会受到秦人的欢迎。伴随着项羽率诸侯军队入关,以及裂地分王,原先由刘邦一支部队与关中秦人约定的三章之法包括除秦苛法的承诺无形中宣告终结。诸侯王们包括分到巴蜀的汉王刘邦,都前往自己的封地,他们与春秋战国时期的诸侯国一样,有权建立各自的法制,这时的法律就不能也无须再局限于三章之法。由于重新瓜分地盘战争爆发,刘邦迅速占领了关中,并委托给肖何全权管理。肖何在汉二年为治理关中制定了一系列法令,这些法令必然大量借鉴了秦制。近年出土的张家山汉简中的“二年律令”在制定时间上可能与肖何的法令有密切的关系,这些法律奠定了汉代法律的基础。张家山汉简既包括二年律令,也包括后来增加和删改的律令,在原简编组散落的情况下,如何区分它们将是今后研究中的新课题。