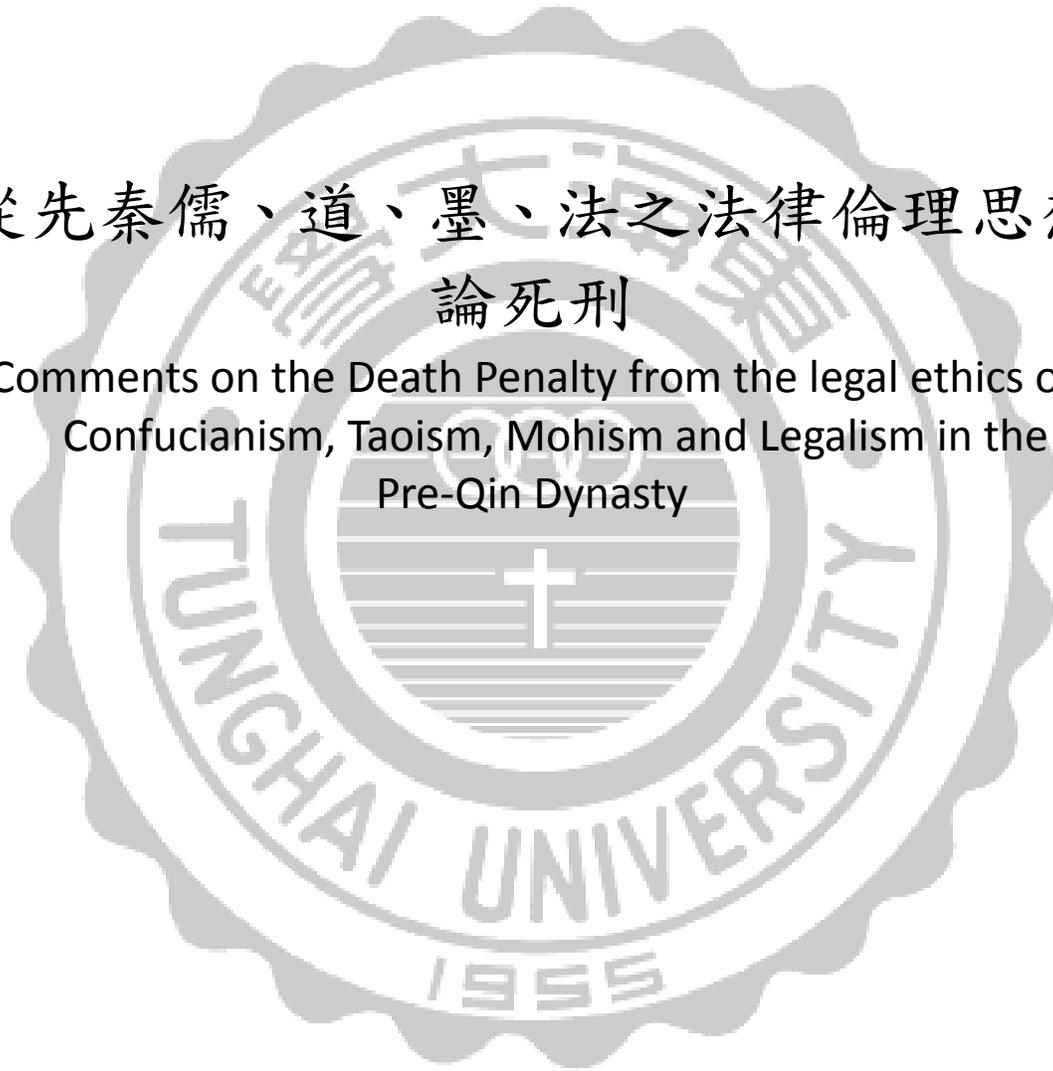


東海大學法律學系博士論文

指導教授：林更盛博士

從先秦儒、道、墨、法之法律倫理思想 論死刑

Comments on the Death Penalty from the legal ethics of
Confucianism, Taoism, Mohism and Legalism in the
Pre-Qin Dynasty



撰寫人 研究生：郭文雄
中華民國 105 年 7 月 11 日



博士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

博士班研究生 鄧文雄 君所提之論文：

從先秦儒道墨法之法律倫理思想論死刑

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
博士學位標準。

考試委員簽名處

 李元宏

林文雄

伍開遠

馬躍中

蕭淑芬

105年 7月 11日



中文摘要:

本論文研究動機是想使先秦諸子法律倫理思想重新流動起來，因為，老祖先的智慧惟有透過後人不斷的、繼續的研習與發展，才可能一直展現新的生命力。

本文研究目的，使先秦儒道墨法各家的法律倫理思想，能參與現代倫理議題的對話，即以先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想為討論主軸，參與現代倫理議題的探討，而本文所選擇的現代倫理議題即有關死刑的議題(存置或廢止)。期望本文先秦儒道墨法的法律倫理思想的研究，能予死刑議題一個東方倫理的建議。

古代的法律思想必定有它的時代局限性，特別是有關政治與法律的部分，所以，本文以為，若要讓古代的思想對現代爭執事件尋出啟示時，研究者本身即要試圖為先哲的思想跳脫它的時代局限性，找出合於當代思潮的部份，作出現代的詮釋，才不至於僵化在固有的歷史框架中。

本文在古代的諸子思想詮釋方面，主要參照傅偉勳先生的「創造性的詮釋學」作為詮釋方法論的依據。

本文研究流程簡述如次：

第一章就先本論文的研究動機、研究目的、研究方法及研究流程作說明。

第二章則對儒道墨法諸子生平、時代背景及其等之法律倫理學等作分析及說明。因古代文獻有限，所以各家中所選擇的代表人，以現有文獻較多且具代表性者為限。

因儒道墨法諸子的共性是都生於周朝，而周禮必定對其等產生影響，所以本文第三章則著重於先秦儒道墨法諸子所處的時代，即以周朝的禮與刑作分析；西周至戰國初期可稱為禮法混同時期，禮以追求仁義為目的，用刑罰制裁驅民為善。《周禮》與《禮記》中除了禮制外，也論及了法制及刑制，而得證之。第一節本文只就其等有關「禮」之法律倫理的部分作闡釋，並未涉及「三禮」的考證部分，只就禮的定義、起源、作用、禮之變與不變、禮之最終目標等作討論。第二節則分析先秦之刑及其對後世刑法的影響。第三節則分析先秦之復仇概念，以明復仇式的正義對後世死刑的影響。

第四章分述從儒道墨法諸子倫理學的觀點下對「死刑存廢」可的看法。以及如果要廢除死刑，先秦儒道墨法諸子法律倫理學的論述中有哪些是在「創造性的詮釋學」後，可以作為支持廢除死刑的論述。本章第一節以從先秦儒道墨法諸子的倫理思想來討論死刑的議題前，擬先從我國有關死刑的規定及論述談起，首先說明現在我國死刑問題的爭議焦點，作為本文後續討論的依據。第二節就前述論析為基礎來討論死刑的議題，於此之前，鑑於我國對死刑存廢問題的探討，多以繼受西方法律的思維來論述，欠缺傳統中國法律思想面向的考量，因此，本文以下行文則特別就各家倫理思想作引申，針對「死刑之存廢」之命題作論述。又因先秦時，諸子因時代所限，當然無法預見現代死刑的存廢之爭，所以本文對其等法律倫理學採用創造性的詮釋為方法說明之。第三節，鑑於先秦諸子無法預見死刑的存廢之爭，所以，以下本文對其等法律倫理思想採用創造性的詮釋為方法，探討先秦諸子思想是否有可能成立支持廢除死刑的論述。另外古代案例解析部分，本文為了配合公民與政治權利國際公約第 6 條明定之：非犯『情節最重大之罪』，不得科處死刑 云云之旨。因此，所討論之例都與人命有關之案件。另外，先秦案件資料已無文獻可參，所以只就漢以後之例討論之。漢以後之司法的實例上，舉復仇之例是用來說明，在

《公羊傳》所標示之「子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的時代中，國法將殺害他人父母親的人處死刑，只是公權力替他報仇，國家對於殺人者處以死刑是理所當然的結果。當國法無法滿足時，私人的復仇則取代國法行之。

第五章則為結論，首先針對本文分析先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想對於支持死刑議題作總結，再來就經過「創造性的詮釋」後可以支持廢除死刑議題者作總結。最後，提出本文的建議與展望，本文讚同莊子之言「死刑」與「廢死」各有其存在的依據、各有正確的一面。所以，本文分別就「死刑」與「廢死」作建議，最後以展望作結。

一、死刑存置：

(一)死刑之最終目的：「義期止殺」；(二)在廢除死刑前，建議引進死緩制度。

二、死刑之廢除：

(一)死刑之廢除，在我國是終極目標；(二)建議以公投作為推動廢除死刑的方法。

(三)以不得假釋之無期徒刑作為替代死刑的方法

三、展望：有關本論文，展望未來，筆者期許有二：

(一)能有活化先秦法律倫理思想的生命力的作用；(二)未來能定立發於人間，合乎人心的廢死規範。

關鍵字：先秦、儒家、道家、墨家、法家、法律倫理、死刑



Abstract

The research motive of this dissertation is to activate the legal ethics in the Pre-Qin Dynasty. Through the descendants' continuous research and development, the wisdom of our ancestor can reveal its vivacity.

The research purpose of this dissertation aims to make the legal ethics of Confucianism, Taoism, Mohism and Legalism in the Pre-Qin Dynasty participate in the dialogue of the modern ethics' issues. The discussion focused on the legal ethics of Confucianism, Taoism, Mohism and Legalism in the Pre-Qin Dynasty in order to participate the exploration of modern ethics' issues. The modern ethics' issues of this study is concerned with death penalty (retention or abolition). Expecting this study on the Death Penalty from the legal ethics of Confucianism, Taoism, Mohism and Legalism in the Pre-Qin Dynasty can suggest an eastern ethics to the issue of the death penalty.

The ancient legal thought must have its limitation of era, especially in politics and law. Because of this, the researcher has to do a modern interpretation in line with the contemporary thought to go beyond its limitation of era and to search a part that suits a stream of thought of the time in order not to be bound in an inherent history frame.

About the interpretation of the "Hundred Schools of Thought" is mainly based on Wei-Hsun Fu's "creative hermeneutics" as a methodological foundation.

The study process is as follows:

Chapter I is to explain the study motive, purpose, method and process.

Chapter II is to analyze and explain the philosophers' biographies, background, and their legal ethics. The criterion of the chosen representatives in all schools is the quantity and importance of the literature. Inasmuch as these philosophers were born in Zhou dynasty, they must have been influenced by the Rites of Zhou. Therefore, Chapter III is to focus on the analysis of the rite and penalty of Zhou Dynasty.

It was the same period of etiquette from West Zhou to early period of Warring States. The purpose of the former is to pursue the kindness and justice while the latter is to guide people towards goodness through punishment.

Besides the etiquette, the Rites of Zhou and the Book of Rites mentioned the legal and penalty systems as evidence. The first section is to explain the legal ethics relating to the rites, but it is not concerned with the textual research of "Sanli". It is only to discuss the definition, source, function, variation or constant of rites as an ultimate aim. The second section is to analyze the penalty of the Pre-Qin and its influence on the later generations. The third section is to analyze the concept of revenge and explain its influence on the death penalty of later generations.

Chapter IV is to discourse on the retention and abolition of the death penalty from the view of the ethics of Confucianism, Taoism, Mohism and Legalism respectively. And if the death penalty is abolished, what parts of those views can justify the argument of the abolition of death penalty through the "creative hermeneutics".

Before discussing about the issue of the death penalty based on the legal ethics of Confucianism, Taoism, Mohism and Legalism in the Pre-Qin Dynasty, a discussion and stipulation relating to the death penalty in Taiwan should be mentioned as the onset in section one. The issue of the death penalty in Taiwan should be explained first to be as a

basis for further discussion.

The second section takes the discourse above as the substratum to discuss the issue of the death penalty. The capital punishment debate in Taiwan is mainly based on the western jurisprudence and lack of the considerations of the traditional Chinese jurisprudence, therefore, this study focuses on discussing the proposition of the capital punishment debate from the point of view of Chinese ethics of the Pre-Qin dynasty. Since those philosophers in the Pre-Qin dynasty can't predict the modern capital punishment debate, the method of "creative hermeneutics" will be adopted to interpret their legal ethics.

In section three, this study took the research method of the "creative hermeneutics" to discuss whether those philosophers in the Pre-Qin dynasty can justify the arguments about the abolition of the death penalty. Besides, about the ancient case analysis, in order to coordinate the article six of the International Covenant on Civil and Political Rights, which stipulates that no one shall be arbitrarily deprived of his life and sentence of death may be imposed only for the most serious crimes. The cases discussed in this study are all about the human lives. And because the relative materials in the Pre-Qin dynasty were very rare, only the case of the Han Dynasty and later will be explained. In those cases, the blood feud emphasized in the Gongyang Zhuan is to reveal that the revenge for our consanguinity is permitted by the society. The law, public power, demands that he would be sentenced death penalty for killing others' parents as revenge. As a matter of course, the nation thought that murderers should be sentenced to death consequently. When the national law can't meet the requirement, the private revenge will arise instead.

The conclusion in Chapter five tried to analyze the legal ethics of "Hundred Schools of Thought", focusing on the issue of death sentence. Then, the "creative hermeneutics" is used as support for death penalty abolition. Finally, some suggestion and expectation are proposed in this study, which agrees with Zhuangzi's expression that both death sentence and death penalty abolition have different foundation and aspects. Therefore, this study provides some advices and conclusion on the basis of death sentence and death penalty abolition.

1. Death penalty:

- (1)The end of death sentence is to be expected a termination of killing.
- (2)The reprieve system of death penalty is suggested to be introduced before promoting death penalty abolition.

2. Death penalty abolition:

- (1)The final purpose in Taiwan's justice system is to abolish death penalty.
- (2)Referendum is seen as a way to promoting death penalty abolition.
- (3)The life sentence without parole can substitute for death penalty.

3. Expectation: In the future, this study has two ideas:

- (1) Activating the legal ethics in the Pre-Qin Dynasty.
- (2)Making an expected regulation of death penalty abolition.

Key words: Pre-Qin Dynasty, Confucianism, Taoism, Mohism , Legalism, Legal ethics, Death Penalty

致謝辭

能夠順利完成論文，首先要感謝恩師林更盛博士，老師多年來費心地指導，不嫌學生資質駑鈍，不斷的鼓勵和教導，是學生研究學問的動力與啟發。老師學養深厚，待人謙和，是學生效法的典範，師恩厚重，學生永誌在心。

再來要感謝口試老師李玉璽教授、馬躍中教授，學生的論文大綱及研究計劃書的審查、論文初稿評鑑到最後的論文口試，兩位老師均就本論文的架構、研究的方向、引註的訂正等都提出諸多寶貴的意見，並提供論文初稿及論文口試本的文字訂正供學生參考，對本論文的完成給予重大的助益，學生由衷感恩。

口試老師蕭淑芬教授就學生論文中的標題、內容及文獻等提出諸多寶貴的意見。並於在學中，修習老師的法學日文課程，從其中獲益課良多，本論文參考日本文獻，若有可取，實歸功於老師，在此致上感謝。

口試老師伍開遠教授，對論文鉅細靡遺的閱讀，提供許多深入的改進意見，並提供論文口試本的文字訂正供學生參考，對本論文的完成給予重大的助益。另外，本論文寫作期間，伍老師也提出研究的指引，如論文中會作象刑的研究，就是受到伍老師的啟發，學生由衷感恩。

學生駑鈍，原本不敢考博士班，是經溫豐文教授、陳隆修教授的鼓勵與寫推薦信，才有膽進入博士班深造，學習中亦多蒙老師的鼓勵與指導，對此，學生衷心感謝。

另外，警大林裕順教授，在本論文寫作期間，惠予日本文獻以供參考，在此，學生衷心感謝。

還有，感恩高等法院台中分院照顧我的長官及同事們，在任職法官助理十幾年中，一起陪同我學習與成長。特別是康應龍庭長和吳進發法官，長官們得知末學念博士班，給予諸多關懷、鼓勵與意見，在此致上萬分感謝。

感恩近三十年來，如父親一般關照我和教我太極拳的老師何仲鐘，老師的教導使學生明白易經陰陽變化的玄妙，太極之境可以融入武術與生活中，更使我對於先聖先賢的經論智慧產生興趣與信心，可以說太極拳是我研究中國哲學思想的遠因。當然，也要感謝在何老師帶領下陪我一同成長，一起練太極拳的其他師長、兄師及師姊們，特別是明耀兄師對我的鞭策與建議，使我有信心順利完成論文，於此特感恩致謝。

最後，要感謝我的家人，三位姊姊及我的妻子。特別是妻子，如果不是她辛勞無怨地照顧家庭、兩個可愛的寶貝女兒郭靜、郭樺，就沒有這篇論文的誕生。而在極樂淨土的父母親，若沒有父母菩薩慈悲的恩德，就沒有如今的我，謹將此篇論文奉呈迴向給極樂淨土的父母，以報如海似的親恩。

駑鈍後學 文雄 於蟬鳴圍繞的東海 2016年7月



簡目

簡目.....	I
細目.....	III
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	4
第三節 研究方法.....	6
第四節 研究流程.....	8
第二章 先秦儒道墨法之法律倫理學.....	11
第一節 先秦儒家之法律倫理學.....	11
第二節 道家之法律倫理學.....	49
第三節 墨家之法律倫理學.....	65
第四節 法家之法律倫理學.....	85
第三章 先秦之禮與刑及復仇觀.....	131
第一節 先秦之禮起源及作用.....	131
第二節 先秦之刑及其對後世刑法的影響.....	149
第三節 先秦之復仇概念.....	177
第四節 結論.....	209
第四章 從先秦儒道墨法思想論死刑.....	217
第一節 我國有關死刑的政策、法規及論述.....	218
第二節 先秦儒道墨法諸子對死刑之存廢之看法.....	240
第三節 先秦儒道墨法諸子對死刑觀點的現代反思.....	263
第四節 結論.....	290
第五章 結論.....	291
第一節 先秦儒道墨法諸子倫理思想就死刑論題之要義.....	291
第二節 先秦儒道墨法思想詮釋後可以支持廢死者.....	299
第三節 建議與展望.....	305
參考文獻	311



細目

簡目.....	I
細目.....	III
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	4
第三節 研究方法.....	6
第四節 研究流程.....	8
第二章 先秦儒道墨法之法律倫理學.....	11
第一節 先秦儒家之法律倫理學.....	11
第一項 孔子之法律倫理學.....	11
一、孔子的生平.....	11
二、孔子的人性論.....	13
(一) 孔子言性.....	13
(二) 人的本性有「仁」的可能性.....	14
三、孔子以仁為中心的法律倫理學.....	15
四、小結.....	19
第二項 孟子以仁義為中心的法律倫理學.....	20
一、孟子的生平.....	20
二、孟子的法律倫理學.....	21
三、孟子尊重法律的作用.....	29
四、小結.....	30
第三項 荀子以禮為中心的法律倫理學.....	31
一、荀子生平.....	31
二、荀子的法律倫理思想.....	32
三、小結.....	43
第二節 道家之法律倫理學.....	49
第一項 老子之法律倫理學.....	49
一、老子生平.....	49
二、老子倫理學.....	49
三、小結.....	51
第二項 莊子的法律倫理思想.....	52
一、莊子及其生平.....	52
二、莊子的法律倫理思想.....	52
三、小結.....	63
第三節 墨家之法律倫理學.....	65
第一項 墨子及其思想.....	65
一、墨家學派的創始人.....	65
二、墨子思想簡介.....	65
第二項 墨子法律思想.....	73
一、墨子的法概念.....	73

二、立法與修法的標準.....	73
三、墨子比較法律的態度.....	74
四、墨子的罪刑相當思想.....	75
第三項 墨子倫理思想.....	76
一、「兼愛」之「義」.....	76
二、墨子利害的區分與功利的計算.....	78
三、權衡利害的道德實踐.....	80
四、墨家對生命之看法.....	81
第四項 小結.....	84
第四節 法家之法律倫理學.....	85
第一項 管仲的法律倫理思想.....	85
一、管仲生平.....	85
二、《管子》一書.....	86
三、管子的人性論.....	86
四、國家起源論與治國理念.....	88
五、管仲的法律倫理思想.....	90
六、管仲之法律思想與其後法家之不同.....	98
七、小結.....	102
第二項 商鞅為代表的重法派.....	103
一、商鞅生平.....	103
二、商君書.....	104
三、商鞅的變法論.....	104
四、商鞅的法律倫理思想.....	105
五、韓非對商鞅的批評.....	108
六、小結.....	109
第三項 申不害為代表的重術派.....	110
一、申不害生平.....	110
二、《申子》一書.....	110
三、申不害法律思想.....	110
三、對申子的評論.....	113
四、小結.....	114
第四項 慎到為代表的重勢派.....	115
一、慎到生平.....	115
二、《慎子》一書.....	115
三、人性人莫不自為.....	115
四、慎到論勢.....	116
四、慎到的法律思想.....	117
五、對於慎到思想的批判.....	120
六、小結.....	121
第五項 韓非之法律倫理學簡介.....	123
一、韓非之人性論.....	123

二、法因人性之自利、功利而得成立.....	126
三、韓非論法的來源.....	126
四、韓非君主治術的要點.....	127
五、韓非以法為治思想中的特色.....	128
六、小結.....	130
第三章 先秦之禮與刑及復仇觀.....	131
第一節 先秦之禮起源及作用.....	131
第一項 禮的定義.....	131
一、禮是「義」的體現，是天地及人間行事的規範.....	131
二、禮是「秩序」的規範.....	133
三、禮是合於「道」所不可不為的自然規範.....	133
四、禮是用於調養人的欲望的規範.....	133
五、禮就是義的外在形式.....	134
六、禮的踐行以孝敬為本.....	134
七、現代學者認為禮就是自然法.....	135
八、小結.....	135
第二項 禮之生起.....	136
一、禮是本於「天」的體現.....	136
二、禮出自治(秩序)的需求.....	136
三、禮因人類「忠信」本性逐漸淡薄而產生.....	137
四、禮樂徵伐自天子出.....	137
五、先王為節制人的欲望，故制禮義.....	137
六、聖人象天地而制禮樂.....	138
七、小結.....	139
第三項 禮的作用.....	140
一、禮使人明是非，有別於禽獸.....	140
二、禮是一切善德的基礎.....	140
三、禮義可用以疏導人類情感.....	140
四、禮是人類生活中諸種行為的規範.....	141
五、禮兼具消極與積極面的作用.....	141
六、禮乃國家的綱紀，治國的標準.....	142
七、禮可以穩固政權.....	143
八、禮的目的是為達到同一民心治平天下的理想.....	143
九、小結.....	144
第四項 禮之變與不變.....	145
一、禮會因時而變.....	145
二、禮之不可變者.....	146
三、禮順民之心，因時施宜而有損益.....	146
四、禮可依人性義理的法則來創造變革.....	146
五、小結.....	147
第五項 禮之最終目標.....	148

第二節 先秦之刑及其對後世刑法的影響.....	149
第一項 刑的生起.....	149
一、苗民作五虐之刑，我族襲用之.....	149
二、自古刑始於兵.....	150
三、刑是聖人效法天意緣緣於民心所制定的規範.....	152
四、刑罰制度乃聖王因防民嗜慾不節而制訂.....	152
五、制定刑罰，必以天理倫常為準.....	153
六、刑是由違反孝道而生起.....	154
七、小結.....	154
第二項 刑的作用.....	155
一、用刑之最高意旨在於生民，即刑期於無刑.....	155
二、刑之大者為不孝.....	156
三、刑罰的一般作用.....	158
四、小結.....	160
第三項 周禮中之刑.....	162
一、周禮中之死刑.....	162
二、周禮中之流刑.....	165
三、周禮中之徒刑.....	166
四、其他周禮中之刑制.....	167
五、死刑的復奏制度.....	170
六、死刑的替代制度.....	171
第四項 結論.....	174
第三節 先秦之復仇概念.....	177
第一項 復仇.....	177
一、復仇是為臣及人子的義務.....	177
二、與復仇有關之規範.....	178
三、本文對公羊學復仇觀的看法.....	181
第二項 復仇之義是儒家禮的義務.....	183
第三項 殺人移鄉與復仇的禮法衝突.....	186
一、殺人移鄉.....	186
二、有關復仇歷代法制之反復.....	188
三、有關復仇歷史上著名的論述.....	192
第四項 復仇觀之於死刑.....	207
第四節 結論.....	209
第四章 從先秦儒道墨法思想論死刑.....	217
第一節 我國有關死刑的政策、法規及論述.....	218
第一項 我國有關「死刑」的政策及法規.....	218
一、我國有關「死刑」的政策.....	218
二、現行法中明訂「死刑」的條文.....	218
三、兩公約中有關「死刑」的規定.....	221
四、最高法院對死刑案件的審理及最新判決中的見解.....	222

五、大法官對於死刑的解釋	224
六、日本有關死刑的現實及討論	226
七、小結	230
第二項 有關支持死刑與否的正反論述	232
一、支持死刑的論述	232
二、支持廢除死刑的論述	233
三、支持漸進廢除死刑的論述	233
第三項 對於廢除死刑的論述的疑惑	237
第四項 小結	239
第二節 先秦儒道墨法諸子對死刑之存廢之看法	240
第一項 儒家—孔孟荀	240
一、孔子	240
二、孟子	241
三、荀子	244
第二項 道家	246
一、老子	246
二、莊子	247
第三項 墨家對死刑之看法	252
一、犧牲生命以存天下	252
二、殺盜人非殺人也	253
三、小結	253
第四項 法家對死刑之看法	254
第一款 管仲之法律倫理思想之於死刑	254
第二款 商鞅之法律思想之於死刑	257
第三款 申子法律思想之於死刑	259
第四款 慎子法律思想之於死刑	260
第五款 韓非法律思想之於死刑	261
第三節 先秦儒道墨法諸子對死刑觀點的現代反思	263
第一項 先秦儒道墨法諸子是否有廢除死刑的論述	263
一、孔子	264
二、孟子	265
三、老子	266
四、莊子	266
五、管仲	266
六、慎到	268
七、禮的經與變	268
八、小結	268
第二項 先秦儒道墨法諸子以外古代有關廢除死刑的論述	270
一、象刑	270
二、以罰金贖死罪	275
三、小結	276

第三項 古代案例解析.....	277
一、實例說明.....	277
二、綜合分析.....	288
三、小結.....	289
第四節 結論.....	290
第五章 結論.....	291
第一節 先秦儒道墨法諸子倫理思想就死刑論題之要義.....	291
一、孔子.....	291
二、孟子.....	291
(一) 殺死一個有死罪的人，孟子並不反對.....	292
(二) 為天子，其父親殺人，執法者亦要依法執行.....	292
(三) 司法活動當以民意為依歸，亦須詳察審理之.....	292
(四) 善教得民心.....	292
三、荀子.....	293
四、老子.....	293
五、莊子.....	294
六、墨子.....	294
七、管仲.....	295
八、商鞅.....	296
九、申不害.....	296
十、慎到.....	296
十一、韓非.....	297
十二、《公羊傳》下的復仇觀.....	297
十三、結論.....	298
第二節 先秦儒道墨法思想詮釋後可以支持廢死者.....	299
一、孔子.....	299
二、孟子.....	299
三、老子.....	300
四、莊子.....	300
五、管仲.....	300
六、慎到.....	301
七、禮的經與變.....	301
八、象刑.....	302
九、以罰金贖死罪.....	302
十、結論.....	302
第三節 建議與展望.....	305
一、死刑存置.....	305
(一)死刑之最終目的：「義期止殺」.....	305
(二)在廢除死刑前，建議引進死緩制度.....	306
二、死刑之廢除.....	307
(一)死刑之廢除，在我國是終極目標.....	307

(二)建議以公投作為推動廢除死刑的方法.....	308
(三)以不得假釋之無期徒刑作為替代死刑的方法.....	309
三、展望.....	309
(一)活化先秦法律倫理思想的生命力.....	309
(二)建立發於人間，合乎人心的廢死規範.....	310
參考文獻.....	311





第一章 緒論

第一節 研究動機

本論題之研究動機可分三個方面來說，其一、在系上兼任中國法制史的課後，除了對中國法制史、中國法思想有更深的認識外，其中對先秦儒道墨法諸子法律思想部分產生濃厚的興趣。同時，在有教學經驗後，深深覺得有必要再提升自己的不足之處，而且能作為學生真的很幸福，幸運地能進入東海大學法律系博士班，我可以利用此難得的機會，深入研究先秦儒道墨法各家的法律思想，這是遠因。

其二，在擔任中國法制史的課中，常覺得先秦法律思想有許多深邃的哲理可供吾人探究之處，只是我國在繼受大陸法系的法律後，我們常常把研究重心放在外國的法學理論上，而忘記回頭看看老祖先是否有能符合當前思潮，又令我們讚嘆的智慧。為此，我常想，是否可以把先秦法律思想符合當代思潮的部分給予重新詮釋與發展，就如同一直有活水加入，這樣，先人的智慧才可能一直展現新的生命力。對於先秦諸子之法律倫理思想，筆者研究之本心，只是想給些水，使它流動起來，因為，老祖先的智慧惟有透過後人不斷的、繼續的研習與發展，才可能一直展現新的生命力。如果有機會，我願意作發揚老祖先智慧的後繼者。

其三，筆者以為，先秦諸子法律思想影響後世深遠的是儒道墨法四家，後世傳統中國法思想，在漢以後以一直到清末幾乎可說是完全受到儒家禮教的影響，如瞿同祖先生在《中國法律與中國社會》導論中所述認為秦漢至晚清的法律和整個社會政治經濟始終停滯在同一的本型態而不變¹，因此於並沒有特別突出彩地方(或有謂董仲舒極富特色，但筆者以為其儒學已溶入陰陽五行及災異的色彩，較之先秦儒家已非純正)，這是筆者選擇研究先秦諸子法律思想的原因。而先秦諸子不只有儒道墨法四家，為何只以此四家為主軸作論述?此乃基於四點理由：1.此四家為當時之主流。2.現存的文獻較完整。3. 儒道墨法四家影響後代深遠。4.為了避免論述太多家，使本文失去焦點。再者，儒道墨法四家中之人員，為了避免討論人員太多而失去焦點，本文選擇之依據在於文獻較完整及討論方便因素，所以只就其等代表性人物加以討論，其人員如大綱所列，不在此重述。

最後，為何選擇探討「死刑」的論題：

中國法律思想需為法學的發展提供實質助益者，才可謂「實學」²，近年在台灣有關死刑是否要廢除，一直是個爭議很大的論題，正反雙方關於「死刑存廢」議題

¹ 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，臺北：里仁書局，1984，導論第2頁。

² 傳統中國法律思想或是法制史，一直有其是否實學的疑問，筆者讚同黃源盛先生的見解若能為法學的命脈發展提供實質助益者，即屬「實學」。因此本文特別以當代的爭執事件「死刑」作探討之論題。另有關於法制史之屬「實學」或歸於「虛學」請參照：黃源盛，《中國法史導論》，出版，2012，

的見解不少，但其中少有從中國法律思想的角度發聲者，因此本文試著從中國法律思想中先秦儒道墨法各家諸子之法律倫理思想(以下行文簡易故，簡稱先秦諸子法律思想)為出發，來討論各家對死刑之觀點，畢竟「死刑廢除」的立論，於先秦時均未見論及，所以本文題目才定為：

從先秦儒道墨法各家之法律思想論其對「死刑」之觀點，而非--
從先秦儒道墨法各家之法律思想論其對「死刑存廢」之觀點，當然，最後仍會從探討「死刑」的議題，帶入「死刑存廢」之探討，以期對上開「死刑存廢」議題，試圖從傳統中國法律思想倫理價值中作出現代可參考的論述。

近年，在台灣有關死刑是否要廢除，一直是個大議題³，特別是較具有代表性的案件，如 101 年年底，發生曾姓男子在遊樂場，哄騙十歲男童誘到暗處割喉殺害案件，該男就擒後，供稱「殺人前曾上網查過，在台灣只殺一、兩人不會判死刑，才決定殺人」、「想吃永久牢飯」。曾姓男子如此有恃無恐，認為殺一個人，不會被判死刑⁴。雖然，曾姓男子如此行為，是否有受到近年國內「廢死刑」運動的影響，

第 2 版。第 13 頁。

³ 有關刑死是否要廢除的議題文章及討論非常的多，大多有所要維護的特定價值，在此僅提出學者中立的探討此論點的文集如下供參考，另有相關論文，請看參考書目，其他相關著作，因本文著重在諸子思想，則略之。思想編委會，《思想第 17 期死刑:倫理與法理》2011 年 11 月，聯經出版。另在博碩士論文面，有關死刑議題也幾乎沒有從先秦諸子的倫理思想面向來探討的，諸如在法律界方面與本文直接或間接相關的博碩士論文有：

王紀軒，罪刑均衡與實質正義，東海大學 法律學系博士論文，2011。王柏棠，死刑存廢不同面向之探討，中正大學 法律學研究所碩士論文，2011。王建文，廢除死刑之法理研究，臺北大學法律學系一般生組碩士論文，2008。林貞好，死刑存廢制度之研究，海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2008。吳美娥，兩岸死刑制度之比較研究—從死刑存廢觀點，中國文化大學法律研究所碩士論文，2007。郭羿伶，法律倫理規範實效性之研究，中國文化大學法律學系碩士論文，2013。陳彥廷，國際人權公約酷刑禁止規定對我國刑事法之影響，政治大學法律學研究所碩士論文，2012。陳志祥，從國際人權法論罪刑相當原則，臺灣海洋大學海洋法律研究所博士論文，2012。陳郁如，傳統法中之個人與家庭—以清律的「惡逆」為例，國立政治大學法律學研究所博士論文，2012。

在非法律界方面與本文直接相關的博碩士論文有：

劉善濤，從生存結構論死亡和死刑，東海大學哲學系碩士論文，2013。許易銓，死刑的社會意義：台灣漸進廢死政策下的法律與實踐，東海大學社會學系碩士論文，2012。王鈺婷，先秦「五刑」及其相關之研究，國立高雄師範大學碩士論文，2013。謝慧雯，臺灣死刑存廢政策爭議之研究—以國際人權發展觀點，國民小學教師在職進修公民與社會教學碩士學位班碩士論文，2014。

另外，非法律界方面與本文間接相關的博碩士論文有：

王美泰，論保祿與孟子之正義觀，玄奘大學宗教學系碩士在職專班碩士論文，2006。羅子翔，《論語》中所蘊涵之生死觀，國立高雄師範大學國文學系碩士論文，2002。謝文琪，先秦法家法政思想衍變之探，國立高雄師範大學國文學系，碩士論文，2002。

上開博碩士論文，與本文直接相關的部分，其等有關刑死的探討或是從制度的面向、或是從兩岸死刑制度之比較、國際人權公約的角度等，各自都有其貢獻，但其等都沒有從傳統東方倫理思想的角度來探討死刑的議題，所以，本文從先秦諸子的倫理思想來論死刑，可補足其他論文在傳統文化東方倫理中所欠缺部分。另外，上開論文與本文間接相關的部分，雖然或有與倫理思想有關，但并未將死刑作為主要的論點作探討，所以本文可補足有關死刑議題的倫理探討部分。

⁴ 「殺童魔有恃無恐不會死刑」2012.12.03【蘋果日報／辛啟松／綜合報導】第 A5 版。目前該案臺灣臺南地方法院刑事判決 102 年度重訴字第 1 號，曾男依成年人故意對兒童犯殺人罪，處無期徒刑，全案上訴後，歷經更審，最後於 2016 年 5 月 5 日，最高法院 105 年度台上字第 1097 號刑事判決駁回其上訴而定讞。

尚待釐清，但政府的司法部門以及法律學者們，為了避免人民誤會上開「在台灣只殺一、兩人不會判死刑」的觀點，確實有必要對說明「死刑」這一議題，在政策及理論方面均向人民說明清楚的責任。另如，103年5月21日「北捷殺人案」⁵，鄭嫌行凶砍死4人並有22人受傷，如此駭人聽聞的事件，造成大家對於國內「廢死刑」運動，忍不住要問，殺人者有人權？被殺者人權何在？

最近，民間反對廢除死刑的調查，台灣民主基金會2015年12月9日發布委託世新大學知識經濟發展研究所進行的「台灣民主自由人權指標調查」結果，其中調查發現民眾對於廢除死刑的支持度僅有8.9%，不贊成者高達84.4%。如此高達八成的反對意見是任何政府都要認真而嚴肅面對的⁶。

我國自清末變法，引進西方法制，到了民國，法制度全部繼受西方，而今，關於「死刑存廢」議題，正反雙方的見解中少有從中國法律思想的角度發聲者，因此本文試著從中國法律思想中先秦諸子之倫理學為出發，來討論各家對死刑之存廢之看法，以期對上開「死刑存廢」議題，試圖從傳統中國法律思想倫理價值中作不同觀點的討論。試圖找出傳統文化中對於死刑依賴的原因，這可作為政府對於死刑是否要廢除及法治教育因應之道。

綜上，本論題之研究，首先要處理的問題是：先秦各家的法律思想是否有作現代詮釋的可行性？如果答案是肯定的，其次接著是要探討以什麼方法來研究此一論題。

⁵ 「北捷殺人案」請參看2014.5.22【自由時報】第A1版

該案於2015年3月6日新北地方法院以「欲求其生而不可得」，經審理後對鄭捷，依殺人罪判4個死刑，22個殺人未遂部分則判8年至5年2月不等、共144年6月徒刑，合併應執行死刑。請參見中國時報2015年3月7日A1、A3。

該案上訴後，於2016年4月22日，最高法院105年度台上字第984號刑事判決駁回其上訴而定讞。

⁶ 依國家發展委員會2016年4月21日新聞稿，「於臺灣是否要廢除死刑，有近八成八的受訪者不贊成廢除死刑」。這是近年不贊成廢除死刑最高的比率(2016年3月28日在內湖區發生4歲女童割頸案後之民調。)。http://www.ndc.gov.tw/Advanced_Search.aspx?q=死刑(到訪時間：2016, 04, 27)

第二節 研究目的

本文之研究目的在於，使先秦儒道墨法各家的法律倫理思想，能參與現代倫理議題的對話。即把先秦法律思想符合當代思潮的部分給予重新詮釋與發展，使先人的智慧能一直展現新的生命力。

先秦儒道墨法各家的法律倫理思想是否有作現代詮釋的可能性？這個問題我認為是肯的，理由說明如次：

(一) 時代的局限性不影響偉大的哲學思想的精彩性

時代的局限性是指古人生存之當時所無法想像的，如現代的科技文明所衍生的種種問題或受限於當時的政治局勢所作出的判斷等等。因此在去除時代的局限性後，並不影響偉大的哲學家其思想的精彩與偉大。例如學者曾仰如即曾寫道：亞里斯多德就認為有些人天生為奴，有些人天生是自由人，因此奴隸制度是既合理又正當的。所以即使是偉大的哲學家其見解也有其限度，不可能完全正確⁷。只要後代的學者不斷地承襲其思想並且作出合於時代的詮釋，即使在現代我們還是認為亞里斯多德是偉大的哲學家，他的思想對現在的我們仍有相當的啟示。

同理，先秦儒道墨法各家的法律倫理思想，因其等所處的時代為集權世襲的王權時代，故其法思想之建構勢必要符合當時的社會背景，因此在現代吾人要探究其法思想是否有作現代法詮釋的可能性時，必須去除時代的局限性、或是用現代近似的觀念予以替代及補充，例如，韓非法思想中「故明君操權而上重，一政而國治。故法者，王之本也；刑者，愛之自也。」（心度第五十四）、「故明主之道，一法而不求智，固術而不慕信，故法不敗，而群官無姦詐矣。」（卷第十九 五蠹第四十九），此二段引文中的「明君」、「王」、「明主」等用語，實可用「主權者」的用語作替代，而在民主時代基於主權在民的理念，「主權者」即為全體人民。換言之，二段引文可翻譯為「人民有掌控之權居於上位，使得政令統一，國家才能有秩序。所以政權(法秩序)穩定的根本即為刑。而刑罰的施行，乃出自愛護人民的立場而施行。」、「因此，以民治國的道理即在於建立統一的法制，而非尋求智者治國；人民有掌控官僚的權術，而非現仰賴對官僚的信任，因此，依法而治乃立於不敗之地，反之，官僚無法姦詐循私了」。從上開二段引文翻譯可知，如果先秦各家法律思想在去除其時代的局限性而仍能言之成理，且能合理的說明現代的法律現象，甚至於有助於對法秩序作出更好的詮釋的話，即有作現代法律詮釋的可行性。

(二)另外，我們可用英國分析法學派的始祖 John Anstin 所提出「主權者命令說」為例，其說主要為：「法理學的課題是實證法，法律即是主權者的命令，而以強制為其特徵。並聲稱以威權為命令的觀念為通往了解法律之鑰。」此學派現今仍有一定的地位，其原因乃在於，後繼者透過重新詮釋賦予該說新生命。反對「主權者命令說」者的批評其要主論點即：「主權者」乃君主時代的產物，在民主政治時代中並沒有如同專制君主的「主權者」，是「主權者命令」說無法解釋民主政治時代中的法體系云云。其後繼者認為：上開「法律是主權者的命令」的觀點中「主權者」的用語並不會是「主權者命令說」的致命傷，因為民主政治時代中的「主權者」可理解為

⁷ 參見曾仰如，《亞里斯多德》，東大圖書，2001，第2版。第449、450頁。

民主政治時代透過定期改選而掌握「選票」的人民。因此「法律是主權者的命令」即可詮釋為「法律是主權者即人民的命令」。

綜上說明，先秦各家的法律思想有作現代法律思想詮釋的可行性。而先秦各家的法律思想，也只有透過其後繼者重新詮釋賦予該學說符合當代的環境，才有新的生命力。本文基於這樣的想法，願意作一個先賢學說的後繼者，

研究目的，即在於先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想為討論主軸，參與現代倫理議題的對話，而所選擇的現代倫理議題即有關死刑的議題(存置或廢止)。



第三節 研究方法

在要探討以什麼方法來研究此一論題前，首先可能面對的質疑是中國傳統哲學可否以現代分析哲學的方法作研究？此種懷疑的論點主要立基於中國傳統哲學都是生命的學問(不論儒、道、佛)，即為使生命轉化的學問(如由凡入聖之道)，這並不是可用西方的分析哲學來處理的。換言之，以儒家為例，主張人人皆可為堯舜，認為此等為堯舜的入聖之道的實踐，是有普遍性的，因此可貴的在於內聖之的實踐，即修養的工夫與境界。而修養的工夫與境界本身並非語言或概念，它是無法被分析的。另外，正因為中國哲學重點是修養的工夫與境界，雖有先賢的著作，此具有言說的成分，但它講的是啟發式的用語，而非科學性的用語。所以人們常用莊子得魚忘筌，描述中國傳統哲學意在言外的指涉。儒、道、佛學因其乃作為實踐性的實學，其終極的關懷當然不在知識，而在轉化自我，生心安頓。但是這些先賢們關於如何實踐的問題所作描述及著作，這卻是分析方法可用上的地方。

如前述，本論題想要用先秦儒道墨法諸子的法律思想探討「死刑」的議題，因此，就先秦各家的經典解讀，採用哈特法學中之現代分析哲學的方法，由其是日常言語分析為主要方法。

其次，古代的法律思想必定有它的時代局限性，特別是有關政治與法律的部分，這些思想雖然是當時是專制的、不民主的、不自由的時空下的產物，但吾人不能期待先哲於古代君主專制的時空背景中，其思惟可跳脫時代局限性，專為民主憲政而論述。所以，筆者以為在研究由古老的思想去試著為現代爭執事件尋出啟示時，研究者本身即要試圖為先哲的思想跳脫它的時代局限性，找出合於當代思潮的部份，作出現代的詮釋，才不至於僵化在固有的歷史框架中。筆者這種想法，在看到傅偉勳先生所自創的「創造性的詮釋學」⁸後，上開想將中國古老的思想作出現代的詮釋的想法，更加確定，所以在詮釋方面，打算參照傅偉勳先生的「創造性的詮釋學」作為詮釋方法論的依據，在此並對之略加介紹如次：

作為方法論的「創造性的詮釋學」，共分五個辯證的層次，而這些層次原則上是不可以隨意越等跳級的，但熟練之後，上開五個辯證的層次可一時並了，同時進行⁹。這五個層次的內容如次¹⁰：

第一層、「實謂」：即「原思想家（或原典）實際上說了什麼？」，基本上關涉到原典校勘、版本考證與比較等等課題研究，它是創造性詮釋學的起點；

第二層、「意謂」：即「原思想家想要表達什麼？」或「他所說的意思到底是什麼？」，於此層，通過語意澄清、脈絡分析、原思想家時代背景考察等等工夫，設法盡量「客觀地」詮釋原思想家的意思或原作者所意向；

⁸ 傅偉勳：《從創造的詮釋學到大乘佛學》台北：東大圖書股份有限公司1999年5月，第9頁。

⁹ 傅偉勳：《從創造的詮釋學到大乘佛學》台北：東大圖書股份有限公司1999年5月，第44頁。

¹⁰ 同前註，第10頁。傅偉勳先生在該書11-44頁中用《道德經》及《六祖壇經》為例作一方法論上的操作示範，請參照。

第三層、「蘊謂」即「原思想家可能要說什麼？」或「原思想家所說的可能蘊涵是什麼？」，第三層涉及種種思想史的理路線索、原思想家與後代繼承者之間的前後思維聯貫性、歷史上已出現過的種種（較為重要的）原典詮釋等去了解原思想家或原典種種可能蘊涵是什麼；

第四層、「當謂」：即「原思想家(本來)應當說出什麼？」或「創造的詮釋學者應當為原思想家說出什麼？」，在此時，詮釋者必須設法在原作者教義的表面結構底下探查掘發深層結構，據此批判地考察在「蘊謂」層次所找到的種種可能義蘊，從中發現最有詮釋理論根據的義理，這時需要的是詮釋學者本身的洞見；

第五層、「必謂」：即「原思想家現在必須說出什麼？」或「為了解決原思想家未能完成的思想課題，創造的詮釋學者必須為原思想家說行什麼？」，前述「當謂」層次是要「講活」原典或原有思想，屬於「批判的繼承」（繼往、承先）；而在此層則要「救活」原典或原有思想，批判地超克原思想家的教義侷限性或內在難題，為原思想家解決他所留下未能完成的思想課題，這屬於「創造的發展」（開來、啟後）階段。

綜上，本論題之研究方法，是先以分析哲學的方法作先秦儒道墨法各家的經典解讀，之後，跳脫時代局限性，採用「創造性的詮釋學」的方法找出合於當代思潮的部份，就如，聖人常無心，以百姓心為心。《道德經第四十九章》之例，「百姓心」在現今民主時代，可用定期選舉、公投或民調的方式呈現，這樣所呈現的「百姓心」，不是依憲政秩序所得出的結果嗎？所謂普世價值云云，仍然要接受人民用選票去檢視的，如果該「普世價值」能令「主權者」即人民接受，自然會反映在投票的結中。如是，透過上開詮釋，古代的法律思想，一樣可為現代憲政秩序提供某些啟示。

第四節 研究流程

本文研究流程簡述如次：

第一章先就本論文的研究動機、研究目的、研究方法及研究流程作說明。

第二章則對儒道墨法諸子生平、時代背景及其等之法律倫理學等作分析及說明。因古代文獻有限，所以各家中所選擇的代表人，以現有文獻較多且具代表性者為限。

因儒道墨法諸子的共性是都生於周朝，而周禮必定對其等產生影響，所以本文第三章則著重於先秦儒道墨法諸子所處的時代，即以周朝的禮與刑作分析；西周至戰國初期可稱為禮法混同時期，禮以追求仁義為目的，用刑罰制裁驅民為善。《周禮》與《禮記》中除了禮制外，也論及了法制及刑制，而得證之。第一節本文只就其等有關「禮」之法律倫理的部分作闡釋，並未涉及「三禮」的考證部分，只就禮的定義、起源、作用、禮之變與不變、禮之最終目標等作討論。第二節則分析先秦之刑及其對後世刑法的影響。第三節則分析先秦之復仇概念，以明復仇式的正義對後世死刑的影響。

第四章分述從儒道墨法諸子倫理學的觀點下對「死刑存廢」可的看法。以及如果要廢除死刑，先秦儒道墨法諸子法律倫理學的論述中有哪些是在「創造性的詮釋學」後，可以作為支持廢除死刑的論述。本章第一節以從先秦儒道墨法諸子的倫理思想來討論死刑的議題前，擬先從我國有關死刑的規定及論述談起，首先說明現在我國死刑問題的爭議焦點，作為本文後續討論的依據。

第二節就前述論析為基礎來討論死刑的議題，於此之前，鑑於我國對死刑存廢問題的探討，多以繼受西方法律的思維來論述，欠缺傳統中國法律思想面向的考量，因此，本文以下行文則特別就各家倫理思想作引申，針對「死刑之存廢」之命題作論述。又因先秦時，諸子因時代所限，當然無法預見現代死刑的存廢之爭，所以本文對其等法律倫理學採用創造性的詮釋為方法說明之。

第三節，鑑於先秦諸子無法預見死刑的存廢之爭，所以，以下本文對其等法律倫理思想採用創造性的詮釋為方法，探討先秦諸子思想是否有可能成立支持廢除死刑的論述。另外古代案例解析部分，本文為了配合公民與政治權利國際公約第 6 條明定之：「非犯『情節最重大之罪』，不得科處死刑」云云之旨。因此，所討論之例都與人命有關之案件。另外，先秦案件資料已無文獻可參，所以只就漢以後之例討論之。漢以後之司法的實例上，舉復仇之例是用來說明，在《公羊傳》所標示之「子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的時代中，國法將殺害他人父母親的人處死刑，只是公權力替他報仇，國家對於殺人者處以死刑是理所當然的結果。當國法無法滿足時，私人的復仇則取代國法行之。

第五章則為結論，首先針對本文分析先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想對於支持死刑議題作總結，再來經過「創造性的詮釋」後可以支持廢除死刑議題者作總結。最後提出本文的建議與展望，本文讚同莊子之言「死刑」與「廢死」各有其存在的依據、各有正確的一面。所以，本文分別就「死刑」與「廢死」作建議，最後以展望作結。

一、死刑存置：

(一)死刑之最終目的：「義期止殺」；(二)在廢除死刑前，建議引進死緩制度。

二、死刑之廢除：

(一)死刑之廢除，在我國是終極目標；(二)建議以公投作為推動廢除死刑的方法。

(三)以不得假釋之無期徒刑作為替代死刑的方法

三、展望：有關本論文，展望未來，筆者期許有二：(一)活化先秦法律倫理思想的生命力；(二)立發於人間，合乎人心的廢死規範。





第二章 先秦儒道墨法之法律倫理學

東周始自周平王東遷洛邑，至周威烈王冊立韓趙魏三家為侯國（前 403 年），史稱為「春秋時期」（西元前 770-前 403 年；即資治通鑑中春秋戰國的分界點）；自三家分晉到秦滅東周（前 256 年），直到後來統一天下，史稱戰國（西元前 403-前 221 年）。本文所稱先秦原則指此而言。

本章分節介紹先秦儒道墨法諸子之法律倫理學，依次以先秦儒家、道家、墨家、法家之順序行文。

因古代文獻有限，所以各家中所選擇的代表人，以現有文獻較多且具代表性者為限。

另周朝著重之禮，先秦諸子之法律倫理中多有論及禮，以下行文除了必要者在諸子中特別述及外，本文另在第三章中有專章討論周朝之禮與刑的相關論題。

第一節 先秦儒家之法律倫理學

本節依次以先秦儒家的代表人孔子、孟子及荀子等分節論述其等之法律倫理思想如次所述。

第一項 孔子之法律倫理學

一、孔子的生平

按司馬遷《史記》中記載：「孔子生魯昌平鄉陬邑。其先宋人也，曰孔防叔。防叔生伯夏，伯夏生叔梁紇。紇與顏氏女野合而生孔子，禱於尼丘得孔子。魯襄公二十二年而孔子生。生而首上圩頂，故因名曰丘云。字仲尼，姓孔氏。丘生而叔梁紇死，……孔子貧且賤。……孔子年七十三，以魯哀公十六年四月己丑卒¹。」《史記·孔子世家》

從上引文可知，孔子是魯國人，祖先是宋人，叫孔防叔。防叔生伯夏，伯夏生了叔梁紇（禾）。叔梁紇年老時娶顏姓少女才生了孔子，因雙方年齡差距過大，於禮不合故稱野合²，叔梁紇與顏徵在兩人一同向尼丘山的神明禱告而求得孔子。孔子生於魯襄公二十二年（前 551），因孔子出生時頭頂中部有凹陷，所以就取名叫「丘」，字仲尼。……孔子享年七十三歲，死在魯哀公十六年（前 479）四月的己丑日。

孔子生時其父早死，由母親顏氏帶大，因此小時候生活貧困艱難。孔子也曾自稱：「吾少也賤，故多能鄙事³。」《論語·子罕》

¹ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 725-746。

² 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 726。

³（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，頁 78。

孔子約三十歲左右，自周學禮回到魯國後，跟隨他的弟子就逐多起來。後來，孔子聚徒講學，離開魯國後，並率弟子們周遊列國，都未曾受到重用。到了晚年，「孔子之去魯凡十四歲而反乎魯。．．．然魯終不能用孔子，孔子亦不求仕⁴。」《史記·孔子世家》

孔子周遊列國十四年後返回魯國，這時孔子已然年近七十歲左右，但未受魯哀公的任用。孔子專注於教育和古籍整理。

魯哀公十四年，顏淵死，孔子曰：「天喪予！」

魯哀公十六年四月（前 479），孔子逝世，享年七十三歲。孔子一生長期從事講學，有教無類，是期偉大的思想家和教育家，儒家學派的創始人。

孔子的教育成就，依司馬遷《史記》記載：

「孔子以詩書禮樂教，弟子蓋三千焉，身通六藝者七十有二人⁵。」《史記·孔子世家》

孔子晚年也曾自稱他這一生進修的次序，以勉學人說：

「吾十有五而志于學，三十而立，四十而不惑，五十而知天命，六十而耳順，七十而從心所欲，不踰矩⁶。」《論語·為政》

孔子說：我十五歲時立志于學問的研究，三十歲時就有所成就而自立了，到四十歲時能通達事理而不疑惑，五十歲時知天命之終始，六十歲時耳朵聽聞即知其旨，七十歲時能從心所欲，不會踰越規矩。

有關孔子的著作，孔子曾自稱：「述而不作⁷。」《論語·述而》

所以，孔子本身只傳授知識而不從事創作，即如《春秋》孔子也只是以魯史加以整理而已，其本身並無親自撰寫的著作⁸。

而《論語》一書，東漢班固稱：「論語者，孔子應答弟子時人，及弟子相與言而接聞於夫子之語也。當時弟子各有所記，夫子既卒，門人相與輯而論纂，故謂之論語⁹。」《漢書·藝文志》

依班固《漢書·藝文志》稱漢時論語版本有三¹⁰：

1、古論一凡二十一篇，乃得自孔壁，亡佚〔古文論語〕。

2、齊論一凡二十二篇，亡佚〔今文論語〕。

3、魯論一凡二十篇，行於魯〔今文論語〕，為現行論語所據之本。

今存的《論語》共二十篇，四百九十二章，乃研究孔子學說主要的資料。

⁴ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 741。

⁵ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 743。

⁶（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 16。

⁷（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 60。

⁸ 勞思光，《新編中國哲學史學（一）》，台北：三民書局，2014，頁 107。

⁹ 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970 年 11 月，頁 76。

¹⁰ 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970 年 11 月，頁 73。

二、孔子的人性論

(一) 孔子言性

《論語》一書，出現性字只有兩次：

1. 出自弟子之口者

子貢曰：「夫子之文章，可得而聞也；夫子之言性與天道，不可得而聞也¹¹。」《論語·公冶長》

子貢說：老師平日的文辭、舉止威儀，是大家可以見聞得到的；老師有關人的本性和天道的理論，其理深微，不是光靠聽就能理解的。

北宋邢昺作疏：「言人稟自然之性，及天之自然之道，皆不知所以然而然，是其理深微，故不可得而聞也¹²。」

南宋朱熹《四書集註》中註稱：「性者，人所受之天理。．．．；至於性與天道，則夫子罕言之，而學者有不得聞者。蓋聖門教不躐等，子貢至是始得聞之，而歎其美也¹³。」

朱熹將「性」分為氣質之「性」與義理之「性」，認為孔子罕言之，只有到子貢這種程度的學生始得聞之。人所受之天理之「性」，自然指的是義理之「性」。

2. 孔子自己提出者

子曰：「性相近也，習相遠也。」、子曰：「唯上知與下愚不移¹⁴。」《論語·陽貨》

孔子說：人的本性是相近的，因為後天的學習，與環境的不同，使人有了差別。孔子接著又說：只有最聰明的上等人和最愚蠢的下等人是不易改變的。

這裡，邢昺作疏時將這二句一起解釋：「正義曰言君子當慎其所習，性謂人所稟受以生而靜者，未為外物所感，則人皆相似是近也，既為外物所感，則習以性成，若習於善則為君子，若習於惡則為小人，是相遠也。故君子慎所習。然此乃是中人耳，其性可上可下，故遇善則升，逢惡則墜也。孔子又嘗曰：唯上知智聖人不可移之使為惡，下愚之人不可移之使強賢。此則非如中人性習相近遠也¹⁵。」

從上引文可知，孔子認為：就一般中等資質的人而言，人性自出生以來，可謂中性的，並非本善，也非本惡，會因外物所感，後天的學習，與環境的不同，使人有了差別。而最聰明的上等人和最愚蠢的下等人是不易改變的。

在此，朱熹註云：「此所謂性，兼氣質而言者也。氣質之性，固有美惡之不同矣。然以其初而言，則皆不甚相遠也。但習於善則善，習於惡則惡，於是始相遠耳。程子曰：『此言氣質之性。非言性之本也。若言其本，則性即是理，理無不善，孟子之言性善是也。何相近之有哉¹⁶？』」

本文以為，孔子之時終究還沒有區分氣質之「性」與義理之「性」，所以孔子是

¹¹（魏）何晏集解、（梁）皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、頁 380。

¹²（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 43-44。

¹³（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 68。

¹⁴（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 154。

¹⁵（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 154。

¹⁶（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 141。

沒有對「性」作確切論定的¹⁷。依前所述，既然多數的人性可經後天的學習而改變，所以，孔子認為年在不惑者，而猶為人所惡，這一生就很難改了：「年四十而見惡焉，其終也已¹⁸。」《論語·陽貨》

(二)人的本性有「仁」的可能性

雖然，孔子的學說重點在「仁」，他也沒有說人的本性是「仁」，而只說：「仁遠乎哉？我欲仁，斯仁至矣¹⁹。」《論語·述而》

孔子說：「仁距離我們很遠嗎？我想要施行仁，仁就來了。」

所以「仁」雖離我們不遠，但行者若沒有「我欲」、「我想要仁」的心念，「仁」就不會來了！「我欲仁，斯仁至矣。」《論語·述而》

就是因為「仁」內在於生命本性中，想要行仁的「心」決定一切，只要是我主動行仁，立即能達到行仁的情境。「我欲仁，斯仁至矣。」就是因為「仁」是內在於生命中的可能性，只要有想要行仁的「心」，立即就可行仁。如果，朱熹上開的義理之「性」，是指人心中總是存有行仁之「可能性」而言，本文也是讚同的。

學者許宗興以為：孔子所處時代人性論尚未發達，孔子對本性直接論述不多，亦即尚未建構完整本性論系統；但由他對本性之體會與認定，可知孔子是確定人人「生具」、「皆具」善之質性。只是孔子未直接詳盡論性，亦未建構精審之性善論系統，其後繼孟子對人性之直接論述便承繼孔子而來²⁰。

日本學者也認為孔子相信教育萬能，其對於人性的見解，全然為常識性的說法。人性論之爭，是之後孟子與告子論戰方生的問題²¹。

本文以為，孔子之時終究還沒有對「性」作確切的論定，所以，唐君毅認為這隱含「人性能自生長而變化，原具無定限之可能²²。」，此和本文上述之孔子認為人的本性是中性的，因此，人才有行「仁」的可能性，同一意味。

此證諸《論衡》所言：「周人世碩以為『人性有善有惡，舉人之善性，養而致之則善長；性惡，養而致之則惡長。』如此，則性各有陰陽，善惡在所養焉。故世子作養書一篇。宓子賤、漆雕開、公孫尼子之徒，亦論情性，與世子相出入，皆言性有善有惡²³。」《論衡·本性論》

上文言，周人論人性，理論或有相出入，但皆言性有善有惡。此可間接證明孔子所言之性，並未特定性之善惡。

¹⁷ 蔡仁厚認為：孔子雖是沒有對「性」作確切論定，但可依仁義的內在道德性，可認為孔子的「性」是指向義理之「性」的。請參見：蔡仁厚，《孔孟荀哲學》，台北：臺灣學生出版，1984，頁 106。

¹⁸ 何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 159。

¹⁹（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 64。

²⁰ 許宗興，《孔子「本性論」探析》，臺北大學中文學報 第 6 期，2009 年 3 月，頁 33-34。

²¹ 蟹江義丸，《孔子研究》，東京：大空社，1998，頁 413-414。

²² 認為孔子並未明示性善之旨者，請參見：唐君毅，《中國哲學原論（原性篇）：中國哲學中人性思想之發展》，香港九龍：新亞研究所印行，1968，頁 13-14。

²³（東漢）王充，《論衡》，四部叢刊初編，上海商務，冊 25，1936，頁 31。

三、孔子以仁為中心的法律倫理學

(一)以仁為中心的法律倫理學

孔子把眾多德行和道德原則統攝在仁之下。《論語》中出現「仁」字共 105 次²⁴。所以孔子對「仁」有諸多不同的闡釋；孔子答門人問仁時，亦有不同的回答。以下本文只作重點析述之：

1. 克己復禮為仁

孔子回答顏淵問仁時，如此回答：「克己復禮²⁵。」《論語·顏淵》

皇侃疏云：于時為奢泰過禮，能自約儉己身，返反於禮中，則為仁也²⁶。

邢昺作疏時僅云：「言能約身反禮則為仁矣²⁷。」

朱熹則註云：「為仁者，所以全其心之德也。蓋心之全德，莫非天理，而亦不能不壞於人欲。故為仁者必有以勝私欲而復於禮，則事皆天理，而本心之德復全於我矣²⁸。」這裡，朱熹認為：行仁，要完善內心的德性，只要內心德性完善，就與天理相合。所以，行仁者，必須要克服自己的私欲回歸於禮，如此則事事皆合天理，仁者之本心即回歸於完善。

顯然，將仁者之全德與天理相合，是朱熹的特殊見解。本文以為皇侃所疏，以當時之奢泰超過禮制，能節約儉樸使自身回歸禮制之說，較為簡明清楚。

2. 己所不欲，勿施於人

仲弓問仁。子曰：「出門如見大賓，使民如承大祭。己所不欲，勿施於人²⁹。」《論語·顏淵》

皇侃疏云：言出門、使民恒用敬心乃仁之道；恕己及物則為仁也³⁰。

有關「己所不欲，勿施於人」《論語》另有說明：子貢問曰：「有一言而可以終身行之者乎？」子曰：「其恕乎！己所不欲，勿施於人。」《論語·衛靈公》

子貢問曰：有一言而可以終身奉行的嗎？孔子回答：就是「恕」吧！自己所不想要的事，就不要施於他人。

²⁴ 本文計算方式，即在《論語》電子書中輸入關鍵字「仁」字，再逐一計有之。

²⁵ (魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、頁 446。

²⁶ (梁)皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁 409。

²⁷ (魏)何晏集解、(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 106。

²⁸ (南宋)朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 108。

²⁹ (魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、頁 446。

³⁰ (梁)皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁 411。

所以行仁之道，於己而言，內心要恭敬；檢驗的標準就是「己所不欲，勿施於人」。

3. 仁者，愛人

樊遲問仁。子曰：「愛人³¹。」《論語·顏淵》邢昺疏云：「愛人者，言汎愛濟眾是仁道也³²。」換言之，樊遲問仁，孔子回答他：能以廣泛惻隱之心，慈愛濟眾，這就是行仁之道。

4. 仁者，居處恭，執事敬，與人忠

樊遲問仁。子曰：「居處恭，執事敬，與人忠。雖之夷狄，不可棄也³³。」《論語·子路》

同樣是樊遲問仁，這次孔子回答的更具體：仁者，居處於家時要恭謹，行禮執事時要敬慎，與人交往要忠心以待。此恭、敬及忠三者，即使到了夷狄無禮義之處，也不可棄之而不行³⁴。

5. 仁者五德：恭、寬、信、敏、惠

子張問仁於孔子。孔子曰：「能行五者於天下，為仁矣。」請問之。曰：「恭、寬、信、敏、惠。恭則不侮，寬則得眾，信則人任焉，敏則有功，惠則足以使人³⁵。」《論語·陽貨》

令仁者的五種品德：恭、寬、信、敏、惠，行之於天下就是仁了。因為自己若恭以待人，人亦恭以待己，所以不會受侮辱；若自身言行能寬厚，就會得到擁護；若自身有誠信，就會受到重用委任；若自身勤敏，事情就多會獲得成功；若自身慈惠使人，則他人因恩惠忘其勞而欣然受命³⁶。

6. 仁者必有勇

「仁者必有勇，勇者不必有仁³⁷。」《論語·憲問》朱熹註云：「仁者，心無私累，見義必為。勇者，或血氣之強而已³⁸。」所以，仁者必定勇敢，而勇者未必有仁。

綜上所述，孔子以仁為中心的倫理學，即是以「仁」作為自主自律的道德主體，

³¹ (魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊195、頁449。

³² (魏)何晏集解(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁110。

³³ (梁)皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁463。

³⁴ 此處翻譯改寫自：(魏)何晏集解(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁118。

³⁵ (魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊195、頁499。

³⁶ 此處翻譯改寫自：(魏)何晏集解(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁155。

³⁷ (魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊195，1983，頁465。

³⁸ (南宋)朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁122。

必求克制自己私欲，尊重他人，躬行實踐以達到仁之境地，仁者反躬而自誠，則必然對於事事、物物、人人都一律予以尊重。孔子強調「仁遠乎哉？我欲仁斯仁至矣³⁹。」《論語·述而》，「為仁由己，而由人乎哉⁴⁰？」《論語·顏淵》，「居處恭，執事敬，與人忠⁴¹。」《論語·子路》，「君子無終食之間違仁⁴²。」《論語·里仁》等，所以，「仁」不但是倫理實踐的中心，而且君子為仁是在日常生活中，無時無刻無處都要親身躬行，即在一飯之頃，也不違仁。

(二) 孔子並不反對利

孔子雖說「君子喻於義，小人喻於利。」《論語·里仁》因此，世人多以為孔子完全否定利益，實則孔子並不反對利：

1. 孔子只反對「不以其道得之」的利

子曰：「富與貴，是人之所欲也；不以其道得之，不處也⁴³。」《論語·里仁》

皇侃疏云：夫人生則莫貪富與貴二事，然富與貴要當取之以道則為可居，若不用道理而得之，則不可處也⁴⁴。所以，孔子只反對「不以其道得之」的利。換言之，合於仁之富與貴，為君子所當得，安然處之即是，反之，貧困亦安然處之。

2. 孔子主張因民之所利而利之

子張曰：「何謂惠而不費？」子曰：「因民之所利而利之，斯不亦惠而不費乎？」《論語·堯曰》

皇侃疏云：為政之道，能於民下苟於潤惠而於我無所費損者，...即民水居者利在魚鹽，山居者利於菓實木材，明君為政則不使水者居山，渚者居中原，是因其所利而利之，而於君無所損費也⁴⁵。

因此，由上引言可證，孔子並未完全否定利益，他還是認為人性有逐利的傾向，只是，孔子在講道德問題時，認為相較於利，這時應以仁義為首，而不應以利益為先。所以，就以孔子來說，他並不反對利益，如果合於仁義的話，利益還是可取的。

(三) 「仁」顯現在依「禮」而行之道德實踐上

有關禮的實踐，除了前述之「克己復禮為仁」外，孔子又說：「君子義以為質，禮以行之⁴⁶」《論語·衛靈公》

克制自己的慾望，並回復依禮為據之行為，那就是「仁」。而「義」是實踐「禮」的內在標準。證諸中庸上亦云：「道不遠人」《中庸》，倫理的道德實踐，就在人生的真實行為上、由人之生活實踐而開展。若不作道德實踐，一切理論言說最終只是

³⁹（魏）何晏集解（宋）邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁64。

⁴⁰（梁）皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁409。

⁴¹（梁）皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁463。

⁴²（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁61。

⁴³（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁60。

⁴⁴（梁）皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁117。

⁴⁵（梁）皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁700。

⁴⁶（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁134。

戲論，流於空談。

(四) 孝弟是實踐仁之根本

「有子曰。其為人也孝悌，而好犯上者鮮矣。不好犯上，而好作亂者，未之有也。君子務本。本立，而道生。孝悌也者，其為仁之本與⁴⁷」《論語·學而》

能行孝悌之人，其性情必然恭順，所以少有犯上者，更不要說去作亂了。君子以孝悌作為諸道之基本。基本既立，而後諸種仁德生起焉。

由上述引文可知，對於孝的倫理實踐，是仁之根本。

(五) 孔子並未反對法與刑

1. 法的部分

(1) 審慎地制定法典制度

「謹權量，審法度，修廢官，四方之政行焉⁴⁸。」《論語·堯曰》

謹慎地審查計量的標準，審慎地制定法典制度，建立廢弛的人事制度，如此國家的政令就會暢通無阻。

上開規定計量的標準、制定法典制度、人事制度等規範，就現代而言就是法律制度了！

(2) 先教後刑

子曰：「不教而殺謂之虐⁴⁹。」《論語·堯曰》

孔子說：不加以教化人民就要殺之，叫做殘酷不仁。

這裡，邢昺注疏時解釋道：「為政之法，當先施教令於民，猶復寧申敕之。教令既治，而民不從，後乃誅也。若未嘗教告而即殺之，謂之殘虐⁵⁰。」

這裡孔子主張為政之道，必先施以教化，若已施以教化，人民不從才可加以刑殺。

孔子雖極少言法，但此所言要教化人民的內容不就是法律嗎？必定再三教育人民，令其知法，若仍不從，才誅罰之。這裡的教化、教育顯然是對一般人民為之，與現代刑事政策針對犯罪者的特別教化不同。

2. 刑的部分

(1) 孔子認為以禮而治民，比僅用刑罰來規範人民來的有效：

子曰：「道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格⁵¹。」

《論語·為政》

邢昺注疏道：「『道之以政』者，政，謂法教；道，謂化誘。言化誘於民，以法制教命也。『齊之以刑』者，齊，謂齊整；刑，謂刑罰。言道之以政而民不服者，則

⁴⁷ (梁) 皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁 8。

⁴⁸ (魏) 何晏集解 (宋) 邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，頁 178。

⁴⁹ (梁) 皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁 699-701。

⁵⁰ (魏) 何晏集解 (宋) 邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，頁 180。

⁵¹ (南宋) 朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 48。

齊整之以刑罰也。『民免而無恥』者，免，苟免也。言君上化民，不以德而以法制刑罰，則民皆巧詐苟免，而心無愧恥也。．．．。言君上化民，必以道德。民或未從化，則制禮以齊整，使民知有禮則安，失禮則恥。如此則民有愧恥而不犯禮，且能自修而歸正也⁵²。」

這裡，孔子並未反對以政令、刑法來管理約束百姓，只是孔子認為用政令與刑罰來統一治理人民，只能使人民避免刑罰而不敢為惡，但內心並無羞恥之心，為惡之心未嘗忘也；若用德化與禮制去引導人民，那麼人民就可內心知道羞恥並改正自己的行為。所以，顏淵問仁時，孔子回答：克制私欲，回歸於禮，其實踐的細目就是非禮勿視、勿聽、勿言、勿動。若用道德、禮法來引導約束百姓，那麼人民不僅能遵紀守法，而且會自修歸正。

(2)其他引文可證孔子不反對刑者

子曰：「君子懷刑，小人懷惠⁵³。」《論語·里仁》
皇侃疏云：君子之人安於法則。小人之人不安於法而安於利惠⁵⁴。
換言之，君子安於法而畏刑之罰。小人唯利是親，貪利之惠而不安於法。

子曰：「．．．名不正，則言不順；言不順，則事不成；事不成，則禮樂不興；禮樂不興，則刑罰不中；刑罰不中，則民無所措手足⁵⁵。」《論語·子路》

孔子說：．．．名分不正當，說話就不合理；說話不合理，事情就辦不成。事情辦不成，法律就不能深入人心；法律不能深入人心，刑罰就不會公正；刑罰不公正，則百姓手足無措，不知如何是好。

從上述引文中，孔子同樣也沒有反對以刑法來管理約束百姓，只是特別強調君子安於法及正名的重要性罷了。

四、小結

孔子以仁為中心的法律倫理學，並未完全否定利益，他還是認為人性有逐利的傾向，只是，孔子在講道德問題時，認為相較於利，這時應以仁義為首，而不應以利益為先。孔子也並未反對法與刑，只是強調要先教後刑。

⁵² (魏)何晏集解(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁16。

⁵³ (魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊195，1983，頁371。

⁵⁴ (梁)皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁124-125。

⁵⁵ (梁)皇侃，《論語集解義疏》，台北：廣文書局，1991，頁444。

第二項 孟子以仁義為中心的法律倫理學

一、孟子的生平

孟子：姓孟名軻（約公元前 390 年—公元前 305 年），按司馬遷《史記》中記載：

「孟軻，騶人也。受業子思之門人。道既通，游事齊宣王，宣王不能用。適梁，梁惠王不果所言，則見以為迂遠而闕於事情。當是之時，秦用商君，富國彊兵；楚、魏用吳起，戰勝弱敵；齊威王、宣王用孫子、田忌之徒，而諸侯東面朝齊。天下方務於合從連衡，以攻伐為賢，而孟軻乃述唐、虞、三代之德，是以所如者不合。退而與萬章之徒序詩書，述仲尼之意，作孟子七篇⁵⁶。」《史記·孟子荀卿列傳》

從上引文可知其生平之大略，孟子是戰國時期騶人（今山東鄒縣）。但司馬遷《史記》中並未記載孟子生卒年月，所以後人只能從其著作中推測其大約的生卒年代⁵⁷。大約晚孔子百年左右。

至於「受業子思之門人」云云，筆者以為此乃太史公推測之語。因為據《孟子》一書中孟子自稱：

孟子曰：「君子之澤五世而斬，小人之澤五世而斬。予未得為孔子徒也，予私淑諸人也⁵⁸。」《孟子·離婁下》

上文中孟子並未自稱其「受業子思之門人」，以儒者尊師重道而言，孟子若「受業子思之門人」，當稱揚師德方是正理。而不會只稱「予私淑諸人」！可見孟子諸師並非名人。

另東漢趙岐注，宋孫奭疏之《孟子注疏》中亦未見「受業子思之門人」之語，反而，朱熹在孟子題辭中指出「長師孔子之孫子思」⁵⁹。若然，孟子更應稱揚子思的師德方是正理。如此可知，孟子所自稱「予私淑諸人」應非「子思之門人」亦非「師孔子之孫子思」。

不過《荀子》中記載：「略法先王而不知其統，……是則子思孟軻之罪也⁶⁰。」《荀子·非十二子》，把子思孟軻思想歸為一類，也許這就是太史公推測「受業子思之門人」之依據語。

孟子一生以承繼孔子思想為志，曾言「乃所願，則學孔子也⁶¹」《公孫丑上》。即直言其志向是「則學孔子」，因此，孟子亦如孔子一樣周遊各國，期所學為王

⁵⁶ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 919。

⁵⁷ 勞思光，《新編中國哲學史學（一）》，台北：三民書局，2014，頁 154。

如勞思光上揭書中記載孟子生卒年為約公元前 372 年—公元前 289 年。

⁵⁸（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版 2001，頁 146-147。

⁵⁹ 孟子「受業子思之門人」之語可見諸，（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 246。

但本文認為此僅供參考，是否歷史事實，實有可疑。

⁶⁰ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 98。

⁶¹（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版，2001，頁 56。

者所用。

孟子見梁惠王時其年已大，故王稱其為「叟」：

孟子見梁惠王。王曰：「叟不遠千里而來，亦將有以利吾國乎？」《孟子·梁惠王上》
按魏惠王（前 400 年—前 319 年），於魏惠王九年（前 361 年），遷都大梁，故又稱梁惠王。

又梁惠王曰：「晉國，天下莫強焉，叟之所知也。及寡人之身，東敗於齊，長子死焉；西喪地於秦七百里；南辱於楚。．．．」《孟子·梁惠王上》

梁惠王「南辱於楚」當在梁惠王後元 12 年西元前 323 年，可見孟子見梁惠王時，應在西元前 320 年左右。

孟子遊說各國。但當時各國多以利、霸是尚，其仁義之說難被各國所接受，次是退隱與弟子一起著述。

《孟子》一書，按司馬遷《史記》中記載有《孟子》七篇傳世。而班固在《漢書·藝文志》中說：「孟子十一篇⁶²。」

而趙岐在孟子題辭中指出「七篇二百六十一章，三萬四千六百八十五字，．．．又有外書四篇，．．．其書不能深宏，似非孟子之本真，後世依放而託之者也⁶³。」

因此並未給〈外書四篇〉作註，後代不重視它，遂漸佚失了。

南宋時朱熹將《孟子》與《論語》、《大學》、《中庸》合在一起稱「四書」。所以唐以前周公、孔子並稱；自宋以後孔子、孟子並稱⁶⁴。

二、孟子的法律倫理學

孟子的倫理學有如下的內容及實踐之次第：

(一)孟子倫理學的內容

1. 人性論「性善說」

「孟子道性善，言必稱堯舜⁶⁵。」《孟子·滕文公上》

趙岐註云：孟子與世子言人生而皆有善性，但當充而用之耳；又言堯、舜之治天下，不失仁義之道，故勉世子。

由上引文，一般以為，孟子的「仁政」法理思想起源於「性善說」，但這可能有以下的質疑：若人性全部是善，則每個人自自然然就已是聖人，如此「惡」從何來？若人性全部是惡，沒有善根則人如何可能分別善惡？人如何可能為善？

「告子曰『生之謂性』，孟子曰『生之謂性也，猶白之謂白與？』曰：『然。』

『白羽之白也，猶白雪之白；白雪之白猶白玉之白與？』曰：『然。』

『然則犬之性猶牛之性，牛之性猶人之性與⁶⁶？』《孟子·告子上》

⁶² 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1981，頁 103。

⁶³（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版，2001，頁 6、7。

⁶⁴ 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970，頁 104。

⁶⁵（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 114。

⁶⁶（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 242。

告子認為從人生而有的知覺、欲望、運動結構之性來看人性，結果是人與犬牛無異。但孟子認為告子的看法只就其同者而言之，並未見人性與他物之不同，實則，人之性與善俱生，而與犬之性守、牛之性順殊異。

「人之異於禽獸者幾希，庶民去之君子存之⁶⁷。」《孟子·離婁下》

雖然人性就同者而言，其知覺、欲望方面，大部分人性都和禽獸沒有分別，但孟子強調，人異於禽獸者何？就是「善性」！所以人才能知仁義而不假外求。

然而「善性」只是人性中極為微弱的部分，只有自覺地緊守這微弱的善性的「人之所以為人的本性」，這種人便是君子。以下再就「善性」加以說明。

2. 人異於禽獸者何？善性！

是否能從事實上與禽獸相異之處就推論說我都應發揚此特有其之處。如蚊子的特性是會吸人血，我們不會說那「吸人血」是蚊子生命的意義所在，或蚊子應該吸人血。換言之，我們為什麼應該發揚「善性」？

對此，孟子以下例論證人有怵惕惻隱之心：

「所以謂人皆有不忍人之心者，今人乍見孺子將入於井，皆有怵惕惻隱之心，非所以內交於孺子之父母也，非所以要譽於鄉黨朋友也，非惡其聲而然也。由是觀之，無惻隱之心，非人也；無羞惡之心，非人也；無辭讓之心，非人也；無是非之心，非人也；惻隱之心，仁之端也；羞惡之心，義之端也；辭讓之心，禮之端也；是非之心，智之端也⁶⁸。」《孟子·公孫丑上》

孟子為何在說了惻隱之心如何以後，即直接毫無根據下一連串帶出無羞惡、辭讓、是非之心非人也？人有怵惕惻隱之心或可從上面例子證明，但羞惡、辭讓、是非之心如何證明？

孟子以下例論證人有羞惡之心：

「蓋上世嘗有不葬其親者。共親死則委之於壑。他日過之，狐狸食之，蠅蚋姑嘍之。其類有泚，睨而不視。夫泚也，非為人泚，中心達於面目。蓋歸之，反藁裡而掩之⁶⁹。」《孟子·滕文公上》

孫奭疏云：「夫子所以有泚泚然之汗於額而出者，非為他人而慚也，故如是而泚泚然而出於額也，以其中心有所不忍其親之如是，故自中心之所痛恨，故發之於面目，所以有泚泚然之汗出於額也。蓋不忍之如是，乃歸取藁裡取土而遮掩之，誠是其不忍其親之道也⁷⁰」。

孟子此例論述了人心有所羞慚，慚愧之心，恥己之不孝，本文以為，或可作為羞惡之心的論證。而孟子只論述了惻隱之心、羞惡之心，並未說明何以無辭讓、是非之心非人也？本文以為，《孟子》全本書雖分別說，惻隱、羞惡、辭讓、是非之心，但合起來說即是心之全德，即儒家所說的「仁心」！惻隱之心是與人感通的心，這種心即是仁心。當人違背惻隱之心而為非作歹時就衍生出差惡之心；當人與他人相

⁶⁷（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 186。

⁶⁸（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁 28。

⁶⁹（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁 46。

⁷⁰（東漢）趙岐注、（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版，2001，頁 102-103。

感通，以尊敬心平等待人時在人際關係上不會僭越，這即是辭讓之心或恭敬之心；當人能自覺地肯定由惻隱之心衍發的行為，否定違背惻隱之心的行為時，這種辨別心，即是是非之心，亦即分別是非善惡的心。因此，這四種心其實是一心之全德，是同一種心的不同表現。

3. 為什麼這異於禽獸之心才是我們的本性？

為什麼這異於禽獸之心才是我們的本性？而同於禽獸的欲望、情緒，則不是人的本性呢？孟子說道：

「口之於味也，目之於色也，耳之於聲也，鼻之於臭也，四肢之於安佚也，性也，有命焉，君子不謂性也。仁之於父子也，義之於君臣也，禮之於賓主也，智之於賢者也，聖人之於天道也，命也，有性焉，君子不謂命也⁷¹。」《孟子·盡心下》

口目耳鼻及四肢的享樂欲望，雖是人性中所存有的，但這些欲望，是命祿，並非人人皆能如其願的享有。而君子之道，以仁義為先，不以性欲而苟求之，所以君子不謂欲望的欲求是性。

仁之於父子之情，義之於君臣之間，禮施於賓主往來，明智之於賢者，聖人之於天道，雖然這都屬於命祿，遭遇乃得居而行之，不遇者不得施行。但亦須有才能性有之，君子之道，修仁行義，修禮學知，不可只坐而聽命數，所以君子不謂這些是命數。

綜上，人雖有同於禽獸的欲望本性，但因君子之道，以仁義為先，所以君子不謂欲望的欲求是本性。而有關仁、義、禮、智之成就與否，雖然這都屬於命祿，不一定得以施行。但亦須有性求之，所以不可只坐而聽命數而不行仁、義、禮、智。

所以，仁、義、禮、智之性仍須吾心欲之方可成之。

4. 孟子並非完全否定告子生之謂性的說法

同樣，從上引文推之，孟子並非完全否定告子生之謂性的說法，即生理欲望，如喜吃美食、愛看美色等等，都是人的自然生理結構的一部分，因此都是人性。這即是告子所謂生之謂性的意思。但欲望能否獲得滿足，非我自己可以主宰的，而有賴於外在條件的出現，即命祿！但父子之間求仁，君臣之間求義，賓主之間才禮，賢者之求智，聖人之才參與實現天道，卻又是每一個人內在的要求。這種要求能否實現，是否有實際效果，是一回事；孟子認為，個人內在本性的要求必須實現仁、義、禮、智的可能性。

5. 讚同孔子「我欲仁，斯仁至矣」的說法

「廣土眾民，君子欲之，所樂不存焉。中天下而立，定四海之民，君子樂之，所性不存焉。君子之所性，雖大行不加焉，雖窮居不損焉，分定故也。君子所性，仁義禮智根於心…施於四體。四體不言而喻。⁷²。」《孟子·盡心上》

⁷¹（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁119。

⁷²（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁109。

孟子言廣土眾民以為大國之諸侯、中天下之中而立，以安四海之民，是為之王，此二者蓋君子所性不在此。君子所性者特在仁、義、禮、智耳。這種稟天之性，雖大而行道於天下，且不能加益其性；雖窮居在下，且不能損滅其性；因為道是否能行、是否窮居在下等等，這些人在其所生之初，受之於天，有其分定。所以，君子所性在於仁、義、禮、智，四者根生於心，…動靜行止，雖不言，而人皆曉喻而知其所存。

換言之，在於命定而無法操之在我者，非君子性之所在；君子性之所在，乃於仁、義、禮、智，四者根生於心，我欲求之即可得者：

「求則得之，舍則夫之，是求有益於得也，求在我者也。求之有道，得之有命，是求無益於得也，求在外者也⁷³。」《孟子·盡心上》

孟子認為，仁、義、禮、智之性，行者之本心求之則得之，舍而不求則失之。此時仁、義、禮、智，求有益於得，因為求之與否我的意志即可決之。但若我所求者，受到外在環境或條件的限制，是得之有命也。這是求之無益於得也，是求之在外者也。

綜上，為什麼這異於禽獸之心才是我們的本性？而同於禽獸的欲望、情緒，則不是人的本住呢？因為欲望、情緒受外在條件的限制；而仁、義、禮、智之性，不因得志於天下不會增一分，窮困潦倒也不會減少一分，只有這樣的性，才是屬於我的本性，才是人人能平等具備的本性，普遍的本性才能作為道德的根基。

6. 善性本性的普遍性

「居天下之廣居，立天下之正仁行天下之大道。得志，與民由之；不得志，獨行其道。富貴不能淫；貧賤不能移；威武不能屈。此之謂大丈夫⁷⁴。」《孟子·滕文公下》

朱子注云「廣居，仁也，正位，禮也，大道，義也⁷⁵。」，而仁、義、禮、智即本心本性的表現，因為只有在本心本性中，才是普遍的可以安居之處，也才是人可以站立的正位，才是天下人可以遵從的大道。個人的情操意志完全不受外在的環境遭遇所主宰支配，這樣的人才能算是大丈夫。

如此，由善性所生之仁、義、禮、智之本性才具備普遍性。

7. 欲望本身是中性的

孟子認為欲望本身是中性的，茲述如下：

(1) 不思則蔽

我們的本心，如果不去思惟，則被外物所蒙蔽：

「從其大體為大人，從其小體為小人。…耳目之官不思而蔽於物，物交物，則

⁷³（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁106。

⁷⁴（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁220。

⁷⁵（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁220。

引之而已矣。心之官則思，思則得之，不思則不得也。此天之所與我者。先立乎其
大者，則小者不能奪也，此為大人而已矣⁷⁶。」《孟子·告子上》

耳目此二器官，易蔽於物慾，與物相交接，不以心思主之，終為物引之。而心
之官能主於思，若心思之，則有所得，如不思，則失其所得。這是以上天之所與付
於人者，所以先與立其大者，即心是也。則小者不能奪，如是，耳目不為利慾所蔽
了。...人所以從其大體者，而為大人也。反之，小人之為小人，是因其不思而為利
慾所蔽。

所以究竟而言，欲望的本身是中性的，人因心之不思，失去主宰，才會被物慾
所蔽。

(2)要有基本的生存環境，再以教育輔之

孟子對生存環境之影響有生動的描述：

「若民，無恆產則無恆心，苟無恆心，放僻邪侈，無不為已。...是故明君制民之
產，必使仰足以事父母，俯足以畜妻子，樂歲終身飽，凶年免於死亡，然後驅而之
善。...(否則)救死而恐不贍，奚暇治禮義哉⁷⁷！」《孟子·梁惠王上》

孟子認為對一般人民而言，若無一定的資產，不能令其生起向善的恆心，人民
易於姦邪而無所不為，而致罪刑...；英明的主政者要使人民有一定的資產，
而且是該資產要足以「事父母，妻子，己身飽，免於死亡」，的基本生存條件，如是
之下，再以教育輔之，否則人們為了自己的生存都忙不完了，哪裡有空去管行為是
否合於仁義道德？

同理，如果有了基本的生存環境，若沒有教育，人民行止和禽獸相近：

「飽食煖衣逸居而無教，則近於禽獸⁷⁸。」《孟子·滕文公上》

如果沒有教育，即使衣食無虞，人的行止還是出於欲望的本能，這和禽獸相近。

綜上，欲望本身是中性的，人民如何發展，會受環境限制，必須要有基本的生
存環境，以教育輔之。

8.修養，強化常恆實踐的可能性

(1)尚志，仁義而已矣

「士何事？」，孟子「尚志」。問：「何謂尚志？」孟子：「仁義而已矣⁷⁹」。《孟子·
盡心上》

朱熹註云：「志者，心之所之也。...非仁非義之事，雖小不為；而所居所由，無
不在於仁義，此士所以尚其志也⁸⁰。」

如上所述，即外在環境的感染力量固然很大，就政治哲學的立場說，國家的領

⁷⁶（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁95。

⁷⁷（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁10。

⁷⁸（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁44。

⁷⁹（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁303。

⁸⁰（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁303。

袖有責任改善百姓的環境，使人容易向善，但一個人最後向不向善，仍然必須依賴自己。這即是孟子所說的「尚志」，行者要自覺地以仁義為目標。

吾人雖自覺地以仁義為目標，仍應時時提醒勿失勿忘，因為：

「操則存，舍則亡，出入無時，莫如其鄉，惟心之謂與⁸¹。」《孟子·告子上》

孟子認為，我們的本心是一種「自我覺知」之心，能「自我覺知」之則存，不「自我覺知」則為物欲所蔽，則亡。孟子所謂「尚志」，正是使本心常常呈現而不為物欲所蔽的方法。

(2) 寡欲

「養心莫善於寡欲，其為人也寡欲，雖有不存焉者寡矣；其為人也多欲，雖有存焉者寡矣⁸²。」《孟子·盡心下》

朱熹註云：「欲，如口鼻耳目四支之欲，雖人之所不能無，然多而不節，未有不失其本心者，學者所當深戒也⁸³。」

如前所述，人都有欲求，欲望不必是惡，但欲望太多，不能節制，結果必然氾濫無歸而不受主宰，一天到晚患得患失，自然不可能保持清明的自作主宰的本心。所以要培養保持清明的自覺的本心，必須減少欲望。欲望不多即不易為外物所引誘、所支配，本心即容易自作主宰。

孟子以為，當一個人修養工夫到了某一程度，不但自覺的本心可以不受氣質之性所支配、所蒙蔽，並且氣質之性可以為本心所同化而「變化氣質」，心與氣二者的化合孟子稱為「浩然之氣」。

「我善養吾浩然之氣。…其為氣也，至大至剛，以直養而無害，則塞於天地之間。其為氣也，配義與道，無是餒也。是集義所生者，非義襲而取之也。行有不慊於心，則餒矣⁸⁴。」《孟子·公孫丑上》

當一個人長期遵從理性法則，事事合理，內省不慊於心的時候，原來的自然生命的氣就化為一有普遍性、合乎理的力量，因此至大至剛，不受個人自然生命所限，也不易為外在力量所摧折。孟子這段話特別提示的是，這浩然之氣不是偶然做了一些合理義的行為就有的結果，這即是「非義襲而取之也。」的意思。

惻隱、羞惡、辭讓、是非之心之心不即是仁義禮智，它們只是仁義禮智之端，是仁義禮智的起點，因此需要培養擴充。而要如何達到，其實踐之次第，如次之說明。

⁸¹（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 250。

⁸²（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 316。

⁸³（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 316。

⁸⁴（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版，2001，頁 54-55。

(二)孟子倫理實踐之次第

1. 不忍人之心，是人道德行為之原動力

「人皆有不忍人之心。…今人乍見孺子將入於井，皆有怵惕惻隱之心，非所以要譽於鄉黨朋友也，非所以內交於孺子之父母也，非惡其聲而然也。由是視之，無惻隱之心，非人也；無羞惡之心，非人也；無辭讓之心，非人也；無是非之心，非人也；惻隱之心，仁之端也；羞惡之心，義之端也；辭讓之心，禮之端也；是非之心，智之端也⁸⁵。」《孟子·公孫丑上》

朱熹註云：「天地以生物為心，而所生之物因各得夫天地生物之心以為心，所以人皆有不忍人之心也⁸⁶。」，人為天地生物之一，而能體天地生物之心，故生不忍人之心。

孟子在此舉出我們看見小孩子落入井中，直接反應就是去救助他，這就是惻隱之心的表現，此舉與想要獲取朋友或他人之讚譽，或是因小孩之父母是誰而想結交之，都沒有關係；這是人之所以為人，自然而然的舉動。與惻隱之心相同、羞惡之心、辭讓之心、是非之心，擴而充之，即成為仁、義、禮、智等美德。所以孟子認為，人本性中的不忍人之心，這是作為人之內在道德行為的動力的發端。

2. 自覺地仁義實踐

孟子強調「不忍人之心」是人皆有之的本心，良知良能；要在日常的道德行為中實踐：

「人之所不學而能者，其良能也；所不慮而知者，其良知也⁸⁷。」《孟子·盡心上》，「仁義禮智，非外爍我也，我固有之也，弗思耳矣⁸⁸。」《孟子·告子上》

依孟子之見，仁、義、禮、智四端是人性所本有的，是人人所本然之善能、本然之善知，即本性中能行的道德能力。既然這是人本性中本來即有的，則非可由外強加而來的，只要吾人有心想之，如此行之，即得成就，故孟子說：「操則存，舍則亡，出入無時，莫如其鄉，惟心之謂與⁸⁹。」《孟子·告子上》

換言之，孟子認為，只要我們的本心能時時「自我覺知」，當能「自我覺知」之時，仁、義、禮、智的良知、良能則存；反之，吾人若捨棄「自我覺知」之本心，則仁、義、禮、智的良知、良能消亡，則吾人終為物欲所蔽矣。因此，孟子特別注重前述之「尚志」，所謂「尚志」，正是使本心常常呈現而不為物欲所蔽的方法。吾人必須於所居所行無不在地以仁義為志向，即使外在環境的感染力量固然很大，為政者有責任改善百姓的環境，使人容易向善，但一個人最後向不向善，仍然必須從其本心而定。即行者本心有「要」如此這般地居仁由義，這即是孟子所說的「尚志」，乃是「要」自覺地以仁義為目標。

⁸⁵（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版，2001，頁 65。

⁸⁶（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 193。

⁸⁷（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子注疏》，新文豐出版，2001，頁 232。

⁸⁸（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 245。

⁸⁹（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 250。

3.以寡欲強化常恆實踐的可能性

「養心莫善於寡欲，其為人也寡欲，雖有不存焉者寡矣；其為人也多欲，雖有存焉者寡矣⁹⁰。」《孟子·盡心下》

欲望的本身不必然是惡的，但如果欲望太多，又不能節制，結果必然導致欲望氾濫，失去自我。吾人若一天到晚苦苦追逐外欲，一旦得之又患失去，如此之人，自然不可能保持清明的本心，當然無法自作主宰的。所以，要培養保持清明的自覺的本心，首先必須減少欲望。欲望降低即不易為外物所引誘、支配，本心即容易自作主宰。

4.擴而充之止於至善

惻隱、羞惡、辭讓、是非之心之心，它們並不即是仁、義、禮、智，它們只是仁、義、禮、智的開端，是仁、義、禮、智的起點，因此需要培養擴充。

「盡其心者，知其性也；知其性，則知天矣⁹¹。」《孟子·盡心上》

趙岐注云：「性有仁、義、禮、智之端，心以制之，惟心為正。人能盡極其心，以思行善，則可謂知其性矣。知其性，則知天道之貴善者也⁹²。」

因為人心能宰制仁、義、禮、智之端，所以要培養擴充此等德性，必須盡極行者之心，如此方能由知其性，進而知天道了。

除了盡我之心，以知其性，而知天外。孟子認為，欲明天道之要在於「誠」字：

「是故誠者，天之道也；思誠者，人之道也⁹³。」《孟子·離婁上》

這是說，當一個人通過實踐，能完全地呈現其本心的時候，此時他才可以徹底明白這即是他的本性。當一個人徹底明白這即是他的本性的時候，他就可以明白這個本性的最後根源，也即是宇宙的根源。而此時，我們的本心本性則與天道合一，此即是「誠」也就是「天之道」。雖然，這種道德極致的表現，乃一聖人的表現。但大眾只是一般人，於未達聖賢修養前，當如何行止？此時，有志者可由「思誠」入手⁹⁴，日日老老實實的面對本心，日久功深，即可漸漸擴充不忍人之心，並盡力去實踐人之本心本性，這就是「人之道」了。

5. 主政者利與百姓同之

前述者都是個人倫理的修持，對於主政者當如何踐履之，可由下文《孟子》文中得知，即齊宣王聽了孟子的王政理論後，齊宣王說：「寡人有疾，寡人好貨。…寡人有疾，寡人好色。」孟子對曰「王如好貨，與百姓同之，於王何有？…王如好色，與百姓同之，於王何有⁹⁵？」《孟子·梁惠王下》

孟子認為主政者有好財貨之利、好色等心並無不可，因為好貨、好色的欲望它是善的？抑是惡的？主要在於它能否彰顯本心，能否推己及人。若主政者能推己好

⁹⁰（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 316。

⁹¹（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁 105。

⁹²（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁 105。

⁹³（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 235。

⁹⁴ 具體的行法，即如曾子所云之：吾日三省吾身，為人某而不忠乎？與朋友交不信乎？傳不習乎？

⁹⁵（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 176。

貨、好色之心以及於人民，則主政者治理天下，有什麼難的？
換言之，孟子認為主政者倫理的踐履，即是利與百姓同之。

三、孟子尊重法律的作用

(一)殺死一個有死罪的人，孟子並不反對

王子墊問曰：「士何事？」，孟子曰：「尚志。」，曰：「何謂尚志？」，曰：「仁義而已矣。殺一無罪非仁也，非其有而取之非義也。居惡在？仁是也；路惡在？義是也。居仁由義，大人之事備矣⁹⁶。」《孟子·盡心上》

王子墊（齊王的兒子，名墊）與孟子有關「士」的行止的問答，孟子回答的重點是：

士(讀書人)要使志行高尚。換言之，仁和義罷了。殺死一個無罪的人，是不仁；不是自己的東西卻去佔有，是不義。...居於仁而行於義，大人的事便齊備了。

反推孟子所言，雖然孟子沒有明說殺死一個有罪的人，是合於仁的，但至少從上引文觀之，殺死一個有死罪的人，孟子並不反對。

(二)即使舜為天子其的父親殺人，執法者亦要依法執行之

桃應問曰：「舜為天子，皋陶為士，瞽瞍殺人，則如之何？」孟子曰：「執之而已矣。」，「然則舜不禁與？」曰：「夫舜惡得而禁之？夫有所受之也。」「然則舜如之何？」曰：「舜視棄天下猶棄敝屣也。竊負而逃，通海濱而處，終身沂然，樂而忘天下⁹⁷。」《孟子·盡心上》

上開問答，孟子的學生桃應問孟子說：「舜做天子，皋陶做法官，假如舜的父親瞽瞍殺了人，那怎麼辦舜做天子，皋陶做法官，假如舜的父親瞽瞍殺了人，那怎麼辦？」

孟子回答的重點是：若瞽瞍殺了人，把他依法逮捕就是了。舜不能夠阻止之，因為皋陶是按所受王命依法辦事。這時，舜該拋棄天子之位看得像拋棄破鞋子一樣。偷偷地背負父親逃走，沿著海濱住下來，終身逍遙，快樂得忘掉曾經做過天子的事情。

由上引文可知，孟子認為，即使國王之父殺人，執法者亦要依法逮捕之。至於對父之孝道，該國王只好放下主政者之位，偷偷地背負父親逃走，找個地方隱藏起來，與父親過逍遙的日子。

(三)孟子當時私人復仇在當時社會中仍普遍流行

孟子曰：「吾今而後知殺人親之重也：殺人之父，人亦殺其父；殺人之兄，人亦

⁹⁶（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁240。

⁹⁷（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁240-241。

殺其兄。然則非自殺之也，一間耳⁹⁸。」《孟子·盡心下》

孟子说：「我如今才知道殺害他人的親人的嚴重性：殺人之父者，人亦殺其父；殺人之兄者，人亦殺其兄。唯然不是自己殺自己的父親和哥哥，但也差不多了。」

趙岐注云：「以惡加人，人必加之，知其重也；...我往彼來，與自殺其親何異哉⁹⁹？」，所以上開孟子所言，顯係指傳統的復仇觀，這樣的復仇原則在當時可能是中國社會中普遍流行的原則，這裡，孟子並未否定復仇的正當性。反而以此復仇觀教人「恕以行仁」，慎行之以免禍及自己的父兄。

(四)政教法度使民不違；禮義教化能得民心

孟子曰：「仁言，不如仁聲之入人深也。善政，不如善教之得民也。善政民畏之，善教民愛之；善政得民財，善教得民心¹⁰⁰。」《孟子·盡心上》

趙岐注云：「仁言，政教法度之言也¹⁰¹。」

朱熹註云：「政，謂法度禁令，所以制其外也。教，謂道德齊禮，所以格其心也¹⁰²。」

綜上，上開仁言、善政云云都是指法令制度而言，孟子認為施政的重點在「得民心」。若只有好的政教法度，只能使民不違法制而已；若能教之以道德禮義，則移風易俗，因民心以教之，故能得民心。

這裡，孟子尊重法律的作用，只是強調禮義教化方能「得民心」。

四、小結

依孟子如上倫理實踐之次第，要真正徹底了解惻隱、羞惡、辭讓、是非之心，是我們的本心、本性，換言之，必須通過道德實踐或體證的工夫。如果只是在言詞上、概念上、或理論上的了解，如果沒在實踐或體證作基礎，依然是不真切的。要言之：

1. 人如果能自覺其本心本性，肯定此「本心本性」，並以發揮「本心本性」為人生目標，此即「尚志」。
2. 人必須能寡欲，使自己不致為欲望所蒙蔽、主宰。
3. 人必須又能擴充此心，盡其本心。

這三方面的工夫做得久了，故得純熟了，人就可以完全自主，外在的榮華富貴、艱難困苦都不能動搖迷惑自己。

至於主政者倫理的踐履，孟子認為，只要是利與百姓同之，推己好貨、好色之心以及於人民，主政者能與民共利，則治理天下無難矣。

孟子尊重法律的作用，他並不反對用刑來殺死一個有死罪的人。孟子並認為，即使國王之父殺人，執法者亦要依法逮捕之。另外，孟子認為施政的重點在「得民心」。若只有好的政教法度，只能使民不違法制而已；若能教之以道德禮義，則移風易俗，因民心以教之，故能得民心。

⁹⁸ (東漢)趙岐注，(宋)孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁250。

⁹⁹ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁116。

¹⁰⁰ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁108。

¹⁰¹ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁108。

¹⁰² (南宋)朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁298。

第三項 荀子以禮為中心的法律倫理學

一、荀子生平

荀子名況，又號孫卿¹⁰³，趙國(今河北省、山西省南部)人。荀子的生卒年代不詳，可能是在公元前約 325 到公元前約 235 年之間¹⁰⁴。司馬遷在《史記》中僅只記載：「荀卿，趙人。年五十始來游學於齊。．．．田駢之屬皆已死齊襄王時，而荀卿最為老師。齊尚修列大夫之缺，而荀卿三為祭酒焉。齊人或讒荀卿，荀卿乃適楚，而春申君以為蘭陵令。春申君死而荀卿廢，因家蘭陵。李斯嘗為弟子，已而相秦。荀卿嫉濁世之政，亡國亂君相屬，不遂大道而營於巫祝，信禳祥，鄙儒小拘，如莊周等又猾稽亂俗，於是推儒、墨、道德之行事興壞，序列著數萬言而卒。因葬蘭陵¹⁰⁵。」《史記·孟子荀卿列傳》

由上記載可知，荀子年五十時於齊襄王（？—前 265 年）在位時曾游學於齊。當時齊國稷下是很大的學術中心，他可能是稷下最後一位大思想家。荀子在齊國曾三度為祭酒，後因讒言而離開到楚國去，當時春申君（？—前 238 年）為楚相，以荀子為蘭陵令。春申君死後而荀卿被廢官職，因此定居於蘭陵。其後著書立說，終老於蘭陵。

不過依《鹽鐵論》記載：「昔李斯與包丘子俱事荀卿，既而李斯入秦，遂取三公，據萬乘之權以制海內，．．．方李斯之相秦也，始皇任之，人臣無二，然而荀卿謂之不食，睹其罹不測之禍也¹⁰⁶」《鹽鐵論·毀學第十八》

李斯（前 284 年—前 208 年）原為荀子生，後入秦，約秦王政十年（前 237 年）李斯的官位才升到了廷尉，開始受到重用。所以至少這時荀子應尚健在，其年約九十矣。其後秦王政用李斯計謀。經二十餘年，而并天下，尊主為皇帝，以斯為丞相（前 221 年）。若此時荀子尚健在，其年已然一百多歲矣，可能嗎？實在令人存疑，故本文以為，上開《鹽鐵論》記載或可折衷採之，以李斯開始受到重用（前 237 年），其後幾年荀子方卒，較為可採。

荀子他的思想集中體現在《荀子》一書，班固在《漢書·藝文志》說其有「孫卿子三十三篇¹⁰⁷。」唐代楊倞更名為《荀子》並為之注¹⁰⁸。

《荀子》一書，今存有三十二篇。但《荀子·堯問篇》末有：「為說者曰：『孫卿不及孔子。』是不然。孫卿迫於亂世，適於嚴刑，上無賢主，下遇暴秦，禮義不行，教化不成，．．．當是時也，知者不得慮，能者不得治，賢者不得使。故君上蔽而無覩，賢人距而不受。然則孫卿懷將聖之心，蒙佯狂之色，

¹⁰³ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 921-922。按卿者乃當時人的尊稱。孫者有謂避漢宣帝諱而改者，有謂荀與孫，古音相通而互用。

¹⁰⁴ 北京大學注釋，《荀子新注》，里仁書局，1983，頁 1。本書附有荀子生平年表，荀子生卒時間有多種說法，依王忠林注譯，《新譯荀子讀本》，三民書局，第 8-9 頁。整理學者不同說法有九種之多，計其最長者為(前 340-前 213)，最短為(前 307-前 245)，故上開荀子生卒僅供參考。

¹⁰⁵ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 921-922。

¹⁰⁶ (西漢)桓寬，《鹽鐵論》，四部叢刊初編，上海商務，冊 19，1936 頁 29。

¹⁰⁷ 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970，頁 104。

¹⁰⁸ (唐)楊倞《荀子注》，諸子叢要，廣文書局，序頁 3。

視天下以愚。《詩》曰：「既明且哲，以保其身。」此之謂也。．．．今之學者，得孫卿之遺言餘教，足以為天下法式表儀，所存者神，所過者化。觀其善行，孔子弗過，世不詳察，雲非聖人，奈何！天下不治，孫卿不遇時也。．．．時世不同，譽何由生？不得為政，功安能成？志修德厚，孰謂不賢乎！」

從上文有直稱「孫卿」者，並且稱荀子的善行連孔子也不過如此，如此之讚譽而與孔子並列，可看出並非出自荀子本身所作。不過，至少自「為說者」之下，可能為荀卿弟子之辭。所以，我們可推測《荀子》一書部分出自荀子，部分為其門人所記。如所以學者勞思光認為〈大略〉至〈堯問〉，多是雜記，必出自後學之手¹⁰⁹。

以下行文，僅就荀子學說中有關法律倫理學部分作介紹。

二、荀子的法律倫理思想

(一)性惡的人性論

世人都知荀子最著名的就是「性惡論」，筆者以為，這只是說若放任自性發展而不去教育之，人會有向惡的可能性，就是因為只是可能性，此亦意謂荀子沒有說出的另一意味：人性本質上或先天上有為善的可能性。若性惡，是指心性是絕對的惡，那也就喪失教化的可能性。所以荀子說：

1.人的本性有向惡的可能性

「人之性惡；其善者偽也。今人之性，生而有好利焉，順是，故爭奪生而辭讓亡焉。．．．故必將有師法之化，禮義之道，然後出於辭讓，合於文理，而歸於治。用此觀之，人之性惡明矣，其善者偽也¹¹⁰。」《荀子·性惡》

這裡荀子直接指出人的本性有向惡的可能性，人之所以為善，是因為人為的教化作用。就人的本性說生來就有好利之心，若放任好利之性自然發展，則會產生爭奪而辭讓的德性就喪失了。．．．所以必須有外在的老師與禮法之教化，因禮義的引導，然後才會出現辭讓的德性，使人合於文理而歸復於安治的秩序，這樣看來，人的本性有向惡的可能，人之所以為善，是因為人為的教化作用。

荀子談性偽之旨者另見諸：

「凡性者，天之就也，不可學，不可事。．．．不可學，不可事，而在人者謂之性；可學而能，可事而成，之在人者，謂之偽。是性偽之分也。」《荀子·性惡》；

「生之所以然者謂之性，．．．不事而自然，謂之性。」《荀子·正名》

上開引文中荀子明白揭示了「偽」就是「人為」的意思。並因此導出「人之性惡，必將待師法然後正，得禮義然後治。」《荀子·性惡》，並且他特別注重人之後天學習教育的作用，即荀子的「禮治」論。

在此可知，荀子雖然主張性惡，但並非主張人性「本質上或先天上」固著於惡而不可教化的「人性本惡」論；而是，荀子所云「性惡」乃指「人性本質上或先天

¹⁰⁹ 勞思光，《新編中國哲學史學(一)》，臺北：三民書局，2014，頁317。

¹¹⁰ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊18，頁171。

上有為惡的可能性」！

因為，如果說，人性本質上即是惡的，人若是「必然性」的惡，則「人」全然沒有教育使之向善的可能性了，這樣顯然與荀子的「禮治」論相矛盾。所以「人之欲為善」正好證明“人之性惡”（「人性有為惡的可能性」）。

「凡人之欲為善者，為性惡也。…今人之性固無禮義，故彊學而求有之也；性不知禮義，故思慮而求知之也。然則生而已，則人無禮義，不知禮義。人無禮義則亂，不知禮義則悖。然則生而已，則悖亂在已。用此觀之，人之性惡明矣。」《荀子·性惡》

也因為「性惡」是指人性有為惡的「可能性」，而所以人才有因為教化、學習而改變的「可能性」。此從《荀子》一書首篇即是「勸學」，便可看出荀子對學習及教化的重視。又因為，人雖然有惡的「可能性」，但也同樣意謂者，人可透過教化、學習而改變惡的「可能性」；人，向善是「可能」的。所以，不學習、不受教化，自我選擇了惡的「可能性」，這才是可責難的地方，依此，法治上，荀子主張「先教後懲」即立基於上開人性的「性惡」只是「可能性」，才有辦法用人為的禮義教化而具為善的「可能性」。若是人性絕對的惡，就沒有教化為善的「可能性」了。

日本學者重澤俊郎即認為，非難性惡論者不得為善，這是將荀子性惡論解說為絕對的善惡的意義下錯誤的解釋導致。性惡論者也可以利己的目的為手段，而達成世人所謂的善行¹¹¹。如此見解，本文深表讚同。

2.就人性而言，聖人與凡夫大眾皆同

「故聖人之所以同於眾，其不異於眾者，性也；所以異而過眾者，偽也。…然則禮義積偽者，豈人之本性也哉！凡人之性者，堯舜之與桀跖，其性一也；君子之與小人，其性一也¹¹²。」《荀子·性惡》

就人性而言，聖人與凡夫大眾皆同，所不同者在於後天的化性起偽。…因為禮義積偽者，並非人的本性！凡是人的本性者，聖者如堯舜、壞者如桀跖，他們的「本性」都是一樣的；君子與小人，他們的「本性」也都是一樣的。

3.如果性善，人何必有聖人的禮義教化

「孟子曰：『人之性善。』曰：是不然。凡古今天下之所謂善者，正理平治也；所謂惡者，偏險悖亂也；是善惡之分也矣。今誠以人之性固正理平治邪，則有惡用聖王，惡用禮義哉？雖有聖王禮義，將曷加於正理平治也哉？…是聖王之治而禮義之化也。…用此觀之，然則人之性惡明矣，其善者偽也¹¹³。」《荀子·性惡》

從上引文可知，荀子認為：孟子所謂『人之性善。』是不對的。現代的人果真

¹¹¹ 重澤俊郎，周漢思想研究，東京：大空社，1998，頁 123。

¹¹² (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 173、175。

¹¹³ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 547。

(唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 173-174。

不用聖人的禮義教化了？如果性善是對的，人何必有聖人的禮義教化？就是因為人之性惡，聖王才會制定禮義以教化人民。

4.小結

從上所述可知，荀子認為：「性惡」是指人性有為惡的「可能性」，就是它只是「可能性」，所以人才有因為教化、學習而改變的「可能性」。依此，荀子主張「先教後懲」即立基於上開人性「性惡」的「可能性」上。若是人性絕對的惡，就沒有教化為善的「可能性」了。

(二)道德的起源

既然每個人如果生來就是有「性惡」的「可能性」，那道德又起源於什麼呢？荀子指出：

第一，人們為了生存，有必要合作互助

「百技所成，所以養一人也。而能不能兼技，人不能兼官，離居不相待則窮¹¹⁴。」《荀子·富國》、「人…，力不若牛，走不若馬，而牛馬為用，何也？曰：人能群，彼不能群也。…一則多力，多力則彊，彊則勝物¹¹⁵。」《荀子·王制》

綜上引文，荀子說明，人是社會的動物，不能獨自一人會所有的生活技能；而且人在體力上不如牛，跑也沒有馬快，但牛馬卻為人們所使用，就是因為人們為了生存而相互合作。因為能群體合作，所以人才會勝過其他動物。

第二，人們要有社會組織。而此社會組織之行為規則就是「禮」

「人之所以為人者，非特以其二足而無毛也，以其有辨也。夫禽獸有父子而無父子之親，有牝牡而無男女之別。故人道莫不有辨，辨莫大於分，分莫大於禮，禮莫大於聖王¹¹⁶。」《荀子·非相》

這裏荀子指出了，人與禽獸最大的區別，在於「辨」，即辨別的能力。所以人有父子父子之親，男女之別；而動物雖然也有父子、牝牡，但沒有父子之親，男女之別。而人的社會其辨別，沒有比分等類更重要的，而其分的依據則在於禮，禮的起源來自於聖王。換言之，社會關係是「人為」的精神創造，即「禮」的作用，而「禮」為一種繩墨、規矩，引法入禮。所以才說「禮者，法之大分，類之綱紀也。」《荀子·勸學》

而禮的起源，是因為聖明的先王制禮義，用以防制私欲無所節制、欲欲相爭而生之亂象。因為人都有欲，但若放欲而無所節制，則私利相爭必生亂象，而為使物質與私欲兩者得以調和，增長，必定要制禮義以節之。所以荀子說：

「禮起於何也？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能不爭。爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給

¹¹⁴ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 62。

¹¹⁵ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 56。

¹¹⁶ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁 50。

人之求，使欲必不窮乎物，物必不屈於欲，兩者相持而長，是禮之所起也¹¹⁷。」《荀子·禮論》

禮的起源來自於哪兒？人生而有各種的欲望，欲求不得滿足，則不能不向外求之，追求欲望而無度量分界，則人與人間不能不起紛爭。有爭則亂，一亂則大家反而什麼都得不到了。聖王厭惡沒有秩序的亂世，所以制定禮義來規範分配的標準，依此規範，人人各有分配的職份，生產自然充裕，再按其才能職份，作合理的分配，使人人的欲望都得到一定的滿足，這樣，不會因物資不足而不能滿足欲望，物資也不會因為人們無限的欲望而竭盡，如此一來，物資和欲求，兩者相輔相成，這就是先王制禮的目的。

第三，禮義是聖王思慮而得的

「古者聖王以人性惡，以為偏險而不正，悖亂而不治，是以為之起禮義，制法度，以矯飾人之情性而正之，以擾化人之情性而導之也，始皆出於治，合於道者也。．．．性不知禮義，故思慮而求知之也¹¹⁸。」《荀子·性惡》

從上引文可知，荀子認為：聖王因為人的性惡，所生的悖亂而不治，才想要為人們制定禮義規範。但人的本性並不知禮義為何，所以禮義是聖王深思熟慮之後才得知的。

相同意旨者，另可見諸：

「聖人積思慮，習偽故，以生禮義而起法度，然則禮義法度者，是生於聖人之偽，非故生於人之性也。．．．故聖人化性而起偽，偽起而生禮義，禮義生而制法度；然則禮義法度者，是聖人之所生也¹¹⁹。」《荀子·性惡》

聖人積累思慮，習於作為智識明達，因應人類須要而制定禮義，又依禮義而制定法制規範，那麼，所謂禮義法度者，是出於聖人之造作，並非本來就生於人之本性。．．．禮義法度，是聖人之所產生的。

(三)義、辨即禮之實踐

1. 「辨」是人與禽獸之別

「人之所以為人者，非特以其二足而無毛也，以其有辨也。．．．故人道莫不有辨。辨莫大於分，分莫大於禮¹²⁰。」《荀子·非相》

荀子以為，人之所以為人，人與禽獸之的分別，以人具有辨別的能力，是其重要特徵。但人當依何而「辨」？據何而「分」？其根本就是，據「禮」而「分」；依「禮」而「辨」。

¹¹⁷ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁231。

¹¹⁸ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁289-290、293。

¹¹⁹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁544-545。

(清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁289、292。

¹²⁰ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁50。

2. 「義」以分之則勝萬物

「力不若牛，走不若馬，而牛馬為用，何也？曰：人能群，彼不能群也。人何以能群？曰：分。分何以能行？曰以義故。義以分則和，和則一，一則多力，多力則彊，彊則勝物；故宮室可得而居也。故序四時，裁萬物，兼利天下，無它故焉，得之分義也¹²¹。」《荀子·王制》

人的力比牛小，跑的不如馬快，為什麼牛馬被人們所支配使用呢？其中最重要的是人能合群，而人能和諧地營造群體生活，團結克服困難的關鍵是：「義」以分之。有合於公平正義的分配制度，大家才能和平地團結為一體，能團結為一體，自然力量強大，可以克服各種困難。

3. 「義」勝「利」者為治世

「義與利者，人之所兩有也。雖堯舜不能去民之欲利；然而能使其欲利克其好義也。雖桀紂不能去民之好義；然而能使其好義不勝其欲利也。故義勝利者為治世，利克義者為亂世。上重義則義克利，上重利則利克義¹²²。」《荀子·大略篇》

荀子認為，公義與私利，人們此兩種特性都具有之。即使是聖人，也無法全然去除人們的利己之心，即使是暴君，也不能讓人們喪失追尋公義之心。重要的是，只要人們追尋公義之心勝過利己之心，則治世可期。

但如何使得如此？只有在上位的統治者注重並踐行公義，即可使利己之心則居弱；反之，若統治者只注重自己之私利，所謂上有所好下必從之，如此，要如何令人們踐行公義？

綜上，荀子上文中強調據「禮」、合「義」為辨、分的依據，雖然「利」亦為人性所具有，但「治世」、「亂世」之別，就在私利與公義兩者以孰為重。凡是「治世」，該社群中人的行為，以「義」為出發。反之「亂世」，該社群中人的行為，以個人的私「利」為考量。所以，我們或可以得出「義」與「利」的倫理之「辨」中，荀子抉擇的標準：在私利與公義衝突時，當以「公義」為優位。換言之，追求私利是被允許的，只是須要「以義制利」，若純私利，則利利交相爭，則為亂之源。

(四) 禮以順人心為本

「禮以順人心為本，故亡於禮經而順於人心者，皆禮也¹²³。」《荀子·大略》

禮以順乎人心的原理為本，所以即使〈禮經〉所未記載的，只要合於人心之理者，仍然是禮之所取的。這裡，荀子認為：隨著社會變遷，人心也有所不同，禮也要順應社會而作改革。

楊倞注云：「禮記曰禮者義之實也，協諸義而協，則禮先王未之有，可以義起也

¹²¹ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 56。

¹²² (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 195-196。

¹²³ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 605。

(清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁 324。

124。」

換言之，即使是先王未有之禮儀規範，只要順於人心而合於義的原則，即可導出新的禮儀規範。

(五)法的地位

在《荀子》中法亦佔重要的地位，茲析述如次：

1.法，是治國的根本

「法者、治之端也；君子者、法之原也。故有君子，則法雖省，足以遍矣；無君子，則法雖具，失先後之施，不能應事之變，足以亂矣。不知法之義，而正法之數者，雖博臨事必亂¹²⁵。」《荀子·君道》

法，是治國的根本；而君子是法之本原。所以沒有執法的君子，即使有完善的法律也會是亂世。不明白立法的根本義理，而想要正確修訂法律條文的人，即使是博學之人，碰到具體案件時，必然會混亂出錯。

相同意旨者，另可見諸：

「禮義者，治之始也；君子者，禮義之始也¹²⁶。」《荀子·王制》

從上引文可知，這裡，荀子把法與禮義都認為是治國的端始，法與禮義居於等同的重要地位，但我們不會認為他是法家，因為荀子強調「君子者、法之原也」，沒有執法的君子，即使有完善的法律也會是亂世，主張人治，這就是荀子不同於法家的地方。

又荀子認為「禮義生而制法度」《荀子·性惡》，因此「法」在其學說上亦具相當之重要性，荀子指出，法是人根據禮義原則制定出來的，因此治理國家的關鍵是「人」不是「法」，有了好的統治者才能使國治。所以荀子又說「君子者，法之原也」、「法不能獨立、類不能自行」《荀子·君道》。

2.荀子所言法者常常包含有禮之意味

「好法而行，士也；篤志而體，君子也；齊明而不竭，聖人也。人無法，則佹佹然；有法而無志其義，則渠渠然；依乎法，而又深其類，然後溫溫然。禮者、所以正身也，師者、所以正禮也¹²⁷。」《荀子·修身》

從上引文可知，荀子認為：愛好禮法而實踐者是士人；能意志堅定身體力行者是君子；能思慮敏捷，應變不窮的是聖人。人無禮法，則佹佹然不知所措；有禮法而不識統類之義，則渠渠然無法應付具體個案；只有依乎禮法，而又深明禮法之統類，然後才溫溫然從容不迫地應對。所以禮者，是用來端正身體與思想行為的；師

¹²⁴ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 191。

¹²⁵ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 263。

¹²⁶ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁 102。

¹²⁷ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 12。

者，是幫助我們正確明白禮的規範的老師。

相同法字包含有禮之意味者，另可見諸：

「故隆禮，雖未明，法士也；不隆禮，雖察辯，散儒也¹²⁸。」《荀子·勸學》

所以能崇尚禮的人，能使生活與禮法結合，雖未明禮之統類，仍不失為遵守法禮之士；反之，不能崇尚禮的人，不能使生活與禮法結合者，雖能明白禮之統類，仍不失為不守法禮之無用的讀書人。

3.有法者以法行，無法者以類舉

「故法而不議，則法之所不至者必廢。．．．故公平者，聽之衡也；中和者，聽之繩也。其有法者以法行，無法者以類舉，聽之盡也¹²⁹。」《荀子·王制》

凡是法律規範若不議論它的明確意旨及適用範圍，則法律規範沒有明確規範的地方，就必然會廢弛出差錯。．．．所以，公平，是聽政的標準；態度中和適宜，是聽政的是聽政的準繩。事件有法律規範者，依法行之；事件無法律規範者，以相似之法律類推去處理，聽政之道，如此最好了。

4.荀子之法治仍有士族及庶民之分

「禮者，貴賤有等；長幼有差，貧富輕重皆有稱者也。．．．由士以上則必以禮樂節之，眾庶百姓則必以法數制之¹³⁰。」《荀子·富國》

從上引文可知，荀子認為：禮就是貴賤要有等分；長幼要有差別，貧富輕重都有相稱的區分。．．．所以由士以上之人，要以禮樂節制之，一般民眾百姓則必須用法律來制裁之。

換言之，荀子之法治仍有士族及庶民之分，士以上之人，以禮樂節制之，一般百姓則用法律來制裁之。

綜上，荀子特別著重禮義的規範作用，就是因為荀子上開思想仍以「人治」及「禮」為其思想核心，這樣，荀子雖重視「法治」，他的思想仍極具有儒家的特色。

(六)刑的作用

如上所述，荀子雖然特別著重於禮的作用，但刑的作用在《荀子》中亦佔重要的地位，茲析述如次：

1.少年為惡者亦可加刑處罰

「偷儒憚事，無廉恥而嗜乎飲食，則可謂惡少者矣；加惕悍而不順，險賊而不

¹²⁸ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁16。

¹²⁹ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊18，1936，頁51。

¹³⁰ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁115。

弟焉，則可謂不詳少者矣，雖陷刑戮可也¹³¹。」《荀子·脩身》

上文不詳少者，王先謙《荀子集解》中認同祥字¹³²。

白話言之，若少年懦弱、怠惰、畏懼勞苦之事，沒有廉恥而只愛吃喝飲食，這可稱惡少了；如果再加上兇悍而不順從，作出陰謀賊盜之事者，這就是不祥少年了，這時對此等少年施加刑罰誅戮也是應該的。

《荀子》本章講的是脩身的重要性，少年若不脩身，可能成為好吃懶惰的惡少，更進一步會變成荀子所謂的不祥的少年犯罪者。荀子上開見解，也許是歷史上最早對於少年犯罪發表對治看法的學者了。

2. 刑罰輕重因時代之治亂而變

「故治則刑重，亂則刑輕，犯治之罪固重，犯亂之罪固輕也。《書》曰：『刑罰世輕世重。』此之謂也¹³³。」《荀子·正論》

社會安治刑罰必重，人因此不敢犯罪，可期於無刑；社會動亂刑罰必輕，人因亂世而多不得不輕易犯罪者，所以不得不輕刑；在安定的社會，因犯罪者少，所犯者影響力較大，因此，刑罰必定是重的；在動亂的社會，因犯罪者多，犯罪者影響力較小，因此，刑罰必定是輕的；《書經》上說：『刑罰隨著時代有的世代輕，有的世代重。』就是這個道理。

從上引文可知，荀子認為：刑罰輕重因時代之治亂而變，這與多數者同。但荀子「治則刑重，亂則刑輕」的看法恰好與一般「亂世用重典」者相反，值得深思之。

3. 統治者必先正身守法，先教化再刑罰

「必先脩正其在我者，然後徐責其在人者，威乎刑罰。．．．故不教而誅，則刑繁而邪不勝；教而不誅，則姦民不懲¹³⁴。」《荀子·富國》

統治者必修正自身守法，然後再慢慢責求別人，這樣的威力比刑罰還大。．．．若不先教化就加誅罰，則即使用刑繁多，邪惡的事也不能制止；已經施行教化，若不依所教者而加誅罰，則為惡的姦民沒有得到該當的懲罰。

綜上，荀子之意乃指：統治者必正身守法，先行教化，再加刑罰。

相同先教化再刑罰的意旨，另可見諸：

「臨事接民，而以義變應，寬裕而多容，恭敬以先之，政之始也。然後中和察斷以輔之，政之隆也。然後進退誅賞之，政之終也。故一年與之始，三年與之終。．．．《書》曰：『義刑義殺；勿庸以即，女惟曰：未有順事。』言先教也¹³⁵。」《荀子·

¹³¹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 35。

¹³² (清)王先謙，《荀子集解》，藝文印書館，2000，頁 148。

¹³³ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 393。

¹³⁴ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁 123-124。

¹³⁵ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 306。

致士》

治理政事與人民接洽，要能以「義」來應變，態度寬厚而能容納不同意見，以恭敬以的態度先之，這是為政之始。然後以中正平和的立場去察斷事情，去輔導人民，這是為政之中。然後就所調查的結果來進行退誅賞，這是為政之終。．．．

《書》曰：『即使是該當的義刑義殺；也不要立即執行，統治者要自謂：這是自己施政未盡其責才有此事發生。』這就是在說先教後刑的道理。

4. 刑罰具有一般威嚇性及特別的教育性

「王者之論：．．．析愿禁悍，而刑罰不過。百姓曉然皆知夫為善於家，而取賞於朝也；為不善於幽，而蒙刑於顯也。．．．序官：．．．抃(ㄅㄢˋ)急禁悍，防淫除邪，戮之以五刑，使暴悍以變，姦邪不作，司寇之事也¹³⁶。」《荀子·王制》

統治者的定論是：．．．制裁狡詐的人，禁止凶暴之徒，而刑罰不過度嚴厲。讓百姓都知曉明白，為善於家，會得到政府的賞賜；即使在幽暗處作壞事，也會蒙受公開的刑罰。．．．

統治者的序官之法：．．．制裁狡詐的人，禁止凶暴之徒，防止淫穢去除邪惡，用墨、劓、剕、宮、大辟等五刑來戮罰之，可使暴悍之徒受教訓而改變，而一般姦邪之事也不發生，這是掌理刑戮的官司寇的職責。

從上引文可知，荀子認為刑罰要公開執行，以達威嚇一般人民的作用，另外，又希望用墨、劓、剕、宮、大辟等五刑達到改變暴悍之徒的效果，即類似今日之特別預防。換言之，刑罰具有一般威嚇性及特別的教育性。

5. 仁慈的統治者刑法規定必合於正義

「故用國者，義立而王，信立而霸，權謀立而亡。．．．。挈(ㄑㄧˋ)國以呼禮義，而無以害之，行一不義，殺一無罪，而得天下，仁者不為也。．．．所與為之者，之人則舉義士也；所以為布陳於國家刑法者，則舉義法也¹³⁷。」《荀子·王霸》

統治者以「義」立國則可以稱王天下，以「信」立國則可以稱霸天下，以「權謀」立國則會亡國。．．．統治者領導全國人民都向禮義之路，而不做危害禮義的事，行一件不義之事，殺一無罪之人，而得天下，仁者是不為的。．．．所有參與政事者都是正義之人；所宣布於國家的刑法規定必合於正義。

簡言之，荀子認為：仁慈的統治者刑法規定必合於正義。

6. 治世刑罰要從重

「故古者聖人以人之性惡，以為偏險而不正，悖亂而不治，故為之立君上之執以臨之，明禮義以化之，起法正以治之，**重刑罰以禁之**，使天下皆出於治，合於善

¹³⁶ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁101、108。

抃急禁悍即析愿禁悍，指制裁狡詐的人，禁止凶暴之徒。

¹³⁷ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁131。

也¹³⁸。」《荀子·性惡》

古代的聖人因人的性惡，所以為天下建立君上之勢來駕馭人民，明訂禮義規範來教化人民，制定法律正義地治理人民，設置重的刑罰以禁止人民為惡，使天下都出於平治，合於良善。

「故治則刑重，亂則刑輕，犯治之罪固重，犯亂之罪固輕也¹³⁹。」《荀子·正論》
荀子認為治世刑罰有其效用，人懼怕刑法而不敢犯罪，這時用重刑可期於無刑。反之，亂世時刑罰其效用少，因犯罪者眾多而不能用重刑，故不得不輕刑。

從上二 段引文可知，荀子雖著重禮治，但當時已有重刑的傾向。

7. 罪刑要相當

「刑稱罪，則治；不稱罪，則亂¹⁴⁰。」《荀子·正論》
罪與刑相當，人民就不敢犯罪，社會就會安治。反之，罪與刑不相當，則人民就輕易就犯罪，社會就會混亂。

相同罪刑相當之意旨者，另可見諸：

「治古不然。凡爵列、官職、賞慶、刑罰，皆報也，以類相從者也¹⁴¹。」《荀子·正論》

古代治世，凡是爵列、官職、賞慶、刑罰，皆是善有善報，惡有惡報，各以其行事的善惡為準，相稱地決定其賞罰的。

「故刑當罪則威，不當罪則侮；爵當賢則貴，不當賢則賤。古者刑不過罪，爵不踰德¹⁴²。」《荀子·君子》

刑罰與所犯之罪輕重相當，則人會畏懼刑罰的威嚇；刑罰與所犯之罪輕重不相當，則人會輕視怠慢，刑罰的威嚇性就會喪失；官位的給與也要與人的賢與不賢相稱。古代，刑罰不超過所犯之罪，官位的給與也要與德性相符。

從上引文可知，荀子認為：刑罰要與所犯之罪輕重相當，刑罰才有威嚇性。

8. 明德慎罰，國家治平

「治之經，禮與刑，君子以脩百姓寧。明德慎罰，國家既治四海平¹⁴³。」《荀子·成相》

禮與刑是治理國家的根本，統治者要修明禮與刑，國家百姓才會安寧。統治者

¹³⁸ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 174。

¹³⁹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 393。

¹⁴⁰ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 127。

¹⁴¹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 393。

¹⁴² (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 179。

¹⁴³ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁 307。

要修明自己的德性，慎重刑的執行，國家就會安治，四海就會太平。

從上引文可知，治理國家的經緯法則就是禮與刑；就刑的執行而言，荀子認為：主政者要明德慎罰，國家才會治平。

9. 刑罰的最高境界是置而不用

「故刑一人而天下服，罪人不郵其上，知罪之在己也。是故刑罰省而威流，無它故焉，由其道故也。古者帝堯之治天下也，蓋殺一人，刑二人，而天下治。傳曰：『威厲而不試，刑錯而不用。』此之謂也¹⁴⁴。」《荀子·議兵》

統治者用刑來處罰一個人，而受刑者不怨恨之，乃因為受刑者知道犯罪的原因出在己身。所以刑罰可以節省，並且刑罰的威嚇性如流水一樣暢通無阻，這沒有其他的緣故，就是依道而行的緣故。就如古代帝堯之治天下時，只殺一人，刑罰二人，而天下就已安治。古傳說：『刑律威厲而沒有人敢以身試法，所以刑罰雖有設置，但不去用它。』就是這個道理。

換言之，荀子認為：刑罰的最高境界是置而不用。

(七) 人治為先，法治為後

1. 法不能獨立；得其人則存，失其人則亡

「有亂君，無亂國；有治人，無治法，羿之法非亡也，而羿不世中；禹之法猶存，而夏不世王。故法不能獨立，類不能自行；得其人則存，失其人則亡¹⁴⁵。」《荀子·君道》

有導致混亂的國君，沒有必定混亂的國家；

有能使國家安定的人，沒有使國家自行安定的法；

善於射箭的羿，他的射箭方法並未亡失，但世上沒有看至到如羿一般善於射箭的人；

夏朝的大禹所制定的法如今猶存，而夏朝如今已經不存在了；

所以若光只有法制，它本身並不能自立自行，依法類推也不能自己進行；

這是因為法必須要有善於治國之人才能推行，沒有善於治國之人推行之，法制本身沒有辦法產生作用。

荀子指出，法治的關鍵是「人」不是「法」，有了好的統治者才能使國治。

法制本身不能獨立；得其人則存，失其人則亡。

2. 以不善至者待之以刑

「聽政之大分：以善至者待之以禮，以不善至者待之以刑。．．．故有良法而亂者，

¹⁴⁴ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁188-189。

¹⁴⁵ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁263。

有之矣，有君子而亂者，自古及今，未嘗聞也¹⁴⁶。」《荀子·王制》

處理政事的要領是：懷著善意而來的待之以禮，懷著惡意而來的待之以刑。如此區分賢者與不肖者不會混雜，是非不會混亂，國家就會安治。．．．有良好的法制規定而亂的情形，是有可能的；國家有君子為統治者而亂的情況，自古及今，未嘗聽到過。

顯然，這裡荀子認為國家有君子賢者統治，比只有良好的法制規定來得重要。

(八)統治者為民之公僕

「天之生民，非為君也；天之立君，以為民也。故古者，列地建國，非以貴諸侯而已；列官職，差爵祿，非以尊大夫而已¹⁴⁷。」《荀子·大略》

上天生育了民眾，並為其設立了統治者，統治者是要為民之公僕的。建立國家，是為了治理人民，不是為了尊貴諸侯而已；設列官職，差等爵祿，是為了人民服務的，並非以尊大夫而已。

若統治者不是要為民之公僕，而是專為一己之私的暴虐無道者，這時人民又當如何？荀子是這樣說明君主與人民的關係：

「君者、舟也，庶人者、水也；水則載舟，水則覆舟¹⁴⁸。」《荀子·王制》

換言之，君主與人民的關係，就如水和舟一樣，水能載舟，水亦能覆舟。所以，統治者的施政及立法，怎能不注重人民的心聲呢？

三、小結

綜前所述，簡要條列荀子法律倫理思想如次：

(一)荀子之「性惡論」是指可能性而非絕對的性惡

荀子最著名的「性惡論」，筆者以為，這只是說若放任自性發展而不去教育之，人會有向惡的可能性，就是因為只是可能性，此亦意謂荀子沒有說出的另一意味：人性本質上或先天上有為善的可能性。若性惡，是指心性是絕對的惡，那也就喪失教化的可能性。

(二)反對孟子性善說

荀子認為：孟子所謂『人之性善。』是不對的。現代的人果真不用聖人的禮義教化了？如果性善是對的，人何必有聖人的禮義教化？就是因為人之性惡，聖王才會制定禮義以教化人民。

¹⁴⁶ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁96。

¹⁴⁷ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁622。

¹⁴⁸ 蔣南華等譯註，《荀子》，臺北：臺灣書店，2007，頁173。

(三)禮義法度者，是出於聖人之造作

「聖人積思慮，習偽故，以生禮義而起法度，然則禮義法度者，是生於聖人之偽，非故生於人之性也。¹⁴⁹。」《荀子·性惡》

聖人積累思慮，習於作為智識明達，因應人類須要而制定禮義，又依禮義而制定法制規範，那麼，所謂禮義法度者，是出於聖人之造作，並非本來就生於人之本性。．．．禮義法度，是聖人之所產生的。

(四)據禮合義為辨與分的依據

荀子上文中強調據「禮」、合「義」為辨、分的依據，雖然「利」亦為人性所具有，但「治世」、「亂世」之別，就在私利與公義兩者以孰為重。凡是「治世」，該社群中人的行為，多以「義」為出發。反之，「亂世」中該社群中人的行為，多以個人的私「利」為考量。所以，我們或可以得出「義」與「利」的倫理之「辨」中，荀子抉擇的標準：在私利與公義衝突時，當以「公義」為優位。換言之，追求私利是被允許的，只是須要「以義制利」，若純私利，則利利交相爭，則為亂之源。

(五)禮法，是治國的根本

「法者、治之端也；君子者、法之原也。故有君子，則法雖省，足以遍矣；無君子，則法雖具，失先後之施，不能應事之變，足以亂矣¹⁵⁰。」《荀子·君道》
法，是治國的根本；而君子是法之本原。所以沒有執法的君子，即使有完善的法律也會是亂世。

相同意旨者，另可見諸：

「禮義者，治之始也；君子者，禮義之始也¹⁵¹。」《荀子·王制》

從上引文可知，這裡，荀子把法與禮義都認為是治國的端始，法與禮義居於同等的重要地位，但我們不會認為他是法家，因為荀子強調「君子者、法之原也」，沒有執法的君子，即使有完善的法律也會是亂世。

主張人治，這就是荀子不同於法家的地方。

(六)荀子除了著重於禮的作用外，亦重視刑的作用

荀子除了著重於禮的作用外，刑的作用在《荀子》中亦佔重要的地位，如前所述之要點如次：

1. 少年為惡者亦可加刑處罰。
2. 刑罰輕重因時代之治亂而變：

荀子認為：刑罰輕重因時代之治亂而變，這與多數者同。但荀子「治則刑重，亂則刑輕」的看法恰好與一般「亂世用重典」者相反，值得深思之。

3. 統治者必先正身守法，先教化再刑罰。

¹⁴⁹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 544-545。

¹⁵⁰ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 263。

¹⁵¹ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，頁 56。

4. 刑罰具有一般威嚇性及特別的教育性:

荀子認為刑罰要公開執行，以達威嚇一般人民的作用，另外，又希望用墨、劓、剕、宮、大辟等五刑達到改變暴悍之徒的效果，即類似今日之特別預防。

換言之，刑罰具有一般威嚇性及特別的教育性。

5. 仁慈的統治者刑法規定必合於正義

「故用國者，義立而王，．．．行一不義，殺一無罪，而得天下，仁者不為也．．．所與為之者，之人則舉義士也；所以為布陳於國家刑法者，則舉義法也¹⁵²。」《荀子·王霸》

統治者以「義」立國則可以稱王天下，．．．統治者行一件不義之事，殺一無罪之人，而得天下，仁者是不為的．．．所有參與政事者都是正義之人；所宣布於國家的刑法規定必合於正義。簡言之，荀子認為：仁慈的統治者刑法規定必合於正義。

6. 治世刑罰要從重

「故治則刑重，亂則刑輕，犯治之罪固重，犯亂之罪固輕也¹⁵³。」《荀子·正論》可見，荀子雖著重禮治，但當荀子身處戰國末期，時已有重刑的傾向。

7. 罪刑要相當

「刑稱罪，則治；不稱罪，則亂¹⁵⁴。」《荀子·正論》

罪與刑相當，人民就不敢犯罪，社會就會安治。反之，罪與刑不相當，則人民就輕易就犯罪，社會就會混亂。

8. 明德慎罰，國家治平

「治之經，禮與刑，君子以脩百姓寧。明德慎罰，國家既治四海平¹⁵⁵。」《荀子·成相》

禮與刑是治理國家的根本，統治者要修明禮與刑，國家百姓才會安寧。統治者要修明自己的德性慎重刑的執行，國家就會安治。四海就會太平。

9. 刑罰的最高境界是置而不用

「古者帝堯之治天下也，蓋殺一人，刑二人，而天下治。傳曰：『威厲而不試，刑錯而不用。』此之謂也¹⁵⁶。」《荀子·議兵》

¹⁵² 北大哲學系注釋，《荀子新注》，臺北：里仁書局，1983，頁196-197。

¹⁵³ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁393。

¹⁵⁴ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁393。

¹⁵⁵ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁307。

¹⁵⁶ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊18，1936，頁108-109。

(七)統治者為民之公僕

「天之生民，非為君也；天之立君，以為民也。故古者，列地建國，非以貴諸侯而已；列官職，差爵祿，非以尊大夫而已¹⁵⁷。」《荀子·大略》

荀子認為天的生育人民，不是為君主而存在；天之所以設立君主，是要為人民服務的，換言之，統治者是為民之公僕而存在的。

若統治者專為一己之私，暴虐無道，這時荀子說：

「君者、舟也，庶人者、水也；水則載舟，水則覆舟¹⁵⁸。」《荀子·王制》

換言之，水能載舟，亦能覆舟。統治者不注重人民的心聲的結果，就是為人民所傾覆！這裡雖然沒有談到人民革命，但實際上已蘊涵革命的意味了！

(八) 孔子、孟子及荀子等之人性論

先秦儒家的代表人孔子、孟子及荀子等之法律倫理思想所述如上。

以下本文簡單的就其等的人性論部分作結：

孔、孟、荀其等的共性都是以人為本，認為人有教育的可能性，只是因時代由春秋初始的禮的崩解，一直走向戰國的動亂，所以孔子講仁，孟子重義，荀子時仁義已不足以說服諸侯，所以只好崇禮尚法，這是順應時代的不得不然。

所以孔子提出「仁遠乎哉？我欲仁，斯仁至矣¹⁵⁹。」《論語·述而》

「仁」雖離我們不遠，但行者若沒有「我欲」、「我想要仁」的心念，「仁」就不會來了！就是因為「仁」內在於生命本性中，想要行仁的「心」決定一切，只要是我主動行仁，立即能達到行仁的情境。所以，孔子並未將人性固定其性旨，本文認為孔子的人性觀是中性的，即指的是人的本性中都有「仁」的可能性。

人性論，就荀子而言，他主張「人性本惡」論；「性惡」乃指「人性本質上或先天上有為惡的可能性」，所以，荀子說：

「百姓，積善而全盡，謂之聖人...故聖人也者，人之所積也¹⁶⁰。」《荀子·儒效》

人可以累積善德達到完全盡善之境，這樣就可謂聖人了。...所以，聖人乃由一般人所累積善德而達到的。

換言之，人類要學禮來制約人的性惡(即人為之偽)，進而引導人們向聖人之善境；反之，若不學禮而隨順私欲，人就會產生種種惡的行為。如此說來，人之學或不學禮，影響人的向善或為惡的因素，即為人可以自由選擇自我的路徑，所以本文認為，荀子主張的「性惡」論，該「性惡」指的是人有為惡或成為聖人的可能性，而非人性本質上是惡。

而依孟子「性善」論，「仁、義、禮、智，非由外鑠我也，我固有之也，弗思耳

¹⁵⁷ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局，1979，頁 622。

¹⁵⁸ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 52。

¹⁵⁹ (魏)何晏集解(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁 64。

¹⁶⁰ (清)王先謙，《荀子集解》，臺北：世界書局，1987，頁 91。

矣！故曰：『求則得之，舍則失之。』或相倍蓰而無算者，不能盡其才者也。…耳目之官不思，而蔽於物；物交物，則引之而已矣。心之官則思，思則得之，不思則不得也¹⁶¹。」《孟子·告子上》

孟子認為仁、義、禮、智，並非由外而來，是我們本有的，只要我們心有想要求得即可得到它，但若內心捨棄了，就失去它，人的善與不善，其間可差一倍到數倍，甚至更多而無法計算，就是因為不能盡其本心本性的緣故。而我們的感官，與外物接觸，則會受到私欲的引誘，此時，心的作用就是思考，「思則得之，不思則不得」。

綜上，孟子認為，人會受到私欲的障蔽，是由於人自心所作的自由的選擇（求或不求；思或者不思），用現代西方哲學中的的用語可稱「自由意志」。因此，人類為什麼會有惡的行為的產生？其惡源係依附人性所生，在本性之外，是「自由意志」受到外物引誘時選擇結果。



¹⁶¹（東漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《孟子注疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，冊 195、1983，頁 245。



第二節 道家之法律倫理學

第一項 老子之法律倫理學

一、老子生平

老子生平及老子究竟是誰，史料上並沒有清楚的交代，按《史記·老子韓非列傳》¹⁶²中之記載：「老子者，楚苦縣厲鄉曲仁里人。姓李氏，名耳，字伯陽，諡曰旦，周守藏室之史也。孔子適周，將問禮於老子。或曰老萊子，亦楚人，著書十五篇，言道家之用，與孔子同時云。蓋老子百有六十餘歲，或言二百餘歲，以其脩道而養壽也。」。所以從史記中「孔子適周，將問禮於老子」的描述，可以知道老子，姓李，名耳，楚國人，曾作過史官，生存時間約與孔子同時代。其他有關老子的事跡，多屬不可考證的傳說。

《老子》一書，班固在《漢書·藝文志》載說「老子鄰氏傳四篇¹⁶³。」，今本《老子道德經》八十一章，以三國時代曹魏王弼（226年—249年）所注為最古。

二、老子倫理學

關於老子倫理學，本文將引述《道德經》原文，再將其作現代之詮釋。

（一）道法自然

「道，可道，非常道。名，可名，非常名¹⁶⁴。」《道德經第一章》
「人法地，地法天，天法道，道法自然¹⁶⁵。」《道德經第二十五章》
「執古之道，以御今之有。能知古始，是謂道紀¹⁶⁶。」《道德經第十四章》

老子認為天地萬物有一定的運行的原理，本來無法用言語來表示，可以用名言表示的即非恒常的真理，但傳達溝通又必須使用語言文字，故只好勉強假名曰「道」。這個「道」，它是至高無上、萬事萬物的根本。道的本身不僅是存在的法則並且也是「當為」的法則¹⁶⁷，所以統治者應效法「道」來治國。人取法地，地取法天，天取法道，道取法於自然，換言之，即宇宙中的萬事萬物都要服從自然法則。

¹⁶² 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁832。

¹⁶³ 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970，頁120。

¹⁶⁴ 朱謙之，《老子校釋》，漢京文化有限公司，1985，頁3。

¹⁶⁵ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁10。

¹⁶⁶ 朱謙之，《老子校釋》，漢京文化有限公司，1985，頁55-56。本書原文為執古之道，以「語」今之有。「以」知古始，是謂道「已」。然而其他流通各本老子《道德經》皆作執古之道，以御今之有。能知古始，是謂道紀。

如：(漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁7。

本文按：有「御」「能」「紀」三字之不同，而短短兩句，前後相連，竟有二「以」字重複，不似老子《道德經》全文簡約用字之風格，況且，誦之甚不流暢，故本文從眾說。

¹⁶⁷ 林文雄，《老莊法律思想》，中央文物供應社，1985，頁30。該書中認應以「人，法地地，法天天，法道道，法自然」才是正確的理解，因道若為最高價值，道又如何再效法自然？

有道的主權者，能「執古之『道』，以御今之有。」也就是說，主權者如能了知並且遵循著早已存在的「道」，就可用來駕馭今天存在的具體事物，因為古今雖有時代先後之不同，但萬事萬物之「道」卻是一貫的。

（二）無為而無不為

老子提出「無為」的態度來治理國家，但「無為」並非放棄一切作為。我們可從下引《道德經》文中得出老子「無為」思想的真意：

「是以聖人處『無為』之事，行不言之教¹⁶⁸。」《道德經第二章》、
「『無為』而無不為¹⁶⁹。」《道德經第四十八章》、
「為『無為』，事『無為』¹⁷⁰。」《道德經第六十三章》、
「民之難治，以其上之『有為』，是以難治¹⁷¹。」《道德經第七十五章》。

綜上引文可知，老子主張「無為」，反對的是人為中違反自然必然的「作為」。世間的主權者，為政事常常強作主宰，違反民意，所以人民才難以治理。老子認為正是因為主政者常常胡作非為，如統治者的政令繁苛，強徵暴斂，不管民意如何，強作妄為，而正是因為主政者不管民意如何，人民所以才會難以治理。反之，如果主權者本身不強作主宰，「無為」地順應民心，則政事順勢自成，此即「無不為」。

參照以下《道德經》其他有關「無為」之原文，更可應證老子之主張：

「我『無為』而民自化¹⁷²。」《道德經第五十七章》
主政者本身不強作主宰，順民意之自然，人民也就自然順化。
「道常無為而無不為。侯王若能守之，萬物將自化¹⁷³。」《道德經第三十七章》
有道的的主權者，政事不強作主宰，以順其民意的態度無為，就可以成就一切利於人民之政事，此即無不為。

那無為及無不為之標準何在？即下述之以百姓心為心。

（三）以百姓心為心的民本思想

「聖人常無心，以百姓心為心¹⁷⁴。」《道德經第四十九章》

河上公云：「聖人重改更，貴因循，若自無心。百姓心之所便，聖人因而從之¹⁷⁵。」
用現代的政治用語翻譯即是，主權者(政府)，所有的政事不強作主宰，一切施政，以民意為準，以民意為先。

「天之道，利而不害；聖人之道，為而不爭¹⁷⁶。」《道德經第八十一章》

天生萬物，愛之育之，有道的的主權者，效法天所施為，服務大眾而不與百姓爭

¹⁶⁸ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985年10月，初版，頁10。

¹⁶⁹ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁15。

¹⁷⁰ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985年10月，初版，頁256。

¹⁷¹ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985年10月，初版，頁292。

¹⁷² (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁17。

¹⁷³ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985年10月，初版，頁146。

¹⁷⁴ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁15。

¹⁷⁵ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁15。

¹⁷⁶ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985年10月，初版，頁312。

功。因為：

「天之道，損有餘而補不足。人之道則不然，損不足以奉有餘。孰能有餘以奉天下？唯有道者¹⁷⁷。」《道德經第七十七章》

天之道在均天下而已！所以，有道的主權者，能效法天道來施政，因為他明瞭，自然的規律，是削減富餘的來補給不足的。只有不瞭解「道」的人，才會作出錦上添花之事，所以，主權者也要效法天道，使有富餘的人多些付出(如多繳稅或如多繳健保費、課徵奢侈稅等)，用以補充不足的弱勢者或窮人。

(四)為之於未有，治之於未亂

「為之於未有，治之於未亂¹⁷⁸。」《道德經第六十四章》

「圖難於易，為大於細；天下難事，必作於易，天下大事，必作於細¹⁷⁹。」《道德經第六十三章》

對待大事，要在其細微時就加以處理，對待複雜的事，要在其簡單時就加以處理。因此，對主權者來說，執政理念應重視解決人民細微的紛爭，而不是等到紛爭擴大再來解決；就刑事政策而言，重點在於犯罪的預防，稍有偏差行為即應重視，予以化解，而不是等到成為大盜再來處理。

為之於未有，治之於未亂，顯示老子對於政治法律制度並非完全否定，只是強調天下的難事與大事必起於易與細處，提醒主政者要「圖難於易，為大於細」。

三、小結

綜上所述，老子主張「無為」，反對的是人為中違反自然必然的「作為」。老子倫理思想，在應用於邦國之治上，首重於百姓民心，既知民心所在，一切施政首當以民意為先。而在具體的手段上，必於細微處著手，在事件未亂之初即當加以導之、治之，此為老子「無為」思想應用之重點。

¹⁷⁷ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 22。

¹⁷⁸ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985 年 10 月，初版，頁 259。

¹⁷⁹ 朱謙之，《老子校釋》漢京文化有限公司，1985 年 10 月，初版，頁 259。

第二項 莊子的法律倫理思想

一、莊子及其生平

莊子的生卒年代至今未有定論，莊子的生活年代，一般認為大約是前 370 年—前 290 年¹⁸⁰。約與孟子、梁惠王同時代。

依據司馬遷於《史記》中所記載「莊子者，蒙人也，名周。周嘗為蒙漆園吏，與梁惠王、齊宣王同時。其學無所不闢，然其要本歸於老子之言。故其著書十餘萬言，大抵率寓言也。作漁父、盜跖、胠篋，以詆訛孔子之徒，以明老子之術。...其言洸洋自恣以適己，故自王公大人不能器之。楚威王聞莊周賢，使使厚幣迎之，許以為相。莊周笑謂楚使者曰：「千金，重利；卿相，尊位也。子獨不見郊祭之犧牛乎？養食之數歲，衣以文繡，以入大廟。當是之時，雖欲為孤豚，豈可得乎？子亟去，無污我。我寧遊戲污瀆之中自快，無為有國者所羈，終身不仕，以快吾志焉¹⁸¹。」《史記·老莊申韓列傳》

根據以上記載，莊子名周。是戰國時期宋國¹⁸²之蒙人，曾任漆園吏。楚威王曾以厚幣迎之，許以為相，可是莊子並未接受。其學問思想雖不為老子所限，但確本於老子。

莊子一生都貧困，還曾貸粟於監河侯，結果還被拒絕，對於當時的政治社會表現出相當的不滿：

「天下有道，聖人成焉；天下無道，聖人生焉。方今之時，僅免刑焉¹⁸³。」《莊子·人世間》

這裡，顯示出即使聖人在莊子生存的當代，也只能免於刑殺，苟且活命罷了！

至於《莊子》一書，依司馬遷《史記》所載「其著書十餘萬言」，一般認為是集合了莊子及莊學後人的篇章，整理而成，《史記》中雖有見到漁父、盜跖、胠篋等部分篇名，但並未記載有多少篇。《漢書·藝文志》上說《莊子》一書有五十二篇¹⁸⁴，但今日所傳的《莊子》只有三十三篇，約七萬言，分為內篇七、外篇十五與雜篇十一，這是根據晉代郭象的注本傳流下來的。

又道教以《莊子》為經典，所以也稱之為《南華真經》。

二、莊子的法律倫理思想

學者有認為莊子以保全生命於亂世，推崇「無用之用」，就其人生哲學推之，

¹⁸⁰ 參見林文雄著，《老莊法律思想》，中央文物供應社，1985，頁 130、158-159。

該文及其註四中有詳列各家對於莊子的生卒年代的推測時間，林氏採各家推測的最大公約數如上所示。本文並無意就此為考證，主要是年代久遠，太史公司馬遷的年代都已經只能作約略的推斷了，近人無論作何種的考證，在缺乏確實史料下，也都是自言其說、自以為是的推測罷了。

¹⁸¹ 參見(西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，頁 2144-2145。

¹⁸² 顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁 123。唐顏師古注：名周，宋人。

¹⁸³ 張松輝，《新譯莊子讀本》，臺北：三民，2005，頁 74。

¹⁸⁴ 顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁 123。

是沒有法律思想的¹⁸⁵!但本文以為,這是詮釋角度的問題,就莊子思想的消極「無為」至極而言似乎沒有人為法律存在的空間,但「真人」、「無為」畢竟是完美理想之境,在現實有缺憾的人世間,如同莊周家貧貸粟於監河侯¹⁸⁶,還不是存在借貸的法律關係!因此「無用之為用」¹⁸⁷,最後還是有用,「無法之為法」最後還是有法的,老莊思想多誤以為反對一切法律和政治,實則他只反對有為造作而擾民的法¹⁸⁸,所以本文以為就《莊子》一書的文句中還是可得出其法律倫理思想如次:

(一)人性論

1.何謂性

「泰初有無,無有無名。一之所起,有一而未形。物得以生,謂之德;未形者有分,且然無間,謂之命;留動而生物,物成生理,謂之形;形體保神,各有儀則,謂之性;性脩反德,德至同於初¹⁸⁹。」《莊子·外篇·天地》

在宇宙最初只有虛無,沒有存在物,也沒有名像;混一未分的初始,只有整體的混一而沒有任何形體。萬物從混一未分的狀態得以產生,謂之德¹⁹⁰;沒有形狀的混一中包含有陰陽之分,而且陰陽又相合一体沒有間隙,謂之命;陰陽混一之体陰滯陽運,就生成物,物生成而具有生命機理,謂之形;形体守護精神合而又各有其自身存在的條理法則,謂之性。自性修養而返于德,修到至德的境界,就與泰初同一了。

所以莊子所謂之「性」是生命從最初虛無至陰陽又相合一体而有「命」,之後具有生命機理之「形」;形体守護精神而又各有條理法則,謂之「性」。

¹⁸⁵ 林文雄著,《老莊法律思想》,中央文物供應社,1985,頁169、174。

另有關於老莊思想中有沒有法律思想的爭議請參閱:耿雲卿,《先秦法律思想與自然法》,台灣商務,2003年1月,頁110。

¹⁸⁶ 參見張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版,1996年11月,頁564。莊周家貧,故往貸粟於監河侯。監河侯曰:「諾。我將得邑金,將貸子三百金,可乎?」莊周忿然作色曰:「周昨來,有中道而呼者,周顧視車轍,中有鮒魚焉。周問之曰:『鮒魚來,子何為者耶?』對曰:『我,東海之波臣也。君豈有斗升之水而活我哉!』周曰:『諾,我且南游吳越之王,激西江之水而迎子,可乎?』鮒魚忿然作色曰:『吾失我常與,我無所處。我得斗升之水然活耳。君乃言此,曾不如早索我於枯魚之肆。』」《莊子·外物》

¹⁸⁷ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版,1996,頁572-573。

¹⁸⁸ 相似見解請參見:桂裕,孔老學說與法律,收錄於《行與言》,三民,2005年,頁109。

另本文以為,如某一無為者在東流之江河中,所謂無為應該不是反對江水東流之勢或是故作逆流而上之狀,而是認清水流之勢,順流勢自然的漂浮,能於與水勢合同的漂浮中順勢到達所要的地點才是無為,有意造作的逆流而上反而是有為者作的事。同樣的生活於既定的存在法秩序中,如同子女無法反對父母生育之事實一般,無為者應不會反對既存之法之勢,他反對的當是後人有為造作擾民的法!

¹⁸⁹ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版,1996年11月,頁227-228。

¹⁹⁰ 徐復觀認為《莊子》中的「德」實際便是「性」字。「德」與「性」是一個東西;並且在文字上也常用在一個層次上,而成為可以互用的。

參見徐復觀,《中國人性論史·先秦篇》,上海三聯書店,2001,頁332。

2.人性

(1)仁義非人固有的本性

「老聃曰：『請問：仁義，人之性邪？』」孔子曰：『然。君子不仁則不成，不義則不生。仁義，真人之性也，又將奚為矣？』」老聃曰：『請問何謂仁義？』孔子曰：『中心物愷，兼愛無私，此仁義之情也。』老聃曰：『意！幾乎後言！夫兼愛，不亦迂乎！無私焉，乃私也。夫子若欲使天下無失其牧乎？則天地固有常矣，日月固有明矣，星辰固有列矣，禽獸固有群矣，樹木固有立矣。夫子亦放德而行，循道而趨，已至矣，又何偈偈乎揭仁義，若擊鼓而求亡子焉？意！夫子亂人之性也！』」《莊子·天道》

人性以自然的本質，就如同天地有常、日月有明、星辰有列、禽獸有群、樹木固有立一樣，只要先生依循人性而行，遵守人性之道而往，就可到達理想境界！又何必再特別用力去揭揚仁義，如同打鼓聚眾去找亡失的小孩那般急切呢？唉，先生所倡仁義反而是在亂人之性啊。

這裡，莊子藉由老子與孔子的對話，明示仁義非人固有的本性，「天地固有常矣」，萬物和人都有其自然之性，只要「放德而行，循道而趨」就可以了，提倡仁義云云，正足以使人遠離自然的本性。

(2)性者，生之質

「躐市人之足，則辭以放驚，兄則以嫗，大親則已矣。故曰：至禮有不人，至義不物，至知不謀，至仁無親，至信辟金。...道者，德之欽也；生者，德之光也；性者，生之質也。性之動謂之為，為之偽謂之失。知者，接也。知者，謨也。知者之所不知，猶睨也。動以不得已之謂德，動無非我之謂治，名相反而實相順也¹⁹¹。」《莊子·雜篇·庚桑楚》

莊子舉例：有人在市裡踩了人的腳，就得道歉說不小心；哥哥踩了弟弟的腳就要和言慰撫一下，父母踩了子女的腳就不必說什麼了。所以說，至禮是不以人為分別的禮為重的，至義不以物為厚薄作區分，至智就是不須謀略，至仁就是人無分親疏的愛，至信就是不用貴重的東西為憑證。....

道為德所自然的尊崇，生命是德的光輝，性是生命的本質。合於本性自然的活動，才叫為；特別造作刻意人為的行為，叫作失去本性。

知是出自與外物的接應(感觀的認識)，智是內心的謀略(理性的作用)；智者也有所不知，就如斜眼在看必受限定。有所行動而出於不得已¹⁹²，叫做德；出於自我天性而不是刻意為了自我的行為就可以說是治；「德」與「治」名稱雖然不同但實質上卻是一樣的。

上開所言之「至禮、至義、至知、至仁、至信」都是人性至善後之流露，是道

¹⁹¹ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁490。

¹⁹² 徐復觀認為此中的「不得已」是指主觀上毫無有所為的欲望，而迫於人民自動的要求，因而加以順應的情形。「不得已」之心乃政治上的仁心。參見徐復觀，《中國人性論史·先秦篇》，上海三聯書店，2001年9月，頁367。

在人性至善上自然的呈現。而「性者，生之質也」主張人性以自然為本質，反對人為的刻意造作。

(3)先保命、再養生，最後合於自然之性

所以在人性自然為本質之至善前當先要保命、再養生：

「為善無近名，為惡無近刑¹⁹³。緣督以為經，可以保身，可以全生，可以養親，可以盡年。」《莊子·養生主》¹⁹⁴

做善事不能有求名利之心，做壞事不要做到會遭刑罰的邊緣，順着自然中正之道而以刑名為界限，就可以保全身體，可以保全天性，可以奉養雙親，可以安享天年。

實際而言，凡人未修成至善前，為不小心為惡在所難免，重要的是不要因此遭刑戮而失去性命，把握這個界限，才可保全身體，再談其他，否則連命都丟掉了，如何談養生？何況莊子在此並非鼓勵去做壞事，在此之義有如「大德不踰閑，小德出入可也。」大的德行、大原則不可逾越界限，小處一些出入是可以的¹⁹⁵。

相同意旨可再證諸：

子曰：「君子貞而不諒。」此即：君子守信，但不拘于小信。
可見聖賢之立言有志一同！

所以，莊子言性是先保命、再養生，最後合於自然之性：

孔子曰：「何謂始乎故，長乎性，成乎命？」曰：「吾生於陵而安於陵，故也；長於水而安於水，性也；不知吾所以然而然，命也¹⁹⁶。」《莊子·達生》

孔子問：「什麼是『始乎故，長乎性，成乎命』？」那漢子回答：「我生長在山地因此安於山地上的生活，這就是『始乎故』。而當我生長在河邊，每天長期與激流在一起，自然養成有如水一樣的習性，這就叫『長乎性』。如此這般，不知道為什麼會這樣，這是自然天命。」

換言之，該人只是隨著天性，依順其所生長環境自然習得技能的過生活，從來不去想，為什麼我會這樣？為什麼我會游泳？

綜上，莊子認為人要依其自然之天性，明白既存的環境，再順其勢以安其生，而非反對既存的環境！

¹⁹³ 「為善無近名，為惡無近刑。」傅佩榮談莊子內篇第十講中翻譯為：善於養生的，不會贏得長壽的虛名；不善於養生的，也不會走到傷殘的地步。

http://www.trend.org/briefing_info.php?pid=104，最後造訪時間 2015 年 11 月 9 日。

本文以為這樣翻譯硬把養生納入其，固有其見地，但超出文本太多，不採此種翻譯。實則按本文上開翻譯之旨，只有先保命才能再談養生，比較合理。

¹⁹⁴ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁 51。

¹⁹⁵ 參見南懷瑾，《莊子誦華》(上)，上海三聯書店，2001，頁 317-320。

¹⁹⁶ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 138。

(二)非難聖人所特別造作之仁義

「田成子一旦殺其君而盜其國，所盜者豈獨其國邪？並與其聖知之法而盜之……竊齊國，並與其聖知之法一守其盜賊之身。…聖人生而大盜起…聖人不死，大道不止。雖重聖人而治天下，則是重利盜跖也。為之斗斛以量之，則並與斗斛而竊之；為之權衡以稱之，則並與權衡而竊之；為之符璽以信之，則並與符璽而竊之；為之仁義以矯之，則並與仁義而竊之。何以之其然邪？比竊鉤者誅，竊國者為諸侯，諸侯之門而仁義存焉¹⁹⁷。」《莊子·胠篋》

莊子舉田成子殺掉齊君盜取了齊國為例：

田成子一旦殺掉齊君，就盜取了齊國。所盜僅僅是齊國嗎？他連治理國家的聖人所留下的法規制度都一起竊取了。…盜取了齊國連同聖人留下的法規制度被利用以保護他的盜賊之身。

用聖人造作的仁義來治天下，反而對大盜是有利的，那些偷竊腰帶鉤這類小東西的人受到刑誅，反而行竊整個國家的人卻成為諸侯，所謂仁義云云的是要作為強制人心的規範，但卻成為所謂聖人、政治家的假面具，政客、大盜的護身符。

前已言之「至禮、至義、至知、至仁、至信」莊子認為都是人性至善後之流露，上開莊子為何又非難聖人所造作推崇之仁義？實則莊子並不反對仁義道德本身，他所反對的是聖人所造作違失人本性情的宗法禮制與禮教規範。

在莊子的時代，仁義成為國君賊害人民的工具。違失人本性的仁義規範成為所謂聖人、大盜的假面具、護身符。在戰亂紛擾的春秋戰國，《胠篋篇》描繪出莊子的時代的社會弊病，政客就如大盜一般假借「仁義」之名，行醜惡之事。所以莊子才非難視聖人造作的仁義。

(三)一切學術歸一於道，以法為分亦須合道

莊子認為天下一切學術歸一於道：

「天下之治方術者多矣，皆以有為不可加矣！古之所謂道術者，果惡乎在？曰：『無乎不在。』曰：『神何由降？明何由出？』『聖有所生，王有所成，皆原於一。』…以法為分，以名為表，以參為驗，以稽為決，其數一二三四是也，百官以此相齒；以事為常，以衣食為主，蕃息畜藏，老弱孤寡為意，皆有以養，民之理也。古之人其備乎！配神明，醇天地，育萬物，和天下，澤及百姓，明於本數，系於末度，六通四辟，小大精粗，其運無乎不在。其明而在數度者，舊法、世傳之史尚多有之¹⁹⁸。」《莊子·天下》

天下作學術者都以「有為」達到至高的極限，實則古人所謂的學術之道是無所不在的。所有的聖者、王者他們出現或成就的根本，都依自宇宙本體混一之道。…依據法律確定職分，遵守名分確立標準，反覆比較求得驗證，以考核作出決定，就如數數一二三四一般的清楚分別，這樣百官都以此為序列就位；將各種職業固定為常態，把百姓衣食相關的事務作為主要政務，注意生殖及積蓄，著意於老弱孤寡，

¹⁹⁷ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁76。

¹⁹⁸ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁699-700。

使他們皆有以安養，此乃是治理人民的道理。這些道理古代聖賢都已完備了！他們配合神妙的道理與智慧，效法天地的自然規律，化育萬物，使天下和諧，其恩澤及百姓，明白於根本的規則數理，貫徹至細緻之末節，上下四方六通、四時順暢，無論小大精粗之事，其運動變化無所不在。這樣的觀點有表明在各項規範和法度中者，在舊有的法制、世傳之史料記錄尚多。

從上開說明中可知，古代聖賢以法為分，效法天地自然規律化育萬物，其本源乃符合宇宙本體混一之道而成。可見此種合乎道的以法為分，莊子是讚賞的。

(四)法係天道自然九變的闡明：

莊子認為天道自然是法律的根源，人的行為也要依自然之天道，

「本在於上，末在於下；...賞罰利害，五刑之辟，教之末也；禮法度數，形名比詳，治之末也；...是故古之明大道者，先明天而道德次之，道德已明而仁義次之，仁義已明而分守次之，分守已明而形名次之，形名已明而因任次之，因任已明而原省次之，原省已明而是非次之，是非已明而賞罰次之，賞罰已明而愚知處宜，貴賤履位，仁賢不肖襲情。必分其能，必由其名。以此事上，以此畜下，以此治物，以此修身，知謀不用，必歸其天。此之謂太平，治之至也。故書曰：『有形有名。』形名者，古人有之，而非所以先也。古之語大道者，五變而形名可舉，九變而賞罰可言也。驟而語形名，不知其本也；驟而語賞罰，不知其始也。倒道而言，迕(違背)道而說者，人之所治也，安能治人！驟而語形名賞罰，此有知治之具，非知治之道¹⁹⁹。」

《莊子子·天道》

天道無為的變化是有本末之分的，...；賞罰利害，設五刑之罰則，已然是教化之末流；禮法度數的設置，名實比較審核，已經是治道之末流；...從天道至法律的賞罰有九個層次的變化：

1. 要通曉大道必須明了天道的自然規律。
2. 先要通曉天道的自然規律而後才是明了道德。
3. 道德闡明而後才是明了仁義。
4. 闡明了仁義而後才是職分。
5. 職分明白了然後才是外名實比較審核。
6. 名實比較審核既明則把因職授事放在其次，
7. 因職授事既明然後才是推究省察放在其次，
8. 推究省察既明然後才是把是非放在其次，
9. 是非明確然後才是把賞罰在其次，賞罰分明則愚笨和聰明的人都能安排合宜，尊貴者與低賤者各就其位，仁厚的、賢能的及不成才的都依其實際各安其位。

莊子認為，必須按人的能力加以區分，再按照各人的名分來追究其實際的責任。用此辦法來奉事上位者，同樣用這辦法來養育人民，同法用以治理萬物，修養自身，就用不到智謀，而必定歸復於自然無為之天道。這就叫作太平，是治道之最高境界。古書上說：『有形有名』。形明白事物的形體和稱謂之區分，這是古人就有這樣的區分，只是不把形體和稱謂之區分放在首要地位。古代談論大道的人，要經過五個階段的推理，才可把形名辨析出事物的形體和稱謂，要經過九次的變化推理，才可論

¹⁹⁹ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁102。

出賞罰來。有賞罰，自有其標準，此一賞罰的準則即為法律!

沒有經天道九階層闡明的法律，突然造作地急忙去談論形名問題，就不可能知道形體和稱謂區分的根本；突然造作地匆忙論述賞罰的問題，就不可能知道賞罰的最初始的因素。違背上開自然之道而突然造作地匆忙論述形名、賞罰的問題，這樣的人只能為人所治，如何能治理別人！這樣的人即使知道治世的工具，也不會真正懂得治世之道。

同樣證諸下文:

「昔者堯治天下，不賞而民勸，不罰而民畏。今子賞罰而民且不仁德自此衰，刑自此立，後世之亂自此始矣²⁰⁰。」《外篇·天地》

昔日堯治理天下，不用賞而人民勤勉向善，不用罰而人民自然敬畏不去犯罪。而今你(大禹)賞罰並并用而人民却不能相愛，道德自此衰落，刑罰自此建立，后世之禍亂也從此開始了。

綜上所述，莊子反對的是不合天道的人定法；即造作匆忙有為的賞罰之法；莊子並不反對依據天道自然的法，莊子認為法律的賞罰要符合自然天道，天道經過九階層的闡明法律的賞罰才具正當性。

(五)事物是相對而統一的

「可乎可，不可乎不可。道行之而成，物謂之而然。惡乎然？然於然。惡乎不然？不然於不然。惡乎可？可於可。惡乎不可？不可於不可。物固有所然，物固有所可；無物不然，無物不可。故為是舉莛與楹、厲與西施、恢恠憍怪，道通為一。其分也，成也；其成也，毀也。凡物無成與毀，復通為一。唯達者知通為一，為是不用而寓諸庸。庸也者，用也；用也者，通也；通也者，得也；適得而幾矣。因是已，已而不知其然，謂之道²⁰¹。」《莊子·齊物論》

認可某事物，一定有可以加以肯定的東西才會加以認可；不可某事物，一定也有不可以加以肯定的東西才不能認可。道路是因人走而成道路，事物是人們稱謂而就的。

如何才是正確呢？正確在於其本身就是正確的。如何才是不正確呢？不正確的在於其本身就是不正確的。如何才能認可呢？能認可在於其自身就是能認可的。如何才不能認可呢？不能認可在於其本身就是不能認可的。萬物各有其存在的依據、有正確的一面；事物原本就各有其合理性，有能認可的一面。沒有什麼事物不存在正確的一面，也沒有什麼事物不存在不可肯定的一面。

就如同細小的細小的草莖和高大的庭柱，無論是醜陋的女人還和美如西施的女人；無論是，寬大、奇變、詭詐、怪異等千差萬別各種事態，從「道」的觀點看

²⁰⁰ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 92。

²⁰¹ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁 28。

在此莊子舉「朝三暮四」為例：勞神明為一而不知其同也，謂之朝三。何謂朝三？狙公賦茅曰：「朝三而暮四」。眾狙皆怒。曰：「然則朝四而暮三」。眾狙皆悅。名實未虧而喜怒為用，亦因是也。是以聖人和之以是非而休乎天鈞，是之謂兩行。因此，古代聖人把是與非混同起來，優遊自得地生活在自然而又均衡的境界裏，這就叫物與我各得其所、自行發展。

它們都是相通的。

舊事物的毀滅，亦即另一新事物的形成，新事物的形成亦即舊事物的毀滅。一切事物沒有形成與毀滅的區別，都是相通齊一的。

只有通達「道」的人才知曉事物齊一的道理，因此不用固執事物的成毀來作出這樣那樣的解釋，而應把自己的觀點站在永恆平常的事理之中看待物。所謂永恆平常的「道」就是按循環往復的變化行事，就是無用而有用；認識事物無用就是有用，這就無所不通達；能無所不通達才能無所不得，真正瞭解萬物之理；恰如其分地瞭解事物常理也就接近於大道。順應事物自然渾一的本來狀態，萬物產生而不知其究竟的原因，這就叫做「道」。

因此，莊子在此把是與非混同齊一，「是」者去「非」者來，「非」者毀「是」者生，萬物萬事都在如此的循環往復中，優遊自得地生活在自然而又均衡的境界裏，這就叫物與我各得其所、順應「道」而自然地發展。

莊子注重順應自然之「道」，另可證於：

「以目視目，以耳聽耳，以心復心。若然者，其平也繩，其變也循。古之真人，以天待人，不以人入天²⁰²。」《莊子·徐無鬼》

用眼睛看眼睛能看見的東西，用耳去聽耳朵能聽到的聲音，用心去收回外放的心神。如此這般，他的內心平靜如繩一般的正直，他的行為也順應外物的變化。古代真人，用順應自然之道待人處事，而不以人事干擾自然。

(六)無為而治，順應民性

1.主權者應如天道一般無為而治

莊子認為主權者應如天道一般無為而治：

「何謂道？有天道，有人道。無為而尊者，天道也；有為而累者，人道也。主者，天道也；臣者，人道也。天道之與人道也，相去遠矣，不可不察也²⁰³。」《莊子·在宥》

何謂道？道有天道、人道之分。無為而卻處於崇高地位的，這就是天道，有為而事必躬親勞累受苦的，這就是人道。處於主宰地位的主權者(君)，是天道；處於從屬地位的(臣)，是人道。天道跟人道相較，相去甚遠，不能不細加明察。

另外莊子無為之旨另證諸：

(1)「故君子不得已而臨莅天下，莫若無為。無為也而後安其性命之情²⁰⁴。」《莊子·在宥》

所此，當君子因不得已而居於統治者的地位來治理天下時，莫不如順任自然之性無為而治。能順任自然之性無為而治才可讓天下人民安住於其本性與自然的真情。

²⁰² 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁526。

²⁰³ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁87。

²⁰⁴ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁191。

(2)「夫虛靜恬淡寂寞無為者，天地之本，而道德之至。...夫虛靜恬淡寂寞無為者，萬物之本也。...以此處上，帝王天子之德也；以此處下，玄聖素王之道也。...靜而聖，動而王，無為也而尊，樸素而天下莫能與之爭美²⁰⁵。」《莊子·天道》

虛靜、恬淡、寂寞、無為，就是天地之平靜和道德的最高境界...。虛靜、恬淡、寂寞、無為，是万物的本性。...以此道理處上位，就成为帝王天子的最高德行；以此道理處下位，就成为有帝王之德而不居其位的素王。...虛靜而為聖人，動而順天可成為帝王，無為而可得尊崇之位，保持樸素之美天下没有能和他相争的。

(3)「君原於德而成於天，故曰：玄古之君天下，無為也，天德而已矣。以道觀言而天下之君正，以道觀分而君臣之義明，以道觀能而天下之官治，以道汎觀而萬物之應備。故通於天地者，德也；行於萬物者，道也；上治人者，事也；能有所藝者，技也。技兼於事，事兼於義，義兼於德，德兼於道，道兼於天。故曰：古之畜天下者，無欲而天下足，無為而萬物化，淵靜而百姓定²⁰⁶。」《莊子·天地》

主政者的治理是要人人能各任其事，充分的展現各自的才能，這必須有統治的技巧。統治的技巧歸因於事務，事務歸因於分配合乎義理，義理歸因於「德」，「德」歸因於自然之「道」，「道」歸因於自然之「天」性。

所以，莊子認為王天下的主政者要先內有聖德，其德通於天地，無欲、無為而天下富足，百姓自然清靜而安定。

(4)「無為名尸，無為謀府，無為事任，無為知主。體盡無窮，而遊無朕，盡其所受於天，而無見得，亦虛而已。至人之用心若鏡，不將不迎，應而不藏，故能勝物而不傷²⁰⁷。」《莊子·應帝王》

順應自然不妄圖干涉，無為地杜絕名譽的寄託、謀略、任意專斷、妄作主宰等。如此就可以體會遊樂於廣大的「道」，盡己所承受的天性，而不表露自誇，只是心如虛空而已。這樣的人就能用心若明鏡一般，如實地反映外境，客觀地來者照之，去者不留，萬物應合而不隱藏，所以能反映萬物而不傷神。

莊子論及主權者應無為而治，已證諸上開文字，《莊子》中另有多處提及無為的文字在此不再一一細論。

2. 順應民性

莊子認為主權者治天下應順應民性而治：

「聞在宥天下，不聞治天下也。在之也者，恐天下之淫其性也；宥之也者，恐天下之遷其德也。天下不淫其性，不遷其德，有治天下者哉？...故舉天下以賞其善者不足，舉天下以罰其惡者不給，故天下之大不足以賞罰。自三代以下者，匆匆焉終以

²⁰⁵ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 100。

²⁰⁶ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 89。

²⁰⁷ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁 153。

賞罰為事，彼何暇安其性命之情哉²⁰⁸！」《莊子外篇·在宥》

只聽說容任天下的人、事自然地展現他的本性，沒聽說要治理天下的人、事的。所以容任天下的人、事自然地展現他的本性，是怕超出他們自然的本性；所謂固守其性，是怕改變他們恒常之德性。如果天下人能不超出自然本性，不改其自然的德性，天下又何須加以治理呢！...所以，用天下所有力量來獎勵人們行善也嫌不夠，動用天下所有力量來懲戒惡行也嫌不足，因此天下之大還不足以用來賞罰。自夏、商、周三代以來，那些始終是喧嚷不停要把賞善罰惡當作為政之急務的主權者們，他們哪里還有空閒來令人的自然本性安於其本然的情狀呢！

另證諸：

「賤而不可不任者，物也；卑而不可不因者，民也...故聖人觀於天而不助，...恃於民而不輕²⁰⁹。」《莊子外篇·在宥》

王先謙在《莊子集解》中注云：「民物雖卑賤，惟當因而任之，反其性則亂。...聖人觀自然妙理，大順群物，而不助其性...恃其自為而不輕用也。」²¹⁰

所以百姓雖地位低下，亦不可不依順其本性。主政者觀於天道自然之理，因任民之自性不輕易妄為。

復見諸《莊子·應帝王》中天根問無名人如何「為天下」之例：

天根游於殷陽，...問曰：「請問為天下。」...無名人曰：「汝遊心於淡，合氣於漠，順物自然而無容私焉，而天下治矣²¹¹。」《莊子·應帝王》

天根游於殷山向陽的南面，見到無名人，向他請教「如何治理天下。」...無名人曰：「你只要使心平淡於本性，氣合於清靜無為，順應自然而沒有私人主觀的成見，天下也就得到治理了。」

這裡的「順物自然而無容私」乃指放任自然之遂行，而不以己意干涉之之謂²¹²。

3. 制定法度應以民意為依歸

「肩吾見狂接輿。狂接輿曰：『日中始何以語女？』肩吾曰：『告我：君人者，以己出經式義度，人孰敢不聽而化諸！』狂接輿曰：『是欺德也。其於治天下也，猶涉海鑿河，而使蚤負山也。夫聖人之治也，治外乎？正而後行，確乎能其事者而已矣²¹³！』」《莊子·應帝王》

制定法度應以何為依據？莊子藉由肩吾和狂接輿的對話說明之：

肩吾說：『我的老師日中始告訴我：統治者，要以自己的意志來制訂法律制度，人民

²⁰⁸ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁190。

²⁰⁹ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁87。

²¹⁰ (清)王先謙《莊子集解》，臺北市：東大圖書公司，2004，頁97。

²¹¹ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁63。

²¹² 曹受坤，《莊子哲學》，文景出版社印行，1970，頁101。

「動以不得已之謂德，動無非我之謂治，名相反而實相順也。」《莊子·庚桑楚》其中無應改為而：「動而非我之謂治」才符合莊子上下文義。

²¹³ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁143。

哪裡敢不聽而隨同變化呢！」狂接輿說：『這是欺德的作法。這樣治天下，猶如涉海鑿河，而使蚊負山一般。聖人治理天下，難道只治理外在表象嗎？應自身正而後行化天下，必須先確定民意能讚同者為何，順應民意而成就其事罷了！』

換言之，主政者制定法度的依據，當順應民性情，以民意為依歸。

(七)法是順於萬物自然之性的規範

莊子思想中，明白肯定法律存在的必要者：

「賤而不可不任者，物也；卑而不可不因者，民也；...羸而不可不陳者，法也；遠而不可不居者，義也；親而不可不廣者，仁也；節而不可不積者，禮也；...故聖人觀於天而不助，...會於仁而不恃，薄於義而不積，應於禮而不諱，接於事而不辭，齊於法而不亂，恃於民而不輕，因於物而不去。物者莫足為也，而不可不為²¹⁴。」《莊子·在宥》

物，雖輕賤而不可不加以利用；

人民，地位雖然卑微而不可不順從其本性；

法律，雖粗疏而不可不加以陳明；義，雖疏遠而不可不謹慎守執；

仁，乃雖因親愛而不可不推廣者；禮，乃雖因節制而不可不累積者是；...

所以，聖人明察天道之自然而不加助力，...與仁會合而不自恃，與義近而不而不有意積累，和禮相應而不有意迴避，接洽於事而不推辭，行為齊一於法而不致於亂，依順於民心而不輕視之，因順於物性加以利用而不去之。如是這般，對於萬物不違反其物性(事物之本質)而強為，但又不可不順於物性而為。換言之，法是順於萬物本性的自然規範。

上文中「羸而不可不陳者，法也；...齊於法而不亂...物者莫足為也，而不可不為。」這裡，莊子明白肯定法律存在是不可不然的現象，他反對的是違反事物之本質、與民心相背而強為造作的法。就法律與人的關係而言，莊子主張「齊於法而不亂，恃於民而不輕」，換言之，人民均齊一平等地以法律規範之，但要注重民意，順應自然之道行之²¹⁵。

(八)禮義法度，應時而變

「故夫三皇、五帝之禮義法度，不矜於同而矜於治。故譬三皇、五帝之禮義法度，其猶粗梨橘柚邪！其味相反，而皆可於口。故禮義法度者，應時而變者也²¹⁶。」《莊子·天運》

上古三皇、五帝的禮義法度，重點不在於其相同之處，而重點不在於它們合於當代治理的需要。所以三皇、五帝之禮義法度，有如粗、梨、橘、柚的味道！它們味道酸甜不同，而都很可口。因此禮義法度，要應時而變。

莊子接著上文而舉例說：

「今取猿狙而衣以周公之服，彼必齧鬣挽裂，盡去而後慊。觀古今之異，猶猿狙之

²¹⁴ (清)王先謙《莊子集解》，臺北市：東大圖書公司，2004，頁97。

²¹⁵ 相同見解請參見：邱榮錫，《莊子哲學體系論》，臺北：文津，1999，頁54。

²¹⁶ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁284。

異乎周公也²¹⁷。」《莊子·天運》

如果拿周公的衣服給猿猴穿，牠們必定會亂咬碎裂衣服，把衣服都盡去而後快。觀古今政治態勢的不同，就如猿猴不適合周公的衣服一樣。

另外莊子應時而變之旨另證諸：

「若夫乘道德而浮游則不然。無譽無訾，一龍一蛇，與時俱化，而無肯專為；一上一下，以和為量，浮游乎萬物之祖，物物而不物於物，則胡可得而累邪²¹⁸！」《莊子·山木》

如果依循大道而生活就不會有災禍了，沒有盛名之累，也沒有無端的謾罵，該做龍的時候是龍，該做蛇的時候是蛇，隨者時機同時應變，而不要固執一端；該上的時候上，該下的時候下，完全與萬物和諧相處為考量。生活於大道之中，掌握萬物而不被外物所役使，則怎麼會因此而受累呢！

三、小結

總結上開莊子之思想可知，認為莊子哲學中沒有法律思想存在的空間，這一說法是有可議之處的！莊子反對的是不合天道的人定法：即造作匆忙有為的賞罰之法；莊子並不反對依據天道自然的法，莊子認為法律的賞罰要符合自然天道，天道經過九階層的闡明法律的賞罰才具正當性。

本文整理莊子思想後認為，莊子之法律倫理思想簡要言之即：莊子反對強行妄為之人為法的賞罰，認為法應順應人民的本性、合於事物之本質，自然形成行為準則，即自然法。換言之，莊子主張治天下當以無為而治，順應民性的自然法。

²¹⁷（西晉）郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 110。

²¹⁸ 張松輝，《新譯莊子讀本》，臺北：三民，2005，頁 325-326。



第三節 墨家之法律倫理學

第一項 墨子及其思想

一、墨家學派的創始人

關於墨子的生平，史料記載較少，《史記》中沒有特別的傳記，僅在〈孟子、荀卿列傳〉中附載「蓋墨翟，宋之大夫；善守禦，為節用；或曰並孔子時，或曰在其後。」二十餘字²¹⁹。《漢書藝文志》有關墨子生卒的文字，班固亦僅記云「墨子名翟，為宋大夫，在孔子後。」²²⁰。不過孫詒讓的《墨子閒詁》其中〈墨子後語卷上·墨子年表〉之考證推論「墨子當以魯人為是…當與子思並時，而生年尚在其後，當生於周定王之初年，而卒於安王之季，蓋八九十歲，亦壽考矣。…今取定王元年迄安王二十六年，凡九十有三年，表其年數」²²¹，因此有關的墨子他的籍貫、生卒時間，至今並沒有確實定論，但是我們至少可得知墨子名翟，是宋或魯國人，活躍於戰國初期，大約西元前 479 年至西元前 386 年，年代稍後於孔子。

相傳墨子曾拜儒者為師，此見諸《淮南子·要略訓》：「墨子學儒者之業，受孔子之術，以其禮繁擾而不悅，厚葬靡財而民貧，久服喪生而害事，故背周道而用夏政。」、《呂氏春秋·當染》：「魯惠公使宰讓請郊廟之禮於天子，桓王使史角往，惠公止之，其後在魯，墨子學焉。」因此，學者譚宇權推出墨子的老師是史角或其學生²²²。

二、墨子思想簡介

(一)人性論

墨子對人性的看法，可簡要地作如下說明：

1. 人性可因後天之力量改變

依下列引文墨子對人性的看法可謂為：人性可為善亦可為惡，但依其所處環境及其所受之薰染而定。

「子墨子言見染絲者而歎，曰：染於蒼則蒼，染於黃則黃，所入者變，其色亦變，五入必，而已則為五色矣！故染不可不慎也！…非獨國有染也，士亦有染。其友皆好仁義，淳謹畏令，則家日益、身日安、名日榮，處官得其理矣，…。其友皆好矜奮，創作比周，則家日損、身日危、名日辱，處官失其理矣，…。詩曰「必擇所堪。必謹所堪」者，此之謂也²²³。」《墨子·所染》

墨子認為，交友也如染絲一般，選擇良友，才能好的薰染，反之，結交損友則

²¹⁹ 參見瀧川龜太郎著，《史記會注考證》〈史記·孟子荀卿列傳〉，頁 923。

²²⁰ 參見顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1960，頁 150。

²²¹ 孫詒讓，《墨子閒詁》下冊〈墨子後語卷上·墨子年表〉，臺北：臺灣莒光圖書中心印行，頁 3、20-21。

²²² 譚宇權，《墨子思想評論》，臺北：文津出版社，1991 年 12 月，頁 9。

²²³ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000。頁 10-14。

有損家、危身、辱名之患。如此，可得出墨子對人性之看法，他並不認為人性有特別的善性或特別的惡性；而且，人性可以容易受環境的影響，染於善則善，染於惡則惡，人性可因後天之力量改變之。

又墨子認為，「生，刑（形）與知處。」〈經上〉，換言之，人生命存在，就是物質的形體與能夠精神上的認知相結合。而人的生命存在是其他價值的基礎；如

墨子〈貴義〉篇說：「天下不若身之貴也。」、「民生為甚欲，死為甚惡。」〈尚賢中〉人生命存在是價值存在的根本，一切價值都由生命存在才能夠發展、豐富。

2.趨樂避苦、求福避禍

「我欲福祿而惡禍崇。」〈天志上〉、「民生為甚欲，死為甚惡。」〈尚賢中〉、「…皆欲富貴而惡貧賤。」〈尚賢下〉、「身知其安也，口知其甘也，目知其美也，耳知其樂也。」〈非樂上〉、「君子息其足，小人休其肩。」〈非樂上〉、「利，所得而喜也；害，所得而惡也」〈經上〉。

由上引文可知，墨子認為，人的本性：欲生、福祿、富貴及喜愛追求感官之樂；而厭惡死、禍害、貧賤及身心之勞苦，簡單的區分之即利、害；心理上某事物得而喜樂者為利，反之，得而苦惡者為害，所以，總結而言，人本性是趨樂避苦、求福避禍²²⁴。而「考終命」為五福之一，不遭病苦折磨天災橫死，能得「善終」好死，亦當是人性所要祈求之福。

3.人性自利的隱喻

墨子雖然沒有明示人性是自利的，但證諸《墨子·兼愛上》中云「子自愛不愛父，故虧父而自利；弟自愛不愛兄，故虧兄而自利；臣自愛不愛君，故虧君而自利，此所謂亂也。」反之「父自愛也不愛子，故虧子而自利；兄自愛也不愛弟，故虧弟而自利；君自愛也不愛臣，故虧臣自利。是何也？皆起不相愛…，故子墨子曰：『不可以不勸愛人』者此也²²⁵。」，如此，墨子說明天下之亂生於人的自利心，對治的方法就是勸人相愛，文中墨子雖然沒有明示人性是自利的，但已隱藏在其中了，人性的自利，是透過勸而生愛！從上開引文墨子自己已清楚說明人性自利的隱喻。

4.小結

綜上所述，墨子認為，人的本性為趨樂避苦、好逸惡勞，並隱喻人性的自利；但人性可為善亦可為惡，依其所處環境及其所受之薰染而定，所以人性可因後天之力量改變，勸人兼相愛也成為可成就的事。

²²⁴ 薛保綸，《墨子的人生哲學》，台北：中華叢書編審委員會，1976，第98頁。薛氏亦同意墨子認為人天生有求福避禍的天性。

²²⁵（明）唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁31。

(二) 墨學十要

以下略分十個要點，簡介墨子思想如次：

1.以「兼愛」之「義」興天下之利為宗旨：

墨子將「兼愛」與「義」及「興天下之利」環扣在一起，想透過「兼愛」與「義」達到「興天下之利」，依下列引文可知：

「子墨子言曰：『仁人之所以為事者，必興天下之利，除天下之害』…是故子墨子言曰：『今天下之君子，忠實欲天下之富，而惡其貧；欲天下之治，而惡其亂，當兼相愛，交相利，此聖王之法，天下之治道也，不可不務為也²²⁶。』」《墨子·兼愛中》

墨子認為，仁者所行，必定是要「興天下之利，除天下之害」，而墨子當時所謂天下之害，就是貧苦與戰亂，欲免除貧苦與戰亂之害，必應以「兼相愛，交相利」作努力的重點與目標，這是聖王治國所必然依循的法則。

而所謂「兼相愛」的「兼」指的是普遍整體的愛，此證諸《墨子·經上》「體，分於兼也」²²⁷意各體是從整體中分出來的部分，「兼」即指事物的整體。又墨子知道人是否能實踐「兼相愛」這並不是可以強制的，因為愛只能是自發、自願的，否則就不叫「愛」，此證諸《墨子·兼愛上》「故天下兼相愛其治；交相惡則亂，故子墨子曰：『不可以不勸愛人』者此也²²⁸。」，換言之「愛」之生乃因人受「勸導」而發自心中的「愛」，「愛」不可能因強制而得到。

兼相愛，交相利，雖是聖王之法，但墨子認為，重要的是天之所欲者即為兼愛天下百姓之「義」：

「然則天亦何欲何惡？天欲義而惡不義。…然則何以知天之愛天下之百姓？以其兼而明之。何以知其兼而明之？以其兼而有之。何以知其兼而有之？以其兼而食焉。…此我所以知天之愛天下之百姓也。順天意者，義政也²²⁹。」《墨子·天志上》

而「天」想要的是「義」，厭惡的是「不義」…怎麼知道「天」是愛人民的呢？那因為，上天普遍的了解人民，擁有百姓，給予百姓賴以生存的食物…就是這樣，所以我知道「天」是愛人民的。而順從天意的，就是正義之政。

實行義政不但上合天志，更有其實際的效益：

「今用義為政於國家，人民必眾，刑政必治，社稷必安。所為貴良寶者，可以利民也，而義可以利人，故曰，義天下之良寶也²³⁰。」《墨子·耕柱》

現在用「義」作為施政的內容來治國，人民必然眾多，刑政必可治理，社稷必能安和。人把某物當作貴重的法寶，是因為此「寶」可以利於人民；同理，把「義」作為施政的法寶，也是因為「義」政可以利於人民，所以說義是治天下的法寶。

²²⁶ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000年。頁92、99。

²²⁷ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：正華書局，1995，頁279。

²²⁸ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁31。

²²⁹ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁56。

²³⁰ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁394。

實行義政即是順「天意」，也就是「兼愛」：

「曰順天之意者，兼也；反天之意者，別也。兼之為道也，義正；別之為道也，力正²³¹。」《墨子·天志下》

所謂順天意，就是「兼相愛」；違反天意的，就是「交相別」。以兼相愛作為治國之道的，是正義的政治；以交相別作為治國之道的，是暴力的政治。

由上開說法看來，似乎是墨子以「天志」為其學說立足之中心，但筆者認為以興天下之利為目的的「兼愛」之「義」才是墨子學說立足的中心，因為墨子的學說若無「天志」的部分，其「兼相愛」的核心思想仍舊不易；但若在墨子的學說中把「兼愛」與「義」連繫抽出，那麼只有「天志」的墨子思想則會變得飄渺虛幻而失了重心。

綜上所述，墨子透過「天志」把「兼愛」與「義」連繫在一起，這是墨子立說的出發點，主要為了「興天下之利，除天下之害」此一目標，因此，「兼愛」、「義」及「興天下之利」，也是他的學說的宗旨。

2.非攻：

墨子反對攻打他國，認為侵略攻伐，此實天下之巨害。

子墨子曰：「今且天下之王公大人土居子，中情將欲求興天下之利，除天下之害，當若繁為攻伐，此實天下之巨害也。今欲為仁義，求為上士，尚欲中聖王之道，下欲中國家百姓之利，故當若非攻之為說，而將不可不察者此也²³²。」《墨子·非攻下》前已言「兼愛」，聖王治國所必然「興天下之利」，但若侵略攻伐，就要殺人、勞民傷財，甚至有亡國之禍，此實天下之巨害，因此為實現國家百姓之利，必明察「非攻」的理。所以「非攻」是墨子「兼愛」精神之一端。

3.尚賢：

墨子認為賢者為政治之本，然而要如何作到尚賢呢？墨子的方法是：

「能擇人而敬為刑，堯、舜、禹、湯、文、武之道可及也。是何也？則以尚賢及之...。為賢之道將奈何？曰有力者疾以助人，有財者勉以分人，有道者勸以教人。若此則飢者得食，寒者得衣，亂者得治。若飢則得食，寒則得衣，亂則得治，此安生生²³³。」

《墨子·尚賢下》

如是，只要能擇賢人而敬為刑，堯、舜、禹、湯、文、武之道是可及的，尚賢的利益可使國家達到「安生生」²³⁴的目的，換言之，飢者有食，寒者得衣，社會安

²³¹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁193。

²³² 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000年，頁135。

²³³ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁64。

²³⁴ 飢得食，寒得衣，亂得治此「安生生」；有安生生者即有安於死者，在此我們可進一步推出墨子所未言及的老死得安此「安於死」的善終理念。另《書經·洪範》中之五福有「一曰壽、二曰富、三曰康寧、四曰攸好德、五曰考終命」，可見不遭病苦折磨天災橫死，能得善終「好死」，安詳離世，為五福之一。參閱阮元校勘，孔氏傳、孔穎達疏，〈尚書·洪範〉《十三經注疏》，臺北：新文豐出版，1989，頁178-179。

治，那人人各得安身立命，人民也就生生不息了。所以墨子特別強調尚賢的重要：「今天下之王公大人士君子，中實將欲為仁義，求為上士，上欲中聖王之道，下欲中國家百姓之利，故尚賢之為說，而不可不察此者也。尚賢者，天鬼百姓之利，而政事之本也²³⁵。」《墨子·尚賢下》

墨子以為，主政者若真實想要施行仁義，實現聖王之道，謀求國家百姓之利，那麼選拔賢能之士加以重用，這種尚賢之說，必定要加以明察踐履，因為「尚賢」乃為政治之本。

4.尚同：

墨子認為天下人民是非標準意見紛雜，因此要有人統一是非標準：

「古者民始生，未有刑政之時，蓋其語『人異義』。一人一義，十人則十義…是以人是其義，以非人之義，故交相非也。…天下之亂，若禽獸然²³⁶。」《墨子·尚同上》

墨子在「尚同」中，約略描述遠古社會發展到國家制度的過程，認為在遠古社會人民是非標準意見紛雜，每個各人都有自己的是非標準，如此每個人都認為自己是對的，並以自己的是非標準，指責對方的不是，相互否定，家庭不能和睦，百姓相互侵害，最後導致天下大亂，好像禽獸一般。

那如何擺脫遠古社會人人彼此相互否定、相互侵害、天下混亂的狀態呢？

墨子認為：

「明乎民之無正長以一同天下之義，而天下亂也。是故選擇天下賢良聖知辯慧之人，立以為天子，使從事乎一同天下之義²³⁷。」《墨子·尚同上》

上開說明混亂的原因是，個各人都有自己的是非標準，並以此指責對方，相互否定，人們明白了這是因為沒有正長統一是非標準，造成天下紛亂，所以就選舉出賢良聖智辯慧之人，立他來為天子，而他的任務就是統一是非標準。

然而，墨子認為只是立天子統一是非標準，是不夠的，還要尚同於天。古云：

「天下之百姓皆上同於天子，而不上同於天，則菑猶未去也。今若天飄風苦雨，溱溱而至者，此天之所以罰百姓之不上同於天者也²³⁸。」《墨子·尚同上》

天下百姓的是非標準皆由天子統一了，但若是非標不上同於天，則仍然有災禍未去，就如同連續不斷的風雨循環而至，這就是上天對是非標準不上同於天的懲罰了。

5.節用：

墨子提倡「節用」，就是節省生活上的享用，包括衣、食、住、行方面墨子都提出一些原則，而且古代聖王也同意「節用」之說。

「是故古者聖王，制為節用之法…曰：『凡足以奉給民用，則止。』諸加費不加之民利者，聖王弗為²³⁹。」《墨子·節用中》

²³⁵ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：華正書局，1995，頁66。

²³⁶ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁20。

²³⁷ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁66。

²³⁸ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：華正書局，1995，頁69-70。

²³⁹ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁47。

所以古代聖王制訂節用的法令：『凡是足以供給民用就可以了。』那些增加費用而不會給人民增加利益的，聖王都不會去做。

「是故用財不費，民德不勞，其興利多矣²⁴⁰。」《墨子·節用上》

聖王如此施政，所以用財不會浪費，人民得到利益且免於勞苦，這樣所興的利就多了。

本文認為，墨子「節用」之說，於今日地球能源、糧食有限而人口增加的情況下，仍具有相當的參考性。

6.節葬：

墨子認為厚葬與久喪會浪費財物而致民貧困，故主張節葬。

「厚葬久喪實不可以，富貧眾寡，定危理亂乎，此非仁非義，非孝子之事也，為人謀者不可不沮也。仁者將求除之天下，相廢而使人非之，終身勿為²⁴¹。」《墨子·節葬下》

厚葬久喪確實無法使窮困的百姓變富，也無法使人少變成人多，更無法使國家的危險與紛亂變成安全與安定，這樣做並非仁更非義，也不是孝子所當為之事，為人民利益考量的執政者不可不禁止之。執政的仁者應將厚葬久喪在其境內消除，廢止這樣的行為並使人非難之，永遠不為這樣的行為。

本文認為，今日地球土地有限，土葬已不合時代所需，而火葬已相當普遍；另外守喪的期間，在現代忙碌的工商社會，久喪制度也早被淘汰了，所以墨子「節葬」之說，相當具有先見之明。

7.非樂：

墨子認為音樂耗時廢工，會侵佔人民可工作的時間，剝奪人民衣食之財，更會導致國家昏亂貧弱。

「民有三患：飢者不得食，寒者不得衣，勞者不得息，三者民之巨患也。然即當為之撞巨鍾、擊鳴鼓、彈琴瑟、吹竽笙而揚干戚，民衣食之財將安可得乎²⁴²？」《墨子·非樂上》

人民的憂患有三種：飢餓的人沒有食物可吃，寒於冷的人沒有衣物可穿著，勞苦的人不得時間休息，這三種是人民最大的憂患。然而在此時，即使為人民撞巨鍾、擊鳴鼓、彈琴瑟、吹竽笙而揮舞盾牌兵斧，人民的衣食財用水又將從哪兒得到呢？

以墨子生存的時代來說，當時的音樂的確是貴族的活動，不論是演奏或者單純的欣賞，因為樂器諸如鍾、鼓、琴、瑟、竽、笙等等造價昂貴，樂器也要花時間、金錢向樂師學習，而且欣賞音樂也要依循繁瑣的禮儀，耗時廢工，一般百姓為食物、衣著勞苦奔走而不得休息，哪有時間從事音樂活動？就此而言，墨子非樂的論述，主要是為了避免貴族因「樂」而害民，自有其理，並不違反「兼愛」、「興利」的一貫主張。

²⁴⁰ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：華正書局，1995，頁146。

²⁴¹ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁49。

²⁴² 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁211-212。

8.非命：

墨子反對命定論，若人人相信命運註定一切，便會失敗進取心，工作怠惰，危害生計。墨子批判命定論者：

「今用執有命者之言，則上不聽治，下不從事。上不聽治，則刑政亂；下不從事，則財用不足，...而強執此者，此特凶言之所自生，而暴人之道也。」是故子墨子言曰：『今天下之士君子，忠實欲天下之富而惡其貧，欲天下之治而惡其亂，執有命者之言，不可不非，此天下之大害也²⁴³。』《墨子·非命上》

如果採用命有定論者的主張，這一切都是命中注定，那就會變成在上位者不理政事，在下位者不事生產，若是如此，上位者不理政事那麼刑政就會混亂，在下位者不事生產，那麼財用就會不足，...如果堅強的執念如此觀點，這就是凶禍的根本，是凶暴者欲逞其暴的講法。」是故墨子說：「天下的士君子們，如果真的是要天下富足且憎惡貧困，想要天下治平安樂而厭惡混亂的話，那對於堅強主張命定論的人，就不可不加以非難，因為此「命定論」是天下的大害。

前已論及墨子主張「兼愛」與「義」，這種論述不單只是空言，是必須親身力行實踐的，因為若人人相信命運註定一切，那為何還要力行「兼愛」，怎麼可能「興天下之利」呢？反正都命中註定了，再努力以赴也無可奈何，現存的困境好像是必然，於是怠惰也都被合理化了！所以墨子堅決反對「命定論」。墨子非命之因，也在於天志之實現，人唯有擺脫「命定論」，才會力求上合天志，實踐「兼愛」。

9.天志：

墨子認為天有意志，主政者應該順應天志以「兼相愛，交相利」施政。

「天欲義而惡不義。...且夫義者政也，...天子未得次己而為政，有天政之。...故天子者，天下之窮貴也，天下之窮富也，故於富且貴者，當天意而不可不順，順天意者，兼相愛，交相利，必得賞。反天意者，別相惡，交相賊，必得罰²⁴⁴。」《墨子·天志上》

天想要的是「義」憎惡的是「不義」。...而義就是公正無私的施政，...主政者不能恣意妄為而無私的施政，乃因有天匡正之。...所以即使最高最貴最富的統治者「天子」，他也不可不順從天意，所謂「順從天意」乃指：主政者施政以「兼相愛，交相利」為內容，必得上天的賞賜。相反的，主政者施政以違反天意的相互歧視憎惡，互相彼此殘害為內容，必得上天的懲罰。

依上所述，顯然墨子提出「天志」一方面用以限制當時的統治者「天子」，他方面期望天志可以讓主政者以「兼相愛，交相利」為施政內容。

除此之外，墨子提出「天志」說尚有其作用：

「天之意...不止此而已，欲人之有力相營，有道相教，有財相分也。又欲上之強聽治也，下之強從事也。上強聽治，則國家治矣，下強從事則財用足矣。...是故子墨子曰：『今天下之君子，中實將欲遵道利民，本察仁義之本，天之意不可不慎也

²⁴³ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁247。

²⁴⁴ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁161-162。

²⁴⁵！』《墨子·天志上》

天想要的不如上所要求的，天還想要人們有力的要幫助他人，有道德的要教育他人，有財物的要分給他人。又希望在上位者努力治國，在下位者勤勉工作。如此在上位者努力治國，則國家安治，在下位者勤勉工作則財用充足。…所以墨子說：『當今天下的君子，如果確實想要遵循正道利益人民，那就要從根本上詳察仁義之本源，對於天意不可不慎思而順從。

從上開說明，我們可得知墨子想要實現天志，必定會有非命之說，人唯有擺脫「命定論」，才會力求上合天志，上位者努力治國，下位者勤勉工作，才可能實現「兼愛」的理想。

10.明鬼：

墨子認為鬼神知善惡，能賞賢而罰暴，人不可以暗中作不義的事而欺天不知。

墨子曰：「嘗若鬼神之能賞賢如罰暴也。蓋本施之國家，施之萬民，實所以治國家利萬民之道也。…故鬼神之明，不可為幽閒廣澤，山林深谷，鬼神之明必知之²⁴⁶。」《墨子·明鬼下》

墨子說：「應該相信鬼神之能是可以賞賢罰暴的。這樣的觀念施之國家，施之萬民，確實可以達到安治國家利於萬民的方法。…因鬼神的明察秋毫，人們不可以為幽遠的大澤，山林深谷可以逃避，以鬼神的明察秋毫，必定能察覺的。」

由上文中顯示，墨子想用明鬼之說，達到安國利民的方法。如今看來當有很多疑義，但以墨子所處的時代思之，當時知識只傳播於士大夫以上階層，平民多未受教化不識文字，如此，明鬼之說也許更有利於治理百姓。

所以學者譚宇權認為²⁴⁷明鬼之說的目的是利用宗教的作用來達到兼愛的目標，其宗教的深層意義也是實用化的。上開說法，筆者深表贊同，換言之，墨子是利用當時的明鬼信仰，使人懼怕鬼神能賞賢罰暴、明察秋毫，進而令人們不得不實現兼愛行為。

上開簡介是關於墨子思想的十個要點，以下行文則針對墨子法律思想作介紹。

²⁴⁵（清）孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 181-182。

²⁴⁶ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁 204。

²⁴⁷ 譚宇權，《墨子思想評論》，臺北：文津出版社，1991年，第 43 頁。

第二項 墨子法律思想

一、墨子的法概念

墨子對法概念的說明不是單純的給予靜態面的定義性說明，而是從法律的動態面與靜態面雙面向的描述，這種法概念的解明即使在今日的法理論中亦非常具有參考性，茲就墨子對法律的說明介紹如次：

(一)法概念動態面的描述：

墨子認為「法就是上位者有所要求人民順從某規範而行動，而人民的行為也依上位者所要求人民順從之規範而行為。」，以下就原文作解明：

「法，所若而然也。佴，所然也²⁴⁸。」《墨子·經上》、

「佴，然也者，民若法也²⁴⁹。」《墨子·經說上》

孫詒讓注云：「若，猶順也²⁵⁰。」

上開引文中「若」是順從的意思，「然」也是順從的意思，換言之，法者，乃上位者所要求人民順從某規範來行為，而人民的行為也依此規範而順從，這是墨子對法之運作面作動態性的描述。

(二)法概念靜態面的描述：

墨子認為「法要有規範的意思、制定出的規制、適用的範疇，上開三要件均具備就可謂法了。」，以下就原文作解明：

「法，意規員三也俱，可以為法²⁵¹。」《墨子·經說上》

由上開引文，我們用現代法概念之用語來表示，即為：

具備以下三個要件的就可稱為法：

第一、上位者有想要規範的意思(有想畫圓的意念)。

第二、上位者因此制定出一定的規制、標準或法則(拿出畫圓的規)

第三、依法規所定的範疇，適用於規範的對象(如拿圓規而畫出一定大小的圓)。

如此即得出墨子上開對法律作靜態面的描述。

綜上，墨子對法概念的描述兼具動態面與靜態面，只要把「上位者」的概念轉為「主權者」，墨子對法現象的說明甚至比現代法理學家更清楚，值得我們學習發揮之。

二、立法與修法的標準

墨子認為建立法制度，除有前述之從動態面與靜態面對法現象的說明外，仍要就法的實質內容作檢正，作為立法與修法的標準，其方法號稱「三表法」²⁵²。

²⁴⁸ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 87。

²⁴⁹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：華正書局，1995，頁 314。

²⁵⁰ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：華正書局，1995，頁 314。

²⁵¹ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，第 287 頁

²⁵² 「三表法」原是墨子在為《非命》駁斥命定論的方法，本文以為將「三表法」作為法的實質內容檢正之方法，更可加深墨子法思想的內涵，故加以闡釋如上文所示。

「必立儀，…故言必有三表。何謂三表？子墨子言曰：有本之者，有原之者，有用之者。於何本之？上本之於古者聖王之事。於何原之？下原察百姓耳目之實。於何用之？發以為刑政，觀其中國家百姓人民之利。此所謂有三表也²⁵³。」《墨子·非命上》

由上開引文，我們用現代法學用語來翻譯，即為：「必須要定立一定程序規範，…該規範的用語有三條準則：

第一、從規範的根本上來考察，從法制史的觀點，看看歷代聖王的法制如何規範此類事情。

第二、從規範的來源上來考察，即從社會現實的觀點，看看需要受此規範的對象，人民實際上的心聲如何。墨子重視人民的三種憂患「饑者不得食，寒者不得衣，勞者不得息」《墨子·非樂上》，換言之，即要考察的是民間疾苦的實情，該規範是否為大眾所急需、以利民為著眼。

第三、從規範的應用上來考察，看看該規範在實際運作上，是否符合人民及國家的利益。

依上開說明可知墨子用「三表法」來檢證法制度的實質內容，有從法制史的觀點來考察、有從規範的來源即從社會人民實際面來考察以及從規範的應用實效上來考察，其檢證考察的視角非常全面，即使現在吾人對於特定法規的檢驗，亦不外如是。

三、墨子比較法律的態度

墨子認為對不同法秩序間的法律，要比較彼此間規範內容之異同，以及所以異同的緣由，墨子作出如下的說明：

(一)比較結果為相同

法同，則觀其同，巧轉則求其故²⁵⁴。《墨子·經上》

不同法秩序間，如果有相同規範意旨的法律，就要觀察它們，比較彼此間相同的地方在哪裡；尤其是對於他方立法技巧比我們宛轉精要之處，就要特別探求它的原因所在。

(二)比較結果為相異

法異，則觀其宜。《墨子·經上》

法異，取此擇彼，問故觀宜²⁵⁵。《墨子·經說上》

不同法秩序間，如果發現他方對相同事情，有不同規範意旨的法律，就要觀察它，為何他方會如此規範，其在社會、文化上適宜的原因在哪裡；尤其是對於他方立法不同時，就比較觀察哪部分才是合宜我方的；對它們要有所取捨，探問不同的

²⁵³ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁240-241。

墨子在《非命上第三十七》中亦有相同意旨之用如下，供讀者參照「是故言有三法。何謂三法？曰：有考之者，有原之者，有用之者。惡乎考之？考先聖大王之事。惡乎原之？察眾之耳目之請？惡乎用之？發而為政乎國，察萬民而觀之。此謂三法也。」

²⁵⁴ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000年，第302頁。

²⁵⁵ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000年，第302頁。

緣故，擇取它們中合宜我方的部分。

綜上說明可知，墨子對不同法秩序間的法律，並非全面性的接受或否定之，必需要在比較異同，明其優劣後，法則相同，就擇其相對技巧精要之處，加以學習；法則相異，就要有所取捨，擇取它們中合宜的部分。墨子上開之比較法論，對現代繼受法律之國家，亦可當作繼受法律之揀選原則來參照。

四、墨子的罪刑相當思想

「今有一人，入人園圃，竊其桃李，眾聞則非之，上為政者得則罰之。此何也？以虧人自利也。至攘人犬豕雞豚者，其不義又甚入人園圃竊桃李。是何故也？以虧人愈多，其不仁茲甚，罪益厚。至入人欄廄，取人馬牛者，其不仁義又甚攘人犬豕雞豚。此何故也？以其虧人愈多。苟虧人愈多，其不仁茲甚，罪益厚。至殺不辜人也，拖其衣裘，取戈劍者，其不義又甚入人欄廄取人馬牛。此何故也？以其虧人多。苟虧人愈多，其不仁茲甚矣，罪益厚。當此，天下之君子皆知而非之，謂之不義。今至大為攻國，則弗知非，從而譽之，謂之義。此可謂知義與不義之別乎？殺一人謂之不義，必有一死罪矣，若以此說往，殺十人十重不義，必有十死罪矣；殺百人百重不義，必有百死罪矣²⁵⁶。」《墨子·非攻上》

由上開引文，我們可知墨子認為，凡虧損於人而自我得利之行為，就要加以非難，例如，入果園竊採桃李與偷竊家畜的行為，使別人虧損愈多，損害的利益愈大，該人應得的懲罰也就愈重。至於殺無辜的人又比前開竊盜罪更重大，因為該行為造成重大的損害，殺一人之不義，必有一死罪；同理推之，殺十人侵害十個生命法益，必有十死罪；殺百人侵害百個生命法益，必有百個死罪。

所以墨子的功利主義與現代刑罰的觀念，即刑罰的程度如何，是以犯罪的輕重多寡來決定；亦即，不法程度階段的不同、法益價值高低的不同，也決定了處罰輕重的不同，換言之，墨子認為刑罰輕重要與行為所破壞的利益相當，這與現代刑罰的觀念相當類似。

²⁵⁶（明）唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 39。

第三項 墨子倫理思想

墨子法律倫理思想常被稱為具有功利主義的色彩，主要的原因乃在其思想上論及「利」、「害」的觀點不少，但墨子所談之「利」，它是建立在前述「兼愛」與「義」的核心思想上，換言之，墨子的「利」緊密地結合「義」，某事若不「義」有再大的利都不能算是利，因此，「義」與「利」同時觀察才不會錯失墨子功利主義思想的真意。因此，學者蔡仁厚認為，以「義」溝通天人，用以拯救天下，這是墨學的根本大義²⁵⁷，此即可見「義」在墨子功利主義思想中據有極為重要的地位。茲分述墨子法律倫理思想如次：

一、「兼愛」之「義」

前文已介紹墨子將「兼愛」與「義」及「興天下之利」環扣在一起，想透過「兼愛」與「義」達到「興天下之利」，「兼愛」部分的重要性，為行文簡明故，在此不再重述，所以僅先就墨子「義」²⁵⁸的思想加以說明如次：

(一)「義」是正義的意思

「義者正也。何以知義之為正也？天下有義則治，無義則亂，我以此知義之為正也²⁵⁹。」《墨子·天志下》

墨子認為「義」就是「正義」，然而，從哪裡可以知道「義」就是「正義」呢？因為國家社會若有正義則可安治，若沒有正義則混亂，所以墨子推出「義」就是「正義」的意思。

(二)「義」是「政」的意思

「義者政也。…必從上以政下²⁶⁰。」《墨子·天志上》

「義，善政也。何以知義之為善政也？曰：天下有義則治，無義則亂，是以知義之為善政也。…曰：天為貴，天為知而已矣。然則義果自天出矣²⁶¹。」《墨子·天志中》

從上開引文中，墨子又把義解釋為「政」的意思，即國家管理眾人之事，墨子認為管理眾人之「政」事，必須從上自下來管理，所以，「義」又可引申是「善政」的意思，即善於管理眾人之事。換言之，善於管理眾人之事無他，惟有合理分配的公眾利益而已，因此，墨家的「義」，在客觀上，指的是、符合正義的公利，並且也是具有實際效果之「利益」。一種公正的利益，包括了「以上正下」的善政，在上位者要匡正在下位者，這裡的「義」出自最高的「天」。而為什麼知道「義」是出自最

²⁵⁷ 蔡仁厚，《墨家哲學》，臺北：華正書局，1983，頁 67。

²⁵⁸ 墨子對於義之觀點有五：其一、義即是利；其二、利之對象是天下；其三、義者之存心以利天下為自己之職分；其四、義者才能做到利天下之事；其五、不必見用於世，有利天下之功，而後為義。

²⁵⁹ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁 179。

²⁶⁰ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 176。

²⁶¹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 180。

高的「天」？那是因為，天下有義則治，無義就亂。墨子認為，能了知這種大智的，必定出自高貴神聖的「天」，所以推得，「義」出自最高的「天」。

(三)「法天」：「天欲義，惡不義」

墨子認為「義」出自最高的「天」，那麼，人們要做的就是效法「天」了：

「然則奚以為治法而可？故曰莫若法天。天之行廣而無私，其施厚而不德，其明久而不衰，故聖王法之²⁶²。」《墨子·法儀》

欲治天下的法治標準何來？沒有比效法天道做為標準更好的，因為天道無私=，所以聖明的主政者都效法天。

「然則天亦何欲何惡？天欲義而惡不義。…然則何以知天之欲義而惡不義？曰天下有義則生，無義則死；有義則富，無義則貧；有義則治，無義則亂。然則天欲其生而惡其死，欲其富而惡其貧，欲其治而惡其亂，此我所以知天欲義而惡不義也²⁶³。」《墨子·天志上》

「今…將欲遵道利民，本察仁義之本，天之意不可不順也。順天之意者，義之法也²⁶⁴。」《墨子·天志中》

從上開引文中可知，墨子認為「天」的作為廣大無私，治理家國的法則沒有比效法天更好的。然則，要效法天，必須知道「天之欲」。「天之欲」為何？墨子認為的「天欲義而惡不義」：因為，「有義則生，無義則死；有義則富，無義則貧；有義則治，無義則亂。」，如此，墨子得出：「天欲義而惡不義」，而且，若執政者確實想有利於人民，一定要順從天意；順從天意，就是是否實踐「義」的準據法則。

究竟上開墨子所指之「天志」或者「天意」為何？虛無飄渺的我們無法得知，但是我們可以用現代可以理解的用語代換，即「全體人民的意志」，換言之，即人民的公意²⁶⁵，如此抽象不可及的「天」，可轉化為現代人人都可懂的概念，我想對墨子思想的現代化是有助益的。

(四)「義」就是利，是天下之利

如前述，墨子將「義」定義為「正」，那如何對不正加以評價？王雲五先生認為，最後的評斷者，還是要靠人們的良知²⁶⁶。墨子真意是否如，在墨子一書中並未明確表示，但作為墨子思想的現代化的補充，筆者認為這樣的說法是合宜的。

「義，利也²⁶⁷。」《墨子·經上》、

「義，志以天下為芬，而能利之，不必用²⁶⁸。」《墨子·經說上》

²⁶² 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁160。

²⁶³ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁175。

²⁶⁴ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁188。

²⁶⁵ 耿雲卿，《先秦法律思想與自然法》，臺灣商務印書館，2003，頁96。在此書中與筆者似有同的看法，認為天志歸結到最後，是全體人民的意志。

²⁶⁶ 王雲五，《先秦政治思想》，臺灣商務印書館，1968，初版，第207頁。

²⁶⁷ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁87。

²⁶⁸ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁256。

筆者按：與儒家不同，孔子的弟子說孔子「罕言利」，因此孔子曾說：「君子喻於義，小人喻於利」

墨子認為的「義」：首先，就其功能言，以是否有利於天下人為判斷；而就個人言，在本心上，是以能調和利於天下為本務，盡全力去利益天下，不一定能見用於世。換言之，以利益天下作為自己的職分，竭力將自己的才能發揮出來而有利於天下人，不必一定為國君所用，這就是義。

二、墨子利害的區分與功利的計算

前文中我們已經說明墨子談「利」，是建立在「兼愛」的核心思想上，並且「利」必須結合「義」同時觀察，才不會錯失墨子法律倫理思想的真意。法規或是政策，是否合於國家百姓人民之利，除上述之比較法、檢證法之外，在衡量利害、計算功利上，墨子具體操作法方說明如次：

(一)利害的區分

1. 以個人心理主觀的喜惡作區分：

墨子的學說，其所以被稱為功利主義，主要體現以在下文

「利，所得而喜也；害，所得而惡也²⁶⁹。」《墨子·經上》

「利，得是而喜，則是利也，其害也，非是也。害，得是而惡，則是害也，其利也，非是也²⁷⁰。」《墨子·經說上》

墨子認為，所謂的「利」乃指，若某個人得到某事物心理主觀上是喜樂的，就是「利」；反之，「害」乃指，若某個人得到某事物心理主觀上是厭惡的，就是「害」。

2. 以具體目的實際有效達成與否作區分：

「故中效，則是也；不中效，則非也²⁷¹。」《墨子·小取》

墨子認為，若某作為能實際有效達成某具體目的，該作為對於該特定目的就是「利」；反之，若某作為不能實際有效達成某具體目的，該作為對於該特定目的就是「害」。

3. 其他區分

人間事情常無法以「喜」、「惡」，或是「中效」、「不中效」明確二分之，此時補充判斷的準則為：

「費財勞力，不加利者不為也²⁷²。」《墨子·辭過》

若某行為花費勞力，但該作為卻不能加強利益的話，就不行為。

「利人乎即為，不利人乎即止²⁷³。」《墨子·非樂上》

凡事，若有利於人群的事就去做，反之，不利於人群的事，就應停止不為。

《論語·里仁》。孟子在見梁惠王時也說：「何必曰利，亦有仁義而已矣。」《孟子·梁惠王》。之後，董仲舒更提出：「正其誼不謀其利，明其道不計其功」《漢書·董仲舒傳》

²⁶⁹ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁 265-266。

²⁷⁰ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，頁 90。

²⁷¹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 379。

²⁷² (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 28。

²⁷³ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 72。

綜上引文可知，墨子注重於利害的計算，主觀上，以個人的喜惡為利害的判斷標準，所得者為喜則為利，可為之，反之所得者為害即屬惡，則不為之；客觀上，一切行事則以功利的有效與否作判斷之依據。所以，「不加利」不為、「利人」即為，是個人之行止與否的判斷標準，因此可謂功利主義。

(二)功利的計算標準：

墨子「功利的計算」是其一大特色，具體的功利計算，有質的計算與量的計算之區別²⁷⁴：

1、就功利之量而言利之中取大，害之中取小

「利之中取大，害之中取小也。害之中取小也，非取害也，取利也。…其遇盜人，而斷指以免身，利也²⁷⁵。」《墨子·大取》

「利之中取大，非不得已也；害之中取小，不得已也。所未有而取焉，是利之中取大也；於所既有而棄焉，是害之中取小也²⁷⁶。」《墨子·大取》

由上引文可知，凡事，權衡判斷之下，同樣是會增加利益，若有大利有小利之別時，此時當取大利；反之，權衡判斷之下，同樣是會造成損害，但若其所造成之損害，有大害有小害的分別時，此時當取小害；例如遇到強盜時，若可在喪失性命與斷指的後果間若可作選擇時，雖然喪失性命與斷指都是屬於害，但這種害仍有大小之別，那麼決定斷指而得以逃生，是取小害而避開大害，這樣的選擇仍屬於利。總結而言：兩利相權，取其利較大者；兩害相較，取其損害較小者。而且，在既有之利而必須有所捨棄時，是以損害多少作為判斷依據，要在可選擇的害中，取小害而放棄大害，此即害中取小的道理。

2、利於多數者為利，只利於少數而不利於大多數者為害。

「子墨子言曰：『雖四五國則得利焉，猶謂之非行道也。譬若醫之藥人之有病者然。今有醫於此，和合其祝藥之于天下之有病者而藥之，萬人食此，若醫四五人得

²⁷⁴ 相較於邊沁(Jeremy Bentham ; 1748-1832)的功利主義計算苦樂之七項標準：1.強度(Intensity)即愈強烈的快樂愈好、2.期間(Duration)即愈持久的快樂愈好、3.確定度(Certainty or uncertainty)即愈確定的快樂價值愈大、4.遠近(Propinquity or Remoteness)即愈接近的快樂愈好、5.繁殖力或豐富性(Fecundity)即某一快樂所附加或衍生的快樂愈多價值愈大、6.純度(purity)即某一快樂是否純粹是快樂而不會伴隨痛苦、7.廣度(Extent)即快樂愈多人分享價值愈高。上開邊沁計算苦樂之七項標準中，前六項均係應用於個人，計算個人之苦樂，只有第七項廣度，關涉群體，其計算以苦樂所涉及的人數多少來判斷價值之高低。換言之，邊沁的快樂只有量的差別，沒有質的差別。(Bentham, Jeremy, ; Burns, J. H. ; Hart, H. L. A. , An introduction to the principles of morals and legislation.pp.38-39., 1970.)。

密勒(John Stuart Mill 1806-1873)他肯定快樂有質的差別。如前所述邊沁計算苦樂之標準均係關於於量，即以為苦樂只有量之大小，而無質之高下。密勒在他的《功利主義》一書接受邊沁的看法即人生以趨樂避苦為目標及追求最大幸福的基本原則。但密勒對上述邊沁計算苦樂只關於於量的缺點作了修正。換言之，快樂不只有量的不同，更有質的差異。他的名言：「做不滿足的人比作滿足的豬好；做不滿足的蘇各拉底比作滿足的笨蛋好。」，密勒肯定快樂有質的差別，從而對上開邊沁的功利主義作出修正。密勒對上述邊沁計算苦樂只關於於量的缺點作了修正。(Mill, John Stuart, ;Sher, George, Utilitarianism.p10, 1979.)。

²⁷⁵ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000年，第360頁。

²⁷⁶ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，頁98。

利焉，猶謂之非行藥也²⁷⁷。」《墨子·非攻中》

墨子認為有志於推行大道於天下的「行道」人，如果他的行為只利於少數的四五個國家，這樣仍舊不屬於「行道」，就如醫者的用藥救人，若其用藥得以治療普天下的病患，但該醫者只治療四五位患者，這樣仍然不能說是正確的用藥之道，所以墨子認為利於多數者為利，只利於少數而不利於大多數者仍屬於非行道。

相對於「天下之利」而言，墨家的立場是以「犧牲之愛」為價值規範，不會計較自身之利害，亦即不會僅取斷指以利天下，而不取斷腕來利天下。亦即如果利在天下，而害在己身，則不論害的輕重都該去做。所謂：「斷指與斷腕，利於天下相若，無擇也。死生若一，無擇也。…殺己以存天下，是殺己以利天下²⁷⁸。」《墨子·大取》

3、功利之質而言，合於義者為利，不合於義者為害

如前所述，墨子之「利」，是建立在結合「義」與「兼愛」的核心思想上，是「兼愛」之「義」²⁷⁹，是以「義」之有無決定「利」之有無，換言之，前開利之量的計算，是以合於義與否為先決條件的，如果事情不合於「義」，即使形式上觀察是利益很多，但因為該利益不合於「義」的品質，所以它根本不能被稱為利。

綜上，墨子「功利的計算」除了上開量的計算外，還必須以「義」作為衡量之先行標準，此即墨子之功利質的計算。

三、權衡利害的道德實踐

凡是倫理的判斷，如果沒有落實在真正的履行上，該倫理的判斷終究是虛幻的，以下行文說明墨子對於實踐「兼愛」之「義」所作的說

(一)道德實踐必須志(力)行之

「行，為也。」《墨子·經上》、

「行，所為不善名。行也，所為善名。巧也，若為盜²⁸⁰。」《墨子·經說上》、

「志行，為也²⁸¹。」《墨子·經說上》

墨子認為「行」就是在於實踐正義的行為。因此，實踐行為本身，不是為了取得好的名譽；若行為本身，是為了取得好的名譽，反而像是欺世盜名，是為「巧」。墨子認為這種立志向在於實踐，就是行為。君子就是要日日親身力行實踐的，自強不息，日益超越，才能成就名符其實的「君子」之名。換言之，「君子」要有所謂的「志行」，即實踐其所知、力行其志之所向。實踐義者必須有利天下的存心，行為者雖然可能不見用於世，但要能真正踐行有利天下之事。不然只有存心，而沒有行動，只停留在理論而沒有實踐。因此，墨子說：

²⁷⁷ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁123。

²⁷⁸ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁98。

²⁷⁹ 有關墨子之「義」，為行文簡潔故，請參閱前文「兼愛」之「義」中之介紹。

²⁸⁰ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁257。

²⁸¹ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁91。

「是故君子力事日彊，願欲日逾，設壯日盛…名不可簡而成也，譽不可巧而立也，君子以身戴行者也²⁸²。」《墨子·修身》

「政者，口言之，身必行之²⁸³。」《墨子·公孟》

所以墨子認為，只有身體力行才是名副其實君子之行。主政者也一樣，自己的政令，不可只有口頭上的奉行，自身必先奉行實踐之，才是為政之道。

(二)以有效與否為檢驗實踐成效之標準：

墨子認為，道德實踐以其實踐之有效與否為檢驗的標準，引文說明如次：

「效者，為之法也；所效者，所以為之法也。故中效，則是也；不中效，則非也，此效也²⁸⁴。」《墨子·小取》

「效」就是先有一種法規作為標準；所效者，即是以某命題或行為(以下簡明故，只稱行為)來效法該法規。因此若該行為符合該法規，就是對的；反之，若該行為不符合該法規，就是不對的，這就是「效」。

(三) 道德實踐—犧牲生命以存天下

於所體之中，而權輕重之調權。權非為是也，亦非為非也。權，正也。…殺一人以存天下，非殺一人以利天下也。殺己以存天下，是殺己以利天下…害之中取小，求為義，非為義也²⁸⁵。《墨子·大取》

墨子認為，在具體的事件中權衡輕重，此等權衡並非只是為了得出「是」或「非」的答案，重點在於權衡出「正義」(正確而當為)，…如果殺一人可以以保存全天下，不是說殺了這個人就有利於天下了。而是應以主角的情境，若殺自己可以保存天下，而此時自己能犧牲生命以存天下，如此權衡出「正義」而行之，才是真正的「殺己以利天下」。…所以如果單單以害之中取小，要求別人為義犧牲生命，這反而是求利而不是求義了。

從這，我們可得出，墨子著重在生命本體的自身選擇，墨子所謂犧牲生命以存天下，強調的是該人了解而自願的犧牲，而不是被當作棋子(棄子)一般該人被當作「殺一人以利天下」的犧牲品。本文認為自願的犧牲，是墨學非常種要的觀念，因為愛、兼愛、人與人的交相愛，只能是出於行者本身內心自主、自發、自願的實踐才是，如果倫理的實行上行者有一絲的被強迫，那已非愛的本旨。

四、 墨家對生命之看法

對於人的「生」的本意，墨子解為：「生，刑與知處也。」《墨子·經上》

孫詒讓注云：「此言形體與知識，合并同居則生²⁸⁶。」

「生，楹之生，商不可必也²⁸⁷。」《墨子·經說上》

²⁸² (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁10。

²⁸³ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁427。

²⁸⁴ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000年，第376頁。

²⁸⁵ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁98。

²⁸⁶ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁284。

孫詒讓注云：「『楹』當為『形』。『商』疑當為『常』，聲近而誤。言生無常，形與知合則生，離則死也²⁸⁸。」

墨子認為，所謂「生」，即是形體與覺知相處共存的狀態，換言之，形體與覺知盈滿的就生，但這種「生」的狀態並非必然不會變易的。而生命的存在必然要以身為載體，所以墨子認為我們的身體比天下更為可貴，因為人都想活著，對於死亡則非常厭惡：

〈貴義〉篇說：「天下不若身之貴也。」、〈尚賢中〉：「民生為甚欲，死為甚惡。」生命既雖然並非必然不變的，但人生命存在是一切價值存在的根本。

而人生既已存在，人「生」的任務為何？墨子的說明是：

「任，士損己而益所為也²⁸⁹。」《墨子·經說上》、

「任，為身之所惡，以成人之所急²⁹⁰。」《墨子·經說上》

上開引文，白話的說即：人「生」的任務就是自願的犧牲而有益於他人；因為「愛」並不能強制來執行，「愛」只能是自願的，否則就不叫「愛」，所以「墨子曰：『不可以不勸愛人』者此也²⁹¹。」《墨子·兼愛》，換言之墨子知道「愛」乃因受「勸導」而生，「愛」不可能因強制而得到。雖然自願的犧牲而有益於他人，這對本身來說雖然是惡事，但卻可成就他人的急難。所以人「生」的重點當在其存在的價值上(益於他人、成就他人)，應和先前已說明墨子「兼愛」的核心思想，其中倫理的判斷必須以「義」之有無決定「利」之有無，而所以墨子在計算利害之說明中，並不強調個人的利害，其功利的計算均係指「兼愛」下之群體利害而言。

所以為了成就「義」即使犧牲自己也不惜：「爭一言以相殺，是貴義於其身也。故曰萬事莫貴於義也²⁹²。」《墨子·貴義》

換言之，因為「義」的價值比生命所存在的身體更為珍貴，為了達到「義」的理念，即使用生命換取亦值得。

就是因為「義」乃「兼愛」的實踐內容及最高價值，所以「義」與「兼愛」的實行即是為了群體利害的自願的犧牲：

「於所體之中，而權輕重之調權。權非為是也，亦非為非也。權，正也。…殺一人以存天下，非殺一人以利天下也。殺己以存天下，是殺己以利天下…害之中取小，求為義，非為義也²⁹³。」《墨子·大取》

墨子認為，在具體的事件中權衡輕重，此等權衡並非只是為了得出「是」或「非」的答案，重點在於權衡出「正義」(正確而當為)，…如果殺一人可以以保存全天下，

²⁸⁷ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 90。

²⁸⁸ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 305。

²⁸⁹ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 87。

²⁹⁰ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 90。

²⁹¹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 93。

²⁹² (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁 402。

²⁹³ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，頁 360。

不是說殺了這個人就有利於天下了。而是應以主角的情境，若殺自己可以保存天下，而此時自己能犧牲生命以存天下，如此權衡出「正義」而行之，才是真正的「殺己以利天下」。…所以如果單單以害之中取小，要求別人為義犧牲生命，這反而是求利而不是求義了。

從這，我們可得出，墨子著重在生命本體的自身選擇，墨子所謂犧牲生命以存天下，強調的是該人了解而自願的犧牲，而不是被當作棋子(棄子)一般該人被當作「殺一人以利天下」的犧牲品。因此，墨子雖為群體主義者，但卻強調兼相愛，「無人即兼愛之義，言人我兩忘，則視人如己也。」〈大取〉；「兼即仁矣、義矣。即善矣」〈經說上〉。換言之，個人出自忘我的愛、自願性的犧牲，才是仁、義，也就是「善」。在兼愛中，若有絲毫強迫，何善之有!就是因為自願犧牲的兼相愛，符合《天志》篇中之「天欲義，惡不義」的原則，即「天」要人以「義」為價值原則。所以人人「志以天下為分」即以天下之利作為自己的職分，讓自己的才能能夠發揮出來而有利於天下人，這就是義。

行者本身可由是否發揮自己的才能而有利於天下人(兼相愛)，實踐其所知、力行其志之所向以上合於「義」加以檢視，如此其人即已自證其存在的價值，在兼相愛之下，此時該人無論生、死皆已圓滿無遺憾(合於天志)。



第四項 小結

綜上所述，墨子的兼愛是合於天志的正義：「然則天亦何欲何惡？天欲義而惡不義。…天欲其生而惡其死，欲其富而惡其貧，欲其治而惡其亂，此我所以知天欲義而惡不義也²⁹⁴。」《墨子·天志上》

由天志的正義，很自然導出墨子對生命保護的態度，對於不義者，上天不但不予保障，更要加以罪罰：

「殺一人謂之不義，必有一死罪矣²⁹⁵。」《墨子·非攻上》

另外，墨子認為「義，利也²⁹⁶。」《墨子·經上》

所以，利要合於「義」，而「義」之有無決定「利」之有無，凡合於義之事物必為利，不合於義之事物必為不利，換言之，利之量的計算，是以合於義與否為先決條件的，如果事情不合於「義」，即使形式上觀察是利益很多，但因為該利益不合於「義」的品質，所以它根本不能被稱為利。而義的內容即合於天志的兼愛，如是，墨子計算利害之標準，可謂是量與質兼顧，甚至於以「義」的質為先。

最後，墨子堅持人生命存在是價值存在的根本，更認為實踐兼愛才能以「義(功利)」作為倫理內涵，此種觀點不但肯定在倫理價值中**生存**為人之所以為人的最基本價值，也提出以實踐兼愛落實義的倫理內涵，兼具理論與實踐性，在現代自然法對何謂正「義」未有定論之時，有其值得參究的價值。

²⁹⁴ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁175。

²⁹⁵ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁119。

²⁹⁶ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁87。

第四節 法家之法律倫理學

東周始自周平王東遷洛邑，至周威烈王冊立韓趙魏三家為侯國（前 403 年），史稱為「春秋時期」（西元前 770-前 403 年；即資治通鑑中春秋戰國的分界點）；自三家分晉到秦滅東周（前 256 年），直到後來統一天下，史稱戰國（西元前 403-前 221 年）。

本文先述春秋時期法家的先驅者管仲的法律倫理思想；再說明戰國時期的法家思想。

第一項 管仲的法律倫理思想

一、管仲生平

管仲(公元前約 725 年—前 645 年)是春秋時期法家的先驅者²⁹⁷，史記管晏列傳中簡短的記載，描寫出管仲一生的功業：

「管仲夷吾者，潁上人也。少時常與鮑叔牙游，鮑叔知其賢。管仲貧困，常欺鮑叔，鮑叔終善遇之，不以為言。已而鮑叔事齊公子小白，管仲事公子糾。及小白立為桓公，公子糾死，管仲囚焉。鮑叔遂進管仲。管仲既用，任政於齊，齊桓公以霸，九合諸侯，一匡天下，管仲之謀也²⁹⁸。」《史記·管晏列傳》

從史記管晏列傳中記載中可得知，管仲他當過商人、謀士、小吏，也曾三度上過戰場，後來輔佐公子糾都不順利，幸而他的朋友鮑叔牙一直支持與理解他。鮑叔牙更推荐齊桓公進用管仲：

鮑叔對齊桓公說：「臣之所不若夷吾者五：寬惠柔民，弗若也；治國家不失其柄，弗若也；忠信可結於百姓，弗若也；制禮義可法於四方，弗若也；執枹(ㄉㄨㄛˋ ㄉㄨㄛˋ 鼓槌)鼓立於軍門，使百姓皆加勇焉，弗若也²⁹⁹。」《國語·齊語》

管仲晚年(前 648 年)齊桓公要讓他出任上卿，管仲堅辭。最後只接受下卿之位³⁰⁰。雖然管仲僅是齊國下卿，但管仲在齊國實行了許多改革，倡「尊王攘夷」，幫助齊桓公成就了霸業，被視為中國歷史上宰相的典範。

班固在《漢書·刑法志》中對管仲之功有生動描述：

「周道衰，法度隳，至齊桓公任用管仲，而國富民安。公問行伯用師之道，管仲曰：公欲定卒伍，修甲兵，大國亦將修之，而小國設備，則難以速得志矣。

於是乃作內政而寓軍令焉，故卒伍定序里，而軍政成序郊。連其什伍，居處同

²⁹⁷ 學者陳啟天、黃公偉、王曉波、王讚源等都以管仲為法家。參見：陳啟天，《中國法家概論》，台北：中華書局，1970，頁 30。黃公偉，《法家哲學體系指歸》，臺北：臺灣商務，1983，頁 8。王曉波，《先秦法家思想史論》，台北：聯經，1991，頁 2。王讚源，《中國法家哲學》，臺北：東大出版，1989，頁 1。

²⁹⁸ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁 829。

²⁹⁹ 易中天 注譯，《新譯國語讀本》，台北：三民書局，2006，頁 165。

³⁰⁰ 《左傳·僖公十二年》：王以上卿之禮饗管仲，管仲辭曰：「臣，賤有司也，有天子之二守國、高在。若節春秋來承王命，何以禮焉？陪臣敢辭。」王曰：「舅氏，余嘉乃勛，應乃懿德，調督不忘。往踐乃職，無逆朕命。」管仲受下卿之禮而還。

樂，死生同憂，禍福共之，故夜戰則其聲相聞，晝戰則其目相見，緩急足以相死。其教已成，外攘夷狄，內尊天子，以安諸夏³⁰¹。」
這是寓戰於民的作法，在內政中即使人民習於軍令，教化成功即得使國富民安，助齊桓公首成春秋之霸業。

孔子曾經稱讚管仲，對子路說：「桓公九合諸侯，不以兵車，管仲之力也。如其仁。如其仁」〈憲問篇〉、對子貢說：「管仲相桓公，霸諸侯，一匡天下，民到于今受其賜。微管仲，吾其被髮左衽矣。」〈憲問篇〉
孔子說因管仲之力，桓公得以不用武力，多次召集各諸侯國的盟會，這就是他的仁德！又說管仲做齊桓公的宰相，助桓公得以稱霸諸侯而一匡天下，讓中國免於遭受蠻夷的統治，維護了華夏文化，人民現在還都享受到他的恩惠。

二、《管子》一書

《管子》書中也記載了管仲死後的事情，一般認為並非管仲所著，文章大概出自稷下學派之手。

《韓非子》即有：「今境內之民皆言治，藏商、管之法者家有之」《韓非子·五蠹》，這是《管子》書名最早的記載。

史記管晏列傳中記載：「太史公曰：吾讀管氏牧民、山高、乘馬、輕重、九府，及晏子春秋，詳哉其言之也。既見其著書，欲觀其行事，故次其傳。至其書，世多有之，是以不論，論其軼事。」，可見當時《管子》一書「世多有之」，可能已有多種版本，《史記》似肯定《管子》為管仲之作。

《淮南子》中對《管子》之書產生的原因作如是描述：

「齊桓公之時，天子卑弱，諸侯力征，南夷北狄，交伐中國，中國之不絕如線。齊國之地，東負海而北障河，地狹田少，而民多智巧，桓公憂中國之患，苦夷狄之亂，欲以存亡繼絕，崇天子之位，廣文、武之業，故《管子》之書生焉³⁰²。」《淮南子·要略》

西漢朝末年，學者劉向（前77年—前6年）曾為《管子》進行編輯，《漢書·藝文志》著錄八十六篇。《漢書·藝文志》將其列入道家類³⁰³，《隋書·經籍志》改列法家類。今本《管子》名為八十六篇，但其中有十篇文已佚，今本篇數實存七十六篇。

後世因《隋書·經籍志》將《管子》列法家類，後人多以管仲為法家。

三、管子的人性論

（一）人的本心靜自得合於道

「心之在體，君之位也。九竅之有職，官之分也。心處其道，九竅循理。嗜欲充益，目不見色，耳不聞聲。故曰：上離其道，下失其事…毋先物動，以觀其則。動則失位，靜乃自得。…人之可殺，以其惡死也，其可不利，以其好利也。…是故，

³⁰¹ 班固;吳榮曾;劉華祝，《新譯漢書》，台北：三民，2013，頁1179。

³⁰² 熊禮匯注，《新譯淮南子》，台北：三民，1997，頁1178。

³⁰³ 顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970，頁119。

有道之君，其處也，若無知。其應物也，若偶之。靜因之道也³⁰⁴。」《管子·心術上》

心在人體中有如國君之地位。九竅(即眼、耳、鼻、口七孔加上大、小便二竅)各有其職能，如同百官之分工一般。心處它所應在的常道上，九竅就依循一定理路運行。但若內心充滿嗜好與欲望，則目不見色，耳不聞聲。故曰：主上者離其常道，處下者則失其職事。…不要先於事物而盲目行動，要先觀察事物運行的法則再做行動。因為盲目行動會失去主導的地位，靜觀其變才與道相得。…人可以用刑殺來威懾，是因為人們厭惡死亡；可以使之不利而左右之，是因為人們喜好利益。因此有道的執政者，自處時靜若無知。其應對事物時，又好像配合的恰如其分，這就是依循以靜因之的道理。

(二)得所欲則樂，逢所惡則憂是人的自然之情

管子認為人心易為內心的欲影響而盲目行動，且人的自然之情是得所欲則樂，逢所惡則憂：

「凡人之情，得所欲則樂，逢所惡則憂，此貴賤之所同有也。近之不能勿欲，遠之不能勿忘，人情皆然，而好惡不同，各行所欲，而安危異焉，然後賢不肖之形見也。夫物有多寡，而情不能等。事有成敗，而意不能同。行有進退，而力不能兩也。故立身於中，養有節³⁰⁵。」《管子·禁藏》

人因自然之情，自然會去追求喜歡的事物，而人好惡不同，各行所欲、物有多寡，而人的欲求不能等同的滿足；事有成者、有敗者，所願不能同樣得到。行動有進有退，而人力不能同兩顧。所以人立身於中，必須在其中調養，並且要有所節制。

管子對人情的描述為「欲利惡害」的人情，另見諸：

「民利之則來，害之則去；民之從利也，如水之走下，於四方無擇也³⁰⁶。」《管子·形勢解》

「…凡民者莫不惡罰而畏罪…凡人者莫不欲利而惡害³⁰⁷。」《管子·版法解》

(三)以禮樂節制情欲使人回歸中正平和的本性

上述管子認為人的常情是「欲樂惡憂」、「欲利惡害」，但他並沒有說這是人的本性，反而管子認為人的本性而言是中正平和的：

「凡民之生也，必以正平，所以失之者，必以喜樂哀怒。節怒莫若樂，節樂莫若禮，守禮莫若敬。外敬而內靜者，必反其性³⁰⁸。」《管子·心術下》

人生來就其本性而言是中正平和的，之所以失之中正平和者，必定是因喜樂哀怒之情所導致。因此必須節制人喜樂哀怒之情，而節怒沒有比得過音樂；節制欲樂莫若禮儀規範，而守禮莫若保持崇敬而不妄為。人如外在保持崇敬而不妄為，而內心虛靜自處者，一定可回復中正平和的本性。

³⁰⁴ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 79。

³⁰⁵ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 848。

³⁰⁶ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 114。

³⁰⁷ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北：三民，2006，頁 792、795。

³⁰⁸ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 648。

從上文出可得出，管子認為喜樂哀怒是人的常情，中正平和的狀態，才是人的本性。

四、國家起源論與治國理念

(一)國家起源論

國家起源論常影響學者之政治、法律思想之主張，管子認為原始社會是以力相征的社會：

「古者未有君臣上下之別，未有夫婦妃匹之合，獸處群居，以力相征，於是智者詐愚，彊者凌弱，老幼孤獨，不得其所³⁰⁹。」《管子·君臣下》

古代原始社會無君臣上下之別，也沒有夫婦配偶的結，人們如同野獸一般群居在一起，彼此間以力相征，因此，智者詐騙愚者，強者欺凌弱者，老幼孤獨者，都不得其所。

這是一個完全以力相互爭奪，無規範、無秩序、紛亂不安全的社會。終止紛爭、無序、紛亂、而使人得以安生的方法是：

「故智者假眾力以禁強虐，而暴人止。為民興利除害，正民之德，而民師之。是故道術德行，出於賢人。其從義理，兆形於民心，則民反道矣。名物處違是非之分，則賞罰行矣。上下設，民生體，而國都立矣。是故國之所以為國者，民體以為國，君之所以為君者，賞罰以為君³¹⁰。」《管子·君臣下》

先有智者假借眾人之力以禁強虐，暴虐者的行為就被制止了。智者為民興利除害，規正人民的德性，人們也把他當作老師。所以道術德行，出於賢人。如此，人們服從之義理，慢慢在人民心中形成，人們的行為就回到正道了。再來又有名與實、常規與違規、是非之分，則賞罰就可施行了。接著因上下等級設立，人民的身體因此得以生存，因而接受此制度，而國都也就建立了。

所以國之所以為國者，是因有讓人民身體得以生存的制度才成為國；君之所以為君者，是因他能公正執行賞罰，才成為君。

綜上，管子認為因為原始社會紛爭、無序、紛亂、而使人無法得以安生，所以必須立國與君長，因為「民體以為國，賞罰以為君」，究其根本，定亂止爭，使人民得以生存，才是國家起源之因。

(二)治國理念

1.治國即在治心，政之所興，在順民心

「聖人裁物，不為物使。心安，是國安也。心治，是國治也。治也者心也。安也者心也。治心在於中，治言出於口，治事加於民；故功作而民從，則百姓治矣。所以操者非刑也，所以危者非怒也。民人操，百姓治，道其本至也³¹¹。」《管子·心術下》

主政者裁決萬物而不會被萬物所役使，是因為能保持內心的安治，如此則國家也能安治。主政者內心安治，治理之言出之於口，合理的政治就會施及於人民，因

³⁰⁹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 65。

³¹⁰ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 65。

³¹¹ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 647。

政事興盛而功及百姓，人民自然順從統治。所以操控百姓的並非靠刑罰之強制，所以威懾百姓的並非靠威怒之氣；能操控百姓的與使百姓能治理的，「道」才是根本的作用。因為「道之在天者，日也；其在人者，心也³¹²。」《管子·樞言》，主政者上治其心，下合民心，即合於道之本旨。

同意旨者另見諸：

(1)「政之所興，在順民心。政之所廢，在逆民心³¹³。」《管子·牧民》

(2)「古之聖王，所以取明名廣譽，厚功大業，顯於天下，不忘於後世，非得人者，未之嘗聞。暴王之所以失國家，危社稷，覆宗廟，滅於天下，非失人者，未之嘗聞。...故曰：人不可不務也。此天下之極也³¹⁴。」《管子·五輔》

此文意旨在於聖王治國，在於得民心；暴王之所失國，在於失民心；因此，對於爭取民心的事，是不可不竭盡心力去做的，這是治天下的最高準則啊！

2.主政者要效法天道，正義無私

「行者正之義也。充不美，則心不得。行不正，則民不服。是故，聖人若天然，無私覆也；若地然，無私載也。私者，亂天下者也³¹⁵。」《管子·心術下》

主政者的行為要符合正義的道理，若是其內在不充實美德，行為會不公正，人民因此也會不信服。所以聖人如天一般，無私地覆蓋萬物；像地一樣，無私地承載萬物。私心，是亂天下的根源。

「道者，扶持眾物，使得生育，而各終其性命者也。...道者，所以變化身而之正理者也，...天之道，滿而不溢，盛而不衰，明主法象天道，...主有天道，以禦其民，則民一心而奉其上，故能貴富而久王天下。...行天道，出公理，則遠者自親³¹⁶。」《管子·形勢解》

「道」是萬物得以生育，而各自終其性命的自然法則；...「道」是使人得以變化自身，而往正義的理路的指引。天之道，本自完備不衰，所以主政者要效法天道；...有了天道，主政者可以統御人民，而人民也一心而奉其為主政者，這樣就可以長久統治天下。主政者依天之道，施政合乎公平正義的道理，自然連遠方的人也會親近他。

同意旨者另見諸：

「得天之道。其事若自然。失天之道，雖立不安³¹⁷。」《管子·形勢》

能順天之道。其政事成就好像自然而成；背離天之道，雖可一時立業，但也不會安寧。

³¹² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 26。

³¹³ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北市：三民，2006，頁 6。

³¹⁴ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 21。

³¹⁵ 李勉，《管子今註今譯》，台北：台灣商務，1988，頁 647。

³¹⁶ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北市：三民，2006，頁 767-771。

³¹⁷ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 5。

3.政事與政見必須合於正義且具可行性

「聖人之求事也，先論其理義，計其可否；故義則求之，不義則止。...聖人之諾已也，先論其理義，計其可否，義則諾，不義則已³¹⁸。」《管子·形勢解》

聖明的主政者，施政與政見必須先計其是否合於正義，再論其是否且具可行性；若有不合於正義者，則不予施行或允諾。

4.主政者先要守法自治

「故上之所好，民必甚焉；是故明君知民之必以上為心也，故置法以自治，立儀以自正也；故上不行，則民不從，彼民不服法死制，則國必亂矣；是以有道之君，行法修制，先民服也³¹⁹。」《管子·法法》

主政者要明白人民會因為主政者的喜好而從之，所以，主政者本身要自治、自己匡正自己，而且主政者本身要先守法，作為人民的表率。

同意旨者另見諸：

「欲為天下者，...明智禮，足以教之。上身服以先之³²⁰。」《管子·權修》

綜上，主政者要效法天道，施政要如天地一般無私。施政要先合於正義，重要的是主政者本身就要先守法。

5.政的具體內容

「正之，服之、勝之、飾之、必嚴其令，而民則之，曰政。...政以命之，...令之以終其欲，明之毋徑。...致政其民，服信以聽。...出令時當曰政³²¹。」《管子·正》

規正人民，制服民眾，掌控人們，整治人民，一定要政令嚴明，而使人遵守，這叫作「政」。...用政令來指揮民眾，...是命令人們消除私欲，是為了不使人們走上邪路；...施之以政令，人民就信服而且聽從；...政令所發合乎時宜叫作「政」。

五、管仲的法律倫理思想

(一)法的定義

1.法是客觀的行為規範

「尺寸也、繩墨也、規矩也、衡石也、斗斛也、角量也、謂之法。.....不明於法，而欲治民一眾，猶左書而右息之。....和民一眾，不知法不可³²²。」《管子·七法》

法是如同規矩、繩墨等客觀度量的工具，所以要讓人人明法與知法，如此才可規範眾人的行為。要使人民和諧相處，統一規範人民的行為，不知法是不可能做得到的。

³¹⁸ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 115。

³¹⁹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 36。

³²⁰ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北市：三民，2006，頁 25。

³²¹ 李勉，《管子今註今譯》，台北：台灣商務，1988，頁 728。

³²² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 12-13。

2.法是天下萬事的準則

「明主者，一度量，立表儀，而堅守之，故令下而民從。法者，天下之程式也，萬事之儀表也³²³。」《管子·明法解》

英明的主政者統一度量，設立準則，而堅守法令，因此政令下而民從之。所以說：法，是天下的規章程式，是作萬事的標準規範。

相似的論點另見諸：

「法者，天下之儀也，所以決疑而明是非也³²⁴。」《管子·禁藏》

3.法是如四時及日月運行一般穩定不變的規範

「如四時之不賁（去ㄛ`同忒，差錯），如星辰之不變，如宵如晝，如陰如陽，如日月之明，曰法。...法以遏之，...遏之以絕其志意，毋使民幸。...當故不改曰法³²⁵。」《管子·正》

如四時運行不出差錯，像天上星辰一般沒有變更方向，如同黑夜和白天、像陰與陽一樣的規律、如太陽及月亮一樣的分明，這就叫作「法」。...法是用來抑制民眾的，...抑制民眾以杜絕非分之想，為的是不使人們妄圖僥幸；...合於成規而穩定不變的規範叫作「法」。

4.法是統一人事物及設置刑罰的規範

「簡物小末一道，殺僂禁誅謂之法³²⁶。」《管子·心術上》

人事物無論大小，都統一規範，同時規定殺戮禁誅等刑罰的規範以防止不守法者，這就叫作法。

(二)法的源起

1.法是聖人效法天地自然之法則而制定的：

「法者，法天地之位，象四時之行，以治天下。四時之行，有寒有暑，聖人法之...以行法令，以治事理³²⁷。」《管子·版法解》

法是聖人效法天地、四時等自然之法則，為治天下而制定的。

相同意旨另見諸：

「雖聖人能生法，不能廢法而治國³²⁸。」《管子·法法》

2.法是主政者為臣民制定的規範：

³²³ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 976。

³²⁴ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 847。

³²⁵ 湯孝純，《新譯管子讀本》（下），臺北：三民，2006，頁 578-579。

³²⁶（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 79。

³²⁷（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 119。

³²⁸ 湯孝純，《新譯管子讀本》（上），臺北：三民，2006，頁 241。

「君壹置則儀，則百官守其法。...君不能審立其法，以為下制。則百姓之立私理而徑於利者必眾矣³²⁹。」《管子·法禁》

主政者為臣子、人民制定規範，讓其等一以法為度。...主政者若無審慎的制定規範令百官、人民有所守法，則人們會因私利，而去追求個人的利益。

相同意旨另見諸：

「有生法，有守法，有法於法。夫生法者君也，守法者臣也，法於法者民也，君臣上下貴賤皆從法，此謂為大治。」《管子·任法》

這裡，明確表示制訂法律的是主政者，但主政者與臣民一樣，不分貴賤都要依法行事，這才是所謂大治。

「明主者，一度量，立表儀，而堅守之，故令下而民從³³⁰。」《管子·明法解》
此言為明主者要統一度量標準，訂立行為規範，並且堅守之，如此政令下達人民就會服從。

綜上言之，管子認為法的源起是聖人或君主所制定的。

(三)法的作用

《管子》一書中對法律的作用分析為廣義的法與狹義的法：

1.廣義的法：

(1) 法是天下萬事的準則，是用以決斷疑惑、明辨是非的規範

「法者，天下之程式也，萬事之儀表也。」《管子·明法解》

「法者，天下之儀也，所以決疑而明是非也，百姓所縣命也³³¹。」《管子·禁藏》

法，是天下的規章程式，是作萬事的標準規範。用來決斷疑惑、明辨是非而有關百姓生命的規範。

在此種作為儀表功能的法與禮同性質：

「法度者，萬民之儀表也。禮義者，尊卑之儀表也³³²。」《管子·形勢解》

法度是作為萬民行為規範的準則；禮義是作為尊卑關係的準則。

(2) 法是主政者明訂禁止私欲，統一行為的規範

「一曰明法而固守之。二曰禁民私而收使之，此二者，主之所恆也。夫法者，上之所以一民使下也³³³。」《管子·任法》

法是主政者所要明訂而堅守而用來禁止人民妄為私欲，並且統一人民行為加以役使的規範。

(3) 法是主政者禁止姦邪的規範，統治政權的治術

³²⁹ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 262。

³³⁰ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北：三民，2006，頁 804。

³³¹ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 847。

³³² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 116。

³³³ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 91。

法是主政者禁止姦邪的規範:

「法度者，主之所以制天下而禁姦邪也，所以牧領海內而奉宗廟也³³⁴。」《管子·明法解》

(4)法是主政者統治政權的治術:

「巧者能生規矩，不能廢規矩而正方圓。雖聖人能生法，不能廢法而治國；故雖有明智高行，倍法而治，是廢規矩而正方圓也³³⁵。」《管子·法法》

主政者沒有法作為治國的工具，即使有高明的才智，就如同廢置規矩不用，而又想正確繪出方圓一樣不可能。

2.狹義的法:

(1)區分法、律、令不同的作用

「法者，所以興功懼暴也；律者，所以定分止爭也；令者，所以令人知事也。夫矩不正，不可以求方。繩不信，不可以求直。法令者，君臣之所共立也³³⁶。」《管子·七臣七主》

法的作用是用來興賞有功者、震懾暴亂者的；律的作用是用來確定名分、制止紛爭的；令的作用是用來者，所以指揮眾人、管理政事的。

執行時必須如矩一般方正；如繩一樣信直。法令，是主政者與臣民所共同訂立的規範。

上開說明中，除了興功的作用外，法的作用有如今日之刑法之有震懾違法暴亂者的功能；律的作用有如今日之民法確定權利歸屬，定分止爭的功能；令的作用類似今日之行政命令。

(2) 區分法與刑不同的作用

「故治國使眾莫如法，禁淫止暴莫如刑；故貧者非不欲奪富者財也，然而不敢者，法不使也。強者非不能暴弱也，然而不敢者，畏法誅也³³⁷。」《管子·明法解》

這裡，管子區分法與刑不同的作用:

法是治國使眾的有效規範；刑是禁止淫亂、防止暴力最有效的方法。貧者不敢搶奪富者，是法律的規範作用；強者不能凌暴弱者，是刑罰的威嚇作用。

另外，管子特別對刑加以說明如次:

「制斷五刑，各當其名。罪人不怨，善人不驚曰刑...刑以弊之，...刑以弊之，毋失民命。...致刑，其民庸心以蔽，...罪人當名曰刑³³⁸。」《管子·正》

制定墨、劓、剕、宮、大辟等五種刑罰，使每一種刑罰都各該當於犯罪者所犯之罪名，使犯罪者無所抱怨，一般民眾不生驚恐，這就叫作「刑」。...用刑律裁判犯

³³⁴ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 123。

³³⁵ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 294。

³³⁶ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 101。

³³⁷ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北：三民，2006，頁 803。

³³⁸ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 90。

罪，其作用為的是避免冤獄而誤失了人命；...施之以刑，人們就會做事用心而且謹慎；...判罪該當於犯人所犯之罪，事實與罪名該當叫作「刑」。

(3) 法律作用的不同面向

「法者，將立朝廷者也。...法者，將用民力者也。...法者，將用民能者也。...法者，將用民之死命者也；用民之死命者，則刑罰不可不審³³⁹。」《管子·權修》

法律的作用有其不同面向：

法律作用之一，是決定中央(朝廷)權力尊卑的組織規範。

法律作用之二，是決定民力使用如何賞賜的規範。

法律作用之三，是決定依人民才能授與官職的規範。

法律作用之四，是決定人民死亡或者活命的根據；既然是適用法律來決定人民的死亡或者活命，所以刑罰的施行不可不審慎。

(四) 管子立法及變法的原則

1. 立法的原則

(1) 立法應合於民心

「法立而民樂之，令出而民銜之，法令之合於民心，如符節之相得也，則主尊顯³⁴⁰。」《管子·形勢解》

法立之後人民樂於服從，令出而人民都奉行之，是因為所立之法令合於民心，有如符節之相應，這樣，主政者的地位就會尊崇顯耀。

(2) 立法應符合正義原則

「政者，正也；正也者，所以正定萬物之命也。是故聖人精德立中以生正，明正以治國，故正者所以止過而逮不及也。過與不及也，皆非正也。非正，則傷國一也。...法之侵也，生於不正³⁴¹。」《管子·法法》

政治，應符合正義原則；正義原則，是用來正確的決定萬物的分配歸屬的。所以聖人精進德性，立身中正公平而生出正義原則，並用此正義原則治國。故正義原則是用來防止分配不均的，分配太超過與分配不及，都不符合正義原則。不符合正義原則，則和傷害國家是一樣的。...法之所以被侵害，就是因為立法不符合正義原則而產生。

(3) 依人情好惡者立賞罰

「人主之所以令則行，禁則止者，必令於民之所好，而禁於民之所惡也。民之情莫不欲生而惡死，莫不欲利而惡害，故上令於生利人，則令行；禁於殺害人，則禁止³⁴²。」《管子·形勢解》

主政者所以能令行禁止，在於依人民所好者立賞之令；依人民常情所惡者立罰

³³⁹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 7。

³⁴⁰ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 940。

³⁴¹ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北：三民，2006，頁 241。

³⁴² 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 940。

之刑。究其原因是利用人莫不欲生而惡死的心理，所以主政者所下之令是於生存有利的，政令就能通行；主政者所訂下之刑法是禁止殺人、害人的，該禁制規定便可產生禁止的作用。

相同意旨另可見諸：

「明主之道，立民所欲，以求其功，故為爵祿以勸之。立民所惡，以禁其邪，故為刑罰以畏之。故案其功而行賞，案其罪而行罰³⁴³。」《管子·明法解》

(4)立法應人力可行，勿強人所難

「明主度量人力之所能為，而後使焉；故令於人之所能為，則令行；使於人之所能為，則事成。亂主不量人力，令於人之所不能為，故其令廢；使於人之所不能為，故其事敗。夫令出而廢，舉事而敗，此強不能之罪也，故曰：毋強不能³⁴⁴。」《管子·形勢解》

統治者立法應度量人能力是否可能行之，若所立之法非人力所能行之，則該法令將難有其成效，因此所立之法如同廢法而無作用，這個過錯就是立法違反「勿強人所難」的原則。

(5)立法應簡明易於遵守

「以有刑至無刑者，其法易而民全。以無刑至有刑者，其刑煩而姦多³⁴⁵。」《管子·禁藏》

國家社會從時常執行刑罰過渡到沒有刑罰的國家，是因為刑法簡明易於遵守，所以百姓得以保全生命；國家社會從不用刑罰而變化到常常有刑罰的國家，是因為刑法煩瑣不易於遵守，所以百姓犯法者多的緣故。

(6)立法後不可輕易更修

「號令已出，又易之。禮義已行，又止之。度量已制，又遷之。刑法已錯，又移之；如是，則慶賞雖重，民不勸也。殺戮雖繁，民不畏也。故曰：上無固植，下有疑心。國無常經，民力必竭。數也。」《管子·法法》

國家立法必須要有穩定性，立了法隨即又修正或廢止，這樣，賞雖重，人民也不會用心。殺戮雖繁，民也不會畏懼。所以說：在上位者沒有堅定固守立場，人民就會有疑心。國家無常經不變的常規，民力必定會耗竭。這是一定的道理。

2. 變法的原則

雖然立法後不可輕易更修，但法制首當順應天地時勢而變化之：

(1)效法天地之動而變法

「法制度量，王者典器也。執故義道，畏變也，天地若夫神之動化變者也，天地之極也。能與化起而王用，則不可以道山也。仁者善用，智者善用，非其人，則

³⁴³ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 981。

³⁴⁴ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 950。

³⁴⁵ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北：三民，2006，頁 670。

與神往矣³⁴⁶。」《管子·侈靡》

法制度量，是統治者的規範與工具。固守執持舊有的義理道德，便是畏懼改變。但天地若有神在推動不停地在變動者，這天地之極大的特色。

能順應天地變化，起而為統治者所用，它的作則不可以常道形容。仁者、智者都善用應化之道，而一般凡人則只能神往而矣。

上文主旨是指主政者的法制當順應天地時勢而變化，不要畏懼改革而只固守陳舊的法度和道德。

相同意旨者，另見諸：

「故古之所謂明君者，非一君也，其設賞有薄有厚，其立禁有輕有重，跡行不必同，非故相反也，皆隨時而變，因俗而動。...聖人者，明於治亂之道，習於人事之終始者也。其治人民也，期於利民而止。故其位齊也，不慕古，不留今。與時變，與俗化³⁴⁷。」《管子·正世》

古代的名君很多，各人的作法不一定相同，但並非故意與人相反，重點都是要隨時而變，因俗而動。...一切以是否有利於人民為斷，所以明智主政者找到適合當代的方法，不慕古人，也不滯留不動，與時勢而變，與民俗而轉化。

(2) 隨民意而變法

「民變而不能變，是稅之傳革，有革而不能革，不可服³⁴⁸。」《管子·侈靡》
人民的意向已變而主政者不能跟隨改變，這如同把木棍(稅)用皮革包裹住，使之內外隔絕，民意有變革而主政者不能跟隨改革，人民對之究竟不能心服。

綜上，管子認為主政者的法制當順應天地時勢而變革，不要畏懼改革變法。同時，民意有變革時，主政者也要跟隨改革。

(五) 法的其他特性

1. 公開性：法令必須公開頒布

「正月之朔，百吏在朝，君乃出令布憲于國...憲既布，乃發使者致令以布憲之日蚤晏之時，憲既布，使者以發，然後敢就舍；憲未布。使者未發，不敢就舍；就舍，謂之留令，罪死不赦。憲既布，有不行憲者，謂之不從令，罪死不赦。首憲既布，然後可以布憲³⁴⁹。」《管子·明法解》

正月初一，百官在朝時，君主公布發法令于全國，...使者必須將法令傳達于全國各地，...法令已然頒布，若有不遵行憲令者，就必須處死，其罪不赦。首憲既已頒布，然後可以遵照法令施行。

這段意旨是強調法令必須公開頒布，傳達各地，並依法施行。

³⁴⁶ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 77。

³⁴⁷ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 93。

³⁴⁸ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 72。

³⁴⁹ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北：三民，2006，頁 43。

2.平等性：上下貴賤一律守法

「君臣上下貴賤皆從法，此謂為大治。...治世則不然，不知親疏遠近貴賤美惡，以度量斷之，其殺戮人者不怨也，其賞賜人者不德也。以法制行之，如天地之無私也³⁵⁰。」《管子·任法》

無論君臣上下貴賤、親疏遠近都平等地依法、守法，這樣一切依法行事，公正無私，執行者不受怨恨、被刑殺者亦無所怨恨。

3.公正性：執法必須公正

「凡法事者，操持不可以不正；操持不正，則聽治不公；聽治不公，則治不盡理。.....審治刑賞，必明經紀，陳義設法，斷事以理。虛氣平心，乃去怒喜。若倍法棄令，而行怒喜，禍亂乃生，上位乃殆³⁵¹。」《管·版法解》

凡是依法行事時，執法不可以不公正；執法不公正，則聽理治獄也因此不公正；聽理治獄不公正，則判決也會不盡合理。...所以要審慎處理刑賞的事件，必須綱紀分明，頒布法令，依據法理斷事。要靜氣平心，排去個人怒喜。若違背法令，依個人怒喜行事，禍亂將會發生，權位也將危殆。

上旨是申明執法必須公正，否則禍亂將會發生。

4.必然性：法要有必然的實效性

「用賞者貴誠，用刑者貴必，刑賞信必，於耳目之所見，則其所不見莫不聞化矣³⁵²。」《管子·九守》

用賞最重要的在於誠信，用刑最重要的在於必然性，如此刑賞信必，因人民於耳目所親見，那些沒有親見的人們也都被暗中同化了。

相同申明「刑賞信必」之旨者，另見諸：

「日月之明無私，故莫不得光，聖人法之，以燭萬民，故能審察，則無遺善。無隱姦。無遺善，無隱姦，則刑賞信必；刑賞信必，則善勸而姦止；故曰：參於日月³⁵³。」《管子·版法解》

日月的光明無私，所以沒有得不到光明照射的地方；聖人也要效法日月，普照萬民，因此能明察。能明察則無遺漏善行、無隱匿姦邪。無遺善、無隱姦，則刑賞能明確必然；刑賞信必，則可善勸而止姦；所以說：其德與日月合配為三。

「正法直度，罪殺不赦。殺僂必信，民畏而懼³⁵⁴。」《管子·版法》

「百官論職，非惠也，刑罰必也³⁵⁵。」《管子·明法解》

³⁵⁰ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北：三民，2006，頁591、594。

³⁵¹ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁964-965。

³⁵² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁105。

³⁵³ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁967。

³⁵⁴ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁15。

³⁵⁵ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北市：三民，2006，頁598、801。

百官能各盡本職，並非主上有恩惠於他們，主要是百官畏懼刑罰的必然性!

六、管仲之法律思想與其後法家之不同

前述管仲（前 725 年—前 645 年）是春秋時期法家的先驅者，也與後來戰國時期法家的思想，如韓非（約前 281 年—前 233 年）有其不同處，畢竟年代隔了四百年，而且春秋時禮樂尚未崩壞，而戰國時禮樂之風已不復存在，各國唯戰是尚。管仲之法律思想主張重禮教、順民意、省刑罰等，此皆與其後法家之不同³⁵⁶。

(一)先德後刑，著重教化

1.先德後刑

「故賢者...秉時養人。先德後刑。順於天，微度人³⁵⁷。」《管·勢》

所以賢明的主政者，他能做到順應四時施政順養國人，先用德教然後才用刑罰，既順應天道，又能揣度人心行事。

2.著重教化為先

「欲為天下者，...明智禮，足以教之。上身服以先之。審度量以閑之。鄉置師以說道之，然後申之以憲令，勸之以慶賞，振之以刑罰，故百姓皆說為善，則暴亂之行無由至矣³⁵⁸。」《管子·權修》

主政者要先陳明智識禮節，用來教化人民，自己要先帶頭以身作則，同時審定規範制度來防範人民，並在地方設置老師來教導他們，然後再用法令加以約束，用獎賞加以鼓勵，用刑罰加以威懾。這樣百姓皆歡欣為善，則暴亂的行為無由發生了。

這裡，管子明白說出刑罰之前，必先以教化之旨。

相同申明教化重要之旨者，另見諸：

「一年之計，莫如樹穀；十年之計，莫如樹木；終身之計，莫如樹人。一樹一穫者，穀也；一樹十穫者，木也；一樹百穫者，人也。我苟種之，如神用之，舉事如神，唯王之門。凡牧民者，使士無邪行，女無淫事。士無邪行，教也。³⁵⁹。」《管子·權修》

主政者的施政規劃，...終身的規劃，沒有比培育人材更重要的事，培育人材的投入是可種一收百的，主政者若注重人的教化，治國就如神明一般，運化如神，這是通往聖王的途徑。凡是主政者可以讓男士沒有邪行，女子無淫亂之事。這些要靠教化的作用。

原文作「百官職，非惠也，刑罰必也。」，但《管子·明法解》中所引之文是「百官論職，非惠也，刑罰必也。」，如此解釋才通順，故本文採之。

另參（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，頁 122。

³⁵⁶ 有關管仲之法治思想與其後法家之不同者，另請參閱：王讚源，《中國法家哲學》，臺北：東大出版，1989，頁 3。

³⁵⁷（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 89。

³⁵⁸（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 6。

³⁵⁹（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 7。

而上開「教化」為何意？管子特別說明「教化」的意義及其重要性：
「漸也、順也、靡也、久也、服也、習也、謂之化。...不明於化，而欲變俗易教，猶朝揉輪而夕欲乘車。...變俗易教，不知化不可³⁶⁰。」《管子·七法》

「教化」要漸漸地逐步而教(漸)、順應受教化者的特質(順)、愛護之撫慰之(靡)、耐心等待(久)、使之適應(服)、使之養成習慣(習)，這就是所謂的「教化」。...不明於「教化」的過程，而想要改變風俗，改正風氣，猶如早晨揉造車輪而晚上就想用來乘車一樣，是不可能的。...要改變風俗，改正風氣，不知「教化」的特性不行。

(二)教化首重禮、義、廉、恥之教；次在反民之性

1.禮、義、廉、恥之教

管仲教化的特色之一是著重在禮、義、廉、恥之教，管子認為禮、義、廉、恥四維不彰，國家有覆滅之危險：

「守國之度，在飾四維...國有四維，一維絕則傾，二維絕則危，三維絕則覆，四維絕則滅。傾可正也，危可安也，覆可起也，滅不可復錯也。何謂四維？一曰禮、二曰義、三曰廉、四曰恥。禮不踰節，義不自進。廉不蔽惡，恥不從枉。故不踰節，則上位安；不自進，則民無巧軸；不蔽惡，則行自全；不從枉，則邪事不生³⁶¹。」《管子·牧民》

穩固國家法度，在於整頓禮、義、廉、恥的四維綱紀：
有禮，則人民就不會超出應守的規範，如此政權就會穩固；
有義，則人民就不會妄自鑽營求進，如此人們不會取巧詐騙；
有廉，則人民就不會掩飾過錯，如此人們品德自然完善；
有恥，則人民就不會依從邪惡，如此人們不會有邪亂的事情發生。

管子申明相似之旨者，另見諸：

「凡牧民者，欲民之有禮也；欲民之有禮，則小禮不可不謹也；小禮不謹於國，而求百姓之行大禮，不可得也。...小義不行於國，而求百姓之行大義，不可得也。...小廉不修於國，而求百姓之行大廉，不可得也。...小恥不飾於國，而求百姓之行大恥，不可得也。...民之修小禮、行小義、飾小廉、謹小恥、禁微邪、治之本也³⁶²。」《管子·權修》

上開引文中，管子認為禮、義、廉、恥之教要讓人民從小處的小禮、小義、小廉、小恥做起，這才是政治的根本。

2.禮、義、廉、恥四維中以義禮為先：

(1)義

³⁶⁰ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北：三民，2006，頁73。

³⁶¹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁3。

³⁶² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁7。

「義者，謂各處其宜也³⁶³。」《管子·心術上》
所謂義就是事事、物物、人人，各自都安住在各自適當的安置上。

管子說明要用義的七個具體內容教育人民：

「義有七體，七體者何？曰：孝悌慈惠，以養親戚。恭敬忠信，以事君上。中正比宜，以行禮節。整齊撙誦，以辟刑僇。織嗇省用，以備飢饉。敦悫純固，以備禍亂。和協輯睦，以備寇戎。凡此七者，義之體也。夫民必知義然後中正，中正然後和調，和調乃能處安，處安然後動威，動威乃可以戰勝而守固，故曰義不可不行也。曰民知義矣而未知禮，然後飾八經以導之禮。³⁶⁴。」《管子·五輔》

義的七個具體內容就是：

用孝悌慈惠來奉養親屬；用恭敬忠信事奉君上；用公正和順來施行禮節；用端整謙抑來避免刑罰；用精算節省用來防備備饑荒；用忠厚純樸來防範禍亂；用和協睦鄰來防止敵寇。

上開七個內容就是行義的具體方法，人民必定在知道義之後行事才能中正公平，行事中正公平之後人們自然和睦協調，人們能睦協調相處才能生活安定，生活安定然後國家舉事才有威信，國家有威信才可以戰而得勝、守得穩固。所以說：義是不可不推行的。

人民由上「義之七體」而知義具體內容，但尚未知禮，這時主政者要整頓禮的八個經緯規範，用來引導人民合於禮的規範。

(2)禮

「禮者，因人之情，緣義之理，而為之節文者也。故禮者謂有理也，理也者，明分以諭義之意也。故禮出乎義，義出乎理，理因乎宜者也³⁶⁵。」《管子·心術上》

所謂禮，就是依人的通常情感，按照義的道理，而制定的法度和標準。因此禮者又謂之有理；而所謂理，就是通過確定職分來彰顯義的意旨的。所以禮出乎義，義出於理，理是依行事所宜而定的³⁶⁶。

由前開已就義的七個具體內容教育人民了，人民已經知道義了，而尚未知禮，然後整理出禮的八個具體內容教育人民：

「民知義矣，而未知禮，然後飾八經以導之禮。所謂八經者何？曰：上下有義，貴賤有分，長幼有等，貧富有度，凡此八者，禮之經也。故上下無義則亂，貴賤無分則爭，長幼無等則倍，貧富無度則失。…八者各得其義，則為人君者，中正而無私。為人臣者，忠信而不黨。為人父者，慈惠以教。為人子者，孝悌以肅。為人兄者，寬裕以誨。為人弟者，比順以敬。為人夫者，敦悫以固。

³⁶³ 李勉，《管子今註今譯》，台北：台灣商務，1988，頁 636。

³⁶⁴ 李勉，《管子今註今譯》，台北：台灣商務，1988，頁 180。

³⁶⁵ 李勉，《管子今註今譯》，台北：台灣商務，1988，頁 636。

³⁶⁶ 依據上文「禮者謂有理也，理也者，明分以諭義之意也」，似乎「禮出乎理，理出乎義，義因乎宜者」比較妥當，但如此讀之則失諸文句之美矣，故上開譯文仍從上文所示。

為人妻者，勸勉以貞。...夫人必知禮然後恭敬，恭敬然後尊讓，尊讓然後少長貴賤不相踰越，少長貴賤不相踰越，故亂不生而患不作，故曰禮不可不謹也³⁶⁷。」
《管子·五輔》

禮的八個具體內容就是：

上位者和下位者彼此都有禮儀規範；身分尊貴者與身分低賤者彼此都各守本份；長者及幼者都有次序；貧窮者與富裕者都各守法度。這八個具體內容是禮綱紀。...

禮的八個具體內容各得其宜，則作君主的就公正而沒有偏私，作臣子的就忠信而不結朋黨；作父母的就會以慈惠教育子女；作子女的就會用孝悌來奉養父母；作兄長的就會用寬厚的態度來教誨弟弟；作人弟的就會以恭敬和順的態度尊敬兄長；作丈夫的就會以專一的態度敦厚對待妻子；作人妻子的就以堅貞的節操來勸勉丈夫。...

因為，上位者和下位者彼此沒有禮儀規範，就會產生混亂；身分尊貴者與身分低賤者彼此都不守本份，就會產生紛爭；長者及幼者都沒有次序，就會產生背離；貧窮者與富裕者都不各守法度，就會失其節制。...

所以，人必須知禮然後才能恭敬，恭敬然後才能有尊有讓，有尊有讓然後才能做到少長貴賤不相踰越自己所應守的禮儀，少長貴賤不相踰越本份，因此動亂之事就不會產生而禍患也不會出現了。因此說：禮是不可不謹慎施行的。

總之，管子這裡的禮之八個具體內容的教化，包括了政治、社會與家庭倫理的規範在內，其中若為人君者、為人臣者、為人父者、為人子者、為人兄者、為人弟者、為人夫者、為人妻者，都各其守禮儀，則使得家庭和樂，社會和睦，國家和平，這是管子禮教的目的³⁶⁸。

3. 反民之性

管仲教化的特色之二是著重在反民之性：

「為國者，反民性，然後可以與民戚，民欲佚，而教以勞。民欲生，而教以死。勞教定而國富，死教定而威行³⁶⁹。」《管子·侈靡》

房玄齡注云：「順其性欲必敗亡，若能反之，然後有成可與之親之也³⁷⁰。」

換言之，主政者治理國家，方法上要針對人民的常情相反而教育之，然後才可以與民相親。例如人們的常情欲佚樂，就要而教育人民勤勞。人們的常情欲貪生，就要而教育人民敢於赴死。教育人民勤勞成為一定的習慣後，國家就會富裕。教育人民敢於赴死成為一定的習慣後，主政者的權威就可得到施行。

管仲是透過反民之性的教化，使人民的習性最後與主政者所期望者相同，這必定要經過前述之「教化」：漸漸地、順應之、愛護之、撫慰之、耐心等待、使之適應、使之養成習慣。如此的「教化」要有長時間的「教化」過程，才能

³⁶⁷ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 180-181。

³⁶⁸ 相同意旨請參見：徐漢昌，《管子思想研究》，臺北：臺灣學生書局出版，1990，頁 269。

³⁶⁹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 73。

³⁷⁰ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 73。

改變風俗，端正風氣。

(三)省刑罰

管子尚法，但卻只是作為手段而已，他著重的是如何「省刑」：

「故省刑之要，在禁文巧，守國之度，在飾四維。... 上無量，則民乃妄；文巧不禁，則民乃淫，不璋兩原，則刑乃繁。...政之所興，在順民心。...故刑罰不足以畏其意，殺戮不足以服其心。故刑罰繁而意不恐，則令不行矣。殺戮眾而心不服，則上位危矣³⁷¹。」《管子·牧民》」

節省刑罰的要點，在於禁止文飾淫巧的奢侈，守住國家的方法在於整頓禮、義、廉、恥四維。...上位者不合法度，人民就會隨之妄為；不禁止奢侈，人民就會放縱淫蕩；不阻止上開兩種導致犯罪的根源，那麼犯刑罰者就會增多。...政之所興，在順民心。...否則刑罰、殺戮再多也不會使人民懼服！刑罰繁、殺戮眾，只會導致政權不穩固罷了！

申明相似之旨者，另見諸：

「凡牧民者，使士無邪行，女無淫事。士無邪行，教也。女無淫事，訓也。教訓成俗，而刑罰省，數也³⁷²。」《管子·權修》

凡是主政者可以讓男士沒有邪行，女子無淫亂之事。這些要靠教化的作用。由教育訓導而形成風俗，如此而刑罰得以減省，這是自然的道理。

七、小結

管仲雖然重法，但他特別著重教化的作用，主張先用德教然後才用刑罰。同時他教化的特色之一是著重在禮、義、廉、恥之教，管子認為禮、義、廉、恥四維不彰，國家有覆滅之危險，這是他與後期法家首要的不同。

其次，與管仲注重人民「教化」者不同，後期的法家，他們極為功利地使用人們的好惡之情，直接用刑罰威嚇之，而非改變之。這是後期的法家不如管仲的地方。

再者，管仲所著重的教化作用，是對於一般人民的教化，而非對於具體的受刑人施予教化，此顯然與現代的刑事政策不同。

最後，管仲雖然重法，但他特別著重省刑，認為守住國家的方法並非只靠法律，而是要在於整頓發揚禮、義、廉、恥四維，四維不張，國乃滅亡。另外管仲強調「政之所興，在順民心」，若政治與民心相反，刑罰、殺戮再多也不會使人民懼服！刑罰繁、殺戮眾，只會導致政權不穩固罷了！

³⁷¹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 4。

³⁷² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 7。

第二項 商鞅為代表的重法派

一、商鞅生平

商鞅（約公元前 390 年—公元前 338 年）戰國中期衛國國君的庶子，因秦孝公時封於商邑，又稱商鞅，號為商君。

商鞅的生平是先秦諸子中比較少爭議者，因為司馬遷在《史記》中特別對他造有商君列傳以書其事。

據司馬遷《史記·商君列傳》中所載：「商君者，衛之諸庶孽公子也，名鞅，姓公孫氏，其祖本姬姓也。鞅少好刑名之學，事魏相公叔座(座)為中庶子。公叔座知其賢，未及進。會座病，魏惠王親往問病，曰：『公叔病有如不可諱，將奈社稷何？』公叔曰：『座之中庶子公孫鞅，年雖少，有奇才，願王舉國而聽之。』王嘿然。王且去，座屏人言曰：『王即不聽用鞅，必殺之，無令出境。』王許諾而去³⁷³。…」

公叔座在重病時向魏惠王建議如果其死後可將國事交付商鞅，若不想重用就要殺之，以除後患，但魏惠王並未重視，只是口頭允諾而已。等到公叔座死去後，「聞秦孝公下令國中求賢者」，於是就到秦國去了。商鞅通過秦孝公的寵臣景監見孝公。前後向秦孝公說了四次治國之道，第一次向秦孝公說：「帝道」秦孝公聽到快睡著了。第二次向秦孝公說：「王道」秦孝公也沒有興趣。第三次向秦孝公說：「霸道」秦孝公意欲用之矣。第四次相見中，和秦孝公「語數日不厭」。秦孝公不想「待數百年以成帝王」，而要「及其身顯名天下」即要在位時即成就豐功偉業，揚名天下。商鞅於是在秦孝公支持下在秦國進行變法，「行之十年，秦民大說，道不拾遺，山無盜賊，家給人足。民勇於公戰，怯於私鬥，鄉邑大治。」秦國因其變法強盛起來後，孝公聽其言使鞅將而伐魏。鞅因在河西之戰中立功獲封於商十五邑，號為商君，故稱之為商鞅。

商鞅因變法得罪皇親貴族，「秦孝公卒，太子立。公子虔之徒告商君欲反。」後商鞅出逃「至關下，欲舍客舍。客人不知其是商君也，曰：『商君之法，舍人無驗者坐之。』商君喟然嘆曰：『嗟乎，為法自斃一至此哉³⁷⁴！』之後去魏國，但魏國不敢接納他，最後，秦惠王發兵攻商君，車裂商君，復滅商君之家。時年秦孝公二十四年（秦惠王元年；公元前 338 年）。

《淮南子》中對商鞅之法產生的原因作如是描述：

「秦國之俗，貪狼強力，寡義而趨利。可威以刑，而不可化以善；可勸以賞，而不可厲以名。被險而帶河，四塞以為固，地形形便，畜積殷富。孝公欲以虎狼之勢而吞諸侯，故商鞅之法生焉³⁷⁵。」《淮南子·要略》

相傳商鞅曾從師於李悝³⁷⁶。其所依據如下：

³⁷³（西漢）司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 2227。

³⁷⁴（西漢）司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 2237。

³⁷⁵ 熊禮匯注，《新譯淮南子》（下），臺北：三民，1997，頁 1181。

³⁷⁶ 參見：王讚源，《中國法家哲學》，臺北：東大出版，1989，頁 10。

「魏文侯師李悝。悝撰次諸國法，著《法經》六篇...。商君受之以相秦。」《晉書·刑法志》

「魏文侯師於里悝，集諸國刑典，造法經六篇：一、盜法；二、賊法；三、囚法；四、捕法；五、雜法；六、具法。商鞅傳授，改法為律。」《唐律疏議·名例》但《晉書》編者房玄齡；《唐律疏議》撰者長孫無忌等，都是唐朝時代的人，商鞅曾從師於李悝之事並未見諸《史記》《漢書》，學者王叔岷認為其事恐不足據³⁷⁷。

雖然，商鞅為法自斃，但他的法治影響，卻成為日後秦國統一天下的基礎³⁷⁸。商鞅也是中國歷史上少數變法成功者。

二、商君書

韓非曾說：「今境內之民皆言治，藏商、管之法者家有之³⁷⁹。」《韓非子·五蠹》，這裡的「商之法」可以說是《商君書》的原本。據司馬遷《史記·商君列傳》中所載：「余嘗讀商君開塞耕、戰書(即農戰)，與其人行事相類³⁸⁰。」其中即有《商君書》中「塞耕、戰書(即農戰)」的篇名，可見司馬遷當時該書已編定流通。而於《漢書·藝文志》在法家論著中稱商鞅著有《商君》二十九篇³⁸¹。現存之《商君書》二十四篇，第十六及二十一篇已亡佚。一般認為《商君書》是商鞅及其學生所編寫的。

三、商鞅的變法論

商鞅入秦首先即要說服秦孝公勇於變法，因此提出他的法變法理論：

1. 變法以強國利民為準

「君曰：...今吾欲變法以治，更禮以教百姓，恐天下之議我也。

公孫鞅曰：法者，所以愛民也；禮者，所以便事也。是以聖人苟可以強國，不法其故；苟可以利民，不循其禮。...前世不同教，何古之法？帝王不相復，何禮之循？...禮法以時而定，制令各順其宜，兵甲器備各便其用。臣故曰：『治世不一道，便國不必法古³⁸²。』」《商君書·更法》

秦孝公說：「我想要變法以治國，更易禮以教百姓，但又怕天下的人議論。」公孫鞅說：「前朝各代的教化都不一樣，要依照哪一朝？古代聖王的禮制也不相同，要遵循哪一個聖王?...聖明的主政者只要可以強國，不法其故；只要可以利民，不循其禮。...禮法的制度要合於時代而定，制令各自順應其依適宜的情況而制度，如同兵甲武器備而方便使用一樣。所以臣說：『治世沒有一貫不變之道，只要方便治國利

顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁139。

³⁷⁷ 王叔岷，《先秦道法思想講稿》，臺北：中央研究院中國文哲研究所，1992，頁208。

³⁷⁸ 王曉波，《先秦法家思想史論》，臺北：聯經，1991，頁140。

³⁷⁹ 傅武光;賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁725。

³⁸⁰ (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁2237。

³⁸¹ 顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁139。

³⁸² (明)范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁1。

於當代就是了，不必效法古代。」」

2. 古者治民以德，今者治民以刑

「然則上世親親而愛私，中世上賢而說仁，下世貴貴而尊官。上賢者，以羸相出也；而立君者，使賢無用也。親親者，以私為道也，而中正者使私無行也。此三者，非事相反也，民道弊而所重易也，世事變而行道異也³⁸³。」《商君書·開塞》

商鞅描繪出三個歷史的演變階段：「上世親親而愛私，中世上賢而說仁，下世貴貴而尊官。」，三個歷史的階段，合於當代的行道並不相同，並非事情相反，而是時代改變了，時代改變了，則社會規範也必定要隨之改變，因此商鞅推出他的變法主張。

「古之民樸以厚，今之民巧以偽。…故效於古者，先德而治；效於今者，前刑而法³⁸⁴。」《商君書·開塞》

古代的人民樸實忠厚，現今的人民巧詐虛偽。所以古代有效的方法是德治，而現在有效的方法是要以刑罰為首要。

四、商鞅的法律倫理思想

(一)人性:追逐名利逃避勞苦是人的本性

「夫治國者能盡地力而致民死者，名與利交至。民之性，饑而求食，勞而求佚，苦則索樂，辱則求榮，此民之情也。…故民生則計利，死則慮名。…民之生，度而取長，稱而取重，權而索利。…羞辱勞苦者，民之所惡也；顯榮佚樂者，民之所務也³⁸⁵。」《商君書·算地》

人的本性饑餓了而要求食物，勞累了而要求安佚，痛苦了則追求快樂，受辱了則要求榮譽，此是人民之常情。…人民權衡利害而追逐名利是人的本性。…人所厭惡的是羞辱勞苦；人所要求得到的是顯榮佚樂。

相似意旨另見諸：

「民之於利也，若水於下也，四旁無擇也³⁸⁶。」《商君書·君臣》

簡言之，商鞅認為人性是追逐名利逃避勞苦的。人性逐利，就如同水往下流一般的自然，只要有利，不論四方。

³⁸³ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁76。

³⁸⁴ (明)范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁12。

³⁸⁵ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁65-72。

³⁸⁶ (明)范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁29。

(二)法律起源論:

「天地設，而民生之。當此之時也，民知其母而不知其父，其道親親而愛私。親親則別，愛私則險，民眾而以別險為務，則民亂。當此時也，民務勝而力征。務勝則爭，力征則訟，訟而無正，則莫得其性也。故賢者立中正，設無私，而民說仁。當此時也，親親廢，上賢立矣。凡仁者以愛利為務，而賢者以相出為道。民眾而無制，久而相出為道，則有亂。故聖人承之，作為土地貨財男女之分。分定而無制，不可，故立禁。禁立而莫之司，不可，故立官。官設而莫之一，不可，故立君。…夫利天下之民者，莫大於治；而治莫康於立君；立君之道，莫廣於勝法³⁸⁷。」《商君書·開塞》

天地形成產生人時，人民只知其母而不知其父，他們奉行之道是親愛自己的親人和自己的私利。如此分別親疏，為了愛戀私利就會作出危害人之事，民眾都如此為私利而作出危害人之事務，那人民就混亂了。人們彼此爭訟，但沒有公正的準則，就無法有安定的生活，這時有賢者出來設立公平中正的標準，而沒有任何私自為己利者，人民因此仁愛和樂。這樣的時代，原本奉行的愛親之道廢止，崇尚賢人的原則就確立了。…但後來因人民眾多，如此賢人推讓的制度就產生混亂。故有聖人承前賢，將土地貨財男女作名分的規定。有名分而無制度仍不可行，所以設立禁止規範。禁止規範立而沒有執行機關也不可，所以設立執行的官吏。官設而沒有統一管理仍不可，所以立君。…要利於天下百姓沒有比安定的社會更有利的了，而要有安定的社會莫過於設立國君統治，設立國君統治之道，沒有比以法為治更好的。

商鞅認為原始社會中人們都為私利而互相危害，結束混亂，最好是設立國君統治，而國君統治之道就要以法為治。

(三)重刑連坐論

商鞅認為重刑連坐有其好處:

「重刑而連其罪，則褊急之民不鬥，很剛之民不訟，怠惰之民不游，費資之民不作，巧諛惡心之民無變也。五民者不生於境內，則草必墾矣³⁸⁸。」《商君書·墾令》

實行重刑而連坐其罪之法，則性情急躁氣量狹小的人民就不敢於爭鬥，凶狠剛強之民就不敢於爭訟，怠惰之民不敢於游蕩不作事，從事揮霍浪費者就不敢於再浪費，善於巧詐壞心眼者就不敢於欺騙。這五種人不出現在國內，那荒地就一定能開墾了。

(四)以刑去刑論

「行罰，重其輕者，輕者不至，重者不來，此謂以刑去刑，刑去事成。罪重刑輕，刑至事生，此謂以刑致刑，其國必削³⁸⁹。」《商君書·斬令》

實行刑罰，用重刑治輕罪，使輕罪不發生，重罪也就不會出現這就叫用刑罰去掉刑罰，刑罰去掉了，國家的事情也能成功；若是於犯重罪者使用輕刑，雖刑罰輕，但

³⁸⁷ (明)范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 12。

³⁸⁸ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁 15。

³⁸⁹ (明)范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 18。

國家的事情也不能成功，因為輕刑反而會招致犯罪不斷發生，這就叫用刑罰招致更多的刑罰，如此國力必被削弱。

商鞅之以刑去刑論，相同論理另證諸：

「以刑去刑，國治；以刑致刑，國亂³⁹⁰。」《商君書·去強》

「故以戰去戰，雖戰可也；以殺去殺，雖殺可也；以刑去刑，雖重刑可也³⁹¹。」

《商君書·畫策》

「國之亂也，非其法亂也，非法不用也。國皆有法，而無使法必行之法。國皆有禁姦邪刑盜賊之法，而無使姦邪盜賊必得之法。為姦邪盜賊者，死刑，而姦邪盜賊不止者，不必得也。必得，而尚有姦邪盜賊者，刑輕也。刑輕者，不得誅也。必得者，刑者眾也。故善治者，刑不善，而不賞善，故不刑而民善。不刑而民善，刑重也。刑重者，民不敢犯，故無刑也³⁹²。」《商君書·畫策第十八》

如此以刑去刑達到極致，就可至於無刑：

「明刑之猶，至於無刑也；明教之猶，至於無教也³⁹³。」《商君書·賞刑第十七》

(五)刑殺合於德，仁義合於暴

「夫民憂則思，思則出度；樂則淫，淫則生佚。…吾所謂刑者，義之本也；而世所謂義者，暴之道也。夫正民者：以其所惡，必終其所好；以其所好，必敗其所惡。…故王者刑用於將過，則大邪不生；賞施於告姦，則細過不失。治民能使大邪不生，細過不失，則國治，國治必彊…此吾以殺刑之反於德，而義合於暴也。…故王者以賞禁，以刑勸；求過不求善，藉刑以去刑³⁹⁴。」《商君書·開塞》

人民有所擔憂的事務才會對它加以深思，能思慮則會守法度；相反歡樂則會放蕩，放蕩則會違反法令。…我所謂的刑罰才是義的根本；世俗所謂仁義才是殘暴的根源。因為治理人民，如以其所惡的東西(如刑罰)，人民最終才能得到他其所好的東西(如生命、財產)；如果以其所好的東西，人民最終必為其所惡的東西傷害(如刑罰)。…所以主政者要把刑罰對置於犯罪將生的狀態，如此大的罪惡就不會產生。賞用於告發奸惡者，如此小的罪惡就不會漏掉。如此治國一定治理的很好，再來國家也會強大起來…這就是我所說的用刑殺反而可以合於德，用仁義反而合於暴的道理。…所以主政者要用賞來禁止奸惡，用刑來勸導人民，追究人民的罪而不論其善，達到依藉刑罰以去刑罰之用。

(六)法律之前人人平等

「所謂壹刑者，刑無等級。自卿相將軍以至大夫庶人，有不從王令，犯國禁，亂上制者，罪死不赦。…故禁姦止過，莫若重刑。刑重而必得，則民不敢試，故國

³⁹⁰ (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 7。

³⁹¹ (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 23。

³⁹² (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 24。

³⁹³ (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 21。

³⁹⁴ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，三民，1996，頁 79-83。

無刑民³⁹⁵。」《商君書·賞刑》

執行刑罰不分等級，無論官職大小，若有不從王令，觸犯國家法禁，擾亂法制者，一律處死，其罪不赦免。…重刑之下，人民不敢以身試法，所以就可以不用刑罰了。

原本周公制禮士民有等，禮不下庶民，刑不上大夫，而商鞅變法則無分貴賤，一律「壹刑」而論，這在當時是法律適用的一大革命。

(七)重視法治教育

「故聖人為法，必使之明白易知。名正，愚智遍能知之。為置法官，置主法之吏，以為天下師，令萬民無陷於險危。故聖人立天下而無刑死者，非不刑殺也，法令明白易知，為置法官吏為之師以道之知。萬民皆知所避就；避禍就福，而皆以自治也³⁹⁶。」《商君書·定分》

法律要使人民易於知道了，無論愚智都能理解法律。並且設置執掌法律的官員，作為天下百姓的老師，教授人民理解法律，以免人民誤觸法令。所以聖人治理天下而沒有受刑死的人，並非不用刑殺，而是法令明白易知，又為人民設置法官、法吏為人民的老師，教授人民知道法律，然後人民知道該如何躲避禍患，親近福祉，而都能自己管理自己。

(八)法是明君判斷行事的標準

「故明主慎法制。言不中法者，不聽也；行不中法者，不高也；事不中法者，不為也。言中法，則聽之；行中法，則高之；事中法，則為之。故國治而地廣，兵強而主尊。此治之至也，君人者不可不察也³⁹⁷。」《商君書·君臣》

主政者要慎重對待法制。凡不合法制的不聽信、不推崇、不去做；反之，凡是符合法制的就聽從、推崇、去做。如此可達國治、擴土、兵強而主尊的效果，這是治國的最高成就，而為主政者不能不加以考察的。

五、韓非對商鞅的批評

(一) 商君未盡於法，勇於軍功不等於有治國之才

「商君之法曰：『斬一首者爵一級，欲為官者為五十石之官；斬二首者爵二級，欲為官者為百石之官。』官爵之遷與斬首之功相稱也。而以斬首之功為之，則不當其能...。今治官者，智能也；今斬首者，勇力之所加也。以勇力之所加、而治智能之官，是以斬首之功為醫匠也³⁹⁸。」《韓非子·定法》

韓非認為，商鞅以斬首為功，但斬首是勇力之所加。而擔任官職者必須有一定的智慧及才能，但個人有勇力而並不一定有治理國家的智能，而足任官職。這就如

³⁹⁵ (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 22。

³⁹⁶ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁 213。

³⁹⁷ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁 190。

³⁹⁸ 傅武光、賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁 637-638。

同讓斬首有功的人去做醫生和工匠一樣，他的能力就不相當了。

所以韓非說，商君未盡於法，他的法並不完善。

(二)不知用術

「公孫鞅之治秦也，設告相坐而責其實，連什伍而同其罪，賞厚而信，刑重而必，是以其民用力勞而不休，逐敵危而不卻，故其國富而兵強。然而無術以知姦，則以其富強也資人臣而已矣。...故戰勝則大臣尊，益地則私封立，主無術以知姦也。商君雖十飾其法，人臣反用其資。故乘強秦之資，數十年而不至於帝王者，法不勤飾於官，主無術於上之患也³⁹⁹。」《韓非子·定法》

韓非認為，商鞅不知用術，所以雖然肯定其其國富而兵強之功。但因主政者無無術於上，所以戰勝，則有益於大臣的尊位與封地，但卻無法真正為主政者服務，否則以強秦之資，何以數十年而不至於帝王之位？這就是主政者不會用治「術」所產生的問題。

所以說，商君不知用術。

六、小結

商鞅的法律倫理思想已見前述，他是中國歷史上少數變法成功者。相較於商鞅的變法得以進行，但王安石變法未能成功，王安石（1021—1086）有詠商鞅之詩作：

「自古驅民在信誠，一言為重百金輕。今人未可非商鞅，商鞅能令政必行⁴⁰⁰。」

公元前 359 年，商鞅立法欲以誠信富國強兵：「乃立三丈之木於國都市南門，募民有能徙北門者予十金，民怪之，莫敢徙。復曰：能徙之者予五十金，有一人徙之，輒予五十金，以明不欺，卒下命令行於民⁴⁰¹。」《史記·商君列傳》

王安石當時正在變法，而讚揚商鞅「徙木立信」，變法得以成功，借此詩來表明自己在推行新法上的決心。

商鞅的法律倫理思想如「以刑去刑論」云云雖不合於現代思潮，但本文以為就其「禮法以時而定，制令各順其宜」的變法觀，於今仍有其可取之處。因為變法必然要合於當代的民意時宜，不然，自以為對的事理，不顧民意時宜而強要去變法，這一定不會成功，我想王安石必深有所感，是本文此節特別借王安石詠商鞅作結。

³⁹⁹ 傅武光、賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁 634-635。

⁴⁰⁰ 王叔岷，《先秦道法思想講稿》，臺北：中央研究院中國文哲研究所，1992，頁 224。

⁴⁰¹（西漢）司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 2231。

第三項 申不害為代表的重術派

一、申不害生平

申不害（前?年—前 337 年）是與商鞅同時代的人，比商鞅晚死一年。據司馬遷《史記》中所載：「申不害者，京人也，故鄭之賤臣。學術以干韓昭侯，昭侯用為相。內脩政教，外應諸侯，十五年。終申子之身，國治兵彊，無侵韓者。申子之學本於黃老而主刑名，著書二篇，號曰申子⁴⁰²。」《史記·老子韓非列傳》「〔韓昭侯〕八年，申不害相韓，脩術行道，國內以治，諸侯不來侵伐。……二十二年，申不害死⁴⁰³。」《史記·韓世家》

由上可知：申不害，號申子，是戰國時代，鄭國京邑（今河南滎陽）人，生年不詳。韓昭侯八年（前 351 年）用申不害為相，使韓國「國治兵彊」。為中國先秦諸子百家中法家「術」派代表人物。

二、《申子》一書

申不害的著作《申子》，《史記》只記載有「著書兩篇，號曰申子」。《淮南子》中對申子刑名之書產生的原因作如是描述：「申子者，朝昭厘之佐，韓、晉別國也。地墾（土地瘠薄）民險，而介於大國之間，晉國之故禮未滅，韓國之新法重出，先君之令未收，後君之令又下，新故相反，前後相繆，百官背亂，不知所用。故刑名之書生焉⁴⁰⁴。」《淮南子·要略》

《漢書藝文志》記載「申子六篇⁴⁰⁵」，但全都亡佚。如今所能看到的只是別人引用的零星章句，只有《群書治要》⁴⁰⁶卷三六所引《大体》篇較完整。因為申不害所存文獻只有《大体》篇較完整，所以無法得出其人性論為何，故從略之，以下只整理其法律思想。

三、申不害法律思想

（一）無事無為，因名而治之術

「昔者堯之治天下也以名，其名正則天下治，桀之治天下也亦以名，其名倚而天下亂，是以聖人貴名之正也。主處其大，臣處其細，以其名聽之，以其名視之，以其名命之，鏡設精，無為而美惡自備，衡設平，無為而輕重自得，凡因之道，身與公無事，無事而天下自極也⁴⁰⁷。」《申子·大體》

申子認為主政者因為有其主政之名分，其名正則天下治，反之如桀一般的亂君雖有其名分，但因亂命偏傾其名位而致天下大亂。所以聖王治國重視其名位，如

⁴⁰²（西漢）司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 2146。

⁴⁰³（西漢）司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 1869。

⁴⁰⁴熊禮匯注，《新譯淮南子》（下），臺北：三民，1997，頁 1181。

⁴⁰⁵顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁 140。

⁴⁰⁶（唐）魏徵；褚遂良；虞世南，《群書治要》，上海商務，1937，頁 629-630。

⁴⁰⁷楊家駱；阮延焯《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 167-170。

其名位正確、正當的在其分位就好了。對於臣子也以其名位聽之，看他的官職如何、權責如何，就以其官職權責之名分命令其作本分該作的事，如此就如鏡明照物清楚美惡自然呈現出來；如以衡平量輕重，輕重一清二楚，這就是「因」之道，凡事「因」其名，主政者本身的私與公均可無事，主政者無事而天下自然達到極治之境。

關於申子「因」之道，亦可證諸《呂氏春秋》有關申不害的記載：「古之王者，其所為少，其所因多。因者，君術也；為者，臣道也。為則擾矣，因則靜矣。因冬為寒，因夏為暑，君奚事哉？故曰君道無知無為，而賢於有知有為，則得之矣。」《呂氏春秋·任數》⁴⁰⁸

「因」之道，申子雖未具體而言，我們可補充之，即因自然之勢、因人之情、因民之所利而利之，所以「因」的對象是客觀的，王曉波認為「因」之道，即自然法⁴⁰⁹。

主政者不能「因」一個或少數的對象，故申子云：

「夫一婦擅夫，眾婦皆亂，一臣專君，羣臣皆蔽，故妒妻不難破家也。亂臣不難破國也。是以明君使其臣并進輻湊，莫得專君。」《申子·大體》⁴¹⁰

即主政者不可只專「因」一臣，這樣會被蒙蔽，必「使其臣并進輻湊」，用眾人之力、採眾家之言，才比較客觀。

主政者必有其主觀，如何「因」客觀的對象呢？

「故善為主者倚於愚，立於不盈，設於不敢，藏於無事，竄端匿疏，示天下無為，是以近者親之，遠者懷之...是以有道者自名而正之，隨事而定之也。」《申子·大體》⁴¹¹

主政者必須隱其主觀意見，好像愚笨不知如何的樣子，不敢於自作主張，而要藏形匿影地以無事、無為的態度表現於天下，這樣近的人易親善之，遠的人易感懷之...這樣有道的主政者本其名位之正，就可隨事而定之。

(二) 依名責實之治術

上文中申子從「因」之道，而論其治術，「因」的對象是客觀的，主政者如何私與公均可無事？申子認為主政者當有依名責實之治術：

「明君如身，臣如手，君若號，臣如響，君設其本，臣操其末，君治其要，臣行其詳，君操其柄，臣事其常，為人臣者，操契以責其名，名者，天地之綱，聖人之符，張天地之綱，用聖人之符，則萬物之情，無所逃之矣。」《申子·大體》⁴¹²

主政者與臣子的關係如身之於手，主政者若有號令，臣子就依令而響應之；主政者掌管根本大要就好，而為臣子的必須把末節詳細的執行。主政者掌握此權柄，臣子的必須把日常事務作好，以臣子的名位官職及權責，決定他所該負的責任，這樣的「名」就是名分命令其作本分該作的事，天地之綱，聖人之符，綱舉符用，那世界萬物之情狀，都在其內而無所逃了。

⁴⁰⁸ 陳奇猷，《呂氏春秋校釋》，臺北：華正世界，2004，頁1064-1066。

⁴⁰⁹ 王曉波，《先秦法家思想史論》，臺北：聯經，1991，頁219。

⁴¹⁰ 阮延焯《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁167。

⁴¹¹ 阮延焯《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁168。

⁴¹² 阮延焯《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁168。

證諸前述之：

「昔者堯之治天下也以名，其名正則天下治，桀之治天下也亦以名，其名倚而天下亂，是以聖人貴名之正也。主處其大，臣處其細，以其名聽之，以其名視之，以其名命之。」《申子·大體》

主政者只要對一切事項加以規定(名正)，掌握大事，便可依其名而掌控臣子，這就是依名責實之治術。

本文以為「因」之道術，其本在「名」，而何謂「名」，即是法(如現代之公務員法)，換言之，以名責實之治術，必以「名」為規範，此規範即法也。

(三)設法度不行私

胡適認為：「申不害雖是一個有手段的政治家，卻不是主張法治主義的人⁴¹³。」但本文以為「法」「術」乃互為表裡，有「法」「術」行之則成「勢」，參以下文：

韓昭侯謂申子曰：「法度甚(不)易行也。」申子曰：「法者見功而與賞，因能而受官。今君設法度而聽左右之請，此所以難行也。」昭侯曰：「吾自今以來知行法矣，寡人奚聽矣。」一日，申子請仕其從兄官，昭侯曰：「非所學於子也。聽子之謁敗子之道乎？亡其用子之謁。」申子辟舍請罪。(《韓非子·外儲說左上》⁴¹⁴)

韓昭侯對申不害說：「法律實在很難實行啊！」申不害：「法律要有功才與賞，因能而受官。但您卻聽從左右的請求，當然法律難以執行！」韓昭侯：「現在我才明了法律實行之道，日後不再聽任何請求了。」一天，申不害向韓昭侯請求讓他的從兄作官。韓昭侯說：「這和我向你學到的治國方法相違啊，我該聽從你的請求而敗壞你所說的治國道理？還是拒絕你的請求，而推行你的主張才好呢？」申不害因此向韓昭侯請罪。

從上引文可知，申不害除了教韓昭侯「治術」外，也有以「法」教韓昭侯，要韓昭侯設法度而不聽左右之請而行私，不過申子並未確實依其法而行，反而「請仕其從兄官」，這只能說是申子雖有言法但其著重在術而已。

(四)其他申子的法治觀

1.法制之目的在國富而民裕

「昔七十九代之君，法制不一，號令不同，然而俱王天下，何也？必當國富而粟多也⁴¹⁵。」《申子·佚文》

⁴¹³ 胡適，《中國古代哲學史》卷三，臺北：台灣商務，1961，頁78-79。

⁴¹⁴ 傅武光、賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁437。

相同意思之文可參見：《戰國策》〈韓策一：申子請仕其從兄官〉申子請仕其從兄官，昭侯不許也。申子有怨色。昭侯曰：「非所謂學於子者也。聽子之謁，而廢子之道乎？又亡其行子之術，而廢子之謁乎？子嘗教寡人循功勞，視次第。今有所求，此我將奚聽乎？」申子乃辟舍請罪，曰：「君真其人也！」，溫洪隆，《新譯戰國策》，臺北：三民，2006，頁1149。

⁴¹⁵ 阮延焯《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁170-172。

申子認為每個時代的主政者法制都不一，號令也不同，然而俱都可以安治天下，為何？必定是該當代的法制可以令致國富而民裕，換言之，雖然法制可因時代不同而改變，但法制之目的都是要使國富而民裕(粟多)，這樣才可安治天下。

要使國富而民粟多，必須重視其本於何：

「四海之內，六合之間，曰：奚貴？土，食之本也。」《申子·佚文》

申子認為糧食的民生問題要特別重視，而有土斯有糧，所以，四海之內，天地之間以土地特別珍貴。

2. 有天道正法而一群臣

「君必有明法正義，若懸權衡以稱輕重，所以一群臣也。」《申子·佚文》
主政者必須要有明確正義的法制，清楚的標準如權衡之於輕重，這樣才可統一領導群臣。

而法之「正」從何而生？

「天道無私，是以常正。天道常正，是以清明。」《申子·佚文》
申子認為法之「正」如天道無私，所以必須有天道正法才能一統群臣。

3. 置法而不變

「堯之治也，蓋明法察令而已。聖君任法而不任智，任數而不任說。黃帝之治天下，置法而不變，使民安樂其法者也。」《申子·佚文》
法必須有其穩定性，人民才有標準可遵循，能安樂過生活而無違法之虞。

三、對申子的評論

(一) 荀子對申子的評論

「申子蔽于執而不知知。…由執謂之道，盡便矣。…夫道者体常而盡變，一隅不足以舉之。」《荀子·解蔽》

申子蒙蔽於只知權勢的作用而不知才智的作用，…只從權勢的角度追尋自然之道，就會全部只論如何使權勢便利運用之術了；…然而，自然之道，其本体恆久常在而又能窮盡所有的變易，不是可以只用一個角度而能够用来概括的。

(二) 韓非對申子的評論

1. 申不害不擅其法

前述申不害除了教韓昭侯「治術」外，也有以「法」教韓昭侯，但韓非認為申不害「不擅其法」：

「申不害，韓昭侯之佐也。韓者，晉之別國也。晉之故法未息，而韓之新法又生；先君之令未收，而後君之令又下。申不害不擅其法，不一其令，則姦多。故利在故法前令，則道之；利在新法後令，則道之。故新相反，前後相悖，則申不害雖十使，昭侯用術，而姦臣猶有所譎 其辭也。故託萬乘之勁韓，十七年而不至於霸王者，雖

用術於上，法不勤飾於官之患也⁴¹⁶。」《韓非子·定法》

申不害輔佐韓昭侯。而韓國，是由晉國分出來的。晉國的舊法還沒廢止，韓國的新法又已經制訂；前朝晉國君主所下的命令還未撤消，後來韓國的君主又已下達命令。申不害並未整合新法和舊法，也不統一前令和後令，所以做壞事的人就層出不窮多了起來了。而韓國官員認為施行舊法令對自己有利，就依循著舊法前令；認為依新法對自己有利，就依循新法後令行事。這樣新法和舊法相反不調合，前令和後令相互違背，如此即使申不害極力促使韓昭侯用術，可是奸邪的韓國官員們還是有辦法找到詭辯的說辭。所以申不害輔佐的韓國雖然是擁有萬輛兵車的強大國家，申不害與韓昭侯經過十七年的努力，仍不能讓韓國得以稱霸的原因，就是因為雖君主在上位用術治，但下面的官員們卻沒有努力地推行法治所造成的毛病啊！

所以說申不害不擅其法，未整合新法和舊法。

2. 申子未盡於術

「申子未盡於術也。申子言『治不踰官，雖知弗言』。治不踰官，謂之守職也可；知而弗言，是不謂過也。人主以一國目視，故視莫明焉；以一國耳聽，故聽莫聰焉。今知而弗言，則人主尚安假借矣⁴¹⁷？」《韓非子·定法》

申不害說：「官員做事不可超過其職權，職權以外者，即使知道也不可進言。」官員做事不可超過其職權，可說是守其本職；但若職權以外者，即使知道也不可進言。這是不舉發錯誤啊！主政者如果能讓全國人的眼睛去看，就可看得最清楚；如果能讓全國人的耳朵去聽，就可聽得最清楚。

可是依申不害的「術」，知道的人不能進言。那主政者要靠什麼去看和聽呢？所以，申不害的「術」並不完善。

四、小結

申子因現存資料很少，僅整理其法律思想如上。本文以為申子以「因」之道為其術，其本在「名」，而「名」即是法，換言之，以名責實之治術，必以「名」為規範，此規範即法也。至於所「因」者，王曉波認為必因人之情⁴¹⁸，申子因現存資料太少，但依前開引文「鏡設精，無為而美惡自備」之理解，本文亦贊同此一見解。又司馬遷《史記》說：「申子之學本於黃老而主刑名⁴¹⁹。」《史記·老子韓非列傳》，刑名之學易流於殘酷寡恩，而申子之法因黃老之說，強調法要合於「天道」之正，是以能相韓昭侯十五年，不失其正，最後得以善終⁴²⁰，這就是申子和與他同時代的商鞅不同的地方。

⁴¹⁶ 傅武光;賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁 634。

⁴¹⁷ 傅武光;賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁 637。

⁴¹⁸ 王曉波，《先秦法家思想史論》，臺北：聯經，1991年，頁 219。

⁴¹⁹ (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 2146。

⁴²⁰ 相同見解請參見：王叔岷，《先秦道家思想講稿》，臺北：中央研究院中國文哲研究所，1992，頁 203。

第四項 慎到為代表的重勢派

一、慎到生平

據司馬遷《史記》中有關慎到（前?年—前?年）的記載非常簡略：

「自騶衍與齊之稷下先生，如淳于髡、慎到、環淵、接子、田駢、騶奭之徒，各著書言治亂之事，以干世主，豈可勝道哉！...慎到，趙人。田駢、接子，齊人。環淵，楚人。皆學黃老道德之術，因發明序其指意。故慎到著十二論⁴²¹...。」《史記·孟子荀卿列傳第十四》

慎到趙國人。曾在齊國為稷下學士，學黃老道德之術，著十二論。生存年代約與騶衍與齊之稷下先生，如淳于髡、慎到、環淵、接子、田駢、騶奭同時代：

「十八年，宣王喜文學游說之士，自如騶衍、淳于髡、田駢、接子、慎到、環淵之徒七十六人，皆賜列第，為上大夫，不治而議論。是以齊稷下學士復盛，且數百千人⁴²²。」《史記·田敬仲完世家》

班固《漢書·藝文志》稱：「先於申、韓，申、韓稱之⁴²³。」

另外在《莊子·天下》中有提到慎到的思想，慎到必然早於莊子的年代，而莊子與魏惠王同時，韓昭侯則晚他一輩，所以申子應在莊子之後。學者王讚源如此推論，應不可採信⁴²⁴。因為，如果依前開司馬遷《史記》所記載，齊宣王十八年是公元前302年，此時申不害和商鞅都已死了三十多年了，所以本文認為慎到的生存年代，必早於莊子的年代，而晚於申不害和商鞅等人。但其生卒年實在難確定⁴²⁵。

二、《慎子》一書

有關《慎子》一書《史記》中說其有十二論，《漢書·藝文志》稱其書作四十二篇⁴²⁶，其書早佚，今僅殘留《威德》、《因循》、《民雜》、《德立》、《君人》、《知忠》、《君臣》七篇。

三、人性人莫不自為

「天道因則大，化則細。因也者，因人之情也。人莫不自為也⁴²⁷。」《慎子·因循》

慎到認為天道因循自然，就人而論就是順應人情，而人性沒有不為自己打算的。就是因為人性都是為自己打算，所以百姓自己會選取自己可以安全生存的環境：

「聖人雖不憂人之危，百姓準上而比於下，其必取己安焉，則聖人無事也⁴²⁸。」《慎子·威德》

⁴²¹ (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁2346。

⁴²² (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁1895。

⁴²³ 顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁141。

⁴²⁴ 請參見：王讚源，《中國法家哲學》，臺北：東大出版，1989，頁16。

⁴²⁵ 王叔岷，《先秦道法思想講稿》，臺北：中央研究院中國文哲研究所，1992，頁176。

⁴²⁶ 顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁141。

⁴²⁷ 高流水、林桓森注，《慎子·尹文子·公孫龍子》，臺北：臺灣古籍出版，2001，頁37。

⁴²⁸ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁1。

同理，因家貧而兄弟離，並非不相愛，是因為利益不足以相容，為自己打算故，不得不分離：

「家富則疏族聚，家貧則兄弟離，非不相愛，利不足相容也⁴²⁹。」《慎子·佚文》

綜上，慎到的人性論即是「人莫不自為」，人沒有不為自己打算的，如此因循人之情、欲而誘導之，則所有百姓就可為統治者所用了。

四、慎到論勢

分析慎到所論之勢有三種：

(一) 因人情之勢

「因也者，因人之情也。人莫不自為也。...故用人之自為，不用人之為我，則莫不可得而用矣，此之謂因⁴³⁰。」《慎子·因循》

因人情之勢就是利用人性沒有不為自己打算的「自為」，所以統治者「用人之自為，則莫不可得而用矣。」《慎子·因循》換言之，統治者因人情「自為」之勢，善加用此並以利誘之，所有百姓就可為其所用了。

(二) 乘眾之勢

主政者本身才能品德都不怎麼樣，但是可以發號施令而人服之，主要是得眾之勢罷了，所以慎到說

「身不肖而令行者，得助於眾也。」《慎子·威德》

此「眾」有民眾與臣眾之分：

1. 民眾之勢

「民雜處而各有所能，所能者不同，此民之情也。大君者，...不擇其下，故足。...莫不容，故多下，多下之謂太上⁴³¹。」《慎子·民雜》

民眾各有各的專長，這是一般的民情。統治者能兼容並蓄，各種人材就充足，在下位的民眾愈來愈多，統治者的權勢威望就越高。

2. 臣眾之勢

「亡國之君，非一人之罪也；治國之君，非一人之力也。...故廊廟之材，蓋非一木之枝也，粹白之裘，蓋非一狐之皮也。治亂安危存亡榮辱之施，非一人之力也⁴³²。」《慎子·知忠》

治理國家不能只有統治者一人之力。國家的治亂危亡也不是只有靠統治者一人之力可以做到的。必須要有臣眾之輔佐，得到眾臣的助力統治者才可能各治理好國家。

⁴²⁹ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 19。

⁴³⁰ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 1。

⁴³¹ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 1。

⁴³² 高流水、林桓森注，《慎子·尹文子·公孫龍子》，臺北市：臺灣古籍出版，2001，頁 46。

(三)依法之勢

「為人君者不多聽，據法倚數，以觀得失。」《慎子·君臣》⁴³³

慎到認為統治者不輕信人言，一切要依法來處理政事，觀察得失。此即依法之勢。

何況統治者不一定會比臣子高明，以不怎麼高明的才智要治理好國家，是不足夠的：「君之智，未必最賢於眾也，以未最賢而欲以善盡被下，則不贍（充足）矣⁴³⁴。」《慎子·民雜》

這時統治者只有依法之勢，才能上下相安無事：「上下無事，唯法所在。」《慎子·君臣》

只要依法之勢，統治者即使只有中人之資，仍然可以清楚識別，不一定要有禹一般的才智：

「厝（ㄉㄨㄛˋ，放置）鈞（一鈞為三十斤）石，使禹察錙銖之重，則不識也，懸於權衡，則釐（ㄌㄩˊ）髮之微識矣。及其識之於權衡，則不待禹之智，中人之知，莫不足以識之矣⁴³⁵。」《慎子·佚文》

而且就是因為統治者不一定會比臣子高明，所以才要依法之勢，設置法制使賢者為其所用，這就是所謂道勝：

「夫道，所以使賢，無奈不肖何也；所以使智，無奈愚何也。若此，則謂之道勝矣⁴³⁶。」《慎子·佚文》

綜上，慎到所論之勢有三：因人情之勢、乘眾之勢、依法之勢。也強調統治者即使只有中人之資即可。統治者還要用「道勝」，即依法之勢，設置法制使賢者無奈而為其所用。

四、慎到的法律思想

(一)立天子以為天下，不肖足以屈賢勢也

「古者，立天子而貴之者，非以利一人也。曰：天下無一貴，則理無由通，通理以為天下也。故立天子以為天下，非立天下以為天子也；立國君以為國，非立國以為君也，...立官長以為官，非立官以為長也。法雖不善，猶愈於無法，所以一人心也⁴³⁷。」《慎子·威德》

慎到認為古時設立天子(統治者)尊貴之，並不是要利益統治者一人。而是因為：如果天下(國家)沒有一位尊貴的統治者，那麼國家組成的法理就行不通，國家組成的法理行得通是為了治理好國家。所以設立統治者是為了治理國家，而非設立國家來利益統治者一人；...同理設置官員是為了更好地為人民服務的，而非設置官職來

⁴³³ 高流水、林桓森注，《慎子·尹文子·公孫龍子》，臺北市：臺灣古籍出版，2001，頁51。

⁴³⁴ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁2。

⁴³⁵ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁185。

⁴³⁶ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁194。

⁴³⁷ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁1。

讓官員個人享受其官職的。國家這樣的法制度雖然不完善，但還是比沒有國家法制度來的好，因為國家法制度的作用是用來統一人心的。

為何要設立天子(統治者)尊貴之，國家組成的法理才行得通，慎到認為：

「故賢而屈於不肖者，權輕也；不肖而服於賢者，位尊也。堯為匹夫，不能使其鄰家，至南面而王，則令行禁止。由此觀之，賢不足以服不肖，而勢位足以屈賢矣。……故...身不肖而令行者，得助於眾也。...此得助則成，釋助則廢矣。」《慎子·威德》
438

因此，賢者所以屈從於不肖者，乃因為權力太輕；反之，不肖者而服從於賢者，是因為他的地位尊貴的緣故。就如堯為平民百姓時，不能指使他的鄰家，等到他南面稱王時，則令行禁止。由此看來，賢者不能因其賢而使不肖者服從，而權勢地位却能使賢者屈服。...所以即使是不肖者，法令卻可推行，此乃是得到眾人的助力的緣故。...因此得到助力則可成事，放棄助力則會失敗。

簡言之，慎到認為統治者因其權勢地位而可使人服從，而權勢地位的來源是得到眾人助力支持的緣故。這和統治者本身賢與不肖無關。

(二) 法制禮籍，所以立公義也

「夫投鈎（與拈鬪同，類似抽籤）以分財，投策（抽籤）以分馬，非鈎策為均也，使得美者不知所以德，使得惡者不知所以怨，此所以塞怨望也。故著龜，所以立公識也；權衡，所以立公正也；書契，所以立公信也；度量，所以立公審也；法制禮籍，所以立公義也。凡立公，所以棄私也⁴³⁹。」《慎子·威德》

「鈎策」作為客觀的分財工具，意諭法的客觀性，只要公正依法行之，大家都心服而無所怨恨。

所以用著草龜甲占卜吉凶禍是用以建立公正的共識，用秤權衡物的輕重是用以確立公正的標準，用文書契約是用以確保公正的信賴，用度量丈量物體的長短是用以建立公正的審查規則，用法令制度、禮儀典章是用來建立公正的道義。凡是建立公正的標準，都是用來揚棄私心。

既然統治者的權勢地位是源自眾人支持的緣故。眾人之所以支持設立統治者，是要統治者治理國家，為人民服務的，而非設立國家來利益統治者一人。所以，統治者要建立公正的法制標準，揚棄私心，實現公義。所以慎到才說：

「法者，所以齊天下之動，至公大定之制也⁴⁴⁰。」《慎子·佚文》

(三) 棄私心，任法為治，唯法所在

既然統治者已建立公正的法制標準，必須揚棄私心，任法為治，唯法所在：
「大君任法而弗躬，則事斷於法矣⁴⁴¹。」《慎子·君人》

⁴³⁸ 高流水、林桓森注，《慎子·尹文子·公孫龍子》，臺北市：臺灣古籍出版，2001，頁 29-31。

⁴³⁹ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 1。

⁴⁴⁰ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 202。

⁴⁴¹ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 2。

「官不私親，法不遺愛，上下無事，唯法所在⁴⁴²。」《慎子·君臣》

慎到認為統治者要任用已建立的法制標準做事，不要自己親身去做，凡是政事按照法制標準決斷，官位不因私心而給親人，法律執行不因私心而遺漏所愛的人，一切依法行事。

同一理念證諸：

「法之功，莫大使私不行；君之功，莫大使民不爭。今立法而行私，是私與法爭，其亂甚於無法。...故有道之國，法立則私議不行，君立則賢者不尊，民一於君，事斷於法，是國之大道也⁴⁴³。」《慎子·佚文》

法律最大的功用就是公平，因為公平，私欲就行不通，一切事務依法決斷，這是治國的本原則。

(四)法者定分止爭也

「一兔走街，百人追之，貪人具存，人莫之非者，以兔為未定分也。積兔滿市，過而不顧。非不欲兔也，分定之後，雖鄙不爭⁴⁴⁴。」《慎子·佚文》

爭執多來自於名分未定，就如無主的兔子，人人都想爭奪，只因為兔子屬於誰的名下未定分，反之市場中都是兔子卻沒有人爭奪，只因為兔子屬於誰的名下已定所以不顧。不是不想要兔子，但只要名已定分，即使是品德低下者也不敢去爭奪。

(五)守法而不變則衰，以道變法者君長也

「故治國無其法則亂，守法而不變則衰，有法而行私謂之不法。以力役法者百姓也，以死守法者有司也，以道變法者君長也⁴⁴⁵。」《慎子·佚文》

慎到認為統治者建立的法制標準，並非不可改變，只是法律要統治者依據自然之道來作變革。

時代不同、民情也就不同，法律刑罰的內容也因此不同：

「有虞之誅，以幪巾當墨，以草纓當劓，以菲履當劓，以艾鞞當宮，布衣無領當大辟，此有虞之誅也。斬人肢體，鑿其肌膚，謂之刑。畫衣冠，異章服，謂之戮。上世用戮而民不犯也，當世用刑而民不從⁴⁴⁶。」《慎子·佚文》。

上古時代使用象徵性的恥辱刑，用這種刑戮人民就不犯法了，而當今之世用殘酷的刑罰而人民仍不服從。

⁴⁴² (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 18。

⁴⁴³ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 186。

⁴⁴⁴ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 192。

⁴⁴⁵ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 191。

⁴⁴⁶ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 187。

(六)法之出於人間，合乎人心而已

法律要統治者依據自然之道來建立標準，並作變革。只是法律制訂、變革的根據為何？法制度的產生，是根據人心、合於民情而制訂出來的：

「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已⁴⁴⁷。」《慎子·佚文》

五、對於慎到思想的批判

(一)荀子

1. 尚法而無法

荀子認為慎到之說尚法而無法：

「尚法而無法，下脩而好作，上則取聽於上，下則取從於俗，終日言成文典，反紃(通“循”)察之，則倜然無所歸宿，不可以經國定分；然而其持之有故，其言之成理，足以欺惑愚眾：是慎到田駢也⁴⁴⁸。」《荀子·非十二子》。

荀子認為慎到的法家思想雖強調法治的作用，但又認為：

「君臣之道，臣事事而君無事⁴⁴⁹。」《慎子·民雜》

「大君任法而弗躬，則事斷於法矣⁴⁵⁰。」《慎子·君人》

慎到以為君王只有超然於法之外，任法而得治；但其終日言談制定法典，來回反復考察這些典制，會發現原來它們都沒有最終的歸宿，無法用以治理國家、確定名分。

2. 有見於後，無見於先

「萬物為道一偏，一物為萬物一偏。愚者為一物一偏，而自以為知道，無知也。慎子有見於後，無見於先。...有後而無先，則群眾無門⁴⁵¹。」《荀子·天論》

世間萬物只呈現出自然之道的一部分，某一特定事物只是世間萬物的一部分，愚者只認知某一特定事物的一個面向，就自以為知道了自然之道，這才是真正的無知。慎子只認知法勢之後服從的一面，但不知道於法勢之前有其德化引導的一面...只有法勢之後的服從而沒有法勢之前德化的引導，這樣群眾沒有入門的途徑。

所以荀子認為慎到之說有見於後，無見於先。

3. 蔽於法而不知賢

「慎子蔽於法而不知賢...由法調之道，由法調之道，盡數矣。...夫道者体常而盡變，一隅不足以舉之⁴⁵²。」《荀子·解蔽》

⁴⁴⁷ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，台北市：鼎文書局，1980，頁200。

⁴⁴⁸ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局印行，1979，頁96。

⁴⁴⁹ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁1。

⁴⁵⁰ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁2。

⁴⁵¹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局印行，1979，頁381。

⁴⁵² 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局印行，1979，頁478。

荀子認為，慎子蒙蔽於只求法治而不知賢者之用…只從法治的角度追尋自然之道，就會全部只論法律條文了；…然而，自然之道，其本体恆久常在而又能窮盡所有的變易，不是可以只用一個角度而能夠用來概括的。

(二)韓非

韓批評慎子如下：

「應慎子曰：…勢者，養虎狼之心而成暴亂之事者也，此天下之大患也。勢之於治亂，本〔未〕有位也，而語專言勢之足以治天下者，則其智之所至者淺矣。夫勢者，名一而變無數者也。勢必於自然，則無為言於勢矣。吾所為言勢者，言人之所設也。…故曰：勢治者則不可亂，而勢亂者則不可治也。此自然之勢也，非人之所得設也。…世之治者不絕於中，吾所以為言勢者，中也。中者，上不及堯、舜，而下亦不為桀、紂⁴⁵³。」《韓非子·難勢第四十》

韓非認為慎子只談自然之勢「足以治天下」這是不夠的，因為「勢」的本身是中性的，讓有虎狼之心者有「勢」正好助長其暴亂之事，所以只論自然之勢，那還沒有真的明白「勢」。韓非所謂的「勢」是人之所設之「勢」。…所以賢君在位，其大局之勢為治世者雖有不肖者也不可亂，反之，亂君在位，其大局之勢為亂世者雖有賢者生也不可治。此自然之勢也，非人之所得設也。…歷史上有如堯、舜之賢君在位，或有如桀、紂之亂君在位的時代屬於少數，多數的統治者都是中人之資，韓非所謂的人設之「勢」的設計就是為了多數中人之資的統治者。

如前文所述，慎到所論之勢有三：因人情之勢、乘眾之勢、依法之勢。也強調統治者即使只有中人之資即可。統治者還要用「道勝」，即依法之勢，設置法制使賢者無奈而為其所用。基本上與韓非之勢並無太大差異，韓非認為慎子只談自然之勢，似乎失之偏頗。

六、小結

慎子強調「勢」，賢不足以服不肖，而勢位足以屈賢，所以統治者不用比臣子高明，只要依法之勢，設置法制使賢者為其所用，這就是所謂道勝：「所以使賢，無奈不肖何也；所以使智，無奈愚何也。若此，則謂之道勝矣⁴⁵⁴。」《慎子·佚文》

而要使道勝其關鍵在於「立公棄私」「唯法所在」，有法律制度確定公義，一切依法行事。「大君任法而弗躬，則事斷於法矣⁴⁵⁵。」《慎子·君人》

所立法是合於公義，只要問其規定是否合乎人心，因為：

「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已⁴⁵⁶。」

⁴⁵³ 傅武光;賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁 623。

⁴⁵⁴ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 19。

⁴⁵⁵ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 2。

⁴⁵⁶ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 6。



第五項 韓非之法律倫理學簡介

韓非⁴⁵⁷為戰國末年之韓國人，大約生於韓釐王在位期間，卒於韓國最後一任君主王安在位期間（約西元前 295-前 233 年）。韓非卒後約三年，韓即被秦滅，十多年後秦即滅六國統一天下。由此可知韓非所處年代正是國與國間競爭相當激烈、秦帝國將完成之時代。

依史記中記載「韓非者，韓之諸公子也。喜刑名法術之學，而其歸本於黃老。非為人口吃，不能道說，而善著書。與李斯俱事荀卿，斯自以為不如非⁴⁵⁸。」《史記·老子韓非列傳》

李斯恐秦王重用韓非而取代之，遂與姚賈陷害詆毀韓非，秦王以為然，下令使韓非治罪。李斯暗中使人送毒藥給韓非，使之自殺，時秦王政十四年（西元前 233 年）。

韓非留有著作《韓非子》一書，依《漢書藝文志》記載有「韓子五十五篇⁴⁵⁹。」，後人有認並非全為韓非所著，但依史記所載「人或傳其書至秦。秦王見孤憤、五蠹之書⁴⁶⁰」，可見《韓非子》一書，至少在韓非入秦前已部分完稿。學者張素貞認為其書十九為非所自著⁴⁶¹，本文讚同其說，因為史家司馬遷及班固都未疑該書之真偽，除明顯為後人所輯者如〈存韓〉、〈初見秦〉外，應多是出自非之手。

有關韓非思想，王先謙於《韓非子集解》序中評云：「仁惠者，臨民之要道，然非以待奸暴也...非論說固有偏激，然其云明法嚴刑救群生之亂，去天下之禍，使強不陵弱，眾不暴寡，耆老得遂，幼孤得長，此則重典之用，而張弛之宜，與孟子所稱『及閒暇，明政刑』，用豈異也⁴⁶²？」

換言之，韓非著重嚴刑重典之用，刑公而無私，使弱、寡、老、幼得存，是為行仁惠之道，實與孟子仁義主張無有不同。本文讚同其說。

韓非的人性觀，受老師荀卿的影響。即建立在性惡的觀點上，主張人性是自私功利的，所以須制之以法，相對而言，法也因人性的自私功利，計算行為之利害關係，避免刑罰之制裁，而得成立：

一、韓非之人性論

(一) 人性自利

1. 父子自利：

韓非認為父母之於子女，猶用計算之心以相待：

「父母之於子也，產男則相賀，產女則殺之。此俱出父母之懷衽，然男子受賀，女子殺之者，慮其後便，計之長利也。故父母之於子也，猶用計算之心以相待也，

⁴⁵⁷ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977年，再版，頁832。

⁴⁵⁸ (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁2146。

⁴⁵⁹ 顧實，《漢書藝文志講疏》，臺北：廣文出版社，1988，頁141。

⁴⁶⁰ (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁2146。

⁴⁶¹ 張素貞，《韓非子思想體系》，臺北：黎明，1979，頁1。

⁴⁶² (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，序頁1。

而況無父子之澤乎⁴⁶³。」《韓非子·六反》

產女則殺之，因重男輕女觀念作祟，也有糧食及勞動力的因素。產女則殺之，古代有之；而現今，也有屠殺女嬰之事，造成的人口性別失衡問題日益嚴重⁴⁶⁴。此為父子自利之證明。

2. 兄弟自利：

「故饑歲之春，幼弟不饒；穰歲之秋，疏客必食；非疏骨肉愛過客也，多少之實異也⁴⁶⁵。」《韓非子·五蠹》

在糧荒之年的春天，至親的幼弟也不給他食物；反之，在豐收之年的秋天，即便是疏遠的客人，也留他吃飯。這種情形，並非疏遠手足而愛過客，他的對待態度，實在是因為糧食的多少而決定啊。此為兄弟自利之證明。

3. 夫婦自利：

「衛人有夫妻禱者，而祝曰：『使我無故，得百束布。』其夫曰：『何少也？』對曰：『益是，子將以買妾⁴⁶⁶。』」《韓非子·內儲說下》

衛人有一對夫妻向神祈禱，其妻祈求：『讓我可以無緣無故地得到五百匹的布帛。』她先生就問她：『幹麻求那麼少？』他太太回說：『如果超過這個數量，你就會想討小老婆了。』除此之外，韓非更舉出有夫人冀望其君死之例：

「丈夫年五十而好色未解也，婦人年三十而美色衰矣。以衰美之婦人事好色之丈夫，則身疑見疏賤，而子疑不為後，此后妃、夫人之所以冀其君之死者也⁴⁶⁷。」《韓非子·備內》，這些，都是夫婦自利之證明。

4. 各職自利：

「故輿人成輿。則欲人之富貴；匠人成棺，則欲人之夭死也。非輿人仁，而匠人賊也，人不貴，則輿不售；人不死，則棺不買。情非憎人也，利在人之死也⁴⁶⁸。」《韓非子·備內》

製造車子的工匠，希望大家都能富貴；製造棺木的工匠，則希望有人早死；這並不是車匠心地仁慈，棺匠心地險惡，僅只是因為，人不富貴，就沒有能力買車；人不死亡，就沒有人要買棺木，這實在與棺匠心地是否險惡無關，只因他的利益在此之故罷了。

⁴⁶³ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 647。

⁴⁶⁴ 性別大屠殺全球 1 億女嬰消失 2010/03/08【聯合報／編譯陳世欽／報導】

最新一期經濟學人雜誌封面頭題報導，近年來因重男輕女觀念作祟，全球慘遭墮胎、殺害、任其自生自滅而夭折的女嬰總數達 1 億，稱之為「性別屠殺 (gendercide)」毫不為過。報導中呼籲中印兩國必須加速採取具體行動，中國尤其應該廢除一胎化政策，否則人口性別失衡問題將日益嚴重，後果難以收拾。

最後流覽日 2015.08.26 16:04 verywed.com/forum/wedlife/1255123-1.html

⁴⁶⁵ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民書局，2006，頁 711。

⁴⁶⁶ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民書局，2006，頁 362。布帛以五匹為一束。

⁴⁶⁷ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 195。

⁴⁶⁸ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 196。

5. 君臣計利：

「君臣異心。君以計畜臣，臣以計事君。君臣之交計也：害身而利國，臣弗為也；富國而利臣，君不行也。臣之情，害身無利；君之情，害國無親。君臣也者，以計合者也⁴⁶⁹。」《韓非子·飾邪》

君臣間內在心理不同的，君臣彼此互相算計，就臣子而言，損害己身以利國家，臣子是不為的；反之，就君主而言，損害國家而利益臣子，君主是不為的；這是因為，臣子私情計算是於己身有害而無利，而君主的私情計算是於國家有害而臣子並不會更親順於國君。所以君臣間，彼此是互相算計而結合的關係。

6. 小結

由上揭引文可知，韓非認為人性都是自私自利的。父子、兄弟、夫婦、君臣間都是自利的算計關係。針對這「個人皆自私為己」的原理，荀子所重之禮義不足用，韓非因此主張：

「明主之道，必明於公私之分，明法制，去私恩。夫令必行，禁必止，人主之公義也...故先王明賞以勸之，嚴刑以威之⁴⁷⁰。」《韓非子·飾邪》

聖明君主的公義是：分清公私之別，以明法制，去除私恩，作到令必行，禁必止。... 所以先王也是以用明賞嚴刑來治國。

(二) 人性逐利

1. 人性計利

「故輿人成輿，則欲人之富貴；匠人成棺，則欲人之夭死也。非輿人仁而匠人賊也，人不貴，則輿不售；人不死，則棺不買。情非憎人也，利在人之死也⁴⁷¹。」《韓非子·備內》

車夫希望人們富貴，有錢才可以坐車；工匠希望有人死亡，棺木才可以賣出；難道是工匠特別討厭惡人嗎？是究其原因，有人死才有人買棺，這種心態，無非是利字而已。

2. 功多利大則為之

「事成而有害，權其害而功多，則為之。無難之法，無害之功，天下無有也。...出其小害，計其大利也。」《韓非子·八說》

人們作事時權衡利害後，雖然有害仍然為之，究其原因，無非是計算的結果，害小而利大而已⁴⁷²。

⁴⁶⁹ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民書局，2006，頁175。

⁴⁷⁰ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁214-215。

⁴⁷¹ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁196。

⁴⁷² (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁662-663。

這邊韓非有關害小而利大的計算，跟墨子上開功利的計算相似，筆者不知是否韓非參照了墨子的功利的計算，只能說智者所見相同吧。

二、法因人性之自利、功利而得成立

韓非認為，法律得以成立，正是建立在人性之自利、功利上，說明如次：

(一)「法、所以制事，事、所以名功也。法有立而有難，權其難而事成，則立之。事成而有害，權其害而功多，則為之。無難之法，無害之功，天下無有也⁴⁷³。」《韓非子·八說》

法律是用來規制特定事情的，而該規定之對象是用以表彰特定的功能的。如果在立法上有困難，就權衡其困難處(克服之)使事情成功，而制定此法律。如果事情成功會產生害處，就權衡其利害之大小，如果功效大於弊害，則克服之使事情成功。沒有任何困難的法律、沒有任何弊害的事情，這世上是沒有的。

(二)「凡治天下，必因人情。人情者，有好惡，故賞罰可用；賞罰可用，則禁令可立，而治道具矣⁴⁷⁴。」《韓非子·八經》

大凡治理天下，必定要以民心的意向為根據，也下因為民心的意向有其好惡，所以可以利用人心好賞避罰的心理，如此善用賞罰，則禁戒及法令就可建立，治理國家的規範就具備了。

三、韓非論法的來源

韓非在《解老》、《喻老》、《主道》中，通過闡發黃老之「道」來為自己的法治思想尋找理論根據。

「道者，萬物之始，是非之紀也。是以明君守始以知萬物之源，治紀以知善敗之端⁴⁷⁵。」《韓非子·主道》

韓非主張道是萬物存在的根本，是衡量是非的準繩。所以英明的君主探求根本了解萬物的來源，整治法度，以辨善惡成敗的端緒。可見社會作為萬事萬物之一，其「理」也要合乎「道」的必然性，這就是「法」。

他認為可由黃老之「道」、「理」的體系建構中，獲得關於法治的「道」體證明。

「道者，萬物之所然也，萬理之所稽也。理者，成物之文也；道者，萬物之所以成也。故曰：『道，理之者也。』物有理，不可以相薄；物有理不可以相薄，故理之為物之制。萬物各異理，萬物各異理而道盡。稽萬物之理，故不得不化；不得不化，故無常操；無常操，是以死生氣稟焉，萬智斟酌焉，萬事廢興焉⁴⁷⁶。」《韓非子·解老》

韓非借由解釋老子的「道」，進一步主張：「道」是萬事萬物必然如此、一定不變的法則。萬事萬物各有其「理」，它們都因循「道」而成為它們自身的規律。因此，就國家、社會而言，道也是國家、社會運行的必然法則，這種法則具體化為法體系中的法律、制度、條文。就是因為，萬事萬物總個統合在「道」之下，所以它們自身的規律不得不因「道」而變化，並沒有固定的型態。萬事萬物，它是隨著各個事

⁴⁷³ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民書局，2006，頁682。

⁴⁷⁴ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民書局，2006，頁688-689。

⁴⁷⁵ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁64。

⁴⁷⁶ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁241-242。

物的興盛、衰敗而變化的。法律亦同，規範與其所規範的客體，也會隨著時代的變化而變化⁴⁷⁷。

四、韓非君主治術的要點

(一)控制臣子為君所用

韓非認為明君要沒有作為似地讓臣子恐懼而竭力為其所用，有功是屬於君的，有過錯責任由臣子承擔：

「明君無為於上，群臣竦懼乎下。明君之道，使智者盡其慮，而君因以斷事，故君不窮於智；賢者敕其材，君因而任之，故君不窮於能；有功則君有其賢，有過則臣任其罪，故君不窮於名。臣有其勞，君有其成功，此之謂賢主之經也⁴⁷⁸。」《韓非子·主道》

(二)掌控權位為重中之重

韓非認為明君地位所以會尊貴，就是因其掌控權力，而能好好的掌控權力，君主的地位也就隨之尊貴，如此便於統一政令，使國家安治。

「夫國之所以強者，政也；主之所以尊者，權也。故明君操權而上重，一政而國治。」《韓非子·心度》⁴⁷⁹

(三)明主應令臣子畏懼

韓非認為明主應令臣子畏懼：

「明主之所導制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑、德也。何謂刑德？曰：殺戮之謂刑，慶賞之謂德。為人臣者畏誅罰而利慶賞，故人主自用其刑德，則群臣畏其威而歸其利矣⁴⁸⁰。」《韓非子·二柄》

明主只要掌握住刑、德二柄，就可主導宰制其臣，因刑主殺、德主利，人臣者畏誅罰而利慶賞，所以明主用刑德，則群臣畏其威而歸其利。

(四)賞罰相稱而不濫施

韓非認為明主應以臣子之所言與其事功是否相符為賞罰之依據，不濫施賞罰：

「君以其言授其事，事以責其功。功當其事，事當其言則賞；功不當其事，事不當其言則誅。……故明君無偷賞，無赦罰。賞偷則功臣墮其業，赦罰則姦臣易為非。是故誠有功則雖疏賤必賞，誠有過則雖近愛必誅⁴⁸¹。」《韓非子·主道》

⁴⁷⁷ 就如同婚姻制度，傳統所認為的一男一女陰陽之合，隨著某些國家承認同性婚姻，有關婚姻的規範，亦不得不有所修正。

⁴⁷⁸ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，三民書局，2006年，頁33。

⁴⁷⁹ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁735。

⁴⁸⁰ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁82-83。

⁴⁸¹ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁70。

韓非認為賞罰要適當，才可以發揮刑賞的作用；否則，若賞不足以勸進，刑不足以禁暴時，國家就危殆了：

「故用賞過者失民，用刑過者民不畏。有賞不足以勸，有刑不足以禁，則國雖大，必危⁴⁸²。」《韓非子·飾邪》

(五) 君王應守信

韓非認為君王應守信，依法而行賞罰：

「故明主使其群臣不遊意於法之外，不為惠於法之內，動無非法。...法不信則君行危矣⁴⁸³。」《韓非子·有度》

若法律的可信性消失了，那主政者的地位就危險了。所以必須「善惡必及」，確立法律的可信性：

「以賞者賞，以刑者刑。因其所為，各以自成。善惡必及，孰敢不信⁴⁸⁴！」《韓非子·揚推》

綜上，韓非認為君王應守信；法若無信，統治者的地位就危險了。

五、韓非以法為治思想中的特色

韓非思想中多有論及應以法為治者，有許多可證，在此僅略舉下例為證：

「法者，憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法，而罰加乎姦令者也，此臣之所師也⁴⁸⁵。」《韓非子·定法》

「故明主之道，一法而不求智，固術而不慕信，故法不敗，而群官無姦詐矣⁴⁸⁶。」《韓非子·五蠹》

「明主之國，令者、言最貴者也，法者、事最適者也。言無二貴，法不兩適，故言行而不軌於法令者必禁⁴⁸⁷。」《韓非子·問辯》

以下本文僅整理韓非以法為治思想中的特色部分：

(一) 嚴刑重罰合於道德

「夫嚴刑重罰者，民之所惡也，而國之所以治也；哀憐百姓、輕刑罰者，民之所喜，而國之所以危也。聖人為法國者，必逆於世，而順於道德⁴⁸⁸。」《韓非子·姦劫弑臣》

用嚴刑重罰除了合於道德外，韓非以闡明說：因為嚴刑，人民才會有所畏懼；因為重罰，人民才會鵠所厭惡。所以聖人公佈其所畏之刑以禁其邪，設置其所惡之罰以防其姦。這樣國家安定而暴亂不起⁴⁸⁹。

⁴⁸² 賴炎元、傅武光註譯，〈《新譯韓非子》〉，臺北：三民書局，2006年，頁169。

⁴⁸³ (清)王先慎撰，〈《韓非子集解》〉，臺北：藝文，2004，頁80。

⁴⁸⁴ 賴炎元、傅武光註譯，〈《新譯韓非子》〉，臺北：三民書局，2006年，頁59-60。

⁴⁸⁵ (清)王先慎撰，〈《韓非子集解》〉，臺北：藝文，2004，頁618。

⁴⁸⁶ 賴炎元、傅武光註譯，〈《新譯韓非子》〉，臺北：三民書局，2006年，頁723。

⁴⁸⁷ (清)王先慎撰，〈《韓非子集解》〉，臺北：藝文，2004，頁613。

⁴⁸⁸ (清)王先慎撰，〈《韓非子集解》〉，臺北：藝文，2004，頁175。

⁴⁸⁹ (清)王先慎撰，〈《韓非子集解》〉，臺北：藝文，2004，頁178。

「夫嚴刑者，民之所畏也；重罰者，民之所惡也。故聖人陳其所畏以禁其邪，設其所惡以防其姦。」

(二) 輕刑而民易犯，是國設陷於民

「重罰者，盜賊也；而悼懼者，良民也；欲治者奚疑於重刑！」《韓非子·有度》
韓非認為，設置重刑而使得作姦犯科者盡止，沒有作姦犯科者，哪裡會傷於民？
反而所謂輕刑者，因作姦犯科之利大於不犯罪之利，人民因其利而犯其罪，所以故姦犯不止。換言之，輕刑罰，人民反而易犯罪。犯而誅罰之，等於是國家為人民設陷阱，這才是真正的傷民！
這裡刑罰的作用是：借重罰盜者而達到威嚇一般人民的作用。

(三) 行公法，去私恩

韓非認為，以法為治者必須明白法制是為公益而設，因此要去私行：
「明主之道，必明於公私之分，明法制，去私恩⁴⁹⁰。」《韓非子·飾邪》
相同意旨者另見諸：
「故當今之時，能去私曲就公法者，民安而國治；能去私行行公法者，則兵強而敵弱⁴⁹¹。」《韓非子·有度》

(四) 變法立法的原則

1. 立法必因人情

「凡治天下，必因人情。人情者，有好惡，故賞罰可用；賞罰可用則禁令可立而治道具矣⁴⁹²。」《韓非子·八經》
法必因人情而立，人情有好惡，所以賞罰才起作用。

2. 立法須易見、易知、易行

「明主之表易見，故約立；其教易知，故言用；其法易為，故令行⁴⁹³。」《韓非子·用人》
立法易見，容易生約束的效果；法律文字簡單易知，所以可用言語教導人民；其法易於遵守，所以法令容易施行。

3. 法要隨時代的改變而改變

「故治民無常，唯治為法。法與時轉則治，治與世宜則有功。...故聖人之治民也，法與時移而禁與能變⁴⁹⁴。」《韓非子·心度》
韓非認為，法要隨時代的改變而改變，才會得到法治的效果；法治內容要適宜於當代的社會，才可得到法治的功能。

(五) 法治國之功能

韓非認為以法治國之功能有以下數端：
1. 法治可達成人民生存的保全

是以國安而暴亂不起。」《韓非子·姦劫弑臣》

⁴⁹⁰ (清) 王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 214。

⁴⁹¹ (清) 王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 73。

⁴⁹² (清) 王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 668-669。

⁴⁹³ (清) 王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 329。

⁴⁹⁴ (清) 王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁 736。

明確公正的法律，可制止社會的動亂，去除天下的禍端，使人不敢恃強凌弱，使人不敢以眾欺寡，年老的人可以安享天年，幼小的孤兒可以長大成人，國家邊境不受侵犯，君主與大臣相互親信，父子也能相互保全，民眾不再有被殺害俘虜的憂慮：

「故其治國也，正明法，陳嚴刑，將以救羸生之亂，去天下之禍。使強不凌弱，眾不暴寡，耆老得遂，幼孤得長，邊境不侵，君臣相親，父子相保，而無死亡繫虜之患，此亦功之至厚者也⁴⁹⁵。」《韓非子·姦劫弑臣篇》

2. 法治可達成國家均貧富、禁姦邪的施政目的

韓非又說：所以英明的君主治理國家，會選擇適當的時機來獲取財物，制定合理的稅賦來平均財物，用豐厚的爵祿來讓賢能的人盡力，用嚴重的刑罰來制止奸邪，讓民眾憑藉自己的努力來獲取財富，通過作事獲得尊位，通過立功來得到賞賜，這才是英明的君主以法治國的政功！

「明主之治國也，適其時事以致財物，論其稅賦以均貧富，厚其爵祿以盡賢能，重其刑罰以禁姦邪。使民以力得富，以事致貴，以過受罪，以功致賞而不念慈惠之賜，此帝王之政也⁴⁹⁶。」《韓非子·六反》

六、小結

綜上，韓非法律思想主張道是萬物存在的根本，是衡量是非的準繩。所以英明的君主探求根本，了解萬物的來源，整治法度，以辨善惡成敗的端緒。在此，因為社會作為萬事萬物之一，君主「守始、治紀」也要合乎「道」的必然性，這就是廣義的「法」。即君主亦應受「自然法」的制約，可惜的是韓非之理論並沒有進一步闡明君主所受「自然法」制約的具體內容。

韓非認為賞罰要適當，才可以發揮刑賞的作用；否則，若賞不足以勸進，刑不足以禁暴時，國家就危殆了。另外，韓非法治思想認為嚴刑重罰合於道德，輕刑罰，人民反而易犯罪。犯而誅罰之，等於是國家為人民設陷阱，這才是真正的傷民！

再者，韓非認為變法立法有三個原則：1. 立法必因人情，2. 立法須易見、易知、易行，3. 法要隨時代的改變而改變。

最後，韓非認為以法治國之功可達成人民生存的保全，且能達成國家均貧富、禁姦邪的施政目的。所以韓非思想雖站在為政者的立場發言，但未嘗沒有濟世救民的政治目的。日本學者木村英一即肯定韓非思想也含有濟世救民的政治目的⁴⁹⁷。

⁴⁹⁵ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：世界，1988，72頁。

⁴⁹⁶ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：世界，1988，323頁。

⁴⁹⁷ 木村英一，法家思想の研究，東京：大空社，1998，頁155。

第三章 先秦之禮與刑及復仇觀

前篇已就先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想作論述，本篇則不區分諸子的思想，主要就先秦之禮與刑作綜合的討論，畢竟先秦禮治未崩壞前，它是治國最重要的規範，即使春秋時禮治已經崩壞，至少各家學說多少都有談到禮的部分。而儒道墨法諸子的共性是都生於周朝，而周朝的禮與刑及復仇觀必定對其等產生影響，所以本文第三篇則著重於先秦儒道墨法諸子所處的時代，即以周朝的禮與刑及復仇觀作分析。

有關先秦之禮的書主要有三本：即《周禮》、《儀禮》、《禮記》，東漢鄭玄為之作注，後為人們重視便以「三禮」稱之。其中《周禮》又稱《周官》是有關官制和治政治度的記載，其中詳述各個官制的組織及官員之職分，就現代而言似屬於組織法與公務員法、《儀禮》記載有關冠、婚、喪、祭、鄉、射、朝、聘的禮儀、《禮記》則偏重禮的意義及其倫理內容的論述。

但《周禮》與《禮記》中除了禮制外，也論及了法制及刑制，學者林詠榮先生認為，西周至戰國初期可稱為禮法混同時期，禮以追求仁義為目的，用刑罰制裁驅民為善¹。此一見解本文深表贊同。

限於能力及篇幅，本文只就其等有關「禮」之法律倫理的部分作闡釋，並不想涉及「三禮」的考證，茲先就禮的定義、起源、作用、禮之變與不變、禮之最終目標等作討論。次一節則分析先秦之刑及其對後世刑法的影響，最後，鑑於「復仇」與刑罰、死刑有密切關係，該節則想對先秦有關復仇的概念作一整理與討論，以明復仇式的正義對後世死刑的影響。

第一節 先秦之禮起源及作用

第一項 禮的定義

本節主要就禮與定義相關的文本及論述作討論，茲整理如下：

一、禮是「義」的體現，是天地及人間行事的規範

(一) 禮是「義」的體現相關文本

1. 國語

「昭明物則，禮也；制義庶孚，信也²。」《國語·周語上》

¹ 林詠榮，《唐清律的比較及其發展》，臺北：國立編譯館，1982，頁35。

² 易中天 注譯，《新譯國語讀本》，臺北：三民書局，2006，頁25。

明辨事理，確立法則，就是禮；制度合義，為人民所信服，這就是信。

2. 左傳

「夫禮，天之經，地之義也，民之行也³。」《左傳·昭公二十五年》
禮，是天地所依循的規範準則，是人民所依據的行為標準。

3. 管子

「禮者，因人之情，緣義之理，而為之節文者也。故禮者謂有理也⁴。」《管子·心術上》

《管子》中禮是「因人之情」而生，遵循義的道理，換言之，此「人之情」又須符合「義理」。其作用是作為人的行為標準。所以，禮，說的就是有理。

4. 禮記

《禮記》有關「禮」的定義有很多面向的描述，諸如：

「禮也者，理也⁵。」《禮記·仲尼燕居》、「禮也者，理之不可易者也。」、「禮者，天地之序也。」《禮記·樂記》、「禮也者，義之實也..義者藝之分⁶」《禮記·禮運》、「禮也者，合於天時，...合於人心，理萬物者也。」、「欲察物而不由禮，弗之得矣。故作事不以禮，弗之敬矣；出言不以禮，弗之信矣。故曰：禮也者，物之致也⁷。」《禮記·禮器》、子曰：「禮者何也？即事之治也。治國而無禮，譬猶瞽之無相與？俛俛其何之？譬如終夜有求於幽室之中，非燭何見？若無禮則手足無所錯，耳目無所加，進退揖讓無所制⁸。」《禮記·仲尼燕居》

從上《禮記》引文可知，禮，就是理、是不可變的道理、天地萬物的秩序、是事事物物的規範。所以孔子說：禮，就是治理事物的規範。治國而無禮，則人民的生活會手足無措，應對進退則失其依據。好像盲者無人扶助，茫茫然不知往哪裡走。

(二)小結

綜上言之，禮是「理」即道理的呈現，是天地人間的秩序，是事情治理的依據，合於人心義理的規範。若未依禮而行為，舉凡正確的認識萬物、敬重地作事、誠信地出言都無法達成，所以說禮是事事物物的準則；而「義」就禮的實存面，換言之，禮是依人性義理而行之成果的體現。而義理之分是人天生就具有的能力。

³（西晉）杜預注，（唐）孔穎達疏《十三經注疏·左傳》，新文豐出版，2001，頁888。

⁴戴望校正本，《管子》，臺北：臺灣商務印書館，1965，第2冊，頁64。

⁵（東漢）鄭玄注，（唐）孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版2001，頁854。

⁶王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁384。

⁷王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁390、405。

⁸（東漢）鄭玄注，（唐）孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁853。

二、禮是「秩序」的規範

《左傳》曰：「禮，經國家、定社稷、序人民、利後嗣者也⁹。」《左傳·隱公十一年》

禮是什麼？它是有關治理國家、安定社稷、明定人民秩序、有利於後代的規範。簡單的說，禮是一種秩序規範。

三、禮是合於「道」所不可不為的自然規範

《莊子·天下》：「禮以道行，樂以道和¹⁰。」

禮是節制行為的，它必須合於道才能推行；樂是調和性情的，它也須合於道才能調和。

《莊子·在宥》：「節而不可不積者，禮也。故聖人...應於禮而不諱，...物者莫足為也，而不可不為¹¹。」

節制人的行為，而不可不依此日行累積成德者是禮；所以，聖人...與禮相應和而不會迴避之，...這樣不可違反萬物的本性而強自作為，但又不可不順於物性而為。

《莊子·繕性》：「信行容體，而順乎文，禮也。」

能實踐於容貌形體，而又可順應自然的文理節度，就是禮。

綜上，禮是節制行為的規範，它必須能實踐於容貌形體，而又可順應自然的文理節度。換言之，禮是和於「道」所不可不為的自然規範。

四、禮是用於調養人的欲望的規範

「禮起於何也？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能無求。求而無度量分界，則不能不爭。爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給人之求。...故禮者，養也¹²。」《荀子·論理》

荀子認為人生而有欲，因欲求而不能不爭。人們相互爭執則會混亂，而社會混亂就會導致貧困，先王厭惡因紛爭所生的亂象，所以制禮義而確定各人的名分，用以調養人的欲望，滿足人的欲求。...所以禮是用於調養人的欲望的規範。

⁹ 周福昌;姚曼波;郝賢皓注譯，《新譯左傳讀本》，臺北：三民書局，2006，頁 67。

¹⁰ (西晉)郭象注，《諸子叢要·莊子》，臺北：廣文編譯，1965，頁 121。

¹¹ (西晉)郭象注，《諸子叢要·莊子》，臺北：廣文編譯，1965，頁 46。

¹² 蔣南華等注，《荀子》，臺灣古籍出版社，1996，頁 482。

五、禮就是義的外在形式

「禮者，所以貌情也，群義之文章也，君臣父子之交也，貴賤賢不肖之所以別也。…禮者，外節之所以諭內也…義者，仁之事也。事有禮而禮有文，禮者義之文也。¹³。」《韓非子·解老》

韓非認為：禮是用來文飾情感的，是各種義行所要遵循的法度，是君臣、父子之間相互對待的規範，是區分貴賤、賢與不肖的依據。…所謂禮，就是用外在的行儀來表達內心的情意者。…所謂義，就是行仁的事；而行仁的事必須要有禮節，而禮節則有其一定的表現形式，所以說禮，就是義的外在形式。」

「禮，為情貌者也…為禮者，事通人之樸心者也¹⁴。」《韓非子·解老》
制訂禮的人，是從事於開通人的樸質心靈的人。

六、禮的踐行以孝敬為本

子曰：「教民親愛，莫善於孝。教民禮順，莫善於悌。移風易俗，莫善於樂。安上治民，莫善於禮。禮者，敬而已矣¹⁵。」《孝經·廣要道》

要人民相互親愛、依教順禮，又以教人孝悌為最好的辦法，因為敬父兄則子弟悅，敬其君上則臣子悅，敬一人而萬民悅，所以孝悌以教之，禮樂以化之，此為安國治民的重要方法。而禮的踐行，以恭敬為其本心。

《論語》中也說到敬的重要性，對於父母之孝道，若人子內心不敬重，只有外在的奉養，這和飼養犬馬有何區別？所以孔子才說：「今之孝者，是謂能養。至於犬馬，皆能有養；不敬，何以別乎¹⁶？」《論語·為政》

曾子更認為，「禮」就是親身實踐體會孝道的內容者。

曾子曰：孝有三：大孝尊親，其次不辱，其下能養。…夫仁者，仁此者也；義者，宣此者也；忠者，中此者也；信者，信此者也；禮者，體此者也…刑自反此而起¹⁷。《大戴禮記·曾子大孝》

曾子說仁、義、忠、信、禮、行、彊、樂等一切善德，都是本諸孝道的義理而生。而「禮」就是能親身實踐體會孝道之尊親、不辱、能養等基本內容者。若違反孝道，刑罰也因此而生起了。

相同意旨另見諸《孟子》：

「孟子曰：食而不愛，豕交之也。愛而不敬，獸畜之也。」《孟子·盡心篇》趙岐注云：「人之交接，但食之而不愛，若養豕也。愛而不敬，若人畜禽

¹³ 傅武光、賴炎元注譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，1997，頁178-181。

¹⁴ (南宋)黃三八郎印，《韓非子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁29。

¹⁵ (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

¹⁶ (魏)何晏集解，《論語》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

¹⁷ 高明註譯，《大戴禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1989，頁183。

獸，但愛而不能敬也¹⁸。」

綜上言之，禮的踐行，以孝敬為其本心。孝敬貴在內心的誠實。而能有恭敬誠實的本心，才是實踐禮的本旨。

七、現代學者認為禮就是自然法

(一)學者曹競輝

曹競輝先生認為：「我國儒家，一向倡導仁義禮樂，崇尚德治，而鄙視法政刑兵，但其關於法律理論，則與二十世紀之自然法學派的法律哲學，卻有暗合之處。依照自然法學派的理論，以觀察我國儒家所謂『禮』，實在就是法律。」¹⁹

(二)學者耿雲卿先生

耿雲卿先生也認為：我國儒家稱指導性的法律為「禮」，簡稱鎮壓性的法律為「刑」。因此，禮也是法的一種，禮就是自然法²⁰。

(三)學者黃源盛先生

黃源盛先生認為：中國社會秩序，可以說是禮的秩序，從「人」到「禮」到「天」是一體的，而「天」乃自然理則中的「天道」、「天理」、「天秩」等，所以天地自然的法理是傳統中國法制的法源²¹。

八、小結

綜上，禮是「理」即道理的呈現，是天地人間的秩序，是事情治理的依據，合於人心的規範。所以，禮是「秩序」的規範，它的內容是「義」的體現，用以作為人與人間行事的規範並有調養人的欲望的作用。所以，安國治民的重要方法，沒有比禮教來的更好的方法，而禮的踐行，要以恭敬為其本心，所以，子曰：「禮者，敬而已矣²²。」《孝經·廣要道》。

禮的踐行，有以恭敬為其本心，自然就合於道的本旨，莊子也說：「禮以道行²³。」，換現代用語言之，禮，是人心合於「道」所不可不為的自然規範。

¹⁸ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁112。

¹⁹ 曹競輝：《法理學》，台北：五南圖書出版公司，1983年8月初版，頁154。

²⁰ 耿雲卿：《先秦法律思想與自然法》，台北：台灣商務印書館，2003，頁76。

²¹ 黃源盛，《中國法史導論》，臺北：元照，2013，頁236-238。

²² (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

²³ (西晉)郭象注，《諸子叢要·莊子》，臺北：廣文編譯，1965，頁121。

第二項 禮之生起

本節所討論的 要旨是禮生起的原因，茲就不同面向整理如次：

一、禮是本於「天」的體現

《尚書》中認為，上天的秩序裡就有禮，人世也因此有五倫之禮：

「天秩有禮，自我五禮有庸哉！…天討有罪，五刑五用哉！…天聰明，自我民聰明；天明畏，自我民明威，達於上下，敬哉有土²⁴！」《尚書·虞書·皋陶謨》

孔安國注：「庸，常、自、用也。」

白話譯之：上天規定了人倫秩序的禮法，所以我們要推行天子、諸侯、卿大夫、士和庶人這五種禮制，作為恆常的法則！…上天為了罰及有罪的人規定了墨、劓、剕、宮、大辟五種刑罰！上天的聰明乃依視於人民的聰明。上天的賞罰也是依從人民的賞罰意見。天意和民意是相通的，要敬慎啊，有土的主政者！在此，不但禮是本於「天」意，刑也是本於「天」意，天意和民意是相通的。

相似的說法亦證諸《禮記》：

「夫禮之初，始諸飲食，…夫禮，必本於大一，分而為天地…禮，必本於天，動而之地，…²⁵」《禮記·禮運》

原始的禮，一開始是從人們自然生活中的飲食行為而生出的，…禮，它是本諸天地自然法則而生出的規範。

這裡雖尚未明示禮與刑的關係，但已有「失禮則入刑，相為表裡²⁶」的意味。

二、禮出自治(秩序)的需求

管子認為禮是因人之情而生：

「禮者，因人之情，緣義之理，而為之節文者也。故禮者謂有理也。…故禮出乎義，義出乎理，理因乎宜也²⁷。」《管子·心術》

「人故相憎也，人之心悍。故為之法。法出於禮，禮出於治。治、禮，道也，萬物待治禮而後定²⁸。」《管子·樞言》

上引文可知，禮是因人之情而生，合於義理，而作為調節行為的規範。…所以說，禮出自義，義出自理，而理必須合於時宜；而人與人間相互憎恨，起因於人心的兇悍，所以立法規以禁之，從而，法出自禮制，而禮制出於治(秩序)的需求。所以，萬物因秩序的需求，相應安治而設禮制以各定其分，是合於天道的。

²⁴ 西漢孔安國，《尚書孔傳》，臺北：臺灣中華書局，1969，卷二頁7。

按《尚書》，自漢即有真偽之爭，現代實難加考證，故本文僅依文分析，實無能力確考之。

²⁵ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，冊，頁366、382。

²⁶ 參見(南朝宋)范曄撰，(唐)李賢等註，《後漢書》，鼎文書局，頁1554。

原文為：「禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相為表裡者也。」《後漢書·陳寵傳》

²⁷ 湯孝純注譯，《新譯管子讀本》，臺北：三民，2006，頁504。

²⁸ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁26。

三、禮因人類「忠信」本性逐漸淡薄而產生

「夫禮者，忠信之薄，而亂之首²⁹。」《老子三十八章》

老子認為，仁義禮都蘊含在人自然的性情中，不用特異標舉出禮來。所以禮的生起，乃因人類社會中依「忠信」之本性而行為的方式逐漸淡薄的緣故，然而，就是因為禮的生起，它反而是造成人類社會混亂的首要原因。

四、禮樂徵伐自天子出

孔子曰，「天下有道，則禮樂徵伐自天子出；天下無道，則禮樂徵伐自諸侯出。自諸侯出，蓋十世希不失矣；自大夫出，五世希不失矣；陪臣執國命，三世希不失矣。天下有道，則政不在大夫；天下無道，則庶人不議³⁰。」《論語·季氏》

從上引文可知，孔子認為，天下有道太平之時，則禮樂的制定與徵伐的決定是出自天子；天下無道混亂，則禮樂的制定與徵伐的決定自諸侯出。自諸侯出而制定的禮樂規範，大概傳十世還不失規制的就很少了；若是自大夫出，大約傳五代還能維持規制的就很少了；若是出自大夫的家臣執掌國家的行政命令，大約傳三代還能維持規制的就很少了。天下有道，則政令規制不是由大夫執掌；天下太平，則人民不會議論紛紛。

換言之，孔子認為，天下有道太平之時，則禮樂的制定是出自天子。

五、先王為節制人的欲望，故制禮義

「禮起於何也？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能無求；求而無度量分界，則不能不爭。爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮義以分之。以養人之欲，給人之求，使欲必不窮於物，物必不屈於欲。兩者相持而長，是禮之所起也³¹。」《荀子·論理》

荀子認為禮所生起的原因，乃因人性中的欲求，因為人的欲求不能滿足，所以人們向外追逐，以求滿足欲望，追逐欲望而無度量分界的規範，就會引起紛爭，起紛爭則混亂生，人生活混亂中，則會導致窮困。先王厭惡這樣混亂無序的狀態，故制禮義分別才能來確定各人所該得的分額，這樣調養、供給滿足人的欲望，使欲望不會窮究於物質的追逐；物質也不會因欲望追逐而竭盡。如此，欲望與物質彼此都能滿足，這就是禮所生起的原因。

²⁹ 吳怡注著，《新譯老子解義》，臺北：三民，2005，頁242。

³⁰ 錢穆著，《論語新解》，臺北：三民，1988，頁595。

³¹ 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生書局印行，1979，頁417。

先王制禮義之說，另可見諸：

1. 「先王之立禮也，有本有文，忠信禮之本也，義理禮之文也³²。」、「昔先王制禮也，因其財物而致其義焉爾。...禮也者，反其所自生；...是故先王之制禮也以節事³³。」《禮記·禮器》

在此明言先王制禮之說。禮之內在本質精神在於忠信，義理則是禮的外在呈現原則。先王制禮只不過是依照現有財物的狀況，而給予各得其宜正義的分配而已。反本溯源，禮之所生，即因先王制禮的本意是用來節制因人的情欲所生之事。

2. 「先王之制禮樂也，非以極口腹耳目之欲也，將以教民平好惡而反人道之正也³⁴。」《禮記·樂記》

先王之制禮樂的目的不在於滿足口腹耳目之欲望，而是為教導人民能分辨是非，引導人民返歸正確的人道天性。

六、聖人象天地而制禮樂

最早之人以為禮與刑都出自於天：

「天秩有禮，自我五禮有庸哉。...天討有罪，五刑五用哉³⁵。」《尚書·皋陶謨》上天規定了人倫秩序而有禮，所以有天子、諸侯、大夫、士、庶民的五種等級；上天為了懲罰有罪的人，所制定墨、劓、剕、宮、大辟的五種刑罰。

換言之，禮與刑都出自於天意。而後，禮與刑都出自於聖人，禮樂之生是起於聖人為節制人之性情而作。漢書中記載：

「人函天地陰陽之氣，有喜怒哀樂之情，天稟其性而不能節也，聖人能為之節而不能絕也，故象天地而制禮樂，所以通神明、立人倫、正性情、節萬事者也³⁶。」《漢書·禮樂志》

人因上天稟賦而有喜怒哀樂之情，但卻無論加以節制，聖人雖能節制它但也不能斷絕之，所以聖人取法天地之自然法則而制訂禮樂，用來溝通神明、確立人倫、端正性情、節制萬事萬物。

另相似之論見之：

「聖人...制禮以崇敬，作刑以明威也。聖人既躬明慤(ㄉㄛˋ)，敬也)之性，必通天地之心，制禮作教，立法設刑，動緣民情，而則天象地。...故聖人因天秩而制五禮，因天討而作五刑³⁷。」《漢書·刑法志》

聖人制禮作刑乃其自身洞察事物的本性，通達天地之心理，制禮作教，立法設刑，動輒順應民情，效法天地自然的法則。...所以聖人是依據上天規定了的人

³² (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，1936，頁449。

³³ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁390、405、407。

³⁴ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，下冊，頁612。

³⁵ 郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北市：三民，2005，頁25。

³⁶ 吳榮曾、劉華祝等譯注，《新譯漢書(三)志(一)》，三民書局，2013，頁1124。

³⁷ (東漢)班固，《漢書》，鼎文書局，1986，頁1079。

倫秩序而制訂禮，所以有天子、諸侯、大夫、士、庶民的五種等級；因上天而懲罰有罪的人，所制定墨、劓、剕、宮、大辟的五種刑罰。

七、小結

綜上，禮所生起係本之天地之自然法則，是出之於上天、先王、天子或聖人，為了節制人之性情、欲望，而制訂之規範。

聖人制禮的同時，也因人性而設置了刑罰，因為，如前所述，禮是本於「天」意，刑也是本於「天」意，天意和民意是相通的，其終極目標是相同的：

「故禮以道其志，樂以和其聲，政以一其行，刑以防其奸。禮樂刑政，其極一也；所以同民心而出治道也³⁸。」《禮記·樂記》

換言之，禮樂刑政，終極目標都是為了同一民心，而出於治道的要求。

³⁸（東漢）鄭玄注，（唐）孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，1936，頁 663。

第三項 禮的作用

一、禮使人明是非，有別於禽獸

「夫禮者所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。…今人而無禮，雖能言，不亦禽獸之心乎？…是故聖人作，為禮以教人。使人以有禮，知自別於禽獸³⁹。」

《禮記·曲禮》

人如果沒有禮，雖能言，不亦和禽獸一樣嗎？…所以聖人作禮以教人。使人以有禮以別於禽獸。人與人間關係難明時，依禮來定人的親疏分別；事情的當為與否難以決斷時，依禮就不會有疑慮；物與物間的同異難分時，依禮即可明白其不同；道理是非難決時，依禮即可分析明辨道理的是非。

二、禮是一切善德的基礎

「道德仁義，非禮不成。教訓正俗，非禮不備。分爭辨訟，非禮不決⁴⁰。」《禮記·曲禮》

孔子曾說為「志於道，據於德，依於仁，游於藝。」禮雖屬第四等之游於藝，但道德仁義本身是抽象的，必須要有具體的「禮」作為行為的標準，決定何者應為，何者不應為，才能呈現出道德仁義的內容與效果。社會風俗有不正時，要以教訓端正。但風俗何謂正？何謂邪？此時必須要依「禮」作為決定的標準才能周備。分辨爭議的事理或訴訟的案件，都必須有禮，方能有決斷的依據。

綜上所述，我們可以說禮是道德仁義等一切善德的基礎。

三、禮義可用以疏導人類情感

「故禮義也者，人之大端也，所以講信脩睦而固人肌膚之會，筋骸之束也…所以達天道順人情之大寶也。…故聖王脩義之柄，禮之序，以治人情⁴¹。」《禮記·禮運》

禮義是人之所以為人的最大特質，它是用來使人們能講信脩睦彼此如「肌膚之會，筋骸之束」一般，得以和諧團結地共營生活…，它是用來使人們能依自然之天理而達到疏導(寶) 喜怒哀懼愛惡欲等情感的作用。…所以古代聖王明達人性義理之根本，制禮作為秩序規範，以治化人情⁴²。

³⁹ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，1936，頁15。

⁴⁰ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁5。

⁴¹ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁383。

⁴² 何謂人情？喜、怒、哀、懼、愛、惡、欲，七者。

(東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，1936，頁431。

四、禮是人類生活中諸種行為的規範

(一)相關文本

1. 國語

「夫禮，所以正民也⁴³。」《國語·魯語上》

禮，是用來端正人民行為的制度。

2. 禮記

哀公問於孔子曰：「大禮何如？君子之言禮，何其尊也？」...孔子曰：「丘聞之，民之所由生，禮為大。非禮無以節事天地之神也，非禮無以辨君臣上下長幼之位也，非禮無以別男女父子兄弟之親，昏姻疏數之交也⁴⁴。」《禮記·哀公問》

孔子認為人民生活中禮的規範最為重要，舉凡宗教生活之「事天地之神」，政治生活之「辨君臣上下長幼之位」，倫理生活之「別男女父子兄弟之親，昏姻疏數之交」都要依禮為標準當作行為的規範。

(二)其他相似文本如

1. 《史記·禮書》

「緣人情而制禮，依人性而作儀...，所以總一海內而整齊萬民也⁴⁵。」《史記·禮書》

從上引文可知，司馬遷認為，禮儀，是作為統一海內萬民的行為之規範。

2. 《漢書》

班固在《漢書》中亦認禮樂是人民生活中諸種行為的規範：

「聖人...象天地而制禮樂，所以通神明、立人倫、正性情、節萬事者也。...禮節民心，樂和民聲，政以行之，刑以防之。禮樂政刑四達而不悖，則王道備矣。⁴⁶」《漢書·禮樂志》

聖人取法天地自然法則而制禮樂，目的在於通神明、立人倫、正性情、節萬事，是用其人民生活中諸種行為的規範。...禮的作用在於節制民心，樂的作用在於調和民聲，政的作用在於推行善道，刑的作用在於防止奸惡之事。禮樂政刑四者彼此暢達而不相衝突，則合於王道之仁義之政就完備了。

五、禮兼具消極與積極面的作用

承上，就禮作為人民生活的規範而言，其作用又可分消極、積極面：

(一)其消極面：禁亂止邪於未形

「夫禮，禁亂之所由生，猶坊止水之所自來也。...故禮之教化也微，其止邪

⁴³ 易中天 注譯，《新譯國語讀本》，台北：三民書局，2006，頁 106。

⁴⁴ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁 848。

⁴⁵ (西漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 1157。

⁴⁶ (東漢)班固，《漢書》，鼎文書局，1986，頁 1028。

也於未形⁴⁷。」《禮記·經解》

禮的作用就如堤防可以阻止洪水一般，是用來禁止禍亂發生的原因。它的教化作用在於微細之處，防止邪惡之事於未形成之前。

(二)其積極面:

1.言行合禮的實踐方是善行

「脩身踐言，謂之善行。行脩言道，禮之質也⁴⁸。」《禮記·曲禮》

修身踐言，言行合於禮的實踐方是善行。修正自己身體的行為，合乎所學的禮，實踐自己說過的言語，一言一行都要合乎禮。這才是禮的本禮之本質。

換言之，禮除了前述之消極面外，尚要求人必須有積極的善行。一言一行都要合乎禮的規範。

2.禮的教化使人遷善遠罪而不自知

「故禮之教化也微，...使人日徙善遠罪而不自知也⁴⁹。」《禮記·經解》

禮的作用就積極面言之，它可使人因其的教化的作用，在不知不覺中遷化向善而遠離犯罪。

六、禮乃國家的綱紀，治國的標準

(一)相關文本

1. 國語

「夫禮，國之紀也...國無紀不可以終⁵⁰。」《國語·晉語四》

禮是國家的綱紀，...國家沒有禮法綱紀是不可能長久的。

2.左傳

「禮，國之幹也，敬，禮之輿也，不敬則禮不行，禮不行則上下昏，何以長世⁵¹。」

《左傳·僖公十一年》

禮，是治國的根本；敬，是推動禮之車，不恭敬則禮不能施行，禮不能施行則上下混亂，國家如何可以外久於世？

換言之，禮，是治國的根本，要以恭敬心執行禮制，國家才能長治久安。

3. 禮記

⁴⁷ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，下冊，頁 797。

⁴⁸ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁 14。

⁴⁹ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁 847。

⁵⁰ 易中天 注譯，《新譯國語讀本》，臺北：三民書局，2006，頁 266。

⁵¹ 周福昌;姚曼波;郝賢皓注譯，《新譯左傳讀本》，臺北：三民書局，2006，頁 332。

孔子認為上可安於國、下可治於民，沒有比禮更好的方法了：

「禮之於正國也，猶衡之於輕重也，繩墨之於曲直也，規矩之於方圓也。故衡誠縣，不可欺以輕重；繩墨誠陳，不可欺以曲直；規矩誠設，不可欺以方圓；君子審禮，不可誣以姦詐。...孔子曰：「安上治民，莫善於禮。」此之謂也⁵²。」
《禮記·經解》

禮用來治理國家作為審查行為處事的標準，就如同量輕重的衡秤、驗曲直的繩墨、畫方圓的規矩，...所以主政者明審於禮，就不會被姦詐之行所欺騙。

(二)相似文本

將禮視為治國的標準，荀子亦有相似見解：

「凡禮，始乎稅（ㄉㄨˋ ㄨㄥˋ；拙），成乎文，終乎悅校。故至備，情文俱盡；其次，情文代勝；其下復情以歸大一也。...以為下則順，以為上則明，萬物變而不亂。貳之則喪也。禮豈不至矣哉！立隆以為極，而天下莫之能損益也。」《荀子·論理》

荀子認為禮起源之初，一開始很樸拙簡略，後來才逐漸具各種文采而繁複完備，最終至達愉悅滿足。所以最完備的禮是情感、禮儀都滿足。其次則是或情感勝於禮儀，或禮儀勝於情感。其下等的是回歸至太古時代沒有禮儀文飾，只有質樸的情感。用禮於下，則民眾順從；用禮於上，則主政者明察條理；萬物變而不亂。違背禮不遵照禮法而行則會帶來混亂亡國之虞。所以禮實在太重要了，將「禮」立為最高的憲綱，那麼國家法秩序就會穩定，天下就不會有所損害了。

七、禮可以穩固政權

「是故禮者，君之大柄也，所以別嫌明微，儆鬼神，考制度，別仁義，所以治政安君也⁵³。」《禮記·禮運》

禮是主政者應掌握的重要權柄，它可用來判明是非，洞察幽暗之事。也可用來接待(儆)鬼神，設定制度，區別仁義倫常等等，總之，禮是用來治理政事穩固政權的工具。

八、禮的目的是為達到同一民心治平天下的理想

「故禮以道其志，樂以和其聲，政以一其行，刑以防其奸。禮樂刑政，其極一也；所以同民心而出治道也⁵⁴。」《禮記·樂記》

禮的作用引導人心的。音樂是用來調人情感之聲的，政令是用來同一人的行

⁵² 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，下冊，頁 795。

⁵³ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁 373。

⁵⁴ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁 663。

為的，刑罰是用來防止奸邪犯行。所以禮、樂、刑、政，最終目的是一樣的，都是為了達到同一民心治平天下的理想。

同旨，禮是用來防止人之奸邪犯行，見諸：

子云：「君子禮以坊德，刑以坊淫，命以坊欲...夫禮者，所以章疑別微，以為民坊者也。故貴賤有等，衣服有別，朝廷有位，則民有所讓⁵⁵。」《禮記·坊記》

「坊」古同“防”字，這裡指如止水放決之坊(堤防)。即用禮孝教防於未然，用刑治於已犯，用政令禁欲於將發...，所以禮是辨別是非，用來防止人民之奸邪犯行的規範。

九、小結

綜上所述可知，禮的作用有多端，在此作一小結簡報如次：

- 1.禮使人明是非，有別於禽獸
- 2.禮是一切善德的基礎
- 3.禮義可用以疏導人類情感
- 4.禮是人類生活中諸種行為的規範
- 5.禮消極面的作用禁亂止邪於未形；禮積極面的作用教化使人遷善遠罪而不自知。
- 6.禮乃國家的綱紀，治國的標準
- 7.禮可以穩固政權
- 8.禮的目的是為達到同一民心治平天下的理想

⁵⁵（東漢）鄭玄注、（唐）孔穎達正義，《十三經註疏禮記》，新文豐出版，2001，頁 865。

第四項 禮之變與不變

如前所述，禮雖是因聖王，取法天地之自然法則而制訂者，但並非並絕對不可變之，所以孔子說：

「殷因於夏禮，所損益，可知也；周因於殷禮，所損益，可知也；其或繼周者，百世可知也⁵⁶。」《論語·為政》

孔子認為禮會因朝代改變而有所損益，但禮有經常而不變的部分。所以即使經百世之久，過去的禮制也是可以推而得知的。

一、禮會因時而變

禮會因時而變者，可證者說明如次：

(一) 禮時為大

「禮時為大，順次之，體次之，宜次之，稱次之⁵⁷。」《禮記·禮器》
制訂禮時，最重要的是配合時代的需要。其次是倫理的分際，再其次是所祭祀的對象，再其次是行為的合義性，再其次是依其身分恰當的分配。這之中以根據時代環境的需要來制禮最為種要。

(二) 禮有分不可變的部分及可變的部分

證之朱子云：

「禮有經，有變。經者，常也；變者，常之變也。先儒以曲禮為變禮，看來全以為變禮，亦不可。蓋曲者，委曲之義，故以曲禮為變禮。然『毋不敬，安定辭，安民哉』！此三句，豈可謂之變禮？先儒以儀禮為經禮。然儀禮中亦自有變，變禮中又自有經，不可一律看也。禮記，聖人說禮及學者問答處，多是說禮之變⁵⁸。」《朱子語類卷第八十五·禮二》

從上引文可知，朱子認為：禮有經，有變。換言之，禮有分不可變的部分及可變的部分，禮記中，聖人說禮及學者問答處，多是說禮之變。而曲禮中之『毋不敬，安定辭，安民哉⁵⁹』三句，朱子認為是禮中不可變者。

所以朱子認為禮之經，是行之於內者為心必須恭敬；要達到於外的作用是安定人民。這是禮有分不可變的部分。

⁵⁶ (魏)何晏集解，《論語》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁8。

⁵⁷ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁391。

⁵⁸ ((南宋)朱熹，《朱子語類》，中文出版社，頁3483。

⁵⁹ 原文是：《曲禮》曰：毋不敬，儼若思，安定辭。安民哉！《禮記·曲禮上》，朱子上開引文少了「儼若思」，全文意指：《曲禮》中記載：(統治者)執禮時必須內心恭敬，態度好像慎重思慮的莊嚴，說話都是深思後才安定地說出。如此人民則可得到安定！

二、禮之不可變者

「聖人南面而治天下，必自人道始矣。立權度量，考文章，改正朔，易服色，殊徽號，異器械，別衣服，此其所得與民變革者也。其不可得變革者則有矣：親親也，尊尊也，長長也，男女有別，此其不可得與民變革者也⁶⁰。」《禮記·大傳》

主政者治天下，必自人與人的關係道開始做起。

制立度量衡，整理考證文獻，改曆法，易服色，使用不同的徽章旗號，改革器械，區別不同身份者的衣服，這些是因時代不同得以和人民變革的內容。但禮也有其不可變革者：如家族血緣的關係、社會組織的關係、長幼輩份的關係、男女的區別，這些都是不可與民變革的部分。

三、禮順民之心，因時施宜而有損益

「故禮之不同也，不豐也，不殺也，所以持情合危也...先王能脩禮以達義，體信以達順故。此順之實也⁶¹。」《禮記·禮運》

禮有其相異的、不過份、不可少的特色，是因為其能保持人情本性而不至於使人危殆，...先王能修禮以通達天理人義，忠實地呈現出其達於順應天理人心的緣故，所以才可享其因順應天理人心所達之太平盛世的結果。

此言先王能修禮必需順應天理人心，才可享受禮「順」民之心的果實。

同此理者，又見諸《漢書》中所載：

「王者必因前王之禮，順時施宜，有所損益，即民之心，稍稍制作，至太平而大備⁶²。」《漢書·禮樂志》

換言之，統治者承襲先位者的禮制時，要順應時代所合宜的部分，有所損益，以當今的民心為依據，漸次制作改善，以至太平而完備。

四、禮可依人性義理的法則來創造變革

禮的外在形式是可變的，而禮的內外在本質「義」是不可變的：

「故禮也者，義之實也。協諸義而協，則禮雖先王未之有，可以義起也⁶³。」《禮記·禮運》

所以禮可以說是人性義理的果實。凡是按照人性義理而能相互協和的行為模式，就是禮，雖然這種禮在以前先王的時代所未有的，但還是可以依照人性義理的法則來產生。

⁶⁰ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁 617。

⁶¹ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，頁 386-387。

⁶² (東漢)班固，《漢書》，鼎文書局，1986，頁 1029。

⁶³ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁 384。

換言之，以前的禮儀規範可能因時代的變遷而落伍了，不合實際了，但這沒有關係，因為「禮」可依人性義理的法則來作創造與變革，時空會有不同，但人性義理的法則卻是不變的。

五、小結

禮會因時而變，因此制訂禮時，最重要的是配合時代的需要。要順民之心，因時施宜而有損益。但是，禮不可變者，是行之於內者為心必須恭敬；要達到於外的作用是安定人民。這是禮有分不可變的部分。總之，禮可依人性義理的法則來創造變革，但人性義理的法則是它不變的核心。



第五項 禮之最終目標

禮的最終目標是要達到大同之治，然而，現行社會大道隱而不行，自禹、湯、文、武、成王、周公以來，天下為一家一姓所統治，各人親愛自己的親人、子女；財貨資源都為私人所有，統治權還世襲相繼。所以統治者必須用城郭溝池來防護既有的權利，並制定禮義以為綱紀；以正君臣，父子，兄弟和夫婦的名分。如此設立設制度，立田里，重用賢勇知能之人，而所得之功為了私人享有。這樣的謀略作用下，流血的戰爭由此而起。禹、湯、文、武、成王、周公，就是用這種方式，都是謹守於禮制的聖王。但這只能是小康之世。

禮的最終目標是要達到大同之治，按《禮記·禮運》所述：

「大道之行也，天下為公；選賢與能，講信修睦；故人不獨親其親，不獨子其子；使老有所終，壯有所用，幼有所長；鰥寡孤獨廢疾者，皆有所養；男有分，女有歸；貨惡其棄於地也，不必藏於己；力惡其不出於身也，不必為己；是故謀閉而不興，盜竊亂賊而不作，故外戶而不閉，是謂大同⁶⁴。」《禮記·禮運》

相同意旨者，另可見諸：《孔子家語·禮運第三十二》⁶⁵，有關大同的描述，文字幾乎相同，故不另引之。

當大道能普遍施行時，天下國家是大家所公有的即民有、民治、民享的；選任賢能共治之，人人都講誠信，社會祥和人們彼此和睦修好；因此人們不只愛惜自己的父母親人，更能愛及別人的父母及子女；使社會上的老年的人得以安享晚年得以善終、壯年的人都得以貢獻自己的能力為國家社會所用，幼童們皆可以得到良好的教育與成長的環境及設施；鰥、寡、孤(兒)、獨(老無子的人)、以及殘廢、疾病的人都能有所照養；男人們各有其職份，女人們各有其適合的歸宿；各種財貨資源都不會被棄於地上浪費掉，也不見得只為了自己創造財富而私藏之；對利於社會的出力(奉獻)，人們厭惡自己沒有盡職盡力，但並不必要是為己謀私利。所以一切私心小智和陰謀詭計永不發生。一切搶盜偷盜、亂賊暴徒永遠絕滅；因此這時的人外出或夜晚，門戶不必關閉也安然無事。這便是大同世界。所以，就沒有謀財害命的陰謀、也沒有偷竊強盜、作亂害人之事發生，是故，人們都能放心外出而不用上鎖防範壞人，這就是所謂的大同！

綜上，禮的最終目標是要達到大同之治。然而未達到大同之治前，禮制是不得不用規范。

⁶⁴ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁362。

⁶⁵ (魏)王肅注，《孔子家語》，臺北：世界書局印行，1989，頁288-289。

第二節 先秦之刑及其對後世刑法的影響

前文已述及西周至戰國初期可稱為禮法混同時期，禮以追求仁義為目的，用刑罰制裁驅民為善。所以《周禮》與《禮記》中除了禮制外，也論及了法制及刑制。

《禮記》中即認為聖人制禮與刑都是本於「天」意，而且它們的終極目標是相同的：

「故禮以道其志，樂以和其聲，政以一其行，刑以防其奸。禮樂刑政，其極一也；所以同民心而出治道也⁶⁶。」《禮記·樂記》

禮與刑，終極目標都是為了同一民心，而出於治道的要求。

孔子也認為禮與刑，有密切的關係：

孔子曰：「古之刑者省之，今之刑者繁之；其教，古者有禮，然後有刑，是以刑省也；今也反是，無禮而齊之以刑，是以繁也⁶⁷。」《尚書大傳·卷四》

換言之，能先以禮教化人民，則刑省；不能以禮教化人民，只想齊之以刑，則刑繁。

在本節中，本文主要在討論先秦之刑及其對後世刑法的影響。行文以先以先秦文本作討論，可能的話並以後代的唐律及宋刑統為例作為參照，以示先秦之禮與刑的影響。

第一項 刑的生起

本節主要就刑的生起的原因相關的文本及論述作討論，茲整理如下：

一、苗民作五虐之刑，我族襲用之

「苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑曰法。殺戮無辜，爰始淫為劓、刵、椽、黥⁶⁸。」《尚書·呂刑》

上文白話語意為：苗地的人民不遵守政令，就用刑罰用以制服之，因而制定了五種酷刑作為法律。後五刑被濫用於殺戮無罪的人，放肆的使用割鼻子、割耳朵、宮刑(椽)、在臉上刺字等刑罰。

原文本意似乎看不出刑為苗民所作，但陳顧遠先生認為：依此記載苗民作五虐之刑，我族襲用之，用以報虐以威，最初僅對異族用之，同族有罪者則不用五刑，最多「投諸四夷」⁶⁹。

⁶⁶ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁663。

⁶⁷ (西漢)伏勝，《尚書大傳》，四部叢刊初編，上海商務，冊4，頁58。

⁶⁸ (西漢)孔安國傳，(唐)孔穎達疏，《十三經注疏·尚書》，新文豐出版，2001，頁296。

⁶⁹ 陳顧遠，《中國法制史概要》，臺北：三民，1977，頁357。

二、自古刑始於兵

古時兵刑合一，大刑者即用兵於蠻夷，此從司寇為刑官之名即可證之。

另證諸：

(一)《尚書·舜典》

帝曰：「皋陶，蠻夷猾夏，寇賊姦宄(姦邪、作亂)。汝作士，五刑有服，五服三就。...惟明克允⁷⁰！」《尚書·舜典》

舜命皋陶作掌理訴訟之官(士)，對於侵擾中國之蠻夷使用五刑，五刑的執行場所，重大者在野外、小者在市、朝三處執行。...要明察案情，公允行之！

由上引文可見，古時刑的設置，一開始是為了對待入侵的外族，大刑者用之於蠻夷，即以刑禦暴，兵刑合一。

(二)《左傳》

「蒼葛呼曰：『德以柔中國，刑以威四夷，宜吾不敢服也，此誰非王之親姻，其俘之也?』，乃出其民⁷¹。」《左傳·僖公二十五年》

魯僖公二十五年(公元前635年)，周襄王避王子帶之禍，出居鄭國。晉文公出兵勤王，助周襄王回到王城，並在溫城處死王子帶。周襄王賜陽樊等地給晉文公，晉軍接收時陽樊人不服，晉軍遂包圍陽樊，這時陽樊人蒼葛大呼說：德是用來懷柔安撫中原諸國的，刑殺是用來威嚇四方夷狄的。在此，誰不是周天子的親戚，難道可以當作夷狄的人俘虜他們嗎？

於是晉文公就下令晉軍放陽樊人

如此可見，至少在周之前期禮制尚未崩壞時，刑戮是對外敵之用，對內則多以德化安撫為主。

同樣刑主兵刑之意者見諸：

「丁丑，諸侯圍許，晉侯有疾，曹伯之豎侯孺(ㄅㄨˋ ㄏㄨㄟˊ)貨筮史，使曰，以曹為解，『齊桓公為會而封異姓，今君為會，而滅同姓，曹叔振鐸，文之昭也，先君唐叔，武之穆也，且合諸侯而滅兄弟，非禮也，與衛偕命，而不與偕復，非信也，同罪異罰，非刑也，禮以行義，信以守禮，刑以正邪，舍此三者，君將若之何』，公說，復曹伯，遂會諸侯于許⁷²。」《左傳·僖公二十八年》

魯僖公二十八年，公元前632年(周襄王二十年；楚成王四十年；晉文公四年)，晉楚兩軍戰於城濮，此戰晉國大勝，史稱「城濮之戰」。戰後，周襄王策命晉文公為「侯伯」。晉文公以「尊王」為旗號，登上了霸主之位。

該年十一月十二日，晉文公與諸侯包圍許國都城，但晉文公生病了，曹伯的

⁷⁰ 郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005，頁16。

⁷¹ 周福昌、姚曼波、郁賢皓注譯，《新譯左傳讀本》，臺北：三民，2006，頁414。

⁷² (西晉)杜預注，(唐)孔穎達，《十三經注疏·左傳》，新文豐出版，2001，頁277。

侍從侯孺賄賂晉文公卜筮官，請他為曹國說話：「之前齊桓公盟會時重建了異姓諸侯國，如今國君主持盟會，反而消滅了同姓諸侯國。曹國始君叔振鐸，是周文王之子，晉的先君唐叔，是周武王之子。而且合盟諸侯而滅之國，這是不合禮法的。曹國與衛國都曾得到國君許諾給予復國，而如今衛國復國，而不給曹國復國，這是不守信。

同罪異罰，是不合刑律的。禮是用以推行義的，信是用來守禮的，刑罰是用來糾正邪惡行為的，舍此三者，國君將如何治理國家呢？」，晉文公聽了，之後就回復曹伯的君位，曹伯遂會同諸侯共同包圍許國都城。

顯然，這裡的刑並非指個人犯罪的懲罰，而是指諸侯國間的征伐，其刑罰關係到復國與否。

綜上，在周之前期禮制尚未崩壞時，刑戮是對外敵之用，對內則多以德化安撫為主。所以說自古刑始於兵。

(三) 《史記·律書》

史記律書中即認為六律乃萬事根本，尤以兵為重：

「王者制事立法，物度軌則，壹稟於六律，六律為萬事根本焉。其於兵械尤所重，故云望敵知吉凶，聞聲效勝負，百王不易之道也⁷³。」《史記·律書》

古代的統治者制定作事的規範，建立法度，明定度量物品的標準，一切都遵照六律，六律是萬千事物的根本。六律之於兵械尤其重要，所以說“望敵知吉凶，聞聲效勝負”，這是百代的統治者不易的道理。

雖然，這裡的六律指的是音律的比率，但也說明立法規範與兵事間有重要的關係。

(四) 《漢書·刑法志》

《漢書·刑法志》中亦云「大刑用甲兵⁷⁴。」此語出自《國語》：

「大刑用甲兵，其次用斧鉞，中刑用刀鋸，其次用鑽笮，薄刑用鞭撻，以威民也。故大者陳之原野，小者致之市朝，五刑三次，是無隱也⁷⁵。」《國語·魯語上》

大刑是用甲兵的象徵正義之師以戰爭來處刑的，其次用斧鉞象徵軍法從事，中刑用刀鋸，其次用鑽笮，最輕的刑用鞭撻，是用以威嚇人民。所以大刑處刑者陳屍於原野，小刑處刑於市場或朝庭，五刑的三種行刑的場所，都是公開而不隱密執行的。

綜上，班固認為大刑是用於軍隊征伐之用，此與開司馬遷同旨。古之刑者出

⁷³ (西漢) 司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 1239。

⁷⁴ (東漢) 班固，《漢書》，鼎文書局，1986，頁 1079。

⁷⁵ 易中天 注譯，《新譯國語讀本》，臺北：三民，2006，頁 115。

於兵戰，本來是對外族用之，其後刑之適用範圍才漸漸廣泛⁷⁶。

黃源盛先生認為，「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內，的過渡型態⁷⁷。本文贊同此一見解。

三、刑是聖人效法天意緣緣於民心所制定的規範

虞舜時大禹和皋陶在朝廷中一起商討國事，皋陶認為刑罰出自於天，天討有罪之人，則設五等之刑以懲戒之：

「天討有罪，五刑五用哉！...天聰明，自我民聰明，天明畏自我民明威。」
《尚書·皋陶謨》

學者徐朝陽認為：此「天討」二字，歷代中國言刑罰者必引用之，言刑罰必出自天即言犯罪須以相當之應報⁷⁸。然而，天意為何？即皋陶自己的回答「天聰明，自我民聰明，天明畏自我民明威」，換言之，天意在於民心！

相同的意旨，班固也認為刑的生起是聖人效法天意緣緣於民心，自然而然所制定出來的法則：

「聖人...制禮以崇敬，作刑以明威也。聖人既躬明慤之性，必通天地之心，制禮作教，立法設刑，動緣民情，而則天象地。...故聖人因天秩而制五禮，因天討而作五刑⁷⁹。」《漢書·刑法志》

聖人制禮作刑乃其自身洞察事物的本性，通達天地之心理，制禮作教，立法設刑，動輒順應民情，效法天地自然的法則。...所以聖人是依據天意，緣於民情而規定了的人倫秩序而制訂禮，所以有天子、諸侯、大夫、士、庶民的五種等級；因上天而懲罰有罪的人，所制定墨、劓、剕、宮、大辟的五種刑罰。

主政者所設的刑罰，並非一己之刑罰，乃上合天意之刑罰；合天意之刑罰，乃合於民心之刑罰。因此，主政者之所以刑罰某一特定人，一定是該人所犯違反刑法規定，為大眾民心所共同怒責之，此時，民心之所共同者，即天意之所在。反之，拂逆天意民心，任他惡行來犯、罰不當行，則治國之行有違天命，如何可祈國家未來的福澤？

四、刑罰制度乃聖王因防民嗜慾不節而制訂

《孔子家語》中將君王制訂刑罰之源起說的非常清楚，孔子曰：「聖人之設防，貴其不犯也，制五刑而不用，所以為至治也。」

凡夫之為姦邪竊盜，靡法妄行者，生於不足，不足生於無度，無度則小者偷

⁷⁶ 同意旨者另請參見：陳顧遠，《中國法制史概要》，臺北：三民，1977，頁357。

⁷⁷ 黃源盛，《中國法史導論》，臺北：元照，2013，頁54。

⁷⁸ 徐朝陽，《中國刑法溯源》，臺北：臺灣商務印書館，1966，頁38。

⁷⁹ 吳榮曾、劉華祝等譯注，《新譯漢書(三)志(一)》，臺北：三民，2013，頁1176。

盜，大者侈靡，各不知節。是以上有制度，則民知所止，民知所止，則不犯。故雖有姦邪賊盜，靡法妄行之獄，而無陷刑之民。

不孝者生於不仁，不仁者生於喪祭之禮明，喪祭之禮所以教仁愛也，能教仁愛，則喪思慕祭祀，不解人子饋養之道，喪祭之禮明，則民孝矣。故雖有不孝之獄，而無陷刑之民。

殺上者生於不義，義所以別貴賤，明尊卑也，貴賤有別，尊卑有序，則民莫不尊上而敬長。朝聘之禮者，所以明義也，義必明則民不犯，故雖有殺上之獄，而無陷刑之民。

鬥變者生於相陵，相陵者生於長幼無序，而遺敬讓，鄉飲酒之禮者，所以明長幼之序，而崇敬讓也，長幼必序，民懷敬讓，故雖有鬥變之獄，而無陷刑之民。

淫亂者生於男女無別，男女無別，則夫婦失義，禮聘享者所以別男女，明夫婦之義也，男女既別，夫婦既明，故雖有淫亂之獄，而無陷刑之民。

此五者，刑罰之所以生，各有源焉。...

刑罰之源，生於嗜慾不節，失禮度者，所以禦民之嗜慾，而明好惡順天之道，禮度既陳，五教畢修，而民猶或未化，尚必明其法典以申固之，其犯姦邪靡法妄行之獄者，則飭制量之度；有犯不孝之獄者，則飭喪祭之禮；有犯殺上之獄者，則飭朝覲之禮；有犯鬥變之獄者，則飭鄉飲酒之禮；有犯淫亂之獄者，則飭婚聘之禮。三皇五帝之所化民者如此，雖有五刑之用，不亦可乎⁸⁰！」《孔子家語·五刑解第三十》

如上所述，「刑罰之源，生於嗜慾不節」，所以才會產生竊盜、不孝、殺上、鬥變、淫亂等犯行，為防制上開人民因嗜慾而生的犯罪，聖王才會制訂刑法。因有禮之教化，雖有五刑之用，也是可以的。但重點不在刑罰的本身，而是在於刑的一般威嚇作用，所以才說：「貴其不犯也，制五刑而不用」。

五、制定刑罰，必以天理倫常為準

「凡制五刑，必即天論。郵罰麗於事。凡聽五刑之訟，必原父子之親、立君臣之義以權之。意論輕重之序、慎測淺深之量以別之⁸¹。」《禮記·王制》

凡制定五刑，必以天理倫常為準。論人之罪及科處刑罰，應當本於事實。凡聽審有關於五刑的爭訟，必體察訴訟者彼此間的父子之親；必須建立君臣之義，來權衡訴訟。以形成心證來決定罪之輕重次序，並以謹慎的態度來測度犯罪人本心為惡的程度，以區別對待。

這裡，明示刑罰的正當性與天理倫常有關係。

曾子更進一步說刑是由違反孝道而生起，此見下文析述。

⁸⁰ (魏)王肅注，《孔子家語》，臺北：世界書局印行，1989，頁277-280。

⁸¹ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁237。

六、刑是由違反孝道而生起

曾子認為，刑是由違反孝道而生起：

曾子曰：孝有三：大孝尊親，其次不辱，其下能養。...夫仁者，仁此者也；義者，宜此者也；忠者，中此者也；信者，信此者也；禮者，體此者也；行者，行此者也；彊者，彊此者也；樂自順此生，刑自反此作⁸²。《大戴禮記·曾子大孝》

曾子說諸如仁、義、忠、信、禮、行、彊、樂等一切善德，都是本諸孝道的義理而生。違反了孝道，人會不自覺的做出害於禮法之事，刑罰也因此而生起了。

七、小結

綜上，古之刑始於兵，原本是對外族而用，其後刑之適用範圍才漸漸廣泛，而「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內，的過渡型態。

聖人效法天地自然的法則所制定的規範；而孔子將聖王制訂刑罰之源起是因為人性的「嗜慾不節」，所以先王「順天之道」制定禮儀法度，制定刑罰，必以天理倫常為準。曾子更進一步說，禮就是親身體會實踐孝道者，而刑就是由違反孝道所以生起的。

禮與刑間，最終還是希望禮義教化為主，而以刑作為一般預防之用，即前述之「設防，責其不犯也，制五刑而不用」，設刑而不用。所以孔子說：雖有五刑之用，不亦可乎！

⁸² 高明註譯，《大戴禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1989，頁 183。

第二項 刑的作用

一、用刑之最高意旨在於生民，即刑期於無刑

《周禮·秋官·司寇》云：「惟王建國，...乃立秋官司寇，使帥其屬而掌邦禁，以佐王刑邦國。」

鄭玄注云：「禁，所以防奸者也。刑，正人之法。」賈公彥疏云：王者恐民以奸入罪，故先設禁示之，防其奸惡。若有不忌為奸，然後以刑罪之。云「刑，正人之法」者，刑期於無刑，以殺止殺，故云：「刑，正人之法」也⁸³。

相同理念見諸《尚書·虞書·大禹謨》：

「帝曰：『皋陶，...汝作士，明于五刑，以弼五教，期于予治。刑期于無刑，民協于中，時乃功，懋哉！』」

皋陶曰：『帝德罔愆，臨下以簡，御眾以寬，罰弗及嗣，賞延于世，宥過無大，刑故無小，罪疑惟輕，功疑惟重。與其殺不辜，寧失不經。好生之德，洽于民心，茲用不犯于有司⁸⁴。』」

舜說：皋陶！...你作士，能明五刑以輔助五教化育人民，合於治道。施刑是為了達到無刑之治。人民合于中道。這是你的功勞，要再努力啊！

皋陶回答略以：帝王德性無失。以寬簡御下，處罰時父罪不及於子孫，反之，用賞時要父及於子；有恕過失不論罪多大，罰於故意犯罪不論罪多小；罪有疑時從輕量之，功有疑時只從重賞。與其妄殺無辜，寧可錯過不常的罪罰，也不要造成無辜的冤獄。帝王愛惜生命的美德，合于民心，人民就不會因觸犯刑律而遭到司法機關問罪。

綜上，《周禮》與《尚書》對於刑的作用都認為其重點在「以刑止刑，期于無刑」。換言之，刑罰的作用並非特別預防，而是「以刑止刑」的威嚇作用。

另見，《孔子家語》亦有相似之語：

「聖人之設防，貴其不犯也，制五刑而不用，所以為至治也⁸⁵。」《孔子家

⁸³（東漢）鄭玄注，（唐）賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁510。

⁸⁴（西漢）孔安國，《尚書孔傳》，臺北：臺灣中華書局，1969，卷二頁3。

⁸⁵（魏）王肅注，《孔子家語》，臺北：世界書局印行，1989，頁277。

按《孔子家語》以前常認其為「偽書」，如《四庫全書總目提要》說：「其書流傳已久，且遺文軼事，往往多見於其中。故自唐以來，知其偽而不能廢也。」，但今日新出土文獻證明其非偽書。另參照：劉續兵，《孔子家語：從“典型偽書”到“孔子研究第一書”》：1973年，河北定縣八角廊漢墓出土竹簡《儒家者言》，內容與今本《孔子家語》相近。1977年，安徽阜陽雙古堆漢墓也出土了章題與《儒家者言》相應的簡牘，內容同樣與《孔子家語》有關。...後來發現的上博竹書又提供了《孔子家語》“不偽”的有力證據。...，《孔子家語》則可稱為孔子的“文集”；該書的價值絕非一面，如果深入細致探討，早期儒學的研究一定會出現一個全新的局面，甚至可稱為“孔子研究第一書”。

<http://www.shekebao.com.cn/shekebao/2012skb/xs/userobject1ai7085.html>

最後到訪時間：2016.1.23

語·五刑解第三十》

聖人之設防衛措施，貴在使人不犯罪條。因此制定五刑而不用，是為了達到最好的治理。

同樣，《晉·刑法志》論及刑罰時亦云：「論其本意，蓋有不得已而用之者焉⁸⁶。」

《唐律疏議》開篇也同樣強調「以刑止刑，以殺止殺...，蓋聖王不獲已而用之⁸⁷。」的刑罰運用。

綜上引文，可見中國自《周禮》中即云：「立秋官司寇，使帥其屬而掌邦禁，以佐王刑邦國。」說明司寇掌邦之禁律，以防人之奸惡。若有不忌為奸者，然後以刑罪之。古代用刑之本旨在於「期於無刑」。重點在於好生之德，刑乃因不得已而用之。

二、刑之大者為不孝

(一) 罪莫大於不孝

孝道倫理是我國傳統文化的一大特色，所以孔子認為：

「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝。要君者無上，非聖人者無法，非孝者無親。此大亂之道也⁸⁸。」《孝經·五刑》

孔子說：墨、劓、剕、宮、大辟五刑之罪有三千條之多，而其中沒有比不孝的罪更大的。要脅君主的人，眼中沒有君主的存在；非議聖人的人，眼中沒有法紀；否定孝道的人，眼中沒有父母的存在。上開三種行為，乃是天下大亂的根本。

《周禮·地官司徒》即載明「以鄉三物教萬民而賓興之：一曰六德，知、仁、聖、義、忠、和；二曰六行，孝、友、睦、姻、任、恤；三曰六藝，禮、樂、射、御、書、數。以鄉八刑糾萬民：一曰不孝之刑，二曰不睦之刑，三曰不姻之刑，四曰不弟之刑，五曰不任之刑，六曰不恤之刑，七曰造言之刑，八曰亂民之刑⁸⁹。」

換言之，《周禮》地官司徒，先以「孝」作為以禮教化萬民的內容之一，若人民有不依禮教而行者，則設刑以罰之，所以地官司徒的職責即有以八刑糾萬民，而八刑中亦以「不孝」為首。

孟子曾舉出戰國時世俗所謂的「不孝」之具體情形：

孟子曰：「世俗所謂不孝者五：惰其四支，不顧父母之養，一不孝也；博奕，好飲酒，不顧父母之養，二不孝也；好貨財，私妻子，不顧父母之養，三不孝也；從耳目之欲，以為父母戮，四不孝也；好勇鬥狠，以危父母，五不孝

⁸⁶ 丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁149。

⁸⁷ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁2-3。

⁸⁸ (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

⁸⁹ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁161。

也⁹⁰。」《孟子·離婁下》

世俗所謂不孝有五種情形：為人子者懶於勞動四肢，而不顧父母的奉養，這是第一種不孝；下棋賭博，又喜歡喝酒，不顧父母的奉養，這是第二種不孝；喜愛財貨，偏私妻兒，不顧父母的奉養，這是第三種不孝；放縱聲色的欲望，使父母受到羞辱，這是第四種不孝；好勇鬥狠，和人爭鬥，而致連累父母，這是第五種不孝。

上開孟子舉出戰國時世俗所謂的「不孝」，孟子自己則曾舉出他所認為的「不孝」有三種具體情形：

孟子曰：「不孝有三，無後為大。」《孟子·離婁上》，趙岐注云：「於禮有不孝者三事，謂阿意曲從，陷親不義，一不孝也。家窮親老，不為祿仕，二不孝也。不娶無子，絕先祖祀，三不孝也。三者之中，無後為大⁹¹。」

(二) 「不孝」當處以何種刑罰

前揭「不孝」當處以何種刑罰，先秦資料並無相關文獻，只有在《禮記》中有如下記載：

《禮記·檀弓下》云：「子弑父，凡在官者，殺無赦。」，鄭玄注云：「言諸臣子孫無尊卑皆得殺之，其罪無赦⁹²。」

早在先秦時期就有「不孝」罪：

「免老告人以為不孝，謁殺。當三環之不？不當環，亟執勿失。」《睡虎地秦簡·法律答問》

若江賢三認為此指的是六十歲以上的老人，以「不孝」罪告發求處死刑的場合，省略三次確認的程序(三環)，直接逮捕犯罪者本人加以調查⁹³。

另學者余宗發認為「三環」指的是三宥，即上開告發的場合不必經過三次寬宥的程序，直接逮捕犯罪者，以免其逃逸了⁹⁴。

但從上文中看不出所指不孝的內容何？至漢代則以令明文，對年七十的老人：

「有敢妄罵詈、毆之者，比逆不道⁹⁵。」換言之，若有敢妄對年七十以上受杖老人妄加責罵、毆打者，則比附反逆不道罪論處。

至於後代，「不孝」則列於十惡之一。「十惡」之稱，起源於北齊，隋朝《開皇律》確立此一制度，唐朝沿襲之。

⁹⁰ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁69。

⁹¹ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁62。

⁹² (東漢)鄭玄注，《纂圖互註禮記》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁35。

⁹³ 若江賢三，秦漢律と文帝の刑法改革の研究，東京都：汲古書院，2015，頁190。

⁹⁴ 余宗發，《雲夢秦簡中思想與制度鈎摭》，臺北：文津，1992，頁214。

⁹⁵ 堀毅，《秦漢法制史論攷》，法律出版社，1988，頁190。

三、刑罰的一般作用

(一) 刑罰用以糾正人民之犯罪邪行

「政以治民，刑以正邪，既無德政，又無威刑，是以及邪⁹⁶。」《左傳·隱公十一年》

政治是用來治理人民的，刑罰是用來糾正人民犯罪邪惡行為的；如果沒有德政來治理人民，又沒有威嚴的刑罰來糾正人民的惡行，因此才產生犯罪的邪惡行為。

綜上，用現代用語可如此說：刑罰用來糾正人民之犯罪邪行的，而犯罪是因統治者治民無德，又無威嚴的刑罰所以才產生的。

同旨見諸：

「故禮以道其志，樂以和其聲，政以一其行，刑以防其奸。禮樂刑政，其極一也；所以同民心而出治道也⁹⁷。」《禮記·樂記》

禮的作用引導人心的。音樂是用來調人情感之聲的，政令是用來同一人的行為的，刑罰是用來防止奸邪犯行。所以禮、樂、刑、政，最終目的是一樣的，都是為了達到同一民心治平天下的理想。

(二) 刑罰必和德禮教化配合使用，不從教化者方用刑罰

孔子曰：「聖人之治化也，必刑政相參焉，太上以德教民，而以禮齊之。其次以政焉導民，以刑禁之，刑不刑也。化之弗變，導之弗從，傷義以敗俗，於是乎用刑矣⁹⁸！」《孔子家語·刑政第三十一》

孔子認為刑罰的目的是不用刑罰！必以德禮教化之、以政教宣導之，仍不從而而傷義之行者，只好用刑罰來懲治之。

左傳中對於子產鑄刑書，不以德禮教化為先，專以刑為治的施政，有所非難：鄭人鑄刑書。叔向使詒子產書，曰：「...昔先王議事以制，不為刑辟，懼民之有爭心也。...民知有辟，則不忌於上，並有爭心，以徵於書，而徵幸以成之，弗可為矣。夏有亂政，而作《禹刑》；商有亂政，而作《湯刑》；周有亂政，而作《九刑》：三辟之興，皆叔世也。今吾子相鄭國，作封洫，立謗政，制參辟，鑄刑書，將以靖民，不亦難乎⁹⁹？」《左傳·昭公六年》

昭公六年(前 536 年)時，鄭人鑄刑書於鼎，以為國之常法。叔向使人告訴子產說：以前先王議事以制，不為刑辟，懼民之有爭心也。夏商之亂者，禹湯之法。因不能議事以制，所以亂。周之衰，亦為刑書，謂之九刑。因此制刑書不起於盛

⁹⁶ 周福昌;姚曼波;郁賢皓注譯，《新譯左傳讀本》，臺北：三民書局，2006，頁 67。

⁹⁷ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，下冊，頁 608、612。

⁹⁸ (魏)王肅注，《孔子家語》，臺北：世界書局印行，1989，頁 283。

⁹⁹ (晉)杜預，《春秋經傳集解(左傳)》，四部叢刊初編，上海商務，冊 2，1936，頁 186。

世。如今鄭國，制三辟，鑄刑書，用三代之末法，想要用以安定人民，這很難啊！

換言之，不施德禮教化，專以刑為治者，這是亂世的末法，是無法達成安定社會秩序的效果的。

(三) 刑者乃統一人民行為所不得不用之規範

「法者所以同出，不得不然者也。故殺僂禁誅以一之也¹⁰⁰。」《管子·心術》
法是用來統一人民行為所不得不用之規範，所以用殺戮禁誅的手段，就是要同一人民的行為。

這裡的「法」字，依上下文義，顯然是指「刑法」而言。

相同意旨者，另可見諸：

1. 陳明「統一人民行為」者：

「人道經緯萬端，規矩無所不貫，誘進以仁義，束縛以刑罰，故德厚者位尊，祿重者寵榮，所以總一海內而整齊萬民也¹⁰¹。」《史記·禮書》
刑罰，是用來總一海內而整齊萬民之行為的。

2. 陳明「不得不用」之旨者：

「陳乎兵甲而肆諸市朝，具嚴天刑，以懲亂首，論其本意，蓋有不得已而用之者焉¹⁰²。」《晉書·刑法志》

刑罰，是執行以兵甲之威而處刑於各場或朝廷上，具現嚴厲的天威之刑，用以懲治為亂的惡者，論其本意，乃因不得已而用之。

(四) 刑者翦亂誅暴，禁人為非者也

「夫刑者，制死生之命，詳善惡之源，翦亂誅暴，禁人為非者也...上有道，刑之而無刑，上無道，殺之而不勝者也¹⁰³。」《隋書·刑法志》

刑法，是規定人生命的刑罰，詳述何者為善惡，用來翦除作亂誅除暴力者，而禁止人為非的規範。...重點是主政者要有道，才能「刑之而無刑」，否則，當在上位者本身即不守道時，也難以要求人民奉法，這時，主政者即使用嚴刑殺戮來恐嚇人民，也達不到法治的效果。

¹⁰⁰ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 80。

¹⁰¹ (漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁 1157-1158。

¹⁰² 陸心國，《晉書刑法志注釋》，北京市：群眾出版社，1986，頁 14。《晉書》是(唐)太宗以晉史未能盡善，於貞觀十八年命房玄齡等監修而成。

¹⁰³ 丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁 317。

(五) 懲其未犯而防其未然

「觀雷電而制威刑，觀秋霜而有肅殺，懲其未犯而防其未然，平其徽纆而存乎博愛，蓋聖王不獲已而用之¹⁰⁴。」《唐律疏議·名例》

上開意旨，說明統治者依天象而制刑，重點在於一般預防，在於防患未然，刑罰，乃統治者因不得已而用之。

(六) 刑法只是用來輔助禮樂教化不足

「孔子曰『安上治民，莫善於禮』，...至於禮樂...教化，所恃以為治也，刑法所以助治也。」《漢書·禮樂志》

上開引文，「安上治民，莫善於禮」語出《孝經》，孔子認為，主政者要使國家安治，人民易於治理，沒有比禮治更好的方法了。禮樂教化為行政治民的主要內容，刑法的作用只是輔助教化治理的不足，換言之，刑法在施政上具備位性而非主動性。

同旨見諸：

「稟氣含靈，人為稱首。莫不憑黎元而樹司宰，因政教而施刑法¹⁰⁵。」《唐律疏議·名例》

《唐律疏議》篇首即稱：人為萬物之靈¹⁰⁶，但治理人民沒有不以設立政府機來管理的，治理人民必須先予禮樂教化，若有不足才用刑法輔助。

四、小結

綜上所述，有關刑的作用，在古代刑律之本旨在於生民，即刑期於無刑。而所有刑罰中最大的罪即為「不孝」，所以孔子說：

「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝。¹⁰⁷。」《孝經·五刑》

《周禮》地官司徒，先以「孝」之禮，教化萬民的，若人民有不依禮教而行者，則設刑以罰之，其職責乃以八刑糾萬民，而八刑中即以「不孝」為首。

另外，古代所認為之刑罰的一般作用有：

1. 刑罰用以糾正人民之犯罪邪行。
2. 刑罰必和政令相互配合使用，不服從教化者方用刑罰。
3. 刑者乃統一人民行為所不得不用之規範。
4. 刑者翦亂誅暴，禁人為非者也。
5. 懲其未犯而防其未然。

¹⁰⁴ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁3。

¹⁰⁵ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁1。

¹⁰⁶ 此語出自：「惟天地萬物父母，惟人萬物之靈。」《尚書·泰誓上》

¹⁰⁷ (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

6.刑法只是用來輔助禮樂教化不足。

懲其未犯而防其未然，重點在於一般預防，刑罰具體的對象乃是不服教化的暴亂者，而且刑法只是用來輔助禮樂教化不足，因此，刑罰乃不得已而用之。



第三項 周禮中之刑

一、周禮中之死刑

關於死刑《周禮·秋官·司刑》中云：「殺罪五百¹⁰⁸。」，殺即五刑中的死刑，可見周代適用於死刑的有五百條之多。

而死刑的執行型態依《周禮·秋官·掌戮》云：「掌戮：掌斬殺賊諜而搏之。凡殺其親者，焚之；殺王之親者，辜之。凡殺人者，踣諸市，肆之三日。刑盜於市。凡罪之麗於法者，亦如之¹⁰⁹。」由是分析可看出周代死刑執行可分作如下之刑別：

(一) 斬、殺

鄭玄注：「諜指寇之反間者；賊與諜，罪大者斬之，小者殺之。」，可見賊與諜二罪重者斬之，稍輕者殺之。

斬，以斧鉞，謂腰斬。

殺，以刀刃，若今之棄市也¹¹⁰。棄市即殺頭。

有關處以殺刑之罪，又可不經聽審即殺之重罪有四：

「析言破律，亂名改作，執左道以亂政，殺。作淫聲、異服、奇技、奇器以疑眾，殺。行偽而堅，言偽而辯，學非而博，順非而澤，以疑眾，殺。假於鬼神、時日、卜筮以疑眾，殺。此四誅者，不以聽¹¹¹。」《禮記·王制》

即以下四罪，不經聽審即殺之：

1. 凡是分散律文曲解法令，假冒名義擅自變易法度，行邪道以動亂政事者，殺。
 2. 作過度淫穢音樂，制作怪異不合制度的衣服，發明違背禮制之技能或器械者，殺。
 3. 行為虛偽而能使人堅守之，言論詐偽而善於辯解，學非正道而所學邪惡又多，順者為非之事而能取信於人，如此使民眾懷疑而不安本業者，殺。
 4. 假托鬼神、吉日或卜筮之說以使民違背禮制的，殺。
- 上開四類犯者，司寇可不經聽審即正刑殺之。

(二) 焚

「凡殺其親者，焚之¹¹²。」

「凡殺其親者」即如今之構成要件；「焚之。」即如今之法律效果也。

焚，燒也。「親」謂五服以內，總以上也。

¹⁰⁸ 林尹，《周禮今註今譯》，台灣商務，1997，頁 380。

¹⁰⁹ 林尹，《周禮今註今譯》，台灣商務，1997，頁 386。

¹¹⁰ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 545。

另參：(清)沈家本，《歷代刑法考》，北京：中華書局，1985，頁 12-13。

¹¹¹ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁 239。

¹¹² (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 545。

《公羊傳》曰：「二十有五年春，王正月丙午，衛侯燬滅邢。衛侯燬，何以名絕？曷為絕之？滅同姓也¹¹³。」

魯僖公二十五年(前 635)，正月丙午日，衛侯燬滅邢國。為何直稱衛侯燬的名字？應當和他斷絕交往。因為他滅了同姓的邢國。滅同姓之國尚以絕稱之，況殺總麻之親，得不重乎？以此而言，故知親謂總麻以上也¹¹⁴。

(三) 辜

「殺王之親者，辜之¹¹⁵。」

辜，鄭玄注：「辜之言枯也，謂磔之¹¹⁶。」言行刑後分裂其屍。

(四) 跽

「凡殺人者，跽諸市，肆之三日。」

跽，僵屍也。言行刑後陳其屍於市三日。

死刑，除上述死刑者外尚有：

(五) 車轘

《周禮·秋官·條狼氏》中規定：「...掌執鞭以趨辟。...凡誓，執鞭以趨於前，且命之。...誓馭曰車轘」

誓者，謂出軍及祭祀時。王出入時，條狼氏掌執鞭以趨趕行人於前方。並宣告誓辭於馭夫說不用命者車轘。

車轘，鄭玄注：「謂車裂也。」，言以車分裂其肢體。

車裂另見於：

「歸敵者父母、妻子、同產皆車裂¹¹⁷。」《墨子·號令》
即叛變投敵者，其父母、妻、子女、同財共居者皆處以車裂之刑。

(六) 屋誅

「司烜氏：...。邦若屋誅，則為明竈焉¹¹⁸。」《周禮·秋官司寇》

明竈，謂將誅殺者的姓名、罪行清楚地明記在木板上，加其屍身而埋葬。罪人夜葬，司烜氏掌明燭以照，書罪名於板上。

鄭玄注：「明竈，若今楊(標識事物的小木樁。)頭，明書其罪法也。」賈公彥疏：「為明竈焉者，明用刑以板書其姓名及罪狀，著於身，竈壙中也。」；屋同劓，即誅殺也。

另，鄭司農認為，屋誅，是夷三族。殺不於市而以甸師氏者行之¹¹⁹。

¹¹³ 雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998，頁 268。

¹¹⁴ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 545。

¹¹⁵ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 545。

¹¹⁶ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 545。

¹¹⁷ (清)孫詒讓，《墨子閒詁》，臺北：華正，1995，頁 548。

¹¹⁸ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 550。

(七)小結：周禮中之死刑對後世之影響

晉朝以前，死刑有多種方式，晉文帝司馬昭，患前代律令本注煩雜，於是令賈充等定法律，所定之律「死刑不過三。」《晉書·刑法志》，即「梟」、「斬」、「棄市」三種¹²⁰。

隋初，文帝開皇元年，下詔高穎、鄭譯、楊素等更定新律，定訖，詔頒之曰：

「帝王作法，沿革不同，取適於時，故有損益。夫絞以致斃，斬則殊刑，除惡之體，於斯已極。梟首輓身，義無所取，不益懲肅之理，徒表安忍之懷。鞭之為用，殘剝膚體，徹骨侵肌，酷均鬻切。雖雲遠古之式，事乖仁者之刑，梟輓及鞭，並令去也¹²¹。」《隋書·刑法志》

由此可見，直到隋文帝開皇元年(581年)，更定新律，才以梟首、輓身等死刑，於義無所取，且無益懲罰之理，方去除之，只留下絞、斬二者。另附帶說明，同旨中亦廢除鞭刑。鬻(ㄉㄨˋ ㄨㄢˋ)把肉切割，鞭刑之酷厲，一鞭即可剝膚徹骨，如切肉一般，有失仁德。

唐朝時沿隋制，《唐律》中有關死刑者：「死刑二：絞。斬。」《唐律疏議·名例律》

疏議曰：「古先哲王，則天垂法，輔政助化，禁暴防姦，本欲生之，義期止殺。...故知斬自軒轅，絞興周代。二者法陰數也，陰主殺罰，因而則之，即古大辟之刑是也。」《唐律疏議·名例律》

這裡指出斬自軒轅，絞興周代。雖未舉證以實其說，但唐以後成為主流觀點¹²²。

¹¹⁹ (清)沈家本，《歷代刑法考》，北京：中華書局，1985，頁12。

(東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁550。

¹²⁰ 陸心國，《晉書刑法誌注釋》，北京市：群眾出版社，1986，頁81、82。

¹²¹ (唐)魏徵撰，《隋書》，鼎文書局，1977，頁711。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁330。

¹²² 胡東興，《中國古代死刑制度史》，北京：法律出版社，2008，頁97。

二、周禮中之流刑

(一)流刑之源起

「流宥五刑...流共工于幽洲，放驩兜于崇山，竄三苗于三危，殛鯀于羽山，四罪而天下咸服。...帝曰：『皋陶，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¹²³！』」《尚書·舜典》

舜帝上任後，以流放的方法寬宥五刑的罪人，...流放共工到幽洲，流放驩兜于崇山，流放三苗于三危，流放鯀于羽山，罪人受到流放之罪罰而天下都信服了。...帝舜說：『皋陶，蠻夷侵擾中原，寇亂賊殺於國內外。你來作法官，用五刑來降服之，五刑分三處執行(大罪於原野、輕罪則於市、朝執行)。五種流刑分遠近三處執行。你一定要明察使人民信服！』

上開「流，放，竄，殛」都是流放的意思，因全赦太輕，死刑太重，不忍依例刑殺，所以宥之遠方¹²⁴。這是流刑之源起。

相同意旨者，另可見諸：

「宰我曰：『請問帝堯。』」孔子曰：『...流共工於幽州，以變北狄；放驩兜于崇山，以變南蠻；殺三苗于三危，以變西戎；殛鯀于羽山，以變東夷¹²⁵。』」《大戴禮記·五帝德》

上開「流；放；殺；殛」都是流放的意思。

所以《唐律疏議》說「大罪投之四裔，或流之于海外，次九州之外，次中國之外。蓋始於唐虞。今之三流，即其義也¹²⁶。」《唐律疏議·名例》

綜上，流刑之始出自唐虞堯舜之時，因死刑太重，不忍依例刑殺，所以流之遠方。

(二)周朝的流刑

《周禮》中並未記載實施流刑的官制，但依《禮記·王制》中則有記載：「變禮易樂者，為不從；不從者，君流¹²⁷。」

即諸侯擅自變禮易樂者，為不服從；不服從者，君流放之。

除此之外對於受五刑者，似有流放的相應刑：

「刑人於市，與眾棄之。是故公家不畜刑人，大夫弗養，士遇之涂弗與言也；屏之四方，唯其所之，不及以政，亦弗故生也¹²⁸。」《禮記·王制》

鄭玄注云：「屏猶放去也，已施刑則放之棄之，役賦不與，亦不授之以田，

¹²³ 郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005，頁12-16。

¹²⁴ 同意旨請參見：(清)沈家本，《歷代刑法考》，北京：中華書局，1985，頁267。

¹²⁵ 高明註譯，《大戴禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1989，頁252。

¹²⁶ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁14。

¹²⁷ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁216。

¹²⁸ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁224。

困乏又无賙餼也，虞書曰五流有宅，五宅三居是也¹²⁹。」

這裡指刑罰要公開在市場執行，讓眾人共棄之。所以公家不畜養受刑人，大夫也不畜養受刑人，士遇受刑人於路上不與之交談；把受刑人屏流於四方的遠處，到了流放地，不以財物米糧濟助他，也不給予公權，表示雖不殺之，但放之四方，令其自生自滅。

上開流放刑，其罪原本不想令其生，但又不忍殺之，故令其在流放之所自生自滅，顯然，意味著此種流法有死刑的替代性。

三、周禮中之徒刑

《周禮》中大司寇總理訟獄之事：

「大司寇之職...以圜土聚教罷民，凡害人者，置之圜土而施職事焉，以明刑恥之。其能改者，反于中國，不齒三年。其不能改而出圜土者，殺¹³⁰。」《周禮·秋官·大司寇》

鄭玄注「以圜土獄城也。」，即建獄城鄭玄注「以圜土聚罷民」，受此徒刑，能改過者，釋放後可自由往來於國內，但三年內不以平民視之。若不能改過而逃獄者，即得捕殺之。

賈公彥疏云：「獄城圜者，...規主仁恩，凡斷獄主仁恩，求出之故，圜也¹³¹。」白話言之，即凡獄城之受刑者，於獄中規範之以仁恩，期能改過而出獄城，所以稱之圜，圜者，天道也。

這裡，賈公彥所疏意中明示獄城對受刑人的教化，其旨在於使受刑人改過而出獄城，使受刑人改過向善才是圜之道。這種觀點與現今的獄政教化在使受刑人能回歸社會的理念非常相近。

同旨者另可見諸《周禮·秋官·司圜》中規定：「司圜，掌收教罷民，凡害人者，弗使冠飾，而加明刑焉，任之以事，而收教之。能改者，上罪三年而舍、中罪二年而舍、下罪一年而舍，...凡圜土之刑人也，不虧體，其罰人也，不虧財¹³²。」

鄭玄注「以圜土聚罷民」云：「聚罷民其中，困苦以教民為善也。」；另注：「弗使冠飾，著墨幪，若古之象刑與¹³³？」

¹²⁹ (東漢)鄭玄注，《纂圖互註禮記》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁39。

¹³⁰ 林尹，《周禮今註今譯》，台灣商務，1997，頁364。不齒三年，鄭玄注：「不得以年次列於平民。」，言不得與平民論長幼之序，即不以平民視之，如同剝奪其公民權。

¹³¹ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁511。

¹³² 林尹，《周禮今註今譯》，台灣商務，1997，頁385。

¹³³ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥，《周禮·十三經注疏》，新文豐出版，2001，頁516、543-544。此條疏文下有釋曰：「著墨幪，若古之象刑與」者，案《孝經緯》云：「三皇無文，五帝畫象，

由上引文觀之，周代的徒刑由司圜掌之，受此徒刑者，不給帽子戴而用黑巾蒙頭，並將其罪名書明於版，掛之於背，令其等服勞役，用以教育感化受刑人，能改過者依其刑度而釋放之...徒刑中，不會侵損受刑人的身體與財物。如是觀之，周代的徒刑與現行之給予技能訓練並教育者相似，含有教育刑之意味。

日本學者仁井田陞亦認為，由此可見《周禮》中認刑罰的目的，是對行為人的矯正，刑罰含有德化教育的任務¹³⁴。

《唐律》中有意徒刑的規定深受《周禮》的影響，其中規定：「徒刑五：一年。一年半。二年。二年半。三年。」在疏議中直接引用《周禮》經文，直言曰：「其奴男子入於罪隸，又任之以事，寘以圜土而收教之。上罪三年而捨，中罪二年而捨，下罪一年而捨，此並徒刑也。蓋始於周¹³⁵。」《唐律疏議·名例律》《宋刑統》承襲《唐律》條文，有關徒刑之規定，未改一字¹³⁶。

綜上，《周禮》中大司寇總理訟獄之事「以圜土聚教罷民，凡害人者，置之圜土而施職事焉，以明刑恥之。其能改者，反于中國¹³⁷。」《周禮·秋官·大司寇》，從文義觀之，含有對受刑人特別給予教化的意味，有現代教育刑之旨趣。

四、其他周禮中之刑制

(一)八議

《周禮》中有「八議」身份者享有刑罰減免的特權，《周禮·秋官·小司寇》中規定：「以八辟麗邦法，附刑罰，一曰議親之辟，二曰議故之辟，三曰議賢之辟，四曰議能之辟，五曰議功之辟，六曰議貴之辟，七曰議勤之辟，八曰議賓之辟。」

後代之《唐律》沿襲《周禮》同樣定有：「八議：一曰議親。二曰議故。三曰議賢。四曰議能。五曰議功。六曰議貴。七曰議勤。八曰議賓。」

並在疏議中曰：「《周禮》云：『八辟麗邦法。』今之『八議』，周之『八辟』也。《禮》云：『刑不上大夫。』犯法則在八議，輕重不在刑書也。其應議之人，或分液天潢，或宿侍旒辰，或多才多藝，或立事立功，簡在帝心，勳書王府。若犯死罪，議定奏裁，皆須取決宸衷，曹司不敢與奪。此謂重親賢，敦故舊，尊賓貴，尚功能也。以此八議之人犯死罪，皆先奏請，議其所犯，故曰『八議』¹³⁸。」

三王肉刑。」畫象者，上罪墨象、赭衣雜履，中罪赭衣、雜履，下罪雜履而已。畫象者，則《尚書》象刑直墨象，略言之，其實亦有赭衣雜履。

¹³⁴ 仁井田陞，中國の法と社会と歴史，東京都：岩波書店，1967，頁31。

¹³⁵ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁13。

¹³⁶ (宋)竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書 1985，頁3。

¹³⁷ 林尹，《周禮今註今譯》，臺北：台灣商務，1997，頁364。

¹³⁸ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁23。

宋朝的《宋刑統》承襲《唐律》條文，有關「八議」者亦同上文¹³⁹。

(二)三赦

《周禮·秋官·司刺》中規定「壹赦曰幼弱、再赦曰老旄、三赦曰蠢愚。」即對有三赦的「幼弱、老旄、蠢愚」者皆不坐而全放之。

但鄭玄注引東漢鄭司農¹⁴⁰（？—83年）云：「幼弱、老旄，若今律今年未滿八歲，八十以上，非手殺人，他皆不坐。」，耄，本又作旄。「今律」即指東漢之律而言。

蠢愚，鄭玄（127年—200年）注云：「生而癡騃童昏者。」

《唐律·名例律》老小及疾有犯條中即明示其受《周禮》「三赦」之影響：「八十以上、十歲以下及篤疾，犯反、逆、殺人應死者，上請」《唐律疏議·名例律》，疏議曰：《周禮》「三赦」之法：一曰幼弱，二曰老耄，三曰蠢愚。今十歲合於「幼弱」，八十是為「老耄」，篤疾「蠢愚」之類，並合「三赦」之法。有不可赦者，年雖老小，情狀難原，故反、逆及殺人，準律應合死者，曹司不斷，依上請之式，奏聽敕裁¹⁴¹。

宋朝的《宋刑統》承襲《唐律》條文，亦同上文。

(三)三宥

《周禮·秋官·司刺》中規定「壹宥曰不識、再宥曰過失、三宥曰遺忘。」若有如下三種情事，可寬宥處刑：

1. 不識

鄭司農注云：「不識，謂愚民無所識則宥之。」，鄭玄注：「識，審也。不審，若今仇讎當報甲，見乙，誠以為甲而殺之者。」，言誤殺也。

此例中行為人所認識之客體與實際行為時之客體不一致，即誤認，似如今所謂之「客體錯誤」。

2. 過失

鄭司農注云：「過失，若今律過失殺人不坐死。」，鄭玄注：「若舉刃欲斫伐，而軼中人者。」，言本欲砍某物而失中他人是。

此例中行為人並未錯認客體，而於行為實施中因手段失誤而中他人，似如今所謂之「打擊錯誤」、「方法錯誤」。

3. 遺忘

鄭玄注：「若間帷薄，忘有在焉，而以兵矢投射之。」，即言忘有人在而殺傷。

¹³⁹（宋）竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁14-15。

¹⁴⁰ 鄭眾（？—83年），字仲師，河南開封人。東漢時著名經學家，亦仕東漢朝廷，官至大司農，因此又被稱為鄭司農。他與鄭玄合稱先鄭與後鄭（鄭眾為先、鄭玄為後）。

相同意旨者，另可見諸：

「三公以獄之成告於王，王三宥，然後制刑¹⁴²。」《禮記·王制》

三公將判決的結果告於王。王給予三宥，即宥不識，過失，遺忘，最後才決定其刑罰。

另外，三赦與三宥不同者在於，三宥之不識、過失、遺忘，因其等行為非故意，然仍屬無心之過誤，所作雖非故為，仍比三赦為重，所以三宥者多使之出贖。而三赦之「幼弱」、「老耄」、「癡愚」等，比較上更為輕，故皆不坐而全放之。

《唐律》並未細分不識、過失、遺忘等三宥情事，但約可包括在其有關過失的規定中。《唐律》中有關過失殺傷人者，亦可寬宥處刑，通常以贖論：

「諸過失殺傷人者，各依其狀，以贖論。」《唐律·鬪訟》(339)

過失乃指「謂耳目所不及，思慮所不到；共舉重物，力所不制；若乘高履危足跌及因擊禽獸，以致殺傷之屬，皆是¹⁴³。」

此等過失情事包括「因擊禽獸，而誤殺傷人者」，即前所謂之「打擊錯誤」。

所要注意者乃《唐律》著重行為人原本之主觀犯意，如《唐律疏議》云：「共捕盜賊，誤殺傷旁人之類，皆是(過失之屬)。」過失之事，殺傷人者，各準殺傷本狀，依收贖之法。

但若行為人之主觀犯意中原有「害心」或「殺心」則不能享受贖刑的寬典，如：

「諸鬪毆而誤殺傷傍人者，以鬪殺傷論；至死者，減一等。」《唐律·鬪訟》，《唐律疏議》中云：「不從過失者，以其元有害心，故各依鬪法。至死者，減一等，流三千里¹⁴⁴。」

「鬪毆而誤殺傷傍人」，因行為人有「鬪毆」故意，其本身即含有想要殺傷對方之意欲，屬於原有「害心」，所以處刑不同於單純「過失殺傷人」。

《唐律》在問答中也有舉「客體錯誤」之例說明：

「問曰：假有數人，同謀殺甲，夜中忽遽，乃誤殺乙，合得何罪？」

答曰：此既本是謀殺，與鬪毆不同。鬪毆彼此相持，謀殺潛行屠害。毆甲誤中於丙，尚以鬪殺傷論，以其元無殺心，至死聽減一等；況復本謀害甲，元作殺心，雖誤殺乙，原情非鬪者。若其殺甲是謀殺人，今既誤殺乙，合科故殺罪¹⁴⁵。」

從上引文可知，單純「鬪毆」彼此間原本並無「殺心」，所以因「鬪毆」至死可聽減一等，免其絞刑，而減一等，流三千里。

反之，如原係謀殺甲，而誤殺乙之例，行為人主觀犯意中原有「殺心」，合科故殺罪，依律「故殺人者，斬。」《唐律·鬪訟》，《唐律疏議》：「非因鬪爭，

¹⁴² 王夢鷗，《禮記今註今譯》，台北：臺灣商務印書館，1965，上冊，1936，頁238。

¹⁴³ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁289。

¹⁴⁴ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁286。

¹⁴⁵ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁287。

無事而殺，是名故殺¹⁴⁶。」

綜上，《唐律》雖未細分不識、過失、遺忘等三宥情事，但約可包括在其有關過失的規定中。《唐律》中有關過失殺傷人者，一般可寬宥處刑。

五、死刑的復奏制度

(一)死刑的奏復制度的起源

死刑的復奏制度最早見於《禮記·文王世子》中記載：

「公族其有死罪，則磬于甸人。其刑罪，則織劓，亦告于甸人。公族無宮刑。獄成，有司讞於公，其死罪，則曰某之罪在大辟...公曰：宥之。有司又曰：在辟。公又曰：宥之。有司又曰：在辟。及三宥，不對，走出，致刑於甸人¹⁴⁷。」

這裡是指公族有犯死罪者，則交給甸人將他縊殺之。其他墨、劓、剕等肉刑之罪，割截肉體，亦交給甸人。公族沒有宮刑。判斷定讞後上呈於國君，告之某人犯罪當處死刑，...國君三次要求予以寬宥，但官員三次都回奏該人乃是罪有應得，之後，即將罪人處刑之。

上開「甸人」即下文之「甸師氏」：

「掌囚：掌守盜賊，...凡有爵者與王之同族，奉而適甸師氏，以待刑殺¹⁴⁸。」
《周禮·秋官·掌囚》

這是指國君族人犯了死罪時，由甸人執行之，於隱密處行刑，體現與王之異姓者不同之處，但於行刑前要進行三次復奏，執法之官仍堅持死罪，則把罪人交由甸人執行。

這裡雖只是指國君族人犯罪時之復奏，但這是後世死刑復奏制度的起源。

(二)復奏制度律的沿革

隋文帝開皇十五年(595年)制「死罪者三奏而後決¹⁴⁹。」《隋書·刑法志》

唐太宗(貞觀五年，631年)時以「大理丞張蘊古亂其法。遂斬於東市。既而悔之不及乃。下制，凡決死刑，雖令即殺，仍三覆奏。...雖三覆奏，須與之間，三奏便訖，都未得思，三奏何益？自今已後，宜二日中五覆奏，下諸州三覆奏。...其五覆奏，以決前一日、二日覆奏，決日又三覆奏。惟犯惡逆者，一覆奏而已，著之於令¹⁵⁰。」《舊唐書·刑法志》

唐朝初年時沿襲隋文帝之《開皇律》，於唐高祖武德七年(624年)頒行《武

¹⁴⁶ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁264。

¹⁴⁷ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁354。

¹⁴⁸ 林尹，《周禮今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1997，頁385。

(東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁544。

¹⁴⁹ 即死罪者三復奏而後方決行之。見《隋書·刑法志》(唐)魏徵撰，《隋書》，鼎文書局，1977，頁714。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁332。

¹⁵⁰ (後晉)劉昫撰，《舊唐書》，鼎文書局，1977，頁2139-2140。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁342。

德律》，內容也分為十二篇，只對於流刑和居作的刑制有作修改。直至於貞觀十一年(637)正月頒行之《貞觀律》，分十二卷共五百條，《唐律》整體架構已然成型¹⁵¹。現行之《唐律疏議》即唐永徽二年（公元 651 年），高宗李治命長孫無忌等以《貞觀律》為本頒布《永徽律》。後又將《永徽律》逐條釋義，附于律文之下，於永徽四年（公元 653 年）頒行，律疏同律文具有同等法律效力。當時稱《永徽律疏》。

有關唐朝時的復奏制度，其制見諸《唐律》規定：「諸死罪囚，不待覆奏報下而決者，流二千里。即奏報應決者，聽三日乃行刑，若限未滿而行刑者，徒一年；即過限，違一日杖一百，二日加一等。」《唐律疏議·斷獄律》

疏議載明：「死罪囚，謂奏畫已訖，應行刑者。皆三覆奏訖，然始下決。若不待覆奏報下而輒行決者，流二千里¹⁵²。」《唐律疏議·斷獄律》

宋刑統沿襲唐律死刑的復奏制度¹⁵³，故略之。

明朝時律文規定：「凡死罪囚不待覆奏回報而輒處決者杖八十，若已覆奏回報應決者聽三日乃行刑¹⁵⁴。」《明律集解附例卷之二十八·刑律》

依《明史·刑法志》所載「凡決囚，每歲朝審畢，法司以死罪請旨，刑科三覆奏，得旨行刑¹⁵⁵。」《明史·刑法志》。

可見明朝時，死刑的奏復制度仍持續。

清朝時的《大清律例》更明文：

「凡死罪囚不待覆奏回報而輒處決者杖八十若已覆奏回報應決者聽三日乃行刑。...凡勾決重囚向例刑科三次覆奏，今簡去二覆，於勾到之後再將原本進呈御覽遵奉施行¹⁵⁶。」《大清律例·刑律·斷獄下》

從上引文可見，明朝時仍保有復奏制度，但清朝在律例中已將其三復奏制度簡省了。

(三)小結

綜上，復奏制度最早見於《禮記·文王世子》，其中雖非有關死刑的復奏制度，但後世影響了隋唐一直到明清的死刑復奏制度，可謂影響深遠。

六、死刑的替代制度

(一)流刑

¹⁵¹ 參見《舊唐書》中對《貞觀律》的記載要旨，與今流通之《唐律》並無不同。

（後晉）劉昫等撰，《舊唐書》，臺北：洪氏出版社，1977，頁 2137。

¹⁵²（唐）長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁 382。

¹⁵³（宋）竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁 495。

¹⁵⁴（清）薛允升，《唐明律合編》，臺北：臺灣商務，1977，頁 697。

¹⁵⁵（清）張廷玉等撰，《明史》，鼎文書局，1977，頁 2316。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁 595。

¹⁵⁶ 田濤、鄭秦，《大清律例》，北京市：法律出版社，1999，頁 600。

如前所述，周時的流刑本身原為死刑太重，不忍殺之，令其自生自滅，而有死刑的替代意味。

(二)罪有疑者赦之而罰金

1. 在夏朝時已有用罰金免死之規定

「夏刑三千條。夏後氏不殺不刑，死罪罰二千饌。禹之君民也，罰弗及強，而天下治。一饌六兩。

鄭玄註云：所出金鐵也。死罪出三百七十五斤，用財少爾¹⁵⁷。」《尚書大傳卷四》

可見到在夏禹之時，對於死罪不殺不刑，而用罰二千饌的罰金刑替代死刑的制度。

2. 西周穆王命呂侯參照夏的贖刑制定呂刑

呂命穆王訓夏贖刑，作《呂刑》。」《尚書·周書·呂刑》

西周時，周穆王命呂侯，參照夏朝的贖刑制度制定呂刑。其中即有**罪疑者赦**之者：

「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之！…墨辟疑赦，其罰百鍰，閱實其罪。劓辟疑赦，其罰惟倍，閱實其罪。剕辟疑赦，其罰倍差(弋Y)，閱實其罪。宮辟疑赦，其罰六百鍰，閱實其罪。大辟疑赦，其罰千鍰，閱實其罪。墨罰之屬千，劓罰之屬千，剕罰之屬五百，宮罰之屬三百，大辟之罰，其屬二百；五刑之屬三千¹⁵⁸。」《尚書·呂刑》

如果對於是否應該處以五刑的斷案有疑問，就赦其五刑之罰；應處五罰的有疑，就赦免其罰；審理的官員要審慎精察，克制自己的私意。按情節

若判處墨刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金一百鍰；

若判處劓刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金二百鍰；

若判處剕刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金五百鍰¹⁵⁹；

若判處宮刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金六百鍰；

若判處大辟刑而有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金一千鍰；

上開罪刑疑赦而罰金者都要一一核實其罪行。而論處墨刑的條目有一千，劓刑的條目有一千，剕刑的條目有五百，宮刑的條目有三百，死刑的條有二百。合計五刑的條目共有三千條。

上開有關死刑的大辟，同樣適用上開疑赦的規定，只是要繳處罰金一千鍰。

至於如何的犯罪要以五刑罰之，可參見《尚書大傳·甫刑》的記載：

「決關梁、逾城郭而略盜者，其刑贖。男女不以義交者，其刑宮。觸易君命、革輿服制度、奸軌盜攘傷人者，其刑劓。非事而事之，出入不以道義，而誦不詳之辭者，其刑墨。降叛寇賊、劫略奪攘矯虔者，其刑死¹⁶⁰。」《尚書大傳·甫刑》

¹⁵⁷ (漢)伏勝，《尚書大傳》，臺北：中新書局印行，1973，頁640。

¹⁵⁸ 郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005，頁324。

¹⁵⁹ 另《史記·周本紀》引此文。(唐)張守節正義：“倍中之差，二百去三分之一，合三百三十三鍰二兩也。”本文以為此處罰金皆為整數，剕疑應赦之罰金亦當為整數才是，故不採此說。

¹⁶⁰ (漢)伏勝，《尚書大傳》，四部叢刊初編，上海商務，冊4，1936，頁57-58。

上開《甫刑》即《呂刑》；「臙」即「臙，膝蓋骨」後改為荆或刑刑。

另外，疑獄赦之，《禮記·王制》中亦有相似記載：

「司寇正刑明辟以聽獄訟。必三刺。有旨無簡不聽。附從輕，赦從重。…疑獄，汜與眾共之；眾疑，赦之¹⁶¹。」《禮記·王制》

秋官司寇公正地依刑法明察犯罪情狀，以親自聽審治獄訟。聽訟之時宜慎之，必以三刺之法求實情，三刺一曰訊羣臣，二曰訊羣吏，三曰訊萬民。

看似有罪但無刑法(簡)明文規定者不為罪。引用條文證實其罪的，若量刑可重可輕，則從輕者。遇大赦，則取其重罪者赦免之。…又若是可疑難斷的案件，要讓眾人參與討論。如果眾人亦疑其罪，就要寬赦之。

同語亦見諸《孔子家語》：

「大司寇正刑明辟以察獄，獄必三訊焉，有指無簡，則不聽也，附從輕，赦從重，疑獄則泛與眾共之，疑則赦之¹⁶²。」《孔子家語·刑政第三十一》

上開「三訊」指的是：一曰訊羣臣，二曰訊羣吏，三曰訊萬民。若有疑難的案件，讓眾人參與討論。如果眾人亦疑其罪，就要寬赦之。

後代疑者赦之的相似規定：

1. 唐朝

「諸疑罪，各依所犯，以贖論。」《唐律疏議·斷獄律》

《唐律疏議》曰：「疑罪」，謂事有疑似，處斷難明。「各依所犯，以贖論」，謂依所疑之罪，用贖法收贖¹⁶³。

2. 宋朝

宋時刑統沿襲唐律所疑之罪，亦用贖法¹⁶⁴。

(三)其他唐朝死刑的替代制度

1. 絞刑之屬五十條，免死罪，斷其右趾

唐太宗即位時，命長孫無忌、房玄齡等，釐改唐高祖武德七年律。唐太宗採戴胄、魏徵之建言，將舊律令之重罪，於當時議處絞刑之屬有五十條罪。免其死罪，僅以斷其右趾代之，應死者多蒙全活¹⁶⁵。

2. 加役流

後來唐太宗對於前開應議處絞刑之罪以斷其右趾代之者，認為受刑人仍受到

¹⁶¹ 王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965，上冊，頁237。

¹⁶² (魏)王肅注，《孔子家語》，臺北：世界書局印行，1989，頁284-285。

¹⁶³ (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁384。

¹⁶⁴ (宋)竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁498。

¹⁶⁵ 參見(後晉)劉昫等撰，《舊唐書》，臺北：洪氏出版社，1977，頁2135。

按《舊唐書》原為後晉高祖石敬瑭命張昭遠編撰，書成時劉昫為相，故該書署名劉昫撰。

斷其右趾之苦刑，因而謂侍臣曰：「前代不行肉刑久矣，今忽斷人右趾，意甚不忍。」，唐太宗與眾臣幾經討論最後採裴弘獻與房玄齡等建議，以為古者五刑，刑居其一。及肉刑廢，改制為死、流、徒、杖、笞凡五等。若又回復設刑足之刑，雖有減免死的寬弘之旨，但於死、流、徒、杖、笞今之五刑外又加煩峻。於是又除斷趾法，改為加役流三千里，居作二年¹⁶⁶。《舊唐書·刑法志》。

後來《唐律》中明文規定：加役流指流三千里。役三年。

「疏議曰：加役流者，舊是死刑，武德年中改為斷趾。國家惟刑是恤，恩弘博愛，以刑者不可復屬，死者務欲生之，情軫向隅，恩覃祝網，以貞觀六年奉制改為加役流¹⁶⁷。」《唐律疏議·名例》

3.三流

依唐律流刑有一般的三流及上開之特別的加役流：

《唐律》中規定：

「流刑三：二千里。二千五百里。三千里。」；《唐律疏議》曰：《書》云：「流宥五刑。」謂不忍刑殺，宥之於遠也¹⁶⁸。

如上所述，三種流刑之設置原本即是為了犯死罪者，不忍刑殺之，而宥之流於遠地的刑。三流到所流配之所俱役一年¹⁶⁹。

從上引文可知，加役流者，原本是死刑，因國家仁愛，而特設者。

上開三流及加役流都是國家不忍刑殺而設者，所以，自古以來，流刑本身即為死刑的替代制度。

第四項 結論

¹⁶⁶（後晉）劉昫等撰，《舊唐書》，臺北：洪氏出版社，1977，頁 2135。

《舊唐書·刑法志》中有關唐太宗與眾臣討論此事有生動記載，茲錄出原文，方便查閱：及太宗即位，又命長孫無忌、房玄齡與學士法官，更加釐改。戴胄、魏徵又言舊律令重，於時議絞刑之屬五十條。免死罪，斷其右趾，應死者多蒙全活。太宗尋又潛其受刑之苦，謂侍臣曰：「前代不行肉刑久矣，今忽斷人右趾，意甚不忍。」諫議大夫王珪對曰：「古行肉刑，以為輕罪。今陛下矜死刑之多，設斷趾之法，格本合死，今而獲生。刑者幸得全命，豈憚去其一足？且人之見者，甚足懲誡。」上曰：「本以為寬，故行之。然每聞惻愴，不能忘懷。」又謂蕭瑀、陳叔達等曰：「朕以死者不可再生，思有矜潛，故簡死罪五十條，從斷右趾。朕復念其受痛，極所不忍。」叔達等咸曰：「古之肉刑，乃在死刑之外。陛下於死刑之內，改從斷趾，便是以生易死，足為寬法。」上曰：「朕意以為如此，故欲行之。又有上書言此非便，公可更思之。」其後蜀王法曹參軍裴弘獻又駁律令不便於時者四十餘事，太宗令參掌刪改之。弘獻於是與玄齡等建議，以為古者五刑，刑居其一。及肉刑廢，制為死、流、杖、笞凡五等，以備五刑。今復設刑足，昌為六刑。減死在於寬弘，加刑又加煩峻。乃與八座定議奏聞，於是又除斷趾法，改為加役流三千里，居作二年。

¹⁶⁷（唐）長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁 49、27。

¹⁶⁸（唐）長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁 14。

¹⁶⁹（唐）長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁 49。

一、刑的生起

(一)古之刑始於兵：古之刑原本是對外族而用，其後刑之適用範圍才漸漸廣泛，而「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內的過渡型態。

(二)刑是聖人效法天地自然的法則所制定的規範：聖王制訂刑罰之源起是因為人性的「嗜慾不節」，所以先王「順天之道」制定禮儀法度，制定刑罰，必以天理倫常為準。禮與刑間，最終還是希望禮義教化為主，而以刑作為一般預防之用，即前述之「設防，貴其不犯也，制五刑而不用」，設刑而不用。所以孔子說：雖有五刑之用，不亦可乎！

(三)刑就是由違反孝道所以生起：曾子認為，禮就是親身體會實踐孝道者，而刑就是由違反孝道所以生起的。

二、刑的作用中

在《周禮》中認為用刑之最高意旨，在於生民，即刑期於無刑。而所有刑罰中最大的罪即為「不孝」，所以孔子說：「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝¹⁷⁰。」《孝經·五刑》

《周禮》地官司徒，先以「孝」之禮，教化萬民的，若人民有不依禮教而行者，則設刑以罰之，其職責乃以八刑糾萬民，而八刑中即以「不孝」為首。

另外，古代所認為之刑罰的一般作用有：1.刑罰用以糾正人民之犯罪邪行。2.刑罰必和政令相互配合使用，不服從教化者方用刑罰。3.刑者乃統一人民行為所不得不用之規範。4.刑者翦亂誅暴，禁人為非者也。5.懲其未犯而防其未然。6.刑法只是用來輔助禮樂教化不足。

懲其未犯而防其未然，重點在於一般預防，刑罰具體的對象乃是不服教化的暴亂者，而且刑法只是用來輔助禮樂教化不足，因此，刑罰乃不得已而用之。

三、周禮中之刑

周時以禮治為主，但出於禮則入於刑，所在《周禮》中有刑的規制並不奇怪。上文中所述的刑制中，可見到《周禮》有關刑的各種規制，其中規定死刑有的規制有六種之多。有關本文之重要者：

(一)周代時已有類似死刑的替制度

1.流刑，其罪原本不想令其生，但又不忍殺之，令其自生自滅，顯然，意味著此種流法有死刑的替代性。

2.大辟疑赦，即死刑而有疑惑者，就應赦免，從輕罰之，改處罰金一千鍰。

(二)死刑執行的慎重性

復奏制度最早見於《禮記·文王世子》，其中雖非有關死刑的復奏制度，但後世影響了隋唐一直到明、清朝時仍保有復奏制度，可謂影響深遠。

(三)三宥、三赦的寬宥德政

三宥、三赦的寬宥德政稍有不同，對於三宥之不識、過失、遺忘者多使出贖。而對三赦的「幼弱、老旄、蠢愚」者皆不坐而全放之。三宥、三赦的制度，顯示

¹⁷⁰ (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

周代寬宥處刑之德政。後代唐宋之律都受其影響。



第三節 先秦之復仇概念

2014年《中研院法學期刊》第15期中有許家馨與謝煜偉二人對於死刑與應報的精采的論文¹⁷¹。翌年該刊於第17期中邀請學者李茂生、陳嘉銘、顏厥安等分別對上該作者的文章作評論，同時請許、謝二人對於上開評論再作回應¹⁷²。

本文無意參與上開文章的論辯，只想針對「復仇」與刑罰、死刑有關係部分，就先秦有關復仇的概念作一整理與討論。鑑於「復仇」與刑罰、死刑有密切關係，本節想對先秦有關復仇的概念作一整理與討論，以明復仇式的正義對後世死刑的影響。

前已述及孔子說：「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝¹⁷³。」《孝經·五刑》孝道的倫理，自古即是我國傳統文化的一大特色，為人子者本身不孝是屬大罪，如若父母被他人所殺，復仇，則是作為人子孝道的義務。學者陳登武即認為儒家的復讎理論，基本上是建立在禮教文化秩序中「孝道」的基礎上¹⁷⁴。此見解本文亦讚同之。

有關「復仇」與刑罰、死刑之分析，茲詳述如次：

第一項 復仇

傳統的復仇概念，最早出自春秋《公羊傳》，茲就先秦復仇觀的起源及影響等說明如次：

一、復仇是為臣及人子的義務

復仇是為人臣及為人子的義務，此記載見於《公羊傳》之「臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也。」，其文本如次：

「隱公十一年...冬，十有一月壬辰，公薨。何以不書葬？隱之也。何隱爾？弑也。弑則何以不書葬？《春秋》君弑，賊不討，不書葬，以為無臣子也。子沈子曰：『君弑，臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也¹⁷⁵。』」《公羊傳·隱公十

¹⁷¹ 許家馨，應報即復仇？當代應報理論及其對死刑的意涵初探，中研院法學期刊，15期，2014年，頁207-282。謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，2014年，頁139-206。

¹⁷² 李茂生，應報、死刑與嚴罰的心理，中研院法學期刊，17期，2015年，頁295-311。陳嘉銘，「人們尋求以惡還惡，若非如此即是奴隸」，中研院法學期刊，17期，2015年，頁313-333。顏厥安，不再修補殺人機器-評論許家馨與謝煜偉教授有關死刑之文章，中研院法學期刊，17期，2015年，頁139-206。許家馨，應報、憐憫與死刑-對三篇評論文的回應，17期，2015年，頁207-282。謝煜偉，寬容社會的曙光？-從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋 回應三篇評論文，中研院法學期刊，17期，2015年，頁139-206。

¹⁷³ (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936年，頁6。

¹⁷⁴ 陳登武，《復讎新釋——從皇權的角度再論唐宋復讎個案》，臺灣師大歷史學報，第31期，2003年，頁6-7。

¹⁷⁵ (東漢)何休注、(唐)徐彥疏，《十三經注疏·公羊傳》，新文豐出版，2001年，頁41。

另參見雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，三民，1998年，頁43-44。

一年》

上開引文的意思是，在春秋時期隱公十一年(西元前 712 年)，魯公子翬弑魯隱公，立魯桓公允，何以不書葬？因為依《春秋》大義，君被弑，臣子不討賊，所以不書葬。蓋為國君復仇是臣子之事，臣子沒有盡到討賊的義務，就不算是臣子，所以只能隱葬字而不書。

何休注云：「子沈子後師明說此意者，明臣子不討賊，當絕君喪無所繫也，沈子稱子冠氏上者，著其為師也，不但言子曰者辟孔子也。¹⁷⁶。」

「臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也。」是《公羊傳》首見的復仇大義。主張君、父之仇必報，否則即失去作為臣子、人子的資格。換言之，復仇是作為人臣及人子的義務。但這個看法依何休所云是後代研究《公羊傳》的學者子沈子所闡揚的意理，而非孔子的見解，這必須加以注意。

二、與復仇有關之規範

依其他《公羊傳》與《周禮》有關復仇論的描述，可見出圍繞復仇諸多規範：

(一)任何時候都不能和仇人交往

莊公四年「冬，公及齊人狩於郕。公曷為與微者狩？齊侯也。齊侯則其稱人何？諱與讎狩也。...讎者無時，焉可與通¹⁷⁷...。」《公羊傳·莊公四年》

西元前 694 年，魯桓公十八年，公薨於齊。魯桓公是被齊襄公殺害的，而魯莊公四年(前 690 年)竟然與殺父仇人一起狩獵，與仇人根本是不能夠進行交往的，交往就要予以譏斥，...任何時候都不能和仇人交往...。

由上引文可看出，《公羊傳》不讚同人子與仇人交往。

(二)復仇不可作為借口，必須誠心至意為之

莊公九年「八月庚申，及齊師戰於乾時，我師敗績。內不言敗，此其言敗何？伐敗也。曷為伐敗？復讎也。此復讎乎大國，曷為使微者？公也。公則曷為不言公？不與公復讎也。曷為不與公復讎？復讎者在下也。」《公羊傳·莊公九年》¹⁷⁸

魯莊公九年(前 685 年)伐齊，為了復仇，但敗於乾時。本來對外作戰雖敗而對內不言敗，此處為何言敗？因為伐齊的原因是為了復仇。何休注云「復讎以死敗為榮，故錄之。」

又乾時之戰是魯莊公親率大軍，而《春秋》却故意不提，是因為不讚同此次莊公的復仇借口。因為魯莊公伐齊明面上是為了復仇，實際上是為了幫助公子糾爭位，所以何休注明：「復讎者，在下也。時實為不能納子糾伐齊，諸大夫以為不如以復讎伐之，於是復讎伐之，非誠心至意，故不與也¹⁷⁹。」

¹⁷⁶ (東漢)何休注，《春秋公羊經傳解詁》，四部叢刊初編，上海商務，冊 3，1936，頁 10。

¹⁷⁷ (東漢)何休注、(唐)徐彥疏，《十三經注疏·公羊傳》，新文豐出版，2001，頁 78。

¹⁷⁸ (東漢)何休注、(唐)徐彥疏，《十三經注疏·公羊傳》，新文豐出版，2001，頁 87。

¹⁷⁹ (東漢)何休注、(唐)徐彥疏，《十三經注疏·公羊傳》，新文豐出版，2001，頁 87。

這裡，顯然《公羊傳》不讚同以復仇為借口，非誠心至意的復仇。

(三)國仇雖百世亦可復

莊公四年(前 690 年)「九世猶可以復讎乎？雖百世可也。家亦可乎？曰：不可。國何以可？國君一體也。先君之恥，猶今君之恥也；今君之恥，猶先君之恥也。...國君以國為體，諸侯世，故國君為一體也。...有明天子，則襄公得為若行乎？曰：不得也。不得，則襄公曷為為之？上無天子，下無方伯，緣恩疾者可也¹⁸⁰。」《公羊傳·莊公四年》

仇百世可復限於諸侯之國。大夫之家則不可如此。為何？因為歷代國君為一整體，世代相傳相繼的緣故。

然齊襄公滅紀國復仇之事，必須以無明德之天子在位為前提方可為之。若當時有明王以誅無道，則不可以許其復讎。反之，若當時無明王賢伯以誅無道，因其有恩痛於先祖者，才可以許其復讎。

(四)不可循環的復仇，亦不得及於仇人之子

「定公四年...冬十有一月庚午，蔡侯以吳子及楚人戰于伯莒，楚師敗績。...曰：事君猶事父也，此其為可以復讎奈何？曰：父不受誅，子復讎可也；父受誅，子復讎，推刃之道也。復讎不除害，朋友相衛，而不相洎，古之道也¹⁸¹。」《公羊傳·定公四年》

定公四年(前 506 年)十一月 庚午日，蔡侯依靠吳子與楚國人會戰于伯莒，楚師敗績。對伍子胥向楚王復仇，《公羊傳》肯定為人子者可向濫殺臣僚的君主復仇，這是自古以來的正義之道：其父罪不當誅而被君主所殺害殺，則子可向君主復仇。

「父受誅，子復讎，推刃之道也」，何休注云「子復仇，非當復討其子，一往一來曰推刃。復讎不除害，取讎身而已，不得兼讎子，復將恐害己而殺之。」換言之，在此強調復仇的正義性：必須無罪受誅者方可復仇，如兒子甲以合於正義為父親復仇而殺了仇人乙，則仇人乙的兒子丙不得主張向甲復仇。否則會淪為循環的復仇(一往一來曰推刃)。

「復讎不除害」乃指，復仇對象不得因害怕將來恐怕會危害自己，而及於仇人之子，即私仇不能牽連下一代。

另外，朋友之義，應相互保衛，而不可相爭先殺仇人，這是符合古道的。換言之，復仇的主角是被害者之子，朋友只可以幫助，而不可搶先殺仇人。

(五)報仇者，必須先以書面向司法官員報備

《周禮·秋官·朝士》所說：「朝士：掌建邦外朝之法。...凡報讎者，書於

¹⁸⁰ (東漢)何休注、(唐)徐彥疏，《十三經注疏·公羊傳》，新文豐出版，2001，頁 77。

¹⁸¹ (東漢)何休注、(唐)徐彥疏，《十三經注疏·公羊傳》，新文豐出版，2001，頁 321。

士，殺之無罪¹⁸²。」

朝士：掌理建立外朝之政法。…凡是報仇者，必須先以書面向司法官員報備，殺死仇人無罪。又這裡的「書於士」的「士」似應包括士師、鄉士、遂士、縣士、方士、訝士、朝士、都士等。因為依《周禮·秋官》¹⁸³之中所載上開人等，其所職都是司法之事務，即屬司法之「士」。

換言之，該當的復仇者，只要事先到朝士等司法官員處登記，即可殺仇人而無罪。

(六)赦宥時，先調和之，不和時殺人者避諸遠地

殺人者若遇王法赦宥，調人先使和之，不和時殺人者則避諸於遠地。

「調人：掌司萬民之難而諧和之。…凡和難：父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎，不同國；君之讎視父，師長之讎視兄弟，主友之讎視從父兄弟。弗辟，則與之瑞節而以執之。凡殺人有反殺者，使邦國交讎之。凡殺人而義者，不同國，令勿讎，讎之則死。」《周禮·地官·調人》¹⁸⁴

這裡，調人：掌司萬民之怨仇而諧和之。唐賈公彥疏云：「人相殺傷，共其難者，此調人和合之。在此者，會赦之後，設教使之相避¹⁸⁵。」

所以，殺人者若遇王法赦宥，調人先使和之，不和時殺人者則避諸於遠地，「父之讎辟諸海外」調逢遇赦宥王法，避諸海外。「兄弟之讎，辟諸千里之外」亦謂會遇恩赦之法，避諸千里之外。「從父兄弟之讎，不同國」，因「主友之讎，視從父兄弟。」所以主友亦同，皆謂會赦，故不同國。

如果殺人者不肯依規定躲避，那就授給調人瑞節抓捕他治罪。凡依法誅殺有罪的人，反而讓被依法誅殺者的親人報復而殺的話，就使天下各國都把他當作仇人捕殺論之。

凡殺人而符合正義的，就使殺人者與被殺者之家，不要同住在一國，要令被殺者之家不可報仇，如果竟敢報仇，就要判死罪。

換言之，周禮及先秦儒家的見解中，復仇必須是正義的，因不義而被復仇之他方，不可再主張復仇。

¹⁸² 林尹，《周禮今註今譯》，台灣商務，1997，頁 378。

¹⁸³ 參照「士師之職，掌國之五禁之法，以左右刑罰……鄉士，掌國中，各掌其鄉之民數而糾之，聽其獄訟，察其辭……遂士，掌四郊，各掌其遂之民數而糾其戒令，聽其獄訟，察其辭……縣士，掌野，各掌其縣之民數，糾其戒令而聽其獄訟，察其辭……方士，掌都家，聽其獄訟之辭，辨其死刑之罪而要之……訝士，掌四方之獄訟，諭罪刑于邦國……朝士，掌建邦外朝之法……」《周禮·秋官》，（東漢）鄭玄注，（唐）賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 526-532。

¹⁸⁴ （東漢）鄭玄注，（唐）賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 141、214-216。

¹⁸⁵ （東漢）鄭玄注，（唐）賈公彥疏，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 141。

(七)小結：《公羊傳》與《周禮》中復仇的規範

綜上，《公羊傳》與《周禮》中已明定出復仇的規範，可整理如次：

- (1)復仇的主体只能是被害者的子。
- (2)不可淪為循環的復仇。
- (3)必須無罪受誅者方可復仇。
- (4)復仇對象不得及於仇人之子。
- (5)報仇者，必須先以書面向司法官員報備。
- (6)殺人者若遇王法赦宥，調人先使和之，不和時殺人者則避諸於遠地。
- (7)不義之被復仇者，不可再主張復仇。

三、本文對公羊學復仇觀的看法

首先要說明的是，《公羊傳》在成書之前，其學世父子口耳相傳，如前之：子沈子曰：『君弑，臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也¹⁸⁶。』《公羊傳·隱公十一年》，如此重要的解釋即出自口耳相傳時《公羊傳》之先師子沈子之言。此在《穀梁傳》、《左傳》中都未曾有此記載。

《公羊傳》一直要到漢景帝時才由公羊壽和胡毋生(字子都)等寫定成書¹⁸⁷。董仲舒即在漢景帝時以專心治公羊學而成為博士。其在《春秋繁露》中即肯定「《春秋》之義，臣不討賊，非臣也。子不復仇，非子也¹⁸⁸。」《春秋繁露·王道》。

司馬遷在《史記》中記載：「董仲舒，廣川人也。以治春秋，孝景時為博士。下帷講誦，弟子傳以久次相受業，或莫見其面，...漢興至于五世之間，唯董仲舒名為明於春秋，其傳公羊氏也¹⁸⁹。」《史記·儒林列傳》

從上引文可知，董仲舒傳公羊學見聞於世，他的子弟多到「以久次相受業，或莫見其面」的程度，可說漢時對《公羊傳》經義的宏揚，董仲舒其功最著。

再者，上開《公羊傳》所述之「復讎」之大義，因在西漢《公羊傳》是立為學官，反而尚書、禮、穀梁春秋都沒有被列為學官，《公羊傳》既為經學的五經之一設有經學博士，董仲舒即是研究公羊學而聞名，而左傳一直到東漢末年隨古文經興起，才逐漸盛行¹⁹⁰。但整個漢代都在宏揚《公羊傳》儒學之教，因此復仇的觀念深入士大夫及人民的心中，對後世產生極大的影響，漢代公羊學者中其中以董仲舒影響最大。董仲舒在漢景帝時以專心治公羊學而成為博士。

¹⁸⁶ (東漢)何休注，(唐)徐彥疏，《公羊傳·十三經注疏》，新文豐出版，2001，頁41。

另參見雪克 注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998，頁43-44。

¹⁸⁷ 參見雪克 注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998，導讀頁5。

¹⁸⁸ (漢)董仲舒；(民國)朱永嘉、王知常譯注，《新譯春秋繁露》，臺北：三民，2007，頁256。

¹⁸⁹ (漢)司馬遷，《史記》，鼎文書局，1986，頁3127-3128。

¹⁹⁰ 參見雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998，頁2。

另外，春秋三傳中《穀梁傳》、《公羊傳》重在釋經；《左傳》重在記事。而在同為解經的《穀梁傳》、《公羊傳》中，《公羊傳》重在大一統、尊王行法；《穀梁傳》重在強調儒家親親尊尊的宗法倫常¹⁹¹。顯然《公羊傳》對統治者王權的維護較為有利，難怪終漢之世《穀梁傳》都無法勝過《公羊傳》，這是因為漢的統治者已作了鞏固王權的抉擇之故。

最後，《公羊傳》既然是為釋經而作，必然以為孔子作春秋是代天子行褒貶、正名分之作，所以在《春秋》經中所無者，如孔子的素王說、孔子改制說等，都是通過《公羊傳》之先師、董仲舒的《春秋繁露》、何休的注釋加以闡釋出來的，究竟有無違反孔子本意，實可存疑。但當時官家重視公羊學，可以說漢時的春秋學即是公羊學。漢時又用「春秋折獄」，換言之，即是以《公羊傳》之春秋大義比附定罪，如此之比附定罪不知是否可能離了孔子本意，但它對後世的影響卻是深遠的。

綜上，本文以為，孔子《論語》只談過「以直報怨」，而且春秋、左傳、穀梁傳中都沒有如此的論述。再者，《公羊傳》在西漢是今文經，所以《公羊傳》的傳授與學成歷來聚訟而無定論，在師徒口耳相傳間，非常可能是加入了個人評價，何況《公羊傳》是於漢景帝時公羊壽與弟子才將之書寫於竹帛之上¹⁹²。上開子沈子是傳《公羊傳》之先師，「子不復讎，非子也。」即出自其口中，此在《左傳》《穀梁傳》並未見到。所以，本文以為堅持「子不復讎，非子也。」的復仇論是《公羊傳》的特殊見解，至少孔子在《論語》中並未持此說法。

¹⁹¹ 參見雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998，導讀頁7。

¹⁹² 參見雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998，頁4。

第二項 復仇之義是儒家禮的義務

復仇之義在先秦時顯示已上升到禮的層次，其中明訂不同親等間的復仇義務，《禮記》、《周禮》均有復仇的記載：

「父之仇，弗與共戴天；兄弟之仇，不反兵；交游之仇，不同國¹⁹³。」《禮記·曲禮上》

鄭玄注：「父者子之天，殺己之天，與共戴天，非孝子也。行求殺之，乃止。」；兄弟之仇，不反兵。謂「恒執殺之備」¹⁹⁴；換言之，可隨身攜帶武器，見即殺之。朋友之仇則不和仇人共存於一國中。

與此相似意旨亦見諸：

子夏問於孔子曰：「居父母之仇如之何？」夫子曰：「寢苫(尸弓)枕干，不仕，弗與共天下也；遇諸市朝，不反兵而鬪。」曰：「請問居昆弟之仇如之何？」曰：「仕弗與共國；銜君命而使，雖遇之不鬪。」曰：「請問居從父、昆弟之仇如之何？」曰：「不為魁，主人能，則執兵而陪其後¹⁹⁵。」《禮記·檀弓上》

這裡以親疏關係，將「復仇」分為：父母、兄弟、伯叔兄弟之讎，復仇因對象的不同，態度亦不同：

一、對於父母之仇

對於父母之仇，孔子說：「要睡在草墊子上，枕著盾牌，不作官，不和仇人共存於天下，無論何時何地，隨身攜帶武器，見即殺之。」

這裡，似乎與《曲禮》云：「兄弟之讎不反兵。」有所出入，但依孔穎達疏：此父母之仇云「不反兵」，父母與昆弟之仇皆不反兵¹⁹⁶。

二、對於兄弟之仇

對於兄弟之仇，孔子的意思是：不和仇人共存於一國中共事，若負君命，雖遇之不可和他決鬥。依孔穎達疏云：《曲禮》昆弟之仇云「不反兵」者，謂非公事，或不仕者，故恒執持殺之備。此文「負君命」即言此時昆弟之仇已非私事，因據身仕為君命出使，遇仇者不能鬪。

前開《曲禮》二文相互參照下，可知：昆弟之仇，若屬私事遇仇人則「不反兵」；但身負君命時則以公事為先「遇之不鬪」，可解釋圓滿，並未矛盾。

三、對於伯叔兄弟之仇

¹⁹³ (東漢)鄭玄注，《纂圖互註禮記》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁12。

¹⁹⁴ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達疏，《禮記·十三經注疏》，新文豐出版，2001，頁57。

¹⁹⁵ (東漢)鄭玄注，《纂圖互註禮記》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁23。

¹⁹⁶ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達疏，《禮記·十三經注疏》，新文豐出版，2001，頁113。

對於伯叔兄弟之仇，孔子說：「不必帶頭去復仇，讓苦主出面，自己只要手持兵器，跟在後面隨時協助。」

而《周禮》前開復仇之文，要與《禮記》上開二文相互參照，才可解釋圓滿：「調人：…凡和難：父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎，不同國。」云云者，這裡，「父之讎辟諸海外」、「兄弟之讎，辟諸千里之外」、「從父兄弟之讎，不同國」者，都指殺人者皆已會遇恩赦之法，或辟諸海外、或辟諸千里之外、或不同國等情，雖欲往復仇，其力與法所不能才是。相互參照下，可解釋圓滿，《周禮》、《禮記》復仇之文，彼此並未矛盾。

另外有關復仇的記載，尚可見於：

「父母之讎，不與同生；兄弟之讎，不與聚國，朋友之讎，不與聚鄉，族人之讎，不與聚鄰¹⁹⁷。」《大戴禮記·曾子制言上》

殺父母之讎，不與仇人同生於世；殺兄弟之讎，不與仇人同聚一國之內；殺朋友之讎，不與仇人同聚一鄉之中；殺族人之讎，不與仇人同聚一鄰。

雖然上文對復仇的描述與前開《禮記》、《周禮》均有復仇的記載略有不同，但至少顯示當時的社會對於復仇的肯定態度。

四、對於朋友之仇

「交游之仇，不同國¹⁹⁸。」《禮記·曲禮上》、「調人：…從父兄弟之讎，不同國；…主友之讎視從父兄弟¹⁹⁹。」《周禮·地官·調人》

賈公彥疏云：「其兄弟及從父兄弟、師長、主友皆為無子，復無親於己者，故據己親疏為遠近；若有子及親於己，則自從親為斷²⁰⁰。」

從上引文可知，依禮，對於朋友之仇也有報仇之義，但只要朋友有子及親於己者，則自從親者為斷，這時，不必自己當先為之。只要如同上例，讓苦主出面，自己只要手持兵器，跟在後面隨時協助即可。

但朋友之仇，例外時不得報之：

「父母存，不許友以死²⁰¹。」《禮記·曲禮上》

孔穎達正義云：「謂不許為其友報仇讎也，親存存須供養，則孝子不可死也。若父母存，許友報仇怨而死，是忘親也。親亡則得許友報仇，故《周禮》有『主友之讎，視從父兄弟』。《白虎通》云：朋友之道親存不得行者，不得許友以其身，亦不許友以死耳²⁰²。」

從上文可知，朋友之義要讓位孝道的倫常，父母存時，應以孝親為先，不許

¹⁹⁷ 高明註譯，《大戴禮記今註今譯》，臺灣商務印書館，1989，頁198。

¹⁹⁸ (東漢)鄭玄注，《纂圖互註禮記》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁12。

¹⁹⁹ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁215。

²⁰⁰ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁215。

²⁰¹ (東漢)鄭玄注，《纂圖互註禮記》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁7。

²⁰² (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁21。

為友而忘親，因此不許為其友報仇。

五、小結

從上文可知，復仇之義在先秦時顯示已上升到禮的層次，其中明訂不同親等間的復仇義務，《禮記》、《周禮》均有復仇的記載，包括：

- 1.對於父母之仇
- 2.對於兄弟之仇
- 3.對於伯叔兄弟之仇
- 4.對於朋友之仇

上開父母、兄弟、師長、朋友之仇是可以報仇的。但對於朋友之報仇，父母存則應以孝道為先，此為報仇行動作出了限制規範。學者李隆獻認為，這種儒家以禮作規範的復仇觀，實有別於原始社會的復仇，它是倫理化的復仇，可謂之「五倫復仇觀」²⁰³。

本文認為，即使是倫理化的「五倫復仇觀」。隨時代進步，應限制復仇的範圍、甚至禁止私人的報仇，才是進步的。而在刑罰權收歸國家之後，禁止私人間的復仇乃為當然的道理。但在舊律時代中，顯然一直糾結在復仇的禮法衝突中，其中以對於父母之仇最多，這一部分，請見下一節的討論。

²⁰³ 李隆獻著，《復仇觀的省察與詮釋—先秦兩漢魏晉南北朝隋唐編》，臺北：臺灣大學出版，2012，頁26。

第三項 殺人移鄉與復仇的禮法衝突

復仇之義在先秦時顯示已上升到禮的層次，其中明訂不同親等間的復仇義務，《禮記》、《周禮》均有復仇的記載。若殺人者被國法赦免後該如何？《禮記》、《周禮》中也記載了殺人者被國法赦免後，要設法避仇於遠地的規定。影響所及如唐律中規定有「殺人移鄉」之制，其法即源出《周禮》。宋刑統亦沿襲唐律「殺人移鄉」之制。

中國受儒學思想影響極大，禮中明示復仇之義，所以復仇之觀念深入民間，但國法明文殺人者死，如此，復仇陷入而現實與法禮的困境。學者李隆獻認為，復仇，消耗了太多正向能量，未必值得肯定²⁰⁴。

如前所述，禮中明示復仇之義，所以復仇之觀念深入人心，但國法對於復仇，漢時有時禁止有時又許之；曹魏時才見對復仇施以族刑者，自晉至唐則傾向減罪或赦免²⁰⁵，以下本文茲先論「殺人移鄉」之制論之，再就法令、實例及歷史上有名的論述分述如次：

一、殺人移鄉

(一) 殺人移鄉制之法源

前述《周禮·地官·調人》曰：「...凡和難，父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎，不同國²⁰⁶。」

鄭玄注調人云：「人相殺傷，共其難者，此調人和合之。在此者，會赦之後，設教使之相避²⁰⁷。」、賈公彥疏云：「殺人之賊，王法所當討，即合殺之。但未殺之間，雖以會赦，猶當使離鄉辟讎也²⁰⁸。」

換言之，依法殺人之賊，王法所當討，即合殺之；依禮，復仇是為臣及人子的義務。但若該殺人者被國法赦免後，則要設法使該殺人者避仇他方。

後代刑罰權收於國家後，國法明文「殺人者死」，則「復讎」行為當然受到國家法律的約束。朝廷為避免苦主血屬復仇之事，律中規定有「殺人移鄉」之制，其法意當源出《周禮》。

(二) 殺人移鄉制對後代法制的影響

1. 漢朝

「凡有鬥怒者，成之；不可成者，則書之，先動者誅之。」《周禮·地官·

²⁰⁴ 李隆獻 著，《復仇觀的省察與詮釋—宋元明清編》，臺北：臺灣大學出版，2015，導言，頁 13。

²⁰⁵ 黃源盛，《中國法史導論》，臺北：元照，2013，頁 57。

²⁰⁶ (東漢) 鄭玄注，(唐) 賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 214。

²⁰⁷ (東漢) 鄭玄注，(唐) 賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 140。

²⁰⁸ (東漢) 鄭玄注，(唐) 賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁 215。

調人》鄭司農注云：「成之謂和之也。和之，猶今二千石以令解仇怨，後復相報，移徙之²⁰⁹。」

上開鄭司農²¹⁰所注云：「猶今二千石以令解仇怨，後復相報，移徙之。」即表明東漢時的制度中已有，和解仇怨，若和解不成而後復相報者，移徙他鄉之制。

2. 晉令

元嘉初，「時，會稽剡縣民黃初妻趙打息載妻王死亡，遇赦，王有父母及息男稱、息女葉，依法徙趙二千里外。傅隆議之曰：「…舊令云，『殺人父母，徙之二千里外²¹¹』。」《宋書·傅隆傳》

元嘉（424年～453年）是南朝宋皇帝宋文帝劉義隆的年號，共計29年餘。從上引文可知，舊令係指晉朝（266年—420年），表示晉令中已有「移鄉避讎」制，到了唐代「移鄉避讎」就入律了。

3. 唐律

唐代宣判死刑者，經常遇赦免死，《唐律》中規定：

「諸殺人應死會赦免者，移鄉千里外。…違者徒二年。」《唐律·賊盜》(265)

《唐律疏議》曰：「殺人應死，會赦免罪，而死家有期以上親者，移鄉千里外為戶。其有特赦免死者，亦依會赦例移鄉²¹²。」此律主要的目的即是在「移鄉避讎」並可調和的禮法的衝突。

不過，依律所設者顯示，當時復仇之觀念仍然深入民間，此亦可由以下律文得知：「諸祖父母、父母及夫為人所殺，私和者，流二千里；期親，徒二年半；大功以下，遞減一等。受財重者，各準盜論。雖不私和，知殺期以上親，經三十日不告者，各減二等。」《唐律·鬪訟》(260)

《唐律疏議》曰：「祖父母、父母及夫為人所殺，在法不可同天。其有忘大痛之心，捨枕戈之義，或有窺求財利，便即私和者，流二千里。…「受財重者，各準盜論」，謂受讎家之財，重於私和之罪，假如總麻私和，合徒一年；受財十疋，準盜徒一年半之類。…若殺祖父母、父母應償死者，雖會赦，仍移鄉避讎，以其與子孫為讎，故令移配。」

由律文觀之，祖父母、父母及夫為人所殺，應告官處理，不可因求財利，便即私和，雖然在《唐律疏議》仍曰：「祖父母、父母及夫為人所殺，…有枕戈之義」云云，但唐律並未准許子孫為祖父母、父母復仇，而是要人民告官處理。戴炎輝先生認為，這樣一來等於對親屬課以「報仇義務」，讓公權力施以公罰的報

²⁰⁹（東漢）鄭玄注，（唐）賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁216。

²¹⁰ 按鄭眾（？—83年），字仲師，河南開封人。東漢時著名經學家，亦仕東漢朝廷，官至大司農，因此又被稱為鄭司農。他與鄭玄合稱先鄭與後鄭（鄭眾為先、鄭玄為後）。

²¹¹ 程樹德，《九朝律考·晉律考》，北京：中華書局重，1988年，頁269。

²¹²（唐）長孫無忌等，《唐律疏議》，臺灣商務印書館，2005，頁234。

仇²¹³。

4.其他

宋時刑統沿襲唐律，亦用「殺人移鄉²¹⁴」之制。
明清律則不採「殺人移鄉」。

二、有關復仇歷代法制之反復

如前所述，禮中明示復仇之義，但國法明文殺人者死，而復仇之觀念深入人心，國法對於復仇，漢以後有時禁止有時又許之，請見下文分析：

(一)報仇是合法的

1. 東漢章帝建初年間

東漢章帝建初中(76-83年)，有人侮辱人父者，而其子殺之，肅宗賞(赦免)其死刑而降宥之，自後因以為比。是時遂定其議，以為輕侮法。《後漢書·張敏列傳》

從上引文可知，漢代有關復仇原本並未規範，東漢章時將「有人侮辱人父者，而其子殺之，赦其死刑而降宥之」，自後因以為比附援引之例。換言之，復仇者可比附援引輕侮法而得赦免。

後漢書張敏列傳記載：

時，尚書張敏議輕侮法曰：「...春秋之義，子不報讎，非子也。而法令不為之減者，以相殺之路不可開故也。今託義者得減，妄殺者有差，使執憲之吏得設巧詐，非所以導『在醜不爭』之義。」議寢不省²¹⁵。《後漢書·張敏列傳》

上文之「在醜不爭²¹⁶」語出《孝經》，意思是身處次於群眾中不要和人爭鬥，凡有鬥爭，難免有所凶險。這樣仍屬不孝。

從上引文可知，張敏以為，子報父讎，雖合於義，但國家法令不為之減刑者，乃因「相殺之路不可開」，今復仇者可比附援引輕侮法而得赦免。使得妄殺人者可脫法之禁刑，官吏則可以此詐取於人民，實在是違反《孝經》中「在醜不爭」的本旨，所以張敏之議反對輕侮法，但該議，並未被接受。

2. 曹魏明帝

「魏明帝(226年)即位...下詔改定刑制，命司空陳群等...刪約舊科，傍采漢律，

²¹³ 戴炎輝，《中國法制史》，臺北：三民，1987，頁64。

²¹⁴ (宋)竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁285。

²¹⁵ (南朝劉宋)范曄，《後漢書》，臺北：鼎文書局，1979，頁1502-1503。

²¹⁶ 原文參見《孝經》，子曰：「孝子之事親也，居則致其敬，養則致其樂，病則致其憂，喪則致其哀，祭則致其嚴。五者備矣，然後能事親。事親者，居上不驕，為下不亂，在醜不爭。居上而驕則亡，為下而亂則刑，在醜而爭則兵。三者不除，雖日用三牲之養，猶為不孝也。」《孝經·紀孝行》，(唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，1936，頁6。

定為魏法，制《新律》十八篇...賊鬥殺人，以劾而亡，許依古義，聽子弟得追殺之。會赦及過誤相殺，不得報仇，所以止殺害也。... 斯皆魏世所改，其大略如是²¹⁷。」《晉書·刑法志》

這裡，「賊鬥殺人，聽子弟得追殺之。」，可見，這等情形下，私人的報仇是合法的。「會赦及過誤相殺，不得報仇。」則是限制復仇的範圍；「會赦」是帝王的赦免，應給予尊重；「過誤」則非有殺心，應予寬宥。

3. 北周武帝保定三年

北周武帝宇文邕保定三年（563年）二月，頒《大律》，凡二十五篇，其中規定「若報仇者，告於法而自殺之，不坐²¹⁸。」《隋書·刑法志》

上開律文明白規定，若報仇者先告諸官府，私人間的報仇是合法的。由此可明證至少在魏晉南北朝時，復仇的法律定位還是屬於尚未有定論的時期。

4. 元朝

按《元史·刑法志》「殺傷」條載：

「諸殺人者死，仍於家屬徵燒埋銀五十兩給苦主，無銀者徵中統鈔一十錠，會赦免罪者倍之。……諸人殺死其父，子毆之死者，不坐，仍於殺父者之家，徵燒埋銀五十兩²¹⁹。」《大元通制·殺傷》

元朝一反，唐宋禁止私人仇殺，而明文規定，上開情況，復仇者不予處罰，而殺父者之家，要賠償喪葬費用即「燒埋銀五十兩」。

5. 明朝

有關復讎，《明律》「祖父被毆」條中載：

「祖父母、父母為人所殺，而子孫擅殺行兇人者，杖六十。其即時殺死者，勿論。其餘親屬人等被人殺而擅殺之者，杖一百²²⁰。」《明律·鬥毆》

「擅殺行兇人者」相對後文之「即時」而言，可見是子孫於祖父母、父母為人所殺後，為了復仇而殺之，此等非即時而「擅殺行兇人者」杖六十。而若在祖父母、父母為人所殺之當下，即時殺死仇人者勿論。

換言之，若於祖父母、父母為人所殺時，「即時」殺死仇人，是不用處刑的。

事後的報仇者，即非「即時」，而是事後「擅殺行兇人者」的情況，因僅僅

²¹⁷（唐）房玄齡撰，《晉書》，鼎文書局，1979，頁925。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁157。

²¹⁸（唐）魏徵撰，《隋書》，鼎文書局，1977，頁708。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁327。

²¹⁹（明）宋濂撰，《元史》，上海：商務印書館，1922，頁1309。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁546-547。

²²⁰黃彰健，《明代律例彙編》，中研院歷史所，1979，頁846-847。

輕刑「杖六十」而已。導致，事後的復仇，雖是律所禁止的。但如此的輕刑，《明律》之規定，等於許可人民復仇。

學者薛允升認為《明律》如此規定乃依循《元律》而來，會導人私自相殺²²¹。而學者林咏榮則認為，相較於《唐律》對復讎的處刑既傷孝子之心，循禮又致私人相殺之風，《明律》本條的輕刑是「循朋乎法，酌乎情，歸於禮，定於一而適應當時社會²²²」，只要當場基於孝心「即時」反應致殺仇人者，即合於免刑的條件。

6.清朝

清律中有關復仇之條文：

「若祖父母、父母，為人所殺，而子孫（不告官。）擅殺行兇人者，杖六十。其即時殺死者，勿論。（少遲，即以擅殺論。）...父、祖外，其餘親屬人等被人殺，而擅殺行兇人，審無別項情故，依罪人本犯應死而擅殺律，杖一百²²³。」《大清律例·鬥毆》

比對前開《明律》「父祖被毆」律文，可知本條應是承襲《明律》而來。同樣，如《明律》之規定，「擅殺行兇人者」僅僅輕刑之「杖六十」、「即時殺死行兇人者」勿論，也等於許可人民復仇。

但薛允升卻認為《大清律例》如此規定似係仿循曹魏「賊鬥殺人，以劾而亡，許依古義，聽子弟得追殺之。」之法²²⁴。

本文比較律中之用字文句後認為，上開清律中有關復仇之條文應是承襲《明律》而來。而且薛允升前述《明律》規定乃依循《元律》，在此又說《大清律例》如此規定似係仿循曹魏之例，兩者的說法即有相違。

(二)報仇是非法的

1. 東漢和帝（79—106）

前述東漢章帝建初中(76-83年)，張敏以子不報讎，雖為春秋之義，但「相殺之路不可開。」所以反對輕侮法，但該議並未被接受。

東漢和帝時，張敏復上疏曰：「...皋陶造法律，原其本意，皆欲禁民為非也。未曉輕侮之法將以何禁？...臣愚以為天地之性，唯人為貴，殺人者死，三代通制。今欲趣生，反開殺路，一人不死，天下受敝。」和帝從之²²⁵。《後漢書·張敏列傳》

從上引文可知，漢和帝時採用張敏之議，禁前開輕侮之法，如此則復仇者依

²²¹ 薛允升，《唐明律合編》，臺灣商務，1977，頁533。

²²² 林咏榮，《唐清律的比較及其發展》，國立編譯館，1982，頁345。

²²³ 薛允升，《讀例存疑》，臺北：美國亞洲學會印行，1970，頁962。

²²⁴ 薛允升，《讀例存疑》，臺北：美國亞洲學會印行，1970，頁964。

²²⁵（南朝劉宋）范曄撰，（唐）李賢等註，《後漢書》，臺北：鼎文書局，1979，頁1502-1503。

「殺人者死」處之。但東漢末年復仇之風仍盛，由下例可證。

2. 東漢末年曹操

東漢末年獻帝建安十年（公元 205 年），曹操「...令民不得復私讎²²⁶」《三國志·魏書·武帝紀》

當時曹操的職位是司空，建安十三年（公元 208 年）六月，才被任命為丞相。從上引文可推知，當時復私讎之風氣在已興盛到曹操要下法令禁止的情況。

3. 曹魏

魏文帝曹丕，黃初四年（223 年）春正月，詔曰：「喪亂以來，兵革未戢，天下之人，互相殘殺。今海內初定，敢有私復讎者皆族之²²⁷。」《三國志·魏書·文帝紀》

這裡，更明顯地表示當時民間私人間的復仇相殺很多，私人間的仇殺多到，魏文帝曹丕想用誅族的重刑來禁止私人間復仇風氣。

4. 北周武帝

北周武帝宇文邕保定三年四月，即是南朝陳政權陳文帝陳蒨天嘉四年（563 年）時，「二月庚子，初頒新律。...夏四月乙未，...初禁天下報讎，犯者以殺人論²²⁸。」《周書·帝紀第五》

同旨之文另見諸：「又初除復仇之法，犯者以殺論²²⁹。」《隋書·刑法志》

《周書》撰者（唐）令狐德棻並未說明北周武帝為何於律中明示復仇合法，然則僅隔了兩個月即「禁天下報讎」的原因，由此可明證至少在魏晉南北朝時，復仇的法律定位雖屬未定。但因私人報仇氾濫，對國家刑罰權有害之故。隋及唐律都不容許報仇，此可由前述之「殺人移鄉」之制即知之。

5. 唐玄宗

唐玄宗李隆基（685 年—762 年）開元二十三年，《決殺張瑄等兄弟敕》：

張瑄等兄弟同殺，推問款承，律有正條，俱合至死。近聞士庶，頗有喧嘩，矜其為父復讎，或言本罪冤濫。但國家設法，事在經久，蓋以濟人，期於止殺。各申為子之誌，誰非徇孝之夫，展轉相讎，相殺何限？咎繇作士，法在必行；曾參殺人，亦不可恕。不能加以刑戮，肆諸市朝。宜付河南府，告示決殺。

從上引文可知，唐玄宗認為國家已經設法律規範，期能禁止殺人。所以有犯之者，法在必行；殺人者，即使為父復讎，亦不可恕。最後仍 將其等處死。

²²⁶（晉）陳壽，《三國志》，臺北：鼎文書局，1974，頁 27。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁 125。

²²⁷（晉）陳壽，《三國志》，臺北：鼎文書局，1974，頁 82。

²²⁸（唐）令狐德棻，《周書》，臺北：鼎文書局，1987，頁 68。

²²⁹（唐）魏徵撰，《隋書》，鼎文書局，1977，頁 709。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁 328。

《唐律》「祖父母為人毆擊」有涉及復仇之相關規定：
「諸祖父母、父母為人所毆擊，子孫即毆擊之，非折傷者，勿論；折傷者，減凡鬪折傷三等；至死者，依常律（謂子孫元非隨從者）²³⁰」

換言之，依《唐律》之規定，父母為人所毆擊，子孫只得解救，不得因此殺害對方，而人子即使為父復讎而殺人，在亦律不可恕。

6. 宋朝

依《宋史》記載「復仇，後世無法²³¹。」《宋史·刑法志》，可見，宋代律令亦無復仇之相關律令，正見宋代仍一如前朝，並無認許復仇之律文。

《宋刑統》律文大多數文字皆同於《唐律》，但在《宋刑統》「祖父母為人毆擊」條後加上

「臣等參詳：如有復祖父母、父母之讎者，請令今後具案，奏取敕裁²³²」。

這裡《宋刑統》與《唐律》不同，屬於宋朝律法的特殊規定，證諸《宋史·刑法志》所載之例²³³：

(1)仁宗時，單州民劉玉父為王德毆死，德更赦，玉私殺德以復父仇。帝義之，決杖、編管。

(2)元豐元年，青州民王贇父為人毆死，贇幼，未能復仇。幾冠，刺仇，斷支首祭父墓，自首。論當斬。帝以殺仇祭父，又自歸罪，其情可矜，詔貸死，刺配鄰州。

可見，宋朝此等復仇之例果依《宋刑統》上文規定復讎者，具案，奏取敕裁。換言之，復讎案件，具案後待皇帝作最後決斷。

綜上，就國法而言，對於復仇，漢時有時禁止有時又許之；曹魏時才見對復仇施以族刑者，至唐則傾向減罪或赦免。宋朝時復讎案件，則具案後待皇帝作最後決斷。元、明、清律則放寬復仇之路。可見，復仇的禮與法的爭議，一直糾纏於舊律的時代。

本文以為，明、清律開復仇之路，無論係仿曹魏律制或元制，都是源自周禮的影響。戴炎輝先生認為元、明、清律上開規定「此開相殺之路，乃歷史的後退²³⁴。」

三、有關復仇歷史上著名的論述

復讎，依上文前文《禮記》、《周禮》所述是禮之所許，但就國法而言，殺人

²³⁰ 丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁546-547。

²³¹ (元)脫脫等撰，《宋史》，臺北：鼎文書局，1979，頁4990。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁397。

²³² (宋)竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁356。

²³³ (元)脫脫等撰，《宋史》，臺北：鼎文書局，1979，頁4990。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁397。

²³⁴ 戴炎輝，《中國法制史》，臺北：三民，1987，頁64。

者死，一直是舊律時代不變的觀點，前文已就國法上對於復仇，漢以後有時禁止有時又許之的情形，歷來文人士子們也重視此一禮法衝突的問題，所以下文則分析復仇在歷史上著名的論述，請見下述：

(一)荀悅論復讎

東漢荀悅（148年—209年），是荀子的13世孫，他是東漢末年的史學家，著有《申鑒》五篇，其中有論復讎者，這是先秦之後最早論及復讎的學者：

或問復讎。「古義也。」曰：「縱復讎可乎？」曰：「不可，」曰：「然則如之何？」曰：「有縱有禁，有生有殺，制之以義，斷之以法，是謂義法並立。」曰：「何謂也？」「依古復讎之科，使父讎避諸異州千里，兄弟之讎，避諸異郡五百里，從父從兄弟之讎，避諸異縣百里；弗避而報者無罪，避而報之，殺。犯王禁者罪也，復讎者義也，以義報罪。從王制，順也；犯制，逆也，以逆順生殺之。凡以公命行止者，不為弗避²³⁵。《申鑒·時事》

荀悅認為，復讎雖然是古義，但不可放任復讎。要依情況而定，因為按古制，有父讎避諸異州千里、兄弟之讎，避諸異郡五百里、從父從兄弟之讎，避諸異縣百里；與他人有仇者不避者，他人尋仇報者，該報仇者無罪，但若已避而報之，該報仇者要因殺人罪而處死。觸犯國法王禁者是犯罪的，而復讎者是義禮所許可的，要如何論復讎的罪呢？

這要依照復讎是否合法來決定，如果依國法復讎是合法的，那它就是合法的；反之，如果依國法復讎是不合法的，那它就是不合法的。合法復讎則生，不合法復讎則處死。凡是依法而行者，就不算是不避復讎（對該人就不可報仇）。

換言之，荀悅認為，復讎要以合於義理的法律定之，依法律來決定復讎的合法性，如此則「義法並立」了。

前述《周禮·地官·調人》曰：「...凡和難，父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外²³⁶。」這裡，荀悅所指「父讎避諸異州千里，兄弟之讎，避諸異郡五百里」云云，並未見諸古制及文獻，本文推測，當係荀悅引《周禮》復讎之大義，而文有所出入。

(二)陳子昂《復讎議狀》

陳子昂(661年—702年)於武后時，因前開徐元慶為父復仇案上《復讎議狀》，原文略之如次：

議曰：先王立禮，所以進人也；明罰，所以齊政也。夫枕幹讎敵，人子之義；誅罪禁亂，王政之綱。然則無義不可以訓人，亂綱不可以明法，故聖人修禮理內，飭法防外，使夫守法者不以禮廢刑，居禮者不以法傷義，然後能使暴亂不作，廉恥以興，天下所以直道而行也。...徐元慶為父報讎，...束身歸罪，雖古烈者，亦何以多？...然按之國章，殺人者死，則國家畫一之法也，法之不二，元慶宜伏辜。

²³⁵（東漢）荀悅著，《申鑒》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁7-8。

²³⁶（東漢）鄭玄注，（唐）賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁214。

又按《禮經》「父讎不同天」，亦國家勸人之教也，教之不苟，元慶不宜誅。

然臣聞昔刑之所生，本以遏亂；仁之所利，蓋以崇德。今元慶報父之仇，意非亂也；行子之道，仁也，仁而無利，與亂同誅，是曰能刑，未可以訓。

然則邪由正生，理必亂作，昔禮防至密，其弊不勝，先王所以明刑。

今儻義元慶之節，則廢刑也。...元慶之所以仁高振古，義伏當時，以其能忘生而及於德也。今若釋元慶之罪，以利其生，是奪其德而虧其義，非所謂殺身成仁、全死無生之節。如臣等所見，謂宜正國之法，置之以刑，然後旌其閭墓，嘉其徽列，可使天下直道而行，編之於令，就為國典²³⁷。《新唐書·孝友列傳第一百二十》

從上引文可知，陳子昂疏議要點是，「誅罪禁亂，王政之綱」，可「使守法者不以禮廢刑」。若嘉許元慶之節義，則會廢國家之刑，將來司法行政必多難行矣。陳子昂認為，依國法，殺人者死，徐元慶當伏誅；但依禮，父讎不共戴天，元慶復讎不當誅。徐元慶的復仇行為雖合乎儒家孝義倫理，但「法」是國家的憲章「殺人者死，則國家畫一之法」，兩相權衡下，可「正國之法、置之以刑」，即以殺人罪論處徐元慶死刑；而就符合禮的人情孝義部分，應予以表彰，所以在死刑之後「旌閭其墓」，即在其鄉里上褒揚他能報父仇，盡孝道，並在其墓地中立碑表彰之。換言之，陳子昂所強調的是國家法律的畫一性與「正國法」的必要性。

前述陳子昂所謂《禮經》「父讎不同天」云云，並未見諸《三禮》經文中，其語可見諸（東漢）趙岐注《孟子》：「吾今而後知殺人親之重也，殺人之父，人亦殺其父；殺人之兄，人亦殺其兄。然則非自殺之也，一間耳。」《孟子·盡心下》，其注云「父仇不同天，兄仇不同國，以惡加人，人必加之，知其重也²³⁸。」而孫奭於趙岐注後正義曰：「案《禮》云父之讎弗與共戴天²³⁹。」

另外，亦見諸《晉書·列女傳·王廣女》中亦有「吾聞父仇不同天²⁴⁰」之語。綜上，本文推測，「父讎不同天」其義當係《禮記·曲禮上》：「父之仇，弗與共戴天」的之後世白話用語。

（三）柳宗元《駁復讎議》

此文章是柳宗元(773年—819年)上書批駁陳子昂的《復仇議》。原文略如下：

臣聞禮之大本，以防亂也。若曰無為賊虐，凡為子者殺無赦。刑之大本，亦以防亂也。若曰無為賊虐，凡為治者殺殺無赦。其本則合，其用則異。旌與誅，莫得而並焉。誅其可旌，茲謂濫，黷（濫用）刑甚矣！旌其可誅，茲謂僭

²³⁷（北宋）歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁5585-5586。

另全文可參：《全唐文/卷0213》

²³⁸（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁116。

²³⁹（東漢）趙岐注，（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁250。

²⁴⁰（唐）房玄齡等，《晉書》，臺北：鼎文書局，1992，頁2520。

(超越本份)，壞禮甚矣！果以是示於天下，傳於後代，趨義者，不知所向；違害者，不知所立，以是為典可乎？

蓋聖人之制，窮理以定賞罰，本情以正褒貶，統於一而已矣。嚮使刺讞（定罪）其誠偽，考正其曲直，原始而求其端，則刑禮之用，判然離矣。何者？若元慶之父，不陷於公罪，師韞之誅，獨以其私怨，奮其吏氣，虐於非辜，州牧不知罪，刑官不知問，上下蒙冒，籲號不聞；而元慶能以戴天為大恥，枕戈為得禮，處心積慮，以衝讎人之胸，介然自克，即死無憾，是守禮而行義也。執事者，宜有慚色，將謝之不暇，而又何誅焉？

其或元慶之父，不免於罪，師韞之誅，不愆（過失）於法，是非死於吏也，是死於法也。法其可讎乎？讎天子之法，而戕奉法之吏，是悖驚（輕傲、狂妄）而凌上也。執而誅之，所以正邦典，而又何旌焉？且其議曰：「人必有子，子必有親，親親相讎其亂誰救？」是惑於禮也甚矣！禮之所謂讎者，蓋以冤抑沈痛而號無告也，非謂抵罪觸法，陷于大戮，而曰：「彼殺之，我乃殺之。」不議曲直，暴寡脅弱而已。其非經背聖，不亦甚哉！

《周禮》：「調人，掌司萬人之讎。凡殺人而義者，令勿讎，讎之則死。有反殺者，邦國交讎之。」又安得親親相讎也！《春秋·公羊傳》曰：「父不受誅，子復讎可也；父受誅，子復讎，此推刃之道，復讎不除害。」今若取此以斷兩下相殺，則合於禮矣。且夫不忘讎，孝也；不愛死，義也。元慶能不越於禮，服孝死義，是必達理而聞道者也。夫達理聞道之人，豈其以王法為敵讎者哉！議者反以為戮，黷刑壞禮，其不可以為典明矣。

請下臣議附于令，有斷斯獄者，不宜以前議從事²⁴¹。《新唐書·孝友列傳第一百二十》

從上引文可知，柳宗元認為「刑」和「禮」的本旨都是防亂的；但兩者所用則不同。賞罰與褒貶要有統一性，不可「旌」與「誅」並存，「誅其可旌」就是濫用刑罰，是賞罰不明賞，而且自相矛盾的。

《春秋·公羊傳》已明示曰：「父不受誅，子復讎可也；父受誅，子復讎，復讎不除害。」

換言之，只有父不應受到誅殺者，為報父仇才能免除刑責。反之，如果該為父者理應受誅殺時，為報父仇而殺人並不能免除刑責。本案「師韞之誅，獨以其私怨」，柳宗元認為：此屬於「父不受誅，子復讎可也」之狀，徐元慶能不越於禮為父報仇，不應被處死。所以，陳子昂前開建議將徐元慶正以國法，又要求旌表其閭里，才是「黷刑壞禮」，不可以為國家正典。

柳宗元要求應以係爭案件中「父受誅與否」，來判定復讎的正當性。若復讎具正性，法不當誅，即使受死，那也是守禮死義；若復讎不具正當性，為報父仇而殺人者並不能免除刑責。當然也不當受表揚。

²⁴¹（北宋）歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5586-5587。

綜上，柳宗元認為，「旌」與「誅」是不應該同時存在的，所以，陳子昂「正國之法，然後旌其閭墓」的作法是「黷刑壞禮」、是矛盾的，不可作為國家明正的法典。

(四)韓愈《復仇狀》

韓愈（768—824年）為《復仇狀》，因唐憲宗元和六年(811年)九月，富平縣人梁悅，為父報仇，殺人，自投縣請罪。唐憲宗下詔曰：「在《禮》父仇不同天，而法殺人必死。禮、法，王教大端也，二說異焉。下尚書省議²⁴²。」於是韓愈獻議《復仇狀》，原文略如次：

伏以子復父仇，見於《春秋》，見於《禮記》，又見《周官》，又見諸子史，不可勝數，未有非而罪之者也。最宜詳於律，而律無其條，非闕文也。蓋以為不許復仇，則傷孝子之心，而乖先王之訓。許復仇，則人將倚法專殺，無以禁止其端矣。夫律雖本於聖人，然執而行之者，有司也。經之所明者，制有司者也。丁寧其義於經，而深沒其文於律者，其意將使法吏一斷於法，而經術之士得引經而議也。

《周官》曰：「凡殺人而義者，令勿仇，仇之則死。」義，宜也，明殺人而不得其宜者，子得復仇也。此百姓之相仇者也。《公羊傳》曰：「父不受誅，子復仇可也。」不受誅者，罪不當誅也。誅者，上施於下之辭，非百姓之相殺者也。又《周官》曰：「凡報仇讎者，書於士，殺之無罪。」言將復仇，必先言於官，則無罪也。

今陛下垂意典章，思立定製，惜有司之守，憐孝子之心，示不自專，訪議群下。臣愚以為復仇之名雖同，而其事各異，或百姓相仇，如《周官》所稱，可議於今者；或為官所誅，如《公羊》所稱，不可行於今者；又《周官》所稱，將復仇，先告於士，則無罪者；若孤稚羸弱，抱微誌而伺敵人之便，恐不能自言於官，未可以為斷於今也。然則殺之與赦，不可一例，宜定其制曰：「凡有復父仇者，事發，具其事申尚書省，尚書石議奏聞。酌其宜而處之，則經、律無失其指矣²⁴³。」

《新唐書·孝友列傳第一百二十》

韓愈上文中所引《春秋》，《禮記》，《周官》之文即指：

1. 《公羊傳》定四年：「父不受誅，子復仇可也」。
2. 《禮記·檀弓》：子夏問於孔子曰：「居父母之仇如之何？」子曰：「寢苦枕幹不仕，弗與共天下也；遇諸市朝，不反兵而鬥。」
3. 《周官·調人》：「凡殺人而義者，令勿仇，仇之則死。」

從上引文可知，相較於柳宗元明確表示案件中「父不受誅」，則復讎具正當性，法不當誅。

²⁴²（北宋）歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5587。

²⁴³（北宋）歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5587-5588。

韓愈則以為，「子復父仇」律無其條，非闕文。乃因「不許復仇，則傷孝子之心，而乖先王之訓。許復仇，則人將倚法專殺，無以禁止其端矣。」所以「其意將使法吏一斷於法，而經術之士得引經而議也。」

韓愈認為，復讎其情況複雜，當區分為官府所許可而誅者，即「凡殺人而義者」。另如象《公羊傳》所述者「父不受誅，子復仇可也」，如今並不可行。換言之，他認為：為官府所許可而誅者，不許復仇。私人間的復讎人臣每面臨禮法兩難，「殺之與赦，不可一例」，他建議唐憲宗「下尚書省集議，酌其宜而處之」。

最終，梁悅為父報仇殺人案，還是要由聖王決定。唐憲宗敕：『復仇殺人，固有彝典，以其申冤請罪，視死如歸，自詣公門，發於天性，誌在徇節，本無求生。寧失不經，特從減死。宜決杖一百，配流循州。』

本文以為，依韓愈《復仇狀》，私人間的復讎，最後還是要議定而聖裁之，有討好唐憲宗之嫌。但是否能達其所稱「經、律無失其指」，則完全決定在統治者手上，只是成就了封建王權，並無新意。

前述柳宗元、韓愈都引《周禮·地官·調人》曰：「...凡和難，父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎，不同國²⁴⁴。」鄭玄注調人云：「人相殺傷，共其難者，此調人和合之。在此者，會赦之後，設教使之相避²⁴⁵。」賈公彥疏云：「殺人之賊，王法所當討，即合殺之。但未殺之間，雖以會赦，猶當使離鄉辟讎也²⁴⁶。」，可見柳宗元、韓愈的復讎論述，仍不離周禮的影響。

(五)白居易《甲乙判》一則：

白居易在其所著《甲乙判》中有關復仇者有三例，今僅取一與本文較合題旨者論之：

例：「得戊兄為辛所殺，戊遇辛，不殺之。或責其不悌。辭云：辛以義殺兄，不敢返殺。」

判：「捨則崇讎，報為傷義。當斷友于之愛，以遵王者之章。戊居兄之仇，應執兵而不返；辛殺人以義，將傳刃而攸難。雖魯策垂文，不可莫之報也；而周官執禁，安得苟而行之？將令怨是用希，實在犯而不校。揆子產之誠，損怨為忠；徵史駢之言，益仇非智。難從不悌之責，請聽有孚之辭²⁴⁷。」《白居易甲乙判》

上例中，戊之兄為辛所殺，因辛以義殺其兄，所以不敢反殺之。或責其不悌。白居易認為，本案因為辛殺人以義，此時戊「當斷友于之愛，以遵王者之章」，因為《周官·調人》有云：「凡殺人而義者，令勿仇」，所以，戊，不能再以兄弟

²⁴⁴ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁214。

²⁴⁵ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁140。

²⁴⁶ (東漢)鄭玄注，(唐)賈公彥，《十三經注疏·周禮》，新文豐出版，2001，頁215。

²⁴⁷ (唐)白居易，《甲乙判》，叢書集成續編，新文豐出版，冊52，1989，頁666。

友愛為由來復仇，而要遵國法憲章。所以白居易主張本案：「難從不悌之責」，即認為戊不復仇的態度是對的。換言之，復仇之義雖為禮之所許，但並非全無條件而放任報仇。在「殺人而義」的情況下，白居易認為：「當斷友于之愛，以遵王者之章」，即回歸國家法律的規範。因此，戊不以兄弟被害為由來復仇，不應以不悌來責難他。

(六)王安石《復讎解》

北宋的王安石(1021—1086年)，有關復仇的論述，原文如次：

或問復讎，對曰：非治世之道也。明天子在上，自方伯、諸侯，以至於有司，各修其職，其能殺不辜者少矣。不幸而有焉，則其子弟以告於有司；有司不能聽，以告於其君；其君不能聽，以告於方伯；方伯不能聽，以告於天子，則天子誅其不能聽者，而為之施刑於其讎。亂世，則天子、諸侯、方伯，皆不可以告。故《書》說紂曰：「凡有辜罪，乃罔恆獲，小民方興，相為敵讎。」蓋讎之所以興，以上之不可告，辜罪之不常獲也。方是時，有父兄之讎，而輒殺之者，君子權其勢，恕其情，而與之可也。

故復讎之義，見於《春秋傳》見於《禮記》，為亂世之為子弟者言之也。《春秋傳》以為，父受誅，子復讎，不可也。此言不敢以身之私，而害天下之公。又以為，父不受誅，子復讎，可也。此言不以有可絕之義，廢不可絕之恩也。《周官》之說曰：「凡復讎者，書於士，殺之無罪。」疑此非周公之法也。凡所以有復讎者，以天下之亂，而士之不能聽也。有士矣，不使聽其殺人之罪以施行，而使為人之子弟者讎之，然則何取於士而祿之也？古之於殺人，其聽之可謂盡矣，猶懼其未也，曰：「與其殺不辜，寧失不經。」今書於士，則殺之無罪，則所謂復讎者，果所謂可讎者乎？庸詎知其不獨有可言者乎？就當聽其罪矣，則不殺於士師，而使讎者殺之，何也？故疑此非周公之法也。

或曰：「世亂而有復讎之禁，則寧殺身以復讎乎？將無復讎而以存人之祀乎？曰：可以復讎而不復，非孝也；復讎而殄(滅絕)祀，亦非孝也。以讎未復之恥，居之終身焉，蓋可也，讎之不復者，天也；不忘復讎者，已也。克己以畏天，心不忘其親，不亦可矣²⁴⁸？」

從上引文可知，王安石認為，在治世，聖王能為人民「施刑於其讎」，所以「復讎」並非治世之道，從而，王安石懷疑「報讎者，書於士，殺之無罪」，這並非周公之法！而在「世亂」時「可以復讎而不復，非孝也」。換言之，王安石是反對在治世「復讎」。

而在「世亂」時，雖則不「復讎」是不孝的。但因「復讎」而受國法之誅，致「滅絕祖宗之祀」也是不孝的。所以，若不能「復讎」，這是天意，只要人子不忘復讎，心不忘其親，也就可以了。

²⁴⁸ (宋)王安石，《臨川文集》(文淵閣四庫全書本)卷70〈復讎解〉，頁2-3。

但何謂「世亂」、「世治」？王安石之當世是「世亂」還有「世治」？王安石並未明確給出答案，但文中「世亂而有復讎之禁，則寧殺身以復讎乎？」，所以，只要國法有復讎之禁，但又無法依「世治」時聖王能為人民「施刑於其讎」的時代，即是「世亂」之時，此時，能否「復讎」，這是天意，只要人子不忘復讎，心不忘其親，也就可以了。

另外，本文讚同王安石所懷疑之「報讎者，書於士，殺之無罪」，這並非周公之法的論點！因為在有禮法的太平時代，所有的糾紛，特別是殺人的刑事案件，有為的政府怎麼可能不將歹徒治之以法？還要等待人子主動去復仇！！若有殺害人命的案件，因政府法司的不作為，人子只好主動去復仇，這樣不是亂世，那還有什麼是亂世？所以有復仇存在的法秩序，該法秩序必然是混亂的法秩序。

上開王安石所論報讎，謂「復讎之義，見於《春秋傳》見於《禮記》」云云，可見宋時論報讎之文，仍不離周代禮經的影響。

(七)丘濬《明復讎之義》

明儒丘濬（1421年—1495年），在《大學衍義補》的〈明復讎之義〉中寫道：「臣按：復仇之義乃生民秉彝之道，天地自然之理。事雖若變，然變而不失正，斯為常矣²⁴⁹。」

換言之，丘濬認為：復仇之義乃天地自然之理。用現代用語，復仇之義乃自然的正義。

「人稟五行以有生，有以生之必有以報之，人之所生者必報其所由生，是以相保愛、相護衛，不敢相戕殺，非但畏公法亦畏私義，非但念天理亦念人情，此人所以與人相安相忘而得以遂其有生之樂也。...天下之人凡有生者皆相為死，則彼不逞之徒、不仁之輩不敢起殺人之念，蓋慮其人之有子若孫、有兄若弟、若交好、若游從，將必上告天子，下告方伯，赴訴于有司，聲冤于鼓石也²⁵⁰。」

丘濬認為：因有復仇之義。有仇必有以報之，世上的惡人才會不敢起殺人之念，即該人非但畏公法亦畏私義（即被人復仇）！

「然而王法雖公，刑官雖明，然無訴告者則其冤又不能以上達，此聖人制其法于禮，使凡為人子、為人兄若弟，有父母兄弟之仇則必赴訴于官，不幸而無子孫兄弟，則其所交游者雖非血屬，亦得以為之伸理焉...《禮》蓋兼公私言也，不能報以公必報以私，斷斷乎其必然，此先王以立《禮》之意也²⁵¹。」

丘濬認為：《禮》之所以許私人復仇。即當國法無法為其等申冤時，「不能報以公必報以私」顯示出正義的必然性，這才是先王以立《禮》之意。

但國家仍要立法控制復仇，「苟殺人者人亦殺以報之，不分其理之可否，互

²⁴⁹（明）丘濬，《大學衍義補》，卷110〈明復讎之義〉，北京：京華，1999，頁945-951。

²⁵⁰（明）丘濬，《大學衍義補》，卷110〈明復讎之義〉，北京：京華，1999，頁945-951。

²⁵¹（明）丘濬，《大學衍義補》，卷110〈明復讎之義〉，北京：京華，1999，頁945-951。

相報復，無有已時，又焉用國法為哉？」

朝廷當立法，要旨如次：

『凡有父兄親屬為人所殺者，...其子若孫...，赴官告訴...。』

若官司徇私畏勢...，不拘系其人而為之伸理，其報復之人奮氣報殺所仇者，所在即以上聞，特敕理官鞠審。...而報仇者不與焉；若所司方行拘逮而或有他故以致遷延，即坐殺者以擅殺有罪者之罪而不致死焉。

若不告官，不出是日而報殺者，官司鞠審，殺當其罪者不坐；若出是日之外，不告官而擅殺者，...其報復之人所殺之仇果系可殺，則讞以情有可矜，坐其罪而免其死。若官吏假王法以制人于死，律有常條，不許私自報復，必須明白赴訴，若屢訴不伸而殺之者，則以上聞，委任大臣鞠審。...。』

如此，則於經于律兩無違悖，人知仇之必報而不敢相殺害以全其生，知法之有禁而不敢輒專殺以犯于法矣²⁵²。」

上開引文可知，要點有四：

凡有父兄親屬為人所殺者，其子孫必須赴官告訴。

若官府人員徇私畏勢，不為之伸理，其因此報復而殺仇人者，所在即以上聞，特敕理官鞠審。而報仇者不罰；但若官府人員因他故以致遷延時，因此報復而殺仇人者，當處擅殺有罪者之罪，而不致死。

若不告官，當日而報仇殺之者，官司鞠審，殺當，其罪者不坐；若已超當日之外，不告官而擅殺者，以情有可矜，坐其罪而免其死。

若官吏假借法律之名致人於死者，則不許私自報復，必須明白赴訴告官，若屢訴不伸而殺之者，則特旨委任大臣鞠審...。』如此，則經律兩無違悖了。

綜上，丘濬認為：國法當明確規範復仇之事，私人間復仇之事，原則以國法為先，即要告官訴理之。只有當公法無法伸張正義時，才准許申私人復仇，但若未告官訴理，報仇不坐只限事發當日。另若官員借法殺人者，則不許私自報復。如此因「復之必報」，一般人民為保全自的生命，才不敢殺害他人生命；而想報仇者知法有規範復仇之事，而不敢任意復仇專殺以犯法。

上開丘濬所論報讎，謂「先王以立《禮》之意」云云，可見明代時論報讎之文，仍不離周代禮經的影響。

（八）汪琬《復讎議》

汪琬（1624年—1691年），順治十二年（1655年）進士，歷任戶部主事、刑部郎中。著有《復讎議》一文如次：

「議曰：復讎之議。載於周官禮記春秋。見於陳子昂韓愈柳宗元王安石之文

²⁵²（明）丘濬，《大學衍義補》，卷110〈明復讎之義〉，北京：京華，1999，頁945-951。

者詳矣。吾不敢復勸其辭，惟以國家之律明之，律曰：『若祖父母父母被殺，而子孫擅殺行凶人者杖六十』。注以為不告官者。又曰：『其即時殺死者勿論』，注以為少遲即以擅殺論。由此觀之，凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲，皆可援擅殺以斷者也。顧獨不許潮兒之復母讎。得毋太苛矣乎？一命一抵，此刑部現行則例也，人既殺潮兒之母，而必欲潮兒母子殉兩命以當之，其失律意明矣。

今議者曰：潮兒未嘗告官，則口供恐不可信。夫當潮兒具招之日，有司曾不之詰。及其申解之日，御史曾不之駁。彼口供之真偽，法司亦安從知之哉。且吾非欲遂釋潮兒之死也，僅僅下御史再審而已。萬一再審之後，而其情可原，其辜(罪也)可雪，吾將援此擅殺之條。以求為國家活一孝子。則法司之所全不更多耶。

議者曰。潮兒既欲復讎：何不即時殺之？此大不然，吾嘗見被禍之家，稚子寡女，門戶單弱者有矣，其上或壓於勢力，其次或格於賄財，苟有復讎之心，不得不乘間伺便以圖之，苟無其隙，雖積蓄於久遠。而推原律意，皆得寬之為遲，又何閒於數年內外哉？

律曰：人本犯應死，而擅殺者杖一百。今以三春之狠戾，敢於殺其族母。是亦應殺無疑矣。此時設觀者若張氏之親屬。能代潮兒誅之，辜亦止於杖一百而已。況為潮兒者乎。使果能復其母讎，又不以減死論，不可謂法之平也。...洵如吾說，使得下御史再審，不過煩本部之題請，與有司之追勘耳。此其事易若反掌。而所全實多。若憚題請追勘之勞。而甘自處於失入，為法吏者，夫亦勿之思矣²⁵³。

本案事實：張潮兒因其母先為三春所殺，數年後，張潮兒因此之故，以手格殺其族兄三春，河南巡按御史覆奏，張潮兒手格殺其族兄三春，按律當死。上詔法司核議，刑部法司員外郎汪琬以為當下御史再審。

本案爭點，張潮兒為母復讎，何不即時殺之，而於數年後才為母復讎？

汪琬在《復讎議》中認為，復讎之議，已載於周官禮記春秋。所以只依大清律議之，律曰：『若祖父母父母被殺，而子孫擅殺行凶人者杖六十。其即時殺死者勿論。』，注以為少遲即以擅殺論。並認為，由律觀之，凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲，皆可援擅殺以斷。本案為何不許潮兒之復母讎，不會太苛了嗎？一命一抵，此刑部現行則例，人既殺了潮兒之母，而必欲潮兒母子殉兩命以當之，這顯然有違失律的本意。而且，依律：「人本犯應死，而擅殺者杖一百。」若當時張氏之親屬能代潮兒殺其族兄三春，該人也不過止於杖一百而已。今潮兒能復其母讎，又不以減死論，可謂法之不平也。依律：『若祖父母父母被殺，而子孫擅殺行凶人者杖六十』。張潮兒因其母先為三春所殺，其復讎，若合於律注之『少遲』意旨，即應以擅殺仇人論，止杖六十。於是該司員外郎汪琬以為當下御史再審，以查明之。

綜上，汪琬的《復讎議》，只就清律論之，他認為「凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲，皆可援擅殺以斷者也。」，所以，本案張潮

²⁵³ (清)汪琬，《復讎議》，皇朝經世文編，卷92，世界書局，頁1。

兒因其母先為三春所殺，數年後，以手格殺其族兄三春，若合於『少遲』意旨，按律即不當死罪，罪止杖六十而已，汪琬以為當下御史再審。

案如前所述，大清律：『若祖父母父母被殺，而子孫擅殺行凶人者杖六十，其即時殺死者勿論』云云，等於准許報仇。汪琬更放寬律的解釋，認為「凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲」，皆可援擅殺以斷，罪止杖六十。

戴炎輝先生認為清律上開規定「此開相殺之路，乃歷史的後退²⁵⁴。」本文讚同戴炎輝先生的見解。

(九) 蕭震《理刑爰書》

蕭震(?-1674年)，清順治九年(1652年)進士。康熙十三年(1674年)耿精忠叛清，蕭震謀劃討伐，結果其事泄露，遇害。著有《理刑爰書》一文如次：

制法之本，所以禁奸暴，定民志也，謹按復讎之議，見於經傳與諸子史，而律令無載之者，以相殺之路不可開故也。

卜起龍毆殺李存義，據南和縣審，謂其為母也，因引經傳以明之，欲為起龍減等，而又絀於律令，廳審起龍應論死，雖與律合，而未嘗與經背也，姑且置律而言經及子史。

周官曰：凡報仇讎者書於士，殺無罪。若不書於士，則有殺人不可易之罪矣。此經也，即有周之法也。

公羊傳曰：父不受誅。子復讎可也。誅者上殺下之謂也。

倘不應誅而誅之。而必復讎以殺其上，則大亂之道也。此傳之不可行者也。... 漢張敏曰：「殺人者死，三代通刑。」今欲趨生，反開殺路，一人不死，天下受敝，言殺人者之不可以復讎減也。

韓愈曰：「凡有復父讎者具奏其事，酌其宜而處之。」謂讎有深淺不同。罪有輕重之各別也。此經傳子史之言復讎者也。

今再案律而言情，如李存義威逼卜起龍母王氏，投繯以死，已經依律擬仗，非有謀殺、故殺、毆殺，應抵命之律之情也。

李存義無死法。而起龍必欲復讎，毆之致死。查毆殺之條，律莫重焉。蔑法而行私，情莫悖焉。若因其復讎兩字，量從未減，則是故設罪隙，生長亂階，非安全之理也。夫孔子垂經典、皋陶定律令，原其意，未始不相通也。乃俗儒多是古而非今，而法吏又執律而不通經，兩失之矣。合之情法，參以經律，卜起龍擬絞無疑也²⁵⁵。

按爰書是古代的一種司法文書，可作為審案意見的記錄。蕭震的《理刑爰書》主要是對卜起龍為母復讎案而申己見。

²⁵⁴戴炎輝，《中國法制史》，臺北：三民，1987，頁64。

²⁵⁵(清)蕭震，《理刑爰書》，皇朝經世文編，卷92，世界書局，頁1-2。

本案事實：李存義威逼卜起龍母王氏，投繯以死，已經依律擬仗。卜起龍為母復讎而毆殺李存義。本案，卜起龍毆殺李存義，據南和縣審，因是為母而殺人，一審因此引經傳，欲為起龍減等。二審則依律令，起龍應論死罪。

蕭震的意見是：制定法律的本旨，是用來禁奸止暴，規範人民行為的，所以，雖然復讎之議，可見於經傳與諸子史記載，但律令卻無載之者，原因就是「相殺之路不可開」。

蕭震認為上文周官：「凡報仇讎者書於士，殺無罪。」云云，是周朝的法。而公羊傳：「父不受誅。子復讎可也。」云云，是大亂之道，此為傳之不可行於今者。

依清律而言，李存義威逼卜起龍母王氏，投繯以死，並非有謀殺、故殺、毆殺等，應抵命之情。所以卜起龍復讎而毆李存義致死，該當毆殺之條文，是為重罪。參以經律，其情並不符合經文中的復讎兩字，所以，合之情法，卜起龍應處以絞刑無疑。

綜上，蕭震的《理刑爰書》中認為復讎之議，法律中未明文許可的原因就是「相殺之路不可開」。並認為公羊傳：「父不受誅。子復讎可也。」云云，是大亂之道。若以復讎而得減刑，等於是法律故意設定罪刑的漏洞，這樣反而會滋長亂源，並非安全社會秩序的正理。此一見解無疑最符合現代的看法，值得肯定。

(十)吳嘉賓 《復讎論》

清儒吳嘉賓（1803-1864），道光十八年（1838）進士，著有《復讎論》一文如次：

「國有士師。民自復讎。可乎？曰：不可。復讎者誅。可乎？曰：不可。然則如之何？曰：先王知復讎之為民義。民有親虐死而賊弗獲。則令其復讎。

殺人者罪不至死。則令其避復讎。非後世有司已定讞，民復自復讎者比也。

司寇士職曰：凡報仇讎者書於士。殺之無罪。不告士而復讎，固不免於罪矣。既書於士，讎者之情已得。

其有逋(逃亡)誅。使有司求之。不若使民自求之之密也。文王之法曰：『有亡，荒閱』，遇而報之，何罪之有。此虐死而賊弗獲。則令其復讎者也。

司徒調人職曰：凡過而殺傷人者。以民成之。凡和難。父讎避諸海外。兄弟避諸千里之外。從父兄弟不同國。弗避。則與之瑞節而以執之。

過殺人者。非其本意。所謂眚災耳。不在士而在調人。雖然。苟有至親。造次報禍。國家豈得更為戮報者哉。明其可報。以迫其必避。必避。然後橫民有所警。怨民有所紓。此殺人者罪不至死。則令其避復讎者也。弗避。則執以屬有司而罪之。蓋猶未可擅殺。異於士之直許復讎者。過殺。情固輕也。

有報殺者。猶必酌其情以定其罪否可知矣。非是二者。則不許復讎。

先王復系其禁於調人曰。凡殺人而義者令勿讎。讎之則死。春秋傳曰：父不受誅。子復讎可也。父受誅。子復讎。此推刃之道。...

先王治復讎之法三。有許者。有止者。有弗許弗止者。以有罪殺無罪許復讎。以無罪殺無罪弗許復讎。亦弗止復讎。以無罪殺有罪。止復讎。故復讎非誣法也。以正法也。

夫賊弗獲而民復讎。則殺人者始無所容矣。過失殺人令避復讎。則殺人者始無所恃矣。殺人而義者禁勿讎。則復讎者固有所止矣²⁵⁶。...」《復讎論》

上開「文王之法曰：『有亡，荒閱』」是指周文王為了滅商朝，而規定：「凡有逃亡奴隸，搜捕後交還原主，任何人不得擅自收留之。」即對於奴隸逃亡加以大規模清查，保證追捕逃亡奴隸交還原主，此即『有亡，荒閱²⁵⁷』之法。該法保障主人對於奴隸的所有權，得到當時貴族的支持，從而產生孤立商紂王的作。

吳嘉賓認為，人民有親人被殺害，而國家法司無法逮獲賊人伸張正義時，則許可其復讎。

若有殺人而逃亡者，即吳嘉賓《復讎論》中引文王之法『有亡，荒閱』的情況，即在殺人者逃亡，追捕逃亡的殺人犯時，遇而報仇，是沒有罪的。此種情況應許其復讎。

但若殺人者罪不至死時，則令其避復讎。如過失殺人者，非其本意。此時，明其可報。以迫過失殺人者必避仇他處，因為過失殺人罪不至死。所以令其避復讎。若該人不避仇他處，則應執之有司而定罪之，並不可擅殺之。若以報仇之名而擅殺過失殺人者，應酌其情以定其罪。

另外還有「凡殺人而義者令勿讎。讎之則死。」、「父不受誅。子復讎可也。父受誅。子復讎。此推刃之道。」等情況，簡言之，先王治復讎之法有三，一是有許者。二有止者。三是有弗許弗止者。申言之，情況有三：

1.以有罪之身殺死無罪者時，許死者親人復讎。因為國家法司無法逮獲殺人者而許人民復讎，則殺人者才會無所容身之地。

2.以無罪之身殺死無罪者時，不許復讎。亦不禁止復讎。如過失殺人者，令其避復讎遠地，則殺人者才會無所依止。本文按，此所稱「無罪」者，應是指原心論罪沒有殺心而致他人於死的情況，即吳嘉賓所指過失殺人者而言。

3.以無罪之身殺死有罪者時，禁止死者親人復讎。即殺人而義者，禁止他方報讎。則復讎者就會有所限度了。

綜上，吳嘉賓《復讎論》中認為在上開復讎的三種情況，都有其不同的作用，所以他才說「復讎正法也」。

本文以為，吳嘉賓的《復讎論》當是他在中進士到同治三年，他被太平軍打敗身前的作品（1838-1864），可見即使到了清末，文人士子接受儒家思想下仍然在傳統的禮教與國法間交戰著，沒有更深入的反省，舊時代的法制也一直無法進一步發展，非常可惜。

²⁵⁶（清）吳嘉賓，《復讎論》，皇朝經世文續編，卷98，文海出版社，冊847，頁4353-4355。

²⁵⁷『有亡，荒閱』出自左傳昭公七年，參閱：（晉）杜預，《春秋經傳集解（左傳）》，四部叢刊初編，上海商務，冊2，1936，頁188。

(十一)小結

先將前開古代學者們有關復讎的論述，簡要整理；再綜論作一小結：

1.荀悅認為，要依照復讎是否合法來決定報仇者的有罪與否，如果依國法復讎是合法的，那它就是合法的；反之，如果依國法復讎是不合法的，那它就是不合法的。合法復讎則生，不合法復讎則處死。依法律來決定復讎的合法性，如此則「義法並立」了。

2.陳子昂《復讎義狀》中明確認為，依國法，殺人者死，復仇者徐元慶當伏誅。

3.柳宗元《駁復讎議》認為不可「旌」與「誅」並存。若復讎具正性，法不當誅，即使受死，那也是守禮死義；若復讎不具正當性，為報父仇而殺人者並不能免除刑責。

4.韓愈《復仇狀》以為「不許復仇，則傷孝子之心，而乖先王之訓。許復仇，則人將倚法專殺，無以禁止其端矣。」換言之，最終，復仇者為父報仇殺人案，還是要由皇帝作最後決定。

5.白居易《甲乙判》一例中以為「當斷友于之愛，以遵王者之章」，即主張在親人被義殺的情況中，不能再進行復仇，《周禮》明文「凡殺人而義者，令勿仇」，此一原則必須尊重。所以白居易說：「難從不悌之責」，即肯定戊不復仇的行為。

6.王安石《復讎解》認為，在治世，聖王能為人民「施刑於其讎」，所以「復讎」並非治世之道！而在「世亂」時「可以復讎而不復，非孝也」。換言之，王安石是反對在治世「復讎」。而「世亂」時雖則不「復讎」是不孝的。但因「復讎」而受國法之誅，致「滅絕祖宗之祀」也是不孝的。所以，若不能「復讎」，這是天意，只要人子不忘復讎，心不忘其親，也就可以了。

7.丘濬，《明復讎之義》中認為：復仇之義乃天地自然之理，換言之，是自然的正義。國法當明確規範復仇之事，私人間復仇之事，原則以國法為先，即要告官訴理之。只有當公法無法伸張正義時，才准許申私人復仇，但若未告官訴理，報仇不坐只限事發當日。如此，因「復之必報」，一般人民為保全自的生命，才不敢殺害他人生命；而想報仇者知法有規範復仇之事，而不敢任意復仇專殺以犯法。

8.汪琬的《復讎議》，只就清律論之，他認為「凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲，皆可援擅殺以斷者也。」所以，本案張潮兒因其母先為三春所殺，數年後，以手格殺其族兄三春，若合於『少遲』意旨，按律即不當死罪，罪止杖六十而已，汪琬以為當下御史再審。

依大清律：『若祖父母父母被殺，而子孫擅殺行凶人者杖六十，其即時殺死者勿論』云云，等於准許報仇，乃「開相殺之路」。汪琬更放寬律的解釋，認為

「凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲」，皆可援擅殺以斷，罪止杖六十。除了准許私人相殺外，嚴重破壞法秩序的安定性。

9.蕭震的《理刑爰書》中認為復讎之議，法律中未明文許可的原因就是「相殺之路不可開」。並認為公羊傳：「父不受誅。子復讎可也。」云云，是大亂之道。若以復讎而得減刑，等於是法律故意設定罪刑的漏洞，這樣反而會茲長亂源，並非安全社會秩序的正理。

10.吳嘉賓的《復讎論》認為：復仇之情況有三：

(1)以有罪之身殺死無罪者時，許死者親人復讎。因為國家法司無法逮獲殺人者而許人民復讎，則殺人者才會無所容身之地。(2)以無罪之身殺死無罪者時，不許復讎。亦不禁止復讎。如過失殺人者，令其避復讎遠地，則殺人者才會無所依止。本文按，此所稱「無罪」者，應是指原心論罪沒有殺心而致他人於死的情況，即吳嘉賓所指過失殺人者而言。(3)以無罪之身殺死有罪者時，禁止死者親人復讎。即殺人而義者，禁止他方報讎。則復讎者就會有所限度了。

吳嘉賓《復讎論》中認為，在上開復讎的三種情況，都有其不同的作用，所以他才說「復讎正法也」。

綜上，依禮，復仇乃《春秋》大義；就國法而言，殺人者死。所以，對於復仇，從漢代至明、清的法律中，復仇的禮與法的爭議，一直糾纏於整個舊律的時代。同樣的士大夫間《復讎》論述，從漢代的荀悅，一直到清末的吳嘉賓等人，都試圖提出調合禮與法的見解，可見，禮與法的爭議，也一直糾纏於舊律時代的讀書人間。

綜觀前述整個舊律的時代，有關復仇的禮法衝突論述。蕭震的《理刑爰書》中認為復讎之議，法律中未明文許可的原因就是「相殺之路不可開」。並認為若以復讎而得減刑，等於是法律故意設定罪刑的漏洞，這樣反而會茲長亂源，並非安全社會秩序的正理。此一見解無疑最符合現代的看法，值得肯定。

本文認為，復仇的禮法衝突中，首先應隨時代進步而限制復仇的範圍，其次，在刑罰權收歸國家之後，應明確禁止私人間的復仇，一切依司法解決，方是正途。

第四項 復仇觀之於死刑

隨歷史的發展，刑罰權收於國家後，私人間的復仇必然被禁止，但如上所述，傳統的禮教中又告訴人們「子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的。刑罰權收於國家獨佔，國家刑罰必須滿足禮教中人子復讎的要求，所以，當有某人殺害他人父母親，為人子者，若要求國法替他報仇，國家對於殺人者處以死刑變成是理所當然的結果。否則，如國家刑罰無法滿足禮教中復讎的要求，人子可能會以報仇之名擅殺之，淪於私刑的正義。換言之，當國法無法滿足時復仇的要求時，私人的復仇則取代國法行之。

傳統的禮教下的復仇觀，大都認為「復讎正法也」，國家的死刑只不過是替人民執行「復讎式的正義」而已。這個觀念一直影響至今！就如財團法人台灣民主基金會 2015 年 12 月 9 日公佈台灣民主自由人權調查成果，調查顯示，對於廢除死刑的贊成度，有 84.6% 民眾反對廢除死刑²⁵⁸。而法務部執行死刑的理由常是「目前國人仍有 8 成以上民眾贊成維持死刑，在社會達成共識並修法廢除死刑前，法務部僅能以最審慎的態度處理，無拒絕執行的空間²⁵⁹。」而民調如此的高，這顯然和傳統的復仇概念有關，因為復仇在小說、電視據、電影中都是重要的題材²⁶⁰，這對人心影響相當深遠。

本文以為，就是傳統《公羊傳》下的復仇觀，人民的心態一直潛藏著「子不復讎，非子也。」的幽靈，所以歷來我國有關死刑的民調都達八成，若有特殊案件發生，支持死刑的民調只會更高。

如 2016 年 3 月 28 日發生 4 歲女童命案，一名女童在內湖區踩單車時，被一名中年男子突然從後襲擊，割頸身亡的事件²⁶¹。之後，依國家發展委員會 2016 年 4 月 21 日新聞稿，「於臺灣是否要廢除死刑，有近八成八的受訪者不贊成廢除死刑²⁶²」。這是近年不贊成廢除死刑最高的比率。

²⁵⁸ 《人權調查：民眾不信任司法 但 8 成反廢死》新頭殼 newtalk 2015.12.10 符芳碩/台北報導 財團法人台灣民主基金會 2015 年 12 月 9 日公佈台灣民主自由人權調查成果，調查顯示，對於廢除死刑的贊成度，有 84.6% 民眾反對廢除死刑。

<https://tw.mobi.yahoo.com/home/%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E8%AA%BF%E6%9F%A5-%E6%B0%91%E7%9C%BE%E4%B8%8D%E4%BF%A1%E4%BB%BB%E5%8F%B8%E6%B3%95-%E4%BD%868%E6%88%90%E5%8F%8D%E5%BB%A2%E6%AD%BB-21000151.html>(瀏覽時間 2016 年 3 月 22 日 20:35)

²⁵⁹ 法務部新聞稿(2015 年 6 月 5 日；發稿單位：法務部檢察司)

<https://www.moj.gov.tw/public/Attachment/56519314645.pdf>(瀏覽時間 2016 年 3 月 18 日 20:35)

²⁶⁰ 如李安在 1999 年執導的《臥虎藏龍》獲得第 73 屆奧斯卡最佳外語片獎及三個技術獎項。其中劇情主軸之一即是李慕白要找碧眼狐狸為了給師父報仇。劇中李慕白曾說：「我這趟下山想先去給恩師掃墓。恩師遭碧眼狐狸暗算，這麼多年了，師仇還沒報，我竟然萌生了退居江湖的念頭。我想我該去求他的原諒。」，單就該電影屢次得獎及票房佳績，可見報仇觀擴散的影響力。

²⁶¹ 「5 年來 3 宗隨機殺童案 台灣再掀廢死爭議」，發佈日期：2016-03-28 17:09 撰文：方嫻珠。<http://www.hk01.com/>(最後瀏覽時間:2016/05/29)

²⁶² http://www.ndc.gov.tw/Advanced_Search.aspx?q=死刑(到訪時間 2016, 04, 27)

如慎到所言「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已²⁶³。」《慎子·佚文》

我國司法之於死刑的改革，「人心」，無論如何都不可不注意。繞開了民意的改革，不但違反民主原則，我想也難以作為經常久遠之制。

本文以為，民意多少受到傳統《公羊傳》下復仇觀的影響，這樣的復仇觀，實際上是漢代主政者為維護政權的官方選擇，已經超出孔子的本意，因為純就《論語》中孔子的言論中找不到如此的陳述，孔子最多只講過以直報怨而已。而「以直報怨」之「直」的內容是流動的概念，當以該國現行法秩序的內容，作為「以直報怨」之「直」的內容。所以，本文以為傳統《公羊傳》下的復仇觀應予揚棄，而要以國家刑罰為主要的正義呈現。這要由法治的教育著手，去轉變傳統禮教下的復仇觀。



²⁶³ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 200。

第四節 結論

本章已就先秦之禮與刑作綜合的討論，第一節本文只就其等有關「禮」之法律倫理的部分作闡釋，並未涉及「三禮」的考證部分，只就禮的定義、起源、作用、禮之變與不變、禮之最終目標等作討論。第二節則分析先秦之刑及其對後世刑法的影響，第三節則分析先秦之復仇概念，以明復仇式的正義對後世死刑的影響。茲整理各節內容如次：

一、第一節簡報

(一)禮的定義

禮是「秩序」的規範，它的內容是「義」的體現，用以作為人與人間行事的規範。換言之，禮是和於「道」所不可不為的自然規範。儒家認為禮的踐行以孝敬為根本。

(二)禮的起源

禮所生起係本之天地之自然法則，是出之於上天、先王、天子或聖人，為了節制人之性情、欲望，而制訂之規範。

(三)禮的作用

本文整理禮的作用，有如下述諸要點：

1. 禮使人明是非，有別於禽獸。
2. 禮是一切善德的基礎。
3. 禮義可用以疏導人類情感。
4. 禮是人類生活中諸種行為的規範。
5. 禮消極面的作用禁亂止邪於未形；禮積極面的作用教化使人遷善遠罪而不自知。
6. 禮乃國家的綱紀，治國的標準。
7. 禮可以穩固政權。
8. 禮的目的是為達到同一民心治平天下的理想。

(四)禮之變與不變

禮會因時而變，所以，制訂禮時，最重要的是配合時代的需要。順民之心，因時施宜而有損益。但是，禮不可變者，是行之於內者為心必須恭敬；要達到於外的作用是安定人民。這是禮有分不可變的部分。

總之，禮可依人性義理的法則來創造變革，但人性義理的法則是它不變的核心。

(五)禮之最終目標

禮的最終目標是要達到大同之治。然而未達到大同之治前，禮制是不得不用

二、第二節簡報

(一)刑的生起

1. 苗民作五虐之刑，我族襲用之

- 2.自古刑始於兵
- 3.刑是聖人效法天地自然的法則所制定的規範
- 4.刑罰制度乃聖王因防民嗜慾不節而制訂
- 5.制定刑罰，必以天理倫常為準
- 6.刑是由違反孝道而生起

曾子認為仁、義、忠、信、禮、行、彊、樂等一切善德，都是本諸孝道的義理而生。違反了孝道，人會不自覺的做出害於禮法之事，刑罰也因此而生起了。

(二)刑的作用

用刑之最高意旨，在於生民，即刑期於無刑。而所有刑罰中最大的罪即為「不孝」，所以孔子說：「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝。²⁶⁴。」《孝經·五刑》

至今其他刑罰的一般作用，其要點如次：

- 1.刑罰用以糾正人民之犯罪邪行
- 2.刑罰必和政令相互配合使用，不服從教化者方用刑罰
- 3.刑者乃統一人民行為所不得不用之規範
- 4.刑者翦亂誅暴，禁人為非者也
- 5.懲其未犯而防其未然
- 6.刑法只是用來輔助禮樂教化不足

(三)周禮中之刑

- 1.周禮中之死刑
- 2.周禮中之流刑
- 3.周禮中之徒刑
- 4.其他周禮中之刑制

(1)八議

(2)三赦

(3)三宥

5.死刑的復奏制

復奏制度最早見於《禮記·文王世子》，其中雖非有關死刑的復奏制度，但後世影響了隋唐一直到明、清朝時仍保有復奏制度，可謂影響深遠。

6.死刑的替代制度

死刑的慎用

(1)流刑

(2)罪有疑者赦之而罰金

(四)小結

- 1.古之刑始於兵，原本是對外族而用，其後刑之適用範圍才漸漸廣泛，而「象刑」

²⁶⁴ (唐)玄宗注，《孝經》，四部叢刊初編，上海商務，冊3，頁6。

即是五刑由對族外，後來施行於族內，的過度形態。聖人效法天地自然的法則所制定的規範；聖王制訂刑罰之源起是因為人性的「嗜慾不節」，所以先王「順天之道」制定禮儀法度，制定刑罰，必以天理倫常為準。禮與刑間，最終還是希望禮義教化為主，而以刑作為一般預防之用，即前述之「設防，貴其不犯也，制五刑而不用」，設刑而不用。孔子說：雖有五刑之用，不亦可乎！

2. 刑的作用中，在《周禮》中認為，用刑之最高意旨，在於生民，即刑期於無刑。而刑罰的一般作用，在於懲其未犯而防其未然，重點在於一般預防，刑罰具體的對象乃是不服教化的暴亂者，而且刑法只是用來輔助禮樂教化不足，因此，刑罰乃不得已而用之。

3. 《周禮》的刑制

《周禮》有關刑的各種規制，其中規定死刑有的規制有六種之多。其他重要者諸如：

(1) 周代時已有類似死刑的替制度，如流刑、大辟疑赦等。

(2) 周代對死刑執行的慎重性

復奏制度最早見於《禮記·文王世子》，其中雖非有關死刑的復奏制度，但後世影響了隋唐一直到明、清朝時仍保有復奏制度，可謂影響深遠。

(3) 三宥、三赦的寬宥德政。

對象三宥之不識、過失、遺忘者多使出贖。

而對三赦的「幼弱、老旄、蠢愚」者皆不坐而全放之。

三宥、三赦的制度，顯示周代寬宥處刑之德政。後代唐宋之律都受其影響。

三、第三節簡報

鑑於「復仇」與刑罰、死刑有密切關係，本章對先秦有關復仇的概念作一整理與討論。

(一) 復仇

1. 復仇是為臣及人子的義務，「臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也。」《公羊傳·隱公十一年》

2. 與復仇有關之規範

《公羊傳》與《周禮》已明定出復仇的規範，茲整理如次：

(1) 復仇的主体只能是被害者之子。

(2) 不可淪為循環的復仇。

(3) 必須無罪受誅者方可復仇。

(4) 復仇對象不得及於仇人之子。

(5) 報仇者，必須先以書面向司法官員報備。

(6)殺人者若遇王法赦宥，調人先使和之，不和時殺人者則避諸於遠地。

(7)不義之被復仇之他方不可再主張復仇。

3. 漢時的春秋學即是公羊學。漢時又用「春秋折獄」，換言之，即是以《公羊傳》之春秋大義比附定罪，如此之比附定罪不知是否可能離了孔子本意，但它對後世的影響卻是深遠的。

(二)復仇之義是儒家禮的義務

復仇義務，《禮記》、《周禮》均有復仇的記載，包括：

- 1.對於父母之仇
- 2.對於兄弟之仇
- 3.對於伯叔兄弟之仇
- 4.對於朋友之仇

上開父母、兄弟、師長、朋友之仇是可以報仇的。但對於朋友之報仇，父母存則應以孝道為先，此為報仇行動作出了限制規範。學者李隆獻認為，這種儒家以禮作規範的復仇觀，實有別於原始社會的復仇，它是倫理化的復仇，可謂之「五倫復仇觀²⁶⁵」。本文認為，隨時代進步而限制復仇的範圍，在當時是進步的。而在刑罰權收歸國家之後，應禁止私人間的復仇。

(三)殺人移鄉與復仇的禮法衝突

1.殺人移鄉

中國受儒學思想影響極大，禮中明示復仇之義，所以復仇之觀念深入民間，但國法明文殺人者死，如此復仇陷入而現實與法禮的困境。《周禮》中的調人，即於會赦之後，調合之，若無法調合，則設法使之居於遠地，以相避仇讎。換言之，殺人者，若被國法赦免後，則要設法使之避仇他方。

唐律「殺人移鄉」之制，即源出《周禮》，旨在調和此一衝突。由《唐律》律文觀之，祖父母、父母及夫為人所殺，應告官處理，不可因求財利，便即私和，雖然在《唐律疏議》仍曰：「祖父母、父母及夫為人所殺，…有枕戈之義」云云，但唐律並未准許子孫為祖父母、父母復仇，而是要人民告官處理。

2.有關復仇國法規定之反復：(1)報仇是合法的；(2)報仇是非法的。

禮教中明示復仇之義，但國法對於復仇，漢時有時禁止有時又許之；曹魏時才見對復仇施以族刑者，自晉至唐則傾向減罪或赦免。另如元朝則明訂，復仇者不予處罰，而殺父者之家，要賠償喪葬費用即「燒埋銀五十兩」。《明律》之規定，「擅殺行兇人者」僅僅輕刑之「杖六十」、「即時殺行兇人者」勿論，等於許可人

²⁶⁵ 李隆獻著，《復仇觀的省察與詮釋—先秦兩漢魏晉南北朝隋唐編》，臺北：臺灣大學出版，2012，頁26。

民復仇。《大清律例》「父祖被毆」律文承襲《明律》而來。

本文以為，明、清律開復仇之路，應是源自周禮的影響。戴炎輝先生認為元、明、清律上開規定「此開相殺之路，乃歷史的後退²⁶⁶。」

3.有關復仇歷史上著名的論爭

(1) 荀悅認為，要依照復讎是否合法來決定報仇者的有罪與否，合法復讎則生，不合法復讎則處死。依法律來決定復讎的合法性，如此則「義法並立」了。

(2) 陳子昂《復讎義狀》中認為，依國法，殺人者死，復仇者徐元慶當伏誅，但另在其鄉里上褒揚他能報父仇，盡孝道，並在其墓地中立碑表彰之。

(3) 柳宗元《駁復讎議》批駁陳子昂的《復仇議》。認為不可「旌」與「誅」並存，「誅其可旌」就是濫用刑罰，是賞罰不明賞，而且自相矛盾的。柳宗元要求應以係爭案件中「父受誅與否」，來判定復讎的正當性。若復讎具正性，法不當誅，即使受死，那也是守禮死義；若復讎不具正當性，為報父仇而殺人者並不能免除刑責。當然也不當受表揚。

(4) 韓愈《復仇狀》以為，「子復父仇」律無其條，非闕文。乃因「不許復仇，則傷孝子之心，而乖先王之訓。許復仇，則人將倚法專殺，無以禁止其端矣。」所以，他主張，司法官吏一律依法決斷，而該案則讓經術之士得引經而議之。換言之，最終，復仇者為父報仇殺人案，還是要由皇帝作最後決定。

本文以為，依韓愈《復仇狀》，議定而聖裁之，有討好唐憲宗之嫌。但是否能達其所稱「經、律無失其指」，完全決定在統治者手上，只是成就了封建王權，並無新意。

(5) 白居易《甲乙判》一例中以為《周禮》明文「凡殺人而義者，令勿仇」的原則。所以「當斷友于之愛，以遵王者之章」，「難從不悌之責」，即肯定戊不復仇的行為。換言之，在親人被義殺的情況中，不能再進行復仇。

(6) 王安石《復讎解》中認為，在治世，聖王能為人民「施刑於其讎」，所以「復讎」並非治世之道，從而，王安石疑「報讎者，書於士，殺之無罪」，非周公之法！而在「世亂」時「可以復讎而不復，非孝也」。換言之，王安石是反對在治世「復讎」。而「世亂」時雖則不「復讎」是不孝的。但因「復讎」而受國法之誅，致「滅絕祖宗之祀」也是不孝的。所以，若不能「復讎」，這是天意，只要人子不忘復讎，心不忘其親，也就可以了。

(7) 丘濬，《明復讎之義》中認為：復仇之義乃天地自然之理。因有復仇之義。有

²⁶⁶ 戴炎輝，《中國法制史》，臺北：三民，1987，頁64。

仇必有以報之，世上的惡人才會不敢起殺人之念，即該人非但畏公法亦畏私義(即被人復仇)!國法當明確規範復仇之事，私人間復仇之事，原則以國法為先，即要告官訴理之。只有當公法無法伸張正義時，才准許申私人復仇，但若未告官訴理，報仇不坐只限事發當日。另若官員借法殺人者，則不許私自報復。如此因「復之必報」，一般人民為保全自的生命，才不敢殺害他人生命；而想報仇者知法有規範復仇之事，而不敢任意復仇專殺以犯法。

(8) 汪琬的《復讎議》中認為「凡有祖父母父母之讎，雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲，皆可援擅殺以斷者也。」所以，本案張潮兒因其母先為三春所殺，數年後，以手格殺其族兄三春，若合於『少遲』意旨，按律即不當死罪，罪止杖六十而已，汪琬以為當下御史再審。

依大清律：『若祖父母父母被殺，而子孫擅殺行凶人者杖六十，其即時殺死者勿論』云云，等於准許報仇，乃「開相殺之路」。汪琬更放寬律的解釋，認為「雖積至於久遠而後報，皆得謂之遲」，皆可援擅殺以斷，罪止杖六十。除了准許私人相殺外，嚴重破壞法秩序的安定性。

(9) 蕭震的《理刑爰書》中認為復讎之議，法律中未明文許可的原因就是「相殺之路不可開」。並認為公羊傳：「父不受誅。子復讎可也。」云云，是大亂之道。若以復讎而得減刑，等於是法律故意設定罪刑的漏洞，這樣反而會茲長亂源，並非安全社會秩序的正理。

(10) 吳嘉賓的《復讎論》認為：「復讎正法也」。復仇之情況有三：

其一，以有罪之身殺死無罪者時，許死者親人復讎。因為國家法司無法逮獲殺人者而許人民復讎，則殺人者才會無所容身之地。

其二，以無罪之身殺死無罪者時，不許復讎。亦不禁止復讎。如過失殺人者，令其避復讎遠地，則殺人者才會無所依止。本文按，此所稱「無罪」者，應是指原心論罪沒有殺心而致他人於死的情況，即吳嘉賓所指過失殺人者而言。

其三以無罪之身殺死有罪者時，禁止死者親人復讎。即殺人而義者，禁止他方報讎。則復讎者就會有所限度了。

吳嘉賓認為「復讎正法也」，在上開復讎的三種情況，都有其不同的作用。

綜上，復仇的禮法衝突中，歷朝之法並不一致，不過民間、官員及士子多肯定復仇是禮之經義，孝子之行。所以前開議論復仇的文章中，除了陳子昂及蕭震二人認為，復仇者依國法，殺人者死，當伏誅；相殺之路不可開，若以復讎而得減刑，等於是法律故意設定罪刑的漏洞，這樣反而會茲長亂源，並非安全社會秩序的正理。其他八位學者大都肯定復仇乃禮之經，孝之行。一直到清末的吳嘉賓，他還在《復讎論》中仍肯定的認為「復讎正法也」。

所以，在傳統的禮教下，文人士子接受儒家思想影響，沒能更深入的反省，舊時代的法制也一直無法進一步發展，非常可惜。

最後，傳統的禮教下的復仇觀，大都認為「復讎正法也」，國家的死刑只不過是替人民執行「復讎式的正義」而已。這個觀念一直影響至今！

我國司法之於死刑的改革，「人心」，無論如何都不可不注意。繞開了民意的改革，不但違反民主原則，我想也難以作為經常久遠之制。

本文以為，有關死刑的民意，多少受到傳統《公羊傳》下復仇觀的影響，傳統《公羊傳》下的復仇觀應予揚棄，而要以國家刑罰為主要的正義呈現。這要由法治的教育著手，去轉變傳統禮教下的復仇觀。





第四章 從先秦儒道墨法思想論死刑

本文前面第二章已分別論析先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想，第三章則就先秦儒道墨法諸子共同所處的時代，即周朝的規範禮與刑作分析。本章則想以前述論析為基礎來討論死刑的議題。

對於中國傳統的刑罰理念，前大法官李鐘聲曾在釋字第 202 號解釋提出不同意見書，作出精闢的說明：

「中華歷史文化悠久博大，群經之首的易經，講：『人道』，『明罰效法』，『明慎用刑』，『議獄緩死』。記載古代國家大事的書經，講：『明于五刑，以弼五教』，『刑期於無刑』，『祥刑』；又講：『罰懲非死，人極于病』。於是形成富於人道思想『明刑弼教』。『刑期無刑』的刑法理論，奠定歷代的立法基礎。以大漢盛唐的刑法為例，如漢書刑法志云：『古之知法者能省刑，本也；今之知法者不失有罪，末矣』。唐律疏議云：『懲其未犯而防其未然，平其徼纏而存乎博愛』。均足說明我國固有的刑法理論，係作教育性的處罰，使人改過遷善，重新做人。直到今天，仍為舉國上下所信奉的方法與目的。現行監獄行刑法第一條規定：『徒刑拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的』。乃此一理論之條文化¹。」

換言之，即使是死刑，也要如易經所說：『澤上有風，中孚，君子以議獄緩死²。』《易經·中孚》

易經象傳解釋中孚卦，認為風行於澤上，將濕氣潤澤四方，這是主政者內心誠信的象徵，所以，主政者當以至誠審慎於訟獄，對死刑寬之緩之。

主政者之所以要用刑，是不得已而用之。如宋儒朱熹所言：

「明於五刑以弼五教」，雖舜亦不免。教之不從，刑以督之，懲一人而天下人知所勸戒，所謂「辟以止辟」；雖曰殺之，而仁愛之實已行乎中。今非法以求其生，則人無所懲懼，陷於法者愈眾；雖曰仁之，適以害之。「明於五刑以弼五教」，雖舜亦不免。教之不從，刑以督之，懲一人而天下人知所勸戒，所謂「辟以止辟」；雖曰殺之，而仁愛之實已行乎中。今非法以求其生，則人無所懲懼，陷於法者愈眾；雖曰仁之，適以害之³。

朱熹認為「死刑」，是經由執行一人的死刑，讓天下人民知所勸戒。雖然是殺了受刑人一人，但可達到以刑止刑的效果，因此，「死刑」的內在意味是有仁愛於其中的。

以下本文就前述論析為基礎來討論死刑的議題，於此之前，先就我國有關死刑的論述作一簡述。

¹ 司法院解釋編輯委員會，司法院大法官會議解釋續編（三），頁 75。

²（魏）王弼注，（唐）孔穎達疏《十三經注疏·周易》，新文豐出版，2001，頁 133。

³（南宋）黎靖德，《朱子語類》，卷七十八，世華出版，頁 2009。

第一節 我國有關死刑的政策、法規及論述

本節在以先秦儒道墨法諸子的倫理思想來討論死刑的議題前，擬先從我國有關死刑的規定及論述談起，首先說明現在我國死刑問題的爭議焦點，作為本文後續討論的依據。

第一項 我國有關「死刑」的政策及法規

一、我國有關「死刑」的政策

我國目前對「死刑」的政策官方的論述可見於《法務部有關廢除死刑之政策》中載明：「死刑起源於應報主義，係以國家公權力剝奪罪犯生命權，使其永久與社會隔離，由於手段殘酷，不符刑罰亦具教化之主張，故廢除死刑已經是世界潮流，許多民主先進國家已廢除死刑或有條件的廢除死刑，惟是否全面廢除死刑，應視社會發展、法治觀念是否成熟及民眾之共識與支持。根據歷年來所做之相關民意調查，民眾對我國廢止死刑之意見，始終約有百分之八十的受訪者，表示反對，但如有相關配套措施，例如提高有期徒刑上限、無期徒刑假釋門檻等，反對意見則約下降至百分之四十，可見如有配套措施，並透過教育，導正民眾應報思想，應可逐步凝聚廢除死刑之社會共識。法務部將會透過廣泛討論與研究，凝聚多數民眾支持廢除死刑之共識後，才會提出廢除死刑的法律修正案，以兼顧人權之保障及治安之維護。」⁴。由此可見目前我國有關「死刑」的政策可謂是漸進廢除死刑的政策。

又在廢除死刑前當如何？我們可由 2016 年 5 月 10 日法務部有關鄭捷案的新聞稿中看出政府的態度：「...本次執行之死刑定讞者鄭捷，犯下台北捷運殺人案，造成解青雲等 4 名無辜人民因而死亡，另林姓國民等 22 人受到輕重不等之傷害，...其行兇時意識清楚，沒有心神缺陷或精神喪失，所犯下的罪行實屬重大，屬於公政公約規定的最嚴重之罪，所為已達人神共憤地步。又其犯罪情節嚴重破壞社會秩序與安定，造成大眾驚恐不安，並對被害人及其家屬造成永遠難以抹滅之傷害等情狀，其既遭最高法院判處 4 個死刑定讞，法務部自有依法執行以實現社會正義的責任。...人權保障固為普世價值，惟刑事政策必須兼顧被害人人權及社會正義，發揮刑罰抗衡犯罪的功能，以維護社會秩序安定，保障絕大多數善良百姓的安全與福祉⁵。」

可見在廢除死刑前，法務部認為對於屬於公政公約規定的最嚴重之罪，於最高法院判處死刑定讞後，該部自有依法執行以實現社會正義的責任。

二、現行法中明訂「死刑」的條文

因應國際廢除死刑的趨勢，我國於 2002 年將刑法中擄人勒贖並故意殺人罪的唯一死刑修正為「相對死刑」。另於 2006 年 4 月將刑法中的海盜罪、海盜致人於死罪

⁴ 參見：中華民國法務部有關廢除死刑之政策(中英文版)103/10/28；法務部網站：<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26742&ctNode=28252&mp=001>(到訪時間：2016 年 6 月 6 日/14：15)

⁵ 法務部新聞稿，《法務部令准死刑犯鄭捷執行死刑》，2016 年 5 月 10 日。法務部全球資訊網 <https://www.moj.gov.tw/>(到訪時間：2016 年 5 月 26 日/14：05)

中有關「唯一死刑」的罪名的規定修正為「相對死刑」其中於修正理由中說：「死刑制度起源於應報主義，為剝奪罪犯生命之刑罰，使其永遠與社會隔離，而唯一死刑則將應報主義發揮至極點，亦即不分情節輕重，均判處死刑，法官幾無裁量空間，如有誤判，則無任何挽回之餘地，為使裁判更趨客觀、合理，並限縮死刑之適用，唯一死刑應有其檢討修正之必要。其次，死刑為治亂世用重典觀念下的產物，以目前人民對於國家代行應報主義之觀念仍強，死刑之存在或無法避免，然多元化的犯罪問題，過度倚賴重刑尤其是唯一死刑，並不能澈底打擊犯罪，而我國已邁向民主國家之林，對人權之保障亦不遺餘力，故唯一死刑之罪應適時檢討修正之。」⁶。

復次，於 2007 年 1 月將陸海空軍刑法敵前違抗作戰命令罪（第 27 條）、戰時為虛偽命令通報罪（第 66 條第 2 項）特別刑法中有關「唯一死刑」的罪名的規定修正為「相對死刑」。最後，於 2007 年 01 月將妨害國幣懲治條例第 3 條第 2 項之偽造與變造幣券擾亂金融情節重大罪，從「唯一死刑」的罪名的規定修正為「相對死刑」。並進一步於 2011 年 06 月修正該條將死刑廢除改成為最高僅處無期徒刑。

所以，目前現行法因在限縮死刑之適用下只有「相對死刑」存在，茲整理現行法中有相對死刑的罪名如次⁷：

（一）陸海空軍刑法：共計有 20 條

1. 強暴脅迫叛亂罪（第 14 條第 1 項）
2. 暴動勾結外力叛亂罪（第 15 條第 1 項）
3. 直接利敵罪（第 17 條第 1 項）
4. 間接利敵罪（第 18 條第 1 項）
5. 補充利敵罪（第 19 條第 1 項）
6. 洩漏軍事機密罪（第 20 條第 3 項）
7. 投敵罪（第 24 條第 1 項）
8. 無故開啟戰端罪（第 26 條）
9. 敵前違抗作戰命令罪（第 27 條）
10. 戰時委棄軍機罪（第 31 條第 3 項）
11. 戰時攜械逃亡罪（第 41 條第 1 項）
12. 戰時擅離部屬罪（第 42 條第 1 項）
13. 戰時違抗命令罪（第 47 條第 2 項）
14. 戰時聚眾抗命罪（第 48 條第 2 項）
15. 戰時對長官施暴脅迫罪（第 49 條第 2 項）
16. 戰時聚眾對長官施暴脅迫罪（第 50 條第 2 項）
17. 劫持軍艦軍機罪（第 53 條第 1 項）
18. 戰時毀壞直接供作戰軍用設施物品罪（第 58 條第 3 項）
19. 違法製造販賣軍火罪（第 65 條第 1 項、第 2 項）
20. 戰時為虛偽命令通報罪（第 66 條第 2 項）

⁶ 參見：中華民國刑法第三百三十三條、第三百三十四條修正草案總說明（2006.05.17 修正）司法院法學檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

⁷ 以下法條參照司法院法學檢索系統整理。<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

(二)中華民國刑法：共計有 18 條。

1. 暴動內亂罪（第 101 條第 1 項）
2. 通謀開戰端罪（第 103 條第 1 項）
3. 通謀喪失領域罪（第 104 條第 1 項）
4. 直接抗敵民國罪（第 105 條第 1 項）
5. 加重助敵罪（第 107 條第 1 項）
6. 委棄守地罪（第 120 條）
7. 劫持交通工具之罪（第 185 條之 1 第 1 項、第 2 項）
8. 危害毀損交通工具致人於死者罪（第 185 條之 2 第 3 項）
9. 強制性交、猥褻故意殺被害人罪（第 226 條之 1 第 1 項）
10. 公務員強迫他人栽種或販運罌粟種子罪（第 261 條）
11. 普通殺人罪（第 271 條第 1 項）
12. 殺害直系血親尊親屬罪（272 條第 1 項）
13. 普通強盜致死罪（第 328 條第 3 項）
14. 強盜結合罪（第 332 條第 1 項、第 2 項）
15. 海盜罪、海盜致人於死罪（第 333 條第 1 項、第 3 項）
16. 海盜結合罪（334 條第 1 項、第 2 項）
17. 擄人勒贖致人於死罪（第 347 第 2 項）
18. 擄人勒贖結合罪（348 條第 1 項、第 2 項）

(三)其他特別刑事法，共計有 12 條。

1. 民用航空法：
 - (1) 劫持航空器致人於死罪（第 100 第 2 項）
 - (2) 危害飛航安全或其設施致人於死罪（第 101 第 3 項）
 - (3) 未以合格裝備及其零組件製造或維修致人於死罪（第 110 第 3 項）
2. 毒品危害防制條例：
 - (1) 製造、運輸、販賣第一級毒品罪(第 4 條第 1 項)
 - (2) 以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法之方法使人施用第一級毒品罪(第 6 條第 1 項)
 - (3) 公務員假借職務而犯者(第 15 條第 1 項)
3. 妨害兵役治罪條例：
 - (1) 結夥持械妨害兵役因而致人於死罪(第 16 條第 2 項)
 - (2) 公然聚眾持械妨害兵役致人於死罪(第 17 條第 2 項)
4. 兒童及少年性剝削防制條例(原兒童及少年性交易防制條例)⁸：強暴、脅迫等違反

⁸ 本法規部分或全部條文尚未生效。本條例 104.02.04 修正公布之名稱及全文 55 條：施行日期，由行政院定之。

本人意願性剝削故意殺害被害人罪(第 37 條第 1 項)，因本條生效日期未定，現行有效法條為：兒童及少年性交易防制條例第 26 條第 1 項。

5. 殘害人群治罪條例：消滅某民族、種族或宗教團體罪 (第 2 條第 1 項)
6. 槍砲彈藥刀械管制條例：意圖供自己或他人犯罪之用而製造、販賣或運輸火砲等罪(第 7 條第 3 項)
7. 懲治走私條例：走私而持械拒捕或受檢查而傷害人致死罪 (第 4 條)

綜上整理，我國相對死刑的罪名尚有 50 條之多，於未廢除死刑前，對於上開有關死刑的條文應再修法上應再限縮之，本文以為應先將有死刑之條文限於侵害生命法益的犯罪，以符合兩公約中的精神。有關兩公約的部分，請參閱本文下一段。

三、兩公約中有關「死刑」的規定

我國為使人權能與國際人權規範接軌，並確保兩公約保障人權規定具有國內法律效力，於 2009 年 3 月 31 日立法院通過了聯合國人權公約《公民權利與政治權利國際公約》和《經濟、社會及文化權利國際公約》(合稱兩公約)，經總統公布後於同年 12 月 31 日生效。兩公約之施行法於 2009 年 4 月 22 日制定公布，並自同年 12 月 10 日施行，該施行法第 2 條、第 3 條分別規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」、「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋」。其中公民與政治權利國際公約(下稱公政公約)第 6 條明定：「一、人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪。二、凡未廢除死刑之國家，非犯『情節最重大之罪』，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。……」。所謂「情節最重大之罪」，依人權事務委員會相關解釋，限於「蓄意殺害並造成生命喪失」(there was an intention to kill which resulted the loss of life)。

如上所述，兩公約對於未廢除死刑之國家，在前開『情節最重大之罪』特定條件下所為的死刑判決，仍然是允許的。我國最高法院的判決中有引用兩公約而謂：「『公政公約』…限制未廢除死刑國家，祇對「情節最重大之罪」始可判處死刑。我國刑法仍保有死刑宣告制度，但已廢除唯一死刑之罪，賦予法官就具體個案裁量之權責，死刑制度並迭經司法院釋字第一九四、二六三及四七六號為合憲之解釋。故如經正當法律程序接受公平之審判，且經法院就其有利、不利之證據為詳盡之調查後，認被告犯罪事證明確，所犯屬情節最重大之罪，並以其責任為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列科刑輕重標準事項及其他犯罪之一切情狀後，認其罪無可逭，無從求其生者，即非不得科處極刑，並不違背『公政公約』第六條之規定。」(最高法院 103,台上,3062 判決參照)，由此可見我國最高法院對兩公約前開有關「死刑」規定的見解，肯定在以「情節最重大之罪」作為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列之科刑輕重標準事項及其他犯罪一切情狀後，若無從求其生者，此時科處極刑，並不違背『公政公約』第六條之規定。另外，最高法院對死刑案件最新判決中的見

解，請見本文下一段說明。

四、最高法院對死刑案件的審理及最新判決中的見解

(一) 最高法院決定死刑案件一律行言詞辯論

最高法院於 2012 年 11 月 16 日發佈新聞稿：「最高法院決定死刑案件以後一律行言詞辯論」。以下是最高法院對外新聞稿的內容：「一、最高法院在日前召開會議，決定從 101 年 12 月起，就刑事二審宣告死刑的案件，一律行言詞辯論，以示慎重，並且彰顯司法對於生命的尊重。首先於 101 年 12 月 3 日（星期一）上午 10 時，將就吳敏誠殺人上訴案件，進行準備程序(審前會議)，其後將定期就死刑量刑進行言詞辯論。二、因為被告有沒有檢察官起訴的犯罪事實，以及應該如何科刑，都影響被告的權益非常大。對於如果檢察官具體求處死刑的案件，因為關係著剝奪被告的生命權，判決確定執行後將會無法補救，為了讓量刑更加精緻、妥適，審判長可以讓檢察官、被告辯護人就量刑範圍有關的事項互為辯論，再由合議庭綜合全部辯論意旨，並且斟酌被害人家屬的意見，選擇最為妥當的宣告刑，達到罪刑相當的目的。三、本案在本院第一次發回時已經指出：上訴人吳敏誠對於殺人的事實已經認罪，只是爭執量刑的輕重，二審沒有讓檢察官、被告辯護人就上訴人的科刑範圍進行辯論，雖然沒有違法，但不適當。本案上訴人吳敏誠經二審判處死刑，本院審判庭基於對生命權的尊重，因而指定本件就死刑量刑部分進行言詞辯論⁹。」

死刑案件的言詞辯論，除了上揭達到罪刑相當的目的外，更彰顯司法「尊重生命權」。透過死刑案件理性的法律辯論，且顧慮到被害人家屬的意見，能讓社會大眾反思刑法禁止「殺人」與「死刑」間所韻含之尊重生命權的意義。

(二) 最高法院對死刑案件最新判決中的見解

2014 年 5 月 21 日下午 4 時 24 分，鄭捷在台北捷運列車內持刀隨機砍殺，造成 4 死 22 傷的鄭捷，一、二審均被判處死刑，最高法院於 2016 年 4 月 22 日，以 105 年度台上字第 984 號判決¹⁰駁回鄭捷之上訴，而告定讞。

茲整理該判決駁回理由略以：

1. 立法廢除死刑規定前，法院仍應依法審判，不得迴避死刑規定之適用：

贊成或反對廢除死刑，乃無關對、錯之價值選擇，屬言論自由範疇。台灣係民主法治國家，對不同之言論，應互相尊重及包容。公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（下稱兩公約）施行法公布生效後，公政公約第 6 條所揭示之「廢除死刑目標」，雖已為我國成文法所設定之目標，然迄今仍僅止於「目標」，在全國達成共識，並經立法廢除死刑規定前，法院仍應依法審判，不得迴避死刑規定之適用。

⁹ 最高法院決定死刑案件以後一律行言詞辯論新聞稿，引自最高法院網站：

http://tps.judicial.gov.tw/ms_news/index.php?mode=detail&SEQNO=104330(最後流覽時間:2015/09/15)

¹⁰ 最高法院 105 年度台上字第 984 號判決。司法院法學資料檢索系統：

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

2.本件殺人既遂之犯罪事實，符合公政公約第 6 條第 2 項前段所定「最嚴重罪行」之要件：

我國刑罰原則採「行為責任」，而非「行為人責任」；刑法係對某一「犯罪行為」，施以相對應之「刑罰」。犯罪行為是否符合公政公約第 6 條第 2 項所指之「最嚴重罪行」，應嚴格限定。以死刑係「剝奪犯罪人生命」之刑罰言，「最嚴重之罪行」，至少必須是「無理剝奪他人生命」，或與之相當之其他極為嚴重罪名；然並非所有「無理剝奪他人生命」罪名之犯行，均當然係「最嚴重罪行」；基於「行為責任」原則，尚應考量與犯罪行為本身攸關之事項，是否已達最嚴重程度，方足當之。例如，其犯罪行為動機是否具倫理特別可責性（例如嗜血殺人魔、謀財害命、性癮摧花或其他卑鄙動機等）、犯罪手段或情節具特別殘暴性、行為結果具嚴重破壞性、危害性等。

3.死刑之刑罰目的在處罰與一般預防，不及於特別預防：

對於犯罪之「刑罰」，我國向認兼具「防治和處罰犯罪」之作用與功能。監獄行刑法第 1 條規定：「徒刑拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」足見「教化」係「無期徒刑、有期徒刑及拘役」刑罰之執行目的，尚非死刑或罰金刑之刑罰執行目的。

又現代刑罰理論所謂「犯罪應報」，係指理性化以後之法律概念，是基於分配正義原則之作用，對於不法侵害行為，給予等價責任刑罰之意。此即以犯罪人之行為為責任為基礎，使「罪與責相符、刑與罰相當」之真意。實與最原始之「同害報應刑思想」，即「以牙還牙、以眼還眼、以命還命」之概念有別。不能以我國不採「同害報應刑思想」，即否定我國刑罰具現代刑罰理論之「犯罪應報」作用與功能。故而，刑罰之目的就「處罰或懲罰犯罪」言，具犯罪應報及一般預防色彩；就「防治犯罪」言，具一般預防及特別預防色彩。死刑作為刑罰之一種，當亦存有現代刑罰理論之「犯罪應報」概念。

4.本案量處死刑，符合憲法第 23 條之比例原則：

就「與行為事實相關」之裁量事由部分，依原判決所認如前所示之犯罪動機、目的，犯罪時未受任何刺激，犯罪之手段，犯罪所生之危險及損害等情節觀察，本件殺人既遂犯行，已達最殘酷嚴重程度。就「與行為事實相關」之裁量事由中，亦無得量處較輕刑度之事由。

依現代刑罰理論之「犯罪應報」思維，若非課以死刑之處罰，實無以滿足「罪與責相符、刑與罰相當」之刑責要求。亦無法符合上述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」所欲達到之維護社會每一個人生命權之目的。且無法有效發揮刑法之社會規範功能。原判決就殺人既遂罪部分，均量處死刑，符合憲法第 23 條之比例原則，無違法或不當可言。

5.「教化」非死刑刑罰之目的：

於依「罪行」衡量「與罪相符之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」及「與刑相當之罰」後，認非處以死刑無法「實現分配正義」、或符合前述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」之功用時，則該「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「特別預防功能」

存在，已如前述。從而「教化可能性」即非此時應予考量者。本件殺人既遂部分，尚無因「教化」目的而考量上訴人「教化更生可能性」之餘地。

6. 無誤判可能：

上訴人係現行犯，所有犯行除目擊者外，復有相關監視紀錄等科學證據足憑，絕無誤判可能。

綜上，最高法院對死刑案件最新見解認為，贊成或反對廢除死刑，乃無關對、錯之價值選擇，屬言論自由範疇。台灣係民主法治國家，對不同之言論，應互相尊重及包容。公政公約第6條雖揭示有廢除死刑之目標，然在全國達成共識，並經立法廢除死刑規定前，法院仍應依法審判，不得迴避死刑規定之適用。死刑刑罰之目的在「處罰及一般性預防」，不及於特別預防。教化係無期徒刑、有期徒刑、拘役之刑罰執行目的，非死刑刑罰之目的。當罪行與罪責均達「最嚴重」程度，若非科以最重之刑，即死刑，將無法使其罪責與刑罰相符，無法實現個案的正義，也不符合社會普遍認可之法價值體系時，判處死刑為無可迴避之選擇。本件殺人既遂犯行部分，符合公政公約第6條第2項所指「最嚴重罪行」要件，其罪責亦達最嚴重程度。原審判決量處死刑，符合比例原則，無違法或不當。

五、大法官對於死刑的解釋

1. 司法院大法官於1985年所做出的司法院釋字第194號解釋¹¹，首次對於死刑是否違憲之問題加以表態，該號解釋認為：「戡亂時期肅清煙毒條例第五條第一項規定：販賣毒品者，處死刑，立法固嚴，惟係於戡亂時期，為肅清煙毒，以維護國家安全及社會秩序之必要而制定，與憲法第二十三條並無牴觸，亦無牴觸憲法第七條之可言。」
2. 於1990年，司法院釋字第263號解釋文中認為：「懲治盜匪條例為特別刑法，其第二條第一項第九款對意圖勒贖而擄人者，不分犯罪情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，惟依同條例第八條之規定，若有情輕法重之情形者，裁判時本有刑法第五十九條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人者，復得依刑法第三百四十七條第五項規定減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰，與憲法尚無牴觸。」，此號解釋再次認定死刑並未牴觸憲法。
3. 司法院大法官於1999年司法院釋字第476號解釋中表示：「國家刑罰權之實現，立法機關本於一定目的，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑，以別普通刑法於犯罪及刑罰為一般性規定者，倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當；而其為此所採取之手段，即對於人民基本權利為必要之限制，乃補偏救弊所需，亦理所當為者，即應認係符合憲法第二十三條之比例原則。…關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安

¹¹ 以下的司法院大法官解釋均參見以下司法院大法官網站：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>

全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第二十三條之規定，與憲法第十五條亦無牴觸。」此解釋中大法官認為關於死刑之法定刑規定，若無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合並無違反憲法之規定。」

4. 司法院大法官於 2006 年第 1297 次不受理案件議決¹²之第 24 案中再次針對適用之刑法第 271 條第 1 項，科予刑事被告「死刑」之法律規範，有否侵害憲法第 7 條之平等原則、第 15 條之生存權及第 23 條比例原則之疑義中，亦對死刑是否違憲作出表態：「關於死刑為法定刑是否違憲部分，業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號等號解釋有案，尚無再行解釋之必要。」此決議文顯示大法官認為，有關於死刑作為法定刑部分，已有上開解釋在案，無違憲之虞。
5. 2010 年 5 月 28 日，司法院大法官第 1358 次不受理案件之議決又對於死刑制度表示意見：第一、立法院通過的「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」（簡稱兩公約），未規定殺人犯不得判處死刑，公民與政治權利國際公約第六條第六項雖規定，該公約締約國不得援引該條，而延緩或阻止死刑之廢除。惟依同條第二項前段規定之意旨，凡未廢除死刑之國家，如犯情節重大之罪，且依照犯罪時有效並與該公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，尚非不得科處死刑。
6. 於 2012 年，在第 1396 次大法官不受理案件（同年 11 月 21 日）決議文中表示：「關於死刑為法定刑是否違憲，業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號解釋在案，並無牴觸憲法第二十三條之規定。」此決議文大法官重申，有關於死刑作為法定刑部分，已有上開解釋在案，無違憲之虞。
7. 其後 2013 年，於司法院大法官第 1406 次大法官不受理案件（同年 6 月 21 日）、第 1408 次大法官不受理案件（同年 7 月 31 日）、第 1409 次大法官不受理案件（同年 10 月 4 日）、第 1411 次大法官不受理案件（同年 11 月 15 日）中，司法院大法官在不受理案件議決文中都表示：「關於死刑為法定刑是否違憲，業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號解釋在案，並無牴觸憲法第二十三條之規定。」上開決議文大法官均重申有關於死刑作為法定刑部分，已有上開解釋在案，無違憲之虞。
8. 復次，於 2014 年，在司法院大法官第 1416 次大法官不受理案件（同年 4 月 18 日）、第 1418 次大法官不受理案件（同年 6 月 6 日）、第 1424 次大法官不受理案件（同年 11 月 21 日）決議文中都表示：「關於死刑為法定刑是否違憲，業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號解釋在案，並無牴觸憲法第二十三條之規定。」上開決議文大法官同樣都在重申有關於死刑作為法定刑部分，已有上開解釋在案，無違憲之虞之意旨。
9. 再者，2015 年 5 月 1 日司法院大法官第 1430 次不受理案件議決、同年 6 月 5 日

¹² 以下的司法院大法官不受理案件之議決均參見以下司法院大法官網站：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/>

司法院大法官第 1431 次不受理案件議決中都是同樣對死刑是否違憲作出如下表態：「關於死刑為法定刑是否違憲，業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號解釋在案，並無牴觸憲法第二十三條之規定。」上開決議文大法官同樣都在重申有關於死刑作為法定刑部分，已有上開解釋在案，無違憲之虞之意旨。

10. 今年，2016 年 4 月 29 日司法院大法官第 1442 次不受理案件議決，都是同樣對死刑是否違憲作出如下表態：「關於死刑為法定刑是否違憲，業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號解釋在案，並無牴觸憲法第二十三條之規定。」上開決議文大法官同樣都在重申有關於死刑作為法定刑部分，已有上開解釋在案，無違憲之虞之意旨。

綜上整理，我們可以知道司法院大法官自 1999 年作出司法院釋字第 476 號解釋後，關於死刑為法定刑是否違憲部分，一直到目前的態度都始終是以「業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號等號解釋有案，尚無再行解釋之必要。」云云作出不受理案件議決，並沒有改變前開見解。

六、日本有關死刑的現實及討論

本文只選日本作論述，除了同屬東方文化外，主因有三，都與台灣相似，1.日本死刑民調中支持死刑者比例仍達八成。2.日本政府仍執行死刑。3.法學者大多主張廢死刑：

(一)日本死刑民調

日本政府在 2015 年 1 月 24 日公布 2014 年 12 月所進行的「一般法制度問卷調查」之統計結果，其中關於死刑制度部分的調查結果顯示死刑支持論者比例仍達八成。1989 年後，日本政府平均每 5 年做一次問卷調查，其中贊成維持死刑的比例節節升高，自 1989 年的 66.5%，到 1994 年 73.8%、1999 年 79.3%、2004 年 81.4%、至 2009 年的高峰 85.6%，本次 2014 年再略降至 80.6%。相對的，本次贊成廢除死刑的比例為 9.7%¹³。

這與同年(2015)，我國的民調與日本相當近似，調查結果：反對廢死比例 84.4%，贊成廢死者僅 8.9%¹⁴。

(二)日本政府仍執行死刑

2009 年裁判員審判制度實施以來，共 26 人被判死刑，其中 7 人死刑定讞。日本政府於 2015 年 12 月 18 日絞死二名死刑犯，其中一名是日本實施裁判員審判（陪審員審判）制度以來，第一個伏法的死囚。…是法務大臣岩城光英 10 月上台以來，

¹³ 李怡修（一橋大學法律學研究所博士生、國際特赦組織日本分會實習生），
<http://www.taedp.org.tw/story/2802#sthash.kS0CxywJ.dpuf>(造訪時間 2016/03/14/12:30)

¹⁴ 據調查：反對廢死比例 84.4% 贊成者僅 8.9% - 華視新聞網；2015/12/09 12:39 記者孫偉倫／台北報導 <http://news.cts.com.tw/nownews/politics/201512/201512091691684.html>
(造訪時間:2016/3/8/12:50)

首度執行死刑。對於死刑制度的看法，岩城曾表示，多數輿論認為對罪大惡極的犯罪者判處死刑也是不得已的¹⁵。

最近一次，即 2016 年 03 月 24 日，日本法務省 24 日再處決 2 名死刑犯，這是日相安倍 2014 年 12 月連任迄今第 3 次行刑，也是 2012 年 12 月政權交替以來的第 9 次行刑。安倍政權迄今已處決 16 名死囚。日本法務省稱，目前還未處決的死刑犯約有 124 人。岩城於上次處決後表示：「死刑判決，是經法院嚴格、慎重審理後，對於犯下極凶惡的重大罪行的罪犯所得出的結論，我們應尊重法院依法謹慎、嚴格下所做出的判決¹⁶。」

(三)法學者大多主張廢死刑

日本著名的廢除死刑論者即團藤重光(1913 年 11 月 8 日 - 2012 年 6 月 25 日)，他在最高法院任內因審理死刑的案件而生出堅決廢除死刑的想法，除了有著名的《死刑廢止論》¹⁷外，另在其《刑法綱要總論》第三版中表明「誰也不能保障在死刑判決中絕對不會誤判。...我從人道的見地來看，無論如何也要採死刑廢止論¹⁸。」

1995 年 11 月出版的日本「刑法雜誌」作了一個有關死刑制度檢討的特集，在序言中，學者平川宗信即說：在學界中，公開地多數的意見為要求死刑廢除的意見¹⁹。

2001 年 5 月出版的「現代刑事法」也作了一個死刑制度的現狀與展望特集，學者平川宗信在其文章結語中亦提道：現在的死刑存置論，沒有絕對的存置論，可以說都是朝向消極的存置論或是階段的廢止論。現在，存置論亦承認死刑作為刑罰並不妥當。如此說來死刑的存置論與廢止論可以說是沒有感情上的對立，應協力於探究死刑廢止之道，作出死刑的廢止條件，努力於實現廢止死刑方是²⁰。

日本上智大學名譽教授，何塞·永帕特(ホセ・ヨンパルト)在其文章中就寫道：死刑制度的恣意性，特別在每次新上任的法務大臣記者會中，記者都會問道：「會執行死刑嗎？」這個習慣上呈現出來。送死囚離世與否的選擇，僅只是委由法務大臣的意思，這便可以充分證明了²¹。

(四)法學者少數主張維持死刑

1. 學者竹田直平，認為：在社會契約締結時，我們是站在「作為立法者的立場」，在所有人類的價值利益中，「生命」被認為是至高至重的，因此要有效而正義的方法來擔保拘束彼此不互相侵害，違反約定者(殺人者)要以自身相當的價值，即以其生命作替代。這時，「我先受到約束不能殺你，但我即使被你恣意地違反約定而殺了，仍然受到先前我不能殺你的拘束。」這樣子的死刑廢止論是說不通的。這等於是給惡人

¹⁵ 聯合晚報 國際新聞組／綜合報導，日本陪審員制度下 首名死囚伏法 2015-12-18 14:59
[http://udn.com/news/story/6809/1386161-\(造訪時間:2016/3/8/12:57\)](http://udn.com/news/story/6809/1386161-(造訪時間:2016/3/8/12:57))

¹⁶ 請參閱朝日新聞，金子元希，2016 年 3 月 25 日 11 時 24 分

[http://www.asahi.com/articles/ASJ3T36CXJ3TUTIL00N.html5\(造訪時間:2016/5/28/12:57\)](http://www.asahi.com/articles/ASJ3T36CXJ3TUTIL00N.html5(造訪時間:2016/5/28/12:57))

¹⁷ 我國有譯本：團藤重光著；林辰彥譯，《死刑廢止論》，1997，台北：商鼎文化。

¹⁸ 團藤重光，(1992)刑法綱要總論，1997，東京都：創文社，486 頁。

¹⁹ 平川宗信，死刑制度の検討-序言，刑法雜誌，35 卷 1 号，頁 69。

²⁰ 平川宗信，死刑存廢論の法的理論枠組みについて，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 15。

²¹ ホセ・ヨンパルト(Josè Liompart)，死刑存廢論の論争について-死刑廢止論と存置論の立場から，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 10。

先予優待的法律，這與現代所有生命在人權上都平等尊重的理念能調和嗎?...死刑，可說是「對於自己的生命，以及與自己的生命同樣地你的生命，發誓嚴肅地尊重」的誓言，國家對於違反誓言者代為執行其自身的意思²²。

2.學者大谷實認為，從死刑的刑事政策意義來看，刑罰被正當化乃在於其能達成犯罪抑制的目的，最終能期望社會秩序的維持。從而，為了維護社會秩，滿足人民應報的法感情，使之保持對法秩序的信賴，是極為重要的事。因此，若在國民的法確信下，認為對極惡不道德的犯罪者應對之科予死刑的考慮存在的話，還對此無視，並非妥當的刑事政策²³。換言之，為滿足此一應報的法感情，死刑仍具刑事政策上的意義。

3.學者椎橋隆幸認為，有關死刑存廢的問題是國民最基本且重要的事情，因此不得不考慮到國民對此一問題的強烈反應，換言之，他認為要尊重民意調查的結果。另外對於死刑之法的正當化根據，他的見解是:作為刑罰基礎的正義，能表現在對於被害的人性尊嚴價值的再確認，並且盡可能的要求回復原狀。而對於人性尊嚴中最重要且核心的生命被剝奪的場合，損害賠償及其他的制裁並沒有辦法填補生命價值。這時，以死刑作為社會中對生命是個人自我呈現的內在核心之尊嚴的再確認的「儀式」，「死刑」就是作為「儀式」而被正當化²⁴。

4.學者小田晋認為，從1994年美國紐約市長選舉後的經驗看來，具有重大的暗示。即，1993年朱利安尼參選紐約市長，當時他強調將注重警察部門以強硬政策來減低一般犯罪，後來他贏得市長選舉。結果，從1994年到1997年之間，紐約的犯罪件數從476048件減少到355896件，特別是殺人的案件由1572件減少到770件，減少了一半。所謂「處罰不會減少犯罪」及「極刑不能抑制犯罪」云云，從極其自然的人性及人的行動原則看來，上開說法的疑點很多²⁵。

(五) 日本的實務界

1.最高裁判所認為死刑的規定並不違憲

主要理由有三：首先、日本憲法第13條規定：「全體國民都作為個人而受到尊重。對於謀求生存、自由以及幸福的國民權利，只要不違反公共福利，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重。」云云，已預設立法上對於國民生命權之剝奪。再者、憲法第31條規定：「不經法律規定的手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或科以其他刑罰。」云云，反面推論，它肯定了死刑的存置。換言之，以死刑的威嚇力作為一般預防；以死刑之執行用來絕除特殊地社會惡害的根源。最後、死刑並非日本憲法第36條所規定的「殘虐之刑罰」（參照最高裁判所昭和23年3月12日

²² 竹田直平，刑法と近代法秩序，東京都：成文堂，1988，頁300、319。

²³ 大谷實，刑事政策講義，東京都：弘文堂，1993，頁119。

相同見解另見，大谷實，1993，刑法講義，東京都：成文堂，1993，頁510。

²⁴ 椎橋隆幸，日本の死刑制度について，現代刑事法，3卷5号，2001，頁19。

²⁵ 小田晋，人間行動論の見地のからみた死刑存廢論の批判的検証，現代刑事法，3卷5号，2001，頁27。

大法院判決)²⁶。

2.在日本，死刑量刑的基準，實務界則受永山基準影響：

被告永山則夫，在1968年10月開始到1969年4月間，日本東京、京都、函館、名古屋連續發生4個人被槍擊死亡案件。第一審被告被宣告死刑，該案被告提出上訴，於1981年8月21日在東京高等法院判決，其中有關死刑的部分有提到：「對某事件法院有選擇死刑的時候，其死刑的考量應以該案的程度情狀，無論哪一個法院都會選擇死刑者為限。…死刑的宣告應依所有裁判官全體一致的意見而作成的意見，此精神在現行法的運用時值得加以考慮²⁷。」

該案於1983年(昭和58年7月8日)的第一次上告審判決，在最高法院第二小法庭審理，該判決中明白揭示死刑的適用基準為：

(1)犯罪行為的性質、(2)犯罪的動機、(3)犯罪的方法，特別是殺害方法之連續性與殘虐性、(4)結果嚴重性，特別是被害與被害者數、(5)遺屬之被害感情、(6)對社會的影響、(7)犯人的年齡、(8)前科、(9)犯罪後的情狀等，在上開基準各種情況合併考量下，從罪刑均衡來看以及一般預防的觀點，都認為不得不處以極刑的場合下，作出死刑的選擇是允許的。上開九個要點即為日後與永山事件同樣程度案件，是否處以死刑的判決基準²⁸。

所以，永山雖然伏法，但他的死也帶來日本法律的改變，該案件成為了決定死刑的標準，被稱為「永山基準」。

2001年5月出版的「現代刑事法」的有關死刑制度的現狀與展望特集中，學者日高義博(ひだか よしひろ)即以永山事件中的死刑基準，寫了「死刑的適用基準²⁹」一文，該文中精闢地分析作為死刑量刑因子的「永山基準」各點對法院於具體案件中選擇死刑的影響。

(六)死刑的替代刑

學者加藤久雄認為，可以立法設置一種相對於現行的無期徒刑的「特殊的無期徒刑」來替代死刑，這種「特殊的無期徒刑」必須執行滿二十年才可以假釋，而在其假釋後配套措施是「特別的保護觀察制度」即要設執行裁判官作「行為監督」的制度。而且符合「社會感情」是該人得否假釋的必要條件。但這要注意到，所謂「社會感情」與「被害人方面的同意」不同，被害人遺族已經二十年的淡忘，若再以此等惡夢之事再詢問之，等於對被害人遺族的二次被害。另外，對於無責任能力觸法

²⁶ 橋本公亘，日本國憲法，有斐閣，頁319。另參松元忠士，(2002)，日本國憲法(上)，敬文堂，1992，頁251。

²⁷ 轉引自岩井宜子，死刑の適用基礎，刑法雜誌，35卷1号，頁95。岩井宜子，死刑の適用基礎，刑法雜誌，35卷1号，頁95。

²⁸ 岩井宜子，死刑の適用基礎，刑法雜誌，35卷1号，頁95。岩井宜子，死刑の適用基礎，刑法雜誌，35卷1号，頁95。

自永山判決確定後，永山基準幾乎每一本教科書都有提到，諸如：大谷實，刑事政策講義，東京都：弘文堂，1993，頁121。團藤重光，刑法綱要總論，東京都：創文社，1992，488頁。曾根威彥，刑法總論，東京都：弘文堂，2008，頁288。

²⁹ 日高義博，死刑の適用基準について，現代刑事法，3卷5号，2001，頁35-41。

之凶惡的精神障礙者導入剝奪自由同時給予治療改善的保安處分制度³⁰。

學者三原憲三認為，在死刑廢止時，除了考慮死刑的替代刑外，相反的還必須要再三的留意到該替代刑不要違反人道³¹。

(七)早期在日本影響廢死運動的著作

貝加利亞的廢死論早在 1875 年即在日本被提出，而風早八十二於 1929 年單獨翻譯貝加利亞(1738-1794)的名著『犯罪與刑罰』先由刀江書院出版。之後、1938 年由岩波書店出版。戰後 1959 年改版者乃與其妻子風早二葉共同譯成。本書可以說對於日本早期之廢死運動產生鉅大影響的著作³²。

貝加利亞在該文第 16 死刑章中，一開始即明言：

濫用死刑這種刑罰，決然不會使人們更好。死刑真的有用嗎？對賢明的政府而言是正當的嗎？是誰給予人們虐殺同胞的「權利」？...若人們沒有權利自殺的話，他就不能將剝奪自己生命的權利讓渡給他人或社會³³。

這裡即是從社會契約論的觀點，認為國家並沒有權利對人民動用死刑的刑罰。

為了使刑罰正當，只要能令人們想停止犯罪的嚴格程度即可。沒有人不會從犯罪所得到的利益和永久失去自由間相比較，於比較判斷之下，沒有人願意永久失去自由。從而，替代死刑的「終身隸役刑」即足夠嚴厲到使頑固的犯罪者改變其犯罪的決意了³⁴。

由上引文可知，貝加利亞在當時已經提出用類似「終身監禁」的刑罰來替代死刑。

七、小結

綜上整理可知我國有關「死刑」的政策是漸進廢除死刑的政策。故在現行法的修正上首先將刑法與特別刑法中有關「唯一死刑」的罪名的規定修正為「相對死刑」。再來就法規中有死刑規定的部分設法修正為去死刑化，就如前述之妨害國幣懲治條例第 3 條第 2 項之偽造與變造幣券擾亂金融情節重大罪，從「唯一死刑」的罪名的規定修正為「相對死刑」。於 2011 年 6 月並進一步修正該條將死刑廢除改成為最高僅處無期徒刑。而兩公約中有關「死刑」的規定，我國最高法院對兩公約前開有關「死刑」規定的見解，肯定在以「情節最重大之罪」作為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列之科刑輕重標準事項及其他犯罪一切情狀後，若無從求其生者，此時科處極刑，並不違背『公政公約』第六條之規定。另外，最高法院 2012 年 11 月 16 日決定死刑案件以後一律行言詞辯論，期達到罪刑相當的目的外，更彰顯司法「尊重生命權」。透過死刑案件理性的法律辯論，且顧慮到被害人家屬的意見，能讓社會大

³⁰ 加藤久雄，死刑の替代刑について，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 56-57。

³¹ 三原憲三，死刑廢止の研究，東京：成文堂，2010，頁 617。

³² 有關貝加利亞的廢死論對日本的影響請參閱：団藤重光著；林辰彥譯，《死刑廢止論》，1997，台北：商鼎文化，頁 157-161。

³³ 風早八十二、風早二葉譯，ベッカリーア著，犯罪と刑罰，東京都：由岩波書店，1978，頁 90-91。

³⁴ 風早八十二、風早二葉譯，ベッカリーア著，犯罪と刑罰，東京都：由岩波書店，1978，頁 94-95。

眾反思刑法禁止「殺人」與「死刑」間所蘊含之尊重生命權的意義。最後，司法院大法官自 1999 年作出司法院釋字第 476 號解釋後，關於死刑為法定刑是否違憲部分，其態度都始終是以「業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號等號解釋有案，尚無再行解釋之必要。」並沒有改變前開見解。

本節在最後一段略為介紹日本死刑存廢論，發現與我國的過程有驚人的相似，日本法學界如前開學者平川宗信所說的：在學界中，多數公開地的意見是要求死刑廢除。而且，現在的死刑存置論亦承認死刑作為刑罰並不妥當。

換言之，死刑的存置論與廢止論並非對立，應協力於探究死刑廢止之道，作出死刑的廢止條件，努力於實現廢止死刑方是。此一見解本文表示讚同。

另學者三原憲三認為，在死刑廢止時，死刑的替代刑必須要留意到該替代刑不要違反人道。

日本政府與我國同樣現階段都有執行死刑，支持死刑的民調也都達到八成，但日本對於死刑廢止的研究較我國完善，只差如何調和高達八成的反對民意，這也是我們應該注意的地方。

最後，若以前開永山基準審視，檢視之下，最高法院 105 年度台上字第 984 號判決，之於鄭捷在台北捷運列車內持刀隨機砍殺，造成 4 死 22 傷的情事，該判決中上開永山基準九個要點大多有作論述，但對於第(5)遺屬之被害感情部分，判決中沒有論及(當然我們可以說，該罪行已嚴重到不用論及此點)；第(9)犯罪後的情狀，則僅以「教化」非死刑刑罰之目的，從而「教化可能性」即非此時應予考量者，一筆帶過。綜上，該判決理由尚有補強的空間。

第二項 有關支持死刑與否的正反論述

關於支持死刑與廢除死刑的理由幾乎所有的刑法課本都有，而且內容都差不多，我國學者多主張廢除死刑³⁵，只有少數明顯支持死刑者³⁶。本文上一節中已介紹我國現行法中有關「死刑」的政策及法規，本節中擬僅就支持死刑與廢除死刑的論述作簡要的整理³⁷，另外基於國際趨勢主流是廢除死刑，但我國人民多數反對廢除死刑，因此本文整理出廢除死刑論的困惑，以檢視除了支持死刑的論述外，為何在我國廢除死刑仍舊不能令大眾接受的理由。

一、支持死刑的論述

支持死刑的論述又常稱之為死刑存置論，其理由略述如次：

(一)基於正義的要求：應報理論又被稱為正義理論³⁸，人因其惡行，自我承擔，並自我負責，因此而得到刑罰的痛苦，這是正義的基本實現。死刑可以平息以被害人或其親屬的怨恨心理，符合正義的要求³⁹。而且，台灣一直都有七成以上的人民，表示反對廢除死刑，因此死刑的存在符合社會大眾的感受，也是對於一般善良國民生命的尊重。

(二)免於私人之間的復仇：刑罰權收由國家來專有，是要免於私人之間的復仇，如果國家不能重視被害人及其親屬的怨恨心理，無法滿足其正義的要求，難免令其等萌生私下尋仇的念頭。國家的想要維持社會秩序，其刑罰權必然要符合基本的人民正義的要求。

(三)不符合人道主義：對於重大殘虐的犯罪者，若不判處死刑，永久隔離之，他將繼續危害社會，對於再次犯罪之被害人而言等同國家縱容行凶，且廢除死刑不能給予合於應報的刑罰，不符合人道主義！而且，若死刑不合於人道，無期徒刑亦不合於人道。

(四)合乎經濟的要求：對於窮兇惡極、毫無矯治可能者判處死刑，永久隔離之，可避免該人繼續危害社會。另外，可以降低政府獄政管理上的負擔，符合經濟原則。

³⁵ 張麗卿、王紀軒、韓政道，兩岸死刑存廢之探討，收錄於：何秉松主編，《全球化時代犯罪與刑罰理念》，北京：中國民主法制出版社，2011年11月出版，頁768-773。

³⁶ 早期如：韓忠模，刑法原理，台北：五南，1982年4月，頁406-407。

當代學者如：林東茂，刑法綜覽，台北：一品文化出版，2012年8月七版，頁27-30。

³⁷ 此部分整理參考：張麗卿，刑法總則理論與應用，台北：五南，2015年9月五版，頁501。

許福生，從刑事政策觀點論死刑之存廢，《刑事法雜誌》，2007年6月，51卷3期，頁71-105。

³⁸ 林山田，刑法通論(下)，自版，2008年1月，頁416、424。

³⁹ 筆者稱此為庶民的正義，庶民要求國家要作的其實不多，只是想讓失去最愛的深層苦痛及永遠無法平復的傷口得到一絲的慰藉，如果國家連這一絲的慰藉都不給予，如何令庶民相信司法能有正義？人民若無法相信司法追求正義的理念，法秩序的民意基礎將危殆不安，所謂人權云云，也將被視為政客的空頭支票。所以，如果廢死是必然，人民對於庶民的正義的要求必須加以重視，要有完善的配套措施，它要能彌平人民對庶民正義要求的情緒，如果法律連這都作不到的話，人民還能期待司法作什麼呢？

(五)一般預防：而怕死是人的天性，所以死刑具有相當的嚇阻作用，另外可以一般大眾作警惕的作用。

(六)實務誤判：誤判並非死刑本身的問題，只要本諸無罪推定，妥善運用證據法則，輔以現代科技，應當可以避免誤判。況且目前死刑適用範圍已大幅縮小，且無絕對死刑的規定，而其他刑罰同樣也有誤判的可能，所以這並非死刑本身的問題，而是刑事訴訟制度的問題。

二、支持廢除死刑的論述

支持廢除死刑的論述，其理由略述如次：

(一)違背人道、人權精神：國家用法律規定禁止殺人，但卻制定法律用以殺人，這本身即是互相矛盾的。何況死刑本身剝奪生命的殘酷性，與人類追求仁愛的精神不符，更違背人道精神。憲法保障基本人權，生命的存在是一切權利的基礎，任何人都沒有權力剝奪他人的基本人權，特別是生命權。

(二)犯罪的發生並非僅只是犯罪者個人的因素：犯罪行為之發生其成因複雜，並為非僅只出於犯罪人個人的因素，用剝奪犯罪者生命來當作悲劇事件的解決方式，實際上只是漠視了原本要解決的社會病態原因，這對犯罪者本身並不公平，也沒有真正解決問題。死刑只是成為執政者作為解決民怨的方式而已。

(三)執行死刑了就再也沒有救濟機會：司法審判，審理的永遠是訴訟上的事實，沒有時空機器回到案發當時，所以，無論是如何的小心，所呈現的只是證據呈現的事實，仍有誤判的可能性。若對無辜者執行死刑，該無辜者受死的生命永遠無法回復，這種因為錯誤造成悲劇，根本沒有救濟的機會。

(四)無法證明死刑具有威嚇作用：並沒有確切的證據，足以證明死刑確實具有威嚇作用，反而是刑罰愈嚴苛，愈容易助長人類的殘酷心態。

(五)對被害者家屬生活上並無實質幫助：被害人已死亡，若再將犯罪人處死，對被害者家屬的生活並無實質幫助。若能讓犯罪人以自由刑的方式令其勞作，用此勞作所得填補被害者家屬的損害，這種物質或金錢對於被害人家屬而言，至少可避免陷入生活困境。

三、支持漸進廢除死刑的論述

學者對於我國現在法律中存有死刑，多數民眾也支持死刑而國際上廢除死刑論是主流趨勢的事實下，基於尊重現行的制度，提出漸進廢除死刑的論述，在廢除死

刑前、後可能的替代方案有⁴⁰：(一)終身監禁，不得假釋之無期徒刑；(二)長期監禁，視情況得假釋；(三)引進中共死緩制度：

在尚未廢除死刑前，如果有公正客觀的考察機制，受死緩者幾乎可避免死刑執行，學者有認台灣在廢除死刑前應引進死緩制度⁴¹。

但上開替代方案仍有其爭議，分別說明如次：

(一)以終身監禁，不得假釋之無期徒刑替代之

廢除死刑後，以終身監禁，不得假釋之無期徒刑替代死刑，學者王玉葉亦認為，在合於人道，有利更生，過著有人性尊嚴的日子下，並不反對之⁴²。但這也是不得假釋之無期徒刑，被質疑的地方：

1.不符合人道：終身監禁而不得假釋之無期徒刑，受刑人完全沒有絲毫出獄的可能，本文以為，終身監禁不得假釋，這讓受刑人活在完全無絲毫希望的日子中，這也是非常不人道的做法。

2.國家資源配置問題：若受刑人必須在獄中老死，該人何必在乎監獄的規定，反正一輩子都要老死在監獄中而沒有任何假釋可能，若是不服管理或可能傷害其他受刑人甚至自殘，獄方在管理上極為困難。另外，該受刑人老病就醫、行動不便、臥病在床都要有人在旁照顧、戒護。以目前監獄在有限的人力、物力下如何面對？相較於守法的無依老人，他們可能貧苦無依，無法受到妥善的醫療照顧，反而罪大惡極者，國家要花費人力、財力及各項資源照料其日常生活，一直到其命終死亡，這實在很難符合社會大眾的情感。

3.助長老人犯罪：承前所述受刑人不用煩惱吃飯、住宿的問題，連老病就醫都有人陪同、戒護。日本就是一例證，據報導，日本政府最新數據顯示(2015.07.16)，日本65歲長者的犯罪率首度超越青少年，凸顯日本高齡化的社會現象⁴³。日本老人犯罪的暴增主因是經濟條件不佳，且在越來越多人步入暮年之際，卻又大幅刪減福利經費。合理的推論，日本老人犯罪只為解決食物和住宿問題。

(二)以長期監禁，視情況得假釋替代之

廢除死刑後，以長期監禁，視情況得假釋替代之：

我國的無期徒刑於民國九十四年以前服刑逾十五年則可聲請假釋，當時受到相

⁴⁰ 林占青，我國執行死刑之司法實務與其替代方案之爭議，《刑事法雜誌》，2007年6月，51卷3期，頁67-70。

⁴¹ 請參考：張麗卿、王紀軒、韓政道，兩岸死刑存廢之探討，收錄於：何秉松主編，《全球化時代犯罪與刑罰理念》，北京：中國民主法制出版社，2011年11月出版，頁786。林東茂，刑法綜覽，台北：一品文化出版，2012年8月，七版，頁30。李永然，從民意調查探討我國社會對死刑的看法，《刑事法雜誌》，2007，6月，51卷3期，頁112。黃國鐘，人道關懷與死刑存廢，《刑事法雜誌》，2007年6月，51卷3期，頁141。

⁴² 王玉葉，《歐美死刑論述》，元照出版社 2015年1月，頁279。

⁴³ 自由時報：日本65歲以上犯罪率首度超過青少年 2015-07-18〔編譯魏國金／綜合報導〕

<http://news.ltn.com.tw/news/world/paper/898890>(造訪時間 2016/03/15/18:36)

當的批判，所以於民國九十四年二月二日修正刑法中將有我國現行的無期徒刑有關假釋規定的條文，無期徒刑的假釋年限提高為二十五年，而於九十五年七月一日正式施行。為了與我國現行的無期徒刑二十五年作之區分，「長期監禁，視情況得假釋」的型態的所謂「長期」到底是三十年、四十年還是五十年才適當？謝瑞智認為⁴⁴如果要廢除死刑，無期徒刑可分為兩類：一是滿四十年才可假釋者、另一是終身監禁不得假釋者，如要赦免至少要執行滿五十年才可。如以滿四十年才可假釋論之，若該受刑人入獄時為三十歲，以當今資訊與科技是如此發達，社會變遷非常快速的青情況下，四十年之後的社會已然成為與現今完全不同的面貌，在人事全非的環境下，該受刑人出獄時已七十歲了，那時要他如何謀生？如何適應當時的環境？而且社會上的人們能否接受他，這些都是問題，而且該受刑人出獄後若無法適應，可能的情況是為了回到最熟悉又可安養老年的牢獄中，再次對無辜者犯下大罪(犯太輕罪的不行，因其刑期可能無法讓其終老獄中)；或是自我終結生命，這兩種情形都是我們不想看到而可能發生的結果。

(三)引進中共死緩制度

中共面對全球化的發展，近年也在談論死刑的改革，學者趙秉志認為要限制死刑的適用，最終朝向廢止死刑，與主流全面接軌⁴⁵。學者賴早興認為在國際廢止死刑的大趨勢中，應先利用死緩制度以達成減少死刑執行目的⁴⁶。

清律中類似死緩制度者為斬監候。斬監候，是指將判決斬刑之人犯先加以監禁，等待秋審和朝審。於秋審中再分為情實、可矜、留養承嗣、緩決等四種。其中可矜、留養承嗣，特別是緩決案件，通常後來都予以減刑⁴⁷。這一制度執行的結果，類似中共現行的死刑緩期執行制度。

本文以為若我國要引進死緩制度⁴⁸，替代或減少死刑執行，當注意以下問題：

⁴⁴ 謝瑞智，死刑應否廢止，《刑事法雜誌》，2007年6月，51卷3期，頁143-145。

⁴⁵ 趙秉志，論全球化代中國死刑制度改革，《寬嚴相濟刑事政策在死刑適用中的貫徹研究》，北京：法制出版社，2015，頁15。

⁴⁶ 賴早興，論全球化代中國死刑制度改革，《寬嚴相濟刑事政策在死刑適用中的貫徹研究》，北京：法制出版社，2015，頁203。

⁴⁷ 胡東興，《中國古代死刑制度史》，北京：法律出版社，2008，頁66。

⁴⁸ 中華人民共和國刑法：中華人民共和國第十二屆全國人民代表大會常務委員會第十六次會議於2015年8月29日通過，現予公佈，自2015年11月1日起施行。中華人民共和國主席令第三十號。中華人民共和國刑法修正案（九），其中有關死刑緩期執行制度的修正如下：

第48條 死刑祇適用於罪行極其嚴重的犯罪分子。對於應當判處死刑的犯罪分子，如果不是必須立即執行的，可以判處死刑同時宣告緩期二年執行。

第50條 判處死刑緩期執行的，在死刑緩期執行期間，如果沒有故意犯罪，二年期滿以後，減為無期徒刑；如果確有重大立功表現，二年期滿以後，減為二十五年有期徒刑；如果故意犯罪，情節惡劣的，報請最高人民法院核准後執行死刑；對於故意犯罪未執行死刑的，死刑緩期執行的期間重新計算，並報最高人民法院備案。

對被判處死刑緩期執行的累犯以及因故意殺人、強姦、搶劫、綁架、放火、爆炸、投放危險物質或者有組織的暴力性犯罪被判處死刑緩期執行的犯罪分子，人民法院根據犯罪情節等情況可以同時決定對其限制減刑。

參考中國法律法規信息庫：<http://law.npc.gov.cn/FLFG/index.jsp>

1.死緩制度中何謂「不是必須立即執行的」？其意語焉不詳，而且給予法官裁量生與死的空間太大，容易產生弊端。

學者儲槐植認為，「刑法第 48 條，可否判處死緩“不是必須立即執行的”，主要看“犯罪分子”的具體情況，考察其觀惡性大小和人身危險性深淺，這就是犯罪分子的人格狀況。人格就是人的品格，個人的道德品質。人格考察的目的是查明刑法第 5 條規定的“刑事責任”（罪責）⁴⁹。」

本文以為，上開用語，若用現代刑事政策的用語，即被告的教化可能性。換言之，若被告有教化可能性則會被評估為「不是必須立即執行的」。從而該被告即可於判處死刑同時宣告緩期二年執行。

2.中華人民共和國刑法 2015 年 8 月 29 日修正通過第 50 條第一項，加上「情節惡劣的，報請最高人民法院核准後執行死刑；對於故意犯罪未執行死刑的，死刑緩期執行的期間重新計算，並報最高人民法院備案。」換言之，依該法規定，死刑緩期執行期間，受刑人因其表現，有三種不同的法律效果：

（1）在死刑緩期執行期間行刑期間，如果沒有故意犯罪，二年期滿以後，減為無期徒刑。

問題是，受死刑判決確定者，通常已在獄中監禁了，為何單純兩年緩期期滿，期間如未故意犯罪，即可逃避死刑？服從法律不是人民應盡的義務嗎？何況其等身在獄中，自會謹慎守法以求生機，如此消極的不再故意犯罪，即可逃避死刑，未免有浮濫之嫌。

（2）如果確有重大立功表現，二年期滿以後，減為二十五年有期徒刑。

「確有重大立功者」究竟指的是什麼，難以作公平客觀的判斷，可能會讓人產有錢、有地位的人才可能「有重大立功」，對人民司法的信賴傷害甚大，其弊多於利，而且「戴罪立功」是封建時代的思想，無法作為現代法制的常規。

（3）如果故意犯罪，情節惡劣的，報請最高人民法院核准後執行死刑；對於故意犯罪未執行死刑的，死刑緩期執行的期間重新計算。

上文「情節惡劣的」究竟指的是什麼，此種抽象、不明確的立法用語，難以作公平客觀的判斷，會導致人民對司法的不信賴，其弊多於利。

綜上，在廢除死刑前、後可能的替代方案(一)終身監禁，不得假釋之無期徒刑；(二)長期監禁，視情況得假釋；(三)引進中共死緩制度。這三點，雖然都有可議之處，但至少也有它可行的地方，政策要如何決定與克服有關的困難，尚待進一步討論。

不過，就如學者張麗卿所述，死緩制度若能建立公平客觀的考察機制，只要受死緩者改過向善，幾乎可完全避免死刑的執行，如此不僅可保留死刑的威懾力，又呈現出人道關懷，這是可參考的修法方向⁵⁰，本文亦贊同此說。

⁴⁹ 儲槐植，論全球化代中國死刑制度改革，《寬嚴相濟刑事政策在死刑適用中的貫徹研究》，北京：法制出版社，2015，頁 142。

⁵⁰ 張麗卿，《刑法總則理論與應用》，五南出版社，2015，頁 502。

第三項 對於廢除死刑的論述的疑惑

在廢除死刑的國際潮流下，台灣有如此大的反對聲音，顯然單單以前開支持廢除死刑的論述實在難以令大眾信服，廢除死刑論者若確信「廢除死刑」是對的，那麼論者應該教育大眾並給予人民的困惑作清楚說明，學者陳瑞麟提出對廢除死刑的六個困惑⁵¹，本文僅擇其要者論之：

一、為何不該對窮兇極惡之徒執行死刑？

我國司法實務中除了在最高法院於決定死刑案件一律行言詞辯論外，幾乎只要被告有一絲悔意顯示其教化的可能性則不會立即被判死刑，以最高法院 100 年度台上字第 7302 號吳敏誠殺人上訴案件為例。第二次撤銷發回的理由甚至直接講明：「基於對生命絕對權優先之推定，法院對於宣告死刑之案件，除應於理由內就如何本於責任原則，依刑法第五十七條所定各款審酌情形，加以說明外，並須就犯罪行為人確實是泯滅天性，窮凶極惡之徒，事後又確無悛悔實據，顯無教化遷善之可能，以及從主觀惡性與客觀犯行加以確實考量，何以必須剝奪其生命權，使與社會永久隔離之情形，詳加敘明，以昭慎重，如判處終身監禁同樣可以達到將犯罪行為人從社會中實質剔除之目的，則保護社會不再受其危害此一目的即不能作為判處死刑之審酌事由」。

換言之，犯罪行為人確實是泯滅天性，窮凶極惡之徒，事後又確無悛悔實據，顯無教化遷善之可能，才能判處死刑。對於嚴格審理及限縮死刑的範圍，我想一般民眾都不會反對，但是在庶民智慧的直覺上就如下的例示案件型態，對於窮凶極惡之徒不該論處死刑，在情感與理性上都覺得困惑：

1. 犯下種族大屠殺之執行者及下令者。
2. 發動恐怖攻擊造成多人死傷者。
3. 無差別連續殺死多人者。
4. 劫持團體人質，冷酷殺害人質者。
5. 連續性侵害後並殺害被害人者。

在庶民智慧的直覺上困惑的是，為何對上述窮凶極惡之徒不執行死刑是進步、有智慧的？「廢除死刑」論者堅持認為此類犯罪者不用處以死刑，有什麼更深層的理由可以說服庶民直覺上的困惑？

二、死刑存廢之爭為何不以公投教育人民？

若死刑存廢如果只是法律問題，那就透過修正法律來解決。但法律的制定與修正，它實際是政治問題，只是沒有爭議時並不明顯呈現。民主社會法律不外是民意的體現，若無法由立法機構來修訂，則可經由人民直接立法，因為政治即是公意，人民直接立法，避免人民反對的法律被議會通過；又可以實現人民參政之實；更可調合人民對立的僵局⁵²。

所以，死刑存廢的法律問題，可經由人民直接立法，表民其接受的意向。就如

⁵¹ 陳先生在其文章中提出多點疑惑，本文僅擇其要者論之。詳細請參考：陳瑞麟，對廢除死刑的六個困惑，《思想》，2011年，1月，第17期，頁189-207。

⁵² 薩孟武，《政治學》，臺北：三民，2006年10月，頁487-488。

哈特即認為，法體系存在的基礎，有二個最低的要件，首先，符合該法體系有效性基準的規則被人民一般性地服從，在健全社會中，人民會接受這些規則作為共同的行為基準；另一方面，提供該法體系有效性基準的承認規則、變更規則及裁判規則被官員作為共同的行為標準⁵³。

換言之，就有關死刑存廢的規則而言，健全社會中，人民會接受有效性基準的承認規則所認證的規則，作為共同的行為基準。

就我國而言，本文認為依公民投票法來決定死刑存廢的法律、政治問題，也許是一個好的方式，我國既然以死刑廢除作為目標，理應利用現有的法制依公民投票來決定死刑的存廢。

因為，依公民投票法第 16 條規定，立法院對於第二條第二項第三款之事項(重大政策之創制或複決)，認有進行公民投票之必要者，得附具主文、理由書，經立法院院會通過後，交由中央選舉委員會辦理公民投票。而依該法第 18 條第二、第三項規定，中央選舉委員會應以公費，在全國性無線電視頻道提供時段，供正反意見支持代表發表意見或進行辯論，受指定之電視臺不得拒絕。

正反意見支持代表發表意見或進行辯論，其為全國性公民投票案應在全國性無線電視頻道至少舉辦五場。

如此，有關死刑存廢的正反意見，其支持代表發表意見或進行辯論，在全國性無線電視頻道至少舉辦五場。透過至少舉辦五場的全國性無線電視頻道的發表意見或進行辯論，真理愈辯愈明，人民的參政與法治理念亦會提昇。

雖然，依該法第 33 條規定，公民投票案之提案經通過或否決者，自各該選舉委員會公告該投票結果之日起三年內，不得就同一事項重行提出。至少有關死刑存廢的正反意見，被否決者，並非永久沒有再次公民投票的機會。

本文以為政府當主動就死刑存廢的法律問題，以公民投票的運動方式，透過至少舉辦五場的全國性辯論，用以教育人民，即使被否決了，為了廢除死刑的目標，三年後再接再厲，有何不可？隨著法治教育普及，最終，符合我國法體系有效性基準的規則，即經公投後的死刑政策與法律，人民會接受這些規則作為共同的行為基準。

⁵³ 矢崎光園監訳，H.L.A.ハート，法の概念，みすず書房，1992，頁 126-127。
H. L. A. Hart, The Concept of Law Oxford: Oxford University Press (1961), P113.

第四項 小結

如前所述，司法院大法官自 1999 年作出司法院釋字第 476 號解釋後，關於死刑為法定刑是否違憲部分，其態度都始終是以「業經本院釋字第一九四號、第二六三號及第四七六號等號解釋有案，尚無再行解釋之必要。」而國際上有廢除死刑的趨勢，從上開整理可知我國有關「死刑」的政策是漸進廢除死刑的政策。

最高法院對死刑案件最新見解認為，贊成或反對廢除死刑，乃無關對、錯之價值選擇，屬言論自由範疇。公政公約第 6 條雖揭示有廢除死刑之目標，然在全國達成共識，並經立法廢除死刑規定前，法院仍應依法審判，不得迴避死刑規定之適用。死刑刑罰之目的在「處罰及一般性預防」，不及於特別預防。教化係無期徒刑、有期徒刑、拘役之刑罰執行目的，非死刑刑罰之目的。當罪行與罪責均達「最嚴重」程度，符合公政公約第 6 條第 2 項所指「最嚴重罪行」要件，法院判決量處死刑，符合比例原則，無違法或不當。

另外，廢除死刑的論述與支持死刑的論述已見前述，各自都有言之成理的地方，彼此並沒有能說服對方，而在台灣仍有如此大的反對廢除死刑的民意下，顯然單單以前開支持廢除死刑的論述，實在尚難以令大眾信服，廢除死刑論者若確信「廢除死刑」是對的，應該教育大眾並給予清楚說明才是。

本文以為，最好的教育方式，是以公民投票的運動方式，透過每次公投至少舉辦五場的全國性辯論，用以教育人民。最終，符合民心，又合於我國法體系有效性基準的規則，即經公投後的死刑政策與法律，人民會接受這一規則作為共同的行為基準。

本文以下試從先秦諸子之法律倫理學的視角，試圖找出傳統文化的論述及對本論題合理可行的方法。

第二節 先秦儒道墨法諸子對死刑之存廢之看法

前面本文先已就先秦諸子之倫理學作介紹，鑑於我國對死刑存廢問題的探討，多以繼受西方法律的思惟來論述，欠缺傳統中國法律思想面向的考量，因此，本文以下行文則特別就各家倫理思想作引申，針對「死刑之存廢」之命題作論述。

又因先秦時，諸子因時代所限，當然無法預見現代死刑的存廢之爭，所以本文對其等法律倫理學採用創造性的詮釋為方法說明之。

第一項 儒家—孔孟荀

前已述及儒家孔孟荀三子倫理學之大概，以下僅就其等學說中可以導出與死刑之存廢有關之看法之部分加以說明。

一、孔子

(一) 以直報怨，以德報德

或曰：「以德報怨，何如？」子曰：「何以報德？以直報怨，以德報德⁵⁴。」《論語·憲問》

有人問孔子說：用恩德來回報怨恨，怎麼樣？孔子回說：那又用什麼來回報恩德呢？應該用正直（公正）來回報怨恨，用仁德來回報恩德。

皇侃疏云：孔子不許以德報怨，言與我有怨者，我宜用直道報之；若與我有德者，我以備德報之也。所以不以德報怨者，若行怨而德報者，則天下皆行怨以要德報之，如此是取怨之道也⁵⁵。

換言之，孔子並不贊成「以德（仁德）報怨」，所以說要「以直（公正）報怨，以德（仁德）報德（恩德）」要用公直的態度對待有怨仇的人。

所以，上文用創造的詮釋即為，若有為怨犯罪者，進入司法程序就交給司法吧！當今的法律如何對該罪加以處罰，一切依法正直以對而回應之，因此，如果當時的法律有死刑，而犯罪者也因其犯行而被論以死刑，那就依法執行吧！如果當時的法律沒有死刑，那犯罪者就依其所犯行而被論之刑，依法執行吧！

(二) 孔子曾刑誅亂政者少正卯

孔子誅魯大夫亂政者少正卯，此事最早見於《荀子·宥坐》原文：

「孔子為魯攝相，朝七日而誅少正卯。門人進問曰：「夫少正卯，魯之聞人也，夫子為政而始誅之，得無失乎？」孔子曰：「居。吾語女其故。人有惡者五，而盜竊不與焉：一曰心達而險，二曰行辟而堅，三曰言偽而辯，四曰記醜而博，五曰順非而澤。此五者有一於人，則不得免於君子之誅，而少正卯兼有之。故居處足以聚徒成群，言談足以飾邪營眾，強足以反是獨立，此小人之桀雄也，不可不誅也。」⁵⁶

孔子認為少正卯具備有前述五種可議罪之處，有能力聚徒成群、言論又可邪語

⁵⁴（魏）何晏集解、（梁）皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，台北商務，1983，冊195、頁475。

⁵⁵（梁）皇侃，《論語集解義疏》，臺北：廣文書局，1991，頁518。

⁵⁶王忠林注譯，新譯荀子讀本，臺北：三民書局，2001，頁478。

惑眾、更足以反對現行政府而獨立，這是有能力作暴亂之君的人，所以必須對少正卯處以死刑。

史記中亦有記載：「定公十四年，孔子年五十六，由大司寇行攝相事，……，於是誅魯大夫亂政者少正卯⁵⁷。」《史記·孔子世家》

由上引文可知，孔子在歷史記載中，亦曾執行過死刑。

(三)小結

由前述可知，孔子認為當以直報怨，所以對於死刑之刑罰，如依法律犯罪者當被論以死刑時，那就如法行之吧。反之，若犯罪者當時該罪無死刑時，亦應就其所犯行而論刑。就此結果而言，老子與孔子見解相同。

二、孟子

孟子之學雖承孔子仁愛之意，期以仁政德治教化百姓，但仍有少許論及死刑之見解，筆者試整理如次：

(一)慎其刑而殺之

從下引文中可看出孟子對於殺人之事，雖不願見之，但對於該殺之人，只要慎其事，仍得殺之。

「無惻隱之心，非人也；無羞惡之心，非人也；無辭讓之心，非人也；無是非之心，非人也；惻隱之心，仁之端也；羞惡之心，義之端也；辭讓之心，禮之端也；是非之心，智之端也⁵⁸。」《孟子·公孫丑上》

「湯放桀，武王伐紂，有諸？」孟子對曰：「於傳有之。」曰：「臣弑其君，可乎？」曰：「賊仁者，謂之賊；賊義者，謂之殘。殘賊之人，謂之一夫。聞誅一夫紂矣，未聞弑君也⁵⁹。」《孟子·梁惠王下》

孟子認為人皆有惻隱、羞惡、辭讓、是非之心；若無之，則不具作為人的資格，故說非人也。對於極端殘暴者，如桀、紂之流，因其不具作為人的資格，殺之可也，所以才說：我只聽說人們合乎正義的誅殺喪失群眾民心的獨夫紂，而沒有聽說他是被臣民不合乎倫常地弑君。

而對一般身份的殺人者，可對他處刑而殺之嗎？孟子回答則是肯定的，但只有負責司法的官吏，才能如此為之。

「今有殺人者，或問之曰：『人可殺與？』則將應之曰：『可。』彼如曰：『孰可以殺之？』則將應之曰：『為士師則可以殺之⁶⁰。』」《孟子·公孫丑下》。

趙岐注云：今有殺人者，問此人可殺否?...士官主獄，則可殺之矣...如殺人者雖當死，士師乃得殺之耳⁶¹。

⁵⁷ 瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977，頁725。

⁵⁸ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁28。

⁵⁹ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務1936，頁17。

對此，荀子亦有相同見解：「桀紂無天下，而湯武不弑君」《荀子·正論篇》，參見王忠林注譯，《新譯荀子讀本》，三民書局，2001，頁288。

⁶⁰ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁35。

⁶¹ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁35。

這裡，雖然孟子肯定對殺人者，可對他處刑而殺之，但死刑之出必須出於治獄官明察之後，發現真實如此，才可用刑而殺之。

「左右皆曰可殺，勿聽；諸大夫皆曰可殺，勿聽；國人皆曰可殺，然後察之；見可殺焉，然後殺之。故曰國人殺之也⁶²。」《孟子·梁惠王下》

(二) 刑之所以存立，以保障人們生存為原則

何謂尚志？曰：「仁義而已矣，殺一無罪非仁也；非其有而取之非義也⁶³。」《孟子·盡心上》

此處，孟子言志之所尚，言主政者不刑殺無罪之人；不取非法理所該有之物，如此行為方與仁義相符。

孟子曰：「以佚道使民，雖勞不怨。以生道殺民，雖死不怨殺者⁶⁴。」《孟子·盡心上》

趙岐注云：「大辟之罪…殺此罪人者其意欲生民也，故雖伏罪而死不怨殺者⁶⁵。」

孟子言國君如使民趨於農耕，役有常時，然後有所獲稼，如此以百姓安逸為原則，民無怨其勞。又言國君刑戮罪人時，為恐罪人有害於民，故刑之，如此以百姓生存為原則，是則罪人被殺，雖死而不怨恨刑殺者。

由以上孟子所言，推而言之，死刑之所以存立，要與仁之本旨相符合，是為了保障人們的生存；推而言之，可以認為孟子主張，只有為了維護人民的生命權的原因，死刑才可以存立。若有人否定了他人生存的權利，該人同時自身也用行動否定了自己生存的權利，換言之，犯死刑案件之罪犯人，在剝奪他人生命的時候，就同時否定（放棄）自己法律的保障。因為他作了否定他人生存權的行為，法律因此用死刑否定他的生存權。

(三) 尚未脫離傳統復仇觀

孟子曰：「吾今而後知殺人親之重也，殺人之父，人亦殺其父；殺人之兄，人亦殺其兄。然則非自殺之也，一間耳⁶⁶。」《孟子·盡心下》

殺害人家的父親，人家也會殺他的父親；殺害人家的兄長，人家也會殺他的兄長。雖然不是自己殺害自己的父兄，其時與自己殺的，不過相差一些罷了。

上開孟子所言，係指傳統的復仇觀念，自刑罰權收歸於國家後，雖不准私人間的復仇，但可以推知關於論罪處刑，孟子當時私人間的復仇仍然盛行，而孟子並未反對如此的復仇觀，只是要求子弟的行止要謹慎避免禍及父兄而已。

日本學者仁井田陞認為，孟子所描述的加害者必須承受來自被害人方面的與其所加害相同的同態惡害，這是屬於日耳曼時代的復仇的型態之一⁶⁷。

實則在古代，不論東方或西方血族的復仇應屬普遍存在的共性，並非此一型態，

⁶²（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁17。

⁶³（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁111。

⁶⁴（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁107。

⁶⁵（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁107。

⁶⁶（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁116。

⁶⁷ 仁井田陞，*中国の法と社会と歴史*，東京都：岩波書店，1967，頁30。

即屬日耳曼時代的復仇的型態！例如聖經中即明文：「報血仇者可以親自殺死那故意殺人的；他一找到兇手，就可以殺死他。」（民數記卅五章 30 節）。該經文中即明訂私人間的復仇。

又學者李隆獻認為，這種儒家以禮作規範的復仇觀，實有別於原始社會的復仇，它是倫理化的復仇，可謂之「五倫復仇觀」⁶⁸。

（四）舜為天子，其父親殺人，執法者亦要依法執行

桃應問曰：「舜為天子，皋陶為士，瞽瞍殺人，則如之何？」孟子曰：「執之而已矣。」，「然則舜不禁與？」曰：「夫舜惡得而禁之？夫有所受之也。」，「然則舜如之何？」，曰：「舜視棄天下猶棄敝屣也。竊負而逃，通海濱而處，終身泫然，樂而忘天下⁶⁹。」《孟子·盡心上》

上開問答，有弟子名為桃應者，問孟子說：「舜做天子，皋陶做法官，假如舜的父親瞽瞍殺了人，那怎麼辦舜做天子，皋陶做法官，假如舜的父親瞽瞍殺了人，那怎麼辦？」

孟子回答的重點是：若瞽瞍殺了人，把他依法逮捕就是了。舜不能夠阻止之，因為皋陶是按所受王命依法辦事。這時，舜該拋棄天子之位看得像拋棄破鞋子一樣。偷偷地背負父親逃走，沿著海濱住下來，終身逍遙，快樂得忘掉曾經做過天子的事情。

由上引文可知，殺死一個有死罪的人，孟子並不反對。再者，孟子認為，即使國王之父殺人，執法者亦要依法逮捕之，此顯示孟子對奉法而行的重視。

（五）司法活動當以民意為依歸，亦須詳察審理之

「左右皆曰可殺，勿聽，諸大夫皆曰可殺，勿聽，國人皆曰可殺，然後察之，見可殺焉，然後殺之，故曰，國人殺之也。如此，然後可以為民父母⁷⁰。」《孟子·梁惠王下》

法不離民心，國家一切司法活動自當以民意為依歸，然後亦須詳察審理之，詳審後，該當死刑者才能處刑。不如此，若司法活動背離民意時，國家即不成國家了，主政者如何可為民父母？

由上引文可知，刑殺死一個有死罪的人，孟子並不反對。

（六）小結

由前述可知，用現代法律用語，孟子認為，死刑之刑罰，當慎用之，察之又察，在以百姓生存為念下，司法官員，才能如此為之。刑殺之所以存立，以謀百姓生存為原則，至於刑罰則要經司法官員審判後才能執行之。

⁶⁸ 李隆獻著，《復仇觀的省察與詮釋—先秦兩漢魏晉南北朝隋唐編》，臺北：臺灣大學出版，2012，頁 26。

⁶⁹（東漢）趙岐注，（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁 240-241。

⁷⁰（東漢）趙岐注，（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁 41。

再者，孟子認為，即使國王之父殺人，執法者亦要依法逮捕之。最後，國家一切司法活動自當以民意為依歸，詳察審理後該當死刑者才能處刑。此顯示孟子對法的重視，亦認為死刑的執行與否要有民意為基礎，不可出於主政者一己之私。

三、荀子

(一) 先教後懲使刑罰具正當性

荀子對死刑之存在採正面之看法，由前述可知，荀子所主張之性惡，但並非主張「人性本惡」之，「人性本質上或先天上」固著於惡而不可教化；而是「性惡」乃指「人性本質上或先天上為惡的可能性」！所以，也有教化的「可能性」；因此荀子主張「先教後懲」：

「不教而誅，則刑繁而邪不勝；教而不誅，則姦民不懲；誅而不賞，則勤屬之民不勸；誅賞而不類，則下疑俗儉而百姓不一。」《荀子·富國》⁷¹

也就是荀子認為施以刑罰之前，要先教育人民，使人民對於何謂「正、邪」？何謂「對、不對」？有所認識，才能對於那些違反教育內涵價值的人加以懲罰。但若已教育人民必須遵守特定規範，而對那些已受教育者違反規範時卻不加以懲罰，這樣就無法達到法律懲惡禁暴的目的。再者，對犯罪的人不能加以懲罰，則會使勤於本份的人民無法達到規勸守法的目的，這樣反而失去法律作為人們行為一致標準的作用。

(二) 罪刑必須相當

「凡刑人之本，禁暴惡惡，且徵其未也。殺人者不死、傷人者不刑，是謂惠暴亂而寬賊也，...殺人者死、傷人者刑，是百王之所同也，刑稱罪則治，不稱罪則亂。」《荀子·正論》⁷²

刑罰之目的在於禁暴懲惡，並對同類尚未發生之犯罪了以警告；如果殺人者不死，傷人者不刑，那便是嘉惠於暴亂者、寬容為盜賊者，如此無異鼓勵犯罪滋生，這樣並非杜絕惡行之道。因此，一旦犯罪發生，罪刑必須相當，否則濫用刑罰，民無所從，混亂因此而生。

(三) 極惡之人不待教化即可殺之

「元惡不待教而誅⁷³。」《荀子·王制》

荀子認為大惡之人，教而不可化，不待教化即可殺之，舉例言之，對如前揭視人命為無物，開槍濫射，造成多人死傷者，此時，甬再以生命無價、不可殺人等等理由苦口婆心再的教化他，即可用刑罰審決而殺之。

⁷¹ 王忠林 注譯 《新譯荀子讀本》，三民書局，2001，頁 147。

⁷² 王忠林 注譯 《新譯荀子讀本》，三民書局，2001，頁 289-290。

⁷³ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 50。

(四) 省刑罰乃至置刑法而不用

「故刑一人而天下服，罪人不郵其上，知罪之在己也。是故刑罰省而威流，無它故焉，由其道故也。古者帝堯之治天下也，蓋殺一人，刑二人，而天下治。傳曰：威厲而不試，刑錯而不用。此之謂也⁷⁴。」《荀子·議兵》

只刑罰犯者一人而使得天下人都信服，這是因為犯罪者知道過錯出於己身，而非上位者所強加之罪。這樣，能精省刑罰而又讓刑具有威嚇性，原因就是依道而行啊。所以，帝堯之治天下，也是處死刑殺一人，刑罰二人，而天下治。這就是古傳說的：刑法規定嚴厲而人民不敢試法，省刑罰乃至置刑法而不用，就是說這樣了。

荀子認為，刑的要旨在於能精省刑罰，乃至置刑法而不用。

(五) 小結

由前述可知，用現代法律用語，荀子認為，死刑之刑罰，若已先教育人民，使人民對於何種行為是犯罪，何種行為會處以「死刑」有所認識，則若某甲明知殺人為非行，法律上要處死刑，竟然不受教化，明知而故犯，則此時刑罰所禁止者乃其殺人之暴行，懲罰者即某甲明知而故犯，其惡性重大，即使死刑，對於那些違反教育內涵價值的人加以懲罰，亦具正當性。至於若有極惡之人亦可不待教化殺之。所以荀子認為：殺人者死、傷人者刑，是百王之所同也。

⁷⁴ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 108。

第二項 道家

一、老子

老子的對於處理事情的基調是：與其事發後再來困擾難解，無寧就不要讓困擾難解的事發生，所以在問題還小時就要消弭避免之，因為事情尚未發生，才容易處理；國家未動亂之前即加以治理，就容易見效。

這從下開引文中可證：

「其安易持，其未兆易謀。其脆易泮，其微易散。為之於未有，治之於未亂⁷⁵。」
《道德經第六十四章》

所以「為之於未有，治之於未亂。」這種消滅或者防治禍端於先兆的方式，成為老子思想中非常務實的特色。而處理犯罪的態度也是一樣，是採這種「防治禍端於先兆」的手段，儘量在有成為犯罪之虞的徵兆時就先予以化解。

老子認為，對待大事，同樣要在其細微時就加以處理，對待複雜的事，要在其簡單時就加以處理，因為天下間難的事情，必定於細小的地方生起，所以要用合于道的行為去消解細微的怨結。因此，如何消解怨結是「為大於其細」的基本問題。

「大小多少，報怨以德。圖難於其易，為大於其細；天下難事，必作於易，天下大事，必作於細⁷⁶。」《道德經第六十三章》

雖然，上述老子處理事情的基調是：與其事後還要調和，無寧就不要發生。上開觀帶入本文「死刑」的問題，我們可以推出，老子的看法應該是，首先在面對虞犯及小罪時，就要慎重待之，設法加以預防、教育、轉化之，不要令之往重大的犯罪(死罪)方面發展。就虞犯及小罪，可採取「報怨以德」的寬恕方式教化之，從小處即解消犯罪發生的可能性。

但是，如果不幸困擾難解的大事，終究發生，在積怨如山，那又將如何？此時，老子反對此時再用調和以對，這因為：

「和大怨，必有餘怨，安可以為善⁷⁷。」《道德經第七十九章》

河上公云：「殺人者死，傷人者刑，以相和報。必有餘怨，任刑者失人情，必有餘怨及於良人也。言一人，則先天心，安可以和怨為善⁷⁸？」

所以老子以為，調解了大怨之後，一定有餘怨，刑罰失去了基本的人情義理，必定有怨及於他人之處。這樣，怎可以說是完善的結局呢！就如同明確且重大的殺人案件，該犯罪者被判處死刑而言，若其定讞後，則有道的主權者對該重大犯罪而被論以死刑者，此時不應再用調和以對，那就依法執行吧！如此重大的殺人大怨，如何能和之(如不執行死刑，轉服它刑)?即使以法律強令被害者家屬接受，除非被害者家屬本身能寬恕之，不然，此時被害者家屬心中必定有餘怨難消，老子認為這樣不是妥善的皮處理方式。

而對於是否存廢死刑，老子認為對此問題，主權者不必強作主宰，因為：聖人常無心，以百姓心為心⁷⁹。《道德經第四十九章》

⁷⁵ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 19。

⁷⁶ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 19。

⁷⁷ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 22。

⁷⁸ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 22。

⁷⁹ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 15。

以順民意的無為態度，就可以成就一切利於人民之政事(無不為)。那無為及無不為之標準何在?即以百姓之心為心。

用現代用語，一切施政當以民意為依歸。詳言之，如果依人民之意願所制定的法律有死刑，而犯罪者也因其犯行而被論以死刑，那就依法執行吧！如果依人民之意願所制定的法律沒有死刑，那犯罪者就依其所犯行而論以該當之刑。總之，一切以民意為依歸。

二、莊子

依前所述莊子法律倫理思想，莊子反對不合天道的人定法；但莊子並不反對依據天道自然的法，只要法律的賞罰要符合自然天道，經過天道九階層的闡明之法律的賞罰即具正當性。

(一)莊子不反對用刑治理天下

在《莊子》中本文已說明莊子並不反對依據天道自然的法，以下本文舉證出莊子不反對用刑治理天下：

證一：

黃帝曰：「...請問為天下。」小童辭。黃帝又問。小童曰：「夫為天下者，亦奚以異乎牧馬者哉！亦去其害馬者而已矣⁸⁰！」《莊子·徐无鬼》

黃帝請問小童如何治理天下？小童原本拒絕之，再問之後回答：「治理天下，和牧馬沒有什麼不同!也只不過是除去那些害群之馬而已!」

如何去除害群之馬？必然有有言所規範依據，此規範除去害馬的依據即是法。

證二：

「善養生者，若牧羊然，視其後者而鞭之⁸¹。」《莊子·達生》

善養生的人，好像牧羊一樣，只要看到落後的那隻鞭打之，就可以了。

養生之道如此，治國之理亦相通。此即由內向外展開的運作方式，也就是內聖外王的妙義⁸²。

換言之，治國之理亦相通，少不了對違反規範者的鞭打作用，如此刑罰則成了必要的手段。

證三：

「故聖人觀於天而不助，...齊於法而不亂，恃於民而不輕⁸³。」《莊子·在宥》

王先謙在《莊子集解》中注云：「聖人觀自然妙理，大順群物，而不助其性...因於物性，以法齊之，故不亂。」⁸⁴

綜上可證，只要順乎自然，因任民之自性不輕易妄為，莊子並未反對法律。

⁸⁰ 張耿光譯注，《莊子》，臺灣古籍出版，1996，頁 504。

⁸¹ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 136。

⁸² 蔡明田，《莊子的政治思想》，台灣商務，1970，頁 109。

⁸³ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 87。

⁸⁴ (清)王先謙，《莊子集解》，臺北：東大圖書公司，2004，頁 97。

(二)死刑存廢與否都自有其理

對於死刑存廢與否先秦時並未出現此一問題，莊子也對此一問題也沒有明白的態度，因此有必要用創造性的詮釋方法加以補救。

本文在下述莊子通論某事「X」，X用「死刑」替代，當然X用「廢死」替代亦可，為行文簡明故，只舉其一作例示說明：

1.通論某事「X」

「物無非彼，物無非是。自彼則不見，自知則知之。
故曰：彼出於是，是亦因彼。彼是，方生之說也。雖然，方生方死，方死方生；方可方不可，方不可方可；因是因非，因非因是。是以聖人不由，而照之于天，亦因是也。是亦彼也，彼亦是也。彼亦一是非，此亦一是非。果且有彼是乎哉？果且無彼是乎哉？彼是莫得其偶，謂之道樞。樞始得其環中，以應無窮。是亦一無窮，非亦一無窮也。故曰：莫若以明⁸⁵。」《莊子·齊物論》

上述引文可如此說明：

凡事物「X」無不存在與其自身相對立的那一面，同時，凡事物「X」也無不存在與其自身相對立的這一面。

若自事物「X」相對立的那一面，就看不到相對立的這一面。能知道事物「X」必有其相對立的那一面，就可認知事物「X」的全貌。

所以說：與事物「X」相對立的那一面，是出自事物「X」的這一面；與事物「X」的這一面，也是起因於事物「X」的那一面。

事物「X」與其自身相對立的一面。彼此是並存的。雖然如此，事物「X」方出生隨即死亡，方死亡又即生出；事物「X」剛剛肯定隨即又否定；剛剛否定隨即又肯定；若是因事物「X」有正確的一面，同時也意味事物「X」有錯誤的一面；若是因事物「X」有不正確的一面，這同時也意味事物「X」有正確的一面。

因此聖人不會固定區分何者一定是，何者一定非，而是依照事物的本然，也就是順應事物「X」自身自然的狀態。

事物「X」是的這一面，同時，也是事物「X」非的那一面；事物「X」不是的這一面，同時，也是事物「X」不非的那一面。

事物「X」的那一面同時存在是與非的面向；事物「X」的這一面也同時存在是與非的面向。

果真事物「X」同時存在彼此兩個面向嗎？果真事物「X」沒有同時存在彼此兩個面向的區分嗎？

若彼此兩個面向都失去它的對立面，即不執著於彼此，超越對立，這才是所謂「道」的樞要。

掌握住「道」的樞紐，才開始得到事物「X」的要點，從而能順應事物「X」的無數變化。

「是」乃無數變化。同樣，「非」也無數變化。所以說：不能用事物「X」的表象來觀察和認識它們。

⁸⁵ 張耿光譯注，《莊子》，臺灣古籍出版，1996，頁27。

上開 X 的內容可用「死刑」替代之，同樣言之成理。

2.X 的內容可用「死刑」替代

「可乎可，不可乎不可。道行之而成，物謂之而然。

惡乎然？然於然。惡乎不然？不然於不然。惡乎可？可於可。惡乎不可？不可於不可。

物固有所然，物固有所可；無物不然，無物不可。故為是舉莛與楹、厲與西施、恢恠憭怪，道通為一。其分也，成也；其成也，毀也。凡物無成與毀，復通為一。唯達者知通為一，為是不用而寓諸庸。庸也者，用也；用也者，通也；通也者，得也；適得而幾矣。因是已，已而不知其然，謂之道⁸⁶。」《莊子·齊物論》

上述引文可如此說明：

認可「死刑」者，一定有「死刑」可以加以肯定的道理才會加以認可；不認可「死刑」者，一定也有「死刑」不可加以肯定的道理，才不認可「死刑」。

「死刑」存廢與否，採用哪一政策最終是執行出來的；「死刑」也是因政策的執行被稱名而得的。

「死刑」怎樣才算是正確呢？「死刑」的正確在於「死刑」本身就是正確的。「死刑」如何才是不正確呢？「死刑」的不正確在於「死刑」本身就有不正確的理由。（反之「廢死」亦然。）⁸⁷

怎樣才能認可「死刑」呢？能認可「死刑」在於「死刑」自身就是能認可的。如何才不能認可「死刑」呢？不能認可「死刑」在於其本身就是不能認可的。

「死刑」與「廢死」各有其存在的依據、各有正確的一面；「死刑」與「廢死」原本就各有其合理性，有能認可的一面。沒有什麼事物不存在正確的一面，也沒有什麼事物不存在不可肯定的一面。

就如同細小的草莖和高大的庭柱，無論是醜陋的女人還和美如西施的女人；無論是「死刑」存廢與否各有其千差萬別的理由，從「道」的觀點看它們都是相通的。

若「死刑」因廢止而毀滅，代表必有替代「死刑」的另一新事物的形成⁸⁸，該新的替代方案形成亦即「死刑」這一舊事物的毀滅。一切事物沒有形成與毀滅的區別，都是相通齊一的。

只有通達「道」的人才知曉「死刑」與「廢死」齊一的道理，因此不用固執「死刑」的成毀來作出這樣那樣的解釋，而應把自己的觀點站在永恆平常的事理之中看待物。所謂永恆平常的「道」就是按循環往復的變化行事⁸⁹，就是認識「死刑」的無用之用；認識事物的無用就是有用，這就無所不通達；能無所不通達才能無所不得，真正瞭「死刑」與「廢死」之理；恰如其分地瞭解「死刑」存廢與否的常理也就接近於大道。順應事物自然渾一的本來狀態，萬物產生而不知其究竟的原因，這

⁸⁶ 張耿光譯注，《莊子》，臺灣古籍出版，1996，頁 28。

⁸⁷ 順上文意：「廢死」如何才算是正確呢？「廢死」正確在於「廢死」本身就是正確的。「廢死」如何才是不正確呢？「廢死」不正確在於「廢死」本身就有不正確的理由。

⁸⁸ 即指各種替代「死刑」的方案，必定有一種作為取代「死刑」的方案。

⁸⁹ 即指「死刑」制度存在、「死刑」制度毀滅、替代「死刑」的方案「Y」生成、「Y」制度毀滅、替代「Y」的方案「Z」生成。萬事萬物不就如此按循環往復的變化行事？就如朝「三」暮「四」、朝「四」暮「三」，所面對事物的本身未變，只是名稱改了而已。但喜怒情緒卻因此而有改變。

就叫做「道」。

綜上，莊子認為「死刑」與「廢死」齊一，「死刑」與「廢死」都有它存在的依據、各有正確的一面。萬事萬物就如此按循環往復的變化行事：「死刑」存在、「死刑」制度毀滅、替代方案「Y」生成、替代制度毀滅...如此按循環往復，就如朝「三」暮「四」、朝「四」暮「三」，所面對事物的本身未變，只是名稱改了而已。但人們在此爭執中喜怒情緒卻因此而有改變。

(三)禮義法度，應時而變

「故夫三皇、五帝之禮義法度，不矜於同而矜於治。故譬三皇、五帝之禮義法度，其猶粗梨橘柚邪！其味相反，而皆可於口。故禮義法度者，應時而變者也⁹⁰。」《莊子·天運》

上古三皇、五帝的禮義法度，重點不在於其相同之處，而重點不在於它們合於當代治理的需要。所以三皇、五帝之禮義法度，有如粗、梨、橘、柚的味道！它們味道酸甜不同，而都很可口。因此禮義法度，要應時而變。

莊子接著上文而舉例說：

「今取猿狙而衣以周公之服，彼必齧鬻挽裂，盡去而後慊。觀古今之異，猶猿狙之異乎周公也。」《莊子·天運》

如果拿周公的衣服給猿猴穿，牠們必定會亂咬碎裂衣服，把衣服都盡去而後快。觀古今政治態勢的不同，就如猿猴不適合周公的衣服一樣。

另外莊子應時而變之旨另證諸：

「若夫乘道德而浮游則不然。無譽無訾，一龍一蛇，與時俱化，而無肯專為；一上一下，以和為量，浮游乎萬物之祖，物物而不物於物，則胡可得而累邪⁹¹！」《莊子·山木》

如果依循大道而生活就不會有災禍了，沒有盛名之累，也沒有無端的謾罵，該做龍的時候是龍，該做蛇的時候是蛇，隨著時代大勢同時應變，而不要固執一端；該上的時候上，該下的時候下，完全與萬物和諧相處為考量。生活於大道之中，掌握萬物而不被外物所役使，則怎麼會因此而受累呢！

綜上，依莊子所論者而言，「死刑」存在或者「死刑」制度廢除，也要跟隨著時代大勢同時應變，而不要固執一端；該存在的時候存在，該廢除的時候廢除，完全以人事萬物和諧相處為考量。

(四)順應自然依於民性決定

依上所述，雖然「死刑」制度存在、「死刑」制度毀滅、替代「死刑」的方案「Y」生成、「Y」制度毀滅、替代「Y」的方案「Z」生成。萬事萬物就如此依循環往復的變化行事而有其道，但何謂應時而變？換言之，在特定的時空中恰如其分呈現的「道」其內容為何？

⁹⁰ 張耿光譯注，《莊子》，臺灣古籍出版，1996，頁 284。

⁹¹ 張松輝，《新譯莊子讀本》，臺北：三民，2005，頁 325-326。

依前述莊子法律倫理之要旨是無為而順應民性：

「故君子不得已而臨莅天下，莫若無為。無為也而後安其性命之情⁹²。」

《莊子·在宥》

當主權者因不得已而治理天下時，莫若無為而治。能無為而治才可讓天下人民安住於其本性。

「故聖人觀於天而不助，...恃於民而不輕⁹³。」《莊子·在宥》

主權者觀察天道而不妄加己意，...依於民性而不輕忽之。民性的表現即民心、民意了，就此而言莊子與老子「以百姓心為心」同旨趣，最後都取決於民心。

(五)若民情已經改變，不用刑罰而社會有序，不罰可矣

「昔者堯治天下，不賞而民勸，不罰而民畏。今子賞罰而民且不仁德自此衰，刑自此立，後世之亂自此始矣⁹⁴。」《外篇·天地》

「故禮義法度者，應時而變者也⁹⁵。」《莊子·天運》

昔日堯治理天下，不用賞而人民勤勉向善，不用罰而人民自然敬畏不去犯罪。而今你(大禹)賞罰並并用而人民却不能相愛，道德自此衰落，刑罰自此建立，后世之禍亂也從此開始了。

禮義法度，要應時而變，當時代民情已經改變，法律規範也要合於大勢而變。

(六)小結

綜上所言，莊子認為「可乎可，不可乎不可。道行之而成，物謂之而然。...然於然。不然於不然。可於可。不可於不可。」換言之，「死刑」與「廢死」齊一，「死刑」與「廢死」都有它各自存在的依據、各有它們本身正確的一面。所以，主權者不應妄加己意，而要依於民性決定。

如此，莊子的法律倫理對於「死刑」與「廢死」都等同待之，與老子「以百姓心為心」同旨趣，具結果的開放性。

換言之，我們可得出莊子就「死刑」制度而言，若時代民情已經改變，法律規範也要合於大勢而變。當可以不用「死刑」的刑罰而社會有序時，「廢死」可矣！

⁹² (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 81。

⁹³ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 87。

⁹⁴ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 92。

⁹⁵ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 109。

第三項 墨家對死刑之看法

要了解墨子對於死刑的看法，本文認為要先明白在兼愛之義中人的生命及生存於墨學上的地位，對於人的「生」的本意，墨子解為：

「生，刑與知處也。」、「生，盈之生，商不可必也⁹⁶。」《經上第四十》

「生」，即是形體與覺知相處共存的狀態，換言之，形體與覺知盈滿的就生，但這種「生」的狀態並非必然不會變易的。

生命既然並非必然不變的，所以人「生」的重點當在其存在的價值上，應和先前已說明墨子「兼愛」的核心思想，其中倫理的判斷必須以「義」之有無決定「利」之有無，而人「生」的任務為何？墨子的說明是：

「任，士損己而益所為也⁹⁷。」《墨子·經說上》、

「任，為身之所惡，以成人之所急⁹⁸。」《墨子·經說上》

上開引文，白話的說即：人「生」的任務就是自願的犧牲而有益於他人；因為「愛」並不能強制來執行，「愛」只能是自願的，否則就不叫「愛」，所以「墨子曰：『不可以不勸愛人』者此也⁹⁹。」《墨子·兼愛》，換言之墨子知道「愛」乃因受「勸導」而生，「愛」不可能因強制而得到。雖然自願的犧牲而有益於他人，這對本身來說雖然是惡事，但卻可成就他人的急難。所以人「生」的重點當在其存在的價值上益於他人、成就他人。至於如何有利於他人，應和先前已說明墨子「兼愛」的核心思想，其中倫理的判斷必須以「義」之有無決定「利」之有無，而所以墨子在計算利害之說明中，並不強調個人的利害，其功利的計算均係指「兼愛」下之群體利害而言。

一、犧牲生命以存天下

「於所體之中，而權輕重之謂權。權非為是也，亦非為非也。權，正也。…殺一人以存天下，非殺一人以利天下也。殺己以存天下，是殺己以利天下…害之中取小，求為義，非為義也¹⁰⁰。」《大取第四十四》

墨子認為，在具體的事件中權衡輕重，此等權衡並非只是為了得出「是」或「非」的答案，重點在於權衡出「正義」（正確而當為），…如果殺一人可以以保存全天下，不是說殺了這個人就有利於天下了。而是應以主角的情境，若殺自己可以保存天下，而此時自己判斷能犧牲生命以存天下，如此作出權衡，自覺地選擇「正義」而行之，才是真正的「殺己以利天下」。…所以如果單單以害之中取小，要求別人為義犧牲生命，這反而是求利而不是求義了。

從這，我們可得出，墨子著重在生命本體的自身選擇，墨子所謂犧牲生命以存天下，強調的是該人了解而自願的犧牲，而不是被當作棋子(棄子)一般該人被當作「殺一人以利天下」的犧牲品。

⁹⁶ 李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民書局，2000，第363頁。

⁹⁷ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁87。

⁹⁸ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁90。

⁹⁹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁93。

¹⁰⁰ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁368。

就是因為人能合於天志，有兼愛之義，所以，墨子認為人的生命特別珍貴：「萬事莫貴於義。...天下不若身之貴也¹⁰¹。」《墨子·貴義》

天下中最高的倫理是「義」，而只有人能以身行「義」，所以即使天下大利也比身生的價值來的小，身體作為生命的載體，行義本此而出之。

如此，墨子法律倫理，自然著重能行義之身的保護，若有人剝奪他人生命者，此行為反於天志與兼愛之義，必得天罰：

「反天意者，別相惡，交相賊，必得罰¹⁰²。」《墨子·天志上》

墨子如何處罰殺人者？請見下文分析。

二、殺盜人非殺人也

「盜人，人也，多盜，非多人也；無盜，非無人也。奚以明之？惡多盜，非惡多人也；欲無盜，非欲無人也。世相與共是之。若若是，則雖盜人也，愛盜非愛人也，不愛盜非不愛人也，殺盜人非殺人也，無難矣¹⁰³。」《小取第四十五》

這裡「盜人」可用「殺人者」替代，作出創造的詮釋。

墨子認為，對於強盜之行為人要與一般人要作區隔，討厭強盜頻繁，並非討厭人群眾多；想要沒有強盜案件發生的生存環境，並非想要生活在沒有人群的環境之中；如果愛(寬縱)強盜之行為，並非愛一般世間的人們；如果不愛(不寬縱)強盜之行為，並非不愛一般世間的人，如此推論下，顯然，墨子認為：對強盜之行為人處以死刑，並非對一般世間的人處以死；為盜者，其本身已喪失作為人的資格(非人)，因此，殺盜人即非殺一般人。強盜之行為人沒有作為人的資格，所以對強盜之行為人處以死刑，只是對強盜(已被剝奪作為人的資格的非人)處以死刑，不是對一般人處以死刑。

三、小結

由前述可知，用現代法律用語，墨子認為，死刑之刑罰，亦具正當性。「殺人者」否定他人生命者的同時，即否定自己作為人而存在的資格(非人)，也同時違反天志與兼愛之義。

本文認為墨子兼愛之義認為人的生命最珍貴，所以是將生命放在第一義來保護，任何人反於天意，交相賊殺者，必得天罰。換言之，對「殺人者」執行「死刑」是天道自然法理的展現。「死刑」之罰如天險高崖，人見而警惕之，險崖自存自在，不會主動作為。若非人主動跳崖，怎會因險崖而死？死刑本身就如險崖不會主動殺人，是殺人者先違反兼愛之義，而自己主動致刑(跳崖)，並非險崖殺人。墨子推出，對非人執行死刑非殺人！用現代的用語來說墨子的思想：「死刑」才是真正肯定人性尊嚴的表現，才能保障無辜的生命。

因此，於墨子兼愛之義下，死刑之刑罰，合於天志，因此，其學說不容廢死的

¹⁰¹ (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁402。

¹⁰² (清)孫詒讓著，《墨子閒詁》，臺北：華正書局，1995，頁177。

¹⁰³ (明)唐堯臣刊本，《墨子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁102。

存在。

第四項 法家對死刑之看法

第一款 管仲之法律倫理思想之於死刑

如前所述，管仲雖是法家，但他與後期法家不同者有三：首先，管仲特別著重教化的作用¹⁰⁴，主張先用德教然後才用刑罰。其次，管仲注重的「教化」，其過程是要長時間的，漸漸地、耐心地等待，使人民養成習慣，才能改變風俗，端正風氣。相反的，後期的法家，他們極急功近利地使用人們的好惡之情，直接用刑罰威嚇之，而非改變之。最後，管仲特別著重省刑，認為先要在於整頓發揚禮、義、廉、恥四維。另外管仲強調「政之所興，在順民心...故刑罰不足以畏其意，殺戮不足以服其心。¹⁰⁵」《管子·牧民》換言之，政令施行若違反民心，刑罰、殺戮再多也不會使人民懼服！它只會導致政權不穩固罷了！

另外，管仲認為主政者的法制當順應天地時勢而變革，不要畏懼改革變法。同時，在民意有變革時，主政者也要跟隨改革。

對於死刑的存廢之爭，本文分為兩部分討論，其一是春秋時的管仲對死刑的看法；其二是若身處於現代管仲可能的看法，後者因春秋時的管仲當然無法預見死刑的存廢之爭，所以本文對其法律倫理學採用創造性的詮釋為方法說明之，此見次章所述。

一、 法律是決定人民將死亡或者活命的根據

「法者，將用民之致命者也；用民之致命者，則刑罰不可不審；刑罰不審，則有辟就；有辟就，則殺不辜而赦有罪；殺不辜而赦有罪，則國不免於賊臣矣¹⁰⁶。」《管子·權修》

管子認為，法律，是將決定人民的死亡或者活命的根據；既然是適用法律來決定人民的死亡或者活命，所以刑罰的施行不可不審慎；如果刑罰不審慎，則就會有規避弄法的事發生；有規避弄法的事發生，則會導致刑殺無辜者而赦免有罪者；殺不辜而赦有罪，則國家的法政之權不免被賊臣所壞。

二、 因人厭惡死亡，於立法權衡下死刑有其不得不然的必要性

「...人之可殺，以其惡死也，其可不利，以其好利也。...法者所以同出，不得不然者也。故殺僇禁誅以一之也，故事督乎法，法出乎權，權出乎道¹⁰⁷。」《管子·心術上》

管子認為「死刑」可採，是因為人都厭惡死亡。而法律的制定是出於權衡原則，

¹⁰⁴ 按管仲所著重的教化作用，是對於一般人民的教化，而非對於具體的受刑人施予教化，此顯然與現代的刑事政策不同。

¹⁰⁵ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 4。

¹⁰⁶ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 7。

¹⁰⁷ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 80。

而權衡原則出於宇宙自然之道。所以，基於道而權衡出的法律規範，若其中有死刑的律法，則用死刑作為禁止殺戮的規範，這樣的刑罰的手段是合「道」的。

三、刑罰該當於犯罪者所犯之罪名

「制斷五刑，各當其名。罪人不怨，善人不驚，曰刑...刑以弊之，...刑以弊之，毋失民命。...致刑，其民庸心以蔽(敬)，...罪人當名曰刑...當故不改曰法¹⁰⁸。」《管子·正》

分析本段主旨如下：

- (1)五刑，各當其名：意指刑罰要該當於罪名。
- (2)罪人不怨：意指犯罪者心服判決結果。
- (3)善人不驚：意指判決結果與人期待相當，都認符合公平正義。
- (4)刑以弊之，毋失民命：意指依刑律判決犯罪，是為了避免冤獄而誤失了人命；
- (5)致刑，其民庸心以蔽(敬)：意指施之以刑，一般人們就會做事用心而且謹慎。
- (6)罪人當名曰刑：意指判決中，犯罪者之所判定之罪名刑罰該當於其所犯之事實。
- (7)當故不改曰法：因為規範正確妥當而遵守不改叫作「法」。

用創造性的詮釋說明之，即：

制定墨、劓、剕、宮、大辟等五種刑罰，使每一種刑罰都各該當於犯罪者所犯之罪名，使犯罪者無所抱怨，一般民眾不生驚恐，這就叫作「刑」。...用刑律裁判犯罪，其作用為的是避免冤獄而誤失了人命；...施之以刑，人們就會做事用心而且謹慎；...對犯罪者作出判決，罪名該當於其所犯罪的事實叫作「刑」。因為規範正確妥當而遵守不改叫作「法」。

四、執行死刑彰顯法的可信性

「正法直度，罪殺不赦。殺僂必信，民畏而懼¹⁰⁹。」《管子·版法》
死刑必定執行而不赦免，死刑執行彰顯法的可信性，人民才會畏懼。

「於下無誅者，必誅者也。有誅者，不必誅者也。以有刑至無刑者，其法易而民全。以無刑至有刑者，其刑煩而姦多...明王知其然，故必誅而不赦，...非喜予而樂其殺也，所以為人致利除害也¹¹⁰。」《管子·禁藏》

國家社會中若沒有被誅罰的犯罪發生，是因為司法堅決執行有誅罪必誅之的結果；反之，會有被誅罰的犯罪發生，是因為司法未堅持執行有誅罪必誅之的原則導致的結果。

國家社會從時常執行刑罰過渡到沒有刑罰的國家，是因為刑法簡明易於遵守，所以百姓得以保全生命。反之，國家社會從不用刑罰而變化到常常有刑罰的國家，是因為刑法煩瑣不易於遵守，所以百姓犯法者多的緣故。

如是英明的主政者明白知道上開道理，所以堅持有死罪必定執行死刑的原則，...不是喜歡賞人、樂於殺人，而是獎賞人是為人民興利，而執行死刑是為人民除害的。

¹⁰⁸ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 90。

¹⁰⁹ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 15。

¹¹⁰ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 847。

申明相似之旨者，另見諸：

「故治國使眾莫如法，禁淫止暴莫如刑；...強者非不能暴弱也，然而不敢者，畏法誅也。...故百官之事，案之以法，則姦不生。暴慢之人，誅之以刑，則禍不起¹¹¹。」《管子·明法解》

綜上，法律既然有死刑，執行死刑，是彰顯法的可信性且為人民除害。

又「殺僂必信，民畏而懼」，有威嚇一般人的作用，刑罰成為犯罪行為的反動機，屬於一般預防的刑罰觀¹¹²。

五、以法誅罪公正無私，則民死而不怨

「君臣上下貴賤皆從法，此謂為大治。...治世則不然，不知親疏遠近貴賤美惡，以度量斷之，其殺戮人者不怨也，其賞賜人者不德也。以法制行之，如天地之無私也¹¹³。」《管子·任法》

管仲認為的治世是，法制推行，如天地之無私，依法公正裁判，殺當其罪，這樣一來，被刑殺者亦無所怨恨。

「法者，天下之程式也，萬事之儀表也。...故明主之治也，當於法者賞之，違於法者誅之，故以法誅罪，則民就死而不怨。...故明法曰：以法治國，則舉錯而已¹¹⁴。」《管子·明法解》

法律，是天下萬事之規範。主政者只要一切依法公正無私，則執行死刑者不受怨恨、被刑殺者亦會死而無怨。所以說以法治國，就如行動之舉、止一樣容易。

六、小結

綜上，春秋時的管仲認為：

「正法直度，罪殺不赦。殺僂必信，民畏而懼¹¹⁵。」《管子·版法》

主政者只要一切依法公正無私地執行，「死刑」的執行要有其必然性與可信性，這樣人民才會懼怕「死刑」；「死刑」才有威嚇一般人的作用，只要法公正執行，被刑殺者亦無所怨恨。

「...人之可殺，以其惡死也，...法者所以同出，不得不然者也。故殺僂禁誅以一之也，故事督乎法，法出乎權，權出乎道¹¹⁶。」《管子·心術上》

管子認為「死刑」可採，是因為人性都厭惡死亡。而法律的制定是出於權衡原則，所以用殺戮作為禁止殺戮，是不得不然的作法，這樣的刑罰的手段是合「道」的。

¹¹¹ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 972。

¹¹² 參見林山田，刑法通論(下)(增訂十版)，元照出版，2008，頁 420。

¹¹³ 李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988，頁 738-739。

¹¹⁴ 湯孝純，《新譯管子讀本》(下)，臺北：三民，2006，頁 804。

¹¹⁵ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 15。

¹¹⁶ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 80。

第二款 商鞅之法律思想之於死刑

商鞅之重刑的主張，有關死刑者，《漢書·刑法志》即曾寫道：「秦用商鞅，連相坐之法，造參夷之誅；增加肉刑、大辟，有鑿顛、抽脅、鑊亨之刑¹¹⁷。」《漢書·刑法志》

一、藉「死刑」以去「死刑」

「行罰，重其輕者，輕者不至，重者不來，此謂以刑去刑，刑去事成。罪重刑輕，刑至事生，此謂以刑致刑，其國必削。」《商君書·靳令》

「吾所謂刑者，義之本也；而世所謂義者，暴之道也。…此吾以殺刑之反於德，而義合於暴也。…故王者以賞禁，以刑勸；求過不求善，藉刑以去刑¹¹⁸。」《商君書·開塞》

商鞅之法律思想本就有重刑的主張，認為可以「以刑去刑」，同理，對於死刑，他認定用刑殺反而可以合於德，用仁義(如廢死)反而合於暴。因為有「死刑」人民有所擔憂的事務才會對它加以深思，能思慮則會守法度；相反沒有「死刑」，人民可能因為不會深思熟慮則會放蕩，因而有致他人於死或殺人之行為，這樣為了保護犯殺人罪者一人，對於被害的死者們，反而是仁義(廢死)所致的殘暴。

換言之，用現代的用語來說商鞅的思想：「死刑」的制裁顯示法律的公義，所以才說「吾所謂刑者，義之本也」。商鞅最後希望藉「死刑」以去除「死刑」，所以才說「明刑之猶，至於無刑也。」《商君書·賞刑》

二、明立死刑所以沒有死刑

「禁姦止過，莫若重刑。刑重而必得，則民不敢試，故國無刑民。國無刑民，故曰：明刑不戮。…明刑之猶，至於無刑¹¹⁹。」《商君書·賞刑》

禁止奸邪阻止犯罪，沒有什麼比使用重刑更好的。使用重刑而且必得犯罪者而罰之，則人民不敢以身試法，所以國家就等於沒有受刑罰的民眾了。就是因為國家沒有受刑罰的民眾了，所以才說：「訂立明確的刑罰不是為了殺人。…明立公正嚴明的刑罰，執行到一定程度就沒有刑罰了。」

顯然，商鞅的重點永在法律威嚇一般人的作用上，在重刑而必得之下，使人民不敢試法犯罪，這屬於一般預防的刑罰觀。

這裡，我們將死刑代入，就成為：「訂立明確的死刑不是為了殺人。…明立公正嚴明的死刑，嚴格執行到一定程度，也就沒有死刑了。」

¹¹⁷ 班固;吳榮曾;劉華祝，《新譯漢書》，臺北：三民，2013，頁 1179。班固;吳榮曾;劉華祝，《新譯漢書》，臺北：三民，2013，頁 1193。

¹¹⁸ 貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁 81-83。

¹¹⁹ (明)范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 21。

三、變法必然要合於當代的民意時宜

商鞅的法律倫理思想中強調「禮法以時而定，制令各順其宜」的變法觀，於今仍有其可取之處。因為變法必然要合於當代的民意時宜，不然，自以為對的事理，不顧民意時宜而強要去變法，這一定不會成功。

「古之民樸以厚，今之民巧以偽。...故效於古者，先德而治；治於今者，前刑而法¹²⁰。」《商君書·開塞》

商鞅認為古代的人民樸實忠厚，現今的人民巧詐虛偽。所以古代有效的方法是德治，而現在有效的方法是要以刑罰為首要。

四、小結

商鞅之重刑的主張，希望藉「死刑」以去除「死刑」，所以其理論中「死刑」具有手段的重要性，商鞅認為對現今人民的巧詐虛偽，有效的犯罪防治方法是要以刑罰重罰之。換言之，用現代的用語來說商鞅的思想：「死刑」的制裁顯示法律的公義，所以才說「吾所謂刑者，義之本也」。而「死刑」是恰當的手段，所以商鞅的法律倫理思想中並不容納廢除「死刑」的論點。

¹²⁰（明）范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 12。

第三款 申子法律思想之於死刑

申子因現存資料太少，但依前開引文「鏡設精，無為而美惡自備」之理解，茲簡述如下：

申子說：「...是以聖人貴名之正也。...以其名視之，以其名命之，鏡設精，無為而美惡自備，衡設平，無為而輕重自得，凡因之道，身與公無事，無事而天下自極也¹²¹。」《申子·大體》

本文以為申子以「因」之道為其術，其本在「名」，而「名」即是法，換言之，以名責實之治術，必以「名」為規範才有所依據，此規範即法也。至於所「因」者，王曉波認為必因人之情¹²²，本文亦認同此一見解。

所以，申子法律倫理思想，對於「死刑」與「廢死」都具開放性，一切因人民之情為變法的依據。如此，申子之說與老子「以百姓心為心」同旨趣。而若社會成熟到不用「死刑」的刑罰而社會有序時，法律規範必然也要「因」人情而變，那時不「廢死」反而違反人情了！

¹²¹ 楊家駱、阮延焯《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁167-170。

¹²² 王曉波，《先秦法家思想史論》，臺北：聯經，1991，頁219。

第四款 慎子法律思想之於死刑

一、法律不能固守不變，必要以道變法

「故治國無其法則亂，守法而不變則衰，有法而行私謂之不法。以力役法者百姓也，以死守法者有司也，以道變法者君長也。」《慎子·佚文》¹²³

慎到認為，統治者建立的法制標準，並非不可改變，必須改變而不改時國家會衰敗，只是法律的變革，統治者必須要依據自然之道來作變革。

二、時代不同、民情也就不同，法律刑罰的內容也因此不同

「有虞之誅，以幪巾當墨，以草纓當劓，以菲履當劓，以艾鞞當宮，布衣無領當大辟，此有虞之誅也。斬人肢體，鑿其肌膚，謂之刑。畫衣冠，異章服，謂之戮。上世用戮而民不犯也，當世用刑而民不從¹²⁴。」《慎子·佚文》

上古時代使用象徵性的恥辱刑，用這種恥辱刑當作刑戮人民就不犯法了；而當今之世，用殘酷的刑罰而人民仍不服從。所以，並非刑罰無用，而是時代不同、民情也就不同，法律刑罰的內容必須因應時代、民情而有所不同。

三、法因人之情，合乎人心而已

慎到認為，法制度的產生，是合於天道，根據人心、合於當代民情而制訂出來的：

1. 因人之情即合於天道

「天道因則大，化則細。因也者，因人之情也。人莫不自為也。…故用人之自為，不用人之為我，則莫不可得而用矣，此之謂因¹²⁵。」《慎子·因循》

慎到認為，天道因循自然，就人而論，就是順應人情，而人性沒有不為自己打算的。所以，主政者掌握此心理人情，即可用之於政令。法律的變革同樣要「因人之情」來作變革。這裡慎到與申子的「因人之情」，理論一致。

2. 變法的標準即在合乎人心而已

法律要統治者依據自然之道來建立標準，並作變革。只是法律制訂、變革的根據為何？法制度的產生，是根據人心、合於當代民情而制訂出來的：

「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已¹²⁶。」《慎子·佚文》

四、小結

慎到的法律思想重「勢」的作用，其中勢最重要的是因人情之勢，所以，當社會上人心趨向主張不用「死刑」時，法律規範也要順應人心而變，那時「廢死」可矣！慎到的法律倫理對於「死刑」與「廢死」都具結果的開放性。變法的標準即在合乎人心而已！

¹²³ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980年，頁191。

¹²⁴ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980年，頁187。

¹²⁵ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁1。

¹²⁶ (清)繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊24，1936，頁6。

第五款 韓非法律思想之於死刑

一、韓非認為輕刑是亂亡之術：

韓非認為，重其刑罰以禁姦邪，輕刑是亂亡之術：

「故法之為道，前苦而長利；仁之為道，偷樂而後窮。聖人權其輕重，出其大利，故用法之相忍，而棄仁人之相憐也。學者之言，皆曰輕刑，此亂亡之術也¹²⁷。」
《韓非子·六反》

要產生法律的作用，必須嚴厲執法，所以先受苦一時，而其後得到的是久安長治之利；反之，濫施寬仁，雖先快樂一時，而其後得到的是禍亂窮困的惡果。…所以所謂「輕刑」云云，是亂亡之術。

韓非進一步申：

「且夫重刑者，非為罪人也，明主之法也。殺賊、非治所殺也；治所殺也者，是治死人也。刑盜、非治所刑也；治所刑也者；是治胥靡也。故曰重一姦之罪，而止境內之邪，此所以為治也。重罰者盜賊也，而悼懼者良民也，欲治者奚疑於重刑¹²⁸！」《韓非子·六反》

這裡，韓非認為，刑罰的主要目的不在於犯罪者本身，刑罰的主要目的是透過對犯罪者的刑罰的執行，達到威嚇一般人民不敢罪的作用。換言之，嚴刑犯罪者的罪行，用以禁止境內的奸邪，才是刑罰的主要目的。

二、死刑的對象是經法秩序定讞之「被剝奪作為人之資格的人」

從上開這段引言中，可以知道韓非是主張「重罰」的。他之所以主張「重罰」，有教化及預防的目的，而對於犯法處「死刑」者，韓非明確主張：

「殺(揆)賊、非治所殺也；治所殺也者，是治死人也。刑盜、非治所刑也；治所刑也者；是治胥靡也。故曰重一姦之罪而止境內之邪，此所以為治也。¹²⁹」《韓非子·六反》

王先慎注云：「揆當作是殺的古字¹³⁰。」

換言之，對於犯死罪判決應被執行死刑者，並非「法治(國家法秩序)」殺人(一般未犯罪的)；「法治(國家法秩序)」所殺的人，是經「法治(國家法秩序)」判決定讞的被剝奪作為人之資格的人之「應被執行死刑之人」。對於犯強盜者施以刑罰，並非「法治(國家法秩序)」對一般未犯罪的人施以刑罰；「法治(國家法秩序)」所施以刑罰的對象，是經「法治(國家法秩序)」判決定讞之「應被執行刑罰(如:徒刑)的人」。

韓非認為，國法對「殺人者」執行「死刑」並非國法殺人。「死刑」之罰如天險高崖，不會主動作為。若非人主動跳崖，怎會因險崖而死？是殺人者違法殺人在先，自己主動致刑(跳崖)，所以並非險崖殺人。「殺賊、非治所殺也」，對非人執行死刑非殺人！

¹²⁷ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：世界，1988，321頁。

¹²⁸ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，2006，頁669，胥靡是古時對服徒刑者之稱謂。

¹²⁹ 賴炎元、傅武光註譯，《新譯韓非子》，臺北：三民，2006年，頁669。

¹³⁰ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：世界，1988，321頁。

換言之，用現代的用語來說韓非的思想：「死刑」的制裁不是治療而是懲罰，是犯罪者明知故犯的代價。

所以，韓非這裡與墨子的刑罰觀一致，同樣認為，殺人者違法殺人在先，自己主動致刑，所以並非「治所殺也」，對非人執行死刑即非殺人！

三、小結

由前述可知，韓非認為「治所殺也者，是治死人也。」

死刑，對象是法秩序對於依法判決定讞而應被執行死刑者，該人因其所犯之罪行已為國家法秩序剝奪作為人的資格，因此對該人執行死刑是具正當性的。

透過對犯罪者的刑罰的執行死刑，達到威嚇一般人民不敢罪的作用，才是死刑刑罰的主要目的。此即韓非所說：「重一姦之罪，而止境內之邪，此所以為治也。」

韓非這種見解，與前開一〇五年度台上字第九八四號判決所云：「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「特別預防功能」存在，「教化」非死刑刑罰之目的，有驚人的相似性。

可惜韓非沒有進一步說明，為何法秩序有權利剝奪人作為人的資格，進而行刑處決之。



第三節 先秦儒道墨法諸子對死刑觀點的現代反思

本文前已分析儒道墨法諸子對死刑的觀點，顯然在先秦諸子生存之當代，其等對死刑是持肯定的態度，根本沒有想到「殺人者死，是百王之所同」如此天經地義的道理，怎麼在現代廢除死刑會成為國際上主流的思潮。

然而，廢除死刑是國際的思潮，我國亦於九十八年五月十四日簽署「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」(合稱兩公約)，立法院隨即制定兩公約施行法，並於同年十二月十日施行。上開施行法第二條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法之效力。第三條規定，適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。而公民與政治權利國際公約第六條第一項明定：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪。」第二項亦規定：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。」。所以，廢除死刑成為我國未來的政策¹³¹。

鑑於先秦諸子無法預見死刑的存廢之爭，所以，以下本文對其等法律倫理思想採用創造性的詮釋為方法，探討先秦諸子思想是否有可能成立支持廢除死刑的論述。

第一項 先秦儒道墨法諸子是否有廢除死刑的論述

如前所述，在先秦諸子生存之時代，根本沒有想到廢除死刑會成為國際的重要思潮，在此，本文即應用「創造的詮釋學」，其中第四層、「當謂」：即「創造的詮釋學者應當為原思想家說出什麼？」及第五層、「必謂」：即「為了解決原思想家未能完成的思想課題，創造的詮釋學者必須為原思想家說行什麼？」，前述「當謂」層次是要「講活」原典或原有思想，屬於「批判的繼承」；而在此層則要「救活」原典或原有思想，批判地克服原思想家的教義侷限性或內在難題，為原思想家解決他所未能完成的思想課題，這屬於「創造的發展」階段。

本節只就前開諸子中有可能支持廢除死刑者作論述，如荀子主張性惡論，認為少年亦可刑戮：「偷儒憚事，無廉恥而嗜乎飲食，則可謂惡少者矣；加惕悍而不順，險賊而不弟焉，則可謂不詳少者矣，雖陷刑戮可也。」《荀子·修身》、「殺人者死、傷人者刑，是百王之所同也。」《正論》、「故刑一人而天下服，…蓋殺一人，刑二人。」《荀子·議兵》、「元惡不待教而誅」《王制》，所以荀子時戰國末年，已具重刑的色彩，很難再作創造性的詮釋。

另外，墨子兼愛之義認為人的生命最珍貴，所以是將生命放在第一義來保護，任何人反於天意，交相賊殺者，必得天罰。換言之，對「殺人者」執行「死刑」是

¹³¹ 參見：中華民國法務部有關廢除死刑之政策(中英文版)103/10/28；《法務部有關廢除死刑之政策》中載明：「...法務部將會透過廣泛討論與研究，凝聚多數民眾支持廢除死刑之共識後，才會提出廢除死刑的法律修正案，以兼顧人權之保障及治安之維護。」法務部網站：<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26742&ctNode=28252&mp=001>(到訪時間：2016年6月6日/10:05)

天道自然法理的展現。因此，於墨子兼愛之義下，不容廢死的存在。

再者，法家中以重刑論為核心思想的商鞅及韓非，雖然他們都主張變法，但去除重刑論，就不是他們的思想了。

綜上，本文認為即使在現代，荀子、墨子、商鞅及韓非他們的法律倫理思想也不會讚同廢除死刑的論述，故此節略之不論，僅就先秦儒道墨法諸子的法律倫理思想可作創造的詮釋者，析述如次：

一、孔子

在此先引孔子相關之言語，再說明如次：

1. 子曰：「善人為邦百年，亦可以勝殘去殺矣。誠哉是言也¹³²！」《論語·子路》

孔子說：「『善人治理國家經過一百年，也就可以消除殘暴，廢除刑罰殺戮了。』這話很對呀！」

2. 季康子問政於孔子曰：「如殺無道，以就有道，何如？孔子對曰：子為政，焉用殺？子欲善而民善矣。君子之德風，小人之德草，草上之風必偃¹³³。」《論語·顏淵》

孔子說：「你們(指季康子)為政行事，何必以殺的手段來治理呢？重要的你自己想為善，人民自然就會跟著向善。君子德行就像風，小人之德行就如草，在位者若行德政就像風，風吹向哪一邊，草必隨風倒向一邊。」

3. 子曰：「今之聽民者，求所以殺之；古之聽民者，求所以生之；不得其所以生之道，乃刑殺，君與臣會焉¹³⁴。」《尚書大傳卷四》

相同意旨者，另可見諸：

孔子曰：「古之知法者能省刑，本也；今之知法者不失有罪，末矣。」又曰：「今之聽獄者，求所以殺之；古之聽獄者，求所以生之¹³⁵。」《漢書·刑法志》

孔子說：古代審理刑案，以省刑為本，即重在謙抑少用，對於犯罪者重點在幫助他找活路；而今審理刑案的人，是想盡辦法定其死罪，這已走入聽獄的末節去了。

綜上可知，孔子認為，若使善人治理國家百年，就可以消除殘暴，免除刑殺了。而為政，不必用殺的方法對治，重要的是在位者自己想為善，人民自然就會跟著向

¹³²(魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，臺北：商務，冊 195、1983，頁 459。

¹³³(魏)何晏集解、(梁)皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，臺北：商務，冊 195、1983，頁 451。

¹³⁴(漢)伏勝，《尚書大傳》，臺北：中新書局印行，1973，頁 641。

¹³⁵ 楊鴻烈，中國法律思想史，臺北：商務，1993，頁 192。

另參見 <http://ctext.org/han-shu/xing-fa-zhi/zh>，中國哲學書電子化計劃：《漢書·刑法志》

另可參，中國哲學書電子化計劃《孔叢子·刑論》中如下相似之引文：《書》曰：「若保赤子。」子張問曰：「聽訟可以若此乎？」孔子曰：「可哉！古之聽訟者惡其意，不惡其人，求所以生之，不得其所以生，乃刑之。君必與眾共焉，愛民而重棄之也。今之聽訟者不惡其意，而惡其人，求所以殺。是反古之道也。」惟所應注意者，《孔叢子》其書之真偽歷代學者爭論不休，故本文僅引其文供參考，不在內文中論述。

善。又審理刑案，以省刑為本，對於犯罪者重點在幫助他找生路而不是想盡辦法定其死罪。

由此，我們可以知道，孔子本於仁心，要求為政者，不要用殺的方法對治理國家，但其當世的政治環境，並無法廢除刑罰殺戮，所以要審理刑案者，想盡辦法幫助死刑犯罪者找生路；並期許，善人治理國家百年，可以消除殘暴，廢除刑罰殺戮。所以，重點是社會環境是否適合，如果已經消除殘暴，按孔子的本意，是可以廢除刑殺的。

那現今的民主法治，是否已然符合「善人為邦百年，亦可以勝殘去殺矣。」的條件呢？

前文提到，孔子在回答他人「以德報怨」的問題時，回答道：「何以報德？以直報怨，以德報德¹³⁶。」《論語·憲問》。

皇侃疏云：孔子不許以德報怨，言與我有怨者，我宜用直道報之；若與我有德者，我以備德報之也。所以不以德報怨者，若行怨而德報者，則天下皆行怨以要德報之，如此是取怨之道也¹³⁷。

換言之，孔子並不贊成「以德（仁德）報怨」，所以說要「以直（公正）報怨，以德（仁德）報德（恩德）」要用公直的態度對待有怨仇的人。

孔子是肯定正義前提下的「應報觀」的，而「應報」的內容其實流動的，即要看刑罰的「應報」是否滿足當代的「應報心理」，換言之，「以直報怨」的內容，即以該國現行法秩序為公義的內容！而現行法秩序的內容是可以透過修法而改變的，如此，孔子的倫理思想是存有廢除死刑的空間，即當該國現行法秩序可以修法廢除死刑時，如此沒有死刑的法秩序，就是「以直報怨」之「直」的內容。

二、孟子

孟子認定施政之要在於得民心：

孟子曰：「仁言，不如仁聲之入人深也。善政，不如善教之得民也。善政民畏之，善教民愛之；善政得民財，善教得民心¹³⁸。」《孟子·盡心上》

趙岐注云：「仁言，政教法度之言也¹³⁹。」朱熹註云：「政，謂法度禁令，所以制其外也。教，謂道德齊禮，所以格其心也¹⁴⁰。」

綜上，上開仁言、善政云云都是指法令制度而言，孟子認為施政的重點在「得民心」。若只有好的政教法度，只能使民不違法制而已；若能教之以道德禮義，則移風易俗，因民心以教之，故能得民心。

這裡，孟子尊重法律的作用，只是強調施政的重點在禮義教化方能「得民心」。因此，「民心」的內容，才是主政者施政變法的依據。這樣孟子的倫理思想是存有廢

¹³⁶（魏）何晏集解、（梁）皇侃，《論語集解義疏》，文淵閣四庫全書，臺北：商務，冊 195、1983，頁 475。

¹³⁷（梁）皇侃，《論語集解義疏》，臺北：廣文書局，1991，頁 518。

¹³⁸（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁 108。

¹³⁹（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁 108。

¹⁴⁰（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁 298。

除死刑的空間，即當該國家之「民心」是要修法廢除死刑時，如此沒有死刑的法秩序，就是「民心」的內容。

三、老子

老子認為「聖人常無心，以百姓心為心¹⁴¹。」《道德經第四十九章》

用現代的政治用語翻譯即是，主權者(政府)，所有的政事不強作主宰，一切施政，以民意為準，以民意為先。

所以，老子的倫理思想是存有廢除死刑的空間，即當該國家的民意主張可以修法廢除死刑時，主權者(政府)的施政，即以民意為準，以民意為先。

如此沒有死刑的法秩序，也就是「百姓心」之「心」的內容。

四、莊子

「夫聖人之治也，治外乎？正而後行，確乎能其事者而已矣¹⁴²！」《莊子·應帝王》
聖人治理天下，難道只治理外在表象嗎？應自身正而後行化天下，必須先確定民意能讚同者為何，順應民意而成就其事罷了！換言之，主政者制定法度的依據，當順應民性情，以民意為依歸。

「故夫三皇、五帝之禮義法度，不矜於同而矜於治。... 故禮義法度者，應時而變者也¹⁴³。」《莊子·天運》

上古三皇、五帝的禮義法度，重點不在於其相同之處，而重點不在於它們合於當代治理的需要。所以...禮義法度，要應時而變。

莊子之法律倫理思想簡要言之即：反對強行妄為之人為法的賞罰，認為法應順應人民的本性形成行為準則。

所以，老子與莊子的倫理思想是存有廢除死刑的空間，如何變法、修法，主權者應以民意為準，以民意為先。

五、管仲

死刑是否有改變的可能，對於死刑的存廢之爭，因春秋時的管仲當然無法預見死刑的存廢之爭，但若身處於現代，管仲可能的看法如何，本文對其法律倫理學採用創造性的的詮釋為方法說明之。

(一)經濟條件決定法治條件

《管子·牧民》說：「倉廩實，則知禮節；衣食足，則知榮辱。...故刑罰不足以畏其意，殺戮不足以服其心¹⁴⁴。」

為政者只要滿足人民佚樂、富貴、存安、生育的四種基本欲望，若如此，則

¹⁴¹ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 15。

¹⁴² 張耿光譯注，《莊子》，臺灣古籍出版，1996，頁 143。

¹⁴³ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 109。

¹⁴⁴ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 4。

疏遠的百姓也會親近過來；反之，若主政者實行人民厭惡的憂勞、貧賤、危墜、滅絕等四種事情，即使親近的人也會叛離而去。

換言之，經濟條件決定法治條件，若主政者無法滿足人民財富、佚樂、生存、生育等基本欲望，強以法律逼迫服從，管子認為「刑罰不足以畏其意，殺戮不足以服其心」！

類似的講法見諸：

「佹堯之時，...其獄一跣一跣履而當死。今周公斷指滿階，斷首滿階，斷足滿階，而死民不服，非人性也，敝也¹⁴⁵。」《管子·侈靡》

管子認為：帝嚳、帝堯之時，自耕而自足，天下太平，...那時的獄政是以一腳穿草鞋，另一腳穿正常的鞋子的象刑來代替死刑，如此即可達到安治的效果；而時代改變土地、資源少，而人口眾多，人民無法生存時，即使有死刑，人也不怕。所以周公之時，受刑者斷指滿階，斷首滿階，斷足滿階，而被處死的人民仍不懼服，這並非人性不怕死，是因為貧窮的關係。

(二)隨時而變，因民而化

「故古之所謂明君者，...其立禁有輕有重，...，皆隨時而變，因俗而動。.....其治人民也，期於利民而止。...與時變，與俗化¹⁴⁶。」《管子·正世》

古代的明君很多，各人的作法不一定相同，但並非故意與人相反，重點都是要隨時而變，因俗而動。...一切以是否有利於人民為斷，所以明智主政者找到適合當代的方法，不慕古人，也不滯留不動，與時勢而變，與民俗而轉化。

「民變而不能變，是稅之傳革，有革而不能革，不可服¹⁴⁷。」《管子·侈靡》

人民的意向已變而主政者不能跟隨改變，這如同把木棍(稅)用皮革包裹住，使之內外隔絕，民意有變革而主政者不能跟隨改革，人民對之究竟不能心服。

綜上，管子認為主政者的法制當順應時勢而變革，不要畏懼改革變法。當民意有變革時，主政者也要跟隨改革，隨民意而變法。

(三)小結

綜上所述，管子認為：經濟條件決定法治條件！

為政者只要滿足人民佚樂、富貴、存安、生育的四種基本欲望，即使用象刑來代替死刑，並無不可。主政者可「隨時而變，因俗而動。」，重點是如前所述之：「政之所興，在順民心。政之所廢，在逆民心¹⁴⁸。」《管子·牧民》

所以死刑的廢止，主政者要先致力於民意的變革，當民意的大勢主張變革，主政者也要跟隨改革，隨民意而變法。

如前所述，法律的制定是出於權衡原則，而權衡原則必須是合於「道」的。當有不用殺戮而可作為禁止殺戮的方法，且為民心所接受時，這時廢除死刑當是水到

¹⁴⁵ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北：三民，2006，頁456。

¹⁴⁶ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁93。

¹⁴⁷ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁72。

¹⁴⁸ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁4。

渠成，自然可行之事。

六、慎到

慎到認為，法律要統治者依據自然之道來建立標準，並作變革。只是法律制訂、變革的根據為何？法制度的產生，是根據人心、合於民情而制訂出來的：

「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已¹⁴⁹。」《慎子·佚文》

慎到的法律思想重「勢」的作用，其中勢最重要的是因人情之勢，所以，當社會上人心趨向主張不用「死刑」時，法律規範也要順應人心而變，那時「廢死」可矣！

慎到的法律倫理對於「死刑」與「廢死」都具結果的開放性。變法的標準即在合乎人心而已！

七、禮的經與變

前文中，證之朱子云：「禮有經，有變。經者，常也；變者，常之變也。先儒以曲禮為變禮，看來全以為變禮，亦不可。蓋曲者，委曲之義，故以曲禮為變禮。然『毋不敬，安定辭，安民哉』！此三句，豈可謂之變禮？先儒以儀禮為經禮。然儀禮中亦自有變，變禮中又自有經，不可一律看也。禮記，聖人說禮及學者問答處，多是說禮之變¹⁵⁰。」《朱子語類卷第八十五·禮二》

從上引文可知，朱子認為：禮有經，有變。換言之，禮有分不可變的部分及可變的部分，禮記中，聖人說禮及學者問答處，多是說禮之變。而曲禮中之『毋不敬，安定辭，安民哉¹⁵¹』三句，朱子認為是禮中不可變者。

所以朱子認為禮之經，是行之於內者為心必須恭敬；要達到於外的作用是安定人民。這是禮有分不可變的部分。

換言之，就禮而言，只要人能內心恭敬；外在的作用能安定人民。禮的內容可以根據時代環境的需要來制禮。

關鍵是廢除死刑的結果，能安定人民的心嗎？如果可以安定人民，廢除死刑亦可行之。

八、小結

從上開整理可知，無論法是如何的內容，「民心」才是先秦諸子首要共同關注的內容，如：

管仲認為：「政之所興，在順民心。政之所廢，在逆民心¹⁵²。」《管子·牧民》

¹⁴⁹（清）繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 6。

¹⁵⁰（南宋）朱熹，《朱子語類》，中文出版社，頁 3483。

¹⁵¹ 原文是：《曲禮》曰：毋不敬，儼若思，安定辭。安民哉！《禮記·曲禮上》

朱子上開引文少了「儼若思」，全文意指：《曲禮》中記載：（統治者）執禮時必須內心恭敬，態度好像慎重思慮的莊嚴，說話都是深思後才安定地說出。如此人民則可得到安定！

¹⁵²（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 4。

同樣慎到也認為：「非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已¹⁵³。」《慎子·佚文》

綜上，死刑的廢止，最終還是要以民心為主，所以，若要廢除死刑，主政者要先致力於民意的變革，當民意的大勢主張變革，主政者也要跟隨改革，隨民意而變法。

同樣，孔孟、老莊、慎到以及就禮的變而言，其等的倫理思想都是存有廢除死刑的空間，重點是要以民意為準，以民意為先。廢除死刑，若合於民意，能安定民心，廢除死刑亦可行之。



¹⁵³ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 200。

第二項 先秦儒道墨法諸子以外古代有關廢除死刑的論述

一、象刑

先秦諸子以外有支持廢除死刑的的論述者即為象刑，最早在《尚書》中出現，但其中對『象刑』所指為何其中並未作說明，所以自古即有象徵刑或效法刑之爭議。本文主旨乃找出先秦諸子以外有支持廢除死刑的論述，所學有限，所以不作考證。

所謂象刑是畫衣冠、異章服，使受刑者身穿與他人不同的衣著，蒙受恥辱的精神壓力，但不受肉刑之苦。

(一)先秦有關象刑之記載

象刑，最早見於《尚書》『象以典刑』、『象刑惟明。』¹⁵⁴

尚書大傳卷堯典中，對象刑作出如下說明：「唐虞象刑，而民不敢犯。苗民用刑，而民興相漸。唐虞之象刑：上刑，赭衣不純，中刑，雜履，下刑墨，以居州里，而民恥之。唐虞之象刑，上刑赭衣不純，中刑雜履，下刑墨，以居州里，而反於禮。唐虞象刑，犯墨者蒙皂巾，犯劓者赭其衣，犯臙者以墨其臙處而畫之，犯大辟者布衣無領¹⁵⁵。」《尚書大傳卷一·唐傳》

即堯舜當時人尚德義，犯刑者但易之以「紅褐色」顯眼的衣服，自為大恥。履，履也。巾也，使不得冠飾。

後代受刑者即多衣「赭衣」以示受刑者身分。如班固描述秦之苛政「秦始皇...兼吞戰國，遂毀先王之法，滅禮誼之官，專任刑罰，...而姦邪並生，赭衣塞路，圜圜成市，天下愁怨，潰而叛之¹⁵⁶。」《漢書·刑法志》此種受刑人穿著「赭衣」顯有醒目、警覺、象徵的意味，學者莊慶美認為它有勸儆及防止逃跑的作用¹⁵⁷。

在此，「象刑」為象徵刑之註解。即使是犯大辟的死刑犯，也可以用穿著無領的布衣象徵死刑的執行。

(二)其他有關象刑 之記載:

1. 《管子·侈靡》曰：「佹堯之時，...其獄一跣腓，一跣履而當死。今周公斷指滿稽，斷首滿稽，斷足滿稽，而死民不服，非人性也，敝也¹⁵⁸。」

管子認為：

帝嚳、帝堯之時，...那時的獄政是以一腳穿草鞋，另一腳穿正常的鞋子來代替死刑。而周公之時，受刑者斷指滿階，斷首滿階，斷足滿階，而被處死的人民仍不

¹⁵⁴ (漢)鄭玄註、(唐)孔穎達疏，《十三經註疏·尚書》，新文豐出版，2001，頁。

¹⁵⁵ (漢)伏勝，《尚書大傳》，臺北：中新書局印行，1973，頁 588-589。

¹⁵⁶ (東漢)班固，《漢書》，臺北：鼎文書局，1986 頁 1110。

¹⁵⁷ 莊慶美，《赭衣丹徒服色施於刑徒之探析》，大同技術學院學報，第十六期，2008，頁 152。

¹⁵⁸ 湯孝純，《新譯管子讀本》(上)，臺北：三民，2006，頁 456。

懼服，這並非人性不怕死，是因為貧窮的關係。

換言之，土地、資源少，而人口眾多，人民無法生存時，即使有死刑，人也不怕。

綜上引文，管子認為帝嚳、帝堯之時，是有象刑存在的。

2. 《墨子》曰：「畫衣冠，異章服，而民不犯。」

就上開引文而言，墨子認為古者聖王之時，是有象刑存在的。

3. 《慎子》曰：「有虞之誅，以幪巾當墨，以草纓當劓，以菲履當劓，以艾鞞當宮，布衣無領當大辟，此有虞之誅也。斬人肢體，鑿其肌膚，謂之刑。畫衣冠，異章服，謂之戮。上世用戮而民不犯也，當世用刑而民不從¹⁵⁹。」《慎子·佚文》

上古時代使用象徵性的恥辱刑，用這種刑戮人民就不犯法了，而當今之世用殘酷的刑罰而人民仍不服從。

4. 《荀子·正論》曰：「治古無肉刑，而有象刑：墨黥怪嬰〈即纓字。〉，共〈即宮字。〉艾畢〈即鞞字。〉菲〈即荆字。〉對履，殺、赭衣而不純。」

荀子雖反對象刑之說，但至少表示當時之人認可此一論點的也有不少人，否則，荀子也不用立書反對象刑說了。

5. 《周禮·司圜》「司圜：掌收教罷民。凡害人者弗使冠飾，而加明刑焉，任之以事而收教之。」

對此鄭玄註云：「弗使冠飾者著墨蒙，若古之象刑¹⁶⁰。」，如此，鄭玄當認可象徵性的法。

6. 在莊子中亦可得到間接佐證：

「昔者堯治天下，不賞而民勸，不罰而民畏。今子賞罰而民且不仁德自此衰，刑自此立，後世之亂自此始矣。」《外篇·天地》

昔日堯治理天下，不用賞而人民勤勉向善，不用刑罰而人民自然敬畏不去犯罪。而今你(大禹)賞罰並并用而人民却不能相愛，道德自此衰落，刑罰自此建立，后世之禍亂也從此開始了。

上文中雖然莊子雖然沒有明言堯治天下時確有象刑存在，但明白出該時「不罰而民畏」，換言之，堯治天下時是不用「死刑」的刑罰的，這間接證明象刑的存在。

7. 在《韓詩外傳》亦可得到佐證：

「古者...皆興仁義而賤財利，賤財利則不爭，不爭則強不陵弱，眾不暴寡，是君之所以象典刑而民莫犯法，民莫犯法，而亂斯止矣。《詩》曰：『質爾人民，謹爾侯度，用戒不虞¹⁶¹。』」《韓詩外傳·卷六》

古時，興仁義而賤財利，賤財利則民不爭，民不爭則不亂，唐虞時施行象刑而人民不犯法，社會秩序井然。所以《詩經》說：要讓你的人民知道，主政者要謹守

¹⁵⁹ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁187。

¹⁶⁰ (東漢)鄭玄注，(唐)孔穎達正義，《十三經注疏·禮記》，新文豐出版，2001，頁543-544。

¹⁶¹ (漢)韓嬰，《韓詩外傳》，四部叢刊初編，上海商務，冊4，1936，頁50。

法度，用以防止意外的危害。

依《漢書》的記載，韓嬰為漢文帝時的博士，可推出《韓詩外傳》的成書應在約公元前 150 年左右。《韓詩外傳》雖未明示象徵刑的說法，但有象刑的存在亦由此得到佐證

以下本文，再就反對象刑存在者、肯定象刑者分述之：

(三)反對象刑存在者

1. 荀子

「世俗之為說者曰：『治古無肉刑，而有象刑：墨黥，髡髮，共、艾畢，荆、對履，殺、赭衣而不純。治古如是。』是不然。...殺人者不死，而傷人者不刑，是謂惠暴而寬賊也，...故象刑殆非生於治古，並起於亂今也¹⁶²。」《荀子·正論》

荀子認為所謂「古代的治世沒有肉刑，而有象刑：即本當處墨刑的以墨畫其面部來代替，當處劓刑的用草制的帽帶來代替；本當宮刑的，用割去衣服前的蔽膝來代替；本當砍掉脚的荆刑，用穿麻鞋來代替；而本當的死刑，用穿上赤色無領的衣服來代替。治世的古代就如此。」這是世俗沒有根據的說法。...殺人者不死，而傷人者不刑，這是加惠亂賊的說法...象刑之說恐怕並非生於治世的古代，而都是生之於亂世的當代。

上開，荀子之言，有其生存的戰國亂世的歷史背景，若荀子生於今世，沒有肉刑，廢除死刑為主流的世代，不知他是否會改變其說。

2. 班固

「善乎！孫卿之論刑也，曰：世俗之為說者，以為治古者無肉刑，有象刑墨黥之屬，菲履赭衣而不純，是不然矣。...所謂『象刑惟明』者，言象天道而作刑，安有菲履(鞋子。說文解字：「履，履也。」)赭衣者哉？」《漢書·刑法志》¹⁶³

從上引文可知，班固否定「象刑」的存在，引用荀子的用語來支持他的見解。並認為荀子上開否定之言講的很對。所謂『象刑惟明』，是說法象天道而作刑，哪裡有用麻鞋代表荆刑，穿赤色不純的雜色衣服來替代死刑的制度。

(四)肯定象刑者

前述先秦有記載象刑者中，除荀子持否定見解外，其他應可認為是肯定其存在的，在此只就先秦後代持肯定者作整理，諸如：

1. 西漢

(1) 漢文帝

漢文帝紀十三年(前 168 年) 詔曰：「蓋聞有虞氏之時，畫衣冠異章服以為僂，而民不犯。何則？至治也。今法有肉刑三，而姦不止，其咎安在？非乃朕德薄而教不明歟？吾甚自愧。」《史記·孝文本紀》

(2) 漢武帝

¹⁶² 李滌生，《荀子集釋》，臺北：學生，1979，頁 393。

¹⁶³ 班固，吳榮曾，劉華祝，《新譯漢書》，臺北：三民，2013，頁 1218。

武帝元光元年(前 134 年)五月,詔賢良曰:「朕聞昔在唐虞,畫象而民不犯。」
《漢書·武帝紀》

(3) 漢元帝

元帝永光二年(前 44 年)春二月,詔曰:「蓋聞唐虞象刑而民不犯,殷周法行而姦軌服。」《漢書·元帝紀》

(4) 董仲舒

「五帝三王之治天下,不敢有君民之心。...囹圄空虛,畫衣裳而民不犯¹⁶⁴。」
《春秋繁露·王道》

2. 東漢

按《周禮·秋官·司圜》中規定:「司圜,掌收教罷民,凡害人者,弗使冠飾,而加明刑焉,任之以事,而收教之。能改者,上罪三年而舍、中罪二年而舍、下罪一年而舍,……凡圜土之刑人也,不虧體,其罰人也,不虧財。」

此條疏文下鄭玄有釋曰:「著墨幪,若古之象刑與」者,案《孝經緯》雲:「三皇無文,五帝畫象,三王肉刑。」畫象者,上罪墨象、赭衣雜履,中罪赭衣、雜履,下罪雜履而已。畫象者,則《尚書》象刑直墨象,略言之,其實亦有赭衣雜履¹⁶⁵。

由上引文可知,東漢鄭玄肯定「象刑」之存在。

3. 曹魏

魏明帝青龍四年(236 年)詔曰:「有虞氏畫象而民弗犯,周人刑措而不用,朕從百王之末,追望上世之風,邈乎,何相去之遠¹⁶⁶!」《魏·刑法志》

4. 西晉

(1) 晉武帝司馬炎

晉武帝泰始四年(268 年)詔曰:「古設象刑而眾不犯,今雖參夷而奸不絕,何德刑相去之遠哉¹⁶⁷!」《冊府元龜·卷八十三赦宥》

(2) 晉書刑法志

「傳曰『三皇設言而民不違,五帝畫象而民知禁』,則《書》所謂『象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,撲作教刑』者也。然則犯黥者皂其中,犯劓者丹其服,犯臠者墨其體,犯宮者雜其屨,大辟之罪,殊刑之極,布其衣裾而無領緣,投之於市,與眾棄之¹⁶⁸。」《晉書·刑法志》

由上引文可知,西晉武帝司馬炎及晉書刑法志都肯定「象刑」之存在。

5. 北魏

¹⁶⁴ 朱永嘉、王知常譯注,《新譯春秋繁露》,臺北:三民,2007,頁 211。

¹⁶⁵ (東漢)鄭玄注,唐賈公彥,《十三經注疏·周禮》,新文豐出版,2001,頁 543-544。

¹⁶⁶ (晉)陳壽,《三國志》,臺北:鼎文書局,1974,頁 107。另參丘漢平,《歷代刑法志》,臺北:三民,1965,頁 134。

¹⁶⁷ (唐)房玄齡等,《晉書》,臺北:鼎文書局,1979,頁 56。

¹⁶⁸ (唐)房玄齡等,《晉書》,臺北:鼎文書局,1992,頁 917。另參丘漢平,《歷代刑法志》,臺北:三民,1965,頁 150。

北齊魏收（507年—572年），撰《魏書》，魏收是北齊的史官，所以此書以東魏北齊為正統，內容記載了公元四世紀末至六世紀中葉的北魏王朝的歷史。其中《刑罰志》云「故異章服，畫衣冠，示恥申禁，而不敢犯¹⁶⁹。」《魏書·刑罰志》

由上引文可知，北齊魏收之《魏書·刑罰志》都肯定「象刑」之存在。

6. 唐朝

(1) 房玄齡等

「傳曰：三皇設言而民不違，五帝畫象而民知禁，則《書》所謂：象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，撲作教刑者也。然則犯黥者皁其中，犯劓者丹其服，犯贖者墨其體，犯宮者雜其屨，大辟之罪，殊刑之極，布其衣裾(衣服的後襟)而無領緣，投之於市，與眾棄之。」《晉書·刑法志》¹⁷⁰

可見(唐)太宗於貞觀十八年命房玄齡等監修之《晉書》未認為象刑非實。

(2) 魏徵等

另(唐)魏徵等所監修之《隋書·刑法志》亦有「五帝畫象，殊其衣服¹⁷¹。」之記載，可見至少在唐朝對於「象刑」之存在與否，是採肯定的見解。

(3) 長孫無忌等

「逮乎唐虞，化行事簡，議刑以定其罪，畫象以愧其心¹⁷²」《唐律疏議·名例》
由上引文可知，唐朝時之房玄齡、魏徵、長孫無忌等，他們均肯定「象刑」之存在。

7. 清朝沈家本

有關象刑之說，沈家本認為「竊謂古義相傳，究不可廢，荀子蓋見七國民偽澆漓，謂非重刑不可，而未思上古敦龐之世，固不可同年而語也¹⁷³。」

8. 現代學者黃源盛

黃源盛先生認為，五刑之罰名之為法者者，它起初是施之於族外，後來才漸漸施行於族內，而「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內的過度形態¹⁷⁴。

¹⁶⁹ (北齊)魏收，《魏書》，臺北：鼎文書局，1980，頁2871。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁239。

¹⁷⁰ 陸心國，《晉書刑法誌注釋》，北京：群眾出版社，1986，頁14。

另可參見：丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁150。

¹⁷¹ (唐)魏徵，《隋書》，臺北：鼎文書局，1980，頁696。另參丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁317。

¹⁷² (唐)長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁5。

¹⁷³ (清)沈家本，《歷代刑法考》，北京：中華書局，1985，頁6。

¹⁷⁴ 黃源盛，《中國法史導論》，臺北：元照，2013，頁54。

(六)小結

綜上，本文讚同「象刑」之說，理由有三：

- 其一、是如沈家本認為「竊謂古義相傳，究不可廢。」，本文亦讚同之。
- 其二、是如黃源盛先生所認，「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內的過度形態，此說具有合理性。
- 其三、就上揭引文可知，古代至少在荀子的時代**象刑**作為象徵刑的說法已經很普遍，否則荀子不會特別立論來駁斥此一論點；另《管子》、《墨子》、《慎子》、《周禮·司圜》鄭玄注中都有相關「象刑」的記載，有相當的可信度。何況如上開說明，除先秦者外，後代持肯定**象刑**者有如此之多，亦證其可信性很高。

二、以罰金贖死罪

(一)在夏朝時已有用罰金免死之規定

「夏刑三千條。夏後氏不殺不刑，死罪罰二千饌。禹之君民也，罰弗及強，而天下治。一饌六兩。鄭玄註云：所出金鐵也。死罪出三百七十五斤，用財少爾¹⁷⁵。」
《尚書大傳卷四》

可見到在夏禹之時以罰金贖死罪已有規定，對於死罪不殺不刑，而用罰二千饌的罰金刑替代死刑的制度。

(二)西周穆王命呂侯參照夏的贖刑制定呂刑

呂命穆王訓夏贖刑，作《呂刑》。」《尚書·周書·呂刑》

西周時，周穆王命呂侯，參照夏朝的贖刑制度制定呂刑。其中即有罪疑者赦之者：

「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之！…墨辟疑赦，其罰百鍰，閱實其罪。劓辟疑赦，其罰惟倍，閱實其罪。剕辟疑赦，其罰倍差(弋Y)，閱實其罪。宮辟疑赦，其罰六百鍰，閱實其罪。大辟疑赦，其罰千鍰，閱實其罪。墨罰之屬千，劓罰之屬千，剕罰之屬五百，宮罰之屬三百，大辟之罰，其屬二百；五刑之屬三千¹⁷⁶。」
《尚書·呂刑》

如果對於是否應該處以五刑的斷案有疑問，就赦其五刑之罰；應處五罰的有疑，就赦免其罰；審理的官員要審慎精察，克制自己的私意。按情節：

- 若判處墨刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金一百鍰；
- 若判處劓刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金二百鍰；
- 若判處剕刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金五百鍰¹⁷⁷；
- 若判處宮刑感到有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金六百鍰；
- 若判處大辟刑而有疑惑，就應赦免，從輕罰之，處罰金一千鍰；

¹⁷⁵ (漢)伏勝，《尚書大傳》，臺北：中新書局印行，1973，頁640。

¹⁷⁶ 郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005，頁324。

¹⁷⁷ 另《史記·周本紀》引此文。張守節正義：“倍中之差，二百去三分一，合三百三十三鍰二兩也。”本文以為此處罰金皆為整數，剕疑應赦之罰金亦當為整數才是，故不採此說。

上開罪刑疑赦而罰金者都要一一核實其罪行。而論處墨刑的條目有一千，劓刑的條目有一千，剕刑的條目有五百，宮刑的條目有三百，死刑的條有二百。合計五刑的條目共有三千條。

上開有關死刑的大辟，同樣適用上開疑赦的規定，只是要繳處罰金一千鍰。

(三)後代罪疑者赦之用贖金的相似規定

1.唐朝

「諸疑罪，各依所犯，以贖論。」《唐律疏議·斷獄律》

《唐律疏議》曰：「疑罪」，謂事有疑似，處斷難明。「各依所犯，以贖論」，謂依所疑之罪，用贖法收贖¹⁷⁸。

2.宋朝

宋時刑統沿襲唐律，所疑之罪，亦用贖法¹⁷⁹。

三、小結

綜上所述，先秦諸子以外有支持廢除死刑的的論述者即為象刑，本文讚同「象刑」之說，理由有三：

其一是如沈家本認為「竊謂古義相傳，究不可廢。」

其二是如黃源盛先生所認，「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內的過度形態，此說具有合理性。

其三就上揭引文可知，古代至少在荀子的時代象刑作為象徵刑的說法已經很普遍，否則荀子不會特別立論來駁斥此一論點；另《管子》、《墨子》、《慎子》、《周禮·司圜》鄭玄注中都有相關「象刑」的記載，有相當的可信度。何況如上開除先秦者外，後代持肯定象刑者有如此之多，亦證其可信性很高。

另外，先秦時有以罰金贖死罪之制，如夏朝。周代雖變其制為大辟疑赦的規定，即死刑有疑者，只是要繳處罰金一千鍰，即開疑之。後代唐、宋亦有罪疑者赦之用贖金的相似規定。

本文認為，象徵刑或者用贖金取代死刑的作法，對於生命的尊重而言，上開替代刑的方式，值得肯定。

至於大辟疑赦的規定，理念出自《尚書·虞書·大禹謨》：「罪疑惟輕，功疑惟重。與其殺不辜，寧失不經。好生之德，洽于民心¹⁸⁰。」

此一慎用死刑，護持生命的理念，與現代刑法理念正相符合。

¹⁷⁸ (唐)唐長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005，頁384。

¹⁷⁹ (宋)竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁498。

¹⁸⁰ (漢)孔安國，《尚書孔傳》，臺北：臺灣中華書局，1969，卷二頁3。

第三項 古代案例解析

隨歷史的發展，刑罰權收於國家後，私人間的復仇必然被禁止，但如上所述，傳統的禮教中又告訴人們「子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的¹⁸¹。刑罰權收於國家獨佔，國家刑罰必須滿足禮教中人子復讎的要求，所以，當有某人殺害他人父母親，為人子者，若要求國法替他報仇，國家對於殺人者處以死刑變成是理所當然的結果。否則，如國家刑罰無法滿足禮教中復讎的要求，人子可能會以報仇之名擅殺之，淪於私刑的正義。

本文為了配合公民與政治權利國際公約第 6 條明定之：「…二、凡未廢除死刑之國家，非犯『情節最重大之罪』，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。…」。所謂「情節最重大之罪」，依人權事務委員會相關解釋，限於「蓄意殺害並造成生命喪失」之旨。因此，所討論之例都與人命有關之案件。

另外，先秦案件資料已無文獻可參，所以只就漢以後之例討論之。

漢以後引儒家經義斷案，隋唐更以之入律，所以在司法的實例上，還是有跡可尋，但古代案例記載，本來就不多，即使有也是有關忠孝節義者為多，本文僅就歷代刑法志上有關殺人復仇之例作討論，因其為歷史的記錄，至少接近真實。

再者，舉復仇之例是用來說明，在《公羊傳》所標示之「子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的時代中，國法將殺害他人父母親的人處死刑，只是公權力替他報仇，國家對於殺人者處以死刑是理所當然的結果。當國法無法滿足時，私人的復仇則取代國法行之。

一、實例說明

如前述，依禮，復仇是為臣及人子的義務。但後代刑罰權收於國家後，國法與禮法即有相違之處，朝廷為避免苦主血屬復仇之事，禁止私人間的復仇成為必然的趨勢，但民間及士大夫間，多持肯定的態度，茲舉例說明之：

(一)東漢鄧暉為友報父仇案

1.案件事實：

東漢光武帝劉秀建武七年(公元 31 年)，鄧暉字君章，汝南西平人。東漢光武帝劉秀建武七年(公元 31 年)...暉恥以軍功取位，遂辭歸鄉里。縣令卑身崇禮，請以為門下掾。暉友人董子張者，父先為鄉人所害。及子張病，將終，暉往候之。子張垂歿，視暉，歔歔不能言。暉曰：「吾知子不悲天命，而痛讎不復也。…」子張但目擊而已。暉即起，將客遮仇人，取其頭以示子張。子張見而氣絕。暉因而詣縣，以狀自首。令應之遲，暉曰：「為友報讎，吏之私也。奉法不阿，君之義也。虧君以生，

¹⁸¹ 聖經中也記載復仇之例：「11 要指定幾座城，作為你們的逃城，使誤殺人的可以逃到那裏。12 這些城要作為逃避報仇者的城，使誤殺人的不至於死，等他站在會眾面前受審判。...25 會眾要救這誤殺人的脫離報血仇者的手，送他回到他曾逃入的逃城那裏。他要住在城中，直到受聖膏的大祭司去世。26 但誤殺人的，無論甚麼時候，若離開了他所逃入的逃城邊界，27 報血仇者在逃城邊界外遇見他，把兇手殺了，報血仇者就沒有流人血之罪。」(民數記三十五 11-26)

非臣節也。」趨出就獄。令跣而追憚，不及，遂自至獄，令拔刃自向以要憚曰：「子不從我出，敢以死明心。」憚得此乃出¹⁸²。... 武帝…後令憚授皇太子韓詩，侍講殿中。憚再遷長沙太守。...以病卒。《後漢書·鄧憚列傳》

2.本案爭點：行為人為友報父仇是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：鄧憚。

案由：為友報父仇。

經過：憚自首並主動入獄。

結果：縣令卑身崇禮，拔刃自向以要脅憚，強迫他出獄。

漢律因未有存留，有關法律雖無可資，但東漢章時將「有人侮辱人父者，而其子殺之，赦其死刑而降宥之」，自後因以為比附援引之例。換言之，復仇者可比附援引輕侮法而得赦免。至東漢和帝（79年—106年）時，張敏又議輕侮法曰：「未曉輕侮之法將以何禁？必不能使不相輕侮，而更開相殺之路，執憲之吏復容其姦枉。臣愚以為天地之性，唯人為貴，殺人者死，三代通制。今欲趣生，反開殺路，一人不死，天下受敝。」和帝從之¹⁸³。

可見和帝之後，東漢之制為，殺人者死，禁止報讎。法令不為之減者，以相殺之路不可開故也。

本案鄧憚為友報父仇，實則若依前揭《公羊傳》所示復仇規則，其復仇的當事人適格性是有問題的，因為如前文所述，禮中僅言「交游之仇，不同國。」所以若以朋友被殺而作為復仇之當事人，其復仇可謂適格。但若朋友作為復仇的當事者時，應比附「執兵而陪其後」，即朋友才是復仇的適格者，這時朋友之仇可以幫助，但要復仇者當事人親為之，不可自己替朋友執行復仇之事，以限制復仇適格者的範圍。但漢時顯然擴張復仇之義，縣令竟然全無法紀，嘉其義行，更拔刃自向以要脅憚，強迫他出獄。

後來鄧憚不但沒有因此案入罪，漢光武帝劉秀還令其教授皇太子韓詩，侍講殿中。後又再遷長沙太守。最後以病終老。可見東漢初年，《公羊傳》所示復仇之禮教深入官民之心，對於復仇案件，官員多是依禮而背法行事。後更得因此復仇義行，高官終老。

從上可知，東漢時東漢末年復仇之風仍盛。

(二)沈林子兄弟為父報仇案

1.案件事實：

東晉（317年—420年），安帝司馬德宗隆安三年（399年），孫恩於會稽作亂，穆夫在會稽，恩以為餘姚令。...沈林子年十三，遇家禍，父穆夫，為宗人沈預所陷死，穆夫父警及穆夫弟仲夫、任夫、預夫、佩夫，並遇害。沈田子、林子兄弟並應從誅，而沈預家甚強富，志相陷滅，林子兄弟沈伏山澤，無所投厝。會孫恩屢出會

¹⁸²（南朝宋）范曄撰，（唐）李賢等註，《後漢書》，臺北：鼎文書局，1979，頁1025-1032。

¹⁸³（南朝宋）范曄撰，（唐）李賢等註，《後漢書》，臺北：鼎文書局，1979，頁1502-1503。

稽，武帝(南朝宋劉裕 363 年 4 月 16 日—422 年 6 月 26 日; 420 年 7 月 10 日— 422 年 6 月 26 日在位)，致討，林子乃自歸陳情，率老弱歸罪請命，因流涕哽咽，三軍為之感動。帝甚奇之，乃載以別船，遂盡室移京口，帝分宅給焉。林子博覽眾書，留心文義，從克京城，進平都邑。時年十八，身長七尺五寸。沈預慮林子為害，常被甲持戈，至是林子與兄田子還東報讎。五月夏節日至，預政大集會，子弟盈堂。林子兄弟挺身直入，斬預首，男女無論長幼悉屠之，以預首祭父祖墓。及帝為揚州，闢為從事，領建熙令，封資中縣五等侯。...永初三年(422 年)卒，追贈征虜將軍¹⁸⁴。《宋書·列傳第六十》

2. 本案爭點：行為人為報父仇，斬仇首，男女無論長幼悉屠之是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：沈林子與兄田子。

案由沈林子為父報仇。

經過：沈林子年十三，父穆夫，為宗人沈預所陷死，年十八，林子與兄田子還東報讎，斬預首，男女無論長幼悉屠之，以預首祭父祖墓。

結果：史未載其因此獲罪，後南朝宋武帝劉裕授官封侯。高官終老。

本案發生的時間在東晉(317 年—420 年)末年，當時孫恩於會稽作亂，沈林子年十三時，父穆夫，為宗人沈預所陷死，五年後，其年十八時，林子與兄田子報讎，在五月夏節之日，沈預家族集會，子弟盈堂，沈林子兄弟等將沈預家男女無論長幼悉屠之，並以沈預之首祭父祖墓。沈林子與兄田子為報父仇，斬仇首，並將其仇家男女無論長幼悉屠之，史未載其因此獲罪，但時當亂世，後南朝宋武帝劉裕授其官封其侯。沈林子高官終老。

可見東晉復仇之風盛行，沈林子兄弟等為報父仇，將沈預家男女無論長幼悉屠之，其復仇之行顯然過當而殘忍，但並未見到任何法律苛責，南朝宋武帝劉裕顯然亦嘉其義行，才授其官封其侯。

(三) 杜叔毗為兄及從子等報仇案

1. 案件事實：

西魏文帝(507—551 年)時「杜叔毗字子弼。...仕梁，為宜豐侯蕭循府中直兵參軍。大統十七年(西魏文帝元寶炬，524 年)，太祖令大將軍達奚武經畧漢州。明年，武圍循於南鄭。循令叔毗詣關請和。太祖見而禮之。使未反，而循中直兵參軍曹策、參軍劉曉謀以城降武。時叔毗兄君錫為循中記室參軍，從子映錄事參軍，映弟晰中直兵參軍，並有文武材畧，各領部曲數百人。策等忌之，懼不同己，遂誣以謀叛，擅加害焉。循尋討策等，擒之，斬曉而免策。及循降，策至長安。叔毗朝夕號泣，具申冤狀。朝議以事在歸附之前，不可追罪。叔毗內懷憤惋，志在復讎。然恐違朝憲，坐及其母，遂沉吟積時。母知其意，謂叔毗曰：「汝兄橫罹禍酷，痛切骨髓。若曹策朝死，吾以夕歿，亦所甘心。汝何疑焉。」叔毗拜受母言，愈更感勵。後遂白日手刃策於京城，斷首刳腹，解其肢體。然後面縛，請就戮焉。太祖嘉其志氣，特

¹⁸⁴ (南朝梁) 沈約等著，《宋書》，臺北：鼎文書局，1979，頁 2453。

命赦之¹⁸⁵。」《周書·杜叔毗列傳》

2.本案爭點：行為人杜叔毗為友報父仇是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：杜叔毗。

案由：杜叔毗為兄及從子等報仇。

經過：白日手刃策於京城，斷首剖腹，解其肢體。然後面縛，請就戮焉。

結果：太祖嘉其志氣，特命赦之。

從上引文西魏文帝(507—551年)時，杜叔毗要為兄及從子等報仇，但「然恐違朝憲，坐及其母」可知，有已有法律明文禁止復仇，而當時的社會人心包括統治者均嘉許之。杜叔毗為兄及從子等報仇。白日手刃曹策於京城，斷首剖腹，解其肢體。手段殘暴。結果太祖嘉其志氣，特命赦之。

可見當時春秋《公羊傳》所示復仇之義深入人心，對於復仇案件，連皇帝都嘉其復仇義行。

(四) 王君操報父仇案

1.案件事實：

唐太宗(598—649年)時(626年至649年在位)，有即墨人王君操，父隋末為鄉人李君則所殺，亡命去，時君操尚幼。至貞觀時，朝世更易，而君操寡孤，仇家無所憚，詣州自言。君操密挾刃殺之，剔其心肝啖立盡，趨告刺史曰：「父死兇手，歷二十年不克報，乃今刷憤，願歸死有司。」州上狀，帝為貸死¹⁸⁶。《新唐書·孝友列傳第一百二十》

2.本案爭點：行為人為報父仇是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：王君操。

案由：父隋末為鄉人李君則所殺。

經過：貞觀時，王君操密挾刃殺之，自首。

結果：唐太宗為其求情，免死。

本案王君操報仇「密挾刃殺之」，然後「剔其心肝啖立盡」，手段可謂凶殘，依唐之律法已禁止私人復仇，但本案上奏之後因唐太宗為其求情，而得免死。顯示即使是主政者，在心態上仍有嘉許復仇之意。

(五) 趙師舉復父仇案

1.案件事實：

唐高宗(649—683年在位)時，絳州人趙師舉父為人殺，師舉幼，母改嫁，仇家不疑。師舉長，為人庸，夜讀書。久之，手殺仇人，詣官自陳，帝原之。《新唐

¹⁸⁵ (唐) 令狐德棻，《周書》，臺北：鼎文書局，1987，頁 829-830。

¹⁸⁶ (北宋) 歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5585。

書·孝友列傳第一百二十》

2.本案爭點：行為人為友報父仇是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：趙師舉。

案由：趙師舉為父仇殺人。

經過：師舉長，為人庸，夜讀書。久之，手殺仇人，自首。

結果：唐高宗原赦之。

本案趙師舉復父仇案，手殺仇人，再自陳官府，前言唐之律法已禁止私人復仇，但本案上奏之後因唐高宗原其罪，而得免死。顯示當時的主政者，在心態上是嘉許復仇的。

(六) 智壽與智爽兄弟復父仇案

1.案件事實：

唐高宗永徽初，同官人，智壽父為族人所害，智壽與弟智爽候諸塗，擊殺之，相率歸有司爭為首，有司不能決者三年。或言弟始謀，乃論死，臨刑曰：「仇已報，死不恨。」智壽自投地委頓，身無完膚，舐智爽血盡乃已，見者傷之。

2.本案爭點：行為人智壽與智爽兄弟報父仇是否合法？

3.本案分析

報仇行為人：智壽與智爽兄弟

案由：智壽與智爽兄弟復父仇

經過：智壽與弟智爽候諸塗，擊殺之，兄弟相爭自承為首犯。

結果：弟智爽，始謀，論死。兄智壽自殺。

本件智壽與智爽兄弟復父仇案，並不困難，但有司不能決者三年，顯然是陷入國法與禮法的困境中，最後因有人舉報智爽為始謀者，才不得不依法論以死刑。而當時之人均嘉其等義行，是故云「見者傷之」。

(七) 徐元慶為父復仇案

1.案件事實：

武后時（690年—705年在位），下邳（今江蘇邳縣）人徐元慶父爽為縣尉趙師韞所殺，元慶變姓名為驛家保。久之，師韞以御史舍亭下，元慶手殺之，自囚詣官。后欲赦死¹⁸⁷。《新唐書·孝友列傳第一百二十》

但最後依從陳子昂之議，即先正法，後旌其墓。

2.本案爭點：行為人徐元慶報父仇是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：徐元慶。

案由：徐元慶為父復仇案。

經過：元慶變姓名於驛站作傭力，等候師韞，手刃殺之，自首。

¹⁸⁷（北宋）歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁5585。

結果：正法殺之，後旌其墓。

本案陳子昂、柳宗元均有議論。

陳子昂認為：徐元慶雖是為父復仇，但仍應正國之典，「使守法者不以禮廢刑」；而就符合禮的人情孝義部分，應予以表彰，所以在死刑之後「旌閭其墓」¹⁸⁸。換言之，「禮」所表彰者，若不合法，仍應依「法」刑之，用以顯示國法的權威性。

柳宗元¹⁸⁹認為：「旌」與「誅」是不應該同時存在的，所以，陳子昂「正國之法，然後旌其閭墓」的作法是「黷刑壞禮」、是矛盾的，不可作為國家明正的法典。為「禮」與「法」之本都是用以「防亂」，所以不可有矛盾的情形，徐元慶為父復仇，是「守禮」之行，即不當以刑誅之。

(八)唐張瑄、張琇兄弟報父仇案

1. 案件事實：

唐玄宗開元二十三年(735年)時，張琇，河中解人。父張審素為雋州都督，有告其賊者，敕監察楊汪按之。汪途中為審素之黨所劫，對汪殺告事者。汪到雋州，誣審素謀反，構成其罪，遂斬之，籍沒其家。子琇與兄瑄年幼，徙嶺外，後各逃歸。汪後更名萬頃，轉殿侍御史。開元二十三年(735年)，瑄、琇於東都候萬頃，手刃之，繫表於斧刃，言復仇之狀，遂奔逃。行至汜水，為吏所得¹⁹⁰。...中書令張九齡等皆稱其孝烈，宜貸死，侍中裴耀卿等陳不可，帝亦謂然，謂九齡曰：「孝子者，義不顧命。殺之可成其志，赦之則虧律。凡為子，孰不願孝？轉相仇殺，遂無已時。」卒用耀卿議，議者以為冤。帝下詔申諭，乃殺之¹⁹¹。《新唐書·孝友列傳》

2. 本案爭點：行為人報父仇是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：張瑄、張琇兄弟。

案由：張瑄、張琇兄弟報父仇。

經過：張瑄、張琇兄弟手刃之。

結果：刑殺。

從上引文可知，唐玄宗以為國家設法，事在經久，期於止殺。且展轉仇殺，遂無已時。法在必行；殺人不可恕。

但本案「人莫不閔之，為誅揭於道，斂錢為葬北邙，尚恐仇人發之，作疑塚，使不知其處。」，從上引文可知，人民普遍是支持、同情這兩兄弟的不但為誅於道，還幫忙喪葬等事，可見官方與民意對復仇之不同態度。也許是唐玄宗時國家太平安樂已久，想要強調刑罰權收歸國家專有，國法具權威性，禁止私人復仇的決心。

¹⁸⁸ 詳文請參見本文第三章第三節陳子昂《復讎議狀》部分。

¹⁸⁹ 詳文請參見本文第三章第三節柳宗元《駁復讎議》部分。

¹⁹⁰ 中國哲學書電子化計劃 維基《大唐新語·第十一章孝行》
<http://ctext.org/wiki.pl?if=gb&res=681800&searchu=%E4%BB%87>
(參訪時間 2016 年 2 月 19 日 22:30)

¹⁹¹ (北宋)歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5584-5585。

(九) 餘常安為父、叔復仇案

1. 案件事實：

唐憲宗時，衢州人餘常安父、叔皆為里人謝全所殺。常安八歲，已能謀復仇。十有七年，卒殺全。刺史元錫奏輕比，刑部尚書李鄴執不可，卒抵死¹⁹²。《新唐書·孝友列傳第一百二十》

2. 本案爭點：行為人餘常安報仇行為是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：餘常安。

經過：為父、叔復仇殺死仇人謝全。

結果：殺人償命。

本件餘常安年幼時其父為謝全所殺。到了年十七時才為父、叔復仇案。

《唐律》「祖父母為人毆擊」有涉及復仇之相關規定：「諸祖父母、父母為人所毆擊，子孫即毆擊之，非折傷者，勿論；折傷者，減凡鬪折傷三等；至死者，依常律（謂子孫元非隨從者）¹⁹³」換言之，依《唐律》之規定，父母為人所毆擊，子孫只得解救，不得因此殺害對方，而人子即使為父復讎而殺人，在亦律不可恕。

該案大理寺論其死刑，刺史元錫上奏要輕判之，但因刑部尚書堅執不可，最後餘常安以殺人償命抵罪。歐陽修等寫史書編入「孝友列傳」，顯示嘉其復仇行止。

(十) 梁悅復父仇殺秦杲案

1. 案件事實：

唐憲宗元和六年(811年)，富平人梁悅殺父之讎秦杲，殺人，投縣請罪，詔曰：「在《禮》父仇不同天，而法殺人必死。禮、法，王教大端也，二說異焉。下尚書省議¹⁹⁴。」

唐憲宗議後敕旨「復讎殺人固有彝典，以其申冤請罪自詣公門，發於天性，本無求生，寧失不經，特從減死¹⁹⁵。」《冊府元龜·刑法部 議讞第三》

有詔以悅申冤，請罪詣公門，流循州¹⁹⁶。

2. 本案爭點：行為人報仇行為是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：梁悅。

案由：梁悅復父仇殺仇人秦杲。

經過：殺仇人，自首請罪，該案唐憲宗下詔尚書省議之。

結果：特減死罪。流放循州(今廣東潮安)。

韓愈(768年—824年)，因本案獻議《復仇狀》¹⁹⁷。韓愈認為，復讎其情況複雜，當區分為官府所許可而誅者，即「凡殺人而義者」。另如象《公羊傳》所述者「父

¹⁹² (北宋) 歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5587。

¹⁹³ 丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁 546-547。

¹⁹⁴ (北宋) 歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，頁 5587。

¹⁹⁵ (北宋) 王欽若、楊億等，《冊府元龜》，中華書局，2004年，頁 7406-7407。

¹⁹⁶ 本案可另參：(北宋) 歐陽修等，《新唐書》，臺北：鼎文書局，1976，頁 5587-5588。

¹⁹⁷ 請參見本文第三章第三節韓愈《復仇狀》部分。

不受誅，子復仇可也」，如今並不可行。換言之，他認為：為官府所許可而誅者，不許復仇。私人間的復讎人臣每面臨禮法兩難，「殺之與赦，不可一例」，他建議唐憲宗「下尚書省集議，酌其宜而處之」。最終，梁悅為父報仇殺人案，還是要由聖王決定。唐憲宗敕：『復仇殺人，固有彝典，以其申冤請罪，視死如歸，自詣公門，發於天性，誌在徇節，本無求生。寧失不經，特從減死。宜決杖一百，配流循州。』

(十一)後唐明宗高弘超為父報仇案

1.案件事實：

後唐明宗天成二年(927)，李殷夢為刑部員外郎，天成二年(927)七月，洺州平恩縣百姓高弘超，其父暉為鄉人王感所殺，後挾刃以報之遂攜其首自陳，大理寺以故殺論，殷夢覆曰：伏以挾刃殺人按律處死，投獄自首降罪垂文，高弘超既遂復讎，固不逃法，戴天處愧視死如歸，歷代已來事多貸命。...方今明時，有此孝子其高弘超。若使須歸極法，實慮未契鴻慈。奉敕『忠孝之道乃治國之大柄，...今高弘超為報父冤即丹書之不尚人倫至孝，法網宜矜減死一等¹⁹⁸。』《冊府元龜·刑法部 議讞第三》

2.本案爭點：行為人高弘超報仇行為是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：高弘超。

案由：高弘超為父報仇案。

經過：高弘超挾刃以報仇後自首。

結果：減死一等。

本案，挾刃殺人按律本應處死，所以，大理寺以故殺論，但歷史上為父報仇案，屬忠孝之道，多不處死罪。高弘超為父報仇是孝子之行，後唐明宗最後以敕令『忠孝之道乃治國之大柄，...今高弘超為報父冤即丹書之不尚人倫至孝，法網宜矜，減死一等。』換言之，當時的統治者亦嘉其行屬人倫至孝，而減死一等。

(十二)劉玉復父讎案

1.案件事實：宋朝「仁宗（1022—1063年在位）時，單州民劉玉父為王德毆死，德更赦，玉私殺德以復父讎。帝義之，決杖、編管¹⁹⁹。」《宋史·刑法志》

2.本案爭點：行為人劉玉報仇行為是否合法？

3.本案分析：

報仇行為人：劉玉。

案由：劉玉復父讎。

經過：父為王德毆死，王德已經赦免，劉玉私殺王德以復父讎。

¹⁹⁸ (北宋)王欽若、楊億等，《冊府元龜》，中華書局，2004，頁7411-7412。

按天成(926年四月-930年二月)是後唐明宗李嗣源的年號，共計5年。

¹⁹⁹ (元)脫脫等撰，《宋史》，臺北：鼎文書局，1979，頁4990。丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁397。

結果：帝義之，決杖、編管。

《宋刑統》律文大多數文字皆同於《唐律》，但在《宋刑統》「祖父母為人毆擊」條後加上「臣等參詳：如有復祖父母、父母之讎者，請令今後具案，奏取敕裁²⁰⁰」。所以，本件最後仍要具案，奏取敕裁，由主權者作最終的決定。

本案王德已經赦免，表示其業經國法審理並經赦免，按理不該當復仇的要件，這時，劉玉殺人理應問斬，但宋朝以仁孝治國，宋朝仁宗嘉其義行，視王德已經赦免之情不論，仍以劉玉私殺王德案為復父讎案。宋仁宗仍予劉玉免死，只處決杖、編管。可見宋朝時的主政者，在心態上是嘉許復仇的。

(十三) 王贇復父讎案

1. 案件事實：

宋神宗「元豐元年（1078年），青州民王贇父為人毆死，贇幼，未能復讎。幾冠，刺讎，斷支首祭父墓，自首。論當斬。帝以殺讎祭父，又自歸罪，其情可矜，詔貸死，刺配鄰州²⁰¹。」《宋史·刑法志》

2. 本案爭點：行為人報仇行為是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：王贇。

案由：王贇復父讎。

經過：幾冠，刺讎，斷支首祭父墓，自首。

結果：詔貸死，刺配鄰州。

如前所述，宋律並無許可復仇之律文。《宋刑統》於「祖父母為人毆擊」條後加上「臣等參詳：如有復祖父母、父母之讎者，請令今後具案，奏取敕裁」，因此，本案經議後具案，奏取敕裁，由宋神宗作最終的決定。宋神宗下詔免其死罪。

本案因宋朝時的主政者，在心態上是嘉許復仇的，所以雖復仇手段凶狠，將仇人「斷支首」即分屍肢解並斬首等行，多以復仇大義下而不論之。

(十四) 張震之友助其復父讎案

1. 案件事實：

明時，有張震者，餘姚農家子也。生周歲，父為人所陷將死，嚙震指語曰：「某，吾仇也，汝勿忘。」震長而指瘡不愈，母告以故，震誓必報。其友謂曰：「汝力弱，吾為汝殺之。」未幾，仇乘馬出，友以田器擊之，即死。震喜，走告父墓。已而事發，有司傷其志，減死論戍，遇赦歸²⁰²。《明史·列傳孝義二》

2. 本案爭點：行為人張震之友助其復父讎行為是否合法？

3. 本案分析：

²⁰⁰ (宋) 竇儀等撰，《宋刑統》，臺北：仁愛書局，1985，頁356。

²⁰¹ (元) 脫脫等撰，《宋史》，臺北：鼎文書局，1979，頁4990。丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965，頁397。

²⁰² (清) 張廷玉等，《明史》，臺北：鼎文書局，頁7610。

報仇行為人：張震。

案由：張震之友助其復父讎。

經過：張震復父讎指瘡不愈，其友以震力弱，而助其以田器擊之，即死。

結果：減死論戍，遇赦歸。

本案，明史未載明時間，但依明律「祖父母、父母為人所殺，而子孫擅殺行兇人者，杖六十。」

依上文「父為人所陷將死」顯示其父並非為陷害者所親手殺死，而是經國法論罪，因此，本案並不符合上條「復仇」之要件，張震之友助其復父讎，張震仍屬殺人之造意者，為首犯，按律乃屬死罪，但當時的官員「傷其志」同情之而予減刑。最後，張震「論戍」。「論戍」即指明代如唐之加役流等級的「充軍流²⁰³」。

(十五) 孫文復父讎案

1. 案件事實：

明時，「孫文，亦餘姚人也。幼時，父為族人時行箠死。長欲報之，而力不敵，乃偽與和好，共武斷鄉曲。時行坦然不復疑。一日，值時行於田間，即以田器擊殺之。坐戍，未幾，遇赦獲釋²⁰⁴。」《明史·列傳孝義二》

2. 本案爭點：行為人孫文報仇行為是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：孫文。

案由：孫文復父讎。

經過：行於田間，即以田器擊殺之。

結果：坐戍，遇赦獲釋。

本案，明史亦未載明時間，孫文幼時其父受箠打而死，長大後孫文以田器擊殺之，是否因報仇而殺人，時間久遠無法證明，孫文之行，仍屬殺人。判「戍」即指明代如唐之加役流等級的「充軍流」。顯然已受承審官員減刑之優待。

(十六) 李復新復仇案

1. 案件事實：

清代李復新，湖北襄城人。...土寇賈成倫劫殺其父際春，復新歸，痛甚，誓復仇。...順治初，復新始告官，獄成，會赦，成倫得減死。...吏監詣徒所，復新伏道旁，俟其至，舉大石擊之，死。詣縣請就刑，縣愍其孝，上府，請勿竟獄，且旌表其門。府駁議，謂成倫已遇赦減死，復新擅殺，當用殺人律坐罪。縣有老掾復具牘上府曰：「禮言父母之仇，不共戴天。...成倫之罪，可赦於朝廷，復新之仇，難寬於人子。...復新父子何辜，並遭大戮？凡有人心，誰不哀矜！宜賞以無罪，仍旌其孝。」府乃用縣議，表其門曰「孝烈」²⁰⁵。《清史·列傳二百八十三》

2. 本案爭點：行為人李復新報仇行為是否合法？

3. 本案分析：

²⁰³ 參見戴炎輝，《中國法制史》，臺北：三民，1987，頁96。

²⁰⁴ (清)張廷玉等，《明史》，鼎文書局，頁7610。

²⁰⁵ 清史編纂委員會，《清史》，國防研究院印行，1961，頁5407。

報仇行為人：李復新。

案由：李復新復仇案。

經過：順治初，復新始告官，獄成，會赦，成倫得減死。...復新伏道旁，俟其至，舉大石擊之，死。

結果：府用縣議，未處死刑，且旌表其門。

按清律規定：「若祖父母、父母，為人所殺，而子孫（不告官。）擅殺行兇人者，杖六十。其即時殺死者，勿論。（少遲，即以擅殺論。）...父、祖外，其餘親屬人等被人殺，而擅殺行兇人，審無別項情故，依罪人本犯應死而擅殺律，杖一百²⁰⁶。」《大清律例·鬥毆》

比對前開《明律》「父祖被毆」律文，可知本條應是承襲《明律》而來。同樣，如《明律》之規定，「擅殺行兇人者」僅僅輕刑之「杖六十」、「即時殺死行兇人者」勿論，也等於許可人民復仇。

本件，賈成倫已遇赦減死，換言之，本案國法已審結，李復新擅殺之，當用殺人律坐罪論死方是。但知府最後仍依民意，不但免其死罪，且以無罪論之並旌表其門。

時至清朝，司法官員仍以本案為父復仇是「守禮」之行，即不當以刑誅之。禮先於法，可見公羊復仇之義影響之深遠。

（十七）王恩榮復仇案

1. 案件事實：

清代王恩榮，字仁庵，山東蓬萊人。縣有小吏寵於官，恩榮父永泰與有隙，被毆死。恩榮方九歲...恩榮依其舅以居，稍長，補諸生。志復仇，以斧自隨...遇小吏，揮斧不中，投以石，僕，得救免；又遇於門，直前斫其首，帽厚，傷未殊。...訴官，時去永泰死十九年，事無證。...知縣嘆曰：「孝子也！吾欲聽爾，違國家赦令；吾欲撓爾，傷人子至情。周官有調人，其各相避已耳。」於是恩榮哭，堂上下皆哭，小吏避之棲震。居八年，一日，方入城，過小巷，恩榮與遇，小吏無所逃，乞貸死。恩榮曰：「吾父遲爾久矣！」斧裂其腦，以足蹴其心，死。...該案具狀上按察使，按察使議曰：「律不言復仇，然擅殺行兇人，罪止杖六十，即時殺死者不論，是未嘗不許人復仇也。恩榮父死時未成童，其後屢復仇不遂，非即時，猶即時矣。況其視死無畏，剛烈有足嘉者，當特予開釋，復其諸生²⁰⁷。」《清史·列傳二百八十三》

2. 本案爭點：行為人報仇行為是否合法？

3. 本案分析：

報仇行為人：王恩榮

案由：王恩榮復仇案

經過：王恩榮屢屢復仇不成，後訴官，時去其父死十九年，事無證。仇人小吏避之棲震。又八年，一日，方入城，過小巷，恩榮與遇，小吏無所逃，乞貸死。恩榮以斧裂其腦，以足蹴其心，死。

²⁰⁶ 薛允升，《讀例存疑》，臺北：美國亞洲學會印行，1970，頁962。

²⁰⁷ 清史編纂委員會，《清史》，國防研究院印行，1961，頁5408。

結果：無罪。

本件一無事證，二則時間久遠，三則該案已經審結，四則該小吏已依例避仇他方。凡此都不合於復仇之要件。但司法官員仍嘉復仇是禮之義行，按察使議以：「律未嘗不許人復仇也。恩榮父死時未成童，其後屢復仇不遂，非即時，猶即時矣。況其視死無畏，剛烈有足嘉者，當特予開釋。」

本案，該小吏業經國法已審結，且避之棲霞。王恩榮八年後，以斧裂其腦，應屬擅殺之，當用殺人律坐罪方是。但官員嘉其孝行，竟曲解律為**未嘗不許人復仇**！而當庭無罪開釋。可見清朝司法官員受公羊復仇之義影響之深遠，遇為父復仇案件，多認是「守禮」之孝行，常因禮而曲解法律。

二、綜合分析

從上所引諸例中可知，復仇的禮法爭議中，漢代至魏晉南北朝時代復仇之風盛行，並且官方給予高度的評價，上開自東漢至清代十七個案件中，殺人償命者只有：

- (六) 智壽與智爽兄弟復父仇案：弟智爽，始謀，論死。
- (七) 徐元慶為父復仇案：正法殺之，後旌其墓。
- (八) 唐張瑄、張琇兄弟報父仇案：刑殺。
- (九) 餘常安為父、叔復仇案：殺人償命。

其他案件多予輕判，如前開案例一「東漢鄧暉為友報父仇案」：東漢光武帝建武七年(公元 31 年)，鄧暉幫助朋友董子張報父仇，鄧暉殺死朋友子張仇人後自首並自行入獄。縣令竟然親自至獄中，拔刀自向以要脅鄧暉出獄，還說：「您不從我出去，我就敢以死明心。」，此案是幫朋友報父仇，鄧暉並非該當復仇的人子，可是當時官員敬佩他的義行，非但不用處刑，還要用自己的命逼鄧暉出獄。

案例三：西魏文帝(507—551 年)時，「杜叔毗為兄及從子等報仇案」中，杜叔毗白日手刃仇人於京城，並殘忍的斷首刳腹，解其肢體。然後自首請罪。太祖嘉其志氣，特命赦免其罪。

直到唐仍有處死者多例，但宋代僅一例復讎而被處死²⁰⁸。而元朝律准許復仇可略之，一直到明、清朝都可見復仇之例，顯見國法與禮法之矛盾都一直存在。

即如案例十六之李復新復仇案和案例十七的王恩榮復仇案，這兩個案子被告都已經審理完畢，且執行或赦免了，仍然成為復仇的對象。

更可議者是例十六的王恩榮復仇案，被復仇的小吏，已經避仇於棲霞了。最後仍難逃被報仇的命運，而例中之按察使議曰：「律不言復仇，然擅殺行兇人，罪止杖六十，即時殺死者不論，是未嘗不許人復仇也。」換言之，復仇是禮之義行，官員每每以復仇之義嘉勉之。

綜上，整個舊律時代，一直到明清之時，人民及官員都還肯定復仇的義行。按明清之律，事後的報仇，屬於擅殺罪，雖然處刑較輕，但應是律所禁止的。但官員竟可解釋該律為「未嘗不許人復仇」！且按律不屬於該條的擅殺罪，當用殺人之律

²⁰⁸ 陳登武，《復讎新釋—從皇權的角度再論唐宋復讎個案》，出自臺灣師大歷史學報 第 31 期，2003 年 6 月，頁 29。

坐犯罪者。而官員每每以復仇之義嘉勉之，如此的曲律減刑或免刑，所以，民間復仇之情事不斷於舊法時，一直要到清末變法後，國法才脫離復仇的禮法爭議。

三、小結

本節所以舉復仇之例，是用來說明，在《公羊傳》所標示之「臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的時代中，殺害他人父母親的人，若要求國法替他報仇，國家對於殺人者處以死刑是理所當然的結果。

否則如前開例子中，被復仇者的案件業經國法已審結，人子又以報仇之名擅殺之，當用殺人律坐罪方是。但知府最後仍依民意，免其死罪且旌表其門。如此作為全係後代禮主刑輔的儒家觀念所得出的結果。當國法無法滿足時人復仇的要求時，私人的復仇則會取代國法行之。

所以，從漢至清朝，為父復仇是「守禮」之行，官員不當以刑誅之。禮先於法，可見公羊復仇之義影響之深遠。

然而時代在進步，本文以為傳統《公羊傳》下的復仇觀應予限制，而要以國家刑罰為主要的正義呈現。這要由法治的教育著手，否則人民的心態一直潛藏著「子不復讎，非子也。」的幽靈，這對司法的信賴及死刑的改革會形成思想與行動上的阻力，不可不注意之。

本文以為，傳統《公羊傳》下的復仇觀，已經超出孔子的本意，因為純就孔子的言論中找不到如此的陳述，孔子最多只講過以直報怨而已。而「以直報怨」之「直」的內容是流動的概念，當以該國現行法秩序的內容，作為「以直報怨」之「直」的內容。

如上所述，《公羊傳》下的復仇觀應予揚棄。

第四節 結論

本文以從先秦儒道墨法諸子之法律倫理學的視角，試圖找出傳統文化的論述及對本論題合理可行的方法。

本文以為，《公羊傳》下的復仇觀，是漢代主政者為維護政權的官方選擇，已經超出孔子的本意，因為純就《論語》中孔子的言論中找不到如此的陳述，孔子最多只講過以直報怨而已。而「以直報怨」之「直」的內容是流動的概念，當以該國現行法秩序的內容，作為「以直報怨」之「直」的內容。

證之朱熹在《朱子語類》中所言：

李文問：「左傳如何？」曰：「左傳一部載許多事，未知是與不是。但道理亦是如此，今且把來參考。」問：「公穀如何？」曰：「據他說亦是有那道理，但恐聖人當初無此等意²⁰⁹。」《朱子語類卷八十三·春秋》

從上引文可知，對於《公羊傳》下的復仇觀，朱熹認為「但恐聖人當初無此等意」。

所以，如上所述，《公羊傳》下的復仇觀應予揚棄，回到孔子「以直報怨」的原初理念中，但觀念轉變還是要回到法治教育來努力。

管仲認為「政之所興，在順民心。政之所廢，在逆民心²¹⁰。」《管子·牧民》慎到也以為「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已²¹¹。」《慎子·佚文》

司法之於死刑的改革，人心，無論如何都不可不注意之。繞開了民意的改革，不但違反民主原則，我想也難以作為經常久遠之制。所以，究竟應該存有或廢除死刑與否，重點是民心，要以民意為準，而孔子、老子、莊子及就禮的變而言，其等的倫理思想同樣都是主張以民心為準。廢除死刑，若合於民意，能安定民心，廢除死刑亦可行之。

本文認為，用替代刑的方式也是可採的想法。如上述象徵刑或者用贖金取代死刑的作法，對於生命的尊重而言，以替代刑的方式，值得肯定。變法之要，乃以該制度它是能安定民心，為人民普遍地接受，才是經久穩妥之策。

最後，本文認為，死刑的廢止雖是和平時代下的大勢，主政者要先致力於民意的變革，當民意的大勢主張變革，主政者也要跟隨改革，隨民意而變法。若不從法治的教育著手，人民的心中一直潛藏著「子不復讎，非子也。」的幽靈，這對司法的信賴及死刑的改革會形成思想與行動上的阻力，不可不注意之。

²⁰⁹ (南宋)朱熹，《朱子語類》，中文出版社，頁 3409。

²¹⁰ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，頁 4。

²¹¹ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 200。

第五章 結論

如上開所述，本文已分析先秦諸子之倫理學，並對其等思想對於死刑之存廢之看法作出現代的詮釋。以下僅簡述先秦諸子就本論題要義及筆者撰寫本論後之建議與展望作結。

第一節 先秦儒道墨法諸子倫理思想就死刑論題之要義

本節前述先秦儒道墨法諸子倫理思想為本，總結其等對死刑的看法，茲結論要略如次：

一、孔子

孔子主張以直報怨，以德報德。對待有怨仇者，就交給公正的法律去裁判吧！法律如何規定，即直接地反映在法律的效果中，所以法律中若有死刑的規定，那就正直地依法判決，反之亦然，此即「以直報怨」之意。

二、孟子

孟子曰：「殺人之父，人亦殺其父；殺人之兄，人亦殺其兄¹。」《孟子·盡心下》，趙岐注云：「以惡加人，人必加之，知其重也；...我往彼來，與自殺其親何異哉？」，所以上開孟子所言，顯係指傳統的復仇觀，這樣的復仇原則在當時可能是中國社會中普遍流行的原則，這裡，孟子並未否定復仇的正當性。反而以此復仇觀教人「恕以行仁」，慎行之以免禍及自己的父兄。

日本學者仁井田陞認為，孟子所描述的加害者必須承受來自被害人方面的與其所加害相同的同態惡害，這是屬於日耳曼時代的復仇的型態之一²。

實則在古代，不論東方或西方血族的復仇應屬普遍存在的共性，並非此一型態，即屬日耳曼時代的復仇的型態！例如聖經中即明文：「報血仇者可以親自殺死那故意殺人的；他一找到兇手，就可以殺死他。」（民數記卅五章 30 節）。該經文中即明訂私人間的復仇。

又學者李隆獻認為，這種儒家以禮作規範的復仇觀，實有別於原始社會的復仇，它是倫理化的復仇，可謂之「五倫復仇觀」³。

另外，孟子有關死刑及執法的見解有如下見解：

¹（漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁 250。

² 仁井田陞，中國の法と社会と歴史，東京都：岩波書店，196），頁 30。

³ 李隆獻著，《復仇觀的省察與詮釋—先秦兩漢魏晉南北朝隋唐編》，臺北：臺灣大學出版，2012，頁 26。

(一) 殺死一個有死罪的人，孟子並不反對

王子墊問曰：「士何事？」，孟子曰：「尚志。...仁義而已矣。殺一無罪非仁也⁴。」《孟子·盡心上》

王子墊（齊王的兒子，名墊）與孟子有關「士」的行止的問答，孟子回答的重點是：讀書人要使志行高尚。換言之，士所行者仁和義而已。所以，殺死一個無罪的人，就是不仁。

反推孟子所言，雖然孟子只說不殺無罪者，並沒有明說殺死一個有罪的人，是合於仁的，但至少從上引文觀之，殺死一個有死罪的人，孟子並不反對。

(二) 舜為天子，其父親殺人，執法者亦要依法執行

桃應問曰：「舜為天子，皋陶為士，瞽瞍殺人，則如之何？」孟子曰：「執之而已矣。」，「然則舜不禁與？」曰：「夫舜惡得而禁之？夫有所受之也。」，「然則舜如之何？」，曰：「舜視棄天下猶棄敝屣也。竊負而逃，通海濱而處，終身沂然，樂而忘天下⁵。」《孟子·盡心上》

上開問答，有弟子名為桃應者，問孟子說：「舜做天子，皋陶做法官，假如舜的父親瞽瞍殺了人，那怎麼辦？」

孟子回答的重點是：若瞽瞍殺了人，把他依法逮捕就是了。舜不能夠阻止之，因為皋陶是按所受王命依法辦事。這時，舜該拋棄天子之位看得像拋棄破鞋子一樣。偷偷地背負父親逃走，沿著海濱住下來，終身逍遙，快樂得忘掉曾經做過天子的事情。

(三) 司法活動當以民意為依歸，亦須詳察審理之

「左右皆曰可殺，勿聽，諸大夫皆曰可殺，勿聽，國人皆曰可殺，然後察之，見可殺焉，然後殺之，故曰，國人殺之也。如此，然後可以為民父母⁶。」《孟子·梁惠王下》

法不離民心，國家一切司法活動自當以民意為依歸，然後亦須詳察審理之，詳審後，該當死刑者才能處刑。不如此，若司法活動背離民意時，國家即不成國家了，主政者如何可為民父母？

(四) 善教得民心

孟子曰：「仁言，不如仁聲之入人深也。善政，不如善教之得民也。善政民畏之，善教民愛之；善政得民財，善教得民心⁷。」《孟子·盡心上》

趙岐注云：「仁言，政教法度之言也⁸。」

朱熹注云：「政，謂法度禁令，所以制其外也。教，謂道德齊禮，所以格其心也⁹。」

綜上，上開仁言、善政云云都是指法令制度而言，孟子認為施政的重點在「得民心」。

⁴（漢）趙岐注（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁240。

⁵（東漢）趙岐注，（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁240-241。

⁶（東漢）趙岐注，（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁41。

⁷（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁108。

⁸（東漢）趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁108。

⁹（南宋）朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁298。

由上引文可知，殺死一個有死罪的人，孟子並不反對。再者，孟子認為，即使國王之父殺人，執法者亦要依法逮捕之。最後，國家一切司法活動自當以民意為依歸，詳察審理後該當死刑者才能處刑。此顯示孟子對法的重視，亦認為死刑的執行與否要有民意為基礎，不可出於主政者一己之私。

三、荀子

荀子的刑罰觀念，已具有重刑的色彩，荀子主張人有教化的「可能性」；因此，荀子認為要「先教後懲」，某甲明知殺人為非行，法律上要處死刑，竟然不受教化，明知而故犯，則此時刑罰所禁止者乃其殺人之暴行，懲罰者即某甲明知而故犯惡性，即死刑，對於那些違反教育內涵價值的人加以懲罰，亦具正當性。

因為荀子認為死刑具有的作用是「故刑一人而天下服，...蓋殺一人，刑二人，而天下治，傳曰：『威厲而不試，刑錯而不用。』此之謂也¹⁰。」《荀子·議兵》

換言之，荀子認為「死刑」的目的是懲罰，並且特別強調死刑的威嚇性。就如古代帝堯之治天下時，只殺一人，刑罰二人，而天下就已安治。如此「死刑雖設置，但不去用它。」，這樣，荀子認為可達成：死刑置而不用的境界。

若統治者不顧民意時，這時荀子說：

「君者、舟也，庶人者、水也；水則載舟，水則覆舟¹¹。」《荀子·王制》

換言之，水能載舟，亦能覆舟。統治者不注重人民的心聲的結果，就是為人民所傾覆之。這裡荀子雖然沒有談到人民革命，但已蘊涵革命的意味了！

四、老子

老子認為和大怨，必有餘怨，調和大怨，並不是妥善的處置方式：

河上公云：「殺人者死，傷人者刑，以相和報。必有餘怨，任刑者失人情，必有餘怨及於良人也。言一人，則先天心，安可以和怨為善¹²？」

1.對重大犯罪而被論以死刑者，此時如果再調和以對，那民怨何以消之？

例證，挪威在一九七九年全面廢除死刑，但 2011 年 7 月 22 日挪威首都奧斯陸與鄰近的烏托亞島發生的爆炸與槍擊事件，造成逾百人死傷，震驚全球。挪威爆炸案和烏托亞島屠殺案至少造成七十六人喪生，但挪威最高刑期為廿一年，凶手布雷維克即使獲判最重刑，算起來每殺一人只需坐一百天牢，法律還規定服滿三分之一刑期就可申請周末出獄「度假」，如此寬鬆的刑罰引起各方憤怒¹³。

2.本來就法律就已規定某些重大犯罪有死刑，若對明知故犯者於其論以死刑後，再以宥之以寬典，此置法律之公信於何地？

3.設若，我國政府果真認為：死刑之廢除是對的，進而廢除之，則對於是否存廢死刑的問題，主政者為何不能以百姓之心為心？即認真教育之，讓將來人民的選票，如主權者的主張，即使得百姓之心即主政者之意。

¹⁰ 北大哲學系注釋，《荀子新注》，臺北：里仁書局，1983，頁 297。

¹¹ (唐)楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 18，1936，頁 52。

¹² (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 31，1936，頁 22。

¹³ 請參閱 2011.07.26【聯合報／編譯朱小明、田思怡／報導】 2011.07.26

udn.com，[udn](#)，[全球觀察](#)，[國際焦點](#)，最後造訪時間 2014.09.04 18:10

2012年3月，日本處決3死囚，當時，日本共同社報導，法務相小川在行刑後的記者會上說：「刑罰權在國民手中，反映民意的審判員制度也支持死刑。法律規定法務相有責任執行死刑¹⁴。」近年，日本執行死刑，乃反映大多數的民意，即是以百姓之心為心的例證。

五、莊子

莊子思想中，明白肯定法律存在的必要：

「故聖人觀於天而不助，...齊於法而不亂，恃於民而不輕，因於物而不去。物者莫足為也，而不可不為¹⁵。」《莊子·在宥》

上開引文告訴我們，莊子認為主政者要將人民的行為齊一於法而不致於亂，依順於民心而不輕視民意，因順於物性加以利用而不去之。如是這般，對於萬物不違反事物之本性而強為，但又不可不順於物性而為。

就本論題死刑之存廢而論，莊子認為「死刑」與「廢死」齊一，「死刑」與「廢死」都有它存在的依據、各有正確的一面。因為，「死刑」與「廢死」各有其存在的依據、各有正確的一面；「死刑」與「廢死」原本就各有其合理性，有能認可的一面。沒有什麼事物不存在正確的一面，也沒有什麼事物不存在不可肯定的一面。

莊子認為禮義法度，也要順應時勢而變：

「故禮義法度者，應時而變者也¹⁶。」《莊子·天運》

時代會改，人心會變，因此禮義法度，也要順應時勢而變。而變法應以何為準？依前述莊子法律倫理之要旨是無為而順應民性：

「故君子不得已而臨莅天下，莫若無為。無為也而後安其性命之情¹⁷。」

《莊子外篇·在宥》

當主權者因不得已而治理天下時，莫若無為而治。能無為而治才可讓天下人民安住於其本性。

「故聖人觀於天而不助，...恃於民而不輕¹⁸。」《莊子·在宥》

主權者觀察天道而不妄加己意，...依於民性而不輕忽之。民性的表現即民心、民意了，就此而言莊子與老子「以百姓心為心」同旨趣，最後都取決於民心。

六、墨子

墨子立說以兼愛之義，興天下之利，除天下之害為宗旨。墨子認為人的生命特別珍貴：

「萬事莫貴於義。...天下不若身之貴也¹⁹。」《墨子·貴義》因此，認為「殺盜人非殺人」，即對整體法秩序極端破壞者，沒有作為人的資格而存在，所以，對於前述之

¹⁴ 國民支持死刑日本近2年首處決3死囚【2012/03/30...日本共同社報導，小川在行刑後的記者會上說：「刑罰權在國民手中，反映民意的審判員制度也支持死刑。【聯合報／編譯陳韻涵／報導】2012.03.30 03:19 am【2012/03/30 聯合報】udn.com，udn，[全球觀察](#)，[國際焦點](#)（最後造訪時間 2015.09.04）

¹⁵（清）王先謙《莊子集解》，臺北市：東大圖書公司，2004，頁97。

¹⁶（西晉）郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁109。

¹⁷（西晉）郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁81。

¹⁸（西晉）郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁87。

¹⁹（清）孫詒讓著，《墨子閒詁》，台北：華正書局，1995，頁402。

屠殺人命之人，這種濫殺之行為人，已喪失作為人的資格(非人)，因此，對其處以死刑，只是除天下之害，並不是對人處以死刑。

本文認為墨子兼愛之義認為人的生命最珍貴，所以是將生命放在第一義來保護，任何人反於天意，交相賊殺者，必得天罰。換言之，對「殺人者」執行「死刑」是天道自然法理的展現。用現代的用語來說墨子的思想：「死刑」才是真正肯定人性尊嚴的表現，才能保障無辜的生命。

換言之，「死刑」之罰如天險高崖，人見而警惕之，險崖自存自在，不會主動作為。若非人主動跳崖，怎會因險崖而死？死刑本身就如險崖不會主動殺人，是殺人者先違反兼愛之義，而自己主動致罪(跳崖)，並非險崖殺人。

本文認為就「愛」出發而肯定死刑而言，墨子思想有與基督教相似之處²⁰。因此，於墨子兼愛之義下，表現天對生命本身的敬重；更彰顯了天嚴厲的愛，死刑正好顯示上天的公義及對生命本身的敬重，所以，墨子兼愛思想下，不容廢死的存在。

七、管仲

對於死刑，春秋時的管仲已呈現法家的特性：

「...人之可殺，以其惡死也，其可不利，以其好利也。...法者所以同出，不得不然者也。故殺僂禁誅以一之也，故事督乎法，法出乎權，權出乎道²¹。」《管子·心術上》

管子認為「死刑」可採，是因為人都厭惡死亡。而法律的制定是出於權衡原則，所以用殺戮作為禁止殺戮，這樣的刑罰的手段是合「道」的。

「正法直度，罪殺不赦。殺僂必信，民畏而懼²²。」《管子·版法》

死刑必定執行而不赦免，死刑執行彰顯法的可信性，人民才會畏懼。

「君臣上下貴賤皆從法，此謂為大治。...治世則不然，不知親疏遠近貴賤美惡，以度量斷之，其殺戮人者不怨也，其賞賜人者不德也。以法制行之，如天地之無私也²³。」《管子·任法》

²⁰ 本文原來有比較基督教倫理的部分，但為文脈的一貫，便刪除了，但這裡還是忍不住，只好在註解中帶入。略述如次：舊約當中有很多死刑的記述，就如「那犯死罪的殺人犯，你們不可收贖價來代替他的命；他必須被處死。」(民卅五 31)即為一清楚的例子。但有謂耶穌拒絕摩西「以眼還眼，以牙還牙」的原則(太五 38)所以死刑已隨摩西法律而廢除；再者，因基督已為萬人而死，便沒有人應再受死刑的刑罰了；而且死刑與新約的愛不相符。

本文認為，新約並未廢除死刑：理由一、「因為罪的工價乃是死。」(羅六 23)，意味死刑顯示神的公義，也表現神對生命本身的敬重；更彰顯了神嚴厲的愛。而「他不是徒然佩劍；他是神的用人，為神的憤怒，報應作惡的。」(羅十三 4)該經的內容更給予世間政權執行死刑的報應性公義的神授性。其二、新約中也肯定死刑，「保羅說：『我若做了不對的事，犯了甚麼該死的罪(謀叛)，就是死我也不辭。』」(徒廿五 11)。其三、制裁的目的不是矯治，「因為基督也曾一次為罪受苦，就是義的代替不義的」(彼前三 18)，所以，制裁為的是以義的代替不義。最後，耶穌承認羅馬政府有對祂執行死刑之權。「彼拉多對他說：『...難道你不知道我有權柄釋放你，也有權柄把你釘十字架嗎？』」¹¹耶穌回答他：『若不是從上頭賜給你的，你就毫無權柄辦我...』」(約十九 11)

參考：賈詩勒(L.Geisler)著，李永明譯，《基督教倫理學》，香港：天道書樓出版，2003，頁 217-238。

²¹ 李勉，《管子今註今譯》，台北：台灣商務，1988，頁 637。

²² (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，頁 15。

²³ (唐)房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，頁 92。

管仲認為的治世是，法制推行，如天地之無私，依法公正裁判，被執行死刑者亦無所怨恨。

八、商鞅

「吾所謂刑者，義之本也；而世所謂義者，暴之道也。…此吾以殺刑之反於德，而義合於暴也。…故王者以賞禁，以刑勸；求過不求善，藉刑以去刑²⁴。」《商君書·開塞》

商鞅之法律思想本就有重刑的主張，認為可以「以刑去刑」，同理，對於死刑，他認定用刑殺反而可以合於德，用仁義(如廢死)反而合於暴。因為有「死刑」人民有所擔憂的事務才會對它加以深思，能思慮則會守法度；相反沒有「死刑」，人民可能因為不會深思熟慮則會放蕩，因而有致他人於死或殺人之行為，這樣為了保護犯殺人罪者一人，對於被害的死者們，反而是仁義(廢死)所致的殘暴。

商鞅最後希望藉「死刑」以去除「死刑」，所以才說「明刑之猶，至於無刑也²⁵。」《商君書·賞刑》

這裡，我們將死刑代入，就成為：「訂立明確的死刑不是為了殺人。…明立公正嚴明的死刑，執行到一定程度就沒有死刑了。」

換言之，用現代的用語來說商鞅的思想：「死刑」的制裁顯示法律的公義，所以才說「吾所謂刑者，義之本也」。

依商鞅之重刑的主張，希望藉「死刑」以去除「死刑」，所以其理論中「死刑」具有手段的重要性，而「死刑」是恰當的手段，所以商鞅的法律倫理思想中並不容納廢除「死刑」的論點。

九、申不害

「以其名視之，以其名命之，鏡設精，無為而美惡自備，衡設平，無為而輕重自得，凡因之道，身與公無事，無事而天下自極也²⁶。」《申子·大體》

本文以為申子以「因」之道為其術，其本在「名」，而「名」即是法，換言之，以名責實之治術，必以「名」為規範，此規範即法也。至於所「因」者，王曉波認為必因人之情。

所以，申子法律倫理思想，對於「死刑」與「廢死」都具開放性，與老子「以百姓心為心」同旨趣。而若社會成熟到不用「死刑」的刑罰而社會有序時，法律規範也要順應人情而變，那時「廢死」可矣！

十、慎到

「有虞之誅，以幪巾當墨，以草纓當劓，以菲履當劓，以艾鞞當宮，布衣無領當大辟，此有虞之誅也。斬人肢體，鑿其肌膚，謂之刑。畫衣冠，異章服，謂之戮。上世用戮而民不犯也，當世用刑而民不從。」《慎子·佚文》²⁷

²⁴ (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 13。

²⁵ (明) 范欽校訂，《商子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 21。

²⁶ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980，頁 167-170。

²⁷ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 19。

上古時代使用象徵性的恥辱刑，用這種刑戮人民就不犯法了，而當今之世用殘酷的刑罰而人民仍不服從。

所以，時代不同、民情也就不同，法律刑罰的內容也因此不同。變法的標準即在合乎人心而已！法律要統治者依據自然之道來建立標準，並作變革。只是法律制訂、變革的根據為何？法制度的產生，是根據人心、合於民情而制訂出來的，所以慎子說：「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已²⁸。」《慎子·佚文》

十一、韓非

韓非與商鞅同樣主張重刑思想，即認為可以「以刑去刑」。
認為：「學者之言，皆曰輕刑，此亂亡之術也²⁹。」《韓非子·六反》

所謂「輕刑」云云，是亂亡之術。因此，韓非認為對於犯死罪判決應被執行死刑者，並非「法治(國家法秩序)」殺(一般未犯罪的)人；「法治(國家法秩序)」所殺的人，是經「法治」判決之「應被執行死刑之人」：

「殺賊、非治所殺也；治所殺也者，是治死人也。…故曰重一姦之罪而止境內之邪，此所以為治也。³⁰」《韓非子·六反》

換言之，被執行死刑者是經判決而被剝奪作為人的資格者(死人)。所以，韓非認為，透過對犯罪者死刑執行的重罰，達到威嚇一般人民不敢犯罪的作用，才是刑罰的主要目的。換言之，用現代的用語來說韓非的思想：「死刑」的制裁不是治療而是懲罰，是犯罪者明知故犯的代價。

結論是，韓非與商鞅同樣的重刑論法律思想中並不容納廢除「死刑」的論點。

十二、《公羊傳》下的復仇觀

前文中已經說明，在《公羊傳》所標示之「臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也。」，人子為報父仇而殺人，是被社會道德允許的時代中，父母親被他人殺害者，若要求國法替他報仇，因刑罰權收回國家專有，禁止私人復仇，所以人民理所當然認為，國法應替之報仇，所以，國家對於殺人者處以死刑是理所當然的結果。這樣，在舊律時代，一直到明清之時，人民及官員都還肯定復仇的義行，一直到清末變法後，國法才脫離復仇的禮法爭議。

不過，如同本文讚同王安石所懷疑之「報讎者，書於士，殺之無罪」，這並非周公之法的論點！本文也懷疑之「臣不討賊，非臣也。子不復讎，非子也。」，這並非孔子的觀點！

因為，孔子只談過「以直報怨」，而且春秋、左傳、穀梁傳中都沒有如此的論述。再者，《公羊傳》在西漢是今文經，所以《公羊傳》的傳授與學成歷來聚訟而無定論，在師徒口耳相傳間，非常可能是加入了個人評價，何況《公羊傳》是於漢景帝時公羊壽與弟子才將之書寫於竹帛之上³¹。

綜上，本文以為「子不復讎，非子也。」的復仇論是《公羊傳》的特殊見解，先秦時至少孔子並未持此說。

²⁸ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980年，頁200。

²⁹ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁651。

³⁰ (清)王先慎撰，《韓非子集解》，臺北：藝文，2004，頁652。

³¹ 參見雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，三民，1998年，頁4。

十三、結論

綜上，先秦儒道墨法諸子的倫理思想，諸子因時代所限，當然無法預見現代死刑的存廢之爭，經本文採用創造性的詮釋說明後，其等以肯定死刑者居多：

(一)先秦儒家孔孟荀三子、道家的老子亦肯定死刑的作用：

孔子並不贊成「以德（仁德）報怨」，所以說要「以直（公正）報怨，以德（仁德）報德（恩德）。」要用公直的態度對待有怨仇的人。

孟子說：「殺人之父，人亦殺其父」，如使貴天子的父親殺人，孟子說「執之而已矣。」，死刑要「國人皆曰可殺，然後察之，見可殺焉，然後殺之³²。」《孟子·梁惠王下》

荀子更明確主張「刑一人而天下服，...蓋殺一人，刑二人，而天下治。傳曰：威厲而不試，刑錯而不用³³。」《荀子·議兵》、「殺人者死、傷人者刑，是百王之所同也」《荀子·正論》³⁴，刑罰之目的在於禁暴懲惡，「死刑」的目的是懲罰，並且特別強調死刑的威嚇性。荀子認為可達成：死刑置而不用的境界。

老子認為「和大怨，必有餘怨，安可以為善³⁵。」《道德經第七十九章》，因為，殺人者死，傷人者刑，以相和報。必有餘怨，被害者家屬餘怨難消，此時當

以百姓心為心³⁶。《道德經第四十九章》即依人民之意願所制定的法律，將犯罪者論以死刑，並依法執行！

(二)莊子認為「死刑」與「廢死」都有它各自存在的依據

莊子認為「可乎可，不可乎不可。道行之而成，物謂之而然。...然於然。不然於不然。可於可。不可於不可。」換言之，「死刑」與「廢死」齊一，「死刑」與「廢死」都有它各自存在的依據、各有它們本身正確的一面。所以，主權者不應妄加己意，而要依於民性決定。

(三)申不害部分現存資料太少很難證成其「死刑」論述。慎到則認法的標準即在合乎人心而已！

(四)墨家及法家均明確肯定死刑

1. 墨子主張兼愛之義，死刑合於天志：兼愛之義認為人的生命最珍貴，所以是將生命放在第一義來保護，任何人反於天意，交相賊而殺人者，必得天罰。是殺人者違反兼愛之義時已屬非人，所以墨子才會推出，對非人執行死刑非殺人！依墨子的思想：「死刑」才是真正肯定人性尊嚴的表現，才能保障無辜的生命。

2. 管仲認為「死刑」的必然性有威嚇使人民懼怕的作用：「正法直度，罪殺不赦。殺謬必信，民畏而懼³⁷。」《管子·版法》

3. 商鞅認為「死刑」的制裁顯示法律的公義：「吾所謂刑者，義之本也³⁸。」《商君書·開塞》

4. 韓非認為死刑是被動的懲罰犯罪者的明知故犯。故云「殺賊、非治所殺也」！

³²（東漢）趙岐注，（宋）孫奭疏，《十三經注疏·孟子》，新文豐出版，2001，頁41。

³³（唐）楊倞注，《荀子》，四部叢刊初編，上海商務，冊18，1936，頁108。

³⁴王忠林 注譯《新譯荀子讀本》，三民書局，2001，頁289-290。

³⁵（漢）河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁22。

³⁶（漢）河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁15。

³⁷（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊20，1936，頁15。

³⁸貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996，頁81-83。

第二節 先秦儒道墨法思想詮釋後可以支持廢死者

如前所述，先秦儒道墨法諸子因時代所限，無法預見現代死刑的存廢之爭，因此，其等以肯定死刑者居多。

本節則以先秦諸子倫理學的論述為基礎，就其思想中可在「創造性的詮釋學」後，作為支持廢除死刑的論述者論析之。

諸子中，墨子認為，殺盜人非殺人。換言之，犯死罪(如當時的強盜)之行為人沒有作為人的資格，所以執行死刑是正當的。其理論不能詮釋為支持廢除死刑的論述。

另外，以重刑論為核心思想的商鞅及韓非，雖然他們都主張變法，但去除重刑論，就不是他們的思想了，換言之，本文認為即使在現代，商鞅及韓非也不會贊同廢除死刑的論述。

申不害部分，雖就其「鏡設精，無為而美惡自備」之理解，本文認為一見解，對於「死刑」與「廢死」都具開放性，與老子「以百姓心為心」同旨趣。但則因申子現存資料太少很難成為有力的論述。

因此，以下僅就可在「創造性的詮釋學」後，不改其學說核心內容，而可以作為支持廢除死刑的論述，結要如下：

一、孔子

子曰：「善人為邦百年，亦可以勝殘去殺矣。誠哉是言也！」《論語·子路》

「去殺」依(魏)何晏集解、(宋)邢昺疏的注解是「不用刑殺、去刑殺而不用³⁹」。因此，上文用創造性的詮釋即為：「『善人治理國家經過一百年，也就可以消除殘暴，廢除刑罰殺戮了。』這話很對呀！」

由上引文可知，孔子本意也希望，若治理國家達到一定程度，就可以消除殘暴，免除死刑殺戮。而前文提到，孔子在回答他人「以德報怨」的問題時，回答道：「何以報德？以直報怨，以德報德」《論語·憲問》。

孔子是肯定正義前提下的「應報觀」的，而「應報」的內容其實流動的，即要看刑罰的「應報」是否滿足當代的「應報心理」，換言之，「以直報怨」的內容，即以該國現行法秩序為公義的內容！

而現行法秩序的內容是可以透過修法而改變的，如此，孔子的倫理思想是存有廢除死刑的空間，即當該國現行法秩序可以修法廢除死刑時，如此沒有死刑的法秩序，就是「以直報怨」之「直」的內容。

二、孟子

孟子曰：「仁言，不如仁聲之入人深也。善政，不如善教之得民也。善政民畏之，善教民愛之；善政得民財，善教得民心⁴⁰。」《孟子·盡心上》
趙岐注云：「仁言，政教法度之言也⁴¹。」

³⁹ (魏)何晏集解、(宋)邢昺疏，《十三經注疏·論語》，新文豐出版，2001，頁117。

⁴⁰ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁108。

⁴¹ (東漢)趙岐注，《孟子》，四部叢刊初編，上海商務，1936，頁108。

朱熹註云：「政，謂法度禁令，所以制其外也。教，謂道德齊禮，所以格其心也⁴²。」

綜上，上開仁言、善政云云都是指法令制度而言，孟子認為施政的重點在「得民心」。而「民心」可因時代及教化而改變，換言之，當「民心」是主張廢除死刑時，沒有死刑的法秩序即有其可能性。

三、老子

老子認為「聖人常無心，以百姓心為心⁴³。」《道德經第四十九章》

河上公云：「聖人重改更，貴因循，若自無心。百姓心之所便，聖人因而從之⁴⁴。」用現代的政治用語翻譯即是，主權者(政府)，所有的政事不強作主宰，一切施政，以民意為準，以民意為先。

所以，老子的倫理思想是存有廢除死刑的空間，即當該國家的民意主張可以修法廢除死刑時，主權者(政府)的施政，即以民意為準，以民意為先。

如此沒有死刑的法秩序，也就是「百姓心」之「心」的內容。

四、莊子

「夫聖人之治也，治外乎？正而後行，確乎能其事者而已矣⁴⁵！」《莊子·應帝王》

聖人治理天下，難道只治理外在表象嗎？應自身正而後行化天下，必須先確定民意能贊同者為何，順應民意而成就其事罷了！

換言之，主政者制定法度的依據，當順應民性情，以民意為依歸。

「故夫三皇、五帝之禮義法度，不矜於同而矜於治。... 故禮義法度者，應時而變者也⁴⁶。」《莊子·天運》

上古三皇、五帝的禮義法度，重點不在於其禮義法度的相同之處，而是重點在於其等各自的禮義法度正好符合於他們當代治理的需要。所以...禮義法度，是要應時而變的。

莊子之法律倫理思想簡要言之即：反對強行妄為之人為法的賞罰，認為法應順應人民的本性形成行為準則。所以，老子與莊子的倫理思想是存有廢除死刑的空間，那就是，如要變法、修法廢除死刑，主權者應以民意為準，以民意為先，作為其修法的依據。

五、管仲

對於死刑的存廢之爭，因春秋時的管仲當然無法預見死刑的存廢之爭，但若身處於現代，管仲可能的看法如何，本文採用創造性的的詮釋為方法說明之。

1. 經濟條件決定法治條件

「佞堯之時，...其獄一踣腓一踣履而當死。今周公斷指滿稽，斷首滿稽，斷足滿稽，而死民不服，非人性也，敝也⁴⁷。」《管子·侈靡》

⁴² (南宋)朱熹《四書集註》，臺灣書店，1961，頁298。

⁴³ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁15。

⁴⁴ (漢)河上公章句，《老子》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁15。

⁴⁵ 張耿光譯注《莊子》臺灣古籍出版，1996，頁143。

⁴⁶ (西晉)郭象，《南華真經》，四部叢刊初編，上海商務，冊31，1936，頁109。

管子認為，帝嚳、帝堯之時，...那時的獄政是以一腳穿草鞋，另一腳穿正常的鞋子來代替死刑。而周公之時，受刑者斷指滿階，斷首滿階，斷足滿階，而被處死的人民仍不懼服，這並非人性不怕死，是因為貧窮的關係。

百姓能自耕而自足，天下太平，即使用一腳穿草鞋，另一腳穿正常的鞋子的象刑來代替死刑即可達到安治的效果；而時代改變土地、資源少，而人口眾多，人民無法生存時，即使有死刑，人也不怕。換言之，管子認為：經濟條件決定法治條件！

2. 主政者要「隨時而變，因俗而動。」

管仲認為變法的重點是：

「政之所興，在順民心。政之所廢，在逆民心⁴⁸。」《管子·牧民》

所以死刑的廢止，主政者要先致力於民意的變革，當民意的大勢主張變革，主政者也要跟隨改革，隨民意而變法。

如上所述，若管子身處於當今的世代，見到有不用殺戮而可作為禁止殺戮的方法，相信管子在死刑的廢除為民意所接受時，這時廢除死刑當是水到渠成，自然可行之事。

六、慎到

「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已⁴⁹。」《慎子·佚文》

慎到認為，法律要統治者依據自然之道來建立標準，並作變革。只是法律制訂、變革的根據為何？法制度的產生，是根據人心、合於民情而制訂出來的。

慎到的法律思想重「勢」的作用，其中勢最重要的是因人情之勢，所以，當社會上人心趨向主張不用「死刑」時，法律規範也要順應人心而變，那時「廢死」可矣！

慎到的法律倫理對於「死刑」與「廢死」都具結果的開放性。變法的標準即在合乎人心而已！

七、禮的經與變

前文中，證之朱子云：

「禮有經，有變。經者，常也；變者，常之變也。先儒以曲禮為變禮，看來全以為變禮，亦不可。蓋曲者，委曲之義，故以曲禮為變禮。然『毋不敬，安定辭，安民哉』！此三句，豈可謂之變禮？先儒以儀禮為經禮。然儀禮中亦自有變，變禮中又自有經，不可一律看也。禮記，聖人說禮及學者問答處，多是說禮之變⁵⁰。」《朱子語類卷第八十五 禮二》

從上引文可知，朱子認為：禮有經，有變。換言之，禮有分不可變的部分及可變的部分，禮記中，聖人說禮及學者問答處，多是說禮之變。而曲禮中之『毋不敬，安定辭，安民哉』三句，朱子認為是禮中不可變者。

⁴⁷（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，頁 71。

⁴⁸（唐）房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 4。

⁴⁹（清）繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 6。

⁵⁰（南宋）朱熹，《朱子語類》，中文出版社，頁 3483。

所以朱子認為禮之經，是行之於內者為心必須恭敬；要達到於外的作用是安定人民。這是禮有分不可變的部分。換言之，就禮而言，只要人能內心恭敬；外在的作用能安定人民。禮的內容可以根據時代環境的需要來制禮。關鍵是廢除死刑的結果，能安定人民的心嗎？如果可以安定人民，廢除死刑亦可行之。

八、象刑

「唐虞象刑，…犯大辟者布衣無領⁵¹。」《尚書大傳卷一·唐傳》

換言之，死刑可用布衣無領，象徵死刑。本文贊同「象刑」為象徵刑之說，理由有三：

其一是如沈家本認為「竊謂古義相傳，究不可廢。」

其二是如黃源盛先生所認，「象刑」即是五刑由對族外，後來施行於族內的過渡型態，此說具有合理性。

其三就上揭引文可知，古代至少在荀子的時代象刑作為象徵刑的說法已經很普遍，否則荀子不會特別立論來駁斥此一論點；另《管子》、《墨子》、《慎子》、《周禮·司圜》鄭玄注中都有相關「象刑」的記載，有相當的可信度。何況如上開除先秦者外，後代持肯定象刑者有如此之多，亦證其可信性很高。

有「象刑」作為象徵刑的啟示，當時代條件到達時，我們當可廢除死刑，用其他方式替代之。

九、以罰金贖死罪

西周時，周穆王命呂侯，參照夏朝的贖刑制度制定呂刑。其中即有罪疑者赦之者：「五刑之疑有赦，…大辟疑赦，其罰千鍰⁵²。」《尚書·呂刑》換言之，西周時，死刑有疑而赦免，從輕罰之，處罰金一千鍰。

本文認為，「罪疑惟輕…好生之德，洽于民心⁵³。」此一慎用死刑，用贖金取代死刑的作法，護持生命的理念，與現代刑法理念正相符合，就生命的尊重而言，本文認為，值得肯定。

十、結論

管仲認為「政之所興，在順民心。政之所廢，在逆民心⁵⁴。」《管子·牧民》慎到「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已⁵⁵。」《慎子·佚文》同樣地，孔子、孟子、老子、莊子以及就「禮的變」而言，其等的倫理思想是存有廢除死刑的空間，重點都是要以民意為準，以民意為先。換言之，當「民心」是主張廢除死刑時，沒有死刑的法秩序即有其可能性。

至於廢除死刑後，是否有如「象刑」的象徵刑來替代死刑。在堯舜當時，人尚德義，犯刑者但易之以「紅褐色」顯眼的衣服，自為大恥。所以，本文以為，若社會民風純樸，人能知恥，合於民意，且能安定民心，以「象刑」替代死刑的方式，

⁵¹ (漢) 伏勝，《尚書大傳》，臺北：中新書局印行，1973，頁 588-589。

⁵² 郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005，頁 324。

⁵³ (漢) 孔安國，《尚書孔傳》，臺北：臺灣中華書局，1969，卷二頁 3。

⁵⁴ (唐) 房玄齡注，《管子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 20，1936，頁 4。

⁵⁵ 阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980 年，頁 200。

對於生命的尊重而言，值得肯定。問題是，如此純樸，知恥的社會民風，有可能嗎？筆者持懷疑的態度。

最後，西周時大辟疑赦，以罰金贖死罪的方式，本文以為，似可轉換為與死緩制度結合施行，即在受刑人執行死緩期間，令犯罪人勞作，用此勞作所得填補受害者家屬損害，作為贖罪的方式。至少這種物質或金錢對於被害人家屬而言，可避免其等陷入生活困境。

另外，在受刑人執行「不得假釋之無期徒刑」期間，亦可令犯罪人勞作，用此勞作所得填補受害者家屬損害，作為贖罪的方式。





第三節 建議與展望

本文贊同莊子之言「死刑」與「廢死」各有其存在的依據、各有正確的一面；「可乎可，不可乎不可。...惡乎然？然於然。惡乎不然？不然於不然。...物固有所然，物固有所可；無物不然，無物不可。...庸也者，用也；用也者，通也；通也者，得也；適得而幾矣⁵⁶。」《莊子·齊物論》

認可「死刑」者，一定有「死刑」可以加以肯定的道理才會加以認可；不認可「死刑」者，一定也有「死刑」不可加以肯定的道理，才不認可「死刑」。...「死刑」的不正確在於「死刑」本身就有不正確的理由。反之，認可「廢死」者，一定有「廢死」可以加以肯定的道理才會加以認可；不認可「廢死」者，一定也有「廢死」不可加以肯定的道理，才不認可「廢死」。...「廢死」的不正確在於「廢死」本身就有不正確的理由。換言之，「死刑」與「廢死」原本就各有其合理性，各有能認可的一面。莊子認為「死刑」與「廢死」齊一，「死刑」與「廢死」就如此循環往復，就如朝「三」暮「四」、朝「四」暮「三」一樣，人們所面對事物的本身未變，只是名稱改了而已。

所以，本文以為「死刑」與「廢死」各有其存在的合理性，以下分別就我國「死刑」存置與「廢死」階段分別作建議，最後以展望作結。

一、死刑存置

(一)死刑之最終目的：「義期止殺⁵⁷」

先秦聖哲設刑的目的是「刑期于無刑⁵⁸」《尚書·大禹謨》，孔子也說：「聖人之設防，貴其不犯也，制五刑而不用，所以為至治也⁵⁹。」《孔子家語·五刑解第三十》

所以死刑存置之理也一樣，主政者之所以要用死刑，是不得已而用之。就如宋儒朱熹所言：「教之不從，刑以督之，懲一人而天下人知所勸戒，所謂辟以止辟；雖

⁵⁶ 張耿光譯注，《莊子》臺灣古籍出版，1996年11月，頁28。

⁵⁷ 哈特認為「死刑」存置或者是因為肯定的證明死刑是減少謀殺罪所必須；或者就是死刑能達到其它刑罰所不能達到的某一價值的目的。參見 H.L.A. Hart, Punishment and responsibility : essays in the philosophy of law , Oxford , 1988,P89.

本文以為義期止殺的仁愛價值，也許就是東方文化中所認為的死刑能達到其它刑罰所不能達到的某一價值的目的。

⁵⁸ (漢)孔安國，《尚書孔傳》，台北市：臺灣中華書局，1969，卷二頁3。

⁵⁹ (魏)王肅注，《孔子家語》，台北：世界書局印行，1989，頁277。

按《孔子家語》以前常認其為「偽書」，如《四庫全書總目提要》說：「其書流傳已久，且遺文軼事，往往多見於其中。故自唐以來，知其偽而不能廢也。」，但今日新出土文獻證明其非偽書。另參照：劉續兵，《孔子家語：從“典型偽書”到“孔子研究第一書”》：1973年，河北定縣八角廊漢墓出土竹簡《儒家者言》，內容與今本《孔子家語》相近。1977年，安徽阜陽雙古堆漢墓也出土了章題與《儒家者言》相應的簡牘，內容同樣與《孔子家語》有關。...後來發現的上博竹書又提供了《孔子家語》“不偽”的有力證據。...，《孔子家語》則可稱為孔子的“文集”；該書的價值絕非一面，如果深入細致探討，早期儒學的研究一定會出現一個全新的局面，甚至可稱為“孔子研究第一書”。<http://www.shekebao.com.cn/shekebao/2012skb/xs/userobject1ai7085.html>

最後到訪時間:2016.1.23

曰殺之，而仁愛之實已行乎中⁶⁰。」

朱熹認為「死刑」，是經由執行一人的死刑，讓天下人民知所勸戒。雖然是殺了受刑人一人，但可達到以刑止刑的效果，因此，「死刑」的內在意味是有仁愛於其中的。「死刑」的存在就是因為仁愛生命而設的。

生命唯一而無可替代，因此殺人者必須用自己的生命來還，才滿足正義原則，所以重尚人性尊嚴的康德就支持死刑⁶¹。就此而言，相近次前文所述春秋的復仇正義。我國唐律，引儒家思想入律，其中有關死刑的部分「疏議曰：古先哲王，則天垂法，輔政助化，禁暴防姦，本欲生之，義期止殺⁶²。」

死刑設置的目的，在告誡某人某事千萬不可為之，例如「殺人者，處死刑。」之律文，即告知某人不可殺人，否則會有剝奪生命的處罰發生，某人思及或懼怕刑罰之後果，則止住本欲為殺人之行為，此時即刑律「本欲生之」的真意；若某人果真不管律文之告誡而殺了人，法司只能如律處刑，按律執行，如此，不但可以確立人民法效力之確信，同時假有殺人動機者某甲，見及律法執行之確定性，因知若有殺人不能苟免於刑責，因此停止其殺某乙之計劃，如此不但遏止其殺人之行為，使某甲免罹於死刑之刑罰，同時保護某乙免於凶死，此即前文「終義期止殺」之真意。

所以另外，對於我國目前執行死刑或者廢除死刑之困境，筆者以為要區別對待以下兩個問題：1.對於犯死罪已判決確定，應被執行死刑者，是否停止執行是一類問題；2.對於是否存廢死刑又是另一類問題；以上二者要嚴加以區隔，因為：前者乃關於已確定的國家法秩序，是人民對國家法秩序的信賴關係。死刑若停止執行，將破壞既有的信賴關係，如此不但破壞人民對國家、政府、司法的信賴，而且人民好不容易確立的法效力之確信將破壞殆盡，從而人民服從法律的意願亦將大為降低。後者乃關於將來尚未確定的國家法秩序(刑事政策)，是人民對國家將來的法秩序是否如此約定的一種契約關係。若一方(主政者)強行定約，人民只好用選票來表示反對及更改契約關係，此一結果，主政者當慎思之(另見後述)。

最後，本文以為對於死刑存置的理由，墨子學說可謂說理清楚，墨子兼愛之義認為，世上沒有事物比人的生命更珍貴的了，所以人必須要兼愛，這是將生命放在第一義來保護，任何人反於天意，交相賊殺生命者，必得天罰。換言之，「死刑」之罰如天險高崖，人見而警惕之，險崖自存自在，不會主動作為。若非人主動跳崖，怎會因險崖而死？死刑本身就如險崖不會主動殺人，是殺人者先違反兼愛之義，而自己主動致刑(跳崖)，並非險崖殺人。因此，對「殺人者」執行「死刑」只是天道自然法理的展現，即「殺人者」自己主動跳崖的展現。

(二)在廢除死刑前，建議引進死緩制度

有關死刑，易經有云：「澤上有風，中孚，君子以議獄緩死⁶³。」《易經·中孚》

⁶⁰ (南宋)黎靖德，《朱子語類》，卷七十八，世華出版，頁2009。

⁶¹ 康德著、沈叔平譯，《法的形而上原理》，北京：商務印書館，1991，頁166。

⁶² (唐)長孫無忌著，《唐律疏議》，臺北：商務印書館，2005，頁14。

⁶³ (魏)王弼注，(唐)孔穎達疏《十三經注疏·周易》，新文豐出版，2001，頁133。

易經象傳解釋中孚卦，認為風行於澤上，將濕氣潤澤四方，這是主政者內心誠信的象徵，所以，主政者當以至誠審慎於訟獄，對死刑寬之緩之。這當然說的不是死緩制度，但審慎訟獄，對死刑寬緩執行的目的是一樣的。

本文在第四章第一節第二項三的內文中已對死緩制度作說明，本文以為，在廢除死刑前，我國似可利用死緩制度以達成減少死刑執行目的，就如學者張麗卿所述，死緩制度若能建立公平客觀的考察機制，只要受死緩者改過向善，幾乎可完全避免死刑的執行，如此不僅可保留死刑的威懾力，又呈現出人道關懷，這是可參考的修法方向⁶⁴，另有學者也認台灣在廢除死刑前應引進死緩制度⁶⁵。

本文亦贊同在廢除死刑前引進死緩制度，這符合《易經》：「議獄緩死」的理念。

另外，如前所述，在受刑人執行死緩期間，本文以為，可轉換西周時以罰金贖死罪的概念，即令犯罪人勞作，用此勞作所得填補被害者家屬損害，作為贖罪的方式。

二、死刑之廢除

(一)死刑之廢除，在我國是終極目標

如上所述，孔子、老子、莊子、慎到以及就禮的變而言，其等的倫理思想同樣是存有廢除死刑的空間，重點是要以民意為準，以民意為先。廢除死刑，若合於民意，能安定民心，廢除死刑亦可行之。

本文以為，死刑之廢除，在我國將來是否可能？筆者不排除此一可能性，就如，聖人常無心，以百姓心為心。《道德經第四十九章》，「百姓心」在現今民主時代，可用定期選舉、公投或民調的方式呈現，所謂普世價值云云，亦可經人民用選票去實，如果該「普世價值」能令「主權者」即人民接受，自然會反映在投票的結中。這樣所呈現的「百姓心」，不才是依憲政秩序所得出的結果嗎？

按中華民國憲法第 1 條 規定：中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。在民主原則下，若贊成廢除死刑之人民居於多數，自然不能以少數的意見凌駕多數反對的民意之上。換言之，主政者當以百姓之心為心。即在現階段認真面對此一問題（不贊成廢除死刑之人民居於多數的事實），人民是可教育的，主政者若能先知於人民，認為廢除死刑是對的，為何不能好好教育之，導正之，若人民接受此一觀念，將來人民會透過選票來表達。如此，主權者的主張與大多數的人民相同，此即以百姓之心為心之真意。

⁶⁴ 張麗卿，《刑法總則理論與應用》，五南出版社，2015，頁 502。

⁶⁵ 請參考：張麗卿、王紀軒、韓政道，兩岸死刑存廢之探討，收錄於：何秉松主編，《全球化時代犯罪與刑罰理念》，北京：中國民主法制出版社，2011 年 11 月出版，頁 786。林東茂，刑法綜覽，台北：一品文化出版，2012 年 8 月，七版，頁 30。李永然，從民意調查探討我國社會對死刑的看法，《刑事法雜誌》，2007，6 月，51 卷 3 期，頁 112。黃國鐘，人道關懷與死刑存廢，《刑事法雜誌》，2007 年 6 月，51 卷 3 期，頁 141。

(二)建議以公投作為推動廢除死刑的方法

如前所述，死刑之廢除，在我國是終極目標，如何廢除死刑，本論文無法解決，不過本文建議以公投作為推動廢除死刑的方法，略說明如次：

國家應積極承擔教育正民眾之責，在傳統復仇式的正義觀深入民心下，人民對死刑就有如傳統《公羊傳》下的復仇觀「子不復讎，非子也。」，人子本應為父報仇，但刑罰權收回國家專有行使，等於要復仇者必須要求國法替他報仇，如此，國家對於殺人者處以死刑便是理所當然的結果。而最近(2015年12月9日)台灣民主基金會發布「台灣民主自由人權指標調查」結果，調查發現民眾對於廢除死刑的支持度僅有8.9%，不贊成者高達84.4%⁶⁶，若有特殊案件發生，支持死刑的民調只會更高⁶⁷。本文以為，社會上對復仇式的正義觀高居不下，這多少是受到傳統《公羊傳》復仇觀的影響。但本文以為，傳統《公羊傳》下的復仇觀，已經超出孔子的本意⁶⁸。

死刑的廢止雖是和平時代下的大勢，主政者要先致力於民意的變革，若不從法治的教育著手，破除《公羊傳》下的復仇觀，那麼，人民的心中一直潛藏著「子不復讎，非子也。」的幽靈，調查民眾對於廢除死刑的不贊成者一向高達八成左右。這對司法的信賴及死刑的改革會形成思想與行動上的阻力，不可不注意之。

《法務部有關廢除死刑之政策》中載明：「法務部將會透過廣泛討論與研究，凝聚多數民眾支持廢除死刑之共識後，才會提出廢除死刑的法律修正案，以兼顧人權之保障及治安之維護。」⁶⁹

本文以為，要「凝聚多數民眾支持廢除死刑之共識」，國家本應積極承擔教育正民眾之責，而以公投作為廢除死刑的方法，可在公投過程中國家作到積極承擔教育正民眾之責，進而凝聚民眾支持廢除死刑之共識，廢除死刑。

因為，依公民投票法第18條第二項、第三項規定，中央選舉委員會應以公費，在全國性無線電視頻道提供時段，供正反意見支持代表發表意見或進行辯論，受指定之電視臺不得拒絕。正反意見支持代表發表意見或進行辯論，其為全國性公民投票案應在全國性無線電視頻道至少舉辦五場。

如此，有關死刑存廢的正反意見，其支持代表發表意見或進行辯論，在全國性

⁶⁶ 調查：反對廢死比例84.4% 贊成者僅8.9% - 華視新聞網；2015/12/09 12:39 記者孫偉倫／台北報導 <http://news.cts.com.tw/nownews/politics/201512/201512091691684.html> (到訪時間:2016年3月8日12時57分)

⁶⁷ 「5年來3宗隨機殺童案，台灣再掀廢死爭議」，發佈日期：2016-03-28 17:09 撰文：方嬋珠 台北今晨(28日)發生4歲女童命案，一名女童在內湖區踩單車時，被一名中年男子突然從後襲擊，割頸身亡。事件再次引起台灣對隨機殺人的恐慌，網上掀起廢死刑論戰，認為應判犯人死刑，以儆效尤。...2014年6月，台北市北投區一名闖入文化國小的29歲男子尾隨8歲女童，及後在廁所將女童殺害。在2012年，台南市曾發生男童割頸事件，犯人曾文欽在台南市遊藝場，誘騙一名10歲男童到男廁，再將之殺害。「殺1、2個人不會被判死刑」曾文欽的供詞震驚台灣。兩名犯人其後均被判處無期徒刑。<http://www.hk01.com/>(最後瀏覽時間:2016/03/29)

⁶⁸ (南宋)朱熹，《朱子語類》，中文出版社，頁3409。

李丈問：「左傳如何？」曰：「左傳一部載許多事，未知是與不是。但道理亦是如此，今且把來參考。」問：「公穀如何？」曰：「據他說亦是有那道理，但恐聖人當初無此等意。」《朱子語類卷八十三·春秋》

⁶⁹ 參見：中華民國法務部有關廢除死刑之政策(中英文版)2014/10/28；法務部網站，<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26742&ctNode=28252&mp=001>

無線電視頻道至少舉辦五場。透過至少舉辦五場的全國性無線電視頻道的發表意見或進行辯論，真理愈辯愈明，人民的參政與法治理念亦會提昇。

雖然，依該法第 33 條規定，公民投票案之提案經通過或否決者，自各該選舉委員會公告該投票結果之日起三年內，不得就同一事項重行提出。至少有關死刑存廢的正反意見，被否決者，並非永久沒有再次公民投票的機會。所以，本文建議以公投作為廢除死刑的方法。

(三) 以不得假釋之無期徒刑作為替代死刑的方法

尚書·舜典》「流宥五刑。」，謂不忍刑殺，宥之於遠也。因此，流刑本身，乃因死刑太重，不忍依例刑殺，而流之遠地，所以，流刑自古即有死刑的替代方法的意味。轉換於現代刑事理念，即於特定處所⁷⁰，永遠隔絕受刑人，可導出如同現代不可假釋的無期徒刑的方式。

本文建議應以「終身監禁，不得假釋之無期徒刑」替代之。日本學者三原憲三即認為，在死刑廢止時，除了考慮死刑的替代刑外，相反的還必須要再三的留意到該替代刑不要違反人道⁷¹。

所以，在廢除死刑後，以「不得假釋之無期徒刑」作為替代死刑的方法，此時當研究符合人道的做法。

另外，如前所述，在受刑人執行「不得假釋之無期徒刑」期間，本文以為，也可轉換西周時以罰金贖死罪的概念，即令犯罪人勞作，用此勞作所得填補被害者家屬損害，作為贖罪的方式。

三、展望

有關本論文，展望未來，筆者期許有二，一是對先秦法律倫理思想研究方面；另一是對廢除死刑方面：

(一) 活化先秦法律倫理思想的生命力

本文之研究目的，在於使先秦儒道墨法各家的法律倫理思想能參與現代倫理議題的對話。即把先秦法律思想符合當代思潮的部分給予重新詮釋與發展，使先人的智慧能一直展現新的生命力。

傳統中國法律思想或是法制史，一直有其是否實學的疑問，筆者讚同黃源盛先生的見解若能為法學的命脈發展提供實質助益者，即屬「實學」⁷²。因此本文特別

⁷⁰ 流放至永久隔離之地，很像聖經中的「逃城」：「11 要指定幾座城，作為你們的逃城，使誤殺人的可以逃到那裏。12 這些城要作為逃避報仇者的城，使誤殺人的不至於死，等他站在會眾面前受審判。...25 會眾要救這誤殺人的脫離報血仇者的手，送他回到他曾逃入的逃城那裏。他要住在城中，直到受聖膏的大祭司去世。26 但誤殺人的，無論甚麼時候，若離開了他所逃入的逃城邊界，27 報血仇者在逃城邊界外遇見他，把兇手殺了，報血仇者就沒有流人血之罪。」（民數記三十五 11-26）

⁷¹ 三原憲三，死刑廢止の研究，東京：成文堂，2010，頁 617。

⁷² 黃源盛，《中國法史導論》，元照出版，2012，第 2 版。第 13 頁。

以當代的爭執事件「死刑」作探討之論題。傳統中國法律思想或是法制史，一直有其是否實學的疑問，筆者贊同黃源盛先生的見解若能為法學的命脈發展提供實質助益者，即屬「實學」。因此本文特別以當代的爭執事件「死刑」作探討之論題。

展望未來，筆者期許，透過「創造性的詮釋學」的方法，使先秦儒道墨法各家的法律倫理思想能超克原思想的時代侷限性，活化先秦法律倫理思想的生命力。日後能以此為基礎，使先秦諸子的法律倫理思想，參與其它現代倫理議題的討論。當然，筆者個人能力有限，期待未來有更多的同好，一同研修並發揚先賢的智慧。

(二)建立發於人間，合乎人心的廢死規範

本文相信法律制訂與變革必須是依據人心、合於民情而制訂出來的，此即慎子所言：「法非從天下，非從地出，發於人間，合乎人心而已⁷³。」《慎子·佚文》

所以，本文以為，政府當主動就死刑存廢的法律問題，以公民投票的運動方式，透過多次的全國性辯論，用以教育人民，即使被否決了，為了廢除死刑的目標，三年後再接再厲，有何不可？

展望未來，隨著法治教育普及，凝聚多數民眾支持廢除死刑之共識後，最終，符合法體系有效性基準的規則，即經公投後廢除死刑的法律，會成為人民共同接受的行為基準。如是廢除死刑的法律，在政治、法律及人心上，方方面面都具足完善，這樣的法秩序才是可長可久，人人期待的穩定法秩序。

⁷³ (清) 繆荃孫編補，《慎子》，四部叢刊初編，上海商務，冊 24，1936，頁 6。

參考文獻

壹、古典文獻部分

一、民國前之古典文獻(先依時代、次依姓氏筆劃)

1. (漢)河上公章句,《老子》,四部叢刊初編,上海商務,1936。
2. (漢)司馬遷,《史記》,鼎文書局,1986。
3. (漢)伏勝,《尚書大傳》,臺北:中新書局印行,1973。
4. (漢)伏勝,《尚書大傳》,四部叢刊初編,上海商務,冊4,1936。
5. (漢)孔安國傳,(唐)孔穎達疏,《十三經注疏·尚書》,新文豐出版,2001。
6. (漢)孔安國,《尚書孔傳》,臺北:臺灣中華書局,1969,卷二。
7. (漢)桓寬,《鹽鐵論》,四部叢刊初編,上海商務,1936。
8. (漢)韓嬰,《韓詩外傳》,四部叢刊初編,上海商務,冊4,1936。
9. (東漢)王充,《論衡》,四部叢刊初編,上海商務,冊25,1936。
10. (東漢)何休注,《春秋公羊經傳解詁》,四部叢刊初編,上海商務,冊3,1936。
11. (東漢)何休注,(唐)徐彥疏,《十三經注疏·公羊傳》,新文豐出版,2001。
12. (東漢)荀悅著,(明)黃省曾注,《申鑒》,四部叢刊初編,上海商務,冊19,1936。
13. (東漢)班固,《漢書》,鼎文書局,1986。
14. (東漢)班固,吳榮曾、劉華祝,《新譯漢書》,臺北:三民,2013。
15. (東漢)鄭玄注,(唐)賈公彥疏,《十三經注疏·周禮》,新文豐出版,2001。
16. (東漢)鄭玄注,(唐)孔穎達正義,《十三經注疏·禮記》,新文豐出版,2001。
17. (東漢)鄭玄注,《纂圖互註禮記》,四部叢刊初編,上海商務,冊2,1936。
18. (東漢)趙岐注,(宋)孫奭疏,《十三經注疏·孟子》,新文豐出版,2001。
19. (東漢)趙岐注,《孟子》,四部叢刊初編,上海商務,冊3,1936。
20. (魏)王弼注,(唐)孔穎達疏,《十三經注疏·周易》,新文豐出版,2001。
21. (魏)王肅注,《孔子家語》,臺北:世界書局印行,1989。
22. (魏)何晏集解,(宋)邢昺疏,《十三經注疏·論語》,新文豐出版,2001。
23. (魏)何晏集解,(梁)皇侃義疏,《論語集解義疏》,文淵閣四庫全書,台北商務,1983。
24. (魏)何晏集解,《論語》,四部叢刊初編,上海商務,冊3。
25. (晉)杜預注,(唐)孔穎達正義,《十三經注疏·左傳》,新文豐出版。
26. (晉)杜預,《春秋經傳集解(左傳)》,四部叢刊初編,上海商務,冊2,1936。
27. (晉)郭象注,《南華真經》,四部叢刊初編,上海商務,1936。
28. (晉)郭象注,《諸子薈要·莊子》,臺北:廣文編譯,1965。
29. (晉)陳壽,《三國志》,臺北:鼎文書局,1974。
30. (北齊),魏收,《魏書》,臺北:鼎文書局,1980,頁2871。
31. (後晉)劉昫撰,《舊唐書》,臺北:鼎文書局,1977。
32. (後晉)劉昫等撰,《舊唐書》,臺北:洪氏出版社,1977。
33. (南朝宋)范曄撰,(唐)李賢等註,《後漢書》,臺北:鼎文書局,1979。
34. (梁)沈約等著,《宋書》,臺北:鼎文書局,1979。
35. (梁)皇侃,《論語集解義疏》,臺北:廣文書局,1991。
36. (唐)玄宗李隆基注,《孝經》,四部叢刊初編,上海商務,冊3。
37. (唐)孔穎達,《尚書正義》,上海古籍出版社,2007。
38. (唐)房玄齡注,《管子》,四部叢刊初編,上海商務,1936。
39. (唐)房玄齡等,《晉書》,臺北:鼎文書局,1992。
40. (唐)長孫無忌著,《唐律疏議》,臺北:商務印書館,2005。

41. (唐) 楊倞注,《荀子》,四部叢刊初編,上海商務,冊 18,1936。
42. (唐) 魏徵;褚遂良;虞世南,《群書治要》,上海商務,1937。
43. (唐) 魏徵撰,《隋書》,臺北:鼎文書局,1977。
44. (唐) 白居易,《甲乙判》,叢書集成續編,新文豐出版,冊 52。
45. (唐) 令狐德棻,《周書》,臺北:鼎文書局,1987。

46. (宋) 王欽若、楊億等,《冊府元龜》,中華書局,2004 年。
47. (宋) 王安石,《臨川文集》,文淵閣四庫全書本,卷 70〈復讎解〉。
48. (宋) 歐陽修等,《新唐書》,臺北:鼎文書局,1976。
49. (宋) 竇儀等撰,《宋刑統》,臺北:仁愛書局,1985。

50. (南宋) 朱熹,《四書集註》,臺灣書店,1961。
51. (南宋) 黎靖德,《朱子語類》,世華出版。
52. (南宋) 黎靖德,《朱子語類》,中文出版社。
53. (南宋) 黃三八郎印,《韓非子》,四部叢刊初編,上海商務,冊 20,1936。

54. (元) 脫脫等撰,《宋史》,臺北:鼎文書局,1979。

55. (明) 丘濬,《大學衍義補》,卷 110〈明復讎之義〉,北京:京華,1999。
56. (明) 宋濂撰,《元史》,上海:商務印書館,1922。
57. (明) 范欽校訂,《商子》,四部叢刊初編,上海商務,1936。
58. (明) 唐堯臣刊本,《墨子》,四部叢刊初編,上海商務,1936。

59. (清) 王先謙,《莊子集解》,臺北:文律出版社,1988。
60. (清) 王先謙,《莊子集解》,臺北:東大圖書公司,2004。
61. (清) 王先謙,《荀子集解》,臺北:華正書局,1993。
62. (清) 王先謙,《荀子集解》,臺北:藝文印書館,2000。
63. (清) 王先謙,《荀子集解》,臺北:世界書局,1987。
64. (清) 王先慎,《韓非子集解》,臺北:臺灣商務印書館,1965。
65. (清) 王先慎,《韓非子集解》,臺北:藝文,2004。
66. (清) 王先慎,《韓非子集解》,臺北:世界,1988。
67. (清) 汪琬,《復讎議》,皇朝經世文編,卷 92,世界書局,頁 1。
68. (清) 吳嘉賓,《復讎論》,皇朝經世文續編,卷 98,文海出版社,冊 847,頁 4353-4355。
69. (清) 沈家本,《歷代刑法考》,北京:中華書局,1985。
70. (清) 孫詒讓,《墨子閒詁》上、下冊,臺北:臺灣莒光圖書中心印行(該書未標明出版年度)。
71. (清) 孫詒讓,《墨子閒詁》,臺北:華正書局,1995。
72. (清) 張廷玉等,《明史》,臺北:鼎文書局,1991。
73. (清) 繆荃孫編補,《慎子》,四部叢刊初編,上海商務,冊 246,1936。
74. (清) 蕭震,《理刑爰書》,皇朝經世文編,卷 92,世界書局。
75. (清) 薛允升,《讀例存疑》,臺北:美國亞洲學會印行,1970。
76. (清) 薛允升,《唐明律合編》,臺北:臺灣商務,1977,頁 697。

(二)民國之古典文獻(依姓氏筆劃)

- 1.王忠林譯註，《新譯荀子讀本》，臺北：三民，2009年。
- 2.王夢鷗，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1965。
- 3.北京大學註釋，《荀子新註》，里仁書局，1983。
- 4.江濤主編，《中國經典欣賞全集·孟子》，臺北：莊嚴出版社，1984。
- 5.李滌生，《荀子集解》，臺北：臺灣學生書局，1979。
- 6.朱謙之，《老子校釋》，漢京文化有限公司，1985。
- 7.朱永嘉、王知常譯注，《新譯春秋繁露》，臺北：三民，2007。
- 8.李生龍譯註、李振興校閱，《新譯墨子讀本》，臺北：三民，2000。
- 9.李勉，《管子今註今譯》，臺北：台灣商務，1988。
- 10.貝遠辰注譯，《新譯商君書》，臺北：三民，1996。
- 11.易中天 注譯，《新譯國語讀本》，臺北：三民，2006。
- 12.林尹，《周禮今註今譯》，臺北：商務，1997。
- 13.吳怡注著，《新譯老子解義》，臺北：三民，2005。
- 14.周福昌;姚曼波;郝賢皓注譯，《新譯左傳讀本》，臺北：三民，2006。
- 15.南懷瑾，《莊子諳華》(上)，上海：三聯書店，2001。
- 16.高明註譯，《大戴禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1989。
- 17.雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998。
- 18.清史編纂委員會，《清史》，國防研究院印行。
- 19.陳奇猷，《呂氏春秋校釋》，臺北：華正世界，2004。
- 20.陸心國，《晉書刑法誌注釋》，北京：群眾出版社，1986。
- 21.郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005。
- 22.湯孝純注譯，《新譯管子讀本》，臺北：三民，2006。
- 23.張耿光譯注，《莊子》，臺灣古籍出版，1996。
- 24.張松輝，《新譯莊子讀本》，臺北：三民，2005。
- 25.陳基政 註譯，《四書廣解》，綜合出版社，1981。
- 26.葉玉麟，《荀子新譯》，臺南：大夏出版社，1982。
- 27.熊禮匯注，《新譯淮南子》(上)(下)，臺北：三民，1997。
- 28.賴炎元、傅武光註譯《新譯韓非子》三民書局 2006。
- 29.蔣南華等譯註，《荀子》，臺北：臺灣書店，2007。
- 30.錢穆著，《論語新解》，臺北：三民，1988。
- 31.戴望校正本，《管子》，臺北：臺灣商務印書館，1965。
- 32.溫洪隆，《新譯戰國策》，臺北：三民，2006。

二、現代研究專書

(一)法律哲學、思想部分

- 1.大東書局編印，《墨子哲學》，臺南：大東書局，1961。
- 2.王雲五，《先秦政治思想》，臺灣商務印書館 1968。
- 3.王玉玖，《孟子思想的生死學議題》，臺北：文史哲出版社，2006。
- 4.王邦雄，《韓非子的哲學》，臺北：東大出版，1977。
- 5.王曉波，《儒法思想論集》，臺北：時報文化公司，1983。
- 6.王曉波，《先秦法家思想史論》，臺北：聯經，1991。
- 7.王讚源，《中國法家哲學》，臺北：東大出版，1989。
- 8.王叔岷，《先秦道法思想講稿》，臺北：中央研究院中國文哲研究所，1992。
- 9.方授楚，《墨學源流》，中華書局 1973。
- 10.丘漢平，《歷代刑法志》，臺北：三民，1965。
- 11.團藤重光著；林辰彥譯，《死刑廢止論》，臺北：商鼎文化，1997。

- 12.朱永嘉、王知常譯注，《新譯春秋繁露》，臺北：三民，2007。
- 13.何淑靜，《孟荀道德實踐理論之研究》，臺北：文津出版社，1988。
- 14.李哲賢，《荀子之核心思想：禮義之統-及其現代意義》，臺北：文津出版社，1994。
- 15.李瑞全，《儒家生命論理學》，臺北：鵝湖出版社，1999。
- 16.李隆獻 著，《復仇觀的省察與詮釋——先秦兩漢魏晉南北朝隋唐編》，臺北：臺灣大學出版，2012。
- 17.李隆獻 著，《復仇觀的省察與詮釋——宋元明清編》，臺北：臺灣大學出版，2015。
- 18.沈永宏、蘇靜，《隆禮至法：荀子謀略縱橫》，臺北：正展出版公司，1999。
- 19.余英時，《東漢生死觀》，上海古籍出版社，2005。
- 20.余宗發，《雲夢秦簡中思想與制度鈎摭》，臺北市：文津 1992。
- 21.阮延焯，《先秦諸子考佚》，臺北：鼎文書局，1980。
- 22.群振，《荀子思想研究》，臺北：文津出版社，1987。
- 23.林咏榮，《唐清律的比較及其發展》，國立編譯館，1982。
- 24.林文雄，《老莊法律思想》，中央文物供應社 1985。
- 25.林火旺，《倫理學》，臺北：五南圖書公司，2005。
- 26.邱紫錫，《莊子哲學體系論》，臺北：文津，1999。
- 27.武樹臣等，《中國傳統法律文化》，北京大學出版社，1996。
- 28.易中天 注譯，《新譯國語讀本》，臺北：三民書局，2006。
- 29.姜尚賢，《荀子思想體系》，高雄：復文圖書出版社，1990。
- 30.胡汝章，《老子的世界觀》，三和出版社，1999。
- 31.胡東興，《中國古代死刑制度史》，北京：法律出版社，2008。
- 32.胡適，《中國古代哲學史》卷三，臺北：臺灣商務，1961。
- 33.香港聖經公會，《聖經(和合本)》香港：聖經公會，聯合聖經公會版，第2版，2011。
- 34.韋政通，《荀子與古代哲學》，臺北：臺灣商務，1992。
- 35.唐君毅，《中國哲學原論·原性篇》，臺北：臺灣學生書局，199年。
- 36.孫廣德，《墨子政治思想之研究》，臺北：臺灣中華書局，1974
- 37.徐朝陽，《中國刑法溯源》，臺北：臺灣商務印書館，1966。
- 38.徐復觀，《中國人性論史》，臺北：臺灣商務印書館，1987。
- 39.徐復觀，《中國人性論史·先秦篇》，上海三聯書店，2001。
- 40.徐漢昌，《管子思想研究》，臺北：臺灣學生書局出版，1990。
- 41.康德著、沈叔平譯，《法的形而上原理》，北京：商務印書館，1991。
- 42.時殷弘(譯)，《道德與立法原理導論》(邊沁 Jeremy Bentham)，北京，商務，2012。
- 43.高流水、林桓森注，《慎子·尹文子·公孫龍子》，臺北：臺灣古籍出版，2001。
- 44.耿雲卿，《先秦法律思想與自然法》，臺北：臺灣商務，2003。
- 45.清史編纂委員會，《清史》，國防研究院印行，1961。
- 46.雪克注譯，《新譯公羊傳讀本》，臺北：三民，1998。
- 47.陳大齊，《孟子性善說與荀子性惡說的比較研究》，中央文物供應社，1953。
- 48.陳大齊，《荀子學說》，臺北：中國文化大學出版部，1989。
- 49.陳啟天，《增訂韓非子校釋》，臺北：臺灣商務印書館，1969。
- 50.陳啟天，《中國法家概論》，臺北：中華書局，1970年。
- 51.陳奇猷，《韓非子集釋》，臺北：華正書局，1977。
- 52.傅偉動，《從創造的詮釋學到大乘佛學》，臺北：東大圖書公司，1990。
- 53.陳特，《倫理學釋論》，東大圖書公司，1994。
- 54.張松輝，《新譯莊子讀本》，臺北：三民，2005。
- 55.湯孝純，《新譯管子讀本》(上)(下)，臺北：三民，2006。
- 56.郭建勳，《新譯尚書讀本》，臺北：三民，2005。
- 57.陸心國，《晉書刑法誌注釋》，北京：群眾出版社，1986。
- 58.堀毅(日)，《秦漢法制史論攷》，法律出版社，1988。
- 59.溫洪隆，《新譯戰國策》，臺北：三民，2006，頁1149。
- 60.程樹德，《九朝律考·晉律考》，北京：中華書局重，1988年，頁269。

- 61.張素貞，《韓非子思想體系》，臺北：黎明文化，1979。
- 62.張春興，《中國心理學史》，臺北：東華書局，1996。
- 63.勞思光，《新編中國哲學史(一)》，臺北：三民書局，1993。
- 64.馮耀明，《中國哲學的方法問題》，臺北：允晨出版社，1989。
- 65.黃公偉，《法家哲學體系指歸》，臺北：臺灣商務，1983。
- 66.黃源盛，《中國傳統法制與思想》，臺北：五南出版，1998。
- 67.黃源盛，《中國法史導論》，臺北：元照出版，2013。
- 68.黃彰健，《明代律例彙編》，臺北：中研院歷史所，1979。
- 69.曾仰如，《亞里斯多德》，臺北：東大圖書，2001。
- 70.楊鴻烈，《中國法律發達史》，上海書店，1998。
- 71.楊鴻烈，《中國法律思想史》，中國政法大學，2004。
- 72.鶴皋、吳博文，《中國法律思想史》，漢興書局，1993。
- 73.賈詩勒(L.Geisler)著，李永明譯，《基督教倫理學》，香港：天道書樓，2003，頁 217-238。
- 74.廖名春，《荀子新探》，臺北：文津出版社，1994。
- 75.蔡仁厚，《墨家哲學》，臺北：華正書局，1983。
- 76.蔡仁厚，《孔孟荀哲學》，臺北：臺灣學生書局，1990。
- 77.蔡仁厚，《儒家心性之學概要》，臺北：文津出版社，1990。
- 78.蔡振修，《韓非的法律思想研究》，彰化：著者出版，1986。
- 79.蔡澤華，《先秦諸子經濟思想評述》，臺北：臺灣商務印書館，1999。
- 80.鄭曉江，《中國生命學》，臺北：揚智文化，2005。
- 81.鮑國順，《荀子學說新論》，臺北：華正書局，1993。
- 82.瞿同祖，《中國法律與中國社會》，臺北：里仁書局，1984。
- 83.賴炎元註譯，《春秋繁露今註今譯》，卷 10 深察名號第 35，臺北：臺灣商務書局，2010。
- 84.魏元珪，《孟荀道德哲學》，臺北：谷風出版社，1987。
- 85.魏元珪，《荀子哲學思想》，臺北：谷風出版社，1987。
- 86.羅光，《中西法律哲學之比較研究》，中央文物供應社，1983。
- 87.薩孟武，《政治學》，臺北：三民，2006。
- 88.譚宇權，《荀子學說評論》，臺北：文津出版社，1994。
- 89.羅光，《中西法律哲學之比較研究》，中央文物供應社，1983。
- 90.瀧川龜太郎，《史記會著考證》，宏業書局，1977。
- 91.顧實，《漢書藝文志講述》，廣文書局，1970。

(二)法律文獻部分

- 1.王玉葉，《歐美死刑論述》，元照出版社 2015 年 1 月，二版。
- 2.田濤、鄭秦，《大清律例》，北京市：法律出版社，1999。
- 3.台灣廢除死刑推動聯盟主編，《死刑存廢的新思維》，元照出版社，2009 年 6 月，初版。
- 4.余宗發，《雲夢秦簡中思想與制度鈎摭》，臺北：文津，1992，頁 214。
- 5.林山田，《刑法通論》(下)，自版，2008。
- 6.林東茂，《刑法綜覽》，一品文化，2012。
- 7.李甲孚，《中國法制史》，臺北：聯經出版，1988。
- 8.柯耀程，《刑法釋論》，一品文化，2014。
- 9.思想編委會，《思想第 17 期 死刑:倫理與法理》聯經出版，2011 年 11 月。
- 10.康均心，《生命刑法原理》，元照出版社 2009 年 3 月，初版。
- 11.張麗卿，《新刑法探索》，元照出版社 2012。
- 12.張麗卿，《刑法總則理論與應用》，五南出版社 2015。
- 13.蔡顯鑫，《逐步廢除死刑之研究》，台灣板橋地方法院檢察署，2006 年 11 月，初版。
- 14.戴炎輝，《中國法制史》，臺北：三民，1966。
- 15.韓忠模，《刑法原理》，臺北：五南，1982。

貳、外國文獻

一、日文部分

- 1.三原憲三，死刑廢止の研究，東京：成文堂，2010，頁 617。
- 2.大谷實，刑事政策講義，東京：弘文堂，1993，頁 119。
- 3.大谷實，刑法講義，東京：成文堂，1993，頁 510。
- 4.小田晋，人間行動論の見地のからみた死刑存廢論の批判的検証，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 27。
- 5.木村英一，法家思想の研究，東京：大空社，1998，頁 155。
- 6.仁井田陞，中国の法と社会と歴史，東京：岩波書店，1967，頁 30。
- 7.日高義博，死刑の適用基準について，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 35-41。
- 8.ホセ・ヨンバルト(Josè Liompart，何塞・永帕特)，死刑存廢論の論争について-死刑廢止論と存置論の立場から，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 10。
- 9.矢崎光圀監訳，H.L.A.ハート，法の概念，みすず書房，1992，頁 126-127。
- 10.加藤久雄，死刑の替代刑について，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 56-57。
- 11.平川宗信，死刑制度の検討-序言，刑法雑誌，35 卷 1 号，1995，頁 69。
- 12.平川宗信，死刑存廢論の法的理論枠組みについて，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 15。
- 13.団藤重光，刑法綱要総論，1997，東京：創文社，1992，486 頁。
- 14.竹田直平，刑法と近代法秩序，東京：成文堂，1988，頁 300。
- 15.松元忠士，日本国憲法(上)，東京：敬文堂，2002，頁 251。
- 16.岩井宜子，死刑の適用基礎，刑法雑誌，35 卷 1 号，有斐閣，1995，頁 95。
- 17.風早八十二、風早二葉譯，ベッカリーア著，犯罪と刑罰，東京都：由岩波書店，1978，頁 90-91。
- 18.若江賢三，秦漢律と文帝の刑法改革の研究，東京都：汲古書院，2015，頁 190。
- 19.重澤俊郎，周漢思想研究，東京：大空社，1998，頁 123。
- 20.曾根威彦，刑法総論，東京都：弘文堂，2008，頁 288。
- 21.椎橋隆幸，日本の死刑制度について，現代刑事法，3 卷 5 号，2001，頁 19。
- 22.橋本公亘，日本国憲法，東京：有斐閣，1992，頁 319。
- 23.蟹江義丸，孔子研究，東京：大空社，1998，頁 413-414。

二、英文部分

1. Bentham, Jeremy, ; Burns, J. H. ; Hart, H. L. A. ,An introduction to the principles of morals and legislation. London: Athlone P.,1970.
- 2.H. L. A. Hart,The Concept of Law Oxford: Oxford University Press ,1961.
- 3.H.L.A. Hart, Punishment and responsibility : essays in the philosophy of law , Oxford , 1988.
- 4.Mill, John Stuart. Utilitarianism , Adler, Mortimer Jerome Editor in Chief. Great books of the Western world (2th ed.). (Vol.40, PP445-457).Chicago: Encyclopaedia Britannica.,1990.

參、期刊論文部分

- 1.王兆鵬，台灣死刑實證研究，《月旦法學雜誌》，183 期，頁 105-130，2010。
- 2.王英傑，法治國家之死刑政策探討：《刑事法雜誌》第 57 卷，第 2 期，1-47 頁：2013 年 04 月。
- 3.王皇玉，論刑罰的目的，刑罰與社會規訓— 台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁 3-32，臺北：元照，2009
- 4.王皇玉，死刑在台灣，台灣法學雜誌，170 期，頁 45-74，2011
- 5.石木欽，臺灣刑事案件量處死刑之原則與趨勢（上），《司法周刊》，1532 期，頁 2-3，2011
- 6.石木欽，臺灣刑事案件量處死刑之原則與趨勢（下），《司法周刊》，1533 期，頁 3，2011
- 7.李瑞全，〈儒家的生命倫理學結構〉，《應用倫理學研究通訊》，第九期，中壢：國立中央大學哲學研究所出版，1999。
- 8.李茂生，論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 101-113，2003。

- 9.李茂生,死刑存廢論再考— 分析反對廢死者的深層心理,《台灣法學雜誌》,169期,頁71-89,2011。
- 10.李茂生,應報、死刑與嚴罰的心理,《中研院法學期刊》,17期,頁295-311,2015。
- 11.李永然,從民意調查探討我國社會對死刑的看法,《刑事法雜誌》,2007,6月,51卷3期,頁112。
- 12.林占青,我國執行死刑之司法實務與其替代方案之爭議,《刑事法雜誌》,51卷3期,頁67-70,2007,6月。
- 13.林輝煌,死亡的正義—國際人權法宣告死刑之正當法律程序(上):法令月刊,第65卷第12期,1-14頁:2014年12月。
- 14.林輝煌,死亡的正義—國際人權法宣告死刑之正當法律程序(中):法令月刊,第66卷第1期,1-35頁:2015年01月。
- 15.林輝煌,死亡的正義—國際人權法宣告死刑之正當法律程序(下):法令月刊,第66卷第2期,1-23頁:2015年02月。
- 16.許家馨,應報即復仇?—當代應報理論及其對死刑之意涵初探,《中研院法學期刊》,第15期,207-281頁(2014年9月)
- 17.許家馨,應報、憐憫與死刑—對三篇評論文的回應,《中研院法學期刊》,第17期,2015年,頁207-282。
- 18.許宗興,孔子「本性論」探析,《臺北大學中文學報》,第6期,2009年3月,頁33-34。
- 19.許福生,從刑事政策觀點論死刑之存廢,《刑事法雜誌》,2007年6月,51卷3期,頁71-105。
- 20.莊慶美,《赭衣丹徒服色施於刑徒之探析》,大同技術學院學報,第十六期,2008,頁152。
- 21.陳正國,死刑之不可能:一個簡單的倫理學觀點,《思想》,17期,2011,頁267-277。
- 22.陳瑞麟,對廢除死刑的六個困惑,《思想》,第17期,2011,頁189-207。
- 23.陳淑貞,廢除死刑重大議題解析,《全國律師》,15卷8期2011,頁39-51,。
- 24.陳嘉銘,從四個城邦的隱喻談死刑存廢,《思想》,17期,2011,頁143-149。
- 25.陳嘉銘,人們尋求以惡還惡,若非如此即是奴隸,《中研院法學期刊》,17期,2015,頁313-333。
- 26.陳登武,復讎新釋—從皇權的角度再論唐宋復讎個案,《臺灣師大歷史學報》,第31期,2003年6月,頁29。
- 27.陳新民等,廢除死刑暨替代方案之研究報告,法務部,2007。
- 28.陳俊強,無冤的追求—從《天聖令·獄官令》試論唐代死刑的執行,《法制史研究》,第16期,2009年12月,125-151頁。
- 29.陳瑞麟,對廢除死刑的六個困惑,《思想》,2011年,1月,第17期,頁189-207。
- 30.蕭高彥,死刑存廢:政治思想與哲學的省思,《思想》,2011年,17期,頁123-141
- 31.謝世民,為廢除死刑提供一種有限的證成,《思想》,2011年,17期,頁209-220。
- 32.謝煜偉,重新檢視死刑的應報意義,《中研院法學期刊》,2014,第15期,第139-206頁。
- 33.謝煜偉,寬容社會的曙光?—從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋 回應三篇評論文,《中研院法學期刊》,2015,17期,頁139-206。
- 34.謝瑞智,死刑應否廢止,《刑事法雜誌》,2007,6月,51卷3期,頁143-145。
- 35.顏厥安,毒藥與十字架,《思想》,2011,17期,頁151-172。
- 36.顏厥安,不再修補殺人機器—評論許家馨與謝煜偉教授有關死刑之文章,《中研院法學期刊》,2015,17期,頁339-342。
- 37.張偉仁,傳統中國法律思想—荀子法律思想,《台大法學論叢》,第23卷第2期。
- 38.廖福特,「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響:最高法院死刑相關判決之檢視,《國立臺灣大學法學論叢》,2014,第43卷特刊,911-956頁。
- 39.劉仁文,死刑與宗教,《法治研究》,2013,第11期,3-11頁。
- 40.馬躍中,從國際公約觀察我國死刑之爭議,《檢察新論》,2010年07月,第8期,194-215頁:。
- 41.黃炎東,從法理平議死刑執行的爭議—在依法行政與人權保障之間尋找平衡點:《台灣法學雜誌》,2010年04月15日,第150期,36-37頁。
- 42.黃國鐘,人道關懷與死刑存廢,《刑事法雜誌》,2007,6月,51卷3期,頁141。
- 43.黃源盛〈兩漢春秋折獄案例〉,《中國傳統法制與思想》,台北:五南,1998年,頁163-166。
- 44.張麗卿,臺灣死刑存廢之現況與解決,《警察法學》,2009年11月,第8期,291-304頁。
- 45.張麗卿、王紀軒、韓政道,兩岸死刑存廢之探討,收錄於:何秉松主編,《全球化時代犯罪與刑罰

- 理念》，北京：中國民主法制出版社，2011年11月出版，頁786。
- 46.趙秉志，論全球化代中國死刑制度改革，《寬嚴相濟刑事政策在死刑適用中的貫徹研究》，北京：法制出版社，2015，頁15。
- 47.賴早興，論全球化代中國死刑制度改革，《寬嚴相濟刑事政策在死刑適用中的貫徹研究》，北京：法制出版社，2015，頁203。
- 48.謝瑞智，死刑應否廢止，《刑事法雜誌》，2007年6月，51卷3期，頁143-145。
- 49.儲槐植，論全球化代中國死刑制度改革，《寬嚴相濟刑事政策在死刑適用中的貫徹研究》，北京：法制出版社，2015，頁142。

肆、博碩士論文

- 1.王美泰，論保祿與孟子之正義觀，玄奘大學宗教學系碩士在職專班碩士論文，2006。
- 2.王紀軒，罪刑均衡與實質正義，東海大學法律學系博士論文，2011。
- 3.王柏棠，死刑存廢不同面向之探討，中正大學法律學研究所碩士論文，2011。
- 4.王建文，廢除死刑之法理研究，臺北大學法律學系一般生組碩士論文，2008。
- 5.王鈺婷，先秦「五刑」及其相關之研究，國立高雄師範大學碩士論文，2013。
- 6.林貞好，死刑存廢制度之研究，海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2008。
- 7.吳美娥，兩岸死刑制度之比較研究－從死刑存廢觀點，中國文化大學法律研究所碩士論文，2007。
- 8.許易銓，死刑的社會意義：台灣漸進廢死政策下的法律與實踐，東海大學社會學系碩士論文，2012。
- 9.郭羿伶，法律倫理規範實效性之研究，中國文化大學法律學系碩士論文，2013。
- 10.陳彥廷，國際人權公約酷刑禁止規定對我國刑事法之影響，政治大學法律學研究所碩士論文，2012。
- 11.陳志祥，從國際人權法論罪刑相當原則，臺灣海洋大學海洋法律研究所博士論文，2012。
- 12.陳郁如，傳統法中之個人與家庭－以清律的「惡逆」為例，國立政治大學法律學研究所博士論文，2012。
- 13.劉善濤，從生存結構論死亡和死刑，東海大學哲學系碩士論文，2013。
- 14.謝慧雯，臺灣死刑存廢政策爭議之研究－以國際人權發展觀點，國民小學教師在職進修公民與社會教學碩士學位班碩士論文，2014。
- 15.謝文琪，先秦法家法政思想衍變之探，國立高雄師範大學國文學系，碩士論文，2002。
- 17.羅子翔，《論語》中所蘊涵之生死觀，國立高雄師範大學國文學系碩士論文，2002。

伍、網路文獻

- 1.李怡修（一橋大學法律學研究所博士生、國際特赦組織日本分會實習生），死刑存廢 誰來決定？－評日本政府2014年最新死刑制度問卷調查結果
<http://www.taedp.org.tw/story/2802#sthash.kS0CxywJ.dpuf>(造訪時間2016/03/14/12:30)
- 2.中國哲學書電子化計劃
<http://ctext.org/hou-han-shu/shen-tu-gang-bao-yong-zhi/zh?searchu=%E5%AD%90%E5%BC%B5&searchmode=showall#result>
- 3.維基文庫，自由的圖書館
<https://zh.wikisource.org/wiki/>