

西洋の法と東洋の法(中)

—「法の支配」研究序説—

古賀 勝次郎

目次

はじめに

第一章 法実証主義の問題

— 芦部信喜の法実証主義批判 —

第二章 東洋の法思想

(一) 古代中国の天(命)思想

(二) 儒家思想における仁・礼・法

(1) 孔子

(2) 孟子と荀子(以上第六巻第一号)

(三) 法家の法実証主義

(1) 管子

(2) 商子と韓非子(以上本号)

第三章 西洋の自然法思想(以下次号)

(一) 古代ギリシアの自然法—アリストテレス

(二) 古代ローマの自然法—キケロ

(三) 中世キリスト教の自然法—トマス・アキイナス

結び 東洋と西洋における道徳・法・政治

第二章 東洋の法思想

(三) 法家の法実証主義

穂積陳重は、「礼と法との関係」の中で以下のようなことを言っている。西洋においては、ギリシア以来、道徳と法とは互いに関係を保ちながら進んできたので、法学の発達を見た。これに対し、中国では儒家と法家が激しく対立し、少なくとも理論的には、道徳と法が別のものとして論じられてきたため、法学の発達を見なかつた¹⁾。と。また、小野清一郎は、中国では確かに儒家思想と法家思想は相対立してきたけれども、現実の制度においては、例えば唐律に見られるように、そこでは、儒家思想と法家思想は調和していた、

しかし、唐律以後清律に至るまで、中国の刑法は殆ど進歩してこなかった、「これこそは今日我々が近世の西洋に発達した刑法を継受してゐる所以に外ならぬ」と小野は言う。このような穂積や小野の議論は當っているだろう。詳しくは最後のところで論ずることにして、以下、法家の法思想について見ることにしよう。

(1) 管子

中国の法家思想は、戦国時代末期の韓非によって大成された。上にも述べたように、韓非は、荀子の門から出た思想家である。このことは、ある面では、儒家思想と法家思想とが次元を異にする全く相容れない思想ではないことを示しているであろう。しかし韓非以後、儒家思想と法家思想とが、少なくとも理論的には、常に対立してきたことは歴史的事実として認めないわけにはいかない。荀子が孟子よりもはるかに法を重視していたことは否めないことだが、それでも荀子の礼治主義は儒家思想の枠内にあった。これに対し、韓非の強調する法は、道徳から切り離された、しかも支配者が命令したあるいは制定したものである。それ故、西洋の法律用語を使えば、韓非の法思想は、法実証主義であるといえる。このように、韓非の法思想——詳しくは、後に述べるが——は、法実証主義といつてよいかと思われるが、中国の法家思想の始祖といわれる管仲の法思想はどうであろうか。

何よりも注意しなければならないのは、管仲が孔子よりも百年ほど前の思想家であつて、中国の思想史では最初期の思想家だつた、ということである。従つて当然ながら、『論語』の中にも、孔子の

管仲評が出てゐる。そしてそこで孔子は、管仲について、評価すべきところでは評価し、非難すべきところでは非難するという態度をとつてゐる。例えば前者では、「子曰く、管仲桓公を相けて、諸侯に覇たらしめ、天下を一匡す。民今に到るまで其の賜を受く。管仲微かりせば、吾其れ髪を被り冠を左にせん」(憲問第十四)、がそれである。また、後者では、「子曰く、管仲の器は小なる哉……管氏にして礼を知らば、孰か礼を知らざらん」(八佾第三)、が挙げられる。このように、孔子の管仲に対する評価は、肯定的、批判的な両面があつて、少なくとも自らの思想と対立するものだといった評価は下していない。

中国の思想史は、大きくいつて二つの対立軸を中心として展開してきた。一つは、自然主義と作為主義の対立で、前者の代表が道家思想で、儒家思想と法家思想は後者に含まれる。いま一つは、徳(礼)治主義と法治主義で、前者が儒家思想、後者が法家思想の立場である。しかしながら、こうした諸思想間の思想的対立が現われるようになったのは、春秋時代末期からであつて、管仲が生きていた時代はもとより、孔子の時代にもそうした対立は見られなかつた。上の孔子の管仲評の中で、覇業に対し孔子が必ずしも批判的なことを言っていないのはそのことを証する一つの例である。それ故に、管子の思想を春秋時代末期以後の法家の思想から理解することは管子の思想を歪めて理解する恐れがある。

だがここに一つの大きな問題がある。それは、『管子』の大部分が、管仲自身によつて書かれたものでなく、管仲の思想や事跡を敬

慕する後の時代の学徒たちによって、書き継がれ書き加えられて成った書物だということである。³⁾ 宋の朱熹も、『管子』は戦国時代の人間が、管仲時代の行事や言葉を集めたり、他書の記事を付加したりして成ったものであると断じている。また、章学誠も、古人は自ら著述するなどということはなかったとして、『管子』はすべて後人の編集したものだと言論した。しかしそこには、朱熹とは違って、古人は事を離れて理を言わなかった、という考えがあった。こうした章学誠の考えを受け継ぎ、更にそれを徹底し、『管子』のすべてを後人の偽書としたのが羅根沢であった。だが果たしてそこまで言い切つてよいであろうか。羅根沢の『管子探原』(一九三一年)が出る六十数年前に、安井息軒は『管子纂詁』(一八六四〓元治元〓年)を刊行しているが、その「序」の中で息軒は以下のようなことを言っている。「謂之(管子)注、夷吾自著。固失之。謂之後人偽撰。亦未為得也。今詳考全部。經言九篇。蓋成於管敬仲之手矣。故尊稱經言。外言以下。則承其學者述之。而其所本。亦各不同³⁾。しかし「經言」に属する立政篇にも、「兵を寝むの説勝てば、則ち險阻守られず。兼愛の説勝てば、則ち士卒戦はず。全生の説勝てば、則ち廉恥立たず。……」、といった文章があり、これは明らかに、宗鉞・尹文、墨子、楊朱などの説を列挙したもので、春秋時代末期以後の思想である。従つて、「經言」九篇の中にも、管子より後の時代の記述がある以上、「經言」の全てを管子自身が書いたものとすることはできない。しかし、戦国時代から漢代にかけて様々な書物に引用されている管子の言葉が、「經言」からのものが多いこと

も事実である。『史記』「管晏列伝二」に次のようにある。「太史公曰く、吾、管氏の牧民・山高・乗馬・経重・九府、及び晏子春秋を読む。詳らかなるかな、其の之を言ふや。既に其の著書を見、其の行事を觀んと欲す⁵⁾。これは、司馬遷が「經言」に属す牧民、山高(〓形勢)、乗馬などの諸篇を管子の書として読んでいたことを物語っている。『史記』の中のこうした記述も、無下に無視することはできないであろう。しかし何れにしても、『管子』の大部分が管子の自著でない以上、以下において管仲の思想と記しているところも『管子』の思想と解して戴く必要がある。

次に、管子を法家思想家と理解してよいかという問題である。確かに、『管子』には、儒家的、法家的、道家的、兵家的と様々な思想を見出すことができる。『漢書芸文志』は、管子を道家に入れている。しかし、『隋書經籍志』以降は殆ど法家に列せられている。このように、『管子』に多様な思想が見られるのは、同著の成立・編纂過程が長期にわたり、多くの人々が関わっていたことと関係があることはいうまでもない。だがそれは同時に、管仲自身の思想が柔軟であつて、多面性を持つていたことを示すものではないだろうか。しかし、『管子』全体を一貫しているのは、霸道を中心とした政治経済政策であり、その政策を実現させるための法の重要性を説いたことであることを考えると、管仲を法家思想家と見做しても強ち誤りとはいえない。注意されるべきは、管子の法思想が商鞅や韓非などのそれと異つていうことである。即ち、商鞅や韓非は明らかに法実証主義者だが、管仲には、天人相関思想や道徳と切り

離されていない法概念などがあつて、言い得るならば、管子の法思想には自然法的思想の側面が見られるということである。東洋・中国の法思想の一大問題が、穂積陳重がいうように、道徳と切り離された法理論にあるとすれば、上のような特徴を持つ管子の思想を学び直すのも大きな意味があるように思える。

そこで先ず、管子の天人相関思想から見ていくことにしよう。既にも述べたように、人間化されているとはいへ管仲においては、天の思想が堅固に存していた。そしてその天の思想は、人間社会の在り方と密接な関係を有していた。このことは、『管子』の有名な冒頭部分（「経言一」の「牧民第二」）からも十分窺える。「凡そ地を有ち民を牧ふ者は、務め四時に在り、守り倉廩に在り。……倉廩実つれば、則ち礼節を知り、衣食足れば、則ち榮辱を知る。上、度を服へば、則ち六親固く、四維張れば、君令行はる。故に刑を省くの要は、文巧を禁ずるに在り、国を守るの度は、四維を飾すに在り」。ここには、「法」という語は出ていないが、度（＝法制）、令、刑といった法と関わる言葉が現れている。また、四維は、礼、義、廉、知、の四つの徳、つまり道徳のことである。また、「経言六」の「七法第六」には、次のようにある。「天地の氣、寒暑の和、水土の性に根して、人民鳥獸草木の生あり。物、甚だしくは多からずと雖も、皆均しく焉有りて、未だ嘗て変ぜざるなり。之を則と謂ふ。……尺寸なり、繩墨なり、規矩なり、衡石なり、斗斛なり、角量なり、之を法と謂ふ。……実なり、誠なり、厚なり、施なり、度量なり、恕なり。之を心術と謂ふ。」ここでは、天の思想が法と明ら

かに結びついている。また、「経言七」の「版法第七」には、以下のようにある。「凡そ將に事を立てんとすれば、彼天植を正しくす。風雨違ふなく、遠近高下、各々其の嗣を得。三経既に飭ひて、君乃ち国を有つ。……法を正しくし度を直くし、罪殺して赦さず。……植固くして動かざれば、倚邪乃ち恐る。倚邪乃ち邪化すれば、令往き民移る。天の徳を合するに法り、地の親しみ無きに象とる。日月に参し、四時に伍す。「衆を」悦ばすは「愛」施に在り、衆を斉ふるは私を廢するに在り」。天植とは天から賦与された公平無私の心意。三経とは、天植、風雨、高下のことである。

以上の引用文からも分かるように、管子の天人相関思想はその法思想と密接に結び付いている。第二の例でいえば、天地の氣、寒暑の和、水土の性から、則、法、心術などが説かれている。則については、「則に明かならずして、号令を出さんと欲するは、猶ほ朝夕を運均の上に立て、竿を擗かして其の末を定めんと欲するがごときものであるから、「儀を錯き制を画するに、則を知らざるは不可なり」と。号令は命令、儀は礼義、制は制度のことである。法については、「法に明かならずして、民を治め衆を一にせんと欲するは、猶ほ左に書きて右之を息むるがごときものだから、「民を治め衆を一にするに、法を知らざるは不可なり」と。「左に書きて右之を息むる」とは、事の成り立たない譬喩である。心術については、「心術に明らかならずして、令を人行はんと欲するは、猶ほ招に倍きて必ず之を射んとするがごときものであれば、「令を布きて行を必するに、心術を知らざるは不可なり」と。令は法令の

ことである。「招に倍きて必ず之を射ん」とは、目的が達成できないことの譬喩である。

議論はまだ続く。重要と思われる文章をいくつか拾ってみよう。「法傷るれば、則ち貨、上流す。教へ傷るれば、則ち令に従ふもの輯^{おぼ}がず」。前半は、官吏が守らねばならない法が破られるならば、賄賂が横行して、財貨が支配者層に流れる、という意味である。「刑法審かならざれば、則ち盜賊勝つ」。実に容易に理解できる文章である。「重宝の為に其の令を虧^かかず。故に曰く、令は宝よりも貴し、と。……人を愛する為に其の法を枉^かげず。故に曰く、法は人よりも愛す、と。」後半は、国民よりも法に愛情を注ぐ、という意味である。「功を論じ^{あや}勞を計るに、未だ嘗て法律に失せざるなり」。君主自身が正しい道を説き道理に適った事を実践すれば、臣下の功績を論評し、その功勞を算定することにおいて、法律に違背することはなくなる、というのである。「一体の治有り、故に能く号令を出し、憲法を明らかにす」。「一体の治有り」とは、君臣上下一体の政治を行うことが可能だから、という意味である。ここに見られる「憲法」という語は、文献上最も早い時期に現われた例の一つだが、ここで使われている憲法は、今日の基本法といった意味のものではなく、一般にいわれる法律と同じである。『管子纂註』には、「縣而示之。日憲。憲亦法也^⑦」と注してある。「七法第六」は、以下の文章をもって終っている。「儀法を制し、号令を出し、嚮^{むか}応せざるもの莫し。然る後に以て民を治め衆を一にす可し」。

「経言」は『管子』の中で最も古いものと思われるので、いま少

し法についての議論を拾ってみよう。「權修第三」には次のようにある。「民の御す可きを欲すれば、則ち法は重んぜざる可からず。……法は、將に民力を用ひんとする者なり。……法は、將に民能を用ひんとする者なり。……法は、將に民の死命を用ひんとする者なり。」また、「幼官第八」に、「法を明らかにし数を審かにし、常を立て能を備ふれば、則ち治まる」、「法立ち數得て、比周の民無ければ、則ち上尊くして下卑しく、遠近乖^{そむ}かず」とある。「比周の民」とは、徒党を組む民衆のことである。「経言」では、法よりも概念的に限定的な令が重視され多用されているので、令については、一、二拾っておく。「牧民第一」に、「令を流水の原に下すとは、令、民心に順ふなり。……令、民心に順へば、則ち威行は」る、とある。また、「立政第四」に、「令の謂ふ所に合はざる者有れば、功利有り」と雖も、則ち之を專制と謂ひ、罪死^{ごう}して赦さず」とある。

繰り返して述べているように、「経言」は『管子』の中で最も古いものである。しかしそこには、『管子』全体の思想が、萌芽的に現われていて、その萌芽的な思想が「経言」以外のところで詳細且つ明瞭に論じられているのが同著だといってよいだろう。以下では「経言」での議論を、それ以外のところでの議論をもって、より詳しくより明瞭にすることにしよう。

「経言」で明確に現われているのは、「法」重視・尊重の思想である。それは明らかに儒家思想とは違っている。儒家の中でも、最も法を重視した荀子よりも、管子の法重視ははるかに強い。その法重視の思想を最も明瞭に表現しているのは、「法は、父母なり」(「法

法第十六)、「法は、天下の至道なり」(「任法第四十五」といった言葉であろう。また、令についても、「本は令よりも要なるはなし」(「重令第十五」とか、「令は宝よりも重」(「法法第十六」)し、といった表現が見られる。前文の「本」は、「治民の本」ということである。法と令との関係は、法が礼の基幹ということであるが、両者とも重視される。「法法第十六」は次のような文章で始まっている。「法を法とせざれば、則ち事、常母し。法、法ならざれば、則ち令、行はれず。令して而も行はれざるは、則ち令、法ならざればなり」。そして、法については例えば、「聖人は能く法を生ずるも、法を廢して国を治むること能はず。故に明智高行有りと雖も、法に倍きて治むるは、是れ規矩を廢して方圓を正すなり」とある。また、令については、「主の蔽はるるは、其の令を失へばなり。……故に人主は、以て其の令を慎まざる可からず。令は人主の大宝なり」とある。だから、「法を毀り令を虧くを難らざれば、則ち是れ民を愛する所以を失ふ」、ことになる。そして、「法法第十六」は、以下の文章で閉じている。「君の欲の為に其の令を変せず。……令は君よりも尊し。……民を愛するが為に其の法を虧かず。法は民よりも愛す」。

次に、管仲の法思想の特徴は、法が道德と切り離されずに、法と道德とが連続的に捉えられていることであって、そこが商鞅や韓非などの法思想と著しく異なるところである。それを最もよく表現しているのは、「法は礼より出」(「枢言第十二」)ず、であり、「仁義礼樂は、皆法より出づ」(「任法第四十五」)、といった文句である。

礼は、「信を質にして以て讓る」(「小問第五十一」)ことである。また、「仁は中従り出で、義は外従り作る」(「戒第二十六」)、といわれる。孝弟が仁の、忠信が義の、それぞれ中心的徳であろうか、その少し後に、「孝弟は仁の祖なり。忠信は交はりの度なり」、という文章が出ている。礼樂については、「之を敬するに礼樂を以てし、以て其の淫を振ふ」(「小問第五十一」)、といった文章が見出せる。以上のように、礼も仁や義も、また礼樂も、儒家思想にいわれるものと殆ど異なることが分かる。「法は礼に出」ず、は荀子の思想に極めて近い。また、「法は礼に出」ずの前に、「人の相憎むや、人の心悍なればなり」という文章があり、法治主義の動機づけ、その理由が語られている。その理由も荀子の礼治主義のそれと類似している。それで、管仲の思想が儒家のそれと異なるのは、仁義礼樂といった道德が法から生じたところである。そしてそれが、「先聖の民を一にする所以」であるとしたところに、管仲を法家の始祖とされる理由があろう。安井息軒は、その文章のところを、「法不立。仁義礼樂無所施。故曰。皆出於法。蓋戦国間法家之説如此。而夷吾其祖也。」と評している。

では何故、「仁義礼樂は、皆法より出づ」、ということになったのであろうか。それは、「堯の治」や「黄帝の治」についての理解からであろう。儒家、少なくとも子思、孟子以降の儒家思想においては、黄帝や堯帝などは、仁義礼智といった「道德」によって統治したので、理想的な国家となった、と考えた。これに対して、管仲は、黄帝や堯帝は、「法」によって統治したので万事がうまくいっ

た、と考えたのである。「仁義礼楽は、皆法より出づ」の前には、次のような文章がある。「堯の治や、善く法禁の令を明らかにするのみ。……黄帝の治や、法を置きて変ぜず、民をして其の法に安んぜしむる者なり。」この文章の後に、「仁義礼楽は、皆法より出づ。此れ先聖の民を一にする所以の者なり」と続く。そしてその後、『周書』から以下のような文章が引用されている。「[国を有つ者は、] 国法一ならざれば、則ち不祥なり。民、法に道らざれば不祥なり。……群臣、礼義教訓を用ひざれば、則ち不祥なり。」

では、『管子』においては、法が窮極的なものとされているのであるかといえ、必ずしもそうではない。実は、上に引いた「法は礼より出づ」には、また次のような文が続いていたのである。「礼は治より出づ。治礼は道なり」と。治は政治のことである。この文章を続けて解釈すると、法は礼から生まれるが、礼は政治から生ずるもので、礼と政治が根本の道である、ということになる。ここで注目されるのは、礼や治が道とされ、法が道と結びつけられていることである。かように法が道と結び付けられて論じられているところは外にも見られる。例えば、「心術上第三十六」には、「事は法に督たぐされ、法は権より出で、権は道より出づ」とある。後の二文について、『管子纂註』では、「法者権軽重所宜而制之也」、「不本於道。軽重不可得而権也」と解釈されている。権は色々な解釈があるようだが、何れにしても、この文章は、結論として、道から法が生じる、ということになる。では道とは何かということになるが、以下のように極めて道家的であることが分かる。即ち、上文に続けて

次のようにある。「道なる者は、動けども其の形を見さず、施せども其の徳を見さず。万物皆以て然るを得れども、其の極を知る莫し。」法を生じせしめる道が、道家的であることが、管仲の法思想をより自然法的にしているのはいうまでもなからう。

また、法が道と結び付けられているものとして、「憲律制度は必ず道に法る」という文章も挙げてよいであろう。この文章に出てくる法は「のつとる」の意味であるが、憲律は法と略々同じものと解釈してよいであろう。とすると、法制度は必ず道に従って作らねばならない、という意味になり、ここでも、法が道と関連づけられていることが分かる。そして更に注目されるのは、同文章の少し後に、「道法」という言葉が出ていることである。即ち、「明主、上に在り、道法国に行はるるときは、民皆、好む所を捨て、悪む所を行ふ」とある。また、「君臣上第三十」には、二箇所ほど「道法」という用語が見られる。善や徳をそれぞれ位の高い者に譲ることこそ、「道法の従りて来たる所にして、是れ治の本なり」。そしてそれより少し後に、「明君の道法を重んじて、其の国を軽んずるを知るなり」とある。道法をどのように解釈したらよいか、恐らく多くの議論があるが、ここでは、遠藤哲夫の訳を見るに止める。即ち、遠藤は、「法法第十六」の「道法」は、「道理にかなった法律(法度)」と訳しているが、「君臣上第三十」に出ている二つの「道法」については、一つを、「道徳と法度」、他を、「常道と常法」と訳している。このように、遠藤訳には、道家的なところは余り感じられない。恐らくそれでよいのであろう。『管子』の中の「道法」

が特に注目されるようになったのは、一九七三年に、馬王堆帛書が発見されてからである。その中に「経法」等の古佚書が含まれ、「経法」の初めに「道は法を生ず」といった文章が出ていて、「管子」の言葉・文章との異同が問題にされた。だが、管仲の道を余りにも道家思想と結びつけるのはどうかと思われる。儒家、道家、そして管子の三思想は天人相関思想を根底においている点では共通している。しかし、道家の無為思想と儒家の道德思想よりも、道家思想と管子の法思想との距りの方が明らかに大きい。だが、上にも述べたように、『管子』の中に道家的思想が多々見られることは事実であり、それが、管仲の思想をより自然的にしていることは否定できないことは認めなければならない。

以上のように、管仲の法思想は、法と道德が分離されていない、自然的傾向が見られるが、いま一つ、実定法的主張も現われている、言うまでもなく、この主張が商鞅や韓非に継承されて、儒家思想、道家思想と共に中国の三大思想の一つ法家思想を形成していくのである。既に見たように、安井息軒は、「仁義札楽は、皆法より出づ。此れ先聖の民を一にする所以の者なり」の文章を注したところ、だから管仲が法家の祖といわれてよいのだ、と書いている。上の文章は二つから成っているけれども、特に後半の「此れ先聖の民を一にする所以の者なり」こそ、法実証主義思想を現わしたものである。この文章の少し後にも、「夫れ法は、上の民を一にし下を使ふ所以なり。私は、下の法を侵し、主を乱す所以なり。故に聖君は、儀を置き法を設けて、固く之を守る」という文章が出ている。

そしてまたその少し後に、「夫れ法を生ずる者は君なり。法を守る者は臣なり。法に治る者は民なり」という文章が見られる。以上の二、三の文章からも、管仲の法思想に法実証主義的傾向がハッキリ認められる。主権者が客観的・統一的な法（法律）を作為・制定する、という内容が法実証主義の核心だからである。

管仲の法実証主義的傾向を、「明法解第六十七」（明法第四十六）を詳しく解説した篇）で、いま少し見てみよう。同篇の初めの方に、「明法は、上の民を一にし、下を使ふ所以なり」とある。またその少し後にも次のようにある。「明主は、度量を一にし、表儀を立てて、堅く之を守る。故に令下りて民従ふ。法は天下の程式なり、万事の儀表なり。」何故、客観的・統一的な法に依らなければならぬかといえ、それは、私意や私情を却け、「公正」を期すためである。「法度は、主の天下を制して姦邪を禁ずる所以なり。……私意は、乱を生じ姦を長じて公正を害する所以なり。……明主は、心の愛する所と雖も、而も功無き者は賞せざるなり。心の憎む所と雖も、而も、罪無き者は罰せざるなり。……明主の国を治むるや、其の当宜を案じ其の正理を行ふ。」「当宜」、「正理」に即して作られた法が「公法」である。またそれは、「法をして人を扱ばしめて、自らは挙げざるなり」ということに行き着くことになるのである。何故、法は君主一人によって制定されなければならないのか。それは、「威勢」、即ち威光と權威が、君主一人に在ってはじめて国家は治まるからである。「法政独り主より出づれば、即ち天下服聴す。……明主の天下を治むるや、威勢独り主に在りて、臣と共

にせず。」

同篇の最後に近いところで、「明主の道は、民の欲する所を立てて、以て其の功を求む。……民の惡む所を立てて、以て其の邪を禁ず。」と言つてある。だがその次の段では、調子が非道く変わる。「群臣を制し生殺を擅はしむにするは、主の分なり。令を縣かけ制を仰ぐは、臣の分なり。……令行はれ禁止むは主の分なり。法を奉じて聽従するは、臣の分なり。故に君臣相与に高下に之れ処るや、天の地との如きなり。」ここまでくれば、『管子』の法実証主義的傾向は、『商子』や『韓非子』の法思想と殆ど重なつてしまふ。そこで、次に、商鞅と韓非の法思想を見ることにしよう。

(2) 商子と韓非子

『管子』が管仲の著書ということができないように、『商子』も商鞅の著書ということはできない。従つて、管子の場合と同じく、以下、商鞅という名前で論じられている思想も、『商子』における思想であると理解して戴きたい¹⁶⁾。

中国の法家思想は、商鞅に至つて大きく変る。管子に見られた自然法的傾向が消え、法と道徳とが切り離され、法実証主義へと突き進んでいった。そしてその出発点にして根底にあつたのが変法思想だった。『史記』の「商君列伝第八」にも、変法思想が商鞅の思想の核心であるかのように、同思想を表現する商鞅の言葉が引用されている。曰く、「世を治むるは一道ならず。国に便なれば古に法らず。」また曰く、「智者は法を作り、愚者は焉こゝに制せらる。賢者は礼を更め、不肖者は焉に拘はる。」

変法思想は、『商子』の「更法第二」、「開塞第七」、「画策第十八」などにおいて展開されているので、いま少し詳しく見てみよう。「更法第二」には次のようにある。「前世は教を同じくせず、何の古にか之法らん、帝王は相復せず、何の礼にか之循したがはん。伏羲・神農は、教へて誅せず、黄帝・堯舜は、誅して怒らず。文武に至るに及び、各時に当りて法を立て、事に因りて礼を制す。礼法、時を以て定め、制令、各其の宜に順ひ、兵甲器備、各其の用に便す。」このように、商鞅の変法思想は、一種の歴史観であり、また社会構成論である。

商鞅の歴史観は「開塞第七」で展開されているが、簡単にいえば、これまで社会は、上世から中世、中世から下世へと変化してきた、というのである。上世は、「親を親しみて私を愛」する時代、中世は、「賢を上たつとびて仁を悦よろこぶ」時代、下世は、「貴きを貴びて官を尊ぶ」時代である。しかし、これら三者、即ち、親親、上賢、貴貴は、「事相反するに非ざるなり。民道弊やぶれて所易ればなり。世事、変じて道を行ふこと異なればなり。」それ故、「聖人は古に法らず、令を修めず。古に法れば則ち時に後れ、今を修むれば則ち勢に塞」からである。つまり、聖人は古今に拘泥することなく、その時代に適合した政治を行うのである。従つて、聖人・君主はそれぞれ独自の方法、異つた原理を持つている。「周は商に法らず、夏は虞に法らず。三代は勢を異にして、皆以て王たる可し。故に興王は道あり、而して之を持するに理を異にす。」

ではどうすればよいのか、という問いに商鞅は以下のように答へ

る。「古の民は樸にして以て厚く、今の民は巧にして偽なり。」偽は、荀子のところでも出てきたように、作為という意味である。「故に古に效ふ者は徳を先にして治め、今に效ふ者は刑を前にして法あり。」その何れを採るべきか、そこに世間の人々の惑がある。商鞅は当時の道義を批判する。「今世の所謂義なる者は、將に民の好む所を立て、而して其の惡む所は廢せんとす。」しかしこれだと、「所謂不義なる者は、將に民の惡む所を立て、而して其の樂しむ所を廢せんとする」ことになってしまう。これらの二つは、名目は一致しているものの實質は違っているのである。そこをよくよく考えなければならぬ。商鞅は言う、「世の所謂義は暴の道なり」と。何故か。

「民の樂む所を立つれば、則ち民其の惡む所に傷る。民の惡む所を立つれば、則ち民其の樂む所に安んず」、からである。でも何故そういうことが分かるのか。「夫れ民憂ふれば則ち思ふ。思へば則ち度を出づ。樂めば則ち淫す。淫すれば則ち佚を生ず」るからである。だから、そういう「民を正す者は、其の惡む所を以て」すべきであり、そうすれば、「必ず其の好む所に終る。」具体的には、厳格な法を制定・施行し、厳しい刑罰を科すことである、と商鞅は断ずるのである。この結論は、まさに「法律絶対主義」(清水潔)といつてもよいものである。ここでは、礼が説かれていないようだが、礼はどこに行つたのだろうか。

上で、「史記」から引用した文中には確かに礼という文字はあつた。また、「更法第一」にも、礼、あるいは礼法という言葉が見ら

れた。だが、『商子』にはその他の箇処で、礼は肯定的に論じられることはない。何故なら、人間は、利を得ようとし、名を求めようとし、名利が集つているところに、人間もやってくるからである。「算地第六」に、「民の利を求むるや、礼の法を失ひ、名を求むるや、性の常を失ふ。……名利の湊る所は則ち民之に道る」、とある。しかし商鞅は、単に礼なる徳のみを否定的に論ずるのではない。凡そ徳というものすべてについて否定的に説くのである。「説民第五」の冒頭に、「弁慧は乱の賛なり。礼樂は淫佚の徴なり。慈仁は過の母なり」、とある。ここでは弁慧、即ち智弁才能も否定的である。勿論、凡そ徳が否定的に説かれるのは、上述したように、人間というものが名利に溺れる傾向があるからであるが、しかしまた、聖人といえどもその徳を他人に与えることができない、と考えられているからでもある。「錯法第九」の最後で、「夫れ聖人の体性を存するからでもある。「錯法第九」の最後で、「夫れ聖人の体性を存するに續けて、「然り而して功得べき者とは、法の謂なり」、と説く。即ち、聖人の徳とその感化を頼りにして政治をするよりも、寧ろ、すべて人間が行うことができ功を挙げる法による政治をした方がよいというのである。

勿論、国を治めるには、法だけでなく、信、権も必要である。「国の治る所以の者三、一に曰く法、二に曰く信、三に曰く権。」(修権第十四)しかし、信は賞であり文である。権は刑であり武である。そして、「文武は法の約」、即ち、文も武も法に関りを持つものである。だから、「明主法に任ず」、つまり、明君は法にすべて

を任せて政治を行うのである。だが為政者の多くは、「法を積てて私議に任ず」、それが国を乱す理由である。法を基準として、知能、賢不肖を論じなくて済んだのは堯だけである。だが世の君主がすべて堯のようにはいかない。だから、過去の君主たちは、自己の裁量や他人の評価が頼りにならないことをよく知っていた。それ故に、「法を立て分を明にし」なければならないのである。

仁者も義者も、人を仁者に義者にすることはできない。「仁者は能く人に仁にして、人をして仁ならしむる能はず。義者は能く人を愛して、人をして愛せしむる能はず。」(「画策第十八」)だから仁義によって政治を行うことは十分ではない。何故そうかというところ、そうした道徳は、人心の必然から生じたものではないからである。例えば、一般にいわれている「義とは、人臣と為りて忠、人子と為りて孝、少長礼あり、男女別あるは、其の義に非ざるなり。」即ち、商鞅によれば、義には「必然の理」、つまり、普遍的に妥当する理がないというのである。これに対して、法には「必然の理」がある。「餓うるも苟も生きざるは、此れ及ち法の常ある」からだ。だから、「聖王は義を貴はずして法を貴ぶ」のである。かくして、商鞅において、法治主義が確立されることになった。

そして、商鞅のいう法が聖人・君主の作為・制定した実定法であることは言うまでもなからう。しかもその法は、明確で人々が容易に理解できるものでなければならぬ。そのためには、専門の法官や役人を置く必要がある。「聖人法を為り、必ず之をして明白にして知り易からしむ。名正しければ、徧く能く之を知る。為に法官を

置き、主法の吏を置き、以て天下の師と為し、万民をして険危に陥ることなからしむ。」(「定分第二十六」)更に、為政者は、法の權威を保つためにも法を尊重しなくてはならないし、その適用に際しては恣意的であってはならない。そのためにも、法適用の制度が堅固に定立していなければならない。「人君たる者、先づ請謁を便にして功力を後にすれば、則ち爵行るるも兵弱し。……法に度数なくして事日に煩しければ、則ち法立つも治乱る。……度数已に立ちて、法修むべし。」(「錯法第九」)。

商鞅は上に述べたような法治主義が、徹底して行われたならば、「法を以て法を去り」(「飭令第十三」)、「刑を以て刑を去る」(同)ようなことになる¹⁷と説いている。だが果たしてそういうことになるだろうか。恐らく、聖人には、「必然の理」が分かるという前提の下に、商鞅はそう説いているのだろう。しかし「刑を以て刑を去る」という考えは、「韓非子」にも出てくる。

商鞅については以上で終わり、以下韓非の法思想を見ることにしよう¹⁸。

上述したように、韓非ははじめ荀子に学んだが、その儒家的礼治主義に嫌らず、その後、商鞅、申不害、慎到などの思想を吸収し、それらの思想を集大成した法家思想家であった。従って、その法思想の根底に、人間を利己的な存在と捉える人間観があったことは言うまでもない。「夫れ安利なる者、之に就き、危害なる者、之を去るは、此れ人の情なり」(「姦劫弑臣第十四」)、「民は固より愛に驕り、威に聴」(「五蠹第四十九」)く、といった文章も、利己の人間

観に由来するものである。また、韓非の法思想の背景には、独特の歴史観があった。それは、「古今俗を異にし、新故備を異にす」(同) ということなので、より具体的には、「上古は道徳を競ひ、中世は智謀を逐ひ、当今は氣力を争ふ」(同) といった具合に歴史は変化してきている。それ故、当今＝現代には現代に相応しい政治・政策が必要でありなされねばならない。その現代に相応しい政治こそ、韓非にとつては、法術主義・法治主義であった。そして、儒学は現代に相応しくないものであり、「儒は文を以て法を乱」(同) するものであるとして排斥された。

こうして、韓非は儒学から離れ、申不害、慎到、商鞅などの法家思想に向かつていったのであるが、申不害からは術を、慎到から勢を、商鞅から法を学んだ。申不害の術は、「刑名參同」あるいは「參驗」とも呼ばれるが、「任に因りて官を授け、名に循ひて実を責め、殺生の柄を操りて、群臣の能を課す」(同) ものである。しかし、韓非によれば、それは「人主の執る所」(同) だから、それだけでは政治には十分ではない。慎到の勢は、勢力、権勢のことであり、それは確かに、「賢者を誣せしむるに足る」(「難勢第四十」) ものである。だが、慎到のいう勢は、「自然の勢」であつて、「人の設くる所」(同) の勢ではない。だが、当今必要なのは後者の「人の設くる所」の勢、つまり作爲的勢である、と韓非は説いている。そして、商鞅の法は、「憲令官府に著はれ、賞罰、民心に必す、賞は法を慎むに存して、罰は令を姦すに加ふる者」(「定法第四十三」) だが、それは、「臣の師とする所」(同) であつて、その法のみでは

政治には十分でない、と韓非は言う。以上のように、韓非は、申不害、慎到、商鞅から、術、勢、法を学んだが、同時にそれぞれの欠陥も指摘し、それらを統合し、独自の法思想を確立したのだが、以下では、専ら法についての韓非の議論を見ることにする。

上の引用文からも明らかのように、韓非の法理論は、商鞅のそれと同じく、実定法論であり、その刑法も嚴罰主義に立つものであつた。韓非も法と道徳とを嚴格に切り離した。「有道の主は、仁義を遠ざけ、智能を去り、之に服するに法を以てす。是を以て……民治まりて国安し」(「説疑第四十四」)。また、「明君の道は、徳義を賤しめ、下必ず上に座するを貴び、誠を決するに參聽を以てして、門戸無し」(「八説第四十七」)、ともある。明らかに韓非は法実証主義者である。しかもその法は、恣意的に適用されるべきものではなく、すべての人に等しく適用されなければならない客観的なものであつた。「法は一にして固く、民をして之を知らしむるに如くは莫し」(「五蠹四十九」)。それは勿論、刑法の適用においても同じである。「過を刑するに大臣を避けず、善を賞するに匹夫を遺れず。故に上の失を矯め、下の邪を詰め、乱を治め繆を決ち、羨を緝け非を齊し、民の軌を一つにするは、法に如くもの莫し。官を厲れしめ民を威し、淫殆を退け、詐偽を止むるは、刑に如くもの莫し」(「有度第六」)。

このように、韓非は、法を客観的な基準と理解するのであるが、また、法を度量衡として把握する。「法術を積てて心治せば、堯も一國を正すこと能はず、規矩を去りて妄りに意度せば、奚仲も一輪

を成すこと能はず、尺寸を廢して短長を差ぶるときは、王爾も半中する能はざらむ」(用人第二十七)。注意すべきは、韓非が、このような客観的基準、度量衡としての法を以て統治するならば(法治主義)、すべてがいとも簡単に治められる、と考えていることである。「繩直くして枉木斲られ、準夷かにして高科削られ、權衡懸りて重は輕に益り、斗石設けられて多は少に益る。故に法を以て国を治むるは、举措のみ」(有度第六)。

以上のように、韓非の法理論は、商鞅の法実証主義を更に徹底したものとすることができる。しかし、『韓非子』には、喻老、解老、主道、揚權などの諸篇に、道家的思想が見られ、これまで、韓非と道家思想との関係が様々議論されてきた。「解老第二十」(解老は老子を説明するという意味)には、「道は万物の然る所なり、万理の稽ふ所なり。理は成物の文なり、道は万物の以て成る所なり」、また、「徳は無為を以て集り、無欲を以て成り、思はざるを以て安く、用ひざるを以て固し」、とある。「喻老第二十一」(喻老は、老子について喩えたとえをなすという意味)には、「天下道有りて、急患無きは、則ち静と曰ひ、抛伝用ひず」、また、「一人の力を以てせば、則ち后稷も足らず、自然に随はば、則ち臧獲も余り有らむ」とある。これらの文章には、明らかに、老子と略々同じ思想、極めて近い考えが表明されている。そのため、古来、韓非と道家との思想上の密接な関係を説く論者が多く、司馬遷もその代表者の一人である。

司馬遷が、老子と韓非を思想的に同じ系譜上に位置づけていたこ

とは、「老子韓非列伝第三」を作ったことから疑いない¹⁶⁾。実際、同列伝の中で、韓非の「帰は黄老に本づく」と、司馬遷は言っている。問題はこれをどう理解すればよいかである。それを解く鍵は、「道徳」と「術」の二つの言葉ではないだろうか。司馬遷は、同列伝において、老子と韓非の間に、莊子と申不害を置き、老子↓莊子↓申不害↓韓非と、思想的に同系譜上にあることを明示しているが、そのことを保障するものとして、道徳と術という言葉が用いられているといつてよい。道徳とは勿論、儒学でいうそれではなく、道家思想のそれで、万物の形成・運行の根源になるものの謂である²⁰⁾。司馬遷は、老子も莊子も申不害もそして韓非も「皆道徳の意に原づく」、と言っているのである。即ち、「老子の貴ぶ所の道は……無為にして変化す。……莊子は道徳を散じて放論す。要は亦之を自然に帰す。申子は卑卑として之を名実²¹⁾に施す。韓子は繩墨を引き、事情を切り、是非を明らかに」しているが、すべて「道徳」に基づいて議論しているのだ、というのである。だがそれぞれにおいて道徳がもたらす結果は非常に異なる。少なくとも韓非の道徳が導くのは、「極めて慘穢にして恩少な」きものである。一方、「老子は深遠なり」と、司馬遷は老子を評価している。一体これはどういうことであろうか。これを解く鍵が「術」である。

「老子韓非列伝」では以下のようにある。先ず、莊子は、「老子の術を明らかに」したと言われる。次に、申不害は、「術を学びて韓の昭侯に干む。……申子の学は、黄・老を本とし、而も刑名を主と」したものである。そして、韓非については、「刑名法術の学を

喜ぶも、而も其の婦は黄・老に本づく」、とされる。このように、術は、老、莊、申、韓すべての思想家の思想に用いることのできる言葉であつて、その意味は、「道德」を働かせる方法ということである。そして、司馬遷は、道德を働かせる方法としての術の違いを認めると共に、それが導く結果の相違を指摘するのである。老子と莊子は、道德を自然に従つて働かせるという方法を採用し、その結果として無為の治が導かれる。これに対して、申不害は刑名の実現を目指して、韓非は法による統治を実現させるために、道德を作為・人為を通して働かせるという方法を採用。韓非はいう、「術有るの君は、適然の善に随はずして、必然の道を行ふ」(「顯学第五十」)、と。その結果として、韓非の法治は、「举措のみ」という状態を導く、という議論になる。その举措のみで治まるとする韓非の法治主義の窮極の姿は、老子の無為の治と極めて似たものである。ただ、举措のみでよい法治国の実際の姿は、慘酷で情愛の欠けた国だ、と司馬遷は言うのである。司馬遷の議論に、私の解釈を加えると、以上のようになる。

最後に、韓非の刑法理論について述べる。一般に韓非の刑法理論は一般予防説といわれる。²¹⁾そしてその窮極の目的は、「刑を以て刑を去る」ことにあるとされ、商鞅の理論を継承している。「七術第三十」に次のようにある。「愛多き者は則ち法立たず、威寡き者は則ち上下を侵す。是を以て刑罰必せざるときは、則ち禁令行はれず。」「公孫鞅の法には、軽罪を重くす。重罪は人の犯し難きなり、而して小過は人の去り易き所なり、人をして其の易き所を去りて、

其の難き所に離ること無からしむ、此れ治の道なり。……一に曰く。公孫鞅曰く、刑を行ひて其の軽き者を重くせば、軽き者至らず、重き者来たらず、是れ、刑を以て刑を去ると謂ふなり、と。」また、「飭令第五十三」には次のようにある。「刑を行ふに、其の軽き者を重くせば、軽き者至らず、重き者来たらざらむ、此れ刑を以て刑を去ると謂ふ。罪重くして刑軽くば、則ち事生ぜむ、此れ刑を以て刑を致すと謂ふ。其の国必ず削らる。」「刑を以て刑を去る」という思想が、商鞅では、聖人の「必然の理」から、韓非においては、術有るの君の「必然の道」の行いによって、それぞれ導かれたものであることは容易に理解できるであろう。

また、韓非の一般予防説は極めて徹底したものであつて、応報刑的思考が全くといつてよいほど見られない。「夫れ重刑は、人を罪せんが為りに非ざるなり。明主の法や、賊を揆するは揆する所を治むるに非ざるなり。揆する所を治むるは、是れ死人を治むるなり。盜を刑するは、刑する所を治むるに非ざるなり。刑する所を治むるは、是れ胥靡を治むるなり。故に曰く、一姦の罪を重くして、境内の邪を止む、と。此れ治を為す所以なり。重く罰せらるる者は盜賊なり、而して悼懼する者は良民なり」(「六反第四十六」)。法が道德から切り離されている法実証主義が応報刑的思考を欠くのは当然であろう。否、韓非には、応報刑的思想だけでなく罪刑法定主義の考へも見られないといわれる。²²⁾

さて、上で述べたように、法実証主義が二十世紀の全体主義を導いた法理論であつたと論じたのはラートブルフだったが、中国にお

いて、法家思想について、同様のことを説いていたのは梁啓超だった。梁啓超は、法家思想の最大の欠陥を、君主に絶対的権力が与えられているため、法の制定改廃が君主の意思に委ねられていて、君主の権力に対する制約が存在しないところに認めていた。「法家最大欠点。在立法権不能正本源。……然問法何自出。誰実制之。則仍曰。君主而已。夫法之立与廢。不過一事実中之両面。立法権在何人。則廢法権即在其人。此理論上当然之結果也。」また、一般予防説が、全体主義国家の刑法理論として利用されたこともよく知られている。但し、こうしたことは専ら商鞅や韓非の法理論に言えることであつて、管仲には必ずしも妥当しない。管仲の法理論には、自然法論的な思考が見られるからである。

中国の法家の法思想についての評価は、最後に他と合わせて行なうことにする。

注

- (1) 穂積陳重「祭祀及礼と法律」(岩波書店、昭和三年)、二五四―五頁。
 (2) 小野清一郎「唐律に於ける刑法総則的規定」(『刑罰の本質について』その他)所収、有斐閣、昭和三十年)、三三三―三四頁。
 (3) 以下、遠藤哲夫「管子 解題」(『管子』(H)所収)、金谷治「管子の研究」(岩波書店、昭和六十二年)等参照。金谷は「管子」の成立について、「管子の研究」の「結語」において以下のように言っている。「管子」の全体は、およそ戦国中期の初めから漢の武帝・昭帝期のころまで、ほとんど三百年にわたって書き継がれてきたものである。それは管仲その人のこととして伝承されてきたものを核として最初に成立し(原「管子」、その後、異聞を加え、時代に応じた補修を施し、また新旧の資料を寄せ集めた新篇を増補してできあがったものである。……それは遊説の士として稷下に集まった学士たちの著作を雑集したというような

ものではなくて、管仲を慕ってその事業を尊敬し、あるいはそれを利用しようとする齊の土着の思想家たちこそがそれにふさわしいと考えられる。その人々の思想傾向が儒家的であったり道家的であったりさまざまに入り混つていたことは、編成された「管子」の書の様相がそれを明示している。ただ、彼らは齊の偉人である管仲を慕い、あるいはそれをついで仮託するという点で一致した。そして、古代を受けついで、いわゆる管仲の事業の復興を目ざして文筆をふるったのである。それを管仲学派とよんでよいであろう。」(同、三六一―二頁) 現在でもこのような金谷説が有力なのであるか。

- (4) 安井息軒「管子纂註」(『漢文大系』二十一、富山房、同「序」)。
 (5) 「史記」(水沢利忠「史記八」『新釈漢文大系』88、「列伝」一、明治書院、平成二年)、五〇頁。
 (6) 穂積陳重「統法窓夜話」(岩波文庫)、二四頁。穂積は、「管子」の同文章を引用し以下のように述べている。「この語(憲法―注)の最も夙く記録の上に現はれたものであらう。そして、当時治者の号令をもつて憲法といふたことも、右の「管子」の文に拠つてこれを知ることが出来る。」
 (7) 安井息軒「管子纂註」、卷二、七法第六、一〇頁。
 (8) 穂積陳重は以下のように言っている。「荀子は儒家にして法家に近く、管子は法家にして最も儒家に近い。」(『祭祀及礼と法律』、二四九頁)、と。なお、近代の中国で、管子の自然法的傾向に注目したのは、田中耕太郎も指摘しているように、梁啓超であった。田中「法家の法実証主義」、五六―七頁参照。
 (9) 安井息軒「管子纂註」、卷十五、八頁。
 (10) 安井息軒「管子纂註」、卷十三、六頁。
 (11) 「管子纂註」では、「道之与法。生於上下相讓。是治国之本也。」(卷十、二八頁)と解釈されている。
 (12) 「管子纂註」では、「無道与法。民不治。財不育。国非其国也。故明君重道法、而輕其国。」(卷十、二九頁)、と解釈されている。
 (13) 「道法」の問題とも長年取り組んだ金谷治も、結局、以下のような結論を導いている。「管子」の思想は、「法家中心の思想とするよりは、道法思想という特殊な一派の思想とした方が事実合っている。それは天

地自然の秩序を模範とする天人相関思想を母胎として齊の地で生まれた現実的な政治思想であった。本来、儒・道あるいは法といった諸子の分類には帰属しにくいもので、しかもそれとしての独自のまとまった性格を備えていたのである。……『管子』こそは、齊の風土に根ざした道法思想の書として、一種独自の政治思想を伝えるものであった、と思われ。』（『金谷治中国思想論集（中巻）』—儒家思想と道家思想、平河出版社、平成九年、四六四—四五頁）。

(14) 『管子』には、今日も用いられている法律用語が数多く見られるが、『主権』もその一つである。但し、『管子』の「主権」は、君主の権勢という意味であって、現在のsovereigntyの意味の主権ではない。

(15) しかし他方、『管子』には、与論・公議を重んずる思想が見られる。「夫れ民は、別にして之を聴けば則ち愚なるも、合して之を聴けば則ち聖なり。湯武の徳有りとも雖も、復た市人の言に合す。是を以て、明君は人心に順ひ、情性に安んじて、衆心の聚る所に発す」（『君臣上第三十』）。この点も、他の法家思想家と異なる。

(16) 『商子』からの引用はすべて、『国訳漢文大成 経史部』第九卷（小柳司氣太訳註）からである。なお、清水潔の『商子』（明徳出版社、昭和四十五年）も参照した。また、以下の議論では、小野沢精一「法家思想」（『講座東洋思想』4所収。東大出版会、昭和四十二年）も参考。

(17) 『尚書』にも「刑期于無刑」という言葉がある。しかしこれは、商鞅の「刑を以て刑を去る」とは著しく違ったものではないだろうか。商鞅のそれは、寧ろ、表面的にはともかく、近代の実証主義的な「責任と刑罰のない刑法」の思想に近いのではないだろうか。小野沢一郎「刑法の制定とその変遷」（『刑法と法哲学』所収、有斐閣、昭和四十六年）、一四四—一五頁。

(18) 韓非子については、長尾龍一「韓非子ノート」（『古代中国思想ノート』、信山社、平成十一年）、小野沢精一「法家思想」、金谷治「先秦における法思想の展開」（『金谷治中国思想論集（中巻）』所収）、同「慎到の思想について」（同）、富谷至「韓非子」（中公新書、平成十三年）なども参照した。

(19) 以下の『史記』からの引用も水沢利忠『史記』による。韓非と道家思想については、長尾龍一「韓非子ノート」（前掲書所収）も参照。

(20) 水沢利忠『史記』、五七頁。司馬遷と略々同じような解釈をしているのは、『韓非子翼説』で有名な太田全齋である。全齋は同著の「序」の冒頭で以下のように言っている。「其為学也。原於道德。貴乎無為。」（『漢文大系』八、富山房、一頁）

(21) 「老子韓非列伝第三」には、商鞅についての言及はなく、司馬遷は、別に、「商君列伝第八」を作っている。司馬遷は、同列伝の中で「其の孝公に干めんと欲するに帝王の術を以てせしを跡ぬるに浮説を扶持し、其の質に非ず」と、「術」という言葉を使っている。また、「大史公自序」にも、「鞅去術適秦、能明其術。彊霸孝公、後世遵法」と、術が用いられている。それ故、「老子韓非列伝第三」の中で、司馬遷が商鞅について、術という言葉を使って、言及したとしても、決しておかしくはなかったであろう。以下の議論は、商鞅を含め論じたとしても成り立つものと思われる。

尚、水沢利忠は、司馬遷が老・莊と申・韓とにどのような一貫性を考えていたかについて、以下のように述べているが、穏当な解釈である。

「文中に司馬遷は『申子之学、本於黄・老』（其（韓非）帰本於黄・老」と述べているので、学統として一貫したものと考えているわけであるが、空々漠々たる老子の言説と、人情の機微にわたり瑣事を厳密に左右する韓非子との共通項をどこに見るか、司馬遷の真意を考えるべきである。

老子について司馬遷が力説しているのは、老子が孔子からみて捉えがたい存在であったという説話と、老子が架空の人物ではないという証拠とである。韓非子について専ら、説難篇の引用と説難を知る韓子が自ら脱し得なかつた悲劇に筆を費やしている。このことから推し量るに、司馬遷が儒教以外の思想に大きく関心を抱いていたことと、韓非の不幸に深い同情を寄せていたことが考えられる。後者はむろん、司馬遷その人の境遇から、さもあるべきことであるが、前者はどういうことなのであるか。伯夷第一においてその高潔を讃嘆しながら、併せて許由・卞随・務光を挙げ、孔子に賞揚せられたもの以外にも仰ぐべきものはあると言い、管晏第二において敢えて孔子が小とした管仲を論じ、第三に老・韓に及ぶ姿勢には、意図的なものもうかがわれる。

老子の「術」は、先に「心術」と訳しておいた。韓子であれば「法術」である。老子は自ら依る処なく為す所がない、俗に言えばあなたまかせであり、物事に凝滞しない。そのことが自在の変化を生むのである。その場合に、「あなたまかせ」の「あなた」は天地であり宇宙であるすべてであり一つである。ところが、この「あなた」を人間の実生活の体系の中に持ち込むなら、処理すべき当面の事象が「あなた」であり遊説者の仕えるべき人君が「あなた」である。自己の主体性にこだわらなければ、自己の判断を出来るだけ働かさないために、定めた法に則るのがよく、円滑に能率よく業務をすすめるには人君と自我のぶつけ合いをすることは無意味である。この世に身を処する方途が術であって、それが深遠であれば老子の心術であり、それが卑近であれば韓非の法術となる。

儒教は自己の主体性を要求し、潔癖な自己貫徹をとうとぶ。従って、術があればそれはあくまでも方便にすぎない。儒教の立脚地に身を置いて頓挫した司馬遷が、術の学統に深い興味を持ち、人君に説くのを難きを嘆じた韓非に悲しみを寄せながら、他方これを「慘礪少恩」と評し去つているところこそ、司馬遷その人の肉声を聞く思いがするのである」(水沢「史記」、七六一七頁)。

(22) 韓非の刑法理論については、長尾龍一「韓非子ノート」(前掲書所収)、富谷至「韓非子」など参照。

(23) 例えば、富谷至は「韓非子」の中で以下のように言っている。「韓非の刑罰論にあつては、応報刑思想はまったくといっていいほど認められなかったのである。さらにいえば、韓非のみならず、以後の中国の刑罰思想において、それが韓非の影響を受けたのか否かはさておき、応報刑思想は希薄であつたとわたしは見ている。刑罰の目的は、威嚇・予防であり、罪と罰、さらには法律をも含めてそれらは畏怖し回避すべきものという共通した理解が綿々と続いていくのである」(一八七頁)。また、「韓非および法家の刑罰論、そしてそれが中国古代の刑罰思想そのものだが、そこには「的な」ものをも含めて、罪刑法定主義の基盤は微塵もない」(一六六頁)。尚、小野清一郎は、唐律において罪刑法定主義の原則が認められると論じている。「唐律に於ける刑法総則的規定」(前掲書所収、三二六頁)。

(24) 田中耕太郎「法家の法実証主義」、六六頁。