

# 略论春秋刑罚的特点

徐祥民\*

---

**内容提要:**本文以《左传》、《国语》等文献中的大量例证为基本材料,结合春秋时期的社会状况,分析了春秋刑罚与战国以后刑罚的不同之处,认为春秋刑罚具有非法定性、非必行性、非规范性和半国家性四个特点。

**关键词:**春秋 法制史 刑罚

---

近代以来的法律史学者对春秋时期的刑罚做过大量的研究工作,但这些工作多是把春秋刑罚放在刑罚的类中进行讨论或辨析,而不是把刑罚同国家、法律等与之关系十分密切的事物放在一起研究。如沈家本的《历代刑法考》就是把春秋刑罚作为中国古代刑罚发展历史中的一部分来对待,至少在他的整个论述中很少看到刑罚与其他事物之间的横向的联系。再如,陈顾远的《中国法制史》设有刑名一章,而春秋刑罚只是作者要探讨的中国古代刑罚的一部分。即使是那些按朝代研究法制史的学者,也是把刑罚作为一个单独的对象来讨论,用历史的眼光来审视刑罚。如杨鸿烈的《中国法律发达史》第三章讨论春秋的刑罚和整个周代的法制,但他注意的是周代的肉刑是“沿袭于相传的苗民”及其由古到今的“发达”这类的问题。这样的研究方法虽也可以发现刑罚在历史发展的长河中在形式等方面发生某些变化,比如,孙傅璠先生就是用了纵的观察法发现刑罚经历了由“治外”到“治内”的“变迁”,<sup>〔1〕</sup>但却不利于把握特定时代的刑罚同具体的政治经济文化等背景密切联系在一起的,从而也更能反映特定时代的刑罚的特点,不利于发现在刑罚制度发展过程中所发生的、比多或少了几个刑种、加大了还是减轻了强度等更为深刻的变化。把春秋刑罚同春秋的政治经济等社会状况联系起来进行考查,并注意春秋人对刑罚的实际运用情况时,我们发现这个时期的刑罚与战国以后的刑罚有着明显的不同,而这些不同从一个侧面说明了春秋法制与战国以后的法制处于中国古代法制发展的不同历史阶段上。我们可以把春秋刑罚的这些不同概括为四个特点,它们是非法定性、非必行性、非规范性和半国家性。

---

\* 山东大学法学院教授。

〔1〕 孙傅璠:《中国上古时代刑罚史》,《学风》第四卷第1期(1934年2月)。

## 一、非法定性

春秋人无数次地使用各种刑罚以处罚犯有各种罪名的人或集团,但在历史记载中,我们却绝少看到依法用刑的事例。除个别适用于具体的战争或其它事件的不具有反复适用性的誓令外,我们也绝少看到刑罚写在规范中的情况。这个时期的刑罚总地来说不是系于法律,而是握于有能力处罚他人的机关、集团甚至个人手中;不是法定的,而是人定的。《左传》、《国语》等先秦典籍为我们提供了大量的例证。

例一,潞国执政酆舒杀死“(晋)景公之姊”,“潞子婴儿之夫人”,“又伤潞子之目”,因此晋景公对潞实施讨伐,最后“灭潞”。执政伤国君、杀国君夫人,罪在执政,国君无罪。因执政之罪而灭国君之国,其行为不是比执政的犯罪行为更可恶吗?晋之灭潞显然于法无据。在晋君伐潞之前,伯余曾数“狄”(潞为狄人之国)五罪曰:“不祀,一也;耆酒,二也;弃仲章而夺黎氏地,三也;虐我伯姬(指杀死景公之姊),四也;伤其君目,五也。”〔2〕“不祀”、“耆酒”都属潞之内政,他国不应加伐灭之罚。对潞夺黎氏地,其正确的处理方法应是使潞归还黎氏地,而不是把潞国的地和潞国非法夺取的地都划入自己的版图。酆舒弃贤臣仲章,受罚的应是酆舒本人,而非酆舒执政的潞国。至于“虐我伯姬”、“伤其君目”两项,潞君是受害者,其应当的处理是处罚酆舒,维护潞君的利益。总之,不管哪一条罪状都不应引来潞国被灭的结果。更值得注意的是,伯余数狄之罪如同其他不“数罪”的案件一样,只数罪而不言依法这些罪行应受怎样的处罚,未言晋施加的有关惩罚的法律依据是什么。这或许可以说是伯余的疏忽,或者是他自知晋国的行为过火而避而不谈法定刑罚,但我们不能说《左传》等典籍所记载的“数”人之“罪”者都疏忽了或者都故意回避法定刑罚。

例二,莒太子弑其君父“以其宝来奔”,季文子没有按宣公的命令“与之邑”,相反,将其逐出。〔3〕季文子之举可以说合理,但却没有法律根据。按他自己的解释,他是按臧文仲的教导做的,即“见无礼于其君者,诛之,如鹰鹯之逐鸟雀也”。他的行为根据是对君有礼无礼,而不是对无礼于君者如何处罚的法。他虽然也谈到周公的誓命等,但他把莒太子的行为与周公誓命相比照的结果是莒太子的行为“皆在凶德”,而不是其行为依照某条规定应如何处理。他从周公那里找来的根据可以说明莒太子应受处罚,但不能说明应受怎样的处罚。他可以对鲁宣公说他做了一件“去一凶”的好事,就象舜有“去四凶”的功绩一样,但他的全部说明都没有涉及到对莒太子用逐刑而不是用其他刑的法律依据。莒太子是个犯了弑君罪的人,对他的处罚应当是更严厉的杀,甚至是烹、醢之类的极刑,事实上许多弑君者都是被处以生命刑的,如陈夏征舒等。季文子没有这样做,正说明他的处罚没有法律根据。季文子是在否定了君主的处理决定之后逐莒太子的,如果法律有对莒太子之罪如何处罚的规定,他回答鲁君的最好的理由是法律,就象张释之处理渭桥犯蹕案时回答汉文帝那样。季文子挖空心思为自己的不听君命辩解却不提法律,只能说明他手中并无法律武器。

〔2〕《左传·宣公5年》

〔3〕《左传·文公18年》

例三,《左传》所见镗刑均无法律依据。申公巫臣奔晋,楚子反“请以重币镗之”。<sup>[4]</sup> 镗如为法定刑,便无须用“重币”。晋国为镗栾氏,专门发起“商任之会”,并于次年再“会于沙隋,复镗栾氏”。<sup>[5]</sup> 如镗为法定刑,这商任之会和沙隋之会就都是多余的。

例四,魏绛对戮扬干之仆的解释是“师众以顺为武,军事有死无犯为敬”,但这个理由只能说明扬干“乱行”应受处罚,不能说明该受什么处罚。为什么扬干乱行不是戮扬干而是戮其仆,为什么对乱行的行为“用钺”来罚,而不是用鞭杖?这些都不能向法律索要答案。魏绛在戮扬干仆之后反向晋侯认罪,而且“伏剑”将自杀,说明他的行为并无具体的法律支持。<sup>[6]</sup> 晋悼公向魏绛认错的话也说明刑罚不必依法。他说:“寡人之言(指“扬干为戮,何辱如之”等话),亲爱也;吾子之讨,军礼也。”军礼只能说明扬干该罚,没有说明魏绛怎样罚。依据军礼,如同根据“师众以顺为武”的精神一样,司马之类官都可以酌情用罚。晋悼公一个“爱”字可以引出“必杀魏绛”的决定,同样,他给予魏绛的“军礼”这个依据也可以让魏绛根据他所认为的必要对有关人员或斧钺相加,或痛杖一顿。

例五,成公17年,齐灵公会诸侯归来,声孟子诉高无咎、鲍牵“将不纳君,而立公子角”。为此,齐国“别鲍牵而逐高无咎”。两人罪名相同,处罚却大不一样。之所以这样是因为鲍牵知道声孟子与庆克私通的情况,并向国武子报告过他们的奸情,声孟子要报复他。这充分说明了处罚的随意性。孔子曾这样评价鲍牵的遭遇:“鲍庄子之知不如葵,葵犹能卫其足。”<sup>[7]</sup> 如果别鲍牵有法律根据,孔子不会对此事做如此不严肃的评价;如果对鲍之行为有某种法定刑罚在,而齐国违背自己定的法律,孔子会对齐国有法不依的做法提出严肃的批评,不会讲上述不痛不痒的话。孔子那带有讽刺意味的评价说明,别刑与鲍牵的罪名同法律都没有关系。鲍牵被别主要是因为不会来事,惹恼了国君夫人,才落得个丢失双足的悲惨结局。

不仅齐别鲍牵没有法律根据,春秋所见的用刑刑的所有事例都找不到法律依据。邴邴之父与身为公子的齐懿公“争田”。这是财产争议,争议双方虽可能兵刃相见,但国家不会动用刑罚以惩罚其中的一方。齐懿公即位后将邴邴之父从坟墓中掘出,别其尸。此举很难从法律上获得合理的解释。即使法律可能有戮尸的刑罚规定,但法律也不可能具体规定对什么样的犯罪鞭尸、什么样的犯罪别其尸或者对尸体做其它污辱性处置。齐懿公对邴邴之父的“掘而别之”,纯粹是一种泄愤之举,绝非依法律行刑的行为。<sup>[8]</sup>

楚鬻拳“自刖”是因为他认识到“惧君以兵,罪莫大焉”。这“罪莫大焉”不等于罪当刖。如果依法当刖,他完全可以“归刑于司败”,没有必要忍受自刑的痛苦。鬻拳自刖后,“楚人以为大阍,谓之大伯”,还要“使其后掌之”。这个处理和《左传》作者对此事的渲染,显然具有褒扬的意味。出于“君子”之口的“爱君”、“纳君之善”等也发挥了这种作用。<sup>[9]</sup> 如果依法当刑,又何褒扬之有?

晏婴对齐景公有“踊贵履贱”之谏。在此谏之前,齐景公的做法是“繁于刑”;此谏之后,齐

[4] 《左传·成公2年》

[5] 《左传·襄公21年》、《左传·襄公22年》。

[6] 《左传·襄公3年》

[7] 《左传·成公17年》

[8] 前引[3]。

[9] 《左传·昭公5年》

景公“省于刑”。不管是“繁于刑”时多用的别刑,还是“省于刑”时省掉的别刑,都不是法定刑,因为在刑由法定的情况下这刑既不好“繁”,也难以省。别刑使用多少不决定于景公的态度,而决定于发生了多少应受别刑的行为。今人也可以把“繁刑”和“省刑”理解为立法中的繁省,但在《左传》的记载中看不出齐景公立法、改法的任何踪迹,而如果“繁刑”是说立法上规定了太多的别刑或太多的刑罚,晏婴的作用应该表现在立法过程中,他的“仁人之言”应发表于立法过程中,而不是在出现了“踊贵履贱”的情况之后。“君子”所说的晏子之言的“利博”指的是省刑的活动,而不是修法的实践;他所说的“晏子一言而齐侯省刑”是审判实践中的省刑,<sup>[10]</sup>而不是立法上的“削烦去曩”,就象唐太宗李世民在修《贞观律》时所做的那样。<sup>[11]</sup>在讨论这个故事时我们还应注意到,晏婴关注的并不是齐国用别刑太多,而是用刑太多,齐景公省的刑也不只是别刑,而是各种刑罚。如果我们上述的分析不错的话,下面的结论应当是可信的,即齐国的其他刑罚也都非由法定。

例六,晋文公伐郑,欲烹郑臣叔詹。原因是在晋文公流亡过郑时,叔詹曾劝郑君将其杀掉。晋文公听了叔詹“自今以往,知忠以事君者,与詹同”的话之后,不仅没有烹叔詹,而且“厚为礼而归之”。<sup>[12]</sup>此案中的烹刑不可能找到法律依据。叔詹一个“忠”字便让晋文公放弃了烹杀叔詹的计划,也说明在他心目中并没有法律的地位,更没有不得执行法定刑罚的责任。

例七,《左传·哀公5年》载,“郑驷秦富而侈,嬖大夫也,而常陈卿之车服于其庭。郑人恶而杀之。”下大夫陈卿之车服是违礼的,子思指出了驷秦的过错,即“不守其位”。子思和郑国人对驷秦的批评有礼的根据,但郑人因此而杀死驷秦却没有法律根据。如果我们假定郑人杀驷秦是依法行事,那么,我们可以把这法大致还原为“大夫僭越者死”。如果真有这样一条法律,孔夫子在看到季氏“八佾舞于庭”时就不应该说“是可忍也,孰不可忍也”,而应该按孟子的口吻说“服上刑”;在听说季氏要去祭泰山时就不应该指望冉有去“救”,<sup>[13]</sup>而应象后世的判官那样高喊“大刑侍侯”。

例八,昭公27年,楚令尹子常“灭鬬氏之族、党,杀阳令终与其弟完及佗,与晋陈及其子弟”。按鄢将师、费无极的编造,鬬宛的罪名是陈甲于门,欲害令尹和与吴国勾结。但此番动刑未经任何审判过程。令尹对罪名是否成立都没有兴趣查问,还会关心刑罚幅度这样的问题吗?此案引起国人共愤,但国人对令尹的谤言不是谴责他使用刑罚超出法律限度,而是批评他冤枉了好人。也就是说,谤言并不涉及刑罚的法律依据问题。面对“国言未已,进胙者莫不谤令尹”的压力,子常“杀费无极与鄢将师,并尽灭其族”。此举有没有法律根据呢?没有!按沈尹戌的说法,子常杀鬬宛是“杀人以兴谤”,而杀费无极等则是“杀人以掩谤”。既然掩谤是目的,杀人是手段,那就难免有人会达到掩谤目的的牺牲品。既然杀了鬬宛这样的无罪者给自己带来了“危”,那么,把参与陷害鬬宛的人杀掉便可给自己换回“安”。正是按照沈尹戌建议的“除谗以自安”的思路,子常才杀费无极等“以说于国”。子常此举主要是服从于政治,而不是服从法律的准绳。此举之后“谤言乃止”。这个效果不是由前案的用刑不合于法到此案的量刑严格

[10] 《左传·昭公3年》

[11] 《旧唐书·刑法志》

[12] 《国语·晋语四》

[13] 《论语·八佾》

守法的转变取得的,而是由前案的杀害忠良到此案的“除谗”的转变换来的。在这整个事件的发展过程中,国人关心的只是被杀的是好人还是坏人,而不是所使用的刑罚是否用法称量的结果。子常杀了“直而和”的好人鬬宛,国人便怨谤;杀了谗臣费无极等,他们便高兴。<sup>[14]</sup>从这个事例我们也可以看出,处罚是否有法律根据还没有成为当时社会公众关心的问题。

如果我们一定要把上述例证都视为违反春秋法制常态的恶例,那么下面的事例或许更能反映当时人在刑罚依据上的认识。

《左传·僖公28年》:“晋侯……入曹……令无人僖负羁之宫,而免其族,报施也。魏犇、颠颉怒,曰:‘劳之不图,报于何有?’爇僖负羁氏。魏犇伤于胸,公欲杀之而爱其材,使问且视之。病,将杀之。魏犇束胸见使者,曰:‘以君之灵,不有宁也。’距跃三百,曲踊三百。乃舍之。杀颠颉以徇于师。……城濮之战,晋中军风于泽,亡大旆之左旃,祁瞒奸命,司马杀之,以徇于诸侯……师还,……济河,舟之侨先归,……振旅,恺以入于晋,献俘、授馘、饮至、大赏,征会、讨贰,杀舟之侨以徇于国,民于是大服。君子谓文公,‘其能刑矣,三罪而民服。《诗》云,惠此中国,以绥四方,不失赏刑之谓也。’”这应该说是一代霸主成功使用刑罚的范例。可在这个被“君子”和《左传》作者称道的事例中,刑罚的法律根据却无从发现。魏犇与颠颉实施了同一行为,一个被杀一个被舍,这已经没有法律可言。晋文公在放掉魏犇时,首先考虑的是他的“材”。因材与不材而定生杀,这种做法显然不是执法行为。文公最终确定放免魏犇是以其伤情为根据的。由此更可看出,在文公的头脑中完全没有违令罪依法应受怎样的处罚的概念。对这种违反执法的一般要求的用刑活动,“君子”赞以“能刑”,这不是有意“为尊者讳”,也不是颠倒美丑,而是因为“君子”和晋文公一样都不认为用刑者有义务按法行事,接受法的约束,是因为在晋文公和那位“君子”生活的时代根本不存在用刑必须有法律根据的要求和观念。晋文公的“三罪”的成功不在于严格依法办事,而在于使民“服”。使民服的有效方法在当时并不是依照某种既定规则办事,而是让人产生对违令的恐怖。这三罪的共同特点是行为人违反军令,而国君对违反军令者都采取了“杀以徇”的办法。三案中重要的环节都是“徇”。有了“徇”才使臣民普遍知晓违令的严重后果,才产生了使民“服”的效果。这里起作用的不是法律,而是军令不可违的精神,亦即魏绛所说的“武”,是“杀以徇”的残酷。楚令尹子冯闻“观起车裂”的故事“自御而归,不能当道”,就是令尹子南被杀于朝、观起被轆于“四竟”这种残酷所产生的效果。<sup>[15]</sup>

我们已经举出了足够多的例证,然而以此来说明历经几百年发展的春秋刑罚制度,仍难免会让人产生以偏概全的疑问,因为人们完全可以这样想——任何时代都不乏常规或常态之外的事例。我们无法剥夺今人提出这类怀疑的权利,因为我们所运用的绝大多数例证都明显地受到施刑者个人因素的影响。但是,正象我们在前面已分析到的那样,这样的施刑者的个人好恶私毫没有表现出与法定刑罚有什么关系。不管在这种个人情感影响下实施的刑罚妥当还是不妥当,在当时都既没有产生符合法律规定的肯定性评价,也没有引来谴责其法外用刑的否定性评价。在春秋几百年的历史中,对审判活动,对使用刑罚提出批评或赞扬的事例并不少见,但没有任何一项评价是对执行或未执行法定刑罚而提出的。对十分不合适的审判,批评者从未使用过法定刑罚这个武器斥责审判者;对十分值得赞赏的审判,褒奖者也从未给审判者戴过严格执法的桂冠。具体的案件可能是违反常规的例外,但我们不能相信在几百年的历史中一

[14]《左传·昭公27年》

[15]《左传·襄公22年》

直没有出现法定刑罚的概念,我们尤其不能相信十分注意褒贬的《春秋》及其三传都同时忘记了违法用刑行为的贬和对依法用刑行为的褒。这只能说明春秋刑罚的非法定性。

## 二、非必行性

春秋时期的刑种很多,仅《左传》所见就有 30 余种,其中包括:扶、鞭、梏、执、止、囚、劓、刖、黥、宫、劓、卑贬、为臣妾、逐、放、戮、杀、缢、斩、轘、醢、烹、灭氏、灭党、伐、賂、夺地、夺室、为鬻、司宫等。<sup>[16]</sup>如果我们把这些刑罚视为一个体系的话,那么,这个体系带有明显的非必行性,因为在这个体系中的若干刑种是没有办法确保实行的。下面的事例可以说明这种情况。

晋曾“鞮栾氏”。对栾氏的鞮非晋国的力量所能及,晋国无法保证对栾氏的鞮刑的切实实施。晋国虽为鞮栾氏而会诸侯,但它无法确保通过一两次盟会就使与会诸侯一定参与对栾氏的禁鞮中来,更无法保证那未与会的诸侯也帮助晋国执行对栾氏的禁鞮。齐国虽然参加了由晋国召集的鞮栾氏的盟会,但却收留了栾氏。晋国虽明知齐国收留了栾氏,也只有再行集会,重申鞮栾氏的禁鞮要求。它无法强迫齐国按晋国的要求办事。<sup>[17]</sup>再如,晋、楚等国都曾使用灭氏之刑,但这种刑罚只有在实施完了之后才可以说是一种刑罚。在此之前,它很可能只是一场家族冲突,一场由君主错误发动的疑忌“良臣”的军事行动,甚至是一次叛乱。这是因为被灭氏的家族都很有势力,有时直接掌握国家力量。如楚若敖氏被灭之前,子文及其子斗般、子文弟子良之子子越先后为楚令尹。灭这种氏首先要消除其政治、军事势力,而对其政治、军事势力的消灭常常没有必胜的把握。若敖氏就曾与“楚子”“战于皋浒”,使王师“惧”而“退”<sup>[18]</sup>。昭公 25 年,鲁君“伐季氏”,如果取得成功的话,《春秋》有可能再增加一项灭氏的记载。但此番讨伐以鲁君战败,“孙于齐”而告结束,历史便成了后来《左传》所记的样子。<sup>[19]</sup>这个事例告诉我们,灭氏刑不必行。又如,春秋各国,也包括周天子所在的周国,经常使用伐刑,这种刑罚的非必行性更明显。周桓王伐郑,以郑“射王中肩”宣告讨伐失败。<sup>[20]</sup>这样的伐如何必行呢?陈恒弑齐简公,孔子请鲁君讨伐之,但鲁君及其卿大夫都对讨伐之事不感兴趣。<sup>[21]</sup>因为讨伐的前提是有强大的军事力量。没有军事上的强大,就难有成功的讨伐。僖公元年,莒伐鲁反被鲁所败。这样的教训恐怕会告诉诸侯国君及其卿大夫们不可轻易对他国实施讨伐,即使是大国也不可轻易用伐,因为受伐的弱国、小国可以利用同盟关系,借助其他大国的帮助来抵抗加给它的讨伐。

以上事例反映了刑罚不必行的三种情况:其一,由一诸侯国决定的但又必须在其它诸侯国实施的刑罚不必行;其二,一诸侯国内的一部分势力对另一部分势力实施的刑罚不必行;其三,由一诸侯国或诸侯国联盟对另一诸侯国或诸侯国联盟实施的刑罚不必行。这三种情况又给予我们这样三条启示:其一,一定国家宣布的刑罚只有在其权力所及的范围内才有可能被赋予必行性。晋对栾氏的鞮刑在超出晋国国界或晋国国家控制的范围之外便无法实行。国家要使自

[16] 关于春秋刑罚种类的考查,吾当另文为之。下文所述伐、灭氏等,在春秋人的观念中都是刑。

[17] 《左传·宣公 4 年》

[18] 《左传·昭公 25 年》

[19] 《左传·桓公 5 年》

[20] 《论语·宪问》

[21] 《国语·晋语五》

已确定的刑罚在更大的范围内有效,就必须先把国家权力的触须扩展到更大的范围中去;要使自己确定的刑罚在全天下有效,就必须先建立控制全天下的中央集权的政权。春秋时期先后出现的几个霸主所做的只是通过盟约建立权力的联盟关系,而国家间的联盟关系无法将某一个国家的决定无例外地在全联盟中实施,因为任何一个加入联盟的国家为了自身的利益都有可能阻止其它国家的决定在自己管辖区域内的实行,都有可能拒绝满足其它国家的要求。如果我们再考虑到春秋时期始终没有建立长期稳定的国家联盟关系的话,就会更确信某一诸侯国的决定在全联盟实施的不必然性。同时国家联盟的存在意味着一定存在着处于某一联盟之外的国家,而在这一联盟之外的国家没有必要一定将其他联盟的某项决定在自己的国家里实施。春秋人没有建立统一的政权,没有把统一政权的权力触须延伸到全天下,所以也就无法保证那需要在全天下实施的刑罚的必然有效。

其二,在一个国家之内,刑罚的必然有效以权力的统一为条件。楚子灭若敖氏之所以冒王师“退”的风险,鲁昭公之所以没能如愿除掉季氏,就是因为楚国、鲁国的国家权力不统一。当时在所有诸侯国,包括周国在内,都没有形成统一完整的国家权力。在国家权力不统一的情况下,不仅象灭氏之类的刑罚不一定有效实施,就是常用的杀刑及其它用来惩罚国内臣民的刑罚也没有必行的把握。例如,晋灵公处心积虑要杀掉赵盾。他先是派麇“贼”赵盾,麇没有完成任务,而是自杀以成不弃君命之“信”。尔后,灵公又借“饮赵盾酒”的机会,“伏甲将攻之”。这次晋灵公还是没有成功。赵盾在提弥明等的拼死保护下逃脱了。身为国君的晋灵公没有杀死赵盾,反而因此引来赵氏的仇恨,最后被赵穿攻杀于“桃园”。<sup>[22]</sup>晋灵公不能杀死其所深“患”的赵盾,就是因为他不能如运股掌那样地调动全部国家权力,晋国权力主要不是掌握在他手中,而是掌握在赵盾及其他卿大夫手中。再如,郑厉公“患”祭仲之专擅,“使其嬖雍纠杀之”,结果,不仅没有如愿锄掉祭仲,相反,其嬖死于祭仲之手,且被“尸诸周氏之汪”,郑厉公也不得不“出奔蔡”,后“因栎人杀檀伯而遂居栎”。<sup>[23]</sup>这位君主没有建立起郑国的统一权力,也就无法保证把他的愿望真正变成国家的刑罚决定。在他的国家里,“祭仲专”与他的君主地位同时存在,已经造成了事实上的权力不统一。又如,定公13年,晋国发生了赵氏与范氏、中行氏等的冲突,冲突中赵氏、荀跖、韩不信、魏曼多伐范氏、中行氏,而范氏、中行氏又“伐公”。<sup>[24]</sup>在这个事件中,除晋定公是形式上的晋国君主外,赵氏、范氏、中行氏、智氏、韩氏、魏氏都有自己独立的政治、军事力量,都可以行使权力。赵鞅杀邯郸午,公开宣布是“私有讨”,他没有指望统一的国家权力;范氏、中行氏伐赵鞅,用的是自己家的力量,也没有求助于统一的国家权力;荀跖等奉晋定公伐范氏、中行氏,更象是由两家族纠集的队伍,而不是严格的国家活动;范氏、中行氏对晋定公实施讨伐,说明他们就没有把这位君主视为国家权力的唯一合法代表和晋国权力的唯一源泉。

其三,地位相当的主体之间无刑罚。刑罚以受罚者对加罚者之间的隶属关系为条件,或者说刑罚的有效以管辖权的存在为前提。春秋时期的侵伐绝大多数都发生在相互间没有隶属关系的诸侯国之间,这种征伐与其说是刑罚,倒不如说是欺凌、侵略或者报复。这种刑罚常常缺

[22] 《左传 桓公25年》

[23] 《左传 定公13年》

[24] 郑灭须句在僖公21年,见《左传 僖公21年》。

乏刑罚权根据,因为只有有管辖权的人才有理由强迫他人承担法律责任,从而才有理由加给他人以刑罚。正是因为春秋时期发生的征伐绝大多数都没有管辖权依据,才导致受伐国反伐加伐国的情况屡屡发生。许多诸侯国在讨伐他国时往往都先给自己找出某种讨伐的理由。如僖公 22 年,鲁君“伐邾,取须句”,其理由是邾国不该灭须句,使须句子无家可归。<sup>[25]</sup>但这种理由并未解决管辖权问题。僖公 4 年,齐楚交兵,双方的辩论涉及管辖权问题。管仲的理由是:召康公对齐先君有“五侯九伯,女实征之,以夹辅周室”之命。<sup>[26]</sup>但此类的管辖权根据实在太遥远。春秋五霸的所谓“挟天子以令诸侯”也给自己的征伐行为找到一点合法性根据,但大概当时所有的诸侯对这种合法性都远非深信不疑。不管是管仲的召康公之命,还是五霸以其他什么形式假借天子之命,包括把周天子召到盟会地点,都没有使他们的征伐获得靠得住的依据。有些诸侯间的相伐常以背盟为理由,但盟约,尤其是两国间的盟约也不能使加伐国获得管辖权。因为结盟的双方或多方就结盟而言地位是相当的,不存在谁隶属于谁,谁管辖谁的问题。士弥牟的话,“所谓盟主,讨违命也”,反映了盟主对联盟各国的管辖权,但这种管辖权的效力极其有限。<sup>[27]</sup>首先,它只对盟约所涉及的行为有效;其次,当盟主是为本国利益而不是为联盟整体的利益或盟约所规定的要求而对他国实行讨伐时,盟主的行为便超出了管辖权的有效范围;再次,当盟主国利用盟主的地位给入盟国以不公平待遇时,受不公平待遇的诸侯国就会拒绝接受盟约的约束,而这时盟约所赋予盟主的管辖权也就实际上被入盟国收回了。

诸侯国间的相互讨伐没有解决管辖权的问题,诸侯国内部的管辖权问题也没有完全解决。前述晋国在鲁定公时期发生的事件就是一例。赵鞅对邯郸午的“私有讨”显然没有管辖权依据。范氏、中行氏因此而伐赵氏,也没有取得执行处罚的管辖权依据。至于范、中行对晋国君主实施讨伐,在行为人的头脑中就更是丝毫没有管辖权的影子。春秋时期的刑罚之所以具有半国家性的特点(见后),也同没有很好地解决管辖权的问题有关联。

春秋时期刑罚的非必行性不只是前面所列举的几种刑罚不必行,而是整个刑罚体系里有不必行的顽症;不是由于出现了某种特殊情况时不必行,而是当时的整个制度和政治环境决定了它的不必行。

### 三、非规范性

刑罚是国家法制中的一项严肃的制度,当我们说某种刑罚时,与这个刑名相对应的应当有十分具体、明确的内容。不管是刑罚的加害方式,刑罚暴力的强度,还是惩罚的持续状态、持续时间,惩罚给受刑人带来的实际危害等,都应是确定的、严格的。一国的各种刑罚方法应当有明确的门类划分,各种不同的刑罚方法在刑罚体系中都应有自己特定的位置,有自己存在的特有价值,但春秋时期的刑罚制度却远不是这样的。虽然我们可以把春秋时期的刑罚制度按某种或某几种标准分成若干种类,如分成生命刑、肉刑、身份刑、财产刑、劳役刑等,但实际上这种

[25] 《左传·僖公 4 年》

[26] 《左传·昭公 23 年》

[27] 五刑并不是西周刑罚的全部,比如那被周公使用过的流放刑就不在这五刑之中。因而,所谓西周刑罚体系,如果存在也不是仅有五刑序列。我们说春秋时期的刑罚制度尚未形成完整的体系,这绝不意味着春秋时期是一个倒退的时期,也不等于说西周人比春秋人更文明、更进步。

划分不可避免地存在人为裁割古代制度的情况,因为当时的制度并未严格地按照我们所取的标准或其它什么标准划分为不同种类。在各诸侯国中使用的各种刑罚方法多为原生刑的处罚方法,尚未经过国家的科学加工和法律上的严格界定,具体的刑罚方法既不是根据某种体系的要求而选择的,也不是因与其他方法呼应或相得益彰而存在。春秋刑罚还不是严格的规范化的制度。我这里所说的春秋刑罚的非规范性主要是指:

第一,各种刑罚方法间没有形成有机联系的刑罚体系。如果我们假定西周时期形成了墨、劓、宫、辟的五刑体系,<sup>[28]</sup>那么,春秋人所创造的远多于五种的丰富多彩的刑罚把这个体系淹没了,而他们使用的包括西周五刑在内的众多的刑罚方法尚未真正按照一定的体系的要求有序地组合起来。比如,按照对五刑体系的通常理解,宫刑是比刖刑重的刑罚,但在楚灵王那里,刖刑似乎比宫刑更重些。晋国的韩宣子和叔向访楚,楚灵王欲以对晋国大臣实施刑罚的方法羞辱晋国。此议以“辱晋”为目的,而对地位越高的人使用的刑罚越重便越能充分表达对晋国的羞辱。楚灵王是按照这个思路行事的,而他对两位晋国使者选择的是:上卿韩起“为阉”,上大夫叔向“为司宫”。<sup>[29]</sup>再如,死刑作为五刑中最重的刑罚虽可与其它四种刑罚组成一个由重到轻的序列,但春秋人创造的太多的辟刑怎样形成序列却大成问题。杀、缢、斩、醢、烹,尤其是其中的醢、烹究竟哪个更重一些,它们在对具体的罪名使用时究竟有怎样的区别?对此我们不得而知,春秋时期也未见有人论及。

臧文仲有“五刑三次”之论,这可以说是春秋人对刑罚体系做的最系统的表述。然而,他的论述却无法包容全部春秋刑罚,即使是他所在的鲁国的刑罚。比如,逐刑这个曾被鲁国君臣反复使用过的刑罚方法在他的这个体系中便没有位置。再如,执这种曾多次对鲁国君臣使用过的刑罚也为他的这个体系所无法包容。

如前所述,春秋时期的刑罚是春秋人使用的刑罚,不是春秋人通过建立完整的法典而详细规定的刑罚。使用或不使用某种刑罚不是按照某种统一的构思确定的,而是行使审判权的人或惩罚他人的人随机决定的。动用刑罚的人头脑中可能有自己的刑罚体系,但由不同的审判者动用的刑罚却无法组成严整的体系。不同的用刑者可能接受来自某个前辈或某种传说的刑罚体系,但那存在于不同审判者头脑中的体系却未凝固成国家的刑罚体系。后人或今人从他们所使用的刑罚中所理出的某种种类划分或体系也不能使当时的多种刑罚方法产生刑罚体系的效能。即使当时的某位思想家给某国使用的刑罚总结出某种体系,如臧文仲等,用刑者所采用的刑罚方法也会使这种描述性体系陷入破败。

第二,许多刑罚方法没有区别于其他刑罚方法的特定内容。春秋刑罚从总体上看没有构成有机体系,而从局部来看不同刑罚方法或不同称谓的刑罚方法之间没有分工,彼此没有明确界限。比如,春秋时期实际使用的戮刑可以划分为生戮与死戮两种。在死戮的情况下,戮常与杀、斩、绞等生命刑交叉。在绞缢以戮、斩以戮的情况下,我们不仅难以确定戮刑与斩刑、绞刑等的区别,甚至也无从确定它们究竟是哪种刑罚。因为斩而“尸于市”的斩刑与斩以戮的戮刑

[28] 《左传·昭公5年》

[29] 沈家本先生也把执和囚视为两种刑罚,见《历代刑法考·刑法分考十二》。

实在没有实质性的区别。再如,我们一般给刖刑的定义为断足,但在“掘而刖之”的死后“刖”中,其“戮”的意义可能更强烈些。这时的刖究竟是作为肉刑使用的还是作为戮刑使用的,大概只有决定者或实施者自己才能明白。又如执、止两种刑罚只有实施方式的细微差别,两者对犯罪人的惩罚意义完全相同,其原生形态没有继续独立存在的价值,设立独立的执刑和止刑没有实际的法律意义。而执、止与囚刑三者之间也是你中有我,我中有你,难分彼此。<sup>[30]</sup>因为执和止都需要对犯罪人进行关押,而以关押为主要内容的囚刑也一定需要经过执或止的过程。如果两种或两种以上的刑罚难以彼此区分,设定两种或两种以上的刑名便是没有必要的。

第三,执行上没有统一的标准,具体刑罚的边际不清楚。刑罚应当具有严格的确定性。这确定性的重要表现为,不管是在什么地方,什么时间,对什么人,或由哪个机关执行,同一种刑罚加于受刑人的危害强度、致害方法等都是相同的。春秋时期的刑罚缺乏这种确定性。比如囚刑,不仅不同的国家没有而且同一个国家也没有统一的囚所,囚禁时限也无尺度可循。至于如何对待囚犯,就更没有制度性的规定。再如,我们认定春秋时期有卑贬刑。其实,把卑贬称为一类处罚似乎更合适,因为达到贬低受处罚者目的的办法是多种多样的,而且其办法一定是因时、因地、因人从事活动的不同而有别的。范献子卑贬魏献子的方法是“去其柏椁”,<sup>[31]</sup>晋国人卑贬鲁成公的办法是使其为晋景公送葬,<sup>[32]</sup>鲁季孙卑贬晋士鞅的手段是减其牢数,以对待较低身份的齐鲍国的“礼”招待这位晋国大员。<sup>[33]</sup>在不同场合下使用这种刑罚有共同的目的,但没有共同的惩罚形式和惩罚量度。根据其共同的目的我们将其概括为卑贬刑,但人们却无法根据卑贬的称谓或卑贬的目的为其规定具体的执行标准。又如灭氏是一种危害极大的刑罚,但执行灭氏是应当尽杀族人,还是在既杀其家族主要成员后又给其留下传递香火的人,如楚对若敖氏呢?灭氏之后,被灭家族的财产是归国家,还是归执行灭氏刑的人呢?对这些,各国的做法不一,也未见有统一的规范。又如伐刑,后人虽有侵、袭、伐的描述性种类划分,但此刑的执行仍难以实现规范化。加伐者无法规定受伐者是否抵抗及抵抗的顽强程度,也无法事先知道其是否反伐,这就使伐刑失去了规范化的前提。加伐之师成功地开进受伐之国(邑)后,对哪些人、家(如陈夏征舒家)或不对哪些人、家(如郑僖负羁家)实施搜掠,执人还是不执其人,执人时执哪些人、多少人等,都没有统一的标准。杀刑应该是比较容易实现规范化的,但在春秋时期的法制实践中,其具体的执行情况也是参差不齐。有的杀死犯人便算执行完了,有的在将犯人杀死之后还要再加施其他的处罚,如郑国“杀子孔而分其室”、<sup>[34]</sup>齐国“杀(崔)成与(崔)强而尽俘其家”。<sup>[35]</sup>

第四,刑罚与普通的侵害无明显区别。楚子玉治兵用“鞭”,晋公子重耳流亡卫国时,“乞食于野人”,对不馈送食物而与之“块”者也“将鞭之”。<sup>[36]</sup>重耳既非卫国官员,亦非晋国的奉命使者,更非周天子的“钦差”大臣,显然没有对卫国野人用刑的权力,但其欲鞭卫野人与子玉鞭违反军纪的兵士在形式上是一样的,二者并无明显区别。宋子荡“以弓楛华弱于朝”本为人与人

[30] 《左传·定公元年》

[31] 《左传·成公10年》

[32] 《左传·昭公21年》

[33] 《左传·襄公19年》

[34] 《左传·襄公27年》

[35] 《国语·晋语四》

[36] 《左传·庄公30年》

之间的争斗,但在司城子罕眼里却成了“专戮于朝”。<sup>[37]</sup>春秋时期常见有杀人于朝的情况,既然在“朝”上可以行斩杀之刑,当然也就可以施桎刑。而这样一来,作为刑罚的桎和作为伤害手段的桎就难以区别了。春秋各国经常“执”他国的使臣甚至国君,从执的行为由国家实施来看,我们可以称其为刑罚,但从诸侯国间关系的角度来看,对地位相当的诸侯国国君或其卿大夫加以执拘,更象是挑衅行为,或者霸权行为。《左传》关于杀、斩的记载很多,仅就那些由国君或卿大夫实施的斩、杀而言,我们就很难断定哪些是刑罚,哪些不是刑罚。周王、郑伯和虢叔等“杀王子颓及五大夫”<sup>[38]</sup>是使用刑罚,而晋里克杀奚齐和公子卓在晋惠公看来则是弑君。<sup>[39]</sup>同样的杀之所以被区分为两类,大概主要是以行杀者与被害者的关系为根据的。晋邢侯杀叔鱼于朝的“专杀”<sup>[40]</sup>之罪与长鱼矫“杀驹伯、苦成叔于其位”<sup>[41]</sup>的杀刑在形式上几乎没有任何区别。齐国的连称、管至父杀死齐襄公,<sup>[42]</sup>雍廩杀死由连称等拥立的国君无知,<sup>[43]</sup>齐人取公子纠杀之,<sup>[44]</sup>晋杀“怀公于高粱”,秦伯“诱”杀图谋杀害晋文公的瑕甥、驷丙,<sup>[45]</sup>等等,这许许多多的杀或许与对政权的争夺有关,但又都是由有一定权力的人实施。我们很难相信它们就是刑罚,但我们同时也没有充分的理由说它们不是刑罚。

春秋刑罚还没有完全脱离那由社会强者使用的惩罚或加害方法而上升为专门的国家刑罚,它们不仅没有被赋予不同于普通加害方法的内容,而且其名称还都保持普通加害方法的原样。刑罚与普通加害方法的界限不清与下面将要讨论的春秋刑罚的半国家性是紧密联系在一起的。

#### 四、半国家性

刑罚是国家制裁犯罪行为的手段。它无疑应当是国家的工具,体现国家的意志,具有鲜明的国家性。然而春秋时期刑罚的这种国家性却表现得不是十分强烈。尽管几乎所有的刑罚都由可以找到根据的国家机关来实施,但这些刑罚还是带有明显的家族性、私人性。刑罚实施的形式是国家的,但其所表达的意志却常常是私人的。

春秋人几乎把所有社会关系都化简为邻并关系,即使是在使用刑罚的活动中,实施刑罚者也把自己放在邻并关系一方的地位。<sup>[46]</sup>在这种处于邻并关系网中的施罚活动中,施刑者常常成为获利的一方。当施罚者把施罚当成一项谋利活动来对待时,所谋之利的国家性和私人性就难以区分了。事实上,春秋时期许多施刑活动中的得利者都首先是私人。晋文公烹叔詹是

[37] 《左传·庄公21年》

[38] 《左传·僖公10年》

[39] 《左传·昭公14年》

[40] 《左传·成公2年》

[41] 《左传·庄公8年》

[42] 《左传·庄公9年》

[43] 《左传·庄公9年》

[44] 《左传·僖公24年》

[45] 春秋时期的几乎所有法律关系都可抽象为一种与家族同家族关系相类似的关系,不管这种关系被春秋人称为君臣、父子、夫妇,还是上下、长幼,都包含着一种不能用平等来表达但又具有某种对位性的内容。这种关系叫做邻并关系。我将在另外的合适的机会详细论证这一观点。

[46] 《左传·隐公元年》

自己要解心头之恨;楚灵王要刖韩起、宫叔向是因为晋是其难以战胜的强敌;鲁昭公讨伐季氏主要是他本人想夺回被季氏强取走的国家权力;范宣子赶走栾盈是要维护自己的地位不被栾氏取代;郑庄公伐京、鄆最后克段于鄆,是因为有太后支持且做了“完、聚,缮甲、兵,具卒、乘”等“袭郑”<sup>[47]</sup>准备工作的公叔段已经危及自己的宝座;楚子重、子反杀巫臣之族的重要收获是“分其室”;秦伐晋俘晋惠公后取得的收益是“始征晋河东”;鲁君以邾灭须句为口实而伐邾,结果是自己把邾敛入鲁囊。晋赵鞅围卫,晋国获得卫国贡纳“五百家”。<sup>[48]</sup>围卫之役之后3年,如果不是邯鄲午从中作梗,实施围卫之役的赵氏将是这“卫贡五百家”的最后得主。<sup>[49]</sup>即使是周天子,按祭公谋父的规纳,不管是“刑”、“伐”,还是“征”、“让”等,也都首先是要满足周对“祭”、“祀”、“享”等的需要。这些施罚者首先是私有者,然后才是权力的握有者,都首先是“私”人,然后才是“公”人。

《左传》等载有“私有讨”的说法和事件。<sup>[50]</sup>私有讨是公有讨的对称,私有讨的存在似应证明非私有讨都是公有讨,且公有讨都代表国家。这是极容易产生的一個推论。然而,私有讨与刑罚的国家性是不相容的,它的存在虽不一定导致刑罚的国家性的丧失,但却使其大打折扣。因为这私有讨的“私”人性随时都会影响刑罚的公共性,随时都可能让“寡人有讨”<sup>[51]</sup>、“诸侯有讨”<sup>[52]</sup>服务于“私有讨”。楚无宇到楚灵王的“章华之台”去“执”其逃亡的“閻”是“私有讨”,掌握章华之台的管理人員为完成在周文王看来是犯罪行为的“纳亡人”的工作而执无宇,便已加进了楚灵王的个人之私。如果这位楚灵王对无宇按“执人于王宫,其罪大”的判断而加以“讨”,他的讨就更明显地是维护其“盗”贼利益的“私有讨”了。

本文不想过多地涉及春秋时期的国家性质等问题,但把为史学界比较普遍接受的两点认识提出来,对回答本文所欲解决的问题是有帮助的。其一,春秋时期的许多诸侯国的许多官职或者说许多重要的职位都是被若干家族世袭地占有的;其二,“权力下移”是许多人对春秋政治局势的评价。所谓下移实际上就是在周天子之外,在诸侯国就是在国君之外形成新的权力中心,而新的权力中心首先是家族中心,如齐国之田氏,晋国之智、范、韩、赵、魏等。<sup>[53]</sup>这些以家为背景的而不是作为君主雇员的世袭的掌权者,他们的为政活动不能不是兼顾家、国;这些由家发展起来的权力中心,不能不兼具政治国家性和私人性。

从春秋刑罚的上述特点我们可以得出如下结论:春秋刑罚制度以及以其为重要组成部分的春秋法制与战国以后的法制不属于同一个时代。下面的对比使我们有理由相信在春秋法制

[47] 《左传·定公13年》杜预注。另,赵鞅围卫之役在定公10年。

[48] 《左传·定公13年》载:“晋赵鞅谓邯鄲午曰:‘归我卫贡五百家,吾舍诸晋阳。’邯鄲午口头答应了赵鞅的指令,但背后却采取了‘侵齐而谋之’等行动,以图维护邯鄲与卫之间的友好关系。

[49] 《左传·襄公17年》、《昭公28年》、《定公13年》。

[50] 《左传·成公17年》

[51] 《左传·僖公7年》

[52] 拙著《春秋战国时期的社会变革与法的成文化》曾论及春秋时期新的权力中心的形成问题,见《中国历史上的法制改革与改革家的法律思想》,山东大学出版社1999年版,第24页以下。

[53] 拙作《春秋时期法律形式的特点及其成文化趋势》(载《中国法学》2000年第1期)曾对春秋时期法制的时代特征做过探讨。我在文中指出:春秋时期的法律形式的基本特点之一是“以前例为基本的存在形态”,这个时期的法“在总体上不是成文法”。

与战国以后的法制之间有一条时代分界线：

1. 春秋刑罚非由法定，而战国以后的刑罚已经法定化；
2. 春秋刑罚不必行，而战国以后的刑罚在制度上是必行的；
3. 春秋刑罚尚未实现规范化，而战国以后的刑罚是规范的、严格的、具有高度确定性的；
4. 春秋刑罚具有明显的半国家性，而战国以后的刑罚尤其是秦以来的刑罚确切地属于政治国家，用公权力包括刑罚权谋取私利是刑罚打击的对象。

在这条时代分界线之后是刑罚法定时代，之前是刑罚的非法定时代。与此相应，刑罚法定时代的战国秦汉法制属于成文法时代，而刑罚非法定时代的春秋法制属于前例法时代。成文法的特点是规范本身具有必行性效力，而前例法的规则来自不确定的古典旧制，这些来自古典旧制的规则在被应用之前没有获得“权力”这种禀赋。

中外学者所论证和所接受的作为制度文明的中国法制史，在战国以迄清末两千多年的历史中一直处于同一时代，即成文法时代。在整个成文法时代，我国的古代法制也曾发生过这样或那样的一些变化，但所有这些大的或小的，我们知晓其原由的或不甚明了其来龙去脉的变化，都不足以让我们用时代这样的尺度对这段历史做大于—的剖分。而这个漫长的历史时代是从战国时期开始的，其起点在战国初，我们不能把对这个历史时代的描述延伸到春秋和春秋以前去。反过来说，按照成文法时代的模式去拆解春秋法制是不可取的。

---

**Abstract** :Based on the materials of a large quantity of examples and evidences provided for in the documentation such as *Zuozhuan* and *Guoyu* ,the article analyzed the distinctions of criminal punishments in the Spring and Autumn Period and the Post Wartime Period together with the social conditions of the Spring and Autumn Period ,and held that the criminal punishment in the Spring and Autumn Period was of four features :non - legalization ,non - necessity for implementation ,non - normalization and quasi - statehood.

---