

汉代司法程序中的先请与上请辨析

赵晓磊 侯欣一

内容提要 学术界的主流观点是将汉代的先请或上请视为特殊犯罪主体的优待制度,这种研究对象定位的偏差对先请与上请实质的认识产生了较大障碍。先请与上请事实上均为皇帝权断层面的案件适用的司法程序,是实现皇帝参与和控制司法的重要途径,两者在适用的犯罪主体、案件处理的司法阶段、向皇帝请示的内容和司法功能上均有根本性的区别。先请适用于官僚贵族犯罪案件,是劾罪官员向皇帝奏请治罪的程序,使皇帝对特殊身份主体犯罪案件拥有了司法管辖权;而上请适用于各种特殊案件,是司法审理机构就拟定判决向皇帝请示的程序,使皇帝对特殊案件拥有最终裁决权。

关键词 汉代 先请 上请 诏狱

赵晓磊,南开大学法学院博士生 300071

侯欣一,常州大学法学院特聘教授 213164

先请与上请是汉代司法中常见的程序,历来为学术界所关注,在论著及教科书中多有提及,但由于史籍记载不详而常被混淆,其称谓的表述形式也不统一,有的笼统称为“请制”,有的称为“上请”,有的称为“先请”^[1]。清末学者沈家本在《汉律摭遗》中提到先请时,认为汉代有“先请之律”,“其名亦曰上请……《唐律》请章有上请之文,实本于汉。”^[2]由此可见,沈家本先生最早也是将先请与上请视为相同之程序,并未作区别对待,并认为汉代的先请或上请乃唐代上请之源头。今天学术界对先请与上请的认识,或渊源于沈家本先生之见解而拘泥于其中。

在将先请与上请混淆的同时,学术界对两者的解释还存在较大的分歧。通过梳理论著及教科书

[1]参见王立民:《论上请》,〔上海〕《法学》1991年第6期;程政举:《汉代诉讼制度研究》,〔北京〕法律出版社2010年版,第76-82页;《中国法制史》,陶舒亚主编,〔杭州〕浙江大学出版社2006年版,第112页;《中国法制史》第二版,曾宪义主编,北京大学出版社2009年版,第97页;《中国法制史》第二版,范忠信、陈景良主编,北京大学出版社2010年版,第182页;《中国法制史新编》(第二版),陈晓枫主编,武汉大学出版社2011年版,第334-335页。提及先请与上请制度的教科书版本较多,此处不一一赘述。

[2]〔清〕沈家本撰:《历代刑法考》(下册),〔北京〕商务印书馆2011年版,第546-547页。

中的各种观点可以发现,学术界均认为先请或上请适用于特殊身份犯罪案件,但在二者所处之司法阶段或者司法机关请示的时机上存在分歧。一些学者认为,一般司法机关不能擅自对此类案件做出判决,必须将审理结果向皇帝请示,这种观点是将先请或上请视为特殊案件拟定判决的请示程序;还有学者认为,司法机关遇到此类案件,必须先奏请皇帝裁定如何处理,得旨后再正式审理,或不审理,这种观点是将先请或上请视为特殊案件审理的启动程序;也有学者在汉代诉讼制度中简单提到先请,认为先请是贵族官僚犯罪时的逮捕请示程序^[1]。近些年来,研究诏狱的学者也提到了先请,认为先请是收审罪犯的必要程序^[2],无疑也是将先请视为特殊案件审理的启动程序。

先请与上请在汉代仅仅是文字表述上的差异?还是两者具有完全不同的内涵?目前学术界对先请与上请的认识尚存在诸多分歧与模糊不清之处。汉代的先请与上请是极为重要的司法程序,非常有必要将两者辨别澄清,这不仅有助于了解汉代特殊身份主体犯罪的处理,而且对考察汉代皇帝参与司法之方式也有重要意义。

一、汉代的先请与上请不应混淆

前面讲述的将汉代的先请等同于上请的观点,也仅仅是一种假设,在史籍中是找不到依据的,但目前这种观点却是学术界的主流观点,不过如果我们简单地考察一下汉代有关先请与上请的史料,就会发现这种观点存在诸多可疑之处。

首先,在史籍记载的汉代诏书用语中,先请与上请并没有混淆。在大量有关先请与上请的史料中,有一部分是以诏书用语的形式存在于史料中,它们与史料撰写者自己的用语应当做区别对待,其史料价值更高。汉代初期,在有关司法方面的史料中尚未有明确的先请或上请的说法,比如,《汉书·高帝纪下》:“春,令郎中有罪耐以上,请之”^[3]。使用的是请字,既未使用上请,也未使用先请。但是到了汉代中后期,情况则大不同,在皇帝诏书用语中,出现了先请与上请两种表述,并且有了明确区分。

汉代中后期有关先请的诏令:

西汉宣帝黄龙元年(前49年)诏:吏六百石位大夫,有罪先请。^[4]

西汉平帝元始元年(公元1年)令:公列侯嗣子有罪,耐以上先请。^[5]

东汉光武帝建武三年(公元27年)诏:吏不满六百石,下至墨绶长相,有罪先请。^[6]

汉代中后期有关上请的诏令:

西汉宣帝地节四年(前66年)诏:自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐。其父母匿子,夫匿妻,大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻。^[7]

西汉成帝鸿嘉元年(前20年)令:年未滿七岁,贼斗杀人及犯殊死者,上请廷尉以闻。^[8]

在这些诏书用语中,皇帝及有关部门很明显是将先请与上请进行了明确的区分,有关二者的适用

[1]参见《中国法制史》(第三版),曾宪义主编,北京大学出版社2013年版,第117页;《中国法制史》,冀明武、罗宏阳主编,〔长春〕吉林大学出版社2014年版,第110页。

[2]参见宋杰:《东汉的洛阳狱》,〔北京〕《历史研究》2007年第6期;黄静:《西汉“诏狱”与法制》,〔石家庄〕《河北法学》2015年第7期。

[3]《汉书》卷一下《高帝纪下》,〔北京〕中华书局1962年版,第63页。

[4]《汉书》卷八《宣帝纪》,〔北京〕中华书局1962年版,第274页。

[5]《汉书》卷一二《平帝纪》,〔北京〕中华书局1962年版,第349页。

[6]《后汉书》卷一上《光武帝纪上》,〔北京〕中华书局1982年版,第35页。

[7]《汉书》卷八《宣帝纪》,〔北京〕中华书局1962年版,第251页。

[8]《汉书》卷二三《刑法志》,〔北京〕中华书局1962年版,第1106页。

规定也是较为明确的。而且同为汉宣帝时的有关先请与上请的诏书,尤其是地节四年与黄龙元年的诏书,二者年份相距不远,诏书用语已明确将先请与上请区别开。我们很难想象,汉宣帝及有关部门会将先请与上请视为含义相同而表述不同的用语,从而不加区别地在诏书中随意使用。

其次,先请基本上都是适用于官僚贵族犯罪案件,在史籍中未见有普通人犯罪案件适用先请的记载。从前面诏书中已经可以看出,有关先请适用的案件均是官僚贵族犯罪的案件,没有普通人犯罪的案件。如果依照学界主流观点,既然先请与上请是相同的制度,只是语言表述的不同,那么大量关于先请的记载中,亦应当有普通人犯罪案件的适用,然而非常令人疑惑的是,没有一处普通人犯罪案件适用的记载,史料语言的使用在这一点上没有出现任何的偶然性。

再者,虽然先请与上请都是向皇帝进行的请示,但两者的请示机构却有明显不同。根据以往的研究中反复提到的有关先请的史料,我们可以发现,先请或应当先请的主体(官员)是复杂多样的,有丞相、太尉、司空、司隶校尉、中郎将等,这些请示的主体并不固定,皇帝在其发布的令中也没有明确规定。而上请与此不同,其请示主体较为单一化,多为廷尉^[1],也有以宗正为请示机构的,下文将有提及。为何上请的主体没有包括太多的机构或人员?如何解释先请与上请在请示主体上的差异?如果说先请与上请是一回事,那么上请的请示机构或人员在史料记载中也应当是复杂多样的。

将先请与上请混淆的主流学术观点,很难解释上述可疑之处。笔者建议应当将二者视为不同的程序来加以研究,这种区别性的眼光有助于我们重新审视汉代的司法程序。本文将对汉代特殊案件司法处理的完整过程进行考察,从而将先请与上请的内涵进行澄清。

二、先请实为劾罪官员向皇帝奏请治罪的程序

史籍中先请与上请所涉及的一些案件,因其适用的犯罪对象不同,大致可以划分为官僚贵族犯罪案件和普通人犯罪的特殊案件两类。其中先请所涉及的案件为官僚贵族犯罪案件,这类案件的司法处理程序与普通人犯罪案件有很大不同。由于在汉宣帝时期的诏书中明确将先请与上请进行了区分,因此我们将以西汉中后期的官僚贵族犯罪案例为重点来考察此类案件的司法处理过程。经考察分析,本文认为,官僚贵族犯罪案件的司法处理过程大致应具备案验、劾奏、下狱审理和最终裁决等四个阶段。

1. 案验。对涉案事实的查明。官僚贵族犯罪案件的案发形式有多种^[2],其中官民上书告发,然后皇帝命令有关机构或人员案验,是最为常见的一种。据《汉书·赵广汉传》记载,赵广汉论杀荣畜后,有人上书告发,“事下丞相御史,案验甚急”,皇帝将案件交给丞相和御史来案验。在赵广汉怀疑丞相夫人杀婢后,便上书告发丞相,“制曰:下京兆尹治”,皇帝将案件交给京兆尹案验^[3]。

此外,有关主管或监察机构不必奉皇帝旨意,便可自行案验。比如在《汉书·韩延寿传》中,萧望之迁御史大夫后,韩延寿任左冯翊,“会御史当问东郡,望之因令并问之。延寿闻知,即部吏案校望之在冯翊时廩牺官钱放散百余万。”^[4]由于左冯翊和御史大夫均为对应案件的主管或监察机构,故而可以自

[1]虽然史籍记载的诏书用语为“上请廷尉以闻”,请示机构为郡县司法机构,但最终的请示是面向皇帝的,在廷尉向皇帝最终请示时,廷尉则转化为请示机构。

[2]汉代官僚贵族犯罪案件的案发形式有多种,彭海涛总结后认为主要有吏民告发、官员劾奏、辞引和自告等形式,但是本文认为官员劾奏属于后续的程序,不属于案发形式。参见彭海涛:《汉代宗室王侯犯罪研究》,首都师范大学博士学位论文,2012,第36-44页。

[3]在《汉书·赵广汉传》中记载了赵广汉两次获罪受审的事件,展示了较为详细的案件处理程序,在下文还会有引用。见《汉书》卷七六《赵广汉传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3204-3205页。

[4]《汉书》卷七六《韩延寿传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3214-3216页。

行案验,不必向皇帝请示。

有时候皇帝主动下旨对某些案件进行案验,这是一种特殊案验形式。比如,“后二十余日,嘉封还益董贤户事,上乃发怒,召嘉诣尚书,责问以:‘相等前坐在位不尽忠诚,……对状。’嘉免冠谢罪。”^[1]对于这种以“召……责问”的形式进行案验,被案验者一般都会以“谢罪”的方式坦白。

必须明确一点的是,案验并不是必须出现的程序,史籍中常见到有案件未经案验便有劾罪的发生。陈晓枫先生指出,两汉时期有相当一部分刑事案件,事实本身清楚而无须查证,有关事实的评价,则形成有罪无罪两说,持有罪说的一方,往往直接劾罪^[2]。

2. 劾罪。如果案件事实已经清晰,或者经过案验之后,主管或监察官员便会向皇帝劾奏,列出罪名,请示逮捕治罪。同样是在《汉书·赵广汉传》中,苏贤父亲上书讼告,有关机构重新审理后,赵广汉陷害苏贤的事实明了,有关机构劾奏“请逮捕广汉”,皇帝“有诏即讯”。后来在丞相魏相上书自陈后,廷尉案验得出真相,司直萧望之以不道罪劾奏赵广汉,请示皇帝逮捕治罪,宣帝“下广汉廷尉狱”。这种案验之后劾罪并奏请逮捕的情形在史籍中是较常见的,“先是,显为太仆十余年,与官属大为奸利,臧千余万,司隶校尉昌案劾,罪至不道,奏请逮捕。”^[3]“后丞相司直鲛延寿奏:‘……案望之大臣,通经术,居九卿之右,本朝所仰,至不奉法自修,踞慢不逊攘,受所监臧二百五十以上,请逮捕系治。’”^[4]

3. 下狱审理。某些案件因罪行严重,劾罪之后皇帝便会下诏命有关机构审理治罪。诏狱的审理机构多是廷尉狱,史籍中较常见的“征诣廷尉”,就是指由廷尉审理定罪,比如,“恭、显奏:‘望之、堪、更生朋党相称举,数潜诉大臣,毁离亲戚,欲以专擅权势,为臣不忠,诬上不道,请谒者召致廷尉。’时上初即位,不省‘谒者召致廷尉’为下狱也。”^[5]“有诏假谒者节,召丞相诣廷尉诏狱。”^[6]“时中常侍侯览弟参为益州刺史,累有臧罪,暴虐一州。明年,秉劾奏参,槛车征诣廷尉。”^[7]史籍中也常见到这样一种情形,有些案件仅有劾罪,之后便是皇帝下诏判决的情形,而不发生下狱审理。通常情况下,这些案件因罪犯身份比较特殊,或者罪行不太严重,在劾奏后由皇帝直接下诏权断处理。有关诸侯王和三公的案件基本上不进行下狱审理,关于这一点下文有讲述。罪行不太严重的案件,皇帝下诏稍作处罚,以示宽宥和恩泽,如哀帝时龚胜获罪,“事下御史中丞,召诘问,劾奏‘胜吏二千石,常位大夫,皆幸得给事中,与论议,不崇礼义,而居公门下相非恨,疾言辩讼,恚谩亡状,皆不敬。’制曰:‘贬秩各一等。’”^[8]

4. 最终裁决。有关审理机构对案件审讯后,拟定好所处之罪名和刑罚,向皇帝请示裁决,皇帝下诏对案件进行裁决,因此最终判决都是诏书形式。依然是在《汉书·赵广汉传》中,赵广汉被萧望之劾奏不道罪名后,下廷尉狱审理,廷尉将拟定罪刑上奏皇帝,“天子可其奏”,广汉获腰斩刑。在汉代,官僚贵族被劾奏不道罪后,基本上都是被送往廷尉狱来审理的,不道罪的量刑多由廷尉来拟定,“不道无正法,以所犯剧易为罪,臣下承用失其中,故移狱廷尉,”^[9]廷尉在量刑之后要上奏皇帝批准方可生效。这种最终的皇帝裁决程序,史籍记载多不详尽,但细细推敲史料,却又是无处不在。

以上四个阶段是官僚贵族犯罪案件处理的较为完整的过程,见表1^[10]。但对于诸侯王和三公这类

[1][6]《汉书》卷八六《王嘉传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3500页,第3501页。

[2]陈晓枫:《两汉劾制辨正》,〔北京〕《法学评论》1989年第3期。

[3]《汉书》卷七四《丙吉附子显传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3149页。

[4][5]《汉书》卷七八《萧望之传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3280-3281页,第3286页。

[7]《后汉书》卷五四《杨震附子秉传》,〔北京〕中华书局1982年版,第1773页。

[8]《汉书》卷七二《龚胜传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3082页。

[9]《汉书》卷七〇《陈汤传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3026页。

[10]由于汉代对重大事件的集议较为常见,有可能发生在案件处理的各个阶段中,本文为简化案件的处理过程,不对案件处理中的议进行分析。

罪犯,由于其身份特殊,一般不下狱审理,与普通贵族官僚犯罪案件的处理有不同之处,不过在案件处理中都存在逮捕治罪的请示,却是相同的。以武帝和宣帝时诸侯王的案件为例,对于江都王刘建,“汉遣丞相长史与江都相杂案,索得兵器、玺、绶、节反具,有司请捕诛建。”^[1]对于广川王去,“天子遣大鸿胪、丞相长史、御史丞、廷尉正杂治巨鹿诏狱,奏请逮捕去后昭信。”^[2]对于海昏侯刘贺,“有司案验,请逮捕。”^[3]可以看出所有案件均有劾奏请示治罪的程序,有关机构或人员在案验之后,犯罪情况属实,均必须向皇帝奏请治罪,而不得自行逮捕治罪。虽然有关机构或人员向皇帝请示逮捕,皇帝也并不一定将其逮捕下狱,而是直接下诏书予以某种处理,因此在整个案件的处理上,甚至缺乏下狱审理或最终裁决的阶段,比如对江都王刘建的做法是,“有诏宗正、廷尉即问建。建自杀,后成光等皆弃市。”对于广川王刘去、海昏侯刘贺,皇帝也未下诏逮捕治罪。

这些与先请有关的官僚贵族犯罪案件,各个环节都是在秉承皇帝旨意下处理的,这些案件其实属于学术界早已大量研究的诏狱,而诏狱与普通案件的区别是比较明确的,“诏狱系治对象多为达官贵人,故从立案到结案都是自上而下地直接由皇帝决定,完全秉承皇帝的旨意进行的。”^[4]一些研究诏狱的学者将“先请”视为诏狱的启动程序,很明显是将适用先请的案件视为诏狱。

根据前面整体的司法过程分析,在官僚贵族犯罪案件的处理中,可能向皇帝进行的请示有两次,第一次是劾罪阶段的请示,在有关机构在案件事实案验后,劾罪官员向皇帝劾奏,请示治罪,属于特殊案件审理与否的启动程序;另一次是最终裁决阶段的请示,有关审理机构在案件审理后就案件拟定判决向皇帝请示裁决的程序,属于特殊案件拟定判决的请示程序。对于这两次不同的请示,学术界早已有看法,有些学者认为第一次请示为先请或上请,有些学者认为第二次请示为先请或上请。笔者认为,先请与上请属于不同的司法程序,先请为劾罪阶段的请示,而非最终裁决阶段的请示,如果认为先请是最终裁决阶段的请示,那么这与皇帝专门下诏书对先请的适用范围进行规定在逻辑上是矛盾的。

首先,诏狱在下狱审理后就拟定的罪刑是否需要向皇帝请示,皇帝无须专门下诏书立法。诏狱案件的处理完全在皇帝的旨意指示之下进行,各个环节均应当向皇帝及时奏闻。在最终裁决阶段,有关审理机构均应当将拟定的罪刑请示皇帝,由皇帝来裁决,最终以诏书的形式进行判决。据《汉书·五行志上》:“使仲舒弟子吕步舒持斧钺治淮南狱,以《春秋》谊颺断于外,不请。既还奏事,上皆是之。”师古曰,“颺与专同。不请者,不奏待报。”^[5]吕步舒审理淮南狱时,“不奏待报”,是指不将拟定的罪刑向皇帝请示,等待皇帝的批复^[6]。但吕步舒的做法仅仅属于特例,如果不以春秋之义为借口,极有可能受到监察机构的弹劾而获罪。假如没有特殊理由,诏狱的拟定判决都必须向皇帝请示。如果说先请是就拟定判决向皇帝的请示,那么有关先请的规定显然没有必要,因为诏狱的判决意见必须向皇帝请示,无须规定何种情况下请示,由此可见,先请并不是以拟定判决向皇帝请示裁决的程序。

其次,关于诏狱审理后拟定何种罪刑才须向皇帝请示,皇帝亦无须专门下诏立法。就诏狱来说,判决拟定的结果事实上没有轻罪,都是重罪,这是诏狱本身的性质决定的,史料中未见有处刑轻于耐的罪。对于都是重罪的诏狱,如果规定耐以上罪的拟定判决须要请示,完全没有必要。试想如果在案

[1]《汉书》卷五三《江都王刘建传》,〔北京〕中华书局1962年版,第2417页。

[2]《汉书》卷五三《广川王刘去传》,〔北京〕中华书局1962年版,第2432页。

[3]《汉书》卷六三《海昏侯刘贺传》,〔北京〕中华书局1962年版,第2769-2770页。

[4]余行迈:《西汉诏狱探析》,〔昆明〕《云南师范大学学报》(哲社版)1986年第3期。

[5]《汉书》卷二七上《五行志上》,〔北京〕中华书局1962年版,第1333页。

[6]关于司法用语“报”在汉代的含义,其详细解释可参见下文,从汉初开始,司法机关上级对下级案件判决意见的回复称为“报”。

件案验之后,有关机构是否会就处耐以下罪的案件向皇帝劾奏?耐以下的轻罪能否引发诏狱?显然不会。再者,诏狱处理的最后阶段,无论罪刑轻重,都必须向皇帝请示,更没有必要规定只有处耐以上的判决才向皇帝。如果无罪,是否可以不请示皇帝而自行结案呢?显然不可以。

将诏狱的拟定判决向皇帝的请示视为先请,在逻辑上无法自圆其说,那么先请只有一种可能,就是官僚贵族案件劾罪阶段的请示。将先请视为诏狱的启动程序,或者视为请示审理与否、逮捕与否的观点,均有一定的道理,但更为严格地讲,先请应当是官僚贵族犯罪案件案验后劾罪官员奏请皇帝治罪的请示程序。对于原本属于官僚体制内部上下级的司法管辖,逐渐被强制性收归皇帝管辖,以便于皇帝对重要案件的控制。

诏狱所涉及的人员均有一定的身份,对于他们犯罪后如何处理,有关机构必须请示皇帝。史籍中大量的诸侯王犯罪案件中均有请示逮捕的程序,汉文帝曾经明确下诏“令列侯太夫人、夫人、诸侯王子及吏二千石无得擅征捕。”^[1]在出土史料王杖十简中有“制诏御史曰:年七十受王杖者,比六百石,入官廷不趋,犯罪耐以上,毋二尺告劾,有敢征召、侵辱者,比大逆不道。”^[2]比六百石的王杖主,属于先请的群体,宣帝诏书规定“吏六百石位大夫,有罪先请”,因此,王杖主有罪不能像对待普通人那样举劾、征召及侵辱,必须奏请皇帝。

出土史料甘谷汉简反映了在东汉时期对诸侯犯罪案件的处理,“乙酉示章诏书:宗室审诸侯五属内,居国界,有罪,请;五属外,便以法令治;流客,虽五属内,不得行复除。”^[3]诸侯被划分为五属内和五属外两类,在五属之内的诸侯犯罪,必须向皇帝请示逮捕治罪,而五属之外的诸侯,则“便以法令治”,即普通司法机构可自行治罪处刑。在宣帝时的燕王刘旦谋反案中,“会饼侯刘成知泽等谋,告之青州刺史隽不疑,不疑收捕泽以闻。天子遣大鸿胪丞治,连引燕王。有诏勿治,而刘泽等伏诛。”^[4]燕王刘旦与宗室刘泽的在案发后的处理截然不同,由于刘泽不属于适用先请人员的范围,青州刺史直接逮捕刘泽,而无须向皇帝奏请。但对燕王刘旦的处理则不同,经案验之后,对于大鸿胪丞的奏请,“有诏勿治”。

三、上请是审理机构以拟定判决向皇帝请示裁决的程序

关于普通人犯罪的特殊案件,史籍中有大量记载,比如轻侮案件,“建初中,有人侮辱人父者,而其子杀之,肃宗贯其死刑而降宥之,自后因以为比。”^[5]此类案件先经由地方司法机构审理完毕,在定罪量刑环节的处理上,因难以决定,而逐级上谳至廷尉,廷尉再奏闻皇帝,皇帝发挥权断之职能,下诏判决。并不是所有的普通人犯罪的特殊案件都能够上谳至廷尉,而且上谳至廷尉后也未必奏闻皇帝,案件之所以能够到达皇帝,地方司法机构和廷尉的主动性起了很大作用。如果地方司法机构有足够的自信决断,不怕承担司法风险,则不会上谳。面对大量上谳的轻侮案件,皇帝一直以下诏判决的方式宽宥处理,虽然有官员提出制定轻侮法,但经过张敏的驳议后,皇帝最终消除了立法的念头。但是仍有某类案件大量上谳最终导致了皇帝下诏立法的情形,比如父匿子类案件,此类案件刚开始有不少官员貌似荒唐地上谳,或许上谳会失败,亦可能皇帝下诏施恩予以减刑,但是此类案件大量地上谳,最终导致宣帝下诏书对此类案件进行专门规定,这就是前面提到的宣帝地节四年诏书。皇帝下诏专门

[1]《汉书》卷四《文帝纪》,〔北京〕中华书局1962年版,第122页。

[2]考古研究所编辑部:《武威磨咀子汉墓出土王杖十简释文》,简1、2,〔北京〕《考古》1960年第9期。

[3]中国简牍集成编辑委员会:《中国简牍集成》(甘肃省卷上)(第三册),甘谷汉简1A、2A,〔兰州〕敦煌文艺出版社2001年版,第248-255页。

[4]《汉书》卷六三《燕王刘旦传》,〔北京〕中华书局1962年版,第2754页。

[5]《后汉书》卷四四《张敏传》,〔北京〕中华书局1982年版,第1502页。

进行规定,使得原来的上谳转变为必须上请,此后此类案件则必须上谳至皇帝,判决结果必须由皇帝来裁决,而不再由地方司法机构和廷尉自主决定是否上谳至皇帝。因此,普通人犯罪的特殊案件所适用的上请,其实质是指这些特殊案件的判决结果向皇帝请示的程序。

前面提到宣帝时的两封诏书,是关于两类普通人犯罪的特殊案件必须上请的规定。不过可以想象应当还有其它类似的案件必须上请的规定,只是史籍缺乏记载。上请是否仅仅是适用于普通人犯罪的特殊案件?事实恐怕并非如此。据《汉书·东方朔传》记载:“隆虑主卒,昭平君日骄,醉杀主傅,狱系内宫。以公主子,廷尉上请请论。”武帝认为“法令者,先帝所造也,用弟故而诬先帝之法,吾何面目入高庙乎!又下负万民。”“乃可其奏,哀不能自止,左右尽悲。”^[1]该处史料中的“廷尉上请请论”很明显是发生在罪犯被逮捕下狱后,因昭平君已经“狱系内宫”,属于廷尉就拟定判决向皇帝请示裁决的行为,从接下来皇帝“可其奏”,昭平君被批准了死刑,皇帝“哀不能自止”,“左右尽悲”,更加可以确定此处的“上请”是廷尉以拟定判决向皇帝请示的程序,与我们所说的普通人犯罪的特殊案件适用的上请是相同的程序。从该史料中皇帝批准死刑来看,汉代的上请也并不是完全是优待特殊罪犯的制度,主要还是为了便于皇帝行使刑罚上的权断。

汉代国家优待宗室,对宗室犯罪案件亦有关于上请的规定。据《后汉书·百官志三》:“宗正,卿一人,中二千石。本注曰:掌序录王国嫡庶之次及诸宗室亲属远近,郡国岁因计上宗室名籍。若有犯法当髡以上,先上诸宗正,宗正以闻,乃报决。”^[2]此处记载的“上诸宗正,宗正以闻”,皇帝“报决”,这样一种司法程序就是上请。“报”一词在汉代是指上级对下级案件判决意见的回复。据《汉书·刑法志》曰:“高皇帝七年,制诏御史:狱之疑者,吏或不敢决,有罪者久而不论,无罪者久系不决。自今以来,县道官狱疑者,各谳所属二千石官,二千石官以其罪名当报之。所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之。廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律令以闻。”^[3]从汉初高祖时期开始,上级对下级案件判决意见的回复已经使用“报”一词来表述。再回到前面《百官志》中的史料,根据“乃报决”可知,史料中规定的是对所有宗室人员犯罪案件的拟定判决请示皇帝批准的制度,是郡国将当处刑为髡以上的宗室犯罪案件的拟定判决上请宗正,由宗正再将拟定的判决奏闻皇帝,进行最终裁决,以便皇帝权断,与“上请廷尉以闻”是相同的程序。

此外,影响较大的普通案件,同样也会适用上请程序。据《汉书卷·酷吏传》记载:“(王温舒)素居广平时,皆知河内豪奸之家。及往,以九月至,令郡具私马五十匹,为驿自河内至长安,部吏如居广平时方略,捕郡中豪猾,相连坐千余家。上书请,大者至族,小者乃死,家尽没人偿贓。奏行不过二日,得可,事论报,至流血十余里。河内皆怪其奏,以为神速。”^[4]此处史料中的“上书请”,就是以案件拟定的判决向皇帝进行的请示,属于本文所讲的司法程序上请,皇帝以“报”的形式批准。

东汉前期,曾经有段时间实施死刑上请的制度,据桓帝时襄楷的上书:“永平旧典,诸当重论皆须冬狱,先请后刑,所以重人命也。”^[5]此处的“先请后刑”中的“请”,很明显属于以死刑案件的拟定判决向皇帝请示,实为司法程序中的上请,“先请”一词仅仅是史书撰写的表述需要,为了恰当表述请与刑的先后关系,并不具有我们所讲的司法程序先请的内涵。

由此可见,上请作为一种司法程序,在汉代司法中的适用是大量存在的,皇帝下诏规定必须适用

[1]《汉书》卷六五《东方朔传》,〔北京〕中华书局1962年版,第2851-2852页。

[2]《后汉书》志第二十六《百官三》,〔北京〕中华书局1982年版,第3589页。

[3]《汉书》卷二三《刑法志》,〔北京〕中华书局1962年版,第1106页。

[4]《汉书》卷九〇《酷吏·王温舒传》,〔北京〕中华书局1962年版,第3656页。

[5]《后汉书》卷三〇下《襄楷传》,〔北京〕中华书局1982年版,第1078页。

上请程序的案件仅仅为一小部分而已。上请在汉代并非什么特殊的司法程序,它只是将拟定判决向皇帝请示的程序,不论何种案件,只要是将拟定判决向皇帝请示裁决的,该程序均可称为上请。上请的目的是使一些特殊或重要案件“闻”于皇帝,它不仅仅适用于普通人犯罪案件,也适用于其它任何有必要“闻”于皇帝的案件,以便于皇帝对这些案件的判决结果行事最终裁决。

四、先请与上请之区别以及司法实践中的合并现象

1. 先请与上请之区别

根据前面的分析可知,在汉代司法中大量适用的先请与上请,并非相同的司法程序,先请是指在案件案验后劾罪官员向皇帝奏请治罪的程序,而上请是指在案件下狱审理后有关司法审理机构就拟定判决向皇帝请示裁决的程序,见表1。先请与上请仅仅是向皇帝请示的司法程序,依附于各种特殊案件的处理规定,并不具有实体法或程序法的内涵。对于普通人犯罪的特殊案件,如果皇帝下诏规定必须上请,则处理过程中必须向皇帝进行的请示只有一次,属于法定的上请;如果未有规定,则处理过程中向皇帝的请示仅仅是可能发生,属于可能的上请。而对于官僚贵族犯罪案件,其处理过程中向皇帝进行的请示可能有两次,第一次为劾罪阶段的请示(先请),第二次为最终裁决阶段中的请示(上请),但是有关诸侯王和三公的案件可能只存在一次先请。

表1 汉代诏狱或先请案件的完整司法阶段

司法阶段	名称	情形及类别	请示类型
一	案验	1、官民上告,下诏案验 2、监察或主管机构自行案验 3、皇帝自主案验	
二	劾罪	奏明罪行,举出罪名,请示逮捕治罪	先请
三	下狱审理	审理机构定罪量刑	
四	最终裁决	以拟定判决向皇帝请示,皇帝下诏裁决	上请

由于史籍记载不甚明确,在以往的研究中,先请与上请常常被混淆为同种制度或程序,它们主要是被作为特殊犯罪主体的优待制度来研究的,因此,较少在司法或诉讼制度中介绍,而是大多在讲述刑事立法和刑罚原则时提及,即使在司法或诉讼制度中介绍,也是为了说明这些特殊犯罪主体在逮捕时不必施加刑械,以示宽容。在研究上一开始就出现了研究对象定位的偏差,阻碍了今天我们对汉代司法程序的认识,而先请与上请的实质也逐渐被湮没,使得它们成为特殊犯罪主体案件处理中的依附程序。但事实上它们并不是依附于特殊犯罪主体的某种优待制度,而是两种不同的司法程序,特殊主体的犯罪案件仅仅是被规定适用这两种司法程序,在这些特殊犯罪主体之外的案件,亦会发生适用先请与上请的情形。

作为两种不同的司法程序,先请与上请在适用的犯罪主体、司法阶段、请示内容和功能等方面存在着明显的区别。(1)适用的犯罪主体的不同。先请与上请的重要区别就是适用的犯罪主体上的不同,先请适用的犯罪主体主要为官僚贵族群体,也包括王杖主这些特殊身份的人,普通人则与先请无缘。汉代适用先请的犯罪主体非常宽泛,郑玄解释八议时所指出的“议亲”、“议廉”、“议功”仅仅是一部分群体^[1]。而上请适用的犯罪主体较为复杂,既有普通人,也有官僚贵族。其中官僚贵族犯罪主体适用上请的情形,多是由于案件经先请后转化为诏狱,从而向皇帝上请成为必然。普通人犯罪主体是适用上请的一类较大的群体,需要皇帝最终裁决的普通人犯罪的特殊案件在史籍中枚不胜数,甚至于某些案件与犯罪主体身份无关,由于案情特殊,地方以及中央司法官员难以决断,需要皇帝的裁决而发生上请,因此,适用上请的犯罪主体的范围要远远大于先请。但是,我们还必须看到,在适用先请与上请的犯罪主体中,只有其中一部分是法定的适用主体,是国家立法中规定的,而另外一部分并非国

[1]参见阮元校刻:《十三经注疏》(上册),《周礼注疏》卷三五,[北京]中华书局1980年版,第874页。

家立法中规定的,仅仅是有关司法机构主动请示而引发适用。(2)司法阶段上的不同。这点区别是以往研究中忽略的地方,先请发生在案件案验之后,皇帝下诏逮捕治罪之前,即劾罪阶段,是向皇帝请示逮捕治罪的程序,发生在下狱审理之前;而上请发生在案件处理的结尾,即最终裁决阶段,是向皇帝请示判决结果的程序,发生在下狱审理之后。(3)请示内容上的不同。先请的请示内容为请示皇帝逮捕治罪,罪犯所犯何罪?可否采取下狱审理的方式追究犯罪主体的罪责?考虑的是对犯罪主体追究罪责的可能性及方式。而上请的请示内容为请示皇帝对案件拟定判决做出裁决,考虑的是对犯罪主体所处的罪刑的妥当性。(4)实现的功能不同。通过劾罪阶段的先请,案件的司法管辖权被收归皇帝,案件也转变为诏狱,在功能上实现了皇帝对案件的司法管辖;上请是特殊案件判决结果的请示,案件的最终裁决权转移至皇帝,由皇帝核准拟定判决,或者下诏做最终判决。

2. 先请与上请在汉代司法实践中的合并

东汉后期,政治斗争异常激烈,许多先请案件的处理并没有呈现完整的四个阶段,而是劾罪官员在劾罪阶段直接奏请逮捕诛杀。比如,《后汉书·酷吏列传》中所载,东汉灵帝时,阳球任司隶校尉,向皇帝奏请收捕中常侍王甫以及太尉段熲等,这些人“罪合灭族”、“宜并诛戮”。也就是向皇帝奏请直接诛杀宦官王甫和段熲等,得到皇帝的许可后,“于是悉收甫、熲等送洛阳狱,及甫子永乐少府萌、沛相吉。球自临考甫等,五毒备极。……球使以土窒萌口,箠朴交至,父子悉死杖下。”^[1]这种直接奏请收杀的做法,虽有无下狱审理,但没有审理后拟定判决的请示,不是正常的司法程序,属于借用皇帝的权威和司法程序的外衣,而进行政治斗争之实。

最为明显的例证还有后来窦武谋划诛杀宦官的案例。“武乃白太后曰:‘故事,黄门、常侍但当给事省内,典门户,主近署财物耳。今乃使与政事而任权重,子弟布列,专为贪暴。天下匈匈,正以此故。宜悉诛废,以清朝廷。’太后曰:‘汉来故事世有,但当诛其有罪,岂可尽废邪?’时,中常侍管霸颇有才略,专制省内。武先白诛霸及中常侍苏康等,竟死。武复数白诛曹节等,太后犹豫未忍,故事久不发。”^[2]窦武奏请诛杀时,太后说的明白,“但当诛其有罪”,但是政治斗争中,往往不管其是否有罪,也要诛杀,管霸、苏康就这样被奏请诛杀。等后来窦武再请示诛杀曹节时,太后也于心不忍,因为这种做法并不是通过正常的司法程序来解决的。

由于太后不同意直接诛杀,接下来,窦武转而走向了正常的司法程序,“武乃奏免黄门令魏彪,以所亲小黄门山冰代之。使冰奏素狡猾无状者长乐尚书郑飒,送北寺狱。蕃谓武曰:‘此曹子便当收杀,何复考为!’武不从,令冰与尹勋、侍御史祝瑨杂考飒,辞连及曹节、王甫。勋、冰即奏收节等,使刘瑜内奏。”^[3]太尉陈蕃和窦武在政治斗争策略上产生了意见分歧,陈蕃建议的做法仍然是直接奏请逮捕诛杀,即直接向太后奏请将曹节等收捕杀死,而没有必要采取正常的司法程序,即通过审理长乐尚书郑飒来进一步解决。“此曹子便当收杀,何复考为!”意思是这些人应当直接劾奏请示逮捕诛杀,不能再通过下狱审讯来定罪量刑,陈蕃的建议便是血淋淋的政治斗争所通常采取的方式,遗憾的是太后反对直接收杀,窦武采取正常的司法程序实属无奈之举。

这种非正常的司法程序,在西汉初年也发生过,很明显是政治形势的迫切需要。据《汉书·晁错传》:“后十余日,丞相青翟、中尉嘉、廷尉劾奏错曰:‘吴王反逆亡道,欲危宗庙,天下所当共诛。……错不称陛下德信,欲疏群臣百姓,又欲以城邑予吴,亡臣子礼,大逆无道。错当要斩,父母妻子同产无少长皆弃市。臣请论如法。’制曰:‘可。’错殊不知。乃使中尉召错,绐载行市。错衣朝衣斩东市。”^[4]晁错

[1]《后汉书》卷七七《酷吏·阳球传》,〔北京〕中华书局1982年版,第2499-2500页。

[2][3]《后汉书》卷六九《窦武传》,〔北京〕中华书局1982年版,第2242页,第2243页。

[4]《汉书》卷四九《晁错传》,〔北京〕中华书局1962年版,第2302页。

作为政治斗争的牺牲品,直接被奏请要斩,他本人也毫无觉察,死的糊里糊涂。

依照正常的司法程序,适用先请的案件,在劾罪官员举出罪名,请求逮捕下狱后,皇帝既可以直接下诏进行判决,也可以批准劾奏,下狱审理,如果是下狱审理,则必须有拟定判决的上请,由皇帝来核准。但是上述几处史料中出现的直接奏请收杀,仅仅只在劾罪时进行一次请示,整个处理过程非常简单明了。这种直接奏请收杀看似属于先请程序,但又与先请有较大区别,它并不是单一的先请程序,因为先请仅仅是向皇帝劾奏请示逮捕治罪,由皇帝下诏决定如何处理。事实上这种奏请收杀包含了多重的请示内容,既有向皇帝请示下狱治罪的意向,也有向皇帝请示批准拟定罪刑的目的,同时承担了先请与上请的功能,在程序上实现了先请与上请的合并,而皇帝的许可也同样具有最终裁决的效力。政治斗争的需要使得这种非正常而又简单便捷的司法程序在汉代经常出现,但它仅仅是政治斗争的工具,不能视为正常的司法程序。

结 语

近些年来已有不少论著中倾向于单独解释先请,但一直未能将先请与上请区别开来,本文仅仅是在这方面做了个尝试。回顾以往的研究,几乎没有学者对二者的混淆进行质疑,我们很难想像先请与上请竟然是两种不同的程序。虽然史籍中没有任何直接的依据可以证明两者为相同的程序,但是造成两者相混淆的因素却是非常多的,其中一种因素就是汉代以后很难在史籍中再见到先请的记载,而有关上请的记载却非常丰富。如果将眼光稍微转向汉代以后的历史当中,我们便会提出一个疑问,如果先请与上请不是相同的程序,那么为何后世的记载中只有上请而无先请?在唐律名例律的规定中,对官僚贵族犯罪的优惠是通过八议和上请来实现的,而无先请的规定。不过我们再考察一下史籍中关于先请的记载,便又会发现即使在汉代先请也不是常用的词汇,先请这一程序的具体司法行为是劾奏,因此史籍中常常以劾奏一词来表述先请程序,先请是劾奏行为的抽象性表述,而劾奏则是先请程序的具体性表述。先请的实施在司法实践中完全依赖于主管或监察官员向皇帝劾奏,因而在史籍中大量诏狱的启动均是由劾奏这一行为引发的,劾奏或奏请等词取代了先请的使用。在西汉初期,大量官员犯罪,不必向皇帝请示,丞相可以直接决定案件如何处置,而且似乎丞相的权力是很大的,文帝时的丞相申屠嘉可以先斩晁错,武帝时的丞相刘屈氂可以先斩司直田仁。但是在西汉中后期,此类案件基本上通过先请的规定逐渐被收归皇帝管辖,那么适用先请的官僚贵族群体既有可能被监察官员劾奏,也有可能被主管官员劾奏,来自两方面的劾奏就成为先请的具体表现形式。先请是皇帝对案件行使管辖权的启动程序,规定何种群体适用先请正是为了明确皇帝对案件的管辖权,在汉代以后,中央监察体制的完善对这种管辖权的影响是巨大的。中央监察官员向皇帝劾奏加强了皇帝对案件的管辖权,在汉代适用先请的某种秩级以上的贵族官僚群体,此时就明确成为中央监察机构监察的对象,犯罪后由监察官员向皇帝劾奏,再以律令强调这部分人员适用先请就无任何必要。再者,汉代以后八议制度确立并逐渐完善,一些在汉代属于适用先请的群体,但不属于中央监察官员监察对象的,比如一些非官僚体系内的人,被归入“八议”之列,而不再以先请程序来解决,这样汉代司法程序中的先请在后世就失去存在的价值和意义了,只剩下劾奏这一具体的司法行为却在汉以后依然大量出现。

〔责任编辑:钱继秋〕