

# 八辟、八议之间：汉代先请制的性质、作用与流变\*

苑 苑

**【摘要】**汉代的先请制上承八辟，亦须遵守等级限制，宗室限五属，外亲限有服，官吏限秩级。但是，先请只“请”而不“议”，目的不再是宽减对亲贵的刑罚，而是便利君主的治御；其性质亦不再是亲贵特权的保障，而是君主御下的工具。虽然八议之说在汉代复兴，但始终未入律典，先请后的结果取决于君主。如此，既适应了德治的要求，也有利于君主操控刑柄。在先请制下，君主的罚不依法在一定程度上有益于皇权的稳固和运转。东汉后期，皇权旁落，外戚、宦官通过皇权操纵先请后的司法，庇同惩异，导致君臣权势愈发失衡，这为八议最终入律埋下了伏笔。

**【关键词】**汉代 先请 上请 八辟 八议

**【作者简介】**苑苑，历史学博士，中国社会科学院历史理论研究所助理研究员。

**【中图分类号】** K232 **【文献标识码】** A

**【文章编号】** 2097 - 1125 (2024) 12 - 0039 - 13

“八议之制，见于《周礼》，至秦而废。”<sup>①</sup>此后，八议之说复盛于汉，

\* 本文系国家自然科学基金中国历史研究院重大历史问题研究专项项目“中国之治的历史根源及思想理念研究”（22VLS006）的阶段性成果。

① 程树德：《九朝律考》，商务印书馆2010年版，第123页。《周礼》记先秦有议刑之法八辟，汉人称为八议。孙诒让言“八辟皆不用恒法，故须临时议之，《汉书·刑法志》谓之八议”（见孙诒让著，汪少华整理：《周礼正义》，中华书局2015年版，第3340页）。八议即议亲、议故、议贤、议能、议功、议贵、议勤、议宾。

至魏始入律典，成为正式制度。<sup>①</sup> 正所谓“汉无八议之文，而有先请之律”，<sup>②</sup> 汉代先请制上承八辟宗旨，下启八议入律。然而，学界在对八议的研究中，往往将先请制忽略；对先请制本身的探讨，包括其性质、适用和程序等问题，又常常囿于断代史、法制史的范畴。<sup>③</sup> 实际上，先请制的产生、发展、变化既与其前前后后的历史紧紧相衔，又与汉代政治存在密切互动，用静止的、孤立的眼光难以确切把握，更难明确其历史地位。因此，本文以动态的、通史的眼光，将先请制置于制度沿革的进程中，从君主统治的角度入手，重新辨析、阐释先请制的性质、适用范围、程序生成等问题，进而探究其历史沿革、作用和影响。

## 一、先请适用对象发覆

先请、上请是两种不同的司法制度，其区别需要界定。赵晓磊等指出：先请是向皇帝奏请治狱的程序，适用于官僚贵族犯罪案件；上请是请皇帝审判判决的程序，适用于各种特殊案件；官僚贵族适用上请的主要原因是其犯罪案件在先请后成为诏狱。<sup>④</sup> 先请、上请的程序大体如是，适用对象却不尽相同。《后汉书·百官志》“宗正”条本注言：“（郡国宗室）若有犯法当髡

① 《唐六典》卷6《尚书刑部》注言八议在魏时入律，后渐成通说（参见李林甫等撰，陈仲夫点校：《唐六典》，中华书局1992年版，第187页）。龙大轩提出，八议之制在汉代已成（参见龙大轩：《八议成制于汉论考》，《法学研究》2012年第2期，第179~186页）。确实，随着汉代经学兴盛，汉人引经决狱，八议之说在东汉时期颇具影响，但是否已成制度尚存疑。毕竟八议既未在汉代典章中有明文，也不是彼时司法机关须普遍遵守的规范，故程树德言汉代“律无八议甚明”。参见程树德：《九朝律考》，商务印书馆2010年版，第123页。

② 沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考》，中华书局1985年版，第1552页。

③ 学界对“先请”的认识经历了一个逐渐深入的过程，起初普遍将先请、上请混为一谈，依据传世文献所载诏令、案例等，建立起对先请、上请的初步认识（参见程政举：《汉代上请制度及其建立的理性基础》，《河南财经政法大学学报》2012年第1期，第62~65页；孔令杰：《论郑玄〈周礼注〉中的“复”和“有罪先请”》，《理论学刊》2012年第7期，第103~106页；薛静：《论汉代“先请”制》，《黑龙江史志》2015年第7期，第12~13页）。后来，赵晓磊等针对以往研究将先请、上请混淆的情况，对二者予以辨析，意义重大。参见赵晓磊、侯欣一：《汉代司法程序中的先请与上请辨析》，《江苏社会科学》2017年第3期，第141~150页。

④ 参见赵晓磊、侯欣一：《汉代司法程序中的先请与上请辨析》，《江苏社会科学》2017年第3期，第148~149页。

以上，先上诸宗正，宗正以闻，乃报决。”<sup>①</sup>“报决”意为“奏报行决也”，<sup>②</sup>属于上请。志文显示，郡国宗室犯罪案件未经先请，而直接由郡国审理、拟刑，再报宗正上请。这说明部分贵族犯罪案件并不适用先请，而适用上请。

实际上，先请确非普遍适用于全体官僚贵族，而是有等级限制的。对此，汉唐学者在对《周礼》八辟的注疏中已经点明，遗憾的是，今人没有加以重视。作为“以汉制解经”<sup>③</sup>的产物，郑众对八辟的注释在很大程度上反映了汉代先请制的面貌：“议亲之辟”，郑众言“若今时宗室有罪，先请是也”；“议贤之辟”，郑众言“若今时廉吏有罪，先请是也”；“议贵之辟”，郑众言“若今时吏墨绶有罪，先请是也”。<sup>④</sup>在八辟所议的八个项目中，郑众独以以上三者比于先请，是知宗室、官吏应是先请的主要适用对象。又贾公彦疏“亲”曰：“谓五属之内，及外亲有服者。”<sup>⑤</sup>将注疏相合可进一步查知，在先请的适用过程中，宗亲和廉吏以外的官吏皆有级别要求，或以服属为限，或以秩级作凭，此与先秦八辟的适用原则相合。

《周礼·秋官》谓“以八辟丽邦法”断“卿大夫之狱讼”，<sup>⑥</sup>这符合“刑不上大夫”的原则。先秦卿大夫既属“亲”，也属“臣”，而且级别较高，在“礼”的等级秩序下享有司法特权。秦国崇法，“法家不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣”。<sup>⑦</sup>于是，八辟之法灭，“未尝见秦免罢丞相功臣有封及二世者也，卒皆以诛亡”。<sup>⑧</sup>事实证明，这非但无益于统治，从某种意义上说，反而使社稷危亡。有鉴于此，汉初在承继秦法的同时，恢复了对贵族、官吏的慎刑。在此背景下，八辟先“请”后“治”的宗旨回归，并逐渐发展成同样依据等级适用的先请制。

在宗亲群体中，如贾公彦所言，先请的适用以五属和有服为限。关于五属的规定，甘谷汉简有证：“审诸侯五属内，居国界，有罪，请；五属外，便以法令治。”<sup>⑨</sup>据此，则可以理解上引《后汉书·百官志》中的规定。适

① 《后汉书》志 26《百官志三》，中华书局 1965 年版，第 3589 页。

② 《汉书》卷 90《酷吏传》，中华书局 1962 年版，第 3672 页。

③ 程树德：《九朝律考》，商务印书馆 2010 年版，第 118 页。

④ 参见李学勤主编：《十三经注疏·周礼注疏》，北京大学出版社 1999 年版，第 915 ~ 916 页。

⑤ 李学勤主编：《十三经注疏·周礼注疏》，北京大学出版社 1999 年版，第 915 页。

⑥ 参见李学勤主编：《十三经注疏·周礼注疏》，北京大学出版社 1999 年版，第 915、908 页。

⑦ 《史记》卷 130《太史公自序》，中华书局 2014 年版，第 3996 页。

⑧ 《史记》卷 87《李斯列传》，中华书局 2014 年版，第 3094 页。

⑨ 李均明、何双全编：《散见简牍合辑》，文物出版社 1990 年版，第 5 页。

用上请的郡国宗室系五属外者，其有罪，郡国“便以法令治”，无须先“请”，若刑当髡以上，则由宗正上请君主裁决。与之相反，五属内的宗室有罪则应先“请”，然后再“治”。此外，外亲无服者也不能适用先请，只能上请。例如，作为武帝亲甥，昭平君在醉杀主傅后也未经先请，而直接被“狱系内官”，在拟定罪刑后，才“以公主子，廷尉上请请论”。<sup>①</sup>

在官吏群体中，先请的适用主要以秩级为准。汉代对官吏适用先请的秩级要求逐步降低：宣帝黄龙元年（公元前49年），令“吏六百石位大夫，有罪先请”；<sup>②</sup>光武帝建武三年（27年），则更令“吏不满六百石，下至墨绶长、相，有罪先请”。<sup>③</sup>后者明确提及秩级低至三百石的“墨绶”，<sup>④</sup>与郑众所言标准一致，可见其曾得到长期沿用。几乎与此同时，汉代察举的对象之一——廉吏也被纳入先请群体。宣帝时“吏六百石者不得复举为廉吏也”，<sup>⑤</sup>这意味着廉吏秩皆六百石以下，依照当时的秩级标准，他们没有资格适用先请。然至晚在哀帝时，廉吏已入先请之列。《汉官旧仪》载：“哀帝时，长相皆黑绶。亡新吏黑绶，有罪先请，与廉吏同。”<sup>⑥</sup>

此外，一些本不能适用先请的群体，因统治者的需要，故在“耐以上”这一罪刑前提下，得以间接或直接地适用先请。例如，武威汉简载成帝建始二年（公元前31年）诏曰：“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。”<sup>⑦</sup>诏书未言“请”，而仅使“年七十受王杖者”比照六百石吏，享受同等司法待遇，此即间接适用先请。又平帝元始元年（1年）令曰：“公、列侯嗣子有罪，耐以上先请。”<sup>⑧</sup>此令常被学者引用，以说明先请的适用范围。然而，这并非汉家常制，而是王莽在受赐“安汉公”后收买人心的举措，是为个例，并且，此令可能没有被东汉继承，故史籍未载其实例。严格来说，公侯嗣子与“年七十受王杖者”一样，不属于一般先请群体。

总之，先请主要适用于君主近亲与高官，扩及廉吏，以身份等级为条

① 参见《汉书》卷65《东方朔传》，中华书局1962年版，第2851页。

② 《汉书》卷8《宣帝纪》，中华书局1962年版，第274页。

③ 《后汉书》卷1上《光武帝纪上》，中华书局1965年版，第35页。

④ 《后汉书》志30《舆服志下》载：“千石、六百石黑绶……四百石、三百石长同。”（中华书局1965年版，第3675页）

⑤ 《汉书》卷8《宣帝纪》，中华书局1962年版，第274页。

⑥ 孙星衍等辑，周天游点校：《汉官六种》，中华书局1990年版，第50页。

⑦ 中国科学院考古研究所、甘肃省博物馆编：《武威汉简》，文物出版社1964年版，第140页。

⑧ 《汉书》卷12《平帝纪》，中华书局1962年版，第349页。

件，符合条件者皆当先请。在不能适用先请的群体中，一部分人可依法适用上请，但同样有条件限制。上请的主要目的是恤刑，因而在适用过程中除了对身份存在限制，还以特定刑罚作为条件。例如，在西汉诏令中有如下规定。宣帝地节四年（公元前66年）诏曰：“其父母匿子，夫匿妻，大父母匿孙，罪殊死，皆上请廷尉以闻。”<sup>①</sup>又成帝鸿嘉元年（公元前20年）令曰：“年未及七岁，贼斗杀人及犯殊死者，上请廷尉以闻，得减死。”<sup>②</sup>以上两则诏令符合先秦三赦的司法原则，<sup>③</sup>是“近古而便民者也”<sup>④</sup>的体现，凸显的是对亲情的推重和对幼弱的体恤。当然，这绝不是对涉事者的奖励和赋权。迄于东汉，上请的适用范围应已放宽，桓帝时襄楷言：“永平旧典，诸当重论皆须冬狱，先请后刑，所以重人命也。”<sup>⑤</sup>此处“请”在狱后，属于上请，不仅普适于重刑，而且未见其他限定条件。

部分不能适用先请的宗亲可适用上请，而且条件更低。如前所述，五属外宗室上请的条件是刑当髡以上。考虑到昭平君当死而上请，尽管外亲无服者上请的条件史无明载，但从亲疏序次考虑，不应高于五属外宗室。若如此则意味着，不能适用先请的宗亲，可以普遍适用上请，自刑当髡以上至殊死皆可，而且除此以外没有其他限制。相比之下，官吏并不享有这般待遇，在目前所见的上请规定中，没有针对官吏的内容。这可能是因为在先请适用范围外的官吏一方面秩级较低，另一方面又无血缘之贵，故其遵照的上请规定与百姓相同。

## 二、先请程序成因探析

先请、上请在程序上的区别在于“请”和“治”的顺序。先请即先劾于君，再决定治狱事宜，君主可借此在案件的初始阶段即介入和掌控其司法过程。需要注意的是，先请的要旨并不仅限于宽宥亲贵，这与八辟及后世的八议制度不同。八辟、八议先“请”后“治”，意在“治”时通过“议”宽缓科刑，“轻罪则宥，重罪则改附轻比”，<sup>⑥</sup>其实质是一种司法特权，重心

① 《汉书》卷8《宣帝纪》，中华书局1962年版，第251页。

② 《汉书》卷23《刑法志》，中华书局1962年版，第1106页。

③ 《周礼·秋官》载三赦之法：“一赦曰幼弱，再赦曰老旻，三赦曰蠢愚。”见李学勤主编：《十三经注疏·周礼注疏》，北京大学出版社1999年版，第947页。

④ 《汉书》卷23《刑法志》，中华书局1962年版，第1106页。

⑤ 《后汉书》卷30下《襄楷传》，中华书局1965年版，第1078页。

⑥ 孙诒让著，汪少华整理：《周礼正义》，中华书局2015年版，第3339页。

在“议”。与之相比，先请的程序虽然同样是先“请”后“治”，但“议”未成定制，“治”的过程及结果皆由君主决定，重心在“请”。这种差异主要源于政治环境的改变，由于专制主义中央集权得到空前强化，故而秦汉时期的政治与先秦时期已大不相同。汉初虽惩秦之弊，恢复了八辟之形，却难复八辟之实，君主无法接受其乾纲独断之权受到“议”的分割和挑战。相反，先“请”后“治”的程序适应皇权治御权贵的需要，故得以确立和发展，具体则有以下三方面原因。

其一，先“请”后“治”符合以德治吏之需。先秦时期，“‘刑不上大夫’说既是贵族特权的体现，又是德治主义的一种理想设计”，汉人将此说的旨意释作“励节”，即避免对士大夫的侮辱，以德励之。<sup>①</sup> 秦以法治吏，认为“对‘吏’的尊严与荣誉，君主无须经心关怀，尽可漠然视之”，<sup>②</sup> 然而，士大夫的人格尊严从未泯灭，仍视牢狱为辱。<sup>③</sup> 最终，秦的治吏劳而无功，这反映出在治吏的过程中，单纯的法治并不可取，德治下的“励节”不可或缺。因此，汉初以贾谊等为代表的儒者主张用礼义节制大臣，通过增强士大夫的荣誉感，励其节行。武帝继位后，采用董仲舒的德治理论，“务以德善化民”，<sup>④</sup> 以德治吏的理念得以延续。

先“请”后“治”的程序，恰符合以德治“励节”的要求。宣帝黄龙元年诏曰：“吏六百石位大夫，有罪先请，秩禄上通，足以效其贤材，自今以来毋得举。”<sup>⑤</sup> 可以看出，六百石吏因为“位大夫”，所以受到特别优惠——“有罪先请”。这意味着，六百石以上吏如有犯罪嫌疑，他人不得擅自捕治，须先劾于君主。如此，虽未免除对被劾者的刑罚，但在一定程度上体现出“刑不上大夫”的意旨。一方面，这是对士大夫人格尊严的关怀，

① 参见丁四新：《“礼不下庶人，刑不上大夫”问题检讨与新论》，《江汉学术》2020年第4期，第93页。

② 阎步克：《从爵本位到官本位：秦汉官僚品位结构研究》（增补本），三联书店2017年版，第50页。

③ 例如，冯去疾、冯劫下狱言“将相不辱”而自杀（参见《史记》卷6《秦始皇本纪》，中华书局2014年版，第344页）。汉代士人同样有此认识，司马迁对士人之辱的理解为：“太上不辱先，其次不辱身，其次不辱理色，其次不辱辞令，其次诟体受辱，其次易服受辱，其次关木索被捶楚受辱，其次剔毛发婴金铁受辱，其次毁肌肤断支体受辱，最下腐刑，极矣。”（参见《汉书》卷62《司马迁传》，中华书局1962年版，第2732页）一旦下狱，难免遭受狱吏拷打，其辱仅次于受刑。这也是李广“终不能复对刀笔之吏”的原因。参见《史记》卷109《李将军列传》，中华书局2014年版，第3476页。

④ 《汉书》卷56《董仲舒传》，中华书局1962年版，第2515页。

⑤ 《汉书》卷8《宣帝纪》，中华书局1962年版，第274页。

属于以礼相待。另一方面，这在客观上起到了“效其贤材”的作用，在对先请群体的品德、才能表现出充分信任的同时，又可令其自勉。将廉吏纳入先请群体，应当也是出于这一考虑。两方面相结合，则可达到“上设廉耻礼义以遇其臣，而臣不以节行报其上者，则非人类也”<sup>①</sup>的效果。

其二，先“请”后“治”有助于君主操控刑柄。在慎刑理念的影响下，汉初恢复了对宗亲贵族的司法优待。<sup>②</sup>高祖七年（公元前200年）春，“令郎中有罪耐以上，请之”，<sup>③</sup>官吏同样获得相关权益。不过，就目前所见的史料而言，官吏获得实际意义上的司法优待的时间相对滞后，并且存在秩级方面的限制。直至文帝前元七年（公元前173年）“令列侯太夫人、夫人、诸侯王子及吏二千石无得擅征捕”，<sup>④</sup>二千石吏始能与列侯及诸侯的亲属享受同等的司法优待；二千石以下吏则仍在可以“擅征捕”的行列，而治罪的权柄多掌握在丞相手中。

汉初相权达到秦汉时期的顶峰，<sup>⑤</sup>“汉典旧事，丞相所请，靡有不听”。<sup>⑥</sup>在治吏方面，丞相拥有很大权力，“宰相者……使卿大夫各得任其职焉”。<sup>⑦</sup>无论是高祖“令郎中有罪耐以上”须“请之”，还是文帝令“无得擅征捕”二千石吏，都可视作对相权的侵夺。其中，文帝前元七年令含有先“请”后“治”的要求，可视为先请制的序幕。汉景帝时，丞相申屠嘉欲治内史晁错罪，因内史秩二千石，故只得先“奏请诛错”，<sup>⑧</sup>这就是文帝前元七年令发挥作用的结果，景帝也因此得以开释晁错。

迟至文帝末，“治”前的“请”仍止于二千石吏。丞相申屠嘉未请示文

① 《汉书》卷48《贾谊传》，中华书局1962年版，第2257页。

② 例如，张家山汉简《二年律令·具律》规定，“吕宣王内孙、外孙、内耳孙玄孙，诸侯王子、内孙耳孙，彻侯子、内孙有罪，如上造、上造妻以上”，即“其当刑及当为城旦舂者，耐以为鬼薪白粲”（参见张家山二四七号汉墓竹简整理小组编著：《张家山汉墓竹简〔二四七号墓〕：释文修订本》，文物出版社2006年版，第21、20页）。虽然不排除相关法条是吕氏为凸显自身地位而创制的，但仍体现了汉初对宗亲贵族予以司法优待的基本宗旨。

③ 《汉书》卷1下《高祖纪下》，中华书局1962年版，第63页。需要注意的是，此处的“请”并非先请，乃“特以为恩惠”。参见程树德：《九朝律考》，商务印书馆2010年版，第123页。

④ 《汉书》卷4《文帝纪》，中华书局1962年版，第122页。

⑤ 参见王刚：《秦汉间的政治转折与相权问题探微》，《人文杂志》2015年第2期，第93～95页。

⑥ 《后汉书》卷46《陈忠传》，中华书局1965年版，第1565页。

⑦ 《史记》卷56《陈丞相世家》，中华书局2014年版，第2504页。

⑧ 《史记》卷96《张丞相列传》，中华书局2014年版，第3252～3253页。

帝，直接召秩比千石的太中大夫邓通至府，欲以大不敬罪斩之，文帝为保全邓通，只能遣使持节召之，并向丞相求情。<sup>①</sup>武帝时皇权增强，丞相为“备员而已”，<sup>②</sup>先请制对丞相的制约亦更明显。在巫蛊之乱中，司直田仁私放太子出城，丞相刘屈氂欲斩之，御史大夫暴胜之言：“司直，吏二千石，当先请，奈何擅斩之？”<sup>③</sup>刘屈氂只能将田仁释放。此后，随着先请适用范围的不断扩大，君主愈益加强了对宗亲及官吏治罪权的直接掌控。

其三，先“请”后“治”便利君主罚不依法。随着治吏刑柄的转移，君主为亲信大臣提供庇护变得更加轻易。<sup>④</sup>君主无论是对被劾者从轻发落，还是从重处罚，都离不开先“请”后“治”这一前提。因为八议在汉代未入法典，减刑无法可依，加刑更无所据，所以若按照正常司法程序，<sup>⑤</sup>即使在审理、拟刑后上请“报决”，君主也难以更改其结果——这涉及君主个人意志与司法公正的矛盾。例如，文帝在廷尉张释之奏当后，因私愤欲对“犯跸”者加重刑罚，张释之言：

法者天子所与天下公共也。今法如此而更重之，是法不信于民也。且方其时，上使立诛之则已。今既下廷尉，廷尉，天下之平也，一倾而天下用法皆为轻重，民安所措其手足？唯陛下察之。<sup>⑥</sup>

文帝因此不改原判。从张释之所言可知，在廷尉依法判罪前，君主直接定罪并无不妥，而一旦廷尉拟定刑罚，再行更改会导致严重后果。即便在极其强势的武帝在位期间，<sup>⑦</sup>上述矛盾也依然存在。故此，廷尉上请判决昭平君死刑，武帝在左右为言、哀不能止的情况下，仍准其奏，原因是武帝自知：“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。”<sup>⑧</sup>

① 参见《史记》卷96《张丞相列传》，中华书局2014年版，第3252页。

② 《史记》卷96《张丞相列传》，中华书局2014年版，第3253页。

③ 《汉书》卷66《刘屈氂传》，中华书局1962年版，第2881页。

④ 如学界已注意到的，汉代存在一种特殊的君臣关系，侯旭东将之概括为“信一任型君臣关系”（参见侯旭东：《宠：信一任型君臣关系与西汉历史的展开》，北京师范大学出版社2018年版，“引言”，第6~21页）。这引发了君主对大臣的庇护。

⑤ 汉代司法遵循案一劾一下狱一判罚的程序[参见侯欣一、赵晓磊：《汉代司法程序之顺位辨正——以汉代劾制为中心的再考察》，《南开学报》（哲学社会科学版）2018年第1期，第52~62页]。尽管一些犯罪事实清晰、证据充分的案件可能越过诣狱环节直接宣判，但在先请制下，劾于君主是必不可少的环节。

⑥ 《史记》卷102《张释之冯唐列传》，中华书局2014年版，第3333页。

⑦ 武帝时杜周为廷尉，对“上所欲挤者，因而陷之；上所欲释者，久系待问而微见其冤状”。见《史记》卷122《酷吏列传》，中华书局2014年版，第3826页。

⑧ 《汉书》卷65《东方朔传》，中华书局1962年版，第2852页。

于是，君主欲依己意行罚，就不得不越过或操控“治”的阶段。先请制要求将案件劾于君主，君主可以自行决定处置方式，如此对结果的掌握便进退有据、游刃有余了。例如，东方朔醉入殿中，被劾不敬，武帝直接诏免其为庶人，使待诏宦者署，略过了后续司法程序。反之，对欲加罪者，君主则可以操纵后续司法程序，通过下狱“穷治”加重处罚。从整体来说，上请群体与君主关系相对疏远，昭平君之事得到武帝重视，与其母隆虑公主的遗愿有关，属于个例；而近亲、高官与君主关系特殊，交往较多，君主对其从轻发落或下狱“穷治”的意图往往更加明显，故更需要适用先“请”后“治”的程序。

总之，“明主之所导制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑、德也”。<sup>①</sup>在“德”的方面，先请制继承了八辟先“请”后“治”的司法程序，可以励亲贵之“节行”；在“刑”的方面，先请制抛弃了八辟的定刑原则，使君主得以控制司法过程和结果。如此，刑、德“二柄”更好地发挥了“导制其臣”的功用，适应了皇权扩张的需要。与之相应，先请制的性质不是亲贵刑罚特权的保障，而是君主御下的工具。因此，汉代君主主动降低了适用先请的官吏秩级要求。不难想见，若先请制是单纯保障亲贵刑罚特权的制度，则断不会如是。

### 三、先请后的罚不依法

在先请制下，君主更加直接地掌握了对亲贵刑罚的判定，但其过程并非全然随心所欲。先请制的形成虽基于八辟的程序——先“请”后“治”，但“请”后的“治”在原则上不包含“议”的环节。然而，随着汉代学术“罢黜百家，表章六经”，<sup>②</sup>国策“纯任德教”，<sup>③</sup>八辟中“议”的思想也重新兴盛起来，在东汉时已深入人心。<sup>④</sup>在此背景下，君主在处理先请案件时，如对法定刑罚做出更改，就难免要考虑八议的影响，这也导致君主在加减刑罚时采取的方式不同。

一方面，随着八议思想的影响日益扩大，当君主欲减免先请案件的刑罚时，往往据之下诏，令被劾者迁、免，用行政处罚代替刑罚。例如：

上素重商，知匡言多险，制曰“弗治”。夙固争之，于是制诏御史：“……惟商与先帝有外亲，未忍致于理。其赦商罪。使者收丞相

① 王先慎撰，钟哲点校：《韩非子集解》卷2《二柄》，中华书局1998年版，第39页。

② 《汉书》卷6《武帝纪》，中华书局1962年版，第212页。

③ 《汉书》卷9《元帝纪》，中华书局1962年版，第277页。

④ 参见龙大轩：《八议成制于汉论考》，《法学研究》2012年第2期，第180~182页。

印绶。”<sup>①</sup>

上曰：“故丞相吉有旧恩，朕不忍绝。”免显官，夺邑四百户。<sup>②</sup>

（上）遂策免丹曰：“……以君尝托傅位，未忍考于理，已诏有司赦君勿治。其上大司空高乐侯印绶，罢归。”<sup>③</sup>

丞相王商、太仆丙显、大司空师丹三人被劾不道或不敬，本应接受较重的处罚，但诏书中着重强调的“外亲”“旧恩”“尝托傅位”分别符合八议对“亲”“功”“贵”的要求，可以作为君主不忍使其下狱、受刑的正当理由。与之类似，太仆戴长乐“宣帝在民间时与相知”，属于八议中的“故”，因而在他被劾“非所宜言”后，“上不忍加诛，有诏皆免恠、长乐为庶人”。<sup>④</sup>诏令内容虽不见于史传，但应与上引材料相近。

另一方面，在先请案件中，当君主欲加重刑罚时，则转而利用“治”权，通过操控司法以达到目的。君主在法律之外加重对大臣的处罚，不仅与八议及其代表的德治思想相违，还可能招致朝野的反对，是故不便通过下诏来实现。但是，君主仍可以通过操纵先请后的“治”的过程严惩大臣。如哀帝建平四年（公元前3年），尚书仆射郑崇“以董贤贵宠过度谏”，“由是重得罪”，哀帝“数以职事见责”。后尚书令赵昌奏郑崇“与宗族通，疑有奸，请治”，哀帝怒而“下崇狱，穷治，死狱中”。<sup>⑤</sup>在“穷治”的过程中，君主有时会受到大臣的劝阻——郑崇下狱后，司隶校尉孙宝便上书进谏，被免为庶人。<sup>⑥</sup>为了更好地操控审理过程，君主甚至将大臣投入后宫之狱。例如，成帝通过掖庭狱“主为赵、李报德复怨，”迫害大臣，以致“生入死出者，不可胜数”。<sup>⑦</sup>如此，君主得以规避舆论影响和外界干预。

在先请制下，君主的罚不依法虽然破坏了司法公正，却在一定程度上促进了皇权的稳固和有效运转。一方面，对违逆者加以严惩，有助于确立君主的权威，并推动其意志的有效执行，如对大逆、大不敬等罪案的“穷治”，便是明证。另一方面，对部分刑罚的减免也有助于彰显君主的德治理念，并为罪人提供改过自新的机会，以下详析之。

其一，如前所述，先请制“励节”和“效其贤材”的作用是通过特

① 《汉书》卷82《王商传》，中华书局1962年版，第3374页。

② 《汉书》卷74《丙吉传》，中华书局1962年版，第3149页。

③ 《汉书》卷86《师丹传》，中华书局1962年版，第3507~3508页。

④ 参见《汉书》卷66《杨恠传》，中华书局1962年版，第2891~2893页。

⑤ 参见《汉书》卷77《郑崇传》，中华书局1962年版，第3256~3257页。

⑥ 参见《汉书》卷77《孙宝传》，中华书局1962年版，第3262页。

⑦ 参见《汉书》卷85《谷永传》，中华书局1962年版，第3460页。

定人群的“无得擅征捕”体现出来的，宥刑并非其必然结果，与先秦的“刑不上大夫”有所区别。因此，先请后的不确定性给君主留下了更多凸显其德治理念的空间。而在上述涉及“亲”“功”“贵”“故”的诏令中，君主的真实动机虽难断言，但其陈述的理由都合于八议，最终被劾者的刑罚也都得以宽免，无疑体现了君主对被劾者的礼遇和优待。随着德治思想的发展，此种礼遇和优待成为君主处理与高官关系的重要原则，以至于丞相等重臣如有过，多径以诏免。《汉官旧仪》曰：“丞相不胜任，使者奉策书，驾驷骆马，即时布衣，步出府，免为庶人。丞相有他过，使者奉策书，驾驷驂马，即时步出府，乘栈车牝马，归田里思过。”<sup>①</sup>

其二，大臣所受刑罚得到减免，又为君主日后重新启用他们创造了前提。<sup>②</sup>在君主对“贤”“能”刑罚的减免中，这一点尤为引人注目。“贤”的例证如顺帝时侍中杨伦被劾探知密事，“坐不敬”当“结鬼薪”，“诏书以伦数进忠言，特原之，免归田里”。<sup>③</sup>“忠”即儒家“六德”中的“臣德”，郑玄将“有德行者”视为八议中的“贤”。<sup>④</sup>顺帝以诏原之的目的更多是为国存才，杨伦在数年后被征拜太中大夫，即其证。“能”的例证则如元帝诏迁光禄勋周堪、光禄大夫张猛，其文曰：“丰言堪、猛贞信不立，朕闵而不治，又惜其材能未有所效，其左迁堪为河东太守，猛槐里令。”<sup>⑤</sup>周堪、张猛免刑而迁的理由就是元帝“惜其材能”。又陈禅有理蛮夷之能，在被劾后，安帝下诏左转其为玄菟候城障尉，“会北匈奴入辽东，追拜禅辽东太守”。<sup>⑥</sup>很明显，安帝诏迁陈禅的用意正在于追拜。

如此，基于先请制，君主得以利用罚不依法更好地维持其统治。当皇权紧握在君主手中时，大臣虽然可以通过进言施加影响，但先请后的结果总体上取决于君主；而当皇权旁落时，权臣便可通过操控先请后的刑罚谋取私利。汉魏间先请制的终结与八议制的复兴，不仅缘于儒家思想在政治和法律领域的影响日益深刻，还与在汉代先请制的实践中权臣借助皇权实际上获得了操控刑柄的特权有关，这在东汉后期有突出表现。

东汉后期外戚、宦官借助皇权，利用先请程序公然干预司法结果。一

① 孙星衍等辑，周天游点校：《汉官六种》，中华书局1990年版，第40页。

② 参见苑苑：《“弃已复用”：汉代罪吏复叙研究》，《河北师范大学学报》（哲学社会科学版）2023年第4期（网络首发），第157~164页。

③ 《后汉书》卷79上《儒林列传上》，中华书局1965年版，第2564~2565页。

④ 参见李学勤主编：《十三经注疏·周礼注疏》，北京大学出版社1999年版，第916页。

⑤ 《汉书》卷36《楚元王传》，中华书局1962年版，第1947~1948页。

⑥ 《后汉书》卷51《陈禅传》，中华书局1965年版，第1685页。

方面，对自身及亲友朋党加以保全。当时，大臣对外戚、宦官的弹劾往往如石沉大海，难以发挥效用，甚至对其亲友朋党的弹劾也是如此。例如，顺帝遣八使徇行郡国，多所纠奏，“而大将军梁冀及诸宦官互为请救，事皆被寝遏”，<sup>①</sup>“其中并是宦者亲属，辄为请乞，诏遂令勿考”。<sup>②</sup>“寝遏”<sup>③</sup>及诏“令勿考”皆是先请后君主的特权，却受到权臣的干预，为其所用。另一方面，对不附己者予以打压。权臣同样可以利用“治”权“穷治”他人，如梁冀为除李固，弹劾他与刘文、刘鲋勾结，使之下狱，尽管大将军长史吴祐、从事中郎马融固争，但梁冀仍通过司法手段“遂诛之”。<sup>④</sup>权臣有时甚至授意他人诬告异己，使案件进入先请程序，继而方便自己上下其手。<sup>⑤</sup>

如此，先请后本应由君主操控的刑柄，部分转到了权臣手中，官吏则“归其臣而去其君矣”，<sup>⑥</sup>有意无意地趋附权臣，“且牧守不良，或出中官”，<sup>⑦</sup>“多非德选……皆托之尊府”，<sup>⑧</sup>致使权臣的权势日益膨胀。雪上加霜的是，各地牧守纷纷仿效权臣，党同伐异，培植势力。崔寔《政论》曰：

长吏或实清廉，心平行洁，内省不疚，不肯媚灶，曲礼不行于所属，私敬无废于府。州郡侧目，以为负折，乃选巧文猾吏，向壁作条，诬覆阖门，摄捕妻子，人情耻令妻子就逮，则不迫自去。<sup>⑨</sup>

长吏应适用先请，不得擅自捕治。州郡牧守面对不顺从的长吏，难以直接诬陷定罪，却不惜“诬覆阖门，摄捕妻子”，迫使其自行离职。牧守如此行事

① 《后汉书》卷56《种暠传》，中华书局1965年版，第1827页。地方官先请的劾章并非直接交于君主手中，而须由相关官吏经手，其中主章吏发挥着重要作用。如熹平二年（公元173年），太守尹端坐讨贼失利，为州所奏，罪当弃市，主簿朱儁至京师以数百金赂主章吏，“遂得刊定州奏，故端得输作左校”（参见《后汉书》卷71《朱儁传》，中华书局1965年版，第2308页）。这也给权臣操纵劾奏留下了空间。

② 《后汉书》卷63《李固传》，中华书局1965年版，第2082页。

③ 在劾后，君主可以留奏不出，既不下诏迁、免，也不令下狱治，使被劾者留居官位。例如，张敞以治剧闻名，“上爱其能”，受杨恽牵连，“而敞奏独寝不下”，颜师古曰：“天子惜敞，故留所奏事不出。”参见《汉书》卷76《张敞传》，中华书局1962年版，第3222~3224页。

④ 参见《后汉书》卷63《李固传》，中华书局1965年版，第2087页。《资治通鉴》卷53《汉纪四十五》“汉桓帝建和元年”条载“固遂死于狱中”（中华书局1956年版，第1712页）。

⑤ 参见苑苑：《秦汉官僚政治中的诬告》，《天津师范大学学报》（社会科学版）2024年第5期，第149页。

⑥ 王先慎撰，钟哲点校：《韩非子集解》卷2《二柄》，中华书局1998年版，第40页。

⑦ 《后汉书》卷51《陈龟传》，中华书局1965年版，第1693页。

⑧ 《后汉书》卷43《朱穆传》，中华书局1965年版，第1468页。

⑨ 崔寔：《政论》，严可均辑，许振生审订：《全后汉文》，商务印书馆1999年版，第467页。

的原因，正在于权臣利用先请制既为己脱罪，又重罚不附己者，上行难免下效，故“鼎辅不思在宽之德，牧牧守守逐之”。<sup>①</sup>于是，从中央到地方，权门势力不断扩张，为东汉国家解体及曹魏时期八议入律埋下了伏笔——亲贵的八议特权最终得到皇权认可。

#### 四、结语

汉代先请制上承先秦，下启魏晋。作为一种法律制度，它既是政治的产物，又对政治产生深刻影响。先秦时期，贵族政治孕育了八辟制度，旨在保障贵族的司法特权；秦代建立起前无古人的君主专制，所尚唯法，推翻了这一特权，但因用法激烈而速亡；汉初拨秦之乱，复重德治，在此背景下，八辟思想复兴，却未成为定制，而是在其形式基础上形成了先请制。先请制同样遵循等级限制，以服属和秩级为限，但只“请”而不“议”，司法结果由君主决定。因此，先请制没有成为亲贵刑罚特权的保障，而是成为君主御下的工具。

先请制采取的先“请”后“治”形式不仅符合德治要求，还为君主更加直接地操控刑柄提供了机会，在“德”与“刑”两方面均有利于君主对臣下的治御。因此，为了强化对官僚组织的控制，君主主动降低了对官吏适用先请的秩级要求。君主既可以八议为由，直接下诏迁、免，使被劾者免于诣狱获刑，又可通过下狱“穷治”，加重对被劾者的处罚。这些罚不依法的措施，在一定程度上有利于皇权的巩固和运转。然而，在东汉中后期，由于皇权的旁落，故而权臣得以利用皇权操控先请案件的司法结果，不仅使自身及朋党避祸，还大肆对异己予以打击。上行下效之下，作为皇权御下工具的先请制反被权臣利用，为其提供了司法特权，导致皇权日衰、臣势日盛——东汉国家解体与此不脱干系。

更重要的是，官僚贵族集团的势力日益壮大，成为皇权不敢小觑的政治力量。在现实的政治格局以及汉代先请制中八议思想的影响下，魏明帝时期制定的《新律》终于将八议正式纳入法典，这标志着贵族、官僚的司法特权得以合法化和制度化。随着制度的核心由“请”转变为“议”，先请制蜕变为八议制，先秦八辟制度在一定程度上实现了复辟。至此，君主与亲贵之间的司法关系经过帝制初期——秦汉时期的博弈与调整，终于被基本确定下来，并延及后世。

（责任编辑：张梦晗）

<sup>①</sup> 崔寔：《政论》，严可均辑，许振生审订：《全后汉文》，商务印书馆1999年版，第467页。