

[文章编号]1009-3729(2012)01-0064-03

刑事法制视野下的“缙萦上书”

秦正发

(西南财经大学法学院,四川成都611130)

[摘要]在“缙萦上书”文本解读的基础上,探究了“缙萦上书”的法学价值,认为“缙萦上书”对当代律师刑事辩护的启示意义在于,律师应通过多种方式最大化地维护当事人的合法权益,还应通过个案发现和检讨现存社会法律问题,推动立法改革,为实现社会公平正义做出应有的贡献;而“缙萦上书”对刑罚执行制度的启示在于,可从传统“代刑”推演出“间断罚”等现代刑罚执行变通方式。

[关键词]缙萦上书;律师刑事辩护;间断罚

[中图分类号]D914 **[文献标志码]**A

汉文帝时,一女子淳于缙萦因父亲淳于意行医中被告获“肉刑”而上书汉文帝,结果救了她的父亲。这便是“缙萦上书”的佳话。淳于缙萦上书救父一举,堪称善事父母恪守孝道之典范。南宋林同曾撰《孝诗》赞曰“仁矣文皇诏,悲哉孝女书。至今民受赐,非但活淳于。”史家班固“百男何愤愤,不如一缙萦”(《咏史》)之美誉,更是备受女权主义者的推崇。然而,在中国历史上,有关“缙萦上书”的历史典故通常是作为歌颂汉文帝刘恒施行仁政的功德之一,即推行刑罚改革、废除肉刑之佐证而被载入史册的。无论是司马迁之《史记》,还是班固之《汉书》,抑或是司马光之《资治通鉴》等史书,无不如此。这无疑凸显了“缙萦上书”的工具价值。基于正统历史的一贯叙述逻辑和思维定式,“缙萦上书”无非是一个历史事件或历史人物的陪衬而已,其在法学层面所内含的价值未见有人深入探究。

对于“缙萦上书”,现学者多从淳于意因何获罪方面着手探讨^[1-2],而对“缙萦上书”文本的解读却少见。鉴于此,本文拟从刑事法制的角度,在对“缙萦上书”文本解读的基础上,从律师刑事辩护和刑罚执行制度两个视角着手,探究“缙萦上书”的法学价值,以期从中汲取某些有益的启示。

一、“缙萦上书”的文本解读

“妾父为吏,齐中皆称其廉平,今坐法当刑。妾伤夫死者不能复生,刑者不能复属,虽后欲改过自新,其道亡繇也。妾愿没入为官婢,以赎父刑罪,使得自新。”(《汉书·刑法志》)该上书文本简洁明了,在内容上可分如下三个层次。

其一,事实之铺陈。“妾父为吏,齐中皆称其廉平,今坐法当刑”作为缙萦上书的开场白,给予汉文帝刘恒的首因效应绝对良好,也凸显了史家或缙萦之睿智。首先,“妾父为吏”,说明缙萦父亲淳于意曾经作为一个官员为汉文帝刘恒卖过力,造成其父是汉文帝刘恒“自己人”的表象。在潜意识当中,既然是“自己人”了,在定罪量刑时一般会有所关照的。因为从生活常识和人的本性来看,无论司法官如何铁面无私,他们毕竟是有血有肉有感情的人,当他们审判“自己人”的时候,只要掌握在司法裁量权限范围内,徇私不枉法的事情一般会去做的。其次,“齐中皆称其廉平”,即齐国人都说缙萦父亲淳于意廉洁公正,一贯表现不错。众所周知,淳于意医术精湛,救死扶伤无数,但这只能赢得百姓的首肯,而于众多事例中遴选淳于意为官廉平则可取得

[收稿日期]2011-09-15

[作者简介]秦正发(1979—),男,安徽省无为县人,西南财经大学博士研究生,主要研究方向:刑法学。

一石二鸟之功效,一方面表明了为官者良好的职业操守,另一方面也彰显了选官者(终极意义上是指皇帝)用人得当和领导有方。如此,在某种程度上,即使不是必然的也是有可能获得司法官的同情,同时也能避免司法官先入为主的偏见。再次,“今坐法当刑”,意即我父亲触犯律法就应当判处肉刑,对此我不表示异议。弦外之音是,皇上作为最高统治者、立法者和司法官,制定的律法理所当然地应被民众无条件地服从和遵守。这表示其守法意愿,为后文做铺垫。

其二,死刑、肉刑合理性之辨析。“妾伤夫死者不能复生,刑者不能复属,虽后欲改过自新,其道亡繇也”一句,由实入虚、承上启下,是缙萦上书论证的关键所在。缙萦父亲淳于意犯律法当处肉刑,缙萦对律法的正当性不作质疑。但是,死刑和肉刑作为一种存在不一定具有合理性,其广施滥用弊端丛生,于国于家于人皆不利。在缙萦看来,她为那些被判处死刑或肉刑的人感到伤悲。判处罪犯死刑,其生命将一去不复返;施之以肉刑,其肢体则不能恢复原状,如此等于断绝了罪犯改过自新的机会,不利于对罪犯的教育改造。再进而言之,死刑或肉刑的实施可能激起更大的社会危害:某些肉刑的滥施与扼杀劳动能力无异,这对于以农业为主要经济基础的封建统治大为不利;而背负耻辱性肉刑的罪犯可能对朝廷产生终生不满的对抗情绪;再说肉刑也不能体现以“民之父母”自居的帝王的宽仁。总之,对于死刑、肉刑所带来的严重后果,作为皇上是应认真思考的。

其三,刑事责任之替代。“妾愿没入为官婢,以赎父刑罪,使得自新”一句是缙萦上书的最终目的。缙萦上书最终要落在救父的目的上,也即要求汉文帝释放其父淳于意,以便让其父能够改过自新,其父的法律责任由缙萦代为承担或替代,即缙萦没入官府做奴婢。相比而言,其父罪若能赎,父尚可治病救人,维持家庭生计,而自己没入官府为奴婢本无足轻重。缙萦小小年纪,敢于上书陈情,其勇气胆识可嘉,亦可窥其孝心之一斑,正因如此,才使得为母亲尝药汤的汉文帝刘恒动了恻隐之心——“今人有过,教未施而刑已加焉,或欲改行为善,而道亡繇至,朕甚怜之”(《汉书·刑法志》)。于是,汉文帝刘恒最终赦免了淳于意。

综上所述,不管缙萦的上书是出自史家之手还是缙萦之口,仅从文本观之,寥寥数言,言简意赅,

顺乎天理,合乎人情,孝道柔情跃然纸上。就其逻辑架构来看,事实与情理相结合,实与虚相间,论证严谨。就其上书陈情的功效而论,有理有节,雄劲有力,终使汉文帝刘恒免除了淳于意的罪刑。此外,该上书对死刑和肉刑合理性的辨析,促使汉文帝刘恒以此为契机,废除了肉刑,这是人类刑罚史上的一大进步。总之,如果转换一下视角,按照现代法律语言来解释,在广义上可以说缙萦的上书是一篇上好的辩护词、上诉状,发人深思。

二、“缙萦上书”对于律师刑事辩护的启示

任何人在遭受司法机关追究刑事责任时,皆可依宪法、法律所赋予的辩护权,委托律师为其进行辩护。律师受委托或指定介入刑事辩护,对于保障犯罪嫌疑人、被告的合法权益具有不可或缺的重要作用,这是现代政治文明的表征之一。1959年1月在印度召开的国际法学家会议上通过的《德里宣言》已将“律师职业自由”作为法治原则之一纳入其中。^[3]由此可见,律师制度对建设法治国家的重要性。尽管我国法制还有待于完善,刑事辩护律师在实务中遭遇会见难、调查取证难、阅卷难以及执业风险大等困境,但是刑事辩护律师必须鼓足勇气、满怀信心、迎难而上,这是律师应有的社会担当。就拿“缙萦上书”来说,缙萦明知道父亲“坐法当刑”,仍怀有救父之一线希望,上书皇上,其勇气可赞、孝心可嘉。

由前文可知,缙萦向汉文帝所呈的是一篇上好的辩护词、上诉状。较好的书面语言表达能力是律师的必备素质之一,这一点勿需赘述。在常人看来,淳于意“坐法当刑”似乎是铁板钉钉的事情,但最后情势有了转机,朝着有利于缙萦之父的方向发展。这一点也反映出,律师在刑事辩护当中自有其作为的空间,只是空间的大小不同而已。还有一点十分重要,就是刑事辩护律师必须设法博得司法官对当事人的怜悯和同情。众所周知,在诉讼中,“各方当事人允许以自己的利益为取向,他们通常所关心的并不是达到某个正确或公正的判决,而在于达到于己有利的判决”^[4]。从犯罪学角度来说,某些犯罪是多种社会因素促成的产物,犯罪人本人及其亲属或许也是间接的受害人。而司法官是多种角色的复合体,司法官的家庭背景、人生阅历、兴

趣爱好以及个人价值观对案件的裁判难免有着或多或少的影响。因此,刑事辩护律师可以设法激起司法官的恻隐之心,以便最大化地维护当事人的合法权益。不难设想,缙萦上书救父成功,与“仁孝闻天下”的汉文帝“怜悲其意”不无关联。

在通常意义上,律师刑事辩护的目的无非是最大化地维护当事人的合法权益,即根据事实和法律为当事人作无罪、罪轻、减轻或免除处罚的辩解,以求通过个案实现有限的个别正义。当然刑事辩护律师的职责和功能不应局限于为当事人提供法律服务,还应承担更宏大的社会责任。在缙萦上书中,淳于缙萦以死刑、肉刑断绝犯人改过自新的机会为由,质疑死刑、肉刑存在的合理性,激起了汉文帝刘恒及其群臣对肉刑存废的反思,并在权衡利弊之后开创了人类刑罚史上废除肉刑的先河。现代律师也应该通过个案,发现和检讨现存社会法律问题,推动立法改革,为实现社会的公平正义做出应有的贡献。

三、“缙萦上书”对刑罚执行制度的启示

刑罚执行,是指法律规定的刑罚机关依法将生效的刑事裁判对犯罪分子确定的刑罚付诸实施、并解决由此产生的法律问题的刑事司法活动。^[5] 刑罚执行的对象是受刑人,即经司法机关裁判受刑事处罚的犯罪人。据上所述,缙萦上书的目的是为了代父受罚,这种刑罚执行对象的替代虽有悖于现代刑法的“罪责自负”原则,但在中国古代的确存在。人民犯了重罪本无可道,但往往因犯人的子孙兄弟请求代刑而加以赦免和减轻。缙萦救父的故事只是许多故事中最古最为人所熟悉的一个而已。有时代刑甚至成为国家规定的制度,于是请求代刑便成为合法的权利了。^[6] 代刑不光存在于中国古代,在古希腊神话中似乎也有类似的刑罚执行方式。“根据古希腊神话,我们还可以推测,当时可能存在替代刑和象征刑。如普罗米修斯获得解放,是因为喀戎愿意把自己作为替身留在悬崖上。”^[7] 在中国古代,代刑的存在无疑是统治者德治的一种表现,其存在的价值和意义不可低估,既有利于对罪犯的教育改造,也有利于缓和阶级矛盾。代刑是基于犯罪人与其亲属的约定或非犯罪人的主动承担,向国家请求刑事责任的替代,具有约定性、主动性、期望性。事实上,在现代刑法中某些单位犯罪规定的刑

事责任转嫁制,就是刑事责任替代的一种表现,不过这种刑事责任的替代是基于法律的规定。鉴于此,在当下构建社会主义和谐社会的视域下,突破现代刑法“罪责自负”的边界,改造传统的代刑并非不可行。当然,在关于代刑的主体、目的、罪名、刑种、必要性等方面,尚待深入探讨。

在此,笔者提出“间断罚”的设想。间断罚的提出,是基于对缙萦代父赎罪的启示和由此关联到的对罚金刑的分期执行方式的借鉴。作为刑罚执行方式的一种变通,间断罚是指刑罚执行机关根据对服刑人员的服刑表现、人身危险性和社会危害性等因素的综合考虑,可以对依法申请间断罚的服刑人员采取间断性的刑罚执行方法。在通常情况下,拘役、有期徒刑、无期徒刑等限制或剥夺自由刑的唯一执行方式是对服刑人员采取连续性的监禁,这种单一化的刑罚执行方法存在着不少弊端,未能顾及到不同的服刑人员具有不同的个性,也即未能坚持因材施教的个别化原则和具体情况具体对待的矛盾分析方法。譬如,对于一个人身危险性和社会危害性不大、确实需要剥夺一定时期自由且未遇假释或赦免的初犯和过失犯的服刑人员,在其家庭遇到如亲属死亡或其他重要紧急事情的时候,可以允许其申请间断罚,当事情处理完毕后再返回继续服刑。这或许是一种比较人道的刑罚执行方法,有利于对服刑人员的教育改造和回归社会。当然,这种刑罚执行方法可能使得某些服刑人员趁机溜之大吉摆脱执行机关的控制,增加刑罚执行的成本。不过,可以通过激励兼容约束的方式来防范这种情况的发生。

[参 考 文 献]

- [1] 庄小霞,薛婷婷. 仓公犯的是什么罪[J]. 春秋,2006(2):35.
- [2] 苏卫国. 仓公狱事解析——《史记·仓公传》研读札记[J]. 理论界,2005(8):198.
- [3] 周永坤. 法理学[M]. 北京:法律出版社,2004:546.
- [4] [德] 罗伯特·阿列克西. 法律论证理论[M]. 舒国滢,译. 北京:中国法制出版社,2002:263.
- [5] 赵秉志. 刑法总论[M]. 北京:中国法制出版社,2008:450.
- [6] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京:中华书局,1981:60-62.
- [7] 童德华. 规范刑法原理[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2005:47.