

亲亲相隐刑事政策思想法律化的现代思考

彭凤莲

(安徽师范大学法学院 安徽芜湖 241002)

内容提要:亲亲相隐在中国古代经历了从思想到政策再上升为法律的过程。其理论渊源于孔孟荀之道,其法律化的历程始自秦朝,一直延续至清末。在当代,亲亲相隐仍然为一种流传盛广被广泛认同的文化现象,司法实践中也或多或少地渗透了亲亲相隐的意蕴。目前学界对亲亲相隐能否再现于法律中有不同的看法,但人道亲情是和谐社会的根基,有必要吸收古代亲亲相隐蕴含的传统人本主义思想,完善亲属间包庇与作证的相关立法。

关键词:刑事政策 亲亲相隐 法律化

我国古代为政者治国,不仅仅局限于强制手段,更为垂青的是道德的弘扬、德政的感化、风俗的熏陶、舆论的诱导等,^①这对我国传统刑事政策思想影响很大。我国传统刑事政策思想博大精深,单就针对特殊主体的刑事政策思想而言,就有亲亲相隐、严以治吏、矜老恤幼等。本文以亲亲相隐为视角,对该政策思想的理论根据、法律化历程以及在当代的合理借鉴等问题进行探讨,以期当代刑事政策乃至刑事法律的制定提供一点历史资源与借鉴。

一、亲亲相隐刑事政策思想的理论渊源

亲属在犯罪时应当互相为容隐、不得告发,

这是春秋战国以来儒家的一种理想。汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”之后,儒家思想获得了治理国家指导思想的正统地位,于是“亲亲相隐”的理想便成为了一种治国理政的刑事政策思想。其理论根据自然可以从春秋战国以来儒家思想中去寻求。儒家思想的重要载体便是儒家经典,诸如《论语》、《孟子》、《荀子》等。

(一)亲属间包庇犯罪行为之非罪或不罚的理论渊源

《论语·子路》载“攘羊”之事。叶公语孔子曰:“吾党有直躬者,其父攘羊,而子证之。”孔子曰:“吾党之直者异于是。父为子隐,子为

作者简介:彭凤莲(1967-),女,汉族,安徽潜山人,安徽师范大学法学院长、教授、博士生导师,马克思主义研究中心研究员、历史学博士后。

本文为作者所主持的教育部人文社会科学研究项目《中国传统刑事政策思想研究》(09YJA820002)、2010年度安徽省博士后研究人员科研活动经费资助项目“中国古代亲属间行为的罪刑配置研究”的成果之一。

^① 杨鸿烈:《中国法律思想史》(下册),商务印书馆1998年版,第156页。

父隐,直在其中矣。”

亲属相容隐,经孔子倡导阐发后,成为了儒家学说中一个重要的道德原则。“父子”相互包庇,与父慈子孝的伦理相贯通。“父为子隐”体现了父母长辈对子女晚辈的慈爱之心,“子为父隐”体现了子女晚辈对父母长辈的孝道。此开启了后世亲属间包庇犯罪行为之非罪或不罚的理论先河。

(二)通风报信帮助逃匿行为之非罪或不罚的思想渊源

《孟子·尽心上》载“窃负而逃”之事。姚应问曰:“舜为天子,皋陶为士,瞽瞍杀人,则如之何?”孟子曰:“执之而已矣。”“然则舜不禁与?”曰:“夫舜恶得而禁之?夫有所受之也。”“然则舜如之何?”曰:“舜视弃天下,犹弃敝履也,窃负而逃,遵海滨而处,终身泯然,乐而忘天下。”

孟子认为舜会将犯了杀人罪的父亲“窃负而逃”,该对话表明,帮助亲属脱逃并不受道德舆论的谴责,反受世人德性之唯美的称赞。从孝道而言,体现了百事孝为先的伦理取向。同时也是后世“漏泄其事,搃语消息”,即通风报信帮助逃匿行为之非罪或不罚的思想渊源。

(三)亲属间不诉的理论渊源

《荀子·宥坐》载“父子讼”之事。“孔子为鲁司寇,有父子讼者,孔子拘之,三月不别,其父请止,孔子舍之。”

这则故事,强调亲属间的和睦与教化的作用,是后世亲属间不诉的理论渊源。

后世也不断有人发挥“亲亲相隐”理论的根据,但基本上都是遵循着孔孟荀之道。如汉朝班固《白虎通》云:“兄弟相为隐,与父子同义;朋友相为隐者,人本接朋结友,为欲立身扬名也。朋友之道四焉:通财不在其中,近则正之,远则称之,乐则思之,患则死之。”《晋书·刑法志》载卫展云:“相隐之道离,则君臣之义

废;君臣之义废,则犯上之奸著矣。”视相隐之道为君臣之义的根基。

二、亲亲相隐刑事政策思想的法律化历程

“亲亲相隐”思想经过一代代儒学大师的微言大义,获得了家国之间的广泛认可,自秦汉开始,亲亲相隐刑事政策思想便逐步走上了法律化的历程。

(一)秦律规定子为父隐是法律义务

有学者认为,在亲亲相隐问题上儒家和法家有尖锐的对立。儒家主张亲亲相隐,法家则反对之。证之于史,此言不确。中国的亲属容隐观念和制度萌芽,可能应上溯至春秋时期,但最早将容隐政策法律化的似乎是秦律:“子告父母,臣妾告主,非公室告,勿听。而行告,告者罪”(《云梦秦简·法律答问》)。尽管其时,曾有商鞅变法“鼓励告奸”,但不准告发父母。这似乎与法家“一断于法”的风格不符,其实,秦汉时期,随着国家的统一,自战国末期出现的学术思想的综合倾向更为明显,所以儒、道、法、墨、阴阳诸家由对立走向了相互吸收,因此法家吸收儒家亲属容隐观念并非不可能。杨鸿烈在《中国法律思想史》一书中说,关于亲亲相隐“这些儒家传统的说法到了汉代居然成为国家的律文”,据此,杨鸿烈认为亲亲相隐法律化始自汉律。^②杨鸿烈著此书是在1936年,其时《云梦秦简》尚未出土,由于其他史书记载的欠缺,他自然不知道秦律对亲亲相隐已有规定。

秦律不许告发父母或证实父母有罪,片面强调子女对父母的隐匿义务;父为子隐尚未法律化;视告父母为不道德行为甚至轻罪;尚未允许隐匿父母以外的其他亲属。这是亲亲相隐法律化的第一阶段,^③实现了由思想向法律的转变。

(二)汉初至南北朝时期尊长为卑幼隐罪初见端倪,反对强迫亲属互证有罪

父慈子孝,夫唱妇随,邻里和睦是礼教熏陶下的中国人向往的社会风气。这种观念对中国

② 杨鸿烈:《中国法律思想史》(下册),商务印书馆1998年版,第156页。

③ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第69页。

古代的法律影响深远。尽人之情、维护和睦是中国古代立法与执法的重要原则。自汉代以后,法家的“告奸”主张受到了普遍的批判,因为“告奸”离间了亲人、朋友的感情,使人重利轻义。衡山王刘赐的太子刘爽派人到长安告发其父与其弟谋反朝廷,结果自己反被判以“不孝”罪,身受“弃市”极刑(《汉书·衡山王传》)。这表明,告父亲为“不孝”重罪要处死刑。这开创了此后两千余年封建社会的传统。

汉武帝时,临汝侯灌贤因首匿犯伤人罪的儿子,被免爵(《汉书·高惠高后文功臣表》)。这说明当时法律尚不允许父为子隐。但很快双向隐匿初见端倪。宣帝下诏:“父子之亲,夫妇之道,天性也。虽有祸患,犹蒙死而存之,诚爱结于心,仁厚之至也,岂能违之哉!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”(《汉书·宣帝纪》)。这一诏令首次从人类亲属之爱的本性上解释了容隐制度的立法理由,同时首次正面肯定了妻、子、孙为夫、父、祖隐罪在法律上的正当性。^④而且以前不允许尊长为卑幼隐罪的做法在法律上已有所松动,为儒家所主张的“子为父隐,父为子隐”成为法律制度开辟了道路。亲属间相互告发不仅为社会舆论所不齿,而且也为法律所不容。

对被告亲属“强相掠理”以取证言的做法也逐渐废除。只要容隐权利不被承认,就必然会对被告的亲属“强相掠理”以取证言。曹魏时“旧法,军征士亡,考^⑤竟其妻子”,高柔、卢毓等谏阻,曹操废之(《三国志·魏志》)。东晋时复有“考^⑥子证父死刑,或鞭父母问子所在”之令,大理卫展谏曰:“伤顺破教,如此者重,相隐之道离,则君臣之义废。”元帝纳谏废之(《晋书·刑法志》)。南朝宋时侍中蔡廓建议“鞫狱不宜令子孙下辞,明言父祖之罪,亏教伤情,莫

此为大!自今但令家人与囚相见,无乞鞫之诉,使民以明伏罪,不须责家人下辞。”朝议以为此论公允,于是法律不再要求子孙作证(《宋书·蔡廓传》)。南朝梁时“一人逃亡举家质作”,株连极广。陵老人遮道谏梁武帝此举不人道,梁武帝遂废之(《隋书·刑法志》)^⑦。梁武帝时任提女坐诱口当死,其子景慈对鞫,证实母罪。法官虞僧虬启称:“子之事亲有隐无犯……陷亲极刑,伤和贬俗,凡乞鞫不审,降罪一等,岂得避五岁之刑,忽死母之命?宜加罪辟。”于是下诏将证实母罪的儿子流放于交州(《隋书·刑法志》)。

这是亲亲相隐法律化的第二阶段,在实体上承认卑幼为尊长隐罪,尊长不得为卑幼隐罪的规定出现了松动;在程序上反对强迫亲属之间互证有罪。尚未见谋叛以上国事重罪不得相隐之立法。

(三)隋唐至清末变法前矫正容隐对国家的危害,双向隐匿制正式确立

隋律不存,但唐律继《开皇律》而来,从中可大致了解隋律内容。唐代,“亲亲相隐”进一步发展,《唐律·名律》篇“同居相为隐”条规定:“诸同居,若大功以上亲及外祖父母、外孙,若孙之妇、夫之兄弟及兄弟妻,有罪相为隐。部曲、奴婢为主隐,皆勿论。即泄露其事,撻语消息,亦不坐。其小功以下相隐,减凡人三等。若犯谋逆以上者不用此律。”《唐律》为了贯彻落实“同居相为隐”的原则,同时规定:(1)不仅藏匿“同居相为隐”条的犯罪亲属不罚,就是藏匿犯罪亲属的同案犯“亦不坐”。(2)泄漏通报捕捉消息令亲属脱逃者不罚。(3)审问官不得逼亲属作证,违者罪之。(4)不得告发尊亲属,告者被处以重刑,被告发的尊亲属视同自首减免处罚。期亲以下尊卑“相侵犯者”可以告发。

④ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第70页。

⑤ 考:同“拷”。

⑥ 考:同“拷”。

⑦ 但直到清末审刑案,州县狱吏动辄“拘来一千人证”,其中常常是亲属哀号恸天。

(5)不得告发一定范围的卑亲属,但父祖告子孙即使诬告亦不坐。“即诬告子孙、外孙、子孙之妇妾及己之妾者,各勿论。”被告者,确有其罪则按自首从轻论处。(6)帮助父祖逃脱囚禁后,不得因惧罚复捕得送官。(7)不得捕缚与自己共同犯罪的亲属赴官自首。(8)在审讯中不得已附带吐露亲属之犯罪者,不视为告发。(9)因捕捉与亲属行奸的外人而牵露亲属之奸罪者不视为告发。(10)谋叛以上国事重罪不得相隐,必须告发。直至清末变法以前,容隐制度的内容大致如此。^⑧

《宋刑统·名例律》“同居相为隐”条与《唐律》完全相同。

《元典章》规定:“人伦之大,莫大于君臣、父子、夫妇、兄弟之叙,至如刑法之设,正为裨补教化,当以人伦为本。近年有罪者,子证其父,弟证其兄,妇证其夫,奴证其主,……其弊至于使人不复知有纲常之理。”《大元通制·诉讼》另有规定:“诸子证其父,奴证其主,及其妻妾侄不相容隐。凡干名犯义为风化之玷者,并禁止之。”

《大明律·名例律》袭《唐律》之旧,且在《刑律·诉讼》“干名犯义”条规定:“凡子孙告祖父母、父母,妻妾告夫及夫之祖父母者,杖一百,徒三年。……”“若告期亲尊长外祖父母虽得实,杖一百;大功,杖九十;小功,杖八十;缌麻,杖七十。……”“若告卑幼得实,期亲大功及女婿亦同自首免罪,小功缌麻亦得减本罪三等。……”“若奴婢告家长及家长缌麻以上亲者,与子孙卑幼罪;若雇工人告家长及家长之亲者,各减奴婢罪一等。……”在刑罚上较《唐律》为轻。

《大清律·名例律》“亲属相为容隐条”同《大明律》之规定,另有《条例》一则说:“父为母所杀,其子隐忍至破案后始行供明者,照不应重

律,杖八十;如经官审讯犹复隐忍不言者,照违制律,杖一百。若母为父所杀,其子仍听依律容隐免科。”父亲是至亲,母亲亦为至亲。母杀父,父杀母,皆为罪,为何子为母隐、子为父隐会有罪与非罪的本质差别?这是古代男女不平等在法律上的一种体现。

此是亲亲相隐法律化的第三阶段。亲亲相隐发展到了同居相隐;而且规定了谋叛以上国事重罪不得相隐,这从法律上矫正了容隐对国家根本利益的危害;确定了尊长为卑幼隐罪的权利甚至义务,双向隐匿制正式确立。可见,家族与国,忠与孝,在并行不悖或相成时,两皆维持,但在两者互相冲突而不能两全时,则国为重,君为重,忠重于孝,所以普通的罪允许子孙容隐,不许告讦,而危及社稷背叛国君的重罪,则为例外。^⑨

在中国古代,“一准乎礼”的法,人们才会承认其为良法;“礼律两不相失”的司法实践,才会为社会所认可。^⑩亲亲相隐正因为具备了这两个特征特征才迁延许久。

三、对亲亲相隐的理论评说与当代实践求证

清末变法以后,急剧的法制变革使中华法系的特征大多洗涤殆尽,唯亲属容隐制度经适当改造得以留存。从《大清新刑律》到民国刑法均有亲亲相隐的内容,并实现了以义务为主要特征到以权利为主要特征的转变。^⑪新中国成立以后,亲亲相隐制度被认为是封建糟粕,不仅被扫进了历史的垃圾堆,而且还建立了与其完全相反的制度,即由历史上的亲亲必须(或可以)相隐到了如今的亲亲不能相隐。我国现行《刑法》规定了窝藏、包庇罪,但没有将亲属排除在外。此外,《刑法》对伪证、毁证、妨碍作证罪等诸规定也不问行为人与被追诉人之间是

⑧ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第71页。

⑨ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆1981年版,第59页。

⑩ 马小红:《中国古代的“权力”理念》,载《法学杂志》2012年第2期。

⑪ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第72页。

什么身份关系,均同样追究刑事责任。2012年我国新《刑事诉讼法》对亲属作证义务也没有一般性地被排除,只是排除了强制亲属出庭作证的义务。作为一项法律制度,亲亲相隐伴随了我国整个封建社会,它为什么能在两千多年的封建社会中一以贯之?制度中包含了多少对人伦的关怀?这些问题值得我们深思。

(一)理论评说

“亲属相容隐”由儒家学说成为刑事政策思想再上升为法律,有两千余年的历史,但后世对其进行深入研究的并不多。自清末始,才有人对其进行质疑式的评说。袁枚的《读孟子》一文首先开炮:“柴守礼杀人,世宗知而不问,欧公以为孝。袁子曰:‘世宗何孝之有?此孟子误之也。’孟子之答姚应曰:‘瞽瞍杀人,皋陶执之,舜负而逃’,此非至当之言也,好辩之过也。”“荆昭王之时,石渚为政,廷有杀人者,追之,则其父也;还伏斧钺,死于王廷。渚尚知废法不可,而舜乃逃而欣然,是不如渚也。”“三代而后,皋陶少矣,凡纵其父以杀人者皆孝子耶?彼被杀者独无子耶?世宗不宜以‘不问’二字博孝名而轻民命也。”^⑫

民国时期的杨鸿烈认为,袁枚对“亲亲相隐”之批评“很为有理,儒家过重家族‘亲亲’主义,不顾整个社会的福利,确是一大缺憾。”^⑬民国时期的吴经熊对《论语·子路》“攘羊”之“父子相隐”说点评道:“老实说孔子这段话是个遁辞!其实这并不是直不直的问题;不过这样的‘直’和孔子的礼教冲突罢了。”^⑭

新中国成立后,由于意识形态的因素,亲亲

相隐被视为封建糟粕而全盘否定。学者们对之评价均离不开封建的宗法制。如“亲亲相隐”原则的确立标志着儒家伦理与法律的结合,以维护封建三纲五常之统治秩序,以巩固封建的父权、族权、夫权;^⑮清末民国法制变革中保留亲亲相隐制度,即保留封建宗法残余,是向封建主义妥协。^⑯此类评价有其符合客观事实的一面,但只看到了亲亲相隐的旨趣和作用的一个方面,从亲亲相隐法律化历程看,相隐范围的适度扩大、相隐之罪的排除规定、双向隐匿的逐步确立、从义务到权利的转化等无一不证明了亲亲相隐符合人间亲情,符合人格发展、权利发展之大势,在不违背国家根本利益前提下其存在具有合理性的一面。

近年来,学界就“亲亲相隐”问题发起了论战,法学界关于“亲情容隐”的反思虽早于哲学界,但争论最为激烈的是哲学界。哲学界大体上可以分为两派观点:一派以刘清平、邓晓芒为代表,认为亲亲相隐本质上是一种不正当的观念,^⑰会成为腐败的根源、实现法治的障碍;^⑱一派以郭齐勇等为代表,强调儒家伦理的普遍性超越性,认为允许亲属容隐拒证可能增加司法成本,但从长治久安的角度出发,从中国特色社会主义的社会文化的合理建构出发,仍是很有必要。^⑲法学界更多地是注意到了亲亲相隐的现代意蕴,尤其是与“和谐社会”理念之契合性、与社会主义核心价值观体系之契合性。如刘星教授指出,亲亲相隐是想扯平两个东西:亲情的伦理道德和国家的政治安全。在“忠”(国家

^⑫ 转引自杨鸿烈:《中国法律思想史》(下册),商务印书馆1998年版,第159页。

^⑬ 杨鸿烈:《中国法律思想史》(下册),商务印书馆1998年版,第154-159页。

^⑭ 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第74页。

^⑮ 张晋藩:《中国法律史论》,法律出版社1982年版,第46-47页。

^⑯ 司法部统编教材:《中国法制史》,群众出版社1982年版,第348页。

^⑰ 刘清平:《父子相隐、君臣相讳与即行报官——儒家“亲亲相隐”观念刍议》,载《人文杂志》2009年第5期。

^⑱ 刘清平:《美德还是腐败》,载《哲学研究》2002年第2期;邓晓芒:《再议“亲亲相隐”的腐败倾向》,载《学海》2007年第1期。

^⑲ 郭齐勇:《“亲亲相隐”“容隐制”及其对当今法治的启迪——在北京大学的演讲》,载《社会科学论坛》2007年第8期(上)。

安全)不是那么紧要的时候,让“孝”(亲情伦理)占个上风;但在“忠”(国家安全)十分紧要的时候,“孝”(亲情伦理)又必须让步。洋人也要扯平私家权利和社会安全的关系,而在更多的时候却让私家权利占个上风。除非对国家太危险了,否则绝不把私家权利或曰个人权利一扫而空。因此,古人和洋人都有一个提示:在国家安全、社会安全之外还有其他价值需要考虑,哪怕那些价值和这个“安全”相互对立,也是如此。^① 谢佑平等认为,应在立法中对古代“亲亲相隐”制度进行改造,构建出现代“亲亲相隐”制度,从而达到法律和亲情的平衡,避免国家刑罚权与人类亲情的直接、正面冲突。^② 俞荣根等认为,法律确认亲属权利具有必然性和迫切性,古老的“亲亲相隐”对确立我国亲属权利制度具有正面价值,对其在现代人权理念下进行创新转化。^③ 台湾学者刁荣华视匿亲行为紧急避险,大陆学者范忠信认为一般隐匿亲属犯罪之行为不具有应受惩罚性。家与国之间自有其分界,如果法律责令人们拒匿亲属或告发亲属,则模糊了这一分界。其结果可能是人人没有自由安宁的空间。^④

为亲属有罪作证,为一般人情所不愿;隐匿亲属犯行或藏匿犯罪亲属等,为一般人所情不自禁。2012年我国新《刑事诉讼法》第52条保留了1996年《刑事诉讼法》第45条“有关单位和个人应当如实提供证据”的规定;第60条一如既往地规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”也就是说,除了法定的“生理上、精神上有缺陷或者年幼、不能辨别是非、不能正确表达的人,不能作证”以外,其他人包括近亲属都有责任和义务如实作证,否则就有可能受到法律的追究,没有免除作证的例外规定。自国家或公共利益角度说,亲属相隐确有舍弃

国之利益保全全家之利益的嫌疑,但亲亲相隐的立法几乎贯穿了人类文明史。究其原因,是如此选择归根结底有利于国家长久利益。要实现长治久安,法律就必须立于人情而不能悖逆众心,必须不能强人所难而以人性关怀。自个人、家庭或亲属圈的利益来看,容隐制不强人所难,有利于保护亲属,使人们有安全感。当然,容隐制也确有以亲情取代是非、淡化公道和原则之弊,但与其具有的“大利”相较,此弊为“小害”。

亲亲相隐是中国传统文化重伦理、重亲情、重和谐、重仁爱、重道义的民族精神的基础,是人类文明的共性,是普遍的人性,或许可称之为“自然法”。这样一种人类本性和天然情感中的客观存在,决定着人们的情感、道德观念、伦理,决定着社会生活的潜在法则。违背这些潜在法则的法律是没有生命力的。所以,从历史的经验出发,在今天我们有必要完善相关立法。如实体法上的窝藏、包庇罪与包庇毒品犯罪分子罪的主体范围,程序法上的有关作证义务等。司法实践中,若有人因实践道德而受到法律的制裁则会得到广泛的同情,^⑤而绝大多数包庇与被包庇者的关系就是亲属,所以包庇犯罪的处理往往让人掬起一把同情泪。如何在“家”与“国”利益之间寻求一个平衡点,不仅是完善窝藏包庇犯罪、作证义务应该考虑的问题,更是构建和谐社会要考虑的重大课题。

(二)当代实践求证

现行立法上有我国1997年《刑法》第310条的窝藏、包庇罪;第349条的包庇毒品犯罪分子罪;2012年我国新《刑事诉讼法》第60条“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”,第135条“任何单位和个人,有义务按照人民检察院和公安机关的要求,交出可以证明犯罪嫌疑

① 刘星:《法学作业——寻找与回忆》,法律出版社2005年版,第251页。

② 谢佑平、陈莹:《“亲亲相隐”与亲属间窝藏、包庇类犯罪的豁免》,载《河北法学》2011年第12期。

③ 俞荣根、蒋海松:《亲属权利的法律之痛——兼论“亲亲相隐”的现代转化》,载《现代法学》2009年第3期。

④ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第111、123页。

⑤ 马小红:《礼与法》,经济管理出版社1997版,第220页。

人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料等证据。”这些规定,都没有将一定范围内的亲属排除在外。亲亲相隐制度淡出了新中国立法的视野,只是在2012年我国新《刑事诉讼法》第188条规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。”这一立法在某种意义上说确立了不得强制亲属到庭作证的义务,但依然没有免除亲属一般意义上的作证义务。这种立法已经难以应对人类亲情的挑战,而在文学影视作品中、在司法实践中亲亲相隐的旨趣时而显现。例如,电视剧《上海沧桑》里有亲属相盗不向官府告发的片断;电视剧《女人为何为难女人》的结尾以社会认同的手法讲述了妹妹包庇兄长涉嫌故意杀人罪以及母亲为儿子顶罪的亲情故事;有浓浓儒家文化情节的韩剧《豪杰春香》里讲述了一位法律长官宁愿自己丢失官位甚至工作也要让涉嫌犯罪的儿子(被陷害)逃离司法机关的追捕与制裁的故事。可见,亲亲相隐实乃一种流传盛广被广泛认同的文化现象。

中国特色社会主义司法强调司法为民、司法的监督性和司法的效果性。^⑤我国当代司法实践中也或多或少地渗透了亲亲相隐的意蕴。

我国1997年《刑法》施行后,1997年11月4日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第1条第4项规定:“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物,一般可不按犯罪处理;对确有追究刑事责任必要的,处罚时也应与在社会上作案的有所区别。”该内容同1992年12月11日两高关于盗窃罪的司法解释一脉相承,只是个别文字不同。

2009年8月3日,满文军妻子李俐容留吸毒案在北京市朝阳区人民法院开庭审理。李俐否认吸食K粉,控方宣读了“未到庭证人”满文军的证言:聚会是妻子组织的,他亲眼看见李俐与其他两个人一起吸食K粉。其实,李俐是否容留他人吸毒,并非只有满文军可以证明。公众对满文军的大义灭亲之举并不接受,反而抨击他。^⑥这说明亲属相告的行为并不能实现法律效果与社会效果的相统一,现代实践理性要推动法律制度以合理性为价值取向并不断完善,形成具有时代特征的权利制度和权利文化。^⑦同时满文军证言事件从反面证明,亲亲相隐所蕴含的实践理性、辩证思维以及对实践智慧的追求和关怀^⑧是被社会认可和接受的。

四、未来法律中亲亲相隐的合理再现

世界上没有最好的法律制度,只有最符合国情与人民利益的制度。^⑨亲亲相隐正是这样一种最符合国情和人道亲情的制度。那“亲亲相隐”在当下的命运如何?对此,学者们已有探讨。

(一)学界对亲亲相隐再现于法律中的态度

法史学者范忠信通过比较考察发现,亲亲相隐不仅是中国法律传统中的突出现象,实为中西法文化的共同特征之一。他认为:“这是一个看起来很小但实际上涉及人类文明制度的根本机制和根本选择的重大而深刻的课题。”^⑩从四个方面分析了容隐制与法治理想之间的关系:容隐是否一定有害法治,完全禁止容隐是否可能,从有无应受惩罚性看我们今天对容隐制应有的态度,从国与家的应有分界看容隐制的意义。但对亲亲相隐未来的命运,他只是指出:

⑤ 张笑英、杨雄:《司法规律之诠释》,载《法学杂志》2010年第2期。

⑥ 许身健:《满文军作证与“亲亲相隐”》,载《检察日报》2009年8月19日第006版。

⑦ 颜万发:《论权利实践理性》,载《法学杂志》2010年第7期。

⑧ 武建敏:《儒学与古希腊思想相通性的法哲学阐释——兼及中华法系复兴的理论前提》,载《法学杂志》2012年第3期。

⑨ 李龙:《中国特色社会主义法治理论体系纲要》,载《法学杂志》2010年第1期。

⑩ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第68页。

“我们应否恢复容隐制,这是另一个问题。”^④

刑法学者刘树德以“亲亲相隐”为刑法、伦理关系的范例,从价值层面、规范层面、实践层面进行了多维度的分析。价值层面上,亲亲相隐不违背罪刑平等原则,不背离罪刑均衡原则,符合罪刑谦抑原则。规范层面上,亲亲相隐契合我国《刑法》总则“但书”规定,匹配分则“定量”模式。实践层面上,亲亲相隐体现于抽象的司法解释与具体的个案解释中。亲亲相隐同任何事物一样,都具有两面性。对其合理成分应予以批判性地吸收。“亲亲相隐”合理成分的法典化,为寻求刑法的伦理底限提供了可行性的注脚。^⑤法理学者刘星指出,“今天,我们自然不会再去主张‘父子相隐’”。^⑥

但笔者的主张是,在和谐社会语境下在我国现行刑事法律中引入“亲亲相隐”制度的合理内容,是必要且重要的。因为,亲亲相隐制度的内核符合《刑法》保障人权的基本原则,有利于刑事政策价值目标的实现。亲亲相隐体现的人道亲情是构建和谐社会的根基,因此,在某种程度上,亲亲相隐制度与当代构建和谐社会,提倡以人为本,促进人与人之间、人与社会之间和谐发展的时代命题相合,与社会主义核心价值观体系相合。

(二) 亲亲相隐再现于法律中的思路

依据本国的经济、文化、人情、民俗、惯例等实际情况来制定法律,并随着时代变迁解释、修正和执行法律,这是一国法律发展的基本路径。^⑦据此,亲亲相隐再现于当代法律中的基本思路是:

一是要变容隐义务为容隐权利。在和谐社会的建构过程中,必须确立法律发展的权利本

位观,实现法律发展的工具主义理念向权利本位理念的创造性转换,以权利推动义务,以权利限制权力,在权利与义务相对等、权利与权力相均衡的条件下推动法律发展。^⑧传统的亲亲相隐是不告不为罪,告了反是罪,实质是强调容隐的义务性。这与现代的法治精神不符。因此,现代的亲亲相隐制度应该是如果亲属主动告发,应视为放弃容隐权,而不能认为其违反容隐义务而予以惩罚。^⑨

二是规定亲属享有证言特免权。在任何国家,法律与占统治地位的道德原则在本质上都是一致的,是相互渗透的。^⑩《美国诉讼法》就明确规定,夫妻间可以享有证言特免权。也就是说,不能强迫夫或妻对其配偶做不利于被告的证言陈述,只要当事人婚姻存续,该特免权就有效。该项立法的指导思想是,国家、社会期望通过保守秘密来促进某种关系。国家、社会极端重视某些关系,宁愿为捍卫保守秘密的性质而不惜失去与案件结局关系重大的情报。英美法系确认,婚姻关系很明显是值得促进和保护的关系。《德国刑事诉讼法》第52条第1款规定:被指控人的订婚人、被指控人的配偶(即使婚姻关系已不再存在)、与被指控人现在或者在旁系三亲等内有血缘关系或者在二亲等内有姻亲关系的人员,有权拒绝作证。日本、法国、意大利、韩国和我国台湾省也有类似法令。2012年新《刑事诉讼法》第188条确立了不得强制亲属到庭作证的义务,虽有所进步但仍然较为保守,所以适应人类亲情的要求,免除亲属一般意义上的作证义务仍将是未来立法努力的一个方面。

④ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第119-124页。

⑤ 刘树德:《宪政维度的刑法新思考》,北京大学出版社2005年版,第219-232页。

⑥ 刘星:《法学作业——寻找与回忆》,法律出版社2005年版,第251页。

⑦ 侯安琪:《论黄老学派的“君”与“法”》,载《法学杂志》2010年第9期。

⑧ 刘同君:《当代中国法律发展的困境与超越——基于路径依赖视角的考察》,载《法学杂志》2010年第1期。

⑨ 王剑波:《“亲亲相隐”制度的价值探寻与重构——以和谐社会中的刑事政策为视角》,载谢望原、张小虎主编:《中国刑事政策报告》(第一辑),中国法制出版社2007年版,第392页。

⑩ 雍自元、黄鲁滨:《论公民意识的内涵与特质》,载《法学杂志》2010年第5期。

三是界定相容隐的亲属的范围。我国古代相容隐的亲属范围不断扩大,自秦律中的子女对父母、臣妾对主人,到汉朝的父子、祖孙、夫妻,唐朝扩大至同居的无服亲属及非同居的大功以上亲属以及夫之兄弟、兄弟妻、外祖父母、外孙、孙之妇。到明清律,又增加了岳父母和女婿。1928年《中华民国刑法》容隐亲属的范围为夫妻、四亲等以内宗亲、三亲等以内外亲、二亲等以内妻亲。1935年《中华民国刑法》和《中华民国刑事诉讼法》,将容隐亲属范围进一步扩大至五亲等内之血亲、三亲等内之姻亲。^⑧ 现今学者们都以现行法律的规定为依据,认为“亲亲”的范围应指“近亲属”,即《刑事诉讼法》所界定的“夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹”。^⑨ 私见以为,根据现行计划生育政策与男女平等的观念,借鉴传统容隐制的主体范围,在“夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹”之外,将祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女也作为“亲亲”的范围,有利于基于亲情基础的家庭关系的稳定。首先,可以考虑将我国现行《刑法》中与包庇有关的罪名如第310条的窝藏、包庇罪,第307条第2款帮助毁灭、伪造证据罪,第311条拒绝提供间谍犯罪证据罪,第312条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,第349条的包庇毒品犯罪分子罪的主体中排除上述范围内的亲属。其次,可以免除刑事诉讼中作证的义务。即可以考虑排除上述范围内的亲属作为证人,而不只是免除强制其到庭,我国《刑法》第305条中的“证人”也应将上述范围内的“亲属”排除在外。

四是限定相容隐的罪行范围。秦朝谋叛重罪也可以相隐,但至唐律则明确规定谋叛以上国事重罪不得相隐,直至清末变法以前,皆大

致如此。但元时斡鲁思、速怯等告发父亲谋反及母“私从人”,元英宗大怒:“讐父母于官,岂人子所为?”诏斩之(《新元史·刑法志》)。自1910年《大清新刑律》至1935年《中华民国刑法》均无国事重罪不得隐匿的规定。现今有人认为,对一些诸如杀人、投放危险物质、放火和危害国家安全等具有特别严重的社会危害性的犯罪行为,不能容隐。^⑩ 由于亲亲相隐想保持家国之间的和谐,所以容隐罪刑的范围在特定时期作一定限制或许是必要的。如1951年《惩治反革命条例》第19条规定:“对反革命罪犯,任何人均有向人民政府揭发、密告之权,但不得挟嫌诬告。”此“任何人”即当包括近亲属在内。在当下中国,由于党的执政能力的提高,由于尊重和保障人权意识的整体觉醒,由于司法效能的提升,要对亲属相隐的传统政策进行合理改造,没有必要再规定国事重罪不得相隐的例外,因为亲属相隐并不必然导致案件的不能侦破,并不必然导致司法秩序被实际的破坏,案件能否侦破主要取决于侦查能力与水平。

五是限制容隐的行为方式。亲亲相隐,其行为方式通常的理解是不告发、不扭送、不作证,仅限于一般的隐匿、包庇、窝藏等行为,且行为必须是直接指向罪犯、证据或赃物,直接指向他人的行为并已触犯其他罪名的,不能免罪。^⑪ 因为其匿亲的手段行为超越了亲亲相隐的伦理许可范围。

五、结语

人类的血亲之爱是一种无可摆脱的生物本能,是一种难以克服的心理动力习惯,人类在制定法律时是无法逃避这些潜在的自然法则的。违背这些自然法则的法律必然没有生命力。我国古代的法律谙熟于此,西方古今也如此。韩

^⑧ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第78页。

^⑨ 王剑波:《“亲亲相隐”制度的价值探寻与重构——以和谐社会中的刑事政策为视角》,载谢望原、张小虎主编:《中国刑事政策报告》(第一辑),中国法制出版社2007年版,第232页。

^⑩ 王剑波:《“亲亲相隐”制度的价值探寻与重构——以和谐社会中的刑事政策为视角》,载谢望原、张小虎主编:《中国刑事政策报告》(第一辑),中国法制出版社2007年版,第393页。

^⑪ 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,第123页。

国、日本、德国、意大利、法国、英国、美国、俄罗斯等国家的刑法典都有亲亲相隐不为罪或得免刑以及拒绝作证证明自己亲属有罪的明文规定,从而充分显示了立法者对人伦亲情的尊重和人性弱点的体恤。^④因此,在我国现代法制中,借鉴传统,放眼全球,为“亲亲相隐”观念留一席之地或许能增强法律的亲和力。

申言之,我们提倡的是能够为社会主义政治、经济诸方面所包容、代表先进文化发展方向、以人道主义和人文关怀为底蕴、体现社会主义核心价值观的新型的亲属相隐。中国古代社会对于犯罪与刑罚的解答,已经透露出人人人性假设上的哲理依据,从而为中国古代刑法的存在与适用提供了终极意义上的判断准则。^⑤

亲亲相隐等中国传统法律思想中存在着重人伦、尚德性,重教化、轻刑责的观念,^⑥我国2012年《刑事诉讼法》不允许强迫亲人出庭作证,正是对“亲亲相隐”传统的吸收,但这一吸收还有些保守,未来的法律中应当合理地再现亲亲相隐的内容。有学者提出复兴“中华法系”,^⑦笔者以为,中华法系的复兴不在于“混合法”样式,而主要在于复兴包括亲亲相隐在内的表现中国传统法律各个层面的人本主义思想。并且在全球化的法律文化交融中,首要的问题就是不要忘记本国法律文化的优势。^⑧实现法治政府基本建成的目标必须充分考虑本国法律文化的优势所在。

Modern Thinking of the Legislation of Kin Concealment Thought of Criminal Policy

Peng Fenglian

Abstract: Kin concealment system in ancient China has experienced from the thought to the policy to rise for the legal process. The theory originated from thoughts of Confucius, Mencius and Xunzi, the legalization process started from the Qin Dynasty to the late Qing Dynasty. In contemporary, Kin concealment system is still a popular and widely accepted cultural phenomenon, judicial practice has some implication of Kin concealment system. The current academic circles of kin concealment reproduction in law have different views, but the human family is the foundation of a harmonious society, it is necessary to absorb the traditional humanism that the ancient Kin concealment system contained, and perfect the related legislation among relatives of shield and testify.

Keywords: criminal policy Kin concealment the legislation of

(责任编辑:付强)

④ 梁根林:《刑事政策解读》,载陈兴良主编:《中国刑事政策检讨》,中国检察出版社2004年版,第39页。

⑤ 赵晓耕:《罪与罚:中国传统刑事法律形态》,中国人民大学出版社2012年版,第24页。

⑥ 齐延平、孟雯:《中国法文化传统与现代法治》,载《法学杂志》2012年第8期。

⑦ 黄震:《中华法系与世界主要法律体系》,载《法学杂志》2012年第9期。

⑧ 李力:《从另一角度审视中华法系:法家法律文化的传承及其批判》,载《法学杂志》2012年第6期。