

北京市法学会中国法律文化研

[首页](#)[关于我们](#)[学会活动](#)[会员关注](#)[学界动态](#)[民族法文化](#)[法史春秋](#)[名](#)[首页](#) >> [名作佳文](#) >> [佳作一览](#)

论中西“容隐制度”及其当下中国相关法律的完善

2010-09-29 访问量: 访问量: 773

柴荣

【摘要】中西方古代经典故事中对于有关亲情的案件，会运用几乎相同反映了“容隐”思想是人类共同的最基本的人性。中国古代构建的容隐制度恤，西方古代和近现代法律中同样都有“容隐”思想的体现，当下中国社会“容隐制度”，我们应该重新建构体现“容隐”人道思想的制度。

关键词：容隐制度 古代 中国 西方

一、从古代中西方两个故事说起

故事一：《圣经》的《列王记》上第3章记载所罗门王审案是一个流传争抢一个男婴，都说他是自己亲生。所罗门就吩咐说，拿刀来，把孩子劈成半。孩子的亲生母亲心痛孩子，就说：“求我主把孩子给那妇人吧，万不可”“这孩子既不归我，也不归你，把他劈了吧。”所罗门认为不忍杀孩子的妇人判给了她。

故事二：元杂剧《灰阑记》的有一包公审案的故事。马员外家的妻妾一时，命人用石灰于庭阶中画一个圈，将孩子放置其中，宣称谁将孩子拽出谁不忍用力拽扯，大浑家马氏则将孩子用力拉出。包公据此判定张氏为孩子生母。这两个故事是在不同的文化历史背景下发生的，但是表达了同样的人伦情感前提基础都是基于人类母性本能的考虑，得出这样的结论：舐犊之情的本能利，宁可自己蒙受冤屈，也不肯伤害眼前的孩子。

斗转星移，时间过去了千年，难道社会的变迁让人之为人，人与人之间的关系了？这个问题和最近几年法学界热烈讨论的中国古代的“亲亲相隐”如何密切相关。

“亲亲相隐”之争是新世纪以来中国学界，包括法学界、哲学界以及法学理论。2001年，范忠信先生在《中西法文化的暗合与差异》（中国政法大学出版社）一书中分析了中国古代的许多人伦制度与西方人道法律制度的相似性，其中中国古代的容隐制度，认为中国古代的容隐制度与西方近现代的亲人作证义务有“暗合之处”，闪烁着人性的亮点。2002年初刘清平先生在《哲学研究》《美德还是腐败——析〈孟子〉中有关舜的两个案例》，郭齐勇先生等与“论战”。2004年，郭齐勇先生把主要的争鸣文章收入《儒家伦理争鸣集

中心》(湖北教育出版社, 2004年出版)之后, 2007年初邓晓芒先生发表《孔

倾向——评郭齐勇主编的〈儒家伦理争鸣集〉》载《学海》2007年第1期
双方论争的观点大致可以概括如下: 邓晓芒、刘清平等先生认为, 孔孟
专制集权, 而专制集权又是腐败的重要原因, 所以“亲亲相隐”的血缘伦理
责, “亲亲相隐”思想实为腐败的帮凶。而郭齐勇等人认为“亲亲相隐”
“亲亲相隐”思想是合理的, 在当代仍有一定的价值。当然, 也有学者认为
民族命运的大问题, 而“亲亲相隐”与今日的腐败并无多大的相关度, 既
显的负相关, 最后得出结论, “亲亲相隐”之争并无多大的现实意义, 争
是学术资源的浪费。[1]

究竟孰是孰非, 是仁者见仁, 智者见智的事情; 亦或各自论证这个问题
论争。笔者以为问题的关键还是要从“亲亲相隐”这一制度或思想本身进
折射出的人伦道德取向是否是人性善的体现, 在各种法律价值利益中如何
人以及社会公共秩序的关系, 以及在当下的法律制度体系中如何尽可能即
又减少对受害人以及社会公共利益的危害。

二、中国古代的人道思想与容隐制度

自己的至亲至爱, 例如, 父亲违法了, 儿子该怎样做? 或者, 儿子犯了罪
前孔子生活的年代, 这问题就在困扰着人类社会伦常(自然法)与公共权
关系。《论语·子路》篇的一条记载就是经典的例子: 叶公语孔子曰: “吾
子证之。”孔子曰: “吾党之直者异于是: 父为子隐, 子为父隐, 直在其中矣。
治”、“礼治”的孔子并不赞成父子之间互相“检举揭发”, 以“人定法”
的另一位代表人物孟子, 对这一两难问题也有类似的回答。《孟子·尽心
瞽瞍杀了人, 作为天子和人子的舜该怎么办呢? 孟子的答案是, 先让当时的
矣”, 以维护人定法的权威, 尽到天子的责任; 然后作为儿子的舜, 又当
一起到海边隐居, “舜视弃天下犹弃鄙屣也。窃负而逃, 遵滨海而处, 终身
以完成人子之道。这两则故事都鲜明地体现了早期儒家代表人物对人之为
刻洞察和体恤。孔子和孟子有关“亲亲相互隐”的观念是儒家亲情伦理的
相隐”在中国正式入律长达两千年奠定了思想理论基础。

秦朝虽以法家“人性恶”思想为指导, 在中国法制历史上以刻薄寡恩
上考虑了家庭成员之间与常人不同的感情关系, 并在法律上明确规定: “
室告, 勿听……而行告, 告者罪”[3]。此时, 法律明确规定子女不可告父母
隐”的义务, 这似乎可以看作是中国容隐制度开始初步入律的标志。

汉武帝时期, 接受董仲舒“罢黜百家、独尊儒术”的法律思想, 法律
式将儒家思想逐渐渗透到司法实践中。与董仲舒有关的断狱案例曾被汇编
在两汉的司法实践中被经常引用。到现在, 原来的案例遗失很多, 现存史
中有一个就是有关“亲亲相容隐”的案例: 甲没有儿子, 拣了一弃婴作为
人, 甲把乙藏了起来。如果按照当时法律, 藏匿犯人是受重刑的。但《
相隐藏犯罪。董仲舒认为他们是父子关系, 所以甲不能判罪。[4]汉宣帝用
相首匿”的合法性时曰: “父子之亲, 夫妇之道, 天性也, 虽有祸患犹蒙死而
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
罪殊死, 皆上请廷尉以闻。”[5]在至尊至上的皇帝的诏书中出现诸如“父
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!”
仍如沐春风, 诏令中对血缘亲情人性的体贴, 对人之常情的尊重, 以及其
神跃然纸上! 这一诏令表明: 中国历史上首次从人类血缘、亲情、人性、
妇、祖孙容隐行为在法律上的正当性。这也是我国历史上首次从“祖、父、
两个角度规定了双方互相隐匿的权利, 即卑亲属首匿尊亲属, 不负刑事责

犯罪的需要上报到廷尉决定是否减免责任的以外，一概不追究刑事责任。

随着时代的发展，统治层面更进一步意识到“亲亲相隐”不仅是对个人、家庭稳定、社会整体利益多有益处。一个人如果不顾家庭伦常、血缘亲情告发案中有助于犯罪嫌疑人的抓捕和案件的侦破，但破坏了“亲亲、尊尊”的整个社会的立国之本和人伦思想基础。东晋元帝时，大理卫展指责有悖于时曾说：“相隐之道离，则君臣之义废；君臣之义废，则犯上之奸生矣。”[7]《唐律疏议》规定：“鞠狱不宜令子孙下辞明言父祖之罪，亏教伤情，莫此为大。”[7]《唐律疏议》的思想完全与法律融合在一起，唐律的代表《永徽律》的《律疏》曰：“行政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”[8]其“名例律”中规定了“同居相隐”：“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，为主隐，皆勿论。……其小功以下相隐，减凡人三等。若犯谋叛以上者，不用此律。”唐律还放宽了相隐的内容，即便向亲属泄露案情，通风报信，使犯罪者得以逃脱，唐律继承前代近亲属容隐制度的同时扩大了容隐的范围，在《唐律疏议》卷第24条条款，把容隐制度的适用扩展到所有同居亲属，并且规定即使不是亲属，只要同居，就适用容隐制度。同时唐律明确规定亲属容隐，拒绝作证是一项法律家的刑事处罚。所谓：“于律得相容隐者，于其亲属之案件，得拒绝作证违者，予以处罚。”[10]唐律在规定了严密而周详的容隐体系的同时，还增上国事重罪不得相隐，必须告发。

宋、元、明、清各朝俱沿袭了《唐律疏议》的“同居相为隐”制度，只微加以变动。《宋刑统》同样规定：“诸同居，若大功以上亲及外祖父母、兄弟及兄弟妻，有罪相为隐；部曲、奴婢为主隐，皆勿论。……其小功以下相隐以上者，不用此律。”[11]元代甚至将相隐范围扩大到国事重罪，还确立了[12]，进一步加强亲属“相隐”的义务。如在明清律中该制度被称为“亲属相隐”，范围进一步扩展到妻亲，即岳父母和女婿等都列入其中。因为有亲亲相隐制度，犯罪嫌疑人的亲属往往不构成“窝藏、包庇罪”的主体（除例外情况），与之相应，中国古代有关“诉讼法”上规定了强制性亲属拒证制度，即凡涉及亲属的亲属不能在法庭上作证，就连官府也不得让其作证。明朝《大明律》规定“亲属相隐”、“弟不证兄、妻不证夫、奴婢不证主”[13]。

直到清末至民国时期，由沈家本最早主持的近现代法制改革仍然保留了一些规定是考察了西方的相关法律制度后认为与我国传统的亲亲相隐精神并行的相关名词术语，内容发生了一定的变化，亲亲相隐从一种法定义务转变到《大清刑律》到南京国民政府时期的《中华民国刑法》，均确立了证言拒绝权。大陆地区的证言拒绝权，根据台湾地区现行“刑事诉讼法”第179条到182条的规定因身份关系可以成立的证言拒绝权。

三、西方古代法律文明中的“容隐”思想及其在近现代法律中的体现

亲属之间应不应该互相告发犯罪，不仅是中国古代社会时期人们感到困惑，古希腊国中的民众同样对此问题感到困惑，同样希望通过智者之言，肯定他们对此。我们看到古希腊的智者的代表与化身苏格拉底针对欧绪弗洛告发其父杀人的行为表达：“普通民众肯定不会深明大义。我想，任何普通人都会认为控告欧绪弗洛对此亦表示赞同：“我向天发誓，你说的对，苏格拉底，只有大智者苏格拉底是否赞同欧绪弗洛的告父行为，但从他们都认同的普通民众对此事的态度来看，那时社会的主流意识是肯定亲属之间的容隐行为的。

苏格拉底不赞同儿子告发父亲以及古罗马法中有关容隐的规定是与在自然法学思想出现相吻合的。自然法观念认为自然法应当是人的本性，人的自然权利和自然情感。自然法学派作为价值法学派，它们以昭示着宇宙

的标准，坚持正义的绝对性，相信真正的正义在人类制订的协议、国家制订的内心中，即人自然本性中的理性秩序。亚里士多德（Aristotele，公元前384年-公元前322年）认为，自然法有自然法与人定法之分，前者反映的体现着自然存在的秩序，在诸如夫妻之间的关系皆存在自然的客观秩序，这种秩序代表着一种自然的正义；人定法。他在强调法治之时指出：由于法律是根据政体（宪法）制定的，因此法律也有好坏，或者是合乎正义或者是不合乎正义。“符合于正宗政体所制订的法律，而符合于变态或乖戾的政体所制订的法律，就不合乎正义。”[15]亚里士多德认为，人们之间理应有更深切的爱，任一恶行发生在非亲属之间，人们会看得很轻，但发生在亲属身上，就成为伤天害理的罪恶”[16]

罗马共和国时期的西塞罗（Cicero，公元前106年-公元前43年）是古罗马著名人物，他在吸取了柏拉图国家学说及斯多噶学派的自然法思想和平等观的基础上，以人为前提，来解决人类、理性、法与正义的关系。他认为，法律、正义、公正本身都是值得追求的。如果不是这样，那么便不会有任何正义存在。他在其主持编撰的《法学总论》中指出，亲属之间不得互相告发，对于未经监护人的人，任何公民都可以对他提起“刑事诉讼”，亲属间相互告发将丧失作证权。[18]

到17、18世纪古典自然法学的全盛时期，这种思想更是被广泛的接受并成为西方资本主义法律的价值基础。从此，尊重人性，以对人性的某些要求和能力作为西方近现代法律的基本原则。西方现代“容隐制度”（即不告发亲属、亲属之间不得互相告发）这一原则的很好体现。如1810年的《法国刑法典》、《德国刑法典》规定：亲属之间不得互相告发、为亲属作伪证、帮助亲属逃脱等均不受处罚。再如现行《法国刑事诉讼法》第177条、《德国刑事诉讼法》第52条均规定：近亲属可以拒绝作证；即使自愿作证也视为伪证；证人可以拒绝回答可能使自己的近亲属负刑事责任的问题。再如《意大利刑事诉讼法》第199条均规定：法官一般不得就可能对证人亲属的名誉或利益造成损害的被告人的近亲属有拒绝作证的权利；不得强迫其作证或宣誓。与以上列举的西方国家的容隐制度虽然是在容隐亲属之范围、容隐行为之范围上有了大幅缩减，但是对于配偶、近亲属有着明确的规定。

现代各国虽然在法律传统、社会背景和诉讼结构上存在着差异，但是大抵都承认亲属拒证权，其中很重要的一项就是亲属拒证权。在亲属拒证权方面，德国、美国、法国等大陆法系国家，如德国刑事诉讼法第52条规定：“……1. 被指控人及其配偶，即使婚姻关系已不再存在； 3. 与被指控人现在或者曾经是直系亲属或曾经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都有权拒绝作证。被指控人及其配偶、直系亲属或曾经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可以放弃该权利，但是在询问过程中可以撤回对该权利的舍弃。依据刑事诉讼法的规定：“被告人的近亲属没有义务作证……”[20]在英美法系国家，美国刑事诉讼法第504条的规定：“在刑事诉讼中，被告人的配偶享有拒绝作出对被指控的配偶作证的义务。”[21]在日本，日本刑事诉讼法第147条的规定：“任何人，都可以拒绝作证的义务。配偶、三代以内的血亲或二代以内的姻亲，或者曾与自己有此等亲属关系的人，可以拒绝作证的义务。”[22]

四、检讨当下中国相关法律的缺失，构建体系人性的“容隐”制度

我们先来看这样一组数据：据不完全统计，四川省简阳市检察院近3年共受理刑事案件121件，其中帮助他人毁灭证据案2件2人，已公诉的全部作了有罪判决。这121件案件中，有10件22人发生在农村；有3件共把16位亲人一家子“未进宫”的所剩无几，严重影响了生产、生活、教养孩子、照顾老人等。如：有关刘亮一案中，一家6兄妹有4兄妹和2个姐夫涉嫌犯罪，刘亮作为家中唯一的男子，承担着照顾、抚养、赡养老人、照顾弟妹等义务，司法机关只好对他改用取保候审的强制措施。[23]再来看相关法律

腐的内容,用其方式和手段,使道德和法律找到结合点,将不失为现实法治[28]。这些话体现了我们在法律制定和实施的过程中,借鉴资本主义国家同时应该吸收中华文化精髓。尤其是当放眼世界,回顾历史,中西古今法律已成为法律不可缺少的内容时,现在就应该是考虑如何在我国的刑法、刑相隐制度的时候了。

(一) 相关法律文本中增加容隐权

“亲亲相隐”可表现为消极的不告发行为、积极的隐匿行为,或是对一实体上、或是程序上的权利义务。顺应时代的变化,我们吸收中国古代传统关怀理念,但是我们在亲属容隐制度的现代设计应当体现为当事人的一项权利,法那样把它严格限定成一项义务。当事人是否为亲属隐罪,应当是当事人可以选择沉默,也可以向司法机关告发,不能因为其选择了后一种行为,而产生不利后果。因为,当它成为一项强制性的义务时,便可能违背了人的另一项本性:尊重人的自由相辅相成的,是赋予每个人在面对人性抉择时自主决定为与不为的意义上的尊重人性。因此,西方现代法律依据与传统不同的立法目的和价值取向,赋予一项基本权利而非义务赋予人民,不仅是法律制度史上的进步,也是人类文明

大陆法系通行的做法是:容隐是权利而非义务,为容隐亲属既可以拒绝作证,但有权不宣誓担保证据的真实性。如1988年《意大利刑事诉讼法典》第191条拒绝作证,即使自愿作证也有权不宣誓担保证词无伪;证人可以拒绝回答可归责的问题。欧陆法律一般同时规定:司法官有义务保护证人的此种权利,不得追究。如《德国刑事诉讼法典》第68条规定,法官一般不得就可能对证人有损于证人的问题,法官应告知被告人的近亲属有拒绝作证的权利,不得强迫其作证或宣誓性义务,无疑是对证人权利的有力保障。

(二) 严格界定可容隐的亲属范围

今天我们亲属之间的社会关系与传统容隐制度所依托的紧密的血缘家庭关系已有了大的松动。因此,可容隐的亲属范围不可能像古代社会那么宽泛。为了防范滥用,应在立法中明确规定亲属的概念、范围,不宜过宽,也不宜过窄。纵观当代大陆法系国家可容隐的亲属范围较之于英美法系国家更广泛,如《西班牙刑法典》规定配偶或者具有类似性质的关系人、尊亲属、卑亲属、血亲或者拟制形成的亲属。英美法系国家主要规定夫妻之间可以相互容隐,如《美国模范刑法典》规定亲属特权,特别是不许夫妻间互相指控盗窃。”我国规定的“近亲属”的范围宽泛。笔者认为,可以立足于当前我国亲属关系的亲属远近程度以及重点参见《继承法》中对互有抚养关系、赡养关系、扶助关系、继承关系亲属的相关规定,将亲属范围界定为夫、妻、父、母、子、女、兄弟姊妹、(外)祖父母及(外)孙子女,有抚养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿较为合理,。这是因为该范围内的家庭成员因抚养关系而彼此之间有着深厚的人伦亲情,而且他们彼此之间也是财产继承关系的最紧密的情感、利益共同体。

(三) 规定“容隐制度”的但书条款

在我国几千年的古代社会中,谋反、谋大逆、叛逆之罪等“十恶”重罪除外。在资本主义时代之前的西方国家也有“国事重罪不得隐匿”的规定,但后来完全取消此种限制。现代西方刑法甚至公然规定包庇藏匿犯间谍、叛逆、恐怖主义等罪不罚。笔者认为,鉴于国家安全的重要性及我国国情,对于这种严重危及国家安全的犯罪不适用亲亲相隐制度。法律在充分集中体现个人利益的亲情的同时,也必须在一国社会的整体利益。亲属容隐制度设立的直接目的是要体恤亲情,并最终实现社会和谐、国家长治久安的法律价值。所以法律在充分体现个人亲情的同时,也必须守住国家安全的底线。另外,针对亲属的犯罪不应适用容隐。因为针对亲属的犯罪本身就是破坏亲情的行为,如果针对亲属的犯罪也容隐,就是在保护破坏亲情的行为。显然,

体现、保护亲情的亲属容隐的初衷相违背的。

结束语

古代社会时期，中西方审判官在面对类似的争夺儿子的案件中运用了孔孟和西方的苏格拉底在回答儿子是否应告发父亲时，持同样的否定观点，的亲属相隐制度在中外已经存续了数千年的历史，单纯用历史的偶然和巧合来解释容隐不仅是中国传统法律的重要制度，在西方社会的古代法律和近现代法律中法律应该是人道的人性的体现，法律的制定应该体现人类最本质的美好情感的东西，必然会走向歧途。制度的合理必须高于个案的合理。鼓励亲属朋友之间互证其罪、赞扬送子归案的父母，不但是对人性的嘲弄，也是制度的西容隐制度的比较考察，笔者认为，在当前的进行的诉讼法和刑法的修改中规定，这既是借鉴西方法治经验，顺应现代社会保护人权，尊重人性的时代良法律文化传统的体现。

The Study of "Concealment System" in China & the Occident
of Relative Legislation at Present time in China

(Chai Rong, Law School of Beijing Normal
University, BeiJing, 100875, Professor, Ph.D)

Abstract: In ancient time, no matter in China or the West , concealment cases, there were almost similar legal logic had been used. This Concealment is the human common human nature. In ancient China, the system which embodied normal human feelings. In the legal frame of the West there are particular rules on concealment system. At present , the