

从观念到制度

——《唐律》中的容隐制度及其相关问题

孙奕

[摘要] 容隐制度,作为对儒家“亲亲互隐”的道德观念的确认,在《唐律》中得到了完备而详尽的表述。容隐从一种观念变成一种制度,与国家权力相结合。然而,法律制度却并不能够承担起道德教化的任务。

[关键词] 容隐观念;容隐制度;《唐律》

[中图分类号] B241.9 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1671-881X(2008)02-0163-05

一、容隐制度的成立

首先我们有必要简要回顾一下容隐制的前史。《论语》中的“父为子隐,子为父隐”与《孟子》中“窃负而逃”两段是为人所熟知的。对于儒家思想而言,“亲亲”作为整个社会伦理的基础,首先是作为一种情感,也是作为一种基本的事实存在的(也就是说任何人无法回避与逃脱的)。我们知道,“情”字在汉语语境中,有作情感的“情”,又可作情实的“情”。后一种意义我们可以理解为在具体当下的情境下发生的,毋庸置疑的、真实的事情,也就是说是一种事实。在许多情况下,这两种意义很难区分。从训诂学的角度讲,当我们面对先秦典籍时,或许应当努力地区分出每一个字词意义的指向。但从思想的角度说,我宁愿含混地统摄两种意义,来理解儒家的情。这种情是当下真实的:于内,是由心自然现发出来;于外,又必然显现在日常的伦理关系中。“亲亲”是一种情感,而这种情感又是人类伦理中的最基本的事实之一。情感总是在具体情境下发生的。如果抽离了具体的情境,这种情感就不是真实的。同样,如果脱离了具体的情境,将这种情感任意抽象、泛化,随处运用于各种解释之中,就会陷入将美德当作腐败的谬论。所以在这里,我们将儒家对亲亲的看法表述为:对基本的伦理情感与事实的积极正面的肯定。从儒家的角度来看,我们无法否认、回避这一情感事实。并且,如果违反这一事实,将造成整个社会伦理关系的瓦解。儒家伦理不仅仅是一种关系伦理,在各种关系中确立人的位置,缺乏独立自由的个体概念。事实上,儒家首先是从个人开始。“直”是顺从个人内心的道德情感,“四端”也是个人内心道德情感的发显。外在的社会的伦理关系,是个体内心道德显现的一个空间,一个居所。儒家对伦理关系的表述,从不是空洞、简单的,而是始终强调个体当下的道德情感充实于其间。(“情理”这个词正蕴涵了这样的结构。)我们将先秦儒家对“亲亲互隐”的看法表述为一种对情感事实肯定的观念,而这种观念始终包含着或融合了情感与事实、个体与关系两个方向的内容,并且使双方成为一个整体。

儒家“亲亲互隐”的观念产生于一个族刑盛行的时代^[1](第52页),所以,可以说这种观念从一开始就与暴刑相抗衡,对抗滥用权力的国家暴力。但是,随着历史的发展,这种情况开始改变。如果说先秦儒家还仅仅是表达一个学派的思想观念的话,那么到了汉代,就开始进入国家制度儒家化的过程。通观

《盐铁论·周秦》,儒家反对族刑的根本的原因是,德教比酷刑更有利于国家长治久安。也正是在这里,“文学”以“亲亲互隐”来反对族刑:“今废其德教,而责之以礼义,是虐民也。《春秋传》曰:‘子有罪,执其父;臣有罪,执其君,听失之大者也。’今以子诛父,以弟诛兄,亲戚相坐,什伍相连,若引根本之及华叶,伤小指之累四体也。如此,则以有罪诛凡诛无罪,无罪者寡矣。……自首匿相坐之法立,骨肉之恩废,而刑罪多。闻父母之于子,虽有罪犹匿之,其不欲服罪尔。闻子为父隐,父为子隐,未闻父子之相坐也。闻兄弟缓追以免贼,未闻兄弟之相坐也。闻恶止其人疾始而诛首恶,未闻什伍而相坐。《老子》曰:‘上无欲而民朴,上无事而民自富。’君君臣臣,父父子子。比地何伍,而执政何责也?”^[1] (第437页)对比孔、孟对容隐的表述,我们可以发现“文学”更多强调的是国家制度的稳定性,相对而言少了许多对个人情感事实的坚定的辩护和选择。换句话说,细微的差别在于,孔、孟的表述更强调对个人道德情感的选择与坚持;而《盐铁论》的立场已经站在国家利益这一边,从这一点来说,他与“御史”的视角是一致的。事实上,这也是儒家思想国家化、制度化的必然趋势。

实际上,在《秦律》当中就已经有了类似容隐制的规定。《睡虎地秦墓竹简·法律答问》:“子告父母,臣妾告主,非公室告,勿听。……而行告,告者罪。告【者】罪已行,它人有(又)袭其告之,亦不当听。”^[3] (第118页)而至迟到东汉《汉律》就有了关于容隐的规定^[4] (第470页)。董仲舒的“春秋决狱”也是把父子相隐看作是法律等等的道德原则,并在实际运用中作为法律条文不足的补充。直至宣帝四年下诏,容隐制得以正式确立。诚如黄静嘉先生所言,“自两汉春秋以还,我国传统律典之‘儒家化’,至唐律可谓定型,并逐步‘详备化’”^[5] (第68页),这种“详备化”就是观念的制度化。

二、《唐律》中的容隐制度

(一)权力和义务的问题

《唐律》“卷第六,名例”“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,即满露其事及摘语消息亦不坐。其小功以下相隐,减凡人三等。若犯谋叛以上者,不用此律。”^[4] (第467页)单从这一条,以及后面“捕罪人漏露其事”条^[4] (第1965页)、“知情藏匿罪人”条^[4] (第2004页)中的相关内容看,容隐仅仅是一种权利。但是根据“卷第二十三,斗讼”“告祖父母父母”条的规定:“诸告祖父母父母者,绞。谓非缘坐之罪及谋叛以上而故告者。下条准此。”^[4] (第1623页)(与此相类似的还有:“卷第二十四,斗讼、告期亲尊长”^[4] (第1629页);“卷二十四,斗讼、告丝麻卑幼”^[4] (第1633页);“卷二十四,斗讼、部曲奴婢告主”^[4] (第1638页)。容隐成为一种义务。从现代法理的视角来看,我们最习惯于从权利和义务的角度来解读上面的条款。但我们的问题是为何《唐律》不是将容隐仅仅作为权利,而同时也作为强制性的义务呢?我们是否想过《唐律》中这种强制性规定背后更深的原因?《唐律》的基本精神是“一本于礼”。这一点,无论这部法典最终做到与否,至少这是制定这部法典时的目标。也就是说,《唐律》将礼乐教化的责任纳入到法律中来。容隐制本来是希望通过国家权力推行教化的例子,通过免去包庇、偏袒亲人的罪责,来巩固作为整个社会伦理基础的孝道。但是最终却从起点的免去惩罚,发展到实施惩罚(也就是我们认为的从权利变成义务的过程)。这背后的原因在于,当法律试图承担礼乐教化的任务时,他唯一的手段就是惩罚。如果不对违反容隐的人进行惩罚,即隐与不隐皆可,那么就等于没有对“亲亲”这一伦理观念进行强调,那么也就是说法律单纯免去包庇、偏袒亲人的罪责,并不能起到强化儒家伦理道德的作用。如果我们承认“亲亲互隐”是一种权利,即隐与不隐都是正当合理的,那么就并不能起到教化的作用。当法律试图履行礼乐教化的责任时,即它试图积极主动地从正面肯定“亲亲”的伦理观念时,它所能做的只能是从反面惩罚不符合这一道德观念的行为。法律的规训作用,本质上在于通过对身体的惩罚进而塑造受法律约束的个人的主体性,无论刑罚的本质是报复,还是教育^①。当法律将一种道德观念作为一种权利确立下来,仅仅意味着这种观念有其合理性,但并不包含对这种观念正面的提倡。它同时也承认了与这种观念相左的行为的合理性,如同现代司法制度中的沉默权,并不承担对“亲亲”这一儒家伦理观念的提倡。虽然我

们可以将这一观念看作沉默权的文化背景。

那么如果说,我们从现代法律角度看到的对容隐的义务规定,是因为《唐律》作为一种法律试图承担起教化的任务,那么这种任务是否可能?

从上面的引文我们看到,容隐作为一种制度,在《唐律》中已经非常详备。从这些法律条文中,我们得到的最直观的感受是,它们作为一种规定,清晰、明确,但缺乏情感。这无可厚非,这是法律条文固有的特质。作为法律条文的表述在抽去了对话体的具体情境的同时,也抽去了具体的强烈的情感表达。可以拿来对比的是《孟子》中“窃负而逃”的文本。《唐律》中与此有关的规定是:“若窃囚而亡者,与囚同罪;他人、亲属等。……【疏】议曰:……假使得相容隐,亦不许窃囚,故注云:‘他人、亲属等’”^[4](第1277页)。在此,我们不是想说明《唐律》的规定与《孟子》相反。实际上两者之间并无矛盾。因为《孟子》中的表述并没有否认瞽叟犯法,也没有认为窃囚是一种符合法律的行为。相反,舜放弃权力地位,并且要逃到法律管辖范围之外的地方,恰恰隐晦地表达了这种行为并不符合刑法制度。但与此同时,《孟子》透露出对这种在具体情境下、在面临冲突与选择时,所生发出来的道德情感的强烈的肯定。换句话说,《唐律》关注的是行为是否合法,《孟子》关注的是情感的道德性。和《论语》中“攘羊”一段一样,儒家先贤首先关注并给予极大肯定的,是在具体情境中由心而发的当下的道德情感。我们可以将孔、孟的表述看作是对当下情感(即我们前文所说的伦理事实)的肯定,即一种道德观念;而《唐律》则是对这种肯定的肯定,即对儒家道德观念的肯定。那么,事实上作为国家制度的法律文本,就已经脱离了这种道德观念最原初的语境。不可否认,《唐律》中的这些规定是为了推广儒家的道德观念,就像我们所熟知的那样,《唐律》在“一本于礼”的口号下,实践着法律制度的儒家化。但是,法律制度固有的缺陷,使这个目标不能够完全实现。王伯琦先生指出,法治与德治的矛盾就在于,法是有限的,情是无穷的。法律制度的条文是抽象而硬性的。而《唐律》为了实现儒家化,产生大量具体、个别、硬性的规定,这样必然会使许多情事无法容纳于其间^[6](第221-233页)。这个分析是有道理的。而事实上,即使法律包含了所有个别情事的具体规定,它依然无法容纳教化的作用。因为相对于情而言,法律永远是抽象的,这里的抽象不仅仅指个别到一般概念逻辑,更重要的是法律抽离“情”的具体情境,从而永远也不可能担负起礼乐教化的任务。只有在具体的情境下,才能摆脱强制性,让个体自主地去选择一种道德观念。《曲记》曰:“礼闻来学,不闻往教”。在三《礼》文本中,礼乐教化的传承与深入人心必须通过《礼记》,而不能仅仅是《周礼》和《仪礼》中那些制度条款。

(二)容隐与族刑的问题

“卷第五,名例”“犯罪未发自首”条规定:“即遣人代首,若于法得相容隐者为首及相告言者,各听如罪人身自首法;缘坐之罪及谋判以上,本服期虽捕告,俱同自首例。缙麻相隐,既减凡人三等,若其为首,亦得减三等。”^[4](第366页)这一条对我们而言非常重要。

首先如果结合“告祖父母父母”诸条的规定来看,告父母、祖父母应处以绞刑,那么此条中所谓“若于法得相容隐者为首及相告言者”本身就是违反律法的行为而应当受到惩罚。也就是说,在亲属相容隐的前提下,揭发尊长的罪行是“干名犯义”的行为,但同时此行为又可以被认为等同于尊长亲自自首而免去尊长的罪责。如果实际中遇到这样的情况,一个人为了不违法只能选择为尊长隐,而不能选择告言。而如果想要尊长免于刑罚,那么自己就要承受刑罚而告言尊长。这似乎变成了“以理杀人”的典型了。但事实上,如果从整个《唐律》表达的逻辑上说,这里面并没有根本上的冲突。因为《唐律》并没有硬性地规定一个人一定要告言尊长,从而使其免去罪责。你可以选择为尊长隐,虽然你没有多少其他选择的余地。(并非绝对没有,只是做其他选择所付出的代价太高)。这样,至少在实际的司法操作上,不会遇到两难的境地。

但问题并没有完结,我们要追问的是:这个古怪的规定来源于哪里?首先,“犯罪未发自首”条的存在,是为了鼓励自首。而亲属间的相互揭发是连坐制度的遗产。那么,我们看见“犯罪未发自首”条实际是容隐制度与族刑制度奇怪的混合体。为了防止罪犯的隐匿,亲属的监督是最有实际效果的。而当我

们把“亲亲互隐”的儒家伦理观念嫁接到这种缘坐制度时,就产生了“若于法得相容隐者为首及相告言者,各听如罪人身自首法”的规定。甚至“缘坐之罪及谋判以上,本服期虽捕告,俱同自首例。”于是纯粹连坐制度下强制性的告发,变成了现在我们所看到的夹杂着容隐观念的制度下,鼓励性的代首与告言。但是,我们从上文的考察看到,一直到汉代,容隐观念还用来反对亲属连坐。那么,我们转而遇到的新问题是,在《唐律》中容隐与族刑的关系问题。

在上文所引“同居相为隐”条中我们看到,“谋反、谋大逆、谋叛”三事不在容隐范围之列。显然,这三罪是适用于族刑的。但是,如同魏道明先生在其著作中已经指出的那样,在《唐律》中所规定的适用于族刑的制度并非仅此三事,此外还有“征讨告贼消息”、“杀一家三人支解人”以及“造畜蛊毒”^[1](第58页)。这里产生问题就是,这些罪行如果容隐,那么事发后又要受到牵连,该如何处理?在我们上面引文的“犯罪未发自首”条中发现有这样的规定:“其于人损伤,因犯杀伤而自首者,得免所因之罪,仍从故杀伤法。本应过失者,听从本。……并不在自首之列。”^[4](第369-370页)就“杀一家三人支解人”而言,当属于“于人损伤”。同样,关于“造畜蛊毒”的罪行,也是不允许自首的。既然自首不能免其罪,那么亲属代首或告言也不能免其罪。《唐律》中关于自首的规定实际上是将犯人与其亲属看作是一个由血亲维系的整体。如果说其他的罪行,亲属尚有选择告言的可能性,并且这种可能性从一定的角度可以得到合理性的解释(虽然为了这种可能性和合理性要付出很大的代价);那么,犯这两种罪刑的亲属只能与其共同承担罪责,而没有了其他可能。在上一段的分析中,我们还可以看到容隐与连坐制度的私生子,而在这里,连坐与容隐表现出了出奇的一致性:在这两种犯罪中,容隐即缘坐,缘坐即容隐。那么,在《盐铁论》中还势不两立的“文学”与“御史”最终的合谋,意味着什么?

不可否认,翻开中国的历代律书,我们总是会对容隐制度与族刑制度的长期并存感到困惑。实际上,族刑制度与容隐制度同样都是以血亲伦理作为前提的,并且都认为这种“亲亲”之爱是人生来本质固有的。两者的区别在于,前者以此为威胁社会稳定和统治权力的力量。而后者以此为社会稳定、巩固统治权力的基础。但是我们要将作为一种国家制度的容隐,和作为一种儒家道德观念的容隐区分开来。族刑从一开始就是作为制度存在的。虽然它可能有模糊的、不规范的阶段,但是它作为刑法(无论是对异族或是本族),只能是自上而下,借由国家或族群的权力推动的。与其不同的是,容隐在很长一段时间内只是作为道德观念存在着。而我们在《唐律》中所看到的那样的合谋,只有在容隐成为一种制度,或者说普遍的行为准则,并通过国家的权力得以实施的时后,才会出现。也就是说这种合谋,是在权力的推动下实现的。实际上,在盐铁会议这个国是大会上,这种合谋已经在思想上做好了准备。我们在上文已经指出《盐铁论》的表述中,双方同样是站在国家、权力的角度发言。那么,在作为为统治权力服务的古代法典中,两者的共谋就不可避免。王伯琦先生说:“……握有主权者在其本质上就可以制定法律而不受其拘束。从而我们现代所谓的法治,仅是对这种本质上可以指定法律而不受其拘束的统治者而言的。当然,这并非是说被治者不要遵守法律,被治者应当守法,毋宁是被治者的天职……问题之所在,惟在统治者的行为不能受法律的拘束。”^[6](第398页)当然,王先生紧接着指出,现代司法革命的目的就在于,要将统治者也纳入到法律约束的范围里来。但是,即使是现代法律,我们也不能完全排除法律与权力之间的共谋,就如同福科所论述的权力、真理与法律之间的三角游戏。我们在这里无法展开对福科的探讨,这也不是本文的目的。我只是想指出国家通过权力,积极地推行道德观念所可能带来的弊病。在前文我们已经指出,儒家的“亲亲”观念从一开始就是对个人情感的肯定,儒家思想从不首先单纯指向纯粹的义务关系。这种观念首先为个人建立一个空间、一个居所,它思考的起点是个人。它并不承担对专制权力的义务与责任,而且从本质上说,是反对专制集权的。但是,法律是统治权力的保障,它思考的起点是权力。当“亲亲”的个人情感在国家法律中得以确立时,它必然会与酷刑一起成为统治权力的工具,虽然我们不能否认它会带来一些积极的实际效果。

通过上面的分析,我们得到的结论是:至少在“亲亲互隐”这个问题上,《唐律》试图承担儒家礼乐教化的任务是不能实现的。但问题是,在现实社会结构中,我们是否要抛弃儒家的道德观念?如果答案是

否定的,那我们应当怎么样做?从法律上说,我们所能做的就是确立与容隐观念有关的沉默权。但法律能做的也仅到此为止。那么,是否还有其他的途径?也许中国古代乡约、义学、义田等一系列举措可以给我们启示。我们不能否认古代中国是集权国家,但完善、周密的乡村自治体系有效地防止了集权对民间社会的渗入。从这个意义上讲,正如梁漱溟先生所说,中国人实际上缺乏集体生活,“团体与个人的关系轻松若无物,家庭关系就特别显露出来,像西洋人从前的宗教、后来的国家,在我们都是没有的,中国的宗教不像宗教,或原不是宗教;中国的国家不像国家,或原不是国家”^[7](第 25 页)。由这种乡村自治所保障的家庭伦理关系,为个人自由提供了空间。而且,不同于法律,这种伦理关系依靠在礼乐指导下的调解与教化实现。它总是在具体情境中得以实施,始终存在于人情(无论是情感的“情”,还是情实的“情”,或者“情理”的情)的范围里。相对比于集权性质的法律制度,这种体制更加可靠。事实上,我们知道,中国人向来逃避官司,而更加信任乡村自治下的调节,从某种角度来说,这并非没有道理。

当然,乡村自治不是没有问题。这里,我们只是作为一种可能的途径提出。而这种方式在现代中国社会如何吸收、改进,就是另一个更重大的问题了。但这毕竟是一个适合中国文化的可行的方式,也提供给我们不同于西方的思考社会问题的新的方向。我想这也是为什么梁漱溟先生在 20 世纪二三十年代民主、科学与工业救国的浪潮中,重新思考乡村建设理论的原因。

注 释:

- ① 据保罗·利科称:我们的司法制度从未脱离在公正名义下的报复。见保罗·利科:《公正与报复》,载《利科北大演讲录》,北京:北京大学出版社 1999 年版。关于刑罚的教育主义可参见蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,第十二章《教育刑主义概观》,北京:清华大学出版社 2005 版。

[参 考 文 献]

- [1] 魏道明:《始于兵而终于礼——中国古代族刑研究》,北京:中华书局 2006 版。
[2] 王利器:《盐铁论校注(定本)》,北京:中华书局 1992 版。
[3] 《睡虎地秦墓竹简》,北京:文物出版社 1990 版。
[4] 刘俊文:《唐律疏议笺解》,北京:中华书局 1996 版。
[5] 黄静嘉:《中国法制史论述丛稿》,北京:清华大学出版社 2006 版。
[6] 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,北京:清华大学出版社 2005 版。
[7] 梁漱溟:《乡村建设理论》,上海:世纪出版集团 2006 版。

(责任编辑 严 真)

From Idea to System

——System of Kinship Concealment in the Code of Tang Dynasty

Sun Yi

(School of Philosophy, Wuhan University, Wuhan 430072 Hubei, China)

Abstract: The system of kinship concealment, as confirmation of the moral idea of kinship concealment, has got particular statement in the Code of Tang Dynasty. In the Code of Tang Dynasty, the idea of kinship concealment is changed to be a system with the authority interfering in. But the system of law can not afford to take the responsibility of moral education.

Key words: idea of kinship concealment; system of kinship concealment; Code of Tang Dynasty