

容隐现象的发生与容隐制的建构

崔 发 展

[摘 要] 中西方法律中都有关于容隐制的具体规定。容隐制乃是“缘人情而制”，日常生活中的容隐现象具有普遍性。容隐制的确立，既是对人类感情的尊重，又是对生活实情的顺应。而大义灭亲的行为由于违背“人情”，并不具有可行性。

[关键词] 容隐现象；容隐制；情感

[中图分类号] B241.9 [文献标识码] A [文章编号] 1671-881X(2008)02-0168-05

作为中西方共有的一种法律建构，容隐制体现着一些人之为人的基本观念。这些观念从本源处回应着生活中容隐行为的普遍性，并最终促成了法律上的相应建制。为此，需要首先追问的就是：生活中的隐何以可能，或者说，隐是如何发生的？通过对日用伦常中的容隐现象的解读，本文揭示出容隐行为之所以普遍发生的本源情境，并由此出发，进一步探讨了容隐的法律建制何以可能的问题。

一、容隐制的概况

亲属容隐观念及其法律建制，并不为某个国家、某一文化传统所特有，而是中西共同存在的一个较为普遍的现象。下面作简要列举说明之。

(一)中国的容隐制

中国容隐之观念最初的明晰表达，出自于《论语·子路》中的“子为父隐，父为子隐”。自汉律始，容隐制历代沿革，容隐范围不断扩大。汉律限于父子、夫妻、祖孙之间的“亲亲得相首匿”，唐律有更为宽泛的“同居相为容隐”，而明律、清律更有了将外姻亦包括在内的容隐规定。由于中华法系是典型的礼法合流，所以其容隐制体现着尊尊、亲亲的特质。亲属之间的容隐并不是“可以隐”的权利，而是“必须隐”的义务。亲属间若是不隐或主动告发，就是违背法律而要受到制裁。在清末民初移植西法、建构六法的过程中，礼法合流走向礼法分离，而容隐制逐渐突破了等级建构，转而与近代的平等、权利等观念相结合，并逐步取得了体现近代精神的新的建制模式。于是，“亲亲相隐”被进一步表述为：为庇护亲属而藏匿人犯及湮灭证据者不罚；放纵或便利亲属脱逃者减轻处罚；为亲属利益而伪证及诬告者免刑；为亲属顶替自首或顶替受刑者不罚；为亲属销赃匿脏者免罚；任何人有权拒绝证明亲属有罪；等等。另外，我国台湾地区现行的六法体系，亦有与此相似的规定。

(二)西方的容隐制

早在古希腊时期，西方就有容隐观念。针对欧绪弗洛告发其父杀人这一行为，苏格拉底指出：“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自己的父亲是对的。”而欧绪弗洛对此亦表示赞同：“我向天发誓，你说的对，苏格拉底，只有大智者方能如此。”^[1]（第 235 页）不管苏氏是否非难了欧氏的告父行为，但从他们都认同的普通民众对此事所持有的态度来看，那时显然是有容隐观念的。在古罗马法中，有关容隐的规定就很明显了，如：未经许可而告父者，任何人可对其提起刑事诉讼；不得令亲属互相为证，等等。

到了大倡权利、平等的近现代,西方容隐制的相关规定均明显体现了这些精神。如1810年的《法国刑法典》、《德国刑法典》规定:知晓近亲属犯罪而不告发、为亲属做伪证、帮助亲属逃脱等均不受处罚。再如现行《法国刑事诉讼法》第335条、1994年《德国刑事诉讼法》第52条均规定:近亲属可以拒绝作证;即使自愿作证也有权不宣誓担保保证词无伪;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《德国刑诉法》第68条、《意大利刑诉法》第199条均规定:法官一般不得就可能有损于证人亲属的名誉的事实发问,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。

与以上列举的大陆法系相比,英美法系虽然在容隐亲属之范围、容隐行为之范围上有了大幅缩减,但依然有容隐制的存在。如在同属于英美法系的英、美、印度等国的法律中,尽管亲属间的互相包庇隐匿一般情况下均要受罚(个别情况包括其他亲属),但夫妻互匿则可免刑。

(三)中西容隐制的异同

就容隐制来说,若是将其义务性表述为“必须隐”,将其权利性表述为“可以隐”,那么,就中国的容隐制而言,其在古代十分强调义务性,而在近现代只是由于大量移植西法才体现出权利性;西方古代容隐制虽也曾有义务性的表现(主要是古罗马法),但一般(尤其是西方现代法)比较强调权利性。所以,尽管可以笼统地说,中西容隐制在古代都有义务性的体现,而在近现代都有权利性的表达,但中西差异仍然是不可否认的。而若是将中国古代法与西方现代法对举来看,这种差异必然更加明显。不过,中国古代与西方今世的不对称对举作为一种比较话语虽无不可,但某些人可能会以这种差异为由,得出中西容隐制只是表面相似而实则是完全不同的两种制度的结论。这个结论及其论据是不足以将二者区分为两种不同的制度的。

亲亲相隐作为一种观念,容隐制作为一种法律建制,二者的不同显而易见。就观念与法律的关系而言,观念先行于法律建构,而法律总有其背后的观念支撑。义务性与权利性乃是中西容隐制各自的立法观念与原则,但是,在义务性的必须隐与权利性的可以隐之先,尚有两个具有层级性的问题需要回答:第一,容隐制因为什么和为了什么而立,与容隐制依据什么观念和什么原则而立,并不是同一个层面的问题,且前者较后者更为根本。这也就是说,首先要解决容隐制是如何可能的问题,其次才是容隐制应该依据何种观念与原则而立的问题。第二,容隐制是何以可能的,与生活中的隐是如何可能的,或者说,是如何发生的,亦非同一个层级的问题,且后者较前者更为根本。生活中首先有容隐行为的发生,其次才会有法律上的相应建制。虽然容隐制的建立既顺应民情,又引导民情,但无疑顺应民情才是在先的。

在这两个问题中,第二个问题无疑是最为本源的。生活中容隐的发生在先,法律上相应的法律建制在后。先有隐“情”,之后才能有“必须隐”与“可以隐”的区分。所以,中西容隐制在立法观念与原则上虽有不同,但却都回应着生活中容隐行为的发生。由此,中西容隐制的不同恰恰是表现上的不同,它们实际地共同对应着一个普遍性的、本源性的问题,此即:生活中的隐是如何可能的。而这这就要求我们在解释容隐制之前,首先要对生活中的容隐现象解读一番。

二、对容隐现象的分析

中西容隐制既然皆是本于生活这个源头,那么,自然可以说容隐制是古今中外普遍存在的一个制度。尽管存在的未必就是合理的,但针对如此普遍的一个现象,显然不能再像过去那样给它扣上一顶“封建”的帽子扔掉了事。不过,由容隐制引发的争论话题也有很多,如:情与法,人治与法治,私与公等等。综观这些争论,其根本点无疑在于如何在情与法之间做出取舍。对于容隐制,反对者一般认为容隐制是屈法伸情,而赞同者则认为,容隐制乃是法律对于亲情的认同与尊重。孰是孰非?如前所述,容隐制作为法律建制,其普遍存在所反映的乃是生活中容隐现象的普遍性。由此,探讨亲属容隐制,应该追溯到两个更具根本性的问题上:(1)亲属相隐为什么会普遍发生?(2)亲属相隐具有怎样的发生结构?

(一)情为何物——亲亲相隐何以会普遍发生

亲亲相隐当然是一个亲情事件(情事),但问题在于,怎样解释这“情”才是恰如其分的?一般而言,

无论是赞同者还是反对者,几乎都将容隐现象置于情与法之间进行解释。但是,这样的解释都有些错位。因为,在情与法对举中的“情”,与将容隐现象视为情事的“情”,所指的并不是一回事,此“情”已非彼“情”了。作为情事或者事情,容隐现象乃是本源性的生活情感的自然流露;而在情与法的对举中,情更多的时候指的乃是道德情感。本源情感与道德情感并不是一个层级的事情。

为什么说容隐现象的实情就是本源性的情事或事情?这要基于对下面这个问题的解答:情为何物?“问世间情是何物?直教生死相许”,对于元好问《迈波塘》中的这两句词,人们通常的意见是,前句乃是追问“情是什么”,而后句则是对此的解答。但问题是,情并不能在诸如“情是何物”似的定义性追问中得到说明,因为情不是什么东西(某物)。但是,为什么人们大都认可这个似是而非的定义,并总能从中把捉到情的真意呢?其实,这恰恰源于人们对于情的一种本真领会,而这种领会先行于任何对情的定义,所以,在读到“直教生死相许”时,人们往往会心有戚戚焉。其实,这两句词只是对情的一种描述性阐释(而非定义),因为“直教生死相许”恰恰道出了人们对情的本真领会方式。何以见得呢?苏轼有一首《江城子》,这首词是苏轼在其原配妻子死去整整十年后的悼亡之作,虽然阴阳相隔已茫茫十年,但他却以一种“生死相许”的方式诠释着他对“情”的领会,而这种领会很好地体现于该词首句所讲的“十年生死两茫茫,不思量,自难忘”中。“不思量”说的是什么?对于“情”,不用思虑、打量,它自自然然、原原本本地就让人牵挂着了。所以,“不思量”指引着这样一种实情:情不能被作为对象来思虑与打量,人们只能在“不思量”中才能“情不自禁”,进而才能“为情所困”,乃至“生死相许”。这里的“相许”乃是有情人互相把自己允诺给对方,而这种允诺当然不是主客对峙下的现成化给予(如:我要把心掏出给你看,等等)。

以上对情的阐释,似乎只针对情人而言。其实,生活中的本源情感,可以显现为夫妇间的情爱之情、父子间的慈孝之情、兄弟间的手足之情等等。他们之间的情都是“爱情”,都是有情人。而容隐现象所流露的情,与此情此境颇为相通。在《论语·子路》中,孔子曾将“子为父隐、父为子隐”解释为一种“直”,可谓切中了情的本意。与“直教生死相许”之“直”一样,父子相隐之“直”流露出来的也是人的真情。相隐是相许的一种方式,由相许而相隐,由相隐而相许,容隐之“直”显现的正是有情人之间不思量而相隐、情不自禁而相许的“生存本能”,表现出的乃是一份自自然然、真实无妄的爱情。因此,容隐之“直”即指直接(不思量),又指真实,而容隐现象的“事情本身”既是情事,也是实情,即“真实的就是生活情感,生活情感就是真实的,是一回事”^[2](第 60 页)。由此而言,容隐现象的普遍发生,实乃根源于人之真情实感的“直”接发动。

(二)情有差等——亲亲相隐发生的结构

我从哪里来?我由父母所生养,“子生三年,然后免于父母之怀”^[3]《阳货》)。由此,任何一个我,在作为法律上的自然人出现之前,都是首先被生活情感给出的。我是谁?我总是有所从出,有家庭,有父母,有姓名。我是有所归属的,因有亲而有所属,因有属而有所亲,而亲属关系在血缘上的生成总是先于法律上的认定。可见,我从本源处乃是被某份亲情给出的,我乃是归属于它的,并由此而从属于某个特定的亲属系统。在《说文》中,“亲”被解释为“至也”,“属”被解释为“连也”,可见,亲属之间的相连乃是至连,是最为紧密的,在本源的层面上,其他关系都无法与亲属关系相提并论。

亲属之间关系的紧密性有两个表现:不可选择性与不可替代性。人不能选择他(她)的出生,而亲属关系乃是由(出)生(存)活决定的,因而也是不能选择的。亲属的不可选择性,还表现在我无法剪断或脱离这种关系,即便是大义灭亲者、亲属之间恩断义绝者,也不过是形式上的划清界线而已。正是由于这份关系的不可选择性,这份亲情对我来说就是不可替代的、独一无二的,而我也会从骨子里格外珍惜它,生怕它受到伤害。有学者曾将隐亲行为视为“紧急避险”^[4](第 306 页),而容隐某个犯罪亲属应被看作是容隐者的正当防卫,此说可谓切中了个中真意。所以,当我的一个亲属犯罪了,我可以拒绝作证,甚至不惜为他(她)寻求庇护,乃至为其顶罪自首或受刑,因为,作为我的亲属,他(她)的受罚很有可能将使我无所归属。由此可见,相隐是一种相许,也是一种相属。

在这种由不可选择性、不可替代性的亲情所构建起来的关系中,我与亲人之间有一种相依为命的归属感。而随着关系构建中可选择性、可替代性的增加,这种归属感一般也会逐步减弱,乃至最终消失。

比如,在一个关系稍疏或非亲属那里,我是否依然会有这样的归属感?恐怕就未必了。同样,容隐现象实际的发生机制,反映出来也是这个道理。一般来讲,对于近亲、远亲与非亲,在做是否为之容隐的决定中,情的影响因子逐步减少,而义、利或其他因素的影响因子则会逐步增加。比如:若是我的一个近亲犯了罪,我多半会不假思索地“直”接为他隐匿;但若是一个与我关系一般的人(远亲、朋友)犯了罪,我就没有那么“直”接了,因为在此情况下,我有时间可以从容地、理智地对此事思量一番,之后再选择是否隐匿;而若是一个与我非亲非故之人(常人、非亲属)犯了罪,我更加会三思而后行了。

可选择性与不可选择性,可替代性与不可替代性,显现出来的正是情的差等性。对于不可选择、不可替代者,既然没得选择了,很可能要孤注一掷;而在有选择空间、有替代方案的情况下,我就可以从容面对。儒家讲“爱有差等”,所遵从的也正是本源情感的差等性原则。比如,儒家讲为仁要“能近取譬”,这个近,首先就是指情感上的亲近,其次才是空间上的接近。解蔽或澄明我的仁爱之心,必须从亲情这个源头活水处入手,因为对我而言,爱亲乃是不学而能、不虑而知的良知、良能。儒家也讲“泛爱众”,只是强调从爱亲做起,“立爱自亲始,教民睦也”^[5]《祭义》)。

如此,容隐现象发生的结构可简述为:本源情感有着差等性的天然区分,所以,对于我的某个犯罪的近亲、远亲或非亲,由于可选择性、可替代性的逐步增加,我的归属感逐渐淡化,紧迫感与责任感也随之弱化。于是,在做出是否容隐的选择的过程中,亲情的影响因子逐步减少,而义、利或其他因素的影响因子则逐步增加,由此,我会逐渐趋于冷静地、理性地对待这个犯罪人。

三、对容隐制的分析

生活中容隐现象的普遍发生,促成了法律上的相应建制。本节将从法律建制的角度出发,集中探讨这样一个问题:为什么要设立容隐制?对此,下面尝试从正反两个方面进行解答。

(一)正面的解释——缘人情而制

“法者,缘人情而制,非设罪以陷人也。”^[6]《刑德》)这里的“人情”既指人之情感,也指人之常情、实情。而容隐制的确立,乃是对人情的尊重与对事实的顺应。

亲情对我而言是不可选择的、独一无二的,因而也是不可或缺的。所以,对我而言,亲人总是比非亲人蕴含着更多的意义。在本源的层面上,亲人并不是说先有人后有亲,恰恰相反,亲人是被亲(情)给出的,“亲”比“人”更原始。因为我原初地归属于某份特殊的情感,并由此而成了这个圈子中的一个家属(亲属)。家属意味着什么?我归属于某个家。但这种归属感并不能首先在器物上得到满足,所以,家首先不是居室或家具,而是亲人之间关系的相互勾连。比如说,我的家人在哪里,我的家就在哪里。由此而言,我归属于某个家,并不是说我归属于某些实物,而是说我归属于某种关系。我对家的归属感,同时也是一种认同感。尽管我在外人那里也能得到某种认同,但一般而言,家人对我的认同更为原始、更为纯洁,因而也更加不可或缺。比如不管我如何无才无德,我的家人总是能鼓励我、不放弃我,等等。

与此相应,既然我归属于某种亲情关系,而这种关系又要靠家人来维持,那么,家人因犯罪而被捕或受罚,带来的必然是归属感、认同感的缺失。所以,对我来说,容隐某个犯罪亲属是很“直”接的、很自然的事情。在亲属之间,相隐恰恰是相许、相属的一种形式。据此而言,法既然是缘人情而制,而维护亲情又是人之常情,那么,容隐制的设定自在情理之中。

(二)反面的解释——大义灭亲不具有可行性

大义灭亲之所以不具有法律上的可行性,或许主要出于以下考虑:第一,何为大义?表面上看,灭亲是为了维护大义,是因公废私,但问题是:怎么能保证灭亲者果真是为了大义?而且,既然爱亲是爱人的起点和生长点,那么,一个人可以忍心不爱其亲,何以能够保证他会为了大义献出他的爱心?正所谓“不爱其亲而爱他人者,谓之悖德”^[7]《圣治》),无情则无义,真正的大义也要从爱亲这个原点上生发出来,因为爱亲是爱人的最为原初、最为可靠的生长点。容隐乃是容忍,而若是灭亲都能忍心而为,那么,是可忍,孰不可忍?第二,大义灭亲无期待之可能性。究竟可以期待多少人为自己的亲属有罪作证,并且不

做伪证? 大义灭亲经常被视为一种英雄似的行为, 不过, 这种事情在实际生活中并不多见。对于这种只有少数人才能达到的“境界”, 显然不能在法律上作为一个普遍化的硬性要求, 而既然很少有人愿意为亲属之有罪作证, 执法者若是为了取证而严加拷问, 带来的必然是“变相株连”的恶果。第三, 大义灭亲的情感两难。灭亲乃是灭情, 因为选择灭亲毕竟有悖于亲情, 所以, 在准备灭亲时, 灭亲者要承受情感上的自我煎熬。不过, 随着某个灭亲事件的结束, 该灭亲者所背负的灭亲之名却永不可逃。因为灭亲者虽然能够获得一部分人的赞许, 但更多的时候则会遭受到人们的质疑: 本是同根生, 相煎何太急? 由此, 灭亲者终将在情感上被人们(尤其是其亲属们)“敬”而远之, 这是来自于外界的情感责难。既要忍受自责, 也要承受外界压力, 直面这种情感两难, 灭亲者情何以堪?

其实, 容隐制的最终确立及其长期存在, 乃是亲亲相隐与亲亲相告之间博弈的结果。一项立法必然以维护社会秩序为出发点, 否则此法绝非良法。那么, 在亲亲之间, 相隐与相告哪一个更有利于维护秩序? 亲亲相隐合乎人的性情、合乎人之常情, 而亲亲相告会带来什么后果? 亲亲之间互相揭发, 带来的究竟是秩序还是混乱? 所以说法律上允许容隐, 虽然势必会引发“鼓励”亲亲相隐的副作用, 但较之于由强迫亲人相互告发而来的副作用, 更加有利于秩序的维系。

综上所述, 从立法的理由来看, 容隐制既是缘于人情而制, 也是有治于人情。“缘于人情而制”说的乃是, 本源情感既然是人的创生处, 那么, 容隐就是容忍, 而灭亲则是灭情, 由此, 出于维持秩序的利益博弈, 法律也只能尊重而不能有悖于这样一种实情, 否则, 防民之情甚于防川。“有治于人情”说的乃是, 本源情感虽然不可逆但可顺, 虽然不可堵但可导, 由此, 法律可以通过顺导人情而有治于社会。无论是情制, 还是治情, 容隐制都不仅没有背离其维护社会秩序的初衷, 而且由于它从根本上尊重了人的本源情感, 从而恰恰能够更为有效地实现其维系秩序的长远目标。

[参 考 文 献]

- [1] 《柏拉图全集》第 1 卷, 北京: 人民出版社 2002 年版。
- [2] 黄玉顺:《爱与思——生活儒学的观念》, 成都: 四川大学出版社 2006 年版。
- [3] 刘宝楠:《论语正义》, 北京: 中华书局 1990 年版。
- [4] 刁荣华:《论期待之可能性》, 载《中华法学论集》, 台北: 汉林出版社 1976 年版。
- [5] 孔颖达:《礼记正义》, 北京: 北京大学出版社 1999 年版。
- [6] 王利器:《盐铁论校注》, 北京: 中华书局 1992 年版。
- [7] 李隆基:《孝经注疏》, 北京: 北京大学出版社 1999 年版。

(责任编辑 严 真)

Happening of Concealment Phenomena & Legislation of Concealment System

Cui Fazhan

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

Abstract: In the legal frame of orient and occident, there are particular rules on concealment system. Concealment system is based on the relative sensibility, and the concealment phenomena are universal in our daily lives. The establishment of concealment system not only esteems human feelings, but also humors living fact. Therefore place righteousness above family loyalty is not feasible, because this behavior disobeys human sensibility.

Key words: concealment phenomena; concealment system; sensibility