

# 亲情与公义的共赢

——中国传统家族法视野下的隐亲、告亲与救亲

景风华

**【摘要】**亲属容隐并非中国传统法中的独立制度,它与告诉、缘坐、自首等形成了一套亲属法律体系。正是在这种相互勾连的家族法中,“亲亲相隐”体现出它在统合亲情与公义方面的独特智慧:“亲亲相隐”存在“父为子隐”和“子为父隐”两个向度。“父为子隐”是基于人情而给予尊长的特权,尊长放弃自己隐匿晚辈的特权就可以进一步表现为大义灭亲;“子为父隐”则由伦理规范演变成义务规范,卑幼仅在尊长涉及谋反等罪行时方可控告。但这种告亲之举并非单纯“忠高于孝”的价值导向,其更多是缘坐制度下一种自我脱罪的手段。而自首制度的介入又消解了卑幼告亲的价值空间,通过将“大义灭亲”转化为“大义救亲”,实现了亲情与公义在伦理体系及法律体系中的共赢。这对化解当前伦理讨论中价值对立的僵局有一定的积极意义。

**【关键词】**亲亲相隐;大义灭亲;缘坐;自首

**【作者简介】**景风华,四川大学法学院助理研究员、专职博士后,法学博士。

**【原文出处】**《人大法律评论》(京),2018.1.59~74

**【基金项目】**本文受到“四川大学中央高校基本科研业务费研究专项项目(skbs201719)”“中国博士后科学基金资助项目(2017M623013)”资助。

亲属容隐制度因其涉及国家与家庭、亲情与法律、传统与现代等一系列重大议题,在社会伦理学界、政治法律学界引起的争论经久不衰。众所周知,亲属容隐的思想来源可追溯到《论语》。孔子对叶公以“其父攘羊,而子证之”为“直躬者”的论断提出了针锋相对的反驳,表明“父为子隐,子为父隐,直在其中矣”的立场。<sup>①</sup>而提到“亲亲相隐”,难免会涉及另一个对立的观念——“大义灭亲”。“大义灭亲”的典故出自另一本儒家经典《左传》:卫国老臣石碏的儿子石厚帮助卫庄公的第三子州吁杀兄自立,石碏亲自设计杀死了州吁和石厚。对于石碏的行为,孔子称赞道:“石碏,纯臣也。恶州吁而厚与焉。大义灭亲,其是之谓乎!”<sup>②</sup>由此可以看出,“亲亲相隐”和“大义灭亲”都是为孔子所赞誉的品格。可是同样对于违法的亲属,一个要求“隐”。另一个则要求“灭”,这两种看上去截然相反的态度背后所蕴含的价值争议以及中国当今立法中究竟应该以何者为更高的价值是学界讨论的焦点。

然而,从价值判断的角度去论证亲情和公义何为位阶更高的利益,结果总是见仁见智,难以达成共识。以郭齐勇、范忠信为代表的学者认为“亲亲相隐”制度体现了人性的回归。至亲之间的维护是社会信任体系的基石。值得法律为此让步。而且,对亲情的尊重不仅是中国传统法制的特点,亦是当代外国刑法的共性,中国目前理应接续这一优良传统。以刘清平、邓晓芒为代表的学者则对“亲亲相隐”制度提出严厉的批评。他们认为,不管这一制度设立的初衷为何,在现实层面,“亲亲相隐”不可避免地裹挟着强烈的腐败倾向,必然会破坏社会秩序与公正,现代法治绝不可取。<sup>③</sup>陈壁生则指出,“亲亲相隐”和“大义灭亲”并非同一个理论层面的问题。“亲亲相隐”是制度设计与法律规定,而“大义灭亲”仅是一种道德要求。<sup>④</sup>韩树峰更是提出汉魏之际并无“亲亲相隐”之制的论断。其所谓的“亲亲相隐”,必须具备双向容隐以及主要表现为义务这两个特点。<sup>⑤</sup>虽然这一界定尚可商

权,但也提醒我们注意容隐的向度与性质。还有学者建议回到历史情境去厘清儒家经典关于亲属容隐的论述。如黄源盛的《人性、情理、法意——亲亲相隐的传统与当代》一文侧重于对法律规范流变的史实描述。<sup>⑥</sup>

以上研究仍是将亲属容隐看成中国传统法中一项独立的制度,而将状告亲属的“大义灭亲”视为它的反面。本文则试图通过法律的规范分析方法,探讨隐亲与告亲在中国传统法律当中的范围和限度,更为准确地界定“亲亲相隐”的性质。同时运用体系解释的方法,综合分析容隐与缘坐、自首等相关制度的关系,揭示亲情与公义如何在中国传统的家族伦理体系及法律体系中得到统一。希冀能够打破价值对立的僵局,为当前的伦理讨论提供新的思路,并对中国的法治建设有所助益。

### 一、规范解释下的双向容隐

从孔子的话来看,“亲亲相隐”包含两个向度,即“父为子隐”和“子为父隐”。这种父与子相互之间的容隐,充满了浓浓的人伦亲情,也反映了儒家所一贯主张的父慈子孝的礼治理想。但是在重视长幼差次的儒家伦理中,父与子尊卑有别,这种地位的差异直接导致在依据儒家伦理建构起来的传统法律中,二者的权利和义务产生了巨大差别。

汉宣帝于地节四年(公元前66年)颁布的“亲亲得相首匿”诏令云:“父子之亲,夫妇之道,天性也。虽有患祸,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。”<sup>⑦</sup>可以看到,子、孙、妻对于父母、祖父母、夫等尊亲属的隐匿是可以直接免罪的,反过来,父母、祖父母、夫对子、孙、妻等卑亲属的隐匿所享受到的优待仅为死罪上请,即由皇帝作为死刑是否执行的最终裁断者。虽然很可能因此免去一死,但其行为仍需定罪处刑是毫无疑问的。

中国传统法典的集大成者《唐律疏议》规定了“同居相为隐”的总原则:“诸同居,若大功以上亲及外祖父母、外孙、若子孙之妇、夫之兄弟及兄弟妻,有罪相为隐。”<sup>⑧</sup>所谓大功以上亲,是指丧服为斩衰、齐衰和大功的亲属。根据儒家丧礼的服制体系,亲属关系越近,则丧服越重;关系越远,丧服越轻。丧服由重到轻可分为斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻五等,以此作为亲

属关系和人伦秩序的基本准则。在一个父系宗族中,大功以上亲有祖父母、父母、伯叔父母、兄弟姐妹、堂兄弟、子女、侄儿、孙,皆是血缘关系极近的亲属。其中既包括尊亲属,也包括卑亲属,这似乎说明卑幼与尊长之间的容隐是平等的。但到了具体篇章中,就能看到“子为父隐”和“父为子隐”的规定截然不同。

#### (一)父为子隐

地节四年诏对“父为子隐”持有相当保留的态度。而最早可见对这一原则予以接纳的法律文本当属唐律。在唐律中,“有罪相为隐”的递进解释为“泄露其事及搃语消息,亦不坐”<sup>⑨</sup>。对于普通人来说,“诸捕罪人,有泄露其事令得逃亡者,减罪人一等”;<sup>⑩</sup>“诸知情藏匿罪人,若过致资给,令得隐避者,各减罪人罪一等”<sup>⑪</sup>。而得相容隐者却不受该条款的限制。借用现代法律的规范分析方法,法律的八个基本概念可以分成四组相反关系和四组相关关系,相反关系分别为:权利—无权利、特权—义务、权力—无权力、豁免—责任。<sup>⑫</sup>运用特权、义务、豁免、责任这四个基本法律概念分析唐律条文,可以得出:“民众有揭发犯罪的义务,否则就要承担包庇窝藏罪的责任”,其相反关系为“亲属享有不揭发犯罪(容隐)的特权,透露消息、藏匿罪人、帮助逃跑等行为可以得到豁免(免于处罚)”。<sup>⑬</sup>

容隐作为特权的面向在唐律中一体适用于“父为子隐”和“子为父隐”。但二者的不同之处是,“父为子隐”是一项纯粹的特权,仅仅是“可以隐”,而不具备任何强制性。《唐律疏议·斗讼律》明确指出,对于“告子孙、外孙、子孙之妇妾及己之妾者”,不论是否属实均“勿论”<sup>⑭</sup>——父母及祖父母告发子女和孙子女不但不受限制,甚至即使是诬告也不按罪论处。对于父母和祖父母以外的其他尊长,唐律本来规定其状告卑幼仍得承担一定的责任:“诸告缌麻、小功卑幼,虽得实,杖八十;大功以上,递减一等。”<sup>⑮</sup>但明、清两朝则更改了这条律文,仅规定了诬告的罪责,尊长如实揭发卑幼的罪行完全获得了法律的允准。这就是说,“父为子隐”只是考虑到父子之间的情感关系,规定父母可以不必承担揭发犯罪的义务,在隐匿了犯罪的子女后能够豁免包庇窝藏罪的法律責任。但这并不影响父母放弃这种特权,主动告发自己的子女。

#### (二)子为父隐

地节四年诏对“子为父隐”则完全予以采纳,“皆

勿坐”说明它已经完成了对于责任的豁免。然而,汉宣帝之所以慷慨接纳“子为父隐”,而对“父为子隐”比较吝啬,根本原因在于“子事父母,有隐无犯”“子不言父之过”等皆为礼经明确规定的为人子的基本行为规范。可以说,“父为子隐”不过出自人情,而“子为父隐”却是出于伦理。而伦理又与法律的义务性规范有天然的亲缘关系,二者很容易相互转化,因此,自唐以后,“子为父隐”就由“可以隐”变为“必须隐”。

《唐律疏议·斗讼律》规定:“诸告祖父母、父母者,绞。”<sup>⑥</sup>“诸告期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母,虽得实,徒二年,其告事重者减所告罪一等。即诬告重者,加所诬罪三等。告大功尊长各减一等;小功、缌麻,减二等;诬告重者,各加所诬罪一等。”<sup>⑦</sup>但凡卑幼状告尊长,即使情况属实,也要受到法律的严厉惩处,甚至付出生命的代价。而且状告父母、祖父母属于“十恶”中的“不孝”重罪,为常赦所不原。<sup>⑧</sup>因此,“子为父隐”自唐代以后虽然仍具备特权的面向,但它更多地成为一项法定义务,除谋叛以上的重罪外,卑亲属必须隐匿违法的尊亲属,否则就要承担法律责任。

## 二、体系解释下的告亲原理

不顾血缘亲情而检举告发有罪的亲属一般被定性为“大义灭亲”之举。然而,一项行为若能被称为“大义灭亲”,须以胸怀“大义”为前提,即秉持这种为儒家推崇备至的高尚品格,以纯良磊落的动机去实行“灭亲”的行为。

“义”的具体范畴在《论语》里并不是很明晰,孔子基本上将其作为一个现成的概念来使用,如“君子之于天下也,无适也,无莫也,义之与比”;<sup>⑨</sup>“君子喻于义”<sup>⑩</sup>等,“义”的实质内涵是由“仁”的道德追求和“礼”的社会理想共同体现的。孟子对于“义”的讨论则更为具体。他将“义”列为人的“四端”,指出:“羞恶之心,义之端也。”<sup>⑪</sup>“羞恶之心”是一种社会情感活动,是在行为评价中由于自我或他人的行为与道德准则相冲突而引起的。因此,“义”可以被视作行为与社会身份、道德原则相符合的一种正当性,其构成了家国秩序的基本原则和规范。这些秩序又可被归纳为五类,即父子、君臣、长幼、男女、朋友,是为五伦。而“义”尤其侧重于君臣关系,如“君臣有义”<sup>⑫</sup>“义之于君臣也”。<sup>⑬</sup>

因此,“大义灭亲”可以理解为由亲属的行为违背了以君臣关系为核心的基本社会秩序和道德准

则,从而使当事人产生了强烈的愤慨,并在这种正当情绪的支配下实施了“灭亲”的行为。然而,双向容隐的两种例外情况是否皆可被纳入“大义灭亲”的范畴是一个值得商榷的问题。

### (一)父灭子

上文中已经论述,父母对于子女的容隐并非强制性义务,甚至,中国传统法对父母状告子女的行为还采取十分宽容的态度,不仅对父母、祖父母告发甚至是诬告自己子孙的行为不采取任何处罚措施,还给予父母送惩权。对于那些违犯教令、违礼悖德的不肖子孙,父母和祖父母可以请求官府对其予以惩戒。甚至当父母以不孝的罪名请求处死子女时,官府也可能满足父母的要求。比如刘宋著名大臣何承天在讨论不孝罪时就援引律文:“违犯教令,敬恭有亏,父母欲杀皆许之。”<sup>⑭</sup>虽然违犯教令更侧重于子女在家庭生活中对父母的忤逆,但子女因触犯法律而被父母扭送至官府,仍可纳入送惩权的范畴。由此可见,父母告发或送惩子女的权利并不因亲亲相隐律的存在而受到限制。

更有甚者,父母不经过官府,擅自处置犯错的子女也被给予相当大的宽容。虽然自中央集权的帝制国家建立以后,生杀大权统一收归最高统治者所有,除此之外的任何人对他人生命的处置都为法律所禁止,但在父权强大的宗法制社会,这也并非绝对。比如汉武帝时期的大臣金日磾认为其子“自殿下与宫人戏”有违男女之道、君臣之义,愤而将其杀死,未见其承担任何法律上的不利后果。<sup>⑮</sup>唐律规定:“若子孙违反教令,而祖父母、父母殴杀者徒一年半;以刃杀者徒二年;故杀者,各加一等。……过失杀者,各勿论。”<sup>⑯</sup>对父杀子仅处以轻微的刑罚。元、明、清的法律比唐律更为宽容,子孙有殴骂不孝的行为,父母将其杀死可以免罪。在传统法律看来,父母承担着教育子女的责任,也享有惩戒子女的特权。在身体发肤皆受之父母的思想影响下,子女的生命既然由父母赐予,在子女做出有玷祖宗之事时,父母便可将其剥夺。即便进入帝制国家,这种父权仍实际存在。这就为“大义灭亲”提供了伦理与法律上的基础;在“亲亲相隐”之外的自由空间里,父母可以动用尊长的特权将不肖子置之於法或加以惩戒。

因此,父权是“大义灭亲”在“亲亲相隐”律下得

以存在的正当性基础。凡是被当作大义灭亲的典型而受到肯定与赞扬的事例,几乎都是尊长之于卑幼的模式,比如石碣设计杀死自己祸乱朝政的儿子石厚,为孔子所称许;刘仁贍因其子崇谏意图叛国投敌而将其处斩,部下皆感泣;<sup>②</sup>铁面无私的“包青天”忍痛处斩为祸一方的侄儿包勉的虚构故事更是被人传唱至今。<sup>③</sup>在“家国同构”的政治体制和社会结构中,国家与社会的治乱,首先取决于家长的特权运用和责任担当,也因此“亲亲相隐”所许可的范围内产生了另外一种价值期许:希望家长作为社会组成细胞的首脑能够尽到管教的责任,约束好家人,对晚辈少一份纵容和姑息。

此外,这些事例还有另一个共同特征,即实施“大义灭亲”的主体皆是身负维护“大义”使命的国家公职人员,如石碣是卫国元老重臣,刘仁贍为南唐著名将领,包拯乃北宋京畿最高行政长官。他们的身份决定了依法惩处包括亲属在内的作奸犯科之人成为一种职责,而这也是百姓对官员的期许。尤其是在官场黑暗、吏治腐败、权贵横行不法、百姓饱受欺压之时,民众怀着朴素的“贤人治国”的理想,将希望寄托于无私正直的清官出现。“大义灭亲”之所以能够作为一种品质与“亲亲相隐”的法律原则并存,与这种清官情结是分不开的。当然,即便是刚正不阿的清官,其所能“灭亲”的对象也基本局限在卑亲属的范围内。对于身担“大义”之人该如何对待自己违法的尊亲属这一问题上,先贤孟子早已给出了答案。面对“舜为天子,皋陶为士,瞽瞍杀人,则如何”的提问,孟子回答道,舜应该弃天下犹弃敝屣,“窃负而逃,遵海滨而处,终身欣然,乐而忘天下”。<sup>④</sup>这是一个颇具智慧的答案。身为天子,舜不能动用所掌握的国家权力来妨碍皋陶执法,所以只能放弃权位,仅以人子的身份带着犯罪的父亲逃匿。天下犹可放弃,而唯一不能放弃的,就是父子之间的伦常。

## (二)子告父

与父母之于子女不同,子女对父母等尊亲属的隐匿是一种强制性义务,违反者被视为“干名犯义”,将遭致法律的严厉惩处。然而,这则规定“必须隐”的法律条文还有但书,“若犯谋叛以上者,不用此律”,<sup>⑤</sup>“诸告祖父母、父母者,绞”的范围被限定在“非缘坐之罪及谋叛以上而告者”。<sup>⑥</sup>所以,如果父母

所犯之罪涉及谋反、谋大逆、谋叛,子女揭发状告并不为罪,而隐匿其罪行则要如常人一般按律科断。由此一来,“必须隐”变成了“必须告”,唐律在疏议中对这样的法律设计做了如下解释:“缘坐谓谋反、大逆及谋叛以上,皆为不臣,故子孙告亦无罪,缘坐同首法,故虽父祖听捕告。”<sup>⑦</sup>

大概是其中提到了“不臣”的理由,瞿同祖先生这样评述亲属之间的容隐与告讦:“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,而忠重于孝。所以普通的罪许子孙容隐,不许告讦,而危及社稷背叛君国的重罪,则为例外。”<sup>⑧</sup>这一观点为当今大多数学者所认同,如有学者认为,“亲亲相隐”所隐的是小过,“大义灭亲”灭的是大罪;“亲亲相隐”与“大义灭亲”的表面矛盾被内在的“君君臣臣”统一起来:“君臣之义重于父子之情,邦国利益大于家庭幸福。当二者利益发生冲突时,要毫不犹豫地割舍父子之情而尽君臣之义,牺牲家庭幸福而保邦国利益。”<sup>⑨</sup>然而,在“家国同构”的传统社会,在“移孝作忠”的家国伦理之下,这种凸显“忠”“孝”矛盾的观点仍有商榷的余地。

从家族法的整体性角度分析,之所以允许亲属相互告发谋反、谋大逆、谋叛三种罪行,很重要的一个原因在于,这些犯罪并非罪止一身,而是要实行缘坐。缘坐是中国古代因一人犯罪而使与犯罪人有血缘关系或家庭生活关系的人连带受刑的制度,其鲜明地体现了中国传统法律的家族主义特点。在唐律中,法律规定:“诸谋反及大逆者,皆斩;父子年十六以上皆绞,十五以下及母女、妻妾、祖孙、兄弟、姊妹若部曲、资财、田宅并没官……伯叔父、兄弟之子皆流三千里,不限籍之异同”;<sup>⑩</sup>“诸谋叛者,绞。已上道者皆斩。妻、子流二千里;若率部众百人以上,父母、妻、子流三千里。”<sup>⑪</sup>由于谋反者的亲属要受到牵连,所以假设父亲谋反,法律却仍然强制子女遵守隐匿的义务,那么子女告发父亲的罪行就会以违反“亲亲相隐”律的罪名被处死,不告发又会在父亲的罪行败露后因缘坐被处死。无论告与不告,子女只有待死的份,这显然是不公平的。在中国传统法的转型时期,确实曾出现过这样的情况。比如西汉衡山王刘赐谋反,其太子爽上书告发,后来衡山王因事败自杀,而太子爽坐告王父不孝弃市。<sup>⑫</sup>梁武帝时期,建

康女子任提女坐诱口当死,其子景慈亦被牵连,按律应当被判处5年徒刑。为了避免缘坐,景慈在法庭上证实其母确实有此罪行。当时的法官虞僧虬却认为,景慈“陷亲极刑,伤和损俗”,反而判处他更重的流刑。<sup>⑧</sup>其时正处于法家之法走向儒家化的历史进程中,一方面,法律中仍保留着秦代收孥连坐之法的印迹,亲属只能通过相互揭发罪行来避免缘坐责任;另一方面,“亲亲相隐”的理念已为法官所接受并进入法律实践。这就使法律在运行中同时出现了“必须告”和“必须隐”的矛盾要求,<sup>⑨</sup>景慈等人便成为这种矛盾法律之下的牺牲品。

因此,容隐与缘坐亦是一对相反的法律关系,要实现亲属相隐,必然要求废除族诛连坐。在汉昭帝始元六年(公元前81年)著名的盐铁会议上,贤良文学在论及父子相隐的问题时,所批评的重点就是“首匿相坐之法”。后世的法律也确实在将“亲亲相隐”上升为正式律文的同时大幅度限缩缘坐的适用范围。但只要缘坐没有被完全废除,为了避免出现上述告亦死、不告亦死的情况,法律必须得允许子女告发谋反的父亲。所以,亲亲相隐律的这则例外条款一方面确实是对容隐特权的限制,但另一方面也是对容隐义务的免除。从缘坐的角度来看,不失为给予不愿附从谋反的子女一条生路。这与其说是“忠高于孝”的表现,不如说是随着立法技术的成熟,法律内部体系日臻完善的客观要求。

这点也可以从告发谋反父母无罪的另一重要理由是“缘坐同首法”中看出来。缘坐同首法,其完整表述为“缘坐之罪及谋叛以上,本服期虽捕告,俱同自首例”。<sup>⑩</sup>是指本应被株连的人若告发有罪亲属可按自首之法来论处。而根据唐代的自首制度:“诸犯罪未发而自首者,原其罪。”<sup>⑪</sup>除了杀伤人、偷渡、强奸、私习天文等少数不允许自首之罪,自首其他罪行可一概免罪。这说明根据中国古代的法律逻辑,告发亲属之罪而使自己免于缘坐之刑的理由是自首。由于告发者与谋反亲属的亲缘关系,他已经成为了法律上的“犯罪人”,告发亲属罪行只是其从“犯罪集团”中脱离出来的表现。这一行为与其称作“大义灭亲”,不如视为洗清自己的方式。

再退一步讲,即使子女告发谋反的父亲可以被称为“大义灭亲”,“灭”的手段也是受到严格限制的。《说

文解字》称:“灭,尽也。”当“灭”加诸人时,多与直接剥夺生命相联系。对于父母来说,“灭”的手段有多种,既可以告发,也可以送惩,有些时候甚至能够亲自处置。但对于子女来说,那仅有的一点点所谓“大义灭亲”的余地也只是体现在告发父母有谋叛以上的罪行,无论如何都不能亲自动手。王隐所撰《晋书》记载了这样一则事例:女子李忽杀死了打算北叛的父亲,而一贯以刚正忠勇著称的大将周处不但不认为这是“大义灭亲”,反而痛斥她“无人子之道,证父攘羊,伤化污俗”,上书请求处死李忽。周处的奏疏得到了批准,李忽最终被处以极刑。<sup>⑫</sup>在《说岳全传》中,宋将曹宁在战场上杀了自己投敌叛国的父亲,岳飞大惊道:“哪有子杀父之理?岂非人伦大变!”在逼迫曹宁自刎后,岳飞还吩咐将其首级割下,号令一日。就连敌将兀术也认为岳飞此为明理之举,甚为赞叹。<sup>⑬</sup>虽然《说岳全传》是一部小说,此事并不一定为真,但也可从中看到当时的主流价值取向。因忠义而被人们推崇备至的岳飞尚且认为“大义灭亲”不能超越父子之伦,何况其他?

总而言之,“亲亲相隐”存在自上而下和自下而上两个向度。在尊长之于卑幼的面向上,“亲亲相隐”是尊长的特权,是法律体恤长辈的一片舐犊之情而对其包庇窝藏行为予以豁免。而到了卑幼那里,“亲亲相隐”不仅是豁免,更是法律强制规定的义务。义务必须遵守,但特权可以放弃,尊长放弃自己隐匿晚辈的特权就可以更进一步表现为大义灭亲。而卑幼仅在尊长涉及谋反等罪行时方可控告。法律又以缘坐、自首等体系设计消解了“大义”的价值空间。因此,隐亲与告亲并不存在尖锐的价值对立,二者统一于儒学立场下的父子伦常。

### 三、告发亲属:大义灭亲还是大义救亲?

上文提到容隐、缘坐与自首的关系,本应被株连的人告发有罪亲属可按自首之法免除缘坐之罪。事实上,对于一般犯罪,只要是法律上容许相互隐瞒罪行的亲属相互告发,被告也按自首免除刑责。唐律即明文规定:“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。”<sup>⑭</sup>所谓代首,是犯罪人拜托别人代为出首,犯罪者本人尚有自首意图;而为首,则是在犯罪人本人完全不知情的情况下被自己的亲属告发;相告言则是指亲属平日各犯有罪,因为忿争而互相揭发。后两种情况与今日所言

的自首制度大相径庭,<sup>⑤</sup>然而在中国传统的家族法视野下则一体视之。而且,被告因亲属的揭发而得以按自首开罪并不区分尊长与卑幼的向度:“告子孙、外孙、子孙之妇妾及己之妾者……被告得相容隐者,俱同自首之法。”<sup>⑥</sup>“诸告期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母,被告之者与自首同,告者各徒二年。”<sup>⑦</sup>凡是法律容许自首的罪行,尊长状告卑幼,二人均可无事(如果尊长不坚持惩治卑幼的话);而卑幼状告尊长,尊长按自首免罪,卑幼却因干名犯义而被处刑。这种亲属相告的结果实则是有利于被告的。

后世对于容隐与自首的法律规定基本沿用唐代。清代有这样一则实例:乾隆三十八年(1773年),凶犯因典卖纠纷将受害人殴打致死,后用白银五十两与被害人之父私和。被害人之父得知此事后控告凶手,当然也牵扯出其父私和人命的罪行。地方官起初判处凶手绞监候,被害人之父则因私和人命被判杖一百、徒三年。但刑部认为,此案是发生在亲属之间的犯罪揭发,应当适用自首之法,遂将案卷驳回,后改判为:被害人之父以卑告尊,干名犯义,处杖一百,徒三年,被害人之父则因其子之告诉而视为自首,免罪。<sup>⑧</sup>

这样的判决结果现在看来或许匪夷所思,一些现代法学者也以此为例批判中国传统法律制度。然而在当时的历史情境下,律学家们对这种法律设计颇为赞赏。清代著名律学家薛允升评论道:“若不许容隐,则恐有以伤其恩;若不许为首,则恐无以救其亲。首则欲其亲之免罪,本乎亲爱之意而出之也。告则欲其亲之正法,本乎贼害之意而出之也。故既著容隐为首之例,又严干名犯义之法,真天理人情之至也。”<sup>⑨</sup>在容隐、干名犯义、为首等制度共同组成的家族法体系下,为了“灭亲”而状告亲属的行为基本被杜绝,因为这样做不但丝毫达不到“灭”的目的,还会使自己身陷囹圄。与此相反,法律推定得相容隐者代亲属承认罪行乃出于亲爱之意,其动机是“救亲”。即瞿同祖所言“为救其亲,免陷亲于刑戮,自不惜以己身触犯告言父祖的刑章”。<sup>⑩</sup>纵然相告言乃是因为忿恨而互相揭发,与为首意图并不相同,但丝毫不影响使对方获利的实际效果,从而促进了家族整体的维系。

甚至对于谋反、谋叛、谋大逆这种在很多学者看来需要“大义灭亲”的罪行,清律也规定“其谋反、叛、逆未行,如亲属首告或捕送到官者,正犯俱同自首律

免罪”。<sup>⑪</sup>而且,这里可以通过首告而使正犯免罪的主体是一般亲属,包括小功、缌麻在内,比一般犯罪将亲亲相隐限定在大功以上亲的范围更大。刑部这样解释这则法律的用意:“以谋叛未行之案,事最诡秘,官司难以知觉。故特设宽典,使其彼此讦告,或捕送到官,不特亲属免其缘坐,即正犯亦得宽宥。至于寻常罪犯,事虽轻于谋叛,但官司易于访拿,原不藉亲属之捕送其首告到官,因其不敢藐法,故视其亲属之亲疏,分别减免,以示区别。”<sup>⑫</sup>所以对于谋反未行的案件,法律一方面规定“干名犯义”在此不再适用,免除了卑幼揭发尊长罪行的后顾之忧;另一方面扩大了具有为首效果的亲属范围,使正犯更有可能因为亲属的揭发而获得法律利益。在这种情况下,揭发犯罪的亲属不承担法律责任,而且还可免于缘坐,被揭发的正犯亦可因此免罪,国家也维护了政权的稳定,从而形成了三方的共赢。

#### 四、余论

中国传统社会中的“亲亲相隐”与“大义灭亲”皆应置于整个家族法体系中来看待。在这个体系中,隐亲、告亲与救亲形成了统一的逻辑链条,共同服务于长幼有序、尊卑有别的父子伦理。“大义灭亲”只是在父权所许可的范围内对“亲亲相隐”的法律原则所做的补充。在卑亲属之于尊亲属的面向上,则无所谓“大义”可言。时至今日,这个体系已经发生了重大变化。缘坐制度被废除,父子之间的法律关系也变得平等,不可能再出现“必须隐”的强制性义务规范。因此,当人们如今再谈论起“亲亲相隐”时,主要是针对其作为特权的面向,即亲属可以拒绝出庭作证,甚至可以获得包庇罪、窝藏罪的豁免,从而实现对人伦亲情与亲属利益的特殊保护。当然,这种容隐属于“可以隐”的范畴,亲属亦可选择揭发。然而,对“亲亲相隐”持否定观点的学者认为,在这样的法律设计下,极少有人会选择不揭发犯罪亲属,如此一来必然不利于打击犯罪,有损于社会秩序与国家利益。

其实,在这两种价值争论不下的背后,仍是将“隐亲”与“告亲”作为“亲亲相隐”与“大义灭亲”的截然对立,是亲情与公义二者只能存其一的艰难抉择,而这种二元论的思维在古代并不存在。传统法律通过亲属为首的制度设计,巧妙地将“大义灭亲”转变成“大义救亲”,使无论是“隐亲”还是“告亲”,都出于

亲属之间的亲爱之意,从而实现了公义与亲情的双赢。这种制度设计正是当今我国法律所欠缺的。现行刑法对于自首的认定主要侧重于犯罪人的个人意志,而对亲属在自首当中的作用一直语焉不详。通过数次司法解释,代首基本上获得了法律的认可,为首则因犯罪人本人并无自首意图而不为法律所承认。但在法律实践中,亲属为首开始逐渐成为一个影响案件裁判的情由。《南方都市报》曾报道过这样一则案例:2013年1月14日,广东男子钟建宁强奸女同事后将其杀害,妻子余某在劝其投案自首未果后带领侦查人员将其抓获。钟建宁强奸杀人情节恶劣,且系累犯,原本难逃一死,但其妻子的行为成为案件唯一一个可以从轻的量刑情节。法院最终判处钟建宁死刑,缓期二年执行。主审法官解释道:“家属大义灭亲对案件有何影响,作为从轻量刑情节可以减到什么程度,在目前的法律和司法解释中都缺乏明确的规定和解释。但在全国的司法实践中,大义灭亲基本上都被公认为一个可以从轻量刑的情节。”“本案中如果法庭对钟建宁妻子的这一举动从量刑上不予考虑,那判决结果可能在价值导向上会形成不足。”“可以说是他妻子救了他一命。”<sup>③</sup>

这个案例可谓是接续了中国古代法律传统,也为当下的法律设计和法律发展提供了有益启示。在人伦亲情越来越为人们所珍视的今天。如果法律能够接受“亲亲相隐”,同时也承继“告亲”与“救亲”的亲属法传统,将亲属为首作为案件裁判的减轻情节,那么,人们在做出选择时会面临着新的考量:纵使“隐亲”可获得法律责任的豁免,但犯罪的亲属一旦被抓,必会遭到严惩。在侦查技术日益发展的今天,“隐亲”的成功率也越来越低;而如果选择“告亲”,则可帮助犯罪的亲属争取法律的宽大处理,实则是“救亲”。相信会有不少明理之人选择后者。如此一来,“亲亲相隐”制度既可得到落实,又不致给社会秩序造成太大的冲击,从而将国家利益与人伦亲情统一起来。

#### 注释:

①《论语注疏》第13卷《子路》,北京大学出版社1999年版,第177页。

②《春秋左传正义》第3卷《隐公四年》,北京大学出版社1999年版,第88页。

③双方争议的主要作品收录在《儒家伦理争鸣集——以“亲亲互隐”为中心》这本论文集当中。

④参见陈壁生:《“亲亲相隐”与“大义灭亲”》,载《国学学刊》2009年第1期。

⑤参见韩树峰:《汉魏无“亲亲相隐”之制论》,载中国政法大学法律古籍整理研究所编:《中国古代法律文献研究》(第6辑),社科文献出版社2012年版,第221~237页。

⑥参见黄源盛:《人性、情理、法意——亲亲相隐的传统与当代》,载台湾中国法制史学会主办:《法制史研究》(第29期),第152~199页。

⑦(汉)班固:《汉书》第8卷《宣帝纪》,中华书局1962年版,第251页。

⑧刘俊文:《唐律疏议笺解》第6卷《名例》,中华书局1996年版,第466页。

⑨刘俊文:《唐律疏议笺解》第6卷《名例》,中华书局1996年版,第467页。

⑩刘俊文:《唐律疏议笺解》第28卷《亡捕律》,中华书局1996年版,第1965页。

⑪刘俊文:《唐律疏议笺解》第28卷《亡捕律》,中华书局1996年版,第2004页。

⑫关于八个基本法律概念的定义,可参见[美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友编译,中国法制出版社2009年版,第26~78页。

⑬正如霍菲尔德所言,“权利”这一术语经常被滥用,被不加区别的用以涵盖特权、权力或豁免。学界常将“容隐”称为一种权利,实则是一种特权和豁免。

⑭刘俊文:《唐律疏议笺解》第24卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1634页。

⑮刘俊文:《唐律疏议笺解》第24卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1633页。

⑯刘俊文:《唐律疏议笺解》第23卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1623页。

⑰刘俊文:《唐律疏议笺解》第24卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1629页。

⑱刘俊文:《唐律疏议笺解》第1卷《名例》,中华书局1996年版,第61页。

⑲《论语注疏》第4卷《里仁》,北京大学出版社1999年版,第50页。

⑳《论语注疏》第4卷《里仁》,北京大学出版社1999年版,第51页。

㉑《孟子注疏》第3卷《公孙丑上》,北京大学出版社1999年版,第94页。

㉒《孟子》第5卷《滕文公上》,北京大学出版社1999年版,第146页。

㉓《孟子》第14卷《尽心下》,北京大学出版社1999年版,第393页。

㉔(梁)沈约:《宋书》第64卷《何承天传》,中华书局1974年版,第1702页。

㉕参见(汉)班固:《汉书》第68卷《金日磾传》,中华书局1962年版,第2960页。

㉖刘俊文:《唐律疏议笺解》第22卷《斗讼》,中华书局

1996年版,第1561页。

⑳(宋)欧阳修:《新五代史》第32卷《死节传》,中华书局1974年版,第352页。

㉑“文帝杀舅”和“季友鸩兄”是为数不多的两个以幼杀长而间或被称作“大义灭亲”的事例。但汉文帝逼死舅舅薄昭一事常为史家所诟病,其动机未必出于“大义”;季友毒死异母兄长叔牙则是奉国君遗命,而且季友是嫡子,叔牙为庶子,叔牙虽然年长,但地位卑于季友。

㉒《孟子注疏》第13卷《尽心》(上),北京大学出版社1999年版,第370~371页。

㉓刘俊文:《唐律疏议笺解》第6卷《名例》,中华书局1996年版,第467页。

㉔刘俊文:《唐律疏议笺解》第23卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1623页。

㉕刘俊文:《唐律疏议笺解》第23卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1623页。

㉖瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第71~72页。

㉗刘斌:“亲亲相隐”与“大义灭亲”,载《社会科学论坛》2008年第9期。

㉘刘俊文:《唐律疏议笺解》第17卷《盗贼》,中华书局1996年版,第1237页。

㉙刘俊文:《唐律疏议笺解》第17卷《盗贼》,中华书局1996年版,第1253页。

㉚参见(汉)班固:《汉书》第44卷《衡山王传》,中华书局1962年版,第2156页。

㉛参见(唐)魏征:《隋书》第25卷《刑法志》,中华书局1973年版,第700页。

㉜关于缘坐与容隐的矛盾,参见魏道明:《始于兵而终于

礼——中国古代族刑研究》,中华书局2006年版,第51~63页。

㉝刘俊文:《唐律疏议笺解》第5卷《名例》,中华书局1996年版,第366页。

㉞刘俊文:《唐律疏议笺解》第5卷《名例》,中华书局1996年版,第365页。

㉟《西晋文纪》第13卷引王隐《晋书》,文渊阁四库全书版。

㊱参见(清)钱彩:《说岳全传》第56回,天津古籍出版社2004年版,第338~342页。

㊲刘俊文:《唐律疏议笺解》第5卷《名例》,中华书局1996年版,第366页。

㊳有关自首制度的古今演变,参见蒋正阳:《清代与现代自首制度的比较研究——对法律现代主义的几点反思》,载[美]黄宗智、尤陈俊主编:《历史社会法学:中国的实践法史与法理》,法律出版社2014年版,第265~288页。

㊴刘俊文:《唐律疏议笺解》第24卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1634页。

㊵刘俊文:《唐律疏议笺解》第24卷《斗讼》,中华书局1996年版,第1630页。

㊶参见(清)全士潮、张道源等辑:《驳案汇编》,法律出版社2009年版,第32~35页。

㊷(清)薛允升:《唐明律合编》,法律出版社1999年版,第648页。

㊸瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第71页。

㊹《大清律例》第5卷《名例律下》,清文渊阁四库全书本。

㊺(清)祝庆祺等编:《刑案汇览三编》,北京古籍出版社2004年版,第135~136页。

㊻《妻子带警察抓丈夫,法院因此“刀下留人”》,载《南方都市报》2014年3月19日,第GA08版。

## The Win-win Between Kinship and Righteousness: Harbor, Disclosure and Rescue of Relatives from the Perspective of Chinese Traditional Family Law

Jing Fenghua

**Abstract:** Relative concealment is not an isolated system in Chinese traditional law, it has formed a set of closely related kinship legal system with informing against relatives, collective punishment and self-surrender. It is in the mutual connected kinship legal system, relative concealment reflects its unique wisdom in integrating domestic affection and righteousness: relative concealment contains two dimensions as father conceals child and child conceals father. The “father conceals child” is a privilege given to seniority based on humanity. If the eldership gives up this privilege, it can be describe as placing righteousness above family loyalty. However, the “child conceals father” becomes obligation from ethical norm. The young can inform against elder relatives only when the elder involve in the crime of treason. This legal design is not only the value orientation of “loyalty above filial piety”, but the means of self-clear under the system of collective punishment. And the intervention of surrender system not only deconstructs the value of informing against relatives, but also turns informing against relatives to rescue of relatives, leading to the win-win situation of domestic affection and righteousness in ethical system and legal system. It is of positive significance to resolve the deadlock of value antagonism in current ethical discussion.

**Key words:** Relative concealment; Place righteousness above family loyalty; Collective punishment; Confession to justice