

“亲亲相隐”文化复兴之检视*

潘建青

(厦门大学法学院, 福建 厦门 351001)

摘要: 2012年刑事诉讼法规定了“被告人的配偶、父母、子女可以不出庭作证”后,“亲亲相隐”权利化问题的争论再入眼帘。除了学界上出现的对亲属证言豁免权入法一边倒的支持声外,从我国传统文化、民众接受心理和域外刑诉制度中也能找到“亲亲相隐”文化回归法律的必要性理由。允许亲属作证豁免符合人伦情感,促进情与法的有效互动,具有良好的社会效益。不过,值得注意的是,传统的“亲亲相隐”暗含的家族本位义务属性如若不经现代法治观念的改良,容易在打击犯庇护家族利益与打击犯罪的公共利益之间制造矛盾与冲突,这也或许是以亲属拒证权为中心的容隐制度未能进入现行法律的主要原因。因此提倡“亲亲相隐”入法的同时需要警惕民众长期形成的以家族为本位的道德性义务观念问题,对此进行正确引导,合理设计容隐制度以削弱“亲亲相隐”文化的负面影响,最终实现制度效益的最大化。

关键词: 亲亲相隐;容隐制度;亲属拒证权;家族本位;权利本位

DOI: 10.3969/j.issn.1672-9846.2018.01.008

中图分类号: D924.3

文献标志码: A

文章编号: 1672-9846(2018)01-0038-06

现代刑事诉讼法的发展史以保护嫌疑人、被告人的基本人权为主线,对证人权利的保障还未充分关注。例如规定所有知道案件事实的人都负有作证义务就存在进一步探讨的空间。如果被告人的近亲属知道了案件事实,除非存在利益冲突,要求揭发被告人的犯罪事实既不符合人性,也不符合民众的文化心理。儒家思想主张的“子为父隐,父为子隐”历经千年的演变,在西汉时从道德走向法律。近代西方权利观念的进入,“亲亲相隐”实现从道德义务向法定权利的转身^[1]。而新中国以来,为严厉打击犯罪,个人利益让位于公共利益,以“亲亲相隐”为本的容隐制度已经消亡。作证成为一项包括亲属在内的任何知情人的法定义务。纵观域外,亲属拒证权早已经为多数国家采用,如1898年《英国刑事证据法》规定了不得强迫被告人的配偶作证,美国规定夫妻一方在另一方被指控时享有证言特权,德国同样有类似

规定,而法国对亲属拒证权的主体范围规定更广,包括所有直系血亲在内^[2]。大体上点明价值、立足传统、借鉴国外是学界分析构建容隐制度必要性的路径。本文对容隐制度概念的运用,主要是采纳学界的普遍认识,借鉴上述国家的规定,建立起以亲属拒证权利或者亲属证言豁免权为中心的制度体系。

可喜的是,我国现行法律对容隐制度的态度从深化司法改革以来开始有所转变。2012年刑事诉讼法规定了父母、子女、配偶有出庭作证的豁免权。美中不足的是,这种“出庭豁免”模式下亲属不免作证义务,而且在证人不出庭时,控方向法庭出具的书面证言还具有证据能力,严重不符合直接言词原则。毋庸置疑,在当下有限的司法资源中,证人证言对证据链完整性的地位无可替代,生活在被告人周围的近亲属通常最容易接近犯罪事实。允许亲属拒绝作证潜藏着的影响事实发现

* 收稿日期: 2018-01-14

作者简介: 潘建青(1995-),男,福建莆田人,厦门大学硕士研究生,主要从事法律社会学研究。

的风险,使其无法回避实施成本问题。当然,任何法律制度的构建都伴随着利弊权衡过程。加上法与经济联系密切,一种以制度实施成本和效果比值关系为内容的经济学分析路径已进入法学研究视野中。法的有效实施不单要追求公平正义,还要注重效益最大化。故有学者直言“以理性主义为基础的法律效益化,是现代法制与传统法制的重大区别之一^[3]。”

一、“亲亲相隐”回归法律的社会效益分析

法律的权威不仅来源于制定机关的权威和国家强制力的保障,还取决于其与社会的兼容性,即法与情的互动交融成为当下法律能否使民众信服并自发遵守的关键。情与法在不同维度上共同建构社会秩序的和谐稳定。情以亲疏为秤砣平衡着个人之间的关系。法以权力为基石调节着国家与个人之间的关系。作为两种并行的社会调节方式,情与法的调整领域常常交错、冲突。近来法的管辖权一直在扩张,大有侵犯情的“主权”之势。这在我国长期以情为主要运行方式的社会中受到挑战。从彭宇案、于欢案、天津大妈持“枪”案中所引起的舆论争议即可看出,民众对司法结果合乎情理性的关注正超越着司法结果的合法性。“亲亲相隐”入法的论争恰是体现国家打击犯罪的目标与社会普遍尊重的人伦亲情之间的交错关系。允许“亲亲相隐”入法,在社会效益层面至少有以下几点理由:

第一,肯定亲属拒绝作证的权利是对人性的基本尊重。“亲属之爱,是人类一切感情联系的基础,是一切爱的起点^[4]。”亲属之间既有因血液里共同流淌着对前人追思的归属感,又有生活中长期相互扶助帮衬情意交往,天然有团结对外的心理认同感。休谟有言“父母对儿女的怜惜、儿女对父母的关爱等人类情感往往发生于一种自然的冲动或无法说明的本能^[5]。”不主动揭发亲属的罪行本就是人性的本能反应。在公权力面前,拒绝提供证言也符合人性。然而我国法律不仅要求亲属必须配合侦查人员提供证言,甚至还在刑法中规定窝藏、包庇罪追究隐匿行为的刑事责任。这种规定是否充分考虑到人性情感备受质疑。反对赋予亲属拒绝作证权利的基本立场是该制度存有阻碍事实发现、纵容犯罪的社会风险,严重影响

社会秩序的稳定。但这种观点事实上过度夸大了打击犯罪的社会功能。首先,打击犯罪的服务对象是国家。何种行为构成犯罪取决于政治意图。某种行为在当下构成犯罪,可能在将来又不违背统治阶级的政治要求。其次,追求社会的和谐稳定最终的目标是为每个人的自由发展提供安全舒适的环境,打击犯罪只是服务于人类之间和谐相处的工具。规定亲属在打击犯罪过程中的作证义务反倒是本末倒置,视人为实现他人目标的工具。而现有“出庭豁免”模式看似基于尊重人性情感需求目的出发对证人作证制度的调整,却没有彻底否定亲属如实作证的义务,“手段不仅悖离目的,而且对目的的侵害甚至超过目的自身价值^[6]。”因此借学者之言,“为了维护亲属特权而致罪犯逃脱法网与警官和法官以法律的名义撕裂人性、践踏亲属权利相比,罪孽要小得多^[7]。”

第二,允许“亲亲相隐”入法顺应刑事诉讼活动注重人权保障的改革潮流。新中国成立后,“亲亲相隐”制度被废除的很大一部原因是受阶级斗争意识形态的影响。阶级斗争旨在强调个人利益必须让位于国家利益,任何人在打击犯罪的国家利益面前都要坚守大义。在这种斗争哲学指导下,“往往政治伦理当中的‘大义’要高于家庭伦理中的‘亲情’,当两者发生冲突的时候,一个合格的革命者自然应该‘大义灭亲’^[8]。”认为赋予亲属拒证权会造成纵容犯罪风险的基本立场是打击犯罪关涉绝大多数无辜者生活行动安全的利益。这类多数人的利益在现代民主制度下也就当然化身为公共利益的代表。然而公共利益价值构造包含公平正义的维度。满足了多数人的利益需求是否理所当然地彰显了正义?以多数人的民主侵犯少数人的利益是否又符合公平正义的价值追求?另外,用利益主体的数量多少来量化正义的标准在是否赋予亲属拒证权利问题面前至少存在这样的悖论:承前所述,既然维护亲情系人性本能反应,也就符合所有人的利益追求。而在公权力面前,任何人都有可能被视为犯罪嫌疑人侦查立案。因此需要“亲亲相隐”制度的利益主体也就不仅包括事实上的犯罪行为人,还包括任何成为潜在犯罪嫌疑人的无辜者。从量化方法评判正义的标准出发,赋予亲属拒证权利的利益主体在数

量上明显多于打击犯罪的利益主体。反观目前社会形势,阶级斗争的政治话语早已改变,取而代之的是发挥人权保障的社会治理功能。刑事诉讼中不仅要保护犯罪嫌疑人和被告人的人权,更重要的是保护无辜者的人权。基于人性而拒绝揭发亲属的罪行符合世界各国对基本人权的界定,也为规定容隐制度的国家视为人权所保护。因此,赋予亲属证言豁免的权利具有实现人权保障的社会功能。

第三,我国语境下,人伦秩序是调控社会运行的基本工具。法律要想发挥社会治理功能,必须对人伦秩序的存在予以宽容。首先,以三纲五常为核心的儒家人伦思想绵延千年,已在民众内心烙下印记。“‘天理’是强加给人们的世界各民族共有的‘奇理斯玛权威’,而‘人伦’才是我们民族发自内心的、心悦诚服的、导引我们民族不断向前发展,同时也给民族史留下深刻创痛的‘奇理斯玛权威’^[9]。”法律对民众日常生活的影响还远远不如传统伦理道德。例如,家庭之间的财产纠纷,通常会找辈分年长的家庭成员出面调解,而不会直接诉诸法律。其次,法律文化观念普遍低下也是人伦秩序长期成为民众日常行为规范的主要原因。同时,法律制度设计需要重视人伦价值的原因还与法律本身起源于习惯法有关。人伦观念规范着民众的生活习惯。民间习惯可以作为审理民事纠纷的法律渊源即是很好的回答。打击犯罪固然能够及时惩罚罪犯,避免造成更大的社会危害后果。但强制要求亲属作证,并规定了严苛的责任后果,无疑是变相鼓励亲属背信弃义、践踏亲情,获取免遭处罚的利益。长期以往,在理性经济人趋利避害的心理作用下,必将造成亲属之间的信任危机,摧毁亲情的基础,破坏人伦秩序,直接威胁社会的和谐稳定。

二、“亲亲相隐”文化入法需要经由现代法治观的转化

“亲亲相隐”的合理性基础在于尊重人性情感需求,保护容隐者拒绝揭发和在公权力追诉犯罪活动时作证自由的利益。复兴“亲亲相隐”文化是一次私权捍卫“主权”的“游行示威”活动,是容隐者个人挣脱权力束缚和政治压迫,寻求维护亲情利益的过程。

然而,在继承传统文化同时如若不将其放在

现代语境下审视并加以转化和改良,这类文化中存留的局限性部分可能会毒害法治环境。不同于西方的亲属拒证权对权利的尊让,我国的“亲亲相隐”文化强调对等级尊卑的维护。亲属之间隐匿对方的罪行,是对家庭内部中强者利益的维护,并且有浓厚的性别差异色彩。一方面,家庭内部的等级秩序不过是社会等级秩序的缩影,也是统治的工具。历代统治者之所以重视儒家思想,正是因为儒家的礼治思想契合统治的需求,用长幼尊卑来维持秩序,抚平战乱带来的政权更迭导致内心对现实稳定的不安全感。另一方面,农耕经济下男性劳动力成为家庭唯一的支柱。基于男性对经济基础的掌握与家庭对劳动力缺失的担忧,“亲亲相隐”也成为了家庭中“弱者”保护“强者”的义务。国家对“亲亲相隐”的立法规定,实质上不过是以责任豁免形式的规定优待容隐者履行保护家庭成员义务。如唐朝《名例律》中规定:“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。其小功以下相隐,减凡人三等。”家族中身份卑微的成员隐匿尊者的罪行不受法律追究。同时,揭发尊者罪行的行为属于十恶中的不孝重罪^[4]。意在用家庭内部等级关系的强化来维系整个社会等级关系。亲属自愿作证的行为反倒会被视为异类,面临家族的惩罚和社会的谴责。

转到现代,人伦纲常仍然影响着民众的法律文化心理。呼吁复兴“亲亲相隐”文化的主要理由之一便是出于维护人伦纲常的需求。在强制亲属作证时,容隐者面对法律义务和伦理义务的冲突,尚且会害怕国家强制力的惩罚而揭发自己的亲属。一旦赋予亲属拒绝作证的权利后,维护家族利益的伦理纲常找到了法律上保护权利的武器,不仅不会遭到惩罚,在受到侵犯时还会获得救济。基于此,在现代法治语境下,如若不经由现代法治观的转化,“亲亲相隐”文化暗含的家族本位义务属性可能带来家族利益裹挟个人自由、义务观念绑架权利属性风险,增加容隐制度的实施成本:

第一,提高了侦查难度。公权主导和犯罪打击的需要决定了刑事诉讼活动向来以追求实质真实为最终目标,而认识论上的主观能动性揭示出司法裁决总是在裁判者个人对证据事实的分析判

断中得出案件事实。从犯罪行为发生到立案侦查,犯罪留下的痕迹可能因自然、人为模糊甚至消失。在现有侦查技术尚较落后、侦查人员职业化水平较低的国情下,侦查手段严重依赖言词证据。除了口供,证人证言的证据价值也被高度重视。作为嫌疑人最基本的人际关系中的一员,亲属既有可能与嫌疑人同行时见证了犯罪发生的过程,又有可能事后从嫌疑人的口中、异常的生活表现等获知犯罪事实的细节。实践中往往依靠嫌疑人的亲属来破获侦查线索。虽然强制亲属作证也无法避免亲属提供有利于被告人证言的问题,但赋予亲属享有作证和拒绝作证的权利后,一方面,基于保护亲情需求和仇视公权的心理,亲属拒绝作证行为有更高的发生概率。侦查机关从亲属身上获得犯罪细节的路径因此中断。另一方面,从逻辑上分析,赋予拒绝作证权利还包括提供证言内容的自由。亲属有权决定作证的内容,并不用自己的作证内容负责。此时亲属虚假作证的风险可能会被放大,误导了侦查方向。

第二,传统“亲亲相隐”重在维护小家,有扩大矛盾的风险。“伦理是人类对于人的行为关系的柔性规定,法律则是人类对于人的行为关系的刚性规定^[10]。”传统“亲亲相隐”的伦理价值在于将家族成员利益捆绑在一块,一荣则荣,一损俱损,突显极高的向心力。当家族成员与家族外的成员发生矛盾时,轻者是一时的家族“血拼”,重者则结成世仇,几代互相不往来。在自给自足农耕年代,民众活动范围狭窄,社会交往并不复杂,家族矛盾不会太多地影响社会关系的运转,并且伦理的柔性色差意味着违背伦理的行为惩罚交由家族自己掌握,国家不予以强制力干预。当把这种维护家族利益的伦理追求上升为法律规定时,赋予权利和救济手段,施加国家强制力保障,可能会加剧社会矛盾的冲突,陷入家家各自为营的社会关系运转危机。诸如侵犯人身、财产类型的案件中的被害人和被告人的矛盾本就难以调和,被害方寄权利救济希望于法律。如若此时法律肯定了被告方的亲属拒绝揭发自己的亲友、维护家庭利益的正当性,并且任何强求被告方亲属作证的行为会承受违法的后果,可能将阻碍被害方权利的及时救济。被害方对权利救济不能的痛恨因此会

扩大至拒绝作证的被告方亲属。一旦被害方家族与被告方家族形成对立冲突态势,长期下来,诉讼活动不仅没有定分止争,反倒因为家族利益的相互庇护而制造更多的冲突。故,如何解决传统文化中残留的以家族为本位伦理性义务思想对容隐制度实施造成的负面效果考验着现代立法者的智慧。

拒绝揭发亲属本是人性。既然在强制亲属作证的规定中,尚会发生亲属提供有利证言、虚假作证的问题。那么“亲亲得以相隐”权利化,意味着法律不仅尊重相隐行为的自由,还必须规定保障机制来打击侵害自由的行为。在权利保护手段的支持下,传统的家族本位找到了冠冕堂皇的正当性依据。伦理道德义务观可能再次复苏,使得一种旨在保护容隐者行动自由制度的权利属性黯然无光,逐渐被家族利益取代,最终引发家族利益对抗国家利益,发生更多的亲属包庇、伪证问题。因此,复兴不等同于复活,必是立足现实的取舍过程。将“亲亲相隐”文化吸收进法律需要警惕家族本位伦理观念对民众的影响,结合我国现代法治语境,运用权利本位的思维剔除糟粕,对其进行改造,防范容隐制度在具体适用时霉化,甚至变质。

三、实现亲属拒证权入法效益最大化的制度设计

发现事实、解决纠纷是一切诉讼活动的出发点,而诉讼法的目标是保证认识过程的正当性,均衡分配权力与权利的作用空间。人权保护视角下,诉讼法律制度更应该关注认识活动中的权利问题。现有的强制亲属作证规定以发现事实为由,大呼个人自由服从打击犯罪目标的政治口号,却并没有提高诉讼效益。相反,袒护亲情心理倾向使得亲属证言可靠性低,在证据论上不经济。并且现实中侦查人员常常在破案功利心和工作绩效的驱动下,采用非法方式迫使亲属作出不利证言,由此耗费的错案纠正成本远大于亲属作证义务的效益,也极大地削弱司法裁决的公信力。而赋予亲属拒证权利,其响应了人性的情感需求,避免多数人滥用民主程序侵害个人维护亲情的利益需求,推进了情与法之间的有效互动。但回归我国传统文化土壤,“亲亲相隐”折射出的家族本位义务观不容忽视,应当警惕以道德性义务为特质的伦理规范在向法律规则跨越过程中存在的权利

意识断裂问题。若不如此,制度原本保护容隐者作证自由的目标可能会被架空。故可以考虑从以下几点设计容隐制度。

(一)突出容隐制度的权利属性

复兴“亲亲相隐”文化重在肯定拒证的权利价值,本质是行动的自由,传递出法律宽容个人选择保护亲情的自由的信息。自由的必然包含行使和放弃两种行为样态。与伦理相比,法律注重权利本位,注重人本位。传统“亲亲相隐”文化的义务色彩浓厚,民众内心视维护家族利益为应当。单纯地填补“亲亲相隐”文化与证人作证制度的断裂,任由这种内心自发的义务意识发展,虽然提高了窝藏亲属的入罪门槛,但却潜藏着放纵包庇亲属的风险。此时已不仅仅是阻挠事实发现的风险,很有可能会误导侦查方向,浪费公权机关的资源,这类不必要的成本付出最终又以财政税收的形式转嫁到社会。因此,将“亲亲相隐”文化纳入法律制度后,需要在法条中准确以权利角色为定位,规定权利主张和放弃的程序、权利的救济程序。在实体法中将亲属窝藏和亲属包庇两种行为性质区别对待,仍然按照现有规定将亲属包庇行为入罪。另外,既然权利可以放弃,就要注意权利放弃的自愿性保护问题,防止侦查机关利诱、要挟、逼迫亲属放弃拒证的权利。可以在对亲属的调查询问中增加告知权利放弃后果的前置程序,并以书面形式固定。前文所述,亲属拒证是人性常态,主动放弃拒证的权利略显异常。因此,在审查起诉和公诉阶段,检察院和法院应当依职权审查亲属放弃权利的自愿性,对采用干预自愿性方式获得的亲属证言予以排除。

(二)明确容隐制度适用的案件例外

虽然增加侦查难度不能成为排除“亲亲相隐”权利的充分理由,因为过分保护侦查阶段依赖言辞证据的现实需求不仅会催发侦查人员的惰性,不求自身职业技能的提高,还会增加暴力、胁迫、利诱等方式取证发生的概率,但完全肯定“亲亲相隐”的价值,全盘适用容隐制度又是对社会公共利益、国防利益的严重不负责。因此需要考虑在以下三种类型的案件中限制容隐者的拒证权利。

第一,诸如严重暴力性侵权案件、连续作案的系列案件、危害国家安全、恐怖活动、黑社会组织性质案件等,或是被告人行为恶劣造成严重的社

会后果,或是被告人人身危险性极高,或是关乎国家生死存亡、民众生存环境安稳的利益。允许亲属在这些类型案件中拒绝作证,无法及时破获案件线索,可能会造成犯罪分子继续危害社会和国家安全后果。传统社会亦是在“谋反”“谋大逆”“谋判”等十恶重罪案件中排除适用亲亲相隐制度。

第二,对亲属之间构成共同犯的案件不存在容隐制度适用的空间。容隐制度的前提是亲属符合证人身份,与案件的处理不存在法律上的利害关系。共同犯罪案件中对某一被告人的处理时,其他被告人究竟是被告人地位还是证人地位仍然存在争议。基于孤证不能定案和相互印证规则,为保护共同犯罪中被告人的权益,笔者更倾向于“被告人说”。因此,亲属共同作案的案件中,涉案的亲属不具有证人的身份,就无适用亲属拒证权利的必要性。

第三,发生在亲属之间的侵权犯罪案件,否认亲属作证权利。对亲属实施的犯罪行为严重违背伦理纲常,破坏了和睦的家庭组织结构关系,击垮了容隐制度赖以存在的正当性基础。同时,除亲告罪案件外,绝大部分犯罪的追诉权为国家垄断。被害人在刑事诉讼中的地位相当于帮助国家追究被告人刑事责任的证人。如果此类案件允许亲属享有拒绝作证的权利,被害人检举揭发犯罪行为后却又有权不提供证言来指控被告人,于逻辑上不通。并且没有被害人对犯罪事实陈述的证据,很难及时破案定罪,救济被害人的权益。

(三)限制亲属拒证权的主体范围

如前所提,传统“亲亲相隐”文化家族本位色彩潜藏着伦理观念自私排外的劣根,暗涌着社会矛盾愈演愈烈的风险。若无限制地规定以血亲和姻亲搭建的亲属群均享有拒证权后,本是被害人与被告人之间的矛盾冲突,拒绝作证正当化的激化下,可能演变为家族之间的对立冲突。我国社会又是有庞大的家族群构成。注重人情往来、分工协作的社会可能由此个案的积增而崩坍。故“宽泛的亲属范围决定了我国亲属拒证权制度应当在拒证主体方面坚持联系密切原则,充分照顾亲属间的紧密关联^[10]。”可以有限地赋予部分亲属拒证权利,引入是否长期共同居住或者相联系的实质判断标准。考虑到父母子女共同居住生活

(下转第59页)