

NANKAI

Fa Lü Shi Lun Ji

南开法律史论集

主编：侯欣一

南开大学出版社

南开法律史论集

(2008)

主编 侯欣一

南开大学出版社
天津

图书在版编目(CIP)数据

南开法律史论集. 2008 / 侯欣一主编. —天津: 南开大学出版社, 2009. 10

ISBN 978-7-310-03247-1

I. 南… II. 侯… III. 法制史—世界—文集 IV. D909.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 173749 号

版权所有 侵权必究

南开大学出版社出版发行

出版人: 肖占鹏

地址: 天津市南开区卫津路 94 号 邮政编码: 300071

营销部电话: (022)23508339 23500755

营销部传真: (022)23508542 邮购部电话: (022)23502200

*

天津市蓟县宏图印务有限公司印刷

全国各地新华书店经销

*

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

787×960 毫米 16 开本 26.875 印张 4 插页 395 千字

定价: 54.00 元

如遇图书印装质量问题, 请与本社营销部联系调换, 电话: (022)23507125

主 编：侯欣一

副主编：岳纯之

编委会

（以姓氏笔画为序）

于语和 邓丽兰 李 卓

宋志勇 岳纯之 柏 桦

侯欣一 胡世凯 胡宝华

黄宇昕 韩 铁

前 言

本书是《南开法律史论集》的 2008 年卷。

《南开法律史论集》2007 年卷出版后,我们陆续收到了来自学界的各种赞誉与鼓励,这些赞誉与鼓励给了我们继续编下去的动力和勇气。尽管在 2007 年卷的前言中,我曾明确地说作为一项事业要把南开法史论集一年年地编下去。但说句实话,当初这样说,自己内心里其实并没有多少自信。先不说让人头痛的经费问题,单就质量,仅由南开一个学校一年是否足以支撑起一个文集,想想就令人心虚。于是,为了兑现当初的一句承诺,从 2008 年年初开始,我和我的同行们就一刻也不敢偷闲,利用一切课余时间,像勤劳的农夫拼命地在电脑上劳作。当冬季来临,忙完了一年的讲课任务,我们利用牛年春节的短暂假期,躲在北方温暖的斗室里小心翼翼地盘点着自己一年的收成,最终确信:今年我们的收成不错。记得下乡务农时,一位农夫在收获的季节,看着自己一年的收获曾满足地对我说:农民是最好的职业,只要你肯下苦力,不惜流汗,种下什么就会收获什么,土地永远都不会骗人。看来学术研究也是如此,

与 2007 卷相比,2008 卷所收录的文章有了几点明显变化:一是首发的高质量文章比例明显提高。在现行学术评价体制下,一份在各单位科研统计时不计任何工作量的纯学术文集,不管你有着多好的学术口碑,要想所有的文章都是首发,而且还必须保证质量和水准都将十分困难,何况我们这样一份刚刚创办、还没有什么名气的出版物!但即便如此,我们并没有放弃这种努力,令人高兴的是这一努力在各位同仁的支持下,2008 年卷有了很大的改观,首发的高质量文章占了一定的比例,大大地提高了文集的出版价值和学术意义。二是研究方法的多样化。学术贵在创新,这种创新不仅包括研究领域的开拓,研究视角的多样,史料的新颖,更包括方法之更新。本文集所收录的文章除注重史料、注重基础问题等一贯原则和必要的学术水准之外,我们还特别注意了研究方法的创新,这一点细心的读者一定会发现。不断尝试用新的方法去解读已经逝去了的法律现象,是笔者一直感兴趣的事情。尽管有些创新和尝试从最终的效果上看可能还略显稚嫩,阅读起来给人的感觉可能还稍显怪异与另类,但我们

的态度是真诚的。三是增加了校友的作品。《南开法律史论集》属于所有从这所大学里走出、现在从事法史教学与研究的同仁们，我们希望借助此出版物完整地记录下南开法史学科发展的全貌，留下每一位同仁学术上最值得记录的进步，集中展示南开法史学科所取得的最新成绩，同时也企盼它能够成为我们彼此学术联系上的纽带，成为大家精神上的家园。

2008年，对于中华民族来说是一个极为重要和特殊的年份，全体华人定会铭记；对于南开法史学科来说，过去的一年也同样有一些事情需要我们留下一些笔墨，最该记录的当然是学术上的进步，本文集的出版就是对此最好的纪念。但除此之外，笔者以为还需要记录的事情有：第一，岳纯之先生晋升教授。在教授满天下的当代中国教育界，一个人当上教授似乎已不值一提，如果说谁还不是教授可能才是新闻，但我却固执地认为对于一个全身心地投入教育与学术研究，并具备了相应学术能力和成果的人来说，晋升教授应该是其一生最高的荣誉，最该得到的称号，是其家族和其服务的学术单位最为重要的事件之一，因而，我们郑重地将此事记录于案。第二，胡世凯先生年满荣退。尽管胡世凯先生在南开真正有效的服务时间并不太长，但他对南开法史学科作出的贡献我们永远不应忘记，我们怀念曾经一同共事的短暂时光。对于一个热爱教育的人来说，能够健康地荣退于其所服务的单位同样应该是一件值得记忆的事情，同时我们也希望胡世凯先生能永远关注南开法史学科；第三，笔者本人的作品《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》获得天津市第十一届优秀社会科学成果二等奖和首届中国法律文化研究三等奖。获奖并不完全代表一个人的学术水平和学术影响，只是奖项设立者和评奖人对你的一种认可方式，对此笔者十分清楚，之所以记录于此，只是出于记录者的一种对待历史的态度，同时也是告诫自己，二等奖、三等奖足以表明笔者距离评奖人的标准还有不小的差距，万万不可懈怠。

侯欣一

2009年2月17日

目 录

前言	侯欣一 (1)
----------	---------

【南开法史探曠】

“亲亲不能相隐”的经济学分析

——兼论“亲亲相隐”于民间法的归隐	蔡昱 龚刚 (1)
制度史视野中的技术标准	宋华琳 (15)

从“君臣之义”到“君臣道合”

——论唐宋时期君臣观念的发展	胡宝华 (38)
论宋代民间不动产买卖及其法律控制	岳纯之 (54)
清代律例成案的适用	

——以“强盗”律例为中心	柏桦 于雁 (78)
从清代“亲亲”的惩戒权问题看皇权之“尊尊”	

——以《刑案汇览》为主要视角	王忠春 张分田 (95)
试论广州、武汉国民政府法制建设的地位及影响	侯欣一 (108)
民国宪政史上的“经济民主”诉求及其论争	邓丽兰 (128)
“君权神授”与“有限君权”：古代以色列民族律法观念下的	

王权特征	王立新 (140)
拜占廷《农业法》与《查士丁尼法典》	郑 玮 (160)
美国陪审团废止权的历史演变	

——民主与现代化的矛盾	韩 铁 (175)
战后日本家族制度的改革与家族法的民主化	李 卓 (198)

【南开校友论坛】

我国历代祭田的法史学考察	李启成 (211)
论清白科在唐代防腐倡廉中的作用	彭炳金 (240)
权力、诉讼与社会秩序	
——有关清代士绅民事诉讼案件的考察	吴 欣 (251)

清末民国时期婚姻家庭法律与婚姻家庭习惯的冲突与互动 郑全红 (276)

孙中山与民初法制建设 李学智 (293)

民国时期住宅立法研究 张 群 (305)

追寻西方宪法哲学的童年 卞修全 (338)

【南开学子之声】

论宋代借贷及其法律控制 冯志伟 (355)

清代刑部对“因公科敛”案件的处理
——以《刑案汇览》收录案件为例 刘志勇 (389)

《折狱卮言》与裁判官“内心独立”
——兼论中西裁判官“内心独立”的取向差别 刘志松 (401)

【附录】

南开大学法学院法律史专业历届研究生培养情况
..... 徐美莲 李 玲 (415)

南开大学 2008 年法律史论著索引 陈 丹 (418)

“亲亲不能相隐”的经济学分析

——兼论“亲亲相隐”于民间法的归隐

蔡昱 龚刚*

一、引言

我国《刑事诉讼法》第48条规定,“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”;《刑法》第305条规定了“伪证罪”,即“在刑事诉讼中,证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节,故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译、意图陷害他人或者隐匿罪证的,处3年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑”;《刑法》第310条也明确规定了“窝藏、包庇罪”,即“明知是犯罪的人而为其提供隐蔽处所、财物,帮助其逃匿或者作假证明包庇的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处3年以上10年以下有期徒刑”。由此可见,在我国刑事司法体系中没有建立所谓“亲属拒绝作证特权”制度,同时,如果亲属作伪证、窝藏或者包庇罪犯,还有可能受到刑事的处罚。^①一言以蔽之,在我国当代刑法体系下,亲亲是不能相隐的。我们姑且就以“亲亲不能相隐”来指代这样的刑事司法制度。

然而,从古代到近代,“亲亲相隐”都是我国为了维护伦理亲情,光大传统道德而设立的司法制度。传统上,它意指:“亲属有罪应该互相隐瞒,

* 蔡昱,法学硕士,天津医科大学医学人文系讲师;龚刚,经济学博士,南开大学经济学院经济系教授,南开大学法律文化研究中心研究员。

① 包桂丽:《对包庇罪的几点探讨》,《徐州教育学院学报》2006年第1期,第24~25页。

不告发不作证的不论罪,反之则论罪。”^①毋庸置疑,“亲亲相隐”在我国漫长的封建社会中一直处于十分重要的地位。清末“变法”以后直至民国时期,仍然保留了容隐的习惯。《大清新刑律》和《大清新刑律补充条例》对于犯人的亲属为犯人的利益计而藏匿犯人或伪造证据者,皆得免除其刑。^②直到新中国建立,它才被当做“封建遗毒”而从刑法中彻底清除。但“亲亲相隐”并非中国所独有,从古代到近现代,从西方到东方,从奴隶制法、封建制法到资本主义法甚或社会主义法,均或多或少地存在“亲亲相隐”之类似的规定。^③

现代刑事司法体系中,“亲亲相隐”意指:“一定范围内的亲属之间相互隐匿某些罪行而可以减轻、免除处罚,甚至不认为是犯罪的情形。”^④与“亲亲相隐”法理相通的是“亲属拒绝作证特权”及“包庇罪”与“伪证罪”的亲属豁免权。^⑤为了促进人伦亲情,保护个人权利,大多数西方国家规定了此两种制度。如1810年《法国刑法典》第137条、第248条,1871年《德国刑法典》第157条、第257条等分别规定,知道近亲属犯罪而不告发、故意隐匿、令他人隐匿自己的亲属、为亲属作伪证、帮助亲属脱逃等均不受处罚。^⑥再如,1994年《德国刑事诉讼法典》第52条、1988年《意大利刑事诉讼法典》第199条均规定,近亲属可以拒绝作证,即使自愿作证也有权不宜誓担保证词无伪,证人还可以拒绝回答可能使自己的近亲属负刑事责任的问题,等等。^⑦

任何一种制度——政治的、经济的亦或法律的——惟有效命于“效率”与“公正”两大价值,才可得其存在之合理与必须,否则,或成为“毫无

① 王芹、李国卿:《论亲亲相隐制度的合理性》,《前沿》2006年第2期,第116~118页。

② 李飞:《“大义灭亲”谁为亲情埋单——小议近亲属作证豁免权》,《新疆警官高等专科学校学报》2007年第2期,第40~43页。

③ 汪钧:《从“亲亲相隐”原则谈对窝藏、包庇罪的立法完善》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期,第130页。

④ 肖敏:《亲亲相隐制度的解读与重构——以和谐社会为背景的思考》,《河南大学学报》2007年第5期,第58~62页。

⑤ 房保国:《证人作证豁免权探析》,《法律科学》2001年第4期,第113~121页。

⑥ 《刑法资料汇编》(第7辑),中国人民大学出版社1955年版,第25、45、168、204页。

⑦ 沈桥林:《大义是否一定要灭亲——从包庇罪谈法律与道德的关系》,《广西社会科学》2005年第10期,第71~73页。

意义的陈列摆设”,或侵扰人类和谐愉悦,或破坏社会秩序安宁。“亲亲相隐”这一古老的刑法原则在沉寂一段时间之后,目前在学界已引起了越来越多的注意。学者们从不同的角度对“亲亲相隐”原则进行了论述。有的从家庭自治权的角度分析“亲亲相隐”的本质,有人则根据期待可能性理论阐述“亲亲相隐”的正当性,也有人从刑法的人伦精神出发论证“亲亲相隐”的价值,更有人依犯罪的构成要件和刑罚的有效性从反面论述了“亲亲不能相隐”制度的不科学和不公正。^①虽然视角不同,但学者们都赞成在我国现行刑法中重构“亲亲相隐”制度。^②

本文旨在从更新颖的角度分析与批驳“亲亲不能相隐”制度。当然,如题目所示,经济学模型是本文主要的分析工具与视角。另外,需要指出的是,虽然从形式上“亲亲不能相隐”代替了“亲亲相隐”制度,但在实际运行中后者早已归隐为民间法,在无形中规范人们的行为,从而将“亲亲不能相隐”的条文架空。在这场民间法与制定法的碰撞、博弈与对话中,理性的我们不得不呼唤“亲属拒绝作证特权”及“包庇罪”、“伪证罪”的亲属豁免权(即“亲亲相隐”)制度的确立。

二、“亲亲不能相隐”对提高破案率毫无帮助 ——经济学分析

毋庸讳言,现行法摒弃“亲亲相隐”的最重要理由莫过于:我国目前的实际情况是侦查技术落后,侦查手段单一(过分依赖口供)、侦查人员素质有待进一步提高,如果规定了“亲亲相隐”,就当然地截断了从亲属身上获得口供的可能性,于是便更难对犯罪嫌疑人定罪量刑,从而影响法律的实施。然而,“亲亲不能相隐”真的可以提高破案率吗?

首先需要说明的是,无论经济还是法律,其理论大厦都是建立在“理性人”的基础与前提之上的。所谓理性,就是根据自身所认识到的约束条

① 汪钧:《从“亲亲相隐”原则谈对窝藏、包庇罪的立法完善》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期,第130~132页。

② 丁杰:《浅谈“亲亲相隐”规则》,《山东大学学报》2001年第3期,第92~96页。

件和所拥有的信息结构寻求效用最大化。^① 理性是无差异的,同时也是普遍存在的。正因为如此,社会活动总有其自身内在的逻辑,法律也并不总是令行禁止的。“法律的终极原因是社会福利,未达到此目标的规则不可能永久性地证明其存在是合理的。”^②

案例

现在我们假定一个案例:甲半夜杀人逃回家中,身穿满是血污的衬衣,手里还拎着匕首,慌忙中与其父乙撞个正着。此时,乙是选择效仿石蜡大义灭亲,将甲绑送公安机关,还是选择帮甲烧掉血衣藏匿凶器呢?当公安机关调查时,他是选择以实情相告,还是慌称儿子一夜在家?当然,作为一个理性人,他会根据效用大小来决定自己的行为。

显然,如果乙选择包庇,则会出现两种结果:

- 包庇成功,则免去甲的牢狱之灾,甲和乙都没有损失。
- 包庇失败,即案件告破,乙将和甲一同入狱。甲和乙都有损失。

如果乙不选择包庇,而选择报案,则只会出现一种结果,即甲将入狱,而乙则同时因违背父子伦理之情而承受心理压力和社会的负面评价。显然,后者对乙来讲也是一种损失。

模型

接下来,我们想通过构建一个经济学模型来分析:在什么情况下乙才会选择报案。为此,我们首先将证明如下命题:

乙是否选择包庇取决于乙所预期的公安机关的破案率,而只有当这一破案率大于某一定值 P^* 时,乙才会选择报案。

设 P 为乙所预期的公安机关的破案率, U_1 为甲被判刑而给乙带来的损失, U_2 为包庇失败情况下乙被判刑而给乙带来的损失。于是就乙而言,如果包庇失败,其效用损失可以表示为 $U_1 + U_2^*$ 。由于这种损失发生

① Gregory Mankiw 著,梁小民译:《经济学原理》(下册),机械工业出版社 2003 年版,第 79 页。

② 本杰明·卡多佐著,苏力译:《司法过程的性质》,商务印书馆 1998 年版,第 38 页。

的概率为 P , 因此, 我们可以用 $(U_1 + U_2)P$ 来表示乙所预期的选择包庇时的效用损失。

同时, 当乙选择报案时, 他的效用损失应为 $U_1 + U_3$ 。这里, U_3 可以理解为乙违背父子伦理之情后因承受良心谴责和社会负面评价而给其所带来效用损失。由此可见, 当

$$(U_1 + U_2)P > U_1 + U_3 \quad (1)$$

即乙选择包庇时所预期的效用损失大于揭发的效用损失时, 乙才会选择报案。公式(1)可以进一步写成

$$P > \frac{U_1 + U_3}{U_1 + U_2} \quad (2)$$

公式(2)表明只有当乙所预期破案率 P 大于某一定值 P^* 时, 乙才会选择报案, 即亲属“不隐”。显然,

$$P^* = \frac{U_1 + U_3}{U_1 + U_2} \quad (3)$$

接下来, 我们将分析 P^* 如何受 U_1 、 U_2 和 U_3 的影响。

报案的可能性分析

这里, 我们想首先说明一下 P^* 的意义。正如我们已经指出的, P^* 代表着乙报案所要求的预期破案率。只有当乙自己所预期的破案率 P 大于这一要求的预期破案率 P^* 时, 乙才可能报案。于是, 给定乙自己所预期的破案率 P , P^* 越大, 乙就越可能选择包庇。

现在我们开始考查这一定值 P^* 的大小, 显然, 它将受 U_1 、 U_2 和 U_3 的影响。将等式(3)右边的分子和分母同除以 U_1 , 我们得到

$$P^* = \frac{1 + u_3}{1 + u_2} \quad (4)$$

这里, $u_2 = U_2/U_1$, $u_3 = U_3/U_1$ 。于是, 我们可以看到这一概率定值 P^* 取决于两个变量 u_2 和 u_3 。表 1 给出了在不同 u_2 和 u_3 数值情况下 P^* 的取值。

表 1 按公式(4)计算的不同 u_2 和 u_3 情况下 P^* 的取值

$\begin{matrix} u_3 \\ u_2 \end{matrix}$	0.00	0.10	0.20	0.30	0.40	0.50	0.60	0.70	0.80	0.90	1.00	1.10	1.20	1.30	1.40
0.00	1.00	1.10	1.20	1.30	1.40	1.50	1.60	1.70	1.80	1.90	2.00	2.10	2.20	2.30	2.40
0.10	0.90	1.00	1.09	1.18	1.27	1.36	1.45	1.54	1.63	1.72	1.81	1.90	2.00	2.09	2.18
0.20	0.83	0.91	1.00	1.08	1.16	1.25	1.33	1.41	1.50	1.58	1.66	1.75	1.83	1.91	2.00
0.30	0.76	0.84	0.92	1.00	1.07	1.15	1.23	1.30	1.38	1.46	1.53	1.61	1.69	1.76	1.84
0.40	0.71	0.78	0.85	0.92	1.00	1.07	1.14	1.21	1.28	1.35	1.42	1.50	1.57	1.64	1.71
0.50	0.66	0.73	0.80	0.86	0.93	1.00	1.06	1.13	1.20	1.26	1.33	1.40	1.46	1.53	1.60
0.60	0.62	0.68	0.75	0.81	0.87	0.93	1.00	1.06	1.12	1.18	1.25	1.31	1.37	1.43	1.50
0.70	0.58	0.64	0.70	0.76	0.82	0.88	0.94	1.00	1.05	1.11	1.17	1.23	1.29	1.35	1.41
0.80	0.55	0.61	0.66	0.72	0.77	0.83	0.88	0.94	1.00	1.05	1.11	1.16	1.22	1.27	1.33
0.90	0.52	0.57	0.63	0.68	0.73	0.78	0.84	0.89	0.94	1.00	1.05	1.10	1.15	1.21	1.26
1.00	0.50	0.55	0.60	0.65	0.70	0.75	0.80	0.85	0.90	0.95	1.00	1.05	1.10	1.15	1.20
1.10	0.47	0.52	0.57	0.61	0.66	0.71	0.76	0.80	0.85	0.90	0.95	1.00	1.04	1.09	1.14
1.20	0.45	0.50	0.54	0.59	0.63	0.68	0.72	0.77	0.81	0.86	0.90	0.95	1.00	1.04	1.09
1.30	0.43	0.47	0.52	0.56	0.60	0.65	0.69	0.73	0.78	0.82	0.86	0.91	0.95	1.00	1.04
1.40	0.41	0.45	0.50	0.54	0.58	0.62	0.66	0.70	0.75	0.79	0.83	0.87	0.91	0.95	1.00

考察该表,我们会发现如下几点。第一,表中右上角的一半(由黑体数字所示)其所反映的概率定值 P^* 都为大于或等于 1,这时它们所对应的 u_2 和 u_3 的情况为 $u_3 \geq u_2$ (即 $U_3 \geq U_2$)。^① 于是我们得到:当存在着 $u_3 \geq u_2$ (即 $U_3 \geq U_2$) 时,也就是说,当乙选择报案从而违背父子伦理之后因承受良心谴责和社会负面评价而给其所带来效用损失 U_3 大于包庇失败情况下乙被判刑而给乙带来的效用损失 U_2 时,乙不可能选择报案。(除非乙报案所要求的预期破案率 P^* 大于或等于 1,而现实中,破案率不可能大于或等于 1)

第二,我们接着考察表中的左下角的一半。给定 u_3 时, u_2 越小, P^* 则越大,从而乙越可能选择包庇。 u_2 为包庇失败情况下乙被判刑而给乙带来的损失与预期甲被判的刑罚给乙带来的损失之比 (U_2/U_1),也就是说,包庇罪的法定刑越低,则越可能选择包庇。

第三,给定 u_2 时,则 u_3 越大, P^* 越大,即乙报案所遭受的良心谴责越大和社会舆论的压力越大,则乙越不会报案。

最后,让我们考察一下 U_1 对乙是否报案的影响。这里, U_1 代表因儿

① 这里,按照 u_2 和 u_3 的定义, $u_3 > u_2$ 和 $U_3 > U_2$ 在数学上是等价的。

子被判刑而给乙带来的损失。按照公式(3),我们对 U_1 求导以期得到 U_1 对 P^* 的影响(即当 U_1 增加时, P^* 是增加还是减少):

$$\frac{\partial P^*}{\partial U_1} = \frac{U_2 - U_3}{(U_1 + U_2)^2} \quad (5)$$

上述公式表明, U_1 对 P^* 的影响取决于 U_2 是否大于 U_3 。尽管从公式(5)中我们可以得出,当 $U_3 \geq U_2$ 时, $\partial P^* / \partial U_1 < 0$,然而,我们已经从前面的第一点得到,当 $U_3 \geq U_2$ 时,乙不可能选择报案。因此,我们将只考虑 $U_3 < U_2$ 的情况。我们发现,此时 $\partial P^* / \partial U_1 > 0$,即 U_1 越大,乙报案所需的预期破案率 P^* 就越大,从而乙越不可能报案。由于 U_1 代表儿子被判刑带给乙的损失,于是我们得到,父亲认为儿子将受的刑期越长(或者说儿子犯的罪行越严重,即预期的刑罚越严厉),父子的亲情越紧密(或者说儿子对父亲越重要),即 U_1 越大,则父亲越有可能包庇。由此我们可以得到如下自相矛盾的命题:

越是重案,则越容易包庇,“亲亲不能相隐”的制度越难发生效力。而轻微的案件则根本不用以此种破坏伦理常情的方法维护法律与秩序,因为这显然是得不偿失的。

在表2中,我们给出了不同 U_1 、 U_2 和 U_3 情况下“亲亲不能相隐”的可能性。

表2 不同 U_1 、 U_2 和 U_3 情况下报案的可能性

当 $U_3 \geq U_2$ 时	报案后的良心及社会谴责 $\geq$ 包庇罪损失	不报案
当 $U_3 < U_2$ 时		
U_1 越大	所犯罪行越大,亲情越重要	越不报案
U_3 越大	报案后的良心及社会谴责越大	越不报案
U_2 越小	包庇罪损失越小	越不报案

综上所述,我们发现,只有当 U_2 较大(至少大于 U_3),并且 U_1 较小时,即包庇罪的定刑较大(至少大于报案后的良心及社会谴责所带来的损失),同时甲所犯罪行较轻或亲情不重要时,乙才有可能报案。

关于 U_2 和 U_3 的取值

上述分析让我们看到,亲亲能否不相隐在很大程度上取决于 U_3 和

U_2 的比较: U_3 越大, U_2 越小,则越不可能不相隐,特别是当 U_3 大于 U_2 时,亲亲相隐则成为必然。这里, U_2 取决于包庇罪的法定刑。现实中,包庇罪的法定刑相对而言并不高,一般在 3 年以下。然而, U_3 其实是个不小的数目。

U_3 为乙违背父子伦理后承受的良心谴责和社会的负面评价。它究竟有多大取决于乙对父子应该相隐这一伦理的认同及社会对破坏它的行为的容忍度有多大。首先必须承认,受儒家思想的影响,中国社会一向是重家庭、守孝悌的。费孝通先生在《乡土中国》中精辟地分析了中国社会结构的“差序格局”,即以“己”为中心,和别人所联系成的社会关系,像水中的波纹一般,一圈圈地推出去,越推越远,也越推越薄。^① 而伦理就是“从自己推出去的和自己发生社会关系的那一群人里所发生的一轮轮波纹的差序”。也就是说,当与那些离自己不同远近的人交往时会采取不同的道德与伦理。当然,与自己最为亲近的关系是亲子、夫妻、同胞,相配的道德与伦理要素是孝悌。于是,对其他人可以“大义灭之”,而“相隐”却当然地成为父子、夫妻、同胞间的伦理要求。因为与社会结构相联系的缘故,人们对这种伦理观的高度认同是根深蒂固的,同时也是不容挑战的。“试问,有谁会欣然将多年福祸与共的丈夫或妻子的有罪之躯投入牢狱而不受良心的煎熬? 又有谁能够将环膝儿女置于刑罚的刀俎之上而乐陶陶? 又怎么可以想象,一个人将生身父母送入囹圄后仍能笑对人生,坦然面对亲人、朋友、社会? 如果觅得此种人,恐怕不是超越人性的圣人,就是迷失人性的狂人”。^②

这里我们可以用一个案例来说明 U_3 究竟可以有多大。一位十二岁的少年,在发现父亲有盗窃行为后,毅然向公安机关举报。父亲被逮捕后,少年也同时失去了生活来源,他的母亲恨他,把他拒之门外,亲戚、邻居反感他把自己的父亲送进监狱的行为,拒绝提供帮助。公安部门只好与当地政府协商,由政府提供他每月的生活费直至长大,并给他在公安部门预留了一个就职名额。^③ 由此可见, U_3 绝不是一个较小的数值。

① 费孝通:《乡土中国》,北京大学出版社 1998 年版,第 27 页。

② 江学:《亲亲相隐及其现代化》,《法学评论》2002 年第 5 期,第 65~71 页。

③ 《法也容情——关于“现行法可否‘亲亲相隐’”的研讨会纪实》,大学生在线。

预期破案率 P

此外,我们需要特别关注的是,上述讨论中, P^* 为乙报案所要求的“预期”破案率,只有乙自己主观判断的破案率 P 大于 P^* 时,乙才会报案。这里,乙的主观判断通常来自于他对本案侦破进展情况的信息量。根据常理我们可以判断,公安机关和乙的信息量是不对称的。也就是说,即使警方已经掌握了很多甲犯罪的证据,但因为信息匮乏,再加上不希望甲被抓获的心理倾向和通常普遍存在的侥幸心态,乙仍然会认为公安机关根本不可能发现甲作案。这样,实际上乙的预期破案率通常低于实际破案率 P^a 。

于是我们还可以得到另一个自相矛盾的命题:

“亲属不相隐”这一立法是为了提高破案率。然而,为了使这一立法产生效应,亲属所预期的破案率 P 必须较高,至少高于 P^* (注意, P^* 取决于 U_1 、 U_2 和 U_3 之间的比较)。然而,由于信息的不对称,亲属所预期的破案率 P 一般会小于实际破案率 P^a 。这就意味着如果要使“亲属不相隐”发生效力,此时的破案率 P^a 本身就要求很高(注意, $P^a > P > P^*$)。于是,在如此之高的破案率情况下,公安机关根本不必依靠亲属的口供寻找定罪量刑的突破点。

由此我们可以得到,“亲亲不能相隐”对提高破案率很少有帮助。即使这点捉襟见肘的效用对社会的危害已经有太多的文章加以评论,我们在这里就不再赘述。

三、“亲亲相隐”于民间法的归隐

休谟说:“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。”^①“亲亲相隐”因顺应人类的天性,故不可避免地表现出极强的生命力。如今,虽然从表象和形式上,“亲亲不能相隐”已代替了“亲亲相隐”,但在实际运行中“亲亲相隐”早已归隐为民间法,在无形地规范着人们行为的同时将“亲亲不能相隐”的条文

^① 休谟著,吴文运译:《人性论》,商务印书馆 1980 年版,第 478 页。