

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2023年第4期(总第27期)

《虚拟的权利：中国古代容隐制度研究》评介*

韩树伟

摘要 | 魏道明先生《虚拟的权利：中国古代容隐制度研究》于2023年6月由社会科学文献出版社出版。该著以《刑案汇览》《续增刑案汇览》《新增刑案汇览》《刑案汇览续编》《驳案新编》《驳案续编》《刑部比照加减成案》《大清律例根原》等历史文献为基础，分四章探讨了中国古代的容隐制度，即容隐的概念界定、容隐制度的起源与发展、制约容隐制度的社会因素和容隐制度的运行考察，为我们深入了解中国古代的容隐制度具有重要的启发意义和参考价值。该著短小精悍、资料翔实、论证严密、观点新颖，是近年来法学、历史学、伦理学、社会学，乃至哲学研究领域一部具有新观点、新方法、新材料的高水平专著，值得引起学界的广泛关注。

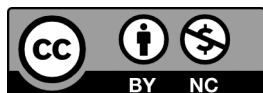
关键词 | 容隐；干名犯义；亲属伦理；保甲；缘坐

作者简介 | 韩树伟，历史学博士。中共甘肃省委党校（甘肃行政学院）副教授、研究生导师，喀什大学人文学院特聘副教授，主要从事敦煌学、法律社会史、西域史研究。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



2023年6月，魏道明先生《虚拟的权利：中国古代容隐制度研究》由社会科学文献出版社出版，这是作者继《古代社会家庭财产关系略论》^[1]《清代家族内的罪与刑》^[2]之后又新添的一本著作。

谈起容隐制度，大家并不陌生，是指隐匿亲属的犯罪行为，帮助其逃脱法律制裁。但是，容隐时庇护的手段多种多样，是否可以穷尽一切手段来庇护犯罪人，哪些是法律许可的合法容隐手段，制约容隐

* 项目基金：国家社科基金项目“依卢文文献所见汉晋鄯善国史研究”（21XZS016）的阶段性成果。

[1] 魏道明：《古代社会家庭财产关系略论》，中国社会科学出版社，2021年版。

[2] 魏道明：《清代家族内的罪与刑》，社会科学文献出版社，2021年版。

制度的社会因素有哪些,容隐制度开始的标志究竟是什么,容隐制度在实际运行时效果到底如何,学界讨论纷呈,并未形成统一的意见。针对于此,作者以《刑案汇览》^[1]《续增刑案汇览》^[2]《新增刑案汇览》^[3]《刑案汇览续编》^[4]《驳案汇编》^[5]《驳案续编》^[6]《刑部比照加减成案》^[7]《大清律例根原》^[8]等历史文献为基础,分四章论述了中国古代的容隐制度。全书从史实考证、学理辨析两个方面入手,客观、充分的论证了中国古代的容隐制度。

该著基于作者主持承担的国家社科基金西部项目及青海师范大学历史学院学科建设专项经费的资助,有一定的案例积累^[9],是作者多年来研究的结晶,对研究中国古代法制史特别是清代的法律社会史具有重要的价值。值得一提的是,该著还被评为“社科文献2023年度十大好书”之一。兹就该著的主要内容、学术特点和商榷之处,谈几点阅读体会,不足之处祈请魏先生及方家批评指正。

第一章《容隐的概念界定》讨论了容隐的含义、亲属范围、适用范围。关于《容隐的含义》,作者考稽古籍后指出“容隐”的用法大致分为两类:一是指事物状况或自然现象;二是指人的行为,这也是最常见的用法,即“凡不揭发犯罪行为、庇护犯罪人、宽容或不追究犯罪行为、隐瞒及掩盖事实真相、回护和容忍他人的不当言行、隐漏户口及资材、容留不当人员等,皆可称为容隐”(p.2)。在法律层面上,容隐是专指隐匿他人的犯罪行为,先秦、秦汉及魏晋时期,一般以

“隐”或“匿”来表达容隐之意,从南北朝开始,隐匿他人的犯罪行为多用容隐一词。容隐的目的就实际效果而言,既有积极行为又有消极行为,前者属于作为,后者属于不作为。但客观上起到隐匿作用的行为都属于法律意义上的容隐吗?作者指出目前学术界关于这一问题习惯将沉默与庇护一并看作容隐行为,甚至连作者自己在之前的著作中也不加区分^[10],这无疑抹杀了容隐制度的特殊性。其实,单纯的沉默行为并不是法律意义上的容隐行为(p.12)。中国古代各朝,一般规定伍保组织内必须互相纠告,以商鞅变法为最,已经定好了古代社会常人之间纠告犯罪的基调,后世法令一脉相承。然而,古代法律仅要求“什伍”一类的特殊群体有纠告犯罪的义务,超过此范围,则只负有纠告谋反一类重大犯罪的义务,这就意味着常人之间也可以对他人的犯罪行为保持沉默,无疑是说社会上的一般人之间都有权相互容隐,故法律所言的容隐,系指比沉默更进一步的隐匿行为,也即庇护行为。尽管可以从逻辑上推导出法律意义上的容隐专指庇护行为,并不包括沉默行为,但古代法典律注、附例中的某些表述容易引起读者的错觉,让人误以为保持沉默就是容隐。对于明清律中的“容隐不首”,作者指出要断开为“容隐、不首”而不能连读(p.18)。对于“知情不告”,作者认为犯罪人本来就居住在家,住在自己的住所,不能说是被谁“容留藏匿”。同居亲属之间,如果没有实际的帮助行为,仅仅是知情不告,从逻辑上讲,是不能称为容隐的。所以,将沉默行为排除在容隐制度之外是必要的,这除了事关概念准确,更重要的是关系到容隐的性质界定和价值评判。

[1] [清]祝庆祺、鲍书芸编:《刑案汇览》,北京古籍出版社,2004年版。

[2] [清]祝庆祺、鲍书芸编:《续增刑案汇览》,北京古籍出版社,2004年版。

[3] [清]潘文舫、徐谏荃辑:《新增刑案汇览》,北京古籍出版社,2004年版。

[4] [清]吴潮、何锡俨等辑:《刑案汇览续编》,法律出版社,2009年版。

[5] [清]全士潮、张道源等纂辑,何勤华、张伯元、陈重业等点校:《驳案汇编》,法律出版社,2009年版。

[6] [清]佚名辑:《驳案续编》,法律出版社,2009年版。

[7] [清]许桂、熊莪纂辑,何勤华、沈天水等点校:《刑部比照加减成案》,法律出版社,2009年版。

[8] 郭成伟主编:《大清律例根原》,上海辞书出版社,2012年版。

[9] 韩树伟:《〈古代社会家庭财产关系略论〉读后》,载《中西法律传统》2021年第4期。

[10] 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。

关于容隐手段，有“知情藏匿”“过致资给”、毁灭犯罪证据、隐瞒实情、藏匿赃物、阻拦报官、贿和、顶替认罪等。其中，“泄露其事”和“摘语消息”是容隐手段的最高上限。但上述容隐手段只能在罪人被捕之前行使。作者还对容隐与共犯、容隐与纵容、容隐与干名犯义的区别做了详细的区分。关于《容隐的亲属范围》，主要有同居和大功以上的亲属，不过在各朝容隐制度中亲属范围有所变化，汉代至魏晋南北朝时期多以期亲为限，唐代后拓宽了许多，后代沿用，至多增加了妻之父母和女婿。关于《容隐的适用范围》，北魏律规定容隐只限于普通犯罪行为，重大犯罪则不适用容隐。之后历代法典都不允许容隐谋叛以上罪。元代及明初，“恶逆”犯罪不得容隐。明清两代均不得容隐“逃军”罪。值得注意的是，唐宋律只是规定亲属容隐谋叛以上的罪行要治罪，如果仅仅是告发、保持沉默，并没有治罪的条文。即是说，除了谋反、谋大逆、谋叛、“逃军”罪外，其余各罪均可适用容隐制度。至于亲属相犯是否适用容隐，作者考证后认为“除去清代对于卑杀尊的行为规定特定亲属不能容隐外，其他各朝均无特别限制，亲属间的各种侵犯行为，均可使用容隐制度”（p.60）。

第二章《容隐制度的起源与发展》介绍了容隐思想的产生、容隐制度的流变。关于《容隐思想的产生》，作者指出在古代早期的文献中几乎找不到容隐的观念与思想，即便《礼记》《国语》有类似语句，但充其量只是“干名犯义”制度的观念起源，而明确出现容隐观念是在《论语》中。之所以难觅容隐观念的踪迹，可能与以《十三经》为代表的早期文献主要作用于树立伦理纲常以便教化民众和服务政治有关，而容隐是要求庇护亲属的罪过，这显然有悖于统治者的初衷。实际上，这反映了“情”与“法”的冲突与对立；出于国家统治的需要，当涉及“忠”的问题时，则必须大义灭亲，不适用容隐制度。关于《容隐制度的流变》，先是禁止告发尊长，这在春秋时代就已初见端倪。中国古代早期的法律中，只允许对他人的犯罪行为保持沉默，但不允许庇护犯罪人。有证据表明，孔孟关于容隐的主张，并没有被秦及汉初的法律所采纳，故秦代也是禁止亲属容隐的，汉代法律只允许对亲属的犯罪行为保持沉默。

学界一般认为，制度层面的容隐最晚始于汉宣帝地节四年（前66）颁布的诏令，而作者认为这不是一般的容隐原则规定，而是专有所指，故不能看作容隐制度的开始。通过考证，作者指出最晚在公元166年，中国古代法律中已有了容隐的制度规定（p.84），而且《北齐律》中已重新规定了容隐制，奠定了隋唐律容隐制度的基础。两汉魏晋南北朝，属于容隐制度的初创时期，容隐的亲属范围多以期亲为限，从唐代开始，容隐制度渐趋成熟，法律对容隐手段和容隐范围进行了限制与界定，还规定有诉讼回避制度。宋元明清各朝的容隐制度基本上照搬了《唐律》的规定。

第三章《制约容隐制度的社会因素》从社会文化因素、社会制度因素两个方面作了分析。社会文化因素方面，有儒家亲属伦理主旨的转变，即“亲亲”与“尊尊”是儒家亲属伦理的两大原则，前者为人情，属于“仁”的范畴，后者为天理，属于“义”的范畴，“亲亲”是人伦的出发点和起始点，“尊尊”是“亲亲”的发展与升华。将亲属之间的和睦相处看作亲属之道的根本，为和睦相处，亲属之间可以放弃“责善”，这是容隐制度得以产生的社会文化根源。为了解决“亲亲”与“尊尊”之间的矛盾，儒家构建起一个由家至国、家国一体的社会治理方式，但在“尊尊”原则占据主流的古代社会，容隐制度显得孤立无援，难以发挥实际作用。前述容隐与“干名犯义”原本是为了分别贯彻“亲亲”与“尊尊”而出现的不同制度，作用、性质各不相同，适用的亲属范围也不一样，区别十分明显。容隐本是权利，但在司法实践中，有法司将容隐视为法律义务。重视株连、强调废私的法律文化，很不利于容隐权利的行使，具体在司法实践中，即为了方便追究犯人亲属的责任，官府一般要预先收禁犯罪人的亲属，我们称之为连带责任，反映了中国古代家族本位的社会特征。容隐是因私废公，许可容隐，在一定意义上讲是对主流公法文化的反动，出于专制统治的需要，“废私”便成为法律的主旋律，这意味着国家要用强力来干涉私人事务，规定个人事务的法规也要尽量排除个人私义与权利，从而成为维护伦理纲常、实现政治控制的工具。在社会制度因素方面，什伍（保甲）纠告、族刑（缘坐）制度和可能障碍条款，其中，可能障碍条款

是指法律体系中与容隐制度重合、交叉的其他法律条款,这些条款虽然不是为阻碍容隐制度而设,但在适用时,有可能对容隐制度的实施造成限制,甚至成为否定容隐权利的借口。熟知的“违令”“不应为”、应许捉奸等,是法司制裁容隐行为的常见罪名之一。导致这一现象的重要原因是法典中对于容隐手段没有作出明确规定,故法司对于容隐手段存在理解上的偏差。

第四章《容隐制度的运行考察——以清代为例》通过展示75件清代容隐案例,探讨了清代法司对容隐行为的处置。在持续性的犯罪活动中,容隐与共犯、纵容行为与容隐行为,在很多种情况下不易区别、容易产生混淆。为此,作者并没有刻意去根据行为的性质来区分,而是以犯罪活动是否结束为界限,即结束后的帮助行为属于容隐,在此之前的按从犯或纵容论。法司对于“容隐”一词的随意使用,也给作者收录案例带来一些困扰,但好在作者明确了选择标准,使得案例较合理的被用以佐证。对于案例中的非暴力,作者认为是正当容隐行为的一个基本标准,通过贿赂、赔偿等和平方式息事宁人,可以看作合理的容隐行为。至于埋尸、弃尸、毁尸等灭迹行为,作者认为也应该被视作容隐手段的事例。在法司处置容隐行为时,作者指出法官的心思主要在如何正确判处正犯上,容隐只是整个案件中一个不重要的细节问题,反映了法司对于权利的漠视。在作者看来,容隐者之所以未遭处罚,或许与其身份以及所容隐的罪行性质有关,被处罚的容隐行为表现有“私和”“不应为”私埋尸体、“顶凶”“故纵罪囚”、以尸图赖等。清代法司对容隐行为的处罚非常严厉,这可能与所容隐的罪行全部为人命一类的重罪有一定关系,法司往往采取两种方法限制、否定容隐权:一是制定新条例限制容隐手段和特定亲属的容隐权,二是以其他法条、伦纪纲常或危害结果来否定容隐权,因此,从某种程度上而言,所谓的容隐权根本得不到保障,最后流于形式。

该著《结论》部分对“虚拟的权利”作了补充说明,算是本书的一大亮点,特别是作者对于容隐制度设计超前却不合时宜的论断作了精辟的阐述,如“容隐本是亲情的体现,具有为私的一面。而中国古代社会的法律文化,自战国开始,公法文化就占据主流,‘废私’成为法律的主旋律。”“体现个人主义的容隐权利,其实很难找

到存在下去的道德理由。”(p.184)作者通过列举孔子及后代儒生关于这一问题的讨论后指出“这样的论证,缺乏逻辑,基本属于无效论证,反而越描越黑,容隐的‘不直’的特性愈加突出”。“容隐的正当性,只有在主张个人权利为国家权力之本的话语体系下,才能得到真正承认”,容隐之所以能成为法律权利,不是因为它具有正当性,而是统治者希望通过承认父子之道成就君臣之义,带来国家的长治久安。在古代社会,国家真正能够接受、认可的容隐权是对亲属的犯罪行为保持沉默,但吊诡的是,常见的容隐手段几乎都有对应的禁止性条款,在司法实践中,官府习惯于想尽办法寻找治罪的依据和理由,从而否定容隐权,侧面说明在宗法等级社会中,任何普遍性的权利都不可能真正存在。

二

该著通过列举大量的案例,特别是关于清代的75件容隐案例,探讨了容隐与共犯、纵容行为与容隐行为的区别,分析了案件的性质、亲属关系和容隐手段,考证了在司法实践中未被处罚的容隐行为和被处罚的容隐行为、处罚力度、限定容隐权的方法等,具有重要的学术参考价值。对于学界普遍认可的个别论点提出了自己的见解,尤其是该著结论部分关于容隐制度设计超前却不合时宜,最终成为虚拟的权利的论述,启人深思。

第一,选题明确,有的放矢。作者紧扣容隐制度这一主题,结合传世文献,引用大量的案例进行论证,极具说服力。该著第四章引用清代的75件容隐案例,考察容隐制度的运行,以及在司法实践中官府对容隐行为的处置,大大便利了学界研究,有助于我们深入了解中国古代的容隐制度。

第二,旁征博引,不囿旧说。不论是容隐的概念界定,还是容隐思想的产生,或是制约容隐制度的社会因素,作者征引史料丰富,注意全面搜罗诸家学说观点,但不囿旧说,提出了自己的新解。如学界将沉默与庇护一并看作容隐行为,作者综合诸家观点后认为法律意义上的容隐并不包括沉默行为,而是专指各种庇护行为(p.22)。对明清律中的“容隐不首”,作者认为应断开为“容隐,不首”来解读。又如,学界在讨论容隐的性质问题时,认为中国古代的容隐具有义务属

性或是兼具权利与义务的双重属性，作者通过区分容隐与“干名犯义”，指出容隐作为一种权利，是否容隐，取决于个人意志，而不取决于能否告发，二者存在着中间状态，即对亲属的犯罪行为既不揭发也不庇护（p.36）。关于容隐观念，作者认为最早出现于《论语》，而学者常引用的《礼记》《国语》充其量只是“干名犯义”制度的观念起源。（p.65）再如，学界将汉宣帝时期颁布的不得告父母的法条作为容隐制度开始的标志，作者认为宣帝地节四年诏令不是一般性的容隐原则规定，而是专有所指，故不能看作容隐制度开始的标志。经过考证，作者指出最晚在魏晋法律中已规定有容隐制度（p.84）。诸如此类考证还有很多（如p.106、p.118），因篇幅所限不再列举。

第三，语言简练，逻辑缜密。作者不囿旧说，提出自己的新见，在论证的过程中，语言非常简练，逻辑性强，有较强的说服力。除了前述几处，该著结论尤为精妙，作者先是提到从唐律到清律，容隐法条保持纯粹，始终遵循“亲亲”至上的原则，主要表现在亲属范围重情义而轻服制、尊卑之间权利平等、违反尊卑伦常的犯罪行为也可以容隐等三个方面，接着指出中国古代法律中多见身份特殊而罕见普遍权利，身份平等、意志自由使得容隐成为古代法律中罕见的普遍性权利。^[1]作者指出，容隐制度设计超前、不合时宜，人们对容隐存在认知障碍，其正当性难以得到认可，也超出了国家司法的忍耐限度。无论是社会文化还是国家司法，都没有做好真正接受这一制度的准备，容隐制度其实缺乏实施的社会条件。（p.183）正是因为容隐制度最后流于形式，导致容隐权等同于一种虚拟的权利，故作者将它作为该著的主标题也就不难理解了。

三

容隐是指隐匿亲属的犯罪行为，帮助其逃脱法律制裁。回护亲人，是出于人类的自然情感，天性使然。容隐制度基于人情而产生，是对亲情的认可和尊重。法律许可的容隐手段以犯罪人被逮捕为界，被捕之前，亲属有权对犯罪的亲属进行各种庇护，甚至利用职务之便向犯罪人“泄露其事”和“撷语消息”；被捕以后，亲属只享有拒绝作证的权利，其他的实际帮助行为均在禁止

之列。在中国古代法律中，基于亲情的法规虽为数不少，但随着儒家亲属伦理宗旨由“亲亲”转向“尊尊”，这些法规也往往以国家利益和社会秩序为重，大多背离了亲情，转向“尊尊”，成为维护尊卑、长幼秩序的工具。而容隐制度并没有向“尊尊”伦理靠拢，从唐代到清代，关于容隐的法条保持纯粹，始终遵循“亲亲”至上的原则。纵览全书，谈几点浅见，以供商榷。

一是公权大于“私法”。中华法文化源远流长，植根于中华大地的法从一开始就表现出鲜明的特色，以容隐权为例，它的初衷是庇护犯罪的亲属，庇护手段多种多样，这是人情的体现，也是自孔孟之后众多儒生不断演绎解读的主题，但是，当这一权利在具体的司法实践中，却被官府往往忽视。究其原因，可能与历朝法典都没有对容隐手段作出明确的界定或限定有关，故法司对于容隐手段存在理解上的偏差。这种现象不仅仅是表现在古代，哪怕是注重依法治国的现代社会，法律中依然留存了含糊不清的漏洞，显然迥异于西方明确的权利与义务，反而是公权与“私法”不对等的情况。简而言之，在家国同构的中华法系中，当“私法”与公权对立时，“私法”显得微乎其微，不得不屈从于公权，二者勾勒出鲜明的中华法律特色。

二是官府在对待容隐权时表现出的“双标”，容易让人产生混乱的错觉。一方面，从人之常情的角度考虑，允许亲属给予犯罪的亲属提供帮助，便于他逃脱法律的制裁；另一方面，当容隐权出现人命关天或者重大犯罪时，官府的处置态度转变为坚决拥护统治者的利益，甚至在遇到可能障碍条款时，官府依然通过采取各种措施，来限制容隐权的使用。典型的案例为宋神宗熙宁七年（1074）凤翔人赵怀懿告巨源谋反求赏，经法司核实，巨源确有谋反行为，论法当斩。然而，不论是负责审查的“有司”，还是复审的刑部，都拒绝行赏，最终神宗不得已赐钱三百千以了事。（p.105）还有保甲责任追及制度，一定意义上是为了防范邻佑包括亲属之间互相隐匿罪行，但过于严厉和宽泛的责任追究制度，反倒促成了隐匿行为的发生。正是因为法司多从消极行为

〔1〕魏道明：《中国古代容隐制度的价值与正当性问题》，载《青海社会科学》2012年第1期。

的意义上理解容隐手段,所以在鉴用禁止性条款来制裁容隐行为时,觉得理所当然,是在依法判案,因而对于可能障碍条款变为事实上的障碍条款便在所难免。

三是借古鉴今,实行依法治国。随着清末内忧外患,革命兴起,中华法系渐次被大陆法系替代。值得注意的是,尽管目前所运用的依然是西方那套法律体系,但对于中华法系的思考与借鉴,从来没有中断。“礼法并用”,符合儒家主流思想,贯穿于中国古代,体现了中国古代社会法律治理的历史经验。如今一提起古代刑法,专制、酷刑等血腥场面充斥于人们的头脑,民众总以为古代的律典全是负面,丝毫没有积极作用。其实,我们仅窥作者在书中列举的大量案例来看,古代法律从地方到中央,都有一套成熟完备的司法体系:当一例亲属相犯的案件发生后,地方审判官会立即介入,如果拿不准审判,那么交由上级刑部来处理,如果刑部再做不了主,则会上呈给皇帝,有时还会出现夹签制度,这样一套体系说明了古代司法系统对于刑事案件处理的慎重与严密,尽管最终决定权交给了皇帝,但这并不能说明古代

法律的一无是处。众所周知,“法不容情”,为此,儒家立法者倡导出“礼法结合”,来进一步保障人的权利,像“容隐权”的存在,就很好地说明了这一点。遗憾的是,如作者所言,社会文化因素、社会制度因素,最终成了制约容隐制度的社会因素。假设我们从这两方面入手考究,是否能为当下的法治社会提供一点借鉴呢?

总而言之,加大对中国古代法律的研究,进一步挖掘可鉴于当今有用的信息,十分有必要。中华法系植根于中华传统文化,若不深刻研究中华法系的内核,那么就缺乏对中华传统文化的深入理解。只有正确看待中国古代法律思想映射出的社会文化,才能更好地坚定文化自信。^[1]而《虚拟的权利:中国古代容隐制度研究》就是最值得推介的著作,该著不仅短小精悍、资料翔实,而且论证严密、观点新颖,是近年来法学、历史学、伦理学、社会学,乃至哲学研究领域一部具有新观点、新方法、新材料的高水平专著,值得引起学界的广泛关注。我们也真诚地期待并祝愿作者有更高质量的论著面世,以飨读者。

[1] 韩树伟:《中古有关法律社会史的最新研究成果——〈清代家族内的罪与刑〉读后》,载《青海师范大学学报》2022年第2期。