

〈論 說〉

## 明文规定与文化内核的紧张关系

——近亲属之间窝藏、包庇罪之否定

晋

涛\*

**概要：**明文规定是刑法解释的框架，罪刑法定以良性立法为前提，能动司法在应对象征性、非理性刑法时具有矫正价值，意在将扭曲了的明文规定修复为充满正义的条文。窝藏、包庇罪按照文义是帮助犯罪的人逃匿的行为，362条不是法律拟制，而是一款注意规定，仅限于对特定犯罪分子通风报信的行为。窝藏、包庇罪中未将近亲属排除在外，与中华民族传统文化和人性关怀相抵牾，不具有合理性。亲亲相隐作为传统文化有着顽强的生命力，对亲亲相隐惩罚不能实现刑罚目的，互联网社会中亲亲相隐对打击犯罪的妨害作用极其微弱。刑法解释的起点和归宿都应尊重本国文化，存在多元化解释时文化就成为取舍解释结论的重要判断指标，文化的发展也会给解释带来新的视点。文化发展是刑法解释的内在驱动力和重要指针。

**关键词：**文化；窝藏、包庇；亲亲相隐；解释；拟制

Tense relationship between expressly provision and core of culture  
-----The denial of crime of sheltering or harboring for close relatives

**Abstract:** The explicit provision is the frame of criminal law interpretation, and the premise of a legally prescribed punishment for a specified crime is a benign legislation, active judicature has the correction value in dealing with arbitrary and irrational criminal law, the purpose is to correct the twisted provisions with full of justice. The crime of sheltering or harboring in accordance with the meaning

of article refers to all the people who help criminals escaping. The article of 362 is not a legal fiction, but a regulation of attention, it is limited to the behavior of sending news secretly to particular criminal. The crime of sheltering or harboring does not exclude close relatives, which is contrary to the chinese traditional culture and humanity, has no rationality. As a traditional culture, the concealment for relatives has a tenacious vitality, and punishing the concealment for relatives can't achieve the purpose of punishment, in the internet society, the concealment for relatives almost isn't harmful to the fight against crime. The origin and end of the interpretation of criminal law should respect the national culture, when there are pluralistic interpretations, culture is an important criterion for choosing interpretation, and the development of culture will also bring new perspectives to interpretation. Cultural development is the inner driving force and important indicator of the interpretation of criminal law.

**Key words:** Culture; Sheltering or harboring; Concealment for relatives; Interpretation; Fiction.

### 明文規定と文化核心の緊張関係 ——親族の間における犯人蔵匿・隠避罪の否定

概要：「明文規定」は「刑法解釈」の基準である。「罪刑法定」は良性的立法を前提にするため、能動的司法は表面的、非理性的な刑法に対応する際に、捻じ曲げられた明文規定を正義の条文に矯正する価値がある。刑法により、犯人蔵匿・隠避罪とは罪を犯した者を蔵匿し、又は隠避させた行為である。刑法第362条は法律擬制ではなく、犯罪者に情報を知らせる行為に限る注意規定である。「親親相隠」は中国の伝統的な文化として生命力が強く、「親親相隠」に処罰することを通して刑罰の目的を実現できなく、インターネット社会において「親親相隠」は犯罪の消滅に対する妨害効果は極めて微弱であるため、犯人蔵匿・隠避罪から親族を排除しないことは、

中華民族の伝統的な文化及び人間性と抵触し、合理性を備えていない。「刑法解釈」の出発点であろうと終点であろうと、国家文化を尊重すべきである。複数の解釈が存在する際に文化はその結論を選択する基準となり、文化の発展も「刑法解釈」に新たな視点を提供することができる。文化の発展は「刑法解釈」の内的推進力であり、大切な指針でもある。

キーワード：文化、蔵匿・隠避、親親相隠、解釈、擬制

文化<sup>1</sup>是一个社会生活样态的写照。文化与法律有着极为密切的联系，文化的考量是犯罪化的重要依据。文化既有承继的一面又有发展的一面，文化对刑法解释的促进和制约也为实务家和法学家所关注，如何勾连文化与刑法解释，实现二者良性互动仍是重要课题。机械的理解法条的粗糙司法伴随着法学教育的发达已经式微，能动司法已获得普遍认同，文化对刑法解释的作用与价值更加凸显。不可否认，刑法中存在很多与我们文化内核存在紧张关系的规定，例如近亲属之间成立窝藏、包庇罪。通过解释合理化解明文规定与文化内核的紧张关系是能动司法的今后发展路径。

## 一、明文规定（“罪刑法定主义”）与能动司法的互动

罪刑法定作为铁则划定了刑法适用的最大领域。当前权利意识蓬勃发展，社会法治规模初具，罪刑法定已成为我国刑法的第一原则，获得了不可撼动的地位。罪刑法定并非是悬在高处的“无牙条款”，其使命在于如何真切的保障权利。罪刑法定从形式侧面到实质侧面的发展历程，也是全面保障公民权利的奋斗过程。如果片面强调打击犯罪，实行类推更容易对他人进行追诉，而罪刑法定要求追诉犯罪之前必须好了保障人权的准备。罪刑法定的本意是通过罪与刑的法定化强化对人权的敬畏。

### （一）罪刑法定主义的形式坚守与实质突破

我国97刑法废除了有罪类推，确立了罪刑法定原则（尽管人们对罪刑法定规定存有争论，但毕竟明确规定了罪刑法定）。97刑法为了实现刑法的

统一性废除了单行刑法和附属刑法并存的通例，将包括经济犯罪、职务犯罪、军事犯罪等所有的犯罪统一网络进刑法典，从这一点来讲，尽管刑法典中罪刑法定的表述不完美，但刑法从形式上严格坚持了罪刑法定。

刑法468个罪名有467个罪名规定在刑法典中，做到了犯罪和法定刑的明确规定。罪刑法定包括形式的侧面和实质的侧面，形式的侧面包括成文法主义、拒绝事后法、禁止类推解释、排斥有罪溯及既往，实质的侧面要求刑法的明确性和拒绝残忍的、不均衡的刑罚。“现在国家机能的扩大和积极化，特别是由于特别刑法、行政刑法等领域刑法法规的显著增加。在这样的现代状况里，罪刑法定的形式主张只是犯罪和刑罚由法律预先规定就好，具体内容是否正当无法获得判定。‘实体的正当程序’的想法，源自这样的问题意识，赋予了罪刑法定实质内容。”<sup>2</sup>形式的侧面主要约束司法者，随着人们对法律认识的深化，不合理的立法的危害远胜于恣意司法，因为这会导致塌方式错误。实质的侧面意在约束立法者，立法者不可以随意立法，立法应该明确，处罚应具时效性。

我们向来有重刑主义传统，近来社会治安不尽如人意、社会问题多元复杂，很多问题并非刑法所能解决，但是为了摆出关切的姿态也为了宣泄对特定问题的无奈，一旦出现相关问题，我们不是去思考合理对策，而是动辄将特定问题拉进刑法，将本不属于刑法问题的塞入刑法完事。好像把一个问题写进刑法就能取得完全胜利，相应问题就会得到彻底解决，这是对刑法性质的误解，也是我们诸多政策、法律失灵的无奈写照。“毫无疑问，即使在现代社会中，刑法的工具性价值仍是极为重要的，它经常被用作与犯罪作斗争的重要工具。然而，为了对付日益攀升的犯罪率，刑法在中国社会中成为垄断性的社会控制手段，而前者恰恰正是（至少部分地）既有的社会控制体系崩溃的结果。”<sup>3</sup>九七年刑法实施不过20年已被修改了九次，由小修小补的试探性、必要性修改到现在的大面积全局性修改，充分暴露了刑法修改的随意性、非理性。刑法修正案八和九已经很难称之为修正案，其对刑法进行了全面修订，涉及总论和分论，严格了刑罚执行条件，增设了许多新罪名。增设、修改的条款不合理之处很多，使得原本问题很多的刑法典更加臃肿、溃烂。危险驾驶罪

(第133条之一)、使用虚假身份证件、盗用身份证件罪(280条之一)、代替考试罪(284条之一第4款)三罪的最高法定性是拘役,这些原本不是犯罪的行为,立法者仅仅出于管理目的而将其犯罪化。这三个罪名增设之前,刑法中最轻的罪是侵犯通信自由罪、偷越国(边)境罪等最高法定刑为一年有期徒刑的罪名,增设这三个犯罪破坏了刑法体系的统一性,也进一步扩大了传授犯罪方法罪、窝藏、包庇罪等成立范围。增设这三个罪名本是为了加强秩序管理,但立法者显然没有关注刑罚执行之后的诸多不良后果,其中之一就是前科的永不消灭。“至于刑罚的副作用,根据社会学与犯罪学的标签理论,施加刑罚容易对受刑人形成‘烙印效果’,增加其回归社会正常生活的困难。”<sup>4</sup>在官方评价占绝对主导的评价体系里,刑罚的后遗症绝不会因为是轻罪而减少。犯罪人在这个登记健全的社会一旦被贴上“罪犯”的标签,社会歧视将会伴随终生,再就业受到了很大限制,特别是不得从事一切与公职有关的职务。面对社会关闭一扇扇大门,行为人可能因刑法的乱为而真正走上犯罪道路。虚假诉讼罪(307条之一)、帮助信息网络犯罪活动罪(286条之二)更是要么将原本不值得处罚的行为规定为犯罪,要么是对其他犯罪类型的再次重复,这些罪名除了对民意的虚假回应之外,并不具有任何积极的意义。这些新增犯罪属于刑法的不当扩张侵犯了公民的基本权利,是残虐的刑罚。可见,重刑主义的传统、刑法工具主义的思想并没有因现代文化的发展而收敛,尊重人性、保障自由的文化内核时刻面临形式罪刑法定的冲击。

## (二) 坚持罪刑法定主义与能动司法的良性互动

严格坚持罪刑法定主义,意味着对刑法明文作出合乎当下文化理念的解释,这也是能动司法的要求。现在已无人相信法官仅是立法者的代言人,法官只能严格执行法律,法官解释法律受到严格排斥那一套说辞。在网络时代、科技时代,人们清晰认识到立法者只给自己的时代立法,但矛盾的是立法者的立法主要适用于自己并不曾预见到的未来,要解决这一二律背反,就要承认法官解释法律的正当性。在民法领域,法官可以解释法律(包括类推解释),还可以针对法律的漏洞进行法的续造。在刑法中,受制于罪刑法定,法官只

能严格解释法律，不允许不利于行为人的类推解释。

任何法律都离不开解释，立法只划定了大致框架，解释赋予了法律生命，解释使刑法具有了吞噬消化新鲜事实的能力。“因为刑法法规是对行为人权利、自由的制约，因此刑法的解释必须严格进行。”<sup>5</sup>遵守罪刑法定并不意味着不允许解释刑法，也不是对刑法条文仅仅作出字面解释，而是要根据现在的文化理念对刑法做出符合社会发展的解读。纯粹的概念主义法学以及刻板的历史法学已为人所诟病，利益法学派和目的法学派主张对刑法根据社会正义或者规范目的作出理解，主张推进沟通事实与法律的实质解释，这实质是提倡根据文化理念建立起来的能动司法。能动司法要求在刑法文字内根据规范目的，对刑法作出最合乎社会期待的解读。能动司法一方面坚持立法划定的最大界域，一方面又着眼于实际，着力达成法律规定与现实需要的“双赢”。能动司法的出发点是罪刑法定，推进方式是各种解释原理的并用，目的归宿是法益保护和人权保障的并重，判断标准是文化理念的符合度。

必须指出，能动司法并不是任意适用法律而不受约束，能动司法强调尊重刑法整体的思考和问题的思考的方法，运用刑法原理、结合以往判例、导入刑事政策、融入专业知识，做出符合社会文化发展和呼应社会正当诉求的解释。“任何法律规范都不是独立存在的，任何具体规范都是‘整个法律秩序’（Gesamtrechtsordnung）之一部分，换言之，它在一部法律内部或与其他法律的许多法律规范都存在内部与外部的紧密联系。”<sup>6</sup>许霆案是能动司法的一次生动写照。许霆在银行自动柜员机ATM取款时，发现自动柜员机发生了程序异常，随后累计操作170余次，获取银行资金17万余元。许霆利用ATM机故障取款案于2007年11月29日被广州市中级人民法院以盗窃罪判处无期徒刑。许霆不服一审判决，上诉至广东高院，广东高院将该案发回重审。广州中院重审后，认定许霆案成立盗窃罪判处许霆有期徒刑五年。许霆当庭表示服判不上诉。<sup>7</sup>“从刑事法治建设的视角以观，许霆案无疑具有很强的代表性和标本意义。”<sup>8</sup>按照当时的刑法规定，许霆无疑构成盗窃金融机构，且数额特别巨大，应该判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。该案件经过一审、二审的无期徒刑，到最终经过最高人民法院裁定，在法定刑一下

判处五年有期徒刑，整个过程体现了司法对刑法的尊重、对理论界的关切、对社会正义的认同，实质上是司法对民众的正义理念的认同。

## 二、窝藏、包庇罪的构造

310条规定了窝藏、包庇罪、第361条规定了窝藏、包庇罪的法律拟制(通说)情形。司法解释将本罪概括为窝藏、包庇罪。理论界通常将本罪理解为窝藏罪和包庇罪，认为这是两种不同的行为类型。窝藏罪是“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿”，包庇罪是“作假证明包庇明知是犯罪的人”。362条规定的拟制型(通说)的窝藏、包庇罪：“旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照本法第三百一十条的规定定罪处罚。”探明窝藏、包庇罪的基本构造和犯罪群，才能更清晰分析其与核心文化的紧张关系。

### (一) 窝藏、包庇罪的立法原意

310条规定明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，被司法解释认定为窝藏、包庇罪，这又被刑法理论界进一步拆分为窝藏罪和包庇罪。刑法310条真的是将两种不同的行为规定在一个法条里了吗？事实上，本条只有一种包庇行为，所谓的窝藏行为只不过是包庇的一种类型而已。

第一，本条貌似规定了两种行为，实则是包庇行为的类型。形式上该条规定了两个行为，一是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿，二是作假证明包庇，这也是司法解释将本罪拟定为窝藏、包庇罪和刑法理论认定这是两个罪名的根据。在一个条文里是一种行为还是不同的行为，并不是否在一个条文作为依据，关键看实质上是否存在不同的行为类型。非法拘禁罪、非法吸收公众存款罪、强制猥亵、侮辱罪等都不否认法条规定的是一种行为。相反，非法搜查和非法侵入住宅罪，侮辱罪和诽谤罪在一个条款里也不影响是两个罪名。我国刑法没有严格贯彻一条一罪名、一款一罪名的

模式，导致数罪名一条或者数条一罪名的情况很普遍，因此在一个法条里并不是判定是一种行为还是两种行为的标准。现在学界基本上认可窝藏罪是帮助犯罪人逃匿，提供隐藏处所、财物是帮助犯罪人逃匿的例示，除此之外还包括提供逃跑路线、运送犯罪人去往外地、对犯罪进行伪装训练等等。包庇罪是作假证明包庇，包括行为人假装犯罪人向公安机关自首。“提供隐藏处所、财物同帮助逃匿、提供虚假证明掩盖其犯罪事实的行为，其间有别的只是行为表现形式不同，其本质别无二致，都是妨害了司法机关追究犯罪分子的正常活动。”<sup>9</sup>将包庇仅理解为作假证明包庇，“帮助犯罪人逃匿的行为”很难被认定为是包庇。将作假证明包庇理解为包庇的行为之一，那么帮助犯罪人逃跑的一切行为都可以理解包庇。“事实上，包庇与窝藏在帮助犯罪分子逃匿上具有一体两面的关系。”<sup>10</sup>明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，作假证明包庇的，本质上都属于“帮助其逃匿”的行为，都是包庇行为。换言之，310条实质上是一个类型“帮助明知是犯罪的人逃匿的行为”。之所以被误认为是两个行为类型，一方面是刑法条文表述存在问题，另一方面是司法解释拟定的罪名存在误导。310条的顺畅表述应该是：明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，或者作假证明包庇，或者实施其他帮助其逃匿的行为。司法解释将“为其提供隐藏处所、财物帮助其逃匿的行为”认定为窝藏罪，将“作假证明包庇帮助其逃匿的”理解为包庇罪，割裂了二者的有机联系，二者在本质上都是帮助犯罪人逃跑的行为。第二、虽然司法解释没有严格区分窝藏和包庇，但刑法其他条文严格区分了窝藏和包庇。在司法罪名中，涉及窝藏和包庇的罪名还有，包庇、纵容黑社会性质组织罪（294条第4款）、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒脏罪（349条）、包庇毒品犯罪分子罪（349条）、战时窝藏逃离部队军人罪（379条）。其中包庇、纵容黑社会性质组织罪、包庇毒品犯罪分子罪、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒脏罪是从刑法条文中提取的罪名，战时窝藏逃离部队军人罪是司法概括罪名。从刑法用语来看，对于犯罪人事后提供各种便利帮助其逃匿是包庇行为；对于犯罪所得之物、犯罪组成之物及它们的滋生物提供存放地点等事后帮助行为是窝藏。简单而言，事后对于犯罪人的帮助是包庇，事后对于犯罪物品的帮助是窝藏，而司

法解释并没有看到刑法的立法本意,混淆了二者的立法区别。明确了上述区别,310条对犯罪人提供帮助让其逃匿的行为,根据立法对包庇和窝藏的严格区分,310条应该是包庇罪。同理,战时窝藏逃离部队军人罪应为战时包庇逃离部队军人罪。第三、若认为本条规定了两种行为,就无法与362条的规定相协调。362条规定:旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员,在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时,为违法犯罪分子通风报信,情节严重的,依照本法第三百一十条的规定定罪处罚。这是一款典型的法律拟制(通说),这些行业的从业人员在公安机关查处卖淫、嫖娼时,为违法犯罪分子通风报信,依照310条定罪处罚。问题是,司法机关将本罪拟定为窝藏罪还是定包庇罪抑或是定窝藏、包庇罪呢?这种行为显然不是作假证明包庇,而是帮助违法犯罪人逃匿的行为,应定窝藏罪。包庇毒品犯罪分子罪是窝藏、包庇罪的特殊罪名,当明知是走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子,而为其提供财物、住所等方式帮助其逃匿的,成立包庇毒品犯罪分子罪。这意味着,同样的提供财物、处所等方式帮助其逃匿的行为,如果是针对一般人实施,成立一般罪名窝藏罪;如果针对走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的,成立特殊罪名包庇毒品犯罪分子罪。一般罪名与特殊罪名的一致性存在冲突,只有将310条理解为包庇罪,才能实现一般罪名与特殊罪名的协调。

## (二) 窝藏、包庇罪的法律拟制抑或是注意规定

362条是一款法律拟制(通说),因为窝藏、包庇罪是针对明知是犯罪的人而实施的提供住所、财物、作假证明等帮助其逃匿的行为。362条针对特定行业的从业人员,在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时,为违法犯罪分子通风报信,情节严重的,构成窝藏罪。根据我国治安管理法和刑法的规定,普通的卖淫、嫖娼不构成犯罪,只有性病患者卖淫、嫖娼或者嫖宿幼女、男童构成传播性病罪或强奸罪或强制猥亵、侮辱罪,除此之外的卖淫嫖娼行为不构成犯罪。当公安机关查处一般的卖淫嫖娼行为时,行为人给违法分子通风报信,情节严重的,成立窝藏罪,因此该条的规定是法律拟制。

若认为该款规定是拟制,很显然是立法者对拟制的滥用。拟制是对性质

相同的行为，出于立法经济的考虑，做出的统一性规定。尽管拟制是将与A不同的B当做A来看待，但两者之间应当具有近似性或者紧密相关性。“拟制相当性原则要求立法者在运用法律拟制技术时，必须考量拟制情形与被拟制情形在社会危害程度上是否具有相当性，两者的事实是否能够在此基础上建立起一定的等值关系。只有当拟制情形与被拟制情形在社会危害程度上相当且能够建立起等值关系时，才能进行法律拟制。”<sup>11</sup>将两种性质截然不同的犯罪和一般违法做同一看待，不具有合理性，彰显了立法的任性，显然这不是立法本意。合理的解释是该条应为注意规定，只不过应当对其进行重新解释。我们面对不合理的立法时，不能一方面一味指责，另一方面又束手无策，只呼吁司法解释、刑事立法解决。司法解释和刑事立法的进行极为慎重，只有在学者间、实践中具有共识性的方案才有可能进入司法解释和刑事立法。面对刑事法律存在的问题，提出具有可行性的方案是学者的使命。发现问题，进而指责立法，对于实际问题的解决并不能带来知识增量。将该款理解为法律拟制存在不合理之处，将会产生损害公平正义的结果。

通过合理的解释将该款理解为注意规定才是可行的方案：第一方案是将“为违法犯罪分子通风报信”中的“违法犯罪分子”理解为仅指犯罪分子。违法犯罪是一个偏义复词，强调犯罪，违法不具有实体意义，只具有修饰作用。该款规定的行为只能是当卖淫嫖娼者构成了相应的犯罪时，行为人通风报信才构成包庇罪。第二种方案，是在“情节严重的”做解释，只有造成了刑事案件的嫌疑人逃避了侦查的后果，才视为情节严重。这样还是回到了仅限于卖淫嫖娼构成犯罪。不能一方面承认这是法律拟制，另一方面又无奈的批评其缺乏合理性。将该款中的“违法犯罪分子”或者“情节严重”作出合理解释，从而将该款理解为注意规定才符合立法真意。

### （三）窝赃、包庇罪的特殊罪名

除了窝藏、包庇罪，刑法还规定了包庇、纵容黑社会性质组织罪（294条第4款）包庇毒品犯罪分子罪（349条）、战时窝藏逃离部队军人罪（379条）三个特殊包庇罪。人们出于惯性多会想法划出这四个罪名之间的界限，关键

的问题不是去分界线，而是如何对它们统一理解。窝藏、包庇罪和这三个罪名之间是一般与特殊的关系，四个罪名中“包庇”的内容应具有—致性，特殊的包庇罪名适用于对特殊对象的包庇。310条明确了包庇的行为方式，包庇、纵容黑社会性质组织罪（294条第4款）、包庇毒品犯罪分子罪（349条）只笼统规定了包庇行为，对于包庇行为的具体行为内容需要根据310条的规定来理解，即事后对黑社会性质的组织或者特定毒品犯罪的犯罪分子提供隐藏处所、财物，或者作假证明包庇，或者实施其他帮助其逃匿的行为。战时窝藏逃离部队军人罪对包庇行为有着明确规定“战时明知是逃离部队的军人而为其提供隐藏处所、财物”，该罪包庇仅限于“提供隐藏处所、财物”的方式。因为存在逃离部队罪（435条），当对逃离部队的军人实施其他包庇行为的如提供逃跑路线、作假证明包庇、提供方言训练等，因无法评价为“战时明知是逃离部队的军人而为其提供隐藏处所、财物”，只能成立窝藏、包庇罪。战时窝藏逃离部队军人罪的最高刑是三年有期徒刑，当窝藏逃离部队的军人成立窝藏、包庇罪时，最高法定性也不能超过三年。“在刑法上，如果某种解释导致严重侵害法益的行为无罪，而轻微侵害法益的行为有罪，或者解释导致重罪只能判处轻刑，轻罪反而应当判处重刑，那么，这种解释就是不协调的，因而也是不正义的。”<sup>12</sup>此外，战时窝藏逃离部队军人罪（379条）要求行为必须发生在战时，“非战时”对明知是逃离部队的军人而为其提供隐藏处所、财物的，成立窝藏、包庇罪，其最高刑也不能超过三年。

### 三、近亲属之间窝藏、包庇罪的除罪化

近亲属之间窝藏、包庇的除罪化，具有文化的、人性的基础，即使不从立法上除罪化，事实上的除罪化也一直进行着。“被不起诉人张某爱、张某贵分别是另一起故意伤害案犯罪嫌疑人张某付的妻子和弟弟，在张某付的逃匿过程中提供了帮助，但二人参与的窝藏行为情节比较轻微，认罪态度良好，有一定的悔罪表现，社会危害性不大，根据相关法律的规定和宽严相济的刑事政策，最终作出不起诉决定。”<sup>13</sup>

我们已迎来立法时代，很多问题还来不及消化，就已展开了针对性立法。

立法狂热还会持续升温，可以预见《刑法修正案（十）》会很快到来，增设新罪仍然是重头戏，其实《刑法修正案（十）》的重点应在删除不合理的罪名并增设相应的除罪条款。“刑法作为社会治理中的重要部分其对人们的规范诱导的力量是有限的，不宜过于高估。”<sup>14</sup>重视家庭建设是我们文化的一个核心内容，亲亲相隐既符合人性也符合我国传统文化，近亲属之间窝藏、包庇除罪化具有文化基础。“应该说，从立法论上讲，刑法不应拒绝‘亲属’概念，这已形成广泛的共识。”<sup>15</sup>

### （一）亲亲相隐作为传统文化有着顽强的生命力

亲亲相隐是我国一项历史悠久的传统文化，对家庭建设、亲情呵护具有积极作用。

1、亲亲相隐被否定的原因。新中国成立后为了表示对旧社会的割裂，废除了该制度。废除这个制度有其必然性。一是新社会急于与旧社会决裂。最能体现旧社会文化理念的莫过于亲亲相隐制度，将其废除代表着对旧社会的否定。二是斗争思想的全面展开。斗争思想要求人人之间对立起来，亲亲相隐加强了人们之间的团结，为斗争思想所排斥。三是大公无私观念的倡导。新社会建立后，每个分子被设定为都是为国家活着，亲亲相隐强烈地体现着人们的自私性，为无私观念所难容。“容隐制度不仅仅存在于中华法系，在西方，早在古希腊、古罗马时期该制度就已存在，在近现代大陆法系、英美法系、社会主义法系国家对之都有明确的法律规定。”<sup>16</sup>当我们在法律中剔除这项充满温情的制度时，许多国家的法律都为制度保留有一席之地，说明人类社会对于人性有着相同的理解。

2、亲亲相隐是对基本人性的承认。不同国家的文化都有自己的特色，但对于人性的关爱却有着高度的一致性。对于人性的关爱、对于家庭的保护是人类的自然本能。法律同其他社会治理方式（道德、政策等）一同保护着人性中美好的东西，法律的终极原理是对善良人性的呵护。期待可能性理论、自首可以从轻减轻处罚乃至免除处罚、中止犯应当从轻、减轻或者免除处罚等等，落脚点都是对人性的关爱。法律不强人所难，违背人性的法律不但无

效果还会阻碍社会发展。亲亲相隐是人类一种纯真的本能，它是对人们内心深处的柔软的敬畏，有利于亲属之间的关爱和团结。刑法本应该采取与之配合的措施，我们的刑法却残酷的将其否定。这扇门不因刑法的否定就此紧闭，在日常生活中冒着被关进监狱的风险帮助亲人逃匿也是多有发生。相反，举报亲人犯罪、扭送亲人到司法机关，倒是被认为是不道德的行为。随着能动司法的普遍认同，在刑法规定欠妥时，司法机关却不断地对表达人性的行为给予更多的立身空间。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年4月4日起施行）第8条规定：“偷拿家庭成员或者近亲属的财物，获得谅解的，一般可不认为是犯罪；追究刑事责任的，应当酌情从宽。”《公安部关于对少数民族人员佩带刀具乘坐火车如何处理问题的批复》（2001年4月28日）：少数民族人员只能在民族自治地区佩带、销售和使用藏刀、腰刀、靴刀等民族刀具；在非民族自治地区，只要少数民族人员所携带的刀具属于管制刀具范围，公安机关就应当严格按照相应规定予以管理。……少数民族人员违反《铁路法》和《铁路运输安全保护条例》携带管制刀具进入车站、乘坐火车的，由公安机关依法予以没收，但在本少数民族自治地区携带具有特殊纪念意义或者比较珍贵的民族刀具进入车站的，可以由携带人交其亲友带回或者交由车站派出所暂时保存并出具相应手续，携带人返回时领回。”这些都是对社会风俗、国人的生活样态的认可，这是能动司法的体现，也契合正常社会生活秩序的诉求。目的性限缩是将文字中包含的本不应当处罚的行为剔除，使条文符合社会均值的正义理念。

## （二）窝藏、包庇罪对近亲属进行惩罚不能实现刑罚目的

刑罚的目的不是报应更不是惩罚而是预防犯罪。预防分为一般预防和特殊预防。一般预防是预防社会大众犯罪，进一步分为积极一般预防和消极一般预防。积极一般预防是通过刑罚的使用，培养其国民对法律的遵守和忠诚。“刑罚，对一般人而言，作为积极的一般预防的位置定位是强化对法秩序的忠诚和信赖。”<sup>17</sup>“刑法规定刑罚，在于维持国民对法的确信，谋求对

犯罪防止的强化。”<sup>18</sup>消极的一般预防是通过刑罚的适用，威吓社会一般人不敢去犯罪。“消极的预防论，持刑罚是对一般人的威吓的见解。没有具体的行为者，针对潜在的行为者（一般人），目的是实施心理的强制从而抑制犯罪。”<sup>19</sup>特殊预防是矫正犯罪人，使其不能、不愿去犯罪。“就刑法特性而言，刑法所规定的法律后果基本上都是刑罚，而刑罚同时具有积极作用与消极作用，如果适用范围过宽，则不仅削弱刑罚的效果，而且有害于国家与公民。”<sup>20</sup>对实施包庇近亲属的犯罪化处理，不论从一般预防还是从特殊预防，都不能取得刑罚预期的效果。拒绝亲亲相隐，对人性的最温暖点说不，不可能获得社会正真的认可。

1、对实施包庇亲属的人定罪判刑，不具有特殊预防的效果。对包庇近亲属的人处罚，从情感和社会舆论都不会认为行为人应受处罚，反而会认为刑法不合情理。“大凡‘凡夫俗子’无不有‘护短’的心理，因而要求人们在自己的亲属犯罪后，主动告发，不隐匿、不帮助毁灭、伪造证据，显然是勉为其难。”<sup>21</sup>即使承受过刑罚的苦痛的包庇犯罪人，一旦回到现实再次发生亲人犯罪，人类情感还会支配他继续帮助亲人逃跑。2、对于一般预防，因为不承认亲亲相隐，与一般人的正义感相违背，也不能获得大家的认可。一般在亲人实施犯罪后，本能的反应是帮助其逃跑，而不是去举报。“虽然身为具有国家强制力的显性之法律制度，‘亲亲不能相隐’因为不符合一般人的行为选择模式，故其运行中遇到阻力、遭到抵制、甚至使得法律无效就是情理之中的事了。”<sup>22</sup>无论从一般预防的角度还是从特殊预防的角度，窝藏、包庇罪对近亲属进行惩罚都不能现实刑罚的目的。对不能实现刑罚目的的行为进行处罚，刑法就变成了一种纯粹的恶害。

### （三）互联网社会中司法功能的新审视

对包庇近亲属的人进行追诉，虽说有着与过去决裂、斗争思维和集体观念的支撑，但实用目的还是增强案件侦破效率、提高罪犯抓捕量，增进刑法的打击效果。“亲属相隐并不必然导致案件的不能侦破，并不必然导致司法秩序被实际的破坏，案件能否侦破主要取决于侦查能力与水平。”<sup>23</sup>现在我

们已经进行进入了互联网社会、全方位监管社会，政府已具备了对社会的全方管理能力。在互联网之前的时代，一旦罪犯逃出犯罪地就很难再发现其踪影，即使全国通缉也如同大海捞针。现在社会已经变成了一个透明社会，城市中、主干道路上摄像头密布，农村的主要出入口和乡间道路上的重点区域也有摄像头，政府根据管理社会需要可以获得相应的信息。与此同时，现在对身份证的管理特别严格，住宿、坐车、乘飞机、办理银行卡和手机号都需要身份证，并且公安机关等部门可以随时调取个人使用身份证的情况。在当今社会，一个人的出行、住宿、以及其他重要活动都要求出示身份证，这就很容易获得一个人的活动信息。在现代社会，每一个人都是透明的，不管采取隐秘措施，我们都暴露在别人的视野之内。现在社会是一个透明社会（或者说监控社会），我们既分享别人的信息也为别人分享。只要国家机关下力气，就可以全面掌握一个人的全部行踪，在透明社会中不存在隐形人。随着城市化和旅游业的快速发展，已经没有一个真正意义上的神秘地境，全部国土都在人类活动范围之内。一个犯罪人即使逃离犯罪现场，只要司法机关决心破案，犯罪人都会最终落网。就是说，一个犯罪人即使有近亲属的包庇行为，其逃避刑事制裁的可能性也极为渺茫。可见，包庇行为对罪犯逃避侦查、抓捕贡献作用几乎为零。如果包庇行为零效果，包庇行为可以视为不能犯，对其处罚没有任何意义。

#### 四、刑法解释对文化的尊重

罪刑法定排斥习惯法，但在解释刑法时，习惯法的存在有着重要价值，符合习惯法的解释天然的具有合理性和正当性。不管我们是否意识到，文化作为潜在的基因支配者我们的思维。“法律实施的根本目的是要构建起一个稳定和谐的法律秩序，要尽可能避免法律与基本的伦理价值、民众的普遍认知观念产生冲突，甚至激烈的对立。道德是法律正当性、合法性的基础，法律规范人的行为活动应该基于对人性的理解和人的关怀。”<sup>24</sup>刑法的解释，不管采用什么解释立场、解释态度、解释技巧和解释理由，最终还是落脚于社会的文化认同。

## （一）刑法解释的起点和归宿都指向文化

文化是一种生活样态，一定地域民众生活方式的复写和存留。精细的刑法只能使用概括性的文字，刑法通过有限的文字规制未来生活，二者的角逐自刑法生效时就已经开始。静态的刑法与动态的生活事实的对接，必须依赖解释。“刑罚法规的明确性只是一种相对的要求，要求刑罚法规明确到不需解释的程度不过是一种幻想。”<sup>26</sup>解释沟通刑法和事实，涵摄通过解释把事实裁剪之后融入刑法。“解释包含了两个反向的思考方法，一方面要考虑法律和判例，另一方面也要考虑案件事实的‘来回游移’（恩基希语）。”<sup>26</sup>刑法研究的主体是刑法解释学（又称刑法信条学或刑法教义学），构建刑法解释的可操作性规则是整部刑法学的任务，采用严谨解释规则注释每个罪名是刑法解释的使命。“其实法律解释没那么简单，要知道，法律解释背后是有原理支撑的，法律解释就是要通过条文，针对现实个案，将背后的规范原理调动出来。”<sup>27</sup>不管刑法解释学多么众说纷纭，最终的诉求还是回归到当下社会的实际状态。自然犯（刑事犯）的解释对文化的依赖性强，并不意味着法定犯（行政犯）可以无视文化，因为经济政策、管理秩序、部门法规的制定和执行都有着文化上的考虑。对于信用卡犯罪，我们已对“恶意透支”进行了限缩解释，这是对立法片面强调银行利益的司法纠偏，是对持卡人在一定程度上也是受害人的反思，折射出司法机关对社会弱者的人文关怀。现在呼吁废除聚众淫乱罪、赌博罪等没有被害人的犯罪的呼声日益高涨，这背后文化的思考中起着重要的作用，社会的发展使个人权利受到重视，在不危害他人的情况下个人有选择生活方式的权利。与此同时，社会的性观念较之多年前更加多元和开放。在文化大发展的时代，还存在落后的聚众淫乱罪、赌博罪等罪名，与一般民众的观念相左。对这些罪名采取限制解释，尽量限缩其成立范围，已是共识。亲亲相隐是我们文化中向来注重家庭、看重亲情的集中表达，窝藏、包庇罪入罪之否定是对我们文化的回归，

## （二）解释的多元化与解释的取舍

解释具有多元性且不可避免，文字写成规范，暗流涌动的文义决定解释结论的多样性。解释的多元性不但受到时代、地域和观念的制约，还受到新鲜事实、归纳方法、甚至是民众意愿的影响。具体到解释者个人，解释主体自身的个人偏好和立场影响解释结论的选择。解释的多元性有利于更好地理解刑法，每一种解释都是解释者深思熟虑的结果，多一种解释就意味着多一种选择、多一种思路，这也意味着多了一种论证。解释结论越多，越说明解释朝着精细化方向的前进。例如，在生产伪劣产品罪中何为“产品”并不是一个没有争议的概念。“第124条（生产、销售伪劣产品罪）：根据《产品质量法》的规定，这里的‘产品’主要是指经过加工、制作、用于销售的产品，但不包括建筑工程。”<sup>28</sup>“但是，如果建筑工程用以销售，那末实际上也属于产品。建筑工程不适用《中华人民共和国产品质量法》，并不是说也不适用其他专门的产品质量法。所以，建筑工程质量不符合国家建筑质量标准的，也属于伪劣产品。”<sup>29</sup>“因为法律的字面规定往往允许对其进行不同的理解，法官必须从中选择出一个最贴近法律目的的释义。”<sup>30</sup>当存在多元解释时，如何最终选择解释结论并非易事。本文主张，首先考虑解释结论与文字的结合程度。在文字核心意义与边缘意义之内，解释的形式正当性得到满足。“凡是解释，不管是形式解释，还是实质解释，都是以文本为依据的，否则就谈不上是一种解释。”<sup>31</sup>其次是合理性判断。合理性的判断，不能仅仅依据民意，因为民意不是一个清晰的概念，民意事实上是多种声音的混合体。合理性的判断是体系性，应当将解释结论放入刑法整体乃至整个法律体系之内，整体性的协调是合理性的指针。当然，整体性的协调落实很难，因为不但要熟悉解释项，还要熟悉刑法，同时对整个法律体系的相关规定也应当知悉。最后，多元解释的取舍，必须符合社会主流文化。“法解释应以贯彻立法目的为根本任务，当出现了不同的解释结论时，最终起决定性作用的是目的论解释。”<sup>32</sup>所谓目的论解释无非是符合社会的文化样态，文化具有丰富的内涵，既有主流文化又有亚文化，既有官方文化又有民间文化，既有显文化又有潜文化，

既有全国文化又有地域文化。近亲属之间的窝藏、包庇除罪化的文化依据具有正当性，因为从纵向上来看是中华文明的延续，在横向性上也是多数国家的共同文化理念。作为解释结论基础的文化应当是具有合理内核的文化。

### （三）文化的发展对解释的制约

“然而事实上，文字本身就是经常没有清楚的涵摄界限。”<sup>33</sup>“虽然法院或法学的解释，都必须是对规范适当并且有充分根据的认识，可主张其为‘正确的’解释；但是没有一个解释可以主张它是终局并且——可适用于任何时间的——‘绝对正确的’解释。它绝不可能是终局的解释，因为生活关系如此多样，根本不能一览无遗，再者，生活关系也一直在变化之中，因此，规范适用者必须一再面对新问题。”<sup>34</sup>文化改变观念，观念促进文化。文化越多元，解释就越精细，政治文化、经济文化、生活文化等都对解释有着制约。政治文化的发展主要体现在依法治国的确立、宪法日的设定，尊重权利和限制权力是政治文化的主流发展方向。刑法的解释应当确立宪法观念，积极回应政治文化的发展。“对于公民因正当、合法要求得不到适当满足而与国家机关工作人员发生顶撞、口角或者其他轻微冲突的，不能对公民以本罪（妨害公务罪，引者注）论处。对于公民用轻微力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行公务的，情节显著轻微，客观上没有致使国家机关工作人员无法依法执行职务的，一般也不得认定为犯罪。”<sup>35</sup>

经济文化的发展确立了以经济建设为中心，刑法应保障经济秩序的稳定，惩罚真正破坏健康经济秩序的行为。与此同时，对于那些过时的经济犯罪立法应当作出重新解释，解释掉它们阻碍经济发展的因素。“负责贷款的各环节银行工作人员明知借款人提供了不实贷款资料，为了本单位的利益，以本单位的名义决定向借款人发放贷款，由于他们代表了银行的意思和行为，发放贷款也不是基于错误的认识，因此，借款人不应构成骗取贷款罪。”<sup>36</sup>基于生活文化对解释的制约，就要以积极的态度迎接社会生活的多种形态。生活文化在现代经济浪潮中、在新型城镇化的推进中正经历着解构、重构过程。随着社会文化的多元性和对个人自主权的尊重，聚众淫乱罪的存在空间受到

了严格压缩。即应当限缩淫乱的方式、限缩淫乱的内容、限缩淫乱的人数，同时对“对首要分子或者多次参加的”做出新的解释。淫乱应限于“男女生殖器性交”，聚众也要求一定的规模，三五个人不能成为这里的“众”。“首要分子或者多次参加的”中的“或者”应当做“并且”解释。因此成立聚众淫乱罪，必须是“首要分子并且多次聚集多人进行公然的异性生殖器性交”的行为。

## 五、结语：构建尊重国民文化的司法机制

能动司法要求恪守罪刑法定并且尊重文化发展，刑法的适用应当回应本土文化的需求。文化一方面意味着对常识的尊重，另一方面也意味着对新事物的接纳。窝藏、包庇近亲属应当除罪化，这是对民族文化和传统文化的回归和认同，也是对人性的尊重。刻板适用刑法的概念司法时代已经远去，尊重核心文化的司法已经来临。

虽然我们明确规定了罪刑法定，重刑主义的传统、刑法工具主义的思想并没有因现代文化的发展而收敛，尊重人性、保障自由的文化内核时时刻刻面临形式罪刑法定的冲击，膨胀的修正案不断突破实质的罪刑法定的围栏。罪刑法定主义与能动司法的良性互动已经获得普遍认同。310条窝藏、包庇罪的顺畅表述应该是：明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，或者作假证明包庇，或者实施其他帮助其逃匿的行为的，处……。362条不是一款窝藏、包庇罪的法律拟制，而是需要作出重新解释的注意规定。窝藏、包庇罪之外，刑法还规定了包庇、纵容黑社会性质组织罪、包庇毒品犯罪分子罪、战时窝藏逃离部队军人罪三个特殊包庇罪，亲亲相隐也应当适用于这三个特殊罪名。亲亲相隐的除罪化具有坚实的基础，亲亲相隐作为传统文化有着顽强的生命力、对近亲属之间包庇进行惩罚不能实现刑罚目的，互联网社会中近亲属包庇并不能妨害司法。解释的最终指针是文化认同，刑法解释的起点和归宿都指向文化、文化对解释的多元化和解释的选择都有着深刻制约。

“正因为刑法是‘以恶止恶’的制度性设计，刑法运用不当，就可能成为社会的灾难，所以防止刑法成为人类社会的自己创造的‘祸害’，便是人

类在创制和运用刑法的过程中时刻焦虑的问题。”<sup>37</sup> 依法治国、尊重宪法的文化氛围正在形成，依照法治文化审视聚众淫乱罪、赌博罪、诽谤罪、偷越国（边）境罪等罪，这些罪的存在与当前国民文化已经不相适从而应当删除。《刑法修正案（十）》应顺应政治文化、经济文化和生活文化的协调发展，根据依法治国、市场发展、个人自由的整体目标，重点针对现有犯罪进行除罪化清理。

### 注释：

\* 晋涛系日本爱知大学中国研究科中国研究专攻2016级博士研究生、南开大学法学院刑法学2015级博士研究生。

- 1、文化是一个使用频率极高且具有多义性的词汇。历史学、政治学、社会学、语言学等视角所指的文化差别极大，探讨文化的精致内涵不是本文的担当。本文只在刑法作用的层面探讨文化，认为文化是人的生活态度、生活方式、生活内容、生活过程与环境、社会制度相互作用下所形成的结果的总和。文化是民族的整体性、平常性、特殊性的生活状态，是民族精神的集中折射。文化的分类、文化的功能同样具有争议且富有意义。具体参见张硕：《文化的概念与生活文化定义》，《南京晓庄学院学报》2014年第2期，第70-75页；黄卓越：《“文化”的第三种定义》，《中国政法大学学报》2012年第1期，第130-137页；苏富忠：《文化的分类体系》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2004年第7期，第262-268页；蒋桂芳：《试论文化的属性与功能》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2012年6期，第28-32页等等。
- 2、（日）内藤谦：《刑法原论》，岩波书店1997年，第56页。
- 3、劳东燕：《罪刑法定本土化的法治叙事》，北京大学出版社2010年，第26页。
- 4、林钰雄：《新刑法总则》，中国人民大学出版2009年，第9页。
- 5、（日）川端博：《刑法总论讲义》（2版），成文堂2006年，第65页。
- 6、（德）魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社2005年，第65页。
- 7、参见游春亮、邓新建、高艳梅：《许霆案重审改判徒刑五年》，《法制日报》2008年4月1日第1版。
- 8、赵秉志：《许霆案尘埃落定后的法理思考》，《法制日报》2008年6月1日第12版。
- 9、钱叶六：《论“亲亲相隐”制度在中国刑事法律中之重构》，《法学评论》2006年第5期，第31页。
- 10、葛恒浩：《包庇罪行为类型的解释论重构》，《法商研究》2015年第6期，第109页。
- 11、刘宪权、李振林：《论刑法中法律拟制的设置规则》，《中国刑事法杂志》2013年第9期，第15页。

- 12、张明楷：《刑法分则的解释原理》（2版），中国人民大学出版社2011年，第57页。
- 13、谢馥蔓、甘晓辉：《法律顺乎人情更有可执行力》，《深圳特区报》2016年5月9日第4版。
- 14、石聚航：《“去熟悉化”与“去常识化”之间：刑法学知识转型的反思》，《环球法律评论》2014年第1期，第116页。
- 15、文武、陈洪兵：《对刑法规范拒绝“亲属”概念的检讨与反思》，《政治与法律》2008年第8期，第93页。
- 16、李拥军：《“亲亲相隐”与“大义灭亲”的博弈：亲属豁免权的中国面相》，《中国法学》2014年第6期，第101页。
- 17、（日）高橋則夫：《刑法總論》，成文堂2010年，第12-13页。
- 18、（日）堀内捷三：《刑法總論》，有斐閣2000年，第13页。
- 19、（日）高橋則夫：《刑法總論》，成文堂2010年，第14页。
- 20、张明楷：《刑法格言的展开》（3版），北京大学出版社2013年，第171页。
- 21、钱叶六：《论“亲亲相隐”制度在中国刑事法律中之重构》，《法学评论》2006年第5期，第28页。
- 22、蔡昱、龚刚：《“亲亲不能相隐”的经济学分析》，《南开经济研究》2008年第2期，第152页。
- 23、彭风莲：《亲亲相隐刑事政策思想法律化的现代思考》，《法学杂志》2013年第1期，第78页。
- 24、汪中良：《亲属拒证权的法文化渊源》，《人民法院报》2016年9月9日第5版。
- 25、郑泽善：《刑法总论争议问题比较研究I》，人民出版社2008年，第71页。
- 26、（德）耶赛克等：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年，第189页。
- 27、林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年，第277页。
- 28、彭文华、王昭武、吴江：《中国刑法罪刑适用》（4版），法律出版社2013年，第123页。
- 29、何秉松主编：《刑法教科书》（6版），中国法制出版社2000年，第739页。
- 30、梁根林、（德）埃里克·希尔根多夫主编：《中德刑法学者的对话：罪刑法定与刑法解释》北京大学出版社2013年，第36页。
- 31、李立众、吴学斌主编：《刑法新思潮：张明楷教授学术观点探究》，北京大学出版社2008年，第68页。
- 32、张明楷：《刑法原理》，商务印书馆2011年，第10页。
- 33、黄荣坚：《基础刑法学》（3版，上），中国人民大学出版社2008年，第96页。
- 34、（德）拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年，第195页。
- 35、陈立、陈晓明主编：《刑法分论》厦门大学出版社2004年，第446页。
- 36、孙国祥：《骗取贷款罪司法认定中的三个问题》，《政治与法律》2012年第5期，第39页。
- 37、徐文斌：《刑法条文设置的科学性研究》，上海人民出版社2011年，第26页。

