

家族主义在自首制度中的实践变迁^{*}

蒋正阳

(清华大学人文与社会科学高等研究所,北京 100084)

摘要:在帝制时代“家国一体”的结构下,家族价值内含于法律之中。近代以来,受西法东渐的影响,自首制度中所考量的家庭因素逐渐被排除出现代法理,其作用的社会结构基础从“个人—家族—国家”转为“个人—国家”的直接关联。但是,回溯自首制度的实践历史,家庭结构和家价值则表现出连续稳定的有效性,其作用并未因制度的变迁而被取消。尽管清末法制变革及民初的刑法理论都反对家族主义,但据民国初年的档案显示,犯罪者的家庭成员仍在刑事司法中发挥重要作用。及至今日,在“劝首”“送首”等具体情形中,司法解释亦将家庭成员对犯罪者自首的辅助行为纳入主客观相统一的体系以影响量刑,继续发挥犯罪者亲属在案件解决方面的作用。因此,有必要从实践出发,重新思考罪责自负与家庭秩序在刑法考量中的矛盾与平衡。

关键词:自首;罪责自负;家族主义;个人主义

中图分类号:DF613

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2021)11-0077-14

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2021.11.007

就刑法理论而言,我国目前主要倾向于基于个人主义和自由主义的罪责自负原则。这一原则在法律规范中体现为,定罪量刑以犯罪者本人的行为和意志为依据,其他人所施加的影响须由犯罪者主观接受并表现于其行动之中方可影响法律评价。对于犯罪调查的配合义务,虽然新修订的法律在程序上取消了近亲属的作证义务,但他们所实施的任何帮助行为仍可能构成实体法上的窝藏、包庇罪。在亲属之间发生人身和财产侵犯时,刑法理论又将犯罪者与被害人视为比一般主体间更为紧密的关系,在程序上实行被害人告诉才受理,在实体上规定轻于一般犯罪的刑罚。可见,刑法在面对家庭秩序或者说亲属关系时,有时采取个人主义原则,有时又视家庭关系为一体、承认其特殊的密切性,缺乏统一的衡量标准和一贯的逻辑体系。

就法律实践而言,在送首、陪首、亲属相犯、亲属代偿等实际案例中,亲属的意志、行为对犯罪者本人定罪和量刑的影响不可小觑。回顾民国和清代的司法实践,家庭结构和亲属关系亦持续地影响着刑事司法的运作。因此,本文以清代、民国和当下的自首实践为线索,总结自首制度的立法沿革,诉诸制度运行所依赖的治理结构,分析制度文本、实践运行和社会结构三种因素在各个时段上的共时性互动和历时性演变,从历史和实践的角度思考刑法领域中个人与家庭的关系。

作者简介:蒋正阳,清华大学人文与社会科学高等研究所助理研究员、清华大学水木学者。

^{*}感谢导师黄宗智教授的悉心指导,感谢人大法理教研室各位老师建设性意见,当然文责自负。

一、家国同构：清代自首制度的法理与实践

以清代为代表的帝制中国治理结构可用“家国同构”“家国一体”概括，相应的官方话语为“以孝治天下”。在法律体系中，家族和国家作为并行的价值体现于具体规范之中。关于自首的规定，则集中表现为“亲亲得相首匿”和亲属“相告言”的并存。在价值层面，“亲亲得相首匿”维护的是家族利益，法律保护家庭成员超乎其他社会关系的亲密性，即使是威胁到国家和社会利益的犯罪行为，法律要求家庭成员互相保存，如果违反，则按照“干名犯义”之罪处理；而“相告言”（“若于法得相容隐者为首及相告言者，各听如罪人身自首法”^①）维护的是国家利益，在犯罪信息不为国家所知的情况下，犯罪者的亲属可以为了使犯罪者获得减免而告发其罪。在规范层面，这两者为同一主体提供了两种相互矛盾的行为指引，揭露犯罪事实，虽符合了自首之条，却违反了“干名犯义”。但是，在司法实践中，两条矛盾的规范结合却实现了最佳的社会效果，犯罪者亲属以身犯法而践行孝道，自己犯“干名犯义”条的同时使犯罪者本人受益于其告发行为而被免罪。最终，亲属虽然坐刑却践行了孝道，犯罪者虽然被告发却能免罪，家族关系因此无虞，国家亦在此过程中获得了犯罪信息。两种同等尊崇的价值导致逻辑冲突的规范，相互矛盾的规范之实现又使得两种价值同时得到维护。加之法律已经将危害国家的犯罪排除出容隐范围^②，其对家族关系的保护并不会以牺牲国家利益为代价。

（一）家族与教化：帝制中国自首制度的法理基础

自首制度的原理，深嵌于“家国同构”的治理模式之中。儒家理想中的社会格局，以家庭为基本单位延伸为国，血缘作为纽带，宗法形成秩序，从而将国家的合法性建立于自然的血缘关系之上。君之于国相当于父之于家，每一个体则要对父母尽孝，对君国尽忠。君主“上为皇天子，下为黎庶父母。”^③对国家法律而言，对家庭、家族的维护就是对国家秩序的维护，因而政治上宣扬“以孝治天下”，法律上遵循“尊卑长幼、亲疏有别”。因此，以家庭为中介而建立起来的国家，其与个人的关系并非是古典自由主义所描述的对立紧张状态，而是君父臣子隐喻下的和谐共存。

自首体现了“过而能改，善莫大焉”的儒家观点，与教化思想相一致。古代理想政治反对不教而诛，主张以德化民，“人君之治，莫大于道，莫盛于德，莫美于教，莫神于化。”^④儒家认为教化有优于法律之社会功效，孝廉的品性来自教化而非强制，“曾、闵之孝，夷、齐之廉，此宁为法教而为之者哉？……化使其然也。”^⑤教化可以正人心性，防止不良现象的产生，“民亲爱则无相伤害之意，动思义则无奸邪之心。夫若此者，非法律之所使也，非威刑之所强也，此乃教化之所致也。”^⑥教化不仅化人于无形（“礼之教化也微，其止邪也于未形，使人日徙善远罪而不自知也”^⑦），而且收效长远（“故圣王已没，而子孙长久安宁数百岁，此皆礼乐教化之功也”^⑧）。只有在教化不起作用的特别情形中，才用刑罚处置，正所谓出礼而入刑（“化之弗变，导之弗从，伤义以败俗，于是乎用刑矣”^⑨）。

自首免罪的理由，是对经教化而有改过行为的奖励，犯罪者因改过自新而获得法律的宽容。教化

① 刘俊文：《唐律疏议笺解》，中华书局 1996 年版，第 367 页。

② 谋叛以上犯罪被排除出可以容隐的犯罪范围，日本学者西田太一郎认为这是国家道德优越于家族道德的表现。参见[日]西田太一郎：《中国刑法史研究》，段秋关译，北京大学出版社 1985 年版，第 145 页。

③ 班固：《汉书》，中华书局 2012 年版，第 2669 页。

④ 王符：《潜夫论》，中华书局 2014 年版，第 484 页。

⑤ 陆贾：《新语》，王利器撰，中华书局 2012 年版，第 75 页。

⑥ 同前注④，第 491 页。

⑦ 《礼记译解》（下），中华书局 2016 年版，第 755 页。

⑧ 同前注③，第 2174 页。

⑨ 《孔子家语·刑政》，中州古籍出版社 2016 年版，第 272 页。

本身是充满家庭温情的概念,家庭之中,家长对于子女,不仅有养育的义务,更有教化的责任,“养不教,父之过”,国家对于人民的教化亦类似于此。教化的目的,在于“引中人而纳于君子之涂”。^⑩因此这种教化关系并非平等辩论式的,但也不意味着教化是蛮横、恣意的,因为教化者本身也受文化的限制,《易经》称“天垂象,圣人则之”,^⑪以德配天、依循先王之道,教化才具有正当性。对于自首而言,在犯罪后能够认识到自己的错误,悔过改正,主观上消除了再犯动机,客观上消除了已有实害。品行恢复的教化目的和损害恢复的现实需求都已实现,就没有必要动用刑罚。其不仅在理念上符合儒家“仁政”“慎刑”的观念,而且符合“简约治理”^⑫模式,在实际效果上减少了司法资源的浪费。

简约治理模式中,政府管理并非事无巨细,而是将一部分矛盾交由社会自行消化和解决。相似的例子还有,在盗窃和诈骗他人财物的犯罪中,犯罪者只要向财产所有者自首和归还财物,法律规定该行为等同于向官府自首,无须国家权力的介入和处理。^⑬“保辜”制度规定了侵害者的刑罚轻重要按照受害者在一定限期之后的伤情而定,^⑭客观上鼓励了侵害者在限期之中努力医治和照料被害人,法律将二者的利益化为一体,从而节约了救助伤者和惩治犯人这两种社会资源。然而,对自首的宽容并非没有界限。法律为自首者免罪是为了鼓励恢复被犯罪行为破坏的社会关系,在无法恢复、不可挽回的情形下,自首免罪则不适用。法律具体列举了不能自首的情形,包括损伤人身、损坏无法赔偿的物件、犯罪后逃亡、偷渡关卡和奸罪,以及私自学习专属太史局执掌的天文知识。由于以上适用范围的限制,自首制度不再是空洞的道德化的法律条文,而是使社会关系再度正常化的有效机制。

(二)道德与实用:清代自首制度的实践逻辑

维护家族秩序是清代法律的重要价值,而在威胁统治权等国家利益的情形中,亲属之间的互相隐匿则不被允许。因此法律在一般犯罪场合中为行为人的自主选择留下了空间。尤其在卑告尊的情形下,卑幼面临干名犯义的法律难题和坐视尊长受刑的道德诘难。法律提供了自相矛盾的行为模式,看似不能逻辑自洽,但这种两难境地却使行为人的选择实现家国利益的两全。这一作用在司法案例中得到了充分体现,在诸种法律价值之间不作妥协的同时,又发挥了发现犯罪和实现刑罚的实用效果,道德主义与实用主义并行不悖。

尊长告卑幼的案件主要包括父告子和父代子自首两种情形。乾隆年间,李作良因盗窃衣物等三个案件被杖责和监禁。其间,李乘机逃脱后又从染铺盗窃八疋白布,此次被捕后被发配到广东充军。^⑮乾隆三十六年,李因思念父母,再次逃脱,中秋节夜里逃回家中。其父亲李海知道其子有罪,便秘密嘱咐邻居代为看守,自己到县府告诉县官并帮助抓获其子。按照清律,发配逃脱应判死刑,亲属首告效果等同罪人自首。负责该案的官员奏请判其斩首死刑,他认为该犯多次盗窃,被发配后自己逃回,属于玩法,因而不能因其父首告而从宽。乾隆三十七年下旨,虽然犯人逃回家属于不知悔改,但其父首告,按照法律可以宽减,因而应当从宽,仍然发配到广东,但也警告犯人,此次免死已是法外开恩,只此一次,如果发配后再次逃跑,即使父兄首告,也不再宽减,^⑯并称这样办理更符合人情法理,之后的类似案件也都要照此办理。另一案例与本案情节类似,且被引作定案依据。乾隆三十五年,黄佑盗窃并拒捕伤人,在被发配途中逃跑,本应判死刑,但由于逃回后,母亲带其去自首,最终判决其“发给披甲人为奴”。^⑰以上案件中,犯罪者都因亲属告发自首而免于死刑。

^⑩ 荀悦:《申鉴·政体》,载张涛、傅根清译注:《申鉴中论选译》,凤凰出版社2011年版,第5页。

^⑪ 同前注⑩,第2页。

^⑫ 黄宗智:《集权的简约治理——中国以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政》,载《开放时代》2008年第2期。

^⑬ 参见前注⑩,第391页。

^⑭ 参见注⑩,第1428页。

^⑮ 清代的发配分为四等:附近(两千里),近边(两千五百里),边远(三千里),极边、烟瘴(四千里)。

^⑯ 参见祝庆祺:《刑案汇览续编》(卷一),法律出版社2007年版,第53页。

^⑰ 参见全士潮:《驳案汇编》,法律出版社2009年版,第28页。

后一种情形在司法实践中也同样获得了从宽处理。王廷吉想向王敷恩借钱未果,想要强行借去放在炕边的一千文钱,争执中王廷吉拿菜刀砍死了王敷恩。事后,王廷吉携赃逃回家中。其父王尔富看到他身上有血迹,还带有钱,就向他询问,王廷吉敷衍不说。第二天,王尔富听说王敷恩被杀害,料定凶手是自己的儿子,就向县官自首,之后王廷吉对于事实供认不讳。依照当时的法律,杀人获得钱财,视为强盗,而强盗杀人不在自首范围内。因此王廷吉被判斩立决。但刑部审核后认为,根据法律规定的自首免所因之罪,应免除杀人所因图财之罪,按照谋杀杀人判决斩监侯。¹⁸ 本案中,由于自首情节,原判的立即执行死刑亦被改判为缓刑。

对于共同犯罪的家庭成员,一人自首则全家可减轻刑罚。于刘氏想要娶王于氏为儿媳,说媒不成,就带着儿子和工人抢夺王于氏回家。还没有办完婚礼,于刘氏就听说官兵前来查缉。由于畏惧,于刘氏跑到村外等候官兵并自首。司法官判决时认为,虽然一家人共同抢夺妇女,但于得成是听从母亲命令,工人们也听从雇主,根据亲属出首犯人减免的判例,一家人都因于刘氏自首而认定自首,一律予以减免。¹⁹

卑幼告发尊长的案件则尤能够体现前文提到的制度智慧。徐允武以五十两银子私和长子命案,次子徐仲威因兄弟冤死,将此事告发,但没有提到父亲收受赃银。地方官依照法律判徐允武杖责一百,徒刑三年。但刑部认为,该案并非一般关系,而是父子兄弟案件,应当权衡情法,合于人伦。徐仲威为兄弟澄清冤屈,成全了兄弟手足情谊,但也导致父亲被判处徒刑,于父子名义上有所损伤。既然徐仲威不能容忍兄弟死于非命,就更不应该忍心父亲遭受刑罚。如果按照原来杖徒徐允武的判决,不仅徐允武受难,徐仲威也会于心不安。因而,根据亲属自首如本人自首、子告父属干名犯义的规定,判决徐允武因其子相告言,而按自首免罪;徐仲威按干名犯义杖责一百,徒刑三年。这样,既成全了徐仲威的兄弟情谊,其与徐允武的父子恩义也无所亏欠。²⁰ 犯法的父亲丝毫无伤,揭露真相的儿子却无辜受刑,尽管现在看来无法理解,这一案件的处理却契合于古代的法律体系和立法精神。法律为维护骨肉亲情的家族利益,规定亲属犯罪应当容隐,如果违反,就犯了干名犯义之罪;同时,法律又维护惩治犯罪的国家利益,规定自首免罪,亲属为首则罪人免罪。这样,就出现了如果选择遵守后者,就会违反前者的矛盾情形。也就是说,在父亲犯罪的情况下,儿子有两种选择。一是遵守容隐的规定,不揭露犯罪的事实,最后只能眼看父亲被审判处刑而无能为力;二是告讦父亲犯罪,使得父亲可以因自首免罪,但代价是自己将因告讦行为按干名犯义被处罚。如此一来,对于家庭,次子虽因揭露犯罪身陷囹圄,却既可雪兄弟死于非命之冤情,又代父自首免除父亲之刑罚,不违孝道人伦。

对于国家来说,单独的每条法律都意在彰显家族价值,而条文之间相互配合又保证了对国家利益的维护。其中的立法目的和内容合于天理,法律运用和实现顺于人情,司法判决和结果惠于实效。“中国法律中的道德主义一直是与实际效用考虑结合的”,²¹自首的制度体系无疑也印证了这一判断,自首在法律表达上体现了对儒家“亲亲”之义的维持,在实践效果上又确保了对国家发现和惩治犯罪这一权力的实现,既有内在的道德精神,又有外在的治理功效。以自首制度为例,见微知著,可以推知古代法律设计之精妙,体系之严整。

由此可见,我国传统对国家和个人关系的设定,不同于孤立个人组成契约政府的模式,而是将国家视为家庭的延伸。近代以来的愈加强化的中西差异,在比较上有时是有失偏颇的。中国古代的法律与道德、伦理、教育形成了有机互动的体系,无视要素在体系中的功能而单独拿出来与西方横向对比,结果是既无法正视历史,也无法公允对待西方。

¹⁸ 参见前注①,第 30-31 页。

¹⁹ 参见祝庆祺:《刑案汇览续编》(卷四),法律出版社 2007 年版,第 131 页。

²⁰ 参见前注①,第 32-35 页。

²¹ 黄宗智:《道德与法律:中国的过去和现在》,载《开放时代》2015 年第 1 期。

二、国家主义与家族主义：清末民初自首表达与实践的激进与保守

清末中国为收回治外法权而开启法律近代化，而“清末的礼法之争，无论礼教还是道德，在社会制度层面，最后都落实于家族制度。”^②这里所讨论的家族制度是指父系、父权、父治、族外婚和长子继承。^③清末修律后的自首制度尽采现代法律术语，并删去了与亲属相隐有关的规定。民国的刑法典进一步西化，并在理论方面杂糅了社会本位主义。但若考察民国初年的档案记载，司法实践中并不如法律表达的那样激进，而是更多地延续了传统的做法。

（一）清末法律表达的激进

在通过《大清新刑律草案》的过程中，杨度将礼法之争从问题之争引向国家和家族的主义之争。^④以杨度为代表的法理派明确反对家族制度，杨度将当时中国相较于西方落后的原因归于家族制度，认为“封建制度与家族制度，皆宗法社会之物，非二者尽破之，则国家社会不能发达。”^⑤社会最终要推翻家族制度遗迹，实现个人本位。对于杨度提倡的国家主义，也有很多不同意见。张之洞在大清新刑律草案的签注中曾批评道，伤害尊亲属而致死或笃疾者，或不科以刑，是视父母与路人无异。劳乃宣提出旧律有关伦理各条如十恶、亲属相为容隐、干名犯义、犯罪存留养亲、亲属相奸、亲属相盗、发冢、犯奸、子孙违犯教令等应列入而未列入刑律正文。^⑥法部尚书廷杰认为应在正文后增加五条《附则》，“大清律中，十恶、亲属容隐、干名犯义、存留养亲以及亲属相奸相盗相殴并发冢犯奸各条，均有关于伦纪礼教，未便蔑弃。”^⑦梁治平在对清末变法的评论中，提出法理派将传统与现代完全界分，彻底抛弃传统，礼教派则“沟通新旧、兼收并用”，并“将家族主义扩而大之，修而明之，实现现代的国家主义”，^⑧这种做法更值得认可。日本在废除家族制度时，亦采取“先创造社会条件，后考虑法律变革”，^⑨将完善裁判、警察、救济等制度作为先行步骤。

但礼教派的失败，从戊戌变法到清末新政已是积重难返。在维新志士们看来，家族宗法结构是对个人权利的束缚。谭嗣同认为：“五伦貌合神离，强遏自然之天乐，尽失自主之权利”，^⑩提倡父子平等，消灭五伦。康有为按照“天赋人权”的理论，在《大同书》中提出“人人直隶于天，无人能间制之”，梁启超则总结该书为“最关键在毁灭家族”。这其中的思路，正像是路德和加尔文改革以“因信称义”，将个人与上帝直接关联，而家族制度正类似于被跨越的天主教阶制度。

起初，刑法草案只是修改了个别术语，并保留了《大清律例》中有实践特色的规定。1905年，张宗祥、董康参考日本《旧刑法》（1887年）起草了最早的《刑法草案》（稿本）。起草者概览诸国法律，认为只有日本和俄罗斯刑法在总则中规定了自首制度，其他各国都只是在分则罪名中有所体现，而中国的自首免罪源于唐律对于悔过的宽免。这部草案对自首的叙述较《大清律例》已经十分简要，将自首免罪改为减轻刑罚，既借鉴了日本刑法中“告诉权”等专业术语，又保留了《大清律例》“闻拿投首”“亲属带同投首”等规定，^⑪文本层面的刑法现代转型由此开始。1907年，冈田朝太郎起草的刑律草案条文

^② 梁治平：《礼教与法律 法律移植时代的文化冲突》，广西师范大学出版社 2015 年版，第 73 页。

^③ 参见陶希圣：《中国古代之氏族与家族》，载《国立中央大学法学院季刊》1931 年第 3 期。

^④ 参见陈新宇：《宪政视野下的大清新刑律——杨度〈论国家主义与家族主义之区别〉解读》，载《政法论丛》2014 年第 6 期。

^⑤ 杨度：《金铁主义说》，载刘晴波主编：《杨度集》，湖南人民出版社 2008 年版，第 256-257 页。

^⑥ 参见李秀清：《法律移植与中国刑法的近代化——以大清新刑律为中心》，载《法制与社会发展》2002 年第 3 期。

^⑦ 李贵连：《沈家本传》，法律出版社 2000 年版，第 306 页。

^⑧ 同前注^②，第 90 页。

^⑨ 张仁善：《寻求法律与社会的平衡——论民国时期亲属法、继承法对家族制度的变革》，载《中国法学》2009 年第 3 期。

^⑩ 谭嗣同：《谭嗣同全集》，蔡尚思、方行编，中华书局 1998 年版，第 299 页。

^⑪ 参见黄源盛纂辑：《晚清民国刑法史料辑注》，台湾元照出版有限公司 2010 年版，第 26 页。

更加接近现代刑法,同时删去了关于“亲属带同投首”的规定。

由于草案与《大清律例》差异太大,诸大臣在签注意见中表示出强烈不满。吉同钧认为,新刑律“延用东人起草,举中国数千年之礼教、服制、名分划除殆尽,其表面之文法、名词、条类尽用外式。”^②清廷又下谕制订新律,要求不可违背旧律所依托的礼教伦常。此次修改后,河南签注清单^③显示:“自首本律实以免罪为原则,此但言得减本刑一等,已不免误信东西法理,舍己从人。”最终版本的《大清新刑律》,无论在刑法体例还是实质内容上,都以日本刑法为蓝本,^④将自首免罪改为自首减刑,舍弃为首、相告言等规定。

(二)民初法律实践的保守

及至民国,胡汉民提出“国家社会本位”。他认为传统的“家族本位”的基础是农业社会,欧美的“个人本位”容易忽视社会利益,苏俄的“阶级本位”割裂了社会连带性。^⑤吴经熊认为当时西方盛行的社会本位与中国的民族性相似,西方“已从刻薄寡恩的个人主义立场上头,一变而为同舟共济、休戚相关的连带主义化了。”^⑥因此,“民国时期的法律发展,跳过个人本位而直接汇入社会本位这一世界最新潮流。”^⑦事实上,这种社会本位一定程度上是对清末绝对化国家主义观点的修正,其正当性上并不在于简单地回归旧传统。

在社会本位的整体趋势中,也有强调家族主义的历史片段。袁世凯为强调礼教在法律中的地位,聘请冈田朝太郎制定礼法混同的《暂行新刑律补充条例》,重新规定了亲属代为自首免予处罚。^⑧但从中国立法自主性角度,有学者认为将礼俗作为立法思想,与其说是刑法近代化的倒退,不如说是对国情和民俗的尊重。^⑨1935年刑法考虑到当时的国情,保留了亲等制度和服制图。总体来讲,无论是国家主义观点还是法律文本西化,民国比之清末都更加谨慎和顾及国情。

此外,受西方刑事学派的影响,此时对自首减免原理的认识也与以往有所不同。以李斯特为代表的刑事社会学派提出教育刑论,即教育犯罪者以使其重返社会。^⑩当时的学者也提出了这一新思潮与传统自首理念之巧合,“古代刑律自首,为儒家诛心为教之当然结果。近世刑事政策,实殊途同归。”^⑪尽管清末民国之际在法律文本和理论层面已经开始摒弃家族主义,但在司法案件中,办案人员仍采取过去利用犯罪者的家庭成员侦破案件的方法,案件的发现和解决仍依赖于家庭结构的整体性。民初警察局在抓捕犯人的过程中,比较广泛地采用审问和抓捕犯罪者亲属以逼迫犯罪者自首的做法,其中包括讯问和关押犯罪者的兄弟、妻子。在行为性质认定时,犯罪者即使出于担心家庭成员的主观目的被迫自首,警察局仍将之认定为自首。

下述案件中,在缉拿罪犯时,警察首先缉拿罪犯的兄长到案,命令其交出罪犯。罪犯本人迫于兄长被看押的现实压力而去投案,警察署实现了使犯人归案的目的。1915年,高升堂报案说自己的蓝布小褂等被窃,并称邻居的宋文治夫妇昨晚还在家,第二天却不见了,认为是宋文治盗窃财物逃跑。

^②吉同钧:《论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意》,载高汉成:《〈大清新刑律〉立法资料补编汇要》,中国社会科学出版社2016年版,第96页。

^③签注包括原奏(对草案的整体建议)和所附清单(个别建议)。

^④徐岱:《中国刑法近代化论纲》,人民法院出版社2003年版,第69页。

^⑤参见胡汉民:《社会生活之进化与三民主义的立法》,载《革命理论与革命工作》,上海民智书局1932年版,第793-806页。

^⑥吴经熊:《新民法与民族主义》,载吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第176页。

^⑦同前注^⑥,第132页。

^⑧同前注^⑥,第512页。

^⑨王立民、练育强、姚远主编:《西法东渐与近代中国寻求法制自主性研究》,上海人民出版社2015年版,第119页。

^⑩参见[日]西原春夫:《日本刑法的变革与特点》,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社1997年版,第1-17页。

^⑪林廷柯:《中华法系特有之自首制度》,载《法令周刊》1935年第250期。

房主高厚福将宋文治的兄长宋文平送去审问,要求宋文平送宋文治归案。当月六日,宋文治自己到警察署投案,其投案的原因是其兄被看押,并辩解说妻子被房主高厚福诱拐,后查明犯罪意图是报复高厚福。其行为已经触犯刑法,但考虑到他有坦白罪行的情节,对其宽恕,由兄长宋文治保领^⑫回家。^⑬

1916年,文中帮车夫替工,吴应权将一张一百元纸币交给文中,让他换零钱。不料文中拿钱逃走。吴应权报案后,让车夫海泉将文中的兄长文玉送到警察署追究责任。经过讯问,文玉坚持说自己不了解案情,也不知道弟弟藏在哪里,承诺自己愿意分期代为赔偿吴应权的损失,每月付五元。失主吴应权也不愿意打官司,认为文玉的说法可行。但后来吴应权索要时,文玉以各种理由拖延,吴应权就请求警察署追缴。警察署认为,吴应权之前自己放弃追究责任,现在因为钱没有还齐,就又把官署代为追缴,他本人既得到仁慈的名号,又得到收款的实惠。但警署确实在款项还清前一直有责任,除非将原犯文中抓获,才可案结事了。于是警察缉捕文玉,并让文玉的保人通知文中,由于案发已久自首不会有事,后文玉果然来自首。^⑭本案是失主要求讯问罪犯的兄长文玉,缉拿后文玉承诺代弟弟赔偿,后又未能按期付款,失主吴应权再次要求警署追查,警署抓人的方法是让罪犯兄长的保人通知罪犯本人,最终文中自首。本案同样是缉拿犯罪者的兄长,且有兄长代其弟赔偿的情节。

这一做法实际上是古代司法实践的延续。据《旧唐书》载,兴平县人上官兴醉酒杀人逃跑,官吏将他的父亲抓捕。上官兴为解救父亲,自首请罪。官员考虑到他为父自首,“有光孝伊”,请求特别减轻,以流配处罚。但当时的谏官王彦威认为,根据唐律,该案不符合发觉前自首的条件,杀人这种不可挽回的行为也不在自首之列,即使在逃亡问题上成立自首,杀人的罪责仍应追究。结果“诏竟许决流”。^⑮在本案中,上官兴犯罪,官府通过抓捕其父迫使其自首,另一方面,尽管上官兴自首的动机是解救父亲,统治者仍对其杀人行为予以法外宽减,以彰显对家族关系的维护和对孝道精神的褒扬。

另一案中,犯罪者因妻子被抓捕,尽管妻子不知情被保释,之后仍需协助抓捕。1915年,张果彬作为天源首饰铺的学徒,趁着老板于清泉不在,将店里的首饰偷走潜逃。于清泉报案要求捉拿张果彬,并认为张果彬的妻子张刘氏知情。于是警察署传讯张刘氏,查证不知情后张刘氏被保释,并被要求协助抓捕张果彬。此后张果彬自己到警察署投案,说于清泉曾借他的典地钱,多次索要他都不给,一时情急拿走首饰,典当三十元,听说自己被控告的消息后,就来投案。警察认为张果彬不是凭空盗窃,并且前来自首,情有可原,申斥后保释。^⑯本案中,张果彬逃走后,原告认为他的妻子张刘氏知情要求警察署传讯,妻子经传讯后被保释,警察仍下发函件令她协助抓捕其丈夫,丈夫回来投案,被认定自首。

在个别案件中,甚至出现了抓捕犯罪者全家迫使自首的做法。1935年,刘彦华报案称,李兴田到他家用菜刀砍伤其家人后逃跑。此前刘彦华曾和李兴田发生口角,被劝散后重归于好,今天李兴田又突然来到他家作案。于是警察署传讯李兴田的妻子、儿子、儿媳,他们都不知情,正要抓其子李洪斌时,李兴田前来自首。他辩解说自己到刘家后,刘耀海之妻索要赌债,于是争吵中发生伤害事件,作案后饮酒睡着了,次日早上才醒,投案动机是“恐连累他人”。警察认为饮酒不可能醉二十多个小时,李兴田就说只要不连累他人,自己甘愿领罪。于是,警署释放了与案件无关的李兴田妻子李张氏、李兴瑞及妻子李陈氏、李洪斌等四人。^⑰本案中,犯罪者逃跑后,警察署就抓捕了犯罪者李兴田的亲属四

^⑫ 此处的“保领”涉及的文书包括保状和领状,被告的保证人签具保状以保证被告人离开警察厅后能如期回来接受讯问,否则“惟保人是问”;领状则是由原告签署的在警察厅已领取到起保证作用的财物(货币或实物)的证明。

^⑬ 北京市档案馆,J181-019-07625。

^⑭ 北京市档案馆,J181-019-11484。

^⑮ 《旧唐书》卷一五七《王彦威传》,中华书局1975年版,第4156-4157页。

^⑯ 北京市档案馆,J181-019-10199。

^⑰ 北京市档案馆,J181-021-36793。

人,直到李兴田归案后,才释放这四名与案件无关的亲属。而李兴田之所以投案自首,也是不想连累这四位亲属。

由上述案例可见,案发后,警察署通常采取传讯家属等可能知情人的方法,如兄弟、妻子或雇员,案犯常迫于家属被看押的压力,放弃潜逃而选择投案。警察署将这种情况按自首从宽处理。因此,无论对于主动投案的理解,还是对于个人责任的归属,民国初期的司法实践还是非常传统的。一方面,警察在司法时有意识利用了家庭一体这一实在的关系;另一方面,将顾及亲属而被迫投案的行为认定为自首,也部分体现了对传统自首的回归,但又缺乏传统自首的主动悔过之要求,毕竟,这些案件中无论亲属还是犯罪者本人,都是被迫归案的。

该时期的自首法律实践所体现的治理结构仍是“国家—家族—个人”模式。虽然法律表达层面仿行以日本为代表的西方成法,革除传统价值和制度资源,一律采用西方的法律思想和概念术语。但在自首制度的司法实践当中,大量自首案例都通过家庭连带关系实现,在犯罪人逃逸之后,警察惯用的方法是传唤犯罪者的亲属,关押其兄弟,托家人传话等,犯罪者最终多出于不牵连家人而到警署自首。这种做法仍是将家庭视作一个整体,而非无关联的个人的集合,这一司法模式的客观结果更会以外在压力塑造家庭成员的共存意识,作用机制也是通过家庭或家族而作用于个人。也可以说,自首的司法实践强制性地利用了家族成员的连带关系以实现国家刑罚权。

相比于以清代为代表的传统自首制度,民初自首制度的表达与实践背离更加明显。传统自首在表达和实践中都将家庭成员视为一体;制度上承认亲属为首、相告言,价值上维护家族秩序,实践中依照法律规定给犯罪人以减免;而民初自首则在表达层面无异于西方制度与理念,实践中却因循传统自首的法律认定。另外,其对家族/家庭结构的利用比传统时代更加偏向工具主义,甚至不惜舍弃作为自首减免主要依据的主动性要件,强制性地使用近似“连坐”的方法抓捕犯罪者亲属,迫使犯罪者归案,又将此被迫投案视为自首。在这样的司法实践中,传统的家结构仅在实用的意义上被使用,传统的自首原理也以实用主义为原则重新裁剪拼接,外形看似接近传统自首,内在精神又相去甚远。

三、置换与默许:现代自首制度中的个人与家庭

“从晚清到‘五四’对家族为核心的传统社群摧枯拉朽式的批判,使得各种各样的传统大我迅速解体为从家族、地缘和信仰共同体中出走成为独立的自我。”^④武树臣教授将中国历史上的法律价值观统称为“集体本位”,包括西周、春秋的家族本位,战国、秦朝的国家本位,西汉至清末的“国家·家族本位”,国民政府时期的“国家·社会本位”,新中国成立至文革结束的阶级本位,当前为“国家·个人本位”。^⑤事实上,家庭联结不仅是客观延续的历史事实,也是有待思考的现实情况。瞿同祖认为:“中国法律的主要特征表现在家族主义和阶级概念上。二者是儒家意识形态的核心和中国社会的基础,也是中国法律所着重维护的制度和秩序”。^⑥陈顾远也认为:“对于国家之团结,与其使个人经由各种方式集合之,实不如利用固有之家族组织集合之,收效最为宏大。”^⑦

在立法和理论层面,现行刑法基本上取消了家庭在责任认定中的作用,将有家庭成员参与的自首理解为亲友意志对犯罪者选择的影响,犯罪者最终获得的罪责减轻仍是基于其受影响后的个人意志。而自首减刑的原因,则主要是特殊预防的效果和司法经济的原则,即对犯罪者主动提供犯罪信息、节省国家司法资源的奖励,其实质更接近交换或交易。

^④ 许纪霖:《个人主义的起源——“五四”时期的自我观研究》,载《天津社会科学》2008年第6期。

^⑤ 参见武树臣:《爱国主义与以人为本——“国家·个人本位”法律价值观的现代诠释》,载《河北法学》2012年第7期。

^⑥ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2017年版,第12页。

^⑦ 陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版,第249页。

刑事责任只能就行为人个人所实施的行为而承担,不能以行为人属于一定的团体为由而让其对他人的犯罪承担责任,这就是所谓的个人责任。^② 罪犯在承担刑事责任时,刑罚只及于犯罪者本人。根据自由意志理论,犯罪人本身有其自由意志,其犯罪行为实际上是对其自由意志的侵害,所以处罚他,正是尊敬他是理性的存在。^③ 罪责自负对应的是株连,现代刑事追责原则实现了团体责任向个人责任的变迁。^④ 不过,在刑法中,入罪时应本着严格主义无可厚非,但出罪则可从有利于被告人的角度适当宽缓,以实现刑法的谦抑原则。有亲属参与的自首形式,本身属于类似出罪的减刑情节,罪责自负原则并不足以成为对其从宽处罚的解释障碍。

(一) 亲属陪首、送首的原理置换

在立法层面,1979年刑法与1997年刑法关于自首的规定并无不同。1979年刑法颁布后,最高人民法院通过三次司法解释对有亲友参与自首的性质分别进行了澄清。从认可亲属规劝、陪同、送首的自首效力,到排除“捆绑”送首等极端情形,进而将犯罪者本人意志作为中心,并考虑亲属送案的主观意志以确定其行为对犯罪者量刑的影响。三次司法解释对于亲属帮助自首的限制越来越严格,亲属与犯罪者的主观意志在法理上被严格区分开来,亲属行为仅可依附于犯罪者意志而对量刑起作用。这一主客观相统一的解释方法,把基于家庭结构的行为纳入了个人主义的法理范畴中。

1984年4月16日颁布的《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》^⑤在解读“送子女或亲友归案”的性质时,认为:“并非出于犯罪分子的主动,而是经家长、亲友规劝、陪同投案的,无论是公安机关通知犯罪分子的家长后,或者家长、监护人主动报案后,犯罪分子被送去归案的,只要能如实地交代罪行,并接受司法机关的审查和裁判,都应按投案自首对待。”^⑥此条对于自首的认定,是“惩罚与宽大相结合”政策的具体实现,投案自动性认定上承认亲友对到案的帮助作用,其他要件则与普通自首相同。

1998年4月6日,最高人民法院颁布了《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》,规定:“并非出于犯罪嫌疑人主动,而是经亲友规劝、陪同投案的;公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友,或者亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的,也应当视为自动投案。”^⑦该文件取代了1984年的文件,二者核心内容一致,而1998年解释用语更加简练规范,适应“无罪推定”原则将“犯罪分子”改为“犯罪嫌疑人”,确定“亲友”以扩大主体涵盖范围,将本条内容缩减为投案自动性的认定,不再赘述其他要件。

2010年2月8日《关于贯彻落实宽严相济刑事政策的若干意见》对于亲属以不同形式送被告人归案或协助司法机关抓获被告人而认定为自首的,原则上都应当依法从宽处罚。有的虽然不能认定为自首,但考虑到被告人亲属支持司法机关工作,促使被告人到案、认罪、悔罪,在决定被告人具体处罚时,也应当予以充分考虑。

2010年12月22日发布的《关于处理自首和立功若干问题的解释》,作为宽严相济的刑事政策的具体落实,以1998年的解释为根据制定该意见。该意见排除了极端情况中的自首认定,即“犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关,或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为,并如实供述犯罪事实的,虽然不能认定为自动投案,但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。”在

^② 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第38-39页。

^③ 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第103页。

^④ 参见郑延谱:《罪责自负历史演进理论根基与刑法贯彻》,载《北京师范大学学报》2014年第4期。

^⑤ 该解答的内容已被1998年5月最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》及相关规范性文件所替代,于2010年12月22日被废止。

^⑥ 《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》。

^⑦ 《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》。

这两种情形中,犯罪嫌疑人均没有主动投案之意志,甚至与主动投案的意志相反,这就将 1998 年解释中的“亲友送去投案”的范围进一步缩小,同样的情节从过去的法定从轻变为酌情从轻。

对此,2011 年 8 月 15 日,最高人民法院刑一庭参与起草意见者撰写刊发了“《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》的理解与适用”,特别强调自首和立功的认定关乎“保留死刑,严格控制和慎重适用死刑”的政策,对于自首本质的理解包括两方面,一方面是自首体现的悔罪态度、有特殊预防效果,另一方面是节约司法资源的经济性效果。对于“陪同自首”和“送子自首”的认识,“意见”不认为应将亲属舍弃亲情、大义灭亲以使嫌疑人得到从宽处罚的行为视为自动投案,因为这种归案方式违背了作为自首本质的主动性和自愿性,以及主客观相统一的刑法原则。因而,处理时应当区分亲友的意愿,出于使犯罪者获得从宽处理的目的之情况可以酌情从轻,出于痛恨而“送子归案”的情况可以不予从轻。^⑤ 这里的从轻,是基于对亲友“大义灭亲”行为的鼓励,酌情实现其意愿的从宽结果。这一解释重新在个人行为责任意义上定义了主动性和自愿性,并解构了共同参与作为家庭成员的一体结构。对于自首的本质,则完全基于西方的犯罪预防理论和司法经济性来认识。但是,对自首本质的认识不应只依托于相似的刑事理论,而应基于自首制度本身的历史脉络,以及宽严相济刑事政策的历史沿革来理解。

(二)自首司法实践对家庭结构的依赖

条文的规定是一回事,法律的实施是另一回事。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。尽管在整个法律现代化的大趋势之下,自首的法律表达越来越契合现代话语体系下的个人主义思想,但在法律实践中仍普遍依赖于家庭关系。目前我国刑事法律中涉及亲属与个人的关系,或者说责任自负原则及其妥协的规定,包括亲属相盗、窝藏、包庇罪、亲属拒证、亲属代为赔偿、亲属退赃、退赔、亲属陪同自首等。在个别规定上,立法也有对家价值的回归。例如,2012 年修改前的《刑事诉讼法》第 60 条规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”修改后的《刑事诉讼法》第 188 条则赋予被告人的近亲属可拒绝出庭作证。^⑥

中国裁判文书网公布的自首案例中,援引 1998 年《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》“亲友规劝、陪同投案、送去投案”规定(以下简称:“解释”)的超过一万件,援引 2010 年《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》“亲友捆绑、带领抓捕”规定(以下简称:“意见”)的超过一千件。其中,2011 年到 2015 年间,引用二者的案件分别为 9304 件和 757 件。由于这些案件中的绝大多数涉及交通肇事后“在现场等待”^⑦的情形,本文以 10 件跟文章主题更为贴近的案例来说明亲属在促成犯罪者自首过程中的作用。

1. 亲属报案、提供线索

2011 年 11 月 5 日,被告人张某无证驾驶无牌二轮摩托车载其妻周某在路上行驶时撞到行人徐某致死。案发后,被告人张某之妻周某打电话报警,张某在现场等候公安机关的处理,在公安人员到达后,张某如实供述了驾车肇事的经过。法院认为,案发后该犯明知他人已报警,仍在现场等候公安机关的处理,抓捕时无拒捕行为,供认犯罪事实,应属自首,加之其取得了被害人亲属的谅解,犯罪情节较轻,系初犯、偶犯,有悔罪表现,没有再犯罪的危险,按交通肇事罪,判处有期徒刑一年零六个月,缓刑二年。^⑧ 本案中,被告人之妻打电话报警,按照“明知他人报案而在现场等待,抓捕时无拒捕行为,供认犯罪事实的”这种自首情形进行认定,这里不区分报案人与犯罪者的关系,以在现场等待的事

^⑤ 参见中华人民共和国最高人民法院网, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-3023.html>, 2019 年 5 月 23 日访问。

^⑥ 《刑事诉讼法》使用“近亲属”这一概念,而《刑法》及解释则采“亲友”的宽泛范围。《刑事诉讼法》此处规定的可以拒绝出庭作证的近亲属限于被告人的配偶、父母、子女,不包括第 106 条列举的同胞兄弟姊妹。

^⑦ 法发〔2010〕60 号最高人民法院关于处理自首和立功若干问题的意见。

^⑧ 参见山东省即墨市人民法院(2012)即刑初字第 121 号刑事判决书。

实为主要的判断依据。另一案中,被告人黄某某与覃甲打架,二人均不同程度受伤。黄某某的亲属黄乙等人得知消息后,赶到现场并向公安机关报警,次日覃甲死。法院按照“明知他人报案而在现场等待,抓捕时无拒捕行为,供认犯罪事实的,视为自动投案”,按自首对其减轻处罚。^② 本案中,亲属在获知犯罪信息后,到现场了解情况并报警,法院主要考虑其在现场等待的情节,亦不论报警人与被告人的关系,按照明知他人报案的自首处理,并判决予以减轻处罚。

2013年7月30日,被告人宋某之父亲宋某乙向公安局民警提供了被告人宋某可能贩卖毒品的线索,并报案请求公安民警抓捕被告人宋某。经查明,宋某卖出0.85克冰毒,收取人民币200元。公安民警在现场查获被告人宋某正在分装的冰毒6.34克。法院认为宋某虽然不能认定为自动投案,但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。^③ 本案中,宋某犯罪,其父亲向公安机关提供线索帮助抓捕,对于其父这种“大义灭亲”的行为,法律规定“应予充分肯定和积极鼓励,在量刑时一般应当考虑犯罪嫌疑人亲友的意愿,参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。”^④对父亲举报儿子的行为,实际上也采用了参照自首的处理办法,实际上也区分了普通人举报和家人举报的不同,如果是普通公民之间则无所谓举报意愿的判断。法律对亲属“大义灭亲”的奖励,落实为对犯罪者的从轻处理,如果没有对家庭/亲属关系特殊性的承认,很难解释行为后果在两个主体间的转移原理。

2. 亲属控制被告人

2013年9月8日,被告人苏某某去晒谷子时,因其婆婆刘某某往晒谷坪内泼水引起争执,后苏某某持锄头击打刘某某头部致死。犯罪后苏某某跑回娘家,其父苏丙向村主任了解案情,得知受害人死亡后打电话报警。案件审理时辩护人提出苏某某有自首情节,但法院认为苏某某是基层组织得知案情后报警,并由基层组织和苏某某父母将其控制在家中,并非苏某某到公安机关和基层组织投案,不属于自首,但是,可参照自首的法律规定酌情予以从轻处罚。^⑤ 本案被告人犯罪后,首先将犯罪事实告知父母,父母在被害人死亡后联系基层组织负责人,一起将其控制在家中,并最终报案。司法解释规定“亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的,也应当视为自动投案。”本案事实与该解释的区别在于报案和控制都有基层组织的参与,法律视基层组织与公安机关性质一致,如果“犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案”,也视为自动投案的自首情形,因此本案因基层组织掌握案情不具备案件“未发觉”的要件,犯罪者父母的控制行为仅作为酌定情节予以考虑。

2014年4月17日,被告人林某因反感家人欲送其接受精神治疗,将过路人吴某甲捅伤,又在逃离过程中捅伤被害人吴某乙、许某。犯罪者的妹妹林某甲将其带回村中,并由其亲友向公安机关报警抓获。由于林某在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为,参照自首从轻处罚。^⑥ 本案发生后,亲属报案并带领抓获,与前述案件相同,被告人自己虽然没有自首,但因亲属所作性质类似自首的行为可以参照自首从轻处罚。

3. 亲属扭送被告人到案

2014年3月9日,被告人杨某某在珠宝店盗走袁某某放于店内柜台上的“苹果”IPAD2平板电脑,卖得赃款人民币200元用于购买吸食毒品。2014年3月11日,杨某某的亲属扭送其至受害人珠宝店内,袁某某报警将其抓获。根据下述规定,即“犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关,或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为,并如实供述犯罪事实的,虽然不能认定为自动投案,但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。”认定被告人杨某某不成立自首,但可以从轻

^② 湖南省麻阳苗族自治县人民法院(2013)麻刑初字第104号刑事附带民事判决书。

^③ 湖南省永州市新田县人民法院(2013)新法刑初字第104号刑事判决书。

^④ “《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》的理解与适用”。

^⑤ 湖南省武冈市人民法院(2013)武刑初字第300号刑事判决书。

^⑥ 福建省福安市人民法院(2015)安刑初字第183号刑事判决书。

处罚。^⑦ 该盗窃案件中,犯罪者亲属将犯罪者扭送至失主处,失主报警将犯罪者抓获。犯罪者本身因扭送的形式缺乏自首的主动性和自愿性,但根据其亲属的扭送行为对犯罪者予以从轻处罚。按照目前刑法理论主客观相统一的原则,犯罪者既没有客观上的投案行为,也没有主观上的投案意愿。但其亲属有送交处理的行为和希望对其从宽处罚的意愿,法律因此对犯罪者从轻处罚。

4. 亲属带领抓捕

2007 年 8 月 14 日,被告人周某与他人发生纠纷后,进入酒吧随意殴打酒吧内的人员,任意毁坏酒吧内的财物,造成酒吧内的多名人员受伤、部分财物损坏。2011 年 9 月 2 日,周某的亲属带领公安人员将周某抓获。根据《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》,被告人周某系亲属带领公安人员抓获,不能认定为自动投案,但是可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。因此,法院决定对其适当从轻处罚。^⑧ 本案中亲属带领公安人员抓获犯罪者,同样属于司法解释规定的酌情从轻情节,法院即按照司法解释的规定对被告人予以从轻处罚。

2015 年 6 月 7 日,被告人梁某在程某小卖部内抢得程某的一根重约 12 克、价值为 3576 元的黄金项链,换了毒品吸食。2015 年 7 月 1 日,梁某的母亲希望配合公安机关将梁某抓获,挽救梁某,公安局在梁某家中将其抓获。法院认为被告人在亲友带领公安人员前来抓捕时无拒捕行为,可以从轻处罚。^⑨ 本案犯罪者的母亲明确出于挽救犯罪者的目的而向公安机关报案,协助抓获为吸毒而犯罪的儿子。法院按照亲友带领公安机关抓捕的司法解释,不认定自首,但参照自首予以从宽。司法解释虽然以“亲友”和“亲友意志”的概念解构了家庭一体的现实情况,但绝大多数案件的实际参与者都是父亲、母亲、妻子这样的近亲属,而且他们的意愿普遍在于使犯罪者得到挽救和减轻处罚。

2015 年 7 月 25 日,王某某与被害人李某由于之前有矛盾,王某某驾车连续撞击李某两次,下车后拿砖头准备砸李某时,被秦某拉开。案发后,公安机关在王某某的祖父王某的带领下,将正在家中睡觉的王某某抓获。法院认为,虽然王某某不构成自首,但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。^⑩ 本案也是在犯罪者不知情的情况下,由犯罪者的祖父带领公安机关将其抓获,法院按照亲属带领抓获的司法解释,对犯罪者参照自首从轻处理。

戚某在他人犯罪后帮助抛尸,经共同犯罪人供述,2008 年 4 月 17 日,公安机关到戚某父亲戚某某单位,讲明案件缘由,戚某某随即通知了戚某,戚某到其父亲办公室被公安人员带回调查。法院判决戚某帮助毁灭证据罪,但考虑到其具有自首情节,依法可从轻处罚,判处有期徒刑一年零九天。^⑪ 本案中公安机关在了解案情后,找到犯罪者的父亲通知犯罪者,并在其父亲的协助下抓获了犯罪者,法院将此认定为自首并予以从轻处罚。这一事实符合司法解释的下述规定,即“公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友,将犯罪嫌疑人送去投案的,也应当视为自动投案。”犯罪者的父亲配合抓获犯罪者,犯罪者因此获得自首减刑的认定,整个过程都体现着家庭关系在司法运作中的实际作用。法律将此认定为自首,体现了法律认可家庭成员之间的客观联系,同时也体现出家庭与国家在犯罪案件中的互动关系。

因此,在对待家庭这一问题上,目前的法律表达与实践是既抱合又背离的。立法上不把家庭作为考察单位,而通过主客观相统一的原则将责任归于特定主体。在条文中否定亲属之间相互保护的天然倾向,如刑法规定犯罪发生后亲属的帮助行为构成窝藏包庇罪。但是,司法实践中却运用这种亲属的连带关系影响犯罪者,甚至为鼓励这种影响而对犯罪者予以刑罚的减轻。很多案例都有警察请家

^⑦ 参见云南省昆明市寻甸回族彝族自治县人民法院(2014)寻刑初字第 175 号刑事判决书。

^⑧ 参见四川省泸州市江阳区人民法院(2012)江阳刑初字第 40 号刑事判决书。

^⑨ 山西省晋中市祁县人民法院(2015)祁刑初字第 101 号刑事判决书。

^⑩ 参见河南省鹤壁市人民法院(2016)豫 0621 刑初 39 号刑事判决书。

^⑪ 参见陕西省西安市灞桥区人民法院(2012)灞刑初字第 00064 号刑事判决书。

属帮助规劝、家属主动赔偿损失的情节；大多数的职务犯罪都有妻子代为归还赃款的情节；大量的激情杀人都有家属报警、劝犯人自首的记录；尤其在海外追逃追赃的实践中，由于引渡条约和刑事司法合作协议作用的有限性，跨境追逃的成本高昂，虽然有多达九种追逃追赃的方法，但“劝返”这一途径效果尤为明显，它的实现则主要通过家属帮助规劝以及犯罪者与其家属的亲情难却。

当前刑法归责的基础仍建立在个人主义之上，但家庭因素在司法实践中的作用也不可忽视，尽管理论上是“国家一个人”的直接关联，实际则整体呈现为“国家—（家庭）一个人”的结构。在表达层面，法律强调个人意志，将家属的影响依附于个人意志本身，如家庭成员将犯罪者送去自首的情形，必须不违反犯罪者本人的意志时才认定为自首，也就是说，最终的判断标准仍然是犯罪者的个人意志。但在缺乏犯罪者投案意愿和行为、同时又有亲属协助抓捕的案件中，几乎都参照自首酌情从轻。这一从轻的法理依据又是罪责自负原则所无法解释的，由于没有实现亲属与犯罪者本人的主客观方面的一致，也不能通过主客观相统一的原则进行认定，即使是对大义灭亲行为的奖励，也无法理所当然地将这一奖励转移给犯罪者。因此，只有从家庭成员超越一般主体间关系的角度，才能理解量刑从轻的具体发生机制。进而，这一经验事实应当纳入刑法理论，实现对罪责自负和个人主义的修正与补充。

四、结 论

罪责自负理念将个体行为作为调整对象有两层含义，一方面，国家追究刑事责任时，不能将其他人应负的责任归于特定个体；另一方面，特定个体应当承担的责任，也不应转嫁他人。在实践中，第一层面的含义由于其非常明确地反对株连，已经得到比较充分的实现；但第二层面的含义却因为个体之间的合意情况而不甚清晰。具体到刑罚种类，人身处罚方面更大程度上实现了罪责自负，而财产处罚却因为亲属情谊以及同居共财关系而出现自愿帮助或代替负责任的情形，国家法律对此也并不禁止，甚至通过给予犯罪者量刑减轻的规定，客观上鼓励家庭成员之间共同承担责任。因此，刑法在个人主义的思路上并不是一贯的。此外，虽然在追诉阶段，不允许亲属有窝藏、包庇行为，甚至规定与常人相同的作证义务；但在刑事责任承担的阶段，又允许家庭整体共同承担，将亲属帮助退赃、赔偿、自首等行为作为减轻刑罚的重要依据。故而在程序和实体、过程与结果中也未贯彻个人主义的原则。

在自首的司法实践中，家庭成员常常在犯罪者的自首动机方面有重要影响，而法律所扩展的“亲友”概念，实际案件中出现者仍限于近亲属的范围，也就是说，这种通过扩大外延而淡化固有家庭共同体概念的做法并没有充分的现实基础。而且，司法解释也明确规定了亲友捆绑犯罪者送交司法机关和亲友揭发逮捕的情形，虽然此中犯罪者不具备自首的主动性和自愿性，判决时仍可参照自首酌情从轻。既然“送子归案”中犯罪者本人没有主动性，上述的酌情从轻则主要参考送案亲属的意见，出于从宽目的者则从轻，出于痛恨的动机的则不从轻。但后者现实中极少发生，仅在强调亲属意志独立性的逻辑层面有价值，真实案件中则鲜有实际意义。总的来说，在自首案件中，虽然法律不认可亲属之间与普通个体之间关系的差异，但在实用层面却默许这种机制发挥作用。

现代法律淡化家庭观念的背后，有国家治理能力的增强、工业社会对家庭组织依赖的降低作为其现实基础，也有从团体责任向个人责任转变的进化史观作为其理论依据。但实践中，家庭作为连带性治理的第一环，作为实现成本最小化的统治技术，仍然存在于社会治理的各个领域之中。尽管中国正经历着从以生育、婚丧互助共济的代际关系为中心的大家庭转向以夫妻关系为中心的核心家庭，但以家庭为单位的养育、养老、甚至生存体制，目前仍是普遍事实。

诚如黄宗智教授所言：“认识到家庭经济单位的十分不同的逻辑——它的特殊劳动力组合以及它对待劳动、投资、房子、老人赡养、婚姻和孩子教育的不同态度——才能够建立更符合当代中国多方面

的实际的社会科学。”^②尽管立法改革试图建立一种以个体为基础的国家主义导向的现代法律,但实践中仍绕不开相沿不改的家庭结构。在自首法律实践中,家庭因素一直发挥着重要作用。虽然历史上各个时期的法律对亲属行为的认定和引导方法各有不同,但可以肯定的是,比起逻辑自洽的条文排列和推定合理的制度移植,切合实践问题和现实关怀的理论和制度生成才是更可取的。

(责任编辑:杜小丽)

The Changes of Familism in the Practice of the System of Voluntarily Surrendering Oneself

JIANG Zhengyang

Abstract : Under the structure of "integrated families and the state" in the imperial era, the value of family was included in the law; since modern times, due to the influence of introduction of western law to eastern countries, the factor of family considered in the system of voluntarily surrendering oneself has gradually been excluded from the modern jurisprudence, which is directly related to change of the social structure that the system relied on from "individual-family-state" to "individual-state". However, looking back on the practical history of the system of voluntarily surrendering oneself, the structure and value of family have showed continuous and stable effectiveness, and its role has not been abolished due to the evolution of the system. Although familism was rejected by the legal reform in late Qing dynasty and criminal theories in the early Republic of China period, the family members of the offenders in criminal cases played an important role in criminal justice, as was shown in the archives in the early Republic of China period. Up to today, in the situations of persuading a criminal to voluntarily surrender and sending a criminal to surrender, the judicial interpretations also include such family member's assistance in the criminal's voluntary surrender into the system of unifying subjective and objective aspects to influence the sentence to encourage a criminal's relatives to play a role in solving a case. Therefore, it is necessary to review the contradiction and balance between the principle of bearing responsibility for one's own crime and the family order in consideration of criminal law from the perspective of practice.

Keywords : Voluntarily Surrender Oneself; the Principle of Bearing Responsibility for One's Own Crime; Familism; Individualism

^②黄宗智:《中国的现代家庭:来自经济史和法律史的视角》,载《开放时代》2011年第5期。