

# 举报犯罪应当是法定义务吗？ ——基于刑事诉讼法第 108 条的法理思考

郭 忠

〔摘 要〕 现行刑事诉讼法对举报义务的设置并不妥当。从举报的社会功用层面看,举报虽有着维护法律制度运行,建构制度信任的重要功用,但不可避免地存在着破坏人际信任的代价。当举报成为法定义务时,告密行为也同时得到激励,行为人可将自身的道德责任转移给法律,并有可能促使“告密者难题”的出现。举报义务从根本上看,是“德自法出”的秩序模式的产物,它出于对法律制度的绝对维护而忽视了社会自生道德秩序的应有地位,忽视了人性的根本需要。只有把举报视为权利,才能更有利于人性的培育和个体道德意识的成长。

〔关键词〕 举报义务;道德责任;告密;信任

举报制度是中国法律制度的重要组成部分。尽管中国目前尚未有专门的《举报法》,但在中国的法律体系中,已有 125 件现行有效的法律包含了举报或检举的相关规定,在所有现行有效的法律文件数量中占比接近 1/3;而在所有的中央法规、司法解释和地方法规规章中,包含举报或检举规定的文件已达 101671 件。<sup>①</sup>由于举报是法律监督的重要形式,也是某些重要法律程序启动的主要原因,所以法律的运行对它有着极大的依赖性。在中国的现行有效的法律中,举报或检举一词极少和义务挂钩,大多数将它作为公民权利(包括现行宪法),或与相关国家机关职责联系在一起,但在现行刑事诉讼法第 108 条中却出现举报同时为权利和义务的情形:“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人,有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。”通过查阅《世界各国刑事诉讼法》<sup>②</sup>发现,书中收录的各国刑事诉讼法均未有把举报作为公民个人义务的情况,举报一般是作为权利予以对待。有个别国家,如韩国甚至对举报做出了限制,不得举报本人或配偶的直系亲属。<sup>③</sup>有一些国家如奥地利、荷兰和克罗地亚规定了报案义务,<sup>④</sup>但报案和举报显

郭忠,法学博士,西南政法大学行政法学院教授、博士生导师(重庆 401120)。本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观融入基层社会治理研究”(17VHJ006)的研究成果。

①北大法宝,2018-1-24, <http://www.pkulaw.cn/>。所有数据是通过北大法宝,在全文中检索关键词“举报”“检举”得出的文件数,在北大法宝中查出的现行有效的法律文件为 426 件,包含检举或举报的文件占 29.3%,近 1/3,但这个数字并非全为规范性文件,也包括了人大常委会修改法律的一些决定。

②孙谦、卞建林、陈卫东:《世界各国刑事诉讼法》,北京:中国检察出版社,2016 年。

③参见孙谦、卞建林、陈卫东:《世界各国刑事诉讼法·亚洲卷》,北京:中国检察出版社,2016 年,第 250 页。

④参见孙谦、卞建林、陈卫东:《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷》,北京:中国检察出版社,2016 年,第 17、869、977 页。

然有区别的。<sup>①</sup>

那么,举报是否可以作为法定义务呢?<sup>②</sup> 本文试图从社会信任、道德责任和道德秩序等多方面展开讨论。

## 一、举报的正当性:从社会功用层面分析

权利和义务的概念内涵都有行为的正当性之义,但权利的正当性和义务的正当性有所不同。权利的正当性有着主体的自由判断,它可以行使,也可以放弃,同时权利不得滥用;而义务的正当性无自由判断特性,它是必为的,不得放弃的。因此,义务比权利对正当性有着更高的更严格的要求。要判断举报能否成为义务,必须对其是否正当进行严格论证。需要说明的是,本文将要进行的正当性分析并非是从举报的价值层面,而是从社会功用层面进行的分析,即从举报满足社会需求的功用方面来进行认识。

举报的本质在于将社会越轨行为委托给公共权力处置,在一个需要通过国家权力处置越轨行为的社会里,权力的行使必然对举报有着高度的依赖。因此,举报行为的正当性是建立在公共权力的正当性基础上的,如果我们承认一个社会需要公共权力,那么就必须承认举报的正当性。

然而,举报同时又存在着一个孪生兄弟叫“告密”,二者仅从行为表象上看难以区分。告密一词简单地讲就是对他人秘密活动的告发,但它在我们日常生活中属于贬义词,在道德上不具有正当性,因为其词义的背后隐含着不道德的动机——为实现一己之私而去陷害他人。而举报之正当性在于动机正当性,它是出于正义感,为制止违法行为而实施的正义举动。

告密不正当还在于,由于告密者和所告之人曾存在紧密的社会联系,他们相熟、相知、甚至有亲密关系或血缘关系(告密者因此知悉他们的秘密行为),他所违背的是一种常识性社会道德:一个人在相互信任、友爱的亲密关系中不得因一己私利而背信弃义,在亲密关系中个体之间存在着彼此信任和相互扶持的不成文道德义务。

这些价值为每个社会所尊崇,乃是因为它是建立社会信任关系的必需,社会交往的正常开展与社会信任有密切联系,可以说信任是社会需求的体现。社会对信任的需求可以体现在心理层面、伦理层面、经济层面和秩序层面。

从心理层面上看,信任作为一种心理需求源自婴幼儿时期,是人的生命过程中作为人的本性的需要。约翰·鲍比(John Bowlby)认为,依恋是人类之间持续性的心理关联,个体在童年时对主要的照顾者的依恋,是信任形成的生物学基础。<sup>③</sup> 艾里克森(Erikson)认为,只有当婴儿与照顾者建立了良好的信任基础后,他对其他人才会产生信任感,才会因此产生安全、可靠的感受,否则成年后其一

---

<sup>①</sup>报案是指单位、个人以及被害人发现有犯罪事实发生,但尚不知犯罪嫌疑人为何人时,向公安机关、人民检察院、人民法院告发的行为;举报是当事人以外的其他知情人向有关机关检举、揭发犯罪事实或者犯罪嫌疑人线索的行为。参见宋英辉、陆敏主编:《中华法学大辞典(增补本)·诉讼法学》,北京:中国检察出版社,2001年,第77页。

<sup>②</sup>本文将出现在法律条文中的任何义务视为法定义务,即使是违反该义务无需承担任何法律责任的义务,也不能视之为道德义务,比如“高等教育法”第53条中高等学校学生应当“尊敬师长,刻苦学习,增强体质”的义务。笔者认为道德义务和法定义务的区别在于:从道德上的应当转为法律上的必须,违反法定义务将具有不同程度的违法性,但并不必然和法律责任相联系。当然,“高等教育法”中将学生的道德义务转化为法定义务值得商榷。而刑法中的“举报义务”也必须视为法定义务,在司法实践中也是被直接认定为法定义务的,比如:(2017)最高法民申4866号《安徽省粮油食品进出口(集团)公司、安徽丰原集团有限公司股权转让纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》,(2018)最高法民申242号《宁夏东宇实业有限公司等诉金宝成民间借贷纠纷案》裁定书。在(2017)黔0382民初2883号《杨映诉仁怀市公安局交通警察大队劳动争议案》判决书中,法院直接认定违反举报义务是违法,且需要承担由此而引发的法律责任。

<sup>③</sup>翟学伟、薛天山:《社会信任:理论及其应用》,北京:中国人民大学出版社,2014年,第14页。

生极可能在焦虑与怀疑中度过。<sup>①</sup>从艾里克森的基本信任观念出发,吉登斯(Anthony Giddens)进一步指出信任同本体性安全密切相关。信任形成之初的一个基本特征,是确信照料者还会回到身边,信任的存在阻断了种种存在性焦虑。如果基本信任没有建立起来,后果便是存在性焦虑的持续。<sup>②</sup>为了避免不安全的持续性焦虑,人们通过固定的家庭、固定的朋友、固定的村落来获取彼此间的信任,以开展持续性的社会交往。

从伦理层面上看,信任构成了社会美德的基础。所有的社会美德都是人与人之间关系中的美德,这些美德都是以人与人之间信任为基础展开的。信任一个人或一个组织就是相信对方不会危害自己,能够通过接纳自己来开展合作,谋求共同的利益。这种信任产生的心理机制来自于儿童在家庭中获得的不离不弃的照料和关心,因此才能使一个人面临社会时不至于产生太多的戒备、怀疑和不安全感。只有消除了戒备,人与人之间才能放心地彼此付出并得到对方的回报。社会美德就是社会中的个体对他人或集体的一种付出,通过对他人敞开自己,并有益于对方,来获取社会的紧密结合和彼此之间的安全的感受。仁慈、公正、诚实、友善、勇敢、节制等等社会崇尚的美德,无一不是建立在人们彼此之间相互接纳和信任的基础上的,可以说没有信任就没有美德存在的根基。

从经济层面看,信任是一种重要的社会资本,它降低了交易成本,社会经济的繁荣与此密切相关。按卢曼(Niklas Luhmann)的观点,信任他人是一种风险投资,面对世界不可控制的复杂性和不可预测性,信任是一种把复杂性予以简化的机制,<sup>③</sup>实际上从经济上看,简化交往的复杂性就等于是降低交易成本,从而促进经济增长。在不少学者看来,信任属于一种重要的社会资本,帕特南(Robert D. Putnam)认为:“社会资本是指社会组织的特征,诸如信任、规范及其网络,它们能够通过促进合作行为来提高社会效率。”<sup>④</sup>福山(Francis Fukuyama)认为,社会资本是由社会或社会的一部分普遍信任所产生的一种力量,<sup>⑤</sup>一个国家的福利以及它参与竞争的能力取决于社会的信任程度,缺乏信任会导致低劣的经济运作。<sup>⑥</sup>他认为:“信任如同润滑剂,它能使任何一个群体或组织的运转变得更加有效。”<sup>⑦</sup>

从秩序层面看,信任对社会秩序的建构有着重要意义,无信任则无秩序。建构社会秩序的信任分为对公共权力的纵向信任以及人际关系中的横向信任。前者是正式法律制度得以顺利运行的基础,后者是非正式制度得以运行的基础。秩序是一种可预测性的体现,在社会领域体现为规律性和可预期性,如果能够预测政府或他人会对自己的行为做出什么样的反应则可称为存在社会秩序。政府建立的秩序可称为他组织的秩序,人际关系中自然建立的横向秩序可称为自组织秩序。自组织和他组织的区分在于组织力来自系统内部还是外部,然而自组织是基本的,他组织是进化过程中逐步出现的,是为了对付不断增加的复杂性,产生的人工设计、制造、操纵、控制的系统。<sup>⑧</sup>两种秩序建立都和信任相关,因为无论自组织还是他组织都是互动的过程,通过互动互应形成合作关系,没有主体相互间的信任建立,这种互动性秩序是无法建立起来的。通过社会的有效互动和合作,最终形成社会纽带和内部凝聚力。

告密不正当的原因在于,它促使了人与人之间不信任的发生,进一步可能触及个人心理层面、社

①翟学伟、薛天山:《社会信任:理论及其应用》,第15—16页。

②[英]吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,南京:译林出版社,2011年,第80—87页。

③[德]卢曼:《信任》,瞿铁鹏译,上海:上海人民出版社,2005年,第30页。

④[美]帕特南:《使民主运转起来:现代意大利的公民传统》,王列、赖海榕译,北京:中国人民大学出版社,2015年,第197页。

⑤[美]福山:《信任:社会美德与创造经济繁荣》,彭志华译,海口:海南出版社,2001年,第30页。

⑥[美]福山:《信任:社会美德与创造经济繁荣》,第8—10页。

⑦[美]福山:《大分裂:人类本性与社会秩序的重建》,刘榜离等译,北京:中国社会科学出版社,2002年,第18页。

⑧苗东升:《系统科学精要》,北京:中国人民大学出版社,1998年,第166—167页。

会伦理层面、经济层面和秩序层面的诸多问题,危害了社会自组织秩序。但是为何举报又是具有正当性的行为呢?这是因为社会系统处于不断从简单向复杂发展中,自组织秩序不能完全满足社会发展需要,而需要进一步发展出他组织秩序来建构新秩序,即通过社会公共权力形成正式制度和新型的社会信任关系,以满足非正式制度无法满足的社会需要,如战争的需要、安全的需要、公正和平等的需要等等。社会公共权力行使对社会的操纵和控制时,需要和社会系统之间产生信息沟通,获取违规行为信息,以及时应对,举报则是获取违规信息的必要措施。尽管举报违法行为看似在破坏横向人际关系,但它适应了他组织秩序下的正义观念,这种正义观念就是“公”(整体)的需要比“私”(个别)的需要更加重要,尽管举报一个罪犯,并不直接助长个人利益,甚至还增加了麻烦,但它满足了公共利益需要,间接也使得个体得到了更多的收益。这种通过公共权力形成的他组织秩序,需要在社会中形成新的信任关系,即社会成员对权力的信任,以此换取社会及个体需求的满足。

公共权力的可信度需要正式制度来提供,当它的行为是有规律的、不断重复地发生时,制度就产生了,由制度产生的社会信任就是制度信任。和人际信任不同,它的信任不依赖人的个人的可靠性,而是整个制度的可靠性和稳定性,当这种制度提供持续的、稳定的功能满足社会需要时,它就具备可信度,同时提高了自身的权威和力量。商鞅变法时“立木取信”的做法就是旨在提供正式制度的信任和国家权力的威信。法律在正式制度的可信度方面发挥重要作用的原因在于法律体现的规律性和可预测性,可保证制度的稳定性、可靠性,从而建立制度信任。而法律的运行又依赖于举报,可见举报是正式制度的信任建构中的一个重要环节。于是从某种程度上我们就可以理解商鞅变法中把“告奸”作为落实制度的重要措施。

在现代社会里,由于交往圈子不断地从熟人向陌生人扩大,社会分工导致的社会复杂性不断增加,社会信任的建立越来越依赖于制度。同时现代民主制度的建立,使社会成员更加广泛地参与公共生活,成为了国家的公民。按卢梭的说法,公民是一个依赖于分母的分数的,他的价值在于他同总体,即同社会的关系,公民是摆脱了私利的人。<sup>①</sup>在公民社会里,每个公民都有着对国家的义务,这种义务是实质上是对制度信任的维护,举报犯罪便可以视为公民对国家应尽的道德义务。

但是,公民义务并不能取消私人关系中的义务。私人关系中的义务除了因契约而产生的义务外,还有很多是因血缘和情感而产生的义务,家庭成员之间、朋友之间的义务即是如此。即使和公民义务发生冲突,这些义务也存在着。比如,对犯罪的亲属、朋友不予举报,即使被视为违背了公民义务,却仍然遵守着私人关系中的义务,即忠诚和友爱的义务,这种义务并不能因为义务对象的犯罪而被认为是坏的义务,也就是说,忠诚并没有好的忠诚和坏的忠诚之分,友爱也没有好的友爱和坏的友爱之分,即使是罪犯之间的忠诚和友爱也都是好的,都是珍贵的和有价值的,这是因为它促进着人与人相互之间的基本信任。虽然制度信任越来越在社会信任中发挥重要的作用,但制度信任并不是要把人际信任摧毁殆尽。应当清楚的是,人际信任始终是制度信任的基础。

这是因为在人的生命的早期所形成的信任感并不是制度带来的,而是在家庭和玩伴这样的初级群体<sup>②</sup>中形成的,这种信任感在成人过程中构成了制度信任的基础。而成人世界中社会自发的互信互动网络,又构成了民主制度能够有效运转的基石。

帕特南通过对意大利南部和北部政府绩效的研究发现,政府绩效和一个社会具有的社会资本有关,这些规范是指信任、规范及其网络,它们能够促进合作,克服集体行动的悖论。在帕特南看来,在复杂社会里,私人信任转化社会信任是从互惠规范和公民参与网络两方面产生,帕特南认为,普遍的

<sup>①</sup>[法]卢梭:《爱弥儿》,李平沅译,北京:商务印书馆,1978年,第9—10页。

<sup>②</sup>初级群体指的是具有亲密关系的面对面交往与合作关系的群体。参见库利:《初级群体与镜中我》,载周晓虹:《现代社会心理学名著菁华》,北京:社会科学文献出版社,2007年,第269页。

互惠把自我利益和团结互助结合了起来,而公民参与网络,如邻里组织、合唱队、合作社等密切的横向互动网络,促进了公共利益的合作,因为其网络的密切联系增加了交易中的欺骗成本,培育了互惠规范和互信合作。<sup>①</sup>而北方那些横向的公民联系所支撑的经济和制度绩效水平,一般来说要大大高于社会和政治关系始终被垂直建构的南方。<sup>②</sup>帕特南的研究说明,横向的人际信任是民主社会得以运转的重要社会资本,同时由此我们可以理解人际信任才是民主制度下的制度信任的基础。

举报的正当性虽然建立在对法律制度的维护上,但当维护法律制度和维护私人关系的冲突发生时,不能决然认为私人之间的信任、忠诚和友爱是无价值的。它们的价值不仅在于法律制度的建立对它们有着依赖性,而且在于法律制度及其所提供的社会信任并不能完全满足社会需求,法律制度存在着对社会需求的供给不足问题。法律是应社会共同福利的需要而产生出来的,满足着社会对互信和合作的需求。然而,法律制度对社会需求的满足是有局限的,无论是对个体心理需要,还是社会伦理需要、经济和秩序需要,都无法完全予以满足。实际上,法律所建构的制度信任仅仅是作为弥补社会人际信任不足而存在的一种信任机制。

## 二、举报义务和道德责任转移

从前述分析可以发现,举报虽然具有正当性,而这种正当性的另一面是往往会危害社会所珍视的一些其他价值,同时使得令人不齿的告密现象与此相伴而生。

“告密者难题”在二战结束后一度成为法学界一个棘手的难题。富勒(Lon L. Fuller)曾以《怨毒的告密者》一文来展示这个难题,富勒虚拟的紫衫党政权(暗指纳粹政权)统治期间,许多人为泄私愤而向紫衫党或政府有关部门举报他们的仇人。被举报的活动包括私下表达批评政府的观点、收听外电广播、同臭名昭著的肇事者和流氓分子来往、没有在身份文件丢失五天之内向有关当局报告等等。这些行为一经发现证实便可能导致被判死刑。在紫衫党被推翻之后,对这些怨毒的告密者如何处置便成为司法上的一个难题。<sup>③</sup>富勒的案例虽然是虚拟的,但有着真实的背景,1951年德国法院需要对一起类似的告密案做出判决,二战期间被告向纳粹政府告发了自己丈夫有不满希特勒的言论,而令自己丈夫被判处死刑,后因上战场被免于执行。而那位告密的妇女战后最终被法院认定非法剥夺他人自由罪成立。法院的理由是:(a)她没有告密的义务;(b)她实施告密行为是为了满足自己的个人动机;(c)她已经预见到在当时的形势下告密违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感。同时法院还认为导致受害人丧失自由的纳粹法律是不道德的。<sup>④</sup>

值得注意的是案中的告密行为并不是诬告,其行为和举报也没有什么区别,为何让每个有良知的人都觉得是值得惩罚的罪行?邪恶的法律固然难辞其咎,但关键在于告密者邪恶的动机和行为本身。

不容讳言每个人的心灵中都存在幽暗之处,但也存在着人性之光,好的制度会使人性之光不断地闪耀,而坏的制度却会给人性之恶的迸发提供条件。我们前面谈到制度信任的建立依赖于举报,而当举报成为法律义务的时候,则体现了对制度必须绝对信任和维护的要求。而如果一个制度要求自身被绝对的信任和绝对的维护,则可使人们推卸自己的道德责任以及丧失道德判断能力。

道德判断是一种在多种多样复杂化情况下对正当与善的灵活判断,它具有不确定性。而法律是

①[美]帕特南:《使民主运转起来:现代意大利的公民传统》,第201—205页。

②[美]帕特南:《使民主运转起来:现代意大利的公民传统》,第212页。

③[美]富勒:《怨毒告密者的难题》,载富勒:《法律的道德性》,郑戈译,北京:商务印书馆,2005年,第282—291页。

④柯岚:《告密良心自由与现代合法性的困境——法哲学视野中的告密者难题》,《法律科学》2009年第6期。

一种确定性的道德判断模式,它通过法律规范的预先设定,以法律推理的形式,简化了判断过程,并得出确定性判断。在一个日益需要由计算理性来支配的理性化社会,确定性和可预测性的道德判断才更能适应社会需要。因此,人们信任法律制度,将道德判断交给法律制度来处理是现代社会的必然,同时也日益使得个体深陷韦伯(Max Weber)所说的理性囚笼之中,出现所谓“专家没有灵魂,纵欲者没有肝肠”<sup>①</sup>的现代性现象。

法律实证主义就是现代性之产物,实证主义观念下,法律就是命令,个体不需要对它做出道德判断,只需服从即可。而国家就是理性设计之产物,人类最高智慧之结晶,霍布斯(Thomas Hobbes)以钟表比喻之,<sup>②</sup>它是人们设计好的精密机器,机器的良好运转依赖于个体对主权者的服从,每个人必须放弃自己管理自己的权利,将它授予主权者。由于国家掌握了暴力,同时以理性化的方式行使权力,每个人在这个国家机器中便不由自主,成为了国家机器中的齿轮,这也就难怪在纳粹时期,法官支持告密者,而从不反思法律,而其他官员也统统成为了促使邪恶制度运行的零部件。

在制度运行中,每个个体都是整体的一个部分,个体对整体形成了高度依赖和信任,一个人只需要履行法律赋予自己的义务,无需去感知个体的道德责任,一旦整体出现道德异常,每个个体都可以推卸责任。阿伦特(Hannah Arendt)笔下的“平庸之恶”就是个体此时的写照,在我们看来,它简直不像是恶,没有任何恶的动机,唯一的恶就是道德冷漠。鲍曼(Zygmunt Bauman)通过《现代性与大屠杀》一书解读了现代性进程中道德冷漠的原因,原因之一就是现代社会的工具理性精神和制度化的官僚体系把无数道德个体的行为协调一致,使纪律代替了道德责任,“惟有组织内的规则作为正当性的源泉和保证,现在这已变成最高的美德,从而否定个人良知的权威性”<sup>③</sup>。由于某种不道德的结果是无数人服从权威以及通过多个生产环节和流程产生,每个个体都难以感受到自己和这种结果有直接的联系。

法律程序的运行也是一种由多个环节多人参与共同完成的流程,尽管法律程序中并非只是命令、服从以及合作关系,而是存在着冲突与对抗,各个参与主体通过对法律履行职责的方式,实现着法律的正确运行,从而避免冤假错案。但忠实于法律毕竟是法律人最高的良知,在法律程序运行中,他们被迫以合法性来思考问题,以法律技术是否得到准确的运用作为行为对错的判断,从而搁置道德判断,虽然这有助于在法律内部纠正偏差,但从法律系统来看,一旦立法完成,法律进入运行状态,法律就处于一个封闭状态之中,不受外界信息支配或影响。现代社会中的法律既是一种象征符号,也是一种专家系统,吉登斯把它们统称为抽象体系,均属现代性条件下的脱域机制。<sup>④</sup>法律制度作为抽象体系,人们信任它,不是建立在诸如对人的道德品质的信任上,而是对一种象征符号和专家系统的信任,尽管人们并不具有足够的知识来判断。

这种信任会使人们认为,凡是法律要求的,必然是正当的,道德判断需要在此止步,道德责任因此也不再发生。如果出现了任何问题,责任由法律承担,于是便出现了道德责任的转移,个体在合法性情况下,不再行使道德判断。告密现象便是这样一种现象,告密者举着合法性的旗子,行的却是坑人利己的勾当,他们不再认为自己不道德,反而以合法为自己辩护。特别是当告密成为一种义务的时候,道德判断更是完完全全地转嫁给了法律。而法律是一种抽象的脱域机制,并不会设身处地地思考当事人所处的实际状况,它只考虑一般情况,所以它无以承担本该由当事人承担的道德责任。

①[德]韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,彭强、黄晓京译,西安:陕西师范大学出版社,2002年,第176页。

②[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,北京:商务印书馆,1985年,第1页。

③[英]鲍曼:《现代性与大屠杀》,杨渝东、史建华译,南京:译林出版社,2002年,第30页。

④脱域是指社会关系从彼此互动的地域性关联中,从通过对不确定的时间的无限穿越而被重构的关联中脱离出来。参见[英]吉登斯:《现代性的后果》,第18—19页。

在纳粹统治期德国妇女告发丈夫的真实案件中,那位告密者战后受审时便是以合法性为自己辩护的,她认为她的告发仅仅是使一个罪犯归案受审。但法院却认为,被告的行为“违背了所有正派人士所持有的健全良知与正义感”,同时法院还认为根据纳粹的法律,告密并不是法定义务,被告为了个人目的实施告密行为具有剥夺他人自由的恶意。<sup>①</sup>

然而一旦当举报成为法定义务,又如何使这种行为区别于告密呢?告密者打着行使举报义务的幌子,把告密视为正当,把自己本该承担的道德责任转移给法律。而法律却是一种抽象体系,造成的结果是无人对此负责。

在现代性条件下,抽象体系、理性和官僚系统促使了人们越来越少地运用自己的道德判断,越来越少地产生道德感受。因国家利益和公共利益而产生的公民义务在很多情况下不是道德感受的产物,而是理性化的抽象体系的产物,比如,计划生育的义务便是来自于科学研究和推理,人们相信这种义务的存在是基于对专家系统的信任,相信服从这种义务有益于整个国家从而也有益于每个公民。由于专家系统对科学理性的运用具有很高实用性和确定性,它们日益取代了个人的各种主观判断(包括道德判断),从而使现代社会中的个体对此产生了高度的依赖和信任。人工智能可以说是专家系统发展到高度智能化程度的产物,一旦它的广泛应用,现代性将会发展到一个前所未有的程度,个体将会越来越多的将判断交付智能系统,从而个体判断能力削弱,越来越空心化,越来越不需要承担责任。

从法律系统角度看,以举报为法定义务,削弱了个体的道德判断和道德感受,把现代性带来的人的危机进一步放大,个体在转移道德责任的同时,也把自我的卑劣行为和合法性混为一谈。如果法律系统永远正确而无任何失误,那么个体行为卑劣与否似乎并不重要,一切听从于法律,最终结果都是正确的。<sup>②</sup>但是作为抽象体系的法律并不可能永远正确,对法律的信任永远与法律的风险同时存在。吉登斯认为,现代抽象体系的不稳定性的原因在于社会知识的循环性,在现代性条件下,新知识被不断地嵌入到社会中去,新知识(概念、理论、发现)不仅更清楚地描绘了社会世界,而且也改变了它的性质,使其转向新的方向。所以,我们并不能掌握“历史”,并使其屈从于我们的集体目标。<sup>③</sup>作为抽象体系的法律也是具有不稳定性的,也在不断的发展更新之中。当举报成为法定义务,而新法律又否定了原有法律时,“告密者难题”将极其容易出现。其办法也只能是,将是否应当“举报”的道德判断交于个体,让个体承担道德责任,从而使其行为在出现严重后果时,多少有一定依据承担法律责任。

### 三、“法自德出”和“德自法出”:两种秩序模式及其选择

举报是否为义务,还涉及法律和道德的优先性问题。当人们对是否举报做出道德判断的时候,可认为道德优先于法律;如果人们无法对是否举报做出道德判断,而是被强制必须举报,那么可认为法律优先于道德。

举报是否为义务实际上代表了两种不同的秩序模式,即“德自法出”和“法自德出”。“德自法出”的秩序模式是力图把法律作为社会秩序的全部,一切社会关系尽可能地纳入法律关系的范畴,以实现法律对社会关系的全面掌控,道德也是从法律中产生出来,以实现法律为目的。通过法律来掌控社会关系,可以实现社会公共权力对社会的更多控制,可以把国家权力推向更加强大的状态。

<sup>①</sup>柯岚:《拉德布鲁赫公式与告密者困境——重思拉德布鲁赫—哈特之争》,《政法论坛》2009年第5期。

<sup>②</sup>此时法律的正确并不意味着没有其它社会代价的发生,至少是以社会美德的丧失为代价的。

<sup>③</sup>[英]吉登斯:《现代性的后果》,第134—135页。

商鞅变法采用的便是这种模式,商鞅认为:“刑生力,力生强,强生威,威生德,德生于刑。”(《商君书·说民第五》)<sup>①</sup>在商鞅看来,道德应当从法律和权力中产生出来,以服从国家之目的。而国家要实现其目的,就需要掌控全部社会生活,摧毁社会原生的道德形态和信任关系,使所有人服从国家之法令。所以:“国有礼、有乐、有《诗》、有《书》、有善、有修、有孝、有弟、有廉、有辩。国有十者,上无使战,必削至亡;国无十者,上有使战,必兴至强。”(《商君书·去强第四》)<sup>②</sup>这种模式下,鼓励“告奸”,实施“连坐”便成为商鞅以法治国的重要手段,不告奸的法律后果相当严重:“不告奸者腰斩,告奸者与斩敌者同赏。匿奸者与降敌者同罚。”<sup>③</sup>

英国思想家霍布斯的《利维坦》也体现了这种模式,尽管霍布斯以社会契约进行国家建构不同于商鞅主张的那种专制,但是,他们有很多相似之处。这种相似之处在于他们都认为道德从法律中产生出来,以及主权者通过法律对社会进行全面的掌控。霍布斯认为,没有法的地方没有罪恶,“罪恶非但是指违反法律的事情,而且也包括对立法者的任何藐视。……罪行是一种罪恶,在于以言行犯法律之所禁,或不为法律之所令”<sup>④</sup>。霍布斯还认为,法律是国家的理性和命令,在国家建立以后,自然法转化成国法,国法成为自然法的一部分,也就不存在法律和道德的冲突了。<sup>⑤</sup>在《利维坦》中我们还可以看到霍布斯对主权利力的绝对维护,以及对臣民服从义务的高度要求。

“德出于法”的秩序模式实际上强调的是国家对道德的优先性和掌控性,这一西方传统还可追溯到马基雅维里,斯特劳斯(Leo Strauss)认为马基雅维里对德性进行了如下重新解释:“德性决不能被理解为国家为之存在的东西,相反,德性仅仅为了国家的缘故才存在,政治生活之允当并不受制于道德性。”<sup>⑥</sup>

这种模式的特点在于,国家面临非常时期,需要强化国家权力以实现国家的强大。商鞅的“强国”和霍布斯的“伟大利维坦”其目的都是一致的,方法大同小异,都有把社会原生的横向伦理道德关系转化为纵向法律关系,把人际信任转为制度信任的特点。在这种模式下,秩序是意志或理性的产物,个体是单独的存在,可藉由法律形成联合体,最后形成国家对社会生活的高度控制。这种模式基本都强调人性利己逐利,对自发秩序有着深深的怀疑,因此人与人之间的社群联系被漠视,主张个体应当从他原有的社会关系中剥离出来,以获取法律对个体的高度操纵。

“法自德出”的秩序模式在中国体现为儒家治国模式。儒家强调“为政以德”(《论语·为政》),实施的是德化政治,这种政治形式的基础在于强化人与人之间的伦理联系,通过家庭、族群之间的伦理纽带,通过人与人之间的密切互动,来实现道德感化和秩序实现。所以儒家更强调道德相较于法律更为基础的地位,在儒家那里,社会原生的秩序形态是重要的,那种社会关系展现了最为真实的道德情感,家庭关系中的孝弟为道德之本,需要靠礼来维持。这种真实的道德情感,孔子称之为“直”,他说:“父为子隐,子为父隐,直在其中矣。”(《论语·子路》)所以亲属关系中相互举报的行为是不道德的。对于法家的告奸连坐之法,儒家认为它使得“父子相背,兄弟相慢,至于骨肉相残,上下相杀”<sup>⑦</sup>。为了维护社会原生的自组织秩序,儒家反对国家权力把社会拆散为单个的原子式个体状态以实现权力的专制,而是主张强化以美德为基础的社群联系。在儒家看来,道德是先于法律的存在,也

①张觉:《商君书校注》,长沙:岳麓书社,2006年,第52页。

②张觉:《商君书校注》,第40页。

③司马迁:《史记》,北京:中国友谊出版社,1994年,第356页。

④[英]霍布斯:《利维坦》,第226—227页。

⑤[英]霍布斯:《利维坦》,第207—208页。

⑥[美]斯特劳斯:《现代性的三次浪潮》,载王民安、陈永国等主编:《现代性基本读本》,开封:河南大学出版社,2005年,第160页。

⑦乔清举:《盐铁论:注释本》,北京:华夏出版社,2000年,第304页。



是先于政权的存在,无道无德的政权也就不具备合法性根基。

凡承认先有一个正当性标准,然后才产生政权和法律的,都可属“法自德出”的秩序模式。因此西方自然法传统也可归属于这种模式,虽然从希腊罗马、中世纪到近代,自然法的理解发生了从“自然正义”到“自然权利”的重大变化,但终究都承认正当性标准对于法律的优先性存在。但是自然法以理性为基础,则必然遭遇证明难题,其正确性无法以推理形式证明,从而使实证主义的兴起不可阻挡。

其实,我们无须去寻求道德是否正确的问题,我们可从实用角度,把道德和法律视为满足社会需求的不同秩序形态,它们都对社会产生了相同或者不同的功用。我们还可以发现,有时候道德引领法律,也有时候法律引领道德,这两套秩序形式是相互并行,相互影响,共同发展的。无论是道德还是法律,都不是一个完全封闭的系统,都处于开放状态之中,各自吸收对方的因素来发展自己,同时又保持自身的独立性。我们从经验中还可以发现,在大多数时候,法律保持了和社会道德的一致性,而一旦法律走向了专断而忽视了社会道德的存在,往往最终会导致失败。

在这种思路下,我们一方面要重视法律在现代社会秩序建构中的重要作用,另一方面,也需要保持法律对社会固有道德的尊重,不得以集体目的肆意破坏个体之间的自然的社会联系。人们普遍称颂的美德,诸如诚实、信用、公平、友善、忠诚等,不仅仅是个人美德,而是社会结合的凝聚剂,维持着社会自组织秩序,也是法律信任之心理起源。这种以美德为基础的秩序同时又反哺人性,使每个个体在生命成长过程中,真正地成为一个人。因为人始终是社会关系中的存在,而那些德性植根于人性的根本需要之中,是人性存在之依托。正如亚里士多德所说,“人天生就注入了社会本能,……一旦他毫无德性,那么他就会成为最邪恶残暴的动物”<sup>①</sup>。

按照社会心理学家库利(Charles Horton Cooley)的观点,人性可视为一种比较持久的社会成分,“人性绝不只是某种孤立存在于个人身上的东西,而是一种群体性质或社会的基本方面,一种相当朴素和普遍的社会心理状态”<sup>②</sup>。在库利看来,初级群体对个人的社会性格及其思想的形成至关重要,自我的形成来源于群体的共同生命和目的,自我是社会的我,这种感觉取决于自己对他人内心有关自己的看法的态度,是自己以别人为镜子看到的自我。<sup>③</sup> 初级群体养育了人的社会性和道德性,可以说正是子女从父母那里感受到了爱,才产生了爱;在朋友那里感受了友情,才产生了友情。没有亲密联系的感情纽带存在,没有彼此的信任,人所具有的社会情感便无法产生出来。按库利的说法,当人孤立独处时,人性便会泯灭。<sup>④</sup>

人并不只是一个单纯的理性动物,也是感性的动物,而形成初级群体的社会纽带不是理性的,而是感性的。在这种联系中,我们感受着“自我”,而自我绝不能理解为单独的个体,而是一个关系体,比如一个人在介绍自己的时候,往往会说我是某某人的孩子或父亲、或丈夫、妻子、朋友等等。而“我的”一词的通常表达可以是“我的父母”“我的孩子”“我的妻子(丈夫)”“我的朋友”,也可以是“我的房子”“我的车子”或我的其他所有物。前者表明的是自我是一个“人与人”的关系中的存在,是社会自我及其延展;后者表明自我还是一个“人与物”的关系中的存在,是物质自我及其延展。<sup>⑤</sup> 个体必须在“人与人”关系中有一个位置,才能感受到自我的精神归属感,从而“我”才能进入“我们”,小我

①[古希腊]亚里士多德:《政治学》,颜一、秦典华译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第5页。

②[美]库利:《初级群体与镜中我》,载周晓虹:《现代社会心理学名著菁华》,第273页。

③[美]库利:《人类本性与社会秩序》,包凡一、王源译,北京:华夏出版社,1999年,第131页。

④[美]库利:《初级群体与镜中我》,载周晓虹:《现代社会心理学名著菁华》,第273页。

⑤按美国心理学家詹姆斯(William James)的分类,自我可分物质自我、社会自我和精神自我。物质自我包含了躯体自我和躯体外的所有物,社会自我指的是我们被他人如何看待和承认。(参见[美]布朗:《自我》,北京:人民邮电出版社,2004年,第18—21页。)而笔者认为,社会自我不仅是自我所扮演的社会角色,也是个体自我在亲密社会关系中的延展,它超越了小我,而成为了一个更大的我。那些针对延展中的“自我”——自己的配偶、孩子、父母的侵犯,如同对于自己的侵犯,因为他们也构成了完整自我的一个部分。

才能进入大我。这种自我的归属感的重要性在于,一旦个体背离所归属的初级群体,会导致完整自我的缺失,使个体自我产生心理困境:孤独、不安和焦虑。

正是“自我”对社会关系的需求,导致道德秩序的出现,因此忠诚、友善、信用、诚实具有了重要的价值和意义,特别是初级群体内部的人际信任关系有重要的社会价值,它是法律必须尊重和维护的。尽管现代法律秩序的建立,需要形成新的制度信任来适应社会生活的需要,但是社会中从来就存在的初级群体关系始终存在,且伴随人的终生,维护这种关系是人性的需要,也是道德的需要,同样也应当是法律的需要。

在大多数情况下,法律与之并无冲突,两套秩序也并行不悖。但是当一个人的亲人犯罪时,情与法的冲突便展现出来。是维护亲情还是大义灭亲?举报与否会成为个体的艰难选择,而个体的道德判断是一个根据具体情况进行权衡的过程,无论他举报或不举报都有其道德理由,而法律不宜把举报作为法定义务规定,否则构成了对人性的背逆。更为恰当的尊重人性的做法是,鼓励公民劝其犯罪亲友自首,而非直接举报;如未自首,法律将举报与否视为个人的权利。

#### 四、结语

现行刑事诉讼法把举报作为法定义务予以规定,应该是考虑到犯罪行为的社会危害性较大,需要设定义务,使举报行为不得放弃,以促使犯罪行为更好地被追究。与之配套的是,现行刑法设有诬告陷害罪,可以保证举报义务的行使必须以犯罪事实存在为依据。但问题是,即使是犯罪事实存在,以满足私利为目的的举报,也是在践踏一定的道德秩序,破坏着人际信任关系,在法律上并不值得鼓励。法律要鼓励的是真正出自正义感的举报,而这种举报往往也经历了痛苦的权衡,它是在维护亲情友情之善和维护公义大义之善之间进行道德选择的产物,对此法律无须规定义务,而应当赋予的是权利。权利意味着行为的自由,即可以从社会原有的私人关系的义务束缚中解脱出来,而这种行为具有正当性。举报犯罪的权利就意味着允许个体在一个人——即使是自己的亲友——犯罪时,可以从维护法律和正义出发,背叛双方之间的信任关系。

举报权利和举报义务不同的是,它可以放弃,它的行使是自由的,因此,个体可以感受到自己的道德责任,从而去行使自己的道德判断。而法定义务则在“应当”的意义中加入了“必须”或“不得不”的含义,而使主体失去了判断的主动性。在一个社会,当法定义务规定得越多时,道德判断就越少,因此,法定义务的设定绝不可随心所欲,一定要经严格的正当性分析,完全妥当才予以设置。而权利的正当性在于它的可选择性、自由性,更有利于主体道德判断的训练,有利于道德意识的成长。

具有了真正的道德意识,社会才有了力量,才能按照自己的方式形成自己的自组织秩序,也才能形成法律秩序和道德秩序的相互配合关系。而如果这种力量一旦失去,国家力量将会空前强大,从而吞噬了社会,个体将会成为缺失道德判断的、空心化的、任由国家机器支配的人,国家权力也就有了任意性。正如鲍曼所言:“一旦人与人之间接近所自发产生的道德驱力丧失合法性并瘫痪,那么取代它的新力量就有一种前所未有的随心所欲的自由。”<sup>①</sup>鲍曼所指的新力量就是指现代性之下的国家权力,它的自由则意味着它的责任的丧失。当然仅仅一个举报义务的规定并不会带来上述结果,但是举报义务的规定却存在着这种内在的逻辑,这正是值得我们反思的地方。

(责任编辑:蒋永华 石亚兵)

---

<sup>①</sup>[英]鲍曼:《现代性与大屠杀》,第259—260页。

**Is it a Legal Obligation to Report a Crime?**  
**A Jurisprudential Reflection Based on Article 108 of the**  
**Criminal Procedure Law**

GUO Zhong

**Abstract:** It is inappropriate for the current criminal procedure law to stipulate reporting a crime to the authorities as an obligation. In terms of its social function, reporting a crime to the authorities can help maintain the operation of legal system and build people's confidence in the system. However, it is conducted at the inevitable cost of damaging interpersonal trust. When reporting a crime to the authorities becomes a legal obligation, informing on fellow citizens will be greatly encouraged and the informant will shift his moral burden onto the law, which may result in "the paradox of informant". In essence, the obligation to report a crime to the authorities is also a type of morality resulting from the legal order. This absolute support of legal system undermines the moral order naturally originating in the society and ignores the fundamental needs embedded in humanity. Only by regarding the informing act as a right can we better cultivate our sense of humanity and individual morality as well.

**Key words:** obligation to report; moral obligation; informing; trust

**About the author:** GUO Zhong, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at School of Administrative Law, Southwest University of Political Science and Law (Chongqing 401120).