

“报”文化与现代法治的暗合与分殊

李 拥 军^{*}

摘 要:“报”是中国人的重要行为方式和交往原则。法存在的基础和价值在于对人类基本正义的维护,而“报”中所体现的对等性,是人类正义的基础,是人性的基本要求,因此维护这种对等性是法律正义的基本内容。“报”是契约、惩罚、责任、反报等法律机制产生的理论渊源。从“国家—社会”分野的角度看,在社会层面运作的“报”对法治反而在很多情况下是有益的。当“报”发生在公共领域,也即在私人领域发生馈赠而需要以公共资源来回报时,制度就被破坏,腐败随之发生。为了维护法治的正常运作机制,应该主要防范发生在公共领域的“报”对正式制度的破坏以及对公共资源的侵蚀。

关键词:报 法治 正义 人情

“报”是中国人重要的行为方式和交往原则,是中国传统文化的重要内容。例如,《诗经》中说:“投我以木瓜,报之以琼琚”,“投我以桃,报之以李”。又如,《礼记》中说:“礼者,报也”,“报者,天下之利也”,“太上贵德,其次务施报。礼尚往来,往而不来,非礼也;来而不往,亦非礼也”。按照《字汇·土部》中的解释,“报,答也,酬也”,具有现代汉语中“报答”“报偿”“报仇”“报恩”“报应”“回报”等涵义。其中心涵义是“反馈”“还报”,“此观念是中国社会关系中的重要基础”,^①它们“都包含一种交互报偿的原则”,都具有“相对的,有来有往、有因有果”的特性。^②

自 20 世纪 50 年代就职于美国哈佛大学的杨联陞教授发表了《报——中国社会关系的一个基础》的文章以后,关于中国“报”文化的讨论陆续出现。关于“报”,虽然学界都承认它是中国人普遍存在的思维意识和行为方式,但是多数学者总体上认为其不符合现代社会的交往规则。具

^{*} 吉林大学法学院教授、博士生导师

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(17JJD820004)

① 杨联陞:《中国文化中“报”“保”“包”之意义》,贵州人民出版社 2009 年版,第 67 页。

② 参见韦政通:《报的概念古今谈》,载张老师月刊编辑部:《中国人的世间游戏——人情与世故》,台湾张老师出版社 1990 年版,第 10 页。

体说,其是农业文明、宗法社会下的产物,奉行的是一种特殊主义的策略,“本不能适应于一个开放的社会”的内在要求;^①中国人的“报”由理性向非理性转变,其正面功能正在消失,负面功能正在提升;^②人情在“报”和“欠”的过程中以封闭性的特点和特殊主义的策略破坏了正式制度的存在,^③进而破坏了公平的机制,往往是导致权力寻租的根源。^④虽然有学者对报的交换价值、伦理价值进行了阐释,^⑤特别是对报复、复仇等行为在源于人的本能的意义上予以一定程度的理解和肯认,^⑥但笔者认为,这些研究终究不是从现代视角出发对“报”文化的一种全面审视,更不是从法治意义上对“报”所作的专项研究,因此不能深刻地揭示“报”的机理与现代社会运行机制之间的内在关系,更不足以揭示其对于当代中国法治的价值、意义以及带来的问题。

现代社会的治理方式应当是法治的模式,法治也是当下中国为之奋斗的目标。法治要面对具体的人,而人是生活在传统中的,“报”是影响中国人生活方式的重要文化基因。因此当下中国法治的研究不能忽视“报”的存在。一方面,在宏观上“报”所体现的价值与现代法治所追求的价值是相通的,在微观上具体社会层面运作的“报”对法治非但无害,反而在很多情况下是有益的;另一方面,由中国社会和文化特殊性所致,“报”可能在国家层面引发更多的利益输送问题,继而产生更为频繁和隐蔽的腐败。这样说来,“报”对于当下的法治中国建设来说,既需要肯认又需要防范。既然如此,那么在现代法治的视角下对“报”的价值进行全面审视,挖掘其与现代法治共融的基础,剖析其可能对国家制度构成侵蚀和破坏的内在机理和动因,并提出具体的防范策略,对探索适合中国国情的法治模式具有重要意义。

一、价值层面“报”与现代法治理念的共通性

作为一种社会治理方式的法治,其终极合理性来源于对“善”的遵从。法治作为一种治理方式之所以被人类选择,归根结底是因为其能够维护人类社会的基本的“善”。法治的确诚如德国社会学家韦伯所言是一套形式理性,但这套理性如没有“善”来指引,则极有可能异化为人类的枷锁,因此法治的形式合理性需要接受其实质合理性的引导。该种意义上的“善”之所以必须被法治遵从,是因为它是从人类生活方式和维护人类基本生活秩序的实践中提升出来的共同性价值。“报”的本质在于其运行了一套对等性机制。对对等性的需求是人类的普遍心理,是人类社会的基本正义,是人类共同“善”的重要内容,因此它是保障法治正当性的基石,是法治能被民众接受的基础性要素。由此说来,从终极价值上讲,“报”与法治并不冲突。

① 参见翟学伟:《报的运作方位》,《社会学研究》2007年第1期。

② 参见文崇一:《报的迭替流变》,载张老师月刊编辑部:《中国人的世间游戏——人情与世故》,台湾张老师出版社1990年版,第15~19页。

③ 参见翟学伟:《人情、面子与权力的再生产》,北京大学出版社2005年版,第178页。

④ 参见黄国光、胡光缙等:《人情与面子:中国人的权力游戏》,中国人民大学出版社2010年版,第15~25页;[美]杨美惠:《礼物、关系学与国家——中国人际关系与主体性建构》,赵旭东、孙珉译,江苏人民出版社2009年版,第95~119页。

⑤ 参见黄国光:《报恩与复仇——交换行为的分析》,载杨国枢主编:《中国人的心理》,江苏教育出版社2006年版,第270~291页;王硕:《“报者,天下之利也”——论内嵌于传统伦理秩序的报机制》,《现代哲学》2011年第3期。

⑥ 参见苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第48~53页;徐昕:《论私力救济》,广西师范大学出版社2015年版,第366~377页。

如果将“报”放在回报、报答的意义上来理解,将其与英文“reciprocate”和“retribution”等单词比照的意义上来认识,^①那么“报”并非由中国所独有,也是人类普遍的交往方式和心理特征,是早期人类社会生活和伦理道德的基础。^②人类的基本生活方式源于一种交换、互惠,这恰恰是“报”的核心内涵。就此而言,中国意义上的“报”不过是人类互惠、交换文化的一种形态而已。

法国学者莫斯通过“礼物”的人类学考察,认为给予和回报的过程建立了人与人的基本关系,形成了人类社会的基本身份与秩序,这是“社会进步的基础”,一个群体“智慧和团结的永恒秘诀”是“只要社会、社会中的次群体及至社会中的个体,能够使他们的关系稳定下来,知道给予、接受和回报,社会就能进步”。^③社会存在的本质性要素是人与人之间的合作。生物学家认为“互惠利他”是合作行为产生的重要来源,是陌生人之间产生合作关系的最为重要的途径,而“一报还一报”是社会合作发生和运作的基本原理。^④社会乃施与还报反复互动之结果,“社会生活在本质上是一个相互报偿的问题。合作、友谊、契约、协议、家庭、关爱,甚至冲突,虽然它们关系形式各不相同,但都源于报偿这一基础性的元素”。^⑤

美国哲学家罗尔斯从进化论的角度论述了这种报偿性正义对于社会的决定性意义:“如果我们以怨报恩,讨厌那些公正对待我们的人,或者厌恶增进我们利益的行为,那么社会就得迅速瓦解。在进化过程中,具有相反心理的人要么从未有过,要么早已灭绝。通过报偿交换培养起来的正义感似乎是人之社会性的一个条件。”^⑥因为“报”构成社会的基本结构,为社会的存续提供了基础,所以它体现并蕴含着社会的基本正义。既然人类社会在交往中形成,在互惠中维系,那么人类的正义就必然表现出相互、对等、交换、平衡的特征。

中西方的道德基础和社会价值都体现在这种交换和对等上,即这种“报”的机理中。在我国,孟子指出“君之视臣如手足,则臣视君如腹心;君之视臣如犬马,则臣视君如国人;君之视臣如土芥,则臣视君如寇讎”。^⑦孔子强调“以德报德”“以直报怨”,反对“以德报怨”。^⑧因为“以德报怨”,一方面破坏了“报”的伦理性机制,这样非但不能抑制怨的产生,反而让施恶者受益,助长恶行;^⑨另一方面破坏了“报”的对等性机制,如果以“报德”的方式来“报怨”,那么对施德者是不公平的,如此还有谁愿意行善呢?“报”也是西方宗教道德的基础。《圣经》中的“你待人,当如人之待你”,被西方人尊崇为为人处世的“黄金法则”,其实它不过是“一报还一报”的变体而已,是“以

① 杨联陞先生认为“报”与英文“reciprocate”和“retribution”相对应。参见翟学伟:《中国人的关系原理——时空秩序、生活欲念及其流变》,北京大学出版社2011年版,第204~205页。

② See Gouldner, Alvin W., The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement, 25 American Sociological Review, 161(1960).

③ [法]马赛尔·莫斯:《礼物》,汲喆译,商务印书馆2019年版,第175页。

④ 参见[美]弗朗西斯·福山:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2014年版,第34页。

⑤ Luigino Bruni, Reciprocity, Altruism and the Civil Society: In Praise of Heterogeneity, Routledge, 2008, Introduction, p.1.

⑥ John Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, 1971, p.495.

⑦ 《孟子·离娄下》。

⑧ 《论语·宪问》。

⑨ 参见王硕:《“报者,天下之利也”——论内嵌于传统伦理秩序的报机制》,《现代哲学》2011年第3期。

牙还牙和报李投桃……反复互动的合理结果,……更是人类社会几乎放之四海而皆准的道德准则”。^①

法律以正义为其根本价值。拉丁文“jus”一词既有“法律”也有“正义”的涵义。英文“Justice”可译为“正义”也可译为“司法”。由此可见,在西方的语义中法律与正义是相通的。法是寻求善良公正的技术,而正义只有通过法律的途径才能实现。正是因为正义对法具有根本性意义,所以《学说汇纂》的第一编第一章表述的就是“法与正义”关系。^②在《法学阶梯》中罗马人把正义定义为“给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”,^③这意味着法是保证每个人获得其应得部分的重要方式。在中文语义中,法中的正义通常以“平”的形式出现,而“平”被视为法的本质规定性。因此,《说文解字》中这样解释法:“法,刑也,平之如水,从水”;《四库提要》对《唐律疏议》做了这样的说明:“论者谓唐律一准乎礼,以为出入得古今之平”。法存在的基础和价值就在于对人类基本正义的维护,而“报”中所体现的对等性,是人类正义的基础,是人性的基本要求和本能,“是人类最原始、最基本、最直觉、最具有渗透力的正义的反应”。^④因此,维护这种对等性是法律正义的基本内容。这种对等性是法律制度得以形成和赖以存续的动因和基础。“正义关乎回复平衡、实现公平、平等裁决、做出弥补、偿还债务以及报仇雪恨,关于一切回归于零、回归于公平的事情。”“报”、法律、正义的共性在于三者都要“重建正当的秩序(right),重建业已被一些错误行为或尚未偿还的债务所打破的先前所假定的均衡”。^⑤由于“报”所体现的对等性正义对于法律的价值具有根本性意义,因此“报”的理念体现在法律的基本制度之中。

这种对等性是契约存在的依据,在英美法中契约的这种性质尤为突出。“契约中的各方当事人都被视为与另一个人保持一定距离进行交易的个体,每一方追求的自身利益都是完全个人的,可以说是与另一方的利益并列的”;如果一方当事人未能履行自己的承诺则应该将对方的当事人恢复到与如约履行时受约人所能获得的相同的处境;“简而言之,一项承诺就是一个履行保证或等量的损害赔偿”。^⑥基于这种理论,英美法中生成了一种“对价”概念。《牛津法律辞典》这样解释道:“对价是指对另一方的要约或者行为对等地给付、完成一定行为或暂不行使权利。”^⑦从“报”的角度看,对价就是受诺人向诺言人提供的一种回报。^⑧它是合同成立、履行以及受诺人在其权利得不到实现时请求法院司法救济的依据。

“报”的机理是惩罚和责任产生的理论渊源。复仇和报应是受侵犯的生物体出于本能而激发的反抗,他们客观存在于生物世界中。^⑨从生物意义上说,人基于保护自己的食品、配偶、基因的

① 参见[美]弗朗西斯·福山:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2014年版,第40页。

② 参见《学说汇纂》(第1卷),罗智敏译,中国政法大学出版社2008年版,第5页。

③ [古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

④ 参见徐昕:《论私力救济》,广西师范大学出版社2015年版,第371页。

⑤ 参见[美]威廉·伊恩·米勒:《以眼还眼》,郑文龙等译,浙江人民出版社2009年版,第5页。

⑥ [英]约翰·菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇、杨奕、梁晓晖译,中国政法大学出版社2005年版,第146页。

⑦ [英]戴维·W·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第248页。

⑧ 参见王军编著:《美国合同法》,中国政法大学出版社1996年版,第15页。

⑨ 参见徐昕:《论私力救济》,广西师范大学出版社2015年版,第375页。

本能对侵略者进行自卫和报复。这种超越个体生存意义而具有社会生存意义的抗争,“抵抗了生物的灭绝,保持了生物物种的多样性和丰富性,为此后包括人类在内的各种生物的进化发展创造了一种潜在的可能”。^① 因此,这种报应性正义根植于人性本身,构成惩罚和责任存在的正当性。在初民社会,责任和惩罚是由私人实施的,实施的理由就是这种“报”,复仇是其具体表现形式。人类进入政府时代,私力救济权移交给国家行使,此时法律所规定的惩罚和责任不过是以国家的名义为当事人复仇的形式而已。正因如此,报应主义长期以来一直是支撑刑罚正当性的最为重要的理论。在报应主义看来,犯罪是一种道德上的恶,而当作为理性的人基于自由意志实施了这种恶时,必须同样基于自由的意志接受道德的责难。具体从法律的角度看,犯罪被视为一种特殊意志对普遍意志的否定,而刑罚则被视为对特殊意志的再否定,通过这种否定之否定的逻辑运动,法律秩序得以恢复。^② 虽然在现代社会报应主义受到功利主义的挑战,但是并合主义的刑法正当化依据依然不能完全摆脱报应主义的约束。^③

责任的正当性源于侵害与惩罚之间的对等性。中国传统“报”文化的基础即为这种对等性。“一还一报”“善有善报、恶有恶报”“杀人偿命、欠债还钱”“血债血还”等民间俗语反映的就是这种对等性。据《史记·高祖本纪》记载,当初刘邦兵进咸阳时,提出“杀人者死、伤人及盗抵罪”等约法三章,得到关中父老的拥护。约法三章就体现了这种对等性,而这种对等性与民众朴素的正义观相契合。《礼记》中说:“以德报德,则民有所劝;以怨报怨,则民有所惩。”这阐述的也是“报”的对等性。孟子在《离娄上》篇中对这种惩罚对等性阐述得更为具体:“君不行仁政而富之,皆弃于孔子者也,况于为之强战? 争地以战,杀人盈野;争城以战,杀人盈城,此所谓率土地而食人肉,罪不容于死。故善战者服上刑,连诸侯者次之,辟草莱、任土地者次之。”依孟子的观点,对不同的罪行给予不同的惩罚才是符合公道的。荀子在《正论》篇中更为明确地论述了赏罚相当、罚当其罪对于社会治理的意义。他认为“赏庆”“刑罚”“皆报也”,只有赏功相当、罚当其罪,做到“禁暴恶恶”,才能实现理想的治理效果,而“杀人者不死,而伤人者不刑,是谓惠暴而宽贼也,非恶恶也”,“罪至重而刑至轻,庸人不知恶矣,乱莫大焉”,“赏不当功,罚不当罪,不祥莫大焉”。在荀子看来,统治者只有在赏罚上做到这种对等性,才能保障社会的长治久安。对等是正义的本质性要义,是差异性正义和同一性正义生成的原则。^④ 在法律上,同一性正义催生的是平等性原则,差异性正义催生的是比例原则。由此说来,中国古代的“报”既有惩罚面前人人平等的内涵,又有罪责刑相适应的成分,与现代的刑法思想并不冲突。

“报”也是民法上相邻权存在的基础。“相邻关系者,乃民法为调和邻接不动产之利用而扩张或限制不动产所有权之制度。各相邻或邻接不动产所有人基于其所有权之权能对其不动产,本得自由用益或排除他人之干涉,但各所有人如仅注重自己之权利,而不顾他人权利之需求时,必将导致相互利害之冲突,不仅使不动产均不能物尽其用,更有害于社会利益、国民经济。”^⑤ 由此

① 参见苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第52页。

② 参见魏平雄、陈勇:《报应主义与刑事政策》,《西南师范大学学报》(人文社会科学版)2006年第6期。

③ 参见莫宸屏:《报应、功利与刑罚的正当性——刑罚正当化根据之并合理论的提倡》,《研究生法学》2016年第6期。

④ 参见易小明:《对等:正义的内生成原则》,《社会科学》2006年第11期。

⑤ 谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第176页。

说来,相邻权实际为邻人之间互负“容忍义务”而形成的关系。^①在相邻关系中,只要权利主体对其邻居造成的不便属于“正当损害”“非重大损害”或“持续时间短或系偶尔出现”的损害,即在正常限度以内的,该邻居就需要“容忍”。^②这其中的逻辑应该是:甲方容忍了乙方对其造成的不得已的损害,而乙方也在适当时候容忍甲方对其造成的不得已的损害,此时相邻权存在。反之,如果甲方不容忍另一方对自己的任何损害,那么乙方也不会容忍甲方对自己的任何损害,此时相邻权灭失。由此说来,相邻权是一种互相礼让的产物,是“你敬我一尺,我敬你一丈”的结果,其中蕴含着一种还报的机制。中国古代“六尺巷”故事即发端于相邻权之争,之所以能够传于后人是因为其中蕴含着礼让还报的因素。

“报”还是国际法上对等性、互惠性原则的理论支撑。对等原则是指国家之间应给予同等待遇的原则,其可分为积极意义的对等与消极意义的对等。积极意义的对等是指两国相互给予某种权利或权益,而消极意义的对等是两国相互采取限制或歧视措施。^③从实质上说,积极意义的对等是一种国家间的互惠,消极意义上的对等是国家式的“复仇”和“私力救济”。确切地说,它属于国际法上的“反报”“报复”。所谓“反报”是一国以同样或类似的行为回应另一国的不友好不礼貌或不公平的行为;所谓“报复”,是指一国针对另一国的国际不法行为而采取的经济方面的惩罚措施。^④其正当性基础在于国家对于不法侵害的自卫权和自保权,并部分地纳入国际法框架中。诚然,该种方式并不是以和平的方式来运作的,但乃维护和平与平等所必须。因此尽管在实践中,这些手段的运用虽呈下降趋势,但“在当今的国际法中不存在强制管辖权的情况下,报复手段仍然有其存在的理由”。^⑤

“报”的机制体现在基本的法律运作之中,构成法律运作的人性基础。法治不是抽象的,是由具体的法律制度来实现的,因此,对于对等性的维护是法治实现的基本价值。就此而言,在对等性的视角下,即使是中国本土意义上的“报”与现代法治在价值取向上也是统一的。

二、社会层面“报”对现代法治实践的助益

如前所述,社会学家们对“报”的机制往往持一种警惕的态度,认为它通过一种特殊主义的路径运作,对具体制度构成了破坏,常常是导致腐败的重要因素。如果依此逻辑分析,“报”自然与法治是不相容的。笔者认为,对此应该做具体的分析。如果从“国家—社会”分野的角度看,应该说在社会层面运作的“报”对法治非但无害反而在很多情况下是有益的。

就复仇意义上的“报”来说,它源自人的本能,如英国经济学家亚当·斯密所说的,以其人之道还治其人之身是大自然加于人类的伟大法则。^⑥在某种意义上,法律的惩罚不过是国家代表受害人对侵害者的一种反报而已。人类的法律是从私人复仇中发展起来的,或者说是为了替代

① 参见焦富民:《容忍义务:相邻权扩张与限制的基点——以不可量物侵扰制度为中心》,《政法论坛》2013年第4期。

② 参见尹田:《法国物权法》,法律出版社2009年版,第411~412页。

③ 参见张亚非:《浅论对等和互惠原则及其作用》,《社会科学》1984年第10期。

④ 参见黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第217页。

⑤ 参见[德]沃尔夫刚·格拉夫·魏智通:《国际法》,吴越等译,法律出版社2002年版,第774页。

⑥ 参见亚当·斯密:《道德情操论》,蒋自强、钦北愚、朱钟棣等译,商务印书馆1997年版,第101页。

私人复仇而产生的。因此,早期人类的法律普遍保留着血亲复仇和同态复仇的痕迹。依此逻辑可知,国家并不是禁止一切反报行为,而是为这种行为划定一个界限,超越国家界限的反报是被禁止的,如正当防卫、财产留置、财产保全、证据保全等被法律所允许的自救、自保行为都是这种反报行为。允许这些行为的存在对于阻止不法侵害的发生、维护受害者的自身权益具有重要意义,同时也可以在一定程度上补充司法资源的不足。“昆山砍人事件”中杀人者于海明受到舆论的普遍同情并最终无罪开释,其道理也在于此。当国家接管了本由私人行使的救济权时,并不是说报复的意识消失了,而是民众开始将报复的希望寄托到国家的身上,希望国家的司法能够为其恢复失去的正义。如果不能如此,即民众利用合法途径恢复正义的渠道被堵塞,那么私力救济的方式就有可能被重新启动。以此逻辑推之,如果一个国家不切实际地强调轻刑和废除死刑,那么完全可能会造成国家司法制度的功能失调,增加分散化的复仇性制裁。这不仅会增加维系社会和平的费用,使司法制度的合法性降低,还会招致数量更多、更加无节制的私人复仇。^①

中国古代的“报”还有“果报”“业报”的涵义。虽然“业报”来源于佛教,但是其与“果报”在对因果报应的表达上是一致的。^②民间的“善有善报、恶有恶报”“遭报应”“人不在看天在看,法不责罚天责罚”等说法以及《易经》上讲的“积善之家必有余庆,积不善之家必有余殃”反映的都是“报”的这种内涵。如果从科学的角度看,这种理论是不成立的;如果从实证的角度看,它也不会得到确实的验证。但这种观念之所以存在,其实是因为人们对善的追求、对恶的排斥存在着普遍心理,而求善去恶实乃维护人们基本生活所必需,为社会正义和基本伦理所必备。信仰往往以超验的形式甚至无可证明的先验直觉的形式发挥作用,因此报应观念的作用机理自然不能被纳入科学的框架中。但是,又因为它的内涵中渗透着对正义的需求、对伦理的维护,所以普通民众对报应的信仰,总体来说对社会基本秩序的维持是有利的。“报”的观念对于人们善行的培养具有一定的引领作用,对于恶行的做出具有一定震慑作用。

人类许多法律传统的产生往往与对“报”之力量的敬畏有关。在中世纪欧洲,正是为了减轻法官因判人死刑而招致罪孽或被上帝诅咒的心理压力,所以才需要把程序和证据规则做得复杂、细致和严密,从而给人形成一种“是程序杀了你,而不是法官杀了你”的外观,由此使法官从被报应的心理强制中解脱出来。这在客观上助长了程序法、证据法在近代西方的诞生和完善。^③在古代中国,在传统的福孽报应理念下,法官也往往认为判人刑罚在观念上是破损阴德的事,不是现世折寿,就是来世报应,或者仕途有累,或者对子孙不利,因此法官总是追求从轻发落,力求减轻犯罪人的刑罚。^④这种观念和实践客观上使中国古代的刑罚具有了某种人道主义色彩。^⑤

现代社会虽然追求科学、民主、独立、自由,但并不意味着不应该有所敬畏。事实上,当今世界许多现代性问题往往都是由于人类敬畏感缺失造成的。正是人类不敬畏自然,才有那么多自

① 参见苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第77页。

② 参见韦政通:《报的概念古今谈》,载张老师月刊编辑部:《中国人的世间游戏——人情与世故》,台湾张老师出版社1990年版,第9页。

③ 参见[美]惠特曼:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,佘化强、李伟译,中国政法大学出版社2012年版,第167~179页。

④ 参见郭建:《中国法文化漫笔》,东方出版中心1999年版,第218页。

⑤ 西方学者这样评价中国古代的法律:“与西方法律相比,中华帝国的法律在某些方面更加人道,更加合理。”[美]D.布迪、C.莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社2003版,第24页。

然灾难和环境污染;正是官员不敬畏人民,才有诸多的腐败现象;正是人们不敬畏规则,才有诸多的违法乱纪行为。正基于此,德国哲学家康德才认为,在人们的心中保留上帝是有益的,上帝可以不是我们道德行为的依据,但可以作为保证我们道德行为在另一个世界配享相应幸福的依据。因此,他使在“第一批判”(即《纯粹理性批判》)中已经从自然界被驱逐的上帝在“第二批判”(即《实践理性批判》)中的道德世界里重新复活。^① 由此而言,对于一个生活于民间社会的普通人来说,对善恶报应持信仰和敬畏的态度,对于劝导人们为善、阻止人们为恶具有积极意义。将人放在“国家—社会”的框架下分析,生活在政治国家层面的人为“公民”,国家应该对其有更高的政治标准、道德要求,而在市民社会层面生活的是“市民”。“市民”是普普通通的人,是凡夫俗子、贩夫走卒、平民百姓。对待他们不能也不宜要求其有过于高尚的世界观。虽然福孽报应理念未必完全符合科学的因果逻辑,也未必完全符合唯物主义的立场,但是它的这种劝善止恶、惩恶扬善的功能对于守法具有正面意义,因而在为法治构建和平环境方面能够发挥积极作用。由此说开去,一个法治社会需要民众对规则予以必要的敬畏。在法治的视野下对规则的敬畏与对报应的信仰能够统一起来。^② 如果在民众中建立起违反法律终将受到法律的惩罚观念,这必然会在客观上提升守法的效果,而对法治的信仰也部分地依赖于对违法者必受法律制裁这一观念的笃信上。

“报”更多地体现为普通社会中你来我往的现实生活,基于施与的还报是“报”文化的主要内容。这种形式的“报”在社会学家的视野下具有多种类型。例如,根据礼物交换所具有的功能,可分为表达性的馈赠与还报和工具性的馈赠与还报。^③ 又如,根据交换发生的领域不同,可分为发生在同类交换的中的“报”与发生在异类交换中的“报”。应该说,如果它们都只存在于社会的层面或私人之间,不向公共领域流动,那么此中的“报”总体上对国家无害,并能够与法治相融。生活存在于人的交往之中,礼尚往来、有来有往才是生活。人是情感性的动物,中国人更重视感情。因此,人与人之间通过互赠礼物、互相宴请、互相帮忙的方式增进感情,符合人性和民情,有助于正常生活的维系。以结婚礼仪中的交换为例,婚礼是“一种多人参与的、公共的、开放的、民众集体行动”,是“建构社会网络的重要场合”,以“到场”和“互惠”为原则,^④在来来往往中重塑着人们的生活,在“维持、再生产以及改造人际关系方面……扮演了重要角色”。^⑤ 中国古语有云:“天上下雨地上滑,各人栽树各人爬。亲戚朋友拉一把,酒换酒来茶换茶。”法治需要这种往来的生活,需要这种多元化的市民社会的支撑。推行法治不是一味地塑造整齐划一的状态,而是要在尊重人的基本需求的前提下创造一种宽容、多样、自治的环境。正是在这个意义上,杨美惠先生甚至认为,发生在20世纪70年代末80年代初中国的以礼物为中心的关系实践,带来的是“一种开放的、流动的关系的链和网的社会集合体”,因此它对于解构当时僵化的计划经济和官僚体制、形成

① 参见赵林:《基督教与西方文化》,商务印书馆2013年版,第346页。

② 参见易军:《另一种“法的正义”——民间报应正义的法理分析》,《广西大学学报》(哲学社会科学版)2011年第2期。

③ 参见阎云翔:《礼物的流动——一个村庄中的互惠原则与社会网络》,李放春、刘瑜译,上海世纪出版股份有限公司2017年版,第52页。

④ 参见吉国秀:《婚姻礼仪变迁与社会网络重建》,中国社会科学出版社2005年版,第65~232页。

⑤ 参见阎云翔:《礼物的流动——一个村庄的互惠原则与社会网络》,李放春、刘瑜译,上海世纪出版股份有限公司2017年版,第21页。

多元社会格局具有重要意义。^①

作为报恩意义上的“报”是人类的基本道德在社会生活实践中的具体运作形式。生物学家认为社会合作有两个来源：一个是“亲戚选择”，另一个是前面所提及的“互惠合作”。“亲戚选择”是指，有性繁殖物种的个体在对待亲戚时是利他的，利他的程度与分享的基因呈正比。^② 不过，依笔者看来，即使是“亲戚选择”的路径也不是完全单向利他的，依然也是一种“互惠合作”。以中国的孝为例。其实传统的孝也是“施与—还报”框架内的概念，应该属于一种发生在同类交换中的“报”，其要解决的是一个“跨时交换”的风险防范问题。父母之所以要抚养儿女，是寄予儿女将来的还报，中国的谚语点破了其中的缘由：“养儿防老，种树求荫”“养儿防老，积谷防饥”。儿女之所以要向父母尽孝，“孝”字在甲骨文中似树的形状，隐含的意思就是追根。^③ 父母便是子女的根，因此子女要向父母报恩。正如《诗经》上说的“父兮生我，母兮鞠我，拊我蓄我，长我育我，顾我复我，出入腹我。欲报之德，昊天罔极。”因为孝中蕴含还报之意，所以人们常常用“乌鸦反哺”“羊羔跪乳”“谁言寸草心，报得三春晖”等借物喻人的形式来说明人要行孝。由此说来，经济学家将伦常关系视为一种工具性安排，赋予其功能性内涵，并非全无道理。^④

恩惠是特定人施与的，因而报偿就要针对特定人进行；情感是在长期的生活中形成的，它要在特定主体之间发生。“孝是人的待发本性，乃反本报源的爱敬意识和继承意识，所以非有深远的做时间旅行的意义保持或历时记忆能力而不可。”^⑤由孝生发出的行为与情感可以被视为人类的本能，孝中所蕴含的感恩是自然正义中的应有内容，^⑥并且它在千百年的生活实践中已经植入中国人的意识之中，以至于这些发生在普通人身上的孝以及感恩意识已经成为中国社会的基本伦理和善良风俗，成为区分善恶的重要标准。“在任何时间段里，如果没有被我们称之为忠诚的现象，那么社会就不能存在……感恩是对法律秩序的一种补充。人与人之间关系的建立依赖于施与和报偿之间结构上的等值平衡。”^⑦法治需要尊重这种善良的人性、伦理、风俗和美德。法治应该受一种人类共同“善”的指引，以此作为其品性的保证。中国古代的“亲亲相隐”和现代西方的亲属作证豁免权存在的机理就在于此。限于经济原因，在当下中国养老问题仍无法主要通过社会保障方式而是更多地需要借助家庭方式来完成的条件，弘扬孝道的回报意识对于减少代际冲突、化解家庭矛盾、减轻国家负担以及降低纠纷解决成本具有很重要的现实意义。由此推之，法治不但需要家庭中的忠诚和感恩，而且需要国家和自然层面的忠诚和感恩，需要国家对民众的施与，需要民众对国家乃至自然的回报。如果从施报的角度观察个人与国家、自然的关系，那么它们应该是一种互负责任的关系，双方在互负责任中共同发展、实现双赢。这与法治的根本

① 参见[美]杨美惠：《礼物、关系学与国家——中国人际关系与主体性建构》，赵旭东、孙珉译，江苏人民出版社2009年版，第244～245页。

② 参见[美]弗朗西斯·福山：《政治秩序的起源：从前人类时代到法国大革命》，毛俊杰译，广西师范大学出版社2014年版，第34页。

③ 参见方尔加：《儒家思想讲演录》，东方出版社2007年版，第61页。

④ 参见熊秉元：《优雅的理性——用经济学的眼光看世界》，东方出版社2014年版，第36页。

⑤ 张祥龙：《家与孝——从中西间视野看》，生活·读书·新知三联书店2017年版，第147页。

⑥ 英国哲学家霍布斯把“感恩”视为自然法的重要内容。参见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第115页。

⑦ Simmel, Georg, The Sociology of Georg Simmel, Free Press, 1950, pp.379—387.

价值是一致的。

由此观之,发生在社会层面的“报”对法治并不构成障碍,而真正对法治构成障碍的则是发生在国家层面的“报”。这是一种发生在私人与国家之间的馈赠与还报,是一种私人向公职人员利益输送后公职人员又以公共资源回报私人形式的交换。这是一种私人与国家之间的利益流动,是一种私权与公益的交易。在这种流动和交易中,由于公开公平竞争的机制被打破,公共资源没有按照普遍主义而是以特殊主义的原则进行分配,或者说公职人员以公共资源换取了个人利益,进而破坏了国家正式制度的运作逻辑,因此这种形式的“报”对法治构成了实质性侵害。社会学家对“报”的批评也是在这个层面进行的。

三、国家层面“报”与现代法治分殊的内在逻辑

传统中国是以农耕文明为主体的社会。农耕文明的特点决定了只有将人们绑定在土地上才能实现自身的发展,而土地是不动产,土地不动,人亦不动,因此一个不需要流动的社会必然是熟人的社会。在这样的社会中亲缘关系是社会维系的基本纽带,平权型、契约型的商品交换不发达,身份型的宗法宗族是其基本的社会结构。中国很早就是一个“大一统”国家,而要维护这样的统一和农业文明中的“不动”,就需要大量的官吏来管理,因此传统中国又是一个典型的官僚制社会。这些因素决定了比之其他社会结构,传统中国孕育着更多的特殊性。正因如此,虽然“报”的观念存在于人类普遍的生存结构中,但是中国社会的这种特殊性导致生长于其中的“报”也具有明显的特殊性和复杂性。这种特殊性和复杂性表现为:其一,发生在中国人生活中的“报”以及由此产生的交换更多的是一种如前所述的同类的交换,该种交换的目的在于建立一种长期的关系,更多地不是为了一种短期的纯功利性的交换,不是一种契约型的经济往来。其二,这种交换是通过一种“欠”“还”过程来实现的。“所谓‘欠’就是说交换者在一次交换完成后会有意制造有价值的剩余物,形成另一方的债务感。但由于交换双方都有意强化彼此关系,因此每一方都无意一次性结清,而是继续制造对方的亏欠。”^①“欠”形成以后,这种交换并不追求立即回礼,而是希望经过一段时间的间隔。“延长回报强调的是个人关系的坚强和持久,而不是通过这种关系所交换的物品或惠利”。立即回报容易“把关系降低到一种公开实用的‘买卖关系’”,^②不仅使双方的关系没有时间得到充分的培养,而且还体现出对关系主体的不信任,不愿意共同继续发展这种关系。其三,这种交换是追求情感指向的。中国人排斥赤裸裸的纯工具性的交换,即使有功利性的目的,也往往先行进行感情投资。因此,馈赠与还报过程孕育的是“人情”。所谓“人情”,是“人与人进行社会交易时可以用来馈赠对方的一种资源”,如对方接受了我的馈赠,便欠了我的“人情”。它是“人与人应该如何相处的社会规范”,即欠了别人的“人情”就必须想办法回报。因此“报”代表的是一种“人情法则”。^③ 其四,这种交换是在一种分殊主义的路径下完成的。它要在特定的两个主体之间建立特殊的关系。“关系”一词在中国有特殊的含义,它不是一般意义上主体之间

① 翟学伟:《中国人的关系原理——时空秩序、生活欲念及其流变》,北京大学出版社2011年版,第207页。

② 参见[美]杨美惠:《礼物、关系学与国家——中国人际关系与主体性建构》,赵旭东、孙珉译,江苏人民出版社2009年版,第123页。

③ 参见黄光国、胡光缙等:《人情与面子:中国人的权力游戏》,中国人民大学出版社2010年版,第13~14页。

所建立的联系,而是特定的主体之间形成的特殊的联系,它指的是超出一般关系而形成的特殊的资源。所谓办成事得“有关系”“找关系”“托关系”。这种关系需要特殊化地经营。馈赠与还报是“关系”缔结的要素和过程。正是因为“关系”的缔结是在特殊化路径中完成的,所以它容易造成偏袒徇私的结果。^①

正如前论述“报”的机制如果发生在社会层面或私人领域也无可厚非,但是一旦发生在国家层面或公共领域,就往往会成为腐败的重要根源,即当私人的馈赠需要用公共资源来报偿时腐败就容易发生。在中国传统的宗法宗族社会,人与人的关系呈现出一种费孝通先生所言及的“差序格局”。人伦就是“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”,人的社会关系结构“像水的波纹一般,一圈一圈推出去,愈推愈远,也愈推愈薄”。^②这是一种美国社会学家帕森斯笔下的“分殊主义”关系结构,^③即应该根据亲疏程度不同而给予不同对待。这正好与“报”的运作逻辑相吻合。在传统中国,一个人的成功往往离不开其家族、亲属的资助,在官僚体制下,一个官员的升迁也往往是由领导提拔的。于是,这就进入了一个“馈赠—回报”的系统中。在这样的系统中成功的人必然要面对一个报恩的问题,即需要用手中的资源来回报当初馈赠自己利益的人。叶落归根、衣锦还乡、报效家乡、知恩图报,其内在的动机就在于此,官僚社会中裙带关系产生的根源也在于此。这也是官场中众多塌方式腐败产生的根本原因。

在“报”文化的结构中,馈赠通常以“恩”的形式出现,需要回报的也是“恩”。“恩”是指“一个人得到他人的好处而产生的感激之情”,所谓“恩”是与“情”连在一起的。当以“恩”或“情”的形式出现时,馈赠变得无法精确计算,无法用标准衡量,特别是当“恩”出现在上对下的或意外的、急需的、难得的、超乎预见的条件下时,其价值更是无法估算。^④因而此中所要求的回报也绝不是等值回报,而是超额回报,所谓“受人滴水之恩,当以涌泉相报”“一饭之恩,千金以报”“吃人一口,报人一斗”“今日受此大恩,他日愿效犬马之劳”,表达的就是这样的含义。

回报,一旦注入了“恩”和“情”,便升华到了伦理的高度。知恩图报,有恩必报,是一个人的美德。古人说:“唯贤者为能报恩,不肖者不能”,“夫禽兽昆虫犹知比假而相有报也,况于士君子之欲兴名利于天下者乎”。^⑤知道报恩才算得上一个真正的君子。中国古代的“义”很大程度上体现在“报”上:豫让报智伯、关羽报刘备、专诸报阖闾、荆轲报太子丹等都是因为“报”而成就了“义”。知恩图报才能算作义士。相反,忘恩负义、以怨报德、恩将仇报则是严重违反道德的行为。“一般小人给予帮助也要求报偿,那些只接受帮助而不给报偿的人,事实上是低于小人的标准的,这种人是一个邪恶的‘小人’而不只是一个小人。”^⑥《中庸》中说:“义者,宜也”,按照“义”的标准做事,才是符合正道的,才能得到舆论的支持,相反,必然得到人们的批评和抵制。

由此观之,“报”已经变成一种伦理性的社会规范,是一种前面提及的“人情法则”。一旦进入这个规范以后,个人往往会失去自主性,“人情法则”会形成实质性的强制。这个规范要求,一旦

① 参见杨联陞:《中国文化中“报”“保”“包”之意义》,贵州人民出版社2009年版,第84页。

② 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第27页。

③ See Talcott Parsons, The Structure of Social Action, Free Press, 1949, pp.550—551.

④ 参见翟学伟:《中国人的关系原理——时空秩序、生活欲念及其流变》,北京大学出版社2011年版,第210页。

⑤ 《说苑卷六·复恩》。

⑥ 杨联陞:《中国文化中“报”“保”“包”之意义》,贵州人民出版社2009年版,第86页。

接受别人的馈赠就必须回报,如果不回报就会为道德所低评,为舆论所贬谪。作为一项伦理道德的要求,它会在人们的内心深处形成压力,在精神上构成负担。因此,一旦步入这个还报系统,在社会规范的压力下,当事人很难跳出这个圈子,往往被裹挟着按照其中的逻辑运行下去。常言道:“吃了人家的嘴短,拿了人家的手短”,“钱债好还,人情债难还”。^① 正是因为“报”规范具有如此的强制力,一旦卷入,就将身不由己,所以很多人对别人的馈赠往往保持着警惕的态度,^②如曾国藩在家书中劝解家人:“不肯轻受人惠,情愿人占我的便宜,断不肯我占人的便宜……以后凡事不可占人半点便宜,不可轻取人财,切记切记”。^③

从上述分析可以看出,在“报”的领域,民间的伦理与国家的法律存在着冲突。这是一种公私之间的冲突。伦理层面的“报”强调的是特殊主义,而法律所要求的则是普遍主义。伦理层面的“报”强调必须要回报,而法律则要求不能以公共资源做私人的交换。这样当私人的伦理过于强大以至于法律都无法抵御时,就必然会产生私人领域与公共领域之间的利益输送问题,产生私情替代国法的问题,腐败随之发生。在公私交换的过程中大致会出现“收钱办事”“不收钱也不办事”“收钱不办事”“不收钱还办事”四种情形。依法律的标准,“不收钱也不办事”是最合法的,“收钱办事”是最不合法的。“收钱不办事”“不收钱还办事”同样都构成违法。前者虽然未给国家造成损失,但毕竟收受了贿赂;后者虽然没有收钱,但毕竟处分了公共资源。如果从国家利益的角度看,“收钱不办事”中国家利益没有受到损失,但从民间伦理角度看,这样的行为最不道德。

发生在公私之间的“报”从终极上讲也是功利的,因为在通常情况下这是通过送礼方式来实现的。但是,具有人情色彩的馈赠与回报,常常又不能以纯粹商业交易的方式来运作。因为“中国人倾向在感情的基础上谈交易,而排斥赤裸裸的工具性交换行为……在价值上不接受直接进入异质性交换”,^④所以本来是异质性的交换,通常也要通过感情投资的形式,使其变成同质性交换的形式,即要达至“自己人”“家里事”“兄弟间”这样的效果来完成。这样,既可以减少接受礼品者心理上的障碍,又可以提升回报的用心程度和质量。还有更为隐蔽的情形,即施与并没有明确的目的性和针对性,也不希求短期物质上的回报,施与者只是将暂时闲置的资源通过施与的方式置换成人脉和声誉,让受与人产生一种受恩心理,待将来需要时一并提现和享用。^⑤ 因此,通过“报”的方式完成的利益输送具有相当的复杂性,随之在查处和预防上也具有相当大的难度。

四、现代法治视野下对“报”的肯认与防范

如果从抽象意义或宏观层面上讲,“报”是人类交往的重要方式,不为中国人所独有。它所表

① 参见金耀基:《人际关系中的人情分析》,载杨国枢主编:《中国人的心理》,江苏教育出版社2006年版,第72~73页。

② 甚至连原始部落的人也都有这样的警惕性。一位人类学家观察到,肯尼亚某些部落的居民对礼物很轻视,因为他们知道世界上没有免费的午餐。参见[美]麦特·里德雷:《美德的起源——人类本能与协作的进化》,刘珩译,中央编译出版社2004年版,第125页。

③ 《曾国藩家书·交友篇·致诸弟·切勿占人便宜》。

④ 翟学伟:《中国人的关系原理——时空秩序、生活欲念及其流变》,北京大学出版社2011年版,第253页。

⑤ 生活在美洲太平洋东北岸的印第安人中有一种“散财宴”的习俗。人类学家认为这是一种储存自己社会地位的做法。参见[美]麦特·里德雷:《美德的起源——人类本能与协作的进化》,刘珩译,中央编译出版社2004年版,第127页。

达的对等性是正义的必然要求。法治不应仅仅是一套治理技术,还应是一套以人类共同“善”为核心的价值体系。因为“报”中包含了人类的基本的“善”,所以法治需要用“报”来支撑其对“善”的追求。如果从具体、微观的角度来观察,“报”不仅与中国人的生活更具有耦合性、关联性,具有更强的亲密程度,而且其运作方式也更有特殊性。从这个角度看,正是中国社会蕴含着更多的“报”,中国人的生活才是丰富多彩的。因此,“报”文化与实践是滋养中国法治主体性和多样性的有益土壤,当下法治中国的建设需要肯认和保护这些层面上的“报”。

如前所述,“报”与法治的冲突主要发生在公共领域,即当“报”发生在公共领域与私人领域资源交换的过程中,即在有情必还、有恩必报规则的驱使下,当在私人领域发生馈赠而需要以公共资源来回报时,制度就有可能被破坏,腐败就随之发生。在权力的名义拥有者和实际行使者相分离的公共领域,以“报”的形式进行利益输送本是人类社会权力场上的普遍现象,但中国社会的特殊性又决定了它对法治的这种破坏具有高发性特征。传统官僚社会所孕育的“官本位”文化在当下依然盛行,当下中国公共机关依然掌握着强大的权力和资源,这就为“报”提供了相当大的活动空间。中国社会特有的“人情”文化,为“报”的发生提供了更多的可能性。在差序格局下,人们会形成一个个圈子。同宗、同族、同缘、同乡、同事、同学、同门、同行、同伴、战友,在熟人社会传统的惯性下,即使陌生人也会以不同形式变成熟人。“人熟好办事,办事凭关系”,这样的机制使“报”在公私领域之间的利益输送上具有了更大的空间,从而对正式制度构成更为普遍的破坏。正基于此,防范“报”对公共领域的侵蚀在当下中国具有特别重要的意义。

鉴于“报”以其特殊主义的运作路径对法治的运行机理构成了根本性的破坏,维护法治的正常运作机制,应该主要防范发生在公共领域的“报”对正式制度的破坏以及对公共资源的侵蚀,而防范的根本途径则是斩断“报”从公共领域向私人领域的利益输送。美国政治学家弗朗西斯·福山认为,现代政治腐败表现为一种“庇护政治”或“依附主义”,即“两个不同地位和权力的人交换好处,通常涉及庇护人提供好处给依附者,以换取后者的忠诚和政治支持,提供给依附者的好处必须是个别配置的”。^①这也是“报”在公共领域运作的一种形式。“庇护政治”或“依附主义”的问题在于其对韦伯意义上的非人格化的官僚体系的破坏。由此言之,防范“报”对公共领域的破坏、斩断这种由公向私的利益输送,从根本上要依赖于现代的具有形式理性的官僚体系的建立与完善。这是一种“等级拉平化”的、“非人格化”的、“祛魅化”的、“可预计”的、依赖于程序和规章制度来运作的一套公共管理体系。^②这是当下中国法治国家、法治政府建设的应有之意,是中国社会努力的方向。

另外,“报”之所以对正式制度的运作发生破坏作用,归根结底在于公职人员非法将公共资源向私人领域输送,因此在具体层面上破解这个问题关键是要加强对公职人员的行为约束。公职人员掌握着国家的重要权力,代表着国家的形象,权力能否规范、廉洁的运作对于国家制度的整体安全意义重大,因此对于公职人员应提出更高的要求、设定更严格的标准和制度。在关照以上两点的基础上并针对“报”的发生机理和运作逻辑,笔者认为,我们具体应在以下方面做出努力:

第一,提倡正确的还报观、义利观。中国传统文化中一直有义利区分的观念,强调私情之上

^① 参见[美]弗朗西斯·福山:《政治秩序与政治衰败:从工业革命到民主全球化》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2015年版,第76页。

^② 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第249~250页。

有公义,在私人空间里可以讲私情,在公共领域必须讲公义,正如《礼记》中所说的,“门内之治恩掩义,门外之治义断恩”。对于公职人员必须强调公义大于私利的原则,不能见利忘义、因公废私、徇情枉法,人间的还报不能以超越公义的方式进行。在人情与国法之间应强调公而忘私,大义灭亲,秉公执法。每一个公职人员从本质上说都是由国家和人民培养的,应该树立报效国家、忠于人民的理念,树立忠于职守高于私人还报的观念,使其从道德困境中解脱出来。

第二,健全回避制度。规避人情困扰的方法之一,“是暂时离开个人原来的混合性关系网络,到一个陌生的社区,和别人建立某种工具性的关系,再以公平的法则与之交往”。^① 传统中国为了防止人情对执法的干扰,在官吏任命上一直有严格的回避制度。如官吏不能在本籍任职,婚姻之家不得在同一地区同一部门任职,等等。宋代回避制度更为细致成熟,分为籍贯回避、亲属回避、职务回避和科举回避。^② 如上所述,中国是一个人情社会,强调共同体内的认同感,即使在陌生社会也往往通过同乡、同学、同事、战友等圈子建立一种同质型关系。这都给“报”的发生提供了土壤和空间。所以,在当下中国需要建立更为严格的回避制度,扩展回避的范围,尽量减少同质型关系建立的可能性。

第三,对礼物形式的认定需要细化标准。“报”是建立在接受馈赠的基础上的。馈赠在权力寻租过程中一般以礼物的形式出现,而礼物通常被认定为现金或实物。在现代社会,随着生活方式的多元化,人的需求也越来越多样化,一切满足人的需求的形式都可能成为馈赠的礼物,如性需求、娱乐消费、解决工作、安排子女就业、安排家人就医、帮助亲属升迁、安排酬金特别丰厚的劳务,等等,这些形式往往比现金或实物对于当事人更有意义,更需要其做出回报。如果仅把礼物局限于显性化的财物,必然不利于防范“报”在公共领域的发生。

第四,对贿赂型犯罪需要设定更严格的认定标准。如前所述,鉴于公职人员工作的特殊性,对其应该做更严格的要求。中国古代自唐律以来所规定的“六赃”罪,不但将“受财枉法”列入犯罪,而且将“受财不枉法”规定为犯罪。德国、日本、韩国等国家规定的职务犯罪也不以“为他人谋取利益”为要件。鉴于贿赂型犯罪在当下中国高发和复杂的现实,结合人情社会的特点,根据中国人“报”的情结和生活经验法则,笔者认为有必要降低国家工作人员贿赂型犯罪的构成标准,即取消受贿罪(《中华人民共和国刑法》第 385 条)“为他人谋取利益”这一要件的限制,或增设“收受礼金罪”,不以是否为他人谋利或处分公共资源为标准,只要收受礼金达到法定数额时就可认定为犯罪。^③ 根据上述“报”的理论,传统中国社会,大多数时候赠送礼金的人不会提出明确的请求,但是对赠送礼金的人给予回报是人情社会的基本逻辑。接受礼金意味着接受了回报的义务,对接受者产生了道德约束。或许在给付礼金时对方并没有提出任何要求,但基于公职人员掌握着重要的公共资源这一事实,人们有理由相信在以后的交往中当对方提出要求时其很难做出正确的选择。因此,鉴于公职人员身份的特殊性,在贿赂型犯罪构成上应该做出更严格的规定。

责任编辑 王虹霞

① 参见黄光国、胡光缙等:《人情与面子:中国人的权力游戏》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 29 页。

② 参见迟双明编著:《动真格——中国历代肃贪廉政得失》,北京理工大学出版社 2014 年版,第 101~102 页。

③ 参见王志祥、柯明:《受贿罪中的“为他人谋取利益”要素应当删除——以非法收受礼金行为应否入罪为切入点的思考》,《法治研究》2016 年第 1 期。