犯 罪 与 秩 序

——刑事法视野的考察

蔡 道 通*

内容提要:犯罪与秩序总是处于一定的紧张关系中。但是,犯罪作为人类的不可摆脱的伴生物在给社会带来恶害的同时也给人类展示了它的一定程度的正价值。而对这种价值的研究将有利于我们正确地对待犯罪并形成科学的秩序理念;秩序并不意味着没有犯罪,面对犯罪而拥有秩序的关键之点就在于制度化安排本身的程序化运作。

关键词:犯罪　秩序　正价值　刑事政策

秩序的存在是一切社会得以合理存续和良性发展的基本前提,当然也是每一民众生活理想的基本构成要素,更是所有政府孜孜以求之的主要目标。可以说,没有秩序就很难有社会的一切。今天的中国对于秩序的渴望比任何时候都更加迫切,对秩序的体认与理解比任何时候也更加深刻。"中国的问题,压倒一切的是需要稳定",[1] 就是这种认识与渴望的集中表达与最好诠释。尽管人们对秩序的理解不一,但有一点却是共同的,那就是,任何社会都必须保有最低限度的秩序底线,[2] 即维持社会生存与发展的最基本、最起码的秩序要求,亦即刑事法意义上的秩序。而犯罪的存在却时时构成对这种秩序底线的威胁与冲击,可以说,犯罪与秩序总是处于一定的紧张关系中。因而探求刑事法语境中的秩序内涵极具价值,尤其在人们仍将犯罪视为绝对的恶、秩序的绝对对立物的情况下,更是如此。

一、犯罪与无序的一般解读

犯罪在任何社会总是首先表现出其法律上的无价值,因为犯罪总是表现出一定的恶。当今各国多为犯罪这一社会现象所困,尤其是那些犯罪率高的国家。人们总是希望社会不再为犯罪所扰。但在犯罪存在的社会机理、个体原因消灭之前,犯罪总是与社会相伴而行。尽管我

---

* 南京师范大学法律系博士研究生、淮阴师范学院法学副教授。本文为江苏省高校人文社会学基金项目(00SJB82002)的部分成果。

〔1〕《邓小平文选》第三卷,第 284 页。

〔2〕严格说来,完全的失序(或无序)是不可能的,除非社会彻底崩解、溃散。参见黄平:《公共秩序的建构及其限制》,载《市场社会与公共秩序》,三联书店 1996 年版,第 17 页。

们并不一定赞同犯罪自古以来就存在,并且以后也会长期存在,是一种人类文明史同步的"永恒的社会现象"的观点,但我们同样不可否认的,正如有学者指出的,在原始社会,事实上就存在反社会犯罪、亵渎宗教神灵罪、性犯罪、引诱妇儿童的犯罪(如澳大利亚的一些部族规定让妇女、儿童看图腾标志的人要被首领处死)、盗窃犯罪等。在原始社会,把非自然人的动物、植物或其他物品等作为犯罪主体的比较常见。至于一般的杀人、伤害、抢劫等更属于犯罪。[3] 尽管这种犯罪并没有在法律上予以禁止,但与国家出现后的犯罪在形式上并无二致。从这个意义上说,迪尔凯姆的观点是有一定道理的。他认为,犯罪不但存在于某些社会,而且存在于一切社会中,没有一个社会可以例外。犯罪的形态、行为在不同的社会中有不同的表现,在同一社会中也有不同的表现。但是可以说在任何社会、任何时候,都有这样一些人,他们做出的一些行为举动是要受到惩罚的,然而,没有任何理由可以说明从低级社会到文明社会的过程中,犯罪事实是逐步减少的。相反,在这个过程中,犯罪的事实不但没有减少,而且还有增加的趋势。不过,需要注意的是,犯罪存在的必然性并不意味着它的价值合理性。"不能因为犯罪是正常社会学所研究的事实就认为它不应该引起人们的憎恨。疼痛也不是人们所喜欢的。个人之憎恨疼痛正如社会之憎恨犯罪。"[4] 只是任何意义上的秩序内涵与意义的探讨都不能无视犯罪的客观的长期存在,不能忘却犯罪对它的影响与限制。

犯罪的存在及其结果一般都表现为对秩序的破坏。秩序是与无序相对的。无序概念表明存在着断裂(或非连续性)和无规则性现象,亦即缺乏知识所及的模式——这表现为从一个事态到另一个事态的不可预测的突变情形;"无序"意味着关系稳定性和结构一致性的模糊并消失,行为的规则性和过程的连续性被打断。不可预测性渗透到社会之中,使人们丧失信心与安全感。[5] 历史表明,凡是存在人类的地方,秩序的要求就不可避免,凡是在人类建立了政治或社会组织的地方,人类都曾力图防止出现不可控制的混乱现象。也曾试图确立某种适于生存的秩序形式。[6] 一旦无序状态发生或将要发生,人们总是力图通过各种方式、办法去试图控制无序,去维护受到危害的秩序,其中当然包括对犯罪导致的无序状态的控制。

在任何社会,作为秩序的一种极端化的对立物的犯罪,总是被作为一种无序状态或缺乏有序状态的伴生物或标志物呈现在人们面前,从而使得众多社会总是把犯罪的最大控制、予以最重打击、甚至把对犯罪的消灭,作为控制社会无序状态、实现社会秩序化的一种目标和手段。相应地,人们总是将控制犯罪从而保有秩序作为法治最简单的内涵,治安构成了法治的最基本要求。有学者指出,社会的秩序或治安,它要求人民的生命和财产得到保障,不受伤害、侵犯和破坏。这种保障主要是由警察所提供,他们负责执法的工作。虽然这只是法治概念最低或原始的层次,但它是法治的重要元素之一。例如,如果社会发生骚乱或暴动,法治便受到破坏,如果警方成功地控制暴乱,法治便得以保存。从这个层次来看,法律和秩序的状况,相对于自然

〔3〕 参见童颜:《西方国家犯罪概念评介》,《国外法学》1988 年第 5 期。

〔4〕 参见迪尔凯姆:《社会学方法的规则》,胡伟译,华夏出版社 1997 年版,第 53 页,第 90 页。

〔5〕 参见博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 219 页以下;张文显:《法学基本范围研究》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 258 页。

〔6〕 参见前引〔5〕,博登海默书,第 220 页,第 224 页。博登海默指出,即使是遭遇船难并登上一个荒岛的人们,几乎也会很快就着手制定某种临时性的"法律"与"政府"制度。

的状况。自然的状况是一个残酷和恐怖的世界,在那里,人沦为禽兽。〔7〕但是,无序并不与犯罪量的多少成正对应的关系,秩序也不是治安的同义语。一个简单的例子足可证明:在法西斯统治时期的德国,表明社会公众安全感的社会治安并非不可控制,但是,人们却"生活在持续性的恐惧中,冒着暴力带来死亡的危险。"〔8〕可见,秩序的内涵与无序的界定与犯罪有关,但是,犯罪状况并非是有无秩序的唯一决定因素,甚至并非是决定性因素,况且犯罪并非绝对的恶。

二、犯罪价值的另一种审视

犯罪作为人类的不可摆脱的伴和物,在给社会带来恶害的同时也给人类展示了它的一定程度的正价值。而对这种价值的研究将有利于我们正确地对等犯罪并形成科学的秩序理念。

犯罪作为一种社会病态现象,其行为及其结果总是表现为某种权益关系正常性的断裂和非连续性,表现为某种程度上人们的行为预期的中断与丧失,因此,犯罪总是与无序相关联。既然犯罪的存在具有长期性,那么,犯罪与无序间必然也具有长期的互动关系。但是,必须关切的是,犯罪并非绝对的恶,并非所有的犯罪都意味着无序。犯罪作为人间的罪恶,并非空穴来风,更不属于天外来物,罪恶里也蕴涵着人性的弱点与人间的真实。罪恶作为善的对立物的存在,由于其恶性、恶行与恶果的暴露与展示,促使人们向往善、实践善。"罪恶能发人深省,能教人清白,能激起人的坚强。"〔9〕可以说,没有作为犯罪这一极端的恶,人们很难辨明善的内涵,也很难理解善的价值,更难进行善的实践。从这个意义上说,恶与善的并存与较量构成了人类发展的现实前提与动力源之一。罪恶与犯罪本身也有其一定的正价值。此其一。

其二,犯罪本身也具有一定的相对性。尽管一部法律本身具有恒定的性质,但罪与非罪却可相互转化。仅就涉及性关系方面刑事法律及其实践的变迁就不难得出这一结论。根据古代民法和宗教法规的定义,在西方,同性间的性行为是一种必须禁止的行为。〔10〕另一方面,也有一些文化容忍甚至鼓励同性恋行为。古代的希腊人对各种鸡奸行为起了各种名称。直到 13 世纪,天主教会对此还没有正式的惩处政策。圣·托马斯·阿奎那首次把同性恋行为申斥为"违背自然",主张把搞鸡奸的人扔进地狱般的火光熊熊的炉子里。先是教会法,随之而来的就是刑法,鸡奸从恶行成了犯罪行为。在美国,佐治亚洲鸡奸法于 1816 年颁布,因而在该洲鸡奸行为作为"违背自然的令人厌恶的低劣犯罪行为"一直受到禁止和惩罚。〔11〕到了 1986 年美国的"鲍尔斯诉哈德威克案"时,24 个洲和首都华盛顿都制定了惩办鸡奸罪的法规。〔12〕但是,有两起案件随即对哈德威克案的裁决提出了挑战。一是男同性恋案即佩里·沃特金斯案,二是女同性恋案,即米里亚姆·本沙洛姆案。〔13〕无论这类行为在不同时期、不同国家的"犯罪化"与"非犯罪化"是否同人们对这种行为的不宽容或宽容有关,但有一点应该是明确的,那就是这类行

〔7〕〔8〕 参见陈弘毅:《法治、启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 62 页以下。

〔9〕 皮艺军:《在天使与野兽之间》,贵州人民出版社 1999 年版,前言第 2 页。迪尔凯姆曾经指出:犯罪唤起并吸引了公正意识。对此陈兴良先生分析道:"因为犯罪行为能激起公众反对侵犯社会规范的情感,从而引出社会禁令。因此犯罪行为产生了人们预料不到的效果——造成并强化了保护公共福利的共同规范意识。"陈兴良:《刑法的人性基础》,方正出版社 1999 年版,第 310 页。

〔10〕 参见[法]福柯:《性史》,姬旭升译,青海人民出版社 1999 年版,第 38 页。

〔11〕 [美]彼得·伊龙斯:《为权益而战》,上海市政府编译组译,上海译文出版社 1997 年版,第 436 页。

〔12〕 [美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯:《美国宪法概论》,刘瑞祥等译,中国社会科学出版社 1995 年版,第 122 页。

〔13〕 参见前引〔11〕,彼得·伊龙斯书,第 479 页。

为是否会导致人类生活乃至社会的“无序”是不肯定的、是有所怀疑的。从总体上说,某些行为从被认为是“无序”状态的元凶而被犯罪化到与“无序”关涉不大而被非犯罪化应该是一种趋势。比如,一引起在过去曾被认为是不道德的因而需要用法律加以禁止的行为,则有可能被划出法律领域而被归入个人道德判断的领域之中。在英国,成年男子之间相互同意的同性恋行为已经被排除在刑法管辖范围之外,而美国的伊利诺斯州也制定了同样的法律。在英国,已经废除了自杀未遂罪,美国已普遍允许堕胎自由。婚外性关系也通过不实施刑法规定而不再成为一种罪行。[14]

其三,有些犯罪甚至可以成为社会行为的先导。犯罪从一定意义上说,就是一种越轨,即脱离社会既定行为规范而达至不可容忍的行为。但是,越轨绝非一定与无序相关涉,有时甚至直接与新秩序的形成相连接。因为越轨除了常见的破坏性越轨之外,还有创造性越轨。而破坏性越轨与创造性越轨,在常人看来都是反常规的,都与公共意志不相符。正是有了创造性越轨,才出现了苏格拉底的审判与布鲁诺的审判,也正是有了这种越轨,才会有苏格拉底的思想的光大和布鲁诺的学说的传播。对于苏格拉底的审判,迪尔凯姆有深刻的洞见:实际上,犯罪对未来道德的预测,对未来道德的开拓,何止几次!按照雅典的法律,苏格拉底就是一个罪犯,对他的判决也完全正确。然而,他的罪行,即他的独立的思想,不仅对全人类有益,而且对他的祖国也是有益的。[15] 苏格拉底的例子不是个别的,在历史上曾周期地发生。我们今天享有的思想自由,如果在禁止这种自由的清规戒律未被正式废除以前,没有人敢于犯禁,是永远也不可能实现的。但是在当时,犯罪就是犯罪,因为它触犯了当时人们意识中十分强烈的感情。然而,这种犯罪是有益的,因为它为后来越来越必要的改革预先做了准备。[16] 因此,在特定历史时期的特定犯罪,可能是对那个时期“秩序”的破坏与威胁从而导致国家认为的“无序”,但从发展与进步角度来看,恰恰是这些“犯罪”带来了原有“无序”状态的破坏从而形成新的秩序。正是基于对犯罪的复杂性的认识,陈兴良先生深刻地指出:当社会体制或价值观念落后于社会生活的时候,作为违反这种社会体制或价值规范的所谓犯罪,往往成为要求社会改革的先兆,以其独特的形式影响着社会的发展,最终引起犯罪观念的变化,并将自身从法律规范意义上的犯罪桎梏中解脱出来,完成从罪到非罪的历史性飞跃。[17] 正是由于创造性越轨与破坏性越轨的并存与交织才使我们对犯罪有了一种新的认识:犯罪“它不仅要求为必要的改革开辟广阔的道路,而且在某些情况下,它还为必要的改革直接作了准备。哪里有犯罪,哪里的集体感情就处于为形成性的形式所必要的可塑状态。”[18]

其四,在一定意义上,适量的犯罪能使社会“肌体”得以健康发展。有学者认为,犯罪好比有机体的排泄物,它本身是肮脏的,但是当其被排除于体外而获得适当的处置后,社会“肌体”就会更健康发展。犯罪好比社会有机体的疾病,疾病是健康的大敌,但它又是保留有机体健康必不可少的条件,一个永不生病的有机体必是一个新陈代谢停滞的肌体。疾病既造成肉体痛苦和健康受损,但同时也可以防止危及机体。相应地,当社会有机体内部矛盾最激烈时,社会

〔14〕 参见前引〔11〕,彼得·伊龙斯书,第479页。
〔15〕 参见前引〔5〕,博登海默书,第377页;储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第253页。
〔16〕 参见前引〔4〕,迪尔凯姆书,第88页以下。
〔17〕 参见陈兴良:《当代中国刑法新理念》,中国政法大学出版社1996年版,第117页。
〔18〕 前引〔4〕,迪尔凯姆书,第88页。

的新陈代谢也最旺盛,社会的生命力也最旺盛,作为新陈代谢的犯罪也最活跃。[19] 事实上,迪尔凯姆对此早有洞见:“当犯罪率下降到明显低于一般水平时,那不但不是一件值得庆贺的事,而且可以肯定,与这种表面的进步同时出现并密切相关的是某种社会紊乱。”因之,对待犯罪,我们必须有这样一种基本的认识:“罪犯已不再是绝对的反社会存在,不再是社会内部的养生物,即不可同化的异物,而是社会生活的正常成分。”[20] 可以说,社会肌体因为犯罪的存在而受到侵害,但同时,犯罪的存在及其被控制过程也使社会肌体获得了一定程度的免疫力并使社会秩序本身得以动态整合。一个没有犯罪的社会就像一个从不生病的人的肌体一样,一旦遭到犯罪(疾病)的侵袭,可能就会迅速蔓延而无法控制,导致恶的病变。不过,这绝不意味着犯罪越多的社会,社会有机体越有免疫力。[21]

其五,犯罪是社会一种特殊的“排气孔”和“安全阀”。德国人种学家舒尔茨创造了“排气孔”这个词,用来指原始社会中为敌意和被群体压抑的一般内驱力提供制度化出口的习俗和制度。放荡仪式就是一个方便的例子,在这种仪式中,对于通常的性行为规则和回避规则可以加以违犯,但又不产生破坏性。正如德国社会学家菲尔坎特所指出的,这种出口等于为被堵塞的河流提供了一条河道,它使社会生活的其它部分免于受到毁灭性的影响。[22]“安全阀”理论是说:应当为敌意提供一个替代目标,使之具有发泄释放敌意的通道作用。如果没有这种安全阀,很多社会关系就不可持久。比如,决斗的制度,为一种进攻性的自助置于社会控制之下,并成为社会成员之间敌意发泄的直接出口。[23] 从这个意义上说,犯罪并不是上述意义上的“排气孔”和“安全阀”(起码在刑法学意义上如此),因为任何犯罪行为都是为社会所禁止的行为。但是,犯罪从一定意义上说又是社会能量的一种极端释放方式,没有这种释放方式与释放渠道,社会能量的极度膨胀,尤其是异质的社会能量的累积因社会的强制性高压而导致社会自身的“脆裂”和“分崩”,[24] 犯罪在此具有了像弗洛伊德所说的能量的“宣泄”的功能,通过这种具有恶害的宣泄,在给社会带来灾难的同时,也给社会的异质能量带来了一定程度的消解,从而可能避免更大的导致从根基上动摇并危及社会的恶害。因为在任何社会都存在比犯罪更严重

---

〔19〕 参见梁根林:《刑法改革的观念定向》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第 1 卷,中国政法大学出版社 1997 年版,第 117 页。储槐植先生认为:对人而言,生命活跃的青春期代谢最旺盛。对社会而言,情形也类似。社会变动和发展最快的时期犯罪也最多;社会停滞则会减少犯罪。青年占人口多数的社会的犯罪率高于老龄社会;老龄社会的低犯罪率将伴随着社会发展的滞缓。微观上犯罪本身有害社会与宏观上犯罪伴生社会代谢,促进社会发展形成千古悖论。参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,第 122 页;陈兴良先生则对犯罪的存在进行了全面深刻的社会解释,尤其是社会转型期的犯罪。参见前引〔6〕,陈兴良书,第 307 页以下。

〔20〕 前引〔4〕,迪尔凯姆书,第 89 页。

〔21〕 从本质上说,“犯罪是一种恶”。对于犯罪,社会的控制中心须具有足够的控制能量才不致于使“恶”成“害”,而且从理论上说犯罪越多就越需要更多的社会控制能量。在任何社会,其控制能量总是一定的,因此,犯罪的质和量超过一定的度,社会的控制能量又不足,必然导致恶害。参见前引〔17〕,陈兴良书,“题记”;杨桂华:《转型社会控制论》,山西教育出版社 1998 年版,第 174 页以下。

〔22〕 参见[美]科塞:《社会冲突的功能》,孙立平等译,华夏出版社 1989 年版,第 26 页。

〔23〕 参见前引科塞书,第 25 页以下;刘易斯·科瑟:《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社 1990 年版,第 203 页。科塞认为,这种由社会进行控制的冲突可以在参与者之间起“清洁空气”的作用,并重新建立双方的关系。参见前引书,第 27 页。

〔24〕 郑也夫指出:当不满的情绪得不到发泄时,便积累起来,极易爆发。何时何地爆发,取决于一支导火索的点燃,一个信号的召唤。当一个社会坚决否认和压制不满与冲突时,便造成了恐惧,煞住了出头鸟和人为的信号。于是不满进一步积累。因而自然的信号,如某个节日、忌日、某人的去世,往往能唤起千万人,造成动乱。科塞认为,没有得以解除或只是部分解除的紧张状态的积聚,只能导致结构的僵化并造成毁灭性爆炸的潜在性。参见郑也夫:《代价论》,三联书店 1995 年版,第 38 页;前引〔22〕,科塞书,第 32 页。

的恶害。因之,犯罪,如前所述,既是社会无法摆脱的一部分,也是社会的一种排泄物,同时,犯罪也是社会禁止的但又是客观存在的"排气孔"和"安全阀"。

其六,犯罪从另一层面推动着法治的发展。人类法治文明的历史进程表明,国家与社会乃至普通公众对法律的积极参与和能动维护是法治实现不可或缺的条件。从本质上说,法治以国家与全民的崇法、尚法、护法意识与行为为基础,犯罪作为一种极端的行为与现象应当说是对法治的挑战与破坏,是与法治不相容的。但是,从另外一个意义上说,法治的进程与成长也离不开犯罪的参与。可以说,正是由于犯罪的存在,使得在包括刑事法制的整个法治建设中,人们才关切犯罪嫌疑人、被告人乃至罪犯的权利、利益与命运,才日益关注国家权力的有效、公正、合理的运作,才会诞生具有里程碑意义的罪刑法定原则、无罪推定原则。在刑事政策上,犯罪人具有单个公民的主体性,不再仅仅作为刑法的被动对象和工具,而且犯罪人的主体性是在法秩序的主体意义上被承认的,[25] 尽管各国在对待犯罪人是否具有法秩序主体地位问题上做法并不一致,但这一历史潮流却是确定和必然的。这正是罪刑法定原则生存的坚实根基。无罪推定原则意味着程序的独立价值及其意义,它也表明法律的正当程序的真谛所在。法律的正当程序"表示规范的、正规的执法的法律概念。正当程序建立在政府不得专横、任意地行事的原则之上。它意味着政府只能按法律确立的方式和法律为保护个人权利对政府施加的限制进行活动。"[26] 无论是罪刑法定原则还是无罪推定原则抑或正当程序,本质上都是保障犯罪嫌疑人、被告人乃至罪犯权利的制度机制。可以说,犯罪的存在使人们在对此进行抗制的同时又促使人们从制度层面规划法治的大厦并通过制度的运作达到法治与秩序的状态。从这个意义上说,是犯罪与罪犯推动着刑事法治的形成与完善。也正因如此,我们也可以从一个社会对待犯罪与罪犯的态度中窥视一个社会法治发育的状况。相应地,一个国家是否有法治,是否有自由,也可以从"对那些有罪之人,为世人不齿之徒辩护的人的态度"中找到答案。[27]

最后,犯罪本身也是社会问题的集中暴露,犯罪也可成为社会政策调整的导火索。犯罪是极其复杂的社会现象,有其个体原因,更有其社会成因。从本质上说,犯罪是社会的产物。[28] 可以说,犯罪本身就是社会某种病态的反映与暴露。从犯罪现象的现状和变化趋势中,我们可以找到某些犯罪生成、膨胀的社会原因,从中我们也能看出现行社会政策、刑事政策及至刑事法律的科学性、正确性的程度。人类正是在面对犯罪的实践中寻找控制犯罪、减少犯罪的良策,同时又从控制犯罪的实际效果中反思社会控制手段、控制方法的科学性。一方面,"刑事政策和刑事法律作为控制犯罪系统的组成要素,其拟订是否反映了现实的犯罪情况,所界定的调控范围和调控方法是否适当,只能以其实施的具体效果,也即对犯罪现象的干预是否有效及这

[25] 参见李海东:《社会危害性与危险性:中、德、日刑法学的一个比较》,载陈兴良主编《刑事法评论》第4卷,中国政法大学出版社1999年版,第39页。

[26] [美]彼得·G·伦斯特洛姆:《美国法律辞典》,贺卫方、樊翠华等译,中国政法大学出版社1998年版,第15页。正如译者之一贺卫方所云(译者序言):它虽然名为"美国法律辞典",但基本内容却集中了美国的司法制度和司法程序,尽管它有一点名实不符之嫌,但它却反映了整个美国法律制度以司法为核心以及普通法程序中心的特点。

[27] [美]德肖微茨:《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社1994年版,第482页。正是由于法治发育程度的限制,当德肖微茨于1980年来到中国时,面对的是这样一种状况:"很少有人——甚至是那些在文化大革命中饱受迫害的律师——认为,律师有必要为一个他已认识到有罪的委托人或'反革命分子'辩护。"

[28] 从这个意义上说,西方的"社会异常论"的犯罪理论并非无稽之谈。参见白建军:《犯罪学原理》,北京大学出版社1992年版,第73页以下。

种效果的性质和范围作为评价的依据。”[29] 另一方面,通过实践反思刑事政策、刑事法律乃至社会政策在实际中的效果(包括对犯罪生成的影响与作用)从而推动社会变革。因为犯罪所呈现出的一切信息在一定程度上传递着社会的某种矛盾、冲突乃至弊端,预示着社会问题的某些方面、环节变革的必要性和急迫性。可以说,某种程度上是犯罪在警示人们某种问题的严重性、在提醒人们某种改革的紧迫性;也是犯罪自身这一恶害在引起人们对犯罪“打”的重视的同时,也唤起人们对犯罪源头上“防”的自觉,[30] 从而完善包括刑事政策在内的社会机制并推动一种新秩序的形成。

三、刑事法意义上的秩序及其启示

犯罪从本质上说是一种恶,因而,无论犯罪具有多大程度的正价值,社会危害性仍然是其本质属性,这正是世界各国政府、人民着力打击、控制的根本原因所在。片面地夸大犯罪的正价值只能导致刑事政策的失误和犯罪的猖獗,进而危及社会自身。但同时,犯罪,尤其是某些具体犯罪又并非“绝对的恶”,犯罪有其一定程度的正价值,否认这一点,同样也会给社会尤其是个体带来恶害。因为,既然犯罪是绝对的“恶”,那么,铲除这种恶必然是正当的,因而为达此目的而采取的一切手段或方法都可能获得社会的伦理支持而不必甚至不可能接受任何合理性怀疑的追问,泛刑主义、重刑主义就是这种观念的产物。刑罚专制主义的目的之一就在于希冀通过重刑与恐吓来铲除犯罪的发生。历史已经表明,泛刑主义、重刑主义不仅是不人道的、反人性的,而且也是失败的。犯罪的正价值的存在对我们的启示应该是深刻的。

首先,对待犯罪及其危害我们应当具有更加理性的态度,同样,对待秩序我们应当具有新的理念。犯罪从总体上说必然是对秩序的破坏,但是,既然犯罪是我们目前社会所无法避免的,那么,我们必须正视它的存在,正视它对社会的负面影响。同时,我们必须清醒的是,有犯罪并不意味着无序。秩序作为无序的对立物,常被用来描述法律制度的形式结构,特别是在履行其调整人类事务的任务时适用一般性规则、标准和原则的法律倾向。依据西方学者的理解,秩序内涵包括:社会的可控性,即存在于社会体系中的各种调控因素,包括限制和禁止性因素等;社会生活的稳定性,如某一社会持续地维持某种状态的过程;行为的互动性,即指人们的行为具有相互引起、相互补充和配合的特点,因而不是偶然的、无序的;社会活动中的可预测因素,因为在无序状态中,人们便无法预测社会活动的发展变化,难以进行各种活动。[31] 倘若以此为标准,我们不难得出如下结论:只要社会存在着可控性,秩序就是可能的;只要社会具有基本的稳定性和社会活动的可预测性,社会就不会陷入无序;只要人们的行为具有互动性,秩序就是可能的而且还可能是良性的。

任何社会,即使是法治社会,也不可能提供人们所需的全部安全,而只能提供和保障人的基本安全。这并非法治社会没有能力在更广的范围内和更大程度上采取更完善的方式来保障

---

[29] 张远煌:《现代犯罪学的基本问题》,中国检察出版社 1998 年版,第 66 页。

[30] 比如,经济改革过程中的职务犯罪有一个突出的现象,即国有企业管理阶层的“58 岁现象”(退休前的贪污受贿现象)日趋严重。国家一方面加大了对这类犯罪的惩处力度,比如完善立法,但同时国家也在反思这一犯罪现象何以膨胀的社会原因,比如现有利益分配机制的弊端与缺陷,并在着力改革这一阶层的分配机制,努力做到贡献与所得相一致,从而力图从分配机制的完善上预防和减少这一类犯罪现象的发生与膨胀。

[31] 参见科亨:《现代社会理论》,转引自邢建国等:《秩序论》,人民出版社 1993 年版,第 2 页。

安全,而是因为这样做几乎没有可能,成本也太大。更为重要的,安全保障的本身是一种制度性安排。这种制度性安排是以承认犯罪存在的必然性与犯罪的恶性为前提,因而它不是一种以无犯罪或消灭犯罪为预设前提的制度体系。它只以制度化的规则,通过保障人的基本权利的方式以及同时为人们提供实现这些权利的基本社会条件来保障人的基本安全和社会的基本秩序。不过制度化规则本身的合理性与权威性是前提。没有制度性规范有时也有"秩序",但是这种"秩序"只能说都是低层次的,起码说它不能是社会孜孜追求的目标。"假如,两个猎人共同打死一只鹿,弱者为避免争夺就会被迫放弃猎物,这样,这里有的只是平静而不是秩序。但是,这场争执如果根据谁'先击中'来决定猎物所有权的规则来解决,这就是一种有秩序的解决。同样,卡车司机遵守"行车规则"以避免撞车,矿主根据用"木桩标出界限"的先后顺序解决所有权申请之争,都是有秩序的。[32] 只有在此情况下,人们行为才具有互动性。

因之,尽管从形式上看,犯罪总体现一定的无序而应当加以控制,但人们对待犯罪又不必视之如洪水猛兽。犯罪意味着冲突与对抗,但这种冲突与对抗的社会控制本身,尤其是公正、有效率的控制、预防、矫正本身更是社会秩序的一部分。借用王亚新先生的研究成果,我们可以得出如下基本共识:秩序并不仅仅意味着一种和谐、均衡的静态;犯罪不能仅仅被视为一种显在的冲突或对抗的"事件";不能总是无意识地倾向于"秩序=善,犯罪=恶"的价值判断。因此,可以把"秩序"定义为:"一定范围内社会主体之间恒常的关系或习以为常、反复从事的行为及交往方式的整体"。它包括,一方面人人都按照包含在恒常性关系或标准的行为及交往方式。这是关于秩序的一种静态的理解。另一方面,社会角色与预期的违背以及对这些违背进行处理的场面,这些场景或现象内在于秩序之中,是构成秩序有机的一环。可以说,正是对有加害就有刑罚的一次次实践使得刑事法制才有可能渐次实现。这就是对秩序的动态的理解。只有把静态和动态两个侧面结合起来,才能够刻画出比较接近于现实的秩序形象来。从这个意义上说,犯罪并不存在于秩序之外,而保持着与秩序内在的连续性。[33]

历史与现实告诉我们,高压统治的社会,缘于金字塔的控制方式,犯罪率往往很低,社会安定,尤其是社会治安安定。但却不能说它是有秩序的,起码不能说是高层次秩序。因为等级制本身就是反秩序的。因为任何一种赤裸裸的暴力或者温和的暴力威胁,抑或一种愚民政策,都可能导致社会表面的歌舞升平的安定状态,导致社会出现低犯罪率的情形。"如果一个人只按行为原则行事,即盲目地遵循别人所要求的规范,那么,他对规范的服从也就变得不重要——因为反正他总会遵循规范,一个完全奴化的人遵循规范只是理所当然的而不是有价值的。"[34] 从最终意义上说,高压、专制会带来灾难性的失序,比犯罪所带来的后果更严重。[35] "等级制度也是对秩序的一种检验,因为,人们在承担不愿意承担的义务,或面对不平等的利益分配时,人与人之间是容易发生冲突的。"[36] 只要犯罪被控制在社会能容忍的范围内,只要犯罪仍在国家控制力所涉的层面内,更为主要的,只要犯罪在社会控制范围内能够通过程序化方式得到有效公正惩处与矫正,这个社会仍不失为一个有秩序的社会。在刑法的意义上,如学者指出的

[32] [美]E·A·罗斯:《社会控制》,秦志勇、毛永政译,华夏出版社1989年版,第1页。

[33] 参见王亚新:《纠纷,秩序,法治》,载《清华法律评论》第2辑,清华大学出版社1999年版。

[34] 赵汀阳:《论可能生活》,三联书店1994年版,第95页。

[35] 参见[法]迪尔凯姆:《自杀论》,浙江人民出版社1988年版,第210页。

[36] 前引[32],罗斯书,第1页以下;我国学者也认为,强制力下人们表面上的统一行动,不过是外力强制下被迫的机械运动罢了。而一旦这种"秩序"中加进些许自由的因子,就可能引发整体性的社会秩序危机,导致失序状态的出现。参见董郁玉、施滨海编:《政治中国》,今日中国出版社1998年版,第60页。

那样,秩序原则意味着:刑法确认、保证现时社会各社会群体之间关系特别是利益关系的稳定性;刑法的罪行关系体系是犯罪控制主体与犯罪之间负价值关系的固定表达形式;刑法是处理加害——被害关系的唯一标准,个人无权自行处理这一关系。[37]

如前所述,秩序并不意味没有犯罪,恰恰相反,正是犯罪的存在才是检验秩序能否真正被称之为秩序的试金石,才是衡量制度化安排合理性的标尺,秩序本身应当具有必要的张力和活力,能够具有承受、吸纳、化解犯罪的能力并通过法律程序化的方式使犯罪得到惩治,使遭受侵害的权益得到补救,也使犯罪人的合法权益得到保障并在此过程中强化法治的权威从而达到新的秩序。从这个意义上说,这种秩序只能是内含自由甚至是以自由为基础的秩序。[38] 面对犯罪而拥有秩序,就在于制度化安排本身已经为犯罪预防、尤其是惩治与矫正准备了一整套公开合理的标准以及程序化方式,这一点是秩序的根基与基本体现。所要避免的只能是犯罪的总体性爆发、膨胀引发的社会同步震荡,只要犯罪状态是在人们的预期之中、容忍之内,我们就不必惊恐。否则,意图避免任何形式的犯罪,或者妄想回到从前的治安状况(如 20 世纪 50 年代),那么只能导致没有根基的道德之剑的高悬而带来的道德的全面法律化,只能产生恐吓主义刑法,至多能迟滞犯罪或社会动荡的时间,最终却会从总体上引发大规模的包括犯罪在内的社会同步动荡的灾难。正因如此,人权保障应当是秩序的最高目标、终极价值与当然内容。

已有的研究表明:社会生活是一个日趋分化、断裂、分层的运动,是原有秩序不断被打破的运动。借用物理学的名词来说,是一个熵值(指系统的无序程度)不断增加的过程。而法律从根本上来讲是社会的产物,这样,社会生活中的熵值增加在法律上也表现为法律秩序熵值的增加,即无序的增加。这种法律熵值的增加是不可避免的。而且随着时间的推移会越来越快。[39] 这种社会生活与法律秩序熵值的增加规律对认识犯罪、预防犯罪、控制犯罪意义重大。由是观之,加重或不当从重处罚犯罪人的某些"严打",战役式、运动式的对某些犯罪的治理与惩治(比如某某专项斗争——据实践可知,一旦属于专项斗争往往处刑或处罚较重),本身就是反秩序的,是应该深刻反思的。因为秩序本身意味着连续、程序化。客观地说,犯罪问题在世界大多数国家都已成为令政府和百姓头疼的问题,世界各国都在探究预防犯罪控制犯罪的有效途径。面对犯罪率日益上升的狂潮,面对黑社会性质的有组织犯罪和暴力犯罪、公职人员犯罪不断飘升的现实,面对社会控制力资源有限的实际,如何探求最佳的社会控制犯罪的方法就格外重要。基于犯罪价值的分析,我们认为,对待犯罪及其社会控制,应当在刑事政策层面贯彻"抓大放小"思想。[40] 抓大——即集中主要社会资源对付严重危及社会的犯罪;放小——即将危害性小的犯罪依据实际情况予以非刑罚化、刑罚轻缓化、程序适用的简易程序化、乃至非犯罪化、刑罚执行的开放化。某些行为的非犯罪化有时意义更大。这样的做法绝不意味着此类行为道德上正当,而仅仅意味着对待此类行为社会不必进行刑法上的非难。其结果,一方面

---

[37] 参见白建军:《犯罪学原理》,现代出版社 1992 年版,第 251 页。

[38] 罗斯对社会干预若干准则的思考值得我们深思。他认为,社会干预的每一增加给作为社会成员的人带来的利益应大于它对作为个人的人引起的不便;社会干预应当尊重维持自然秩序的感情;社会干预不应是家长式的;社会干预不应限制生存竞争;社会干预不应轻易激起反对渴望自由的感情。参见前引[35],罗斯书,第 318 页以下。

[39] 参见薛军:《民法典编纂的若干理论问题研究》,载《清华法律评论》第 2 辑。

[40] 此观点由王牧先生于 1999 年全国犯罪学研究会年会上所做的主题报告中提出。

会增加社会的“排气孔”与“安全阀”,部分解决社会异质能量的过分聚集从而减轻社会压力,[41]另一方面,也有利于社会集中资源对付主要的严重的犯罪。

某些犯罪的非犯罪化与某些行为的犯罪化是刑事立法(甚至有时候的刑事司法)正常现象。施奈德认为,通过犯罪化(通过刑事立法)从社会越轨行为中产生犯罪行为,而犯罪行为又可能通过立法者(非犯罪化)降格为越轨行为。犯罪行为在个人犯罪化与非犯罪化过程中产生与消灭。[42]非犯罪化非常复杂,与犯罪的总体状况有关,跟一国的国情有关,也跟社会的法制传统有产,它可能缘于社会生活的变迁而引发的价值观念、行为性质的变化,也可能由于刑法谦抑论的考虑,[43]还有可能是基于设置“排气孔”、“安全阀”的考虑。大多数非犯罪化的行为都不具有道德上的正当性,但社会还是予以非犯罪化(并不意味着提倡这种行为),一来社会“放纵”此行为能够有承受力,经得起它的冲击。二来“放纵”本身的结果是较为完全的,不会导致大的社会问题。三来“放纵”的结果确实增加了释放部分可以释放的能量,使之起着“排气孔”与“安全阀”的作用。可以说被非犯罪化的行为,一般都属于社会能够最大限度容忍的非刑法制裁行为,社会的注意力与能量应当集中于对严重危及社会生存与安全的犯罪的预防与惩治。与此同时,对某些行为的犯罪化应当慎重,[44]因为不光是犯罪正价值的有关考虑、有关行为性质的判断的难度与变迁的属性的限制,还因为刑法的作用并非全能,刑法的调控范围有其限度,它既为法律自身的局限所致,也由刑法的内在缺陷所定。[45]

Abstract : Crime and order are always in a strained relationship with each other. While crime, as an inevitable concomitant of mankind, brings harms to the society, it can also reveal certain degree of positive value to the mankind. Research on such value can help us to correctly treat crime and to develop a scientific idea about order. Order does not mean the elimination of crimes. The key to maintaining order in the face of crime is the procedurized operation of institutionalized arrangements.

[41] 白建军先生认为,安全阀机制就是不同社会主体之间的功能联系和沟通渠道,功能联系是安全阀压力部分,功能联系越紧密,抑制激烈对抗性冲突的能力就越弱;沟通渠道是排气孔部分,沟通过程既是宣泄不满、敌意的过程,又是自己和他人审视某种不满、敌意、要求的合理性的过程。参见前引[37],白建军书,第223页以下。

[42] 参见[德]施奈德:《犯罪学》,吴鑫涛等译,中国人民公安大学出版社、国际文化出版公司1990年版,第95页。

[43] 参见陈兴良:《刑法谦抑的价值蕴含》,《现代法学》1996年第4期。

[44] 现行刑法刚修订不久,立法机关又开始制订有关刑事法律补充规定,从犯罪化的社会需求来看是必须的。但却暴露了我们立法的前瞻性差的弊病,即缺乏对未来社会变迁、社会能量变迁与增长的预设性质。

[45] 学者对法律(包括刑法)的缺陷与局限多有论述。参见[美]哈特:《惩罚与责任》,王勇、张志铭等译,华夏出版社1989年版,第7页;前引[32],罗斯书,第71页脚注中Von Ihering的观点。哈特指出:的确,有许多种不受欢迎的行为,试图用法律来禁止它们是不明智的(因为不会有效或代价太昂贵)。Von Ihering认为:并不是任何地方都能运用法律的,而恰恰在有些地方,法律失去了效力。法律太笨拙、它不能满足社会的所有需求。法律上的强制并不能造就善良的母亲,母亲既不能由法律使之产生,表达母爱的方式也不能规定在法令的条文里。