

秩序负价值：中国刑法学自主知识体系的一个本源性概念

马荣春

摘 要：秩序负价值是可从中外刑事立法文本和刑事法理论中提炼出来的一个刑法学概念，是中国刑法学自主知识体系发展的概念创新。秩序负价值是指对社会秩序的背反性或危害性，其反面地构成法秩序的价值根基，是刑法秩序的起始说明。对应着法益规范与伦理规范的刑法规范分类，秩序负价值可分为针对法益的秩序负价值和针对伦理的秩序负价值；对应着存在形态，秩序负价值可分为主观的秩序负价值和客观的秩序负价值。秩序负价值不仅能够全面地解释刑法文本，而且能够解释政策性刑事观念及其制度实践。秩序负价值是对“秩序无价值”或“秩序非价值”的更精确表达，其克服“行为无价值”与“结果无价值”的片面性和表浅性而构成真正或“适格”的违法性本质。最终，秩序负价值得以成为刑法学的一个本源性概念，且能够在刑法理论根基、体系贯通和实践解释方面贡献理论价值。

关键词：秩序负价值；法秩序；违法性本质；行为无价值；结果无价值

中图分类号：D924 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-0751(2025)08-0052-13

由曾经的“中国法学向何处去”所衍生出来的“中国刑法学向何处去”，隐含着中国刑法学创新发展问题；而由后来的“构建中国特色的法学学科体系、学术体系和话语体系”所衍生出来的“中国刑法学自主知识体系构建”，则更加明确地昭示着中国刑法学创新发展的自主性问题。从法学理论创新的规律来看，原创性范畴或标识性概念既可由中国本土直接生成，也可由“舶来品”创造性转换而来。而从法学理论构建的规律看，一个本源性概念至少需要具备三个特征：理论根基性、体系贯通性和实践解释力。“本源概念”呼应了“中国刑法学向何处去”这一重大历史命题及其衍生的“中国刑法学自主知识体系”建设任务，构成本文的理论动机。而“秩序负价值”的概念提出，试图为中国刑法学的自主发展提供一个坚实的理论基点和独特的认识坐标，其理论目标在于超越旧有理论框架的纷争，如“法益侵害与规范违反”“行为无价值与结果无价值”。概括而言，秩序负价值的理论内涵在于：犯罪行为的核

心危害，不仅在于对具体法益的侵害或抽象规范的违反，更在于其对社会整体秩序根基的系统性侵蚀与否定。而其体系意义在于：以“秩序负价值”为逻辑原点，串联起从刑事立法动因（如我国《刑法》第2条刑法的任务、第13条犯罪定义及分则大量“秩序型”罪名设置）、犯罪成立本质（主观意志负价值与客观状态负价值的统一），到刑罚正当性根基（秩序修复与确证）的完整理论链条，为理解中国刑法文本与实践提供贯通性的解释框架，从而努力在更深层次上为理解中国刑事立法与实践提供新的解释工具和话语体系。

一、秩序负价值的概念提炼

概念提炼是秩序负价值这一刑法学课题的起步，对中外刑事立法文本与刑法学有关基础理论的提炼与分析，所回答的是秩序负价值这一概念的来源问题。

收稿日期：2025-04-09

作者简介：马荣春，男，法学博士，南京航空航天大学法律系教授（江苏南京 211105）。

1. 秩序负价值的文本提炼

秩序负价值这一概念首先隐藏在中外刑事立法的文本中。例如在《俄罗斯联邦刑事法典》中可见以“秩序”来表述的法律文本,即该法典第2条就“俄罗斯联邦刑事法典的任务”作出了如下规定:“本法典旨在:保护人与公民的权利与自由,保护所有权,维护社会秩序与公共安全,维护周边环境,捍卫俄罗斯联邦宪制政体免于犯罪侵害,保障人类的和平与安全以及预防犯罪。”^{[1]7}虽然只在一处明确使用了“秩序”这一词汇,但其“人与公民的权利与自由”“所有权”“公共安全”“周边环境”与“人类的和平与安全”,都隐含或对应着特定的“秩序”,即分别隐含或对应着“权利秩序”“财产秩序”“公共秩序”“安全秩序”等,且这些秩序都可通过“关系”一词予以转述,即“新的《俄罗斯联邦刑事法典》整体上还是回应了当今的时代精神,足够充分且几乎完全相应地反映了借助刑事法律调整最重要与最有价值的社会关系时的实践需求”^{[1]8}。此外,《德国刑法典》第七章直接取名为“妨害公共秩序的犯罪”^{[2]103},《加拿大刑事法典》第二章直接取名为“违反公共秩序的犯罪”^{[3]34},《巴西刑法典》第四编直接取名为“破坏劳动秩序罪”^[4],《葡萄牙刑法典》在分则第四编“妨害社会生活罪”的第五章也取名为“妨害公共秩序与公共安宁罪”^{[5]137}。前述文本直接映现了秩序负价值在刑事立法中的“身影”。

就我国现行刑法而言,秩序负价值这一概念提炼,首先可从“刑法的任务”切入。《刑法》第2条规定:“中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行。”在“刑法的任务”规定中,虽然“社会秩序”和“经济秩序”采用“秩序”一词,但“国家安全”“人民民主专政的政权和社会主义制度”“国有财产和劳动群众集体所有的财产”“公民私人所有的财产”“公民的人身权利、民主权利和其他权利”乃至“社会主义建设事业”,都隐含或对应着特定的“秩序”,即分别隐含或对应着“国家安全秩序”“政治秩序”“财产秩序”“权利秩序”。前述被隐含的各种“秩序”与第2条明文的“社会秩序”和“经济秩序”最终都可归结为“社会主义建设秩序”。于是,“秩序”可构成对“刑法的任务”的主题性解读。易言之,“刑

法的任务”因“秩序”而生,而“刑法的任务”所对应的刑法价值最终维系在“秩序”上。

就我国现行刑法而言,秩序负价值这一概念提炼还可从犯罪的法定概念和刑法分则从“章”到“节”再到“条”的有关罪刑安排来尝试切入。首先是犯罪的法定概念,即《刑法》第13条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”此条所给出的是一个法定的犯罪概念。可以看出,《刑法》第13条是基本对应《刑法》第2条的,即犯罪的法定概念是基本对应“刑法的任务”的。如果说《刑法》第2条通过“保卫”“保护”“维护”和“保障”正面确认了“秩序”,则《刑法》第13条便通过“危害”“分裂”“颠覆”“推翻”“破坏”和“侵犯”反面确认了“秩序”。

刑法分则从“章”到“节”再到“条”的有关罪刑安排也有着秩序负价值的直接映现。在我国现行刑法分则中,直接安排了以“秩序”来表述的“罪章”,即刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”和第六章“妨害社会管理秩序罪”。在以“秩序”来直接表述的“罪章”即“大类罪”中,又安排了直接以“秩序”来表述的“节罪”即“小类罪”,如在第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中安排了以“秩序”来直接表述的“妨害对公司、企业的管理秩序罪(第三节)”“破坏金融管理秩序罪(第四节)”“扰乱市场秩序罪(第八节)”;而在第六章“妨害社会管理秩序罪”中,安排了以“秩序”来直接表述的“扰乱公共秩序罪(第一节)”。显然,在第六章“妨害社会管理秩序罪”中,第二节“妨害司法罪”、第三节“妨害国(边)境管理罪”、第四节“妨害文物管理罪”、第五节“危害公共卫生罪”和第六节“破坏环境资源保护罪”若分别以“秩序”来命名也是自然顺畅的,即可分别命名为第二节“妨害司法秩序罪”、第三节“妨害国(边)境管理秩序罪”、第四节“妨害文物管理秩序罪”、第五节“危害公共卫生秩序罪”和第六节“破坏环境资源保护秩序罪”。

而在现行刑法分则中,还安排了直接以“秩序”来命名的“条罪”即“个罪”,如第六章第一节中的“扰乱无线电通讯管理秩序罪(第288条)”“聚众扰

乱社会秩序罪(第290条)”“扰乱国家机关工作秩序罪(第290条)”“聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪(第291条)”,又如第六章第二节中的“扰乱法庭秩序罪(第309条)”和“破坏监管秩序罪(第315条)”以及第七章中的“聚众扰乱军事管理区秩序罪(第371条)”。前述直接以“秩序”来命名的“罪章”即“大类罪”,“节罪”即“小类罪”和“条罪”即“个罪”,从不同的层次上直接映现了秩序负价值在刑法立法中的立法指导作用。当然,那些没有直接以“秩序”来命名的“罪章”或“节罪”或“条罪”,也无不是秩序负价值的立法产物。要特别强调的是,在刑法分则中,虽然有的个罪没有采用“秩序”一词来命名,却将“秩序”作为构成要件,如“组织、资助非法聚集罪(第290条第4款)”“编造、故意传播虚假恐怖信息罪(第291条之一第1款)”“编造、故意传播虚假信息罪(第291条之一第2款)”。

另外,秩序负价值也可从法定犯的文本中得以映现,尤其是法定犯的立法有力地体现着秩序负价值对罪刑立法的指导作用。在我国现行的刑法中,有着相当数量的以“违反前置法规定”或“违反国家规定”为前提的罪刑规定,此即法定犯即行政犯立法。而在法定犯即行政犯立法中,“违反前置法规定”或“违反国家规定”便有秩序负价值的内在隐含。因此,从法定犯即行政犯的立法中,我们可窥见秩序负价值。

总而言之,无论是从正面还是反面确认“秩序”,都能够说明:犯罪的立法动因都浓缩在秩序负价值上;秩序负价值构成了刑法规范的“最根本的奠基者”。

2. 秩序负价值的理论提炼

秩序负价值这一概念还隐藏在刑法学的理论中,亦即从刑法学的基础理论中,我们也可提炼出秩序负价值这一概念。

对于秩序负价值,我们首先可从康德与黑格尔的报应论那里获得一番领悟。康德曾指出:“我主张,我们必须承认每个具有意志的有理性的东西都是自由的,并且依从自由观念而行动。”^{[6]102}这里,康德提出了自由理性的主张^{[7]166}。正因为人具有自由理性,故人“要只按照你同时认为也能够成为普遍规律的准则去行动”^{[6]72}。相反,“除非我愿意自己的准则变为普遍规律,我不应行动”^{[6]51}。于是,在康德那里,“普遍规律”就是人人都应遵守的“绝对命令”,故对违反“绝对命令”的行为即犯罪施加刑罚便是“绝对报应论”,但是康德的“绝对报应

论”是“等量报应”,即其所倡导的是“等量报应论”^{[7]168}。于是,康德的“绝对命令”及其所对应的“绝对报应论”便隐含如下命题:由于“普遍规律”即“普遍秩序”,而“绝对命令”即“绝对秩序”,故犯罪在“普遍规律”即“绝对命令”面前所体现的便是一种秩序负价值。

由于康德的“等量报应论”具有“以眼还眼,以牙还牙”所呈现出来的难以克服的机械性与局限性,因而会遇到“行为人是独眼龙或全口牙齿都已脱落的情况”^{[8]105},黑格尔便提出了“等价报应论”,黑格尔的“等价报应论”即其犯罪本质观所在。黑格尔曾指出:“不仅犯罪的本性,而且犯人自己的意志都要求自己所实施的侵害应予扬弃。”^{[8]104}之所以如此,乃“因为在市民社会中所有权和人格都得到法律上承认,并具有法律上效力,所以犯罪不再只是侵犯了主观的无限的东西,而且侵犯了普遍事物,这一普遍事物自身是具有固定而坚强的实存的。”因此,“对社会成员中一人的侵害就是对全体的侵害,所以犯罪的本性也起了变化……侵害行为不只是影响直接受害人的定在,而是牵涉到整个市民社会的观念和意识”,故“这种对市民社会的危险性就成为它的严重性的一个规定,或者也是它的质的规定之一”^{[8]228}。由此,黑格尔便提出同属于“绝对报应论”的“等价报应论”,且强调犯罪与刑罚之间要保持“价值等同”,即在“价值”上,犯罪与刑罚“彼此之间是可以比较的”^{[8]106}。于是,黑格尔的“普遍事物”和“(整个)市民社会”也说明:由于“普遍事物”即“普遍秩序”,而“(整个)市民社会”即“(整个)市民社会秩序”,故犯罪在“普遍事物”即“普遍秩序”和“(整个)市民社会”即“(整个)市民社会秩序”面前,所体现的便是一种秩序负价值。当黑格尔的“等价报应论”是一种“扬弃论”,则其所“报应”和“扬弃”的最终便是秩序负价值。在这一点上,黑格尔的“等价报应论”也显示出相对于康德“等量报应论”的进步性,因为受“物理性限制”,秩序负价值有时无法在“等量报应论”中受到“报应”和“扬弃”。

需要进一步指出的是,康德的“普遍规律”和黑格尔的“普遍事物”具有相通性,都指向“普遍命令”或“普遍秩序”,且蕴含在此“普遍命令”或“普遍秩序”中的人人享有的权利被视为“自由意志的定在”,而犯罪正是通过“否定”即侵犯“普遍命令”或“普遍秩序”及其所蕴含的这种“自由意志的定在”即“普遍的权利”而产生秩序负价值,而刑罚又是通

过“否定之否定”^[9],来实现“报应正义”和“恢复正义”即“秩序正义”。

秩序负价值在马克思主义的犯罪观和迪尔凯姆的社会学理论中也能得到深刻印证。恩格斯指出:“蔑视社会秩序的最明显、最极端的表现就是犯罪。”^[10]这里,“蔑视社会秩序”直接意味着秩序负价值,而“犯罪”就是“最明显、最极端”的秩序负价值,或“犯罪”就是秩序负价值的“最明显、最极端的表现”。法国著名社会学家迪尔凯姆也曾指出:“既然在任何一个社会里,个体与集体类型之间总是或多或少有些分歧,那么这些分歧当中就难免带有犯罪性质。使分歧带上这些性质的,不是分歧本身具有的重要性,而是公众意识给予分歧的重要性。因此,如果这种公众意识很强,具有足够的绝对能使这些分歧缩小的权威性,那它就会成为一种敏锐的、十分苛刻的力量,以在他处只是用来对抗重大分裂的强度来反对任何一点小的分歧,并把这种分歧看得与重大分裂同样严重,即视分歧具有犯罪性质。”^[11]这里,所谓“公众意识”即主流意识或主流价值观。于是,当“公众意识”对应着一种主流价值秩序,则“分歧”乃至“重大分裂”便意味着对主流价值秩序的背反,从而产生一种秩序负价值,以至于其同时“具有犯罪性质”。由此可见,马克思主义的犯罪观与迪尔凯姆的犯罪观都说明:犯罪最终缘于秩序负价值,即秩序负价值伴随犯罪而产生,从而是刑法学的一个本源性概念,因为犯罪本来就是刑法学的一种“缘起”。

由于刑法理论是刑法文本的观念表述,且刑法文本的形成也受到刑法理论的相当影响,故秩序负价值的理论提炼是对秩序负价值的文本提炼的继续和完成。

二、秩序负价值的概念分类

秩序负价值的概念分类是对其概念提炼的继续,对此可采用具体指向和存在形态等标准对其予以区分。

1. 针对法益的秩序负价值与针对伦理的秩序负价值

张明楷教授认为:“刑罚的目的是预防犯罪,之所以要预防犯罪,是因为犯罪侵犯了法益,预防犯罪是为了保护法益,这正是刑法的目的。”^{[12]25-26}这里,我们首先要对刑法目的之法益保护论予以必要的讨论。“刑法的目的是保护法益”与“保护法益是

刑法的目的”是两个不同的命题:“刑法的目的是保护法益”相当于“刑法的目的只是保护法益”,即“保护法益”是“刑法目的”的全部内容;而“保护法益是刑法的目的”,意味着“保护法益”只是“刑法目的”的部分内容,即“刑法的目的”除了“保护法益”还有其他。对此可通过立法实证得出结论。于是,面对国外立法中的兽奸罪(《加拿大刑事法典》第160条)^{[3]111}、乱伦罪(《墨西哥联邦刑法典》第272条)^[13]、近亲相奸罪(《德国刑法典》第173条)^{[2]128}、亵渎墓地罪(《葡萄牙刑法典》第254条)^{[5]116-117},以及国内立法中的盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪(《刑法》第302条)等,刑法目的的法益保护论便显示出局限性,因为诸如兽奸罪等前述犯罪很难说是侵犯了所谓“法益”。而当法益保护论试图运用“法益”来解释兽奸罪等犯罪时,其便将“法益”予以“精神性泛化”了^[14]。实际上,盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪被规定在我国刑法分则第六章第一节“扰乱公共秩序罪”中,而“公共秩序”便是“公序良俗”即公共伦理道德。犯罪向来可被分为自然犯即伦理犯和法定犯即行政犯,法益保护论解释法定犯即行政犯是没有问题的,但若解释自然犯即伦理犯,似乎便显得有些捉襟见肘。

法律与道德(伦理)的关系,一直为人们所思考,特别是刑法与道德(伦理)更为人们所关注和争论,正因为刑法谦抑性乃至“刑法不得已性”,所以“刑法是最低限度的道德”也就成为了共识。正如陈忠林教授指出的,社会只有在迫不得已的情况下,才能规定并运用刑法(罚),刑事制裁只能作为迫不得已的“极端手段”^[15]。因此,刑法的不得已原则强调刑法只有在不得已的情况下才能用,不到不得已不能用^[16]。既然如此,法律与道德(伦理)特别是刑法与道德(伦理),就不应被视为“非此即彼”或“水火不容”的关系。

有学者指出,将违法性的本质定位于社会伦理侵害有如下合理性:第一,刑法是社会伦理的“底线”,即只是惩罚严重冲击主流社会伦理观念的个别行为。第二,对自然犯而言,公众认同的刑法规范在很大程度上和社会道德规范有关。对行政犯而言,当新的规范关系逐步得到公众的认同,则通过保护规范关系以肯定某种主流的伦理价值观。第三,在国家规范秩序比较混乱时,刑法首先将违反伦理规范的行为作为处罚对象,可以达到逐步引导国民养成良好规范意识的功效,对社会的建构意义

重大^[17]。因此,真正值得我们思考的是如何去构建一个理论框架,使得刑法中的伦理判断规范化^[18]。如果承认伦理犯甚至“公序良俗犯”的立法事实,则我们就必须承认:除了保护法益,刑法还保护伦理。由此,从保护对象上,刑法规范可分为保护法益的刑法规范与保护伦理的刑法规范。以此为逻辑前提,秩序负价值便可相应地分为针对法益的秩序负价值和针对伦理的秩序负价值。

2. 主观的秩序负价值与客观的秩序负价值

秩序负价值终究是行为评价,而行为有着主客观相结合的内在构造。具言之,秩序负价值有着两个层面的内涵:在主观层面上即“意志负价值”,而这里的“意志负价值”的通俗表达就是恩格斯所说的对社会秩序的“蔑视”。“意志负价值”既存在于犯罪故意中,也存在于犯罪过失中。特别是在犯罪过失中,“意志负价值”表现为“意志懈怠”,而这里所说的“意志懈怠”或为“过于自信的过失”,或为“疏忽大意的过失”。主观层面的秩序负价值即“意志负价值”,所表明的是行为主体对秩序的消极乃至敌对态度,故也可称为“主观负价值”。在客观层面上,秩序负价值即“状态负价值”,或为危险状态,或为实害状态,其通俗描述便是恩格斯所说的“最明显、最极端的表现”和迪尔凯姆所说的“重大分裂”。客观层面的秩序负价值即“状态负价值”,无论是危险状态还是实害状态,都是对负价值的客观描述,故其也可称为“客观负价值”。

对于秩序负价值的主客观理解,可从黑格尔的刑罚报应论那里获得启发。黑格尔的刑罚报应论突出三个特性,即刑罚报应的正义性、刑罚报应的普遍意志性和刑罚报应的等价性^{[7]170}。就刑罚报应的正义性,黑格尔指出:“从客观的方面说,这(用刑罚惩罚罪犯)是法律同自身的调和,由于犯罪的扬弃,法律本身回复了原状,从而有效地获得实现。从犯罪者的主观方面来说,这是犯罪者同自身的调和,即跟他所知道的、保护他和对他有效的法律的调和。因此,当法律对他执行时,他本身就在这一过程中找到正义的满足,看到这只是他自己的行为。”^{[8]230}黑格尔在这段话中所表达的正义观念可从两个方面予以把握:其一,从客观方面来理解刑罚的报应正义,即犯罪是一种侵害或作为否定法的祸害而应予否定或扬弃,而刑罚正是通过这种否定即“否定之否定”或扬弃来体现报应的正义。其二,从主观方面来理解刑罚的报应正义,即用刑罚惩罚罪犯体现了罪犯的自由意志或给予罪犯的自由意志以一种尊

重^{[7]170-171},正如黑格尔将刑罚处罚说成是“诚然是外在暴力所加的,但真正讲来,这处罚只是他自己的犯罪意志的表现”^[19]。黑格尔刑罚报应论中正义性的主客观说明能够给予人们的启发是:所谓“法律本身回复了原状,从而有效地获得实现”实即法秩序在客观上“回复了原状”或获得了维护,故从客观方面来理解的刑罚报应正义体现为消除或平衡了客观层面的秩序负价值;所谓“犯罪者跟他所知道的、保护他和对他有效的法律的调和”,实即法秩序又得到了犯罪者的承认或接受,故从主观方面来理解的刑罚报应正义体现为消除或平衡了主观层面的秩序负价值。由此,黑格尔刑罚报应论的正义性的主客观两个方面,可被用来映射秩序负价值的主客观两个方面或主客观两个层面。

秩序负价值中的“秩序”不是“刑法秩序”,也不是“前置法秩序”,而只能是一般意义上的社会秩序。易言之,社会秩序的违反性是犯罪成立要件违法性的源头所在。由此,我们可沿着如下逻辑顺序看问题:当社会秩序由前置法所“调整”,便形成“前置法秩序”;当“前置法秩序”由刑法所“保障”,才形成“刑法秩序”。可见,社会秩序违反性是作为犯罪成立要件的违法性的初始所在即源头所在。当蔑视社会秩序的“最明显、最极端的表现”是犯罪即刑法违法,而其“非最明显、最极端的表现”即“前刑法违法”或“前置法违法”,则刑法的最后必要性、“保障性”和“补充性”与“蔑视社会秩序最明显、最极端的表现就是犯罪”,便一道说明:“秩序负价值”是作为犯罪成立要件的违法性的源头所在,即其在历经“前前置法秩序”(未受前置法调整的元秩序)到“前置法秩序”再到“刑法秩序”的嬗变中显示出刑事违法性的源头。易言之,在从一般社会学意义到前置法意义再到刑法意义,即从社会学意义的秩序负价值到前置法意义的秩序负价值再到刑法意义的秩序负价值,秩序负价值经历了从“量变”到“质变”的演化过程。于是,当将此演化过程回溯过来,则秩序负价值便显示出作为刑事违法性实质的源头地位,而这源头地位或许才是刑法学领域争论已久且未达成共识的违法性本质问题的答案所在。

三、秩序负价值的违法性本质证立

秩序负价值的违法性本质证立,是对秩序负价值概念分类的继续,从而将对违法性理论的探究进一步引向深入。

1. 秩序负价值从两组违法性中显示其违法性本质地位

犯罪行为必须是实质上为法律所不允许的行为,即必须是违法的行为。而所谓违法,就是行为为法律所不允许,即在法律上是无价值的、反价值的^{[12]137}。由此,违法性可理解为“法律禁止性”或“法律无(反)价值性”。于是,在刑法学理论中,违法性便构成了基础性或根基性的问题,甚至形成刑法学的“路线之争”。

围绕着违法性,刑法学理论形成了“客观的违法性”与“主观的违法性”之说。张明楷教授指出,刑法规范可以分为评价规范与意思决定规范。评价规范,即刑法规范是从刑法的观点判断某个行为是否无价值的规范,亦即一个行为是否有害是根据刑法规范进行评价的。意思决定规范,是指刑法规范命令人们在实施行为时作出遵从刑法的意思决定(简称决定规范)。于是,客观的违法性论认为,评价规范与违法性相对应,即决定行为是否违法的规范是客观的评价规范,而意思决定规范则是与责任相对应的。因此,不管行为人的主观能力如何,只要客观上违反法律就具有违法性。主观的违法性论,则将刑法规范理解为对行为人的意思决定规范,即违反刑法规范的人必须是能够理解规范内容的人,亦即只有能够做出意思决定的人的行为,才可能涉及违法性的问题。而新的客观的违法性论,则同时将评价规范与意思决定规范作为违法性判断的基准,且意思决定规范分别在违法性与责任阶层发挥机能^{[12]141}。

评价规范和意思决定规范不是两种不同的刑法规范,而是同一刑法规范的两种不同功能。对于裁判者即司法者(同时也是守法者)而言,刑法规范是评价规范即通常所谓裁判规范;而对于守法者(同时包括立法者和司法者)而言,刑法规范则是意思决定规范即通常所谓行为规范,亦即评价规范即裁判规范与意思决定规范即行为规范所构成的是“一体两面”的关系。相应地,所谓客观的违法性,是指立于裁判者即司法者的角度,亦即立于刑法规范是评价规范而得出行为违法的一种违法性;而所谓主观的违法性,是指立于守法者的角度,亦即立于刑法规范是意思决定规范或行为规范而得出行为违法的一种违法性。可见,所谓客观的违法性与主观的违法性,是立于不同的主体角度和采用不同的认知标准所形成的一种概念对应或一组概念。但是,无论是客观的违法性,还是主观的违法性,都是对违法性

的一种认知或判断,且此认知或判断是形成于将刑法规范本身作为被违反对象,故二者都是一种形式判断,而形式判断又意味着客观的违法性与主观的违法性都具有相当的“空洞性”乃至“虚幻性”,甚至陷入了“为违法性而违法性”。由此,一种能够赋予违法性包括客观的违法性和主观的违法性以实在内容的某种前在性因素有待我们去摸索,且有待形成相应的概念表达。当作为刑法根本成因的是“秩序”二字,则客观的秩序负价值便能够赋予客观的违法性以某种实在内容,而主观的秩序负价值便能够赋予主观的违法性以某种实在内容。进一步地,客观的秩序负价值所赋予客观的违法性的实在内容,便构成了客观的违法性的实质根据即其本质所在,而主观的秩序负价值所赋予主观的违法性的实在内容,则构成了主观的违法性的实质根据即其本质所在。最终,秩序负价值构成了违法性的本质所在,而将客观的秩序负价值和主观的秩序负价值分别视为客观的违法性和主观的违法性的本质所在,不过是将秩序负价值视为违法性本质所在的具体展开而已。

“秩序”之于违法性本质的直接关联性,还应与围绕违法性的另一组概念相对应而作深入探讨。在刑法学理论中,除了“客观的违法性与主观的违法性”的概念对应,还有“形式的违法性与实质的违法性”所形成的概念对应。张明楷教授指出,形式的违法性是指行为违反法的禁止或命令,即形式的违法性是从形式上将违法定义为违反实定法,但形式的违法性论没有说明违法性的实体。而实质的违法性论是用“违反实定法规”以外的实质的根据来说明违法性。实质的违法性,有利于考察行为的违法程度,有利于对构成要件的解释以及对构成要件符合性的判断,还有利于合理确定正当化事由的根据与范围。而对于实质违法性的理解,则有伦理规范违反说、法规范维护说和法益侵害说^{[12]137-141}。出于把握违法性的“实体”即其实质根据乃至其“本质”,我们须走向实质的违法性。但实质的违法性只是我们解答问题即把握违法性的“实体”乃至其“本质”的方向,而存在于这个方向中的某样东西才是我们最终想要获得的东西即问题的最终答案。由此,“秩序”再次进入我们的理论视野。

2. 秩序负价值从实质违法性论中显示其违法性本质地位

违法性的本质能够从根本上回答一个行为何以具有或生成违法性,即违法性之所以被称为违法性

的实质根据是什么。于是,实质的违法性能够引导我们去寻觅违法性的本质。易言之,如果试图用“秩序”来表述违法性的本质,则须对当下实质违法性的若干学说给予一番客观中肯的评说或剖析,从而使得用“秩序”来表述的违法性本质成为“水到渠成”的思维逻辑。

一是伦理规范违反说。对将伦理规范违反视为违法性本质的观点,张明楷教授指出其所存在的问题包括:第一,什么是“法秩序的精神、目的”,什么是“作为法秩序基础的社会伦理规范”,其内容并不明确。第二,伦理规范违反的本质是违反规范的人的意思,所重视的是主观的犯罪意思,故如果将这种观点彻底化,则会形成“只要有犯罪的意思就有刑罚”的局面。第三,伦理规范与刑法规范在原理上有相同之处,但伦理规范与刑法规范本身并没有价值,而是为了保护一定的价值才存在的。正因为如此,刑法与伦理在保护一定价值的目的上并不相互排斥,故不少伦理规范与刑法规范相重合。但是,即使刑法规范纳入了部分伦理规范,也不是为了推行特定的人的伦理规范,况且并不是所有的伦理规范都被纳入刑法规范^{[12]138}。

所谓“内容并不明确”并不影响伦理规范与刑法规范之间的“相融”关系,而当刑法中仍有相当部分的犯罪属于“伦理犯”,则伦理规范可完全视为刑法规范的一种规范形态,或伦理规范已经演化或转化为刑法规范,从而形成了伦理规范与刑法规范相重合。所谓“并不是所有的伦理规范都被纳入刑法规范”,意味着部分伦理规范能够甚至应该纳入刑法规范,这就是为何犯罪被分为“伦理犯”(“自然犯”)与“法定犯”(“行政犯”)。至于将这种观点彻底化会形成“只要有犯罪的意思就有刑罚”的局面,“重视”不等于“彻底化”。总之,在论说违法性的实质时完全避开伦理规范,是不妥当的,甚至会造成自相矛盾。不仅如此,伦理规范违反说让我们看到了能够被我们用来触摸违法性实质乃至本质的一样东西,而这样东西同刑法与伦理都共同保护的“一定的价值”所对应,那就是“秩序”。这里要特别强调或点破的是,刑法规范纳入了部分伦理规范恰恰印证了秩序负价值中的“秩序”的体系性嬗变过程。由此,伦理规范违反说至少能够在一定范围即“伦理犯”(“自然犯”)内说明违法性的实质乃至本质即秩序负价值。

二是法规范维护说。冯军教授指出:“只要刑法是有效的,就应当服从刑法的权威,这是现代民主

法治国家的当然要求。任何以刑法条文的内容不符合自然法、不符合正义或者脱离社会实际为由而否定刑法效力的做法,在现代的民主法治国家里,都不会具有正当性。”^[20]张明楷教授指出,法规范维护说的基本观点是,犯罪的本质是对刑法规范的否定,刑法的目的与任务是维护刑法规范的效力而非保护法益。这种观点的论据之一是,如果贯彻法益保护说,那么德国刑法中的近亲相奸罪的处罚根据就难以被说明,而只能主张废除此罪,而法规范维护说则能说明其处罚根据。由此,在刑法教义学的立场上,法规范维护说认为其优于法益侵害说。

关于法规范维护说,张明楷教授认为,法规范维护说存在诸多缺陷:第一,法规范维护说大体上主要是话语的转换,而且这种话语的转换没有明显的实际意义。具言之,规范不可能被破坏,也不需要所谓的修复,因为规范一经制度化,在其存续期间,只存在是否有人违反规范的问题。而只要规范没有被废止,规范就是有效的,对犯罪人的惩罚不可能不是为了保护规范本身。因此,所谓维护法规范效力,也不过是“违法必究”的一种表述而已。第二,如果认为刑法目的是维护法规范效力,那么对刑法条文尤其是分则条文,就难以进行合目的解释,而只能进行字面含义的解释,或者只能采取法实证主义的解释。显然,特别是在当今变幻莫测的时代,法规范维护说难以根据社会生活事实的变化重新确定法条的目的。易言之,即使刑法没有修改,在世事变幻莫测的当代,也有重新解释刑法条文、重新确定构成要件内容的必要。而贯彻法规范维护说的做法会封闭构成要件的内容,无法使得刑法条文含义跟上社会生活事实的变化。第三,法规范维护说不利于对违法性的认识与判断,即难以说明违法性的本质,不能说明违法程度。所谓违法性的程度不同,是指实质的违法程度不同,即侵害的法益不同,或者对相同法益的侵害程度不同。第四,法规范维护说导致违法与责任合而为一,即法规范维护说并不承认没有责任的不法,也可以说是没有区分违法与责任。但区分违法与责任是刑法学最为重要的进展^{[12]138-140}。

在笔者看来,就张明楷教授所说的第一点缺陷而言,法规范确实只存在被违反而不存在被破坏,从而需要修复的问题,故将法规范维护说作为违法性的实质说,确有“话语转换”乃至“循环论证”的嫌疑。就第二点缺陷而言,法规范维护说确实回避了刑法目的解释问题,但确实有必要的刑法目的解释名为“使得刑法条文含义跟上社会生活事实的变

化”而实为“满足社会生活秩序的需要”。就第三点缺陷而言,所谓法规范维护说难以说明违法性的本质和违法程度,意即法益能够说明违法性的本质和违法程度,亦即法益侵害说能够作为实质违法性说或违法性实质说,但法益侵害说对“伦理犯”(“自然犯”)特别是对“风俗犯”(“公序良俗犯”)的违法性实质或实质违法性的说明,是颇为牵强乃至乏力的。于是,对“伦理犯”(“自然犯”)特别是对“风俗犯”(“公序良俗犯”)的违法性实质的说明,我们可能需要一个没有出现“法益”字样却又能够蕴含或统摄“法益”的东西,而这样的东西或许应是“秩序”。就第四点缺陷而言,不区分违法与责任即将违法与责任合而为一,或许正是法规范维护说的逻辑必然,因为“违法性”和“有责性”都意味着法规范维护说所不言自明的对法规范的“破坏”。显然,不区分违法与责任即将违法与责任合而为一,确实是有欠妥当的,因为这种做法似乎使得我们离违法性的实质越来越远。总之,将法规范维护说作为违法性的实质说有欠妥当,但有待讨论的法益侵害说也未必是实质违法性说或违法性实质的恰当学说,因为能够称为实质违法性或违法性实质问题的恰当学说,应是更具深刻性与统摄性的学说,亦即我们需要一个比“法益”具有更强或更宽解释力的词汇,而这个词汇即“秩序”,且我们的答案为秩序负价值。

三是以法益侵害说对违法性的实质进行说明。如张明楷教授指出:“根据我国刑法的规定,刑法的任务与目的是保护法益。反过来,对法益的侵害或者威胁,也就成为刑法禁止的根据。换言之,刑法之所以以刑罚禁止某种行为,是因为它侵害或威胁了法益。所以,侵害法益是违法性的实质。”^{[12]140}首先,如果要用“法益”来交代违法性的实质,那也应该是“侵害或威胁法益是违法性的实质”。正如前文所述,“法益论”在刑法学中呈现“精神性泛化”而使得“法益”变得“莫衷一是”甚至“面目全非”,这是因为“法益论”对“非法益犯”特别是“风俗犯”(“公序良俗犯”)也试图显示其“解释力”,但正如前文已经指出,实质违法性或违法性实质的“法益论”已经在“伦理犯”(“自然犯”)特别是对“风俗犯”(“公序良俗犯”)上颇为牵强乃至乏力甚或“捉襟见肘”。若强调“根据我国刑法的规定”,那么“保障社会主义建设事业的顺利进行”所需要的各种“秩序”应当是“刑法的任务与目的”。即便“保护法益”与“刑法的任务与目的”有关联性,“保护法益”也可以“等同”于“刑法的任务与目的”。如果认为

“风俗犯”(“公序良俗犯”)并没有明确的法益性而同样在“刑法的任务与目的”的针对之中,则“刑法的任务与目的”中除了“保护法益”,实际上还有对善良风俗的保护。而在本文看来,统括作为具体内容的“保护法益”和“维护公序良俗”以与“刑法的任务与目的”相“匹配”正是“秩序维护”,也即秩序负价值才能“匹配”违法性的实质,且可将秩序负价值作为违法性本质。

3.秩序负价值从违法性实体或根据的分歧中显示其违法性本质地位

在刑法学的违法性理论中,继“形式的违法性与实质的违法性”和“客观的违法性与主观的违法性”,便是“结果无价值与行为无价值”。在某种意义上,我们可将“形式的违法性与实质的违法性”和“客观的违法性与主观的违法性”视为对违法性品质的讨论。而对于“结果无价值与行为无价值”,张明楷教授则指出:“结果无价值论与行为无价值论,是关于违法性的实体、根据的分歧。”^{[12]142}这里,所谓“关于违法性的实体、根据的分歧”实即“违法性本质的分歧”,亦即违法性本质到底是所谓“结果无价值”还是所谓“行为无价值”。

对于名为“违法性的实体、根据”而实为“违法性的本质”问题,“结果无价值论”与“行为无价值论”起初是两种明显对立的学说。随着讨论的深入,“行为无价值论”先衍生出所谓“二元行为无价值论”^{[12]143},后又继以“新行为无价值论”^[17]。几乎同时,“结果无价值论”又衍生出所谓“二元结果无价值论”^[21]。“行为无价值论”及其衍生与“结果无价值论”及其衍生,仿佛是两条线齐头并进,但稍加考察,我们便可发现一种诡异:“结果无价值论”与“行为无价值论”,这两种起初就对立的违法性本质论都不想丢弃各自的基本立场,又不得不向对方做出无奈的妥协或退让乃至劳冬燕教授所指出的“靠拢”^[22],而这种局面所“掩盖”的是“结果无价值论”与“行为无价值论”在起初的“各执一词”与“各走极端”:“行为无价值论”在结果犯和结果加重犯的违法性上显然欠缺说服力,而“结果无价值论”虽然对结果犯和结果加重犯的违法性有着直接的说服力,但在危险犯乃至行为犯上说服力则有所欠缺。实际上,即便是新行为无价值论,其虽然在新规范违反说的基础上,试图吸纳法益侵害导向说,以使得自己的学说更为客观和全面,但由于新规范违反说和法益侵害导向说各自所存在的问题以及从根本上彼此抵牾的天性,导致无法形成与结果无价值的有效

对决^[18]。当“结果无价值论”一再强调“结果无价值”中的“结果”还包括“法益侵害的危险”^[12]¹⁴²,则正如“法益”被“精神性泛化”,“结果”也被“精神性泛化”了。不难看出,无论是将“法益”予以“精神性泛化”,还是将“结果”予以“精神性泛化”,都是不想轻易丢弃已有的理论建构。无论是出于迫不得已“自我改造”的“行为无价值论”包括“二元行为无价值论”,还是同样出于迫不得已“自我改造”的“结果无价值论”即“二元结果无价值论”,二者均自认为其自身具有相较之下的理论优势,但都难以避免地陷入了这样的局面:“由于需要将对立的内容相折中,其不可避免地陷于逻辑上的自我矛盾。”^[22]

然而,稍加考察便可发现:无论是实为“结果负价值”的“结果无价值”,还是实为“行为负价值”的“行为无价值”,其都是对违法性实质的“没有明显的实际意义”的“话语的转换”,甚至是本文所指出的“循环论证”。我们应该进一步追问:“结果”为何是“无价值”即“负价值”的?“行为”又为何是“无价值”即“负价值”的?这一追问的收获是“秩序负价值”,即“秩序负价值”堪当“违法性的实质”抑或违法性本质。实际上,当违法性的“母体”是“行为”,而“结果”原本就是“行为”所造成的,从而“结果”构成了对“行为”的一种征表或证明,则似乎应将“结果无价值”与“行为无价值”予以“结合”而非“拼凑”以提出“以结果无价值为补充的行为无价值”即“以结果负价值为补充的行为负价值”。但无论是“结果负价值”,还是“行为负价值”,抑或“以结果负价值为补充的行为负价值”,都是对“违法性的实质”抑或违法性本质的“话语转换式解释”而非“本质性揭示”。最终,秩序负价值应该且能够走上台来对“违法性的实质”抑或违法性本质作出恰当言说。

四、秩序负价值的解说能力

任何概念都应当且能够具有相应的解说能力,因为概念原本是对其所指事项的概括与抽象。当一个概念的解说能力越强,其统摄力便越强,则其体系性地位便越高。特别是当一个概念构成对某个事物的本质描述,其统摄力和体系性地位便从该事物所对应的理论体系中显现出来,因为该事物所对应的理论体系“发端”于该事物的本质,亦即该事物的本质是该事物所对应的理论体系的“源头”。前述道理将由秩序负价值在违法性理论中的体系性地位及

其统摄力予以印证。

1. 秩序负价值对刑法文本的解说能力

可从刑法的任务、犯罪的法定概念等刑法文本中和从相关刑法理论以及社会学理论中提炼出来的秩序负价值,又可回过头来对刑法文本展示出相当的解说能力。

就刑法基本原则而言,之所以确立罪刑法定原则,是因为“罪刑法定”之“罪”对应着秩序负价值,故“罪之法定”即“秩序负价值之法定”,而“刑之法定”与“罪之法定”之对应,正是宣示成文刑法更加注重“秩序恢复”,亦即谋求秩序负价值的最终“归零”。之所以确立罪责刑相适应原则,是因为“罪”所对应的秩序负价值的“负值”大小直接说明责任大小,进而影响刑罚轻重,故秩序负价值便构成了“罪”“责”“刑”关系平衡的一条“准线”。之所以确立适用刑法人人平等原则,也是“秩序恢复”或“秩序确认”的实际需要。具言之,当适用刑法体现为定罪量刑的积极适用或正面适用,则适用刑法便旨在“秩序恢复”;而当适用刑法体现为消极适用或反面适用,即体现为出罪免责,特别是体现为正当防卫或紧急避险等正当化事由或非罪化事由的个案裁判,则适用刑法便旨在“秩序确认”。于是,“适用刑法人人平等”便意味着“秩序恢复”或“秩序确认”的司法平等,而这种司法平等直接有助于强化最大范围的或最为普遍的“秩序认同”和“秩序尊重”。

就刑事管辖权制度而言,之所以有“属地管辖权”,是因为犯罪形成了“属地”的秩序负价值,故“属地管辖权”便旨在消解秩序负价值的“属地影响”;之所以有“属人管辖权”,是因为犯罪形成了“领域外”的秩序负价值,故“属人管辖权”便旨在消解秩序负价值的“领域外影响”,特别是“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法”,没有附加“本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究”的限制;之所以有“保护管辖权”,是因为犯罪形成了针对中华人民共和国即“属国”的秩序负价值或针对中华人民共和国公民即“属人”的秩序负价值,故“保护管辖权”便旨在消解秩序负价值的“属国影响”或“属人影响”;之所以有“普遍管辖权”,是因为犯罪形成了“国际性”的秩序负价值,故“普遍管辖权”便旨在消解秩序负价值的“国际性影响”。至于“外交代表刑事管辖豁免”,则是秩序负价值消解的“外交途径”。

就故意犯罪、过失犯罪乃至不可抗力 and 意外事

件的刑法规定而言,之所以有这些规定,是因为有无故意或过失直接意味着秩序负价值有无主观因素即罪过或主观因素的强弱即罪过的深浅,从而影响着应受刑罚处罚性的有无及其轻重程度,故而这些规定便直接在秩序层面上体现着惩罚正当性和预防必要性。

关于刑事责任年龄与责任能力的规定,其存在根基在于其划定了行为人能够形成可谴责的秩序负价值主观因素即罪过的界限。只有当行为人具备相应的认识和控制能力即达到责任年龄、具备责任能力,其行为才可能承载可归责于其个人的、对法秩序的否定意志(主观秩序负价值)。这些规定通过排除对无法形成有效主观罪过者的刑罚,确保了秩序负价值归责的正当性,并精准地框定了预防必要性的范围。

正当防卫与紧急避险的法定正当化地位,则源于其行为本质与秩序负价值的根本背离。无论观察行为人的主观意图,还是行为的客观效果,此类行为非但没有制造对法秩序的损害或威胁即秩序负价值,反而常常是在维护法秩序(秩序平价值)或在冲突价值间进行必要权衡以保全更重要的法秩序利益(秩序正价值)。因此,秩序负价值理论为理解这些行为的正当性提供了核心的价值支撑与逻辑反证,其正当化根源正是对秩序负价值的排除或消解。

就犯罪形态的刑法规定而言,也可形成秩序负价值的一番言说。具言之,之所以刑法作出犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止的犯罪阶段形态规定,是因为在故意犯罪从开始到结束的进程中,不同的犯罪发展阶段所对应的秩序负价值的质量状态或程度不同,且总的说来,越接近犯罪既遂,行为所对应的秩序负价值就越会在主观层面即主观的秩序负价值和客观层面即客观的秩序负价值各自趋重或“升值”,从而导致秩序负价值整体趋重或“升值”,最终刑事责任也呈趋重之势,可谓“水涨船高”。于是,刑法对不同犯罪阶段形态的刑事责任规定便自然体现着罪责刑相适应原则。特别是犯罪中止的规定,在犯罪中止的场合,客观的秩序负价值被中止行为本身予以“定值”,即没有进一步升至“既遂值”,而主观的秩序负价值已经完全被行为人自身予以消解,故刑法作出“应当免除”或“应当减轻”的规定便符合惩罚的正当性和预防的必要性。之所以刑法作出共同犯罪的规定,是因为在共同犯罪的场合,不同的地位和作用对应着不同的秩序负价值包括主观的秩序负价值和客观的秩序负价值,而不同的秩序负价值

又反过来印证地位和作用不同,从而主从犯的角色划分及其责任区别便得到了秩序负价值的直接说明。特别是在存在胁从犯的场合,胁从犯的主观的秩序负价值是低于从犯的,故刑法对胁从犯所规定的从宽处罚的幅度便自然大于从犯,而这自然也是罪责刑相适应原则的体现,且当然以秩序负价值为“准绳”。之所以刑法作出数罪并罚的规定,是因为在数罪并罚的场合,一罪对应着一个秩序负价值,数罪便对应着数个秩序负价值,故数罪并罚便意味着具有不同“质”的秩序负价值的平行叠加,而这同样是罪责刑相适应原则的体现,且同样以秩序负价值为“准绳”。

就刑罚的刑法规定而言,由于死刑是刑罚的“代表”,故我们可以死刑规定为例来作出秩序负价值的一番言说。作为最严厉的刑种,死刑存废问题归根结底就是一个秩序问题。被誉为“刑法学之父”的贝卡里亚曾指出:“只有根据两个理由,才可以把处死一个公民看作是必要的。第一个理由:某人在被剥夺自由之后仍然有某种联系和某种力量影响着这个国家的安全;或者他的存在可能会在既定的政府体制中引起危险的动乱。再者,当一个国家正在恢复自由的时候,当一个国家的自由已经消失或者陷入无政府状态的时候,这时混乱取代了法律,因而处死某些公民就变得必要了。”^[23]这里,“安全”“动乱”“无政府状态”和“混乱”都直接指向“秩序”。由此,一个国家是否保留死刑,取决于立法机关对相关犯罪所对应的秩序负价值的评估和最终所作出的立法决策。我国刑法将死刑的条件由曾经的“罪大恶极”修改为现在的“罪行极其严重”,其可得到秩序负价值的说明。具言之,“罪行极其严重”意味着客观危害性所对应的客观的秩序负价值,同主观恶性、人身危险性、再犯危险性所对应的主观的秩序负价值,各自都达到了“最大(负)值”,从而两者之和也达到了“最大(负)值”。而当此时,只有匹配以死刑,才能在体现罪责刑原则之中既符合惩罚的正当性,又符合预防的必要性。至于死缓规定,所谓“不是必须立即执行”便对应着作为客观和主观两个层面之和的秩序负价值尚未达到“最大(负)值”。

就刑罚的具体运用而言,同样可形成秩序负价值的一番言说。具言之,之所以刑法作出了累犯从重处罚的规定,是因为累犯情节表明行为人主观的秩序负价值不减反增,故须通过体现罪责刑相适应原则来宣示“从重处罚”的惩罚正当性和预防必要性。由此,秩序负价值便发挥了一种正向指示作用。

之所以刑法作出了自首和立功的规定,是因为自首或立功情节表明行为人主观的秩序负价值甚至有时还有客观的秩序负价值有所降低(如协助抓获同案犯),故须通过体现罪责刑相适应原则来宣示“从宽处罚”的惩罚正当性和预防必要性。由此,秩序负价值便发挥了一种反向指示作用。之所以刑法作出了缓刑的规定,是因为符合缓刑要求的条件表明行为人不再具有主观的秩序负价值,正如“没有再犯罪的危险”实即“没有再带来秩序负价值的危险”,或如“对所居住社区没有重大不良影响”实即“对所居住社区秩序没有重大不良影响”。由此,秩序负价值也发挥了一种反向指示作用。

之所以刑法作出了减刑和假释的规定,是因为符合减刑或假释要求的条件表明罪犯经过一段时间的服刑改造已降低了主观的秩序负价值,故其原判刑罚须予相应调整,以在动态体现罪责刑相适应原则中来宣示行刑正当性和预防必要性,正如在对犯罪分子决定假释时“应当考虑假释后对所居住社区的影响”实即“应当考虑假释后对所居住社区秩序的影响”。由此,秩序负价值同样发挥了一种反向指示作用。至于《刑法》第81条第2款“对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释”这一规定,应当推定“不得假释”的罪犯,其曾经的犯罪行为所对应的客观的秩序负价值与其本身所存在的主观的秩序负价值,只有如期释放才能“归零”。由此,秩序负价值发挥的是一种正向指示作用。之所以刑法作出了追诉时效的规定,是因为符合不予追诉的条件或导致不予追诉的情形表明个案中行为的客观秩序负价值和行为人的主观秩序负价值都会随时间流逝而不断降低乃至消失,正如论证追诉时效的制度目标所印证的。因此,如果再予追诉,则既难显示惩罚的正当性,也难显示预防的必要性。由此,秩序负价值依然发挥了反向指示作用。至于“如果二十年后认为必须追诉的,须报最高人民检察院核准”,则应认为是个案中行为的客观负价值或行为人的主观负价值仍然存在所致。由此,秩序负价值发挥的也是一种正向指示作用。

最后就刑法分则的具体个罪规定而言,依然可形成秩序负价值的一番言说。正如我们所知,刑法分则所规定的所有具体个罪都是违法行为的刑法定型,即类型化了的违法行为,但每个刑法定型离不开秩序负价值的“价值填充”。具言之,“构成要件”是

每个个罪类型化的外在形态即“外壳”,而“违法性”和“有责性”则分别由客观的秩序负价值和主观的秩序负价值予以“价值填充”,而当已经被予以“价值填充”的“违法性”和“有责性”又“填充”到“构成要件”这个“外壳”里,则具有个罪意义的违法行为的刑法定型才真正形成。于是,每个具体个罪即每个违法行为的刑法定型,同时或在根本上就是“秩序负价值定型”。由此,秩序负价值是在阶层递进中显示其对于犯罪成立的价值支撑意义。

2.秩序负价值对政策性刑事观念及其制度实践的解说能力

除了对刑法文本,秩序负价值对政策性刑事制度实践也能展示出相当的解说能力。曾经的刑事和解制度以及当下的认罪认罚从宽制度,都有秩序负价值的观念体现。

就曾经的刑事和解而言,刑事和解是指在犯罪发生后,发生在加害与被害双方之间的,以作出认罪悔罪与道歉赔偿和接受认罪悔罪与道歉赔偿为实质条件,从而使得刑事责任得到缓解的一种刑事制度安排或刑事制度活动。在刑事和解的制度安排或制度活动中,秩序负价值便得到体现,即刑事和解意味着曾被犯罪侵扰的相关秩序有所修复,即秩序负价值的“负值”有所降低,从而其所对应的刑事责任也相应地有所降低。于是,秩序负价值的运用便转化为罪责刑相适应原则的贯彻。这里要强调的是,秩序负价值在刑事和解中的“负值”降低,是通过被害方的宽恕即“被害修复”而得以实现的,而“被害修复”实即“秩序修复”。可以想见的是,在刑事和解中,秩序负价值的“负值降低”直接导致应受刑罚处罚性的程度减弱,这就是对达成刑事和解的个案进行从宽处理的刑法学逻辑即其理论根据所在。陈光中教授指出:“国际上的恢复性司法与我国传统的刑事和解理念出现了交汇点,即都关注被害人权利保护,都关注纠纷发生后人际关系和社会秩序的恢复。”^[24]由此,刑事和解可予秩序价值的深度考量,即其体现了秩序负价值的正面运用。

就当下正在推行的认罪认罚从宽制度而言,具体来说,认罪认罚从宽制度是指在犯罪发生后,发生在被告人与公诉机关之间的,以被告人认罪认罚而公诉机关给予从宽指控的刑事制度安排或刑事制度活动。就在认罪认罚从宽的制度安排或制度活动中,秩序负价值也得到了一种体现,即认罪认罚也意味着曾被犯罪侵扰的相关秩序有所修复,亦即秩序负价值的“负值”有所降低,从而其所对应的刑事责

任亦应有所降低。于是,秩序负价值的运用亦转化为罪责刑相适应原则的贯彻。这里要强调的是,相较于刑事和解,秩序负价值在认罪认罚从宽制度中的“负值”降低,是通过作为公共秩序代表的公诉机关的宽恕而得以实现的。当然,在认罪认罚从宽制度的运作过程中通常伴随着加害方对被害方的道歉和赔偿所换来的谅解,亦即认罪认罚从宽制度的运作过程中通常伴随着原来发生在加害方与被害方之间的刑事和解,从而公诉机关的宽恕中“包含”着被害方的宽恕。可以想见的是,在认罪认罚从宽制度运作中,秩序负价值的“负值降低”也直接导致应受刑罚处罚性的程度减弱,这就是对达成认罪认罚协议的个案进行从宽处理的刑法学逻辑即其理论根据所在。学者指出,推动认罪认罚从宽制度的深化发展,正是突出彰显了宽严相济刑事政策的核心价值^[25]。当宽严相济刑事政策的核心价值最终即秩序价值,则作为宽严相济刑事政策体现的认罪认罚从宽制度便有秩序价值的深度蕴含。需要进一步指出的是,无论是曾经的刑事和解(就刑事自诉案件而言)制度,还是当下的认罪认罚从宽制度,都有辩诉交易的成分。当辩诉交易将当事人主义作为制度基础^[26],而当事人主义旨在谋求秩序的尽快修复,则曾经的刑事和解制度与当下的认罪认罚从宽制度,便有着当事人主义所蕴含的秩序考量,即秩序负价值的正面运用。

无论是曾经的刑事和解观念尝试,还是当下的认罪认罚从宽制度实践,秩序负价值都是通过“客观危害”和“人身危险性”或“再犯危险性”的修复和消解而实现“负值降低”甚至“负值趋零”,从而使得个案的刑事责任在罪责刑相适应原则中获得妥当的处置,以最终实现惩罚犯罪和预防犯罪的双重正义。可见,秩序负价值在刑事制度实践中构成了一种衡量工具或“价值准据”。进一步地看,当刑事和解、认罪认罚从宽等政策性观念及其制度实践意味着传统的纯粹对抗式和惩罚性刑事司法走向协商性和恢复性刑事司法,而犯罪治理是社会治理极其重要乃至最为重要的构成部分,且社会治理问题在根本上就是社会秩序问题,则秩序负价值在刑事制度实践中的观念影响能够对刑事法治的社会治理功能给予一番特别的说明。

秩序负价值在刑法文本和政策性刑事制度实践中的解说能力是由其作为违法性本质的体系性地位所决定的,故对秩序负价值解说能力的讨论是对秩序负价值的违法性本质讨论的继续,是对秩序负价

值概念提炼的一种首尾呼应。需要强调的是,将“秩序负价值”视为一种本源性概念,包含了刑法文本、刑事制度实践的法治化导向,而绝不意味着主张无节制的“秩序本位主义”或“维稳优先论”,更无意将刑法异化为单纯的“社会控制工具”。恰恰相反,对秩序价值的深度挖掘,其正当性与生命力必须根植于现代法治的核心原则——人权保障与权力约束。因此,在运用“秩序负价值”理论指导刑事立法与司法实践时,必须通过对“秩序”进行限定,以防滑向“警察国家”的风险:“秩序负价值”中的“秩序”,必须是且只能是经由宪法和法律确认、体现法治核心价值的“法秩序”,其绝非脱离法治框架的、模糊的“社会稳定”或行政便利的秩序,而刑法本应是“不得已之法”甚至“最后必要之法”。易言之,刑法所维护的秩序本身,必须符合良法善治的要求,其边界由法律明确规定,且禁止损害公民基本权利的不当解释。

结 语

“秩序负价值”概念的提出,是中国刑法学立足本土立法实践与理论需求,迈向概念自主创新的一次重要探索。通过对中外刑事立法文本的系统梳理,以及对报应理论、社会学说与实质违法性论争的深度反思,本文试图揭示“秩序负价值”作为犯罪本质与刑法规范根基的核心地位:对社会秩序背反性与危害性的精炼概括,是法秩序得以确立并需要刑法加以捍卫的根本动因。这一概念不仅有效统合了传统法益侵害说与伦理规范违反说的理论张力,为自然犯与法定犯提供了统一的价值解释框架,更通过对主观(意志负价值)与客观(状态负价值)维度的解析,以及针对法益与针对伦理的秩序负价值分类,构建起层次清晰、逻辑自洽的理论体系。

更重要的是,“秩序负价值”有力穿透了行为无价值与结果无价值二元对立的表浅性,揭示了违法性本质的深层根源在于对整体法秩序的否定。其不仅是从总则原则到分则罪名解读刑法文本的“价值密码”,也为认罪认罚从宽、刑事和解等体现恢复性司法理念的制度实践提供了坚实的理论支撑,彰显了刑法在惩罚犯罪、修复秩序、实现社会治理中的核心功能。围绕“秩序负价值”的深入研究,可进一步拓展至其不同犯罪构成要件中的具体作用机制,与刑事责任阶层的精细化衔接,以及在新兴科技犯罪领域的适用性等问题。这一源自中国刑事法治实

践、融合中外智识资源的原创性范畴,将为构建中国刑法学自主知识体系贡献自身的理论价值。

参考文献

- [1] 俄罗斯联邦刑事法典[M].赵路,译.北京:中国人民公安大学出版社,2009.
- [2] 德国刑法典[M].徐久生,译.北京:北京大学出版社,2019.
- [3] 加拿大刑事法典[M].卞建林,等译.北京:中国政法大学出版社,1999.
- [4] 巴西刑法典[M].陈志军,译.北京:中国人民公安大学出版社,2009:86.
- [5] 葡萄牙刑法典[M].陈志军,译.北京:中国人民公安大学出版社,2010.
- [6] 康德.道德形而上学原理[M].苗力田,译.上海:上海人民出版社,1986.
- [7] 马荣春.罪刑关系论[M].北京:中国检察出版社,2006.
- [8] 黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰,译.北京:商务印书馆,1961.
- [9] 马克昌.近代西方刑法学说史[M].北京:中国人民公安大学出版社,2016:163.
- [10] 恩格斯.英国工人阶级状况[M].中共中央编译局,译.北京:人民出版社,1956:175.
- [11] 迪尔凯姆.社会学方法的准则[M].狄玉明,译.北京:商务印书

- 馆,1995:87.
- [12] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021.
- [13] 墨西哥联邦刑法典[M].陈志军,译.北京:中国人民公安大学出版社,2010:148.
- [14] 陈璇.法益概念与刑事立法正当性检验[J].比较法研究,2020(3):51-72.
- [15] 陈忠林.意大利刑法纲要[M].北京:中国人民大学出版社,1999:8.
- [16] 陈忠林.刑法散得集(Ⅱ)[M].重庆:重庆大学出版社,2012:32.
- [17] 周光权.新行为无价值论的中国展开[J].中国法学,2012(1):175-191.
- [18] 贾健.新行为无价值论的困境与出路:兼与周光权教授商榷[J].现代法学,2018(6):110-124.
- [19] 黑格尔.小逻辑[M].贺麟,译.北京:商务印书馆,1980:292.
- [20] 冯军.刑法教义学的立场和方法[J].中外法学,2014(1):172-197.
- [21] 杜宣.二元结果无价值论[M].北京:法律出版社,2018:296.
- [22] 劳东燕.刑法中的客观不法与主观不法:由故意的体系地位说起[J].比较法研究,2014(4):65-87.
- [23] 贝卡里亚.论犯罪与刑罚[M].黄风,译.北京:北京大学出版社,2008:65.
- [24] 陈光中,葛琳.刑事和解初探[J].中国法学,2006(5):3-14.
- [25] 陈卫东.认罪认罚从宽制度研究[J].中国法学,2016(2):48-64.
- [26] 汪建成.辩诉交易的理论基础[J].政法论坛,2002(6):14-18.

Negative Value of Order: A Fundamental Concept of China's Independent Knowledge System of Criminal Jurisprudence

Ma Rongchun

Abstract: The negative value of order is a concept in criminal law derived from both Chinese and foreign criminal legislative texts and criminal law theories, representing a conceptual innovation in the development of China's independent knowledge system of criminal jurisprudence. It refers to the antagonism or harm to social order, which negatively constitutes the value foundation of legal order and serves as the initial explanation for criminal order. Corresponding to the classification of criminal norms into legal interest norms and ethical norms, the negative value of order can be divided into the negative value of order targeting legal interests and that targeting ethics. In terms of existence forms, it can be categorized into subjective negative value of order and objective negative value of order. The negative value of order can not only comprehensively interpret criminal law texts but also explain policy-oriented criminal concepts and their institutional practices. It is a more precise expression of "order without value" or "order non-value". By overcoming the one-sidedness and superficiality of "act without value" and "result without value", it constitutes the true or "qualified" essence of illegality. Ultimately, the negative value of order has become a fundamental concept in criminal law, contributing theoretical value to the theoretical foundation, systematic integration, and practical interpretation of criminal law.

Key words: negative value of order; legal order; essence of illegality; act without value; result without value

责任编辑:海 民