

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2024.03.013

刑法解法典化：概念解谬、正当根据与规范构造

项婷婷

(淮南师范学院 法学院,安徽 淮南 232038)

摘要:解谬刑法解法典化概念,寻求其存在的正当根据,对刑法解法典化进行规范构造,是刑法法典化及刑法法治化的重要一步。刑法解法典化是在肯定法典中心地位前提下法典功能结构的变迁,其正当根据在于,它是与积极刑法观不谋而合的一种思维方式,是法秩序统一下各部门法的和谐需求,是法典化当下的最佳契合形态。在此基础上,对刑法解法典化进行规范构造,构造涵括宪法和指导性案例的刑法解法典化法源范畴,充分发挥刑法修正案的功用,从统一刑法立法模式转向多元立法模式,实现附属刑法从形式意义到实质意义的转变。

关键词:法典化;刑法解法典化;概念解谬;规范构造

中图分类号:D924.1

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2024)03-0104-11

一 问题的提出

面对民法典的出台,法学界对“法典化”展开了深入地研究,从何为“法典化”、怎样才算“法典化”到“法典化”“解法典化”“再法典化”“去法典化”的区分,再到具体部门法的“法典化”“解法典化”“再法典化”“去法典化”的定位,“法典化”一度成为法学界的刷屏词。其中刑法法典化的相关问题讨论最为激烈,具体包括刑法是否已经法典化、是否要法典化、怎样进行法典化以及刑法立法模式的选择等的讨论,还包括刑法的解法典化、再法典化以及刑法应主动去适应民法典等问题的讨论。自1997年现行刑法实施以来,我国一直奉行单一法典化做法,以刑法修正案方式对其进行补充、删减和完善,不再通过单行刑法或者附属刑法形式。从中我们可以发现,法典化理念和思路一直在我国刑法立法中起主导性作用,这和民法典的法典化是不谋而合的。问题是,我国刑法采用的这种单一法典化形式是否还具有科学的理论根基和社会现实基础支撑,是否还能满足刑法与其他部门法的衔接融合关系。如果在这个问题上得

不到肯定的答案,那么我国的刑法在法典化道路上应当寻求何种途径?这是我们应该认真对待的问题。

本文旨在法典化进程中,阐明“法典化”“解法典化”“去法典化”“再法典化”“反法典化”之间的关系,重塑刑法解法典化的内涵;在分析“刑法解法典化”在法典化背景下所出现的法典化概念理解异化的基础上,剖析刑法解法典化的正当根据,最终结合司法实践,进行刑法解法典化的规范构造,实现刑法的法治进程。

二 刑法解法典化的概念解谬

当前,刑法“解法典化”多从刑法立法模式是单轨制还是双轨制等角度讨论^①,仅内部解构地描述“解法典化”并不能深刻揭示“解法典化”的实质内涵。站在外部关系视角审视,恰恰可以更好地释义“解法典化”的真正所指。而这一外部视角,实则是探讨如何处理刑法典与其他部门法、刑法典与附属刑法之间的关系。

收稿日期:2023-11-25

基金项目:中国法学会2022年度部级法学研究项目(CLS[2022]D61)

作者简介:项婷婷(1981—),女,安徽宿州人,博士,副教授,主要从事刑法学、犯罪学研究。

^①如:张明楷的《刑法的解法典化与再法典化》(《东方法学》2021年第6期)一文提到“如若认为我国刑法典需要解法典化,则意味着需要将刑法典分则规定的行政犯转移到其他法律中”。

(一) 语义上:“解法典化”是“法典化”的下位概念

从语义上来看,无论是“解法典化”,还是“去法典化”“再法典化”“反法典化”,均系“法典化”的下位概念。“法典化”是化为“法典”:其一,应当划定“法典”的含义,对法典理解的不同直接导致对法典化含义界定的不同。尽管有关刑法是否已经法典化争论较大,但迄今为止,对法典是什么仍然缺乏共识和明确的界定。其二,“法典化”不同于“法典”,区分在于“化”字,这一动词直接赋予法典以动态意义。因此,在具体理解“法典化”一词时,我们不能仅仅停留在“法典”本身的静态层面理解,更应回归动态意义考察法典化的含义,或许更能解构法学界对“解法典化”“去法典化”“再法典化”“反法典化”的讨论。

由此,笔者认为,“法典化”一词本身是一个动态的概念。对“法典化”的理解应当从静态和动态两个层面来理解。其一,从静态意义上来看,“法典化”是指法律规范以法典的形式呈现,表征其内在的统一性。我们把这个层面的法典化含义称为“狭义的法典化”。其二,从动态意义上来看,“法典化”是使法律规范从凌乱无序到统一编纂的过程及结果。我们把这个层面的法典化含义称为“广义的法典化”。

当前,我国很多学者都是从静态层面理解“法典化”,“解法典化”与“去法典化”“再法典化”“反法典化”一样,均是“法典化”这一线条上不同动态的点(如图 1)。这些点并不是静止不动的,随着外在经济社会条件的变化,法典自身结构、成熟度等会呈现动态需求发展的特征。因此,从词源上理解“解法典化”,必然要用动态的观点判断,看到“解法典化”与“去法典化”“再法典化”“反法典化”同时存在的交叉关系,不可教条化。

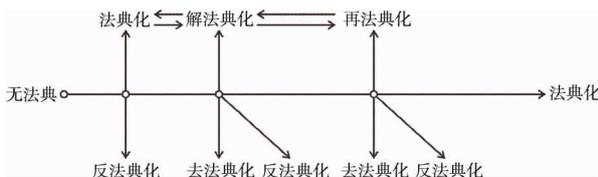


图 1 法典化的动态化过程

(二) 词源上:刑法“解法典化”应区别化释义

解法典化,这一概念由意大利民法学者那塔利诺·伊尔蒂首次提出,他在《解法典化的时代》一文中用该词对二战以来民法典的变迁进行了描述^①。从词源来看,这一法学理论概念的提出具有双层含义:其一,解法典化必然是建立在法典已然存在基础上。如果没有先存法典作为根基,解法典化就毫无意义。其二,解法典化是一种相对于法典变迁的描述。换言之,解法典化所呈现的是法典正经历着变迁的过程,它是与时代呼应而生的动态发展。

诚如,《德国民法典》在出台后其立法技术一直备受大家肯定,并且号称《法国民法典》所无法比及。然而经过百余年的发展变迁,《德国民法典》却遭受论题学、语言哲学的内部转向、民法的内在体系和外在体系的区分理论等方面的挑战。由此,《德国民法典》开始由法典化转向解法典化的趋势也就具有了必然性。每个国家法典化的历程是不同的,其解法典化产生的时期和过程也必然不同。刑法典的产生、发展亦是如此。换言之,“法典化”的区别化释义决定了“解法典化”释义亦应当区别化。

就我国的现行刑法与《民法典》而言,《民法典》的出台昭示了民法部门法从无统一法典到有“典”的过程。然而,我们需要区别化释义刑法这一部门法,它与民法的法典发展过程并不属于同一阶段,不能拿处在较为成熟化、体系化阶段的刑法与刚编纂成典的民法作比较,这样不仅会阻碍刑法的进一步发展,也无益于法律体系的构建。

由表 1 可以发现,我国刑法和民法在同一时间段的发展并不同步。当 1979 年我国第一部刑法典颁布施行(共有 13 章、192 条)时,《民法通则》才刚刚起草;当 1981 年至 1995 年全国人大常委会通过了 23 个单行刑法以对刑法作出修改和补充时,《婚姻法》《经济合同法》《涉外经济合同法》《继承法》《技术合同法》等才先后颁布实施;当 1997 年刑法对 1979 年刑法全面修订时,民法中的《物权法》《担保法》却处在起草、颁行阶段。因此,无论是“法典化”还是“解法典化”,其都应区别不同部门法作出不同释义,而不能同等对待。

^①玛丽亚·路易莎·穆里约:《大陆法系法典编纂的演变:迈向解法典化与法典的重构》,许中缘、周林刚译,《清华法学》(第 8 辑),清华大学出版社 2006 年版,第 71 页。

表1 同一时段民法、刑法不同发展阶段的比较

时间	民法	刑法
1979	11月《民法通则》起草	《中华人民共和国刑法》通过
1980	《婚姻法》第一次修订通过	《中华人民共和国刑法》施行
1981—1987	《婚姻法》《经济合同法》《涉外经济合同法》《继承法》《技术合同法》《中华人民共和国民事诉讼法通则》	4个单行刑法
1988—1995	《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(执行)》《物权法》《公司法》《担保法》	19个单行刑法
1996—1997		刑法修订草案(1996) 修订《中华人民共和国刑法》
1998	《收养法》修改	1个单行刑法
1999	《合同法》	《刑法修正案》
2001	《婚姻法》修正	《刑法修正案(二)》《刑法修正案(三)》
2002		《刑法修正案(四)》
2005		《刑法修正案(五)》
1999—2019	2006	《刑法修正案(六)》
	2009 《侵权责任法》	《刑法修正案(七)》
	2011	《刑法修正案(八)》
	2015	《刑法修正案(九)》
	2017	《刑法修正案(十)》
2020—2021	《中华人民共和国民法典》	《刑法修正案(十一)》

(三)体系上:刑法“解法典化”必然囿于刑法体系框架内

刑法解法典化并不会脱离刑法法律体系的解法典化,其是刑法法律体系框架内的解法典化。刑法典、单行刑法和附属刑法是刑法的法律渊源,刑法解法典化应当是刑法法律渊源内部的一元化、一致化和融合化。而今刑法立法模式主要以刑法修正案的方式修改刑法典,单行刑法和附属刑法却在刑法法律体系中发挥着微乎其微的作用。伴随着社会经济的迅速发展,需要刑法保护的法益日益增多,而正是这一需求,突显了传统的以刑法修正案方式修改刑法典的不足,由此我们不得不正视刑法渊源中单行刑法和附属刑法的功能。解法典化的过程可以说是打破统一、促进融合的过程,是为了更好地实现法典的重构或者刑法的再法典化,是囿于刑法体系框架内的解法典化。

(四)释义上:刑法“解法典化”是在肯定法典中心地位前提下法典功能结构的变迁

无论是法典化,还是解法典化,抑或反法典化、再法典化,它们之间的界限区分并不重要,重要的是如何解构重塑它们自身的内涵。刑法“解

法典化”是以法典化的存在为基础的,如果刑法本身并没有法典化,那么也就无解法典化之说。既然如此,刑法“解法典化”只是刑法法典化动态发展过程中的一个节点、一个环节。但需要强调的是,刑法“解法典化”没有任何褒贬之义,不仅不排斥法典的编纂,而且也不存在任何价值取向,这也是它与“反法典化”“去法典化”的不同之处。

根据《汉语大辞典》,此处的“解”字,有分解、解体之义,亦有把束缚着、系着的东西打开之义。通常大家所理解的刑法解法典化,只是将“解”做前者意思理解,却忽略了后者的意思^①。尤其在积极刑法观的指导下,更多的现实法益需要刑法予以保护,在此种情况下,我们需要更多的刑法手段发挥刑法的功能,所以这里的刑法“解法典化”绝不可理解为对刑法典的分解和解体,而应当理解为不能仅仅局限于刑法典的束缚,应当打开刑法典的“胸怀”,充分发挥刑法渊源之单行刑法和附属刑法的功能,进而充分发挥刑法典的作用。所以,我们需要重塑刑法解法典化的内涵,不能片面地将刑法解法典化与法典化相对立,而是应在肯定法典中心地位的前提下审视法典功能结构的

^①如有学者提出:“‘解法典化’是指在有民法典的国家,层出不穷的法律特别规范造成传统民法的内外体系逐步分解的现象,其根源在于,以自由至上主义为核心的传统民法无法完全适应现代社会经济结构和组织关系的巨大调整。”(参见陆青:《论中国民法中的“解法典化”现象》,《中外法学》2014年第6期。)

变迁。

与民法的解法典化不同,民法解法典化是在基于民法典之外并行存在诸多特别法,通过解法典化分散了民法典的唯一法源^①。作为刑法典渊源之一的单行刑法和附属刑法,其规定的定罪和量刑内容仍然要遵循刑法总则的理论和基本原则,这些罪刑规范并不是“异类的”法律,而是主要集中体现为行政犯的前置法律法规。由此可知,刑法解法典化,主要是指将原本以空白刑法规范方式在刑法典中规定的行政犯独立在附属刑法之中规定,使刑法典结构功能发生变迁,真正发挥包括单行刑法、附属刑法和指导性案例等在内的刑法渊源种类的作用。

三 刑法解法典化的正当根据

刑法解法典化的概念解谬,解决了刑法解法典化“是什么”的问题,厘清了刑法解法典化与刑法法典化的概念关系。接下来,需要解决的是“为什么”要解法典化问题,这是刑法解法典化在法典化进程中存在的正当化根据。

(一) 刑法“法典化”已是客观事实

关于 97 刑法是否为“法典”的问题,虽然曾经引起过热议,但随着对 97 刑法是“典”的观点占据了主导地位,学界对这一问题的讨论却慢慢弥散了。

以“刑法法典化”为主题,截至 2023 年 10 月 31 日,在中国知网 CNKI 数据库搜索 2020 年《民法典》出台以来的相关论文,共计 108 篇。对这 108 篇论文进行归类,除了其中未提及 97 刑法是否为“法典”的 83 篇论文,剩余 25 篇论文中,22 篇都承认 97 刑法是“典”,占了总数的 88%,只有 12% 的论文持否认态度。即使如此,否认 97 刑法是“法典”的观点也是比较缓和的,主要立场是 97 刑法并未冠以“法典”字,但仍然肯定 97 刑法本身具有法典色彩^②。由此,这一主导肯定 97 刑法是“法典”的绝大多数也反映了广大学者的态度和普遍认识,也直接印证了对刑法典是否法典化

的谬议。

我们不妨从 97 刑法内容特质来看,97 刑法究竟是否为“法典”的判断实则是对“法典”本身内容认识的思维方式的判断。严格意义上来说,法典既包括形式意义的法典,又包括实质意义的法典。前者名称上冠以“法典”二字,后者虽名称上并未彰显“法典”二字,但却符合法典的实质特征。刑法与民法不同,从 1979 年刑法到 1997 年刑法,刑法本身就是以实质法典化的形式存在,而我国的民法发展相对较晚,直至 2020 年 5 月 28 日通过的《中华人民共和国民法典》才是民法法典化的开始。由此可见,刑法法典化是早于民法法典化的,只是它并未冠以“典”字。然而,我们并不能因为它没有“典”字冠名就忽略其本身法典化的实质。我们判断一个部门法是不是法典,不能仅从形式意义上去判断,而应当从实质上去把握。因此,97 刑法内容特质决定了其是实质意义的“法典”。

另外,97 刑法发展的阶段决定了其是“法典”。如前述表 1,刑法现今所处的发展阶段不同于民法,当我们提到民法法典化时,实则是在处理民法总则与其他特别法之间关系同时的再法典化过程。而刑法的发展,无论是刑法自身的成熟度,还是刑法规范中所彰显的刑法与其他前置规范,抑或单行刑法、附属刑法的关系,都与民法典不同。从 1979 年第一部刑法颁行开始,就注定了它法典实质的烙印,这也是民法在时间上所不及的。由此,97 刑法是“法典”,这是由历史发展所鉴证的,也是其实质内容所决定的。

(二) 刑法解法典化是与积极刑法观不谋而合的一种思维方式

法典化本身就是一种思维方式,隶属于法典化的解法典化也必然属于思维方式的一种。这一思维方式的证成需要与现行理论观念相契合。如前文有关解法典化内涵的重新阐释,解法典化是根据刑法规范自身的特征,积极创制适合刑法规

^①张明楷:《刑法的解法典化与再法典化》,《东方法学》2021 年第 6 期。

^②需要说明的是,由于受到中国知网“刑法法典化”这一关键词搜索的局限,关于是否承认刑法是“典”的数据统计无法做到全面和穷尽,但仍能表明刑法是“典”和否认刑法是“典”两种争论的存在。肯定我国刑法是“典”的考量维度:(1)历史传统维度:我国刑法法典化传统历史悠久;(2)立法初衷维度:97 现行刑法本身就是为完成刑法典的编纂;(3)法典释义维度:部门法意义上理解法典;(4)实质法典特征维度:97 刑法符合基础性、现实性、稳定性、体系性这一实质法典特点;等等。否定我国刑法是“典”的考量维度:(1)依据习近平法治思想中的法典化理论:认为我国现行刑法不同于《民法典》,加快编纂一部统一刑法典已势在必行;(2)基于法典的特征:认为刑法仅是具有“法典”色彩的法律规范;(3)形式法典特征维度:无论是 79 刑法还是 97 刑法,名称上都未冠以“典”字。

范特质的刑法法典化模式。刑法解法典化本身亦是刑法法典化过程,而这一过程又是与积极刑法观不谋而合的。

在我国刑法理论的发展过程中,存在积极刑法观、消极刑法观与折衷刑法观三种不同观点。随着社会不断发展变化,需要刑法保护的法益日益增多,积极刑法观成为主流。“在理念上,积极刑法观主张刑法应广泛地参与社会治理,改变甚至取消了刑法谦抑的传统观念。”^①这里所言的“刑法应广泛参与社会治理”亦指积极刑法观下应广泛挖掘刑法的功用,让刑法的渊源所属内容能在最大范围内发挥其应有的功用,即刑法典、单行刑法、附属刑法应当各尽其用,让它们都积极参与社会治理。积极刑法观之下的“积极面”不应局限于刑法典本身的立法和修正,而应当积极修改附属刑法等其他法律内容,在其他法律中规定行政犯的内容。而刑法解法典化正是这一关系处理的思维方式。另外,积极刑法观这一观念的产生实则伴随着刑法解释学到刑法立法论的转变,这一刑法立法论的转向不得不考虑刑法立法模式的建构,而刑法解法典化基于刑法立法模式的考量,与积极刑法观的观念不谋而合。

(三) 刑法解法典化是法秩序统一下各部门法的和谐需求

对法秩序统一性原理的反思围绕三个问题展开:第一,违法性判断协调是部门法交叉问题合适的讨论方式吗?第二,一般违法性与部门法违法性是什么关系?第三,各部门法违法性之间是什么关系?^②基于此,法秩序统一原理本身的基本指向即为各部门法内部的融合及关系的协调处理。任何一个部门法功能的发挥都不能局限于本部门法自身,而应当是解法典化下的各部门法的融合统一。刑法和民法、行政法、诉讼法等均属于法律体系框架中的部门法。刑法、民法等部门法产生的过程就类似于刑法和民法的产生孰先孰后的问题,在它们产生的过程中,原本就没有明确的界限,在两者浑然一体出现的刹那,根本无法分清孰先孰后,这也足以彰显它们彼此无法剪断的联系。刑法与民法、行政法间的关系是法秩序统一下的和谐。刑法不同于其他法律规范,刑法典所规制的既包括自然犯,也包括法定犯。随着行政

管理的需要,法定犯的数量呈现递增趋势。基于法秩序统一的基本原理,在刑法典中以空白刑法规范所展现的法定犯内容,如何以前置行政法律法规为依据,即刑法典与行政法衔接问题的讨论由来已久,却始终并未解决。刑法解法典化不仅仅是对法秩序统一原理的基本遵循,更是对法秩序统一原理的贯彻。

具体而言,刑法与行政法等法的差异,与其说是各部门法领域在性质、目的和机能等方面的划定,还不如说是违法性判断立场的界分。就像法典化没有一成不变的模式一样,不同的部门法的法典化走向和趋势也应当是不同的。我们在承认97刑法是“法典”的同时,并不否认其法典化进程。在97刑法已法典化后,我们更应当考虑的是刑法法典的运用,这仍然属于法典化的过程。而刑法法典化具体应用的最基础方式,至少应当保障“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒”,每个部门法虽然存在于法秩序统一体之中,但是我们不能因为它们的统一性而抹杀各个部门法存在的个性和不同的阶段。让原本属于行政法规规制的内容回归行政法,属于刑法规制的内容回归刑法,使两个部门法的界限越发明晰,从而从根源上解决刑法与行政法的衔接问题。刑法解法典化的主旨便是在遵循法秩序统一原理下刑法与行政法衔接问题彻底解决的主要路径。

四 刑法解法典化的规范构造

刑法解法典化的概念解谬、正当根据并不是刑法解法典化研究的归宿,笔者希望通过反思、辩证的方式对刑法解法典化的剖析,有效实现刑法解法典化的具体操作路径。从刑法解法典化本体角度来说,若要真正实现刑法法典化,应从规范内部构造及其彼此的关联方面加以构建。

(一) 前提:刑法解法典化法源范畴的圈定

刑法解法典化如何“解法典”,首先要解决的问题即是“解”的范围,在多大范畴内实现法典的“解”,这实则是刑法法源的范畴问题。换句话说,刑法解法典化必然是刑法法源范畴的解法典化,不能超越刑法法源的边界。诚然,“从刑法缘起及其进化中可以发现,无论是纵向的历史考察

^①王俊:《积极刑法观的反思与批判》,《法学》2022年第2期。

^②张峰铭:《法秩序在何种意义上是统一的——对部门法交叉问题的前提性反思》,《东岳论丛》2022年第4期。

还是横向的比较研究均表明,依靠一部法典或刑法治天下时代已成为过去”^①。尤其随着行政犯罪的大量增加以及法律体系的逐渐融合,刑法体系本身也不再是单一的,系统看待刑法结构或刑法法源的组成,才能最大化发挥刑法的功能,更符合当今国家治理体系和治理能力现代化的需求,使之起到“1+1>2”的功效。

从不成文法到成文法、从制定法到法典化的过程,实则是刑法规范体系不断完善不断发展的过程。但同时,我们也必须辩证地对待法典化的过程。如前文所述,法典化亦是动态发展的,我们不能停滞在法典化的法典制定和统一阶段,更应看到法典化过程中的不同阶段和不同阶段的升华形式,这就必须充分认识到刑法法源不同时期的不同发展阶段的不同表现形式。刑法典是刑法法源的最主要形式,除此之外,刑法的法源具体包括哪些内容是必须首先厘清的问题,但前提是要搞清楚何为“法源”。

法源,又称为“法律渊源”或“法的渊源”,关于这一概念的讨论观点繁多。概览中外有关法源概念的不同纷争,我们发现之所以会存在不同的界定,归根结底是法源判定标准没有统一。其实,无论是法学理论界还是司法实务界,均承认指导性案例现实地成为司法裁判的理由和依据。这就有一个问题:是否司法实践中成为裁判理由的依据就必然具备了法源的地位?对此学界存在三种不同的观点。

第一,认为我国的法源只包括各种制定法的形式。这一观点仅从形式上界定法源,对法源的理解只停留在表现形式上,而忽视了法源中各法律规范的实质效力。诚如有学者指出,立法者或人民对规范的“法的确信”或“承认”汇成的社会共识标准是法律规范效力的实质标准^②。法源本身应当具有历史性、合理性和认可性。历史性是指法源具体范畴的判断应当结合不同历史时期作出不同内容的确定;合理性是指法源的确定应当符合规范适用的合理性;认可性实际上是从司法实际角度出发对法源范畴作出的判断,将其作为

案件裁判理由和依据的可接受性。历史性、合理性和认可性是彼此关联、相互联系的,不是彼此孤立的。因此,仅承认各种制定法的形式作为法源显然是有些偏颇的。

第二,认为我国的法源应从司法实践经验中归纳。这一观点实则是司法现实主义立场的体现,法源的实际范畴不仅仅包括制定法形式,同时还将非制定法囊括其中。当然这一观点存在的质疑是,放宽法源的范畴是否会导致法源失去规范性特征,或者带来法源本身概念的模糊化或者虚无化现象,甚至让人担心会不会出现法官造法的现象,从而混淆立法与司法的界限。当然,这一观点带来的好处是,化解了法源理论与法源实践的隔阂,让法源本身不再僵化和不符合现实化。

第三,针对上述两种观点存在的问题,有学者提出了“规范多元主义”观点^③。这一观点是对前两种观点缺陷的综合,既否定单一的纯制定法形式,又否定纯粹的非制定法形式,同时也不是简单地将制定法形式与非制定法形式相加,而是在遵循法源理论基础,结合法源基础理论和司法实践需求基础上的扩容。如此一来,该观点没有盲目地把司法实践裁判论证理由的所有规范类型囊括进法源之中,也没有忽视法源的基础理论,而是严宽兼并,规范与经验相结合,试图构建合理的法源规范体系和类型。

由上可知,对法源的理解应当随着时代的变迁而不断变化。从历史发展渊源来看,无论是英美法系还是大陆法系,包括中华法系,法源的要素构成一直呈现动态发展趋势,从过去无形的法变成有形的法,从不成文法转变为成文法,我们对法源的界定不能仅仅停留在法规范成文的表现形式,它的范畴应当将法实践中起到规范作用的等效的规范类型囊括其中。同时,法源范畴的内容也必须符合法律规范的特性,这也是将非制定法纳入法源范畴的判断标准,只有这样,最终的法源范畴才不会脱离法律规范的基础理论。

由于法律规范的本质是由特定社会的物质生活条件决定的,这必然决定了法律规范的内容必

①卢建平:《刑法法源与刑事立法模式》,《环球法律评论》2018年第6期。

②黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第2页。

③参见孙悦:《指导性案例何以作为法律渊源?——兼反思我国法源理论与法源实践之关系》,《南大法学》2021年第1期。其中提到,“规范多元主义”方案即“在坚持法源理论基本内涵的前提下,结合我国的司法实践需求与发展趋势,将一些非制定法形式的规范类型纳入法源范畴之下,从而以法源理论的‘升级’与‘扩容’来应对法源实践的变革”。

然要随着人类社会物质生活条件的变化而变化。这也印证了法源的内容应随着时代的发展而不断扩充、完善的必然性。那么,具体哪些非制定法形式的内容应扩容进法源的范畴,主要应依赖于法律规范特征符合性的判断,即需要满足:第一,该非制定法的内容可以起到调整社会关系的类规范性,即虽然这一内容不是立法规范,但其调整社会关系的作用与立法规范具有相当性。第二,该非制定法内容不是民间自发形成的,而是经过国家具有一定权力的机关作出的,即这一内容并非公民的自由意志协商,而是国家意志内容的承继。第三,该非制定法内容体现了一定权利和义务的规定性,即该内容虽然不是以立法的形式体现,但这一内容仍然是人们一定权利的授予和义务的履行。第四,该非制定法内容的实施具有一定的强制力保证,即与制定法规范都是基于一定的社会力量保证其实施,只是在强制的性质、方式和程度等方面存在差异。

由上可知,从制定法形式角度看,刑法法源包括刑法典(含刑法修正案)、单行刑法、附属刑法。但仅就现实情况来看,单行刑法和附属刑法并没有发挥较大的功用,尤其附属刑法在我国并没有产生实质的意义。当然它们作为法源内容是毋庸置疑的,但结合当前我国的实际形势,刑法的功能和法律担当已经不同于过去,在法源体系中也逐渐体现出其复杂性。因此,结合上述法源本身的基础规范内容及其扩容,我国刑法的法源还应当考量以下内容。

第一,宪法。宪法作为我国刑法的法源,实则是刑法宪法化的体现。刑法宪法化主要体现在两个方面:其一,宪法中规定的原则和内容在刑法中亦存在。如我国《宪法》第33条第3款:“国家尊重和保障人权”,刑法中也存在人权保障原则。其二,宪法中规定的规范内容成为刑法内容的推导源头。例如,我国刑法中适用刑法人人平等原则的法条内容是基于宪法法律面前人人平等内容的推导。

将宪法作为刑法法源,作为一个较新的话题,一方面肯定宪法根本法的地位,而不仅仅将其作为一种宣誓性的“政治法”;另一方面加强宪法与刑法的关联性,将关涉公民根本权利的犯罪和刑罚内

容上升为宪法的内容,也从另一侧面体现了宪法的规范性。当然,关于刑法宪法化的具体操作,即宪法相比刑法作总括性的规定还是对刑法规范内容的重申,抑或上升为宪法内容的刑法内容就不必重申,只需后续接受合宪性审查即可,这需要进一步斟酌刑法宪法化的具体模式。但无论如何,宪法成为刑法法源已是一种趋势,也值得肯定。

第二,指导性案例。我国的指导性案例不同于西方国家的判例,后者相当于法官造法、法官立法,而前者作为司法实践智慧的结晶,并不属于刑事立法。刑法具体个案的解决建立在刑法法典基础之上,充分解释刑法法典内容,遵循罪刑法定原则,让刑法典得以最大限度地适用。但是在具体适用过程中,面对法律之间的冲突和衔接,指导性案例确实发挥了相当于法律规范的作用。那么,指导性案例可否作为刑法法源存在呢?我们可以发现,刑法理论和刑法实务对待指导性案例性质的判定存在很大区别。

指导性案例从兴起以前到现今的适用,经历了一个演变的过程(如表2)。这一演变让指导性案例具备了类法律规范的特性,从“借鉴”“供参照办理”“参考”到“应当参照”,由“不具有强制性”到“强制性”,由最高人民法院、最高人民检察院、公安部分别发布或共同发布,对各级人民法院、人民检察院、公安机关在处理类似案件时具有应当参照的拘束力,在这种意义上其也具备了法律渊源的地位^①。虽效力不及法律、法规,但其使用频率及实用性使它成为法律、法规的重要补充。既然指导性案例在司法实践中的作用呈现走强趋势,我们愈加不能忽略除了刑法典之外其他法源的作用。

综上,面对刑法典功能最大化的发挥,我们不能仅仅把目光停留在刑法典自身,而应当充分看到隶属于法律渊源之中其他法源的作用。而这一发散的过程实则是刑法解法典化的过程。经过上述的证成,宪法和指导性案例都应当属于我国刑法的法源范畴。刑法解法典化是要在刑法法典化的基础上,利用现有规范手段让刑法典最大限度地发挥它的功能。无论是刑法的宪法化,还是指导性案例的大量出现及走强,这均让刑法法典具备了解法典化的前置因素。

^①张文显:《法理学》,高等教育出版社2018年版,第91页。

表 2 指导性案例适用的发展演变过程

时间段	效力用语	适用方式	适用性质
1985 年 5 月	借鉴	《最高人民法院公报》上刊登一些典型案例	不具有强制性
1985 年 7 月	供参照办理	最高人民法院《关于破坏军人婚姻罪的四个案例》	不具有强制性
1999 年 10 月	参考	最高人民法院公布《人民法院五年改革纲要(1999—2003 年)》	不具有强制性
2010 年 11 月	应当参照	最高人民法院发布《最高人民法院关于案例指导工作的规定》	具有强制性 ^①

(二)方法:刑法关联规范的关系构造

刑法解法典化证立的方法要素,即在刑法解法典化法源范畴圈定的基础上,解决如何构建这些法源之间的关系,如何让它们彼此之间相互融合以最大限度发挥它们各自的作用。而这其中最关键的是构造刑法关联规范的关系,打通刑法典与其他法源衔接的桥梁。笔者认为,刑法关联规范的关系构造包括刑法典规范内部的关系构造和刑法典规范外部关系的构造。

1. 刑法典规范内部关系构造:97 刑法典+刑法修正案>97 刑法典

刑法典规范内部关系构造,具体是指正确梳理 97 刑法典与刑法修正案的关系。从 1999 年《刑法修正案(一)》到 2023 年《刑法修正案(十二)》,12 个刑法修正案的经历,让我们越发肯定刑法修正案这一完善刑法的立法形式。但也存在质疑,主要原因在于:一方面对刑法修正案认识的偏颇,认为刑法修正案是依附于 97 刑法作出的修正,这种修正只能是对刑法的局部或者个别修改;另一方面,虽然肯定刑法修正案属于刑法典的一部分,但并没有置刑法修正案与 97 刑法相等同的地位。这样的误区,实则是对刑法典法典化的误解,将其高度集中统一于刑法典(97 刑法)之上,完全忽视了刑法修正案本身应有的功能。由此,最大限度地发挥刑法修正案的作用亦成为刑法解法典化的本意之一,即刑法解法典化,不仅仅包括刑法典(包括刑法修正案)与其他关联规范关系的构造,还包括刑法典内部的解法典化,即 97 刑

法典与刑法修正案的关系处理。

对法典的修订是法典本身应有之义,修订的方式既可以是全面的修订,也可以是部分修订;既可以是重大问题的修订,也可以是个别小问题的修订。至于采取什么样的方式修订并不会影响修订内容的多少,如今我国主要采取刑法修正案的方式对 97 现行刑法内容进行修订。按照刑法立法的基础理论,刑法修正案对刑法本身内容的修订可以是章节大面积的全局修订,也可以是对部分条款的补充,这是刑法修正案作为刑法立法方法本应含有的功能。但随着刑法修正案的常态化使用,大家似乎曲解了这一刑法立法模式,将刑法修正案置于打补丁的地位,这样不仅不能充分发挥刑法修正案的作用,而且限缩了刑法典本身的功能。

刑法修正案是刑法修改的模式之一,关于刑法修正案的程序和实体如何规范一直备受争议。那么,刑法修正案应当承担怎样的功能,这是我们不得不在刑法解法典化过程中需要复位的。

第一,确立积极刑法修正的理念。在刑法解法典化范畴中,积极刑法修正的理念具体包括两层意思:其一,在现今尚不具备全面修订刑法的时机下^②,通过刑法修正案的方式积极修订刑法,让刑法规范内容与社会现实情形不脱节。这是形式意义的积极刑法修正,强调利用刑法修正案这一修订刑法的形式,实现全面修订刑法的目的。其二,刑法修正案属于刑法典的一部分,要正确认识刑法修正案与刑法典本身功能的同质性,让刑法在风险时代愈加体现它的民生性和预防性,让刑

^①关于“应当参照”这一表述是否具有强制性,存在一定的争议。有学者指出,“从语义学角度分析,参照执行给裁判者留下了较大的自由裁量空间,似无必须照办的含义,因此在‘参照’之前加上‘应当’,感觉上是个矛盾组合”。(参见张志铭:《对中国建立案例指导制度的基本认识》,《法制资讯》2011 年第 1 期。)有学者认为,“依据‘应当’的导引,‘参照’似乎是强制性的。法官只能‘参照’,不能不‘参照’。但依循‘参照’的本义,法官可以‘参照’,也可以不‘参照’。显然,这种语词搭配上的困惑所带来的理解歧义,对法律实践可能带来危害”。(参见谢晖:《“应当参照”否认》,《现代法学》2014 年第 2 期。)笔者认为,“应当参照”是一种义务性规定,“应当”与“参照”本身并不矛盾,“应当”是指法官在具体适用指导性案例时必须履行的一种强制性义务;而“参照”指的是与法律、法规的效力相比较,指导性案例的位阶要低于前者。因此,两者在语义逻辑上并不存在矛盾。

^②关于当下是否可全面修订刑法典,存在不同的声音。有学者主张应当启动对刑法典的全面修订,如梁根林教授认为:“1997 年刑法已经进入其生命周期的后期,应适时启动对其的全面修订,并且超越刑法典单轨立法模式,构建刑法典与行政刑法的双轨立法模式。”(参见梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017 年第 1 期。)而张明楷教授认为,当下全面修订刑法典的时机并不成熟,不当进行刑法典的全面修订。(参见张明楷:《刑法修正案与刑法法典化》,《政法论坛》2021 年第 4 期。)

法修正案尽其所用,尽可能发挥其修订功能,刑法修正案功能发挥的过程实则是刑法再法典化的过程,这是实质意义的积极刑法修正。因此,我们必须清楚地认识到,明确积极的刑法修正理念不是对刑法典本身体系的解构,相反恰恰是对刑法解法典化过程中各元素功能的复位。

除此之外,要正确地理解积极刑法修正的理念,这里的“积极”并不是盲目地“超前”和“重刑”。随着风险刑法时代的到来,积极刑法观越来越为广大学者所主张。

第二,明确刑法修正案的修正主体。刑法修正案是对刑法典的修正,这一修正的主体应当是享有修改权的主体。根据我国《宪法》的规定,全国人大和全国人大常委会都有权行使对刑法典的修改权,但是全国人大常委会对刑法典的修改是有条件的,即“应当由全国人民代表大会制定的法律以外”的、“不违背法律基本原则的”。因此,否认全国人大常委会对刑法修正案的修改权或者担心全国人大常委会修改权的行使会架空全国人大的修改权,这是不符合法理也不符合修法常态的。

第三,明确刑法修正案修正的内容范畴。刑法解法典化在刑法修正案层面上,就是要明确哪些能为刑法修正案所修正?或者说,刑法修正案是可以对刑法典进行全面修订或重大修订,还是只能进行局部的、个别的修订?长期以来,我们一直以刑法修正案的方式对刑法分则、刑法总则进行打补丁式的修订,而忽视了刑法修正案可以进行全面修订或者重大修订的功用。其实,这也正是刑法解法典化需要解决的问题之一,即我们不能一味地只看到97刑法典的规范作用,更应该把视野放宽到刑法修正案以及特别刑法之中。既然我们承认刑法修正案是目前我国刑法修正较好的一种修订方式,那么,就不能对其功能存在偏见,无形地抹杀它和刑法典一样的修订功能。

2. 刑法典规范外部关系构造:从统一刑法立法模式转向多元立法模式

刑法典规范外部关系的构造也是刑法解法典化证立非常关键的方法要素之一。广义的刑法除了刑法典之外,还包括单行刑法和附属刑法。如何让它们形成有序的规范体系,这是刑法立法模式一直思考的问题。我们一直主张统一的刑法立

法模式,甚至认为只有在刑法典中规定犯罪和刑罚的内容才是正当的,却忽略了刑法典本身的承载有限性。当然,现在刑法多元立法模式也出现不少支持者^①,虽然未能颠覆统一刑法立法模式,但将成为刑法立法模式的发展趋势,这也是刑法解法典化的客观要求。

需要肯定的是,从统一刑法立法模式转向多元立法模式将成为我国刑法未来的发展趋势。统一刑法立法模式有其自身的优势,一方面,它解决了分散立法给司法者适用带来的复杂性;另一方面,它为了减少分散立法带来的规范之间的冲突和矛盾的这一初衷,是值得肯定的。但关键是,在统一刑法立法模式之下,我们不能忽视刑法对其他法律规范的保障性以及刑法与其他法律规范间的关联性、竞合性,正是它们的关联性和竞合性决定了欲将所有的内容都统一在刑法典内是比较理想化的,刑法的谦抑性和保障性意味着刑法典规范的内容在非刑事法律法规中也会有体现,那么统一刑法立法模式仍然要考虑非刑事法律规定的的内容是否与刑法规定内容相衔接、相一致。言下之意,即使采取统一刑法立法模式,也无法避免刑法与其他法律规范间的冲突。要想真正解决规范之间的矛盾和冲突,最终还是应落脚到规范各事项规定的明确性上,长期行刑规范衔接、民刑规范衔接无法根本解决的原因可能也在于此。

与此不同的是,多元立法模式归根结底是要积极发挥各规范自身的功能和作用,助推规范间冲突的解决。作为统一刑法立法模式下的衍生物——空白刑法规范,它的存在不仅是我们一直无法解决的行政法与刑法冲突及其衔接问题的源头,更是实质背离了统一刑法立法模式下它产生的初衷。空白刑法规范的初衷是为了实现所有犯罪构成要件在刑法典中的统一,但由于行政法规的易变性,采用空白刑法规范的形式从形式上做到了统一刑法的立法模式。但是却忽略了刑法是其他部门法的最后保障法,空白刑法规范在违反行政法的基础上又违反了刑法,这种“双重违法性”让我们从实质上必须去寻找行政法律法规的规定才能周全犯罪构成要件的判断。因此,长此以往“貌合神离”的空白刑法规范,让行刑冲突(或衔接)问题始终得不到解决。行刑规范冲突

^①支持统一刑法立法模式的学者如:高铭暄、赵秉志、郭玮、杨辉忠等;支持多元立法模式的学者如:张明楷、卢建平、姚建龙、刘兆炆等。

问题主要表现为前置性规范与刑法规范之间的冲突,当然这种冲突既可能是形式意义上的冲突,也可能是实质意义上的冲突,既可能是显性冲突,也可能是隐性冲突^①。如,我国刑法第 343 条、346 条规定了非法采矿罪、破坏性采矿罪既可以是自然人犯罪,也可以是单位犯罪,而我国《矿产资源法》第 39 条、第 40 条对此类行为只规定了自然人犯罪主体,即对“直接责任人员追究刑事责任”。由此,行政法律规范中未规定对单位的行政处罚,而刑法典中规定了该类行为的单位犯罪处罚,这类形式意义上的、显性行刑冲突是否是对刑法谦抑性的悖离值得深思。又如,我国《刑法》第 180 条规定了内幕交易、泄露内幕信息罪,对其中“证券交易内幕信息的知情人员”如何界定,2019 年修订的《证券法》第 51 条明确列举了“八项+兜底”,虽然从形式上列明了该主体范围,但并未对内幕信息知情人员提供具有实质意义的标准,这不仅可能造成证券监管部门权力过大,而且导致“内幕信息的知情人员”主体认定的隐性冲突。

上述行刑冲突并不足为奇,因为刑法典从诞生伊始主要服务于自然犯,行政刑法规制的行政犯本身自带的随时变化性,决定了统一刑法立法模式必然成为矛盾体。由此,要解决行刑冲突就必须从统一刑法立法模式着手,但我们知道,在刑法典中将所有的罪状内容详细表述清楚是不可能的,也是不现实的。当然,刑事立法问题必须还要从立法的角度解决,必须要针对刑法中自然犯与法定犯不同的特质适用不同的立法模式。法定犯的规范构造决定了仅仅依赖于刑法典功能的发挥并不能完全解决法定犯规范适用的问题,也无法从根源上解决前置行政法律法规与空白刑法规范之间的冲突问题。因此,解决这一问题的唯一关键应当是围绕刑法典,充分发挥刑法各法源内容的作用,也即前置行政法律法规的内容实质体现刑法空白罪状内容,不能让前置行政法律法规成为虚置,否则也与法典化进程是不合拍的。

由上可知,统一的刑法立法模式在不断实践

过程中,不仅悖离了它产生的初衷,而且也逐步凸显很多缺陷。从实质意义来看,多元刑法立法模式正是刑法解法典化思路的体现,它更能现实、有效地解决行刑冲突问题。因此,从统一刑法立法模式转向多元立法模式必将成为我国刑法未来的发展趋势。

那么,多元立法模式构建的前提是完善其他多元法律法规。这里的多元法律法规主要指的是刑法典之外的特别刑法(包括单行刑法和附属刑法),这也是刑法解法典化的关键一步。

具体来说,97 现行刑法之后,我国仅存一个单行刑法,即《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(1998 年规定,共 9 条),该决定的内容基本上后续被刑法各条文所吸收,但个别没有被吸收的内容带来的却是与刑法典的矛盾和冲突^②。因此,这样的单行刑法虽然形式上存在,却缺乏了实质意义。单行刑法本来应当是对刑法典的重要补充,在刑法典无法根据现实情势变通时,对特定事项的修订,行政犯的特殊性与单行刑法的功用是不谋而合的。刑法解法典化就应当充分发挥和挖掘单行刑法本身的功用,让其充分发挥刑法典与其他法律规范的桥梁衔接作用。而我国的附属刑法仅“追究刑事责任”语言表述的重复,没有任何罪名、罪状和法定刑的规定,只具有形式上的意义。之所以如此,笔者认为这主要归因于刑法统一立法模式带来的单行刑法和附属刑法边缘化镜像。当然,刑法典罪状使用的空白罪状表明刑法典的解法典化并不同于民法典的解法典化。后者所言的“解法典意义上的特别法所调整的内容在特别法调整之前已经由法典进行了调整,而唯一的、排他的法律所调整的内容并未被法典所调整”^③。由此,特别法所调整的领域越来越多,民法典调整范围相对缩小的解法典化现象出现。刑法解法典化是刑法法源的解构,刑法典所规范的内容与属于附属刑法的行政法所规定的内容并不属于同一类型或同一领域的案件,而

^①项婷婷:《金融刑法规范冲突研究》,湘潭大学博士学位论文,2019 年。

^②有学者认为,该单行刑法中的第 1 条作为刑法第 191 条之后的“骗购外汇罪”(实际上应当是第 191 条之一,但立法并未如此明确);第 2、4、5、6 条实际分别成为了刑法第 280 条、第 225 条和第 231 条、第 191 条、第 397 条的“立法解释”;第 7 条实质上成为刑法 167 条“签订履行合同失职被骗罪”在“主体”上的扩充条款,这显然与原有刑法 167 条规定的“主体”相矛盾,但至今司法解释也未对此设立新罪名,故形成了立法上的尴尬和司法上的难题。(参见李晓明:《再论我国刑法的“三元立法模式”》,《政法论丛》2020 年第 3 期。)第 3 条后来也被刑法第 190 条所吸收。

^③瞿灵敏:《从解法典化到再法典化:范式转换及其中国启示》,《社会科学动态》2017 年第 12 期。

是同一行为的不同违法层次。基于此,将行政犯在附属刑法中独立规定,不仅会缓解刑法典本身的压力,同时亦能充分发挥附属刑法的功能,让刑法典在刑法解法典化过程中解决规范间的冲突,让行政法与刑法的关系更加和谐和协调。然而,附属刑法的具体构设是刑法解法典化的关键,要在附属刑法中规定完整的罪状、罪名和法定刑,这需要一段时间的构建和努力。

综上,刑法解法典化要从民法、刑法等其他法律规范的完善着手,充分发挥其他法律规范附属刑法典的实质意义。只有在其他法律修订完善的基础上,刑法典才有全面修订的可能。在未来刑法典化进程中,我们应当积极挖掘作为广义刑法的单行刑法以及附属刑法的功用,采用多元刑法立法模式,形成有利于刑法适用的刑法立法体系。只有刑法解法典化的实现,才能实现刑法典本身的全面修订,这正是刑法法典化以及刑法法治化进程的重要一步。

结语

法典化理论是习近平法治思想的重要组成部分

分,在不断践行法典化理论的同时,我们需要针对部门法不同特征,精准定位每个部门法不同发展阶段,审慎对待法典化进程中解法典化抑或再法典化的选择。在民法典出台之后,法典化理论敦促我们不得不积极思考刑法在法典化大趋势中的具体走向。通过各国法典化实践进程我们可以发现,法典化过程必然伴随着解法典化的讨论。拨开刑法解法典化论争的层层迷雾,笔者认为,当下应当在认清刑法解法典化内涵的基础上,肯定刑法解法典化,才有益于刑法自身的发展和完善。

刑法的解法典化建立在刑法法典化的基础上,与法典化进程并不冲突。伴随着法律渊源的不断更迭和新鲜血液的注入,我们需要重新审视解法典化的内涵。解法典化应当是区别于不同部门法的区别释义,不能千篇一律。刑法的解法典化必然不同于民法的解法典化,刑法解法典化是刑法与其他部门法融合在法秩序统一原理之下的必然趋势,加速这一发展趋势,有助于法典化进程中刑法典的进一步完善,更有助于刑法典最大化地发挥其功用。

Decodification of Criminal Law: Conceptual Explanation Exclusion Fallacy, Legitimate Basis and Normative Construction

XIANG Tingting

(School of Law, Huainan Normal University, Huainan 232038, China)

Abstract: The conceptual explanation exclusion fallacy in criminal law, seeking a legitimate basis for its existence, and normative construction in decodification of criminal law are important steps in the codification and legalization of criminal law. The decodification of criminal law is the transformation of the functional structure of the code under the premise of affirming the central position of the code. Its legitimate basis lies in the fact that it is a way of thinking that coincides with a positive view of criminal law, a harmonious demand for various departments of law under the unity of legal order, and the best form of fit for codification at present. On this basis, normative construction is carried out for the decodification of criminal law, and a legal source category of the decodification of criminal law that includes the Constitution and guiding cases is constructed. The function of criminal law amendments is fully utilized, shifting from a unified criminal law legislative model to a diversified legislative model, and achieving the transformation of subsidiary criminal law from formal meaning to substantive meaning.

Key words: codification; decodification of criminal law; conceptual explanation exclusion fallacy; normative construction

(责任校对 徐宁)