

刑法再法典化的知识路径及其现实展开

童德华*

内容提要：法典化作为一种在特殊历史时期出现的法律现象，具有其特殊历史背景和现实使命。法典化是 19 世纪欧洲具有显著时代标志的社会事件，其最大实践抱负就是要为法律的发展提供一个垂范永久的统一框架。在新的时代背景下，解法典化已然发展成为一种新的面向。解法典化的原因是多方面的，解法典化的过程可以说是一个打破统一、促进融合的过程。从思维模式上看，类型化思维有助于我们对刑法立法多样性的理解，因为它显现出更大合理性以及与社会发展的高度契合性。解法典化并不意味着去法典化，而是为了更好实现法典的重构或者刑法的再法典化。

关键词：刑法典 法典化 类型思维 再法典化

一、引言

自 1998 年以来，我国刑法立法奉行单一法典化的做法，即不再采用单行刑法或者附属刑法的形式，而是一律采用刑法修正案方式对刑法典进行补充、删减和完善。迄今为止，已经通过了十个修正案。这种单一法典化的立法路径表明，法典化思路在我国刑法立法中占据着主导地位。在某种意义上，这是刑法进步的一种表现，因为法典化运动是大陆法系在较长一段历史时期推动法律发展的重要方法，它不仅吸收了当时科学研究的优秀成果，而且为人类刑事法治的发展、现代刑法理论的昌盛打造了制度上的根基。正如外国有学者所言：“法典化作为一种在特殊

* 中南财经政法大学东盟刑事法研究中心主任，刑事司法学院教授。

本文为 2018 年度国家社科基金重点项目“中国刑法立法现代化的理论基础与路径选择研究”（项目批准号：18AFX013）的阶段性成果；感谢博士生张成东对本文的认真校对。

历史时期出现的法律现象，具有其特殊历史背景和现实使命。”〔1〕问题是，今时今日，在我国是否还具有为法典化提供支撑的科学理论根基与社会现实基础。如果答案是否的，那么我国的立法路径又应当如何规划和设计？在刑法现代化范式转向中，我国刑法立法理论研究应当认真对待这个问题。

二、法典化思潮的兴衰

在刑法史上，法典化是19世纪欧洲具有显著时代标志的社会事件，从这个世纪的早期到晚期，从法国到德国，多个欧陆国家都在如火如荼地创制着刑法典。法典化的最大实践抱负就是要为法律的发展提供一个垂范永久的统一框架。

法典化与欧洲大陆世俗统治者的集权过程如影随形。当时欧洲大陆的封建统治明显没落，一些主要国家相继完成了国家统一。为了加强统治，抗制封建势力，法典化被赋予了维护国家统一和统一国家法律的历史重任。约翰·梅里曼就曾提出，法国大革命最重要的目标之一就是统一私法。因为在16世纪的法国，私人暴力依旧是一个严重的社会问题，为了解决此类问题，国王作为集体权力的化身，“只有国王才能依据从上帝那里得到的权力，通过其官员实施复仇”。〔2〕法国用十年时间相继颁布了五部在法律史上很重要的法典：即1804年的《法国民法典》、1806年的《民事诉讼法典》、1807年的《商法典》、1810年的《刑法典》和《刑事诉讼法典》。〔3〕19世纪早期，意大利还没有完成统一，但是意大利人却早已“希望新的统一的意大利刑法典早日出台”。〔4〕在德国，很长一段时期以来也没有统一的刑法典，刑法典的创制动力来自于帝国皇家最高法院的设立，它强化了制定统一的帝国法律的迫切需要。1871年的德国《帝国刑法典》也不是新创设的法律，它只是将1870年《北德联邦刑法典》扩大适用到新加盟的南德各州。〔5〕可见，法典化运动在本质上是一场政治运动，国家政治的基本性质和结构决定了法律的属性及其体系，法典化与国家权力的集中化基本是同步进行的。

但是，法典化并不仅仅受制于国家政治的基本性质与结构，它还与社会认知传统有关，欧洲大陆的法典化就具有深远的历史传统与内在逻辑根据。早在12世纪左右，新柏拉图主义与古罗马法律传统的结合，业已促动了教会法的编纂，它为后来的世俗法律的法典化总结提出了可以借鉴的方法和体系结构。在此基础上，欧洲法学界借助当时自然科学的成果，尝试着在立法领域提出一种统一的法律体系。无疑，较之于同时期的英格兰法律人，欧陆法律人明显地表现出了对法典编纂的偏好。这种偏好在很大程度上是与欧洲奉行的理论范式相联系的。自中世纪以来，法国式的唯理主义观念对于欧陆理论范式有深远影响，根据唯理主义的观点，人类

〔1〕〔秘鲁〕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，孙雅婷校，载《清华法学》第8辑，清华大学出版社2006年版，第66页。

〔2〕〔法〕卡斯东·斯特法尼：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第72页。

〔3〕参见前引〔1〕，玛丽亚·路易莎·穆里约文，第69页。

〔4〕〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第7页。

〔5〕参见〔德〕汉斯·海恩里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第120页。

的一切活动都建立在（实际上也被假定为建立在）理性的基础之上，人类只有经由唯理的理性才能发现自然规律，改造世界。在唯理主义理论指导下，欧陆法律人他们可以发现社会秩序的运行法则，进而，“按此方式就能奠定法律秩序之基础，这种法律秩序像人固有的理性一样，具有普遍性，也即，它必定适于一切人和所有时代”。〔6〕可以说，法典化就是建立在唯理的理论范式之上的。随着科技近现代化的发展，工业革命取得了很大成果，科学发展迅猛，自然科学为法典化提供了更浓厚的科学根据。在近现代化的早期，现代性学者普遍认为，世界在本质上是一个有序的整体，在理论上，人们可以对自然界进行充分认识，在认识的基础上，人们可以进一步展开对自然界的有效控制，控制的有效性与知识的正确性由此形成密切关系，控制的有效性说明认知的正确性，认识的正确性进一步强化了控制的有效性。〔7〕据此人们倾向于从共同性、普遍性的认识中寻找解决问题所需的具有普适性、统一性的标准和方法。根据上述思路，人们可以基于对社会生活共同性、普遍性的认知，建构性地创制一部永恒的、包罗万象的法典。

众所周知，世上并无绝对普适性的标准和方法，事物总会表现出其特殊性。随着时间的推移与社会的进步，包罗万象的法典中必然有一些规定会落后于现实的要求，法典内在要求被修改。相反，如果一味维系法典的地位反而会阻碍法律的发展，导致法律的僵化并妨碍法律的进步。对于刑法立法而言，法典化面临的问题应该比其他部门法更为复杂，由于刑法具有对民商法、经济法、行政法甚至社会基本道德托底保障的属性，这就决定了刑法规范范围具有广泛性，其规范条文的庞杂性远非其他部门法可以比拟。如果刑法规范全面，那么其条文内容绝对不能为刑法典所能容受，因此刑法典通常只能就一般性事务予以规范，但这又使得刑法典无法针对现实问题，从而容易引发法律与与之相对应的社会生活事实或思想的脱节，会导致法典之外的大量补充性刑法立法的产生。这些补充性刑法立法也可能会使刑法典彻底丧失其应有的功能，并导致法律体系的混乱，而法律体系的混乱正是刑法法典化所极力避免的局面。〔8〕例如，1871年的《德国刑法典》虽然在立法之际“达到了时代的最高水平”，但是，几年之后就因刑事政策观念的变化而显得过时和守旧，当时刑法学界出现的新旧学派之争引领了《刑法典》的修改。〔9〕同样，意大利在二战后的较长时期一直沿用1903年《刑法典》，采取的是零敲碎打的方法对刑法的个别条文进行修改，结果导致1930年《刑法典》成为“一个相互冲突且内容杂乱的混合体”。〔10〕其他国家和地区的刑事立法乃至其他部门的立法都表现出了基本相同的态势，即围绕法典进行立法修改。美国也曾出现过刑法的法典化运动，但是联邦刑法典编纂最终中止下来，其主要原因不是《模范刑法典》的影响力不足或被采用的内容不能被接受，关键问题而正在于庞杂的内容难以为

〔6〕〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第79页。

〔7〕参见〔英〕齐格蒙·鲍曼：《立法者与阐释者——论现代性、后现代性与知识分子》，洪涛译，上海人民出版社2000年版，第4页。

〔8〕参见〔法〕让·路易·伯格：《法典编纂的主要方法和特征》，郭深译，载《清华法学》第8辑，清华大学出版社2006年版，第17页。

〔9〕参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第59页。

〔10〕前引〔4〕，杜里奥·帕多瓦尼书，第9页。

一部法典所包容。^{〔11〕}

在新的时代背景下，解法典化已然发展成为一种新的面向。虽然在法典化的过程中，一直存在着解法典化的异动，但是，“解法典化”作为一种正式的理论概念，始见于1978年意大利学者那塔里诺·伊尔蒂发表的文章《解法典的时代》。此后，解法典化现象受到理论上的关注，许多学者从不同的角度，特别以各国民法典为考察对象，对解法典的过程进行了分析。^{〔12〕}

例如，法国从1945年起制定了规制未成年犯罪的专门制度，并在1954年将酗酒者的保安处分措施规定在《公共卫生法典》中，另外还制定了很多法律以应对犯罪。^{〔13〕}意大利在1930年《刑法典》之外，也出台了一些专门的刑法规定，如1948年的关于非法武装集团的法律、1967年的关于惩治种族灭绝的法律、1976年的关于水污染的法律、1982年的关于黑社会组织的法律等。除了前述专门规定之外，还有1941年的《军事刑法典》和《战时军事刑法典》，并且在民法典和破产法中规定了有关公司和破产的犯罪。^{〔14〕}在德国，除了1975年《刑法典》之外，存在的特别刑法包括《对外经济法》第34条、《外国人法》第92条的特殊规定；专门性的刑法则更多，内容涵盖广，规制对象从少年人的犯罪行为到军事人员的犯罪行为，规制内容从道路交通犯罪、麻醉品犯罪到各种类型的经济犯罪。晚近以来，“附属刑法法规逐渐变成了一种越来越多的且不容忽视的刑法渊源”。^{〔15〕}而且习惯法在有利于被告的情况下也有一席之地。韩国刑法既包括刑法典，又包括单行刑法，如处罚暴力行为的法律、处罚性犯罪及被害人保护的特别措施法、军事刑法以及附属于商事法、行政法以及税收法中的刑法规范。^{〔16〕}

三、概念思维的没落与解法典化

如前所述，法典化及解法典化都与人类的社会认知传统有关。法典化是概念法学的产物。众所周知，19世纪的法学明显受到了概念思维的支配。概念思维的形成得益于当时自然科学的发展，在现代化过程中，自然科学依靠精准的计算获得了巨大的成功，并对自然现象给出了比以往更为可靠和有效的解释。受此影响，人们希望借助于同自然科学一样精准的法学概念，来阐述社会现象、把握社会法则，并有效排除立法和法律适用时的随意性和错误。^{〔17〕}这种观念无形中提升了法学家的社会地位，甚至将其神化，如概念法学的大师普赫塔就曾认为，只有受过科学教育的法学家才有资格成为“民族的喉舌”。^{〔18〕}

概念思维在当时表现在如下几个层面上：首先，在法学理论上，法学家有能力建构一个科学

〔11〕 参见陆凌：《美国〈模范刑法典〉：超越与挑战》，载《中国刑事法杂志》2016年第4期。

〔12〕 参见前引〔1〕，玛丽亚·路易莎·穆里约文，第74页。

〔13〕 参见前引〔2〕，卡斯东·斯特法尼书，第92页。

〔14〕 参见前引〔4〕，杜里奥·帕多瓦尼书，第10-11页。

〔15〕 前引〔5〕，汉斯·海恩里希·耶塞克、托马斯·魏根特书，第138页。

〔16〕 参见〔韩〕金日秀、徐鹤辅：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第4页。

〔17〕 参见〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第209页。

〔18〕 参见前引〔17〕，伯恩·魏德士书，第208页。

的法学知识体系。他们应致力于在若干具体的生活事实中寻求一个抽象的法学概念，并经由类似法学概念构成一个抽象、科学的法学体系。其次，在立法实务中，人们（尤其是受过严格科学训练的法学家们）完全有能力建构一个完美的法律体系。一方面，法律体系在某种意义上成为法学知识体系在实践层面的一个重要翻版，即认为在发现“正确的法”的过程中，根据唯理论的自然法，“按此方式就能奠定法律秩序之基础，这种法律秩序像人固有的理性一样，具有普遍性，也即，它必定适于一切人和所有时代”。〔19〕另一方面，居于较高地位的法律无疑就是能最大限度包容法律基本原则和规范的法典，后来的法实证主义也深信可以建构出一个封闭的无漏洞的整体。〔20〕最后，在司法裁判中，由于具体的生活事实被认为包含在抽象的概念之中，因此，司法裁判完全可以借助法学体系及其规范对具体问题进行逻辑上的推理。从立法理论上，概念思维成全了法典化运动，法典化运动也迎合了概念思维。

社会认知的发展变化势必会影响我们对法典的评价。解法典化现象并非偶然，它顺应了社会认知方式的发展以及由此所导致的刑法理论范式转向的要求。这种范式转向所导致的解法典化思想体现在如下方面：

首先，理论的有限性观念破除了建构垂范永久之法典的幻觉。正如有的学者所说，“法典编纂将以为法律演进创造一个永久框架和指引作为目的。它的生命力在于其前瞻性，而不是局限于一部短命的或周期性的立法”。〔21〕法典化以唯理主义的思想为依据，但人和人类社会实际上缺乏唯理主义所宣称的绝对理性。人类理性都是具有局限性的，人类的智识也有其明显的局限性，立法者的立法理性也是十分有限的。在复杂多变的社会情势下，任何企图制定一个包罗万象且永恒的法典的计划都将流产，因为任何立法都存在着法律漏洞和滞后性。所谓的法典化不过是一个通过不断总结法典运行中的问题，修补其中的法律漏洞，弥补其明显的滞后性规定的过程。而且，在法典编纂或制定的过程中，为了追求所谓的合逻辑性和系统性，为了克服法律规范之间的冲突和矛盾，填补法律上的空白，立法者往往会自觉不自觉地将个人的经验、价值观念等内容建构性地掺和进立法活动中。或许这些建构性的内容可以使法典在形式上更为完美，但是，他们又或许会脱离现实要求，背离了我们对于理想法典的追求。〔22〕

其次，立法必须适应现代化治理的发展需要。立法会限制权力使用者的积极性和主动性，使之作出不合理但却合法的决策。对法典化的过分追求，从表面上看不利于其他类型法的形式存在和发展，这使一个社会的法在形式上配置不合理，从长远来看，也必然会影响到法典的正常发展，因为好的法典是要以其他法的形式存在为基础的。因此立法应具有开放性，立法的开放性首先要求法典具有包容性，即法典不能独自尊大，应具有对其他法律表现形式的包容性。这样才能顺应社会结构的变化和社会矛盾的演化，适应社会的基本需求。立法的包容性倡导立法进化的过程和与之匹配的方式相适应。以民法的开放性为例，在民法体系中，除了民法典之外还应对其他法律渊源予以开放，这些法律渊源主要有判例、习惯、学理、道德和宗教等。因

〔19〕 前引〔6〕，阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编书，第79页。

〔20〕 参见前引〔6〕，阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编书，第116页。

〔21〕 前引〔8〕，让·路易·伯格文，第17页。

〔22〕 参见严存生：《对法典和法典化的几点哲理思考》，载《北方法学》2008年第1期。

此，强调法典的开放性，必须反对法典中心主义，法典并非法律的唯一的、最可靠的表现形式。^{〔23〕}

再次，也是最根本的原因，解法典化迎合了现代之后的一种思潮。这种被称为后现代主义的思想认为，世界在本质上并非是一个有序的整体，而是由无限种类的秩序所构成。每种秩序对应一套相对自主的社会实践活动。在社会实践活动之前并不存在某种先在的秩序，因而也不可能产生认识的正确性问题，进而，我们不能将所谓的认识正确性作为衡量实践有效性的尺度，相反，只有从实践有效性的角度我们才能衡量某种秩序的社会意义。基于这种新的认识，实践的有效性在很多时候取决于它能否很好地解决特殊性的问题，而为了解决那些特殊的问题，就可能需要放弃永恒的思想、普适性的主张、普遍主义的做法。由此，“地方性”就成为另外一个重要的参照依据，相对性、历史传统和民族性也成为时尚的理论，甚至有学者认为，“知识相对主义乃是世界的永恒特征”。^{〔24〕}

综上所述，解法典化的过程可以说是一个打破统一、促进融合的过程。正如有的学者所言，“法律变化的动力由诸多的因素所代表，其中，与之关系最为密切的是解法典化与法典的重构运动”。^{〔25〕}因此，法典必须不断以解法典化的方式被突破。当然，解法典化并不是放弃法典化，它一方面是为了使法典内部体系和内容更为完善和协调，另一方面也是为了使刑法典与其他特别刑法的体系与内容更为协调，彼此协助。

社会认知方式对于法典化的影响还表现为对法律思维方法的影响。概念思维与传统认识方式的共同点在于假定人的认识是无所不能的，传统认知方式试图通过对外部事物的准确描述，找到事物运行的规律，从而解决问题，这便锻造了概念思维。受概念思维的支配，人们误认为可以对犯罪问题进行体系化的全面认识和规制，因此对法典化提出了更具体的要求。但是，现代之后的诸多学者开始注意到法学概念思维本身对于实践问题的效力问题。拉伦茨敏锐地指出：“对任何案件预先作出的判决，是进行具体的特征分类或类型化。”^{〔26〕}恩吉施则具体分析了类型化思维的原因：首先，法学不可能构成像可精确计算的自然科学那样严格的“公理”式体系；其次，由于法律适用中要面对很多具体、特殊问题，因此，逻辑推理方法很多时候不能为法律问题的解决提供方法保证；再次，法律的一般原则也有待进一步论证。综上，需要一种新类型的思考形式，以解决一般概念及其逻辑体系所不能涵盖的生活现象或具有特殊社会意义的事态所引起的问题。^{〔27〕}概念法学将法视为“纯粹的概念逻辑（Begriffslogik）的产物”，无视法的历史性和现实地位，导致法学发展和法律实践之间的鸿沟越来越大，其结果是，“概念法学用严格而完美的学术将法与社会、法与现实彻底割裂开来”。^{〔28〕}基于这些认识，一种替代概念思维的新方式便提上了日程。

〔23〕 参见石佳友：《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》，载《中国人民大学学报》2015年第6期。

〔24〕 前引〔7〕，齐格蒙·鲍曼书，第5页。

〔25〕 前引〔1〕，玛丽亚·路易莎·穆里约文，第66页。

〔26〕 前引〔6〕，阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编书，第208页。

〔27〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第43页。

〔28〕 前引〔17〕，伯恩·魏德士书，第209-210页。

四、类型化思维的必然与解法典化

首先，在知识根据上，类型化思维与解法典化契合了后现代主义的基本思潮。后现代主义的兴起，既代表了社会合法化的危机，又代表了方法论的、认识论的、甚至是标准化权威的危机。^{〔29〕} 后现代主义思潮便是建立这样一个新的经验之上，并认为主体的认识能力是有限的。这种认识有限性的观点与以绝对理性为假设的认识论不同，过去以绝对理性为假设的认识论在实践中不仅没有获得充分证明，而且更多的证据似乎表明人并不具有完全的理性。过去人们以为人类的认识能力足以发现世界的本源，但结果却发现我们只能无限接近世界的本源；人们一度认为世界上存在一种普世价值，但结果却发现该普世价值假定真的存在的话，也具有多种多样的内涵。哈耶克由此提出，人类理性并非全知全能，而是有其限制的。^{〔30〕} 如果认为人无理性能力，则显然就是妄自菲薄，所以，今时今日，人们更愿意相信并接受理性有限性的观念。理性之所以有限，在哈耶克看来是人的心智不同造成的。他认为，心智是一个创造感知对象的差异的过程，是人们用于解释世界的工具。心智把世界有组织地呈现给人们，使人感知到它，人们对物质世界的现象性理解之所以是有序的，是因为心智对感觉进行的排序而形成的感觉秩序。因此，心智就成为人们对感觉进行分类的工具。^{〔31〕} 就认识而言，心智方面的差异导致每个人对外部世界的感知存在差别，个体认识的差异化在客观上必将促使我们以一种新的态度和方法处理生活中的问题，其带来的结果就是，“现代社会不可逆转地走向了多元主义和多样性，而且，我们认为，也具有了易变性和跨界性的特征。我们既不能再从科学理性的规范和实践的角度来理解现代社会……”^{〔32〕} 除了心智缺陷之外，人的情感与欲望等因素也都成为理性的认识的障碍。

其次，类型化思维积极回应了不确定性问题带来的挑战。类型化思维的兴起，与其说是因为有限的理性观念削弱了我们对待客观世界的认识自信，毋宁说是由于外部事实的复杂样态引起了我们的警觉。以前我们以为可以建构各种概念指称这些事实，但是问题却并非如我们想象的那么简单，相对于概念所指称的特定事实，很多事实都具有某种程度的异化与偏离，因此在概念与事实之间难以形成有效的涵摄。至少在刑法研究中，我们必须意识到，概念思维着力把握的是生活世界中的确定性部分，其前提并不可取。我们越来越重视“灰色地带”的问题，而不仅仅关注“黑白”问题。这是由生活事实的不确定使然的，对如何对待生活世界中的不确定性问题的思考推动了类型化思维的产生和发展。这种新的思维承认生活世界以及科学应用情境普遍遭遇的不确定性事实，并将之构建为今天的科学认识的重要对象，而且对于不确定事实的处理也成为推动科学进步的重要外因，以至于到今天，“人类认识的不确定性仍是哲学所面临的重要难题之一”。^{〔33〕}

〔29〕 参见〔瑞士〕诺沃特尼、〔英〕斯科特、〔英〕吉本斯：《反思科学：不确定性时代的知识与公众》，冷民等译，上海交通大学出版社2011年版，第11页。

〔30〕 参见宋清华：《哈耶克有限理性论的认识论基础》，载《电子科技大学学报》（社科版）2005年第3期。

〔31〕 参见前引〔30〕，宋清华文。

〔32〕 前引〔29〕，诺沃特尼、斯科特、吉本斯书，第23页。

〔33〕 王剑锋、徐飞：《试论科学认识的不确定性与可接受风险》，载《自然辩证法通讯》2016年第2期。

基于这种认识上的改变，人类社会的行为也相应有了革命性变化，过去，人们相信外部自然规律对于生活法则的决定性作用，所以往往容易忽视人类的主观能力，也容易形成法律生活的宿命论，或许法典化就是法律宿命论的表现。重视人类的主观能动性，或令我们形成一个更清晰明朗的社会行为的逻辑根据，那即是，社会行为“可能很大程度上还将取决于人类自身及其对自身行为的认知与选择”。^{〔34〕}带着这种看法，当我们再次回顾有限的理性论时，我们才能清醒地意识到，我们所拥有的理性并不能充分保证我们有足够的能力去进行立法的理性设计或者建构完善的法秩序，相反，我们很多时候需要顺应法律秩序的发展，正因如此，我们必须尊重传统、习惯、习俗、风气等。^{〔35〕}

基于上述不确定认知，我们得知我们对生活世界并不具有完全的观察能力和描述能力，甚至我们关于外部事物的认识都存在这样或者那样的偏见和谬误。虽然这样说会降低我们对法安定性的依赖，但这并不会消除法律的存在意义和现实价值，因为这种看法其实正视了法律实践的问题以及问题产生的原因，最终反而会敦促我们以新的态度关注和提升法律的现实实用性。

正因如此，越来越多的学者开始重视用类型化思维来弥补概念思维的不足。在我国也有学者提倡用类型化思维解决立法规范中的一些问题，有学者注意到，我国目前的司法实践面临着所依赖的法学理论过度抽象的问题，这些理论脱离了实践，无法对现实问题予以有效解决，因此主张应始终贯穿类型与抽象化这两种互补思维类型。他们主张，现有的法学思维亟须适度地向类型化思维过渡，才能更好地作用于司法实践。^{〔36〕}这种认识在某种程度上真实反映了我国法律现代化实践所面临的普遍性困境，但是这种主张明显有缺陷，因为司法与立法之间存在着互动关系，立法指导和制约司法，立法帮助和完善立法，如果仅仅将法律实践的问题聚焦于司法层面，就不可能获得对全部问题的深度认识。在此意义上，我们还需要关注类型化思维对于立法的影响。

法学界对于类型化思维在立法领域的意义给予了必要回应。如有学者提出，刑法立法应该将生活中的具体事实类型化为刑法上的构成要件，或者认为类型就是在抽象的法律理念与繁复的生活事实之间的一个连接点。^{〔37〕}这种观点有助于我们进一步思考类型化思维和立法形式间的关系。遗憾的是，关于类型化思维和立法形式之间的关系，却很少为当下的理论所触及。仅有个别学者指出，“法典化是概念思维在刑法立法中发展的极致，因为法典最具有统一性和全面性，人们坚持法典化的逻辑在于，法典化可以提供最全面、基本的法律规范”。^{〔38〕}这种看法有助于我们建立起类型化思维与立法形式之间的主观联想，但是，这种主观联想还无法从二者之间的客观联系上得到证明。类型化思维与立法形式的选择之间的客观联系建立在如下根基之上：

第一，法律的现实实用性。法律不仅是一种理想，而且是一种实践。法律理想的实现取决于

〔34〕 前引〔33〕，王剑锋、徐飞文。

〔35〕 参见前引〔30〕，宋清华文。

〔36〕 参见张斌峰、陈西茜：《试论类型化思维及其法律适用价值》，载《政法论丛》2017年第3期。

〔37〕 参见齐文远、苏彩霞：《刑法中的类型思维之提倡》，载《法律科学》2010年第1期。

〔38〕 资琳：《概念思维与类型思维：刑法立法形式的抉择》，载《暨南学报》2017年第1期。

两个重要条件：一是法律理想本身是否具有现实性，二是法律实现的途径是否具有现实可行性。申言之，法律理想的实现在很大程度上取决于法律实践能否对法律生活中的非典型问题进行有效处理。在最终的考评机制上，法律裁判结论必须具有相当的现实合理性。这种现实性在很大程度上源于司法实践对行为事实的情境性分析和评价。就刑法实践而言，由于刑法典要力求规制范围全面和规制内容的抽象，所以采取的是这种去情景化的立法态度，但却带来了“法律语言的模糊性不可避免”的问题。^{〔39〕}如果刑事司法对此予以必要补充的话，情景化问题能得到解决；反之，如果司法采取教条的法治原则，那么情景化问题就被抽象的法律规定所遮蔽，犯罪中的非典型性特征就无法被关照，其结论自然也就不合理。在司法能动性普遍稀缺的司法环境下，必须通过规制非典型事实来解决情景化问题。我国刑法规定的具象化与司法解释的立法化可谓集中体现了这种现实要求。^{〔40〕}但问题是，刑法规定的具象化不能全面解决问题，所以有必要重构其他刑法立法形式来补充法典的不足。

第二，刑法立法是应对犯罪之经验不断累积的历程。在刑法立法时建立各种犯罪类型的一个重要途径，便是以反制犯罪的经验类型为原型，将其做适当规范化处理后，纳入刑法秩序之中。^{〔41〕}在一般情况下，社会习惯、公序良俗等都是非正式的社会调控规范，虽然为今天的刑法法源所排斥，但是它们是“源自于人民的法确信”，在社会调控中具有不可替代的作用，我们不仅要在司法实践中援引它们，^{〔42〕}而且也有必要使之上升为正式的法规范，为了达到将它们法律化的目的，我们必须将其转变为习惯法和法律中的伦理。

第三，刑法立法内容及立法形式的选择，应根据社会现实的需要，并考虑立法经验上的不足，从而保持其应对社会复杂问题的必要弹性。“实践活动有一个内在而不能排除的显著特征，那就是与它俱在的不确定性。”^{〔43〕}由社会不确定性问题所导致的社会复杂现象，足以促使我们反省法律实践中的简单化和单一化的法律方法。但遗憾的是，当前我们所遭遇的最本源性的法律问题恰恰来自法律人自身。法律人经过特殊的训练，往往自认为与其他人具有不同的气质，其中最大的气质就是他们误认为自己具备了高度的理性，拥有一种“自以为是的确定性”，可以将理智与感情加以明晰的区分，所以，他们会自觉或者不自觉地强化法律人的精英意识，强化法律人（精英）与普通民众（草根）之间的区别，结果导致他们高高在上的理性与芸芸众生的凡尘感性之间出现了明显的隔阂。^{〔44〕}上述法律人的自信不过是一种自我确立的理想。我国的刑法立法恰恰反映出了这样一个问题，即正逐步从一个深渊滑向另一个深渊——从对模糊笼统的矫枉过正，走向极致精细的误区。^{〔45〕}理想不得游离于现实之外，理想不过是现实中所包含的某种可能性。

第四，司法具有续造法律的功能。判例的指导性与指导性案例既可以在一定程度上弥补立法

〔39〕 参见〔美〕德沃金：《原则问题》，张国清译，江苏人民出版社2004年版，第193页。

〔40〕 参见齐文远、周详：《刑法司法解释立法化问题研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第160页。

〔41〕 参见李可：《类型思维及其法学方法论意义——以传统抽象思维作为参照》，载《金陵法律评论》2003年秋季卷。

〔42〕 参见前引〔5〕，汉斯·海恩里希·耶塞克、托马斯·魏根特书，第139-140页。

〔43〕 〔美〕约翰·杜威：《确定性的寻求——关于知行关系的研究》，傅统先译，上海人民出版社2005年版，第4页。

〔44〕 参见前引〔43〕，约翰·杜威书，序言2，第3页。

〔45〕 参见陈伟、蔡荣：《刑法立法的类型化表述及其提倡》，载《法制与社会发展》2018年第2期。

活动中存在的缺陷，同时还可以促进立法活动进一步完善。司法效果或称为司法实现的效果，其基本内涵就是在司法活动的过程和裁判结果中所产生的法律效果、道德效果、经济效果、政治效果和社会效果对整个社会所发生的能动性的影响、作用和客观效应。^{〔46〕}

五、中国刑法再法典化的展开

我国刑法立法具有法典化的传统，自秦开始就形成了以律为核心的法律体系，古代的律基本上等同于现代的法典。但是，中国古代的律主要是建立在满足集权统治的需要之上的，其合理性始终没有得到有效证明。这导致在数千年的统治中，由于政治统治的结构没有发生根本性的变化，法律的形式及其内容的变化也不甚明显，唯一显著的变化就是伴随着朝代更迭，律的名称发生了相应变化。近现代以来，随着西学东渐，我国法典化的政治基础与理论根据发生了重要变化，西方近现代的科学知识无声无息地嵌入到法典化运动之中。1949年后，我国刑法法典化的政治基础与理论根据发生了很大变化。一是政治上它要适应人民民主专政政权和社会主义建设任务的需要。二是在理论上它要适应哲学与社会科学知识的发展趋势。中国改革开放的伟大成就表明，“文明在开放中发展，民族在融合中共存”。^{〔47〕}在政治上，我们看到我国政治制度日趋完善，社会主义建设事业取得了巨大成就，中国在国际上的地位有了很大提升；在哲学与社会科学知识的根据上，不仅马克思主义哲学对刑法法典化有很大的影响，而且一些欧美国家的刑法立法理论与实践对我国刑法法典化的形式与内容也有很大的影响。无论是马克思主义哲学还是欧美刑法理论与实践都是人类追求幸福的结果，它们都是现代化的产物，同时也在不断适应现代化的发展。据此，刑法法典化也应适应现代化的发展，不断调整立法范式，创新立法理论，完善立法方式，发展立法内容。

解法典化并不意味着去法典化，而是为了更好实现法典的重构。在如何实现法典的重构问题上，学者提出了不同的路径设计：第一条路径是机械再法典化，主张将实质上或形式上已独立成为规范对象的所有主题或制度都重新纳入法典之中。第二条路径是有机再法典化，即在法典之外保留特别的和例外的立法，并借助法典的一般性指导，使特别立法的规范发挥有机整合和体系化的作用。^{〔48〕}第三条路径是合并法典化。主张在法典之外，保留习惯法、判例法和学理法等其他法律形式，进而对社会习惯、法院判例进行搜集和整理，从中发现具有普遍性且能上升为法律规则的东西，在此基础上制定具有地区特色的法典。^{〔49〕}第一条路径继续遵循法典化的理念，可能导致不问条件和情由进行法典化，其效果自然难以合理期待。第二条路径与第三条路径之间并不存在明显的差别，第二条路径面向法典化，但是更重视法典与特别法的关系的处理，注意发挥特别法的作用。但问题是，法典与特别法之间是否仅仅只是简单的指导与被指导关系。另外，法典与特别法有无相互转换的可能？如果说法典并不能完全指导特别法，而且法典与特别法之间不存

〔46〕 参见张文显、李光宇：《司法：法律效果与社会效果的衡平分析》，载《社会科学战线》2011年第7期。

〔47〕 《习近平谈治国理政》第二卷，外文出版社2017年版，第507页。

〔48〕 参见徐涤宇：《解法典后的再法典化：阿根廷民商法典启示录》，载《比较法研究》2018年第1期。

〔49〕 参见前引〔22〕，严存生文。

在转化的可能性的话，那么第二条道路就存在明显局限性。而第三条道路较第二条道路更为谨慎，能克服人的随意性，且重视特殊问题和立法经验的总结，因而较为恰当地展现了当代再法典化的基本趋势。依据第三条路径的构想，刑法典与其他刑法表现形式不仅有各自的独立属性，相互之间也存在着促动性。只有这样理解，刑法的再法典化才有现实意义。在中国，再法典化的现实路径应该从如下方面展开：

首先，要承认多样化立法形式。法典化虽然能促进法的“一体化”，因而在某种程度改变其多元状态，但并不能从根本上改变法的多元性。^{〔50〕} 法律的多元取决于人类社会秩序的多层次性，刑法也不例外。刑法立法上的形式多样化，是在犯罪分类的多元化的基础上，采用刑法典和其他立法形式分工协调的方式，对犯罪和刑罚加以规范。因此，犯罪分层和分散立法是多元立法的核心内容。^{〔51〕} 从历史上看，刑法就有许多形式，其中最主要的是成文法（包括刑法典）。这些刑法立法形式存在于所有社会，并具有其存在的现实价值和合理性。刑法典与特别刑法之间的关系也不是某个立法形式取代另外的立法形式从而“一枝独秀”，由于各种立法形式的合理性与价值恰恰是建立在其他立法形式具有这样或者那样的缺陷的基础之上，因此，各种刑法立法形式之间必须互相依赖、相辅相成。就我国刑法立法而言，它要通过科学立法成为“良法”还有漫漫历程。但是，刑法立法不能脱离本国社会的特殊现实结构和基本的社会价值共识，或者说它必须建立在对本国已有法律和国情的深入研究之上，包括对社会习惯、法院判例的大量搜集和整理，从中发现普遍性的能上升为法律规则的东西。只有这样，制定出来的法典，才会有本国特色，也才能被本国老百姓所接受。否则只能在简单仿效的基础上提出“中国版的外国法典”。^{〔52〕} 基于多样化视角，要解决立法形式中非核心化与核心化之间的转换问题。有人认为刑法典应规制核心问题。^{〔53〕} 这种看法应该说很有代表性，它表明了刑法立法应如何处理刑法典内容。一般而言，刑法典应保护社会中最重要、最有意义的法益。对于这些法益，如果采用特别刑法来保护将导致一个问题，即许多本该由刑法典保护的重要法益，但实际受到特别刑法的保护，结果可能造成刑法典的空心化和边缘化问题。^{〔54〕} 另外，在犯罪化与非犯罪化的立法实践中，刑法的内容也会呈现核心化与非核心化的转变，即核心内容与非核心内容并非绝对固定，传统的核心问题可能逐渐发展成为非核心问题，而以往的非核心问题也可能逐步发展为核心问题。如性风俗犯罪，在过去一度是传统刑法的核心内容，但在今天，随着性伦理观念的变化，这类犯罪在未来的去犯罪化趋势中可能将以非核心化的态势显现和发展。相反，类似环境犯罪问题，在过去不属于刑法的核心问题，但是现在也可能成为核心问题而进入刑法典的规制范围中。应该看到，自进入第三次工业革命时期以来，西方环境刑法立法出现了以附属刑法为特征的“一元化”和以附属刑法、核心刑法、特别刑法为特征的“多元化”并行格局。有学者认为，“多元化”看似是一个形式化的立法选择问题，实质上却是一个值得重点

〔50〕 参见前引〔22〕，严存生文。

〔51〕 参见周光权：《转型时期刑法立法的思路与方法》，载《中国社会科学》2016年第3期。

〔52〕 前引〔22〕，严存生文。

〔53〕 参见前引〔5〕，汉斯·海恩里希·耶塞克、托马斯·魏根特书，第135页。

〔54〕 参见前引〔51〕，周光权文。

关注的环境犯罪立法根据转型问题。^{〔55〕}

其次，要从宏观上注重刑法体系实现中的特殊性规范及其层次性要求。在刑事法律实践中，必须始终关注普遍性问题和特殊性并存的问题。“类型是介于抽象与具体之间的中介物。”^{〔56〕}对特殊性应积极运用类型化思维，其有益之处在于类型化保持传统思维的基本要求，坚持从行为事实的基本属性出发，同时又适应现实情况，有针对性地回应那些与基本特征有所偏差，或者属于不太典型的特征，对所谓“或强或弱，或明或暗”的特征积极进行论证和处理。^{〔57〕}如此一来，我们既能以事物的基本属性所显示的特征为标准对犯罪事实的类属进行划分，同时又能避免过于苛刻以至于教条的法律实践，承认并保留行为事实本身的具体特性，最终使我们规制的法律事实更接近于生活事实，同时又与具体的、个别的生活事实保持距离，使法律具有相对的确定性。在刑法体系的层次性方面，要做到维系刑法的自信地位，创新和完善其他刑法立法方式。

第一，要明确刑法体系中的中心形式。对此应当维护刑法典的中心地位。维系刑法典的中心地位符合由特殊的历史文化所造就的现实要求。在大陆法系国家，自古至今就养成了“法典化”的法律文化，如古代的《汉谟拉比法典》、《十二铜表法》、中国古代的律，等等。另外，应该承认理性观虽然受到某种程度的纠正，但是人类拥有某些把握事物客观规律的理性能力也是不容否定的。因此法典化也有其知识上的根据，而且这个根据也是难以被否定的。当然，如果坚持法典化立法，容易造成一种刑法过度化的错觉。有学者指出，刑法在参与社会治理过程中，没有遵守与其他法律、社会规范的界限，出现超出其合理功能的情况。^{〔58〕}在笔者看来，如果着眼于刑法典进行分析与评价的话，刑法的确有过度干预社会生活之嫌；但是，假如我们将有关内容规定在附属刑法之中，或者通过单行刑法予以规制，就会看到有些规定因其主体的特殊性或者事态的重要性，确实必须通过刑法方式予以规制。所以，当前刑法规制范围过宽问题与其说是刑法过度化，不如说是刑法典过度化。

第二，要发挥单行刑法和附属刑法的独特作用。因为“朝令夕改式的法律难以得到人们内心真正的遵守和认同”，^{〔59〕}因此，刑法典的中心地位在很大程度上取决于刑法典的全面性和稳定性。故此，要完善和创新其他立法形式。其中，单行刑法和附属刑法作为人类刑法立法实践的经验总结，肯定有其不容否定的合理性。附属刑法就具有如下优点：其一，便于用附属法的规制目的对附属刑法条文予以合理适用。例如，我国学者对于票据伪造的解释，在某种意义上已经明显偏离了《票据法》的规制目的。依据《票据法》的规定，所谓票据的伪造表现为签名的伪造，而非表现为形式上的伪造。^{〔60〕}可是在刑法学界，有代表性的观点认为票据伪造是制作不真实的金融票据，即仿照各种金融票据的式样、颜色、特征、质地等，用印刷、描绘、影印等方式制造出外

〔55〕 参见钱小平：《环境刑法立法的西方经验与中国借鉴》，载《政治与法律》2014年第3期。

〔56〕 前引〔41〕，李可文。

〔57〕 参见前引〔41〕，李可文。

〔58〕 参见何荣功：《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，载《中外法学》2015年第2期。

〔59〕 杨柳：《释法抑或造法：由刑法历次修正引发的思考》，载《中国法学》2015年第5期。

〔60〕 参见康玉坤主编：《票据法实务》，对外经济贸易大学出版社2004年版，第154页。

观上足以让一般人误认为真实的金融票证。^{〔61〕} 这种理解上的差异可以做多种解释,但是,至少它无法让刑法落实保障票据法律规范的任务。其二,便于用附属法的规制范围对附属刑法条文予以合理适用。如关于劳动刑法调整范围的明确化、合理化问题,就需要结合劳动法益这一现代主义的“知识性命题”进行分析,以劳动法益为纽带,可以划分劳动刑法的调整范围,并论证这种范围的合理性。其三,便于用附属法的法律责任落实附属刑法的责任,实现刑罚处罚与行政处罚的衔接。各种犯罪的刑罚配置问题在理论上都存在刑事处罚与行政处罚的衔接问题,对这些犯罪的刑罚配置直接关系到前置法的时效性。这要求某个行为的违法构成与犯罪构成、行政处罚与刑事处罚之间应有机衔接,这需要援用前置法的理论为刑法的实现提供支撑。^{〔62〕} 特别是随着技术的发展,单纯依靠刑法典,容易造成因刑法立法不及时而导致犯罪预防中的“破窗现象”。此外,有些问题也不便由刑法典予以规制,如军事刑法,其对象和处罚均有异于通常情形,因此,世界上多数国家都专门规定了军事刑法。再如,对尖端医疗技术的不当使用将侵害人的尊严、生命和健康,行为很可能侵犯刑法典没有涵盖的新型法益,故不宜再采用刑法典的立法模式,对这类问题应当通过特别刑法加以规制。^{〔63〕}

第三,要继续创新和完善司法解释和指导性案例制度。在司法实践中,“释法并不排斥造法”,^{〔64〕}这揭示了立法和司法之间存在着某种默契。据此,当法官释法不能弥补疏漏且必须规制既有行为以保护某种法益时,他就应当发挥司法能动性进行必要的规范创设。不但法官个人具有造法功能,而且司法解释和案例指导制度已经表现出较为明显的准立法属性。如就指导性案例而言,有学者承认,“造法型的指导性案例在我国不具备正式法律渊源的效力,但应具有准法源的地位,各级法院应当予以遵循”。^{〔65〕}这种观点基本上也符合大陆法系法律发展的现状,当前在大陆法系国家,判例制度在司法实践中日益明确地显现出对成文法律的补充作用,并且被广泛视为解法典化的一种方式。就中国法律体系而言,除了指导性案例之外,还应当关注具有中国特色的司法解释制度。我国的司法解释制度,在实践中具有很重要的指导作用,以至于成为司法人员高度依赖的一种法律文本。有学者提出:“97 刑法典颁行后,单行刑法只有一个,而司法解释、刑法修正案则大量出台,但仍无法满足日益增长的司法实践需求。”^{〔66〕}在此观念中,司法解释与刑法修正案相提并论,说明其实际作用并非只是释法。司法解释和指导性案例不仅在实践中发挥着造法的效果,而且这种效果也在逐步制度化。党的十八届四中全会指出:“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准。”根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(2010 年)、《最高人民法院关于案例指导工作的规定实施细则》(2015 年)和《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(2015 年修订)的相关规定,指导性案例并非英美法系中的判例,对“类似案件”只有“参照”作用,“案例指导制度无疑在一定程度上稀释了 97 刑法典的独立地位与适法指导的

〔61〕 参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社 2016 年版,第 135 页。

〔62〕 参见姜涛:《劳动刑法:西方经验与中国建构》,载《环球法律评论》2009 年第 2 期。

〔63〕 参见杨丹:《尖端医疗犯罪立法模式的比较和选择》,载《社会科学》2016 年第 3 期。

〔64〕 前引〔59〕,杨柳文。

〔65〕 资琳:《指导性案例同质化处理的困境及突破》,载《法学》2017 年第 1 期。

〔66〕 高铭喧、孙道萃:《97 刑法典颁行 20 年的基本回顾与完善展望》,载《华南师范大学学报》(社会科学版)2018 年第 1 期。

法定效力，但它却为刑法典的进一步完善提供了丰富的素材，有助于加强今后立法的有效性与针对性”。〔67〕

Abstract: As a legal phenomenon that emerged in a special historical period, codification has its special historical background and realistic mission. Codification is a social event with a remarkable era symbol in Europe in the 19th century. Its greatest practical ambition is to provide a permanent unified framework for the development of law. In the new era, decodification has developed into a new orientation. The reason for decodification is multi-faceted. The process of decodification can be said to be a process of breaking the unity and promoting integration. From the perspective of thinking mode, typological thinking helps us to understand the diversity of criminal law legislation because it shows greater rationality and a high degree of fitting with social development. Decodification does not mean to get rid of codification, but to better realize the re-construction of the code or the re-codification of the criminal law.

Key Words: criminal code, codification, typological thinking, re-codification

(责任编辑：郑玉双 赵建蕊)

〔67〕 前引〔66〕，高铭喧、孙道萃文。