

阅读刑法典

——罪状建构的若干比较

刘树德 著



人民法院出版社

阅读刑法典

——罪状建构的若干比较

刘树德 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

阅读刑法典：罪状建构的若干比较/刘树德著. — 北京：人民法院出版社，2004.1

ISBN 7-80161-676-6

I. 阅… II. 刘… III. 刑法-法的制定-研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 115903 号

阅读刑法典——罪状建构的若干比较

刘树德 著

责任编辑 郭继良 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里 (亚运村) 安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010) 65290571 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市大丰彩印厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 366 千字

印 张 13.75

印 次 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-676-6/D·676

定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

**谨献给中国未来
的忠于理性的
立法者们！**

为理性刑法典而阅读

——法律共同话语机制（代序言）

一、法典：以判例结构为视角的认识

作为一种实然存在的法律现象，法典的出现，离不开诸多原因的促发和条件的准备。从法形式的进化史和嬗变历程来看，法典是成文法发展到一定阶段的产物。正如梁启超在《中国成文法编制之沿革得失》所论述的，法典的编纂或出现，是以成文法的发展为前提和基础的。法典，需要对既有成文法予以整合始得产生，没有一个个成文法的积累或积淀，法典编纂便成为无源之水。中国历史上第一部法典亦即李悝的《法经》，便是基于对此前各个诸侯国的成文法的总结整合而成的。没有齐国的《宪法》、楚文王的《仆区法》（公元前 689 年）、楚之荆庄王的《茅门法》、晋文公颁布的《被庐法》（公元前 631 年）、晋国士会编纂的《晋国之法》（公元前 593 年）、晋国范宣子所著《刑书》和赵鞅将其铸为《刑鼎》、郑国子产所铸的《刑书》（公元前 536 年）、郑国邓析所造的《竹刑》，便没有在它们的基础上产生的法典亦即《法经》。^① 同时，法典的出现同样也离不开特定条件的成熟。许多著名学者都作出过论述，例如，庞德在《法律史解释》所言：“有两类国家已采用法典形式。一类是拥有发达的法律体系的国

^① 参见周旺生：《法典在制度文明中的位置》。

2 阅读刑法典——罪状建构的若干比较

家。这类国家中的法律传统成分竭尽了法律发展的可能性，因而需要一个新的基础，以促进新的法律发展。另一类是面临法律整体发展而立即需要一个基础的国家。我们可以看到，这些国家中存在着导致法典编纂的四个条件：（1）现存法律材料的法律发展的可能性暂时不存在；或者因该国家过去没有法律而缺少现成的法律材料；（2）现存法律通常不便运用，通篇古语，而又无确定性；（3）法律的发展重点已移向立法，而且一个高效率的立法机构已发展起来；（4）在政治社会的各个地区发展了或接受了各自不同的地方法律后，通常需要一个统一的法律”。^① 勒内·达维认为：“编纂法典有很多原因，但是最主要的还是人们怀有使法律明确和使全国的法律保持统一的愿望，这些国家曾依政治的标准结为一体”；^② “只要英国保持其传统的法律概念，坚持他们的遵循先例原则，株守他们的区别技术，而不采用大陆法国家关于一般性法律规则的观念，也不借助大陆法国家所使用的解释技术，他们就不会有法国意义上的法典。”^③ Manfred Wolf 认为：“法典编纂是法律文化和法学的最高贡献。其贡献在于它将诸如民法一样广阔的法律领域中对于每个人都很重要的法律关系系统地分类和总结”；“正如萨维尼所断言的那样，并不是随时都可以呼唤这种法律文化的最高贡献。法典化需要高度发达的法学研究，它能够综观社会、经济和技术的状况以及时代的发展并且随着法律原则的应变能力及自身发展而将这些内容在不断增加的法律原则中进行调整。同时，政府对于法典编纂的愿望和行动也是非常重要的”；“法典编纂的动因是多方面的，而这些动因对于法典编纂的推动作用也各不相同。1. 制定法典的政治愿望过去和现在都常常与民族国家的产生紧密相连。法典编纂有利于民族的统一，从而强调一个民族的现实存在，在国家合并的情况下消除以前存在的法律分歧。2. 法典编纂的动机也可能是社会和政治的变化，

^① 参见 [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，华夏出版社 1989 年版，第 13 页。

^{②③} 参见 [法] 勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，清华大学出版社 2002 年版，第 25 页、第 29 页。

这种变化基于已经改变的价值观和秩序观要求重塑公民之间的私法关系。3. 法典编纂的动因也可能是某个经济区域对于统一法律规定的需要。4. 法典编纂的另一个理由是对法律领域进行科学的完善、整理和系统化。”^①

尽管在世界法律史上,围绕是否法典编纂就进行过几次较大的论争,如是否实现英国普通法法典化的论战、蒂保·萨维尼关于是否编纂全德统一民法典的论战、菲尔德·卡特关于是否实现美国普通法法典化的论战、近代日本革新派和保守派的法典编纂之争。^②同时,也不乏著名学者反对法典编纂的精彩言论,例如,“世界上最著名的一个法律学制度从一部‘法典’(code)开始,也随着它而结束”。^③但是,按照黑格尔“存在的就是合理的,合理的即存在的”著名论断,法典作为成文法系列“否定之否定的”最高形式出现,其中原因在于法典相比于其他形式的法,如习惯法、判例法等而言,具有系列的优点,此乃不争的事实。正如戴维·M·沃克所言:“作为法律渊源,制定法(法典无疑是制定法的最高形式——笔者注)比判例法和习惯法或其他形式的法更可取,通过制定法,可以制定明确的,容易理解的,普遍适用的法律,这正好同难以接受的包含在各种判例中和判决依据中的法律陈述形成对照……无疑制定法在取消或废除现行的相互抵触的规则,在设立法律规范一直很少或没有法律的领域的权力方面,以及在所预见的情况未发生之前做出法律规定的权力方面,优于其他法律渊源。”^④Manfred Wolf认为:“法典编纂使人们认识到指导性的基本原则并使之有效。法典化促使法律规范更加清晰并使指导性法律原则的适用更加简便统一。同时,法典化也促进了法律对公民的平等适用。法典的清晰表述与平等适用使

①参见 Manfred Wolf:《民法的法典化》,载《现代法学》2002年第3期。

②参见封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,第148页以下。

③参见[英]梅因:《古代法》,商务印书馆1984年版,第1页。

④参见[英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第548页。

公民更加容易认识和接受法律规范。”^①可以说,法典超越其他法形式之后,就是“我们了解人类法律制度文明以致整个制度文明最集中最权威的典籍,是我们能够得以近距离或直接而真切地观察某种法以及某种法律制度文明的主要钥匙。法典是固化和记录一定的统治秩序、社会秩序和社会改革成果的更有效形式,是统治者或国家政权为治之要具和要途”。^②所有这些优点又反过来促进法典的进一步发展与完善。

尽管如此,法典并非“惟我独尊”,而是与判例法“并驾齐驱”。正是此种“双重存在”的法律现实,使得许多学者从历史传统、利弊长短、未来发展趋势等方面对成文(法典)法和判例法的关系进行深入的研究。例如,勒内·达维认为两者均不能替代他者:“在所有国家中都存在着(并且永远会存在)司法的两种需求的矛盾:一方面,法律必须是确定的和可以预知的,另一方面它又必须是灵活的并能够适合具体环境。无论是大陆法还是普通法,其法律规范的概念都不能解决这种矛盾,并且,无论如何表述,也都不能发现两个概念中的哪一个更有利于法律的可预见性或更有利于法律的灵活性。”^③Manfred Wolf认为:“对于法典的适应和续造的目标,法官法和制定法适合于不同的重点。法律能够以更高的效率和广泛的影响力使具有普遍意义的政治和社会发展的新方向产生效力。它们一般来说具有严格的约束力并因此更好地适应社会中的调控功能。相反,法官法更多地适合具体案件,但是它在既有的法律制度内既有更大的适应能力并且更加符合事实。因此,法官法是持续性和符合体系的法律续造的保障。因此,法律续造的这两种方式都具有合法性。”^④在此值得特别提及的是B·Leoni与哈耶克之间有关这方面的论争。哈耶克

^①参见Manfred Wolf:《民法的法典化》,载《现代法学》2002年第3期。

^②参见封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》,清华大学出版社2002年版,(序言)第8页。

^③参见[法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,清华大学出版社2002年版,第33页。

^④参见Manfred Wolf:《民法的法典化》,载《现代法学》2002年第3期。

在 1955 年出版的《法治的政治理想》和 1960 年出版的《自由秩序原理》两部著作中开始建构的法治理论中表现出对成文法（法典）的“青睐”。首先在论及“法治之法”的第二个特性即公知性和确定性时解释说，法律的确定性乃是指法律对于个人来讲是明确的和可适用的；它明确要求建构一套能够解释这些法律的判决成为“可预见的”司法程序和规则框架，进而供人们在行动的过程中予以遵循。尽管法律完全确定性也只是一个人们须努力趋近但却永远不可能彻底达致的理想，但是，“就西方的繁荣而言，可能没有任何一个因素比西方普行的法律的相对稳定性所作出的贡献更大”。^①接着指出，“整个这样的运动（法律法典化——笔者注）乃是欧洲大陆努力确立法治中最为重要的部分之一；它在过去不仅决定了这种法治独有的特性，而且还决定了这种法治所达致的超出普通法国家中那种法治类型的进步（至少是理论上的进步）。当然，即使拥有构划最完美的法典，也不可能完全取代植根很深的传统，而且前者有可能提供的好处也可能不会超过后者所可能提供的好处。但是，这不应该当致使我们对这样一个事实视而不见，即判例法制度与法治理想之间存在着某种内在冲突。由于在判例法制度中，法官持续不断地创制着法律，所以法官只适用先已存在的法律这项原则在判例法制度中，与在法律法典化的制度中相比较，无法得到很好的实施。此外，尽管普通法所具有的得到高度赞美的弹性也许会有助于法治的兴起，只要普遍意见趋向于这个方向，但是我窃以为，普通法也表明，当惟一能够继续自由的警戒松动的时候，它较无力抵制这种警戒的继续衰败”（1955 年《法治的政治理想》）；“即使拥有制定得最为完备的法典，亦不可能确保获得法治所要求的那种确定性；因此，它也绝不可能替代植根极深的传统。然而，此点不应当掩盖下述这样一个事实，即在法治的理想与判例法制度（a system of case law）之间似乎存在着一种至少是表面上的冲突。当然，在一业

^①参见邓正来：《哈耶克法律哲学的研究》，法律出版社 2002 年版，第 179 页。

已确立的判例法制度中，法官实际造法的范围，可能并没有其在一法典法制度（a system of codified law）下的造法范围大。但是，明确承认司法和立法为法律的渊源（尽管这与构成英国传统之基础的进化理论相符合），却仍趋向于混淆法律之制定与法律之适用之间的差异。普通法所具有的为人们极为称颂的弹性（flexibility），在法治已成为一种为人们广为接受的政治理想的条件下，的确有助于法治的进化。但是我们需要追问的是，在继续自由所需要的警戒消失时，普通法的这种弹性对于那些摧毁法治的种种趋势是否仍具有较强的抵抗力呢？”（1960年《自由秩序原理》）^① B·Leoni 则在 1961 年出版的《自由与法律》中批判哈耶克 1955 年在开罗所作的“法治的政治理想”演讲中将英国的法治观念简单地比附成欧洲大陆的法治国（Rechtsstaat）传统的做法时指出，欧陆法治传统中的确定性观念与普通法中极为重要的确定性观念之间存在着很大的区别。欧陆法治传统认为，确定性原则意指法律对于公民来讲是明确的和可适用的；而确定性在普通法中所意指的主要是规则稳定而免受修正，因此普通法在给予个人以一个稳定活动的规则框架方面要比立法更为成功，因为欧洲大陆国家所主张的立法极易受到任何一个多数（包括民主制下的多数派）所可能产生的变化无常的即时兴志的影响。^② B·Leoni 在对那种以法典化法治国的理想为基础的法律（作为主权者颁布的立法的法律）进行批判时进一步指出，现代社会在法律语境中把法律统合或集权于立法的做法，与中央经济集权在经济领域中一样，不仅困难而且极不可能：正如中央集中配置经济资源会导致浪费并致使经济活动的协调程度低于市场所能提供者一般，中央集权的立法在应对复杂且日益变化的情势时亦无法与普通法的精妙相媲美。^③

正如有学者从比较法的角度指出的，在当今世界上，以法典

^{①②③}参见邓正来：《哈耶克法律哲学的研究》，法律出版社 2002 年版，第 182～192 页。

和判例在法律制度和司法实践中的各具特色的位置为标志，形成了以所谓民法法系和普通法法系为界限的两大法系。乍看起来，法典在两大法系中的地位有着殊为悬殊的差异。而实际上主要的分别在于：在民法法系，制定法尤其是它的高级形式法典，在法的形式体系和司法实践中占据无可疑义的主导地位；而在普通法法系，判例或判例法同包括法典在内的制定法在法的形式体系和司法实践中都占据重要地位。普通法法系的判例法和制定法的地位，在整体上从来不像民法法系的制定法尤其是法典和判例法的地位有那样大的差异。在民法法系，判例法所占地位无论如何比不上普通法系的制定法尤其是法典的地位。就今天民法法系而言，固然判例的地位不可等闲视之，在法国等民法法系国家，判例或曰判例法在行政领域的作用更是不可小视；但这些判例或判例法的地位无论如何是难以与民法法系制定法尤其是法典相提并论的。就今天普通法系而言，固然判例法仍然是主要法的形式之一，但法典的地位绝不可轻视。在美国，联邦基本上已无判例法可言，至少也可以说判例法在联邦的作用空间已相当之小；判例法主要是在州和地方存在着，且主要是存在于私法领域；在公法领域中，判例法的地位几近岌岌可危。^①或许，相互借鉴，并存发展，乃是成文（法典）法和判例法未来的发展趋势。

二、理性刑法典：以学术话语转换为切入点的思考

法典是人类追求体系完美的理性使然。理性主义是大陆法系法典化运动的精神支柱和基本动力。正如埃尔曼所言：“如果说习惯法和普通法是建立在人类以往经验之上的话，立法却是向前迈进，表明未来什么样的行为将被调整。习惯法从来不否认它是社会力量的产物，而立法却是在所有法律渊源中率先声称自己可

^①参见封丽霞：《法典编纂论——一个比较法的视角》，清华大学出版社2002年版，（序言）第35～36页。

以独立变化，并足以推动社会与政治的变革。”^① 黑格尔反驳萨维尼时也指出：“否认一个文明民族和它的法学界具有编纂法典的能力，这是对这一民族和它的法学界莫大的侮辱，因为这里的问题并不是要建立一个其内容是崭新的法律体系，而是认识即思维地理解现行法律内容的被规定的普遍性，然后把它适用于特殊事物。”^②

理性主义反映到立法实践，首先要求立法者具有超前思维，立法应立足于社会现实，而又超越于社会现实本身，使得“法典不仅是对社会生活的映照，它还是对生活的塑造”。其次要求立法者对法典的内容与形式进行精心思考和完美设计，使得法典内容完整、结构清晰和逻辑严密之外，同时兼顾正义、安全、效率、灵活和简短五种法律价值。^③ 只有如此，立法才能在程序理性指导下制定出实体理性法典。正如国内民法学者在考察法国、德国、瑞士、西班牙民法典的制定程序后，总结出民法典起草的程序环节：（1）对本国现有的民法进行调查，包括习惯法调查；（2）提出立法的基础；（3）委托学者起草最初的草案；（4）组织一个“正方”的委员会对该草案进行补充完善；（5）提出立法理由书（其中含比较法研究报告）；（6）组织一个“反方”的委员会质疑改善后的草案；（7）立法机关对该草案进行一揽子表决。其中，最重要的是民法典定稿形成过程的对抗性（在对抗中达到完善，例如法国、德国、瑞士等国民法典）和表决程序的整体性（如果就其细节进行讨论，很难达到专业化水平并拖延立法进度，例如俄罗斯联邦民法典第3卷在国家杜马拖了好几年才通过，甚至“杀”掉某些好的条文，例如全国人大在统一合同法的细节性审议中删掉了已由最高人民法院法函（1992）27号批复中确立

①参见〔美〕埃尔曼：《比较法律文化》，三联书店1990年版，第48页。

②参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1982年版，第220页。

③参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法的局限之克服》，中国政法大学出版社1992年版，第323～332页。

的情势变更原则)。^①显然,这些理性的制定程序和环节大多是学者或者专家理性的参与。此种理性参与会确保理性法典的最终出台。

立法是动态的、有序的,具有阶段性、关联性和完整性的活动过程。立法过程具体包括三阶段:立法准备阶段;由法案到法的阶段;立法的完善阶段。第一阶段在宏观上包括进行立法预测,编制立法规划,形成立法创议,作出立法决策;在中观上包括确定立法目标、目的和指导思想,调查研究,收集和研究各种相关材料,落实法案起草机关和组织起草班子,协调与有关方面的关系,为立法的正式进行做好物质准备;在微观上包括明确立法意图,拟出法案提纲,起草法案草稿,征求有关方面意见,协调论证,反复修改、审查法案草稿并形成正式稿即草案。第二阶段通常包括提出法案、审议法案、表决法案和公布法。第三阶段通常包括立法解释、法的修改、补充和废止、法的清理、汇编和编纂。^②这些阶段必须在符合理性要求的前提下运行,才能为理性立法规范文件(法典)的出台提供保障。正如有学者指出的,对于一个法治化进程刚刚起步的国家来说,假如仅仅是专家立法的产物,那么其不仅难免带有过于理想、脱离实际或者不够周全等缺陷,而且也可能由于专家在学术背景、学术主张上的不同而将原本理性且神圣的立法活动变成一种羞答答或者明火执仗的话语霸权之争。但是,立法总是一件十分专业化的事情。一方面,只有不归属于某一利益团体、处于超然地位的专家、学者才可以冷静地分析、评判各种利益关系,区分民意中的理性和非理性成分,在各种利益冲突中提炼出规范社会生活的共同规则;另一方面,每部法律都有自己博大精深的理论体系,每一规则都有自己的技术要求,这些要求均离不开专家、学者。否则,立法就会显

^①参见徐国栋:《国外民法典的立法程序考究》,载《人民法院报》2002年4月22日。

^②参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第277~278页。

得科学性不足,进而使得法律在实际生活中不能发挥应有的效力,影响公民权利的实现,导致公民滋生对法律的轻视和侵损对法律的信仰和忠诚。^①

以1997年刑法修订为例,立法部门至少意识到专家的参与问题。1993年12全国人大常委会法制工作委员会并刑法室委托中国人民大学法学院刑法专业修改刑法总则。在接受该项任务后,中国人民大学法学院刑法专业成立了刑法总则修改小组。该小组在1993年12月到1994年9月期间进行了较为集中的研讨和起草工作,集会数次,先后搞出了刑法典总则的一个大纲和四个稿本。该小组起草的一个大纲(1994年1月13日《中华人民共和国刑法(总则)大纲》)和四个稿本(1994年1月31日《中华人民共和国刑法(总则修改稿,第1稿)》、1994年5月《中华人民共和国刑法(总则修改稿,第2稿)》、1994年6月《中华人民共和国刑法(总则修改稿,第3稿)》、1994年9月《中华人民共和国刑法(总则修改稿,第4稿)》),反映了刑法总则修改由大改变为小改的主要过程,从一个方面反映了这次刑法修改的前景。^②附录一“1979年刑法、1997年刑法和1994年9月《中华人民共和国刑法(总则修改稿,第4稿)》‘总则’比较”,可以客观地得知:专家理性对最终生效的法律文本发挥了作用,但是不大。显然,仅仅有邀请专家拟就草案的程序理性,并不必然保障实体理性法律规范文件(包括法典)的出台。

如果说专家稿(仅是修改幅度最小的)不符合立法部门的理性要求(基于尚没有正式的系统文本阐述不采纳专家意见的理由,姑且假设立法部门具体最后定稿者也同样是受理性支配的,

^①参见付立庆、王亚凯:《立法的民主化与专业化》,载《检察日报》2003年3月24日。令人欣慰的是,最高立法机关已经认识到专家学者在立法中的作用,因此,第十届全国人大常委会组成人员中已增加了一些年轻的领导干部和专家学者,目的是进一步改进和完善全国人大常委会的组成人员结构。当然,至于这项制度创新的实效,尚有待于实践的证明。

^②参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第2877~2878页。

而不是出于非理性使然),那么,附录二“1997年刑法‘分则’评介”至少可以检视立法部门的理性在1997年刑法(分则)所处的状态也并非尽善尽美。此外,“法典质量的高低以及成功与否,还可以看它在社会关系变化之后能否完成其规范制定的功能,而不需要制定新的法律”,^①1997年刑法生效后短短的几年内全国最高立法机关频频制定修正案、单行刑法和立法解释,至少可以反映其“质量的高低以及成功与否”。

尽管法典的修改频率多少会受到立法者“怀旧”的制约,因为“凡是大的立法成就,经常也同时带来一种法律发展的短暂平静。在杰出和统一的建筑上,人们会对进行妨害其风格的改造犹豫不决”,^②但是,1979年刑法在很大程度上不适应改革开放新形势的需要,迫使立法者较早地就着手和准备修改刑法。面对出台的1997年刑法,有学者发言:“为什么我们经过十几年的研究和讨论,竟会制定出这么一部不尽如人意的刑法典呢?原因是多方面的,但我不愿在这里谈论其中的原因,想留给大家去思考。”^③在我看来,专家理性(最终)和立法者(其实应是具体的立法部门工作人员)理性处在非“帕雷托状态”,^④至少是刑法典“不如人意”的部分原因。

法典与未来规则之间存在内在的紧张与冲突,正如哈耶克立足于早期法治国“法治之法”的“确定性”和“公知性”原则出发强调法律法典化的重要性,同时又遵循其有限理性的知识论而明确指出的,“此处的关键点在于法院的判决是能够被预见的,而不在于所有决定这些判决的规则是能够用文字表述的。坚持法院的行动应当符合先行存在的规则,并不是主张所有这些规则都应当是明确详述的,亦即它们应当预先就一一用文字规定下来。

①参见 Manfred Wolf:《民法的法典化》,载《现代法学》2002年第3期。

②参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,中国大百科全书出版社1997年版,第71页。

③参见侯国云、白岫云:《新刑法疑难问题解析与适用》,中国检察出版社1998年版,第429页。

④指最理想、最优的状态。

实际上,坚持主张后者,乃是对一不可能获致的理想的追求。有些‘规则’,永远不可能被赋予明确的形式。许多这类规则之所以为人们所承认,只是因为它们会导向一贯的且可预见的判决,而且也将被它们所指导的人视作是一种‘正义感’(sense of justice)的表达。”^①但是,法典作为法形式而存在,“法典编纂之举,为立法史上最大之事业。国家千载之利害,生民亿兆之休戚,赖之而定。故凡为国民者,皆不可不沉思熟考,研究其是非得失。彼法律专攻之士,各尽微衷,吐露其意见,尤可谓对于其负荷之特务也”。^②特别是,制定刑法典,就中国历史文化传统而言,是历朝历代最庄严的大事之一,被视为“肇定国基、开创太平”之伟业。铸刑书于国鼎,竭力追求制定一部百世不刊、垂范久远的良法,是中国历代立法者的最典型的指导思想之一。^③更何況,“大陆的法律规则概念总是异于英国的法律规则概念,因为前者是与个别案件的情况相分离的;确定和表述法律概念是学者而不是法官的职责,法官的责任只是适用前者所陈述的法律规则”,^④因而,深受大陆法系熏陶的我国学者多少承担着特殊的职责——“确定和表述法律概念”。

综上,追求理性刑法典仍有必要和继续努力。在我看来,下列两点尤其重要:(1)学术的批判。“法律不是嘲笑的对象(Lex non debet esse ludibrio)”,“法律不应受裁判(Non sut iudicandae leges)”。^⑤此类格言在强调法律的权威性的同时,至少也同时意味着法律不可能是完美无缺的。黑格尔也强调指出,法的

①参见邓正来:《哈耶克法律哲学的研究》,法律出版社2002年版,第180页。

②参见[日]惠积陈重:《法典论》,上海昌明公司1907年版,第1页。

③参见范忠信:《再论新刑法的局限与缺陷》,载《法学》1999年第6期;《刑法典应力求垂范久远——论修订后的〈刑法〉的局限与缺陷》,载《法学》1997年第10期。此外,民法典的制定提上最高立法机关的议程所引起的媒体、专家、百姓等各方面的关注,也多少折射出崇拜法典的内心情结。

④参见[法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,清华大学出版社2002年版,第27页。

⑤转引张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第3页。

“完善性只是永久不断地对完整性的接近而已”。^① 因此，理性刑法典的追求也应是一个不断地延续过程。但是，追求理性的长期性不能成为现时的非理性的托词，“没有一部法典不随时间的推移而改变，但是法典的质量可以通过这样的问题来证明，即法典为可能延续的改变做了哪些准备，它是否能够顺利地整理并吸收这些变化”。^② 面对不理性的刑法典，就应怀着学术的批判精神，“证明其质量”，发现其不理性之处，进而提出理性之策。（2）学术理性话语及时有效的转化为公共权力话语。按照福柯的观点，学术无疑也是广义的权力，只是属于非正式的制度层面上的权力，自然明显有别于制度层面上的公共权力。学术话语本身就存在一个走向理性的过程。借用“功能刑法”^③ 的观点，刑法理论中的概念、原则、条件都必须符合理性的要求。非理性的理论要素是没有意义的，不符合理性要求的理论是需要补充或修改或放弃的。只有学术理性话语方能通过合适的共同话语机制转化为公共权力话语。^④ 在当下，转化的路径主要有三条：一是为立法机关所制定的规范性文件（包括法典）所采纳；二是为最高人民法院和最高人民检察院所制定的规范性文件（主要是司法解释）所采纳；三是为行使公共权力的具体司法人员在生效法律文书中所采纳。此种转化的条件必需各方面的共同努力。总之，既然“能够在法典范围内实行和转化已经改变的价值观和秩序观既可能是进行法官法律续造的法院，又可能是立法机关。法官的法律续造常常使用归纳的方法，归纳具有更大的符合事实性和目的准确性的优点，它在既有的法律制度的范围内付诸实践并保障持续性。相反，立法者具有更大的自由以制定法院必须遵守的法律”，^⑤ 那么，理性学术话语就可通过上述路径转化为制度话语进而形成法制共同话语来确保。

① 参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆 1979 年版，第 225 页。

②⑤ 参见 Manfred Wolf：《民法的法典化》，载《现代法学》2002 年第 3 期。

③ 参见王世洲：《从比较刑法到功能刑法》，长安出版社 2003 年版，序第 4 页。

④ 参见刘树德：《刑法诸问题案解》，人民法院出版社 2003 年版，第 282 页。