

刑法法源与刑事立法模式

卢建平

内容提要:从无形到有形,从分散到集中,从不成文法到成文法,从制定法到法典化,从相对简单到日趋复杂,从国内到国际甚至全球,刑法法源成为复杂体系,这是对刑法法源历史和全球考察的基本结论。面对各种机遇和挑战,我国刑法改革势在必行。从1979刑法到1997刑法大修的18年,是中国刑法体系的初创阶段,1997刑法修改至今的20余年,是刑法体系基本确立到逐步完备的阶段。仅就刑事立法而论,刑法法典化、多层次立法、多层次立法等讨论不绝于耳。立足中国本土需要,从全球视野和历史演进的角度,对刑法的法律渊源和规范体系进行比较研究,可以给我国刑法立法的未来指明可行的进路,即确立多元化立法的思路,坚持法典化的主体地位,改进完善修正案模式,激活单行刑法和附属刑法等必要补充。

关键词:刑法法源 法典化 刑法体系 刑法修正案

卢建平,北京师范大学法学院教授。

一 引言

从刑法缘起及其进化中可以发现,无论是纵向的历史考察还是横向的比较研究均表明,依靠一部法典或刑法治天下的时代已成为过去。在中国古代,刑法曾代表了全部的法律。在古老的巴比伦,《汉谟拉比法典》也基本是以刑法为主。然而随着社会的分化和现代发展,刑法独步天下的局面已不复存在,法律体系的复杂化和专门化成为法律进化的趋势,刑法也因此愈加发达,从单一文本或法典发展为非常复杂的刑法体系,因而需要借助系统论等理论进行分析。^[1] 将系统论引入刑法法源研究具有重要意义。因为刑法功能

[1] 系统的概念可以从三个方面理解:其一,系统由若干要素(部分)组成;其二,系统有一定的结构。系统各要素相互联系、相互制约。其三,系统有一定的功能,或者说目的性。系统的功能是指系统与外部环境相互联系和相互作用中表现出来的性质、能力和功用。

决定着刑法的要素和结构,而刑法要素和结构又反制刑法功能。若刑法功能以报应为主,则刑罚单一,刑罚结构简单,刑法的独特性明显;若刑法功能以预防为主,则刑罚措施繁复,刑罚或刑事制裁体系结构复杂,刑法独特性趋弱,形象模糊。据此,可将刑法典对应于古典时期和民族国家兴起的需要。而刑法体系复杂与刑法新派对应,反映了法治国家法律的专业化、社会化需要。目前的刑法或刑事法规范体系结构更加复杂,体现了全球化、网络化和人权普遍化的时代需要,是为刑法的现代化。刑法的体系或结构不是纯粹的技术或形式问题,实质是社会赋予刑法什么功能,期待刑法实现什么功能以及如何实现的问题。

要对刑法法源进行考察首先需了解何为刑法法源。法源,又称法的渊源或法律渊源,其原意为法的“来源”或“源泉”。由于一个行为规则从产生到上升为法律,具有法律上的效力是由多种因素共同作用产生的结果,所以,法源一词往往可以指不同的对象,如法的历史渊源、法的理论渊源以及政治渊源等。在法学研究中,法源是有固定含义的专门术语,即指法律效力的来源,也就是法的创制方式和法律规范的外部表现形式。在此意义上,法源又可称作法的“形式渊源”,因为它只是指出了法律规范形式上的来源。^[2]借用穗积陈重的话语,法源就是“法形”。“有法形之法,谓之有形法,无法形之法,谓之无形法。形有则易知,形无则难据,故欲法之社会统治力特别有效,使民遵依,必须先赋与法之外形,俾民知所趋避。”^[3]本文所讨论的刑法法源即是刑法的存在形式,也即构成刑法体系或系统基本要素的刑法规范的表现形式。^[4]长期以来,大陆法系和英美法系作为世界两大主要法系^[5]无论在法学理论还是在立法上都各具特色,在法源方面更是对比鲜明。

研究法源首先是要告诉法官裁判具体案件的具体依据何在?其次是告诉社会公众,法从何来?法在哪里?再次是要提醒立法者,法律如何改进?如何达至良法?关于法律渊源的概念和体系,不同法系、不同学者的见解有很大的不同。博登海默在讨论法律渊源时,对法律渊源的争论做出了考察,指出美国法理学家约翰·奇普曼·格雷(John Chipman Gray)曾列举了五种法的渊源,即立法机关颁布的法令、司法先例、专家意见、习惯、道德原则(包括公共政策原则)。有些论者则持不同的看法,将法源等同于正式制定的具有强制力的官方和权威性的文本,如宪法、法规、条约、行政命令和条例、司法意见、法庭规则。在大陆法系国家,法典等制定法、习惯法和一定条件下的条约被称为法律的渊源。另外,也有将法律的书面资料和文献汇编称为法律渊源的,如法典汇编、司法审判报告、判例法汇编、论著、百科全书和法律期刊等。博登海默自己则将法律渊源分为两类:一是可以体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源,称正式渊源,主要有宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自主或半自主机构和组织的章程和规章、条约与协议以及司法先例。二是具有法律意义的资料和值得考虑的材料,这些资料或材料尚未在正式法律文

[2] 参见孙国华、朱景文著:《法理学》(第四版),中国人民大学出版社2015年版,第104-105页。

[3] [日]穗积陈重著:《法律进化论》,黄尊三等译,中国政法大学出版社2003年版,第7页。

[4] 参见王世洲著:《现代刑法学(总论)》(第二版),北京大学出版社2018年版,第6页。

[5] 社会主义法系在比较法的研究中依然具有重要地位,但就法律渊源等形式层面看,其与大陆法系基本一致,故本文不另行探讨,除非特别需要。

件中得到权威性的或至少是明文的阐述与体现,称为非正式渊源,包括正义标准、推理和思考事物本质的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法。^[6]

法国刑法学家普拉戴尔(Pradel)将刑法的法源分为超法源、常法源与次法源三类。超法源即高于一般法律的刑法表现形式,就是刑法的宪法化;常法源在大陆法系和社会主义法系即为刑法典或刑事法律,在英美法系为刑事制定法和判例;次法源是指在正常法律渊源之下处于次要或补充地位的表现形式,如行政文件、习惯、学说等。^[7]

内容决定形式,形式反映内容,同时形式也在一定程度上反制内容。刑法作为基本和主要的部门法,尤其是其制裁方法的严厉性,决定了刑法的法源应当与其他部门法有所不同,罪和罚应当有权威而又明确的依据,而不是依靠法官的主观判断和任意决定。当然大陆法系和英美法系各自的侧重和路径不同,前者重实体法,而后者重程序法。然而,从法的整体发展过程看,两大法系的交融已成趋势,普通法系国家多有制定法,而大陆法系国家日渐注重判例。但就具体国家来看,刑法法源不仅有所差异,即便在同属成文法系的国家,刑法法源的范围也并不完全相同。

根据普拉戴尔的分类,我们先从所谓的常法源角度看,^[8]大陆法系主要为法典,英美法系为制定法和判例法。其中涉及两大问题。一是宪法问题,即谁有权制定刑法。这关系国家体制是单一制还是联邦制。单一制国家相对简单,制定刑法的权力属于中央。而联邦制的情况就非常复杂。以瑞士为例,各州均有刑事方面的法典,尽管创制联邦刑法典的想法早在1848年即已形成,但直到1938年才有瑞士联邦刑法典(1942年生效),其间的历程相当艰难。刑法创制权还涉及政权或权力配置问题,是立法者制定刑法,还是司法者、裁判者制定刑法(如判例法),大陆法系与英美法系的差异看似简单,其实复杂。大陆法系的刑法创制权主要归立法者,英美法系传统上归属于法官,但如今这一差异也变得极为模糊了。二是政治问题,即为什么要制定刑法典或刑事制定法。有几重考虑:首先是为了追求理性、简便、确定性和明确性。这是古典学派的刑法思想,贝卡里亚和边沁都是其中的杰出代表。其次是为国家统一或民族国家建设服务。法国法学家马克·安塞尔(Marc Ancel)认为,国家拥有法典有助于增强民族精神。^[9]最后,颁行法典是政权推行某种思想或意识形态的最佳方法。由于当今世界立法膨胀,使得法典化的上述三大优势大为削弱,各国的立法越来越多,法律文本越来越长,特别是在刑事法领域,这不仅反映在成文法国家如法国,甚至英国这样的不成文法国家同样如此。判例在刑法上的地位也依各国情形不同而有差异。在大陆法系国家,罗马法形成初期一度承认判例为刑法法源,但在查士丁尼时期之后,判例失去其刑法上的效力。^[10]故一般而论,大陆法系国家不承认判

[6] 参见[美]E.博登海默著:《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2017年版,第431-432页。

[7] 参见Pradel, *Droit pénal comparé*, 2 édition, Dalloz, 2002, p. 53。

[8] 超法源问题将在“刑法宪法化”部分详述。

[9] 参见Marc Ancel, *Introduction comparative aux codes pénaux européens*, Centre français de droit comparé, Paris, 1955, no 15 in fine。

[10] 转引自[美]E.博登海默著:《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2017年版,第456-457页。

例是法源,但却具有准法源的意义,因为将成文法的内容具体化的判例作为法院对刑法的有权解释,可以对将来的判决发挥作用。^[11] 而英美法系国家自始就具有判例法传统,法官有“遵循先例”的义务,判例自为刑法的法源。

再从亚法源的角度看,亚法源也即普拉戴尔所谓的“次法源”,包括行政文件、习惯和学说等。博登海默所谓的非正式渊源,包括正义标准、推理和思考事物本质的原则、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法等。从成文法的传统立场出发,由于这些非正式渊源的存在内容和范围均不明确,若作为定罪科刑的根据,不可避免地会导致罪刑擅断,违反罪刑法定这一刑法基本原则,不能成为刑法的法源。然而,这也并不是绝对的,在大陆法系和英美法系国家,行政性的法规均可以作为刑法的法源,但这样的法规必须要有立法机关的授权。英美法系国家不允许广泛的授权命令,立法机关虽然可以“授权与行政机关,制定规章以执行法律,同时以法律明定违反规章者构成犯罪,而附以处罚之规定,然不得以此制定罚则之权,授诸行政机关”。^[12] 可见,只有存在法律的特别委任,且当这种委任是具体的个别的,并且刑罚规范的制定并未超越委任范围的时候,政令中创设的罚则才能成为刑法的法源。^[13] 我国刑法当中的空白罪状即类似于此种情况。关于习惯和法理,一般不得直接作为刑法的法源,但在特定的情形下也具有刑法上的意义。(1) 当需要运用习惯或法理对犯罪事实或法律关系进行解释时,此习惯或法理可被看作为间接的刑法内容,特别是在立法解释和司法解释的情形下,立法机关和最高司法机关对刑法的补充说明或明确化,具有法律效力,对法院的审判活动有约束力,应为刑法的法源。学理解释不具有法律效力,通常不能成为刑法的法源。但在特殊历史时期或特殊情况下,比如罗马法时期,盖尤斯等五大法学家曾被皇帝赋予法律解答权,他们的著作和解答就成为法律的重要渊源。(2) 当刑法未做明确规定时,需要依据习惯或法理确定违法性的标准,此习惯或法理就与刑法有间接的关系。如作为义务内容的确定往往借助于习惯和法理。(3) 法官自由裁量的标准往往是根据刑罚目的推论得出的一般法理。^[14] 另外,在废除不合时宜的刑法规范时,也可能需要依据习惯或法理进行论证。^[15]

二 两大法系刑法法源探微

为便利考察刑法法源的演变,拟以两大法系及其中最具代表性的法国、德国、英国和美国为主,兼及拉美、非洲或社会主义国家,将刑法的发展大致划分为几个不同时期,考察各个时期刑法法源的具体内容。

(一) 大陆法系国家的刑法及其法源

大陆法系是以罗马法为基础发展而来的,罗马法具有成文法的传统和特点。作为成

[11] 参见赵秉志主编:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社 2000 年版,第 8 页。

[12] 参见韩忠谟著:《刑法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 64 页注释[1]。

[13] 参见赵秉志主编:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社 2000 年版,第 8 页。

[14] 参见韩忠谟著:《刑法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 65 页。

[15] 参见赵秉志主编:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社 2000 年版,第 8 页。

文法滥觞的《十二铜表法》就诞生在古罗马,其后又产生了更具影响力的查士丁尼《国法大全》。这两部成文法虽说都是诸法合体、民刑不分,但由于都将犯罪与刑罚以成文的形式予以明确规定,^[16]对罪刑擅断起到了一定的抵制作用,奠定了大陆法系国家刑法法源以成文法为主的基调。然而,如果对罗马法法源进行梳理,又会发现除了成文法,罗马法还承认其他法源的刑法效力。公元前450年以前,以习惯法为基本渊源。共和国时期以民众大会与平民会议制定的法律为渊源。帝国时期皇帝的敕令成为最重要的渊源。另外,元老院决议、长官的告示、法学家的解答与著述也为罗马法的渊源。这些渊源都涉及犯罪与刑罚的问题,如皇帝的敕谕含有对公法的各种命令,而敕裁则是对重大案件和其他公法案件所做的裁决。^[17]

1. 大陆法系国家法典化运动及其影响

作为罗马法诞生之地的欧洲大陆是大陆法系的中心,刑法法典化即源于此。18世纪中叶出现了最早一批刑法典。主要包括:1751年巴伐利亚的马克西米立安-约瑟夫三世颁布的刑法典,1768年奥地利女王玛丽-特蕾莎颁布的刑法典,1786年托斯卡纳的列奥博德二世颁布的刑法典(贝卡里亚领衔起草),1787年奥地利约瑟夫二世颁布的刑法典,1791年法国制宪会议制定的法国第一部刑法典,1799年希腊颁布的刑法典。^[18]从19世纪初开始直至今日,法典化运动进一步勃兴,遍及大陆法系国家。可以分为三个时期:(1)古典刑法鼎盛期,以法国1810年刑法典和巴伐利亚1813年刑法典为代表。前者影响波及比利时、荷兰、西班牙、挪威、普鲁士、托斯卡纳、瑞典,以及俄罗斯。后者影响到瑞典和希腊。(2)以贝卡里亚、边沁等为代表的古典学派影响下降,新派力量上升。注重刑法的人道化,强调教育刑,重视法教义学。以1871年德国刑法典、1884年葡萄牙刑法典、1889年意大利刑法典为典型。(3)刑法编纂进入革新时期。1889年李斯特(Von Liszt)、普林斯(Adolphe Prins)和哈迈尔(Van Hamel)创办国际刑法联盟,助推意大利实证学派的思想,重视罪犯人格和人身危险性。1902年挪威刑法典是革新的典范,将刑罚分为重刑和轻刑。若犯罪人没有“恶意”则可适用轻刑,说明动机而非抽象的目的(古典学派所主张)之重要性。同时,这一时期又因为第二次世界大战而分为两个阶段:第一段从1919年至1939年,立法频繁,各国忙于更新法典。例如丹麦首部刑法典制定于1866年,其缺陷在于仅规定了普通刑事犯罪,而将大量经济、社会、军事犯罪等托付给特别法,甚至规定刑法典总则部分也仅适用于分则中明确规定的犯罪。因此,丹麦于1905年至1930年对刑法典进行了修订。意大利1930年的洛克刑法典,波兰1932年刑法典,瑞士1938年新刑法典,堪称当时立法的标杆。此外一些新生的国家(主要为波罗的海沿岸国家)也制定了刑法典,如拉脱维亚与爱沙尼亚于1929年、立陶宛于1933年都制定了刑法典。第二段是战后至今。1945年后,欧洲继续法典化或重新法典化,如葡萄牙1982年的刑法典、1992年

[16] 如《十二铜表法》的公法篇就规定有对杀人、纵火、夜间行窃、践踏别人田地以及叛国者处死刑。《查士丁尼法典》第9卷也是刑法规定。

[17] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社2017年版,第58页。

[18] 参见J. Graven, *Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne*, Mémoires de la Faculté de droit de Genève, 1947, no 6, p. 174。

法国的新刑法典。

除了欧洲本土之外,大陆法系法典化运动还对欧洲以外的国家产生了影响,主要集中在拉美和非洲。巴西于 1830 年、玻利维亚于 1834 年、海地于 1835 年、圣多明尼加于 1845 年、阿根廷于 1922 年、巴拿马于 1922 年、委内瑞拉于 1926 年、墨西哥于 1931 年、乌拉圭于 1933 年、萨尔瓦多于 1973 年、波多黎各于 1974 年、哥伦比亚于 1981 年都颁布了刑法典。这些国家主要受西班牙的影响。而非洲国家法典化始于非殖民化以后,自 20 世纪 60 年代起,原属法国、比利时、葡萄牙和西班牙的殖民地纷纷独立,同时开始制定刑法典。

近年来,由于国际化、全球化的推进,互联网普及,犯罪率上升,刑法立法修改极其频繁(如法国、意大利等)。土耳其刑法历经 60 多次修改,终于在 2004 年有了新刑法典。苏联东欧国家由于政权更迭,亦重修刑法典,如 2016 年波兰、俄罗斯都重修了刑法典。

通过梳理,我们发现刑事法典化与社会变迁之间存在密切关系,突出表现为两种趋势:(1)一些国家因为政局动荡,每逢政权更替,人民即要求新法,刑法变动不断。如西班牙,自 1822 年刑法典(受 1810 年法国刑法典影响)后,1848 年制定第 2 部刑法典(1850 年修订),1870 年制定第 3 部刑法典。德利维拉将军(Primo de Rivera)政变后在 1928 年颁布了第 4 部刑法典。1931 年共和国成立后于 1932 年出台第 5 部刑法典。1939 年佛朗基政权上台于 1944 年有了第 6 部刑法典(1963、1964 年修订)。佛朗基政权垮台后于 1995 年又颁布了新刑法典(2013 年修订)。(2)一些国家政权平稳、民心安定,刑法几乎不变。如比利时,一开始接受法国 1810 年刑法典,从 1834 年着手修订刑法典,直到 1867 年才出台了自己的刑法典,但实际上,该刑法典基本是法国刑法典的翻版。正如豪斯教授(J. J. Hauss)宣称,这仅是一次刑事立法的修订,而非一次全新的立法。^[19]比利时真正的刑法修改在 1976 年才启动,但进展不顺,2016 年修订终告完成。

2. 法国刑法及其法源

公元 9 世纪至 13 世纪法国以习惯法为主。与政治上的权力不统一、封建割据相对应,这一时期的法律也是分散的,没有通行于全国的王室立法或中央立法,各封建领地甚至庄园以自己的习惯法和独立的法庭行使统治权。与此相适应,在法源上也是分散、多元化的。南部主要是罗马习惯法和查士丁尼编纂的罗马成文法,而北部则是以日尔曼法为主的习惯法。公元 13 世纪至 16 世纪,伴随着政治上的基本统一和王权的强化,习惯法的分散性日渐缩小,从私人到官方进行的习惯法编纂,逐步成文化和统一化。刑法的法源也由习惯法向习惯法成文化过渡,如私人编纂的《诺曼底古习惯法》就包括了刑法。另外,王室颁布的法律逐渐增多,如“敕令”(三级会议与高等法院联合制定、国王发布)、“诏书”(国王以个人名义发布)、“公告”(对法律进行解释)。公元 16 世纪至 18 世纪是以王室立法为主要法律渊源的时期。这一时期实行君主专制,国家权力高度集中,法律统一的趋势进一步加强。王室立法成为最主要的和效力最高的法律渊源,在刑事方面就有 1670 年的刑事诉讼法令,王室立法中的刑事部分成为刑法的主要法源。^[20]

[19] 参见 F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal*, Story-Scientia, Bruxelles 1991, pp. 84 - 85.

[20] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 192 - 194 页。

法国资产阶级革命前刑法的特点是公开的等级特权、法官的专横擅断、刑罚的残酷和制度的混乱。资产阶级革命前不久,专制政府于1788年宣布改革刑法和刑事诉讼法,这些改革和民间改革刑法的建议和要求为革命胜利后法国新刑法的诞生奠定了基础。1789年《人权和公民权宣言》第8条^[21]确定了罪刑法定主义以及法不溯及既往、罪刑相适应和刑罚人道主义等刑法原则。这部具有宪法性质的宣言奠定了其作为刑法法源的地位。1790年1月制宪会议通过法令宣布,犯罪和刑罚必须公平,刑罚后果只能触及犯罪者本人,不能株连其家庭成员。1790年8月通过的法令规定,刑罚须与犯罪相适应,且须限制在确实需要的范围内。1791年7月法律规定了轻罪。1791年10月颁布了法国近代第一部刑法典。这些法令和法律也成为刑法的法源。1810年拿破仑时期颁布的刑法典第4条,首次明确规定了罪刑法定原则,开始了以成文的刑法典为刑法主要法源的时代。19世纪末还以单行法的形式对刑法典作出补充修改,如1885年8月颁布的《累犯防止法》。这些单行法同样为刑法的法源。20世纪以来,法国刑法及其法源继续发展。法国刑法典的修订实际始于1934年,二战期间被迫停顿。1945年颁布了大量的刑事法规,如《少年犯罪法》。1974年重启刑法典修订,1981年颁布《废除死刑法》。1992年颁布的刑事法律涉及刑法总则、侵犯人身权利的重罪和轻罪、侵犯财产之重罪和轻罪、危害国家及公共和平与安全的重罪与轻罪以及违警罪等内容。^[22]同时,法国签署和参加的国际条约也作为定罪科刑的依据,从而成为刑法的法源。

法国刑法法源经历了由不成文的习惯法向以刑法典为主的成文法的转变。在当代,其法源以刑法典为主,还包括有关刑事方面的法律和法令。除本义上的法律外,行政机关的法规(法令和条例)有时也可以包含犯罪和刑罚的内容,而国际条约和协定作为刑法法源同样值得注意。本义上的法律是由立法机关通过的成文法律,是刑法的主要法源。主要包括宪法及宪法性文件当中的刑法原则和规范,1994年生效的刑法典,以及1810年以来发布的其他法律(如《消费法》、《知识产权法》等)当中的刑事方面的内容。^[23]根据法国《宪法》第55条的规定,^[24]国际条约和协定在法国的地位高于国内法,若国内法与此相冲突,应当优先适用国际条约或协定。比如,由《罗马条约》的条约机构发展而来的欧洲理事会或欧洲共同体委员会制定的“共同体条例”,就具有优先于国内刑法规范的效力,在二者相抵触时,欧共体条例可引起“国内法的停止执行”或使“国内法处于睡眠状态”。当然,共同体条例要想成为法国刑法的法源,也需要符合“对犯罪有明确的具体的规定”和“国内法规定有惩罚措施”的条件。再如,《欧洲人权公约》在法国具有直接适用的效力,其刑事实体法部分亦为法国刑法的法源。公约第7条就重申了事先规定何种行为为犯罪的必要性,禁止适用比犯罪行为时的刑罚更重的惩罚。至于执行机

[21] 1789年《人权和公民权宣言》第8条规定:“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外,不得处罚任何人。”董云虎、刘武萍主编:《世界各国人权公约法》,四川人民出版社1993年版,第28页。

[22] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社2017年版,第193-194页。

[23] 参见[法]卡斯东·斯特法尼著:《法国刑法总论精义》,中国政法大学出版社1998年版,第124-126页。

[24] 法国《宪法》第55条规定:“依法批准或者认可的条约或协定,自其公布起即具有高于各种法律的权威。”转引自[法]卡斯东·斯特法尼著:《法国刑法总论精义》,中国政法大学出版社1998年版,第118页。

关的法规,一般包括行政性法令与条例,也是刑法的渊源。在立法机关和执行机关混为一体时期,政府发布的政令都视为法律,可以对犯罪和刑罚做出规定。《法国刑法典》第 112—2 条规定:“法律规定重罪与轻罪,并确定对罪犯适用之刑罚;条例规定违警罪,并依法律所定限制与区别,确定对犯违警罪的人适用之刑罚。”因此,行政性法令和条例可以对违警罪作出规定,并可在法律规定的限度内确定适用的刑罚,但并不具有与刑事法相同的权威,法官对其合法性进行监督,如果认为不合法,可以拒绝执行。省府条例或市政条例等也是如此。^[25] 1958 年宪法发布之后,构成刑法法源的执行机关发布的法规,主要指总统依据宪法作出的决定,具有立法意义,对这种决定不得提出申诉。政府依据宪法第 92 条发布的法令具有法律效力,和议会通过的法律具有相同的权威和价值。除此之外,政府依据宪法第 37 条依职权而制定的、经最高行政法院提出资政意见后发布的法令,也为刑法的渊源。

3. 德国刑法及其法源

“在日耳曼时期至六世纪的民族大迁移结束,如果说已经有刑法的话,如同其他法一样,刑法也只不过是习惯法。”^[26] 犯罪(危害秩序)原则上通过行为人的私自赎罪解决,而对严重破坏氏族义务的行为如泄露战争机密、逃避服役,以及在敌人面前表现出胆怯和宗教犯罪等则适用国家刑罚。在欧洲中世纪,教会法发挥着重要作用,刑罚权掌握在地方政权手里,通过地方法规甚至习惯法对刑法加以补充,还根据各自的利益和地方传统增加许多新的规定。^[27] 总之,德国在 14 世纪以前,邦国林立,法律制度很不统一,主要适用由日耳曼法演变而来的地方习惯法(邦法)。刑法也主要以不成文的习惯法为法源。13 世纪开始习惯法法典的编纂,《萨克森法典》和《土瓦本法典》都含有法院刑事规则的内容。15 世纪以后德国全盘接受罗马法,在法律渊源上逐渐以成文法为主。1532 年,帝国国会颁布了刑法和刑事诉讼法合一的法典,即《加洛林那法典》,奠定了成文法的基础地位。18 世纪末德国许多州进行了法典编纂,如 1751 年巴伐利亚刑法典、1781 年奥地利刑法典。德国进入以刑法典为主要法源的时期。1871 年,德国实现统一,同年在原北德意志联邦刑法典的基础上颁布了《德国刑法典》。至法西斯统治时期,这部刑法典虽经大量修改和补充但仍然被保留,同时又颁布了很多法西斯刑事法规。二战后,联邦德国仍然沿用 1871 年刑法典。在 1976 年和 1982 年还制定了两部惩治经济犯罪的单行法作为补充。^[28]

与分裂割据的社会政治经济状况相适应,德国在 1871 年统一之前,法律渊源呈现多样性的特点,刑法法源也以地方习惯法为主。在统一之后,则明显以刑法典为主要法源,同时也承认各种刑事法律和法令的刑法法源地位。由于德国的法律系统分为帝国法律体系和州法律体系,因此,刑法法源也较为复杂多样。

[25] 参见[法]卡斯东·斯特法尼著:《法国刑法总论精义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 118 - 123、126 - 131 页。

[26] [德]汉斯·海因里奇·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社 2016 年版,第 125 页。

[27] 参见[德]汉斯·海因里奇·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社 2016 年版,第 125 - 128 页。

[28] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 210 - 212 页。

帝国立法是帝国刑法的唯一渊源,包括三方面内容:狭义的法律、行政机关被授权制定的刑事法规、国家签署的条约。这样,帝国刑法的渊源一是《帝国刑法典》及其补充,二是刑法附律。^[29] 在德国,大量的刑法规定存在于刑法典以外。这些特别刑法对行为主体做出了特别规定,如《对外经济法》第34条的违反外贸的有关规定,《外国人法》第92条违反外国法律的规定等。如果法律未作其他特别规定,刑法典总则部分则适用于所有联邦法律,这些法律的刑法规定用“附属刑法”表述,但其中不包括因立法技术而未纳入刑法典的其实属于刑法核心内容的法律,如《军事刑法》。另外,空白刑法也只规定了刑罚,禁止内容则需要其他部门法作为补充。^[30]

州刑法典并不因为《帝国刑法典》的颁布实施而废除,根据《帝国宪法》第12条和第13条的规定,帝国以宪法为根据行使立法权,帝国法律的效力优于各州的法律。州立法不得与帝国立法相矛盾,同时也无权批准帝国立法的规定。如果州刑法违反帝国的法律规定,则州立法无效。对帝国法律尚未作出规定的内容,州立法原则上可以自由斟酌。州立法的效力原则由《刑法典实施法》第2条第1款加以规定。帝国法律在某些领域的立法中成为补充法,如《邮政法》、《渔业法》、《森林法》等。然而,州立法也有一定的限制。《刑法典实施法》第3条规定,如果《帝国刑法典》使得州立法中的刑法规定(特别是刑法典)失效,不管是明确宣布还是以默示的方式,都以《帝国刑法典》中的相应规定代替州刑法的适用。自1872年1月1日起,各州可就《帝国刑法典》中规定的犯罪进行审理和判决。这些限制性规定及于过去的州立法,除此之外,未来的州刑法典只能规定2年以下的自由刑、拘役、罚金、没收物品和褫夺公职。^[31] 另外,作为州刑法渊源的除了州刑法典外,还包括州的其它刑事立法及其他立法中的刑事规定。

(二) 英美法系刑法及其法源的发展变化

英美法系又称普通法系或判例法系,是以英国普通法为基础建立起来,以日耳曼法为历史渊源。而日耳曼法具有典型的不成文法的传统,以习惯法为主要渊源,这就奠定了英美法系法源不成文法的基调。

1. 英国刑法及其法源

英国是世界上至今仍未颁布刑法典的少数几个国家之一,英国刑法的发展伴随着英国法律发展的整部历史。在盎格鲁·撒克逊时代,就存在以复仇或赎金的方式惩罚犯罪的做法,主要表现在由习惯演变成的习惯法中。在1066年诺曼征服以前,不列颠基本上处于割据状态,地方习惯法一直占据着统治地位。1066年以后至17世纪中叶,英国处于封建法律体系时期,普通法、衡平法、制定法先后形成,并成为英国法的三大法源,其中关于刑事方面的规则和制度也就成为刑法的法源。尽管从1066年到19世纪中叶,英国对

[29] 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特著:《德国刑法教科书》,徐久生译、何秉松校订,法律出版社2006年版,第129-131页。

[30] 参见[德]汉斯·海因里奇·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2016年版,第150-155页。

[31] 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特著:《德国刑法教科书》,徐久生译、何秉松校订,法律出版社2006年版,第128-130、135页。

刑法进行了若干改革,如统一刑法规范、重罪和轻罪的划分等,但就整体而言,19 世纪中叶以前的英国刑法仍以普通法为主要法源。

19 世纪中叶,以边沁为首的功利主义学派提倡通过全面的法典化实现英国法律的立法原则和法律形式的改革。主张着重改变法律的形式,即制定和编纂法典。^[32] 边沁被誉为法典化的“精神之父”,他首创的 Codification 一词被后世法学家称为“法典化”(更确切地说是刑法法典化)。^[33] 他认为当时的英国法律,既古老又不完善,既费解又专横,既不安全又不平等,所以必须改革。认为法律未能以法典的形式表达出来,就不是完整的。主张一部法典须满足四个条件:(1)完整性,无须用注释和判例的形式加以补充。(2)普遍性。(3)法则必须用严格的逻辑顺序叙述出来。(4)叙述法则的语言必须严格一致、简洁准确。法律术语内涵要统一、准确。这样的法典才能方便理解和执行。^[34] 遗憾的是,英国法律改革在边沁活着的时候并没有什么成效,但在他去世之后,英国一系列的改革都受到了边沁的影响。比如,1832 年的英国法律改革草案的实施,刑法编纂和监狱的改良等。^[35] 边沁提倡法典编纂使他成为法典派的理论代表,也使他成为英国法律改革的倡导人。然而,他的呼吁并没有使英国成为一个以法典见长的国家。时至今日,英国依然是罕见的既无刑法典也无刑事诉讼法典的国家。^[36] 正是在这样的国家,刑法法典化的争论却由来已久。英国有过三次法典化尝试,^[37] 1989 年在第三次尝试的草案说明报告中,法律委员会详细比较了法典化的优劣。指出法典化可以平衡保护社会秩序与个人利益之间的矛盾,易为公众知晓,更为精准。虽然法典化有民意支持,学界赞成,但因立法工作量太大,且会引发新的问题如死刑反弹、监狱改革等,政客和法官群体均持反对意见,英国法典化最终未获成功。^[38]

尽管如此,自 20 世纪以来,制定法却数量大增,地位日益提高。在刑法领域尤其明显。国会颁布了大量的刑事立法,总则方面的不多,主要集中在分则方面,如 1956 年的《性侵犯法案》(*Sexual Offences Act, 1956*)。当然,现代英国判例法的影响依然深重,尽管刑法主要由制定法规定,只有在制定法没有规定的场合下才由普通法加以补充,但制定法仅是对普通法规则、罪名和刑罚内容进行的整理和修补,其所规定的犯罪被称为“混合犯罪”(即由制定法和判例法共同创制),而刑事司法仍然离不开法院的判例和法官的

[32] 转引自何勤华著:《西方法学史纲》(第三版),商务印书馆 2016 年版,第 331 页。

[33] 参见 S. H. Kadish, *Codifiers of Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, *Columbia Law Review*, 1978, p. 1098。

[34] 参见[英]边沁著:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆 1995 年版,编者导言,第 52-53 页。

[35] 参见吕世伦、谷春德编:《西方政治法律思想史》(增订本),西安交通大学、北京理工大学出版社 2016 年版,第 316 页。

[36] 当然,沙特阿拉伯也许是另一个样板。

[37] 第一次是当时的司法部长创设的制定法委员会(Statute Law Commissions 1833-1849)提交的刑法典草案,未获成功;第二次是由英国法律史学家斯蒂芬(James F. Stephen)爵士领衔起草的 1873 年刑法典草案,主张剥夺法官造法、创设罪名的权力,亦未成功;第三次尝试是 1968 年的法律委员会,于 1985 年公布了第一份报告,1989 年发布最终报告。参见 *A Criminal Code for England and Wales*, The Law Commission, London 1991, 2 vol: I, Report and Draft Criminal Code Bill; II, Commentary on Criminal Code Bill。

[38] 参见 *A Criminal Code for England and Wales*, The Law Commission, London 1991, 2 vol: I, Report and Draft Criminal Code Bill; II, Commentary on Criminal Code Bill。

解释。^[39]

因而,英国刑法的法源包括了两大部分:(1)制定法。一是欧洲共同体法的制定法部分,这些法律依据共同体法优先适用和直接适用的原则,不仅是英国法律的有效组成部分,且其效力在国会制定的法律之上;二是国会立法;三是委托立法,即国会将特定事项的立法权委托给政府部门或其他团体,由其制定法令、条例等。委托立法主要有枢密院令、政府法令、地方法规等。这些委托立法中的有关刑事规则和制度等成为刑法的法源。^[40](2)普通法。是最原始的法源,但在现代则处于补充法源地位。普通法作为法源主要体现在它规定了普通法上的犯罪,确立刑事责任的一般规则,如精神错乱和被胁迫可以作为辩护理由的规则,关于参与犯罪的一些规则等。普通法仍是刑事责任所有一般规则的渊源。另外,判例主义在英国仍然适用,要求重视司法判决和判例汇编。^[41]所有这些都决定了普通法仍然具有刑法法源的地位。

2. 受英国影响的国家刑法法源考察

虽然刑法法典化至今在英国仍未成功,却在英国原殖民地或英联邦国家修成了正果。总体上看,原英属殖民地国家如美国、加拿大、印度、以色列、澳大利亚和新西兰,继受并维持了普通法。然而与英国相比,判例在这些国家的权重要低,而法律特别是法典的影响更大。当然与大陆法系国家相比,其法典化贯彻的并不彻底,一方面是因为判例法在某些领域依然占主导地位,如美国的诉讼程序和证据,基本是由最高法院创设的一套高度精密的规则为主;另一方面,因为联邦制国体,各州或邦都有自己的法典,如澳大利亚四个州均有各自的刑法典。

(1) 美国刑法及其法源

美国法是在继受和改造英国法的基础上发展而来的。在17-18世纪的殖民地时期,各殖民地都有自己的法律,但比较简单。18世纪下半叶特别是美国独立战争后,尽管英国普通法在北美殖民地取得了支配地位,刑法法源以普通法为主。但同时,美国法也出现了独立化的倾向,主要表现在法典编纂的兴起。其刑法典于19世纪中叶诞生,在此之后,制定法的比重继续加重。其制定法分为联邦层面的和州层面的。20世纪以来,制定法进一步增加,法律的系统化明显加强。^[42]不过直到今天,法典化仍未真正渗透到美国社会。在美国所见的各种法典并非真正的法典,而是法律编纂。这种非典型的所谓法典包括三种类型:一是法院规则,主要规定程序,由法院或法官制定,但事先经过了议会的授权,事后得到了议会的批准;二是各州的法典,其实就是各州法律文本依时间或内容所做的汇编或修订,都是既有法律的集成。在刑事法领域,基本由判例构成;三是联邦法典。美国国会通过了所谓的美国法典(*United States Code*),其中第18卷题为“犯罪与刑事程序”,涵盖了刑事实体法和程序法的所有内容。

[39] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社2017年版,第132页。

[40] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社2017年版,第112-117页。

[41] 参见[英]鲁伯特·克罗斯、菲利普·琼斯著:《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社1991年版,第7-12页。

[42] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社2017年版,第140-145页。

美国真正意义上的法典化仅出现于受法国法影响的路易斯安那州,该州于 1942 年颁布了刑法典。第一编总则包括了定义、解释规则、犯罪构成要素、罪过、正犯与共犯,以及预谋、未遂、教唆等。与普通法不同的是,其第 7 条规定,刑事犯罪是由本法典或其他法律或本州宪法所规定的行为,由此彻底排除了法官造法的可能。此外,美国国会也曾进行过真正的法典化努力。从 1966 年 11 月美国国会建立“联邦刑法改革国家委员会”致力于刑法法典化开始,到 1978 年最后一个刑法典修订草案(法案)被否决,在国会、司法部等努力下,期间形成过若干个刑法修订草案,但终未获通过。^[43] 美国迄今也没有一部统一的联邦刑法典。另须补充说明的是,由美国法学会制定的《美国模范刑法典》(*Model Penal Code*),^[44] 虽类似“专家建议稿”,但学术价值和司法影响巨大。

美国刑法法源具有更明显的多样性,不仅有制定法和普通法,而且在制定法中又分为联邦立法和州立法两大部分。作为刑法法源的制定法概括说来主要有联邦宪法、联邦刑事立法、州的刑事立法以及行政机关制定的含有刑法规范的法律文件,如行政条例、城市法令、地方法规等。^[45] 具体来说,美国宪法中规定的犯罪种类包括:一是叛国罪。美国宪法规定的叛国罪及同叛国相关的犯罪属于联邦法院管辖,宪法将决定惩罚叛国罪的刑罚权赋予国会,同时,联邦刑法也可规定间谍、泄露政府机密等有关叛国的犯罪。二是与弹劾有关的犯罪。美国宪法第二条之四规定,“美国总统、副总统及合众国文官,受叛国罪、贿赂罪或其他重罪与轻罪的弹劾和定罪时,应受免职处分”。三是海盗和违反国际公约的犯罪。美国宪法第一条之八(10)规定,“国会有权规定和惩罚在公海上所犯的海盗和重罪以及违反国际公法的犯罪”。因此,国会有权通过制定法律或缔结国际条约将危害国际社会的行为作为犯罪予以惩罚。四是国际刑法。国际刑法在美国通过缔结国际条约和制定联邦法律的途径进入美国法律,成为美国刑法的法源。美国对于一些国际犯罪如劫持航空器和国际贩卖毒品罪等已通过制定联邦刑法或美国军事法律纳入国内犯罪,而种族灭绝、歧视和种族隔离等国际犯罪尚未被美国国内法律认可。美国将国际犯罪看作是在双边或多边条约中规定的要求缔约国引渡或提起控告的犯罪。如果控告,适用联邦法律。如果引渡,则以有引渡要求的双边条约为依据。就联邦刑法来说,其主要适用于任何州的联邦领土、联邦“飞地”^[46] 属于美国的水域和领空等范围,以及根据属人原则应当由美国管辖的案件等。如果一个案件联邦刑法和州刑法都有管辖权,则根据“联邦优先”原则由联邦法院管辖。美国州层面的刑事立法也是美国刑法的主要法源,其效力范围基本上采取属地原则,即只要犯罪行为或行为的结果有一项发生在州内,就由该州管辖。另外,也有的州采取保护原则,即外州公民在外州实行的犯罪侵害了本州的利益,该州可以对此行使管辖权,但保护原则仅限于保护国家利益。^[47] 除上述刑法法源外,行政

[43] 参见欧阳涛等著:《英美刑法刑事诉讼法概论》,中国社会科学出版社 1984 年版,第 17-18 页。

[44] 参见储槐植、江溯著:《美国刑法》(第 4 版),北京大学出版社 2012 年版,第 13 页。美国《模范刑法典》的完整条文由 1962 年 5 月 24 日在华盛顿召开的美国法学会年会通过。又参见美国法学会编:《美国模范刑法典及其评注》,刘仁文等译,法律出版社 2005 年版。

[45] 参见林榕年、叶秋华著:《外国法制史》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 140-161 页。

[46] 即位于一个州内但不属州管辖的地方,如军港等。

[47] 转引自储槐植、江溯著:《美国刑法》(第 4 版),北京大学出版社 2012 年版,第 10 页。

条例和地方法规也为刑法法源,这是因为美国刑法中的有些犯罪定义是由联邦政府、州政府、地方当局制定的条例和法规中规定的。总之,美国刑法的法源亦是相当复杂。

(2) 其他英联邦国家刑法法源

除美国外,受英国影响的其他前英属殖民地国家都有刑法典。加拿大属普通法系,同样拥有法院规则(又称实践规则)这种特殊形式。加拿大刑事法典第482条允许所有高等法院、上诉法院在多数法官同意的情况下制定程序规则。前提一是必须不违背法律,二是须在加拿大政府公报上公开。加拿大刑法法典化别具一格。1867年加拿大联邦成立之前,各省都有刑法典和普通法。19世纪末,为了巩固和加强民族国家建设,需要一部统一的法典。1892年议会颁行了刑法典,加拿大由此成为制定刑法典的普通法国家之一。其刑法典的独特之处在于既有实体法又有程序法。该法典共有28篇。第一篇除少数几个程序问题外,主要是刑法总则内容;第2-13篇是刑法分则;第14-22篇规定程序;第23篇规定刑罚;第24篇规定严重犯罪;第25-28篇关于特别程序。该法典受到来自法官的激烈批评,他们认为这一法典不过是普通法的汇编或集成,欠缺诸如犯意(*mens rea*)和辩护等重要内容。因此,加拿大刑事法典也做了多次适时修改,比如,1968年同性恋行为的非罪化,以及堕胎、避孕和赌博的合法化,1993年司法部法典化委员会发布了刑法总则法典化基本原则;2001年将资助恐怖主义行为入罪化。

除美国和加拿大之外,其他前英属殖民地和英联邦国家也步入了法典化进程。1839年英国历史学家托马斯·B. 麦考莱(Thomas B. Macaulay)为印度起草了刑法典,尽管遭到反对,但其逝后,1860年这部草案还是成为了印度刑法典。这一法典完全不同于英美法系的集成或汇编,而更多地受到了法国刑法典和美国1826年路易斯安娜州刑法典草案的影响,并被印度沿用至今。1871年,牙买加邀请英国人赖特(R. S. Wright)为其起草刑法典,虽然未在牙买加成功,却在洪都拉斯、多巴哥和圣露西亚获得通过。新西兰的刑法典则归功于英国法律史学家詹姆斯·F. 斯蒂芬(James F. Stephen),其起草的刑法典1961年在新西兰获得通过。新西兰的刑法典其实也是系列法律的汇编,包括1961年《犯罪法》、1975年《滥用毒品法》、2007年《犯罪法修正案》。其他立法中还包含有一些特殊犯罪,比如,1981年《轻罪法》对轻微犯罪的规定。2013年新西兰刑事诉讼法生效。该法除规定刑事诉讼程序以外,还对犯罪做了重新分类或分层:第一类是处以罚金的微罪,诸如未给予孩子合理的监管和照顾。第二类是处以社区矫正或两年以下监禁刑的轻罪,诸如毁坏财物、公然殴打他人等。这两类犯罪都由地方法院负责,法官独任审理。第三类是处两年以上监禁刑的重罪案件(除第四类外),诸如盗窃案件,通常由地方法院审理。针对某些较为严重的犯罪(诸如绑架、性侵害儿童),检方或辩护方可以提请高等法院审理。第四类是最为严重的犯罪,诸如谋杀、杀人、叛国、恐怖主义、劫机、核武器犯罪等,由高等法院通过陪审团审理。^[48]

[48] 参见“*Offence Categories and Types of Trial*”, New Zealand Ministry of Justice, Retrieved 9 September 2015, <https://www.justice.govt.nz/about/lawyers-and-service-providers/criminal-procedure-act/offence-categories-and-types-of-trials/>, 最近访问时间[2018-11-15]。

三 刑法法源发展特点及变化趋势

(一) 发展特点和基本结论

从前文对两大法系刑法法源发展变化的基本考察,可以看出其演化的一些特点。

第一,在刑法形成初期,刑法法源主要是不成文的习惯法,更接近于“无形法”,刑法规范的形式层面要求不高,相对随意。无论是大陆法系国家还是英美法系国家,其刑法最初都是不成文的,这符合罪刑擅断的功能要求,此时的刑法主要是当权者的镇压工具。

第二,刑法法源在刑法发展过程中,成文的制定法逐渐取得统治地位。刑法规范形式层面的要求不断提高,体系化或法典化成为主流。这既顺应了民族国家建设的需要,是人类文明发展的必然要求,也是法治发展的趋势,是罪刑法定原则的当然要求。

第三,刑法法源在近现代主要是刑法典和其他制定法。大陆法系或成文法国家以刑法典为主,但也不排除其他形式的法源,如单行刑法和附属刑法。没有刑法典的国家毕竟是少数。刑法典也在很多英美法系国家获得重视,即便最传统的普通法国家英国,其实也在进行着法典化的长期努力。行政机关的某些法规若有犯罪和刑罚规定的,无论是大陆法系还是英美法系国家,其刑法法源的地位均得到了承认。这说明,至少在刑法法源上,两大法系差距虽然存在,但日渐交融,相互趋近,英美法系不断制定成文法,而大陆法系则越来越重视判例的作用。

第四,统分结合。德国和日本等国的刑法典大多是关于普通刑事犯罪的刑法典。与其说是法典,倒不如说是刑法规范的运行通则。很多具体、例外的规定在单行刑法、特别刑法(如军事刑法)或者附属刑法规范中大量存在。而英美法系刑法法源的散在性仍然比较突出。

第五,随着国家间联系的密切和打击国际犯罪的需要,国际条约在很多国家逐渐取得刑法法源的地位。这种国际化或全球化的趋势是刑法及其法源在现代发展中呈现的新动向。而战后国际刑事审判更直接催生了国际刑法及其法源。如 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》、1998 年《国际刑事法院罗马规约》等均是专门规定国际刑法规范的条约。又如 1961 年《维也纳外交关系公约》、1982 年《联合国海洋法公约》则是包含国际刑法规范的条约。^[49]

第六,刑法法源的效力等级顺序一般为宪法、国际条约或协定、特别刑法、刑法典或刑事立法、行政性法规中的刑事规定、判例法、习惯法等。

从无形到有形,从分散到集中,从不成文法到成文法,从制定法到法典化,从相对简单到日趋复杂,从国内到国际甚至全球,刑法法源成为复杂体系,由此促进了刑法规范体系的发达。“法律之所以可能达成现代意义上的那种特殊专门的、法学上的提升纯化,唯其因为其具有形式的性格。”^[50]

[49] 参见马呈元著:《国际刑法论》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 41 页。

[50] [德] 马克斯·韦伯著:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2005 年版,第 28 页。

要科学认识刑法法源,就需要借助体系化分析,套用十字架结构或一体化思路、立体刑法的设想,更需要基于时代要求对其功能、结构和要素进行深入剖析。由此获得的主要结论是:(1)若刑法的功能只是惩罚犯罪,则“无形法”甚至没有法会更好,更加神秘莫测,更加便利,也更加有效。刑法只是社会控制的一种方式,它的适用,必然会导致对当事人的自由、尊严和财产的重大侵犯和由此而导致的其他不利后果,因此,它必须在最大可能限制的范围内使用。^[51] 没有了法律形式上的约束,便可为所欲为。故刑法、法典化的功能首要在于约束或限制国家的权力,“法典是人民自由的圣经”。^[52] 由此才能更好地理解古典学派之所以如此推崇罪刑法定,既是为了将反映资产阶级意志的革命成果变成法律,对抗封建刑法的专断,也是为了限制法官的自由裁量。(2)若要更好地限制国家权力同时有效保障人权,刑法必须宪法化,至少将刑法基本原则上升到宪法层面,以限制国家恣意,同时抗衡行政权、司法权等其他国家权力。(3)若刑法不仅要惩罚犯罪、保障人权,还要承担预防犯罪、改良社会或治理社会的功能,则刑法又必须刑事政策化、一体化或立体化,以便将保安处分、行政刑法等容纳进来。也因此要突破单一刑法典的体例,扩容成为刑法体系或刑事类。^[53] 要实现行刑衔接,就离不开附属刑法。要实现科学精细的犯罪治理,又必须依赖刑法的专门化!

(二) 总体变化趋势

比较研究发现,当今社会刑法所承担的诸多功能已远超古典刑法,因此如今的刑法法源或规范体系必定是复杂体系,或者必定要经历复杂化的过程。这个过程可以概括为:一是向上提升,谓之刑法宪法化;二是向外扩张,谓之刑法国际化;三是向下延伸,推出附属刑法,主要与行政刑法衔接;四是左右协调,推出部门刑法,如网络刑法、环境刑法、金融刑法;五是内部精细化。限于篇幅,以下主要探讨刑法的宪法化和法典化。

1. 刑法宪法化

普拉戴尔所谓的超法源,也即高于一般法律的刑法表现形式,也就是刑法的宪法化。刑法宪法化是指,把有关犯罪与刑罚的刑法规范写入宪法,以彰显刑法的保障功能。其实质是要转变刑法观念,确认刑法保障人权、规制国家刑权力(包括制刑权、求刑权及量刑权)的功能。^[54] 宪法赋予公民基本权利,而刑法通过刑罚又会限制或剥夺公民权利。这一形式上的矛盾(它们都具有权利保护的功能,因而二者内在是统一的)使得人们意识到要确保公民享有基本权利,就必须把刑法的重要规范、基本原则纳入宪法,以规制刑罚权。这一思想贯穿于宪法萌芽、产生及发展的全过程。就全球范围看,目前除英国和新西兰没有宪法以外,其他国家均有成文宪法,且宪法中均有涉及刑事法原则和规范的内容。

刑法宪法化,首先是将刑法的基本原则宪法化,进而使之成为刑法中的宪法性原则。反言之,宪法中包含有很多刑事法原则,且效力等级最高。这些原则又分两类。第一类是宪法中明文规定的原则。分两部分:第一部分是涉及所有部门法的。如1947年

[51] 转引自李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第11-12页。

[52] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第176页。

[53] 参见[法]米海依尔·戴尔马斯-马蒂著:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第18页。

[54] 参见卢建平:《刑法宪法化简论》,《云南大学学报》2005年第4期,第6-9页。

意大利宪法第 2 条(共和国确认并保障每个人不可侵犯的权利)、1946 年日本宪法第 2 条(所有公民在法律面前一律平等)。第二部分仅涉及刑事法的原则,如无罪推定、罪刑法定、刑法不溯及既往、一事不再理、排除死刑等。1978 年的西班牙宪法内容丰富,日本 1946 年宪法更胜一筹,而 1994 年南非宪法和 1988 年巴西宪法堪称典范。^[55] 这些宪法性原则也有规定在宪法以外文本中的,例如法国的宪法板块(包括 1789 年人权和公民权宣言、1946 年宪法序言和 1958 年宪法),美国的权利法案,以及加拿大 1982 年权利与自由宪章。第二类是从宪法规定中推导出来的原则,也即基于宪法法官的能动性和宪法法院(委员会)的造法功能而衍生出的原则。以法国为例,从宪法板块演绎或推导出以下原则,如从罪刑法定原则引申出“立法者必须以明确、确定并能排除擅断的词汇界定犯罪的义务”。从刑罚必须严格且明显必要原则引申出“法律所规定的刑罚不得带有明显与犯罪严重性不成比例的规则”。这一规则不仅适用于刑事法院,而且适用于其他非司法性的机构。从司法机关是个人自由守护神的原则引申出“无司法官允许,税务官员不得进行搜查”。美国最高法院在宪法修正案的解释方面的作用更为明显,创设了不少实体法和程序法规则。

刑法宪法化非常重视近代以来各种刑法学说关于刑罚的先进思想,强调刑罚的正当性、人道性,重视刑罚目的(教育、改造犯罪人),提倡刑罚个别化。这些思想在现代宪法中都得到了确认。例如,在刑罚目的上确认了教育刑思想,意大利宪法第 27 条“刑罚不得含有违反人道之处分,而应以受刑人之再教育为目的”,巴拿马宪法第 28 条也有所体现。又如,巴西宪法(1946)第 141 条突出了刑罚个别化问题。再如,刑罚人道、宽和、轻缓的思想在宪法中的确认,主要有以下三个方面的内容。一是废除死刑或严格适用死刑,德国宪法第 102 条、俄罗斯宪法第 20 条都有体现。二是废止无期徒刑、流刑等,可见于葡萄牙宪法第 30 条“不得制定终身剥夺或限制自由的刑罚与无期限或不定期的治安措施”,巴西宪法第 141 条也有规定。三是严格禁止酷刑、非人道的刑罚及有损人格尊严的刑罚。葡萄牙宪法第 25 条规定:“不得对任何人施行拷打或残忍的、污辱性的或非人道的待遇或刑罚。”

刑法宪法化的另一个重要内容是刑法的国际化,主要表现在联合国通过的《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》及《欧洲人权公约》。这几个公约对刑罚人道、被告人刑事诉讼权利、罪刑法定、严格死刑适用、刑事管辖权作了规定。总的来说,现代刑法的宪法化是一种普遍现象和趋势。有关研究表明:在被调查的 155 个国家宪法中,53.5% 的国家宪法有“禁止酷刑,或残忍的、非人道的或屈辱性的刑罚的规定”;88% 的国家宪法有刑事被告人诉讼权利和刑法基本原则的规定(包括无罪推定、法不溯及既往、一事不再理等)。^[56] 已故国际刑法学家巴西奥尼对 139 个国家宪法进行了研究,得到类似的结论:65 个国家的宪法规

[55] 参见 Pradel, *Droit pénal comparé*, 2 édition, Dalloz, 2002, p. 55。

[56] 参见[荷]亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐著:《成文宪法的比较研究》,陈云生译,华夏出版社 1987 年版,第 142-144 页。

定了生命权,13个国家的宪法规定了公民人身不受侵犯的权利,有81个国家宪法规定公民不受酷刑、非人道或有辱人格的刑罚,48个国家宪法规定不得被强迫自证其罪,67个国家宪法规定了无罪推定,38个国家宪法规定了公平、公正的审判程序。^[57]

刑法宪法化的模式是指一个国家在把犯罪与刑罚的内容写入宪法时,如何处理宪法和刑法关系的方式。换言之,在把某些犯罪与刑罚的内容写入宪法后,有无必要在刑法中重申这些内容。考察国外立法,主要有单一式和混合式两种模式。单一式是指在宪法中规定某些犯罪与刑罚的内容后,刑法对这部分内容不再另行规定。采用这一模式最为典型的国家是日本。日本在其1946年宪法中规定了罪刑法定、一事不再理等内容,在其刑法中对这些内容没有再作规定。混合式是指根据犯罪与刑罚的不同性质,对一些犯罪与刑罚的内容只规定于宪法中,而对另一些内容在宪法和刑法中同时作出规定。世界上多数国家采用的是这种模式,如意大利、法国等。意大利宪法中规定的刑事实体法内容有罪责自负、罪刑法定、死刑限制适用、刑罚人道等内容,在刑法中重申了罪刑法定和刑罚人道主义。法国的情况也大致如此,在其宪法中,关于刑法方面的规定有罪刑法定、刑法谦抑性、无罪推定等内容,在刑法中又重申了罪刑法定。把刑法的基本原则和重要内容写入宪法,不仅是现代世界大多数国家的通行做法,而且从刑法和宪法的关系发展历程来看,也是一种趋势。不仅有越来越多的国家会把刑法的内容写入宪法,而且写入宪法的刑法内容还有可能增多。这种趋势表明,宪定刑法原则的效力最高,这不仅仅从形式上宣示刑法的某些内容在法的位阶上的提高,还表明宪法作为最高法,其他法包括刑法必须符合宪法,需要接受合宪性审查。这对刑法实施的意义是巨大的,能够有效制约立法权、司法权,突出人权保护!

刑法宪法化在我国是相对较新的话题,刑法宪法化的实际程度也较低,因为,宪法根本法的地位常常被忽视,宪法只被当作一种政治宣示。宪法是高悬在天空上的法,宪法实施与宪法监督长期虚置,宪法规制国家权力的功能并没有得到发挥,所以宪法中是否规定刑法的内容便是一件无关紧要的事情。另外,刑事立法毋须受制约,立法中的任意性较为突出。为此,必须端正对宪法的态度,依法治国首先是依宪治国,依法执政首先是依宪执政,要把宪法作为国家的根本法,作为一种“规范”的法,而不是仅把宪法作为一部“政治”法。把宪法作为规范的法,树立宪法的核心地位,强化宪法实施与宪法监督,建立违宪审查机制,才能保证宪法规范国家权力和权利保护的功能得以实现。鉴于刑法关涉国家根本政治制度、社会经济制度和公民权利,宪法实施应自刑法始,宪法监督也应自刑法始,因此应该高度重视刑法宪法化。为了更好地实现宪法规制国家权力和权利保护的功能,借鉴国外的做法,当务之急是要把罪刑法定写入宪法。这是因为罪刑法定是刑法基本精神的体现,是现代刑法的灵魂,而宪法是规定公民基本权利的法律规范。罪刑法定原则通过界定罪与非罪,对防止随意入罪起着重要的屏障作用,攸关公民的基本权利。再则把罪刑法定写入宪法也是当今世界的一种普遍趋势。

[57] 参见 Cherrif Bassiouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol 3, no 2, 1993, p. 235.

2. 刑法法典化

中国的法治建设进入新时期,刑法亦然。从 1979 年刑法到 1997 年刑法大修的 18 年,是中国刑法体系的初创阶段,而 1997 年刑法至今的 20 余年是刑法体系基本确立到逐步完备的阶段。面对当今社会的各种机遇和挑战,我国刑法改革发展的大方向在哪里?仅就刑事立法而论,刑法法典化、多层次立法、三层次立法、激活单行刑法、附属刑法等讨论不绝于耳。

关于刑法立法模式,中国刑法理论上形成三种不同的观点:第一种观点认为,集中性、统一性的刑事立法模式并不现实,应由刑法典、单行刑法、附属刑法、轻犯罪法分别规定不同性质的犯罪。^[58] 第二种观点认为,中国应采取以刑法典为主,以特别刑法为辅的立法模式。^[59] 第三种观点认为,刑法修正案是中国刑法修正的唯一模式。^[60] 第三种观点近年成为主流观点。这种观点指出,刑法法典化更契合中国社会发展的需要,具有更显著的价值,应当成为中国刑法立法坚定不移的发展方向。“中国既要借鉴国外,特别是与中国法律传统相近的大陆法系国家立法的成功经验,走刑法法典化的道路;又要结合中国自身的文化传统和法律需求,立足于法典的价值,逐步推进刑法的法典化。”该观点还强调了刑法法典化的法律文化价值、比较法价值、社会价值,现代法治价值与规范价值。^[61] 法典化中又有单一法典化^[62]和全面法典化之说。单一法典化即以刑法典为刑法唯一渊源,刑法修正为唯一修法模式。而全面法典化则主张在两个方面实现对大陆法系和英美法系刑法法典化的突破。一方面在大陆法系国家刑法法典化的基础上再进一步,追求所有刑法规范的全面法典化;另一方面在刑法适用层面适当接纳英美法系国家的判例法。^[63] 对此,很多学者表达了不同见解,有论者认为,我国刑法立法多次采用刑法修正案对刑法典进行完善,基本上放弃了单行刑法和附属刑法,步入了单一法典化的道路。法典化建立在唯理主义的理论范式之上,但是这种理论范式的科学思维存在诸多问题,它扭曲了刑法立法和司法的互动关系。在立法上不仅造成了刑法内在和外任体系的阻隔和破坏,而且选择单一的立法技术也容易出现问題。根据现代哲学观念的要求,多样化应当成为未来刑法立法模式的选择,它要求以刑法典为中心,协调发展单行刑法和附属刑法。^[64]

本文赞同多样化的立法思路,而对单一或全面法典化存有疑问。中国传统法律文化中历来就有所谓的“法典情结”,从远古的吕刑、法经、刑鼎,到秦汉隋唐宋元明清历朝历代几十部以刑为主的成文法典,再到清末“变法修律”引入大陆法系的成文刑法典,如此“东西合璧”之后的法典化传统几乎牢不可破。1949 年之后对于旧法统的彻底废除,也没

[58] 参见张明楷:《刑事立法的发展方向》,《中国法学》2006 年第 4 期。

[59] 参见孙力、付强:《对我国刑事立法模式的反思与重构》,载戴玉忠、刘明祥主编:《和谐社会语境下刑法机制的协调》,中国检察出版社 2008 年版,第 34 页以下。

[60] 参见杨辉忠:《我国刑法修正案实践与思考》,载戴玉忠、刘明祥主编:《和谐社会语境下刑法机制的协调》,中国检察出版社 2008 年版,第 68 页以下。

[61] 参见赵秉志:《当代中国刑法法典化研究》,《法学研究》2014 年第 6 期。

[62] 参见刘之雄:《单一法典化的刑法立法模式反思》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2009 年第 1 期,第 110 页。

[63] 参见赵秉志:《当代中国刑法法典化研究》,《法学研究》2014 年第 6 期。

[64] 参见童德华:《当代中国刑法法典化批判》,《法学评论》2017 年第 4 期,第 78 - 87 页。

有动摇成文法典这一基石。1979年刑法和刑事诉讼法的颁布标志着中国重走法典化之路。但彼时的刑法规模偏小,仍显粗疏,难以称“典”。随后又立即陷入单行刑法(24个)和附属刑法(107个)^[65]的重围,刑法法源分散、凌乱。1997年刑法修订的目的是“要制定一部统一的、比较完备的刑法典”。^[66]由此使刑法同仁们对“统一、完备的刑法典”充满遐想甚至幻想。然而,事物的发展总是不以人的意志为转移的。期望刑法典一统江湖、垂范久远的愿望很快落空。

1997刑法这部真正意义上的统一刑法典,于1997年正式生效一年之后,全国人大常委会就于1998年12月29日通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》这一单行刑法,“刑法统一”的梦想被打破,也自然招致很多批评。自1999年通过《刑法修正案》对刑法典进行修改,至今已有十个修正案。因为刑法修正案不动刑法的结构,只是修改其部分条文,好比中药柜台与抽屉,修正案只修抽屉不动柜台,被喻为“抽屉式修法”,兼具及时性、灵活性和完整性、稳定性,因而成为刑法修正的首选。尽管如此,修正案方式修法并不完全,仍有立法解释,甚或单行法、决定等予以补充,修正案修法的弊端日渐呈现,除了修正过于频繁遭诟病外,^[67]修正案自身的局限也难以满足全部的修法需要。表现在:一是适宜分则而不适宜总则。总则好比建筑的基础、框架结构或承重墙,分则好比非承重部分或房间的内部装饰;二是适宜于犯罪化,而不适于非犯罪化(容易造成类似刑法第199条的“天窗”);三是难以适应刑事政策化的需求,无法增加保安处分等非刑罚措施(在总则第三章第一节刑罚种类里规定“非刑罚措施”终究不合逻辑);四是难以体现行刑衔接,反映刑法专门化要求。

1997年刑法虽被称为“新刑法典”,但其顶层设计、内容完备性、结构合理性、体系科学性、内外协同性等方面均难称“完美”。当然,彼时仍在严打年代(虽有所纠正,但妥协居多,重刑依赖思想、重刑结构未变),改革未及深入,法治初提(首次出现在党的十五大报告中),人权未入宪,犯罪国际化、网络化初现端倪,国家治理体系与治理能力现代化的改革目标尚未形成。因此,对于1997年刑法典的修正仍在进行时。就目前刑法改革的需求而言,虽分则犯罪化为主的势头不改,但已经向总则转进(自《刑法修正案(八)》始),需要在总则层面确认新思想、新理念(法治国家、犯罪治理、宽严相济、人权保护等思想),保护新法益或新权利(如数据、信息、隐私、网络安全等),增加新制裁(刑罚轻刑化,如削减死刑罪名,限制、控制死刑适用,改变重刑结构,增加轻刑、非监禁刑或社区刑),增加非刑罚措施(如禁止令、职业禁止),增加刑罚执行(如社区矫正)。这些均难以用修正案的方式加以妥善解决,而且刑法修正的实践也引发了有关立法权的民主性、科学性的讨论。因此,应该走以法典化为主、多元化立法的路子。

从比较研究的视角,运用系统研究的方法会发现,1997年刑法仍在努力践行古典刑法的主张,这从其努力确认罪刑法定、试图包罗一切罪刑规范可见。1979年刑法虽然也

[65] 参见高铭喧著:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,前言第3页。

[66] 参见王汉斌:《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明——1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上》,《人大工作通讯》1997年第21期,第38页。

[67] 参见于志刚:《刑法修正何时休》,《法学》2011年第4期。

可称为里程碑,这主要是基于其“第一”的位次,实质而论,1979 年刑法及其后续补充根本没有约束住国家的刑罚权,类似类推、加重处罚均严重突破了罪刑法定,从而片面强化了国家刑罚权,强化了刑法惩罚法的特征。1997 年刑法之后的刑法修正之初仍旧依循着古典刑法的路径,恪守罪刑法定,试图竭力修补刑法法网的漏洞,但宽严相济刑事政策推行之后,刑法的功能发生了很大变化。不仅要惩罚犯罪,还要保障人权。不仅要惩治已然之罪,还要预防未然之罪,甚至要教育广大公众,实现社会治理。由此须突破“刑法典”的形式束缚,突破小刑法体系而追求大刑法体系!而对刑法实施社会效果、犯罪治理实效的追求,也会突破刑法典甚至制定法的束缚,要求统筹法典、制定法(单行法)、法律解释、刑事政策、指导意见、判例、会议纪要,甚至习惯(如赔命价)、学说等一切对刑事立法、司法、执法或遵法守法有助益的正式或非正式渊源。

法典承载梦想,“法典是制度文明的显赫篇章”。^[68]“法典为政治权力的使用者确立了一套明确的规则,因而就增强了权力使用的效率与权威性,减小了其使用的风险。”^[69]法典是法治文明的典范和标杆。统一的刑法典能解决刑法分散所带来的不严密,填补刑法规范空白,使刑法“疏而不漏”,充分发挥刑法的威力。既可以最大限度地减少刑法规范之间的重复与冲突,也有助于推动刑法内容的完善和结构的协调。^[70]但世上无完美的法典,对待法典,仍需秉持科学辩证的立场。法典化所赖以立足的唯理性主义有先天的缺陷。法典无法包揽一切,无法解决所有的犯罪问题,故法典不能单一化,更不能彻底剥夺法官的裁量权。法典化没有一个统一的模式,刑法体系也不能千篇一律,而应各有特色。要追求科学的实用性、解释的有效性,以及理论与实践的适合度。^[71]要以问题为导向,以单行刑法解决刑法发展中的时效性和专门性问题(如军事犯罪、恐怖主义犯罪、网络犯罪、未成年人犯罪或者国际犯罪等)。以附属刑法有效缓解刑法与行政法的衔接性问题,以此维系刑法典体系的基本稳定。面向未来,面向刑法承载的新功能,要科学设计刑法的体系结构,配置非刑罚资源,以及相应的制约机制。以法典为主,兼具其他形式,并以法治、人权为神,使之形散而神不散,以宪法制约、程序制约来保“神合”,这比起形合而神散(貌合神离),更加符合恩格斯关于法的内外和谐一致性的要求,^[72]也更加贴近马克思关于法律从“有刑法”成为“真正的、实际的法律”的期待。^[73]

四 结束语

狭义刑法观将刑法渊源等同于刑法典,而单一刑法法典化或全面法典化则在发展的

[68] 封丽霞著:《法典编纂论》,清华大学出版社 2002 年版,第 230 页。

[69] 严存生:《对法典和法典化的几点哲理思考》,《北方法学》2008 年第 1 期,第 6 页。

[70] 参见李五臻:《刑法法典化的重大意义》,《政法论坛(中国政法大学学报)》1997 年第 3 期,第 9 页。

[71] 参见张之沧:《对科学研究中的经验主义批判》,《求是学刊》2002 年第 4 期。

[72] “法必须是不因内在矛盾而自相抵触的一种内部和谐一致的表现。”《马克思恩格斯选集》(第 4 卷),人民出版社 1995 年版,第 702 页。

[73] “法律只是在自由的无意识的自然规律变成有意识的国家规律时,才成为真正的法律。哪里法律成为实际的法律,即成为自由的存在,哪里法律就成为人的实际的自由存在。”《马克思恩格斯全集》(第 1 卷),人民出版社 1995 年版,第 176 页。

维度固化了狭义刑法观。这不符合历史,得不到比较研究的支持,更不符合当今中国的现实,因而需要商讨。历史地看,法典被赋予了太多的符号意义,从中国古代的家国天下、皇权至上到欧洲中世纪的反封建、唯理性、促进民族国家形成、培育民族精神,甚至文化象征或文化输出等。但不容辩驳的是,从古至今,从西方到东方,法典始终只是治国的一种手段。现实地看,虽然法典堪称人类理性的最高代表,法典化取得了巨大成就,但法典化并不必然代表法治化。法典化代表着理想化,也代表着形式化,不要以为法典一成,法治就实现了。就静态的法(包括刑法)的载体而言,从无形到有形,从图画、文字到石柱、铜鼎、竹简、经书到法典再到现代的数字存储,无论何种形式,其所包含的内容总是有限的,不可能包罗殆尽。从动态的法的演化来看,法的规范分分合合,合合分分,分有其时,合有其是,因时因事而异,不会一成不变。而就法的实施而论,成文法或法典的原则性、一般性总是和判例的个别性、特殊性交织在一起,原本分野清晰的大陆法系与英美法系因为相互借鉴而日益趋近。我国四十年法制(治)重建的历史经验也表明,再完备的法律规范体系,若没有刑事政策、司法解释、判例、法官释法,以及背后的个人经验、知识积累、道德情感乃至刑法学说等各类渊源的辅佐,必定是一纸空文!基于此,本文不赞成刑法单一法典化或全面法典化的立场。当然,本文也无意否定法典化在当今中国刑事立法中的主流或主干地位。而有主流必有支流,有主干必有枝杈,如此构成刑法法源的体系化或立体化。

[Abstract] From invisible law to visible law, from decentralized law to centralized law, from un-written law to written law, from statutory law to codified law, from relatively simple law to increasingly complex law, and from domestic law to international, even global law, the source of criminal law has developed into a complex system—this is the basic conclusion on the strength of the historical and global investigation. Faced all kinds of opportunities and challenges, it is imperative for China to reform its criminal law. The 18 years from the adoption of the 1979 Criminal Law to the major revision of the Criminal Law in 1997 was the stage of initial development of the Chinese criminal law system and the 20 years since 1997 has been a stage of gradual perfection of the system. As far as criminal legislation is concerned, there have been endless discussions on codification, two-level legislation, and three-level legislation in China. A comparative study on the source and normative system of criminal law in light of China's domestic needs and from global and historical perspectives might indicate the possible approach to the future criminal law legislation, namely establishing the thinking of pluralistic legislation, adhering to the dominant position of codification, improving the mode of amendment, and activating such necessary supplements as separate criminal law and attached criminal law.

(责任编辑:王雪梅)