

导 论

—

走法治之路，是当代中国的发展趋势，九届全国人大二次会议对《宪法》的修改，将依法治国，建设社会主义法治国家确立为宪法的基本原则，这一治国方略同时也已经获得民众的广泛认同。在这种大趋势面前，如何认识刑事法治的基本走向并对一些基本问题作出评价，已经成为我们必须直面的一个现实问题。因为，我们的刑事法律在不断完善的过程中，人们常常有一些困惑：在推行法治的过程中为什么无法完全排除人的因素？为什么我们在倡导法治的同时还避免不了规则对人的依赖？为什么刑事立法在不断完善的同时，我们发现，对刑法及其适用的不满也与日俱增？刑事立法在不断地克服刑法可操作性弊端的同时，我们发现，刑法似乎越来越不好操作？追求明确具体的刑法规则，为什么越来越缺乏可预测性和确定性？等等。这些问题促使我们返回到刑法中的一些基本问题，重新审视刑法规则与人的关系问题。

历史的经验告诉我们，法治是以克制人性的弱点为出发点的，主张用法律规则统治社会生活。曾经盛行于 19 世纪西方的概念法学将这种法制观念推向极致，特别是在法典编纂者眼中，立法者充满理性，他们对于立法所要解决的问题不仅具有科学圆满的认识，而且基于语言的确定的性和形式逻辑的完备

性，法律规则本身可以做到完美无缺、逻辑自足，可以与具体的个案事实形成简单的一一对应关系，在法律适用的过程中，人的作用是微不足道的，或者说，概念法学家们的意图正在于法律适用中将人为因素绝对排除出去。但历史和现实经验同样证明了这样一个事实，在法律活动中，绝对不存在纯粹的规则统治，人的行为必然要参与到法治过程之中，无论是法律的创制还是法律在现实生活中的付诸实施，都离不开人的活动，尤其是在法律实施的过程中，徒法不足以自行。现代社会通行的观点是，在追求和实现法治的过程中，必须在法律规则与人为裁量之间达成一种平衡状态，也就是说，应当在规则因素和人的因素之间形成一种合理的张力，而实现这一目标的基本途径便是法律解释。正如当代德国哲学解释学大师伽达默尔所主张的，人类道德和法律生活绝对不是普遍规则逻辑化、机械化地在个别事物中适用这么简单整齐的一回事，“一般”与“特殊”之间存在着不可跨越的鸿沟，当法律规范在具体化的适用过程中，适用者（诠释者）正在扮演一个角色，跨越着一般与具体之间的深沟，补充着一般原理的先天不足性。

在我国不断健全和完善刑事法治的过程中，如何处理好规则（立法）与人（司法裁量）的关系问题，已经成为一个不可回避的现实问题。受传统思维模式的影响，我们在讨论法治与人治的关系问题时，经常出现走极端的认识误区，要么面对人治的现象而鄙视法治和规则，要么一谈法治就排除人的因素，希望在法治的环境中不切实际地排除人为因素的参与。目前，在我们推行法治的大环境下，对规则的过度迷信和依赖，已经走向了事物的反面，法条崇拜之风盛行，在法条万能的思维模式之下，法律的实践被冷落了，法律的公正性成为一种法条的公正性，事实上，这并非法治。界定刑事法治的科学内涵，以期对我国的法制建设有所裨益，需要我们在刑法规则与人为裁

量这一对基本矛盾的问题上获得新的认识。

在刑法领域，刑事法治的完备不仅指完善刑事立法，再完备的刑法规则都要在实践中去执行，执法者对刑法的解释是刑事法治的题内应有之义。但是，从实际情况来看，我们在强调完善刑法，对刑法典进行修订的同时，却疏于对刑法解释问题的关注。刑法解释是刑法规则得以具体实施的基本途径，这是就一般意义而言的。但我国目前刑法理论及实务界所理解的刑法解释，却并不是法官适用刑法意义上的解释，专指最高人民法院和最高人民检察院行使司法解释权而进行的法律解释，这种解释的旨趣在于使刑法规则细则化，但并不能代替法官适用刑法时的解释，不仅如此，将刑法解释定位为“两高”的司法解释，从另一个侧面反映了一种观念和认识，就是排斥或者意图抹杀法官的解释，使法官对刑法进行解释的必要性与重要性被遮挡而不显，法官适用刑法、解释刑法难以形成良性的运作机制。目前我们这种对于刑法解释的认识，直接导致的后果是对刑法立法期望值过高，期望立法过程中解决刑法适用的问题，假如立法解决不了，至多也应当“宽限”在“两高”司法解释中解决所有刑法适用时可能出现的问题，到法官适用刑法阶段，法官的角色与功能就像一台“自动售货机”：投入法条和事实，输出法律判决，正如拿破仑所确信的那样，法律可以变成简单的几何公式，任何一个能识字并能将两个思想连接在一起的人，都能作出法律上的裁决。这种观念和认识及其实践模式，忽视了刑法是一门实践科学，在实践中求得刑法功能和目标的最佳实现是刑事法治发展的必然要求。基于以上观念，笔者认为，当前，我国刑事法治发展中存在的突出问题就是，过度迷恋刑法规则以及欠缺刑法解释机制，这二者互为因果，互相依赖，导致刑法机制不顺，症结难解，使刑法功能的最佳发挥大打折扣。因此，有必要清理我们在刑法观念和制度上的

一些基本认识，特别是关于刑法规则与人为裁量之间的关系问题，使刑法立法与司法有一个恰当的定位，各就其位，各得其所。

现阶段，认识刑法规则与人为裁量的关系、完善我国刑事法治的关键在于理顺刑法机制。机制的内涵是指，一个工作系统的构造、功能和相互关系，尤指该系统中组成部分之间相互作用的过程和方式。刑法机制是指，刑事立法与司法适用之间的相互关系和作用过程，二者分别遵循自身的运作规律并相互促进，使刑法立法和司法适用有机配合，保证刑法保护社会 and 保障人权的功能得到最大限度的发挥；与此相适应，判断刑法机制顺畅与否的标准，也就是是否有利于或促进了刑法功能的发挥。刑法机制包括刑法立法机制和刑法适用机制，刑法立法机制顺畅的核心是刑法立法科学化、合理化，关键是以科学的刑法立法方法去指导立法活动，刑法适用机制顺畅的核心是确立并发展良性的刑法适用机制，使刑法的目标体现在刑法适用过程之中。刑法规则揭示刑法规律性，以及刑法适用解释机制的确立并良性运作，是处理刑法规则与人为裁量关系的基本途径，也是实现刑法功能的必由之路，二者之中，舍弃任何一个方面都不足以实现刑事法治的现代化。这就是研究刑法机制的关注点所在。

二

研究刑法机制的目的在于优化刑法机制。目前我国刑法机制不顺，功能发挥不佳，表现在刑法立法和刑法适用两个方面，最集中的反映在刑法适用领域。因此，研究刑法机制的前提和出发点在于，对我们现有的刑法立法和适用机制进行总结和清理。这应当从我国刑法中排斥自由裁量的原因说起。

现行刑法解释观念及其在刑法适用过程中排斥人为因素的期盼，其成因是多方面的，如法律传统、思维方式、社会结构等等，本文选取了一个技术性的角度来考察这一问题，认为，对刑法规律性缺乏基本认知及理想化的刑法立法方法也是导致上述思维误区的原因之一，而且是本源性的缘由。本研究的基本出发点是，我国刑法立法方法中的理想化倾向及情结，造成立法界尤其是司法实务界对刑法规则的过高期待和过度依赖，而忽略了对刑法适用过程的应有关注，由于欠缺对法官解释刑法的合理制约，法官解释刑法的良性机制难以生长、形成，有鉴于此，必须引入一个基本概念即刑法适用解释^①，这一概念专指法官在适用刑法过程中对刑法规则进行的解释，刑法适用解释本来是一种客观存在，不管是否承认它，它都在起作用，而承认并正视法官适用解释是正确引导法官合理解释刑法的前提。

我国刑法中欠缺刑法适用解释机制的原因，主要是没有理顺刑法立法机制，刑法立法方法上存在一些不够科学的现象，立法思想上有违刑法自身的规律性。刑法立法方法可从多个角度加以界定，本研究从思维规律的角度试图动态把握刑法立法方法的基本内涵。科学的刑法立法方法应当是，在研究刑法与

^① 储槐植教授指出，刑法适用解释其实质是在罪刑法定原则前提下法官行使自由裁量权。我国目前尚无此概念，一提解释就指最高法院和最高检察院的司法解释。刑事司法中许多具体问题本来属于法官对刑法规范的解释问题，没有必要报请最高人民法院和最高人民检察院作司法解释。在司法实践中广泛地、准确地行使适用解释将大大地增强司法人员的工作主动性和积极性，从而提高我国刑法的效能，同时也减轻“司法解释”的压力。参见储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社 1997年版，第 464 页。

社会（刑法的相关因素）关系^①的过程中，把握刑法的规律性。因为，“社会不是以法律为基础的，那是法学家的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。”^②因此，以社会为背景对法律进行考察、认识、评析是理所当然的。同时，基于社会环境对法律的认识才可能是明智的、客观的。要了解和解决法律问题，必先了解和解决诸多法律以“外”的其他问题^③。社会乃刑法的根基，刑法提出了关于社会价值的根本性问题，以及一个社会在个人自由与社会控制间进行选择的问题^④。只有秉承科学的刑法立法方法，才能准确地把握刑法的规律性，制定出良好的刑法典。刑法典是刑法规律的集中体现。刑法典反映刑法规律（犯罪规律和刑罚规律）是社会进步的必然要求，也是其基本标志。

本文认为，刑法立法方法主要是指关于刑法的思维方式（方法），或者说是指对于刑法规律性的观念认识。对其下定义是有一定困难的，但这并不妨碍我们把握其要义。刑法立法方法涉及与刑法的结构和功能相关的各种立法思路。例如，刑法对犯罪构成的不同设计就是基于思维方式的不同，英美双层次结构与大陆法系递进收缩的结构更好地反映出了“定罪过程”，对于落实双重保护更为有利。与其相对，前苏联的犯罪构成结构即“定罪规格”只反映犯罪构成的各个要素，而各要素之间的操作层次不分明，以至于司法过程难以有效地实现两个保

① 储槐植教授有刑事一体化的思想，进而又发展为关系刑法学的基本构想，关于其关系刑法的设想可参见《刑法存活关系中——关系刑法论纲》，载《法制与社会发展》1996年第2期。

② 《马克思恩格斯全集》第6卷，第891页。

③ 梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，第6页，序言。

④ Janet Dine James Gobert: Criminal Law, Black stone Press Limited (London), 1993, PG2

护。研究刑法立法方法的意义在于促进刑法立法结构合理和适用解释机制顺畅，目标是刑法现代化。

思维方式是哲学认识论命题，哲学认识论研究客观与主观的关系。对于刑事立法而言，认识论就是国家（通过刑法）如何认识犯罪并对其加以处置。客观实际是认识的对象，刑法是主观的人为之物（相对于客观，并非唯心）。马克思主义立法观强调立法要具有客观性，即要反映社会物质生活条件。这是我们认识刑法的出发点，决定了我们思维的逻辑起点。毛泽东主张立法要从实际出发，要实事求是^①。彭真对立法要从实际出发尤为重视，他认为：“立法需要有两个根据，一是实际情况，二是宪法。”他进一步指出：“是法服从实际情况，还是实际情况服从法？谁是母亲，谁是儿子？实际产生法律，实际是母亲，法律、法理是儿子。法要有自己的独立体系，有自己的逻辑，但要从社会实际出发，受社会实践检验。”^②刑法要有自己的逻辑，但要符合实际，这是辩证关系。

刑法中的实际是什么？刑法的规制对象是犯罪，犯罪状况决定刑法对策。刑法的设计以打击犯罪为第一目标，为此，犯罪对策（刑法）须以科学的犯罪观为前提，以求得对策的有效性。西方社会的刑事古典学派并非以研究犯罪原因为主，严格地说来不是“犯罪学”理论，它的出现有政治和社会结构的考虑，主要是想解决政治结构中司法权力的配置问题，以限制权力。真正的犯罪原因理论是刑事实证学派的学说，刑事实证学派及其以后犯罪学研究的深入，提高了人们对极为复杂的犯罪发生和变动机理的科学认识，直接结论就是犯罪是复杂的。由此而来的简明的逻辑推论是，作为遏制犯罪发生的刑罚在同犯

^① 参见《毛泽东书信选集》，第 248 页。

^② 彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》，第 246、136 页。

罪斗争中所起作用是很有限的。这就是刑法中的实际。

刑法本身的逻辑是什么？现实决定理论逻辑；因为理论总是灰色的，而生命之树常青。刑法本身的逻辑变化随社会的发展变化有一个进化过程。自近代以来，刑法发展的总规律是民主化和趋轻化，尽管不同的发展阶段变化原因有所差异。如近代古典学派是受到人文复兴的大背景所支持，实证学派是由于自身对犯罪原因的理论深化推动了刑法对策论的发展。关键的一点启示是：刑法领域的每一次进化和发展总是与思维方式的变化紧密联系在一起。

1997年3月，我国颁布了经过修订的《刑法》，与1979年《刑法》相比，新刑法有了明显的进步，是一部相对完备、统一的刑法典。这次修订刑法能否解决刑法运作过程中的各种问题或者主要问题，这是一个值得深入探讨的问题。如何评价1979年刑法实施过程中出现的问题（即刑法修订要解决的问题）与本文所定义的刑法立法方法有关，即与我们现阶段对刑法及其运作方式的整体思维有关。从我国1979年《刑法》实施以来的情况看，刑法功能发挥欠佳、有待优化的关键原因并不是立法的缺陷（立法固然有不够完善的地方，如对新型的犯罪行为应当犯罪化等）。全国人大常委会副委员长王汉斌在第八届人大常委会第二十三次会议上就刑法修订草案所作的说明中指出^①，1979年制定的刑法对于打击犯罪、保护人民发挥了主要的作用，但是也反映出了一些问题：一是制定刑法时对有些犯罪，如渎职罪、流氓罪、投机倒把罪等，研究得不够，规定得不具体，不好操作；二是有些犯罪现在变得很严重，如走私罪、毒品犯罪，需要加重处罚；三是发生了一些新的犯罪，如金融犯罪、证券犯罪、利用增值税发票犯罪、黑社会性质的

^① 见《光明日报》1996年12月25日第1版。

有组织犯罪、计算机犯罪等。因此，为适应与犯罪作斗争的需要，有必要对现行刑法进行修改完善。在这些问题中，第三个问题补充规定新罪名即对一些犯罪行为犯罪化，立法可以作出规定，与 1979 年刑法的适用关系不大；第二个问题也可通过修改刑法加以调整；但是这两个问题均与立法方法即认识论关系不大，不涉及对刑法结构的评价；也正是因为它不涉及对刑法结构形式的评价，因而并不是刑法的根基问题。第一个问题却与此不同，它涉及立法和司法，从中可折射出对刑法进行结构性改革的症结所在。这一问题恰好说明，刑法运作中的问题，是由于欠缺良性的刑法适用解释机制而致，并非立法问题，对立法的修订几乎于事无补。

刑法理论界及实务界对刑法的评价和认识通常是以“立法万能论”为基调的，其直接后果是对刑法典期望过高，司法期望立法能为其提供一把能开万把锁的钥匙，假如不能的话，就将责任推给立法（理由是立法经验不足而造成法条粗疏、可操作性差），试图通过立法来解决所有问题，使立法承受高压。这事实上就是将立法问题和司法运作问题混淆在一起，纠缠不清，典型的表现是“口袋罪”的拆分问题、正当防卫中对防卫人保护不够造成“正不压邪”的问题等等。对刑法进行修改的主要动机就是解决这些问题，而这恰好是我国刑法认识论的误区所在。对于这一类问题绝不能希冀通过立法（包括法律的修改）来解决。立法方法（思维方式）的转变正是要从根本上解决这类问题，并以此为突破口，引导刑法适用解释机制的良性运作，并牵动刑法制度的结构性变革（例如，在刑法定罪结构上进行改革，增强刑法适用的不可避免性，从而可以减轻刑罚的严厉程度，在刑罚结构上，可实现由重刑结构向轻刑结构的变革）。

之所以会出现上述第一个问题，基本原因是立法思想的理

想化。理想化的立法思路认为，法典在逻辑上是可以做到完备而无局限的状态，无论是犯罪的定性因素还是定量因素，理想的法典均可一次性地作出规定，司法是立法的简单适用。但事实上，出现了想的和做的不一致。在实际操作过程中，法官对刑法的适用并不简单，法官既负责对案件的证明又要解释法律（将一般的法律适用解释到具体的案件之中），双重任务（目标多元）经常难以平衡，责任难以分担，实践中困难不少。但反过来将责任推给立法是不行的，这并不能从根本上解决问题。本文的立论首先从认识作为规则的刑法典的局限性开始。认识刑法的局限性并不涉及感情好恶，客观规律使然，这是实事求是。基于这一出发点，本文提出了刑法立法思想现实化的逻辑起点，以图从整体上改善刑法的制度结构。

本书第一章《刑法立法思想现实化》着重论述，自成文法出现以来，法律的核心是试图以一般化、普遍化的概念和语言（法典）来揭示社会生活中的规律性，这是定性认识（一般性），但是定性认识有局限性。第二章《刑法法典化及其可能性》进一步从犯罪规律的本体论角度论证了刑法规范的局限性。通过这两章的论述就确立了刑法立法思想现实化的基本逻辑起点。刑法立法规范有局限性这一命题的重要结论是，刑法典不能封闭司法活动，它应当为司法提供一种分析框架。我国现有刑法理论的重大缺陷在于，刑法规范是一次性的评价^①标准，不能体现对案件加以价值判断的分析过程（将事实判断和价值判断合二为一），缺乏“反思性”的解释过程（控辩双方就案件事实和法律相互加以批评和意见沟通的过程）。本文认为，在刑法规则结构体系中，将事实判断和价值判断分开是

^① 李洁：《中日犯罪成立理论体系的特征比较研究》，载《法制与社会发展》1996年第5期

必要的，这是调整犯罪构成结构的立足点。“盖事实判断之目的，只在确定事物之存在，不含批判成分；但价值判断之目的，则对现存之事物论定其得失优劣含有批判之成分，故二者在形式上虽同为判断，但在事实上却有甚大差别。……事实判断应先于价值判断。”^① 事实判断先于价值判断，在刑法体系中的表现是，分则条文在设计罪状时只受刑事政策（犯罪态势）的影响和决定，以严厉打击犯罪为主要目标，不能为了缩小打击面（区分罪与非罪的界限）而规定不利于打击犯罪的构成要件（主要指定量因素）甚至以牺牲对犯罪的打击为代价，分则中罪状设计以定性认识为要，目标是不纵，这是第三章《刑法分则的功能定位：立法定性》所论述的内容。在分则事实判断的基础之上，对特定行为的价值判断将由总则部分来解决。第四章《刑法总则的功能定位：刑法适用解释的途径》论述道，现行刑法总则中的犯罪构成结构模式是耦合式的结构^②，这种结构的优点是简单易懂，但存在逻辑混乱的缺陷。结构调整是为了理顺逻辑结构，既能保护社会，又能体现人权保障。解决问题的具体措施是，扩大辩护范围，保障辩护权利，使价值判断（证明某人就某行为承担刑事责任）的过程成为一个说理和证明的活动。有力的辩护可以阐明刑法规范在具体案件中的内涵，获得控、辩双方均能接受的结论，目标是不枉，而实现这一目标的基本途径是通过刑法总则的犯罪构成结构提供说理的渠道，从而制约刑罚权，增强刑法的权威性。第五章《刑法适用解释机制的功能定位：司法定量》着重论述，在刑法适用中要通过控、辩双方的说理和证明活动来保证刑法

① 蔡墩铭：《刑法上犯罪判断与实例》，汉林出版社（台湾）1987年版，第13页。

② 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1993年版，第549页。

条款被正确地适用，控、辩双方各司其职，形成一种对抗的格局，稳定的程序格局是刑法规范被准确界定（在定量的意义上解释法律）的场所，在程序中双方的对立意见获得妥协和一致，这便是刑法适用解释机制，只有在这个过程中，刑法才能获得客观性与确定性。双方协商一致所达成的意见较之单方决定的意见更有说服力，即机制顺畅。机制顺畅可保证刑法功能的最佳发挥。第六章《刑法适用解释的目标与方法》简要说明了刑法适用解释的目标与方法，重点对客观解释论和主观解释论进行了辨析，还说明了刑法适用解释的基本方法，并提出对刑法进行综合解释的见解。第七章《刑法适用解释与刑事法治改革》以刑法适用解释为研究的起点和视角，指出刑法适用解释需要外部的制度保障，程序是刑法适用解释形成良性运作机制的必要保障，而这里的程序是指具有自治性功能的系统，鉴于我国社会在程序观念与制度方面的欠缺，本文主张，应当在程序改革方面加快步伐，这是当前和今后相当长时期内刑事法治改革的重点，只有这样，才可以保证刑法适用解释形成良性的运作机制，保证刑法的社会功能得到最大可能的发挥。

第一章 刑法立法思想现实化

第一节 成文法的出现及其意义

人类社会早期对秩序和权威的认识表现为对由神定或神授的规则体系的信奉，如太阳神将制定好的法典赐给汉穆拉比，摩奴指示其子口授摩西法典。在这种氛围中，世俗社会中，人们将治理社会的理想寄托于人（由主权者来统治）本身，从而推导出对人性的信任。同时，早期社会对人的能力也持乐观态度。古希腊早期的哲学思想中，对人的能力曾寄予厚望，柏拉图（Platon，公元前 427 年—前 347 年）曾经设计了一个没有法律的、由哲学王统治的最高、最完美的统治形式。其理由无疑是充分的。柏拉图认为，“法律是刚性的，它会束缚政治家统治的手脚。相反，政治家的统治全凭其知识，可以随时应变制定出一切必要的措施，能够适应变化了的情况和满足特殊的需要”^①，只有通晓世间知识的哲学王能满足个别的、特殊的正义需求，正义被认为是“给每个人以适如其份的报答”^②。对主权者的迷信产生了对人性善的乐观估计，对哲学王能力的肯

^① 转引自张宏生主编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 27 页。

^② 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆 1986 年版，第 7 页。

定致使法律在社会中没有存在的价值。

然而，柏拉图的理想国在西西里岛的叙拉古遭到惨败，这使他意识到，人治是行不通的。因为，“人类的本性将永远倾向于贪婪与自私，逃避痛苦，追求享乐而无任何理性”，“人类必须有法律并且遵守法律，否则他们的生活将像最野蛮的兽类一样”，而法律和秩序是人类“第二种最佳的选择”^①。古希腊历史上对人性信任的失败记录为后来的贤哲提供了前车之鉴，亚里士多德（Aristoteles，公元前 384 年—前 322 年）认为：“人在达到最完美境界时，是最优秀的动物，然而一旦离开了法律和正义，他就是最恶劣的动物”^②。美国宪法的起草人詹姆斯·麦迪逊（James Madison）说：“人不是天使。”他进一步指出，如果人是天使，就不需要法律了。由此得出一个结论，社会对人的绝对依赖是不可靠的，权力是会被滥用的。自亚里士多德开始，以法律这种非感情的客观的东西来抵抗、克制人性之恶就成为西方社会设定法律价值的一条基本思路。法治被认为是社会能够理性发展的基石。

法治的核心命题是：以法律支配权力。究其根本作用而言，它不过是防范人性的弱点——权力为恶的工具。其技术性特点均因此而设计，其价值目标在于不仅规制守法者，同时也是规制立法者本身和司法者的尺码。换句话说，成文法的公布是要使全体社会成员的活动被限制在适当的范围之内。法律的技术性特点恰好能满足这一社会需求。

马克思指出：“法律是肯定的、明确的、普遍的规范。在

^① 柏拉图：《政治家篇》第 875 节，载《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 27 页。

^② 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 10 页。

这些规范中，自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任性的性质，法典就是人民自由的圣经”^①，马克思的经典论述科学地描述了法律的技术性特点：法律乃是具有普遍性、确定性的行为规范。

所谓普遍性，首先指法律是对社会关系的共性、一般性的揭示与归纳，而舍弃了社会关系的个别特性。其次指法律所设想的适用对象不是特定的个人及有关事件，而是一般的人和事件。卢梭（Jean-Jacques Rousseau, 1712—1778）所主张的法律的两个特点之一便是适用对象的普遍性，即“法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为，而绝不考虑个别的人以及个别的行为”^②。法律的普遍性使其保障最低限度的自由、平等、安全成为可能，并使社会活动具有了法律上的可预见性。

所谓确定性，是指法律规定了一定的行为方式及其法律后果之间稳定的因果关系，而模式化、固定化了的因果关系可以使人们在行为之前即可预见到法律对自己行为的态度，进而作出趋利避害的明智选择。法律的确定性以法律的明确性为依托来排除不确定性，模棱两可的模糊性法律会使人们无法把握法律的意旨，无所适从。贝卡利亚（Cesare Beccaria, 1738—1794）指出，法律的含混性是一个弊端，它会把法律这样“一部庄重的公共典籍变成一本家用私书”^③。法律的确定性还意味着法律是一种不可朝令夕改的规则体系，以避免削弱法律的权威性。亚里士多德曾指出：“法律之所以能见成效，全靠民众的服从，而遵守法律的习性须经长期的培养，如果轻易地对

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1964年版，第71页。

② [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第50页。

③ [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第15页

这种或那种法制常常作这样或那样的废改，民众守法的习性必然消减，而法律的威信也就跟着消减”^①。

法律的技术性特点之所以能满足法治的价值标准，缘由在于法律的普遍性和确定性使其成为不加区别地规范一切的稳定的客观尺度。这种无私无欲的社会控制手段足以使人们获得安全保障，将人性的弱点控制在不得为恶的最低限度之内。具体要求是减少法律的随意性，同时获得“同等情况同样处理”的公平与公正。成文法出现的意义就在于此，从不成文的习惯、命令到成文法，在思维规律上，经历了一个从个别、具体到一般、普遍的认识过程，从而在制度上突出了法律的普遍性和确定性的属性。这一点中外皆然。

我国古代刑法的特点是：“临事制刑，不豫设法。”在初期的刑书中，罪名都很具体而不概括。概括的罪名还不曾出现。因此，最易形成的刑书体系是以刑统罪。如五帝时的刑法内容就是这样组成的，《尚书·大禹谟》：“汝作士，明于五刑”；《尚书·吕刑》：“士制百姓于刑中”等都是以刑统罪的表现。在思维层面上的特点是：当时的统治者以直观为依据而行事，概括能力不够，刑是就个别事项而设立的，概括化的程度极低，即临事制刑。临事制刑又为统治阶级的利益而服务，“刑不可知，则威不可测”。刑法发展在认识论上的规律是由个别、特殊到

^① 转引自张宏生主编：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 46 页。

一般、概括，李悝造《法经》六篇，其中的“具法”^①即为我国刑法发展史上最早体现一般化思维特色的规定；在该法中，具法置于最后，意味着先特殊后一般，先具体后概括，这种形式布局体现了认识发展的过程。同时出现了盗贼之类的概括犯罪类型的章节，出现了以罪名为纲领的萌芽，为以罪统刑的最终出现奠定了基础。以罪统刑的出现和成文法的公布在历史上是进步的标志，在其不断发展和完善的过程中贯穿着一条主线：刑法规范是以一般和概括的准绳来确立法制和秩序的。这种进化是认识规律和思维方式的进化。

第二节 成文刑法的局限性：价值冲突

人类社会生活中的恒定主题可归结为：如何获得公正与公平。公平，按《布莱克法律辞典》的释义，乃是指在利益冲突的情况下保持平衡，摆脱偏颇。其道德属性极为明显，因此，对达到公平的方法、途径是仁者见仁、智者见智。这样一来，满足社会正义的手段和方法就必须从社会本身的客观规律中求得。

历史地考察，人类社会在本体论上有两个特性：第一，理想主义。思想史上理想主义的典型代表是柏拉图的理念论。柏

^① 《吕氏春秋·荡兵》注：“具，皆也。”皆是同一即共同适用的意思。具法又称“减法”，在内容上是指对《法经》的盗法、贼法、囚法、捕法、杂法进行加减其刑的律条。在思维的角度是指对盗贼囚捕杂五篇共同适用的条文。我国著名刑法学家蔡枢衡先生认为，具法相当于后来的刑名法例，更后来的刑法总则。具法在后，意味着先特殊而后一般，先具体而后概括，体现了认识发展的过程。见蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社 1983 年版，第 108 页。