

陈兴良:面向21世纪的刑事司法理念 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_99_88_E5_85_B4_E8_89_AF__c122_485830.htm 摘要:刑法理念是刑事司法理念不可或缺的内容。面向21世纪的刑事司法理念首先要

对刑法理念进行探讨，这种探讨应立足于形式合理性与实质合理性这一对范畴，并以此对罪刑法定原则的基本精神做深入的挖掘。罪刑法定是以形式合理性为其价值取向的，因而应当建立形式合理性的刑法观念。如果不想使罪刑法定原则成为一个口号或标语，就必须注重它在司法实践中的贯彻和落实，这就是罪刑法定原则的司法化问题。罪行法定原则的司法化涉及司法体制、司法理念和司法人员的素质等问题，特别是应建立这样的司法理念:罪刑法定原则下形式合理性

优于实质合理性。 关键词:刑法理念.形式合理性.实质合理性.

罪刑法定原则司法化 一、刑事司法理念之重新定位 面向21世纪

的刑事司法理念，这个命题本身就蕴涵着这样一个前提，我们传统的刑事司法理念需要转变，这种转变的背景就是法治入宪。法治并不是一个空洞的概念，从法治概念中可以合乎逻辑地引申出刑事法治的概念。刑事法治是指刑事领域的法治状况。我认为刑事法治是法治的最低限度标准，或者说是法治的底线。因为在一个社会中，公民的人身权利和民主权利得不到法律的有效保障，那么这个社会就很难说是一个法治社会。在刑事法治的建设当中，我认为，首先涉及到的是一个刑事法治理念的问题。过去的刑事司法理念是建立在专政的基础之上的，是把打击犯罪作为一个首要的目标来提出的，但在刑事法治的背景下，我们的刑事司法理念需要随

之而转变。首先我从形式合理性和实质合理性这样一对范畴谈起。在形式合理性和实质合理性当中有一个关键词，这就是合理性。应该说，任何一种社会制度和法律制度都追求合理性，这是不言而喻的，但这种合理性又可以分为形式的合理性和实质的合理性，这两种合理性是不同的。形式的合理性是指客观的合理性和手段的合理性。实质的合理性是指主观的合理性和目的的合理性。我们在追求合理性的时候总是想使这两种合理性兼而得之，也就是说既要想获得形式合理性，又要想获得实质合理性，但实质上两者之间往往存在着一种紧张的对立关系。对于这种紧张的对立关系，德国著名的学者家马克斯·韦伯说过，中国古代司法当中从来不存在法逻辑，而将实质正当性作为判断的基础。这种实质合理性的法律思维方法已经成为我们民族心理结构的一个的重要组成部分。所以我国传统法律文化当中就存在一种对形式合理性本能上的一种排斥。如果罪刑法定不仅很难被我们的司法人员真正接受，而且也很难让我们的社会公众认同，那么在这个原则在不能获得认同的情况下推行是个十分艰难的过程。在我国的实践当中，存在着不少这样的情况，就是当一个行为具有很大的社会危害性，但是在法律上没有对此行为的明文规定，在法律存在漏洞的情况下由哪一方承担这个不利后果，是由被告人还是立法者承担，这对我们在司法实践是个很大的挑战。而我们往往是以实质合理性作为基础进行判断的，这种不利后果往往由被告承担。我们往往将“被告应该受到惩罚”和“被告根据法律能不能受到惩罚”相混淆，我们往往将实然问题和应然问题混为一谈。我认为“应当受到惩罚的”不等于“要受到惩罚”。这样的司法理念的问题

题直接决定罪刑法定原则司法化的实现。最后一个问题是司法人员的素质问题，这个问题也很重要。法律要靠人来执行，罪刑法定原则的实现必须要有一批拥有熟练的法律技术的司法人员作为前提，罪刑法定原则给我们司法人员带来重大挑战，我们必须有娴熟的法律解释技术，一个行为是否有罪涉及如何理解法律解释法律如何去寻找法律的问题。我们过去认为法律是现成的，我们需要的只是查明案件事实。实际上有时候寻找法律比查明案件事实还要困难。法律是有两种性质的规定，一种是显性的规定，还有一种是隐性的规定，是需要寻找的，是需要解释的。在法律规定是隐性的情况下必须对它进行逻辑分析，探究立法精神。这个找法的过程是很艰难的。举个例子。前几年有一个内地居民携带几十公斤的黄金乘坐飞机从香港入境，但是并没有报关，这是走私黄金进口的行为。这个案件事实很清楚，关键是如何适用法律。我国刑法分则第三章第二节规定了走私罪，刑法第151条第2款有关于走私贵重金属的规定里包括黄金。它规定：走私国家禁止出口的黄金、白银和其他贵重金属的构成走私贵重金属罪。这里的走私黄金是“走私黄金出口”而不包括“走私黄金进口”。而且这并不是我国立法上的疏漏，而是一个立法精神的问题。在刑法上对走私有三种不同的规定，一种是只规定走私，在这种情况下包括禁止出口和进口，比如走私枪支弹药，一种是走私国家禁止进出口的某种物品，还有一种是走私禁止出口的物品，比如说对走私黄金等贵重金属的规定，这里显然不能包括走私进口。而这个案件显然和刑法第151条规定不符。这里可以得出这样的结论：法律没有对此作出显性的规定。但还不能得出法律对此无隐性规定的结论

。这样我们就必须继续去寻找法律的规定。我们再来看刑法第153条的规定的走私普通货物、物品罪。有人认为这里的“普通货物、物品”是刑法第151条、第152条和第347条规定以外的货品。而黄金已经在第151条有了规定，所以它就不能包含在普通货物、货品当中。我认为这种理解是错误的。这里的“规定以外”应该是指规定为犯罪以外，刑法第151条并没有将走私黄金进口行为规定为犯罪，因此走私黄金进口还是包括在第153条规定当中。不仅如此我们对走私罪设立的立法基础进行分析。走私罪是根据走私对象的不同来分别规定的，一种是侵犯海关管制，另一种是国家允许进出口的，但是走私侵害的是国家的关税征收制度，它表现在偷逃了国家关税。刑法关于第153条的规定就属于这一类犯罪的规定。国家禁止黄金出口但允许黄金进口。进口黄金而没有交纳关税，完全符合刑法第153条的规定。所以这一行为在法律上有隐性的规定，构成走私普通货物、物品罪。误有罪为无罪和误无罪为有罪都是和罪刑法定原则背道而驰的。我们应该按照法律有无字面规定来判断行为的罪与非罪。当然我们也并不主张法律的教条主义，我们要对法律作出正确理解，这才是问题的关键。比如前段时间在南京就发生了一个组织同性性交易的案件，那这里涉及卖淫是否包括同性之间的卖淫。这个罪与非罪的问题关键是如何理解卖淫，1992年的司法解释里提到“组织他人卖淫”，这里的性交易中的“他人”情况就应该包括同性向异性卖淫也包括同性之间的卖淫。因此，对被告人的行为可以按照组织卖淫罪来定罪。在罪刑法定原则下，法律的解释技术和法律的逻辑推理技术是很重要的。把定罪量刑的活动从过去那种对权力的行使、一种政治话语转

变为法律技术的问题和法律修辞学的问题，我认为这种转变是具有非常深刻的意义的。只有这样，罪刑法定的司法化才有可能。注释：该文是作者于2004年12月13日在吉林大学理论法学研究中心主办的当代法学名家系列讲座中所做的演讲报告，后经作者润色修改。参考文献：[1]陈兴良.刑法的价值构造[M].北京:中国人民大学出版社，1998. [2]陈兴良.刑法理念导读[M].北京:法律出版社，2002. 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com