

2004年[总第八集]



法律出版社

CRIMINAL TRIAL DIGEST

编辑委员会主任 / 姜兴长

主编 / 南英

刑事审判要览

主办 / 最高人民法院刑事审判第一庭

协办 / 全国各高级人民法院刑事审判庭

解放军军事法院刑事审判庭

2004年第二集「总第八集」

刑事审判要览

主办／最高人民法院刑事审判第一庭
协办／全国各高级人民法院刑事审判庭

解放军军事法院刑事审判庭



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判要览.总第8集/最高人民法院刑事审判
第一庭主编.—北京:法律出版社,2004.10
ISBN 7-5036-5164-4

I.刑… II.最… III.刑事诉讼—审判—中国
IV.D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 103062 号

法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/唐源羚

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7.25 字数/178千

版本/2004年11月第1版

印次/2004年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yangyang@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939647

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5164-4/D·4882 定价:20.00元

编辑委员会

主 任：姜兴长

委 员：(以姓氏笔画为序)

任宪成 李武清 李燕明 沈 亮

杜伟夫 南 英 高憬宏 薛淑兰

主 编：南 英

副 主 编：李武清 高憬宏

执行编辑：刘树德

目 录

【特稿专论】

谈刑事司法理念的转变····· 陈兴良(1)

【精要选登】

从生活事实中发现法····· 张明楷(34)

刑事二审“发回重审”制度之重构····· 陈卫东 李奋飞(49)

【论点撷英】

论查处毒品犯罪中的几个问题····· 崔 敏 周 欣 董林燕(86)

【法官释法】

票据诈骗罪若干问题研究····· 王 明 杨 克 康 璞(97)

【专题研讨】

证据裁判主义····· 罗国良(113)

辩诉交易程序结构解析····· 马贵翔(142)

【办案笔谈】

人身伤害损伤程度鉴定结论的审查与判断····· 齐守文(150)

试论立功的几个问题····· 陈静芳(156)

【信息链接】

2003 年刑法学研究会年会概况暨学术论文综述

..... 赵秉志 时延安 阴建峰 廖万里(161)

【审判信息】

2004 年上半年全国法院审理刑事案件情况 (214)

【本集索引】

本集相关内容链接索引..... (216)

【特稿专论】

谈刑事司法理念的转变

□陈兴良*

刑事司法理念,主要是针对我们建设法治国家的方略而言。党的十五大提出了建设社会主义法治国家,并载入了宪法。但法治并不是一个空洞的概念,而应当是有具体内容的。从法治这个概念中可以合乎逻辑地引申出刑事法治的概念,所谓刑事法治,就是指刑事司法领域的法治状态。刑事法治是法治的最低标准,因为在一个社会里面,如果公民的人身权利、民主权利得不到法律的有效保障,就很难称其为法治的社会。因此,在建设法治社会当中,我们应当关注和推进刑事法治建设。

下面主要从三方面围绕刑事司法理念这个问题来加以探讨。

一、形式合理性和实质合理性的问题

在形式合理性和实质合理性这一对范畴当中,合理性是其关键词。任何一种社会制度和法律制度,都要追求某种合理性。合理性又分为形式合理性和实质合理性。两者不同之处在于:形式合理性指的是客观的理、手段的理;而实质合理性指的是主观的理、物质的理。我们在追求合理性时,总是希望两者兼得,既获得形式合理性,又获得实质合理性。但实际上很多情况下两者往往存在矛盾和冲

* 北京大学法学院副院长,教授,博士生导师。

突,在法的领域亦无例外。古语有:法有限,情无穷,即很难用有限的法来规范无穷的情。而这种法的有限性和情的无穷性之间的矛盾就是形式合理性和实质合理性之间的矛盾在法领域里的深刻反映。在刑法领域中,所谓法的有限性,指的是法律条文有限,法律规定有限,刑法设置的罪名有限。而所谓情无穷性,指的是在社会生活当中,严重危害社会的现象是无穷的。之所以会出现这种法的有限性和情的无穷性的矛盾,主要是由两个因素所决定的:第一个因素,是立法能力的有限性和犯罪无穷性的矛盾。在制定刑法时,立法者要对社会生活中存在的各种各样严重危害社会的行为,从理论上加以概括,将它们设置为罪名,在刑法当中确定下来。但是由于立法者的概括能力有限,而现实生活中的犯罪现象是无穷无尽的。这就决定了立法者在立法的时候不可能把社会生活中存在的,各种各样严重危害社会的行为毫无遗漏的在刑法当中规定下来。第二个原因是由于刑法的稳定性和犯罪的变动性之间的矛盾决定的。刑法具有稳定性的要求,不可能朝令夕改,而犯罪现象作为一种社会现象,它是随着社会生活的变化,而处于永恒的变动当中。这种变动可以分为两个趋势:一个是犯罪化的要求,也就是行为在立法的时候,并没有出现,或者它的危害性没有达到犯罪程度。因此,立法者没有把它规定为犯罪。但是随着社会生活的发展,这种行为出现了,并且行为的危害性达到了犯罪,因而就提出了犯罪化的要求。也就是说,应该在刑法当中,把它们规定为犯罪。另外一种是非犯罪化的趋势,有些行为在立法的时候,它的危害性达到了犯罪程度,因而被立法者规定为犯罪。但是随着社会的发展,这种行为的社会危害性降低了,甚至消失了,不应当作为犯罪来处理,因而要求予以非犯罪化。可以说,犯罪化和非犯罪化的双项运动,是随着社会生活发展的一个永恒过程。我们的刑法由于具有相对稳定性的要求,因此从某种意义上来说,刑法典从它制定出来的那一刻开始,就已经滞后于社会生活发展,滞后于犯罪现象的发展。由以上两个原因所决定,刑法规定的犯罪实际上只是社会生活中存在的犯罪的一部分,甚至是一小部分。在这种情况下,

如果我们严格按照法律的规定来认定和惩治犯罪,就意味着:在刑法中没有规定的,但是在社会生活中存在的某些严重危害社会的行为,不能按照犯罪来处理。因此,我们就获得了法律上的形式合理性,但是牺牲了某种事实合理性。反过来,如果对那些刑法当中没有明文规定的但是具有严重危害社会的这样一种行为,把它按照犯罪来处理,那么我们虽然获得了事实合理性,但是有可能牺牲法律上的形式合理性。因此,在刑法当中就存在着这种形式合理性和实质合理性之间的矛盾和冲突。为了解决这种矛盾和冲突,中国古人在 2000 多年以前曾经提出过一个方案,这就是我们大家知道的类推。中国古代春秋时期著名思想家荀况曾经说过这样一句话,叫做“有法者依法行,无法者以类举。”这句话的含义就是:如果法律有规定的,那么就按照法律的规定来处理;如果法律没有规定的,就按照类推的办法来解决,显然类推和按照法律规定来处理某种案件,这两种方式之间的逻辑基础是有所不同的。在法律有明文规定的情况下,法律规定和案件事实之间存在着逻辑的同一性。在类推的情况下,法律规定和案件事实之间不存在这种同一性,但是存在着一种相似性。正是通过这种相似性可以对法律的规定进行类推。因此,类推是扩大法律适用的方法。通过类推,使法律规定不仅适用于和法律具有同一性质的案件事实,而且扩大到和法律事实之间具有类似性的案件事实。这样就能在一定程度上缓解法的有限性和情的无穷性之间的矛盾。也就是说,法的有限性和情的无穷性之间的这种矛盾是不可能从根本上得到解决的,只要有法律存在,这种矛盾必然永远存在。但是,这种矛盾确实能够通过一定的办法来加以一定程度的缓解,类推就是其中的一种方法。所以中国刑法在过去 2000 多年以来,都是采用这种比、赋、援、引的方法,也就是通过类推适用使得法律能够更大范围的适用于各种法律中没有规定的案件。在中国古代的唐律中曾规定了这样一个司法原则,叫做入罪举轻以明重,出罪举重以明轻。所谓入罪举轻以明重,是指一个行为,刑法没有明确规定为犯罪,要想把它作为犯罪来处理,可以采取举轻明重的方法,就是说一个轻的行

为在刑法当中都规定为犯罪,你这个行为比它重,即使刑法没有规定,也应当作为犯罪来处理。所谓出罪举重以明轻,指的是一个行为刑法没有规定它不是犯罪,要想不作为犯罪来处理,就可以采用举重明轻的方法。意思是说一个重的行为刑法都明文规定不是犯罪,那么这个行为比它轻,当然更不应当作为犯罪来处理。通过这两种方法就使得法律当中没有明文规定为犯罪的行为或者没有明文规定不是犯罪的行为能够分别按照罪或非罪来处理。这样一个司法原则,应当说对于法律的适用还是具有重要意义的,在这里面我们主要关注的是入罪举轻以明重这个原则。入罪举轻以明重这个原则在唐律疏议当中曾经作过一个解释:唐律当中规定了预谋杀害近亲属的就要处以斩刑。这里所谓的预谋指的是预备、阴谋、策划,只要你阴谋策划杀害近亲属,就要处以斩刑。唐律疏议就说这个法律它规定进行阴谋策划要处以斩刑。但是经过阴谋策划以后,具体实施了杀人行为,把人杀死了,或者没有杀死,但是杀伤了,这种情况如何处理?唐律当中并没有规定。这时就可以采用入罪举轻以明重的方法。也就是说,预谋就要处以斩刑,那么你经过了预谋以后又实施了杀人,当然更应当处以斩刑。所以,中国这种举轻以明重就使得法律没有明文规定的犯罪行为能够按照犯罪来处理。唐律疏议讲的举轻以明重,我认为还是有法律根据的,因为在这种情况下,轻的行为和重的行为之间存在一种逻辑上的递进关系。也就是说,轻的行为是重的行为已经经过的一个必要的阶段。你先进行预谋,预谋了以后又去实施杀人,这个杀人是经过了预谋,但是又超越了预谋阶段,进入了一个更高的发展阶段。那么在这种情况下,这种杀人行为实际上已经满足了预谋条件,但是它又超过了预谋。从这个意义上来说,经过预谋以后去实施杀人的这种行为完全符合预谋这个罪的构成要件,甚至要超过预谋。在这种情况下,举轻以明重我认为是合理的。这种现象在我国刑法当中是实际存在的,比如我们刑法规定了抢夺国家档案罪,但并没有规定抢劫国家档案罪。那么如果在现实生活当中发生抢劫国家档案的行为,能不能按照抢夺国家档案罪来处理?

我认为是可以的,因为在抢劫、抢夺这两种犯罪行为当中,都存在着“抢”这样一个内容。抢劫不是一般的抢,是使用暴力来抢,所以抢劫这个罪,实际上已经满足了抢夺罪的构成要件,又超过了抢夺,比抢夺罪要严重,在抢夺、抢劫这两者之间存在着一个逻辑上的递进关系。在这种情况下就可以采用举轻以明重的方法,即使没有关于抢劫国家档案罪的规定,也完全可以按照抢夺国家档案罪来处理。但是我们必须要注意到当轻的行为和重的行为之间不存在逻辑上的递进关系,而是存在逻辑上的类似关系时,如果再采用举轻以明重的方法,对这种重的行为按照类推来处理可能就是一种重的方法。

比如说,某地有一条交通规则,讲的是禁止牛马通过,现在问题是骆驼通过了,那能不能用禁止牛马通过的规定,来禁止骆驼通过,骆驼通过是否违反了禁止牛马通过的规定?对这个问题有两种不同的看法。一种观点认为交通规则是禁止牛马通过,而骆驼既非牛,又非马,当然不在禁止之列。而第二种观点则认为这个交通规则的制定者之所以禁止牛马通过,而不禁止猪、狗、鸡、羊等这样一些小型动物通过,主要是因为牛马的体积、重量都比较大,牛马通过会妨碍交通秩序。现在这个骆驼无论是体积还是重量都要超过牛马,既然牛马通过都会扰乱交通秩序,那么骆驼通过就更会扰乱交通秩序。因此,对于骆驼通过也应当予以禁止。在这两种观点之中,我认为主要是存在形式合理性和实质合理性之间的矛盾和冲突。第一种观点所主张的是一种形式合理性的观点,也就是说,一个行为或者一个事物是否禁止,主要在于法律有没有规定。如果法律规定予以禁止,就予以禁止。如果法律没有规定应当禁止,那么就不予禁止。这种观点是严格按照法律规定来处理某一事项。至于在这个交通规则当中,它只禁止牛马通过,没有禁止骆驼通过。即使骆驼通过会扰乱交通秩序,但法律没有规定,就不应当予以禁止,它强调的是形式合理性。当然,坚持这种形式合理性在一定程度上就有可能牺牲实质合理性。而第二种观点所追求的是一种实质合理性,尽管法律没有明文禁止骆驼通过,但是通过骆驼和牛马的比较,就可以明显地看出来,骆驼

通过是会扰乱交通秩序的。因而,通过举轻以明重这样一个原则,牛马禁止通过的交通规则,适用于骆驼通过。这种情况下,可以说是获得了某种实质合理性,但是在一定程度上却牺牲了形式合理性。因为,在交通规则当中,毕竟没有明文禁止骆驼通过。在这个例子当中,通过举轻以明重,运用禁止牛马通过的交通规则来禁止骆驼通过。实际上,在牛、马和骆驼之间当然存在着轻重关系。牛、马为轻,骆驼为重。但是牛马和骆驼之间的关系,并不是一种递进关系,而是一种类似关系。通过举轻以明重,将禁止牛、马通过的交通规则扩大到禁止骆驼通过实际上就是一种类推。这种类推能够获得实质合理性,在一定程度上克服了法律的不周延性。它是以追求实质合理性为动机的,可以说对于实质合理性的追求始终是人类内在的冲动。我们的社会生活经验对这种追求也是持一种认同的态度。

比如说,某地公园里有一个池塘,池塘里养了鱼,管理人员在池塘旁边立了一块禁止牌,上面写的是禁止垂钓,现在的问题是,池塘里有一个人,他没有在钓鱼,他在张网捕鱼。公园管理人员来禁止他的行为,那么张网捕鱼者为自己的行为作以下辩解,他说你牌上写的是禁止垂钓,我并没有在这里钓鱼,我是在这里捕鱼。你不能用禁止垂钓的规定来制止我的张网捕鱼行为。面对他这样的辩解,任何一个具有正常理智的人都会作出相应的判断,认为他是在狡辩,我们都会赞同公园管理人员按照禁止垂钓的规定来制止他的张网捕鱼行为。那么,在我们判断的背后,实际上是举轻以明重,这样一种建立在实质合理性基础之上的思维方法在起作用。因为根据禁止垂钓的规定,在这个池塘里面连钓鱼都不允许,钓鱼是一条一条往上钓,而张网捕鱼是一网一网往上捞。钓鱼为轻,捕鱼为重。既然轻的要禁止,重的更要禁止,由此可见,在我们的日常生活当中是按照实质合理性的方法来判断问题。不仅如此,这种建立在实质合理性基础之上的类推方法在有关的法律适用当中,也是经常采用的一种审判方法。比方说,在民事审判当中,就经常采用类推的方法,拿破仑的民法典有这样一个规定,说审理民事案件的法官不能以法律没有规定

为由拒绝受理民事案件,否则,就构成犯罪。也就是说,审理民事案件的法官,面对公民所提起的民事诉讼,无论是法律有规定的,还是法律没有规定的,你都应当无条件受理。如果法律规定的受理,法律没有规定的就不受理,那是绝对不允许的,甚至要构成犯罪的。那么民事法官在受理了案件后,对于那些法律有规定的,当然可以按照法律规定来处理。对于那些法律没有规定的民事案件,他怎么来解决?这里面就涉及民法其中的一个基本原则:诚实信用原则。诚实信用原则是民法的帝王条款,反映了民法的基本精神。在法律规定的情况下,你适用法律规定来处理民事案件就是根据诚实信用的原则来处理民事案件。在法律没有规定的情况下,可以直接从诚实信用原则中引申出处理具体民事案件的有关法律规则。因此诚实信用原则具有一种开放功能,它使得民法典成为一个相对开放的规范性集体,使得法官享有很大的自由裁量权。审理民事案件的法官实际上是在积极地适用法律,在某种程度上他是在发展法律,甚至是在创造法律。这一点,从我们国家最近几年来的民事审判发展过程当中,也可以看得很清楚。因为我们的社会生活发展很快,而法律往往滞后。

比如说网络,随着计算机的发展,网络在社会生活中起到了越来越大的作用。随着网络和人们的社会生活联系越来越紧密,就会出现网络上的各种各样的纠纷。像网络上的名誉权纠纷、网络上的知识产权纠纷等等。而我们的法律总是滞后的,有些问题法律可能还没有来得及规定。但法官不能说法律没有规定我不能受理,这是不允许的。那你受理了网络上的纠纷以后,如何解决这些网络纠纷?这就需要我们的法官进行创造性的思维。使得这些纠纷能够得到合理解决,其中就有法官自由裁量权的运用。这种自由裁量权的运用实际上是在创造法律,所以法官有创制法律的功能。比如说我就有一个亲身的体会,前几年有一个国家数字图书馆,出于经营的目的,它把有关的文本著作转化为数字上网,供大家阅览,并且可以下载。这个数字图书馆没有经过我的同意,就把我的十多本著作上了网。这里面就涉及到一个侵权的问题,当然我本人是一个网盲,很少上

网,但是我的学生发现了。他问我,是否经过我的同意。我说我不知道怎么回事。我的学生当律师,就说我来帮你打官司。代表我到北京市海淀区法院状告国家数字图书馆侵犯著作权。这样一个网络的侵犯著作权的案件,我们过去虽然也有著作权法,但是规范的是文书著作权被侵犯以后,如何来解决。网络当中侵犯著作权,在法律当中并没有规定。他的这种做法,主要是作品上网以后,用户可以下载,下载可以复印,然后向图书馆交费。这种情况和图书馆买了你的一本著作文本供读者借阅,借阅以后他也可以复印,好像跟这个没有什么两样。如果这样的话就谈不上侵权,因为你的文本著作人家买了一本,他可以复印。但是在网络上,他是不是可以这种经营,可以下载,这个问题确实在法律上没有规定。但是后来海淀法院的法官在审理我的这个案件的时候,他就发明了一个词叫做网络著作传播权,认为这个国家数字图书馆侵犯了我的网络著作传播权。因而,构成了侵权。所以,判决国家数字图书馆赔偿我8万元,因为我有200万字的著作被他侵权了。这个判决出来以后,确实有一个判例的效果,后来引起了整个数字图书界的重视。因为过去有很多类似的数字图书馆都想在网上建设图书馆。当然,这个想法本身是好的,但是它这个著作权的版权问题没有得到很好的解决。所以,这个判决产生很大影响,我看到人民法院报还发表了好几篇文章,专门研究这个判例。尤其对这个判例当中所提到的网络著作传播权进行研究,这种判决中法官确实具有很大的自由裁量权。在某种意义上,实际上他是在创制法律。但是现在法治社会的刑法是绝对的禁止类推,而主张罪刑法定原则。罪刑法定原则是法治社会的基本原则,罪刑法定原则的基本功能是一种限制功能,限制国家的刑罚权。罪刑法定原则使得刑法典成为一个相对封闭的规范。我们大家可以看到罪刑法定原则作为刑法的基本原则有一种限制职能,而诚实信用原则作为民法的原则,具有一种扩张性功能。这两个基本原则,在两个部门法当中的机能正好是相反的。为什么会出现这种情况?我认为主要是由于民法和刑法这两个部门法的性质不同决定的。民法所解决的是

民事纠纷,民事纠纷是平等民事主体之间的纠纷,而且民事制裁的方法并不涉及公民重大权利的处置。民事制裁一般是排除妨碍、恢复原状或者损害赔偿。但刑法却不同,刑法所规范的是犯罪。犯罪按照马克思的说法,是孤立的个人反抗统治关系的一种斗争,因此犯罪实际上是个人和国家之间的一种纠纷。而国家是一个庞大的国家机器,任何一个人在庞大的国家机器面前,都是微不足道的。因此,正如有的学者所说:你别看犯罪分子在犯罪的时候面对被害人是张牙舞爪,十分猖狂,但是在庞大的国家机器面前,他又变成一个弱者。因此,国家和个人之间不是平等的关系,尤其重要的是一个人的行为一旦被认定为犯罪,轻则剥夺权利、剥夺财产,重则剥夺自由、甚至剥夺生命。因此,刑法关系到对一个人的生杀予夺。正是刑法和民法存在着在性质上的重大差别,所以在现代法治社会的刑法当中,必须要采用罪刑法定原则,对国家的刑罚权加以严格的限制,罪刑法定原则意味着在国家的刑罚权与公民个人权利和自由之间划出一条明确的界线。司法机关只能在法律规定的范围之内来认定犯罪和惩治犯罪,不得超越法律。而公民个人只有当他的行为触犯了刑律,构成了犯罪的情况下,才应当受到刑法处罚。在它的行为没有构成犯罪的情况下,就不能对他进行非法拘禁。因此罪刑法定原则使得法治社会的刑法,具有某种契约性,也就是说它是国家和公民个人之间的一种约定。这种契约性使得法治社会的刑法,获得了某种正当性,使它建立在宪政的基础之上。这也正是法治社会刑法和封建社会专制刑法根本区别之所在。专制社会也是有刑法的,刑法甚至还十分的完备,但是在专制社会里,它根本不可能实行罪刑法定的,专制社会里刑法只是国家单方面镇压犯罪的一种工具。它并不形成对国家本身的一种限制。只有在法治社会,由于实行罪刑法定,刑法规范才具有了双重性,是行为规范和裁判规范的统一。这里所谓行为规范指的是刑法对公民个人的行为具有一种引导作用。某些行为刑法规定为犯罪的,那表明国家法律对此是禁止的,公民就不能去做。如果去做了,就会受到法律的制裁。从这个意义上来说,刑法具有对公民个人

行为的一种约定功能。另外一方面,刑法又是一种裁判规范。所谓裁判规范指的是司法机关在定罪量刑的时候,必须要遵循的法律准则。也就是法官在认定罪犯和对刑罚进行裁量的时候,必须要根据法律的规定来定罪量刑。那么这种裁判规范,就意味着刑法也是用来规制司法机关定罪量刑活动的。从这个意义上讲,在法治社会里面,刑法并不仅仅是用来约束老百姓的。更为重要的是它是用来约束我们司法机关的。在这种情况下,刑法才获得了某种正当性。因此,对刑法来说,罪刑法定原则是刑法的一个最重要的原则。对于这一点,我们必须要有充分的认识。在我国 1979 年的刑法当中,并没有规定罪刑法定原则,而是在当时刑法的第 79 条规定了类推制度,那么,对于刑法分则没有明文规定的行为,如果它的行为达到犯罪程度,就可以比照刑法分则类似的条文来定罪处罚。这种类推和罪刑法定存在着逻辑上的矛盾。一个国家的刑法只要是规定了罪刑法定就排斥类推,而只要是规定了类推,它就不可能是罪刑法定。当时之所以规定类推制度,和专政式的司法理念占主导地位有很大关系。但是随着社会生活的发展,尤其是市场经济的发展,人们这种民主法治意识越来越强。在这种情况下,在 1997 年刑法修定当中,就废除了类推制度,在刑法第 3 条明文规定了罪刑法定原则,罪刑法定原则在我国刑法中的规定可以说具有里程碑的意义。表明我国刑法在法治道路上迈出了重要的一步。罪刑法定原则在刑法中的规定,表明我国的刑法实现了罪刑法定原则的立法化。但是我们认为罪刑法定原则的立法化是远远不够的,更为重要的是要使罪刑法定原则在司法过程当中,得到切实的贯彻,也就是说要实现罪刑法定原则的司法化。罪刑法定原则的立法化可以通过一次立法活动来完成,是比较简单的,是一朝一夕能够实现的。但是罪刑法定原则司法化它却是一个更为艰难的过程,可能需要 5 年、10 年,甚至更长的时间才能够实现。因此,在实现了罪刑法定原则立法化以后,我们更应当关注的是罪刑法定原则的司法化。如果罪刑法定不能司法化,罪刑法定原则只能是一条法律口号、一条法律标语,是一纸空文。在罪刑法

定原则的司法化当中,有几个问题是值得我们关注的:首先,罪刑法定的司法化有一个前提,就是司法独立。也就是说司法机关在认定犯罪和对犯罪进行量刑的时候,应当严格按照法律的规定,而不应当受到来自其他方面的干涉。如果没有司法独立,法官不能独立办案,那么罪刑法定的司法化根本不可能实现。应当说,我国在这一方面还存在很大的障碍。最近几年在司法改革当中,虽然一再强调司法独立,强调人民法院独立行使审判权,人民检察院独立行使检察权,但是审判权的行使、检察权的行使,还往往会受到来自各方面的干涉。这种干涉不能从根本上得到解决,罪刑法定原则的司法化就不可能真正实现。第二方面,罪刑法定原则的司法化,提出了一个刑法司法理念转变的问题。也就是说要从过去建立在专政基础之上的,以实质合理性为准则的刑法司法理念转变为建立在罪刑法定原则基础之上的,以形式合理性为要求的刑法司法理论。过去的刑法司法理念强调的是行为的社会危害性,认为一个行为只要具有社会危害性,它就应当作为犯罪来处理。社会危害性是犯罪的特征,这样的观念在我们司法人员头脑当中是根深蒂固的。这种观念实质上是一种实质合理性的思想观念,而罪刑法定原则恰恰是建立在形式合理性的基础之上。根据罪刑法定原则,法无明文规定不为罪,也就是说区分罪与非罪,惟一的标准就在于法律是否有明文规定。如果法律没有明文规定,这个行为即使具有再大的社会危害性,也不应当作为犯罪来处理。当然在形式合理性和实质合理性发生矛盾和冲突的时候,应当选择形式合理性,而尽量不牺牲实质合理性。我们在司法过程当中,往往说我们既要办案的法律效果,又要获得办案的社会效果。法律效果和社会效果当然在很多情况下是统一的。但是也不能否认,在少数情况下,或者在个别案件中,法律效果和社会效果两者是有矛盾的。你要获得法律效果,就可能会牺牲社会效果。你要获得社会效果,可能就会牺牲法律效果。在法律效果和社会效果存在矛盾的情况下,我们到底是要法律效果牺牲社会效果,还是要社会效果牺牲法律效果,这是一个重大的选择。根据罪刑法定原则,显然应该把法