

刑法学前沿

刘雪梅◎著

ZUI XING FA DING LUN

罪刑法定论



在我们这样一个罪刑擅断具有悠久历史的国家中，先确立罪刑法定的法律原则，而后才在观念中最终确立罪刑法定，其在立法和司法实际中如何真正将罪刑法定贯彻到底，确实是一个新课题。本书所力求要解决的，正是这一点。

罪 刑 法 定 论

刘雪梅 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

罪刑法定论/刘雪梅著. —北京: 中国方正出版社, 2005.3

(刑法学前沿)

ISBN 7—80107—731—8

I. 罪… II. 刘… III. 刑法—法律解释—研究—中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 015810 号

(刑法学前沿)

罪刑法定论

刘雪梅 著

责任编辑: 王相国 向晓静

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66169429 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: xiangxiaojing@fzpress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京外文印刷厂

开 本: 890 毫米×1240 毫米 1/32

印 张: 8.25

字 数: 251 千字

版 次: 2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7—80107—731—8

定价: 18.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

前言

罪刑法定既是一个老话题，也是一个新课题。从1215年英国大宪章起，它经历了产生、发展和完善的历史过程，应该说直到今天，这一过程仍在继续。特别是对于我们来说，罪刑法定原则刚刚在我国刑法典中确立，这个发展完善的过程显得更为重要。因此，有必要重拾此话题，加以认真细致地论述。

罪刑法定原则的经典表述为“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”。此种表述尽管从很大程度上揭示了罪刑法定的核心内容，但随着罪刑法定的不断发展完善，这种表述越来越容易使人只能得罪刑法定的形，而不得罪刑法定的神。因为所谓“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”，一般是指什么行为构成犯罪以及对这种犯罪行为处以什么样的刑罚，必须预先由法律明文加以规定的原则，如果法律对某种行为未加规定，即使该行为对社会有严重的危害性，也不能对其定罪判刑。很显然，这在立法上是很容易做到的。但仅仅在立法上做到这一点，是否就说明罪刑法定在一国得以确立了呢？回答是否定的。所以，罪刑法定的确立，不仅表现在一个国家的立法上，还表现在司法上，更表现在观念上。只有在观念上确立了罪刑法定，才能说真正确立了罪刑法定，这才是罪

刑法定的神所在。

从历史的角度来看，在西方发达国家，是先确立了罪刑法定的观念，后才确立了罪刑法定的法律原则，而且这种观念深深地植于人们的脑海之中。在我国，应该说是先确立了罪刑法定的法律原则，然后才涉及从观念上确立罪刑法定的问题，就目前的情况而言，罪刑法定的观念只是树立在一些专家学者的思想里，对于广大的法律工作者以及更广大的普通百姓来说，要树立罪刑法定的观念还需要一个漫长的过程。没有观念上确立罪刑法定，即使有“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的罪刑法定的形式，也会在立法上和司法上最终破坏罪刑法定。因为立法者完全可以制定一部恶法来将罪刑法定引入歧途，去追究那些本来不应被追究的行为，使罪刑法定成为罪恶的帮凶。在司法中，即使明确废止了类推制度，法官也可以在法律解释或者行使其自由裁量权过程中违背罪刑法定，使罪刑法定在司法过程中落空。在我们这样一个罪刑擅断具有悠久历史的国家中，先确立罪刑法定的法律原则，而后才在观念中最终确立罪刑法定，其在立法和司法实际中如何真正将罪刑法定贯彻到底，确实是一个新课题。本书所力求要解决的，正是这一点。

作 者

2005年2月

目 录

第一章 历史的罪刑法定	(1)
一、罪刑法定的历史起源	(1)
二、罪刑法定的发展和现状	(12)
三、罪刑法定的内涵	(18)
第二章 观念中的罪刑法定	(22)
一、概说	(22)
二、市民社会的理论	(26)
三、是个人权利本位还是社会本位	(46)
四、刑法的谦抑性	(56)
五、作为宪法原则的罪刑法定	(71)
六、罪刑法定与社会危害性	(92)
七、罪刑法定与罪刑相适应原则	(109)
八、保安处分与罪刑法定	(117)
第三章 立法中的罪刑法定	(132)
一、概说	(132)
二、罪刑法定的范围	(142)
三、明确性原则	(156)
四、不溯及既往原则	(162)
五、罪刑法定与成文法和不成文法	(171)

第四章 司法中的罪刑法定	(182)
一、概说	(182)
二、罪刑法定与法律面前人人平等原则	(189)
三、对类推的否定	(196)
四、司法解释问题	(215)
五、法官刑事司法自由裁量权问题	(228)
第五章 国际法中的罪刑法定	(241)
一、国际法中罪刑法定问题的缘起	(241)
二、在国际法中实现罪刑法定原则的条件	(243)
三、在国际刑法司法中实现罪刑法定	(245)
第六章 罪刑法定在中国的勃兴	(247)
一、中国古代的罪刑法定问题	(247)
二、近现代的罪刑法定	(248)
三、罪刑法定在中国的勃兴	(251)

第一章 历史的罪刑法定

一、罪刑法定的历史起源

关于罪刑法定的历史起源，一般根据德国学者修特兰达1911年发表的《罪刑法定主义原则的历史的展开》一文的研究，罪刑法定最早起源于中世纪的英国大宪章。1215年，英皇约翰在贵族、僧侣、平民等社会各阶层结成的大联盟的强烈要求下签署了共49条的特许状，这就是著名的大宪章（Magna Charter）。其第39条规定：“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收财产、剥夺其法律保护权，或者加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这被修特兰达认为是罪刑法定的渊源。这一观点为后世很多学者所接受，成为刑法学界的通说。^①

但有日本学者对此提出了不同看法，认为由费尔巴哈所确定的近代刑法的罪刑法定主义，如果认为起源于英国的大宪章，那么在成为罪刑法定主义渊源的英国，就要承认不成文的普通法是法源，可是在英国直到今天近代刑法不是还不存在吗？其次，成为罪刑法定主义派生原则的排除习惯法，与不成文的普通法为法源的英国刑法之间也存在着理论上的矛盾。依照被费尔巴哈定式化的近代刑法中的罪刑法定主义，要求以成文的法规明确规定犯罪与刑法的关系，这样限于以成文的法规

^① 马克昌著：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年10月第1版，第57页。

为前提，是当然的结论，要求将不成文法从刑法渊源中排除。因此，他们认为英国大宪章不可能成为罪刑法定的渊源。但是，更多的日本学者还是支持通说的观点，认为费尔巴哈在以前所主张的罪刑法定主义的概念，未必意味着罪刑的成文法规定主义，毋宁说这个原则本身，只是一种伴随着历史的发展的意义的思想，求罪刑的法定这种情况的法，不必以本来成为成文法的性格为必要。大宪章的历史的重要性，在于它在英国法制史上开辟了新的一章，以大宪章为标志，根据宪法确立了法的支配这一事实。由于大宪章后世几次被确认，作为英国国法的不变部分占有确定不移的地位，并形成英国人权思想的分水岭而固定下来，在它的历史的发展的意义上，大宪章成为近代英国中的刑事人权思想的历史的渊源。罪刑法定主义，在其本质上被刑事人权思想支配的范围内，大宪章的确可以说是罪刑法定主义的历史的、思想的渊源。^①

还有学者虽然赞同英国大宪章是罪刑法定原则之渊源的观念，认为“因为大宪章第 39 条毕竟具有保障人权的意义，而罪刑法定原则的核心被认为在于限制法官的恣意，保障公民的人权。在这个意义上亦即从实质上看，说罪刑法定原则渊源于中世纪的英国大宪章，无可厚非”的同时，对于前述日本学者认为费尔巴哈所主张的罪刑法定原则并不以成文法前提的见解，认为是不符合费尔巴哈的本意。因为费尔巴哈明确提出：“没有法律，也就不存在市民的刑罚。现在的法律不适用时，刑罚也不能适用。”这里所说的法律，自然是指成文法而言。^②

对于罪刑法定历史起源的不同看法，实际上是对罪刑法定

① 马克昌著：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社 2002 年 10 月第 1 版，第 57 页。

② 马克昌著：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社 2002 年 10 月第 1 版，第 57 页。

赵秉志主编：《刑法基础理论探索》，法律出版社 2003 年 1 月第 1 版，第 363 页。

之“法”的不同理解，或者说这里面存在着误解，不是费尔巴哈对此“法”存在误解，就是我们后人对费尔巴哈存在误解。我们认为，将费尔巴哈所称之“法”，没有经过细致的考证就妄下结论“自然是指成文法而言”，是有欠妥当的。实际上，所谓罪刑法定之“法”者，可以是指成文实体法，即以成文刑法典法规定犯罪和刑罚，但也可以是指法定之程序，即犯罪和刑罚以法定程序定之，在这种情况下其适用的实体法未必一定是成文法。前者有大陆法系为证，后者有英美法系为证，表现形式不同，但殊途同归。所以，完全可以说英国的大宪章是罪刑法定的渊源。关于此问题，我们在后面还会有详述。

虽然英国大宪章并非英国资产阶级革命的产物，而只是当时社会阶层迫使国王签订的一个法律，但是由于它包含着限制王权的内容，为后世包括资产阶级革命时继续限制王权提供了法律依据。所以，大宪章之后，罪刑法定的思想在英国 1628 年的《权利请愿书》和 1689 年的《权利法案》中被反复确认。最早吸收这个内容的《权利请愿书》规定：“苟非经其贵族之合法判决或依据英国之法律，不得逮捕拘禁英国之任何自由人民或剥夺其所有之土地或取消其所享之自由权利或若干自由惯例或使不受法律之保护和予流放或加以任何方式之损害……”《权利法案》中也规定：“凡未经国会同意而以皇权停止法律或施行权力均为僭越行使权力。”在北美的英国殖民地，于 1776 年 5 月召开大陆会议，决定宣布独立，由十三个州的殖民地自行各个制定根本法，其中最早的《弗吉尼亚权利法案》第 8 条明确规定：“除了国家法律或同等的公民的裁判外，任何人的自由不应受到剥夺。”这一规定被誉为美国法律中最初的罪刑法定主义的宣言，以后为许多州所效仿。及至 1791 年，生效的宪法修正案明确规定了适当的法律程序原则，把罪刑法定简明扼要的规定为：“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。

在大陆法系国家，1789 年法国资产阶级革命后制定通过

的《人权宣言》对罪刑法定予以了确认，其第8条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据犯罪行为前已制定、公布和合法施行的法律，不得处罚任何人。”这一规定为法国1791年宪法和刑法典所采用。1810年的法国刑法典更简明地规定：“不论违警罪、轻罪或重罪，均不得以实施犯罪前未规定之刑罚处罚之。”

从罪刑擅断到罪刑法定是刑法发展的必然趋势，是刑法发展史上的一次重大变革。这次变革是伴随着资产阶级革命而产生的，也是资产阶级革命所带来的积极成果之一，是对罪刑擅断主义的彻底否定。

在奴隶社会和封建社会，盛行的是罪刑擅断主义，法律一般不公诸于世，实行所谓“刑不可知，则威不可测”的法律神秘主义，即使有法律规定，但罪之有无和刑之轻重，都依统治者的意志而定。中国古代的“腹诽”、“莫须有”、“文字狱”即罪刑擅断之典型代表。孟德斯鸠在其《论法的精神》中谈到中国封建社会的法律时也涉及这个问题，他写到：“中国的法律规定，任何人对皇帝不敬就要处死刑。因为法律没有明确规定什么叫不敬，所以任何事情都可拿来作借口去剥夺任何人的生命，去灭绝任何家族。”^① 欧洲封建社会的罪刑擅断主义也同样盛行。孟德斯鸠的祖国法国就很有代表性。法国在路易十四、路易十五、路易十六统治时期，刑事司法方面的罪刑擅断主义表现得十分突出。巴士底狱就是一个典型。那时候拘留在巴士底狱的“犯人”，罪的有无和刑的轻重，完全由法国国王擅断。当时巴士底狱的“犯人”分两类，一类是基于预防或感化需要的理由而被拘留的，另一类是基于有罪推定或证明有罪而被拘留的。对前一类“犯人”，既不进行侦查，也不移交法院审理，对他们关押时间的长短完全由国王决定。对后一类

^① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上），商务印书馆2002年11月版，第194页。

“犯人”，要移交法院审理，但是从开始拘留到移交审理要经多长时间，也由国王命令决定。因此，常有被拘留的人到老年还没有确定究竟是有罪还是无罪，集中表现了封建统治的武断专横。因此，法国大革命从攻打巴士底狱开始并不是偶然的。^①

虽然罪刑法定的思想，早在古罗马就出现了，例如罗马学者苏拉就极力主张罪刑法定，反对刑法溯及既往。但是，作为支配现代刑法的一种理念，它发源于资产阶级启蒙思想家。对此，洛克、孟德斯鸠和贝卡利亚等都有罪刑法定思想的不同程度的表述。

洛克在其《政府论》中论及自由时指出：“处在社会中的人的自由，就是除经人们同意在国家内所建立的立法权以外，不受其他任何立法权的支配；除了立法机关根据对它的委托所制定的法律以外，不受任何意志的统辖或任何法律的约束……处在政府之下的人们的自由，应有长期有效的规则作为生活的准绳，这种规则为社会一切成员所共同遵守，并为社会所建立的立法机关所制定。这是在规则未加规定的一切事情上能按照我自己的意志去做的自由，而不受另一个人的反复无常的、事前不知道的和武断的意志的支配；如同自然的自由是除了自然法以外不受其他约束那样。”^② 这里所蕴涵的罪刑法定思想至少有四：一是法律只能由立法机关制定；二是凡是法律没有规定的，便是允许去做的。这引申到罪刑法定中来，当是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”；三是反对罪刑擅断；四是不受事后法的支配。

孟德斯鸠指出：“专制国家是无所谓法律的。法官本身就是法律。君主国是有法律的；法律明确时，法官遵照法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。在共和国里，政制的性

^① 李由义：《罪刑法定和类推》，载《法学研究》1980年第5期。

^② [英] 洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》（下篇），商务印书馆1996年7月版第16页。

质要求法官以法律的文字为依据；否则在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中，就有可能对法律作有害于该公民的解释了。”^①“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合二为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合二为一，法官便将握有压迫者的力量。如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。”^②孟德斯鸠还指出，法律的用语，对于每一个人要能够唤起同样的观念。“在法律已经把各种观念很明确地加以规定之后，就不应再回头使用含糊笼统的措辞。路易十四的刑事法令，在精确地列举了和国王有直接关系的讼案之后，又加上了一句：‘以及一切向来都由国王的判官审理的讼案’。人们刚刚走出专横独断的境域，可是又被这句话推回去了。”^③这里所包含的罪刑法定思想主要有：一是刑法是对人权的保障，不是进行暴虐的统治；二是法律只能由立法机关独立制定；三是法官严格按照法律的规定进行审判，禁止法官立法；四是法律的明确性。

贝卡利亚在其《论犯罪与刑罚》一书中，对犯罪与刑罚的基本特征进行了详尽的分析，并由此提出了罪刑法定的原则。贝卡利亚关于罪刑法定原则的基本框架主要包括：^④第一，

① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上），商务印书馆 2002 年 11 月版，第 76 页。

② [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上），商务印书馆 2002 年 11 月版，第 156 页。

③ [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（下），商务印书馆 2002 年 11 月版，第 297 页。

④ 参见何勤华主编：《西方法学名著精粹》，中国政法大学出版社 2002 年 1 月版，第 48—49 页。

“只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员（他是社会的一部分）都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此，任何一个司法官员都不得以热忱或社会公共福利为借口，增加对犯罪公民的既定刑罚。”^① 第二，“代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律，但不能判定某个人是否触犯了社会契约。由于国家可能分成为两方：君主所代表的一方断定出现了对契约的侵犯，而被告一方则予以否认。所以，需要一个判定事实真相的第三者。这就是说，需要一个作出终极判决的司法官员，他的判决是对具体事实作出单纯的肯定或否定。”^② 第三，刑事法官没有解释刑事法律的权力。因为刑事法官不是立法者，他们只是从现实社会或者君主那里接受法律。“法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论是自由或者刑罚。”^③ 如果允许法官解释法律，那么，“法律的精神可能会取决于一个法官的逻辑推理是否良好，对法律的领会如何；取决于他感情的冲动；取决于被告人的软弱程度；取决于法官与被害者之间的关系；取决于一切足以使事物的面目在人们波动的心中改变的、细微的因素。”^④ 这样，因为人们得到的不是持久稳定的而是飘忽不定的法律解释，就会导致公民的命运经常因法庭的更换而变化，使他们的生活和自由成了荒谬推理的牺牲品或者某个法官情绪冲动的牺牲品；而且，相同罪行在同

① [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 12 页。

② [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 12 页。

③ [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 13 页。

④ [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 14 页。

一个法庭，可能由于时间不同而受到不同的惩罚。所以，当一部法律颁布后，法官的唯一使命就是逐字遵守，来判定公民的行为是否符合成文法律，而不得以任何借口增加对犯罪公民的既定刑罚。第四，法律条文应当明确。“如果说对法律进行解释是一个弊端的话，显然，使人不得不进行解释的法律含混性本身是另一个弊端。尤其糟糕的是：法律是用一种人民所不了解的语言写成的，这就使人民处于对少数法律解释者的依赖地位，而无从掌握自己的自由，或处置自己的命运。这种语言把一部庄重的公共典籍简直变成了一本家用私书。”^① 所以，法律语言应当明确、通俗，易于让所有的人理解。第五，只有实施法律禁止的行为才能成为犯罪。每个公民都应当有权做一切不违背法律的事情，除了自己行为本身可能造成的后果外，不用担心遇到其他麻烦。这是对社会成员的一种正常的补偿，因为他们已经牺牲了在自己力量范围内做一切事情的普遍自由。“只有法律才能确定一个人在什么情况下应受到刑罚。因而，法律应指出：应根据哪些嫌疑而羁押罪犯，强制他接受审查和刑罚。”^②

及至德国的冯·费尔巴哈，罪刑法定被确立为实证刑法的原则，并以“哪里没有法律，哪里就没有对公民的处罚”这样通俗的语言著称于世。^③

如前所述，虽然英国的大宪章是罪刑法定最久远的渊源，而且在古罗马也出现了罪刑法定的原始思想，但是这些都不可能成为近代罪刑法定原则产生的思想理论基础，因为罪刑法定毕竟是资产阶级启蒙思想家反对封建专制刑法的产物，所以，罪刑法定产生的思想理论基础只能是资产阶级启蒙思想家的思

① [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 17 页。

② [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社 2002 年 9 月版，第 19 页。

③ 陈兴良：《罪刑法定的当代命运》，载《法学研究》1996 年第 2 期。

想理论。一般认为罪刑法定产生的思想理论基础，主要来源于以下三个方面：^①

（一）启蒙的自由主义思想。17、18 世纪的启蒙思想家对当时的教会权威和封建专制制度进行了激烈的抨击，他们提倡理性主义，主张天赋人权、社会契约论等。这种启蒙的自由主义思想为罪刑法定主义提供了思想理论基础。他们认为，在法律产生之前，人类处于一种自然状态中，这是一种完备无缺的自由状态，也是一种平等的状态。但是，自然状态并不是一种放任的状态，而是存在一种为人人所应遵守的自然法即人类的理性。洛克认为，自然法教导着遵从理性的全人类：人们既然都是平等和独立的，任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。为了约束所有的人不侵犯他人的权利、不互相伤害，使大家都遵守旨在维护和平和保卫全人类的自然法，自然法便在那种状态下交给每一个人去执行，使每个人都有权惩罚违反自然法的人，以制止违反自然法为度。^② 尽管如此，自然状态也存在许多缺陷：缺少一种明文规定、众所周知的法律；缺少一个有权依照法律来裁判一切争端的公正的裁判者；缺少一种权力来保证判决的执行。因此，单靠自然法还不够，必须有明文规定的法律；必须有裁判者；必须有保证判决执行的权力，从而维持社会的共同秩序。而要做到这些，必须依据契约组成国家。但是，契约不是无限的，人们只是在保护人权的范围内将立法、刑罚权等委让给国家。所以，为了保障各个人的权利，依契约所产生的国家法律，受到自然法的制约。各个人都有维护自然法的义务，违反这种义务就应受到刑罚处罚。但委让给国家的刑罚应限于必要的最低限度内，故国家必须预先

^① 参见马克昌著：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社 2002 年 10 月第 1 版，第 62—64 页。

^② [英] 洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》（下篇），商务印书馆 1996 年 7 月版第 6—7 页。

明示违反义务的种类与对之所科处的刑罚。^①同时,国家的立法权和刑罚权的目的,只能是增进个人的幸福。对违反者只能按照规定处以刑罚,而决不能用来损害个人的权利,否则就违反了人们缔结契约、结成国家的宗旨。启蒙的自由主义思想,是新兴资产阶级反对封建专制的思想武器,它的保障人的权利的思想,被认为是罪刑法定主义的核心思想。因而可以说,启蒙的自由主义思想为罪刑法定主义提供了根本的思想理论基础。^②

(二)三权分立思想。三权分立思想集中体现在孟德斯鸠的论述中。孟德斯鸠把政体分为三种,即共和、君主和专制,认为掌握权力的人都容易滥用权力,侵犯个人自由。为了防止权力的滥用,保障个人自由,就必须以权力制约权力。孟德斯鸠认为:“每一个国家有三种权力:(一)立法权力;(二)有关国际法事项的行政权力;(三)有关民政法规事项的行政权力。依据第一种权力,国王或执政官制定临时的或永久的法律,并修正或废止已制定的法律。依据第二种权力,他们媾和或宣战,派遣或接受使节,维护公共安全,防御侵略。依据第三种权力,他们惩罚犯罪或裁决私人争讼。我们将称后者为司法权力,而第二种权力则简称为国家的行政权力。”^③立法、行政、司法这三种权力必须由各个国家机关分别行使,相互分立,相互制衡。立法机关负责制定法律,司法机关只能适用法律,并且必须受法律的拘束,法官只能是机械地适用法律,法律的解释属于立法权的领域,不允许法官解释法律。因为建立自由的,仅仅是法律,只有这样,才能保障个人的自由,避免法官的擅断。在刑事裁判上,犯罪与刑罚必须预先以法律加以

① 赵秉志主编:《刑法基础理论探索》,法律出版社2003年1月第1版,第370页。

② 马克昌著:《比较刑法原理:外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年10月第1版,第63页。

③ [法]孟德斯鸠著,张雁深译:《论法的精神》(上),商务印书馆2002年11月版,第155页。