

455

2008.8.8
1144

北大法学文存 第2卷

法治和良知自由

北京大学法学院/编



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治和良知自由/北京大学法学院编. —北京:法律出版社, 2002.6

(北大法学文存:2)

ISBN 7-5036-3827-3

I. 法… II. 北… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 038933 号

丛书编辑 蒋 浩 丁小宣

责任编辑 张 琳

特邀编辑 张会峰 赵雪敏

出版/法律出版社

印刷/中国科学院印刷厂

责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

开本/A5

印张/15.25 字数/406 千

版本/2002 年 6 月第 1 版

2002 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414123(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3827-3/D·3544

定价: 29.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序 言

北大正在为建成世界一流的大学而努力，北大法学院正在为建成世界一流的法学院而努力，这是我们这一代北大学人的使命。那么，世界一流大学、世界一流法学院的标准是什么呢？我认为，这里的一流，不仅是教学一流，而且是科研一流。教学与科研是任何一所大学的两个工作环节。也是大学发展的两翼。在教学与科研这两者中，教学是基础，这是毋庸置疑的。但对于北大这样的大学来说，科研是更为重要的。只有一流的科研成果，才能将科研成果引入课堂，从而达到一流的教学成果。我始终认为，北大法学院应当将科研放在一个更为重要的位置上，以科研促进教学，以科研带动教学。从以教学为中心的大学向以科研为中心的大学转变，是建设世界一流大学的开端。

北大法学院在科研方面有着注重基本理论的优良传统，这一传统在新世界得到了发扬光大。北大法学院有着一大批勤勤恳恳地从事各自专业领域的研究来不断地报告科研成果的专家学者，正是他们的科研成果提升了北大法学

院的学术水准和学术声望。在学校 985 项目的资助下,北大法学院的科研工作迎来了她的黄金季节。为了集中展示北大法学院教师的学术研究成果,我们与法律出版社商定,不定期地出版《北大法学文存》。收入《北大法学文存》的论文都是北大法学院教师新的科研成果,这些科研成果曾经以北大法学院工作论文的形式印行,在法学院内进行交流。应当指出,有些论文在有关刊物上曾经发表,现在一并收入《北大法学文存》。在收入时,作者又对论文作了进一步的修改润色。

《北大法学文存》是北大法学院 985 项目阶段性成果的展示,对于 985 项目的资助表示感谢。《北大法学文存》在出版过程中,有关专业的硕士生和博士生参加了编辑工作,对他们的辛勤劳动表示感谢。《北大法学文存》的出版,得到了法律出版社社长贾京平先生、编辑蒋浩先生、丁小宣先生的大力支持,在此尤其应当表示感谢。

《北大法学文存》还将继续出版下去,我相信,她将成为北大法学院科研活动历史发展的印记。

陈兴良

2002 年 3 月 14 日谨识于蓝旗营寓所

目 录

1	陈兴良	刑法的宪政基础
29	姜明安	行政法的世纪变迁
59	王锡锌	正当法律程序与“最低限度的公正”——从行政程序角度的考察
72	王锡锌 傅 静	需求、学说与革命——以正当法律程序的“革命”与“反革命”为个案的分析
91	沈 岿	重构行政主体范式的一个努力
113	沈 岿	制度变迁与法官的规则选择——立足刘燕文案的初步探索
154	沈 岿	法治和良知自由：行政行为无效理论及其实践之探索
178	贺卫方	司法独立在近代中国的展开
217	潘剑锋	高薪制：审判公正、廉洁和法官高素质的基本保障
230	周旺生	中国立法五十年——1949 至 1999 年中国立法检视
309	周旺生	论中关村立法的创新性品格
324	汪 劲	地方立法的可持续发展影响评估：原则、标准与方法
341	饶戈平	关于国际法和国际组织发展动向的思考

- | | | |
|-----|------------|---|
| 356 | 白桂梅 | 《公民权利和政治权利国际盟约》与中国国内立法:少数民族的权利保护问题 |
| 388 | 白桂梅 | 国际法中的国家与个人 |
| 412 | 朱苏力 | 制度逻辑的错位——评《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试行)》 |
| 438 | 沈 岿 | 宪法统治时代的开始? ——“宪法第一案”存疑 |
| 463 | 李红云 | 条约与我国民用航空法律 |

刑法的宪政基础

□陈兴良*

法治,在一定意义上说是宪治,是一种建立在宪法确认之上的宪政秩序。宪法在一个国家的法律体系中处于至高无上的地位,是法上之法,是一切其他法律的渊源。因此,宪政同样是刑法的基础。本文拟在对宪政进行一般性考察的基础上,探讨宪政之于刑法的意义。

—

宪政,从字面上来看,是一种受宪法支配的政治。我国学者指出:宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为内容,以厉行法治为基本保证,以充分实现最广泛的人权为目的的一种

* 北京大学法学院教授,博士生导师。

政治制度。^①由此可见,宪政的内容是十分丰富的。我认为,宪政可以从以下几个方面来理解:

(一)宪法:宪政的前提

宪政之宪,乃宪法也,没有宪法当然也就无所谓宪政。我国学者曾经提出“前宪政”的概念,^②这种前宪政的政治,由于政治与政府没有受到制约,因此往往导致专制。宪政正是在同专制的斗争中成长起来的,是近代资产阶级革命的产物。

关于宪法的起源,在学理上存在以下三种观点:^③第一种观点认为,宪法产生于古希腊时期,古希腊城邦共和国关于政体的法律就是宪法。第二种观点认为,宪法产生于中世纪的英国,其标志是1215年《自由大宪章》和1295年“模范议会”。第三种观点认为,宪法产生于资产阶级革命之后,是资产阶级革命的产物。我认为,关于宪法起源的分歧,并不是一个历史事实问题,而是一个宪法观念问题,即对宪法的不同理解导致对宪法起源的不同认识。从宪法史来看,宪法起源于对国家权力的限制,在这个意义上说,我同意宪法起源于中世纪英国的观点,正是1215年《自由大宪章》对英王的权力加以限制,使其具有现代宪法的基本特征。当然,宪法成为各国普遍采用的法制形式,是在资产阶级革命胜利以后。

宪法是宪政的前提,没有宪法就没有宪政。因此,宪政只能出现在宪法产生以后,从时间上来说迟于宪法的产生。当然,宪法只是宪政产生的前提,没有宪法固然没有宪政。有宪法却并不见得必然有

^① 参见李步云:“宪政与中国”,《宪法比较研究文集》(2),中国民主法制出版社1993年,第2页。

^② 参见刘军宁:《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》,上海三联书店1998年,第122页。

^③ 参见朱福惠:《宪法与制度创新》,法律出版社2000年,第17页以下。

宪政。^④ 因此,对于宪政的理解,决不能停留在宪法的形式上,而是要进一步透过宪法形式,关注宪法的实质内容。

(二)民主:宪政的基础

宪政是以民主为诉求的,它必然建立在民主基础之上。从这个意义上说,宪政与独裁是对立的。民主与宪政的关系是极为复杂的。我国学者认为,民主在历史时序上先于宪政,但宪政在逻辑上先于民主。^⑤ 我理解,民主在历史时序上先于宪政,是一个事实判断。确实,古希腊就已经存在民主,——一种存在于城邦的直接民主,但这个时候很难说存在宪政。宪政在逻辑上先于民主,是一个价值判断。民主并不能直接导致宪政。民主是解决权力的归属问题,要求主权在民,而宪政是解决权力的限制问题。对于专制的权力要加以限制,那么,对于民主的权力是否也要加以限制呢?这个问题直接关系到对宪政与民主的理解。在历史上,民主曾经一再地受到推崇,似乎来自民主的权力是不应受到限制的。但托克维尔提出了多数的暴政的著名命题,认为民主制也会产生专制。在托克维尔看来,无限权威是一个坏而危险的东西。当任何一个权威被授以决定一切的权利和权力时,不管人们把个权威称做人民还是国王,或称做民主政府还是贵族政府,或者这个权威是在君主国行使还是在共和国行使,我都要说,这是给暴政播下了种子。^⑥ 正是在这个意义上,民主产生的国家权力同样应当受到限制,这才是宪政的真谛。因此,民主是宪政的基础,但宪政同时也意味着对民主产生的权力的限制,使民主制度化。

^④ 我国学者对宪法与宪政的关系作了研究,认为宪法是宪政的前提,然而,从近代民主宪政的发展理解来看,有宪法不一定能形成宪政,它们并不存在必然的对应关系。参见前注③,第142页。

^⑤ 同注②,第125页。

^⑥ 参见托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1991年,第289页。哈耶克表达了同样的观点:民主的理想,其最初的目的是要阻止一切专断的权力(arbitrary power),但却因其自身不可限制及没有限制而变成了一种证明新的专断权力为正当的理由。参见哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1999年,第130页。

(三)法治:宪政的条件

法治,从字面上来看,是法律之治,而且是良法之治。对于法治的理解,也是各不相同的。古希腊哲学家亚里士多德对于法治的蕴含曾经有过一个经典性的论述,指出:法治应包括两重意义:已订立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。^⑦ 这一论断从立法与司法两个方面指出了法治的要义。美国著名法理学家朗·富勒认为,一种真正的法治应包含8项原则:法律具有一般性;法律必须公布;法律不能溯及既往;法律具有明确性;避免法律中的矛盾;法律不应要求不可能实现的事情;法律是稳定的;官方行动应忠实地运用法律。^⑧ 我国学者刘军宁指出了以下14项法治的基本要素:(1)法律必须是公开的‘普遍的’;(2)法律必须是善意的、合乎情理的;(3)法律具有最高性;(4)法律必须是可预知的、可信赖的;(5)法律面前人人平等;(6)法律的目的只能是正义本身;(7)一切法律都不得违背宪法,不得侵犯宪法所保障的权利与自由;(8)司法必须独立;(9)依法行政和越权无效原则;(10)国家责任原则;(11)不溯及既往原则;(12)罪刑法定主义、无罪推定原则和法律的正当程序原则。(13)法律必须由主权者(人民选举产生的立法机关)制订。(14)法律必须是公正的、不偏不倚的规则。^⑨ 以上对法治的描述,都或多或少地提示了法治的性质与特征。我认为,法治的精神在于以法律限制权力。宪法作为国家的根本大法,它对于国家权力与公民权利具有勘界功能。因此,法治离不开宪法。同样,通过宪法确认宪政秩序又必然以法治为条件。因此,法治与宪政是相互依存的。

(四)人权:宪政的目标

宪政以保障人权为使命,它通过限制国家权力,确保公民的自由

^⑦ 参见亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年,第199页。

^⑧ 参见程燎原:《从法制到法治》,法律出版社1999年,第286页。

^⑨ 同注②,第158页以下。

与权利的实现。正如美国学者指出：一个称作“宪法”的法律文件的基本目的就是保护人权。^⑩ 宪政意味着限政，宪政制度下的政府，是一个有限政府，这种政治制度的设计就是为了有效的保障人权。因此，宪政政治必然追求对公民的自由与权利的保障。

基于上述对宪政理解，考察刑法的宪政基础，我认为是对刑法的合宪性审视。这种合宪性审视，必然表现为对刑法的一种价值判断，即刑法只有具备了何种性质才具有合宪性。

刑法的合宪性，是一个被忽视的问题。合宪是与违宪相对应的概念，没有合宪性当然也就无所谓违宪性。刑法的合宪与违宪问题，以往之所以没有受到注重，一方面是由于我们的宪法观念没有真正树立起来，宪法规范被虚置，只是有谕示功能，而不能在社会生活中得到真正落实。另一方面是由于我们的刑法观念中缺乏受宪法制约的意识，即简单地把刑法视为惩治犯罪、打击敌人的工具，而没有提到刑法的人权保障功能。在这种情况下，刑法是否应当具有合宪性，这本来是一个不言自明的问题，却变成了一个需要论证的问题。

刑法的合宪性，决定着刑法的性质。如前所述，宪法本身，尤其是建立在宪法基础之上的宪政，是以制约国家权力为宗旨的。在国家权力中，刑罚权直接涉及对公民的生杀予夺，因而更应当受到宪法的制约。可以说，是否受到宪法制约，是专制社会的刑法与法治社会的刑法的根本区别之所在。

二

刑法在整个刑事法中占据着核心的地位，它是刑事实体法。由于刑法直接以刑罚的方式限制或者剥夺公民个人的自由与权利，因此，刑法的合宪性问题更是引人关注。

^⑩ 参见弗莱彻：“宪法理论中的权利和义务”，王翘译，《宪法比较研究》(3)，山东人民出版社1994年，第54页。

刑法的宪政基础的考察,可以从罪刑法定原则出发。在某种意义上说,罪刑法定原则体现了宪法对刑法的限制。我国学者李海东提出了国权主义刑法与民权主义刑法的命题,认为国权主义刑法是以国家权力为本位的刑法,而民权主义刑法是以公民权利为本位的刑法。^①我认为,根据马克斯·韦伯的理想类型的方法,这种划分是可以成立的。这种国权主义刑法以维护国家权力为使命,为达此目的可以不择手段,从而使刑法沦为专制的工具。而民权主义刑法以维护公民权利为己任,从而表现为对国家权力的限制,使刑法成为自由的保障。我认为,国权主义刑法与民权主义刑法之间最根本的区分就在于:前者是国家单方面的意志,是不受限制的,具有绝对主义的特征。后者是政治国家与市民社会的双方合意,是受到限制的,具有相对主义的特征。罪刑法定原则就体现了对国家刑罚权的限制,因而成为国权主义刑法与民权主义刑法的根本分野,也是刑法的宪政基础。

罪刑法定原则强调罪刑的法定化,因此,成文刑法的存在是实行罪刑法定原则的前提。当然,成文刑法的存在只是罪刑法定原则的必要条件而不是充分条件。某一刑法是否真正实行罪刑法定原则,关键是要看这种刑法是否建立在宪政基础之上。中国古代具有成文法的传统,成文刑法的历史源远流长。那么,是否可以就此得出中国古代刑法就实行罪刑法定原则的结论呢?显然不能。因为中国古代社会实行专制制度,其刑法也只能是专制工具,而不具有宪政基础。我国学者张晋藩曾经对中国古代极端专制下的引律与比附的关系作了深刻的分析,指出:中国古代的援法定罪,其出发点是维护法律的统一适用,和对官吏司法权的约束。它与西方为反对侵害个人权利与自由而提出的罪刑法定主义虽有不同,但在依法审判与定罪量刑的基本原则上,显然是一致的,只是中国是在公元3世纪封建前期提出的,而且贯穿于整个封建社会。正是由于中国提出援法定罪是在

^① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年,第4页以上。

封建时代,因此它必然受到专制制度的影响,以致皇帝擅权和广泛的类推比附,成为不可避免,它是与援法定罪矛盾的,但又极不协调地统一在一起,其基础是统治阶级利益的需要,这就是为什么有时皇权也受到法律的制约。^⑩ 上述论述,看到了罪刑法定原则与援法定罪形式上的相似性,也指出了两者在性质上的区别,这是极为正确的。当然,在我看来,两者的区别强调得还是不够的。中国古代刑法中虽然也重视引律,这种援法定罪只是这了保证法律统一实施,当然也在一定程度上具有对司法权的限制功能,但同时又允许比附援引类推定罪,使这种本来就有限的限制消失在无形之中。至于皇权本身,在极端专制制度下,是不受限制也不可能受限制的。因此,援法定罪只是刑法适用的一种方式,根本不具有宪政意义。罪刑法定原则性与此不同,它是为保障公民个人的权利与自由而对国家刑罚权(包括立法权与司法权)加以限制,因而具有宪政意义。

罪刑法定原则之宪政意义,我认为首先体现在刑法的契约性之上。刑法的契约性是以法的契约性和国家的契约性为前提的。在专制社会,基于君权神授的理念,国家权力来自天意神授,因而是一种不受限制的权力。在这种情况下,法也只是一种驭民术而已,刑法则是镇压犯罪、维护统治的工具。因此,国家刑罚权是不可能受到限制的。近代自然法学派倡导契约论,使人们对国家、社会与法获得了一种全新的认识。在契约论的视界里,人的至上性取代了神的权威,平等的个体之间的关系取代了不平等的隶属关系,人与人之间的合意成为国家与社会的权力来源,这种权力终究受掣于个人的权利,因而最终确立了主权在民的宪政原则。在这种情况下,法律就成为基于社会契约而产生的行为规范,它不仅约束个人,更在于限制国家。最早将这种契约的思想用于解释政治并由此阐述法律与自由的关系的,是英国著名哲学家约翰·洛克。洛克提出了法律的目的不是废除

^⑩ 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1998年,第276页。

或限制自由,而是保护和扩大自由的命题。^⑬ 法律对自由的保障,主要是通过限制国家权力而实现的。国家权力之所以应当受到个人权利的限制,就是因为这种权力不是从天而降的、不是上帝授予的(反对权力神授论),而是有一个世俗的根源,它也不是像父权那样来自血缘和亲族关系,或者是像专制权力那样来自武力胁迫,而是来自合意,来自契约。^⑭ 这种契约就成为国家权力的来源。规范国家权力的根本大法——宪法,无疑具有这种契约性。我国学者指出:就宪政的产生、任务及其手段和方法来看,其特征就在于它的契约性。只不过它与经济契约不同,是专门适用于政治生活领域的,是一种社会契约或政治契约、宪政契约。也有学者认为,宪政实际上就是民主政治的契约化的法治化,因此可以把宪政理解为契约宪政。^⑮ 我认为,这种理解是完全正确的,以契约性阐释宪法的性质,也已经成为现代宪法理念的应有之义。

在论证了宪法的契约性的基础上,引申出刑法的契约性,似乎是逻辑之必然。其实不然,刑法的契约性仍然是一个有待证明的命题,这主要是由刑法的特殊性所决定的。刑法是最古老的法律形式之一,在中国古代社会,法就是从刑法中发展而来的,因而刑法就成为其他法律的源头。显然,刑法早于宪法。可以说,古代社会的刑法是专制的工具,不具有契约性。我国学者李海东称这种刑法为国权主义刑法,刑法是国家单方面对犯罪的镇压,是最具暴力性的法律。从这种国权主义刑法到民权主义刑法的转变,是近代启蒙运动中完成的,也是刑法观念上的一场深刻革命。民权主义刑法是建立在二元社会结构之上的,表现为市民社会对政治国家的权力,包括刑罚权的

^⑬ 参见洛克:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1961年,第36页。

^⑭ 参见何怀宏:《契约伦理与社会正义——罗尔斯正义论中的历史与理性》,中国人民大学出版社1993年,第67页。

^⑮ 参见蒋选福:《契约文明:法治文明的源与流》,上海人民出版社1999年,第138、139页。关于宪政与契约的内在联系,详见该书第139页以上。

某种限制。^⑩ 意大利著名刑法学家贝卡里亚将契约论思想引入刑法,用来阐述刑罚权的来源,认为法律就是把这些个人联合成社会的条件,国家权力来自于公民个人自由的转让,君主只不过是这一份份自由的合法保存者和管理者。贝卡里亚指出:这一份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权,而不是公正,是杜撰而不是权利。如果刑罚超过了保护集体和公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。^⑪ 由此,贝卡里亚将刑罚权限制在保护公共利益这一限度之内,应该指出,在贝卡里亚的思想中,公共利益并不是凌驾于个人利益之上的另一种利益,而只是个人利益与个人自由的集合而已。因此,保护公共利益也就是保护个人利益与个人自由。基于社会契约论基础之上产生的分权原则,贝卡里亚将立法权与司法权严加区分,由不同的个人或机关行使。只有法律才能为犯罪规定刑罚,而法官只能根据法律规定认定犯罪并且处罚犯罪。而在贝卡里亚看来,犯罪是对社会契约的侵犯。在这种观念的指导下,刑法的暴力性与野蛮性经过理性的过滤,获得了合理性、正当性与人道性。其中,罪刑法定原则贯穿于刑法之中,使刑法完成了从国权主义刑法到民权主义刑法的转型。

罪刑法定原则,其含义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”这种罪刑以法律规定为限的思想,表现的就是刑法的契约性。罪刑法定原则意味着在国家的刑罚权与公民个人的自由与权利之间划出了一条明确的界限,只有当公民行为触犯刑律构成犯罪的情况下,才应受到刑罚处罚。否则,就与刑法无涉。我认为,罪刑法定原则的精髓在于限制机能,即对于国家刑罚权的限制,包括对于立法权与司法权的限制,尤其是防止司法权的滥用。罪刑法定主义所倡导的形式合理性,也主要是用来限制刑罚权的,即某一行为即使具

^⑩ 关于国权主义刑法与民权主义刑法的划分及其特征,参见前注①,第4—5页。

^⑪ 参见贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年,第8—9页。

有严重的社会危害性,只要刑法没有明文规定就不应以犯罪论处。在这个意义上,形式合理性优位于实质合理性,这是罪刑法定原则的重要蕴含。正如儒攀基奇指出:即使没有刑法、惩罚也是照样可行的,但是,抑制刑罚专擅却是不可能的,因而法律形式主义便成为符合刑法要旨的惟一理论。刑罚作为一种最严厉的制裁措施,也许有助于说明:刑法对形式更加强调。^⑭可以说,罪刑法定原则就体现了对刑法的形式主义的要求。但是,罪刑法定原则并不排除在有利被告的情况下,实质合理性可以优位于形式合理性。例如,根据罪刑法定原则,不利于被告的类推是绝对禁止的,但有利于被告的类推却是允许的,并不认为违反罪刑法定。同样,构成犯罪必须具有形式违法性,但排除犯罪性却可以依据实质违法性的观念。凡此种种,都说明罪刑法定原则使刑法具有合理性。

罪刑法定原则一经提出,就被上升到宪法高度,在宪法中得到确认,成为刑法的宪法根据,并对刑法直接发生作用。正如我国学者指出:多数民主国家的宪法往往规定一些基本的原则——宪法原则,直接指导刑法的制定与适用。例如,英美法系国家的宪法当中直接规定禁止事后法、禁止剥夺公权、正当程序、禁止强迫认罪、一事不再理等原则;大陆法系国家在宪法中直接规定罪刑法定原则及其派生原则(特别是禁止事后法的原则)、个人刑事责任原则,等等。这些宪法性刑法原则,成为宪法对刑法的直接限制。^⑮正是这些规定,成为刑法的宪政基础。

在法国,罪刑法定原则在法国大革命后于 1789 年颁布的《人权宣言》中第一次被确认。《宣言》第 5 条规定:“法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍,而且任何人都不得受强制为法律并未命令的行为。”该《宣言》第 8 条还规定:

^⑭ 参见卜恩斯·M. 儒攀基奇:《刑法理论的批判》,丁后盾等译,中国政法大学出版社 2000 年,第 176 页。

^⑮ 参见曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社 2000 年,第 361 页。

“除非依据在犯罪之前已经制定并予公布且合法执行的法律之外,任何人均不得受到处罚。”上述规定,被认为是罪刑法定原则在宪法性文件中的首次确认。在这个意义上,罪刑法定原则不仅是刑法基本原则,而且上升为宪法原则。此后,法国 1958 年宪法进一步确认了 1789 年《人权宣言》中所包含的各项原则,刑事“法定原则”已经成为“具有宪法价值(效力)的规范。”^⑩ 法国刑法典,从 1810 年刑法典到 1994 年刑法典,都规定了罪刑法定原则。1994 年法国刑法典第 111—3 条规定:“构成要件未经法律明文规定之”重罪或轻罪,不得以其处罚任何人,或者构成要件未经条例明文规定之违警罪,不得以其处罚任何人。该条还规定:“如犯罪系重罪或轻罪,法律无规定之刑,不得以其处罚任何人。如犯罪系违警罪,条例无规定之刑,不得以其处罚任何人。”罪刑法定原则,对于刑法典来说,是其内在精神,它不仅是对司法权的限制,同样是对立法权的限制。例如,法国宪法委员会有权对议会通过的某些法律进行审议,并就这些法律是否符合宪法做出裁决,这就是所谓违宪审查。在违宪审查中,同样包括对刑法规范的合宪性的审查,刑法规范合宪性的审查,其最终根据就是罪刑法定原则。例如,法国宪法委员会在其 1981 年 1 月 19 日—20 日的裁决认定:立法者不得违反(相对于行政法)规定了较轻刑罚的新刑事法律具有溯及力的原则;同样宪法委员会以其 1984 年 10 月 10 日至 11 日的裁决承认,新的刑法法律不得对已经依法取得的“现有地位”进行惩处,同时,委员会又以其 1985 年 1 月 18 日的裁决承认,立法应当使用准确清楚的语言,具体地对犯罪的构成要件作出含义。^⑪

在意大利,罪刑法定原则包括三个方面的内容:(1)法律专属性原则,主要是为了避免行政机关(通过制定行政法规)擅立刑事法规,

^⑩ 参见卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社 1998 年,第 115 页。

^⑪ 同上。