

第一章 刑法制约概说

国家需要刑罚，是因为希望给予刑罚的报应惩罚属性相关的绥靖功能、保安功能、赎罪功能以及预防犯罪的功能来达到预防或控制犯罪、防卫社会、维护社会秩序的目的。但刑罚意味着剥夺公民的生命、自由与财产，如果用之不当，就会产生无穷祸害，刑罚的上述目的就无法实现。西方国家力倡所谓个人主义，主张个人本位，体现在刑罚上，便是反对滥用刑罚，主张谨慎、合理地使用刑罚权，防止刑罚权的行使侵犯国民的合法权益。

文明社会里，有刑罚就有相应的刑事法规。刑法是规定犯罪与刑罚的法律，是国家法律的重要组成部分。西方国家在自近代进入资本主义社会以来，一贯认为刑法对罪与刑的规定即意味着对刑罚权的行使范围及程序作了界定，一方面防止国家滥施刑罚以保障国民的自由与人权，另一方面对罪与刑的明确规定可以保障国家刑事政策的推行，提高司法的效率，实现刑罚的目的。总之，国家需要刑法，也是因为刑法具有一定的功能，可以满足国家的某些需要。

刑法具有哪些功能呢？这是西方刑法学者颇为关注的一个问题。首先，刑法的功能与刑罚的功能是相对应的。说刑罚有保护社会秩序与和平的作用，则刑法具有社会防卫功能；说刑罚有预防一般公民犯罪的作用，则刑法具有一般预防的功能；说刑罚可以防止犯罪人再犯罪，则刑法具有特别预防的功能。

如果从刑法是一种规范这个角度来认识刑法的功能，西方学者普遍认为，刑法具有保护功能、规律功能、保障功能。

保护功能：刑法是国家意志的体现，是基于国家维护其所建立的社会秩序的意志制定的。根据国家的意志，选择那些有必要用刑罚手段加以保护的法益，侵害或者威胁这种法益的行为就是犯罪，是科处刑罚的根据。总之，刑法具有保护国家所关切的重大法益的功能。

规律功能：规律功能分为评价功能与意思决定功能。评价功能指的是刑法在法律上明确规定哪些无价值行为应受刑罚处罚。而一旦预先规定出犯罪与刑罚的关系，就可据此对一定的行为进行价值判断。意思决定功能指的是要求公民自我抑制不要去犯罪。因为国家用法律规定了犯罪与刑罚的关系，这就等于公民向发布了保护法益的命令，要求公民的意志不能背离国家保护法益的意志，也就是说，公民不应产生实施违法行为的犯意。

保障功能：刑法规定了应予刑罚制裁的犯罪行为及其法律效果，一方面可以保证凡是未违反刑法规范者，均不受国家权力机关的干涉与侵犯，另一方面可以保护犯人不受法律规定外的处罚。从而起到保障人权的作用。

“功能”，英文为“function”，也称为“机能”，是事物自身的客观属性，与“目的”不同。“目的”是人们对事物寄予的主观期望，“目的”能否实现，依赖于事物有没有相应的功能。从功利的角度上讲，国家希望运用刑法来保护社会共同生活的基本价值，建立社会共同生活不可或缺的法律秩序。因此，预防、控制犯罪，保护社会免受犯罪的侵害，是希望刑法所具有的首要功能。这也就是保护功能。社会没有国家机构行使权力，就不可能有秩序和进步；权力没有制约，就会走向专横与残暴。这是一种两难的悖论。西方国家崇奉民主，主张一

切权力来源于人民，因此国家权力要制约是法治的核心内容，也就是说要防止国家权力侵害国民的自由与利益。刑罚权作为国家权力的一部分，直接针对国民的生命、自由与财产，行使的范围与程度必须受到制约是必有之文。这就希望刑法具有保障功能。保护功能与保障功能的关系有点类似于集体人权与个别人权的关系。国家运用权力，促进社会的进步与繁荣，逐步实现与发展人类的基本权利；但国家权力的行使如过分顾及整个社会的利益，就可能忽略某些公民的权利。体现在刑罚目的上的例子是，如过分强调一般预防，个人就会成为国家预防、控制犯罪的工具。因此，作为限制国家刑罚权的保障功能无论如何是不能缺少的。集体人权与个别人权均不可偏废。可以这么说，刑法保障功能的意义在于保证刑法保护功能实现以外，防止刑罚权运用中可能出现的副作用。

日本刑法学者庄子邦雄说，具有强制力保证的国家法，担负着维护国家秩序的责任，为圆满完成维护国家秩序的使命，应该持续和谐地实现刑法的保护功能、规律功能、^①保障功能，不能过于强调某一个功能。^②简言之，应该协调保护功能与保障功能的关系，即刑罚权的行使与对行罚权的制约协调起来。这种协调的理论上完美状态永远只是一种理想，在现实中之行之有效的关系状态永远无法等同于理论上的完美状态。本文所讲的刑法制约，其核心就是历史地比较考察西方国家刑法中保护功能与保障功能的动态关系。“制约”是一方对另一方的牵制、约束。“刑法制约”指的就是对刑罚权的制约，也可以

①从国家刑罚权的行使与制约的角度上讲，规律功能可以归入保护功能的范畴。

②[日] 木村龟二主编：《刑法学辞典》（顾肖荣等译），上海翻译出版公司1991年版，第11页。

说是保障功能对保护功能的牵涉与约束。换句话说，“刑法制约”所要研讨的是如何合理地^①实现刑法保障功能，它作为一个刑法问题，涉及刑法保障功能的价值地位，与其他功能的关系以及刑法保障功能的具体运作。

^①“合理地”、“合理性”两词概念很不确切，判断的标准不同，合理与不合理的结论可能截然不同。抛开具体的标准，一般性地理解“合理性”，则“合理性”有两层含义：一层含义是指事物理想的终极状态；二层含义是指符合人性、符合理性，即符合人道。“合理地”则指的是事物向终极状态发展的过程，而判断是否合理的标准是看事物的发展是否有助于人性的完善与人格的发展。总之，凡有助于人类社会进步的，符合这一发展趋势的，就是合理的。因此，刑法保障功能的实现是否合理，只能从历史发展趋势的角度来看。

第二章 刑法制约的思想基础

第一节 引言

罪刑法定主义是 18 世纪以来刑法的基本原则，正如“Nullum crimen nulla poena sine lege”——“没有法律规定便无犯罪与刑罚”这一口号所说，是指认定某种行为是犯罪，以及对其判处刑罚，必须先有规定犯罪与刑罚的成文法的原则。其根本意义在于限制承认国民权利和自由的国家权力，是保障国民权利和自由免受强大国家权力侵害的必不可少的铁律^①，总之，罪刑法定主义是刑法制约的思想基础。

罪刑法定主义是对罪刑擅断主义的否定，是法治国的产物，其思想根源于法治国赖以产生的思想。这两点不可或缺，尤其不能将罪刑法定主义单理解为只是对罪刑擅断这种绝对自由裁量主义的否定。否则，罪刑法定主义就会被曲解为只有通过成文的法规事先规定犯罪与刑罚这一形式上的意义，换言之，成了规定什么行为是犯罪，处以什么刑罚都可以的一种国家权力自我抑制的对策，而没有了保障人权的实质内涵^②。罪

① [日] 木村龟二主编：《刑法学辞典》（中译本），上海翻译出版公司 1991 年版，第 66 页。

② [日] 大野真义：《罪刑法定主义》，世界思想社 1982 年版，第 3 页。

刑法定主义作为近代刑法的大原则，是以自由主义为基调的，自由主义的核心内容指的是“人类组织国家之目的是用之以保障与生俱来的自由权。”^①

第二节 罪刑法定主义的沿革

罪刑法定主义由“法无规定，不为罪”（*nulla crimen sine lege*），“法无规定，不得处罚”（*nulla poena sine lege*），两个命题构成了可表达为“法无规定，不为罪，不得处罚”（*nullum crimen nulla poena sine lege*）。但欧陆诸国普遍采用“法无规定，不得处罚”，这一命题来表述“*nulla poena sine lege*”这一命题源于拉丁语，但并非自古就有。从形式上说，最早使用这一概念作为刑法学根本思想的是德国学者费尔巴哈，在 1801 年的教科书中首次采用。构成罪刑法定主义的思想，无论西方还是东方，都久已存在。但古代的所谓罪刑法定主义不是从保障人权的角度出发，实质内涵与近现代的罪刑法定主义完全不同。

罪刑法定主义的早期思想渊源，学界普遍认为始于 1215 年英国大宪章（*Magna carta*）。其中第 29 条规定：“凡自由民不经适合其身份的合法审判或不遵照国家法律，不得被逮捕、监禁、没收其领地、褫夺其法律所保护的权力，或将其放逐。”制定宪章的起因是贵族等阶层反抗国王无视封建习惯的暴政和苛捐杂税，要求国王重新确认诺曼王朝以来的封建正义原则，

^① [台] 陈爱娥：《论法治主义涵义之演变》，载《宪政时代》第 13 卷第 3 期。

维护贵族为首的自由民的特权。大宪章本来主要是确认封建贵族的权益，约束国王的侵害。后经柯克的注释，成为了反对王权、保障国民自由与权利的基础。从本质上讲，大宪章维护的是封建制度，绝不是现代意义上的以保障权利和自由为目的的原则。但从历史沿革来讲，大宪章仍是保障人权的先驱。它所确认的基本思想后在 1682 年的《权利请愿书》、1679 年的《人身保护法》、1689 年的《权利法案》中多次确认，并得到了适合时代的发展。大宪章第 39 条的基本思想飘洋过海传入美国，被北美费城殖民地总会的 1774 年宣言所采用。1776 年《弗吉尼亚权利宣言》第 8 条宣告：“没有国家的法律或官吏的审判，不得剥夺任何人的自由”。各州的权利宣言也规定了同样的内容。联邦宪法及宪法修正案对无法律规定不得处罚及正当的法律程序等也作了细致规定。

美国独立以后，北美新大陆发展了的保护人权的思想穿越大西洋重新回到欧洲大陆。在 1789 年法国革命后颁布的《人权宣言》第 8 条写道：“不依据犯罪行为前制定、颁布并付诸实施的法律不得以处罚任何人。”这一宣言受到 1776 年《弗吉尼亚人权宣言》的启示。1789 年法国革命的浪潮是在法国旧制度的王权专制、裁判擅断的条件下，由国民掀起的，受到孟德斯鸠、伏尔泰、卢梭等人的思想的鼓舞。1810 年法国刑法第 4 条写道：“无论是违警罪，轻罪，还是重罪，都不能判处犯罪前法律未规定的刑罚”，首次在刑法中直接规定了罪刑法定主义原则。以后制定的各国刑法，普遍以法国刑法为模式，在刑法开篇即规定了罪刑法定主义原则。

这里需要明确的是，罪刑法定主义主要是一种思潮，其核

心内容是限制政府权力，保障人权。而罪刑法定主义原则^①主要形成于强调立法权优越地位的大陆法系国家，其精神是作为一项成文法原则，由立法来限制司法的自由裁量。日本刑法学者西原春夫说，罪刑法定主义原则根源于“自律原则”与“预测可能性原则”，而在承认法院的判例具有立法功能的英美法系国家里，判决是否根据正当程序（due process）作出，具有重大意义。两大法系对罪刑法定主义的理解是有区别的^②。笔者认为，英美法系主要是从探索、细化程序的正当性来接受罪刑法定主义的基本思想，其特点是强调程序对保障自由的重要性，但也并不是说完全忽视立法对司法自由裁量的制约作用。

刑法制约的核心是对国家刑罚权的制约，防止其滥用，以保障被告的合法权益，合理地实现保障功能。但不同的法系，不同的国家，因为司法传统和政治发展程度的不同，对刑法保障功能重视的程度不尽一样，达到刑法制约目的的方法、途径也有区别。罪刑法定主义的早期思想渊源于英美，但最早将其作为刑法中的法治原则规定入刑法典的是欧洲大陆国家。罪刑法定原则有其特定的内涵，而罪刑法定主义则主要是一种思潮。而且，罪刑法定主义这种思潮肇始于英国大宪章时，其体现方式是：“凡自由民不经适合其身份的合法审判或不遵照国家法律，不得……”。即，在英国，对刑罚权的制约，一开始就是从程序与实体法两个方面着手的，而且，历史表明，是以

^① “罪刑法定原则”应视为“罪刑法定主义原则”的简称。如果认为两者有别，认为前者只特指“罪刑的法定性”，而没有制约刑罚权的思想，则“罪刑法定原则”意义并不大。

^② 西原春夫认为：“自律的原则”指的是对什么样的行为科以刑罚，科以何种程度的刑罚。由国民自己通过代表来加以决定。“预测可能性原则”指的是对什么行为科以何种程度的刑罚，对于一般国民来说必须可以预测。

程序上的制约为重心。对英美国家刑法制约基本思想的不同之处，将辟专章予以讨论，以下主要研讨作为欧陆国家刑法制约思想核心的罪刑法定主义原则。

第三节 罪刑法定主义的思想渊源

罪刑法定主义虽是对专制时代擅断主义的否定，但它主要是法治国的产物，它产生的原因也源于法治国产生的原因。法治国家的成立，是人类史上的一件大事，产生的原因极为复杂，如产业革命，个人自觉等等。这里只谈个人自觉的思想。在法治国家产生以前，个人只是宗教的教徒、君主的臣仆、父母的子女，而没有自我的存在。这重重压迫，随着社会生产力的发展，逐渐唤起了个人的自觉，出现了个人主义思想。个人主义思想主张，社会是个人的集合，由人所构成，是个人的社会，个人人格的完成，是人类真正的目的，社会只是手段。个人主义思想引发了自由主义思想，认为一切应该放任个人自由，听凭每个人发挥自己的聪明才智去寻求财富与幸福。因此提倡“最好政府、最少管理”的口号，主张政府不干涉。这种初期自由主义的主张与资本主义经济处于自由竞争时代联系紧密。

个人主义与自由主义不否认政府的存在，只是想把政府的权力限制在必要的限度内。如何限制呢？西方政治思想一贯认为，人性是恶的，凡人具有不加制约的权力必将走向专横与腐败，因此惟有实行法治。法律高于一切，凡人在法律面前均平等，由法律明确规定民选官员的权力，以保障国民自由。为防止权力集于一身而不好制约，又主张立法权、司法权与行政权

分立，以达到彼此的制衡，杜绝专制政治，这种法治国思想，在司法上主张“依法审判”。罪刑法定主义就是伴随上述法治国思想产生的，严格地说，它是法治国思想在刑法中的体现。

学界对罪刑法定主义得以确立的思想背景有分歧。日本学者大野真义认为，罪刑法定主义的思想背景由三种不同的思想所构成：人权思想、权力分立理论、均衡理论。其中人权思想是最有力的原动力，而权力分立与心理强制理论只是表面根据。^① 笔者认为，大野真义的观点具有一定的代表性，以下就此三项思想逐一予以阐述。

（一）人权思想

人权思想自古有之，作为罪刑法定主义思想渊源的人权思想指的是近代的与自然法学联系在一起的人权思想。近代人权思想与中世纪末期的思想解放运动颇有关系。

欧洲中世纪，神学一统天下，教会专制之程度丝毫不亚于中国封建社会的皇权专制。在中世纪教徒的心目中，上帝无所不在、无所不能，人则应该轻视自己，只有把自己看得微小，在上帝眼中才是大，提倡人自辱自残。在这种神学笼罩之下，仍有大群学者采取世俗的、宗教的、文学的、哲学的等多种形式，勇敢地批判和揭露专制主义，用新思想启发民众。

从 14 世纪到 16 世纪，以意大利为中心发生了一场提倡和复兴古文化的思想运动。致力于这场运动的思想家被称为人文主义者。文艺复兴时期人文主义思想的一般特征是，大讲人的自然性，强调人的尊严和价值，使古代关于平等、自由、独立的道德主张得以明确与普及。他们主张人生来平等，具有意志自由。而因为人生而平等，具有意志自由，所以追求个人利

^① [日] 大野真义：《罪刑法定主义》，世界思想出版社 1982 年版，第 201 页。

益，满足世俗欲望，是合乎天道人性的。

德国与法国的宗教改革运动从另一侧面解放了人们的思想，马丁·路德举起“信仰得救”的旗帜，唤起了德国社会大众，攻击教会的权威。他宣扬每个人单凭自己的信仰就可以获救，无须凭借教会的权威。还主张满足人的正常欲望是上帝许可的。加尔文的宗教改革致力于使教会共和化、民主化，他极言人性罪恶，承认人的自私本性，不带一点神秘主义和清静无为的思想。

文艺复兴与宗教改革思想运动是一场思想启蒙运动。所谓“启蒙”，日本学者木村龟二认为，意指人类运用自己的悟性进行理性的判断。^①其核心在于促使个人自觉，其意识形态观就是个人主义。推进个人主义形成与成熟的，主要是中世纪末期以来的一批持自然法论的思想家。其中代表人物主要有荷兰的格劳秀斯、斯宾诺莎，英国的霍布斯、洛克，法国的孟德斯鸠、伏尔泰、卢梭，意大利的贝卡利亚。他们的自然法学统称为古典自法学派。该学派在不同形式下反对宗教神学，主张自然法代表人类的理性或本性，是最高的法律，它与“天赋人权论”、“社会契约论”等学说相互结合，反对封建统治，教会特权和民族压迫，要求自由、平等、人权和法治。

总之，上述近代的人权思想，源于对封建统治、教会特权的否定，主张人的尊严、理性与天赋权利（natural rights，有人主张应译为“自然权利”）。在个人与国家的关系上，把个人与国家对立起来，主张即使牺牲国家利益也不得侵犯个人的自由与权利，这种个人主义、自由主义的思想倾向对于刑法的意义即是强调刑法成文法对国家权力的制约，对被告、犯人权利

^① [日] 木村龟二：《刑法学辞典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 11 页

的保障，认为刑法是国民与犯人的大宪章。

（二）权力分立理论

权力分立理论也是罪刑法定主义的重要思想渊源，是法治国思想化为现实的实施原则与方案，以孟德斯鸠为代表的思想家们设计的“三权分立”方案是近代西方文明史上的重要贡献。这一方案实现了权力结构的革命，将专制集权的政治制度变为以权利制约权力的分权体制，并通过分权以达到法治，最终保障人权。^① 根据分权理论，为了避免国家权力专制，必须严格分离立法、司法与行政三权，并由各自不同的国家机关分别掌握。作为司法机关的法院，只受立法机关制定的法律的约束，行政机关及任何团体、个人均无权干涉。法院得机械地适用法律，按孟德斯鸠的话说，“法官只不过是叙述法律之口”，法官不得随便解释法律，法官没有自由裁量权。孟德斯鸠的理论在法兰西革命时代，对攻击当时的法官专断主义有重要的历史意义。^②

权力分立理论运用于立法与司法的关系上，理所当然地产生了罪刑法定主义，何种行为为犯罪，得受何种处罚均得由法律事前明确加以规定。

（三）均衡理论

均衡理论最初由宾丁命名，后由费尔巴哈通过心理强制理论将其加以贯彻。均衡理论主张制定罪刑均衡的刑法，把国民从科以不均衡刑罚的专制审判中解放出来。大野真义认为，这有利于促进在刑法中建立罪刑法定主义原则。费尔巴哈的心理

^① 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京人民出版社 1991 年版，第 304 页。

^② [日] 大野真义：《罪刑法定主义》，世界思想出版社 1982 年版，第 202 页。

强制理论是在刑法思想上以平衡原则为指导的理论，它从人是理性的动物这一点上出发，认为人均知道侵害他人权利的快乐和犯罪后会受到惩罚的痛苦，经过合理判断后，会在心理上抑制犯罪。因此，心理强制理论要求国家在刑法中明确规定犯罪与刑罚。

心理强制理论期待人在犯罪带来的快乐和由刑罚带来的痛苦间进行比较判断，因此，只能以合理的理性人为对象。这种比较判断是以人们对各种刑罚法规的理解为前提的。

第四节 罪刑法定主义原则的内容

前文已谈到，罪刑法定主义原则形成于重视三权分立，尤其强调立法权优越地位的大陆法系国家。根据大陆法系观点的通说，罪刑法定主义原则的内容包括罪刑的法定性、罪刑的明确性、溯及处罚的禁止、类推适用的禁止。

（一）罪刑的法定性。这是罪刑法定主义原则最基本的内容，它要求刑法的渊源只能是作为国民代表之立法机关通过的制定法。只有由制定法规定的犯罪行为与刑罚制裁，才能作为定罪量刑的依据，因此，排斥行政命令、法官自行裁断与适用习惯。日本学者泷川幸辰认为，刑法的渊源排斥习惯法并不等于排斥法律解释。^① 法律条文是抽象的，现实生活是具体、复杂而多变的，因此，在将抽象的法律条文适用于现实发生的具体案件时，得允许法官进行法律解释，而进行法律解释就不可

^① 【日】木村龟二主编：《刑法学辞典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 68 页。

避免地要参考习惯。法官在对行为进行构成要件的该当性、违法性及可责性的判断与评价时，也在一定程度上要受到社会习惯或社会规范传统的制约。^①例如，“猥亵”、“淫秽”等法律概念的认定就得以社会大众的一般认识或观念为基础。

（二）罪刑的明确性。什么样的犯罪科以何种程度的刑罚，对国民来讲，必须是可以预测的，这是罪刑法定主义原则的要求。这一问题分为犯罪成立要件的明确性与排斥绝对不定期刑两个方面：

1. 犯罪成立要件的明确性。犯罪成立要件的规定必须明确，易于理解。这一要求本身是排斥简单罪状、空白罪状及规范性罪状的立法方式的。简单罪状立法方式意味着构成要件的要素并没有无遗漏地明确规定在刑法条文中，而是对行为的主客观要件采取省略的方式有选择地加以规定。简单罪状为法官的解释留下了余地，使处罚范围处于不明确状态，被认为违反了罪刑法定主义原则。空白罪状立法方式是刑法条文只规定法定刑，构成要件则规定在其他法规中，如金融、财税、工商、海关等法规。这种立法方式主要用于经济刑法中，用以适应经济犯罪的多变性，同时也比较切合经济违法行为犯罪化具有强烈政策性这一特点。空白罪状立法方式在大陆法系国家中展开过颇为热烈的争论。目前的观点基本上趋于否定。德国刑法学教授克拉斯·替德曼认为，空白罪状有充足与补充的必要性，从而违反了基本法第 103 条第 2 项对刑罚构成要件必须明确的宪法规定。并指出，其实质是立法者将立法权委托给行政机关。日本刑法学教授平野龙一也认为，空白罪状的立法方式孕育着很大危险，其实质是将处罚权委托给行政权，在官僚主义者行使权力的场合下，存在扩大处罚范围的危险。总之，空白

^①甘雨沛主编：《刑法学专论》，北京大学出版社 1989 年版，第 38 页。

罪状的优缺点都是很明显的。规范性罪状指的是罪状的叙述使用了对事物进行价值评价的规范性词语，如“淫秽”、“严重”、“手段残忍”、“影响恶劣”等。这种规范性词语的含义没有明确的内涵与外延，存在一定的弹性，这为法官出入人罪提供了可能性，因而被认为不符合罪刑法定主义原则。

犯罪成立要件的确切性要求排斥简单罪状，空白罪状与规范性罪状，而事实上所有国家的刑法中均不同程度地存在这种现象。这一矛盾如何解决呢？德国学者埃格伯特·尼克尔（Egbert Nickel）主张，不应从形式上的法治国思想来理解罪刑法定主义原则，而应立足于实质的法治国思想。尼克尔提出，不应把构成要件的完全性与确切性作为罪刑法定主义原则最低标准要素来理解，而应以目标要件来理解。制定刑罚法规（刑法分则中规定具体罪的条文）时，犯罪构成要件应尽可能完全而明确，但也可能出现构成要件的完全性与确切性不充分的刑罚法规，这未必是立法的过错与失误，也可能是事物本质使然，立法不可能将所有的犯罪形态予以规定，更不可能不用规范的要素而具体地一一加以规定。这种情况，不能只从形式上看，如果法律规定法官能够以法规的条文为指针、依据合乎目的性和逻辑必然性来补充构成要件，就不能认为有损构成要件的确切性与完全性。只有在构成要件完全不具备、不明确，连指导法官如何补充构成要件的指针都没有时，才是违反罪刑法定主义原则。^① 尼克尔的观点是有一定道理的。

抛开空白罪状不论，简单罪状与规范性罪状正如尼克尔所言，往往并非立法的失误而是事物本质使然。为了保证法官准确解释法律，确保定罪的精确性，贯彻罪刑法定主义保障人权

^① [日] 日高义博：《不作为犯的理论》（王树平译），中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 120—121 页。

的思想，大陆法系国家的刑法发展了以理论与概念为导向的传统，创设了系统、丰富的刑法理论来挖掘刑法的内在结构，帮助法官深刻理解刑法的原理。对于大陆法系国家来讲，刑法并非立法的产物，它有独立于立法定义的内在结构，理论的任务就是详细解释和提炼暗含在这一结构中的原理。因此，大陆法系国家在贯彻罪刑法定主义的精神中，理论上的制约起着举足轻重的作用，这与英美国家以实务与程序为导向的特点形成了鲜明对照。

2. 排斥绝对不定期刑。绝对不定期意味着犯罪后，国民无法预测会处以何种程度的刑罚，而且制定法上的绝对不定期也为法官擅断留有余地，违背了罪刑法定主义人权保障的思想。

罪刑法定主义原则形成之初极为严格。这与欧陆国家的法官在历史上所起的反动作用有关。革命前的法国，法官的官职被视同财产，可以买卖和继承。孟德斯鸠就继承了这样一个职位，在任职十年后又卖给了别人。法官本身属于贵族阶级，他们支持土地贵族，反对农民、城市工人和中产阶级。法国革命爆发时，法官站在与新法本旨相对立的立场解释新法，不进行实施新法的尝试。欧陆国家的这种司法传统使人们对法官创法及法官的自由裁量权怀有深深的恐惧。早期的罪刑法定主义原则对法官的自由裁量权持极端态度不是没有原因的。英美国家的司法传统与此不同，历史上的法官常与人民站在一起反对统治者滥用权力，他们在摧毁封建制度方面起过重要作用。英美不存在对法官创法的担忧。法官承担立法功能是英美国家的特色。这一特色与司法传统形成了英美国家从法律的正当程序方面来理解罪刑法定主义人权保障思想的独特风格。

欧陆国家最初所主张的绝对定期刑无疑为刑事政策宣判了死刑。随着自然科学的发展，产业革命的推进，实证主义哲学的崛起，犯罪学的迅速发展，更新了人们对犯罪原理的认识，

提高了人们征服外界与人类自我的信心。以刑罚个别化为核心的刑法学新派登场。新派主张灵活的刑事政策，采用不定期刑、假释、缓刑等新措施，以对付严峻的犯罪形势。新派的主张从社会防卫或维护社会秩序的角度上讲，是合理的，但绝对不定期刑不利于人权保障，这已为美国的实践所证实。因此，采用相对不定期刑就成了折衷的选择。日本学者泷川幸辰就提出，相对不定期刑不能说完全符合罪刑法定主义的宗旨，但基本上规定了长短期限，在理论上不成为重要问题。^①

3. 溯及处罚禁止。刑法不得对在其公布、施行前发生的行为进行溯及适用。这完全是自然法的要求。因为溯及处罚毫无公正可言。也使“法无规定便无犯罪，不得处罚”的原则丧失意义。

不过，罪刑法定主义的本质是立足于人权保障，这可理解为只要有利于被告人，即使违反了禁止溯及处罚的要求也无妨。有些国家的法律就规定新法比旧法规定的刑罚要轻时，应适用新法。如日本刑法第6条规定：“根据犯罪后的法律有变更刑罚的情况时，适用刑罚较轻的法律。”

4. 类推适用的禁止。类推适用，就是对于法律没有规定的行为，适用最相类似的条文予以处罚。日本刑法学教授西原春夫认为，类推适用是不根据正当程序对法的创造，是法官进行的立法，因而违反了三权分立的思想。类推适用很容易招来国家权力的恣意行使和对国民自由的不当压制。应该说，类推适用于法治国精神是背道而驰的。因此，类推适用是罪刑法定主义所绝不能允许的。西原春夫的见解代表了大陆法系国家对类推适用的基本主张。

^① [日] 木村龟二主编：《刑法学辞典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 69 页。