

论我国刑法中的类推适用

刘 翠 霄

本文对我国刑法中的类推制度进行了具体的研讨，着重论证了类推适用法律的客观依据、基本原则和实施方法等问题。

作者是我院法律系毕业生，现在中国社会科学院法学研究所工作。

一、类推适用的概念及其在立法上的确立

刑法中的类推，就是对刑法上没有明文规定的犯罪，比照刑法分则最相类似的条文予以定罪判刑的一种制度。适用类推是国家立法机关用立法的形式授予国家审判机关的职权，是人民法院同刑事犯罪作斗争的重要手段之一。

刑法中类推原则的确立，是我国法制历史经验的总结，也是我国长期以来司法实践经验的总结。全国解放前夕，在我们没有自己的刑法，也没有单行刑事法规的情况下，解放区司法机关的办事原则是：有纲领、法律、命令、条例、决议规定者，从纲领、法律、命令、条例、决议之规定；无纲领、法律、命令、条例、决议者，从新民主主义的政策。^①司法人员往往是依据无产阶级的法律意识，来评定人们行为的罪与非罪，罪轻还是罪重，因为还无从比照最相类似的法律条文来定罪量刑。

解放后，我国制定了《惩治反革命条例》、《惩治贪污条例》、《妨害国家货币治罪暂行条例》等刑事单行法规，在其它一些法规中也有了不少有关刑事问题的规定。在《惩治反革命条例》中，明确规定了对反革命罪适用类推原则。该条例第十六条规定：“以反革命为目的之其它罪犯未经本条例规定者，得比照本条例类似之罪处刑。”在其它法规中，对于刑事问题只是作了笼统规定，如《土地改革法》第三十三条规定：“在土地改革完成以前，为保证土地改革的秩序及保护人民的财富，严禁……，违者应受人民法庭的审判及处分。”第三十四条规定：“各级人民政府应负责切实保障人民的民主权利，……侵犯上述人民权利者，应受法律制裁。”再如，《中央人民政府政务院关于划分农村阶级成份的决定》中“丙、政务院的若干新决定”第十项规定：“凡称恶霸，是指依靠或组成一种反动势力，……查有实据者。凡恶霸分子经人民告发后，由人民法庭判决处理。”象这些法律本身没有明文规定，而是比照适用其它法律中最相类似的条文规定定罪量刑的，我们把它称作法律规范的类推适用。

上述这些有关刑事问题的规定虽然比较分散、零碎，但在当时的历史条件下，对于打击敌人，惩罚犯罪，巩固人民民主专政，曾经发挥了很大的威力，而且为正式制订刑法奠定了

^① 见1949年2月中共中央《关于废除国民党六法全书与确定解放区的司法原则的指示》。

基础。1979年，五届人大二次会议制定了我国第一部社会主义刑法。在这部刑法中规定了八种罪，近二百种罪名，可说是一部比较完善的刑法。在总结建国以来司法工作经验的基础上，刑法第七十九条规定：“本法分则没有明文规定的犯罪，可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑，但是应当报请最高人民法院核准。”这就第一次明确地从立法上确认了法律的类推适用原则。

以“罪刑法定”为基础，以有严格控制的类推为补充，是我国刑法的一个重要特点。所谓“罪刑法定”是指：什么行为构成犯罪，对各种犯罪处什么刑罚，都由法律明文规定。法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，这就是“罪刑法定主义”的基本内容。我国的刑法以“罪刑法定”为基础，是指：它对于各种犯罪的特征和应处刑罚作了明确规定，当某一犯罪行为在这些明确规定之内时，必须严格按照法律规定定罪量刑，决不能适用类推；我国刑法无溯及既往的效力，即不对其生效之前的行为定罪科刑，但刑法规定处罚较轻时除外；定罪量刑只能依照我国权力机关制定并颁布的成文法，判例、习惯等都不是我国刑法的渊源。另一方面，从我国的实际出发，还不能完全彻底地实行罪刑法定主义，而必须以有严格控制的类推作为补充。这样既可以及时准确地打击犯罪分子，保卫国家和人民的利益，又可以防止滥用刑罚、发生破坏社会主义法制的现象。

我国刑法中有关类推适用的规定，符合我国当前的实际情况。这是因为：（1）我国地域辽阔，人口众多，各地政治、经济、文化等各方面情况千差万别，以致犯罪形式多样，情况各异；（2）在我国的社会主义现代化建设中，科学技术迅猛发展，使得犯罪分子实施犯罪的方法、手段也不断发展，出现了许多前所未有的情况；（3）我国刑法还是第一部，虽然它是在总结建国以来同刑事犯罪作斗争的经验的基础上制定的，但也不可能包罗万象，特别是很难把未来可能发生的情况都规定进去。在这些情况下，如果呆板地死守“罪刑法定”原则的框框，而不以类推作为补充，势必使法无明文规定但应该定刑的犯罪得不到惩罚，这样将不利于打击犯罪，保护人民。

有些同志，特别是一些国际友人，怀疑我国适用类推定罪判刑是否公正，是否会影响我国法制的巩固。这些疑问的产生是正常的，有一定的历史根据。对此，需要进行具体的、历史的分析。

在我国，早在秦汉时期，对于法无明文规定的行为就采用了“比附援引”的原则；到隋朝，这一原则成为定例，一直延用到民国初年。封建社会的“比附援引”原则，是封建的罪刑擅断主义的补充，反映了封建司法的日益专横和对人民更加严酷的镇压。因此，资产阶级否定了类推制度，主张实行“罪刑法定”。但是，当资产阶级掌握政权以后，又感到“罪刑法定”原则束缚了他们镇压工人阶级的手脚，于是又用各种手段来破坏“罪刑法定”原则。希特勒上台以后，在1933年修改德国刑法时，就废除了原有的“罪刑法定主义”的规定，采用了类推制度。法西斯的类推制度给人民带来了沉重的灾难，在人类历史上留下了恐怖的记载。因此，它早已被普遍地唾弃。我国社会主义刑法中的类推，则与封建主义、法西斯主义的类推有着根本的区别，它是惩罚犯罪，保护人民的法律武器。类推犯罪与非类推犯罪，本质是相同的，只是犯罪的方法或手段有所不同而已。在法无明文规定的犯罪发生以后，人民法院只能比照刑法分则中最相类似的条文规定定罪判刑，除此之外，判例、习惯等都不能成为适用类推定罪量刑的依据。所以，适用类推给犯罪分子定罪量刑，只要定性准确，量刑恰当，那么判决一定是公正的。这只能有利于巩固我国的法制，也符合广大人民群众的心愿。

二、类推适用遵循的原则

依照刑法第七十九条的规定，适用类推定罪量刑必须遵循以下原则：

(一) 依类推定罪的行为必须是危害社会，并需要给予刑罚处罚的行为。如果某一行为不具有社会危害性，或危害性还没有达到应当追究刑事责任的程度，就不能适用类推定罪判刑。

在司法实践中，有些司法人员把属于道德或政纪范围而不属于犯罪范围的行为，认为是刑法分则上未明白规定的犯罪行为，而主张适用类推去定罪判刑。这是不正确的。例如，在我国刑法上没有把通奸规定为犯罪，就不宜把它当作犯罪来适用类推处理，而应采用行政制裁或说服教育的方法。如果把这类属于道德或政纪范围的行为适用类推定罪判刑，就违背了刑事立法精神，混淆了罪与非罪界限。

(二) 依照类推定罪的行为是刑法分则中没有直接规定的；如果某种犯罪行为在刑法分则中已有明文规定，就不能以任何理由适用类推，否则将会导致以类推为借口，减轻或加重犯罪人的刑事责任，从而破坏法制原则。

在我国刑法中，对盗墓、医疗事故、经济建设方面由于瞎指挥或严重官僚主义而造成的重大损失等，都没有作追究刑事责任的明文规定。在这些方面有犯罪行为发生时，是适用刑法条文定罪量刑，还是适用类推定罪量刑，需要具体分析，区别对待。例如盗墓案件，如果盗窃了数额较大的财物，符合盗窃罪的构成，就应按照刑法第一百五十一条定罪判刑；如果盗窃古墓，则应按刑法第一百七十四条以破坏文物古迹罪判刑；否则就不构成犯罪。如果不作这样的具体分析，有法而不依，无法即类推，就必然影响法律的正确适用，对打击犯罪是不利的。

(三) 适用类推定罪判刑，必须比照刑法分则中最相类似的条文规定进行。

所谓“最相类似”，是指犯罪行为基本上具备了刑法分则条文规定的具体犯罪构成诸要件，只有个别要件与刑法分则的规定不相吻合。这就是说，犯罪主体、主观方面和客体都是基本吻合规定的，只有犯罪的客观方面不相吻合。或者说，犯罪行为的性质，造成的危害结果及其因果关系，与刑法分则条文的规定是相同的，只是行为的表现方式有所不同。下面以最高人民法院(81)刑类推字第1、2号刑事裁定书核准的两个类推案件为例，来说明这一原则。

案例一，某厂负责人甲利用职权之便，与该厂女工乙发生通奸关系，被乙的现役军人丈夫发现后，乙因羞愧而自缢死亡。一审法院比照刑法第一百八十一条规定，以破坏军婚罪判处甲有期徒刑三年。最高人民法院裁定这一判决是正确的。在这个案件中：甲符合刑法规定的犯罪主体，明知乙是现役军人的配偶而与之通奸，造成女方自缢死亡、军人家庭破灭的严重后果，从而侵害了我国刑法保护的“军人婚姻关系”这一直接客体。所以，这一犯罪行为的主体、主观方面、客体均与刑法第一百八十一条规定相符合；只是其客观方面的表现形式——通奸，与刑法分则规定的“同居或者结婚”不相符合。但是，这一通奸行为与法律上规定的同居或结婚造成的危害后果是相同的，即“破坏”了“军人婚姻关系”。因此，类推适用刑法第一百八十一条的规定是恰当的。

案例二，甲妻乙与丙通奸，因经济问题，乙对丙不满，遂将奸情告甲，以求甲对丙进行报复，但甲不但没有对丙报复，反而经常打骂乙，并扬言要把乙家斩草除根。乙害怕，遂起

杀夫念头，并将甲杀死。一审法院以杀人罪判处乙无期徒刑，并类推适用法律以破坏婚姻家庭罪判处丙有期徒刑三年。最高人民法院认为，乙杀死甲与丙的通奸行为没有直接因果关系，丙对甲的死不负刑事责任，原审法院适用类推定罪不当，故裁决丙无罪。这一裁决的主要根据是：(1) 丙的通奸行为没有侵害刑法分则第七章“妨害婚姻、家庭罪”中保护的客体，即不属于该章中规定的干涉婚姻自由罪、重婚罪、破坏军人婚姻罪、虐待罪、遗弃罪、拐卖儿童罪六种罪中的任何一种，而属于道德作风错误；(2) 丙有与乙通奸的故意，而没有杀死甲的动机和目的，因此，丙的故意与乙的杀人行为、甲的死亡后果之间没有直接的因果关系；(3) 丙的通奸行为对甲乙的婚姻家庭关系造成一定的侵害，但甲的死以至甲乙婚姻家庭关系的破灭，是由乙的行凶引起的，而不是直接由乙丙通奸引起的，所以丙不能成为犯罪主体。由于以上三个实质性要件与刑法分则规定不相符合，所以不宜适用类推对丙定罪判刑。

从表面上看，以上两个案件十分相似：同是通奸行为，同样有夫妻中的一方死亡，同样造成婚姻家庭关系破灭的严重后果。如果不从犯罪的本质特征上去分析，只是就其表面现象进行类推，就会造成破坏法律的正确适用的后果。

(四) 类推的适用必须报请最高人民法院核准。

刑事类推是一项严肃的法律制度，刑法对类推的程序作了严格的规定，即地方各级人民法院适用类推，必须报请最高人民法院核准。这一规定与刑法中对我国刑罚最高刑——死刑的核准程序规定是一样的。其目的就在于防止类推的滥用，防止法外制裁，确保我国社会主义法制的严肃性和统一性。

根据法律规定，类推审核权由最高人民法院行使，而不是逐级审核。中、高级人民法院对下级人民法院报核的适用类推的案件，在对案件的犯罪事实、证据的可靠程度、类推定罪量刑是否适当等进行审查后，签署自己的意见，报最高人民法院审核。中、高级法院对下级法院适用类推如有异议，可发回原审法院重新审判。

需要指出的是，最高人民法院对类推适用法律的案件进行核准与进行司法解释是不同的。司法解释是最高人民法院就审判过程中如何具体应用法律的问题进行的解释，所解释的法律都是刑法上有明文规定的；核准类推则是对法无明文规定的犯罪定罪量刑是否恰当进行的审核。

三、类推适用方法方面的问题

要保证类推的正确适用，必须采用正确的方法。从我国刑法实施三年多来的司法实践看，适用类推的方法是不完全一致的。具体表现在：

(一) 类推定罪量刑的顺序不一致。

无论是基层法院对类推案件的审理，还是最高法院对类推案件进行核准，都必须根据犯罪事实，首先对照刑法第十条的规定确定其是否犯罪。确认犯罪以后，在定具体罪名和量刑上，一种做法是，先根据犯罪构成要件确定犯罪分子犯了什么罪。如果这种罪在刑法分则中有规定，就属非类推案件，按规定量刑；如果这种罪在刑法分则中没有规定，那就比照刑法分则最相类似的条文定罪。在上述案例一中，一审法院就是先定了“破坏军婚罪”这一具体罪名，然后比照刑法分则类推量刑的。

另一种做法是，在确定某一行为是犯罪行为的前提下，先比照刑法分则确定具体罪名。如罪名即分则所规定，则依法定罪；否则，就比照分则中最相类似的规定量刑。在上述案例

一中，最高人民法院审判委员会就是先比照分则定罪，然后适用类推量刑，从而做出最后裁定的。

看来第二种做法比较恰当。因为离开了刑法分则的规定，具体罪名无法确定；而具体罪名不确定，就会造成量刑不准或无法量刑。只有比照刑法分则的规定，才能确定该犯罪是类推犯罪还是非类推犯罪，然后确定适用法定刑还是比照量刑，以保证类推的正确适用。

(二) 类推定罪的罪名不一致。大致有以下几种情况：

(1) 以法定罪名为罪名。如上述案例一，就是以“破坏军婚罪”这个法定罪名给被告定罪的。在这里，以法定罪名定罪，不会改变本案作为类推案件的性质。因为罪名是根据犯罪造成的严重危害后果与分则规定相同来确定的，而适用类推则是由于犯罪方法与分则规定不同。

(2) 以类罪名为罪名。如上述案例二中，一审法院就是以刑法分则第七章“妨害婚姻、家庭罪”这个类罪名定罪，而不是比照该章中六个具体法定罪名的任何一个来确定具体类推罪名的。这样用类罪名定罪名，不仅不能反映具体犯罪的特征，而且由于类罪名之后没有规定相应刑罚，就会影响正确地量刑。因此，这种做法是类推定罪量刑时不足取的。

(3) 以具体罪名为罪名。如最高人民法院(81)刑类推字第20号、第24号刑事裁定书，分别以“贩卖、放映淫秽影片罪”、“放映淫秽影片罪”给被告定了罪。这两个罪名都是比照刑法分则第一百七十条规定的“制作、贩卖淫书、淫画罪”确定的。从类推的罪名上可以看出，对该案件之所以类推，是因为它们的犯罪手段与刑法分则不同。人民法院比照分则第一百七十条给被告定罪以后，再比照该条量刑，就保证了科刑有据，量刑准确。

由以上分析可以看出，类推定罪时，或用法定罪名，或用类推罪名，都是为了能够准确地反映出该犯罪行为最本质的特征。这一特征或者表现在犯罪行为侵害的客体上，或者表现在犯罪的客观方面。这样定罪准确了，量刑才能恰当。

类推适用法律，在绝大多数情况下，都是比照刑法分则的规定给犯罪确定一个类推罪名，而且在这个罪名下有着相应的犯罪特征。因此，从某种意义上说，类推适用法律也起着创制法律规范的作用。按照立法精神，类推只能适用于某一个具体案件；如果把类推适用到同一类案件，就会造成司法立法的状况。因此，当现实生活中某种严重危害社会的行为较为普遍地发生时，就应在法律上把这种行为规定为犯罪。例如对通奸行为、严重医疗事故等，人民群众就要求在法律上规定为犯罪。这既体现了人民群众的利益和愿望，又能使法院在处理这些案件时有法可依，减少类推的适用。

在逐步完善立法的同时，为了保证在类推适用中定性准确、量刑适当，还必须不断提高司法人员的法律意识和业务水平。只有使每一个司法人员都能够深刻地理解法律的含义，准确地判断罪与非罪、这种罪与那种罪的界限，才能做到准确地定罪量刑，不枉不纵。

