

(刑法第三十三条第一款);数罪并罚时,管制期限“最高不能超过三年”(见刑法第六十四条)。而一九五二年的《管制反革命分子暂行办法》规定:“管制期限定为三年以下,必要时得延长之。”这里管制期限的下限没有规定,在司法实践中刑期最低有一个月的;最高期限定为三年,并且可以延长。该办法第七条规定:“被管制分子如有违犯管制规定或继续进行反革命活动者,得根据情节轻重,延长其管制期限……”。在林彪、“四人帮”横行期间,很多被管制分子的管制,实际上成了漫无限期。

(四) 刑期折抵与过去不同: 现行刑法规定:“管制的刑期,从判决执行之日起计算;判决执行以前先行羁押的,羁押一日折抵刑期二日”(刑法第三十六条)。这是因为羁押是剥夺自由,而管制只是限制一定的自由。而过去有关文件规定:判决执行以前的羁押日期和刑事拘留日期应以羁押、拘留一日折抵管制一日。

(五) 管制解除手续与过去不同: 现行刑法规定:“被判处管制的犯罪分子,管制期满,执行机关应即向本人和有关的群众宣布解除管制”(刑法第三十五条)。而过去有关文件规定,管制期满解除管制还必须经过一定的程序,即:农村由人民公社管理委员会(乡人民委员会)提出,经群众讨论提出意见,报县(市)公安机关审查批准;大、中城市由派出所提出,经群众讨论提出意见,报公安分局审查批准,并由批准机关下达解除管制通知书,在适当的群众会上当众宣布;在机关、企业、学校中执行期满需要解除管制的,由被管制分子所在机关、企业、学校的保卫处(科)提出,报经党委和主管的公安机关审查批准后,由主管的公安机关下达解除管制通知书,并由保卫处(科)向群众宣布。

现在的管制和过去的管制的差别,在司法实践中特别需要引起注意,以免适用管制和执行管制时发生错误。

*

*

*

编者按: 最近,我们收到一些来稿,根据我国刑法的有关规定,研究罪刑法定和类推问题。有的同志指出:“我国刑法是以罪刑法定为基础,以有严格控制的类推作为补充的。”但也有同志提出:“我国刑法规定了有控制的‘类推’原则,而没有采用罪刑法定主义。”这期我们同时发表李由义同志的《罪刑法定和类推》和周密同志的《罪刑法定还是法律类推》两篇文章。供大家研究参考。

罪 刑 法 定 和 类 推

李 由 义

我国刑法以罪刑法定为基础,以有严格控制的类推为补充,这是一个很重要的原则,也是一个很重要的特点。正确认识这个重要的原则和特点,对学习和运用我国刑法有重要的意义。

为了正确认识我国刑法上的这个重要的原则和特点,必须从理论上和实践上明了它的根据,从法律历史上考察它的沿革,弄清罪刑法定原则的由来和发展,了解罪刑法定和类推适用的关系,掌握类推适用的含义和条件等等。这篇短文的目的是,就是为了扼要说明这些问题。

从罪刑擅断到罪刑法定是刑法发展的必然趋势

刑法是规定犯罪和刑罚的法律。它和其他法律一样，是阶级社会的产物。随着人类社会的前进和阶级斗争的发展，刑法也不断改变其形式和内容。从罪刑擅断到罪刑法定，就是刑法发展史上一次大的变革。这次变革是伴随着资产阶级革命产生的，是资产阶级革命所带来的积极成果之一。

在奴隶社会和封建社会，盛行的是罪刑擅断主义。罪的有无和刑的轻重，都依统治者的意志而定。

奴隶社会法律很不完备，而且一般都不公诸于世，奴隶主实行“刑不可知，威不可测”的恐怖统治，在刑事司法方面必然要出现罪刑擅断主义，这是用不着多事说明的。

到了封建社会，法律的条文逐步增多，诉讼程序也渐趋完备，但在刑事立法和刑事司法上，罪刑擅断主义仍然相当流行。汉武帝时，有人责备廷尉杜周：“君为天子决平，不循三尺法，专以人主意指为狱，狱者固如是乎？”杜周的回答是：“三尺安在哉！前主所是，着为律；后主所是，疏为令。当时为是，何古之法乎？”（《史记·酷吏列传》）这就是说，法律、法令都是根据君主的意思制定的，定罪判刑也必须按君主的意旨行事。事实上也确是如此，法律没有明文规定的罪，君主可以任意增加罪名。如汉武帝就曾以所谓“不入言而腹诽”的罪名把大司农颜异处死。从此以后，就有了“腹诽”的罪名。（见《史记·平准书》）臭名昭著的“莫须有”，明清两代的“文字狱”，都是封建社会罪刑擅断主义的露骨表现。孟德斯鸠在谈到中国封建社会的法律时写道：“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，所以任何事情都可以拿来作借口去剥夺任何人的生命，去灭绝任何家族。”（《论法的精神》）这也是罪刑擅断主义的一种表现。

其实，欧洲封建社会在刑事司法方面也同样盛行罪刑擅断主义。孟德斯鸠的祖国法兰西就很有代表性。法国在路易十四、路易十五、路易十六统治时，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“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年老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，法国大革命从攻巴士底狱开始并不是偶然的。总之，罪刑擅断主义是由奴隶主专政和封建主专政的阶级本质决定的，是和君主政体也有密切关系的。马克思说过：“君主政体的原则总的说来就是轻视人，蔑视人，使人不成其为人”，“专制君主总把人看得很下贱。”^①

在反对封建主义的历史潮流中，提出了罪刑法定主义的原则。所谓罪刑法定主义，就是什么行为构成犯罪，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。最初，罪刑法定主义作为一种学说出现在启蒙运动的思想家卢梭、伏尔泰、孟德斯鸠等人的著作中。孟德斯鸠在《论法的精神》一书中写道：“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

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第411页。

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。”孟德斯鸠的罪刑法定主义思想，由意大利的贝卡利亚和德国的费尔巴哈加以发挥，成为一项法律原则。贝卡利亚在他的《论犯罪与刑罚》一书中指出：“只有法律才能对犯罪者规定刑罚……超出法律的刑罚是不公正的，因为它没有法律规定的另一种刑罚。”在费尔巴哈的《对实证主义刑法的原则和基本原理的修正》一书中提出：“每一应判刑的行为都应依据法律处刑。”他还提出：“对公民的……刑罚，只能是出于并根据一种刑法科刑。那里没有法律，那里就没有对公民的处罚。”

法国资产阶级革命，使罪刑法定主义从理想变成了现实，从学说变成了制度。一七八九年的《人权宣言》针对封建社会的罪刑擅断主义，提出了罪刑法定主义的原则。《人权宣言》第五条规定：“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，而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。”第八条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得处罚任何人。”一七九一年和一七九三年的法国宪法重申了《人权宣言》的原则。一八一〇年的法国刑法典和一八〇八年的法国刑事诉讼法典也完全体现了《人权宣言》的原则。以后，在欧洲大陆几乎所有资产阶级国家的刑法典中和亚洲、非洲、拉丁美洲一些国家的刑法典中，都作了类似的规定。英美的情况和欧洲大陆有所不同，在刑事法律上没有类似规定。英国是通过人身保护律来取消罪刑擅断主义的，美国于宪法修正案第五条中作原则的规定：“未经正当法律手续不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。不论如何，废止罪刑擅断主义，确立罪刑法定原则，是一个历史的进步。在当时反对封建裁判的武断专横，保障公民的人身权利和其它权利，是有其积极意义的。

但是必须指出，资产阶级国家不能真正实行罪刑法定主义。如同许多资产阶级民主原则一样，罪刑法定主义也有很大的虚伪性和欺骗性。实际上，资产阶级取得政权建立自己的统治时，就开始背离了罪刑法定主义这个原则。为了防止罪刑法定主义可能给它的统治带来某些不利，资产阶级就在它的刑法中规定了很多罪名，唯恐法网不密，使得犯罪行为有所遗漏。例如一八一〇年法国刑法典规定了犯罪的种类二十七种，一八七一年德国刑法典规定了犯罪的种类二十九种，每一种犯罪中又有几个甚至几十个罪名。许多罪名锋芒都是指向劳动人民，例如一八一〇年的法国刑法典就有处罚流浪者和乞丐的规定，一八七一年的德国刑法典也有处罚乞丐罪的规定，这是赤裸裸地镇压穷人，侵犯人权。资产阶级国家刑法所规定的刑罚，也是极端残忍和野蛮的。恩格斯曾指出，十九世纪“英国的刑法还有两种野蛮得无以复加的刑罚：苦役流刑和单独监禁。前者通过群居把人变成禽兽，后者通过孤寂的生活把人变成禽兽，这两种刑罚经年累月连续不断地从肉体上、精神上、道德上来摧残法律的牺牲者，一直把他们弄得象牲畜一样，很难想出比这更残酷和更卑劣的刑罚了。”^①此外，资产阶级还颁布了特别法令，来镇压劳动人民的革命斗争。例如一七八九年十月二十一日，也就是法国大革命爆发后不满一百天，法国国民议会就迫不及待地通过了《禁止聚众的戒严法》，其第三条规定：“红旗一经出现，所有聚众事件，无论武装与否，概属犯罪，应由武力予以驱散。”一七九一年六月十四日，法国国民议会又通过了《沙伯利厄法》，严厉禁止成立工人组织和举行罢工运动，凡是违反这一法

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第701页。

令的人,均处罚金和剥夺公民权。

到了帝国主义时期,资产阶级和无产阶级的矛盾激化。实行法西斯专政的国家,往往利用类推来破坏法制、镇压人民。例如一九三五年六月,希特勒德国颁布过一项《对根本法的补充条款》,其中规定:“凡进行依法应受惩罚或按刑法一般意义及按人民健全判断应受惩罚之行为者,应予惩罚。如刑法各款均不能直接用于所进行之行为,则根据按其一般意义最接近的法律予以惩罚。”这里所规定的适用类推的条件非常不明确,什么“刑法一般意义”,什么“人民健全判断”,什么“最接近的法律”,都可任意解释,出入人罪,为法西斯专政迫害人民大开方便之门。第二次世界大战后,法西斯主义已为中国人民所唾弃,西德和意大利又在刑法中恢复了罪刑法定主义的原则,日本所拟定的《修正刑法草案》也采取了罪刑法定主义的原则。与此同时,罪刑法定主义也扩展成为国际法性质的规范。如一九四八年十月,联合国大会第三届会议通过的《世界人权宣言》第十一条第二项规定:“任何人的任何作为,在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者,不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”一九五四年四月的《国际人权公约草案》第十五条第一项也作了类似的规定。因此,从罪刑擅断主义到罪刑法定主义是刑法发展的必然趋势,也是人类文明从较低程度向较高程度发展的一个标志。

我国刑法上的类推是罪刑法定的必要补充

我国的奴隶社会和封建社会延续了几千年,是实行罪刑擅断主义历史非常长久的国家,近代半殖民地半封建社会并未改变这个传统,林彪和“四人帮”横行时期,又大力推行了这种暴政,广大的干部和群众身受其害,对于罪刑擅断主义深恶痛绝,因此在起草和制定刑法的过程中,有的同志主张罪刑法定主义,即采用法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚的原则。这种要求是可以理解的。为了拨乱反正,肃清流毒,健全社会主义法制,强调一下罪刑法定主义也是很必要的。在实际上,我们也是朝着这个方向努力的。我国刑法对于犯罪、刑罚和对各种具体犯罪的处罚都作了明确的规定。对各种危害社会的行为,依照法律规定定罪判刑,是我们的基本原则。我国刑法是以罪刑法定为基础的。

但是从我国当前的实际情况出发,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。为了把原则性和灵活性结合起来,我国《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。”这样,既可防止漏掉真正应该惩处的罪犯,以保卫国家和人民的利益,又可防止可能出现的滥用刑法、破坏社会主义法制的现象。因此,它是适应我国当前具体情况的唯一正确的方针和政策。

所谓我国当前具体情况,主要是指:

第一,我国是一个大国,幅员辽阔,人口众多,各地情况千差万别,现在又处于社会主义现代化建设的历史新时期,政治、经济、文化等方面的情况都在不断发展变化。目前我国国内的阶级状况和阶级斗争已与过去大不相同,作为阶级的地主阶级、富农阶级已经消灭,作为阶级的资本家阶级也已经不再存在,今后再不需要也不应该进行大规模的急风暴雨式的群众阶级斗争,但是阶级斗争还没有完全结束,还有反革命分子和敌特分子,还有各种严重破坏社会主义秩序的犯罪分子和蜕化变质分子,还有贪污盗窃、投机倒把的新剥削分子。“四人帮”的某些残余,没有改造好的极少数的地主富农分子和其他旧剥削阶级的某些残余,也还会继续坚持反动立场,进行反社会主义的政治、经济活动。并且,国内阶级斗争又总是同国际阶级斗争密切地

联系着。在我国社会主义社会中，不仅有敌我矛盾性质的犯罪，还有人民内部矛盾性质的犯罪，而且从现在刑事案件的比例数字来看，多数还是属于人民内部矛盾性质的犯罪。不论哪一种性质的犯罪，情况都是很复杂的，而且处在不断发展变化之中，随时可能出现新的犯罪形式。在一部刑法中，特别是第一部刑法中，要求把正在发生的和可能发生的犯罪无遗漏地规定出来，这是办不到的。如果勉强实行罪刑法定主义，而不以类推为补充，势必使一些法无明文规定的犯罪得不到应有的制裁，这显然不利于打击敌人，惩罚犯罪，保护国家和人民的利益。为使司法工作人员在坚持社会主义法制的前提下，能及时地同那些刑法上没有明文规定的犯罪作斗争，就不能不适用类推。

第二，刑法是同犯罪作斗争的锐利武器，又是同犯罪作斗争的经验总结。要制定一部完备的刑法，首先要有极其丰富的同犯罪作斗争的经验，同时要对这些经验进行系统的科学的总结。建国三十年来，我国司法机关同犯罪作斗争的经验是相当丰富的，我国《刑法》对于这些经验也已经进行了必要的总结，但由于“左”的思潮的干扰，特别是林彪、“四人帮”的破坏，我国法制建设长期不能正常进行。因此，不能认为我们同犯罪作斗争的经验已经非常丰富，也不能认为我们对这些经验的总结已经非常充分，因而也不能认为我国的第一部刑法已经臻于完备，把纷繁复杂的犯罪现象包罗无遗。我国《刑法》分则只有一百零三条，法定的罪不到二百种，还有不少犯罪行为没有作出明文规定。例如医疗事故，由于经验还不成熟，定罪量刑没有把握，就没有把它写到刑法上，宁可留待将来再作补充。如果确是严重的罪行，非追究刑事责任不可，只能适用类推来处理，同时汇编案例，经过国家最高审判机关认可，取得法律效力，或者积累经验，为立法机关提供可靠的资料，以便在必要时修订刑法。

对于类推，要作具体分析。我国刑法上的类推和资本主义国家刑法上的类推，有着完全不同的性质和作用。资本主义国家利用类推作为破坏法制的手段，以便资产阶级法官规避法律，作出有利于资产阶级的判决；我国刑法上的类推，在本质上是社会主义法制的一种表现形式，是罪刑法定原则的一种补充手段，是为了镇压敌人，惩罚犯罪，保护人民。

除此以外，还可以看一下外国的立法实践。不少国家制定第一部刑法时，往往规定类推适用，以弥补条文的不足。例如一九二二年在列宁的领导和关怀下制定的《苏俄刑法典》就是如此。直至一九五八年十二月二十五日苏联最高苏维埃通过的《苏联和各加盟共和国刑事立法基础》，才放弃了类推适用，采取罪刑法定主义原则。这种经验是可以借鉴的。

重要的问题在于准确掌握适用类推的条件

如上所述，我国刑法上的类推，目的在于使司法工作人员在坚持社会主义法制的前提下，能及时地同那些刑法上没有明文规定的犯罪作斗争，为了保证类推发挥其积极的作用，防止其消极的作用，必须对类推的适用进行严格控制——既要从适用的条件方面进行严格控制，又要从适用的程序方面进行严格控制。我国《刑法》第七十九条本着这种精神作了明确规定。

根据我国《刑法》第七十九条的规定，正确适用类推必须掌握以下几点：

第一，适用类推的犯罪行为必须是具有相当的社会危害性，人民法院认为应当追究刑事责任的行为。也就是说，只有当某种行为符合《刑法》第十条规定的犯罪本质特征时，才可以适用类推。如果某一行为不具有社会危害性，或者社会危害性还没有达到应当追究刑事责任的程度，就不能适用类推对它定罪判刑。这是适用类推的基础和前提条件。

在审判实践中，有过这样一个事例：某人道德品质不好，在谈恋爱的过程中，对自己的年

龄、社会出身、财产状况等说了一些假话,女方也未认真进行了解,就轻率地同意登记结婚。婚后发现自己受了欺骗,于是向法院提出控告,要求追究男方的刑事责任。法院在分析案情时,在《刑法》上找不到可用的条文。有人主张类推适用《刑法》第一五一条的诈骗罪处理,也有人主张应当类推适用《刑法》第一六〇条的流氓罪处理。这些意见都是不适当的。因为这一案件的被告人虽然有缺点和错误,其行为是不道德的,但是按照《刑法》的规定,他并未构成犯罪,其社会危害性尚未达到应当追究刑事责任的程度,类推适用《刑法》的任何条文对他定罪判刑都是不适当的。

第二,适用类推定罪判刑的行为,必须是刑法分则中没有明文规定的犯罪。如果这种犯罪行为在刑法分则中已有明文规定,就不能以任何理由不按这一条文处理,而类推适用其他条文。不然就会产生以适用类推为借口,轻纵或加重了犯罪人的刑事责任,从而破坏社会主义法制。例如,抢夺罪和抢劫罪的构成要件及其法定刑有很大的不同,在《刑法》分则第一五一条和第一五〇条中已有明文分别作了规定。审判人员如果查明是抢夺罪,就应按照《刑法》第一五一条的规定处理,不能嫌该条规定的刑罚较轻,避而不用,故意类推适用第一五〇条的抢劫罪对被告人进行处理。同样,审判人员如果查明是抢劫罪,就应按照《刑法》第一五〇条的规定处理,不能嫌该条规定的刑罚较重,避而不用,故意类推适用一五一条的抢夺罪对被告人进行处理。

第三,适用类推定罪判刑的行为,应当按照刑法分则最相类似的条文定罪判刑。所谓最相类似,就是说刑法分则条文的规定和类推适用该条文定罪判刑的行为在本质的、主要的方面相同,也就是说犯罪行为侵犯客体的性质相同,犯罪的行为和结果近似,犯罪的主观条件相同,犯罪的主体也相同。只有如此,才能说是最相类似,否则不能适用类推。例如对于过失的犯罪行为,不能类推适用故意犯罪行为的条文;只适用于国家工作人员的条文,不能类推适用于非国家工作人员的犯罪行为。至于敌我矛盾和人民内部矛盾两类不同性质的犯罪,更应严格区分,不能互相比照,类推适用。

第四,类推的适用必须报经最高人民法院核准。这就是说地方各级人民法院遇有此种情况,只能报请最高人民法院核准,不能自行决定,否则是无效的。规定这种严格的控制程序,是为了防止类推的滥用;以保证社会主义法制的统一。因为类推适用实际上起创制法律的作用,如果不把核准权集中于最高人民法院,就有可能各行其是,侵犯人民合法权益。这里还须说明一点,就是最高人民法院核准适用类推与进行司法解释也是有区别的。我国《法院组织法》第三十三条规定:“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释。”这里说的法律、法令当然包括《刑法》在内。如就《刑法》进行司法解释,应是《刑法》已有明文规定,仅就如何具体应用进行解释,这与核准下级法院就刑法分则没有明文规定的犯罪适用类推定罪判刑是不同的。

总之,为了进一步地加强社会主义法制,切实保障人民合法的权利和利益,我国刑法应当向完全的罪刑法定方向发展。但是在目前条件下,我们还必须用类推来补充刑法的不足,以便及时同刑法上没有明文规定的犯罪行为作斗争。待我们的司法工作经验更加丰富,刑事立法也比现在更加完备,凡具有相当的社会危害性、应当追究刑事责任的行为,在刑法分则的条文上都可找到定罪判刑的依据,那时类推就完成了它的历史任务,彻底实行罪刑法定的时刻就来到了。