

罪刑法定还是法律类推

周 密

中华人民共和国刑法的制定和实施,是我国法制建设中的一件大事。但是,在执行中遇有法无明文规定的犯罪时,究竟应当采用“罪刑法定主义”,不予论罪呢?还是采取“法律类推”原则,依法类推处理。这在理论研究和法制宣传中,都有不同的认识和主张。事关原则,不能不从理论观点上和立法精神上讨论清楚。

(一)

“罪刑法定主义”,也叫“罪刑法定”原则,就是指某些危害社会的行为,“法无明文规定不为罪,不得处罚”。它是资产阶级在反封建斗争中首先提出来的,最早见之于一七八九年法国《人权宣言》。一八一〇年《法国刑法典》第四条则把它具体规定为:“不论违警罪、轻罪或重罪,均不得以实施犯罪前法律未规定之刑罚处之”。

这项原则的确立,目的在反对封建裁判的武断和专横,在历史上曾起过积极的进步作用。但是,在资产阶级夺得政权以后,它就成为资产阶级用来欺骗劳动人民的一个“民主”招牌和“法制”幌子。

旧中国伪《中华民国刑法》第一条规定:“行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为限”。在一九二八年“修改理由”中又说:“本条为刑法之根本主义,不许比附援引,即学者所谓罪刑法定主义。凡行为受法律科处者为罪,否则,不为罪是也”。但是实际上国民党伪政府不仅没有按照它的规定去做,反而大搞法外制裁,滥施刑罚。他们在伪刑法最初公布的一九二八年就颁布了《暂行反革命治罪法》,宣布共产党员的“宣传行为应以反革命治罪条例办理”,但仍佯称其镇压革命“依法”。到一九三九年,国民党五届五中全会又制定了所谓“溶共、防共、限共、反共”的总方针,秘密发布了《限制异党活动办法》、《共产党问题处置办法》和《沦陷区防范共产党活动办法》,就没有通过什么立法手续,即付诸实行了。随后,他们又颁行了《修正危害国民紧急治罪法》、《非常时期维持治安紧急办法》、《国家总动员法》、《妨害国家总动员惩治暂行条例》、《惩治盗匪条例》、《维持社会秩序临时办法》、《勘平共匪叛乱总动员令》、《动员勘乱完成宪政实施纲要》以及《后方共产党处置办法》等多如牛毛的反动法令。这些仍旧不能满足其镇压革命,打击人民的需要。于是蒋介石就索性亲自训示其特务、打手,对共产党员“宁肯错杀一千,也不放过一个”,疯狂地对人民实行法西斯专政,把他们刑法中标榜的“罪刑法定主义”抛到九霄云外。这固然是其反动统治的本性所决定的,但也说明反动统治阶级所认为的“罪和刑”,是无法事先规定得完全无遗的。

再如清末的沈家本等,他们最早主张抄袭外国“罪刑法定”、废除中国“比附”(即类推)传统制度,但在其《奏进呈刑律草案折》中却写道:“兹拟删除此律(即指比附),于各刑酌定上下之限,凭审判官临时审定,并别设酌量减轻、宥恕减轻,以补其缺。虽无比附之条,至援引之时,亦不致为定例所缚束”。这也清楚地说明《清新刑律》尽管明文废除了“比附”制度,确立了“罪刑

法定主义”，但实际上仍准“临时审定”，“援引”，不要“为定例所束缚”。沈家本等回避不了在删除“比附”之后所面临的严酷事实：“人情万变，断非科条数百所能赅载者”，“如一事一例，恐非立法家逆臆能尽之也”。于是他们又提出了“酌定”，“补缺”，以收“法律之用简可驭繁”的改良办法。（以上均见其《奏折》）但他们为什么又要确立“凡律无正条者，不论何种行为不得为罪”（见《清新刑律》第十条）的“罪刑法定”原则呢？据说是为了“立宪”，怕实行“比附”有涉“司法而兼立法”的嫌疑。谁都知道，清朝本系帝制，“朕即国家”，皇帝握有立法、司法和行政一切大权。司法和立法又怎么能分得开呢！清末刑法制度上的这个改变，同样也只是为了标榜民主，掩人耳目而已。

中国剥削阶级刑法如此，外国资产阶级刑法也不例外，就以首倡“罪刑法定主义”的法国来说，也是名为“法定”，实有“类推”。比如法国刑法典第二七八条规定：“没有固定住址和职业的人，乞丐和流浪者，如果身边被发现有一百法郎以上的物品，而不能说明其来源时，则应受惩罚”。这种法定的“事实类推”，实际上否定了它的“罪刑法定”。同时也暴露了“罪刑法定主义”不能适应资产阶级统治需要的严重问题，结果导致立法上以“罪刑法定主义”作幌子，实际上以“事实类推”搞武断专横。美国一九三九年颁行的《国防通则》第四条也是这种“事实类推”的另一个实例。即“被告人和另一个人来往，有合理的根据想到对方有承担援助敌人的义务时，即应对被告加以惩罚，只有他一定证明并没有威胁到国家安全时，才得免受惩罚”。这何止是“推定”，已经是“想定”了。因此，我们在看待资产阶级的法制时，不能只看他们的动听口号，更重要的是要看他们的具体行动和实际做法。决不可被他们虚伪民主蒙住我们的眼睛，好象“罪刑法定主义”一定就比“法律类推”要民主一些，其实并非如此。

与此相反，有些国家能够面对犯罪现象的复杂现实，立足于有效地同犯罪作斗争，就不采取“罪刑法定主义”。比如，在列宁领导下制定的一九二二年《苏俄刑法典》第十条就明确规定了“个别种类犯罪行为，如果本法典没有明文规定的，它的刑罚或者社会保卫方法，可以比照在犯罪的重要性和犯罪的种类上同刑法典相类似的条文，并遵照本法典总则的规定来决定”的类推原则。以后，在一九二四年《苏联及各加盟共和国刑事立法原则》第三条和一九二六年《苏俄刑法典》第十六条，又一再重申和确认。

为什么“罪刑法定主义”实际上行不通呢？最根本的原因是，它不能适应同“犯罪”作斗争的客观需要。这是由于再详备的法典，也不可能把极为复杂的社会犯罪现象概括无遗；任何立法者都不能预见到将来可能发生的一切犯罪，制定出一套以不变应万变的全能法典。就拿我国历史上最庞大的一部刑法《宋刑统》来讲，仅其《编敕》即多达一万八千五百五十五条，仍然还有“有司引例以决”的类推制度。且法越定越多，又会造成“法密则国无全民”的恶果。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”，道理也就在这里。如果硬要把我国刑法所屏弃的“罪刑法定”说成是应当遵守的原则，则不仅是强加于法，而且对于同犯罪作斗争也是十分不利的。彭真同志在关于刑法草案的说明中，明确指出：“对没有明文规定的犯罪，严格限制了类推的应用，规定类推的使用应一律报请最高人民法院核准”。问题很清楚，对“没有明文规定的犯罪”，如果采用“罪刑法定主义”，那就只好不予处理，任其逍遥法外了。但是从我国刑法和上述说明中，都不能得出这个结论。有些犯罪，如“军职罪”和医疗事故等，还没有规定到刑法里，这些犯罪是客观存在的，或者是可能发生的，只是由于经验不成熟，或者还没有看准，而未加规定，但是只要它一旦发生，并造成严重后果者，就不能不采用有控制的“法律类推”原则，给以刑当其罪的严肃处理。否则，就有损于我国刑法的“极大的权威”。

(二)

“法律类推”，在中国历史上也称作“比附援引”，就是指国家立法机关用立法的形式授权国家审判机关，在处理具体刑事案件中遇有未被刑法条文明确规定的犯罪情况时，可以按其性质、情节和方法，比照刑法最相类似的条文定罪判刑。这项原则确立的根据是：社会生活极其纷繁复杂，犯罪现象千差万别，形式多样，无奇不有，而刑法条文的具体规定则总是有限量的，即使再详尽、完备，也终究包罗不尽可能发生的一切犯罪现象。希图以有限的法律条文囊括社会上可能发生的各种各样的全部犯罪现象，事实上是根本不可能的。为了有效地同犯罪作斗争，就有了“法律类推”原则的确立。它是人类历史的经验总结，是一项与犯罪作斗争的有效武器，决不可弃之而不用。

纵观中国历史，绝大多数朝代在论罪科刑上，都坚持了这项行之有效的“类推”原则。早在《尚书·吕刑》中就记载有：“上下比罪”、“上刑适轻下服，下刑适重上服，轻重诸罚有权”的制度。吕祖谦在注解“上下比罪”时说：“三千已定之法，载之刑书者也；天下之情无穷，刑书所载有限，不可以有限之法，而穷无尽之情；又在用法者，斟酌损益之”，清楚概括了“法律类推”的客观必要性。秦朝法密如网，还免不了要“类推”定罪，不然仍怕有“吞舟之鱼”漏网。在其《法律答问》中就载有：“律曰：‘斗决（决）人耳，耐’·今决（决）耳故不穿，所决（决）非耳所入（也），可（何）论？律所谓，非必耳所入乃为决（决），决（决）裂男若女耳，皆当耐”。（见《睡虎地秦墓竹简》第185页）就是说，秦律规定，“打架斗殴破裂他人耳朵，要处以耐刑”。现在有人把别人耳朵打破了，但伤不在戴耳环的地方。问可不可论罪科刑？答说，法律规定并不只限打破戴耳环的地方才算破裂人耳，打破男人的耳朵同打破女人的一样，都应当处以耐刑。《汉律》中有《决事比》，即“决事科条，皆以事类相比”。汉武帝时仅《死罪决事比》就有一万三千四百七十二事。《唐律》五百条向称完备，一直被视为封建法律的典范，也有类推，即“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重”。《明律》也规定“凡律令该载，不尽事理，若断罪无正条者援引他律，比附应加应减，定拟罪名。议定奏闻，若辄断决，以故失论”。《清律》更具体规定：“律无正条，则比引科断，今略举数条，余可例推”。可能有同志会认为，这多是封建刑法的规定，正是“罪刑法定”所要反对的。我们是历史唯物主义者，不能割断历史，更不应否定一切。和对待资本主义的东西一样，应当尊重历史，取分析的态度。

必须看到，所有这些古时“类推”规定，如果简单地归结为是封建地主或奴隶主阶级的武断和专横，似乎还难以解释清楚。它不仅表明历代统治者都不会制定法律束缚自己手脚，而且也说明“法律类推”是适应阶级统治的需要，反映了办案工作的客观要求。因而历代相沿奉行不易。人类历史是一面镜子，我们不能无视这些历史经验。

我们人民政权在总结历史经验和革命实践经验的基础上，早在一九三四年《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》第十八条中就明确规定了“法律类推”的原则，即：“凡本条例未包括的反革命犯罪行为，得按照本条例相类似的条文处罚之”。中华人民共和国成立前夕，我们党在《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》中又指出：“司法机关的办事原则应该是：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。”这就为我国立法、司法工作确立了一项采用类推的法制原则。据此，建国之初颁布实行的《中华人民共和国惩治反革命条例》再次肯定了“以反革命为目的之其他犯罪未经本条例规定者，得比照本条例类似之罪处刑”的类推

原则。

根据我国几千年的历史经验,特别是中华人民共和国成立三十年以来的实践经验,我国第一部社会主义刑法理所当然地又把“法律类推”原则重新明确起来,并作了科学的规定,即“本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本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”。我国刑法所确定的“法律类推”原则,突出反映了社会主义的法制精神。它有四大特点:

其一,凡依照“类推”原则处理的,必须是确实构成犯罪的行为。这是适用“法律类推”的前提和基础。如果行为不具有社会危害性或者没有达到应受刑罚处罚的程度,决不能按照“类推”定罪判刑。这就首先强调了社会主义法制原则,使法律具有极大的权威,必须人人遵守。

其二,刑法分则有明文规定的犯罪,一概不准类推,必须依法办事。这就突出强调了有法必依,执法必严,不能有法不依,自行其事。

其三,刑法分则没有明文规定的犯罪,则可以比照分则最相类似的条文定罪判刑。这就突出了强调了执法必严,违法必究,实事求是,不枉不纵。

其四,凡依“法律类推”定罪判刑的案件,必须报请最高人民法院核准,才能发生法律效力。这就从程序、制度上保证了社会主义法制原则的贯彻执行。

社会主义法制要求我国司法机关必须“依法办事”;“法律类推”正强调了办案必须依法。二者精神是一致的,决不能把它们对立起来。而“法律类推”和罪刑法定,则是互相排斥、不能并行的。“法律类推”,不准审判员于刑法之外,根据自己的意见定罪判刑,冤枉好人;它同国民党反动政府“法外制裁”,罪及无辜,是根本不同的。前者要求“依法”,后者纯系“非法”。所有这些原则界限,都应当在理论和实践上严格区分清楚。

如果说“罪刑法定”和“法律类推”有什么相同地方的话,那就是对法有明文规定的犯罪,都要求依法处理。这是法制原则的共同要求。问题在于对待法无明文规定的犯罪,“罪刑法定”是“不为罪,不得处罚”,法律类推则是“可以比照法律最相类似的条文定罪判刑”。辩证唯物主义告诉我们,矛盾的特殊性,构成一事物区别于他事物的特殊的本质。这就是说,在对待法无明文规定的犯罪的不同态度上,决定了它们的本质区别。由此可见,“罪刑法定”和“法律类推”,是根本对立的,互不相容的。那种认为我国刑法是采取了在罪刑法定的基础上,实行有控制的“类推”的观点,从理论上讲,是说不通的。

(三)

关于刑法的适用原则,各国立法历来有两种不同的规定:一种是采取“罪刑法定主义”;一种是采取“法律类推”原则。现在世界上有不少国家采取“罪刑法定主义”,如法国、美国、日本和捷克斯洛伐克等。然而采取“法律类推”原则的国家也不少,如苏联(参看一九二二—一九二六年刑事立法)、蒙古、朝鲜民主主义人民共和国和阿尔巴尼亚等。根据我国幅员辽阔,人口众多,同时又处在社会主义革命和社会主义建设的迅速发展时期,以及我国的历史经验和工作实践等特点,我国刑法采取了有控制的“法律类推”原则,是既合法理,又合国情,完全正确的。它一方面可以使那些法无明文规定的犯罪和罪犯,不致漏网,逍遥法外;另一方面又可以避免任意“类推”,追究那些不应追究刑事责任的人。即用其所长避其所短,使“法律类推”原则建立在科学的基础上,发挥它的积极作用。我国刑法作为无产阶级专政的工具,它的任务是适用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争,目的在打击敌人,惩罚犯罪,保护人民,保障社会主义

义现代化建设的顺利进行。所以,在明确刑法的适用原则时 决不能离开刑法的性质、任务和目的,去论是评非,否则,就势必会走偏方向。

“罪刑法定主义”的着重点,在于“法无明文规定者不为罪,不得处罚”。由于社会犯罪现象的多样性,如果一味追求对一切犯罪的定罪量刑,都要有法律的事先规定,实行的结果必然是:法愈来愈密,罪越来越多,相演下去,“入罪”的人势必不可能减少;同时由于立法终究是有限度的,以有限量的法律条文去处理“无限量”的犯罪(主要指犯罪的不同性质、情节和方式、方法等),又势必使“出罪”的人增多。可见,实行“罪刑法定主义”,既不利于同犯罪作斗争,也不利于保障无罪的人免受刑事追究。特别是我国社会主义刑法是初次制定,有些罪名和犯罪情节尚待进一步总结,自然不可能十分完备,而客观情况又在不断变化,如果按“法无明文规定者不为罪,不得处罚”的原则,必然会给反革命分子和刑事犯罪分子以可乘之机。这对于坚持四项基本原则,发展安定团结的政治局面,无疑也是有害的。

我国刑法所采取的“法律类推”的侧重点,在于强调“依法办事”,法有明文规定者,不准“类推”处理,法无明文规定者,必须比照最相类似的法律条文,定罪判刑,而且还要报请最高人民法院核准。这就既可杜绝任何罪犯钻空子,逃避制裁;又可防止或者减少错判,保证无罪的人不受刑事追究。所以,确立有控制的“法律类推”原则,是有利于我国刑法和刑事诉讼法任务的全面实现,并可促进我国公安、检察和审判机关及其工作人员更严格地依法办事,是符合保障人民民主和加强社会主义法制的全面要求的。依理、依法,有控制的“法律类推”,才是我们应当明确和坚持的法制原则。

合同鉴证工作中的几个问题

徐 杰 戚天常

推行经济合同制,是按客观经济规律要求办事的一项重要措施,对于搞好经济体制改革,促进社会主义现代化建设事业的发展,有着重要的现实意义。为使经济合同制能顺利推行,一方面要尽快进行经济合同的立法,使签订经济合同有章可循,有法可依;另一方面要加强合同管理工作。在合同管理工作中,搞好合同鉴证是个不容忽视的问题。

合同的鉴证,就是由合同管理机关对合同进行审查、鉴定,符合国家政策法律和有关签订合同的规定的,则予以证明;反之则予以否定,或者指出应予改正。通过对合同的鉴证:一、可以贯彻党和国家的方针、政策,支持和保护合法的经济流转活动,制止非法的经济活动。二、可以增强签订合同双方的法

制观念,维护合同的严肃性,促使双方按有关规定,在自愿、平等、互利的基础上,签订权利和义务对等、经济责任明确的合同。三、便于从合同中发现可能影响合同履行的问题,督促和帮助签订合同的双方协商解决,做到防患于未然,提高合同履约率。

合同的鉴证,主要应从以下几个方面进行审查、鉴定:

一、对合同双方的法律资格进行审查,也就是要看签订合同的双方有没有合法资格签订经济合同。企业、事业单位或者其他社会组织,如果要签订经济合同,一定要有法人资格。所谓有法人资格,就是这个企业、事业单位或者团体,能以自己的名义独立承担经济责任,有取得财产的权利,并能对债务负完全