关于类推的几个问题

张明楷

一

类推制度，源远流长。古今中外，有许多人想废除它，但未能如愿以偿。原因何在？

社会危害性是犯罪的本质特征，何种行为具有社会危害性以及危害大小，是统治阶级根据自己所处的社会历史条件，从维护本阶级的利益出发予以认定的。

我国地域辽阔，人口众多，处于现代化建设的新时期，国家的政治、经济、文化、治安等各方面的形势都在不断发展变化，这些变化也影响、制约、决定某些行为的社会危害性的有无与大小的变化。例如，某些行为在立法时不具有社会危害性或危害性没有达到犯罪程度，在形势发展的将来，则可能具有严重的社会危害性；某些行为在立法时还没有出现，但将来又可能出现；如此等等。行为的社会危害性的变易性，决定了一部刑法典不可能把所有的犯罪毫无遗漏地规定下来。

人类的认识能力是无限的，但在每一时代，人们的认识能力又是有限的，人们对犯罪的认识也是如此。就刑事立法而言，立法者不仅要把已经发生的形形色色的犯罪规定在刑法中，而且要把将来可能发生的各种各样的犯罪规定在刑法中，然而这是难以完全做到的。所以，刑法公布以后，总会出现某些没有被刑法分则明文规定的犯罪行为。这就是立法者认识能力的相对有限性，这种有限性只能依靠将来的认识来克服。刑法具有相对稳定性，立法者在一定时间内不能任意废立、频繁增删刑法条文，尤其不宜在原来没有规定的某种犯罪出现之时，随即对此行为作出新的规定，以追究行为人的刑事责任。而如果对于具有严重社会危害性的行为，只是由于刑法分则没有规定便不予处罚，又不利于保护国家和人民利益，不利于保障社会主义革命和建设事业的顺利进行。因此，可以明确地说，对于刑法分则没有明文规定的犯罪，只能采取类推办法处理。类推是保护人民、打击犯罪的一项有力措施。

综上所述，由于犯罪的本质特征——社会危害性具有变易性，而具有相对稳定性的刑法又不可能把所有犯罪毫无遗漏地规定下来，为了有效地同犯罪作斗争，采取类推制度是完全必要的。这种必要性同刑法本身的必要性是并存的，即有刑法就要有类推，刑法消亡，类推才消亡。这是由上述采用类推的根据所决定的。

应当指出，我国法学界一直有人认为，确立类推制度是因为刑事立法不完备，故刑事立法完备之日，便是类推制度废除之时。例如，有人说："在目前的情况下，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根据，那时类推就完成了它的历史使命。”① 这一说法值得研究。毫无疑问，我国现在的刑事立法并不完备，但刑事立法的完备性是相对而言的。刑事立法是否完备，要看它是否对现实发生的犯罪行为有适当的处理依据，看它是否适应和推动经济基础的发展。然而，经济基础和犯罪现象都在不断发展变化，所以，刑法在此时是完备的，而在形势发展后则会表现为不完备，不可能有一部永远都是完备的刑法典。刑法的这种相对完备性，说明了类推制度的不可避免性，采用类推就是为了克服这种相对性。关于这一点，德国刑法学家宾丁（Binding）曾经指出：“只大嚷什么‘法典完整性’，那是一句空话，只有类推解释和扩大解释的方法来作补充，才能完成其为‘完整性’。只因为它是与历史发展和社会发展的需要相适应，具有把以明文规定下来的趋于枯槁的法律，添了新的血液的重要意义。”② 这段话很有道理，它说明类推制度本身就是使刑法完备的一项重要措施。可见，刑法完备以后就不需要类推的观点，是不成立的。当然，刑法比较完备时，需要类推的案件会减少，但决不能由此得出可以取消类推的结论。

二

一谈类推，就必然联系到罪刑法定原则。

资产阶级启蒙学者提出罪刑法定原则，旨在反对封建的司法专横和擅断，维护资产阶级的自由平等，这一历史进步意义是应当肯定的。但是，他们把罪刑法定原则推向极端，主张完全禁止类推，对于这一点则是应该抛弃的。后期许多资产阶级刑法学者也反对这种极端的罪刑法定主义，认为它有不能应情定罪科刑之缺点，因此主张不应当把禁止类推适用看作罪刑法定主义的派生原则。从司法实践上看，资产阶级国家从来没有、也不可能真正地把罪刑法定原则付诸实行。有的国家虽然规定了罪刑法定原则，却在扩张解释的名义下，进行类推适用。从刑事立法上看，有些资产阶级国家的刑法典，如1930年的丹麦刑法典第1条，1945年格陵兰刑法典第1条，也规定了类推制度。可见，极端的罪刑法定原则，在资产阶级的刑法理论、刑事司法与立法上都遭到了反对。

我国法学界在类推与罪刑法定原则关系的问题上，基本上存在两种观点：一种观点认为，我国刑法规定了类推制度，因而没有采用罪刑法定原则；另一种观点认为，我国刑法是以罪刑法定原则为基础，以有严格控制的类推作补充。第一种观点把类推与罪刑法定主义对立起来，实际上是资产阶级启蒙学者的主张。第二种观点虽然承认罪刑法定是我国刑法的原则，但又说：“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。”③ 在这种观点看来，采用类推就是没有完全彻底地实行罪刑法定主义，而所谓完全彻底地实行罪刑法定主义，实际上也是以资产阶级启蒙学者所主张的罪刑法定主义的全部内容为标准的。上述两种观点显然都是把我国刑法的规定拿去与资产阶级的罪刑法定原则相对照，看我国刑法是否符合资产阶级的罪刑法定原则。这种做法是不可取的。

对于资产阶级的罪刑法定原则，我们必须用辩证唯物主义与历史唯物主义的观点去分析

① 李由义，《罪刑法定与类推》，载《法学研究》1980年第5期。

② 转引自日本刑法学会《刑法讲座》，1963年第1集。

③ 李由义，《罪刑法定与类推》，载《法学研究》1980年第5期。

其阶级本质和具体内容，吸收其合理部分，抛弃其糟粕，不能把它的全部内容照搬过来，不能让资产阶级的观点束缚我们的手脚。只有这样，才能确立我国刑法中的罪刑法定原则。

我们认为，作为我国刑法基本原则的罪刑法定主义，其核心内容是“有刑法可依，有刑法必依”，这是社会主义法制原则在刑法中的具体化。“有刑法可依”就是要求有符合我国实际情况的刑法，其标志是，对于任何犯罪，我们都可以从刑法上找到定罪量刑的根据。“有刑法必依”就是要求司法机关严格依据刑法的规定来处理一切犯罪行为。上面所说的刑法，不仅指刑法分则，而且包括刑法总则和其他刑事法规。刑法总则关于类推的规定，同样是对刑法分则没有明文规定的犯罪予以定罪判刑的法律依据。明确地说，我们不是把罪刑法定主义推向极端，我国的罪刑法定主义并不派生出禁止类推的原则。

我国刑法第79条规定了类推制度，刑法采用类推的侧重点，也在于强调有刑法可依、有刑法必依。刑法分则有明文规定的犯罪，不准类推处理；按类推处理的行为，其社会危害性必须达到犯罪程度，而且要比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑，不得任意确定新罪名，不得随意处刑；适用类推要报最高人民法院核准。可见，类推并不是审判人员恣意擅断，而是依法办事，适用类推足以体现罪刑法定主义的精神实质，类推与罪刑法定主义完全一致，二者不是什么补充关系，更不是对立关系。

三

适用类推是有严格条件的，条件之一是必须比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑。何谓最相类似呢？传统观点是：只有当犯罪客观方面与刑法分则条文规定的特征不一致时，才是最相类似。如果犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观方面与分则条文的规定不一致时，则不是最相类似。我们认为，从当前的情况看，除了犯罪客观方面以外，犯罪主体与分则条文的规定不一致时，也可能是最相类似的，也可以适用类推。

1.是否最相类似，关键在于依类推处理的犯罪行为的性质（即行为侵犯了何种社会关系）与刑法分则条文规定的犯罪行为的性质是否相同。换言之，犯罪构成的哪方面要件与分则条文的规定不相吻合才可以类推，关键在于这种不吻合是否影响犯罪行为的性质。如果影响犯罪性质，就不能适用类推；如果不影响犯罪性质，就可以适用类推。而在一定条件下，犯罪主体与刑法分则条文的规定不相吻合时，并不影响犯罪性质。例如，刑法第114条规定的重大责任事故罪的主体是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工。随着经济体制改革的进行，现在有些农民在农闲时临时组织起来成立建筑队，这种建筑队还不具有企业的性质，其成员也不是企业的职工。但有的临时建筑队在承揽建筑工程时，发生了重大伤亡事故，造成了严重后果。如何处理这种案件呢？回答只能是比照刑法第114条类推处理。刑法第114条规定的重大责任事故罪是危害公共安全的犯罪，同样，临时建筑队的成员，由于不服管理，违反规章制度，或者强令其他成员违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故，造成严重后果的，也是危害了公共安全。二者虽然主体不同，但其他方面，尤其是行为侵犯的社会关系相同，堪称最相类似，具备类推条件。（1986年6月21日最高人民法院、最高人民检察院《关于刑法第114条规定的犯罪主体的适用范围的联合通知》指出，应按刑法第114条的规定，追究刑事责任。——编者）

2.犯罪主体与刑法分则条文的规定不相符合就不能类推的观点来源于苏维埃刑法理论，这一观点当然是从苏维埃的刑事立法与犯罪现象出发的。这一观点在我国实行经济体制改革

以前也是适用的。但是，由于实行经济体制改革，某些原来只能由国家、集体经营的工厂、企业，现在可以由个体经营，随之而来的情况是，原来只能由国家工作人员或者具有其他特殊身份的人构成的某些犯罪，现在可以由一般公民构成。在不能立即修改刑法的情况下，我们不应该拘泥于陈旧的观点，而应适应新形势和新的犯罪现象，作出新的对策：对犯罪主体与刑法分则条文的规定不相符合的，采用类推办法处理。

3.犯罪主体与刑法分则条文的规定不相符合也可以适用类推，是有法律依据的。我国刑法第188条规定的徇私舞弊罪的主体是司法工作人员。而《专利法》第66条规定："专利局工作人员及有关国家工作人员徇私舞弊……情节严重的，比照刑法第188条的规定追究刑事责任。"很清楚，这一条所描述的犯罪与刑法第188条规定的犯罪相比，二者不仅客观行为不相吻合，而且犯罪主体不一致。正因为如此，《专利法》规定"比照"刑法第188条追究刑事责任，这实际上是立法类推，它表明，犯罪主体与刑法分则条文的规定不相吻合时，是可以适用类推的。

四

上面在说明犯罪主体可以类推时，是以刑法第114条为例的，然而刑法第114条规定的重大责任事故罪只能由过失构成，这就又提出一个问题，过失犯罪可否类推？

很多同志主张，过失犯罪不能类推。根据是，我国刑法第11条第2款规定"故意犯罪，应当负刑事责任"，而第12条第2款则规定，"过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。"这里用语不同，就在于说明故意犯罪允许类推，过失犯罪不允许类推。我们认为，这一理由是不成立的。

资产阶级刑法理论一直主张，刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外。这一思想反映在资产阶级国家刑法典上就形成了类似"故意犯罪，应当负刑事责任"，"过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任"的立法用语。然而这种用语并非说明故意犯罪可以类推，过失犯罪就不能类推。这一点，可以从资产阶级国家的刑法规定得到说明。例如，联邦德国现行刑法典第1条规定："行为之处罚，以其可罚性于行为前明定于法律者为限。"这是对罪刑法定原则的规定，其意之一在于禁止类推，而该法典第15条规定："故意之行为始有可罚性，但法律明定处罚过失者，不在此限。"这一规定表明，刑法作类似"故意犯罪，应当负刑事责任"、"过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任"的规定，与是否可以类推没有必然联系。如果说有联系，那么联邦德国刑法典在第1条规定了罪刑法定原则以后，也应在第15条规定故意犯罪法律有明文规定的才负刑事责任，不然就说明故意犯罪可以类推了，但事实上联邦德国刑法连故意犯罪也是禁止类推的。还有一些资产阶级国家的刑法典也是既有罪刑法定原则的规定，又有类似"故意犯罪，应当负刑事责任"、"过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任"的规定。这些规定都在于说明，刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外，而与类推没有必然联系。我国刑法第11条第2款与第12条第2款的规定，是借鉴了国外的刑事立法体例，其含义首先也在于说明，刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外，而不能由此得出过失犯罪不允许类推的结论。

具体犯罪究竟是由故意构成，还是过失构成？这是值得注意的。有些犯罪在刑法规定中是明确的，如故意杀人、过失杀人，刑法条文分别规定为不同的犯罪。但是，有的条文本身并没有写明罪过形式，例如刑法第109条规定："破坏电力、煤气或者其他易燃易爆设备，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。"这一条并没有规定过失

也应负刑事责任。如果行为人过失破坏电力、煤气或者其他易燃易爆设备，危害公共安全，尚未造成严重后果的，就不能追究行为人的刑事责任，即法律没有明确规定过失可以构成的犯罪，只能由故意构成，尽管法律没有写明“故意”二字！但过失犯罪不同，只有当法律明确规定了过失应负刑事责任时，才能追究行为人的刑事责任 。这是我国刑法第11条第2款与第12条第2款的另一个含义。从这里也不能得出过失犯罪不能类推的结论。

事实上，对刑法分则未明文规定、但造成了严重危害后果的过失行为，如果不类推按犯罪处理，是不利于保护国家和人民利益的。例如，农民陈某，带领全家承包本生产队建造一座砖拱桥的工程，陈某不负责任，草率施工。拱桥竣工后，生产队社员在挖出拱桥下代作支架的泥土时发现有垮塌的危险，通知陈某检查，陈某马虎看了一眼，认为不会垮塌，未采取任何措施。结果拱桥垮塌，造成五人死亡、二人重伤、二人轻伤。从案件的情况来看，对陈某的行为应当依犯罪处理，而且只能采用类推办法处理。第一，陈某行为的社会危害性严重；第二，陈某的行为属于刑法分则没有明文规定的犯罪行为，因为陈某不具备刑法第114条规定的主体条件；第三，陈某的行为与刑法第114条规定的重大责任事故罪最相类似 。以上分析表明，将陈某的行为类推按刑法第114条定罪判刑是完全正确和必要的。这样做 ，有利于加强社会主义法制、保护国家和人民的利益。

随着科学技术的发展，过失犯罪会相对增加，正如苏联学者H·C·戈列利克等人所说：“在科技革命条件下，随着管理对象的急剧扩大，它们之间的联系和相互依存性的加强，管理活动从而更为复杂化。在管理领域，以电子计算技术为基础的自动化管理系统日益广泛地得到应用。凡此种种，大大提高了管理活动的‘错误价值’，增加了它的可能危害结果。也就是说，这个领域也增长了过失犯罪的危险性。”① 这种现实情况，要求我们采取有效措施与过失犯罪作斗争。然而，科学技术在迅猛发展，随之也会出现形形色色的过失犯罪，在刑法不能把所有过失犯罪全部预测出来并加以规定的情况下，只有依靠类推来处理。所以，过失犯罪可以类推，也是形势发展的客观要求。

五

在适用类推的问题上，应该反对滥用类推与不积极适用类推的现象。

滥用类推包括两种情况。

第一，行为不具有社会危害性或危害性没有达到犯罪程度，而适用类推。这种情况在地方司法机关出现过，但未能被最高人民法院核准。

第二，某种犯罪行为，本可以直接根据分则条文定罪判刑，却适用类推。如司法实践中曾把鸡奸幼童的行为，类推按刑法第139条中的奸淫幼女罪处理。这是难以成立的 。我国刑法第160条规定的流氓罪包括“其他流氓活动”，鸡奸幼童的行为属于“其他流氓活动”，应直接依刑法第160条定流氓罪，勿需类推。

那么，究竟在什么情况下才应适用类推呢？我们可以通过分析刑法分则条文对罪状规定的不同形式来说明。分则条文对罪状的规定可概括为四类。第一类是众所周知的犯罪，分则条文未作具体描述，如盗窃罪、诈骗罪等等。这一类无类推可言。第二类是分则条文对罪状

① H·C·戈列利克等著，《在科技革命条件下如何打击犯罪》，群众出版社1984年版，第95页。

作了一些规定，一般是先列举常见形式，紧接着用“其他”二字概括列举之外的形式，如刑法第139条第1款，第150条第1款。这里由于用“其他”二字作了概括，所以也不存在类推问题。第三类是分则条文对犯罪主体、犯罪客观方面作了一些具体规定，未用“其他”二字概括其余，但能作扩大解释且符合立法精神的，也可以不类推。如刑法第170条规定的制作贩卖淫书淫画罪，我们可将淫书淫画扩大解释为包括淫秽录像带、磁带、唱片等。对以营利为目的，制作贩卖淫秽录像带、磁带、唱片的行为，可以直接依刑法第170条定罪判刑，勿需类推。第四类是分则条文对犯罪主体、犯罪客观方面作了具体规定，未用“其他”二字概括其余，又不能作扩大解释的。只有在这种情况下，才能类推。例如，刑法第181条规定的破坏军人婚姻罪，其客观方面是与现役军人的配偶同居或者结婚的行为。对这里的同居与结婚不能作扩大解释，尤其不能把同居扩大解释为通奸，因为刑法的规定就是为了控制打击面。但如果有人与现役军人的配偶通奸，造成了死亡后果，破坏了军人婚姻，则可以类推适用这一条定罪判刑。

不积极适用类推也有两种情况。

第一，对刑法分则没有明文规定、而社会危害性达到犯罪程度的行为，不适用类推，以刑法没明文规定为由，将行为人无罪释放。

第二，行为的社会危害性达到犯罪程度，但分则没明文规定，却嫌类推程序繁琐，牵强地、甚至错误地直接引用分则条文定罪量刑。例如，抢劫枪支弹药的行为（指无反革命目的，下同），有的直接按刑法第112条的抢夺枪支弹药罪处理，有的则直接依刑法第150条的抢劫罪处理。这是值得商榷的。首先，抢劫枪支弹药的行为不完全符合抢夺枪支弹药罪的特征，不能把抢劫枪支弹药的行为直接依抢夺枪支弹药罪论处。其次，行为构成何罪，首先取决于行为的性质，如果行为性质与分则条文规定的犯罪行为性质不相符合，就不能将此行为依该分则条文规定的犯罪论处。刑法第150条的抢劫罪所侵犯是财产所有权与人身权利，而抢劫枪支弹药的行为主要是危害公共安全，二者的性质不相符合，故不能将抢劫枪支弹药的行为按刑法第150条规定的抢劫罪论处。这里尤其要指出的是，认定一种行为构成什么罪，不能仅看其手段是否符合分则条文的规定，因为手段相同并不能表明行为性质相同。例如，以反革命为目的抢劫枪支弹药的行为与刑法第150条的抢劫罪的手段也是相同的，然其性质大相径庭。如果仅凭手段相同，把以反革命为目的抢劫枪支弹药的行为按刑法第150条的抢劫罪论处，显然是混淆了反革命罪与一般刑事犯罪的区别。现在回过头来问，对抢劫枪支弹药的行为究竟应当如何处理呢？回答应该是类推按刑法第112条的抢夺枪支弹药罪处理。因为抢劫枪支弹药的行为具有严重的社会危害性，又是刑法没有明文规定的，它与刑法第112条规定的抢夺枪支弹药罪最相类似。

分析以上问题是为了说明：类推是针对法律无明文规定的犯罪的，我们应慎重适用；类推又是同法律无明文规定的犯罪作斗争的一项有力措施，我们应积极适用。