

中國大陸刑法修改中的 類推制度存廢問題研究

趙秉志* 肖中華**

目 次

- 壹、前言
- 貳、類推制度存廢之不同觀點考察
 - 一、永久保留說及其理由
 - 二、暫時保留說及其理由
 - 三、立即廢止說及其理由
- 參、類推制度廢止論
 - 一、罪刑法定原則在本質上否定類推
 - 二、類推制度本質上不利於法治
 - 三、類推制度有悖於世界刑法發展潮流
 - 四、廢除類推切實可行
- 肆、結語

壹、前言

中國大陸 1979 年通過、1980 年起施行的現行刑法典，一方面沒有載明罪刑法定原則；另一方面又規定有類推制度，即其第七十九條規定：“本法分則沒有明文規定的犯罪，可以比照本法分則最相類似的條文定罪判刑，但是應當報請最高人民法院核准。”關於類推制度之存疑，可以說是中國大陸刑事立法和刑法理論長期爭

* 北京中國人民大學法學院教授、法學博士。

** 北京中國人民大學法學院刑法專業博士研究生。

論的問題。早在大陸現行刑法典的起草過程中，對於應否在刑法中設立類推制度，就曾存在不同意見，但並未得到深入的討論。1979年大陸刑法典頒布實施以後，針對類推制度的優劣利弊，有關類推制度存廢的問題再度引起理論界的爭鳴。尤其是在近年來大陸刑法修改和完善的研討中，現行刑法所確立的類推制度是保留還是廢止，成為大陸刑事立法、司法及理論界廣為關注和高度重視的課題。圍繞這一問題，大陸刑法界展開了尖銳、激烈的論爭。論者各執已見，針鋒相對，雖廢止論已日漸成為主流，但保留說仍有少數堅持者。毫無疑問，類推制度的存廢，事關未來大陸新刑法典的科學性與進步性程度。因此，全面檢討類推制度的優劣利弊，比較、分析類推制度存廢問題上的各種觀點及其理由，並在此基礎上得出正確的結論，對於完善大陸刑法具有十分重要的意義。

貳、類推制度存廢之不同觀點考察

關於類推制度的存廢，近年來大陸刑法理論界存在三種觀點：永久保留說、暫時保留說和立即廢止說。

一、永久保留說及其理由

極少數學者持類推制度永久保留說。他們認為，保留類推制度的必要性同刑法本身的必要性是並存的，亦即只要有刑法，就應當有類推制度。（註一）其主要理由是：

其一，設立類推制度符合大陸的國情。認為中國大陸幅員遼闊，人口衆多，各地情況千差萬別，政治、經濟、文化的發展很不平衡。因此，要求刑法對所有犯罪都作出明文規定，顯然不可能，而類推制度恰恰可以彌補這一缺憾。（註二）

其二，立法經驗不足決定了保留類推而不實行罪刑法定的必要性。廢除類推，

（註一）參見張明楷：《關於類推的幾個問題》，載《青年法學》（武漢）1986年第2期。

（註二）參見張明楷：《關於類推的幾個問題》，載《青年法學》（武漢）1986年第2期；鄭勇：《論我國刑法中的類推制度》，載《全國刑法碩士論文薈萃》，中國人民公安大學出版社（北京）1989年版，第141頁。

實行罪刑法定，對法無明文規定的犯罪就不能追究刑事責任。這樣，要充分發揮刑法同犯罪作鬥爭的威力，就必須制定一部十分完備的刑法典。但是這並不切合實際。相反，如果保留類推，一方面可以避免刑法的朝令夕改，維護刑法的穩定性，另一方面還可以為以後修改、制定刑法積累經驗。（註三）

其三，罪刑法定在實踐中行不通，說明了保留類推的必要性。罪刑法定在實踐中行不通表現在兩個方面：一是在立法上行不通。罪刑法定原則必須要求立法機關把一切犯罪和刑罰預先規定在刑法中，這實際上違背實事求是的認識路線，其結果必然是為難立法機關。二是在司法上行不通。實行罪刑法定，對於成文法中未加規定的犯罪不能追究刑事責任，這無異於束縛司法實踐的手腳，眼睜睜地看著犯罪來危害人民的利益。只有實行類推，藉此對法律沒有明文的犯罪予以刑事制裁，方可以有效地保護國家利益和公民的合法權益。（註四）

其四，設立類推制度是市場經濟的要求。隨著市場經濟的推進和發展，隨著政治體制改革的發展，新情況、新問題不斷地出現，新的犯罪就會不斷地出現。即使我們修改頒布了新的刑法，各種新的犯罪也不可能被新的刑法包容無遺。因此，為了保護市場經濟的建立和發展，便於與那些法無明文規定的破壞市場經濟的犯罪行為作鬥爭，有必要繼續保留類推制度。（註五）

其五，罪刑法定的衰落和類推制度重新引起世界各國的重視，說明了保留類推制度的必要性。在當今世界，罪刑法定原則的固有含義早已煙消雲散，罪刑法定已名存實亡；而一些原本力倡罪刑法定主義的舊派報應刑論的刑法學家也重新認識到類推的重要性，西方國家刑事立法已棄罪刑法定原則如敝履，而英美國家卻從未實行過罪刑法定原則。既然如此，中國大陸刑事立法不應步人後塵去規定形式上的、名不符實的罪刑法定。而實行類推，才能符合世界刑法發展潮流，是富有遠見之舉。（註六）

其六，實行類推制度符合中國的歷史傳統。縱觀中國歷史，絕大多數朝代在論罪科刑上都堅持了行之有效的“類推原則”，重視這些歷史經驗並右為今用，是歷

（註 三、四、五） 參見候國雲、薛瑞麟主編：《刑法的修改與完善》，中國政法大學出版社（北京）1989年版，第19～22、26頁；候國雲：《市場經濟下罪刑法定與刑事類推的價值取向》，載《法學研究》（北京）1995年第3期。

（註 六） 參見候國雲：《市場經濟下罪刑法定與刑事類推的價值取向》，載《法學研究》（北京）1995年第3期。

史唯物主義的要求。在中國大陸新民主主義革命時期，類推制度也發揮了重要作用。1934年《中華蘇維埃共和國懲治反革命條例》第十八條就明確規定了“法律類推”的原則。大陸現行刑法典第七十九條規定類推制度，即是歷史經驗的科學總結。而且，與歷史上奴隸制和封建制國家所實行的“比附援引”不同，中國大陸現行刑法規定的類推是具有嚴格條件限制的類推，它不會導致罪刑擅斷，而是突出反映了社會主義法制精神。（註七）

永久保留說論者所提出的上述理由，一般都是將類推和罪刑法定相互對立起來。即在明確反對或否罪刑法定的基礎上，主張實行類推。但是，在永久保留說中，也有的學者認為，類推制度之所以要保留，是因為類推和罪刑法定本質上一致。具體而言，罪刑法定原則不但不排斥類推，而且在一定條件下類推是罪刑法定原則必不可少的內容；中國大陸刑法中的類推定罪是在刑法總則規定的基礎上，對與法無明文規定的行為最相類似的刑法條文規定的犯罪構成加以修正，使之適用於被類推的行為，因而類推定罪實際上具有法律上的根據，符合罪刑法定的實質含義。（註八）

二、暫時保留說及其理由

部分學者主張或曾經主張類推制度暫時保留說。此說認為，中國大陸現行刑法的類推是罪刑法定的必要補充。從中國大陸當前的實際情況出發，還不能完全徹底地實行罪刑法定主義，而必須以有嚴格控制的類推為補充。因而，目前重要的問題不在於廢止類推，而在於在司法實踐中盡量避免用類推的辦法來補充立法的不足，或是準確適用類推的條件。但是，類推制度僅僅是暫時性的過渡措施，待到條件成熟時，即大陸的司法工作經驗更為豐富、刑事立法更加完備，凡具有相當的社會危害性、應當追究刑事責任的行為在刑法分則條文上都可找到定罪量刑的依據時，類

（註 七） 參見周密：《罪刑法定還是法律類推》，載《法學研究》（北京）1980年第5期；楊敦先：《罪刑法定和類推的適用》，載《北京大學學報》（北京）1982年第1期；候國雲：《類推不會導致罪刑擅斷》，載《法制日報》（北京）1990年12月27日第3版。

（註 八） 參見郝守才：《罪刑法定原則與我國刑法立法的完善》，載《法學研究》（北京）1995年增刊。

推就完成了它的歷史任務。（註九）

三、立即廢止說及其理由

絕大多數學者主張類推制度立即廢止說。此說認為，權衡類推制度的利弊，總結大陸現行刑法典頒布以來的經驗教訓，結合刑法理論和各國立法例，在大陸現行刑法典修改時，類推制度應當予以廢除。其主要理由如下：

其一，類推制度與罪刑法定原則相抵觸。禁止類推是罪刑法定原則的應有之義；大陸刑法中的類推雖然具有嚴格限制條件，與封建刑法的罪刑擅斷和第二次世界大戰時期納粹德國刑法中的類推有本質區別，也較前蘇聯早期刑法中的類推進步，但它畢竟脫離不了類推制度的本質和基本內容，因而不可能不與罪刑法定原則相矛盾。要在刑法中真正徹底地實行罪刑法定原則，就必須否定和刪除類推制度。

其二，類推制度在本質上不利於法制。類推制度實際上是允許司法機關對法無明文規定的行為定罪判刑，盡管這種定罪判刑是立法機關許可的，但在性質上仍屬於司法活動侵入立法領域，這有悖於立法權與司法權分立的原則，不利於立法的統一。類推制度的設立，還造成刑法典創制的粗放；類推制度的適用，又掩蓋了一些本該通過立法修改補充加以解決的問題。因而類推制度既不利於大陸法權的統一行使，也不利於立法權與司法權的分離。

其三，類推制度不利於對公民權利的有效保護。刑法典不僅應當以保護人民的民主自由權利為其首要的和根本的宗旨，而且由於其內容和手段的特殊嚴重性，還要求其罪刑規範具有更為肯定、明確和普遍的性質。允許對法無明文規定的行為定罪判刑，就會使人們無法確知什麼行為將受到刑事制裁，使刑法規範有失於確定性和民主性，從而難免司法的蠻橫和錯斷，不利於充分有效地保護公民的基本權利。

其四，保留類推制度有悖於世界刑法的發展趨勢。從類推定罪到罪刑法定，是從近代到現代各國刑法發展的大趨勢。時至今日，在刑法上規定類推制度的國家已寥若晨星，中國大陸未來刑法典如繼續保留類推制度，勢必與刑法發展的進步趨勢背道而馳。

其五，廢除類推制度並不會放縱犯罪分子。首見，大陸司法機關已經積累了同

（註九）參見李由義：《罪刑法定和類推》，載《法學研究》（北京）（1980年第5期）；廖增鈞：《我國刑法應明確規定基本原則》，載《中國法學》（北京）1990年第1期。

犯罪作鬥爭的豐富經驗，法律工作者對大陸社會上業已發生和將會發生的新犯罪進行了廣泛的調查研究和深入的探討，刑法的修改補充有著良好的基礎。其次，廢除類推制度後，為適應同犯罪作鬥爭的實際需要，可以通過加強立法工作和司法解釋來彌補刑法的缺陷。

其六，類推的規定表明了立法者以刑法社會保護為本位的錯誤價值取向，同時反映了立法者對刑法社會保護功能的過分迷信，沒有存在的合理性。（註一〇）

其七，類推制度形同虛設，繼續保留實無必要。刑法典頒布施行來的司法實踐表明，大陸適用類推定罪量刑的案件較為罕見，所占比例微乎其微，類推制度在大陸刑法中的地位無足輕重，已喪失了它失去存在的現實根據，而廢除類推和規定罪刑法定原則的客觀條件業已齊備，時機完全成熟。（註一一）

綜觀類推制度永久保留說、暫時保留說與立即廢止說的某些具體論述，各自都有一定的道理，那麼在類推制度的存廢問題上為什麼會出現上述三種不同的主張，尤其是永久保留說和立即廢止說兩種截然對立的主張呢？問題的關鍵是學者們在以下三個方面存在不同的認識：一是罪刑法定在當今世界各國刑法中的地位及發展趨勢如何？二是罪刑法定與類推的關係如何？即罪刑法定原則是否排斥類推？三是罪刑法定與類推的價值取向如何？即面對類推或廢止均各有利弊的客觀事實，如何在總體上正確權衡罪刑法定與類推之優劣，並在此基礎上作出合理的取捨，求得對刑法科學進步價值的追求。我們認為，從以上三個方面考察，類推制度立即廢止說的觀點是正確的。據此，大陸現行刑法中的類推制度應堅決地予以否定和刪除，刑法修改應當明確規定徹底的罪刑法定原則。這對於中國大陸刑事法制向著更加科學和民主的方向發展，對於刑事立法的統一和正確實施，都具有極其重要的意義。

（註一〇） 以上理由參見趙秉志：《關於完善我國刑法典體系和結構的研討》，載《中國社會科學》（北京）1989年第4期；鮑遂獻：《類推制度應當廢止》，載《法學評論》（武漢）1990年第四期；黃太雲：《類推應該取消刑法必須完善》，載《法學》（上海）1990年第11期；蔡道通、范曉芸：《類推制度應當廢止》，載《法學家》（北京）1994年第4期。

（註一一） 參見胡雲騰：《廢除類推及刑法科學化》，載《法學研究》（北京）1995年第5期。

參、類推制度廢止論

在類推制度存廢之爭中，持類推制度立即廢止說的論者對廢止類推制度的理由曾作了大量的論證，其中不乏真知卓見。同時，在某些方面也給反對廢止類推制度的觀點予以了有力的批駁。針對類推制度永久保留說和暫時保留的見解，在此，筆者著重就以下幾個方面論證爲什麼中國大陸刑法應當立即廢止類推制度。

一、罪刑法定原則在本質上否定類推

罪刑法定原則是西方資產階級在刑法領域裡反對封建時代的罪刑擅斷原則所取得的一項劃時代的進步成果。1789年法國《人權宣言》第八條規定：“法律只應規定確實需要和顯然不可少的刑罰，而且除非根據在犯罪前已制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得處罰任何人。”在《人權宣言》這一內容的指導下，1810年法國刑法典第四條首次以刑事立法的形式明確規定了罪刑法定原則。由於這一原則符合現代社會民主與法治的發展趨勢，至今已成爲不同社會制度的世界各國刑法中最重要的一項原則。根據“法無明文規定不爲罪，法無明文規定不處罰”這一人所共知的罪刑法定原則之基本涵義，對於什麼是犯罪，對各種犯罪科處什麼刑罰，都要求預先由法律加以明確規定。而反觀中國現行刑法中的類推，恰恰是對刑法無明文規定的行爲定罪判刑的制度，這就在本質上與罪刑法定原則背道而馳，因而理所當然地爲罪刑法定原則所排斥。

在反對廢止類推制度的觀點中，一個重要的理由，即是認爲中國大陸刑法中的類推不同於剝削階級社會刑法中的“比附”類推，它與罪刑法定主義並不矛盾，而是罪刑法定主義之有益的必要補充，（註一二）甚至說類推在本質上與罪刑法定主義一致。（註一三）我們認爲，這種見解難以成立。誠然，中國大陸現行刑法中的類推，有了較爲嚴格的適用條件和程序上的限制，與封建刑法的罪刑擅斷和第二次

（註一二） 參見李由義：《罪刑法定與類推》，載《法學研究》（北京）1980年第5期；王剛：《類推制度小議》，載《律師》（大陸）1995年第2期。

（註一三） 參見郝守才：《罪刑法定原則與我國刑事立法的完善》，載《法學研究》（北京）1995年增刊。

世界大戰時期納粹德國刑法中的類推有本質區別，也較前蘇聯早期刑法中的類推進步。但無論類推如何嚴格，它畢竟脫離不了“法無明文”而“法外治罪”這一類推制度的本質和基本內容，因而不可能不與罪刑法定原則相矛盾。這怎麼能說是罪刑法定主義之必要的、有益的補充呢？上述反對廢止類推的學者又指出，中國大陸刑法中的類推乃由刑法總則明文規定，因而通過類推定罪量刑並不存在“法無明文規定”定罪處罰的問題，所以類推適用也不違背罪刑法定。在我們看來，這種辯解是近乎荒謬的。毋庸諱言，大陸現行刑法中的類推是由立法者規定於刑法典之中，即立法者授權司法部門在一定條件限制下適用類推。但應當注意的是，就具體犯罪的定罪處刑來說，罪刑法定原則的本意是什麼呢？顯然，只能是指任何具體犯罪在其實施時都已有其明文化的定罪處刑依據——刑法分則條文。而根據刑法總則規定的類推制度定罪處刑的犯罪行爲，在刑法分則條文中並無明確規定，它依據的不過是“最相類似”的條文，即“罪刑”沒有“法定”。由此觀之，中國大陸現行刑法總則規定了類推制度，這並不能否定類推適用違反罪刑法定原則“法無明文規定”不得定罪判刑的要求。

在主張保留類推制度的觀點中，還有的論者認爲，資產階級啓蒙學者所主張的完全禁止類推的絕對罪刑法定主義已在刑法理論、刑事立法與司法上遭到了反對；相對罪刑法定原則要求，類推不應排斥於罪刑法定主義之外。（註一四）我們認爲，這種觀點實際上是對相對罪刑法定原則的一種錯誤認識。不可否認，罪刑法定原則自近代產生以來，其內容和表現形式已發生深刻的變化，即由早期的絕對罪刑法定主義發展爲現代的相對罪刑法定主義。但是，無論是就絕對罪刑法定主義還是相對罪刑法定主義來說，對法無明文規定的犯罪行爲罪量刑都是遭到排斥的。

衆所周知，早期的絕對罪刑法定主義之內容主要包括：排斥習慣法；禁止絕對不定期刑；刑法的效力不溯及既往；和禁止類推適用。隨著社會的向前發展和刑法理論的演變，絕對罪刑法定主義日益受到批判。特別是十九世紀後半期刑事實証學派興起後，絕對罪刑法定主義在各國刑事立法中幾乎得到徹底的否定，取而代之的相對罪刑法定原則逐漸在立法中得到體現。時至今日，在相對罪刑法定原則指導下的各國刑法，一般都允許實行相對不定期刑、允許有限制的擴大解釋和在刑法溯及

（註一四） 參見張明楷：《關於類推的幾個問題》，載《青年法學》（武漢）1986年第2期。

力上採用從舊兼從輕的原則，也有一些國家的刑法中容許有限制的類推適用。（註一五）但是，需要指出的是，罪刑法定原則的精神實質並未隨著時間的推移和時代的變遷而改變，罪刑法定原則作為近代社會法制建設的一塊基石，其價值目標和法制精神是始終如一的。（註一六）就允許有限制的類推適用這一點而言，雖然當今世界一些國家刑法允許有限制的類推適用，但除個別國家外，他們所實行的類推與中國大陸刑法中規定的類推在本質上並不相同。前者是在有利於被告的場合允許類推，在不利於被告的場合則不允許類推。這種類推僅僅表面上背離罪刑法定原則，實則體現了罪刑法定所要求的限制國家司法權力、保護公民個人權利的法制精神，實現了罪刑法定原則的宗旨和目的。而中國大陸刑法中的類推，恰恰相反，它是以最大限度遏制犯罪為目的，站在不利於被告的角度實行“法外治罪”，（註一七）從內容到形式都完全背離了罪刑法定主義的應有之義。可見，將中國大陸刑法中的類推視為相對罪刑法定原則的當然內容，或認為中國大陸刑法實行的是相對罪刑法定原則，從而主張類推不應在中國大陸刑法中廢止的觀點，不僅有悖於罪刑法定原則的本意，而且也與世界各國所實行的相對罪刑法定原則相去甚遠。要言之，要在中國大陸刑法中真正徹底地實行罪刑法定原則，就必須否定和刪除大陸現行刑法中規定的類推制度。

二、類推制度本質上不利於法治

類推制度以“法無明文規定”的“犯罪”行為作為適用對象，實際上是允許司法活動侵入立法領域，顯然有悖於現代法治要求的立法權與司法權分立的原則。然而，有主張保留類推的論者卻認為，現代立法的特點，是嚴格規則主義與自由裁量主義的結合，立法——司法模式已打破了原有的三權分立的嚴格界限，現代社會司法機關已獲得候補立法權，因而類推所代表的司法能動權需要始終堅持。（註一八）但是，我們不禁要問，綜觀當今世界各國，除了前文所述英美法系國家法官有

（註一五）參見徐逸仁：《中國刑法原則與普通法系、大陸法系之比較》，載《行政（澳門政府雜誌）》1992年第15期。

（註一六）參見胡雲騰：《廢除類推及刑法科學化》，載《法學研究》（北京）1995年第5期。

（註一七）參見田文昌、陳平：《罪刑法定原則在我國的現狀與展望》，載《中國法學》（北京）1994年第3期。

（註一八）參見李培澤：《論修改刑法的理論準備》，載《現代法學》（重慶）1995年第

權通過創制判例“造法”外，現代社會所謂的司法機關“侯補立法權”何曾體現？何況英美法系國家法官“造法”本身是經過嚴格法律程序的立法活動，不存在立法權“侯補”不“侯補”的問題，也根本不能說明現代立法趨勢已打破立法與司法分立的模式。或許上述論者又會說，司法機關自由裁量權的擴大即是立法權向司法移轉的象徵。但如前所述，無論大陸法系還是英美法系，絕大多數國家司法中的自由裁量權總還不至於擴大到適用類推制度來發揮司法能動權的地步。可見，上述論者試圖以現代立法趨勢為由來掩蓋類推制度違背法治要求的事實只能是欲蓋彌彰，其結論之荒謬昭然若揭。

有的類推保留論者對於類推制度是否有悖於法治避而不談，或者根本就不敢正視類推破壞法治的客觀事實。但是，為了論證類推必要性和否定罪刑法定的可行性，他們提出的諸種理由，實質上又與法治的精神背道而馳。對此有必要分別加以剖析。

其一曰：類推有利於保護國家利益和人民的利益。

其核心依據是“法有限，情無窮”。亦即：刑法不可能將一切犯罪都包羅無遺，如果廢止類推而實行罪刑法定，那麼對於刑法未有明文規定的犯罪行為便不能追究刑事責任，人民的利益便失去法律的保障。我們認為，這種論斷表面上十分合理，且極具迷惑性。但只要稍加分析，就會發現，這種觀點與現代法治要求的刑法功能觀完全對立，是不能令人信服的。

德國著名刑法學家李斯特曾經指出：“刑罰實際上是雙刃器，它通過損害法益來保護法益。”（註一九）由刑罰固有的這種雙重屬性決定，刑法的運作始終存在著保障（人權）機能與保護（社會）機能這樣一對矛盾。刑罰的雙重危險也表現在：一方面，如果刑罰適用不當，會損害無辜者或受刑人的合法權益；另一方面，如果過分謹慎則可能寬縱罪犯，損害社會利益。（註二〇）在類推的存廢問題上，罪刑法定與類推的矛盾所體現的即是刑法保障機能與保護機能的衝突。類推是存是

5 期。

（註一九） 轉引白黃風：《刑罰：社會防衛的“雙刃器”，載《比較法研究》（北京）1987年第4期。

（註二〇） 參見麼志龍：《罪刑法定與法律文化價值傳統》，載《比較法研究》（北京）1990年第1期。

廢，需要立法者在刑法保障機能 and 保護機能難以兩全其美時進行慎重的價值抉擇。類推保留論者主張類推而反對罪刑法定，顯然注重的是刑法保護功能，體現的是刑法保護功能優於刑法保障功能的社會保護本位論思想。然而，鑒於刑罰的嚴厲性和權力的擴張性，現代法治國家無不把刑法對公民權利的合障作為其追求的首要價值目標。罪刑法定主義思想、學說到立法的演進，本身就是人類幾個世紀以來為限制國家刑罰權、保障人權進行前仆後繼的鬥爭而取得的輝煌成果。可以說，沒有人權保障觀念的基石，近現代意義上的民主人道的刑法就不可能產生。那麼，類推所體現的社會保護本位觀念，以現代法治要求刑法功能觀衡量之，其反時代性就不言自明。

毋庸諱言，按照類推保留論者的主張，設立類推，對於法無明文規定的某些危害社會的行為予以追究刑事責任，的確在一定程度上可以彌補刑法的不圓滿性缺憾，但類推保留論者只片面地看到類推僅有的極為細微的積極作用，卻忽視了在類推背後隱藏著這樣一種得不償失的危險事實：類推昭示著一種游離於立法限制範圍之外的刑罰權，與堅持罪刑法定原則前提下因“法無明文規定”而游離於刑法調控範圍以外的極個別的危害行為相比，前者對社會造成的損害較後者要大得多。因為前者是整個國家以暴力機器為後盾，而後者僅僅是“孤立的個人”的行為。如果一個人實施了危害社會的行為，國家可以動用各種措施（不單是刑罰）對他進行制裁或強制，國家在對危害行為的性質認定和處置方面起著舉足輕重的作用；但是，如果國家享有一種不經正常立法程序就可以隨時在司法活動中宣布某種行為是犯罪並處以刑罰的權力，公民個人就處於無能為力的境地。因此，廢止類推而實行罪刑法定，刑法難以避免的漏洞固然可能導致某些法無明文規定的危害行為得不到應有的懲罰，但與類推制度下不受限制的刑罰權給公民權利自由和社會民主正義觀念造成的損害相比，它只是個極小的缺陷。進而言之，取消類推、健全刑法保障機能，較之於保留類推、顧全刑法保護機能，顯然利大於弊，也符合現代法治保障人權的刑法功能觀之進步要求。由此看來，類推保留論者認為類推有利於保護國家利益，尚且與類推注重刑法保護機能的特吻合；而認為類推有利於保障人民權利則只能是事與願違。

值得注意的是，類推保留論者為了論證中國大陸現行刑法中的類推制度並非有礙於刑法保障功能的實現，指出：根據中國大陸現行刑法第七十九條的規定，類推適用必須符合四個條件；有了這四個條件，就保證了人民的權利不會因為類推而受

到司法機關的侵害。(註二一)我們認為，這種辯解是十分牽強的。因為，類推導致罪刑擅斷、濫罰無辜並侵害人權的弊端，乃類推制度本身所固有，規定類推適用的嚴格條件可以縮減這些弊端的作用，但無法根除這些弊端。中國大陸現行刑法確立類推制度以來，司法實務界和刑法理論界圍繞如何理解類推適用條件、確定類推罪名等方面之所以產生諸多分歧，最終根源就在於類推制度本身的弊端。例如在“最相類似”問題上，一般都理解為犯罪客觀方面與刑法分則條文規定的特徵相似。但也有些論者主張，犯罪主體、犯罪客體相類似亦可類似亦可類推。(註二二)有的甚至認為犯罪主觀方面相類似也可以類推。(註二三)由此看來，類推法定的四個條件並不能有效地防止無限制地擴大類推適用的傾向。只要保留類推，即使規定再嚴格的適用條件，類推破壞法治之弊端也在所難免。

其二曰：類推是市場經濟的必然要求。

市場經濟體制下中國大陸刑法究竟應當繼續保留類推還是實行罪刑法定？這需要從市場經濟的自身規律和市場經濟刑法觀的內在要求中尋找答案。我們認為，市場經濟的推行，需要有行之有效的法律機制為保障；市場經濟本質上是一種競爭經濟，它要求有與之相適應的刑法觀念。(註二四)公正、平等、民主正是市場經濟條件下刑法本質的要求。而刑事類推對法無明文規定的危害行為追究刑事責任，與市場經濟刑法的平等、民主觀格格不入，其“不教而誅”也有失於現代民主法治所倡導的刑罰公平、公正與公開。市場經濟秩序最大的特點即是市場主體的自主性。亦即：政府只能在它的職能範圍內活動，這種範圍由法律予以規定和限制，行政人員和司法人員不能隨意干涉個人或企業的生產、經營活動；每個人在遵守信用和法律的條件下都有選擇的自由。(註二五)這足以說明，市場經濟的發展只要有賴於人們的合法參與行為，國家就應當給市場主體提供一個寬鬆的“自由空間”，讓人

(註二一) 參見候國雲：《市場經濟下罪刑法定與刑事類推的價值取向》，載《法學研究》(北京)1995年第3期。

(註二二) 轉引自高銘喧主編：《新中國刑法學研究綜述》，河南人民出版社(鄭州)1986年版，第131～132頁。

(註二三) 參見王剛：《類推制度小議》，載《律師》1995年第2期。

(註二四) 詳見趙秉志、鮑遂獻：《論刑法觀念的更新和變革》，載《中國法學》(北京)1994年第2期。

(註二五) 參見厲以寧、何偉主編：《市場經濟新觀念》，中國人民大學出版社(北京)1993年版，第144頁。

們有權知道什麼是合法行爲，什麼是非法行爲，並在此基礎上決定自己的意志和選擇自己的行爲。尤其是刑法，關係到人的生殺予奪，爲體現“契約”原則，就不應以類推“臨事制刑”，爲人們設置一個無形且難以預測的禁區。對此，清末著名改革派法學家沈家本曾有精辟的評價，他在抨擊“比附援引”的流弊時指出：“法者與民共信之物，律有明文，乃知應爲與不應爲，若刑律之外，參以官吏之意見，則民將無所適從。以律無明文之事。忽援類似之罰，是何異以機阱殺人也。”（註二六）而時至今日，類推保留論者仍以“市場經濟的需要”爲借口力主保留類推和反對罪刑法定，實在值得深思。

事實上，追溯罪刑法定原則的歷史，我們更清楚地認識到，禁止類推、實行罪刑法定與商品經濟始終存在著必然的聯繫。衆所周知，罪刑法定主義是啓蒙時期自然法學派率先倡導的近代刑法觀念。當時自然法學派的旗幟即是復興羅馬法，而羅馬法作爲商品生產的第一個世界性法律，反映的是商品經濟條件下的法律關係和法律觀念。自然法學家把羅馬私法中的契約觀念擴展到公法領域，在刑法中確立罪刑法定主義，目的在於適應自由資本主義時期商品經濟的需要。而第二次世界大戰以後，罪刑法定原則之所能得到重新確認，也是由於資本主義壟斷經濟受到抑制，自由經濟復興在刑法制度上的要求。歷史邏輯證明，罪刑法定是與商品經濟發展相適應的，是商品經濟發展的必然要求。目前，中國大陸正在推行市場經濟體制，從歷史的脈絡中不難得到啓迪：廢止類推、實行罪刑法定同樣是社會主義市場經濟在刑法中的內在要求，在現代法治和市場經濟民主刑法觀的支配下，樹立罪刑法定主義的價值地位，強調刑法的保障機能，已刻不容緩。廢止類推、實行罪刑法定，與平等的“市場規則”也極爲吻合、一致，它要求：國家有權規定某種行爲是犯罪及對犯罪人處以刑罰，同時國家也有責任預示人們何種行爲是犯罪及該種行爲可能被處以什麼樣的刑罰，而且只有該具體行爲符合刑法分則條文規定的情況下才能處以刑罰。

誠如類推保留論者所說，中國大陸市場經濟剛剛起步，原有的經濟關係、分配制度和人們的價值觀念已發生了變化，新的犯罪也層出不窮，即使修改頒布了新的刑法，各種新的犯罪也不可能被新的刑法包容無遺。但是，刑法的滯後是否應當通

（註二六） 參見沈家本：《歷代刑法考》（四），中華書局（北京）1985年版，第1820頁。

過類推來解決呢？回答是否定的。正如有的學者指出：刑法落後于社會生活應該通過不斷修改刑法或頒布單行刑法來解決，而不能用類推來維護法律的穩定性。否則，法律的穩定性雖然保持下來了，不受控制的類推卻可能將法律的嚴肅性破壞殆盡。（註二七）而且，由於刑法的完備性總是相對的，如果說類推是彌補刑法滯後的有效途徑，那麼追求立法的完備就永遠也離不開類推。這樣，從長遠的眼光看，類推實際上是助長立法的滯後，掩蓋了一些本應由立法補充來解決的問題。換言之，依賴類推手段去填補“法律空白”，可能導致立法者對法律滯後性熟視無睹，並疏於刑法的修改完善，從而極大地妨礙法治及刑法的發展。需要指出，類推保留論者擔憂，若不設類推，罪犯就可以毫無顧忌地採用法無明文規定的犯罪行為來侵害人民的權利；相反，實行罪刑法定則無異於“自己捆住自己的手腳”，眼睜睜地看著犯罪來危害人民的利益。（註二八）對於類推是否有利於保障人民的合法權益，前文已作了詳細的論述。這裡需要強調的是，儘管隨著社會生活的不斷變化，犯罪在內容形式上也會相應地有所變化，但是，犯罪的變化也並非如類推保留論者所渲染得那樣瞬息萬變、變幻莫測。立法者完全能夠在立足現實與預見未來相結合的基礎上，制定出一部相對完備、比較完善的刑法，從而將社會上已經存在或將要發生的絕大多數犯罪予以包容，而由於立法者的疏忽、立法技術不健全等原因，使刑法條文未能涵蓋的犯罪畢竟寥寥無幾、微乎其微。可見，認為廢止類推會導致犯罪“毫無顧忌”的論調顯屬言過其實，聳人聽聞。

當然，面臨市場經濟大潮的衝擊，如何完善中國大陸刑法，使其最大限度地反映時代的需要，將大量新型犯罪納入刑事調控範圍，並盡量避免法律的漏洞，也是一個值得研究的問題。

總而言之，我們認為，大陸市場經濟發展需要的是罪刑法定而非類推；市場經濟體制下刑法的滯後，應當通過加強立法來彌補，而不能依賴於類推，這是市場經濟條件下法治秩序的內在需求。

（註二七） 參見陳興良：《論我國刑法的發展完善》，載《中國法學》（北京）1989年第3期。

（註二八） 參見侯國雲、薛瑞麟主編：《刑法的修改與完善》，中國政法大學出版社（北京）1989年版，第26頁；侯國雲：《市場經濟下罪刑法定與刑事類推的價值取向》，載《法學研究》（北京）1995年第3期。

三、類推制度有悖於世界刑法發展潮流

中國大陸現行刑法中的類推制度是否與世界刑法發展趨勢相悖？類推制度保留論者認為，在中國大陸不存在罪刑法定，在西方同樣不存在罪刑法定；從世界各國刑法來看，實際上都採取許多抵制罪刑法定的措施，罪刑法定在事實上正在衰亡甚至已經名存實亡。（註二九）論者何以得出這樣的結論呢？其論據主要有：一是大陸刑法中規定了類推制度，因而罪刑法定原則在中國大陸刑法中並不存在；二是當今世界大陸法系國家不斷運用擴大解釋的辦法追究法無明文規定的犯罪行爲，而英美法系國家不但從未實行過罪刑法定，反而在事實上通過創制新判例的方法抵觸罪刑法定原則。上述有關罪刑法定原則在世界各國刑法中的現狀及地位的論述是否客觀呢？答案是否定的。對此，有必要作一辨析：

其一，中國大陸現行刑法是否存在罪刑法定原則？毋庸諱言，由於歷史條件、立法經驗等方面的局限，中國大陸現行刑法典中並未載明罪刑法定原則，同時又規定了類推制度。但是，不可否認的是，中國大陸刑法對於犯罪的概念，罪與非罪、此罪與彼罪的界限，犯罪構成的一般要件和具體犯罪構成要件等均有明文規定，同時也設立了相對確定的法定刑，確定了定罪、量刑的原則等。這些都是罪刑法定在立法中的具體表現，也符合罪刑法定的要求。中國大陸刑法理論通說的觀點也把罪刑法定作為中國大陸刑法的一項基本原則來看待。因而斷然否定中國大陸現行刑法中存在罪刑法定原則，顯然是缺乏事實根據、難以爲人所接受的。當然，由於中國大陸刑事立法中並未排除類推適用，此外還存在其他一些若干不合罪刑法定原則要求之處，因此，也應當承認，中國大陸現行刑法對罪刑法定原則的認可、重視和貫徹的程度仍然是有限的，充其量只能稱爲基本上實行罪刑法定，或者更爲確切地說，只是傾向於罪刑法定原則。

正視罪刑法定原則在中國大陸刑事立法中並未得到應有重視的現狀，大陸刑法改革的當務之急應是廢止類推制度，徹底貫徹罪刑法定。然而，持永久保留說的一些論者卻反其道而行之，不僅無視罪刑法定在中國大陸現行刑法中有所體現的事實及其價值，而且在完全否定中國大陸現行刑法中存在罪刑法定的具體表現之基礎上，主張繼續保留類推制度，在理論上公然拋棄罪刑法定原則，實在令人費解。這

（註二九） 參見侯國雲：《市場經濟下罪刑法定與刑事類推的價值取向》，載《法學研究》（北京）1995年第3期。

種徹底否定中國大陸現行刑法罪刑法定的思想，不僅為刑法學界絕大多數學者所不採，就連有些類推保留論者對之也持反對意見。

其二，當今世界各國刑法中，罪刑法定原則是否名存實亡？對此，上述類推保留論者持肯定態度。我們認為，從世界各國刑法來看，罪刑法定原則不是日益衰亡，更不是名存實亡，而是經歷了時代變遷的洗禮和社會發展的考驗，愈加地位穩固，生機盎然。首先，當今世界凡是實行現代法制、有成文法典的國家，大都明確規定了罪刑法定原則。其中多數國家由刑法作了規定，如瑞士 1971 年修正刑法第一條、法國刑法典第四條，以及荷蘭、奧地利等國的刑法；有些國家由憲法規定，如日本、挪威、瑞典、秘魯、緬甸、印度尼西亞等國；還有不少國家在憲法和刑法中均作規定，如義大利、德國、西班牙、泰國、菲律賓等。其次，罪刑法定原則不僅為各國的國內法所普遍規定，而且早已成為國際社會公認的法制原則。例如，1946 年的《世界人權宣言》第十一條明確規定：“任何人的任何行為或不行為，在其發生時依國家法或國際法均不構成刑事犯罪者，不得被判為犯有刑事罪。刑罰不得重於犯罪時適用的法律規定。”（註三〇）聯合國大會 1966 年 12 月 16 日通過的《公民權利和政治權利國際公約》第十五又重申了上述規定。（註三一）這充分說明，罪刑法定原則並非日暮西山，而是愈來愈受到世界各國和國際社會的重視與貫徹。

需要澄清的是，我們並不否認，除中國大陸現行刑法外，世界上還有個別國家的刑法迄今可能仍規定有類推制度（有罪類推）。例如丹麥 1935 年刑法第一條、格陵蘭 1954 年刑法第一條。但我們對此應清醒地認識到，當今世界國家和地區共達二百餘之眾，而主張類推保留論者所能列舉的、實行類推制度的國家也只不過其中之一二，與其說這是中國大陸保留類推制度必要性的例証，倒不如說這是類推制度已在世界各國刑法中基本消亡的有力印証。何況，在規定有類推制度的立法例中，有的還很難斷定是真正的類推。以格陵蘭刑法第一條為例，該條規定：“本法典規定的制裁只對本法典指定的行為或相當於本法典指定的行為適用。”一般認為，其中“相當於本法典指定的行為”即為類推的行為；但有的學者將之理解為符

（註三〇） 參見中國社會科學院法學研究所編：《國際人權文件與國際人權機構》，社會科學文獻出版社（北京）1993 年版，第 5 頁。

（註三一） 同註三〇書，第 28 頁。

合判例法的犯罪行爲，（註三二）也不是沒有道理。若果真如此，上述法條便很難說規定了類推制度。又如丹麥刑法第一條，據日本學者理解，該條所謂“類推”只是擴大解釋範圍內的“類推”，（註三三）可見它是否於屬於真正的類推，仍有待考証。

類推保留論者面對當今世界各國大多規定有罪刑法定原則的這一無可爭辯的事實，爲了論証類推制度的必要性，又試圖從世界各國立法中罪刑法定原則的“內核”中去尋找可靠的論據，指出：“世界上絕大多數國家尤其是西方資本主義國家，雖然在刑法中仍然保留著罪刑法定的外殼，但他們骨子裡崇尚類推制度”。（註三四）如前所述，罪刑法定原則自取代罪刑擅斷而在法律上確立以來，經歷了一個不斷演變進化的歷史過程，但其所體現的法制精神等實質並未改初衷。類推保留論者認爲當今世界各國所規定的罪刑法定只是徒有虛名，根本原因顯然在於以機械、靜止的觀點理解罪刑法定。“所謂的相對罪刑法定實際上並不是罪刑法定”之論斷，（註三五）即是其最好的表白。那麼發展至今而爲世界各國刑法普遍接受並予以立法化的相對罪刑法定原則是否只具罪刑法定的“外殼”，“骨子”裡仍崇尚類推呢？從相對罪刑法定原則的內容考察，結論是否定的：首先，相對罪刑法定原則允許有利於被告的類推，並非對罪刑法定本質的否定。對此前文已詳論，此處不再述。其次，相對罪刑法定原則允許的擴大解釋與類推有著本質的不同，其本身並不至於否定罪刑法定。類推保留論者認爲日本等大陸法系國家所采用的擴大解釋實質上是類推解釋，我們認爲，這一論斷並不中肯、也缺乏事實根據。事實上，擴大解釋與類推解釋在對象、使用方法和範圍等諸方面均不盡相同，兩者明顯的區別在於前者“意在其（條文）中，而後者意在其（條文）外”。因此，擴大解釋在世界各國立法解釋和司法解釋中均有一定程度的體現；而類推解釋，尤其是不利於被告的類推解釋，則爲多數國家所禁止。正如有的學者在區分擴大解釋與類推適用時提

（註三二） 參見胡雲騰：《廢除類推及刑法科學化》，載《法學研究》（北京）1995年第5期。

（註三三） 參見〔日〕本村龜二主編：《刑法學詞典》，上海翻譯出版公司（上海）1991年版，第71頁。

（註三四） 參見侯國雲：《市場經濟下罪刑法定與刑事類推的價值取向》，載《法學研究》（北京）1995年第3期。

（註三五） 同（註三四）。

出：“在刑法領域，由於罪刑法定原則之制約，是否准許類推適用尚有爭議，惟刑法之擴張解釋卻與此無涉。”（註三六）在日本，對於擴大解釋的性質雖未有定論，但一般認為擴大解釋與禁止類推是有實質性的差別的。（註三七）可見，認為大陸法系國家運用相對罪刑法定主義所允許的擴大解釋方法排斥罪刑法定的觀點，實則並不妥當。需要指出，擴大解釋如果不加限制地予以擴大，其結果無疑會超出立法原意，在對被告不利的場合進行這種過於寬泛的擴大解釋，就勢必破壞罪刑法定。但這並不表明擴大解釋本身足以破壞或否定罪刑法定。此問題應另當別論，即包括擴大解釋在內的任何法律解釋均有其科學合理的規則可循。

其三，英美法系國家是否實行過罪刑法定原則？允許法官創制新判例是否抵制罪刑法定原則？我們認為，對英美法系國家是否實行罪刑法定原則進行評價，不應脫離其法律淵源的特點。由於大陸法系各國通行成文法，“法無明文規定”一義就一目了然。而英美法系國家以習慣法、判例法為主體，雖然也有某些制定法，但與大陸法系國家的成文法有很大的差異，因而罪刑法定原則在英美法系中的具體體現難免有異於大陸法系。值得商榷的是，主張保留類推的論者極不恰當地以大陸法系國家罪刑法定原則的表現形式作為衡量英美法系國家是否實行罪刑法定原則的標準，其結論自然難以服人。對於這種機械地理解罪刑法定原則、否定英美國家實行罪刑法定的論點，美國學者霍爾曾進行了有力的駁斥，他指出：“若干歐洲犯罪學者認為罪刑法定原則不存在於英美國家，在某種意義上表現出文字上狹隘之理解，這是錯誤的……雖然美國大部分州同英國一樣，成文法分量在經常增加，然仍有普通法存在，這一限度內與大陸法系特有意義之罪刑法定原則固不相同，但是美國判例法限制法官的行為較之於大陸法系國家罪刑法定原則限制法官的行為並無遜色”。（註三八）我們認為，從精神實質上理解，不僅應當肯定當今英美法系國家已經普遍實行罪刑法定原則，而且可以斷言，作為罪刑法定原則的發祥地，罪刑法定主義的思想在英美國家有著廣泛的影響：

（註三六） 參見魏千峰：《論刑法解釋與類推適用》，載台灣《刑事法事志》1987年第31卷第5期。

（註三七） 參見〔日〕西原春夫：《罪刑法定主義與擴張解釋、類推適用》，載《中日刑事法若干問題》，上海人民出版社（上海）1992年版，第24頁。

（註三八） 參見霍爾：《刑法基本原則》，1947年英文版，第46頁。

首先，從罪刑法定原則的歷史看。眾所周知，1215年英國《大憲章》第三十九條確立的“適當的法定程序”(Due Process of Law)之基本思想乃罪刑法定的早期思想淵源。爾後，罪刑法定作為一種立法精神，經過1628年的《權利請願書》和1689年的《權利法案》傳入美國，首先在美國生根開花。起初是1774年十二殖民地代表會議的宣言和1776年維吉尼亞的權利宣言，其後是1789年美利堅合眾國憲法正式宣布：“不准制定任何事後法”。雖然罪刑法定從思想、學說到明文立法的轉變，是在法國資產階級革命勝利後由大陸法系國家成文法完成的，但正如有的學者指出，英國實質上系罪刑法定原則之故鄉。(註三九)怎麼能說英美法系國家從來沒有實行過罪刑法定原則呢？

其次，從英美法系國家的現狀看，罪刑法定原則已為之普遍接受並在刑事立法和司法中嚴格實行。與大陸法系國家實行的罪刑法定一致，英美法系國家實行的罪刑法定主義，也大致包括四個方面，即：非依法律不得治罪；刑法效力不得溯及既往；刑法不得有不定期刑；禁止類推適用和任意擴大解釋。(註四〇)所不同的是，由於英美法系國家主要實行判例法，因此，英美法系對當事人權利的保障主要是通過程序法實現，罪刑法定也是在程序法中得以體現。(註四一)申言之，英美法系國家中罪刑法定所要求的“法無明文規定不為罪”、“法無明文規定不處罰”的“法”，主要是指由法官創制的判例法，而大陸法系國家中則是由立法機關制定的成文法，這種不同法律淵源的內在邏輯和規則決定，兩大法系國家罪刑法定原則的具體體現形式各具特色，但本質並無不同。事實上，在實行判例法的英美法系，在“正當的法律程序”形式下實行的罪刑法定原則，與大陸法系罪刑法定原則“具有同樣的法的觀念，都是追求正義。區別只是在於，在羅馬日耳曼法系尋求發現法的正義的解決辦法是以法律為出發點，而在普通法系尋求則是用首先考慮法院判決的方式以求達到同樣的結果。”(註四二)質言之，兩大法系國家在罪刑法定原則

(註三九) 參見王玉成：《社會變遷中之罪刑法定原則》，台灣大偉書局1988年版，第213頁。

(註四〇) 參見徐逸仁：《中國刑法原則與普通法系、大陸法系之比較》，載《行政(澳門政府雜誌)》1992年第15期。

(註四一) 參見陳興良：《刑法哲學》，中國政法大學出版社(北京)1992年版，第487頁。

(註四二) 參見勒內·達維德：《當代主要法律體系》，上海譯文出版社(上海)1986年中譯版，第99頁。

上是殊途同歸的。

把握了英美法系判例法的特點、規則和英美國家罪刑法定原則的特殊表現形式，我們便不難得出這樣一個結論：法官創制判例法也並非否定罪刑法定原則。誠如前文所述，判例法作為英美國家法律的主要淵源，固然由法官創制，但應當注意的是，在英美國家，法官無論是創制還是適用判例法，都必須遵守嚴格的規則，並非所有的法院和法官都能創制判例，也並非所有法官都可以隨心所欲地創制判例。可以說，英美國家在嚴格規則下由法官創制的判例法和大陸法系國家立法機關制定成文法一樣，都是國家創制法律的立法活動，只不過前者表現為立法機關對法官創制法律的認可，而後者則由立法機關直接制定一般規則性的法律規範。法官創制新判例，“僅僅是舊的原則適用於各種情況的例子。”（註四三）因而在一定意義上，創制新判例遵循先例的原則本身就捍衛了罪刑法定。類推保留論者將英美國家法官創制新判例的做法等同於類推，並據此認為新判例的創制是對罪刑法定原則的抵制，其言可謂差之遠矣。

綜上所述，目前世界上除極個別小國家外，類推制度在各國刑法中已蕩然無存；無論是大陸法系國家還是英美法系國家，罪刑法定原則已深入人心，其地位日益鞏固。這種事實充分說明，廢止或禁止類推，實行罪刑法定，實乃世界刑法之通例和發展之大趨勢。在中國大陸現行刑法實行罪刑法定還很不徹底，特別是明文規定有類推制度的情況下，放眼世界，順應國際潮流，堅決果斷地廢止與世界潮流相悖的類推制度，對於維護中國大陸刑法乃至中國大陸整個法治的國際形象，其意義非同小可。主張保留類推制度的論者至今仍將類推這種在中國封建社會曾沿襲數千年的落後制度視為“救世良方”，美其名曰“歷史傳統”，實為抱殘守缺之舉！

四、廢止類推切實可行

廢止類推在中國大陸目前是否切實可行？主張繼續保留類推的觀點認為非也。其主要理由有二：一是立法經驗不足；二是罪刑法定原則行不通。對此有必要予以探討。

其一，立法經驗不足能否否定廢止類推的可行性？我們認為，立法經驗不豐富

（註四三） 參見〔美〕博登海默：《法理學—法哲學及其方法》，華夏出版社（北京）1987年中譯版，第312頁。

並不能成爲保留類推的理由。立法經驗不豐富，其結果無非是造成立法疏漏及滯後。而正如前文所述，立法的疏漏及滯後應當通過制定單行刑法等方法，即依靠刑事立法本身完善來解決，而不是依靠司法類推適用來彌補。在我們看來，立法經驗不豐富作爲實行類推的堂而皇之的理由，只不過是主張類推者注重以類推片面追求刑法保護功能的價值取向之塞詞。何況立法經驗的成熟不成熟、豐富不豐富總是相對而言的，與刑事立法的完備性不可達到絕對程度同理，任何一國立法機關制定任何一部法律，其經驗的積累也不可能達到完備無缺的地步，而類推保留論者隨時都能夠以立法經驗匱乏爲由而主張類推的必要性。在主張保留類推制度的觀點中，暫時保留說希圖在將來立法經驗“豐富”、“凡是具有相當社會危害性、應當追究刑事責任的行爲在刑法分則條文上都可找到定罪量刑依據時”，才廢止類推。從立法經驗和立法完備的相對性來說，這只能是一廂情願，或者更確切地說，是一種不切實際的空想。在對類推存廢問題的本質看法上，這種主張與永久保留說並無太大區別。因爲按照這種主張的邏輯，只能當立法經驗絕對豐富、立法絕對完備時，類推才最終完成其使命；而從一定意義上來說，立法經驗的積累和立法完備性的追求是永無止境的。據此，所謂的在一定條件下再廢止類推只能是空談，類推的保留也不是什麼“暫時”而只能是“永久”了。順便指出，某些類推廢止說論者在論及類推問題時，也往往承認中國大陸現行刑法中的類推具有相對的合理性，認爲這種合理性緣於中國大陸現行法典制定之際立法經驗的不足。這種觀點實際上也贊同了那種認爲立法經驗不足就應實行類推的主張，因而也是值得商榷並有待改進的。

退一步說，即便象有的學者所主張的那樣，立法經驗的不足能夠成爲類推必要性的理由，中國大陸目前又是否存在立法經驗不足的問題呢？我們完全有理由說，自中國大陸現行刑法典頒布施行以來，立法機關已經積累了相當豐富的立法經驗，這種無可多辯的事實從十餘年來立法機關制定的一系列單行刑法和附屬刑法中可以得到有力的證明。而且，在近年來大陸刑法修改研討之過程中，中國大陸刑法理論研究所取得的卓有成效的成果也間接滲透著不少刑事立法的經驗。此外，大陸晚近十餘年來的司法實踐，針對現行刑法的實際適用，所總結出來的有益經驗也十分可觀。這怎麼能說中國大陸目前刑事立法經驗猶嫌匱乏，並進而認爲類推的保留甚有必要呢？

其二，罪刑法定在實踐中能否行得通？類推保留論者認爲，實行罪刑法定，立法不可能包容無遺，司法也不可能全面打擊犯罪，因而罪刑法定不足以行。我們認

爲，論者在此對罪刑法定原則實行前提的認識是不正確的，因爲罪刑法定並不苛求立法絕對完備和司法毫無遺漏。對於廢止類推、實行罪刑法定與法律漏洞的關係，本文前面已從法治和刑法功能等不同角度作了論述。這裡需要進一步強調，當今世界絕大多數國家都已實行罪刑法定原則，難道他們的刑法對犯罪的規定和刑事司法對犯罪的追究就密如凝脂？既然罪刑法定原則在當今世界絕大多數國家都能行得通，爲什麼說在中國大陸就行不通呢？

我們認爲，中國大陸刑法廢止類推、規定罪刑法定原則不僅具有重要的立法、司法與社會價值，（註四四）而且也具有實踐可行性。首先，與刑事立法密切相關的中國立法體制有所改善，目前靈活的立法體制至少在立法進程上可以最大限度地滿足罪刑法定的需要。1978年中國大陸憲法規定，大陸全國人大是大陸的唯一立法主體，其常委會僅具有解釋憲法、法律與制定法令的權力，而無制定、修改、補充法律的權力。1982年中國大陸憲法即現行憲法對中國大陸立法體制作了調整，規定大陸全國人大常委會除有權“制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律”外，還有權在人大閉會期間“對全國人民代表大會制定的法律進行部分補充和修改”。這樣，大陸全國人大常委會就可以適時地根據新的犯罪情況對刑法作出修改補充，從而爲司法機關懲治犯罪提供明確的法律依據。因此，罪刑法定的可行性已具備良好的立法條件。其次，日益完善的刑事司法解釋工作在一定程度上也可以實現罪刑法定原則對立法明確性的要求。刑事司法解釋，是享有解釋權的機關在刑法的適用中，對刑事法律規範內涵和適用範圍作出的一種直接闡釋，它對於司法實踐有效地貫徹罪刑法定原則有著積極作用。總而言之，如果說類推制度歷史上在彌補立法不足方面曾起到一點積極作用的話，那麼目前中國大陸較完善的立法體制和刑事司法解釋工作已經完全鏟除了類推曾賴以存在的根基；罪刑法定原則的立法化，不僅切實可行，而且在從進立法完善與進步、改善和強化刑事司法方面，有著極其重要的作用。

最後需要指出，某項立法制度的存在價值，離不開司法實踐的檢驗。據統計，從中國大陸現行刑法典施行的1980年到1993年的十四年間，最高人民法院一共核准類推案件七十三件，占全部已判決的刑事案件的萬分之零點二左右，平均每年僅

（註四四） 詳見趙秉志：《略論罪刑法定原則立法化的價值》，載《法學》（上海）1995年第3期。

五點二件。類推案件的性質多是輕罪，其中有些案件不需要類推，有些屬於類推錯誤。從案件的類型和數量看，可以說類推制度幾乎已形同虛設，正面作用甚微，失去了存在的實踐根據。這從一個側面也說明了廢止類推、實行罪刑法定原則的實踐可行性。類推制度在中國可謂源遠流長，根深蒂固。對於廢止“比附”類推，清末法學家沈家本曾言：“沿勻既久，群以爲便，一旦議欲廢之難者蜂起”。（註四五）在現實的中國大陸，雖然絕大多數學者在廢除現行刑法中的類推制度這一問題上，已基本達成共識，但少數持反對意見的論者卻仍以種種理由固守保留類推之觀念，值得反思。以當今世界各國日漸鞏固罪刑法定原則的金湯壁溼之情勢而論，以健全法治和刑法的科學進步的要求而論，以市場經濟條件下刑法功能觀的要求而論，我們認爲，在目前正在進行的中國大陸刑法修改中堅決果斷地立即廢止類推，規定罪刑法定原則，當屬勢在必行。

肆、結語

類推制度之存廢，實乃中國大陸刑法修改中之大是大非問題，不容忽視、回避或模稜兩可。堅決、果斷地立即廢除類推制度，同時明確設立罪刑法定原則，當是中國大陸刑法改革與進步之第一舉措。希望並相信中國大陸立法機關會認清此一大是大非，排除干擾，在大陸新刑法典中理智地作出廢止類推、明定罪刑法定原則之科學的抉擇。

在大陸未來新刑法典中廢除類推並使罪刑法定原則立法化，還要需在立法中全面地貫徹罪刑法定原則的一系列要求，並在司法中予以切實之遵從。

（註四五） 參見沈家本：《歷代刑法考》（四），中華書局（北京）1985年版，第1807頁。