



刑法谦抑性原则的正确解读及其适用

屈学武

谦抑性原则，又称必要性原则。指立法机关只有在该规范确属必不可少——没有可以代替刑罚的其他适当方法存在的条件下，才能将某种违反法秩序的行为设定成犯罪行为。一般而言，下列情况没有设置刑事立法的必要：第一，刑罚无效果。就是说，假如某种行为设定为犯罪行为后，仍然不能达到预防与控制该项犯罪行为的效果，则该项立法无可行性。其二，可以他法替代。如果某项刑法规范的禁止性内容，可以用民事、商事、经济或其他行政处分手段来有效控制和防范，则该项刑事立法可谓无必要性。英国哲学家边沁有一句名言，称“温和的法律能使一个民族的生活方式具有人性；政府的精神会在公民中间得到尊重”。[1]这句话可谓刑法所以要奉行“谦抑性”原则的法哲学基本理论。故而，那种将人民群众的违法行为动辄规定为犯罪的立法法，不是立法在民的表现，殊不可取。其三，无效益。指立法、司法与执法的耗出要大于其所得收益。西方国家有“不合格磅秤罪”的规定，这在中国，显然会“无效益”。实在说，在中国这样人口众多的国家，对“不合格磅秤”行为，即便逐一施以一般违法处分，都无效益，更甬说将其设定为刑事犯罪行为了。

由此可见，所谓刑法的谦抑性，主要发生在立法环节。然而，实践中，有人却误认为，当某种经济违法行为因其情节或后果严重而同时触犯刑法时，可根据刑法的“谦抑性原则”直接适用经济行政制裁，毋须启动刑罚。例如，曾有来自刑事实务部门的人士谈及，称现在全国各地发生了近百余起滥砍电缆的行为，给国家造成重大损失，屡禁不止。其中有的人已触犯刑律，本可适用刑法。但是，既然有关电信行政管理条例已经对其作出了行政处罚设置；其他经济行政法也对其作出了相应的行政罚则规定，那就应当根据刑法的谦抑性原则，在可以适用经济法、其他行政法的时候，不要动用刑罚。据此，按照此种观点，对此类人等，仅由有关电信行政管理部门给予行政处理即可，毋须再动用刑法，既然效果都一样。

我们认为，此一观点可谓对刑法谦抑性原则的重大误解。如上所述，谦抑性原则主要发生于刑事立法环节。立法过程中，的确存在当其刑事立法与民商或经济行政立法“等效”时，即不作刑法设置的“谦抑性”立法选择。然而，在司法、执法环节，当其民商、经济及刑事立法均对某种行为作出相关设置时，显然，此时假若某行为因其危害程度严重，不仅触犯了有关民商或经济法规范，更触犯了刑法规范之际，司法机关岂能“谦抑”地不去适用刑法而仅适用民商法或经济法？如此一来，刑法岂不衰减成毫无威权性可言的一纸空文？而作为“依法治国”当然内涵的“罪刑法定”原则何在？“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”原则何在？

由此可见，司法实践中务须明确：当其某一行为同时触犯两种轻重不一的部门法时，司法适用上首当选择的是“重法优于轻法”原则而非“谦抑性”原则；而当其同时触犯的两种部门法之中含有刑法规范时，刑法理所当然地优于其他部门法的适用。

值得说明的是，我们这样说，并非一般性地否认谦抑性原则也可适用于刑事司法过程。但是，有一点

需要明确，那就是：在司法环节，这一过程仅仅体现在适用“刑法”这一部门法过程之中。此时，司法机关宜在充分遵循罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和人人平等原则的前提下，去适度克减不必要的犯罪认定或抑制不必要的重刑主义倾向。即可罪可不为罪时，则不作犯罪处理；可刑罚可不予刑罚时，则以非刑罚方法处遇之；可重刑可轻刑时，毋宁施以轻刑。然而，诸如此类的处理方式与行为已经触犯刑律、却撇开刑法不去适用而去“谦抑性”地适用行政法的“克减”办法，有着本质上的不同：前者是有法必依、违法必究、依罪刑法定原则行事的表现；而后者——对犯罪行为只作行政处理的司法、执法法，实属有职不守的渎职行为。

就此思路分析上述案件，显然，设若某一到达刑事责任年龄、具有刑事责任能力的行为人滥砍电缆的行为已经达到“危害公共安全”的程度，根据现行刑法第124条的规定，则当定性为破坏公用电信设施罪；至于因为被滥砍而遭受民事损害的电信运营商是否提起民事索赔诉讼，那是另一码事；同理，假若滥砍电缆者本是电信职工，电信行政管理部门是否另行予以有关行政处理，那也是另一码事——它们都不能阻却检察机关就诸如此类案件提起公诉的职责与权力。当然，假如其滥砍电缆的行为没有达致“危害公共安全”的程度，但影响到电信运营的正常进行，则当根据刑法第276条定性为破坏生产经营罪；假如其既未危及公共安全、又未影响生产经营，但其被破坏的电缆价值“数额较大或者有其他严重情节”者，宜根据刑法第275条的规定，按故意毁坏公私财物罪处理。

——本文原载《光明日报》2003年11月4日理论版

（作者系中国社科院法学研究所刑法室主任、研究员、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事）

更新日期：2006-12-9

阅读次数：493

上篇文章：刑法因果关系论反思（上）

下篇文章：刑法的一种心理学分析（下）

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号