

刑法介入应当谨慎且克制 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E5\\_88\\_91\\_E6\\_B3\\_95\\_E4\\_BB\\_8B\\_E5\\_c122\\_486348.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_88_91_E6_B3_95_E4_BB_8B_E5_c122_486348.htm) 刑法谦抑性原则致力于限制刑罚权的扩张性倾向，在提升公众刑罚认同感的同时，保障民法等非刑事法律规范的适用环境。然而，长期以来，我们在办案过程中所遵循的思维定势是??涉案行为社会危害性较大的，就应寻找最为契合的刑法条文进行刑事归责。由于构成要件的刑法解释具有天然的延展性与包容性，这种思维模式极易导致刑法过度介入，产生刑法不当干预非刑事领域的种种司法现象。当前引起热烈讨论的许霆盗窃案，在本质上即属于刑民实体界限模糊状态下，刑事司法应当选择能动还是克制的问题。客观冷静地分析本案一审法院的判决，不能否认其在盗窃罪构成要件解释层面具有刑法规范解释的合法性基础。虽然许霆既没有篡改密码，也没有破坏机器功能，形式上并不符合“秘密窃取”的行为要件。但其不仅利用了ATM机的自身错误，而且反复实施恶意取款行为，非法占有财物的目的与行为都具有盗窃罪规范的合法空间。所以，问题并不在于司法实践或者刑事立法如何廓清罪与非罪的实体界限，而是在于如何把握刑法介入的适当性。定性争议极大的许霆盗窃案带给我们的方法论启示是----当关于出罪与入罪的两种对立解释均具有真理性因素时，坚持规范解释很难找到出路，应当转换视角，从探悉刑法规范内涵转至追求刑法规范价值，考察动用刑法规范对具有一定甚至是较大的社会危害性行为进行评价是否具有正当的价值基础。在民事法律规范层面，利用ATM机技术性故障提取现金，显然属

于储户违反信用卡领用合同的行为与恶意取款的侵权行为之间的竞合，金融机构可以根据合同法要求返还不当得利，或者选择在证明许霆具有过错的基础上要求侵权损害赔偿。在刑事法律规范层面，盗窃罪的构成要件与许霆涉案行为的事实存在一定关系，如果刑事司法着眼于17.5万元涉案数额所承载的社会危害性，亦可在罪刑法定的底线内进行能动性解释。在合同法、侵权法等民事法律规范具有完整涵射能力的前提下，存在紧张性解释危险的刑法规范应当秉持谦让与克制的态度，坚守刑法介入必要性原则的刑事司法理念。近期连续出现两个类似案件：河南洛阳的肖某本想登录自己的期货账户，却因输错密码误打误撞进入党某账户，在“赚了，同党某分钱；亏了，自己没损失”的侥幸心理驱使下，“帮人”炒期货，亏损14万元；上海虹口的张某在无意中记下了张女士的股票账号和密码，决定拿其股票“练练手”，操作“钾肥JTP1”权证，造成11万元的资金损失（参见《检察日报》2007年11月14日8版、2007年10月9日1版）。上述案件均因涉嫌故意损坏财物被依法提起公诉。实践对上述行为是否能够成立犯罪产生较大争议，对故意损坏财物罪的故意内容、财物内涵、损坏行为做出了截然不同的刑法解释。其实，类似争议并不是刑事司法实践中的新问题。早在六年之前，上海静安业已出现利用朋友证券账户进行交易，损失19万元的案例，最后司法机关以故意损坏财物罪定性。刑法之所以会频繁介入民法领域，主要是因为行为人在客观上造成了重大损失，而经济损失又是经济或财产犯罪定罪量刑的核心指标。既然涉案行为数额较大，具有严重社会危害性，刑法介入貌似具有正当性基础。但是，侵犯他人股票、权证、期货、

基金的处分权，理应是一种侵权行为。在适用侵权法追究行为人民事赔偿责任的情况下即可补偿被害人的损失，何必要动用刑法来调整本属于侵权法调整的法律关系？利用他人账户炒股练手的犯罪嫌疑人张某留下了一句意味深长的话：“我真的错了，但如果要坐牢，出来后还有什么能力继续承担现在无力赔偿的部分？”启动刑事司法程序固然可以产生刑罚震慑力，产生特殊预防的效果，但犯罪标签与刑罚烙印亦会对业已紊乱的社会关系造成进一步的伤害。刑法介入类似案件，侵权人成为犯罪嫌疑人、被告人乃至犯罪人，一旦接受刑罚，必将面临回归社会的阵痛；民事受害者成为刑事被害人，在犯罪人生活困难的情况下极有可能无法获得全面赔偿。而刑法的宽容与自抑，不仅可以让前置性的法律充分发挥规范功能，而且能够防止已经受到伤害的社会关系与社会利益不再经历又一次的痛楚。刑法的宽容，是对公民自由的体恤，也是对非刑事法律的尊重，更是对刑罚权威的维护。从长远的角度来看，刑法介入应当谨慎与克制。因为，刑法的品性在于谦抑。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)