

刑法謙抑性的人權保障維度：內涵、立場與實現路徑

賴佳文*

摘要 刑法謙抑性與罪刑法定實質側面的適正性規則相通，因而人權保障是刑法謙抑性的精神底蘊與價值內涵。對刑法謙抑性的貫徹需以人權保障為基礎前設，並踐行從宏觀到微觀的思考路徑。對設定不當犯罪圈和設置不當刑罰的原則性拒絕，屬於立法論層面的謙抑性涵義。在解釋論視域中，刑法謙抑性首先反對類推解釋，其次要警惕社會危害性概念的氾濫化和入罪方向的實質解釋論，最後應擅用階層犯罪論體系進行檢驗。刑法只是眾多社會管治方式的一種，規制功能有限。在法益保護與人權保障兩種機能中，強調刑法的人權保障機能、伸張刑法的罪刑法定要義，具有更深遠意義。意欲較為穩妥地實現刑法謙抑性，實現路徑需從四種維度著力，具體是解釋方法的合理運用、個罪法益的精確把握、結果無價值的堅持、刑民交叉的善意推導。在窮盡了非刑法調整手段之後，刑法才作為最後的選擇，屬於謙抑性的核心要義所在。

關鍵詞 刑法機能 法益 結果無價值 刑民交叉

尊重和保障人權是現代文明的基本精神，也是現代化的題中應有之義。^[1]在中國式法治現代化的時代命題中，依法保障人權也同樣是根本追求。^[2]從宏觀到微觀、從理念到實操、從基本法到部門法，這是人權保障逐漸貫徹落地的主線脈絡。具體到刑法學語境，罪刑法定可謂憲法條款“國家尊重和保障人權”的刑法表達。在罪刑法定的理論敘事中，又可細分為罪刑法定的形式側面和實質側面。而刑法謙抑性與罪刑法定的實質側面存在精神層面的暗合，謙抑性屬於一種支撐性的理念，為罪刑法定的闡釋提供了核心價值導向。謙抑性的貫徹程度，既影響刑法與前置法的此消彼長，也能映射人權保障在刑法領域的指數。“對於現代社會來講，刑法謙抑性能夠儘量控制其嚴厲懲罰對社會所帶來的

* 賴佳文，汕頭大學地方政府發展研究所副研究員、海南大學法學院博士研究生。

本文系國家社會科學基金項目“我國犯罪附隨後果的合憲性控制研究”（23XFX020）的階段性成果。

[1] 參見魯廣錦：《中國式現代化的人權證成邏輯》，載《人權》2022年第6期，第10-11頁。

[2] 參見付子堂：《中國式法治現代化的人權價值及其世界意義》，載《人權》2023年第6期，第5-6頁。

負面影響，最大程度保護社會的利益和犯罪嫌疑人的人權。”^[3]因此，刑法謙抑性不僅是一個刑法學命題，而且還歸屬於更深層的人權論域。

在現代刑法學中，謙抑性作為彰顯刑法應然品質的理念貫穿始終，其作為刑法的價值屬性而存在，代表著刑法在現代社會治理體系中的消極、被動和良善。法律作為最重要的社會行為準則，固然需要民法、行政法等前置法效力的有效發揮，同時也離不開作為後盾法的刑法的妥當角色扮演。刑法的制定、運行之初衷是滿足社會治理的功能訴求。因而，刑法的關切是實質性、價值性與規範性的，形式化的考慮對於刑法而言無關緊要。刑法既不應疊床架屋重複前置法的規定，也不能越俎代庖侵入本屬前置法規制的領域。而且，功能發揮受制於角色定位，經過啟蒙運動以來的法治思想洗禮，刑法在國家整體法律體系中的地位早已從前台退至後端，秉持的不再是大而全的理念，取而代之的是刑法的克制。刑法只在不得已時啟用，這源於“刑法不得已原則確保了刑法適用的緊迫必要，充分凸顯了刑法的人權保障功能”^[4]。可以說，不得已原則是刑法謙抑性的內核所在。簡言之，刑法屬於非民法、行政法等規制明顯不足或效力失靈的後補。以此核心內涵為基礎，刑法謙抑性可以這樣界定：立法者以最小的支出，少用甚至不用刑罰，從而有效地預防和控制犯罪。^[5]鑒於刑法謙抑性對刑事立法與刑事司法發揮的支配性影響，還有刑法謙抑性對於人權保障之理念堅守與具體落實的重要意義，本文特此重申刑法謙抑性，對謙抑性進行深入闡釋，並著重從謙抑性的內涵、立場與實現路徑三個方面鋪開，力求提升謙抑性的理論品次。

一、內涵框定：立法論視域與解釋論視域的謙抑性

謙抑代表著縮減、壓縮，刑法謙抑則要求刑法時刻恪守消極、保守姿態，積極、主動乃至擴張的立場是被拒絕的。刑法謙抑性通常可在三個層面使用：第一，作為現代刑法理念的謙抑性，所關注的是刑法在宏大的社會治理體系和國家法律體系中的基本態度、基本角色。第二，作為立法論視角的謙抑性，主要解決是否對行為入罪的價值思考，當然也兼顧刑罰的廢立與調整，即罪的謙抑與刑的謙抑同屬於本視角的謙抑性範疇。第三，作為解釋論視角的謙抑性，主要解決的是以自由保障機能為首要準則對個罪展開限縮解釋的問題。由此通過具體的司法適用收緊刑法的實效，避免不必要的擴張。

向來刑法學更加關注第一層面的謙抑性，對立法論和解釋論視角的謙抑性的關注則相對較少。應當說，刑法應具有謙抑性已成為了共識，現代刑法學已經跨越了謙抑性的理念宣導階段。如何在現實法治實踐中實現謙抑性，使其從抽象的理念化約為具體的現實，無疑更為緊迫。謙抑性現實化的兩個步驟，立法與司法，也就應當被更緊密關注。對特定行為的入罪與出罪，就立法而言，既是一種政策選擇也是一種價值判斷。鑒於立法流程的複雜性，也基於立法不可能事無巨細，事實上，立法的文字表達都具有相當程度的抽象性、概括性，存在較大解釋空間。因此，刑法謙抑性的實現，首先離不開良法，因為其是基礎，其次高度依賴具體司法，這可以說是更為重要的謙抑性實現路徑。刑事立法可以宣示某種道德、彰顯某種行為規範，但卻無法培育道德和啟動行為規範，這都需依賴公正的適度的司法方可求得。

[3] 葉亞傑：《論刑法謙抑性的價值與整合》，載《河北法學》2016年第12期，第110頁。

[4] 童春榮：《刑法不得已原則之提倡——與刑法謙抑性比較的抉擇》，載《湖北社會科學》2015年第7期，第153頁。

[5] 參見陳興良：《刑法的價值構造》（第二版），中國人民大學出版社2006年版，第292頁。

（一）立法論視域的謙抑性

刑事立法對特定行為的入罪或出罪遵循的是價值思考，這種價值思考也並非一成不變，會隨著社會流變而調整。刑法謙抑性對刑法的調控範圍、價值取向、理論體系都有重要指導作用，^[6]具體到立法層面，刑法謙抑性所重點考慮的是：是否值得對某行為動用刑罰權？或者如李斯特所言，是否具有啟動刑罰的必要性？^[7]這直接關乎的是罪刑法定原則的實質側面。刑法理論通常把“法無明文規定不為罪、法無明文規定不處罰”的罪刑法定原則析分為形式側面與實質側面。罪刑法定的形式側面包含法律主義（排除習慣法）、禁止類推解釋、禁止事後法、禁止絕對不定期刑，實質側面包含明確性、適正性（禁止處罰不當罰的行為、禁止不均衡的、殘虐的刑罰）。^[8]可見，謙抑性與罪刑法定實質側面的適正性規則相通，兩者具有共同的刑事法治精神內涵，都對刑法設定不當的犯罪圈和刑罰表達拒絕，因而對刑罰權的可能濫用都持警惕態度。其中，禁止處罰不當罰的行為針對的是罪的設定，禁止不均衡的、殘虐的刑罰針對的是刑的設定，相應的即分別是罪的謙抑與刑的謙抑。所以，也可以把謙抑性視為罪刑法定適正性規則的另一種表達，最終所要伸張、強調的是對刑罰權的限縮。據此，從立法論視域思考刑法謙抑性，在根本上即是對罪刑法定適正性規則的深度把握。

首先，雖然法律與道德無法涇渭分明地截然區分，但作為保障法角色的刑法不適宜扮演維護道德的角色，進而原則上不應設置旨在維護道德的犯罪。刑法具有行為規範與裁判規範的雙重屬性，司法者對刑法的裁判適用可以強調、凸顯行為規範的存在，行為規範的意蘊包含“不得為之”的禁止性規範與“必須為之”的命令性規範，這兩種規範意在維護社會行動的基本準則，保障民眾的行為預期與妥當行動安排。但是，行為規範也只應被定位為保障民眾的行動預期，而不是維護道德，因為單純的道德違反行為並不是對法益的侵害，不值得動用刑罰權。道德層面的要求也只能放置於道德視域，不能依託立法進入刑法範疇。因而，無被害人的吸毒、違反性道德的淫亂、違反家庭倫理的亂倫等行為，由於更多屬於對道德風化的違反或形式上妨害了社會管理，但實質上並未對案外人權益造成實際侵害，^[9]因而很難為其尋找充分的入罪基礎。實質上，純粹道德領域的行為，也只能通過道德倫理規範才能提供真正有力的約束，越位規制的刑法只不過是另一種形式的道德宣示而已。

其次，寬廣的犯罪圈並不能保障刑法的效力，刑法在社會治理中應當發揮的是兜底、補充作用，設立犯罪需要整體考察是否還有民法、行政法等前置法與道德倫理習慣等非法律調整方式是否已效力用盡。在這些非刑事調控手段尚有調整能力的前提下徑直上升為犯罪的處置方式，意味著刑法已經僭越了固有的規制場域。從古代到現代的人類文明進程看，刑法在法律體系和社會治理體系的數量比例處於持續緊縮狀態，基本上刑法已從過去的無處不在逐漸走向社會治理體系的邊緣，原則上不主動介入社會生活。任何一種權力都有濫用的風險，刑罰權也是如此，所以罪刑法定被界定為既約束司法權又約束立法權的基本原則。一個社會的活力依靠的是充分的自由度，刑罰權的過度使用或者濫用不僅不利於保護法益，反而會損害國民行動自由削弱社會活力。並且，對於絕大多數傳統犯罪，刑法的事後懲罰其實無助於保護已受損的具體法益，所能發揮的不過是特殊預防和一般預防作用。在前置法調

[6] 參見房慧穎：《刑法謙抑性原則的價值定位與規範化構造——以刑民關係為切入點》，載《學術月刊》2022年第7期，第117頁。

[7] 參見[德]李斯特：《德國刑法教科書》，徐久生譯，法律出版社2006年版，第8頁。

[8] 參見張明楷：《罪刑法定與刑法解釋》，北京大學出版社2009年版，第28-60頁。

[9] 參見鄒子銘：《謙抑性視閥下無被害人犯罪探析——兼論謙抑性的反思與重構》，載《江蘇科技大學學報（社會科學版）》2023年第1期，第63頁。

整尚未充分發揮效能情況下的刑法介入，既妨礙民眾行動自由也無助於法益保護，還極大地浪費了司法資源，因而缺乏正義性。對於國家而言，以最小的投入獲得最好的行為調整效果，才是最終極的公共管理追求。一般而言，非刑法手段調節社會生活往往更有效，刑法作為其他手段失靈時的補救措施的社會效果更佳。除了此功利層面考量外，事實上還有著更厚重的法治基礎價值，亦即，“重申刑法謙抑性是法治國家最基本的操守。”^[10]

再次，刑法立法應當具有明確性，杜絕完全開放式構成要件和不定期刑。將具有當罰性的行為規定為犯罪，同時根據時代變遷對失去了當罰性的行為出罪，屬於刑法謙抑性的當然要求。刑法需有明確性，關於犯罪與刑罰的文字表述不能含糊其辭，完全開放式的構成要件應被絕對禁止，也不能採取學者所言的“強拉硬拽式的犯罪化做法”^[11]。對刑罰權的限制是通過條文的規定實現的，完全開放的規定無異於刑罰權的啟動不受任何約束，將使刑罰權蛻變為脫韁野馬，具有高度的權力濫用風險。誠然，絕對的刑法明確性不現實，相對的刑法明確性卻是可能達致的。這裡頭就有一個更為關鍵的度的把握問題，一方面，設置包括兜底條款在內的開放構成要件是刑法的不得已，另一方面，緩解開放構成要件入罪泛化的可靠方法，是對個罪法益的精確把握、對個罪行為類型的準確提煉、對兜底條款展開解釋時嚴格遵守同類解釋規則。因而，為了防範開放構成要件對刑法謙抑性帶來的衝擊，刑事立法時對兜底條款前的先例條款盡可能多、盡可能作明確規定，避免不必要的歧義，從而為民眾理解和司法適用提供可靠基準，恐怕是無法完全排除開放構成要件前提下的較優做法。

最後，面對風險社會的來臨和廣泛的規制需求，刑事立法雖然不得已“活性化”，突出體現為犯罪圈的擴大，^[12]但仍需注重法定犯、輕罪的合理罪刑配置。即使風險刑法理論有合理性的一面，但是風險刑法有侵犯人權的可能性、有背離刑法謙抑性的危險，亦不容忽視。^[13]換言之，刑法謙抑性在風險時代與風險刑法的強勢話語體系中依然不落伍。與以往農業社會和傳統工業社會不同的是，當前已經進入了信息網絡時代，各種新生社會風險、新型危害行為頻出。誠然，風險社會時代需要有一定的風險眼光和風險意識，刑法關於犯罪圈的設定也需因應這種時代背景變遷。^[14]在此宏觀背景下，消極刑法觀確實有不合時宜之處，積極刑法觀也確實應當正視。^[15]我國已經漸漸進入了法定犯時代，與之伴隨的還有眾多的輕罪立法。其一定程度上體現了從結果本位到行為本位、從懲罰導向到預防導向、從後置角色到前置角色的轉變。而暗含在這些立法背後的是現代社會的結構特徵、風險擴散模式等的劇變。當前，我國刑法已在傳統的以自然犯為主軸的罪名體系外，逐漸形成了以法定犯、輕罪為核心的另一“軸”。但是，立法視域的刑法謙抑性在於張弛有度，即法定犯增設的犯罪化和刑

[10] 石聚航：《刑法謙抑性是如何被擱淺的？——基於定罪實踐的反思性觀察》，載《法制與社會發展》2014年第1期，第181頁。

[11] 按照學者的總結，刑法立法擱淺刑法謙抑性的類型包括兩類：（1）罪量虛無型，其無視我國犯罪定量的總則規定，以醉酒型危險駕駛罪為典型；（2）微罪擴張型，其是對原屬於行政不法的行為強行犯罪化，扒竊入刑是其中的突出表現。參見石聚航：《刑法謙抑性是如何被擱淺的？——基於定罪實踐的反思性觀察》，載《法制與社會發展》2014年第1期，第182-183頁。

[12] 犯罪圈擴大的方式主要包括抽象危險犯的設定、持有型犯罪的增加和幫助行為、預備行為正犯化。參見李潔、孔祥參：《刑法的擴張對謙抑性的悖離》，載《社會科學輯刊》2020年第2期，第61-63頁。

[13] 參見鄭祖星：《風險刑法的理論風險與應對策略》，載《雲南大學學報（社會科學版）》2020年第6期，第120頁。

[14] 參見[德]尼克拉斯·盧曼：《風險社會學》，孫一洲譯，廣西人民出版社2020年版，第4-10頁。

[15] 即使是積極刑法觀的提倡者也主張：刑法積極介入社會生活，但仍是主張適度犯罪化、刑法積極但適度介入，而非主張正在任何時候都把刑法挺在前面，拿著犯罪的標籤四處亂貼，揮著刑罰的大棒到處亂打。參見付立慶：《積極主義刑法觀及其展開》，中國人民大學出版社2020年版，第23頁。

罰強度減弱的結構化調整。^[16]具言之，即使普遍的法定犯擴張是不得不順應的時代現實，也應當注意對法定犯、輕罪配以輕刑、刑罰種類優化、刑罰執行方式合理化等更加寬緩的制度安排，不能單純為了回應風險滿足安全需求而過度犧牲自由。雖然有學者對於我國通過《刑法修正案》方式擴大犯罪圈的做法予以了肯定，認為這是嚴密刑事法網、提升公民守法意識的必然選擇，並指出當前我國刑法的謙抑性應主要體現為刑的謙抑而不是罪的謙抑。^[17]但這明顯屬於過於樂觀的觀點，所看到的只是面上的大寫的犯罪化，缺乏對具體的特定的入罪做法的考察。毫無疑問，應當對持續的擴大犯罪圈的做法進行省思，安全至上的做法極有可能會削弱自由。劉豔紅教授對此就表示了擔憂：“當安全作為刑法保護的首要價值時，將可能引發法益論的全面崩潰。”^[18]毫無疑問，自由刑法才是我國應當長期堅持的方向，因為只有自由刑法才能維護法益論實質內涵及刑法客觀主義，才能維護現代刑法的根基。而且，也只有自由刑法而非安全刑法才與刑法謙抑性契合。因此，選擇以耗費社會資源最小、對民眾權益影響也最小的方式回應風險時代的規制訴求，慎重設定犯罪圈和刑罰，是立法論視域對刑法謙抑性的本質要求。

（二）解釋論視域的謙抑性

正義從來都不是抽象的，司法正義更是體現在每一個具體個案中。從紙面的立法條文到現實的案件適用，恰恰是司法正義從抽象逐步轉為具象的過程。通過刑法條文設定的犯罪圈，已把明顯不符合條文表述的行為剔除出去。換言之，正式的刑事立法屬於立法者對犯罪圈選擇的結果。只是，囿於語言文字的多義性、概念的抽象性、語境不同對語義的影響等等因素，立法者的價值偏向能否得到忠實貫徹，仍然有賴於司法適用。司法適用過程除了程序運用之外，核心便是刑法解釋。而且，這已是在假定立法高明無誤之基礎上的善意推斷。事實上，立法者也可能存在誤判，對一些行為進行了不當犯罪化，或者缺漏了應當處罰的行為。並且，即便立法者做出的政策決斷無誤，也可能由於採用的語句表達不甚精確而不當擴大或縮小了打擊面。再者，在立法者的決斷與條文規定均無紕漏的情況下，仍然需要高明的司法者的合理刑法解釋，否則，刑法的具體犯罪圈就仍存在不當放大或縮小的可能。就此而言，謙抑性的核心則在於刑法解釋。

首先，從解釋論視角恪守謙抑性，應旗幟鮮明地反對類推解釋。類推解釋可謂對刑法原義的徹底反叛，它在先入為主認為特定行為具有可罰性之基礎上，選取一個相似的條文，進而對擬適用的行為和相似條文尋找出一個共同的上位概念，這種上位概念具有足夠的寬泛性，進而以表像層面的共同，不合適地充當兩者的公約數。接著，在上位概念的統攝、置換下完成了兩者的等置化論證，從而最終適用相似條文。類推解釋並不是從大前提到小前提再得出結論的過程，而實為根據小前提不當粉飾、改造大前提，沒有忠實於構成要件的類型，也背離了行為的事物本質。類推解釋會放大刑法的規制範圍，把本來處於犯罪圈之外的行為框入，這種解釋方法違背了立法原意，也違背了罪刑法定對司法權的限制。類推解釋一旦技巧式地適用將具有較大隱蔽性，會逐漸蠶食刑法的明確性，使刑法的犯罪圈處於晦暗不明伸縮不定的狀態。反之，擴張解釋之所以被接受，皆因其未脫離刑法條文的原義。通常認為，擴張解釋指的是當刑法條文的語義較之真實含義窄，進行語義擴張以符合原意的解釋方法。

[16] 參見田宏傑：《立法擴張與司法限縮：刑法謙抑性的展開》，載《中國法學》2020年第1期，第177-178頁。

[17] 參見儲槐植、何群：《刑法謙抑性實踐理性辨析》，載《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2016年第3期，第59-61頁。

[18] 劉豔紅：《中國刑法的發展方向：安全刑法抑或自由刑法》，載《政法論壇》2023年第2期，第65-68頁。

但由於擴張解釋與類推解釋之間很難劃定絕對清晰的界限，導致現實中的類推解釋常常打著擴張解釋之名大行其道，這一定程度上導致擴張解釋的正當性遭到削弱。當然，罪刑法定原則發展至今，有利於被告人的類推解釋已經例外地被允許。也正因此，類推解釋者行類推之時，更多是冠以擴張解釋之名。這種情況下，對於擴張解釋就不得不多一份警惕，對其所得出的入罪結論與構成要件的語義邊界展開細緻比對分析，從民眾的一般預測可能性、是否會產生明顯的突兀感等方面展開檢驗。通過刑法解釋擴大犯罪圈的做法常常不起眼，但卻具有十足的規則破壞力，誠如學者所提醒的：“罪刑法定原則並不禁止擴大解釋，但這不意味著擴大解釋的結論都符合罪刑法定原則。”^[19]因而，所有背離了常規語義的刑法擴張適用都需要警惕。

其次，要警惕社會危害性概念的氾濫化和入罪導向的實質解釋論。根據我國《刑法》第13條，犯罪具有社會危害性、刑事違法性、應受刑罰處罰性三個特徵。這三個特徵用於一般化詮釋犯罪是可以的，但卻不能直接用於司法適用，原因是，特定行為是否符合特定的犯罪構成，仍需進行細緻的要件審查判斷。犯罪的三個特徵是刑法對犯罪的通常特徵表達，它只是對所有刑法具體個罪的最大公約數的提取，是高度抽象化的內涵提煉。就像抽象的正義不能直接匯出具體個案的是非曲直一樣，抽象的犯罪特徵也不具有直接評判個案行為入罪與否的機能。所以，對社會危害性的過度聚焦與泛化使用，並沒有推動刑法適用的精緻化，反而使得具體個罪犯罪構成的判斷在充斥著價值否定色彩的感覺中完成。可是，刑法適用最需要的恰恰是聯結具體個罪構成要件的精確解釋。也正因此，傳統刑法理論一度被界定為危害性刑法。當把犯罪概念界定為犯罪構成的基礎、犯罪構成又被界定為犯罪概念的具體化的背景下，危害性刑法的稱謂不僅是恰如其分的，還直接導致採用行為犯、抽象危險犯罪狀表述的個罪徹底淪為形式化罪名，超法規違法阻卻事由、實質的阻卻罪責事由也難有容身空間。實際上，社會危害性充其量只能作為犯罪的立法概念的要素。而在犯罪的司法概念視域中，刑事違法性才是根本，應受刑罰處罰性則是判斷刑事違法性的素材。刑事違法性是由具體的行為要件說明的，不只是一種同義反復式的語感強調，刑事違法性還是一種實質違法性，不僅僅是形式違法性。由此，對於行為犯、抽象危險犯等罪狀，就不能簡單地以實施了行為就等同於犯罪，這兩者仍然存在差別。從形式上的輪廓比對，到實質上的可罰性判斷，體現的便是刑法謙抑性的拿捏。倘若一個形式上只符合《治安管理處罰法》的行為也被評價為刑事犯罪，行政前置法就會被虛置，刑法也就無法恪守後盾法的體系角色。因而，亟需建構實質違法性、實質的構成要件論，對於數量眾多的法定犯還要探索合理的行政執法與刑事司法的正向銜接與反向銜接機制，^[20]以此服務於限制犯罪圈的使命，這是謙抑性導引下的基本刑法適用方向。由此，無論是形式解釋論還是實質解釋論，其解釋方法固然也重要，但更重要的還是解釋方向、解釋立場、解釋結論。實質解釋論能夠充分挖掘刑法條文的涵義，有助於刑法在紛繁社會生活中扮演能動角色，這是其優勢。只是，實質解釋論常常是以社會危害性為引領的入罪思考，在一定程度上有脫離條文通常含義之嫌。那麼，對於實質解釋論也不得不警惕，其得出的入罪解釋結論的妥當性、可接受性就不能草率接納，還需要經過更深入的斟酌與價值取捨，尤其是必須經過刑法條文語義的嚴格形式過濾。

最後，對於存在罪與非罪爭議的案件應善用階層犯罪論體系進行檢驗。刑法謙抑性的解釋論運用

[19] 張明楷：《刑法分則的解釋原理》（第二版），中國人民大學出版社2011年版，第95頁。

[20] 參見王曉東、羅燦：《完善行政執法與刑事司法反向銜接機制的司法展開——以刑法謙抑性為視角兼論契企業合規改革》，載《法律適用》2023年第4期，第3-12頁。

不在於抽象的說教，更重要的是妥當方法的運用。^[21]傳統刑法理論通說的平面、耦合式四要件理論與源自德國的三階層犯罪論體系雖說具體要件基本相同，對於絕大部分案件的分析結論也沒有差別。但由於兩種犯罪成立理論的理念差異，在一些疑難複雜的爭議案件中，四要件理論的分析過於簡單化，缺乏從客觀到主觀、從違法到有責、從事實到價值的位階思考，以至於失卻了反面檢驗的機會，進而更容易推導出有罪結論。雖說一個國家通行何種犯罪成立理論與特定民族的思維習慣息息相關，但是，一旦四要件理論的分析進路過於扁平化，對重要素材有所忽視，導致被告人失去了應有的出罪空間時，就值得正面檢討。疑難複雜的爭議案件是檢驗犯罪成立理論優劣的試金石，意欲通過刑法解釋論保障謙抑性的實現，此類案件也始終繞不開。當然，也不是說對所有的爭議案件一律出罪就正當，這仍需結合具體的社會背景、政策環境、案件性質等因素整體考量。原則上，當一個爭議案件觸及了法益保護與自由保障兩項刑法機能的抉擇時，刑法的天平偏向自由保障一邊，通常是對刑法謙抑性的維護。所以，面對疑難複雜爭議案件，刑法適用過程需要審慎。尤其是在運用四要件理論得出了有罪結論時，尤其需要額外運用階層犯罪成立理論展開進一步檢驗。只有階層犯罪成立理論對之也依然推導出有罪結論並且無明顯突兀時，才適宜最終做出有罪選擇，這對於防止刑法不當侵入原本可由非刑法手段調整的領域，具有現實意義。

二、立場展開：效能有限與機能傾斜

刑法謙抑性不應是空洞的宣示口號，而應作為一根主線，貫穿刑法理念、犯罪論體系、刑罰制度設置到個罪解釋等各個環節。如果僅僅將謙抑性作為抽象宣示，對於具體司法適用實質上沒有任何裨益。在進入細微的司法適用層面之前，還應當從中觀層面對謙抑性予以強調，其主要牽涉刑法的社會統制作用和刑法機能兩大方面。作為一種基調，刑法萬能論應予破除，對危害行為進行過度犯罪化的“大刑法”模式應當摒棄。也就是說，刑法需要承擔合理限度的人權保障之政治倫理證成語道德證成之義務。^[22]由此，啟用刑法打擊犯罪需貫徹理性模式，不能在法益保護的訴求下過度入罪化，入刑更不是解決利益紛爭調整行為的最好辦法。在構建通過刑法的社會管治方式時，應當審慎考量刑法的設定與公民自由的邊界。

（一）有限性：刑法規制效能的理性認知

應當在整體的國家法律體系視角中思考刑法的角色，作為懲罰犯罪的部門法，刑法固然承載了打擊犯罪的使命，但僅僅以單一視角審視又是不圓滿的。因為憲法的尊重與保障人權條款以及內含的精神理念，同樣離不開刑法的具體貫徹。刑法是為犯罪行為與非犯罪行為劃定界線的法律，刑法適用意味著最嚴厲的刑罰權的動用，它實質上為公民行動自由劃定了邊界。而從國家刑罰權角度考察，刑法的制定則是對國家能夠啟用刑罰權的範圍予以明確，在此意義上，刑法屬於限制國家刑罰權的“控權法”。^[23]由於刑法同樣肩負了落實人權保障憲法義務的責任，因而就必須以務實眼光看待刑法在社會統制中的效能。相應的，刑罰權也就需要節制，國家的司法資源也應盡可能節省，無度的擴張應

[21] 參見何騰蛟：《司法說理應慎用刑法謙抑性》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2022年第2期，第95-105頁。

[22] 參見李聃：《人權商談建構論——以福斯特為中心》，載《人權法學》2023年第3期，第125-128頁。

[23] 參見謝進傑：《國家尊重和保障人權的刑事程序模式》，載《人權法學》2023年第4期，第103-112頁。

當被拒絕。此舉的目標是，力求以最小的司法資源投入獲取最佳的調整效果。因此，刑法制定的正當性根基並不是立法者的程序性表決，不是是否制定了紙面形式的法律，也不是社會感性層面的處罰情感，而是深層次的人權保障命題。亦即，刑法將特定行為創設為犯罪，需經受住憲法層面的比例原則的檢驗，能夠回應不得已、不過限的價值訴求，並且總體上滿足人權保障條款對刑法所設定的實質要求。這就必須要警惕刑事立法的重刑主義，要重視司法自身的調節能力，更要防止公共情緒支配下刑罰權的過度擴張。^[24]

人權保障是隱含在刑法謙抑性深處的價值法則，屬於研析謙抑性不可或缺的視角。在人權保障所框定的範圍內，刑法設定也就有了實質標準：必要且有效。也就是說，刑法對特定行為的入罪，首先必須是必要的，其次還需是有效的，二者不可或缺。這可以合乎邏輯地匯出刑法的有限性命題：刑法對於社會生活調節與行為規制的有限性。社會的利益關係錯綜複雜、社會生活變幻多元，不同的社會領域遵循不同的運行邏輯，也具有契合各自特點也更加有效的規則。法律只是眾多社會規範中具有國家公權力色彩的一種，它是現代社會不可或缺的規範，但卻不是對每一種社會領域都行之有效的規範，其也有觸角的末梢、規制的邊沿，存在無法發揮效力的場域。當前通行的法律是以工商城市、陌生人社會為目標場景逐漸建構起來的，它與以宗族鄉里、熟人社會為核心紐帶的鄉土農村不一定具有相容性，與依靠習慣、道德規範約束的領域也缺乏實質關聯。整體意義的法律在現代社會治理中也只扮演了部分規制者角色，而刑法只是法律體系中的後盾法、補充法，在邏輯設定層面即決定了無法對社會生活提供全面、有效的調整。

面對紛繁複雜的社會生活，法律的規範功能是有限的，刑法的規範效用則更為有限。基於此種有限性，關於刑法萬能論的主張首先應予破除。鑒於我國古代法制刑民合一、諸法合體，而且此種歷史陳跡至今依然以十分間接迂回的方式對當代發揮著間接影響。長期以來，法律適用向來有不當放大的傾向，對於危害性大的行為、引發民憤的行為、當前規制略顯不力的行為等，都不是先行反思當前規制手段的不足，而是直接轉向刑法層面尋求兜底解決，這也是當前有學者批評我國刑法存在“現象立法”^[25]弊病的原因。的確，在其他手段依然有效甚至更有效的情況下，僅僅基於特定的情勢需要或者為了滿足偏頗的感性處罰訴求，便通過刑事立法擴大犯罪圈，恐怕不僅會導致其他手段的調控功能未能充分釋放，還會帶來刑法負面效應或長尾效應。更為甚者，本來就論證不夠充分的現象式回應式刑事立法，^[26]可能根本產生不了預期的調整效果。現象立法的增多還可能會導致刑法的肥大症，原本有限的司法資源無法聚焦於真正需要處罰的危害行為，這既會致使司法資源的過度耗費，也會引發有限司法資源的錯配。面對紛紛擾擾的社會生活和樣式多變的行為樣態，刑法應當充分認識自身調整手段的特徵以及局限，對具有危害性的行為或新型行為保持充分寬容，優先考慮非刑法手段對之施加約束、進行規整。一言以蔽之，刑法對社會行為的規制、調節貴在適度，只有適度才可能獲取最佳社會效果。

（二）方向傾斜：人權保障機能的側重

法益保護與人權保障是刑法的兩大機能，有觀點認為行為規制也屬於刑法的機能之一。刑法是通

[24] 參見韓軼：《刑法更新應當堅守謙抑性本質——以〈刑法修正案（十一）〉（草案）為視角》，載《法治研究》2020年第5期，第49-55頁。

[25] 陳金林：《現象立法的理論應對》，載《中外法學》2020年第2期，第170-173頁。

[26] 曹葉：《回應性刑事立法反思——以〈刑法修正案（十一）〉為視角》，載《中州大學學報》2021年第2期，第46-51頁。

過規範民眾的行為獲得調整社會關係的效果，就此而言，行為規制是任何時候都無法否認的機能。只是，論說刑法具有行為規制機能，不過是對刑法最表層的功能闡述，因為任何一種法律都毫無疑問具有行為規制機能。探尋現代刑法的機能恐怕還不能如此簡單地停留於法律的普遍共性層面，而應具體結合刑法的特徵進行挖掘。對於掌握公權力的國家而言，懲治侵害法益的犯罪固然是任務之一。可是，若只是為了懲罰具有危害性的“犯罪”，是否制定刑法其實並不是前置條件也不重要。甚至可以說，沒有刑法對國家刑罰權的約束，以實質的社會危害性概念為統領所展開的打擊可能更有效。

其實，國家制定刑法並且以罪刑法定為基本原則，除了為司法機關懲治犯罪提供法律依據以外，預防刑罰權濫用、避免對不值得動用刑罰的行為進行入罪評價從而最大限度保障民眾自由，是制定刑法更為重視的價值考量。通過刑法明文表述的構成要件圈定了值得作為犯罪處罰的行為，為國家刑罰權的適用劃定了範圍、釐定了邊界，民眾通過明文的罪狀表述，可以清楚知曉何種行為被允許何種行為被禁止，進而可建立穩定的行動預期。國家制定刑法的初始目標是懲治侵害或威脅法益的犯罪行為，除此之外，更根本的價值訴求是通過明晰的犯罪圈劃定，進而維護民眾的行動自由。刑法的適用本身即是對犯罪人的懲罰和對法益的保護，這是直觀層面的刑法機能觀察，而這僅僅是置身于犯罪行為人和被害人的分析框架獲得的結論。人權保障機能卻是對更為宏大的整體國家與民眾個體之範疇的透視，而且，人權具有歷史性，在人類的歷史活動中產生，又隨著人類社會的發展而發展。^[27]從刑法的歷史嬗變歷程可見，其所呈現的是由國權刑法到民權刑法的演變，伴隨的是壓制型刑法到回應型刑法的內涵變遷。這實質上也是刑法機能逐漸由單純法益保護到兼顧法益保護與人權保障，甚至側重於人權保障的過程。在此歷程中，啟用刑罰權的負面效應、刑法保護法益的有限性等被漸漸正視，民眾個體自由慢慢被國家權力承認、尊重、包容。從歷時性維度觀之，刑事法治理念的發展所呈現的是價值共識漸漸達成的歷程，突出的特點則是公權力從絕對的強勢切換為緩和。

因而，刑法作為法益保護法之傳統論斷當然不會錯，但不能僅僅把眼光聚焦於法益保護。刑法制定和刑法適用的最終目的，既有法益保護，也有人權保障。這兩項機能雖然都不容否定，但是有一個事實必須承認，即兩者處於緊張的關係狀態，無法將二者置於同一水平線上，最終都會向一方傾斜，剩下的需要掂量的便是向哪一方傾斜更具有相對合理性。對此，有學者表面上主張法益保護與人權保障應尋求一種張弛有度的動態平衡，但依然還是提倡單向度的偏向於法益保護的謙抑主義，其指出：“刑法是為社會保護而生的，在社會保護與權利保障的悖論中，首先應該滿足善良人的權利保護需要。……謙抑主義的追求不應是犧牲基本的社會保護，或者說，刑法的供給不能罔顧善良人的權利保障而片面追求謙抑性。”^[28]法益保護與善良人的權利保護實際上是一體兩面，而在善良人與犯罪人這一範疇中，論者也是先驗地認為善良人更值得保護，犯罪人則次之。可是，以此方法把法益保護機能置於優位序列，不一定可靠，因為善良人與犯罪人原本就不在一個層次上，並不是基於統一標準劃分出來的。具體而言，未觸犯刑法的公民不一定是善良人，反之，觸犯了刑法的人也未必是“惡人”。說到底，善良與否屬於十分主觀的道德判斷，可“犯罪人”僅僅屬於法律判斷，並不當然具有道德否定性。比如，無被害人犯罪、歸屬於輕罪的法定犯等案件的犯罪人，就難以將其界定為不善良。因此，善良人與犯罪人的比對，無形中把善良人視為“被害人”，不當地抬高了善良人的道德優越性，矮化了犯罪人的權利正當性。何者具有更深切的需保護性，只有在合理的對照中才能顯現。在

[27] 參見魯廣錦：《歷史、具體、現實：當代中國人權觀的三重建構邏輯》，載《人權法學》2023年第3期，第1-7頁。

[28] 孫國祥：《反思刑法謙抑主義》，載《法商研究》2022年第1期，第94頁。

刑事程序架構中，犯罪人的對立面並非善良人，而是刑罰權和行使刑罰權的國家，無疑犯罪人處於弱小地位，更值得關注。謙抑主義不應犧牲基本的社會保護固然沒錯，但是強調謙抑性的刑法卻絕對不應當以社會保護、法益保護的機能為根本，對於新型的“涉法行為”或位於真空地帶的行為，刑法不宜反應過激，因為刑法的過度前移會導致對社會事務的過度干預，^[29]同時還會在打擊犯罪的功利主義追求中蠶食、瓦解刑法的人權保障機能。

刑法謙抑性產生於刑法客觀主義與主觀主義的爭鬥過程中，屬於旨在維護個人自由同時防止異化為恣意侵害人權的理論工具。^[30]因此，在規範多元、公權力強大、技術發展使得國家具備了更強治理能力的當下，側重和強調刑法的自由保障機能、伸張刑法的罪刑法定要義，無疑具有更深遠的意義。也只有這樣，刑法立法與刑事司法才能時刻保持對刑罰權濫用的警覺、才能清醒意識到刑法規訓民眾行為的效能缺陷，進而才有可能從基礎層面避免刑罰權的不當使用，最大限度保障刑法謙抑性在具體司法實踐中實現。

三、實現路徑：四個維度的具體闡釋

如何把謙抑性從宏觀理念、中觀立場進階落實為微觀的司法現實，是刑法教義學的永恆使命。在法律適用方面，刑法適用的規範要求較之其他法律更高，形式上受制於罪刑法定原則的存在，實質上則由於刑法是在刑罰權與公民自由權之間劃定界域的法則，因而需要更為精微的掂量與琢磨。謙抑性的實現過程是刑法解釋、刑法適用與刑法論證的過程，其關涉到刑法機能的偏向，也關乎犯罪論體系的運用、犯罪的本質、行為無價值或結果無價值的立場選擇、個罪法益的提煉等等，需要兼顧的方面、要素都不是單一的。所以，刑法謙抑性的實現路徑包含諸多具體側面，它在各個具體細域都可着力，相應實現謙抑性的路徑也應在各個細域中拓展。顯然，毫無遺漏地對各個細域的實現路徑進行研析屬於巨大工程，因而更為重要的是秉持善意解釋刑法的基本觀念，同時對刑法適用產生整體影響的重要問題進行重點關注。意欲較為穩妥地實現刑法謙抑性，有四個突出的問題特別值得重視，分別是刑法的解釋方法運用、具體罪名的法益理解、行為無價值或結果無價值的選擇、刑民交叉案件的處理理念。以下，著眼於這四大問題分別闡述。

（一）解釋方法的合理運用

刑法的解釋方法眾多，方法服務於目標，為獲取適當的刑法解釋結果，可以使用一種或多種解釋方法。刑法解釋結果的適當性，並不是在得出解釋結論後再予評判，而是在展開刑法解釋前，即對案件事實與可能適用的犯罪構成要件進行對碰，大致就案件事實形成是否具有危害性、可罰性的法感覺。值得說明的是，刑法解釋不是純粹的從大前提到小前提再到結論的單向過程。實際上在三段論推演之前，解釋者已經事先形成了行為是否可罰的感性判斷，也恰恰是這種類似於直覺的判斷引領對相近構成要件的選擇與進一步比對。所以說，刑法解釋是跟著法感覺走的。為了達到法感覺所預設的適用目標，解釋者的目光會在案件事實和刑法規範之間來回往返，不斷地拉近兩者，這實質是刑法解釋方法的運用過程。誠然，法感覺有時會出現偏差，法感覺引領下的解釋結論也可能偏離正義軌道。有

[29] 參見蔣麗：《網路涉法行為的刑法謙抑性分析——以淘寶網惡意刷單為例》，載《東南大學學報（哲學社會科學版）》2016年第S2期，第91-94頁。

[30] 參見張穎傑、李茂華：《刑法謙抑性之價值蘊含》，載《海南大學學報（人文社會科學版）》2006年第4期，557頁。

時候，法感覺並沒有錯，特定行為也確實具有可罰性，但由於條文語義的範圍限制，將特定行為解釋為構成要件突破了條文語義的最外延邊界。這種情況下，問題根源就不是解釋方法問題，無論運用何種解釋方法都無法符合罪刑法定原則。但完全不需要解釋和顯而易見地可得出突破語義結論的情況都不多見，大多數情形反而是介於兩者之間，即刑法規定具有抽象性，條文真實含義需要通過解釋獲得。實際上，刑法解釋方法的運用在刑法條文具有相當抽象性、伸縮性、模糊性時顯得特別有價值，如果刑法條文採用了封閉式規定，核心範疇和外延邊界都十分清晰，規制範圍就非常明確，沒有多少刑法解釋發揮的空間。刑法條文具有共識性的核心範疇，但外延並不是絕對清晰的，具有擴展空間，可以因應社會變遷、時代發展填充不同的內涵，甚至外延會伴隨社會發展而呈現變化。這是絕大多數刑法規定所處的真實狀態，也是需要解釋的原因。那麼，在眾多刑法解釋方法中合理選擇、適用就顯得十分關鍵。

刑法解釋方法（技巧）包括平義解釋、宣言解釋、擴大解釋、縮小解釋、當然解釋、反對解釋、類推解釋、比附及補正解釋。按照張明楷教授的觀點，文理解釋、體系解釋、歷史解釋、比較解釋、目的解釋等解釋方法可界定為解釋理由，因為“對一個刑法條文的解釋，只能採用一種解釋技巧，但採用哪一種解釋技巧，取決於解釋理由，而解釋理由是可以多種多樣的”^[31]。不過，把解釋方法區分為解釋技巧和解釋理由的意義並不是那麼大，這些本質上都是解釋方法，都服務於刑法解釋結論的導出，價值層面都需要經受正當性檢驗。而且，除了擴大解釋、縮小解釋這種明顯方向不同的解釋方法不可同時運用外，其餘的解釋方法都可以在同一個解釋過程中同時適用。人為劃分為解釋技巧、解釋理由進而附加使用限制並不妥當，一項具有適當性的解釋結論的獲得，很多時候依靠的是多種解釋方法的並用。只是應注意的是，除非是有利於被告人的解釋方向，否則類推解釋原則上被禁止。明顯不利於被告人的擴大解釋，如果在當下社會認知情境下存在較大爭議，除非存在強有力的支撐理由，否則也應當謹慎。對於已明顯發生了變遷的社會背景，也不能完全以歷史解釋馬首是瞻，不能陷入唯目的論的泥潭，應當在主觀解釋論與客觀解釋論之間以妥當性為平衡支點。而妥當性是以刑法文義為基準的，故即便在不反對能動司法和刑法的功能解釋情況下，也需要確定好導向，即“只能在出罪、罪輕意義上可以突破刑法文義的射程，在入罪、重罪意義上不能僭越刑法文義的射程”。^[32]再者，由於具有抽象性、模糊性的條文具有多種解釋可能，不同解釋方法的運用，表面上都能合理地推導出解釋結論，這就需要警惕不同解釋方法對不同個案的消極影響。故在選擇解釋方法前，應綜合個案的具體情況、社會宏觀背景、社會處罰訴求等因素重塑、調整法感覺。通過這些細緻化的要素考察也就促使感性的法感覺轉向理性抉擇，解釋方法的選擇也進而相應調整，合理解釋結論的匯出也就總體上處於可控範圍。

（二）個罪法益的精確把握

刑法謙抑為國家暴力的正當化使用提供必要條件，這特別需要從法益角度進行闡釋。^[33]對法益的還原、具化具有積極的解釋論意義，如學者所言：“可以為限縮解釋提供正當性的支援或者作為擴大解釋的反思工具來檢驗刑法解釋結論的妥當性。”^[34]而個罪法益的理解，又受到更深層次的犯

[31] 張明楷：《刑法分則的解釋原理》（第二版），中國人民大學出版社2011年版，第43頁。

[32] 姜濤：《能動司法與刑法的功能解釋》，載《中國應用法學》2023年第6期，第29頁。

[33] 參見劉濤：《刑法謙抑性的系統論考察》，載《政治與法律》2024年第3期，第103-105頁。

[34] 簡愛：《一個標籤理論的現實化進路：刑法謙抑性的司法適用》，載《法制與社會發展》2017年第3期，第22頁。

罪本質觀的制約。關於犯罪的本質有法益侵害說和規範違反說的對峙，^[35]經過多年來的論爭，法益侵害說已經獲得了支配地位，也已形成了基本理論共識。犯罪具有規範違反性的一面，某些具體個罪的規範違反性、義務違反性特徵還較強，規範違反可以作為深化認識、整體分析犯罪的一種維度，這些是承認規範違反性的價值。即便如此，關於犯罪的本質依然不能讓位於規範違反說，因為以限制公權力、保障自由為核心價值訴求的現代刑法更需要明確性、穩定性，在法益與規範之間，無疑法益更加具體，也更契合普通民眾的日常生活和切身利益。如果刑法使用普通大眾難以理解的概念表達，無異於在法律與民眾生活中不當地築起一道牆，這無疑會影響民眾對刑法的理解與對日常生活行動的安排。法益概念具有自由保障機能、人權保障機能，而且實質的法益概念能夠有效限制刑罰權。^[36]為此，以法益侵害說為基礎理解犯罪本質更具合理性。法益與道德、倫理具有天然的阻隔，對法益泛化理解的觀點難以獲得普遍認同。所以，不能以理論上存在法益泛化或抽象化的觀點來否定法益論的價值。法益是刑法學分析的邏輯起點，分析犯罪行為的可罰性，法益侵害性依然屬於根本。精準把握個罪的法益，也就是刑法分析的元點，從這個元點出發才能逐漸延伸至構成要件解釋、實質違法性、非難可能性的判斷。一旦對個罪法益的認知出現偏差，將直接導致個罪的範圍不當伸縮，影響特定行為領域的自由界限。

比如，《刑法》第295條規定了傳授犯罪方法罪，採用的是簡單罪狀“傳授犯罪方法的，處……”，這是一種典型的行為犯規定，由於刑法沒有規定情節要件，這就必然產生如何理解適用的問題，而這在根本上與具體法益理解息息相關。刑法理論上對該罪的法益有公共安全說、社會管理秩序說、社會公共秩序說、社會秩序和道德風尚說、無統一法益說、複雜法益說、社會治安秩序說等多種觀點。由於公共安全、社會管理秩序、社會公共秩序等都是較為抽象的表達，反映的不過是《刑法》分則第三章的大類法益或同類法益。將大類法益或同類法益直接解讀為一個具體個罪的法益，既存在邏輯上的重複，也無助於解釋傳授犯罪方法罪的構成要件，還必然會導致構成要件的無限泛化。正因為傳授犯罪方法罪採用了行為犯、簡單罪狀之表達，才更需要準確理解其法益，通過準確的法益把握來引導、限制構成要件的解釋。社會治安秩序說是一種具體的法益表達，不是對社會管理秩序或公共秩序的同義反復。據此，傳授犯罪方法的可罰性是：傳授犯罪方法行為會製造犯罪行為，直接影響社會治安狀況，還可能會間接地侵害具體的人身權利、財產權利。犯罪方法的傳授會增強被傳授者的犯罪技能，也會同時惹起或者強化被傳授者的犯罪意思，一旦客觀上掌握了犯罪方法、主觀上形成了犯罪意圖，具體的犯罪行為就可能由此催生。治安行政違法與犯罪發生率直接關聯社會的治安形勢，極有可能孵化犯罪的傳授犯罪方法行為，固然具有對社會治安秩序的危害或者威脅。社會治安秩序是一種社會法益，不是個人法益。那麼，就不能把傳授犯罪方法罪理解為行為犯，就並不是只要實施了任何一種傳授犯罪方法行為都可入罪，而需要傳授行為確實對社會治安秩序產生了實質威脅，不是生活化或者中立性的行為，即所傳授的犯罪方法具有危險性。此外，還需要被傳授者利用了所傳授的方法實施了犯罪，對社會治安秩序產生了值得作為犯罪處罰的侵害。如果被傳授者的行為只是治安行政違法行為，達不到構罪標準。這種情況下，就不適宜認為傳授犯罪方法者的傳授行為造成值得刑事處罰的法益侵

[35] 相關的文獻非常多，代表性的文獻包括周光權：《論刑法學中的規範違反說》，載《環球法律評論》2005年第2期；劉孝敏：《論法益侵害說與規範違反說之爭》，載《法學論壇》2006年第1期；歐陽本祺：《規範違反說之批判——與周光權教授商榷》，載《法學評論》2009年第1期，等等。

[36] 戴小強：《實質法益概念的自由保障機能》，載《中外法學》2024年第2期，第552-553頁。

害。而且，當實行行為者都不構成犯罪前提下，對本質為共犯的傳授者評價為犯罪，也背離了因果共犯輪的基本架構，造成了不當的“沒有正犯的共犯”，不足為取。因而，只有採取社會治安秩序法益觀，才能避免傳授犯罪方法罪的司法適用擴張。^[37]

又如，《刑法》第225條規定了非法經營罪，該罪明示列舉了三項實行行為，同時設置了“其他嚴重擾亂市場秩序的非法經營行為”之兜底條款。至今，非法經營罪通過兜底條款不斷擴張適用，導致了其行為類型十分豐富。長期以來，非法經營罪顯得靈活性過大，以至於有脫離罪刑法定約束之嫌，學界對此也進行了嚴肅反思，甚至學界還普遍認為非法經營罪是繼投機倒把罪之後的又一個口袋罪。非法經營罪口袋化是通過不當解釋兜底條款實現的，而之所以能夠較為暢順地擴張兜底條款以實現非法經營構成要件的異化，缺乏對非法經營罪法益的妥當理解是繞不開的原因。一直以來，市場經濟秩序或市場秩序被先驗地認定為非法經營罪的法益，理由是非法經營的罪狀表述就明確出現了“擾亂市場秩序”，而《刑法》分則第三章的名稱是“破壞社會主義市場經濟秩序罪”，非法經營罪所在的《刑法》分則第三章第八節是“擾亂市場秩序罪”，這可合乎邏輯得出市場秩序是非法經營罪的法益。如此形式化界定非法經營罪的法益，無異於把非法經營罪歸入整個《刑法》分則第三章的兜底罪名範疇，非法經營罪兜底條款則變成了兜底中的兜底。徑直把大類法益界定為個罪法益，加上雙重兜底的加持，非法經營罪司法適用不斷擴張就完全在預料之中。此種法益界定可以滿足處罰需求，卻損害了罪刑法定和民眾的行動預期。而且，市場秩序法益的界定也很難與非法經營罪明示列舉的前三項實行行為類型所展現的行為屬性相吻合，因為該三項所共同彰顯的是國家特許經營、對特定領域實行市場准入的特點，而非一般式市場管理的意涵，很明顯，抽象的市場秩序法益無法準確描述這些意涵。由此，非法經營罪的法益界定需要從抽象走向具體，擺脫市場秩序說，轉而把市場准入說或市場准入秩序界定為法益，這樣方能最大限度避免兜底條款的無規則異化，非法經營罪口袋化才有可能停止。

可見，個罪的具體法益是解釋構成要件的基礎，在刑事立法已相對固定的情況下，罪狀表述的缺陷便是必須接受的現實。為避免這些個罪司法適用的不當擴張，就應特別重視對個罪具體法益的清晰釐定，充分發揮法益的構成要件解釋功能，防止構成要件尤其是開放構成要件在紛繁複雜的司法實踐中衍化為脫韁野馬。

（三）結果無價值論的堅持

在階層犯罪論體系的違法性階層存在形式違法性與實質違法性、主觀違法性與客觀違法性、行為無價值與結果無價值三對範疇的對立。至今，形式違法性與實質違法性的對立階段已經過去，主觀違法性與客觀違法性的對立階段也已經跨越，仍然存在對峙並具有規範刑法學意義的是行為無價值與結果無價值這對範疇。最早將行為無價值與結果無價值作為對立概念提出來的是漢斯·韋爾策爾。同時，韋爾策爾也是行為無價值的提倡者，他認為判斷不法不能完全依靠法益侵害，還必須兼及造成法益侵害的行為本身。在展開行為無價值之人的不法論的理論敘事中，韋爾策爾在違法性的本質領域創立了社會相當性理論。^[38]行為無價值是指行為者的行為本身不法。這裡的行為，包括與之相連的目的性、故意、意圖、行為樣態等。行為無價值論的特徵在於認為行為人的目的、故意、義務違反等與法益侵害一起成為違法判斷的對象。其又可進一步分為一元的行為無價值論、二元的行為無價值論，

[37] 參見賴佳文：《傳授犯罪方法罪的功能檢視、法益辨正與規則建構》，載《時代法學》2023年第6期，第79-83頁。

[38] 參見陳璿：《刑法中社會相當性理論研究》，法律出版社2010年版，第7-10頁。

前者認為不法完全取決於行為無價值，結果無價值只不過是客觀處罰條件而已，後者在判斷不法時則同時兼顧行為無價值和結果無價值。結果無價值論是從客觀層面理解違法，認為違法判斷的對象應盡可能地限於客觀因素。其主張故意、過失屬於責任要素，認為不法的內容意味著客觀的法益侵害或威脅。而且，結果無價值論主張嚴格區分違法與道德，認為應從刑法的判斷中排除倫理的考慮。^[39]如今已沒有人主張一元的行為無價值論，剩下的是二元的行為無價值論與結果無價值論的對立。這兩者的對立固然都以法益侵害是犯罪本質作為前提，對於顯而易見的案件常常能夠得出相同結論，但卻會在一些特定問題上出現方向分歧和不同分析結論。通常來說，較之二元的行為無價值論，結果無價值論的分析結論更契合法益侵害說的本質和自由保障的刑法機能。換言之，結果無價值得出的入罪結論更少、出罪結論更多。這是由於結果無價值考量違法性時把目的、意圖等主觀要素剔除，不會出現客觀違法量不足主觀要素補的做法。相反，二元論往往無法精確做到同等考慮兩類因素，更不會自覺地使用目的、意圖等主觀要素出罪。這也說明所謂同時考量兩類要素有利於限制入罪和有利於出罪只是邏輯上的假設。

要發揮刑法的自由保障機能和實現刑法謙抑性，結果無價值論必須作為判斷違法性的基本立場。在衡量行為是否具有實質違法性時，目的、意圖、行為樣態、倫理違反等要素不能放在違法性階層判斷，這些應作為犯罪故意、犯罪過失和整體層面非難可能性的判斷要素。尤其在社會危害性概念仍然強勢的我國司法語境之下，若堅持二元論，社會危害性概念與附隨的分析理路將極有可能借道二元論產生影響。這種嶄新話語範式的外衣更具隱蔽性，並會在新的範式中重現社會危害性的諸種弊端，應當時刻警惕。刑法的根本使命是懲惡，並不是揚善，奠定了此種基調，刑法才能在調整社會生活時保持先驗的克制。為實現這種解釋性限縮的目標，需從兩方面建構路徑：

首先，對客觀方面造成的法益威脅做進一步限定。具體而言，需對法益形成具體威脅，而非抽象威脅。在對法益實行攻擊式侵害的場合，即使沒有對目標法益造成實際侵害，也需要造成了與目標法益同類的法益侵害，如故意殺人行為雖沒有造成他人死亡結果，但對他人身體健康造成了傷害，這才可評價為造成了生命威脅。反之，若攻擊行為根本連他人的身體都未觸及，根本沒有造成起碼的身體傷害，就說明攻擊行動的徹底失敗，無法界定為造成生命威脅的故意殺人未遂。

其次，理解未遂犯時踐行徹底的結果無價值論。這涉及到未遂犯與不能犯的區分問題，就法益侵害結果沒有發生這一點而言，未遂犯與不能犯都相同。刑法理論上區分不能犯與未遂犯的觀點主要分為主觀說與客觀說兩大陣營，由於純粹主觀說、主觀危險說都是從犯意尋求論說根據，不合理性十分明顯。^[40]客觀說陣營中有具體危險說、客觀危險說、定型說之分，都是以客觀的外在的法益侵害作為判斷材料，具有合理性。由於犯罪行為的判斷應是結合全部素材基礎上進行的事後判斷、科學判斷，因而客觀危險說屬於最為合理的界分觀點。客觀危險說是徹底以客觀上是否造成了法益威脅作評析的，不會從民眾的一般感覺出發，可以避免民眾樸素判斷的感性影響。據此，對於實行行為和著手的理解需緊扣客觀上的法益侵害和法益威脅，才能擺脫行為人犯意、主觀惡性、犯罪計畫等主觀要素的影響，行為犯、抽象危險犯等評價才能最大限度避免陷入一實施就是着手進而是未遂的邏輯迷宮。

（四）刑民交叉的善意推導

刑民交叉問題是謙抑性議題繞不開的內容，無論從何種視角研究謙抑性，刑民交叉問題都是試金

[39] 參見陳家林：《外國刑法通論》，中國人民公安大學出版社2009年版，第267-273頁。

[40] 參見賴佳文：《未遂教唆不可罰說之提倡》，載陳興良主編：《刑事法評論》第31卷，北京大學出版社2012年版，第205-209頁。

石。意欲說明維護謙抑性之方法有效，都得經過刑民交叉問題的考驗。刑民交叉指的是由於行為的特殊性，表面上處在刑法和民法的交叉領域，從而造成界定為刑事犯罪還是民事違約的困難。刑民交叉問題具有迷惑性，其具有刑事犯罪的表像，又同時具有民事違約的輪廓，令人難以捉摸，也常常導致刑事司法實踐的定性之爭。當然，刑民交叉只是形象的說法，實質上一個行為不可能既是民事違約又是刑事犯罪，能夠評價為民事違約的行為，即說明民事法律關係的成立。而構成了刑事犯罪的行為，即使具有民事行為的外表，也不過是以合法形式掩蓋非法目的的犯罪，完全缺乏適用民事法律的資格。所以，面對介於刑事犯罪和民事違約之間的行為，解釋者只能正面做出選擇。鑒於刑法評價和民事處理的天壤之別，對於並非典型且爭議大的情形，定性選擇成了對解釋者的最大挑戰，這關涉刑法和民法調整範圍的界限，也不得不兼顧純粹法律專業判斷與民眾通常法感的貼合度，因為明顯違背民眾通常認知的法律評價結論缺乏應有的說服力和公信力。真正存在刑民交叉的情況是侵犯公民人身權利的犯罪如故意傷害、故意殺人等，這些犯罪行為既是刑法層面的犯罪，也是民法層面的侵權，可以同時符合刑法和民法的成立要件，不會因為犯罪定性的成立而否定民事侵權，兩者可以同時成立，這也是刑事附帶民事訴訟的制度設立緣由。也由於兩者沒有互斥關係，進而也不會產生適用疑難。但是，當一個行為處在刑事犯罪和民事違約的邊緣，是作出犯罪認定還是民事處理，其中的界限並非涇渭分明，需要細緻的法律要件分析，也受制於價值選擇。此種價值選擇的結局，便是刑法恪守了謙抑還是進行了擴張。可以說，存在互斥關係的刑民交叉問題的處理是分水嶺，因而需要精細的法律適用和法律論證。這無疑是一個龐大工程，在此，特別選擇刑民交叉領域的三個問題展開說明。這三個問題，可以說是妥當解決刑民交叉的主體部分。

首先，對刑民交叉案件的合理處理需遵循違法相對性。不能因為存在形式上的民事合同，就統統把造成了法益侵害的行為界定為民事違約。需要對形式上客觀存在的民事合同進一步穿透式認定，否則會導致民事合同的形式成為脫罪的擋箭牌。民事違約、民事侵權具備民事違法性，刑事犯罪對應的是刑事違法性。刑法、民法、行政法等眾多法律共同建構一個國家的法律體系和法秩序，不同部門法有不同的立法任務、目的指向，違法的性質和標準也不相同。正由於一個國家法域的部門法多元，也就相應存在不同部門法的違法行為。換言之，在整體的法秩序中，違法行為也是多樣的，此部門法視域中的違法行為與彼部門法視域中的違法行為並不在同一個層面，它們只在特定情形下才會相通。因此，在國家法秩序中，違法性不可能是一元的，即違法一元論不可取。同時，認為違法是多元的違法多元論也不合理，雖然部門法均有各自的價值訴求，進而衍生出不同的違法行為判別標準，但一個國家法域內畢竟事實上存在貫穿全域的核心價值，不允許出現違法標準相互矛盾的狀態，否則會導致民眾無法判斷行為性質，造成行動安排的紊亂無序。為保障國家法秩序的核心價值，違法一元論、違法多元論都應予摒棄，法秩序統一性之下的違法相對論才是妥當的判別規則。需注意的是，“法秩序的統一不是違法概念的形式統一，而是各法域目的的統一。”^[41]關於違法相對性，已有學者做了精準論述：“應在法秩序統一性視野下，以違法統一性為基礎進行違法的相對性判斷：民法或行政法允許的行為，必然不具有刑事違法性；而民法或行政法禁止的行為，則未必具有刑事違法性；對民法或行政法認為並無保護之必要的利益，不能認定侵害行為具有刑事違法性。”^[42]有觀點進一步明確論述道：“在違法性評價層面，民事上合法的行為可以作為違法阻卻事由，阻卻行為的刑事違法性；但行

[41] 簡愛：《從“分野”到“融合”刑事違法判斷的相對獨立性》，載《中外法學》2019年第2期，第433頁。

[42] 王昭武：《法秩序統一性視野下違法判斷的相對性》，載《中外法學》2015年第1期，第197頁。

為具有民事違法性不能直接作為認定行為具有刑事違法性的依據。”^[43]法秩序內部的整體協調統一是一支柱與核心價值，同時也要調和不同部門法引發的違法判斷泛化，避免一律把部門法的違法行為等同於刑事違法，因為作為國家法律體系後盾法的刑法不應唯部門法馬首是瞻，而應在參照部門法違法判斷的基礎上進一步過濾、收縮，刑法的違法性判斷圈應當小於其他部門法的違法性判斷圈，只有如此才能實現刑法的謙抑性。那麼，就需對民事違約行為的前因後果、來龍去脈展開解構，不以結果為唯一的判斷基準，要深入分析造成違約的原因，只有經審查後確屬違約，也即具有民事行為的實質而非為實施犯罪的形式的情況下，民事違約行為缺乏進入刑事違法判斷的理由。能夠肯定刑事違法性並作為刑事犯罪處理的，只能是徒具民事合同形式、實質欠缺民事法律行為要件的行為，這種情形下的“民事違約”只是表像，其只具有形式上的民事違法性，屬於典型的刑事違法，這是刑民交叉聚焦解決的情形。經過這樣的違法相對性之篩選過濾，刑民交叉情形的入罪才不至於失當。

其次，入罪選擇時需整體判斷其他調整手段是否已經窮盡，秉持前置法優先處理、刑事法例外處理相結合的原則。^[44]根據侵害法益的門類，可將犯罪劃分為侵害個人法益的犯罪、侵害社會法益的犯罪、侵害國家法益的犯罪。刑民交叉案件均與侵害個人法益的犯罪相關，且造成司法適用疑難的又是侵害個人財產權的案件。財產權是經濟活動、市場經濟秩序的重要內容，故刑民交叉案件直接關涉以何種深度、何種方式為財產權提供保護，同時也間接反映了經濟秩序調節機制的成熟度。經濟活動有其固有運行規律，原則上應依靠市場規律調節，法律只應在遵循、順應市場規律的方向上提供補充調節。在此種補充調節的方式中，民事法律應置於主要角色，刑法手段應被界定為補充調節中的補充、法律介入方式的例外。在市場規律調節已然失靈，充分挖掘民法的救濟路徑仍然被證明無效的情況下，才可把刑法手段納入考量範疇。損害補償是民法救濟的基調，一般而言，如果啟用民事救濟途徑完全可以恢復法益，當前民事實體法和民事訴訟法可提供充分有效的救濟空間，那麼原則上不啟用刑法。這屬於一種準則：“只有適用民法等普通法律規範無法作出有效規制的，才存在適用刑法的可能性與必要性。”^[45]此外，也需注意損害補償不是唯一的判斷基準，即使通過民事救濟途徑無法實現損害補償，也還得進一步審查無法損害補償的原因。被刑法關注的不是客觀層面的結果，而是造成法益侵害結果的行為及其過程。如果屬於行為人意志以外的客觀原因所造成，還是應當原則上適用民事救濟；如果完全屬於行為人的惡意，體現的是對他人財產權的極度漠視，背離了商業互惠的經濟活動本質，那麼才應考慮啟用刑法。這實質上屬於“以實定法為中心、窮盡規則方可適用的基本立場”。^[46]民事法調節的是民事主體之間的常規商業行為，民事主體之間處於對等狀態。但刑法所懲罰的犯罪行為架構中，犯罪人與被害人屬於攻擊者與被攻擊者的關係格局，將之視為對等關係予以調節根本不可行，只能對缺乏正當性的攻擊者施加刑罰的苛責才能恢復被犯罪傷害的財產秩序。因此，把刑民交叉案件界定為刑事犯罪要嚴格遵循補充性、最後性的基本立場。^[47]

最後，刑民交叉案件要特別關注合同詐騙和合同糾紛的界分。根據《刑法》第224條，合同詐騙罪

[43] 房慧穎：《刑法謙抑性原則的價值定位與規範化構造——以刑民關係為切入點》，載《學術月刊》2022年第7期，第117頁。

[44] 參見田宏傑：《立法擴張與司法限縮：刑法謙抑性的展開》，載《中國法學》2020年第1期，第181-183頁。

[45] 張紅昌：《體系與問題交融下民刑交叉案件的謙抑性研究》，載《中國人民公安大學學報（社會科學版）》2023年第4期，第22頁。

[46] 胡晴晴：《關於刑法謙抑性原則司法適用的省思》，載《山東社會科學》2023年第3期，第177頁。

[47] 參見劉媛媛：《刑法謙抑性及其邊界》，載《理論探索》2011年第5期，第134-137頁。

是指以非法佔有為目的，在簽訂、履行合同過程中，虛構事實、隱瞞真相，騙取對方當事人財物的行為。合同詐騙罪與詐騙罪是特殊罪名與普通罪名關係，本質均是實施詐騙行為使對方陷入認識錯誤、處分財產進而從中獲利。從合同詐騙罪的罪狀表述觀之，虛構、偽造、變造等能導致對方誤認的“作假”行為是關鍵的客觀構成要件要素。可由於民法上也存在欺詐、隱瞞真相等規定，如《民法典》第146條：“行為人與相對人以虛假的意思表示實施的民事法律行為無效。以虛假的意思表示隱瞞的民事法律行為的效力，依照有關法律規定處理。”《民法典》第148條：“一方以欺詐手段，使對方在違背真實意思的情況下實施的民事法律行為，受欺詐方有權請求人民法院或者仲裁機構予以撤銷。”可見，在客觀行為層面，民法規定的合同欺詐與刑法規定的合同詐騙形式上沒有差別，“作假”都是它們的共性。而且，也無法從客觀上造成的結果區分二者，民法上的欺詐也同樣可以造成嚴重的財產損害後果。這就需要從更深層面追尋兩者的本質差別，實際上，刑法的規定本身也不是以“作假”來支撐詐騙成立的。《刑法》第175條之一的騙取貸款罪，實行行為是“以欺騙手段取得銀行或者其他金融機構貸款，給銀行或其他金融機構造成重大損失”。這與《刑法》第193條貸款詐騙罪的實行行為“編造引進資金、項目等虛假理由、使用虛假證明檔等”實質相同。但是，同樣的客觀行為，一個構成詐騙，另一個只是騙取貸款。這說明，支撐行為成立詐騙類犯罪的是主觀要素“非法佔有目的”。據此，在分析特定的因合同引發的經濟糾紛時，就絕對不能僅以客觀上存在材料造假徑直得出刑事詐騙的結論。

對此，著名的“張文中案”的再審改判理由值得重視，該案的詐騙罪部分涉及的事實是：“2002年初，原審被告人張文中獲悉國債貼息政策及原國家經貿委正在組織申報國債技術改造項目後，即與原審被告人張偉春等人商議決定物美集團進行申報，並委派張偉春具體負責。張偉春到原國家經貿委等部門進行了諮詢。為方便快捷，張文中與張偉春商量後決定以誠通公司下屬企業的名義申報，並征得時任誠通公司董事長田某1同意。物美集團遂以誠通公司下屬企業的名義，向原國家經貿委上報了協力廠商物流改造和信息現代化建設兩個國債技改項目（以下分別簡稱物流項目、信息化項目），並編制報送了項目《可行性研究報告》等申報材料，其中物流項目《可行性研究報告》所附的土地規劃意見書及附圖不規範且不具有法定效力。上述兩個項目經原國家經貿委等部門審批同意後，物美集團與和康友聯公司簽訂虛假設備採購合同，開具虛假發票，獲得信息化項目貸款1.3億元，後用於公司經營。物流項目因客觀原因未能在原計劃地點實施，也未申請到貸款。2003年11月，物美集團通過誠通公司取得物流項目和信息化項目的國債技改貼息資金共計3190萬元，後用於歸還公司其他貸款。”

原生效判決認定張文中構成詐騙罪，材料造假可謂核心理由。而如果把客觀上的欺詐行為視為詐騙犯罪的核心素材，在確有證據證明存在材料造假的前提下，已經沒有了出罪的可能。但是，最高人民法院在認定的案件事實並無二致的情況下，依然對該案再審改判無罪，顯得尤為難等可貴。最高院對詐騙罪改判無罪的核心理由是：“物美集團報送的物流項目《可行性研究報告》雖有不實之處，但不足以否定該項目的可行性和真實性。……物美集團雖然採用簽訂虛假合同等手段申請信息化項目貸款，但並不能據此認定信息化項目是虛假的。國家發放國債技改貼息的目的是在於支援企業的技術改造項目，而物美集團申報的項目經相關部門審核屬於政策支持範圍。根據申報流程，物美集團申請銀行貸款時，其國債技改貼息項目的申報已經獲得審批通過。物美集團在此後採用簽訂虛假合同等手段申請信息化項目貸款，雖然違規，但並非是為騙取貼息資金而實施的詐騙行為，也不能據此得出信息化項目是虛構的結論。……物美集團在獲得3190萬元國債技改貼息資金後，將該款用於償還公司其他貸款，但在財務帳目上一直將其列為應付人民政府款項，並未採用欺騙手段予以隱瞞、侵吞，且物美集團具有隨時歸還該筆資金的能力。因此，物美集團的行為雖然違反了《國家重點技術改造項目國債專

項資金管理辦法》中關於國債專項資金應專款專用的規定，屬於違規行為，但不應認定為非法佔有貼息資金的詐騙行為。”^[48]

客觀上的材料造成充其量只是判斷詐騙成立的素材之一，但無法單獨從材料造假中證立刑事詐騙。從合同詐騙罪的罪狀規定、騙取貸款罪和貸款詐騙罪的主觀要素規定可以看出，作假只是支撐一項行為成立詐騙犯罪的第一要件，非法佔有目的是第二要件，只有同時具備這兩種方面的要素，才能評價為詐騙犯罪。非法佔有目的屬於主觀內心要素，證明其存在需要同時適用直接證明和刑事推定兩種方法。但是，客觀上的材料作假並不能作為推定非法佔有目的之適當素材，否則會陷入循環論證，致使非法佔有目的這一主觀要素被架空。與此同時，判斷非法佔有目的需要結合事前、事中、事後的情狀整體分析，應當緊扣“還款能力”和“還款意願”兩大方面對行為人進行穿透式審查。^[49]只有在經過此種全方位分析後確證行為人缺乏還款能力也缺乏還款意願的，才說明失去了運用民事手段救濟的最後空間，將具備合同形式的行為認定為合同詐騙罪才契合謙抑性的基本要求。

四、結語

人權保障是本文思考刑法謙抑性的主線，降低刑罰的使用頻次，把非刑法手段視為優先的社會管治方式，進而最大限度為公民騰挪自由空間，則屬於本文的價值追求。無疑，以最小的刑罰資源投入獲取最大的法律規制效果，可謂刑法參與社會治理的最優狀態。這可以避免刑罰權的濫用、防止刑法調整的泛化，也可為社會提供恰如其分的規範供給，並力求達致刑法在整體的行為規範、利益調整中既不退縮也不冒進的理想格局。伴隨社會的發展變遷，刑法對社會生活的介入程度也在流變，需要因時制宜地在場或者離場。只不過，相對於行政、民事、道德等非刑法手段，刑法需要總體上保持克制與內縮，啟用刑法的前提是非刑法手段的無效。換言之，原則上不能跨越非刑法手段直接進入刑法的規制範疇。即使在風險社會時代，現代刑法應有一定的活性，刑法的社會管治角色不得已加強，也不意味著謙抑性的落伍，反而需在嶄新的社會場景中重申刑法謙抑性的可貴品質，避免社會管治漸漸染上刑法依賴症。就此而言，刑法謙抑性是一個歷久彌新的理論問題，其觸及國家刑法在社會生活的延伸長度、寬度與深度，更關切公民自由的空間伸縮和人權保障的境況，因而亟需從宏觀與微觀層面展開細緻闡釋。“刑法謙抑性不僅僅是現代法治國家的理念宣示，更是無可指摘的行動指南。”^[50]這是關注刑法謙抑性的價值所在，基於此種認識，本文對謙抑性的內涵、立場與實現路徑作了力所能及的探討，初衷是強調刑法哪怕在樣貌巨變的時代也應堅守謙抑的初心。刑法只是國家進行行為調整、法益保護的一種手段，但絕非最有效的手段。在通過法律統制社會的規範體系中，刑法與非刑法屬於接力關係而非競技狀態，在前置法手段失效時，刑法則進行功能性填補。所以，意欲搭建妥當的刑法規制體系，刑法只能是待調整領域的最後兜底，不宜是最先的領航。只有這樣，刑法介入社會生活才能在效率與公平之間達致平衡。

[48] 最高人民法院（2018）最高法刑再3號刑事判決書。

[49] 參見徐凌波：《金融詐騙罪非法佔有目的的功能性重構——以最高人民檢察院指導案例第40號為中心》，載《政治與法律》2018年第10期，第37-39頁。

[50] 石聚航：《刑法謙抑性是如何被擱淺的？——基於定罪實踐的反思性觀察》，載《法制與社會發展》2014年第1期，第190頁。

Abstract: The moderation of criminal law is in line with the substantive rules of legality, and therefore human rights protection is the spiritual foundation and value connotation of the moderation of criminal law. The implementation of the modesty of criminal law needs to be based on the protection of human rights and practice a thinking path from macro to micro. The principled rejection of the establishment of inappropriate criminal circles and inappropriate penalties belongs to the humble meaning of legislative theory. In the perspective of interpretive theory, the modesty of criminal law first opposes analogical interpretation, followed by vigilance against the proliferation of the concept of social harm and the substantive interpretive theory of criminalization direction, and finally, it should be tested using the hierarchical crime theory system. Criminal law is just one of the many ways of social governance, with limited regulatory functions. Among the two functions of protecting legal interests and safeguarding human rights, emphasizing the human rights protection function of criminal law and extending the legal essence of criminal law has more profound significance. In order to achieve the modesty of criminal law more steadily, the implementation path needs to focus on four dimensions, specifically the reasonable use of interpretation methods, precise grasp of individual criminal legal interests, persistence of worthless results, and good faith deduction of the intersection of criminal and civil law. After exhausting non criminal law adjustment methods, criminal law becomes the final choice, which is the core essence of modesty.

Key words: The Function of Criminal Law; Legal Interests; The Result is of no Value; Criminal Civil Intersection

(責任編輯：馬志遠)