

刑法学中的概念使用与创制

◆ 李 岩

(中国政法大学, 北京 100088)

【摘要】随着近些年法治的不断完善,我国相关法律法规也在不断完善与优化。而刑法作为判定刑事犯罪的重要法律依据,其众多理论也需要我们重点关注并学习。由于我国部分刑法概念仍沿用国外相关的刑法学内容,所以在刑法学中的概念使用要注意不能用虚概念、非概念转移相关争议问题的焦点。本文从刑法学概念的简述以及创制的历史角度出发,着重分析了个人信息安全的刑法保护相关理念的创制与实际应用。

【关键词】刑法学;概念使用;概念创制

刑法作为规定犯罪和刑罚的法律,很多理论、概念需要重点关注且学习,而刑法学概念的有效创制可以帮助我国在国际上获得相关话语权。学者贝卡利亚曾说过,只有法律才能为犯罪规定刑罚。刑法因此需要为自身划定一个边界,而所谓的刑法边界理论,指讨论刑法的边界问题,借此判断一类行为是否应当被纳入刑法规制当中。换言之,判断一种行为是否受到刑法的约束,是需要通过刑法边界理论来决定的。所以对于刑法学中的概念与创制一定要认真对待,当相关法律人员通过归纳事实并创制新的刑法学概念,再通过有效的推广应用,才能有效推动法治中国建设的新局面。

一、刑法学概念简述

学习刑法首先需要确认刑法的具体概念,刑法具体指的是什么,刑法通常意义上指的是社会规范性意义的刑法概念。对于刑法的定义以及相关特点需要做进一步的掌握,刑法是依靠着犯罪行为及相关惩罚手段得出的相关理论概念。刑法总论部分一般规定的是广义上的犯罪和刑罚,而在分论部分界定的是相应的、对应的惩罚以及相关犯罪名称。对于刑法的称呼,每个国家的具体叫法也大同小异,有的叫刑法、有的叫犯罪法。大陆法系来源于罗马法,这些国家一般都叫刑法,虽然刑法里面有两项最基本的内容,一个是犯罪,另外一个为刑罚。法国作为大陆系代表,法国、德国、日本等相关法典都命名为刑法,虽然大多仿效罗马法,但是实际上也是有关刑罚方面的法律。但是在海洋法系国家,一般称为犯罪法。英国虽然是以普通法发展起来的,但是刑法来源于《Criminal Law》这本闻名于世的法学教材,按字面意思翻译的话应该称之为《犯罪法》,但是在我国还是直译成《刑法》。在海洋法系(英美等)国家,犯罪法是作为一个独立的法律部门而存在的,由于英美国家注重法典的延续,经常以判例、传统习惯作为判决依据,其法典化十分明显,那判例法作为不成文法,它和成文法是相对

应的。判例法主要是依照过去法官审过的案例来进行个案的判断,其法律精神主要体现在既往判过的案件当中。众所周知,1962年某发达国家的法学会颁布了著名的《模范刑法典》,它不能称之为一个完整的法典,因为它只是一个初稿、建议合集。深究其本质,其实它不具备法律约束能力,但是在实际的该国刑法学中,大多使用它作为参考进行相关案件的判决,并为各地方刑法典的制定提供了可以参照的标准。因此,也可以把这个《模范型法典》称作是该国的近代刑法。我国对于海洋系国家一直也存在误解和偏颇,认为英国、新加坡等国家一直使用的是判例法,就是通过过去已经判决的案例进行参考,根据传统的案件实例来判决当下的犯罪行为,并最终定罪,可事实并非如此。

从刑法方面来看,在具体的案件判决中,海洋法系国家,尤其是英美两国基本上是按照成文法进行刑法判决,而且其判决力度比大陆法系国家更强,相关刑法规定、条例也更加严厉。相对比之下,法国、德国等具有代表性的大陆法系国家,在刑法范围内还增添了一个“过渡”内容,即保安处分。自20世纪30年代初保安处分的提出,相关措施、内容也在不断地更新与完善,其主要面向对象是一些非犯罪行为,即与真正的刑法处罚对象分离开来。类似于未成年人、精神病患者等一些非正常行为对象进行的一些危害社会的行为,对于这种特殊人群的犯罪行为,进行了特殊的规定与防范措施。这样一种行为根据传统的刑法,它不是犯罪,不能按照犯罪来受到刑罚处罚,因为它不具有这种可谴责性。

刑法的传统意义是对一些具有严重过错或伤害行为的情况进行惩罚,可以理解为一种“恶有恶报”的处罚行为。但是单就这些特殊人群而言,因为年龄或疾病等一些因素,不能对他们进行刑罚、惩罚,所以传统的刑法内容并不适合他们的情况。而这时,保安处分的相关内容及其措施的价值就显现了出来,对于这些特殊群体做出的危害社会的行为,

就需要通过相关约束、管控以及矫正措施进行处罚，以此来保证社会的安全。除此之外，对于一些惯犯等特殊犯罪人群，保安处分也对其进行了明确的处罚规定，当对其判处了刑罚以后，这些人在主观意愿上仍不悔改，如果回到社会中，还会继续危害社会，所以出于预防犯罪、保护社会的需要，就可以对这些人实施保安处分。犯罪要有相应的法律后果，这种法律后果不仅指惩罚、刑罚，同样保安处分也算在其中。所以有学者提出异议，认为不应该称为刑法，应该改为犯罪法，但是从保安处分里面的相关非犯罪行为内容，命名为犯罪法并不符合这些情况。

由此可见，刑法的内容是随着社会的发展规律在不断完善与变化，进而适应社会。但是无论怎样，到底是叫做犯罪法还是叫做刑法，仍然是一个约定俗成的，在设置内容上并没有根本的不同。从我国历史情况来看，刑罚也是一个漫长的发展历程，在古代“法”这个词是犯罪界定和刑罚的法律的统称。春秋时代的《法经》算作我国最早的刑罚，这是最早的惩罚。后来商鞅变法，把刑法改成“法律”，其内容不仅仅是惩罚，而是相关的惩罚条例。一直以来，固有概念认为我国古代的刑律始于汉朝，但实际上秦律才是最早存在的刑法条例合集，即刑法在秦朝已经存在。因此，秦律、汉律、晋律一直到唐律皆得以延续下来，并被广泛应用、施行。

二、刑法学中概念创制及解释

学者贝卡利亚曾说过，只有法律才能为犯罪规定刑罚。刑法因此需要为自身划定一个边界，而所谓的刑法边界理论，指讨论刑法的边界问题，借此判断一类行为是否应当被纳入刑法规制当中。换言之，判断一种行为是否受到刑法的约束，是需要通过刑法边界理论来决定的。针对这一思想，德国刑法学界提出法益学说，认为只有服务于保护法益免于遭受损害的刑罚为构成要件，才算具有正当性。苏联刑法学界则秉持用社会危害性作为犯罪本质特征。我国刑法学界时至今日对于这两种学说的选择仍然存在争议，但主流观点采纳社会危害性这一判断标准，并认为一种行为是否应当适用刑罚时，需要这种行为同时满足两种条件，即一是社会危害性，二是刑法介入的不可避免性。刑法创制分为立法创制、司法创制和学理创制。立法创制即立法者的创制，所以立法的根本目的是一切立法的根本基础，又因为法律创制就是刑法说明书，所以立法创制就是对立法人的创设和说明，其参考作用就更为直观、明确了。毕竟提出构想者可以使用的创制，能够产生现实的借鉴意义。司法创制就等于产品推出了，司法部门在具体实践中的创制，因为长期使用，所以其创制也有参考性。最后是按学理创制的，这就更加简单，只要在这个刑法出台后，可以根据该文字的含义来给出创制说明。

刑法创制手段，主要包括创制技巧和创制理由。创制技巧是选择一个方法，而创制理由则是怎么选用这种方法。手段可以选择一个，提供得越强越充分。而创制手段可以是一种，给出这个创制技巧的创制理由是越多越充分。创制方法的扩大创制，由于其所存在的滞后属性，对相关语言文字的描述也会存在着一些弹性。刑事创设的扩大创制必然是适当拓宽的适用范围，而不利被告，故刑事创设并不必然是利于被告。而不利被告的创设也是可能出现的。虽然从一般意义上来说，利于被告也是一个惯例，但并非必然，更没有准则。至于利于还是不利于，还是要结合刑法的目的进行概念创制。

创制技巧之于缩小的创制，就是缩短至核心含义，而不是去掉一点就可以。有一个刑法概念叫做目的性限缩，它和缩小创制很容易混淆，所谓目的性创制就是把创制缩去了。创制理由之总体创制，也就是联系上下文，对刑法条文加以创制、解释。可理解为格局创制，成体系，但注意不要漫无目的地创制、释义。创制理由之体系创制，而体系创制不需要对词语的含义进行统一，但由于上下文影响和侵犯权力的轻重不同，所以是有差异的。例如，传播淫秽物品罪与传播性病罪，第一种就比第二种危害轻，而相对应的第一种就要行为更严重些再加以处理，但如果第二种行为存在也就必须处理了。创制理由之当然创制，尽管刑法已经规定了传播有关的问题，但在实际中所出现的案例，远超相关刑法所规定的范围内容。

三、刑法学中个人信息刑法保护的概念创制

（一）美国个人信息刑法保护的思想来源

我国的“个人信息”对应美国法中的“信息隐私”。该说源自于1890年，沃伦和布兰迪在《论隐私权》一文中首次提出该说法，使得隐私权成为一种独立的权利，被美国法律所讨论。1977年，美国法院通过判例重新定义了个人信息隐私权，即个人信息隐私权是对本人就其信息所行使的隐私权，并强调了个人对信息的更强大的支配权与权利控制力。美国信息安全法律体制对于个人信息保护体系的建设起到了一定的推动作用，国家安全法也对公民的个人信息保护做了一些细节化的规定。据此，隐私法对于美国的司法学界来说，有着重要的促进作用。美国《模范刑法典》规定了侵犯隐私构成轻罪，主要行为方式有两类，一是非经许可不得非法侵入私人场所进行窃听或者监视；二是非经许可不得秘密截获通信、或明知是非法截获的通信而泄露等侵害通信秘密的行为，在一定程度上也反映出美国对隐私权的刑法保护的大致方向已经确定。

在公民身份信息领域，身份盗窃问题在美国发生的情况较为普遍，美国便通过打击身份盗窃犯罪来保护个人的信息隐私权。美国先后颁布了《防止身份盗窃及假冒法》和

《身份盗窃处罚加重法》，意在保护个人的身份信息与安全。我国相关法学教授认为，身份盗窃罪可以对应于我国《刑法》中的侵犯公民个人信息罪。

（二）德国个人信息保护刑法的立法

作为欧洲大陆法系的经典代表之一，德国刑法将个人信息界定为公众的个人信息。1983年，由于信息自决权理论在“人口普查法案判决”中第一次得以明确，将普通公民的信息界定为公众的个人信息，德国刑法中对公众信息的保护也产生了相应的体系化。因此，联邦德国专门颁布了《联邦资料保护法》对个人信息保护做了强有力的法律保障。德国刑法认为，如果一个人预料国家会记录他出席某次会议或者参与某项行动，并且有理由相信会造成个人危险，那么他会放弃行使集会的权利，这不会损害个人发展的机会，也会损害公共利益。德国《刑法典》规范了违反言论秘密、违反通讯秘密、侵害别人秘密权、窃取别人秘密的行为，进而实现对个人数据的保护。与此同时，在针对数据安全方面，德国《刑法典》还规定了一些具体罪名，包括探知数据罪、截留数据罪、窝藏数据罪和变更数据罪。

（三）两国立法对我国的启示

美国、德国刑法通过对隐私、秘密、数据等个人信息进行间接保护，我国《刑法》也有类似的规定，比如对通信、住宅和商业秘密的保护。但在隐私保护方面，我国《刑法》并不直接保护，而是间接保护。德国《联邦个人数据保护法》规定犯罪必须以故意为必要条件；《美国法典》规定的“身份盗窃罪”也需要以“明知”为前提。反观我国侵犯个人信息罪的主观方面也要求是故意行为，这些规定有助于刑法谦抑性的实现。

我国对个人信息犯罪的处罚是只打击个人信息的收集，而不打击个人信息的处理和利用，而德国和美国的刑事立法对个人信息的保护更加细致，涵盖了信息的收集、处理和利用等各个方面，这对于我国《刑法》关于个人信息内容的完善具有更加良好的借鉴意义。2021年8月20日通过的《个人信息保护法》毋庸置疑地为社会现存的对相关违法犯罪行为的研究注入了一针强心剂，该法律的坚持落实了国家以人

们权利为核心的根本宗旨，切实地维护了人们的信息权利，关注了信息保障方面的突出问题。我国对个人信息的刑事立法保护是从《刑法修正案（七）》开始规定的，该修正案首次设立了关于个人信息的两项罪名，但是并没有有效地遏制住该类案件的发生。相反，侵犯个人信息的案件数量不降反增。其后，《刑法修正案（九）》又对以上两个罪名作出了调整，从罪名主体和法定量刑标准方面都作出了细节化调整，但仍遗留着刑事情节标准不清晰等问题。而对于现实中不断出现的案例，最高人民法院也与最高人民检察院共同制定了法律裁判说明，但是因为整体欠缺完备的刑法保护体系。因此，司法解释也无法有效遏制案件的发生。我国对个人信息保护在经历了三个法律文件的规定后，刑法保护体系虽已初步建立，但相关概念的使用与创制亟待解决。

四、结束语

刑法的具体定义，通常是刑法是规范犯罪行为的惩罚以及对相关内容、罪行处理方式的法律法规。在刑法定义中可以明显发现两个特点，一是惩罚犯罪，二是保障人们权利。因此，在刑法学中的概念使用中要尤其注意不能使用虚概念、非概念等转移相关争议问题的焦点，创制的概念要在符合相关刑法学基本要求下，才会具有实际的参考作用与价值。

参考文献：

- [1]行江.刑法学中法律罪责概念的提倡[J].东南法学,2017(01):97-106.
- [2]许薇薇.犯罪的概念在犯罪学与刑法学中的对比[J].法制博览,2016(32):221,220.
- [3]李长栓.刑法学中的几个概念及其翻译[J].东方翻译,2016(05):64-67,85.
- [4]曹玲.试述刑法学中的事实概念与规范概念[J].法制博览(中旬刊),2013(07):77-78.

作者简介：

李岩(1989—),男,汉族,山西太原人,本科,研究方向:刑法学。