

新形势下刑法边界的 理论与实践

XIN XINGSHI XIA XINGFA BIANJIE DE
LILUN YU SHIJIAN

重庆市法学会刑法学研究会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

新形势下刑法边界的 理论与实践

XIN XINGSHI XIA XINGFA BIANJIE DE
LILUN YU SHIJIAN

重庆市法学会刑法学研究会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新形势下刑法边界的理论与实践 / 重庆市法学会刑法学研究会编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-1817-6

I. ①新… II. ①重… III. ①刑事犯罪—研究—中国
IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 321855 号

新形势下刑法边界的理论与实践

XINXINGSHI XIA XINGFA BIANJIE DE LILUN YU SHIJIAN

重庆市法学会刑法学研究会 编

策划编辑 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众出版第二分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 31.25

字数 568 千

版本 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1817-6

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

新形势下刑法边界的理论与实践

编辑委员会

主 任:梁 田

副 主 任:卢祖新 戴 军 戴仕俸 陈忠林

梅传强 但彦铮 王和仲 胡红军

王弘剑 刘澜平 吴立勋

委 员:冉 劲 陈远平 廖 鹏 戴 萍

陈 伟 徐丽霞 焦艳鹏 郝 川

肖 洪 石经海 卢有学 袁胜强

张 波 吴 雯 詹文渝 陈灿宇

李 纲 张智勇

执行编辑:肖 洪 邹 兵 姚万勤 曹忠鲁

序

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范,同民法、行政法等一样,是一门独立的法律,但民法和行政法有其独立的调整对象,而刑法有没有独立的调整对象呢?对此,我国法学界一直都主张:刑法没有自己独立的调整对象。因为其他部门法调整的都是特定的社会关系,而刑法调整的社会关系除了较其他部门法更为广泛外(几乎包括所有其他部门法调整的社会关系),与其他部门法调整的社会关系并无差别。区分刑法与其他部门法的标准不是刑法调整的社会关系,而是刑法特有的制裁措施——刑罚^[1]。因此,刑法与其他部门法的界限问题,也就关系罪与非罪的问题,关系刑法的保护与打击范围问题。

在司法实践中,也存在诸多疑惑。大家熟知的天津摆射击摊的老太非法持有枪支案,一审被判处有期徒刑三年六个月,后全国舆论哗然,二审后判处其有期徒刑三年,缓刑三年。内蒙古王力军收购玉米非法经营案,一审以非法经营罪判处其有期徒刑一年,缓刑两年,后经再审改判无罪。2017年在司法界影响最大的山东聊城于欢故意伤害案,一审也被法院以故意伤害罪判处无期徒刑,但二审认定于欢属防卫过当,改判为有期徒刑5年。上述案件,即涉及罪与非罪,也涉及实刑与缓刑、行为性质的认定,因此,一审与二审、再审的结果,发生了质的变化。那么,刑法的界限到底是什么?在司法实践中,究竟应如何区分刑法与其他法律的适用?如何准确认定犯罪?达到案件法律效果、社会效果和政治效果的有机统一?是我们当前刑法适用不得不思考的一个问题。

基于此,我们重庆市法学会刑法学研究会召集市内各高等院校、法律研究机构和公、检、法、司、安等司法实务部门的同志对刑法的界限问题进行了认真的研究,并结集成册,希望对重庆乃至全国的司法办案有所借鉴,让“有罪的人”受到该受的惩罚,让无罪的人不被追究,让每一名人民群众都感受到公平正义,进一步推动我国法治进程。

我们对刑法界限问题的研究,既有当前刑事理论研究的前沿问题,也有司法实践中的热点难点。如针对当前高度重视被追诉人的各项诉讼权利,而对被害人权利保护不够的问题,有资深检察官提出,刑法是不是“被追诉人的大宪章”?现有的法律对被追诉的人权是否有过于强调保护之嫌?遂从犯罪的本质、刑罚的根据、刑法的调整对象和刑法的

[1] 肖洪:《刑法的调整对象》,载《现代法学》2004年第6期。

目的与任务等方面作出分析,强调刑法中保护的都应当是包括被害人、被追诉人在内的全体公民的人权,对被害人的保护同样重要。事实上,由于被追诉人是刑事诉讼程序中最直接的当事人,为了避免冤假错案,确保公平公正,我们往往高度重视被追诉人权利的保护,但被害人的权利谁来保护?如何保护?被害人精神如何抚慰?经济损失如何得到赔偿或补偿?这无论是在司法理论研究,还是在司法实践中,都还有更进一步的研究和操作空间。

在信用卡诈骗犯罪中,如何认定恶意透支中“以非法占有为目的”?透支后用于合法生产经营是否都可以认定为不具有“以非法占有为目的”?《刑事审判参考》第1120号案例梁保权、梁博艺信用卡诈骗案撤回起诉案公开后,于是就有观点认为,只要将信用卡透支款项用于合法经营,即使因经营不善等原因无力还款,就不能认定为“以非法占有为目的”,进而不能认定为恶意透支,也就不构成信用卡诈骗罪,许多辩护律师基于此观点,对将透支款项用于合法经营的信用卡诈骗案多做无罪辩护。在实践中,将透支款项用于非法活动的,只是少数,但是否用于合法生产经营就不能认定“以非法占有为目的”?大家对“以非法占有为目的”与“将透支款项用于合法生产经营”的关系进行了深入的研究,相信对信用卡诈骗罪的认定必将有所裨益。

随着社会的发展,一些新类型案件也层出不穷。如秘密转移他人“支付宝”账户资金行为如何认定?支付宝是当前国内用户占有率较高的第三方网络支付平台,其“简单、安全、快速”的特点让网络支付变得更加普及,但同时也滋生了一系列与平台相关联的犯罪案件,如有的直接转移支付宝账户内资金到自己账户,有的冒用他人支付宝账户进行蚂蚁花呗套现,有的转移账户所绑定银行卡内资金等,行为相似,手段不同,如何从刑法界限的角度来准确定罪,也是司法实践中的一个难题。

此外,在一些常见犯罪中,也存在一些疑难复杂问题,如“事后受贿”定性问题,两次以上交通肇事犯罪中刑法因果关系的认定问题,盗窃罪与诈骗罪数额较大、数额巨大标准倒挂的问题,P2P网络借贷中虚假宣传行为的刑法适用等互联网犯罪问题以及虚假诉讼罪、污染环境犯罪等新罪名的认定问题等的研究,也对刑法界限的认定极具现实意义,我们希望能够引领大家进行深入的研讨和思考,准确理解刑法的界限,在司法实践中做到不枉不纵。

虽然本书提供了一些前沿的刑法学理论和当前司法实务中一些疑难复杂案例,但由于本书时间仓促,撰写文章的作者多为一线办案的司法人员,实践经验丰富,理论研究水平难免不足,请多提宝贵意见。

编者

2017年10月16日

目 录

上篇 刑法的边界理论研究

论新形势下刑法观念的变革

——以刑法中的人权保护为视角	钟 勇 王昌奎	3
----------------------	---------	---

风险社会语境下刑法与行政法关系辨析

——以无根豆芽案为例	夏 阳 高 斌	13
------------------	---------	----

多元社会的新维度与刑法立法的层次性思维

——一种“双向互动式”新理念的运用	陈 伟 熊 波	20
-------------------------	---------	----

论刑罚与行政处罚的同质性与择一适用原则	赵 赤	41
---------------------------	-----	----

论法条竞合中特别关系的处断原则	夏 凯	48
-----------------------	-----	----

行政处罚行为的刑事再评价	邓德兵	56
--------------------	-----	----

对死缓变更为死刑立即执行条件中“故意犯罪,情节恶劣”的

界定	彭麟添 李海蛟	63
----------	---------	----

共犯本质论	彭德军	70
-------------	-----	----

试论作用力大小在立功认定中的作用	刘桂华	77
------------------------	-----	----

论刑罚执行期间发现漏事实进行数罪并罚存在的不合理性	宋兴辉	83
---------------------------------	-----	----

一般累犯中如何界定刑罚执行完毕时间点

——以前罪为故意和过失犯罪并罚时为视角	宋兴辉	90
---------------------------	-----	----

“以暴制暴”刑事案件中正当防卫时间的认定

——以期待可能性理论为视角	刘桂华	96
---------------------	-----	----

单位落入行政处罚与刑事处罚的风险预警、衔接争议及关节点修复	李 洁	101
-------------------------------------	-----	-----

论司法实践中刑法的解释与运用	邱 净	109
----------------------	-----	-----

下篇 刑法的边界实务研究

侵犯公民个人信息罪司法适用中的几个重要问题	唐继红 董成帅	117
-----------------------------	---------	-----

侵犯公民个人信息罪法律适用研究	崔建华	122
侵犯公民个人信息罪中“违反国家有关规定”的限缩解释 ——兼对法释〔2017〕10号司法解释第二条之评析	胡江	129
侵犯公民个人信息罪司法认定研究 ——基于91份裁判文书的展开	张广超	138
信用卡诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的司法认定 ——以将透支信用卡的资金用于正常经营为视角	曹忠鲁 刘海东 李建龙	147
诈骗罪与合同诈骗罪的司法认定	胡红军 胡胜	151
恶意透支信用卡现金分期业务款项行为认定	陈川 郭潇	158
信用卡诈骗犯罪中“两次催收不还”与“以非法占有为目的”的 认定	黄玲	164
“以非法占有为目的”之刑事推定 ——以合同诈骗罪为视角	陈健 严颖婷	168
连环租车诈骗案件认定问题研究	王国平	176
论合同诈骗罪之司法适用	陈健	183
P2P网络借贷中虚假宣传行为的刑法认定研究	胡江 黄丽钦	190
论互联网非公开股权融资领域的非法集资行为 ——基于中国各大互联网非公开股权融资平台实证分析研究	姚子健	198
互联网金融犯罪之刑法规制探析	王远伟	205
通过“伪基站”发送虚假短信窃取银行卡信息和财产的行为应 如何认定	李鹏	212
浅析销售型电信诈骗的认定和规制对策	周厚林	216
当前电信诈骗犯罪的特点及应对策略研究 ——以2017年中国裁判文书网212件案例文书为分析样本	郭敏 杨蜜	220
非法集资犯罪司法处置的困境及出路 ——以重庆法院近三年来的审判实践为样本	张波 郑旭	226
骗取贷款罪疑难问题研究	崔志鑫	236
秘密转移他人“支付宝”账户资金行为的定性分析	龙燕	244
涉众型经济犯罪被害人诉求实现若干问题初探	郑兴时	250
审慎认定“事后受贿”	赵长青	254
论贿赂犯罪数额基础性地位	熊明明	259
职务犯罪罪犯刑罚变更执行的实证分析 ——以C市职务犯罪罪犯减假暂为样本	庞旭 刘召华	266

贪污受贿犯罪量刑标准实证研究

——以《贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》为背景

..... 刘海东 陈玮煌 郑杰炜 274

“代购毒品”行为法律适用疑难问题研究

——以重庆市 B 区检察院为样本 赵 靖 286

毒品犯罪案件被告人涉案财物处置问题研究 陈其琨 陈 超 295

盗窃毒品入罪的立法证成和司法认定 方海涛 304

毒品犯罪案件侦办过程中的若干问题实证研究

——以重庆市检察院第 W 分院辖区内九县区审查逮捕实践为分析样本

..... 高蕴嶙 310

吸毒者持有、运输毒品的司法认定

——从《武汉会议纪要》的相关规定展开 唐 艳 周 伟 印 聪 318

我国未成年人毒品再犯问题之检视 胡 江 邬梦瑶 328

当前典型毒品犯罪新特点实证分析 程天民 337

“代购毒品”批判 王登辉 342

走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪刑罚适用实证研究

——以 2008~2013 年 6 年间 HN 省审结的判决书为样本 查国防 赵 甫 350

污染环境犯罪刑法干预姿态检视

——基于两个司法解释的比对分析 彭景理 364

无许可证存放危险废物的行为属于“非法处置” 罗 倩 373

污染环境犯罪缓刑适用的实践与规范 吴 比 徐 良 377

浅论环境资源刑事保护的现状及策略 范建平 刘永棋 386

购买虚开的“假发票”的司法认定 詹文渝 张福坤 姚振宇 394

虚假诉讼罪的刑法规制 杨 晓 402

统一盗窃、诈骗罪入罪数额之构想 彭劲荣 410

论刑法第 306 条之妨害作证 张 涛 417

组织、领导传销活动罪疑难问题精解

——以“5·22”特大组织、领导传销活动案为例 李建龙 424

抢劫罪的双重法益与财产法益双层论

——兼论抢劫罪对象问题 陈健炜 428

抢劫罪与敲诈勒索罪的界限认定

——以程某某、王某等抢劫案为切入点 王美玉 李清芸 436

刑事审前阶段排除非法证据的误区 王德凡 441

《刑法》第 115 条之财产损失的理解与适用 詹惟凯 453

再论“人肉搜索”的刑法规制	刘湘康 杨超林	461
骗取出境证件罪的罪刑缺陷及其重构	陈 伟 张江飞	468
生产、销售假酒法律适用问题研究	欧阳海灵	477
论二次交通事故中交通肇事罪的认定		
——以韩某某交通肇事案为例	康钦平	482
论醉酒型危险驾驶罪的司法调试与完善路径	胡斐斐	487

上篇 刑法的边界理论研究

论新形势下刑法观念的变革

——以刑法中的人权保护为视角

钟 勇* 王昌奎**

刑法实质上是一部人权保护法,因此刑法观念的变革应首抓人权保护观念的变革。当前,我国刑法学界和刑事司法界存在这样一种认识误区,认为刑法是“犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人(以下简称‘被追诉人’)的大宪章”,他们片面地强调刑法要保护的是被追诉人的人权,有的甚至还提出“宁可错放,也不错判”。我国绝大部分刑法学者和司法人员曾一度都认为,刑法要保护被害人的权利。随着这种理念之弊端的逐渐暴露^[1],近年来,在对“严打”思维和冤假错案的批判声中,我国刑法学界和刑事司法界的人权保护观念发生了极大的转变。毫无疑问,被追诉人和被害人的人权都应得到刑法的平等保护。但过度强调保护一方的人权,则必然会伤及另一方的人权,伤及广大无辜群众的人权,而且必然会伤及司法公正和社会和谐。那么,刑法到底应保护谁的人权?笔者认为,刑法应保护的既不单单是被害人的人权,也不单单是被追诉人的人权,而是包含被害人、被追诉人和广大无辜群众在内的全体公民的人权。当前,无论是刑法学界还是刑事司法界,都应树立“保护全体公民人权”这一新的刑法观。

一、为什么说刑法应保护全体公民的人权

(一)从犯罪行为的本质来看,刑法保护的是全体公民的人权

对犯罪行为的本质,刑法学界争议很大。但归纳起来,对犯罪本质的认识主要有以下三个角度:(1)从客观危害的角度探讨犯罪的本质,也称客观危害论。主要有费尔巴哈的“权利侵害说”和李斯特的“法益侵害说”^[2]。我国刑法中也有“社会危害性”理论,认为犯罪是一种严重危害社会的行为。(2)从主观罪过方面探讨犯罪的本质,也称意志对立

* 钟勇,重庆市人民检察院第四分院党组书记、检察长。

** 王昌奎,重庆市人民检察院第四分院职务犯罪预防处处长,刑法学博士。

[1] “严打”概念的提出,余祥林、赵作海等错案的发生都是这种思维模式的必然结果。

[2] 费尔巴哈认为,犯罪是对公民个人权利的侵害;李斯特则认为犯罪实质上是对法益的侵害。

论。主要代表人物有奥斯丁、黑格尔、马克思等,包括规范违反说、命令违反说^{〔1〕}。(3)从人格方面探讨犯罪的本质,也称人身危险论。主要代表人物有龙伯罗梭、加洛法罗、菲利等^{〔2〕}。

这三种观点均值得商榷。如“权利侵害说”,民事侵权行为、行政侵权行为也是对权利的侵害,为何未作犯罪处理?为何在中国持有枪支就是对公民权利的侵害,在美国持有枪支就不是对公民权利的侵害?如果犯罪行为仅仅是对公民个人权利的侵害,为什么国家要动用一切暴力机器来惩罚犯罪?“法益侵害说”也不例外:违反民法、行政法的行为也是法益的侵害,为何未作犯罪处理?“社会危害”一词也无法将犯罪行为与民事违法行为、行政违法行为区别开。法益侵害说和规范违反说、命令违反说都存在一个共同的问题——对立法权无法进行限制,立法者可以随意地将一些并不重要的利益上升为法益,随意地制定刑法规范,随意地发布命令。显然,这对处于绝对弱势的广大人民群众来说是极其危险的。人身危险论则根本无法把握,似乎可以把所有的人都抓起来,因为每个人看起来似乎都有一定的人身危险性。按这种理论,精神病人也具有人身危险性,且病得越厉害其人身危险性越大。

针对上述犯罪本质论的缺点,结合对犯罪行为特有的处罚措施——刑罚的特点和相关法律规定,陈忠林教授提出了“人权侵害说”。陈忠林教授认为,犯罪行为实质上是一种侵害或威胁全体公民人权的行為。“人权侵害说”克服了传统犯罪本质论的缺点,科学地解释了现代法治国家都要动用一切力量惩罚犯罪的根本原因,而且科学地划定了犯罪行为与民事侵权行为、行政侵权行为的外部边界,对立法者和司法者科学把握犯罪圈也具有一定的指导作用,从而在一定程度上达到了限制立法权和司法权的目的。因此,“人权侵害说”相对而言更科学、合理。

由于犯罪行为侵犯的是全体公民的人权,所以刑法中保护的自然是全体公民的人权。

(二)从刑罚的正当根据来看,刑法保护的是全体公民的人权

对刑罚权的正当性的解释,刑法学界主要有两种学说:报应主义和功利主义。报应主义者认为,刑罚是对犯罪人实施的犯罪行为的报应,行为人选择去实施应该受到刑罚处罚的错误行为,受到刑罚处罚是罪有应得。功利主义者认为,刑罚的适用是为了预防犯罪,即通过剥夺或限制已经表现出人身危险性^{〔3〕}的犯罪人的基本人权,来限制犯罪人的犯罪能力,教育改造犯罪人,威慑其他具有人身危险性的人,从而控制犯罪、减少犯罪。但上述观点都存在问题:(1)按通说,人权只能作为目的被保护,不能作为实现其他任何目的的工具,国家为了预防犯罪或让犯罪人得到报应就可以剥夺或限制公民的基本人权?国家

〔1〕 如黑格尔认为犯罪是个人犯罪意图的体现,马克思认为,犯罪的实质是“孤立的个人反抗统治关系的斗争”的对抗。

〔2〕 三位学者均认为,犯罪是犯罪人反社会人格的一种表征。不过,犯罪人反社会人格的形成,龙伯罗梭认为与其生理原因有关,加洛法罗认为与其心理有关,而菲利则认为与其内部心理和外部社会条件均有关。

〔3〕 即犯罪人对社会规范持漠视、蔑视的人格态度。

能不能把公民作为实现社会目的的工具?(2)上述观点并不能回答刑事责任与民事责任、行政责任有何本质区别。(3)功利主义理论为司法者打着“预防犯罪”的幌子滥用刑罚工具提供了理论依据〔1〕。

那么,国家剥夺或限制公民个人人权的正当性何在呢?考察一下世界各国的刑罚,我们不难发现,无论哪个国家的刑罚都表现为对公民的自由权、财产权、政治权利甚至是生命权的剥夺〔2〕。而且,刑罚完全以剥夺公民最基本的人权〔3〕为内容,以完全剥夺公民最基本的人权为限度〔4〕。众所周知,人权是一个人做人的基本权利,具有终极价值,神圣不可侵犯。而且,正如上文分析,国家存在的唯一目的和其主要任务就是保护其公民的人权。那么,以保护其成员利益为神圣职责,以维护公民人权为根本宗旨,承担着“尊重和保障公民人权”根本义务的国家,为什么还要利用刑罚权来限制、剥夺犯罪人最基本的人权?国家有什么正当理由来剥夺或限制一个公民最基本的人权呢?《世界人权宣言》第29条明确规定:“人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制,确定此种限制的唯一目的确在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”〔5〕。可见,国家剥夺或限制公民个人的基本人权,理由只有一个:国家只有为了保护全体公民的人权且只有在迫不得已的情况下才能剥夺公民个人的人权。什么叫迫不得已?内涵有四:(1)其他法律不能有效调整;(2)如果不用刑罚调整,相应的法律制度就会崩溃;(3)如果不用刑罚调整,社会成员普遍感到自己的基本权利就会受到威胁;(4)刑法所保护的利益必须大于所牺牲的利益。可见,国家之所以要利用刑罚权限制或剥夺犯罪人个人的人权,实在是没有其他办法,为了保护“全体公民人权”这个更大的利益,不得不牺牲犯罪人“个人的人权”这个相对较小的利益〔6〕。换言之,国家适用刑罚的正当根据只能是保护全体公民的人权〔7〕。

由于国家使用刑罚剥夺公民个人人权的正当根据只能是为了保护全体公民的人权,所以刑法保护的只能是全体公民的人权。

〔1〕 当前,刑法学界出现了将刑法理论与道德价值割裂的趋向,功利主义理论难辞其咎。报应刑理论也为社会报复犯罪人提供了理论支持,助长了憎恨犯罪人和复仇的情绪。当前,我国不少司法者和学者仍然热衷“严打”,重刑观念仍然具有一定市场,原因也在于此。

〔2〕 如管制、拘役、有期徒刑和无期徒刑是对自由权的剥夺,罚金和没收财产是对财产权的剥夺,剥夺政治权利是对政治参与权的剥夺,死刑是对生命权的剥夺。

〔3〕 包括人身权、财产权、政治权利,甚至生命权。

〔4〕 如终身监禁、没收全部财产、剥夺政治权利终身甚至死刑。

〔5〕 《欧洲人权公约》第8条也有类似规定:“任何人对于自己的私生活和家庭生活、住宅及通讯都有权受到尊重,除非依据法律并且在民主社会所必要的范围内出于国家安全、公共安全或国家的经济福利的利益,为了预防骚乱或犯罪、保护健康或道德或者保护他人的权利和自由,公共机关不得干预这项权利的行使”。

〔6〕 正如上文分析,犯罪的本质在于对包括被害人、无辜者个人人权在内的“全体公民人权”的侵害和威胁,所以国家不得不对其实用刑罚处罚,不得限制或剥夺犯罪分子的人权。

〔7〕 如果仅仅为了保护公民个人的人权,国家就没有必要动用刑罚。如果国家为了保护公民个人或少数人的人权而动用了刑罚,那么这个行为就是不正当的。

(三)从刑法的调整对象来看,刑法保护的应是全体公民的人权

按照我国法理学界的通说,法律规范所调整的社会关系——调整对象是划分法律部门的主要标准。任何一个部门法之所以能独立存在,就是因为它有与别的部门法不同的调整对象——社会关系^[1]。不过,对刑法的调整对象,刑法学界却出现了“刑法从属性说”与“刑法独立性说”两种不同的观点。“刑法从属性说”认为,刑法所保护的利益基本上都是由其他部门法先行确定的权利或义务,刑法所处罚的犯罪基本上都是首先为其他法律所禁止的行为,其他部门法的调整对象都可以成为刑法所调整的社会关系,因此,刑法没有自己独立的调整对象,不是独立的法律部门^[2]。“刑法独立性说”则认为刑法不但有自己独立的调整对象,而且有自己独立的行为规范^[3],有自己特有的任务和功能,有自己特有的规范体系^[4],因此是独立的法律部门。我国当代著名的刑法学家几乎都持这种观点^[5]。但刑法特有的调整对象到底是什么,我国刑法学界则出现了“广泛社会关系说”“罪刑关系说”“刑事法律关系说”“刑事责任关系说”四种不同观点,不过这四种“关系”都是一些抽象关系,难以把握。根据这四种观点,我们仍然无法找到刑法与其他法律部门的本质区别到底何在,更不能回答什么样的行为可以纳入刑法调整的范围,为什么这些行为不由其他部门法调整而由刑法调整等问题。那么,刑法特有的调整对象到底在哪里?

众所周知,刑罚是刑法特有的制裁措施,刑罚是刑法在形式上区别其他法律部门的唯一标志,因此,科学界定刑法的调整对象必须从刑法特有的调整手段——刑罚入手。考察刑罚权的运用过程,我们可以发现:刑罚的一端是掌握刑罚权的国家,而另一端是因犯罪而受到刑罚处罚的“孤立的个人”。换言之,刑罚的主体和适用对象说明,刑罚不仅是一种制裁措施,更反映了这样一种特殊的社会关系:国家和作为个人的公民之间的关系。结合上文刑罚的正当根据——为了保护全体公民人权,我们可以得出这样一种结论:刑法调整的是这样一种社会关系——全体公民人权与公民个人人权之间的关系。根据这一结论,我们可以发现,刑法与民法、行政法的界限变得更加明晰:刑法调整的全体公民人权与公民个人人权之间的关系,民法调整的是平等主体之间的关系,行政法所调整的是国家行政机关与公民个人之间的关系。

[1] 正因法律部门之间的本质区别在调整对象不同,所以几乎所有的民法学教科书和行政法学教科书都从民法、行政法特有调整对象的角度入手来界定民法和行政法的概念。

[2] 卢云:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第17页。

[3] 如禁止杀人、抢劫、强奸等就是其他部门法中没有的行为规范。当然,对于这些规范的性质,国外刑法学界也有不同看法。如德国刑法学家宾丁认为这些禁令,既不是刑法的一部分,也不是其他法律部门的一部分,而是一些独立的公法规范。支持刑法从属性说的人则认为,刑法中的这一部分规范是刑法用制定法的形式对传统的根深蒂固的习惯法的认可。

[4] 如有系统完整的总则规范,有犯罪的预备、未遂、共同犯罪等任何其他部门法中不可能存在的特有制度。

[5] 马克昌著:《外国刑法学总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社2009年版,第6页。陈忠林著:《刑法学》,法律出版社2007年版,第1页。张明楷著:《刑法学(上)》,法律出版社2009年版,第19页。陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2005年版,第1页。

由于刑法调整的对象就是全体公民人权与公民个人人权之间的关系,所以刑法中保护的自然人只能是全体公民的人权。

(四)从《刑法》的目的和任务来看,刑法保护的应是全体公民的人权

我国《刑法》第1条规定:“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家和社会公共安全,维护社会主义秩序,根据宪法,制定本法”。对这一条的理解,分歧很大。传统的观点认为,我国《刑法》的目的是“打击犯罪”。当前,绝大多数学者都认为,我国《刑法》有双重目的:打击犯罪、保护人权。事实上,这两种理解都存在明显问题:“打击犯罪”就意味着要动用刑罚,动用刑罚就意味着要剥夺犯罪人的人权,显然,这马上就与《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会及文化权利国际公约》和我国《宪法》的规定对立起来了。根据上述法律文件,人权神圣不可侵犯,国家要尊重和保护人权,对人权不能随意限制,更不能随意剥夺。这种观点不仅与上述人权文件精神对立,而且还与国家的基本职责和主要任务——“保护人民”^{〔1〕}对立,与犯罪的本质、刑罚的根据、刑法的调整对象等理论对立^{〔2〕}。相反,如果我们将《刑法》的目的和任务理解为“保护人权”,那么,根据《世界人权宣言》第29条规定,国家为了保护全体公民的人权,在迫不得已的时候,可以通过法律明确规定,限制或剥夺公民的人权^{〔3〕}。

由于《刑法》的目的和任务是保护全体公民的人权,所以刑法保护的自然人应是全体公民的人权。

二、刑法为何要保护全体公民的人权

刑法中,国家(政府)之所以要保护全体公民的人权,是由国家(政府)与人民之间的关系决定的。

在专制统治时期,国家(政府)与人民之间的关系通常表现为统治与被统治关系。统治者为了证明其权力的正当性,常常鼓吹国家权力来自于“神意”^{〔4〕}“上帝”^{〔5〕}

〔1〕 国家的基本职责和主要任务的分析详见本文第三部分“刑法中为何要保护全体公民的人权”。

〔2〕 关于犯罪的本质、刑罚的根据、刑法的调整对象详见上文分析。

〔3〕 这种观点无论是与我国《宪法》的规定还是与上文提到的犯罪的本质、刑罚的根据等刑法理论都高度契合。事实上,《刑法》的目的与任务还可从国家(政府)与人民的关系这一角度推理出来。

〔4〕 在西方,早在公元前2500年早期美索不达米亚的历史文献中就有关于“神意”的记载。这种学说把神设想为社会真正的首脑,国王是神的化身,认为国家权力来源神的旨意。

〔5〕 西方有上帝造人之说。在基督教中,上帝是永恒的存在,创造和治理世界。