

New Research on Identity in
Criminal Law

刑法中身份新论

狄世深 © 著



北京燕山出版社
BEIJING YANSHAN PRESS

刑法中身份新论

New Research on Identity in Criminal Law

狄世深 © 著



北京燕山出版社
BEIJING YANSHAN PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中身份新论 / 狄世深著. -- 北京 : 北京燕山出版社, 2016.3
ISBN 978-7-5402-4104-9

I. ①刑… II. ①狄… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 056635 号

刑法中身份新论
XINGFA ZHONG SHENFEN XINLUN

作 者	狄世深
责任编辑	王月佳 常思薇
责任校对	张瑞武
社 址	北京市西城区陶然亭路 53 号 (100054)
网 址	http://www.bjyspress.com/
微 博	http://e.weibo.com/u/2526206071
电 话	010-65240430
传 真	010-63587071
印 刷	北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本	16
字 数	250 千
印 张	13
版 次	2016 年 3 月第 1 版
印 次	2016 年 3 月第 1 次
定 价	48.00 元
出版发行	北京燕山出版社

版权所有 盗版必究

序 言

身份是多门人文、社会学科都会或多或少谈及的一个问题,只不过由于各自研究角度的不同,身份在不同学科中具有不同的内涵、外延和意义。各门法学学科中的身份同样也是各有所指、各不相同,其中,由于刑法担当着其他部门法保护法即后盾的角色,刑法中身份涵盖的范围在所有法学学科中是最广的。就刑法中身份的意义和价值来讲,它涉及到对行为人刑事责任的追究、被害人合法权益的保障等诸多方面,可见,从刑法学的角度探讨身份无疑是现代刑法理论发展过程中一个不容轻视、复杂而又重要的课题。

从历史上看,传统中国是一个讲究等级身份的国度,中国古代社会可以说就是一个持续了数千年的身份制社会。在传统中国社会里,社会结构及运作的基本单位是身份的而不是个人的。在日常生活中,传统中国人几乎一切都是以身份为重。更确切地说,是身份生存重于个人的生理生存,身份荣辱重于其他荣辱,身份价值重于个人其他发展,身份目标重于个人其他目标。身份不但成为中国人的社会生活、经济生活及文化生活的核心要素,甚至也成为其人生价值观的主导因素。长久浸润在这种社会文化环境中,传统中国人形成了强烈的身份价值取向和身份情结。^①

由于刑法是统治阶级维护其利益最严厉、最有效的手段,尽管从19世纪下半叶开始,特别是自1949年新中国成立以来,传统的等级身份制受到了强烈的震撼,等级身份在政治、法律和人们的日常生活等各个领域逐渐消失,契约取向已经发生,但传统的身份观念仍有很强的生命力。长期以来,因受我国传统身份观念及各种政治因素等的影响,普通民众对身份一直就显得特别敏感,有时甚至达到了“谈身份色变”的程度。故而,人们也就很少去奢谈身份,刑法中的身份问题也就同样难免被学者们所长期冷落,研究者不但忽视了其重要性,对其中的某些方面更是讳莫如深,或者不敢去触碰,或者只是进行浅层次的探索。

身份问题被广泛纳入我国刑法学的研究视野,可以说是近二十几年来随着反腐倡廉的兴起才出现的事情,也正是由于这个原因,围绕刑法中身份而展开的对许多理论课题的探讨都令人颇感薄弱,有待进一步深入。就我国《刑法》

^① 参见郭玉锦:《身份制与中国人的观念结构》,载《哲学动态》2002年第8期,第30—31页。

的规定来看,其涉及各种具体身份的条文有许多,但却没有关于“身份”的法定概念;我国理论上的探讨也与此相适应,对各种身份犯罪研究得比较深入,而对身份所做的一般性研究则是相对比较浅显。我国刑法学界对涉及身份的问题进行考究的,多是将其作为探讨其他理论问题时的附属物,比如,许多学者在谈到刑法中的身份时,或者往往只限定在犯罪特殊主体这一范畴内进行,或者只注意刑法中身份犯的身份,或者只关注共同犯罪与身份的关系,而始终没有赋予身份在整个刑法理论之中以应有的独立地位。迄今为止,我国已出版的与刑法中身份有关的专著也多是以“身份犯研究”、“身份犯比较研究”、“身份犯论”、“共犯与身份”等为题。

鉴于上述情况,笔者认为,我们目前迫切需要在广泛参考与借鉴古今中外刑事立法和司法经验以及理论研究成果的基础上,并重点结合当今我国刑事立法和司法的现状、趋势,对刑法中的身份问题进行全面、系统和深入的考察。这无论是对丰富我国刑法中的犯罪构成和量刑理论,确立身份在刑法学中的应有地位,还是对刑事立法及司法实践中与身份有关问题的解决,都具有重要的理论价值和实际意义。

本书对刑法中的身份主要进行了4个方面的研究:(1)科学界定刑法中身份的概念为:刑法中对定罪量刑具有影响的个人人身方面不同于一般人的客观要素。(2)分析了刑法中身份的特征、类型和作用。富有新意地根据人在犯罪中所处位置的不同,将刑法中的身份分为行为人身份、被害人身份和非被害人的行为对象人身份三种。(3)深入探讨了行为人身份与定罪量刑的关系。(4)创造性地论述了被害人身份、非被害人的行为对象人身份与定罪量刑的关系。

目 录

序 言	1
第一章 刑法中身份的概念	1
第一节 身份的一般概念	1
第二节 身份的法律概念	6
第三节 刑法中身份概念的界定	11
第四节 我国古代刑法中的身份	26
第二章 刑法中身份的特征、类型和作用	38
第一节 刑法中身份的特征	38
第二节 刑法中身份的类型	44
第三节 刑法中身份的作用	54
第三章 行为人身份与定罪量刑	66
第一节 行为人自然身份与定罪量刑	66
第二节 行为人法定身份与定罪量刑	82
第三节 单位犯罪中的行为人身份	100
第四节 行为人身份与共同犯罪的定罪量刑	121
第五节 行为人身份与刑种适用	140
第六节 刑法中的身份犯	147
第四章 行为对象人身份与定罪量刑	175
第一节 被害人自然身份与定罪量刑	175
第二节 被害人法定身份与定罪量刑	188
第三节 非被害人的行为对象人身份与定罪量刑	195
余 论	199

第一章 刑法中身份的概念

第一节 身份的一般概念

一、“身份”与“身分”辨析

在界定身份的一般概念之前，我们有必要了解一下“身份”与“身分”的区别及其演变。翻阅我国内地早期的刑法学教材、著作和论文，可以看到，许多学者都习惯于使用“身份”一词，但使用“身分”一词的学者也不在少数。而近二十年来出版、发表的刑法学论著、法学期刊等对“身分”的使用逐渐减少，很多曾使用“身分”的学者也都改用“身份”。就目前来看，我国内地学者已经很少有人再使用“身分”，绝大多数学者都使用“身份”。^①笔者认为，“身份”与“身分”使用上的这一变化同由于各种原因引起的整个社会大的语言环境的变化是分不开的，下面拟就此作一简要介绍和分析。

关于“身份”与“身分”的使用，从目前有一定权威和影响的字典、词典的注释、选词来看，情况是不一样的，大致可分为以下四种：

(1) 把“身份”与“身分”二者并列，提倡用“身份”。例如：由外语教学与研究出版社和语文出版社联合出版、据称是严格按照《中华人民共和国通用语言文字法》要求和国家颁布的所有有关规范标准编写的《现代汉语规范词典》，将“身分”与“身份”各单列词条并皆注音为(shēnfèn)，并在“身分”词条下注曰：“现在一般写作‘身份’。”然后在“身份”条下予以释义。^②很显然，该词典是提倡用“身份”的。再如：1978年版《现代汉语词典》把“身分”列于“身份”之前，合为一个词条解释，而1996年版则将“身分”与“身份”各单列词条并注音(shēnfēn)，在“身份”条下释义，而在“身分”词条下注：同“身份”，2012年版又将“身分”和“身份”的注音改为shēnfèn。1987年版和1998年版《新华字典》在注释字头“分”(fèn)时，都以“身分”为例词，但从2004年版《新华字典》(第10版)开始，就不再以“身分”为例词。1987

① 与我国内地不同的是，我国台湾迄今一直使用“身分”一词。

② 参见李行健主编：《现代汉语规范词典》(第3版)，外语教学与研究出版社、语文出版社2014年版，第1165页。

年版《新华字典》在“身”字头下，以“身分”(shēnfèn)作为复音词加以解释，而1998年以后的版本则改为“身份”与“身分”(shēnfēn)并列，且“身份”在前。2000年版《现代汉语大词典》将“身分”与“身份”各单列词条并注音(shēnfēn)，在“身份”条下释义，并注解：也作“身分”。

(2) 将“身分”与“身份”并列，提倡用“身分”。例如：2002年版《辞海》“身分”词条注释为：“①亦作‘身份’。……②……”2013年版《新华词典》(第4版)将“身分”与“身份”各单列词条，在“身份”条下释义，在“身分”条下注解：同“身份”。

(3) 主张只用“身分”。例如，1988年版《辞源》(合订本)、2000年版《汉语大词典》(普及本)都只用“身分”。

(4) 采取模棱两可的态度。例如：2001年版《汉语大字典》和2003年商务印书馆出版的《古今汉语字典》在“分”字头下注释“分”(fèn)时用“身分”，而注释字头“身”时又写作：身份；地位。

我们再来考察一下“分”和“份”的本义及其演变。(1)《说文·八部》解释说：“分，别也。从八，从刀，刀以分别物也。”可以看出，“分”的本义为分割、分开。后来又进一步演变有辨别、部分、职分、名分等含义。再后来，“整体里的一部分”这类意思则借用“份”来表示，如月份、年份、省份、两份礼物、股份等。^①(2)“分”读fèn时，各种字、词典像《辞源》、《辞海》、《汉语大词典》、《汉语大字典》、《古代汉语词典》、《古今汉语字典》等都毫无例外地列有“职分”、“名分”、“位分”、“身分”、“等级”或“名位、职责、权利等的限度”等义项。我国古代文献在表达这些义项时也都用“分”，鲜见有用“份”的。(3)“份”读fèn时的基本义项，综合《辞源》、《辞海》、《汉语大词典》、《汉语大字典》、《古今汉语字典》、《新华词典》、《新华字典》和《现代汉语词典》等的解释，主要有以下3个：①整体里的一部分；②量词(份儿)；③用在“省、县、年、月”后面，表示划分的单位。(4)不少字、词典像《辞源》、《辞海》、《新华词典》、《新华字典》、和《现代汉语词典》等都解释说，“分”读fèn时有“同‘份’”或“亦作‘份’”这一义项，就是说，在“份”的所有意义上都可将其写作“分”，“分”可代替“份”。而反过来，几乎在所有的汉语字、词典中，“份”从来就没有“职分”、“名分”、“位分”、“身分”、“等级”或“名位、职责、权利等的限度”这样的解释。

从历史上来看，在指“人在社会或法律上的地位”或“受人尊重的地位”时，古文献中一直使用“身分”而不用“身份”。这一点，只要查一下古汉语方

① 参见谷衍奎编：《汉字源流字典》，华夏出版社2003年版，第73页。

面的工具书即可确认。

综上所述,自古以来只有“身分”一词,而没有“身份”这一写法,这一点应是毫无异议的。只是近现代以来,才有人把“身分”写作“身份”,继而,从1984年起,公安部门颁发的“居民身份证”用“份”而不用“分”,^①大多数报刊、书籍也用“身份”,一些常用的权威字、词典如《新华字典》、《现代汉语词典》新的修订本以及《现代汉语大词典》也把“身份”作为首选形式。正是由于以上因素的作用,“身份”的写法才逐渐流行起来,用“身分”的人自然也就越来越少了。

鉴于上述分析,笔者认为,尽管用“身分”才合乎历史习惯和汉语语法规则,但是,在目前我国内地多用“身份”而少用“身分”的时代背景下,还是以使用“身份”为佳。故本书决定使用“身份”而不用“身分”。

二、身份的一般概念解读

“身份”是日常生活中很常用的一个词。在界定其一般概念之前,试作如下分析:

首先,列举我国一些权威和常用的字典、词典对“身份”或“身分”一词的解释:

《现代汉语规范词典》的解释为:“身份:①指人的出身、地位和资格。如:个人身份,以长者的身份说话。②特指受人尊敬的地位。如:应对得体,不失身份。”^②

《辞源》的解释是:“身分:①人在社会上的地位、资历等统称为身分。②模样,体态。”^③

《辞海》的解释是:“身分:①亦作‘身份’。人的出身、地位或资格。《颜氏家训·省事》:‘吾自南及北,未尝一言与时人论身分也。’②模样;姿态。《水浒传》第23回:‘(武松)把那打虎的身分、拳脚,细说了一遍。’”^④

《汉语大词典》(普及本)的解释是:“身分:①指出身和社会地位。②模样;姿态。③指手段;本领。《儒林外史》第12回:‘舞出许多身分来。’④行为;勾当。《初刻拍案惊奇》卷12:‘与人做些不伶俐的身分。’⑤质地;质量。

① “居民身份证”用“份”而不用“分”,表明国家提倡用“身份”,故其影响面较大。

② 李行健主编:《现代汉语规范词典》(第3版),外语教学与研究出版社、语文出版社2014年版,第1165页。

③ 《辞源》(合订本),商务印书馆1988年版,第1637页。

④ 《辞海》,上海辞书出版社2002年版,第3195页。

《金瓶梅词话》第25回：“比杭州织来的花样身分更强十倍。”^①

《现代汉语大词典》的解释是：“身份，也作‘身分’：①指人在社会上或法律上的地位、资格。曹禺《王昭君》：‘他知道自己身份是个奴隶。’又如‘身份证’。②身价。也指受人尊重的地位。刘澍德《谜》：‘当个小股员，就把身份提得那样高，脾气弄得那样大。’又如：他是个有身份的人。③人在特定的环境、场合或事件中所处的地位。如：以主人的身份，宴请来宾。④方言。质地；质量。”^②

《新华字典》解释为：“[身份][身分](shēnfēn) ①指在社会及法律上的地位：验明身份。②特指受人尊敬的地位：有失身份；这是位有身份的人。”^③

《新华词典》的解释是：“身份，也作身分。①人在社会上或法律上的地位和资格。②指受人尊重的地位。例如：他是个有身份的人。”^④

《现代汉语词典》的解释是：“身份也作身分：①指自身所处的地位：他是什么身份？他以主人的身份发出邀请。②指受人尊重的地位：有失身份；他是位有身份的人。”^⑤

《现代汉语学习词典》的解释是：“身份，也作身分。①指人的社会地位或法律上的地位。②尊严；受人尊敬的地位。③事物的品质。”^⑥

《古今汉语词典》的解释是：“身分也作身份。①指出身或社会地位。②模样，姿态。③手段，本领。④质地，质量。”^⑦

其次，看英语中“身份”的含义。在英语中，与“身份”相对应的词是 status，《朗文当代高级英语辞典》（英英·英汉双解）对 status 主要有这样几个解释：（1）the official legal position or condition of a person, group, country etc（人、团体、国家等的）法律地位；身份，状况。（2）your social or professional rank or position, considered in relation to other people 社会地位；职称；职位。（3）respect and importance that someone or something is given 受尊敬的地位；重要性。^⑧

① 《汉语大词典》（普及本），汉语大词典出版社 2000 年版，第 2286 页。

② 《现代汉语大词典》，汉语大词典出版社 2000 年版，第 3095 页。

③ 《新华字典》，商务印书馆 2011 年版，第 447 页。

④ 《新华词典》（第 4 版），商务印书馆 2013 年版，第 891 页。

⑤ 《现代汉语词典》（第 6 版），商务印书馆 2012 年版，第 1152 页。

⑥ 《现代汉语学习词典》，商务印书馆 2010 年版，第 1116 页。

⑦ 《古今汉语词典》，商务印书馆 2000 年版，第 1266 页。

⑧ 英国培生教育出版亚洲有限公司编：《朗文当代高级英语辞典》（英英·英汉双解）（第 5 版）（大字版），外语教学与研究出版社 2014 年版，第 2484 页。

最后,有论文对“什么是身份”做了比较透彻的分析。^①该论文指出,“身份”在拉丁语中为 status,该词是动词 stare 的过去分词。stare 的基本含义为“站”、“置放”、“戳立”。作为 stare 的过去分词, status 仍保留“站立”、“直立”的意思。任何事物都存在于一定的时间和空间中,如果某物被置放于某一空间,它马上与周围的相邻物品发生一种位置关系,我们可以用透视图把这样的关系表示出来。对于这样的一物与其周围的物的关系,我们可以用“形势”、“状况”等术语表示。如果被置放的是人,他也马上与周围的人发生一定的位置关系,他要么比周围的人高一些,要么与他们平等,要么比他们低一些,他与周围人的关系的总和,可以用“社会地位”或“身份”等术语表示。

该论者还认为,根据上述词素分析,可以给身份下一个这样的定义:身份是人相较于其他人被置放的有利的或不利的状态。

该论者进一步认为,上述定义包括三项要素:(1)身份的比较性。身份都不是独立存在的,一种身份的存在必然对应或依赖于另一种身份,这种现象也可以叫作身份的对偶性。我们知道身份的法律意义在于区分,区分的基础在于对象之间的比较,比如城市人与农村人总是相比较而存在。我们可以把比较中的好的身份叫作正身份;坏的身份叫作负身份。(2)身份的被动性。身份原则上不是个人自由为自己安排的,而是被他人安排的。(3)身份的区分性。这是从身份的比较性派生出的属性。既然身份的意义在于区分,区分的结果就有两种,一种叫有利状态,我们把它叫作特权;另一种是不利状态,我们把它叫作受歧视。

该论者最后指出,任何身份安排的目的都在于区别对待,都意味着赋予特权或科加受歧视状态,这样做的目的在于对社会进行组织,使一部分人受到特别的保护,另一部分人受到遏制,如此使社会能够按一定的目的存在下去。在这个意义上,身份制度是组织社会的一种工具。任何社会都需要组织,否则将陷入无政府状态。如果承认这一点,我们就不会认为身份是完全消极的东西。

从上述字典、词典及论文对“身份”(或“身分”)的解释和分析中可以看出,其在不同的场合和语境下有着不同的含义。其中,有的义项只在我国古典小说等古代文献中才出现,还有的义项则只是我国个别地区的方言而不具有普遍性,这些义项都不应包含在身份一般概念的范畴内。根据上面字典、词典和论文的解释、分析,再考虑目前人们的一般理解和用法,可以认为,一个人所具有的身份是与他周围的人相比较而产生的,与不同的人相比会有不同的身份,每个人都同时具有多种身份,并且可以想见,一个人所具有的多种身份会随着

① 参见徐国栋:《“人身关系”流变考(上)》,载《法学》2002年第6期,第50页。

时间推移带来的自身和社会的变化而不断更新。

综上所述，笔者拟给身份的一般概念作这样一个简洁的界定：身份是指人在社会上或法律上的地位、资格，也指受人尊重的地位，还指人在特定环境、场合或事件中所处的地位。

第二节 身份的法律概念

通过以上对身份一般概念的探讨得知，身份在不同场合和语境下有着不同的含义。由此我们可以推知，身份在不同学科中也必然会有着不同或不尽相同的含义，而由于任何学科所使用的身份概念都来源于普通大众对身份一般概念的理解，为了便于使用和交流，身份在各个学科中所表达的意思尽管与其一般意义会有所差异，但绝不可能相去甚远，更不会截然相反。

在此，我们可以将法律上的身份概念简单地界定为：人在法律上的地位和资格。可以看出，身份的法律概念是从身份的一般概念中抽出的一部分，身份一般概念中“受人尊重的地位”、“人在特定环境、场合或事件中所处的地位”不是法律上所指的身份。

应该说，身份作为法学的一个基本范畴，也是一个历史的范畴，随着阶级、国家和法律的出现，人们在头脑中就逐渐形成了法律上的身份概念。从历史来看，法律上身份概念的内涵是随着人类社会的发展和变革而不断更新的。下面我们有必要对法律上身份概念的历史沿革情况以及法律上身份概念的现状作一简要说明。

一、法律上身份概念的历史沿革

古代人类社会，无论在西方，还是在我国，从某种角度看，可以说是一个身份社会。在这样一个社会里，身份的本质就是讲究亲疏、尊卑和贵贱，反对平等，身份不同是人与人之间一切差别的总根源。一个人的身份往往标志着他在家族和社会中所处地位的高低，标志着他拥有权利和承担义务的多少。而法律作为一种行为规范，其核心内容就是权利和义务，因此，身份作为权利义务的外在表现，便与法律有着千丝万缕的联系。在古代社会，由于身份主要是等级身份，而统治阶级又正是把属于不同阶级和阶层的人划分为不同的等级，再据此赋予其相应的身份，不平等的等级身份关系在一定程度上便可以说是统治关系的反映。

（一）梅因的考察

关于法律上的身份及其演变，英国著名法律史学家亨利·梅因（Sir Henry

Maine, 1822—1888) 在其所著《古代法》中有一个非常有名的论断: “在‘人法’中所提到的一切形式的‘身份’都起源于古代属于‘家族’所有的权力和特权, 并且在某种程度上, 到现在仍旧带有这种色彩。……所有进步社会的运动, 到此处为止, 是一个‘从身份到契约’的运动。”^①《古代法》出版后, 梅因的这句话因广为传播而被人们所熟知, 以至英国法学家喀莱顿·垦卜·亚伦 (Carleton Kemp Allen) 在其为《古代法》所写的导言中指出, 它已成了全部英国法律文献中最著名的文句。我们认为, 梅因这句话中的“身份”是指一种个人对父权制家族和君主先赋的、固定不变的隶属、依附关系。在身份社会里, “身份”是一种常驻不变的“人格状态”, 是赖以确定人们权利能力和行为能力的基准, 一个人一旦取得了某种身份, 也就意味着他获得了与该身份相适应的种种权利。任何人都不能凭自己的意志和努力摆脱这种来自家族、社会的束缚而为自己创设权利、义务。而这里的“契约”则是指个人可以通过自由订立协定而为自己创设权利义务和社会地位的一种社会协议形式。可见, “从身份到契约”的转变过程实际上就是个人从隶属、依附于家族、君主的状态不断走向自由和独立的过程。这一转变, 是人类社会文明史上的巨大进步和发展, 是传统人治社会向现代法治社会转变的重要标志。

梅因在考察了雅利安民族历史的基础上, 发现父权或族权是国家和社会秩序的起源, 并指出人类社会的幼年时代有这样一个特点, 即“作为社会的单位的, 不是个人, 而是由真实的或拟制的血族关系结合起来的许多人的集团”。^②个人的这种对血缘群体的依附性身份地位是由封闭落后、自给自足的自然经济造成的。在西方漫长的中世纪社会里, 以身份为基础的封建等级制度与宗教神权相结合, 形成了严格的僧侣等级制度和行会制度。在这种制度下, 很少有契约活动的余地, 近代西方资产阶级革命的主要目标之一就是推翻该制度, 宣扬天赋人权思想, 要求自由和平等, 希望建立以契约关系为基础的新社会——资本主义社会。梅因指出: “在运动发展的过程中, 其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长。‘个人’不断地代替了‘家族’, 成为民事法律所考虑的单位。……我们也不难看到: 用以逐步代替源自‘家族’各种权利义务上那种相互关系形式的……关系就是‘契约’。……在这种新的社会秩序中, 所有这些关系都是因‘个人’的自由合意而产生的。在西欧, 向这种方向发展而获得的进步是显著的。奴隶的身份被消灭了——它已为主仆的契约关系所代

① [英]梅因著:《古代法》, 沈景一译, 商务印书馆 1959 年版, 第 97 页。

② 同上书, 第 105 页。

替了。……”^①

在西方，契约的观念和制度早在古罗马时期就已经产生，罗马法最早概括和全面反映了契约自由的原则。然而，只是在通过 14—16 世纪的文艺复兴和宗教改革，进入 17—18 世纪，商品经济成为欧洲主导经济形式以后，契约思想才真正成为西方社会的主要观念，进而契约关系中自由、平等、功利和理性的原则才得以形成，这就使得世俗化的契约交易活动成为一个普遍的社会现象，法律上的等级身份便也随之“烟消云散”。在契约社会里，组成社会的基本单位不再是“集团”，而是个人，个人不再存在对他人的依附关系，任何契约的签订至少从形式上看都是意志自由、平等互利的产物。可见，在契约社会里，人们之间的相互关系是建立在自由合意的契约关系基础上的，人与人之间的权利义务关系主要依靠契约来调节。契约关系的形成和发展是构建现代社会中各种关系的最基本框架。

（二）我国的情况

我国最初意义上的身份社会与梅因所论的身份社会基本一致，都是一种基于血缘宗族关系之上的身份社会。个人从属于家族，血缘关系是连接家族与国家、社会的基本纽带，身份等级是形成一切社会关系的基础。在古代中国，家族和阶级在法律上占有极为突出的地位，是法律的基本精神和主要特征，其主要表现有以下几点^②：

1. 我国古代法律承认皇权、族权、父权和夫权。所谓皇权，是指君主对臣民的绝对支配权，针对皇权的犯罪是最严重的犯罪。所谓族权，是指族长对家族成员的支配权，族人违反族规，族长有权进行包括处死族人在内的惩罚。所谓父权，是指父亲支配和惩罚子女的权力，儿子无独立的自主权，不能有私财，不能与父母分居，也不能自由选择配偶。所谓夫权，是指丈夫对妻子的支配权，具体包括夫对妻的人身支配权、财产支配权、管束权和休妻权，在夫权支配下，妻子是丈夫的附属品，只有绝对服从支配的义务。按照我国古代法律的规定，家族成员之间的纠纷以及侵犯、伤害等犯罪都是根据当事人在家族中的身份而裁决的。亲属容隐、存留养亲等制度都说明家族伦理在法律上占据重要地位。

2. 我国古代法律承认贵族、官吏、平民和贱民的不同身份。法律不仅明文规定生活方式因社会和法律身份不同而有差异，更重要的是规定不同身份的人在法律上的待遇不同。贵族和官吏享有法律上的特权，而贱民在法律上则是受歧视的阶层，处于最低下的地位，他们不能与良民通婚，也不能应试做官。

① [英]梅因著：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 96 页。

② 参见瞿同祖著：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 359—360 页。

3. 我国古代法律对身份的极端重视, 导致产生了大量关于亲属及社会身份的特殊规定, 与一般的规定并存于法典中。其运用的原则是特殊的规定优先于一般的规定, 于不适用特殊的规定时才适用一般的规定。

我国古代法律之所以特别看重家族和社会身份, 同儒家思想的影响是分不开的。在儒家心目中, 这两种身份是礼的核心, 也是儒家所鼓吹的社会秩序的支柱。我国古代法律自汉武帝起即为儒家思想所支配, 至西晋的晋律(又称《泰始律》)便完成了法典的儒家化。自儒家化的过程完成以后, 我国古代法律便再无重大的、本质上的变化, 至少在家族和阶级方面是如此。其实, 早在《礼记·大传》里就说:“亲亲也, 尊尊也, 长长也, 男女有别, 此其不可得与民变革者也。”意思是说, 我国古代传统社会结构的架格是不能变的, 变的只是利用这架格所作的事。^①

在我国, 漫长的封建专制统治, 再加上超强发达的自然经济, 使得人们缺乏独立、开放的生活方式, 民主观念和法律意识极为淡薄, 进而引致社会契约化过程的艰难曲折, 近现代中国在相当长一段时间内也未能实现从身份到契约转变。新中国成立后的计划经济体制时期, 虽然有一定的工业基础, 但从总体来讲, 仍是一个以自给自足的自然经济为主体的传统农业社会, 社会契约化的领域仍然较少, 并且许多契约关系的原则被行政权力扭曲变形。在计划体制下, 私有经济被绝对排斥, 公有经济则受到国家的严格控制, 这样就形成了一种新的“身份”隶属关系——“计划身份”。与传统身份社会相比, 计划体制是一种组织更严密、覆盖面更广泛的“身份社会”, 计划体制下的个人不是依附于“家族”, 而是依附于整个国家和各个单位。这种“计划身份”在一定意义上可看作是传统身份社会向现代法治社会过渡的产物, 计划体制是传统身份社会在现代中国的延续和变种。只是 20 世纪 70 年代末实行改革开放以后, 我国社会才开始了由计划经济向市场经济的转型, 到了 20 世纪末期, 契约关系才真正在社会的各个领域体现出来。这种转型改变了原先那种单一的单位隶属关系, 赋予经济单位及个人在经济活动上以充分的自主权和自由权, 其相互间的经济和社会交往是通过契约关系来实现的。

二、法律上身份概念的现状

(一) 法律上身份概念的新内涵——“从契约到身份”

当今世界, 特别是进入 21 世纪以来, 经济的快速发展促进了社会分工的日

^① 参见费孝通:《乡土中国》(“差序格局”部分), 载《费孝通文集》(第 5 卷), 群言出版社 1999 年版, 第 336 页。

益细化,在传统部门和职业的基础上,又产生了越来越多新兴的部门和职业,人们彼此之间的依赖性也日益增强。可以说,在这样一个日新月异、瞬息万变的现代契约社会里,人们仍然要分属于不同的单位和社会群体,仍然具有各种各样属于各自的“身份”,并且许多人的“身份”还处于经常的变动之中。只不过,此时的“身份”已不再是传统意义上的等级身份,而是一种平等的身份,^①这也就是学者们所说的“从契约到身份”运动,即“身份”的回归。其中,除了那些基于血缘关系而产生的身份(这种身份在现代社会不再是人身依附关系的一种标识)一般不容改变之外,其他身份都是人们自由选择的结果;此时对单位和社群的依附也不再是传统意义上那种不可改变的个人对家庭、宗族、国家的人身依附,而是个人为了获取更大的自由而自愿地将自己的一部分自由给予所属的单位和社群。

(二)“从身份到契约”运动的延伸

随着全球一体化进程的加快,国与国之间的联系更加密切,世界正在变得越来越小,而成为人们所说的“地球村”。此时,许多问题不再单单是一个民族、一个地区和一个国家的问题,而是整个人类社会所要共同面对和解决的问题。相应地,从某种意义上可以说,个人的自由得到了进一步拓展,已突破了民族、国家的限制而延伸到了全世界,个人正越来越多地以一种独立的姿态出现于国际社会,国际人权法的兴起和国际人权组织的大量出现及其在世界范围内得到越来越多国家的认可,就是这一趋势的一个明显例证。这也可以看作是“从身份到契约”运动的延伸。例如,迄今为止,我国政府已签署或批准了27个国际人权公约。其中,1997年10月和1998年10月先后签署了《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》两个被并称为“国际人权宪章”的最主要的国际人权公约,前者已于2001年2月28日获我国全国人大常委会批准正式生效,2003年6月27日,我国政府正式向联合国提交了履行该公约的首份履约报告。另外,我国政府于1992年批准了《儿童权利公约》,于2000年9月6日签署并于2002年8月28日批准了《〈儿童权利公约〉关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》,等等。我国最近加入

① 我国《宪法》第33条第2款明确规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”第34条规定:“中华人民共和国年满18周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权……”我国《刑法》第4条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”仅由这些规定就可以看出,在我国,尽管人与人之间的个人情况有着这样或那样的差别,但却没有身份的高低贵贱之分。

的国际人权条约，是2009年12月26日加入的《〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》。”

（三）传统等级身份的不良影响

需要说明的是，在我国，尽管等级身份社会早已一去不复返，但传统等级身份对人们思想观念和行为方式造成的影响仍将长期存在，其主要表现在以下几个方面：^①（1）功名情结。某些人固执地认为，只有达到高的身份地位才是人生最大的成功，而求得好的功名正是有了高身份地位的象征，为此付出多大的代价都是值得的，并认为这才是一个人向上进取的标志，否则是没有出息的。

（2）执迷名号及称谓。一些有一定身份地位的人，大都非常担心和在意自己身份或名分的得失。例如：在同一单位中，原来是自己属下的人现在与自己同级别称谓或者比自己还要高，其内心会很不舒服，说话办事心里都觉得别扭，有些人还会因此积郁成疾；有些家长为了顾及面子，即使自己做得不对，子女是对的，也不肯在子女面前承认错误。（3）唯恐别人瞧不起自己。例如：把别人的善意批评看作是对自己人格的侮辱；唯恐别人说自己家庭出身低微；讲究穿戴只是为了“体面”或显示身份。（4）浓重的主仆情结。在社会交往中，有些人见到比自己职位高的人，就极尽“阿谀奉承”之能事，而见到职位比自己低的人，则会立刻换上一副不屑一顾、甚至是充满厌恶之意的嘴脸。（5）身份压力。许多人对职位比自己高的人会有一种情不自禁的敬畏。例如：在各种会议尤其是工作会议上，有高职位的人在场，其他人均会感到有一定的压力；或者正在开会时，突然有高职位者进入，会议原有的气氛就会中断，参会者的注意力都会集中到该高职位者身上，等等。

第三节 刑法中身份概念的界定

在依次探讨了身份的一般概念和法律概念之后，就是界定刑法中身份概念的时候了，科学界定刑法中身份的概念是研究刑法中身份首先要解决的问题。刑法中的身份既不同于普遍意义上的身份，也与一般法律意义上的身份有较大差异，它必须是对定罪量刑即刑事责任的追究具有一定影响的身份。但究竟如何给刑法中的身份下一个科学的定义呢？对这一问题，无论是在我国还是在境外，都存在较大争议，观点颇多，下面将逐一述评并作出界定。

^① 部分内容参见郭玉锦：《身份制与中国人的观念结构》，载《哲学动态》2002年第8期，第31—32页。