

刑事法律论丛
Series of Criminal Law



XINGFA ZHONG SHENFENLUN

狄世深 著

刑法中身份论



刑法中身份论

狄世深 ○ 著

XINGFA ZHONG SHENFENLUN



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法中身份论/狄世深著. —北京:北京大学出版社, 2005. 3
(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-08829-9

I. 刑… II. 狄… III. 刑法-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 021340 号

书 名: 刑法中身份论

著作责任者: 狄世深 著

责任编辑: 陈新旺

标准书号: ISBN 7-301-08829-9/D·1133

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62757027

电子邮箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 15.75 印张 260 千字

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

CONTENTS 目 录

序言	1
----	---

第一章 刑法中身份的概念	15
第一节 身份的一般概念	15
第二节 身份的法律概念	20
第三节 民法中身份的概念	27
第四节 刑法中身份概念的界定	34
第五节 我国古代刑法中的身份	51

第二章 刑法中身份的特征、类型和作用	65
第一节 刑法中身份的特征	65
第二节 刑法中身份的类型	72
第三节 刑法中身份的作用	84

第三章 行为人身份与定罪量刑	99
第一节 行为人自然身份与定罪量刑	99
第二节 行为人法定身份与定罪量刑	105
第三节 单位犯罪中的行为人身份	119
第四节 行为人身份与共同犯罪的定罪量刑	143
第五节 行为人身份与刑种适用	165
第六节 刑法中的身份犯	174

第四章 被害人、行为对象人身份与定罪量刑	202
第一节 被害人、行为对象人自然身份与定罪量刑	202

CONTENTS 目 录

第二节 被害人、行为对象人法定身份 与定罪量刑	209
附表一 我国《刑法》总则明文规定的身份一览表	221
附表二 我国《刑法》分则明文规定的身份一览表	222
主要参考书目	239
后记	244

序 言

一、研究的意义

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、刑事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忽视的、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,人们

^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。

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人们所长期冷落,其重要性被人们所忽视,对其中的某些方面,人们更是讳莫如深,或者不敢去探讨,或者只是进行浅层次的研究。

身份问题被广泛纳入我国刑法学界的研究视野,可以说是近十几年来随着反腐倡廉运动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许多理论课题的探讨都令人颇感薄弱,有待进一步深入。据笔者目前掌握的资料,我国现行《刑法》中涉及各种具体身份的条文有许多,但却没有出现“身份”一词,更没有关于“身份”的法定概念;我国理论上的研究也与此相适应,对各种身份犯罪研究得比较深入,而对身份的一般性研究则相对显得比较薄弱。我国刑法学界对涉及身份的问题进行探讨的,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,或者只注意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。

据笔者掌握的资料,迄今为止,我国已有以“身份犯研究”为题的博士论文,但以“刑法中的身份”为题进行探讨的博士论文(笔者的除外)和专著尚未见到,硕士论文中也只有为数不多的几篇以“刑法中的身份犯”为题的文章,其他论文中专门研究“刑法中的身份”的也比较少见且篇幅不长,还有些著作虽然谈到了“刑法中的身份”,但是却往往只有很小的一部分,未能展开论述。亦即全面、系统、深入地对“刑法中的身份”进行研究的论著、论文尚付阙如。

鉴于上述情况,笔者认为,目前尤其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,对刑法中与身份有关的问题进行深入探讨。因此,笔者选择《刑法中身份论》作为博士论文题目。对刑法中身份的概念、特征、类型、作用,以及行为人身份、被害人身份和行为对象人身份各自与定罪量刑的关系等问题进行了研究。这无论是对丰富我国刑法理论中的犯罪构成和量刑理论,确立身份在刑法理论中的应有

地位,还是对刑事立法及司法中与身份有关问题的解决都具有重要的理论价值和实践意义。

二、研究现状述评

为了更好地展开对刑法中身份的探讨,以下拟就国内外刑法学界对这一问题的研究现状作一简要述评:

(一) 国内研究现状述评

如上所述,截至目前,我国刑法学界对刑法中身份问题的研究不够深入,而且,绝大多数学者只是在自然人犯罪主体的范畴内进行。他们往往只注意自然人犯罪特殊主体身份的研究,或者在研究自然人共同犯罪时,探讨共同犯罪与身份的关系。

我国早期的刑法学著作只是在谈到犯罪特殊主体时,对身份问题略有提及。我国刑法学界最早专门对身份问题进行探讨的,是马克昌教授在《法学研究》1986年第5期上发表的《共同犯罪与身份》一文,该文首次对身份问题予以关注,对身份的概念以及共同犯罪中的身份等问题进行了探讨。该文指出:“所谓身份,专指属于行为人的特定资格,如公务员、军人、男女、亲属关系等,其他特定关系,指身份以外的一切具有人的关系的特殊地位或状态,如依法逮捕的人犯、依法应负抚养义务的人等。”“身份就其本来的意义上,不包含其他特定关系,但为了研究的方便起见,不妨把身份作广义的解释。”然后,该文对共同犯罪与构成要件的身份以及共同犯罪与影响刑罚轻重的身份等问题进行了研究。

自此之后,我国大多数学者也都是从犯罪特殊主体以及共同犯罪的角度对身份问题进行研究的。其中,有不少学者都是首先探讨了一般身份的概念,然后又给刑法中的身份下了定义,这些定义尽管有所差异,但大多都是从犯罪特殊主体的角度去界定的。比如,有人认为:“从一般意义上讲,身份是指人的出身、地位和特定资格,是指人在一定的社会关系中的地位,因而人人皆有身份。所谓犯罪主体的特殊身份,是指刑法所规定的影响行为人刑事责任的行为人人身方面特定的资格、地位或状态。这些特殊身份不是自然人犯罪主体的一般要件,而只是某些犯罪的自然人主体必须具备的要件。”另有人认为:“刑法中的身份,是指

由刑法明文规定的一定犯罪行为人所必须具有的影响定罪量刑的特定资格和其他特定关系。”还有人认为：“所谓特定身份，是指一切与一定犯罪行为有关的，主体在一定社会关系上的特殊地位或者某些生理、病理特征。”多数学者还认为，关于身份对犯罪的具体影响，在《刑法》分则的具体犯罪中规定得很明确，亦即，涉及具体犯罪时，该犯罪对其主体身份的要求很明显，一般不会发生问题，故而，关于身份犯罪的主要问题是，在共同犯罪中如何定性处罚。

关于自然人犯罪特殊主体身份的研究，我国刑法理论的通说还吸收了外国刑法理论中的一些内容和表述方式，将以某种身份作为主体构成要件或者刑罚加减根据的犯罪称为身份犯。并进而将身份犯分为纯正身份犯与不纯正身份犯。认为纯正身份犯是指以某种身份作为主体要件，无此身份该犯罪根本不可能成立的犯罪；不纯正身份犯，是指身份不影响定罪但影响量刑的犯罪，在这种情况下，如果行为人不具有某种身份，犯罪也成立，如果行为人具有这种身份，则刑罚的科处就比不具有这种身份的人要重或者要轻一些。我国通说还认为，身份必须是在开始实施危害行为时就已经具有的特殊资格或已经形成的特殊地位或状态，行为人在实施行为后才形成的特殊地位，并不属于身份；作为犯罪主体要件的身份，仅仅是针对犯罪的实行犯而言的，至于教唆犯与帮助犯，并不受这种身份的限制。

我国学者还研究了自然人犯罪主体特殊身份的类型，通说作了以下分类：

1. 从形成方式上加以区分，可将身份分为自然身份和法定身份两种。所谓自然身份，是指自然人因出生等自然因素而具有的身份。所谓法定身份，是指自然人基于法律的规定而具有的身份。自然身份和法定身份要成为自然人犯罪主体的特殊身份，一般需要由刑法予以明确规定。

2. 依据身份对行为人刑事责任的影响，可将身份分为积极身份和消极身份两种。积极身份是指对刑事责任具有积极影响的身份，亦即，在积极身份的情况下，行为人由于某种身份的存在，而使其行为成为刑法中所规定的犯罪，或者成为从重、从轻或者减轻处罚的事由。在积极

身份中,依据身份的具体影响,还可进一步划分为定罪身份与量刑身份:(1)定罪身份又称构成身份,是指刑法中作为某些犯罪的构成要件加以规定的身份,亦即决定刑事责任存在的身份。(2)量刑身份,是指影响刑罚轻重的身份,亦即影响刑事责任程度的身份。消极身份是指行为人由于某种身份的存在,而使其责任得以免除或者免除处罚,这是身份对定罪量刑的消极影响。

此外,我国也有一些学者意识到,刑法上的身份尽管通常是犯罪特殊主体的身份,但对象身份也是影响犯罪成立和刑罚轻重的重要因素,还应包括犯罪对象的身份,进而将刑法中的身份分为主体身份与对象身份,认为主体身份是犯罪主体所具有的特定身份,对象身份是犯罪对象所具有的特定身份,并重新给刑法中的身份下了定义。例如:法律明文规定的对定罪量刑具有影响的个人要素,是刑法中的身份;刑法意义上的特殊身份,是指法律明文规定的对定罪量刑具有重要意义的一定的个人因素;刑法中的身份是指刑法明文规定的对定罪量刑具有影响的有关人的地位、资格、性别等人身方面的客观外在的标识性因素,等等。还有学者对我国刑法中的主体身份与对象身份分别进行了具体分类。

关于身份的特征,我国有学者将其概括为:(1)事实特征,即刑法中的身份是一定的个人要素;(2)本质特征,即刑法中的身份必须对定罪量刑具有影响;(3)法律特征,即刑法中的身份是由法律明文规定的。另有学者则将上述本质特征和法律特征合二为一,称法律特征。还有学者将身份的特征归纳为四个,即事实特征、主体特征、本质特征和法律特征。最近又有学者认为,身份的特征有以下三个:(1)客观外在性;(2)法定性;(3)静态性。笔者认为,上述法律特征或法定性特征值得进一步商榷,因为有些法律没有明文规定的身份也对量刑具有一定的影响。

关于身份的作用,有学者概述了犯罪特殊主体身份对定罪量刑的意义,认为主体特殊身份的具备与否,是区分罪与非罪的标准之一,也是某些犯罪案件中区分和认定此罪与彼罪的一个重要标准,主体特殊身份还影响无特殊身份者的定罪;在我国《刑法》中,对行为类似的特殊主体的犯罪一般都较一般主体的犯罪规定的刑罚相对重一些,在总则规范

中,设有一些因犯罪主体的身份而影响刑罚轻重的规定,在分则规范中,规定对某些犯罪若行为人具有特殊身份的就要从重处罚,在司法实践中,法无明文规定的犯罪人所具有的特殊身份也应予以考虑。另有学者认为,刑法中身份的作用,是指对定罪量刑所产生的社会效益、价值或者影响,主要包括评价作用、规制作用、界限作用、定罪作用和量刑作用五种。

关于共同犯罪与身份即身份犯的共同犯罪形式问题的研究,所要解决的主要是有身份者与无身份者,以及不同身份者共同实施犯罪如何处理的问题。这一问题相对于身份犯单独犯罪形式就比较复杂,在理论上和实践中存在着较大分歧和不同做法。对这一问题,我国刑法没有将其作为一个普遍性问题在总则中加以规定,而只是针对一些具体问题在分则中作了特别规定。有学者认为,我国刑法有必要将其上升为刑法总则中的一个普遍原则,因为这不仅仅是刑法中个别具体犯罪的问题,而是涉及到刑法分则中所有以特定身份为构成要件的犯罪的问题。

就现有资料来看,学者们重点探讨了共同犯罪的定罪与身份,以及共同犯罪的量刑与身份问题,主要包括以下内容:(1)无身份者与有身份者共同实施犯罪的定性问题。(2)无身份者能否成为纯正身份犯的共同实行犯问题。(3)有身份者教唆、帮助无身份者实施纯正身份犯的定性问题。(4)不同身份者共同实施犯罪的定性问题。(5)无身份者与有消极身份者共同实施危害行为的处理。(6)有身份者与无身份者共同实施犯罪的量刑。

对以上问题,尽管学者们进行了深入探讨,但仍存在较大分歧,有些问题仍需进一步研究。

关于刑法中身份的历史沿革情况,可能是考虑到其不够实用的缘故,我国刑法学界虽对其有所研究,但力度和深度却尤显薄弱。

如上所述,我国学者主要从犯罪特殊主体以及共同犯罪的角度对身份进行了研究,对犯罪对象人的身份尽管有所涉及,但却明显不够深入。并且,对刑法中身份范围的界定,以及对行为对象人的身份、刑法中单位的身份、国际刑法中的身份等诸多问题都没有进行系统研究。

另外,我国台湾学者对刑法中的身份也有一定的研究。从法律规定

来看,我国台湾刑法同内地刑法不同,它在第31条则明确规定了共同犯罪与身份的关系,即:“因身分或其他特定关系成立之罪,其共同实施或教唆帮助者,虽无特定关系,仍以共犯论。因身分或其他特定关系致刑有重轻或免除者,其无特定关系人,科以通常之刑。”围绕这一规定,许多台湾学者给刑法中的身份下了定义,尽管有所差异,但也都是从犯罪主体的角度来界定的,且多指的是广义上的身份。我国台湾学者还探讨了身份的类型,以及身份与共犯的关系等问题,其涉及到的方面和内容同我国内地学界相比,可以说是大同小异。

最后要指出的是,我国澳门《刑法》在第27条规定了共同犯罪与身份的关系,即:“如事实的不法性或其不法性的程度取决于行为人的特定身份或特别关系,则只要任一共同犯罪人有该等身份或关系,即足以使有关刑罚科处于所有共同犯罪人。但订定罪状的规定另有意图者,不在此限。”我国香港《刑法》中则没有关于身份的一般规定。

(二) 国外研究现状述评

与我国相比,外国特别是大陆法系的一些国家像日本、德国、意大利等国刑法学界对身份问题的研究较为深入,但仍然主要是从构成要件要素中的行为主体以及共同犯罪与身份的角度进行探讨的。外国学者将身份犯分为纯正身份犯与不纯正身份犯,从各国刑法的具体规定来看,其身份犯主要是指公务员犯罪。

关于身份,世界上许多国家特别是大陆法系国家的刑法都有关于身份的规定,然而对身份一词的表述却各不相同。日本《刑法》称“身分”,《德国刑法典》称“特定之个人身份、关系或情况(特定之个人特征)”,意大利《刑法》称“人身条件或个人身份”,瑞士《刑法》称“特殊身份关系、资格及情状”,奥地利《刑法》称为“身份关系和个人特定身份关系”,阿根廷《刑法》称为“个人联系”,韩国《刑法》称“身份关系”,等等。尽管上述国家的刑法都有关于身份的明文规定,但是关于身份的法定概念,就笔者掌握的资料来看,迄今为止,还没有哪个国家或地区的刑法典有明确规定。日本最高裁判所1952年9月19日的判例曾指出:所谓身份,并不局限于男女性别、本国人还是外国人、亲属关系、具有公务员资格之类的关系,而是泛指与一定犯罪行为有关的犯人的关系的特殊地

位或状态。而英美法系一些主要国家的刑法中则没有关于身份(status)的一般规定,更没有关于身份的一般概念,但对于具体问题中涉及身份的情况则规定得比较全面、细致和实用。

关于身份的分类,外国学者有以下分法:(1)根据身份来源的不同,把身份分为自然身份和法定身份。德国刑法理论中就有这样一种分法。(2)根据身份在构成要件中构成意义的不同,把身份分为构成身份、加减身份和消极身份。

关于身份的范围的界定,在外国刑法学界颇有争论。例如,对于目的是否属于身份,就存有较大争议。特别是,因为各国刑法对目的犯与非目的犯的共同犯罪如何处理没有规定,因而,能否根据刑法关于共犯与身份的规定来解决这一问题,其争议就更具有现实意义。

刑事被害人的身份在刑法中的意义,即在刑事立法和司法中的作用,近年来亦越来越受到外国刑法学界的重视。例如,意大利刑法理论就认为,刑事被害人(又称犯罪被害人、犯罪的被动主体)的身份,对某些犯罪来说是划分罪与非罪的界限,对某些犯罪划分来说是区别此罪与彼罪的标准,在有的情况下可以作为排除刑罚的理由,在多数情况下则可以作为表明犯罪危害程度的量刑情节,起到影响量刑轻重的作用。

外国学者普遍认为,关于共犯与身份的理论,主要是为了解决两个问题:一是无身份者与有身份者共同犯罪时,应如何处理;二是当身份成为刑罚的加重或减轻条件时,对无身份者应如何科处刑罚。对此,外国刑法学界争论颇多。许多国家像日本、韩国等国的刑法也都有明确规定。例如,日本《刑法》第65条第(一)项规定:“对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功(指实行以外的加功,即教唆和帮助)的人,虽不具有这种身份的,也是共犯。”第(二)项规定:“因身份而特别加重或减轻刑罚时,对于没有这种身份的人,判处通常的刑罚。”对这两项规定,日本刑法学界有不同的理解,争议较大。再如,韩国《刑法》第33条(共犯与身份)规定:“因身份关系成立的犯罪,其参与者即使没有身份关系,也适用前三条的规定(即关于共同正犯、教唆犯和从犯的规定)。但身份关系影响罪刑轻重时,对没有身份关系的人不科以重刑。”

三、本书主要内容

在体例结构上,全书分为序言、正文、附表和主要参考书目四个部分,其中正文四章的主要观点如下:

(一) 刑法中身份的概念

1. 本章在依次探讨身份的一般概念、身份的法律概念和民法中身份概念的基础上,对有关刑法中身份概念的各种观点进行了比较分析,并最终将刑法中身份的概念重新界定为:刑法中对定罪、量刑具有影响的个人人身方面的客观要素,它具体包括行为人的身份、刑事被害人的身份和行为对象人的身份三种,其中,既包括刑法明文规定的身份,也包括虽然刑法没有明文规定但却对定罪、量刑有影响的身份,既包括自然人的身份,也包括单位的身份。

2. 本章还对我国古代刑法中的身份分五个方面作了述评。(1) 基于生物学特征之身份。分年龄和疾病、妇女和孕妇两类进行了考究。(2) 基于职务、职业之身份。(3) 亲属身份。考察了亲属相犯、亲亲相隐、族诛与缘坐、亲属相奸等,并进行了比较分析。(4) 社会等级身份。考察了等级特权和良贱相犯。(5) 共同犯罪中的身份。

(二) 刑法中身份的特征、类型和作用

1. 刑法中身份的特征。总结为以下五个:(1) 客观人身性。指刑法中的身份是一种能通过人的感觉感知的人身方面客观存在的资格、关系、状态等标识性因素。(2) 有效性。指刑法中的身份必须是对定罪量刑具有影响的客观人身方面的因素。(3) 针对性。指刑法中所有身份都是针对具体犯罪而言的,不针对任何犯罪的身份便不具有刑法上的意义,即对定罪量刑没有影响。(4) 相对性。指刑法中任何一种身份都是依赖与其对立的另一种身份而存在的,二者所起的作用正好相反。(5) 先在性。指除“孕妇”等身份外,刑法中绝大多数身份都形成于犯罪行为之前。

2. 刑法中身份的类型。根据人在犯罪中所处位置的不同,将刑法中的身份分为三种,即行为人的身份、刑事被害人的身份和行为对象人的身份,其中后二者是交叉关系。并认为,自然身份与法定身份、积极身份与消极身份以及定罪身份与量刑身份三种传统分类法经修正后,各

自都能容纳刑法中所有的身份,仍具有实践价值。

3. 刑法中身份的作用。(1) 规制作用。是指通过与一定身份有关并包含罪刑内容的刑法规范的制定和颁行,对具有该身份的人在实施与其身份相关的行为时形成的一种规范和制约。(2) 保障和保护作用。前者是指,某些身份的设置限制国家刑罚权发动的同时,充分保障了具有一定身份的行为人的人身自由等合法权益。后者是指,某些身份的设置给社会中某些弱势群体以及某些担任重要职责的人员、执行国家和社会的重要职能的单位等提供了特别保护。(3) 体现刑法平等原则。我国刑法中一定身份影响刑事责任有无和大小的规定是该原则的一个具体体现。(4) 体现罪刑均衡原则。指一定身份的存在影响一定犯罪行为社会危害性程度的大小,并进而影响其刑罚的轻重有无。(5) 定罪作用。包括划分罪与非罪、此罪与彼罪的作用。(6) 量刑作用。分为三种情况:① 既不影响犯罪的性质,也不影响犯罪的危害性程度,但有时却影响刑罚的轻重。② 不影响犯罪的性质,但影响犯罪的危害性程度,并进而影响刑罚的轻重有无。③ 既影响犯罪的性质,又影响犯罪的危害性程度,并进而影响刑罚的轻重。

(三) 行为人身份与定罪量刑

1. 行为人自然身份与定罪量刑。(1) 基于生物学特征之行为人身份。探讨了与年龄、精神状态、疾病和性别有关的身份、“孕妇”身份等。重点研究了“高龄”老人和聋哑人的刑事责任问题,认为不能轻易将“高龄”作为从宽处罚的理由;只要聋哑人的责任能力不是明显地低于正常人,就不能因其“聋哑人”身份而予以从宽处罚。(2) 基于血缘或婚姻的行为人亲属身份。认为我国刑法中虐待、遗弃二罪的行为人与被害人互为亲属,而我国台湾地区及其他国家刑法中虐待或遗弃犯罪行为、被害人还包括亲属以外的人。对亲属相盗行为比较研究后认为,亲属身份对盗窃罪而言一般属于消极身份,且我国台湾地区及日本等国刑法中亲属的范围比我国有关解释中亲属的范围要广。

2. 行为人法定身份与定罪量刑。(1) 行为人法定身份的类型及作用。① 此类身份分为职务身份、职业身份和其他身份三大类,均属积极身份。其中,职务身份最为重要,主要存在于贪贿型、侵权型和渎职型

犯罪中,《关于〈刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》的效力应及于我国《刑法》中所有以“国家机关工作人员”为主体的犯罪。② 职务身份的作用方式有两种:一是只要具有一定的职务身份,就构成犯罪或予以“从重处罚”;二是不但要具有一定的职务身份,而且还必须利用职务便利,才构成犯罪或予以“从重处罚”。③ 某一职务犯罪之所以比行为方式上与其相同或相近的职业犯罪的法定刑为重,是由于职务身份体现的社会关系更为重要。(2) “能人”身份与定罪量刑。认为不能把能力的高低作为一种可以影响对行为人定罪量刑的身份。

3. 单位犯罪中的行为人身份。(1) 种类。一是只有具有一定身份的单位才可以构成的犯罪中的身份,二是单位与自然人皆可构成的犯罪中的身份。(2) 我国《刑法》中“机关”的范围。“机关”应包括国家各级机关、军队各级机关、党的各级机关、政协各级机关、各民主党派的各级机关、依照法律法规规定行使国家行政管理职权的组织和受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织。(3) 国家机关能否成为单位犯罪的主体。在评析否定说和部分肯定说的基础上认为,国家机关应当也能够成为单位犯罪的主体,应在立法和司法上重视对国家机关犯罪的惩治。

4. 行为人身份与共同犯罪的定罪量刑

(1) 行为人身份对共同犯罪定罪的影响

① 无身份者与有身份者共同实施犯罪的定性问题。A. 无身份者与有身份者均未利用有身份者之身份的,构成统一的非身份犯的共同犯罪;B. 个别共同犯罪案件中无身份者未利用有身份者之身份,而有身份者利用了自己身份的,虽构成共同犯罪,但应分别定罪;C. 无身份者教唆、帮助或与有身份者共同实施犯罪行为时,有身份者总是行为的实施者,此时即使有身份者在共同犯罪中起了次要作用,也应该按照有身份者行为的性质来确定共同犯罪的性质。

② 无身份者能否成为纯正身份犯的共同实行犯问题。A. 就所有既是自手犯又是纯正身份犯的犯罪而言,无身份者都不可能实施其实行行为,只能成为其教唆犯或帮助犯;B. 但对那些虽是纯正身份犯而不是自手犯的犯罪而言,无身份者不但可以成为其教唆犯或帮助犯,而且可以同有身份者一起实施纯正身份犯的部分实行行为,其中的个别犯罪,

无身份者还可以构成间接正犯。

③ 有身份者教唆、帮助无身份者实施纯正身份犯的定性问题。A. 有身份者可以教唆无身份者实施所有的纯正身份犯。B. 有身份者不能“帮助”无身份者利用自己的身份实施纯正身份犯。C. 有身份者可以帮助无身份者帮助其他有身份者或与其一起共同实施纯正身份犯的实行行为。D. “利用无身份有故意的工具”是共同犯罪的一种形式,而不是间接正犯,因为行为人双方既有共同故意,又有共同行为。

④ 不同身份者共同实施犯罪的定性问题。A. 不同身份者只是各自利用本人身份的,构成共同犯罪,但应分别定罪处刑。B. 不同身份者不但各自利用了本人的身份,而且还相互利用了对方身份的,宜按其中刑法重点保护的身份客体确定共同犯罪的性质,对各行为人按统一的罪名定罪处刑,而无论各行为人在共同犯罪中是否主要地利用了这种身份。

⑤ 无身份者与有消极身份者共同实施危害行为的处理。分为三种情况:A. 有消极身份者可以构成无此身份者实施的犯罪的教唆犯和帮助犯。B. 无身份者可以利用有消极身份者来构成间接正犯。C. 有消极身份者教唆、帮助或者与无此身份者共同实施非纯正身份犯,可以因其身份而受到从宽处罚或不构成犯罪。

(2) 行为人身份对共同犯罪量刑的影响

① 有身份者与无身份者共同实施不纯正身份犯的量刑。A. 如果无身份者没有利用有身份者的身份,就应对无身份者科以通常之刑,而对有身份者则根据《刑法》的具体规定,予以从严或从宽处罚。B. 如果无身份者利用了有身份者的身份,就应认为无身份者也具有了该身份,与有身份者一样予以从严或从宽处罚,对有身份者的处罚应该更严或更宽。C. 如果有身份者的“身份”涉及到的是限制刑事责任能力问题,无论在什么情况下都应当或者可以对有身份者予以从宽处理,而对无身份者则总要科以通常之刑。

② 有身份者与无身份者共同实施纯正身份犯的量刑。分别定罪时,对有身份者与无身份者按照各自触犯的罪名分别予以量刑;统一构成纯正身份犯时,对有身份者和无身份者按照各自所起的作用予以适当