

犯罪形态

研究系列

8

身份犯研究

杨辉忠 著

中国检察出版社

身份犯研究

杨辉忠 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

身份犯研究/杨辉忠著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 10
ISBN 978 - 7 - 80185 - 837 - 5

I. 身… II. 杨… III. 刑事犯罪 - 研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 160854 号

身份犯研究

杨辉忠 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.875 印张

字 数: 267 千字

版 次: 2007 年 12 月第一版 2007 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 837 - 5/D · 1813

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《犯罪形态研究系列丛书》编辑委员会

总 主 编：吴 振 兴

副总主编：张明楷 陈兴良

编 委：刘明祥 李 洁 张 旭

张明楷 陈兴良 陈忠林

吴振兴 邱兴隆 谢望原

曲新久

总 序

犯罪形态是刑法理论中重大而深邃的研究课题，其研究状况不仅能够反映刑法理论的发展程度，而且往往直接关涉司法实践中刑事个案的法律适用。犯罪形态的研究虽然颇为重要，理论界也给予了一定的关注，但在研究范围上尚未充分展开，理论内容上除少数犯罪形态研究较为深入而外，大多还比较薄弱，有相当数量的犯罪形态甚至还没有进入研究视野。特别值得提出的是，犯罪形态究竟意指何物，学术界亦未作深入探讨。这就为犯罪形态的研究提供了很大的空间。

所谓“形态”，在汉语语义上是指事物的存在状态或者存在形式。而犯罪形态，简单说来可以理解为犯罪的样态或者存在类型，它可以是行为类型，如自手犯、不作为犯；也可以是结果类型，如结果犯、危险犯；还可以是罪过类型，如过失犯、故意犯；可以是停止类型，如中止犯、未遂犯；也可以是共犯类型，如必要共犯、片面共犯；还可以是罪数类型，如想象竞合犯、结果加重犯；如此等等，不一而足。

然而，对于犯罪形态的定义不应只停留在简单的字面意义上，而应以犯罪构成为中心来认识犯罪形态。从这样一个前提出发，我们认为犯罪形态的严格含义，是与定罪量刑有关的犯罪构成特定特征的类型化样态。它既不是刑法分则规定的个罪，也不

是任何法定类罪（如金融诈骗罪）或者学理类罪（如货币犯罪），而是根据一定的标准对具有特定共性的犯罪进行相应概括形成的样态类型。它既是各种具体犯罪的抽象和升华，又是刑法一般原理的深入和展开，是犯罪总论与各论错综交织、有机结合、样态繁复的结晶体。

犯罪形态在研究范围上是相当广泛的。大陆法系的刑法理论中几乎已经约定俗成的就有几十种。这些犯罪形态大多是常见的，而且如前所述国内有些学者对有的常见性犯罪形态已有了较深入的研究，本《丛书》中收集的大多是关于常见性犯罪形态的研究。还有少部分犯罪形态，国内外刑法学界研究较弱，如以是否危及国家安全为标准而划分的国事犯、混合犯等；以行为入主观心理状态为标准而划分的倾向犯、表现犯等。本《丛书》虽有部分非常见性犯罪形态的研究论著，但数量较少，如不能未遂犯、复行为犯的研究。这固然与国内外的理论研究现状有关，也因有的犯罪形态作为研究论著尚嫌题目过小。除此之外，本《丛书》中还有一定数量的论著，是以我们自己概括出来的一些犯罪形态为研究对象的，如过当犯、假想犯、过限犯。这些犯罪形态的研究在国内刑法学界是开创性的，在大陆法系刑法理论中也是前所未见的。但我们认为，国内外刑法理论中未见的，未必就是不当。数额犯、情节犯等概念，过去国内外刑法学界也未曾见，但是国内刑法学界现已几乎尽人皆知，并被普遍接受。所以问题在于犯罪形态是否可以理解为犯罪的样态或存在类型，以及过当犯、过限犯等究竟是不是不同的犯罪样态或存在类型。现在，我们将这类研究论著收入《丛书》中，也有敬请同行赐教之意。

犯罪形态理论还有个自身的体系问题。为了便于研究，我们在本《丛书》中对于具有一定共性特征的犯罪形态进行了必要的梳理和分类。在此过程中，我们借用了陈兴良教授提出的罪体和罪责概念，将可以列入客观方面的犯罪形态归为罪体形态，将可以列入主体和主观方面的犯罪形态归为罪责形态，然后将普遍

认可的停止形态、共犯形态和罪数形态与之相提并论。此外，在逻辑上还应当为难以列入前五类的犯罪形态留下一定的空间，如亲告犯等，这一类暂其名曰其他形态。这样，就形成了一个罪体形态、罪责形态、停止形态、共犯形态、罪数形态、其他形态六大门类的犯罪形态理论体系。这种体系的建构也是尝试性的，尚祈学界同仁评说。

深入地、系统地研究犯罪形态理论是我多年的学术夙愿。何鹏教授在我国老一辈刑法名家中是以研究外国刑法与比较刑法见长的。我是何鹏教授硕士生和博士生的开门弟子，对犯罪形态的研究兴趣，始自何鹏教授的“传道、授业、解惑”。师恩不忘，古之名训，吾之永志。如果说1980—1983年的硕士生阶段我对犯罪形态还仅仅是初始性了解，则1986—1990年的博士生阶段我对犯罪形态已有了细化性认识。1996年我曾申请去武汉大学法学院博士后流动站从师于马克昌教授，当时申报的研究计划即为“犯罪形态论”，这个研究计划曾得到马克昌教授的首肯。虽然由于特定的客观原因我的进站申请未果，但一是对马克昌教授为此而做的努力，特别是他老人家对我的学术成长一直热切关怀，晚生始终铭记在心，终生难以忘怀；二是这个研究计划虽然没有实施，但却奠定了我研究犯罪形态的思想基础。

其后，我所指导的研究生，凡理论功底和研究功底好，又对刑法理论研究有兴趣的，大多是从我的“犯罪形态论”（提纲）中选择毕业论文题目，从而使我指导的研究生在研究内容上也多多少少地形成了一点学术风格。这也算是为今天本《丛书》的出版打下了一点点的客观基础。

为了保证本《丛书》的质量，2002年下半年我们曾就《丛书》原写作计划征询了国内诸多刑法专家的意见，其中不少专家学者给予口头答复或书面函复，如北京大学的陈兴良教授，清华大学的张明楷教授，中国政法大学的梁华仁教授、侯国云教授，中国人民公安大学的李文燕教授，武汉大学的莫洪宪教授等。他（她）们在对本《丛书》出版计划给予高度评价的同时，

也提出了宝贵的意见，并推荐了一些博士生和年轻的刑法学者加入到本《丛书》的作者队伍中。这也是本《丛书》作者从校内扩展到国内的重要原因。

为了保证本《丛书》的质量，2003年8月，由吉林大学法学院博士点牵头，与国内部分高校的部分著名刑法学家齐聚北京，正式宣布《犯罪形态研究系列丛书》编委会成立。这里特别需要说明的是，以陈兴良教授、张明楷教授刑法名家的地位而能屈尊在本《丛书》中担任副主编，同学术成果丰硕、学术造诣深湛而在国内刑法学界享有盛誉的邱兴隆教授、谢望原教授、刘明祥教授、曲新久教授、陈忠林教授在本《丛书》中屈尊担任一般编委，这不仅为本《丛书》增添了光彩，也必将使本《丛书》扩大影响，这是本人之幸，也是本《丛书》之幸。

为了扩大本《丛书》的社会效应，在吉林大学法学院的大力支持下，我们还在中国人文社会科学核心期刊《法制与社会发展》杂志上开辟了《犯罪形态研究》专栏，该杂志自2002年第4期始，不定期地刊载研究犯罪形态的专题文章，现已发表十几篇。

为了扩大本《丛书》的社会效应，2005年3月，我们还出版了《犯罪形态研究精要》（上、下册），以此作为本《丛书》的序曲，并申请后头大戏即《犯罪形态研究系列丛书》。

20世纪80年代以来，我国刑法理论研究获得长足发展，现今已是姹紫嫣红。与此同时，一些研究犯罪形态的专著也已陆续出版，如80年代专门研究未遂犯、教唆犯、故意犯和过失犯的专著；90年代专门研究危险犯、行为犯、间接正犯、预备犯的专著；最近几年专门研究不能犯、持有犯、身份犯、帮助犯、结果加重犯的专著。其中有几本就是我本人和我所指导的硕士生或博士生的论著。这些专著的陆续问世，反映的并不仅仅是犯罪形态研究的状况，更主要的是反映了犯罪形态的深入研究及刑法理论发展之必然这样一种态势。换句话说，它与刑法理论的深入发展是相伴而行的，甚至在一定意义上说，也是刑法理论深入发展

的一个标志。文章大家写，何必限一人。同样的题目或者同样内容的题目，出版几部不同的专著，这不仅是学术争鸣的需要，也是学术繁荣的表现。为此，已经问世的犯罪形态研究专著，虽然题目与本《丛书》相同，但只要谋篇布局、基本内容和观点论证有着较大差别的，我们仍作为本《丛书》之一列入出版计划。

对于本《丛书》的撰写，我们力求体现如下三个特色：

一是小题目与大规模相结合。本《丛书》的写作采用小题大做的方式，各个专题基本上是定位于末级犯罪形态，题目小，资料少，难度大。但是，《丛书》是按30本构设，每本20万字左右，总计约600万字，分三年陆续完成并出版，也称得上是鸿篇巨制。

二是创新性与深入性相结合。本《丛书》的部分专题系国内外刑法理论中前所未论，具有开创性，大部分专题在国内外的刑法著述中虽曾论及，但仅一带而过，未曾展开。而这些专题的研究要达到本《丛书》的篇幅要求，是必须依托于深入性的。换句话说，本《丛书》的每一个专题只有将创新性和深入性结合起来，才能完成撰写任务。

三是理论性与实用性相结合。本《丛书》的理论性已不言自明。其实用性则体现在《丛书》的每一本都有结合分则或实践进行研究的内容，这是由犯罪形态本身就具备刑法总论与各论错综交织的天然特征所决定的。

近些年来，中国检察出版社为繁荣和发展我国法学特别是刑法学的研究，已陆续出版了大量学术专著，贡献不菲。也许正是基于这种学术偏好，中国检察出版社对于本《丛书》给予了大力支持。借此机会，我本人并代表编委会对该社、该社的安斌编审及其他责任编辑致以由衷的谢意。

在本《丛书》业已付梓之际，略赘数语，是为总序。

吴振兴

2005年5月26日于深圳

序

杨辉忠同志的博士论文《身份犯研究》通过答辩后，又经多次修改，终成为一部刑法学专著。悉闻其将由中国检察出版社出版，心中感到无比的欣慰。作为其导师，亦应作者之邀，为之作序，以示祝贺。

杨辉忠同志 1992 年从吉林大学本科毕业以后，被分配到新疆奇台县人民法院从事审判工作，在极其艰苦的条件下，仍不忘继续拼搏与奋斗，于 1995 年重新考入吉林大学攻读刑法学硕士学位，师从于我。由于在硕士研究生期间积极进取，博览群书，并参与编写多部刑法学著作，1998 年毕业后进入南京大学法学院从事刑法学的研究与教学至今。在南京大学期间，由于其教学与科研突出，多次被评为优秀教师，是其单位较为优秀的中青年教师。2003 年，通过努力，杨辉忠同志又一次考入吉林大学法学院，继续师从于我，攻读刑法学专业博士学位。

杨辉忠同志对身份犯的研究始于其硕士期间，到 2003 年，他已经在多个刊物上发表相关论文数篇，对身份犯中的很多问题均有涉猎，而且很有见地，思想颇深。所以，在确定博士毕业论文选题时，我毫不犹豫地给他定了《身份犯研究》这个具有相当挑战性的题目。说其具有挑战性，乃是因为当时关于身份犯研究的资料相当少，不仅没有专门的著作，甚至连相关的论文资料

也很难收集，即便是在德、日刑法理论界，也是如此。但确定了论题之后，杨辉忠同志还是通过积极地努力、广泛地收集资料以及深入地认真地思考与探究，最终完成了20多万字的博士论文。

身份犯是大陆法系刑法中的一个重要概念，是刑法在对犯罪主体的构成要件进行限制或者类型化的过程中形成的一类犯罪，主要是指具有特定身份犯罪主体利用自己的特定身份而进行的与其特定身份相关联的犯罪或者因为犯罪主体的特殊身份而异其刑罚的犯罪。

杨辉忠同志首先对刑法中的身份以及身份犯之身份进行了深入的研究与探讨。他认为，刑法中身份的概念外延极广，既包括犯罪主体的身份，也包括犯罪对象的身份；既包括自然人的身份，也包括单位的身份；既包括人的身份，也包括物的身份。其本质特征和主要作用就是对犯罪主体的定罪和量刑有所影响。而身份犯之身份具有特定的内涵，仅指犯罪主体所具有的对定罪量刑有影响的个人要素。进而，杨辉忠同志又对身份犯的概念、特征进行了界定与探究，可以说，刑法中的身份与身份犯的研究对于深入探讨身份犯的阶级本质与规范本质，具有重要的价值。值得一提的是，杨辉忠同志在论文中首先提出了混合身份共犯的概念，并对混合身份共犯进行了学理上以及立法上的分类。而且，该同志还对不同类型下的混合身份共犯的刑事责任问题进行了理论上的分析，对于解决立法和司法实践中的混合身份共犯的整体定性以及各犯罪人刑事责任的承担，有着一定的指导意义。另外，该同志还对混合身份共犯的停止形态，尤其是混合身份共犯中各共犯人的未遂与中止问题，提出了极其有见地的思想与看法。

单位犯罪作为刑法中一种新的犯罪类型，将其纳入到身份犯中进行深入探讨，不仅有利于单位犯罪的立法完善，也有利于单位犯罪的司法认定，对于进一步丰富单位犯罪的理论研究、完善单位犯罪的理论体系有重要价值。杨辉忠同志从对单位定罪与量刑的角度出发，对单位的身份性进行了有力的论证，并最终得出

单位犯罪是一种身份犯罪的结论，这无论是在学术理论界还是在司法实践界都应该是一种突破。

我国刑事立法中的身份犯立法还很不成熟，主要表现在没有将身份与身份犯的理论有机地融入我国相关的刑事立法中，比如未成年人犯罪的追诉时效问题、人大代表犯罪的追诉时效问题、身份犯的自首问题以及其他相关问题。杨辉忠同志在其论文的最后一部分对这些问题也进行了研讨，某些建议与观点颇具价值。

2006年6月，杨辉忠同志顺利地通过了论文答辩，答辩委员会一致认为：该篇论文观点鲜明，结构严谨，论据充分，论证有力，所选论题对于刑法理论研究与司法实践，均有一定的价值与意义，是一篇优秀的博士毕业论文。作为其导师，虽未参加其答辩，但看到他取得这样优异的成绩，实感欣慰。

但是，该篇论文也存在一定的不足之处。对于混合身份共犯的未完成形态问题尚有进一步研究与探讨之必要。另外，作者对单位犯罪的身份性仅进行了一般性的探究，只触及其表面，没有从更深的层次去挖掘单位犯罪的身份犯内涵，相比其研究的自然人身份犯罪，显然有些差距。不过，杨辉忠同志所从事的是高校的教学与研究工作，想必以后会有更多的时间将这些有待深入探讨的问题进一步地补充与完善。

是为序。

吴振兴

2007年7月

目 录

CONTENTS

总序	(1)
序	(1)
第一章 刑法中的身份概述	(1)
第一节 刑法中身份的概念	(3)
一、刑法中身份概念之论争	(3)
二、刑法中身份概念之管见	(10)
第二节 刑法中身份的特征	(19)
一、身份的法律特征	(21)
二、身份的实质特征	(25)
三、身份的人身特征	(27)
四、身份的事实特征	(29)
第三节 刑法中身份的类型	(31)
一、定罪身份和量刑身份	(33)
二、自然身份和法定身份	(38)
三、积极身份和消极身份	(43)
四、主体身份和对象身份	(46)
五、定式身份和不定式身份	(48)
六、明示身份和隐藏身份	(49)
七、人的身份和物的身份	(50)
第四节 刑法中身份的作用	(51)
一、定罪作用	(52)

二、量刑作用	(54)
三、评价作用	(56)
四、规制作用	(57)
第五节 身份犯之身份的内涵	(58)
一、身份犯之身份的含义	(58)
二、身份犯之身份的特征	(61)
第二章 身份犯的立法与本质	(67)
第一节 身份犯的立法沿革	(67)
一、中国古代刑法中身份犯的立法考察	(67)
二、外国刑法中身份犯立法概览	(71)
第二节 身份犯的阶级本质	(73)
一、中国古代刑法中身份犯的阶级本质论析	(73)
二、西方古代刑法中身份犯的阶级本质探议	(76)
第三节 身份犯的规范本质	(77)
一、特别义务侵害论	(77)
二、法益侵害限定论	(82)
三、现象形态论	(84)
四、结论——三重法益论	(86)
第三章 身份犯的概念和特征	(90)
第一节 身份犯的概念	(90)
一、身份犯概念之歧义	(91)
二、身份犯概念之厘定	(95)
第二节 身份犯的特征	(96)
一、身份犯之法定性	(97)
二、身份犯的关联性	(104)
第四章 身份犯的类型	(106)
第一节 身份犯的学理类型	(106)
一、纯正身份犯、不纯正身份犯和准纯正身份犯 ...	(107)
二、自然身份犯和法定身份犯	(120)
三、定式身份犯和不定式身份犯	(122)

四、排他性身份犯和非排他性身份犯	(125)
五、亲手性身份犯和非亲手性身份犯	(130)
第二节 身份犯的法律类型	(134)
一、中国军人犯罪	(135)
二、特定职务者犯罪	(137)
三、特定职业者犯罪	(156)
四、特定地位者犯罪	(159)
五、特定人身关系者犯罪	(160)
六、境外组织机构和个人的犯罪	(161)
第五章 身份犯与停止形态	(164)
第一节 身份犯与犯罪未遂	(165)
一、共同实行的混合身份共犯与犯罪未遂	(165)
二、有身份者为教唆者的混合身份共犯之 犯罪未遂	(166)
三、有身份者为帮助者的混合身份共犯之 犯罪未遂	(170)
第二节 身份犯与犯罪中止	(174)
一、共同实行的混合身份共犯与犯罪中止	(174)
二、有身份者为教唆者的混合身份共犯之 犯罪中止	(175)
三、有身份者为帮助者的混合身份共犯之 犯罪中止	(176)
第六章 身份犯与共同犯罪	(178)
第一节 混合身份共犯的概念与立法	(178)
一、混合身份共犯的概念	(179)
二、混合身份共犯的立法	(182)
第二节 混合身份共犯的刑事责任	(189)
一、共犯从属性学说与混合身份共犯的刑事责任 ..	(190)
二、共犯独立性学说与混合身份共犯的刑事责任 ..	(193)
第三节 我国刑法理论中的混合身份共犯刑事责任的	

解决	(195)
一、目前国内各种学说之评判	(197)
二、混合身份共犯的辨识及其刑事责任	(210)
第七章 身份犯与单位犯罪	(226)
第一节 单位的身份性	(227)
一、单位符合刑法中身份之论证	(227)
二、我国刑法中的单位犯罪	(230)
第二节 单位犯罪构成要件之身份性	(233)
一、单位犯罪的主体身份	(233)
二、单位犯罪的主体身份中需要探讨的几个问题 ...	(235)
三、单位犯罪行为之于身份关联性	(240)
第三节 单位犯罪的处罚之身份性	(245)
一、单位犯罪刑事责任承担的方式与身份之评价 ...	(245)
二、我国刑法对单位犯罪刑事责任解决的方式与 身份之评价	(247)
第八章 身份犯其他疑难问题探讨	(249)
第一节 身份犯与其他犯罪形态	(249)
一、身份犯与不作为犯	(249)
二、身份犯与竞合犯	(257)
三、身份犯与自手犯	(264)
第二节 身份犯与自首、时效制度	(272)
一、身份犯与自首制度	(272)
二、身份犯与时效制度	(280)
第三节 身份共犯与单位犯罪	(285)
一、单位共同犯罪的构成要件	(286)
二、单位犯罪与共同犯罪的界限	(288)
结论	(291)

第一章

刑法中的身份概述

任何违法行为必须要符合刑法明文规定的—定的犯罪构成要件，方能构成犯罪。犯罪构成要件是指刑法明文规定的为—定行为构成犯罪而必须具有的主观要件和客观要件的有机结合。^① 犯罪构成要件以犯罪概念为基础，但又在犯罪概念的基础上对犯罪的成立加以细化。但是，对于犯罪的成立到底需要哪几个构成要件，各国由于法律的观念、刑法的基础等诸多方面的不同而呈现出不同的理论学说或法律制度。以德国、日本为代表的大陆法系国家的刑法理论主要形成了以下学说与特色：构成要件符合性、违法性和有责性是成立犯罪的三个条件，行为符合构成要件不一定构成犯罪；构成要件以实行行为为中心，既包括记述的、客观的要素，也包括规范的、主观的要素；构成要件是抽象的、观念的概念，而不是具体的事实本身，具体事实与构成要件相一致时，便具有构成要件符合性；构成要件是违法的类型，即符合构成要件的行为原则上具有违法性。^② 以美国、英国为代表的英美法系国家虽然没有成熟的犯罪构成理论与体系，但是其学者一致

① 传统的刑法理论将“犯罪构成”定义为刑法所规定的为某一违法行为构成犯罪而必须具备的一系列主观要件和客观要件的总和。现在诸多学者将“犯罪构成要件”看做是一系列主观要件和客观要件的有机结合或者有机整体。笔者认为，“总和”意味着简单地相加，而“有机结合”却意味着一个技术化处理的过程，比“总和”稍显科学。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社1997年版，第94页。