

身份犯论

——基于犯罪形态视野的考察

SHENFENFANLUN

JIYU FANZUI XINGTAI SHIYE DE KAOCHA

吴飞飞 / 著



本书作者将身份犯理论作为一个完整的体系进行研究，他试图找到这一体系的规律性，用以指导身份犯相关问题的解决。

中国检察出版社

身份犯论

——基于犯罪形态视野的考察

SHENFENFANLUN

JIYU FANZUI XINGTAI SHIYE DE KAOCHA

吴飞飞 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

身份犯论/吴飞飞著. —北京: 中国检察出版社, 2014. 7
ISBN 978 - 7 - 5102 - 1200 - 0

I. ①身… II. ①吴… III. ①刑事犯罪 - 研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 094233 号



身份犯论

吴飞飞著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.375 印张

字 数: 220 千字

版 次: 2014 年 7 月第一版 2014 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1200 - 0

定 价: 30.00 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

序

“身份犯”不是一个法律概念，不同场域中“身份犯”可能有不同指称：有时指刑法总论中的一种犯罪类型形态，与目的犯、结果犯和既遂犯等理论形态地位相当；有时指分则中的某一个具体罪名，如贪污罪、受贿罪和滥用职权罪等；有时则指实施了某一犯罪的具有一定身份的行为人；等等。但是无论怎样，我认为对身份犯的研究至少应当立足于两个进路：一是将身份犯作为刑法总论中的犯罪形态理论进行研究，挖掘该理论形态的基本原理用以指导立法和司法实践；另一则是对刑法分则中的具体身份犯罪名进行研究，以求在司法实务中准确定罪量刑。当然这两个进路是互为补充和相互促进的——基本原理的探究可以消除不同身份犯罪名认定中可能出现的不协调甚至冲突；个罪罪名的探讨能够丰富和检验基本原理的正当与妥适。

身份犯作为刑法总论诸理论中的一员，长期以来一直受到学界的普遍关注，相关的研究成果也很多，包括以身份犯为题的博士论文也出现了几篇，然而，这些对身份犯理论的专题研究似乎并没有太大的进展，且不说与刑法理论较为发达的德日等大陆法系刑法中的身份犯理论研究尚有差距，即使是在我国学者间仍旧存在诸多争议甚至分歧很大。以学界经常研究的“有身份者同无身份者共同实施犯罪”问题为例，学者间的观点五花八门，不一而足。这种现象非但对司法实践的开展没有益处，就是对理论研究本身而言也值得反思。当然，这里我并不主张理论研究应该千篇一律或者不能争鸣，只是认为学者在提出不同见解的同时至少应当在一个共同的平台之上，或者对一些前提性的问题有了深入研究之后方可为之，否则只能是自说自话，导致乱象丛生而

无法形成真正的理论争鸣。具体到身份犯理论，关系到身份犯的处罚根据、犯罪构成、共同犯罪以及刑罚等问题都值得研究，应当对这些基本问题有了相对深入的探讨，并能够使得这些相关理论之间互相契合达到理论内部的逻辑自治，进而提出对身份犯某些个别问题的主张和见解，唯其如此，争鸣才更能有的放矢并很好地指导司法实践。

就关注身份犯个罪的基本问题这一研究进路而言也应当为我们所重视。刑法中的身份犯罪名约占分则罪名数量的三分之一，每一个罪名从犯罪构成到刑罚量定无不值得研究。我从 20 世纪 80 年代开始，曾重点关注国家工作人员职务犯罪问题的研究，出版过《国家工作人员职务犯罪研究》一书。在对国家工作人员实施的职务犯罪这一类身份犯进行研究的过程中，我深切地感觉到相关具体罪名在司法实践中认定上的困难，这其中有立法本身规定的不协调，当然更涉及相关身份犯基本原理研究的不够充分。因此，对身份犯个罪进行深入研究也应当是学界和司法实务部门重点关注的领域。

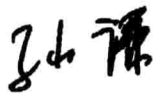
吴飞飞同志撰写的《身份犯论》更多地是关注身份犯的原理研究，这就是我前面谈到的第一个研究进路。我认为这本书至少有两个亮点：一是该书并没有像以往对某一犯罪形态理论研究的传统套路，即从犯罪构成、停止形态、共犯形态到刑罚论等依次套用式研究，而是专门就与身份犯理论紧密相关的基本问题展开讨论，包括身份犯的定位、处罚根据、基本类型、正犯论和共犯论等。这种研究可能表现为体系上不够完整，但是其更具有针对性，而且论者在相关问题的研究上都能较好地运用刑法基本原理以求相关论点之间的协调与逻辑自治。二是该书的研究尤为关注我国的理论和司法实际现状，而不是一味地将国外先进理论“拿来”和引进，例如，作者主张由于我国目前《刑法》中罪名设定的不够严谨，不能纯粹从罪名的角度区分不纯正身份犯；在日本较为受到关注和争议的“共谋共同正犯”理论并不能简单地引入我国刑法理论；在我国目前法律传统较为缺失、刑法理论

研究不够发达、司法从业人员的法律素养有待提高的大背景下，对正犯的判断宜采取形式的客观说——按照分工分类法区别了正犯与狭义共犯后，再通过作用分类法对各共犯人进行准确量刑，等等主张都较有新意且具有很强的实践价值。

当然，本书的个别观点仍有待学者的进一步研究和检验，如身份犯的处罚根据、纯正身份犯和不纯正身份犯的分界以及身份犯共同正犯的判定等，但至少作者能够在关注身份犯理论自足的前提下提出相关的主张和见解。因此，我觉得即使个别主张未必完全站得住脚，但这种努力是值得肯定的。

吴飞飞同志在博士毕业后即到了国家检察官学院就职，令我欣慰的是，在学院对检察官培训的教学工作以及到实务部门挂职锻炼中，他仍旧重点关注身份犯的相关理论和实务问题，还开设“贪污贿赂犯罪司法疑难问题研究”等专题课程，向全国检察官讲授；在北京师范大学刑事法律科学研究院从事博士后研究期间，他将“滥用职权罪司法疑难问题”作为博士后报告的题目，所有这些课程讲授和研究都与他这本书的研究是一脉相承的。作为吴飞飞同志的指导教师，我很希望他能够持续地对这一问题进行研究，并最终更好地服务司法实践。

是为序。



二〇一四年三月

前 言

身份犯理论并非刑法理论研究诸领域中的“新成员”，我国最早的刑法教科书中即存在身份犯概念的身影，直到最近更有相关论著的问世。但即便如此，也绝不能说身份犯理论之中毫无问题，更不能说有关身份犯的诸问题已达成共识——在以德国与日本为代表的大陆法系中，关于身份犯的共犯问题，有着长期的立法演变以及伴随其演变而来的理论探讨。^①相反我国大陆学者对身份犯问题的研究则稍显不足，即使存在个别研讨（实际上有关身份犯的相关文章数量为数不少）也是自说自话，要么对身份犯的具体罪名单打独斗式研究，要么仅局限于身份犯个别问题的说明，这种零星式的研究方式既不利于身份犯理论自身的发展和完善，也可能导致对相关问题得出矛盾结论。

因此，身份犯这一“老面孔”实有系统研究的必要：将身份犯理论作为一个体系完整、内在规律的体系存在，找到这一体系的规律性，用以指导身份犯相关问题的解决。这是本书写作的初衷，也是归宿。不敢说本书的论述能够达到这一目的几许，但至少是从系统论角度对身份犯问题的有益探索。

在展开论述之前，尚有几点需要交代。

1. 本书所研究的身份犯仅指自然人犯罪，并不包括单位犯罪。有学者曾建议将单位这种“特殊”主体也作为身份犯主体身份之一，^②也有学者认为应当把单位与自然人统一起来，重新

① 周啸天：《德日身份犯的立法梳理及其启示》，载《中国刑事法杂志》2013年第7期。

② 杨辉忠：《身份犯研究》，吉林大学2006年博士学位论文，第242～246页。

界定一般主体与特殊主体的概念。据此，所谓一般主体，是指具有一般犯罪主体所要求的构成条件的人，所谓特殊主体，是指除了具有一般犯罪主体所要求的构成条件外，还必须具有某些犯罪所要求的特殊身份作为其构成条件的人。^① 笔者认为，单位犯罪在构成上与自然人犯罪差异较大，且单位犯罪自身尚且有很多问题需要克服（甚至于单位犯罪的存在理由都存疑问），因此再将单位犯罪放置身份犯中可能会导致本已不堪复杂的身份犯理论更雪上加霜，无益于问题的深化。

2. 身份犯理论不是对分则具体罪名的单个研究，但又脱离不了分则对身份犯个罪的具体规定。因为身份犯固然是一个整体性的概念，但是其理论价值只能通过分则一个个具体的罪名加以体现。也就是说身份犯理论与分则中具体身份犯罪名二者是统一的，下文所称身份犯大多时候意指理论本身，有时也指称分则所规定的具体身份犯罪。

3. 本书并没有像研究其他犯罪形态那样将总论的相关问题进行依次套用，^② 而是仅对身份犯理论所面临的特殊问题进行探讨（其他诸问题同于一般犯罪对待），正如我国台湾学者认为：“在刑法理论上，探讨身分犯之成立与处罚之相关议题，可再细分为三个范畴予以探讨：（1）刑法分则上各种身分犯之成立要件，亦即探讨身分犯之直接与单独正犯应如何成立之问题。（2）间接正犯与身分犯之关系，亦即探讨身分犯之间接正犯能否成立及如何成立之问题。（3）共犯与身分犯之关系，亦即探讨身分犯之广义共犯（包括共同正犯、教唆犯和帮助犯——笔者注）能否成立以及如何成立之问题。”^③ 这里的第（1）项是身份犯个罪研究领域，后两项则应当作为身份犯理论总体上需要着重加以探

① 何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第239～240页。

② 一般在研究某一犯罪形态的时候为了体现完整性而将总论的诸理论进行顺次说明：从犯罪论——刑罚论；从构成要件（包括错误）、停止形态、共犯形态至刑罚制度等。

③ 甘添贵等：《共犯与身分》，学林文化事业有限公司2001年版，第270页。

讨的。“特别犯中身份犯规定，在刑法中，已是一个棘手问题，再将与参与问题结合，更是复杂，故而吾人称其为‘棘手问题之最’。”^①因此，本书在第三章至第五章重点研究了身份犯的（广义的）“参与”问题。而在研究这些重大问题之前还应当对身份犯的一些本体性问题进行说明，这是研究之前提也是根本——如果什么是身份犯都没有达成一致，何谈其“参与”问题的研究？故此，本书第一章即对身份犯的定位、概念以及处罚根据等这些本体问题进行探讨；接下来的第二章关于身份犯基本类型的纯正与不纯正身份犯是后面研究身份犯“参与”问题的两条主线，由于二者在构成上的差异而导致他们在“参与”问题上结论有别。

4. 我国刑法总则中并无德日以及我国台湾地区“刑法”有关身份犯共犯条款的规定^②，这对于身份犯理论的研究而言既是机遇更是挑战：因为没有法律条文的硬性规定就不存在对条文的争议理解（德日学者对刑法中“共犯与身份”条款的争论非常激烈），这在一定意义上避免了许多不必要的争论；同时也给刑法学者提出了挑战，因为毕竟在司法实践中面临着这些问题，需要在理论上得出妥当之结论而指导实务之进行。当然，从法律发展的角度，首先在理论上进行充分论证并得出相对理性的结论，

① 柯耀程：《变动中的刑法思想》，中国政法大学出版社2003年版，第350页。

② 德国刑法第28条（特定的个人特征）第1款规定：“正犯的刑罚取决于特定的个人特征。共犯（教唆犯或帮助犯）缺少此等特征的，依第49条第1款减轻处罚。”第2款规定：“法定刑因行为人的特定的个人特征而加重、减轻或免除的，其规定只适用于具有此等特征的行为人（正犯或共犯）”，第29条规定：“数人共同犯罪的，各依自己的罪责受处罚，而对他人的处罚如何，对其无影响。”日本刑法第65条是身份犯共犯条款，其第1款规定：“对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人，虽不具有这种身份的，也是共犯。”第2款规定：“因身份而特别加重或者减轻刑罚时，对于没有这种身份的人，判处通常的刑罚。”我国台湾地区“刑法”第31条也作了类似于日本刑法的规定：“因身分或其他特定关系成立之罪，其共同实行、教唆或帮助者，虽无特定关系，仍以正犯或共犯论。但得减轻其刑。因身分或其他特定关系致刑有重轻或免除者，其无特定关系之人，科以通常之刑。”

而最终仍要诉诸立法规定，这是必然趋势。

5. 两对概念的用法需要澄清：对于身份犯中身份的表达有两种，即“身份”和“身分”，从纯粹语言学角度以及用于习惯而言（如居民身份证而非身分证等），二者存在细微差别。但是在刑法理论中对身份犯进行表述的时候是将二者不做区分的，可以混用；另外，对身份犯的基本类型的纯正身份犯与不纯正身份犯之称谓也存在类似情况，有学者表述为真正身份犯与不真正身份犯。本书对于两对概念进行相应取舍分别表述为“身份”和“（不）纯正”身份犯（不真正身份犯给人感觉其并不是身份犯），但是涉及引用学者观点时为了保证准确性并没有对引用部分不同学者的说法进行修改。

最后，本书将身份犯作为对犯罪进行类型化研究的犯罪形态理论之一种，这是后文对身份犯相关问题展开论述的前提和主线，特此说明。

摘 要

身份犯理论是整个刑法理论研究诸领域中略带传统甚至有些陈旧的课题。然而，即便如此，有关身份犯的相关问题并没有完全解决，个别问题的争论还相当激烈。因此，身份犯这一“老面孔”实有系统研究的必要：将身份犯理论作为一个体系完整、内在规律的体系存在，找到这一体系的规律性，用以指导身份犯相关问题的解决。这是本书写作的初衷也是归宿。

第一章身份犯本体论是对身份犯的体系定位、概念特征、处罚根据以及学理分类等相关前提性、基础性的问题进行探讨。身份犯特指犯罪类型而非犯罪人类型。应当纯化身份犯的概念（理论）：身份犯是指刑法分则性规范所规定的，以行为人具有一定身份决定犯罪成立与否，或者身份不决定犯罪的成立与否而影响刑罚轻重的犯罪。“刑法分则性规范所规定”的“犯罪类型”是身份犯的特征所在。刑法分则缘何将有些犯罪主体构成限定在只能是具有某种特定身份的一部分人实施；又缘何在有特定身份者与无特定身份者都可以实施某一犯罪行为时只对于有特定身份者进行加重或减轻处罚，对于这些问题的回答便是对身份犯的处罚根据之探究。本书主张身份法益侵害说，该说在纯正身份犯和不纯正身份犯两种基本类型中有不同体现。根据普适性与实用性原则本书将身份犯分成不同种类，以此进一步深化对身份犯问题的认识。

第二章是对作为身份犯基本类型的纯正身份犯与不纯正身份犯的研究。无论是刑法理论较为发达的大陆法系刑法国家（地区）抑或是我国，不论是在理论研究或司法实践中，将身份犯理论区分为纯正身份犯与不纯正身份犯，并以二者为主线对身份

犯进行考察是较为通行的做法。因此，本部分通过对这两种基本类型进行还正性剖析，欲求为后文身份犯相关问题的展开研究提供前提性支撑。划分纯正身份犯与不纯正身份犯应当从实质的角度，并以个罪在构成上的特征为切入点进行。纯正身份犯其主体特定身份具有创设刑罚之意义，其存在决定犯罪的成立与否，包括积极身份犯与消极身份犯两种；不纯正身份犯，在法律特征上存在一个基本构成要件之犯罪与其相伴，而一般人均得成为该基本构成要件之犯罪的行为主体，从这一意义上而言，不纯正身份犯之主体特定身份可以称为“主体的超过要素”。不纯正身份犯又存在同罪异罚型和异罪异罚型两种。

第三章是对作为身份犯正犯种类之一的单独正犯的探讨。单独正犯包括直接正犯和间接正犯两类。无论哪种单独正犯类型都离不开作为正犯判断核心的“实行行为”概念的探讨。基于对实行行为所具有的犯罪个别化机能的考察，本书进行了实行行为的中国语境分析。同时纯正身份犯与不纯正身份犯的实行行为各有特色，应当将这种特色应用到对身份犯相关问题的解决上。间接正犯问题本已复杂不堪，再引入身份犯理论中就更为难解。本书通过对间接正犯理论的全新认识，具体分析了身份犯是否可以构成以及如何通过间接正犯方式实施的诸种情形。

第四章重点论述了作为正犯种类之一的身份犯的共同正犯问题。从我国目前的司法现状来看，共同正犯理论在我国刑法以作用分类法为主的共犯人种类中应有一席之地。另外，通过对大陆法系国家（地区）与我国刑法理论的发展脉络、理论传统以及现实考察，本书主张作为正犯与共犯区分标准的新形式的客观说。据此，正犯与实行犯两个概念除了用语习惯与部分功能略有不同外，实则同一。在这样一种分析进路下，本书认为无身份者不能构成纯正身份犯的共同正犯，如果有身份者同无身份者共同完成纯正身份犯的相应行为的，应当坚持部分犯罪共同说基础上的“双向”想象竞合犯原理进行处罚。基于对不纯正身份犯实行行为特殊性的把握，如果有身份者和无身份者共同完成某一不

纯正身份犯行为的，应当采取分别定罪科刑说。

本书最后一章是对身份犯的狭义共犯问题的探究。无身份者可以构成纯正身份犯的共犯并不违反共犯的处罚根据理论。作为积极身份犯而言，无身份者参与犯罪的完成应当区分不同情形结合身份犯与间接正犯理论进行相应判断。消极身份犯基于其构成上的特殊性在共犯问题上应当特别考察：有消极身份者教唆、帮助无消极身份者实施消极身份犯，该有消极身份者应当作为共犯对待；而无消极身份者教唆、帮助有消极身份者实施消极身份犯，通过法益保护原理该无消极身份者不能构成犯罪。不纯正身份犯的共犯问题研究同样离不开对不纯正身份犯构成上的特殊性的关照。对于有身份者同无身份者相互参与实施同罪异罚型不纯正身份犯时不涉及罪名认定上的困难，可以直接适用较为简单；反之，对于异罪异罚型不纯正身份犯而言，无论是无身份者教唆、帮助有身份者完成犯罪抑或相反，都应当采取分别定罪说的结论，做到罚当其罪，不枉不纵。

关键词：身份犯 本体 基本类型 正犯 共犯

Abstract

The crime of status is the traditional and dated question in the criminal law theory. But the related problem is still severity discussed in the scholar. So it's necessary to study the question on the crime of status. The aim of this paper is to find the rule of crime about status so that to resolve the related questions.

Chapter one is the orientation, conception, character, base of punishment and kinds in the theory of crime of status. These questions are also the premise and based question about the theory of crime about status. The crime of status is specially indicated delicate kind but not the offender kind. The conception of crime about status should purification; the status of crime is the crime that the statuses decide the criminal constitutes or affect punishment stated by criminal material crime in criminal law. The impress of crime about status is "stated by criminal material crime in criminal law" and delicate kind. The base of punishment in the crime of status is to resolve the question that reason of the status in the criminal constructive elements and the affected factors in the punishment. This paper claims the theory of violation the status advantage in criminal law, and the theory is different in the pure and impure crime of status. By way of understanding more crime of status, this paper provides the kinds of crime of status based on the principal of universality and practicability.

Chapter two studies two essential crime of status: pure and im-

pure crime of status. It's familiar to distinguish pure and impure kinds of the crime of status in that not only continent law and theory but also china and practice. So this part plants to discusses these two kinds of crime in order to provide the basic for the afterward study. The dividing standard of pure and impure crime of status should find from essential angle and the criminal constitutive character of material crime. The status in pure crime of status can create the punishment and decide whether the crime come into existence. It concludes two kinds: positive and negative status. Impure crime of status has a basal constructive element in the legislative character, and the ordinary people can accord with this basal criminal constructive element. So the status in impure crime of status can entitle "principal overrun part" . The impure crime of status divides two kinds: different punishment in the same crime and different punishment in the different crime.

Chapter three studies the sole perpetrator of status about crime. The sole perpetrators conclude direct and indirect perpetrator. The studying of these two crimes can't break away from "behavior" that the key element of judging perpetrator. This paper discusses the behavior in Chinese penal law on the base of individual function of behavior. The character of status in pure and impure status of crimes is different, so we should notice that in solving the material question. The problem of indirect perpetrator is very complex especially induct into the theory of status in crime. This paper analysis whether the crime of status and how to form indirect perpetrator on the base of brand - new understand about the theory of indirect perpetrator.

Chapter four stresses discuss the corporate perpetrator of the crime of status. The theory of corporate perpetrator has important sta-

tion in Chinese criminal law that based on function in accomplice from justice. This paper adopts the new external theory via reviewing the developed skeleton, exoteric tradition and practice in continent and Chinese criminal theory. So the idea of perpetrator and actor is uniform except parasitological habit and partial function. So the paper thinks that non – status can't make of common perpetrator in the pure status crime. We should persevere in the principal of bidirectional fanciful criminal combine on base of partial common crime if the people of non – status and status complete pure status crime together. We should conviction and punish to non – status and status respective on base of the particularity of actor in the impure status crime if the people of non – status and status complete impure status crime together.

The last chapter discusses the abettor and assistor of status crime. It's possible that non – status can make of the accomplice of pure status crime based on the theory of accomplice. We should distinguish different thing when judge non – status participate in completing positive status crime based on the theory of status crime and indirect perpetrator. The negative status crime should be especially reviewed in accomplice; the status can make of accomplice when he abet and assist non – status; the non – status can't make of accomplice when he abet and assist status base on the principle of protecting legal behalf. The discussion can't deviate the particularity of impure status crime in criminal constructive. When status and non – status participate in the crime of different punishment in the same imputation, the conviction is very easy. When status and non – status participate in the crime of different punishment in the same imputation, we should convict respectively not only when non – status abet and assist status

but also status abet and assist non – status in order to convict and punish reasonable.

Key words: status crime ontology basic type perpetrator complicity