

武汉大学
刑法学
博士文库

身份犯研究

SHENFENFAN YANJIU

杜国强 / 著



全国优秀出版社
武汉大学出版社

武汉大学刑法学博士文库

身份犯研究

杜国强 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

身份犯研究/杜国强著. —武汉: 武汉大学出版社, 2005. 1

武汉大学刑法学博士文库

ISBN 7-307-04413-7

I. 身… II. 杜… III. 刑事犯罪—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 136201 号

责任编辑: 江 溯 责任校对: 李小宜 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌·珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 850×1168 1/32 印张: 9.75 字数: 251 千字 插页: 4

版次: 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04413-7/D·613 定价: 17.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

引 言

作为一类犯罪，身份犯是以行为人是否具有特定身份为标准而对犯罪进行分类的结果。古今中外的刑事立法中都有关于身份犯的规定。如早在我国奴隶制发端的夏朝，据《左传·昭公十四年》引《夏书》曰：“昏墨贼杀，皋陶之刑也。”其中，“贪以败官为墨”，其意是说对官吏贪赃枉法处以墨刑，这是身份犯在我国古代最早的立法例。当今世界上大多数国家的刑事法律中也都规定了身份犯罪，我国现行刑法中的身份犯更是比比皆是，贯穿于刑法分则的各个章节。这一突出的立法现象为刑法理论研究提供了新的课题，并成为中外刑法学界关注的重要问题之一。从研究状况来看，国外刑法学界特别是大陆法系国家刑法学者对身份犯的研究较为深入，不过学说纷纭，莫衷一是，而且多数集中于对身份犯之共犯问题的探讨，真正将身份犯作为一类犯罪从宏观上进行研究的，目前尚不多见。我国刑法理论界虽然也对身份犯问题进行了积极的探讨并提出了一些有价值的见解，但从总体上来看，还有待深入。理论上的相对滞后直接影响到刑事立法与司法实践，妨碍了刑法社会保护功能和人权保障功能的进一步发挥，因而我们有必要加强对身份犯的研究，这对于繁荣我国刑法理论、完善刑事立法以及指导司法实践具有非常重要的意义。

首先，加强对身份犯的研究有助于繁荣我国的刑法基本理论。身份犯理论是我国刑法理论的重要组成部分。综观我国现行刑法，有关身份犯的条款占了相当大的比重：刑法分则十章中就有三章（贪污贿赂罪、渎职罪和军人违反职责罪）是典型的身份

犯，在其他各章中身份犯也是俯拾皆是。刑法理论上也以行为人是否具有特定身份为标准而将犯罪分为身份犯与非身份犯。但就目前我国理论界对身份犯的研究状况来看，还比较薄弱，仅有若干篇相关的论文和刑法专业硕士论文，尚没有对身份犯进行系统研究的专著。从研究的范围来看，还仅仅限于个别身份犯罪及其共犯问题，而对身份犯的基本理论问题尚缺乏系统而深入的探讨，这不能不说是我国刑法理论研究的一大缺憾。而身份犯作为一种犯罪必然有区别于其他类型犯罪的独特之处，因此，我们应当加强对身份犯的研究，尤其是宏观方面的理论研究，如加强对身份犯的概念、特征和分类以及身份犯之身份的界定，特别是身份犯与共同犯罪问题的理论探讨，这对于繁荣我国的刑法理论具有重要的意义。

其次，加强对身份犯的研究有助于完善我国刑事立法。统治阶级之所以在刑法中规定身份犯，当然有其刑事政策上的考虑。如在各国刑法中均规定了公务人员职务犯罪的条款，体现了国家为保证国家机器正常运转而从严治吏的决心。但这只是宏观的刑事政策，具体能否落到实处还要看罪状的建构和法定刑的配置是否科学，否则不仅起不到抗制职务犯罪的作用，反而会放纵犯罪。比较而言，有关身份犯的规定，在国外刑事立法中较为具体明确，既有总则性规范，也有分则性规范。而在我国，无论是总则性的，还是分则性的，都有欠妥之处，甚至部分内容（如关于有身份者与无身份者共同实施犯罪如何处罚的问题）至今仍付阙如。为了完善现行立法，我们有必要加强对身份犯的研究，以便为修改和补充有关身份犯的规定提供可靠的理论依据。

最后，加强对身份犯的研究有助于正确指导司法实践。就我国刑事司法的现状而言，由于没有明确的刑法规定及科学的理论作指导，直接影响到司法实践中对身份犯罪的正确认定和处理。特别是1997年我国刑法修订后，随着身份在刑法中的重要性日益突出，与身份相关，在定罪、量刑方面出现的难题越来越多，

司法机关对这些问题的解决感到束手无策。例如，由于修订刑法仅保留了《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》中有关贪污罪共犯的条款，因而在理论界和实务界引起了一场关于“受贿罪的共犯是否已被取消”的大讨论。关于混合主体共同犯罪的定性问题，更是众说纷纭，莫衷一是，最高人民法院两次出台“以主犯犯罪的基本特征定罪”的司法解释，受到刑法理论界的广泛质疑和批评。这种现象主要是由于理论上的匮乏造成的，因而加强对身份犯理论的研究对司法实践有着重要的指导作用。

本书是作者在对中外身份犯理论研究成果比较借鉴的基础上，立足我国的司法实践和刑法基本理论，对身份犯问题进行较为全面、系统研究的尝试，希望能够起到抛砖引玉的作用，将我国有关身份犯的理论研究引向深入，从而正确指导身份犯的刑事立法与司法实践。

目 录

引 言	1
第一章 身份犯概述	1
第一节 身份犯的界定	1
一、身份犯的概念、特征	1
二、身份犯与相关概念辨析	10
第二节 身份犯刑事立法的理论基础	22
一、身份犯的本质	22
二、身份犯与刑法面前人人平等原则	41
第二章 身份犯之核心要素——身份界说	45
第一节 刑法中身份的概念、特征与分类	46
一、刑法中身份的概念	46
二、刑法中身份的特征	53
三、刑法中身份的分类	58
第二节 身份犯之身份的概念、特征	74
一、身份犯之身份的概念	74
二、身份犯之身份的特征	76
第三节 身份犯之身份与相关概念辨析	80
一、身份犯之身份与刑法中身份之比较	80
二、身份犯之身份与特殊主体身份之比较	81

第三章 身份犯的学理分类及其刑法表现形式	83
第一节 身份犯的学理分类	83
一、国外关于身份犯的学理分类	83
二、我国关于身份犯的学理分类	85
第二节 身份犯的刑法表现形式	95
一、纯正身份犯的刑法表现形式	95
二、不纯正身份犯的刑法表现形式	160
第四章 身份犯的定性与处罚	171
第一节 身份犯之单独犯的定性与处罚	171
一、纯正身份犯的定性与处罚	171
二、不纯正身份犯的定性与处罚	178
第二节 身份犯共犯的定性与处罚	179
一、身份犯共犯之立法概览	179
二、纯正身份犯与共同犯罪	185
三、不纯正身份犯与共同犯罪	255
第五章 我国刑法中身份犯之立法反思与完善	266
第一节 纯正身份犯之立法反思与完善	266
一、纯正身份犯之立法反思	266
二、纯正身份犯的立法完善	278
第二节 不纯正身份犯之立法反思与完善	281
一、不纯正身份犯之立法反思	282
二、不纯正身份犯的立法完善	285
第三节 身份犯共犯之立法反思与完善	287
一、身份犯共犯之立法反思	287
二、身份犯共犯的立法完善	288
主要参考文献	290
后 记	300

第一章 身份犯概述

第一节 身份犯的界定

一、身份犯的概念、特征

(一) 身份犯的概念

身份犯，顾名思义，是具有特定身份的人实施的犯罪。关于犯罪主体，在构成要素上，一般是没有特别限定的，凡是符合法律规定的基本条件的自然人，都可以成为犯罪主体。但在有些犯罪中，则要求行为人必须具备一定的身份才能构成犯罪或者行为人因具备一定的身份而影响到刑罚的轻重，这类犯罪即为身份犯。古今中外的刑事立法中都有关于身份犯的规定，但在何为“身份犯”上，各国刑法理论界在认识上并不相同。

日本理论界一般认为，凡是在构成要件上需要一定身份的犯罪，就被称做身份犯。这在日本是通说。^①如日本学者山中敬一认为：“不是只有‘者’这个表述一般主体的词语，也存在明示只有具有‘女子’（刑法第212条）、‘公务员或仲裁人’（第197条）、‘医师、药剂师、医药品贩卖业者、助产妇、律师、辩护

^① 参见〔日〕福田平，大塚仁主编，李乔等译：《日本刑法总论讲义》，辽宁人民出版社1986年版，第44页；〔日〕木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司1991年版，第129页。

人、公证人’（第134条）这样的特殊的身份者才成为犯罪主体的刑罚法规。在我国，后者即构成要件上行为者有一定的身份被认为必要的犯罪，叫身份犯……”木村龟二也认为，规定只能以具有一定的身份者作为犯罪主体的犯罪，叫做身份犯。^①在意大利刑法理论中，学者们也认为，除规定“任何人”都可以构成犯罪的情况外，法律还常常要求主体具有某种资格……甚至某种状态……这种情况就是人们所说的身份犯。而与之相应的“非身份犯”则是指可以由任何人实施的犯罪。^②德国学者纳古拉则从另一角度限制了身份犯的范围，他认为，身份单纯成为刑罚加重或减轻的事由时，必须严格地将之与身份犯区别开来。因为在身份单纯地成为处罚要件时，它本质上属于普通犯罪。^③

在英美等国家，关于身份犯，根据人们提出的定义来看，最为常见的是：身份犯就是“根据是什么而不是根据做什么来确定的犯罪”。在他们看来，身份犯是指具有一定的人身条件或具有一定特征的人构成的犯罪，典型的例子就是流浪罪。身份犯“在普通法和成文法中有很长的历史，未曾受到法院的根本怀疑”。但是权威的刑法学家都激烈反对个人因其身份承担责任的可接受性。一些评论家指出了真实的理由：国家努力惩罚身份而不是行为，产生了至少是违宪的蛮横。另外一些人认为，宪法性的错误不会自动地归附于每一个身份犯罪。如罗林·帕金斯坚持认为：“法律并不反对对那些具有引起社会厌恶的身份的人给予惩罚。”产生这样的不同意见，大部分原因是由于对身份的罪行化是否以

① 转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第147页。

② [意]杜里奥·帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社1998年版，第89～90页。

③ 参见[日]佐伯千仞著：《共犯理论的源流》，成文堂1987年版，第151～152页。

及在多大程度上与犯罪行为要件不一致方面认识混乱。另有一些刑法学权威似乎对身份犯的理解不同。有一位评论家写道：“至于身份犯，即具有无意识或疾病的情况……”很清楚，这位评论家显然把身份犯等同于无意识的情况了。^①

在我国台湾地区刑法学界，有学者根据犯罪行为是否需要特殊身份、关系，有无特别加重、减轻或免除其刑，甚至告诉乃论等特殊规定，将犯罪分为身份犯与非身份犯两大体系。前者是指某罪之犯罪主体需具备法律条款所明定之特殊的身份、关系之人，方足以成立该罪者，如强奸、贪污以及亲属间之窃盗、侵占等罪；后者则是指任何人都可实施之犯罪，如强盗、抢夺、放火等一般性之罪。^② 另有学者将犯罪分为一般犯和特别犯：一般犯即普通犯罪，乃指在不法构成要件中，对于行为人之资格或条件，未做任何限制，任何人均属适格之行为人而能违犯之犯罪。刑法规定处罚之犯罪，绝大多数为一般犯；特别犯即身份犯，系指惟有具备特定资格或条件之人，始属适格之行为人，而能违犯之犯罪，例如受贿罪、杀害直系血亲尊亲属罪、亲属间窃盗罪、背信罪等。^③ 但也有学者认为身份犯的外延应缩小。例如，韩忠谟先生就主张：“以一定身份作为犯罪构成条件之犯罪谓之身份犯，与之相对者则为常人犯。”^④

以上各种见解的相同点在于均认为身份犯是一类犯罪，即由具有特定身份的人实施的犯罪，但学者们在行为人的特定身份单

① 参见[美]道格拉斯·N·胡萨克著，谢望原等译：《刑法哲学》，中国人民公安大学出版社1994年版，第88～93页。

② 参见黄村力著：《刑法总则比较研究》，台北三民书局1984年版，第242页。

③ 参见林山田著：《刑法通论》（上）（增订第7版），台大法学院图书部2001年印，第175页。

④ 韩忠谟著：《刑法原理》（最新增订版），台湾雨利美术印刷有限公司1981年版，第397页。

纯影响量刑的犯罪是否属于身份犯的问题上认识迥异。

在我国刑法学界,关于身份犯的概念在认识上也不一致,概括起来,主要有以下两种观点:一种观点将身份犯定位为犯罪或犯罪人,认为身份犯即常人犯的对称,是指以一定身份或其他特定关系为犯罪构成要件或刑罚加减免除原因的犯罪或犯罪人;^①另一种观点则将身份犯定位为一类犯罪,但在具体成立范围上则存在两种不同见解:其一,认为身份犯是指以行为人具有法律规定的某种特定身份作为犯罪构成必要要件的犯罪。^②其二,认为身份犯是以特殊身份作为主体要件或者刑罚加减根据的犯罪。^③笔者认为,身份犯就其一般意义而言,只能是一类犯罪,而不是指犯罪人,故第一种见解过于宽泛。第二种观点下的两种见解均将身份犯定位为一类犯罪,其立足点是正确的,但在具体界定上均存在一定的问题。身份犯有纯正身份犯与不纯正身份犯之分,前者是指以特定身份为犯罪构成要件的犯罪,后者则是以特定身份为刑罚之从重、加重、从轻、减轻或免除条件的犯罪。故第一种见解实际上只是给纯正身份犯下的定义,没有将不纯正身份犯包括在内,因此有以偏概全之嫌。而第二种见解既包括了纯正身份犯,也包括了不纯正身份犯,比较全面,但是该见解并未明确身份犯之法定性的特征。笔者认为,所谓身份犯,是指刑法规定的、以行为人所具有的特定身份作为犯罪构成要件或量刑情节的犯罪。

(二) 身份犯的特征

从身份犯的概念来看,它具有以下三个特征:

① 杨春洗等主编:《刑事法学大辞书》,南京大学出版社1990年版,第437页。

② 参见孙膺杰等编:《刑事法学大辞典》,延边大学出版社1989年版,第534页。

③ 参见张明楷著:《刑法学》(上),法律出版社1997年版,第170~180页。

1. 身份犯是一类犯罪，不是指犯罪人或一般违法行为

这是身份犯的形式特征。对于犯罪，根据不同的标准，可以分为不同的种类。其中，以犯罪主体的情况为标准，可以将犯罪分为身份犯与非身份犯。^① 这是从犯罪主体的角度出发，说明有一部分犯罪，按照法律规定，其行为主体除具备一般主体的条件即达到刑事责任年龄和具有刑事责任能力外，还必须具备一定的身份条件，始为身份犯，否则属于常人犯。因而身份犯是以行为是否具有特定身份为标准对犯罪进行分类的结果。身份犯的这一形式特征表明它不是指一般违法行为，更不是指犯罪人，因此，首先应当将身份犯与一般违法行为区分开来。身份犯作为一类犯罪，它必须具备犯罪的基本特征，即它是一种具有严重的社会危害性、刑事违法性和刑罚当罚性的行为；而一般的违法行为，系指违反非刑事法律、危害社会程度轻微、尚不构成犯罪、不需要追究刑事责任、只能用非刑事制裁的方法处理的行为。也就是说，一般违法行为不是犯罪行为，更谈不上是身份犯了。因此，即使是有身份的人实施的一般违法行为，也不能称做身份犯。其次，应当将身份犯与犯罪人区别开来。身份犯是一类犯罪，而犯罪人一般是指其行为触犯了法律应受刑罚处罚的人，^② 比如累犯、惯犯、主犯或自首犯等。身份犯与犯罪人既有区别，又有联系。身份犯必须由一定的犯罪人实施，故犯罪人是构成身份犯的一个必不可少的条件；但身份犯之犯罪人并非是一般的自然人，其主体必须具有特定的身份。两者具有交叉重合关系。

2. 身份犯是以行为人的特定身份作为犯罪构成要件或量刑情节的犯罪

这是身份犯的本质特征，也是身份犯与普通犯罪相区别的标

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第36～44页。

② 杨春洗等主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社1990年版，第135页。

志。它包括如下两层含义：

首先，身份犯是具有特定身份的人实施的犯罪。换言之，身份犯中之“特定身份”只能是行为人所具有的，而非受害者所具有的。这是从犯罪主体的角度对身份犯所作的限定。据此，在有些犯罪中，尽管其犯罪对象也具有一定的身份，如拐卖妇女、儿童罪的对象必须是“妇女、儿童”，打击报复证人罪的对象只能是“证人”，但这些都是受害人所具有的身份，而并非行为人所具有的身份，因而它们都不属于身份犯。

其次，身份犯是以特定身份作为犯罪构成要件或量刑情节的犯罪。所谓身份作为犯罪的构成要件，是指没有这种身份，便不构成犯罪，至少不成立身份犯。如强奸罪的主体一般是男子，妇女不能独立实施该罪。又如，贪污罪的主体只能是国家工作人员或受委托管理、经营国有财产的人员，不具备此身份的人自无单独成立此罪的可能，但可以成立普通犯罪，如盗窃罪、诈骗罪等。所谓身份作为量刑情节，是指不以特定身份作为犯罪构成要件，但有此身份却影响到刑罚的轻重。例如，我国刑法第243条诬告陷害罪的主体，不要求以特定身份为要件，任何年满16周岁、具备刑事责任能力的人均可实施该罪，但是如果主体具备国家机关工作人员身份，依照该条第2款的规定应从重处罚。换言之，国家机关工作人员身份虽不是诬告陷害罪的构成要件，但这种特殊身份却是诬告陷害罪从重处罚的根据。又如，根据刑法第19条的规定，又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。行为人的这一特定身份并不是构成犯罪的必要条件，但却影响到刑罚的轻重，因而这些人实施的犯罪也属于身份犯。由上可见，身份犯的一个显著特征就在于行为人的特定身份能够影响定罪或量刑，如果某一身份对定罪量刑没有任何影响，即使刑法对其作出规定，也不属于身份犯。如我国现行刑法第438条第2款规定：“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的，依照本法第127条的规定处罚。”即对于军人实施上述行为的，不依

盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪论处，而构成第 127 条的盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪。由于第 438 条第 2 款并未规定对军人应从重或从轻处罚，即军人这一特定身份并未影响定罪或量刑，因而该款不属于身份犯。

理论上需要深入探讨的是，身份犯是否包括单位犯罪在内，即此处的“人”是否也包括法人？笔者对此持否定态度。首先，身份就其本意来讲，是指人在一定社会关系中的地位，包括人的出身、资格或人身状况等。这种个人要素当然只能属于自然人所有，单位不可能具有这种身份。正是因为如此，我国刑法理论界均将身份犯限于自然人犯罪。如有学者认为：“以主体是否要求以特定身份为要件，自然人犯罪主体分为一般主体与特殊主体。刑法规定不要求以特殊身份作为要件的主体，称为一般主体；刑法规定以特殊身份作为要件的主体称为特殊主体。在中外刑法理论上，通常以特殊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。”^①其次，犯罪主体的特殊身份必须对定罪量刑有影响，而从各国刑法的规定来看，对单位犯罪采用的处罚方法主要有代罚制、法人责任或双罚制，在具体对单位处罚时只笼统规定“单位犯罪的，对单位处罚金”，^②而没有刑罚加减之规定，也就是说，单位犯罪不符合身份犯的特征，因而不能归入身份犯的范畴。

3. 身份犯是由刑法规定的，不是由判例和刑法理论所认可的

这是身份犯的法律特征。也就是说，哪些犯罪必须由具有特定身份的人实施，哪些犯罪因行为人具有特定的身份而使刑罚加重、减轻或者免除，取决于刑法的规定，否则不能称其为身份

① 参见高铭喧，马克昌主编：《刑法学》（上），中国法制出版社 1999 年版，第 185 页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 303 页。