

试论身份犯的本质

杜国强

(广州市人民检察院, 广东广州, 510623)

摘要: 在近现代刑事立法中, 身份之所以影响刑事责任的有无及其大小, 主要是因为特定的身份与一定的犯罪构成要件相联系, 决定或者影响了行为的危害性质及其程度。在我国刑法中, 有关身份犯的规定与刑法面前人人平等原则并不冲突。

关键词: 身份犯; 违反义务; 法益侵害; 刑法面前人人平等原则

中图分类号: D924 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-3104(2004)02-0189-04

所谓身份犯, 是指刑法规定的以行为人的特定身份作为犯罪构成要件或刑罚轻重要素的犯罪。古今中外的刑事立法中都有关于身份犯的规定, 我国现行刑法中的身份犯更比比皆是, 贯穿于刑法分则的各个章节。但是, 统治阶级为什么将行为人的特定身份作为定罪量刑的标准? 身份犯与刑法面前人人平等原则是否矛盾? 笔者拟对这些问题做一尝试性探讨, 以期对我国有关身份犯的刑事立法与司法实践有所裨益。

一、身份犯立法的历史考察及立法理由的学说综述

身份犯的本质在不同历史时期的表现各不相同。早在古代奴隶制和封建制刑法中, 就有相当数量的有关身份犯罪的条款。首先, 从主体特殊身份影响行为人刑事责任之有无来看, 主要有官吏渎职的犯罪。历朝历代统治者为保证国家机器的正常运转, 提高统治效能, 都十分重视吏治, 表现在刑事立法中, 有关官吏犯罪的条款占了相当大的比例。其次, 在各国刑事立法中都有因主体特殊身份影响刑罚轻重的规定。例如在中国古代社会, 针对贵族、官吏及其亲属犯罪分别规定了议、请、减、赎、官当等较常人减免刑罚或以赎抵刑的制度; 而在古代印度, 其特有的种姓制度在法律上表现为具有不同等级身份的人往往同罪异罚。可见, 古代刑法中有关身份犯的规定并不是完全建立在特定身份对行为危害程度

不同影响之基础上的, 而主要是为了以刑罚手段来维护等级特权和宗法制度, 归根结底是为了维护统治阶级的根本利益。

在近代资产阶级刑法以及现代各种类型国家的刑法中, 有关身份犯的条款更加丰富。各国刑法中普遍规定有以公职人员、军职人员、特定职业者、家庭成员、在押人员等为特殊主体的犯罪, 以限制某些行为构成犯罪的范围, 突出对某些危害行为的刑事惩治, 从不同侧面维护本国统治阶级的根本利益。此外, 在各国刑法中也把一定的特殊身份规定为影响行为人刑罚轻重的要件, 如规定具有公职人员、司法人员身份者犯某些罪的要较其他人从重或加重处罚等。一般来说, 近现代刑法中这类因身份不同而处罚不同的规定, 已经摒弃了古代刑法维护等级特权的内容和立法精神, 而是从特定身份对行为危害程度的不同影响考虑的, 这是刑法随着社会前进而取得的一大进步^{[1](273)}。至于刑法为什么要将特定身份者实施的行为规定为犯罪, 或者对其追究较无身份者不同的刑事责任, 各国刑法理论界在认识上并不一致, 大致有以下几种观点。

(1) 违反义务说。例如有日本学者认为, 在社会、法律的等关于人的关系中对于满足身份犯的原因, 要从具有承担特定义务的地位或资格的人犯罪这种角度来把握。纯正身份犯是由于行为人违反了其身份所承担的特别义务, 成为犯罪成立的契机; 不纯正身份犯则是具有一定身份的人犯罪, 因为违反比别人承担的更高一级的义务, 而被加重处罚

的情况。^[2]德国学者 Roxin 也认为,此一特别犯(纯正身份犯)之资格,系存在于刑法以外之义务地位,应将此一特别犯称为义务犯较为合适^[3]。我国大陆也有学者持同样见解。^{[1](291~293)}对于上述观点,有学者批判说,该见解认为义务违反是违法性的实质,并且使一方面强调人的行为无价值,另一方面轻视结果无价值的见解成为前提,是不妥当的。^{[4](149~151)}

(2) 法益侵害说。该说根据法益侵害(与危险)是违法性的实质的见解,认为之所以对身份犯进行处罚是由于只有有身份者才可能侵害法益。特别是真正不作为犯,如果不是具有身份者,事实上也许不可能侵害该法益,认为这能给犯罪的成立以根据,日本学者平野龙一持此说。这种见解相对于真正身份犯来说应当是妥当的,因为对纯正身份犯来说,只有有身份者才能直接侵害特定的法益,无身份者只能通过有身份者的正犯侵害该种法益,否则是不可能侵害该种法益的。但对不真正身份犯来说就不一定妥当,因为在不真正身份犯中,无身份者也能侵害该罪中的保护法益。^{[4](149~151)}

(3) 折衷说。日本著名刑法学者大塚仁在论述犯罪的本质时曾有过一段论述:“犯罪,首先可以解释为把法益的侵害作为各个核心而构成。可是,根据刑罚法规,也不是没有作为义务的违反而把握的一面,例如,被侵害的法益尽管是同一的,在不真正身份犯中,身份者的行为比非身份者的行为处罚要重(例如保护责任者的遗弃罪),离开身份者的义务违反这一点,我认为就难于彻底理解。所以犯罪的本质,一方面基本上是对各类法益的侵害,同时,在一定范围,一定义务的违反可以作为本源。”^[5]该说实际上是违反义务说与法益侵害说的综合,因而不可避免地具有两说的缺点。

二、身份犯本质之我见

应当承认,在多数情况下,刑法中规定的身份犯的确违反了某种特定义务,特别是对具有法定身份者所实施的犯罪更是如此。但是,并非所有的身份犯都可归结于对义务的违反,例如强奸罪,就很难说行为人是违背了某种义务。而法益侵害说也无法将身份犯与其它犯罪区别开来。笔者认为身份犯的本质只能从身份本身去找。

根据我国刑法理论的通说,犯罪的本质特征是行为具有严重的社会危害性。罪责之有无和大小,

莫不取决于行为之社会危害性的有无及其程度,社会危害性及其程度又是由犯罪构成表现出来的。而身份犯作为以行为人的特定身份为标准而做的一种分类,其犯罪的本质以及犯罪构成的各个方面多有身份的烙印。正如有学者指出的,“犯罪构成实质上可以看成是一个多维系统,而身份则与其系统中的各个要件都发生着密切联系,从而影响着行为的社会危害性及其程度,即犯罪的本质特征,这就是身份影响罪质与罪责的根本原因所在。”^[6]也就是说身份的触角已经伸进了身份犯构成的各个要件中,决定和影响其构成的各个方面。这是刑法规定身份犯的原因之所在,也是身份犯与其它犯罪相区别之处。具体而言,身份对身份犯之犯罪构成的影响表现在以下几个方面。

(1) 从犯罪主体方面来看,身份是身份犯之主体的构成要素之一。犯罪主体对于任何犯罪来讲都是必不可少的,但身份犯之主体同其它犯罪之主体又有不同之处,即行为人必须具有特定的身份,否则不构成身份犯。刑法中之所以设立犯罪主体特殊身份的规定,不外乎是要达到两个目的:其一,借助行为人某些特殊身份的有无,来限制某些犯罪的犯罪主体及犯罪成立的范围,以区分罪与非罪和此罪与彼罪的界限,以便准确适当地对某些危害行为追究刑事责任。其二,借助行为人的某些特殊身份的有无,来区分危害程度不同的犯罪之轻重罪责,以突出和加重对某些具备特殊身份的犯罪分子及其特定犯罪行为的打击,使刑罚的适用与其刑事责任相适应;同时也对某些因具备特定身份而使行为危害程度较小的犯罪分子和犯罪行为从宽处罚,做到宽严相济。总之,刑法设立犯罪主体特殊身份规定的旨意,在于从犯罪主体角度调整危害行为与刑事责任的关系,以更加有效地打击犯罪,从根本上维护统治阶级的利益。^[1]具体而言:1) 某些危害行为只能由具有特定身份的人实施,因为只有他们才具备实施这类行为的条件,而不具备该特定身份的人即使想实施该行为也不会成为可能。例如刑法第129条规定的丢失枪支不报罪,只能由依法配备公务用枪的人员实施,不是依法配备公务用枪的人员,没有合法持有枪支的资格,也就不存在丢失枪支后的报告义务,因而不可能实施本条规定的犯罪行为,故刑法仅对这类主体做了明确规定。2) 有些危害行为虽然人人都可实施,但具有特定身份的人实施时才具有严重的社会危害性,因而刑法将其规定为犯罪。例如,非法剥夺公民的宗教信仰自由的行为虽然普通公民也可

以实施,但是国家机关工作人员由于其特定身份,由其实施这类行为就可能比其他人实施同类行为造成更大的危害或者更为恶劣的影响,为突出打击重点,刑法才将其规定为犯罪,并追究刑事责任。3) 有些危害行为虽然人人都可实施,但具有特定身份的人实施时可能加重、减轻行为的社会危害程度,因而刑法对其规定了相应的刑罚。例如,刑法第307条规定的妨害作证罪和帮助毁灭、伪造证据罪,虽然任何人都可实施,但是司法工作人员因其具有的特殊身份,决定了其实施这类行为往往较普通公民的同类行为对司法活动造成的危害更为严重,所以刑法对其规定了较重的刑罚。

(2) 从犯罪客体方面来看,行为人的特定身份往往决定着犯罪行为所侵害的犯罪客体的性质。我国刑法中的犯罪客体是指为我国刑法所保护的,而为犯罪所侵害或者威胁的社会关系。而身份则是指由刑法规定的行为人所具有的影响定罪和量刑的特定资格和其它特定关系,是人在一定的社会关系中的地位体现。行为人在社会关系中的地位不同,其犯罪行为所侵害的社会关系的性质也不完全相同。例如,同样对犯罪嫌疑人实施肉刑或变相使用肉刑的行为,如果行为人是司法工作人员,则表明行为人滥用职权,严重违背其作为司法工作人员所应承担的法律义务,其行为不仅侵犯了公民的人身权利,而且严重干扰了司法机关的正常活动,应当构成我国刑法第247条规定的刑讯逼供罪。但是如果行为人是非司法工作人员,则表明行为人的行为仅仅侵犯了公民的人身权利,不具有危害司法机关正常活动的性质,因而只能构成其它犯罪,如故意伤害罪等。两种犯罪因犯罪主体的身份不同所侵害的犯罪客体也不相同。

(3) 从犯罪的主观方面来看,身份往往决定着罪过的有无及其内容。我国刑法中的犯罪构成是主客观要件的有机统一,其中罪过(犯罪故意和过失)在犯罪的主观方面中处于核心地位,它是刑事责任的一个重要根据。而罪过的产生及其内容又是与犯罪主体密不可分的,因而行为人的特定身份可能会影响到罪过之有无及其具体内容。例如,刑法第316条第1款所规定的脱逃罪,行为人只有具备依法被关押的罪犯、被告人或者犯罪嫌疑人的身份,才可能产生非法脱逃的故意,如果不具备该身份而仅仅是被行政拘留的违法分子,就不会有脱逃罪的故意,即使其逃脱关押,也不属于脱逃罪的犯罪行为,也就不构成脱逃罪。

(4) 从客观方面来看,身份决定着犯罪行为的性质及危害程度。考察我国刑法中有关身份犯的规定,其犯罪行为多与行为人的特定身份有着一定联系。主体身份对犯罪行为的决定作用主要表现在以下几个方面:1) 行为与某种特定的身份相结合,便会与该身份所代表的利益发生冲突,从而产生危害社会的后果或影响行为的危害程度。例如,刑法第165条规定的由国有公司、企业的董事、经理实施的非法经营同类营业罪和第307条第3款规定的由司法工作人员实施的妨害作证罪和帮助毁灭、伪造证据罪,其行为与主体特定身份相结合,就会与行为人本身所代表的利益发生冲突,而他人实施的类似行为一般不会危害到这一利益,或者造成的危害在程度上不及上述具有特定身份者造成的危害严重,因此刑法仅将有特定身份者的行为规定为犯罪或规定对其从重刑罚。2) 行为与主体特定身份相结合,表明行为违背了其职责或义务要求,并造成危害社会的后果或加重危害程度。例如我国刑法分则第十章规定的军人违反职责罪、第349条第2款规定的由缉毒人员等实施的包庇毒品犯罪分子罪等。在这些犯罪中,主体的特定身份表明有关行为违反了行为人的职责要求,因而行为人要对自己违背职责的行为所造成的危害结果承担相应的刑事责任。3) 行为与特定身份相结合,表明行为亵渎了职务的廉洁性。例如贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等,其主体身份表明所实施的相应行为是对其所担负职务的廉洁性的亵渎,同时表明其行为特征之一即“利用职务上的便利”的具体内容和范围。

上述分析表明,特定的身份与一定的犯罪构成要件相联系,决定了或者反映了行为的危害性质及其程度,从而影响到刑事责任的有无或大小,刑法中关于身份犯的规定正是根据这个原理做出的。

英国法学家梅因在分析了从古代社会到近代资本主义社会的历史进程后得出一个著名的论断:“可以说,所有进步社会的运动,迄今为止,是一个从‘身份到契约’的运动。”^[7]从另一个角度来看,该过程实际上是从专制社会向民主法治社会转变的过程。专制社会是只重强制性人身依附关系的身份社会,是不同身份形成不同地位的不平等社会。而民主法治社会是强调人身独立自由的契约社会,是否定身份和特权的平等社会。这种“契约”体现在刑法中就是

适用刑法平等原则,其核心就是任何人不能拥有凌驾于法律之上的特权,在适用法律上一律平等。^[8]因而在专制社会和民主法治社会两种不同的政治制度下,身份的内涵和法律意义也不相同。

我国1997年修订后的刑法在总则第四条也明确规定了刑法面前人人平等原则,这是我国宪法确认的社会主义法制原则在刑法中的体现。笔者认为,特定的身份影响刑事责任程度的规定,从理论上讲,与刑法面前人人平等原则并不矛盾。刑法有关犯罪主体特殊身份的规定,是根据特定身份对行为的危害程度的不同影响,并针对所有具有这种身份的人而加以规定的,并不是针对某个具体的个人规定的;它适用于所有利用这种身份实施犯罪行为的人,并不因某个具体的个人身份而有所差别。因此,刑法中关于身份犯的规定仍是一般性规定。凡是具有相同身份的人,在是否承担刑事责任以及承担多大的刑事责任上,都必须适用刑法规定的同一标准,对任何人都不存在例外的情况。而刑法面前人人平

等原则是针对各个具体的个人身份而言的,它强调对于每个犯罪人在适用法律上都要平等对待,不允许任何人享有特权。对于具有同一身份的人所实施的犯罪,同样要坚持刑法面前人人平等原则,不能因个人职务大小而有所差异。

参考文献:

- [1] 赵秉志. 犯罪主体论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1989.
- [2] 木村龟二. 刑法学词典[M]. 上海: 上海翻译出版公司, 1991. 130-132.
- [3] 林山田. 刑法通论(上)增订七版[M]. 台北: 台大法学院图书部, 2001. 176.
- [4] 马克昌. 比较刑法原理[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002.
- [5] 大塚仁. 注释刑法(第一编总则)[M]. 东京: 青林书院, 1978. 122.
- [6] 康均心. 刑法中身份散论[J]. 现代法学, 1995, (4): 17.
- [7] 梅因. 古代法[M]. 上海: 商务印书馆, 1982. 97.
- [8] 何秉松. 试论新刑法中法律面前从平等原则[J]. 法律科学, 1997, (6): 48-52.

On the essence of crimes of status

DU Guo-qiang

(The People's Procuratorate of Guangzhou, Guangzhou 510623, China)

Abstract: Based on the comparison of the different viewpoints, the author puts forward that the reason that the special status influencing criminal responsibility is that the special status contacts with all the criminal constitutional parts, and decides or influences the character and degree of the harmness of the conduct. The provisions about the crimes of status in the Criminal Law in China don't collide with the principle of everyone being equal before the criminal law.

Key words: crimes of status; violating the obligations; infringing upon legal behalves; the Principle of everyone being equal before the criminal law

[编辑: 苏慧]