

略论刑法中身份的两个问题

康 均 心

身份问题被纳入我国刑法学的研究视野,是近年来倡导廉政建设过程中所出现的一个新课题。由于许多犯罪主体必须具有一定身份才能构成,因此,从刑法学的角度来探讨身份就显得尤为迫切。本文认为,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影响定罪量刑的特定资格和其他特定关系。它具有四种特征,即事实特征、主体特征、本质特征、法律特征。其作用是对定罪量刑所产生的社会效益、价值或影响。它包括评价作用、规制作用、界限作用、定罪作用和量刑作用。

身份问题是现代刑法理论发展过程中一个不容忽视的问题,但长期以来各种因素的影响而使之成为现代刑法理论研究视野中的盲点;即使偶有涉及,也只是其他理论问题的附庸,而从没有以独立的品格立于刑法理论当中。因此,本文仅就刑法中身份的概念和作用进行探讨。

一

考察刑法中的身份问题,首先必须明确刑法中身份的概念。

身份一词的含义在汉语里有多种不同的表述。例如《现代汉语词典》表述为“人在社会上或法律上的地位。”《辞海》表述为“人的出身、地位或资格。”尽管表述在行文措词上略有小隙,但所描绘出的内涵却是相同的,它包含两个方面的意思:一是社会意义上的身份;二是法律意义上的身份。在这一点上,身份和英语中的 status 以及法语中的 statut,其基本含义是一致的。作为法律用语, status 一词来源于拉丁语,它所拥有的悠久历史决定了我们在英语国家的法律文本和法学著作中,随时可以看到它的身影。

日语中的身份一词与汉语中的身份一词形同意同,但读音却大相径庭,然而它并没有妨碍日本法学界对身份问题的研究。日本法学界对身份问题的研究不仅视野宽广,而且独到精深。日本东京大学教授仁井田陞(1904—1966)毕生致力于中国法制史的研究,对中国封建社会法律中的身份特权和家族制度的洞察更是入木三分,1942年他出版的《支那身份法史》,“大力开拓了前人未踏的领域,在日本研究中国法制史方面留下了巨大的足迹。”^①著名刑法学者西田典之的专著《共犯与身份》(成文堂出版)系统地阐述了共同犯罪中的身份问题。翻阅日本法学著作,“身份”一词出现的频率是很高的。

对身份词源的考察,其目的是为了更好地界定身份的概念。刑法意义上的身份虽有一般意

义上的属性,但它却被赋予了具有刑事法律关系内容的内涵,因而有其独特的含义。到底什么是刑法上的身份?如何从刑事法的角度来表达这一术语呢?

世界上许多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不尽相同:(1)称“身份”者,如现行日本刑法;(2)称“身份关系”者,如1975年大韩民国刑法;(3)称“个人身份关系”者,如泰国刑法;(4)称“特定之个人要素”者,如1976年的联邦德国刑法;(5)称“身份关系和个人特定身份关系”者,如1974年的奥地利刑法;(6)称“身份资格关系”者,如意大利刑法;(7)称“特殊身份关系、资格及情状”者,如1971年瑞士刑法。等等。上述立法例表明,称“身份”,是对身份采取的广义解释,它包括特定关系,而“特定之个人要素”及“身份关系”也不过是广义上身份的同义语;将身份与资格及情状并列,则是对身份采取的狭义理解。尽管上述所举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都极为罕见。唯一可称得上法定概念的是日本昭和二十七年九月十九日最高裁判所判决和最高裁判所刑事判例集第六卷第1083页的解释,该判例解释认为:“所谓身份,并不局限于男女性别、本国人是还是外国人、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。”^②这个概念是针对《日本刑法》第65条的规定提出的,实质上,它是一个广义的身份概念。首先,《日本刑法》第65条第一项是关于“对于因身份而构成之犯罪行为为加功时虽无其身份仍为共犯”的规定,判例的解释对于第一项纯正身份的定义来说至少是广泛了,但是基于社会的、法律的等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一角度来观照的话,尽管判例解释的定义超过了第65条第一项规定所涵盖的内容,但它却囊括了第65条第二项关于“因身份而致刑有轻重时对无身份者科以通常之刑”的规定所抽象出来的不纯正身份的内涵和外延。其次,从法理上来考察,如果从法的原则上重新确定任何人都能犯的普通犯罪和个别需要身份才能犯的犯罪的话,那么在只要一定的身份就可以构成纯正身份犯的情况下,违反了其身份所承担的特别义务,则身份成为促使犯罪成立的契机,而具有一定身份的犯罪比普通的犯罪的刑罚要重得多,虽然是不纯正身份犯的情况,例如日本刑法第65条第二项之规定,因为违反比有身份所承担高一级义务,而成为从重处罚的根据。所以,判例解释表达的身份概念并非无限广泛,漫无边际,相反却是司法实践所必须,宽而有度。

由于法定的身份概念的凤毛麟角,因此,刑法中身份的概念大多属于学理概念,它是刑法理论对刑事立法上有关身份的具体规定加以抽象概括而获得的。刑法理论对于刑法中身份概念大致有以下几种界定:

其一,认为刑法中的身份是一切关于一定犯罪行为的犯人的关系的特殊地位或状态^③。

其二,认为刑法中的身份是法律明文规定的对定罪量刑具有影响的一定的个人要素^④。

其三,认为刑法中的身份是刑法规定的一定犯罪的行为人所必须具有的特定资格和其他特定关系^⑤。

其四,认为身份有广义和狭义之分。狭义的身份是指行为人终身或在一定期间具有的特定资格或情况,例如男女、夫妻、国家工作人员、现役军人等;广义的身份是指行为人本身所具有的特定资格或情况,即使临时具有的特定资格也包括在内,如受委托从事公务的人员、证人、翻译人等^⑥。

其五,认为刑法中的身份是指行为人所具有的影响定罪量刑的特定资格或人身状况^⑦。

上述种种见解,由于着眼点不同,必然呈现出多彩的画面:上述第一种观点实质上是根据日本最高裁决所的判例所作的理解,诸如福田平、大塚仁、木村龟二、庄子邦雄、西原春夫等刑

法学界名流都一贯制地予以承认。

第二、三、四、五种观点属于我国刑法学界的观点,尽管在措词上有异,但基本含义是一致的,并且都采广义说。我国刑法学界对于身份问题的关注,其滥觞可追溯到1986年《法学研究》第5期上《共同犯罪与身份》一文,该文首次就共同犯罪中的身份问题进行了论述。其后身份问题的研究也一直没有跳出共同犯罪的窠臼而从整个刑法理论的高度来观照。

从严格意义上来讲,身份本身是不含其他特定关系的,但是由于刑法上的身份是将其置于刑事法律关系的范畴内来进行考察的,因此,它所拥有的刑事法律关系内涵决定了对它只能采广义的理解,这样既合乎法理又利于司法实践。刑法是关于犯罪与刑罚的法律,犯罪与刑罚是刑法的核心内容,是刑法的基本特征。这两个基本特征反映在司法上就是定罪与量刑。因此,作为刑法中的身份概念必须揭示出形式刑法和实务刑法的基本特征,否则游离于基本特征之外的刑法中身份的概念就没有研究的必要了。

基于上述考虑,我们主张对刑法中的身份作如下定义:所谓身份,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。

根据以上定义,可以看出刑法中身份具有以下特征:

1. 事实特征,即身份是人所具有的资格和关系 所谓资格,是人与人之间相互区别的各种因素或是从事某种活动应具备的条件,也即依附于人而存在的某种情状,如年龄、性别等。所谓关系则是人们基于各种事实所产生的人与人之间相互影响相互作用的状态、扶养关系等。人所具有的这些关系和资格,会在法律上发生一定的权利义务关系,而当该权利义务关系涉及到犯罪时,并且需要由刑罚手段来加以调整时,这种个人所具有的资格和关系就成为了刑法中的身份。身份是人所具有的资格和关系这一事实特征,是身份与刑法中情节的区别所在。刑法中的情节是指与定罪量刑有关的各种因素,例如行为人的动机、目的、手段、后果、犯罪时间、犯罪地点、犯罪次数、犯罪对象以及犯罪后的表现等。因而我们可以说,身份是刑法中的情节,但情节并非都是身份,两者的关系表现为情节是种概念,身份是属概念。在刑法学界,有人把行为人的主观状况,如目的、动机等都视为身份。1967年日本最高裁决所裁决认为,麻醉药取缔法第64条第2项中“营利的目的”也是身份,但这一观点遭到日本刑法学界小野庆二法官和植田重正博士等的反对,他们认为,身份必须多少具有继续的性质,动机和目的这样的一时心理状态不是身份^⑥。笔者主张后一种观点,因为目的和动机是人的一种主观心态,是一种完全内化的东西,而身份表现为人在社会中的地位,是一种外化的社会感观定势。因此,犯罪的动机和目的是犯罪构成的主观要件,不应该是身份,否则会导致刑法中身份概念的泛化和模糊。

2. 主体特征,即身份是一定犯罪行为人所必须具有的特定资格或其他特定关系 它包含以下四项内容:其一,身份是犯罪人所独有的,而不为各种行为的为人所共有,即非犯罪人所具有的身份并非刑法中的身份。其二,身份是犯罪人所具有的特定资格和其他特定关系,而非犯罪人所具有的一切资格和关系,诸如犯罪人的文化程度、宗教信仰等均非刑法中的身份。其三,身份是一定的犯罪人所具有的特定资格和其他特定关系,而非所有犯罪人所具有的资格和关系。其四,身份是一定犯罪行为人所必须具有的特定资格和其他特定关系,而非一定犯罪人可有可无的资格和关系。例如中国公民这一国籍,对于背叛祖国罪来讲,因外国公民和无国籍人不能成为背叛祖国罪的主体而属于身份;对于间谍罪而言,因外国公民和无国籍人也可成为间谍罪的主体而不属于身份。

3. 本质特征,即身份必须对定罪量刑有影响 身份之所以成为刑法理论研究的对象,其根本原因就在于它对定罪或量刑发生直接的影响作用。所谓影响定罪,是指这种特定资格和其他

特定关系直接影响某种犯罪的成立与否。所谓影响量刑,即这种特定资格和其他特定关系影响对犯罪行为判处刑罚的轻重以及是否免除刑罚。例如我国刑法第16条规定的又聋又哑的人和盲人就是影响量刑的身份。

4. 法律特征,即身份是由刑法加以明文规定的 一定犯罪行为人所具有的特定资格和其他特定关系能否对定罪量刑有影响,从而成为刑法中的身份,就其效力而言,完全取决于刑法的明文规定,因此,刑法的明文规定是刑法中身份的法律特征;同时,也正因为身份是由刑法明文规定的,从而对身份的表述和定义也因各国刑法规定不同而产生差异。

二

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。研究刑法中身份的作用以及充分发挥这种作用的机制,无论是对司法实务还是刑法理论,都具有重要的意义。刑法中身份的作用主要包括以下内容:

1. 评价作用 法是作为限制人性弱点而存在的,由此需要设立一个标准来限定人的行为范围,对于范围内的行为,法律作出肯定的评价;对于超越范围的行为,法律作出否定的评价。法律对某种行为作出否定评价的方式很多,诸如认定某种行为是行政违法、民事违法、经济违法等,这种否定评价的结果是导致给予行为人一定的行政、民事、经济制裁。对于犯罪行为,国家则通过定罪量刑的方式予以否定,其最终结果是导致国家给予犯罪人以最严厉的制裁即刑罚制裁。因为刑法总是以法律形式来确定犯罪与刑罚的关系,一定的犯罪总是伴之以一定的刑罚。国家通过刑罚这一制裁措施,表示对犯罪行为的谴责,宣布犯罪是反社会的行为,从而体现出对犯罪行为的否定评价。刑法的评价功能在于:刑法规范本身是一种重要的普遍行为评价标准。在特定条件下,人们是根据刑法的规定来衡量他人的行为的非罪性,当这种情况出现时,刑法规范就不再仅仅是行为主体的行为模式,而且还是他人行为的价值判断标准。刑法的这一功能对于具有特定身份的国家公职人员具有特别重要的意义,这是因为国家公职人员主要是凭借法律来规范自己的行为。由于刑法是统治阶级的意志上升为国家的意志,集中体现了统治阶级的根本利益,因此,只有依法衡量人们的行为并决定其取舍,才能最有效地维护统治阶级的政治地位,保持统治阶级所需要的社会秩序。

由于刑法中的身份是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,因此,刑法中的身份与犯罪和刑罚两者息息相关,这种密切的关系决定了刑法中身份的评价作用表现在两个方面:一是法律评价,由于犯罪行为人具有某种身份,从而影响其犯罪行为的成立以及刑罚的轻重,这就体现在国家对这一行为给予的否定评价。刑法的否定评价,使人们了解了什么样的行为是法律所禁止的,什么样的行为是国家所允许的,使法律成为引导公民行为的准则。例如警察在执行公务中出于防卫目的而击毙犯罪分子,尽管这种行为在客观上造成了他人死亡的后果,但由于行为人具有警察这一身份并且是在执行公务中和具有防卫目的,因此,此种行为是法律所肯定的。二是社会政治评价,任何法律都有其深刻的社会政治内容,刑法也不例外,虽然犯罪行为人所具有的某种身份可能会影响是否成立或者刑罚的轻重或免除,但有一点是肯定的,如犯罪行为具有一定的社会危害性,这是为我们社会主义制度所不能容忍,是与广大人民根本利益相悖的。

刑法中身份的社会政治评价是通过法律评价来实现的,而法律评价又必须在本质上表现为社会政治评价,两者紧密联系,相互依赖。

2. 规制作用 刑法中身份的规制作用是抑制犯罪分子重新犯罪,阻止社会上的不稳定分子实施犯罪的功效。福田平和大塚仁曾指出:“刑法规定对一定行为科以特定刑罚,但它也能评价一定的行为是无价值的(以评价规范作为依据的评价机能),作为评价的结果它制定出意思决定的标准,指出不得作出那种无价值的行为(以意思决定规范为依据的意思决定机能)。从而,刑法作为规制一般市民行为的法律,具有成为市民行为规范的机能。”^②这种规制作用主要表现在以下方面:一是对具有某种身份的犯罪分子的规制作用,即对已然之罪者而言。由于具有某种身份,因此,当行为人触犯刑律时,行为人不仅在心理上感受到痛苦的煎熬,而且在人身自由上也受到一定的强制,这必然会影响到其后的行为,因为他亲自品味了因犯罪而带来的一系列苦果,从而使其以后的行为受到一定的约束,自觉回归到合法行为模式轨道上来,不致再去实施犯罪行为。二是对社会上不稳定分子的规制作用,即对未然之罪者而言。由于被定罪判刑的犯罪分子是其他社会上不稳定分子的参照对象,这足以使那些试图实施的人在心理上受到抑制,从而使其行为受到一定的遏制。

刑法中身份的规制作用意义在于:具有某种身份的行为人根据刑法规范所提供的模式,可以自觉地把自已行为限制在统治阶级允许的范围内,从而保证刑法的贯彻执行;如果行为人不能自觉地做到这一点,即超越了法定行为模式的范围,那么统治阶级就要通过国家强制力来矫正或取缔这一行为,以恢复被干扰或被破坏的法律秩序。

3. 界限作用 界限是不同事物的分水岭,刑法中身份的界限作用表现在:一是刑法中的身份是划分罪与非罪的界限,由于社会现象的复杂性,犯罪现象也是复杂的,如何来划分罪与非罪的界限?世界各国刑法都对明文规定犯罪概念的形式加以明确。我国刑法第10条也规定了犯罪的概念,这是我们划分罪与非罪的总标准。为了使这个标准更加具体化,便于司法实践,我国刑法分则又规定了每一个具体犯罪的构成要件,从而进一步明确罪与非罪的界限,由于身份在许多情况下是具体犯罪的构成要件之一,因此,身份也是划分罪与非罪的界限之一。二是刑法中的身份划分此罪与彼罪的界限。身份不仅在划分罪与非罪过程中起着重要作用,而且也是划分此罪与彼罪的标准之一。例如根据我国刑法规定,非法开拆、隐匿或毁弃他人信件的犯罪分子,如果具有邮电工作人员的身份,则构成妨害邮电通讯罪;如果不具有邮电工作人员的身份,则构成侵犯公民通信自由罪。

4. 定罪作用 定罪是司法机关对被审理的行为与刑法所规定的犯罪构成之间进行相互一致认定的活动。刑法中身份的定罪作用并不是简单地确定罪名的过程,而应是一种评价行为人性质的活动,是一种曲线式的复杂过程。我们知道,行为符合刑法中规定的犯罪构成,是行为人构成犯罪并应负刑事责任的根据。刑法要求某些具体犯罪的行为人必须具备特定身份,那么行为人身分的具备与否,则直接影响犯罪的成立与否。刑法为什么要求某些具体犯罪的行为人具有身份呢?要回答这一问题,我们只能从刑事法律关系的角度来寻找答案。刑事法律关系是犯罪人与以司法机关为代表的国家之间的一种权利义务关系。国家赋予一定公民以某种身份,就要求这些有身份者必须履行一定职责,以维护社会所要求的正常秩序。如果这些具有身份者不正确执行其身份所赋予的职责,实施严重滥用权利或者违背义务的行为,则这种行为就破坏了统治阶级以刑法保护的重要权利和义务关系,具有相当严重的社会危害性。为了有效地维护社会秩序,国家的刑事立法就要强制这种具备身份者承受刑事法律上的否定评价及其作为法律后果的刑罚制裁。进一步而言,在刑法把身份作为某些犯罪主体必备要件的情况下,身份就与犯罪构成的主客观要件密切联系并成为主客观要件赖以生存的基础,因此,身份直接影响定罪。理解刑法中身份的定罪作用,还可以从以下几方面来把握:(1)从定罪的标准来看,只能是

刑法规定的以身份为前提的犯罪构成。(2)刑法中身份的内涵决定了定罪的对象是其有某种身份的行为人的行为。(3)就身份在定罪过程中发挥作用的表现来看,身份使得犯罪行为与合法行为、一般违法行为、不道德行为统统分别开来。刑法中身份的定罪作用,可以概括为对某种行为定罪所产生的社会效益及其价值或者影响其他人和事的一定效果。

5. 量刑作用 刑法中身份的量刑作用是指身份对于刑罚的直接影响,亦即决定刑罚的轻重,是刑罚裁量的标准之一。身份在量刑中是一种情节,根据情节的不同,我国刑法规定了不同的处罚原则。例如在有些犯罪构成中,根据身份的不同,规定了从重、从轻、减轻或免除处罚的原则。我国刑法第119条规定,国家工作人员利用职务上的便利,犯走私、投机倒把罪的,从重处罚。又如我国刑法第16条规定,又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚。同时在另一些犯罪中,我国刑法还根据犯罪人身份的不同,规定了不同的量刑幅度。例如我国刑法第162条第1款规定,窝藏或作假证明包庇反革命分子的,处三年以下有期徒刑,而第2款则规定,窝藏或作假证明包庇其他犯罪分子的,处二以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处二年以上七年以下有期徒刑。在以上情节中,由于犯罪对象身份不同,从而使其罪责发生了变化。因此,身份是量刑的依据之一,对量刑有着重要意义。

注 释:

- ① 滋贺秀三:《日本对中国法制史研究的历史和现状》,载于《法律史论丛(三)》第294页,法律出版社1983年版。
- ② 转引自木村龟二:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第129页。
- ③ 团藤重光:《刑法纲要总论》,第392页。
- ④ 《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第455页。
- ⑤ 叶高峰主编:《共同犯罪理论及其运用》,河南人民出版社出版,第272页。
- ⑥⑦ 《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第119页。
- ⑧ 《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第553页。
- ⑨ 参见(日)福田平、大塚仁:《日本刑法总论义》,辽宁人民出版社1986年版,第4页。

(责任编辑 车 英)