

广义抑或狭义：身份犯中身份概念的再界定

——以身份的本质为中心

周啸天

【摘要】我国刑法理论采取广义的身份概念。在德日刑法学之中,出现了联系特别义务来限定身份内涵的狭义的身份概念。广狭义身份概念的对立是刑法学日益实质化的一个缩影。经探讨可知,以特别义务限定身份的狭义的身份概念不应当被采纳,联系法益与期待可能性、预防必要性,即违法与可罚的责任来实质性地看待身份的理论路径是合理的。身份的本质或者是法益侵害的事实前提,或者是与期待可能性、预防必要性有关的事实前提。这一本质观,能够清晰界定身份的概念、身份犯的范围,以及解决身份犯的共犯问题。

【关键词】广义;狭义;身份的本质;违法;可罚的责任

【作者简介】周啸天,山东大学法学院副教授,法学博士。

【原文出处】《人大法律评论》(京),2017.第3辑.137~166

【基金项目】本文为2017年度国家社科基金青年项目“正犯与主犯关系的重构与应用研究”(批准号:17CFX067)与2016年度国家社科基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(批准号:16ZDA061)的第四子课题“刑法修正视野下的刑法改革与制度实践研究”的阶段性研究成果。

一、问题的提出

身份犯是由身份这一特殊的构成要件要素所构成的犯罪类型。因为刑法分则中规定的犯罪都是正犯,所以,身份犯与普通犯罪最大的不同在于,在司法实践中,不具备身份这一特殊的构成要件要素者,就绝不可能被认定为身份犯的正犯(包含单独正犯与间接正犯)。^①

鉴于上述实践意义,在我国,区分哪些犯罪属于身份犯,哪些犯罪属于普通犯罪就十分重要,然而,这一区分在我国刑法理论中并不清楚。例如,就强奸罪而言,通说认为“女性不能单独构成本罪的实行犯,但可以成立本罪的教唆犯和帮助犯”,^②因为这里的实行犯当然包含间接实行犯(间接正犯),所以能够推知,通说是按照身份犯来理解强奸罪的。但是,有学者在认为妇女可以成立强奸罪间接正犯与共同正

犯的前提下,明确否定强奸罪属于身份犯。^③还有学者认可前述观点的前提,但并未明示强奸罪是否属于身份犯。^④再如,《刑法》第198条规定了保险诈骗罪,并将保险诈骗罪的行为主体限定为投保人、被保险人与受益人。然而,在司法实践中,就出现过个体汽车运输户将汽车挂靠在其他运输队,并以该运输队名义投保,其后虚报财产事故骗取保险金的案件。^⑤对于保险诈骗罪是否属于身份犯,也出现了肯定说^⑥与否定说^⑦的对立。另外,关于事后抢劫罪是否属于身份犯的问题,在我国也存在肯定说^⑧与否定说^⑨的对立。要澄清上述争议,就必须对身份有清晰的界定,因为身份犯是由身份这一特殊构成要件要素所构成。界定身份,并进一步划定身份犯的范围,是本文的目的所在。

除去上述实践意义之外,在理论层面上,身份与

身份犯作为两个教义学上的概念,也理应具有清晰的内涵与外延。因此,界定身份兼具理论与实践意义。以下,本文将在梳理广义与狭义两种身份概念的基础上,探析身份的实质内容,并根据该实质内容对身份的概念作出再界定,从而具体划定我国刑法分则中的身份犯。在此,需要特别说明两点:一是本文所界定的身份就是指能够构成身份犯的身份,因为一方面肯定某要素是身份,但另一方面却否定由其构成的犯罪是身份犯的逻辑于理不合,且会导致身份概念的混乱;二是因为身份犯是分则规定的犯罪类型,所以,本文所讨论的身份,限于分则。

二、两种身份概念的对立与原因解析

在大陆法系的刑法理论中,对于如何界定身份犯中的身份,存在两种对立观点:一是广义的界定,二是狭义的界定。这两者的真正差异在于,广义的身份概念侧重于形式上的界定,而狭义的身份概念则联系了身份的实质内容来界定身份。

(一)两种身份概念:广义与狭义

我国通说采取了广义的身份概念。广义的身份概念,来自日本判例中的界定。在日本,最早有关身份的定义见于1911年的大审院^①判决,即“刑法第65条中所谓的身份并不限于男女性别、本国人或外国人、亲戚、公务员的资格等关系,还包含所有与犯罪行为相关的人的关系、特殊地位或者状态”。^②该定义被1952年最高裁判所的判例所沿用。^③在日本,最高裁判所的相关判例具有先例作用,因此,以上广义的身份定义被学界沿用。这一概念也被我国学者广为采纳。我国学者将身份或者表述为“特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格,以及其他与一定的犯罪行为有关的,行为主体在社会关系上的特殊地位或者状态。如男女性别、亲属关系、国籍、国家工作人员、司法工作人员、证人等”^④,或者表述为“犯罪主体的特殊身份,是指刑法所规定的影响行为人刑事责任的行为人人身方面特定的资格、地位或者状态”。^⑤总之,无论如何表述,“资格、地位或者状态”是身份的核心要素。因为由身份组成的犯罪便是身份犯,所以,根据广义的身份概念,身份犯的范围十分宽泛。以日本《刑法》为例,不仅由公务员构成的受贿罪、特别

公务员暴行罪等犯罪是身份犯,而且由男性构成的强奸罪,由医师、药剂师、医药品贩卖业者、助产师、律师等主体构成的泄露秘密罪,由妊娠中的女子构成的堕胎罪等犯罪,也都应当是身份犯。^⑥

但是,上述广义的身份概念近期在日本学界受到了反思与批判,代表性学者是香川达夫教授。香川教授认为,身份犯是具备一定的特征者才能成立正犯的犯罪类型,这一特征应当求之于产生于刑罚法规之外的特别义务(如公法上的公务员义务、身份法上的沉默义务、私法上的诚实义务),那么,像男女的性别这样的身份就并非是身份犯中的身份,由上述广义的身份概念所构成的犯罪也并非全部是身份犯。只有那些与特别义务相关联的身份,才是构成身份犯的身份。^⑦在此基础上,香川教授认为,如果将上述对身份的定义分为前半部分“男女性别、本国人或外国人、亲戚、公务员的资格等关系”,与后半部分“特殊地位或者状态”,那么“后半部分是原则,前半部分只是示例而已……如果打比方,后半部分是分母,前半部分只是分子,分母是不可变的,而分子的确存在变更的可能性”,^⑧就这样,香川教授将“特殊地位或者状态”中的“特殊”与特别义务相关联,并认为这才是身份犯中的身份。由此可知,香川教授限缩了身份犯中的身份概念,即认为代表特别义务的身份才是身份犯中的身份。如此一来,身份犯的范围也随之受到限缩,根据这一观点,只有类似于公务员、看守人、为他人处理事务的人这样的身份所构成的犯罪才是身份犯,上述强奸罪、堕胎罪就并不是身份犯。^⑨

在我国,尚未见学者在论述身份概念之际,明确提出以特别义务限缩身份概念的观点。

(二)对立原因所在

上述对立源自德国义务犯理论对日本的影响,而两者的差异在于,广义的身份概念侧重于形式层面上的定义,狭义的身份概念侧重于实质层面上的定义。

首先,狭义的身份概念系受到罗克辛(Roxin)首倡的义务犯理论的影响而来。罗克辛首次在支配犯之外,提出义务犯(Pflichtdelikt)概念。继Welzel提出

作为正犯原理的目的行为支配理论以来,从存在论的角度寻求正犯根据的犯罪支配理论一直是德国的主流学说。但是罗克辛发现,犯罪支配理论是有边界的,其认为,对于有些特定资格者才能构成的犯罪,我们的确无法用犯罪支配理论说明其正犯性。例如,普通人胁迫、指使公务员犯德国《刑法》第343条刑讯逼供罪的,根据犯罪支配理论,普通人根据指使而获得了对犯罪全体事实的支配,但是尽管如此,由于其不具有公务员身份从而无法成为正犯。仔细分析,便可知这里赋予正犯以基础的,并不是犯罪支配,而是与犯罪主体相联系的义务,这个义务不是一般的公务员身份,而是在审问活动中所应当具有的特别义务。^⑩罗克辛在从身份犯的正犯准则中析出特别义务违反原理之后,将所有以特别义务违反作为正犯准则的犯罪类型称为义务犯,并认为,所有的身份犯与不作为犯都是义务犯。^⑪

义务犯理论传至日本,^⑫对身份犯领域带来的一个具体变动便是,渐渐有学者将身份犯理解为义务犯,并根据特别义务违反界定身份犯中的身份。例如上述的香川达夫教授便是如此。实际上,早在香川教授之前,就有学者这样做了。例如,藤吉和史认为,身份犯的本质是特别义务违反,因此,《刑法》第65条第1项规定的真正身份是具有特别义务的人,而判例所定义的身份,应当理解为第65条第2项所规定的不真正身份。^⑬另外,上野幸彦在注重身份的社会功能的基础上认为,判例对身份的限定太过广泛,身份犯是具有特定地位者违反角色的犯罪类型。因为身份具有特定的社会功能,而这一社会功能实际上就是其所具有的特别义务,所以,无论真正身份还是不真正身份,都应当放在与特别义务相关的视角下来理解。^⑭

其次,广义的身份概念与狭义的身份概念的差异在于前者侧重于形式而后者侧重于实质。广义的身份概念受到的一大批判在于,该定义“过于宽泛”,^⑮以至于“没有什么内容”。^⑯受到这一批判的根本原因在于,广义的身份只是从形式上来界定身份。一方面,从形式上界定身份,等于是在说“身份是身份”,从而难逃循环定义之嫌。因为我们实在想

不出,除了“在身份上的特殊资格”“与犯罪行为有关”“社会关系上的”“地位、资格或者状态”之外,我们还能用什么词语来描述身份。另一方面,形式化概念难以具备明确的身份犯界定功能,尤其是在强奸罪是否身份犯这一类问题上,形式化概念下的回答就显得含糊。与此不同,实质的身份概念看起来不存在上述问题,从身份所代表的特别义务或者社会功能的角度来界定其内涵,使身份的定义具备了实质性内容,并且通过上述比较,我们可以明确一点,那就是狭义的身份概念的确有效地限缩了身份犯的范围,我们至少不必再困惑于由男人所构成的强奸罪、^⑰露阴罪(德国《刑法》第183条)是否属于身份犯的问题。

形式与实质的差异背后也体现出考察身份视角与界定方法的不同,广义的身份概念侧重于从事实上界定身份,采取的主要是归纳法,而狭义的身份概念则侧重于从规范层面界定身份,采取的主要是演绎法。广义的身份概念将男女性别这样再自然不过的事实也纳入身份之中,但是,狭义的身份概念却否认这一点,而是将身份限定在类似于公务员身份这样的与法的评价相关的范围内,这足以说明,前者偏向于存在论,后者偏向于规范论。另外,采取广义的身份概念的学者往往会归纳道,“被判例所肯定的构成的身份有,日本《刑法》第156条中的公务员、第160条中的医师、第169条中的依照法律宣誓的证人、第184条中的有配偶的人、第197条及本条以下的公务员或者仲裁人、第247条中的为他人处理事务的人、第252条中的占有他人财物的人等”。^⑱与此相对,因为狭义的身份概念是与特别义务相联系的,而根据首倡义务犯论的罗克辛或者延续与发展义务犯论的Jakobs,特别义务或者是“先行于刑法规范的其他法领域而来的义务。例如,公法上的公务员义务、身份法上的沉默义务、私法上的诚实义务”,^⑲或者来自“社会生活的抽象特征——制度”,^⑳而无论是先于刑法的特别义务,还是被社会制度所塑造的积极义务,都是被具体的社会制度所规定的,^㉑其随着社会制度的变化而变,因此,其难以逐一列举归纳,而只能根据其本质来演绎。

最后,总结上述身份概念的演变路径可知,身份概念不可避免地要加入实质性的内容,这可以看作刑法学研究全面实质化的一个注脚。但是,在加入实质性因素之前,我们必须澄清一个问题:那就是能否联系特别义务来界定身份?如果答案是否定的,那么联系法益来看待问题的思路就仍然是我们应当坚持的基本方向。

三、身份本质的界定

身份的本质问题,就是对身份做实质解释的问题。无论认为构成要件是违法类型或者违法与责任类型,对构成要件要素的解释,都必须联系违法与责任来加以实质性地界定。这一点,对于作为构成要件要素的身份,也不例外。根据对身份犯违法性实质的不同理解,身份的本质存在联系义务与联系法益加以观察的两种进路。应当说,前一种理论进路不应当被采纳。

(一)身份本质的学说梳理

我国学者是按照真正身份与不真正身份的分类来界定身份的本质的,归纳之:我国学界存在真正身份代表义务说,真正身份与不真正身份都代表义务说,真正身份、不真正身份都与法益相关说,真正身份与法益相关、不真正身份与期待相关说,三重法益说这五种观点。如果对上述观点按照法益与义务为标准加以分类,可以分为义务说、法益说、折中说三种观点。

1. 义务说

上述第一种观点、第二种观点属于义务说的范畴。提倡真正身份代表义务说的,是陈兴良与周光权两位教授,两位教授在论述非身份者不能构成真正身份犯共同正犯的原因时说道:“对于身份犯的性质应当适用义务违反说,纯正身份犯在这个意义上就是义务犯。从义务犯出发,身份犯的实行行为是以义务为前提的,具有这种义务的人才有可能实施该种行为:无此义务的人是不可能实施该种行为的。”^⑧可见,两位教授将真正身份的本质视作代表着一定的义务。近期,林维教授也将真正身份犯的实质不法看作义务违反。^⑨在日本,从行为规范的规制对象出发,对身份犯进行限定的代表性学者是木村

龟二教授。木村教授认为:“纯正身份犯的本质是一定身份者根据身份,而被科之于一定的义务,因此,本来就只有义务负担者,能够就此义务违反而成立犯罪。”^⑩据此,木村教授认为判例中所作的身份的定义,即“与一定的犯罪行为相关的犯人的关系或者特殊地位、状态”,并不能适用于纯正的身份犯,但是,此定义对于不真正身份犯而言是适当的,因为纯正身份犯的本质是义务违反,而不纯正身份犯则仅仅是刑的加重、减轻的原因或者地位、资格、状态。川端博教授也与其持相同观点。^⑪

另外,不分真正身份与不真正身份,而是一概从义务违反处来说明两者本质的,是赵秉志教授。赵秉志教授认为,刑法之所以将特定身份规定为某些犯罪的主体要件,是由于行为人所具有的特定身份与法律上一定的权利和义务紧密相关,这些特定的身份赋予有此身份者特定的职责即权利和义务,如果具有特定身份者不正确履行义务,就严重破坏了统治阶级用刑法所保护的权利和义务关系,从而具有相当严重程度的社会危害性。对于加减身份而言,特定身份者所具有的权利义务关系,导致其犯罪行为的社会危害性高,从而承担更重的刑事责任。^⑫在日本,也有学者持相同观点。^⑬

值得注意的是,上述提倡义务说的学者所言之义务,并非罗克辛所说的特别义务,而是根据身份犯的行为规范所指向的特定主体这一点,所导出的一般性刑事义务。两者的不同在于三点:一则,来源不同。前者来自先于刑法之前的其他规范,或者来自社会制度,后者来自刑法中指向特定主体的行为规范。二则,理论层次不同。前者是一个普适性的正犯原理,甚至根据罗克辛的想法,义务犯包含了身份犯,而后者却被包含于身份犯之中,被用于解释身份犯的违法性实质。三则,范围不同。特别义务要比一般性义务更为限缩。实际上,罗克辛就将义务分为两种类型,即表明与人有关的特别不法的特别义务,以及只是在立法者眼中限制行为人范围的一般性义务。前者如德国《刑法》第331条以下诸多职务犯罪中的公务员身份,第203条泄露秘密罪中的保密性义务,以及第266条背信罪中的财产照管义务;后者如第142

条中事故肇事者的等待义务。并且认为,只有前者才适用德国《刑法》第28条第1款^⑧的规定。^⑨

2. 法益说

我国学者阎二鹏教授认为,纯正身份犯中的身份影响犯罪的成立,行为人无此身份不仅无法构成身份犯罪,亦不能构成其他犯罪,这是由纯正身份犯所侵犯的特定法益所决定的。例如,受贿罪侵犯的法益是国家工作人员职务行为的不可收买性,显然,该法益只有具有特殊身份的人才有可能侵害;在不纯正身份犯中,有身份者的行为之所以会比无身份者的行为受到更重的处罚,其根本原因在于有身份者对法益侵害的危险更大。^⑩

另有学者认为,真正身份与法益相关、不真正身份与期待相关。例如,李成教授认为,纯正身份犯客观方面的危害行为只能由具有特定身份的人实施,这是由于具有这一身份的人实施某种犯罪行为,才会侵犯相应的特定的法益。质言之,纯正身份犯的本质是特定的法益侵害;但在不纯正身份犯中,有身份者与无身份者在客观上对法益造成的损害是相同的,之所以对二者的处罚不同,是因为行为人的期待可能性相异。例如,国家机关工作人员或者普通公民,实施诬告陷害行为的法益侵害性相同,但是,前者不侵犯公民的人身权利的期待可能性比后者大一些,但其却犯法,显示了其主观恶性较大,从而从重处罚。^⑪因为期待可能性是责任的基础,所以,总结上述学者的观点,可以概括为真正身份与违法有关,是违法身份;而不真正身份与责任有关,是责任身份。这一观点,陆续得到我国其他学者的赞同,例如,近期,陈兴良、^⑫黎宏^⑬两位教授,便持此观点。在日本,早期的结果无价值论学者泷川幸^⑭持此观点。

3. 折中说

该说结合法益与义务来界定身份本质。例如,提倡“三重法益说”的杨辉忠教授认为:“身份的本质在于特定的义务主体侵害了法律所保护的特定的法益,身份犯的主体在违背自己特定义务侵害刑法所保护的特定法益的同时,也侵害了刑法所普遍保护的普通法益。笔者暂且将之称为‘三重法益论’。在此,笔者首先强调了主体的特定性,即身份犯的主体

并非仅仅是普通公民,而是负有一定义务的特定的人。其次,笔者强调了犯罪行为所侵害的法益的特定性,即这种法益必须是为法律所保护的特定的法益,它与犯罪主体的特定义务密切相关。最后,笔者在强调身份犯侵害特定法益的同时,也强调身份犯所同时侵害的刑法所普遍保护的普通法益。”^⑮这可以看作对义务论与法益论的折中调和。在日本,也有学者持类似观点,例如,大塚仁教授认为:“犯罪是以法益侵害为核心来构成的。即,通说的法益侵害说的立场基本上是妥当的……进一步考虑时,必须率直地承认犯罪中也存在应该作为义务违反来把握的一面……犯罪的本质,基本上是对也包含着其侵害、威胁的形式的法益的侵害、威胁,同时,也必须认为是对一定法义务的违反。”^⑯

(二) 义务论批判与身份本质说的展开

1. 义务犯论批判

如上所述,这里所说的义务包含两种义务,一是来自刑法行为规范的义务,二是特别义务。应当说,这两种义务都难以合理界定身份犯的本质。

首先,从行为规范中无法推导出义务。将身份与义务挂钩的核心论点在于,将身份犯的违法性实质视作违背行为规范,继而将身份者作为接收行为规范(命令、禁止做或者不做某一行为)的“收信人”。但是,在普通犯罪之中,行为规范照样对普通人发出了具体的行为指示,例如,故意杀人罪中的“禁止杀人”以及具有作为义务时“应当救人”的规范指令,就针对每一个具有刑事责任能力的人而发出。如果说接收规范指令的人具有遵守规范行事的义务,那么,全部犯罪的实质违法性都是对义务的违反了,继而《刑法》中的行为人全部都负有不实施犯罪的义务了。这显然并不合理。另外,我们也禁不住要问,当身份者并未引起危害结果之际,其身份有何《刑法》上的意义?答案应当是并无意义。因为,具体的身份并非《刑法》的评价对象,现实中的入罪审查机制是从一个事实上的危害结果出发,追溯行为以及行为人的过程,也即“将一部纪录片倒过来看,从结尾来回溯所发生的事件的全过程。”^⑰基于这一入罪审查机制的事后判断性,刑法规范首先应当是法官用

以裁判案件,并依据罪刑法定原则来遏制国家刑罚权以免其不当侵犯人权的裁判规范,从裁判规范的视角来看,对义务的违反本身并不具有任何意义,法益侵害结果才是评价的重点。尤其是,我国《刑法》对受贿罪、贪污罪的犯罪数额都作了具体规定,并且通过司法解释提高了对数额的要求,这表明我国刑事立法是以危害结果作为定罪与量刑标准的。至此,不得不说,身份的本质是义务这一观点本身具有理论根据上的软弱性。

应当看到,身份是与实行行为、结果相并列的一个构成要件要素,并不是什么特殊的要素,具有身份的人也并非什么特殊的人。构成要件对国民指示一定当为或不当为的同时,也有着将违法,或者违法、有责行为予以类型化的机能,即构成要件同时也是违法类型或者违法、有责类型。从构成要件的机能出发,我们无法得出身份与其他构成要件不同的结论,因为身份同样是为违法性或者有责性赋予基础的要素之一。而且,在一个犯罪中,如果缺少身份、实行行为、结果等各构成要件要素之一的話,便不能被评价为构成要件的全面实现。这样一来,身份就是与实行行为、结果、因果关系一样的构成要件要素,这些要素综合决定着身份犯的不法。^⑩在这个意义上,身份并无特殊性。如果非要说身份有什么特殊性,那也只在于没有一定身份的人无法成立身份犯单独正犯,相较于普通犯罪,身份犯的主体受到限缩。但是,我们不能根据这一基于立法规定而来的“形式上”的特殊性,得出身份在“实质上”与义务相关联的理论推导。这一理论推导,显然存在论证上的“飞跃”,因而不应被采纳。

其次,罗克辛或者 Jakobs 的义务犯理论也不应当被采纳。因为本人已经对义务犯理论做过系统反思与批判,^⑪此处不再逐层批驳,而只简述其主要原因,即义务犯理论与我国立法相龃龉。我国《刑法》第29条规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”据此,无身份的共犯与人完全有可能被评价为主犯,从而在处罚上重于身份犯的正犯,但是根据义务犯理论,却只能导出与之相反的结论。例如,普通人教唆或者帮助法官枉法

裁判(德国《刑法》第339条)的,虽然普通人能够参与法官的枉法裁判行为,但是,因为只有法官才负有特别义务从而能够实现枉法裁判罪所规定的高程度的“特别的不法”,所以,不具有法官身份的人根据第28条而相比法官减轻处罚。^⑫简言之,凡称之为义务者,必有一定专属性,这种专属性导致无身份的教唆犯、帮助犯的行为无价值程度低于具备身份的正犯,从而导致无身份者的刑罚都应当低于身份者。^⑬这的确与德国刑法规定相契合,因为根据德国《刑法》第28条第1款的规定,无“特别的一身要素”(besondere persönliche Merkmale)^⑭(以下简称身份)的人,虽可成立身份犯的狭义共犯,但其刑罚应当根据第49条第1款而减轻。但是,却直接与我国《刑法》第29条的规定相抵触。

最后,上述两种与义务有关的观点,都不应当得到赞同,随即,企图根据义务来限缩身份犯中身份的理论进路,也不应当被采纳。当然,这不代表广义的身份概念不需要改进,至少我们应当在其中加入实质性的内容,以期避免身份概念的空壳化。

那么,一个基本思路就顺理成章,即在坚持刑法的目的是保护法益的基础上,联系法益与期待可能性来理解身份本质的理论进路。

2. 法益或可罚责任相关说的提倡

联系违法与责任这一对犯罪的实体对身份加以实质解释可知,身份要么与法益相关,要么与期待可能性、预防必要性相关。前者可称为违法身份,后者可称为责任身份。

首先,分析最为典型的国家工作人员可知,国家工作人员身份在事实上是侵害法益的前提或者加重法益侵害程度的前提,在规范上代表着对国有财产这一法益的支配。例如,就受贿罪而言,在事实层面上,不具备国家工作人员身份,不可能侵犯国家工作人员职务行为的不可收买性这一法益。

需着重说明的是,在规范层面上,国家工作人员身份代表对法益(国有资产)的现实支配。结合新近的司法解释,即可明白这一点。我国2010年出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意

见》,其中第6条第2款规定:“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定,代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员,应当认定为国家工作人员。”这一司法解释实质性地扩大了“国家工作人员”的范围,加大了对国有资产的保障力度,因为,根据该解释第6条第2款的规定,“经过国家机关、国有公司、企业、事业单位委派不再是认定国有控股、参股公司中国家工作人员的必要条件。”^③另外,该款也包含这一层意思,即对于国家出资企业委派到国家出资企业从事领导、管理等工作的“二次委派”人员,也完全可以认定为国家工作人员。^④这显然完全脱离了以形式化的思维(有无根据文件任免等委派程序而获得的身份)来界定国家工作人员的范畴,从而在最大化保护国有资产这一价值导向下,秉承了以对国有资产这一法益有无事实上的支配、管理状态为核心标准,来界定身份的实质化解释思维。

总之,对国有资产的现实支配,使得国家工作人员获得了保证人地位,这一与法益相连接的保证人地位,才是身份的规范本质所在,而绝不是义务。

其次,我国刑法中的身份并非全部与法益相关,有的身份还与期待可能性、预防必要性相关。例如,妨害司法类犯罪中的“本犯”,我们一般认为其是消极的责任阻却身份,即无论是本犯教唆他人窝藏自己,还是他人帮助本犯逃匿,本犯都因为不具备期待可能性而并不成立犯罪,^⑤这一消极的身份,实际上与期待可能性有关而与法益侵害无关,因为本犯教唆别人窝藏自己的,当然通过正犯侵犯了司法秩序这一法益,在法益侵害性上,本犯与正犯一致。

除了有些身份阻却期待可能性之外,有些身份还代表着可罚的责任的加重。可罚的责任是在期待可能性基础上,兼顾预防必要性的责任,本文采取可罚的责任论。简言之,我国刑法规定表明我国采取了可罚的责任论。我国《刑法》第13条规定,“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,这表明,当违法没有达到可罚的程度之际,就不是犯罪,与可罚的违法相应,当责任没有达到可罚的程度之际,也当然不

是犯罪。原因在于,刑罚是最为严厉的惩罚措施,属于法益保护的最后一道防线,因此,只有在犯罪行为具备可罚的违法与可罚的责任之际,方才值得动用最为严厉的惩罚措施对其加以惩处。而“为了说明行为人具有刑法上的责任即可罚的责任,就要求对其谴责必须强烈到有必要使用刑罚手段加以谴责的程度”。^⑥这里的“有必要使用刑罚手段加以谴责的程度”正是与预防必要性有关的目的性思考。总之,可罚的责任论兼顾应罚性(期待可能性)与需罚性(预防必要性),是刑法教义学与刑事政策学结合的一个具体表现,也是当今德日责任论的主流。^⑦

我国《刑法》第361条中的“单位的主要负责人”就是与可罚的责任相关的身份。第361条第1款规定了旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位人员,利用本单位条件,组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的,成立相关犯罪,第2款规定“前款所列单位的主要负责人,犯前款罪的,从重处罚”。因为第361条第1款所规定的组织卖淫、强迫卖淫等犯罪行为中已经包含“利用本单位的条件”的规定,所以,第2款中的“单位的主要负责人”所实施的行为,也应当满足“利用本单位的条件”的规定。实际上,无论是旅馆等服务业的次要负责人,还是主要负责人,都利用到了单位这一整体所具有的优势,在对单位优势的利用这一点上,两者不会产生利用程度的差异。例如,某公司拥有五星级酒店一座,内含房间100个,无论是该公司的总经理,还是该公司的客房部主管,都只能在100间房的范围内“利用本单位的条件”来组织、容留卖淫,两者在违法性的程度上很难分出伯仲。既然如此,对该公司的总经理(主要负责人)从重处罚的根据就并不在于违法的加重,而是可罚的责任的加重,即总经理(主要负责人)因具有一定的专业管理能力从而具有更高的预防必要性。

另外,还有些身份虽然没有写在刑法典之中,但是,在我国司法实践以及刑事理论中,大家都公认其具有阻却责任或者减轻可罚的责任的效果,例如,盗窃罪中的近亲属。2013年最高人民法院与最高人民检察院颁布了《关于办理盗窃刑事案件适用法律若

干问题的解释》，其第8条规定：“偷拿家庭成员或者近亲属的财物，获得谅解的，一般可以不认为是犯罪；追究刑事责任的，应当酌情从宽。”据此，近亲属在盗窃罪中起着阻却、减轻期待可能性以及预防必要性的作用，即“在亲属之间，反对行为动机的反对动机很微弱，期待其不施盗窃行为明显困难，因此，对这种亲属之间的盗窃行为，认定其责任较轻而否定其具有可罚的责任”。^⑤实际上，日本《刑法》第244条就明文规定了配偶、直系血亲或者同居亲属对盗窃罪可罚的责任的阻却作用。

最后，总结以上，身份的本质或者与法益相关，这表现在某些身份是侵害法益的事实前提，或者与期待可能性与预防必要性即可罚的责任相关，这表现在某些身份是阻却责任或者加重责任的事实前提。如果要彻底贯彻刑法的目的是保护法益这一点，并且联系犯罪论体系中的违法与责任，来实质地看待身份的功能，我们就必然会得出这一结论。

另外需要说明的是，虽然我国已经有学者在引入日本的身份的实质化分类的基础上，提出违法身份与责任身份的概念，^⑥应当说，这一理论引入工作颇具意义，但是，该学者并未联系我国的犯罪论体系，尤其是并未从实质违法性与可罚的责任处来说明违法身份与责任身份的实质内涵，从而并未完整揭示违法身份与责任身份的理论基础。本文对身份本质的界定，正好能够弥补这一不足。

四、身份本质观的应用

本文所提倡的身份本质观，存在三个具体应用面向：一是消除身份概念空壳化的困境；二是明确划定我国刑法中身份犯的范围；三是合理解决身份犯的共犯问题。以下分别按照界定身份概念、厘定身份犯范围，与解决身份犯共犯问题两个版块加以论述。

（一）界定身份概念与划定身份犯范围

首先，引入本文提倡的身份本质观，身份的概念就具备了实质性内容。如上所述，本文通过联系犯罪论体系中的违法与责任两个实体来看待身份，从而将身份的本质界定为身份代表着违法或者可罚的责任。那么，我们就完全可以将身份的概念表述为：

身份是指行为主体在社会关系上与违法或者可罚的责任相关的特殊资格、地位与状态。当然，从广、狭两义的对比上来看，本文所提倡的身份概念仍然是广义的，因为根据该定义，身份的范围较为宽泛，但是与原先广义的身份概念不同的是，身份的概念被纳入了实质性因素，如此一来，对身份的定义就不再单单是语词上的循环定义，这也就避免了身份概念的空壳化。

其次，根据身份的实质定义，还可以明确划定我国刑法分则中身份犯的范围。对于最具争议的强奸罪而言，既然男性是侵犯到妇女性自主决定权这一法益的事实前提，并且男性是一种性别地位，那么，我们就应当大方地承认男性是身份，由男性所构成的强奸罪是身份犯。

就刑法分则而言，因为身份的本质或者是侵害法益的事实前提，或者是影响可罚的责任的事实前提，所以，身份本身不可能引起法益侵害，引起法益侵害的，是犯罪行为，具体而言，是着手。这一点也正如张明楷教授所指出的：“特殊身份必须是在行为主体开始实施犯罪行为时就已经具有的特殊资格、或者已经形成的特殊地位或状态，因此，行为主体在实施犯罪后才形成的特殊地位，不属于特殊身份。例如，在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的首要分子，不属于特殊身份。”^⑦应当说，这里的“犯罪行为时”指的是着手之后，而非着手之前。^⑧这是因为：一方面，身份并不会直接引起法益侵害结果，直接引起法益侵害结果的，只能是具备具体危险的行为（着手后的行为），而不是身份，否则，身份就成了因果归责的起点了，这显然荒谬。另一方面，既然身份是一种状态，那么，在我国，有些因为实施了先于着手的行为而获得的状态，也可以看作身份，例如，保险诈骗罪中第1款第1项所规定的“投保人故意虚构保险标的，骗取保险金”中的投保人即是如此。对此，张明楷教授作过精彩论述，其认为，第1项的行为以签订合同时虚构保险标的为着手，那么，投保人身份就因着手实施犯罪而形成，那么第1项所规定的投保人就不是特殊身份，第1项的犯罪就不是真正身份犯；但如若认为第1项的行为以骗取保险金为着手，那么，

投保人身份在开始实施犯罪前便已具备,第1项的投保人就是特殊身份,第1项的行为就是真正身份犯。而着手应对法益侵害具有实质、紧迫的危险,那么,此处的着手应为骗取保险金之时,既然基于实施投保行为而获得的状态产生于着手之前,我们就完全可以将此处的投保人身份理解为真正身份^⑥的确,犯罪行为的开始并不意味着着手,因为,着手具备的是“结果危险”,其更加具体而紧迫,而犯罪行为只具备“行为危险”,其相对抽象而缓和。根据这一点,犯罪行为与着手就可以相对分离,例如,隔地犯、隔时犯便是如此。那么,上述投保人身份实际上就是实施虚假投保的行为的人,其当然可以看作身份,由投保人构成的保险诈骗罪,当然是身份犯。实际上,“投保人故意虚构保险标的,骗取保险金”中的投保人是否是身份的困惑只是来自立法者的规定而已,因为立法者完全可以将上述条款规定为“虚假投保人骗取保险金”,从而解消我们的疑虑。

并且,我国《刑法》第269条事后抢劫罪中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的人,也是身份,因为该罪的着手是实施暴力或者以暴力相威胁之际,并且,通过实施盗窃、诈骗、抢夺行为当然可以获得一种实施了行为的状态,只不过这种状态是通过实施一定的行为而获得的。既然这种状态产生于着手之前,那么,第269条就是由特殊主体所构成的身份犯,我们完全可以根据身份犯共犯的相关原理,来解决第269条的共犯问题。

(二)解决身份犯的共犯问题

在身份犯的共犯问题上,我国通说可以概括为真正身份(定罪身份/构成身份)在定罪上起连带作用,不真正身份(量刑身份/加减身份)在定罪上起独立作用这一句话。^⑦但是,通说观点难言正确。因为量刑身份并不当然起到独立作用。以普通人参与国家机关工作人员诬告陷害他人的场合为例,因为刑法分则规定的都是单独正犯,所以,我们能否对普通人也“从重处罚”就成为问题。而问题的答案无法根据“量刑身份”这一概念得出,只能取决于国家机关工作人员受到“从重处罚”的实质根据。决定量刑的因素是违法与责任,如果“从重处罚”的根据在于国

家机关工作人员的犯罪行为能够引起更为严重的法益侵害结果,^⑧那么,普通人通过正犯引起了加重的法益侵害结果(违法连带)从而也应当“从重处罚”。如果“从重处罚”的根据在于对国家机关工作人员的期待可能性升高,即责任更重,^⑨那么根据责任在共犯之间应当个别判断(责任个别)的原理,对普通人就不应当“从重处罚”。还有,定罪身份也并不当然起到连带作用。例如,窝藏罪中的“本犯”是消极的定罪身份,但是“本犯”却是与期待可能性相关的责任身份,应当起到独立作用。如此看来,通说的主张存在缺陷。

1. 既有不同身份者共同犯罪定性理论模式的不足

在身份犯的共犯理论之中,核心问题便是如何解决不同身份者共同犯罪的问题,这主要包括两个典型情况:一是公司、企业人员与受委派到本单位从事公务的人员,相互勾结,各自利用职务便利侵吞本单位财产的类型;二是被保险人与保险公司工作人员(公司、企业人员或者国家工作人员)相互勾结,共同骗取保险金的类型。总结我国学者针对上述问题的既有代表性观点,有分别定罪的理论模式,^⑩以一方主体所触犯的罪名为全体犯罪参与人定罪的理论模式(主要包括“主要职权决定说”^⑪“较高身份决定说”^⑫“核心角色说”^⑬),以及根据想象竞合犯原理的定罪模式。^⑭但是,上述模式都存在不足之处。

首先,分别定罪说容易导致处罚失衡。在有些场合下,该说会导致普通人受罚,身份者不成立犯罪的结论。例如,普通人参与国家工作人员监守自盗29,000元的,按照分别定罪说,普通人被论以盗窃罪,其刑档为三年以下有期徒刑、拘役或者管制,国家工作人员反而难以被论以贪污罪,除非有“其他较重情节”。在另外一些场合,该说反而导致身份者受罚,普通人逍遥法外的结局。“如国家工作人员与常人共同收受贿赂或挪用公款的行为,依分别定罪说,对国家工作人员定受贿罪或挪用公款罪,而对常人就无法依据追究其刑事责任,无疑放纵了犯罪。这将有损执法的统一性和严肃性。如广西壮族自治区主席成某某与李某共同受贿案,以及北京首都发

展有限公司原党委书记兼董事长毕某某及其妻王某某共同受贿案,依这种学说,成某某、毕某某可定受贿罪,而李某、王某某就定不了罪,显然放纵了犯罪。”^⑦此外,如果采取分别定罪说的逻辑,在普通人参与公司、企业人员监守自盗的场合,普通人定盗窃罪,而公司、企业人员定职务侵占罪,由于现阶段我国在立法的刑罚设置上,前者的法定刑绝对重于后者的法定刑,这就导致普通人的刑罚比有一定身份者的刑罚还高出许多的量刑失衡现象。

其次,“主要职权决定说”“较高身份决定说”“核心角色说”也分别存在问题。“主要职权决定说”所提倡的“就低不就高”原则存在与共犯论基本原理相违背、判断标准模糊两个问题。赵秉志教授认为,在企业、公司工作人员与本单位中具备国家工作人员身份的人相互勾结,共同侵占本单位财产的案件中,如果两人主要利用的是前者的职权,则全案以职务侵占罪定罪,如果两人主要利用的是后者的职权,则全案定以贪污罪。当无法判断主要利用两者谁的职权之时,为了贯彻有利于被告原则,按照“就低不就高”原则,对全案论以职务侵占罪。^⑧但是,既然成立了共同犯罪,就一定会存在共同犯罪行为,而共同犯罪行为,“指各行为人的行为都指向同一犯罪,互相联系、互相配合,形成一个统一的犯罪活动整体”。^⑨在互相联系、互相配合的基础上,表面上是公司、企业人员与国家工作人员各自利用了职务便利,但是实质上,公司、企业人员必然利用到国家工作人员的职务便利,国家工作人员也必然利用到了公司、企业人员的职务便利。因为共同犯罪中的“共同”首先是“行为的共同”,在双方互相利用对方行为(利用职务便利是贪污罪、职务侵占罪实行行为的重要内容)的前提下,很难区分出主要利用谁的职权、次要利用谁的职权,毋宁说,两者相互利用了对方的职权。另外,在难以判断主要利用了谁的职务便利之际,“就低不就高”中身份的“低”与“高”如何判断,其标准也不明确。例如,国家出资企业中不具有国家工作人员身份,但主管投资、审批的副总经理,与上级国有公司委派到该公司中协助副总经理工作的总经理助理,在以市场为导向的现代企业管理体系中,前者的

身份反而应当高于后者。因为前者在企业决策上显然更具发言权。如果说“就低不就高”原则中身份“低”“高”的判断标准不明,那么,“较高身份决定说”所提倡的按照“优先特殊主体”所触犯的罪名定罪的观点也难以采纳。因为,“优先特殊主体”的判断标准仍然是不明确的。

“核心角色说”也存在种种理论问题。我国学者李成博士对核心角色说提出以下质疑:(1)核心角色说还是以主要作用为判断标准,故而实际上是主犯决定说。(2)当存在两个核心角色时,该说也无法对此情况作一解决。(3)核心角色说以犯罪支配理论为基础,并不恰当。因为犯罪支配理论是在划定共同犯罪的性质后,在内部所作的区分正犯与共犯的理论,以犯罪支配说为标准来决定共同犯罪的性质是不当的。(4)核心角色说之中,认为在非国家工作人员是核心角色且明知对方是国家工作人员时,以贪污罪处罚的观点,是对核心角色的贯彻不彻底。^⑩对此,张明楷教授认为,核心角色说并非主犯决定说,因为核心角色仅限于实行犯之中,而教唆犯也可能是主犯,并且,一个案件之中不可能出现两个核心角色。^⑪但是,对于张明楷教授的补充,周光权教授评论道:“核心角色说实际上是对区分正犯和共犯的犯罪支配说换了一种说法,确定谁是核心角色,实际上等于确定谁是正犯。在一个共同犯罪中,具有不同身份者都是核心角色的情况并不鲜见,所以,核心角色说并不能提供解决问题的最终方案。”^⑫应当说,以上批判都是中的之言。

最后,以想象竞合犯定罪的模式实际上混淆了法条竞合关系与想象竞合关系。应当看到,贪污罪与职务侵占罪并非想象竞合关系,而是法条竞合关系。因为在公司人员与国家工作人员相互勾结,各自利用职务便利侵吞本单位财产的案件中,该共同犯罪形态所造成的法益侵害结果就只有一个,即国家工作人员职务行为的廉洁性以及公共财产。这完全能够被贪污罪完整评价。至于公司人员所侵犯的法益(公共财产),完全能够被贪污罪所保护的法益所包含。如此一来,我们就不应当用想象竞合犯的原理来解决上述案例,而是应当用到法条竞合的原

理。因为,职务侵占罪与贪污罪是法条竞合而不是想象竞合。就连其后改为提倡以想象竞合原理解决不同身份者共犯定性问题的张明楷教授,他自己也论述道:“从实质上说,法条竞合时,只有一个法益侵害事实;想象竞合时,则有数个法益侵害事实。例如,贪污罪与职务侵占罪被规定在刑法分则中的不同章节,导致人们认为贪污罪不是财产犯罪。但事实上并非如此。换言之,贪污罪与职务侵占罪都是财产犯罪,所以,二者之间存在法条竞合关系。”^⑥可见,在这种情况下,以贪污罪来评价整个共同犯罪,即以贪污罪对各个共犯参与人定罪即可。由于基于想象竞合原理的问题解决模式犯了混淆法条竞合犯与想象竞合犯的谬误,故而导致其存在一定的理论含混性。

2.“违法身份连带、责任身份个别”原理的应用

首先,根据本文所提倡的身份本质观,我们可以将身份分为违法身份与责任身份,前者是与法益侵害相关的身份,后者是与期待可能性、预防必要性相关的身份。

在违法身份之中,根据违法身份是奠定刑罚的基础,还是起到加重、减轻刑罚的作用为标准,对违法身份进行分类可知,违法身份还可分为构成的违法身份、加重的违法身份、减轻的违法身份。^⑦我国存在构成的违法身份,如上述受贿罪中的国家工作人员,不具备该身份就不可能构成犯罪。再如,《刑法》第236条强奸罪中的男性、《刑法》第166条为亲友非法牟利罪中的国有公司、企业、事业单位的工作人员,《刑法》第397条滥用职权罪中的国家机关工作人员等也是。我国也存在加重的违法身份,例如,贪污罪中的国家工作人员,相对于盗窃罪、诈骗罪、侵占罪而言,就是代表着多侵犯了一个国家工作人员职务行为廉洁性这一附加法益,从而加重其违法程度的身份。此外,挪用公款罪中的国家工作人员,相对于挪用资金罪而言,除去侵犯财产法益之外,也属于体现侵犯附加法益的加重的违法身份。再如,根据《刑法》第245条第2款的规定,司法工作人员滥用职权犯非法搜查罪、非法侵入住宅罪的,从重处罚,根据法条明文规定的“利用职权”“滥用职权”可知,

上述身份代表着对国家工作人员职务行为的公正性这一附加法益的侵犯。加重的违法身份除了通过侵犯附加法益加重违法之外,还可能加重侵犯法益的危险性而加重违法。例如,我国《刑法》第234条诬告陷害罪第2款规定,“国家机关工作人员犯前款罪的,从重处罚”。此处的国家机关工作人员就是加重的违法身份,“因为当国家机关工作人员去诬告陷害他人时,公检法肯定会更加重视国家机关工作人员的指控,因此被诬告的人被追究的可能性也就会更大”,^⑧即具备国家工作人员身份代表着加重法益侵害结果的可能性。类似的加重的违法身份还有,《刑法》第253条私自隐匿、开拆、毁弃邮件电报罪中的“邮政工作人员”、第109条叛逃罪中“掌握秘密的国家工作人员”、第307条妨害作证罪与帮助毁灭、伪造证据罪中第3款的“司法工作人员”、第349条包庇毒品犯罪分子罪中的“缉毒人员或者其他国家机关工作人员”等。我国《刑法》之中尚未发现减轻的违法身份。^⑨

同理,根据某身份是起到奠定责任的基础作用,还是加重、减轻责任的作用,责任身份可以分为构成的责任身份,与加重、减轻的责任身份。梳理之,我国刑法分则中分别存在构成的责任身份与加重的责任身份。例如,赌博罪中“以赌博为业”的人就是构成的责任身份。这里的“以赌博为业”实际上是对常习性的规定,因为在司法实务中,即便只查证赌博一次,但是,如果确有证据(例如,赌博的手段、方法、所使用的工具等方面)能证明其具备赌博常习性的,也会按照本罪追诉。赌博罪之所以要求常习性,并且将处罚根据求之于行为人的主观习性,是为了限缩赌博罪的处罚范围,即赌博常习者才具备可罚的责任从而具有“运用刑罚进行特别预防的必要性”。^⑩再如,上述第361条第2款规定中的“单位的主要负责人”,就是加重的责任身份。

其次,限制从属性是我国的通说,根据该原理能够推导出“违法连带、责任个别”的原则。具体推导步骤为:一则,正犯是对犯罪结果承担“第一次责任”的人,共犯是承担“第二次责任”的人,既然如此,在“第一次责任人”的行为都不违法的前提下,我们就

没有发动刑罚来惩罚“第二次责任人”的必要,这便是限制从属性所要求的共犯的成立以正犯违法为必要条件的实质根据。由于违法是对法益的客观侵害,并且共犯通过正犯侵犯法益,故而,在正犯侵犯法益的前提下,共犯也通过正犯而引起法益侵害,这便导出了“违法连带”原理。二则,根据限制从属性说,共犯的成立不以正犯具备有责性为必要条件,所以,责任要素应当在正犯与共犯之间个别判断,这便是“责任个别”原理。据此,“违法连带、责任个别”原理得以证成。

最后,根据“违法连带、责任个别原则”,我们可以导出“违法身份连带、责任身份个别”原理,用以解决身份犯的共犯问题。

参与违法身份(构成的违法身份、加重的违法身份)犯罪之人,成立与违法身份者相同的罪名。例如,普通主体教唆或者与国家工作人员一起“监守自盗”的,因为贪污罪相对于盗窃罪除去侵犯财产法益之外,多侵犯一个职务行为廉洁性这一附加法益,所以,国家工作人员相对于普通主体属于加重的违法身份,从而根据“违法身份连带”原则,对各个犯罪参与人统一根据贪污罪定罪。另外,普通人参与国家机关工作人员诬告陷害的,只要其认识到国家工作人员身份,也应当对普通人“从重处罚”,因为普通人通过国家机关工作人员实现了高度的违法。

在公司企业中,不具备国家工作人员身份者与国家工作人员相互勾结,各自利用职务便利的案件中,因为职务侵占罪侵犯的法益是财产,^⑥而贪污罪侵犯的法益除去财产之外,还多出一个国家工作人员职务行为廉洁性的附加法益,所以,根据“违法身份连带”原则,对于双方主体,应当统一为贪污罪。与之相类似地,是纳税人与税务机关征税人员相互勾结,以虚假申报之后加以审批的手段少缴税款的案例。在该案例中,征税人员所触犯的徇私舞弊不征、少征税款罪位于渎职罪一章,其侵犯的法益是国家机关的正常管理活动,但是,因为成立该罪还要求“致使国家税收遭受重大损失”,所以该罪所保护的法益还包含国家的税收征管秩序。那么,相对于纳税人所触犯的逃税罪而言,征税人员所触犯的

徇私舞弊不征、少征税款罪就多侵害了一个附加法益,即国家机关的正常管理活动,因此,征税人员属于加重的违法身份。根据“违法身份连带”原理,对于该案中的双方应当以徇私舞弊不征、少征税款罪论处。

对于被保险人与保险公司工作人员(公司、企业人员或者国家工作人员)相互勾结,共同骗取保险金的类型,“违法身份连带”原理的处理步骤为:一则,保险诈骗罪与职务侵占罪或者贪污罪属于相异的违法身份犯。由保险诈骗罪所处的章节可知,该罪所保护的法益是社会主义市场经济秩序,但是,职务侵占罪与贪污罪所保护的法益却分别是财产、职务行为的廉洁性与财产,那么,保险诈骗罪与职务侵占罪、贪污罪所保护的就是在本质上相异的法益,双方是相异的违法身份犯。二则,根据行为共同说,对双方应当以想象竞合犯处理。被保险人在自身触犯保险诈骗罪之外,还通过公司、企业人员或者国家工作人员触犯职务侵占罪或者贪污罪,公司、企业人员或者国家工作人员在自身触犯职务侵占罪或者贪污罪之外,还通过被保险人触犯保险诈骗罪,一个自然意义上的行为触犯两个规范上的相异罪名,当以想象竞合犯原理处断。不难发现,想象竞合原理仍然在“违法身份连带”的原理之下运行,其并未超出“违法身份连带”原理而一跃成为独立的解决身份犯共犯问题的原理。

参与责任身份(构成的责任身份、加重的责任身份)的人,只能够根据自己的情况来判断是否成立犯罪,以及接受什么样的处罚。例如,普通人教唆以赌博为业者赌博的,尽管普通人认识到其教唆的人是有常习性之人,但因为普通人并无该习性,所以,普通人不应当成立赌博罪的共犯,而应当无罪。再如,非单位主要负责人教唆单位主要负责人利用单位便利组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的,不得对非单位主要负责人从重处罚。

五、余论

本文通过对广义与狭义两种身份概念的探讨,揭示出两种概念的差异所在,并联系犯罪的实质违法与责任,对身份的本质作了界定。在此基础上,本

文实质性地重述了身份的概念,并且对本文所提倡的身份本质观稍作功能性展开。

或许有学者会指出,本文对身份的界定仍显宽泛,从而也导致身份犯范围的宽泛。但是,就刑法教义学上而言,一切基于对16岁以上自然主体加以内涵限定而来的自然主体,都可以看作特殊主体,进而具备身份。因为我们正是根据这一逻辑,来认定特殊法条与普通法条的,即凡是对普通法条的构成要件要素(内涵)加以限定者,就是特殊法条。并且,即便是以特别义务来限定身份,或者以社会功能的角度来限定身份,也会因为特殊义务随着具体社会制度、结构的变迁而变迁,无论如何,身份都是一个开放性的存在。让我们稍作反思《刑法》第388条之一的利用影响力受贿罪中的“与该国家工作人员关系密切的人”,即可明白身份的开放性。张心向教授将“关系密切的人”类型化为:工作关系、情人关系、同乡关系、同学关系、远亲关系、其他关系,并根据公布的裁判文书,量化研究53个利用影响力受贿罪的案件之后,所得出的结论是:在“关系密切的人”之中,被认定为其他关系的23件,占44%;工作关系的14件,占25%;远亲关系的11件,占21%;同乡、情人关系的各2件,分别各占4%;属于同学关系的1件,占2%,即其他关系占大多数的结论。^⑥毫无疑问,“其他”是一个经常出现于刑法条文与司法解释中的开放式的描述语词。行文至此,尽管会令人感到沮丧,但我们还是不得不承认,在很大程度上,身份就是“只能描述,而难以定义”的那个对象。

另外,就哲学上而言,在一个本质日益被解构,碎片化、交错、断层等语词愈加被重视的后现代社会里,身份本身或许就是难以把握的。我们不妨回想一下名为“忒修斯之船”的思想实验,即“忒修斯”之船的木头被逐渐替换,直到所有的木头都不是原来的木头,那这艘船还是原来的那艘船吗?如果“忒修斯”之船同时可以是,也可以不是“忒修斯”之船,我们何以确保我们自己的同一性?如果我们自己也可以不是自己,我们又何以确保依附于我们身上的标签,即身份还是那个身份?当然,这样的问题或许多少会再次令我们感到沮丧。

最后,还是让我们回到教义学上来,本文认为保险诈骗罪、事后抢劫罪、强奸罪都是身份犯,那么,无身份之人就只能成立上述犯罪的教唆犯、帮助犯,或者充其量再包含共同正犯,而绝不可能成立其单独正犯(直接正犯、间接正犯)。有学者或许会质疑,女人利用智障男性强奸其他女性的,难道不是强奸罪的间接正犯吗?根据本文观点,答案是否定的。因为共同犯罪是违法形态,而共犯只需要引起正犯的违法即可,而无须从属于正犯的故意,^⑦所以,当以间接正犯的故意而实现了共犯的构成要件(因不具备特别的构成要件要素而满足的修正的构成要件)之际,我们完全可以将上述案例中的女人论以强奸罪的教唆犯。又因为在我国,根据《刑法》第29条第1款的规定,教唆犯完全有可能被论以主犯,所以,本文观点不会带来定罪与量刑上的问题。

注释:

①无身份者只能成立身份犯的教唆犯、帮助犯。至于能否成立身份犯的共同正犯,取决于我们对共同正犯的理解,如果认为共同正犯是共犯,则答案是肯定的,如果认为共同正犯是正犯,则答案是否定的,本文不涉及对共同正犯性质的探讨。

②高铭喧、马克昌:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第464页。

③参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第868页。在日本,也存在否定强奸罪属于身份犯的观点,例如,团藤重光教授认为:“强奸罪并非身份犯,女人可以实施压制被害人反抗的实行行为的一部分,这样一来,即便强奸罪的共犯不适用于刑法第65条,也能够得出女人可以成立其共同正犯的结论。”参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第422页。当然,日本通说与我国相同,针对上述观点,前田雅英教授批判认为,如果将强奸罪排除出身份犯之外,会引起身份概念的混乱。参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第5版),东京大学出版会2011年版,第529页。

④参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年版,第230页;周光权:《刑法各论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第32~33页。并未明示强奸罪是否属于身份犯,恰恰表现出我国学界在划定身份犯范围问题上的犹豫,实际上,日本学者也对强奸罪是否属于身份犯表示出疑惑。例

如,平野龙一将强奸罪称为疑似身份犯。参见[日]平野龙一:《刑法总论·Ⅱ》,有斐阁1975年版,第368页。

⑤参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判指导案例:破坏社会主义市场经济秩序罪》,法律出版社2009年版,第248~249页。

⑥参见张明楷:《论身份犯的间接正犯——以保险诈骗罪为中心》,载《法学评论》2012年第6期。

⑦参见刘宪权:《保险诈骗罪疑难问题的司法认定》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2008年第4期。

⑧参见黎宏:《论事后抢劫罪的若干问题》,载顾军主编:《侵犯财产罪的理论与司法实践》,法律出版社2008年版,第111~112页;参见郑泽善:《转化型抢劫罪新探》,载《当代法学》2013年第2期。值得注意的是,郑泽善教授一方面倾向于将事后抢劫罪认定为不真正身份犯,但另一方面却指出将其认定为身份犯会导致与其既未遂形态的认定标准相矛盾的结局,从而导致其观点并不明确。

⑨参见张明楷:《事后抢劫罪的共犯》,载《政法论坛》2008年第1期。

⑩大审院设立于日本明治时期初期,即1875年,在“二战”后的1947年,随着《日本国宪法》与《裁判所法》的施行,大审院被撤废,最高裁判所被设立。直至最高裁判所设立为止,大审院一直是日本近代的最高法院。

⑪参见日本大审院1911年3月16日《大审院刑事判决书》第17辑第6卷,第405页。转引自[日]香川达夫:《身份概念与身份犯》,成文堂2014年版,第8页。

⑫参见日本最高裁判所1952年9月19日《最高裁判所刑事判例集》第6卷第8号,第1083页。

⑬张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第131页。

⑭高铭喧、马克昌:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第95页。

⑮参见[日]大谷实:《刑法讲义各论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第58、106、141页。

⑯参见[日]香川达夫:《身份概念与身份犯》,成文堂2014年版,第30~31页。

⑰同上书,第34页。

⑱值得注意的是,香川教授并不否定男性性别是身份,只是认为其与身份犯无关,其并非身份犯中的身份。同上书,第35页。

⑲参见[日]平山干子:《不作为犯与正犯原理》,成文堂2005年版,第124~125页。

⑳Vgl. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973, S. 19. 转引自何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第38页。

㉑在日本,最早介绍义务犯理论的是中义胜教授,参见[日]中义胜:《Claus Roxin的“正犯与行为支配”》(一),载《关西大学法学论集》1965年15卷2号;《Claus Roxin的“正犯与行为支配”》(二),载《关西大学法学论集》1965年15卷3号。[日]中义胜:《义务犯的正犯性》,载团藤重光、平场安治、平野龙一等编:《犯罪与刑罚(上)佐伯千仞博士还历祝贺》,有斐阁1968年版,第463~477页。近期专门探讨义务犯的日文文献有:[日]平山干子:《不作为犯与正犯原理》,成文堂2005年版。[日]佐川友佳子:《共犯论与身份犯的共犯——义务犯特论》,载《刑法杂志》第50卷第1号。

㉒参见[日]藤吉和史:《论身份犯的概念》,载《明治大学大学院纪要》(法学篇)1981年第18卷,第237页。持相同理解的,请参见[日]外木央晃:《身份犯的法性质》,载《法学研究论集》(2008年第29卷),第82~89页。

㉓参见[日]上野幸彦:《考察身份犯的一视角——以地位概念的分析为切入》,载《法学纪要》(1986年第27卷),第191~201页。

㉔同上书,第201页。

㉕[日]平野龙一:《刑法总论·Ⅱ》,有斐阁1975年版,第367页。

㉖在欧陆地区,也有学者将强奸罪称为“表见的身份犯”(die scheinbare Sonderdelikte)。瑞士学者Oscar Schnyder于其博士论文中,在真正身份犯与不真正身份犯(echten-und unechten sonderverbrechen)的区分之外,认为强奸罪中的男人与受贿罪中的国家工作人员不同,强奸罪中身份的产生是基于“一定的客观的特质”,但真正身份犯中的身份则是基于法的特质而来,欠缺正犯标志即身份者就不可能实现构成要件结果,但是,欠缺男人这一身份的女人显然可以实现强奸罪的构成要件结果。在此基础上,Oscar Schnyder将强奸罪这类身份犯称为表见的身份犯。参见Oscar Schnyder, Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss Zürich, 1962, SS. 20-102。转引自[日]泉健子:《“表见的身份犯”小稿》,载《鹿儿岛大学法学论集》第25集1·2合并号(1990年),第102~115页。

㉗[日]平野龙一:《刑法总论·Ⅱ》,有斐阁1975年版,第367页。

㉘[日]中义胜:《义务犯的正犯性》,载团藤重光、平场安治、平野龙一等编:《犯罪与刑罚(上)佐伯千仞博士还历祝贺》,有斐阁1968年版,第464~465页。

②何庆仁：《义务犯研究》，中国人民大学出版社2010年版，第30页。制度也即社会上的体制，“人们把相当稳定不变的、持续相互产生关联性的行为样本称为社会上的体制(soziale Institutionen)，这些行为样本在一个社会群体中具有重要的需求，因此被认为具有合法性而且用社会的制裁加以贯彻，也就是说用一连串主题相互归属的规范，所以‘体制上的管辖’不外意味着从任何一种社会规范(也就是说根本还不是从法律规范)所规定的行为。”参见[德]许乃曼：《德国不作为犯法理的现况》，载陈志辉译，许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑(贺许迺曼教授六秩寿辰)》，台北春风煦日论坛2006年版，第643页。

③Vgl. Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung(Fn. 20), S. 36f. 转引自[日]平山干子：《不作为犯与正犯原理》，成文堂2005年版，第196～197页。

④陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第342页。

⑤参见林维：《真正身份犯之共犯问题展开》，载《法学家》2013年第6期。

⑥[日]木村龟二：《刑法总论》，有斐阁1959年版，第156页。

⑦参见[日]川端博：《刑法总论讲义》(第2版)，成文堂2006年版，第584页。

⑧参见赵秉志：《犯罪主体论》，中国人民大学出版社1989年版，第291～293页。

⑨日本的野村稔教授认为：“所谓身份犯，是指只有具有某种特定的身份才能构成犯罪，或者对于其刑法予以加重或减轻的场合。这是因为由于一定的身份而负有特别的义务。例如，遗弃罪的违法要素是对被遗弃者的生命、身体的抽象的危险。在这一点上，单纯遗弃罪和保护责任者遗弃罪都一样。但是，对于后者的刑罚较重，这是因为在违法要素中加上了作为保护责任者违反了应负担的保护义务的缘故。”参见[日]野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第94页。

⑩德国《刑法》第28条第1项规定：“共犯(教唆者或帮助者)不具备作为正犯可罚性基础的特别的一身要素(第14条第1项)时，其刑罚根据第49条第1项而减轻。”第2项规定：“法律规定因特别的一身要素而加重、减轻或者阻却刑罚的时候，该法规仅适用于存在此要素的参与者(正犯或者共犯)。”

⑪参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学·总论》(第2卷)，王世洲、王锴、劳东燕、王莹、李婧、徐晓辉译，法律出版社2013年版，第81～82页。

⑫参见阎二鹏：《共犯与身份》，中国检察出版社2007年

版，第92～93页。

⑬参见李成：《共同犯罪与身份关系研究》，中国人民公安大学出版社2007年版，第50～62页。

⑭参见陈兴良：《身份犯之共犯：以比较法为视角的考察》，载《法律科学》2013年第4期。

⑮黎宏教授认为：“在真正身份犯的场合，身份是‘构成要件要素’，而在不真正身份犯的场合，身份只是‘罪责要素’。”因为构成要件至少是违法类型，而罪责就是责任，因此可以推知，黎宏教授将真正身份作为与法益侵害有关的违法身份来理解，而将不真正身份作为只是与责任有关的责任身份来理解。参见黎宏：《刑法学总论》(第2版)，法律出版社2016年版，第303页。

⑯参见[日]泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社2005年版，第164页。

⑰杨辉忠：《身份犯研究》，中国检察出版社2007年版，第87页。

⑱[日]大塚仁：《刑法概说(总论)》(第3版)，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第91～92页。

⑲黎宏：《行为无价值论与结果无价值论：现状与展望》，载《法学评论》2005年第6期。

⑳参见[日]十河太郎：《身份犯的共犯》，成文堂2009年版，第249页。

㉑对义务犯论的系统反思与批判，请参见周啸天：《义务犯理论的反思与批判》，载《法学家》2016年第1期。

㉒参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学·总论》(第2卷)，王世洲、王锴、劳东燕、王莹、李婧、徐晓辉译，法律出版社2013年版，第191页。

㉓Roxin认为义务犯的正犯准则是特别义务违反，可罚性基础是法益侵害，参见[日]中义胜：《Claus Roxin的“正犯与行为支配”·(一)》，载《关西大学法学论集》1965年15卷2号，第172页以下。根据罗克辛的理论，无身份者与身份者在结果无价值这一点上相同，即法益侵害是连带的，但是，在行为无价值上，因为无身份者无特别义务，从而轻于身份者，即在行为无价值上，是相对独立的。Jakobs认为义务犯的正犯准则与可罚性基础都是特别义务违反，但是，无身份者能够通过身份者而诱发、促进对义务的破坏，因此，无身份者也能够成立身份犯的共犯。因为无身份者的行为无价值程度低，无身份者应当减轻处罚。参见[日]平山干子：《不作为犯与正犯原理》，成文堂2005年版，第189～191页。由此可知，根据义务犯理论，一定会导出无身份者的违法性程度低于身份者。值得注意的是，我国有学者在秉承义务犯理论的基础上，否认这一

点。参见何庆仁：《义务犯研究》，中国人民大学出版社2010年版，第318～321页。

⑤根据该法典第14条第1款规定，“特别的一身要素”(besondere persönliche Merkmale)是“特别的一身属性、关系或者事由”(besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände)。判例、通说认为，“属性”是指如年龄、男女之别、怀孕的状态这样的，与行为的本质密不可分的精神的、身体的、法律的要素；“关系”是公务员、裁判官、军人等资格，以及亲族关系、与他人之间的委托关系这样的，与他人、机关、物之间的外部关系；“事由”是“属性”和“关系”以外，全部的个人要素，其包含动机、心情等主观的要素，以及营业性、常习性。参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学·总论》(第2卷)，王世洲、王锴、劳东燕、王莹、李婧、徐晓辉译，法律出版社2013年版，第182页。

⑥吴涛、杨艳荣：《国有控股、参股公司中国家工作人员的认定》，载《人民法院报》2013年6月5日。

⑦参见张宁、桑爱红：《国家出资企业人员职务犯罪有关问题的认定——国家出资企业人员职务犯罪研讨会综述》，载《人民法院报》2013年1月23日。

⑧参见张明楷：《刑法学》(第5版)，法律出版社2016年版，第1096页。

⑨黎宏：《关于“刑事责任”的另一种理解》，载《清华法学》2009年第2期。

⑩关于可罚责任的论述，另请参见周啸天：《身份犯共犯教义学原理的重构与应用》，载《中外法学》2016年第2期。

⑪黎宏：《关于“刑事责任”的另一种理解》，载《清华法学》2009年第2期。

⑫参见陈洪兵：《违法身份与责任身份分类的尝试——以日本刑法第65条的规定为视角》，载《云南大学学报》(法学版)2007年第4期；陈洪兵：《加减的违法身份概念之提倡——以日本共犯与身份理论为借鉴》，载《同济大学学报》(社会科学版)2007年第6期；陈洪兵：《共犯与身份的中国问题》，载《法律科学》2014年第6期；陈洪兵：《共犯论的分则思考——以贪污贿赂罪及渎职罪为例》，载《法学家》2015年第2期。

⑬张明楷：《刑法学》(第4版)，法律出版社2011年版，第312页。

⑭参见[日]十河太朗：《身份犯的共犯》，成文堂2009年版，第336页。

⑮参见张明楷：《论身份犯的间接正犯——以保险诈骗罪为中心》，载《法学评论》2012年第6期。

⑯参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》(第5版)，北京大学

出版社、高等教育出版社2011年版，第96～97页。

⑰张明楷教授持此观点，参见张明楷：《刑法的私塾》，北京大学出版社2014年版，第176页。

⑱陈兴良教授持此观点，参见陈兴良：《身份犯之共犯：以比较法为视角的考察》，载《法律科学》2013年第4期。

⑲参见钱毅：《略论特殊主体与一般主体共同犯罪的定罪量刑》，载《中央管理政法干部学院学报》1993年第5期；杨兴培、何萍：《非特殊身份人员能否构成贪污罪的共犯》，载《法学》2001年第12期。

⑳如赵秉志教授认为，在不同身份者共同犯罪的案件中，应当以为主的职权行为，即由共犯主要利用的职权来决定共犯的性质。在公司、企业工作人员与本单位中具备国家工作人员身份的人相互勾结，共同侵占本单位财产的案件中，如果两人主要利用的是前者的职权，则全案以职务侵占罪定罪，如果两人主要利用的是后者的职权，则对全案定以贪污罪。当无法判断主要利用两者谁的职权之际，为了贯彻有利于被告原则，按照“就低不就高”原则，对全案论以职务侵占罪。当然，在普通人加功身份者的场合，因为普通人利用了身份者所具有的职权，所以按照身份犯定罪，相反，在身份者加功普通人的场合，由于身份者所具有的职权居于次要地位，对其按照普通犯罪定罪。参见赵秉志：《共犯与身份问题研究——以职务犯罪为视角》，载《中国法学》2004年第1期。

㉑如周光权教授认为，应当按照在一般社会观念上身份地位相对较高的人的行为定罪。因为刑法第382条第3款所规定的与前两款人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处的规定是注意规定，其包含了无身份者参与身份犯以及公司、企业人员伙同国家工作人员贪污这两种情况，这样，国家工作人员的身份相对于企业工作人员属于“较高身份”，其连带作用于相对较低的身份者而定罪，较低的身份者构成此罪的狭义共犯。对于全案以贪污罪定罪处罚。参见周光权：《刑法总论》(第2版)，中国人民大学出版社2011年版，第244页。

㉒如张明楷教授认为，应当以“核心角色”所触犯的罪名对全案定罪，即在公司中不具有国家工作人员的身份者与国家工作人员相互勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财产占为己有的案件中，如果国家工作人员是核心角色，对全案定以贪污罪，如果非国家工作人员是核心角色，为了取得处罚上的均衡，也应当以贪污罪对全案定罪。参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第281～282页。

㉓如陈家林教授认为：“既然已经确定投保人的行为同时触犯了两个罪名：保险诈骗罪与职务侵占罪或贪污罪，那么就

可以直接按照想象竞合的原则从一重处断。同理,对保险公司的工作人员所触犯的两个罪名:职务侵占罪或贪污罪与保险诈骗罪,也应当按照想象竞合的原则从一重处断。”参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第309页。另外,与陈家林教授持相似观点的,请参见王作富、庄劲:《共同犯罪与构成身份新论》,载《人民检察》2003年第11期;吴飞飞:《身份犯论——基于犯罪形态视野的考察》,中国检察出版社2014年版,第192页。

⑥徐留成:《身份犯比较研究》(第2版),人民法院出版社2013年版,第239页。

⑦参见赵秉志:《共犯与身份问题研究——以职务犯罪为视角》,载《中国法学》2004年第1期。

⑧高铭喧、马克昌:《刑法学》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第163页。

⑨参见李成:《共同犯罪与身份关系研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第147~148页。

⑩参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第450~451页。

⑪周光权:《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第244页。

⑫张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第436页。

⑬参见[日]西田典之:《共犯与身份》,成文堂2003年版,第171~173页。

⑭张明楷:《刑法的私塾》,法律出版社2014年版,第176页。

⑮日本刑法第212条规定的是自己堕胎罪,其主体为孕妇,第213条是同意堕胎罪的规定,主体是孕妇之外的第三人,前者刑罚较轻。平野龙一教授认为,“如果堕胎罪保护的法益是胎儿的生命与身体,那么,孕妇与第三人的堕胎行为在侵犯法益这一点上相同,孕妇处罚轻就是因为责任减轻……但是,堕胎罪的保护法益是母体的安全而非胎儿,其刑罚较轻是因为孕妇自己实施堕胎行为属于自伤行为,从而减轻违法。”参见[日]平野龙一:《刑法总论·II》,有斐阁1975年版,第373页。西田典之教授也认为,孕妇属于因具备自伤行为的减轻的违法身份。参见[日]西田典之:《新版共犯与身份》,成文堂2003年版,第283页。但是,我国并无减轻的违法身份的规定。

⑯[日]山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第605页。

⑰尽管有学者认为职务侵占罪所侵犯的法益是单位的管理秩序与财产,但是,笔者认为因为该罪被规定在第五章财产犯罪之中,并且其手段只能是狭义的侵占而不包括盗窃、诈骗,所以,我们应当将其单纯理解为侵占罪的加重犯罪,而其保护法益,就仍然应当只是财产。具体参见周啸天:《职务侵占罪中“利用职务上的便利要件”之再解读——以单一法益论与侵占手段单一说为立场》,载《政治与法律》2016年第7期。

⑱参见张心向:《刑法中“关系密切的人”之实证考察与再审视》,载《法治研究》2015年第6期。

⑲具体论证参见张明楷:《共犯对正犯故意的从属性之否定》,载《政法论坛》2010年第5期。

Broadly or Narrowly: Redefining the Concept of Identity in the Identity Crime: The Identity of the Essence as the Center

Zhou Xiaotian

Abstract: China's criminal law theory takes a broad concept of identity. In German and Japan's criminal law theory, there emerged a narrow concept of identity that links special obligations to define identity. The confrontation of the broad and narrow concept of identity is an epitome of the increasingly substantive nature of criminal law. It can be seen that the concept of identity in a narrow sense should not be adopted. It is reasonable to link the legal interests with the expectation possibility and the necessity of prevention, that is, the illegality and responsibility punished. The nature of identity is the prerequisite for the infringement of legal interests, or the factual premise about the possibility of expectation and the necessity of prevention. The conception can clearly define the concept of identity, the scope of identity crime, as well as the problem of accomplice of identity crime.

Key words: Broadly; Narrowly; The nature of identity; Illegality; Responsibility punished