

刑法身份的实质客观论

杜 宣*

〔摘 要〕 客观属性系刑法身份本质内涵。刑法身份由构成身份与责任身份组成。犯罪论体系影响构成身份性质,三阶层构成要件论体系是构成身份成立的理论基础。身份依附于行为人,行为人系构成要件要素,构成要件系违法行为类型,构成身份分为构成的违法、责任身份。身份法益侵害危险系违法身份本质;理论上身份非难可能性系构成的责任身份之本质,但身份不能为非难对象与且有责性本质相悖,故该身份不存在,构成身份系违法身份。责任身份影响刑罚轻重,系量刑情节,刑罚目的系其存在根据。刑法身份由违法身份与责任身份构成。

〔关键词〕 违法身份;(构成的)责任身份;犯罪论体系;实质客观论

一、问题的提出

案例 1. A 为某国家机关核心部门领导,掌握大量国家秘密,在一次去某国公务访问期间,未经访问团领导批准擅自离开,逃到该国某公务机关寻求政治避难。

案例 2. B 家失窃怀疑其邻居 C 所为,遂报告居委会并报 110, C 曾因盗窃被处理过且与 B 关系交恶,居委会工作人员甲乙在仅听取 B 言辞后,未经 C 同意强行进入 C 家搜查,刑警丙丁与 B 关系好,为帮助 B 在未出示工作证和搜查证前提下进入 C 家搜查。

分析上述案例,其共性在于 A 作为掌握秘密的国家机关工作人员实施叛逃犯罪行为与司法工作人员丙丁实施非法搜查的犯罪行为属于身份犯,有别于一般主体实施犯罪行为,是刑法理论中较为特殊的犯罪类型。身份犯的身份影响犯罪成立与刑罚轻重,对身份的认定亦即关系到刑法是否介入,是否有必要动用刑罚手段,从而影响国民合法权益。

案例 1 中 A 在履行公职期间擅离岗位在境外叛逃,构成叛逃罪。A 的国家机关工作人员之主体身份直接影响叛逃罪成立,该身份直接影响犯罪成立,系构成身份。由于 A 属于掌握国家秘密的国家机关工作人员,依法从重处罚,该身份直接影响刑罚轻重,属于责任身份,但实质掌握国家秘密的国家机关工作人员的身份不仅直接影响犯罪成立而且直接影响刑罚轻重,系构成身份与责任身份竞

* 东南大学法学院 2013 级博士研究生,211189。

合。案例2中甲乙未经C同意擅自进入其房屋内进行非法搜查构成非法搜查罪;刑警丙丁未出示工作证和搜查证非法进入C住宅非法搜查,亦构成非法搜查罪,但依法应从重处罚。显然非法搜查罪主体为一般主体,而司法工作人员身份不影响犯罪成立,只影响刑罚轻重。

不难看出,不同身份在刑法的地位和作用存在差异,即使形式上同一身份,在犯罪论和刑罚论中性质也可能不同,那么刑法身份为何能影响犯罪成立及刑罚轻重,同一身份为何作用不同,犯罪论身份与刑罚论身份有无区别等,上述问题关键是刑法身份在犯罪论和刑罚论中的性质和地位。虽然我国与大陆法系国家和地区明文规定身份犯不同,法律条文未直接规定身份犯,但客观上存在大量影响犯罪成立和刑罚轻重的身份(犯),因此探明刑法身份在犯罪论及刑罚论的地位和属性,是正确认识刑法身份关键,是准确适用相关身份犯法律规定的前提,关乎我国犯罪论体系构建。

刑法理论由犯罪论与刑罚论组成,故刑法身份由影响犯罪构成的犯罪论身份和影响刑罚轻重的刑罚论身份组成。影响犯罪成立的身份是构成身份,即真正身份或纯正身份,如案例1叛逃罪主体国家机关工作人员A,此类主体身份缺失直接影响犯罪成立。影响刑罚轻重的身份为加减身份,即不真正身份或不纯正身份,亦称责任身份,如案例2非法搜查罪主体司法工作人员丙丁,此类主体仅为刑罚轻重变化提供依据,不影响犯罪成立。首先,什么是刑法身份,其本质内涵是什么,刑法中哪些要素属于身份要素,是否认可主观身份要素,以何种理论或视角界定刑法身份。其次,刑法身份为何能影响犯罪成立及刑罚轻重,即构成身份、责任身份成立理论基础是什么?第三,刑法身份如何影响犯罪成立或刑罚轻重。换言之,构成身份、责任身份如何作用于犯罪成立、刑罚变化。犯罪是违法且有责的行为^①,理论上构成身份可分为构成的违法身份、责任身份,故进一步探究,构成的违法身份之违法性及构成的责任身份之有责性来源是什么,换言之,构成的违法身份、责任身份之违法性、有责性判断依据是什么。第四,构成身份与犯罪论体系的关系,何种犯罪论体系符合构成身份之本质属性,构成身份在该犯罪体系的地位或性质;责任身份在刑罚论中的地位 and 性质是什么,是否存在构成的责任身份或者责任的构成身份。第五,构成要件功能与构成身份关系,构成要件不同功能是否直接影响构成身份作用及性质。第六,构成的违法身份之违法本质与构成的责任身份之有责性本质分别是什么,刑罚论的责任身份本质及其成立根据是什么,构成的责任身份与刑罚论的责任身份之间的区别,是否真正存在构成的责任身份。最后,以结果无价值论,犯罪本质在于法益侵害及危险,构成身份与法益侵害及危险是什么关系,即构成身份是否影响法益侵害、危险及其程度,区分标准是什么。刑罚目的是一般预防与特殊预防,责任身份与上述刑法目的有何关联。总之,上述问题核心为:一是刑法身份内涵与范畴。二是刑法身份的性质,即构成身份的犯罪论性质、责任身份的刑罚论性质。构成身份在犯罪论体系的地位及作用;构成身份与构成要件关系;构成的违法身份的违法本质与构成的责任身份的有责本质,二者如何影响行为违法性及有责性;责任身份如何影响刑罚责任,构成的责任身份与责任身份关系。三是构成身份与法益侵害及危险的犯罪本质、责任身份与刑罚目的之间关系。总之,身份作为刑法的特殊要素,对之准确认识是正确解决有关身份犯问题的前提和关键。

二、刑法中身份犯“身份”的性质确定

刑法身份通常依附于行为主体,具有行为人属性,行为人是主客观要素统一,而刑法身份必须以行为时存在为必要,与实行行为存在直接联系,具有行为客观属性,故身份也是主客观属性的统一。

^①张明楷:《刑法学》(第四版),北京:法律出版社,2011年,第91页。

简言之,刑法身份连接着行为与行为人,犯罪论中行为人不具有某构成身份是无法实施相应犯罪实行行为,刑罚论中行为人不具有某责任身份则与普通主体犯罪的刑罚无异。虽然刑法身份与实行行为具有直接联系,这主要表明身份影响行为法益侵害性或者刑罚责任,即身份本身具有的法益侵害性及有责性;但刑法身份无法独立存在,属于行为主体要素,故应从行为主体属性界定刑法身份。国内大多数学者或简单定义身份,或分析身份的事实、法律特征,这种粗放界定未把握刑法身份客观实质,是对身份表象分析,看似能把握刑法身份,实为形式界定。正如对违法理解,若认为违法是违反法规,该观点本无错,但不具实质意义,任何违法都一样,无法把握违法本质,应实质把握违法本质,违法本质在于法益侵害或危险,正是各种犯罪行为造成法益侵害或危险结果,方能说明行为的形式违法性。界定和把握刑法身份亦如此,在形式认定基础上作实质界定;形式界定着眼于身份之行为主体要素,反之哪些行为主体要素属于身份要素?身份是法律明文规定的对定罪量刑产生影响的主体资格、地位、关系等要素^①。对此,大陆法系一般采用较为宽泛的理解,如日本判例对身份理解“不限于男女性别、本国外国人之间、亲属关系,作为公务员的资格等关系,而是指所有与一定犯罪行为的作为犯的人的关系的特殊地位或状态。”^②德国刑法第28条规定“特定个人要素”及我国台湾地区刑法典第31条“身份或者其他特定关系”为广义解释身份奠定基础。由于行为主体由主观要素与客观要素组成,笔者认为,原则上坚持以行为人具有的客观要素为身份要素,包括行为人具有的年龄、身体特征及某种资格、地位、状态等客观要素,如行为人具有的国家机关工作人员等资格、地位,行为人未满14周岁或患有精神病等客观特征等。同时,行为人具有的目的、动机等主观要素是否可视作身份要素,这主要体现于构成身份。是否全盘否定、部分承认或全面肯定作为主观要素的身份要素,这与采取何种犯罪论体系和主观要素在该犯罪论体系的地位有关,也是行为无价值二元论、结果无价值二元论及彻底的结果无价值论之争议所在。笔者以结果无价值二元论,主张肯定部分主观要素为身份要素,进而部分肯定主观要素之违法身份,理由下文详述。

不可否认,主张行为人的客观要素及部分主观要素为身份要素,但这些身份要素是否有必要称为(实质)刑法身份,即形式身份是否有必要给予刑法规制、有无刑罚惩罚必要,主要取决于具有该身份的身份犯造成法益侵害及危险的结果之行为是否有刑罚惩罚必要,反之若该身份犯之实行行为造成法益侵害后果轻微不具有可罚性或者没有造成法益侵害后果,即使该形式身份进入刑法规制视野,也无必要使用刑罚手段,不是实质身份,故实质身份亦为可罚性身份,这样有利于法益保护与人权保障,实现法的公正、合理价值。如A系国家机关工作人员,从刑法规范论A具有形式身份,若A未利用职务便利实施贪污行为或贪污数额不足五千元,刑罚无必要介入A的行为。不可忽视,实务中客观存在非身份者实质从事身份者的事务造成严重法益侵害或危险后果,有必要给予刑罚惩罚,若拘于形式法规范理解,无明文规定不应处罚,则不利于保护法益,有放纵犯罪之嫌。故应从法益保护的实质角度界定刑法身份,须以明确的法律依据为前提。必须提倡刑罚法规的解释特别是构成要件的解释应从当罚性的角度进行。如派出所合同制聘任的辅警,在其实质从事执行公务时侵害与该公务有关联的法益且有惩罚的必要,不能以辅警非法定的主体身份,不符合构成要件的主体身份要素,不予刑法规制,而应看其在履职期间的活动是否具有公务性质,看其行为是否侵害与该职务有关联法益。我国对身份作实质界定有明确法律依据,如全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条对二款的解释》规定村民委员会等基层组织人员从事下列行政管理工作,应属于“其他依照法律从事公务的人员”,以国家工作人员论。村委会等基层组织是自治组织,非国家机关,其工作

^①周光权:《论身份犯的竞合》,《政法论坛》2012年第5期。

^②[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王绍武译,北京:中国人民大学出版社,2007,第335页。

人员不是法定主体身份,而该解释以基层组织人员在从事有关行政管理工作时,从实质角度解释为从事公务,视为国家工作人员,具有主体身份资格。若上述人员在从事某法定公务,其行为侵害与该公务有关联的法益且达到处罚程度时,须以刑罚规则,否则不利于保护法益。因此,对构成要件的解释必须以法条的保护法益为指导,不能停留在法条的含义上。^① 总之,界定身份犯中“身份”,不能停留在表面形式上,应从处罚必要性及法益保护实质角度界定。

三、影响构成要件符合性判断的构成身份

(一) 构成要件论体系:区分违法与有责,是构成身份成立的理论基础

一般而言,犯罪是由一系列主客观要素组成,犯罪构成的客观要素通常包括行为主体、行为、方法、结果等客观体现与法益侵害及危险相关内容,主观要素则由故意、过失等表示行为主体主观方面内容。身份由体现身份自身属性的客观要素和部分主观要素组成,成为构成身份要素系犯罪构成主客观要素。如何看待这些要素尤其是主观要素,关系到采用何种犯罪论体系,更直接影响构成身份要素功能、性质及其在犯罪论体系的地位。不同构成身份要素的不同性质,一定程度影响着所采用的犯罪论体系,而不同犯罪论体系则决定着构成身份在犯罪论体系的不同性质,故采用哪种犯罪论体系对于决定构成身份性质至关重要。关于犯罪论体系,当前大陆法系国家主要采用:一是犯罪的客观要素与主观要素的体系;二是行为、违法、责任和构成要件的体系;三是行为、构成要件、违法性、责任的体系;四是构成要件符合性、违法性、有责性的体系;五是行为、不法、责任体系;六是行为与行为人的二元体系。^② 将行为作为犯罪成立的第一要件的犯罪论体系叫行为论,将构成要件该当性作为犯罪成立的第一要件的犯罪论体系则叫构成要件论。^③ 犯罪构成要素一般可分为主客观要素,但以此作为犯罪论体系,即客观要素和主观要素体系,客观要素中可能存在主观要素,反之亦然,本质是平面化的体系,无法明确区分违法、有责性,易致定罪整体思维,也否定构成要件行为类型化及限定功能,致定罪随意,有悖罪刑法定原则,易侵犯合法权益,不妥。我国“四构成要件说”本质是一种平面化犯罪论体系,并不是以违法与责任为支柱,也不是区分了违法与责任建立起来的。^④ 行为与行为人体系,行为体现客观要素、行为人体系主观要素,故该体系与犯罪的主观、客观要素体系本质相同,虽有学者在行为中论及构成要件符合性及违法性,在行为人中论述归责可能性及归责能力,看似区分违法与有责,但此处行为非单纯犯罪实行行为,而是一种体系范畴,完全可能包含主观要素,行为人所体现的要素不仅含有归责可能性,实质包含一定客观要素,易致定罪整体思维欠妥。其他行为人体系,虽坚持构成要件纯客观性,但将行为从构成要件分离出来,导致构成要件的形式化和无价值性^⑤,形同虚设,使犯罪成立与否的判断对象之一的行为变成判断标准,亦不妥。有的行为论者更是直接将构成要件消解于行为中^⑥,彻底否定构成要件作为犯罪行为类型化的标志,易致犯罪行为认定随意,进而致定罪随意,不应提倡。因此,坚持罪刑法定原则,保障合法权益,应倡导构成要件论体系,其本质是三阶层的犯罪论体系,核心在于明确区分违法与责任,阶层化犯罪论体系之精髓就在于区分违法与责任^⑦。构成要件作为违法(有责)行为类型,原则上具有违法推定机

①张明楷:《刑法格言的展开》,北京:北京大学出版社,2013年,第180页。

②参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),北京:清华大学出版社,2007年。

③[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,北京:法律出版社,2001年,第84页。

④张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京:北京大学出版社,2010年,第27页。

⑤参见刘艳红:《实质刑法观》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第151—152页。

⑥参见[日]野村稔:《刑法总论》,第88—89页。

⑦刘艳红:《主观要素在阶层犯罪论体系的位阶》,《法学》2014年第2期。

能,违法本质在于法益侵害或危险,以结果无价值论,行为造成法益侵害或危险的结果,原则为违法行为,当该法益侵害行为保护与其侵害利益相较而言更大利益时,违法性被阻却,即使该行为违法,但缺乏有责性,仍不构成犯罪,以逐层递进方式判断犯罪成立与否,有利于防止擅断,保护合法权益,故阶层化的构成要件论体系对于保护法益和保障人权至关重要。以构成身份而言,若采用第一种犯罪论体系,成为构成身份要素可能是客观要素或主观要素,无法区分构成身份之违法、责任身份,无法解释构成身份何以影响犯罪成立,不可取。若采用行为与行为人体系,由于构成身份天然依附于行为人,构成身份只属于行为人体系,属于可归责性范畴,亦即仅存构成的责任身份,欠妥。若采用行为论体系,行为从构成要件该当性中排除,使构成要件内容形式与客观化,构成身份虽客观存在,但行为人是主客观要素统一,造成身份内容不在构成要件范畴及身份无法连接行为与行为人,形式上只存在违法、责任(阻却)身份,未真正区分违法身份与责任身份,不合逻辑。采用构成要件论,能区分违法与有责,而构成身份影响犯罪成立,是因为构成身份的法益侵害性及可谴责性,即构成的违法身份、责任身份存在,构成要件论与构成身份成立理论基础相符。总之,构成要件论体系是构成的违法身份、责任身份存在理论根基。

(二) 构成要件机能:决定构成身份的法律属性

身份附属于行为主体,行为主体系构成要件要素,属于构成要件该当性内容范畴,在三阶层构成要件论体系中,即构成要件符合性、违法性、有责性,形式上身份可能位于三阶层任何一层,即存在构成要件身份、违法身份、有责身份,此违法身份指违法阻却身份,非表明行为违法性身份,有责身份则包含有责性及责任阻却身份,而构成要件身份属于违法身份还是责任身份,取决于构成要件机能及其与违法性、有责性关系。构成要件是刑法规定的,行为成立犯罪所必须符合的违法类型。^①违法类型说主张构成要件是违法行为类型;违法有责类型说主张构成要件是违法有责行为类型;也有主张构成要件与违法性、有责性没有关系的行为构成要件说,本文采用构成要件论体系,故对该说不赘述。首先,一般而言,符合构成要件的行为是违法行为,构成要件要素是违法性存在基础,作为违法性基础的主客观要素,包含在构成要件内,这是违法类型说观点。该说内部存在主观要素是否属于构成要件要素之争。承认主观构成要件要素,该主观要素系表明违法性要素,作为身份要素的主观要素系违法身份;全面否定主观构成要件要素,主张主观要素为责任要素,作为身份要素的主观要素原则系有责身份。其次,主张构成要件是违法有责行为类型,构成要件要素是违法、有责性存在基础,符合构成要件要素的身份要素则是违法有责身份,主观的身份要素系违法有责身份。笔者认为,违法有责行为类型将违法性与有责性均在构成要件内讨论,形式使构成要件论体系成为违法有责性、违法性、有责性体系,以致不能区分违法与有责,模糊构成要件论体系之阶层性,易致犯罪论体系的平面化,与构成要件论之法益保护特性不符,故该说欠妥。第三,笔者赞同违法类型说。该说使构成要件论体系层次分明,维护了体系完整、层级性,有利于区分违法与有责,与司法实务中犯罪认定方法相符,即由犯罪行为是否符合法定构成要件,若符合原则为违法行为,以此为基础实质判断是否存在违法阻却事由,行为不违法无需有责性判断,行为违法则需有责性判断,有责性成立则构成犯罪,反之不构成罪。这种按照由客观到主观、由事实到评价、由形式到实质的判断顺序,就赋予了原本困难的犯罪成立与否的判断以安定性,^②如此既维护了罪刑法定原则和人权保障机能,也利于法律正确实施。总之,符合构成要件的身份要素原则上违法身份,违法身份实质是违法阻却身份非真正违法身份,故构成身份是由构成的违法身份、责任身份构成。

^①张明楷:《刑法学》(第四版),第117页。

^②[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第25页。

四、作为违法性有无判断要素的违法身份

(一) 违法身份本质属性:法益侵害危险,非规范义务违反

违法的本质是法益侵害及危险,故违法身份本质在于身份与法益侵害及危险的关联(身份具有的法益侵害危险),不在于身份的规范违反性,那是行为无价值论观点,它主张违法本质是社会(伦理)秩序或者法规范违反,即使是行为无价值二元论,虽认为侵害、威胁法益系犯罪本质之一,但更强调使用刑罚保护法益的目的在于维护社会秩序^①,行为虽客观造成法益侵害的结果且符合社会相当性,该行为不违法,其本质仍是行为无价值论。行为无价值论虽主张行为违法在于行为自身违法性,但其判断根据最终由社会的一般人判断是否符合社会伦理规范或社会相当性,易致判断随意,不利于保护法益;尤其是行为致法益侵害有惩罚必要,却以符合社会伦理规范或社会相当性否定行为违法及成立犯罪;或行为致法益侵害无惩罚必要或未造成法益侵害后果却以不符合社会伦理规范或社会相当性而认定行为违法进而成立犯罪,这是行为无价值论根本缺陷之所在。犯罪是侵害或威胁法益行为,刑法目的是保护法益,结果无价值论是合理的。故应从身份与法益侵害或危险的关联说明违法身份存在根据,即身份具有的法益侵害的危险系违法身份本质,如受贿罪主体身份是国家工作人员,由于该罪侵害法益是公务的不可收买性,国家工作人员身份具有的侵害公务不可收买性的危险是该身份成立违法身份基础,即具有该身份的行为人才可能侵害公务不可收买性法益。

身份犯的身份,这一要素明显属于客观不法要素,但难以划入结果无价值论的讨论套要素。^② 每一个身份对应一项义务,违反义务的行为会对法益造成直接损害;义务具有一身专属性,在义务犯原理下,义务违反是唯一的违法要素。行为主体因违反其身份产生的特定义务而具有违法性,这种将违法身份与义务违反联系起来,意图以义务来说明身份违法性存在基础的观点欠妥,其本质是行为无价值一元论。首先,该主张未以身份本身属性为基础阐述身份违法性来源,而以身份具有的义务进行说明,理论基础不实。身份是行为人具有一定的社会地位、资格、状态等,而义务则是要求行为人需要一定行为(作为与不作为),虽具有一定地位或资格的主体一般具有一定义务,但两者不可等同。即使认可身份与义务等同,但是由于义务内容及来源需通解释才可确定,义务的不确定导致身份认定随意性,有悖罪刑法定主义。其次,以义务内容表示身份内容,以身份界定义务,存疑。义务内容不确定致身份内容不确定进而导致身份认定的混乱,且义务内容不能很好说明构成身份要素,尤其主观身份要素。同时,在未对身份作实质界定前提下,企图以身份为标准认定、限定义务,亦不足,易致义务犯认定混乱。故在二者认定都不确定前提下,以义务确定身份或以身份界定义务不合理。第三,主张义务违反是违法的唯一要素,是行为无价值一元论,欠妥。违反义务意味着不履行某身份对应的义务,具体表现为义务犯的实行行为,包括作为与不作为,亦即行为无价值,换言之,行为无价值是唯一违法要素,不妥。即使认为义务违反是违法要素,但身份犯通常是实害犯,不以结果为违法判断要素,存在根本不足。最后,以结果无价值为核心同时考虑义务违反的行为无价值,能更好阐明身份违法性来源。特定身份主体具有侵害某法益的危险,源于该主体应附有防止危险发生义务,违反该义务并造成侵害法益的结果,身份违法性较为全面体现,但该义务本质来源于身份具有的法益侵害危险,结果无价值为其核心。就违法身份而言,身份的意义不在说明行为的规范违反性,更不在于说明行为的反伦理性 and 缺乏社会相当性,而在说明法益

^①参见[日]大谷实:《刑法总论》(第2版),黎宏译,北京:中国人民大学出版社,2008年,第83—84页。

^②周光权:《行为无价值论的法益观》,《中外法学》2011年第5期。

侵害。^① 从有身份的人更容易接近法益的角度来看,仅将有身份的人的侵害法益行为规定为犯罪,以利于更好地保护法益,这也是完全可能的。^②

(二) 主观违法身份要素:部分目的犯的目的为违法身份要素

主观要素能否成为违法身份要素,首先取决于主观要素能否为违法要素,即是否认可主观违法要素,学界存在较大争议。“是否认可主观的违法要素,应当在什么范围内加以认可”^③,直接关系到是否认可主观的违法身份要素及在多大范围内承认。在是否承认主观要素违法要素的问题上,有三种不同的立场,即全面肯定说,全面否定说和部分肯定说。^④ 这实质涉及行为无价值论与结果无价值论及结果无价值内部的争论。三阶层构成要件论体系中,行为无价值论均认可主观要素作为主观的违法要素,即主观要素既是违法要素,也是责任要素,这是全面肯定说主张;彻底的结果无价值论认为所有主观要素均为责任要素,视主观要素为违法要素的观点混淆了违法与有责区别,应予反对,这是全面否定说主张;结果无价值二元论通常将主观要素视为责任要素,但也例外承认目的犯中的目的,未遂犯中的既遂故意是主观的违法要素^⑤,还可能包括倾向犯中的意图、表现犯中的内心状态,这是部分肯定说观点。笔者认为,为坚持罪刑法定原则,维护和保障犯罪人和国民合法权益,维持构成要件犯罪论体系的违法与有责的正确区分,基本维持违法是客观、责任是主观的这一古典纲领^⑥,首先应肯定主观要素一般是责任要素,但当行为人欲进行法益侵害的行为意志,在增加法益侵害的危险性的意义上,应该成为影响违法性的因素,^⑦即部分认可主观违法要素。只有在侵害或者危险法益的后果没有显示的情况下,根据结果难以断定行为是否违法时,必须要借助行为人的主观要素评判其行为客观上是否具有违法性时,才能承认主观违法要素的存在。^⑧那么,目的犯中的目的、倾向犯的意图,表现犯中的内心状态等哪些主观要素能成为违法要素,进而成为违法身份要素?违法本质是法益侵害及危险,主观要素能够成为违法要素,须从主观要素具有的法益侵害危险来确定,即主观要素对行为法益侵害性存在直接影响的,是主观违法要素。就目的犯而言,目的犯的目的中,由于为法益侵害的危险奠定基础而能够理解违法要素的^⑨,学者经常以伪造货币罪“行使目的”作说明,该罪法益是货币的公共信用,若单纯伪造货币不使用,而是为了赏玩或存储而伪造则不具侵害该法益的危险,以行使目的伪造货币影响此法益,本质增加行为法益侵害的危险,故该目的是主观违法要素。我国刑法第152条走私淫秽物品罪的牟利或者传播的目的,该罪法益是国民经济秩序和社会管理秩序,行为人为了自己收藏走私淫秽物品不会对相关法益产生影响,而以牟利或者传播的目的走私淫秽物品则为行为法益侵害之危险奠定基础。我国刑法第175条高利转贷罪的转贷牟利目的,该罪法益是正常金融秩序,而此罪套取金融机构信贷资金高利转贷给他人的实行行为本身包含上述目的,该实行行为具有侵害正常金融秩序的危险,目的本身不具有增加行为法益侵害的危险,故该目的不是违法要素。倾向犯的意图,如强制猥亵罪的“为了刺激、兴奋或者满足犯人的性欲之意图”,与表现犯的内心状态,如伪证罪中行为人违反其记忆的心里过程进行虚伪陈述;作为强制猥亵罪之保护法益的性的自由所受到的侵害与行为人的“性的意图”没有关系^⑩,表现犯的内心也不影响该罪(伪证罪)的认定,不应承认其为主观违法要素。^⑪伪证罪的行为人心理表现不影响伪证行为的违法性,换言之,当行为人自认为虚假陈述但实际该陈述内容与客观事实一致时,不成立犯罪。故表现犯的

①⑤张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京:北京大学出版社,2012年,第69、141页。

②黎宏:《日本刑法精义》(第二版),北京:法律出版社,2008年,第100—101页。

③[日]大谷实:《刑法总论》(第2版),第217页。

④⑥⑧⑪刘艳红:《主观要素在阶层犯罪论体系的位阶》,《法学》2014年第2期。

⑦[日]山口厚:《日本刑法中的行为无价值论与结果无价值论》,《中外法学》2008年第4期。

⑨⑩[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),第95、98页。

内心状态与倾向犯的意图与行为法益侵害的危险无直接关系,不是主观违法要素;目的犯中具有奠定行为法益侵害的危险的目的才是违法要素。由于目的犯中目的,客观表现为行为人行为时状态,符合身份本身含义,属于身份要素是可能的,那么,影响行为法益侵害的危险之目的可成为违法身份,反之不能成为违法身份要素。总之,认可部分目的犯的目的为违法身份要素是合理的。

(三) 构成的责任身份:身份的非难可能性为其理论之本质,但实质不存在

由于犯罪的实体是违法与有责,所以,身份要么是违法身份,要么是责任身份。^①因此,理论上构成的责任身份是存在的。责任意味着非难可能性,责任身份以身份的非难可能性为本质,但是否真正存在构成的责任身份?笔者认为,构成的责任身份实质不成立。第一,责任身份不能以身份的非难可能性为本质。责任的本质存在道义责任论、社会责任论与法的责任论的对立。^②道义责任论、法的责任论,站在非决定论的立场,具有相对自由的行为人实施造成法益及危险的行为,对之进行非难,前者是道义的非难,后者是法的非难。此责任是影响犯罪成立的因素,非刑罚责任,在判断犯罪成立与否阶段认为有责性是法对行为人的非难,过早给以行为人不合理负担,有悖于犯罪成立是承担刑罚责任前提原则,至多可认为是法的确证,而非法的非难,故法的责任论是欠妥的。社会责任论是以决定论为基础,不承认行为人具有自由,对于所有的行为都看作为素质和环境的必然产物^③,对社会具有危险的行为人,处于应当接受社会防卫手段刑罚地位;以行为人危险性作为责任存在基础,易造成司法随意性,侵犯法益,该说欠妥。以身份的非难可能性为本质的责任身份实质是以行为人的危险性作为责任本质,而责任身份本质在于身份犯存在他行为可能性前提下实施法益侵害行为;换言之,身份非难不是身份的非难可能性,而在于身份犯(他行为可能下实施法益侵害行为)的非难可能性,故责任身份不存在。第二,责任非难的对象不应是行为人的身份,而是犯罪行为。责任非难对象存在行为责任论、性格责任论与人格责任论之争。以行为人性格或人格作为责任非难对象,是社会责任论的逻辑结果,性格或人格主要表现为主观方面内容,易致主观归责,是主观主义刑法体现,不应提倡。行为责任论以指向各个犯罪行为的行为人意思为责任基础,是道义责任论的逻辑归结,合理。行为人的身份通常不能体现行为人的性格或人格,即使承认部分目的犯的目的为身份要素,以此为非难对象实质是性格责任论,欠妥。以行为人身分为责任非难对象,也只能以身份具有的法益侵害危险为非难对象,但这是不成立的,因为身份的法益侵害性是违法身份本质,故责任身份不存在。第三,责任要素一般不能作为身份要素。三阶层构成要件论体系,责任要素通常由责任能力、故意、过失、违法性认识(可能性)和期待可能性等组成,这些要素一般是不能成为身份要素。存疑的是体现责任能力的要素,如年龄、是否具有精神病等,能否成为身份要素?笔者认为,一是责任本质在于对实施犯罪行为的行为人意思非难,而这通常要求行为人对自己欲实施行为的社会意义具有认识,即只有对欲实行行为意义具有认识的行为人在他行为可能性仍实施犯罪行为进行责任非难,而责任能力是这种认识前提,以此论责任能力是责任非难的前提,非责任要素。二是体现责任能力的要素,形式属于身份要素,但实质是责任阻却要素,不直接体现责任非难,具有该要素的行为人不具有责任身份。责任能力亦是行为人自然属性的体现,非主体专属属性,通常规定在刑法总则部分,原则上适用所有罪名,属于一般主体,非特殊主体,不符合刑法身份本质内涵。另外,责任要素中的故意、过失等要素能否成为身份要素?若予以肯定,则刑法身份充斥着整个刑法,刑法身份存在合理性将受到巨大质疑,也无存在必要,所以故意、过失不能成为身份要素。总之,构成的责任身份实质不存在,也无存在必要。

^①张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,第69页。

^②张明楷:《刑法原理》,北京:商务印书馆,2011年,第219页。

^③[日]大谷实:《刑法总论》(第2版),第283页。

综上,以结果无价值论,违法身份本质在于身份具有的法益侵害的危险;案例1中的A作为国家机关工作人员,影响叛逃罪的成立,属于违法身份,该身份具有侵害国家安全法益的危险是刑罚规制的根源。理论上责任身份可能存在,是对身份的非难可能,但责任本质在于对具有他行为可能前提下实施犯罪行为非难,故责任身份实质不成立,构成身份系违法身份。

五、决定刑罚轻重的有责性的责任身份

责任身份只影响刑罚轻重,即刑罚论的责任身份。责任身份是一种责任要素,其并不决定行为的违法性而是加重或减轻处罚具有意义。^①此责任要素不同于体现行为有责性的责任要素,后者影响犯罪成立,前者属于“量刑情节”。如我国刑法243条规定的诬告陷害罪,第一款是基本犯规定,主体为一般主体,对此罪构成身份无限制;第二款规定:“国家机关工作人员犯前款罪的,从重处罚”,该身份不影响诬告陷害罪成立,但该身份主体刑罚重于一般主体,身份是影响刑罚从重因素,系责任身份。那么,责任身份本质是什么,与构成的责任身份区别,为何能作用于刑罚变化?首先,以结果无价值论,从行为法益侵害性看,具有责任身份主体与一般主体行为之法益侵害的危险无本质区别。如诬告陷害罪,其法益是公民的人身自由,一般主体捏造事实诬告陷害他人与国家机关工作人员诬告陷害他人对公民人身与自由的法益侵害性无差异,不因主体不同导致行为法益侵害性具有差别。再如非法侵入住宅罪,法益是他人住宅的安宁权,一般主体与司法工作人员滥用职权非法侵入他人住宅行为对他人住宅安宁的法益侵害性无本质差别。所以,责任身份不影响行为客观违法性及犯罪成立与否。其次,责任身份与构成的责任身份具有本质区别。理论上,构成的责任身份是影响行为有责性,即影响行为的非难可能性,是犯罪成立要素之一,在刑罚规范为行为规范时发挥作用,属于定罪时考虑的问题。责任身份是影响刑罚轻重因素,在刑罚规范为裁判规范时发挥实质作用,属于定罪后量刑时考虑情节。最后,刑罚目的是责任身份成立前提。责任身份不为行为的违法、有责性提供依据,是影响刑罚轻重要素,应以刑罚本质或目的考察责任身份本质。关于刑罚的目的,存在绝对主义、相对主义、并合主义和分配主义的对立,^②并合主义是大陆法系刑法理论的通说,以相对的报应刑为内容^③。相对报应刑论认为,刑罚的正当化根据一方面是为了满足正义的要求,同时也必须是防止犯罪而必要而且有效的,应当在报应刑的范围内实现一般预防和特殊预防。^④特殊预防是预防犯罪人重新犯罪,一般预防是防止尚未犯罪的人实施犯罪。因此,具有责任身份的行为人,刑法预先规定从重处罚,是预防具有该身份的潜在主体不要犯罪,告知其犯此罪刑罚重于一般主体,即一般预防性高于普通人。当刑法规范为裁判规范,裁判官据此加重责任身份主体刑罚,首先是以刑罚宣告执行预防犯罪人再犯罪,也告知其他尚未犯罪的潜在责任身份主体勿犯罪,即具有责任身份的行为人之特殊预防性和一般预防性要高于一般主体。反之,若行为人因具有责任身份刑罚从轻或减轻,则其一般预防性和特殊预防性小。另外,构成违法身份与责任身份竞合情形,如案例1涉及的叛逃罪,根据法律规定,第一款是国家机关工作人员实施叛逃行为的规定,第二款规定:“掌握国家秘密的国家工作人员叛逃境外或者在境外叛逃的,依照前款的规定从重处罚”,掌握国家秘密的国家工作人员既是违法身份也是责任身份。由于叛逃罪构罪主体是国家机关工作人员,掌握国家秘密的国家工作人员通常是其中一部分,刑罚对之从重处罚,亦是该主体比一般国家机关工作人员的特殊预防性和一般预防性强。总之,刑罚论的责任身份是影响刑罚轻重的量刑情节,理论上与构成的责任身份

^①陈兴良:《身份犯之共犯:以比较法为视角的考察》,《法律科学》2013年第4期。

^②[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第503页。

^{③④}张明楷:《刑法格言的展开》,第461、461页。

具有本质区别,刑罚之所以加、从重或减、从轻处罚,是该责任身份主体特殊预防性及一般预防性高于(轻于)一般主体。案例2中警察丙丁的一般或特殊预防性高于甲乙。

六、结语

对刑法身份的把握,一般从身份客观属性把握其内涵,部分认可目的犯之目为身份要素,以刑罚必要性之实质角度界定刑法身份。刑法身份由影响犯罪成立的构成身份与刑罚轻重的责任身份组成。犯罪论体系的不同,导致构成身份法律属性不同,为区分违法与有责,维护罪刑法定原则,保护法益,应提倡三阶层构成要件犯罪体系。身份通常依附于行为主体,行为主体通常属于构成要件要素,构成要件功能决定着构成身份的刑法属性,构成要件是违法行为类型,符合构成要件的行为原则是违法行为,而违法性是说明违法阻却事由,故构成身份是由构成的违法身份、责任身份构成。违法身份是以身份具有的法益侵害的危险为其本质,这是结果无价值论,理论上构成的责任身份是以身份的非难可能性为本质,但有责性本质在于对具有他行为可能前提下行为人实施犯罪行为的非难,身份不能成为非难对象,故构成的责任身份实质不成立,即构成身份系违法身份。刑罚论的责任身份影响刑罚轻重,系量刑情节,与行为的法益侵害性无关,刑罚的一般、特殊预防目的是责任身份存在根据。故刑法身份实质由犯罪论的违法身份与刑罚论的责任身份构成。

无论是影响犯罪成立的违法身份还是作用刑罚变化的责任身份,身份作为身份犯的标志,属于刑法的特定要素,全面准确认识刑法身份,无疑是正确理解和适用有关身份犯法律规定前提,更是解决有关身份犯问题关键,尤其是身份犯共犯问题。

(责任编辑:蔡道通)

Substantive Objectivist Theory of Identity in Criminal Law

DU Xuan

Abstract: Objectivity is the essential connotation of identity in criminal law, which partly recognizes the element of subjective identity according to the necessity of penalty. Identity in criminal law consists of constitutive identity and accountability identity. The system of criminal theory is related to the nature of identity, and the three-tier system of Tatbestand serves as the theoretical basis of constitutive identity. Identity is possessed by the actor, who is also a constitutive element of crime. The constitutive elements of crime define the illegality of a crime, and thus the element of the actor's identity should include two aspects: illegal action and capacity of accountability. The nature of the constitutive element of identity lies in its danger of infringing others' legal interests. Although the identity cannot be the object of accountability because of its contradiction to the essence of accountability, theoretically accountability identity is a false concept. So identity as a constitutive element can be nothing but a cause for unlawfulness. Accountability identity, however, plays an important role in determining penalty. It belongs to circumstances for sentencing, and the aim of penalty accounts for its existence. Thus, identity in criminal law is composed of illegality identity (i. e. identity leading to illegality) and accountability identity.

Key words: illegality identity; (constitutive) accountability identity; system of criminal theory; theory of substantive objectivity