使用虚假身份证件、盗用身份证件罪法教义学解构

魏昌东 张 涛

摘 要: 使用虚假身份证件、盗用身份证件罪属于侵犯“超个人法益”的犯罪。刑法设定该罪的目的在于保护国家身份证件的公共信用,尽管身份证件及其信息涉及公民自然信息与社会信息的内容,且为特定公民专属享有,但刑法在对该罪的法益保护性质定位上却并非个人法益,从而即使是身份证件的合法持有者亦不享有放弃法益保护的权利。本罪作为刑法中的“微罪”,由法益定位与内容设定所决定,对本罪构成要件要素的解释宜坚守实质主义的立场,包括:对“依照国家规定”采限缩解释的方法;对“使用”做“提交或接受查验”、对“盗用”做“将他人身份证件做本人证件使用”的判定,同时对行为对象在满足身份信息条件的基础上,就颁发机关、适用范围做实质解释。

关键词: 使用虚假身份证件;盗用身份证件罪;信用;客观要件
中图分类号:D922.14 **文献标识码:**A **文章编号:**1004-9142(2018)06-0056-10

作为《中华人民共和国刑法修正案(九)》(本文以下简称“《刑修(九)》”)的新设罪名,使用虚假身份证件、盗用身份证件罪,是指在依照国家规定应当提供身份证明的活动中,使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件,情节严重的行为。作为典型的行政犯与微罪类型,该罪的设定产生于中国加快创建信用社会、更新社会管理模式进程中对信用秩序构建与维护的迫切需要,具有鲜明的时代特征。然而,立法者对社会现实的审慎预期,却并未能在现实中转化为积极的司法适用结果,根据中国裁判文书网的统计,该案目前的司法适用数量相当有限。这一现实,显然与使用虚假身份证件、盗用身份证件在中国已经成为极其普遍的社会现实难相适应。刑法就本罪适用的严重不足,根源是多方面的,但是,对罪刑规范法教义学研究的缺乏,则是该罪有可能沦为“象征性立法”的根源所在。[①]立基于法教义学解构的定位,审慎选择构成要件解释的立场,以对该罪的法益属性、客观构成要件之前提及基本内容加以研析,当为学理界之迫切使命。

收稿日期:2018-05-26
作者简介:魏昌东,男,山东菏泽人,上海社会科学院法学研究所教授,博士生导师,法学博士;
张涛,男,安徽阜阳人,上海社会科学院法学研究所研究生。(上海 2000020)
基金项目:本文受上海社会科学院人才引进项目和上海社会科学院创新工程“刑事法创新学科”项目资助。

① 魏昌东:《新刑法工具主义批判与矫正》,《法学》2016 年第 2 期。

一、使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的性质判定

“刑法以保护法益为主要任务”,法益是“刑法建立刑罚正当性的前提与特定行为入罪化的实质标准”,[①]特定犯罪的基本性质,由立法者通过法益设定方式加以确定。正如台湾地区学者林山田教授所言:“一切犯罪之构成要件系针对一个或数个法益构架而成。因此,在所有之构成要件中,总可找出其与某种法益的关系。换言之,即刑法分则所规定之条款,均有特定法益为其保护客体。因之,法益可谓所有客观构成要件要素与主观之构成要件要素所描述之中心概念。据此,法益也就成为刑法解释之重要工具。”[②]法益具有“间接规范性”,其原因在于刑法通常并不在罪刑规范中将个罪保护法益明示。[③]故而,法益作为合理解释犯罪构成要件、建构合理的罪刑评价体系的核心,其内涵揭示遂成为刑法研究之使命。使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的基本性质须依对法益的揭示加以明确。概言之,对构成要件的解释与适用,必须以法益为指导;对保护法益的理解不同,对构成要件的解释就会不同。[④]

(一)本罪保护法益的特殊性:超个人法益

如果说从古代社会向前现代社会的演进,是一场由身份到契约的运动,[⑤]那么,由现代社会向后现代社会的发展,则无疑是一场以身份为中心的社会信用建构运动。社会的发展使个人身份信息的法律意义获得了前所未有的价值,乃至成为社会主体参与一切社会重要活动、维系基本生活的前提与条件,进而成为法律保护的重要客体。创建信用社会,是中国现代发展的重要目标之一,由此促使个人信息及作为其载体的身份证件实现了由纯粹的个人专属权益向兼具个人专属与社会公共法益的历史嬗变。

个人身份信息由与社会个体相关的自然信息与社会信息构成,信息来源的个人专属性决定了身份信息的私人专属权益属性。然而,身份信息更重要的价值却在于基于信息使用的公共场域以及因其使用与管理而创设的重要社会价值,由此使得身份信息的采集、制作、使用与管理具有了社会公共属性。一方面,个人身份信息的采集是实现国家管理、社会管理的基础。身份信息的采集与管理,本身就是国家管理的重要方面,作为社会经济安全基础的信息安全,就包括了个人身份信息的内容。另一方面,个人身份信息只有为法定身份证件所记载,并以法定方式提供时,社会个体才能获得从事社会基本政治、经济活动所需条件。身份证件的使用,是国家行使社会管理职能的重要方面,国家不仅明确规定身份信息采集的内容、使用领域,还明确规定身份信息与证件使用的规则,且已成为社会主体从事经济活动乃至日常活动的基本要求。正是由于中国信用社会构建中公民信息法律意义与社会价值重要程度的提升,提高了其在社会法律体系中的地位,个人身份信息受到“后盾法”刑法的关注。立基于此,《刑法修正案(七)》增设“出售、非法提供公民个人信息罪”和“非法获取公民个人信息罪”,实现了对个人法益保护范围的扩张。不仅如此,对于作为公民信息载体的身份证件,也随着信用社会的建构与社会管理模式更新及程度的提高,而现实产生了刑法保护的必要性,《刑修(九)》第 23 条将其纳入刑法保护之中。

问题是,刑法在对“公民个人信息”与“作为个人信息载体的身份证件”同时保护时,在法益定位与类型设定上是否应做出不同安排。对此问题的回答将直接影响对罪刑规范适用范围的理解。若将二者

---

① 舒洪水、张晶:《近现代法益理论的发展及其功能化解读》,《中国刑事法杂志》2010 年第 9 期。

② 林山田:《刑法特论》(上册),台北三民书局 1978 年版,第 6 页。

③ “与行为客体不同,刑法条文大多没有明示保护客体,而需要通过解释推导出保护客体。对保护客体的解释不同,便影响对条文的解释。……于是,论定刑法的各条文将什么作为保护法益,是刑法各论的构成要件解释中的重要部分。”参见:[日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会 1977 年版,第 40 页。

④ 张明楷:《绑架罪的基本问题》,《法学》2016 年第 4 期。

⑤ 在英国著名历史法学家亨利·梅因(1822－1888)享誉后世的法学经典著作《古代法》第五章的结尾,“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动”成为流传后世、脍炙人口、广为传诵的名句。“从身份到契约”通常被认为是对前现代社会向现代社会转变的一个最为精练、准确而又深刻的概括。参见:[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1964 年版,第 117 页。

均设定为个人法益,将会产生限缩刑法保护范围的结果,以使用虚假身份证件罪为例,若取个人法益定位,“虚假身份证件”的判断,当以存在实际的被虚构者为必须,从而对以虚构之人的身份信息为基础而制作的身份证件,不能做出犯罪评价。基于身份信息与身份证件社会与法律意义的差异,刑法采取了区别化的法益定位策略,前者被纳入个人法益,后者则因其具有更多的社会属性,而被纳入分则第六章之中。尽管此章也不乏保护个人法益的罪名,但在总体上,该章主要系侵害“超个人法益”的犯罪。

身份证件犯罪保护法益的“超个人法益”属性,对于准确认识该罪的构成要件意义重大,中国刑法个罪保护法益理论研究的实质化倾向,不断强化了法益对构成要件的揭示与界分功能,通过法益界定以推导构成要件的适用条件与范围,有利于构成要件的明晰与内容确定。“超个人法益”的定位决定了:(1)使用虚假身份证件罪不以真实存在被虚构的身份主体为必要,使用完全不存在的虚拟个体或者已经自然死亡的自然人的身份信息,均应成立犯罪。(2)使用虚假身份证件罪中的“虚假身份证件”,同时包括了形式虚假与实质虚假的身份证件。① 如,行为人冒用他人的真实身份信息至法定的身份证办理机关,骗取办证人员的信任,获取合法有效的身份证件后加以使用;或者行为人将非法获取的他人真实身份信息提供给虚假证件的办理人,在获取虚假的身份证件后加以使用;或者行为人将自己的真实身份信息提供给虚假证件的办理人,在获取虚假身份证件后加以使用。② (3)盗用他人身份证件罪不以被盗用人的知悉与否而阻却行为的违法性,即使征得他人许可而向查验机关使用其身份证件的,亦不影响犯罪的成立。(4)身份信息的持有者、身份证件的合法持有者均不存在对法益放弃保护的权利。

(二)本罪保护法益的内容:“国家身份证件的公共信用”

中国刑法学理与实务界对本罪所保护法益的内容尚缺乏深入研究。③ 当下,主要有两种代表性观点:一种观点认为,该罪侵犯的客体是社会公共秩序,其社会危害性主要体现在对公共管理秩序的破坏;④另一种观点认为,本罪的设立是为了保护身份证件的公共信用,而不只是为了保护身份证件持有人的利益。⑤ 前者是中国传统刑法学原理在界定妨害社会管理秩序犯罪中普遍使用的方法。国家为实现社会管理的需要,规定了法定身份证件的类型、使用场合与一般规则,以此建立起相对完善的身份证件管理制度,使用虚假身份证件、盗用身份证件的行为是对这种管理制度的违反,因而,刑法应当将身份证件的管理制度作为保护法益。然而,这种界定方式难以避免地存在界定泛化问题。一方面,“秩序不能仅仅包括公共秩序,还要包括生产、经营、生活等秩序”,⑥社会公共秩序作为社会秩序之一种,是人们

---

① 在伪造文书类犯罪的理论界定中,存在形式主义与实质主义的界分标准,其中,“形式主义以有害于文书的形式之真实性为伪造行为的本质,认为伪造文书罪的设置在于保护文书形式的真实性”。“而实质主义则把文书的真正的事实内容及真实性的公共信用解释为伪造文书罪的保护法益,认为文书的真实性在于其内容的真实性,如果文书内容虚伪不实,其制作人有无作成权限以及以何种名义作成,均不影响伪造的性质。因此,无作成权限人冒用他人名义而作成文书的,如其内容与真实相符,因没有发生损害的危害,而不构成伪造文书罪。”参见:黄明儒:《论刑法中的伪造》,《法商研究》2002 年第 3 期。

② 值得关注的是上海市静安区人民检察院诉张美华伪造居民身份证案。案件基本事实为:被告人张美华不慎遗失居民身份证,因其户口未落实,无法向公安机关申请补办居民身份证,遂于 2002 年 5 月底,以其本人照片和真实的姓名、身份证号码和暂住地地址,出资让他人伪造了居民身份证一张。2004 年 3 月 18 日,被告人在中国银行上海市普陀支行使用上述伪造的居民身份证办理正常的银行卡取款业务时,被银行工作人员发现而案发。上海市静安区人民检察院以被告人涉嫌伪造居民身份证罪将之起诉至法院。法院经审理认为,被告人伪造并使用伪造的居民身份证,但其“目的是为了解决身份证遗失后无法补办,日常生活中需要不断证明自己身份的不便。张美华伪造居民身份证虽然违法,但未对社会造成严重危害,属于情节显著轻微危害不大。”据此,一、二审法院判决其行为无罪。参见:“上海市静安区人民检察院诉张美华伪造居民身份证案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2004 年第 12 期。该案发生于《刑修(九)》颁布前,自然不能成立使用虚假身份证件罪,然而,若行为人的行为发生于《刑修(九)》之后,自然可以成立该罪。

③ 黎宏:《刑法各论》,法律出版社 2016 年版,第 357 - 358 页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 344 页。

④ 肖友广、金华捷:《使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的司法认定》,《犯罪研究》2017 年第 2 期。

⑤ 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社 2016 年版,第 1043 页。

⑥ 张明楷教授认为,在某种意义上说,社会管理秩序与社会秩序是同义语。参见:张明楷:《刑法学》(下),法律出版社 2016 年版,第 1030 页。

生活中必须具备的一种共同、良好的生活状态。公共秩序具有维护社会秩序之发展、保护与限制自由、维持个人利益与社会利益平衡等诸多功能,[①]国家在行使其管理职能的过程中,会建构相应的制度体系,然而,制度体系是为实现特定的秩序建构目标服务的,将管理制度定义为秩序类犯罪的法益,难以满足精确化要求。另一方面,刑法评价能力的提高以法益定位的精确性为前提。社会管理秩序的现代化,要求构建更具细密化的基础制度系统,社会信用体系是社会管理制度细密化的结果。中国社会信用体系建设起步较晚,《刑修(九)》之前,刑法仅规制"伪造、变造、买卖"身份证件的行为,而后,立法机关在《刑修(九)(草案)》说明的报告中指出:"针对当前社会诚信缺失,欺诈等背信行为多发,社会危害严重的实际情况,为发挥刑法对公民行为价值取向的引领作用,拟对刑法作出如下补充:一是……;同时将买卖居民身份证、护照等证件的行为以及使用伪造、变造的居民身份证、护照等证件的行为规定为犯罪。"显然,国家建构身份证件制度的目的在于,基于社会公共管理秩序的建构需要,对具有普遍社会意义与价值功能的身份证件实施法律保护,由此决定了本罪的设立目的在于:为构建作为公共秩序基础的社会信用体系提供刑法保证。鉴此,第二种观点在法益的定位上,亦存在可完善之处,因为并无对所有身份信用提供刑法保护的必要,因而,应将本罪所保护的法益确定为"国家身份证件的公共信用"。

二、使用虚假身份证件、盗用身份证件罪客观构成要件之前提要件

现代社会的管理是一种规范的管理,规范体系建设是国家建设的根本。《刑修(九)》将本罪成立的前提设定为"在依照国家规定应当提供身份证件的活动中",行为前提的符合性判断成为刑法适用的首要步骤。"依照国家规定"的设定,意味着需要以"国家规定"作为本罪认定的第一个法依据。

(一)"依照国家规定"的基本问题

《刑法》第96条对"违反国家规定"做出界定,然而,在刑法分则中,其用语较为繁复,除"违反国家规定"外,还有"违反国家有关规定"(如第253条之一"侵犯公民个人信息罪")、"违反法律规定"(如刑法第297条"非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪")等表述,其中,"依照国家规定"的表述共3处。[②] "依照国家规定"与"违反国家规定"有何关系?应否对二者做相同理解,决定本罪适用前提的确定。从文义上看,"依照"是指以某事物为根据照着进行,与按照同义;"违反"是指不遵守、不符合,具有不按照之义。[③] 从逻辑上看,刑法中的"违反"多是指对行政管理规范的违反,因为犯罪必须是符合刑法所规定的构成要件的行为。[④] 通过对第280条之一、第394条、第395条"依照国家规定"的分析,可以发现三者的同质性在于"应当为而不为"和"应当这样为而那样为",核心在于"违反"。因此,尽管在规范属性上"违反国家规定"属禁止性规范,而"依照国家规定"属义务性规范,但在作为犯罪成立条件时,其刑法适用功能具有同一性,"依照国家规定"与"违反国家规定"属一体两面,应做相同理解。

刑法的适用就是解释的过程。对"依照国家规定"的外延划定及内涵澄清应采取何种解释原则?是将"依照国家规定"一概理解为法律的"明文规定",还是可做泛化解释?是直接触及刑法适用的基本问题。对此,本文主张实质解释原则。实质刑法观(实质解释论)与形式刑法观(形式解释论)的分歧是中国刑法理论界就刑法解释的代表性观点差异。前者认为,解释一个犯罪的构成要件,首先必须明确该犯罪的保护法益,然后在法条用语可能具有的含义之内进行相应的解释。[⑤] 后者则强调中国目前尚处

① 许中缘:《论法国公共秩序理论的新发展——兼论我国民事立法与司法的启示》,《当代法学》2008年第2期。

② 分别是《刑法》第280条之一(使用虚假身份证件、盗用身份证件罪)、第394条(贪污罪)、第395条第二款(隐瞒境外存款罪)。

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第1482页。

④ "法"与"法规范"应当与"实体刑法"有所区别,如"违法"时的"法"是Recht,而不是Gesetz。现实的犯罪行为不是违反Gesetz,而是符合它。参见:[日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2004年版,第32页。

⑤ 张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

于形式法治的建构时期,对法律条文进行实质化的理解虽适用于出罪,但并不适用于入罪,其对实质上值得科处刑罚但又明显缺乏形式规定之行为的入罪持否定态度。① 中国公民信用法律体系建设起步较晚,符合一定层次高度的法规范尚较匮乏,在此社会背景下,一方面要加大制定相应前置性规范的力度,另一方面,在刑法适用上就应采取相对实质的解释原则。

(二)"依照国家规定"的外延划定

《刑法》第96条实则对"国家规定"的颁行主体、规范形式及基本类型做出了明确规定,然而,却在实践中屡遭扩张与无限泛化之威胁,最为突出的是实践中就非法经营罪前置规范的泛化。针对实践中泛化"违反国家规定"而可能导致的罪刑法定原则危机,最高人民法院2011年发布了《关于准确理解和适用刑法中"国家规定"的有关问题的通知》(下称《国家规定通知》),其第1条规定,刑法中的"违反国家规定",是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。其中,"国务院规定的行政措施"应当由国务院决定,通常以行政法规或者国务院制发文件的形式加以规定。以国务院办公厅名义制发的文件,符合特定条件的,应视为刑法中的"国家规定"。上述解释补正了行政措施制定中的不规范问题,弥补了"国家规定"边界不清的不足,对于准确把握"国家规定"的适用标准具有重要意义,应作为本罪"依照国家规定"的认定依据。

面对财产虚拟化、资源网络化时代的到来,中国正加快推进信用社会建设的步伐。作为信用社会构建基础的身份证件,使用范围被广泛规定于涉及公民政治、经济、社会生活的诸多法律之中,然而,国家立法就身份证件的使用而做出的规范尚未达到充分化的程度,不仅身份证件包含的范围不明确,而且身份证件的使用领域与规则亦缺乏系统化规定。国内各项基本身份证件及其使用、管理的规范主要涉及两种基本类型:(1)以身份证件为中心的法律规范。根据《中华人民共和国居民身份证法》第14条,公民在办理常住户口登记项目变更、兵役登记、婚姻登记、收养登记、申请办理出境手续等事项时,应当出示居民身份证。根据《中华人民共和国出入境管理法》第11条,中国公民出境入境,应当向出入境边防检查机关交验本人的护照或者旅行证件(港澳台通行证)等出境、入境证明。此类规范所规定的身份证件出示属主动出示的类型。(2)以身份证件使用为中心的法律规范。根据《中华人民共和国反洗钱法》规定,金融机构在与客户建立业务关系或者为客户提供规定金额以上的现金汇款、现钞兑换、票据兑付等一次性金融服务时,应当要求客户出示真实有效的身份证件。国务院《铁路安全管理条例》第64条规定,铁路运输企业应当按照国务院铁路行业监督管理部门的规定实施火车票实名购买、查验制度,旅客应当凭有效身份证件购票乘车;对车票所记载身份信息与所持身份证件或者真实身份不符的持票人,铁路运输企业有权拒绝其进站乘车。此类规范所规定的身份证件出示属经要求出示的类型。

然而,上述规范在现实生活中依然暴露出规制范围受限的问题,法律体系就身份证件在许多社会生活领域中的使用规定仍相当不健全。如,尽管道路交通及相应法律法规规定了作为驾驶资格证明的驾驶证具有身份证件的法律效力,但是,相关法律并未规定驾驶人在交警例行检查中需要出示驾驶证。虽然《人民警察法》第9条规定人民警察为维护社会治安秩序有权要求有违法犯罪嫌疑的人员出示相应的证件,但是,目前尚无相关国家规定明确将交警、民警执勤活动界定为"应当提供身份证明的活动",从而在交警例行检查时驾驶人使用虚假驾驶证行为的定性就存在问题。对此,本文基于实质解释提出,道路交通领域相应符合"国家规定"的法律、法规虽未明文规定驾驶人在交警例行检查过程中需出示驾驶证,但《道路交通安全法》第19条规定:"驾驶机动车,应当依法取得机动车驾驶证"、"驾驶人应当按照驾驶证载明的准驾车型驾驶机动车;驾驶机动车时,应当随身携带机动车驾驶证。"《国务院关于加强道路交通安全工作的意见》第7条第十八项规定:"严厉整治道路交通违法行为……严厉打击和整治超速超员超载、疲劳驾驶、酒后驾驶、吸毒后驾驶、货车违法占道行驶、不按规定使用安全带等各类交通违法行为,严禁三轮汽车、低速货车和拖拉机违法载人。"由上可见:第一,机动车驾驶人在驾驶机动车时

① 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期。

须随身携带驾驶证;第二,交警部门要严厉打击醉驾、超载等行为。实质解释原则要求在交警例行检查时驾驶人有提供驾驶证的义务,此种情形属于“依照国家规定应当提供身份证明的活动”。

对“国家规定”的理解与犯罪圈的划定之间存在负相关关系。学界一般对将普通部门规章、地方性法规规章排除在“国家规定”之外并无争议,争议在于,经国务院授权制定的对全国各地区均适用的部委规章是否属于“国家规定”。一种观点认为,经国务院授权制定的部委规章实质上是行政法规,应当属于“国家规定”。司法判决亦有支持此观点者,①本文对此持部分否定态度。我们认为,不能将经国务院“转授权”而制定的部委规章视为“国家规定”。首先,此种授权性立法的本质实为部门规章。其次,此处并非真正意义上的授权,而为“转授权”。但这并不意味着经“真授权”而制定的部门规章也不能作为“国家规定”的渊源,此种观点的理论依据为“母法性质原则”,即子法在不违背母法的前提下,作为母法的分支,仍然属于母法的体系范畴,可以同母法一起被视为“国家规定”。

《刑修(九)》在对第 253 条之一“出售、非法提供公民个人信息罪”的修改中使用了“违反国家有关规定”的表述。修正前第 253 条之一第一款规定:“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人,情节严重的,处……。”②修正后第 253 条之一第一款规定:“违反国家有关规定,向他人出售或者提供公民个人信息,情节严重的,处……”回溯立法沿革发现,《刑修(九)》对此罪的修改,将“违反国家规定”修改为“违反国家有关规定”。从体系解释的角度而言,《刑法》第 96 条既然使用了“违反国家规定”,那么,此处继续使用《刑法修正案(七)》“违反国家规定”的表述更具统一性。为何《刑修(九)》要加以改变?对此,有学者指出,由于这些表述都强调了补充性规范③必须是国家层面的规范,因此它们的范围应该是一致的,违反国家规定、违反国家有关规定具有相同的意义和功能。④ 若如其所说二者具有相同意义,那么立法为何会放弃体系统一原则,在同次修正中同时使用“国家规定”和“国家有关规定”的表述。对此,喻海松博士认为,对于出售、非法提供公民个人信息非法性的判断标准应当是“国家规定”,即立法机关制定的法律和国务院制定的行政法规等。但是,考虑到对此罪“违反国家规定”尚存争议,《刑修(九)》将“违反国家规定”修改为“违反国家有关规定”。“违反国家有关规定”范围更为宽泛,违反部门规章等规定的,也可以认定为“违反国家有关规定”。⑤ 我们认为,无论采实质解释或母法原则对“依照国家规定”的外延做出解释,对不符合第 96 条的情形均不能解释到“依照国家规定”的“射程”中。不能以“依照国家规定”等同于“违反国家规定”,“违反国家规定”等同于“违反国家有关规定”为由将“依照国家规定”的外延任意扩大。如,公民在办理宾馆入住手续时必须出示其法定有效身份证件,但登记方式中“查验旅客身份证件”的规定是由《旅馆业治安管理办法》第 6 条规定的,而该办法仅是公安部发布的部门规章,并非“国家规定”,不能认为旅客在旅店住宿登记中向旅店工作人员提供虚假或者他人身份证件属于“依照国家规定应当提供身份证明的活动”。

(三)“依照国家规定”的内涵澄清

“依照国家规定”之类的“援引型规范”具有延伸刑法触角、维护刑法稳定的功能。使用虚假身份证件、盗用身份证件罪属典型的行政犯,作为法定犯的一种特殊类型,行政犯是因对前置性行政法律的违

---

① 如,某市中级人民法院二审审理认为,被告单位及被告人违反的是国家烟草专卖局根据《烟草专卖法实施条例》第 39 条第二款之授权而制定的烟草专用机械名录,该名录是以授权作出的,具有与《烟草专卖法实施条例》同等的法律效力,两者都属于行政法规的范畴,因此关于“违规而不违法”的上诉和辩护理由,不予采纳。参见:刘树德:《“口袋罪”的司法命运——非法经营罪的罪与罚》,北京大学出版社 2011 年版,第 301 页。转引自王开军:《非法经营罪中“违反国家规定”的理解》,《中国检察官》2016 年第 11 期(下)。

② 该条原为《刑法修正案(七)》第 7 条所增设。

③ 也称为“前置的法规范”,在中国刑法分则中,还存在“违反交通运输管理法规”等用语,这些也同样为“前置的法规范”,简单来讲,即欲构成本罪,需违反某项非刑事法的规定。

④ 詹红星:《“违反国家规定”的宪法解释与司法适用》,《湘潭大学学报》(哲学与社会科学版)2006 年第 5 期。

⑤ 喻海松:《网络犯罪的立法扩张与司法适用》,《法律适用》2016 年第 9 期。

反而成立的犯罪。作为使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的前提条件,对“依照国家规定”的内涵必须采取刑法思维在本罪保护法益的指导下加以理解,而不能依赖于行政法的管理性、形式性思维。例如,行为人即使违反了交通运输管理法规,也发生了相应的结果,但如果结果的发生超出了规范保护目的,也不能认定为交通肇事罪。① 再如,《刑法》第 141 条第二款规定:“本条所称假药,是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。”司法实务中,对于假药的认定,司法机关仅仅依照形式化的思维,将《药品管理法》第 48 条直接搬到刑法罪刑规范中予以适用。于是,对国外代购未经批准进口但具有良好药效药品的行为,要么在舆论的压力下利用《刑法》第 13 条被出罪,要么直接依照销售假药罪定罪处罚。对此,张明楷教授认为,当刑法明确规定适用行政法中某一确定的概念时,应当适用行政法的特别规定。如根据《药品管理法》第 49 条规定,没有标明有效期的药品是劣药,因此,依照《刑法》第 142 条第 2 款规定,行为人哪怕生产、销售的药品事实上处于有效期内,质量完全合格,在一般人观念中不是劣药,但只要没有标明有效期,就应认定属于劣药。② 该观点看似逻辑严密且保持了法秩序的统一,但却破坏了人类的基本法感情,刑法就可能会失去其正当化的根基。

“依照国家规定”是刑法中的行政法前置规定,但行政法不应干预刑法的认定。使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的法益是身份证件的社会信用,在行为虽然符合“依照国家规定”的情形,但根本不可能对身份证件的信用造成损失的情况下,应当不予认定为本罪。对于行为人使用载有自己身份信息的虚假身份证件的,不宜认定为本罪。

三、使用虚假身份证件、盗用身份证件罪客观构成要件之基本内容

(一)行为要件:“使用”与“盗用”行为

《刑修(九)》就使用虚假身份证件、盗用身份证件罪设定了“使用”和“盗用”两种基本实行行为,基于法益定位的导向功能,有必要进行细化分析。

1. “使用”行为

“使用”的词义通常为:使人员、器物、资金等为某种目的服务。《古今小说·临安里钱婆留发迹》中写到:“两日正没生意,且去淘摸几贯钱钞使用”,此处的“使用”,便是本义。周光权教授认为,“使用”是指“出示、出具”。③ 黎宏教授认为,使用,就是提交或者出示,即将伪造、变造的或者所盗用的他人居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件作为真实证件,置于对方能够认识该身份证件内容的状态。④ 日本刑法学者西田典之教授认为,所谓使用,是指针对他人使用,也就是指置于他人可能阅览的状态之下。⑤ 实际上,“使用”作为我国刑法所规定的实行行为类型,在法典中出现达 62 处之多,其基本用法可归纳为两类:(1)表述为使用……的方法(手段)。典型表述为“使用欺骗手段”、“使用暴力方法”。如,《刑法》第 142 条第二款规定有:“其他参与者使用暴力、威胁方法的,依照前款的规定处罚。”(2)表述为使用……(物)的。如,《刑法》第 194 条第二款规定,“使用伪造、变造的委托收款凭证……”本罪中“使用”的用法显属第二种。即,为了自己的特定目的而向查验机关出示身份证件以供查验的行为。身份证件的“使用”,又可归类为“主动提交查验”与“被动提交查验”两类,在《居民身份证法》第 14 条所规定的情形中,通常需要身份证件的持有人主动提交查验的“使用”行为,而该法第 15 条所规定的情形中,则通常属于被动提交查验的“使用”行为。值得研究的是,在实行身份证件电子查验的情形下,使用虚假身份证件是否属于本罪的“使用”,如,使用铁路“12306”售票机购买车

① 张明楷:《刑法分则的解释原理》(下),中国人民大学出版社 2011 年版,第 548 页。
② 张明楷:《行政违反加重犯初探》,《中国法学》2007 年第 6 期。
③ 周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 344 页。
④ 黎宏:《刑法各论》,法律出版社 2016 年版,第 357 – 358 页。
⑤ [日]西田典之:《日本刑法各论》(第三版),刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 300 页。

票或者在民航“护照查验机器”上进行通关。我们认为,此类电子查验的场合,完全符合“身份证件的提交查验”的行为要求,如果使用虚假身份证件的,应当认定为“使用”行为。

2.“盗用”行为

中国大陆地区刑法中将“盗用”作为刑法用语加以使用,本罪尚属首例,[①]尽管在《刑法》第196条第三款曾出现过“盗窃信用卡并使用的”规定,其本质即为盗用,然而,由于立法将此种行为模式规定了“盗窃+使用”两个独立的内容,从而其与本罪所规定盗用应存在内涵上的差异。本罪中,“盗用”的本质仍在于使用,但如何理解“盗”之含义,当为准确界定盗用之基础。对此,中国台湾地区刑法学者林山田教授认为,所谓盗用,是指无权使用之人,擅自使用他人之物的行为。[②] 即,盗用的核心在于,无权使用而使用,行为人经物之所有权人授权使用的,则不属于盗用。美国联邦消费委员会(Federal Trade Commission)提出,“身份盗用”是指“未经合法授权使用他人的身份信息”。上述观点,一方面,是以普通财产作为盗用之分析前提,并未考虑身份证件的法律属性。另一方面,是以文义解释而做出的分析,突出了“盗”之于使用的约束与限制,从而强调使用行为对本原权益人意愿的违背。

大陆学者对身份证件的盗用进行了针对性研究,形成了两种观点:一种观点认为,盗用,不是“盗窃后使用”,而是指明知是他人的身份证件而冒用,即“盗用”他人名义。得到他人许可后使用,或与他人串通后的使用,虽对社会秩序有妨害,但与“盗用”的含义不符,不是盗用。[③] 类似的观点是,经过身份证件持有人本人同意冒用身份证件所有人的名义从事相关活动,行为人因不存在盗用本人名义的情况,不属于此处的盗用。[④] 一种观点认为,盗用是指将他人的身份证件当做自己的证件而使用。违反身份证件持有人的意志而使用的,显然属于盗用。征得持有人同意或者与持有人串通而冒用持有人的身份证件的,也不能排除在盗用之外。[⑤] 换言之,由本罪所保护法益的内容系身份证件的社会信用所决定,判断盗用的标准并不在于“有权用”或者“无权用”,而在于行为人的行为对于身份证件的信用有无损害,即行为人出示他人身份证件有无使证件查验人陷入错误认识,而非证件所有人的权益。“盗用所指向的应是身份证件的查验机关。因此,无论是否违背身份证件所有人的意愿,只要行为人使用他人的身份证件,都属于盗用行为。”[⑥]至于盗用与冒用的关系。一种观点认为,盗用与冒用系包含关系,根据此种观点,盗窃、拾得、借用他人身份证之后又使用的,均为盗用他人身份证件的行为。另一种观点认为,盗用与冒用系交叉关系,即,有的冒用属于盗用,有的冒用不属于盗用。如,行为人征得他人同意,借用他人身份证购买车票的行为属于冒用行为,但不属于盗用行为;行为人拾得他人身份证后购买车票的行为既属于盗用行为,也属于冒用行为。[⑦]

我们认为,对盗用行为的准确界定,有必要以界分盗用对象的范围为基础。就盗用之通常意义而言,是指违背财产所有者的意思对他人之物加以利用的行为,而就身份证件等非实质性财产利益而言,则应将之界定为将他人物品当作本人物品使用的行为。盗用的范围包括冒用。从立法用语的精确性而言,立法者在此处没有使用“冒用”的原因在于,冒用的语义范围过窄,不包括盗窃后加以使用的情形,缩小了打击面;没有使用“盗窃”的原因,一方面在于盗窃的语义范围窄,另一方面,盗窃与盗用的核心

---

① 在中国台湾地区施行的《刑法》中则使用了两处“盗用”,分别是第217条和第218条。其中,第217伪造印章、印文或署押,足以生损害於公众或他人者,处三年以下有期徒刑。盗用印章、印文或署押,足以生损害於公众或他人者,亦同。第218条伪造公印或公印文者,处五年以下有期徒刑。盗用公印或公印文足以生损害於公众或他人者,亦同。

② 林山田:《刑法特论》(中册),台北三民书局1978年版,第636页。

③ 周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第34页。

④ 郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2015年版,第467-477页。

⑤ 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第1042页。

⑥ 肖友广、金华捷:《使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的司法认定》,《犯罪研究》2017年第2期。

⑦ 行为人拾得他人身份证再购买车票的行为之所以属于冒用,是因为根据最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》(2008年),拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为,属于刑法第196条第一款第(三)项规定的“冒用他人信用卡”的情形,根据刑法用语的同一性解释,也应认为拾得他人身份证再购买车票的行为属于冒用行为。

区别在于盗用的语义重心在于“使用”,而盗窃的语义重心在于“占有”。实践中,一些司法工作人员认为,“盗”,即有秘密之义,拾得他人身份证后又使用的行为不属于“盗用”,①这种认识应当得到纠正。

(二)对象要件:身份证件的界定

使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的实行行为差异,决定了行为对象的范围不同,使用行为的对象仅限于“虚假的身份证件”;而盗用行为的对象则为“真实的身份证件”。就身份证件的范围,刑法采用了“列举+兜底”的方式,包括社会生活中常用的身份证件类型,如身份证、护照、社会保障卡、驾驶证;而无法在条文中列明的,则使用了“等”字。尽管根据文义解释的原理,身份证件首先包括自然人的身份证件,同时也包括了法人的身份证件;其次包括人身信息性质的证件、财产信息性质的证件。然而,对于本罪行为对象的界定,应当根据实质解释、同类解释的原则,对本罪中的“等”字加以理解。

1. 作为本罪行为对象的证件须满足“人身性质信息”的要求

身份证件可以分为人身信息性质的证件和财产信息性质的证件,后者如房产证、车辆行驶证、存折等。本条所列举的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证均为人身信息性质的证件,基于同类解释的原则,应当认为,“等”所包含的证件仅包括具有人身信息性质的证件。司法实践对此也持肯定态度。如,《刑法》第177条第一款第三项规定了“使用虚假身份证明骗领信用卡”,2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第30条第二款规定:“违背他人意愿,使用其居民身份证、军官证、士兵证、港澳居民往来内地通行证、台湾居民来往大陆通行证、护照等身份证明申领信用卡的,或者使用伪造、变造的身份证明申领信用卡的,应当认定为‘使用虚假的身份证明骗领信用卡’”。此处司法解释所列举出的军官证、士兵证、港澳居民往来内地通行证、台湾居民来往大陆通行证也均为人身信息性质的证件。

2. 作为本罪行为对象的身份证件须满足“国家性”要求

本罪的身份证件应具有“国家性”,且满足独立证明持证人人身性质信息的功能。在中国,尽管有些证件也能在某些方面证明证件所有人的身份,但并不符合本条所列举证件的法定要求,根据同类解释原则,不能将之列为“等”的范围。如,大学录取通知书虽能证明录取人的准大学生身份,但仅在一个学校范围内有效,不具有普遍适用性。目前,中国尚存在许多地方性证件。如安徽省老龄办监制颁发的“安徽省老年人优待证”,持此证便可享受免费进入公园等优待。② 尽管“老年人优待证”亦能证明持证人特定的身份,但与本条所列举的证件适用范围具有明显差异,不应被界定为本罪的身份证件。

3. 作为本罪行为对象的身份证件须满足颁行机关的“特定性”

中国证件种类繁多,③证件颁行主体不尽相同,法条以明示方法列举的证件,其发行主体均为法定的国家机关。有观点认为,学生证在购买火车票方面,具有社会公共管理功能,因此,学生证在特定情形下属于该罪中的证件。④ 这种观点有待商榷,学生证不可能是本罪的身份证件。首先,根据铁路部门的相关规定,只有在学生证与身份证一致的情形下方能购买优惠车票,因此,单独认定学生证属于本罪的证件范畴没有意义;其次,根据同类解释的原则,学生证的颁行主体和居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证的颁行主体不具有同一性,其颁行主体不仅不是国家机关,且其颁行依据也并非基于法律、法规、规章的授权;最后,学生证购买车票的区间是特定的,学生在使用学生证购买车票时只能选择“家乡—学校”的乘车区间,并不具有全国范围的适用性。综上,学生证和本罪条文中所列出的证件不具有同一性,甚至不具有高度同一性,将学生证理解为此处的证件,属于对法条的误读。

---

① (2016)浙0102刑初381号刑事判决书。

② 《老年人持〈安徽省老年人优待证〉的优待项目》,载安徽省人民政府网 http://www.ah.gov.cn/UserData/DocHtml/1/2013/9/11/2359800037816.html,访问时间2017年11月2日。

③ 2014年,广州市政协调研发现,与公民日常工作生活相关的各类证件、证明多达400多个,其中最常见的也有103个之多。参见:《400多个证困扰人一生——代表委员追问“证多多”》,载人民网 http://politics.people.com.cn/n/2014/0305/c70731-24538215.html,访问时间2017年11月2日。

④ 肖友广、金华捷:《使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的司法认定》,《犯罪研究》2017年第2期。

4. 作为本罪行为对象的身份证件须满足“虚假性”要求

“虚假身份证件”作为使用虚假身份证件罪的行为对象,其范围相当广泛,从身份证件的形成方式来看,既包括通过伪造而形成的身份证件,也包括通过变造而形成的身份证件。后者是指对真实的身份证件进行加工,改变其非本质内容后而形成的虚假身份证件。从身份证件与仿制对象之间的关系看,既包括完全不以真实的个人身份信息作为仿制对象而形成的“形式虚假”的身份证件,也包括以真实的个人身份信息作为仿制对象而形成的“实质虚假”的身份证件。

5. 作为本罪行为对象的身份证件应包括法人的身份证件

从法律条文对于身份证件的列举来看,居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证形式上虽均属于自然人所持有的范畴,但是,如前所述,本罪保护的法益为身份证件的社会信用,基于实质解释的原则,可以将法人的身份证件纳入“等”的范畴。首先,从本罪保护的法益出发,法人身份证件作为身份证件之一种,其身份证件的信用也应被刑法同等保护,不能将其排除在刑法的保护领域之外;其次,实践中也有行为人盗用法人的身份证件办领手机卡并恶意欠费、盗用法人身份证件从事其他行为之情形,[①]此种行为亦侵犯了法人身份证件之信用,扰乱了社会公共秩序,有对其进行刑法规制的需要;最后,虽然《刑法》第 280 第一款、第二款对于国家机关的公文、证件、印章以及私法人的印章进行了相应的保护,[②]但是,作为法人身份证明的营业执照等证件并未在《刑法》中被明确的保护,故此,在此处将法人的身份证件解释为本罪的对象,具有“填漏”的功能,对于法人身份证件信用的保护意义重大。

值得讨论的是,本罪的“身份证件”是否包括身份证件的复印件或者扫描件。我们认为,由于身份证件的复印件或扫描件在复印或扫描过程中极易出现伪造、变造的行为,只能在核实身份信息时起到参考作用,其社会信用不能与身份证件原件的社会信用相提并论,基于法益保护的同等性原理,此处的“身份证件”不应包含身份证件的复印件或者扫描件。

(三)程度要件:“情节严重”的认定

《刑法》共规定了 176 处“情节严重”,其中总则 2 处,分则 174 处。“情节严重”在《刑法》中有两种功能:一是将情节严重作为入罪条件,如,《刑法》第 120 条之六规定:“明知是宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品而非法持有,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。”二是将情节严重作为法定刑升格的条件,如,《刑法》第 120 条之一规定:“资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人的,或者资助恐怖活动培训的,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。”使用虚假身份证件、盗用身份证件罪中的情节严重属于第一种用法,即作为入罪的条件,因此,如何认定本罪的情节严重是区分罪与非罪的关键要件。《刑法》第 280 条第三款关于伪造、变造身份证件罪的规定中,情节严重是法定刑升格条件,至于何谓情节严重,司法解释尚未明确。在界定本罪的“情节严重”时,一方面要注意与相应行政法律规范的衔接,另一方面可参酌伪造、变造身份证件罪的相关规定与司法实践情况,结合两罪的罪刑配比,合理认定本罪情节严重的情形。对于使用次数多、数量大、严重扰乱公共秩序、严重损害身份证件所有人利益的行为,应当认为属于情节严重。

(责任编辑:新中)

① 《厦一店主营业执照和餐饮许可证竟在饿了么被盗用》,载东南网 http://xm.fjsen.com/2016-05/10/content_17783351.htm,访问时间 2017 年 11 月 4 日。

② 《刑法》第 280 条:伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金。