【法学研究】

盗用、冒用他人身份行为入刑之评析与建言

——以《刑法修正案(十一)》第32条为视角

阴建峰 袁方

摘要:《刑法修正案(十一)》第32条将盗用、冒用他人身份取得特定资格或待遇的行为单独构罪,旨在保护公民的受教育权、身份权、姓名权等个人法益以及教育公平、社会公平等社会法益。盗用、冒用他人身份行为入刑能够凸显其独立法益保护价值,与刑法的“谦抑性”原则并不矛盾,既是基于积极主义刑法观的合乎逻辑的选择,又是对既有罪名难以涵摄该行为之现实困境的适度反应。不过,该行为入刑的保护法益有必要进一步扩展,法定刑幅度尚需调整,法定最高刑可适度提高。

关键词:冒名顶替;身份;《刑法修正案(十一)》;法益;法定刑

中图分类号:D914

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2021)03-0050-08

以修正案的形式对《刑法》进行修缮,已成为常态化的刑事立法模式。犯罪圈的不断扩大,既是积极主义刑法观的产物,又是我国在社会转型期修订《刑法》的主要基调。可以说,犯罪圈的划定决定了现代法治国家刑法调控与保护的深度和广度,也决定了刑法在社会治理中的地位和作用。一般而言,刑法修正案对犯罪圈的调整主要有两种方法,一是降低行为的入罪门槛,二是增设犯罪的行为方式。^①《刑法修正案(十一)》第32条明确将盗用、冒用他人身份的行为入刑,作为《刑法》第280条之二,实际上采取了第二种调整犯罪圈的方法。如何评价该修正案将盗用、冒用他人身份行为入刑的立法安排?盗用、冒用他人身份行为究竟有无入刑之必要?将其入刑是否具有可行性,法益设定与刑罚配置是否需要进一步细化?围绕这些问题,本文立足于盗用、冒用他人身份行为入刑的立法逻辑,考察该行为入刑的必要性与可行性,并就相关立法的改进与完善略抒己见。

一、盗用、冒用他人身份行为入刑的立法背景

将为取得特定资格和待遇而盗用、冒用他人身份的行为入罪,是《刑法修正案(十一)》新增的,这一立法安排有特定的背景。2020年六七月间,陈春秀、王丽丽、苟晶等人被他人盗用、冒用身份并顶替入学事件先后曝光,随后,山东省高等学历数据清查工作证实,14所高校里有242人系冒名顶替入学。^②此类事件引起了相当广泛的民众关注和舆论谴责。类似案件最早可溯及1990年轰动法律界的“中国宪法司法化第一案”——“齐玉苓案”。齐玉苓当年参加了中专考试,达到山东省济宁市商业学校的录取分数线,却被他人顶替身份入学并完成学业;后齐玉苓以姓名权、受教育权以及其他相关权益被侵犯为由向法院提起民事诉讼;二审法院认为该案存在适用法律方面的疑难问题,遂依法报请最高人民法院进行解释;最高人民法院经研究作出《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育

收稿日期:2020-12-23

作者简介:阴建峰,男,北京师范大学刑事法律科学研究院教授,博士生导师(北京 100875)。

袁方,男,北京师范大学刑事法律科学研究院硕士生(北京 100875)。

的基本权利是否应承担民事责任的批复》，明确指出“以侵犯姓名权的手段，侵犯齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育权的基本权利，应承担民事责任”。该案开创了以宪法作为民事审判依据的先河，“宪法司法化”理念由此进入司法实践。^③不过，上述批复已于2008年12月被最高人民法院发布相关公告废止^④，这意味着此后对盗用、冒用他人身份行为不能再直接援引宪法规范作为救济路径。

事实上，此类盗用、冒用他人身份入学的行为不仅侵犯他人的姓名权、受教育权，还违背教育公平、社会公平理念，社会危害不可谓不严重。但是，对于此类行为，我国现行《刑法》中既无专门的罪名设定，又无针对性的罪状描述，相关罪名虽有十余种之多，规制触角却只能指向伴随此类行为的其他犯罪行为，如使用伪造、变造国家机关公文、证件的行为，伪造、编造身份证件的行为，使用虚假身份证件、盗用身份证件的行为，以及滥用职权、玩忽职守等渎职行为，直接针对盗用、冒用他人身份入学行为的整体性刑法评价缺失。在这样的刑法规范下，司法实践中对盗用、冒用他人身份行为的追责，或存在罪责不均衡的问题，或出现定罪量刑畸重畸轻的问题，或存在打击不准、覆盖不全的问题。对于“冒名顶替入学”事件，有关部门虽及时组织工作专班进行调查核实，并依法依规依纪对相关人员进行处理，但对主要责任人的刑事责任缺乏明确结论，对大部分责任人只能以党纪政纪处分了事，以致民众多有追责不彻底、不深入之感。民众对此类事件中冒名顶替行为的谴责，为此类行为入刑奠定了坚实的民意基础。为填补法律漏洞，很多全国人大常委会委员主张此类行为独立成罪。代表性意见如，现行《刑法》规定窃取、诈骗他人的钱财构成犯罪，与窃取、诈骗他人钱财的行为相比，窃取他人入学资格、发展前程的行为，其危害性要大得多，理应尽快入刑。^⑤

正是基于上述社会背景和立法缘由，《刑法修正案(十一)》增设专门条款，将盗用、冒用他人身份，顶替他人取得高等学历教育入学资格的行为，作了入罪化处理；同时，考虑到盗用、冒用他人身份，顶替他人取得公务员录用资格、就业安置待遇的行为，同样侵犯他人的合法权益与社会公平，具有相当大的社会危害性，因而一并予以犯罪化。

二、盗用、冒用他人身份行为入刑的必要性

刑法是性质最为严苛的法律部门，作为其直接

产物的刑罚，轻则处置人的财产和自由，重则剥夺人的生命。从这个意义上说，“刑法的独特性在于，以恶的语言陈述并处理恶的因缘。刑法不处理善缘，所处理者皆为恶缘”^⑥。不过，刑法的目的与任务不仅在于惩罚犯罪，还在于保护人民，力求实现保护社会与保障人权的有机统一。为此，刑法对“恶缘”的设定与处理，需要遵循“谦抑性”或者说“必要性”的原则。刑事立法工作便是在诸多“恶缘”中进行取舍，将刑罚之矛头指向最令社会难以忍受、最令公民深受侵害的“恶缘”，并通过周全的表述以法条的形式予以呈现。^⑦“谦抑性”原则的目的主要是约束立法者，要求其只能将刑法作为应对“恶缘”的最后手段。具体到盗用、冒用他人身份，顶替他人取得资格或待遇的行为，通过考察是否足以需要刑法作为最后手段介入规制，其他部门法对此类行为是否无力规制、预防，以及将此类行为入刑是否合乎公众对社会秩序和社会公正的期许，笔者认为，将此类行为适时独立入刑是完全必要的。

(一) 盗用、冒用他人身份行为入刑不违背“谦抑性”原则

刑法的“谦抑性”原则要求，刑事立法不可采取“泛干预主义”，刑事司法应自觉限制自身权力，不可将正常的社会生活行为与危害性轻微的行为纳入犯罪圈。基于此，罪与非罪的划定需要慎重。但是，刑法的“谦抑性”并不意味着要放弃对本应以刑法规制的行为入罪化。事实上，我国当前处于社会转型期，积极主义刑法观引领下的刑法整体扩张有其现实必要性。目前在我国，进行适度的犯罪化不仅是学界的共识，还与“立法活性化”的立法倾向相契合，与刑法的“谦抑性”原则并不矛盾。将盗用、冒用他人身份，顶替他人取得资格或待遇的行为入刑，是适度犯罪化的体现，具有实质合法性。

盗用、冒用他人身份，顶替他人取得资格或待遇行为的影响相当严重。高等学历教育入学资格、公务员录用资格以及就业安置待遇涉及相关公民的命运，从较为长远的视角看，其中包含被害人一生中诸多应享有的权利和可以期待的利益，以及被害人在经济社会发展中人力资本的增值。此类盗用、冒用他人身份的行为还伤及社会公正，是对程序公正和实体公正的双重侵犯，本质上会减损公正在社会生活中的规范价值。实践中，盗用、冒用他人身份往往以公权力、职务行为为媒介，与滥用职权、玩忽职守

等渎职类犯罪,行贿、受贿、利用影响力受贿、单位受贿等贿赂类犯罪,以及伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章等妨害社会管理秩序类犯罪之间有高度牵连。因此,盗用、冒用他人身份取得特定资格或待遇的行为,不管在个体层面还是在社会层面,无论是采取偏向行为的形式解释论还是采取偏向结果的实质解释论,都有入罪的必要性。在行为上,此类行为是对“不得顶替他人身份”之社会规则的反动;在结果上,此类行为对公民的身份及其可以期待的利益造成难以救济、不可复原的侵害。将此类行为单独纳入犯罪圈,也是为了实现社会治理效益最大化,并不损及刑法的“谦抑性”原则。

质言之,刑法“谦抑性”的作用在于调适刑罚权力与犯罪控制之间的关系,力求通过最少量的刑罚,换取预防犯罪、控制犯罪的最佳社会效果。盗用、冒用他人身份的现象之所以频繁发生,在某种程度上是因为刑法规制措施的缺位。现行法律对盗用、冒用他人身份行为的惩治力度不够,处罚路径存在结构性缺陷,刑罚量尚需补足。因此,将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为入刑,是刑法的罪与罚在“谦抑性”维度内的适度调适,是法网的疏与密遵从“谦抑性”原则的适时调整。

(二) 民法对盗用、冒用他人身份行为的应对不够充分

尽管“齐玉苓案”开启了应对盗用、冒用他人身份入学行为的宪法路径,但随着最高人民法院发布的相关批复于 2008 年年底被废止,以该路径寻求权利保护已失去现实可行性。此后,被害人只能依据民法上的姓名权主张权利,维权力度和效果不够显著。民法提供的二元救济模式无法弥补被害人的实际损失。民法对侵权损害采取“填平”原则,所要求的精神损害赔偿与侵权损害赔偿的数额与被害人所受不公正待遇不相匹配。^⑧以“齐玉苓案”为例,齐玉苓最终仅获得经济损失赔偿 48159 元和精神损害赔偿 5 万元。^⑨停止侵害是民法提供的另一种民事责任承担方式,其对于被害人的现实生活更是于事无补。在盗用、冒用他人身份,顶替他人取得高等教育入学资格案件中,停止对姓名权和受教育权的侵害并不能让被害人失去的受教育权和身份再回溯一次。此类侵害行为的终了之日与被发现之日往往相隔多年,被发现时被害人已远超受教育的适宜年龄,其能否再以自己的身份进入高校,是否愿意再

接受高等教育等,均未可知。可见,民法的二元救济模式看似为被害人提供了可供选择的救济方式,实则并没有一种方式足以让被害人获得补偿,也无法对侵权者施以与其行为的危害性相对称的打击。

就盗用、冒用他人身份取得公务员录用资格、就业安置待遇的行为而言,被害人试图依据民法寻求救济时,民法打击和预防此类行为的局限性表现得一览无遗。因为这两种行为不涉及侵犯受教育权的问题,所以只能从姓名权受侵害的角度予以救济,行为人为人承担的民事责任相对轻缓。并且,姓名权保护的是公民决定、使用、变更姓名的权利,而盗用、冒用他人身份行为对姓名权的侵害,只不过是该行为必然产生的众多结果之一且属附带的、次要的部分。换言之,以侵犯姓名权为由主张权利,只触及表象的手段行为,根本不涉及对盗用、冒用他人身份取得资格或待遇之目的行为的整体评价。^⑩

综上,对于冒用、盗用身份,顶替他人取得资格或待遇的行为,如果仅诉诸应对路径不充分、应对力度不足的民事救济方式,未免舍本逐末,反而将更值得保护的被害人的身份及其应得的、可以期待的社会利益置之度外,以致该行为所导致的法益侵害与行为人为人承担的民事责任之间严重失调,根本不足以彰显法律对此类行为的否定态度。

(三) 《刑法》对盗用、冒用他人身份行为的评价不够全面

如前文所述,对于盗用、冒用他人身份的行为,我国现行《刑法》中有多个相关罪名可以对其部分附随行为进行规制。譬如,盗用、冒用他人身份的行为往往伴随伪造、变造、盗用他人居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等身份证件的行为,后者可以构成伪造、变造身份证件罪或者使用虚假身份证件、盗用身份证件罪。又如,在盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的过程中,通常伴随一些渎职类犯罪和腐败类犯罪,后者可以为现行《刑法》中相应的职务犯罪的罪名所包容。但是,《刑法》中的既有罪名体系只能规制盗用、冒用他人身份的手段行为、方法行为等附随行为,无法对作为目的行为的盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为给予完整、全面的评价。根据韦尔策尔的目的行为论,目的对于人的行为具有支配性,或者说行为相对于目的具有伴随性。^⑪这对目的行为较之手段行为更值得苛责给出了解释。在智识性要素中,行为人为

对于目的行为,相比于手段行为有着更加深刻的违法性认识;而在意志性要素中,在具有期待可能性的情况下,实施目的行为更能反映行为人的违法意志。由此可知,目的行为具有更加充分的非难可能性,因为所有按计划采取行动措施的手段行为的意志都统一于目的支配之下。^⑫

回到盗用、冒用他人身份的情形。盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的目的行为自然要比手段行为、方法行为等伴随行为性质恶劣,应当适用独立的罪名进行评价,并配以较之伪造、变造身份证件罪以及使用虚假身份证件、盗用身份证件罪更为严厉的刑罚。实际上,《刑法修正案(十一)》对盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为进行入罪化处理,也基本上是按照这样的逻辑展开的。进一步讲,立法者以复合行为的构造创设了一种独立的犯罪,其中“盗用、冒用他人身份”是手段行为,“顶替他人取得资格或待遇”是目的行为,同时为该罪配置了相应的法定刑幅度。

三、盗用、冒用他人身份行为入刑的可行性

笔者认为,《刑法修正案(十一)》基于积极主义刑法观,将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为入刑,能够凸显独立法益保护价值,既是对社会现实和輿情民意的合理回应,又有传统法律文化基础,不会带来刑法过度介入社会生活的系统风险,具有充分的现实可行性。

(一) 具有独立的法益保护价值

将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为入刑,符合我国当前适度扩大犯罪圈的立法趋势。但是,此类行为以怎样的罪名和形态出现在《刑法》分则中,对此一直存在争议。基于不同的立法理念、立法思路和立法考量,全国人大常委会委员之间就存在不同的见解。有人认为应当针对整个造假链条设立“妨碍高等教育录取公平罪”,以此规制不同犯罪主体实施的各类行为;有人主张单项设立“冒名顶替上大学罪”,专门规制冒名顶替他人取得高等教育入学资格的行为;有人认为不应局限于高考领域,而应扩大至其他社会考试和国家考试,在现行《刑法》第284条之后专门设立“冒名顶替上学作弊罪”;有人认为司法的不作为与立法的缺陷导致公民受教育权遭受侵害,故应在《刑法》修正案中增加“妨碍公民受教育罪”;有人认为应区别于“替

考罪”,专门增设“冒用身份罪”;有人认为我国《刑法》中长期缺乏对盗用、冒用他人身份类犯罪的规定,应当视情况增设“盗用、冒用他人身份罪”。^⑬由这些见解可以看出,关于盗用、冒用他人身份行为入刑的争议焦点主要有两个:一是罪名和罪状如何设置的问题。即:将犯罪限定在顶替他人取得高等学历教育入学资格这一行为,还是扩展至顶替他人取得其他资格和待遇的社会领域。二是如何界定该行为所侵害法益的问题。具体而言,该行为侵害的是公民的受教育权、公民身份,还是社会秩序和社会公正,抑或其他值得保护的法益。这些是该行为单独成罪时必须回应的问题。

就上述第一个问题而言,笔者认为,《刑法修正案(十一)》第32条将《刑法》规制盗用、冒用他人身份的范围扩张至顶替他人取得公务员录用资格、就业安置待遇的情形(作为《刑法》第280条之二),是妥当的。因为公务员录用资格、就业安置待遇的利益与高等学历教育入学资格具有等价性,都关联着公民个人重大的社会利益与合法权利;盗用、冒用他人身份,顶替他人取得这三种资格或待遇的行为,其社会危害也具有相当性。随着社会转型的推进,“我们的社会比以往任何时候都要依赖刑法和刑罚”^⑭,这是近年来刑事立法比较活跃的社会背景。在此背景下,以刑事立法引领社会生活的积极主义刑法观受到立法者重视。将盗用、冒用他人身份,顶替他人入学的行为,以及与之相当的盗用、冒用他人身份,顶替他人取得公务员录用资格、就业安置待遇的行为一并入刑,正是积极主义刑法观在立法上的体现。刑事立法将诸多具有等价性的关涉重大利益的资格和待遇予以同等保护,并将相应的盗用、冒用他人身份行为纳入犯罪圈,这种积极介入与扩张符合现实社会生活需要,有其客观必然性和实践合理性。诚如奥地利法学家埃里希所言,“法发展的重心不在立法,不在法学,也不在司法判决,而在社会本身”^⑮。《刑法》只有善于对新型犯罪作出迅速及时的反应,才能成为感知社会变化的指示器,立法的滞后性才由此得到一定的缓解。

就上述第二个问题而言,《刑法修正案(十一)》第32条基于积极主义刑法观,将高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇一并列举,彰显了规范保护目的。尽管从行为表象上看,盗用、冒用他人身份行为侵犯公民的受教育权、身份权、姓名

权,但实际上,该行为还通过对受教育权、身份权、姓名权的侵犯,损及教育公平、社会公平等社会法益以及公民应得的资格、待遇等个人法益。换言之,盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为独立成罪,有其独特的法益保护价值。这是该行为得以独立成罪的根本缘由。这也解释了为何不能适用《刑法》第 280 条之一规定的使用虚假身份证件、盗用身份证件罪对该行为进行评价:一是因为对某一行为的评价应重在目的行为而非手段行为,目的行为决定该行为的犯罪本质;二是《刑法》第 280 条之一、之二的保护法益有所不同,前者重在保护他人身份证件,后者则借助于复合法益的确立,整体性地评价行为的现实场景和具体后果,从而避免法益保护的不协调和刑事处罚的不均衡。

(二) 具有坚实的民意基础

2019 年 10 月,习近平总书记在党的十九届四中全会第二次全体会议上提出了评价一个国家政治制度是否民主有效的 8 个标准,其中包括“全体人民能否依法管理国家事务和社会事务、管理经济和文化事业,人民群众能否畅通表达利益要求,社会各方面能否有效参与国家政治生活,国家决策能否实现科学化、民主化”^⑩。实际上,随着我国民主化建设的深入推进,民众参与社会管理和公共事务的意愿不断增强,长期的法治教育也使民众参与能力持续提高。立法是公共领域最为核心的活动^⑪,因而民众参与立法的积极性日益高涨。立法对民意的吸收和采纳尤为必要,不仅能提高法律制度的正当性与合理性,还是建成民主法治国家的必由之路。

为深入了解关于盗用、冒用他人身份行为入刑的民意实况和舆情导向,笔者利用一个专业的在线问卷测评、投票程序“问卷星”展开调查,问卷题项包括被调查者的基本信息、对该行为入刑的心理态度、对该行为设置最高法定刑的意见、对该行为侵害法益的认识等。问卷于 2020 年 11 月 13—17 日在网络空间发放。为避免问卷仅流通于法科生和法律职业者之间而导致结果高度同质化,笔者在不同的网络平台和渠道进行发放,尽可能将投放广度、普及程度和受众梯度最大化,使不同专业、职业、文化水平、社会阶层的民众态度都能在问卷中得到真实呈现。此次调查共回收有效问卷 1490 份,分析结果显示:97.44% 的受访者认为盗用、冒用他人身份的行为应当受到刑法规制;对于该罪应当处以何种程度

的刑罚,意见较为分散,28.21% 的受访者认为以 3 年为法定最高刑期,35.90% 的受访者认为以 5 年为法定最高刑期,35.89% 的受访者认为以 5 年以上为法定最高刑期;对于该行为侵害了何种法益,94.87% 的受访者认为对社会法益造成损害,64.1% 的受访者认为对他人身份造成损害,42.2% 的受访者认为对他人的其他利益造成损害。就问卷调查的结果而言,入罪倾向基本一致反映了民众朴素的正义观和道义感,法定最高刑与侵害法益方面的意见不一,可以理解为当代社会价值多元格局下民众法感情与法认识的“和而不同”。

立法应当吸收民众的意见,使立法活动与民意相通。同时,立法应当超越民众的偏见,与民意的宣泄保持适当的距离,否则,立法活动将出现“因过分服从民意而偏激”“因有意疏忽民意而保守”的极端状况,在价值多元化的当代社会尤其如此。刑事立法中对民意的吸纳应力戒情绪化,应当通过理性的民意择取和价值整合来明确刑法介入的边界,保障民众参与立法的力度、广度、效度。考察《刑法修正案(十一)》中盗用、冒用他人身份行为的罪状和条文表述,可以说,其既是对舆情民意的充分吸收,表现出立法对民众诉求和公众利益的尊重,又是超越民众偏见的合理回应,将民意中的非理性诉求和一味追求重刑的情绪化态度排除在外。

(三) 具有悠久的法律文化传统

盗用、冒用他人身份并非当今社会的新型犯罪。在我国封建社会的科举考试中,考生“冒名”“冒籍”等现象屡见不鲜,隋唐以来的封建王朝采取了各种措施加以防范。唐朝时为杜绝科场舞弊、科举冒名等不正之风,对科举考试采取实名担保制度。保人通常是考生请来的公证人,具有秀才、举人的身份,其保证参加考试的考生正是本人。为防止他人代考或盗用、冒用他人身份取得科举成绩,通常还要求考生在参加科举考试前上交一份载具本人体貌特征、肌肤身高等情况的履历。在考生入场考试时要依照履历验明正身,在考取功名后的确认、游街、赴任、就职等环节要与履历进行比对,以确认考生并非冒名顶替。如果考生有“冒名”“冒籍”的罪过,则其和保人会被一同革去功名,执送刑部问罪甚至终身禁锢。考官若有失察之责,致使考生“冒名”“冒籍”,轻者降级调用,重者革职查办。^⑫清朝时创制了“审音”制度,通过审查考生的地方口音或方言,防止出现盗

用、冒用他人身份取得科举成绩或官员资格的情况。一旦查实有冒名顶替者,考生和考官都会被问罪。^{①9}我国台湾地区现在还有惩治冒名顶替行为的专项立法,《自学进修专科学校学力鉴定考试办法》第8条规定,学历监管测试中发现考生有冒名顶替行为的,涉及刑事责任者将被移送司法机关处理。^{②0}

当然,尽管历史上盗用、冒用他人身份的科举舞弊案确实不少,但直接盗用、冒用他人身份,顶替他人取得功名、官员资格的案件,史料中并无太多记载。这不仅因为封建社会阶梯式的科举应试方式以及一些朝代采取实名担保、履历验证、审音等制度,使此类行为实施难度极大,还因为此类案件一经查实,即属欺君之罪,严重者会被株连九族,代价令人无法承受。^{②1}这样的重刑思想当然不足取,但从一个侧面表明,将盗用、冒用他人身份行为入刑并不突兀,是有法律文化传统的。

四、盗用、冒用他人身份行为入刑的立法完善

(一) 保护法益扩展

高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇是《刑法修正案(十一)》第32条予以特别保护的法益。那么,对于盗用、冒用他人身份取得资格或待遇的行为,立法者为什么仅选择这三种资格或待遇加以特别保护?一般而言,盗用、冒用他人身份,顶替他人取得高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇的行为,关乎公民个人的重大权益,社会危害极为严重,立法者将其纳入犯罪圈,合乎将严重的社会危害性视为犯罪本质特征的认识。不过,值得思考的是,除了这三种资格或待遇,是否还有其他同样值得保护的资格或待遇?

探求立法者的本意^{②2}可知,盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为,其社会危害性体现在个人法益层面的“严重损害他人利益”和社会法益层面的“破坏教育公平和社会公平底线”。这为何种顶替行为应当入罪提供了相对清晰的判断依据,即顶替行为既要对个人法益造成严重损害,又要对教育公平和社会公平这样的社会法益造成其他部门法难以评价的破坏。譬如,顶替他人取得高等学历教育入学资格,该行为严重损害他人利益,同时对教育公平和社会公平造成侵害;顶替他人取得公务员录用资格、就业安置待遇,同样损害个人法益且对社会公平造成侵害。此处涉及教育公平与社会公

平的关系。事实上,教育公平属于社会公平的有机组成部分,内在地包含于社会公平的价值之中。就此而言,在刑法评价意义上,有些资格或待遇,如参军入伍资格、住房安置指标以及其他重要的社会福利、社会安置待遇,是能够与高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇等量齐观的。盗用、冒用他人身份取得这些资格或待遇的情况,在现实中已有案例。例如,2006年陕西省榆林市的征兵工作中,王某为逃避刑事追责而冒充其兄通过目测、体检、政审等流程参军入伍。^{②3}

综上,笔者建议,《刑法修正案(十一)》所增《刑法》第280条之二的保护法益,应在现有的三种资格和待遇的基础上适当扩展,将其他同样值得保护的情形纳入其中。考虑到社会生活的复杂性以及《刑法》条文力求精简的内在要求,将该条款修改为兜底性条款不失为明智的立法选择。具体而言,可将该条款的表述修改为:盗用、冒用他人身份,顶替他人取得高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇等的,处以相应的刑罚。如此修改,可以通过兜底性条款的开放性和普遍性填补立法疏漏,将具有等价性的对象纳入刑法保护范围。当然,鉴于兜底性条款的模糊性和不确定性,要注意运用立法技术和司法解释,为“底”的内涵和外延划定准确的界限,从而消弭其可能隐含的消极性。^{②4}

(二) 法定刑设置

1. 增加法定刑幅度,并适度提高法定最高刑

刑法的绝对强制力通过所规定的刑罚得以体现,并依靠罪责刑均衡原则对法定刑配置的上限和下限加以明确。盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为入刑,其刑种和刑度的配置同样应遵循罪责刑均衡原则。这一新型犯罪的法定刑设置不仅体现立法对冒名顶替行为的否定立场和对行为人的非难态度,还体现立法对该行为之社会危害性程度的评价。目前,《刑法修正案(十一)》第32条为该罪配置的法定刑是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金”,如此配置明显高于使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的法定刑。这是值得肯定的,因为盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇行为的社会危害性显然大于使用虚假身份证件、盗用身份证件的行为。不过,盗用、冒用他人身份罪的法定最高刑期仅为3年,并不能准确反映其罪质,也无法实现该罪与相关罪名之间刑罚均衡。

虽然盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格、待遇的行为与盗窃行为一样,在客观方面均可表现为秘密窃取,但前者是秘密窃取他人身份进而取得特定资格或待遇,后者通常表现为秘密窃取数额较大的公私财物。相对而言,高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇在社会生活中的重要性大于数额较大的公私财物,前者被窃取给被害人造成的侵害要甚于后者。“法治概念的最高层次是一种信念,相信一切法律的基础,应该是对于人的价值的尊重。”^⑤基于此,财物较之能够反映人的价值并决定人的命运的特定资格或待遇,在重要性上不能等量齐观。可是,立法上为二者配置的法定最高刑期同为 3 年,这在某种程度上反映了盗用、冒用他人身份罪的法定刑设置失之偏颇。

而且,盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为往往附随伪造、变造身份证件的行为,前者是目的行为,后者是手段行为。一般而言,伪造、变造身份证件罪侵犯的只是国家身份证件管理秩序,而盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为不仅侵犯个人法益,还侵犯教育公平和社会公平,二者所侵害的法益是有轻重之别的。更何况,目的行为较之手段行为本就更具非难的可能性,更值得苛责。但是,二者的法定刑配置却呈倒挂之势。伪造、变造身份证件罪有两个法定刑幅度,基本犯的法定刑幅度为“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,“处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”。倘若维持盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇行为与伪造、变造身份证件行为的现行法定刑配置,意味着根据“从一重处断”原则,只能以其中构成重罪的手段行为论处。如此,《刑法修正案(十一)》将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为独立成罪的意义将大打折扣。

此外,盗用、冒用他人身份取得资格或待遇的行为与《刑法》第 279 条规定的招摇撞骗罪具有一定的可比性。二者在客观方面均可表现为盗用、冒用他人身份,取得特定的资格或待遇。就此而论,立法对情节一般的盗用、冒用他人身份行为和招摇撞骗行为配置基本相同的法定刑,总体上是可取的。不过,立法还对情节严重的招摇撞骗行为配置了第二个量刑幅度,法定最高刑提高至 10 年有期徒刑。这凸显二者的法定刑配置失之均衡。

笔者认为,对于盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为,应与伪造、变造身份证件罪以及招摇撞骗罪等相关罪名一样,设置两个量刑幅度。其中,第一个量刑幅度的法定最高刑仍可设置为 3 年有期徒刑,同时增设“剥夺政治权利”的附加刑,以实现相似罪名之间刑罚均衡、协调。盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇,情节严重的,可以配置第二个量刑幅度,法定最高刑应与伪造、变造身份证件罪的一样,同为 7 年有期徒刑。此法定最高刑之所以轻于招摇撞骗罪的法定最高刑,是因为招摇撞骗行为人盗用、冒用的是国家机关工作人员的身份,侵犯的是国家机关的威信及其正常活动,相比之下社会危害性更为严重。

2. 改无限额罚金制为倍比罚金制或限额罚金制

我国现行《刑法》对罚金刑数额采取三种立法模式,即无限额罚金制、限额罚金制和倍比罚金制。虽然无限额罚金制较之另外两种模式被《刑法》分则条文更加普遍地采用,但笔者认为,它并不是一种值得倡导的立法模式。明确设定罚金刑的数额或限额,是罪刑法定原则的应有之义。具体到盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为,立法上为其设置了无限额罚金制,使该罪的法定刑蕴含相当大的不确定性,直接后果是不同法院、不同法官对相同案件判处的罚金刑数额相差较大,难以在量刑上达成统一标准。^⑥值得一提的是,《刑法修正案(十一)》第 8 条将《刑法》第 160 条规定的欺诈发行股票、债券罪作了修改,对该罪的罚金刑采取倍比罚金制。笔者认为,这一立法模式更为可取,为罚金刑设置提供了可资借鉴的范本。对于盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为入刑,也可以根据既定金额的倍数或百分数设置倍比罚金刑,或者以犯罪地人均收入、行业平均工资或其他有参考价值的指标乘一定的年限来设置罚金刑。

五、结语

诚如休谟所言,“正义是人类心灵的某些性质和外在对对象的情境结合而产生的某种不便的补救”^⑦。对公平正义的永恒追求是刑事立法活动的内在动因,推动立法者主动将危害行为纳入犯罪圈,在刑法上对之予以否定性评价。盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为单独成罪,既是基于积极主义刑法观的合乎逻辑的选择,又是对既

有罪名难以涵摄该行为之现实困境的适度反应,可以为今后准确处理此类行为提供明确的刑法对照。^⑫《刑法修正案(十一)》积极回应民意关切,以《刑法》第280条之二将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得资格或待遇的行为入刑,值得充分肯定。至于本文指出该条款存在的技术性问题,如保护法益需扩大、法定刑有待提高、罚金刑宜明确等,皆是对该条款投以肯定性目光后的进一步审视,并非意在推翻该行为独立成罪的必要性与合理性。

注释

①参见白建军:《犯罪圈与刑法修正的结构控制》,《中国法学》2017年第5期。②参见罗燕:《冒名顶替上学,该当何罪?》,《民生周刊》2020年第14期。③参见袁文峰:《受教育权的宪法条款援引、内涵及救济路径——基于齐玉苓案与罗彩霞案的分析》,《政治与法律》2015年第4期。④参见《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》。有关司法解释自该决定公布之日起不再适用。⑤参见王亦君:《多名全国人大常委会委员建议:增设“冒名顶替上学作弊罪” 维护社会底线公平》,《中国青年报》2020年7月3日。⑥参见林东茂:《道冲不盈——兼谈法律本质》,《刑事法评论》2009年第1期。⑦参见陈长均:《善是刑法解释的最高理念——〈一个知识论上的刑法学思考〉读后断想》,《刑事法评论》2013年第14期。⑧参见郑晓剑:《侵权损害赔偿效果的弹性化构造》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2019年第4期。⑨参见谢宇:《论宪法司法化理论与制度生命力的重塑——齐玉苓案批复废止十周年的反思》,《政治与法律》2018年第7期。⑩参见侯艳芳:《冒名顶替上学问题的刑法回应》,《新疆师范大学学报》(哲学社会科学版)2020年第10期。⑪参见[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》,陈璇译,中国人民大学出版社,2015年,第1页。⑫参见陈兴良:《刑法行为论的体系性构造》,《中山大学法律评论》2010年第8期。⑬参见舒圣祥:《“冒名顶替”入刑敲响法律警钟》,《人民法院报》2020年10月20日。⑭彭文华:《人工

智能的刑法规制》,《现代法学》2019年第5期。⑮[奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》(二),叶名怡、袁震译,九州出版社,2007年,第374页。⑯习近平:《坚持、完善和发展中国特色社会主义国家制度与法律制度》,《求是》2019年第23期。⑰参见[美]保罗·H.罗宾逊:《民意与刑法:社会观念在定罪量刑实践中的合理定位》,谢杰、祖琼译,《中国刑事法杂志》2017年第1期。⑱参见李春明、王重国:《我国优秀传统法律文化对法治价值实现的支持作用及路径》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2014年第4期。⑲参见张建伟:《清代科举复试制度探析——兼论对硕士研究生招生考试复试的启示》,《大学教育科学》2008年第6期。⑳参见陈慧:《台湾高等教育品质保证政策研究》,广州大学硕士学位论文,2005年,第32页。㉑例如,《西游记》记载,唐僧的父亲在上任途中被船夫杀害,船夫冒其名赴任;案发后,一干人犯被绑缚刑场枭首示众,船夫更是被活剐千刀、摘心取肝。(参见吴承恩:《西游记》,李天飞校注,中华书局,2014年,第43页。)这虽是小说中的陈述,但从一个侧面反映了我国古代对冒名顶替行为予以严惩的现实。㉒关于立法者的本意,可结合《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国刑法修正案(十一)〉修改情况的汇报》之内容探究。该汇报中指出:“一些常委会组成人员、部门、地方和社会公众提出,社会上发生的冒名顶替上大学等事件,严重损害他人利益,破坏教育公平和社会公平底线,应当专门规定为犯罪。宪法和法律委员会经研究,将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇的行为规定为犯罪,同时规定组织、指使他人实施的,从重处罚。”㉓参见潘志贤:《冒名顶替者为安徽太和人 在当地另有户籍》,《中国青年报》2019年12月6日。㉔参见蔡桂生:《韦尔策尔犯罪阶层体系研究》,《环球法律评论》2010年第3期。㉕喻中:《哈耶克的法治思想——立足于经济视角的论述》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2016年第6期。㉖参见马琳娜、张明新:《基于刑法修正案罚金刑适用的实证分析》,《南京社会科学》2020年第2期。㉗参见[英]大卫·休谟:《休谟政治论文选》,张若衡译,商务印书馆,1993年,第41页。㉘参见张明楷:《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期。

责任编辑:邓林

Comments and Suggestions on the Criminal Regulation of Embezzling or Fraudulently Using the Identity Others

—From the Perspective of Article 32 of the Criminal Law Amendment (11)

Yin Jianfeng

Yuan Fang

Abstract: Article 32 of the Criminal Law Amendment (11) makes the act of embezzling or fraudulently using another person's identity to obtain a specific qualification or treatment a separate crime, aiming to protect the individual legal interests of citizens, such as the right to education, the right to identity, the right to name, and the social legal interests of citizens, including education equity and social equity. Criminal regulation of embezzlement and fraudulent use of the identity of others can highlight the value of independent legal interest protection, which is not contradictory with the modest principle of criminal law. It is not only a logical choice based on the activist concept of criminal law, but also a moderate response to the actual dilemma that the existing crimes can not cover the behavior. However, it is necessary to further expand the protection of legal interests, adjust the range of legal punishment, and moderately increase the maximum legal punishment.

Key words: take another's place by counterfeiting; identity; the Criminal Law Amendment (11); legal interest; statutory penalty