

现代刑法问题新思考 第③卷

赵秉志 著

罪刑各论问题

本书面向刑事司法实务，运用理论联系实际的研究方法，详细论述了我国刑法分则领域类型较新、常见多发、情况复杂、问题疑难的具体犯罪的罪刑问题。

Issues on the Specific Principles
of Crime and Punishment



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D924.04
Z299-9

现代刑法问题新思考 第③卷

罪刑各论问题

赵秉志 著

Issues on the Specific Principles
of Crime and Punishment



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罪刑各论问题/赵秉志著. —北京:北京大学出版社,2010.1
(现代刑法问题新思考丛书)

ISBN 978-7-301-16418-1

I. 罪… II. 赵… III. 刑罚—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 227294 号

书 名: 罪刑各论问题

著作责任者: 赵秉志 著

责任编辑: 王建君

标准书号: ISBN 978-7-301-16418-1/D · 2510

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 44 印张 746 千字

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 69.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

现代社会是法治社会,刑事法治是现代法治的重要组成部分。现代刑事法治问题与社会发展和时代变迁息息相关。因而刑法学者关于刑法问题的思考和探索也应当坚持不懈、与时俱进。而撰著发表论文正是及时关注和研讨层出不穷的刑法理论与实务问题的恰当方式之一,一定时期论文的积累整理与结集出版又可以反映和检视研究者学术研究的轨迹。有鉴于此,在1996—1997年中国法制出版社出版我的五本文集《刑法研究系列》(选入我1996年以前十多年间的刑法论文)及2004年法律出版社出版我的四卷文集《赵秉志刑法学文集》(选入我1997—2002年六年间的刑法论文)的基础上,此次我又将自己于2003—2008年这六年间发表的刑法论文经认真筛选整理再成书四卷,作为以前问世的本人刑法学文集的续编,以《现代刑法问题新思考》为总题目,交由北京大学出版社出版。

这套四卷文集的第一卷为《刑法基本问题》,计七编24篇论文,分别论及了刑事法治、刑事政策、刑法机能、刑法哲学、刑法解释和国际公约的国内立法接轨等刑法基础领域的若干重要问题;第二卷为《罪刑总论问题》,计两编29篇论文,分别研究了犯罪总论和刑罚总论领域的诸多理论与实务问题;第三卷为《罪刑各论问题》,计五编34篇论文,分别探讨了经济犯罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂罪等方面的多种较新类型、常见多发、情况复杂、问题疑难的具体犯罪的罪刑问题;第四卷为《外向刑法问题》,计三编24篇论文,分别研讨了比较刑法、国际刑法和中国区际刑法领域的若干问题。第四卷后附有我2003—2008年间出版、发表论著的目录。这四卷文集的选编秉持本人以往文集选编的基本做法,仍以保持原文的观点和基本内容为原则,主要是进行技术性、规范性的编辑整理,并在文中注明原载报刊和合作者等情况(在此本人要向论文合作者衷心致谢)。

本文集编成后浏览思考之,我认为这四卷文集既是我于2003—2008年间学术历程的主要写照,也大体上反映了本人在学术研究中一贯推崇并着力

坚持和追求的四点学术风格：

一是关注法治现实问题。法学研究关注法治现实才有生命力,才有实际意义;法治现实不仅是当下法治的实际存在,而且是今后法治发展完善的基础;法治现实也是社会现状的反映,是社会发展所依赖的一个重要条件。我认为,关注刑事法治的现实问题不仅应当是刑法学者的正确学风,而且也是刑法学者的责任所在。刑法学者尤其不应忽视刑事法治的重大现实问题。我曾提出:“是否关注重大现实法治问题,乃是衡量法律学人的社会责任感和学术良知的重要标志。刑事法治是现代法治的重要方面,其保护利益的广泛性、重要性和对违法制裁的特殊严厉性,决定了刑事法治领域的重大现实问题往往事关国家文明、社会进步和公民基本权益,因而尤应为刑法学者所关注。”^①因此,我的学术研究力图贴近法治现实,关注刑事法治的现实问题尤其是重大现实问题。

二是重视法治改革和法学前沿问题。改革是我国当代社会的主旋律,改革也应当是我国法治与法学繁荣发展的最强音,而法治改革往往需要法学前沿课题的开拓与伴随。本文集中有关刑法立法改革、宽严相济的基本刑事政策、刑法哲学、刑罚制度改革、死刑限制与逐步废止、劳动教养制度改革、社区矫正立法、网络犯罪治理等课题的研究,都可以说是本人关注刑事法治改革和刑法学前沿问题的一些努力。

三是强调理论联系实际。在1996—1997年间出版的我的第一套个人文集的自序中,我曾对刑法学研究中的理论联系实际之学风作过初步的思考和归纳,写下这样一段文字:“我认为,刑法学研究中的理论联系实际,有其丰富而合理的内涵,值得努力挖掘和大力弘扬。择其要者,至少应当正确地把握以下三对关系:第一,刑法实务与刑法理论……第二,法治现实与法治发展……第三,刑法实践与社会实践……”^②我认为,在社会科学研究领域,尤其是在刑法学等应用法学研究领域,理论联系实际事关学术研究的方向、道路和方法,具有特别重要的意义。在多年来的学术研究中,我一贯以此自律自勉,也以此引导和要求研究生。本文集中的多篇专论努力贯彻了理论联系实际。

四是注意心态开放暨视野开阔。我们正处在一个全球化的时代,开放的心态及全球化的视野是促使我国社会各项事业与国际先进水平看齐和同步发展的必要条件,我国的刑法学研究事业亦然。注意结合中国国情及其发展

^① 赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第801页。

^② 赵秉志:《刑法总论问题研究》(刑法研究系列之一),中国法制出版社1996年版,序言第2、3页。

需要研究借鉴国际社会先进的刑事法治经验和刑法理念,无疑会有益于我国刑事法治的进步和刑法学理论的繁荣发展。本人多年来一直注意关注、参与比较刑法、国际刑法和中国区际刑法等外向型刑法问题的研究,本文集中仍有此方面的多篇论文。愿此次四卷文集的问世有助于自己的学术回顾、反思、改进和奋力前行,也衷心希望借此有助于学界师长、同仁和读者朋友们的切磋指正。

这四卷文集是我在2003—2008年这六年间所发表的刑法论文的选集,其间发生了我个人人生和事业上的重大变迁:为谋求学术机构体制的创新并以此带来学术事业更大的发展平台和空间,2005年8月,在年近五旬之际,我毅然选择离开学习、研究和工作26载并有深厚社会科学实力和超强法学地位的中国人民大学暨人大法学院,与数位志同道合的同仁加盟虽为综合实力雄厚的百年名校但法学基础却异常薄弱的北京师范大学,开始了新的创业跋涉。当时法学界、法律界的广大师长、同仁,以及我们学术团队的亲朋好友,在理解和支持我们的事业追求的同时,对于我们开拓事业的艰辛以及事业发展能否顺利成功的前景,也有令人感动的关心乃至担心。肩负北京师范大学校领导排除各种干扰坚决引进我们学术团队的决心和热切期望,面对法学界、法律界对我们发展事业的广泛支持,我深感责任重大,深知“开弓没有回头箭”的道理,并坚信我们的事业追求必定成功。

四年来,我们相继创建了刑事法学领域全国首家具有独立性、实体性、综合性的高层次人才培养单位和学术研究单位北京师范大学刑事法律科学研究院,在北京师范大学原法律系的基础上建立了北京师范大学法学院,刑科院与法学院彼此独立又相互协作、取长补短、优势互补,初步实现了高校法学学科体制上的创新和发展;北京师范大学法学两院尤其是刑科院以体制创新为基础,在团队构建、学科建设、学术研究、人才培养、学术交流、参与和服务国家法治建设诸方面都取得了令人瞩目的高起点、高水准、高速度的发展。

尽管四年的跨越式发展只能算是一个良好的开局,我们今后学术事业的发展还会有很长的路要走,还会面临很多挑战与困难,但毕竟“万事开头难”,“好的开端就是成功的一半”,我们对未来学术事业的发展前景充满了信心。近四年来,在领导北京师范大学法学两院事业发展的同时,我也始终牢记着学术研究乃是学者立身之本这一硬道理,坚持不懈地进行着刑法学的学术研究。

本文集大体上记载了这一特殊时期我在学术研究方面的脚步。行文至此,我不由得想到,我们学术团队试图开拓我国刑事法学研究的新局面、大格局的事业探索获得初步成功并前景辉煌,对此会感到由衷喜悦的恐怕要首推

我们年逾八旬的恩师高铭暄教授了。因为我们的探索寄托着恩师高铭暄教授等老一辈刑法学者的事业厚望和梦想。因此,我要把这套文集首先献给恩师高铭暄教授、马克昌教授等坚定而热诚地支持我们学术事业的老一辈刑法学家,献给北京师范大学法学两院尤其是刑科院的学术事业,同时也献给我国的刑事法治建设和刑法学研究事业。

最后,要特别感谢我的挚友,在北京大学出版社任职的蒋浩同仁。他在法律出版社任社长助理和学术分社社长期间,曾给我所领导的刑法学术团队出过很多书,也曾编辑出版过我的四卷本的《赵秉志刑法学文集》;与我们加盟北京师范大学差不多的时间,他也离开法律出版社而加盟北京大学出版社,此后四年来他也处在艰辛的创业时期,但基于多年的学术友谊和他对我们学术事业追求的理解与赞同,蒋浩同仁几年来对我们北京师范大学刑科院的支持可以说是不遗余力,为我们编辑出版了一系列学术书籍,我这套文集的编辑出版也正是他关心、支持的结果。对于蒋浩同仁的友谊和支持我心存感激;对于北京大学出版社有关领导的鼎力支持以及该社第五事业部担任本书责任编辑的陈晓洁、孟瑶、侯春杰、王建君等编辑同仁认真细致且颇具专业眼光的编审工作我深表谢意。北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生彭新林、周国良、钱小平和硕士研究生林燕、杨清惠、买园园、宋瑞勇、刘雷、杨光、仇芳芳、林少波、王君、鲁冠南、刘玉峰、陈志娟、徐啸宇、陈晨同学协助参与本文集的资料收集、整理和校对等编务工作,刑科院讲师蒋娜博士帮助翻译文集的英文目录,在此一并致谢。

赵秉志

2009年8月于北京师范大学
刑事法律科学研究院

目 录

I 经济犯罪

1. 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪司法疑难问题研讨	3
2. 我国刑法中走私犯罪的特征及其惩治	18
3. 论商业贿赂的认定及处理	34
4. 商业行贿犯罪中“谋取不正当利益”的认定与修改	45
5. 国际社会惩治商业贿赂犯罪的立法经验及借鉴	50
6. 妨害公司企业管理秩序犯罪立法完善研究	62
7. 非法吸收公众存款罪探讨	98
8. 中国侵犯知识产权违法犯罪的现状、原因及对策思考	109
9. 侵犯注册商标权犯罪问题研究	123
10. 侵犯著作权犯罪立法完善研究	147
11. 侵犯商业秘密罪中“给权利人造成重大损失”之认定 ——对一起侵犯商业秘密案之探讨	175
12. 论合同诈骗罪的本质及其界限问题 ——以陈斌“合同诈骗”案为切入	188

II 侵犯公民人身权利罪

13. 试论奸淫幼女型强奸罪的“明知”与“自愿”问题 ——最高人民法院《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自 愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》的理解与适用 ...	211
---	-----

14. 对严格责任制度的考察	
——兼论奸淫幼女罪的“明知”问题·····	222
15. 非法拘禁罪行为构造研析·····	251

III 侵犯财产罪

16. 关于许霆案件的法理问题思考·····	263
17. 刑事裁判不确定性现象解读	
——以许霆案为分析视角·····	304
18. 侵犯虚拟财产的刑法规制研究·····	332

IV 妨害社会管理秩序罪

19. 试论网络犯罪若干基本问题·····	351
20. 中国《反洗钱法(草案)》简要解读·····	399
21. 突发公共卫生事件相关犯罪刑法适用研究	
——以“非典”事件及相关司法解释为中心·····	407
22. 试论非法行医罪的立法完善	
——以非法鉴定胎儿性别和人工终止妊娠行为为视角·····	466
23. 非法行医罪主观要件的认定	
——以章俊理等非法行医案为例·····	479
24. 非法鉴定胎儿性别与人工终止妊娠行为犯罪化研究·····	501
25. 黑社会性质犯罪司法疑难问题研究·····	523
26. 论中国遏制恐怖活动犯罪的法治对策·····	543
27. 恐怖组织认定模式之研究·····	560
28. 我国反恐恐怖主义立法完善研讨·····	571
29. 中国惩治恐怖主义犯罪的刑事司法对策·····	583
30. 我国惩治恐怖活动犯罪的刑法立法经验考察·····	595

V 贪污贿赂罪

31. “寻租型”职务犯罪的衍生机理和控制对策·····	609
32. 关于贪污犯罪司法疑难问题的对话·····	625
33. 龚建平受贿案法理研究·····	636
34. “情人型”暨“家庭型”共同受贿研究 ——以成克杰受贿案为视角·····	671
Contents ·····	685

I

经济犯罪

1. 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪 司法疑难问题研讨*

目次

- 一、前言/4
- 二、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的对象问题/4
 - (一)对作为本罪前提之罪的生产、销售伪劣商品犯罪行为的理解/4
 - (二)“生产、销售伪劣商品犯罪行为”的范围/6
 - (三)生产、销售伪劣商品犯罪行为与一般违法行为的界限/7
- 三、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的客观要件/8
 - (一)关于“徇私舞弊”/8
 - (二)关于“不履行法律规定的追究职责”/9
 - (三)关于“情节严重”/11
- 四、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的犯罪主体/12
 - (一)观点争议/12
 - (二)笔者评析/12
- 五、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的犯罪形态/13
 - (一)放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的罪数问题/13
 - (二)放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的共犯问题/14
- 六、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪与其他罪的界限/15
 - (一)本罪与滥用职权罪的界限/15
 - (二)本罪与徇私枉法罪的界限/15
 - (三)本罪与徇私舞弊不移交刑事案件罪的界限/16
 - (四)本罪与窝藏、包庇罪的界限/17

* 与许成磊合著,原载《刑事法判解研究》2003年第1辑。

一、前言

近年来,市场经济秩序混乱,假冒伪劣商品盛行,个中原因很多,而对制售伪劣商品犯罪行为负有追究职责的国家机关工作人员徇私舞弊,故意放纵制售伪劣商品犯罪行为的渎职行为则对之起了推波助澜的作用。因而,为更有力地打击各种制售伪劣商品犯罪行为,必须依法严厉惩治放纵制售伪劣商品犯罪行为的渎职行为。我国《刑法》第414条为惩治这种渎职犯罪提供了明确的法律依据。司法实践中要把握立法精神,正确认定该罪,应当注意研究一些复杂疑难的问题。

二、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的对象问题

本罪的对象是生产、销售伪劣商品的犯罪行为。如果是生产、销售伪劣商品的一般违法行为,行为人不履行追究职责的,不构成该罪。也就是说,构成该罪的前提是违法行为必须达到犯罪的程度。因而如何正确理解与判定生产、销售伪劣商品的犯罪行为,对于认定本罪具有至关重要的意义。

(一)对作为本罪前提之罪的生产、销售伪劣商品犯罪行为的理解

如何判断这一前提罪是否构成犯罪,学界存在不同的观点。有人认为,对于这种法律要求原案有罪(即前提罪)的问题,原案不需构成犯罪,也可以成立徇私舞弊的渎职犯罪。理由主要是:徇私舞弊的渎职犯罪,侵犯的客体是国家执法、司法机关的正常活动,妨害了国家法律的统一实施,原案不构成犯罪的情况下,如果执法、司法人员徇私舞弊,同样侵犯了国家执法、司法机关的正常活动。^①这种理解显然有违立法精神,也不符合罪刑法定原则。刑法明确要求该罪的原案是生产、销售伪劣商品的犯罪行为,如果将一般的违法行为也包括在内,则明显扩大了该罪的处罚范围。同时,通过与《刑法》第411条规定的放纵走私罪的罪状相比较可以看出,在放纵走私罪中,法条明确规定原案属于走私行为,至于这种走私行为是一般的违法行为还是构成走私犯罪的行为,在所不问。很显然,就原案所涵括的行为的违法程度而言,放纵走私罪的原案外延要大于放纵制售伪劣商品罪的原案。因而从法条的内

^① 参见杨进、董瑞森:《徇私舞弊犯罪案件原案问题之探讨》,载《人民检察》2001年第1期。

部协调性出发,也可以看出本罪的原案必须是犯罪行为。

那么,如何判断这种行为是否属于犯罪行为呢?对此学界有一种观点主张,根据我国《刑事诉讼法》第12条的规定,未经人民法院判决,对任何人都不得确定有罪。既然刑法确定放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的前提是生产、销售伪劣商品行为构成犯罪,就应当认为本罪的前提罪即原案业已经过人民法院的生效判决确定行为人构成犯罪。也就是说,只有人民法院对原案进行审理并作出生效的有罪判决之后,人民检察院才能够立案侦查国家机关工作人员放纵制售伪劣商品的犯罪行为,否则便违背了刑事诉讼法中的无罪推定精神。

笔者认为这种理解是片面的、机械的,其弊端也是显然的:首先,并非任何原案都能得到判决。根据生产、销售伪劣商品犯罪和本罪的法定刑,有些生产、销售伪劣商品犯罪案件的追诉时效为5年,而本罪的追诉时效为10年。这样,有些生产、销售伪劣商品的犯罪行为因超过追诉时效而导致刑罚消灭,不再追诉,这类案件自然不会经过法院有罪判决。如果因为原案没有经过有罪判决而否认行为人放纵制售伪劣商品犯罪行为的成立,在本罪尚未超过法定追诉时效期限的情况下,就显然放纵了犯罪分子。其次,容易造成刑法本条规定的虚置现象,有违立法本意。一方面,实施本罪前提罪的行为人已被司法人员、行政执法人员放纵而有可能在逃,前提罪不能及时予以认定,从而使得本罪案件得以久拖不决,甚至不了了之而放纵了徇私舞弊的公职人员;另一方面,在1996年《刑事诉讼法》修改之前,检察机关还可以对自己认为需要直接受理的案件直接进行侦查,从而可以使原案得以及时处理,进而保证本案的顺利查处,但1996年修订后的《刑事诉讼法》取消了检察机关的这一权力。原案和本案的侦查权并不属于同一机关,就本罪而言,原案由公安机关管辖,而本案则由检察机关管辖。由于有权管辖前提罪的机关许多情况下就是放纵这一犯罪的单位及其工作人员,追究前提罪,实际上是为追究本单位或者本单位的工作人员徇私舞弊行为提供便利条件和依据,这无疑是把“自己人推入火坑”,因而办案机关一般不会积极查办,借故推脱,而检察机关又无权对原案展开侦查,最终影响本案的查处。因此不少学者建议前提罪的认定以“有证据证明有犯罪事实”为标准,并建议对前提罪一并由检察机关侦查。^①笔者认为这一主张是有道理的。

类似放纵制售伪劣商品犯罪行为罪存在的这种“前提罪与本罪”关系的情况,在我国刑法中尚有多处体现。除了渎职罪中的徇私舞弊不移交刑事案

^① 参见刘海斌:《查办徇私舞弊罪的法律难点》,载《人民检察》1998年第5期;李永君:《徇私舞弊罪若干争议问题探讨》,载《河北法学》2000年第3期。

件罪、放纵走私罪(在走私行为构成犯罪的情况下)、帮助犯罪分子逃避处罚罪等罪外,我国刑法规定的窝藏、包庇罪和洗钱罪等也存在这种情况。笔者认为,这种在前提罪中的“犯罪行为”、“有罪的人”、“犯罪的人”等规定中对犯罪性质的判断,是以行为时的一般观念为标准,根据法律和事实所作出的判断,是完全从实体角度作出的实质判断,而并非《刑事诉讼法》第12条意义上的犯罪的人或者有罪的人,因而不能将此两者在同一意义上使用。当然,从科学的立法技术出发,刑事实体法与刑事程序法中的法律术语应当保持一致性,但有时因为用语的技术缺陷等原因而很难做到这一点。因此,我们不能望文生义或者基于上述存在的问题而批判刑法上述规定的不严谨性。正如刑法学者张明楷教授所指出的,如果将《刑法》第310条窝藏、包庇罪表述为“明知是犯罪的人或者可能是犯罪的人而……”则必然扩大处罚范围。^①同样的,如果将本罪表述为“对生产、销售伪劣商品犯罪行为或者可能是犯罪行为负有追究责任的国家机关工作人员……”也必然扩大本罪的处罚范围。

(二)“生产、销售伪劣商品犯罪行为”的范围

刑法学者们一般把这里的“生产、销售伪劣商品犯罪行为”解释为《刑法》第140条至第150条规定的9种具体的生产、销售伪劣商品犯罪行为。

但由于法条错综复杂的规定以及犯罪行为的牵连关系,有些事实上为生产、销售伪劣商品的犯罪行为在法律的最终评价上可能并不以生产、销售伪劣商品罪定性;也有的在社会公众看来属于侵犯商标权犯罪的行为,在法律的最终评价上则以生产、销售伪劣商品罪定性。从严厉打击制售假冒伪劣商品犯罪行为和放纵各种制售伪劣商品犯罪行为的立法精神出发,上述两种情形皆应属于这里的“生产、销售伪劣商品犯罪行为”。也就是说,“生产、销售伪劣商品犯罪行为”具体包括三种情形:(1)《刑法》第140条至第150条明确规定的9种生产、销售伪劣商品罪;(2)根据2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条的规定,实施生产、销售伪劣商品犯罪,同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。因而如果某种行为构成生产、销售伪劣商品罪,同时又构成侵犯知识产权罪(尤其是侵犯注册商标权犯罪)、非法经营罪等犯罪的,并最终以前罪生产、销售伪劣商品罪定性,则这种行为也属于这里的“生产、销售伪劣商品犯罪行为”;(3)有些事实上属于生产、销售伪劣商品犯罪的行为,同时又符合危害公共安全等犯罪的构成,并最终以前罪危害公共安全罪等犯罪定性的,这种行为

^① 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第252页。

也属于这里的“生产、销售伪劣商品犯罪行为”。

因此,为合理划定本罪的成立范围,有必要就生产、销售伪劣商品犯罪与其他具有密切关系的犯罪的法条选择适用问题进行具体分析。^①

(三) 生产、销售伪劣商品犯罪行为与一般违法行为的界限

前已指出,只有在实质上构成犯罪的生产、销售伪劣商品行为,才能作为放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的犯罪对象;如果是一般的违法行为,有关国家机关工作人员不履行追究职责,即使情节严重,也不构成该罪。在这里需要特别指出的是,有的学者认为,生产、销售伪劣商品罪尤其是生产、销售伪劣产品罪不存在犯罪的未完成形态,即该罪只有构成与否的问题,如果行为人没有实际的销售行为,就不构成犯罪。^②但也有学者对此持反对意见。^③这种分歧的存在,将会导致在伪劣商品的生产者、销售者已将伪劣商品生产出来但没有实际销售的情况下,国家机关工作人员不履行其追究职责是否构成该罪问题上的不同处理结果,故有必要对此问题加以明确。

生产、销售伪劣产品罪是否存在犯罪未遂形态?回答是肯定的。当然,由生产、销售伪劣产品罪的特点所决定,不能认为所有的仅生产而未及销售的行为或者销售者仅购进而未及销售的行为都构成犯罪从而认定为犯罪未遂,只有那些情节严重的才可以追究刑事责任。对此,《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条明确规定:伪劣产品尚未销售,货值金额达到刑法第140条规定的销售金额3倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。即在未遂的情况下,伪劣产品的货值金额必须达到15万元(5万元×3)以上的,才予以刑事追究。该解释既不否认生产、销售伪劣产品罪存在犯罪的未完成形态,出于刑事政策的考虑,又从犯罪数额的标准上对立案标准作了限定,其思路是可取的,但其确定的“3倍”标准,是否具有充足的实证依据,则不无疑问。此外,刑法规定的其他8种生产、销售伪劣商品犯罪是否存在犯罪的未完成形态,也可依上述思路加以分析。只不过这8种犯罪由于主观罪过的不同,其是否存在犯罪未完成形态也各具其特殊之处。笔者认为,其余的8种犯罪中,生产、销售有毒、有害食品罪只能由直接故意构成,从而存在成立犯罪未完成形态的余地,而其他

① 关于这一问题,笔者曾撰文作详细地分析,具体参见赵秉志、许成磊:《生产、销售伪劣商品罪若干疑难问题研究》,载最高人民检察院法律政策研究室编:《法律应用研究》2001年第2期。

② 参见张明楷:《刑法第140条“销售金额”的展开》,载《清华法律评论》第2辑,第176页以下。

③ 参见曲新久:《生产、销售伪劣产品罪的既遂、未遂与预备形态》,载《人民检察》1998年第10期。