

“基本犯罪构成”与 “犯罪成立”关系疏议

屈学武*

法学专论

正确理解刑法分则罪状与犯罪成立的关系，实则牵涉到刑法学界长期争议的分则“犯罪构成”与“犯罪成立”的关系问题。对此，有的学者主张，刑法分则个罪罪状中，有关犯罪构成的数额规定、结果规定等，都是关系到特定犯罪成立与否的特别规范。笔者认为，从广义上看，这一结论似乎并无不妥。但从严格意义看，这一结论分析不免失诸笼统。因为，在罪过形式为“故意”的数额犯、结果犯的场合，犯罪的“成立”其实可以表现为下述几种模式，即：① 犯罪成立（既遂）；② 犯罪成立（未遂）；③ 犯罪成立（预备）。反过来，也就是说，一项行为即便尚处于“犯罪”未遂、“犯罪”预备形态，该行为仍属“成立”犯罪而非不构成犯罪。因而，严格意义看，简单地将故意犯罪中的数额犯、结果犯规定等同于犯罪“成立”的标志，实则是混淆了犯罪成立与犯罪既遂的界限。这是因为，中国刑法学界所认可的通说一般认为，刑法分则罪状乃是以特定单独犯罪的“既遂状态”作为其特定个罪的“基本的犯罪构成”的（鉴于过失犯罪根本不发生既遂与未遂问题，因而这显然是相对于故意犯罪而言）。而刑法总则中有关犯罪未遂、犯罪预备、共同犯罪中的组织犯、教唆犯、帮助犯等规范，乃属刑法分则之“基本犯罪构成”规定性的“修正的犯罪构成”。有鉴于此，在考量每一故意犯罪时，应当注意，当其主客观要素完全符合刑法分则规定的“基本的犯罪构成”时，行为应成立该罪既遂。而行为或其后果虽然不尽符合分则规定的“基本犯罪构成”，但与总则有关“犯罪未遂”等“修正的犯罪构成”要件相符时，行为仍然“成立”犯罪，只不过其犯罪形态应属未遂、预备等未完成形态而已。惟其如此，刑法总则有关犯罪未遂等修正性犯罪构成规定，才具有其指导和修正分则犯罪构成的实际意义。否则，总则关于犯罪构成的规定将形同空文。

还有学者认为，故意犯罪中的结果犯、数额犯规

定可分两种情况：有的可能发生犯罪未遂问题；有的则完全不发生犯罪未遂，尽管刑法将其规定为结果犯。理由是，对某些犯罪性质本身并不严重的故意犯罪，即便其属结果犯，也因其犯罪性质本身并不严重，社会危害性不大而勿须追究其犯罪未遂形态，因而此类犯罪实际上不发生“犯罪未遂”问题。例如故意杀人、故意重伤等属于犯罪性质严重的结果犯，刑法认可其存在犯罪未遂形态；而对故意轻伤害罪，由于其犯罪性质本身较轻，因而在实践中，即便有人欲图轻伤害他人未遂，刑法也没有必要追究此类行为人的“犯罪未遂”的刑事责任。据此，对于诸如此类的社会危害性相对一般的结果犯罪，刑法完全可以从法律评价上否认其存在犯罪未遂的可能。这样一来，在此类论者那里，此类结果犯就与行为犯完全一样了：都不发生犯罪未遂问题——即便某行为人确曾基于直接故意实施了某项犯罪行为，只是由于意志以外的原因而未逞其“结果”。对此观点，笔者认为值得商榷。在此，异议的焦点并不在故意轻伤罪本身是否发生犯罪未遂问题，而在问题的“视点”该当聚焦于何处？笔者的看法是：此一问题，其实不是犯罪成立的“模式”问题，而是犯罪“成立”与“未遂”的问题。申言之，犯罪未遂虽然确属犯罪成立模式之一，但它究竟还是“成立”犯罪的。而故意轻伤害“未遂”之所以可以不予追究，不是其已经成立犯罪了而不予追究，而是当其故意轻伤害未遂时，就认为其符合刑法第十三条规定“但书规定”条件，即属“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”因而，这里的轻伤害未遂，严格看应为轻伤害“行为”未遂而非轻伤害“犯罪”未遂。

由此可见，现行刑法分则规定的任何一项有关个罪的“基本的犯罪构成”，既要受制于刑法总则有关“修正的犯罪构成”的调节，又要受制于刑法总则第十三条“犯罪定义”及其“但书规定”的调节。有鉴于此，如其“情节显著轻微危害不大”时，其法律后

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

果其实不是一桩犯罪“成立”的模式是既遂还是未遂的问题，而是行为根本“不成立”犯罪的问题。这一点，大约也是我国“两高”，即最高人民法院、最高人民检察院时常就一些分则法定的“行为犯”（刑法分则上其实对其既无结果、又无数额或情节要求）作出确定的“数额”、“结果”规定的原由之一。例如刑法第一百七十条规定了伪造货币罪，按照该相关条文的规定，本罪本是行为犯：有行为即成立犯罪既遂，无任何实害结果要求，更无伪造货币的“数额”、“数量”等要求。然而，显而易见的是，即便是刑法分则规定的“行为犯”，也须符合刑法总则的犯罪定义规定。否则，当其行为确属刑法第十三条的“但书规定”，即其确属“情节显著轻微危害不大”时，仍然不能“成立”犯罪。惟其如此，司法机关才需就此作出有关“起刑点”的伪造货币的“数额”与“数量”的解释。可见，此一解释，实则是在对行为犯之行为是否符合刑法第十三条的“犯罪行为”之“起限”（俗称“起刑点”）作出有权解释，而非对行为是否达致特定“后果”作出解释。

澄清了此一问题之后，或可对某些属于结果犯规定的分则的“基本犯罪构成”作一实例分析，以利准确把握分则的结果犯规定与犯罪成立、犯罪既遂的关系。刑法第二百一十九条规定：“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金……”由此规定可见，刑法本条规定的侵犯商业秘密罪属于“结果犯”规定。鉴于其最低法定刑仅为罚金，可见本罪确属可划归于犯罪性质较为一般的犯罪。那么，据此是否应当确认其根本不发生犯罪未遂问题呢？笔者认为，这里问题的关键在于：如何评价刑法本条规定的“给商业秘密的权利人造成重大损失”的规定？换句话说，此一特定“结果”规定，究竟属于犯罪“成立”要件，还是犯罪“既遂”要件？上文中已经述及，对于主观罪过形式为“直接故意”的结果犯而言，其“犯罪成立”包括犯罪成立（既遂）、犯罪成立（未遂）、犯罪成立（预备）三种范式。一般而言，刑法分则罪状乃是以特定单独犯罪的“既遂状态”作为其特定个罪的“基本的犯罪构成”的。既然如此，刑法第二百一十九条的“特定结果”理当属于犯罪成立既遂的要件。因而准确地说，本条特定的“给商业秘密的权利人造成重大损失”的结果应为构成本罪“既遂”的要件，而非本罪“成立”

要件。因为，如上所述，就本罪（包括其他直接故意犯罪）而言，犯罪“成立”除既遂外，还包括犯罪未遂与预备，而后二者恰恰没有特定的犯罪“后果”要求。这样，行为即便不符合本罪的“结果”要件，但只要其符合刑法本条其他构成要件，同时符合刑法总则有关犯罪未遂的“修正的犯罪构成”规定时，行为仍可“成立”本罪（未遂）。

笔者所以作出上述分析，是因为实践中，的确时常发生如下情况：行为人确曾实施了“盗窃”有关权利人的重大商业秘密的行为，且其所盗商业秘密有可能价值数百万甚至上千万元，但因其意志以外的原因，该窃密行为未及造成商业秘密权利人的有形损失即已发案，此时，按照“结果”要求为本罪“成立”要件的观点，行为显然因其缺失上述法定结果而不能“成立”本罪；而按照笔者所主张的此类“结果”仅仅是成立犯罪“既遂”要件的主张，显然，行为虽不能成立本罪既遂，却可“成立”本罪未遂。当然，就本罪而言，仅仅实施了上述盗窃商业秘密的行为，是否属于“未导致”权利人重大损失的行为，学界也是有争议的。有学者认为，商业秘密一经泄漏，就构成了对权利人的无形损失。而对此无形损失大小的衡量，或可根据其商业秘密独家实施许可的受让费的多少来衡定。但是，这显然是另一问题。因为这样一来，讨论问题的前提不再是“没有”导致特定的危害后果，而是已经产生特定危害后果的前提下，如何衡定后果的大小问题。而笔者并无意讨论该一衡定后果的“有无”与“大小”的标准或方法问题，而是想就犯罪性质较为一般的故意犯中的“结果犯”、“数额犯”等是否完全不发生犯罪未遂问题作出阐释，藉以厘正有关刑法分则基本的犯罪构成与犯罪成立的关系。简言之，在故意犯罪中，刑法分则基本的犯罪构成与犯罪成立并非前后“等式”，倒是“基本的犯罪构成”之成立与“犯罪既遂”可谓前后等式关系。因而刑法分则中故意犯罪中特定“结果”的齐备，应是犯罪“既遂”的标志而非犯罪“成立”的标志。反言之，该一特定“结果”不齐备，未见得该犯罪就不“成立”，而是酌情可能被确认为犯罪成立（未遂）、犯罪成立（预备），等等。可见，就故意犯罪中的数额犯、结果犯而言，一般意义的犯罪“成立”标准原则上低于犯罪“既遂”标准。

法学专论

[编辑：柴春元]