

【指导案例】

王岳超等生产、销售有毒、有害食品案〔第715号〕

——生产、销售有毒、有害食品罪与相关罪名的辨析及办理生产、销售有毒、有害食品犯罪案件时对行为人主观“明知”的认定

危甫才组织、领导传销活动案〔第717号〕

——如何认定组织、领导传销活动罪

周娟等非法获取公民个人信息案〔第719号〕

——非法获取大量公民个人信息的行为，如何定罪量刑

王剑平等组织卖淫、耿劲松等协助组织卖淫案〔第722号〕

——如何认定组织卖淫罪的“情节严重”、“情节特别严重”以及协助组织卖淫罪的“情节严重”

【刑事立法、司法规范】

《中华人民共和国刑法修正案（八）》内容解读（节选）

《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉时间效力问题的解释》的理解与适用

《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（五）》的理解与适用

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人

刑事审判第一、二、三



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2011年第4集 • 总第81集

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院

刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2011年第4集:总第81集/最高人民法院刑事审判一至五庭主办. —北京:法律出版社, 2012

ISBN 978-7-5118-3001-2

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第279977号

©法律出版社·中国

责任编辑/聂颖

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/8 字数/188千

版本/2012年2月第1版

印次/2012年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3001-2

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2011年第4集·总第81集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：张 军

副 主 任：南 英 黄尔梅

委 员：（姓氏笔画为序）

马 岩	叶晓颖	吕广伦	朱和庆	李 勇
李睿懿	沈 亮	张 明	周 峰	杨万明
苗有水	高贵君	党建军	耿景仪	韩维中
裴显鼎	颜茂昆	薛淑兰	戴长林	

主 编：南 英

副 主 编：周 峰 裴显鼎 戴长林 杨万明 高贵君

执行编辑：冉 容 刘晓虎 陈 攀 陆建红 方文军

特邀编辑：

赵德云（北京）	贺平凡（上海）	李 伟（天津）
袁胜强（重庆）	史景山（黑龙江）	姜富权（吉林）
姜 阳（辽宁）	梁国裕（内蒙古）	张忻如（山西）
陈庆锐（河北）	张正智（山东）	吴远阔（安徽）
孙公幸（浙江）	楼建群（江西）	茅仲华（江苏）
王成全（福建）	程慎生（河南）	姚智明（湖北）
李宇先（湖南）	傅曜天（广东）	黄翰绅（海南）
张柚生（广西）	袁彩君（四川）	申庆国（云南）
张永成（贵州）	李勇强（陕西）	杨树宏（宁夏）
朱文忠（甘肃）	王新林（青海）	桑 布（西藏）
洪 流（新疆）	蒲硕棣（军事法院）	

编辑说明

《刑事审判参考》系最高人民法院刑事审判庭主办的业务指导和研究性刊物,自1999年4月创办以来,秉承立足实践、突出实用、重在指导、体现权威的编辑宗旨,在编辑委员会成员、作者和读者的共同努力下,密切联系刑事司法实践,为刑事司法人员提供了有针对性和权威性的业务指导和参考,受到刑事司法工作人员和刑事法律教学、研究人员的广泛肯认和欢迎。

《刑事审判参考》作为最高人民法院用以指导全国各级人民法院刑事审判工作的唯一刊物,由最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办,最高人民法院张军副院长担任编辑委员会主任,南英副院长和黄尔梅副院长担任副主任。南英副院长任主编,五个刑庭庭长任副主编。

2011年的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版六集,设有以下栏目:

【指导案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等方面具有研究价值的典型案例,详细阐明裁判理由,为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考。

【刑事立法、司法规范】最新的刑事法律、立法解释、司法解释和其他规范性刑事司法文件,并配发起草同志撰写的理解与适用文章,为司法实践中准确适用提供指南。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院院领导在刑事审判工作会议上的讲话、刑事审判工作会议讨论的问题等。

【审判实务释疑】最高人民法院刑事审判庭解答在刑事审判工作中具有普遍指导价值的法律适用问题。

【编辑部答疑】编辑部解答读者在刑事司法工作中遇到的疑难问题。

【学术前沿】摘要刊登近期刑事法学界各种刑事实务观点,及时跟踪学术信息,为刑事司法人员提供最新理论参考。

【经验交流】地方司法机关制定的刑事司法规范性文件及其背景说明;地方各级人民法院在刑事审判工作中对于某些问题的处理政策和意见等。

【实务探讨】针对刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,刊登相关学者与司法人员的研究文章,为刑事司法工作人员提供解决相关问题的思路。

【法规和规章】刊登与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规和部门规章。

【大案传真】刊登在社会上影响较大的案件的有关裁判文书,及时传递大要案、热点案件的审判信息。

【疑案争鸣】针对实践中发生的疑难案例,对其中争议问题进行分析,给读者提供参与交流探讨的平台,推动相关问题的深入研究。

【裁判文书评析】选择典型裁判文书进行评析,展现法官智慧,指出不足,促进裁判文书制作水平的不断提高。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【指导案例】

王岳超等生产、销售有毒、有害食品案[第715号]

——生产、销售有毒、有害食品罪与相关罪名的辨析及
办理生产、销售有毒、有害食品犯罪案件时对行为
人主观“明知”的认定…… 钱东君 褚玉兰 李晓杰(1)

杨永承合同诈骗案[第716号]

——以公司代理人的身份,通过骗取方式将收取的公
司货款据为己有,是构成诈骗罪、职务侵占罪还是
挪用资金罪…………… 周 艳(9)

危甫才组织、领导传销活动案[第717号]

——如何认定组织、领导传销活动罪
…………… 姚 辉 姜君伟(14)

张春亭故意杀人、盗窃案[第718号]

——交代司法机关尚未掌握的案发起因构成其他犯罪
的,是否属于自首…………… 曾广东 姜远亮(20)

周娟等非法获取公民个人信息案[第719号]

——非法获取大量公民个人信息的行为,如何定罪量
刑…………… 苏 琼 余 丹(26)

韩传记等抢劫案[第720号]

- 提供同案犯的藏匿地点,但对抓捕同案犯未起到
实质作用的,是否构成立功…………… 李晓光 任能能(33)

王文勇、陈清运输毒品案[第721号]

- 侦查人员出庭作证的范围和程序…………… 余 剑(41)

王剑平等组织卖淫、耿劲松等协助组织卖淫案[第722号]

- 如何认定组织卖淫罪的“情节严重”、“情节特别
严重”以及协助组织卖淫罪的“情节严重”
…………… 管延青 聂 庆(49)

杨勇传播淫秽物品牟利案[第723号]

- 淫秽电子信息实际被点击数和注册会员数如何认
定…………… 刘静坤(57)

朱永林受贿案[第724号]

- 如何认定以“合作投资房产”名义收受贿赂
…………… 陈克娥(65)

【刑事立法、司法规范】

全国人大常委会

- 中华人民共和国刑法修正案(八)…………… (72)

《中华人民共和国刑法修正案(八)》内容解读

- (节选)…………… 黄太云(84)

最高人民法院

关于《中华人民共和国刑法修正案(八)》时间效力

- 问题的解释…………… (118)

《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力

问题的解释》的理解与适用

- …………… 胡云腾 周加海 刘 涛(121)

最高人民法院 最高人民检察院

- 关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释 (130)
- 《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用 胡云腾 周加海 刘 涛 (134)
- 关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定(五) (150)
- 《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(五)》的理解与适用 胡云腾 周加海 刘 涛 (152)

【经验交流】

- 关于扩大广东省非监禁刑适用的调研报告
..... 广东省高级人民法院刑四庭调研课题组 (158)

【裁判文书评析】

- 李传军、梁贵、陶永利抢劫、故意杀人案
——广东省珠海市中级人民法院刑事附带民事判决书
..... (183)

【指导案例】

[第715号]

王岳超等生产、销售有毒、 有害食品案

——生产、销售有毒、有害食品罪与相关罪名的
辨析及办理生产、销售有毒、有害食品犯罪
案件时对行为人主观“明知”的认定

一、基本案情

公诉机关上海市奉贤区人民检察院。

上诉人(原审被告)王岳超,男,1963年12月19日出生,原系上海熊猫乳品有限公司法定代表人兼常务副总经理。因涉嫌犯生产、销售有毒、有害食品罪于2009年6月3日被逮捕。

上诉人(原审被告)洪旗德,男,1962年5月5日出生,原系上海熊猫乳品有限公司总经理。因涉嫌犯生产、销售有毒、有害食品罪于2009年6月3日被逮捕。

被告人陈德华,男,1951年7月25日出生,原系上海熊猫乳品有限公司副总经理。因涉嫌犯生产、销售有毒、有害食品罪于2009年6月3日被逮捕。

上海市奉贤区人民检察院指控,被告人王岳超、洪旗德、陈德华为减少公司的经济损失,明知退回的熊猫牌全脂甜炼乳中存在

三聚氰胺超标的情况,仍违反国家的相关规定,将上述退回的熊猫牌全脂甜炼乳采用按比例添加的方式重新回炉,用于生产各类规格的炼奶酱,其行为均构成生产、销售有毒、有害食品罪。并以被告人王岳超、洪旗德、陈德华犯生产、销售有毒、有害食品罪,向奉贤区人民法院提起公诉。

被告人王岳超、洪旗德辩称,其事先并不明知退回的熊猫牌全脂甜炼乳三聚氰胺含量超标。被告人王岳超、洪旗德、陈德华的辩护人均提出公诉机关指控三名被告人犯生产、销售有毒、有害食品罪的证据不充分。陈德华的辩护人另提出本案的罪名应是生产、销售不符合卫生标准的食品罪(《刑法修正案(八)》)颁布前罪名,下同)。

奉贤区人民法院经公开审理查明:

2008年10月,因受“三鹿事件”影响,熊猫乳品公司的销售客户福建晋江公司将1300余件熊猫牌特级和三级全脂甜炼乳退回熊猫乳品公司。被告人王岳超、洪旗德、陈德华为减少本公司的经济损失,在明知退回的熊猫牌全脂甜炼乳存在三聚氰胺超标的情况下,仍于2008年12月30日召开由三被告人和公司生产技术部负责人荣建琼、朱贵奏、潘兴娟参加的会议,决定将上述退回的熊猫牌全脂甜炼乳按比例添加回炉生产炼奶酱,并于2009年2月起批量生产。截至2009年4月23日案发,熊猫乳品公司采用上述方式生产的炼奶酱合计6520余罐,价值人民币(以下币种均为人民币)36万余元,其中已销售3280余罐,价值20余万元。

案发后,经上海出入境检验检疫局动植物与食品检验检疫技术中心、上海市质量监督检验技术研究院对福建晋江公司退回的熊猫牌全脂甜炼乳以及使用该甜炼乳回炉生产的炼奶酱进行抽样检测,所检产品三聚氰胺含量超标,其中最高值为34.1mg/kg(国家临时管理限量值为2.5mg/kg)。已销售的涉案炼奶酱召回率约94%。

奉贤区人民法院经审理认为,三名被告人明知三聚氰胺系有毒、有害的非食品原料,为减少公司的经济损失,仍将三聚氰胺含量超标的甜炼乳掺入原料用于生产炼奶酱,且部分产品已销售,其行为符合单位生产、销售有毒、有害食品犯罪的构成要件,被告人王岳超、洪旗德系单位犯罪中直接负责的主管人员,被告人陈德华系直接责任人员,依法均应追究刑事责任。公诉机关指控的罪名成立。依照刑法相关条款之规定,判决如下:

被告人王岳超犯生产、销售有毒、有害食品罪,判处有期徒刑五年,并处罚金人民币四十万元;被告人洪旗德犯生产、销售有毒、有害食品罪,判处有期徒刑四年六个月,并处罚金人民币三十万元;被告人陈德华犯生产、销售有毒、有害食品罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币二十万元;查获的三聚氰胺含量超标的熊猫牌甜炼乳及炼奶酱予以没收。

一审宣判以后,被告人王岳超、洪旗德均提出上诉。二审法院认为,上诉人王岳超、洪旗德承担单位犯罪直接负责的主管人员的刑事责任准确无误;原审三被告人严重背离了从业者的职业道德与行业规则,具有明显的主观故意,且王、洪犯罪的酌定量刑情节尚不足以成为二审对上诉人王岳超、洪旗德从轻处罚的理由。二审法院遂作出驳回王岳超、洪旗德的上诉,维持原判的裁定。

二、主要问题

1. 生产、销售有毒、有害食品罪与以危险方法危害公共安全罪,生产、销售不符合卫生标准的食品罪(《刑法修正案(八)》颁布前罪名),生产、销售伪劣产品罪如何区别认定?

2. 本案在公诉机关没有追诉犯罪单位的情况下,对个人如何处罚?

3. 生产、销售有毒、有害食品犯罪案件中,在被告人拒不承认“明知”的情况下如何认定“明知”?

三、裁判理由

(一) 本案所涉罪名之间的辨析

1. 以危险方法危害公共安全罪与生产、销售有毒、有害食品罪(《刑法修正案(八)》颁布前罪名)的辨析

以危险方法危害公共安全罪与生产、销售有毒、有害食品罪多有交叉,难以准确认定。在司法实践中,两者的关系通常被认为是一般与特殊的关系,在具体认定时一般是根据特别法优于普通法的原则,以生产、销售有毒、有害食品罪定罪。从二罪的罪状规定分析,二罪均对不特定多数人的生命、健康造成损害,即在客体上均危及公共安全,且二罪对这一客体的危害不需要附加任何条件、不受任何具体案情的影响,因而二罪属于法条竞合而非想象竞合关系,其本质区别在于具体行为方式不同。

当一行为构成生产、销售有毒、有害食品罪时,一般亦可构成以危险方法危害公共安全罪,此时根据法条竞合时特别法优于普通法的原则,以生产、销售有毒、有害食品罪论处。生产、销售有毒、有害食品罪的行为方式是在生产、销售的食物中掺入有毒、有害的非食品原料,要求犯罪对象必须是掺入有毒、有害的非食品原料的食物。如果有毒、有害的非食品原料掺入的对象不是食物,或者销售的是有毒、有害的非食品原料本身,则应认定为以危险方法危害公共安全罪。例如,“三鹿奶粉”案件的主犯明知三聚氰胺是化工产品,不能食用,一旦食用必然会危害人体健康和生命安全,仍以三聚氰胺和麦芽糊精为原料,研制出三聚氰胺的混合物(“蛋白粉”)。此行为的本质是直接生产、销售有毒、有害的非食品原料,不属于《食品安全法》所规定的食物或食物原料,且没有在食物中掺入、投放的过程,因而不能认定为生产、销售有毒、有害食品罪。由于该行为完全符合以危险方法危害公共安全罪,可以适用

一般法条认定为以危险方法危害公共安全罪。^①由上分析可知,准确区别二罪必须把握两个方面的内容:一是添加的物质是食品或食品原料,还是有毒、有害的非食品原料;二是是否在生产、销售过程中存在掺入、添加行为。

2. 生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪(《刑法修正案(八)》颁布前罪名)的辨析

有观点认为,本案应当认定为生产、销售不符合卫生标准的食品罪。但一审法院认为,生产有毒、有害食品罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪的区别主要有三点:一是犯罪手段不同。前者是在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料,后者是生产、销售的食品不符合卫生标准。如果掺入的物质有毒害性,但其本身是食品原料,其毒害性仅是由于该食品原料污染或腐败变质引起,应按照生产、销售不符合卫生标准的食品罪论处。二是对危害结果的要求不同。前者是行为犯,实施该犯罪行为即构成犯罪;后者是危险犯,只有存在足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的才构成犯罪。三是犯罪对象不同。前者的犯罪对象仅限于有毒、有害食品;后者的犯罪对象范围较为广泛,包括食品卫生法禁止生产经营的一切不符合卫生标准的食品。我们认为,实践中区分两罪的关键主要在于两点:一是毒源不同。前者的“毒害”来自于食品中的非食品原料的毒性,而后者的“毒害”来源于食品原料本身。非食品原料或受到污染而有毒性,或本身含有毒性,由于毒害量大(超过国家有关标准)而对人体有害。食品原料的毒性主要是受到污染或变质腐败等造成。二是掺入的方式不同。前者的“毒害”是故意掺入,是行为人积极的作用;而后者的“毒害”是由生产、销售中受到污染或变质而引起,是行为人消极

^① 张军主编:《刑法修正案(八)条文及配套司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第205页。

的不作为。如果没有故意掺入行为,尽管食品受到有毒、有害非食品原料的污染,也不能认定为生产、销售有毒、有害食品罪。2008年9月13日,国家食品质量监督检测中心明确,三聚氰胺属于化工原料,是不允许添加到食品中的。因此,本案应认定为生产、销售有毒、有害食品罪。

(二)在未追诉犯罪单位的情况下能否对相关责任人进行刑事处罚

有观点认为,本案应当将熊猫乳业公司作为被告一并处理,并对单位判处罚金,对于法院未处理犯罪单位的做法不能理解。本案并没有将犯罪单位列为被告并进行处罚,原因是该公司在追诉前受到工商局的行政处罚被吊销营业执照,根据2002年7月《最高人民检察院关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》的规定,“涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的,应当根据刑法关于单位犯罪的相关规定,对实施犯罪行为的该单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任,对该单位不再追诉”。另外,依据2001年1月《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的规定,对被起诉的自然人可以依法按单位犯罪中的直接负责的主管人员或者其他直接责任人员追究刑事责任。

上诉人王岳超上诉称,认定其为直接负责的主管人员不当。二审法院认为,“直接负责的主管人员”主要包括两种情况:一是决策者,是单位犯罪意图、犯罪计划、犯罪阴谋的创制者;二是对单位所作所为负有不可推卸的责任的领导或决策人员。根据现有证据可以证实,王岳超作为公司法定代表人及常务副总经理,决定同意收回福建晋江公司退回的熊猫牌全脂甜炼乳,在明知退回的产品中部分批次三聚氰胺含量超标的情况下,仍在公司会议上提出将回收的炼乳按比例添加回炉生产炼奶酱,并在形成决议后实施生产,因此,上诉人王岳超应当承担单位犯罪直接负责的主管人员

的刑事责任。

需要提出的是,我国刑法对于单位犯罪采用了双罚制。对单位判处罚金是其承担刑事责任的形式之一,对相关责任人员判处刑罚是单位承担刑事责任的形式之二。单位本身并不具有意识和意志,单位犯罪是由具体的自然人组成的单位决策机构按照单位决策程序共同决定,或者由单位的主要负责人以单位的名义作出决定。相关责任人受到刑罚并非基于自然人犯罪或自然人与单位共同犯罪,而是自然人作为单位犯罪意志过错责任的承担者,代单位接受其本身无法承担之具有人身性质的刑事责任。因此,在目前的立法框架下,对于被吊销营业执照等的单位犯罪,可以追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

(三)生产、销售有毒、有害食品犯罪案件中“明知”的认定

在认定生产、销售有毒、有害食品罪的主观要件时,必须把握“明知”的要件。刑法第一百四十四条规定:“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的,或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的,处五年以下有期徒刑,并处罚金……”刑法虽然只对销售行为规定了明知要件,但这并不意味着生产行为不需要明知要件。本案被告人及其辩护人对本案犯罪故意中是否“明知”提出异议,一审认为刑法第一百四十四条规定的“明知”和刑法第十四条规定的“明知”应当有所区别。总则中的“明知”是对犯罪故意成立的总的要求,或者说是所有故意犯罪的一般构成要素,其内容是“自己的行为会发生危害社会的结果”。而分则中的“明知”,其内容则较为特定。现行刑法分则中约有 27 个刑法条文含有“明知”的规定,包括第一百三十八条、第三百七十条这样的过失犯罪条文。由此而论,分则中“明知”不能局限于犯罪故意的认定,还涉及定罪量刑标准等问题。因此,本案中“明知”的认定不应当仅仅指“是否明知召回的乳制品三聚氰胺是否超标”,还包括是否明知召回乳制品在未经合理处理和严密检测的情况下

就对外销售,将会导致危害他人生命健康等危害结果。

实践中,在被告人拒不如实供述的情况下,“明知”的认定较为复杂。本案一审法院对行为人主观要素的认定,注重了从以下五个方面的把握:一是买卖双方的成交价格;二是货物来源渠道是否正当;三是行为人对食品的认识程度;四是是否在有关部门禁止或发出安全预警的情况下继续生产、销售;五是根据行为人的年龄、经历、学识、职业、职务、职责、素质等方面。上述五个方面应当综合考虑。本案上诉人及其辩护人曾辩称,“事先并不明知退回的熊猫乳品中三聚氰胺含量超标,指控证据不够充分”。经过庭审查明的事实和证据,在2008年9月发生的“三鹿奶粉”案件中,熊猫乳品公司因生产的婴幼儿配方奶粉三聚氰胺含量严重超标而被全国通报,因此被停产整顿,并成立了一个由王岳超任组长、陈德华为副组长、洪旗德为成员的清理领导小组,负责召回清理工作。身为公司高层管理人员的王岳超、洪旗德对当时福建晋江公司退回的熊猫牌全脂甜炼乳中三聚氰胺含量是否超标以及如何处理主持过集体商议和决策,且是在采取回炉鉴定、抽样调查之后再决定对外销售的,因此,应当认定王岳超等人明知三聚氰胺含量超标的存在。王岳超等人的辩解不仅有悖常理,而且与查明的事实不符,故不予采信。

综上所述,一、二审法院认定本案构成生产、销售有毒、有害食品罪,定罪准确,量刑适当。

(撰稿:上海市奉贤区人民法院 钱东君 褚玉兰 李晓杰
审编:最高人民法院刑二庭 苗有水)