法律监督热点问题研究（四）

STUDYING THE HOT TOPICS OF LEGAL SUPERVISION (VOL.4)

陈旭 主编

上海检察文库·专题研究

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海检察文库·专题研究

法律监督热点问题研究（四）

STUDYING THE HOT TOPICS OF LEGAL SUPERVISION(VOL.4)

陈旭 主编

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律监督热点问题研究.4/陈旭主编.—北京:
法律出版社,2015.8
(上海检察文库)
ISBN 978-7-5118-8288-2

Ⅰ.①法… Ⅱ.①陈… Ⅲ.①法律监督—研究—中国
Ⅳ.①D926.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第184088号

上海检察文库
法律监督热点问题研究(四)
陈 旭 主编

编辑统筹 政务分社
策划编辑 张瑞珍
责任编辑 张瑞珍 崔 丽
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 35.5
字数 490千
版本 2015年12月第1版
印次 2015年12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)
网址/www.lawpress.com.cn 销售热线/010-63939792/9779
电子邮件/info@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:
北京分公司/010-62534456 西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636 重庆公司/023-65382816/2908
深圳公司/0755-83072995 第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-8288-2 **平装定价**:92.00元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

上海检察文库系列丛书

编委会主任：陈　旭

副　主　任：陈辐宽

委　　员：叶　青　郑鲁宁　周越强　陆建强
周永年　徐金贵　苏华平　龚培华
林　立　丁谷平　李　宁　居广鉴
方　全

分册主编：陈　旭

《上海检察文库》总序

当前，新一轮司法体制改革已经启动，检察机关迎来历史上难得的发展机遇，同时也面临前所未有的挑战。此次司法体制改革是党中央推进依法治国的重大战略决策，涉及面广，改革项目多、力度大，影响深远。上海作为首批改革先行试点省市之一，肩负着中央赋予的为全国改革创造有益经验的使命，改革试点任务繁重，时间紧迫，责任重大，许多深层次的问题亟待研究论证，迫切要求检察机关深入总结经验，不断深化对检察工作发展规律的认识，使检察工作更好地回应改革的要求和时代的期许。

2010年下半年，作为推进检察理论研究工作的一项重要举措，上海市人民检察院启动《上海检察文库》编制工作。“文库”的编制旨在为上海检察机关构建更为广阔的研究交流平台，为发展繁荣上海检察理论研究提供必要条件，推动上海检察工作科学持续发展。通过统一规划、整合资源、统筹编辑、结集出版，“文库”编制工作已取得初步成效。目前已形成“两大类别、五个系列”的基本框架，“两大类别”是指公开出版物和内部资料；“五个系列”是指“专题研究”、“实务应用”、“案例选编”、“文书精选”和“检察官文集”。其中，“专题研究”主要汇编出版检察业务专家和专业人才撰写的体现本市检察理论研究水平的专著，包括重点研究课题、调研成果等；“实务应用”主要对检察业务工作中形成的具有指导性的实务研究成果进行系统概括、归纳提炼并结集出版，与业务培训相结合，兼具指导和培训功能；“案例选编”主要选取司法办案中形成的具有

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

典型性、指导性和研究价值的案例,进行系统编制;“文书精选”主要选编优秀起诉书、抗诉书、检察建议书等法律文书,并进行评析;“检察官文集”主要出版检察业务专家、挂职学者以及检察官博士论文等专著。

“文库”在编制方向上旨在体现以下特色:一是注重检察实践。理论创新永无止境,实践发展永不止步,检察理论研究必须从检察实践中汲取营养,从实践中来,到实践中去。融入实践、服务实践、指导实践是“文库”编制的内在动力和要求。二是突出上海特色。当前上海正在加快“四个中心”建设,上海检察机关在金融、知识产权、自贸区建设等领域对热点、难点问题研究的针对性和前瞻性较强,在未成年人刑事检察、社区检察等检察工作中积累了较为成熟的经验,及时汇集、展现、推广这些成果,有利于推动上海检察工作向专业化、规范化发展。三是打造精品成果。努力推出能够指导业务实践、成为领导决策参考的检察理论精品,注重发现、归纳和分析典型情况、问题,促进研究成果转化为行之有效的工作措施,努力实现理论研究和司法实践的良性互动。

《上海检察文库》的编制离不开上海检察同人们的辛勤努力,在此衷心期盼《上海检察文库》能够为上海检察理论研究构筑崭新的理论研讨和实务探索高地,充分展现上海检察官们的法律智慧和研究成果,成为上海检察机关理论和实务研究的一大品牌,为上海检察事业的科学发展提供不竭动力!

上海市人民检察院党组书记、检察长

二〇一五年六月三十日

目录

危害食品药品安全刑事案件与检察监督工作研究 *001*

引言 *001*

一、危害食品药品安全犯罪概述 *002*

二、危害食品药品安全犯罪的主客观认定 *009*

三、危害食品药品安全犯罪的竞合 *020*

四、危害食品药品安全刑事案件的检察监督 *029*

非法经营犯罪新类型问题研究 *039*

一、非法经营犯罪的新类型 *039*

二、非法经营犯罪新类型中的问题 *044*

三、认定非法经营犯罪新类型的基本理论依据 *050*

四、新型非法经营犯罪的整合与限缩 *059*

禁止性措施的适用与法律监督 *075*

引言 *075*

一、禁止性措施的一般原理 *077*

二、禁止性措施的法律适用与机制构建 *098*

三、禁止性措施适用的检察监督 *111*

刑事证据新问题研究 *134*

引言 *134*
一、刑事证据制度的概述 *135*
二、刑事证据的新问题 *147*
三、检察机关应对刑事证据新问题的对策 *165*
结语 *197*

检察机关参与庭前会议制度研究 *202*

引言 *202*
一、检察机关参与庭前会议的实证考察 *204*
二、检察机关参与庭前会议的基础理论 *220*
三、检察机关参与庭前会议的规范完善 *235*

附条件不起诉实务研究 *253*

引言 *253*
一、附条件不起诉的适用条件 *255*
二、附条件不起诉的决定程序 *275*
三、公安机关复议复核与被害人申诉程序 *286*
四、附条件不起诉的监督考察及处理程序 *293*
五、附条件不起诉制度的配套机制 *300*
余论 *311*

犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序研究(一) *315*

一、违法所得没收程序的基本原理 *316*
二、违法所得没收程序的适用主体 *328*

三、违法所得没收程序的适用范围 330
四、违法所得没收程序的证明问题 338
五、违法所得没收程序的程序设计 347
六、违法所得没收程序的保障措施 362

犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序研究(二) 365

导论 365
一、基础与概念:刑事诉讼中违法所得没收程序概述 367
二、沿革与比较:刑事诉讼中违法所得没收程序之历史沿革与比较研究 373
三、规范与评析:犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序适用问题研究 381
四、交叉与延伸:犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序的刑民交叉与国际司法合作问题研究 391
五、参与与监督:检察机关在犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序中的定位与职能 396
结语 402

刑事诉讼和民事诉讼中检察建议的性质和效力问题 405

一、检察建议的基本原理及概念界定 405
二、"两法"中检察建议的性质与分类 414
三、"两法"中检察建议的效力与适用 428
四、"两法"中检察建议的文书及其管理 433
余论:检察建议部分功能重构 437

行政诉讼检察监督的途径与范围研究 443

一、行政诉讼检察监督的途径和范围概述 443
二、行政诉讼检察监督的域外借鉴 457

三、行政诉讼检察监督途径和范围的现状分析 465
四、完善行政诉讼检察监督途径和范围的理性思考 479

法律监督司法化路径研究 500

一、法律监督司法化的内涵与意义 500
二、法律监督司法化的定位 506
三、法律监督权司法化的路径与具体对策 513
四、法律监督司法化的保障措施 543

后　记 556

危害食品药品安全刑事案件与检察监督工作研究

上海市闸北区人民检察院课题组*

引言

食品药品是人类赖以生存的基本物质，直接关乎民众的饮食和健康利益。食品药品安全一旦出了问题，动摇的是民生之本，带来的恶劣影响波及的是整个中国社会，非特定区域的违法犯罪可比拟。遗憾的是，近年来，“三聚氰胺奶粉”“地沟油”“染色馒头”“齐二药假药”“毒胶囊”等一系列食品药品安全事件接踵而至。食品药品安全问题的频发、高发已成为当前社会最令人痛心和悲哀的现实。

面对日益严峻的食品药品安全现状，我国于2007年制定了《国家食品药品安全“十一五”规划》，于2012年相继制定《国家药品安全“十二五”规划》《食品安全国家标准“十二五”规划》《国家食品安全监管体系“十二五”规划》，通过发布《关于进一步加强药品安全监管工作的通知》、制定《食品安全法》、修改《刑法》关于危害食品药品安全犯罪的相关条款以及出台专门性司法解释等措施，从立法层面强化对食品药品安全问题的规制。除此以外，行政部门和司法部门也加大了对危害食品药品安全违法犯罪的打击力度。最高人民法院于2012年7月31日召开的新闻发布会上，通报了2011年全年及2012年上半年人民法院审理有关危害食品药品安全犯罪的案件数据：“2011

* 课题组组长：丁嘉，上海市闸北区人民检察院检察长。课题组成员：孙琳，上海市闸北区人民检察院副检察长；杜文俊，上海社会科学院法学研究所副研究员；夏芳，上海市人民检察院第一分院二审检察处副处长；李炜，上海市人民检察院检务督察室副主任；陈苹，上海市闸北区人民检察院公诉科科长；龙潭，上海市闸北区人民检察院未成年人刑事检察科副科长。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

年,全国法院共受理生产、销售假药、劣药案405件,审结387件,生效判决人数481人;受理生产、销售有毒、有害食品、不符合卫生标准的食品、不符合安全标准的食品案367件,审结333件,生效判决人数410人。2012年1月至6月,全国法院共受理生产、销售假药、劣药案688件,审结549件,生效判决人数562人;受理生产、销售有毒、有害食品、不符合卫生标准的食品、不符合安全标准的食品案330件,审结276件,生效判决人数425人。除此之外,根据《刑法》第149条及相关司法解释关于犯罪竞合的处理规定,还有大量的危害食品、药品安全犯罪案件,依照生产、销售伪劣产品罪,以危险方法危害公共安全罪,非法经营罪等罪名,从严追究了刑事责任。"①

食品药品安全问题是中国的突出问题,同时也是全球性问题。对中国而言,食品药品安全关系人民群众的身体健康,是关乎国计民生的重要问题,也关乎国民经济的健康发展和社会的和谐稳定。对世界而言,我国出口国外的食品药品出现安全问题会影响我国在全球食品药品行业的声誉,也会破坏我国的国际形象,给国家带来巨大的经济损失。在全球重视食品药品安全的大环境下,加强对食品药品安全的防范与规制成为各国政府首要的民生民心工程。检察机关作为国家法律监督机关,肩负着打击犯罪,维护社会稳定和司法公正的重要使命,在经济建设和民生发展中发挥着极其重要的司法保障作用。如何依托检察职能,有效预防和惩治危害食品药品安全犯罪,是本文研究的一个侧重点。

一、危害食品药品安全犯罪②概述

(一)对"食品药品安全"的法律解读

1."食品""药品"的法律定义

《食品安全法》第99条对"食品"一词所下的定义为"各种供人食用或

① 张先明:《最高人民法院要求保持高压态势,依法严惩危害食品药品安全犯罪》,载《人民法院报》2012年8月1日,第1版。

② 鉴于最高人民法院历年在通报审理案件数据中,仅将《刑法》第141~144条的统计数据计入危害食品药品安全犯罪数据中,故如无特别指出,下文所探讨的危害食品药品安全犯罪一般仅指生产、销售假药罪,生产、销售劣药罪,生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒有害食品罪。

者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品”。该定义除却传统意义上的食品之外，还包括了一些特殊原料如食品添加物质、配料，使食品从“农田”到“餐桌”的所有方面都囊括在这一定义之内。而《药品管理法》第102条规定，“药品，是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质，包括中药材、中药饮片、中成药、化学原料药及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清、疫苗、血液制品和诊断药品等。”该定义揭示药品无论是天然还是人工合成均具备以下几个特征：一是专属对象为“人”，用于治疗植物和动物疾病的物品不在其中；二是医疗功效性，即用于预防、治疗、诊断疾病，调解人体生理功能；三是必须有适应证和功能主治、用法、用量的规定。明确专门法中关于“食品”“药品”定义的规定，有助于我们准确理解界定刑法中危害食品安全类与危害药品安全类犯罪各自的适用对象。同时，准确理解“食品”与“药品”在法律上的区别，也有助于我们清楚区分生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售假药罪，生产、销售劣药罪的适用对象。根据《食品安全法》的规定，那些处于食品与药品交叉地带的所谓“药食同源物品”[①]如枸杞、金银花、决明子，既可以当作药品，又可以当作食品的物品，均属食品范畴。而那些以治疗为目的的物品，则被排除出食品范畴。如其在包装、标签、说明书上宣称具有功能主治、适应证，或者明示具有预防疾病、治疗功能的，应认定为药品。

2. 对“食品药品安全”的刑法解读

(1)对“食品安全”的刑法解读

“食品安全”一词是联合国粮农组织于1974年首次提出的。我国《食品安全法》中第99条对“食品安全”一词下的定义是：“食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或

① 卫生部在《关于进一步规范保健食品原料管理的通知》中对于药食同源物品作了列举性规定。

者慢性危害。”由此可知,该法对“食品安全”一词的定义具有三个特征:一是食品要具有无毒无害性。无毒无害是指身体状况正常的食用者在正常食用食品的情况下,不会有危害。二是符合应当有的营养要求。人体应当有的营养要求有蛋白质、脂肪、矿物质、维生素、碳水化合物和水,这些是人体新陈代谢所必需的营养元素,除此之外,还应包括食品对维持人体正常生理功能所应发挥的作用和食品被消化、吸收的效率。三是对人体健康不造成任何危害。[①] 从上述定义及特征可以看出,《食品安全法》中“食品安全”所要求的是食品的绝对安全,即要求食品对人体健康,包括急性、亚急性或者慢性危害等所有危险都不存在。

我们认为,需要刑法予以规制的食品安全犯罪中的“食品安全”范围与《食品安全法》中所规定的“食品安全”范围指向不完全一致,前者范围小,后者范围大,即并非《食品安全法》中“食品安全”范围内的所有食品都受刑法规制。《食品安全法》中食品安全标准下的食品需要同时具备上述三个特征,才属于《食品安全法》所规定的“食品安全”范围,而需要刑法规制的食品安全犯罪中的“食品安全”范围仅要求食品具备无毒无害即可。我们持该观点的原因如下:第一,《刑法》分则第143条生产、销售不符合安全标准的食品罪中的“不符合安全标准的食品”所指的“安全”特征,与《食品安全法》中“食品安全”的三个特征是不完全一致的。第143条是需要达到“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”才构成犯罪。根据最高人民法院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件若干问题的解释》(以下简称《解释》),对该“足以”的判断,是要求“食品中含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物”,从该《解释》对“足以”的判断标准可以看出,刑法规制范围内的“食品安全”中的食品并不需要符合应当有的营养要求,因为《解释》中并没有对有关营养要求有任何规定;也不需要符合对人体健康不造成任何危

① 《食品安全法的释义》,载北大法律信息网:http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC_SiyItem.asp?Db=SyItem&Gid=838869352,最后访问日期:2012年11月10日。

害的要求,因为《解释》中有“超标准”三字,这就意味着,如果细菌或污染物是在标准范围内,则并不能达到“足以”的程度,从而不构成第143条的犯罪。原卫生部出台的《食品安全国家标准》正是针对允许食品存在细菌或污染物的标准而进行的规定。该标准根据食品的不同归类,对不同类食品所具有的不同致病菌规定不同的采样方案和限量。从《食品安全国家标准》的颁布目的来看,也验证了我们关于国家允许食品存在标准范围内的致病菌的观点。所以,由第143条中“足以”的判断标准来看,该条所规制的“食品安全”范围仅仅只是要求食品具备无毒无害性即可。第二,《刑法》分则第144条生产、销售有毒、有害的食品罪中的“食品”所应具备的“安全”特征与《食品安全法》中“食品安全”的三个特征不完全一致。第144条的犯罪对象是有毒、有害的食品,从该罪的犯罪对象上就可以看出,第144条中的“食品”之所以被刑法规制,是因为该罪的食品不符合无毒无害性的特征,但如果食品仅仅只是不符合营养要求,是不能构成该罪的。由此看来,第144条规制的“食品安全”的范围只要求食品具备无毒无害性。从上述两点理由可知,当食品不符合无毒无害性这一特征时,属于需要刑法规制的“食品安全”范围;若当食品只是不符合营养要求时,不属于《刑法》第143条和第144条的规制范围,只能属于《食品安全法》中“食品安全”的规制范围。

(2)对“药品安全”的刑法解读

我国尚未制定专门的《药品安全法》,也无其他法律法规对“药品安全”具体定义。学界对“药品安全”的定义认识不一:有学者认为,药品安全包括药品质量、药品不良反应监控和防止药物滥用三个方面。[①] 也有学者认为,药品安全指药品在生产、研制过程中,以及在患者或亚健康状态的人们使用过程中符合国家强制标准和要求,不存在可能损害或威胁人体健康的有毒有害物质以及导致使用者病亡或者危及使用者及其后代的隐患。[②] 还有

① 余万里、林强:《浅议药品安全的几个法律问题》,载《齐鲁药事》2009年第1期。

② 刘善春、吴平:《卫生行政法研究》,北京大学出版社2007年版,第234页,转引自王晓冬:《我国药品安全监管的法律规制问题研究》,长春理工大学2009年优秀硕士学位论文。

学者将药品安全定义为,通过对药品研发、生产、流通、使用全环节进行监管所表现出来的消除或控制了外在威胁和内在隐患的综合状态,以及为达到这种状态所必要的供应保障和信息反馈,其范畴包括质量符合标准、不良反应在可接受的范围内、临床无用药差错和可及性四个部分。[①] 无论是哪一种理解都存在一个共性认识,即药品安全不只是单一的药品质量安全,而是贯穿于药品的研发、生产、流通、使用、监管等各个环节的综合性安全体系。事实上,现行《药品管理法》充分反映了这一点,其对于药品质量和人体用药安全的保障也是通过设置对生产企业和经营企业、医疗机构的药剂、药品包装、药品价格和广告等各个环节的监管办法来实现的,体现了药品安全的综合性特征。

与药品安全的综合性特征相呼应的是,我国刑法对于危害药品安全类犯罪的规制也并不局限于药品质量本身。尽管传统的视角仍然集中于生产销售假药罪和生产销售劣药罪两罪,但从广义上而言,刑法规定的与药品安全关联犯罪并不止于此,其包含了研发、生产、流通、使用、监管等领域的一切影响药品安全的犯罪。比如,在生产领域因过失混入某种配方造成严重后果而构成重大责任事故罪,在流通领域因未取得《药品经营许可证》经营药品而构成非法经营罪,在使用领域因非法提供麻醉药品和精神药品构成毒品类犯罪,以及在监管领域构成贪污贿赂和渎职犯罪等。因此,我们认为,纳入刑法保护范畴的"药品安全"贯穿于研发、生产、流通、使用、监管全领域,既包括药品本身符合国家强制标准和要求,又包含用药后对人体不存在损害及危害健康的其他隐患。

(二)危害食品药品安全犯罪的立法概况

基于危害食品药品安全的行为具有非常严重的社会危害性,世界各国都重视用刑罚手段对其予以严厉打击。其他国家关于危害食品安全犯罪的立法并非像我国一样,有明确的罪名,而是散落在其他犯罪规定中,比

① 詹思延等:《我国药品安全定义和范畴的系统综述和定性访谈》,载《中国卫生政策研究》2009 年第 6 期。

如,日本刑法就没有明确规定危害食品安全的犯罪,而是在规定有关饮用水的犯罪中,有对将毒物等混入净水、污染净水等致死伤、将毒物等混入水道和将毒物等混入水道致死的行为予以刑法规制。① 又如,德国刑法在危害公共安全的犯罪中,将危害公共安全的投毒行为给予刑罚处罚。② 但我们认为,这只是国与国之间法律用语或立法者立法建设思路的不同而已。而世界各国和地区关于危害药品安全犯罪的立法例主要呈现两种类型:一种是在药品监管的单行法律中规定危害药品安全犯罪的刑事责任,以美国、英国、日本和我国台湾地区为代表;另一种是在刑法典中对危害药品安全犯罪专门予以规定,以泰国、西班牙、挪威、波兰以及土耳其等国家为代表。③ 我国关于危害食品药品安全犯罪的立法以刑法典及专门解释为主要形式,但并非专章规定,最主要的罪名被置于"破坏社会主义市场经济秩序罪"一章中。

1. 危害食品安全犯罪的立法概况

有关危害食品安全犯罪的立法主要包括刑法第 143 条(生产、销售不符合安全标准的食品罪④)、第 144 条(生产、销售有毒、有害食品罪⑤)和新出台的"两高"《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《危害食品安全解释》),而刑法的上述规定经历了第八次修正案的修正。

首先,关于刑法的规定。《刑法修正案(八)》针对危害食品安全犯罪进行了较大的修订,体现在:第一,将第 143 条的罪名由生产、销售不符合卫生标准的食品罪改为了生产、销售不符合安全标准的食品罪,形成了与《食品安全法》的衔接。第二,将两罪罚金刑改为并科制,删去了罚金数额

① 张明楷译:《日本刑法典》,法律出版社 2006 年版,第 53 页。

② 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社 2004 年版,第 152 页。

③ 石虹:《药品安全的刑事保护》,西南大学 2010 年优秀硕士学位论文。

④ 生产、销售不符合安全标准食品罪,是指违反国家食品安全管理法规,生产、销售不符合安全标准的食品,足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾病的行为。

⑤ 生产、销售有毒、有害食品罪,是指违反国家食品安全管理法规,故意在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com