

西北政法大学食品安全系列丛书之一

食品安全 犯罪的罪与罚

主 编 / 舒洪水
副主编 / 陈京春 付玉明



中国政法大学出版社

主 编 / 舒洪水

副主编 / 陈京春 付玉明

食品安全 犯罪的罪与罚



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

食品安全犯罪的罪与罚/舒洪水主编. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 11
ISBN 978-7-5620-5705-5

I. ①食… II. ①舒… III. ①食品安全—刑事犯罪—研究—中国
IV. ①D924. 393. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第267847号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 19.5
字 数 350 千字
版 次 2014 年 11 月第 1 版
印 次 2014 年 11 月第 1 次印刷
定 价 45.00 元

《食品安全犯罪的罪与罚》是西北政法大学刑事法律科学研究中心系列学术丛书——食品安全问题研究之一，本书的出版得到西北政法大学“风险社会下的食品安全犯罪研究青年创新团队”经费支持。

序 / Preface

食品是人类生活的必需品，是人类生存和发展的物质前提和基础。食品安全是直接影响我国人民的身体健康以及生活质量的重要因素。但遗憾的是，我国食品安全领域却出现了极为严重的问题。近几年来，毒奶粉、毒大米、毒面粉、塑化剂、福寿螺、苏丹红、毒火腿、毛发酱油、黑心月饼、地沟油、染色馒头、牛肉膏……直至2014年7月份曝光的“福喜过期肉事件”、9月份曝光的台湾“地沟油事件”，一起起案件触目惊心，影响者众，轻者致病，重者要命。国人为之惊恐、为之愤怒，也将食品安全问题推到了舆论的风口浪尖。在市场经济条件下，一些从事食品生产、销售领域工作的不法分子以“牟利”为唯一目的，生产、销售不符合安全标准的食品，乃至生产、销售危及人们身体健康和生命安全的有毒、有害食品，有的已经造成了极其严重的危害后果。食品安全问题在我国已经成为全民关注的重要问题，许多领域的专家学者都在为解决我国食品安全领域存在的难题建言献策。不可否认，危害食品安全违法行为的防控需要全社会建立长效机制从根本上进行解决。不过，在道德教育、职业素质教育和民事、行政制裁手段不足以改善此不良局面的情况下，刑法的规制就不可缺位，有必要动用刑罚这一最严厉的制裁措施，打

击犯罪分子,实现预防此类犯罪的目的,从而改善现阶段我国食品安全领域出现的严重问题。

但是,一方面,我国现行食品安全犯罪的刑法规制体系存在诸多缺陷;另一方面,在刑事法学理论上,对食品安全犯罪这一新的犯罪领域的研究还非常薄弱。从以往的研究成果来看,基本上没有专门的论著对食品安全犯罪进行论述,只有一些相关著作的一小部分内容简单论及。对食品安全犯罪的研究主要出现在一些期刊论文上。可以说,当前的刑事立法与司法的状况,以及刑事法学理论研究水平,并不能完全应对风险社会下的食品安全犯罪所带来的挑战。因此,对食品安全犯罪的刑法规制进行深入、系统的研究具有深远的前景和重大的意义。

基于此,西北政法大学成立了以舒洪水教授为带头人的西北政法大学刑事法律科学研究中心青年学术创新团队——“风险社会下的食品安全犯罪问题研究团队”。该创新团队坚守刑事法一体化的基本运作思路,依托西北政法大学刑事法律科学研究中心、中国食品安全法治研究中心西安分中心、刑法学、刑事诉讼法学两个省级重点学科,以及陕西省法学会刑法学研究会、西北政法大学证据法研究所等多家专门研究机构,由来自刑法学、犯罪学、刑事诉讼法学、经济法学、民商法学、侦查学、司法心理学等多个不同学科的16名青年教师承担具体的食品安全犯罪及相关问题的研究任务。该团队成员的研究领域既包括基础理论研究范畴,也包括应用领域研究范畴;既包括刑事领域,也包括民商事、经济、行政领域。团队成员有:郑艳馨,教授,法学博士;涂永前,教授,法学博士;陈京春,教授,法学博士;付玉明,副教授;刘仁琦,副教授,法学博士;姚剑,副教授,法学博士;谭堃,法学博士;倪楠,法学博士;赵晓风,副教授;郭永亮,副教授;杨磊,法学博士;杨恪,法学博士;肖楠,讲师,博士生;肖新喜,法学博士;赵姗姗,法学博士。

该团队的发展紧紧围绕着“风险社会背景下的食品安全犯罪及相关食品安全问题”这一研究主题,密切关注风险社会下的食品安全犯罪的基本理论和司法实践问题,试图以集体形式,整合学科力量,优化研究结构,发挥各自专长,从不同角度全方位地促进食品安全犯罪领域的理论研究,为食品安全犯罪刑事法规制的完善提供一定的知识贮备,为我国食品安全犯罪的惩治与预防提供必要的理论支撑。

该团队自2012年10月正式成立以来,经过一年多的打磨,通过发挥多学科研究优势,团结协作,求真务实,一支协作、互补和可持续发展的精品学术团队初步成型,初步创出了西北领先、全国知名的食品安全研究学术品牌,在全国法学与食品安全的理论界、实务界具有较大的影响力,为实现团队多数成员成为食品安全领域研究专家的长远目标奠定了坚实的基础。

该团队立足科研,获得了5项省部级、厅级项目,推出了三十余项视角独特、观点鲜明、方法新颖的学术成果,有著作也有论文。

该团队积极参与国家立法工作,多次召开专家、学者以及包括全体团队成员在内的会议,为《食品安全法修订草案》的完善献计献策,先后为全国人大法工委、中国法学会食品安全法治研究中心、陕西省人大法工委提供食品安全法修订草案的修改建议,被认为“给出了比较权威的修改意见”。

该团队积极参与学术交流,扩大在学术界的影响。团队12名成员曾赴吉林大学,参加与吉林大学合办的食品安全犯罪研讨会,成果颇丰。在吉林大学期间,团队负责人舒洪水教授受邀为吉林大学法学院做了食品安全犯罪方面的学术讲座。团队还与西安市蓝田县人民检察院共同举办“问法白鹿原——食品安全犯罪的预防与惩治”大型学术研讨会。团队成员相继还在华东政法大学、本校长安刑事法论坛举办了讲座,效果很好。

该团队积极服务社会,为食品安全事业尽心尽力。团队负责人舒洪水教授、成员陈京春教授、刘仁琦副教授曾赴内蒙古呼伦贝尔、西藏拉萨、河南为当地食药监局、公检法等机关进行食品安全法、食品安全犯罪问题宣讲,在陕西西安为全省食药监系统、宝鸡市食药监局、雁塔区食药监局、未央区食药监局进行宣讲,在《中国社会科学报》、《法制日报》等报刊撰文,反响良好。

邀我作序的《食品安全犯罪的罪与罚》一书,是该团队按照研究计划,各成员围绕着研究主题,在各自研究的领域展开研究所形成的成果的集成,主要涉及食品安全犯罪的司法认定、立法完善以及犯罪预防三个方面的内容,涵盖了食品安全犯罪的罪与罚的各个方面,体现了该研究团队的理论研究进展,较为全面地展现了该研究团队在食品安全犯罪与刑罚研究的整体风貌。

按照计划,该团队将陆续推出《食品安全有奖举报制度研究》、《刑事诉讼与证据视域中的食品安全犯罪》、《民事、经济、行政视域中的食品安全问

题研究》等著作。我欣喜地看到，前述计划正在扎实地推进，《食品安全有奖举报制度研究》、《刑事诉讼与证据视域中的食品安全犯罪》两本书初稿已经完成，正在修改中。

我期待着，西北政法大学“风险社会下的食品安全犯罪问题研究青年创新团队”在学校的大力支持下，在团队负责人舒洪水教授的带领下，在团队成员的不懈努力与竭诚合作下，茁壮成长，不断推出更多的、更好的研究食品安全“真问题”的成果，为中国食品安全法治建设尽力，履行学者的社会责任与使命！

是为序。

贾 宇

2014年9月6日于古城长安

目 录 / Contents

序	I
第一章 食品安全犯罪的认定	1
第一节 食品监管渎职罪的认定及适用	3
第二节 生产、销售有毒、有害食品罪中的 “明知”	14
第三节 生产、销售有毒、有害食品罪若干 问题研究	27
第四节 对生产、销售有毒、有害食品罪司法 解释的理论解析	39
第五节 生产、销售有毒、有害食品罪疑难问题 研究	50
第六节 生产、销售有毒、有害食品罪的认定	74
第七节 食品安全监管渎职类犯罪的因果关系	89
第八节 食品添加剂的安全标准与罪量判断	106
第九节 论生产、销售不符合安全标准的食品行为 行政不法与刑事不法的区分	121

第二章 食品安全犯罪的立法完善	139
第一节 关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考	141
第二节 食品安全犯罪的刑事立法问题	151
第三节 论我国食品安全的刑法保护	170
第四节 规范论在食品安全犯罪中的贯彻	190
第五节 浅议食品安全犯罪中的司法鉴定问题	207
第六节 试论在刑法中增设非法持有不安全食品罪	213
第七节 食品安全犯罪的资格刑研究	225
第八节 对食品安全犯罪主体配置资格刑的建议	238
 第三章 食品安全犯罪的预防	 245
第一节 基于 TRIZ 理论的餐饮服务业创新研究	247
第二节 西安市民食品安全意识及行为调查分析	264
第三节 治理与预防食品安全犯罪的可能路径	274
第四节 浅谈食品安全犯罪的防控对策	282
第五节 犯罪学视角下食品安全犯罪的原因与防控探究	292

第一章

食品安全犯罪的认定

第一节

食品监管渎职罪的认定及适用

贾 宇 *

2004年,安徽阜阳奶粉事件使得“大头娃娃”诞生;2008年,河北三鹿奶粉中的三聚氰胺导致婴儿肾结石;2011年河南双汇“瘦肉精”事件再次沉重打击了国民对于国产食品的信心。这一系列事件让食品安全问题引发了各方代表的高度关注,成为我国的热点问题,甚至被时任国务院总理温家宝痛斥为“诚信的缺失、道德的滑坡”。“那不都是我们的错。”这是河南瘦肉精案主犯刘襄在法庭受审时为自己做出的辩解,在他看来,此案造成的严重后果与相关部门对含瘦肉精生猪监管不力密不可分。^{〔1〕}刘襄的辩解,并非毫无道理——不可否认,食品安全监督管理部门工作人员的渎职行为在一定程度上纵容了危害食品安全违法犯罪活动的发生,这也是重大食品安全事故频频发生的重要原因之一。

2009年6月1日施行的《食品安全法》取代了《食品卫生法》,成为遏制食品安全事故的尚方宝剑,彰显了国家进一步强化食品安全监管的决心和信心。但是《食品安全法》主要强化对食品以及与食品相关产品的生产者、销售者及监管者的民事责任和行政责任,而没有直接在相关条

* 西北政法大学教授,法学博士,博士生导师。

〔1〕 周斌:“食品监管渎职罪入罪门槛高,新罪名已被束之高阁”,参见<http://news.sohu.com/20111010/n321644870.shtml>,2012年1月30日访问。

文中规定具体的刑事责任，只是在其第98条规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任”。其实，关于食品领域的违法犯罪行为必然要经历一个漫长的过程：食品的原材料采购需要过程，食品的制作生产需要过程，食品的经营销售需要过程等等，而在这一系列的过程中都有可能产生违法犯罪行为，但是只要监管到位，就可以有效避免犯罪行为的发生。因此，加强食品领域相关过程的监管检查，提高政府及其职能部门的责任，可以有效减少食品安全问题，降低食品安全犯罪率。“从某种意义上讲，打击食品安全监管领域的渎职犯罪比打击直接的生产、销售不符合食品安全的食品或者有毒、有害食品犯罪更加重要、更加迫切”。^{〔1〕}

鉴于此，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（八）》，其中规定：“负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处5年以上10年以下有期徒刑。”“徇私舞弊犯前款罪的，从重处罚”。食品安全监管渎职罪的增设无疑会对食品监督管理职能部门的疲软监管追加一道“紧箍咒”，为百姓的餐桌多上一份保险，当然也体现了立法对食品安全的高度重视。《刑法修正案（八）》将食品监管方面的渎职犯罪单列出来，具有重大的意义：一是，强化规定对食品安全生产、销售、经营负有监督管理职责的有关国家机关及其工作人员责任，有利于进一步保障人民群众的生命健康权；二是，解决了职责性质相同的渎职犯罪行为因其所处单位部门的不同而承担不同程度的刑事责任的法律疑难问题，也就是通常所说的同质不同罚的问题，从而达到定罪与量刑的有机统一；^{〔2〕}三是，以往类似行为存在同质不同罪的根本区别，《刑法修正案（八）》实施后，可以对食品安全监管渎职罪统一追诉标准。

一、食品监管渎职罪的概念与犯罪构成

食品监管渎职罪，是指负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为。对于《刑法》第408条之一的规定应当如何确定罪名，这在“两高”确定罪名的司法解释出台之前，学界主要有两种观点：第一种是“一罪名说”，认为应当确定为一个罪名，但一罪名也有不同表述见解，例如，有的表述为“食

〔1〕 柴春元：“权力寻租导致食品安全监管乏力”，载《检察日报》2011年4月22日，第1版。

〔2〕 刘国龙：“‘食品安全监管渎职罪’的理解与适用”，载《检察日报》2011年4月6日，第3版。

品安全渎职罪”^{〔1〕}，有的表述为“食品安全监管渎职罪”^{〔2〕}，等等；第二种是“二罪名说”，认为应当确定为两个罪名，表述为“食品安全监管玩忽职守罪”与“食品安全监管滥用职权罪”^{〔3〕}。当然，无论是“一罪名说”还是“二罪名说”，都有其各自的主张依据，只不过是哪一种理由更有其科学性与合理性而已。笔者认为，“两高”司法解释最终采纳“食品监管渎职罪”一罪名的做法是妥当的。这从笔者下文对于本罪的犯罪构成的论述中可以体现出来。

1. 客体

我国刑法学界的主流观点认为，渎职罪的客体是国家机关的正常管理活动，渎职犯罪行为不仅会侵害国家机关的正常活动，严重损害国家机关在人民群众心目中的威信，妨碍国家基本职能的实现，而且还会侵犯公共的和个人的合法权益，多数情况下还会给国家和人民利益造成重大损失。笔者认为，食品监管渎职行为也属于渎职犯罪，故本罪的客体可认定为食品监管机关的正常监督管理活动，同时侵犯公共的和个人的合法权益。

2. 客观方面

根据《刑法修正案（八）》关于本罪的规定，本罪的客观方面表现为：负有食品安全监管职责的相关工作人员滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者发生其他严重后果的行为。具体而言，本罪的渎职行为可分为滥用职权行为和玩忽职守行为两种类型。

食品安全监管机关工作人员滥用职权的行为，是指不依法行使食品安全监管职务上的权力的行为，既包括非法地行使本人职务范围内的权力，也包括超越本人职权范围而实施的有关行为。首先，滥用职权应是滥用食品安全监督管理机关工作人员的一般职务权限，如果行为人实施的行为与其一般的职务权限没有任何关系，则不属于滥用职权。其次，行为人或者是以不当目的实施职务行为，或者是以不法方法实施职务行为，在出于不当目的实施职务行为的情况下，即使从行为的方法上看没有超越职权，也属于滥用职权。最后，滥用职权的行为违反了职务行为的宗旨，或者说与其职务行为的宗旨相违背。

食品安全监管玩忽职守的行为，是指严重不负责任，不履行职务或者不正确履行职责的行为，如擅离职守、马虎行事、搪塞敷衍等。不履行，是指行为

〔1〕 于杰：“最高检：纵容非法生产等食品安全渎职罪将重查”，载 <http://www.taihainet.com/news/cnnews/2011-05-04/686154.html>，2014年11月20日访问。

〔2〕 孙瑞灼：“设立‘食品安全监管渎职罪’值得期待”，载《人民法院报》2010年12月25日，第2版。

〔3〕 袁彬、唐仲江：“关注《刑法修正案（八）》热点争议问题”，载《法制日报》2011年3月9日，第10版。

人应当履行且有条件、有能力履行职责，但违背职责没有履行，其中包括擅离职守的行为；不正确履行，是指在履行职责的过程中，违反职责规定，马虎草率、粗心大意。

“重大食品安全事故”或者“其他严重后果”的界定对认定是否构成本罪相当关键。根据《食品安全法》第99条规定：“本法下列用语的含义：食品，指各种供人食用或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。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、亚急性或者慢性危害。……食品安全事故，指食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的事故。”因此，从字面上理解重大食品安全事故应是指，重大的食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的事故；而根据国务院发布的《国家重大食品安全事故应急预案》，可以将食品安全事故分为四级，即特别重大食品安全事故、重大食品安全事故、较大食品安全事故和一般食品安全事故。对于事故等级的评估核定，由卫生行政部门会同有关部门依照有关规定进行。鉴于各部门和各地方行政规章不可能完全统一，可能无法明确安全事故的等级界限，笔者认为相关司法解释有必要尽快出台，从而确定罪与非罪的标准。在确定了“重大食品安全事故”的统一标准后，根据同类解释规则，“其他严重后果”的界限便可以确定，即与“重大食品安全事故”的严重程度相当的情形。而在相关司法解释出台之前，在司法实践中具体认定“重大食品安全事故”或者“其他严重后果”时，我们不妨参见最高人民检察院2006年7月26日发布的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》和国务院发布的《国家重大食品安全事故应急预案》。

在判断食品监管渎职罪的客观方面时，一定要把握食品安全监管机关工作人员的滥用职权行为和玩忽职守行为同重大食品安全结果或者其他严重后果之间的因果关系。而食品监管渎职罪的因果关系具有其自身的特点，即偶然性和间接性——“重大食品安全事故”或者“其他严重后果”的发生，并不是行为人所实施的食品监管渎职行为所必然造成的，在许多情况下，行为人实施渎职行为可能会导致重大损失后果的发生，也可能不发生重大损失的后果，也就是说，行为人所实施的渎职行为并不是必然地导致本罪得以成立的客观危害后果的发生，客观危害后果之所以发生经常是中间介入了他人的行为或者由于某些事件发生，是其他人的行为或者客观事件直接成本罪客观危害后果的发生；也就是说，客观危害后果的发生并不是行为人的渎职行为所直接造成，而是由与行为人的渎职行为有关的他人行为或者客观事件的发生所直接造成。

3. 主体

本罪的主体是特殊主体,即负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员。

根据我国现行《刑法》第93条的规定可知,国家机关工作人员属于国家工作人员中的一种类型。长期以来,我国刑法理论和司法实践对国家工作人员的范围存在身份论和公务论的争议。身份论认为,国家工作人员犯罪是一种职务型犯罪,作为犯罪主体的国家工作人员必须具有国家工作人员的身份;而公务论则认为,犯罪主体是否国家工作人员,应以是否从事公务来决定,而不问其是否具有国家工作人员的资格身份;还有学者主张,应当将身份与公务有机地结合起来,二者不可偏废,即以国家工作人员论者必须具有一定的资格身份,如果不具有资格身份,则不可能从事公务,而具有资格身份的人,如果从事的仅仅是劳务,也不是国家工作人员。^[1] 根据全国人大常委会2002年12月28日发布的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》,“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员,或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时,有渎职行为,构成犯罪的,依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任”可知,在司法实践中,对国家机关工作人员的认定,我们应当采取公务论。但是,所谓国家机关工作人员,具体是指国家各级权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。但并非任何国家机关工作人员都可构成本罪,本罪就主体做出了进一步的限定,即其主体必须是负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员。我国《食品安全法》将食品安全的监管工作赋予了卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门的工作人员。^[2] 故对于本罪主体的认定需要结合渎职罪的一般规定和《食品安全法》的相关规定予以认定。

4. 主观方面

本罪的渎职行为可分为滥用职权行为和玩忽职守行为两种类型,所以,对于本罪的主观方面的认定,也可以从这两个方面出发予以认定。

对于“玩忽职守型”的食品监管渎职罪的主观方面,学界并无争议,都认为其主观方面为过失,即应当预见自己玩忽职守的行为可能导致发生重大食品

[1] 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第136~137页。

[2] 钱岩:“刑法问责食品监管庸官贪吏——析解《刑法修正案(八)》之食品监管渎职罪”,载《中国检察官》2011年第13期,第38页。