

罗开卷◎著

新型
经济犯罪
实务精解

卷外借



新型经济犯罪 实务精解

罗开卷◎著

图书在版编目(CIP)数据

新型经济犯罪实务精解/罗开卷著. —上海:上海人民出版社, 2017

ISBN 978-7-208-14759-1

I. ①新… II. ①罗… III. ①经济犯罪-研究-中国
IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 214762 号

责任编辑 龙 敏 夏红梅

封面设计 零创意文化

新型经济犯罪实务精解

罗开卷 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 19.25 插页 1 字数 346,000

2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14759-1/D·3089

定价 68.00 元

序

刘宪权*

《新型经济犯罪实务精解》是罗开卷博士在博士后研究期间出版的一本专著。我作为他的博士后合作导师，受邀作序，甚是欣慰！

罗开卷于2008年获吉林大学法学博士学位，之后一直在法院从事审判与调研指导工作。开卷非常注重理论联系实际，不仅审理和指导审理了很多新类型、疑难复杂案件，而且还善于总结、提炼审判经验和方法，撰写了一些具有较高指导意义的文章和案例，在指导执法办案、促进适用法律统一方面起到了较好的作用。

2016年下半年开卷告诉我，他想以在法院工作以来于《人民司法》、《人民检察》、《人民法院报》、《检察日报》等刊物发表的40余篇文章和案例为基础，撰写一本专著出版，我当即表态支持。经过开卷半年多时间的整理、修改和增写，《新型经济犯罪实务精解》一书终于呈现在读者面前。

全书共30万余字，分为10章，对刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中60余个新类型及疑难复杂问题进行了深入研究，尽是“干货”。其中，第一章“危害食品安全犯罪实务精解”、第二章“危害药品安全犯罪实务精解”和第三章“烟草犯罪实务精解”，主要论及生产、销售伪劣商品罪，当然也涉及侵犯知识产权罪和扰乱市场秩序罪；其他七章除了将“破坏金融管理秩序罪”和“金融诈骗罪”合二为“金融犯罪实务精解”，并将当前较为突出的非法集资犯罪独立成章外，基本上对应刑法分则第三章的相应“节”，即本书内容对刑法分则第三章的八节犯罪均有涉及。但限于篇幅，仅对其中常见多发犯罪的法律问题作了探讨。虽然并非面面俱到，但却重点突出。通读全书，我认为本书具有以下三个鲜明特点：

第一，关注新型犯罪但又不失基础研究。趋同社会的快速发展变化，新型犯

* 刘宪权，华东政法大学刑事法学研究院院长、教授、博士生导师，荷兰伊拉斯谟大学法学博士，兼任中国刑法学研究会副会长、上海市刑法学研究会会长。

罪亦层出不穷,对刑法学研究“推陈出新”既是机遇又是挑战。正如本书书名,“新”是贯穿全书的一条主线。从“章”罪名看,无论是危害食品药品安全犯罪还是非法集资犯罪等,社会关注度高,其中的新情况、新问题亟待刑法积极应对。从“节”内容看,多数系新类型犯罪。如涉互联网金融犯罪,前所未有。其中,对于盗用他人支付宝账户绑定的银行卡内资金的行为,是认定为盗窃罪还是信用卡诈骗罪,存在争议。本书以典型案例支撑,认为构成信用卡诈骗罪。当然,本书对相关刑法基础理论也进行了研究。如从单位犯罪和个人犯罪承担刑事责任的基础存在差异角度,阐述了同一主体的单位行为和个人行为犯同一走私罪(包括其他罪名)的应当两罪并罚的理由;从罪质和罪量两方面,对非法经营罪中“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”作了严格解释;基于罪刑完善和实践需要,对利用未公开信息交易罪和贷款诈骗罪的立法完善提出了合理建议。我认为“万变不离其宗”,研究刑法基础理论有利于准确认定新型犯罪。

第二,侧重实务操作但又不失方法提炼。本书充分体现了法官作品的特色,即融实务操作与理论研究于一体,但又侧重于实务探讨。全书共收集了145个案例,多数案例比较典型,基本上是通过案例剖析实务难题、论证刑法理论和阐述实务经验。而且在探讨实务问题时,坚持问题导向,重在解决问题,无疑具有较高的实践价值。如果说解决问题是“授人以鱼”,那么本书还注重思路和方法的提炼,旨在“授人以渔”。如对从事正常商品买卖、交易或者劳动服务的人,以暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相差“悬殊”的钱物,情节严重的,是以强迫交易罪还是以抢劫罪定罪处罚,本书提出应主要结合“行为人与被害人之间是否存在特定的交易”、“行为人通过强迫交易行为所牟取的非法经济利益超出合理价钱、费用的绝对数额和比例”、“行为人使用暴力、威胁手段的程度”等三个方面进行综合判断。

第三,注重定性分析但又不失量刑考量。法官主要关注案件的两方面分析:一是定性分析,即是否构成犯罪,构成此罪还是彼罪;二是定量分析,即对应具体的法定刑幅度,是否具有自首、立功、从犯、累犯等量刑情节。众所周知,定罪是量刑的基础,只有在构成犯罪的前提下才能依法量刑,否则,量刑无从谈起。基于此,本书所探讨的大多数问题,如具体罪名的认定,新类型、疑难复杂行为涉及罪与非罪、此罪与彼罪的界定,涉犯罪行为触犯多个罪名的罪名关系及选择等,都是定性问题。当然,本书也对量刑问题作了一定研究,确保在定罪准确的基础上为均衡量刑提供有益参考。如对部分罪名的量刑标准和量刑情节作了详细探讨;结合典型案例对影响量刑的相关因素作了具体分析;对于成立牵连犯和法条竞合的情形作了量刑比较,以便择一重罪定罪处罚。

人的能力和水平是有限的。本书中关于非法经营同类营业罪存在纵向竞争

行为等观点,还值得商榷。但瑕不掩瑜,本书无疑是实务领域的一大力作,对司法人员、律师办理案件具有重要指导作用,对于法学教学科研人员研习法律、对于社会公众学习法律知识亦具有较大的参考价值。

“业精于勤”。希望开卷不忘初心、继续前进,做一名优秀法官,同时在学术上更上一层楼,为读者奉献更多、更有实务价值的作品。

是为序。

2017年6月

目 录

CONTENTS

序		1
第一章 危害食品安全犯罪实务精解		1
第一节 生产、销售不符合安全标准的食品罪认定要点		1
第二节 生产、销售有毒、有害食品罪认定要点		4
第三节 危害食品安全犯罪中的罪名关系及选择		9
第四节 食品生产经营中非法添加的刑事责任认定		17
第五节 “地沟油”犯罪的定罪量刑分析		25
第二章 危害药品安全犯罪实务精解		31
第一节 生产、销售假药罪认定要点		31
第二节 生产、销售劣药罪认定要点		35
第三节 危害药品安全犯罪中的罪名关系及选择		37
第四节 制售“毒胶囊”和非药品原料的定性		43
第三章 烟草犯罪实务精解		47
第一节 制售伪劣烟草犯罪的法律适用		48
第二节 涉烟草注册商标犯罪的法律适用		53
第三节 非法经营烟草犯罪的法律适用		58
第四节 烟草犯罪的罪数形态认定		63
第五节 烟草犯罪共犯及单位犯罪的认定		76
第六节 烟草犯罪中罚金刑的适用		78
第四章 走私犯罪实务精解		81
第一节 单位走私犯罪的认定与否定		81

第二节	同一主体的单位行为和个人行为犯同一走私罪的刑事责任承担		85
第三节	对走私具体对象不明确的罪名认定		90
第四节	走私犯罪后判决生效前税率调整的应缴税额认定		93
第五章	妨害对公司、企业的管理秩序犯罪实务精解		97
第一节	公司成立前抽回委托垫资款的性质认定		97
第二节	商业贿赂犯罪认定要点		101
第三节	非国有公司人员利用负责其所在公司承接国有单位动拆迁工作的职务便利收受贿赂的性质认定		106
第四节	非法经营同类营业罪与贪污罪的区分		110
第五节	非法经营同类营业罪与受贿罪的区分		119
第六节	非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪的区分		121
第七节	非法经营同类营业及为亲友非法牟利犯罪中涉案财物的处理		126
第六章	金融犯罪实务精解		132
第一节	高利转贷罪中“高利”的界定		132
第二节	骗取贷款罪认定要点及与近似犯罪的界限		134
第三节	妨害信用卡管理罪中“非法持有他人信用卡”的认定		146
第四节	涉信用卡犯罪中的罪名关系及选择		147
第五节	非法获取内幕信息人员的认定		156
第六节	内幕交易行为“明显异常”的判断		161
第七节	内幕交易违法所得的认定		164
第八节	利用未公开信息交易罪认定要点及法定刑适用		168
第九节	非法侵入计算机信息系统抬高股票价格获利的定性		172
第十节	单位实施贷款诈骗的罪名选择		176
第十一节	盗用他人支付宝账户绑定的银行卡内资金的定性		179
第十二节	恶意透支与普通型信用卡诈骗并存的数额认定		182
第七章	非法集资犯罪实务精解		187
第一节	非法集资的界定		187
第二节	非法吸收公众存款的犯罪数额认定		189
第三节	集资诈骗罪认定要点		191

第四节	非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分		196
第五节	擅自发行股票、公司、企业债券的罪刑分析		200
第六节	擅自发行基金份额募集基金的罪刑分析		203
第八章	发票犯罪实务精解		206
第一节	虚开增值税专用发票罪认定要点		206
第二节	“票货分离”式虚开增值税专用发票的罪刑分析		209
第三节	为骗取出口退税款虚开增值税专用发票的罪名选择		211
第四节	介绍他人虚开增值税专用发票犯罪中主从犯的认定		214
第五节	虚开发票罪认定要点		216
第六节	出售非法制造的发票罪“情节严重”的认定		218
第九章	侵犯知识产权犯罪实务精解		221
第一节	利用“外挂”制售虚拟货币的定性		221
第二节	外国作品可以成为侵犯著作权罪的犯罪对象		224
第三节	贩卖盗版光盘的性质认定		226
第四节	商标犯罪中“相同的商标”的认定		227
第五节	销售假冒“福特”牌汽车零部件的定性		233
第六节	未销售侵权产品的价值认定与规范		235
第十章	扰乱市场秩序犯罪实务精解		239
第一节	合同诈骗罪与诈骗罪的区分		239
第二节	组织、领导传销活动罪认定要点及与近似犯罪的界限		245
第三节	非法经营罪认定要点		253
第四节	非法从事资金结算业务的罪刑分析		264
第五节	新台币可以成为非法买卖外汇犯罪的犯罪对象		266
第六节	非法生产、销售赌博机的刑事责任认定		269
第七节	网络有偿删帖行为的定性		275
第八节	非法经营出版物的性质认定		276
第九节	暴力、威胁手段下强迫交易罪与抢劫罪的区分		279
第十节	伪造、倒卖伪造的有价票证罪与诈骗罪的关系		288
	后记		295

第一章

危害食品安全犯罪实务精解

“民以食为天，食以安为先”。“瘦肉精”“苏丹红”“毒奶粉”“三聚氰胺”“地沟油”等危害食品安全事件，具有严重的社会危害性。从实践来看，危害食品安全犯罪主要涉及三个基本罪名即生产、销售不符合安全标准的食品罪、生产、销售有毒、有害食品罪，以及生产、销售伪劣产品罪。少数犯罪会涉及非法经营罪和以危险方法危害公共安全罪等罪名。本章重点就生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的认定要点，危害食品安全犯罪的罪名关系及选择，食品生产经营中非法添加的刑事责任，“地沟油”犯罪的定罪量刑等问题进行探讨。

第一节 生产、销售不符合安全标准的食品罪认定要点

生产、销售不符合安全标准的食品罪是指生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的行为。实践中，认定本罪需着重把握以下四个要点。

一、“不符合食品安全标准的食品”的认定

本罪以违反《食品安全法》的相关规定为前提，因此，本罪中“不符合食品安全标准的食品”的认定，应以《食品安全法》的规定为根据。^①

第一，关于“食品”的认定。《食品安全法》第150条规定：“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中药材的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。”可见，本罪中的“食品”既包括一般食物，也包括食品添加剂、调味品、色素、保鲜剂、酒类、饮料等。对于保健食品，由于属于人体机理

^① 生产、销售有毒、有害食品罪等其他危害食品安全犯罪中的“食品”，也应该如此认定。

调节剂、营养补充剂,不能直接用于治疗疾病,因此属于食品的范畴。

第二,关于“食品安全标准”的认定。《食品安全法》第150条规定:“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。”第25条规定:“食品安全标准是强制执行的标准。除食品安全标准外,不得制定其他的食品强制性标准。”第26条规定:“食品安全标准应当包括下列内容:(1)食品、食品添加剂、食品相关产品中的致病性微生物,农药残留、兽药残留、生物毒素、重金属等污染物质以及其他危害人体健康物质的限量规定;(2)食品添加剂的品种、使用范围、用量;(3)专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品的营养成分要求;(4)对与卫生、营养等食品安全要求有关的标签、标志、说明书的要求;(5)食品生产经营过程的卫生要求;(6)与食品安全有关的质量要求;(7)与食品安全有关的食品检验方法与规程;(8)其他需要制定为食品安全标准的内容。”《食品安全法》第27条至第29条亦对食品安全标准作了规定。

据上,判断生产、销售的食品是否属于符合食品安全标准的食品,《食品安全法》中的“食品安全标准”是唯一认定标准。

二、“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的认定

本罪属于具体危险犯,只有生产、销售的不符合食品安全标准的食品,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”的危险程度的,才构成本罪。如果发生实害结果,如对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,则属于结果加重犯,将处以更重的刑罚。2013年《最高人民法院、最高人民检察院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《食品犯罪解释》)第1条规定:“生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第143条规定的‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’: (1)含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的; (2)属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的; (3)属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的; (4)婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的; (5)其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形。”^①根据《食品安全法》第150条的规定,食源性疾病的指食品中致病因素进入人体引起的感染性、中毒性等疾病,包括食物中毒。

尽管《食品犯罪解释》第1条对本罪中“足以造成严重食物中毒事故或者其

^① 从刑法规定来看,生产、销售不符合安全标准的食品罪属于具体危险犯。但根据《食品犯罪解释》第1条的规定来看,所列举的五种情形中前四种实际为抽象危险犯,第五种情形即兜底规定属于具体危险犯。这样规定,一方面加大了打击力度,另一方面便于操作。

他严重食源性疾病”要件进行了明确,但实践中对于涉案的食品是否属于不符合安全标准的食品,如是否含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质,是否属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品等,根据2001年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条的规定,必须经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定,即必须由权威的机构进行鉴定。

如方某等生产、销售不符合安全标准的食品案。方某为牟取非法利益,多次收购死因不明的猪只和病猪进行屠宰加工,再低价销售给经营肉摊的张某、周某夫妇。张某、周某明知上述猪肉不符合食品安全标准仍加价销售给他人,从中牟取非法利益。后被查获死猪肉550余公斤。经鉴定,上述猪肉均为死因不明的猪肉,含有潜伏多种病原微生物,特别是人畜共患病病原,一旦供人食用足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病。对于此案,方某为牟取非法利益,生产、销售不符合安全标准的食品,张某、周某明知其是不符合安全标准的食品,为牟取非法利益仍予以销售,三人的行为足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,其中方某构成生产、销售不符合安全标准的食品罪,张某和周某构成销售不符合安全标准的食品罪。

本案中,三人生产、销售的死因不明的猪只和病猪,经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定,含有潜伏多种病原微生物,特别是人畜共患病病原,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,故三人生产、销售的死因不明的猪只和病猪,属于不符合食品安全标准的食品,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。

值得注意的是,在《食品犯罪解释》出台前,对于加工、销售病死猪肉行为,一方面需要对加工销售的猪肉进行鉴定,是否为病死猪肉;另一方面需要鉴定病死猪肉是否足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病。只有两者具备,方可认定为生产、销售不符合安全标准的食品罪,上述案例就是适例。《食品犯罪解释》第1条列举的前四种情形,将本为具体危险犯的生产、销售不符合安全标准的食品罪改造成了抽象危险犯,对此,就上述案例而言,只要鉴定三名被告人生产、销售的猪肉为病死猪肉,即可认定三人构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。

三、“对人体健康造成严重危害”“其他严重情节”“后果特别严重”的认定

第一,关于“对人体健康造成严重危害”“其他严重情节”的认定。在本罪中,对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,属于加重处罚条件。《食品犯罪解释》第2条规定:“生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下列情形

之一的,应当认定为‘对人体健康造成严重危害’: (1)造成轻伤以上伤害的; (2)造成轻度残疾或者中度残疾的; (3)造成器官组织损伤导致一般功能障碍或者严重功能障碍的; (4)造成10人以上严重食物中毒或者其他严重食源性疾病的; (5)其他对人体健康造成严重危害的情形”。

“其他严重情节”属于兜底规定,应与“对人体健康造成严重危害”具有相当性。《食品犯罪解释》第3条规定:“生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下列情形之一的,应当认定为‘其他严重情节’: (1)生产、销售金额20万元以上的; (2)生产、销售金额10万元以上不满20万元,不符合食品安全标准的食品数量较大或者生产、销售持续时间较长的; (3)生产、销售金额10万元以上不满20万元,属于婴幼儿食品的; (4)生产、销售金额10万元以上不满20万元,一年内曾因危害食品安全违法犯罪活动受过行政处罚或者刑事处罚的; (5)其他情节严重的情形”。

第二,关于“后果特别严重”的认定。《食品犯罪解释》第4条规定:“生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下列情形之一的,应当认定为‘后果特别严重’: (1)致人死亡或者重度残疾的; (2)造成3人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的; (3)造成10人以上轻伤、5人以上轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的; (4)造成30人以上严重食物中毒或者其他严重食源性疾病的; (5)其他特别严重的后果”。

四、罪名的选择适用

本罪属于选项性罪名,可根据“行为加对象”的基本分类方法,选择适用生产不符合安全标准的食品罪、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售不符合安全标准的食品罪三个罪名。

第二节 生产、销售有毒、有害食品罪认定要点

生产、销售有毒、有害食品罪是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料,或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品,或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。^①实践中,认定本罪需着重把握以下四个要点。

一、“有毒、有害的非食品原料”的认定

“有毒、有害的非食品原料”,是指对人体具有生理毒性,食用后会引起不良

^① 根据《刑法》第144条的规定,生产、销售有毒、有害食品罪的罪状为“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”;《食品犯罪解释》第9条将“使用有毒、有害的非食品原料加工食品”明确为生产有毒、有害食品行为,故本罪的罪状应该包括该种行为。

反应,损害肌体健康的不能食用的原料。^①《食品犯罪解释》第20条的规定,下列物质应当认定为“有毒、有害的非食品原料”:(1)法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质;(2)国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质;(3)国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有毒、有害物质;(4)其他危害人体健康的物质。合理界定“有毒、有害的非食品原料”,需要把握以下方面:

第一,“法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质”,既包括法律禁止添加、使用的物质,如《食品安全法》第34条规定禁止生产经营的13种情形;^②也包括行政法规、部门规章^③禁止添加、使用的物质,如2002年农业部、卫生部、国家药品监督管理局公布的《禁止在饲料和动物饮用水中使用的药物品种目录》,禁止使用盐酸克仑特罗(俗称“瘦肉精”)等28种药品。

第二,“国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质”,包括卫生部公布的6批《食品中可能违法添加的非食用物质名单》,明确列出“苏丹红、三聚氰胺、工业用甲醛、罂粟壳、革皮水解物、废弃食用油脂、工业明胶、工业酒精、敌敌畏、盐酸克仑特罗、敌百虫”等64种非食用物质;国家食品药品监督管理局公布的首批《保健食品中可能非法添加的物质名单》,明确列出“西布曲明、麻黄碱、甲苯磺丁脲、那红地那非、红地那非、地西洋、硝西洋、阿替洛尔”等47种物质。

第三,“国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有毒、有害物质”,如农业部第199号公告禁止使用“六六六、滴滴涕、毒杀芬”等18种高毒农

^① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第422—423页。

^② 《食品安全法》第34条规定:“禁止生产经营下列食品、食品添加剂、食品相关产品:(1)用非食品原料生产的食品或者添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康物质的食品,或者用回收食品作为原料生产的食品;(2)致病性微生物,农药残留、兽药残留、生物毒素、重金属等污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品、食品添加剂、食品相关产品;(3)用超过保质期的食品原料、食品添加剂生产的食品、食品添加剂;(4)超范围、超限量使用食品添加剂的食品;(5)营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品;(6)腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品、食品添加剂;(7)病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品;(8)未按规定进行检疫或者检疫不合格的肉类,或者未经检验或者检验不合格的肉类制品;(9)被包装材料、容器、运输工具等污染的食品、食品添加剂;(10)标注虚假生产日期、保质期或者超过保质期的食品、食品添加剂;(11)无标签的预包装食品、食品添加剂;(12)国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品;(13)其他不符合法律、法规或者食品安全标准的食品、食品添加剂、食品相关产品。”

^③ 从维护刑事司法公正与统一角度,此处的法规应指行政法规和部门规章,不包括地方性法规、规章。否则,对某种行为是否属于构成犯罪的行为会出现不同的地方标准。如个别省级政府为防控疾病,公告禁止销售具有不安全因素的蜡类,而其他省市没有类似禁止规定即允许经营蜡类。对此,如果依据省级规章将销售毛蜡的行为以销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚,就会出现销售毛蜡行为在个别地区构成犯罪、在其他地区不构成犯罪的司法不公和不统一现象。

药;第 632 号公告禁止销售和使用“甲胺磷、对硫磷、甲基对硫磷、久效磷和磷胺”等 5 种高毒有机磷农药;第 1586 号公告新增“苯线磷”等 22 种禁用农药,其中“苯线磷”等 10 种农药自 2013 年 10 月 31 日起禁止使用;第 176 号公告《禁止在饲料和动物饮用水中使用的药物品种名录》、第 193 号公告《食品动物禁用的兽药及其他化合物清单》、第 1519 号公告《禁止在饲料和动物饮水中使用的物质》,对禁止在饲料、动物饮用水和畜禽水产养殖过程中使用的药物和物质清单作了规定。

第四,“其他危害人体健康的物质”,属于兜底条款,是指除上述所列物质之外的其他“有毒、有害的非食品原料”。

值得注意的是,“国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质”和“国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有毒、有害物质”,属于毒性较强的有毒、有害物质,故应当认定为“有毒、有害的非食品原料”。对于“法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质”,尽管为法律法规所禁止添加、使用,但并非一律有毒、有害,就如后文探讨的回收、过期、霉变等非食品原料,在认定是否属于“有毒、有害的非食品原料”上,需要检验鉴定。当然,对于“其他危害人体健康的物质”是否属于“有毒、有害的非食品原料”,同样需要检验鉴定。如郑某、罗某生产、销售有毒、有害食品案。郑某未办理生产经营许可证,雇用罗某,租赁民房加工生产食品牛血旺。在加工牛血旺过程中,二人明知甲醛对人体有害仍然添加用于保鲜,累计加工生产含有甲醛的牛血旺 50 万余斤,销售金额 12.5 万元。对于此案,郑某、罗某在生产、销售的牛血旺中掺入有毒、有害的非食品原料甲醛,其行为构成生产、销售有毒、有害食品罪。

实践中,对于食品生产经营者为吸引顾客,用隐瞒事实真相或者制造假象等欺骗手段,在食品生产经营或者餐饮加工过程中加入罂粟壳等少量毒品,以达到使他人上瘾后形成依赖而多销的目的的情形,由于罂粟壳属于有毒、有害的非食品原料,^①

^① 罂粟壳中的生物碱虽然含量较少,对吸毒者不起作用,但对于绝大多数从未接触过毒品并对毒品有高度敏感性的人来说,其“效用”不可低估。如果长期食用含有毒品的食物,就会出现发冷、出虚汗、乏力、面黄肌瘦、犯困等症状,严重时可能对神经系统、消化系统造成损害,甚至会出现内分泌失调等症状。它能使人产生快感,处于一种特殊的愉悦状态,并逐渐产生依赖性进而成瘾,对人体肝脏、心脏有一定的毒害。不法分子正是利用这一点招揽回头客,食客吃了这种食品,开始是“吃了还想吃”、“一吃忘不了”,产生依赖性后,“不吃也得吃”。由于成瘾,很多食客由此走上吸毒之路,如果司机食用这种食物,神志不清,很容易就会发生交通事故。有的肝病患者、孕妇及婴幼儿甚至因误食而致死。可见其对人体的毒害之深、危害之大。早在 1991 年 8 月,卫生部、公安部、国家工商行政管理局(现为国家工商行政管理总局)就针对四川、河南等地食品卫生经营户在火锅佐料等食品中使用罂粟壳的问题,联合下发了《关于查处在食品中使用罂粟壳(籽)等违法行为的通知》,并组织各地依法进行了查处。根据国务院颁布的《麻醉药品管理办法》的规定,罂粟壳属于麻醉药品管制品种,药用罂粟壳的供应业务须由国家医药管理局(现已并入国家食品药品监督管理局)及各省、自治区、直辖市的医药管理部门指定的经营单位办理,其他任何单位不准经营。麻醉药品的制成品、半制成品、罂粟壳及种子等均由专人负责,只供医疗、教学和科研应用。

应认定行为人在生产、销售的食品中掺入了有毒、有害的非食品原料。对此,《食品犯罪解释》第9条第1款规定:“在食品加工、销售、运输、贮存等过程中,掺入有毒、有害的非食品原料,或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品的,依照《刑法》第144条的规定以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚”。如马某生产、销售有毒、有害食品案。马某购买碾磨成粉末状的罂粟籽,掺入拉面汤调料内,并在其经营的“津津有味牛肉面馆”的拉面汤内加入掺有罂粟籽粉末的拉面汤调料,制作牛肉面销售,该拉面汤中被检出那可丁、罂粟碱、蒂巴因、可待因、吗啡等成分。对于此案,马某明知罂粟籽系有毒、有害物质,禁止在食品中添加,为牟取非法利益,仍将罂粟籽粉掺入食品中销售,其行为构成生产、销售有毒、有害食品罪。

但是对于初级农产品中含有超标农药残留的情形,不宜认定农户在生产食品中掺入了有毒、有害的非食品原料,“因为在农作物或者蔬菜生长的过程中,不可能要求农户对农药的用量和标准掌握得十分精确”。^①而根据《食品犯罪解释》第9条第2款的规定,在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中,使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质的,应依照《刑法》第144条的规定以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。即前者是合规使用农药,没有主观故意,故不构成犯罪;而后者是违规使用禁用农药等禁用物质或者其他有毒、有害物质,存在生产、销售有毒、有害食品的主观故意和客观行为,故构成犯罪。

根据刑法规定,本罪主要表现为三种行为:一是在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的行为;二是使用有毒、有害的非食品原料加工食品的行为;三是明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而予以销售,即虽然未实施掺入有毒、有害非食品原料的行为,但明知是有毒、有害食品仍予以销售。

二、“对人体健康造成严重危害”“其他严重情节”“其他特别严重情节”的认定

本罪属行为犯。只要行为人实施了在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料,或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品,或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为,无论是否造成实际后果,就构成犯罪。具体而言,根据《食品犯罪解释》第9条的规定,在食品加工、销售、运输、贮存等过程中,掺入有毒、有害的非食品原料,或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品的;或者在保健食品或者其他食品中非法添加国家禁用药物等有毒、有害物质的,都以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。如果实施上述行为对人体健康

^① 宋元庆:《生产、销售有毒、有害食品罪罪名浅析》,《法制与社会》2010年第10期。

造成严重危害或者有其他严重情节,或者致人死亡、有其他特别严重情节的,属于结果加重犯,应处较重的刑罚。

根据《食品犯罪解释》第5条的规定,本罪中的“对人体健康造成严重危害”,同于生产、销售不符合食品安全标准的食品罪中的“对人体健康造成严重危害”,此不赘述。同时根据《食品犯罪解释》第6条的规定,生产、销售有毒、有害食品,具有下列情形之一的,应当认定为本罪中的“其他严重情节”:(1)生产、销售金额20万元以上不满50万元的;(2)生产、销售金额10万元以上不满20万元,有毒、有害食品的数量较大或者生产、销售持续时间较长的;(3)生产、销售金额10万元以上不满20万元,属于婴幼儿食品的;(4)生产、销售金额10万元以上不满20万元,一年内曾因危害食品安全违法犯罪活动受过行政处罚或者刑事处罚的;(5)有毒、有害的非食品原料毒害性强或者含量高的;(6)其他情节严重的情形。

根据《食品犯罪解释》第7条的规定,生产、销售有毒、有害食品,生产、销售金额50万元以上,或者具有以下情形之一的,即“(1)致人死亡或者重度残疾的;(2)造成3人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的;(3)造成10人以上轻伤、5人以上轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;(4)造成30人以上严重食物中毒或者其他严重食源性疾病的;(5)其他特别严重的后果”,应当认定为本罪中的“致人死亡或者有其他特别严重情节”。

三、“明知”的认定

本罪为故意犯罪。在认定销售有毒、有害食品罪时,要求行为人主观上必须是“明知”,即明知掺有毒、有害的非食品原料的食品而销售;否则,就是客观归罪。“明知”包括知道和应当知道,但不等于确知,行为人只要意识到掺入的物质可能是有毒、有害的非食品原料就应当认定为“明知”。如段某销售有毒、有害食品案。2008年12月间,段某与他人在乳品厂的垃圾场内,捡拾得乳业公司欲在该处销毁处理的袋装奶粉约1000公斤,并驾车运至赵某私开的牛奶厂加工,在明知上述奶粉可能含有有毒、有害的非食品原料的情况下,仍以1.1万元的价格销售给赵某,后被赵某用于生产假冒的光明牌瓶装牛奶。执法人员至赵某仓库当场查获其从段某处购买的光明牌奶粉共计1273袋(重509.2公斤)。经检验,上述奶粉中有1015袋(重406公斤)含有对人体有毒、有害的非食品原料三聚氰胺(含量最高为134mg/kg,最低为1.35mg/kg),其含量均超过国家规定的标准。对于此案,法院认为段某明知捡拾的可能掺有毒、有害的非食品原料的奶粉仍出售给他人,其行为构成销售有毒、有害食品罪,对其判处有期徒刑2年,并处罚金1.1万元。