

罗开卷◎著

新型
经济犯罪
实务精解

卷外借

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





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,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

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



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、销售的食物中掺入了有毒、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、销售的食物中掺入有毒、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、销售的食物中掺入有毒、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。

实践中,认定行为人是否应当知道,可以参考以下几个因素进行推定:一是进货渠道是否正常,价格是否明显偏低;二是行为人对涉案食品有无生产日期、生产厂家、卫生检验合格证是否明知;三是行为人基于其知识经验是否知道掺入食品的物质可能是有毒、有害的非食品原料。^①当然,既然是推定,就应当允许被告人进行反驳。

四、罪名的选择适用

本罪属于选择性罪名,需要以行为加对象的基本分类方法选择犯罪罪名。关于本罪的罪名选择,存在较大分歧。如有的认为可以分为:生产、销售有毒食品罪,生产、销售有害食品罪,生产有毒食品罪,生产有害食品罪,销售有毒食品罪和销售有害食品罪六个罪名。^②笔者认为,一般情况下,有毒物质必然属于有害物质,但有害物质未必属于有毒物质,因此,生产、销售有毒、有害食品罪可以分为生产有毒、有害食品罪,销售有毒、有害食品罪,生产有害食品罪,销售有害食品罪和生产、销售有害食品罪五个罪名。对于既生产有毒、有害食品又销售该有毒、有害食品的,则应认定为生产、销售有毒、有害食品罪。至于食品是否有毒、有害,需经法定机构进行鉴定。

第三节 危害食品安全犯罪中的罪名关系及选择

危害食品安全犯罪涉及生产、销售不符合安全标准的食品罪,生产、销售有毒、有害食品罪,生产、销售伪劣产品罪,非法经营罪,以危险方法危害公共安全罪、投放危险物质罪等诸多罪名,厘清这些罪名之间的关系以及把握个案中如何选择适用具体罪名,有利于依法、准确惩处危害食品安全犯罪行为。

一、生产、销售不符合安全标准的食品罪与生产、销售有毒、有害食品罪的关系及罪名选择

生产、销售不符合安全标准的食品罪与生产、销售有毒、有害食品罪属于危害食品安全犯罪主要涉及的罪名,两罪在犯罪客体、主体及主观方面基本相同,但也存在明显区别:一是犯罪对象不同。前罪的犯罪对象为不符合食品安全标准的食品,而后罪的犯罪对象为有毒、有害食品。显然,不符合食品安全标准的食品不同于有毒、有害食品,但有毒、有害食品属于不符合食品安全标准的食品。

^① 张军主编:《〈刑法修正案(八)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第202页。

^② 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。

二是客观行为方式不同。前罪表现为生产、销售不符合食品安全标准的食品,食品中“可能有有毒、有害原料,但仍是食品原料”;^①而后罪表现为在生产、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,或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品,但实践中主要表现为在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品。三是入罪标准不同。前罪属于危险犯,以行为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才构成犯罪;而后罪属于行为犯,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,或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品即构成犯罪。

实践中从事食品业的生产者、销售者,如果在食品生产、销售的过程中没有掺入非食品原料,而是由于生产、销售的过程不规范或者违反相关规定,致使所生产、销售的食品不符合食品安全标准甚至有毒、有害,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的,如加工、销售河豚鱼给他人食用造成严重食物中毒事故或者其他严重后果的行为,应以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。如陈某生产、销售不符合卫生标准的食品案。^②林某等四人曾多次到陈某经营的饮食店就餐。2000年3月20日晚,四人又到该店吃晚饭,点了河豚焖糟等四道菜。陈某从冰箱内取出当天上午从市场购回已破肚剔除内脏的河豚鱼,去头、尾,切成小块煮熟后给林某等四人食用。林某等四人吃完晚饭后一同回到旅馆,林某回到旅馆后不久感到四肢麻木、头晕,即到医院检查,诊断河豚鱼中毒。随后三人也相继出现相同症状遂住院治疗,林某医治无效于两天后死亡。一审法院认为,陈某从事个体饮食行业,明知河豚鱼是法律禁止出售的有毒食品,但为了获取非法利润,仍然加工销售给林某等人食用,造成四人中毒,其中一人死亡的严重后果,其行为构成生产、销售有毒食品罪,对其判处有期徒刑10年,并处罚金1000元。一审判决后,陈某以一审适用法律错误为由提出上诉。二审法院认为,陈某从事个体饮食行业,违反国家卫生管理法规,明知河豚鱼是不符合卫生标准的有毒食品,却违法向顾客加工销售,造成四人中毒,其中一人死亡的严重后果,其行为构成生产、销售不符合卫生标准的食品罪,对其判处有期徒刑10年,并处罚金1000元。

本案中,陈某没有在河豚鱼中掺入有毒、有害的非食品原料,而且河豚鱼也不属于有毒、有害的非食品原料,不存在使用有毒、有害的非食品原料加工食品

^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423页。

^② 本案发生于2000年,即《刑法修正案(八)》实施之前。

的行为,故其行为不构成生产、销售有毒食品罪。但是陈某违反国家关于严禁任何餐饮服务提供者采购、加工制作河豚鱼的规定,在经营餐饮服务中加工制作河豚鱼,由于没有有效去除河豚鱼中的有毒物质,致使所加工制作的河豚鱼有毒,不符合卫生安全标准,造成严重食物中毒事故,致一死多伤,其行为构成生产、销售不符合卫生标准的食品罪,故二审改判是正确的。需要注意的是,如果本案发生于《刑法修正案(八)》实施之后,则应当以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。

食品的生产者、销售者,在食品生产、销售的过程中掺入有毒、有害的非食品原料,如在生产、销售奶制品中添加三聚氰胺的行为,使用添加瘦肉精的饲料饲养生猪并销售的行为,显然应以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。如王某等生产、销售有毒、有害食品案。因受三聚氰胺事件影响,熊猫乳品公司的销售客户晋江公司将 1300 余件熊猫牌特级和三级全脂甜炼乳退回熊猫乳品公司。熊猫乳品公司法定代表人兼常务副总经理王某、总经理洪某、副总经理陈某为减少公司的经济损失,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,仍决定将退回的熊猫牌全脂甜炼乳按比例添加回炉生产炼奶酱,生产的炼奶酱合计 6520 余罐,价值 36 万余元,其中已销售 3280 余罐,价值 20 余万元。经检测,所检产品三聚氰胺含量超标,其中最高值为 34.1 mg/kg(国家临时管理限量值为 2.5 mg/kg)。已销售的涉案炼奶酱召回率约 94%。生效判决认为,王某、洪某、陈某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,其行为符合单位犯生产、销售有毒、有害食品罪的构成要件,王某、洪某系单位犯罪中直接负责的主管人员,陈某系直接责任人员,依法均应以生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任。因未起诉单位犯罪,故依法对三名被告人判处有期徒刑,即对王某判处有期徒刑 5 年,并处罚金 40 万元;对洪某判处有期徒刑 4 年 6 个月,并处罚金 30 万元;对陈某判处有期徒刑 3 年,并处罚金 20 万元。

值得注意的是,生产、销售不符合安全标准的食品罪与生产、销售有毒、有害食品罪都属于选项性罪名,且一个为危险犯,另一个为行为犯,都不以销售金额为入罪要件,因此在适用罪名上不同于生产、销售伪劣产品罪,需要根据选择性罪名以行为加对象的基本分类方法选择犯罪罪名。关于生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的罪名选择,前文已述,此不赘述。

二、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、销售伪劣产品罪的关系及罪名选择

有毒、有害食品属于不符合食品安全标准的食品,有毒、有害食品和不符合

安全标准的食品都属于伪劣产品。因此,生产、销售不符合安全标准的食品罪与生产、销售有毒、有害食品罪系生产、销售伪劣产品罪的特别规定,即生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪属于特别法条之罪,而生产、销售伪劣产品罪属于一般法条之罪。根据刑法及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》等的规定,生产、销售伪劣产品罪是指在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或以不合格产品冒充合格产品,销售金额达到5万元以上,或者销售金额未达到5万元但与未销售货值金额合计达到15万元以上,或者未销售货值金额达到15万元以上的行为。其中,生产、销售伪劣产品,销售数额达到5万元以上的,以生产、销售伪劣产品罪(既遂)定罪处罚;生产、销售伪劣产品,销售金额未达到5万元但与未销售货值金额合计达到15万元以上,或者未销售货值金额达到15万元以上的,构成生产、销售伪劣产品罪(未遂)或者销售伪劣产品罪(未遂)。在生产伪劣产品犯罪系未遂形态的场合,由于生产的目的是为了销售,故构成生产、销售伪劣产品罪(未遂),而不构成生产伪劣产品罪(未遂)。

实践中食品的生产者、销售者,如果所生产、销售的食品有毒、有害,应以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。如果不是有毒、有害,但不符合食品安全标准,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的,应以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。如果不符合食品安全标准,但不足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的,由于不符合食品安全标准的食品属于伪劣产品,如果构成生产、销售伪劣产品罪的,应以该罪定罪处罚。

如叶某等生产、销售伪劣产品案即“染色馒头”案。^①2010年9月至2011年4月,盛禄食品公司法定代表人、总经理叶某为打开市场销路,伙同销售经理徐某和生产主管谢某,在明知蒸煮类糕点使用“柠檬黄”食品添加剂违规的情况下,仍组织工人大量生产违规添加“柠檬黄”的玉米馒头,并销往多家超市,共销售“染色馒头”27万余包,销售金额达62万余元。同期,该公司还回收超市过期或者即将过期的馒头重新用作生产馒头的原料,并以出厂日期作为生产日期在产品包装上标注。经抽样检查,玉米馒头中含有“柠檬黄”成分,属于不合格产品。生效判决认为,盛禄食品公司违反国家关于食品安全法律法规的禁止性规定,生产、销售添加“柠檬黄”的玉米馒头,以不合格产品冒充合格产品,销售金额达62万余元,叶某作为公司的主管人员,徐某、谢某作为公司实施上述行为的直接责任人员,均已构成生产、销售伪劣产品罪。因盛禄食品公司已被吊销营业执照,依法不再追究该公司的刑事责任。根据刑法规定,生产、销售伪劣产品,销售金

^① 详见徐立明、罗开卷:《“染色馒头”案的定罪量刑分析》,《人民司法》2012年第2期。

额在 50 万元以上不满 200 万元的,应处 7 年以上 15 年以下有期徒刑,并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金。本案销售金额达 62 万余元,所以对三名被告人应在 7 年至 15 年有期徒刑幅度内量刑,并处相应罚金。三名被告人除了在馒头中添加“柠檬黄”以外,还将超市中过期、即将过期的馒头回收后重新制作馒头予以销售,主观恶性较大,社会危害性严重。且馒头是一种主食,三名被告人在大型超市销售,严重影响人民群众的健康安全及社会公众对食品安全的信心,故应酌情从重处罚。叶某系公司法定代表人,起意在馒头中添加“柠檬黄”,也具体实施了犯罪行为,系主犯;徐某和谢某属于直接责任人员,系从犯,且二人的交代态度较好,予以减轻处罚。据此,法院以生产、销售伪劣产品罪对叶某判处有期徒刑 9 年,并处罚金 65 万元;对徐某判处有期徒刑 5 年,并处罚金 20 万元;对谢某判处有期徒刑 5 年,并处罚金 20 万元。在本案中,超范围添加“柠檬黄”的玉米馒头属于不合格产品,但食用该馒头尚不足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,故对三名被告人不以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。同时,“柠檬黄”不是有毒、有害的非食品原料,故对三名被告人也不以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。但三名被告人生产、销售添加“柠檬黄”的玉米馒头属于不合格产品(食品),以不合格产品冒充合格产品,销售金额达 62 万余元,根据刑法规定,其行为构成生产、销售伪劣产品罪,故对三名被告人以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

如果生产、销售不符合食品安全标准的食品的行为同时构成生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售伪劣产品罪的,属于法条竞合。一般来说,对于法条竞合,特别法条优先于一般法条。但根据《刑法》第 149 条第 2 款的规定,应在一重处。由于生产、销售有毒、有害食品罪属于行为犯,实践中一般不会发生生产、销售有毒、有害食品不构成生产、销售有毒、有害食品罪而构成生产、销售伪劣产品罪的情况。但是,有毒、有害食品也属于伪劣产品。因此,生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售伪劣产品罪也会形成法条竞合,如上,也应在一重处。

三、生产、销售不符合安全标准的食品罪、生产、销售有毒、有害食品罪与故意伤害罪、故意杀人罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪、非法经营罪、侵犯知识产权犯罪的关系及罪名选择

在危害食品安全犯罪中,行为人主观上以牟利为目的,客观上实施了生产、销售不符合食品安全标准的食品或者有毒、有害食品的行为,尽管行为人在主观上是故意的,但对可能造成的实害结果如致人轻伤、重伤、死亡等,却是一种放任或者过失心理。因此,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(直接)故意伤害罪、故意杀人罪的界限是比较清晰的。如果行为人明知所生产、销售的食物不符合食品安全标准或者系有毒、有害的食物,会导致特定的他人食用后发生轻伤、重伤或者死亡结果,并且希望这种结果发生的,显然应当考虑的是行为人利用不符合食品安全标准的食物或者有毒、有害的食物作为犯罪手段,达到致人轻伤、重伤或者死亡的目的,此时一般应当以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。如果行为人放任这种结果的发生,或者对这种结果的发生属于过失的,此时则应视为是实施生产、销售不符合安全标准的食物罪、生产、销售有毒、有害食物罪的结果加重行为,应以生产、销售不符合安全标准的食物罪或者生产、销售有毒、有害食物罪定罪处罚。

关于生产、销售有毒、有害食物罪与投放危险物质罪的界限,主要有三个方面:第一,在行为方式上,前罪表现为在生产、销售的食物中掺入有毒、有害的非食物原料,或者使用有毒、有害的非食物原料加工食物,或者销售明知掺有有毒、有害的非食物原料的食物的行为;后罪表现为在食物、河流、水井、公共场所等地投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质,危害公共安全的行为。第二,在行为发生的条件上,前罪发生在生产、经营活动过程中,而后罪一般与生产、经营活动无关。第三,在主观原因上,前罪以牟利为目的,掺入有毒、有害的非食物原料是为了增加食物数量、降低成本、吸引顾客等,而后罪一般是出于其他原因,如报复社会、陷害他人等。实践中,对于从事食物的生产者、销售者,主观上以牟利为目的,客观上实施了在生产、销售的食物中掺入毒害性、放射性、传染病病原体等有毒、有害的非食物原料,或者使用这些有毒、有害的非食物原料加工食物,或者销售明知掺有这些有毒、有害的非食物原料的食物的行为,尽管危害了公共安全,但行为人对这种结果的发生持放任或者过失心理,一般应以生产、销售有毒、有害食物罪定罪处罚。如果行为人在生产、销售的食物中掺入毒害性、放射性、传染病病原体等有毒、有害的非食物原料,或者使用这些有毒、有害的非食物原料加工食物,或者销售明知掺有这些有毒、有害的非食物原料的食物,对危害公共安全持积极追求态度的,显然应当以投放危险物质罪定罪处罚。对于行为人以危害公共安全为目的,在他人所生产或者销售的食物中掺入毒害性、放射性、传染病病原体等有毒、有害的非食物原料的行为,同样应当以投放危险物质罪定罪处罚。

以危险方法危害公共安全罪系放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪的兜底规定,因此,关于生产、销售有毒、有害食物罪与以危险方法危害公共安全罪的界限,同样需要从行为人的主观目的和行为方式上进行区分。实践中,如果行为人在生产、销售的食物中掺入有毒、有害的非食物原料,目的在于对不特定多数人的生命健康造成危害,而且所掺入的有毒、有害的非食物原料不是毒害性、

放射性、传染病病原体等物质的,应当以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。^①反之,如果以牟利为目的生产、销售有毒、有害食品,尽管客观上造成了不特定的他人轻伤、重伤甚至死亡的结果,但是造成的这种结果不是行为人所希望发生的,此时应视为是实施生产、销售有毒、有害食品罪的结果加重行为,应以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。对于行为人仅仅是生产、销售有毒、有害的非食品原料,如生产、销售瘦肉精的,因为所生产、销售的对象不是食品,故不构成生产、销售有毒、有害食品罪。但如果该行为与放火、决水、爆炸、投放危险物质等危害公共安全行为的危害性相当,则应当以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

如刘某等以危险方法危害公共安全案。刘某、奚某明知国家禁止使用盐酸克仑特罗(俗称“瘦肉精”)饲养生猪,且使用盐酸克仑特罗饲养的生猪流入市场后会严重影响消费者的身体健康。为攫取暴利,刘某与奚某约定共同投资,研制、生产、销售盐酸克仑特罗用于生猪饲养,其中刘某负责研制、生产,奚某负责销售。肖某、陈某明知盐酸克仑特罗对人体有害,仍在刘某研制出盐酸克仑特罗后联系收猪经纪人试用,并向刘某反馈试用效果好。随后,刘某大规模生产盐酸克仑特罗,至案发共生产2700余公斤,非法获利250万余元。奚某、肖某、陈某负责销售刘某生产的盐酸克仑特罗,其中奚某非法获利130余万元,肖某非法获利60余万元,陈某非法获利约70万元。此外,奚某还单独从他人处购进盐酸克仑特罗230余公斤予以销售,非法获利30余万元。刘某之妻刘某林明知盐酸克仑特罗的危害性,仍协助其进行研制、生产、销售等活动。五名被告人生产、销售的盐酸克仑特罗经过多层销售,最终销至河南、山东等地的生猪养殖户,致使大量使用盐酸克仑特罗勾兑饲料饲养的生猪流入市场,严重影响广大消费者的身体健康,并使公私财产遭受重大损失。生效判决认为,刘某等人明知使用盐酸克仑特罗饲养生猪对人体的危害,为国家明令禁止,刘某、奚某仍大量非法生产用于饲养生猪的盐酸克仑特罗并销售,肖某、陈某积极参与试验,并将盐酸克仑特罗大量销售给生猪养殖户,刘某林协助刘某购买部分原料,帮助生产、销售盐酸克仑特罗,致使使用盐酸克仑特罗饲养的生猪大量流入市场,严重危害不特定多数人的生命和健康安全,致使公私财产遭受特别重大损失,社会危害极大,影响极其恶劣,五名被告人的行为均已构成以危险方法危害公共安全罪。在共同犯罪中,刘某、奚某、肖某、陈某均系主犯;刘某林系从犯,且有重大立功表现,依法减轻处罚。据此,以危险方法危害公共安全罪对刘某判处死刑,缓期二年执行;

^① 当然有人提出质疑,认为以该罪定罪处罚,导致该罪成为了“口袋罪”,详见陈洪兵:《以危险方法危害公共安全罪“口袋化”的实践纠偏》,《刑事法评论》2015年第2期。

对奚某判处无期徒刑；对肖某、陈某、刘某林判处有期徒刑 15 年至 9 年不等的刑罚。

根据 2002 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条、第 5 条的规定，即“未取得药品生产、经营许可证件和批准文号，非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，扰乱药品市场秩序，情节严重的，以非法经营罪追究刑事责任；同时触犯刑法规定的两种以上犯罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任”，上述案件中刘某等五名被告人的行为还构成非法经营罪，成立非法经营罪和以危险方法危害公共安全罪的想象竞合，应从一重处，但本案中根据以危险方法危害公共安全罪定罪处罚属于处罚较重的规定。

值得注意的是，根据 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》第 11 条的规定，以提供给他人生产、销售食品为目的，违反国家规定，生产、销售国家禁止用于食品生产、销售的非食品原料，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。违反国家规定，生产、销售国家禁止生产、销售、使用的农药、兽药，饲料、饲料添加剂，或者饲料原料、饲料添加剂原料，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。实施前述行为，同时又构成生产、销售伪劣产品罪，生产、销售伪劣农药、兽药罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。根据该解释第 12 条的规定，违反国家规定，私设生猪屠宰厂（场），从事生猪屠宰、销售等经营活动，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。同时又构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。如张某非法经营案。张某私设屠宰场，无证屠宰生猪，并将私自屠宰的猪肉出售给他人牟利，共销售猪肉 40908 公斤，销售金额 62 万余元。对于此案，张某违反国务院《生猪屠宰管理条例》规定，私设生猪屠宰场，从事生猪屠宰、销售等经营活动，情节特别严重，其行为构成非法经营罪。

生产、销售假冒伪劣食品，构成生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售伪劣产品罪或者非法经营罪，同时构成侵犯知识产权犯罪的，应依照处罚较重的规定定罪处罚。^①如周某等生产、销售有毒、有

^① 生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪与生产、销售伪劣产品罪系法条竞合；生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售伪劣产品罪与非法经营罪，一般系想象竞合。生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售伪劣产品罪与侵犯知识产权犯罪，一般为牵连犯，即侵犯知识产权如假冒注册商标是手段，生产、销售有毒、有害食品，生产、销售不符合安全标准的食品，生产、销售伪劣食品是目的。

害食品案。袁某在周某提议下,决定共同出资,采用购进工业盐进行包装后冒充食用盐对外销售的方式牟取非法利益。周某、袁某出资定制、购买了印有假冒“中盐”商标和“海藻精制碘盐”字样的塑料包装袋,以及封箱胶带、电子秤、塑封机等作案工具。二人还雇佣张某等人分装工业盐,并租赁房屋作为制假、储存的地点。周某、袁某出资在一贸易公司购买江西“百仙”牌精制工业盐 10 吨,之后安排张某等人进行分包装和装箱。周某、袁某则将已包装的假冒“中盐”牌海藻精制加碘盐装车后驾驶车辆沿街兜售,后被执法人员查获。经鉴定,上述假冒“中盐”牌海藻精制加碘盐和江西“百仙”牌精制工业盐均符合精制工业盐标准,不得食用,印有“中盐”商标的塑料包装袋、纸板箱、封箱胶带等亦均系假冒。按批发价格计算,待销售假冒盐品的销售价格为 5.8 万余元。对于此案,生效判决认为周某、袁某、张某为非法牟利,违反《食品安全法》、《食盐专营办法》等规定,明知工业盐是有毒、有害的非食品原料,仍将其作为食用盐予以生产、销售,其行为均构成生产、销售有毒、有害食品罪。在共同犯罪中,周某、袁某起主要作用,是主犯;张某起次要作用,是从犯,应当从轻处罚。据此,以生产、销售有毒、有害食品罪对周某判处有期徒刑 3 年,并处罚金 4 万元;对袁某判处有期徒刑 2 年,并处罚金 3 万元;对张某判处有期徒刑 1 年,缓刑 2 年,并处罚金 5000 元。

上述案件中,根据 2002 年《最高人民法院关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,违反国家有关盐业管理规定,非法生产、储运、销售食盐,扰乱市场秩序,情节严重的,构成非法经营罪。但根据该解释的规定,^①本案尚未达到构成非法经营罪的标准。但是三名被告人假冒“中盐”注册商标非法生产食盐,待销售假冒盐品的销售价格为 5.8 万余元,其行为属于情节严重,构成假冒注册商标罪,应处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。而且,三名被告人明知工业盐是有毒、有害的非食品原料,仍购进工业盐进行包装后冒充食用盐对外销售,其行为还构成生产、销售有毒、有害食品罪,应处 5 年以下有期徒刑,并处罚金。三名被告人的行为同时构成假冒注册商标罪和生产、销售有毒、有害食品罪,应从一重处即以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。

第四节 食品生产经营中非法添加的刑事责任认定

在危害食品安全犯罪活动中,违反法律法规在食品生产经营中掺入有毒、有

^① 非法经营食盐,具有下列情形之一的,应当依法追究刑事责任:(1)非法经营食盐数量在 20 吨以上的;(2)曾因非法经营食盐行为受过二次以上行政处罚又非法经营食盐,数量在 10 吨以上的。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



害的非食品原料,添加回收、过期、霉变等非食品原料,超限量或者超范围滥用食品添加剂,添加不符合食品安全标准的食品添加剂等非法添加行为较为常见、多发,具有严重的社会危害性。探讨此类行为的刑事责任,有利于依法准确惩治食品领域中的非法添加犯罪行为。

一、添加有毒、有害的非食品原料的刑事责任认定

《食品安全法》第34条明令禁止使用非食品原料生产食品,当然更加禁止使用有毒、有害的非食品原料加工食品或者在食品生产经营中掺入有毒、有害的非食品原料。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;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;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,应当以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。

实践中,较为常见的是在食品生产经营中掺入有毒、有害的非食品原料,典型案例如使用“瘦肉精”喂养生猪,在烤鸭、汤料、口味虾、卤味熟食制作中掺入“罂粟壳”,在乳制品中添加“三聚氰胺”,用“甲醛”浸泡海产品、水产品,销售含有“西布曲明”等有毒、有害成分的保健品,利用“地沟油”加工食品如使用顾客吃剩的火锅汤料中的油脂加热制作食用油并烧制食物销售给顾客食用,等等。这些掺入有毒、有害的非食品原料的案件,严重危害了人民群众的生命健康安全,严重破坏了社会主义市场经济秩序,都以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。

二、添加回收、过期、霉变等非食品原料的刑事责任认定

根据《食品安全法》第34条的规定,禁止使用回收食品作为原料生产食品,禁止使用超过保质期的食品原料、食品添加剂生产食品、食品添加剂,禁止生产经营腐败变质、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,等等。《食品安全法》第123条、第124条对于违反第34条禁令的行为明确了法律后果。显然,回收、过期、霉变等食品不再属于食品原料而属于非食品原料,如果使用回收、过期、霉变等非食品原料生产经营食品的,违反了法律的禁止性规定,构成犯罪的,应当依法承担刑事责任。具体而言:第一,根据《食品犯罪解释》第9条关于“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”的规定,如果回收、过期、霉变等非食品原料属于有毒、有害的非食品原料,并用之作为原料加工食品的,应当以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。第二,如果回收、过期、霉变等非食品原料不属于有毒、有害的非食品原料,但将之作为原料加

工食品的,所生产的食品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的,构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。第三,使用回收、过期、霉变等非食品原料加工食品,不足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,但所加工的食品属于不符合安全标准的食品,系不合格产品,以不合格产品冒充合格产品,销售金额达到5万元以上,或者销售金额未达到5万元但与未销售货值金额合计达到15万元以上,或者未销售货值金额达到15万元以上的,构成生产、销售伪劣产品罪,以该罪定罪处罚。

法律明令禁止使用回收、过期、霉变等非食品原料加工食品,当然也禁止在食品生产经营中添加回收、过期、霉变等非食品原料。违反法律规定,在食品生产经营中添加回收、过期、霉变等非食品原料,在刑事责任认定上应当根据回收、过期、霉变等非食品原料是否有毒、有害,或者添加此类非食品原料所生产经营的食品是否足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,按照上文分析,选择适用生产、销售有毒、有害食品罪、生产、销售不符合安全标准的食品罪或者生产、销售伪劣产品罪。如盼盼公司生产、销售有毒、有害食品案。张某为盼盼公司法定代表人,高某等四人为公司股东,均参与公司经营管理。2012年8月,张某等五人在明知过期月饼不能作为食品原料的情况下,为降低生产成本,合谋将经销商处退回的部分过期、霉变月饼馅料回炉生产,并指使员工在剥离过期莲蓉、椰蓉、五仁、百果月饼皮后,违法将上述过期月饼馅料掺入锅炉中的新鲜馅料重新生产月饼。至案发,共有6994千克掺入过期月饼馅料的月饼销往十余家单位,销售金额10万余元。执法人员还在盼盼公司厂房内查获回收的过期月饼约3吨。经检验,盼盼公司生产的豆沙蛋黄月饼、红豆细沙月饼、黑芝麻月饼均有严重的霉菌超标现象。对于此案,生效判决认为,回收的月饼馅料系法律法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质,且本案中回收的月饼馅料属于有毒、有害的非食品原料,被告单位和被告人使用有毒、有害的非食品原料加工食品,其行为均构成生产、销售有毒、有害食品罪。据此,依法对盼盼公司判处罚金100万元,对张某等五人判处有期徒刑6年至5年不等、并处罚金12万元至10万元不等刑罚。

再如使用回收和过期食品作原料的福喜公司生产、销售伪劣产品案。上海福喜、河北福喜系食品生产经营企业,杨某、贺某等十人系两家福喜公司的管理人员。2013年5、6月间,因两家福喜公司生产、销售的部分食品不符合百胜公司的工艺和原料要求,被退货或者终止订单,造成相关产品大量积压。杨某等人为挽回经济损失,经商议决定并下达指令,将上述产品重新加工包装后继续销售或者作为原料进行生产,致使部分不合格产品流入市场。在长达一年多的时间内,两家福喜公司先后将百胜公司退回或者库存超过保质期的烟熏风味肉饼、冷

冻香煎鸡排、灯影牛肉丝等,采用拆除包装、再加工并重新标注生产日期和保质期的方法予以生产、销售。生效判决认为,杨某、贺某等人分别利用担任福喜公司的相关职务,根据各自职责,指令上海福喜、河北福喜违反国家法律法规,在食品生产、销售过程中,以不合格产品冒充合格产品,实施了生产、销售伪劣产品行为。其中,杨某、贺某销售金额为110万余元,两被告单位及其余八名被告人的销售金额为76万元至16万余元不等,其行为均构成生产、销售伪劣产品罪,对两家福喜公司处罚罚金各120万元;对杨某判处有期徒刑3年,并处罚金10万元,驱逐出境;对贺某等九人判处有期徒刑2年8个月至1年7个月不等、并处罚金8万元至3万元不等刑罚。^①

本案中,福喜公司在生产、销售食品过程中没有掺入有毒、有害的非食品原料,且这些回收、超过保质期的食品也不属于有毒、有害的非食品原料,故对福喜公司不以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。福喜公司使用回收、超过保质期的食品作为生产食品的原料,所生产的这些食品属于不符合安全标准的食品,但尚不足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,故对福喜公司不以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。但是福喜公司使用回收、超过保质期的食品作为生产食品的原料,所生产、销售的涉案食品属于不合格产品,以不合格产品冒充合格产品,杨某、贺某的销售金额达110万余元,两福喜公司及其余八名被告人销售金额达76万元至16万余元不等,根据刑法规定,其行为构成生产、销售伪劣产品罪,故对两家福喜公司及十名被告人以该罪定罪处罚。

三、超限量或者超范围滥用食品添加剂的刑事责任认定

根据《食品安全法》第150条的规定,食品添加剂是指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品中的人工合成或者天然物质,包括营养强化剂。食品添加剂不属于食品,故《食品犯罪解释》第10条明确生产、销售不符合食品安全标准的食品添加剂,构成犯罪的,以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。上述规定明显赋予食品添加剂不同于食品的法律后果。

有的食品添加剂如亚硝酸钠,具有较强的毒性,那么此类食品添加剂是否属于“有毒、有害的非食品原料”?答案是否定的。理由在于,既然作为食品添加剂的亚硝酸钠可以添加在食品之中,就与禁止在食品中添加的“有毒、有害的非食品原料”存在本质区别,故作为食品添加剂的亚硝酸钠不属于“有毒、有害的非食品原料”。

^① 《上海“福喜事件”今日宣判 判处两家公司罚金共240万》,新浪网, <http://shanghai.xinmin.cn/xmsq/2016/20/01/29438486.html>, 访问时期:2016年2月1日。

根据《食品安全法》第26条、第34条、第40条的规定,食品安全标准应当包括食品添加剂的品种、使用范围、用量等内容;禁止生产经营超限量、超范围使用食品添加剂的食品;食品生产经营者应当按照食品安全国家标准使用食品添加剂。实践中,超限量或者超范围滥用食品添加剂的行为较为突出,^①卫生部公布的《食品中可能滥用的食品添加剂品种名单》亦对渍菜、腌菜、面点、月饼、糕点、馒头、乳制品等22类食品,列出可能易超限量或者超范围滥用着色剂、防腐剂、酸度调节剂、甜味剂、乳化剂、面粉处理剂、膨松剂、护色剂等食品添加剂。显然,滥用食品添加剂的行为违反了国家食品安全标准规定,为法律所禁止。

那么,超限量或者超范围滥用食品添加剂的行为,能否认定为在食品中添加“有毒、有害的非食品原料”的行为?答案也是否定的。理由是:第一,尽管超限量或者超范围滥用了食品添加剂,但添加于食品中的仍然是食品添加剂,而不是“有毒、有害的非食品原料”。第二,尽管超限量或者超范围滥用食品添加剂的食品必定是不符合食品安全标准的食品,但未必是有毒、有害的食品。^②第三,行为人的主观故意内容是超限量或者超范围滥用食品添加剂,而不是在食品生产、销售中掺入“有毒、有害的非食品原料”。因此,在食品生产经营中超限量或者超范围滥用食品添加剂的,不以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。但是,超限量或者超范围滥用食品添加剂的食品是不符合食品安全标准的食品。故此,《食品犯罪解释》第8条作了明确规定,即在食品加工、销售、运输、贮存等过程中,违反食品安全标准,超限量或者超范围滥用食品添加剂,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的,以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚;在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中,违反食品安全标准,超限量或者超范围滥用添加剂、农药、兽药等,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的,也应以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。

如田某、谭某生产、销售不符合安全标准的食品案。田某系经营流动烧烤摊的小贩,其经常在谭某处购买调味品。2014年9月,谭某向田某推荐亚硝酸钠,

^① 如国家食品药品监督管理总局披露,2016年6月,湖北省共完成食品安全监督抽检4113批次涉及29大类食品,分别按照相关食品安全国家标准及产品明示标准等进行检验,共发现不合格样品151批次,总体发现样品不合格率为3.67%。此次抽检食品中超范围、超限量使用食品添加剂仍是发现的主要问题,占不合格总数的35.8%。问题较为突出的是酱腌菜中防腐剂、甜味剂超标,糕点中防腐剂、着色剂、甜味剂超标等。原因主要有:为了过度延长产品的保质期违反规定使用防腐剂;为增加产品口感,违规使用甜味剂等;为修饰产品外观,违规使用着色剂;也存在因误读食品安全标准、工艺水平不精等原因造成不合格的情况。具体可参见《湖北通报151批次不合格食品样品35.8%涉超范围超限量使用食品添加剂》,《法制日报》2016年7月5日。

^② 除了亚硝酸钠等极少数具有较强毒性的食品添加剂外,一般情况下超限量或者超范围滥用食品添加剂对人体的危害性,远小于在食品生产、销售中掺入“有毒、有害的非食品原料”所产生的危害性。