

个罪研究

论惩治危害食品安全犯罪的刑事政策*

李兰英 周 微

摘 要 当前司法实践中,审理食品安全犯罪存在着“以危害手段的恶劣程度和社会危害性的大小来判罪名”,追求“以重罪重刑制裁”的倾向。惩治危害食品安全犯罪的司法过程中应该运用宽严相济的刑事政策。从刑法规范中把握“宽”与“严”的要素;依据“主观恶性强弱”、“安全隐患的程度”、“主观与客观的综合表现”以及“特别法优于普通法”的原则确定宽严的尺度。虽然不同的历史时期刑事政策的任务有所偏重,但最终都应该坚守刑事法律的基本原则。

关键词 危害食品安全犯罪 宽严相济的刑事政策 主观恶性

一、问题的缘起

最高人民法院为彰显刑罚惩戒与教育功能,营造打击犯罪舆论氛围,于2012年11月24日公布四起危害食品安全犯罪典型案例,^①这四起案例分别是刘襄、奚中杰、肖兵、陈玉伟、刘鸿林以危险方法危害公共安全案,孙学丰、代文明销售伪劣产品案,叶维禄、徐剑明、谢维铤生产、销售伪劣产品案,以及王二团、杨哲、王利明玩忽职守案。最高法院鲜明表态:危害食品安全犯罪可适用多个罪名,但根据证据情况和相关规定,法院通常会选择处罚较重的生产、销售伪劣产品罪甚至是以危险方法危害公共安全罪等定罪处罚。^②食品安全关系到人民生命健康和社会整体秩序安宁,因而,对危害食品安全犯罪活动的严厉打击历来得到了社会各界的大力支持。根据这段时间公布的一些典型案例,配套司法解释的说明,结合法学专家的议论,笔者认为,当前在审理危害食品安全犯罪的过程中存在以下的隐忧:(1)在公布的指导性案件中,没有区别出判处以危险方法危害公共安全罪的具体条件;(2)虽然立法已经完成危害食品安全犯罪的罪名体系和形成阶梯状的惩罚体系,但司法实践中没有体现出来罪与刑的相适应标准;(3)当出现法条竞合时,到底是“特别法优于普通法”还是“重法优于轻法”,实践中表现的并不一致;(4)司法认定时,偏重于以危害结果的轻重和社会危害性的大小来判断罪名,而不是以犯罪构成条件和人身危险性来衡量定罪量刑。尤其是忽略了主观方面的具体分析;(5)判决时,为了迎合民众要求“严惩”的心理,体现坚决严厉打击的决心,一律以重罪重刑制裁,似有逾越罪刑法定原则之嫌。

总之,从典型案例的罪名选择到刑罚适用的趋向,从最高法院的态度到意图产生的效果,处处透露出一种“严打”、“从重”的态势。依据目前学者对于宽严相济刑事政策的理解,笔者不禁要问:宽严相济刑事政策是我国现阶段的基本刑事政策,其贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程,在审理危害食品安全犯

* 基金项目:国家社科基金项目《风险社会中刑事归责研究》(08BFX056)与教育部“新世纪优秀人才支持计划资助”(NCET-10-0710)阶段性成果。

① 王丽娜:“最高法通报惩治危害食品安全犯罪情况,食品安全犯罪择较重罪名处罚”,载《党政干部参考》2012年第1期。

② 张先明:“彰显刑罚惩戒教育功能营造打击犯罪舆论氛围:最高人民法院公布四起危害食品安全犯罪典型案例”,载《人民法院报》2011年11月25日。

罪的过程中应该得到贯彻。如此,我们需要探讨的是:法院在刑事审判过程中如何处理宽严相济刑事政策与刑事法律规范结构之间的关系,以实现个案准确地定罪量刑呢?回答这些问题就应该审视刑事政策与刑事审判之间的关系,思考宽严相济刑事政策的司法化的路径。

二、危害食品安全犯罪的刑法规制及其认定难点

危害食品安全犯罪并不是一个罪名,对其内涵的理解也有一定分歧。但从原来刑法的规定以及《刑法修正案(八)》的修改增加条文来看,危害食品安全犯罪的刑事法律规范体系构成了对食品安全最严厉的法律保护。并且,危害食品安全犯罪在刑法中呈现为一个存在法规竞合和刑罚层阶明确的罪名体系。

(一)生产、销售不符合安全标准的食品罪

1. 刑法的规定。我国《食品安全法》第99条规定食品安全,是指食品无毒、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。2011年《刑法修正案(八)》将刑法第143条修改为:“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,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;后果特别严重的,处七年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”

2. 认定的难点。何谓不符合安全标准的食品?由谁来做专业鉴定和危险评估?本罪的基本罪是具体危险犯,并根据危害食品安全犯罪危险性及其危害后果确定了三个幅度的刑罚结构。但是,罚金刑的适用没有明确规定比例或者上限,加大了处罚力度,法官具有一定的自由裁量权。

(二)生产、销售有毒有害食品罪

1. 我国刑法第144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;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;致人死亡或者有其他特别严重情节的,依照本法第141条的规定处罚。”可见,生产、销售有毒、有害食品罪,包含了行为犯、危险犯、实害犯三种犯罪构成形态;本罪的法定刑规定中涉及到自由刑(有期徒刑和无期徒刑)、财产刑(罚金和没收财产)和生命刑。

2. 认定难点:对于该罪的构成要件的理解,我国刑法学界尚未达成共识,面对现实中形态各异的案件,司法实务部门往往得出不一致的结论;生产、销售有毒有害食品罪的关键词“有毒、有害食品”的界定缺乏明晰的判定依据;行为人对生产、销售的有毒、有害食品可能会造成的严重后果采取放任的心理态度,其动机一般是节省原料,降低成本,或者是获得食品的外观亮泽、感观真实或口味适宜牟取暴利。如果行为人在食品中掺入有毒、有害的物质是为了追求“致人中毒或造成疾患”的危害后果的发生,则已不是本罪的性质,等同于“投放危险物质”的性质,因而构成其他更为严重的犯罪(危害公共安全犯罪)。认定的证据需要进一步确定。

(三)生产、销售伪劣产品罪

1. 刑法规定。刑法第140条规定的生产、销售伪劣产品罪是指:“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,销售金额五万元以上不满二十万元的,处二年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;……销售金额二百万元以上的,处十五年有期徒刑或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。”

2. 认定难点:本罪作为兜底的罪名,与处于刑法典第三章第一节生产、销售伪劣商品罪体系下对不符合第141至148条的规定,但生产、销售伪劣产品销售金额在5万元以上的行为进行入罪处罚的其他危害食品安全犯罪行为之间是一种包含或者交叉的关系,是法规竞合的关系。^①是依照“重法优于轻法”还是一律遵从“特别法优先于普通法”?例如,最高人民法院公布的犯罪典型案例中,被告人孙学丰将受三鹿奶粉事件影响而被客户退货的奶粉藏匿,在明知该奶粉含有“三聚氰胺”,并且超过保质期的情况下,仍以62.51万元转售他人牟取利益。此行为不仅符合销售有毒有害食品罪的构成条件,也符合销售伪劣产品罪的犯罪构成条件,因此,按照“特别法优先于普通法”,应该以销售有毒有害食品罪定罪。但是,法院采取的是“重法优

^① 杨凯:“危害食品安全犯罪法规竞合初探”,载《甘肃政法学院学报》2009年第6期。

于轻法的原则”，将其行为定罪为销售伪劣产品罪。当出现法条竞合时，提倡“特别法优于普通法”还是“重法优于轻法”不仅会影响个案的定罪量刑，还会反映出一种刑事司法政策的导向。

(四)以危险方法危害公共安全罪

1. 刑法规定：刑法第 114 条规定了以危险方法危害公共安全罪，其是指故意以放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的并与之相当的危险方法，足以危害公共安全的行为。2010 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合出台的《关于依法严惩危害食品安全犯罪活动的通知》中指出：“危害食品安全犯罪活动严重危害人民群众生命健康安全，严重破坏社会主义市场经济秩序，人民群众对此深恶痛绝。”食品安全关系到千家万户，系不特定的人身和财产安全，因此，食品安全也是公共安全。概由于此，有学者提出将生产、销售有毒有害食品罪等调整到危害公共安全犯罪体系中，从刑事立法上旗帜鲜明地表达国家对上述犯罪的重视程度。^①

在前述最高人民法院公布的犯罪典型案例中，指导性地确立了被告人刘襄等生产、销售盐酸克仑特罗（俗称瘦肉精），致使食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、健康，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，五名被告人共同犯罪，其行为均已构成以危险方法危害公共安全罪。

2. 观点述评：对于上述做法，我国学者提出了质疑与隐忧：以危险方法危害公共安全罪何以呈现出口袋罪名的扩张趋势？仅仅通过强调危害结果的公共危险性，恣意扩大以危险方法危害公共安全罪的适用范围，则是在根本上否定刑法的规范性。^②但也有学者认为，司法实践已经确立了危害食品安全犯罪构成以危险方法危害公共安全罪的先例，而且从犯罪侵犯的客体（法益），犯罪行为所造成的严重的社会危害性来看，只有将生产、销售有毒有害食品罪直接纳入危害公共安全犯罪的体系之中，才可以体现“以人为本”的法治理念，才可以严惩危害食品安全的犯罪行为。^③还有学者论证：在“97 刑法典”之前，在食品中掺入有毒有害物质行为是以《刑法》第 114 条的以危险方法危害公共安全罪认定处罚的，这就表明危害食品安全犯罪在性质上与以危险方法危害公共安全罪相当。从而认为，应该加大对食品安全犯罪的刑罚力度使得立法更加符合罪刑相适应原则。^④

笔者认为，应该谨慎地适用以危险方法危害公共安全罪。仅从危害结果上看，生产、销售有毒有害食品罪造成的危害后果可能与以危险方法危害公共安全罪相当，但是，两个罪名在性质上还是有所区别。首先是侵犯的客体（法益）上的区别，这是最初的立法原意。除此之外，两个罪名在行为表现、主观恶性、行为与结果的直接因果关系以及对危害结果遏制的困难程度方面与放火、爆炸、决水、投放危险物质罪进行比较，还是明显不同的。在生产、销售有毒有害食品罪与以危险方法危害公共安全罪之间进行对比的时候，关键在于甄别行为人的主观恶性程度和侵害的法益。尤其是主观目的的区别。明知是有毒的食品添加剂，甚至国家三令五申地禁止使用，行为人却毫不犹豫地生产和销售，追求危害结果的发生，并且实际造成广大消费者的健康与生命的危害后果以及重大的经济损失，这是以危险方法危害公共安全罪。倘若是，行为人明知是有毒、有害的非食品原料而故意掺入或明知是掺入有毒、有害的非食品原料的食品而故意销售，虽然对于可能会造成的严重后果采取的是放任的心理态度，但其动机一般是节省原料，降低成本，牟取暴利，并非为了达到致人中毒或造成疾患的目的，那么就按照生产销售有毒有害食品罪定罪量刑。

(五)其他危害食品安全的犯罪

危害食品安全犯罪可能涉及的相关罪名还包括刑法第 225 条规定的非法经营罪和第 408 条第 2 款规定的食品监管渎职罪。这两个罪名与危害食品安全犯罪相关，更加侧重于对扰乱市场秩序的规制或对渎职犯

① 吴情树等著：《论我国食品安全刑法保护的完善》，载赵秉志、张军：《刑法与宪法之协调发展》（下），中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 1090 页。王利宾：《简论食品安全刑法保护》，载赵秉志、张军：《刑法与宪法之协调发展》（下），中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 1133 页。

② 孙万怀：“以危险方法危害公共安全罪何以成为口袋罪”，载《现代法学》2010 年第 5 期。

③ 曹松柏、范涛、徐杰：“生产销售有毒有害食品罪应纳入危害公共安全犯罪”，载《检察日报》2011 年 6 月 1 日。

④ 陈靖、兰定兵：“我国刑法中食品安全犯罪的立法思考”，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2012 年第 1 期。

罪行为的惩罚,与其他危害食品安全犯罪相关的罪名可能存在犯罪行为上的牵连关系,依法择一重罪论处。

综上所述,我国刑事法律中危害食品犯罪的罪名体系比较完整,法网比较严密;几个罪名所配置的刑罚比较合理,严惩的力度形成阶梯。面对相对完善的危害食品安全犯罪的刑事法律规范体系,法院审判的重点就是如何依据个案的具体犯罪事实,在相对固定的刑事法律规范体系中找到相对公平合理的惩处,更好地定罪量刑。而在这个判断过程中,渗透着刑事司法政策的理念指导。

三、宽严相济刑事政策对司法审判的影响

刑事政策是一定阶段社会对犯罪反应的集中体现,^①是指国家基于预防犯罪、控制犯罪,以保障自由、维持秩序、实现正义目的而制定并实施的准则、策略、方针、计划以及具体措施的总称。^②刑事政策不同于刑事法律,刑事政策可以有针对地对某一社会阶段出现的刑事犯罪问题灵活地采取应对措施,从而更有力地实现预防和惩治犯罪的社会功能。^③尽管学者对于宽严相济刑事政策到底是我国的基本刑事政策还是具体的刑事政策尚有争议,^④但丝毫不影响宽严相济刑事政策具有特别重要的意义。在当前经济发展和转型时期,对待经济犯罪的态度是“严厉”还是“宽容”,是注重对社会的保护还是受到依法保障犯罪人人权的限制,都表明了宽严相济的刑事政策对于司法审判的影响。

面对危害食品安全犯罪日益挑战民生底线的威胁,社会各界严打之声不绝于耳,学界也对严刑峻法表现出了极大的热情。似乎“加大处罚力度,依法从重从严惩罚”具备了合理性前提。从最近的司法解释和具有示范效果的指导案例公布来看,这种趋势和高压的态势愈发明显,使我们不得不反思:惩治危害食品安全犯罪的司法实践中,是否意味着司法机关只需要从严从重,不必考虑从轻从宽,宽严相济呢?我们认为,这样的理解是片面和缺乏理性的。

(一)“从严惩处犯罪”并非否定“宽严相济”

根据最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干指导意见》,危害食品安全犯罪是应当依法从严惩处的犯罪。^⑤体现了“严格严厉”的刑事政策对于司法实践的影响。从上述列举的食品安全犯罪的系列罪名体系中可以看出:在罪与非罪的界定、法条竞合时的法律适用原则、主观恶性大小的比较、客观危害结果的衡量等问题上,无论是理论界还是司法界均未达成一致的意見。譬如,危害食品安全犯罪是否重新划归为以危险方法危害公共安全罪的争议,起源是以危险方法危害公共安全罪的法定刑更为严厉,而且,危害食品安全犯罪的客观危害、侵害的法益具有趋同性。刑事法律规范明确了以危险方法危害公共安全罪的犯罪构成要件,任何一起危害食品安全犯罪都需要对照构成要件来定罪量刑,那么,是否应在刑事法律规范之内选择从严惩处,则要根据是否存在“从严情节”和“从宽情节”综合把握,以实现刑事司法审判对危害食品安全犯罪在罪刑法定框架内的宽严相济。逾越个罪的犯罪构成条件和罪刑法定的原则并不是“宽严相济”司法政策的初衷。只有正确看待法治的本质内涵,合理调和“严”、“宽”和“相济”刑事政策与刑事法律之间的张力,将“罪刑法定”与“与时俱进”有机结合起来,才应该成为目前打击食品安全犯罪的重要方向。

(二)指导性案例的颁布并非强制、强调完全效仿

2010年9月15日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合公布了《关于依法严惩危害食品安全犯罪活动的通知》,该通知要求依法严惩危害食品安全犯罪活动,对于罪当判处死刑的,要坚决依法判处死刑,以此形成始终对危害食品安全犯罪打击的高压态势。最高法院2011年底公布的四个典型案例,示范性地说明了惩罚食品安全犯罪的决心和力度,也透露出“从严从重处罚”的指导思想。因而,给人的印象是:司法运用中仅仅注意到了严厉的一面,而忽略了宽严相济。但问题是,公布案例作为指导性的示范,就意味着引导各地法官遇到类似的案件可以效仿定罪和量刑,确实是展示了运用刑事政策的指导因素进行

① 陈兴良:“宽严相济刑事政策研究”,载《法学杂志》2006年第1期。

② 曲新久著:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2003年版,第74页。

③ [日]大谷实著:《刑事政策学》(新版),黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第4页。

④ 魏东著:《刑事政策学》,四川大学出版社2011年版,第37-40页。

⑤ 最高人民法院.关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见(法发[2010]9号),第9条。

判案的效果。不过我们必须辩证地思考:宽严相济刑事政策的属性,从本质上来看仅仅只是刑事司法审判过程中正确适用法律的行动指南,并不是剥夺法官根据个案事实进行司法裁量的枷锁。^①单一推崇能动的指导性案例而忽略刑法规范自身的确定性和明确性,并非是刑事政策的最终目标。

(三)“法律与社会效果的统一”呼吁适用宽严相济的刑事政策

刑事司法审判贯彻宽严相济刑事政策必须确保案件本身的法律效果,缺乏正确法律效果的刑事司法审判不仅无法实现公正、秩序等社会效果,也最终将破坏法律安定性与司法公信力。^②危害食品安全犯罪的司法审判本身与现实社会密切相关,因此,定罪量刑是否准确不仅由法律效果来衡量,还需要顺应民众心声,形成司法审判的社会效果。可以肯定的是,最高人民法院认为,遴选和公布的四起危害食品安全犯罪典型案例,实现了法律效果与社会效果统一。然而,法律效果的检验应该放在广袤长远的空间和时间中去透视和比较。在三鹿奶粉、苏丹红、瘦肉精的众多案件中,何以寻求司法判决的均衡一致?何以体现法律的公平与秩序?“非自愿的服从虽然可以获得暂时的安全,但却不能成就对秩序的认同。”^③正如我国学者指出的:让审判的社会效果寓于其法律效果之中。即,司法审判在做出裁判之前,便应当理性面对裁判结果所可能产生的社会效果,并在法律制度范围内力求达成最优的社会效果。^④针对当今社会的经济转型阶段所涌现出来的经济犯罪,学界一直呼吁要“废除死刑”,要“从宽看待”,而惩处危害食品安全犯罪,却少有人反思“严打”的极端表现可能带来的对刑法的基本立场和角色的错位。司法审判追求法律效果与社会效果的统一,这要从长远的影响看待和评判。众所周知,药家鑫被执行死刑之后,人们开始反思是否应该“从宽”处置?刑法的谦抑性原则在当时被社会反映彻底淹没。如果将严厉打击危害食品安全犯罪理解为“一味重刑打击”,“一律偏重处罚”,那么,必然出现罪刑失衡,远离“人道与公正”的法律价值。

四、正确把握危害食品安全犯罪中的“宽”与“严”

从危害食品安全犯罪的规范分析到宽严相济刑事政策对司法审判的影响考察,最终要回答:宽严相济刑事政策如何运用于食品安全犯罪的刑事司法审判之中?笔者总结为:在危害食品安全犯罪的规范分析中寻求“宽”与“严”的要素,从刑事政策的司法过程中寻求“宽严相济”的路径。

(一)刑法规范中的“宽”与“严”的要素

1. 区分主观恶性的强弱。最高人民法院在《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第10条、第16条的规定中,明确了被告人的主观恶性和人身危险性是从严和从宽的重要依据,在适用刑罚时必须充分考虑。刑法理论中,主观恶性是被告人对自己行为及社会危害性所抱的心理态度,在一定程度上反映了被告人的改造可能性。对主观恶性深的被告人要从严惩处,主观恶性较小的被告人则可考虑适用较轻的刑罚。在危害食品安全犯罪中,行为主体对于“生产、销售的食物或者非食品材料”的性质的明知,对于“即将导致发生的危害后果的明知”是有程度之区别的。“明知……会发生”,本身就包含“明知……可能发生”和“明知……必然发生”。后者的主观恶性程度显然更加严重。值得注意的是,由于明知的含义是“明确知道”,但对于犯罪嫌疑人来说,案发后都会避重就轻,含糊其辞,甚至找借口说自己不知道。那就需要根据案件事实证据进行分析,做出法律上的推定。即,推定的故意。

在区分主观恶性的强弱时,还要考察主观动机与目的。生产、销售有毒有害食品罪的行为人主要是出于追求更大的经济利益而置社会公众的生命健康于不顾,本意上并非希望出现不特定的消费者身体健康的损害。此可谓“利益熏心”,良心变质。而以危险方法危害公共安全的犯罪,行为人明知自己的行为对于不特定的人或物产生极大的危害,具有严重的社会危害性,但是,行为人不顾一切地追求这个目的,可谓“丧心病狂”,不可饶恕。基于主观恶性之比较,可以分别处以生产、销售有毒有害食品罪和以危险方法危害公共安

① [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2010年第2版,第7页。

② 阴建峰:“论法律效果与社会效果的统一——以贯彻宽严相济刑事政策为中心”,载《河南社会科学》2011年第2期。

③ [英]安东尼·吉登斯著:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第88页。

④ 江国华:“审判的社会效果寓于其法律效果之中”,载《湖南社会科学》2011年第4期。

全罪。

以“三鹿奶粉系列案”为例,司法界对于张志军生产、销售“蛋白粉”的行为性质一直存有争议。焦点在于对“有毒有害”的理解。一种观点认为其构成以危险方法危害公共安全罪,一种观点认为其构成生产、销售有害食品罪的共犯。我们对此案件进行了分析和梳理后,依然有如下值得商榷的地方:首先,从网上公布的专业人士所做出的评价,界定了“三聚氰胺”,即“蛋白粉”的性质属于有害的非食品原料,进而认为另一个犯罪嫌疑人耿金平将“蛋白粉”掺入到原奶中并销售的行为构成生产、销售有害食品罪而不是生产、销售有毒食品罪;其次,耿金平将“蛋白粉”掺入到原奶中,主观目的是为了高测试蛋白质的含量,追求利益而为,况“三聚氰胺”掺入牛奶中,已经成为牛奶行业的潜规则,行为人对于“受三聚氰胺污染的婴幼儿配方奶粉能够导致婴幼儿泌尿系统结石”的严重危害后果并不是明确知道,更不希望和追求这种危害结果的发生。这与积极追求危害结果的出现有本质区别。因此,不符合以危险方法危害公共安全罪的构成条件,只能得出张玉军生产、销售“蛋白粉”的行为构成生产、销售有害食品罪。

如果以“张玉军案”比较最高法院公布的刘襄等以危险方法危害公共安全案,我们可以观察到其中的差异。法院认为,“被告人刘襄等明知使用盐酸克仑特罗(瘦肉精)饲养生猪对人体的危害,被国家明令禁止,刘襄等仍大量非法生产用于饲养生猪的‘瘦肉精’,……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、健康,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,系共同犯罪”。^①从判决书中的表述和用词的分量上看,行为人的主观动机是牟取暴利,但因为在饲料中添加“瘦肉精”对人体造成巨大伤害已经成为常识性的知识,“瘦肉精”早就被国家明文禁止添加在饲料中,行为人确系“明知”的情况下,仍然大量生产和销售,等同于明知而故意“掺入”,主观心态上最起码达到了“放任危害结果必然发生”的程度,因而表现出极大的主观恶性。况且,实际上也造成了公私财产特别重大损失,属于实害犯的最严重情节,应该适用最为严厉的惩罚。但即使是这样惨不忍睹的危害结果和不可饶恕的主观恶性,我们也并不赞成以危险方法危害公共安全罪来定罪量刑,不能因为要严惩而通过改变罪质的方法提升惩罚力度。至少,在法律没有修改之前,要坚持现有法律规定中“宽与严”的尺度。

2. 根据“安全隐患的程度”来把握量刑的“宽与严”。央视最近曝光山东一些养鸡场违规使用抗生素和激素养殖肉鸡,使得“产销速生鸡”可否构成食品安全犯罪成为争议焦点。^②何谓“不符合食品安全标准的食品”,如何界定某种物质存在对人体健康潜在的安全隐患?世界卫生组织对于食品安全的定义包含两个方面:一是有毒、有害物质;二是对人体健康有影响。只有这两方面因素同时存在,才能说是出现了食品安全问题。因此,需要专家对某一种食品存在的“不安全”或者“危害后果”进行科学的定量评估。法学专家也建议应该出台司法解释对此标准进行细化规定。类似的问题,如“有毒”、“有害”性质的区分,非食品材料的界定以及食品添加剂的标准等等,都是在判断食品安全犯罪中“宽、严”把握的参考系数。实践中关于“地沟油”是有毒还是有害?违规使用激素和抗生素达到什么程度才可以视为安全隐患?这些细节的区别影响了定罪与量刑。但判断标准绝对不能一味地听从媒体的渲染和民众的恐慌。

3. 根据主观与客观的综合表现来确定宽严的尺度。在危害食品安全犯罪的认定中,司法机关必须考察主观心态、行为手段、因果关系、危害后果、社会影响等综合因素,尤其应该重点关注行为人的“主观恶性强弱”的程度,以此来判断行为人的危险程度,从而裁量对行为人实施何种惩罚可以实现最佳预防与教育的效果。如果仅凭借行为手段和危害后果来衡量犯罪的轻重,就回到了纯粹客观主义立场。众所周知,重大责任事故罪导致的危害后果有时比故意犯罪造成的危害后果更严重,立法者基于主观心态的区别,强调人身危险性的大小,可以矫正的可能性高低,而设立罪刑的阶梯。在危害食品安全犯罪的司法判断中,应该坚持犯罪构成要件,坚持主客观相结合的立场把握“宽严”的尺度。

^① 张先明:“彰显刑罚惩戒教育功能营造打击犯罪舆论氛围:最高人民法院公布四起危害食品安全犯罪典型案例”,载《人民法院报》2011年11月25日。

^② 王丽丽:“‘产销速生鸡’可否构成食品安全犯罪”,载《检察日报》2012年12月31日。

4. 依据公平理念适用“法条竞合”的规则。既然危害食品安全犯罪在刑法中体现为一个存在法规竞合和刑罚阶层明确的罪名体系,司法机关就应该在刑事法律规范基本框架下,尽量用足用尽刑法的规制功能,而不能逾越罪刑法定的原则,更不能出现“从严从重”的一边倒的现象。对于如何取舍法条竞合状态下的适法依据,最高院的态度以及司法实践中的做法均采取的是“重法优于轻法的原则”。张明楷教授认为我国刑法分则对于犯罪的分类并不是十分准确的,而且特别条款的设置过多,……应当合理地确定相关犯罪的保护法益,妥当处理法条竞合与想象竞合的关系。对此,他的处理原则似乎与最高法对待危害食品安全犯罪的态度不谋而合:“当一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条时,在通常情况下,应依照‘特别法条优于普通法条’的原则论处。但是,‘有条件(或例外)适用‘重法优于轻法’处理原则并非重刑主义。”“在特别关系中,有条件地适用重法优于轻法的原则,既不违反罪刑法法定原则,也不违反刑法的其他原则,相反符合罪刑相适应原则。^①甚至进一步辩护:“禁止适用重法优于轻法的原则,并不是刑法明文规定的原则;法官适用重法优于轻法的原则,并不是创制一个新的法律规定,而是公平正义地适用刑法的结果。”^②笔者认为,既然刑法没有明文规定法条竞合与想象竞合时应该适用什么原则,那么,张教授的意见也只是代表一家之言。如果是在提倡“从宽”“从轻”的刑事政策背景下,这番理论和主张也一样可以倒过来为“宽严相济刑事政策”在司法实践中的运用进行佐证。

(二)从刑事司法程序中寻求“宽严相济”的路径

宽严相济刑事政策司法化是指宽严相济刑事政策在司法实践过程中发挥作用的一个过程,是利用司法的载体来体现刑事政策精神的内核,最终在程序合法的司法环境下实现实质的正义的过程。^③从结合危害食品安全犯罪的具体罪名体系来看,宽严相济刑事政策的司法转化必须通过刑事司法审判,具体运用刑事法律规范来加以实现。在刑事法律规范的领域内,犯罪构成要件具有相对的固定性,刑事程序制度也存在着法律的稳定性。在司法审判中,首先,法官要以事实为依据,以法律为准绳,这就要求刑事司法审判在事实和规范之间进行法学方法论意义上内在的自证合法。其次,刑事司法审判在刑事法律规范缺乏具体操作规则之时,便需要法官针对个案具体事实进行司法裁量以自证合理。例如,前述危害食品安全犯罪的处罚一般要求并处罚金,但是对罚金的多少,罚金是依据犯罪所得抑或是罚金可以施以无限制的惩罚等问题,刑事法律规范并没有给出明确的操作规则,需要法官合情合理地自由裁量。最后,刑事司法审判遵循法律的正当程序,在特定程序与制度框架内刑事政策才能够保证得以实施。^④司法实践中,司法人员重实体轻程序,重打击犯罪而轻视人权保障的情形依然不同程度的存在,因此,需要在实体和程序方面把控自由裁量权的行使边界。

(三)最终回归到刑事法的基本原则

宽严相济刑事政策的目标是对某一时期司法审判活动进行指导,确定司法裁量所应遵循的基本的方向,并在目标的指引下,实现刑事司法审判过程法律效果和社会效果的统一。在此意义上讲,刑事司法审判过程中运用宽严相济刑事政策是一个能动而不失灵活的过程,是一个动态的司法政策行动指南。危害食品安全犯罪需要刑事法律的规制,而危害食品安全犯罪的规制并非依靠严惩便可一劳永逸地予以解决。宽严相济刑事政策在不同的历史时期,方向有所调整,任务有所偏重,但是无论怎样变换,最终都应该回归到刑事法律的基本原则上来。目前惩治危害食品安全犯罪的定罪量刑出现偏重和极端的倾向,确实值得我们关注和反思。

[作者单位:厦门大学法学院]

(责任编辑:石磊)

^① 张明楷:“法条竞合中特别关系的确定与处理”,载《法学家》2011年第1期。

^② 同注^①。

^③ 田圣斌、石琰子:“宽严相济刑事政策及其司法化研究”,载《铁道警官高等专科学校学报》2009年第6期。

^④ 龙宗智:“宽严相济政策相关问题新探”,载《中国刑事法杂志》2011年第8期。