危害食品药品安全犯罪的罪数形态①

宋祥林* 周小纯** 李佳杰***

[关键词] 牵连犯 竞合犯 择重处罚 双重处罚 数罪并罚

[摘 要] 在危害食品药品安全犯罪案件中，行为人除了单纯的生产、销售行为之外，往往还有假冒注册商标、虚假宣传等行为，对此需要从牵连犯的角度予以分析。生产销售伪劣产品罪与危害食品药品安全犯罪的四个主要罪名之间存在法条竞合问题，单一的危害食品药品安全犯罪行为同时还会触犯非法经营罪、投放危险物质罪等罪名。当危害食品药品安全犯罪的个案在并列的意义上符合法定的数个犯罪构成时，应依法予以数罪并罚。

[中图分类号] DF623 [文献标识码] A
[文章编号] 1004-4043(2018)-7(上)-0053-4

司法实践中，由于危害食品药品安全犯罪方式方法的多样性，侵犯法益的复杂性等原因，司法人员往往面临对所办案件涉及一罪或数罪的认定问题。因此，如何在准确理解危害食品药品安全犯罪涉及的法律规定的基础上，正确认定具体案件的罪数形态，对于有效打击此类犯罪，最大化实现法律效果和社会效果的统一显得尤为重要。

一、危害食品药品安全犯罪的牵连犯问题

按照刑法理论通说，牵连犯是指行为人为了达到某个犯罪目的而先予实施了相关手段行为，且手段行为和目的行为触犯了不同的罪名，但最终应择一重罪论处的情形（手段与目的的牵连犯），或指行为人先实施了某个目的行为，但目的行为造成了某种结果，且目的行为与结果行为都触犯了法定罪名，但最终应择一重罪论处的情形（原因与结果的牵连犯）。

（一）典型的危害食品药品安全犯罪牵连犯情形

危害食品药品安全犯罪的牵连犯情形在司法实践中比较常见，根据最高人民法院、最高人民检察院于2014年11月18日公布的《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第七条第一款的规定，违反国家药品管理法律法规，没有取得或者使用伪造、变造的药品经营许可证，非法经营药品，情节严重的，依照非法经营罪定罪处罚。据此可知，如果行为人先伪造、变造、买卖药品经营许可证，后经营质量合格药品，则所形成的便是伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪与非法经营罪的牵连犯，且属于手段与目的牵连型的牵连犯；如果行为人先伪造、变造、买卖药品经营许可证，后生产、销售假药、劣药，则所形成的便是伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪与生产、销售假药罪或生产、销售劣药罪

*江苏省连云港市人民检察院检察长；
**江苏省连云港人民检察院政治部主任；
***江苏省连云港市人民检察院检察官。
①本文系最高人民检察院检察应用理论研究课题《危害食品药品安全犯罪的法律适用问题研究》的阶段性研究成果。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的牵连犯，也属于手段与目的牵连型的牵连犯。对于因危害食品药品安全犯罪而引发的牵连犯的个案，一般情况下应当按照法律规定的生产、销售不符合安全标准的食品罪，或生产、销售有毒、有害食品罪，或生产、销售劣药罪，或生产、销售假药罪定罪量刑，但同时应将手段行为触犯的伪造国家机关公文、证件、印章罪作为酌定从重情节，即在目的行为所对应罪名的法定刑幅度内酌情从重处罚，从而体现罪责刑相适应原则和刑罚个别化原则。

（二）非典型的危害食品药品安全犯罪牵连犯情形

一是貌似牵连犯而实非牵连犯的情形。从最高人民法院、最高人民检察院2002年8月16日公布的《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用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》第二条的规定可知，当行为人非法将法律法规禁止在饲料或动物饮用水中使用的药品用于商业性饲养活动的，应依据我国刑法第二百二十五条的规定以非法经营罪对其追究刑事责任。同时，根据最高人民检察院、公安部于2008年6月25日公布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》可知，对于在养殖供人食用的动物过程中，非法使用盐酸克仑特罗（即“瘦肉精”）等明确禁止用于饲料和动物饮用水的药品以及含有此类药品的饲料的行为，应当以生产、销售有毒、有害食品罪予以立案追诉。那么，对于在商业性饲养活动过程中非法使用了上述禁止使用药品的行为，既能构成非法经营罪，又能构成生产有毒、有害食品罪时应如何处理？笔者认为，现有司法解释或规定将前述行为以法条竞合犯论处是可取的。因为，商业饲养活动本身并不违法，只是在饲养过程中非法使用了法律禁止使用的药品，该饲养行为才与非法使用禁用药品的行为被一起认定为非法生产行为，因此，在这个过程中所谓的手段行为与目的行为的牵连情形并不存在。

二是貌似牵连犯且实为牵连犯的情形。从司法实践来看，在危害食品药品安全犯罪的个案中，往往还会涉及到虚假广告罪或假冒注册商标罪等。对于行为人为了更好地生产、销售伪劣商品而在生产、销售伪劣商品过程中假冒注册商标的行为定性，实践中有几种不同观点：一种观点认为上述行为系两个独立的犯罪，应该数罪并罚；另一种观点认为假冒注册商标的行为既可以用在合格商品上，也可以用在伪劣商品上，因此行为人在生产、销售伪劣商品过程中假冒他人注册商标的，应当按照法条竞合犯择一重罪处罚；[②]还有一种观点认为，这种行为属于想象竞合犯，应从一重罪予以处罚。[③]笔者认为，当行为人在生产、销售伪劣产品过程中采取假冒注册商标或虚假广告行为时，生产、销售伪劣产品的行为已经存在。可见，在上述讨论对象的事件中存在两个行为，即生产、销售伪劣产品和使用假冒注册商标或者实施虚假广告。对此，上述事件罪数形态问题的认定要么按照数罪并罚来认定，要么按照牵连犯来处置。但由于两个行为之间具有手段和目的的关系，故最终按牵连犯处置为宜。

二、危害食品药品安全犯罪的竞合犯问题

竞合犯是指两个以上的具体罪名的犯罪构成要件同时适用于同一犯罪事实，其基本特征是同一犯罪中的部分或者全部事实要素被数个刑法规范重复评价。具体来说，当一个行为触犯的两个以上法条之间存在罪名从属或者交叉的逻辑关系时，是法条竞合；不存在上述逻辑关系的，则是想象竞合。[④]在本文中，笔者主要对危害食品药品安全犯罪竞合犯的类型和法律适用问题进行论述。

（一）危害食品药品安全犯罪竞合犯的主要类型

一是危害食品药品安全犯罪的法条竞合犯。刑法规定的危害食品药品安全犯罪的四个具体罪名与生产、销售伪劣产品罪之间是法条竞合关系，即危害食品药品安全犯罪所包含的具体罪名不过是“生产、销售伪劣产品罪”的特殊表现而已。因此，对于现行刑法第三章第一节所形成的法条竞合犯，自然是择一重罪处罚，通常是特别法优于普通法。从司法实践来看，也会存在以下个案情形：行为人虽然实施了生产、销售有毒、有害食品的行为，但其生产、销售的食品并没有达到有毒、有害的程度，只是不符合食品安全标准。对于这样的个案只

②参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第442页。
③参见张明楷著：《刑法学》，法律出版社2011年版，第731-732页。
④参见陈兴良、周光权著：《刑法学的现代开展》，中国人民大学出版社2006年版，第383页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

能按照生产、销售不符合安全标准的食品罪予以定罪量刑，即在法条竞合的关系中“由特殊返回一般”。应当注意的是，不仅刑法规定的生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售伪劣产品罪是法条竞合关系，而且生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪之间也是法条竞合关系，因为有毒、有害食品属于广义上的不符合安全标准的食品。此外，在司法实践中还会遇到这样的个案情形：行为人实施了生产、销售不符合食品安全标准的食品的行为，但其后果只能造成一般食物中毒事故或其他一般食源性疾病。对于此类案件，实践中可以按照生产、销售伪劣产品罪定罪处罚，即同样是法条竞合关系中的“由特殊返回一般”。

二是危害食品药品安全犯罪的想象竞合犯。想象竞合一般也被称为观念的竞合，是指行为人基于一种犯罪意图，实施了一个犯罪行为，而实际上触犯了两个以上罪名的情形。有学者提出，当行为人实施生产、销售有毒、有害食品的行为时，其同时也触犯了投放危险物质罪，此种情形属于想象竞合犯，应当从一重罪处罚。[5]这说明危害食品药品安全犯罪的想象竞合犯问题是存在的。但该观点所针对的是，行为人原本是出于投放危险物质来危害公共安全的目的而实施的生产、销售有毒、有害食品行为。在现行刑法中，生产、销售有毒、有害食品罪与投放危险物质罪并不属于刑法分则的同一章节，并且二者在犯罪构成上也难以形成交叉，因此对此类情形应当以想象竞合犯来处罚。同样，对于实践中存在的一种争议，即对于具体的危害食品药品安全犯罪，如生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售假药罪等，因其危害对象的不特定性，且均可能引发大型公共危机事件，从而同时构成以危险方法危害公共安全罪，亦属于想象竞合犯。对此，笔者认为，同样应以行为人是否具备以生产、销售伪劣食品或药品的方式来危害公共安全的目的来考量，当行为人不具备这种目的时便不构成以危险方法危害公共安全罪的想象竞合犯。

（二）危害食品药品安全犯罪竞合犯的法律适用

竞合犯的问题也完全有可能形成于危害药品安全犯罪的个案中。不仅刑法第一百四十一条所规定的生产、销售假药罪与第一百四十二条所规定的生产、销售劣药罪与第一百四十条所规定的生产、销售伪劣产品罪之间是法条竞合犯的关系，而且第一百四十一条所规定的生产、销售假药罪与第一百四十二条所规定的生产、销售劣药罪之间也是法条竞合犯的关系，因为假药属于广义上的劣药，在“重合的范围内”即在“劣药”上认定犯罪，实质上也是在法条竞合的关系之中“由特殊返回一般”。

但在危害食品药品安全犯罪的法条竞合犯的最终处置中，也会发生“特别法优于普通法”的例外，即最终按照普通法的规定予以定罪量刑，亦即按照“重法优于轻法”来追究刑事责任，这也是前文所说的对于在现行刑法第三章第一节所形成的法条竞合犯“通常”是“特别法优于普通法”。但在适用“重法优于轻法”时也要防止在刑罚轻重比较上发生错误判断。以危害药品安全犯罪为例。按照刑法第一百四十一条的规定，对生产、销售假药的行为，按照不同后果和情节，分别设置处三年以下有期徒刑或者拘役，处三年以上十年以下有期徒刑，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑三个不同层次的量刑区间，同时处以相应的财产刑。《解释》第三条从四个方面对刑法第一百四十一条规定的生产、销售假药行为的“其他严重情节”作出了明确规定；《解释》第四条则从八个方面对生产、销售假药的“其他特别严重情节”予以了细化。而在刑法第一百四十条关于生产、销售伪劣产品罪的规定中，则按照销售金额的不断提高，逐次提高了相应的量刑幅度。需要注意的是，在2014年11月18日《解释》公布实施之前，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，并没有对生产、销售假药罪的销售金额作出规定，这就使得在2014年11月18日之前，当行为人因生产、销售假药的销售金额超过一定数额时会以生产、销售伪劣产品罪来定罪处罚。而《解释》明确将生产、销售假药的销售金额纳入刑法第一百四十一条规定的“其他严重情节”和“其他特别严重情节”中。这就使得在现有法律规定中，对生产、销售假药罪的刑档逐次高于生

⑤参见张明楷著：《刑法学》，法律出版社2016年版，第745页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

产、销售伪劣产品罪。

前文所述的牵连犯和竞合犯均是危害食品药品安全犯罪的一罪问题，需要注意的是，有关司法解释所涉及的一罪形态并非是单一的，而是综合了法条竞合犯、想象竞合犯和牵连犯。具体来看，根据《解释》第十三条的规定，行为人在构成生产、销售不符合安全标准的食品罪或生产、销售有毒、有害食品罪同时，又构成其他犯罪的，应依照处罚较重的罪名来定罪量刑。《解释》还特别指出，行为人实施的危害食品安全行为虽然不构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，但构成生产、销售伪劣产品罪的，依照其他相关犯罪定罪处罚。此处，若是在现行刑法第三章第一节之内，所谓“构成其他犯罪”只能是指构成生产、销售伪劣产品罪。此时，所形成的罪数形态属于法条竞合犯，应依据特别法优于普通法或重法优于轻法的原则来定罪量刑；若是在现行刑法第三章第一节之外，所谓“构成其他犯罪”，则形成的罪数形态便可能是想象竞合犯，也可能是牵连犯，最终应按“双重处罚”的原则予以究责。同样，《解释》第十条也作出了类似规定，即当行为人触犯了危害药品安全犯罪的具体罪名时，其行为又触犯了生产、销售伪劣产品罪、侵犯知识产权罪、非法经营罪、非法行医罪等其他具体罪名的，应当依据处罚较重的相关规定予以处罚。若将前述规定作分解式理解，则实施生产、销售假药、劣药犯罪与生产、销售伪劣产品犯罪之间将形成法条竞合犯，实施生产、销售假药、劣药犯罪和非法经营犯罪之间将形成想象竞合犯，实施生产、销售假药、劣药犯罪与非法行医、非法采供血等犯罪之间将形成牵连犯。

由上可知，法律在对危害食品药品安全犯罪的牵连犯、想象竞合犯和法条竞合犯的处置上分别适用“双重处罚”和“择重处罚”。所谓“双重处罚”，就是在个案行为所触犯的数个罪名中选取较重或最重的罪名予以定罪，且将个案行为触犯其他罪名作为较重或最重罪名的酌定从重处罚情节，这主要适用于牵连犯和想象竞合犯，因为牵连犯和想象竞合犯所侵犯之法益往往具有多样性。而“择重处罚”就是在个案行为所触犯的数个罪名中选取较重或最重的罪名予以定罪量刑，这主要适用于法条竞合犯，因为法条竞合犯所侵犯之法益通常单一，即“一般之中的特殊而已”。其中，对危害食品药品安全犯罪的牵连犯、想象竞合犯予以“双重处罚”，主要是本着罪责刑相适应原则充分发挥对危害食品药品安全犯罪的预防作用。

三、危害食品药品安全犯罪的罪数问题

危害食品药品安全犯罪的罪数问题所讨论的是危害食品药品安全犯罪的个案在并列的意义上符合法定的数个犯罪构成而应予以数罪并罚的情形。这里之所以强调“在并列的意义上”，是因为如果个案不是“在并列的意义上”符合法定的数个犯罪构成，则其将引起前文所讨论的牵连犯等问题，而在牵连犯等情形中，个案所触犯的罪名行为之间存在着包含或派生等非属“并列”的关系。

危害食品药品安全行为构成数罪，即应予以数罪并罚的情形在实践中是完全可能存在的。如行为人在实施生产、销售伪劣食品过程中，其行为既构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，又构成生产、销售有毒、有害食品罪，或如行为人既生产、销售伪劣药品，既构成生产、销售劣药罪，又构成生产、销售假药罪，又如行为人不仅生产、销售不符合安全标准的食品和有毒、有害食品，同时又生产、销售假药或劣药等。而在法律将运输、储存增设为危害食品药品安全犯罪的行为类型之后，行为人既运输、储存不符合安全标准的食品或有毒、有害食品，又运输、储存劣药或假药的。应当注意的是，构成数罪并罚的危害食品药品安全犯罪的个案可以是形成于“一个行为”或“一次性行为”即“一次作案”，如在法律增设运输、储存这两种犯罪行为类型后，行为人将不符合安全标准的食品和有毒、有害食品装在一起非法运输，或如行为人将不符合安全标准的食品或有毒、有害食品与劣药或假药放在一起非法储存。这种“一个行为”或“一次性行为”在并列的意义上同时触犯数个罪名而应予以数罪并罚的现象，可称之为“一揽子行为”。对于危害食品药品安全犯罪的“一揽子行为”，司法实践中不可选取整个犯罪事实的主要部分来定罪量刑，而将非主要部分作为主要部分所对应罪名的酌定从重情节，因为这种做法违背了罪刑法定原则和罪责刑相适应原则，从而不利于危害食品药品安全犯罪的预防。

[编辑：刘传稿]

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net