

食品监管渎职罪疑难问题探究

魏在军¹, 马 群²

(1. 淮北师范大学政法学院, 安徽 淮北 23500; 2. 萧县人民检察院, 安徽 宿州 235200)

【摘要】食品监管渎职罪的主体必须是负有食品监管职责的国家机关工作人员,包括直接主管人员和直接责任人员。构成食品监管渎职罪,必须有“重大食品安全事故或者其他严重后果”发生,且渎职行为与危害结果之间存在刑法上的因果关系。食品监管渎职罪的主观方面只能是间接故意和过失,不可能包括直接故意。食品监管渎职罪与滥用职权罪、玩忽职守罪或其他特殊类型的渎职犯罪竞合时,依照处罚较重的规定定罪处罚;与受贿罪竞合时,数罪并罚,法律有特别规定的除外;食品监管人员利用职务帮助他人实施危害食品安全犯罪,构成食品监管渎职罪的同时,与他人构成危害食品安全犯罪的共犯,依照处罚较重的规定定罪处罚。

【关键词】食品监管渎职罪;主观要素;客观要素;竞合

【中图分类号】D924

【文献标识码】A

【文章编号】1671-6973(2017)04-0037-05

自《中华人民共和国刑法修正案(八)》增设食品监管渎职罪以来,已有五年。由于对刑法第四百零八条之一关于食品监管渎职罪的规定理解适用上的分歧,导致司法实践中出现标准不一、同案异判的现象。为了准确理解适用刑法第四百零八条之一,提高司法效率,体现司法的严肃性和权威性,本文对食品监管渎职罪的主体、主观方面、客观方面以及竞合问题进行探究,以推进食品监管渎职罪立法、司法的完善。

一、食品监管渎职罪主体范围的界定

判断自然人或单位的行为是否构成某罪时,首先要查明自然人或单位是否具备刑法规定的该罪的主体特征。根据刑法第四百零八条之一关于食品监管渎职罪的规定,食品监管渎职罪属于身份犯,即“负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员”才可能构成该罪。因此,要判定行为人的行为是否构成该罪,首先查明行为人是否属于“负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员”。长期以来,我国对国家机关工作人员范围的界定存在身份论和公务论之争。身份论者认为,渎职犯罪是一种职务犯罪,渎职犯罪的主体必须具有国家机关工作人员身份。公务论者则认为,行为人是否属

于刑法意义上的国家机关工作人员,应以是否从事公务来判定,不需考虑其是否具有国家机关工作人员的身份和编制。还有学者主张,应当将身份与公务二者有机地结合起来,即以国家机关工作人员论者至少应具有国家工作人员身份,如果不具有国家工作人员身份,则不可能从事公务,而具有国家工作人员身份的人,如果从事的仅仅是劳务,而不是公务,也不属于刑法意义上的国家机关工作人员。2002年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过的《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》明确规定,“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。”由该立法解释可以看出,立法机关对渎职罪中“国家机关工作人员”的认定标准,适用的是公务论,而非身份论。

根据我国宪法规定,国家机关工作人员包括从中央到地方各级权力机关、行政机关、司法机关和

【收稿日期】2016-10-29

【基金项目】安徽省哲学社会科学规划项目(AHSKF11-12D279)

【作者简介】魏在军(1969-),男,安徽宿州人,法学硕士,副教授,研究生导师。

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以构成食品监管渎职罪,只有负有食品安全监督管理职责的国家行政机关工作人员才能构成食品监管渎职罪。根据2015年修订后的《中华人民共和国食品安全法》第五、六条规定,县级以上地方各级人民政府和国务院食品药品监督管理部门对食品安全负有监督管理职责。但是,根据该法第142条至145条规定,对食品安全监督管理责任的追究,仅限于“县级以上人民政府食品药品监督管理、卫生行政、质量监督、农业行政等部门”和“县级以上地方人民政府”中“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”,不包括国务院。根据我国宪法规定,国务院是中央人民政府,其主要对国家各项事务的宏观管理和决策,明确国务院各职能部门的任务和职责,不负责具体的食品安全监督管理职责。

直接主管人员不同于直接责任人员,直接主管人员对直接责任人员负有监督、管理和指导的责任,二者是上下级隶属关系。直接主管人员对作为下属的直接责任人员的渎职行为是否承担责任,不可一概而论,应具体情形具体分析。当直接主管人员认真履行了自己的职责,对直接责任人员尽到了自己应尽的监管责任,对直接责任人员的不当行为也及时进行了指正,直接责任人员仍执意违法而为,直接主管人员对直接责任人员的渎职行为不承担法律责任;当主管人员没有认真履行自己的监管职责,对于下级人员的不当甚至违法、犯罪行为未予及时警告制止,那么此时的直接主管人员是有过错的,存在渎职行为,应依法承担相应的法律责任,并且对其责任的追究“不以其渎职行为与造成的危害结果之间存在直接或必然的因果关系为必要条件,只要存在间接或偶然的因果关系即可。”^[1]

直接责任人员,一般是渎职行为的直接实施者,危害食品安全的后果一般是由其渎职行为直接造成,危害后果与直接责任人员的渎职行为之间具有必然的直接因果关系。实践中有些直接责任人员虽有渎职行为,但不足以危害食品安全,危害后果是由食品经营者的违法行为或其他食品监管人员的渎职行为造成的,因其渎职行为情节显著轻微,不宜认定为犯罪。

二、食品监管渎职罪客观要素的判定

(一)“重大食品安全事故或者其他严重后果”的认定

根据我国刑法第四百零八条之一规定,“重大食品安全事故或者造成其他严重后果”是食品监管

渎职罪成立的结果要件。只有造成“重大食品安全事故或者其他严重后果”时,才构成食品监管渎职罪。也就是说,食品监管人员有渎职行为,但没有造成实际的危害,或者虽然造成了一定的危害,但是这种后果没有达到重大或者严重的程度,行为人的渎职行为不构成食品监管渎职罪。虽然渎职行为未产生重大食品安全事故,但造成了其他严重后果,同样构成食品监管渎职罪。如果其他后果的危害程度不及重大食品安全事故,不宜以“食品监管渎职罪”论处。因为“其他严重后果”与“重大食品安全事故”二者应具有相当性。

食品监管渎职行为造成的危害是多种多样的,法律条文用一一列举的方式难以穷尽现实中可能发生的所有危害情形。基于此,刑法第四百零八条之一兜底性地规定“造成其他严重后果”,不无一定的道理。这样,可以避免挂一漏万,能够有效地防止犯罪分子逃避法律责任,起到堵截犯罪的功能。二是考虑到食品危害的潜在性和不可预见性。由于食品本身的特殊性,“问题”食品对于人们生命健康的危害未必即刻显现出来。因为人的体质不同,食品中有害物质在每个人身体中的反应时间、反应程度也可能各不相同。机械地以一定时期内“问题”食品在群体中造成的实际危害量为依据,去判定后果是否严重,显然是不科学的。可以通过科技手段预测不安全食品所可能造成的将来危害,将推测出的结论作为“其他严重后果”进行立案,避免因危害显现较慢而使行为人逃脱法律制裁。三是适当采取概括式立法,有利于有效地打击犯罪,降低立法成本。

(二)因果关系的判定

食品监管人员的渎职行为与重大食品安全事故或者其他严重后果之间是否存在刑法上的因果关系,对于认定食品监管渎职罪至关重要。食品监管渎职罪的因果关系具有间接性、多环节、交叉重叠等特征,^[2]因此。在认定食品监管渎职罪的因果关系时,应当引进间接因果关系理论。^[3]

首先,要查明重大食品安全事故或者其他严重后果属于哪个监管部门的监管范围。其次,在确定食品监管部门的基础上,再进一步划定具体责任人员的范围,同时,也就划定了食品安全监管渎职罪的主体范围。即使有重大食品安全事故或者其他严重后果发生,但不属于某食品监管人员的监管范围。即使该食品监管人员有渎职行为,危害结果与其渎职行为之间也不存在刑法上的因果关系。只有自己监管范围内的食品因为自己的渎职行为造成“重大食品安全事故或者其他严重后果”时,才能

要求行为人对该危害结果承担食品监管渎职罪的刑事责任。食品监管人员已经充分履行了监管职责,即使发生了重大食品安全事故或者其他严重后果,食品监管人员也不构成食品监管渎职罪。由于人类认知的局限性,当食品经营者严格依法经营,发生了重大食品安全事故或者其他严重后果。该情形下,即使食品监管人员有渎职行为,也不构成食品监管渎职罪。因为即使食品监管人员充分履行监管职责,也不能避免危害后果的发生;食品监管人员的渎职行为,没有增加食品潜在的风险。^[4]

只有当食品经营者违法经营时,由于食品监管者的渎职行为,致使食品经营者的违法经营与重大食品安全事故或者其他严重后果之间的因果关系成为现实,食品监管人员才构成食品监管渎职罪。如果食品监管人员尽职监管,发现并制止食品经营者的违法行为,问题食品未必能进入市场,就能够切断食品经营者违法行为与重大食品安全事故或者其他严重后果之间的因果关系,重大食品安全事故或者其他严重后果就不会发生。由此可见,重大食品安全事故或者其他严重后果的发生是食品经营者违法经营和食品监管者的渎职行为等两方面因素共同作用的结果。此时,法律责任可以分为两部分:一是食品经营者违法经营的法律责任,二是食品监管人员渎职的法律责任。追究食品经营者法律责任的同时,不影响追究食品监管人员食品监管渎职罪的法律责任。

在现实发生的重大食品安全事故中,有时存在两个以上监管环节或监管部门、监管人员的渎职行为,此时,就有必要查明每个监管人员的渎职行为与危害结果之间是否存在刑法上的因果关系。当原因行为存在两个以上渎职行为时,即构成多因一果时,必须进一步查明每一种渎职行为原因力的大小,以准确判定食品监管人员责任的有无和大小。

三、食品监管渎职罪的主观方面

根据我国刑法第四百零八条之一规定,食品监管渎职罪的渎职行为有滥用职权和玩忽职守两种类型。食品监管渎职罪实质上就是我国第三百九十七条规定的滥用职权罪和玩忽职守罪在食品监管领域的具体表现形式,与滥用职权罪和玩忽职守罪是一种法条竞合关系。关于食品监管渎职罪主观方面的争议,实质源于滥用职权罪和玩忽职守罪的主观方面的争议。对于玩忽职守型罪,其主观方面为过失,即应当预见自己玩忽职守的行为可能发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够

避免,学界对此并无争议。对于滥用职权罪的主观方面,学界争议较大,主要有以下几种观点:第一种观点认为是故意,包括直接故意和间接故意;^[5]第二种观点认为只能是过失,不可能是故意,认为行为人对结果持希望或放任的态度,要么不符合实际,要么对这种行为应该认定为危害公共安全等罪;^[6]第三种观点认为包括故意和过失;第四种观点认为只能是间接故意;第五种观点认为只能是间接故意和过失。^{[7]1094}

刑法第四百零八条之一将食品监管滥用职权行为与玩忽职守行为规定在同一条款之中,也就是说,食品安全监管领域内的滥用职权行为与玩忽职守行为将适用相同的法定刑。但我们不能据此就简单地认为,食品监管渎职罪的主观方面为单一罪过。首先,从食品监管渎职罪的条文表述来看,其包含了食品监管滥用职权行为和食品监管玩忽职守行为两种行为。既然滥用职权罪和玩忽职守罪两罪的罪过形式不同,那么,食品监管渎职罪的罪过形式就不可能是单一的。最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(五)》之所以未有沿袭以往惯例,将刑法第四百零八条之一规定的犯罪确定为食品监管滥用职权罪和食品监管玩忽职守罪,而是确定为食品监管渎职罪,并非基于其罪过形式是单一的,相反,恰恰是考虑到司法实践中滥用职权和玩忽职守两种行为难以区分,而二者适用的法定刑是相同的,没有必要规定为两罪。^[8]

本文认为,食品监管渎职罪的主观方面包括间接故意与过失,不可能包括直接故意。刑法中的故意,是指行为人对结果的态度,而不是对行为的态度。如果刑法中的故意是指行为人对行为的态度,那么,犯罪就没有故意和过失之分,因为过失犯罪中的行为人对其行为也是故意和明知的。如交通事故中的行为人实施交通违章行为是故意而为,但对危害结果的发生却是持反对态度的,其即使违章,也不希望造成危害后果。否则,就是故意犯罪。在食品监管渎职罪中,食品监管渎职行为单独并不足以产生危害结果,往往是与食品经营者的违法行为结合造成重大食品安全事故或者造成其他严重后果。无论如何,食品监管渎职人员都不会希望或追求危害结果的发生,最多放任危害结果的发生。如果食品监管人员希望或追求危害结果的发生,就与食品经营者构成危害食品安全犯罪的共犯。因此,食品监管渎职罪的主观方面包括间接故意与过失,不可能包括直接故意。有学者认为,“既然间接

故意都能构成,直接故意更能构成,没有理由将直接故意排除在外。^{[7]1096}不否认直接故意构成犯罪,但是,与间接故意和过失构成的不是同一罪名。同样以交通肇事罪为例,如果行为人基于希望或追求危害结果发生的心态而故意违章,固然构成犯罪,但不再是过失的交通肇事罪,而是社会危害更为严重的故意以危险方法危害公共安全罪。

四、食品监管渎职罪的竞合问题

(一)罪名竞合

由于食品监管渎职罪与其他渎职罪“在涉及食品安全监管的构成内容上存在着交叉和重叠的情形”,^[9]所以,行为人的行为在构成本罪的同时也可能符合其他渎职罪的构成特征,这就产生了罪名竞合问题。

1. 与滥用职权罪、玩忽职守罪的竞合。滥用职权罪、玩忽职守罪是普通的渎职罪,食品监管渎职罪是特殊的渎职罪,是滥用职权、玩忽职守行为在食品监管领域的特殊表现形式。滥用职权罪、玩忽职守罪与食品监管渎职罪是一般法条与特别法条的法条竞合关系。根据我国刑法第三百九十七条和第四百零八条之一规定,食品监管渎职罪的法定刑重于滥用职权罪和玩忽职守罪。当行为人的行为既构成普通的滥用职权罪或玩忽职守罪,又构成食品监管渎职罪时,本着特别法优于普通法、重法优于轻法的原则,应认定为食品监管渎职罪。当行为人的食品监管渎职行为未有造成“重大食品安全事故或者其他严重后果”,但构成普通的滥用职权罪或玩忽职守罪,应认定为滥用职权罪或玩忽职守罪。

2. 与徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品罪的竞合。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,未有造成“重大食品安全事故或者其他严重后果”,不构成食品监管渎职罪,但构成徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪等其他渎职犯罪时,依照其他渎职犯罪定罪处罚;两者都构成的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

3. 与受贿罪的竞合。食品监管渎职罪与受贿罪虽然是两种不同的犯罪,但是二者会有交集。当行为人因为收受贿赂,而故意不履行食品安全监管职责时,或因不履行食品安全监管职责而收受贿赂时,行为人就同时触犯了食品监管渎职罪与受贿罪两种罪名,是从一重罪处罚还是数罪并罚?理论上是有争议的。本文认为,渎职犯罪与受贿犯罪二者

之间没有必然联系,渎职并不必然受贿,但受贿后一般会渎职。当国家工作人员既受贿,又渎职时,符合受贿罪和渎职罪两罪的构成,根据刑法中的罪数原理,应以渎职犯罪和受贿罪数罪并罚,这样,才符合罪责刑相适应原则,刑法另有规定的除外。^[10]

(二)与非身份犯的共犯的竞合

食品监管人员单独或与他人共同实施危害食品安全犯罪时,但未利用其职务上的便利,与其职务无关,其单独或与他人共同构成相应的危害食品安全罪。

食品监管人员与他人共谋,利用职务之便帮助他人实施危害食品安全罪时,利用其职权的行为本身构成渎职罪,同时,又与他人构成普通的危害食品安全罪(非身份犯)的共犯。该情形下,因食品监管人员只实施一行为,但触犯数罪名。根据想象竞合犯理论,不应数罪并罚,应依照处罚较重的规定对其定罪处罚。当其因渎职而收受贿赂时,应以较重的罪与受贿罪数罪并罚。

食品监管人员利用其职务帮助他人实施危害食品安全犯罪,又另外单独或与他人共同实施危害食品安全犯罪。因其主观上有两个犯罪故意,客观上实施两个行为,符合食品监管渎职罪和具体的危害食品安全犯罪两罪的犯罪构成,应以食品监管渎职罪与具体的危害食品安全罪数罪并罚。

[参 考 文 献]

- [1] 谢望原,何龙.食品监管渎职罪疑难问题探析[J].政治与法律,2012(10).
- [2] 魏在军,韩邦会.食品监管渎职罪因果关系的认定[J].江南大学学报(人文社会科学版),2016(5).
- [3] 李忠诚.论食品监管渎职罪[J].人民检察,2011(15).
- [4] 大谷实.刑法总论[M].黎宏译.北京:法律出版社,2003:161.
- [5] 高铭喧,马克昌.刑法学(第七版)[M].北京:北京大学出版社 高等教育出版社,2016:64.
- [6] 张智辉.论滥用职权罪的罪过形式[C]//赵秉志.刑法评论(第1卷).北京:法律出版社,2002:142.
- [7] 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011.
- [8] 张军.认真学习刑法修正案(八),促进经济社会发展[N].人民法院报,2011-5-4(05).
- [9] 钱叶六.食品监管渎职罪的构成要件及适用[J].社会科学辑刊,2013(4).
- [10] 魏在军,魏娜.刑法第399条第4款之宪法审视[J].淮北师范大学学报(哲学社会科学版),2016(1).

(责任编辑:闫卫平)

Study on the Difficult Problems in Malpractice of Food Regulation

WEI Zai-jun, MA Qun

(1. School of Political Science and Law, Huaibei Normal University, Huaibei, 23500, China

2. Xiaoxian People's Procuratorate, Suzhou, 235200)

Abstract: The main body of malpractice of food regulation must be state personnel who are responsible for food regulatory duties, including the person-in-charge and other personnel who are held to be directly responsible. To constitute the malpractice of food regulation, there must be a major food safety accident or other serious consequences, and there should be a causal relationship between malfeasance and the harm of the criminal law. The subjective aspect of malpractice of food regulation is indirect intention and negligence, and may not include direct intention. Faced with the concurrence of malpractice of food regulation, the crime of dereliction of duty and breach of privilege or other special type, there will be a heavier punishment in accordance with the provisions of punishment. Once the malpractice concurs with bribery, there will be combined punishment for several offenses unless it is specially stipulated by law. If food supervision officer used his position to help others to commit the crime of endangering food safety, constitute the crime of malfeasance in food regulation, and at the same time, constitute the crime of endangering food safety crime with others, there will be a heavier punishment in accordance with the provisions of punishment.

Key words: Malpractice of Food Regulation; Subjective Elements; Objective Elements; Concurrence

(上接第 36 页)

Adam Smith's Higher Education Thought And Its Enlightenment

WANG Jun-bo

(School of Law, Jiangnan University, Wuxi 214122, China)

Abstract: By combing the thought of Adam Simy's higher education, we reflect on some problems in our current higher education whose purpose is to cultivate practical and rational citizens. Problem-centered education should be carried out in general education. The financing and distribution of educational funds should be diversified and market-oriented and the state should provide guarantee for basic education only. As for teachers' motivation, we should start from the inner respect, cultivate the consciousness of the community of teachers and reduce the external evaluation mechanism.

Key words: Adam Smith; University Education; State And Market; Incentive Mechanism