

# 生产、销售有毒、有害食品罪基本犯既遂形态研究

李 梁\*

**摘要:**我国刑法学理论将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态解释为行为犯,致使该罪基本犯既遂的成立过于提前,在定罪上遗漏了对部分内容的刑法评价,与司法证明的内容不对应,同时也不符合刑法解释的一般原理。在生产有毒、有害食品罪基本犯既遂的场合,蕴含着“有毒、有害食品被生产出来”的结果;在销售有毒、有害食品罪基本犯既遂的场合,蕴含着“有毒、有害食品被销售出去”的结果。这两种结果均属于危险性结果。据此,应当把生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂解释为结果犯。与此同时,应当把既遂形态中蕴含危险性结果的犯罪均解释为结果犯;就刑法分则条文明确规定了实害性结果或具体危险的犯罪而言,应当根据实害性结果或具体危险确定犯罪的既遂标准。

**关键词:**生产、销售有毒、有害食品罪 行为犯 结果犯 危险性结果

## 一、问题的提出及研究意义

随着近年来食品安全问题日益凸显,社会各界对1997年系统修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第144条规定的生产、销售有毒、有害食品罪给予了广泛关注。关注点主要集中于两个方面:一是该罪基本犯的既遂形态问题,即该罪基本犯的既遂形态是属于结果犯还是行为犯?<sup>①</sup>二是该罪的罚金刑问题,即《中华人民共和国刑法修正案(八)》把该罪的罚金由原来的浮动罚金改为无限额罚金是否合适?就第二个问题而言,因为无限额罚金明显与罪刑法定原则中的禁止绝对不定(期)刑冲突,所以我国刑法学界的意见比较一致,无需进一步讨论。而对于第一个问题,持主流观点的学者认为,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态属于行为犯,即抽象危险犯。<sup>②</sup>但通过仔细研究可以发现,主流观点存在较为明显的问题:其一,根据主流观点,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂没有蕴含危害结果,所以无需对危害结果作出刑法评价,进而无需司法机关对危害结果作出司法证明,但这不符合司法实际。其二,根据主流观点,只要行为人实施了生产、销售有毒、有害食品罪的行为,无需任何结果的发生就可以成立该罪基本犯的既遂。例如,无论是否生产出有毒、有害食品,或者是否销售有毒、有害食品,只要行为人实施了生产、销售有毒、有害食品的行为,均可以成立该罪基本犯的既遂。而这会过度扩张生产、销售有毒、有害食

\* 中央民族大学法学院讲师  
基金项目:国家社会科学基金项目(13AFX011)

① 本文所说的行为犯是指犯罪既遂的成立无需任何结果发生的犯罪形态;相应的,结果犯是指犯罪既遂的成立需要结果发生的犯罪形态。从刑法评价的角度看,在行为犯的场合,只对行为进行刑法评价,无需对任何结果进行刑法评价;在结果犯的场合,需要对行为与结果均作出刑法评价。相应的,从司法证明的角度看,在行为犯的场合只需证明存在行为,而在结果犯的场合则既需要证明存在行为,也需要证明存在结果。

② 在此需要说明的是行为犯与抽象危险犯之间的关系。行为犯是与结果犯相对应的概念,危险犯(包括具体危险犯和抽象危险犯)是与实害犯相对应的概念。在行为犯的场合,司法上只需要证明存在行为;而在具体危险犯的场合,司法上则既需要证明存在行为,也需要证明存在具体危险。在抽象危险犯的场合,司法上只需要证明存在行为即可。因为在这种场合,一个行为具有典型的危险性是对这个行为进行惩罚的原因,在具体案件中的刑事可罚性并不取决于一种危险的真正出现。参见[德]克劳斯·罗可辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第222页。所以,德国学者将抽象危险犯等同于行为犯。参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《德国刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第67页。笔者赞同这种观点,认为行为犯就是抽象危险犯;相应的,结果犯包括实害犯和具体危险犯。

罪罪的处罚范围。其三,根据主流观点,只要是生产、销售有毒、有害食品准备工具或者创造条件的行为,均属于生产、销售有毒、有害食品罪的预备行为,生产、销售有毒、有害食品的行为本身不可能成立该罪的预备犯,而这会缩小该罪预备犯的成立范围。同时,根据主流观点,只要实施了生产、销售有毒、有害食品的行为,就成立生产、销售有毒、有害食品罪的既遂犯,由此导致未遂犯和中止犯的成立范围缩小,这也存在问题。

由此可见,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态是否属于行为犯,是值得认真研究的。实际上,对这一问题展开研究,有着重要的现实意义和理论价值。

首先,有助于合理确定生产、销售有毒、有害食品罪基本犯之既遂形态和非既遂形态的处罚范围。生产、销售有毒、有害食品罪属于故意犯罪,因而既存在既遂犯,也存在与既遂犯相对应的非既遂形态,即预备犯、未遂犯和中止犯。并且,既遂犯成立范围的大小直接影响到非既遂形态成立范围的大小。如果认为生产、销售有毒、有害食品罪属于结果犯,那么该罪既遂犯的成立就以结果的发生为成立条件,相应的,凡是没有发生结果的就属于预备犯、未遂犯或中止犯;如果认为生产、销售有毒、有害食品罪属于行为犯,那么该罪既遂犯的成立就不需要结果的发生,相应的,该罪的预备犯、未遂犯和中止犯的成立范围就会缩小。由此不难看出,对生产、销售有毒、有害食品罪的基本形态展开研究的直接意义就在于合理确定该罪基本犯之不同形态的处罚范围。

其次,有助于正确指导刑事司法。犯罪既遂标准的不同决定了刑法评价内容的不同,进而决定了司法证明的对象和范围不同。就生产、销售有毒、有害食品罪而言,如果认为该罪基本犯的既遂形态属于行为犯,那么只需要司法机关证明存在生产、销售有毒、有害食品的行为,就可以据此判定成立生产、销售有毒、有害食品罪的既遂犯;相反,如果认为该罪基本犯的既遂形态属于结果犯,那么只有在司法机关证明存在结果的情况下,才能认定成立生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂。在本文中,笔者通过对刑法分则中结果的类型化分析,进而探讨生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态中是否存在结果,这对该罪基本犯的司法证明活动具有重要的指导意义。

再次,有助于解释与生产、销售有毒、有害食品罪相类似犯罪的基本形态问题。在我国刑法分则规定的犯罪中,显然还存在类似于生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪。这些犯罪有哪些基本特点?刑法学理论上是否把这些犯罪的基本形态也作出了与生产、销售有毒、有害食品罪之基本形态相同的解释结论?是否存在同样的问题?因此,对生产、销售有毒、有害食品罪是否属于行为犯的研究,就不是个别性研究,而是从个别走向一般的研究。换言之,关于生产、销售有毒、有害食品罪基本形态的研究结论,可以运用于与该罪基本犯的既遂形态相类似的犯罪,因而具有普遍意义。

最后,有助于深化结果犯的理论。关于结果犯的成立条件,在我国刑法学理论上虽然存在不同的认识,<sup>①</sup>但是大都没有针对不同的结果而提出不同的结果犯的观点。换言之,我国学者没有依据结果的不同对结果犯进行类型化研究。从另一个侧面看,对生产、销售有毒、有害食品罪基本形态的研究,就是对该罪基本犯的既遂是否存在结果的研究。如果该罪存在结果,那么刑法意义上的结果具有何种特质?是根据刑法的明确规定来确定结果?还是根据法条的文理来确定结果?抑或根据个罪的保护法益来确定结果?当各种确定方法之间存在冲突时,哪一种方法具有优先性?对这些问题的研究,显然有助于深化对结果犯的认识。

## 二、将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态确定为行为犯存在的问题

1997年《刑法》第144条将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的罪状设置为两种:一种是把有毒、有

<sup>①</sup> 当前,对于什么是结果犯,主要有两种观点:持第一种观点者主张,结果犯是指犯罪既遂的成立以发生侵害结果为要件的犯罪。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2017年版,第149页。持第二种观点者主张,结果犯是指行为与结果之间存在间隔的犯罪。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2006年版,第168~169页。笔者赞同第一种观点。

害的非食品原料掺入正在生产、销售的食品中,另一种是明知是掺有有毒、有害之非食品原料的食品而予以销售。就客观要件而言,只要求行为人在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料,或者销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品,即可成立生产、销售有毒、有害食品罪,而无需满足其他要求。基于此,我国刑法学理论界大都认为,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态属于行为犯或抽象的危险犯。这种解释确实符合1997年《刑法》第144条的字面含义,是根据该条的文理所得出的解释结论。但是,进一步挖掘1997年《刑法》第144条的文义,同时参考司法实践的基本样态可以发现,将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂解释为行为犯存在较为明显的问题。

### (一)致使既遂犯的成立过于提前

在刑法学理论上,持“结果无价值论”者认为,由于结果是任何犯罪的构成要件要素,因此为了解释没有侵害结果的犯罪,“结果无价值论”把结果划分为侵害结果与危险结果,即认为危险也是结果,进而把需要侵害结果发生才成立的犯罪称为侵害犯,把只需发生危险就可以成立的犯罪称为危险犯,<sup>①</sup>而且,把危险划分为行为的危险与作为结果的危险,认为作为结果的危险才是危险犯中的危险。与此同时,主张危险包括具体危险和抽象危险,前者是指具体危险犯中的危险,后者是指抽象危险犯中的危险,同时承认具体的危险与抽象的危险没有严格的界限。<sup>②</sup>在持“结果无价值论”者看来,没有造成任何危险的行为就不符合构成要件,进而不能被评价为犯罪。由此来看,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯既遂形态中的结果就只能是一种危险,即对设立该罪保护的法益造成的威胁。换言之,能成为刑法评价对象的,只能是对设立生产、销售有毒、有害食品罪保护的法益造成威胁的行为。这种观点把没有对设立生产、销售有毒、有害食品罪保护的法益造成威胁的行为排除于刑法的处罚范围之外,看似缩小了处罚范围,但实际上并非如此。

从1997年《刑法》第144条的罪状表述看,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态并不包含结果。如上所述,生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的第一种罪状是“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料”,即生产有毒、有害食品;<sup>③</sup>第二种罪状是“销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品”,即销售有毒、有害食品。第一种罪状虽然是相对于生产者与销售者而言的,但是都是对生产行为的描述;第二种罪状仅针对销售者而言,是对销售行为的描述。实际上,这两种行为都蕴含着具体结果。第一种罪状蕴含的结果是有毒、有害食品被生产出来,第二种罪状蕴含的结果是有毒、有害食品被销售出去。但是,根据我国刑法学界主流的观点,将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态解释为行为犯,则意味着这里的结果就不是生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂标准,即在没有造成这两种结果的情况下,也可以成立生产、销售有毒、有害食品罪的既遂。这显然扩大了该罪既遂犯的处罚范围。既遂犯处罚范围的扩大,则意味着非既遂形态处罚范围的缩小。具体而言,就未遂犯和中止犯(实行中止)而言,只有有毒、有害食品被生产出来之前发生的生产行为中的部分生产行为,或者有毒、有害食品被销售出去之前发生的销售行为中的部分销售行为才成立未遂犯和中止犯。就预备犯和中止犯(预备中止)而言,因为只要有生产有毒、有害食品的行为或者只要出现销售有毒、有害食品的行为就成立犯罪既遂,所以有毒、有害食品被生产出来之前的生产行为,或者有毒、有害食品被销售出去之前的销售行为都不可能成立预备犯(或中止犯)。可见,将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态解释为行为犯,使得该罪既遂的成立过于提前,相应的,就缩小了非既遂形态的处罚范围,进而使得该罪的处罚过于严厉。

### (二)在定罪上遗漏了对部分内容的刑法评价

既遂犯成立条件的确定属于定罪的重要内容。笔者在前文中已经指出,在生产、销售有毒、有害食品罪的场合,生产行为的直接结果是有毒、有害食品被生产出来,销售行为的直接结果是有毒、有害食品被销

<sup>①</sup> 危险犯是持“结果无价值论”者所提倡的一个概念。在持“行为无价值论”者看来,刑法评价的重心在行为,而非行为所造成的结果,所以对危险犯的概念基本持反对态度。

<sup>②</sup> 参见[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第45~46页。

<sup>③</sup> 这里的生产包括生产者的生产和销售者的生产。前者是指生产者在生产食品的过程中掺入有毒、有害的非食品原料;后者是指销售者在其销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料,使食品的质量发生有害性改变。

售出去。如果将该罪基本犯的既遂解释为行为犯,那么意味着这两种结果不会对定罪产生影响,因而不会在定罪上成为刑法评价的对象。具体而言,在确定既遂犯时,有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去,不会成为既遂犯的标准;在确定未遂犯或中止犯(实行中止)时,则意味着有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去(结果发生)不是区分既遂犯与未遂犯或中止犯(实行中止)的界限;在确定预备犯或中止犯(预备中止)时,只有为生产、销售有毒、有害食品做准备的行为才能被认定为预备犯或中止犯(预备中止),有毒、有害食品被生产出来之前的生产行为,或者有毒、有害食品被销售出去之前的销售行为本身不会被认定为预备犯或中止犯(预备中止)。

果真如此,那么有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去就只能是量刑情节。并且,在根据行为犯的原理而成立犯罪的情况下,有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去就成为从重处罚情节。由于没有法律的明文规定,这种量刑情节只能是酌定从重处罚情节。但正如有的学者所指出,由酌定从重处罚情节决定的刑罚量是一种刑罚增量,并且是无根据的刑罚增量,违反了“法无明文规定不处罚”原则,因而应当予以否定。<sup>①</sup>但是,如果把有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去纳入定罪的范畴,使其成为决定既遂犯(同时意味着决定非既遂形态)处罚范围的要素,那么会缩小生产、销售有毒、有害食品罪既遂犯的处罚范围,使本来被解释为该罪既遂犯的部分行为被分流到非既遂形态当中。如此一来,有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去就由影响量刑的因素转变为影响定罪的因素。这不仅从定罪上实现了刑法的全面评价,而且符合罪刑法定原则的基本要求。<sup>②</sup>

### (三)与司法证明的内容不对应

在犯罪认定与处理过程中,需要刑法评价的内容往往是需要司法上加以证明的内容。例如,在行为犯的场合,刑法没有将侵害结果作为构成要件要素规定下来,所以在司法上无需证明侵害结果的存在。也就是说,刑法规定只要行为人实施了某种行为,就推定对刑法所保护的法益产生了某种危险,所以也无需证明危险的存在。但是,在生产、销售有毒、有害食品罪的场合,有毒、有害食品是否被生产出来,有毒、有害食品是否被销售出去,是需要司法上加以证明的问题,并且,这种证明的目的不是为了量刑,而是为了定罪。之所以如此,是因为生产行为和销售行为的完成分别需要通过“有毒、有害食品被生产出来”和“有毒、有害食品被销售出去”来表征。

在生产、销售有毒、有害食品罪的场合,如果能查明行为人有生产工具、生产场所、原料等,那么就可以证明生产行为的存在。但是,这并不意味着生产行为已经实施完毕,也许整个生产行为还处于未完成状态。而只有有毒、有害的食品被生产出来,才能证明生产行为已经完成并达到既遂。显然,这是司法者判断生产行为完成的一般思考方式。同样,如果能查明行为人已经掺有有毒、有害的非食品原料的食品与消费者进行商谈、签订买卖合同等,那么就可以证明销售行为的存在。但是,这并不意味着销售行为已经实施完毕,销售行为实际上还处于未完成状态。也就是说,只有有毒、有害食品被销售出去,才能证明销售行为已经完成并达到既遂。这显然也是司法者判断销售行为完成的一般思考方式。

值得注意的是,从生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪性质和司法实践看,延续性是该罪行为的重要特点。换言之,行为人往往不是一次性地生产、销售有毒、有害食品,而是连续不断地生产、销售有毒、有害食品。在这种情况下,就存在完成的生产行为与未完成的生产行为、完成的销售行为与未完成的销售行为区分的问题。完成的生产行为与销售行为标志着犯罪已经既遂,未完成的生产行为与销售行为标志着犯罪处于非既遂状态。对于这种情况,可以采用吸收犯的原理,以既遂形态吸收非既遂形态,认定为犯罪既遂。另外,在行为人既生产有毒、有害食品,之后又将自己所生产的有毒、有害食品加以销售的场合,如果进入销售环节但未能销售出去的,那么依然应当依据吸收犯的原理认定为既遂犯。

<sup>①</sup> 参见苏永生:《“酌定从重处罚情节”之否定——一个罪刑法定主义的当然逻辑》,《政法论坛》2016年第6期。

<sup>②</sup> 当前,把处罚的必要性与合理性理解为罪刑法定原则的重要内容是对罪刑法定原则的深度理解。在有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去对生产、销售有毒、有害食品罪的处罚必要性与合理性具有明显制约作用的情况下,对其从定罪上进行评价显然是罪刑法定原则的应有之义。

由上述分析不难看出,司法者往往把有毒、有害食品是否已经生产出来或有毒、有害食品是否已经销售出去作为判断生产、销售有毒、有害食品罪是否既遂的标志。在这种情况下,如果按照我国刑法学界的主流观点,将生产、销售有毒、有害食品罪解释为行为犯,那么意味着无视司法判断的实际情况,与司法证明的内容不对应。

#### (四)不符合刑法解释的一般原理

虽然根据1997年《刑法》第144条的文字表述,将该条规定的生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态解释为行为犯,没有超过该条用语的含义范围,因而不属于类推解释,但是这种解释结论距离刑法解释之一般原理的要求还比较远。

首先,没有在刑法用语与社会事实之间进行互动,致使解释结论难免空泛。刑法解释是一个过程,表现为在刑法规范与包括案件事实在内的社会事实之间来回穿梭。<sup>①</sup> 刑法解释发生于事实,终结于事实。所有的法律与事实相关。“法律与事实共存亡,法律并非产生于事实发生之前。谈法律而不言事实,纯属荒唐!”<sup>②</sup> 笔者在前文中指出,有毒、有害食品被生产出来或者有毒、有害食品被销售出去,是司法者判断生产、销售有毒、有害食品罪既遂的重要标准,是该罪既遂形态中的重要案件事实。但是,将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂解释为行为犯,意味着该罪既遂的成立不以有毒、有害食品被生产出来或者有毒、有害食品被销售出去为标准。显然,这种解释结论只是单纯对1997年《刑法》第144条的用语依据形式逻辑进行说明的结果,而不是通过在刑法规范与社会案件事实之间进行穿梭之后得出的结论。换言之,解释活动不是由案件事实引发,而是由刑法用语本身引发。由于缺乏事实论的视角,因此这种解释难免空泛,运用于司法实践后必然出现理论与实践相脱节的现象。

其次,没有保持刑法用语的开放性,致使解释结论难以满足现实需要。刑法用语对社会生活具有开放性是客观解释论的基本要求,也是解释的本质所在;否则,会导致刑法用语僵化,最终成为“僵尸”条款。例如,如果坚持传统观点,把“卖淫”解释为妇女向男性出卖肉体,那么就无法根据1997年《刑法》第358条的规定来评价组织或强迫男性有偿提供性服务的行为,也无法评价组织或强迫女性向女性提供有偿性服务的行为。在这种情况下,面对逐步增多的该类犯罪现象,1997年《刑法》第358条的规定在很大程度上就会成为“僵尸”条款。所以,只有保持刑法用语向社会生活开放,才能使刑法与时俱进,解决现实问题。这里的“刑法用语向社会生活开放”,即刑法用语向社会事实开放。这里的社会事实,按照法国学者迪尔凯姆的解释,就是能够左右人的生活的各种事实,如伦理道德、风俗舆论等。“行为或思想这些类型不仅存在于个人意识之外,而且具有一种必须服从的,带有强制性的力量,它们凭着这种力量强加于个人,而不管个人是否愿意接受。”<sup>③</sup> 虽然将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态解释为行为犯,没有超出1997年《刑法》第144条的含义范围,但是这种解释是一种字面解释,解释者在解释时没有把用语向社会生活开放,没有考虑有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去对确定生产、销售有毒、有害食品罪基本犯既遂形态成立的重要意义,致使解释结论与司法实践的距离较远,难以满足现实的需要。

最后,不符合刑法解释的本质。虽然刑法解释发端于案件事实,但是决定解释结论的绝非仅限于案件事实,而是还有其他社会事实。所以,从本质上讲,刑法解释是实质性的。所谓形式解释,因为其不与事实发生联系,所以不属于解释。<sup>④</sup> 例如,根据1997年《刑法》第133条之一的规定,在道路上醉酒驾驶机动车

<sup>①</sup> 刑法解释学一般认为,刑法解释是在刑法规范与案件事实之间穿梭的过程。参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年第2版,第35~38页。实际上,刑法解释不可避免地要受到刑法规范和案件事实之外的其他社会事实的影响,是在刑法规范与包括案件事实在内的社会事实之间互动的过程。参见苏永生:《在刑法规范与社会事实之间——宣扬恐怖主义、极端主义物品之司法判定问题研究》,《河南大学学报》(社会科学版)2018年第1期。

<sup>②</sup> 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第18页。

<sup>③</sup> [法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第24页。

<sup>④</sup> 我国有学者指出,形式解释发生了从“事实论”向“价值论”的转变。以往的形式解释强调不对构成要件进行价值判断,因而具有形式性,属于字面解释;当下的形式解释已被注入“价值论”的因素,坚持以自由保障优先来解释构成要件。参见劳东燕:《刑法解释中的形式论与实质论之争》,《法学研究》2013年第3期。笔者认为,只要解释刑法用语时与事实发生联系,就属于实质解释。所以,形式解释就是对刑法规范所做的逻辑说明而不是解释。

的,可以成立危险驾驶罪。如果不考虑任何事实,仅从字面意思看,任何在道路上醉酒驾驶机动车的行为,都成立危险驾驶罪。但是,实际情况并非如此。虽然字面意思划定了处罚范围,<sup>①</sup>但是在案件事实符合字面意思的情况下,并不一定就符合构成要件。午夜在无任何行人和车辆的道路上醉酒驾驶机动车的行为,显然符合 1997 年《刑法》第 133 条规定的构成要件,但把这种行为认定为危险驾驶罪显然是不合时宜的。所以,不结合案件事实,仅仅根据法条的字面含义作出解释,不符合刑法解释的本质。不仅如此,似乎任何刑法条文都需要解释才能得到适用,但进入解释视野的恐怕只是由案件事实引发并在适用法律上出现争议的用语。例如,正是“许霆案”发生后致使人们对“占有”出现了争议,才出现了对“占有”的进一步解释。再如,正是“于欢案”的发生,致使人们对正当防卫之限度条件的认识出现了分歧,才出现了进一步解释的需要。这进一步说明,刑法解释发端于案件事实,并随着人们对案件事实认识的深入而发展、发达,最终得出新的解释结论。在解释生产、销售有毒、有害食品罪基本犯既遂形态时,仅仅根据 1997 年《刑法》第 144 条的字面含义将该罪基本犯的既遂确定为行为犯,显然缺乏事实论的视角,不符合刑法解释的本质。

### 三、生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态属于结果犯

否定生产、销售有毒、有害食品罪属于行为犯,就意味着肯定该罪属于结果犯,因为行为犯是与结果犯相对应的一个概念。既然如此,生产、销售有毒、有害食品罪就存在结果。那么,该罪的结果属于哪种结果?具有何种性质?对此,需要做进一步的探讨。

#### (一)生产、销售有毒、有害食品罪的结果类型:蕴含的结果

从罪刑法定原则出发,刑法中的结果只能是刑法明文规定的结果。依据不是刑法明文规定的结果进行刑法评价,就属于罪刑擅断。但是,对“明文规定”的理解也不能过于绝对化。实际上,“明文规定”有多种呈现方式,主要表现为明确的规定、蕴含的规定和依据刑法规定作出的解释结论。<sup>②</sup>相应的,刑法中的结果首先表现为明确规定的结果,除此之外还包括蕴含的结果和解释的结果。

明确规定的结果,即刑法分则条文就个罪明确规定的侵害结果,是个罪(既遂犯)成立的条件之一。例如,根据 1997 年《刑法》第 133 条的规定,发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失是交通肇事罪的结果,是该罪成立的条件之一。在我国刑法分则中,几乎所有的过失犯罪的结果以及部分故意犯罪的结果都是由刑法明文规定的。蕴含的结果,即刑法分则条文没有明确规定结果,但实际上在条文的语义中蕴含着某种结果。例如,1997 年《刑法》第 232 条没有明确规定故意杀人罪的结果,但“故意杀人”的罪状蕴含着该罪的结果就是致他人死亡。再如,1997 年《刑法》第 398 条没有明确规定故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪的结果,但从“故意或者过失泄露国家秘密”这一用语中可以看出,这两种犯罪的结果就是致使国家秘密被泄露。解释的结果,主要是指根据刑法教义学原理解释出来的结果。例如,根据法益保护原理和某一犯罪在刑法分则中的位置来解释该罪的法益侵害结果,就属于解释的结果。

在上述 3 种结果中,明确规定的结果是最为刚性的结果,不允许随意改变。蕴含的结果因为蕴含在刑法规范当中,所以存在一个能否被发现的问题。详言之,在有的罪刑规范中蕴含着非常明显的结果,因而容易被发现。例如,1997 年《刑法》第 234 条第 1 款把故意伤害罪的罪状表述为“故意伤害他人身体”,这可谓没有明确规定故意伤害罪的结果,但是从这一罪状表述中不难发现,故意伤害罪的结果就是致使他人身体机能受到损害。当然,在有的罪状表述中虽然蕴含着某种结果,但是不容易被发现,以致将该罪状表述涉及的犯罪的基本犯既遂形态解释为行为犯。例如,1997 年《刑法》第 398 条将故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪的罪状表述为“故意或者过失泄露国家秘密”,其中虽然隐含着“国家秘密被泄露”这一结果,但是这一结果比较隐蔽,不容易被发现,所以刑法学理论大多将这两个犯罪的既遂形态解释为行

<sup>①</sup> 不在道路上醉酒驾驶机动车的,无论如何都不成立危险驾驶罪;在道路上醉酒驾驶非机动车的,无论如何也不成立危险驾驶罪;不在醉酒状态下在道路上驾驶机动车的,无论如何也不成立危险驾驶罪(仅就醉驾型危险驾驶罪而言)。

<sup>②</sup> 刑法解释是对刑法用语含义的说明,因而任何解释结论都必须在刑法用语的含义范围内作出,超出用语含义范围的“解释”不叫解释,而是续造。所以,解释结论也属于言内之意。

为犯。致使蕴含的结果难以被发现的原因有两个：一是刑法规范与人们的日常生活比较远。如果蕴含某种结果的刑法规范距离人们的日常生活比较远，那么其中的结果就不容易被发现，如1997年《刑法》第398条、第432条中的结果就是如此；相反，如果蕴含某种结果的刑法规范贴近人们的日常生活，那么其中的结果就容易被发现，如1997年《刑法》第232条、第234条中的结果便是如此。二是刑法学理论将结果等同于实际损害。例如，在泄露秘密的场合，人们认为单纯的泄露秘密并不一定会造成实际损害，所以没有把“国家(军事)秘密被泄露”认为是故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪、故意泄露军事秘密罪和过失泄露军事秘密罪的结果。<sup>①</sup>与明确规定的结果和蕴含的结果不同，解释理由的多样性致使解释的结果可能与明确规定的结果和蕴含的结果不一致。在我国刑法学理论中，与明确规定的结果不一致的解释的结果有很多，最为典型的是刑法学理论把明确规定的结果解释为客观处罚条件(或客观的超过要素)，而把对法益的侵害解释为结果。例如，1997年《刑法》第397条明确规定的结果是“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”，但有学者认为这属于客观的超过要素，该条规定的滥用职权罪和玩忽职守罪的结果是对国家机关公务的合法、公正、有效执行以及国民对此信赖的侵害。<sup>②</sup>还有学者认为，就配置了相同法定刑幅度的滥用职权罪和玩忽职守罪而言，对于前者，“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”不属于罪体要素，而是罪量要素，但对于后者，“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”又成为了罪体中的结果要素。<sup>③</sup>由此可见，最可靠的结果是明确规定的结果，其次是蕴含的结果，解释的结果在很多情况下会偏离明确规定的结果和蕴含的结果，所以应当对其保持谨慎的态度。

从表面看，1997年《刑法》第144条没有明确规定任何结果，但根据生产、销售有毒、有害食品罪在刑法分则体系中的地位及该罪的基本特点，完全可以把该罪的结果解释为对社会主义市场经济秩序造成破坏和对公共安全造成危害。但是，这种解释结论过于随意，并且也不符合1997年《刑法》第144条的文义。换言之，在判断生产、销售有毒、有害食品罪的既遂形态时，无需判断其对社会主义市场经济秩序是否造成破坏，也无需判断其对公共安全是否造成危害。基于此，持危险犯论者将有破坏社会主义市场经济秩序和危害公共安全的危险解释为该罪的危险结果，由此使生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂成为危险犯。这就意味着，生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态没有包含结果要素。但仔细研究可以发现，1997年《刑法》第144条规定的罪状中蕴含结果。根据行为内容的不同，可以将其分为两种：其一，就生产有毒、有害食品而言，结果是有毒、有害食品被生产出来；其二，就销售有毒、有害食品而言，结果是有毒、有害食品被销售出去。

## (二)生产、销售有毒、有害食品罪基本犯既遂形态蕴含结果的性质：危险性结果

根据刑法学理论，刑法中的结果是指侵害结果。这强调的是结果的有害性，并且，这里的有害性指的是实际损害。<sup>④</sup>在生产、销售有毒、有害食品罪的场合，只有破坏了社会主义市场经济秩序，只有对不特定或多数人的身体健康和生命造成损害，才符合有害性的要求。这种观点可谓触及了刑法中结果的核心问题，所以应当得到坚持。在本文中，笔者将这种结果称为“实害性结果”。但是，在刑法分则条文中还有另外一种结果。这种结果虽然不是确定的实际损害，但是时刻存在发生实际损害的危险。例如，在非法制造枪支、弹药、爆炸物的场合，枪支、弹药、爆炸物被制造出来本身就是一种结果，这种结果虽然并不意味着对公共安全造成实际损害，但是始终存在造成实际损害的危险。为了与结果无价值论者提倡的“危险结果”相区别，笔者将这种结果称为“危险性结果”。详言之，危险性结果与危险结果的区别主要有3个方面：其一，危险结果是实害结果相对应的一个概念，强调的是危险本身。例如，日本有学者指出：“作为属于构

<sup>①</sup> 之所以没有把“国家秘密被泄露”和“军事秘密被泄露”分别作为1997年《中华人民共和国刑法》第398条第1款和第432条中蕴含的结果，还有一个重要原因，即该两款均把“情节严重”作为构成要件要素，而“情节严重”是一个综合评价要素，既包括客观因素，也包括主观因素。但实际上，在所有的情节犯中，情节主要是用来限制处罚范围的，并且能被理解为包括结果。

<sup>②</sup> 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第1246页。

<sup>③</sup> 参见陈兴良：《规范刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第1227~1232页。

<sup>④</sup> 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第74页。

成要件要素的结果,不单指对保护法益的现实的侵害,也包括对保护法益的侵害的危险”。<sup>①</sup>与此不同,笔者所主张的危险性结果是与实害性结果相对应的概念,强调的是结果本身。其二,虽然“结果无价值论”者把危险区分为行为的危险与作为结果的危险,但是危险是行为本身所蕴含的;与此不同,危险性结果则是行为所导致的。其三,在司法证明上,对危险采取推定的方式加以证明,即只要有行为就推定有危险,只有证明确实不存在危险的情况下,才可以推翻推定;与此不同,对危险性结果不能推定,必须采取一般的证明方法予以证明。由此不难发现,危险结果与危险性结果虽然都具有客观性,但是对前者的判断主要是一种价值判断,而对后者的判断主要是一种事实判断。例如,在醉酒驾驶的场合,只要行为人实施了醉酒驾驶行为,就可以判断行为存在危及公共安全的危险,这种判断并不以某种事实来呈现,因而主要是一种价值判断。但在非法制造枪支、弹药、爆炸物的场合,危险性结果表现为枪支、弹药、爆炸物被生产出来。这是事实判断,而非价值判断。相应的,对危险结果的判断是一种实质判断,而对危险性结果的判断主要是一种形式判断。

由此可见,刑法中的结果包括实害性结果和危险性结果。如果说实害性结果属于核心结果的话,那么危险性结果就属于非核心结果。在没有核心结果的情况下,就应当发挥非核心结果在犯罪构成符合性判断中的重要作用,以此实现对司法权的有效制约。1997年《刑法》第144条并未规定生产、销售有毒、有害食品罪的实害性结果,也就是说,该罪基本犯既遂形态的成立不需要实害性结果发生。但是,该罪基本犯既遂形态中蕴含着两种结果,即有毒、有害食品被生产出来(相对于生产行为)和有毒、有害食品被销售出去(相对于销售行为)。这两种结果显然不具有实害性,因为有毒、有害食品被生产出来或有毒、有害食品被销售出去,并不意味着对市场经济秩序造成了实际的破坏,<sup>②</sup>更不意味着对公民的身体健康和生命安全造成了实际损害。所以,这两种结果属于危险性结果。也就是说,有毒、有害食品被生产出来,就产生了破坏市场经济秩序的危险和损害不特定或者多数人的身体健康和生命安全的危险;有毒、有害食品被销售出去,更意味着产生了破坏市场经济秩序的危险和损害不特定或者多数人身体健康和生命安全的危险。与危险结果不同,这两种结果具有可视性,对这两种结果的判断主要属于事实判断和形式判断,相对于价值判断和实质判断,其对司法权具有更大的制约作用。所以,根据有毒、有害食品被生产出来和有毒有害食品被销售出去这两种结果,将生产、销售有毒、有害食品罪基本犯的既遂形态解释为结果犯,是在1997年《刑法》第144条没有明文规定实害性结果的情况下对危险性结果的充分阐释。这种结果的可计算性及对其判断的事实性和形式性,消除了对生产、销售有毒、有害食品罪基本形态解释和认定的随意性,增强了刑法的安定性,因而值得提倡。

#### 四、与生产、销售有毒、有害食品罪同类的犯罪的既遂问题

在我国刑法分则关于基本犯的规定中没有明确规定实害性结果但蕴含危险性结果的犯罪并不限于生产、销售有毒、有害食品罪,因此有必要分析该类犯罪的基本特点,以便廓清前文结论的适用范围。同时,应当注意的是,即使在规定实害性结果或具体危险的犯罪中,也可能蕴含危险性结果。在这种情况下,就有必要分析危险性结果与实害性结果、具体危险之间的关系。

##### (一) 蕴含危险性结果之犯罪的基本特点

通过仔细分析可以发现,在我国刑法分则规定的犯罪中,除了生产、销售有毒、有害食品罪之外,还有一部分犯罪蕴含危险性结果,如非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪(第125条)、违规制造、销售枪支罪(第126条)、非法出租、出借枪支罪(第128条第2款)、生产、销售假药罪(第141条)、故意泄露国家秘密罪(第398条)、过失泄露国家秘密罪(第398条)等。该类犯罪具有以下两个基本特点:

<sup>①</sup> [日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第45页。

<sup>②</sup> 就对市场经济秩序的破坏而言,生产有毒、有害食品行为和销售有毒、有害食品行为是有区别的。生产有毒、有害食品为销售有毒、有害食品创造了前提,但其本身并不会破坏市场经济秩序;与此不同,有毒、有害食品被销售出去,必然对市场经济秩序造成破坏。但是,刑法处罚的是具有严重社会危害性的行为,所以并非只要有有毒、有害食品被销售出去,就具有了刑法意义上的实害性。



其一,该类犯罪侵害的法益往往具有双重性,即包括形式法益和实质法益。所谓形式法益,即“被安排”的法益,而非由某一犯罪的基本特点决定的应当侵害的法益;所谓实质法益,即由某一犯罪的基本特点决定的应当侵害的法益。例如,从污染环境罪在刑法分则中的体系地位看,该罪属于妨害社会管理秩序罪,所以其侵害的法益包括国家对环境的管理秩序,这就是“被安排”的法益,属于形式法益;从犯罪特点(包括规范性特点和事实性特点)看,污染环境罪侵害的法益显然是人身、财产权和环境本身,这就是实质法益。从侵害的法益看,蕴含危险性结果的犯罪既侵害了形式法益,也蕴含着对实质法益造成侵害的危险。前者由危险性结果来彰显,后者由实害性结果来表现。例如,就生产、销售有毒、有害食品罪而言,侵害的形式法益是市场经济秩序,即国家对食品生产和流通的管理秩序,侵害的实质法益是不特定或多数人的健康、生命安全。只要有毒、有害食品被生产出来,或者有毒、有害食品被销售出去,就意味着对国家关于食品生产、流通的管理秩序造成了破坏,同时对国家设立该罪进一步保护的不特定或者多数人的健康、生命安全造成了威胁。

其二,在该类犯罪中,蕴含的危险结果出现后,并不必然发生实害性结果,立法者也没有把实害性结果作为构成要件要素规定下来。例如,假药被生产出来后,没有进入流通领域,或者假药被销售出去后立即被相关部门控制的,一般不会发生实害性结果,但这也符合生产、销售假药罪基本犯既遂形态的构成要件。所以,该类犯罪不同于实害结果伴随行为的犯罪。例如,在盗窃罪的场合,与盗窃行为伴随的往往是他人对财物的占有被侵害。又如,在非法拘禁的场合,他人被非法拘禁的结果与行为相伴随,同时意味着他人的人身自由权被侵犯。但在蕴含危险性结果的犯罪中,由犯罪特点所决定的实害性结果并不一定发生,并且实害性结果不是罪状本身就蕴含的结果,更不是刑法分则条文明确规定的结果。所以,实害性结果是否出现不影响既遂犯的成立。换言之,在立法者没有明确规定实害性结果,或者行为实施完毕并不意味着实害性结果必然发生的场合,只要发生危险性结果,就可以认定为犯罪既遂。

## (二)危险性结果与实害性结果、具体危险之间的关系

值得进一步探讨的是,我国刑法分则规定的有些犯罪的罪状中蕴含着危险性结果,同时立法明确规定了实害性结果。在这种情况下,就应当正确处理危险性结果与实害性结果之间的关系。这种情况主要发生在数额犯和造成严重结果型犯罪的场合。例如,根据1997年《刑法》第140条的规定,生产、销售伪劣产品罪基本犯既遂形态的成立,不仅要求生产、销售伪劣产品,而且要求销售金额达到5万元以上。其中,蕴含的危险性结果是伪劣产品被生产出来,或者伪劣产品被销售出去,实害性结果是销售金额达到5万元。又如,根据1997年《刑法》第181条第2款的规定,成立诱骗投资者买卖证券、期货合约罪基本犯的既遂形态,不仅要求投资者买卖了证券、期货合约(蕴含的危险性结果),而且要求造成严重后果(明确规定的实害性结果)。在这种情况下,既然刑法分则条文明确规定了实害性结果,那么根据刑法教义学原理,就不能以蕴含的危险性结果的发生作为既遂犯成立的标志,而只能以明确规定的实害性结果的发生作为既遂犯成立的标志。在生产、销售伪劣产品的场合,没有生产伪劣产品的行为,就不会有销售伪劣产品的行为,所以不会出现没有伪劣产品被生产出来或销售出去但存在销售金额达到5万元的情形。<sup>①</sup>就诱骗投资者买卖证券、期货合约罪而言,严重后果的发生是以投资者买卖证券、期货合约为前提的。如果投资者没有买卖证券、期货合约,即使产生严重后果,也不能认定成立诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的既遂。

还须注意的是,在有些犯罪中,刑法分则条文规定的罪状中既蕴含着危险性结果,同时立法又规定了具体危险。例如,根据1997年《刑法》第143条的规定,成立生产、销售不符合安全标准的食品罪,在客观上不但要求有生产、销售不符合安全标准的食品的行为,而且蕴含着不符合安全标准的食品被生产出来或者销售出去这一危险性结果,同时还要求出现“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重后果”的危险。又如,根据1997年《刑法》第145条的规定,成立生产、销售不符合标准的医用器材罪,在客观上不但要求

<sup>①</sup> 就生产、销售伪劣产品罪而言,生产行为虽然被规定为实行行为,但是这种行为本身不可能达成犯罪既遂,因而在很多情况下属于犯罪预备行为。

有生产、销售不符合标准的医用器材的行为,而且蕴含着不符合标准的医用器材被生产出来或被销售出去的危险性结果,同时还要求发生“足以严重危害人体健康”的危险。在该类犯罪中,客观方面的基本构造是:行为→危险性结果→具体危险。对此,究竟是应当以危险性结果发生为既遂标准,还是应当以具体危险的出现为既遂标准?这就涉及危险性结果与具体危险之间的关系问题。从客观方面的构造而言,行为、危险性结果、具体危险这 3 者之间存在位阶关系,即没有行为就没有危险性结果,没有危险性结果就没有具体危险;反之,有行为并不意味着有危险性结果,有危险性结果并不意味着发生具体危险。既然如此,就不能以危险性结果的发生作为既遂犯的成立标准,而应当以具体危险的发生作为既遂犯的成立标准。

综上所述,在刑法分则就某一犯罪明确规定了实害性结果或具体危险,同时该罪的罪状中蕴含着危险性结果的情况下,明确规定的实害性结果或具体危险在基本犯既遂的判断中具有主导性,即不当把危险性结果的发生作为判断既遂犯成立的标准,而应当把明确规定的实害性结果或具体危险作为判断既遂犯成立的标准。但是,在这种场合,如果不发生危险性结果,那么实害性结果或具体危险也不可能出现。所以,危险性结果的出现并不意味着犯罪既遂,但危险性结果没有出现的,则肯定不可能成立犯罪既遂。

## 五、结语

穷尽刑法用语的含义,是解释和理解刑法用语时必须坚持的一个原则,否则不但不能充分发挥立法的效用,而且会得出背离刑法教义学的解释结论。在有些犯罪的罪状设置中,没有明确规定实害性结果,但蕴含着危险性结果。在这种情况下,如果不对这种结果进行评价,那么意味着刑法评价的不全面,也不符合司法证明的要求。所以,对该类犯罪不能再坚持行为犯的思维,只要有行为就认定为既遂,而应当认定为结果犯,以危险性结果的发生作为确定既遂犯成立的标准。

在刑法学理论上,结果往往被理解为侵害结果,在持结果无价值论者的视野中其还包括危险结果。但是,在这两种结果之外还有一种结果,即危险性结果。这种结果的出现,并不意味着侵害结果或具体危险的发生,但其确实意味着发生法益侵害的危险。这种结果所产生的危险不同于行为本身产生的危险,因为需要对这种结果作出司法上的证明。不过,这是对结果的证明(虽然证明结果的存在意味着行为也必然存在),而不是对行为本身的证明。所以,危险性结果与抽象危险是存在差别的。以此为思路,可以将刑法中的结果分为危险性结果、具体危险和实害性结果。以这 3 种结果为既遂标准的犯罪都属于结果犯;相应的,就法益侵犯程度由轻到重依次排列而言是危险性结果犯、具体危险犯和实害性结果犯。

责任编辑 田国宝