

食品安全犯罪“从严”刑事政策检讨

章 桦*

摘要: 食品安全犯罪“从严”刑事政策下的立法修正和司法处遇,并未取得明显的社会效果,食品安全犯罪的治理仍不乐观,食品安全的形势依然严峻。通过对立法、司法及相关规范性文件(1953年—2017年)、学术论文(1985年—2018年)、8 062例量刑裁判(2008年—2018年)、司法统计公报(2002年—2016年)、行政监管(2006年—2017年)大数据集合进行多维度的挖掘,发现食品安全犯罪刑事政策在“从严”结构上存在立法采取“既严又厉”与学界倡导“严而不厉”的冲突,该冲突引起食品安全犯罪刑事政策在“从严”实现路径和着力点上的分歧,形成与“从严”刑事政策相背离的司法“瓶颈”:轻刑率高、有期徒刑和罚金刑整体偏轻、缓刑适用率高、禁止令和从业禁止适用混乱,导致“从严”刑事政策在实质上向从轻异化。在保障人权和推进刑罚轻缓化的基础上,对“从严”进行“两维度、两层次”的解构,提出“司法严密—司法严厉—立法严厉—立法严密”的刑事政策顺序结构,确立食品安全犯罪“从严”刑事政策的应有立场和司法回归路径。

关键词: 食品安全犯罪 刑事政策 严而不厉 司法“瓶颈”

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.03.003

法律事实的真实性、全面性是刑事政策科学性的基础。德国学者李斯特在界定刑事政策的含义时,从犯罪社会学方面提出了统计学研究所得出的事实对刑事政策的重要作用:“只要我们瞥一眼犯罪统计方面的资料,或者看一看司法精神病学的教科书,我们会找到充足的理由”。^① 日本学者川出敏裕在他人对刑事政策进行实证研究的基础上,提出了基于证据的刑事政策:“关于防止犯罪的对策,也应当实施随机比较对照试验,在调查其有效性的基础上,实施有效性得以确认的对策”。^② 法国对刑事政策的数据化研究走在了世界前列,重视对刑事政策的评估,以法国学者安塞尔为首创立的巴黎“刑事政策研究中心”将评估某项具体刑事政策的结果、预计结果、负效应和检验作为刑事政策研究

* 西南政法大学法学院博士研究生、西南医科大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金重大项目(16ZDA061)

① [德]冯·李斯特:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版,第212页。

② [日]川出敏裕、金光旭:《刑事政策》,钱叶六等译,中国政法大学出版社2016年版,第4页。

的主要方式之一。^①就我国而言,“由于以往不重视刑事政策的合理化和科学化问题,不重视刑事政策的效果问题,不重视对涉及犯罪的社会和人力资源的合理配置和使用问题,因此,人们并不重视刑事政策评估”。^②囿于数理逻辑并未在刑法教义学研究中完全展开,我国刑事政策的量化评估研究相对滞后,“实证研究或定量分析几乎没有”。^③获取数据困难、统计方法要求较高也是导致这一现状的原因。^④一些经济学研究者曾基于犯罪率、逮捕率等指标,在宏观上对我国刑事政策效果进行过探索,^⑤但目前尚未出现针对具体犯罪的刑事政策量化评估研究。本文尝试用量化研究方法,以食品安全犯罪刑事政策所涉及的所有立法及相关规范性文件(1953年—2017年)、重要理论研究成果(1985年—2018年)、8 062例量刑裁判(2008年—2018年)、司法数据(2002年—2016年)、行政监管数据(2006年—2017年)大数据集合进行多维度的实证分析,检视食品安全犯罪“从严”刑事政策,在惩罚犯罪和保障人权的基础上,结合刑罚轻缓化的发展趋势,确立食品安全犯罪“从严”刑事政策的正确定位及实现路径。

一、问题的提出及研究方法

食品安全问题不断挑战着我国的现代化治理能力,并成为立法重点关注的问题。我国食品安全犯罪的法律规制经历了从无到有、从轻到严等3个阶段:(1)刑事责任空白阶段(1949年—1979年)。该阶段出于卫生防疫的目的加强了食品的行政监管,最早由我国卫生部颁布了《清凉食物管理暂行办法》(1953年),其后又相继制定了一些行政规范性文件。(2)刑事责任确立、扩展阶段(1979年—2009年)。该阶段行政处罚和刑事处罚双管齐下,国家加强了食品安全行政监管,制定了《中华人民共和国食品卫生法》,并确立了刑事处罚规范,在刑法中规定了食品安全犯罪。(3)刑事处罚全面从严阶段(2009年—现在)。受“三鹿奶粉事件”^⑥和相继出现的地沟油、瘦肉精、毒血旺等事件的影响,催生了全面从严打击食品安全犯罪的共识,我国相继制定了一系列从严惩处食品安全违法犯罪的法律规范,如《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)(2009年)、《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》](2011年)、《食品安全法》(2015年)、《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》](2015年),^⑦明确规定对食品安全犯罪应从严惩治。

(一)食品安全犯罪“从严”刑事政策面临的问题

食品安全犯罪“从严”刑事政策并未取得明显的效果,食品安全犯罪形势并未得到有效缓解,刑事制裁措施在食品安全问题上渐显无力,产生了食品安全犯罪“从严”刑事政策乏效的困境,并导致学界对“从严”刑事政策产生疑问。

① 参见[法]雅克·博里康、朱琳编著:《法国当代刑事政策研究及借鉴》,中国人民公安大学出版社2011年版,第30页。

② 何秉松:《刑事政策学》,群众出版社2002年版,第292页。

③ 黄京平、王烁:《论刑事政策的评估——以建立指标体系为核心》,《中国刑事法杂志》2013年第7期。

④ 参见刘仁文:《论刑事政策的评估》,《政法论坛》2002年第4期。

⑤ 参见陈硕、章元:《治乱无需重典:转型期中国刑事政策效果分析》,《经济学》(季刊)2014年第4期。

⑥ 参见《三鹿奶粉事件》, <https://baike.sogou.com/v29324935.htm?fromtitle=三鹿奶粉事件,2020-05-01>。

⑦ 《中华人民共和国刑法修正案(九)》增加了“因利用职业便利实施犯罪,或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪需要,禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业,期限为3年至5年。”该条规定在司法实践中大量适用于食品安全犯罪,加大了对该犯罪的惩罚力度。

1. “从严”刑事政策并未遏制食品安全犯罪的上升趋势

立法上加强对食品安全犯罪严厉打击的法律制度调整,并未带来食品安全形势的好转,食品安全犯罪仍然居高不下,我国的食品安全形势仍然严峻。笔者收集了国家食品药品监督管理总局(2006年—2017年)统计年报所披露的数据,虽然该统计年报未公布2014年之前的食品安全违法犯罪数据,但是现有的2014年—2017年的数据揭示了一个事实,即食品公众投诉量、^①食品违法涉及的物品价值、^②食品违法罚款金额^③与移送司法机关的案卷量^④呈现逐年递增的趋势。最高人民检察院和最高人民法院并未完全公布食品安全犯罪的案卷量,笔者通过一些博士论文所提供的研究数据,揭示了2008年—2012年,食品安全犯罪人数呈现逐年上升的趋势。“2008年审理生产、销售不符合卫生标准的食品案件和生产销售有毒有害食品案件84件,生效判决人数101人;2009年,审结148件,生效判决人数208人;2010年审结119件,生效判决人数162人。”^⑤“2011年全国检察机关受理生产、销售不符合安全标准的食品安全犯罪案件155件396人,同比分别增长252.27%和344.94%;受理生产、销售有毒、有害食品安全犯罪案件544件944人,同比分别增长497.80%和442.53%。”^⑥“2012年,全国审判机关判决不符合安全标准的食品安全犯罪案件,同比上一年度增长179.83%,达到220件;生效判决人数同比增长159.88%,达到446人。审结生产、销售有毒、有害食品案件同比上一年度增长224.62%,达到861件;生效判决人数同比增长257.48%,达到1059人。”^⑦通过以上数据可以看出:在对食品安全犯罪实施“从严”刑事政策的背景下,我国食品安全犯罪呈现逐年上升的趋势,食品安全犯罪防控效果不容乐观。

2. “从严”刑事政策并未产生明显良好的社会效果

据统计,2005年消费者对食品市场的放心率仅为28.2%,虽然2006年有所提高,但仍然偏低,仅为35.2%。^⑧根据2015年—2016年11月的大数据分析,对于当前的食品安全状况,公众认为一般的为38.1%,认为不太好和非常不好的分别为24.3%和5.4%,认为非常好和还可以的仅占6.3%和25.8%。^⑨两组数据清晰地反映出2/3的被调查者或互联网消费者对食品的安全状况仍然不放心。另外,根据《2010年—2011年消费者食品安全信心报告》显示,近7成受访者对食品安全状况“没有安全感”。根据有的学者提供的数据,公众对食品安全的满意度从2014年的52.12%增长到2016年的54.55%,但仍与食品安全合格率存在近43个百分点的差距。^⑩虽然每个统计截取的样本不同,统计方法的运用有所差异,但结论基本一致:在对食品安全犯罪实施“从严”刑事政策的背景下,公众对食品安全的认同度依旧偏低,食品安全形势仍然严峻。如果出现一些极端的食品安全事件,那么会造成社

① 食品公众投诉量:2014年35.32万件、2015年43.24万件、2016年60.49万件、2017年88万件。

② 食品违法涉及的物品价值:2014年4.14亿元、2015年4.81亿元、2016年6.05亿元、2017年6.8亿元。

③ 食品违法罚款金额:2014年8.53亿元、2015年10.8亿元、2016年16.54亿元、2017年23.9亿元。

④ 移送司法机关的案卷量:2014年1449件、2015年1761件、2016年1665件、2017年2454件。

⑤ 黄宇:《关系刑法视角下的食品安全犯罪刑事立法研究》,博士学位论文,吉林大学,2014年,第64页。

⑥ 吴彬彬:《食品安全行政执法与刑事司法衔接机制研究》,博士学位论文,湘潭大学,2017年,第36页。

⑦ 蔡若夫:《生产、销售伪劣商品罪研究》,博士学位论文,华南理工大学,2015年,第55页。

⑧ 2007年2月15日,国家食品药品监督管理局发布《2006年31个城市食品安全放心工程满意度调查报告》。该调查报告基于对全国31个直辖市和省会城市发放调查问卷39950份、回收有效问卷38733份进行统计学分析得出上述结论。

⑨ 参见江青:《国民食品安全认知素养大数据出炉》,《中国医药报》2017年1月10日。

⑩ 参见陈海波:《公众食品安全满意度开始缓慢增长——解读2016年我国食品安全问题》,《光明日报》2017年1月14日。

会舆情的过度反应,导致公众对食品安全的社会治理出现悲观的情绪。

3.“从严”刑事政策受到学界的质疑

意大利学者贝卡利亚提出了刑罚威慑理论。他认为:“只要刑罚的恶果大于犯罪所带来的好处,刑罚就可以收到它的效果。”^①“即使刑罚是有节制的,它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚所造成的恐惧更令人印象深刻。”^②英国学者边沁在功利主义原理的基础上,基于行为人成本收益理性,在论述惩罚与罪过间的比例问题时提出刑法的威慑和预防效应,“惩罚之值在任何情况下,皆须不小于足以超过罪过收益之值”,^③并且指出:“要使惩罚的值能够超过罪过的收益,必须依其就确定性而言的不足程度,相应地在轻重方面予以增加”。^④美国学者贝克尔借鉴经济学收益成本理论,提出了惩罚概率越大,犯罪越少;惩罚越严厉,犯罪越少的观点。^⑤后续的国内外实证研究结论基本证成了威慑理论。在食品安全犯罪“从严”的刑事政策下,我国通过降低食品安全犯罪的入罪门槛、扩大犯罪圈、加强行刑衔接等措施提高了惩罚犯罪的概率,立法上提高法定刑和配置从业禁止、司法上规定从严惩治和严格适用缓刑,提高惩罚力度,但并未取得明显的成效,导致学界对食品安全犯罪“从严”刑事政策提出疑问。有学者提出:“目前的食品安全刑事立法政策既不利于对以单位为主体的危害食品安全犯罪的惩处,也不利于遏制危害性的扩大和整体打击此类犯罪。”^⑥也有学者认为食品安全犯罪“从严”刑事政策存在“过于倚重刑罚的严厉性而忽视刑事法网严密”的缺陷。^⑦还有学者否认“从严”刑事政策对食品安全犯罪分子的威慑力,认为“食品安全犯罪分子不一定或者不需要惧怕重刑。”^⑧“刑法抑或重刑无力承担起解决社会管理失范所引发的犯罪控制问题。”^⑨虽然学界对食品安全犯罪“从严”刑事政策乏效已达成共识,但是并未对食品安全犯罪“从严”刑事政策进行立法、司法及学理上的正确检视,进而没有发现食品安全犯罪“从严”刑事政策乏效的症结所在,导致对食品安全犯罪“从严”刑事政策的片面质疑或否定。

(二)研究假设及方法

基于食品安全犯罪“从严”刑事政策面临的问题,需要从立法、司法和学理 3 个方面对食品安全犯罪“从严”刑事政策进行重新审视。笔者认为存在以下 4 个方面的关键性问题:(1)在“宽严相济”的总体刑事政策下,食品安全犯罪“从严”的刑事政策是否合理?应坚持“厉而不严”“严而不厉”“既严又厉”和“不厉不严”何种结构?抑或采用其他结构或路径?(2)由于严密了法网,加大了惩处力度,因此食品安全犯罪的犯罪黑数变小,食品安全犯罪看似出现逐年增多的趋势,这是否应归功于“从严”刑事政策重要功效的发挥?(3)立法方面,食品安全犯罪的法定刑配置是否合理?犯罪成本是否大于犯罪收益?是否有可能形成威慑力?(4)司法实践是否坚持了“从严”刑事政策?是否显现了刑罚的威

① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社 2005 年版,第 53 页。

② [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社 2005 年版,第 72 页。

③ [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆 2000 年版,第 225 页。

④ [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆 2000 年版,第 230 页。

⑤ See Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy, 1968, 76 (2):169-217.

⑥ 左袖阳:《关于当前食品安全刑事立法政策的反思》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2015 年第 3 期。

⑦ 参见邵彦铭:《我国食品安全犯罪治理刑事政策的反思与重构》,《河北法学》2015 年第 8 期。

⑧ 舒洪水:《食品安全犯罪刑事政策:梳理、反思与重构》,《法律评论》2017 年第 1 期。

⑨ 孙万怀、李高宁:《有毒有害食品安全犯罪的量刑偏向考证——兼及刑事政策导向与法规规范性之协调》,《政治与法律》2013 年第 7 期。

慑力?

上述4个关键性问题的答案,在于两个前提性假设的论证。假设1:立法贯彻了“从严”刑事政策。假设2:司法贯彻了“从严”刑事政策。如果假设1和假设2能被证成,即“从严”刑事政策在立法和司法中都得到严格贯彻,立法和司法达到高度的一致,刑法完成了自己的使命,逐年增多的食品安全犯罪只是犯罪黑数的呈现,那么在对可能存在的问题进行合理解决的前提下,就不宜再过度放大刑法的功能,不宜再扩大处罚范围或提高惩罚力度,对食品安全违法行为应适当转向民事制裁、行政监管、行政制裁等其他社会治理措施。如果任意一个假设被证伪,那么就会产生以下3个问题:(1)若食品安全犯罪“从严”刑事政策的结构本身存在问题,则需要予以修正以便在立法和司法上得到正确贯彻。(2)若假设1被证伪,则立法应思考如何贯彻“从严”刑事政策。(3)若假设2被证伪,则司法应思考如何贯彻“从严”刑事政策。而对于犯罪黑数的问题,在当前无法精确估算的情况下,基于假设2与假设1之间的逻辑关系,采取否定前件式的逻辑论证,即假设1和假设2都被同时证伪或者假设2被证伪,^①“从严”刑事政策发挥不出应有的功效,自然不会出现犯罪黑数的大量显现,而应对立法或司法进行检讨。

沿着以上假设的论证思路,本文的研究包括但不限于对刑法教义学的反思,着力点在于从数据方面进行挖掘。运用SPSS统计学分析软件,对立法规规范性文件数据、理论研究(专家意见)数据、司法判例数据、司法统计公报数据、行政监管数据进行实证分析。在论证上述假设的基础上,对食品安全犯罪“从严”刑事政策进行量化评估,分析食品安全犯罪“从严”刑事政策面临问题的原因,探索解决问题的对策。

二、食品安全犯罪“从严”刑事政策面临问题的症结

“宽严相济”刑事政策的提法,首见于2004年12月召开的全国政法工作会议,并在2006年10月《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中被正式确立为我国的刑事政策。^②刑法实务界和理论界围绕“宽严相济”刑事政策的主旨进行刑事理论、立法、司法的修正与体系构建。尽管食品安全犯罪“从严”刑事政策获得普遍认同,但源于“宽严相济”中的“严”被解读为“法网严密”和“刑罚严厉”,产生了食品安全犯罪“从严”刑事政策“既严又厉”和“严而不厉”两种结构,进而形成食品安全犯罪“从严”刑事政策的结构冲突,即食品安全犯罪的刑事立法及相关规范性文件采用“既严又厉”的从严结构,而学界基于刑罚的轻缓化和对重刑主义的忌惮,倡导食品安全犯罪“严而不厉”的从严结构。从严结构的冲突使司法人员陷入抉择困境,在“刑罚严厉”的程度上产生困惑,最终走向食品安全犯罪司法实践从轻的极端,完全背离了食品安全犯罪“从严”刑事政策出台的初衷,导致出现食品安全犯罪“从严”刑事政策在实质上向从轻异化的结果。

(一)立法对食品安全犯罪采用“既严又厉”的从严结构

笔者收集了1953年—2017年涉及食品违法犯罪的规范性文件(含中华人民共和国刑法及修正案、食品安全法律法规、最高人民法院、最高人民检察院的司法解释、国务院关于全国食品药品专项整治工作安排及其他涉及食品违法犯罪的规范性文件)共计55部。通过统计分析,94.5%的法律规范

^① 由于假设1需要在假设2中得以实现,即立法上的从严需要在司法上贯彻,因此假设2如果被证伪,那么假设1也发挥不出应有的作用。在一定意义上可以说,假设2是最为关键的假设,需要重点予以论证。

^② 参见黄春燕:《宽严相济刑事政策古今考辨》,《南京社会科学》2018年第2期。

性文件明确提出对于食品安全犯罪应当从严惩处。在从严惩处的实现路径上,60%的规范性文件明确规定采用“既严又厉”的结构。

我国刑事立法和司法解释在罪刑规范的设置上采用了“既严又厉”的结构。在刑事立法方面:(1)增设罪名。在生产、销售不符合卫生标准食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的基础上,增加了食品监管渎职罪。(2)取消罚金刑的限制、增加保安性措施、保留重刑。上述前两罪都取消了单处罚金,一律修改为并处罚金,倍比罚金刑改为无限额罚金刑,取消罚金刑上限;对食品安全犯罪可以适用3年至5年的从业禁止;生产、销售不符合卫生标准食品罪最高可以适用无期徒刑,生产、销售有毒、有害食品罪在保留死刑的同时取消拘役刑。(3)降低基本犯的入罪门槛。生产、销售不符合卫生标准食品罪增加了其他严重情节;生产、销售有毒、有害食品罪将“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患,对人体健康造成严重危害的”修改为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的”。在刑事司法方面:(1)强调依法对食品安全犯罪进行严惩,加大财产刑的适用,严格控制适用缓刑和免于刑事处罚。(2)推动行政执法与刑事司法的衔接,明确禁止“以罚代刑”。(3)严格控制缓刑的适用,若适用缓刑,则应当同时宣告禁止令。由此可以看出,立法上贯彻了食品安全犯罪“从严”的刑事政策,在去除其他不可测因素的基础上,假设1得以证成。

(二)学界对食品安全犯罪倡导“严而不厉”的从严结构

1. “严而不厉”的结构及其存在的风险

从“宽严相济”最初概念的界定看,“严”的主要内涵和精神实质是指刑罚的从重,期望在刑事司法的环节予以贯彻。但在轻罪化、刑罚去重刑化和轻缓化的发展路径下,“宽严相济”中的“严”被发展出新的解读。储槐植教授最早提出“严而不厉”的犯罪控制策略,并界定“严”是指刑事法网严密,刑事责任严格;“厉”主要是指刑罚苛厉,刑罚过重。^①他认为在“不严不厉、又严又厉、严而不厉、厉而不严”4种刑法结构模式中,“严而不厉”比“厉而不严”更有利于犯罪控制和人权保护。^②赋予“严”在立法上严密刑事法网的新意,弱化刑法的“厉”,与刑罚轻缓化的潮流相适应。学者们沿着“严而不厉”的结构模式对“宽严相济”刑事政策进行了刑法教义学的解读,将“宽严相济”的定位由“刑事司法政策”向“刑事基本政策”转变,其作用空间也从司法转向了立法。

“严而不厉”的结构将从严的重心放在了“法网严密”,存在犯罪圈不断扩大的风险。“立法层面上的‘严’,则主要是犯罪化”,^③具体为“对于具有一定社会危害性的行为,尽可能地纳入刑法调整的范围”,^④“对于具有严重社会危害性的行为要将其纳入刑法的框架内,将其犯罪化”,^⑤导致“我国犯罪圈对于‘严’表现出旺盛的需求”,^⑥也使“刑事立法过度回应刑事政策的倾向渐露端倪”,^⑦学者对“刑事政策过度回应与刑法泛化”^⑧的担忧日益加重。

^① 参见储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第49页。

^② 参见储槐植:《再说刑事一体化》,《法学》2004年第3期。

^③ 付立庆:《“刑法危机”的症结何在——就犯罪圈、刑罚量问题的些许感想》,《云南大学学报》(法学版)2007年第5期。

^④ 马献钊:《宽严相济刑事政策实证研究》,法律出版社2015年版,第36页。

^⑤ 魏东:《刑事政策学》,四川大学出版社2011年版,第86页。

^⑥ 卢建平:《刑事政策与刑法完善》,北京师范大学出版社2014年版,第82页。

^⑦ 孙万怀:《刑事立法过度回应刑事政策的主旨检讨》,《青海社会科学》2013年第2期。

^⑧ 何荣功:《自由秩序与自由刑法理论》,北京大学出版社2013年版,第119页。

“严而不厉”的结构反对刑罚的“严厉”，弱化刑罚的功能，存在“应当重刑之罪”逐渐轻刑化的风险。“严”被拆分为“严”和“厉”两个方面，进而解读为“法网严密”和“刑罚苛厉”，存在逻辑上的语义循环和语义扩张问题。对“厉”的认识会产生先入为主的排斥心理，让更多的学者彻底地抛弃刑罚应有的严厉，走上“法网严密”的路径。虽然“法网严密”在一定时期会对可能进入犯罪圈的人产生威慑，但是“不厉”又产生了威慑和预防效果降低的副作用。“不厉”并不代表从轻，对“不厉”的极端解读会导致放弃刑罚最本源的功能，造成司法实践中对“应当重刑之罪”予以轻刑化的现象。

2. 学界对食品安全犯罪“严而不厉”的选择及其凸显的问题

笔者通过中国知网收集了1985年—2018年发表于食品专业类期刊和法学核心期刊的重要文章，共计206篇。通过统计分析，81.5%的文章作者认为应当对食品安全犯罪从严惩处。在坚持从严惩处的论文中，66.2%的论者选择对食品安全犯罪采用“法网严密”的结构，33.8%的论者选择对食品安全犯罪采用“刑罚严厉”的结构，仅有9.2%的论者选择对食品安全犯罪采用“既严又厉”的结构。学界将对食品安全犯罪的规制寄希望于“法网严密”，并不认同立法上对食品安全犯罪“既严又厉”的刑事政策结构。有学者明确支持对食品安全犯罪应坚持“严而不厉”的刑事政策，^①也有学者反对食品安全犯罪刑事政策的“厉”，^②还有学者批判食品安全犯罪追求“以重罪重刑制裁”的倾向，^③更有学者提出对食品安全犯罪严密法网应是食品安全犯罪刑事立法的未来趋势。^④虽然也存在一些反对观点，但是我国刑法学界对食品安全犯罪采用“严而不厉”的刑事政策基本上是持赞成的态度。

“法网严密”和“刑罚严厉”应是“严”不可分割的两个方面，且不能走向极端。单一依靠“法网严密”并不适用于所有的犯罪，特别是食品安全犯罪。对食品安全犯罪采用“严而不厉”的从严结构，忽略了刑罚应有的严厉性，影响对食品安全犯罪的司法实务判断，存在走向实质性“从轻”极端的问题。“从轻”的转向降低了刑罚的功能，无法发挥对食品安全犯罪应有的威慑力，可能会使得食品安全犯罪得不到有效的控制，导致出现刑事立法“从严”无用的困境，致使食品安全犯罪“从严”刑事政策被弱化或虚置，最终造成食品安全犯罪“从严”刑事政策乏效的后果。单一依靠“法网严密”，还可能造成刑法功能出现无限扩张与无限弱化两极循环的后果：从最初仅局限于对食品安全犯罪的从重处罚，后转变为在立法上扩大法网；效果不佳后，开始批判行刑衔接和食品监管，再次扩大法网增设食品监管渎职罪；仍然没有显著效果，凸显刑事制裁对食品安全犯罪无奈的假象，导致脱离刑法，将问题完全归结于社会治理失效，在“厉—严—管—无”的过程中循环往复。

(三)“从严”结构冲突导致的司法从轻转向

食品安全犯罪“从严”刑事政策在立法与学理上的冲突，导致司法人员在适用法律的过程中徘徊不定，最终在“刑罚严厉”与“刑罚不厉”中选择了后者。由于“刑罚不厉”的程度并不明确，司法人员难以把握，因此大都走向与“从严”刑事政策完全背离的实质性从轻路径。在食品安全犯罪中，生产、销售有毒、有害食品罪的社会危害性最大、惩处最严，成为讨论最多、争议最大的罪名，本文将作为食品安全犯罪中最典型的罪名进行分析。通过对8062例量刑裁判(2008年—2018年)数据的分析发

① 参见刘仁文：《中国食品安全的刑法规制》，《吉林大学社会科学学报》2012年第4期。

② 参见孙万怀、李高宁：《有毒有害食品安全犯罪的量刑偏向考证——兼及刑事政策导向与规范性之协调》，《政治与法律》2013年第7期。

③ 参见李兰英、周微：《论惩治危害食品安全犯罪的刑事政策》，《中国刑事法杂志》2013年第3期。

④ 参见左袖阳：《关于当前食品安全刑事立法政策的反思》，《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2015年第3期。

现:生产、销售有毒有害食品罪存在轻刑适用率偏高、有期徒刑整体偏轻、缓刑适用率高且考验期短、禁止令未被严格适用、从业禁止适用混乱等一系列问题,导致食品安全犯罪“从严”刑事政策的立法初衷并未在司法实践中得到有效的贯彻,形成食品安全犯罪“从严”刑事政策的司法“瓶颈”,即假设 2 被证伪。

1. 轻刑的适用率偏高,有期徒刑整体偏轻

在生产、销售有毒、有害食品罪的量刑裁判中,免于刑事处罚的共计 41 例,占样本总数的 0.5%;单处罚金的共计 22 例,占样本总数的 0.3%;处拘役的共计 86 例,占样本总数的 1.1%;处有期徒刑的共计 7 913 例,占样本总数的 98.2%;食品安全犯罪的轻刑率为 96.3%,远高于全国犯罪平均水平的 51.1%。^① 由于处 5 年以下有期徒刑的占到样本总数的 98.4%,基本犯占据该罪的绝大多数,因此本文重点考察基本犯的 5 年以下有期徒刑的司法适用情况。另外,由于《刑法修正案(八)》未对第一档刑期进行修正,因此研究基本犯的第一档刑期能跨越刑法修正的历程,更具有数据的时间贯通性和说服力。通过对数据的整理发现,符合上述要求的量刑裁判一共有 7 830 份,以此为基础进行数据挖掘和分析。

在生产、销售有毒、有害食品罪的有期徒刑量刑裁判中,众数为 6 个月、中位数为 8 个月,均值为 10.81 个月。最多的量刑选择依次为 6 个月(36.7%)、12 个月(15.8%)、8 个月(9%)、7 个月(8.5%),合计占样本总数的 70%。12 个月以下的量刑选择合计占总样本总数的 82.1%,法定刑中线为 30 个月^②以下的量刑合计占总案例数的 97.1%(见表 1),而选择适用最高刑 60 个月的仅有 43 个案例,仅占样本总数的 0.5%。样本的中位数(实然的法定刑中线)为 8 个月,应然的法定刑中线为 30 个月,二者相差 22 个月,几乎所有的有期徒刑在法定刑中线 30 个月以下进行选择。有期徒刑整体偏轻的量刑状况与食品安全犯罪“从严”刑事政策的要求相去甚远,陷入实质性从轻的极端。

表 1:有期徒刑的分布情况^③

刑期(月)	案例数(个)	所占百分比	累计百分比
6	2 874	36.7%	36.7%
7	662	8.5%	45.2%
8	701	9%	54.3%
12	1 235	15.8%	82.1%
18	368	4.7%	90.8%
24	312	4%	95.9%
30	68	0.9%	97.1%

^① 笔者将轻刑率界定为 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处附加刑的总数与所有生效判决总数的比值。2011 年—2016 年,轻刑率基本稳定在 50%左右,2011 年为 46.4%,2012 年为 47.2%,2013 年为 50.7%,2014 年为 52.6%,2015 年为 54.4%,2016 年为 55.5%。以上原始数据来源于 2012 年—2017 年刊发的《全国法院司法统计公报》《中华人民共和国最高人民法院公报》。

^② 从严格意义上讲,有期徒刑的法定刑中线应该用最高刑加上最低刑除以 2 计算,为 33 个月,但由于数据涉及之前未取消拘役刑的判决,存在 1 个月的最低自由刑处罚,加上司法量刑裁判存在取整数的裁判习惯,因此笔者将这里的法定刑中线确定为 30 个月。

^③ 为了简化表格,仅列举了出现频率较高或重要量刑刻度的整数量刑,其他的量刑未在表格中显示,下文的表格也按照此方法进行处理。

2. 缓刑率高且考验期短,禁止令未严格适用

适用缓刑的被告人为4 003人,缓刑适用率超过一半,占样本总数的51.1%,高于全国缓刑适用率的平均水平(2002年—2016年,缓刑的平均适用率为25.42%;2011年—2016年,缓刑的平均适用率稳定在30%左右),^①高出近几年的缓刑适用率20个百分点以上。缓刑考验期均值为15.8个月,众数为12个月,中位数为12个月,最多的缓刑考验期量刑选择依次为12个月(71.3%)、24个月(15%)、18个月(5%),合计占样本总数的91.3%。缓刑考验期在24个月以下的占案例总数的93.9%(见表2),缓刑考验期存在1年或2年的司法适用习惯,且大多数案件的缓刑考验期都未超过有期徒刑的法定刑中线30个月。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《2013年食品安全犯罪司法解释》)第18条规定:“对于食品安全犯罪的犯罪分子,如若宣告缓刑,应当同时宣告禁止令,禁止其在缓刑考验期限内从事食品生产、销售及相关活动。”该规定力图通过缓刑考验期的禁止令增强刑法的威慑和矫正教育功能。笔者通过对《2013年食品安全犯罪司法解释》发布后的所有缓刑适用判决进行数据挖掘,发现有23.3%的宣告缓刑量刑裁判并未对被告人宣告禁止令。司法裁判未严格按照司法解释的要求进行缓刑禁止令的宣告,在无形中降低了食品安全犯罪刑罚的威慑力和预防效果。生产、销售有毒、有害食品罪大量适用缓刑且考验期较短,禁止令未完全严格适用,极大地弱化了食品安全犯罪“从严”刑事政策的要求,甚至让部分食品安全犯罪分子实际上逃脱了刑事制裁,走向了从反面的反面,进而加重了食品安全犯罪刑事政策的实质性从轻。

表2:缓刑考验期分布情况

缓刑考验期刑期(月)	案例数(个)	所占百分比	累计百分比
12	2 853	71.3%	71.9%
18	199	5%	78.7%
24	601	15%	93.9%
36	145	3.6%	98.2%
48	52	1.3%	99.6%
60	17	0.4%	100%

3. 罚金刑整体趋轻化,罚金数额差异较大

罚金刑数额最低为1 000元,最高为2 000 000元,均值为20 492元,中位数为10 000元,众数为10 000元,标准差为51 991元。标准差是均数的两倍多,说明罚金刑的离散程度较高,罚金刑差异性较大,对罚金刑数额的选取还未形成统一的标准。罚金刑同时也存在一定的集中趋势,罚金刑数额较多的选择依次为10 000元(占17.7%),5 000元(占16%),20 000元(占11.4%),2 000元(占10.8%),20 000元以下的罚金刑数额占到样本总数的83.3%,50 000元以下的罚金刑数额占到样本总数的93.1%(见表3),呈现出罚金刑偏轻的集中趋势。整体偏轻的罚金刑适用,未体现食品安全犯罪“从严”刑事政策的要求,难以剥夺食品安全犯罪分子再犯的能力,加之有期徒刑刑期短、缓刑适用率高从轻的司法处遇,弱化了刑罚的威慑力和预防效果,可能导致犯罪分子重操旧业。

^① 笔者用2002—2016年的缓刑适用总人数除以生效判决总人数,发现2002年—2016年的缓刑平均适用率为25.42%。另外,发现2011年—2016年期间,缓刑适用率稳定在30%左右。以上原始数据来源于2003年—2017年刊发的《全国法院司法统计公报》《中华人民共和国最高人民法院公报》。

表 3 罚金数额分布

罚金数额(元)	案例数(个)	所占百分比	累计百分比
1 000	385	4.9%	4.9%
2 000	844	10.8%	15.8%
5 000	1 250	16%	42.2%
10 000	1 382	17.7%	67.5%
20 000	893	11.4%	83.3%
50 000	202	2.6%	93.1%

4. 禁止令和从业禁止适用混乱

在食品安全犯罪的判决中从业禁止被大量适用。由于《刑法修正案(九)》对食品安全犯罪“可以”适用从业禁止的规定与《2013年食品安全犯罪司法解释》缓刑禁止令绝对适用的规定叠加,因此造成禁止令与从业禁止的适用混乱。笔者将《2013年食品安全犯罪司法解释》和《刑法修正案(九)》的实施日期作为时间界点进行统计,发现禁止令与从业禁止的适用混乱存在以下6种情形:(1)判处缓刑,未宣告禁止令或从业禁止的,共计926例;(2)判处缓刑,宣告禁止令或者从业禁止的,共计3047例;(3)判处缓刑,既宣告禁止令又宣告从业禁止,从业禁止时间长于缓刑考验期的,共计12例;(4)未判处缓刑,但宣告从业禁止的,共计42例;(5)未判处缓刑,未宣告从业禁止的,共计1738例;(6)在判决书中还存在宣告从业禁止终身或从业禁止没有规定期限的极端案例,共计3例。

以上6种适用情形存在如下错误和矛盾:(1)第一种情形和第六种情形显然属于裁判上的明显错误,此处不再赘述。(2)第二种情形和第五种情形存在一个矛盾,适用缓刑相对未适用缓刑的犯罪分子而言,其社会危害性和人身危险性较小,既然适用缓刑的犯罪分子都大量适用禁止令或从业禁止,那么未适用缓刑的犯罪分子就更应该适用从业禁止。但样本中有1738例未适用从业禁止,这显然是罪刑不相适应的表现。(3)第三种情形和第四种情形比较符合食品安全犯罪“从严”刑事政策的要求:一方面,判处缓刑,除了按照《2013年食品安全犯罪司法解释》的规定适用禁止令外,同时宣告从业禁止;另一方面,未判处缓刑的,也可以宣告从业禁止,但遗憾的是在上述两种情形下司法机关很少适用从业禁止和发布禁止令。禁止令和从业禁止适用的混乱,也表明司法实践部门亟须最高司法机关出台禁止令和从业禁止适用的统一标准,以便有效贯彻执行食品安全犯罪“从严”的刑事政策。

三、食品安全犯罪“从严”刑事政策的匡正对策

“刑事政策与刑罚一样,也具有双刃剑的效果,用之不当,则国家与个体两受其害。”^①如上文所述,食品安全犯罪坚持“从严”刑事政策是立法界和理论界的一致选择,但在从严格的运行方向上,立法并未偏离从严格的轨道,而理论界开辟的“从严”新路径却和司法人员对“刑罚不厉”程度的把握不当,造成食品安全犯罪“从严”刑事政策在司法适用中异化为从轻。本文的假设1被证成,假设2被证伪,接下来就要着力解决两个问题:(1)应对食品安全犯罪“从严”刑事政策结构本身进行修正,以便立法机关和司法机关准确贯彻执行。(2)在“从严”刑事政策得到合理修正的基础上,司法机关应如何贯彻执行“从严”刑事政策。

(一)食品安全犯罪“从严”刑事政策的路径重择

^① 劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》,《中国法学》2011年第1期。

“从严”包括“法网严密”和“刑罚严厉”两个维度,同时也包括“立法”和“司法”两个层次,两个维度和两个层次产生了食品安全犯罪“从严”的4种路径(见表4):(1)“立法严密”:在立法上编织法网,将严重的食品安全违法行为纳入犯罪中或立法降低入罪门槛,将更多的食品安全违法行为犯罪化。(2)“立法严厉”:提高自由刑的法定刑和罚金刑的数额、增加附加刑或保安性措施,让犯罪分子付出更多的犯罪成本,提高刑罚的威慑力。(3)“司法严密”:严格适用法律让犯罪分子受到应有的刑罚处罚,不让犯罪分子有脱逃之机。(4)“司法严厉”:在司法裁量中提高刑罚的基准刑或在法定刑中线以上进行量刑、降低缓刑适用率、提高罚金刑、拓宽禁止令和从业禁止的适用范围。

表4:“从严”两维度、两层次交叉表

从严路径	法网严密	刑罚严厉
立法	立法严密	立法严厉
司法	司法严密	司法严厉

学界未对食品安全犯罪“从严”刑事政策进行4种路径的细分,更没有论述它们之间的逻辑关系,依赖单一路径不能形成对食品安全犯罪的威慑和预防,4种路径的“相济”才是“从严”刑事政策的核心所在,才能发挥刑罚最大的价值,完成刑法对食品安全犯罪惩罚和预防的使命。在刑法惩罚犯罪和保障人权的立场上,结合刑罚轻缓化的发展趋势,对食品安全犯罪“从严”路径进行整合,进行食品安全犯罪“从严”刑事政策的重构,既能贯彻“从严”的本义,又与刑罚轻缓化的发展趋势不相违背。

“从严”须根据立法所编织的法网来确定打击范围和立法所规定的法定刑来确定刑罚的力度,同时也受限于司法是否在立法的框架下实现刑罚的确定性和刑罚量的严厉性。刑法不应也无力承担完全解决犯罪的重任,食品安全犯罪的预防也不应过多地寄望于刑法,现有关于食品安全犯罪的法网已经比较严密,除非随着社会的发展出现新的“不得已”情形,所以“立法严密”不应该成为当前食品安全犯罪中“从严”刑事政策贯彻执行的路径。在立法已经严密的基础上,对食品安全犯罪的“立法严厉”可以进行一定的修正,例如,罚金刑最低数额的明确,从业禁止时间的增加。因其不涉及有期徒刑量的增加,在坚持从严打击的同时,也不违背刑罚轻缓化的发展趋势,故还能起到预防犯罪的效果。“司法严密”就是要减少食品安全犯罪的黑数,加强与行政监管机关的行刑衔接,杜绝“以罚代刑”的现象,使“立法严密”的法网尽量得以覆盖。“司法严厉”是解决食品安全犯罪“从严”刑事政策目前实质性从轻问题的关键,根据上文的分析结论,整体提高有期徒刑的刑期,降低缓刑适用率、提高缓刑考验期与禁止令的适用期限相匹配、绝对适用从业禁止,才是扭转当前“从严”刑事政策乏效的重要措施。

食品安全犯罪“从严”刑事政策的贯彻执行,应坚持“司法严密”——“司法严厉”——“立法严厉”——“立法严密”的逻辑顺序结构。若前一条路径能够实现“从严”的要求则不需要再走向后一条路径;若前一条路径不能实现“从严”或者实现了“从严”也不能解决问题,则需要考虑选择走下一条路径。另外,路径之间相互影响、相互作用并相互限制,选择任何一条路径的“倦怠”或“失职”都会造成“从严”刑事政策功能的弱化。食品安全犯罪“从严”刑事政策已形成司法“瓶颈”效应,如果不进行匡正,那么“瓶颈”效应就会越来越大,造成犯罪圈越来越大、刑事惩罚方式越来越多,而犯罪治理的效果仍不理想的困境。当前食品安全犯罪“从严”刑事政策的贯彻执行,在立法上已经做到“立法严密”和“立法严厉”,不应再进行立法上的增配,而应在现有食品安全刑事法律体系下,将重点置于司法“瓶颈”的破解上。

(二)食品安全犯罪“从严”刑事政策“瓶颈”的破解

如上文所述,假设2被证伪,需要着力解决“司法严厉”的问题。解决食品安全犯罪的“司法严厉”

需要注意 3 个重要问题:(1)考虑到监禁刑的社会成本和效益,顺应刑罚轻缓化的发展趋势,结合“从严”刑事政策的要求,对行为人的行为至少应保证有期徒刑整体在法定刑中线左右裁量。(2)由于食品安全犯罪属于追求经济目的犯罪行为,因此可以借用犯罪经济学的基本原理,在罚金刑的严厉性方面做足功夫,一方面可以提高其犯罪的成本,另一方面可降低其再犯的可能性。(3)禁止令和从业禁止的绝对适用,可以在较长的时期内防止再犯发生的可能性,充分发挥刑罚的预防犯罪作用。这样的“司法严厉”既可以有效摆脱“死刑威慑力达 80%,生刑的威慑力只占 20%”^①的窘境,也可以避免走向重刑主义的极端。在法网不扩大的情形下,让食品安全犯罪的生刑具备应有的威慑力,从而起到预防犯罪的效果。

1. 改变有期徒刑整体偏轻的现状

就食品安全犯罪最典型的生产、销售有毒、有害食品罪而言,其有期徒刑量刑整体偏轻,《2013 年食品安全犯罪司法解释》和《关于常见犯罪的量刑指导意见》并未对基本犯的量刑给出明确的裁量标准,司法机关难以对食品安全犯罪的“从严”刑事政策进行精准的把握。立法给出的生产、销售有毒、有害食品罪有期徒刑的量刑区间为 6 个月以上 5 年以下。在贯彻执行“从严”刑事政策的背景下,合理确定司法适用的一般性量刑区间就显得尤为重要,当然极端的个案也不排除量刑超过这一区间。笔者提出 3 个由轻到重的“量刑区间”供司法机关在制定量刑指导意见时参考:(1)法定刑中线区间:应然的法定刑中线为 30 个月,实然的法定刑中线为 8 个月,整体量刑区间应在 8 个月以上 30 个月以下,以扭转目前 50% 的案件的量刑都在 8 个月以下的实质性从轻局面。(2)2/3 区间:整体量刑区间应在 12 个月以上 40 个月以下进行评估,以扭转目前 82.1% 的案件的量刑都在 12 个月以下的实质性从轻局面。(3)黄金分割线区间:以 0.618 和 0.382 计算出 22.92 个月以上 37.08 个月以下的黄金分割线区间,考虑到司法裁判有取整数的习惯,可定为 24 个月以上 36 个月以下的区间,即 2 年以上 3 年以下。3 个量刑区间是判处有期徒刑时从整体上贯彻“从严”刑事政策应考虑分布区间,但并不排除在特殊案件中可脱离量刑区间进行上限和下限的调整,同时量刑区间并不排斥缓刑“3 年以下有期徒刑”的适用前提,以便能够与缓刑的适用相衔接。

有期徒刑实质从轻局面的扭转并不是从极端从轻转向极端从严,而是借鉴中线理论和黄金分割理论寻求食品安全犯罪“从严”的理性转变。在裸刑均值普遍低于法定刑中线既定事实的情形下,尊重司法官员的独立理性,采用“渐进行”^②的思路,既不违背当前刑罚轻缓化的发展趋势,又能改变食品安全犯罪“从严”刑事政策在司法实践中异化为实质从轻的现状。

2. 提高罚金刑数额与行政罚款数额相衔接

美国有学者建构了犯罪经济学模型理论,认为定罪的概率与刑罚的严厉作为行为人对比犯罪收益,从而选择是否实施犯罪的经济理性,形成对风险偏好者、风险中性者、风险规避者从轻到重的威慑力。^③但是,该学者并未细分不同刑罚措施对不同犯罪的成本差异,进而精准地减少风险偏好者、增加风险规避者的比例。由于对经济犯罪、财产犯罪和其他盈利性犯罪“仅处以自由刑,难收预防犯罪

^① 陈兴良:《宽严相济的刑事政策:一个学者的解读》,载谢望原、张小虎主编:《中国刑事政策报告》(第 1 辑),中国法制出版社 2007 年版,第 22 页。

^② 参见白建军:《裸刑均值的意义》,《法学研究》2010 年第 6 期。

^③ 参见[美]加里·S.贝克尔:《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,上海三联书店、上海人民出版社 1995 年版,第 63~68 页。

之成效,不能实现刑罚的目的”,^①因此,必须考虑提高罚金刑在食品安全犯罪中的重要作用。食品安全犯罪的犯罪群体往往职业不固定、经济收入偏低且文化程度不高,承担着家庭支出的经济压力,经济收益的强烈迫切性使其忽略自由刑的犯罪成本,甚至在极端情况下可能根本不能对其形成威慑力。针对食品安全犯罪分子追求经济利益的强烈动机,提高罚金刑的数额恰好能对其形成巨大的反向约束力,显著地增加其犯罪的成本,减少风险偏好者、增加风险规避者的比例,提高刑罚的威慑力和预防效果。

当前我国的罚金刑存在限额罚金刑、倍比罚金刑和无限额罚金刑3种立法模式。《刑法修正案(八)》取消了单处罚金刑,将食品安全犯罪原有的倍比罚金刑修改为无限额罚金刑,试图增大罚金刑的威慑力,为法官创造了灵活运用罚金刑的条件,但是却导致出现罚金刑的适用标准不统一、操作性不强的弊端。虽然《2013年食品安全犯罪司法解释》规定了处以生产、销售额2倍以上的罚金进行补救,但正如上文所述,在司法实践中罚金刑判处的差异性极大且整体从轻,并未显现出罚金刑应有的威慑和预防犯罪效果。另外,食品安全犯罪的罚金刑还涉及与《食品安全法》相关规定的衔接问题。《食品安全法》规定对食品安全违法行为一般都处以最低5万元以上的罚款,而司法实践中处5万元以下的罚金刑数额占到样本总数的93.1%,从而导致二者之间极不协调。再加上《中华人民共和国行政处罚法》第28条第2款规定:“违法行为构成犯罪,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金。”若行政机关已经对违法行为人处以行政罚款且都在5万元以上,而罚金刑在5万元以下进行裁量,则罚金应当予以折抵,进而导致关于罚金刑的规定虚置。因此,应当全面扭转罚金刑在5万元以下量刑的局面。罚金刑的合理适用应区分两类犯罪分子:(1)对于被处5万元以上行政罚款的犯罪分子,可以结合行政处罚的罚款数额,确定1倍或2倍的数额作为罚金刑的判处额度,对于社会危害性大的案件可以考虑例外增加额度。(2)对于未经行政罚款的犯罪分子,应当至少在5万元以上判处罚金刑。在此基础上,对特殊的个案也应当具体问题做具体分析,在5万元以上适当增加或减少罚金数额。

3. 严格适用缓刑并提高缓刑考验期

食品安全犯罪的缓刑适用率高、考验期较短、缓刑禁止令并未严格适用,大大弱化了缓刑的作用并影响到“从严”刑事政策的落实。司法解释明确要求严格控制食品安全犯罪缓刑的适用,以期改变缓刑适用率过高的局面。在从严“渐进而行”和保障人权的基础上,食品安全犯罪缓刑的适用率整体上应保持在30%左右,尽量与其他犯罪缓刑率的全国平均水平保持一致。根据《2013年食品安全犯罪司法解释》的规定,食品安全犯罪判处缓刑应绝对适用禁止令。所以,在宣告缓刑的同时,应提高缓刑考验期。结合上文所述有期徒刑的3个量刑区间,可以考虑宣告3年~5年的缓刑考验期,禁止其从事食品相关的职业,以达到惩罚犯罪和社会防卫的双重目的。

4. 规范适用禁止令和从业禁止

禁止令和从业禁止都可以限制食品安全犯罪分子从事特定的经营活动,虽然二者的实质效果相同,但是由于其适用的法律依据不同、对象不同、期限不同、违反后果不同,因此在司法实践中往往导致适用混乱。《食品安全法》关于从业禁止的规定系象征性立法,并未规定违反该法的行政责任;违反缓刑禁止令的法律后果是撤销缓刑;违反刑事从业禁止的后果是公安机关给予行政处罚,情节严重的按照拒不执行判决、裁定罪处罚。后果不同,给违法犯罪带来的效果也不一样,所以上述三者实际上

^① 赵国强:《关于完善我国罚金刑适用范围的研究》,《法律学习与研究》1989年第1期。

有本质的区别,并不能混为一谈。就本文所探讨的食品安全犯罪而言,在司法实践中对于从业禁止的适用,存在适用缓刑未宣告禁止令或从业禁止、适用缓刑宣告禁止令或从业禁止、适用缓刑既宣告禁止令又宣告从业禁止、未适用缓刑宣告从业禁止、未适用缓刑未宣告从业禁止、宣告从业禁止终身 6 种情形。如何协调食品安全犯罪缓刑的禁止令与从业禁止之间的关系,并与《食品安全法》规定的从业禁止相衔接,是规范适用禁止令和从业禁止的重要问题。

贯彻执行食品安全犯罪“从严”刑事政策,并不一定要坚持从业禁止终身的行政法思路,而应结合禁止令的期限进行综合考量。根据《2013 年食品安全犯罪司法解释》的规定,结合上述缓刑考验期的期限,对于适用缓刑的犯罪分子,应在 3 年~5 年的缓刑考验期内适用从业禁止。因为缓刑考验期结束后,原判刑罚消失,没有适用从业禁止的基础,所以不能适用从业禁止。而对于未被判处缓刑的犯罪分子,应当宣告 3 年~5 年的从业禁止。由于从业禁止的时间从刑罚执行完毕之日或者假释之日开始计算,而被判处有期徒刑的犯罪分子在监禁过程中无法从事与食品相关的经营管理工作,因此使得未被判处缓刑的犯罪分子的实际从业禁止时间长于被判处缓刑的犯罪分子的从业禁止时间,最终起到贯彻落实罪刑相适应原则的效果。

四、结语

食品安全的社会治理是一项系统工程,需要综合运用民事、行政和刑事等多种社会治理措施。当前食品安全犯罪刑事制裁“从轻”的司法实践,脱离了“从严”刑事政策的轨道,呈现出对食品安全犯罪向整体实质性从轻的异化,违背食品安全犯罪“从严”刑事政策出台的初衷。在此,笔者提出一个有待广大学者继续进行实证研究的重要假设:是否“从轻”的司法实践才守住了刑事司法公正的底线?从而走向文章论点的反面。原因在于,行政机关基于行政治理的目的和行政可罚性程度,确定了不符合安全标准食品、有毒、有害食品的范围,而刑事司法实践完全依赖于行政机关的认定,食品安全犯罪的入罪范围和标准完全被行政机关左右,随着行政违法界定范围的不断扩张,^①刑事犯罪圈也在随之不断扩大。虽然危害食品安全的行为认定、范围界定符合行政治理的正当性,但是并不一定达到刑法的可罚性程度。例如,一些毒豆芽、传统工艺的家禽拔毛、老油火锅底料等案例,在一定时期就存在违反常识、常情、常理的入罪争议,涉及违法性认识可能性和期待可能性的有责性排除问题。囿于食品安全犯罪的入罪标准,刑事司法裁判陷入不得不入罪的窘境,司法裁判者为了实现刑事司法正义,走上了对立法从严与刑法独立品格丧失之间的平衡性妥协路径,即在认定行为为犯罪的基础上,通过行使自由裁量权给予从轻的刑事处罚。若以上假设被证成,则在坚持食品安全犯罪“从严”刑事政策的前提下,恢复刑法的独立品格、有效衔接食品安全的社会治理措施、重塑食品安全犯罪的入罪标准,便成为刑法教义学的重要使命。

责任编辑 田国宝

^① 自 2008 年以来,行政机关陆续公布了 6 批《食品中可能违法添加的非食用物质和易滥用的食品添加剂名单》,其中涉及的食品品种和添加物的种类在不断地增多。