

食品安全监督抽检制度的规范建构

基于行政过程论视角的分析

范 伟^{*}

摘 要 食品安全监督抽检作为食品安全监管过程中的关键环节,肩负着发现食品安全问题和实施有效监管措施之衔接的重任。随着抽检范围和抽检数量的不断扩大,食品安全监督抽检面临的合法性危机日益严峻。行政行为形式理论研究范式下的既有研究,无论“行政确认说”抑或“行政调查说”都是对处于末端环节的检验行为之检视,无法完整揭示食品安全监督抽检过程性构造的全貌。行政过程论视野下的食品安全监督抽检包含着作为内部行政行为的行政抽样和作为具体行政行为的行政检验,其所形成的否定性检验结论通常作为实施后续行政监管措施(行政处罚为主)的主要事实依据。对此,食品安全监督抽检制度应当从创设准据、适用范围、程序规范和救济管道等方面建构合法性控制机制,以确保其能够持续作用于我国食品安全保障的系统工程。

关键词 食品安全监督抽检 抽样行为 检验行为 行政过程 合法性控制

一、问题的提出

作为食品安全监管过程中的关键环节,食品安全监督抽检是准确判断食品质量,防范食品安全风险和提升食品安全治理能力的技术支撑和重要抓手。在实施食品安全战略的时代背景下,《“十三五”食品安全规划》和《中共中央、国务院关于深化改革加强食品安全工作的意见》对

^{*} 中国政法大学博士后研究人员。本文系国家社科基金专项课题“深化机构改革和行政体制改革的法治化研究”(项目编号:18VJSJ028)和中国博士后科学基金第66批面上资助项目“行政黑名单制度的合法性与有效性研究”(项目编号:2019M660944)的阶段性成果。

食品安全监督抽检工作提出了更高的要求,在组织实施上,强调国家、省、市、县四级统筹,统一制定抽检计划;在抽检范围上,力争实现对所有食品类别、品种的抽样全覆盖;在抽检数量上,到2020年达到4批次/千人;在监管效能上,逐步实现监督抽检、风险监测与评价性抽检的分离,提高监管的靶向性。在结合前述要求的基础上,新修订的《食品安全抽样检验管理办法》于2019年10月1日正式施行,构成了我国食品安全监督抽检工作有序开展规范依据。

表1 2018—2020年全国食品安全监督抽检总体情况概览〔1〕

	抽检数量(单位/批次)	不合格数量(单位/批次)	不合格率
2018年第一季度	432709	11151	2.6%
2018年第二季度	525258	13099	2.5%
2018年第三季度	965727	22819	2.4%
2018年第四季度	1432188	34134	2.4%
2019年第一季度	428043	9569	2.2%
2019年第二季度	635151	15560	2.4%
2019年第三、四季度	3673579	81935	2.2%
2020年第一、二季度	1380697	29153	2.1%
2020年第三季度	2234829	49534	2.2%
合计	11708181	266954	2.9%

不可否认,食品安全监督抽检已然成为一把保障食品安全的“利器”,肩负着发现食品安全问题和实施有效监管措施之衔接的重任。然而,随着抽检范围和抽检数量的不断扩大(见表1),食品安全监督抽检面临的合法性危机日益严峻,即一旦发生食品安全监督抽检违法情形,轻则检验报告将丧失证据能力,重则整个食品安全监管活动将会被判定撤销或者确认违法。〔2〕倘若引发规模性食品安全问题,必将严重影响社会稳定和公民的生命健康权益。有

〔1〕 根据统计,目前食品安全监督抽检的范围包括35个食品类别、品种,相关数据来源于国家市场监督管理总局食品安全抽检监测司官网,其中2019年第三季度与第四季度、2020年第一季度与第二季度为合并统计,参见<http://www.samr.gov.cn/specs/>,最后访问日期:2020年12月10日。

〔2〕 根据《行政诉讼法》第71条、第74条,行政行为主要证据不足或者违反法定程序的,人民法院可以视情况判决撤销行政行为或者确认行政行为违法。

鉴于此,本文以食品安全监督抽检的合法性控制为主题展开分析,拟解决的具体问题有:第一,食品安全抽检武器库中,监督抽检与风险监测、评价性抽检的联系与区别;第二,行政过程视角下对食品安全监督抽检进行过程性解构,重新厘定食品安全监督抽检的法律属性;第三,基于行政过程视角探寻食品安全监督抽检的合法性控制机制。希冀上述问题的分析与解决能够对食品安全监管的理论与实践发展有所裨益。

二、食品安全监督抽检与风险监测、评价性抽检之界分

《中共中央、国务院关于深化改革加强食品安全工作的意见》明确提出要“逐步将监督抽检、风险监测与评价性抽检分离,提高监管的靶向性”。换言之,食品安全抽检武器库中存在监督抽检、风险监测与评价性抽检三种工具,且实践中三种抽检工具存在着功能定位不清、界限模糊的情况。因此,在对食品安全监督抽检展开过程性分析之前,有必要厘清其与另外两种抽检工具的界限。

(一) 监督抽检与风险监测之界分

通过对相关法律规范和技术标准的梳理,食品安全监督抽检与食品安全风险监测的区别主要体现为三个方面:

第一,任务与目标之不同。食品安全监督抽检以排查食品安全风险为任务,而食品安全风险监测的主要目的是对食品风险因素的系统性、持续性监测。其中,食品安全监督抽检主要通过既有的食品安全标准比对的方式实现,如“食用动物油脂”的监督抽检的项目为“酸价”“过氧化值”“丙二醛”和“苯并[a]芘”,其依据及比对的食品安全标准分别为“GB 10146”和“GB 2762”。〔3〕而食品安全风险监测中的“食品风险因素”,根据《食品安全法》第14条和《食品安全抽样检验管理办法》第52条之规定,〔4〕是指尚未形成食品安全标准的食品安全隐患,如食源性疾病、〔5〕食品污染以及食品中的有害因素等。故有无依据的食品安全标准是判断与识别两者差别的标准之一。

第二,否定性检验结论使用之区别。食品安全监督抽检形成的否定性检验结论通常作为

〔3〕 参见《国家食品安全监督抽检实施细则(2020年版)》,第15—17页。

〔4〕 《食品安全法》第14条规定:“国家建立食品安全风险监测制度,对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测”。《食品安全抽样检验管理办法》第52条规定:“本办法所称监督抽检是指市场监督管理部门按照法定程序和食品安全标准等规定,以排查风险为目的,对食品组织的抽样、检验、复检、处理等活动”。

〔5〕 所谓食源性疾病,《食品安全法》第150条规定:“是指食品中致病因素进入人体引起的感染性、中毒性等疾病,包括食物中毒”。

实施后续行政监管措施(行政处罚为主)的主要事实依据。而根据《食品安全法》第21条之规定,〔6〕食品安全风险监测所形成的食品安全风险信息,可以为食品安全风险监测计划的调整、食品安全风险评估的实施以及后续食品安全标准的制定提供参考。

第三,运行程序之差异。受前述两种区别的影响,食品安全监督抽检作为一种行政执法方式(通常作为后续实施行政处罚的主要事实依据),其在运行程序上要比食品安全风险监测更加严格与规范。下文将结合“合法性控制”具体展开分析,此处不再赘述。

(二) 监督抽检与评价性抽检之界分

《食品安全抽样检验管理办法》第53条第1款规定:“市场监督管理部门可以参照本办法的有关规定组织开展评价性抽检”。按照“可以参照”的选择性规范指引,食品安全评价性抽检存在“不依办法”的评价性抽检与“依办法”的评价性抽检两种类型。

就食品安全监督抽检与“不依办法”的评价性抽检之关系而言,第一,目的之差异。食品安全监督抽检的目的在于排查食品安全风险;而“不依办法”的评价性抽检之目的在于对市场上食品安全状况的总体评估。换句话说,监督抽检和“不依办法”的评价性抽检在对抽检的针对性和覆盖面上存在显著差异。第二,否定性检验结论使用之区别。在符合行政执法规范的前提下,行政机关可以基于食品安全监督抽检形成的否定性检验报告,依法作出行政处罚决定;而“不依办法”的评价性抽检所形成的否定性检验报告,仅能启动市场监督管理部门的核查处置程序,〔7〕如调查处理、食品或产品控制、违法行为查处和原因排查及企业整顿等。〔8〕

就食品监督抽检与“依办法”的评价性抽检之关系而言,除目的上存在差异外,两者所形成的否定性检验报告皆可作为实施后续行政监管措施(行政处罚为主)的主要事实依据。〔9〕如都江堰市市场和监督管理局与袁小英非诉执行案中,都江堰市市场和监督管理局在符合行政执法规范和食品安全监督抽检规范的前提下,对袁小英生产销售的“石膏豆腐”进行了评价性抽检,并根据检验结论依法作出行政处罚的决定,得到了人民法院的肯认并裁定准予执

〔6〕《食品安全法》第21条规定:“食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和实施食品安全监督管理的科学依据。经食品安全风险评估,得出食品、食品添加剂、食品相关产品不安全结论的,国务院食品安全监督管理等部门应当依据各自职责立即向社会公告,告知消费者停止食用或者使用,并采取相应措施,确保该食品、食品添加剂、食品相关产品停止生产经营;需要制定、修订相关食品安全国家标准的,国务院卫生行政部门应当会同国务院食品安全监督管理部门立即制定、修订”。

〔7〕较之于监督抽检,“不依办法”的评价性抽检在抽样程序上的规范要求相对较低。如根据《药品质量抽查检验管理规定》(已废止)第11条规定,“评价性的抽样工作可由药品检验机构承担;监督抽检的抽样工作由药品监督管理部门承担”。

〔8〕参见《醴陵市食品药品监督管理局关于省局食品安全评价性抽样检验不合格食品核查处置的通告》(2018年12号),载醴陵市人民政府官方网站, <http://www.liling.gov.cn/c9305/20181104/i783371.html>,最后访问日期:2020年12月10日。

〔9〕该观点为中国政法大学法治政府研究院王青斌教授课题组于2019年10月15日在湖北省市场监督管理局执法稽查处调研时由实务部门同志提供。

行。^[10]

综上所述,食品安全抽检武器库中,就监管的靶向性而言,食品安全监督抽检体现得尤为突出,其形成的否定性检验结论通常作为后续行政监管措施的主要事实依据。但是,从行政权力规范和公民权利救济角度讲,食品安全监督抽检所面临的合法性拷问也最为严格,即一旦发生食品安全监督抽检违法情形,轻则检验报告将丧失证据能力,重则整个食品安全监管活动将会被判定撤销或者确认违法。是故,食品安全监督抽检制度的法治化建构刻不容缓。

三、食品安全监督抽检的过程性解构

针对某一行政行为或者行政活动展开的研究,我国行政法学界已然形成了一种程式化的研究方式,即“始于法律属性界定,终于法律控制或规制”。^[11]换言之,对某一行政行为或行政活动既有研究的梳理实际上可以转换成对其法律属性既有观点的爬梳。

(一)食品安全监督抽检法律属性既有观点之梳理

经由学术史梳理,学界对食品安全监督抽检(从抽样到检验的阶段化过程)之法律属性尚无系统性研究,仅有对处于末端环节的食品安全检验行为法律属性的分析,主要有“行政确认说”和“行政调查说”两种观点。

“行政确认说”认为:“食品监管部门的检验行为是食品安全监管行为之一”,^[12]符合行政确认行为的基本特征,即“确定某特定权利或具体法律上重要意义之身份、地位或能力存在与否的行政处分”。^[13]

“行政调查说”认为:“食品检验行为是一种行政调查行为,是指行政主体在作出一定行政行为之前,为达到特定的行政目的,或依照法律、法规等规定的职责范围,向行政管理相对人进行的收集与一定行政行为有关,或能证明一定的客观事实证据的活动。”^[14]

(二)食品安全监督抽检法律属性既有观点之批判

1.既有观点之反思

既有研究将食品安全监督抽检中处于末端的检验行为定性为“行政确认”或者“行政调查”是有待商榷的。笔者认为,食品安全检验行为应当定性为“行政检查”,且为行政法律行为。具

[10] 参见四川省都江堰市人民法院(2018)川0181行审5号行政裁定书。

[11] 较为典型的研究有:章剑生:“行政不动产登记行为的性质及其效力”,《行政法学研究》2019年第5期,第34—44页;王瑞雪:“论行政评级及其法律控制”,《法商研究》2018年第3期,第27—37页;尹奎杰、王箭:“重大行政决策行为的性质与认定”,《当代法学》2016年第1期,第70—78页;黄学贤、李凌云:“行政措施的性质界定及其法律规制”,《法治现代化研究》2019年第3期,第21—34页。

[12] 欧元军:“我国食品检验行为的法律问题研究”,《广西社会科学》2012年第7期,第70—74页。

[13] 翁岳生:《行政法》,中国法制出版社2000年版,第667—668页。

[14] 邓刚宏、江伟:“食品安全快速检测的证据效力及其司法救济”,《政治与法律》2013年第8期,第155—161页。

体理由如下：

首先，基于行政目的的“行政确认说”之排除。行政确认之目的在于行政机关对当事人某种法律地位（如权利、身份、地位或者能力等）是否存在以及存在范围的一种确认或者宣告。^{〔15〕}而根据《食品安全抽样检验管理办法》第52条之规定，食品安全领域中的检验行为是以风险排查与防范为目的，并非是对权利、身份、地位或者能力之确定。^{〔16〕}

其次，基于检查与调查概念区隔的“行政调查说”之排除。受英美法系行政程序中行政检查与调查不加区分的影响，^{〔17〕}我国行政法学界通常将行政检查与行政调查的概念予以混同，且两者的混同更直观地体现在立法文本中，如《行政处罚法》第36、37条。^{〔18〕}笔者认为，两者并非完全等同，至少存在以下几点区别：第一，词义不同。“检查”除了具备“调查”的意涵外，还具有“监督与督促”的涵义。在我国，行政检查多数被称为“行政监督检查”便是明证。^{〔19〕}第二，对象不同。行政检查的对象是不特定的，而行政调查的对象是特定的。第三，启动条件不同。行政调查的启动须以一定的违法线索为前提，^{〔20〕}而行政检查并不受限于此。第四，手段不同。行政检查的手段直接作用于被调查对象，而行政调查的手段往往具备隐蔽性，多数从被调查对象的周遭展开资料的搜集。第五，行政检查通常以具有外部法律效果的“检查结论”为终结，应当属于行政法律行为，可以被看作为行政处理行为。^{〔21〕}而行政调查，通常被视为程序性行为，^{〔22〕}是一种行政辅助手段，强调对被调查对象的材料收集和事实调查，^{〔23〕}不对外产生法律效果，属于行政事实行为。

最后，定性为“行政检查”之提倡。食品安全检验行为以食品安全风险排查与防范为目的，严格遵照法定程序和食品安全标准展开活动，以具有外部法律效力的“检验结论”为终结，且送达被检验对象。根据《食品安全抽样检验管理办法》第29条规定，不合格检验结论应当在5个

〔15〕 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第154页。

〔16〕 《食品安全抽样检验管理办法》第52条规定：“本办法所称监督抽检是指市场监督管理部门按照法定程序和食品安全标准等规定，以排查风险为目的，对食品组织的抽样、检验、复检、处理等活动”。

〔17〕 这种混同在20世纪70年代之前的日本同样存在，如日本和田英夫教授认为，“即时强制（检查、询问等）和行政调查没有什么实质性区别，可以统一把握”。参见〔日〕和田英夫：《现代行政法》，倪健民、潘世圣译，中国广播电视大学出版社1993年版，第227页。

〔18〕 《行政处罚法》第36条规定：“行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的，必须全面、客观、公正地调查，收集有关证据；必要时，依照法律、法规的规定，可以进行检查”。第37条规定：“行政机关在调查或者进行检查时，执法人员不得少于两人。”

〔19〕 参见王连昌主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1994年版，第184页。

〔20〕 参见宋华琳：“论行政调查的法治建构”，《吉林大学哲学社会科学学报》2019年第3期，第139—149页。

〔21〕 参见魏增：“论《行政监察法》中的检查制度和调查制度——兼论行政检查与行政调查的研究方法与思路的拓展”，《行政法学研究》2011年第4期，第102—108页。

〔22〕 参见周佑勇：“作为过程的行政调查——在一种新研究范式下的考察”，《法商研究》2006年第1期，第129—136页。

〔23〕 参见杨海坤、郝益山：“关于行政调查的讨论”，《行政法学研究》2000年第2期，第70—73页。

工作日内送达被检验对象，^{〔24〕}实践中合格的检验结论亦送达被抽检对象。^{〔25〕}故食品安全检验行为应当定性为“行政检查”，并可进一步归类到行政法律行为阵营之中。

2. 既有观点依附的研究范式之检讨

如前文所述，学界对食品安全监督抽检（从抽样到检验的阶段化过程）之法律属性尚无系统性研究，仅有对处于末端环节的食品安全检验行为法律属性的分析。笔者认为，造成如此窘境的症结在于，既有研究依附的行政行为形式理论之研究范式存在结构性缺陷。确保行政活动的合法性是行政行为形式理论的价值归依和基本目标。具体而言，行政行为形式理论以完备的“行政行为”概念系统的便捷性，^{〔26〕}在纷繁的行政活动中，确定一个相对静态且能够担保其去向的“点”（通常为处于末端产生法律效果的行为），^{〔27〕}通过对该行为相关问题的追问与解答（如内涵与外延、容许性与适法性要件和法律效果等），从而实现对行政权力的规范和公民权利的保障。^{〔28〕}

就本文的研究对象而言，既有研究在行政行为形式理论研究范式下，截取“最后呈现法律效果”的行政检验行为难以完全涵盖整个食品安全监督抽检活动的全貌。具体而言，首先，“点”无法完全反映“面”。既有研究截取的是对外发生法律效果的行政检验行为，但其本质上无法涵盖整个食品安全监督抽检活动的全貌。其次，“法律效果”无法完全反映“全部效果”。食品安全监督抽检所产生的效果实质上包含着“法律效果”（行政检验行为）和“事实效果”（行政抽样行为）。最后，“静态”无法完全反映“动态”，“直接”无法完全反映“间接”。食品安全监督抽检是从“间接效果”不断发展累积成“法律效果”的动态过程。

综上所述，食品安全监督抽检法律属性之既有研究将处于末端的检验行为定性为“行政确认”或者“行政调查”是值得商榷的，同时其依附的行政行为形式理论之研究范式也存在结构性缺陷。故食品安全监督抽检之法律属性亟待借助新的研究范式予以重新厘定。

（三）行政过程论范式下食品安全监督抽检之解构

行政过程论主张对行政活动作整体与动态的考察，一定程度上可以破除置于行政行为形式理论框架下新型行政活动合法性控制不足的难题。在宏观层面上，行政过程论认为行政活

〔24〕 《食品安全抽样检验管理办法》第 29 条规定：“县级以上地方市场监督管理部门收到监督抽检不合格检验结论后，应当按照省级以上市场监督管理部门的规定，在 5 个工作日内将检验报告和抽样检验结果通知书送达被抽样食品生产经营者、食品集中交易市场开办者、网络食品交易第三方平台提供者，并告知其依法享有的权利和应当承担的义务”。

〔25〕 见前注〔9〕。

〔26〕 由奥托·迈耶提出的“行政行为”概念为核心建构而成的法概念系统，参见（德）奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆 2013 年版，第 99—111 页。

〔27〕 参见（德）施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵译，北京大学出版社 2012 年版，第 279 页。

〔28〕 参见赖恒盈：《行政法律关系之研究——行政法学方法论评析》，元照出版有限公司 2002 年版，第 53 页。

动是多个阶段性行政方式和法律关系联结而成,^[29]且各要素之间关联紧密、时间连续以及目标一致;在微观层面上,行政过程论强调,除处于末端发生法律效果的行为外,行政活动中的其他阶段性行政方式皆具有相应的法律意义,行政活动的合法性控制设计应当予以考虑。

以行政过程论分析食品安全监督抽检制度,一方面,应从宏观层面还原食品安全监督抽检之全貌,依照行政活动的一般运行逻辑进行阶段化切割与梳理;另一方面,应从微观层面揭开食品安全监督抽检之“面纱”,将阶段性的行政方式置于整个行政目的中分析。

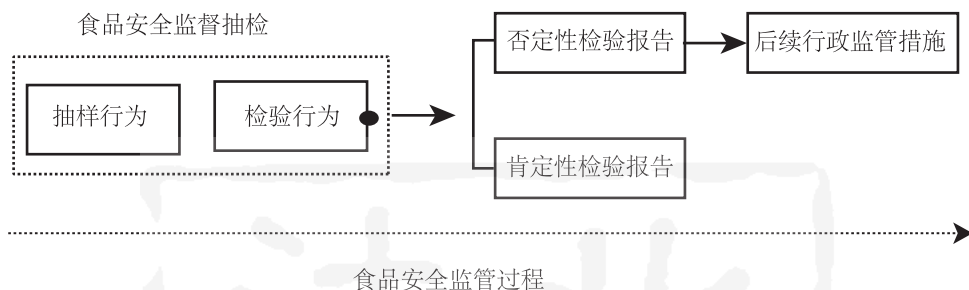


图1 食品安全监督抽检的过程性结构

具体来说(如图1),就食品安全监管的整体过程而言,食品安全监督抽检以及其形成的否定性检验结论构成后续行政监管措施的主要事实依据。实践中,执法抽检行为输出的否定性检验报告,通常作为后续行政处罚、行政强制的主要事实依据。在学理上,食品安全监督抽检行为与后续的行政处罚决定之组成可称之为“多阶段行政程序”,即“不同程序之间系以行政处分作区隔,形成多阶段行政程序与复数行政处分之组合关系”。^[30]就食品安全监督抽检的局部过程而言,食品安全监督抽检实质上包含着抽样行为和检验行为两个阶段性行为,其中,抽样行为属于内部行政行为,检验行为应当定性为“行政检查”,且归属于行政法律行为阵营之中。

四、食品安全监督抽检的合法性控制

让行政权在法治框架内运行,是推进法治政府建设,完善政府治理体系的内在要求。^[31]食品安全监督抽检的合法性控制是确保其能够持续作用于我国食品安全保障系统工程的基本

[29] (日)塩野宏:“行政過程總説”,熊川一郎、塩野宏、園部逸夫編:《現代行政法大系(第2卷)》,有斐閣2014年版,第28頁。

[30] 李建良:“论多阶段行政处分与多阶段行政程序之区辨——兼评‘最高人民法院’96年度判决书第1603号判决”,《中研院法学期刊》2011年第9期,第271—328頁。

[31] 参见应松年、范伟:“推进法治政府建设 完善政府治理体系”,《学习时报》2020年11月25日第A2版。

要求。为确保食品安全监督抽检合法性控制的靶向性和有效性,具体的机制建构应当遵循过程性原则和实践性原则。

所谓过程性原则,即合法性控制应当贯穿于整个食品安全监督抽检的始终。如前文所述,学界对食品安全监督抽检法律属性的探讨,是在行政行为形式理论研究范式下对处于末端的、对外发生法律效果的行政检验行为的界定。受此影响,相应的合法性控制机制不可避免地会陷入仅关注结果性的行政检验行为桎梏中。故食品安全监督抽检的合法性控制,应当在提倡行政过程论研究范式的基础上,不仅要关注从抽样行为到检验行为的自身过程,而且对以检验报告连结后续行政监管措施的整体过程也应当有所关照。

所谓实践性原则,即食品安全监督抽检的合法性控制应当以实践为导向,着重关注其在行政执法实践中面临的合法性问题。本文的实践素材主要有三个方面:第一,法规范之分析,即对食品安全监督抽检的规范依据和实践操作指南《食品安全抽样检验管理办法》进行分析与检讨;第二,司法裁判文书之分析,即对行政诉讼中关涉食品安全监督抽检的裁判文书进行梳理与分析;第三,实务部门之调研,即在上述两种实践路径的基础上,补充以一线行政执法部门的问题导向式座谈。

食品安全监督抽检的合法性控制机制可从创设依据、适用范围、程序性规范和救济管道设置四个方面展开具体建构:

(一)依据控制:食品安全监督抽检的创设准据

所谓依据控制,是指食品安全监督抽检的创设须在《立法法》框架下与我国立法体制协调衔接。具体需要明确两个问题:一是食品安全监督抽检属于何种立法事项;二是食品安全监督抽检应当由何种法律规范创设。

问题一:食品安全监督抽检属于何种立法事项?食品安全监督抽检的结果分殊通常能够对当事人权利义务产生重大影响。这正是文本所提倡的,食品安全监督抽检应当在整个食品安全监督管理过程中作整体和动态的研判。根据检验结果的分殊,分为肯定性检验报告和否定性检验报告。

就肯定性检验报告而言,在实施食品免检制度时期,根据已废止的《产品免于质量监督检查管理办法》^[32]第8条第4项规定,“产品经省级以上质量技术监督部门连续三次(含三次)监督检查为合格”作为免检产品和免检生产企业的基本条件之一。换言之,食品安全监督抽检的肯定性检验报告,在某种程度上,可以作为该食品及其产生企业获得相应的优质行政资源或者准许其从事某种活动的前置条件之一,能够给当事人的权利义务带来重大影响。

就否定性检验报告而言,在整个食品安全监管过程中,其通常作为主要事实依据与后续的行政监管措施联结。根据《食品安全法》《食品安全法实施条例》《食品安全抽样检验管理办法》

[32] 2008年“三聚氰胺事件”发生后,原国家质检总局发布第109号令宣布废止《产品免于质量监督检查管理办法》,免检制度退出历史舞台。

中相关“法律责任”条款之规定,食品安全监督抽检所形成的否定性检验报告可作为后续行政强制措施(查封、扣押)和行政处罚(警告、罚款、纳入严重违法生产经营者黑名单、^[33]失信联合惩戒等)的主要事实依据。也就是说,食品安全监督抽检的否定性检验报告也能够给当事人的权利义务带来重大影响。

问题二:食品安全监督抽检应当由何种法律规范创设?据前述分析,在整个食品安全监管过程中,食品安全监督抽检输入的检验报告,无论是肯定性检验结果还是否定性检验结果,都有可能对当事人权利义务产生重大影响。因此,根据《立法法》中关涉立法权限和立法事项相关规定的规范指引,食品安全监督抽检的依据控制可从两个方面展开:

一方面,食品安全监督抽检应当由“法律、行政法规和地方性法规”创设。第一,“地方性法规”遵循客观需要原则,在不与上位法抵触的情况下可以创设食品安全监督抽检制度;第二,食品安全监督抽检能够对当事人权利义务产生重大影响,根据《立法法》第80条第2款和第82条第6款之规定,^[34]没有明确的依据及授权,地方政府规章与部门规章不得创设减损权利或增加义务的规定。^[35]另一方面,“地方政府规章和部门规章”可以在各自的立法权限内,对食品安全监督抽检制度做进一步细化规定,以保障其实践展开与实施效果。

(二)内容控制:食品安全监督抽检的适用范围

食品安全监督抽检作为防范食品安全风险和提升食品安全治理能力的技术支撑和重要抓手,其在实践中的应用效果,一定程度上取决于适用范围的宽窄程度。倘若适用范围不加控制,食品安全监督抽检制度势必陷入泛化与滥用危机。食品安全监督抽检的适用范围应该包括以下两个方面:

一方面,通常情况下,食品安全监督抽检应当受到县级以上人民政府市场监督管理部门制定的食品安全抽样检验年度工作计划和工作方案的总体控制(《食品安全抽样检验管理办法》第8条第1款、第2款)。^[36]倘若食品安全监督抽检不受控制,于行政执法而言,即构成执法瑕疵甚至违法;于行政相对人(受检对象)而言,即增添额外的负担,与行政便民原则相悖。笔者认为,上述总体控制可以进一步细化为:第一,总体数量之控制,即食品安全监督抽检的数

[33] 关于行政黑名单制度的法律属性,参见范伟:“行政黑名单制度的法律属性及其控制——基于行政过程论视角的分析”,《政治与法律》2018年第9期,第93—104页。

[34] 《立法法》第80条第2款:“……没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”。第82条第6款规定:“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。

[35] 参见乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第270、275页。

[36] 《食品安全抽样检验管理办法》第8条第1款、第2款规定:“国家市场监督管理总局根据食品安全监管工作的需要,制定全国性食品安全抽样检验年度计划。县级以上地方市场监督管理部门应当根据上级市场监督管理部门制定的抽样检验年度计划并结合实际情况,制定本行政区域的食品安全抽样检验工作方案”。

量,不得突破国家层面上食品安全抽样检验之总体数量,也不得突破本行政区域内食品安全抽样检验之数量,且应当与食品安全风险监测、食品安全评价性抽检的数量保持一定的协调比例。第二,监督抽检对象之限制,即对目标对象的食品安全监督抽检工作,应当依照市场监督管理部门的层级分工有序展开,不得越级执法。第三,重复监督抽检之限制,即非经法定事由及程序,不得对同一对象展开多次重复性监督抽检,以保障商事主体的正常经营权利。

另一方面,特殊情况下,食品安全监督抽检可以在“案件稽查”“事故调查”和“应急处置”等情形下使用,不受前述年度工作计划和工作方案的限制。这是由食品安全牵涉国家利益和社会公共利益的特殊性决定的。如《食品安全抽样检验管理办法》第28条第2款规定(报告或通报期限之例外情形):“案件稽查、事故调查、应急处置中的检验结论的通报和报告,不受本办法规定时限限制。”可见,在关涉国家利益和社会公共利益的重大事件中,食品安全监督抽检的使用可以突破前述一般性的总体控制框架。

(三)过程控制:食品安全监督抽检的程序规范

“无程序制约的执法,其正当性是靠暴力来支撑的,而非法律”,^[37]“程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^[38]行政过程视角下的食品安全监督抽检蕴含着一系列环环相扣的程序性安排,如抽样目标之确定、抽样之执行、样品送达检验机构、检验机构对样品的检验、检验报告之送达,等等。结合实践中暴露出的问题,可从以下几个方面重点展开:

首先,现场抽样中的抽样人员构成需要合法性与专业性的统一。《食品安全抽样检验管理办法》第14条第1款规定:“抽样人员执行现场抽样任务时不得少于2人。”对此可作两点检讨:第一,就条文规范本身而言,实践中抽样人员的构成失范使得检验报告无效以及后续行政处罚被判决撤销。如吉林市食品药品监督管理局与吉林市双士药业有限公司行政处罚纠纷上诉案中,法院认为监督抽检中的抽样人员程某并非行政机关工作人员,同时抽样记录上签字的有魏某和翟某两人,但翟某在抽样操作时已经离开了抽样现场,故药品抽样人员的身份和数量不符合法律规定。^[39]第二,就抽样人员构成之目的而言,该条文规定存在局限性,仅仅实现了行政合法性的要求。食品安全监督抽检之抽样过程,既是行政机关的执法过程,也是目标样品的采集过程。换言之,抽样人员要受到行政合法性(即现场执法时执法人员的组成规范)和专业性(即样品采集人的专业能力与素养)的双重控制。据此,笔者认为,抽样人员的构成需要兼具行政合法性和检验专业性,相应的条文应当修正为:“抽样人员执行现场抽样任务时不得少于3人,其中,执法人员不得少于2人,检验人员不得少于1人。”^[40]

[37] (德) 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第56页。

[38] Joint Anti-Fascist Refugee Committee . v . Mcgrath, 341 U.S.123(1951).

[39] 参见吉林省吉林市中级人民法院(2017)吉02行终19号行政判决书。

[40] 倘若执法人员抽样的样品具备可检验性,检验人员可以不参与现场检验。但根据笔者调研,实践中,尤其是机构改革后基层一线的执法人员整体上难以具备上述专业能力和素养。

其次,行政执法过程中当事人的程序性权利之保障。具体而言,第一,事前表明身份和出示文书。执法人员应当事前出示执法证件(若为委托检验,还应当出示相应的任务委托证明),出示载明监督抽检内容的《抽样检验告知书》。执法人员的事前表明身份和出示文书,可以证明其依法享有执行食品安全监督抽检的权力,当事人具有服从及配合的义务,否则构成程序违法,当事人有权拒绝。第二,告知当事人依法享有申请回避的权利。如宜昌市某某幼儿园与宜昌市西陵区食品药品监督管理局、宜昌市食品药品监督管理局食品药品安全行政处罚案中,原告宜昌市某某幼儿园诉称被告西陵区食品药品监督管理局程序违法,执法人员杨某的配偶熊某为原告工作人员,且与原告存在劳动纠纷,杨某属于应当回避而未回避的人员。^[41]第三,告知当事人依法享有陈述和申辩的权利。如果当事人申请陈述和申辩,执法人员应当认真听取意见,并记录在案。第四,检验报告应当送达当事人,以充分保障当事人知情权。^[42]若检验报告为否定性评价结果,应当告知当事人依法享有复检申请和异议处理申请的权利。

最后,样品可检验性导向下的程序性控制。抽取的样品应当符合检验的技术和规范要求,这是食品安全监督抽检之检验行为能够启动的技术前提。如果抽取的样品不符合技术和规范要求,形成的否定性检验结论无法作为后续行政监管措施的主要事实依据,肯定性检验结论也无法证明样品合格。故样品可检验性导向下的程序规范应当包括:第一,抽样方法的规范性。食品抽样方法的选取应当符合《国家食品安全监督抽检实施细则(2019年版)》(食药监办食监三2018[14]号)的规范要求。第二,样品数量的合规性。抽取的样品数量不符合规定则会被判定程序违法。如吉林市食品药品监督管理局与吉林市双士药业有限公司行政处罚纠纷上诉案中,法院认为市药监局在执法过程中存在程序违法的问题,待检蜂蜜数量为7件的情况下(总包件数5—99件,随机抽5件取样),抽样数量应为5件,市药监局的抽样数量为3件,抽样数量不符合规定。^[43]第三,基于当事人可能提出复检的考量,复检样品和检验样品应当确保取样的一致性,同时应当具有相应的防拆封措施。如在餐饮环节中抽取农产品和水产品时,应当均匀处置为检验样品和复检备份样品,并分别采取防拆封措施,以保证来源的一致性。^[44]第四,样品储存的妥当性和运输的及时性。根据《食品安全抽样检验管理办法》第20条之规定,抽样人员应当在不影响检验结论变化的前提下,采取相应措施保证样品贮存和运输符合国家相关规定和包装标示要求,且应当在5个工作日内携带或寄送至承检机构。

(四)结果控制:食品安全监督抽检的救济管道

如前文所述,行政行为形式理论视角下的既有观点将食品安全监督抽检定性为行政事实

[41] 湖北省宜昌市西陵区人民法院(2016)鄂0502行初84号行政判决书、湖北省宜昌市中级人民法院(2017)鄂05行终107号行政判决书。

[42] 参见梁君瑜:“行政程序三分法与司法审查”,《法学家》2017年第3期,第45—58页。

[43] 参见吉林省吉林市中级人民法院(2017)吉02行终19号行政判决书。

[44] 参见鲁刚:“食品安全监督抽检抽样过程合规性风险控制研究”,《食品安全导刊》2019年第26期,第30页。

行为,认为其对当事人权利义务不产生实际影响,进而应排除在行政复议、行政诉讼等主流的救济管道之外。^{〔45〕} 该种行政救济思路也是我国现行立法观点,《食品安全抽样检验管理办法》中未规定行政复议和行政诉讼条款便是明证。但一切行政行为皆存在侵犯公民权利的现实可能性,^{〔46〕} 笔者认为,食品安全监督抽检的结果控制,应当以公民权利救济为逻辑起点,以行政过程论为视角构筑一个全面覆盖且行之有效的行政救济机制。结合实践中最为常见的否定性检验报告与后续行政处罚连结为例,可作如下分析(参见表 2):

一方面,救济管道之设置。食品安全监督抽检的救济管道既包括复检、异议、行政复议等行政机关内部救济,也包括外部的司法救济。其中,复检和异议是现行立法的规定。^{〔47〕} 行政复议和行政诉讼的设置,是基于食品安全监督抽检能够对当事人权利义务产生重大影响的考量,分别可以解释对应到行政复议申请范围和行政诉讼受案范围的“兜底条款”中。^{〔48〕}

另一方面,以当事人提出的行政争议“点”,设置与之相适应的救济路径。经由实践调研和裁判文书的梳理,围绕食品安全监督抽检,当事人提出的行政争议“点”主要包括三种类型:第一,当事人仅对食品安全监督抽检中的“检验结论”有争议;第二,当事人对食品安全监督抽检之整体行为有争议,或者未明确提出仅对“检验结论”有争议;第三,当事人对与否定性检验结论连结的行政处罚有争议。

表 2 食品安全监督抽检的行政救济分解图

		当事人提出的行政争议“点”		
		食品安全监督抽检行为		行政处罚
		仅对“检验结论”有争议	其他(整体行为或未明确表示仅对“检验结论”有争议)	
救济管道	复检	√	√(非必经程序)	×
	异议	×	√(非必经程序)	×
	行政复议	×	√(非必经程序)	√(非必经程序)
	行政诉讼	×	√	√

〔45〕 欧元军,见前注〔12〕,第 70—74 页。

〔46〕 参见林莉红:“论行政救济的原则”,《法制与社会发展》1999 年第 4 期,第 26—31 页。

〔47〕 参见《食品安全抽样检验管理办法》第 30 条至第 39 条(第五章 复检与异议)。

〔48〕 《行政复议法》第 6 条第 11 项规定“认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的”;《行政诉讼法》第 12 条第 11 项规定“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的”。

结合上述分析,具体的救济思路可作如下类型化分析:首先,当事人仅对食品安全监督抽检中的“检验结论”有争议。基于食品安全检验的专业性考量,笔者认为,应当明确复检作为唯一的救济管道。也就是说,倘若经由复检仍为否定性检验结论,当事人不得就该食品安全监督抽检另行提出异议申请、行政复议申请和提起行政诉讼。

其次,当事人对食品安全监督抽检之整体行为有争议,或者未明确提出仅对“检验结论”有争议。在复检样品具备可检验性的情况下,应当允许当事人在规定的期限内于四种救济管道中自由选择。其中,行政诉讼审理过程中,若发现食品安全监督抽检可能存在违法情形的,基于诉判控制关系之考量,^[49]法官应当释明当事人变更或者增加撤销与之相连结的行政处罚诉讼请求。

最后,当事人对与否定性检验结论连结的行政处罚有争议。笔者认为,应当设置行政复议和行政诉讼两种救济管道,且允许当事人在两者之间自由选择。其中,在行政诉讼审理过程中,应当依照行政案卷排他性之原则,^[50]食品安全监督抽检形成的否定性检验结论进行证据可采性的判断。若不具备证据可采性,应当根据《行政诉讼法》第70条规定的“主要证据不足”为由撤销该行政处罚。

五、结 语

在实施食品安全战略的时代背景下,食品安全监督抽检在食品安全监管过程中扮演着关键角色,肩负着防范食品安全风险的重任。就行政权力控制与公民权利救济而言,食品安全监督抽检面临的合法性危机日益严峻。行政过程论视野下的食品安全监督抽检包含着作为内部行政行为的行政抽样和作为具体行政行为的行政检验,其中,形成的否定性检验结论通常作为实施后续行政监管措施的主要事实依据。合法性控制是确保食品安全监督抽检制度能够持续保障我国食品安全系统工程的核心环节,在遵循过程性原则和实践性原则的基础上,应当从依据控制、内容控制、过程控制和结果控制四个方面展开。具体而言,食品安全监督抽检应当由法律、行政法规和地方性法规予以创设,在此基础上,部门规章和地方政府规章可做进一步细化规定。结合实践中暴露出的问题,现场抽样中的抽样人员构成需要合法性与专业性的统一;应当依照行政处罚、行政强制之程序要求充分保障当事人程序性权利;同时应当以专业性程序规范确保样品的可检验性。设置覆盖内部行政救济和外部司法救济的管道,并结合实践中常见的行政争议“点”,类型化设计与之相对应的救济机制。值得注意的是,本文仅仅是行政法学视角下合法性控制问题的尝试作答,而对于行政管理学视角下行政效能的提升,以及食品安全

[49] 关于行政诉讼诉判关系,参见邓刚宏:“我国行政诉讼诉判关系的新认识”,《中国法学》2012年第5期,第61—72页。

[50] 参见孔繁华:“英美行政法上的案卷制度及其对我国的借鉴意义”,《法学评论》2005年第2期,第67—75页。

全局视野下如何保证行政执法与刑事司法衔接等食品安全监督抽检制度的其他重点问题,仍需作进一步研究。

Abstract: Food sampling inspection, as a crucial link in the process of food safety supervision, plays an important role in finding food safety problems and implementing effective supervision measures. With the expanding scope and quantity of sampling inspection, the legitimacy crisis of food sampling inspection becomes even more serious. The existing researches under the theoretical research paradigm of the form of administrative behavior, which contain the “administrative confirmation theory” and the “administrative investigation theory”, is an analysis of the inspection behavior at the terminal part, failing to fully reveal the nature of the phased structure of food sampling inspection. From the perspective of administrative process theory, the sampling inspection due to food safety supervision includes administrative sampling as internal administrative acts and administrative inspection as specific administrative acts. Thereinto, the negative test conclusion usually serves as the main factual basis for the implementation of the follow-up administrative supervision measures. Therefore, food sampling inspection system should establish the legality control mechanism from the aspects of the basis for the formulation, the scope of the application, the specification of the procedure and the method of the relief, ensuring that it can continue to improve food safety assurance in China.

Key Words: Food Safety Supervision Sampling Inspection; Sampling Behavior; Inspection Behavior; Administrative Process Theory; Legality Control

(责任编辑:彭 鋈)