

并结合自己的工作经验作出检验。但是,这些检验方法同样是没有标准代号的,同样不能出现在法律文书上,在涉及到刑法和民法时更显得苍白无力。

## 8 学术杂志与实际工作关系问题

这个问题与主题关系不大,但我们觉得有必要在此一提。现今的学术杂志均偏重于新理论、新方法的研究,对现行方法的探讨比较少,而事实上现行方法存在的问题诸多,需要加强这方面的工作。学术杂志应多介绍有关先进经验、发表百家之言,这对提高整个卫生监督、检验队伍的业务素质和工作水平大有裨益。

## 参考文献:

- [1] GB 2760—86. 食品添加剂使用卫生标准[S].
- [2] GB 5750—85. 生活饮用水标准检验法[S].
- [3] GB/T 5009. 11—1996. 食品中总砷的测定方法[S].
- [4] GB/T 5009—1996. 食品卫生检验方法 理化部分[S].
- [5] 杨凤梅. 有效数字在理化指标卫生评解中的应用[J]. 中国公共卫生, 2000, 16(4): 348.
- [6] 林树及. 食品卫生理化检验结果的表述[J]. 中国卫生检验杂志, 2000, 10(5): 616.
- [7] 孙华. 苯、甲苯、二硫化碳解吸时间新探讨[J]. 中国卫生检验杂志, 2000, 10(3): 280.

中图分类号: R15; TS207. 2 文献标识码: C 文章编号: 1004 - 8456(2002)02 - 0027 - 03

# “取缔”是何种行政行为之管见 ——兼与王正飞、徐卫平同志商榷

张卫兵 周 颖

(南通市卫生防疫站, 江苏 南通 226006)

《中国食品卫生杂志》2001年第4期刊登了王正飞、徐卫平两位同志的《“取缔”是何种行政行为之思考》(以下简称《思考》)一文。作者引用行政法学理论,对《食品卫生法》所设定的“取缔”这一行政行为作了较深入的探讨,结果认为“取缔”是一种限权性的具体行政行为。对其中的一些观点,我们不完全赞同,现提出以下意见供同行商讨。

1 行政行为是否为单方行为 《思考》援引“有学者的观点”,“认为行政行为是指行政主体通过行政人,依法代表国家,基于行政职权所单方作出的,能直接或间接引起法律效果的公务行为”。相对应的,把具体行政行为也认定为行政主体的单方行为,并将具体行政行为划分成5类,似不十分确切。《国家赔偿法》在确定行政赔偿范围时,对行政行为使用的概念是与行使行政职权有关的行为。也就是说,只要造成侵害的行为与国家行政管理职权有关,就属于国家行政赔偿范围。从《行政诉讼法》第十一条所列举的可诉行政行为来看,不仅包括作为,也包括不作为。再有,把行政行为、具体行政行为只限定于行政主体的单方行为,从而排除了行政合同等双方行为,仅限于行政法律行为而不包括事实行为,与《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》精神也是不符的。当然,仅就取缔这一行政行为本身而

言,毫无疑问是行政主体的单方行为。

2 行政强制执行的救济途径 随着社会主义民主法制建设进程的加快,行政相对人可以获得多方位的救济。行政强制措施适用行政复议和行政诉讼。对于行政强制执行,学界有广义和狭义之说,狭义即指行政主体依法采取的强制执行,广义则认为行政强制执行既包括行政主体依法采取的强制执行,也包括法院依行政主体的申请而实施的司法强制执行。《思考》采用的是广义理解,但认为其不适用行政复议和行政诉讼。按照《行政复议法》第二章第六条的规定,当事人是可以申请行政复议的,也完全可以依照《行政诉讼法》的有关规定向人民法院起诉。即便是司法强制执行,当事人也可以向执行人民法院或上一级法院提出申诉,从而获得救济。

3 对行政强制执行权的认识 食品卫生监督执法过程中,卫生行政部门能否作出行政强制执行行为呢?《食品卫生法》规定卫生行政部门作出行政处罚,当事人拒不履行的,可以申请人民法院强制执行。这一规定实际上表明卫生行政部门在食品卫生执法处罚中不能自行作出行政强制执行行为。现行法律明确规定有行政强制执行权的,也只有海关、税务、公安等为数不多的行政机关。但就“查封”生产

设备和非法经营场所这一行政强制措施而言,有无这一权限,《食品卫生法》上虽未作明确,早在1991年执行《食品卫生法(试行)》期间,最高人民法院曾就此专门作出司法解释给予了肯定。

**4 取缔是行政强制措施还是行政处罚** 目前,我国还没有一部统一的行政强制措施法,有关行政强制措施的规定均散见于一些单行法中,行政法学领域在对其认识上也的确存在不一致。不管对行政强制措施的概念如何界定,作为行政强制措施必须具备两个特点:采取行政强制措施时相对人危害社会、妨害行政管理的事实正在发生或可能发生;采取行政强制措施,必须以预防、制止危害社会、妨害行政管理的事实的发生为目的,而不是为了惩戒行政相对人,这一点也是行政强制措施的限度,作为强制措施本身不是目的,仅仅是一种手段。而对无卫生许可证从事食品生产经营者“予以取缔”,应该是卫生行政部门的工作目标,并不仅仅是手段。如果只是要求无证经营者履行领证义务,那么县级、县级以上卫生行政部门只需封存其生产经营工具或是给予警告,就足以达到迫使其履行申领卫生许可证的义务。现实情况是这些无证者大多数生产经营条件差,尤其是街头无证摊店和“地下”食品加工作坊,达不到卫生要求,即便申请了,也不会得到卫生许可,且通常违法行为均较重,对这些非法经营者必须给予惩罚。通过“公告”对他们的声誉给予不利影响,而“收缴”生产工具设备、食品和原料等已经超出了行政强制措施的限度,包括“查封”等手段的运用,实际上是剥夺了违法者的财产,最终目的是使违法者失去继续非法生产经营的能力,带有行政处罚的性质,也可以将取缔理解为是一种能力罚。

**5 取缔是否适用听证程序** 《行政处罚法》首次在我国行政立法中确立了听证程序,但并非所有的行政处罚都适用听证,法律只规定了对部分行政处罚可以举行听证,主要是“行政主体作出责令停止生产经营、吊销许可证(照)、较大数额罚款等可以举行听证”。作为我国行政处罚的法典,为防挂一漏万,在列出3个适用听证程序的处罚种类后,以一个“等”字留有了补充回旋余地。从“取缔”的法律功能来看,应该是一种比较重的处罚,我们认为即使将“取

缔”作为《食品卫生法》设定的一个罚种,也不适用听证。首先,从“取缔”的作用来看,是使行政相对人失去继续生产经营的能力,这一点与责令停产停业、吊销许可证(照)有相似之处,而责令停产停业和吊销许可证(照)的前提条件是相对人在此之前已经获得许可证(照),取得了生产经营的权利,对于这类处罚如果适用错误,将会侵犯相对人的合法权益,因而必须采取谨慎的态度。其次,《行政处罚法》作出限定听证案件范围的规定,也是考虑到公平与效率兼顾原则的,既要考虑行政处罚程序中的民主程序建设,也要保证行政执法主体处理案件的效率。大多数食品都有存放条件和保质期等问题,因此对时间要求较高,而且食品的卫生质量与人民群众的健康休戚相关,无证生产经营的食品安全、卫生问题必然大量存在,一旦进入消费领域,后果不堪设想,不迅速作出处理处罚决定坚决予以取缔,而是按照听证程序走下去,则时间上势必给违法者以喘息之机,甚至逃脱惩戒。何况适用听证同时也增加了工作量,无形中降低了行政效率。再者,限定听证案件范围也是出于对我国国情的考虑。尽管听证是行政处罚当事人的一项重要权利,但听证并不是行政处罚的必经程序。例如限制人身自由的行政处罚,是很重的处罚,也不适用听证。从全国范围看,尽管食品卫生工作发展不平衡,但无卫生许可证生产经营的,尤其是那些制售假冒伪劣食品的黑窝点,各地时有发生,不依法予以“取缔”狠狠打击,不足以对违法者形成威慑。需要指出的是,取缔虽不适用听证,但行政相对人还是可以通过行政复议、诉讼等途径获得救济的。

尽管就“取缔”问题卫生部是在请示全国人大常委会后作出的批复,但毕竟不是立法解释、司法解释,其在庭审中的效力尚不能得到完全保证。“取缔”也并非由《食品卫生法》所专设,在《公司法》和新修订的《药品管理法》上也都有设定,遗憾的是这些法律也都未能将其明确。实际工作中,我们还是将“取缔”理解为是《食品卫生法》设定的一种行政处罚,并就是否适用听证等与地方法院行政庭的同志取得共识,在实施处罚过程中也常予以应用,有力地打击了无证生产经营行为。

[收稿日期:2001-09-20]

中图分类号:R15;D920.1 文献标识码:C 文章编号:1004-8456(2002)02-0029-02