

监督管理

对一起无证外送盒饭案件引发的法律问题分析

安洪武 宋治鸣 杨剑兴 诸美兴

(青浦区食品药品监督管理局,上海 青浦 201700)

摘要:目的 探讨卫生行政执法中存在的突出问题,为卫生行政立法、执法提供参考。方法 对一起无证外送盒饭案例进行分析。结果 卫生行政执法中存在诸多急需解决的突出问题,包括主体认定、行政强制措施、卫生行政机关对第三方的调查权及房东责任等,暴露出卫生行政法律法规的不完善。结论 加快对卫生行政法律法规的修订与完善,尽快出台行政强制法等法律法规。

关键词:食品;安全管理;法学;许可证

Analysis of Law Problem Initiated by Case of Sending Box Lunch without License

AN Hong-wu, SONG Zhi-ming, YANG Jian-xing, ZHU Mei-xing

(The Food and Drug Administration Office, Shanghai Qingpu 201700, China)

Abstract: **Objective** To discuss the prominent problems existed in hygienic administrative enforcement, and provide references for hygienic administrative legislation and enforcement. **Method** A case of sending lunch box without license was analyzed.

Results There were a good many prominent problems in dire need of solution in hygienic administrative enforcement, consisting of main body cognizance, administrative enforcement measures, the right of investigation of hygienic administrative authority to the third party and the responsibility of landlord, etc. It was indicated that the faultiness of hygienic administrative law and regulation were exposed. **Conclusion** The amendments of hygienic administrative law and regulation should be accelerated, and the mandatory administrative laws should be established as soon as possible.

Key word: Food; Safety Management; Jurisprudence; Licensure

卫生行政法律法规的不健全,已经对卫生行政行为的合法、高效产生了严重影响,本文对一起无证外送盒饭案件引发的法律问题分析,力求引起立法者注意,并供同行参考。

1 案情简介

2004年7月12日,区卫生局接到举报,称周村有一无证外送盒饭加工点,要求尽快查处。

7月14日,执法人员赴周村进行调查,当场查见6人正在加工桶装饭、盒饭并正在准备外送。经询问,业主周某承认无食品卫生许可证,有外送盒饭、桶装饭的事实,房子是租用的。执法人员当场提取外送记录单1份,并对加工场所及食品、食品工用具进行了封存。

7月15日,执法人员再次赴现场,欲对该无证经营行为予以取缔。发现被封存的食物、食品工用具大部分已被转移。经询问,周某对门锁未被破坏而物品却被转移的事实辩称,钥匙交给从业人员保管,从业人员都是外地人已经跑掉了。

根据外送单上记载的厂名,执法人员进行了详

细调查。

7月19日,执法人员至订盒饭的甲厂调查,生产负责人称,自己主动派人到周某所开饭店(以下简称“饭店”)联系订盒饭,当时是周某接待的,双方达成口头协议,供饭方是“饭店”,周某虽明示加工地点在周村,但根据“饭店”的声誉根本没想到会是无证加工。出示发票收款人为“饭店”陈某。该厂尚有3个月的余款未付与周某。当日,又至订盒饭的乙厂调查,生产负责人提供付款凭证,收款人为“饭店”周某。至今尚有7个月的余款未付与周某。当日,丙厂在停产中,执法人员无法与该厂的负责人取得联系,要求门卫通知经理来厂接受谈话,被借口推辞。7月21日之前又去过多次,厂方均不予配合,拒绝提供任何信息。

7月21日,丙厂财务负责人出示无收款人签名的付款发票,并还有6个月的余款未付与周某。

7月22日,继续询问周某,周某强调以个人名义供饭,与“饭店”无关。

8月4日,执法人员至丁厂调查,采购负责人称,厂里有一食堂,由周某承包,人员及工资由乙厂提供,周某对经营合法性负责,双方有书面合同。丁厂出示的支付承包费用的付款凭证的收款人是“饭

作者简介:安洪武 男 科长

店”吴某,但饭店银行账户不明。尚有1个月的余款未付与周某。

当日,询问周某,周某称甲厂收款人陈某是其丈人,丁厂收款人吴某是丁厂职工(后来经查为其弟媳),“饭店”法定代表人为其妻陈某。

处理结果:区卫生局以周某违反《中华人民共和国食品卫生法》第二十七条第一款、第三款和《上海市食品卫生许可证发放管理办法》第二条第(一)项的规定,依据《中华人民共和国食品卫生法》第四十条的规定,以无证生产经营食品为由,对周某处以没收违法所得人民币229 707元,并罚款人民币229 707元的行政处罚。

2 本案引发的法律问题及思考

2.1 本案责任主体如何认定

本案出现了周某与“饭店”两个主体,而“饭店”的法定代表人又非周某本人,而是其妻陈某,由于涉及到“饭店”是以其妻陈某个人财产经营,还是以夫妻共同财产经营在举证上的困难,因此,本案不但主体认定十分复杂,而且对以后的执行有着截然不同的影响。

根据周某的自认,以及周某在本案中的经营者、业务联系者的身份,可以认定周某为责任主体,但这只能是根据现有证据认定的法律事实。这样认定的不妥之处在于:(1)根据以上案情分析,外送盒饭实际上是以“饭店”的名义进行的,“饭店”的业主周某之妻陈某是实际责任主体,认定周某为责任主体有悖于客观真实;(2)根据行政案件执行经验,若认定周某之妻陈某为责任主体,由于有“饭店”这一固定资产,将非常有利于其自觉履行或将来的强制执行;但若认定周某为责任主体,又不能举证“饭店”为夫妻共同财产(对行政机关来讲,这一举证基本不可能),则很可能会由于周某无财产可供执行而造成执行中止。

若认定周某之妻陈某为责任主体,又存在许多不利的证据,主要有:(1)周某与丁厂的合同是以周某名义签订的;(2)周某参与了外送的全过程,也是实际的业务联系人;(3)周某自认外送是其个人行为;(4)生产加工及外送地点均在周村。

由于没有一份证据证明周某之妻陈某参与外送或对此知情,因此存在一种非常不利的假设:周某为实际经营者,周某利用夫妻关系特殊身份的便利,盗用“饭店”场所、借用“饭店”名义进行业务推广与联系,收款人由于都是周某的亲属,代收款项也是情理之中,至于部分收款人为“饭店”等,也正说明周某在盗用“饭店”名义进行违法活动,而且以上所有,周某

之妻陈某都不知情。根据现有证据,没有一份证据对这种假设不利,也就是说这种假设是事实上的一种可能。如果区卫生局不能举证予以排除,一旦引发诉讼,则很有可能因责任主体认定错误而导致区卫生局败诉。

区卫生局综合考虑以上因素,最终保守地认定周某为责任主体。

2.2 与本案有关的行政强制措施

2.2.1 证据先行登记保存 执法人员7月14进行初次调查,由于人员、车辆及时间等原因不便即时进行取缔,因此运用证据先行登记保存措施,认为既可以固定证据,又可以立即制止违法行为,还能防止非法物品转移。但从次日物品被转移的事实看这一目的并未达到。

《行政处罚法》第三十七条第二款规定:“行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存,并应当在七日内及时作出处理决定,在此期间,当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。”证据先行登记保存有三个方面要求:一是在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下才能使用;二是要经行政机关负责人批准;三是对被登记保存的物品应当在七日内及时作出处理决定。

在实际运用中,有以下几方面问题:(1)证据先行登记保存使用不多。原因在于检查中发现的违法事实一般都可以现场笔录、拍照、摄像等方式现场予以固定,很少有必要先行登记保存,然后7日内把证据固定下来后再解除保存。(2)证据先行登记保存要经过行政机关负责人批准。根据立法者本意,这一批准应建立在行政机关负责人对事实充分考虑的基础上,也就是说要先了解案情,后批准。由于在实际操作中,这样做会严重影响行政效率,执法人员基本都是用提前盖章的证据先行登记保存决定书,由自己灵活使用,而这是违反法定程序的。(3)时间限定在7日内,难于发挥其应有的作用。从行政机关认定事实的角度考虑,保存证据原物与亲眼目睹原物然后通过拍照等方式固定下来对于事实的认定没有任何区别。保存证据原物或原件的意义就在于一旦有诉讼,行政机关提供证据原物或原件的证明力远远大于复制件、复印件。行政诉讼证据原则要求提供的复制件、复印件与原物、原件核对无误,没有原物、原件,相对人又提出异议的,就必需有其他证据佐证,证明力也很低。但没有一个案件能从证据先行登记保存之日起,7日内就引发诉讼并开庭出示证据的。因此,从这个角度讲,证据先行登

记保存对行政机关认定案件事实没有帮助,对行政诉讼中的举证不能提供帮助,原因就在于规定的时间过短。要发挥这一作用,至少应将这一规定延长至行政处罚决定生效,相对人已经履行或诉期已过。

由于以上问题的存在,又鉴于卫生行政执法中没有关于扣押的规定,因此,实践中证据先行登记保存一般都是出于对欲收缴或没收物品扣押功能上的考虑而使用的。这种变相使用形式合法,其内容应该说不合法的。即使这样也存在问题:对于登记保存的物品,一般是需要在作出行政处罚时一并作出行政处理决定的物品,譬如,检查中发现的“三无”食品,无证经营中的食品原料及工用具,都需要在作出行政处罚时一并予以没收,而作出行政处罚的期限一般也都远远超过7日。如果对这类证据进行了登记保存,期满7日后,除了将这些物品返还,然后在作出没收决定时再没收回来,没有其它方法。因此,证据先行登记保存在实际执法中使用极少。应考虑延长其保存的期限,丰富其使用的功能,或者在卫生执法中增加有关扣押的规定。

2.2.2 取缔 执法人员7月15日对无证经营行为予以取缔,收缴了未被转移的食品原料及食品工用具。

根据1996年卫生部关于在食品卫生监督中如何理解和适用“取缔”问题的复函:《中华人民共和国食品卫生法》第四十条所称“取缔”,系指卫生行政部门依法对未取得卫生许可证或者伪造卫生许可证的食品生产经营者,采取收缴、查封和公告等方式,终止其继续从事非法的食品生产经营活动的行政处罚。行政处罚只有一般程序和简易程序2种方式,依据一般程序,需要经过受理、立案、案件调查终结报告、合议、事先告知等一整套步骤,需要近1个月的时间,根本达不到当场取缔的效果,这也不符合立法者本意。如果依据简易程序,根据规定又仅限于警告,对公民处以50元以下罚款,对法人处以1000元以下罚款的处罚,显然也不包括取缔在内。这样,在实践中就很难将“取缔”作为一个罚种来合法使用。然而,对于食品行业中极其繁多的不具规模的无证经营者,由于其极强的流动性,当场取缔是一种最有效,甚至在某些情况下也是唯一有效的治理方法。为此,卫生部在1998年关于《医疗机构管理条例》执行中有关问题的批复中,明确“取缔”是一种行政强制措施,不是行政处罚,并且《食品卫生法》及其他卫生法律、法规中涉及非法生产经营等予以取缔的,参照执行。行政强制措施包括行政强制执行和即时强制,两者的主要区别在于,行政强制执行以行政相对方不履行法定义务或行政决定确定的义务为

前提,其实施需要遵守严格的法定程序;而即时强制是行政机关在情况紧急时,依照法律、法规,为排除危害而采取的对行政相对方的强制力,没有严密的程序,只要不超越职权就为有效^[1],因此,卫生部应明确将“取缔”解释为一种即时强制措施,这样将更有利于实际操作。本案区卫生局于7月15日所实施的取缔行为,实际上已经把其作为即时强制措施来使用了。

2.2.3 封存 对相对人或其他保管义务人擅自撕毁封条或转移物品的处理无法律责任方面的明确规定,这使行政机关作出的封存等措施强制力极其微弱。在本案中出现的大部分物品被转移的事实,区卫生局就没有任何办法予以处理。在立法时有必要对法律赋予行政机关的强制措施,配套规定一些相对人一旦违反而导致的制裁措施。这样规定才能确保卫生行政强制措施真正的强制力。

2.2.4 收缴物品的处理 《行政处罚法》仅规定,对于收缴的物品除了依法应当销毁的以外,必须按照国家的规定公开拍卖或者按照国家有关规定处理。但在具体操作上有许多困难,一是许多收缴的物品价值很低,实施公开拍卖的成本都不够;二是缺乏具体的操作程序规定;三是缺乏拍卖之外的其他处理规定;四是没有作一些回避规定,如行政机关人员回避等。这些问题都需要立法加以具体规定才能得以解决。

2.2.5 行政控制 《食品卫生法》还有行政控制措施的规定,但这一规定仅局限在发生或疑似发生食物中毒及其他食源性疾患方面。但在实践中,疑似发生的标准如何判断不能统一,这限制了行政控制措施的正常使用。

2.2.6 其他措施 对于无证经营行为,尤其是成本低、利润高、屡教不改、边罚边跑,与行政机关打“游击”的违法行为人,是否能追究其治安上的责任。而对于规模大,社会危害大的,甚至报检察机关审查追究其刑事责任,这也应该成为立法者考虑的问题。

2.3 卫生行政机关对第三方的调查权及其他权力

在本案中,为了认定事实,尤其是认定违法所得,区卫生局作了大量工作,但调查权的局限使整个调查工作耗费时日,却收效不大,许多证据不能收集,主要原因是:(1)厂方主要知情人不配合调查;(2)财务资料只敷衍性出示一部分甚至不提供;(3)对未结余款,不提供明细账。

关于本案的执行也存在以下问题:(1)对未结余款,在调查期间周某得以继续收取;(2)在执行期间,如果法院不主动调查,区卫生局就不能提供周某个人的可供执行的财产情况,特别是银行存款及其他

动产。

以上情况,都暴露出行政机关的对第三方调查权及其他权力所受的限制。不能很好地收集证据,使非法所得只能查明其中一小部分,使未结账的非法所得,不但不能没收,反而继续得以支付。因此,法律应对行政机关对第三方的调查权、违法所得截款权等权力作出规定,这样才能减少违法行为人对行政制裁的规避,并一定程度上解决执行难、成效低的问题。

2.4 本案的执行情况

本案最终因无法举证“饭店”为夫妻共同财产,又无法查明周某个人财产而未能得到有效执行。

3 相关问题思考

3.1 关于丁厂的责任

本案还涉及到丁厂食堂无证经营的问题,由于丁厂对自己无证的事实主观上应当清楚,客观上也实施了发包的行为,并且一直默认周某的无证经营行为,因此,区卫生局后来也以无证经营对丁厂实施了处罚。只是,由于丁厂是非营利性的,也就不存在违法所得,因此与对周某的处罚数额大不一样。

3.2 关于“饭店”与本案执行的关系

在执行中,如果无法查清周某其他个人财产,那么对于“饭店”如何定位会对执行产生不同的影响。有这样几种认定方式:(1)周某无证经营行为是与其妻陈某合意,违法所得也用于家庭使用,那么夫妻双方的共同财产、个人财产都可以成为被执行的对象,“饭店”也自然属于被执行的对象;(2)周某无证经营系单纯的个人行为,“饭店”是以家庭名义共同开办,收入归家庭使用,则应执行“饭店”中属于周某个人的份额;(3)周某无证经营系单纯的个人行为,“饭店”是以周某之妻陈某个人名义开办,收入归个人,则“饭店”不在被执行的财产范围。由于对周某的陈述很难再进行真实性调查,以上认定也就仅涉及到两个关键的举证,一是周某无证经营行为收入是否归家庭使用;二是“饭店”的收入是否归家庭使用。而要区卫生局提供这两方面的证据几乎不可能,那

么只能申请法院调查或由其他有权机关协助调查,但目前没有这方面的依据。因此,有必要在法律上赋予行政机关请求法院调查权、请求有权机关协助调查权。否则,巨额的罚款,到最后就可能变成一纸空文。

3.3 关于房东的责任

本案在检查中发现,房东本人也受雇于周某在现场做饭,并极力阻挠区卫生局对周某的调查。可见,其对周某无证经营的违法行为主观上明知,客观上也在具体实施违法行为,但在本案中却未受到任何处理或其他责任追究,这不能不说是法律制裁上的真空。在目前的执法中,最难管理的就是外地承包户,他们具有成本低、流动快的特点,行政机关很难对其实施有效的行政处罚,基本上是追着查、罚不到,而他们却照样违法经营、大笔赚钱。还有一种现象就是,经营者亮出的许可证上的业主可能是若干年之前的承包户,期间经历多次业主更换,而行政机关未必得知,一旦到了追究责任时,行政处罚决定上的主体早已经下落不明,无从执行。而从根本上解决这些问题的办法之一,就是对出租户的责任承担作出合理规定,规定他们在知情的情况下对违法行为人承担行政法律关系上的连带责任。在法理上,有对其实施制裁的依据。目前已有公安、工商等少数几个部门对此有所规定。

3.4 关于本案的执行

本案最终没有得到有效执行,在认定责任主体时就担心这一情况出现,但合法性是实施行政处罚的前提条件,由于卫生行政机关有限的调查权,只能认定周某为责任主体。虽然本案的巨额处罚在案发地引起较大反响,对无证外送盒饭经营行为起到相当的警示作用,但最终无法得到有效执行,还是影响了卫生行政机关实施行政处罚的效果和威慑力。

参考文献

- [1] 皮纯协,主编.行政法与行政诉讼法教程[M].第2版.北京:中央广播电视大学出版社,2000:100.

[收稿日期:2007-08-30]

中图分类号:R15;D920.4 文献标识码:C 文章编号:1004-8456(2008)01-0057-04