

# 食品安全领域免罚清单制度的反思与重构

## The reflection and reconstruction of the penalty exemption list system in the field of food safety

林轲亮 莫晨宇 杨海

LIN Ke-liang MO Chen-yu YANG Hai

(广西大学法学院, 广西南宁 530004)

(Law School of Guangxi University, Nanning, Guangxi 530004, China)

**摘要:** 行政执法机关过于考虑免罚清单给食品安全带来的风险, 采取消极回避的态度, 导致目前食品安全领域免罚清单存在定位模糊、内容大量重申现行立法、回避食品安全实质问题等缺陷。为充分发挥免罚清单的作用, 从属性上应将免罚清单的制定定位为行政活动而非立法活动, 内容上需以细化规定代替重申现行立法, 效力上将免罚清单作为行政执法的直接依据, 并建立负面清单防范免罚清单风险。通过贯彻积极的包容审慎监管原则, 平衡优化营商环境与维护食品安全两者关系。

**关键词:** 免罚清单; 食品安全; 行政处罚法; 重构

**Abstract:** Current food safety penalty list positioning fuzzy, content reiterated a lot of the current legislation, to avoid the defects of food safety substance problems. The reason is that the administrative law enforcement excessive list penalty for food safety risk, thus adopted a negative avoidance attitude. It is not only conducive to optimize the business environment, but also will cause adverse effects on food safety in a long-term view. In essence, the formulation of the exemption list is still administrative activities rather than legislative activities. The reconstruction of the food safety exemption list system should replace the current legislation in terms of detailed provisions. The exemption list should be used as the direct basis for administrative law enforcement, and a negative list is established to prevent the risk of the exemption list. By implementing the principle of active, inclusive and prudent regulation, we will balance the relationship between optimizing the business environment and maintaining food safety, so as to give full play to the role of the list of penalty exemptions.

**Keywords:** penalty exemption list; food safety; administrative

penalties law; reconstruction

免罚清单是各地行政执法部门基于优化营商环境需要, 以规范性文件形式出台的对免于处罚的轻微违法行为进行列举规定的清单文本<sup>[1]</sup>。随着《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)修订完成, 国务院印发《关于进一步贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》, 明确要求各地区、各部门根据实际制定发布多个领域的包容免罚清单, 于是各地迎来了一波制定免罚清单热潮。由于食品安全问题直接关系到人民群众身体健康与社会稳定, 食品安全相关立法执法活动向来以严格著称, 法学界对食品安全领域的研究也多倾向于讨论如何遏制食品安全领域违法犯罪问题。因此制定食品安全领域免罚清单无疑需要在优化营商环境与维护食品安全之间取得平衡。然而, 各地出台的食品领域免罚清单呈现出“应付化”和“形式化”趋势, 这样的趋势既不利于实现免罚清单优化营商环境的创设目的, 长期观之, 也不利于保障食品安全。为此, 亟须对现有的食品安全领域免罚清单制度进行反思与重构。

## 1 食品安全领域免罚清单制度的文本考察

### 1.1 免罚清单的制定目的

各地行政执法机关并不会专门制定单独的食品领域免罚清单, 而是将价格监管、广告监管、食品安全、不正当竞争管理等多个领域免罚事项汇总制定“大清单”, 在“大清单”中形成类似“总则”“分则”的结构。“总则”部分对免罚清单的制定目的、指导精神、适用原则等进行规定, “分则”部分则列举不同领域的免罚清单。食品安全领域的免罚清单规定在“分则”当中, 与其他领域免罚清单适用同样的总则规则, 因此其制定目的与其他领域并无明显不同。

当前制定免罚清单的目的主要基于经济因素考虑,

基金项目: 广西哲学社会科学规划研究课题(编号: 21FFX014)

作者简介: 林轲亮(1983—), 男, 广西大学副教授, 博士。

E-mail: lawkl@163.com

收稿日期: 2022-09-22 改回日期: 2023-01-05

在清单文本中表现为“优化营商环境”“激发市场活力”“推动经济发展”等表述。如《安徽省市场监督管理轻微违法违规经营行为免罚清单》中提出：“为贯彻落实《优化营商环境条例》和我省实施办法，打造‘四最’营商环境，探索实施包容审慎监管，逐步建立市场监管领域轻微违法行为容错机制，进一步推动全省民营经济高质量发展制定本清单”。《吉林省市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单（第二批）》中也提出：“为贯彻落实省委、省政府关于优化营商环境工作部署，深入推行包容审慎监管执法工作……制定本清单。”除了经济因素外，部分地区出台免罚清单也会考虑通过免罚清单提升执法效能、贯彻《行政处罚法》等非经济因素，如《浙江省市场监管领域轻微违法行为依法不予行政处罚和减轻行政处罚实施办法》中规定：“为认真贯彻执行新修订《行政处罚法》相关规定，促进严格规范公正文明执法，进一步规范行使行政处罚裁量权……制定本清单。”

虽然制定食品安全领域免罚清单目的与制定其他领域免罚清单目的具有一致性，但鉴于食品安全领域特殊性，部分地区行政执法机关也会强调免罚清单不能触及食品安全底线。如《河北省市场监督管理领域首次轻微违法行为免罚清单》中规定“在包容审慎监管的同时，应当严守执法监管底线。对食品、药品、特种设备、重要工业产品等领域严重危害公共安全和人身财产安全的违法行为，坚决依法予以查处。”《四川省市场监管领域“首违不罚”清单适用规则（试行）》中也规定“触犯食品、特种设备、重要工业产品质量安全底线，可能危及生命健康、公众安全的不适用该规则。”

免罚清单的制定虽说是多重因素共同作用的结果，但从文本上看，其主要目的还是更侧重于经济因素的考量。而由于食品安全领域的特殊性，免罚清单在食品安全领域的实践也有其特殊的目的，即要保障基本的食品安全。由于具体内容规定的不完备，现有食品安全领域免罚清单不足以实现其预期目的。

## 1.2 免罚清单的制定依据

目前食品安全领域免罚清单的制定，主要依据为《行政处罚法》第三十三条与食品安全领域的相关立法。《行政处罚法》第三十三条规定：“违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚；初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚；当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。”该条是本次《行政处罚法》修订的重点，也是各地制定免罚清单的重要依据。

（1）如《江西省市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单（2.0 版）》直接依据《行政处罚法》第三十三条第二款、《中华人民共和国食品安全法》（以下简称《食品安全法》）第五十三条、第一百三十六条规定“经营食品不符合

食品安全标准，有证据足以证明没有主观过错”的违法行为在满足一定条件下可以免于处罚。

（2）也有清单虽未标注其依据《行政处罚法》第三十三条规定制定，但在其清单文本中出现与《行政处罚法》第三十三条一致的内容。如《江苏省市场监管领域轻微违法行为不予处罚和从轻减轻处罚规定》第五条规定与《行政处罚法》第三十三条第一款和第二款文本上完全一致。

（3）由于免罚清单实现其目的依赖于对各类免罚行为具体化和明确化，而《行政处罚法》第三十三条虽然规定了免于处罚的适用条件，但其构成要件语义较为抽象，在实践中缺乏可操作性，因此《行政处罚法》第三十三条一般不单独作为某项具体免罚行为的制定依据，而是作为原则性规定结合其他食品安全领域的法律规范共同作为制定依据。

地方行政执法机关制定免罚清单所依据的食品安全领域立法则十分广泛，法律、行政法规、地方政府规章、地方性法规均被作为制定依据使用。如《山西省市场监管领域包容免罚清单（试行）》包括法律《中华人民共和国食品安全法》、地方性法规《山西省食品小作坊小经营店小摊点管理条例》、国家市场监督管理总局出台的部门规章《食品生产许可管理办法》。无独有偶，上海市出台的《上海市市场轻微违法违规经营行为免罚清单》制定依据来源也十分广泛，包括法律《食品安全法》、地方性法规《上海市食品安全条例》、地方政府规章《上海市集体用餐配送监督管理办法》。除此之外，《食品经营许可管理办法》与《食品安全法实施条例》等全国性食品安全领域法律法规也被全国大部分地方行政执法部门作为免罚清单的适用依据使用。

## 1.3 免罚清单的免罚事项

各地的免罚清单中最为常见的免罚事项主要包括五类：① 食品包装存在瑕疵；② 未按规定申请备案或报告手续；③ 未按规定申请变更或注销手续；④ 未按规定管理生产经营场所；⑤ 未按规定公示或检验。以上是各地免罚清单中最具有普遍性的免罚事项，可以看出，虽然清单涉及到食品安全领域较为广泛，但主要与备案、报告、变更、注销、检验、公示等行政管理手续相关，除了第一类食品包装瑕疵以外，并未涉及食品的卫生、质量、营养等食品自身的安全问题。

除上述的五类免罚事项外，各地规定的其他免罚事项大体包括以下三类：① 网络食品安全领域免罚事项，如在山西省制定的包容免罚清单中，列举了九类与网络食品安全相关的免罚行为，如网络食品交易第三方平台未设置专门食品安全管理机构、未按要求进行培训、未配置数据备份等技术条件、未建立入网食品登记自查制度、未建立入网食品生产经营者档案、未履行备案义务等等。

浙江、辽宁、内蒙古、广东珠海等地的清单也有针对网络食品交易领域的类似规定。<sup>②</sup>针对“地摊经济”进行规定,主要是对一些食品小作坊、小摊贩、小餐饮店、小食杂店的部分经营管理行为予以免罚,但基本都是与备案、报告以及一些相关证件的摆放等行政管理手续有关,并不触及食品自身的安全问题。<sup>③</sup>其他类型,部分地区将预包装食品标签存在瑕疵,农产品经营、食盐销售、学校食堂管理不符合规定列为免罚事项,但基本也是与备案、报告、变更、注销、检验、公示等行政管理手续相关。

可能是出于食品安全领域的特殊性考虑,各地对食品安全领域的免罚事项规定较少,且内容多为一些备案、注销、公示等行政管理手续问题,几乎不涉及食品安全标准问题。从实践执法来看,在国家对食品安全实施严厉处罚要求的背景下,食品安全监督管理部门往往慎用“减轻从轻处罚”的条款,更多的现象是过度使用从重处罚的条款<sup>[2]</sup>。在食品安全领域免罚事项的设置上,也可以看出食品安全监管部门的慎重,只有少数不涉及食品自身的安全问题的违法行为被纳入免罚清单。

#### 1.4 免罚清单的免罚条件

各地在设置免罚清单的免罚条件上有所差异。总体而言,食品安全领域免罚清单的免罚条件具体包括以下几类:①“违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的”,即《行政处罚法》第三十三条第一款规定的“轻微不罚”条款,由于“轻微不罚”条款早在《行政处罚法》修订前就已被确立为一种免罚情形,因此全国各地的免罚清单中几乎无一例外都规定了该类免罚条件;②“初次违法且危害后果轻微并及时改正的”,即《行政处罚法》第三十三条第二款新增的“首违不罚”条款,因此各地开始尝试将其作为免罚清单的免罚条件;③及时改正或在责令期限内改正,由于大部分免罚清单的制定所依据的上位法直接规定了在责令期限内改正的可以免于行政处罚,因此多数免罚事项均适用该免罚条件,如常见的五类免罚事项,以及根据各地地方性法规、地方政府规章制定的免罚事项;④在上述条件基础上进行的细化规定,一种是形式上的细化,如上海市出台的《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》在责令期限内改正的情况下,还会强调违法行为轻微,没有造成危害后果,其细化规定本质上属于提示性规定,并没有就何种行为属于轻微危害后果的认定标准予以具体说明。另一种是实质上的细化,如《北京市市场监管轻微违法行为容错纠错清单(试行)》中涉及食品标签问题的免罚事项会要求食品经营者同一自然年度内被行政处罚不超过3次,并履行了进货查验、索证索票义务,且对标签内容进行了审查。

总体而言,食品安全领域免罚清单的免罚条件并未反映出食品安全领域的特殊性,其免罚条件的设置与其他领域免罚清单并无明显区别,对《行政处罚法》第三十

三条的运用也停留在表面,仅有部分地区对免罚条件进行了实质上的细化规定。

## 2 食品安全领域免罚清单的反思

食品安全领域免罚清单虽以优化营商环境为主要目的,然而,从免罚清单的制定内容来看,很多只是简单重申现行立法,其免罚事项大多仅涉及注销、备案等非实质性食品安全问题,导致免罚清单的制定落入了空泛化、形式化的陷阱之中。这不仅和免罚清单的定位模糊有关,也反映出了行政执法机关保守与矛盾的心态,即执法机关意欲通过制定清单的方式来优化营商环境,但又担心此举会“牵一发而动全身”影响到食品安全,这种保守与矛盾心态笔者称之为“消极的平衡观”。

### 2.1 内容多为对现行立法的重申

食品安全领域的免罚清单,大多只是纯粹重申现行立法规定,最常见的五类免罚事项表现得最为突出。如《关于印发山西省市场监管领域包容免罚清单(试行)》中规定了“食品、食品添加剂的标签、说明书存在瑕疵的”可以免罚,其免罚条件为“在责令改正期限内改正,存在瑕疵但不影响食品安全且不会对消费者造成误导的”。该规定与《中华人民共和国食品安全法》第一百二十五条第二款规定并无二致。无独有偶,《西藏自治区市场监管领域轻微违法行为依法不予行政处罚清单》中规定“食品生产者、食品经营者未按规定在生产经营场所的显著位置悬挂或者摆放食品生产许可证、食品经营许可证正本的”可以免罚,其免罚条件为“主动改正或者在责令改正期限内改正”,这与《食品生产许可管理办法》第三十一条第二款及《食品经营许可管理办法》第二十六条第二款规定并无区别。除此以外,在食品卫生、采购进货、经营许可、备案等涉及食品安全的轻微违法行为上,各地的免罚清单基本都是照抄照搬现行立法规定,并没有增添实质性的内容。

单纯地重申现行立法规定是“消极的平衡观”最为突出的表现,对于行政机关而言,免罚清单简单重申现行立法既可以在形式上制定免罚清单,以回应社会优化营商环境和应付地方考核的需求;同时,照搬照抄现有立法,严格遵循“依法行政”,也无疑是避免食品安全风险最为有效的途径之一。但免罚清单若只是单纯重申现行立法,不对免于行政处罚的违法行为及情节具体化,则无法为执法人员提供明确的执法工作指引,也容易产生选择性执法、暗箱操作等问题,因而难以发挥免罚清单提升执法效能、优化营商环境的作用。

### 2.2 免罚清单定位模糊

目前对免罚清单的定位尚未形成统一的认识,主要有3种观点:

(1) 法律汇编活动。一方面,从制定内容和形式来

看,免罚清单的内容大部分与现行立法一致,并以表格或文本的形式,将常见的食品安全领域可以免于行政处罚的条款予以整合,以方便执法人员与市场经营者查阅。另一方面,从免罚清单的效力来看,由于大部分免罚清单的制定主体为地方市场监督管理局或司法厅,规范层级较低,因此很多地方明确规定免罚清单可以作为行政处罚裁量说理的内容,但不得直接作为行政处罚的法律依据。如《天津市市场监管领域免罚清单的通知》规定:“实施《免罚清单》应注意,《免罚清单》可以作为行政处罚裁量说理的内容,不得直接作为行政处罚的法律依据。”山西、江西、广西、重庆、河北等地的免罚清单中都有类似规定。在免罚清单不作为行政处罚的直接依据情况下,免罚清单不能对行政机关形成较强的约束力。在该定位下,免罚清单的制定与编纂一本“执法手册”或“普法宣传手册”并无区别。

(2) 行政立法活动。部分地区免罚清单不仅仅汇编现行立法规定,还对这些立法规定作出了细化规定,主要表现为对免罚条件的细化。例如《四川省市场监管领域“首违不罚”清单》,对“食品经营许可证有效期届满未延续的”违法行为,其免罚条件细化为“违法行为持续时间不足 1 个月”“货值金额 3 000 元以下”“未造成消费者人身损害及财产损失”等 5 个具体的条件。从内容上看该条款无疑是一种“地方立法”对上位法操作性的细化。但由于大部分免罚清单的制定主体仅享有制定规范性文件之权,规范性文件并不属于《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)所规定的立法形式。有学者<sup>[1]</sup>也指出,根据《立法法》规定,法律的补充说明和细化是赋予行政法规、地方性法规和部门规章的,但诸多地方政府制定的免罚清单却作了这样的细化工作,显然缺乏《立法法》上的依据,因而有突破立法体制的嫌疑。

(3) 行政裁量基准实践。根据《行政处罚法》第三十四条规定:“行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权。行政处罚裁量基准应当向社会公布。”这是中国立法对行政裁量基准的规定。尽管学界和实务界对裁量基准的性质尚未达成共识,但普遍认为,是一种以预先设定的规则控制行政裁量行为的技术<sup>[3]</sup>。首先,裁量基准大多以“规范性文件”为载体<sup>[4]</sup>,从免罚清单制定的主体和形式来看,免罚清单确实是以行政规范性文件存在的;其次,制定裁量基准的目的在于规范行政裁量权,免罚清单亦具备该功能;最后,裁量基准的前提是要有行政裁量空间。如前所述,免罚清单与《行政处罚法》第三十三条规定的不予处罚制度是紧密相连的,而不予处罚制度的构成要件由于语义的模糊性,加上不同执法人员理解能力的差别,给行政机关留下了巨大的裁量空间。因此,有学者<sup>[5]</sup>认为免罚清单是有权行政机关在法律预留的行政裁量范围内制定,依据自身的职

权、为规制自我执法而制定的一种准则,是一种极度具体的行政裁量基准。亦有学者<sup>[6]</sup>认为各级的行政机关针对不同行政处罚领域制定出台的“免罚清单”体现出了“首违不罚”条款的裁量基准。

制定食品安全领域免罚清单的主体多为地方市场监督管理部门,其本身并不享有立法权,将免罚清单定位为行政立法无疑会与现行法律体系冲突,而将其作为法律汇编工作则无法有效实现其目的。将免罚清单定位为一种行政裁量基准实践似乎更具可行性,然而规范行使行政处罚裁量权并非免罚清单制定的目的,且免罚清单往往只有罚与不罚的区别,将其定位为一种行政裁量基准实践并不适宜。

### 2.3 免罚清单回避食品安全实质问题

各地食品安全领域免罚清单对食品安全领域的实质问题表现出了回避态度,既未从维护食品安全角度出发,设置免罚清单所不应突破的食品安全底线,亦未从优化营商环境角度出发规定具体免罚事项。各地的免罚清单中关于食品安全领域免罚事项的规定基本都是与一些行政手续有关,如未按规定备案、报告、变更、注销、公示,或者未按规定在经营场所的显著位置悬挂或者摆放食品经营许可证的等等,而很少涉及食品添加剂、食品营养成分、食品质量、食品检验方法等真正触及到食品自身安全的内容。虽然少数地区的免罚清单中涉及食品自身安全标准的问题,但其规定也是模棱两可。如《安徽省市场监督管理轻微违法违规经营行为免罚清单(2021 年)》中规定:“违反《中华人民共和国食品安全法实施条例》第七十条,食品生产经营者的生产经营行为不符合有关食品生产经营过程要求的食品安全国家标准的,情节轻微,责令改正及时改正的。”也是简单将《中华人民共和国食品安全法实施条例》与《行政处罚法》拼接,并未予以细化。而食品生产经营过程中,食品的采集、加工、贮存、装运、陈列、销售等环节对食品安全和企业生产成本的影响要远高于办理备案、报告、变更、注销、公示等行政手续,但免罚清单所列举的免罚事项几乎不涉及这些问题。

回避食品安全实质问题无疑也是“消极平衡观”的表现,回避食品安全实质问题的同时也在回避风险与责任,加之食品安全领域免罚清单内容包含大量重申现有法律规定内容,使得食品安全领域免罚清单成为了仅具有形式意义上的免罚清单。

## 3 食品安全领域免罚清单的重构

总体上看,在“消极的平衡观”影响下,食品安全领域免罚清单并不能有效达到其预期目的。行政执法机关在制定食品安全领域免罚清单时过度考虑了免罚清单给食品安全带来的风险,然而,制定食品安全领域免罚清单与维护食品安全并非完全的对立关系,在执法资源有限的

情况下,对轻微无实际危害性的违法行为免罚,能使得有限的执法资源得以集中处理具有实质危害性的违法行为,从而达到维护食品安全效果,实现优化营商环境与维护食品安全的良性互动。而且免罚并不等同于放任违法行为,即便适用免罚清单,行政机关仍会责令经营者改正其违法行为,还会通过批评教育、指导约谈等柔性手段提升食品经营者守法意识。因此,应从改变行政执法机关消极回避的保守倾向入手,对现有食品安全领域免罚清单制度进行重构,以一种更加积极主动的姿态去平衡优化营商环境与维护食品安全的关系,笔者称之为“积极的平衡观”。

### 3.1 以细化规定代替重申法律

食品安全领域免罚清单中含有大量重申现行立法的内容,未对食品生产经营过程中影响食品安全的各种要素以及各关键环节进行规定,造成了免罚清单形式化,导致免罚清单实际效果存疑。为扭转该局面,可以在两个方面对食品安全领域免罚清单进行实质性细化。

(1) 对免罚条件进行细化。《行政处罚法》第三十三条规定了“轻微不罚”“首违不罚”“无过错不罚”3种免于处罚的标准,现有食品安全领域免罚清单对大部分免罚条件的规定过于笼统,并不能有效指导一线执法人员判断违法行为及危害后果是否轻微。具体而言,对生产不符合食用农产品行为,可以参考《北京市市场监督管理轻微违法行为容错纠错清单》规定,以能否有效剔除不可食用部分为界限确定免罚条件;在许可、备案、食品标签、注销等方面,可以从食品经营者的经营规模、从事某类食品经营活动所需的必要环境、食品经营活动是否为经营者的主要经营业务等因素考虑,细化免罚条件;对生产不符合食品安全标准的食品的行为,应考虑经营者是否具有主观故意、不达标食品对人体的危害程度、食品销售规模等因素,确定其情节是否轻微,危害后果是否严重等等。

(2) 对食品安全免罚清单适用范围进行适当扩充。具体而言,一是将免罚的行政处罚种类扩展至罚款、责令停产停业、吊销营业执照等对经营者产生较大负担的行政处罚。在各地的免罚清单中,很多免罚事项的法律后果是属于先责令改正或是警告的行为,先责令改正本身就不具有免罚的实质内容,而警告其实对大部分的市场主体而言也不会给其带来多大负担。因此,有必要将免罚的行政处罚种类扩充至罚款、责令停产停业等领域,以真正促进营商环境的优化。二是围绕《食品安全法》《食品安全法实施条例》等食品安全领域的特别法,对涉及食品生产经营过程中影响食品安全的各种要素以及各关键环节,诸如各种卫生规范、检验方法标准、食品产品标准等等,充分考虑每个行为的不同特点,结合实践执法经验来设置更加具体的免罚条件。这个过程要优先考虑将行政处罚容易导致过罚失当以及多发性易发性的违法行为

纳入免罚清单,以实现真正意义上的包容审慎监管。

### 3.2 免罚清单应当成为行政执法的直接依据

如前文所述,不少地区出台的免罚清单规定免罚清单可以作为行政处罚裁量说理的内容,但不得直接作为行政处罚的法律依据。然而这种做法不妥当,由于定位的模糊使得行政机关不敢大胆将免罚清单作为行政执法的直接依据,阻碍了免罚清单制度的完善以及其目的的实现。

免罚清单是为实现特定行政执法目的制定的行政规范性文件,制定免罚清单与制定其他规范性文件并无本质区别,建立免罚清单制度实际上属于行政机关行使职权的一种方式,属于抽象行政行为,而非立法行为。从食品安全领域免罚清单的制定依据可以看出,食品安全领域免罚清单并不是为了解释或细化某部法规,而是尽可能地利用现行立法为其合法性进行背书。只不过在这个过程中,行政执法机关或多或少对现行立法加入了自己的理解,对上位法作出了一定的细化,这符合规范性文件追求针对性和可操作性的特点,其本身也是为了更好地实现行政目的。免罚清单的制定依赖于地方食品安全监管部门根据各地实际制定,鉴于行政活动的复杂性,行政执法需要保持一定的灵活性,将其上升为立法并不适宜,因而将免罚清单的设置定位为行政机关通过制定规范性文件来实现特定行政目的的行政活动更为合理。

制定规范性文件属于抽象行政行为,具有与其他行政行为相同的确定力、拘束力和执行力<sup>[7]</sup>,其制发主体在实行相关行政执行活动时理应受其约束,免罚清单具备成为行政执法直接依据的可能。出于以下因素考虑,免罚清单应成为行政执法的直接依据。

(1) 仅将免罚清单作为裁量说理的内容,有规避《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条之嫌,使得在行政诉讼中司法机关无法对免罚清单进行附带性审查,易使免罚清单缺乏有效监督,将免罚清单作为行政执法的直接依据可在一定程度上推进行政执法机关以积极的态度制定免罚清单。

(2) 将免罚清单作为行政执法的直接依据并不违反处罚法定原则,处罚法定原则目的在于防止行政机关滥用行政权力增添行政处罚,以保障行政相对人合法权利,而免罚清单实际上是在一定程度上构成对行政权的限制,并在一定程度上利好于行政相对人。

(3) 仅将免罚清单作为裁量说理的内容在另一方面也意味着执法机关可以选择性适用清单,若不将免罚清单作为行政执法的直接依据并要求执法机关必须执行,对于行政相对人而言,则无法对自己的行为是否会遭受行政处罚进行合理预测,间接导致企业经济控制成本增加,而企业经济控制成本直接关系到企业的利润<sup>[8]</sup>,最终将导致企业利润下降,使得优化营商环境目的落空。

### 3.3 建立负面清单保障食品安全

不可否认,食品安全领域坚持“零容忍”的高压态势,可以保证执法的威严与力度,但可能导致市场主体避免遭受行政处罚而过度限制自身权利。经营成本的提高有可能会加大经营者的逆反和抵触心理,增加违法的可能性,这反而不利于保障食品安全。为了维护食品安全选择只建立具有形式意义上的免罚清单并非一种理想的做法。现有食品安全领域免罚清单仅从正面规定某类免罚事项满足某种免罚条件可以免于行政处罚,即只制定正面清单。仅制定正面清单并不意味着清单以外的违法行为均不可免罚,行政执法机关仍保留有自由裁量之余地,每增加一类免罚事项意味着免罚领域的膨胀,都可能导致食品安全风险增加,这也是行政执法机关采取“消极的平衡观”的重要因素。而负面清单则是在反面规定某类违法行为不可免于行政处罚,起到收缩免罚领域的作用,可以对正面清单进行必要的补充与限制,以降低免罚清单给食品安全带来的风险,实现维护食品安全目的。通过负面清单可以有效平衡好保障基本食品安全与优化营商环境之间的关系,以纠正食品安全领域免罚清单形式化倾向,将“消极的平衡观”转变为“积极的平衡观”。制定负面清单需注意以下因素。

(1) 负面清单应着眼于控制食品安全违法行为总收益。食品安全事件产生的主要原因在于食品安全违法行为的总收益大于风险成本,以及违法行为人对食品安全违法行为成本的较低预期和对食品安全违法行为危害的较低预期<sup>[9]</sup>。免罚清单无疑会使得企业的某类违法行为的风险成本接近于零,一定程度上变相会鼓励企业从事该类违法活动。但由于食品行业经营者包含大量小微企业与个体经营户,其从事某些违法行为仅是因为自身法律知识的不足或对法律的理解有所偏差造成的,而非出于获取违法收益的考虑实施了违法行为,实施此类违法行为往往不会给经营者带来直接收益,不属于负面清单控制范畴。因此,有必要对违法行为予以划分,在有关食品卫生、质量、营养成分、食品添加剂等直接关乎食品自身安全的,并与企业生产成本较为密切的领域设置负面清单,使企业的风险成本回归正常值,以控制食品安全违法行为总收益。

(2) 以食品安全关键控制点为基准设置负面清单。目前,绝大多数食品生产企业都引入了 HACCP 管理体系(即危害分析关键控制点系统)用以控制食品安全危害,其真实有效实施依赖企业积极主动地参与、配合<sup>[10]</sup>。该体系发挥作用需要进行危害分析并明确控制要点,确定相关限值,通常情况下,食品生产安全中的关键限值指标内容包括但不限于时间、温度、pH 值、物理参数等<sup>[11]</sup>。行政执法机关可以借鉴 HACCP 的基本原则,建立各地

食品安全风险评价体系,将食品经营者是否在关键控制点履行了风险监控义务作为判断其违法行为轻微与否的主要依据,围绕关键限值与关键控制点制定针对性的负面清单,对发现关键控制点处于失控状态而未采取纠正措施的行为不得免于处罚。

(3) 注意负面清单的灵活性。其一,要注意负面清单的动态调整,一方面对于严重影响食品安全、危害群众身体健康的行为,要及时纳入进来,对此不能适用免罚;另一方面对于进入负面清单的行为,在实践中若发现其对食品安全的影响并不是很大,则应该及时将其剔除出负面清单。其二,对进入负面清单的违法行为,也并非绝对不可以免罚,行政机关应当综合考虑违法事实、性质、情节、社会危害程度等因素,在具体案件中,还要考虑市场主体的性质、企业的发展、营商环境等等。设置负面清单可以考虑设定升格条款,对进入负面清单的行为给予免罚后,行为再犯的,在原裁量基准从重并加重处罚。当然,对负面清单的行为免罚应当是极个别例外情况,对负面清单规定的违法行为进行免罚需在行政机关内部设置极其严格的报批程序以限制负面清单滥用。

#### 参考文献

- [1] 张淑芳. 免罚清单的实证与法理[J]. 中国法学, 2022(2): 243-244.  
ZHANG S F. Demonstration and jurisprudence of exemption list[J]. China Legal Science, 2022(2): 243-244.
- [2] 徐琪. 新《食品安全法实施条例》框架下行政处罚权的完善[J]. 食品与机械, 2020, 36(11): 71-73.  
XU Q. The improvement of administrative penalty power under the framework of new food safety law implementation regulation[J]. Food & Machinery, 2020, 36(11): 71-73.
- [3] 张真理. 行政裁量基准的再认识[J]. 中国司法, 2022(5): 44-48.  
ZHANG Z L. The re-cognition of administrative discretionary benchmark[J]. Justice of China, 2022(5): 44-48.
- [4] 余凌云. 现代行政法上的指南、手册和裁量基准[J]. 中国法学, 2012(4): 125-135.  
YU L Y. Guides, manuals and discretionary benchmarks in modern administrative law[J]. China Legal Science, 2012(4): 125-135.
- [5] 宋照君. 行政处罚法实施中的免罚清单研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2020: 43-45.  
SONG Z J. Study on the exemption list in the implementation of administrative punishment law[D]. Shanghai: East China University of Political Science and Law, 2020: 43-45.
- [6] 江国华, 王夜航. 论“首违不罚”裁量基准的优化构造[J]. 长江论坛, 2022(3): 52-60.  
JIANG G H, WANG Z H. The optimal construction of the discretionary benchmark of "No Punishment for the First Violation" [J]. Yangtze Tribune, 2022(3): 52-60.

(下转第 178 页)

- acid method for determination of polysaccharide content in *Phellinus vaninii* L. jub mycelium[J]. Science and Technology of Food Industry, 2011, 32(5): 389-391.
- [18] 刘雨阳. 冬虫夏草菌丝体多酚的提取及生物活性研究[D]. 昆明: 昆明理工大学, 2016: 13-14.  
LIU Y Y. Extraction and biological activity of polyphenols from *Cordyceps sinensis* mycelium[D]. Kunming: Kunming University of Science and Technology, 2016: 13-14.
- [19] 郭晶, 刘晓梅, 郭鑫, 等. 超声波辅助高压法提取金针菇黄酮工艺的优化研究[J]. 黑龙江畜牧兽医, 2017(3): 207-209.  
GUO J, LIU X M, GUO X, et al. Study on optimization of extraction process of flavonoids from *Flammulina velutipes* by ultrasonic-assisted high pressure method[J]. Heilongjiang Animal Science and Veterinary Medicine, 2017(3): 207-209.
- [20] 刘文杰. 槟榔中生物碱的提取纯化及其抑菌性能研究[D]. 北京: 北京林业大学, 2012: 14-15.  
LIU W J. Study on ultrasonic extraction process and antimicrobial activity of arecoline from betel nut[D]. Beijing: Beijing Forestry University, 2012: 14-15.
- [21] 卢朝亮, 陈翔宇. 白灵菇菌丝长速与栽培性状研究[J]. 食药用菌, 2016, 24(3): 184-186.  
LU C L, CHEN X Y. Study on mycelium growth rate and cultivation characters of *Pleurotus nebrodensis* [J]. Edible and Medicinal Mushrooms, 2016, 24(3): 184-186.
- [22] 郭睿昕. 羊肚菌发酵菌丝体三萜的提取、纯化及生物活性研究[D]. 沈阳: 沈阳农业大学, 2018: 21-22.  
GUO R X. Extraction, purification and biological activity of triterpenoids from *morchella* mycelia [D]. Shenyang: Shenyang Agricultural University, 2018: 21-22.
- [23] 范俐, 姜成彪, 许祯毅. 8 种食用菌粗黄酮的萃取及其抗氧化活性研究[J]. 食品研究与开发, 2021, 42(1): 141-147.  
FAN L, JIANG X B, XU Z Y. Extraction and antioxidant activities of crude flavonoids from eight edible fungi[J]. Food Research and Development, 2021, 42(1): 141-147.
- [24] LI P H, WANG C W, LU W C, et al. Antioxidant, anti-inflammatory activities, and neuroprotective behaviors of *Phyllanthus emblica* L. fruit extracts[J]. Agriculture, 2022, 12(5): 588.
- [25] 徐秀红, 陈阿敏, 裴芸, 等. 香菇液体和固体菌种在栽培料中胞外酶活性分析[J]. 分子植物育种, 2021, 19(20): 6 933-6 941.  
XU X H, CHEN A M, PEI Y, et al. Analysis of extracellular enzymes activity of liquid and solid strains of *Lentinus edodes* in different media[J]. Molecular Plant Breeding, 2021, 19(20): 6 933-6 941.
- [26] LI F, ZHU X, LI N, et al. Screening of lignocellulose-degrading superior mushroom strains and determination of Their CMCase and laccase activity [J]. The Scientific World Journal, 2014, 2 014: 763108.
- [27] 辛燕花, 梁彬, 王颖霞, 等. 灵芝—银杏双向液体发酵条件优化及抗氧化的研究[J]. 菌物学报, 2017, 36(10): 1 427-1 435.  
XIN Y H, LIANG B, WANG Y X, et al. Optimization of the *Ganoderma lucidum*-*Ginkgo biloba* bi-directional liquid fermentation condition and antioxidation properties of its products [J]. Mycosystema, 2017, 36(10): 1 427-1 435.
- [28] 胡永乐, 张传海, 林崇展, 等. 响应面法优化蛹虫草与厚朴双向液体发酵工艺[J]. 菌物学报, 2020, 39(5): 944-954.  
HU Y L, ZHANG C H, LIN C Z, et al. Response surface methodology optimizing liquid fermentation process of *Cordyceps militaris* by use of *magnoliae officinalis* cortex as additional substrate[J]. Mycosystema, 2020, 39(5): 944-954.
- [29] 赵小瑞, 贲建民, 艾对元, 等. 4 种中草药提取物对灵芝液态发酵三萜产物形成的影响[J]. 食品与发酵工业, 2016, 42(3): 97-103.  
ZHAO X R, YUN J M, AI D Y, et al. Effects of four kinds of Chinese herbs extracts on ganoderma triterpenoids production of *Ganoderma lucidum* in submerged fermentation [J]. Food and Fermentation Industries, 2016, 42(3): 97-103.
- [30] 吴俐, 沈恒胜, 汤葆莎, 等. 油茶枝浸提液对茶薪菇菌丝酚类物代谢及抗氧化特性的影响[J]. 中国食品学报, 2016, 16(7): 59-64.  
WU L, SHEN H S, TANG B S, et al. Effects of *camellia oleifera* abel extraction on enhancing mycelial metabolism for phenolic compounds and antioxidant function of *Agrocybe aegerita* [J]. Journal of Chinese Institute of Food Science and Technology, 2016, 16(7): 59-64.
- 
- (上接第 72 页)
- [7] 周佑勇. 行政规范性文件在行政执法依据中的地位[J]. 行政与法(吉林省行政学院学报), 1999(3): 15-30.  
ZHOU Y Y. The position of administrative normative documents in the administrative law enforcement basis [J]. Administration and Law, 1999(3): 15-30.
- [8] 刘梦. 皮革企业经济成本管理问题及对策研究[J]. 中国皮革, 2021, 50(8): 22-24.  
LIU M. Problems and countermeasures of economic cost management in leather enterprises[J]. China Leather, 2021, 50(8): 22-24.
- [9] 吉丽颖. 法经济学视角下中国食品安全事件的规制维度[J]. 食品与机械, 2018, 34(12): 63-66.  
JI L Y. Regulation dimension of food safety events in China from the perspective of economics law[J]. Food & Machinery, 2018, 34(12): 63-66.
- [10] 史高嫣. 中国旅游食品安全问题及保障体系的建立[J]. 食品与机械, 2021, 37(9): 87-90.  
SHI G Y. Safety issues of tourism food and the establishment of the relative security system in China[J]. Food & Machinery, 2021, 37(9): 87-90.
- [11] 逯春娇. HACCP 体系在食品安全管理中的运用分析[J]. 食品安全导刊, 2021(28): 14-15.  
LU C J. The application of HACCP system in food safety management[J]. China Food Safety Magazine, 2021(28): 14-15.