

【司法与实践】

论《食品安全法》 “累加处罚”条款的法律适用

冀 玮

【摘要】《食品安全法》第134条创设的“累加处罚”制度,在国内外执法领域也称“三振出局”。其本质就是一种对“累罚累犯”的相对人予以加重处罚的制度。食品安全行政法域引入该制度,是落实“四个最严”要求的直接体现。在该条款的适用上,时间要件、处罚累计、处罚裁量等尚需要进一步明确。时间要件是“累加处罚”是否构成的两个关键性前提之一,应当体现“严厉处罚”的立法目的。三次处罚的累计是“累加处罚”的另一个关键构成要件,对其“三次”的确定、计算以及每次处罚的性质认定决定着“累加处罚”的具体实施。“累加处罚”的适用裁量因为包含着包括“吊销许可证”在内的两种力度不一的处罚,因此应当确立相对统一的基础,避免过罚不当的错误结果。

【关键词】累加处罚;“三振出局”;食品安全治理;法律适用

【作者简介】冀玮,国家市场监督管理总局执法稽查局稽查四处处长(北京 100037)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2019.5.60~72

《食品安全法》第134条(以下简称“第134条”)规定:“食品生产经营者在一年内累计三次因违反本法规定受到责令停产停业、吊销许可证以外处罚的,由食品安全监督管理部门责令停产停业,直至吊销许可证。”这是2015年《食品安全法》修订时新增的内容之一,是针对食品安全领域“累罚累犯”情形新设定的行政处罚方式。也是行政处罚领域内不多见的“累加处罚”制度设定,又称“三振出局”处罚。“三振出局”(Three Strikes Out)本是一个体育规则类名词,意指在棒球比赛中,若击球手三次未击中投球手所投之球,则必须出局。在法律领域主要引申至刑法,行政法域并不多见。《食品安全法》将“三振出局”的原则与《行政处罚法》的“责令停产停业”、“吊销许可证”结合规定,尚属首次。

但是,自本法公布实施至今,在各级食品安全监

管部门的行政处罚信息公开中,还没有关于“累加处罚”的行政处罚信息。可以推断,这种情况的出现说明法律关于“累加处罚”的制度没有得到有效执行。究其原因,“累加处罚”条款尚有若干争议未得到法律解释以及学界回应,导致难以在行政执法实践中被有效适用。

一、累加处罚条款的渊源

“三振出局”制度最早可以追溯至1926年纽约州所制定的波美斯(Baumes)法。作为一项正式制度的确立,它源自加利福尼亚州的两个实际案例(1992年的凯·雷纳德案及1993年的波丽·克拉斯案)。^①“1994年3月,加利福尼亚州议会通过并由州长签署颁布的第971号法案,对刑法典进行了修订;同年10月9日,通过对第184号提案进行公决的形式对州宪法进行了修订”。^②以上两个法案的内容即构成了加

利福尼亚州的“三振出局”法案。1994年,美国总统克林顿签署了《暴力犯罪控制暨执行法》(Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994),俗称“三振出局法”或“三振法案”。其中规定“对于三次或三次以上严重暴力犯罪或者毒品交易犯罪的犯罪人,必须处以无假释机会的终身监禁刑。”^③这是“三振出局”制度诞生的历史追溯。行为人的重罪行为与“屡教不改”的累犯行为是构成“三振出局”的两个基本要件。其中,“屡教不改”是指同一相对人的三次犯罪及被处罚均在一定时间内发生,有学者也称之为“时间条件”。由此可见,“三振出局”制度的核心是时间要件,没有时间条件的限制,“三振出局”制度不能成立。由于“三振出局”制度的严厉性,至今为止,在美国更多用于针对刑事犯罪的法案中。

在我国刑法中,目前还没有“三振出局”制度性规定。对于“多次犯罪”的情形,刑法中虽然有从重的规定,但是,这种情形属于“未教不改”而不是“屡教不改”的累犯,即从重的原因并非出于之前的犯罪行为已经被处罚且未超过一定的时间,而是出于司法裁量权的考虑采取的从重处罚。在现实的司法审判中,还存在着因为犯罪相对人有“前科”而被从重处罚的情形,本质上这类情形也是司法自由裁量权的使用,而非“三振出局”。

在行政处罚^④法域,目前只有法国、韩国、英国、新西兰等少数国家有“三振出局”制度的设计与适用,以及美国的“六振警告”(Copyright Alert System),^⑤且均在版权管理领域。2009年,韩国在《韩国版权法》(Korean Copyright Act)的修订中,明确了‘三振出局’制度。具体的规定是:“三振警告:发出删除、停止传播盗版复制品或警告通知的命令”。这种“三振出局”制度的设计,采取了处罚较轻的申诫罚,对相对人的处罚力度并不大。法国2009年修订的《著作权法》中,也出现了“三振出局”概念,规定独立政府机构——互联网作品传播及权利保护高级公署(HADOPI)可以在网络用户经二次警告仍非法下载的情况下,对相应用户全部或部分切断网络服务两个

月至一年,并处最高30万欧元罚金。比较韩国版权保护的“三振出局”制度,法国的处罚设定显然更为严厉,不仅有资格罚性质的“断网”处罚,并且还有相当严厉的财产罚。

二、累加处罚条款的思想渊源与立法目的

从现实情况看,对“累加处罚”制度的立法目的存在着认识不清晰的问题。如前所述,对“累罚累犯”实施具有加重处罚意义的“累加处罚”,是2015年《食品安全法》修订后增设的内容。对这一制度设计的正确理解是准确适用的必要前提。但是,“三振出局”作为行政处罚,不仅在《食品安全法》中是创设性规定,在目前全部行政处罚领域都是较为稀少的。对于行政执法者而言,掌握并准确适用这一行政处罚的前提,就是要对其规定背后的意义、目的与利弊有所了解。然而,无论从立法和执法实践来看,这一制度设立的目的并未明确。以下从思想渊源和立法目的两个维度进行分析。

(一)思想渊源

“三振出局”制度的思想渊源主要包括以下几个方面:

首先,“三振出局”来源于对重复罪恶行径行为背后动机的“邪恶”假定及由此而产生的应当令相对人受到加倍惩罚的观点。这种观点使法律对罪恶的惩罚从法治思维上升到了道义思维的水平。正如康德在其《道义报应论》中所述“以道德义务论证报应的正当性,对犯罪人发动刑罚,应以其道德罪过为基础,使刑罚与道德充分保持一致,并因此引申出等量报应”^⑥的观点一样,如果人们对一次违法犯罪行为应当予以相应的惩罚普遍认可,那么对同一相对人受到惩罚后仍然重复其违法犯罪行为的举动,就很容易产生追究其道义责任的心态。但是,这种以道义为出发点的惩罚制度不可取。因为“从法律本身寻求刑罚的正当性根据,注重刑罚作为法律制裁手段的特殊性,他不会像道义报应论那样使法官陷入认定犯罪人道德罪过的困境”。^⑦

其次,“三振出局”的第二个思想来源是“乱世用

重典”。具体而言,对“乱世”来说,“三振出局”既可以让行为人付出较其某一次违法犯罪行为所应受惩罚更重的惩罚,还可以让其他潜在的可能违法者引以为戒,即所谓的震慑作用。时至今日,“乱世”的内涵已经从社会之乱逐渐扩展为某一领域、某一行业存在着较多问题的意义,因此,“重典”作为一个治理的利器,与时下风行的“专项整治”等一起成为治愈系良药。

再次,“三振出局”的第三个思想源泉是“隔离”。因为“累罚累犯”,行为人已经被视为在特定行为领域有重复违法犯罪的“习性”,因此就有被法律强制与某特定领域隔离的必要性。而“三振出局”制度就被赋予了这样的使命。从刑事处罚的角度而言,刑期的加长当然就会使相对人隔离在社会之外的时间加长。从行政处罚的角度观察,当“三振出局”的制度与资格罚“合体”的时候,如版权保护法中的“断网”,以及我国《食品安全法》第134条中的“责令停产停业、吊销许可证”等,就是发挥以行政处罚的方式使相对人与其累犯直接相关的特定领域、特定行业隔离的作用。

最后,关注行为差异也是“三振出局”制度的思想来源。所谓关注行为差异,是指对同为违法犯罪的行为人,但是存在着初犯和“累罚累犯”两种不同行为的不同看待与惩罚。这是“三振出局”加重惩罚的根本出发点之一。“当一个人第二次犯重罪时,其刑期将增加一倍;第三次犯重罪时,至少被判处25年以上乃至终身监禁。”^⑧表达的是,即使另一个罪犯的“第一次重罪”和前面这一位的“第三次重罪”一模一样,他也无须被判“至少25年以上”的刑期。通过对134条规定的适用举例,这个问题就表现得更为明显:假设甲公司和乙公司均因轻微违法行为应当被予以“行政警告”的处罚,但甲公司在此次行政处罚之前的“一年内”已有两次其它行政处罚,则依照本条款的规定,甲公司将被继续处以“责令停产停业、直至吊销许可证”的处罚,这个结果与乙公司接受的处罚相比,形成了因“行为差异被关注”的不同结果。

(二)立法目的

将“三振出局”制度引入《食品安全法》,创设“累加处罚”,并且直接与较严厉的资格罚关联起来,其对食品安全治理的预期作用无疑是出于加重处罚力度、加大违法成本,从而进一步提高治理效能的本意。

第一,是落实“四个最严”要求的直接法律制度体现。“四个最严”(最严谨的标准、最严格的监管、最严厉的处罚、最严肃的问责)是习近平总书记对食品安全提出的根本治理原则。^⑨落实这一原则是《食品安全法》的首要任务。其中,落实“最严厉的处罚”,就是要在宪法和法律赋予的行政法律工具中,按照“过罚相当”的原则对危害食品安全的违法行为给予最大限度的惩戒。2015年修订后的《食品安全法》新增了“累加处罚”的制度设计。与财产罚的整体大幅度提高、生产经营者的“从业禁止”等,为进一步落实“四个最严”做出有益的尝试。

第二,“惩戒”效应。“累加处罚”是《食品安全法》创设的、一种比较独特的资格罚。作为一种“最严厉的处罚”,其严厉性主要体现在两个方面:一是直接针对相对人的从业资格设定处罚;二是属于无直接相关违法行为指向的“加重处罚”。剥夺相对人的食品生产经营活动的资格,是《行政处罚法》第8条规定诸多罚种中较重的处罚,对于我国行政执法机关的行政处罚权限而言,是行政执法机关被赋权的最重处罚种类。作为食品生产经营类的经济主体,被责令停产停业、甚至许可被吊销就是食品专项经营行为能力的被剥夺。这种处罚无疑会在短时间内直接造成相对人的巨大经济损失和行业信用(责令停产停业),使相对人长时间、甚至永久失去在此行业开展生产经营活动的权利(吊销许可证)。作为“累加处罚”制度的特殊惩戒效应,还体现于其用于证明行政处罚成立的证据不是一般意义上的违法行为事实以及相关证据,而是“一年内三次以上的行政处罚”。即满足“累加处罚”的充分证据条件是相对人在一年内受到三次“除责令停产停业、吊销许可证”以外的行政处罚,证据具体表现为相对人

以往“一年内”收到的三张生效的行政处罚决定书。这与源于美国刑罚传统意义上的“三振出局”制度存在着很大的区别,对应“累加处罚”的不再是相对人实际违法(犯罪)行为的发生,而是根本不存在实际违法行为的“信用违法”,是对相对人规定时间内存在着连续违法行为这种情形的重大处罚。因此,这种处罚可以称之为一种“加重”处罚,即“累加处罚”的惩罚并不是建立在相对人最近一次的违法行为事实上,考虑以往两次的违法(犯罪)记录而予以超过常规的处罚,而是建立在没有直接相关违法行为的以往行政处罚记录上的新的较重行政处罚。与传统意义上的“三振出局”相比,134条的规定不仅在资格罚的角度显然增大了力度,而且实际上是“额外”增加了一次行政处罚,即对相对人实际实施了四次行政处罚。

第三,“隔离”效应。之所以对食品安全违法行为的累犯采取的“累加处罚”不是体现在财产罚方面对相对人进行罚款叠加,而是直接采取“责令停产停业、吊销许可证”等资格罚,从而使食品安全违法行为的相对人失去食品生产经营活动的从业资格,其目的之一就是出于“隔离”的需要。《食品安全法》第35条明确规定:“国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品销售、餐饮服务,应当依法取得许可。”这一规定表明,食品安全监管是从对食品生产经营活动实行许可制度开始的。基于食品安全监管目的的许可,对民事主体从事营利活动的一般民事行为能力并没有特殊要求,而是从考察食品生产者保障安全的能力方面提出了不同于其它产品生产经营活动的要求。因此,这种准入式的许可取得就成为能否合法从事食品生产经营活动的分界线。对于未取得许可从事食品生产经营活动的,《食品安全法》设定了较为严厉的行政处罚。^⑩在强化了“许可”对食品生产经营活动的刚性准入作用之后,直接以“许可”为主要指向的“三振出局”制度就凸显了其“隔离”作用。当相对人被“累加处罚”责令停产停业或吊销许可证之后,其食品生产经营活动能力则被“秒杀”。不仅如此,《食

品安全法》还对许可证被吊销之后,原生产经营从业人员的相关从业资格也做出了“隔离”性质的禁止性规定,^⑪进一步强化了这种“隔离”作用。食品安全风险是“生产经营”出来的,这是当今全球食品安全治理的共识,所以食品生产者被认为是食品安全的“第一责任人”。在这样的思想基础上,对食品市场经营者的资格授予即成为一种食品安全的保障。而将不被信任的生产经营者与食品生产经营进行“隔离”,也被理所当然地认为是保障食品安全的直接且有效的措施。但是,考察“三振出局”的制度渊源,也有观点认为其“隔离”作用对减少犯罪的作用是有限的。“‘三振出局’法案对于减少犯罪率的作用是极其有限的,相反其过多地体现出主观主义和行为人刑法的思想,具有极大的隐患。比如因试图在商店盗窃三枝球杆而被判刑25年的‘盖瑞·尤英案’,以及因偷窃了总计价值为153美元的九盒录像带而获刑50年的‘安德莱德案’就遭到了侵犯人权的质疑。”^⑫与刑事处罚的“三振出局”不同,在食品安全的行政法域,以“累加处罚”的“隔离”作用来保障食品安全,这种认识从食品生产经营者是“第一责任人”的角度观察,至少理论上应当是成立的。而是否可以有效实现这种以“隔离”来保障食品安全的制度目的,则还要对两个后续结果进行分析,才能得出结论。一是被“累加处罚”的相对人是否确实会被有效“隔离”在食品生产经营活动的领域之外;二是其他食品生产者是否受到了“震慑”,从而自觉提高了自身对食品安全风险的重视与控制水平。

第四,“震慑”效应。对某一违法相对人实施的“累加处罚”处罚,被寄托的另一个很重要的作用,就是希望被其他食品生产者周知,从而产生一种正面的寒蝉效应(Chilling Effect),使其出于对此类违法行为结果的畏惧,而自觉地落实食品安全“第一责任人”的法定责任。这就是“震慑”效应的目的。任何一种行政处罚或刑事处罚都会有“震慑”效应。这是法律对违法行为予以制裁的一个重要的“边际效益”(Marginal Utility)。第134条将这一

“边际效益”进一步彰显。从134条“累加处罚”的制度设计分析,将“责令停产停业、吊销许可证”的处罚放在“一年内三次”以外,形成又一次新的行政处罚。与通常的“三振出局”处罚相比较,这种不同一般的惩罚设计明显再次加重了惩罚力度,对相对人而言,不仅仅丧失了食品生产经营活动的资质,并且其接受行政处罚的不良记录“凭空”增加了一次,信用记录将严重受损。从这一行政处罚的震慑作用看,其“边际效益”在很大程度上可能是递增的。即对于出现了一次或两次违法行为的行政相对人而言,一段时间内避免第三次被处罚的目标将成为其生产经营活动的第一原则,否则,哪怕再受到一次“行政警告”,也会成为导致“累加处罚”的“最后一根稻草”。对其他生产经营者来说,这种违法成本的反复叠加与增大,无疑是非常难以承受的。因此,134条“累加处罚”的“边际效益”构成了强有力的震慑效应。

从“三振出局”的思想渊源与立法目分析,第134条的出台似乎应当对食品安全的治理发挥出较大的作用。然而正如本文第一部分所析,在现实的法律适用中,第134条由于存在着诸多需要进一步解释与规范的问题,导致本条款适用的实际效果与立法时的期待相距甚远。从制度设计的诸因素进行分析,第134条的“累加处罚”至少存在着时间要件、证据条件和处罚裁量等必须明晰的三方面要点。

三、累加处罚条款的时间要件

适用累加处罚条款,首先就会遇到对时间要件的理解与执行问题,即“一年内”的理解与计算存在着困惑。在立法机关没有对法律规定的“一年内”作出明确释义的前提下,执法部门对这一要件的理解与适用存在着可能的差异甚至歧义。目前至少存在着两种不同的观点(计算方法)。第一种是以自然年度为计算单位,以第一次行政处罚生效之日所在年度的1月1日起计算,至当年12月31日止(本文将之称之为“自然年度”)。第二种是按照符合第134条规定要求的第一次行政处罚生效之日起,至

满12个月之日止(本文将之称之为“循环年度”)。两种观点对于第134条的适用会导致差异非常大的结果。

(一)按照自然年度计算

如果将“一年内”理解为自然年度,有观点认为会带来如下便利。一是这个时间要件的记录、从执法者适用法律的角度看,统计与“归零”均较为清晰明确。二是对违法相对人有较大的“宽容”余地。赞同者认为,这恰恰是“有利于相对人”原则的一种具体体现。但是,按自然年度解读“一年内”,则至少会出现以下问题:

首先,这种计算方式是否会导致法律规定的时间要件“打折扣”?显而易见的一种情形是:如果违法相对人的第一次行政处罚生效之日不是正好发生在当年的1月1日,那么之后的时间累计实际上均不能满足法律所指的“一年”的要求。即,违法相对人因在自然年度内没有累计三次行政处罚而不受“累加处罚”处罚并将处罚次数“归零”,实际上是将法律规定的“一年内”进行了实质性缩短。假设违法相对人的第一次处罚生效时间是12月30日,那么按照自然年度的计算方法,第134条规定的“一年内”实际就变成了“一天内”。这种假设的结果显然不符合行政时效存在的基本原理要求。第134条的“一年内”的设定,其本质就是一种行政时效的设定。“时效侧重于强调一定的事实状态持续法定的期限后所产生的法律后果。时效包括期限规定,但更强调主体在规定的期限之内和之外的行为所应具有的法律后果,而且将法律后果作为其核心要素。”^⑧可见,“一年内”作为行政时效制度,其规定的期限是行政相对人受到不利法律后果的关键要件,不能因具体的法律实施行为而被实质性缩短。

其次,这种理解下的法律适用是否符合第134条的立法精神?从“累加处罚”制度能够现身于《食品安全法》中这一事实来看,立法的目的是显然出于严惩危害食品安全的生产经营者,即希望以落实“最严厉处罚”为根本原则,以“惩戒”“隔离”和“震慑”等诸多效应为手段,来实现维护食品安全这一“至高无

上”的目标。因此，“最严厉处罚”原则下创设的“累加处罚”惩罚制度，其时间要件却被解读为自然年度、从而存在着被缩短至“一天”的可能，这显然是难以想象的，与法律首创“累加处罚”这一制度的初衷不相吻合。“从立法者的意图而言，建立行政时效制度的目的，就是要促使行政法律关系主体在法定的合理期限内积极行使权利或履行义务，法律后果实际上就是行政时效制度能发挥其功能的激励机制，它通常规定行政法律关系主体在法定的期限内必须行使自己的权利或履行自己的义务，否则就要导致一些不利于他们的法律后果(如将丧失权利或增加受惩罚的义务等)。”^⑩如果出现了在法律实施中将“一年内”实质性缩短的情形，这无疑是一种直接违背立法目的行为。

将“一年内”按自然年度适用，对于执法者而言似乎在相对人违法行为的信息统计上更为方便。在大数据工具与技术完全具备的今天，对行政处罚信息的归集与分析已经不是“能不能”的问题，而是“做不做”的问题。另外，就第134条“累加处罚”条款设计的本意而言，并不是按照“有利于相对人”的原则设定的，而是从维护“食品安全”这一更多不特定多数人生命健康权的角度设定的。另外，从立法应当清晰明了的技术要求来看，如果是自然年度的指向，那么法律表述为“年度内”或“当年内”即可。

(二)按照循环年度计算

首先，按照第一次处罚生效之日起计算是真实体现立法本意的解读。将当事人受到第一次处罚的“行为发生”时间点设为起点，是准确反映违法当事人在法律规定上的“一年”时限内是否有继续违法行为发生的计算方法，即从第一次处罚之后开始计算的周期年度，这是准确体现法律目的的理解。目前，按照循环时间周期计算违法行为的行政处罚裁量的还有《治安管理处罚法》和《机动车驾驶证申领和使用规定》的相关规定，其违法行为与“扣分制度”的周期计算都是以首次行为发生为起点。如“《治安管理处罚法》第22条规定：“违反治安管理行

为在六个月内没有被公安机关发现的，不再处罚。前款规定的期限，从违反治安管理行为发生之日起计算；违反治安管理行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。”《机动车驾驶证申领和使用规定》第65条规定：“道路交通安全违法行为累积记分周期(即记分周期)为12个月，满分为12分，从机动车驾驶证初次领取之日起计算。”可见，目前对于“多次违法行为”的行政处罚裁量内的时间要件基本上都是以循环时间为主要计算方式。

其次，按照循环年度解读“一年内”的时间规定，在执法实践中可能存在着需要进一步明确的问题。一是有立法解释权的部门或执法适用指导权的部门应当进一步具体明确法律中相关表述计算单位是“12个月”还是“360日”，这一点无论是对执法者、还是对食品生产经营者而言都是非常重要的。换句话说，在明晰法律规定的适用规则方面，应当尽量做到公开公正透明。

二是应当对“一年内”没有出现法律规定情形后的“清零”做进一步的规定。如果某相对人在“一年内”受到两次行政处罚，那么事实上存在着两种“清零”情形，其一是两次行政处罚全部“清零”，即该相对人被还原成“历史清白”的状态；其二是，该相对人的第一次行政处罚纪录被去除，“一年内”的时间起点变为从第二次行政处罚生效之日起开始计算。此二者的不同结果对相对人的损益来说，具有天壤之别。

四、累加处罚条款的证据要件

“累计三次因违反本法规定受到责令停产停业、吊销许可证以外处罚”的规定是累加处罚的第二个前提构成要件，存在着需要进一步具体化、清晰化的必要。其中，“因违反本法规定受到的处罚”实际涵盖了《行政处罚法》设定的包括简易程序和一般程序在内的全部处罚种类，以及《食品安全法》设定的全部具体行政处罚(不包括责令停产停业、吊销许可证)，显然不是简单的法律适用，需要理解准确一致并细化执行时的证据要求与规则。

(一)“累计三次”的意义

第134条规定的“累计三次”，存在着一般和特殊两方面的意义。一是就一般的“累犯”制度而言，“累计三次”是一种法律文化的共同规则。“根据我国的法律文化以及累犯制度的设立初衷来看，有必要以三次犯罪作为普通累犯构成条件的罪数条件，设立再犯的概念，把再犯(两次犯罪)从累犯制度中分离出来区别对待”。^⑤区分“初犯”“再犯”与“累犯”三者的不同，通行的法律文化都是以简单的次数递增为实际内容。当然，三次以上者还可以定义为“累犯”，这与“累计三次”的“累加处罚”制度并不冲突。二是就食品安全法律规制而言，第134条的“累加处罚”将全部行政处罚作为前提条件，导致生产经营者在循环年度内出现“再犯”的概率相对较大。而且，就当今的食品安全科学认知水平而言，生产经营者因“非主观故意”而造成的违法行为也经常发生。此外，没有风险的轻微违法行为也是食品安全执法中常见的情形。因此，“再犯”(累计两次)即“出局”显然是不符合现实的。所以，将“累计三次”的“累犯”作为“累加处罚”的条件基本可以同时满足处罚正义原则与“最严厉处罚”原则。

(二)“累加处罚”的证据分析

从法学理论的角度观察，第134条行政处罚构成的证据恰恰是“法律真实说”观点的一种实证性表现。^⑥“行政处罚的证明标准指行政机关在行政处罚程序中利用证据证明违法案件事实和行政处罚程序事实所要达到的程度。行政处罚证明标准的确定是行政机关认定案件事实的前提。”^⑦如前文所析，该处罚是否成立的证明标准是相对人的“累犯”，并无具体违法行为事实。即对应第134条成立的“事实”就是相对人在“一年内”受到的“累计三次的行政处罚”(不含责令停产停业和吊销许可证的处罚)。构成“累加处罚”处罚成立的证据，就是已经生效的三份行政处罚决定书，即相对人三次违法行为事实的“证明标准”。“证明标准的确定是行政机关认定案件事实的前提。证明标准确定以后，一旦证据的证明力已达到这一标准，待证事实就算已得

到证明，行政机关就应当认定该事实，以该事实的存在作为行政处罚的依据。”^⑧因此，以相对人在“一年内”受到的“累计三次的行政处罚”的行政处罚决定书为证据证明违法事实成立已经没有任何疑问。后续的关键问题则是作为证据的行政处罚决定书本身的确定充分问题。

具体而言，证据必须同时满足以下要求方可采信。一是“累计三次以上的行政处罚”必须是依据《食品安全法》对同一行政相对人作出的生效处罚。这是源于第134条的明确表述，即“累计三次因违反本法规定”。限定相对人违法行为触犯的法律法规规定范围，是非常必要的，如果不对涉及的法律加以严格的限定，则可能导致相对人违反《食品安全法》以外的其它法律法规的行为也被“累计”在内，而被“累加处罚”的概率将大幅度增加。二是行政处罚决定书应当是已经生效的决定书。即，相对人未申请行政复议、提起行政诉讼，或经行政复议、行政诉讼予以维持的行政处罚。但是，有两种特殊情况应当进行进一步分析。第一种情形是，给相对人送达第三次行政处罚决定书之后，在等待相对人是否行使其复议或诉讼权期间，该决定书是否可以视为已经生效？第二种情形是：第三次行政处罚决定书已经送达，且相对人提起行政诉讼，尽管“诉讼并不妨碍执行”，^⑨但是将正在诉讼中的此次行政处罚决定书作为“累加处罚”的证据，是否妥当？针对第一种情形，本文认为，可以依据《行政处罚法》第45条之规定精神，将第三次行政处罚决定书视为生效决定书，并作为第134条“累加处罚”成立之证据。《行政处罚法》第45条规定“行政处罚不停止执行”的前提是相对人“申请行政复议或提起行政诉讼的”，即相对人在法定期限内无论是否申请行政复议或提起行政诉讼，均不影响行政处罚的执行。所以，构成相对人“累加处罚”的证据应当以第三次行政处罚决定书送达之日即为成立。针对第二种情形，即，对人对第三次行政处罚不服、提起行政诉讼的，诉讼期间是否可以将第三次行政处罚决定书作为证据，存在着两种观点。一种观点认为，同样依

据《行政处罚法》第45条规定,第三次行政处罚决定书生效即可成为证据,不存在疑问。然而,此观点被质疑:如果行政诉讼判决行政处罚无效,则是否会导致“累加处罚”的处罚因证据不足而不成立,从而进一步导致相对人提起国家赔偿要求、具体办案人员被行政问责等一系列后续问题?另一种观点认为,虽然行政诉讼不停止行政处罚的执行,但是以正在处于行政诉讼期间的行政处罚行为决定书作为证据,不符合“证据确凿”的行政处罚合法性要求,所以,应当依据第134条规定对相对人立案,并以行政诉讼审判进行中为理由,中止案件调查,等待行政诉讼审判终结后,依据审判结果决定予以处罚或撤案。此观点也被质疑:依据《行政诉讼法》第81条之规定,“人民法院应当在立案之日起六个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的,由高级人民法院批准”。第88条规定:“人民法院审理上诉案件,应当在收到上诉状之日起三个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的,由高级人民法院批准”。也就是说,如果相对人提起行政诉讼,并原被告双方坚持打官司到二审终审(这种可能性存在的概率极高),那么落实“累加处罚”的行政处罚至少要在九个月之后,这还不算法院因“特殊情况需要延长的”时间、和任何一方对终审结果不服可能提出抗诉而继续延迟的时间。从谨慎执法的角度观察,以“司法终局”来加强对“累加处罚”这类加重处罚的控制、防止因滥用而伤害行政相对人的出发点是无可厚非的,但是冗长的司法审判期将导致“累加处罚”的制裁效应尤其是“隔离”效应的衰减,从而因“放纵”违法相对人而可能造成对食品安全潜在风险的失控。同时,不排除在确定诉讼可以中止“累加处罚”之后,行政相对人以提起行政诉讼为手段,对抗“累加处罚”制裁的落实。尽管这种“对抗”于法并无不当,但是实际造成了《食品安全法》“最严厉处罚”规定在执行上的大打折扣。“累加处罚”因其证据的特殊性而导致了上述问题的讨论,解决这一问题的根本路径不在执法层面,而在于法律适用的顶层设计层面。本文认为,尽管存在着

“司法终局”对“累加处罚”证据效力的影响,但是,从第134条创设的原始动力观察,其出台是源于对食品安全问题的特殊性认识。“食品药品问题存在着‘民生化’、‘公共安全化’的意涵”,“被上升为公共安全问题的,即意味着这一问题在政治议程中的优先性被确认。”^⑩作为一种立足于食品安全维护的法律创新制度设计,及时得到有效适用是立法的生命力所在。因此,应当对这一问题在司法审判层面进行建设性的研究,给予特殊的证据成立条件。对“第三次行政处罚”行政诉讼败诉导致的累加处罚证据失效的情形,可以通过特殊的法律救济路径予以纠正。

五、累加处罚条款的裁量基准

目前,“累加处罚”适用的裁量基准缺失。第134条规定的“累加处罚”存在着两种具体处罚形式,即“责令停产停业”与“吊销许可证”。对行政处罚相对人而言,尽管都是较为严厉的“资格罚”,但是这两种处罚的结果轻重程度实际上相差悬殊。在何种违法事实、具体情形以及证据条件下进行选择适用,这是一个带有“复杂矩阵”性质的裁量权问题。另外,“责令停产停业”的行政处罚在适用中也存在着计算单位的确定、停产停业时间长短的绝对期限规定与相对期限的裁量选择,等等。因此,对“累加处罚”的裁量权进行细化分析并给出“基准”,是防止这一条款被滥用、误用的前提。

(一)关于“责令停产停业”

此规定存在着以下需要进一步分析的具体问题,包括:责令停产停业的时间单位是什么?“最短时限”与“最长时限”应当如何界定?与伴随行政处罚一起共同实施的“责令改正”是什么关系?“责令停产停业”的覆盖范围,等等。

关于责令停产停业的时间单位,目前还没有直接的法律法规或相关司法解释。曾经有一个地方食品安全监管部门向上级机关请示,是否可以将本条款的“责令停产停业”的时间计算单位设定为“小时”或“分钟”。这种做法不可行。主要原因在于:一是现行的法律法规或相关规定中这种计算单位非常罕

见；二是对于带有“加重”处罚性质的“累加处罚”适用而言，不足“1日”的处罚显然不符合“过罚相当”的原则；三是在实际执行中无论对相对人还是行政执法部门都是难以执行的处罚决定，在执法实践中可能会演变成“走过场”。在当前有关行政法律法规的表达方式中，“日”（自然日）的概念使用为最为常见的的时间计算单位，应当以此为起点进行法律适用上的考量。

关于“责令停产停业”的最长期限，其本质属于行政处罚的自由裁量权，应当由具体执法部门根据实际情况行使。但是，理论上“责令停产停业”的期限最长不应当超过相对人所取得的行政许可的剩余期限，否则就相当于实施了“吊销许可证”的处罚。还有一种观点认为，“责令停产停业”最长期限原则上不应当超过15天。其理由是出于当前立法通行的原则与惯例，如《治安管理处罚法》中对当事人实施的行政拘留最高期限均为“15日”。

关于“责令停产停业”与“责令改正”的关系。按照《行政处罚法》的规定，实施行政处罚时应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。所以首先要对二者的行政行为性质做严格的区分，即“责令停产停业”是一种行政处罚，因此其期限设定并不能以当事人是否改正了其违法行为为标准，而是以行政处罚的执行完毕为标准。“责令改正”的本质是一种行政措施，对相对人不具有惩罚性质，而是一种行政“纠错”行为。因此，“责令改正”的行政要求应当随“责令停产停业”的期限决定而决定，“责令改正”的期限不应低于“责令停产停业”的处罚期限。

关于“责令停产停业”的范围，存在着两种观点。第一种观点认为应当适用于当事人取得许可的全部经营范围；第二种观点认为应当适用于当事人“一年内累计三次行政处罚”所关联的食品生产经营范围。笔者认为，“责令停产停业”的范围应当包括当事人取得食品相关许可的全部生产经营活动范围。《行政处罚法》规定的“责令停产停业”是指以对当事人的生产经营行为禁止的方式、使当事人的利

益受损而付出违法成本的行政处罚，实现这一法律目的的做法必须是对当事人的全部生产经营活动禁业。如果只对“一年内累计三次处罚”涉及的部分食品生产经营活动禁业，那么实际上可能不会造成当事人的利益损失，从而使法律规制的目的失去意义。从法律适用的角度而言，只对“一年内累计三次处罚”的相关食品生产经营活动进行禁止，在执法实践中会实际演变成为“停止生产或销售某一品种、某一批次的食品”（实际等同于食品“下架”）、或以其它同类合格食品替代“三次处罚相关食品”的“责停不停”的实际状况，使“累加处罚”的执行形同虚设。“责令停产停业”的行政处罚设定指向的是当事人的行为，是一种全面的“资格罚”，而不是某些食品的停止生产或销售。所以，如果将“责令停产停业”的行为罚局限于某些食品生产经营的禁止上，实际上是偷换了法律规定的概念，将行政处罚的对象从当事人全部行为禁止转向了食品“下架”的部分行为禁止，在执法本质上是将行政处罚变成了行政要求，这与本条款的设定和《行政处罚法》的法律原则相违背。

（二）关于“直至吊销许可证”

首先是关于“直至”概念的理解与适用。在“责令停产停业”和“吊销许可证”两种行政处罚之间使用这一概念，说明二者之间存在着“递进”的选择适用关系。依照《行政处罚法》的规定，“责令停产停业”和“吊销许可证”均属于较重的行政处罚。但是二者相比较，显然“吊销许可证”属于更重的处罚。所以，“直至”概念的使用是随相对人的违法情形程度而赋予执法者的一种自由裁量权选择，是对违法当事人的违法情形适用“过罚相当”原则的体现。在适用原则上表现为两个特征：一是可选择性，即执法者可以在两种行政处罚中择一适用；二是递进性，即执法者应当根据自由裁量权原则和当事人的违法情形选择作出适当的行政处罚决定。同时，本条款设定的两种行政处罚存在着“二选一”的或然关系。如上所述，“直至”首先表达的是一种“递进”关系，这就决定了两种行政处罚不可能同时作出。另

外,“责令停产停业”和“吊销许可证”都属于“资格罚”,不能并列。

其次,与“直至”概念直接相关的是,作为行政处罚的最高罚,“吊销许可证”处罚的作出是否应当建立在进一步对“一年内累计三次行政处罚”的不同轻重程度区分上?这一问题的提出,是建立在同为行政处罚、但处罚的力度以及背后所代表的违法行为严重程度存在着较大差别的假设基础上的。一个比较极端的案例情形就可以准确表达这个问题的含义:如果一个相对人一年内累计受到三次行政警告,执法者是否依然可以依照第134条的规定行使其自由裁量权、直接予以“吊销许可证”的处罚?

如果这种“任性”的自由裁量不能被接受,那么是否应当对第134条规定的两种“累加处罚”方式进一步制定标准、加以区分、并用来约束执法者的自由裁量权呢?答案似乎是肯定的。自由裁量权并不“自由”,应当按照“过罚相当”的原则来行使。但是,正如“一千个人眼中就有一千个哈姆雷特”一样,对什么样的“三次行政处罚”就“直至吊销许可证”了,可能每一个执法人员都会有自己的理解与法律适用。因此,对134条“直至吊销许可证”的法律适用情形应当按照“过罚相当”的原则做出较为明确的规定,即对“自由裁量权”做进一步的“基准”性质的规定。例如,可以按照“重罪重罚”这一“累加处罚”的逻辑起点,将“吊销许可证”的处罚置于相对人的“三次行政处罚”中已有至少一次较大的行政处罚的前提条件下,同时以区分其与“责令停产停业”之间的差异性,似乎更为妥当。

“累加处罚”本身虽然并不是一个全新的惩罚制度,但用于食品安全法域行政处罚却实实在在是首创。与现实社会的动态变化比较而言,法律制度从确定的那一天开始即存在着缺陷。对于首创的“累加处罚”制度更是如此。寄希望于下一次的法律修订固然是解决法律制度缺陷的根本途径,但是在法律修订前,却不能以束之高阁来解决法律难以适用的问题。在充分研究讨论的基础

上,集中由具有法律解释权或指导权的机关统一意见并用于执法层面,不仅可以解决法律适用的困境,同时也可以为后续的法律制度缺陷解决提供实证基础。

注释:

①马骥君:《论我国累犯制度的合理性》,载《铁道警官高等专科学校学报》2012年第6期。

②刘君:《美国“三振出局”法案及其理论评析》,载《西部法学评论》2011年第5期。

③参见《美国联邦法典》第18篇第3559(c)条之规定。

④此概念并不十分准确,在各国,对于刑事以外的处罚的表述不尽相同,此处即泛指此类处罚。

⑤参见夏劲刚:《从“三振出局”到“六振警告”:美国版权保护路径选择对我国的启示》,载《科技与出版》2018年第10期。

⑥陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第638页。

⑦邱兴隆、许章润:《刑罚学》,中国政法大学出版社1999年版,第32页。

⑧吴玉岭:《美国“三振出局法”的存废之争》,载《检察风云》2003年第14期。

⑨参见习近平总书记2015年5月29日在中共中央政治局第二十三次集体学习时的讲话。

⑩《食品安全法》第122条:“违反本法规定,未取得食品生产经营许可从事食品生产经营活动,或者未取得食品添加剂生产许可从事食品添加剂生产活动的,由县级以上人民政府食品安全监督管理部门没收违法所得、违法生产经营的食品、食品添加剂以及用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足一万元的,并处五万元以上十万元以下罚款;货值金额一万元以上的,并处货值金额十倍以上二十倍以下罚款。”

⑪《食品安全法》第135条:“被吊销许可证的食品生产经

营者及其法定代表人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员自处罚决定作出之日起五年内不得申请食品生产经营许可,或者从事食品生产经营管理工作、担任食品生产经营企业食品安全管理人员。”

⑫马鄢君:《论我国累犯制度的合理性》,载《铁道警官高等专科学校学报》2012年第6期。

⑬方世荣、戚建刚:《论行政时效制度》,载《中国法学》2002年第2期。

⑭方世荣、戚建刚:《论行政时效制度》,载《中国法学》2002年第2期。

⑮刘爱军:《对普通累犯成立条件的再思考》,载《湖北社会科学》2005年第3期。

⑯参见何家弘:《论司法证明的目的和标准》,载《法学研究》2001年第6期;樊崇义:《客观真实管见》,载《中国法学》2000年第1期,等。

⑰徐继敏,《试论行政处罚证据制度》,载《中国法学》2003年第2期,第34页。

⑱徐继敏,《试论行政处罚证据制度》,载《中国法学》2003年第2期,第35页。

⑲《行政处罚法》第45条:“当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的,行政处罚不停止执行,法律另有规定的除外。”

⑳马怀德、赵鹏:《食品药品问题“民生化”和“公共安全化”:意涵、动因与挑战》,载《中国行政管理》2015年第9期。

On the Application of Law of "Accumulative Penalty" in the Food Safety Law

Ji Wei

Abstract: The "cumulative penalty" system created by Article 134 of the Food Safety Law is also called "strikes out" in the field of law enforcement at home and abroad. Its essence is a system of aggravating the punishment of recidivists. The introduction of this system in the administrative jurisdiction of food safety is a direct reflection of the implementation of the "four most stringent" requirements. In the application of this clause, the time requirement, cumulative punishment and discretion of penalty need to be further clarified. The time requirement is one of the two key prerequisites for the formation of "cumulative penalty", which should reflect the legislative purpose of "severe penalty". The cumulative penalty of three times is another key component of the cumulative penalty. The determination, calculation and the nature of each penalty determine the concrete implementation of the cumulative penalty. The application discretion of "cumulative penalty" contains two different penalties, including "suspension of certificate", so we should establish a relatively unified benchmark to avoid the wrong result of excessive penalty.

Key words: cumulative penalty; "strikes out"; food safety management; application of law