

SHIPIN JIANDU GUANLI
DIANXING ANLI JIQI PINGXI

食品监督管理

典型案例及其评析

刘作翔 主编



中国健康传媒集团
中国医药科技出版社

食品监督 管理典型 案例及其 评析

主 编 刘作翔

副主编 刘振宇

编 委 (以姓氏笔画为序)

包有鹏 闫成栋

汪祥胜 魏书音



中国健康传媒集团
中国医药科技出版社

内 容 提 要

本书共选评食品监督管理领域“典型案例”54个，时间跨度从2008年至2017年，每一个“典型案例”均按照“案情简介”“处罚内容及法律依据”“案例评析”三部分编写，以期通过对“典型案例”的剖析，为基层执法活动提供参考或参照，有利于基层统一执法尺度、规范执法行为、减少执法纠纷、维护执法公平。

本书主要供食品监督管理领域的一线执法人员及研究和教学人员参考阅读。

图书在版编目 (CIP) 数据

食品监督管理典型案例及其评析 / 刘作翔主编. —北京: 中国医药科技出版社, 2019.5

ISBN 978-7-5214-1168-3

I. ①食… II. ①刘… III. ①食品卫生—卫生管理—案例—中国 ②药品管理—质量管理—案例—中国 IV. ①R155.5 ②R954

中国版本图书馆CIP数据核字 (2019) 第083553号

美术编辑 陈君杞

版式设计 南博文化

出版 中国健康传媒集团 | 中国医药科技出版社

地址 北京市海淀区文慧园北路甲22号

邮编 100082

电话 发行: 010-62227427 邮购: 010-62236938

网址 www.cmstp.com

规格 710 × 1000mm¹/₁₆

印张 10¹/₂

字数 168千字

版次 2019年5月第1版

印次 2019年5月第1次印刷

印刷 三河市万龙印装有限公司

经销 全国各地新华书店

书号 ISBN 978-7-5214-1168-3

定价 32.00元

版权所有 盗版必究

举报电话: 010-62228771

本社图书如存在印装质量问题请与本社联系调换

获取新书信息、投稿、
为图书纠错，请扫码
联系我们。



食药安全：天大的事

刘作翔*

每一个人都要吃饭，这是人之生存必需；很少听说现代社会有人一生中不吃药的，即便有，也属非常罕见，且亦难逃疫苗之遇。因此，食品药品安全，是关乎到每一个人的天大的事。这样说，并非夸大之语。

2014年，盛夏，北京，“舌尖上的安全”牵动人心。我接受原国家食品药品监督管理总局委托，承担和主持了“食品药品监督管理案例指导制度研究”的研究项目。项目的主要任务是对我国食品药品监督管理执法领域的典型案例进行分析，并在此基础上探索在食品药品监督管理执法领域实行案例指导制度的可能性和可行性分析，以及基本的制度框架结构。以此为契机，我组织了当时由我指导的中国社会科学院的法理学博士生和博士后成立的课题组，开始对食品药品监督管理领域执法案例的分析和研究工作。

2018年，又是盛夏，上海，在“长春长生公司疫苗案件”成为全国乃至全球瞩目的重大案件，以致非常罕见的由中共中央政治局常委会于2018年8月16日召开专门会议听取案件调查及有关问责情况汇报的重大事件的时间节点，我们完成了《药品监督管理典型案例及其评析》和《食品监督管理典型案例及其评析》两本书的编写工作。两本书的编写前后历经四载，编写组成员也从曾经的中国社会科学院的博士研究生、博士后流动站研究人员或取得了法学博士学位，或完成了博士后流动站的研究工作，走上了各自的工作岗位，我本人也于2016年6月从北京迁至上海工作。本书由我担任主编，刘振宇（中国社会科学院法学博士，上海师范大学哲学与法政学院副教授，博士后）担任副主编，编写组其他成员分别是：魏书音（中国社会科学院法学博士，中国电子信息发

* 上海师范大学光启学者特聘教授，法治与人权研究所所长。国家药品监督管理局法律顾问；中国法学会法理学研究会副会长，中国法学会法治文化研究会副会长。

展研究院网络空间研究所助理研究员)；包有鹏(中国社会科学院法学博士，《求是》杂志社责任编辑)；闫成栋(中国社会科学院法学博士后，南京体育学院体育系副教授)；汪祥胜(中国社会科学院法学博士后，江苏科技大学人文社科学院副教授)。刘振宇博士在项目进行过程中承担了许多协调工作。作为主编，我对项目组各位研究者的精诚团结、协力合作表示衷心地感谢！

这两本书以2014年原国家食品药品监督管理总局委托项目的结项成果为基础进行了拓展。书中的所有行政执法案例，悉数由原国家食品药品监督管理总局有关职能部门提供。这些案例全部是各省、市、自治区食品药品监督管理部门在一线执法实践中实际发生的执法案例，由各省、市、自治区食品药品监督管理部门进行筛选，经由逐级上报、总局汇总后，作为基础素材提交给项目组。项目组成员分工协作，对所有案例予以整理、筛选和分析。其中相当部分内容如“案情简介”“处罚内容及法律依据”等，体现了全国食品药品监督管理部门一线执法人员的智慧和心血，在此由衷地表示感谢。同时，在案例的题目和内容的编写中，我们遵循“尊重原作”的原则，即提供的原案例是实名的，我们就采用实名；原案例是隐名的，我们就采用隐名。

本书是关于“食品监督管理典型案例”的评析，因此，本书在编写过程中，除了一般意义上的解读之外，还进行了如下两方面的工作：一方面，确立“典型性”，其包括但不限于案件所涉物品具有亲民性、案件所涉行为具有代表性、案件归责原因具有示范性。相关案例或者涉及日常生活中的常见场合，或者涉及常规执法中的可重复操作。在各省、市、自治区食品药品监督管理部门上报的行政执法类案例中，为避免重复，编写组对部分相近的案例经选择予以评析。而且，有必要明确的是，对于行政执法类案例来说，“典型性”只是表明这类案件是普遍存在的，但并不意味着这一案例中的执法标准是普遍适用的。案例的收录，只是明确在相似的案例中，一线基层执法人员有必要对其提高关注度。另一方面，在行政执法案例之外，编写组还增补了典型的司法案例。鉴于行政执法的先在性，在司法裁判未做出否定性评价之前，行政执法的效果不受影响。但这同样意味着，如果司法权介入到某一案件中，并针对相关执法行为做出了司法上的判断，那么，未来的行政执法行为就有必要将这一司法裁判纳入考量范围。本书最终成书共选评“典型案例”54个，时间跨度从2008年至2017年。

在本人主持本项目的研究过程中，同时作为原国家食品药品监督管理总局的法律顾问，我参与了总局在江西省、海南省的执法检查活动以及一线基层执法单位的调研活动和食品药品监督管理执法的相关专题研讨会。在参与这些活动的过程中，我发现来自省、市、自治区和基层一线的食品药品监督管理的执法人员都强烈表达了对于食品药品监督管理典型案例的迫切渴求，都希望能够尽快建立食品药品监督管理执法领域的案例指导制度，以便为基层执法活动提供参考或参照。本委托课题“食品药品监督管理案例指导制度研究”这一项目的立项当初就是为此目的而设。按照项目任务要求，项目组在经过广泛调研和征求各方意见的基础上，草拟了一份《加强食品药品监督管理系统案例指导制度工作的规定》文本，并于2017年11月30日在原国家食品药品监督管理总局法制司和中国健康传媒集团联合主办的“食品药品案例指导制度”为主题的研讨会上对该《规定》文本进行了专题研讨。与会的专家学者，最高人民法院、最高人民检察院的法官、检察官，部分省、市、自治区食品药品监督管理部门的人员，以及部分企业的法务人员等普遍赞成在食品药品监督管理执法领域建立案例指导制度，认为案例指导制度有利于统一执法尺度，规范执法行为，减少执法纠纷，维护执法公平。本项目的研究以及本书对典型案例的评析和编写，也是为探索建立食品药品监督管理执法领域案例指导制度做出的一份努力。

本书的出版并非相关研究的终结，而是一个开始。食品药品监督管理领域的依法治理任重而道远。“长春长生公司疫苗案件”将食品药品监督管理工作又一次推向了我国制度改革的前沿，成为食品药品监督管理领域的一个具有历史意义的典型案例。随着食品药品安全问题以及对其进行监督管理越来越成为民生领域中高度关注的焦点，今后食品药品监督管理领域的典型案例会常有常新。我们会密切关注食品药品监督管理领域的制度改革和发展以及新的典型案例，并期待和关心、关注此领域的诸位理论专家、实务人员形成有益的互动和交流。

感谢原国家食品药品监督管理总局法制司各位同志在项目研究过程中提供的各种帮助！感谢中国健康传媒集团对于本书的出版给予的大力帮助！

最后，我们诚挚地欢迎各位读者特别是食品药品监督管理执法领域的执法人员对本书的编选及评析提出宝贵的批评意见，以便有机会修订时使之更臻完善！

目录

CONTENTS

- 甘肃省静宁县泰和大酒店提供的食品致病性微生物超过食品安全标准限量案 / 1
- 某餐饮管理有限公司经营无中文标识食品及超过保质期食品案 / 4
- 方某非法加工有毒有害豆芽案 / 10
- 钱某经营超过保质期食品案 / 13
- 沈家欢等跨省市销售非法添加氯霉素花甲系列案 / 16
- 某饭店为自己家人提供场地办宴席发生食物中毒案 / 20
- 沈阳老王头(者兴)调料有限公司生产经营不符合食品安全标准的食品案 / 23
- 河南金元乳业有限公司生产经营不合格婴幼儿配方奶粉案 / 26
- 梁某经营未经动物卫生机构检疫或者检疫不合格的食品案 / 29
- 某餐饮企业非法加工销售鲜河豚鱼案 / 31
- 某学校食堂使用无标签食用油案 / 34
- 柳立国等人生产、销售“地沟油”案 / 38
- 山西省文水县特大制售假冒名牌白酒系列案 / 42
- 牛肉拉面中添加罂粟壳案 / 44
- 沈阳市立杰食品有限公司生产经营标注虚假生产日期的食品案 / 48
- 清远市清新花园酒店有限公司经营添加危害人体健康物质的食品案 / 50
- 贵州省铜仁市碧江区超范围、超限量使用食品添加剂制售食品案 / 53
- 魏某在食品中添加非食品原料(硼砂)和超范围使用食品添加剂(铝)案 / 56
- 福建省龙岩市某酒楼经营无中文标识食品及超过保质期食品案 / 58
- 杨某某涉嫌经营未经检验检疫牛肉制品案 / 61
- 百胜餐饮(沈阳)有限公司盘锦肯德基华商店经营混有异物的吮指原味鸡案 / 63
- 宁夏五朵梅食品股份有限公司生产不符合食品安全标准小麦面包粉案 / 66
- 某饮料生产企业生产经营不符合食品安全标准的食品案 / 69

- 某公司生产不符合食品安全标准的食品案 / 71
- 永州市冷水滩区黄泥井市场唐某等人生产销售有毒、有害食品案 / 73
- 沈某生产销售有毒、有害食品案 / 75
- 湖北京山县熊某、杨某使用回收火锅油加工食品案 / 77
- 郑州润瑞商业有限公司经营腐败变质食品案 / 81
- 李某肉汤店使用未标注生产日期的原材料案 / 84
- 铜仁市某冷冻食品批发部经营标签不符合规定的冷冻肉案 / 88
- 肖某非法经营流动餐车案 / 91
- H未经许可从事餐饮服务案 / 94
- 严某未经许可从事食品生产经营案 / 96
- 某火锅店使用不合格食品原料案 / 98
- 洋浦某有限公司生产标签不符合规定食品案 / 101
- 内蒙古某乳粉企业生产销售不符合食品安全国家标准的婴儿配方奶粉案 / 105
- 宁夏隆德皎美淀粉有限责任公司生产、销售不合格食品案 / 108
- 威海慧德食品有限公司使用不符合食品安全标准的原料生产香辣鳗丝案 / 111
- 东丰县五郎府食品有限责任公司生产不符合食品安全标准食品案 / 115
- 辉南县迎金食用油有限公司生产标签含有虚假内容的豆油案 / 117
- 某快餐店加工经营变质的食品原料案 / 119
- 某寿司店申请餐饮服务许可案 / 121
- 某网络订餐平台存在无证经营餐饮店入网案 / 123
- 天津三快科技有限公司长春分公司未对入网食品经营者审查食品经营许可案 / 125
- 杨某某不服某市食药监局行政处罚申请行政复议案 / 127
- 某食品生产企业生产经营添加药品的食品案 / 129
- 上海某实业有限公司不服行政处罚行政复议案 / 131
- 山东某公司无标注卫生许可证生产“山东阿胶浆”行政复议案 / 135
- 和之吉餐厅违法经营行政复议案 / 139
- 某保健食品经营企业销售假冒保健品案 / 144
- 山东聊城振华量贩超市有限公司销售食品标签标示不符合食品安全标准案 / 150
- 大庆市让胡路区九益堂大药房销售不符合法定要求的保健食品案 / 153
- 某公司生产不符合法定要求的保健食品案 / 156
- 李君风味包子铺使用未经消毒餐具案 / 159

甘肃省静宁县泰和大酒店提供的食品致病性微生物超过食品安全标准限量案

【案情简介】

2012年5月3日平凉静宁县威戎镇杨桥村杨某某在其家中举行婚宴，婚宴承办方静宁县泰和大酒店，前后共计240人参加婚宴聚餐，就餐后，于当日下午先后有多人出现了程度不同的恶心、呕吐、腹泻为主要症状的胃肠道反应。5月4日静宁县食药监局接报后对静宁县泰和大酒店经营场所进行了查封、现场检查，并对供餐留样的13个食品样品进行了抽样送检（包括1种可乐饮料），对相关住院的患者进行了流行病学调查。

结合询问调查、流行病学调查和抽样检验结果，获知当事人静宁县泰和大酒店未能保证食品安全，为群众提供的食品致病性微生物超过食品安全标准限量，导致发生了细菌性食物中毒事件。

【处罚内容及法律依据】

静宁县泰和大酒店提供的食品致病性微生物超过食品安全标准限量，导致发生了细菌性食物中毒事件。其行为违反了《中华人民共和国食品安全法》（2009年版）第二十八条第二项规定，禁止生产经营“致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品。”其行为符合该法第八十五条第二项情形，“生产经营致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品。”该法第八十五条规定：“违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和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货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证。”

静宁县食药监局决定对静宁县泰和大酒店给予以下行政处罚：没收违法所得10920元；处以违法经营食品货值金额10920元的五倍罚款计54600元，罚没

款共计65520元。

【案例评析】

一、食品致病性微生物限量标准问题

该案例是一起由食品致病性微生物超过食品安全标准限量所导致的细菌性食物中毒事件，在此存在一个问题即如何判断食品致病性微生物超量与否，以及对此有何法律法规可依？

根据2014年3月中华人民共和国国家卫生和计划生育委员会发布的《〈食品中致病菌限量〉(GB29921-2013)问答》，“目前我国涉及食品致病菌限量的现行食品标准共计500多项，标准中致病菌指标的设置存在重复、交叉、矛盾或缺失等问题。”由此可见，在本案发生当时，关于食品中致病菌限量，我国并没有统一的标准可依。为控制食品中致病菌污染，预防微生物性食源性疾病发生，同时整合分散在不同食品标准中的致病菌限量规定，国家卫生计生委委托国家食品安全风险评估中心牵头起草《食品中致病菌限量》(GB29921-2013)。标准经食品安全国家标准审评委员会审查通过，于2013年12月26日发布，自2014年7月1日正式实施。GB29921规定了肉制品、水产制品、即食蛋制品、粮食制品、即食豆类制品、巧克力类及可可制品、即食果蔬制品、饮料、冷冻饮品、即食调味品、坚果籽实制品等11类食品中沙门菌、单核细胞增生李斯特菌、大肠埃希菌O157:H7、金黄色葡萄球菌、副溶血性弧菌等5种致病菌限量规定。至此，我国食品中致病菌限量标准才有了统一规定。

二、违法所得的认定问题

《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十四条到第八十六条中均出现“违法所得”这一概念，但对其含义却未在该法中予以明确。卫生部2010年出台的《餐饮服务食品安全监督管理办法》里对该词虽然给出了明确定义，但是界定模糊，而且日常执法中往往违法的食品涉及成品、半成品、原料、添加剂以及调味料等多种形式，执法人员比较难以认定实际经营的“违法所得”。如果对“违法所得”认识不清，往往会造成违法事实认定不清、处罚额度不能确定等问题。

(一)违法所得的定义

《餐饮服务食品安全监督管理办法》第四十四条规定：“本办法所称违法所得，指违反《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)、《食品安全法(2009)实施条例》等食品安全法律法规和规章的规定，从事餐饮服务活动所取得的相

关营业性收入。”

（二）“违法所得”在实践中可能存在的认定争议

本案中，静宁县食药监局对泰和大酒店的行政处罚中，违法所得为10920元，货值金额为10920元。根据《餐饮服务食品安全监督管理办法》的规定，“违法所得”是相关营业性收入。那么，在计算违法所得的时候遇到的一个问题就是，营业性收入是指成本和利润，还是单指利润？对此，目前尚未有明确的法律规定予以明确界定，希望能够尽快出台相关的规定，以规范行政执法行为。此外，如果单指利润的话，那么对食品类违法犯罪现象的惩罚力度会大大削弱。鉴于近几年食品安全犯罪事件频发的情况，我们认为为了保障消费者的人身和财产安全，应该依法规范食品生产经营者的行为，加大对食品类违法犯罪现象的惩戒力度，对此，违法所得应该包括成本和利润。

【整理与撰写人】包有鹏

某餐饮管理有限公司经营无中文标识食品及 超过保质期食品案

【案情简介】

2011年11月29日，执法人员在某餐饮管理有限公司检查时，在该公司的主食仓库货架上发现韩国白砂糖、芥末膏等10种进口食品没有中文标签和中文说明书；1种国产的食品（红牡丹高级面包粉）已经超过保质期，上述食品被执法人员查封扣押。

经统计，该公司经营超过保质期食品的货值金额为1076.00元；经营无中文标签进口食品的货值金额为6156.00元。

根据该公司食品仓库保管员供述，上述食品分别是从小酒店用品有限公司、某酒店用品商行购进。该公司只提供了验收记录和台账，但是，验收记录和台账均不规范，没有显示供货单位名称、联系方式等内容，并且该公司无法提供供货单位的合法票据。

【处罚内容及法律依据】

该公司经营超过保质期的食品红牡丹高级面包粉，违反了《中华人民共和国食品安全法》（2009年版）第二十八条第一款（八）禁止生产经营“超过保质期的食品”，以及该法第四十条“食品经营者应当按照保证食品安全的要求贮存食品，定期检查库存食品，及时清理变质或者超过保质期的食品。”其行为符合本法第八十五条：“违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和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货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证：……（七）经营超过保质期的食品……”

该公司经营无中文标签、中文说明书的韩国白砂糖、芥末膏等10种进口食品，违反了《中华人民共和国食品安全法》（2009年版）第六十六条：“进口的预包装食品应当有中文标签、中文说明书。标签、说明书应当符合本法以及我

国其他有关法律、行政法规的规定和食品安全国家标准的要求，载明食品的原产地以及境内代理商的名称、地址、联系方式。预包装食品没有中文标签、中文说明书或者标签、说明书不符合本条规定的，不得进口。”其行为符合本法第八十六条“违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和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货值金额不足一万元的，并处二千元以上五万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额二倍以上五倍以下罚款；情节严重的，责令停产停业，直至吊销许可证：……（二）生产经营无标签的预包装食品、食品添加剂或者标签、说明书不符合本法规定的食品、食品添加剂……”

该公司从其他公司采购食品，未索取供货凭证，制作的验收记录和台账均不规范，没有显示供货单位名称、联系方式等内容，并且无法提供供货单位的合法票据。其行为违反了《中华人民共和国食品安全法》（2009年版）第三十九条“食品经营者采购食品，应当查验供货者的许可证和食品合格的证明文件。食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度，如实记录食品的名称、规格、数量、生产批号、保质期、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。”其行为符合本法第八十七条规定：“违反本法规定，有下列情形之一的，由有关主管部门按照各自职责分工，责令改正，给予警告；拒不改正的，处二千元以上二万元以下罚款；情节严重的，责令停产停业，直至吊销许可证：……（二）未建立并遵守查验记录制度、出厂检验记录制度……（四）未按规定要求贮存、销售食品或者清理库存食品；（五）进货时未查验许可证和相关证明文件……”

处罚内容：①对该公司经营超过保质期食品的行为给予没收被扣押的产品，并处20000.00元的罚款；②对该公司经营无中文标签、中文说明书进口食品的行为给予没收被扣押的产品，并处25000.00元的罚款；③对该公司进货时未索取供货凭证以及未按规定要求清理库存食品的行为给予警告的行政处罚（以上罚款合计45000元）。该公司没有提出异议，按时缴纳了罚款。

【案例评析】

一、法律条款的应用问题

（一）争议

在原料储存柜中发现过期预包装食品对餐饮单位应该如何定性，目前没有明确的界定，给行政处罚造成了一定的难度。上述案件中，有两种不同的处理意见。

一种意见认为,该酒店原料储存柜出现过期预包装食品,违反了《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第二十八条第(八)项“禁止生产经营以下食品……超过保质期食品”及《餐饮服务食品安全监督管理办法》第十四条(一)项“餐饮服务提供者禁止采购、使用和经营下列食品:(一)《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第二十八条规定禁止生产经营的食品”的规定,应按照《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十五条、《餐饮服务食品安全监督管理办法》第三十八条规定处罚。

第二种意见认为,该酒店原料储存柜出现过期预包装食品,违反了《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第四十条“食品经营者应当按照保证食品安全的要求储存食品,定期检查库存食品,及时清理变质或者超过保质期食品”和《餐饮服务食品安全监督管理办法》第十六条第(二)项“餐饮服务提供者应当严格遵守国家食品药品监督管理部门指定的餐饮服务食品安全操作规范。餐饮服务应当符合下列要求……定期检查、处理变质或者超过保质期限的食品”的规定,应按照《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十七条、《餐饮服务食品安全监督管理办法》第四十条规定处罚。

本案中,两种处理意见适用的法律条款完全不同,对当事人的处理结果差异很大,这就需要执法人员结合《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)的立法目的和各个条款之间的体系性,然后再综合案件事实与所收集的证据作出正确的处罚决定。

《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第二条规定,在中华人民共和国境内从事下列活动,应当遵守本法:(一)食品生产和加工(以下称食品生产),食品流通和餐饮服务(以下称食品经营)。可见,在《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)中,把食品流通和餐饮服务统称为经营。据此可知,《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第二十八条第(八)项“禁止生产经营下列食品……超过保质期食品”的规定,是将餐饮业使用“超过保质期食品”包含在内的。如果有证据证明该酒店使用“超过保质期食品”来炒菜、做饭等,那就可以按照第一种意见处理。

现在查明的违法事实是,该酒店原料储存柜出现过期预包装食品,这种预包装食品是从合法企业购进的,购进时该食品在保质期内,没有确切证据证明该酒店直接或者经过进一步加工后将过期预包装食品提供给消费者。按照“疑似违法行为从无”的原则,不能将该酒店的行为定性为“经营超过保质期食品”。

本案中,执法人员发现原料储存柜中有过期预包装食品,这说明该酒店食品管理人员责任心不强,没有定期检查,并及时清理超过保质期的食品,违反

了《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第四十条“食品经营者应当按照保证食品安全的要求储存食品,定期检查库存食品,及时清理变质或者超过保质期的食品”和《餐饮服务食品安全监督管理办法》第十六条第(二)项“餐饮服务提供者应当严格遵守国家食品药品监督管理部门制定的餐饮服务食品安全操作规范。餐饮服务应当符合下列要求……定期检查、处理变质或者超过保质期限的食品”的规定。酒店这一违法行为直到执法人员检查时才被发现,若执法人员未及时发现,这些“超过保质期食品”就可能被用于炒菜中,就可能对消费者造成伤害。依据《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十七条第(四)项“未按规定要求贮存、销售食品或者清理库存食品”和《餐饮服务食品安全监督管理办法》第四十条规定,对该酒店的行为可处以“责令改正,给予警告;拒不改正的,处以2000元以上2万元以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证”的行政处罚。

使用哪个条款进行行政处罚,法律法规和规章中均未作明确的解释,给执法人员带来不便,如果使用的条款不当,当事人提起行政复议或行政诉讼,很容易败诉。

(二)定性

本案争议的焦点在于对在原料储存柜中发现过期预包装食品对餐饮单位应该如何定性,即该餐饮管理有限公司的行为属于《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第二十八条第(八)项“禁止生产经营以下食品……超过保质期食品”还是属于《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第四十条“食品经营者应当按照保证食品安全的要求储存食品,定期检查库存食品,及时清理变质或者超过保质期食品”;进而,对其行政处罚的依据应该适用《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十五条的规定,还是适用《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十七条的规定,目前没有明确的界定,给行政处罚造成了一定的难度。我们认为,因为食品经营行为包括一系列环环相扣、错综复杂的环节,不同环节、发展阶段的食品经营行为的社会危害性是不同的,而法律正是根据食品经营行为社会危害性的不同作出轻重不同的规定。本案中,针对该餐饮管理有限公司的行为是属于经营超过保质期的食品,还是属于未及时清理超过保质期的食品,这需要执法人员在执法过程中根据该食品存在的位置(厨房还是仓库)以及是否使用过来综合判断,如果可以的话,需要根据食品进货单及食品保质期来具体核查同批次食品是否在保质期内使用的。根据已知证据,本案中的过期食品存放于仓库之中,而且尚未使用,所以不宜认定为《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第二十八条

第(八)项规定的“禁止生产经营以下食品……超过保质期食品”的行为。因此,执法部门对该公司经营超过保质期食品的行为给予没收被扣押的产品,并处20000.00元罚款的做法值得商榷。

二、货值金额与违法所得的认定问题

《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)第八十四条到第八十六条中出现“货值金额”及“违法所得”这两个词语,但对其含义却未在该法中予以明确。卫生部出台的《餐饮服务食品安全监督管理办法》里对上述两个词虽然给出了明确定义,但是界定模糊,而且日常执法中往往违法的食品涉及成品、半成品、原料、添加剂以及调味料等多种形式,执法人员比较难以认定实际经营的“货值金额”及“违法所得”,而“货值金额”与“违法所得”在餐饮安全行政处罚案件中意义重大。如果对“货值金额”“违法所得”认识不清,往往会造成违法事实认定不清、处罚额度不能确定等问题,此种情况下实施处罚,极易引起行政诉讼,甚至导致败诉的结果。

(一)违法所得及货值金额的定义

《餐饮监督管理办法》中对货值金额和违法所得的定义分别是:本办法所称违法所得,指违反《中华人民共和国食品安全法》(2009年版)《食品安全法》(2009)实施条例》等食品安全法律法规和规章的规定,从事餐饮服务活动所取得的相关营业性收入。本办法所称货值金额,指餐饮服务提供者经营的食品的市场价格总金额。其中原料及食品添加剂按进价计算,半成品按原料计算,成品按销售价格计算。

从上述定义可以看出,“违法所得”是指营业性收入,没有营业就没有违法所得,没有收入就没有违法所得。显然,“违法所得”与“货值金额”具有不同法律意义及内涵。

(二)货值金额及违法所得在实践中的认定争议

在日常执法中,由于餐饮服务食品安全环节的特殊性,食品需要现场制作,期间要经过许多环节,涉及原料、半成品、成品等过程,往往还有添加调味料及添加剂,这些环节本身不好界定,造成案件中的“货值金额”及“违法所得”不好认定,主要有四方面争议:一是定义中提到的营业性所得是指成本和利润,还是单指利润?二是调味料及添加剂的使用违法所得计算问题,比如用了半袋的味精如何计算违法所得?是计算用了半袋的味精价格还是烧菜时加该味精所有菜的价格?三是在餐馆等地发生违法行为难以认定。比如饭店卖出一桌菜,共20个品种,其中有一道菜含致病性微生物而引起食物中毒,那么在这个案件中货值金额认定是这一道菜的销售价还是一桌菜的价格?违法所得是

这道菜所产生的营业性收入，还是这一桌菜的价格？四是部分特殊经营方式违法所得及货值金额的计算问题，例如学校食堂无经营行为，违法所得就难以计算；而农村家庭宴席，本身是否算餐饮服务活动尚有争论，又如何计算货值金额及违法所得。希望能够尽快出台相关的规定，以规范行政执法行为。

三、需要解决的法律问题

（一）尽快完善餐饮服务监管的法律法规及部门规章

目前，根据了解的情况，全国大部分省份的餐饮监管中，在违法案件的行政处罚中，基本实行的是行为罚，尽管《中华人民共和国食品安全法》（2009年版）《餐饮服务食品安全监督管理办法》以及相关的规章相继出台，但是，远不适用餐饮行政执法的需要，在餐饮服务食品安全的行政执法中，有很多的问题没有明确的法律解释和具体的规定。希望尽快出台相关的规章，以对法律法规作出明确的解释和规定，以便更好地依法行政。

（二）加强执法人员的培训，提高执法人员的执法水平和执法能力

餐饮服务的监管划归食品药品监督管理部门的时间不长，执法水平不高，执法能力不强。因此，加大对餐饮执法人员的培训迫在眉睫，希望领导能够重视起来。

【整理与撰写人】包有鹏