



论竞争性食品安全监管执法制度

戚建刚 刘 菲

摘 要: 食品安全监管领域内的竞争性执法是指,通过国家法律规范授权,具备法定条件的公共组织与相应的国家食品安全监管机关之间展开食品安全监管执法比赛;同时,不同的公共组织之间,以及同一公共组织内部成员之间也展开执法资格角逐,并承担相应法律责任的方式。与食品安全监管领域的行政委托、行政授权等执法形式相比,竞争性执法具有独立和明确内涵。设计竞争性执法的理据在于:现行有效的实定法为其提供了规范依据;它具有防止国家食品安全监管机关执法懈怠和腐败,促进食品安全法律得到有效实施功能;它具有自我预防和纠正执法腐败和懈怠功能。为使该项执法形式得以实施,立法者需要为县级以上地方权力机关、公共组织、国家食品安全监管机关和社会公众配置相应的职权(权利)和职责(义务)。

关键词: 竞争性执法; 食品安全; 公共组织; 监管机关

一、问题的提出

以 21 世纪初期,我国与美国和欧盟等国家和地区在从事食品国际贸易中引发的“食品事件”,典型的如,2007 年发生的“中国制造”危机(Wang, Z. et al, 2008:27-36),特别是 2008 年发生的“三聚氰胺毒奶粉”事件作为分水岭,一场“哥白尼革命”式的食品安全监管改革在我国迅速展开(戚建刚,2014:66-86)。这场改革的基本逻辑之一是,试图通过不断修订和完善食品安全法律规范的方式来保证食品安全。可以这样认为,从 2008 年以来我国食品安全监管领域出现了少有的制定或修订法律规范的黄金期^①。然而,不论是从频繁发生的食品安全事件所获得的感性证据,还是通过实证调查研究所获得的理性认识(戚建刚、郭永良,2015:133-140)都表明:食品安全领域的诸多法律规范却难以得到各级各类国家监管机关的有效执行。那么如何化解这一难题。对此,理论界和实务部门同仁已经作了一些研究^②。然而,考察现有研究,可以发现人们总是把确保食品安全法律得到有效执行的重任“托付”给国家食品安全监管机关(主要指国家食品药品监督管理部门,以下简称监管机关),并坚守着这样一种理念,即执行食品安全监管法是既定的国家食品安全监管机关固有之事。但是,食品安全监管领域大量存在的保护主义、寻租等违法和滥用权力现象,以及诸多食品安全事件不断爆发的残酷事实表明,现有的以“监管机关作为垄断者或主导者的执法形式”再也难以实现立法者的初衷。由此,针对食品安全法律难以得到监管

^①据不完全统计,从 2008 年以来我国制定或修订的食品安全监管法律规范(包括司法解释)超过 150 部。参见国家质量监督检验检疫总局食品生产监管司编:《食品安全监管法规文件汇编》(上、下),中国质检出版社、中国标准出版社 2012 年。

^②比如,徐汉民:《法治的核心是宪法与法律的实施》,载《中国法学》2013 年第 1 期,第 39 页。

机关有效执行的难题,以及学界不尽如人意的研究现状,笔者认为,在该法律领域,应当建立“竞争性”执法。围绕这个基本论题,本文分析框架主要由三大部分构成:一是从学理上阐述“竞争性”执法的基本含义;二是论证“竞争性”执法的合理性基础;三是论述食品安全法律规范对“竞争性”执法之建构。

二、“竞争性”执法的基本含义

(一) 竞争性执法之界定

从词组构造来分析,界定竞争性执法的关键是如何理解“竞争”这一术语。根据《辞海》的解释(夏征农、陈至立,2009:2010),竞争本是生物学上的一个概念。它是指同种或异种个体(物种)间为了争夺共同资源而相互施加不利影响的现象,含有相互争胜的意思。从社会学角度而言,竞争具有四项特征:一是它必须是人们对于一个相同目标的追求;二是这个追求的目标必须是较少和比较难得的;三是竞争的目的在于获取目标,而不是反对其他竞争者;四是竞争按照一定的社会规范进行。为了防止竞争发展成为人们之间的直接反对关系,就必须制定一些为竞争各方都必须遵守的规则。据上述解释,竞争性执法是指,在食品安全监管领域,通过国家法律规范授权,具备法定条件的公共组织就某一或某些食品安全法律规范的执行与相应监管机关之间展开比赛;同时,不同的公共组织之间,以及同一公共组织内部成员之间就执法资格也展开角逐,并承担独立法律责任的方式。对于该定义,需从如下方面来理解。

1. 从行使监管权主体而言,它们是符合法定条件的公共组织。公共组织通常是具有监管某一或某类食品安全所需要的技术、人力和物力,熟悉调整该类食品安全的法律规范,但不属于国家行政机关的行业组织。比如,食品餐饮业协会相对知悉餐饮类食品存在的安全风险,熟悉《餐饮服务许可管理办法》等法律规范;食品添加剂行业协会具有较强的人力 and 物力技术来掌握各种类型的食品添加剂风险,它们对调整食品添加剂的法律规范也比较了解;其他的诸如乳制品、农产品、水产品等行业协会。它们都是某一食品领域的行家里手。不仅如此,公共组织是处于不断更替或轮换中的主体。换言之,与监管机关展开竞争的公共组织并不是一成不变的,而是当出现法律规范所规定的条件时,比如,存在寻租或滥用权力或无法胜任等情况,该公共组织就丧失执法资格,失去与监管机关展开执法竞争的机会,而由其他符合条件的公共组织来替代。

2. 从权力来源而言,公共组织依据国家特定法律规范的授权来行使监管权。所谓特定法律规范授权包括三层含义:一是公共组织的监管权力不是来源于该组织章程或成员委托,而是来源于国家法律规范的授权;二是国家法律规范不是组织法意义上的法律规范,而是行为法意义上的法律规范。这就表明,这种授权通常是有期限的,并且授权的范围通常限于执行某一或某类食品安全法律;三是从法源来分析,授权规范包括狭义的法律、行政法规和地方性法规。政府规章不宜作为直接授权依据。

3. 从竞争对象而言,既包括监管机关,也包括公共组织及其成员。存在竞争对象是这种新型执法形式的重要特征。竞争对象包括四类:第一类是从中央到地方的各级监管机关。第二类是符合法定条件的,经过特定程序产生的从而具有与监管机关展开执法竞争资格,并行使特定类型食品安全监管权的公共组织。第三类是具有潜在的符合法定条件,因而具有潜在的执法竞争资格的公共组织。第四类是属于符合法定条件的公共组织的内部成员。由于从名义而言,公共组织虽然以“组织”身份在行使监管食品安全的权力,但实际运用权力的主体是公共组织的成员。这些成员也将成为竞争对象。他们的竞争对手是那些尚未正式进入该组织的人员。需要注意的是,如果对在某一时期的某一食品安全的监管存在多个公共组织时,那么尽管有多个公共组织已经具备了法定的竞争资格和执法条件,然而,依然可以区分“正式成员”与“替补成员”——类似于足球比赛中的正式球员和替补球员,让条件更优越的公共组织优先与监管机关展开执法比赛。换言之,从执法效率考量,在某一时期和某一行政辖区,就某一类型的食品安全监管而言,与监管机关展开竞争的公共组织具有唯一性。但这种唯一性并不表明该公共组织就获得垄断性的竞争或执法资格,而是表明相对于其他符合法定条件的公共组织,它的条件具有相对优势。因而,如果出现法定的丧失执法竞争资格的情况,替补成员就能立即代替之。由此,不仅符合法定条件的公共组织与监管机关之间展开竞争,而且当存在多个符合法定条件的公共组织时,所谓的“正

式成员”与“替补成员”之间也展开竞争。此外，暂时不符合法定条件的公共组织与那些已经符合法定条件的公共组织之间也存在竞争。

4. 从竞争形式而言，则存在三种类型^①。一是依法主动申请。即公共组织依法主动申请加入监管机关就某一或某类食品安全监管执法活动。只要存在需要监管机关履行监管食品安全职责的情形，比如，公民举报某一食品安全风险或者发生食品安全事故，那么符合法定条件的公共组织可以主动申请参加其执法活动；二是邀请参加。即监管机关在依职权启动监管执法程序之前，主动邀请公共组织参与自身的执法活动；三是依法自主执法。即在法律所规定的特定条件下，公共组织有权自主开展某一或某类食品安全执法活动。比如，某辖区内的监管机关存在不作为或迟延作为情形，或者，发生大规模腐败窝案，以至于短期内缺乏足够的执法力量。在这三种形式中，第三种形式竞争性最强。因为在很大程度上，它将“取代”监管机关的执法地位。

5. 从竞争目标而言，公共组织及其成员意图获取的主要是与食品安全监管权力相匹配的作为有形财富的执法预算、罚没财产的分成收入，以及与执法相伴随的声誉等无形利益。从竞争的词义中不难发现，主体之间相互竞争是以比较稀缺的特定目标为已任的。就食品安全监管领域内的执法竞争而言，公共组织及其成员意图实现的目标就是与行使食品安全监管权力、履行食品安全监管法律相伴随的各种有形和无形的财富。比如，部分执法经费和罚没收入等财产性收益，以及享有的执法声誉等非财产性收益。当然，此类财产性或非财产性收益如何配置，从而能够有效激励公共组织严格执法，从而实现立法目的，依然有赖于法律规范의 精心设计。

（二）与相关执法形式之辨析

1. 与行政委托的联系和区别。依据学界通说，食品安全监管领域的行政委托是指，监管机关委托非国家行政机关的社会公权力组织或私权利组织，以其名义行使某种食品安全监管职能，并由该监管机关承担相应法律责任的制度（姜明安，2005：145-146）。竞争性执法与行政委托的相似之处是，它们都是由非国家行政机关的社会组织来行使权力，执法目的都是为了获取一定的物质或非物质财富。但它们之间存在质的区别，主要表现为：一是权力来源不同。公共组织的权力来源于国家法律和法规的授权或设定，受托人的权力来源于监管机关委托；二是行为名义和法律效果归属不同。竞争性执法中的公共组织以自身名义行使监管权力，并由自身独立承担相应法律效果。从行政法学理而言，它们具备行政主体资格。受托组织以监管机关的名义行使权力，法律效果由监管机关来承担。从行政法学理而言，它们仅仅是行为主体。三是竞争性程度不同。竞争性执法中的公共组织及其工作人员都带有流动性和轮换性，并且这种流动性和轮换性具有一定的强制性，即只要符合法律所规定的流动或轮换条件，就应当流动或轮换。行政委托的竞争性则非常之弱。虽然监管机关可以委托不同组织来行使权力，由此，不同的受托组织之间体现了一定的竞争性，但是否委托通常取决于监管机关的裁量，并且，受托的公共组织与委托的监管机关之间并不存在竞争关系。

2. 与行政授权的联系和区别。食品安全监管领域的行政授权是指，监管机关在法律、法规许可条件下，依法将自己行使职权的全部或部分转让给有关组织（被授权人），后者据此以自己的名义行使该职权，并承受该职权行为效果的法律制度（胡建森，1994：71-72）。竞争性执法与行政授权的联系在于：行为名义、法律效果归属以及执法目的具有相同性，即公共组织和被授权组织都以自己名义行使权力，并以自己名义承担相应的法律效果，且都是为了追求一定的物质或非物质财富。但它们之间也存在重大区别：一是权力来源不同。竞争性执法中的公共组织的权力来源于国家法律和法规的授权或设定，而被授权人的权力来源于监管机关的依法转让；二是竞争性程度不同。竞争性执法的最大特点是公共组织与监管机关之间，公共组织之间，以及公共组织内部成员之间相互竞争。行政授权则不具有竞争性。因为行政授权制度的目的主要是为了减轻监管机关的执法负担。三是行使权力的主体范围不同。竞争性执法

^①有学者可能会提出质疑，如何解决公共组织与监管机关的管辖权争议问题。事实上，公共组织依法主动申请或邀请参加执法都没有突破现行法律所规定的管辖权问题。而公共组织依法自主执法则是在出现法定条件下，代替了监管机关的执法，由此，也不存在管辖权冲突问题。

中的公共组织是监管机关之外的公共组织,而行政授权中的被授权人既可以是国家行政机关,也可以是国家行政机关之外的公共组织。

3. 与行政参与的联系和区别。作为一种执法形式的行政参与是指,通过座谈会、听证会等形式,特定主体^①参加监管机关的执法活动,并向其表达相应诉求的行为(王锡锌,2010:3-10)。竞争性执法与行政参与的联系在于,在价值理念上两者存在重合性,即它们都隐含着社会组织参与公共事务管理的民主价值。但它们之间存在显著差异:一是从主体角度观察,竞争性执法中的公共组织是依法享有公共权力的主体,而行政参与中的私方主体是依法行使参与权利的主体。前者是权力主体,后者是权利主体。两者存在本质差别;二是从法律效果角度观察,竞争性执法中的公共组织以自己名义行使公共权力,承担相应的法律效果。而行政参与中的私方主体虽然以自己的名义行使权利,但无权作出行政行为,对行政行为也不承担法律责任。三是从竞争程度角度观察,竞争性执法中的公共组织对食品安全监管活动构成强大的竞争,在特定情形之中,甚至“取代”监管机关来作出行政行为。行政参与中的私方主体对食品安全监管活动不构成竞争。他们仅仅向国家监管机关提出建议。

三、“竞争性”执法的合理性基础

1. 现行有效的实定法为竞争性执法提供了规范依据。从1982年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)规定来看,至少这些条款为竞争性执法提供了依据。比如,《宪法》第2条第3款规定,人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。依据文义,《宪法》所规定的“人民”虽然是个政治术语,但“人民”的范围其实非常广泛,只要是与“敌人”相对立的人,也就是拥护四项基本原则的人都可以视为是“人民”。可见“人民”当然能够涵盖依法履行职责的公共组织。而《宪法》所规定的“各种途径和形式”无疑包含竞争性执法。因为竞争性执法无非是国家法律规范授予社会公共组织监管食品安全的一种途径或方式。如果从委托与代理关系来分析,委托人是国家法律规范的制定者,而代理人则是公共组织。换言之,竞争性执法是作为代理人的公共组织(本身就是人民的组成部分),受国家有权机关委托(本身就是代表人民行使权力的机构)来监管食品安全。而《宪法》这一条款所规定的“国家事务,社会事务”范围极其宽泛,食品安全必然属于该领域。可见,《宪法》第2条第3款直接为竞争性执法提供了规范依据。又如,《宪法》总纲部分规定“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织……负有保证宪法实施的职责”。这里的关键是如何理解“实施”这一术语。根据我国法理学界的通说,“实施”包括立法、执法、守法和司法等内容(张琪,1999:40-43)。可见,“实施”能够涵盖竞争性执法。因为竞争性执法无非是执法的一种新形式。不仅如此,现行的食品安全法律也为竞争性执法提供了规范基础。比如,《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第3条从原则高度规定,食品安全工作实行社会共治。据此,“社会共治”是我国食品安全监管的原则。而该原则无疑能为竞争性执法提供规范依据。因为竞争性执法所强调的公共组织主动申请或邀请加入监管机关的执法活动,或者在特定情形下“取代”监管机关直接执法,实质上是公共组织监管机关共同治理食品安全的表现。可见,不论是《宪法》,还是单行食品安全法都能直接或间接为竞争性执法提供规范依据。然而,有学者可能会提出疑问,这些规定同样为其他执法形式提供依据,比如,参与式执法,由此,从这个层面来为竞争性执法提供合理性基础并不表明其具有比其他执法方式更强的优势。对此质疑,笔者表示认同。的确,如果对竞争性执法合理性的论述仅仅停留在与其他执法形式类似的合理性依据上,则将大大降低其吸引力。然而,这一角度的论述依然必要,因为这至少表明,作为一种新型执法方式,它并没有脱离于实定法。

2. 竞争性执法具有防止监管机关执法懈怠和腐败,促进食品安全法律得到实施的功能。当前我国食品安全事故频发,食品安全法律被虚置现象比较严重,如果从监管机关与食品生产经营者之间关系角度来分析,则主要是因腐败而引发的执法懈怠:监管机关与食品生产经营者合谋以牺牲消费者的身

^①通常是与食品安全监管活动具有利害关系的公民、法人和其他组织。

体健康等公共利益为代价来获取非法利益,而违法行政则表现为:行政不作为、迟延作为,部分作为、选择性作为、运动式执法等。对此问题,日本学者也指出:“人们一般只要求行政机构保持有效、适时的工作状态,但是没有注意到可能会出现的一种情况,就是特定官厅由于多年主管某个领域,就会与该领域的企业建立特殊关系,经常性的接触会导致对问题的看法上的转变,法律的执行就会背离预期的轨道(田中英夫、竹内昭夫,2006:190)。”那么如何破解这一执法难题^①。依笔者之见,引入竞争性执法既有助于破解当前食品安全领域的执法难题,也能促进食品安全法律有效实施,产生“一箭双雕”之功能。具体理据则可以运用法律经济学中的博弈原理来分析。为此,首先需要确定个体主义的方法论假定,即“社会理论的研究必须建立在对个人意向和行为研究、考察的基础之上,社会的最终目标是个人福祉(蒋兆康,2012:1108)。”换言之,需要透过作为组织的执法者,而应当将具体的执法人员作为分析基本单元^②。其次,需要确定统一的理性人假设。即食品安全监管机关的工作人员、公共组织的成员,以及食品生产经营者等个人都是理性行为者或功利最大化者。

以上述假设为基础,借助于博弈论原理,以某一食品生产经营者与监管机关之间的关系为例来加以分析。对食品生产经营者而言,它要么选择“遵守食品安全法律”的策略,要么选择“规避食品安全法律”的策略。显然,选择“遵守食品安全法律”的策略要付出较高成本,而选择“规避食品安全法律”的策略则付出较少成本。对监管机关而言,它要么选择“不严格执法”的策略,要么选择“严格执法”的策略。由于选择“严格执法”策略,执法成本比较高,而选择“不严格执法”策略,付出的执法成本自然较低。只要选择“遵守食品安全法律”策略的成本高于选择“规避食品安全法律”策略的成本,食品生产经营者就有动力俘获监管机关,否则,它宁愿选择“遵守食品安全法律”策略。同理,只要选择“严格执法”策略成本高于选择“不严格执法”策略成本,监管机关也有动力采用“不严格执法”策略。而要让监管机关选择“不严格执法”策略,食品生产经营者可以实施各类俘获方式,但俘获监管机关也需要成本。从理性人角度而言,只要食品生产经营者所付出的俘获成本小于选择“遵守食品安全法律”策略所付出成本与选择“规避食品安全法律”策略所付出成本之间的差,他们就有动力去俘获监管机关;对监管机关而言,食品生产经营者付出的俘获成本就是其收益,但只有该收益大于选择“严格执法”策略所付出成本与选择“不严格执法”策略所付出成本之间的差时,监管机关才有动力被俘获。通过对这样一个简单的博弈关系分析,不难发现,在一定条件下,监管机关和食品生产经营者存在“合谋”动力,从而出现监管机关(工作人员)因从食品生产经营者获取一定非法利益而产生执法懈怠现象。

可是,如果作为竞选性执法者的公共组织,比如,食品安全保护协会,出现在监管机关与食品生产经营者的执法博弈中,如果满足信息透明的条件,那么食品生产经营者若想选择“规避食品安全法律”的策略,就要同时俘获公共组织和监管机关,就需要付出双倍的俘获成本。此时,作为理性的食品生产经营者就没有充分激励来同时俘获公共组织和监管机关,而监管机关也缺乏足够的动力来与食品生产经营者合谋,选择“不严格执法”策略。更为重要的是,在仅存在食品生产经营者与监管机关两个主体的博弈关系中,当双方实施合谋侵害消费者等主体的合法利益时,虽然现行食品安全法律对它们都规定了非常严重的处罚,以起到威慑作用,但是由于这种合谋非常隐蔽,因而真正查获的概率非常之小。可是,当作为竞争性执法主体的公共组织出现时,原先两方主体之间的隐蔽的合谋关系将难以维系。即使勉强维系,被发现的概率将成倍地增加。因为竞争性执法主体将全程参与,甚至代替监管机关的执法。这就进一步降低了食品生产经营者选择“规避食品安全法律”的策略的动力。

退一步而言,如果食品生产经营者、监管机关,以及在任的公共组织三者间维系合谋关系,共同实施违法行为,那么情况将会如何?虽然这在理论上存在可能性,但三方所要付出的成本都很大,并且它们之间缺乏信任基础。因为,一方面,“潜在”的公共组织“密切关注”着现任的公共组织,作为理性人,它们

^①从实践来看,我国政府主要采取两种途径:一是权力机关或上级行政机关的督查和检查;二是借助社会公众力量来促进执法,比如,实施有奖举报奖励制度。可是,这两种途径的效果均不佳。参见吴元元:《双重博弈结构中的激励效应与运动式执法》,载《法商研究》2015年第1期,第54~59页。

^②参见周黎安:《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》,载《经济研究》2007年第7期,第36~50页。

“期待”现任的公共组织出现违法行为,从而取代之;另一方面,现任的公共组织也“密切关注”监管机关,作为理性人,它们也“渴望”取代之。这虽是简单的博弈分析,但它折射出的原理却具有普适性:即至少在一轮博弈中,一旦竞争性执法主体加入博弈过程,食品生产经营者若要同时俘获监管机关和公共组织,除需付出双倍的俘获成本外,还将面临因被查获的概率显著增加而受到额外的极重的处罚的境地。面对这种高昂的成本,作为理性人,它们宁可选择“遵守食品安全法律”的策略。与之相对,监管机关和公众组织也缺乏足够的动力与食品生产经营者“合谋”,选择“不严格执法”策略。这就证明了竞争性执法具有防止监管机关执法懈怠和腐败,促进食品安全法律得到实施的功能的观点。对于这一推理过程,有学者可能会提出反对意见,因为他们会认为在食品安全监管实践中,监管机关与食品生产经营者,以及公共组织之间不是一轮博弈,而是两轮或多轮博弈,那么一轮博弈所得出的结论能否适用于两轮或多轮博弈的情形?答案显然是肯定的。对此,博弈论的理论已给出回答(张维迎,2014:36-46)。

3. 竞争性执法具有自我预防和自我纠正执法腐败和懈怠的功能。正如监管机关会出现执法腐败和懈怠,竞争性执法中的公共组织同样会出现执法腐败和懈怠,那么谁来监督公共组织。对此,美国行政法学者苏珊·夏皮洛曾经强烈反问道:由于对第N顺序的监管者的不信任,我们就设计了第N+1顺序的监管者,以致无限后退(Shapiro,1987:623-658)?笔者认为,现有的提出设计下一个监管者来监督前一个监管者的方式是一种相当机械的观念。竞争性执法其实隐含着竞争性监督的意蕴,它具有自我预防和自我纠正执法腐败和懈怠的功能。这样一种理念来源于自由市场经济下的竞争:当一个市场中仅仅存在一家或少数几家垄断企业时,它们不仅不会降低商品价格,而且还不会提供优质商品。于是竞争性市场的观念便产生了。只要不存在进入市场的可怕障碍,新企业将以更低价格和更优质商品进入市场,促使垄断企业降低成本,提升商品质量,否则,将被市场所淘汰。这样一种市场原则同样适用于食品安全执法领域。在信息透明前提下,并辅之以相应激励机制,如果具有执法资格的作为“正式队员”的公共组织出现执法腐败和懈怠时,那么“替补队员”将取代之;而那些在“场外”的具有潜在的执法资格的公共组织也将虎视眈眈的“盯”着“场内”公共组织的位置。这是两种整体意义上的公共组织之间的竞争。而具有执法资格的公共组织内部成员之间也存在相互竞争和淘汰,那些具有公共精神,愿意担任公共执法职责的公民个体随时准备取代那些因为执法腐败和懈怠的正式的执法人员。这是个体意义上的公共组织的成员与公共组织之外的成员之间的竞争。这两种竞争所隐含的理念就是自由市场经济中的竞争理念。它能够促使“在位”的公共组织及其执法人员自觉依法履行职责,提供更好的执法产品和服务。由此可见,如果说防止监管机关执法懈怠,确保食品安全法律实施是竞争性执法首要的且具有特色的功能,那么自我预防和自我纠正执法腐败和懈怠则是其第二个颇具特色的功能。两者构成了其具有合理性的更为强大的理据。这种多重功能相互叠加的优势是食品安全执法领域中的其它执法形式所不具有的。

四、食品安全监管法对竞争性执法的建构

(一) 公共组织及其成员的职权(权利)与职责(义务)配置

1. 全程参加监管机关执法活动之权力。立法者需规定,公共组织有权主动申请参加或接受邀请参加监管机关执法活动。即当监管机关依法启动执行某一或某类食品安全法律程序时,需在法定期限内通知公共组织参加执法活动,或者,公共组织应依职权在法定期限内主动申请加入监管机关的执法程序。这表明,申请参加或接受邀请参加监管机关执法活动是公共组织依法需履行的职权和职责。

2. 在特定条件下,依法自主执法之权力。立法者需规定,在特定条件下,公共组织享有依法自主执行食品安全法律规范之权力。特定条件表明,公共组织依法自主执法是它的一种例外性权力,而参加监管机关执法活动则是其常态性权力。这里的特定条件至少包括三种情形:一是监管机关无辜不依法受理或不依法启动特定相对人关于食品安全事件的举报、投诉等请求,特定相对人转而向公共组织提出的,即只要相对人有证据表明已经向监管机关提出启动食品安全执法的请求,但监管机关无辜不在法定期限内受理或依法启动执法程序,相对人就可以向公共组织提出相同请求,此时,公共组织应当依法自主启动执法程序;二是监管机关不依法依职权开展食品安全执法调查活动,致使一个工作年度内本行政

区域内发生两次以上较大级别食品安全事件的^①，公共组织有权在法定期间内开展自主依法活动。这一规定表明，立法者已对国家食品监管机关的执法能力表示严重不信任，因而授权公共组织在法定期间内，比如，6或12个月，依法自主开展执法活动。此时，公共组织就与监管机关并行执行食品安全法律，展开正面竞争；三是监管机关发生重大腐败或其他严重违法行为的，比如，监管机关首长或多个执法部门负责人因腐败而丧失执法资格。此时，监管机关的执法能力受到严重削弱，社会公众对其执法声誉也失去信任，公共组织有权在法定期间内依法自主开展执法活动。这里的法定期间可以是6或12个月。

3. 知情权、评议权和作出决定权。正如美国行政法学者斯蒂芬·布雷耶所指出的，信息是行政机关实施规制的命脉或血液(Breyer, 1981: 109)。公共组织参加食品安全监管机关的执法活动需要以知情为前提。由此，知情权是公共组织享有的一项基础性权利。立法者需要规定，公共组织依法享有知晓和获取食品安全监管机关执法活动信息的资格。为了确保公共组织参加食品安全监管执法活动的有效性，其所享有的知情权是全面的和完整的，即信息应当涵盖食品安全监管机关执法活动的全过程。评议权是公共组织对食品安全监管机关执法活动过程提出意见和评价的权利。这项权利不仅具有监督监管机关执法的功能，而且也具有支持和协助其科学执法的作用。为了让评议权真正发挥功能，食品安全监管法应当规定，未经公共组织的评议，监管机关不能作出最终执法决定。作出决定权是指，公共组织享有对执法活动作出决定的权力。公共组织不论是以参加者身份参与执法，还是以独立自主身份执法，立法者都需要规定其享有作出决定的权力。这一方面体现了公共组织是一个具有独立行为能力因而能承担法律责任的主体；另一方面也有助于与监管机关展开竞争，促使双方都依法履行职责。

4. 获得报酬的权利。作为理性经济人，公共组织与监管机关展开执法竞争的主要目标是为获取与执法权力相伴随的物质或非物质财富。由此，立法者需规定公共组织及其工作人员享有获取执法经费、补贴和劳务报酬等物质性财富的权利，以及获得嘉奖、记功等声誉或名誉上精神性奖励的权利。对这一权利，学者们常不会质疑，但有人可能担心，这不是将增加纳税人的负担，无形之中加大执法成本？这就涉及公共组织获得的物质性财富从何出支付的问题。笔者认为，需区分两种情况：一是公共组织参加食品安全监管机关执法的情形，此时，他们就类似于“特殊咨询员”，所需费用由财政统一支付，为有效利用财政支出，也为了给予充分激励，立法者可规定根据他们参加执法“次数”来支付报酬；二是公共组织自主开展执法活动的情形。此时，他们就是独立的行政执法主体，所需经费来自两部分：食品安全监管机关执法预算的分成部分；罚没收入中的分成部分。同样，为给予充分激励，立法者可规定根据开展执法活动的“时间”来支付报酬，即如果公共组织在法定期间内获得自主开展执法权力，那么在该期间内就能获得报酬，报酬的数额要等于监管机关在同等期间内的支出，诸如工资和津贴，执法费用等。为了惩罚食品监管机关执法腐败和渎职，立法者可以规定在公共组织自主执法期间之内，监管机关及其工作人员的执法费用将减少，工资和津贴等收入将减扣，从而弥补因公共组织执法而产生的执法费用。

除了上述最为重要的职权(权利)和职责(义务)之外，立法者还需要规定公共组织应当履行如下职责：公开执法信息的职责，说明理由的职责，参加监管机关执法会议的职责等。

(二) 国家食品安全监管机关的职责和职权的配置

1. 依法邀请和接受公共组织参加食品安全执法活动的职责。如果说接受监管机关的邀请或申请参加执法活动是公共组织的两项职权，那么依法邀请和依法接受则是监管机关的两项重要职责。立法者需要规定，监管机关依法履行执法职责时，应当在法定期限内(通常是启动正式执法程序之前的3天)履行邀请公共组织参加自身执法的职责，或者，当公共组织提出申请参加执法时，应当在法定期限内(通常是提出申请的3日之内)作出接受申请的职责，否定，将承担不利的法律后果。

2. 公开食品安全执法信息的职责。与公共组织享有知情权相对应，监管机关需要履行公开食品安全执法信息的职责。立法者为监管机关设定此项职责的关键是如何正确理解“信息”这一词的含义。笔者认为，监管机关履行公开信息职责至少体现为两个层次：一是就公开信息范围而言，则包括两种类型。

^①对于何谓较大级别以上突发公共事件，需要依据《中华人民共和国突发事件应对法》第3条规定来认定。

(1) 监管机关在日常食品安全执法活动中制作或者获取的内部管理信息以及处于讨论、研究或者审查中的与食品安全执法有关过程性信息。它们一般不属于《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《政法信息公开条例》)所规定的应当对社会公众公布的信息^①。(2) 依据《政府信息公开条例》的规定,对公民、法人和其他组织等申请人公开的信息。对于这两类信息,特别是与食品安全执法活动有关的内部管理活动信息和过程性信息,监管机关都应当向公共组织公开。换言之,依据《政府信息公开条例》的规定,通常情况下对于公民、法人和其他组织不公开的信息,监管机关都应当向公共组织公开。二是就公开信息的程度而言,监管机关应当将整个执法过程中的信息都向公共组织公开,诸如,执法会议纪要等。

除了上述最为重要的职责之外,立法者还需要规定监管机关履行如下职责:为公共组织参加执法提供便利的职责,比如,提供执法信息材料,及时通知公共组织参加执法;说明理由的职责,即监管机关拒绝公共组织提出的参加执法的申请,或者没有向公共组织公开执法信息,都应当向公共组织说明理由。

(三) 社会公众的权利与义务的配置

1. 向公共组织提出申请、举报、指控等请求权。引入竞争性执法无疑为社会公众寻求执法保护提供了可供选择的途径。况且,相对于监管机关,公共组织由于缺少官僚气息,无疑能够增进与公众之间的信任感。由此,社会公众向公共组织提出执法请求权的频率将增加。然而,需要指出的是,相对于监管机关,公共组织在人力、物力、财力方面毕竟存在差距,在通常情况下,公共组织无法代替监管机关成为主导的执法主体。由此,社会公众向公共组织提出申请、举报、指控等请求权时将受到限制,即立法者需要规定社会公众应当首先向监管机关提出,如果有证据表明被否定或拒绝,才能向公共组织提出。当然,在公共组织依法享有自主执法权时期,则是例外。

2. 获得救济的权利。由于从法律属性而言,公共组织其实是法律和法规授权组织,因而,当它们在行使涉及食品安全方面的监管权力时,具有行政主体的法律身份,其行为属于行政行为。那么,当公民、法人或其他组织对公共组织的行政决定不服,就有权依据行政复议法和行政诉讼法的规定寻求救济。需要注意的是,公共组织的行政决定,既包括公共组织在参加监管机关执法过程中所作出的行政行为,也包括自主执法过程中所作出的行政行为。

除上述基本权利外,社会公众还享有要求公共组织公开执法信息的权利、依法说明理由等权利。

(四) 县级以上地方权力机关的职权和职责的配置

配置县级以上地方权力机关职权和职责的目的则是,为了让它们承担起设计竞争性执法的执法主体——公共组织——的组织结构,并考核公共组织及其工作人员的任务。由于竞争性执法涉及公共组织与食品安全监管机关之间的执法比赛,由此,交由县级地方人民政府来设计或考核有违正当程序之嫌。而县级以上地方权力机关(包括常委会)作为法律监督机关,由它来担任该任务则比较适当。为此,它们需要履行下列职权和职责。

1. 确定符合法定条件的公共组织及其工作人员的职责。根据本辖区内(通常以县或区级为单位)食品安全严重程度,食品发展现状,以及食品安全执法形势,县级人大常委会依据不同类型的食品安全来依法确定特定公共组织作为竞争性执法主体。这里的法定条件,需要有国家法律和法规来规定,比如,具备相应的专业人员和知识。由于公共组织并不是主导性的执法主体,因此,对于准入条件,国家的法律和法规无需规定非常严格,甚至可以授权县级权力机关根据本地实际情况自行规定。除了确定正式的公共组织作为执法主体之外,县级人大常委会还可以确定潜在的公共组织和替补的公共组织,以便对正式的公共组织形成竞争压力。对于公共组织的工作人员,县级人大常委会可以通过公开招聘的方式进行,对于合格的人员,可以签订执法合同,并在合同中规定相应的权利和义务。

2. 定期开展对公共组织及其工作人员的竞争考核的职责。为确保竞争性得到实施,县级人大常委会还需承担的另一项重要职责即定期开展对公共组织及其工作人员的竞争考核。即如果出现法律所规定的条件,比如腐败、执法能力下降、渎职、违反执法合同、非法收取行政相对人的金钱财物等,那么县级

^①参见2010年国务院办公厅颁布的《关于做好政府信息依申请公开工作的意见》第2条的规定。

人大常委会应撤销特定公共组织的执法资格,解除特定工作人员的执法合同,由符合条件的其他公共组织或工作人员承担竞争性执法。对考核合格的公共组织和工作人员,则应续聘并给予物质和精神奖励。

除了上述两项最重要的职权(职责)之外,县级以上地方权力机关还应当履行的一项重要职责就是保障公共组织及其工作人员依法及时获得执法报酬,确保其有足够的动力来监管机关展开执法角逐。

参考文献:

- [1] 胡建森(1994).有关中国行政法理上的行政授权问题.中国法学,2.
- [2] 姜明安(2005).行政法与行政诉讼法.北京:北京大学出版社、高等教育出版社.
- [3] 蒋兆康(2012).法律的经济分析.北京:法律出版社.
- [4] 戚建刚、郭永良(2015).论衡量制约公共风险监管法制信任度的基本变量.江汉论坛,9.
- [5] 戚建刚(2014).食品安全风险评估组织之重构.清华法学,3.
- [6] [日]田中英夫、竹内昭夫(2006).私人在法实现中的作用.北京:法律出版社.
- [7] 张琪(1999).法律实施的概念、评价标准及影响因素分析.法律科学,1.
- [8] 夏征农、陈至立(2009).辞海.上海:上海辞书出版社.
- [9] 王锡铤(2010).我国行政决策模式之转型.法商研究,5.
- [10] 张维迎(2014).博弈与社会.北京:北京大学出版社.
- [11] Stephen Breyer(1982).*Regulation and Its Reform*,Cambridge, Massachusetts:Harvard University Press.
- [12] Shapiro,Susan(1987).The Social Control of Impersonal Trust.*American Journal of Sociology*, 93.
- [13] Wang,Z. &Y. Maoa & F. Gale(2008).Chinese Consumer Demand for Food Safety Attributes in Milk Products.*Food Policy*,33.

On the Competitive Law Enforcement System of Food Safety Regulation

Qi Jiangang (Zhongnan University of Economics and Law)

Liu fei (Zhongnan University of Economics and Law)

Abstract: The mean of the competitive law enforcement system in the field of food safety regulation is that, by the delegation of the legal norms of the state, the public organizations with the statutory requirements compete with the appropriate food safety regulatory authorities to enforce the law of food safety regulation, and the different public organizations, as well as the members of the same public organization compete with the law enforcement qualification. They bear the corresponding legal responsibility. Compared with other law enforcement types, in the food safety regulation field such as administration commission, administrative authorization, the competitive law enforcement has a separate and clear connotation. The justifications of designing competitive law enforcement are that: the currently positive law provides a basis for the competitive law enforcement; it has the function of preventing the national food regulatory authorities slack and corruption. It has the function of self-prevention the corruption and slack of law enforcement. In order to be implemented the competitive law enforcement, the food safety lawmakers should design the appropriate authority (the rights) and duties (obligations) for the local authorities of county level, the public organizations, the national food safety regulatory authorities and the public.

Key words: competition law enforcement; food safety; regulatory authorities; public organizations

■作者地址:戚建刚,中南财经政法大学法治发展与司法改革中心,中南财经政法大学法学院;湖北 武汉 430073。

Email:qjgyxm@sina.com。

刘菲,中南财经政法大学应急法研究所,湖北警官学院。

■基金项目:国家社会科学基金后期资助项目(15FFX016)

■责任编辑:李媛

