

美国食品安全法律治理的新发展及其对我国的启示

——以美国《食品安全现代化法》为视角*

韩永红**

内容提要:在食品安全治理方面,近年来美国做出了重要的立法举措。其《食品安全现代化法》从预防性控制、应对措施、进口食品的监管及合作伙伴关系等方面对美国的食品安全治理体系进行了力度最大的一次改革。该法对美国国内的食品安全治理有重大影响,与现行的食品安全国际法律机制存在潜在冲突。以美国食品安全法律治理的新发展为启示,我国应以《食品安全法》的修订为契机,综合运用行政规制、司法规制和私人规制完善我国的食品安全治理机制;通过国际合作提升食品安全能力建设;利用现行食品安全国际法律机制对抗贸易保护主义。

关键词:食品安全 美国《食品安全现代化法》 行政规制 司法规制 私人规制

DOI: 10.13415/j.cnki.fxpl.2014.03.009

一、引言

面对食品安全治理的严峻形势,近年来我国在食品安全立法与监督管理体制改革方面做了不懈的探索。目前,食品安全监管职责整合后的国家食品药品监督管理总局已经组建,《食品安全法》的修订也正在进行之中。这意味着我国的食品安全法律治理机制面临着一次新的提升契机。^①有效把握这一契机不仅要立足于中国国情,也要具有全球视野,关注食品安全治理发展的新趋势,借鉴他国经验,为我所用。

在食品安全治理方面,近年来美国做出了重要的立法举措。2011年通过的美国《食品安全现代化法》(FDA Food Safety Modernization Act,以下简称“FSMA”)对《联邦食品、药品及化妆品法》(1938年)进行了大规模修订,授予美国食品和药品管理局(U.S. Food and Drug Administration,以下简称“FDA”)以更大的监管权力和更高效的监管工具,旨在保证美国本土食品及进口食品的安全性。尽管FSMA只是美国的国内法,但鉴于美国在全球食品供应链中的重要地位^②和美国法律的全球化影响力,^③FSMA的“法律溢出”效应不容忽视。FSMA对美国食品安全治理将产生何种影响?FSMA与现行食品安全国际法律机制之间是否存在冲突?FSMA对我国食品安全治理的启示又有哪些?由于该法的生效与实施并不同步,许多规定尚需由相关联邦机构制订细则和指引,整个法律的完全实施需待至2015年甚至更长的时间。^④因此在FSMA颁行近3年之

* 本文受广东省哲学社会科学“十二五规划学科”项目《私人治理规制》(项目批准号:GD13XFX04)的资助。

** 广东外语外贸大学加拿大研究中心研究员、国际商务英语学院副教授,法学博士。

① 十八届三中全会做出的《中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出,我国将“完善统一权威的食品药品安全监管机构,建立最严格的覆盖全过程的监管制度,建立食品原产地可追溯制度和质量标识制度,保障食品药品安全。”

② 美国的食品供应来自全球150多个国家,其中美国市场上80%的海鲜类食品和60%的新鲜果蔬依靠进口。See D. Superville & M. C. Jalonick, Obama to Sign Food Safety Bill Today, http://www.huffingtonpost.com/2011/01/04/obama-sign-food-safetybill_n_804053.html.

③ 我国有学者撰文认为,在法律全球化过程中,美国法大规模输往拉美国,占领了全球新商人法领域,猎食了苏联和东欧等转型国家的法律改革,并对欧盟及其成员国的法律制度和法律文化发起了攻势。这些典型例证表明,美国法出现了全球化趋势。参见高鸿钧《美国法全球化:典型例证与法理反思》载《中国法学》2011年第1期。

④ 美国总统奥巴马于2011年1月4日签署了FSMA,但该法很多条款的实施尚需FDA等监管部门制定配套条例。就配套条例的制定期限问题,2013年7月加州北部联邦地方法院作出裁决,要求FDA必须于2015年6月30日前颁布、实施与FSMA相配套的所有条例、规定。详见本文第三部分的论述。

际,我们以旁观者的视角来观察和透析其法律意蕴也许正当其时。

二、美国《食品安全现代化法》的主要内容

FSMA 主要从预防性控制、应对措施、进口食品的监管及合作伙伴关系四个方面,对《联邦食品、药品和化妆品法》进行了重要的修正,从而整体提升美国的食品安全治理体系。

(一) 确立以风险为基础的预防性控制

FSMA 最重大的变化在于引入了以风险为基础的预防性控制体系和以风险为基础的检查制度。美国首次以立法的形式,授予 FDA 在整个食品供应链建立全面的、预防性控制体系。FDA 将要求食品设施(food facilities)^⑤制定书面的预防控制计划,评估在生产、加工、包装、储存食品过程中的危害因素,进行危害分析,确认和实施有效的预防性措施防止污染,建立纠正计划(发生问题后的补救措施),及保存实施预防控制计划的记录等。^⑥为推进本规定的实施,该法要求 FDA 在不迟于 FSMA 生效后的 18 个月内,制定以科学为基础的、实施危害分析和预防性控制的最低标准。FSMA 强制性要求除微小企业外的所有食品设施采纳危害分析与关键点控制体系(Hazard Analysis and Critical Control Points,以下简称“HACCP”)。而此前,只有生产果汁、海鲜、肉和禽肉的食品设施被强制性要求采纳 HACCP。为了保证预防控制体系的实施,FSMA 还确立了以风险为基础的检查制度。该法明确规定 FDA 将不断提高对所有食品设施(包括出口美国的食品企业)进行检查的频率。在 FSMA 生效后 5 年内国内所有高风险食品设施必须接受检查,此后每 3 年至少检查一次。在 FSMA 生效后 7 年内国内非高风险的食品设施必须接受检查,此后每 5 年至少检查一次。对于出口美国的外国食品设施,FSMA 规定 FDA 必须在该法实施后 1 年内检查不少于 600 家,并且在此后 5 年内,每 1 年检查的外国食品生产、加工企业总数应是前 1 年的两倍。此外,对于进口食品,FSMA 也明确了以风险为基础的口岸检查制度。对进口食品的风险评估主要基于以下因素:进口食品的已知安全风险;进口食品的原产国和运输国的已知安全风险;进口商的守法记录;外国供应商认证项目的严格程度;进口商自愿认证项目的参与程度和食品是否符合认证要求。^⑦

(二) 完善事后应对措施

尽管 FSMA 反映了美国食品安全监管基本范式的转变——由事后应对转为事前预防。但再严密的预防措施,也不能实现“零风险”,因此,该法在强调预防控制的同时,也强化了事后应对的措施。这些措施包括强制召回、扩展行政扣留程序、吊销注册、强化食品追溯能力以及对高风险食品的额外记录保存要求。

首先,FSMA 授予 FDA 对所有不安全食品的强制召回权,而此前 FDA 仅对婴儿配方奶粉有强制召回权。如果 FDA 认为食品存在掺假或错贴标签等情形,且使用可能造成有损健康的严重后果或致人或动物死亡的合理可能性(reasonable probability),如果在规定的时间内相关企业拒绝按照要求自愿召回不安全食品, FDA 可命令停止销售并强制召回。

其次,FSMA 第 207 条以“有理由认为”(reason to believe)取代了“可靠证据或信息表明”(credible evidence or information indicating)的表述,对行政扣押程序进行了扩展,授予了 FDA 在执行扣押程序时更为灵活的标准。如 FDA 有理由认为某企业的食品可能造成严重的健康危害或死亡,则可临时吊销其注册,被临时吊销注册的设施不得再分销食品。这一修改自 FSMA 生效之日起 180 日后实施,将有利于 FDA 在行政扣押程序上具有自行认定权力,从而快速做出反应。

再次,FSMA 要求 FDA 建立旨在提高国内和进口食品追溯能力的制度体系。为预防和控制食源性疾, FDA 需首先建立食品追溯能力制度体系的试点项目,以快速、有效地识别食物的接触者。这些试点项目应在 FSMA 生效之日起 9 个月内实施。另外,FSMA 还要求 FDA 在该法生效之日起 2 年内发布实施细则,对于生产、加工、包装或储存高风险食品的生产设施设定额外的记录保存要求。

(三) 强化进口食品监管

FSMA 不仅规制美国国内的食品安全,也要求进口食品符合其法律要求。为此,FSMA 在进口商问责、自

^⑤ 此处食品设施的含义非常广泛,包括“任何生产、加工、包装、储存食品的工厂、仓库和设施,包括进口商的工厂、仓库和设施。”参见美国《联邦食品、药品和化妆品法》(21 USC § 350d)的解释。

^⑥ See Sec.103, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885.

^⑦ See Sec.201, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885.

愿合格进口商项目、第三方认证、禁止入境等方面为 FDA 提供了新的授权和监管工具。FSMA 首次明确了进口商的责任,要求进口商通过“外国供应商验证项目”(Foreign Supplier Verification Program),审核其国外供应商是否采取了充分的预防性控制措施,保证其食品的安全性。审核活动包括监测出货记录、逐批合格认证、年度实地检验、检查国外供应商基于风险的预防控制计划以及定期检测和抽样出货。关于“外国供应商验证项目”的最终规定和指引应在 FSMA 生效后 1 年内发布。^⑧在此基础上,FSMA 还为进口商确立了一个快通道项目——“自愿合格进口商项目”(Voluntary Qualified Importer Program)。对于自愿参与该项目,获得该资质的进口商,适用快速审查和进口程序。该项目在 FSMA 生效 18 个月后将开始执行。^⑨FDA 还获得授权建立第三方认证项目,把获得合格第三方认证作为高风险食品进入美国的先决条件。如果外国企业或国家拒绝 FDA 及其委托机构或人员的检测,FDA 则有权拒绝其食品的进口。FDA 应在 FSMA 生效后 2 年内建立认证机构的认证体系,以使具备资格的第三方机构开展外国食品设施符合美国食品安全标准的认证工作。此处的“第三方认证机构”可以是外国政府、外国政府的机构、外国企业或任何 FDA 局长认为符合相关标准的第三方。^⑩

(四) 加强合作监管

FSMA 强调加强国内各区域间(联邦、州、地方、领地、部落)及外国政府间的合作,明确支持 FDA 创立实际意义上的一体化食品安全体系。FSMA 规定 FDA 可以采用其他联邦、州、地方政府部门的检测结果,以完成繁重的国内食品设施检测任务。FSMA 还要求建立食品安全监管相关部门的合作关系,以制定和实施一项关于美国农业和食品安全的战略,并且要求对实验室网络进行整合,建立“一体化”的实验室网络,以改善对食源性疾病的监测,为食品安全提供量化的数据保障。^⑪此外,FSMA 还要求 FDA 在该法生效后 2 年内,制定一项旨在协助向美国出口食品的外国政府及其食品工业提升食品安全技术、科技和监管能力的全面计划。该计划内容应包括:(1) 就与外国政府签订双边、多边食品安全协议和安排提供建议,这些协议和安排应涵盖出口国承担保证出口食品安全性的义务条款;(2) 电子数据共享条款;(3) 检查报告互认条款;(4) 就美国的食品安全要求,对外国政府及其食品生产商进行培训;(5) 就是否及如何协调 FSMA 与食品安全法典的规定提供建议;(6) 关于实验方法和检测技术的多边认可条款。^⑫

三、美国《食品安全现代化法》评析

(一) 国内法层面

第一,该法仍未解决久为美国国内诟病的食品安全多部门监管的体制问题。^⑬FSMA 的通过被誉为 70 年来美国食品安全监管体系领域力度最大的一次改革。“在未来的几年间,FSMA 将会对美国的食品安全带来重大而积极的影响。”^⑭该法授予负责美国 80% 食品监管事务的 FDA 以更大的监管权力,从而将 FDA 推到了预防食品安全风险发生的最前线。FSMA 的很多条款均要求 FDA 在制定实施细则时,需加强与美国农业部等部门的合作,并强调加强国内各区域间(联邦、州、地方、领地、部落)及国外政府间的合作,但 FSMA 并

^⑧ See Sec.301, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885.

^⑨ See Sec.302, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885.

^⑩ See Sec.302, Sec.307, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885. 2013 年 7 月美国 FDA 发布了关于实施外国供应商验证项目和第三方认证项目的两个建议规则(Proposed Rules on Foreign Supplier Verification Programs and the Accreditation of Third-Party Auditors/Certification Bodies)。2013 年 9 月-11 月, FDA 召开了三次公众会议,征求意见。See <http://www.fda.gov/Food/NewsEvents/ConstituentUpdates/ucm364955.htm>.

^⑪ See Sec.203, Sec. 209, Sec. 210, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885.

^⑫ See Sec.305, FDA Food Safety Modernization Act, Pub L No. 111-353, 124 Stat 3885.

^⑬ 目前仅在美国联邦层面,负有食品安全监管职责的部门就多达 15 个。其主要包括:美国食品药品监督管理局,美国农业部食品安全监察局(USDA Food Safety Inspection Service, USDA/FSIS),美国海关和边境检查署(Bureau of Customs and Border Protection, CBP)等。See GAO-07-310. High-Risk Series: An Update, www.gao.gov/new.items/d07310.pdf.

^⑭ Margaret A. Hamburg, Food Safety Modernization Act: Putting the Focus on Prevention, <http://www.foodsafety.gov/news/fsma.html>.

未按照美国政府问责办公室的建议,将食品安全监管职能整合于一个单一部门。^⑤ FSMA 仍坚定维持了美国现存的多部门监管体制,该法第 403 条明确规定“本法或其修订案的任何内容不得解释为,改变农业部和人类健康服务部的管辖权。”在多部门监管体系下,为消除重复检查、信息共享障碍、标准不统一等弊端,在实施 FSMA 的过程中,美国将重点推进部门间的协调与合作,迄今美国联邦政府监管部门已签订了 71 个部门间涉及食品安全的协议,以促进食品安全事务之间的协调与交流。

第二,该法的实施将是一个持续的、富有挑战的过程。FSMA 为 FDA 设定了众多富有挑战性的实施议程,要求 FDA 或 FDA 与其他食品安全监管部门合作,在该法生效后的 90 天、180 天、1 年、2 年、5 年内制定超过 50 个相关实施细则和指导文件。但 FDA 能否获得充足的财政资源完成上述任务,目前仍难以判断。FDA 的经费主要来源于国会的年度拨款和对食品设施的收费。根据 FSMA 第 107 条的规定,对食品设施的收费仅用于支付检查及与之相关的行政费用。至于国会的年度拨款,尽管 FSMA 第 401 条规定,为实施 FSMA 相关部门“有权(are authorized to be appropriated)在 2011-2015 财政年度获得必要数目的拨款”,但并未要求国会必须拨款。美国国内媒体预测,完全实施 FSMA, FDA 大概需要额外 14 亿美元的拨款。^⑥ 而在当今美国紧缩财政开支的政治氛围下,实施 FSMA 在资金方面可能会遇到障碍。实际上,就在 FSMA 通过后不久,代表共和党的众议院即提出一项建议,要求削减和冻结 2011-2021 年间的非国防性、非强制性开支,除社会保障等少数几个领域外,美国各政府部门的开支应削减 40% 以上。^⑦ 目前 FDA 在实施 FSMA 的过程中已遇到困难。2012 年 8 月 29 日,美国食品安全中心将 FDA 诉至加州北部联邦地方法院,认为后者发布的农产品安全规定、食品供应链的防控规定以及食品设施注册的规定均超过了 FSMA 规定的期限,要求法院责令 FDA 必须在规定期限内完成 FSMA 要求的所有实施条例和规定。2013 年 7 月,Phyllis Hamilton 法官就此案做出裁决,要求 FDA 必须于 2015 年 6 月 30 日前颁布与实施 FSMA 相配套的所有条例、规定。此外,FSMA 规定 FDA 必须在该法实施后 1 年内检查不少于 600 家,并且在此后 5 年内,每 1 年检查的外国食品企业总数应是前 1 年的两倍。对此, FDA 在其报告中指出,第 1 年的目标可以达到,但若无实质性的资源增加或运作方式的根本变革, FDA 不可能在第 6 年的时候完成对 19 200 家外国食品企业的检查。^⑧ 此外,FSMA 规定的对外国食品设施的检查、对进口食品的追溯等问题实际上是一种域外执法,涉及到 FSMA 域外管辖权的合法性问题。“如果监管者忽视此问题,将影响法律的实施效果和此次变革的成效。”^⑨ 为取得合法性,上述实施活动应建立在与外国政府签订有相关食品安全合作协议的基础之上。考虑到向美国出口食品的国家数目众多,这应该是一项长期的任务。

(二) 国际法层面

FSMA 在预防控制体系、食品设施登记、检查、认证等方面对向美国出口食品的外国企业提出了更高的标准和更为繁琐的要求,这将直接导致这些企业的生产成本上升,从而将对国际食品贸易产生重大影响。FSMA 宣称会遵守国际条约,其 404 条明确规定,“对于本法或本法修正案的任何内容,不得做与 WTO 协议或美国加入的任何其他条约或国际协议不一致的解释。”但是,纵观 FSMA 的条款及其后续实施,我们发现 FSMA 与现行国际协议存在现实的或潜在的不符之处,很可能会催生新的贸易保护主义。

^⑤ See US Government Accountability Office, Opportunities to Reduce Potential Duplication in Government Programs, Save Tax Dollars, and Enhance Revenue, 2011, GAO-11-318SP.

^⑥ See Bill Tomson, FDA Prepares to Enact New Food-Safety Law, Wall Street Journal, 2011-1-4.

^⑦ See Lauren R. Hartman, Food Safety Fundamentals, http://digital.bnppmedia.com/display_article.php?id=664705.

^⑧ U.S. Food and Drug Administration, A Special Report: Pathway to Global Product Safety and Quality, www.fda.gov/downloads/aboutfda/centersoffices/oc/globalproductpathway/ucm259845.pdf.

^⑨ Elena Fagotto, Governing a Global Food Supply: How the 2010 FDA Food Safety Modernization Act Promises to Strengthen Import Safety in the US, Erasmus Law Review, Volume 3, Issue 4, 2010, p.272.

FSMA 与 WTO《实施卫生与植物卫生措施协定》存在不符之处。^② FSMA 显然属于《实施卫生与植物卫生措施协定》(以下简称“《SPS 协定》”)附件 A 所定义的卫生与植物卫生措施,因此应履行《SPS 协定》为 WTO 成员国所确立的义务。但 FSMA 的一些规定可能与《SPS 协定》存在冲突。

第一,FSMA 的某些条款违背非歧视性原则。例如,FSMA 要求所有的食品设施(包括国内和向美国输出食品的外国食品设施)建立预防性控制体系,但却对国内的年销售额低于 50 万美元的微小企业给予豁免(FSMA 第 103 条)。此前美国多个州的食物安全相关立法也都对一些特殊的食品生产者,如农村家庭食品生产者规定有特殊规则或豁免规则。^③ FSMA 的这一规定似乎是一种自然的立法延续。但是需值得注意的是,此种豁免并不给予向美国出口食品的外国食品供应商,从而违反了 WTO 法所确立的非歧视原则。

第二,FSMA 的制定过程有悖透明度原则。美国在通过 FSMA 之前,并未依照《SPS 协定》附件 B 的规定,提早发布通知,标明其与国际标准、指南或建议有实质性偏离的部分,并给予其他成员合理的时间以提出书面意见。在后续实施 FSMA 的过程中,FDA 及其他食品安全监管部门将会制定大量的实施细则和指引,其制定过程能否遵守透明度原则也有待观察。

第三,FSMA 未遵守等效原则。也许是为了回应国内加强对进口食品监管的呼声及考虑到实施等效原则认证的成本问题,FSMA 径直要求进口食品必须符合美国国内食品安全标准,而未授权 FDA 适用等效原则。“FSMA 的一个主要意蕴就是美国的卫生标准将适用于所有入境美国的食物。想把食品出口到美国的外国生产商必须与美国生产商遵守相同的规范。”^④为达至这一目标,FSMA 提出了通过加强与出口国的合作,提升出口国食品安全能力建设,使其达到美国食品安全要求的立法路径。此种规定不仅违背了《SPS 协定》下的等效原则,也将导致美国国内食品安全监管部门间的政策分歧。因为美国农业部(USDA)在其负责监管的肉、禽肉、蛋类产品进口方面适用等效原则。如果出口国能够通过美国农业部的认证,确认其国内食品安全措施达到美国的保护水平,则予以等效认可。

第四,FSMA 规定的某些措施的必要性存疑,其实施方式可能构成对国际贸易的变相限制。例如,根据该法 207 条的规定,只要 FDA 有理由相信某种食品是掺杂、错误标签的,就可以对食品进行行政扣留,扣留最长期限为 60 天,此举将对食品贸易尤其是保质期较短的食品类贸易在客观上产生限制性效果。

四、美国《食品安全现代化法》对我国食品安全治理的启示

(一)综合运用行政规制、司法规制和私人规制完善我国的食品安全治理机制

FSMA 体现了一种食品安全法律治理的潮流——在行政规制和司法规制基础上重视对私人规制的利用,借助与食品设施、食品进口商、认证机构及消费者之间的合作,创新食品安全治理机制,实现食品安全的目标。在规制进口食品安全方面,FSMA 明确规定进口商需承担保证食品安全的责任,并依赖第三方认证来分担监管机构的执法负荷和公共执法资源的稀缺。第三方认证机构可以是外国政府、外国政府的机构、外国企业或任何 FDA 局长认为符合相关标准的第三方,这就意味着企业、非政府组织和私人均可能成为合格的第三方。实际上,在规制国内食品安全方面,美国早已存在与私人规制合作的食品安全治理实践。例如,自 1999 年始,实施 HACCP 管理体系的美国食品企业如通过了合格第三方的认证即可在检查、检测方面获得某些减免。如今,FSMA 将实施 HACCP 管理体系和第三方认证的制度推广适用于所有食品设施也就不足

^② 在 FSMA 的后续实施中,《技术性贸易壁垒协定》也有适用的可能。虽然《技术性贸易壁垒协定》排除了《SPS 协定》定义的 SPS 措施,但其广泛适用于对国际货物(包括工业产品和农业产品)贸易具有阻碍作用的技术法规、标准和合格评定程序。因此,与食品质量有关的技术法规、标准和合格评定程序,如与最终食品的安全性不直接相关的包装和标签要求问题,仍属于《技术性贸易壁垒协定》的规制范围。

^③ 相关论述参见钟刚《农村家庭食品销售的特殊法律规则思考》,载《社会科学》2013 年第 3 期。

^④ Katie Stewart, Lawrence O. Gostin, Food and Drug Administration Regulation of Food Safety, Scholarly Commons: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/670/>.

为奇了。而在实施 FSMA 的过程中, FDA 也一直强调与食品安全非政府利益相关者开展合作的重要性。²³ 在这一理念的指引下, FDA 已积极展开与消费者、食品行业、学术界等非政府行为体的合作。²⁴

而行政规制和司法规制则是现代国家规制公共风险的两种典型路径。行政规制路径是指由行政机关运用国家公权力,直接或间接干预市场秩序,以此来实现规制目的;司法规制路径是指法律通过对市场主体的权利、义务和责任进行事前配置,并通过激励当事人提起私人诉讼的方式来规制潜在违法行为。²⁵ 受到管制传统的影响,行政规制成为我国应对食品安全问题的常规路径。食品安全风险监测和评估、食品安全标准的制定、食品生产经营许可、食品检验、行政处罚等均由食品安全监管部门负责实施。同时,我国的《食品安全法》也加强了对食品安全问题的司法规制,将私人诉讼作为实施工具,如该法第 96 条第 2 款规定:生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款 10 倍的赔偿金。而 2013 年 10 月 10 日国家食品药品监督管理总局向国务院报送的《食品安全法(修订草案送审稿)》第 127 条在上述基础上又增加了“或者损失三倍的赔偿金。赔偿金额不足 1 千元的,赔偿 1 千元。”的规定。这一修改旨在提升食品安全私人诉讼的效果,增强对消费者的保护。行政规制与司法控制各有长短,美国法经济学家 Steven Shavell 就认为,司法规制与行政规制相比,在信息成本和执法成本方面具有优势,但在起诉动力和责任财产不足问题上存在缺陷,而行政规制则恰好相反,因而联合使用行政规制和司法规制才是最优的选择。²⁶ 但即使在联合使用行政规制和司法规制的情况下,我国的食品安全事件依然层出不穷,食品安全治理的形势依然严峻。因此,近年来我国的一些学者已开始思考如何创新食品安全治理机制。在理念方面,有学者认为我国的食品安全监管模式应从威权管制转向合作治理,重视公众等其他社会主体的力量和作用。²⁷ 还有学者主张,我国需建构食品安全的多中心合作治理模式,应改变政府在食品安全领域的绝对主导地位,构筑食品安全社会参与治理的基础,促进食品企业的自我规制,构建第三部门参与食品安全治理的体制环境。²⁸ 在制度方面,有学者主张适用声誉机制——借助无数消费者“用脚投票”的市场力量以有效阻吓企业放弃潜在的不法行为,积极探索食品安全的社会治理之道。²⁹ 也有学者提出在产品责任的基础上,将强制责任保险制度引入食品安全治理。³⁰ 在实践层面,为解决我国的食品安全问题探索新的治理之道也是十八大提出的一项重要政策目标。《中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出要“创新社会治理机制”,“改进社会治理方式”,“……发挥政府主导作用,鼓励和支持社会各方面参与,实现政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动。”由上述可见,食品安全的治理不仅需要有效的行政规制和司法控制,还需要发展私人治理机制,建立并发展由所有利益相关者(包括政府、企业、消

²³ FDA 在其 2011 年 7 月发布的一份特别报告中指出,实现全球食品安全与食品质量战略目标的四个基石之一即是:以风险为基础,有效分配行政资源,并对政府、企业及私人规制领域第三方之间的合作施加影响。See U.S. Food and Drug Administration, A Special Report: Pathway to Global Product Safety and Quality, www.fda.gov/downloads/aboutfda/centersoffices/oc/global-productpathway/ucm259845.pdf.

²⁴ 2011 年以来 FDA 实施 FSMA 的活动中即有多项内容涉及私人参与治理。FDA 在 2011 年 4 月开通了方便消费者查询食品召回情况的网站。消费者可以获取自 2009 年至今媒体及召回公告中涉及的所有食品召回信息,包括产品名称、产品描述、召回的原因及召回的企业;作为着手制定关于人类食品和动物饲料生产设施预防控制指引的一部分, FDA 自 2011 年 5 月 23 日至 2011 年 8 月 22 日公开向所有利益相关方征集信息和意见; 2011 年 12 月, FDA 与伊利诺伊理工学院食品安全与健康研究所(IIT IFSH) 合作建立了“食品安全预防控制联盟”(Food Safety Preventive Controls Alliance, FSPCA), 共同研发有助于预防人类食品和动物饲料生产污染的培训课程和资料。See <http://www.fda.gov/Food/FoodSafety/FSMA/ucm261120.htm>.

²⁵ 参见宋亚辉《论公共规制中的路径选择》,载《法商研究》2012 年第 3 期。

²⁶ Steven Shavell, A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation, Rand Journal of Economics, Volume 15, 1984, p.271.

²⁷ 参见齐萌《从威权管制到合作治理:我国食品安全监管模式之转型》,载《河北法学》2013 年第 3 期。

²⁸ 参见秦利等《基于多中心合作治理的食品安全问题研究》,载《农机化研究》2009 年第 3 期。

²⁹ 参见吴元元《信息基础、声誉机制与执法优化——食品安全治理的新视野》,载《中国社会科学》2012 年第 6 期。

³⁰ 参见涂永前、徐静《论我国食品安全规制的路径选择》,载《法学评论》2012 年第 3 期。《食品安全法(修订草案送审稿)》采纳了这一观点,规定“……食品生产经营企业应当按照国家有关规定投保食品安全责任强制保险。”参见《食品安全法(修订草案送审稿)》第 65 条。

费者、和非政府组织等) 参与的食品安全治理的机制。

基于以上分析, 结合我国的食品安全治理现状, 本文认为提升我国食品安全治理机制的基本路径应为: 提升行政规制和司法规制, 扶持和发展私人规制。

首先, 在行政规制的提升方面, 应继续致力于改善我国食品安全监督管理体制内部的分工与协调。近年来针对多部门监管、分段监管的种种弊端, 我国一直致力于改善我国的食品安全监督管理体制。2013年3月通过的《国务院机构改革和职能转变方案》对我国现有的食品安全监督管理体制做出了重大变革: 将食品安全办的职责、食品药品监管局的职责、质检总局的生产环节食品安全监督管理职责、工商总局的流通环节食品安全监督管理职责整合, 组建国家食品药品监督管理总局, 对生产、流通、消费环节的食品安全和药品的安全性、有效性实施统一监督管理。同时, 新组建的国家卫生和计划生育委员会负责食品安全风险评估和食品安全标准制定。农业部负责农产品质量安全监督管理。这一监管体系整合了我国原有的多个食品安全监管部门, 将有利于实现国家食品安全监管活动的协调和统一。但在这一监管体系的建立过程中, 仍需要解决食品安全监管职责在同级别、不同种类的监管机构间进行划分和协调的问题。

不同级别的食品安全监管机构的职责划分不应忽视我国在食品生产方面的两个现实: 一是在种植、养殖方面, 我国农业生产的主要方式仍是农户分散生产; 二是在食品生产加工方面, 小企业小作坊仍是主要的生产经营者。国务院新闻办公室2007年发布的《中国的食品质量安全状况白皮书》的统计显示, 我国共有食品生产加工企业44.8万家。其中规模以上企业2.6万家, 规模以下、10人以上企业6.9万家, 10人以下小企业小作坊35.3万家, 占有所有食品生产加工企业总数的70%以上。这就决定了我国食品安全监管的职责划分应向基层监管机构倾斜, 由他们来承担食品安全监管中的大部分检查、执行、教育和培训等工作, 相应地在财力和人员配置上也应向基层监管机构倾斜。目前《食品安全法(修订草案送审稿)》的相关规定已体现出进一步明确不同级别食品安全监管机构职责和重视基层监管机构的立法导向。例如, 《食品安全法(修订草案送审稿)》第6条规定, 县级食品药品监督管理部门可以在乡镇或者区域设立食品药品监督管理派出机构, 负责本区域食品安全工作, 组织开展食品安全隐患排查、信息报告、协助执法和宣传教育等工作。这一立法导向符合我国食品安全治理的实际需求, 应进一步通过后续的机构设置、人员和财力配置规定得到加强和落实。

不同种类的食品安全监管机构之间则存在职责协调问题。在食品安全战略计划的制定、食品安全标准的制定、食品安全风险评估、食品安全信息公开以及食品安全监管活动的开展等方面, 新组建的国家食品药品监督管理总局、国家卫生和计划生育委员会和农业部之间将仍存在部门利益博弈和工作衔接的问题。在明确各部门权力和职责划分的基础上, 我们需要借鉴美国FSMA的相关规定和做法, 通过鼓励部门间签订食品安全合作协议, 提交年度工作协调报告等方式, 促进不同监管部门间的信息交流与工作协调。

其次, 在司法规制的提升方面, 应细化法律对权利、义务和责任的事前配置, 然后通过激励当事人提起私人诉讼的方式来规制潜在违法行为。完善的立法是实现有效司法规制的前提。食品安全的有效治理不仅需要“重典”, 更需要“细典”。因此, 要在《食品安全法》确立的理念及制度框架下, 制订配套的法规体系和支持性制度体系。第一, 要完善单行法规体系, 主要包括食品标准法规、动植物健康法规、食品添加剂法规、食品标识法规、食品生产经营许可法规、食品召回法规、食品追溯法规、食品安全危机事件处理法规等。目前《食品安全法(修订草案送审稿)》又增加规定了食品网络交易监管制度、食品安全责任强制保险制度、食品安全责任约谈制度、食品安全管理人员职业资格和保健食品产品注册制度、食品安全风险分类分级监督管理制度。但现有规定均处于原则性“草创”阶段, 所有上述制度的实施均需要配套的细则或标准。以食品安全风险分类分级监督管理制度为例, 对照美国FSMA以风险为基础的预防体系, 我们可以发现, 一个可实施性的风险分类分级监督管理制度至少需进一步明确风险的类别、风险的分类标准、风险分类的决策机构、基于风险分类为基础的监管措施。第二, 为支持食品安全法律体系的有效实施, 应将食品科学技术的提升作为食品安全国家能力建设的重点。在食品安全领域, 科学技术与法律存在一种独特的融合。食品安全的风险监测、风险评估、标准制定、检验检测等关键制度的建立和完善无不依赖于食品科学技术所能提供的科学结论和科学方法。因此, 我国应制定食品安全基础研究和应用技术研究的国家发展计划, 优先发展食品安全风险评估技术、食品安全检测技术、食品污染物残留控制技术和食品生产加工过程中的安全性控制技术。另一方

面,还应培育并实现我国食品安全认证机构和检测机构的社会化和国际化。根据我国政府加入WTO时的承诺,我国将对检测、检验、认证、认可等领域开放服务市场。而FSMA确立的第三方认证制度、实验室认证制度也暗示着食品安全的检测和认证不仅将成为服务业竞争的新市场,而且也将成为一国食品贸易竞争力的重要组成部分。第三,应完善激励消费者提起私人诉讼的相关制度。现阶段,受制于诉讼成本和收益的理性权衡,我国消费者提起食品安全私人诉讼的动力不足。因此,提升食品安全司法规制的另一个重点即在于在为私人诉讼创设便利的制度环境。在《食品安全法(修订草案送审稿)》改进惩罚性赔偿和扩大食品安全责任主体规定的基础上,可进一步引入集团诉讼制度。集团诉讼有助于克服当事人分散、诉讼能力有限的困难,一次性解决大量同类型小额诉讼请求,提升诉讼效率。

最后,在扶持和发展私人规制方面,应确立食品安全合作治理的理念,建立和发展便利非政府行为体参与食品安全治理的制度体系。多国的食品安全立法(包括FSMA)和食品安全治理实践已表明,保证食品安全不仅是政府的责任,也是所有利益相关者的责任,食品安全治理应实现从“监管中心主义”向“合作治理理念”的转变。^①实际上,我国的《食品安全法》已初步体现并确认了食品安全合作治理的理念。^②而《食品安全法(修订草案送审稿)》的很多条款也进一步强化了这一理念。^③但令人遗憾的是,其第106条的规定似乎与食品安全合作治理的理念相悖。“任何单位和个人发布可能对社会或者食品产业造成重大影响的信息,应当事先向食品生产经营者、行业协会、科研机构、食品安全监督管理部门核实。”基于食品安全信息的重要性、时效性与“核实”的困难性,这一规定在客观上将导致政府和食品生产企业对食品安全问题的垄断,直接削弱社会公众对食品安全治理的参与能力。不可否认在保护公共健康的目标之下,《食品安全法》也需兼顾食品生产经营者的经济利益,需要防止其合法权益为食品安全虚假信息所伤。但因噎废食的做法显然不可取,况且《食品安全法(修订草案送审稿)》第124条关于编造、散布食品安全虚假信息法律责任的规定已可达到上述政策目标。

我国应在《食品安全法》的修订过程中,明确确立食品安全合作治理理念。在这一理念的指导下,我国的食品安全监管部门应致力于建立和发展便利非政府行为体参与食品安全治理的制度体系。本文以为,至少可以从以下几个方面入手:(1)简化和便利食品安全相关社团,包括食品企业协会、消费者团体、食品科学学术团体等的登记手续,并为其开展活动提供法制保障和必要的财政支持。(2)促进食品企业的自我规制。企业是食品安全治理的第一责任人,企业对食品安全自我规制的根本动力源自自身参与市场竞争的需求。因此,可以通过建立食品安全信用档案系统、企业社会责任机制来加强食品企业的自我规制。此外,应鼓励企业制定和实施高于国家标准的自愿性企业标准。有时较之强制性公共规制,自愿性的私人规制更有效率。有经济学者就通过对美国肉及禽肉行业实施强制性公共规制和自愿性的私人规制的实证研究发现,在企业采取了各种自愿性食品安全规制措施的情况下,政府的强制性公共规制对食品安全水平提升的贡献仅为20%,另外80%的贡献来自于企业的私人规制行为。^④(3)完善消费者参与机制。消费者具有参与食品安全治理的内在动力,但其参与能力却往往受制于成本和信息问题。消费者不清楚他们在食品安全治理决策方面的权力以及如何使用这些权力。近年我国政府已开始关注消费者在食品安全治理中的作用。其中一个表现即是:从中央到地方开通了多个食品安全信息网站平台,如中国食品安全网、上海食品安全网、广东省食品安全网等。但这些食品安全信息网站大多仍处于信息从“政府监管部门到消费者”的单向流动阶段。食品安全监管及相关政府部门应开通方便消费者使用的互动性食品安全信息平台,一方面,及时、准确地

^① 这一理念也契合了联合国报告中提出的完善中国食品安全治理的建议,其中就包括“更重视公私合作”。

See The UN Report, Occasional Paper: Advancing Food Safety in China, 2008, <http://www.un.org.cn/public/resource/2aebed033e334d961fefb1588b70f2ab.pdf>.

^② 相关规定参见《食品安全法》第7条至第10条。

^③ 如第3条规定,食品安全监督管理工作遵循预防为主、风险管理、全程控制、社会共治的原则。第4条、第8条、第9条的规定也体现了鼓励和重视食品生产经营者社会团体、基层群众性自治组织、消费者、新闻媒体参与食品安全治理的立法导向。

^④ See Michael Ollinger, Danna L. Moore, The Economic Forces Driving Food Safety Quality in Meat and Poultry, Applied Economic Perspectives and Policy, 2008, Volume 30, Issue 2, pp.289-310

公众提供科学、权威的食品安全信息,另一方面,收集并利用消费者反馈的食品安全信息。

(二) 通过国际合作提升食品安全能力建设

在食品供给与需求全球化的背景下,食品安全治理在很大程度上已演化为全球性问题,保障一国的食品安全性不仅要练好“内功”,也要重视国际合作。国际合作不仅是解决跨境食品安全事件的有效方法,更是提升食品安全能力建设的可依赖路径。

FSMA 强调加强与外国政府的合作,并拟制定一项旨在协助向美国出口食品的外国政府及其食品工业提升食品安全技术、科技和监管能力的全面计划。FSMA 还规定,加强对外国食品设施的检查,要求外国食品设施建立预防控制体系及继续向外国派驻 FDA 办公室等。如果没有外国政府的合作,上述措施将很难实施。并且实施上述措施均存在域外执法的情况,为获取域外管辖权的合法性,美国也需要同外国政府签订并实施双边或多边协议。以中美食品安全合作为例,中美互为重要的食品贸易伙伴,存在加强国际合作的共同需要。中国国家质检总局和美国卫生和人类服务部于 2007 年 12 月 11 日签署了《中美食品与饲料安全合作备忘录》,在第一个 5 年期满后,双方于 2012 年 12 月 11 日宣布将其有效期续展 5 年。由此,我们可以推论在 FSMA 实施的过程中,美国存在较为强烈的动机发展食品安全国际合作。

在与美国开展食品安全国际合作过程中,我们应积极利用 FSMA 的食品出口国能力建设计划,把改善我国的实验室建设、预防控制体系建设、私人治理机制建设定为合作的优先目标。另一方面,除政府机构之间的合作外,应重视食品安全领域的民间合作与交流,加强食品工业界、学术界、代表特殊利益群体的非政府组织间的非正式联系和互动。这是因为“国家和国家中的人通过与世界上的其他国家和其他国家的人进行社会互动来感知利益、理解彼此的愿望。国家在接受一定的偏好和预期时被国家和组成国家的人所处的国际社会社会化了。”^⑤食品安全本身即与文化因素密不可分。环境保护、动物福利等消费者偏好无不影响公众对食品安全性的认知和对食品的选择。这种民间的联系与互动可以拓展食品安全领域国家间的对话场域,相互了解、尊重并吸纳彼此的观念,从而有助于以“润物细无声”的方式澄清事实,解决争端。

(三) 利用现行食品安全国际法律机制对抗贸易保护主义

首先,应充分利用 WTO 体制下的食品安全法律规则和争端解决程序,尤其需重视 SPS 委员会和 TBT 委员会的作用。SPS 委员会和 TBT 委员会为成员间的磋商提供了经常性的场所,而成员磋商的过程也是一个信息交流和相互学习的过程,有利于成员间就食品安全领域的具体问题达成共识,从而实现卫生与植物卫生措施的协调和解决贸易争端之目标。具体到美国的卫生与植物卫生措施,FSMA 的部分条款(具体参见本文第二部分)及其后续实施与《SPS 协定》存在潜在冲突。其一,在实施 FSMA 过程中,美国需制定或更新众多食品安全标准。基于 FSMA 的食品安全目标,我们可以预估很多标准将高于或异于《SPS 协定》确认的现行国际标准、指南或建议。此时就存在此类标准是否“超过为达到适当的卫生与植物卫生保护水平所要求的限度”及是否存在“充分科学证据”的问题。其二,在实施 FSMA 过程中,FDA 需制定 50 多个相关的实施细则和指引。这些措施大多对其他成员的贸易有重大影响,因此就存在这些措施的制定过程是否符合透明度原则的问题。我国应利用 SPS 委员会和 TBT 委员会作为成员的磋商场所之职能,追踪关注 FSMA 的实施过程,及时提出我国关心的食品安全贸易措施问题,提交讨论议案,谋求相关问题的磋商解决。

其次,应提升对其他食品安全相关国际组织的利用能力。除 WTO 外,其他国际组织,包括世界卫生组织(WHO)、联合国粮农组织(FAO)、食品法典委员会(CAC)、世界动物卫生组织(OIE)等也是当今食品安全国际法律机制的重要组成部分。这些国际组织在全球食品安全治理中主要发挥着两项职能:一是制定食品安全国际标准和提供相关科学意见。二是协助成员尤其是发展中国家成员加强食品安全能力建设。我国均是上述国际组织的成员并参与了其主办的许多会议和活动,但在参与广度和参与深度方面仍有待提升。为充分利用上述国际组织的两项职能,我国应至少从以下三个方面入手:一是增强提出独立议题的能力。在对上述国际组织的活动进行追踪和收集信息的基础上,进行前瞻性研究,在每次参加会议前拟定详细的议题及推进议题落实的初步措施;二是关注上述国际组织单独或联合开展的多种形式的资金援助和技术援助项目。在国际组织“能力建设”议程的讨论过程中,我国应提供充分信息,反映国内食品安全能力建设的需要并针

^⑤ [美]玛莎·费丽莫《国际社会中的国家利益》,袁正清译,浙江人民出版社 2001 年版,第 150 页。

对具体需要提出资金援助和技术援助请求;三是培养和选拔一批食品安全专家,推荐和支持符合资格要求的专家申请成为上述组织各机构,尤其是专家委员会的专家组成员。

五、结语

在全球化和风险社会背景下,无论发达国家抑或发展中国家均面临食品安全风险。尽管不同国家和地区之间在经济与社会条件等方面存在差异,但在食品安全治理这一共性问题存在相通之处,可以相互学习和借鉴。以美国和欧盟为例,两者的食品安全法律治理机制,尤其是在转基因食品规制和预防原则的适用方面一直存在较大分歧,但从近年的立法进展来看,两者的食品安全法律治理机制正呈现出某种趋同。在转基因食品规制方面,欧盟出于保障公共健康的考虑,对转基因食品的规制长期以来远较美国严格,在1998—2002年间欧盟甚至出台了对所有转基因产品的临时禁令。但经过多年科学论证,欧盟业界近年来逐渐认可了转基因技术,并批准了转基因玉米、油菜及烟草等作物的种植。同时欧盟还解除了一些转基因产品的进口禁令,2009年先后批准了加拿大转基因油菜籽及美国转基因玉米的进口。而美国《食品安全现代化法》授予FDA在食品可能造成损害健康的严重后果或致人或动物死亡的情况下即可要求企业强制召回的权力。此项规定中的“合理可能性”标准也正是欧盟《通用食品安全法》(Regulation EC No 178/2002)确立的预防原则的体现。^③就美国和中国的食品安全治理而言,美国《食品安全现代化法》及其后续实施中所体现的公私合作治理理念、预防性控制体系、以风险分类为基础的监管制度等均可为我国建立和完善相应制度提供比对样本和有益借鉴。一言以蔽之,在我国食品安全法律治理机制建立和完善的过程中,我们既需要中国立场也需要全球视野。

(责任编辑:黄德明)

^③ 欧盟的《通用食品安全法》确立了预防原则(precautionary principle)。该原则的基本含义是:如有合理理由认为食品对人体健康构成不可接受的风险,即使在欠缺充分科学证据的情况下,也应基于非歧视原则和比例原则采取措施或行动保护公众健康,同时积极收集、分析完整的科学数据和其他信息。