常州市钟楼区人民政府

行政复议决定书

[2021]常钟行复第32号

申请人：王某，男

被申请人：常州市钟楼区市场监督管理局

法定代表人：王俊 职务：局长

住所地：常州市钟楼区银杏路81号

申请人对被申请人作出的举报投诉处理行为不服，于2021年8月31日向本机关申请行政复议。本机关依法予以受理。本案现已复议终结。

申请人请求：1.撤销被申请人在2021年8月2日作出的《常钟市监【2021】某号》内对钟楼区南大街某小吃店的案件处理结果；2.责令其对举报事项重新调查。

申请人称：因生活所需，本人于2021年4月21日在被投诉举报人(钟楼区南大街某小吃店)经营的美团外卖点了一份含红参的杜仲牛鞭汤，后发现红参不属于食药同源物质，依照《食品安全法》第三十八条规定：“生产经营的食品中不得添加药品，但是可以添加按照传统既是食品又是中药材的物质。”该食品属于食品非法添加药品的违法行为，后投诉举报至被申请人处。

2021年8月2日收到被申请人作出的《常钟市监【2021】某号》内对钟楼区南大街某小吃店的案件处理结果：经立案调查，钟楼区南大街某小吃店在餐饮服务中添加的红参等物品，既未在保健食品禁用物品名单中，也未进入药用渠道，且在民间食用的历史悠久，当事人没有宣传上述物品的功能主治、用法用量等，参照国卫办食品函【2014】355号和食药监办稽函【2017】47号文件，违法事实不能成立，不得给予行政处罚，我局予以结案。申请人对此不服，理由如下：食品药品监管总局办公厅关于非药品经营单位销售中药材有关问题的复函（食药监办稽函〔2017〕47号）:一、中药材有药用、食用、兽用等多种用途，判断中药材是否属于药品管理，关键在于界定其用途。二、作为药品管理的中药材，生产经营渠道须严格管理，相对区分隔离。中药材作为中药生产的原料，进入药用渠道，须纳入药品管理，依法加工炮制使用。三、未进入药用渠道的中药材，鉴于各地有不同食用传统，不宜强调其药品属性，经营者无需取得《药品经营许可证》。但经营此类中药材不得宣称功能主治、用法用量等相关内容。被申请人是混淆“食品添加药品”和“非药品销售单位销售中药材”的概念。结合到本案以及网上最火（食药总局这个复函，不能处理食品中添加中药材问题）的相关案例行政判决书《(2020)闽08行终57号》可以看出，被申请人适用法律、法规错误，其作出的答复行为应予以撤销，该复函仅是对非药品经营单位销售中药材有关问题答复，并不适用本案，本案中食品生产销售单位在食品中添加中药材问题的处理不适用（47号）答复。而被申请人答复的红参在中国部分地区有食用传统更是荒唐，你自己在家里炖汤添加无所谓，公开向社会各不特定人群妇幼老少孕销售就是违法行为。红参是卫计委多次公布的食药同源目录从未出现的物质，是《可用于保健食品的物品名单》、《中华草本》、《中国药典》名单中的物质。被申请人办案不看上级部门公布的法条法规，看经验看传统？被举报人食品非法添加药品，应当依据《食品安全法》第三十八条、第一百二十三条处罚。综上所述：请求复议机关“以事实为依据，以法律为准绳”在举证责任方面，不违背《行政复议法》第28条第一款第四项，《行政复议法实施条例》第46条，《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》第1条、第3条3第6条在确认是否存在利害关系时，不违背《最高人民法院关于举报人对行政机关就举报事项作出的处理或者不作为行为不服是否具有行政复议申请人资格问题的答复》，《指导案例77号：罗镕荣诉吉安市物价局物价行政处理案》在出现法律法规相冲突时，不违背《立法法》第88条，第89条，第91条，第92条2.在适用法律原则行使自由裁量权时，不违背《法理学之法律原则的适用条件》的三条原则的前提下，依据《行政复议法》第28条第一款,《行政复议法实施条例》第45条，撤销被申请人在2021年8月2日作出的《常钟市监【2021】某号》内对钟楼区南大街某小吃店的案件处理结果，责令其对举报事项重新调查。

被申请人称：一、王某的行政复议申请不符合法定受理条件，恳请复议机关依法予以驳回。在行政复议申请书中，申请人的复议请求及事实和理由，均指向被申请人所作的结案的行政处理决定。被申请人在法定职权范围内，对被举报人钟楼区南大街某小吃店涉嫌经营添加药品的食品的行为进行核查、取证，直至作出结案决定，所依据的法律、法规及规章，仅涉及涉嫌违法的事实是否成立、是否应给予行政处罚、应给予何种处罚，而不需考虑举报人的个人权益。举报人购买商品后如认为其合法权益受到侵害，可依据消费者权益保护的相关法律法规寻求救济。故被申请人的行政处理决定对申请人的合法权益并不造成任何侵害，因此王某不是适格的行政复议申请人，其提起的行政复议申请不符合《中华人民共和国行政复议法实施条例》第二十八条第二项的规定，恳请复议机关依据《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十八条第一款第二项的规定，驳回王某的行政复议申请。申请人提及的最高人民法院的答复([2013]行他字第14号)明确指出“举报人为维护自身合法权益”，比如针对特定消费者的乱收费情况。本案中被举报人涉嫌添加药品的食品侵犯了不特定消费者的合法权益，为此而进行的举报，维护的是不特定消费者的合法权益。因此申请人与被申请人的具体行政行为无利害关系。二、被申请人具有处理申请人举报事项的法定职权。申请人的举报事项涉及的食品安全监管属于被申请人的法定职责，且被举报人在被申请人管辖的行政区域内，根据《中华人民共和国食品安全法》第六条第二款和第一百一十五条第一款的规定，被申请人具有对申请人举报事项处理的法定职权。三、被申请人对申请人举报事项的处理合法。被申请人于2021年4月28日收到申请人的举报投诉材料，次日，对被举报人进行现场检查，并立案调查。5月26日，询问被举报人，制作了询问笔录，收集了相关证据。经查，被举报人自2019年8月22日起经营添加了杜仲、红参、花旗参、玉竹、当归等物品的杜仲牛鞭汤、花旗参乌鸡汤、玉竹排骨汤、当归牛肉汤。被举报人在餐饮服务中添加的玉竹属于既是食品又是药品的物品，添加的红参为新资源食品，添加的杜仲、花旗参和当归属于可用于保健食品的物品，上述物品既未在保健食品禁用物品名单中，也未进入药用渠道，且在民间食用的历史悠久，被举报人没有宣传上述物品的功能主治、用法用量等，参照国卫办食品函【2014】355号和食药监办稽函【2017】47号文件，被申请人认为，违法事实不能成立，不得给予行政处罚，决定予以结案，并告知了申请人。综上，王某不是适格的行政复议申请人，其提起的行政复议申请不符合法定受理条件。被申请人对其举报事项的处理合法，履行了法定职责。恳请复议机关依法驳回王某的行政复议申请。

经审理查明，2021年4月21日，申请人向被举报人钟楼区南大街某小吃店购买案涉商品含红参的杜仲牛鞭汤一份。4月28日，被申请人收到申请人举报材料。4月29日，被申请人对被举报人进行现场检查制作现场笔录，并立案调查，当日将立案情况通过国内挂号信告知申请人。5月26日，被申请人询问被举报人，制作询问笔录，收集相关证据。7月12日，被申请人对该案结案处理。8月2日，被申请人作出常钟监〔2021〕某号举报处理结果告知书，并以挂号信的方式送达申请人。

上述事实，有下列证据证明：1.案件来源登记表；2.立案审批表；3.案件审核表；4.有关事项审批表；5.案件调查终结报告；6.询问笔录；7.现场笔录；8.被举报人说明函；9.被举报人经营场所现场取证照片；10.被举报人经营情况网页截图；11.被举报人营业执照、许可证、身份证；12.国卫办食品函〔2014〕355号和食药监办稽函〔2017〕47号文件；13.案涉物品情况说明材料；14.投诉举报材料。

本机关认为：一、根据《中华人民共和国食品安全法》第一百一十五条第一款的规定:“县级以上人民政府食品安全监督管理等部门应当公布本部门的电子邮件地址或者电话，接受咨询、投诉、举报。接到咨询、投诉、举报，对属于本部门职责的，应当受理并在法定期限内及时答复、核实、处理……”被申请人负责本辖区内食品安全监督管理相关工作，被申请人具有对申请人举报事项处理的法定职权。二、根据《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》第三十一条第二款的规定：“举报人实名举报的，有处理权限的市场监督管理部门还应当自作出是否立案决定之日起五个工作日内告知举报人。”第三十二条的规定：“法律、法规、规章规定市场监督管理部门应当将举报处理结果告知举报人或者对举报人实行奖励的，市场监督管理部门应当予以告知或者奖励。”2021年4月28日，被申请人收到申请人的举报投诉材料。4月29日，对被举报人钟楼区南大街某小吃店进行现场检查，并立案调查，当日将立案情况通过国内挂号信告知申请人。被申请人依法取证调查，7月12日，被申请人对该案结案处理。8月2日，被申请人作出常钟监〔2021〕某号举报处理结果告知书，并通过国内挂号信送达申请人。被申请人对申请人举报事项的处理程序合法。三、根据《关于餐饮服务环节使用既是食品又是药品的物品名单之外中药材有关问题的复函》（国卫办食品函〔2014〕355号）规定：“在修订完成之前，保健食品禁用物品名单所列物质不得用于食品生产经营（包括餐饮消费环节）；……”《关于非药品经营单位销售中药材有关问题的复函》（食药监办稽函〔2017〕47号）规定：“一、中药材具有药用、食用、兽药用等多种用途，判断中药材是否属于药品管理，关键在于界定其用途。......三、未进入药用渠道的中药材，鉴于各地有不同食用传统，不宜强调其药品属性，经营者无需取得《药品经营许可证》，但经营此类中药材不得宣称功能主治、用法用量等相关内容。”本案中，申请人于2021年4月21日在被举报人钟楼区南大街某小吃店处购买的杜仲牛鞭汤中所添加的红参，未被列入《保健食品禁用物品名单》，且在民间有食用的传统习惯。被举报人在经营中未强调红参的药品属性，未宣称其主治功能、用法用量等。因此，被申请人对申请人举报事项的处理决定并无不当。综上所述，被申请人对申请人举报事项的处理认定事实清楚、适用法律正确、程序合法、内容适当。

据此，根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（一）项的规定，本机关决定：

维持被申请人作出的常钟市监〔2021〕某号《举报处理结果告知书》。

申请人如不服本复议决定，可以自收到行政复议决定书之日起15日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》的规定向人民法院起诉。

2021年10月29日