



# 卫生执法视角下“通报批评”的行政处罚适用:原则阐明与救济构想

## ——基于818例通报批评

陈奕吉

伦敦大学学院法学院, 英国 伦敦 WC1E 6BT

**摘要:**2021年新《中华人民共和国行政处罚法》将通报批评新增为一般行政处罚种类,自此通报批评在执法中被广泛适用,特别在公共卫生执法领域发挥了巨大作用,完成了立法到实践的转向。通过实证分析公共卫生执法下818例通报批评行政处罚发现,其执法运行实效不尽如人意,未达预期的处罚效果,空白缺位的救济措施使其一般化适用陷入不孚众望的尴尬境地。溯其原因,亟待规范的不恰当适用造成了对比例原则等诸多法原则的严重破坏。为实现通报批评的正确适用,需解构其处罚效果以进行执法路径优化,并参照比较法提出救济要求,引入民法中的“更正权”和“回应权”构建救济制度。

**关键词:**通报批评;行政处罚;卫生执法;公共卫生

中图分类号:DF36

文献标志码:A

文章编号:1671-0479(2024)05-498-008

doi:10.7655/NYDXBSS240029

2021年新修订的《中华人民共和国行政处罚法》(简称《行政处罚法》)第九条第一项将通报批评新增为与警告并列的一般行政处罚种类,大幅提升了通报批评的行政处罚位阶。从北大法宝行政处罚库数据来看,通报批评在《行政处罚法》实施前并未得到行政主体的青睐。即使在2020年后,原设定通报批评行政处罚的公共卫生领域执法需求激增,行政主体也更倾向于适用警告等一般种类处罚。而面对庞大的公共卫生违法事件,有限的处罚种类难免力有不逮。2021年7月1日新《行政处罚法》实施后,作为行政处罚的通报批评迎来了适用的“春天”,特别在突发公共卫生事件下的公共卫生执法领域发挥了巨大作用。将通报批评处罚种类一般化,迎合了突发重大公共卫生事件中激增的执法需求,解决了行政主体的实际需要;地方也积极将其纳入公共卫生地方立法体系,拓宽通报批评在卫生执法背景下的适用空间。目前,通报批评已在执法中被广泛适用,完成了立法到实践的转向,特别在公共卫生领域的执法中积累了大量实务适用数据。笔者已在先前研究<sup>[1]</sup>中对通报批评的泛化问题

进行了实证考察:在新《行政处罚法》将通报批评行政处罚种类一般化前,《中华人民共和国传染病防治法》(简称《传染病防治法》)、《突发公共卫生事件应急条例》等公共卫生领域法律法规中已设定作为行政处罚的通报批评,并存在一定零星适用。但仍有众多其他方面亟待深化研究。有鉴于此,笔者整理了818例来源于北大法宝行政处罚库2021年10月至2022年8月的通报批评处罚决定(7—10月部分数据对象仍是7月前违法行为,为保证信效度排除该时段数据),考察新《行政处罚法》视域下“通报批评”的执法运行实效。

### 一、实务适用:通报批评的卫生执法样态

通过考察818例卫生执法领域的通报批评处罚决定可见,目前通报批评的卫生执法样态并不乐观,本文主要论述其未达预期的处罚效果与空白缺位的救济措施两方面问题。

#### (一)未达预期的处罚效果

通报批评兼具声誉罚与申诫罚双重性质,可同时产生制裁效果与警示效果,在卫生执法中能够发

收稿日期:2024-08-24

作者简介:陈奕吉(2002—),女,浙江宁波人,硕士研究生在读,研究方向为实证法学、涉外知识产权。

挥重要的治理潜能。然而其在实务中的处罚效果并未达到预期。

### 1. 通报批评的制裁效果不佳

卫生执法中的通报批评事由广泛,危害程度差距较大,但在执法适用中通报批评对所有行为产生相同的制裁效果,从而造成过罚不相当的严重问题。以《传染病防治法》第六十九条(以下简称69条)为例,样本数据中有777例依据该条作出通报批评与警告并处的相同处罚后果,但其案由却存在明显的危害程度不一(表1)。

表1 依据69条作出的通报批评与警告并处高频案由

涉及缘由	数量(例)
未落实预检分诊制度	339
患者及陪同人员未戴口罩	38
违规接诊传染病症状患者	35
未对患者进行健康监测(核酸查验、健康码查验等)	20
工作人员未戴口罩	18
工作人员核酸检测未达标	9

### 2. 通报批评的警示效果不佳

首先,对行政相对人警示效果不佳。在数据来源时间段内,有32例行政相对人被多次通报批评。两次被通报批评的时间间隔多集中在3个月,其中宁波市鄞州区两家诊所在该时间段内因同一案由被三次通报批评。32例行政相对人中,第一次与第二次被通报批评的间隔时间平均值为96.44天,第二次与第三次被通报批评的间隔时间平均值则仅为61天(图1)。

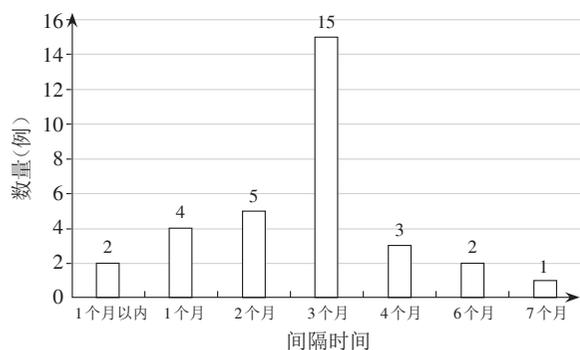


图1 两次通报批评处罚间隔时间

其次,对其他社会主体警示效果不佳。笔者选取浙江省某市某区2022年上半年依据69条作出的行政处罚进行调研。经笔者致电该区卫健委了解,该区通报批评文书均会公布在本区医疗行业大群并要求各医疗机构阅读,通报批评教育警示效果落实较为到位。但从该数据来看,在2022年3—5月因年前该区产生严重突发公共卫生事件进行“严打”、大规模通报批评处罚后,5月违法处罚数量显著下降,6月却又回升,由此可见通报批评带来的警

示效果并不持久(图2)。

同时,对社会主体的警示效果取决于激励与要求。在69条的处罚对象中,公立性质单位受到的规范激励更多,要求也较其他性质单位更为严苛,因而对受到通报批评处罚以及其他单位被通报批评的警示更为重视,实务中其所受的警示效果也与个体私营单位大相径庭:在部分单位已被通报批评后,公私混营单位被通报批评的数量趋势线倾斜度大于私营单位,代表更快的下降速度(图2)。而在被通报批评的单位总体数量上,个体私营单位也远多于公立单位与公私混营单位(图3)。



图2 浙江省某市某区2022年上半年69条处罚数据

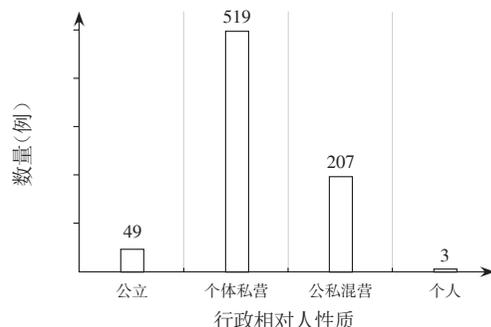


图3 依据69条作出的通报批评之行政相对人性质的分布

从上文某市某区69条处罚数据的线性趋势来看,通报批评对公私混营单位的教育警示效果明显优于私立性质单位。扩大到全市来看,通报批评对公立性质单位的教育警示效果也明显优于其他单位(图4)。

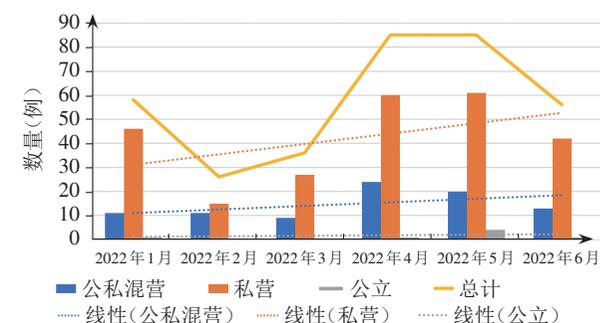


图4 浙江省某市2022年上半年69条处罚数据

### (二)空白缺位的救济措施

通报批评的声誉制裁属性,使其救济措施成为一个难题。现行法律规范中并未规定通报批评的

救济措施,实务中也并未提出合理有效的解决方法。通报批评的救济措施,在现行体系中处于一种空白缺位的境地。

在卫生执法的通报批评适用中,暂未存在通报批评错误处罚的行政诉讼案例。但回溯2020年之前的通报批评错误处罚,其救济措施长期的难觅良策显而易见。两起相关案件[(2018)内05行终47号、(2018)浙0683行初49号]判决撤销原行政处罚书,却未指明通报批评的救济方式;在另一起案件[(2013)城行初字第4号]中,原告认为被告对其作出了通报批评,提出了要求撤销行政处罚后公开道歉的请求,但法院并未认定被告行为是通报批评,并未在判决书中对此请求作出回应。

《行政处罚法》第七十三条规定除了法律另有规定的情形,其他处罚在复议和诉讼期间不得停止执行,目前通报批评并不属于该条例外情形。818例通报批评处罚决定信息中,有13例载明复议和诉讼期间不停止执行处罚决定。由于通报批评的不可逆性,其一旦作出将给行政相对人造成不可逆的损害,不停止执行也将不断扩大不可逆的损害,即使撤销决定也难以弥补。

## 二、问题溯源:通报批评行使的实践谬误

卫生执法视角下通报批评的实践问题,来源于行政机关在行使通报批评处罚时对法律基本原则的理解谬误,从样本案例来看主要可分为对比例原则的破坏与忽视、对处罚与教育相结合原则的缺失与误解、填平原则移植的困境与限制三个方面。

### (一)对比例原则的破坏与忽视

作为引自德国公法的舶来品,比例原则一直以来受到“皇冠原则”“帝王条款”的赞誉。目前来看,比例原则在行政处罚领域已很难与过罚相当原则截然分离<sup>[2]</sup>。而通报批评适用中对比例原则的破坏与忽视,使其制裁效果问题频出。

#### 1. 通报批评在空间范围上的难以控制破坏比例原则

本级行政主体应当只能在本级管辖范围内作出通报批评,因而预期效果也应是造成行政相对人在该地域内的名誉贬损,如湖州市德清县卫健局在通报批评中写明予以全县通报批评。但由于互联网的便捷传播性,通报批评极易被其他媒体转载。笔者以“疫情”“通报批评”为关键词在2022年7月15日于微信“搜一搜”中搜索2021年7月1日后发布的媒体报道,并人工筛选出20篇相关文章,共涉及186例符合行政处罚构成要件的通报批评,其中45例受到非官方媒体转载,53例受到官方媒体转载。众多转载跨级别、跨地域,扩大了通报批评的应有处罚范围,使其制裁效果过重(图5)。

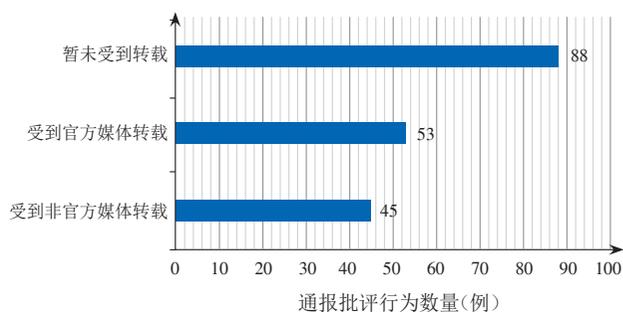


图5 媒体通报批评转载情况

#### 2. 通报批评在时间范围上的裁量忽视比例原则

在818例通报批评行为中,仅有5例写明了处罚有效期,但均是至2099年的无效数据,使通报批评造成终身性的名誉贬损,从而产生了两方面的法益冲突:终身性名誉贬损强烈的损益程度,与通报批评轻微种类的处罚定位产生极大冲突;行政相对人改过自新后仍要受罚,与通报批评的教育警示目的产生极大冲突。

#### (二)对处罚与教育相结合原则的缺失与误解

行政处罚的目的不仅是对违法行为的惩戒,也包括违法行为的预防<sup>[3]</sup>。《行政处罚法》第六条便阐释了处罚与教育相结合原则。通报批评兼具声誉罚和申诫罚性质,更应践行落实该原则。但通报批评的适用问题却折射出行政主体对处罚与教育相结合原则的缺失与误解。

#### 1. 对处罚与教育相结合原则的缺失导致警示效果不佳

首先,警示效果通过行政主体的“呼吁”实现。但目前的通报批评中,普遍缺失对其他社会主体呼吁警示要件。经笔者检索,在818例通报批评所涉及的46篇基于69条进行通报批评的载体(含媒体文章)中,仅有4篇进行了对其他社会主体的教育警示呼吁。即使范围扩大到前文所述20篇媒体文章中的186例来源媒体的通报批评数据,也仅有29例存在对其他社会主体进行教育警示的呼吁。其次,对同一违法行为不同地域与时段裁量标准不一,难以产生警示效果。同样未落实预检分检制度,宁波市北仑区卫健委在2021年11月作出的行政处罚为警告,而同月温州市瓯海区卫健委作出的行政处罚决定为警告与通报批评并处,宁波市北仑区卫健委在2022年3月作出的行政处罚也为警告与通报批评并处。其他社会主体在接收到通报批评信息时,难以厘清该行为的危害程度,从而无法得到良好的警示。

#### 2. 对处罚与教育相结合原则的误解导致警示效果偏颇

目前行政主体大多将通报批评的警示效果局限在通报批评作出时,并未对行政相对人改过自新进行激励,在行政相对人改过自新后依然持续造成

名誉贬损。现行法律并无行政相对人改过自新可撤除通报批评作出载体的依据。行政相对人改过自新后,社会仍会对其通报批评进行记录,继续产生持续性名誉贬损。如公众号“鹤城发布”转载了温州市乐清市政府官网上对乐清市某大酒店违反公共卫生要求的通报批评文件,而温州市乐清市政府官网上现已无法找到此文件。由于信用中国上无该处罚记录,且处罚时间距今已过最短公示期,可推测该处罚记录已被修复。但其余媒体转载的通报批评文件,依然会对行政相对人造成持续性的名誉贬损。有学者指出,这将令行政相对人难以重返社会<sup>[4]</sup>。

### (三)填平原则移植的困境与限制

目前我国行政赔偿的相关立法规范仍建立在抚慰性赔偿标准的基本框架之上,正向补偿性标准发展。因而对难以量化的人身损失、精神损失在以抚慰赔偿、合理赔偿为原则的基础上<sup>[5]</sup>,也应向完全赔偿目标发展,接近“如同损害没有发生”的矫正正义救济理想。在通报批评中移植民事赔偿的填平原则有利于其名誉救济公私兼顾的实现,但溯因通报批评救济措施缺失,其间困境与限制使移植填平原则举步维艰,造成通报批评救济措施空白缺位的尴尬无奈。

1. 名誉损害的不可逆转性和难以弥补性导致移植填平原则直接应用和他方实现的困境

不同于罚款需要缴纳,通报批评对行政相对人的名誉贬损不需要任何行政相对人的意思表示,使通报批评的行政处罚一旦作出便会对行政相对人造成无可挽回的名誉贬损。目前我国立法规范中,国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。但由于名誉损害的难以估量性,行政相对人的名誉贬损也难以通过金钱赔偿等方式被“填平”。实务中诉求的公开赔礼道歉,虽然一定程度上可以弥补原告的名誉贬损,但是其一没有法律依据,二不能完全恢复原告的名誉,三无法被强制执行,不能完全达到填平原则的要求。

2. 社会制裁的自发性与不可灭失性导致移植填平原则阻断并填补损害的限制

不同于大部分行政处罚种类一次性对行政相对人造成权利减损,通报批评对行政相对人造成的名誉减损是持续、终身的,依靠社会的自发制裁。即使行政主体撤除了相关通报批评,依然无法消除社会记忆中的“原有印象”。即使行政主体采取了为行政相对人恢复名誉的措施,也无法改变社会公众心中的“首因效应”。

## 三、规范解释:通报批评处罚的应然前路

为实现通报批评的正确适用、探索通报批评处

罚的应然前路,需解构其处罚效果以进行执法路径优化,并参照比较法提出救济要求,引入民法中的“更正权”和“回应权”构建救济制度。

### (一)通报批评的执法路径

通报批评可以拆分为“通报”与“批评”两个要件。通报具有声誉罚属性实现制裁效果,批评具有申诫罚属性实现警示效果。因而通报批评的处罚效果之实现,应从两方面分别解构(图6)。

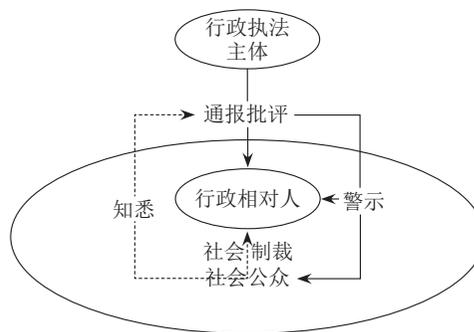


图6 通报批评处罚效果实现

#### 1. 制裁要件:通报产生制裁效果

目前实务中,通报批评被视为一种无法裁量的行政处罚。在《浙江省卫生行政处罚自由裁量标准》中,共涉及对41款含通报批评条文的裁量标准制定,却并无任何一项裁量标准中存在通报批评,包括《浙江省医疗机构药品和医疗器械使用监督管理办法》。地方在立法中承认其处罚地位,却在执法中进行裁量忽视。在笔者看来,通报批评并非一种完全无法裁量的行政处罚。

在通报的空间范围上,应合理裁量通报的覆盖范围。通报的空间范围决定行政相对人的权益减损程度,为实现比例原则,通报范围应以必要为限,对行政相对人理想的制裁效果应当与行政相对人的行为后果损害相当。因而如果行政相对人的行为后果造成了一定范围内的不良舆情,损害了政府公信力的公共声誉,则可在舆情产生范围内进行通报批评,造成行政相对人名誉贬损的同时恢复政府公信力。

通报批评的空间范围控制可通过不同的通报渠道实现。实务中通报批评主要有如表2所示的几种处罚渠道。

第一种渠道最常适用,却在实践中最为混乱。首先,通报批评处罚文书并未如裁判文书网、国家市场监督管理总局行政处罚文书公开网一般的官方综合文书公开网站,均由各地自行零散公布;其次,各地公开通报批评文书网站不同,有些公示在人民政府网站上,有些公示在具体执法机关或执法机关内设机构、派出机构网站上;最后,即使公示在同一网站上,公示类目也不尽相同,如与其他规范性文件一

表2 通报批评渠道

种类	通报渠道	使用过的行政主体
1	政府网站公示通报批评文书	宁波市江北区卫健局等
2	新闻发布会等公开会议上进行通报批评	深圳市卫健委等
3	特定场所张贴通报批评文书	德保县防控指挥部等
4	通过新闻媒体发布通报批评文书	宁波市慈溪市卫健局等

起公示在通知公告栏目、公开在相关执法机关的工作信息中。因而总体上看政府网站公示通报批评文件文书情况极为混乱,易混杂在其他政府信息中被淹没,从而无法达到处罚效果。对第二、三种渠道而言,其通报范围较易控制,可针对通报范围较小的情况,但难以留存通报批评作出载体。第四种渠道是目前较受行政主体青睐的渠道,尤其是通过互联网官方媒体公示通报批评载体,但却更为加重随意转载扩大制裁范围的问题。因此为控制通报范围,应选择恰当通报渠道,并对其加以规整。

在通报的时间范围上,应合理裁量通报持续时间,不应将通报作为一种终身性的处罚。通报批评的持续时间应与其行为后果损害相当。在通报批评持续时间结束后,可关闭通报批评载体的社会访问权限,终止对行政相对人的名誉贬损。

## 2. 警示要件:批评引导警示效果

第一,批评内容与警示对象。为起到教育警示效果,批评应详细指出事实的违法性,即行政相对人的行为成立行政法中哪一项应受处罚的情形,因而必须详细载明违法事实情况、处罚依据、处罚情节与处罚决定。同时批评中应表现对不再犯的引导,在再犯概率较大等必要情形下,还应参照原批评过程强调再犯后果劝勉教育等内容,实现行政执法“处罚与教育相结合”的原则<sup>[6]</sup>。如果仅仅通报行政相对人的违法事实并给予负面评价,其他社会主体可能并无法代入至自身。因而应当在通报批评中警示其他社会主体,从而实现通报批评的社会警示意义。

第二,改过自新的教育激励。经济学家诺斯指出,一个合理的制度应能够提供有效激励<sup>[7]</sup>。在限定通报批评持续时间以避免制裁效果过重的同时,在行政相对人改过自新时提前终止通报批评处罚更可实现其教育意义。但是构建改过自新的激励制度时必须基于两个要点。一是不应抹去其之前的处罚记录。行政相对人改过自新并不意味着其之前的违法行为消失。改过自新激励制度的设立目的是激励行政相对人改正错误不再犯并能够重返社会,其改过自新行为是对其违法行为的修复与弥补,而非擦去和抹除。二是不应损害基本的制裁效果。通报批评本质仍是行政处罚,行政相对人应因其违法行为遭受制裁,改过自新激励制度的运行

应在已经达到一定制裁效果后才可适用。

## 3. 通报批评的执法路径优化

第一,制定统一的通报批评执法规范。笔者曾致电浙江省某市某区卫健委询问通报批评执法模式,得到的答复是目前浙江省与某市并无统一的通报批评执法规范,通报批评处罚行为依照各行政主体的理解进行处罚执行。因此造成了实务中处罚效果问题频出,应制定统一的通报批评执法规范。首先,规范通报批评处罚要素,如通报批评的通报渠道、通报文书写作要求。在通报渠道方面,建立全国统一的通报批评文书网站并在地方政府网站上分设地方公示栏,并明确其他通报渠道的形式与要求。在通报文书写作要求方面,规范通报文书必须载明的行政相对人信息、社会警示等要件及其限度,统一通报文书制作标准。其次,出台裁量基准指导行政主体作出合理裁量控制通报批评空间和时间范围。在进行通报批评时,依据作出的时间与空间范围选择恰当的通报渠道,同时限制媒体转载,避免过度扩大通报范围造成不必要的损害。

第二,建立改过自新的激励制度。对于行政相对人改过自新的激励,可移植民法中“被遗忘权(right to be forgotten)”概念进行制度构建,以促进通报批评的处罚教育效果。被遗忘权对名誉恢复的作用已被国外的冈萨雷斯诉谷歌案、国内的朱烨诉百度案等证明。在政府方面,可仿照初步建立的行政处罚信息公开领域的信用修复程序,在最短公示期后行政相对人可提交改过自新凭证,申请政府关闭其通报批评文书的社会访问权。在社会方面,赋予行政相对人请求搜索引擎服务商不关联其通报批评相关报道的权利。由于其并不消除通报批评相关报道,搜索引擎服务商也无需承担过高的审核义务。

## (二)通报批评的救济体系

### 1. 通报批评救济比较法参照

目前我国学术界对通报批评救济的探讨较为局限,主要集中在程序性救济<sup>[6]</sup>、事前审查<sup>[4]</sup>等方面。对于实质性救济,目前学界提出较多的法律救济方式是“修复”或设置所谓“遗忘权”,但在行政处罚领域相关的研究成果并不成熟,其至今也欠缺制度上和技术上的有效方法<sup>[8]</sup>。通报批评实质性救济的本质是名誉恢复,因而可参照比较法中对具有声誉制裁措施的救济方式,明晰名誉实质救济的进路与要求。

德国法律对于同样可能给相对人造成名誉贬损的公共警告之错误作出,采取撤除警告和同时发布警告结果的救济方式。如果已发出公开警告,但检查未确认该怀疑,则应在相关方提出要求的情况下,立即将该警告与检查结果一起公布。撤除公开

警告和公布检查结果通常应与发出警告的方式相同。德国图林根州规定若在个别情况下合适的话,也可选择另一种披露方法。

日本的“公表”制度同样缺乏合理有效的救济措施。日本的公表包括制裁性公表与一般的公表,因而制裁性公表难以被认定为处分性,向法院提出诉讼并附带临时禁令申请被驳回的可能性较大。作为更直接的权利与利益救济方法,损害赔偿及订正广告等的名誉恢复措施更加值得考虑<sup>[9]</sup>。但若适用金钱赔偿,其违法性调查与损害计算难度极大,通过司法救济取消公表也收效甚微,同时诉讼成本巨大。有学者提出可以依照2014年行政程序法中的“请求中止行政指导”制度建立制裁性公表的救济制度,如采取中止或变更的措施时已经进行了公表,在对方受到社会信用下降等不利情况下,一并公布该公表违法的意思,恢复对方的社会信用。该制度以“申请”为行政救济措施的契机,可以评价为开启不以诉讼为依据的救济之路<sup>[10]</sup>。

对于具有名誉制裁意图与效果的不利机关宣传(adverse agency publicity)之错误作出,美国历时数十年也未探索出合人心意的救济措施<sup>[11]</sup>。美国行政会议(Administrative Conference of United States, ACUS)曾在1973年采纳成员学术观点,对相关主体采取不利机关宣传措施提出规范建议,其中包括救济措施的构想实施:当事人提出对错误宣传的救济时,机关应以与原始宣传相同的方式(或尽可能接近的方式)发布撤销或更正<sup>[12]</sup>。但直至2011年,该建议落地实效依旧不佳,互联网的高速发展也让救济方式的探索更加举步维艰。面对重大的潜在或实际危害,受影响的公司几乎没有切实有效的救济方式来对抗诸如食品药品监督管理局(Food and Drug Administration, FDA)黑名单这样的不利机关宣传:回应FDA可能因挑战权威造成进一步名誉贬损、要求FDA发布纠正性宣传不仅希望渺茫且名誉恢复效果不佳、要求法院发布阻止FDA进一步宣传的禁令但法院怠于行使。其中,纠正性宣传是较多实践的救济路径,但其“免罪很少等同罪行受关注(ex-oneration rarely commands the same public attention as a charge of wrongdoing)”的根本问题难以解决<sup>[13]</sup>。有学者指出,移除有争议的信息通常是首选的补救措施,紧接着是撤回与修正。机关完全有能力使两份信息受众一致。可公布适用的广泛性导致制裁意图不明晰等原因,其也难以获得司法救济<sup>[14]</sup>。对于名誉制裁的救济措施,有学者提出如下要求:撤回和更正时至少具有与最初陈述相同的力量和活力,努力在消极和积极之间保持对称披露;要求相对人提供公民请愿书等积极履行权利之证明;快速处理撤回与更正的请求<sup>[15]</sup>。

综上所述,对名誉损害的实质性救济是一个世界级的难题。从各国比较法中,可以总结出对名誉损害救济路径探索的几个要点:①“法律不保护在权利上睡觉的人”,名誉损害救济需以相对人积极请求为前提;②以恢复名誉影响为主要救济方式,以完全赔偿为救济目标,救济手段主要集中在机关撤回与更正造成名誉损害的错误信息,对名誉损害的社会制裁并无良好解决方案;③尽量减少对政府公信力的削弱,因此不应损害社会制裁主体(即新闻媒体等)的合法权益。有学者认为社会制裁主体应承担及时关注行政处罚的变更状态并更改不良记录的义务<sup>[6]</sup>。但社会制裁主体对行政相对人产生制裁效果的行为,是基于对政府公信力作出的合法合规之行为。因行政主体可能产生的过错,而加重社会主体的义务负担,显然破坏合理行政原则。对错误处罚的社会制裁主体,不应要求其作为行政主体的过错买单。

## 2. 通报批评的救济体系构想

众多案例与各国比较法已经证明了诉讼只是名誉损害救济的无奈之举,名誉制裁措施的举证难、审查难,将会对多方均造成极大的诉讼成本。另外,有学者主张通过民事诉讼的方式救济行政相对人受到的社会制裁损害<sup>[6]</sup>。但社会制裁主体极为广泛,且其并无主观过错,同样诉讼成本极高。同时,笔者认为不宜在错误处罚的实质性救济上设立“修复”与“被遗忘权”。上文执法路径优化部分所述的改过自新与错误处罚存在本质区别。错误处罚中造成行政相对人名誉贬损的缘由是行政主体的过错,需将被贬损名誉完全恢复;改过自新中行政相对人确有过错,只需将被贬损名誉控制在一定量内。行政相对人因行政主体的过错遭受名誉损害,若以“修复”和“遗忘”这样的方式来淡化而非纠正社会公众心中的名誉贬损印象,不仅对行政相对人显失公平,也将损害所有通报批评的制裁效果。因而“被遗忘权”更适合作为“教育”的激励手段而非“惩罚”的救济手段。笔者认为,对于错误处罚的实质性救济,可移植民法中“更正权(right to correction)”和“回应权(right to reply)”的概念进行救济制度构建。

在政府救济方面,可借鉴“更正权”概念构建制度。对于错误处罚的通报批评,政府部门可撤回所有通报批评文书,并在曾发布过通报批评的渠道发布更正声明,弥补行政相对人受到的名誉贬损。但更正权的概念不宜移植于对错误处罚的社会救济。由于非官方媒体报道错误处罚的通报批评是一个民事法律行为,由政府向其行使更正权侵害私法自治原则,而若由行政相对人行使,媒体则需审核其错误处罚之真实性,对非官方媒体要求过高并

不合理地加重其负担。另外,从更正权概念上来看,要求媒体更正的应是“不正确报道”<sup>[15]</sup>。但非官方媒体报道时错误处罚的通报批评作为事实存在,于报道行为与内容上并无“不正确”。因事实本身的不正确要求媒体更正其“正确”的报道,不符合更正权的法理基础,更将对政府公信力造成损害。

因而对错误处罚的社会救济,可借鉴“回应权”概念构建制度。回应权的行使原则上不以内容不真实为必要<sup>[16]</sup>,降低了非官方媒体的审核义务。同时回应权双方均是一般民事主体,将民事行为于私法范围内解决,节省行政资源的同时维护了私法自治原则,也保障了行政相对人的名誉恢复。行政相对人可通过行使回应权,要求新闻媒体在报道其通报批评的相同版面或相同渠道发布其回应声明,以达到名誉恢复目的。

通报批评救济体系构建,同样需要程序性救济的完善,保障通报批评处罚程序正当审慎。笔者认为由于通报批评名誉贬损的不可逆转性,通报批评处罚应保持审慎态度,在复议期与诉讼期结束后、处罚决定效力固定时作出。若在此之前证实错误处罚,便可直接撤销通报批评处罚决定,因还未发生实际上的损害后果,便无需绞尽脑汁对行政相对人的名誉贬损进行损益计算和弥补<sup>[(2012)商行初字第9号]</sup>。同时必须保障行政程序合规,落实处罚决定作出时的听证制度和处罚决定作出后的“停止执行”制度<sup>[4]</sup>,最大限度防止给当事人造成不可逆的名誉贬损。

#### 四、通报批评应用的时代展望

作为行政处罚的通报批评,能够将“义务的道德”转为“愿望的道德”<sup>[17]</sup>,对公共秩序的调整发挥超越法律的规制作用,符合信用中国构建的社会道德引领需要。其在卫生执法领域,尤其是在突发公共卫生事件中的广泛适用,展现了作为一种适应时代需求的新行政处罚的远大前景。期望在经过动态调整克服实践疑难问题后的通报批评,能够在诸如家庭教育等<sup>[18]</sup>更多社会领域发挥处罚实效,促进社会有序治理,为实现法治社会的时代浪潮贡献力量。

#### 参考文献

[1] 陈奕吉,牛彬彬. 作为行政处罚的“通报批评”: 实务适用、泛化溯因与规范解释——基于疫情防控下1004例通报批评的实证研究[J]. 中国卫生法制, 2024, 32(1): 59-69

[2] 蒋红珍. 比例原则适用的规范基础及其路径: 行政法视角的观察[J]. 法学评论, 2021, 39(1): 52-66

[3] 陈晋胜,彭云业. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 148

[4] 冉崇潇. 作为行政处罚的“通报批评”: 规范语义、实证识别与适用控制[J]. 西南政法大学学报, 2022, 24(2): 72-84

[5] 沈岚. 接近“如同损害没有发生”的救济理想——评涉执行司法赔偿标准的进步[J]. 法律适用, 2022(5): 41-47

[6] 江国华,孙中原. 论行政处罚中的通报批评[J]. 河北法学, 2022, 40(6): 46-67

[7] 道格拉斯·C. 诺思. 制度、制度变迁与经济绩效[M]. 杭行,译. 上海: 格致出版社, 2014: 131

[8] 朱芒. 作为行政处罚一般种类的“通报批评”[J]. 中国法学, 2021(2): 148-165

[9] 天本哲史. 行政による制裁的公表の国家賠償法1条1項上の違法性判断に対する研究[J]. 桃山法学, 2017(27): 101

[10] 天本哲史. 地方公共団体による制裁的公表に関する法的研究[J]. 桃山法学, 2020(33): 170, 172

[11] GELLHORN E. Adverse publicity by administrative agencies[J]. Harv Law Rev, 1973, 86(8): 1380

[12] Adverse Agency Publicity (Recommendation No.73-1), 38 FR 16839 (June 27, 1973), 3 ACUS 17[EB/OL]. [2024-09-03]. <https://www.acus.gov/recommendation/adverse-agency-publicity>

[13] CORTEZ N. Adverse publicity by administrative agencies in the internet era[J]. Brigham Young University law review, 2011(5): 1371-1454

[14] O'REILLY J. Libels on government websites: exploring remedies for federal Internet defamation[J]. Adm Law Rev, 2003, 55(3): 507-550

[15] 岳业鹏. 论作为名誉损害救济方式的回应权——兼评《出版管理条例》第27条第2款规定[J]. 北方法学, 2015, 9(5): 58-68

[16] 江嘉琪. 接近使用媒体的权利[J]. 法令月刊, 2006(6): 27

[17] 富勒. 法律的道德性[M]. 北京: 商务印书馆, 2005: 26

[18] 陈奕吉,李军. 家庭教育法治化的实践范式: 司法逻辑及应然铺陈——基于《家庭教育促进法》实施中41个典型案例的扎根理论研究[J]. 少年儿童研究, 2023(6): 60-71

(本文编辑:姜鑫)

# The application of administrative punishment of “informed criticism” from the perspective of health law enforcement: clarification of principles and concept of remedies

——Based on 818 cases of notification of criticisms

CHEN Yiji

Faulty of Law, University College London, London WC1E 6BT, UK

**Abstract:** The new Law of the People’s Republic of China on Administrative Penalty in 2021 added informed criticism as a new type of general administrative penalty. Since the implementation of the new law in July 2021, informed criticism has been widely applied in law enforcement, especially in the field of public health law enforcement, playing a great role and completing the transition from legislation to practice. However, through empirical analysis of 818 cases of informed criticism of administrative penalties under public health law enforcement, we discovered that the operational effectiveness of informed criticism in law enforcement is unsatisfactory. The failure to meet the expected penalty effect, and the absence of remedies have put the general application in an unpopular and awkward situation. Tracing back the causes, the inappropriate application of the much-needed norms has caused severe damage to the principle of proportionality and other law principles. In order to achieve the proper application of informed criticism, it is necessary to deconstruct the effect of its punishment to optimize the path of law enforcement and to introduce the “right of correction” and “right of response” in civil law to set up a relief system with regarding comparative law to provide relief requirements.

**Key words:** informed criticism; administrative punishment; health law enforcement; public health