

论行政处罚中的通报批评

赵艳静

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年3月7日; 录用日期: 2023年3月21日; 发布日期: 2023年5月24日

摘 要

2021年修订的《中华人民共和国行政处罚法》在行政处罚种类中增加了“通报批评”的处罚方式。通报批评作为行政处罚的一种, 其作出应当遵循合法、比例原则等基本原则的要求, 但现行法律并没有对通报批评的适用进行周延、清晰的规定。通报批评是行政机关以公开方式对违法行为人进行否定性评价, 由于信息的快速传播和通报批评本身的名誉制裁性的特质导致通报批评影响范围广泛, 对社会以及行政相对人带来的影响较大。因此, 行政机关选择适用通报批评这一行政处罚时, 应当选择影响广泛具有指导意义的情形, 单独对法人或者其他组织适用, 避免通报批评的滥用, 维持行政处罚与违法事实的平衡。

关键词

通报批评, 行政处罚, 过罚相当

On Circular Criticism in Administrative Punishment

Yanjing Zhao

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 7th, 2023; accepted: Mar. 21st, 2023; published: May 24th, 2023

Abstract

In the Administrative Punishment Law of the People's Republic of China revised in 2021, the punishment method of "informing and criticizing" was added to the types of administrative punishment. As a kind of administrative punishment, circular criticism requires that basic principles such as legality and proportionality should be followed. However, the current law does not make clear provisions on the application of circular criticism. Circular criticism is a negative evaluation of the lawbreaker by the administrative organ in an open way. Due to the rapid dissemination of information and the character of reputational sanction of circular criticism itself, circular criti-

cism has a wide range of influence and brings great influence to the society and the administrative counterpart. Therefore, when the administrative organ chooses to apply the administrative punishment of circular criticism, it should choose the situation with wide influence and guiding significance and apply it to legal persons or other organizations separately, avoid the abuse of circular criticism and maintain the balance between administrative punishment and illegal facts.

Keywords

Circulate Criticism, Administrative Punishment, Pass and Punish Fairly

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

2021 年修订《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)在行政处罚种类规定中增加了“通报批评”,在此之前,通报批评已经在执法实践中广泛存在,例如 2018 年福建省住房和城乡建设局作《关于对上海祥浦工程监理咨询有限公司予以全市通报批评并纳入信用扣分的通知》(宁建筑[2018] 44 号)的处罚。通报批评是社会生活中极为常见的处罚形式,一般出现于学校、行政机关内部、行业领域内等对内部管理人员所作出的处罚通报,此类通报批评大多属于“内部处理”,一般存在明确的组织形式并依托其组织秩序与管理权限得以实现[1]。学校和行业领域管理,并不是法律上当然的行政主体,例如律师协会对违规律师作出通报批评的处罚,这类处罚是在程序上对相对人进行威慑,相对人不能进行实体上的复议和诉讼。

名誉罚是“行政机关向违法者发出警戒,申明其有违法行为,通过对其名誉、荣誉、信用等施加影响,引起其精神上的警惕,使其不在违法的处罚形式[2]。”也就是说将相对人的名誉、荣誉、信用等处于社会关系环境之中,由其他相关人员对其进行评价,达到名誉减损或者社会性评价降低的法律效果。

《行政处罚法》将通报批评与警告并列于第九条第一款,通说认为通报批评与警告一样,是名誉罚的一种,但学者朱芒认为警告并不能够被认为是真正的名誉罚,因为警告并没有达到名誉罚所要达到的法律效果,达到更多是提醒警示的作用,形式意义更强[3]。生活中警告多数仅发生于行政主体与行政相对人两者之间,例如交警对违反交通法规的路人作出警告的行政处罚,但这个警告仅发生于交警与路人之间,起着劝诫和警告的作用,并不一定知情以及作出评判,相对人实际上的名誉、荣誉等并没有受到影响,即警告并没有产生名誉罚所需要的被处罚人名誉减损或者社会声誉贬低的结果,它严格上来说是属于行政指导的事实行为。而通报批评的适用必须将相对人置身于社会关系中,达到名誉罚的法律效果。

《行政处罚法》将通报批评纳入行政处罚种类中,其实质上应当是行政处罚的一般种类,即行政主体在一定范围内,以公开的方式对行政相对人的基本情况、违法行为以及对该行为进行的负面评价,从而降低行政相对人的声誉,降低其社会评价,从而达到惩罚的目的。学者朱芒认为“通报批评”应涵摄各种形式的名誉罚行政处罚行为,某项行政处罚行为,其在根据规范上无论是否在形式上被称为“通报批评”,还是被称为“公开谴责”“列入失信名单”和“公布违法事实”或者其他任何名称,只要在法律效果的要件特征方面,即制裁方面符合名誉罚的要件特征,即可纳入其中,成为“通报批评”中的一种[3]。当行政主体将客观存在的事实信息对外表述,形式上并不因此产生法律效果,行政机关并未作出希望达成法律效果方面的意思表示,但通过公布某些违法事实,潜在的利用社会大众对此类行为的否定

性评价,对被公开违法事实的相对人造成精神上的压力,达到了通报批评的制裁性效果,例如在李云迪嫖娼案件中,公安机关虽然是对其嫖娼的客观行为进行公布,但是社会公众对嫖娼这个行为本身就是持有否定性评价,让社会性制裁发挥了法律制裁的功效,实质上达到了对被公开人名誉受损或者社会性评价降低的效果。故而,通报批评应当是一般行政处罚种类,而不是仅是名称为通报批评的行政处罚。

将通报批评的适用具体限制在法律框架内,有助于后续形成有关通报批评的处罚程序、处罚标准、救济途径等细化内容,避免恣意执法侵犯行政相对人权利。综上所述,尽管《行政处罚法》将警告与通报批评列在同一位置,通说也认为警告和通报批评是名誉罚,但是显然警告和通报批评在处罚程度和处罚影响范围上严重程度大有不同。基于此,尝试探讨以下问题:1)通报批评的适用原则。2)通报批评的适用情形应当限制在何种程度。3)将警告和通报批评的适用对象区分开,使其发挥各自应有的作用。4)通报批评的适用范围应当限制在何处可以更好地达到处罚的法律结果。

2. 通报批评的适用原则

行政处罚是行政行为的一种,行政行为的作出需要遵循合法、合理等原则,但是行政机关对相对人作出通报批评的行政处罚,是减损被处罚人的权益或增加义务,那么在此基础上,通报批评的作出应更严于普通的行政行为,也就是说通报批评的作出不仅需要遵循行政行为的基本原则,更要遵循行政处罚的基本原则。通报批评的作出需要遵循过罚相当原则,过罚相当原则指的是对符合行政处罚构成要件的行为人科加的处罚,应当与其违法行为相均衡的处罚准则^[4]。过罚相当原则本身涵括了考量要素和判断标准两个方面,从过罚相当原则在《行政处罚法》中的功能出发,处罚裁量要素根据人身危险性和社会危害性程度进行系统整合。过罚相当原则中的“相当”是不确定法律概念,过罚相当原则本身并不能够给予“相当”性的标准判断,过罚相当原则周延、清晰地罗列行政处罚设定和裁处应当考量的因素,能够形成对应受处罚行为性质和处罚后果相对全面、准确的认识^[5],比例原则可以作为过罚相当性的分析工具和判断标准^[6]。

首先,比例原则要求通报批评的适用是否有助于维护社会秩序,这是适当性的要求;其次,结合违法行为给社会危险性和人身安全性进行考虑,适用通报批评是否是对该违法行为予以处罚的最小侵害手段,这是最小侵害原则要求进行的考量;最后,通报批评背后隐藏的道德谴责功能是否足够实现维护社会秩序的目的,若是通报批评的适用并不足以维护该违法行为扰乱的社会秩序,则不该适用通报批评,选择其他更为严厉的行政处罚种类,这是均衡性原则的考量。根据多方面酌定因素考量形成既对相对人造成威慑,又对相对人影响还是最小且更为精准的行政处罚种类。

关于比例原则,有学者指出比例原则表面上所审查的是目的与手段的机会,但这种审查实际上需要以法律后果或可预期的明确法律结果为基础,通过结果印证目的、手段是否有助于达到该效果,或手段是否超出该结果所需的程度。在大数据时代,名誉损失带来的影响和损失不是一定数额的罚款能够比较,在违法情节相对轻微的情况下,相较于可以量化的罚款数额、拘留时间等行政处罚,通报批评的制裁效果和消极影响所到来的后果是难以估量的。行政处罚同时具有处罚和教育的功能,若是处罚过重,会给相对人造成过重的负担,若是处罚太轻,则达不到惩戒违法行为人的目的,必须结合违法行为的事实、性质和情节等多方面因素才能同时尽到处罚和教育的功能。任何比警告、通报批评更严厉的处罚都包含了谴责、教育、劝勉的过程与功能,处以罚款、拘留等而并处警告意义有限,同理,通报批评如是。行政机关在实施行政处罚时具有一定的裁量权,但是信息化社会中通报批评的适用所带来的后果难以在适用之前进行预估,通报批评处罚裁量并不是绝对自由,处罚的裁量结合相对人违法行为的事实、性质、情节和社会危害性程度等来确定处罚的程度,根据行政违法对公共秩序的一般危害性特征,在违法性质、情节与后果上社会危害性不大的前提下,其对社会公共利益影响范围相对

有限,故而通报批评应单独进行适用,不与其他行政处罚种叠加。若通报批评的适用与其他行政处罚共同使用,将会给行政相对人带来过重的负担,国家权力的行使需要有正当的理由和合理界限,避免滑向国家控制过度及对社会的侵蚀。

3. 通报批评的适用情形

通报批评作为名誉罚的一种,本质是在法律执行系统中引入社会评价机制,增加违法行为的“围观者”和纠正违法行为的“参与者”,从而强化执法威慑力和对违法行为的矫正力案件是否适合在一定范围内公示的审查,预先纳入处罚决定^[7]。通报批评适用于不同的案件、事实、情形、对象,会产生不同的影响和法律效果,例如,对企业生产不符合食品安全标准的食品进行通报批评,会对其他生产企业起到威慑作用,对消费者起到很好的提示作用;影视明星具有社会关注度较高的工作特性,对影视明星在公共场合吸烟或者闯红灯进行通报批评,会造成较大的社会影响,甚至会影响其事业发展。通报批评的使用具有成本低、收效快、影响深刻的特点,但是过量的信息和没有信息本质上没有区别,因此过度适用通报批评反而会造成社会公众降低对其关注度。

行政处罚是行政权力为维护社会秩序而使用的消极手段,是对违反行政法的行为的一种否定性评价。通报批评要实现制裁、监督、预警功能,需要保证其适用能够吸引足够的注意力。《行政处罚法》并没有对通报批评的适用情形进行规定,但对于行政处罚决定是否公开,则规定“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开”。通报批评本身的特质决定其必须是依法公开的,因此,结合行政处罚决定公开的规定去考量通报批评的适用情形,具有一定的合理性。孔祥稳认为,确立“具有一定社会影响”所蕴含的判断是,公开具有一定社会影响的行政处罚决定所实现的监督、预警等公共利益要大于公开信息可能带来的负面影响。如何界定“具有一定影响”,从文义上理解为能够产生一定的社会影响,而不是发生了一定的社会影响;从立法上理解,通常是对社会公共利益造成极大危害或具有较高系统性风险的对社会起到警示作用违法行为,具有较强的公共属性和较大的社会价值,需要公众基于更多的关注。行政主体对行政相对人进行通报批评处罚所蕴含的信息和风险警示功能具有官方性和权威性,因此,通报批评的适用情形规范在“影响广泛具有指导意义”,社会影响范围和关注度相对较大,可以引起社会公众的重视程度。

现代权力理论主张国家权力来自于公民的让与,而公民赋予国家权力是为了实现其共同目的,从这一定位出发,行政处罚迫使对方承担额外的不利后果,通过反向作用力达到制约社会主体行为的目的。通报批评包含了行政违法者的违法行为和监管机关的调查、处理等信息,是监管机关对当事人行为作出否定评价的正式判断,是对当事人信息与负面声誉信息的叠加,其所影响的公共利益与个人利益并不总是确定的,对社会影响较大、影响范围较大、潜在受害人较多的违法行为,可能导致社会风险在一定范围内整体增加,当行政违法行为不具备社会影响,或者有些行为虽然具有一定的社会影响,但是对公共或群体利益没有产生影响,对其进行通报批评所实现的公共利益不足以超过可能给当事人带来的风险和损害,造成过度公开,降低通报批评本身的执法威慑力。因此通报批评在适用时需要充分考虑其特殊属性所涉及的公共利益和个人利益。通报批评太过普遍且频繁的适用会导致耻辱信息过量涌现,分散公众对制裁的关注度,降低公众对制裁作出的回应,降低违反相对人由于被批评而产生的羞耻感,甚至由于通报批评的广泛存在,推动违法者实施更为严重的行政违法行为以获取更大的经济利益,通报批评不在达到立法预设的惩戒效果。

4. 通报批评的适用对象

日本学者盐野宏认为“关于个人信息处理如果欠缺適切性的话,就会发生不当的侵害个人的权利

利益的事情”[8]。在大数据与司法行政信息公开不断深度融合的现实基础上,通报批评本身的特质要求通报批评的适用需要对行政相对人的信息进行披露。由于数据的量级大幅度增加,互联网等信息化媒介在信息传播与效率方面具有不可忽视的影响力,通报批评制裁的法律效果在信息社会中有外溢的风险,行政主体不能在意思表示中事先明确处分的实际效力范围。国家权力的行使需要合理的界限,通报批评对行政违法者带来的消极影响是难以在后期修复的,如果不对通报批评的适用对象进行限制,会造成通报批评的滥用。

国家机关是个人信息最大的处理者和持有者,只有规范好了国家机关的个人信息处理行为和保障其安全,才能真正保护好个人信息。《个人信息保护法》第34条规定:“国家机关为履行法定职责处理个人信息,应当依照法律、行政法规规定的权限、程序进行,不得超出履行法定职责所必需的范围和限度。”这一规定的逻辑是行政机关为了履行法定职责,无需以个人同意为处理个人信息的正当性基础,但处理个人信息不得超出履行法定职责所必需的范围和限度[9]。公民个人信息具有可识别性,个人的“信息化形象”也是他人获得信息的媒介,信息披露的多少影响着社会成员对被披露公民个人信息的掌握程度。若对公民适用通报批评,则不可避免的需要对公民的个人信息进行一定的披露,尽管行政机关可以对个人信息进行技术处理后在公开,但如今数据挖掘、分析的技术不断提高,对新闻媒体、社交网络等公开信息的数据进行分析、对比、组合,往往可以获得指向特定主体的信息,实现信息的再识别,导致任何信息都可以通过不断累积与个人相关。例如2014年“黄海波嫖娼案”,尽管当时行政机关并未给予其通报批评,但是由于信息的泄露对其造事业和生活造成的影响是毁灭性的。通报批评带有强烈的价值取向和判断的主动性,是一种明确的行政意思表示,带有负面标签与否定性评价或谴责表达[10]。因此,对公民适用通报批评,会造成难以预估的影响,例如不法分子找到被给予通报批评的人,进而进行实施网络攻击、精神施压甚至是敲诈勒索等行为。

而法人(以下所提法人,均包括其他组织)是组织的一种。组织是人们基于某种联系形成并结合的集体,法人是一个没有血肉的组织,它独立于自然人的意志,没有自然人的情感和思想。法人是无血无肉的组织体,其人格不具有伦理性,法人所具有的团体之人格是一种无伦理性的法律人格,并不具有类似于自然人的精神利益[11]。通报批评在精神和名誉上会造成较大的伤害,但是法人作为法律构造的产物,其本身并不具备自然人属于生物所特有的情感属性,通报批评的本质是通过公布行政相对人的违法信息并给予否定性评价,利用社会成员对相对人的消极印象,降低社会成员对相对人的社会评价,减损相对人潜在的权益来达到惩治的效果。尽管行政机关对法人进行否定性评价,但它只侵犯了法人的权利,不侵犯其背后的自然人。社会成员一般是对法人的信誉、外在评价、经营能力、产品质量等进行评价,对法人的评价并不会影响其个人尊严与人格自由。法人目标不能独立与组织内部的行动者个人,而法人内部具备董事会、股东大会、监事等组织机构,不管个体怀着何种原始的动机接受组织中的角色,与这一角色相适应的目标和约束就成为决策程序的一部分,存储在他的记忆中,并且界定他的角色行为[11]。违法行为由法人名义作出,由法人独立承担违法责任是题中应有之义。当个人以个人行为影响法人的相关利益,在一定程度上是由于组织的对其约束力度不够,在这种情形下对个人进行通报批评有处罚过重之嫌,而对法人进行通报批评则恰如其分。例如当高校老师存在利用教师身份实施违法行为被教育厅发现,此时若是由教育部门用官方立场对教师进行通报批评会导致处罚过重,在这种情形下,高校有管理监管不当的职责,由教育部门对高校进行通报批评,督促其对教师的管理。

5. 通告批评的适用范围

与刑事犯罪行为相比,行政违法对社会公共秩序侵害的较轻,无论从性质、情节还是后果上都无法

产生很大的社会危害性,对社会公共利益的影响范围有限,其主要影响行政管理功能的有效发挥。与法院生效判决一律公开不同,行政处罚决定是否公开,行政机关具有一定的裁量权。名誉存在于社会关系环境之中,对名誉减损或社会评价降低的法律效果也必然发生于一定的社会关系环境之中[3]。从“手段——目的”合比例性的要求考虑,行政处罚决定信息公开,主要应当适用于那些与公众利益和社会利益密切相关的行政监管领域的处罚决定,不是“一刀切”的对所有的行政处罚决定进行公开[12]。通报批评本身的特质要求其行政处罚决定必须是公开,故而行政机关在适用通报批评时本身就需要对行政违法事实是否适用以及造成的影响进行考量。

名誉罚造成的名誉影响具有难以逆转性,基于行政违法对社会公共秩序的一般危害性,在信息披露不可逆转的今天,通报批评包含了大量的人格和声誉信息,并伴随着行政机关对相对人的负面法律评价,涉及的法律利益非常复杂,通报批评范围过宽,会给予行政相对人一定程度上的致命打击导致处罚过重。在“风险社会”的时代背景下,行政机关是最大的官方信息处理者,承担向公众披露信息弥补公众在市场信息支配地位中弱势地位的义务,政府信息所承载的治理功能要求通报批评的适用应慎之又慎。

行政违法相对人名誉和利益的贬损,相当于信息传递、接受、选择、重构的过程。从实践的角度来看,除了一些特殊的主体或严重的违法行为外,公众对于不是发生在周边地区或与自身利益无关的行政处罚并不在意,因此,对于通报批评的适用范围,可以考虑限定在行业领域内进行通报批评。行内通报的原理是,在被处罚人生活或活动在某一社区,该社区是可辨认或可识别的,行政机关将处罚决定在违法相对人经营的行业、违法行为涉及的行业或者行政监管范围内的行业的有关事实进行通报。由行政机关发出风险警示信号,信号的接收主体包括违法当事人、当事人所在社区乃至所有可能关注这一信号的人或组织。名誉和利益的贬损通常是处罚主体与违法相对人所在社区的其他相关人员,对通报批评的内容达成一致的批评意见并做出回应,即行政主体将行政违法信息以一定范围内进行公开作为对违法行为人的名誉惩戒,行为人所在的行业或利害关系者能够理解惩戒的目的,认可惩戒的合法性,行政违法者害怕这种处罚可能带来的负面后果。行业通报针对的是损害行业声誉,破坏行业秩序,在一定程度上影响到同行业其他主体的相关利益,但是并没有严重到涉及社会公益程度的违法行为,其制裁效果主要通过行业内合作竞争等市场自发行为与合作主体的声誉评价得以实现。对违法行为人在行业内进行通报批评,对于重视名誉者,处罚将具有较强的震慑作用,对违法者形成惩戒作用,促使违法者自觉纠正行政违法行为以规避或降低由此带来的不良后果。对于漠视声誉或者本就声名狼藉者来说,不论是全社会通报还是行业通报,对违法行为人都难以达到惩戒效果。行政处罚的作出一方面是以惩戒违法性对人为目的,让潜在违法行为人引以为鉴,另一方面是为了恢复由于违法行为所扰乱的社会秩序,因此,即便适用通报批评,也应赋予违法者改过自新的机会,而行业内进行通报所带来的后果,行政违法者可以通过矫正违法行为逐步较少因通报批评所带来的恶果。

行政主体对行政相对人进行通报批评,向社会公众提示当前存在的违法行为、处理状况以及提供相关方的信息,提醒公众风险的具体位置,引导公众选择。由有权的行政机关对违法者进行公开否定,若是通报批评范围过大,会造成个人和群体利益的人格尊严受到最大程度的打击,对社会生活带来难以估量的影响,对于被处罚的法人或其他组织而言,会造成商誉减损或财产损失,包括劳动力成本增加、市场份额减少、股市价值下跌和其他负面后果,当行政机关对相对人造成难以弥补的损害时,会对相对人带来不可修复的深远影响,特别是对于一些道德性质较强的违法行为,这种社会制裁的效果尤为明显。

6. 结语

国家公权力的适用,既要最大程度维护公共利益,也要避免对个人或群体利益造成不必要的损害。

在当前的信息化水平下,行政机关适用通报批评这一行政处罚,以成本最低的方式达到深刻的执法目的,具有成本低、收效快、影响深刻的特点,但在这些积极意义的背后,通报批评也给当事人权益的保护带来挑战。在数字化时代,通报批评是行政机关通过公开的方式对破坏行政管理秩序的行为进行制裁,通报背后所带有的信息价值、制裁效果、影响范围等可以对其他潜在的违法行为进行威慑,能够杜绝类似违法案件的发生。特别是在网络信息方面,信息传输速度和交换频率直线上升,通报批评造成的影响难以修复,谨慎的分辨不同价值之间的张力,调整不同权益之间的冲突,有助于通报批评的规范使用。当前在通报批评具体适用上,需要考量通报批评的概念外延,对适用情形、通报范围、适用对象、使用方式等问题进行衡量,是很好规范通报批评的需要,有助于手续对通报批评处罚的认定、救济方式、救济程序等多方面内容的细化,回应网络社会信息被滥用的合理规制。

参考文献

- [1] 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.
- [2] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1999.
- [3] 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.
- [4] 陈太清. 过罚相当原则的司法适用[J]. 中国法学, 2021(10): 48-63.
- [5] 李晴. 论过罚相当的判断[J]. 行政法学研究, 2021(6): 28-38.
- [6] 杨登峰. 行政处罚中比例原则与过罚相当原则的关系之辨[J]. 交大法学, 2017(4): 9-21.
- [7] 贺译葶. 公布行政违法信息作为声誉罚: 逻辑证成与制度建设[J]. 行政法学研究, 2020(6): 78-89.
- [8] 盐野宏. 行政法总论[M]. 杨建顺, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [9] 王锡锌. 行政机关处理个人信息活动的合法性分析框架[J]. 比较法研究, 2022(3): 92-108.
- [10] 张晓莹. 行政处罚视域下的失信惩戒规制[J]. 行政法学研究, 2019(5): 130-144.
- [11] 冯钰. 作为组织的法人[J]. 环球法律评论, 2020(2): 83-101.
- [12] 王锡锌. 行政处罚决定的公开及其限度[J]. 中国司法, 2021(8): 68-71.