



QUANLI BAOZHANG SHIYEXIA DE
WEIFA XINXI XINGZHENG GONGGAO YANJIU

权利保障视野下的 违法信息行政公告研究

禹竹蕊 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



本书系 2014 年教育部青年基金项目：权利保障视野下的违法信息行政公告研究
(课题编号:14YJC820068) 的最终成果，本书的出版获得教育部社科基金资助。

QUANLI BAOZHANG SHIYEXIA DE
WEIFA XINXI XINGZHENG GONGGAO YANJIU

权利保障视野下的 违法信息行政公告研究

禹竹蕊 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

权利保障视野下的违法信息行政公告研究 / 禹竹蕊著. —北京: 知识产权出版社, 2017. 1

ISBN 978-7-5130-4646-6

I. ①权… II. ①禹… III. ①违法—公告—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 305755 号

责任编辑: 雷春丽

责任出版: 刘译文

封面设计: SUN 工作室 韩建文

权利保障视野下的违法信息行政公告研究

禹竹蕊 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8004

责编邮箱: leichunli@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 19.5

版 次: 2017 年 1 月第 1 版

印 次: 2017 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 307 千字

定 价: 50.00 元

ISBN 978-7-5130-4646-6

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

依法披露违法信息与 严格规范文明执法

莫于川*

黑名单、坏名声、曝光、搞臭、出丑……在进入信息社会之前，上述手法在监管执法过程中已广泛运用且颇多争议，行政机关将其视为加大管制强度、提升管制权威的抓手，一些受到违法行为伤害的民众也觉得很解气、很给力，但也一直受到法律界的许多质疑；进入信息社会，由于信息技术手段的发展和信息社会运行的特点，上述手法的运用越来越便利、运用得越来越频繁、杀伤力和伤害性也越来越大，也因此受到越来越多的法治拷问，客观上提出了有效予以法律控制的强烈呼声，也开始了有关法制建设努力。针对典型形式的违法信息行政公告行为加以法理分析和法律控制，通过法治思维和法治方式实现严格规范公正文明执法，有助于完善政府信息主动公开法律制度，这是富有现代性、挑战性和对策性的重大法治课题，本书乃是此领域探索努力的重要新成果。

这里首先需要考察此项制度革新探索的宏观背景。随着经政改革和法制建设的推进，人们一直呼吁要加强行政公开法制，推动政府信息公开，理由有四：一是政治民主化的要求，二是宪法的精神和要求，三是履行我国加入WTO对透明度原则予以承诺的要求，四是打造阳光政府、建设法治政府的要求。《政府信息公开条例》施行八年来的实践表明，政府信息公开制度建设

* 莫于川，中国人民大学二级教授、博士研究生导师、宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法研究所所长、中国行政法学会研究会副会长。

与经济发展水平相关,但它绝不只是经费投入问题,监管执法实务中出现的许多政府信息公开争议案件,从表面看是因为意见不一或故意规避或任性用权,其背后的深层原因是观念滞后和认识片面。一些行政公务人员不知晓依法公开政府信息乃是世界潮流,是我国行政法治发展的基本趋势和重要领域,也是新时期依法积极履行政府职能的基本要求。因此,《政府信息公开条例》第1条就规定:“为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息,提高政府工作的透明度,促进依法行政,充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用,制定本条例。”这里强调的维权原则、法治原则和服务原则,具有公开法制的中国特色。

在行政监管执法实务中不断发生政府信息公开争议案件,还有一个重要原因是政府信息公开的综合基础不足。在依法公开政府信息的问题上,行政机关也会有惰性,例如,它没有给予高度关注并作出足够投入,没有依法搭建好信息平台 and 渠道,没有编制好政府信息公开指南和公开目录并及时更新,没有建立健全政府信息整理归档和发布协调机制,没有规范化地建立依法公开政府信息的机制和程序制度,没有及时完整地清理历史信息,特别是尚未完善地建立起适应工作要求的政府信息公开工作干部队伍,以及行政监管执法人员尚未普遍树立起依法公开政府信息的法治意识等。如果行政机关还处于此种状态,既要依法、及时、规范地公开政府信息包括企业违法行为信息,又要经常面对人们提出范围广、种类多、数量大的政府信息申请,其疲于奔命的被动局面不难想见,出现这种被动局面和巨量成本显然不利于经济社会协调发展和法治政府建设进程。因此,人们期盼通过行政法制革新,更有利于依法公开政府信息,包括主动公开和依申请公开;把公开透明作为政府工作的基本制度,拓宽办事公开领域;所有面向社会服务的政府部门都要全面推进办事公开制度,依法公开办事依据、条件、要求、过程和结果;创新政务公开方式,加强电子政务建设,充分利用现代信息技术,建设好互联网信息服务平台和便民服务网络平台;建立健全依法公开政府信息的监督保障机制,定期对政府信息公开工作进行评议考核。只有把民众的热切希望与政府的积极努力契合协调起来,才能稳健地推进政府信息公开法制建设,实现良性的博弈过程和发展进程。一句话,加强政府信息公开法制是建设法治政府

和服务型政府的一场根本性、革命性举措，其重大而深远的意义将日益显现出来，逐渐被人们真切和深刻地感受到。

2015年12月由中共中央和国务院颁布的《法治政府建设实施纲要（2015~2020年）》，在所提第22项措施（创新行政执法方式）中强调：要推行行政执法公示制度，加强行政执法信息化建设和信息共享，建立统一的行政执法信息平台，完善网上执法办案及信息查询系统，强化科技、装备在行政执法中的应用，推广运用说服教育、劝导示范、行政指导、行政奖励等非强制性执法手段，健全公民和组织守法信用记录，完善守法诚信褒奖机制和违法失信行为惩戒机制。这些具体方针和要求，凸显了对于违法信息行政公告行为加强法律控制的重要性。因为在信息社会，信息行为的正负能量都很大，行政主体有权、有责、有据来公告违法信息达到监管执法目的，但也不能任性地实施公告行为以免产生违法侵权后果。

这里所谓违法信息行政公告，是指行政主体基于公共利益考量，将其在监管执法过程中收集和制作的行政相对人违反行政法规范和原则的相关信息，规范化地通过广泛和有效的信息平台主动公布于社会的行为。这种面向社会公众提供违法警示信息的行为本身没有处置意图，只是确认、公开已经存在的某种事实，旨在传递信息，警示公众谨慎选择、远离危险，或告诫公众、避免犯错，一般不直接产生、改变或消灭法律关系；被公开相关信息的违法行为人，并非公告行为的对象，即使因违法劣迹“曝光”而社会评价降低、利益受损，也是因为公众行为的介入才导致的间接结果，监管执法机关自身无法左右或决定此类结果发生。因此，违法信息行政公告是一种典型的具有第三方效果的行政事实行为，实施该行为会对第三方（信息所属人）的权益造成一定影响，进而发挥规制作用。从文本分析和实务操作来看，违法信息行政公告具有多重的信息规制功能，也类似于行政法学界既往讨论较多的规制型行政指导行为。

本书透过监管执法实践中颇具争议案例的法理分析，考量行政过程不同阶段特点，力图建构三维的法律控权机制和完善相应的配套制度，通过实体法控制、程序法控制和救济法控制，通过事前、事中和事后都加强法律控制，依法影响、支撑及形塑违法信息行政公告行为，防控公告行为的特殊风险，

减少对利害关系人的权益侵害，以充分发挥违法信息行政公告的规制功能和服务功能及其蕴含的宪法价值，切实将违法信息行政公告行为纳入法治轨道，也体现出在社会深入转型发展时期和法制建设进入精细化阶段正确处理政府信息公开与个人信息保护的辩证关系所做的理论创新和制度革新努力，此项探索成果值得充分肯定。

本书作者禹竹蕊教授是生长于长江上游化工城的川妹子，秀外慧中、心善艺多、追求卓越、胸怀宽广，曾在政法机构工作多年，是天府之国的优秀警花，还悠然成为著名的网络文学家，博士毕业后又到省级党校行政学院任教，相信她在新岗位上能够更好地发挥出聪明才智和学术专长，成为西部地区干部教育战线富有学术影响力的公法学教授，为法治四川建设作出特殊的重大贡献。

五年前，竹蕊在多年教学工作和访问进修的基础上，通过艰苦努力考上中国人民大学法学院攻读宪法学与行政法学专业博士学位，读博期间她刻苦努力、好学勤思、进步特大，深受师生好评。她勇于创新，对违法信息行政公告进行研究并撰写博士学位论文，获得担任评议和答辩专家的国内权威公法学者们高度评价，顺利获得法学博士学位，这也成为本书研究的基础，其学术创新贡献和制度建设参考价值不言而喻。

学习是一种生活态度、生活方式与生活习惯，这是我的座右铭，也是弟子入门教育时的必讲话题，希望与弟子们分享和共同践行。在我指导成长的三十多位博士生中，竹蕊是践行这个座右铭最努力者之一，我为她深感骄傲，也真心祝愿这个四川老乡能够不断登上一个个高峰，领略更多的学术风景和创新快乐。

值此重霾锁城、受限宅家、心情难爽之际，能有机会坐在电脑前为竹蕊教授的专著作序，真是一种超脱和宽慰，让我透过窗外昏暗雾霾洞见一缕亮光。

欣然作序，真诚推荐，分享成果，共享美好。

2016年12月18日于北京世纪城绿园

目 录

CONTENTS

导 论 001

- 一、本书概要 001
- 二、研究现状 008
- 三、研究进路 022
- 四、研究方法 023

第一章 违法信息行政公告概述 025

- 一、历史演变 025
- 二、概念剖析 033
- 三、行为性质 055
- 四、行为类型 070
- 五、宪法价值 078
- 六、小结：违法信息行政公告具有显著的规制功能和宪法价值 092

第二章 违法信息行政公告的控制诉求 094

- 一、实践难题 094
- 二、控制诉求 108
- 三、控制路径 117
- 四、小结：法律控制有助于提升违法信息行政公告的正能量 120

第三章 违法信息行政公告的实体法控制 122

- 一、实体法控制的重要性 122
- 二、现有实体法的规范分析 126
- 三、完善实体法的主要路径 144

四、小结：全方位的立法方能实现实体法控制 160

第四章 违法信息行政公告的程序法控制 163

一、程序法控制的意义 163

二、现有程序法的规范分析 165

三、违法信息行政公告的一般程序 168

四、违法信息行政公告的特殊程序 190

五、小结：程序严格性应与权利侵害可能性大小成正比 204

第五章 违法信息行政公告的救济法控制 205

一、救济法控制的必要性 205

二、现有救济法的规范分析 207

三、信访 209

四、行政救济 211

五、司法救济 223

六、小结：救济法控制是高悬的达摩克利斯之剑 271

附录一：关于《政府信息公开条例》的修法建议 274

附录二：关于信息公开救济制度的修法建议 277

结 语：法律控制是违法信息行政公告法治化的有力保障 283

参考文献 285

后记 303

导 论

一、本书概要

（一）背景：信息时代信息规制工具的崛起

随着社会发展和信息技术的进步，信息化成为 20 世纪 90 年代以来全球经济社会发展的最主要特征。日益发达的网络扩大了人类的交流方式和交流空间，增大了人类社会的开放性，也制造和传播了各式各样的信息。信息不但成为当下最炙手可热的无形资源，也成为支配人类文明发展的重要力量。信息流动和交流的最大化已经成为社会发展的迫切需要，信息时代的来临势不可挡。正如学者所说：“人类社会的信息化转型深刻地改变了人类社会的传统生产方式和人类社会的整体结构以及人类生活的方方面面。”^① 信息化也促使政府管理公共事务的方式悄然转变。毫无疑问，在信息时代，信息既是政府行政管理的对象，也是政府进行管理的手段。违法信息行政公告，作为一种信息规制工具，在信息时代迅速崛起。

所谓违法信息行政公告，是指行政主体基于公共利益的考量，将其在行政执法过程中收集和制作的行政相对人违反行政法规定的相关信息，通过报刊、网络、电视等媒体，主动向社会公众予以公布的行为。行政主体公告违法信息，一方面是借助信息的传播向公众提供公共服务，警示公众防御风险、确保安全，保障公共利益，同时借信息公开告知公众执法部门面对违法事实采取了哪些措施、如何有效避免公共利益遭受重大损失，以便公众对行政执法予以监督；另一方面则是通过公告对违法行为进行谴责、规劝行政相对人

^① 齐爱民：《私法视野下的信息》，重庆大学出版社 2012 年版，第 3 页。

服从行政法规范、履行行政法义务,维护市场秩序和社会稳定,同时借以宣传法律和政策、获取公众的理解和支持。正如诺内特·塞尔兹尼克所说:“聪明的执法者应是能够洞察相对方需要的、循循善诱的领路人,能指引、暗示相对方沿着法律设置的道路前进。他们应该认识到行政权并不因为重要而尊贵,如果没有某种认同的基础,任何法律和政策都无法有效实施。”^①行政主体有目的地向公众提供特定人的违法信息,可以影响公众的行为选择、间接引导特定人的行为,从而确保行政实效。虽然违法信息行政公告本身并不会给违法行为人带来法律上的不利后果,但违法信息的公开将导致违法行为人的名誉受损,进而影响并降低其社会评价,间接损害交易关系、带来经济上的不利后果。作为一种以声誉机制为核心的信息规制手段,相对于传统的行政处罚、行政强制等刚性执法手段,违法信息行政公告借助网络等现代媒体迅速简便的传播,具有成本低廉、程序简单、影响广泛、效果突出等显著特点,备受各国行政机关青睐,运用日渐广泛。

美国历来将违法信息公开作为政府监管手段,^②其信息披露制度非常发达。这一制度首先要求企业依法主动披露相关信息,避免因信息不对称而导致的生产经营者与消费者之间的消费不公;其次,还要求政府部门依法主动向公众披露企业的违规信息和失信信息。^③在日常执法中,FDA、EPA、FTC

① [美] 诺内特·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第61页。

② 例如,美国政府认为公开披露违法行为和宣传执法行动的环境效益有利于建立一种社会共同关注环境的氛围,形成守法的社会压力,还有助于保证执法方案获得必要的资金和政治支持。美国对环境的监测、评价和报告都是向公众公开的。加强信息发布是美国环保局1997~2002年五年战略规划中十大目标之一。政府通过散发或寄送指导手册等宣传品,向公众宣传污染的原因和影响,污染对人体健康和环境的短期、长期效应和社会成本,提高公众的环境意识,引发公众对环境损害的关注和支持。报纸、电视或广播媒体都可以对外发布包括法律规定、达到规定的方法、执法行动等信息。参见崔卓兰、朱虹:“从美国的环境执法看非强制行政”,载《行政法学研究》2004年第2期。

③ 20世纪五六十年代,美国进入了新消费时期,消费品的复杂性、多样性以及消费者自身的层次不一,使得人们已无法全面预见风险和维护自己的人身安全。美国联邦政府和州政府开始制定相关法案,设立了消费者保护机构,加强市场监督以保证消费者消费安全。美国的消费安全信息公开披露制度亦应运而生。其中,消费品安全委员会主要通过向社会大众发布产品召回、消费安全警告等形式披露消费安全信息。美国通过CPSC的消费危害信息披露制度,实现了对民众消费安全较为周全的保障。参见徐信贵:“美国的消费危害行政预警机制及其启示——以CPSC危害信息披露实践为中心”,载《行政论坛》2011年第2期。

等机构不时发布行政公告,提醒民众注意特定商家(包括个人)的问题产品或违法行为。^①英国也有类似的制度实践。健康与安全执行局会在其网站上单设专栏提供查询浏览,对公众公开给予违法企业或人员的整改通知和禁止通知,其内容包括涉事企业或个人的名称、地址、具体违法(危险)实施、采取整改措施的期限等。^②欧洲其他国家如荷兰、丹麦,也有类似的公开违法公司或危险产品(行为)的制度。^③德国则在食品安全领域大量运用违法信息披露。政府通过直接对企业进行检查、监督和抽查市场上的流通食品来实现对食品生产企业的监管。一旦发现企业有违法行为,监管部门有权依法对其进行警告、曝光、处以罚金或刑事处罚。^④韩国将违法信息行政公告称为“违法事实的公布”,并在近年通过《关于限制垄断及公平交易的法律》《公职人员伦理法》《消费者保护法》《食品卫生法》《关于促进转包交易公平化的法律》《建筑法》等法律规范对这一制度予以明确,而公布高额税收滞纳金名单仍然是依据国税厅训令。^⑤日本将违法信息行政公告称为“违反义务行为的公布”^⑥或“公布违反事实”^⑦,视为实务中确保行政义务得以履行的手段,通过一些法律、条例明确规定,如果行政相对人不遵从行政劝告或行政指导,那么行政机关可以公开其姓名、违法事实,如《食品卫生法》第63条^⑧、《日本承包款支付迟延等防止法》第7条^⑨、

① Ernest Gellhorn, *Adverse Publicity by Administrative Agencies*, *Harvard Law Review*, 1973, 86 (8), pp. 1380-1441.

② 朱春华:《公共警告制度研究》,中国社会科学出版社2013年版,第21~22页。

③ 朱春华:《公共警告制度研究》,中国社会科学出版社2013年版,第22页。

④ 郭林宇:“德国的食品安全监管”,载《时事报告》2011年第6期。

⑤ [韩]金东熙:《行政法I》(第9版),赵峰译,中国人民大学出版社2008年版,第336页。

⑥ [日]南博方:《行政法》(第六版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第124页。

⑦ [日]盐野宏:《行政法总论》(第四版),杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第160页。

⑧ 如日本《食品卫生法》第63条规定,为了防止发生食品卫生上的危害,厚生劳动大臣和都道府知事可公布违反本法或依本法所作处理者的名称等,应当努力明了食品卫生上的危害状况。

⑨ 《日本承包款支付迟延等防止法》第7条规定,过了支付期限发包方仍不向承包方支付承包款时,公正交易委员会就会劝告发包方迅速支付该款项。如果发包方仍不遵从该劝告,那么,就会公开其事实。参见吴东镐、徐炳煌:《日本行政法》,中国政法大学出版社2011年版,第177页;杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第492页。

《国土利用计划法》第26条和《公民生活安定紧急措施法》第7条第2款^①等都对“公布违反事实”作出了规定。有的法律甚至规定把公布不服从劝告这一程序作为发布命令的必经阶段,如《石油供需适当化法》第103条第3款。^②

早在1994年,我国大陆地区就在《审计法》中规定,审计结果可以向社会公布。^③这里的审计结果,当然也包括被审计对象违反法律规定的情况。1998年1月1日,大陆地区正式实施了税务违法案件公告制度。2001年7月,国家药品监督管理局就上半年检查中发现的违法药品广告予以第一期公告,标志着我国违法药品广告公告制度的建立。^④2002年8月23日,国家工商行政管理总局和卫生部联合发布《关于建立违法食品广告联合公告制度的通知》(工商广字〔2002〕221号),规定国家工商行政管理总局、卫生部每两个月将通过新闻媒体对违法食品广告进行联合公告,“违法食品广告的生产企业名称、食品名称、主要违法事实(广告内容)”等为联合公告的主要内容。我国台湾地区的“行政罚法”^⑤“消费者保护法”^⑥“食品卫生管理法”^⑦中也都有关于违法信息行政公告的明确规定。随着信息公开的深入发展,各地在探索社会管理创新的过程中,普遍运用这一柔性的规制手段,在食品安全、产品质量、环境保护、土地管理、金融监管、商标管理、广告管理等行政执法领域,违法信息行政公告正以傲人的姿态迅速崛起。

① [日]室井力:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第171页。

② [日]室井力:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第171页。

③ 《审计法》第36条第1款规定:“审计机关可以向政府有关部门通报或者向社会公布审计结果。”

④ 周大平:“公告制度‘封杀’违法药品广告”,载《瞭望新闻周刊》2001年第30期。

⑤ 台湾地区“行政罚法”第2条第3款规定:“影响名誉之处分:公布姓名或名称、公布照片或其他相类似之处分。”

⑥ 台湾地区“消费者保护法”第37条规定:“直辖市或县(市)政府于企业经营者提供之商品或服务,对消费者已发生重大损害或有发生重大损害之虞,而情况危急时,除为前条之处置外,应即在大众传播媒体公告企业经营者之名称、地址、商品、服务,或为其他必要之处置。”

⑦ 台湾地区“食品卫生管理法”第29条第2款规定:“制造、加工、调配、包装、运送、贩卖、输入、输出第一项第一款或第二款物品之食品业者,由当地主管机关正式公布其商号、地址、负责人姓名、商品名称及违法情节。”

（二）意义：对现实问题的回应

按照行政过程论的主张，行政是一个动态的过程，行政管理部门为履行管理职责会实施一系列、前后衔接的行政行为。这些行为虽然以行政法律行为（行政处分）为主，但也包含了诸如行政指导、信息公开等行政事实行为。从行政实施和行政目的达成的角度看，这些行政事实行为也发挥了不可小觑的作用，因此也应该是行政法学关注的重点。

进入信息时代以后，随着现代信息传播工具的革新，有着悠久历史的违法信息行政公告绽放出前所未有的鲜活生命力。尤其是当信息公开随着民主法治的进步成为一种势不可挡的世界潮流，屡经发展的违法信息行政公告带着鲜明的时代气息，成为政府在信息社会首选的信息规制工具。首先，这种监管方式契合信息公开法制的要求，提高了行政执法的透明度，便于民主监督的实现。其次，“信息文化具有社会整合功能，它通过价值整合、规范整合、结构整合来实现对社会的整合。”^①在分工和交易都发达的市场体制社会中，带有较强目的性和针对性的违法信息行政公告，藉由信息的广泛传播导致社会对违法行为人的评价普遍降低，缩减违法行为人的交易机会于无形，从而迫使其作出守法的选择，大大缓解行政机关的执法压力，具有重大价值。^②毋庸置疑，违法信息与个人的隐私和名誉、企业的商业信用和交易机会等相互勾连，对其进行行政公告势必可以借助声誉机制和道德谴责以示惩戒。违法信息行政公告是一种典型的“具有第三方效果”^③的行政事实行为，作为“一种效率型的、辅助公共执法的社会治理形式”，这样的声誉机制确实“能够及时启动严厉的市场驱逐式惩罚”^④，有效阻却公众潜在的违法行为，但也会给第三方（信息所属人）的权益带来深刻的影响。有时这样的实

① 江源富：《面向信息弱势群体的政府公共服务研究》，科学出版社2012年版，第81页。

② 应飞虎、涂永前：“公共规制中的信息工具”，载《中国社会科学》2010年第4期。

③ 德国学者认为：具有双重法律效果的行政行为是指具有部分负担性和部分授益性效果的行政行为。如果针对同一个人，则称为效果的混合；如果针对不同的人，则称为具有第三方效果。参见〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第二卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第47页。

④ 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。

际影响甚至是致命的,远甚行政处罚。近年来因法制的健全,违法信息的发布条件、发布程序不明确,加之信息管理不到位,导致不少行政主体在实践中仍属“创造性”适用违法信息行政公告,暴露出违法信息收集不系统、制作和发布不及时、发布信息不对称、错误信息纠正和撤回不规范等各种问题,各地警方公示小偷照片^①、曝光醉驾名单^②的做法频频引发争议。2006年,深圳福田警方公开宣读对卖淫嫖娼人员的行政处罚决定;2009年,轰动一时的“砒霜门”事件(工商部门发布错误的食品安全警示信息,造成农夫山泉损失达10亿元)^③更是招致公众强烈质疑。必须看到,违法信息行政公告作为一把双刃剑,在对市场秩序进行有效规制的同时,也会影响到利害关系人的权益。虽然违法信息行政公告面向社会公众作出,但其可能侵犯的不仅仅是接收违法信息的社会公众的权益,更可能会侵犯因违法信息被公开后、被公众道德谴责与行为抵制而受损的利害关系人(包括违法行为人和同行被牵连的第三人等)的权益。不管公告的初衷是什么,我们均无法回避,违法信息行政公告往往带有特殊的“制裁性”,一旦超出其应有的界限、违反正当程序,就将损害利害关系人的合法权益,更会阻碍信息社会的健康发展。

面对这个绕不开的现实问题,作为法律人,我们应该思索如何将违法信息行政公告引入法治的轨道,防止行政主体没有选择、没有限度地任意公开,这不但是促进社会管理创新的需要,更是实现依法行政、落实权利保障的需要。改革开放30多年,我国各方面发生了重大变革和深度调整。社会转型不但致使社会结构裂变、社会分层加剧,也使社会矛盾累积。要想有效化解各种社会矛盾,各级政府必然要探索社会管理新模式。正如“十八大”报告指

① 王海涵:“13岁小偷照片该不该公示”,载新浪网 <http://news.sina.com.cn/c/2003-11-18/09311140036s.shtml>,访问日期:2013年8月5日。

② 黄冠:“曝光醉驾者,行政机关当慎行”,载《新华每日电讯》2009年11月10日;杜文戈:“媒体曝光醉驾者是‘二次处罚’”,载《检察日报》2009年11月11日;徐伟、林燕:“公安交管部门曝光醉驾者名单引发热议 权威专家认为此举不违法”,载《法制日报》2009年11月12日;墨帅:“处罚结果公开与曝光不能混同”,载《检察日报》2009年12月2日。

③ 胡笑红:“农夫山泉指责工商部门‘三宗罪’质疑遭幕后黑手陷害”,载中国经济网 http://www.ce.cn/cysc/sp/info/200912/01/t20091201_19935854.shtml,访问时间:2013年8月5日。

出的那样,“提高社会管理科学化水平,必须加强社会管理法律、体制机制、能力、人才队伍和信息化建设”。同时,随着权利意识的崛起,依法行政、推进法治政府建设的理念一经提出就得到民众的一致认可和拥护,因此“十八大”报告也一如既往地强调要“推进依法行政,做到严格规范公正文明执法”。违法信息行政公告作为一种带有目的性因素的信息规则工具,其规制方式、规制领域、功能优劣等都直接关切社会管理理念、体制、机制和方法。不管行为初衷如何,违法信息行政公告一旦作出,就可能给公民的隐私、名誉,法人组织的名誉、财产,甚至与经济利益直接挂钩的交易机会等带来不良影响。如果实践操作不当,就会违背制度设计的良好初衷。从行政过程的阶段性构造出发,从政府行政自制^①的角度去重新思考和定位违法信息公告的界限、方式和程序,规范行政执法,将负面效应减至最低,切实保障利害关系人的合法权益,将其真正打造为低成本、高效率、好成效的信息规制工具,这是促进社会管理创新和行政管理模式变革的现实需要,有利于提升社会治理水平,促进社会形成更为良好的秩序,产生更为理想的政治、经济和社会效益。

同时,还应该看到,作为信息公开一翼,违法信息行政公告属于政府依职权依法主动进行的信息公开。而《政府信息公开条例》实施5年多来反映出各种问题,特别是行政机关依职权主动公开信息的范围、限度、程序、救济等诸多方面,条文规定存在明显不足。可以说,正是法律规范和理论研究的双重缺失,导致我国违法信息行政公告既先天不足,后天成长也没能及时获取充足的养分补给,呈现出一种孱弱的病态。不但公告条件和标准模糊、裁量空间过大,还缺乏正当程序的限制和保障,且从理论和实践来看,提起

^① 于立深博士认为所谓“行政自制”,是指行政系统或者行政主体自发地约束其所实施的行政行为,使其行政权在合法合理的范围内运行的一种自主行为。概言之,行政自制就是行政系统或者行政主体对自身违法或不当行为的自我控制,包括自我预防、自我发现、自我遏止、自我纠错等一系列内设机制。“行政自制”渗透着这样一种理念:行政主体通过自身的行政组织架构、内部行政法律规则和行政伦理,可以自发地推进行政政策、提升行政效率或约束其所实施的行政行为,使其行政权在合法合理的范围内运行;行政主体对自身违法或不当行为可以自我发现、自我遏止、自我纠错,对行政政策可以自我推进、对行政正义予以自主实现。参见于立深:“现代行政法的行政自制理论——以内部行政法为视角”,载《当代法学》2009年第6期。

行政复议和行政诉讼都存在双重困难,利害关系人因错误公告遭受的重大损失也难以获得相应的行政赔偿。在民主、法治发展的浪潮下,如何进一步构建以权利保障为基础的违法信息行政公告的理论基础和制度设计,是行政法学乃至公法学的一个重要课题。本书研究恰好可以对这一领域存在的问题作出回应,提出针对性较强的修法建议,为今后完善政府信息公开法制做好理论准备,推进依法行政。

二、研究现状

(一) 国外研究现状

进入信息时代以后,世界各国在行政执法中都大量采用违法信息行政公告,国外学者对这一行为展开了广泛的研究。

1. 日本和韩国

在日本,违法信息行政公告一般称为“违反义务行为的公布”或“公布违反事实”。学者南博方和盐野宏都认为这是一种确保行政的实效性的手段。在他们看来,行政上确保义务履行的制度包括行政上的强制执行(例如,行政代执行、直接强制、执行罚、行政上的强制征收等)和行政罚,而公布违反事实与给付拒绝、加算税、课征金都属于其他确保义务履行的制度。^①南博方先生认为,“发布告示,是行政权的当然权能,不需要有特别明文的根据”。^②盐野宏认为,公布违反事实是信息公开的一环,不适用严格的法律保留原则,条例也可以创设依据。但根据法治主义,制裁性意义上的公布违反事实应该由法令来创设(必须要有法律根据)。此外,盐野宏还认为因公布违反事实而遭受权利侵害者,可以提出损害赔偿请求,可以考虑公

① [日]南博方:《行政法》(第六版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第124页;[日]盐野宏:《行政法总论》(第四版),杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第160页。

② [日]南博方:《行政法》(第六版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第68页。这里南博方将告示定义为“行政机关将其决定的事项或者其他的一定事项,正式通知一般公众的措施(公示)”。