

CSSCI来源集刊

浙江大学公法与比较法研究所 主办

公法研究

2014年卷（总第13卷）

主 编 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

CSSCI 来源集刊

浙江大学公法与比较法研究所 主办

公法研究

2014 年卷(总第 13 卷)

主编 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公法研究. 2014 年卷: 总第 13 卷/章剑生主编. —
杭州: 浙江大学出版社, 2014. 12
ISBN 978-7-308-14118-5

I. ①公… II. ①章… III. ①公法—研究—文集
IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 280603 号

公法研究·2014 年卷 (总第 13 卷)

章剑生 主编

责任编辑 傅百荣

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州金旭广告有限公司

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 710mm×960mm 1/16

印 张 23.75

字 数 375 千

版 印 次 2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-14118-5

定 价 56.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

学术顾问：罗豪才 应松年

姜明安 江必新

韩大元 胡建淼

编委会委员：（按拼音字母为序）

费善诚 金承东 金伟峰 余 军

郑春燕 章剑生 郑 磊 朱新力

执行编辑：徐 建

目 录

专题论文

公共警告的功能性分析与控制	刘慧慧(1)
中国行政解释及其在行政诉讼中的适用	孙超然(38)
我国行政首长出庭应诉制度研究	顾勤芳(83)
基本权利适用于私法案件的规则	
——以一则执行分配方案异议之诉为例	肖彤(118)

判例评析

撤销不符合正当程序原则行政决定的要件	
——彭某诉浙江省宁波市北仑区人民政府工伤行政复议案评析	
.....	陈振宇(159)
高校开除学籍处分的司法审查	
——以“甘×诉暨南大学开除学籍决定案”为中心	朱思懿(168)
行政诉讼受案范围之反思	
——基于《行政审判指导案例》(1—4卷)的实践图景	尹培培(181)

域外公法

美国当代行政法学人谱	宋华琳(200)
美国法上的行政调查	安永康(271)
美国行政规则制定的听证制度	王瑞雪(301)

名作书评

理想的行政诉讼法教科书	章志远(327)
法治守望者的呐喊	
——何海波教授《行政诉讼法》之述评	徐建(340)
法律教科书的另一种写法	何海波(361)

公共警告的功能性分析与控制

刘慧慧*

内容提要 公共警告指的是行政机关通过某种积极公开信息的行为,向公众告知特定企业或个人的行为,作为提醒公众防范风险的重要手段,因其成本低、效率高得到了普遍运用。有时只是用来提醒公众迫在眉睫的对生命健康的危险,有时发挥着惩罚的作用,有时则可作为政府强制执行的支撑依据,因为缺乏统一、明确的法律规定,公共警告在适用的过程当中存在诸多问题。针对这些问题,可以通过制定发布公共警告的指导性文件、规范公共警告的内容并进行必要的程序设计等行政机关内部方式进行控制;在违法公共警告给被规制主体财产造成重大损失时,为保障企业或个人避免因行政机关恣意使用信息工具蒙受不利益,应赋予受害人提起行政诉讼和请求国家赔偿的权利。

关键词 公共警告 功能 程序设计 法律控制

引言

现代社会,经济和科学技术的发展使得人们生存环境存在着许多不确定的风险,“在现代工业社会中,一方面次级系统的运作而产生的危险会影响到其他社会成员,但在另一方面由于社会分工,一个次级系统的运作对该系统外的社会成员而言犹如黑箱,其产生的危险从而也难以被系统外的社会成员所预见”^[1]。尤其近年来食品领域和环境领域更是频发安全事

* 长治学院(山西)法律与经济学系教师,南京大学法学硕士(2013)。

[1] 张桐锐:《谈行政机关对公众之提供资讯行为》,《成大法学》2001年第2期。

件,使得整个社会都处于一种怀疑与担忧之中,在这种背景下政府有义务同时也被要求承担更多的风险警示任务。

当前中国在社会主义市场经济体制下,要求政府从管制行政向服务行政演进,尽量少使用传统的限制性行政手段。尤其在行政机关因为技术上的困难或者是传统防治手段经济成本较大而导致危险状况难以确认的情况下,行政机关未必能及时采取法律上的强制措施以防范或排除危险。在这种背景下,一些行政机关开始更多地运用公共警告,对违法违规企业、个人进行公开曝光。^{〔1〕} 行政机关通过某种积极公开信息的行为,向公众告知特定企业或个人的行为,有时只是用来提醒公众迫在眉睫的对生命健康的危险,有时是作为政府强制执行的支撑依据。公共警告作为提醒公众防范风险的重要手段,因其成本低、效率高得到了普遍运用。在许多突发事件中,公权对违法行为信息公示的价值明显。对市场主体而言,市场声誉的好坏会直接影响到其获取交易机会的几率,对违法行为信息的公示就能起到传统法律责任所不能起到的功效:一方面能够使获知信息的交易主体用脚投票,放弃与违法者交易;另一方面信息的广泛传播能够普遍降低社会对违法者的评价,从而使该违法者在与他人交易时有障碍,由此使该违法者主动作出合法的行为选择,从而也可以缓解公共机构的执法压力。这种公示的价值在一个分工与交易发达的市场体制社会中尤其重要,其对法律实施的促进作用在很多情形下是单纯的罚款工具所无法比拟的,并且市场经济发展越成熟,这种方式就越有效。^{〔2〕}

但必须认识到,公共警告在提醒公众规避风险的同时,因为缺乏清晰的事实标准和有效救济,也有可能起到相反的作用。比如夸大或虚假的公告在损害特定主体合法利益的同时也会引发公众的恐慌,给整个社会造成

〔1〕 行政机关发布信息来提醒公众防范危险、实施管理的行为在我国目前没有统一的概念,有学者称之为“消费警示”、“风险公告”、“行政警示”等。本文之所以使用“公共警告”这一概念,一方面主要是考虑便于学术交流——我国大陆行政法学受德国与台湾地区行政法学影响较深,相互间对话也较多,而“公共警告”的用语在德国已基本规范和定型化,台湾地区也多译为“公共警告”。可参见朱春华:《公共警告的概念确立与管制分析》,姜明安主编:《行政法论丛》(第12卷),法律出版社2009年版。另一方面是因为目前国内相关理论的研究也逐渐开始接受并使用“公共警告”一词。

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

损失。因此厘清公共警告在现代行政活动中不同领域的适用及发挥的不同功能,对公共警告行为进行定性,借鉴国外对公共警告行为的控制,一方面能保证行政机关灵活高效地实现行政目的,另一方面行政相对人的权益也能得到更为切实的保护。

一、公共警告的适用及功能

公共警告对我国大陆行政法学界是一个较冷僻的词,在美国指的是“行政机关通过某种积极公开信息的行为,向公众告知特定企业或个人的行为,或者公开某种产品存在的缺陷,以提醒公众注意潜在的风险”^{〔1〕}。在德国行政法学中,“公共警告指行政机关或者其他政府机构对居民公开发布的声明,提示居民注意特定的工商业产品或者农业产品,或者其他现象。”^{〔2〕}公共警告作为社会变迁过程中产生的一种新型社会治理手段,提醒公众防范风险,维护公共利益,弥补了传统行政管理方式的不足。在许多情况中,公共警告可能同时发挥着提醒和惩罚的作用,很难将二者的运用完全区分开来,只是在实践过程中可能倾向有所不同。因为公共警告多重的政策目的、多样的发布形式以及最终各异的实际效果,有人强调其惩罚性,而有人认为仅仅只是风险警示。以食品安全领域以及环境保护领域为例,可以分析公共警告在实践中实际发挥的不同功能。

(一)食品安全领域的公共警告

在食品安全领域,行政机关经常发布公共警告来提醒公众防范风险或针对危险食品采取措施,《食品安全法》许多条文直接明确授予了行政机关发布公共警告的权力。^{〔3〕}

〔1〕 Ernest Gellhorn, *Adverse Publicity By Administrative Agencies*, 86 Harv. L. Rev. 1973.

〔2〕 [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第393页。

〔3〕 根据《食品安全法》规定,行政机关公布的食品安全信息既包括不针对任何企业和个人的消费警示,也包括涉及特定相对人或特定产品的公告,本文中重点讨论后者。

表 1 《食品安全法》关于公共警告的规定

法律条文	发布主体	发布内容
第 4 条第 2 款	国务院卫生行政部门	公布食品安全信息
第 16 条第 2 款	国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门	食品安全风险评估结果得出食品不安全结论,告知消费者停止食用
第 17 条	国务院卫生行政部门	提出食品安全风险警示,公布经综合分析表明可能具有较高程度安全风险的食品
第 33 条第 2 款	有关质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门	向社会公布不符合良好生产规范、危害分析与关键控制点体系认证的食品生产经营企业
第 72 条	县级以上卫生行政部门、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门	公布食品安全事故及其处理情况,并对可能产生的危害加以解释、说明。
第 82 条	国务院卫生行政部门;有关省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门公布(影响限于特定区域)	公布食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息

以上条文中“食品安全信息公布”、“告知消费者”、“向社会公布”、“风险警示”等词语都是授权食品安全主管部门将食品领域存在的潜在风险或相对人违法行为告知公众的意思。执法实践中行政机关运用这种手段的事例很多。

表 2 食品领域的公共警告

事 例	公共警告内容	公共警告结果
上海味利皇食品公司无糖月饼引起食物中毒事件 ^{〔1〕}	上海市卫生局卫生监督所调查了因食用上海市味利皇食品公司生产的无糖月饼引起的集体性食物中毒事件,调查显示月饼中使用的食品添加剂超过国家标准,告诫市民退回已购买货物。	①通知已购买超标月饼的消费者退回货物;②提醒社会公众注意该月饼存在的危险;③公开添加剂超标对味利皇食品公司商誉造成了影响

〔1〕 参见王贵松:《食品安全风险公告的界限与责任》,《华东政法大学学报》2011年第5期。

续表

事 例	公共警告内容	公共警告结果
双 汇 瘦 肉 精 事件 ^{〔1〕}	河南省政府排查、抽检之后,河南省食品安全领导小组办公室通报确认“双汇”存在瘦肉精问题猪肉	①提醒消费者“双汇”存在食品风险;②厂家召回所有市场产品;③对“双汇”公司及相关养殖场造成了冲击
立顿铁观音稀 土超标事件 ^{〔2〕}	国家质检总局公布对食品质量进行的抽查结果,立顿铁观音稀土实测值是标准值的3倍多	①提醒消费者立顿铁观音稀土超标;②消费者对立顿铁观音的消费量减少

通过分析以上三个事例,不难发现对于危害公众身体健康的食品安全危险,政府对危险源暂时无力完全控制,公共警告通过提供风险信息,提醒公众自行避免是一个高效的做法。同时也给企业造成了商誉及实际市场销售额的损失,这种损失并不是因为行政机关通过警告剥夺了特定人的权利或赋予其某种义务,而是因为公众接受警告继而谴责或抵制造成的。在发现有威胁生命或健康的食品时,行政机关要求生产商根据要求或自觉采取措施从市场上召回这些不安全的产品,公共警告正是对召回制度最有效的保障,迫使相对方遵守行政机关的要求。将公共警告与产品召回制度相联系的原因主要有两个,一种情形是当制造厂商同意行政机关的决定将产品召回时,一般情况下此时厂商生产的产品大都脱离了厂家的分配链条进入了流通领域甚至到达了消费者手中,发布行政警告是将产品收回唯一行之有效的方式;另一种情形是当制造商不同意将产品召回或认为行政机关的召回决定不合理时,行政机关利用公共警告的方式可以给制造商施加压力,作为自己实现行政目的的一种手段,最终消费者知晓了行政机关的公告信息,所涉及的产品可能会暂时甚至永久性地遭到毁灭。

(二)环境保护领域的公共警告

在环境保护领域,行政机关经常通过公共警告的方式公开违法企业的

〔1〕《双汇“瘦肉精”事件透视:监管漏洞令人惊心》, http://news.xinhuanet.com/legal/2011-04/02/c_121261248.htm。(最后访问2013年4月17日)。

〔2〕《立顿铁观音稀土超标3倍多,过量摄入对人体有害》, <http://www.21food.cnhtmlnews/35/658266.htm>。(最后访问2013年4月17日)。

名单。我国《政府信息公开条例》第 10 条规定环境保护的监督检查状况是县级以上各级人民政府及其部门应当重点公开的政府信息,这是对环境保护领域发布公共警告最基本的授权依据。我国环境保护的相关法律中有关污染治理的规定,确立了环保部门向社会公布污染企业的制度。

表 3 环境保护相关法律规定

法律条文	发布主体	发布内容
《中华人民共和国清洁生产促进法》第 17 条	省、自治区、直辖市人民政府环境保护行政主管部门	在当地主要媒体上定期公布污染物超标排放或者污染物排放总量超过规定限额的污染严重企业的名单
《大气污染防治法》第 20 条	当地人民政府	向当地居民公告单位因发生事故或者其他突然性事件,排放和泄漏有毒有害气体和放射性物质,造成大气严重污染,危害人体健康和安全的紧急情况
《水污染防治法》第 19 条	县级以上人民政府环境保护主管部门	公布严重污染水环境的企业
《环境信息公开办法(试行)》第 6 条、第 11 条	环保部门	公开污染物排放超过国家或者地方排放标准或者污染物排放总量超过地方人民政府核定的排放总量控制指标的污染严重的企业名单,以及发生重大、特大环境污染事故或者事件的企业名单,拒不执行已生效的环境行政处罚决定的企业名单。

“通报”、“报告”、“公告”、“公布”等词语都有将环境污染信息在一定范围内进行公开的意思,此时公共警告所承载的功能也是多样性的。

表 4 环境保护领域的公共警告

事例	公共警告内容	公共警告的作用
2011 年南京展开整治污染企业的“环保行动”	在各大媒体公布了 173 家首批污染企业整改名单及污染情况	①告知公众存在污染的企业;②被公开企业商誉遭受损失;③使得污染企业承受了社会压力,最终选择了配合环保部门接受整改。
合肥四方磷复肥公司污染环境事件	未办理竣工环保验收手续,未按环评批复要求建设大气和水污染防治设施,存在一定程度的粉尘污染	①通知居民采取预防措施;②使得公司市场评价降低;③迫使公司配合整改

国外环保部门可以对违规企业做到天价罚款,欧美国家的法院经常会判决企业给予受害者高额赔偿。而国内则采取一事不二罚款的原则,罚款的金额多为5万或10万元。法院则往往不受理企业环境污染的诉讼,企业违法的成本远远低于守法的成本。对违法者而言,罚款可以直接导致其现有利益的减少,但由于罚款在现实中并不具有必然性,且罚款额度往往低于其因违法行为而获得的利益,这使罚款的作用变弱。而对违法行为的公示及公示信息的充分传播会直接贬损违法者的市场声誉,导致其交易机会的减少甚至丧失,从而使其近期利益和远期利益、物质利益和非物质利益都受损。

(三)公共警告的功能

通过以上两个行业的分析可以发现,公共警告的主要功能可以细化为以下三个方面:^[1]

1. 通知和提醒作用。政府信息公开的首要作用就是通知和提醒,其基本原理通常被阐述为“公众的知情权”,政府意图通过这样的行为能使公众或直接被规制的相对方使用这些信息。^[2]风险信息可以通过市场提供(例如各种面向消费者的杂志),但完全由市场提供则不可能,政府不能完全持消极中立的态度,^[3]可授权给行政机关发布公共警告提醒公众迫在眉睫的危险,特别是危险产品已超出行政机关控制范围的情形。例如对于已从市场流入千家万户的有毒产品,最及时有效的方式莫过于对违反规定或存在生命健康威胁的食品进行信息披露,使消费者避免选择有风险的食品,加强防范。如此即可促使公众注意一些可能在平时被忽视的信息,例如证券交易委员会为保护股民和投资者的利益,进行彻底的信息披露,避免投资者因信息不对称而错误投资造成损失。这种方法还能提高行政效

[1] 本文只是分析归纳出公共警告主要的几个功能,也是实践中最可能存在争议的功能,但并不排除在个案或个别领域有其他的作用,比如普法作用,行政机关定期或不定期在大众媒体上公布一些典型违法案件,主要通过举一反三,起到向全社会进行法制宣传教育的作用。

[2] 参见刘平、史莉莉:《行政“黑名单”的相关法律问题研究》,《政府法制研究》2006年第1期。

[3] Ernest Gellhorn, *Adverse Publicity By Administrative Agencies*, 86 Harv. L. Rev. 1973.

率,促使公众根据自己的知识状况与风险偏好正确评估成本收益,有助于实现社会福利的最大化。

2. 惩罚功能。公共警告强制性的效果主要依赖于四个因素:公众对于政府公开的违法行为的谴责和反对程度;公共警告所指向的个人或公司对良好声誉的重视程度;公共警告对所指向违法者或潜在违法者行为的影响;行政机关公共警告的内容到达公众的可能性。通过向社会积极公布违法企业的违法事实及相关身份信息,唤起公众的谴责与各种形式的抵制,影响违法者的声誉,最终实现对违法者的惩罚与对潜在违法者的威慑。当惩罚针对公司时,会造成公司商誉的丧失,这意味着公司的产品可能受到市场上大众的抵制或评价下降,造成财产的巨大损失(有研究者甚至声称可能千倍于正式罚金),包括人力成本支出增加、市场份额的丢失、股值的下降等等。^{〔1〕}例如行政机关公布某企业食品存在危险或违反标准,公众获知后就会自发抵制拒绝购买,从而对该生产商的市场销售额造成影响。公共警告内容涉及某特定污染企业时,市场评价和商誉就会降低,其实质上带来的影响可能远远超过罚款。^{〔2〕}

3. 补充传统行政强制手段的不足。公共警告有时也可以和其他行政处罚方式一起(例如警告加公开、罚款加“曝光”)补充传统强制手段的不足,作为一种替代或补充性手段来威慑违法行为,促进法律的执行。例如信息工具与罚款的组合,这种组合可以有效促使市场主体作出良性行为。^{〔3〕}公开企业环境违法的事实,其目的在于通过公布违法事实引起社会的关注,从心理上迫使其服从行政指导,或者通过事先设定该制度以确保证行政指导的实效性。在这种意义上,公布违法事实可以定位为间接强制的一种形体,被认为具有通过执行罚等金钱手段进行心理压迫同样的机能。^{〔4〕}公共警告也可以配合产品召回制度的实施,公开违法行为使得企业不得不面对外界的压力而被迫召回有问题的产品。在日本行政法上,

〔1〕 Richard J. Pierce, Jr., *Small is not beautiful: the case against special regulatory treatment of small firms*, Admin. L. Rev. summer 1998.

〔2〕 Ernest Gellhorn, *Adverse Publicity By Administrative Agencies*, 86 Harv. L. Rev. 1973.

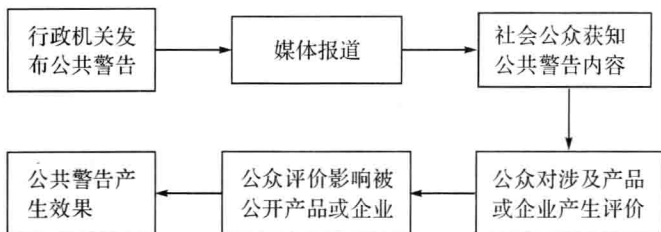
〔3〕 参见应飞虎、涂永前:《公共规制中的信息工具》,《中国社会科学》2010年第4期。

〔4〕 参见〔日〕盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第173页。

“公布违法事实作为一种间接强制手段,对于确保义务的履行同样具有极大的效果”。^{〔1〕}

二、公共警告适用中存在的问题

不同领域、不同范围、不同内容的公共警告,在现实中发挥的作用也不尽相同。通常情况下,公共警告在产生效果的完整步骤应为:



公共警告发挥效果示意图

在公共警告发挥作用的链条上,行政机关、媒体、公众任何一个环节出现问题都可能导致公共警告的失效,甚至带来难以挽回的损失。由于我国没有关于公共警告的明确统一的法律规定,造成了现实中公共警告发布主体混乱、发布程序不明以及发布警告信息不实等诸多问题。

(一)发布主体——行政机关缺乏详细的法律规制

前文已经提到因为公共警告便捷迅速、成本低、易操作等特点,备受行政机关的青睐。但存在的首要问题便是很多发布公共警告的行政主体没有法律授权,即不具有发布公共警告的权力。行政机关有时使用公共警告作为一种非正式授权的处罚手段,这对行政机关原本的体系架构可能会有所损伤,会阻碍合法制裁方式的发展,摧毁立法对行政机关权力控制的意图。以近来争议较大的两则公共警告为例:

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

表5 行政机关发布公共警告存在的问题

事件 1	发布主体	发布程序	发布内容
“豫花” 毒面粉事 件 ^{〔1〕}	湖北省黄石市疾病预防控制中心	①“知情者”举报;②黄石市工商局西塞山分局到某经销店抽取两袋面粉;③卫生监督所又在同家店抽取了1袋面粉;④黄石市疾病预防控制中心发布检验结果。	“豫花”牌特精粉过氧化苯甲酰含量为0.089克/公斤,超出国家规定的0.06克/公斤标准
	造成后果	存在问题	解决方式
	该品牌面粉在黄石、武汉等地市的销售门店被查封,已售出的面粉被勒令追回,市民不但拒绝“豫花”面粉,而且对所有产自河南的面粉都避之不及。“豫花”面粉生产商河南大程面粉实业有限公司的生产车间被查封,货运站货物就地封存,企业陷于全面瘫痪。	主体违法:黄石市疾病预防控制中心不是法定的粮食品质检验机构; 程序违法:卫生监督所送检的样品检验后,未经与当事人核对,未向法定权威部门汇报,就擅自将结果发布。	相关部门澄清事件真相;河南、湖北两省有关单位通过对大程的生产工艺、添加剂控制程序等方面进行分析、验证,认为大程公司添加剂控制程序科学,产品质量过硬;武汉市粮油食品中心检验站、天门市工商局以及赤壁市质量技术监督局等单位对湖北市场上的“豫花”面粉进行抽检,结果均符合国家标准。
事件 2	发布主体	发布程序	发布内容
农夫山泉 “砒霜 门” ^{〔2〕}	海口市工商局	海口市工商局委托海南省出入境检验检疫局检验检疫技术中心检测在食品安全检查中抽取的50个食品样品,其中包括农夫山泉和统一企业生产的3款饮料,发布2商品质量监督消费警示。	农夫山泉30%混合果蔬、农夫山泉水溶C100西柚汁饮料、统一蜜桃多汁等品牌饮料在内的9种食品总砷或二氧化硫超标,不能食用,并通知有关经销商对涉嫌超标产品进行下架、召回和退货处理。

〔1〕《流泪的豫花面粉》, <http://finance.sina.com.cn/x/20041025/19271106906.shtml>. (最后访问 2013 年 4 月 10 日)。

〔2〕《初检结果有误,海口工商向农夫山泉公开道歉》, <http://www.ce.cn/cysc/sp/subject/2009/nf/>. (最后访问 2013 年 4 月 10 日)

续表

	造成后果	存在问题	解决方式
	农夫果园和水溶 C100 销量环比下降 50%，预计损失超过 10 亿元，此外公司品牌形象受到很大的损失；公众舆论则继续关心相关食品安全“执法失误”的真相，执着于“政府公信力”的话题。	程序违法：①海口市工商局在抽样时没有完全执行国家工商总局规定的工作流程，也没有按规定要求检验机构将检测结果通知标称的食品生产者；②企业要求复检后，在与企业就复检具体细节没有达成一致意见的情况下，海口市工商局直接送检，不符合程序要求；③海口市工商局在没有事先履行告知程序的情况下，在媒体上发布《消费警示》，公布错误的信息。	省工商局责成海口市工商局向消费者和农夫山泉、统一企业赔礼道歉；对在这一事件中违反工作程序的有关人员，根据有关规定，进行责任追究。

通过以上两个事例可以看出行政机关在适用公共警告作为管制工具时，主要存在以下三方面的问题：

1. 发布主体不明。首先是有法律明确授权但比较混乱的情况，例如《食品安全法》虽然规定了国务院卫生行政部门是发布公共警告的主要部门，影响限于特定区域的，也可以由有关省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门公布；在发生食品安全事故时，县级以上卫生行政部门会同有关农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门进行调查处理，依法对食品安全事故及其处理情况进行发布。这只是一个笼统的规定，在实践中违法企业所涉食品可能不符合认证或行业标准，此时就具有健康或生命威胁，就需要发布风险警示。但对于“不符合标准”、“不适合食用”、“有较高风险”等情形并没有做层级性规定，也就是说当某县级以上某卫生部门或工商行政管理部门认为某类食品不符合标准时就认为存在风险而发布公共警告，可能会造成越权发布。多个主管部门之间也可能互相推诿，使得危险食品可能难以及时得到控制，最终流向市场引发食品安全事故。

还有一种情况是在许多领域并没有明确的法律授权行政机关发布公

共警告,或者是规章以下的地方性规范文件的授权,盲目地扩大了可发布公共警告的行政主体范围。例如近日靖江街道出台《靖江街道工程建设领域不良行为记录和黑名单管理暂行办法》,规定一旦有从事工程施工、监理等活动的单位和个人被列入“黑名单”,将根据其行为引起后果的轻重,取消其三至五年在靖江范围内参与工程建设投标资格。靖江街道各办(科)、各行政村(社区)等具体负责本地区、本部门所实施的工程建设不良行为和“黑名单”的信息收集认定,街道招投标领导小组审核同意,由街道纪工委、招投标中心共同备案后发布。^{〔1〕}街道办是否有权制定“黑名单”管理办法以及公开“黑名单”是值得讨论的,因为法律规定比较笼统或缺乏详细规定使得目前实践中发布行政公共警告的主体比较混乱。

2. 缺乏程序规制。即使拥有法定发布权力,但法律并没有明确规定发布公共警告的程序要求,在什么情况下、什么时机发布并没有统一规定,行政主体在发布过程中也就缺乏必要的约束,具有较大的裁量权,比较随意。政府没有经过正当程序就剥夺私人或公司的利益,在其他行政行为中经常运用的事前通知与听证程序在此处都没有发挥作用,往往都是行政机关获取了违法信息有时甚至并未最终确认只是在初步调查阶段就发布有关负面信息。例如在“豫花毒面粉事件”、“农夫山泉砒霜门”事件中,行政机关都是经过调查后,未与相对人核对,直接发布。

3. 缺乏相应的救济手段。除了行政机关自身对于强制性公共警告的认识和自我控制以外并没有其他的保护方法,目前国内对于公共警告的性质以及功能都没有形成统一认知,受影响的相对方很难找到有效的救济方式,大部分情况下只能靠行政机关后期进一步调查后进行情况说明,追究相关责任人的责任,对受损害的企业来说至少经济损失是难以挽回的。行政诉讼对于公共警告所造成的广泛影响也很难有所作为,结果就导致公共警告可能给受影响的私人或公司造成不可挽回的损害。

(二)传播主体——媒体错误报道

现实中除了行政机关主动运用公共警告以外,还有一种情形,出于对

〔1〕《靖江:工程建设引入“黑名单”制度》, http://www.xsnet.cnnewsszjj/2013_3/1816176.shtml。(最后访问 2013 年 3 月 29 日)。