

doi:10.16104/j.issn.1673-1883.2021.02.010

疫情期间健康码发放行为的可诉性分析

巫苑琳

(暨南大学法学院/知识产权学院, 广东 广州 510000)

摘要:对于日常生活必不可少的健康码,其发放行为应经受合法性的审查。从法律属性来看,行政机关发放健康码可归属于行政行为,在具体行政行为类型上可归属于行政确认行为。健康码发放行为会对相对人的权利义务产生实际影响,且因错误健康码造成的侵益性后果缺乏法定救济途径的情况下,健康码发放行为被确认可诉具有正当性和必要性。行政机关作为健康码发放算法程序的实际控制者,应对因错误健康码造成的侵益性后果承担相应的法律责任。

关键词:健康码;健康码发放行为;可诉性

中图分类号:D915.4;G203 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-1883(2021)02-0053-05

Analysis of the Justiciability of Issuing Health Codes during the Epidemic

WU Yuanlin

(School of Law/School of Intellectual Property, Jinan University, Guangzhou, Guangdong 510000, China)

Abstract: Since health codes are indispensable in daily life, the action of issuing health codes should undergo legal review. From the perspective of legal attributes, the issuing of health codes by administrative agencies can be attributed to administrative actions, and in terms of specific types of administrative actions it can be attributed to administrative confirmation actions. In the case that the issuing of health codes has a practical impact on the rights and obligations of the counterparty, and there is no legal remedy for the intrusive consequences caused by wrong health codes, it is justifiable and necessary that the issuing of health code is confirmed as justiciable. As the actual controller of the health code issuing algorithm program, the administrative agency shall bear corresponding legal responsibility for the intrusive consequences caused by wrong health codes.

Keywords: health codes; issuing of health codes; justiciability

在本次新冠肺炎疫情防控工作中,健康码可以说是数字化抗疫的一大亮点。所谓健康码,是指以真实数据为基础,由市民或者返岗人员通过自行网上申报,填写实际住址、身体健康状况、有无去过疫区、有无接触重点人员等信息,经后台审核后,生成的属于个人的二维码^[1]。该二维码一般有行政机关设定的红、黄、绿色三个健康状态等级。不同的等级意味着不同的法律后果,在首次判定健康状态等级后,获得红色或者黄色健康码的人员将被分别赋予一定期限的集中隔离或居家隔离,只有获得绿色健康码的人员可以自由通行^①。在此基础上,健康码持有者个人的健康状态评估结果还成了判断是否允许开展复工复产复学、进入特定场所和乘坐公共交通工具等情景的重要评判标准。简单来说,健康码就是一项以二维码形式呈现的个人健康状

况证明。

2020年12月10日,国家卫健委、国家医保局、国家中医药管理局联合发布《关于深入推进“互联网+医疗健康”“五个一”服务行动的通知》,明确要求各地落实“健康码”全国互认、一码通行^②。虽然健康码的及时出现,代替了疫情初期烦琐且低效的人工信息排查,但在健康码逐渐成为常态化防疫手段的同时,我们也须注意到作为健康码运行基础的算法在预测方面并非百分之百准确^[2]。如果误将“红码”发给健康人员,将其标识为疫情防控重点人员,不仅会影响持码人员的日常生活,还会扰乱疫情防控秩序。因而作为可能对相对人权益产生负面影响的侵益性行为,健康码的发放行为是否具有行政可诉性,值得关注。然而迄今为止,与健康码相关的法学专题研究还比较少,对因错误健康码造

收稿日期:2021-01-20

作者简介:巫苑琳(1996—),女,广东梅州人,硕士研究生,主要研究方向:宪法与行政法学。

成损失的救济研究也几乎空白。为此,本文拟通过对健康码发放行为基本概念和性质的分析,判断其是否具有行政可诉性,并以此来完善健康码及其发放行为在法律层面的规制。

一、健康码发放行为的概念及性质

(一) 健康码发放行为的概念

对健康码发放行为是否可诉的分析须先明确健康码发放行为的概念内涵。目前,大部分学者对健康码及其相关概念的界定仍着重于从计算机和信息科学、公共管理学的角度出发,未能确切地反映健康码及相关概念背后的法律属性。本文认为,健康码的发放行为是指依据行政机关设定的健康状况评级规则,在公民自行填写信息申报后,由行政主体主导的数字化系统对公民个人健康信息(包括个人身份资料、健康状态及特定时间内的动态轨迹等信息)进行评估后,向公民发放特定健康码的行为。

具体而言,健康码发放行为的显著特征主要有四点:第一,在启动主体上,健康码的发放是由公民自行申报启动的。就目前而言,通行的健康码需要由市民或者返岗人员在特定的数字化系统(如微信小程序)自行填报申请。第二,在发放主体上,行政机关是健康码的实际发放主体。事实上,与其余各类数字政务项目相同,健康码是政府部门在疫情特殊时期倡始的数字化管理项目,并且政府部门决定了健康码应用中数据采集的类别、内容、用法及用途^[3]。在本次疫情防控工作中,各地都组建了相应的疫情防控指挥小组,这些组织实质上属于地方卫生和 health 委员会的组建机构,它们都具体承担了有关赋码和通行管理规则的制定权。因此,各地卫健委应为实质上的健康码发放主体。第三,在发放依据上,健康码的发放主要依赖于行政主体设定的健康状况评级规则。以粤康码的发放为例,微信小程序端是以广东省新冠肺炎防控指挥办疫情防控组设定的颜色码判定和解除规则为依据,再结合公民个人自主填报的身份信息及由省公安厅和省政务服务数据管理局汇集卫健、疾控中心、药监等各渠道数据来进行判定并赋码的^③。第四,在发放结果上,通常以“三色”二维码形式呈现。经系统完成初步判定后,申请人将会获得特定颜色的二维码。一般而言,该二维码有红、黄、绿三种颜色,三种颜色对应了不同的后果。以最早上线运作的杭州健康码为例,杭州市民在获得不同颜色的健康码后即要承受相应的法律后果:显示绿码者,市内亮码通行,

进出杭州扫码通行;显示红码者,要实施 14 天的集中或居家隔离;显示黄码者,要进行 7 天以内的集中或居家隔离^[4]。

(二) 健康码发放行为的性质

“一个行政机关的行为能否提起行政救济,端视其是否具有行政决定之属性”^[5],对一行为是否可进行合法性审查的回答主要取决于该行为的性质判断,为此,明确健康码的法律性质界定至关重要。从现有研究成果来看,虽然大部分学者没有明确指出健康码发放行为的法律性质,但都肯定了其所蕴含的行政属性。在健康码发放背后的运作机理上,虽然健康码须经特定的数字化系统决策生成,但该系统依赖于行政机关事先设定的评判规则,在行政相对人在线填报个人信息并提交申请后,系统会结合相对人填报的信息、行政机关汇总的信息和行政机关设定的评判规则,自动向相对人发放不同颜色的二维码。虽然在过程层面,健康码的发放看似是由系统自动生成的,但该系统也受到行政机关的控制,且该系统的目的在于服务特定的行政管理目标。因此,本文认为,健康码所具有的电子化和智能化特征并不能掩盖其行政行为属性,健康码发放行为在法律性质上可归属于行政行为,在具体行政行为类型上可归属于行政确认为行为。

通常认为,行政行为是行政主体实施的直接产生行政法律效果的行为^[6]。结合健康码的发放,健康码的发放行为实质上是行政主体即地方卫健委为了履行疫情防控的管理职能做出的行为,由于健康码的重要职能之一是保障个人的日常通行,健康码的发放将直接影响到持码人自由出行的权利,因此,该行为在性质上可以归属于行政行为不存在疑义。

存在争议的是,健康码的发放应归属于何种具体行政行为类型。有学者认为健康码的发放属于行政评级行为,持这种观点的学者认为在健康码发放中,行政机关主导了健康码评级标准的设定和最终的评价赋码,契合了行政评级的内涵,因此生成健康码在行政法上的行为类型属于行政评级^[7]。本文认为该观点值得商榷。从行政评级概念本身来看,行政评级并非我国行政法上的概念,有学者将行政评级定义为行政主体按照一定的标准和程序,对相对人在相关领域的既往表现进行评价,并以简明的符号标识并公示的行政活动^[8]。从该定义可知,行政评级并未直接导致具体的行政法律关系的变动,也未直接创设或变更相对人的权利义务内容,其仅是行政主体在对相对人既有信息进行整

合和判定的基础上,形成的对相对人遵守法律规范程度的事实认定。然而,在健康码发放行为中,当黄色或红色的健康码生成之时,特定持码人即被认定为疫情防控重点对象,就面临需要被强制隔离的问题。该行为已然创设了相对人新的权利义务内容,因此,其难以归属于行政评级行为。

本文认为,健康码发放行为应归属于行政确认。所谓行政确认,是指在行政相对人提出申请后,由行政主体依法对行政相对人的法律地位、法律关系或有关法律事实进行甄别,给予确定、认定、证明(或证伪)并予以宣告的具体行政行为^[9]。具体而言,在启动方式上,行政确认是一种依申请的行政行为。健康码的发放需要由相对人自行线上填报申请,因此可归属于依申请的行为。在行为对象上,行政确认是指对行政相对人既有法律地位、权利义务内容的确认,主要是指对身份、能力和事实的确认。健康码的发放过程中,行政机关主要是通过由其主导的系统对相对人的个人身份资料、健康状态及特定时间内的动态轨迹等信息进行甄别及确认。在行政机关所为的意思上,行政确认行为表明行政主体的态度是对某种状态、事件、物或行为在法律上的确定或否定。健康码发放中,基于行政机关对前述信息的甄别,相对人也会获得行政机关所做的法律上的确定或否定,这种确定或否定则以三色二维码的形式呈现。在行为的法律效果上,行政确认中,行为是否被认可将影响到法律关系是否发生变动,进而影响到是否发生相应的法律后果。健康码的发放与相对人的行政法律地位密切相关。一旦相对人获得的确认结果是消极的,其就需要被强制隔离,而且无法自由出入特定场所、搭乘公共交通工具或是进行复工、复产、复学等一系列活动。

二、健康码发放行为具有可诉性

在明确了健康码发放行为的概念特征及其法律属性后,仍需进一步判断其是否符合行政可诉性的标准。过去我国行政可诉性的判断标准有过“具体行政行为”标准、“职权”标准、“行政行为”标准等,当前则以“实际影响”标准为主要判断标准。本文认为,健康码发放行为具有行政可诉性,具体体现在以下几个方面。

(一) 健康码发放行为是行政主体行使行政管理职权的行政行为

依据《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第二条的规定,一行为具有行政可

诉性的前提在于该行为是行政主体实施的行政行为。通过前文的分析可知,健康码发放行为是地方卫健委做出的行政确认行为,该行为的目的在于充分利用数字赋能强化政府对疫情的防控能力及做好广大市民群众健康状况的动态监测服务,以方便健康人员的日常出行。

(二) 健康码发放行为对相对人的权利义务产生了实际影响

根据现行的《行政诉讼法》司法解释以及批量性行政诉讼案例所渗透出来的审判思考和思路,可以发现中国行政审判事实上发展出了自己的行政诉讼受案范围理论,即具体行政行为对当事人权利义务产生实际影响,是判断受案范围的核心标准^[10]。健康码作为应急突发疫情的应用及时而有效地提升了政府的工作效率,但因缺乏对应的法律法规依据和体系性的制度设计,导致健康码在运作过程中存在不少可能影响相对人权利和义务的风险。在可能涉及行政诉讼的层面上,健康码发放行为主要从两方面对相对人的权利义务造成影响:一是因健康码自身推送错误导致相对人无法自由出行甚至遭受强制隔离。这可能基于行政机关设定的规则过于严苛或过于宽松不切合防疫所需,也可能基于健康码的算法程序的运行存在算法偏见的风险,即在对公民个人的风险进行评估时,健康码可能对于某些风险要素进行无端放大,或者按照算法流程的惯性思维得出不合实际的评价^[11]。实践中就存在不少因健康码推送错误而造成相对人权益受损的案例,如2020年7月1日,哈尔滨市信访局就收到市民反映的“健康码错误,影响孩子高考陪读和报考事宜”问题,哈尔滨市信访局回复称健康码错误,是由于大数据推送错误导致该相对人的健康码变为黄码^[12]。二是由于各地健康码欠缺统一性导致一地健康码难以在另一地得到承认,造成相对人无法跨地域自由通行。在健康码推出早期,各地的健康码因为是由本地政府开发的,存在版本不一的问题,这给不同地区间的互认以及人员流动造成困难^[13]。然而,随着《全国一体化政务服务平台防疫健康信息码接口标准》和《关于深入推进“互联网+医疗健康”“五个一”服务行动的通知》等一系列文件的出台,健康码的跨区域互认程度也在不断提高,因健康码欠缺统一性而造成相对人权益受损的情况也将逐步减少。

(三) 当前对健康码发放行为造成的损害未纳入法定救济的范围

在法治原则下,所有可能侵害利害关系人的行

政行为都应当设定相应的救济途径,为受害人提供行政救济,而利害关系人对侵害自身权益的行政行为是否具有救济途径不仅直接体现了“有救济才有权利”的理念,而且也为行政行为的可诉性提供了客观且可操作的判断标准^[14]。从实践情况来看,相对人可能因错误健康码造成的损失有几种具体情形:一是对相对人人身权利的侵害,主要体现为对因错误而获得红码、黄码的相对人进行强制隔离,非法限制其人身自由。二是相对人财产权利的损失,这种损失应限于相对人因错误健康码而导致的直接财产损失,主要包括相对人因错误获得的红码、黄码而无法正常使用的已购买的各类通行票据或特定服务等。例如疫情期间,国内多地交通运输部门明令规定健康码异常的人员禁止进站乘车,在此情况下,持错误健康码的相对人原已购买的车票则实际失去使用价值,类似的情况还包括相对人为参观展览购买的门票等。除此之外,受各地不同政策的影响,部分地方政府还规定对于需要集中隔离医学观察 14 天的,集中隔离的食宿费用由个人承担,这实际上造成了持有错误健康码的相对人额外的支出。目前,各地有关健康码的管理文件在效力层级上大多只是其他规范性文件,就这些文件的内容而言,多数文件明文规定的救济途径仅有申诉这一渠道,但就针对健康码提出的众多申诉来看,技术主体或行政主体的工作人员都难以核查其中存在的算法偏差,因此实践中多数申诉的处理结果也只是将错误的健康码改正过来,对于相对人可能因错误健康码造成的损失则求告无门。

三、余论

在确认健康码发放行为可诉并以行政机关为诉讼被告后,仍可以进一步探讨其中的法律责任由谁来承担、如何承担的问题。如前文所述,在健康码使用和管理过程中,主要存在三方主体,即行政主体、技术主体及行政相对人。其中,行政主体即地方卫生和健康委员会的组建机构,行政主体具体负责有关赋码和通行管理规则的制定。技术主体即互联网平台和电信运营商,技术主体则负责搭建健康码运行的数字化系统,为健康码运营平台接入用户位置、行程和轨迹的数字化服务,实现健康码的线上运行。虽然行政机关在其中扮演了关键角色,他们以公权力为健康码的运行背书,并借此进行社会治理。但健康码的运作离不开技术平台的

技术和数据支持,这些技术主体研制并开发了发放健康码所必需的数字化系统,在健康码发放过程中起着事实上的桥梁作用。本文认为,在法律责任的分配上,应以行政主体作为对外承担责任的主体。

责任主体的确定解决的是相对人权益受到损害后应向谁主张赔偿的问题。从行政主体理论来看,行政主体作为法律拟制,解决的就是行政法律关系中公权力方的主体问题,因此无论行政行为方式如何改变,也无论行政行为的具体承担者是个人、集体,还是自动化系统,在法律意义上,作为行政法律关系一方的始终是行政主体^[15]。从行政主体与技术主体之间的法律关系来看,技术主体实际上是基于其与行政主体之间的技术服务行政协议来研发相关数字化系统的,行政主体相当于技术主体所提供服务和系统的购买者,行政主体始终享有是否使用数字化系统以及选择使用哪一家企业开发的数字化系统的权利,技术主体也必须依据行政主体提供的数据和设定的规则进行健康码发放。所以,虽然行政主体并未直接研制并开发与健康码相关的数字化系统,但行政主体在事实上主导了运营商开发的算法程序,是算法程序的实际控制者。申言之,健康码发放行为中主要有两组法律关系,分别为行政机关与行政相对人之间外部的行政管理法律关系和行政机关与技术主体之间内部的行政协议法律关系。当健康码发放行为影响到相对人权利义务时,行政主体理应作为对外承担责任的主体。在行政主体的法律责任形式上,根据我国现有法律的规定,行政主体的法律责任包括撤销违法决定、责令履行职责、确认行为违法、行政赔偿等多种责任形式。具体到健康码发放行为,对于健康码发放行为不当的,人民法院可以判决撤销该行政行为,并可以判决重做行政行为,而对于该行为造成相对人合法权益损失的,行政主体还承担相应的行政赔偿责任。至于行政主体是否可以向技术主体追责,则可以依据双方订立的行政协议另行解决。

在疫情防控进入常态化的今天,健康码早已与我们的日常生活息息相关。对于健康码,我们在享受其带来便利的同时,也要警惕它可能带来的侵益性后果。因此,健康码发放行为也须经得起合法性审查。只有将健康码的管理和发放纳入法治轨道,明确健康码发放行为的可诉性,才能在维护相对人合法权益的同时,让科技更好地服务于现代社会治理。

注释:

- ① 参见《广东省“粤康码”使用管理办法(第一版)》《浙江省新型冠状病毒肺炎疫情防控工作领导小组办公室关于进一步完善“健康码”管理服务机制的通知》《国家政务服务平台“防疫健康信息码”十问十答》。
- ② “推进‘一码通’融合服务,破除多码并存互不通用信息壁垒”,参见《关于深入推进“互联网+医疗健康”“五个一”服务行动的通知》(国卫规划发[2020]22号)。
- ③ 参见《广东省“粤康码”使用管理办法(第一版)》(粤防疫指挥办函[2020]248号)。

参考文献:

- [1] 佚名.健康码背后的大数据揭秘[J].今日科技,2020(3):44-48.
- [2] 江湖.自动化决策、刑事司法与算法规制——由卢米斯案引发的思考[J].东方法学,2020(3):76-88.
- [3] 王融.“健康码”折射政务服务数据规则[J].检察风云,2020(11):7.
- [4] “杭州健康码”今日上线[N/OL].[2020-12-13].http://www.zj.xinhuanet.com/2020-02/11/c_1125558805.htm.
- [5] 陈新民.中国行政法学原理[M].中国政法大学出版社,2002:133.
- [6] 罗豪才,湛中乐.行政法学[M].3版.北京:北京大学出版社,2012.
- [7] 查云飞.健康码:个人疫情风险的自动化评级与利用[J].浙江学刊,2020(3):28-35.
- [8] 王瑞雪.论行政评级及其法律控制[J].法商研究,2018(3):28-38.
- [9] 张光杰.中国法律概论[M].上海:复旦大学出版社,2005:155.
- [10] 于立深,刘东霞.行政诉讼受案范围的权利义务实际影响条款研究[J].当代法学,2013,27(6):51-62.
- [11] 陈禹衡,陈洪兵.反思与完善:算法行政背景下健康码的适用风险探析[J].电子政务,2020(8):93-101.
- [12] 健康码错误问题[EB/OL].[2020-12-14].http://liuyan.people.com.cn/threads/content?tid=7783164.
- [13] 赵宏.健康码中的数据收集与信息保护[N].检察日报,2020-06-10(007).
- [14] 宋国涛.“是否具有法定救济途径”:行政行为可诉性之补强标准[J].学习论坛,2019(8):90-96.
- [15] 马颜昕.自动化行政方式下的行政处罚:挑战与回应[J].政治与法律,2020(4):139-148.

(上接第52页)

参考文献:

- [1] 谢君君.教育扶贫研究述评[J].复旦教育论坛,2012,10(3):66-71.
- [2] 刘军豪,许锋华.教育扶贫:从“扶教育之贫”到“依靠教育扶贫”[J].中国人民大学教育学报,2016(2):44-53.
- [3] 习近平.决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告[M].北京:人民出版社,2017.
- [4] 毛泽东.毛泽东选集:第3卷[M].北京:人民出版社,1991:1031.
- [5] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯文集:第1卷[M].北京:人民出版社,2009:119.
- [6] 本书编写组.习近平总书记教育重要论述讲义[M].北京:高等教育出版社,2020.
- [7] 张跃平,徐凯.深度贫困民族地区贫困特征及“扶志”与“扶智”的耦合机制建设——基于四川甘孜、凉山两州的调研思考[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2019,39(5):149-153.
- [8] 习近平.在庆祝“五一”国际劳动节暨表彰全国劳动模范和先进工作者大会上的讲话[M].北京:人民出版社,2015:9.
- [9] 羌洲,曹宇新.民族地区教育扶贫的经验启示[J].甘肃社会科学,2019(3):144-150.
- [10] 中共中央文献研究室.毛泽东邓小平江泽民论教育[M].北京:中央文献出版社、人民教育出版社、北京师范大学出版社,2002.
- [11] 李兴洲.攻坚阶段我国教育扶贫的理论与实践创新[J].教育与经济,2018,34(1):42-47,56.
- [12] 任友群,郑旭东,冯仰存.教育信息化:推进贫困县域教育精准扶贫的一种有效途径[J].中国远程教育,2017(5):51-56.
- [13] 习近平.做焦裕禄式的县委书记[M].北京:中央文献出版社,2015:24.
- [14] 张瑞敏.中国共产党反贫困实践研究(1978—2018)[M].北京:人民出版社,2019:281.
- [15] 国家行政学院.中国精准脱贫攻坚十讲[M].北京:人民出版社,2016:149.
- [16] 胡锦涛.胡锦涛文选:第2卷[M].北京:人民出版社,2016:462.