

# 信用惩戒制度对行政法治秩序的结构影响

林彦

**【摘要】**传统管制手段不断式微、民间自发成长的信用维系体系尚未形成、网络诈骗及“执行难”等管理难题的存在,以及公民信息收集的便捷化等,促成了信用惩戒制度的产生。与以市场逻辑和社会自治为基础的征信制度不同,信用惩戒本质上是一种政府管理制度,而非市场机制,具有明显的国家干预色彩。信用惩戒制度已经对我国行政法治秩序,尤其对违反行政法上义务行为的控制方式、相对人承担行政法律责任的方式、行政机关行使职权的方式等均产生了结构性的深刻影响,分别产生了混同、替代和屏蔽的效果。这些变化也使依法行政原则的坚守以及行政相对人权益的保障面临前所未有的挑战。

**【关键词】**信用惩戒制度;结构性影响;混同;替代;屏蔽

**【作者简介】**林彦,上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

**【原文出处】**《交大法学》(沪),2020.4.86~96

## 一、引言

近期,国家发展和改革委员会、中国人民银行发布《关于进一步规范公共信用信息纳入范围、失信惩戒和信用修复构建诚信建设长效机制的指导意见(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),向社会公开征求意见,引起社会广泛关注和学界热议。<sup>①</sup>《征求意见稿》将“审慎适度”作为总体思路之一,并且明确“要准确界定范围,准确界定信用信息和严重失信名单认定范围,合理把握失信惩戒措施,坚决防止不合适的泛用乃至滥用”。<sup>②</sup>这的确带有正本清源的意图,也着实令人充满期待。在规范信用惩戒制度、完善社会信用立法过程中,梳理检讨已有立法现状及其存在问题是十分必要的。本文将在回顾信用惩戒制度生成的社会基础、归纳其运行机理的基础上,着重剖析该制度对行政法治秩序所带来的结构性影响,以期对后续立法完善有所助益。

对于日益密集的、以信用惩戒制度为代表的社会信用制度与立法,学界却有着不同的评价。胡凌教授指出,“算法驱动的评分和信用机制帮助扩大和深入法律力所不逮的领域,成为法律体系有效的辅

助”,社会信用机制也无疑增强了国家治理能力。<sup>③</sup>沈岗教授认为,目前社会信用体系制度事实上兼具加强法律实施的功能。同时,失信惩戒制度存在违反依法行政原则、尊重保障人权原则、不当联结禁止原则、比例原则、公平原则等法治国原则的现象。<sup>④</sup>王瑞雪教授在赞许该制度发挥的治理效能的同时强调通过依法行政等原则防止和校正程序装置不完备等问题。<sup>⑤</sup>与此同时,对失信黑名单制度合法性的质疑也越来越受到学者的关注。<sup>⑥</sup>

在政策层面,以信用惩戒为代表的社会信用体系建设在经历了前几年的扩张式发展之后,也逐渐显现规范化的趋势。首先,社会信用立法已被列入第十三届全国人大常委会立法规划第三类项目,<sup>⑦</sup>相关立法准备工作正在推进过程中。<sup>⑧</sup>其次,某些脱法的制度实践已引起全国人大常委会的高度关注。例如,2018年备案审查工作报告就曾指出:“有关方面通过出台规范性文件,建立信用惩戒制度,推动社会信用体系建设;同时也引发了一些滥用信用惩戒侵犯公民隐私权和其他合法权益的担忧。”<sup>⑨</sup>最后,社会信用体系建设的最新指导原则已出现若干重要变

化。近期,无论是《关于新时代推进西部大开发形成新格局的指导意见》,还是《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》,都不再强调前些年一再强调的“一处失信、处处受限”,而是强调加快征信市场建设和政务诚信建设。<sup>⑩</sup>

社会信用立法能否“跳出‘以礼入法’、国家规范与关系规范、制裁与连带责任之类的窠臼”,而“从系统信任、组织间信任、普遍信任以及法律内在的信任化装置等角度”<sup>⑪</sup>加以重构,从而在改造传统信任观的同时真正为诚信社会建设助力,这无疑是值得深思的问题。本文旨在通过对既有信用惩戒制度的反思,揭示其对我国行政法治的结构性影响,以期对未来的规范化立法提供些许参考。为此,本文将先揭示信用惩戒制度产生的社会基础,解析该制度的基本逻辑和运行机理,并注重阐明其对我国法律制度所带来的结构性影响。

## 二、信用惩戒制度生成的社会基础

信用惩戒制度的概念早在2003年十六届三中全会中就已经被提出。<sup>⑫</sup>但是很长一段时间内,相关立法基本处于空白缺位的状态。

一方面,信用管理制度主要依赖市场化的第三方征信机构加以推行。2013年1月21日,国务院在总结十年制度实践的基础上制定了《征信业管理条例》。作为一部专门规范征信行业的行政法规,《征信业管理条例》虽然没有直接对信用信息及失信行为等做出定义,但是提出了“不良信息”的概念。依据该条例第44条,不良信息是对信息主体信用状况构成负面影响的信息,包括信息主体在借贷、赊购、担保、租赁、保险、使用信用卡等活动中未按照合同履行义务的信息,信息主体的行政处罚信息,人民法院判决或者裁定信息主体履行义务以及强制执行的信息,以及国务院征信业监督管理部门规定的其他不良信息。在这一阶段,对信用信息的关注还主要集中于贷款融资、个人消费等领域。同时,《征信业管理条例》所构建的社会信用体系本质上是一种市场化机制,即在政府监管下、由第三方征信机构对企业和个人开展信用信息的收集、评估和处理工作。

与此同时,另一种以司法机关为主导的信用管理制度悄然形成。2010年,最高人民法院为“推动社

会信用建设”,发布《关于限制被执行人高消费的若干规定》对被执行人采取限制,<sup>⑬</sup>但具体对哪些被执行人采取限制的规定则比较模糊,需考虑“被执行人是否有消极履行、规避执行或者抗拒执行的行为以及被执行人的履行能力”等因素进行综合判断。2013年,最高人民法院正式推出了失信被执行人的黑名单惩戒制度。当年发布的《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》(后于2017年修订)明确规定了信用惩戒措施对象的范围:“被执行人未履行生效法律文书确定的义务,并具有下列情形之一的,应当纳入失信被执行人名单:(一)有履行能力而拒不履行生效法律文书确定义务的;(二)以伪造证据、暴力、威胁等方法妨碍、抗拒执行的;(三)以虚假诉讼、虚假仲裁或者以隐匿、转移财产等方法规避执行的;(四)违反财产报告制度的;(五)违反限制消费令的;(六)无正当理由拒不履行执行和解协议的。”

2014年3月20日,中央文明办、最高人民法院、公安部等联合发布《“构建诚信惩戒失信”合作备忘录》,针对最高人民法院的“失信被执行人名单”规定了较为简单的三类惩戒措施,包括禁止高消费、限制贷款和信用卡,以及限制担任企业高管,以期通过惩戒手段解决司法“执行难”问题。至此,围绕司法执行、以生效法律文书为依据的失信被执行人惩戒制度初步建立。

近年来,一种更广范围的信用惩戒制度开始在地方立法中出现。湖北、上海、浙江纷纷于2017年出台地方性法规,<sup>⑭</sup>建立以政府机关为主导、以信用惩戒为核心的信用管理制度。据2019年统计,“已有三分之二以上的省区市出台或正在研究出台地方信用法规,已有26部法律、28部行政法规中包含信用条款”<sup>⑮</sup>。与之前由法院建立的失信被执行人黑名单制度相比,这些地方立法将信用惩戒制度的适用范围从司法领域扩展到了其他各个领域。

由之可见,国家的信用惩戒制度的建立使得信用体系的政府管理性质不断加强。笔者认为,以下因素共同促成了信用惩戒制度的形成和不断强化:(一)在市场经济建设过程中,政府在向民间不断放权赋权的同时,其传统的管制手段尤其是对人身权益(如档案、户籍等)的管制手段不断式微;(二)民间自发

生长的信用维系体系尚未形成；(三)近年来，电话、网络诈骗的泛滥，使民众对政府在构建信用体系中的职责提出了更多、更高、更具紧迫性的要求；(四)法院等机构对违约行为的惩罚和制约长期遭遇“执行难”的困扰；(五)大数据等技术的发展、政府体系内集中统一管理的不断强化，使政府不仅能够更加迅捷高效地获取公民的信息，而且信息在政府系统内的整合程度不断提高。

### 三、信用惩戒制度的运行机理

在揭示信用惩戒制度的结构性影响之前，首先应厘清该制度运行的基本逻辑与机理。实现这一目的的最简便的途径便是将其与征信制度进行比较。两种制度运行机理的差异择要如下：

#### (一) 征信制度

《征信业管理条例》是构建诚信社会的一部重要立法，也代表了社会信用制度构建的一种模式，此处简称为“征信模式”。征信模式在本质上是一种市场机制，即依靠中立的第三方为个人或企业建立信用档案，依法采集、客观记录其信用信息，并依法对外提供信用信息服务的一种活动，它为专业化的授信机构提供了信用信息共享的平台。该机制带有明显的社会自治功能。总体而言，征信制度具备以下几个特征：

1. 其核心功能在于对民事主体(个人、法人)的履约能力和状况进行客观的记录，并以此作为征信业务服务对象决定是否以及如何与信息主体缔约履约的参考。

2. 评价所需的基础信息是有关民事主体以往债务履行情况的信息以及相关的个人信息。

3. 评价的主体是从事征信业务的中立第三方，而非政府机关。征信机构是经营业务特定的公司，其既要符合公司设立的一般资质要求，而且还要具备征信业的一些特殊资质条件。<sup>⑥</sup>

4. 确立信息所有者的主体地位。征信信息的描述对象是信息的最终归属者。因此，信息的采集、使用等多个环节确立事先征得信息主体同意或实现告知的原则。例如，“采集个人信息应当经信息主体本人同意，未经本人同意不得采集”；<sup>⑦</sup>“向征信机构查询个人信息的，应当取得信息主体本人的书面同意

并约定用途”；<sup>⑧</sup>“信息提供者向征信机构提供个人不良信息，应当事先告知信息主体本人”；<sup>⑨</sup>“信息使用者应当按照与个人信息主体约定的用途使用个人信息，不得用作约定以外的用途，不得未经个人信息主体同意向第三方提供”；<sup>⑩</sup>等等。此外，征信制度对征信机构的准入条件、确保信息安全的能力也提出了具体的要求。<sup>⑪</sup>征信制度还为信息主体设置了异议和投诉的权利，用以督促征信机构及时更正错误的信息。

5. 从效果上看，信用信息仅具有参考意义，即“征信机构提供的信息供信息使用者参考”。<sup>⑫</sup>从这个意义上说，征信制度下的信用信息仅是对客观状态的描述，并不涉及对行为及相关主体(行为或资格)的定性和价值判断。同时，它也并不违背或突破合同相对性原则。也就是说，尽管不良或负面的信用信息很可能在多数情况下给信息主体在后续的民事活动中带来不利益，但是，这一判断并不具有绝对性。一些主体仍然可以选择信任这样的信息主体并与其订立合同或从事其他的交易。一言以蔽之，负面的信用信息并不意味着信息主体失去交易资格或者在某些领域的准入资格，它并未让信息主体在市场中完全失能。

6. 从终极目标的预设上，征信制度推定和相信信息主体最终都可能是守信的。征信制度诱导和激励信息主体选择守信的行为方式，为失信主体提供信用恢复的机会。为了实现这一目标，其也配置了相应的制度。例如，对不良信息或负面信息的保存期限被限定为5年，<sup>⑬</sup>这为信息主体吸取教训、矫正行为、积极守信提供了机会。

#### (二) 信用惩戒制度

与作为市场机制的征信制度不同，信用惩戒制度是由国家机关，尤其是行政机关主导建立的，通过收集、使用、分享公民、法人守法履约状况方面的基础数据，为行政管理和审判执行等提供信息支撑，并促使公民、企业遵守法律、诚实守信。信用惩戒本质上是一种政府管理措施，而非市场机制，具有明显的国家干预色彩。初步归纳，信用惩戒制度具有以下几个特征：

1. 作为一种政府管理手段，其核心功能在于将

公民、法人守法履约的信息作为认定事实或者行为情节的重要依据,并在此基础上采取相应的措施。其对信用信息的利用不限于将其作为对客观事实的描述,更重要的是在此基础上对行政相对人或者其他主体做出资格或行为的认定,因此涉及主观判断。

2. 其所归集、利用、分享的基础信息,不仅包括公民、法人从事民事活动所产生的信息,而且更重要的是包括大量的行政管理过程中所产生的描述公民、法人守法情况的信息。

3. 信用信息的归集、利用、分享主体为国家机关和法律法规授权组织。与征信制度不同的是,信用惩戒制度并未对国家机关和授权组织设定资质要求,也未对信息安全的保障能力提出特别的要求。从实践上看,越来越多的行政机关将信用惩戒制度纳入日常管理,但潜在的信息安全等方面的风险并未通过配备相应的制度加以防范。

4. 信用信息的描述对象并未能始终获得主体地位。在信用惩戒制度框架下,信用信息通常被界定为公共信用信息。例如,《江苏省公共信用信息管理办法(试行)》第2条规定:“本办法所称公共信用信息,是指行政机关、法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织(以下简称信息提供单位),在履行职责、提供服务过程中产生或者获取的,可用于识别、分析、判断具有完全民事行为能力自然人、法人和非法人组织信用状况的数据和资料。”通过这样的界定,信用信息似乎失去了其对信息描述对象的人格依附性,从而将信息使用的主导权转移到政府手中。例如,在上海,尽管信息主体有权查询社会信用信息,但行政机关、司法机关也“可以依法查询”这些信息;<sup>③</sup>行政机关可依职权将某些信息主体列入严重失信主体名单。<sup>④</sup>当然,在其他一些地方,公权力的介入并不必然导致人格依附性的丧失。例如,在江苏,公共信用信息工作机构对外提供信息咨询服务“应当依据信息主体授权”。<sup>⑤</sup>这种制度设计似乎更接近于征信制度。

5. 信用信息并不仅仅具有参考意义。在一些信用惩戒制度中,信用信息被广泛地用于对信息主体的行为、身份资格等进行界定。它并不停留于对信息主体的行为进行客观记录和描述,而是在此基础

上进一步做出各种定性,并将此作为随后选择不同行政管理措施和方式的重要依据。上海鼓励各级行政机关“识别、分析、判断信息主体信用状况,开展信用分类管理”。<sup>⑥</sup>对于“违反法定义务和约定义务的失信主体”,上海市的行政机关可以对其采取包括“在实施行政许可等工作中,列为重点审查对象,不适用告知承诺等简化程序”等惩戒措施;对于严重失信主体,则可以采取包括限制进入相关市场、限制进入相关行业、限制相关任职资格等极其严厉的措施,足以使信息主体在市场中失能。这一点与以市场逻辑和合同相对性原则为基础的征信制度存在明显的区别。

#### 四、信用惩戒制度对行政法治秩序的结构影响

值得一提的是,信用惩戒制度的适用对象已从司法领域逐渐向外扩张,几乎涉及经济社会的各个行业领域。在金融、电子商务、对外经济合作、公共资源交易、家政服务、旅游、出租车、婚姻登记、民航与铁路运输各个领域,各部委发布了大量针对具体行业领域的失信联合惩戒规范性文件。例如,《关于对对外经济合作领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》将对外投资失信主体、对外承包工程建设和对外劳务合作失信主体、对外金融合作失信主体、对外贸易失信主体归为联合惩戒对象。《关于加强涉金融严重失信人名单监督管理工作的通知》中的“涉金融严重失信行为”则包括以下行为:有履行能力而不履行债务等恶意逃废债行为;一方当事人故意提供虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,以及利用其他诈骗手段,骗取对方当事人财产的诈骗行为;有非法集资行为或从事非法证券期货活动;其他涉金融犯罪被依法追究刑事责任的行为和因违反金融监管规定被依法处以较重行政处罚的行为。《关于在一定期限内适当限制特定严重失信人乘坐火车推动社会信用体系建设的意见》则惩戒被公安机关处罚或铁路车站单位认定的严重影响铁路运行安全和生产安全有关的行为(包括在列车上吸烟、仿冒证件购买优惠票、伪造车票、套票并拒不补票等行为)责任人。<sup>⑦</sup>在地方层面,同样可见类似的调整对象扩张的迹象。例如,《上海市社会信用条例》就全方面

涵盖了纳税、社保、行政、市场和社会秩序等广泛领域。<sup>②</sup>沈岿教授也发现,包括信用惩戒制度在内的社会信用体系建设旨在全方位覆盖“政府—市场—社会—司法”等领域。<sup>③</sup>由此可见,目前信用惩戒制度的适用已经大大超越了传统征信制度所固守的调整领域。

与此同时,信用惩戒制度已经对我国行政法治秩序,尤其对违反行政法上义务行为的控制方式、相对人承担行政法律责任的方式、行政机关行使职权的方式等产生广泛且深刻的结构性影响(甚至是实质性的改造),也使依法行政原则的坚守以及行政相对人权益的保障面临诸多挑战。具体体现在以下几个方面:

#### (一)混同:将违法视为失信

与征信制度相比,信用惩戒制度所搜集的信息种类和范围更为广泛,并不局限于判断履约能力、诚信程度的信息。更有甚者,一些立法和规范性文件将违法行为或违法记录作为不良信息记入信用档案。值得强调的是,这种将违法混同于失信的制度规范普遍存在。

《浙江省公共信用信息管理条例》中的“不良信息”包括“在法定期限内未提起行政复议、行政诉讼,或者经行政复议、行政诉讼最终维持原决定的行政处罚信息”“不履行行政决定而被依法行政强制执行的信息”以及“经依法认定的违反法律、法规和规章规定的其他不良信息”<sup>④</sup>。《上海市信用管理条例》将损害他人身体健康和生命安全的行为、不履行国防义务的行为等违反法律法规、甚至可能构成刑事犯罪的行为作为失信情形。《湖北省社会信用信息管理条例》甚至将行政管理过程中行政相对人的信息与信用信息混为一谈,规定“行政许可、行政处罚、行政强制、行政确认、行政检查、行政征收、行政奖励、行政给付等行政行为中反映信用主体信用状况的信息”应当被纳入公共信用信息目录。<sup>⑤</sup>

失信与违法的概念本不应当被混淆,因为守信在本质上属于商业伦理以及民法对民事主体的行为期待。《民法典》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”然而,依据诸多信用惩戒立法的定义,失信行为已经不再

仅仅包含普通的民事违约行为,而是进一步包含违反行政法规、法律行为、构成刑事犯罪的行为,甚至仅仅作为行政相对人的身份。有观点认为,失信行为可被划分为民事违约行为、违反行为和兼有违约和违法性质的中间行为。但这并不意味着所有违法行为都是失信行为。例如,不履行国防义务的行为虽然违反法律法规,却很难与个人信用评价直接关联,因此缺乏充足的理由将这类行为归为“失信”。同理,闯红灯等交通违章行为也并不必然说明违法行为人缺乏信用。

混同现象也再次凸显了信用惩戒制度的核心功能——控制和威慑违反行政法上义务的行为。但是,通过将违法行为转化或等同于失信行为,不仅使行政管理行为和行政权的行使具有道德上的优越性,而且也易使公众放松对此种行政权行使方式进行合法性控制的要求。

#### (二)替代:以信用惩戒取代其他行政行为

随着信用惩戒制度的推行,各级政府逐渐意识到其对违法行为的威慑功能,因此也逐步地以信用惩戒嵌入行政法律体系并取代一些传统的行政行为,使其成为一种更为便捷高效的管理措施。换言之,尽管不具其名,信用惩戒措施却在事实上具有了与行政处罚、行政强制措施和行政许可等相同的法效果。

##### 1. 行政处罚类惩戒措施

行政处罚是行政机关对违反行政法规范但未触及刑法规范的公民、法人或其他组织进行行政制裁的行为。该种“行政制裁”的制裁性体现在以惩戒违法行为为目的,而非以要求相对人服从管理、履行义务为目的。

信用惩戒措施中大量地包含行政处罚的要素。例如,《失信企业协同监管和联合惩戒合作备忘录》关于工商的监管措施包括要求或强制要求违法失信当事人退出市场、吊销其营业执照,即剥夺其继续经营的权利,影响其获取收益的财产权,从而明显具有处罚的功能。该文件中提及的联合惩戒措施,如限制从事互联网信息服务,限制担任证券公司、基金管理公司、期货公司董事、监事和高级管理人员,限制参与政府采购活动,限制参与工程招投标,限制证券

期货市场部分经营行为,限制企业发行债券等都限制“失信主体”从事特定行为或参与特定活动——构成资格罚或行为罚;各有关部门通过主要新闻网站向社会公布失信主体的信息等措施则是对失信者名誉或声誉、荣誉、信誉的剥夺,构成申诫罚。此外,上述惩戒措施的实施很大程度上将影响到失信主体的潜在财产收益,对其财产权形成间接损害,似乎亦有剥夺财产的目的。例如,《能源行业市场主体信用评价工作管理办法(试行)》规定:“对失信主体采取取消优惠、提高保证金等增加交易成本的惩戒措施。”其中,“增加交易成本”带有一定财产罚的色彩。一些信用惩戒制度也存在违反“一事不再罚”原则之嫌。例如,《浙江省公共信用信息管理条例》将行政处罚信息作为不良信息对待,而针对严重失信人的惩戒措施则包括市场和行业退出措施等。

同时,惩戒措施的设定存在违反《行政处罚法》等上位法的嫌疑。例如,根据《社会团体登记管理条例》第32条规定,社会团体在申请登记时弄虚作假,骗取登记的,由登记管理机关予以撤销登记。然而,《社会组织信用信息管理办法》却规定这一行为构成严重违法失信,应当向社会公开,两年后才可移出失信名单。显然,后者所设定的惩戒措施超越了上位行政法规所设定的行政处罚的种类,从而也违反了《行政处罚法》第12条<sup>③</sup>的规定。此外,《行政处罚法》第9条规定,限制人身自由的行政处罚只能由法律规定。但是,目前有大量效力层级较低的文件规定了带有限制人身自由性质的惩戒措施。例如,国家发改委联合52个部门发布的《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》在性质上属于规范性文件,但其规定了“限制在一定范围的旅游、度假”等带有限制人身自由性质的惩戒措施,明显超出其立法权限。

## 2. 行政强制执行类惩戒措施

行政强制执行是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。在已经出台的信用惩戒制度中,许多措施具有行政强制执行的功能。例如,《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》列举了限制乘坐飞机、列车,限制住宿高

级宾馆、酒店,限制夜总会、高尔夫球场消费,限制购买不动产及国有产权交易,限制子女就读高收费私立学校等限制消费措施和限制出境这类限制公民人身自由措施,以及查封、扣押车辆这类扣押财物措施。

如果上述惩戒措施可以归类为行政强制执行措施,其所面临的首要问题便是,设定这些措施的多数为规范性文件、地方性法规或部门规章。这也明显违反了《行政强制法》第13条“行政强制执行由法律设定”的规定。其次,上述措施自身也存在一定的不合理之处。例如,限制失信被执行人及失信被执行人的法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人的子女就读高收费私立学校。这项措施没有区分学费的来源。现实中可能存在限制失信被执行人离异抚养子女,而子女就读私立学校的学费由离异夫妻中不实际抚养子女的一方提供的情况。因此,一刀切地限制就读高收费私立学校的做法显然不当地剥夺了失信被执行人的子女享受优质教育的权利。

## 3. 行政许可类惩戒措施

不少信用惩戒制度也已涉入行政许可领域,并设置了诸多限制相对人权利的规范。例如,《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》设定了“限制失信被执行人发行公司债券”“限制设立保险公司”“限制从事药品、食品等行业”等措施。同时,这些措施与上文的行政处罚也存在交叉,即以行政许可为手段实现能力罚的目的。

这类行政许可类惩戒措施也存在违反《行政许可法》的情形。其一,突破上位法的规定,新增行政许可条件。根据《行政许可法》第16条,行政法规、地方性法规和规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内对实施该行政许可做出具体规定,但不得增设行政许可,也不得增设违反上位法的其他条件。然而信用惩戒的相关规定却多有增设违反上位法的其他条件的情形。例如,根据《建筑法》第8条,申请领取施工许可证,应当具备下列条件:(一)已经办理该建筑工程用地批准手续;(二)在城市规划区的建筑工程,已经取得规划许可证;(三)需要拆迁的,其拆迁进度符合施工要求;(四)已经确定建筑施工企业;(五)有满足

施工需要的施工图纸及技术资料;(六)有保证工程质量和安全的具体措施;(七)建设资金已经落实;(八)法律、行政法规规定的其他条件。虽有兜底条款,但仅限于法律和行政法规规定的其他条件。然而《住房城乡建设部办公厅关于印发失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设分工方案的通知》这一规范性文件却规定,对失信被执行主体就……施工许可……提出的申请,不予受理或从严审核有关材料;新建、扩建、高档装修房屋需要申领施工许可证的,限制其办理施工许可证。换言之,较之《建筑法》,上述规范性文件新增了不失信这一授予行政许可的条件,明显违反了《行政许可法》。

其二,违反《行政许可法》中期限的规定。该法第42条第1款规定:“除可以当场作出行政许可决定的外,行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的,经本行政机关负责人批准,可以延长十日,并应当将延长期限的理由告知申请人。但是,法律、法规另有规定的,依照其规定。”然而,《证券期货市场诚信监督管理办法》却规定,在因部分失信情形而被要求提供的书面反馈意见不明确,有关分析、说明不充分的情况下,证监会及其派出机构可以进行核查,核查的时间不计入行政许可法定期限。这也明显与《行政许可法》相抵触。

(三)屏蔽:惩戒措施的一般化效果——“人格减等”

除了失信定义的扩张,其惩戒措施的领域也出现了扩张与交叉。伴随着大数据技术的广泛应用以及基础数据库的不断完善,不同领域的信用惩戒也开始出现联合联动的趋势。在联合惩戒制度下,不同领域的失信信息可以相互影响。

在“一处失信,处处受限”理念指导下,一个失信行为往往带来法律上的多个不利评价后果。以《关于对对外经济合作领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》为例,在针对其定义的四类对外经济合作失信主体分别设定了四类不同的、针对相应领域(对外投资、承包工程和劳务合作、金融以及贸易)的惩戒措施以外,其还设置了超出失信领域之外的联合惩戒措施共计21条。又如,在《关于对婚姻登记

严重失信当事人开展联合惩戒的合作备忘录》中,针对婚姻登记中的失信者采取联合惩戒,比如限制担任公职、限制担任金融行业公司的高管、限制其在律师、医生、会计师、证券从业人员等方面的资质考核等大量的与婚姻登记领域没有直接关系的惩戒措施。可以发现,这些“处处”的结果与失信的“一处”,常常并没有本质上的因果联系。如此关联,显然有违不当联结禁止原则。

就规制后果来看,某些惩戒制度致力于通过“信用极刑”将信息主体驱逐出市场和社会,而并未为其积极守信提供制度通道和足够的激励。限制进入相关市场等惩罚措施的实施使信息主体难以在市场和社會立足,其在各个领域的行为能力和准入资格提前受到严格的限制,甚至产生“屏蔽”的效果。这类类似于罗马法上的“人格减等”制度,也成为一种新的社会分层工具。在信用恢复制度、失信信息期限制度以及相应救济制度缺失的情况下,“信用极刑”的实施极可能会形成一批规模不小的“信用难民”。这一群体的存在将会使诚信社会的建立面临挑战。总而言之,信用惩戒将法治框架下的行为规制部分改造成了脱法的身份管理,这种过渡及其潜在影响是值得警惕的。

## 五、结语

尽管各种信用惩戒制度大都将倡导守信、杜绝失信作为立法目的,但其制度的核心目标已然被转化为更为迅捷顺畅地实现行政管理。在一些领域,信用惩戒显然可以轻易地实现所谓“无须强制的强制”效果。因果关系、可归责性、过错原则等是我国当代法治建设(尤其是行政立法过程中)所恪守的基本逻辑和原则。然而,它们在信用惩戒制度中并未获得承认并被坚守。《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等立法带有明显的控权目的,即以行政机关存在违法滥权可能为假定前提设置相关法律制度以尽可能防止其对相对人合法权利的伤害。<sup>⑧</sup>这些立法也大大推进了法治政府、法治社会的建立和巩固。然而,信用惩戒制度则建立在另一种,甚至是相反的预设前提之上,即行政相对人是不诚信的,甚至被推定为有违法的冲动和惯性;而行政机关却被假定为是奉公守法的。当代行政立法的另一个明显特

征是加强对类型化行政行为创设的控制,通过立法权的中央化防止地方和部委滥用行政行为的创制权,从而实现人权保障的目的。<sup>⑤</sup>但是,信用惩戒制度使这一审慎的立法权配置框架遭到严重的挑战,惩戒手段的设定权被广泛滥用。有学者曾总结道:“与计划经济和统制经济相比,市场经济在法律层面上所表现出的独特之处,……主要不在于政府主体援引有法律效力的规则来实施控制和干预,而在于政府的这种权力本身已经受到了法律的严格限定。”<sup>⑥</sup>信用惩戒法律制度应当在回归市场经济逻辑的基础上加以构建。

信用既是一种稀缺品,又是市场经济的必需品。建立普遍的社会信用,不仅是政府职责所在,也是所有公民的共同愿景。然而,对于如何建立社会信用的问题需要三思。单纯依靠强化行政手段来整治社会信用,并不能够从制度完善上来解决市场秩序混乱的问题,有可能是“头痛医头,脚痛医脚”,在短期内或许能够见效,但从长远来看,难以产生应有的效应。<sup>⑦</sup>也有学者曾告诫:“法律不应向社会规范抢夺地盘,不要把‘没有法律的秩序’(order without law)变成‘没有秩序的法律’(law without order)。”<sup>⑧</sup>

从实践来看,信用惩戒制度已经出现一些明显的脱离法治轨道的迹象,必须及时加以匡正。新兴技术在给监管带来诸多便利的同时,并未在监管法治化方面带来同样的增量,相反,它似乎让我们看到了一些实施法治前的管制方式的回潮端倪。如果任由信用惩戒制度野蛮生长,我们尚未完全确立的法治根基将会受到动摇。因此,如何在法治的框架下进一步完善信用惩戒制度、实现法治与信用的双赢,将是立法者必须直面和解决的课题。

本文先后在上海交通大学凯原法学院主办的“信用惩戒机制与中国信用法制建设”研讨会(2018年11月10日)、中山大学法学院主办的“国家治理与信用立法”研讨会(2019年1月12日)、北京大学法学院主办的“社会信用法的本土建构”研讨会(2019年6月15日)、上海财经大学法学院2019年自贸区法治圆桌论坛(2019年10月27)等会议上进行报告。会议报告的部分观点被2019年6月17日《法制日报》专题

报道(《失信黑名单:应适度,要合法》)援引和发布。感谢与会专家及匿名评审专家对本文所提出的中肯意见。

注释:

①学界代表性的意见,参见沈岷:《逐条评议发改委央行社会信用新规草案》,载微信公众号“博雅公法”,2020年8月7日, [http://www.nanyangxjcy.gov.cn/sitesources/nzxjcy/page\\_pc/fflg/article4a79a5ecab8c4eec8bbf662578ac6905.html](http://www.nanyangxjcy.gov.cn/sitesources/nzxjcy/page_pc/fflg/article4a79a5ecab8c4eec8bbf662578ac6905.html)。

②《关于进一步规范公共信用信息纳入范围、失信惩戒和信用修复 构建诚信建设长效机制的指导意见(征求意见稿)》,载搜狐网2020年7月4日, [https://www.sohu.com/a/409581718\\_120209831](https://www.sohu.com/a/409581718_120209831)。

③胡凌:《数字社会权力的来源:评分、算法与规范的再生产》,载《交大法学》2019年第1期,第21—34页。

④参见沈岷:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期,第25—46页。

⑤参见王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,载《中国法学》2017年第4期,第158—174页。

⑥参见王伟:《论失信“黑名单”制度的法治化》,载《人民法治》2018年第11期,第43—45页;屈丽丽:《应松年:全国人大应该行使立法解释权减少行政执法中的随意性》,载中国经营网2018年12月2日, <http://www.cb.comcn/index/show/zj/cv/cv13434931263/p/s.html>。

⑦参见《十三届全国人大常委会立法规划》,载中国人大网2018年9月10日, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201809/f9bf485a57f498e8d5e22e0b56740f6.shtml>。

⑧参见《国家发展改革委组织召开社会信用立法座谈会》,载中国政府网, [http://www.gov.cn/xinwen/2019-09/03/content\\_5426728.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-09/03/content_5426728.htm)。

⑨《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2018年备案审查工作情况的报告》(2018年12月24日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上)。

⑩具体而言,中共中央、国务院《关于新时代推进西部大开发形成新格局的指导意见》强调:“持续推进信用体系建设。建立健全地方信用法规体系。加强政务诚信建设,建立健全政府失信责任追究制度。……加快征信市场建设,培育有良好信誉的信用服务机构……”

与此同时,中共中央、国务院《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》提出如下要求:“构建适应高质量

发展要求的社会信用体系和新型监管机制。完善诚信建设长效机制,推进信用信息共享,建立政府部门信用信息向市场主体有序开放机制。健全覆盖全社会的征信体系,培育具有全球话语权的征信机构和信用评级机构。实施‘信易+’工程。完善失信主体信用修复机制。建立政务诚信监测治理体系,建立健全政府失信责任追究制度。严格市场监管、质量监管、安全监管,加强违法惩戒。加强市场监管改革创新,健全以‘双随机、一公开’监管为基本手段、以重点监管为补充、以信用监管为基础的新型监管机制。”

①季卫东:《法治与普遍信任:关于中国秩序原理重构的法社会学视角》,载《法哲学与法社会学论丛》2006年第1期,第153—175、299页。

②参见《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

③第3条规定,被执行人为自然人的,被限制高消费后,不得有以下以其财产支付费用的行为:(一)乘坐交通工具时,选择飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位;(二)在星级以上宾馆、酒店、夜总会、高尔夫球场等场所进行高消费;(三)购买不动产或者新建、扩建、高档装修房屋;(四)租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公;(五)购买非经营必需车辆;(六)旅游、度假;(七)子女就读高收费私立学校;(八)支付高额保费购买保险理财产品;(九)其他非生活和工作必需的高消费行为。

④参见《上海市社会信用条例》《湖北省社会信用信息管理条例》以及《浙江省公共信用信息管理条例》。

⑤见前注③。

⑥包括主要股东信誉良好、最近3年无重大违法违规记录、注册资本不少于人民币5000万元、有符合国务院征信业监督管理部门规定的保障信息安全的设施、设备和制度和措施等。详见《征信业管理条例》第6条。

⑦《征信业管理条例》第13条。

⑧《征信业管理条例》第18条。

⑨《征信业管理条例》第15条。

⑩《征信业管理条例》第12条。

⑪《征信业管理条例》第6条、第12条。

⑫《征信业管理条例》第23条第2款。

⑬《征信业管理条例》第16条。

⑭《上海市社会信用条例》第17条。

⑮《上海市社会信用条例》第25条。

⑯《江苏省公共信用信息管理办法(试行)》第22条。

⑰《上海市社会信用条例》第23条。

⑱具体包括:1.扰乱铁路站车运输秩序且危及铁路安全、造成严重社会不良影响的;2.在动车组列车上吸烟或者在其他列车的禁烟区域吸烟的;3.查处的倒卖车票、制贩假票的;4.冒用优惠(待)身份证件、使用伪造或无效优惠(待)身份证件购票乘车的;5.持伪造、过期等无效车票或冒用挂失补车票乘车的;6.无票乘车、越站(席)乘车且拒不补票的;7.依据相关法律法规应予以行政处罚的。

⑲《上海市社会信用条例》第9条规定,列入目录的失信信息包括下列事项:(一)欠缴依法应当缴纳的税款、社会保险费、行政事业性收费、政府性基金的;(二)提供虚假材料、隐瞒真实情况,侵害社会管理秩序和社会公共利益的;(三)拒不执行生效法律文书的;(四)适用一般程序做出的行政处罚信息,但违法行为轻微或者主动消除、减轻违法行为危害后果的除外;(五)被监管部门处以市场禁入或者行业禁入的;(六)法律、法规和国家规定的其他事项。法律、法规对违法事项纳入目录已做出规定的,该法律、法规规定的其他违法事项不得纳入。

⑳参见前注④,沈岷文,第25—46页。

㉑参见《浙江省公共信用信息管理条例》第11条。

㉒《湖北省社会信用信息管理条例》第10条第2项。

㉓该条第1款规定:“国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。”

㉔参见赵蕾:《限制公权力滥用是30年立法的大思想——专访原全国人大法工委副主任张春生》,载《南方周末》2008年7月24日,http://www.infzm.com/content/15086/0。

㉕参见《行政处罚法》第二章、《行政许可法》第二章、《行政强制法》第二章。

㉖郑成良:《法律、契约与市场》,载《吉林大学学报(社会科学版)》1994年第4期,第27—32页。

㉗参见王利明:《加强民事立法,保障社会信用》,载《政法论坛》2002年第5期,第9—11页。

㉘张维迎:《法律制度的信誉基础》,载《经济研究》2002年第1期,第3—13、92页。