

犯罪记录对社会信用体系的 耦合嵌入与功能校正

李怀胜

【摘要】犯罪记录制度作为社会管理的一种工具,其所内含的责任连带与激励机制,以及对社会资源的分配和调节效能与社会信用体系相通,这是犯罪记录嵌入社会信用体系的客观基础。犯罪记录中的前科事实成为社会信用体系的评价要素,由此扩展了刑罚的附随后果。但在两者实际的制度勾连中,社会信用体系出现了严重的功能异化,表现在前科事实与信用惩戒后果的不当联结,以及信用评价对前科事实的过度惩罚等。它破坏了社会信用体系追求的守信激励和失信惩罚的平衡,也会消解犯罪记录制度的积极功能。因此,应当明确犯罪记录介入社会信用体系的应有表达逻辑和基本功能,并且社会信用体系对犯罪记录的运用应当受到合法性、相关性、比例性等原则的约束。

【关键词】犯罪记录;社会信用体系;刑罚附随后果;失信惩罚

【作者简介】李怀胜(1983-),男,汉族,河南新乡人,中国政法大学刑事司法学院副教授(北京 100088)。

【原文出处】《法学杂志》(京),2021.3.109~118

【基金项目】本文为国家社会科学基金青年项目“数据开放的刑法边界研究”(项目编号:17CFX022)的阶段性成果;受中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划、中国政法大学科研创新项目(项目编号:20ZFQ82002)资助。

我国现代的信用制度建设,源自20世纪80年代金融机构尝试建立的征信系统,^①此后,征信建设延伸到金融领域之外,成为广义的信用体系。^②而以2013年国务院颁布《征信业管理条例》和2014年《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》出台为标志,社会信用体系建设在我国全面铺开。^③在此背景下,社会信用建设也引发了学界和媒体的普遍关注。

我国的信用制度建设是广泛意义上的社会管理的一种手段。社会信用体系不可避免地与其他社会管理制度产生“贴靠”,犯罪记录制度即是一例。犯罪记录制度和社会信用制度共享“犯罪记录”这一评价要素,因而犯罪记录客观上与社会信

用体系具有一定的制度耦合。然而,由于社会信用体系对犯罪记录制度的过分侵蚀乃至吞噬,不但贬损了社会信用体系应有功效的积极意义,也模糊和遮蔽了犯罪记录的应然制度价值。因此,厘清和矫正犯罪记录在社会信用体系中的制度定位,有助于强化社会信用体系建设的规范性与合法性,亦有助于犯罪记录回归其应有的制度轨道。

一、犯罪记录对社会信用体系耦合嵌入的制度基础

根据《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》,我国的社会信用体系围绕政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信四个重点领域推进,几乎涵盖了社会管理的各个方面,社会信用在我国,被

作为普遍性的社会管理的工具来使用,这就给犯罪记录嵌入社会信用体系提供了可能性。

(一)制度前提:犯罪记录与社会信用的价值趋同性

有学者指出,国家犯罪记录制度是国家机关根据法律规定,对本国刑事管辖范围内犯罪信息数据的规范化收集、储存、利用的制度,不仅是世界各国广泛采纳的基础性法律制度,更是国家信息数据管理的主要内容之一。2012年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合颁布了《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》,标志着我国犯罪记录制度的正式创建。^④简单说,犯罪记录制度具有三个方面的重要功能:(1)帮助刑事法律中的某些制度顺利实现。刑法中的缓刑、假释、减刑等制度,对行为人的悔罪表现、再犯罪的可能性等人身危险性评估是其重要环节,直接关系到缓刑等制度的准确适用,而行为人的犯罪前科等事实,是对行为人人身危险性考察的关键因素,犯罪记录的完整性和有效性,直接影响刑法中相关制度的效能。此外,刑事诉讼法中的刑事强制措施的运用,同样依赖犯罪记录的支撑。(2)系统、完整的犯罪记录资料,是国家分析、研判犯罪趋势,借此调整刑事政策和进行刑事立法的重要依据,也是学术研究的重要素材。(3)随着前科导致的行为人资格的贬损和“减等”在各类行政法律、地方性法规、部门规章中广泛存在,刑罚附随后果已经成为对曾经犯罪的人的牵连性责任追究机制,因而也扩展了犯罪记录制度在社会管理领域的适用范围。正是在这个层面,犯罪记录制度与社会信用体系产生了制度勾连。

信用制度源自商业领域降低交易成本的需要,商业交易是信用产生的土壤,亦对信用具有评价与强化功能。传统信用是以地缘、血缘为保证的身份信用机制,在同乡商人内部形成相互的信任约束,在外则形成信用网络,成为各自的身份印记。由于人际关系具有高度的重合性,信息获取的成本很

低,个人任何隐匿或者不良的信用行为都很快被圈内人所知,进而受到信用减损的惩罚。一旦丧失了同乡的信任,则“为同行所不齿,乡里所鄙,亲人所指,失去营生,就业无门,再无颜回归故土。故不信即自毙,人人戒之”。^⑤这种信用机制虽然简单、原始,但是却非常有效,但也正因为以地缘和血缘为纽带,传统信用的辐射范围非常狭窄,只限于熟人社会,必然要让位于现代信用体系。现代信用体系与传统信用体系同样以信息为基本纽带,但是基于信息收集技术的进步,其可以脱离传统身份的束缚,演变为更广域的社会管理工具。公共信用立法以国家强制力为保证,政府可以借助已有的信息收集途径,对各类信息进行汇总、加工和评价,对所有社会成员信用画像,并对外提供查询服务或者在履职过程中依法依规主动披露,促进社会诚信。^⑥例如上海市2017年出台的《上海市社会信用条例》对于完善本地市场经济体制,提高社会治理水平和社会信用水平,起到了积极作用,^⑦受到社会各界关注。

(二)现实基础:犯罪记录与社会信用的制度共享性

犯罪记录作为对行为人实施犯罪的客观记载证明,其制度价值已经突破刑事司法领域,进而成为社会管理的一项工具,但需要注意,真正对行为人起作用,并产生客观的权益剥夺后果的,是由前科犯罪事实产生的刑罚附随后果,这点与社会信用制度是相同的,即犯罪记录与社会信用并不直接产生法律后果,但对犯罪记录和社会信用的运用和评价,则可以实现杠杆调节的效果。犯罪记录与社会信用的耦合基础体现在以下三个方面:

1. 犯罪记录与社会信用都是资源分配与调节机制。犯罪记录制度的本来功能,是国家在满足防卫社会和犯罪预防的需求的前提下,对行为人的犯罪记录进行集中管理,避免因受到社会的不当评价而影响其顺利复归社会。但是伴随着行政法律中前科规范的大量无序扩张,由前科造成的对行为人

各类资格的剥夺与禁止已成为非常普遍的社会现状。据统计,我国目前规定了前科规范的法律有36部,行政法规有34部,地方性法规96部,部门规章113部。^⑧例如《法官法》第11条规定,“因犯罪受过刑事处罚的”,不得担任法官。而在许多地方的信用立法中,因犯罪受过刑事处罚同样要承受各种资格禁止的不利后果。可以看出,犯罪记录与社会信用,都是具有各自气质但同时参与社会资源分配的制度机制。

2. 犯罪记录与社会信用都是责任连带与激励机制。因犯罪而受刑罚,这是刑事责任的当然之义,古典刑事法学派认为,因刑罚实施完毕而犯罪之罪孽则赎罪完毕。但是随着近代刑事学派的发展,尤其是社会防卫思想的提出,刑罚目的由报应主义转向预防主义,个人虽然是刑罚的客体,更是社会防卫的客体,犯罪的法律后果开始突破刑事法律的局限,而向更加广阔的领域延伸。刑罚的消灭,不再意味着行为人的责任终结,在某种程度上恰恰说明了它的开始。在行为人迈出监狱大门的同时,前科的各类行政法律后果正在复归社会的道路上等待着它。可以说,犯罪记录已经发展为由刑事责任引起的,附带行政责任和各类资格限制的综合性惩处体系,这与社会信用制度追求的“一处失信、处处受限”是具有异曲同工之妙的。通过责任的连带,引导行为人形成趋利避恶的心理机制,进而形成守法守纪的正反馈。犯罪记录向社会管理领域的扩展,与社会信用制度的全面铺陈,有一个共同的内涵逻辑,即希望解决中国公共治理领域长期存在的“执法不严”“有法不依”等顽疾,目的是通过责任连带来弥补社会治理的现代性缺陷。^⑨《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》的许多表述均流露了这一点,例如“建立信用档案和违法违规单位信息披露制度”“在现有行政处罚措施的基础上,健全失信惩戒制度,建立各行业黑名单制度和市场退出机制”“建立网络信用黑名单制度,将实施网络

欺诈、造谣传谣、侵害他人合法权益等严重网络失信行为的企业、个人列入黑名单”等。而犯罪记录与社会信用的差异在于,犯罪记录难以形成有效的激励机制。

3. 犯罪记录与社会信用都是信息收集与评价机制。犯罪记录制度的核心是犯罪人员信息库,包括“犯罪人员的基本情况、检察机关(自诉人)和审判机关的名称、判决书编号、判决确定日期、罪名、所判处刑罚以及刑罚执行情况等。”基于犯罪记录与社会信用体系的各自价值定位,社会信用体系对犯罪信息的获取,并不需要犯罪记录制度那样全面。但是基础的犯罪信息对社会信用制度也是至关重要的,因为法人或者自然人严重的违法犯罪事实对其社会信用的负面影响是不言而喻的,犯罪事实是社会信用制度的重要评价因素,必须保证其信息来源的权威性与准确性,否则将对当事人的权益构成重大不当侵害。而统一的全国性的犯罪记录制度,能够实现对社会信用体系的有效信息供给。故此《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》也强调,“促进信用信息互联互通、协同共享,健全社会信用奖惩联动机制”。一些地方的信用法规也会将行为人的违法犯罪事实纳入信用信息目录中,例如2017年《湖北省社会信用信息管理条例》第10条以及2018年《河北省社会信用信息条例》第12条规定,行政处罚以及拒不履行生效法律文书的信息应当纳入公共信用信息目录。2017年《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)适用一般程序作出的行政处罚信息,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。社会信用体系的完善,会对犯罪记录制度的运用产生强化作用。

二、社会信用体系下犯罪记录的表达泛化与功能异化

如果犯罪记录制度与社会信用体系将双方重合的制度架构借由对方体系实现,两者自然能够并行不悖、相得益彰,^⑩减少社会总的制度成本。但是社会信用体系过度依赖犯罪记录,则可能歪曲各自的制度初衷,模糊各自的制度边界,混淆各自的制度功能,消解各自的制度效果。公共信用不是违法与犯罪的垃圾桶,社会信用也不是犯罪记录制度的收容站。两者应该相互配合而不是相互取代,应该相互协作而不是相互抵牾。

(一)表达泛化:犯罪记录作用于社会信用体系的具体样态

犯罪记录作为社会信用制度的基础性信息,目前已被一些地方的信用制度所采用。例如,2016年《上海市公共信用信息归集和使用管理办法》第13条规定,自然人、法人和其他组织的其他信息包括下列内容:“……(三)刑事判决信息,涉及财产纠纷的民商事生效判决信息,不执行生效判决的信息”。将犯罪记录纳入社会信用体系,也是世界各国的普遍性做法。例如,德国于1927年成立了提供信用评级的民间机构SCHUFA,这家拥有6620万德国自然人信用记录的公司就将犯罪及个人不良记录作为信用记录的一部分。^⑪在美国,根据美国纽约州的法律,套票行为属于“窃取有价服务”的一种轻罪,被查证属实后将记入个人信用系统。^⑫我国的《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》多处内容显示其将“违法”与“失信”等同或联结的理念。^⑬问题不是出在犯罪记录该不该进入社会信用体系,而是其限度和范围。当前犯罪记录作用于社会信用体系的泛化表现为以下两点:

1. 前科事实与信用惩戒后果的不当联结。近代刑事法学派虽然抛弃了古典刑法学派的绝对报应刑主张,引入犯罪预防,将预防未然之罪作为惩罚和改造犯罪的重心。但是近代刑事学派并没有突破基本的责任理论,各类保安处分措施尽管不是

单纯的刑罚措施,不过依然坚守与犯罪的客观牵连。我国《刑法修正案(九)》增设的《刑法》第37条之一的从业禁止制度,只有在行为人因利用职业便利实施犯罪,或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚时,人民法院才根据特殊预防的需要,判处从业禁止,其目的在于剥夺犯罪人再犯罪的可能性,而不是对犯罪人的单纯处罚,犯罪事实与剥夺权益的后果之间具有强相关性。再如《刑法修正案(八)》增设的禁止令制度,强调犯罪分子在执行期间禁止从事“特定”活动,进入“特定”区域、场所,接触“特定”的人。这种处罚后果的针对性,能够在犯罪人心中建立犯罪事实与惩罚后果的强心理联系,进而在趋利避害的心理动机支配下,改善其行为,至少能够剥夺其再犯罪的可能性且不对犯罪人的其他权益构成过分剥夺。如果说在刑法层面尚能够实现刑罚附随后果与犯罪事实之间的因果关系的话,那么一些地方设定的信用惩戒措施就有点“放飞自我”了。例如,一些地方的信用评价制度将行为人受过刑事处罚与能否正常落户挂钩。2012年广东省某市《关于进一步做好异地务工人员积分制入户城镇工作的意见》以及《佛山市异地务工人员积分入户指标及分值表》规定,近五年内曾受过劳动教养的,扣50分,曾受过刑事处罚的,扣100分。^⑭广东省的其他个别地区也有类似的规定。^⑮居住权是人的基本宪法权利,不受民族、宗教、收入水平、文化程度以及是否受过犯罪的影响。将是否受过刑事处罚作为积分落户的筛选依据,实际上是將居住作为一项甄别“良民”的特权。

2. 失信惩戒成为对前科事实的过度惩罚。犯罪记录制度在社会管理领域的最重要功能,是为行政法律中大量存在的前科规范提供评价基准,自然也包括社会信用体系中的评价。犯罪记录制度本身作为一种配套性的管理制度,其不能直接增加或者缩小他人的权益范围。然而犯罪记录制度的过度使用,导致失信惩戒沦为对前科事实的过度惩

罚。例如,珠海市共享汽车企业拟设立信用体系,有违法犯罪记录者可能被禁止租用共享汽车。^⑩再如,山东某教师因体罚学生而被当地教体局纳入“信用黑名单”。^⑪假如违法犯罪的事实是盗窃或者危险驾驶罪而被禁止租用共享汽车还情有可原,但假如违法犯罪只是寻衅滋事等行为,那与租用汽车又有什么关系呢。信用评价被引用某个领域,其实也隐含着这样一层意思,即该领域的原有的制度性惩罚“不给力”,需要引入信用机制对进行“衍生惩戒”或“二次惩戒”。^⑫

一些地方的信用制度对故意犯罪和过失犯罪不加区分而一体评价,甚至专门对过失犯罪设定失信惩戒措施。例如,2014年《江苏省机动车驾驶人文明交通信用管理办法(试行)》第8条将“因交通肇事罪被法院判处有期徒刑”的情形,作为严重交通失信行为,并且规定,“公路客运、旅游客运、校车服务、危险品运输、渣土运输企业在招聘营运驾驶人时,可以查询应聘人员文明交通信用记录,对有较重或严重交通失信的人,不予聘用”(第14条),甚至“银行在审批发放个人贷款时,对申请人有严重交通失信记录的,作为限制贷款的重要参考依据”(第15条)。如此种种限制,其严厉程度已经远远超出交通肇事罪的刑事责任后果了。

将故意犯罪纳入失信惩戒体系中尚可以理解,但将过失犯罪也作为失信惩戒的要素就有点苛责行为人了。在《刑法》中,犯罪故意是行为人对法规范的直接的敌视和藐视态度,而犯罪过失则是轻视和忽视态度。既然在过失犯罪中,行为人缺乏对法规范的明显敌意,意味着其不具备特殊预防的必要性,通过信用制度来附随评价过失犯罪,进而提升犯罪人的注意能力的心理基础是不复存在的。而在刑法中,无效的惩罚一定是过度的惩罚,信用惩戒也是如此。在一些地方的设定中,失信惩戒被作为强化法律实施和犯罪预防的手段,但这本来是刑罚的功能而不是信用制度的功能,尚且轮不上信用制度越俎代庖。

(二)功能异化:社会信用体系滥用犯罪记录的双重损害

社会信用体系对犯罪记录的过分运用,无论是对社会信用体系还是犯罪记录制度来说都是一种功能性的伤害。

首先,它破坏了社会信用体系追求的守信激励和失信惩罚的平衡。社会信用建设的根本目的,是以信用机制为纽带,作为完善市场经济体制的重要补充、创新社会治理的重要手段、增强社会成员诚信意识和促进社会发展与文明进步的抓手。因此,社会信用体系总体上是一项正向激励的社会制度。我国《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》亦将“守信激励和失信惩戒机制全面发挥作用”作为社会信用体系建设的目标之一,而守信激励置于失信惩戒之前,足以体现制度设定的价值导向。在社会信用体系中过度引用犯罪事实并对之进行信用评价,直接导致守信激励与失信惩罚的不匹配、不平衡,其不利后果是:(1)诱发不公平。例如,2017年《湖北省社会信用信息管理条例》第26条第2款规定,“未经依法确认的公共事业及物业管理欠费信息不得作为实施联合惩戒的依据。”此规定是为了回应一些要求将欠缴物业费作为失信惩戒依据的呼声。因欠缴物业费而进行失信惩戒,看似合理,实则将一般的违约事实作为失信行为。如果欠缴物业费就要受到失信惩戒处罚,那么我们可以追问,物业公司未认真履责的,是否也可以进行失信惩戒,进而导致丧失物业服务资格?(2)失信惩戒的道德化、污名化。2018年5月7日广东省某市惠来县的10户家庭的围墙或大门处,被喷上了“涉毒家庭”的字样,以达到警示教育的效果。^⑬这无疑是一株连效应的一次恶劣示范,且突破了法律株连的范畴,而成为赤裸裸的人格株连。信用档案具有诚信品格标签化的功能,即使只记载客观事实的信息,只要被纳入信用体制中,就被赋予了信用标签的功能。实践中,被纳入档案的信息基本为违法或违约的负面信息,因为只有违法或违

约信息才可能被处罚决定书或判决书所记录,^②这些信息容易造成污名化。(3)小惩大戒变成小错大罚。社会信用体系应当是一个充满温情的制度,守信激励是首要的,通过对培植良好信用的示范,引导全社会树立诚信的道德观念,而失信惩戒本该是守信激励的保障措施,失信惩戒重在“戒”而非“惩”,是小惩大戒。正如有学者所言,“失信惩戒”并不是“失信惩罚”。惩戒的含义在外延上对未来行为更多地偏重于“引以为戒”。失信惩戒应该着重偏向对行为的管理预防,而不是着眼于行为人的已然罪错。^③但社会信用体系对犯罪记录的过分运用,严重扭曲了社会信用体系的本来面目。

其次,它也导致犯罪记录制度的正面功能落空。犯罪记录制度中国家基础的犯罪信息数据库,它是将各个机关和各个地区分散的关于犯罪人的各类犯罪信息整合为一个国家级的数据库,为国家的刑事法律制度的运行、犯罪预防以及社会管理等提出基础数据支撑。犯罪记录制度的诞生,实际上公共利益与个体利益的共生体,两者利益如能兼顾,则为平衡体,如不能兼顾,则为矛盾体。一方面,国家和社会具有预防犯罪的现实需求,需要对犯罪信息进行全面的掌握和了解,作为制定刑事政策的参考和依据,同时对犯罪人进行更精准的犯罪预防,防止其对国家、社会和其他人的利益造成次生伤害。另一方面,集中的犯罪信息数据库的建立也意味着这样的制度假设:没有犯罪信息数据库出具的权威性的犯罪记录证明,任何机关和主体不得以其他途径获知的犯罪信息对行为人进行资格的限制或者进行其他不利评价,如不符合犯罪信息数据库的查询要求,也不得要求行为人出具无犯罪记录证明。因此,犯罪记录制度的设立初衷,在于防止犯罪人因受到国家和社会的不当评价而给其复归社会造成困难。同时,犯罪记录是个人隐私以及公民个人信息的一种类型,国家对犯罪记录的收集、整理、归纳、使用等,都必须符合《民法典》和其他法律关于公民个人信息保护规则的约束,否则也

可以构成对个人权益的侵害。一边是国家控制与社会防卫,以实现更安全社会的目标;一边是个人日渐增长的权利意识,犯罪记录制度就是两种价值观念的张力体,需要小心翼翼地实现其微妙的平衡。然而,在现实运作中,犯罪记录的价值失衡现象已经比较严重了,这源自犯罪预防与权利保障内在的价值冲突。一是散在于各类行政法律和地方性法规中的前科规范制度,通过广泛而普遍的权利剥夺,实现犯罪记录的犯罪预防机制,客观上造成对权利的挤压。二是犯罪记录客观存在的非规范性评价和标签机制,是对犯罪人道德评价的主要来源,而非规范性评价的随意性、理想性、不确定性和操作性,在一定程度上增强了犯罪预防的难度。^④如果说“黥面”是古代个体的、显像化的、道德性的犯罪记录制度,那么犯罪记录制度就是现代集体的、隐形的、制度化的“黥面”。黥面给犯罪人的负面影响是地域性的、个体化的,而犯罪记录制度给犯罪人的负面影响则是系统化的,可能贯穿于犯罪人生活的各个方面。对犯罪人失信惩戒的效果,实际上是社会公众对犯罪人的再次排斥,客观上导致犯罪人复归社会的通道狭窄,再社会化的难度加大,反过来又大大削减了对犯罪人的特殊预防的效果。因此,社会信用体系对犯罪记录的过度利用,反而会颠覆犯罪记录制度追求的犯罪预防的效果,如果那样,还要犯罪记录制度何用?

三、犯罪记录对社会信用体系的表达逻辑与功能归位

犯罪记录在社会信用体系中的功能性运用及其乱象,源自我国对社会信用体系的制度定位的模糊性认识,即社会信用体系究竟是对传统法律惩罚体系的确认与保障,还是对传统法律惩罚体系的再惩罚?而就犯罪记录制度而言,那就是犯罪记录介入社会信用体系的基本立场、主要功能、具体程度该如何量定,如何实现犯罪记录在社会信用体系中应有的表达逻辑,实现犯罪记录制度与社会信用体系的合作共赢。

(一)正本清源:犯罪记录对社会信用体系的供给逻辑

当前,社会信用体系对犯罪记录的过分使用已经成为普遍性的问题,并引发了学者们对社会信用体系功能的诸多反思,尤其是在我国突破信用的源初含义,而将其扩展为社会管理工具的背景下,更是让人难以对社会信用建设放心。一些学者干脆对我国的社会信用建设持全部否定或者基本否定的态度,认为社会信用的概念就该在金融或者经济领域使用,信用是为了解决交易领域的信息不对称,信用评价的后果,由市场主体自担风险、自由采用,即使是市场信用极差的主体,他人也有权自主决定是否与其交易,并基于其信用状态设定交易条件。例如,商业信誉极差的市场主体未必没有参与交易的机会,但是其本人为获得交易机会,可能要承担足额资金担保等其他市场主体不需要承担的条件,这必然推高其交易成本,令其在市场竞争中处于不利地位。信用链条的连锁传导与扩散效应,自然会让其他的市场主体珍视其信用。可见,商业信用的作用机制,是市场经济的有机组成部分,它不需要法律的强行介入,一切都由市场主体自发完成。包括信用的评价机制本身,也需要经过市场竞争的检验。例如,阿里巴巴的芝麻信用分,被一些互联网金融公司作为发放个人信用贷款的依据。因此有学者认为,社会信用体系本身就不是强制的,社会信用的评价元素,应当与信用具有必然关联,而违法行为与社会信用毫无瓜葛。^③对社会信用制度的另一个批评是,社会信用容易成为道德档案,容易激发政府懒政和惰政。本该属于政府管理职责范围内的事情,却由于政府治理能力的不足,而将其“打包转让”给社会信用体系。

在一些地方,社会信用体系实际上造成了对行为人前科事实的“三次惩罚”。具体而言,一次评价是刑事法律中基于前科事实的累犯、限制减刑等刑事法评价,二次评价是众多行政法律中对犯过罪的人的资格限制和行业禁止评价,也包括犯罪人及其

近亲属在入伍、就业、入党、人学等政审领域的权利剥夺。《公安机关人民警察录用办法》《征兵政治审查工作规定》等均将犯过罪的事实作为禁止性要件。现在社会信用体系也加入到了对前科事实的惩戒中,构成了对前科事实的“三次评价”。因一次犯罪的事实却要遭受无休无止的、层层加码的各类负面评价,这已经不是在教育 and 改造犯过罪的人,也不是单纯的确保社会免受犯罪侵害,而是对犯过罪的人的一种权利加害和精神折磨了。

将信用的范畴从商业领域扩展到社会管理领域并无不妥,但关键在于找准社会管理中的信用体系的制度定位,同样,社会信用体系吸纳犯罪记录也无不可,核心还在于明确犯罪记录对社会信用体系的供给逻辑。笔者认为,将犯罪事实作为社会信用体系的一类评价要素,目的是更加丰满和客观地反映主体的信用状况,为实现主体的信用画像增加新的维度。同样应当注意,社会信用制度不是道德督促法,不是违法行为禁止法,更不是惩戒法,社会信用制度对犯罪记录的运用,应当坚持有理、适度的原则。

(二)基点匡正:社会信用体系中犯罪记录运用的基本原则

犯罪记录制度虽然推动层级不如社会信用体系,但是也是方兴未艾的一项法律制度,社会信用体系对前科事实的运用,不可能是囫圇吞枣地全盘接受。所谓“君子和而不同”,必须确定社会信用体系对犯罪记录运用的边界,满足相应的基本原则要件,如此才能保证两项制度有机衔接、相向而行。笔者认为,社会信用体系对犯罪记录的运用应当坚持合法性原则、相关性原则、比例性原则。

1. 合法性原则。失信惩戒是社会信用体系的牙齿,是社会信用体系的威慑力和权威性的保证。惩戒,既有惩罚的意思,也有警戒、告诫的含义。纵观目前各地的社会信用制度和文件,其失信惩戒可以分为六类,分别是失信记录、提醒告诫、重点监管、声誉不利、资格限制或者剥夺、自由限制等。^④

其中失信记录是最轻微的惩戒,它的惩罚性在于其公示功能,将主体的失信事实记载下来,而其他入可以选择正视或者忽视失信记录,这其实最接近商业信用的本意。而从提醒告诫到声誉不利,虽然惩罚性逐次提升,但是依然可以视为没有超出传统信用的评价范畴,但是资格限制或者剥夺和自由限制则与前者不可同日而语。2016年国务院《关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》(以下简称《国务院指导意见》)为资格限制或者剥夺做出了一系列规定,如“对严重失信主体,各地区、各有关部门应将其列为重点监管对象,依法依规采取行政性约束和惩戒措施。从严审核行政许可审批项目”。再如2015年最高人民检察院与国家发改委联合发布了《关于在招标投标活动中全面开展行贿犯罪档案查询的通知》。今后在招标投标活动中将全面开展行贿犯罪档案查询。凡是具有行贿记录的人,在一定期限内无资格参与政府采购、招投标等活动。关于限制出行,《国务院指导意见》也有相关表述,“督促有关企业和个人履行法定义务,对有履行能力但拒不履行的严重失信主体实施限制出境和限制购买不动产、乘坐飞机、乘坐高等级列车和席次、旅游度假、入住星级以上宾馆及其他高消费行为等措施。”客观地讲,资格禁止和出行限制的威力是巨大的,2019年国家公共信用信息中心发布的《7月份失信治理月度分析报告》显示,2019年7月限飞限乘等重点领域失信黑名单退出步伐加快,限制乘坐火车民用航空器黑名单退出数量环比增幅最高,达到230.64%,从失信黑名单主体范围看,各类失信主体的退出数量环比均呈上升趋势。^⑤但问题在于,依据失信的资格限制与出行限制是否合法?我国《立法法》第8条设定了11个法律保留事项,其中包括“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”。同时根据《立法法》第9条“有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项”,是不可以

进行法律授权的。《立法法》第80条亦规定,部门规章的内容不得超越法律和行政法规确立的事项。《国务院指导意见》也强调“依法依规,保护权益。”据此,地方性信用制度设定的限制人身自由和资格剥夺的失信惩戒措施的合法性就存疑了。2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,“加强社会诚信建设,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”。显然,设定失信惩戒,必须坚守法治原则。

2. 相关性原则。所谓相关性原则是指失信惩戒的依据,即基础的前科事实,与失信惩戒后果之间具有物理的、或者心理的联系。例如,上市公司董事长醉酒驾驶或者猥亵幼女因被追究刑事责任,但该犯罪事实不会削弱其经济能力,自然没有必要对上市公司的招投标等活动进行限制,否则就是株连的惩罚。但如该公司经营幼儿园业务,则对该董事长可以做出丧失任职资格的信用评价。犯罪记录中的前科规范,是以预防犯罪为目的,旨在减少行为人再次犯罪的可能性,没有必要过度扩张到社会信用体系中。同样社会信用体系也没有必要对所有的、前科事实再做出失信惩戒,如果前科事实与惩戒后果之间缺乏物理或者心理的因果关系,意味着失信惩戒的正当性基础就不复存在,也意味着失信惩戒难以对前科事实做出正向传导机制。实际上,基于前科事实的资格剥夺规定似乎是为惩罚而惩罚。例如原保监会2015年颁布的《人身保险公司保险条款和保险费率管理办法》第41条规定,“保险公司指定的法律责任人应当符合下列条件:……(七)未受过刑事处罚……”,从该条规定既看不到刑罚的预防功能是如何实现的,也看不到惩戒的基础是什么。相反《公司法》第146条的做法则可以作为普遍适用的标准。该条规定,有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:“因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾

五年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾五年”。类似的例子还有,交通运输部发布的部门规章《城市公共汽车和电车客运管理规定》第27条规定,“从事城市公共汽电车客运的驾驶员还应当符合以下条件:(三)无交通肇事犯罪、危险驾驶犯罪记录,无饮酒后驾驶记录。”上述两个规定都限定为特定的犯罪类型,这些犯罪要么有条件利用担任的职务实施,要么会对职务或者职业的任职能力与敬业精神产生怀疑,两者的强关联性能够避免罚失当。

3. 比例性原则。比例性原则在公法领域运用广泛,其旨在通过行政行为中的手段与目的之关联性考察,来检视行政行为是否具备正当性和合宪性。^⑧比例原则又具体包括三个子原则,即适当性原则、必要性原则和衡量性原则。所谓适当性原则,是指所采用的手段和措施能够实现其目标。所谓必要性原则是指在可以采用的所有手段和措施中,应当选择损害最小的手段和措施。所谓衡量性原则,是指所采用的手段和措施与可能造成的损害之间是成比例的、均衡的。比例性原则实际上是通过目的的正当性审查,来检验具体行为的妥当性。通过三个具体原则的检视,可以对社会信用体系运用犯罪记录的基本边界进行合理限定。《上海市公共信用信息归集和使用管理办法》第10条规定,“公共信用信息包括年满18周岁的自然人、法人和其他组织的基本信息、失信信息和其他信息。”这就符合比例性原则的要求,未满18周岁的人,尽管部分人已经具有了劳动能力和劳动资格,但毕竟这部分人所占比例较小,且还没有深度参与社会生活,甚至没有完全理解自己行为的社会意义和后果,实在没有必要将其纳入社会信用的框架中。同样,《上海市公共信用信息归集和使用管理办法》第27条设置失信信息的查询期限为5年也是合理的。即使是犯罪行为,刑法也设置了追诉时效制度,经过一段时间后,没有被发现的犯罪就不再予以追究。失信行为的危害性与犯罪无法相提并论,如果

设置过长甚至无期限的失信查询期,将导致行为人陷入一处失信,长期折磨甚至终身折磨的境地,这与社会信用制度的初衷相去甚远。

当然,并不是所有的信用制度都坚持了比例性原则。随着经济结构以及人口结构的变迁,拒服兵役的事件有可能增多,《刑法》第435条的逃离部队罪的规定,“违反兵役法规,逃离部队,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役”,另根据《兵役法》第66条,拒绝履行兵役义务的,“不得录用为公务员或者参照公务员法管理的工作人员,两年内不得出国(境)或者升学”,在《刑法》和《兵役法》对拒服兵役行为都做出处罚的情况下,没有必要再对行为人施加经商、信贷等方面的限制。

注释:

①林钧跃:《社会信用体系理论的传承脉络与创新》,载《征信》2012年第1期。

②孙金阳、龚维斌:《中国社会信用体系建设40年》,载《社会治理》2018年第11期。

③据统计,2015年至2018年的三年间,设区的市信用立法数量整体呈逐年上升的趋势,其中2015年3月16日至2018年8月1日,共计207项。参见宋方青、李佳飞:《论设区的市信用立法的问题与路径》,载《东南学术》2019年第5期。

④《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》,载《检察日报》2012年7月6日第3版。

⑤孙建中:《诚信晋商》,山西古籍出版社2006年版,第129页。

⑥沈毅龙:《公共信用立法的合宪性考察与调整》,载《行政法学研究》2019年第1期。

⑦韩家平:《关于加快社会信用立法的思考与建议》,载《征信》2019年第5期。

⑧吴尚聪:《犯罪记录的制度逻辑:二元结构与利益平衡》,中国政法大学2020年博士学位论文,第117页。

⑨戴昕:《理解社会信用体系建设的整体视角:法治分散、德治集中与规制强化》,载《中外法学》2019年第6期。

⑩例如,犯罪记录对社会信用体系供给犯罪信息等基础信用元素,社会信用体系代替犯罪记录制度的社会管理功能,让犯罪记录制度还原为纯粹的刑事法律制度。

⑪罗培新:《遏制公权与保护私益:社会信用立法论略》,载《政法论坛》2018年第6期。

⑫同注释⑪。

⑬沈岩:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期。

⑭《关于进一步做好异地务工人员积分制入户城镇工作的意见》, http://hrss.foshan.gov.cn/zwgk/jcxxgk/zcfg/pxjy/content/post_678922.html, 访问日期:2020年6月1日。

⑮王瑞君:《我国刑罚附随后果制度的完善》,载《政治与法律》2018年第8期。

⑯李京:《有违法犯罪记录者或被禁租共享汽车》,载《南方都市报》2017年9月22日第ZB02版。

⑰史洪举:《不能滥用黑名单制度》,载《经济参考报》2019年7月24日第8版。

⑱同注释⑦,韩家平文。

⑲《广东10户村民房屋被漆喷“涉毒家庭”官方回应》, https://www.sohu.com/a/231444212_420076, 访问日期:2020年1月3日。

⑳同注释⑥,沈毅龙文。

㉑张学文:《罪错记录附随失信惩戒的泛化及校正》,载《征信》2020年第3期。

㉒张勇:《犯罪记录的负效应与功能限定》,载《青少年犯罪问题》2012年第6期。

㉓傅蔚冈:《“征信”扩大化,或变身“道德”档案》,载《华夏时报》2016年4月15日第33版。

㉔同注释⑬,沈岩文。

㉕何玲:《限飞限乘黑名单退出数量环比大增》,载《中国改革报》2019年8月16日第2版。

㉖刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

The Coupling and Embedding of Criminal Record to Social Credit System and Its Function Correction

Li Huaisheng

Abstract: As a tool of social management, the system of criminal record contains joint responsibility and incentive mechanism, as well as the efficiency of allocation and adjustment of social resources, which is the objective basis of embedding criminal record into social credit system. The criminal record becomes the evaluation factor of social credit system, which expands the incidental consequence of penalty. But in the actual connection of social credit system, the function of social credit system has been seriously alienated, which is manifested in the improper connection between criminal record and credit punishment, and the excessive punishment of credit evaluation to criminal record. It damages the balance of incentive to keep promise and punishment for breaking promise, and it will also eliminate the positive function of criminal record system. Therefore, it shall be clarified that criminal record should have expression logic and basic function for intervening social credit system, and the application of criminal record by social credit system shall be subject to the principle of legality, relevance and comparability.

Key words: criminal record; social credit system; consequences incidental to penalty; punishment for breaking promise