

失信联合惩戒行政诉讼救济困境及出路

彭 鐸

【摘 要】失信联合惩戒具有多主体、多行为两大特征,致使行政诉讼救济面临渠道不畅和审查不力的困境。一方面,法院视信访惩戒为不可诉行为,将实施惩戒的企事业单位认定为不适格被告,并把失信认定、列入黑名单、公布黑名单以及联合惩戒界定为内部行为、信息记录、信息公开或黑名单自动结果,导致相对人无法起诉或难于选择起诉对象。另一方面,法院对失信惩戒缺乏统一定性,对其合法性依据也缺乏清晰判断,无法有效展开审查。切实可行的解困方案是:实体上,法院应把失信惩戒各阶段行为定性为可诉的行政处理,施以正当程序要求,并根据上位法对其依据进行合法性审查;程序上,法院应允许相对人在失信惩戒多阶段行为中择一起诉,承认前后阶段行为之间的违法性继承,并通过第三人制度和司法建议促进行政争议实质性化解。

【关键词】失信联合惩戒;行政诉讼;行政处罚;行政处理;违法性继承;司法救济

【作者简介】彭鐸,北京大学法学院,教育部人文社会科学重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心助理教授,法学博士。

【原文出处】《东方法学》(沪),2021.3.171~186

【基金项目】本文系国家社会科学基金项目“失信惩戒制度的法治困境及对策研究”(项目批准号:Z0CFX019)的阶段性研究成果。

中国的社会信用体系建设肇始于20世纪末,从针对市场的征信制度出发,经由《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》(以下简称《规划纲要》)推动,现已扩展为涵盖政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信四大领域的系统性“社会工程”。根据《规划纲要》,失信联合惩戒(以下简称“失信惩戒”)是社会信用体系的核心机制,但自诞生起,便遭遇合法性缺失的激烈批评。^①在此背景下,少数学者开始呼吁提供行政诉讼等救济途径。^②但既有研究未能深入探究失信惩戒行政诉讼实践,缺乏对其真实困境与可能出路的细致思考。

笔者试图填缺补漏,以裁判文书为切入点,考

察失信惩戒行政诉讼现状,揭示困境,探索出路。数据采集方面,以“失信惩戒”“失信惩戒”“联合惩戒”“信用惩戒”“失信黑名单”“信用黑名单”等为关键词,在裁判文书网检索行政诉讼案件,截至2020年12月10日,分别获得9、47、86、1112、46和18个结果,总计1272个样本。在逐一阅读全部案例并剔除无关样本之后,仅得15份裁判真正以失信惩戒合法性为争议焦点,法院也展开了审查和说理。之所以有大量检索结果被筛除,主要是因为以“信用惩戒”为关键词检索到的1112个样本中,有1101个是非诉行政强制执行裁定书,虽使用了该术语,但并不涉及法院对失信惩戒的审查。

然而,早在2018年,全国就新增失信黑名单主体359.4万个。^③可见,尽管失信惩戒决定数以百万计,真正进入行政诉讼程序的却是沧海一粟。那么,失信惩戒行政诉讼救济难的深层次原因何在?笔者尝试回答此问题。

笔者的基本观点是:失信惩戒不同于传统的类型化行政行为,具有多主体、多行为两大特征,导致行政诉讼救济面临渠道不畅和审查不力的困境。具体论证分四步展开:第一部分简要勾勒失信惩戒的基本特征,为后文分析打下基础;第二、三部分基于裁判文书,揭示司法救济面临的两大困境及其成因;最后一部分提出解困方案。

一、行政诉讼视野下失信惩戒的基本特征

众所周知,我国行政诉讼的核心是行政行为的合法性审查。^④在此视角下,围绕失信惩戒展开的行政诉讼,核心在于对相关行政行为进行合法性审查,具体分两步:一是识别被诉行为并判断是否可诉;二是审查被诉行为并判断是否合法。这一逻辑看似简明,但实践中却面临一系列困境,根源在于失信惩戒的两大基本特征。

第一,多主体,即参与失信惩戒的主体众多。一是层级多,即从中央到地方各级政府及其部门均设定和实施失信惩戒。2016年,国务院出台《关于建立完善守信联合激励和失信惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》(以下简称“2016年国务院指导意见”),“鼓励有关地区和部门先行先试,通过签署合作备忘录或出台规范性文件等多种方式,强化信用约束措施”。在此背景下,制度设定方面,除中央层面的法律、行政法规和失信惩戒合作备忘录外,各地、各级政府及其部门也发布了海量的失信惩戒规范,不仅包括数百部地方性法规、规章,还包括以“管理办法”“实施意见”“工作方案”等为名的上万份文件。^⑤执行实施方面,除全国统一的信用信息公示平台(即“信用中国”)公布各地、各级失信惩戒黑名单和案例外,地方各级政府也都纷纷建

立平台,展示辖区内的失信惩戒实践。二是领域多,即推行失信惩戒的领域数量大且仍在扩张。《规划纲要》列举了生产、流通、金融、税务、医疗、社保、教育等二十余个推进失信惩戒的重点领域。2016年,国务院指导意见进一步要求“逐步将守信激励和失信惩戒机制推广到经济社会各领域”。目前,中央层面的失信惩戒合作备忘录涉及四十余个领域,地方层面则早已超过此数量,且在不断扩张。比如,多地在广播影视、“一制三化”改革、市政园林、扬尘治理、疫情防控等中央还未出台明文规定的领域建立起失信惩戒制度。^⑥三是性质多,即执行失信惩戒的不仅有行政机关、司法机关,也包括企事业单位、党群组织、军队机构、社会组织等。2016年,国务院指导意见明确要求构建“政府、社会共同参与的”失信惩戒机制,实现“部门联动,社会协同”。据统计,央级失信惩戒备忘录的签署主体涵盖72个行政机关、2个司法机关、7个党的机关、2个军队机构、8个群团组织、1个合作经济组织、1个社会组织和1个国有企业。^⑦地方层面亦是如此。例如《无锡市公共信用信息条例》第27条规定,“行政机关、司法机关、具有管理公共事务职能的组织以及国有企业事业单位”可以采取惩戒措施。《上海市社会信用条例》第21条规定:“本市建立行政机关、司法机关、市场主体共同参与的社会信用联合惩戒机制。”

第二,多行为,即失信惩戒涉及的行为众多。一是惩戒措施多。2016年,国务院指导意见列举了“从严审核行政许可审批项目”“从严控制生产许可证发放”“限制新增项目审批、核准”等多项惩戒措施。基于行政行为类型化的思路,既有研究重点关注这些措施如何分类。例如,沈毅龙博士采“两分法”,认为惩戒措施包括行政检查、行政指导等行政事实行为和行政处罚、行政许可、行政合同、行政补贴等行政法律行为。^⑧王伟教授持“四分法”,将惩戒措施分为加强管理类、不予受益类、行政“黑名

单”和限制资格权益类。^⑨沈岷教授提出“六分法”，包括失信记录、提醒告诫、重点监管、声誉不利、资格限制或剥夺和自由限制。^⑩张晓莹博士则主张“七分法”，包括限制获得行政奖励、限制政府支持或补贴、加强行政监管、限制参与财政性资金项目、限制高消费、黑名单和从业限制。^⑪二是惩戒环节多。上述不同分类着眼于末端的惩戒措施，但失信惩戒不仅平行包括多种惩戒措施，而且前后涉及多个行为，是“一连串事件”。因此，相较于静态、片断式考察的传统行政行为类型化思路，动态、全景式分析的行政过程论才是更佳观察视角。^⑫据此，范伟博士区分了拟列入行为、列入行为、公布行为和惩戒行为四个阶段。其中，拟列入行为是指行政机关作出列入失信惩戒黑名单决定之前的行政活动。列入行为是指行政机关将当事人及其不良信息列入失信惩戒黑名单。公布行为是指行政机关对外公布失信惩戒黑名单。惩戒行为是指行政机关对列入黑名单的相对人采取联合惩戒。^⑬这一区分的问题在于：拟列入行为虽然是触发失信惩戒的基础性行为，但仍是外在于失信惩戒的独立行为，严格来讲，并非失信惩戒的一个环节。若有争议，相对人应就原行为起诉作出机关，法院的审查对象也是原行为的合法性。只有当相对人对基于原行为被列入黑名单进而遭到惩戒提出争议时，才触及失信惩戒的司法救济。因此，失信惩戒本身只包括三个环节，即列入黑名单、公布黑名单和联合惩戒。三者针对相同事实、依据相同规范，不仅前后承继、环环相扣，而且可由不同主体作出。这就导致失信惩戒多主体、多行为两大基本特征出现交叉，运行变得更为复杂。

上述分析表明：作为一项“新型政府规制工具”^⑭，失信惩戒与传统的类型化行政行为存在明显差异。以行政处罚为例。一方面，根据修订前的行政处罚法（以下简称“旧处罚法”）第9至13条、第15至19条，有权设定和实施行政处罚的主体在层级

和性质上受到严格限制，不得突破。另一方面，根据旧处罚法第8条和第五章，行政处罚的种类有明确限定，实施起来虽有调（检）查、取证、告知、听取意见、决定、送达等步骤，但基本都是同一主体作出，对外发生效力的也只有一个最终行为。修订后的行政处罚法（以下简称“新处罚法”）尽管在一定程度上扩大了主体范围和处罚种类，但并未改变上述逻辑。与此不同，失信惩戒具有多主体（包括层级、领域和性质）与多行为（包括惩戒措施和惩戒环节）的特征，目前既不能归入行政处罚的法律框架^⑮，也缺乏统一的社会信用法或失信惩戒法来规范，要开展行政诉讼救济，难免遭遇困境，主要表现为渠道不畅和审查不力。

二、失信惩戒的行政诉讼救济困境之一：渠道不畅

如前所言，失信惩戒行政诉讼的第一步是识别被诉行为并判断是否可诉。然而，由于失信惩戒的多主体、多行为特征，行政诉讼救济的渠道并不通畅，具体表现为“无法起诉”和“难于起诉”。

（一）无法起诉

失信惩戒相对人无法获得行政诉讼救济体现为“行为不可诉”和“被告不适格”两种情形：

首先，失信惩戒被认定为不可诉行为。2018年2月8日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《行诉法解释》）第1条明确了十项不属于行政诉讼受案范围的行为，其中第9项为“行政机关针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为”。在吕某诉镇江市人民政府、镇江市信访局案（[2019]苏行终1518号，以下简称“吕某案”）中，被告认定原告为严重失信信访人，根据是《镇江市严重失信信访人信用管理实施办法（试行）》第5、13条：越级进京去省走访三次以上者，将被认定为严重失信信访人，面临禁止报考公务员、限制参加政府招标、暂停职业资格等多项惩戒。原告起诉该认定行

为。但两审法院均根据《行诉法解释》的上述规定,认为列入严重失信信访人黑名单决定是信访处理行为,不属于行政诉讼受案范围,裁定驳回起诉。这一判断显然不妥当。事实上,早在2005年,最高法院就指出:“信访工作机构依据《信访条例》作出的登记、受理、交办、转送、承办、协调处理、督促检查、指导信访事项等行为,对信访人不具有强制力,对信访人的实体权利不产生实质影响。”^⑩这说明将信访处理行为排除出行政诉讼受案范围的核心理由在于其“对当事人合法权益明显不产生实际影响”^⑪,所排除的也仅限于符合这一标准的行为。申言之,行政诉讼受案范围不是“谈信访色变”,而要具体分析信访相关行为是否对相对人权益产生影响。最高法院曾有判例指出,信访答复、复查或者复核意见改变原处理意见,对当事人权利义务作出新的处理的,是行政机关对当事人信访事项作出的新的行政行为,属于可诉的行政行为。^⑫在吕某案中,行政机关把相对人列入信访黑名单,进而引发惩戒,无疑会对其权益产生巨大影响,理应纳入行政诉讼受案范围。

需要说明的是,尽管已公开的由信访引发的失信惩戒行政诉讼案例数量不大,但仍值得特别关注。这是因为有多份裁判文书显示,各地普遍存在行政机关把公民纳入信访黑名单并实施限制(比如限制出行)的现象,但相对人获得行政诉讼救济却非常困难,因为法院把纳入信访黑名单决定视为不实际影响相对人权益的信访处理行为。^⑬事实上,信访黑名单原本很大程度上是一种潜规则^⑭,但随着失信惩戒制度全面铺开,由于其设定主体多层级、多领域的特征,许多基层政府在缺乏上位法依据的情况下,趁势将潜规则显性化,使之登堂入室成为失信惩戒制度的一部分。除吕某案涉及的镇江外,宿迁、莆田、连云港、扬州、淮安、徐州、泰州、绍兴、宁波等多地都出台了失信信访人黑名单及联合惩戒办法。^⑮这些文件无一例外地把越级上访者

界定为失信信访人,并设定多项惩戒措施。但问题是,《信访条例》第16条虽要求“信访人采用走访形式提出信访事项,应当向依法有权处理的本级或者上一级机关提出”,但并未规定越级上访者承担法律责任。2008年,公安部《关于公安机关处置信访活动中违法犯罪行为适用法律的指导意见》规定:“越级走访,经有关国家机关工作人员劝阻、批评和教育无效的,依据《信访条例》第47条第2款规定,公安机关予以警告、训诫或者制止;符合《治安管理处罚法》第23条第1款第1项、第2款规定的,以扰乱单位秩序、聚众扰乱单位秩序依法予以治安管理处罚。”这表明越级上访本身并不违法,除非经劝阻无效或有扰乱公共秩序的情节。因此,有些地方制定的信访失信惩戒规范本身与上位法相抵触,但由于列入信访失信惩戒黑名单决定被法院视为不可诉,相对人根本无从提起附带审查请求并获得救济。

其次,实施失信惩戒的企事业单位被认定为不适格被告。根据行政诉讼法第2条,行政机关和法律、法规、规章授权组织等行政主体才是行政诉讼的适格被告。在何某诉中国铁路总公司案([2019]京01行终954号,以下简称“何某案”)中,被告依据《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》,认定原告为严重失信人,限制其乘坐火车。原告起诉,指出被告“是法律授权的组织,负有管理铁路运营秩序和安全的职责”,但两审法院均认为被告并非行政主体,裁定驳回起诉。从性质上讲,中国铁路总公司属于经国务院批准设立的国有独资公司,是2013年国务院机构改革铁路政企分开的产物。原铁道部被撤销后,行政职能划入交通运输部,企业职能由中国铁路总公司承担。^⑯在一系列有关政府信息公开、客运站设施设计决定的案例中,法院认定中国铁路总公司属于企业,不是行政诉讼适格被告。^⑰然而,不能笼而统之地以中国铁路总公司的

企业性质来否定其行政诉讼适格被告资格。铁路法第3条规定:“国家铁路运输企业行使法律、行政法规授予的行政管理职能。”中国铁路总公司虽然性质上是企业,但在判断其行政诉讼适格被告身份时,应进一步考察其是否在履行法律、法规授予的行政管理职能。例如,在杨某某诉中国铁路济南局集团有限公司、中国国家铁路集团有限公司案([2020]鲁01行终7号)中,原告在济南进站时因携带打火机被阻,中国铁路济南局集团有限公司的依据是中国国家铁路总公司发布的《铁路进站乘车禁止和限制携带物品的公告》。原告起诉请求确认中国铁路济南局集团有限公司阻止其进站乘车的行为违法,并请求一并审查上述公告。一审法院认定,中国铁路济南局集团有限公司、中国国家铁路集团有限公司的查询信息显示为有限责任公司,不属于行政诉讼主体。二审法院推翻原审裁定,指出铁路法第48条和《铁路安全管理条例》第56、62、65条赋予铁路运输企业制定和公告铁路运输安全管理制度,对旅客携带物品进行安全检查的权力。这意味着当实施安全管理制度、展开安全检查时,铁路运输企业就成了法律、法规授权组织,属于行政诉讼适格被告。由是观之,何某案中,根据《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》,铁路站车单位有权认定严重影响铁路运行和生产安全的行为责任人为严重失信人,纳入惩戒名单,限制乘车。此项权力是法律、法规授予的铁路安全管理职责,履职的中国铁路总公司属于行政主体,应认定为行政诉讼的适格被告。

然而,如前所述,由于失信惩戒主体多性质的特征,除中国铁路总公司等公共企事业单位外,许多党群组织、军队机构、社会组织也加入了惩戒主体的行列。这些机构性质上皆非行政主体,也很难通过法律解释来纳入行政主体范围,其惩戒决定目前完全无法纳入行政诉讼救济渠道。

(二)难于起诉

即便没有行为不可诉、被告不适格等障碍,由于失信惩戒的多行为,特别是多环节特征,相对人起诉之后仍将遭遇多个主体推卸责任,难于确定起诉哪个行为的问题。下列案例比较典型地凸显出这一困境。

在江苏东方鹏程建设有限公司诉盐城经济技术开发区建设局案([2016]苏0902行初1号,以下简称“东方案”)中,被告以原告拖欠农民工工资为由,根据《江苏省社会法人失信惩戒办法(试行)》,上报建议江苏省住建厅在全省限制其招投标活动,并予以公告。随后,江苏省住建厅向全省通报,将原告列入重点监督管理对象名单,禁止参与省内工程投标。原告主张自己被省住建厅列入市场禁入名单是依据被告的上报行为,被告应承担责任。被告辩称自己仅向上级部门提出处理建议,性质上属于行政机关内部工作的请示或流程,不具有对外效力。法院认为,被告并非被诉行政行为作出机关,向原告释明,但原告拒绝变更被告,遂裁定驳回起诉。

在安徽祥如建设工程咨询有限公司诉肥西县发展和改革委员会案([2020]皖0123行初20号,以下简称“祥如案”)中,被告认定原告存在不同投标人的投标保证金从同一账户转出的不良行为,对原告作出列入不良行为记录的决定。依据《合肥市公共资源交易市场竞争主体不良行为处理办法》第11条,监管机构应对有不良记录的市场主体完善“一处受罚、处处受制”的信用体系共建机制。但被告辩称该行为是对公共资源竞争主体进行信用管理的一种方式,局限于信用信息的记录,并不强制要求公共资源交易活动必须适用,因此对相对人权利与义务不产生影响。法院接受了这一理由,认为列入不良行为记录决定未对原告权益产生实际影响,驳回起诉。

在杭州天恒投资管理建设有限公司诉丽水市住房和城乡建设局案([2015]浙行申字第313号,以

下简称“天恒案”)中,因原告作为工程监理方在施工方报送的虚假材料上签字确认,被告发出通知将原告列入严重不良行为记录,公示期为两年。根据《丽水市建设市场严重不良行为记录和公示暂行办法》第12条,公示期内,被公示单位不得在丽水市内承接业务。原告起诉请求撤销列入黑名单行为。两审法院认为:“认定被诉行政行为内容最直接的依据应是该行政行为所依附的载体”,被告的通知仅是公布了包括上诉人的不良行为记录名单,“系政府对建筑业市场主体违法违规行为进行的信息公开”,并未载明“两年内不得在丽水市范围内承接业务”。虽然《丽水市建设市场严重不良行为记录和公示暂行办法》第12条规定了市场禁入,“但从该条款也可以看出,‘不得在丽水市范围内承接业务’只是被作出‘不良行为公示’行政行为后所要承担的后果,而非行政行为本身”。对此,原告申请再审,提出“被列入不良记录人名单并进行网上公示,必然不得在该市范围内承接业务,无须行政部门再另行裁决”。但再审法院维持原判,认为市场禁入“不是公示行为本身的内容,而是基于规范性文件规定产生的后果”。

在魏某等诉锡林浩特市市场监督管理局案([2019]内行申695号,以下简称“魏某案”)中,原告到被告服务窗口办理股权转让,得到工作人员告知:因公司法定代表人郭某属于失信人员,公司业务被电脑系统锁死,不能办理业务,只有等到将郭某移出失信名单后,方可办理。原告主张郭某失信不应导致公司股权冻结,以被告非法冻结案外人财产、不履行股权变更的法定职责为由,提起诉讼。被告辩称:“根据《关于印发对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录的通知》第12条^③,由于原告要变更的公司法定代表人为失信人员,工商系统自然对公司实施严密监管,其中一项就是业务锁死,无法正常操作,这个锁死程序并非被告能随意改动。”从一审到再审,法院均驳回原告请

求,认定为被告行政行为不能是由于原告公司法定代表人被列为失信人员所致,而非被告主观上故意不履行,不构成不履行法定职责。

以上案例集中体现出相对人起诉多行为、多环节的失信惩戒遭遇的困难。东方案中,表面来看,盐城开发区建设局只是上报江苏省住建厅,建议将相对人列入黑名单,列入决定最终由省住建厅作出。但根据《江苏省社会法人失信惩戒办法(试行)》第10条:“县级以上地方人民政府有关职能部门,应当将社会法人失信信息及时、准确、完整地录入信息管理系统,并依照本办法确定其失信等级,报送同级信用管理机构指定的公共信用信息系统。”这意味着查明相对人失信事实、确定失信等级的其实是盐城开发区建设局,江苏省住建厅只是根据其建议对外作出列入黑名单决定,并未对上报的事实情节和认定结论作实质性审查。^④现实中,实际认定失信和最终列入黑名单的行为与主体之间发生分离,并不鲜见。一种是领域分离。例如,根据《关于在一定期限内适当限制特定严重失信人乘坐民用航空器推动社会信用体系建设的意见》,当事人在民航安全以外领域存在严重违法失信行为,相关领域主管机关认定需限制乘坐飞机的,应将名单归集推送给国家民航局,最终由民航局纳入正式的黑名单。另一种是层级分离。例如,《福建省建设工程责任主体不良记录“黑名单”管理实施办法(试行)》第6至8条规定:福建省、市、县三级均各自设定质量安全黑名单,但市、县建设管理部门在查实本辖区内特定失信行为后,应上报省建设厅,由省建设厅将当事人纳入省级黑名单。然而,对于当事人而言,要准确选择起诉对象并不容易:若起诉“最近”的认定和报送失信信息的行为,就可能像东方案那样,法院把该行为当作不可诉的内部行政行为;若起诉“最终”的列入黑名单行为,就可能像祥如案那样,法院认定该行为只是一种失信信息记录,属于对相对人权利义务不产生实际影响的不可

诉行为。当然,这涉及列入黑名单行为如何定性的问题,后文将详述。不过即便法院认定列入行为可诉,也会遇到新的问题,即是否以及如何对前阶段的认定行为展开审查。由于最终的列入决定实际上是依据报送的认定结果作出,在学理上认定行为和列入行为就构成“多阶段行政行为”,即行政行为对外作出前,须先听取其他机关意见或须经其他机关之同意或核准,但这种意见、同意或核准不对外作出。^⑤但行政诉讼法并未明确规定面对多阶段行政行为,法院是否应当或可以审查未对外作出的前阶段行为,也未规定前阶段行为机关是否应当或可以参与诉讼。^⑥尽管法院可在审查最后的列入行为时,间接审查前阶段认定行为,但在现有诉讼制度中,由于前阶段行为机关不是法定的诉讼参与人,法院对前阶段行为的审查效果会受影响。若法院仅审查最后阶段行为,又难以实质性化解行政争议,因为居于实际决定地位的前阶段行为合法性无法确定,可能持续引起纠纷,难以有效救济相对人。^⑦

天恒案和魏某案则体现出相对人起诉公布黑名单行为和联合惩戒行为面临的挑战。由于两者均对外作出且前后相继,学理上构成“多阶段行政程序”,即多个相互衔接、直接对外作出的行政行为构成的行政过程。^⑧天恒案中,相对人起诉公布黑名单行为,法院却认定其为违法违规行为的信息公开,不实际影响相对人权益,市场禁入的惩戒措施并非公布黑名单行为本身,而是基于规范性法律文件产生的后果。反过来,魏某案中,相对人起诉联合惩戒行为,法院却认为这是企业法人被列为失信人员的结果,系统是自动锁死,工商部门拒绝办理股权变更并非违法不作为。但问题是,相对人争讼的恰是拒绝变更的惩戒行为是否有事实和法律依据。此时,相对人面对两难选择:若起诉公布黑名单行为,则可能被法院认定为惩戒还未发生,不实际影响权益;若起诉联合惩戒行为,则可能被法院

视为列入、公布黑名单行为的自动结果,进而涉及是否以及如何审查前阶段行为的问题。

综观以上案例可以发现:实践中,失信联合惩戒多行为、多环节的特点已经造成“人人参与”但“人人卸责”甚至“人人无责”的问题。相对人起诉认定失信行为、列入黑名单行为、公布黑名单行为或联合惩戒行为,会被各级、各地法院认定为不可诉的内部行为、记录行为、信息公开行为或黑名单的自动结果。这无疑给相对人在多阶段行政行为和行政程序中识别、挑选起诉对象带来很大障碍。即便成功起诉其中某一行为,由于多个行为环环相连,审查单一行为能否有效救济依然存疑。

三、失信惩戒的行政诉讼救济困境之二:审查不力

如前所述,对失信惩戒展开司法审查,在判断被诉行为可诉性后,接下来就要讨论其合法性,具体又分两步:第一,确定被诉行为的法律性质,进而分门别类地置于相应法律框架之下审视;第二,根据该法律框架的具体要求,分析被诉行为在职权、事实、程序等方面是否合法。简言之,唯有厘清被诉行为“是什么性质”“适用何种法”,方能对之展开审查。然而,由于“定性不清”和“依据不明”,失信惩戒行政诉讼陷入审查不力的困境。

(一)定性不清

前文讨论指出,失信惩戒具有多行为特征,既包括多种惩戒措施,也涵盖列入黑名单、公布黑名单和联合惩戒等多个环节。无论在实定法抑或学理上,这些措施、行为均未获得统一、权威定性,导致不同法院立场出现分歧。

首先,列入黑名单行为,不同法院定性为信息记录、行政确认或行政处理。例如,在前文提及的祥如案中,相对人主张该行为是一种行政处罚,法院则定性为对相对人权益不产生实际影响的信用信息记录,不属于行政处罚。在四川明峰建筑有限公司诉中江县住房和城乡建设局案([2020]川0603

行初35号,以下简称“明峰案”)中,被告认定原告有违法分包行为,根据《四川省建筑市场责任主体不良行为记录管理办法》,对原告记不良行为1次并列入重点监督对象名单。原告主张列入行为属于行政处罚,理由是“依据《四川省建筑市场责任主体不良行为记录管理办法》第16条^⑧,行政机关作出不良行为记录扣分时,可以同时作出其他行政处罚,该条文中的‘不替代’指的是不良行为记录扣分可以作为行政处罚单独存在,也可以和其他行政处罚同时存在”。法院则认为,“不良行为记录行为不属于《行政处罚法》规定的处罚种类,且规范性文件也无权创设处罚种类”,该行为属于行政确认,因为“《四川省建筑市场责任主体不良行为记录管理办法》第2条第2款对建筑市场责任主体不良行为记录作出如下定义,建筑市场责任主体不良行为记录系指对建筑市场责任主体违反建设法律、法规、规章、工程建设强制标准和规范性文件规定从事建筑及相关活动不良行为的记录。从上述定义可知,不良行为记录行为是行政主体对相对人违法情况所作出的行政确认行为”。而在凤阳县天龙水利建筑工程有限公司诉宣城市宣州区公共资源交易监督管理局案([2019]皖18行终145号,以下简称“天龙案”)中,被告根据《关于修改宣州区工程建设及政府采购不良行为记录和黑名单制度暂行办法的通知》(宣区政秘[2016]263号),以原告管理人员不能到岗到位、无正当理由拖延工期为由,将其列入黑名单。原告主张该行为属于行政处罚。法院否定了这一看法,将列入黑名单定性为“失信惩戒类的行政处理”,理由是“《行政处罚法》第8条规定:‘行政处罚的种类:(一)警告;(二)罚款;(三)没收违法所得、没收非法财物;(四)责令停产停业;(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(六)行政拘留;(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚。’据此,上述法条已明确将列入黑名单行为排除在前六项列举的行政处罚种类之外,第7项规定的兜底处罚种

类是法律、行政法规规定的其他行政处罚,而‘宣区政秘[2016]263号文件’系地方政府的规范性文件,不能设定新的处罚种类,故案涉列入黑名单行为的性质不属于行政处罚。”

其次,公布黑名单行为,不同法院定性为信息公开或行政处理。例如,在前文提及的天恒案中,法院把黑名单通报视为违法违规行为的信息公开。在莒县华泰橡胶有限公司诉莒县环境保护局案([2017]鲁行申266号,以下简称“华泰案”)中,法院也作出相同认定,理由是根据环境保护法第54条第3款,“县级以上地方人民政府环境保护主管部门和其他负有环境保护监督管理职责的部门,应当将企业事业单位和其他生产经营者的环境违法信息记入社会诚信档案,及时向社会公布违法者名单”,故被告因原告环境违法而将其列入黑名单属于信息公开行为。相反,在成都安彼隆建设监理有限公司诉南充市住房和城乡建设局案([2018]川13行终132号,以下简称“安彼隆案”)中,原告因失职导致重大安全事故而被罚款70万元,被告据此将原告的不良行为和行政处罚在四川省建筑市场和城信一体化平台公布,并根据《四川省建筑市场责任主体不良行为记录管理办法》扣除诚信分值10分。一审法院认为被告公布黑名单是按照《建筑市场诚信行为信息管理办法》第10条^⑨作出,属于不影响相对人权利义务的信息公开行为;二审法院则判定该通报包含相对人不良行为的扣分记录,属于对相对人权利义务产生实际影响的行政处理。

第三,联合惩戒行为,不同法院定性为黑名单自动结果、内部行政行为或行政处理。例如,在前文提及的魏某案中,法院把工商部门拒绝办理股权变更登记认定为黑名单的自动结果,没有展开进一步审查。在福建省来恩电机有限公司诉福建省财政厅、福建省工业和信息化厅案([2019]闽01行终519号,以下简称“来恩案”)中,原告申请国家高效电机推广财政补助,两被告对各级材料报送部门发

出通知,明确“对于列入‘信用中国’失信名单的企业,国家发改委将不再对其进行高效电机推广信息的核查”,最终导致原告丧失获得补贴的资质。原告未收到该通知,而是在咨询本地经信局后才了解情况,遂诉请法院撤销通知。法院认定:该通知是行政机关内部管理行为,并非针对起诉人作出,不直接对外发生法律效力。而在林如族诉武汉市工商行政管理局案([2017]鄂01行终58号,以下简称“林如族案”)中,原告被最高法院纳入失信被执行人名单,并被推送至国家工商总局共享数据库。被告遂向原告担任法人的公司作出《责令改正通知书》,以原告被列入失信被执行人名单为由,根据公司法、《企业法人法定代表人登记管理规定》以及《关于印发〈“构建诚信惩戒失信”的合作备忘录〉的通知》关于“失信被执行人不得担任企业的法定代表人、董事、监事、经理”之规定,责令原告公司60日内办理法定代表人变更登记。一审法院认为:该责令改正行为属于对相对人权益产生不利影响的行政处理,应就相关事实进行调查、取证。被告上诉辩称:该行为所依据的事实是最高法院向国家工商总局推送的失信被执行人名单,已被法院生效判决确认,并无新的违法事实,仅是根据联合实施信用惩戒单位的职责分工所实施的信用惩戒。二审法院并未认可这一辩解,维持原判。

综观这些案例可以发现,尽管诸多既有研究主张把失信惩戒界定为行政处罚^⑧,不少相对人也持此观点。但司法实践中,法院基本不会如此定性,原因在于列入、公布黑名单以及联合惩戒既非旧处罚法第8条前6项明文列举的有名处罚,也非第7项兜底规定的由法律、行政法规规定的其他处罚。更重要的是,《规划纲要》本身对失信惩戒与行政处罚之间的关系语焉不详,相关表述为“在现有行政处罚措施的基础上,健全失信惩戒制度”。这似乎表明惩戒是以处罚为基础,两者既不完全重合,也不完全分离,但究竟是何关系并不清楚。在此背景

下,法院没有动力去超越形式性的规范依据,从实质上判定失信惩戒为行政处罚。

由于缺乏统一、权威的指引,不同法院对失信惩戒“是什么性质”的界定出现两极化差异,甚至直接阻碍司法审查展开。不同法院之所以对列入、公布黑名单行为定性不同,主要因为关注点不同:列入、公布黑名单既包括以往违法行为和处理决定的记录和公示,也包括失信惩戒后果的说明。若关注前者,法院会定性为不实际影响相对人权益的信息记录或公开。若关注后者,法院则倾向定性为有实际影响的行政处理。而不同法院对联合惩戒行为定性不同,则是基于惩戒措施的不同形式:若惩戒决定未直接针对相对人作出,则会被认定为无实际影响的内部行为;若惩戒决定直接对相对人作出,则会被认定为有实际影响的行政处理。

(二)依据不明

除了定性不清,法院关于失信惩戒应当基于何种法律依据也缺乏清晰、准确的判断。如前所言,失信惩戒的多主体特征意味着从中央到地方,各级政府及其部门事实上都已成为惩戒设定和实施主体。这就导致作为惩戒依据的规范性文件层级、类型十分多样。从应然层面讲,根据依法行政原则,并非任何规范都能作为惩戒的合法性依据,那些与上位法相抵触的规范应当排除。因此,法院需对下位规范是否违反上位规范展开审查,行政诉讼法第53条也建立起相对人附带审查请求的机制。但现实中,法院在这方面表现得颇为消极。

例如,在杭州环美电力建设有限公司诉淳安县公共资源招投标管理委员会办公室案([2018]浙8601行初151号,以下简称“环美案”)中,招标人淳安县城建局诚信考核中被评为A、B类企业的方能投标。针对这一要求,环美公司向淳安县招管办提出投诉,在后者答复该要求合法后,起诉主张淳安县住建局制定的《建筑业施工企业诚信体系考核

办法》限制了外来企业参与当地工程招投标,^③违反招标投标法第18条“招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人,不得对潜在投标人实行歧视待遇”的规定。法院驳回原告诉讼请求,认为依据《浙江省建筑市场公共信用信息管理办法》第20条规定:“县级以上建设主管部门应当建立完善守信激励和失信惩戒机制,在市场和行业禁入(退出)、招标投标、资质管理、工程担保和保险、日常监管、专项检查、政策扶持、试点示范、评优评奖等环节,依法应用公共信用信息和信用评价结果,实施分类监管。”淳安县住建局有权把建筑市场主体的信用评价结果设定为投标人资质条件。然而,原告所争讼的并非信用评价结果被当作资质要求,而是信用评价本身所依据的规范性文件违反了招标投标法,构成地方保护。法院完全回避了这一关键性问题,没有审查失信惩戒所依据的规范是否抵触上位法,致使违法设定的失信惩戒无法得到纠正。

又如在福建联发建设工程有限公司诉三明市梅列区住房和城乡建设局案([2017]闽行申509号,以下简称“联发案”)中,原告应被告邀约参加财政拨款工程项目招标,并成功中标。但事后被告得知原告在投标时已被法院列入失信被执行人名单,由此认定原告投标无效。原告不服起诉,主张自己是应邀投标,被告提供的招标文件既未约定失信被执行人不得参与招标,也未要求参与招标人说明自己是否是失信被执行人。被告辩称招标投标法和《福建省贯彻落实构建诚信惩戒失信合作备忘录实施意见》均要求对失信被执行人进行限制,据此取消原告的投标资格合理合法。对此,一审法院认为,招标投标法没有对失信被执行人不得参与招标作出规定,《福建省贯彻落实构建诚信惩戒失信合作备忘录实施意见》的相关规定^④不能直接作为认定原告不具有投标资格的依据。但二审法院撤销原判,维持原行政行为,理由是:“法律的生命在于实施,要完善违法失信行为惩戒机制,褒扬诚信,

惩罚失信。本案中《合作备忘录实施意见》当然应当适用”,原告“在受邀招标活动中没有过错,并不能成为其失信行为受到惩罚的抗辩理由”。显然,相较于一审裁判,二审裁判明显倒退,彻底放弃审查《福建省贯彻落实构建诚信惩戒失信合作备忘录实施意见》是否抵触招标投标法。

以上案例中,法院对设定失信惩戒的规范性文件疏于审查,并非基于某种司法谦抑的立场,而是由于其对失信惩戒合法性依据缺乏清晰、准确的判断。追根究底,这又源自失信惩戒制度的纲领性文件本身存在宽泛解释的空间。关于惩戒的合法性依据,2016年国务院指导意见的表述是:“严格依照法律法规和政策规定”开展失信联合惩戒。这里的“政策规定”并未限定层级或类型,无疑可供宽泛解释。2017年,国家发展改革委、中国人民银行《关于加强和规范守信联合激励和失信惩戒对象名单管理工作的指导意见》指出,认定联合惩戒对象名单的依据包括“根据法律法规规章或规范性文件可作为红黑名单认定依据的其他信息”。这里的“规范性文件”同样可以宽泛解释。在此背景下,法院往往满足于有规范性文件作为依据,而放弃对文件本身进行合法性审查,导致失信惩戒到底“适用何种法”成为一笔糊涂账。

四、失信惩戒行政诉讼救济困境的出路

上文以裁判文书为切入点,揭示出失信惩戒行政诉讼面临“渠道不畅”“审查不力”两大困境,其根源在于失信惩戒多主体、多行为两大基本特征。正如2016年国务院指导意见所明确的,作为一项社会治理创新机制,失信惩戒的初心在于“政府、社会共同参与”和“跨地区、跨部门、跨领域”,两大特征正是为了落实这一初心,故在可预见的将来仍会延续。因此,在思考和探索失信惩戒行政诉讼救济困境之出路时,不能简单期待将失信惩戒定义为某种传统的类型化行政行为(比如行政处罚),而要在承认失信惩戒基本特征的前提下,准确把握行政诉讼

救济的真实困境,有的放矢地提出现阶段切实可行的解困方案。

(一)“渠道不畅”困境的出路

1.“无法起诉”之解困

由于信访失信惩戒被视为不可诉行为以及实施惩戒的非行政主体被视为不适格被告,相对人无法起诉。对此,法院须准确理解《行诉法解释》第1条第9项,认定信访惩戒对相对人权益产生实际影响,不属于信访处理行为,应纳入行政诉讼受案范围。一旦此类行为可诉,法院便可应相对人之请求,对各地的信访失信惩戒规范,依照《信访条例》和公安部有关指导意见开展附带审查,认定违法的,不作为信访惩戒的合法性依据,并向制定机关提出修改建议,从而倒逼违法制度纠偏。由此,前文提及的吕某案及其反映出来的普遍性问题可迎刃而解。同时,对于实施惩戒的公共企事业单位、群团组织,法院应当结合相关领域的管理性法规和行政诉讼法第2条,认定为法律、法规、规章授权组织,纳入行政诉讼适格被告范围。例如,在何某案中法院就应把实施惩戒的中国铁路总公司认定为适格被告。至于实施惩戒的党组织、军队机构等,固然无法成为行政诉讼适格被告,但在现行失信惩戒制度下,其基本不会主动认定失信、发起惩戒,而是根据行政机关列入黑名单的决定,参与实施联合惩戒。根据《2012年最高人民法院关于加强司法建议工作的意见》第7条,“诉讼程序结束后,当事人之间的纠纷尚未彻底解决,或者有其他问题需要有关部门继续关注的”,法院“可以向相关党政机关、企事业单位、社会团体及其他社会组织提出司法建议,必要时可以抄送该单位的上级机关或者主管部门”。那么,一旦法院认定行政机关惩戒决定违法,党组织、军队机构附随参与的联合惩戒就成为行政诉讼程序无法解决的问题,法院此时便可向这些组织发出司法建议书,建议停止惩戒,实质性化解行政争议。

2.“难于起诉”之解困

由于失信惩戒既包含多阶段行政行为,又构成多阶段行政程序,相对人难以准确选定行为或被告起诉。建议解决方案如下:第一,对于失信认定行为和列入黑名单行为构成的多阶段行政行为,若前阶段的认定行为以某种形式外化,且确定性地对后阶段的列入黑名单决定产生拘束效力,法院便可认定前阶段认定行为对相对人权益产生实际影响,允许相对人直接对之起诉。^⑤例如,在前文提及的东方案中,盐城开发区住建局的失信认定行为在上报时已通过公告而外化,故当事人有权直接起诉该行为。同理,在来恩案中,相对人通过咨询本地经信局了解到被告发出惩戒通知,该行为已经外部化,不应再认定为内部行政行为。反过来,若前阶段的认定行为没有外化,但确定性地对后阶段的列入黑名单决定产生拘束效力,那么,当事人只能起诉最终的列入决定,但法院可以把认定行为的作出机关作为第三人纳入诉讼程序。^⑥这是因为后阶段列入黑名单决定实际上是根据前阶段失信认定行为作出,事实和法律依据均由前阶段行为的作出机关搜集、提供,将其作为第三人纳入行政诉讼程序,有助于法院查明事实,保证审判的质量和稳定性,也有利于减少讼累,实质性地化解行政争议。^⑦第二,对于列入黑名单、公布黑名单和联合惩戒构成的多阶段行政程序,鉴于这些行为均对外作出,理论上当事人可择一起诉。但如前所言,一些法院对其定性不清,致使相对人起诉受阻。对此,须正本清源地准确定性。在此先假定相对人成功择一起诉,基于高效、实质化解行政争议的考虑,法院可作如下两点处理:其一,由于上述行为均基于相同事实和规范,在相对人起诉后阶段的公布黑名单或联合惩戒行为时,法院就不能割裂前后阶段,而须承认违法性继承,即对前阶段行为的合法性进行审查。若认定严重违法,则后阶段行为丧失合法性依据,但不直接判决前阶段行为违法,因而也不会侵害其公定

力。^③如此处理,祥如案、天恒案和魏某案中,相对人遭遇失信惩戒“人人参与”但“人人卸责”的问题将得以解决。其二,相对人起诉任一行为作出机关,一旦法院判决该行为违法且认为其他阶段行为也违法的,可对其他阶段行为的作出机关发出司法建议书,建议其主动纠正违法行为。相较于等待相对人分别起诉后并案处理,或等待相对人拿着胜诉判决去找参与惩戒的多个行政机关,一案审理加司法建议,无疑能更加高效地实质性化解行政争议。尤其是当数个乃至数十个跨行业、跨地域的行政机关根据失信黑名单实行联合惩戒时,要求相对人一起起诉只能催生连环诉讼,徒增讼累。

(二)“审查不力”困境的出路

1.“定性不清”之解困

由于失信惩戒不符合旧处罚法第8条规定的情形,而且《规划纲要》对行政处罚和失信惩戒之关系语焉不详,法院缺乏统一、权威指引,对失信惩戒中多个行为均定性不清。2021年1月公布的新处罚法也没能提供这样的指引。首先,尽管三审时全国人大常委会部分委员曾建议把“列入失信名单”明确为一种行政处罚,^④但最终未获采纳。新处罚法第9条第1项增加的“通报批评”也无法吸纳列入或公布黑名单行为。^⑤这意味着,在实定法上,列入和公布黑名单行为皆非行政处罚。其次,新处罚法第9条第3、4项增加了“降低资质等级”“限制开展生产经营活动”“限制从业”等处罚种类,这又与部分联合惩戒措施相一致。^⑥这又表明在实定法上,至少有部分联合惩戒行为属于行政处罚。第三,更令人困扰的是,新处罚法第2条将行政处罚界定为“行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织,以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。这说明处罚是惩戒,但此(作为行政处罚定义的)惩戒与彼(失信惩戒中的)惩戒是否同义,以及失信惩戒到底是不是行政处罚,法律上仍缺乏明确答案。因此,时至今日,失信惩戒与行

政处罚之间依旧保持一种若即若离甚至说不清道不明的关系。在此背景下,从学理上把失信惩戒一概定性为行政处罚,恐怕很难在司法实践中获得普遍认可。现阶段,要解决失信惩戒定性不清的问题,必须从既有的司法实践出发,另辟蹊径。

第一,关于列入黑名单行为,在祥如案、明峰案和天龙案中,不同法院认定其为信息记录、行政确认或行政处理,其中行政处理才是最准确的定性。之所以不应界定为信息记录,原因在于列入黑名单行为超越了简单的违法信息记录,而是根据违法信息对当事人添加了一个新的法律评价,即失信,并由此对其权益造成负面影响。这同时也说明列入黑名单行为不是行政确认。曾有学者主张失信黑名单是对“相对人遵守法律规范程度这一特定法律事实的确证”,故属于行政确认。^⑦但失信黑名单并非只是对当事人是否遵守法律这一事实的确证,而是对这一事实给予额外的负面法律评价。所以,应当把列入黑名单定性为不利于相对人的、可诉的行政处理。虽然此类行为目前难以归入某种统一、类型化的法律框架,但基于行政法原理,仍应受到约束。一个有力的佐证是:2020年12月,国务院办公厅发布《关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长效机制的指导意见》(以下简称“2020年国办指导意见”),明确要求“行政机关在作出认定严重失信主体名单决定前,应当告知当事人作出决定的事由、依据和当事人依法享有的权利;当事人提出异议的,应当予以核实并在规定时限内反馈结果”。这首次明确了失信惩戒的正当程序要求,法院可据此审查列入黑名单这一不利行政处理是否充分尊重相对人的程序性权利,严重违法的应予撤销。

第二,关于公布黑名单行为,在天恒案、华泰案中,法院界定为信息公开,而在安彼隆案中,法院则界定为行政处理,后一种定性更为恰当。2015年,国办发布《关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》,要求根据《企业信息公示暂行条

例》，建立“行政许可、行政处罚双公示”制度。根据该条例第6、10条，许可、处罚信息应自产生之日起20个工作日内公布。这显然是为了与《政府信息公开条例》规定主动公开的政府信息应自形成之日起20个工作日内公开相衔接。据此，公布处罚信息属于信息公开行为。与此不同，《企业信息公示暂行条例》第17、18条建立的严重违法企业名单公示制度，并无20个工作日内公布的时间要求。这表明立法层面上已经明确区分公布黑名单和政府信息公开，^⑧前者不仅是公布相对人违法信息，更是公开作出新的法律评价，且势必触发一系列限制其权益的惩戒行为。负面评价和限制后果无法割裂，不能只关注一个方面。因此，公布黑名单应定性为一种可诉的不利行政处理，法院有权对之展开合法性审查。

第三，关于联合惩戒行为，在来恩案和林如族案中，法院将其界定为内部行为和行政处理，后一种定性更为稳妥。这不仅因为如前所言，来恩案中的惩戒虽以内部通报形式作出，但事后外化并实际影响相对人权益，故应界定为可诉的行政处理。更重要的是，在新处罚法仍未澄清失信惩戒与行政处罚之关系，学界对惩戒措施如何定性仍有争议的背景下，将惩戒行为界定为不利行政处理可谓是争议最小、最稳妥的一种现实选择，最容易被司法实践接受。同时，这也能避免魏某案中法院以惩戒属于黑名单自动结果为由而放弃审查的情况，防止联合惩戒行为逃逸司法审查。

2. “依据不明”之解困

由于相关纲领性文件对失信惩戒合法性依据的表述存在宽泛解释空间，法院往往不清楚失信惩戒究竟应以何种规范为依据，也疏于审查涉嫌抵触上位法的下位规范。2020年国办指导意见试图作出改善，要求失信惩戒必须以“法律、行政法规或者党中央、国务院政策文件”为依据。相较于此前“政策规定”和“规范性文件”之表述，上提失信惩戒规

范依据的位阶要求，不失为一种进步。但问题是，作为国务院政策文件，2016年国务院指导意见本身就允许根据“政策规定”实施惩戒，很可能消解上提规范依据位阶意欲达到的效果。例如，在环美案和联发案中，即便有了新的要求，法院仍然可以把相关地方文件视为国务院政策文件认可的政策规定，无视其与上位法之间存在的龃龉。事实上，在中国法语境下，有权直接设定相对人权利义务的法规范只包括五种：(1)法律；(2)行政法规；(3)地方性法规；(4)有法律或者行政法规、国务院决定、命令作为依据的部门规章；(5)有法律、行政法规、地方性法规作为依据的地方政府规章；(6)有法律、行政法规作为依据的司法解释。根据立法法，前四种规范均能“减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务”。1981年，全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》则授权最高法院对“属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题”进行解释，故根据法律、行政法规作出的司法解释亦可设定权利义务。除此之外，其他政策或规范性文件，都无权设定相对人权利义务，也不能作为失信惩戒的合法性依据。所以，理想状态下，法院应严守这五种法规范之边界，拒绝以其他规范作为失信惩戒的合法性依据。

当然，现实中，由于失信惩戒制度至今很大程度上尚未实定法化，很难期待法院会严格以上述法规范作为认定失信惩戒合法的唯一依据。但即便如此，法院也不应以违反上位法的下位规范作为失信惩戒的合法性依据。这方面，少数法院已经作出表率。例如，在永安市佳洁置业有限公司诉永安市住建局案([2020]闽04行终30号)中，被告根据《关于对房地产领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》中“限制取得施工许可”的规定，拒绝给成为失信被执行人的原告办理施工许可证。法院认定被告违法，理由是住建部与有关部门虽然签订了上述备忘录，但未将惩戒失信被执行人的措

施设定于办理施工许可的规定中,建筑法、《建筑工程施工许可管理办法》也均未规定失信被执行人办理施工许可证的限制性条件。因此,原告作为失信被执行人,不影响其申请办理施工许可证的权利。可见,法院依据建筑法等上位规范对下位的备忘录展开审查,拒绝把违反上位法增设行政许可条件的备忘录当作联合惩戒行为的合法性依据。这无疑构成了失信联合惩戒行政诉讼救济困境中的一抹亮色,值得推广。

综上所述,针对失信惩戒行政诉讼救济渠道不畅与审查不力之困境,笔者提出了一系列解困方案,这可总结为:实体上,法院应把失信惩戒各阶段行为均定性为可诉的不利行政处理,对之施以正当程序要求,并根据上位法对其规范依据展开合法性审查;程序上,法院应允许相对人在多个失信惩戒相关行为中择一起诉,承认前后阶段行为之间的违法性继承,并通过第三人制度和司法建议促进行政争议实质性化解。当然,这些解困方案能否真正落地,最终取决于法院的态度。从过往实践来看,失信惩戒行政诉讼救济之所以面临渠道不畅、审查不力的困境,除了失信惩戒本身的特点导致法院“不会审”外,很大程度上也因为法院“不愿审”。从源头来讲,当下全面铺开的失信惩戒制度肇始于2013年《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》,法院是失信惩戒的“排头兵”。但法院同时也应是失信惩戒合法性的“守门员”。两种角色之间,在失信惩戒制度轰轰烈烈推进的背景下,许多法院更倾向于前者,而怠于担当后者的职责。唯有改变这种态度,方可将更多惩戒主体和行为纳入行政诉讼救济渠道,也才能保证失信惩戒司法审查高效、有力。

注释:

①参见周海源:《失信惩戒的泛道德化倾向及其矫正——以法教义学为视角的分析》,载《行政法学研究》2020年第3

期;沈毅龙:《论失信的行政联合惩戒及其法律控制》,载《法学家》2019年第4期;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。

②沈岍:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期;王伟:《失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规则设计》,载《中州学刊》2019年第5期。

③《2018年失信黑名单分析报告正式发布》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/295360029_99933746, 2020年12月10日访问。

④何海波:《行政行为的合法要件——兼议行政行为司法审查根据的重构》,载《中国法学》2009年第4期;江必新:《完善行政诉讼制度的若干思考》,载《中国法学》2013年第1期。

⑤2021年1月28日在北大法律信息网以“失信惩戒”为关键词做全文搜索,可得5155份地方规范性文件 and 6177份工作文件。

⑥例如《安徽省新闻出版广播影视(版权)行业失信市场主体联合惩戒暂行办法》,2017年12月26日发布;《天津市“一制三化”改革失信惩戒办法(试行)》,2018年9月7日发布;《厦门市市公园园林林业守信联合激励对象名单与失信惩戒对象名单认定规定》,2018年10月15日发布;《沈阳市建筑工程施工现场扬尘治理联合惩戒细则》,2019年10月14日发布;《安徽省社会信用体系建设联席会议办公室、安徽省发展和改革委员会关于做好妨害新冠肺炎疫情防控行为的个人信用信息归集和惩戒工作的通知》,2020年2月18日发布。

⑦参见吴培琳、刘恒:《信用联合奖惩合作备忘录:运作逻辑、法律性质与法治化进路》,载《河南社会科学》2020年第3期。

⑧参见同前注①,沈毅龙文。

⑨参见同前注②,王伟文。

⑩参见张栋:《“一处失信,处处受限”应慎行——沈岍教授访谈》,载《团结》2019年第3期。

⑪参见张晓莹:《行政处罚视域下的失信惩戒规制》,载《行政法学研究》2019年第5期。

⑫参见湛中乐:《现代行政过程论》,载罗豪才主编《行政

法论丛》第7卷,法律出版社2004年版,第55页。

⑬参见范伟:《行政黑名单制度的法律属性及其控制——基于行政过程论视角的分析》,载《政治与法律》2018年第9期。

⑭袁文瀚:《信用监管的行政法解读》,载《行政法学研究》2019年第1期。

⑮原因将在下文详述。关于将失信惩戒纳入处罚法框架的学术建议,参见田林:《行政处罚与失信惩戒的立法方案探讨》,载《中国法律评论》2020年第5期。

⑯《关于不服县级以上人民政府信访行政管理部门、负责受理信访事项的行政管理机关以及镇(乡)人民政府作出的处理意见或者不再受理决定而提起的行政诉讼人民法院是否受理的批复》,最高人民法院[2005]行立他字第4号,2005年12月12日发布。

⑰参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第3条第8项;杨伟东:《新司法解释受案范围规定的思路、逻辑及未来发展》,载《行政法学研究》2018年第5期。

⑱马恩诉黑龙江省嫩江县人民政府不履行发放移民安置补偿款法定职责案([2015]行提字第33号)。参见《关于印发〈最高人民法院第二巡回法庭精选行政审判案例要旨(二)〉的通知》,法二巡[2016]5号,2016年8月16日发布。

⑲这方面实例包括黄某某与北京市东城区人民政府一审行政裁定书(北京市第四中级人民法院[2017]京04行初963号行政裁定书)、林某与被告泉州市公安局公安行政管理一审行政裁定书(福建省泉州市鲤城区人民法院[2016]闽0502行初259号行政裁定书)、徐某某与桓仁满族自治县公安局行政确认二审行政裁定书(本溪市中级人民法院[2018]辽05行终42号行政裁定书)、张某某与永清县公安局行政管理一审行政裁定书(河北省永清县人民法院[2016]冀1023行初27号行政裁定书)、孔某某与永靖县公安局其他行政行为二审行政裁定书(甘肃省临夏回族自治州中级人民法院[2018]甘29行终25号行政裁定书)、屈某某与中华人民共和国公安部其他行政行为二审行政判决书(北京市高级人民法院[2017]京行终1280号行政裁定书)。

⑳早在2010年,深圳市公安局就曾把所谓“非正常上访者”列入黑名单,拒绝办理居住证。参见王纳:《深圳将非正常上访等7类人列入不受欢迎黑名单》,载中新网,<https://www.chinanews.com/gn/news/2010/04-16/2229489.shtml>,2020年12月10日访问。

㉑《宿迁市信访人严重失信个人黑名单认定与发布管理办法(试行)》,2018年2月11日发布;《莆田市信访工作联席会议办公室关于纳入征信系统信访秩序领域失信黑名单认定与管理实施意见(试行)》,2018年4月10日发布;《连云港市信访人信用管理实施细则(试行)》,2018年4月16日发布;《扬州市信访人信用管理实施办法(试行)》,2018年8月1日发布;《淮安市信访人信用管理实施办法(试行)》,2018年8月16日发布;《徐州市信访人严重失信惩戒实施办法(试行)》,2018年12月11日发布;《泰州市信访人失信惩戒办法》,2019年1月1日发布;《绍兴市信访人信用管理实施办法》,2019年12月19日发布;《宁波市信访人信用管理实施办法(试行)》,2020年1月15日发布。

㉒《国务院关于组建中国铁路总公司有关问题的批复》,2013年3月14日发布。

㉓参见贾某某与中国铁路总公司信息公开二审行政裁定书(北京市第一中级人民法院(2019)京01行终643号行政裁定书)、陈某某与中国铁路总公司二审行政裁定书(北京市第一中级人民法院(2018)京01行终645号行政裁定书)等。

㉔“将失信被执行人和以失信被执行人为法定代表人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员的单位,作为重点监管对象,加大日常监管力度,提高随机抽查的比例和频次,并可依据相关法律法规对其采取行政监管措施,由各市场监管、行业主管部门实施。”

㉕江苏省住建厅《关于公布2015年春节前拖欠农民工工资引发群体性事件被全省限制市场准入、通报批评企业和限制全省建筑市场准入、通报批评人员名单的通知》也证实了这一点。

㉖参见李建良:《论多阶段行政处分与多阶段行政程序之区辨——兼评“最高行政法院”96年度判字第1603号判决》,

载《“中研院”法学期刊》2011年第9期。

②⑦参见徐键：《论多阶段行政行为中前阶段行为的可诉性——基于典型案例的研究》，载《行政法学研究》2017年第3期。

②⑧参见同前注②⑦，徐键文。

②⑨参见同前注②⑧，李建良文。

③⑩“不良行为记录扣分不替代其它行政处罚，市、州住房城乡建设行政主管部门可根据本办法制定实施细则。”

③⑪“诚信行为记录实行公布制度。诚信行为记录由各省、自治区、直辖市建设行政主管部门在当地建筑市场诚信信息平台上统一公布。其中，不良行为记录信息的公布时间为行政处罚决定做出后7日内，公布期限一般为6个月至3年。”

③⑫参见胡建森：《“黑名单”管理制度——建立和实施“黑名单”要符合法治原则》，载《人民法治》2017年第6期；同前注③⑪，张晓莹文；同前注③⑬，范伟文。

③⑬该办法第2条规定：“本办法所指的诚信体系考核对象是在我县范围内从事房屋建筑、市政基础设施、装修装饰、园林绿化、景观照明、土石方工程的施工企业。”这意味着淳安县之外的企业根本无法参与诚信考核，更不可能被评为A、B类企业。

③⑭“失信被执行人为单位的，在政府采购、招标投标、项目审批等方面受到限制，牵头单位是省发改委、省财政厅、省国资委，具体措施是：指导国家机关、国资企业系统在政府采购、招标投标、项目审批中对失信被执行人予以限制。”

③⑮参见同前注②⑦，徐键文；刘飞、谭达宗：《内部行为的外部化及其判断标准》，载《行政法学研究》2017年第2期。

③⑯尽管学理上曾有行政主体能否作为行政诉讼第三人的争论，但早在行政诉讼法修订前，立法机关和学界就普遍承认当“两个或以上的行政主体基于同一事实、针对同一对象作出了相互关联或相互矛盾的行政行为”，当事人只起诉其中一个

行政主体的，其他行政主体可以作为第三人参与行政诉讼。

参见胡康生主编：《行政诉讼法释义》，北京师范学院出版社1989年版，第48-49页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第459页。

③⑰参见章志远、张开俊：《行政诉讼第三人之确定标准及类型化新论》，载《阴山学刊》2011年第1期；黄梦玲：《行政诉讼第三人范围新探——以“同案件处理结果有利害关系”的理解为中心》，载《长江师范学院学报》2019年第5期。

③⑱参见成协中：《行政行为违法性继承的中国图景》，载《中国法学》2016年第3期。

③⑲《全国人大常委会委员建议将“列入失信名单”纳入行政处罚种类》，载中国网，http://news.china.com.cn/txt/2021-01/22/content_77142933.htm，2021年1月15日访问。

④⑩这是因为两者在实定法上有不同含义。例如2020年修订的《国家科学技术奖励条例》第28、31条规定对科研违法人员通报批评，第33条规定将科研失信人员列入失信黑名单并惩戒，两者不能简单混同。

④⑪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》规定的惩戒措施就包括“造成重大工程质量问题，发生较大事故以上安全生产事故的，有关主管部门可以降低其资质等级”；《关于对安全生产领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》规定了“对存在失信行为的生产经营单位及其主要责任人实施市场禁入”的惩戒措施。

④⑫参见王瑞雪：《论行政评级及其法律控制》，载《法商研究》2018年第3期。

④⑬2016年中办、国办出台的《关于加快推进失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》也将失信被执行人信用监督、警示和惩戒信息公开界定为政务公开，而非政府信息公开。