

失信联合惩戒制度的法治困境及出路

——基于对 41 份中央级失信惩戒备忘录的分析

彭 鐔*

摘 要:通过考察 41 份中央级失信联合惩戒合作备忘录所包含的受惩戒主体、受惩戒行为和惩戒措施,可以发现失信惩戒制度面临合法性困境,但主要问题并非缺乏法律依据、“德法混同”、违反比例原则或不当联结禁止原则,而是在形式合法性层面,违法建立双惩戒、以行政权力为民事违约兜底和增设行政许可;在整体正当性层面,冲击法人独立人格、突破公法与私法之区隔、削弱行政裁量的法律约束;在实质合理性层面,违背平等原则和禁止重复评价原则。备忘录表现出“失信”与“违法”、“惩戒”与“执法”高度重合,失信惩戒制度本质上是一种法律实施的强化机制,其合法性困境源于强化机制背离强化对象,亟须有针对性地予以纠偏。

关键词:社会信用 失信联合惩戒 形式合法性 整体正当性 实质合理性

一、引 言

自 2014 年国务院发布《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020 年)》以来,中国的社会信用体系进入发展快车道,但也引来诸多质疑。法学界针对该体系的关键抓手——失信联合惩戒(以下简称“失信惩戒”),提出了三个层面的批评,在整体正当性层面,由于失信惩戒中的“信用”一词极富道德意味,有学者批评其模糊了法律与道德的界限,导致“道德规则过度法律化”,^①呈现一种“国家主义叙事的‘德治集中’逻辑”,即国家法律“介入原本主要依赖社会规范调整的日常生活道德和伦理生活领域”。^②在形式合法性层面,由于失信惩戒至今无法律、行政法规作为载体,有

* 北京大学宪法与行政法研究中心研究员、北京大学法学院助理教授

基金项目:国家社会科学基金项目(20CFX019)

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

② 参见戴昕:《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》,《中外法学》2019 年第 6 期。

学者批评“目前以行政规范性文件为主的联合惩戒授权规范位阶过低”,^①属于“没有法规范依据而作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定”。^②在实质合理性层面,由于失信惩戒具有跨行业、跨领域、跨部门特征,强调“一处失信,处处受限”,有学者批评其违反比例原则和不当联结禁止原则。^③

对此,既有研究提出了解决方案。整体正当性层面,既有研究建议区分“失信”与“背德”,前者指“不按照法律规定或合同约定履行义务”,后者指“违反社会公德、职业道德、家庭美德等道德规范”,不能让失信记录成为“道德档案”,唯有“完成‘以德入法’路径之后”,方可惩戒背德行为。^④形式合法性层面,既有研究呼吁制定统一社会信用立法,强调失信惩戒“必须由法律和行政法规设定”。^⑤实质合理性层面,呼吁惩戒要“与失信行为的性质、情节、社会影响程度等相适应”,也要“与失信行为之间有合理的关联”,不得跨行业、跨领域、跨部门。^⑥

在失信惩戒方兴未艾的当下,上述研究及批评具有重要意义。2020年12月,国务院办公厅《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》明确强调“按照依法依规、保护权益、审慎适度、清单管理的总体思路,进一步规范和健全失信行为认定、记录、归集、共享、公开、惩戒”等机制。鉴此,有必要正本清源地辨析现有失信联合惩戒制度的问题。然而,既有研究未能对当下正在运行的失信惩戒制度展开全面、细致地分析,也没有回答该制度是否以及在哪些情形下造成“德法混同”、缺乏法律依据或违反法治原则。回答这些问题,揭示现行制度的真实样貌,不仅可以指导将来的社会信用立法,也能规范当下的失信惩戒实践。

二、研究进路和分析样本

失信惩戒制度近年来蓬勃发展。各地出台了大量规范,中央部门也签署了51个联合奖惩合作备忘录,其中,联合激励备忘录5个,联合奖惩备忘录3个,涉及失信惩戒的备忘录共46个。这些文本构成观察失信惩戒制度的重要窗口,其中尤以中央级的失信联合惩戒合作备忘录(以下简称“备忘录”)为最佳分析样本,因为中央级备忘录实际上是地方失信惩戒规范之基础。例如,《上海市社会信用条例》第22条规定:“市社会信用管理部门应当依照法律法规和国家有关规定,列明联合激励惩戒的具体事项、实施对象、实施手段、实施主体、实施依据等内容”。^⑦这些条文中的“国家有关规定”当然包括备忘录。换言之,在失信惩戒领域法律、行政法规缺位的情形下,

① 参见沈毅龙:《论失信的行政联合惩戒及其法律控制》,《法学家》2019年第4期;王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,《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》,《中国法学》2019年第5期。

③ 参见沈岍:《社会信用体系建设的法治之道》,《中国法学》2019年第5期;王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,《中国法学》2017年第4期。

④ 参见罗培新:《遏制公权与保护私益:社会信用立法论略》,《政法论坛》2018年第6期。

⑤ 参见王伟:《论失信“黑名单”制度的法治化》,《人民法治》2018年第21期;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》,《人民法治》2017年第6期。

⑥ 参见王伟:《失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规则设计》,《中州学刊》2019年第5期;袁文瀚:《信用监管的行政法解读》,《行政法学研究》2019年第1期。

⑦ 类似例子不胜枚举,如《北京市公共信用信息管理办法》第29条、《湖北省社会信用信息管理条例》第26条、《福州市社会信用管理办法》第15条。

地方的失信惩戒制度基本是借由此种“转介条款”回溯链接至中央级备忘录来完成设定的。

涉及失信惩戒的中央级备忘录迄今共有 46 份,本文舍去无关、失效和重复者,选取 41 份展开分析,^①涉及统计、市场竞争、上市公司、司法裁判执行、安全生产、环保、食品药品、质量、财政性资金、税收、交通、农资、金融、海关、电子认证、电力、盐业、房地产、石油天然气、运输物流、保险、对外经济合作、国内贸易流通、劳动、出入境检验检疫、家政、慈善捐赠、婚姻登记、公共资源交易、旅游、科研、社会保险、医疗秩序、政府采购、知识产权、文化市场、会计、招标投标、不动产交易、铁路、民航等领域。

然而,就分析单位而言,备忘录本身却并非最合适选项。既有研究对其法律性质提出“规范性文件说”、^②“行政协定说”、^③“对等性公法契约说”^④等观点,但均不把备忘录视为有权设定公民权利义务的法规范,故都批评失信惩戒以备忘录为载体“位阶过低”。然而,初步浏览就能发现:每一份备忘录附录都列明了所载惩戒措施的“法律及政策依据”。有学者由此认为:“在信用联合惩戒措施的运用上,备忘录本身并不能作为法律依据,只是在法律法规框架内做了一个联合惩戒的梳理与链接而已。”^⑤但也有学者指出:“备忘录并不仅仅扮演梳理与链接的角色,还创设了大量的奖惩措施。”^⑥所以,要细致剖析现行失信惩戒制度,就不能止于对备忘录做整体观察,而应“穿透”备忘录,直面其所承载的每一项惩戒,判断其究竟是“在法律法规框架内的梳理与链接”,还是具有创设性效果。

一旦进入备忘录内部,就涉及分析对象的选择。既有研究聚焦于失信惩戒措施,基于行政行为类型划分,提出了“行政处罚说”、^⑦“复合行为说”、^⑧“新型监管工具说”^⑨等主张。但这仅仅触及失信惩戒的一部分。事实上,失信惩戒包含三大要素:受惩戒主体、受惩戒行为与惩戒措施。正如“罪刑法定”原则要求犯罪主体、犯罪行为及相应的刑罚均有法律依据,只有当上述三大要素均合法时,才能判定失信惩戒合法。抛开受惩戒主体、受惩戒行为,仅关注惩戒措施,就如同不问

① 舍去的 5 份备忘录是:《关于对电子商务及分享经济领域炒信行为相关失信主体实施联合惩戒的行动计划》,因其不涉及行政机关惩戒;2014 年《关于对重大税收违法案件当事人实施联合惩戒措施的合作备忘录》,因为 2016 年出台了新版;2016 年《关于对统计领域严重失信企业及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》,因为 2018 年出台了新版;《关于人民法院与银行业金融机构开展网络执行查控和联合信用惩戒工作的意见》,因其只是描述主管机构如何合作,未具体规定惩戒对象和措施;《构建诚信、惩戒失信合作备忘录》,因其内容已基本为最高人民法院《关于限制被执行人高消费的若干规定》和《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》所涵盖。

② 参见贾茵:《失信联合惩戒制度的法理分析与合宪性建议》,《行政法学研究》2020 年第 3 期。

③ 参见孙媛:《合作备忘录:部际信用合作治理机制管窥》,载《“信用、信息与规制”研讨会中国法学会行政法学研究会第五届青年论坛暨政府规制专业委员会 2019 年年会会议文集》,第 77~86 页。

④ 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》,《河南社会科学》2020 年第 3 期。

⑤ 罗培新:《社会信用法:原理·规则·案例》,北京大学出版社 2018 年版,第 107 页。

⑥ 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》,《河南社会科学》2020 年第 3 期。

⑦ 参见胡建森:《对现实中三种管理事例的法治思考》,《行政管理改革》2015 年第 12 期。

⑧ 参见张晓莹:《行政处罚视域下的失信惩戒规制》,《行政法学研究》2019 年第 5 期;范伟:《行政黑名单制度的法律属性及其控制》,《政治与法律》2018 年第 9 期。

⑨ 罗培新:《信用监管:构建新型监管机制之基石》,《中国银行业》2019 年第 8 期;袁文瀚:《信用监管的行政法解读》,《行政法学研究》2019 年第 1 期。

被告有无刑事责任能力或犯罪行为是什么而空谈刑罚一样,意义并不大。要全面审视现行失信惩戒制度,就不能抽象讨论惩戒措施,而须放进“主体—行为—措施”的对应关系中做联动考量。

随之而来的问题是,用何种分析方法来考察失信惩戒制度?既有研究从整体正当性、形式合法性与实质合理性三个角度提出批评。但考察失信惩戒的形式合法性,即其在实定法上有无依据,是绕不开的前提,须首先进行。这是因为:一方面,某项惩戒若具有实定法根据,即便介入道德领域,也可以视为“以德入法”,体现法律对道德的兜底作用。另一方面,某项惩戒若缺乏实定法依据,即便实质合理,也很难视为合法。相反,若有实定法依据,即使不符合比例原则、不当联结禁止原则等实质合理性要求,反映的更多是实定法自身之缺陷,不能把“板子”全打在失信惩戒上。所以,欲准确评价现行失信惩戒制度,首先必须澄清失信惩戒的“主体—行为—措施”有无实定法依据,就其形式合法性做出判断,然后再讨论其整体正当性与实质合理性。

那么,何谓“实定法依据”?2020年11月,国务院常务会议强调“将特定行为纳入公共信用信息,必须严格以法律、法规等为依据”,“行政机关认定失信行为必须以具有法律效力的文书为依据”。^①这里的“法律、法规等”或“具有法律效力的文书”范围有多大?中国法上,中央层面有权设定公民权利义务的法规范只有4种:(1)法律;(2)行政法规;(3)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;(4)有法律、行政法规作为依据的司法解释。根据《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》),前三种规范均能“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,任何国家政策、规范性文件或备忘录本身,均不能为失信惩戒提供实定法依据。尽管备忘录附录列举了惩戒措施的“法律及政策依据”,本文仍排除后者。^②

值得说明的是,2020年7月,国家发改委、人民银行联合发布《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“发改委、人行指导意见”),要求失信惩戒“以法律、法规或者国务院决定和命令为依据”。然而,《立法法》并未概括性地授权国务院决定和命令直接对外设定权利义务。有学者主张国务院行政决定、命令若满足“对社会公开、针对社会公共事务和具有明确的规范内容”这3项条件,其相关内容就具有对外设定权利义务的直接效力。^③但这只是理论解说,并无《立法法》上的明文依据。也可能有人认为:虽然《立法法》没有明文规定国务院决定、命令可以设定公民权利义务,但其第80条规定以之作为依据的部门规章可以如此,基于“举轻以明重”的推理规则,就可得出作为上位依据的国务院决定、命令也能如此的结论。但这种推论难以成立,因为《立法法》把有权对外设定权利义务的规范限于特定范围,除了体现下位法不得逾越上位法的法制统一逻辑外,更是要落实人民民主原则,即未经民主审议制定的规范不得擅自处分公民的权利义务。^④根据《行政法规制定程序条例》第13、19、20条和《规章制定程序条例》第15、20、21条,行政法规、规章的起草、制

① 《李克强主持召开国务院常务会议 确定完善失信约束制度健全社会信用体系的措施等》, http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/26/content_5565216.htm, 2021-07-09。

② 同理,2020年12月国务院办公厅《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》将“党中央、国务院政策文件”作为失信惩戒实定法依据,也应排除。

③ 参见贾圣真:《论国务院行政规定的法效力》,《当代法学》2016年第3期。

④ 参见乔晓阳主编:《立法法讲话》,中国民主法制出版社2000年版,第34~35、274页。

定都要经过法定的公众参与程序,但国务院决定、命令就无此法定要求。^①因此,2010 年《国务院关于加强法治政府建设的意见》和《法治政府建设实施纲要(2015—2020 年)》区分行政法规、规章和规范性文件,明确“规范性文件不得违法增加公民、法人和其他组织的义务”。可见,“发改委、人行指导意见”把国务院决定、命令作为失信惩戒的实定法依据,有违反《立法法》之嫌,应予排除。

综上,本文以 41 份中央级备忘录为分析样本,以每一项失信惩戒为分析单位,以“主体一行为一措施”为分析对象,以考察“形式合法性—整体正当性—实质合理性”为分析方法,揭示现行失信惩戒制度的合法性困境,并提供法治化方案。

三、受惩戒主体的法治困境及出路

41 份备忘录对受惩戒主体的规定分 3 类:第一类仅惩戒单位,仅包括出入境检验检疫 1 个领域;第二类仅惩戒个人,包括婚姻登记、会计、医疗秩序 3 个领域;第三类惩戒主体包括单位和个人,规定当单位成为受惩戒主体时,其法定代表人、主要负责人、股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等责任人员也受惩戒,包括剩余 37 个领域。可以说,备忘录整体上建立了“单位失信,连带个人”的“双惩制”。

(一)合法性困境

1.形式合法性层面

既有研究忽略的问题是:双惩制有无实定法依据?《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 31 条规定:“单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。”据此,我国对单位犯罪原则上采“双罚制”,即单位犯罪连带“直接责任主体”。与此相反,行政处罚领域,我国对单位违法以“单罚”为原则,法律、行政法规有例外规定的才实施“双罚”。^②比如《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 146 条规定公司违法被吊销执照、责令关闭的,负有个人责任的法定代表人 3 年内不得担任公司法定代表人、董事、监事或高管人员。可见,实定法并未一般性地规定“单位违法,连带个人”。

答案是肯定的。双惩制源于 2016 年国务院《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”)。为“推动联合惩戒措施落实到人”,其规定“对失信单位进行联合惩戒的同时,依照法律法规和政策规定对相关责任人员采取相应的联合惩戒措施”。该意见设立双惩制本意是为了加大对失信行为的惩戒力度,实现“惩戒到人”,但其并不能作为双惩制的实定法依据。根据《中华人民共和国国务院组织法》和《党政机关公文处理工作条例》,2016 年国务院指导意见由总理签批,内容是决策和部署信用奖惩制度建设,性质是国务院决定。而《立法法》并未授权国务院以决定的形式直接对外设定公民的权

^① 《国务院工作规则》第 17 规定:“国务院及各部门要完善群众参与、专家咨询和政府决策相结合的决策机制。”但这只是内部要求,不具有法律效力。

^② 参见谭冰霖:《单位行政违法双罚制的规范建构》,《法学》2020 年第 8 期;喻少如:《论单位违法责任的处罚模式及其〈行政处罚法〉的完善》,《南京社会科学》2017 年第 4 期。

利和义务。虽然《立法法》第80条规定以国务院决定为依据的部门规章可以如此,但双惩戒未以部门规章的形式确立。同时,尽管一些单行法特别规定国务院决定可以克减权利、增设义务,如《中华人民共和国行政许可法》14条第2款规定“必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可”,但双惩戒也没有此类单行法依据。因此,双惩戒缺乏形式合法性。

2. 整体正当性层面

双惩戒在整体正当性层面也存在危机,但不在于既有研究强调的“德法混同”。有学者曾以一些地方零星出现的“父母失信,连带子女”为例,批评失信惩戒“有‘连坐’异化之嫌”,^①但未能注意到双惩戒其实在更广范围、更深层次上冲击了现代法治的一项核心制度——法人独立人格。为鼓励投资、降低交易风险,民事领域原则上承认法人的独立人格,只有当个人滥用独立人格侵害债权人和社会公众利益时,才导致“法人人格否认”。^②刑法上之所以把单位犯罪连带的个人限于“直接责任人员”,也是出于对法人独立人格的尊重,只有此类人员以自己的行为使单位陷入犯罪境地,才产生另一个犯罪构成,成为独立于单位的犯罪主体。^③在行政处罚领域,号称“史上最严”的《中华人民共和国食品安全法》第135条建立了“处罚到人”制度,但也仅规定连带处罚违法单位的法定代表人、直接负责的主管人员和其他有直接责任人员。由此,“2016年国务院指导意见”和备忘录把受惩戒主体范围扩大到“失信单位相关责任人员”,不限于“直接责任人员”,打击面其实已经超过刑法和最严的行政处罚制度,使“连坐”制度卷土重来。最高人民法院已意识到这个问题,其2019年12月出台的《关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》第16条规定:“单位是失信被执行人的,人民法院不得将其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人等纳入失信名单。”但这对缓解双惩戒给法人独立人格带来的系统性冲击,只是杯水车薪。

3. 实质合理性层面

从实质合理性角度,双惩戒的问题在于不区分受惩戒主体的责任程度,有违平等原则。所谓平等原则,是指“同等情况同等对待,不同情况不同对待”。^④既有研究聚焦于惩戒措施和失信行为之间是否合比例,却忽略失信主体有责任大小之分。基于平等原则,法律上区分责任是常态。如《刑法》第26~29条规定对共同犯罪中的首要分子、主犯、从犯、胁从犯、教唆犯应予不同刑罚。行政处罚领域也是如此。如《海上海事行政处罚规定》第25条规定:“造成特别重大事故的,对负有全部责任、主要责任的船员吊销适任证书或者其他适任证件,对负有次要责任的船员扣留适任证书或者其他适任证件12个月直至吊销适任证书或者其他适任证件”。“2016年国务院指导意见”也要求“对相关责任人员采取相应的联合惩戒措施”。可见,备忘录不区分受连带个人对单位失信的不同责任,有违平等原则。

(二) 法治化方案

综上,双惩戒陷入三重合法性困境,但现有方案难以应对。首先,既有研究建议通过制定法

① 参见李声高:《失信治理连带责任的法理质辩与规则适用》,《法学杂志》2019年第2期。

② 如《中华人民共和国公司法》第20条规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”

③ 参见刘骁军:《一个单位犯罪、两个犯罪构成——双罚制理论依据新探》,《政治与法律》2001年第3期。

④ 马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2015年版,第53页。

律、行政法规来供给法律依据并不可行,因为立法上确立双惩制会从根本上破坏法人独立人格。其次,既有研究提出区分“失信”与“背德”也于事无补,因为双惩制之弊不在“德法混同”。第三,既有研究强调失信行为和惩戒措施应成比例,但未讨论如何区别对待不同责任的受惩戒主体。对此,本文建议:(1)在形式合法性层面,应严格依照法律、行政法规确定受惩戒主体,除非有明文依据,否则不得在惩戒单位时连带个人。如《关于对电力行业严重违法失信市场主体及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录》规定“依法依规限制失信企业的法定代表人担任有关企业法定代表人、董事、监事、高级管理人员”。根据《公司法》第 146 条,只有当电力企业因失信而被吊销执照、责令关闭,且对此负有个人责任的法定代表人,才在 3 年内不得担任法定代表人、董事、监事或高管人员。唯有满足这些条件,方能依法依规地限制失信电力企业的法定代表人任职。这方面,《关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》第 16 条开了一个好头,可以扩展至其他领域。(2)在整体正当性层面,应限制双惩制背后的“惩戒到人”逻辑,连带惩戒须以个人对单位失信存在主观恶意为前提,以惩戒直接责任人为边界,从而与刑法保持一致,防止过分扩大打击面。(3)在实质合理性层面,应在有主观恶意的直接责任人员内部,进一步区分不同责任,据此适用不同惩戒措施。对此,可参考《刑法》关于首要分子、主犯、从犯的规定,区分连带个人的领导责任、主要责任、次要责任、轻微责任等。

四、受惩戒行为的法治困境及出路

41 部备忘录对受惩戒行为的界定有 3 种方式:一是“单行式界定”,即备忘录不具体规定受惩戒行为,而另行通过规范性文件(比如失信惩戒黑名单管理办法)来列举,包括统计、司法裁判执行、安全生产、税收、交通、农资、金融、海关、电力、劳动、旅游、社会保险、医疗秩序、知识产权、招标投标、不动产交易等 16 个领域。二是“列举式界定”,即备忘录逐项列举受惩戒行为,包括市场竞争、慈善捐赠、婚姻登记、公共资源交易、文化市场、铁路、民航等 7 个领域。三是“概括式界定”,即备忘录本身不明确受惩戒行为,而是授权各级主管部门来认定,包括上市公司、环保、食品药品、质量、财政性资金、盐业、房地产等余下 18 个领域。

(一)合法性困境

概括式界定的 18 份备忘录未列明哪些行为受惩戒,故无法对其合法性作出精确评价。但在这些领域,由于中央层面缺乏明确、统一的标准,各地设定受惩戒行为“政出多门”。比如在严重质量违法惩戒领域,由于中央层面《关于对严重质量违法行为当事人实施联合惩戒的合作备忘录》未明确列举受惩戒行为,《山东省质监局“黑名单”制度管理办法(试行)》规定“拒绝、阻碍质监部门依法履行职责,拒不改正,受到行政处罚的”应受惩戒,《浙江省严重质量失信名单管理办法》则无此规定;反过来,《浙江省严重质量失信名单管理办法》规定“三年内实施同类质量违法行为两次及以上且被行政处罚的”应受惩戒,而《山东省质监局“黑名单”制度管理办法(试行)》却无此规定。这种地域差异会增加市场主体的合规成本,也不符合“发改委、人行指导意见”所要求的“严重失信名单认定实行全国统一标准”。相较而言,单行式、列举式界定的 23 份备忘录列举了受惩戒行为,可得出更明确的合法性评价。

1.形式合法性层面

在 226 项明列的受惩戒行为中,有 214 项属于实定法明文规定的违法行为。例如,通过单行

式界定的《对安全生产领域失信行为开展联合惩戒的实施办法》所列10项受惩戒行为,都属于《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)、《中华人民共和国矿产资源法》《中华人民共和国职业病防治法》《生产安全事故报告和调查处理条例》《安全生产违法行为行政处罚办法》《职业卫生技术服务机构监督管理暂行办法》等规定的违法行为。又如,通过列举式界定的《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》明确的4种受惩戒行为,也都是《中华人民共和国婚姻法》《婚姻登记条例》所确认的违法行为。剩余12项受惩戒行为中,最突出的问题在于惩戒本应承担民事责任的违约行为,如《关于对慈善捐赠领域相关主体实施守信联合激励和失信惩戒的合作备忘录》规定惩戒“在接受慈善组织捐赠中失信,被人民法院依法判定承担责任的捐赠人”。但根据《中华人民共和国慈善法》第41条,捐赠人违反捐赠协议逾期未交付捐赠财产的,当事人可以申请支付令或提起民事诉讼。这本质上是把承诺捐赠视为受法律保护的债权,法院判定违约捐赠人承担的是民事责任。

2. 整体正当性层面

同受惩戒主体一样,备忘录明确规定的受惩戒行为也不存在“德法混同”,其真正危机在于突破现代法治的一项基本特征——私法和公法之别。有学者以部分地方惩戒不文明行为为例,认为失信惩戒导致“法律介入道德”。^①但从央级备忘录规定的受惩戒行为来看,这个问题并不突出。其实,更值得关注的问题是:行政机关以失信惩戒为民事违约责任兜底,抹杀了公法与私法的区别。如前所述,有学者主张“失信”包括“不按照法律规定或合同约定履行义务”。^②《上海市社会信用条例》第30条、《河南省社会信用条例》第32条、《辽宁省公共信用信息管理条例》第28条都规定惩戒违约行为,但这将打破公法与私法的界限。在各种备忘录中,惩戒违约行为最典型的当属最高人民法院牵头制定的《对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》。但根据最高人民法院《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》第1条,只有那些“有履行能力而拒不履行生效法律文书确定义务的”,才会受到惩戒,仅违约但没有拒不履行生效法律文书的,不会引发惩戒。这是因为按照《中华人民共和国民事诉讼法》第111条,拒不履行生效法律裁判属于“妨害司法行为”,已从违约演变成违法,不再是私法问题、由私法救济,而是进入公法领域、受公法调整。惩戒单纯的违约行为,无异于用行政公权力干预私主体之间的民事关系。

3. 实质合理性层面

除统计领域外,备忘录面临的主要挑战在于对受惩戒行为不加区分,违背平等原则。例如,《关于对旅游领域严重失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》规定惩戒“因侵害旅游者合法权益,被人民法院判处刑罚的”和“因扰乱公共交通工具秩序、损坏公共设施、破坏旅游目的地文物古迹、违反旅游目的地社会风俗等行为,受到行政处罚的”两种行为。前者属于犯罪行为,后者为违法行为,对两者同等惩戒不符合平等原则。既有研究批评惩戒措施与失信行为不合比例,未能触及问题根源,因为正是未做到“同过同惩,异过异惩”,才导致不合比例的“轻过重惩,重过轻惩”。因此,平等原则是比例原则的前提,只有首先满足“同等行为,同等惩戒”,才能进一步追求合比例惩戒。

① 参见戴昕:《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》,《中外法学》2019年第6期。

② 罗培新:《遏制公权与保护私益:社会信用立法论略》,《政法论坛》2018年第6期。

（二）法治化方案

综上,备忘录设定受惩戒行为真正的合法性困境,并非既有研究认为的缺乏法律或行政法规依据、“德法混同”或违反比例原则,而是在于:第一,概括式界定的 18 个领域缺乏全国统一标准;第二,单行式、列举式界定的 23 个领域惩戒单纯的违约行为突破公、私法界限;第三,不区别对待不同受惩戒行为,违背平等原则。对此,本文建议:(1)在形式合法性层面,在概括式界定的 18 个领域加快制定失信惩戒黑名单管理办法,树立全国性标准,避免政出多门。(2)在整体正当性层面,把单纯违约排除出受惩戒行为,停止适用备忘录的相关规定,恪守公法与私法界限,避免行政权力不当侵犯私主体自治,确保每一项受惩戒行为都属于实定法明文规定的违法行为。(3)在实质合理性层面,区分不同性质的失信行为,实施分级惩戒。在这方面,统计领域的做法值得推广。例如,《企业统计信用管理办法》区分了信用异常企业、一般失信企业和严重失信企业并实施分类管理,规定《关于对统计领域严重失信企业及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》中的惩戒措施仅适用于严重失信企业,对信用异常企业、一般失信企业仅加强监督检查。

五、惩戒措施的法治困境及出路

抽象谈论惩戒措施意义不大,而应放进“主体一行为一措施”的对应关系中考量。这意味着同一项惩戒措施,适用于不同受惩戒主体和行为时,须重新考量。同时,备忘录列举惩戒措施往往多项合并,如常见的“限制招录(聘)失信人为公务员或事业单位工作人员”就内含两项惩戒措施,要分开讨论。由此,梳理 41 份备忘录,可得 1 705 项惩戒措施。

（一）合法性困境

1. 形式合法性层面

在备忘录规定的 1 705 项惩戒措施中,共有 1 560 项、91% 的惩戒措施具有实定法依据,包括如下 6 种情形:

(1) 执行实定法规范,即实定法规范直接规定惩戒措施。此类措施共 379 项,占惩戒措施总数的 22%。如《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》等多部备忘录规定“限制获得认证证书”,是在执行《认证机构管理办法》第 17 条第 3 项,即认证对象“列入国家信用信息严重失信主体相关名录”的,不得出具认证证书。

(2) 重述实定法规范,即实定法规范虽未直接规定惩戒措施,但后者实际上是对前者的重述。此类措施共 113 项,占惩戒措施总数的 7%。如《关于对安全生产领域失信生产经营单位及有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》规定“对存在失信行为的生产经营单位主要负责人实施市场禁入”,就是在重述《中华人民共和国安全生产法》第 91 条第 3 款(生产经营单位的主要负责人对重大、特别重大生产安全事故负有责任的,终身不得担任本行业生产经营单位的主要负责人)。该备忘录和《对安全生产领域失信行为开展联合惩戒的实施办法》第 3 条将“存在严重违法违规行为,发生重特大生产安全责任事故的生产经营单位的主要负责人”列为惩戒对象。据此,对发生重特大生产安全责任事故的生产经营单位之主要负责人实施市场禁入的惩戒,就是指按照法律的上述规定,终身禁止其担任本行业生产经营单位的主要负责人。

(3) 解释实定法规范,即实定法规范包含无重大违法、违规记录的要件,失信可解释为该要件不成立,导致惩戒。此类措施共 118 项,占惩戒措施总数的 7%。如《关于对失信被执行人实施

联合惩戒的合作备忘录》等多部备忘录规定“将失信企业的失信状况作为参股、收购商业银行审批参考时的审慎性参考依据”,是在解释《中国银监会中资商业银行行政许可事项实施办法》第33条(申请投资设立、参股、收购境内法人金融机构的,应当在最近2年无严重违法违规行为)。据此,若企业近2年的失信行为构成“严重违法违规”,如存在《关于加强涉金融严重失信人名单监督管理工作的通知》规定的“涉及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”,则应受无法获得参股、收购商业银行审批的惩戒。

(4)细化实定法规范,即实定法规范包含诚实守信、信誉、资信、品行、商誉等要求,相对人信用状况是此要求的细化,失信导致惩戒。此类措施共552项,占惩戒措施总数的32%。如《关于对社会保险领域严重失信企业及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录》等多部备忘录规定“限制招录为事业单位工作人员”,是在细化《事业单位公开招聘人员暂行规定》第9条(应聘人员应具有“良好的品行”)。当事人失信意味着不满足此项品格要求,故按照《事业单位公开招聘人员暂行规定》的规定不得被事业单位录用。

(5)兜底实定法规范,即实定法规范包含授权行政机关形成规则的兜底条款,行政机关行使该授权,把信用状况作为要件,失信导致惩戒。此类措施共190项,占惩戒措施总数的11%。如《关于对财政性资金管理使用领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》等多部备忘录规定“从严审核失信主体在银行间市场发行债券”。《全国银行间债券市场金融债券发行管理办法》第7条第7项要求发行银行间市场债券应具备“中国人民银行要求的其他条件”。中国人民银行参与签署的备忘录规定“从严审核失信主体在银行间市场发行债券”,正是基于上述规定的授权,将无失信记录作为发行银行间市场债券的“其他条件”。据此,失信主体不满足该条件,相关申请无法获得审批。

(6)填充实定法规范,即特定行政活动缺乏统一、明确的实定法规范,尤其是禁止性规定,行政机关以失信惩戒来填充。此类措施共208项,占惩戒措施总数的12%。如《关于对知识产权(专利)领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》等多部备忘录都规定根据相对人信用状况来“加强日常监管检查”或“限制补贴性资金和社会保障资金支持”。由于我国至今未在行政监管、行政给付等领域制定统一的法律,行政机关把相对人信用状况作为行政监管、行政给付决定的考量因素,失信将导致加强监管、限制给付等后果。

以上分析表明,尽管目前尚无失信惩戒的专门法律或行政法规,但作为惩戒措施的载体,备忘录很大程度上“只是在法律法规框架内的梳理与链接”。^①从性质上讲,备忘录只是一种规章以下的规范性文件,但从功能上讲,备忘录本质上更类似一种“用户界面”(user interface),因为一旦“穿透”备忘录,就能发现其所承载的1705项惩戒措施,91%都有实定法依据,是对实定法规范的执行、重述、解释、细化、兜底或填充。换言之,备忘录本意在于把背后分散、复杂的实定法以统一、简明的方式表达出来。既有研究仅以备忘录的形式来批评设定失信惩戒的规范位阶过低,其实未能“透过现象看本质”。但也不容忽视,145项、占总数9%的惩戒措施的确缺乏实定法依据,使备忘录有了创设性效果。其中最突出的问题在于违法增设行政许可,具体包括3种情

^① 这里的分析和梳理必然是法解释学作业的结果,也就意味着有不同解释的存在空间。但这样解释并非简单地“为现实背书”,而是试图逐条寻找各项惩戒措施的实定法依据,从而为其在实定法框架内“安家”和“定型”,划定其合法性边界。较之于全盘否定或肯定惩戒措施的合法性,这种进路尝试在激进和保守之间取中道而行。

形:(1)无实定法依据增设行政许可。如多部备忘录规定“限制发起设立创业投资公司”。但根据《创业投资企业管理暂行办法》第 3、9 条,国家对创业投资企业实行备案管理,不设行政许可,且备案条件不包括信用状况。(2)无实定法依据增设行政许可条件。如几乎所有备忘录都规定“依法限制取得政府供应土地”。然而,根据《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》第 11 条,“自然人、法人和其他组织,除法律、法规另有规定外,均可申请参加国有建设用地使用权招标投标挂牌出让活动”。目前并无法律、行政法规将信用状况作为取得政府供应土地的条件。^① (3)备忘录设定行政许可条件有规章依据,但规章违反上位法。如《关于对统计领域严重失信企业及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》等多部备忘录规定对失信主体“依法限制申请认证机构资质”,看似是在落实《认证机构管理办法》第 29 条,实则是在《认证认可条例》第 10 条所设定的许可条件上增设许可条件,因为该条例未把申请人信用状况作为取得认证机构资质的条件。

2. 整体正当性层面

同受惩戒主体、行为一样,备忘录设定惩戒措施也没有导致“德法混同”。即便是细化实定法规范的惩戒措施,也已完成“以德入法”,不属于国家法律介入日常道德和伦理生活领域。真正的危机在于备忘录赋予行政机关适用惩戒措施巨大的裁量空间,从而削弱了现代法治的一项重要要求——行政裁量权的法律约束。无论是英美法系强调“广泛的自由裁量不容于法治”,^②还是大陆法系从“裁量二元论”向“裁量一元论”之嬗变,^③行政裁量应受法律约束已成为一项法治共识。我国 21 世纪初掀起的“裁量基准运动”正是这一共识的本土实践。但与此背道而驰的是,行政机关实施失信惩戒获得了前所未有的巨大裁量空间。一方面,对于执行、重述或解释实定法规范的惩戒措施,由于备忘录未详细、精确地说明某项惩戒措施按照实定法依据到底适用于哪类受惩戒主体、何种受惩戒行为,而是笼统地规定全部惩戒措施适用于全体受惩戒主体和行为,行政机关惩戒时就可以轻易逾越实定法依据。例如,《关于对安全生产领域失信生产经营单位及有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》规定“对存在失信行为的生产经营单位主要责任人实施市场禁入”。按照《安全生产法》第 91 条第 3 款,只有那些发生重特大生产安全责任事故的生产经营单位之主要负责人才应受到市场禁入的惩戒。然而,由于该备忘录和《对安全生产领域失信行为开展联合惩戒的实施办法》把“发生较大及以上生产安全责任事故的生产经营单位及其主要负责人”也纳入惩戒范围,行政机关在实施上述惩戒措施时,就可以突破《安全生产法》第 91 条第 3 款,对发生较大而非重、特大生产安全事故的生产经营单位主要负责人实行市场禁入。另一方面,对于细化、兜底或填充实定法规范的惩戒措施,由于实定法依据本身缺乏明晰、硬性的要求,行政机关适用惩戒措施基本不受限制。如在行政监管领域,对所有失信主体不加区别地适用加强监管的惩戒措施,既不符合平等原则,也会纵容行政监管的恣意。

2. 实质合理性层面

惩戒措施的实质合理性也面临挑战,但并非既有研究认为的违反不当联结禁止原则,而是背

① 有此问题的惩戒措施数量非常多,包括 3 类:第一,自然资源使用许可,如“限制出让探矿权、采矿权”“限制使用国有林地”“限制国有草原占地审批”等;第二,行业市场准入许可,如“依法限制申请设立保安服务公司”“依法限制从事食品行业”“限制从事药品行业”等;第三,生产经营活动许可,如“依法限制取得生产许可”“限制取得施工许可”“限制取得房地产项目开发规划选址许可”等。

② A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Liberty Fund, 1982, p. 120.

③ 参见王天华:《从裁量二元论到裁量一元论》,《行政法学研究》2006 年第 1 期。

离禁止重复评价原则。不当联结禁止原则(kopplungsverbot)最早是德国法对于附款行政行为和公法上双务合同的要求,要求行政机关在为给付行为时,不得让相对人承担与该行为目的不相当之负担,以防行政机关以应执行之本职作为讨价还价的筹码。^①该原则后扩大为要求行政手段与行政目的之间必须有“事理上的关联”。^②既有研究以此来诟病失信惩戒跨行业、跨领域、跨部门,因为一处失信行为会在多处受惩戒。如有学者就批评:“某公司的机动车辆存在多次违章行为,交管部门可在办理交通类事项时予以必要的限制,但若该公司申请股票上市,则有关部门不应以其车辆曾交通违章为由拒绝其申请”,否则违反不当联结禁止原则。^③然而,这种观点没有注意到,“一处失信,处处受限”可能是因为一个失信行为违反了多个实定法规范。例如,某道路运输企业1年内违法超限运输的货运车辆超过本单位货运车辆总数10%,根据《交通运输部办公厅关于界定严重违法失信超限超载运输行为和相关责任主体有关事项的通知》第1条,属于严重违法失信主体,应受惩戒。按照《关于对严重违法失信超限超载运输车辆相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》,该企业应受的惩戒包括“依法采取取消交通运输领域相关经营资质或限制性经营等措施”,其实定法依据在于《公路安全保护条例》第66条(有上述情形的企业由道路运输管理机构责令停业整顿;情节严重的,吊销其道路运输经营许可证)。除了在道路交通领域受惩戒外,该企业也要面临申请股票上市被拒的惩戒,其实定法根据是2014年修订的《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第13条第3项(公司公开发行新股,最近3年应无“重大违法行为”)。《首次公开发行股票并上市管理办法》第25条第2项把“重大违法行为”界定为“违反工商、税收、土地、环保、海关以及其他法律、行政法规,受到行政处罚,且情节严重”。这意味着该公司机动车辆超限超载运输的违法行为虽发生在交通领域,但由于触犯了交通以及其他领域的多项实定法规范,应在多个领域受多个部门惩戒。诚然,这些领域之间并无关联,但只要各领域惩戒与该领域立法目的之间有“事理上的关联”,比如处罚违法超限运输的企业是为了实现《公路安全保护条例》“保障公路完好、安全和畅通”之目的,而拒绝因违法超限运输而受处罚的企业申请股票上市旨在促进《证券法》“维护社会经济秩序和社会公共利益”之目的,那么跨领域惩戒就不违反不当联结禁止原则。该原则并不要求失信行为和惩戒措施必须属于同一领域。^④

跨领域惩戒真正的实质合理性挑战是违背禁止重复评价原则。该原则又称“禁止双重评价原则”,是指“一个不法行为只受一次否定评价”,^⑤诉讼法上表现为“一事不再理”,刑法上表现为“想象竞合犯”,行政法上表现为“一事不再罚”。之所以禁止重复评价,是因为对一个违法行为不断给予否定性评价,将导致相对人丧失对正常生活的可预测性,也会造成过重的惩罚后果,有违法的安定性原则和比例原则。^⑥据此,我国刑法学通说认为想象竞合犯应“择一重处罚”,即“无

① 参见胡建森主编:《论公法原则》,浙江大学出版社2005年版,第453~454页。

② 参见李建良:《行政法上不当联结禁止原则》,《月旦法学杂志》2002年第3期;王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,《中国法学》2017年第4期。

③ 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》,《中州学刊》2019年第5期。

④ 本文并不笼统地认为任何跨行业、跨领域、跨部门的惩戒都是基于一个行为触犯多处实定法规范而引起,若无实定法依据,惩戒不能随意跨界。比如媒体报道的因拒服兵役而被多部门联合惩戒的现象,就需要考察每一项惩戒是否具备实定法依据。

⑤ 陈兴良:《禁止重复评价研究》,《法治论丛》1993年第6期。

⑥ 参见朱新力:《论一事不再罚原则》,《法学》2001年第11期。

须实施数罪并罚，而应按照其犯罪行为所触犯的数罪中最重的犯罪论处”。^① 我国行政法学通说也倾向于“择一重处”，但限于同种类处罚，因为若多个规范对同一违法行为规定的处罚种类不同，不同处罚指向不同行政目的，如罚款旨在经济制裁，公开警告追求声誉减等，吊销执照则意图预防危害，相互之间无法完全替代，因此不同种类的处罚可以并处，同种类处罚则应择一重处断。^② 照此类推，对违反多个领域实定法规范的同一行为适用各领域多项惩戒措施，即便每一项惩戒措施单独都有实定法依据，但由于未择一重处断，也违反禁止重复评价原则。

（二）法治化方案

上述分析表明，除极少数违法增设行政许可的情形以外，中央级备忘录设定惩戒措施只是在法律法规框架内的梳理与链接，并无创设性效果。既有研究提议通过制定法律、行政法规来为惩戒措施提供实定法依据，不仅必要性不大，反而有使惩戒措施脱离本来的实定法依据之风险——假设未来的信用立法笼统地规定“对存在失信行为的生产经营单位主要责任人实施市场禁入”，那么就将放弃如《安全生产法》第 91 条第 3 款对安全生产领域的主管行政机关适用该惩戒所施加的限制，让面临市场禁入的主体从原来的“重特大生产安全责任事故的生产经营单位之主要负责人”，扩张到“较大及以上生产安全责任事故的生产经营单位之主要负责人”甚至更广范围。而惩戒措施的整体正当性危机也不是“德法混同”，其实质合理性挑战亦非违反不当联结禁止原则，而是削弱行政裁量的法律约束和违背禁止重复评价原则——区分“失信”与“背德”也好，要求失信行为和惩戒措施同属一个领域也罢，恐怕都有失偏颇。对此，本文建议：

1. 在形式合法性层面，应严格依法适用惩戒措施。一方面，应立即停止适用违法增设行政许可的惩戒措施。另一方面，对那些有实定法依据的惩戒措施，应在备忘录中明确适用要件，确保依法适用。如前所述，备忘录设定惩戒措施很大程度上是对实定法规范的执行、重述、解释、细化、兜底或填充。对于实定法依据本身要求较为明确的执行、重述和解释类惩戒措施，建议修改、完善现有备忘录，不再粗疏地规定全部惩戒措施适用于全体受惩戒主体和行为，而要具体说明各项措施到底是以哪一条实定法规范为依据，并精确界定其依法究竟适用于哪类受惩戒主体、何种受惩戒行为。如此方能让备忘录真正成为依法惩戒的操作指南。若违反实定法依据适用惩戒措施，则受惩戒人有权获得法律救济。^③

2. 在整体正当性层面，对于实定法依据本身缺乏明晰、硬性要求的细化、兜底和填充类惩戒措施，应限缩行政机关适用的自由裁量空间。比如细化类的惩戒措施可激活实定法规范中“信誉”“品行”“商誉”等“以德入法”的要求，但这些要求宽泛、模糊，适用时应避免无限拔高，谨防“道德洁癖”。如多部备忘录规定对失信人“限制招录为事业单位工作人员”，是在细化《事业单位公开招聘人员暂行规定》第 9 条要求应聘人员具有“良好的品行”，但不得随意适用，否则会使公民动辄得咎，因轻微行为瑕疵而丧失工作机会。同理，适用填充类惩戒措施也应受约束。以行政监管为例，2015 年《国务院办公厅关于推广随机抽查规范事中事后监管的通知》要求“对有严重违法违规记录等情况的市场主体，要加大随机抽查力度”以及“在随机抽查工作中，要根据市场主体

① 高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 331 页。

② 参见应松年、刘莘主编：《行政处罚法理论与实务》，中国社会科学出版社 1996 年版，第 34～35 页；黄先雄、张少波：《“想象竞合”情形下一事不再罚原则的适用机制》，《中南大学学报》（社会科学版）2020 年第 2 期。

③ 参见彭鐔：《失信联合惩戒行政诉讼救济困境及出路》，《东方法学》2021 年第 3 期。

的信用情况,采取针对性强的监督检查方式”。据此,行政机关对失信主体适用加强监管的惩戒措施时,既要严守随机抽取检查对象的要求,也应根据失信程度分级加强监管。这方面《出入境检验检疫流程管理规定》值得借鉴,其第 17、19 条要求国家质检总局根据企业信用水平按照“双随机”方式实施抽批检查,对检验检疫信用 C 级及以下的收发货人或报检人,经风险评估可以逐步提升抽批比例,最高至 100%。

3.在实质合理性层面,应遵循禁止重复评价原则,实行“一事不再惩”。具体可参照行政处罚不同种类并处、同种类择一重处的做法,规定不同类惩戒同时适用、同类惩戒择一重适用。如此既能保证“一处失信,处处受限”,也可避免重复评价。实际操作中,需要解决惩戒种类划分、同类惩戒轻重比较和多个主管行政机关协调管辖等问题。参照行政处罚的理论分类,可将惩戒措施初步分为荣誉惩戒、声誉惩戒、财产惩戒、行为惩戒和资格惩戒。^①其中,荣誉惩戒包括“禁止参评荣誉称号”“撤销已获得的荣誉称号”等;声誉惩戒包括“公布失信信息”等;财产惩戒包括“限制政府补贴性资金支持社会保障资金支持”“核减、停止拨付或收回政府补贴资金”“限制享受优惠性政策”等;行为惩戒包括“限制高消费”“责令限期改正或停止失信行为”“提高日常监督检查频次”等;资格惩戒包括资格否定、资格取消、资格降级、从业禁止、市场禁入等。这 5 类惩戒措施目的各有不同,可并行适用。在各类惩戒内部,则须择一重处断,轻重比较关系可按如下规则确定:持续性惩戒重于临时性惩戒、否定性惩戒重于减等性惩戒、不限行业惩戒重于限定行业惩戒。同时,当多个行政机关都有权惩戒同一失信主体时,为实现管辖协调,应保证同类惩戒择一重处断。这方面可参考我国台湾地区“行政罚法”第 31 条设立的通知协商确定管辖权机制。据此,一个行政机关准备实施某类惩戒前,应通知有权实施同类惩戒的其他机关,协商确定由有权实施最重惩戒的行政机关作出惩戒决定。在我国着力推进信用信息“一口采集、充分共享”的大背景下,这一机制的运行成本将持续降低。

六、结 语

现行失信惩戒制度的形式合法性、整体正当性和实质合理性均存在严重问题,唯有准确判断症结,方能提供有针对性的解决方案。现行 41 份中央级备忘录列举的应受惩戒的失信行为,绝大多数都是实定法明文规定的违法行为,“失信”与“违法”高度重合。这表明现行失信惩戒制度所指既非市场信用(credit)的降低,也非道德信誉(trustworthiness)的减损,而是实定法规范的违反(non-compliance)。同时,备忘录所包含的惩戒措施大部分也都能在实定法上找到依据,“惩戒”与“执法”高度重合。可见,现行失信惩戒制度的本意在于建立一种法律实施的强化机制。在此视角下,现行失信惩戒制度合法性困境的根源在于强化机制和强化对象之间发生背离,致使本欲促进守法的治理创新沦为“法外之法”。本文提出的法治化方案,旨在纠偏这种背离,让失信惩戒制度最大程度地贴合其所强化的实定法体系。当下加快推进的社会信用立法,不能只是给现有备忘录背书的“授权法”,而应成为保障依法惩戒的“限权法”。

责任编辑 谭冰霖

^① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第 7 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2019 年版,第 264~267 页。惩戒措施不涉及对人身自由的剥夺,故不存在人身/自由惩戒。