

社会信用体系建设的法治之道

沈 岿*

内容提要 当前的社会信用体系建设意在全方位覆盖“政府-市场-社会-司法”领域,其名义上是为提高诚信,实际兼具加强法律实施之意。在政府主导的公私联合动力之下,形成多领域、多层次主体制作大量信用规范的格局,且以“一处失信,处处受限”为政策导向。作为一种制度信用的社会信用体系建设,有其产生功效的积极意义,但也存在有效性边界。更重要的是,以失信惩戒为核心机制之一的社会信用体系建设,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、公平原则等法治原则的现象较多存在,从而造成该工程的合法性危机。为此,有必要对社会信用体系建设重新进行政策定位,合理规范失信惩戒的设定权,要求社会信用规范的制定符合法的一般原则,并确保社会信用规范制定或实施的审查与救济的可得性。由于同社会信用体系建设并行的、正在建设中的法治国本身并不成熟、完善,故声势浩大、错综复杂的社会信用体系建设的规范化将是一个艰难的历程。

关键词 社会信用 失信 联合惩戒

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.05.002

引 言

自国务院于2014年发布《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》(以下简称“《信用建设纲要》”)以来,21世纪初开始萌芽并在各地探索的社会信用体系建设,以前所未有的速度,在全国更大范围内、更加普遍地展开。媒体对此的关注程度,也随之出现井喷式提升。

面对如此声势浩大的社会工程(social engineering),国内学界至少有四种立场。一是完全肯定,认为其有助于解决中国普遍存在的诚信、信用危机,尽管在此过程中有不

* 北京大学法学院教授,博士生导师。本文系教育部人文社科重点研究基地项目“规制改革与政务公开研究”(项目批准号:17JJD820002)的阶段性成果。

少问题需要应对与解决。^① 该阵营中甚至有学者对社会信用体系建设给予极高评价。^② 二是基本否定,认为当下的社会信用体系建设有征信扩大化、变身道德档案的危险,而当征信系统实际成为政府控制社会的手段时,其与征信、信用的本义相去甚远。^③ 三是离开价值判断,较为中立地对社会信用体系建设的真实目的、行动策略、背后动力,特别是其具有的改革政府和法律的潜在可能性进行分析和揭示。^④ 四是以社会信用体系建设的实际功效为依据基本肯定它的积极作用,但强调必须以法治约束之,或者通过保护个人权利的社会信用立法予以规制,^⑤或者将其置于依法行政原则、比例原则、不当联结禁止原则、正当法律程序原则等公法原则的约束下。^⑥

这些立场展示不同视角、观点以及争论,有助于比较全面地认识和评判当前的社会信用体系建设。然而,一个复杂社会工程是否具有可欲性、可接受性,很难笼统地给出肯定或否定答案,尤其是当该工程在显现一定预期功效同时伴随巨大问题和挑战的时候。笔者试图提出并论证这样一个观点:当下的社会信用体系建设作为一种制度信用,确实有其积极意义,但也存在有效性边界,更是存在致命的合法性问题,应当严肃和认真地直面与应对之,真正按依法治国原则对其加以形塑,改变其设计的初衷和目前的运行模式,从而在合法性保障基础上发挥其适度效用。

为展开论证,本文第一部分将首先对社会信用体系建设勾勒出一幅图画,揭示该工程的基本面相,作为后文渐次展开论述的基础。而后,本文第二部分会指出,社会信用体系作为一种制度信用,有着更加适应现代社会的功效,但也存在必然的边界和局限。之前论者较少论及其有效的原因,更少指出事实有效的限度。第三部分意在阐明,作为社会信用体系建设核心机制之一的失信惩戒制度,有许多做法违背法治国的基本原则,存在重大的合法性危机。第四部分希冀在第二、第三部分的分析基础上,为社会信用体系建设找准定位,为其提供合法化的方案,让其在法治框架内完成一定的治理效果。最后,本文在结语部分指出,有着“伟大抱负”的社会信用体系建设已经在路上,在一片喧嚣、嘈杂和无序之中,趟出一条既规范又有效的大道,将是非常艰难的,因为它考验着正在同步前行、且并未更加成熟多少的依法治国建设。

① 参见翟学伟主编《中国社会信用:理论、实证与对策研究》,中国社会科学出版社2017年版;陈文玲《透视中国——中国社会信用体系与文化报告》,中国经济出版社2016年版。

② “社会信用体系建设是当代中国完善国家治理体系的伟大实践,是史无前例的信用经济社会管理模式变革,在缺乏理论指导和经验借鉴的背景下,中国人民正在勇敢地进行实践探索。”关建中《中国信用体系建设蓝图》,中国金融出版社2016年版,第1页。

③ 参见傅蔚冈《“征信”扩大化,或变身“道德档案”》,载《华夏时报》2016年4月15日第6版。

④ See Xin Dai, Toward a Reputation State: The Social Credit System Project of China (June 10, 2018), at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3193577> (Last visited on July 28, 2019).

⑤ 参见罗培新《善治须用良法:社会信用立法论略》,载《法学》2016年第12期。

⑥ 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;胡建森《谁有权设立“黑名单”?》,载《紫光阁》2015年第11期;胡建森《对现实中三种管理事例的法治思考》,载《行政管理改革》2015年第12期。

一、社会信用体系建设基本面相

社会信用体系建设是一个事实的存在,但每个观察者视角、关切点不同,应该有不同的绘图。笔者以为,该工程有以下基本面相是值得关注的。

(一)“政府-市场-社会-司法”全方位覆盖

“社会信用体系建设”这个概念中的所谓“社会信用”是一个含义极为宽泛的范畴。根据《信用建设纲要》,社会信用体系建设覆盖政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信四个重点领域。其中,政务诚信建设主要指向政府,不包括其他政务机关(如人民代表大会、政协或政党机关),其核心要求是政府依法行政、发挥诚信建设示范作用。商务诚信建设基本对重要市场领域和要素无所不包,涉及生产、流通、金融、税务、工程建设、政府采购、招标投标、交通运输、电子商务、统计、中介服务、会展广告、企业等。社会诚信建设指向医药卫生、计划生育、社会保障、劳动用工、教育科研、文化体育旅游、知识产权、环境保护、能源节约、社会组织、自然人信用、互联网应用及服务。司法公信建设则对法院、检察院、公共安全领域、司法行政系统、司法执法和从业人员提出要求。

如此庞大的社会信用体系建设,的确超越了“征信”或“信用”在西方和我国早先的意涵。最初,“征信主要是为了解决商业(金融)交易中由于交易双方的信息不对称而带来的信用风险”^⑦。在英语世界中,关于征信或信用(credit)的研究“比较偏重经济领域和金融领域”,而很少使用“社会信用”(social credit)一词。^⑧在我国,即便“社会信用”一词,在其最早出现于中央政府文件时也是指涉经济领域。^⑨但是,若因此而以社会信用体系建设远超“征信”或“信用”本义的立场对待之,^⑩有可能会形成一种简单排斥,而失去深入观察、理解、分析和评判的机会和能力,也很容易被视作食洋不化。^⑪因此,将当前的社会信用体系建设视为世界上独一无二的,本质上是在几乎任何人、任何事上使用声誉机制(reputation mechanism)的一个工程,^⑫在此基础上对其进行解剖和诊断,是较为客观的、去前见的可取立场。

(二)名为提高诚信,实兼加强法律实施之意

《信用建设纲要》明确社会信用体系建设的“目的是提高全社会的诚信意识和信用水平”,似乎旨在发起一个道德建设的工程。其实,根据《信用建设纲要》的内容和社会信用体系建设实例,在看似道德工程的表面背后,实际上是执政者在宣告道德规范重要

^⑦ 刘新海《征信与大数据:移动互联网时代如何重塑“信用体系”》,中信出版集团2016年版,“绪论”第XIV页。

^⑧ 参见前引①,翟学伟主编书,第7页。

^⑨ 参见《国务院关于在全国范围内开展清理“三角债”工作的通知》(国发〔1990〕19号,1990年3月26日发布)。

^⑩ 参见前引③,傅蔚冈文。

^⑪ “中国信用问题的复杂性在于,如果我们简单套用西方的概念和分析框架,就意味着要把一个整体性、混合性、连续性的概念打散,只能局部地、细致地、互不干扰地进行研究。”前引①,翟学伟主编书,第56页。

^⑫ See Xin Dai, *supra* note 4, p. 3.

性的同时,更希望借此加强法律的实施。

首先,《信用建设纲要》多处内容显示其将“违法”与“失信”等同或联结的理念。例如,“建立税收违法黑名单制度”、将工程建设的“违法分包”列入失信责任追究范围、“将各类交通运输违法行为列入失信记录”、建立会展广告领域“违法违规单位信息披露制度”、在劳动用工领域“打击各种黑中介、黑用工等违法失信行为”“将公民交通安全违法情况纳入诚信档案”等等。尽管欺诈、弄虚作假、以次充好、逃废银行债务等,的确可以认为有失诚信,但是,“失信”与“违法”毕竟是两个不同概念。前者偏于不诚实、言行不一、违反自己的承诺;后者偏于违反国家制定的规则。将以上示例中的有些违法行为,如交通违法,作为“失信”来对待,既难以同公众关于诚信的一般认识相符,也反映出社会信用体系建设其实是有意解决普遍存在的违法违规行为得不到有力追究或屡禁不止的问题。

其次,无论是在《信用建设纲要》颁布之前还是之后,社会信用体系建设的实践也都至少把通过社会信用体系加大对违法违规行为的惩戒力度、以期减少此类行为作为重要目标之一。例如,在2010年1月开始实施的江苏《睢宁县大众信用管理试行办法》中,凡是违反法律和道德的行为都被看作是失信行为,该办法“希望通过对个人行为的控制来解决以往法律、道德治理效果欠佳的社会问题”。^⑬而根据2018年1月1日实施的《重庆市用人单位劳动保障违法行为失信惩戒办法》(渝人社发〔2017〕236号),凡是“用人单位违反劳动保障法律法规以及规章的”行为,都将予以失信惩戒。此类规定不胜枚举。

(三) 政府主导的公私联合动力

《信用建设纲要》把“政府推动,社会共建”作为社会信用体系建设的首要原则。政府的作用在于“组织、引导、推动和示范”,负责制定规划、健全法规和标准、培育和监管信用服务市场以及鼓励和调动社会力量。因此,社会信用体系建设并不像个人征信的早期发迹史那样,无论在中国还是世界其他国家,是在市场中基于商事主体对信用的需求自发组织进行。^⑭政府和公权力在本系统内自上而下、在系统外由国家至民间的推动,是社会信用体系建设的第一动力。

当然,如此巨大而复杂的系统工程,即便政府主导,也不可能由其全面承担建设者和操作者的角色。于是,“鼓励和调动社会力量”就成为必需。从法学的角度视之,政府并未提出强制要求,市场和社会主体可根据其意志决定是否积极参与。不过,在中国颇具特色的“政府-市场(有相当数量的国有企业)-社会(有相当数量的从属、挂靠国家机关的社会组织)”结构中,“规范意义上的鼓励”很容易转变为“事实意义上的要求”,意

^⑬ 参见前引①,翟学伟主编书,第301页。

^⑭ 参见陈新年《信用论》,经济科学出版社2017年版,第20-21页;前引⑦,刘新海书,第5-426页。

志自由空间并不如想象中那么大。这可以从一些信用体系建设文件中窥知。^⑮

此外 私人企业——尤其是在信息和通讯技术领域的商业巨头——也有巨大的商业利益考虑,促使其与政府在信用体系建设上进行深度合作。企业可以为政府提供技术支持,获得政府购买服务或者补贴,以改变政府尤其是地方政府为达到信用体系建设要求而必须提升的技术水平,同时可以游说政府继续支持信息通讯技术企业作为经济可持续发展的支柱。^⑯

(四) 多领域、多层次主体制作信用规范

社会信用体系的运行离不开对信用信息的收集和使用提出指引或要求的各类规范(以下统称“信用规范”)。与前述三个基本面相具有贯通性的,信用规范的制作主体呈现出多领域、多层次的特征。就国家、市场和社会的划分来看,信用规范的制作主体不限于国家权力系统中的政府和司法,还包括市场主体和社会组织,尤其是政府在推行社会信用体系方面需要借助的市场力量,^⑰或者市场力量本身需要信用体系建设增强其公信力的,^⑱以及在中国有着特殊政府背景的社会组织。^⑲就政府管理的横向维度而言,信用规范的制作主体几乎横跨政府各部门,这些部门分别管理着市场和社会的诸多领域。甚至,军队系统的非立法部门也是信用规范的制定者。^⑳就政府管理的纵向维度而言,从国务院及其部门,到省、市乃至区县各级政府及其职能部门,都在制定相应的信用规范。^㉑

(五) “一处失信 处处受限”

“一处失信 处处受限”的字面含义是非常明显的,意味着失信人在一处出现失信行为,就会处处受到限制。至于什么是“失信”,“处处”的范围有多大,以及受到什么样的限制,这句话没有明确所指。显然,它并不是具有确定意涵的法律原则,最早提出时应该只是一种修辞,是对社会信用体系建设一个重要政策或目标的形象说法。可是,它目

⑮ 例如,与上海证券交易所、深圳证券交易所具有相同法律地位的全国中小企业股份转让系统有限责任公司,于2016年12月30日发布《关于对失信主体实施联合惩戒措施的监管问答》(股转系统公告(2016)94号),目的就是为了“落实《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》(国发〔2016〕33号)对重点领域和严重失信行为实施联合惩戒的要求”。国家发展改革委、人民银行、商务部等联合签署的《关于对家政服务领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》,签署者包括“全国总工会、共青团中央、全国妇联、铁路总公司”。

⑯ See Xin Dai, *supra* note 4, pp. 50-51.

⑰ 例如,《国家发展改革委、中央文明办、最高人民法院、财政部、人力资源社会保障部、税务总局、证监会、中国铁路总公司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》(发改财金〔2018〕384号)的制作者之一是铁路总公司,该意见要求各铁路运输企业加入联合惩戒体系。

⑱ 例如,阿里巴巴、腾讯、百度糯米、滴滴出行等八家互联网公司联合签署《反“炒信”信息共享协议书》,旨在对付利用各种途径和手法进行涉嫌虚假交易、炒作信用等行为。参见金磊《发改委牵头建立反“炒信”联盟,将建立黑名单制度》载《现代物流报》2016年10月28日第A01版。

⑲ 自2015年开始至2019年1月,全国总工会参与签署的失信惩戒合作备忘录有19份,共青团中央参与的有18份,全国妇联参与的有15份,全国工商联参与的有6份,中国科协参与的有3份,贸促会参与的有2份。

⑳ 例如,中央军委政治工作部、中央军委训练管理部和中央军委国防动员部制定《解决入伍新兵拒服兵役问题暂行办法》(国动〔2018〕238号文件)。

㉑ 特别需要提及的是依据《立法法》没有立法权的区县级政府和地方政府职能部门。如上海市松江区人民政府制定《松江区关于守信受益失信惩戒的若干意见》(沪松府〔2011〕79号)。

前在中央和地方、在国家机关(政府和司法)和社会组织的失信惩戒规范中广泛而频频地出现。^② 由于它被不断地提及,成了几乎所有关于社会信用体系建设的叙事都无法绕开的关键词句,俨然就有成为一项重要原则或重要指令的架势。社会信用体系建设,特别是其不可或缺的失信联合惩戒制度,就似乎既找到了行动的方向和目标,又获得了正当性的依据和凭仗。

二、制度信用的意义和边界

以上是尽可能从事实维度对当前的社会信用体系建设进行一番勾勒,以展示本文所研究的对象究竟是怎样的。虽然难免挂一漏万,但对事实八九不离十的观察和叙述,可为下文的评价奠定基础。评价分为两个层次:一是本部分所涉对社会信用体系建设的有效性评价;二是本文第三部分所聚焦的合法性或正当性评价。社会信用体系建设是一个有着巨大抱负的社会工程,对其有效性进行评价有着相当难度。本部分的努力是从区分人格信用和制度信用开始,根据制度信用的特点、优势和局限,结合社会信用体系已经显露出来的实效端倪,分析其有效空间及其限度。

(一) 人格信用和制度信用

信用,无论对其采狭义的理解,即“建立在授信人对受信人偿付承诺的信任的基础上,使受信人不用立即付款就可获得商品、服务或货币的能力”,还是取广义的认识,即“参与经济和社会活动的当事人之间所建立起来的一种信任关系”,^③自古以来就已有之。以信任的来源或依靠为标准,信用可分为人格信用和制度信用。前者以特殊的血缘、亲缘、地缘等为基础,主要依靠相互之间的了解或通过各自信任的亲友而建立,“是一种人格化的信用”,其调节和保证凭仗的是情感和道德。后者虽然也离不开对信用主体人品、道德能力的看重,但更多以契约、法律规则等为基础,依赖契约、法律规则等的约束力和担保作用,即便彼此并不了解也没有亲友媒介,也可建立信用关系。^④

人格信用的文学形象可以鲁迅笔下广为人知的孔乙己为例。孔乙己虽然穷酸、潦倒,且出于生计“免不了偶然做些偷窃的事。但他在我们店里,品行却比别人都好,就是从不拖欠;虽然间或没有现钱,暂时记在粉板上,但不出一月,定然还清,从粉板上拭去了孔乙己的名字”^⑤。正因为如此,虽然孔乙己最后一次去喝酒时,仍然欠着酒店十九文钱,但酒店掌柜还是在他愿意出四文现钱的情况下,卖给了他最后一碗酒。涉及制度信用而又耳熟能详的例子就是银行信用卡。持卡人即便与商品、服务的供应者素不相识,供应者无法了解和识别持卡人的人格品行,但因为信用卡制度,供应者可以放心地让持

^② 2019年7月29日在“北大法宝·法律法规数据库”中进行全文含关键词“一处失信,处处受限”的搜索,中央层面的规范文件有56件,地方层面的规范文件有621件。同年1月22日的搜索结果分别是51件、475件,可见半年期间的增长。

^③ 参见前引①,陈新年书,第2页。

^④ 参见刘肖原等《我国社会信用体系建设问题研究》,知识产权出版社2016年版,第28页。

^⑤ 鲁迅《孔乙己》载《鲁迅选集》(第1卷),人民文学出版社1983年版,第22-23页。

卡人在履行刷卡手续而不是现金支付后即可享受商品或服务。

当前的社会信用体系建设实际就是在制度信用上的努力。其最受人关注、似乎也最被认为有效的失信惩戒机制,以及前述的“一处失信,处处受限”之政策,与中国古代的“黥刑”“刺字”有相似之处。黥刑也可以理解为一种制度信用,其最早的时候就有将受刑之人与常人区隔的功能,是“惩罚异族或罪人使之为奴的常用刑罚,以黥额为标记,人不为伍,以是弃之”^{②6}。它的目的,“除以肉刑惩罚之外,还要从体貌特征上将这些人守守法良善相区别,‘本以示辱,且使人望而识之耳’”。在社会管理上,“刺字就是随身的枷锁,面部黥刺之人若出现于市井乡村,通常都会受到检查”^{②7}。除了区别对待、受到更多限制以外,它自产生起还有耻辱刑的特点,“画像以愧其心”起到令罪犯羞耻的作用。^{②8}

(二) 制度信用的意义

将社会信用体系建设定位于制度信用,有助于认知其可能有的功效。可以在理论上对制度信用与人格信用做一对比,以理解它们之间的不同(如表1所示)。

表1 人格信用与制度信用的比较

	人格信用	制度信用
形成	熟人生成	陌生人收集和生成
传播	通过口耳相传	通过易于识别和传播的载体 ^{②9}
影响范围	影响范围小,更多在熟人世界	影响范围广,陌生人世界可用
品行判断	对品行有相对更完整判断	缺少对品行的完整判断
信用重塑	信用重塑机会多、难度较小	信用重塑机会少、难度较大

鉴于这样的比较,制度信用的确有着积极的、正面的功能。它在生成机制、传播载体和影响范围上的特点,使其更适宜一个工业化、城市化和现代化的时代,以及近些年来日益信息化、网络化、电子化、数据化、全球化的发展趋势。

工业化、城市化让更多的人离开生活与生产交织在一处的农村,离开有着数代、数十代血缘、亲缘、地缘关系的共同体,离开对人品、习性、处事方式和能力等都基本全面掌握的熟人群体。进入的世界让个体获得了更多解放,从祖祖辈辈生于斯长于斯的土地,从传统特别是地方性传统,从家族、宗族或族群,以及从全景监狱式的熟人眼光中解放出来;解放的结果是让个体有了更多“打碎的、分割的、屏蔽的、流动的”空间:生活与工作分开,邻居与同事分开,熟人交往与陌生人交往分开,社会活动与经济活动分开,私人的和公共的分开,此地的和彼地的分开,等等。

以工业化、城市化为主要进程的现代化^{③0}所带来的发展,在信息化、网络化、电子化、

^{②6} 范富《黥刑的演变及在宋代的发展》,载《宜宾学院学报》2010年第4期。

^{②7} 魏峰《从刺字看宋代军制》,载《史学月刊》2005年第9期。

^{②8} 参见翟芳《从〈二年律令〉看黥刑在汉初的运用》,载《史学月刊》2010年第6期。

^{②9} 如信用卡、黥刑或刺字“失信黑名单”等。

^{③0} See Diana Kendall, *Sociology in Our Times*, Wadsworth Cengage Learning, 2010, pp. 9-10.

数据化、全球化的趋势推动下,有了更新的、更凸显的特征:人际交往尤其是陌生人交往跨越了国界、跨越了真实界与虚拟界、跨越了不计其数的虚拟界,甚至未来可预期地将会跨越人类与人工智能。人们素不相识,彼此根本不知对方是什么人,就可以在网络上完成一笔笔交易,或者形成一个个社交活动。

具备这些特征的时代,使得人格信用不仅难以形成,而且无法满足发生在更大范围内陌生人之间的交往。人格信用的软弱无力,成为制度信用受到更多青睐的正当理由。制度信用是陌生人收集和形成的,不受限于熟人评价所需要的条件;它附着于容易传播的载体,可以在超越熟人世界的广大范围内产生影响。而且,个人信息的电子化、数据化为征信的及时、准确提供了帮助。网络化又可以使个人的制度信用具有前网络时代所无法比拟的可得性。所以,制度信用与这个时代更具有适配性,更能满足这个时代对信用的特殊需求。个人或组织或许可以不必过于担心其在一定范围内的人格信用瑕疵,因为其在当今有很多的生存空间,不会受到这一瑕疵的太大影响。不过,个人或组织应该会非常关心其在制度信用上得到的负面评价,因为这种评价很容易会渗入到其多个生存空间,对其构成不利。

社会信用体系建设至今,也的确显示了其作为制度信用的功效。据报道,在失信被执行人联合惩戒方面,截至2019年2月,全国法院累计发布失信被执行人名单1322万人次,限制乘坐火车561万人次,限制乘坐飞机1941万人次,限制担任企业法定代表人及高管29万人次,366万名失信被执行人慑于联合信用惩戒主动履行了生效法律文书确定的义务。^①在行政管理领域也有类似成效。例如,青岛市自2018年以来,针对城乡违法建设、违规排水、随意倾倒垃圾、占路经营、“小广告”等城市顽疾,加大联合惩戒,案件履行率、结案率显著提高。到2018年7月底,共清理2017年逾期未履行城管执法案件128起;办理2018年案件3538起,已履行3535起,缴纳罚款1474万元。^②

(三) 制度信用的有效边界

尽管制度信用在现时代有着凸显的正面功效,可是,其也存在难以克服的局限,其功效也只能在一定界限内发挥,而不能被盲目想象和放大。

首先,制度信用无法完整体现信用主体的品行。相比人格信用,制度信用的优势明显,却无法通过自身弥补其“盲人摸象”的缺点。毕竟,人格信用多生成于熟人社会,自然人或组织在某一处或某件事上做错事或做坏事,并不代表其就轻易会失去熟人之间的完全信任。而制度信用与契约、规则有着密切关联,违反契约或规则的行径,易在制度信用上留下污点。这个污点为陌生人所知晓后,可能会由此形成一个对该自然人或组织的整体错觉,进而影响交往活动。试想,若孔乙己因屡有盗窃而被列入失信名单,

^① 参见王庆凯《2019年前两月中国6.3万失信主体退出黑名单》,载新浪网, <http://finance.sina.com.cn/roll/2019-04-02/doc-ihxncvh7735385.shtml>,最后访问时间:2019年7月28日。

^② 参见《山东青岛:城市管理失信联合惩戒见成效》,载信用中国网, https://www.creditchina.gov.cn/chengxinwenhua/chengshichengxinwenhua/201808/t20180820_123916.html,最后访问时间:2019年7月28日。

其很有可能无法在酒店里结账喝酒。

其次 制度信用瑕疵不易修复。人格信用即便因某个事由而出现问题,一方面失信人通过自身努力容易在熟人圈里重拾信用,另一方面若失信人选择离开熟人圈、进入陌生人世界,也不会因为曾经的失信而遭受不同对待,方便从头再来。相比之下,若行动者的制度信用发生瑕疵,一方面不易让收集和生成制度信用的陌生人恢复对其的信任,另一方面,由于制度信用的传播效应,其也不易在别处改头换面,迅速重建信用。

再次 制度信用存在评判方法合理适当难题。制度信用更多不是通过熟人间的评价生成的,而是由陌生的自然人或机构,依据一定的评判方法形成的。尽管熟人评价会有各说一词、模棱两可的可能,但各说一词其实也是一种更完整的体现。对于制度信用而言,评判方法一旦建立起来,通常会形成确定的答案,可以避免众说纷纭。只是,什么样的评判方法是合适的,就容易成为难题。尤其当制度信用被扩展适用于众多领域时,保证评判方法的合理性更是难上加难了。例如,前文提及的睢宁县大众信用评价体系中,“去福利院献爱心”是一个加分项,可“受到加分的公务员与普通民众的人数比为20:1”因为普通民众“缺乏加分的渠道和能力”。^③

最后,但可以说最为重要的是,制度信用有被滥用的可能。制度信用不仅有评判方法难题,也有可能是在实施过程中被滥用,失去应有之公正性。制度信用实际上是信用评级机构为公众提供的服务型产品。这种产品越是为公众所依赖,且产品的生产本身越没有竞争性,如只有行政机关才有权提供基于行政处罚的信用评级,那么,产品生产和提供者就越接近于一个寻租的地位。自然人或组织就有可能竭尽全力疏通关系,让具有某种垄断地位的信用评级机构对其不进行负面的信用评级或进行虚高的正面的信用评级。

“信用评级是否准确,除了评级方法是否正确外,另一个重要的因素就是信用评级机构在评级过程中是否保持客观中立地位”“准确的评级能够纠正市场信息不对称、提高市场效率和监管效率,不实的评级不仅不能真实反映被评级对象的信用状况,而且可能给市场造成重大打击。”^④这些在市场竞争相对充分的条件下出现的金融信用评级实施问题,同样会在范围更加广泛、领域更加众多的社会信用体系建设中发生,甚至可能更加糟糕。“信用评价由政府来做或者由交易(合作)双方中的任意一方来做,市场经济秩序只会越理越不顺”,寻租的道德风险或利益关系使得这种信用评价很难保证公平、公正、客观和有效。^⑤

例如,2019年3月21日发生爆炸、导致至少78人死亡的江苏天嘉宜化工有限公司,曾经是江苏省2014年第一批通过信用管理贯标验收企业。^⑥2016年至2018年,该公司又

^③ 参见前引①,翟学伟主编书,第313页。

^④ 方添智《信用评级利益冲突规制研究——以美国为中心的研究与借鉴》,中国商务出版社2015年版,第2-3页。

^⑤ 参见前引①,陈新年书,第71页。

^⑥ 参见《江苏省社会信用体系建设领导小组办公室关于发布2014年第一批通过信用管理贯标验收企业名单的通知》(苏信用办〔2014〕54号)。

因违规排放、违反固体废物管理制度等问题 6 次遭当地环保部门行政处罚。^{⑤7} 但行政处罚“与之非法偷排产生的利润相比,可以说是小巫见大巫了”。^{⑤8} 同时,该公司不仅有环保问题,更有安全生产问题。国家安全监管总局办公厅曾经于 2018 年 2 月 7 日发函给江苏省安全生产监督管理局,指出天嘉宜公司存在 13 项安全隐患问题。^{⑤9} 而据专家分析,“几乎每一条都属于重大生产安全事故隐患。”尽管如此,江苏响水县政府还是于 2018 年 8 月贴出天嘉宜公司申请复产的公示。^{⑥0} 地方政府的直接监管尚且存在对经济强势企业的放纵,很难奢求政府主导的社会信用体系建设会对此类企业产生震慑作用。

制度信用的独立、公正难题,不仅在政府与市场主体、社会主体之间的关系维度上存在,更会在中国特有的社会信用体系建设之中凸显。如前所述,这样的—个体系建设,目标是覆盖“政府-市场-社会-司法”,可是,政府主导的制度信用构建,会在多大程度上公正对待政府信用、司法信用问题?从目前该体系建设着重于市场、社会主体的失信惩戒,即可窥察,它并没有很好地利用声誉机制,如其所宣扬、主张的那样促进依法行政和司法公信。不仅理论上、逻辑上很难想象会有一个“自我”信用评价体系发挥功效,而且自 2014 年至今的五年实践,也没有经验证明存在这样的显著功效。

可见,作为一种制度信用的社会信用体系建设,其正面的功效虽有体现,但其也存在难以逾越的有效边界,因此,不应该对其寄予过高的奢望。

三、法治国原则的悖反

另外一个事关社会信用体系建设未来命运的,是它的合法性/正当性维度,其重要意义丝毫不亚于、甚至胜于它的有效性维度。有效必须在合法框架内才是可接受的。然而,在实践中展开的社会信用体系建设的内容是如此复杂,难以在有限篇幅中进行—的合法性评价。本文在此着重分析目前作为社会信用体系建设核心机制之一的失信惩戒制度的合法性。^{⑥1}

(一) 失信惩戒制度的主要构成

由于众多机构、众多地区针对不同对象所建立的失信惩戒制度千差万别,梳理和总结其共性有着相当难度,但是,为后续的合法性分析,仍然有必要选择若干关于失信惩戒的规范性文件作为样本,以了解现实中的失信惩戒制度究竟为何,尤其是“失信”“惩戒”和“联合惩戒”这三大组成部分。

^{⑤7} 参见康佳、周世玲、曹梦怡《6 次行政处罚背后的爆炸化工厂》载新京报网 <http://www.bjnews.com.cn/news/2019/03/23/559393.html> 最后访问时间:2019 年 7 月 28 日。

^{⑤8} 参见张晶星等《负面新闻困扰 绿色发展承压 染料行业:环保之痛何解》载《中国石油和化工》2017 年第 2 期。

^{⑤9} 参见《国家安全监管总局办公厅关于督促整改安全隐患问题的函》(安监总厅管三函〔2018〕27 号)。

^{⑥0} 参见前引^{⑤8} 张晶星等文。

^{⑥1} 核心机制之二是守信激励或褒奖机制,因篇幅所限,不在本文讨论范围之内。

1. 失信的界定

社会信用体系建设中的“失信”并非简单的、道德意义上的没有或丧失诚信。这就需要对其进行一个相对精确的界定。可是,截至2019年4月20日,全国人大及其常委会制定的法律中,仅有《公务员法》(2018修订)和《人民陪审员法》(2018)出现“失信”一词,国务院制定的行政法规中,也只有《人力资源市场暂行条例》(2018)和《物业管理条例》(2018修正)出现该词,可都没有对“失信”作出明确定义。目前,《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》(国发〔2016〕33号,2016年5月30日发布实施,以下简称《国务院指导意见》),可以说是专门涉及失信惩戒的最高级别规范性文件,也同样未给出定义,反而是提出“严格依照法律法规和政策规定,科学界定守信和失信行为”的要求。这就是将界定应受惩戒之失信行为的任务交给了相关信用规范的制定主体。

《国务院指导意见》也不是对何谓失信行为完全没有任何“指导”,从其关于严重失信行为的列举,可以相对明白其意欲给予联合惩戒的行为是什么。^⑫只是,其毕竟是列举“严重失信行为”而不是“失信行为”,且定位为指导,故很难对部门或地区如何界定失信行为构成法律上的约束。例如,原国家工商总局发布的《严重违法失信企业名单管理暂行办法》(第83号令,2015年12月30日颁布,2016年4月1日施行)第5条第1款列举了9种要列入严重违法失信企业名单管理的情形,并以“国家工商行政管理总局规定的其他违反工商行政管理法律、行政法规且情节严重的”作为兜底条款。这就意味着原国家工商总局可以将其认定的任何一种严重违法失信情形补充进来。再如,比《国务院指导意见》更早3年发布实施的《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》(苏政办发〔2013〕100号,2013年5月28日颁布实施),将自然人失信行为按严重程度分为一般失信行为、较重失信行为和严重失信行为三个等级,并予以非穷尽的列举,列举最后都会出现一个兜底条款,“法律、法规、规章和省信用管理机构规定的”其他一般/较重/严重失信行为。^⑬换言之,“省信用管理机构”可以规定哪些行为是失信行为并予以归类。

综上,关于什么是失信,第一,目前没有统一的法律定义,也没有权威的上位法界定可以约束较低位阶文件的界定;第二,较为常见的情形是相关规范性文件进行非穷尽的列举;第三,可以列举或补充列举的主体没有受到明文限制;第四,失信行为多与违法行为勾连,甚至与违纪、违反职业道德和职业规范等绑在一起。^⑭

^⑫ 根据《国务院指导意见》,需要重点关注并采取联合惩戒措施的有:一是严重危害人民群众身体健康和生命安全的行为;二是严重破坏市场公平竞争秩序和社会正常秩序的行为;三是拒不履行法定义务,严重影响司法机关、行政机关公信力的行为;四是拒不履行国防义务,拒绝、逃避兵役,拒绝、拖延民用资源征用或者阻碍对被征用的民用资源进行改造,危害国防利益,破坏国防设施等行为。

^⑬ 具体内容,可参见该办法第6、7、8、9条以及第13、19、22条。

^⑭ 《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第9条规定“重点职业人群是指社会法人或者其他经济组织的法定代表人或者主要负责人以及重要岗位工作人员、依法应当取得执业资格的人员、公务员以及行政事业性岗位工作人员,其失信行为主要包括:……(三)其他违法、违纪或者违反职业道德和职业规范,造成不良影响的失信行为。”

2. 惩戒的种类

惩戒的通常含义就是惩罚、惩治及告诫、防备。现有规范性文件也未对此概念作出界定。本文根据对若干规范性文件的考察,将失信惩戒措施分为以下六类。

第一,失信记录。这是最基础的惩戒措施,其惩罚的成分最弱,主要功能是将已经认定的失信行为及行为人的信息予以集中保留,^⑤以备与其他惩戒措施配套实施。

第二,提醒告诫。这是对失信人的一种警示性惩戒措施,通常情况下,并不会对失信人构成更多不利,主要功能是劝诫、督促,形式有信用提醒、诚信约谈等。^⑥

第三,重点监管。这是对失信人加强监管,从而与普通被监管对象区别对待的惩戒措施,区别的方式有增加检查频次、再有失信行为将从重惩戒等。^⑦重点监管不会直接造成法律上新的义务。

第四,声誉不利。即让失信人的声誉受到负面影响的惩戒措施,具体方式有失信信息的公开公示(包括但不限于行政处罚的公开)、撤销荣誉称号^⑧、警告、通报批评、公开谴责^⑨等。失信记录本身不会对失信人的声誉构成不利,公开本身也不会增加法律上的义务,但在互联网、信息化时代,公开通常会使得失信人声誉受损,进而影响其别的利益,如企业经济利益。

第五,资格限制或剥夺。失信惩戒中较常见的一种措施,是限制或剥夺失信人获取公共资源、公共职位、公共服务、公共荣誉以及进入特定职业或行业的资格。其具体方式更为多样化,《国务院指导意见》就列出了一系列具体措施。^⑩相比前四类措施,资格限制或剥夺显然是更重的惩戒,直接对失信人的市场活动、获取职业、资源或荣誉的机会造成诸多障碍和不利。资格限制或剥夺所涉及的往往是需要满足一定条件才可获取

^⑤ 例如,《重庆市用人单位劳动保障违法行为失信惩戒办法》第7条规定“用人单位符合本办法第六条所列情形之一,被认定为严重失信行为的,各级人力资源社会保障行政部门及相关单位依法依规对其给予以下惩戒:……(二)纳入人力资源社会保障系统失信用人单位信息平台”。

^⑥ 例如,《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第14条规定“对自然人的一般失信行为,有关部门或者机构应当督促其停止失信行为并进行整改,也可以采取信用提醒和诚信约谈等方式予以惩戒。”

^⑦ 例如,《重庆市用人单位劳动保障违法行为失信惩戒办法》第7条第(一)项规定的惩戒是“作为劳动监察日常重点监管对象,增加检查频次,再次发生劳动保障违法行为的从重处罚”。

^⑧ 例如,《重庆市用人单位劳动保障违法行为失信惩戒办法》第7条第(五)项规定的惩戒是“撤销已获得的相关荣誉称号”;《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第20条第(二)项规定,针对较重失信行为,可以“进行限定范围的公示或者书面告知”,第23条第(二)、(三)项规定,针对严重失信行为,可以“向社会公开失信信息”和“撤销相关荣誉称号”。

^⑨ 例如,《国务院指导意见》规定“支持行业协会商会按照行业标准、行规、行约等,视情节轻重对失信会员实行警告、行业内通报批评、公开谴责、不予接纳、劝退等惩戒措施。”

^⑩ 例如,对严重失信主体,“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,限制股票发行上市融资或发行债券,限制在全国股份转让系统挂牌、融资,限制发起设立或参股金融机构以及小额贷款公司、融资担保公司、创业投资公司、互联网融资平台等机构,限制从事互联网信息服务等。严格限制申请财政性资金项目,限制参与有关公共资源交易活动,限制参与基础设施和公用事业特许经营。对严重失信企业及其法定代表人、主要负责人和对失信行为负有直接责任的注册执业人员等实施市场和行业禁入措施”“取消参加评先评优资格”“引导商业银行、证券期货经营机构、保险公司等金融机构按照风险定价原则,对严重失信主体提高贷款利率和财产保险费率,或者限制向其提供贷款、保荐、承销、保险等服务。”

的资格。

第六,自由限制。与资格限制或剥夺不同,自由限制是对通常不需要满足任何规定条件的行动自由加以限制。最典型的是《国务院指导意见》提及的“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。”

3. 联合惩戒机制

联合惩戒被普遍认为是“一处失信,处处受限”的最有力实现机制。由于是政府主导推动的格局,这种联合更多发生在国家机构之间、国家机构与社会团体/组织之间、国家机构与市场主体之间。当然,也有国家机构牵头下社会团体/组织之间、市场主体之间的联合。联合惩戒机制的一般框架是:第一,跨地区、跨部门、跨领域的协调会议,如社会信用体系建设部级联席会议;第二,信用信息共享,信用评价结果互认;第三,发起主体负责确定惩戒对象,实施主体负责采取相应的联合惩戒措施;第四,联合惩戒措施有强制措施(依法必须联合执行的惩戒措施)和推荐措施(推荐的、可根据实际情况实施的措施)两类。^⑤

(二) 法治原则的悖反

1999年,宪法修正案将“依法治国,建设社会主义法治国家”写入宪法,从而确立了依法治国的宪法原则。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》对依法治国提出了一系列目标、原则、要求和计划,其中包括“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”。因此,以失信惩戒为核心机制之一的社会信用体系建设,是实现依法治国的一个组成部分,也就当然应该受到法治原则的约束和规范。可是,目前推行的、具有上述特点的失信惩戒制度,存在着与若干法治原则相悖的问题,需要严肃而认真地对待。

1. 依法行政原则

由于失信惩戒制度多数是由行政规范性文件创设的,包括但不局限于《国务院指导意见》,因此,其面临的第一个问题就是与依法行政原则不符。依法行政在原初意义上,要求行政必须受代表民意的立法机关规则的约束。在我国特有的立法体制下,依法行政原则的“法”可以理解为包括法律、法规、规章(以下统称“法规范”),其主要有三层意涵:第一,没有法规范依据,行政机关不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定;第二,行政机关不得违反法规范的规定行事;第三,法律、法规、规章各有自己的创制权限,且相互之间有效力等级关系,行政机关不得依超越创制权限的或违反上位法规定的规则行事。

在失信惩戒制度之中,声誉不利、资格剥夺、自由限制等三类失信惩戒措施,在事实上或法律上会减损个人或组织的合法权益,若没有明确的法规范依据,行政机关无论是

^⑤ 参见《国务院指导意见》第四部分第(十五)至(二十)项。

自己采取措施,还是通过规范性文件命令要求社会组织、市场主体采取措施,都是违反依法行政原则的。至于是否有法规范依据,需要一一分析,不能笼而统之地论断。例如,《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》是江苏省政府的规范性文件,却在第20条对较重失信行为人规定3年内禁止报考公务员,第23条对严重失信行为人规定禁止报考公务员。而该文件发布时有效的《公务员法》(2005)第24条规定不得录用为公务员的人员是曾因犯罪受过刑事处罚的、曾被开除公职的以及有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。显然,该文件不仅超越了《公务员法》规定的情形,而且也违反了《公务员法》确立的公务员录用限制的法律保留原则。考虑到篇幅,本文不可能逐一分析《国务院指导意见》、其他失信惩戒的行政规范性文件以及它们所规定的失信惩戒措施,是否符合依法行政原则,但可以肯定的是,这里隐藏着大量违背该原则的可能性。

2. 尊重保障人权原则

现在纷乱的失信惩戒制度的设计,有的把失信做扩大化理解,违法、违约、违纪、违反道德的行为,都会作为失信对待,而通常配套的基本措施是把失信人列入失信名单而公开,以示惩戒。无论此类制度设计的实际执行是如何的,单就制度本身而言,就有违背尊重保障人权原则的可能,尤其是牵扯名誉权、隐私权和人格尊严。

首先,失信本义是因言而无信、不守承诺而不值得信赖,把交通违法行为或没有尽到赡养、抚养义务等都归为失信行为,且公之于众,在某种程度上是对行为人的名誉污损,因为有这些行为的人并不见得是完全没有信用的,也不能就此认定“其整体社会信用却难称良好”^{⑤2}。以失信惩戒制度建构“完人社会”,无疑是一种奢望。

其次,在商业征信和信用评价领域,信息隐私保护已经被公认为是一项重要权利。对公司而言,数据隐私的目的是保护商业利益;但对个人而言,数据隐私是重要的道德观念,目的是对人类尊严的维护。原则上,只有在信息主体同意、重大公共利益或国家利益需要或者法律要求公开的情况下,涉及隐私的信息才可披露。^{⑤3}在我国覆盖广泛的社会信用体系建设中,信息隐私保护的重要性虽然也被承认,^{⑤4}但是,对“失信行为”的泛化处理,以及“一处失信,处处受限”政策下的失信联合惩戒,很容易使本来尚未健全的信息隐私保护变得更加脆弱。例如,《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第7条第(一)项规定“拖欠公用事业缴费的行为”属于自然人社会服务领域失信行为,可是,有论者指出,“水电燃气费用的欠缴信息,虽也属于公共信用信息,但属于非公开信息,只有获得信息主体本人或者经信息主体授权才可以查询”^{⑤5}。

^{⑤2} 罗培新《社会信用体系不是道德档案》载《文汇报》2016年6月3日第W02版。

^{⑤3} 参见[加]雷蒙·安德森《信用评分工具:自动化信用管理的理论与实践》,李志勇译,中国金融出版社2017年版,第501-515页。

^{⑤4} 国务院的《信用建设纲要》要求:在推进政务公开、建立信用信息交换共享机制和信用信息分类管理制度方面,应该以保护个人隐私和商业秘密为前提。

^{⑤5} 前引^{⑤2},罗培新文。

最后,扩大化的失信惩戒有侵犯人格尊严的危险。2006年11月29日,深圳福田警方召开广场大会,对百名卖淫女和嫖客进行处理。虽然当事人面部除双眼外全被遮住,但其姓名、出生日期、籍贯以及所受拘留15天的处罚,都当场读出。此举被认为是对宪法基本权利人格尊严的侵犯。^{⑤6} 根据当前一些社会信用体系建设的规范性文件,被处以严重行政处罚的,会被认为是严重失信行为,其失信信息会公之于众。^{⑤7} 由此,不能断言失信惩戒变相侵犯人格尊严的情形绝对不会存在。

3. 不当联结禁止原则

“一处失信,处处受限”隐含的“惩戒无边界”之意,让失信惩戒严重涉嫌违反不当联结禁止原则。该原则的基本含义是行政机关的行政行为与人民的付出之间,若无实质的内在关联,不得互相结合,禁止“与事件无关之考虑”。该原则的出发点就是考虑到人民与国家之间并不完全平等,国家如果没有限制地结合各种武器对付人民,人民的地位就毫无保障。^{⑤8}

近段时间屡屡见诸媒体的新兵拒绝服兵役受到失信惩戒的事例,较为典型地反映了对不当联结禁止原则的无视。在这些事例中,除了实施《兵役法》(2011修正)第66条关于“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”的规定外,还有“三年内不予办理经商手续”“三年内不得给予信贷优惠政策支持和利率优惠支持”“不得纳入困难补助及保障性安居工程帮扶对象”“在其户口簿籍信息‘兵役状况’栏注明‘拒服兵役’字样,永久不能变更”^{⑤9}、“两年内暂停其专科以上学历报考资格,原是高等学校学生的,两年内不予办理学籍注册手续”“在律师、教师、医生、注册会计师、税务师、认证从业人员、金融从业人员、新闻工作者、导游等资质资格认证工作中,依法依规予以限制”^{⑥0}等等。将对拒服兵役的惩戒,同经商、信贷、困难补助、保障性安居工程、职业资质等挂起钩来,很难称其是正当的结合。

4. 比例原则

源自德国公法的、约束立法和行政的一项重要原则——比例原则(又称禁止过当原则^{⑥1})——已经为我国公法理论和司法审查实务所普遍接受。其在传统上有三个子原

^{⑤6} 参见石毕凡《作为基本权利的人格尊严及其规范意涵——以“卖淫女示众事件”为例》载《现代法学》2008年第5期。

^{⑤7} 例如,参见《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第22条第(一)项和第23条第(一)项。

^{⑤8} 参见陈清秀《行政法的法源》,载翁岳生编《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第161页;赵义德《析论不当联结禁止原则》,载城仲模主编《行政法之一般法律原则》,台湾三民书局1994年版,第222页。

^{⑤9} 参见贵州省铜仁市碧江区人民政府征兵办公室《关于对拒服兵役新兵张欣处理的通报》(2018年12月12日),载新华报业网 <http://news.xhby.net/system/2018/12/22/030909125.shtml>;澄迈县人民政府征兵办公室《关于何世颀拒服兵役问题的处理决定》(2018年12月25日),载海南省澄迈县人民政府官网 http://chengmai.hainan.gov.cn/xxgk_56366/gggs/201812/t20181227_2400018.html;河北省邯郸市邱县人民政府《关于对孟某某拒服兵役实施处罚的通报》(2019年2月11日),载搜狐网 http://www.sohu.com/a/298378637_120028108;最后访问时间:2019年7月28日。

^{⑥0} 《15名应征青年拒服兵役,25家省级部门联合惩戒》,载新浪网, <http://news.sina.com.cn/c/2019-01-18/doc-ihqfsken8275172.shtml>,最后访问时间:2019年7月28日。

^{⑥1} 参见前引^{⑤8}陈清秀文。

则,包括:适当性原则(又称妥当性原则)指立法或行政采取的手段或措施确实能够实现其所宣称的目的;第二,必要性原则(又称最小损害原则)指立法或行政采取的手段或措施是在若干同样可以实现目的的手段或措施中造成损害最小的;第三,均衡性原则(又称狭义比例原则)指立法或行政采取的手段或措施所实现的公共利益与其所造成的损害是成比例的、均衡的。近来,有论者主张在“三阶”原则基础上增加目的正当性原则,作为比例原则适用的第一阶子原则。^②

以比例原则检验失信惩戒/联合惩戒的手段或措施。它们可以通过目的正当性审查,提高全社会的诚信意识和信用水平、加强法律实施等目的不可谓不正当。它们在有些情形中也可以通过适当性审查,如前所述,一些失信惩戒措施已有一定效果,受到惩戒的失信者纠正了失信行为。然而,它们的确很难通过必要性审查。一方面,整体上这些手段或措施是不是既可实现高度抽象、无法特定量化的目标——提高社会诚信、加强法律实施等,又对人民侵害最小,是很难有确定答案的。另一方面,在许多个案上有些联合惩戒的确并不符合既能实现目标又侵害最小的要求。最后,有些扩大化的失信联合惩戒手段或措施看似是在用“大炮打蚊子”,是无法通过均衡性审查的。

仍以拒服兵役系列事件为例。根据《兵役法》(2011修正)第66条,对拒服兵役者,县级人民政府可以责令限期改正、强制履行兵役义务并处罚款,拒不改正的,可以决定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。根据《刑法》(2017修正)第435条,违反兵役法规,逃离部队,情节严重的,可以处三年以下有期徒刑或者拘役。由此,《兵役法》《刑法》已经对拒服兵役的违法行为,根据不同情况实施轻重程度不同的惩戒。若在此之外给予额外的、同经商、信贷、困难补助、保障性安居工程、职业资质等有关的失信惩戒,不仅违背现行法、建立不当联结,也同样有违比例原则的最小侵害要求和均衡性要求。^③

5. 公平原则

公平原则也可称为平等对待原则,是指立法或行政应当对相同情形或事件同等对待,没有合理的正当理由,不得予以差别对待。^④就失信联合惩戒而言,由于规范制定主体和实施主体的众多,无论在规则制定上还是在执行上,都有可能存在违反公平原则的情形。例如,在贵州铜仁碧江区政府处理的张欣拒服兵役事件中,当事人受到的惩戒是“其本人和家庭成员不得纳入困难补助及保障性安居工程保障范围”,而在海南省澄迈县政府处理的何世颍拒服兵役事件中,当事人受到的惩戒并没有这一项,但有“户口

^② 参见刘权《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

^③ 依法教义学的路径,若失信联合惩戒手段或措施违反依法行政原则,不具合法性,那么,禁止不当联结原则、比例原则等就失去适用之前提。毕竟,这些原则是在行政合法框架之中对行政裁量决定的约束。然而,社会信用体系建设未来的立法计划,很可能使失信联合惩戒达到形式法治要求,故这些原则仍有必要提及。下文将详述之。

^④ 参见姜明安主编《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331-332页。

户籍信息‘兵役状况’栏注明‘拒服兵役’字样‘永久不能变更’。^⑥至于针对不同失信对象,因考虑不相关因素(如是否本地财税大户、是否有影响力的企业),而在惩戒上有不同的宽严对待,也并非罕见。

四、应对合法性危机的方案

接下来,社会信用体系建设的规范性难题就是,究竟应该如何通过合法化,使其首先获得“安身立命”之根本,而后在此基础上实现其适度功效,以应对执政者关心的社会诚信不足、法律实施困难的现象。

由于社会信用体系建设工程的复杂性,要给这个难题找到解决路径,绝非易事。该工程主要有两个面向:一是面向市场、社会;二是面向政府、司法。其实,按照古人留下的“上梁不正下梁歪”的认识,后一面向是极其重要的,甚至是更为重要的。可是迄今为止,失信惩戒制度更多的还是落在前一面向。而“政府主导的公私联合动力”的失信惩戒武器,一旦直接指向市场和社会主体,就意味着是在运用“公权力和公权力的延展”去实施市场与社会的治理;在同步进行的法治建设过程中,这就意味着其更应该接受法治的审视和检验,否则,公民的权利将受到极大威胁和伤害;甚至其反过来也影响到政务诚信、司法公信。因此,下文讨论第一面向的社会信用体系建设的规范化方案,主要有四个。

(一) 重新找准社会信用体系建设的政策定位

解决或缓解社会信用体系建设合法性危机的首要策略不是立法层面上的,而是政策层面上的。因为,如果任由现在所普遍理解的或者至少是表面上如此理解的政策,作为未来立法的指导方针,那么,不仅达不到规范化的要求,更有可能形成南辕北辙的效果。这里的重新找准有三个层次上的要求:

第一,社会信用体系建设的目标不是建立一个尽善尽美的诚信社会、完人社会,这是不可能完成的任务,其目标应该定位于减少一些重要领域(如安全生产、食品药品安全、环境资源保护等)重大违法事件,或者减少较为严重的损害他人利益或损害共同体声誉的失信行为(包括常人理性认可的与失信几无二致的违法行为,如商业欺诈、制假售假、逃废债务、学术不端等),从而在“重要领域或方面”提升诚信水平,加强法律实施。

第二,与此相应地,社会信用体系建设所针对的失信行为不应做扩大化理解和界定,不应像有些论者所指出的那样,将“违法”与“失信”完全等同,也不应将违法、违纪、违反道德、违反职业规范等都列入失信范畴。

第三,坚决摒弃“一处失信,处处受限”的导向。这一通俗修辞或许可以作为对社会信用体系建设部分特征的一种比喻性描述,但不应该将其作为一项应予倡导的政策。

^⑥ 参见前引^⑤,所揭相关报道。

否则,它会让失信联合惩戒失去应有的边界,成为与尊重人权保障原则、禁止不当联结原则、比例原则等相抵触的根源所在。

(二) 失信惩戒应当在法定权限范围内区别化设定

当前失信惩戒的乱象应在设定的源头上加以治理。规范化的基本方法是区别化对待,从主体和惩戒种类两个维度展开。

失信惩戒规范的制定主体有立法、行政、司法机关,也有市场主体、社会组织等。^⑥在中国特殊的、正处转型期的政企(尤其是国企)、政社结构中,“政府主导的公私联合动力”很容易使私主体受到公权力主体的影响。不过,在原理上,私主体在其合法经营或运作的范围内,出于业务需要或社会组织共同体利益需要,对什么构成失信、应该给予怎样的惩戒,有较大的自主空间。自主空间需要受到的约束主要来自隐私保护,这一点将在下文提及。

公权力主体设定失信惩戒,因为关乎个人或组织的许多权利,需要受到更多限制,尤其是“没有法规范依据,不得减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务”的原则限制。根据失信惩戒的种类,公权力主体不同的规范性文件,有权设定失信惩戒的范围不同。设定权配置及相关理由,可见表2。

其中,最复杂的是资格的限制或剥夺。目前《国务院指导意见》及其他失信惩戒文件给出的此类惩戒最为多样化,最需要结合特定资格及相关法规范,配置失信惩戒的设定权限。而自由限制中,除限制购买不动产涉及的是经济自由权利外,诸如选择交通工具出行的自由、旅游度假的自由、选择宾馆级别的自由等,都可认为——也许是可争辩的——是公民基本的行动自由,对其限制必须交由法律或法律授权的规范性文件。

表2 失信惩戒设定权配置

惩戒种类		可设定的文件	理由
(1) 失信记录; (2) 提醒告诫; (3) 重点监管		公权力主体在其权限范围内的任何规范性文件	没有直接减损人民权益或增加义务,是公权力主体对失信者加强监督检查的措施,在其可裁量的权限范围内。
(4) 声誉不利	警告、通报批评、公开谴责、公开失信记录等	法律、法规、规章	依据和参照《行政处罚法》,警告、通报批评、公开谴责等都具有声誉罚性质,应该由法律、法规、规章设定。失信记录公开本身在网络、信息时代比不公开的警告,更具损害声誉的效果。

^⑥ 为论述简便起见,下文分别对应地简单统称为“公权力主体”和“私主体”,尽管在中国情境中,“私主体”称谓并不十分贴切。

惩戒种类		可设定的文件	理由
(5) 资格限制或剥夺	担任公务员或参照公务员法管理的工作人员的工作人员的资格	法律	服公职权是公民基本政治权利 ^⑦
	获取社会保障的资格	法律或法律授权的文件	虽然社会保障权也是基本权利, ^⑧ 但对其限制或剥夺并非法律绝对保留。
	进入特定职业或行业的资格;从事应获许可的特定活动的资格	有权设定许可的法律、行政法规、国务院决定、地方性法规、省级地方政府规章	依据《行政许可法》第18条,设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。 ^⑨ 因此,只有有权设定行政许可的法规才能限制或剥夺资格。
	获取财政资金、公共资源交易机会、政府优惠的资格,以及参与公共荣誉评选的资格	法律、法规和规章或者法规授权的文件	目前,关于此类资格的限制或剥夺,没有统一的法规规范要求。但是,由于涉及平等对待原则,应当由法规或者法规授权的文件规定。
(6) 自由限制(除限购不动产外)		法律或法律授权的文件	这是对公民基本行动自由的限制,应当由法律或其授权的文件设定。

(三) 社会信用规范的制定应当符合法的一般原则

无论是《信用建设纲要》还是《国务院指导意见》,都表明了对通过立法推进社会信用体系建设的重视。令人关切的是,后者进一步要求“按照强化信用约束和协同监管要求,各地区、各部门应对现行法律、法规、规章和规范性文件有关规定提出修订建议或进行有针对性的修改。”这一要求隐含着一种形式合法化的风险。若社会信用体系建设仍然沿着现在的政策导向走下去,缺少政策的重新定位,缺少更高的原则加以约束,那么,未来的这项宏大工程建设只会披上华丽的形式合法外衣,而实质上很难达到良法善治。

这种风险已经在最近立法中初现端倪。2018年修订的《公务员法》第26条第(四)项增加了“被依法列为失信联合惩戒对象的”人员不得录用为公务员。这显然是在社会信用体系建设背景下获得的一个立法发展。然而,这里的“被依法列为”应当如何解读呢?若认为公务员资格限制或剥夺必须严守法律绝对保留,此处的“法”仅限于全国人大及其常委会制定的法律,那么,截至本文完稿之际,尚未有一部法律直接规定什么情

^⑦ 关于服公职权的基本权利性质及相应限制应服从法律保留原则,参见李少文《论公民平等服公职的权利——以报考公务员需具备两年基层工作经历为例》,载《法学》2012年第7期;高景芳《论公民服公职权的正当限制——兼与李少文同学商榷》,载《河北法学》2013年第9期。

^⑧ 参见郭白君、吕铁贞《论社会保障权》,载《青海社会科学》2007年第1期。

^⑨ 实践中,该条款并没有得到贯彻实施。有不少情形是,有权设定行政许可的规范性文件(如国务院决定)只给出许可事项,而将许可条件留给相关部门以无权设定许可的规章甚至规范性文件去设定。严格而言,这不符合《行政许可法》要求。

况下、什么人、应当由哪个机构列为失信联合惩戒对象。该修法似无现实的意义。若不做如此严格之解释,类似被人民法院依据《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》(2017修正)纳入失信被执行人名单的人员,也可以认为属于《公务员法》所指情形的话,公务员资格的法律保留原则岂不荡然无存?因此,社会信用体系建设的规范化,不是简单地立法、修法,而必须符合法的一般原则。

对于社会信用规范制定的私主体而言,其自主空间的边界主要由隐私保护原则加以框定。可资借鉴的是经济合作与发展组织(OECD)在1980年推出的《隐私保护和个人信息跨境流动指引》所提八项原则:(1)收集限制原则,即对个人信息的收集应该有所限制。信息的获取方式要公平合法。在必要时,须告知信息主体并获得同意;(2)资料质量原则,即个人信息范围应与收集目的相关,且为满足这个目的,信息应准确、完整、及时;(3)目的明确原则,即个人信息收集的目的应在收集之前明确。数据后续使用应限定在声明的目的或相适目的内,每次目的改变时都要重新指明;(4)使用限制原则,即个人信息不得披露或公开,或用于声明目的之外,除非:①已获得信息主体的同意;②法律要求公开;(5)安全保护原则,即个人信息应受到合适的安全保护,避免丢失、非法侵入、毁损、盗用、篡改及泄露;(6)公开透明原则,即对个人信息的开发、应用和管理的透明度要有一般规定,应建立关于信息存在、性质、使用目的、管理者身份和地址的明确规定;(7)个人参与原则,即个人有以下权利:①从管理方获得其是否已有与本人相关信息的确认;②在合理时间、以合理费用、通过合理方式、以恰当形式向管理方沟通与个人有关的信息内容;③如果前两个权利请求被拒绝,个人有权要求知道原因且提出申诉;④个人有权质疑关于其个人信息的内容,如果质疑被主张,个人可以要求清除、修复、完善和纠正个人信息;(8)责任原则,即管理方有责任采取有效措施保证上述原则得到实施。^⑩这些原则当然还有进一步完善和发展的空间。必须明确,私主体即便是执行国家法或公权力指令,也不能减免其事先的告知、有限收集和使用、信息准确完整、信息安全保障以及尊重个体信息权等义务。

对于公权力主体制定社会信用规范而言,其受到的约束自然就更多,需要根据规范所涉及的内容,遵循相应的制定权限,保证内容符合依法行政原则、尊重保障人权原则、禁止不当联结原则、比例原则、公平原则、正当程序原则等法治国原则。而在隐私保护方面,相当程度上与私主体一样承担一系列具体的义务。尽管公权力主体偏重于将“违法”视同“失信”,收集使用信用信息实际上等同于收集使用“违法”信息,故其不必事先告知或征得同意,但是,公权力主体不应在联合惩戒的指挥棒下,突破收集和使用的有限性、适当性、必要性、均衡性、公平性、安全性和程序性等一般原则。

^⑩ 参见前引^③安德森书,第504-505页。

(四) 社会信用规范制定或实施的审查与救济应当是可得

最后的——或许是最难以付诸实现的——方案,是确保社会信用规范本身及其实施是具有可审查性、可救济性的。社会信用规范的制定或实施,不可避免地会发生争议,也有可能违反法律规定或上述原则而造成特定个人或组织的权益受损。因此,在法治框架下的社会信用体系建设,必须保证争议可以诉诸行之有效的解决机制,引发争议的社会信用规范本身或其实施行为可以是被特定机构审查的,个体正当权益由此受损的可以获得应有之赔偿。此所谓“无救济则无权利”原则之体现。

在信用主体权益保护方面,《国务院指导意见》确实给出了政策指引,涉及(1)信用信息异议、投诉;(2)有误信息更正或撤销;(3)错误惩戒后的恢复信誉、消除不利影响;(4)行政复议、行政诉讼等。姑且不论错误惩戒后的损失救济仅限于恢复名誉、消除影响是否合适。单就这些机制而言,它们当然是非常重要的,可它们明显偏重于社会信用规范的实施维度,即社会信用体系建设的下游环节,而没有指向本文着重关切的社会信用规范本身存在的制定权限、实质正当问题。上游环节存在的问题是更加关乎社会信用体系建设合法根基的,是更需要有相应的审查和矫正机制的。

只是,当下的法律、法规、规章及其他规范性文件的审查机制,无论是作为制定主体的公权力主体及其所属系统内部的审查(如制定过程中的合法性审查、行政复议附带审查),还是相对独立于制定主体的、在其所属系统以外的审查(如行政诉讼附带审查、人民代表大会的备案审查),在开放性、可得性、公正性、权威性上都存在较大的不足。试想,若法律、行政法规作出的失信联合惩戒的规定有违法治国原则,又有哪一种机制可以非常有效地予以解决?再试想,若有个人或组织认为最高人民法院制定或参与制定的社会信用规范存在违法或违反依法治国原则之处,又有什么机制可以回应这种争议?

结语: 艰难前行

一场声势浩大、雄心勃勃的诚信守法工程建设正在进行之中,表面上意在覆盖政府、市场、社会和司法各个领域,但目的不仅在于提高诚信,兼而有加强法律实施的想法,故目前还是主要指向市场、社会。社会信用体系作为一种制度信用,相比较人格信用,更适应以工业化、城市化为特点的现代化进程,也已经被披露显示一定的功效。只是制度信用并不能完整体现信用主体的品行,制度信用的瑕疵不易修复,制度信用还存在评判方法是否合理适当的难题,再加上制度信用完全有可能被滥用,所以社会信用体系建设不应该被寄予过高的期待,不应以为只要按照现有政策,持续努力建设,定能极大地提高全社会诚信守法之水准。

更何况当前的社会信用体系建设以失信惩戒作为其发挥功效的核心机制之一。而失信惩戒的诸多手段或措施,确实存在与依法行政原则、尊重保障人权原则、不当联结禁止原则、比例原则、公平原则等依法治国原则相悖之处,不可不察。相比有效性,合法性

是制度的根基,需要加以认真应对。

然而,社会信用体系建设的法治化并非易事。当这个复杂的全社会工程方兴未艾于一个正在建设中的法治国之时,后者的不成熟、不完善决定了前者的合法性危机不可避免,也不可能在短时间内克服。在中央和地方出台大量社会信用体系建设文件已经是既成事实的情况下,唯有逐步形成共识,对其中存在的问题有更多清醒且统一的认识,对悖反法治的规定渐采不执行的策略或使其形式或实质皆合法化、正当化的策略,才可真正做到合法地发挥制度信用的适度功效。

这势必是一个艰难的过程:讲明“道理”或许不易,走对“道路”可能更不易,这就是社会信用体系建设法治之“道”的艰难。

Abstract: The current construction of social credit system is intended to comprehensively cover the government, market, society and judicature, nominally to improve integrity in all of these fields but actually to strengthen the implementation of laws as well. Under the public-private joint drive led by the government, a pattern of multi-domain and multi-level subjects formulating a large number of credit norms has been formed. The main policy is ‘if a breach of credibility happens somewhere, there will be restrictions everywhere’. As a kind of institution-based credit, the construction of social credit system has positive effectiveness, but there are also inevitable limitations which should not be underestimated. More importantly, the social engineering is facing huge legitimacy and legality crisis because it takes the joint punishment of breaking credit as one of its core mechanisms, and the various and somehow chaotic designs of which for now violate or arguably violate the principles of administration by law, respecting and protecting human rights, prohibiting improper connection, proportionality, fairness and other principles of the rule of law. Therefore, it is necessary to adjust the main policies of this project, regulate the power of punishment, make the social credit norms in conformity to the general principles of law, and ensure the availability of the review and remedy of the social credit norms and their implementation. However, since the construction of the rule of law, in parallel with the construction of social credit system, is still not mature and advanced, the normalization of the huge and complex social credit system construction will be a hard and tough process.

(责任编辑:吴 蕾)