失信惩戒:针对失信行为还是负面信用状况?

顾敏康 周 灿

摘 要: 关于失信惩戒的针对对象,实践和理论探讨中存在针对"失信行为"还是"负面信用状况"的分歧,其实质是惩戒措施设置理念的分歧,故有必要予以明确。文章分析发现,若认为失信惩戒针对的是"失信行为",将与"一事不再罚"原则有所冲突,也难以解释"失信行为"与"惩戒措施"非单因对应之现象;且"失信"作"行为"认定也易导致"失信"与"违法、违约"概念混同,无助于制度构建。文章认为作为引起失信惩戒的制度原因,"失信"在词义上指代"负面信用状况",该种信用评价表征了主体的"高风险"和"不配得"之人身属性,有必要通过惩戒措施予以限制;且"负面信用状况"随主体的社会活动而跨领域流动,惩戒"负面信用状况"对"资格罚"的跨领域联合实施亦具有足够的解释力,有助于消解失信惩戒与违法、违约责任之间的体系冲突。

关键词: 失信惩戒;失信行为;负面信用状况
中图分类号:D922.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1004-9142(2024)05-0085-10

一、问题的提出

失信惩戒是社会信用体系的重要组成部分,但关于失信惩戒的针对对象一直都存在一定的认知分歧,这种分歧具体表现为两种观点:一是失信惩戒主要针对失信主体实施的"失信行为";二是失信惩戒主要针对失信主体存在的"负面信用状况"。学界一般认为失信惩戒是一种信用责任。[①]为便于讨论,根据失信惩戒针对对象的不同,本文将上述两种观点作责任化分类,并分别称之为"失信行为责任论"和

作者简介:顾敏康,湘潭大学信用风险管理学院特聘教授,博士生导师;
周灿,湘潭大学信用风险管理学院博士研究生。

基金项目:本文系国家社科基金重大研究专项项目"中国守信激励与失信惩戒机制立法研究"(18VHJ016)的阶段性成果。

① 朱国华认为,限制与否定失信者的信用权益是确立信用责任的内在法治逻辑;闫海认为,失信惩戒的本质与法律责任具有高度同质性,但又与传统法律责任形式之间存在一定异质性,应当对其以独立的法律责任形式来对待,称之为"信用责任";王瑞雪认为地方信用立法将"社会信用"定位为"法定义务"与"约定义务",限缩了"信用责任"的范围。从目前学界的主流观点来看,一般使用"信用责任"描述失信惩戒的责任性质。参见:朱国华、刘思:《互联网平台企业的信用责任研究》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2023 年第 5 期;闫海、崔晓瑜:《基于人格性的信用责任理论重塑与制度设计》,《江汉论坛》2023 年第 2 期;王瑞雪:《论信用立法的概念谱系》,《经贸法律评论》2023 年第 6 期。

“负面信用责任论”。

上述二论在立法实践中皆有所体现。① 如2020年《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》(以下简称《长效机制指导意见》)指出“依法依规加强对失信行为的行政性约束和惩戒”,突出“失信行为”才是引起失信惩戒的制度原因;②2022年《关于推进社会信用体系建设高质量发展 促进形成新发展格局的意见》也要求失信惩戒措施应当与失信行为保持“过惩相当”,③再次强调了“失信行为责任论”。而2019年《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》第8条提出“依据企业信用情况,在监管方式、抽查比例和频次等方面采取差异化措施”,在该指导意见中,“重点监管”的失信惩戒措施针对的是企业的“负面信用状况”,而不仅仅是某些失信行为;2022年《四川省食品生产企业食品安全信用风险分类分级监管办法(试行)》以“安全生产信用评价”作为实施失信惩戒措施的依据,④安全生产信用评价的指标包括企业静态风险因素、动态风险因素与通用信用风险因素,其中具体又包括食品类别、食用人群、法定代表人变动等客观风险因素。⑤ 当企业的综合信用状况较为负面时,就要采取“重点监管”等失信惩戒措施。其他地方出台的关于信用分级分类管理的法规也大多有此类规定。⑥

在理论探讨方面,持“失信行为责任论”的论者认为,失信惩戒的针对对象是“失信行为”,即失信惩戒这种信用责任本质上和刑事责任、民事责任以及行政责任类似,皆因不法行为侵犯特定权利或利益而产生,故而失信惩戒措施应根据失信行为的性质进行合理设置;⑦而持“负面信用责任论”的论者认为,失信惩戒针对的是行为主体的“负面信用状况”而非“具体失信行为”,因为“负面信用状况”会使得失信主体在特定社会活动领域中被认为不可信任或不可接受。⑧ 这也是该论下存在负面信用状况主体遭

---

① 从我国失信惩戒的立法实践以及相关政策的表述来看,我国失信惩戒的法规为广义上的法规范,包括中央及地方政策、立法以及相关规范性文件。如《全国失信惩戒措施基础清单(2024年版)》要求将“法律、行政法规或者党中央、国务院政策文件”等规范性文件作为实施失信惩戒的依据。

② 关于“失信行为”的概念,失信惩戒的立法文件中多次使用,但相关规范性文件中还有“违法失信行为”、“严重违法失信行为”、“严重失信”、“严重失信行为”等概念。鉴于规范概念使用不统一的现状,为便于探讨,本文暂使用“失信行为”的概念。

③ 2020《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》提出失信惩戒措施的设置要“确保过惩相当,按照失信行为发生的领域、情节轻重、影响程度等,严格依法分别实施不同类型、不同力度的惩戒措施,切实保护信用主体合法权益。”2022年《关于推进社会信用体系建设高质量发展 促进形成新发展格局的意见》第21条要求:“根据失信行为性质和严重程度,采取轻重适度的惩戒措施,确保过惩相当。”

④ 在我国社会信用体系构建的实践中,“信用评价”的具体名称根据所涉及领域或被评价主体不同而有所区别,但其往往是失信惩戒措施实施的依据。如《西宁市生态环境保护条例》第14条提到“环境信用评价”的概念;《烟台市养老服务条例》第53条提到“养老服务信用评价”的概念;《长春市城市房地产开发经营管理条例》第5条提到“房地产开发企业信用评价”的概念;《湖南省重污染天气防治若干规定》第2条提到“环保信用评价”的概念等。

⑤ 《四川省食品生产企业食品安全信用风险分类分级监管办法(试行)》第9条规定:“市场监督管理部门应当结合食品生产企业静态风险因素、动态风险因素与通用信用风险因素确定食品生产企业风险等级,并动态调整。静态风险因素包括食品生产企业生产的食品类别、食用人群等情况;动态风险因素包括市场监管部门通过监督检查、监督抽检、行政处罚、责任约谈、消费投诉信息重点经营者公示等确定的食品生产企业生产条件保持、生产过程控制、管理制度运行等情况;通用信用风险因素按照企业通用信息风险分类情况确定。”

⑥ 参见《唐山市社会组织信用分类分级监管制度(试行)》《吉林省安全生产信用分类分级管理办法(试行)》《佛山市安全生产信用分类分级管理办法》等规范性文件。

⑦ 刘俊海认为,法律责任制度的本质是违法行为的定价制度,且认为信用责任应当作为独立于刑事责任、民事责任和行政责任之外的第四种法律责任;杨丹认为,可以将适用联合惩戒机制下的失信行为划分为不履行契约义务的行为和不履行法定义务的行为。上述观点都认为行政性失信惩戒制度中的“失信”应主要突出其行为违法的含义,失信惩戒措施也应当围绕“失信行为”来设置。参见刘俊海:《信用责任:正在生长中的第四大法律责任》,《法学论坛》2019年第6期;杨丹:《联合惩戒机制下失信行为的认定》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2020年第3期。

⑧ 王伟认为失信惩戒针对的是特定主体履约、守法等方面的综合评价,而非针对具体行为;李振宁认为失信惩戒措施针对的是行为主体的违法失约状况(即“信用状况”),而非具体行为;陈国栋认为失信的本质不在于行为上的违约或违法,而在于失去资源配置主体的信任。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;李振宁:《信用惩戒的特性及对地方立法的启示》,《中共南京市委党校学报》2018年第2期;陈国栋:《论违法行为的信用惩戒》,《法学评论》2021年第6期。

受失信惩戒的原因;更有学者提出失信惩戒制度具有“行为归责”与“行为人归责”的双重属性,[①]不能单纯认为失信惩戒措施仅针对“失信行为”或行为人的“负面信用状况”。

失信惩戒针对的究竟是信用主体的“失信行为”还是“负面信用状况”或其他因素,其背后是失信惩戒措施的设置理念如何确定的问题,而准确认定失信惩戒的针对对象,也是限制失信惩戒措施滥用的重要着力点。[②] 有鉴于此,本文将对实践中客观存在的“失信行为责任论”和“负面信用责任论”进行辨析,试图明确失信惩戒措施的应然针对对象,以期为失信惩戒的制度完善提供有益参考。

二、惩戒“失信行为”的理论局限

“失信行为责任论”在目前的立法实践中占据重要地位,体现了“无行为即无责任”的现代法律思想,对失信惩戒制度立法影响较大。但失信惩戒措施的种类较为丰富,若将“失信行为”视为失信惩戒措施的唯一针对对象,将存在以下理论解释上的局限:

(一)与“一事不再罚”原则的要求无法兼容

“一事不再罚”原则是行政立法、执法的基本原则之一,该原则要求对同一违法行为不得进行二次以上同类型或类似的处罚措施。[③] 失信惩戒虽然具有“一事多罚”的情况,但只要处罚的类型不同,一般不认为违反“一事不再罚原则”。[④] 然而,失信惩戒制度本身意在通过对失信者“污名”的传播让失信人“一处失信,处处受限”,[⑤]且惩戒措施大多表现为对信用主体各方面社会活动范围的约束,[⑥]故在失信惩戒措施中,“资格限制类”惩戒措施的联合实施尤为常见。在“失信行为责任论”下,资格限制类失信惩戒措施的联合实施理论上就是将对同一“失信行为”施加多项“资格罚”,从而违反“一事不再罚”原则。

以《关于对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》(下称“《政府采购备忘录》”)为例,对政府采购活动中的“严重失信主体”,相关职能部门可以采取限制参与政府投资工程建设项目投标活动、限制取得政府供应土地、申请发行企业债券不予受理、暂停审批相关的科技项目等多项资格限制类措施,涉及政府采购、金融活动、科学研究等领域。按照行政法理论通说,对同一违法行为适用多项相同类型的惩戒措施时,即便每一项惩戒措施单独都有实定法依据,对同类型惩戒措施仍应当“择一重处”。[⑦]《政府采购备忘录》中可以并处的各个资格限制类措施在措施种类上本质上都属于

---

① 伏创宇认为,相当数量的信用惩戒措施适用了行为人责任的归责方式,具有人格归责的属性,而经典行政行为主要适用行为责任。见伏创宇:《信用惩戒适用行为人责任的法理及其限度》,《法学研究》2023 第 6 期。

② 贾茵认为,“失信”作为失信惩戒措施实施的理由,却没有统一的法律定义;林彦认为,将违法混同于失信的制度规范普遍存在,而失信与违法的概念本不应当被混淆,导致功能同化;肖伟志认为,围绕“社会信用”的界定,存在对“信用”理解的狭义与广义之争,对“社会”一词的指代范围也有着不同的把握,这显然会影响到对“失信”这一概念的立法把握。实践中对于“失信”或“信用”缺乏统一认识,实质是对失信惩戒责任针对对象难以明确的体现,这必然影响到失信惩戒措施设置的标准化。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;林彦:《信用惩戒制度对行政法治秩序的结构性影响》,《交大法学》2020 年第 4 期;肖伟志《“社会信用”的四种界定方式》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2021 年第 4 期。

③ 彭錞:《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》,《法商研究》2021 年第 5 期。

④ 谭冰霖:《处罚法定视野下失信惩戒的规范进路》,《法学》2022 年第 1 期。

⑤ 门中敬:《失信联合惩戒之污名及其法律控制》,《法学论坛》2019 年第 6 期。

⑥ 按照《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》的要求,健全失信惩戒机制的主要着力点在于对失信行为的“行政性约束和惩戒”、“市场性约束和惩戒”、“行业性约束和惩戒”和“社会性约束和惩戒”。

⑦ 胡建淼:《论行政处罚“一事不二罚”原则及其“一事”与“二罚”的认定标准》,《法学评论》2023 年第 5 期。

行政法中的“资格罚”,[①]如认为失信惩戒措施针对的对象是行为,有关行政部门按照该备忘录的要求对同一“失信行为”并处多项“资格罚”,将涉嫌违反“一事不再罚”原则。[②] 其余包括《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》《关于对会计领域违法失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》《关于对运输物流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》等数十个失信惩戒备忘录对于“资格罚”也作出了可并罚的相关规定。

“一处失信,处处受限”的合理性尚存争议。[③] 但无法否认,这种争议主要停留在具体实施程度层面,而非不能实施。“失信信息”的跨领域流动必然带来联合惩戒的结果,但仅就严厉程度而言,多项“资格罚”联合实施之严厉甚至超过刑法上的从业禁止制度,该制度仅就单一社会领域活动受限。[④] 由此看来,“失信行为责任论”显然不能解释“资格罚”跨领域多项实施的合理性,反而使得信用责任与传统的违法责任体系衔接不畅。

(二)无法解释失信行为与失信惩戒措施的非单因关系

一般而言,“不法行为”与“责任”在行为规范中往往存在单因关系。[⑤] 若“失信行为”是引起失信惩戒的原因,则“失信行为”与“惩戒措施”之间同样应当保持单因关系,即在失信惩戒的法律规范中,特定的失信行为应当与特定的失信惩戒措施保持对应。这是法律规范设计的通行做法,体现了法律作为行为规范的明确性要求,[⑥]也可以充分发挥行为指引的作用。而规范的明确化亦能有效防止执法者的肆意用权,为公民的基本权益提供保障。[⑦] 但这种行为规范设置上的通行做法在失信惩戒规范的设置中并不完全适用。

在我国的企业信用监管领域,失信惩戒规范中“失信行为”与“失信惩戒措施”无单因对应关系的现象较为常见。以 2022 年《上海市食品生产企业食品安全风险分级与信用分类管理办法》的规定为例,该《办法》第 27 条第 4 款规定:“对食品安全信用风险等级为 D 的食品生产企业,原则上每年至少监督检查 3 次”,即对信用状况不良的信用主体采取“纳入重点监管范围”的失信惩戒措施。[⑧] 而食品安全信用风险等级评为 D 的情况除五种特定违法失信情况外,[⑨]还包括食品安全信用风险分值“60 分以上”的情形。[⑩] 该情形下,影响分值的因素包括违法失信行为,还包括所生产食品的品类及添加剂种类等其他

① “资格罚”也称“行为罚”或“能力罚”,一般指以剥夺或限制被处罚人的资格为内容的处罚。在行政法领域,具体指对行为人从事某一方面的特定职业或生产经营活动的权利的剥夺或限制。参见余凌云:《行政法讲义》(第 3 版),清华大学出版社 2019 年版,第 336—337 页。

② 谭冰霖:《处罚法定视野下失信惩戒的规范进路》,《法学》2022 年第 1 期。

③ 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》的基本原则部分提出“褒扬诚信,惩戒失信。充分运用信用激励和约束手段,加大对诚信主体激励和对严重失信主体惩戒力度,让守信者受益、失信者受限,形成褒扬诚信、惩戒失信的制度机制。”

④ 《中华人民共和国刑法》第 37 条之一第 1 款规定:“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的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要,禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业,期限为三年至五年。”

⑤ 单因关系指一个原因引起一个结果的因果关系,区别于多因果关系。参见:泮伟江:《法律系统的自我反思》,商务印书馆 2020 年版,第 79 页。

⑥ 法是调整社会关系的行为规范,它通过规范人们的行为而到达调整社会关系的目的。参见张文显主编:《法理学(第五版)》,高等教育出版社 2018 年版,第 72 页。

⑦ 法的明确性原则是公法的基本原则,该原则的产生是人民主权原则、基本人权原则、法律保留原则、法的安定性原则的要求得以实现的必然结果,对于人民基本权利的保障具有重要意义。参见胡建淼主编:《论公法原则》,浙江大学出版社 2005 年版,第 660—663 页。

⑧ 重点监管的惩戒措施是《全国失信惩戒措施基础清单(2024 年版)》所列举的第 12 种失信惩戒措施,要求对“对违法失信、风险较高的市场主体,列为重点监管对象,适当提高抽查比例和频次”。

⑨ 根据《上海市食品生产企业食品安全风险分级与信用分类管理办法》第 19 条的规定,五种失信情况为“列入严重违法失信名单”、“3 批次及以上监督抽检或评价性抽检不合格”、“受到两次及以上警告以外行政处罚”、“被责令停产停业、吊销许可证”、“食品安全事故”。

⑩ 《上海市食品生产企业食品安全风险分级与信用分类管理办法》第 17 条规定:“安全信用风险分值……分值 60 分以上的,评定结果为 D 级风险。”

客观因素。① 这体现了信用评价实用主义的哲学倾向,②即对产品质量、生产安全等有影响的主客观风险因素,在作出监管决策时应全部予以适当考虑。由此可知,在此类失信惩戒规范中,“失信行为”并不是直接评价对象,亦非惩戒措施的直接针对对象。

其他诸如政府采购、科研管理、政府资金支持等涉及到对有限的社会公共资源进行合理配置的公共行政领域,失信惩戒的信用责任都有制度介入,但上述领域的失信惩戒规则都大量存在“失信行为”与“失信惩戒措施”无单因关系的现象,甚至“失信行为”是否作为惩戒措施的考虑因素之一都无法保证。③ 这种现象广泛存在于失信惩戒的立法实践中,不能简单解释为一种立法上的不当,而且在行政决策中综合考虑各种客观相关的因素显然具有合理性。“失信行为责任论”难以对此作出合理解释。

(三)难以支撑“失信惩戒”存在的必要性

对于“失信惩戒”的定义,在规范体系的构建语境下,相关规范性文件将其定位成一种新型“制度”;而在社会信用体系的构建语境下,相关规范性文件将其定位成一种新型的信用治理“机制”。④ 由于语境不同,“制度”与“机制”这两种定位不能视为有所冲突。“失信惩戒”的制度化也是毋庸置疑的政策目标。然而,将“失信行为”作为失信惩戒措施的针对对象,将导致“失信惩戒”的制度化面临困难,这种困难产生的原因具体表现为“失信”规范意涵独立性的缺失和“失信惩戒”责任形态的可被包含性。

首先,从目前的制度实践来看,若将“失信行为”作为失信惩戒措施的针对对象,“失信”的规范意涵将独立性不足。按照现行政策要求,“失信信息”本身是信用主体违法、违约等行为的记录信息,⑤若“失信”作行为认定,“失信”这一概念则泛指已经经过权力机关认定的违法、违约行为,“失信”的含义依赖“违法、违约”的概念进行表达,这易造成“失信”与“违法、违约”的概念混同。⑥ 在此情形下,“失信”的概念没有必要存在,使用具体的违法、违约概念不影响对行为的规范评价。以“失信”作为对行为的评价,因没有独立的规范含义,反而会使得行为的规范评价过度抽象化。甚至有学者认为,“失信行为”与“违法、违约行为”概念的混同,在推进失信惩戒制度深度介入社会治理之背景下,可能带来失信判断全

① 按照《上海市食品生产企业食品安全风险分级与信用分类管理办法》的规定,静态风险因素量化分值为 40 分,动态风险因素量化分值为 40 分,通用信用风险量化分值为 20 分。分值越高,食品生产企业食品安全信用风险越高。而静态风险因素主要考虑的是食品、食品添加剂类别,动态风险因素包括包括销售情况、监督检查、抽检监测、行政处罚、责任约谈及整改以及人员变动等。通用信用风险因素的分值直接使用国家市场监督管理总局通用型企业信用风险分类指标体系的分类结果,具体分值(总分 1000 分)按照 50:1 折算。

② 林·C. 托马斯、戴维·B. 埃德尔曼、乔纳森·N. 克鲁克:《信用评分及其应用》,王晓蕾、石庆焱、吴晓惠译,金融出版社 2006 年版,第 6 页。

③ 在各个公共行政领域的失信惩戒备忘录中,“失信”是众多行政行为的参考性依据。如信用主体设立证券或保险公司、进行股份转让、进行股权激励、进行重大资产重组、进行融资授信、发行企业债券等需要审批备案的行为时,“失信行为”将作为审批备案的参考性依据,而并非强制适用的依据,这表明失信行为在众多社会监管领域与失信惩戒措施无法保持单因关系,在具体的公共行政过程中两者甚至可能无因果关系。具体参见《关于对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》《关于对科研领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》《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》等规范性文件。

④ 笔者于 2023 年 9 月 11 日以“失信惩戒制度”为关键词在北大法宝数据库进行全文检索,得到全国性的规范性文件共 121 个,如 2014 年《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020 年)》明确提出要“健全失信惩戒制度”,2023 发布的《国家发展改革委关于完善政府诚信履约机制优化民营经济发展环境的通知》和《注册会计师行业诚信建设纲要》也提出了在各自领域建立或健全“失信惩戒制度”的要求。后以“失信惩戒机制”为关键词进行全文检索,得到全国性的规范性文件共 425 个,2023 年发布的《国家发展改革委关于完善政府诚信履约机制优化民营经济发展环境的通知》、《国家税务总局关于进一步促进涉税专业服务行业规范发展的通知》等规范性文件都要求在社会信用体系建设和完善的目标下去建立、优化、完善“失信惩戒机制”。由此可见,“失信惩戒制度”是“失信惩戒机制”是不同语境下的概念,没有根本冲突。

⑤ 2020 年《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》中指出“严格规范失信行为认定依据。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。可认定失信行为的依据包括:生效的司法裁判文书和仲裁文书、行政处罚和行政裁决等行政行为决定文书,以及法律、法规或者党中央、国务院政策文件规定可作为失信行为认定依据的其他文书。行政机关认定失信行为后应当如实记录失信信息。”依据政策要求可知,失信信息记录的本身就是信用主体违法、违约等负面信息。

⑥ 林彦:《信用惩戒制度对行政法治秩序的结构性影响》,《交大法学》2020 年第 4 期。

面替代违法判断的风险。①

其次,在"失信"含义独立性缺失情形下,"失信惩戒"这种信用责任亦可被既有的法律行为类型理论解释和包含,无需对失信惩戒制度进行单独立法。学界对此讨论较多,如门中敬认为,失信惩戒措施的类型可归纳分类为:附随性行政制裁措施、新型行政强制措施、行政保留类非法律行为、许可(审核)条件设定行为、行政处罚等;②又如谭冰霖认为,目前的10类主要失信惩戒措施中,"黑名单措施"、"限制许可措施"、"限制从业或限制经营措施"、"禁止或限制交易措施"、"限制升学措施"、"裁量不利措施"在内的6种措施都属于行政处罚,其他或属于行政检查行为或行政给付行为。③ 简而言之,在"失信"独立含义缺失的背景下,"失信惩戒"可被纳入既有的制度体系之中,作为制度的独立存在性难免受到质疑。若要"加重失信成本",④在既有的责任规范体系中进行责任的强化或者新设部分责任,同样能到达"加重惩罚"的目的。

然而,从实证层面而言,失信惩戒制度并非没有必要单独构建。违法、违约信息在公共行政领域进行广泛应用是国际通行的做法,如美国政府在雇佣职员时可以查看雇员的消费信用报告,⑤在进行药品生产监督时可结合企业合规历史决定检查频率;⑥又如世界银行发现某公司或个人滥用资金时,可根据该劣迹行为信息决定今后不再与该公司进行业务往来;⑦再如德国的"公共警告"制度,其通过对社会公众发布公开预警信息,提醒社会公众注意某些特定的工商业、农业产品,或者其他现象,以规避风险。⑧ 我国的失信惩戒制度同样具有上述功能,且在制度功能上无法简单地归类到"行政处罚"或"行政强制"等任何一种传统行政制度中去,也暂无其他既有制度能发挥类似作用,故而不能简单认为"失信惩戒"为"加重失信成本"而生。但如上述,若将"失信行为"作为失信惩戒措施的针对对象,惩戒制度存在的必要性得不到有力的支撑,须另寻解释的理论工具。

三、根据"负面信用状况"进行惩戒的合理性分析

"失信行为责任论"存在局限不等于"负面信用责任论"必然成立,仍需对此论进行全面的剖析。不论惩戒措施针对"失信行为"还是"负面信用状况","失信"都是引起失信惩戒的原因,也是失信主体的有责性来源,故笔者认为,可从"失信"的含义以及"失信"的有责性来源两个层面进行深入分析,探究"负面信用"是否是失信惩戒措施的实质针对对象。另外,基于立法的体系性要求,应考虑"负面信用责任论"是否可以消解失信惩戒制度与既有责任体系的衔接矛盾。

(一)"失信"指代主体的负面信用状况

"失信"作为引起"惩戒"的原因,是失信惩戒制度的核心概念,"失信"的意涵本身也指明了失信惩戒措施的针对对象,故而有必要对"失信"进行词义上的考察。

---

① 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。

② 门中敬:《失信联合惩戒措施的类型及行为属性》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第6期。

③ 谭冰霖:《处罚法定视野下失信惩戒的规范进路》,《法学》2022年第1期。

④ 2014年《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》在总结我国社会信用体系建设的发展现状中指出"覆盖全社会的征信系统尚未形成,社会成员信用记录严重缺失,守信激励和失信惩戒机制尚不健全,守信激励不足,失信成本偏低"。

⑤ See 15 U. S. C. § 1681b.

⑥ 美国食品药品监督管理局2016年在其官方网站上发布的《现场合规计划:许可生物治疗药品的检查,7356.002M》文件要求"检查应至少每两年进行一次,或者如果情况(例如公司的合规历史记录)有必要,则应更频繁地进行检查。"网址:https://www.fda.gov/about-fda/center-drug-evaluation-and-research-cder/field-compliance-programs-inspections-licensed-biological-therapeutic-drug-products-7356002m.

⑦ S. J. Callum Agnew, Rumours of Corruption: Referrals from the World Bank Sanctions System to National Law Enforcement Authorities, 78 U. TORONTO FAC. L. REV. 23 (2020).

⑧ 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第393—397页。

从中国的文化语境来看,“失信”一词据查最早出自《国语·晋语四》的《文公伐原》篇,该篇中的“得原而失信,何以使人?”意为“得到原国而失去信义,那么又靠什么来遣使人民呢”,[①]对该语义进行分析可知,其中的“失信”指主体失去信义而不被民众信任的状态。在现代汉语的语境下,“失信”一词也并不特指某种行为,而是侧重指某主体“失去信用”的状态。[②] “失去信用”中的“信用”可能指代金融上的“信用”,也可能指一般语言环境中的“信义”。[③] “失去信义”是对主体在社会关系中不被信任或接受的情况描述,而“失去金融信用”虽然指主体获取授信能力的降低或丧失,但本质仍是在描述主体在金融领域的社会关系中不被信任或接受(不被授信)的状态。

在中国的制度语境中,“失信”也不指带具体行为。中央相关文件要求“褒扬诚信,惩戒失信”。“诚信”与“失信”在政策语境下属于对立概念,“诚信”显然属于正面的道德描述,不具体指代单个行为,“失信”作为对立概念,则应具有负面的道德描述属性,亦不具体指代单个行为。2019 年《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》提出“依据企业信用情况,在监管方式、抽查比例和频次等方面采取差异化措施”的要求,而对信用状况较为负面的企业提高检查频次属于《全国失信惩戒措施基础清单(2024 年版)》列明的失信惩戒措施。可见在企业信用监管语境下,“失信”本身指代企业的负面信用状况。2020 年出台的《长效机制指导意见》提出“进一步明确信用信息范围,依法依规实施失信惩戒”,要求将信用信息作为实施失信惩戒的依据,而“信用信息”是表征信用主体信用状况的信息。[④]

综上所述,无论是在中国的社会文化语境中,还是在失信惩戒制度构建的政策语境中,“失信”这一概念都侧重于表征信用主体负面信用状况而非信用主体实施过的具体违法、违约等行为。而作为引起失信惩戒的制度原因,“失信”这种负面信用状况也应是失信惩戒措施的针对对象。

(二)“负面信用状况”所表征的人身属性具有被制约之必要

要准确辨析失信惩戒措施的针对对象,应当对失信惩戒制度所关注的利益有所判断。通常来说,一般的违法、违约责任所要践行的是“矫正正义”,[⑤]即对因不法行为而受损的权益或社会关系进行恢复和弥补。[⑥] 失信惩戒作为一种新型责任制度,其目的不在于重复此项任务。从对《全国失信惩戒措施基础清单(2024 年版)》所列惩戒措施的总体考察情况来看,“负面信用状况”的有责性不来自于违法、违约行为对权益的侵害,而来自于“负面信用状况”表征出的“高风险”和“不配得”之人身属性。正如国家发改委原副主任连维良所言,失信联合惩戒的本质不是“再罚”,而是社会拘束力和社会非优先选择。[⑦] 其中“社会拘束力”针对的是信用主体负面信用状况所表征的“高风险”,而“社会非优先选择”针对的是信用主体的“不配得”。

所谓“高风险”,即失信主体在特定社会场景下存在的相对更高的违法或违约风险之特征,对此需要提前采取控制风险的相应措施。作为我国社会信用体系的重要组成部分,失信惩戒制度是金融信用逻辑拓展至公共治理的产物。按金融信用的逻辑,信用评分有时被看作习性评分(propensity scoring),

① 东篱子解译:《国语全鉴》,中国纺织出版社 2018 年版,第 174 页。

② 夏征农、陈至立主编,大辞海编辑委员会编纂:《大辞海 语词卷》,上海辞书出版社 2015 年版,第 3127 页。

③ “信用”一词有三种含义:一是“以诚信任用人”;二是“遵守诺言,实践成约,从而取得别人对他的信任”;三是“以偿还为条件的价值运动的特殊形式”。在我国社会信用的语境下,“信用”一般应指后两种意思。参见夏征农、陈至立主编,大辞海编辑委员会编纂:《大辞海 语词卷》,上海辞书出版社 2015 年版,第 3925 页。

④ 具体参见《四川省社会信用条例》《上海市社会信用条例》《贵州省社会信用条例》等规范性文件对“信用信息”的定义。

⑤ 亚里士多德认为,在矫正正义的语境下,法律只考虑行为所造成的的伤害,法律把施害者和受害者看作是平等的,它只问是否其中一方做了不公正的事,另一方受到了不公正对待。参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆 2003 年版,第 150—155 页。

⑥ 根据现代的法学理论,针对不法行为的责任,其需要对受损的权利、秩序或利益进行回应,回应的责任承担方式包括惩罚、补偿(赔偿)和强制,责任功能在于功利补救和道义谴责。功利补救强调以经济补偿或赔偿的方式恢复因违法、违约行为而受损的社会关系,而道义谴责则主要针对行为人的人身,从而起到报复、预防与矫正的作用,以平衡和修复社会关系。参见张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社 2018 年版,第 175—177 页。

⑦ 连维良:《加快完善失信惩戒制度》,《瞭望》2024 年第 4 期。

反映了信用主体在债务偿还上的“倾向”(inclination)或“趋向”(tendency)。[①] 负面的金融信用可以被认为是金融领域中的“失信”,该类信用主体按时还本付息的可能性相对更低,授信方基于其自身利益,必然要采取拒绝借贷、降低借贷金额、要求提供担保、提高借贷利率等事前措施,以此反制失信主体所表征的高借贷风险。而这种措施无意回应因不法行为受损的权益,预防风险才是其主要目的,这种利益关注具有未来指向性。如果失信者可以提供有效担保,风险得以控制,借贷仍可顺利达成。在我国失信惩戒制度中,这种应对信用主体的高违法、违约风险的做法也有广泛的应用。如上文提到,安全生产信用等级低的企业,其发生生产安全事故的风险相对更高,需采取“重点监管”的失信惩戒措施以控制风险,甚至有学者认为,相关部门没有尽到监管义务的,应当追究监管过失责任。[②] 但“重点监管”的惩戒措施本身不具有对企业权利的显著限制或剥夺效果,可见目的不在于惩罚企业过往的违法、违约行为。其他如市场或行业禁入(退出)、职业禁入或从业限制、限制任职等惩戒措施,其适用领域往往是“一般禁止”的高社会风险的活动领域,[③]比如医药生产、外贸、金融等,需要获得相应行政许可或提前审批才能进入,而行政许可作为一种授益行政行为,是一种事前控制手段,[④]能够有效控制具有高违法、违约风险特征的主体进入特定社会活动领域。而在市场主体表现出高违法、违约风险特征时,即便其已经进入特殊市场或社会领域,让其及时退出该领域,目的同样在于预防违法、违约等社会风险。

所谓“不配得”,即“负面信用状况”所表征的信用主体之道德水准或社会形象与社会分配标准所坚持的价值理念不契合,“不配得”的属性将导致信用主体不能获得分配。“不配得”是“不够资格获得”或“自始不能获得”,区别于一般违法、违约责任带来的“失其本所得”之效果。[⑤] 亚里士多德认为公正的分配应基于获得分配主体的某种“配得”,这种“配得”的依据可能是身份、道德、财富、地位等,且公正的分配应当成比例,[⑥]而这种依据也往往是一定社会范围内的价值共识,实质地构成了社会的集体正义观念。在我国的失信惩戒制度中,“分配正义”的依据主要是道德性的或公共伦理性的,如拖欠农民工工资的企业缺乏公共伦理层面的社会信用,没有尽到其社会责任,对其采取“限制评先评优”的措施,并不是应对“拖欠农民工工资”最为直接有效的措施,也不能预防企业再次拖欠工资,在企业无意参与“评先评优”时,此种惩戒措施对企业的惩罚性显然也不足,故而此类惩戒措施的功能主要在于将社会名誉分配给“配得”的企业。这种理念下,主要突出相关公共职能部门在社会道德与社会伦理观念上的价值坚持。又如禁止招录“拒服兵役人员”和“失信被执行人”为公务员的惩戒措施,其同样具有高度的道德和社会伦理上的宣示意义。公务人员应当是奉公守法的典范,“拒服兵役”或“欠债不还”不符合社会对公务人员的角色期待,[⑦]即“失信”表征出信用主体在公共政治领域相对于公务人员身份的“不配得”地位。若招录此类人员作为国家公务人员,有损公民对国家的政治信任。[⑧] 此类型失信惩戒措施中,争议性最大的当属“限制升学复学”的失信惩戒措施。有学者认为此种措施具有行政制裁性。[⑨] 笔者认为该

① 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 29 页。

② 刘军:《监督过失责任:公共安全事故预防的一种特殊指向》,《政法论丛》2021 年第 5 期。

③ 设定许可的本质在于设定一般禁止,主体需满足一定条件才能被授予许可。参见俞祺:《行政许可设定权的层级分配——基于中国立法实践的研究》,《行政法学研究》2022 年第 6 期。

④ 杜慧、刘璐、黎飞编著:《行政法学》,延边大学出版社 2016 年版,第 97 页。

⑤ 不同于“不配”的“自始不能”,“失权”指对主体本已享有的权利能力之剥夺与限制,表现为“失其本所得”。参见湛中乐:《失信联合惩戒与行政处罚辨析》,《荆楚法学》2024 年第 1 期。

⑥ 亚里士多德认为公正的分配应基于某种“配得”,这种“配得”的依据可能是身份、财富、地位等,且公正的分配应当成比例。参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆 2003 年版,第 150—155 页。

⑦ 根据角色期待理论,每个主体在社会中都具有一定的社会角色,一个人的角色行为是否符合他所处的地位和身份,要看他在多大程度上遵从了角色期待。参见林崇德主编:《心理学大辞典》,上海教育出版社 2005 年版,第 659 页。

⑧ 政治信任是一种以政府公务员的政治人格为基础形成的政治信任模式。参见唐斌.:《制度型政治信任:我国社会转型期主导性政治信任模式的转向》,《海南大学学报(人文社会科学版)》2020 年第 6 期。

⑨ 谭冰霖:《处罚法定视野下失信惩戒的规范进路》,《法学》2022 年第 1 期。

观点值得斟酌。受教育权的内涵具有社会经济、文化发展的阶段性特征。① 从我国义务教育的普及情况来看,教育资源具有公共资源的属性,在义务教育范畴之内,即便是实施犯罪行为也不能排除行为人接受义务教育的权利。② 而在义务教育范畴外,继续接受学历教育具有一定的竞争性,这种竞争不仅仅是学业水平的竞争,也包括道德层面或公共伦理层面的综合性竞争。正如学业水平竞争的失败不能被认为是对学生的惩罚,社会道德和公共伦理领域竞争的失败同样不能被认为是对学生的惩罚,其主要表现为信用主体的"不配得"属性,是"分配正义"的一种体现。

至于公示失信信息、列入严重失信黑名单、推送政府部门自主参考和推送市场主体自主参考的惩戒措施,上述措施对信用主体的权益并无实质影响,其最终的实际效果仍然体现为用信主体对信用主体的"负面信用状况"采取的相关应对举措。

(三)惩戒"负面信用状况"可与现行责任制度有效协调

如上所述,让"失信"信息在社会行政治理中跨域流动有其必要性,但将"失信行为"作为惩戒措施的针对对象,却又难以避免地造成对"一事不再罚"原则的违背。将"负面信用状况"作为失信惩戒措施的针对对象,则能与现有责任制度有效衔接,也能够解释"负面信用状况"的评价跨域流动的合理性。

首先,"一事不再罚"原则对法律责任的限制有其适用的范围,针对"负面信用状况"的责任不在此列。一者,"一事不再罚"原则中的"一事"往往指"一个违法行为",③而"负面信用状况"本质属于对人评价而非行为评价,其构成包含信用主体的行为因素,也可能包括与过往行为无关的其他因素,即便一个"负面信用状况"的评价只考虑了一个行为,那也是对行为表征的"高风险"与"不配得"之人身属性的考虑,而非行为对权益侵害性的考虑,评价的具体构成取决于信用评价的应用目的。再者,"一事不再罚"原则的价值基础在于节制公权,避免违法者被过度惩罚,也有利于防止公权对司法资源的浪费。④ 而"信用评价"最重要的价值基础和功能在于提供有利于作出合理决策的信息,具体的参考方式取决于决策事项。我国的失信惩戒备忘录中存在大量参考失信信息作出行政决策的措施,⑤原因就在于此。

其次,"负面信用状况"作为信用评价,能够跨社会领域流动是其应然的属性。传统的法律评价往往围绕"行为"为中心进行,⑥与之相对,"信用评价"往往直接针对信用主体的人格、人身以及与人身相绑定的外部客观因素。如在进行企业金融信用评价时,出于借贷风险评估目的,信用评价会考虑企业的经营环境、管理者的素质、财务结构、资金状况、经营能力等"非行为因素"或"行为与非行为相结合的因素";出于监管风险评估目的,信用评价会考虑生产的产品类别、添加剂种类等与企业相绑定的非行为因素,反映了信用评价的人身的针对性。基于人的心理人格的稳定性,⑦人在行为倾向上的表现往往是稳定的,与人身相绑定的其他客观因素也同此类,不会因为违法、违约责任的承担而骤然改变,故而"负面信用状况"所表征的"高风险"与"不配得"同样具有稳定性。正如卢曼所说,"过去值得信任的人将

① 彭虹斌、周展锋.:《从折中到选择:英国儿童受教育权的演进及特征》,《外国教育研究》2023 年第 6 期。

② 《中华人民共和国义务教育法》第 21 条规定:"对未完成义务教育的未成年犯和被采取强制性教育措施的未成年人应当进行义务教育,所需经费由人民政府予以保障。"

③ 胡建淼认为,"一事不二罚"原则中的"一事",就是指当事人的"同一个违法行为"。司法实务界也认为,"一事"实质上是指一个违法行为,准确把握和适用"一事不再罚"原则的前提在于确定违法行为是一个违法行为,还是数个违法行为。参见胡建淼:《论行政处罚"一事不二罚"原则及其"一事"与"二罚"的认定标准》,《法学评论》2023 年第 5 期;寇秉辉、陈海霞:《"一事不再罚"原则的理解与适用》,《人民司法》2022 年第 20 期。

④ 魏浩锋:《行刑衔接语境下"一事二罚"之正当性探究——以周某某诉证监会行政处罚案为例》,《法律适用(司法案例)》2018 年第 10 期。

⑤ 顾敏康、周灿:《论行政性失信惩戒中"履职需要"之界定》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 2 期。

⑥ 法律作为行为规范,法律评价往往以责任者的行为为中心进行,法律规则也往往通过规范人们的行为而到达调整社会关系的目的。参见张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社 2018 年版,第 72 页。

⑦ 从心理学角度来看,人的人格在思想、感受、行为模式的层面上,其在固定情境中的反应方式和行为倾向是具有稳定性的,这是心理人格的基本特征。See Roberts, B. (2009) "Back to the future : Personality and assessment and personality development", *Journal of Research in Personality* 43(2):137-145.

一往如故”,熟悉的事物可延续到未来包含着各种不确定因素的世界中,这是信任产生的机制,[①]也是信用评价发挥功能的机制。简而言之,无论是人的人格还是人身相绑定的外部客观因素,都伴随着主体的社会活动而流动,故而信用评价跨社会治理领域发挥作用并无不妥。

值得强调的是,就有责性方面而言,“负面信用状况”和“违法、违约行为”之间并非截然对立的关系,两者在主体性上得到统一,[②]也即“负面信用状况”通过“违法、违约行为”加以体现和形成。正如刑法学中的“人格责任论”认为,犯罪行为是行为人人格的主体性体现,故责任的第一次基础是犯罪行为,在行为责任背后,存在第二次的责任基础,即对人格形成的责任。[③]

四、结语

从社会治理模式的角度而言,以“不法行为”为针对对象的法律责任是一种“事后追责”的法治,也是以往社会治理的主要模式。而以“负面信用状况”为针对对象的失信惩戒则更为强调“事前法治”,强调“防患于未然”,能够有效应对社会治理风险,也能更为深入践行社会公正,丰富了我国社会治理的方式。于此同时,以“负面信用状况”作为惩戒措施针对对象的理念也对立法创新提出了新的挑战,“过惩相当”原则作为目前失信惩戒制度中的重要责任原则,可以表明“不法行为”与“违法责任”之间的关系,但却不足以指导失信惩戒措施的设置。由上文可知,失信惩戒措施的设置不服务于“惩”而服务于“用”,针对失信主体所表征的“高风险”与“不配得”之人身属性,失信惩戒措施的设置应当以控制“公共风险”和践行“分配正义”为目的,也应以此为限度。至于对不法行为的惩罚功能,则实际由传统的违法、违约责任承担。而基于“负面信用状况”所表征的“高风险”与“不配得”,失信主体对失信惩戒措施所带来的合理权益影响有一定的忍受义务。

(责任编辑:新中)

① 尼克拉斯·卢曼:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏,李强译,上海人民出版社 2005 年版,第 25—26 页。

② 主体相对于客体而言,主体意味着主动、能动、积极、支配地位等,客体意味着被动、受动、消极、受控地位。人的主体性往往通过实践加以建立和体现,而人的实践往往表现为具体行为。参见欧阳康:《哲学研究方法论》(下)(第 2 版),武汉大学出版社 2022 年版,第 416—418 页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2015 年版,第 240—245 页。