

行政性失信惩戒基本制度的设定与规范

王克稳^{*}

内容提要 自行政性失信惩戒制度推出以来,行政机关普遍将其作为解决市场监管和社会治理失灵的手段,行政性失信惩戒的适用范围呈不断扩张之势,又由于失信惩戒的法治化程度较低,其制度运行基本处于失范状态。行政性失信惩戒由失信认定、失信名单管理与失信惩戒措施的种类与设定三方面基本制度构成,因此,对行政性失信惩戒的规范相应包括了对上述三方面基本制度的规范。在失信认定方面,失信认定的依据应以经行政处罚或者刑事处罚认定的、存在主观恶意的违法行为信息为限;在失信名单管理方面,失信名单管理措施的设定应当遵循法律保留原则;在失信惩戒措施方面,其规范重点是许可限制类措施的设定,规范路径是将这类惩戒措施作为行政许可的消极条件纳入行政许可的制度范畴。

关键词 行政性失信惩戒 失信认定 失信名单管理 失信惩戒措施

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.01.007

目 次

- 一、行政性失信惩戒存在的主要问题
- 二、行政性失信惩戒的目的及其制度规范重点
- 三、失信认定的依据与规范
- 四、失信名单管理的措施与设定规范
- 五、失信惩戒措施的种类与设定规范
- 六、结语

^{*} 苏州大学王健法学院、公法研究中心教授。本文系2020年度国家社科基金重大项目“适应新时代市场监管需要的权力配置研究”(项目批准号:20&ZD193)的阶段性成果。

在我国,行政性失信惩戒是与市场性失信惩戒、行业性失信惩戒以及社会性失信惩戒并列的一个概念。^①根据现行法律及相关规范性文件的规定,行政性失信惩戒是行政主体通过采取加大执法检查频次、限制申请或取得行政许可、限制从事相关生产经营活动等行政管理措施对依法被认定为失信的当事人实施的约束与惩戒。理论上,学者们对这类约束与惩戒措施的概念使用不一,有“信用惩戒”^②、“失信惩戒”^③、“行政惩戒”^④、“失信约束”^⑤等不同用语。立法上,已有法律将对存在失信行为的生产经营单位及其有关从业人员采取的加大执法检查频次、暂停项目审批、上调有关保险费率、行业或者职业禁入等措施规定为“惩戒措施”;^⑥在国务院的相关文件中,这类措施被称为“行政监管性约束和惩戒”^⑦或“行政性约束和惩戒”^⑧。鉴于这类措施的实施主体为行政主体,措施的运用系公权力的作用,措施内容具有限制、约束当事人权利的属性,部分措施还具有减损当事人权利或增加当事人义务的性质,法律和相关规范性文件亦多将这类措施表述为一种惩戒措施,因此,本文使用“行政性失信惩戒”的表述。

行政性失信惩戒因契合了市场经济体制与社会信用体系建设的需要而成为新时代市场监管与社会治理的新型机制。然而,这一制度主要是以政策、文件推动的,法治化程度较低,行政机关过于依赖这一手段的设定与适用,行政性失信惩戒因此呈不断扩张与滥用之势,并逐步背离其制度建设的初衷与目的。在理论上,对行政性失信惩戒的质疑几乎是全方位的,包括其形式合法性、整体正当性、实质合理性以及治理效果的有效性等。^⑨甚至有学者认为,“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”^⑩。

行政性失信惩戒仅仅是市场监管和社会治理的手段,而非目的。基于健全社会信用体系、加快构建以信用为核心的新型市场监管体制的需要,行政性失信惩戒的设定和适用有一定的必要性,但其制度建设中的问题亦不可小觑。反思这一制度建设中的问题,匡正其制度建设的初衷与目的,规范其基本制度的设定与适用,方能使这一制度行稳致远。

① 《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)将失信惩戒划分为行政性约束和惩戒、市场性约束和惩戒、行业性约束和惩戒以及社会性约束和惩戒四个方面。

② 参见陈国栋:《论违法行为的信用惩戒》,载《法学评论》2021年第6期。

③ 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。

④ 参见沈毅龙:《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。

⑤ 参见王锡铤、黄智杰:《论失信约束制度的法治约束》,载《中国法律评论》2021年第1期。

⑥ 参见《中华人民共和国安全生产法》第78条。

⑦ 参见国务院印发的《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》(国发〔2014〕21号)。

⑧ 参见前注①,《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》。

⑨ 参见沈岍:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期;前注⑤,王锡铤、黄智杰文;彭鐔:《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》,载《法商研究》2021年第5期。

⑩ 前注⑨,沈岍文,第43页。

一、行政性失信惩戒存在的主要问题

我国的失信惩戒制度是在市场经济体制改革中通过政策、文件的推动逐步建立起来的。自行政性失信惩戒制度推出以来,各级政府及其部门制定了一系列失信惩戒的规范性文件,特别是国务院部门以管理办法、指导意见、备忘录、清单等形式推出了一大批失信惩戒的文件,几乎覆盖了市场监管和社会治理的所有领域和方面。由于缺少基本的法律规范与约束,行政性失信惩戒制度在设定和适用中的问题逐步暴露出来,具体体现在以下方面:

(一) 失信惩戒设定和适用范围的扩张

在域外市场经济国家,失信惩戒主要适用于市场交易和金融活动领域,用以解决市场交易和金融活动中因信息不对称产生的交易风险与金融风险。对于自然人,失信惩戒主要适用于消费信贷领域,其惩戒以市场惩戒为主,通常不存在独立的行政性失信惩戒制度。以美国为例,美国是信用体系建设较为完备和发达的国家,美国主要有两套信用服务体系,一是针对消费者(个人)的信用服务体系,其中消费者的信用报告主要是消费者信用度、信用状况、信用能力等方面的信息;另一种是针对企业的信用服务体系,其信用评价集中在企业的市场交易、银行贷款及其他融资(证券、基金、债券及上市公司)方面的信用信息。在信用业发展中,市场始终发挥主导作用,完全依据市场经济的法则和信用行业的自我管理来运作,这种模式又被称为“市场主导型”监管模式。^①在失信惩戒方面,美国的失信惩戒主要靠各类信用中介公司生产的信用产品的大量销售,从而对失信者产生强大约束力和威慑力,这些信用中介机构都是独立于政府之外的民营机构,信用产品的销售与使用完全按市场化方式运作,政府对信用行业的监管主要是针对征信机构和消费者信用报告使用机构的监管,在信用行业管理中的作用比较有限。^②

我国现行针对市场主体和社会主体的失信,不仅建立起多元惩戒体系,而且建立起独立的行政性失信惩戒制度。行政性失信惩戒不仅设定、适用于市场监管领域,而且逐步扩展到社会管理领域,覆盖了普通民众衣食住行、婚姻家庭、生老病死、升学就业、消费信贷、税费缴纳、社会服务、兵役义务的履行等社会活动的各方面。^③从《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》《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》等构建行政性失信惩戒的基础性政

^① 参见河南省市场主体信用评价体系构建及应用研究课题组:《国内外市场主体信用监管的主要模式研究》,载《中国市场监管研究》2016年第1期,第39页。

^② 参见“美国信用体系”考察团:《美国信用服务体系发展状况及对我国当前社会信用体系建设的启示》,载《经济研究参考》2005年第8期;前注①,河南省市场主体信用评价体系构建及应用研究课题组文,第39页。

^③ 例如,《苏州市自然人失信惩戒办法(试行)》将自然人的失信分为商务领域失信、社会服务领域失信、社会管理领域失信和重点职业人群失信四个大类(第5条),每一大类的失信又都包含了若干失信情形。譬如,社会管理领域失信包括不依法纳税、非法侵占他人财物、交通违法、家庭暴力以及不履行赡养、抚养义务、违反公共场所和城市市容管理规定的行为以及民事、刑事案件判决承担责任或者受到行政处罚的其他失信等11种失信情形(第8条)。

策、文件的规定看,建立行政性失信惩戒的本意是为了加快构建以信用为核心的新型市场监管体制、营造公平诚信的市场环境。将失信惩戒的设定和适用扩展到社会管理领域,并作为社会管理的手段,明显具有过度扩张之嫌。公民在社会活动中的一些不文明、不道德行为以及霸坐、闯红灯等一些违法行为,主要还是因为文明素养比较低或法治意识淡薄,这些问题需要通过提升公民素质、加强其法治意识解决,简单予以失信惩戒并非治本之策。

（二）失信认定依据的规定宽泛,大量与信用无关的行为信息被纳入失信认定依据的范围

失信认定的依据是指可以被认定为失信的行为信息,即当事人的哪些行为信息可以被认定为失信。由于缺少统一的社会信用立法,因此,有关失信认定的依据分散规定在法律、法规、规章及其他规范性文件之中,所规定的失信认定依据包括了当事人的违法行为、犯罪行为、民事违约行为、不履行各类生效法律文书的行为、违纪行为甚至一些不文明、不道德行为。而作为失信主要认定依据的违法行为,也从弄虚作假、商业欺诈等具有主观恶意的违法行为逐步扩展为几乎所有的违法行为,不区分违法行为的主观过错,不考虑违法行为的情节轻重。这些被规定为失信认定依据的行为信息中,不少行为信息与信用的关联度并不高甚至没有关联,譬如没有主观过错的违法行为,很难与当事人的信用挂钩。还有一些行为信息,虽然可以被评价为失信,但并不属于行政惩戒的范围,譬如民事违约行为属于市场性失信惩戒的范围,一些不文明、不道德行为属于社会性信用惩戒的范围。将当事人与行政违法行为无关的行为信息规定为失信认定的依据,并运用公权力手段予以惩戒,混淆了行政性失信惩戒与其他类型的失信惩戒之间的界限,且存在滥用公权力惩戒之嫌。

（三）失信惩戒具有处罚化倾向,且其惩戒力度远超传统的行政处罚

实践中,行政性失信惩戒的设定和适用不仅具有处罚化倾向,而且在惩戒力度上远超行政处罚。具体表现如下:

第一,惩戒的多元性。一是惩戒主体多。参与惩戒的主体不仅包括从中央到地方的各级政府及政府部门,还包括企事业单位、党群组织、社会组织等。二是惩戒措施多。不仅单一的行政主体拥有多种惩戒手段,而且不同行政主体所拥有的相同与不同惩戒手段可以叠加适用于同一当事人。三是惩戒环节多。失信惩戒被广泛嵌入行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制、行政给付等几乎所有行政行为的实施程序中,惩戒不分失信轻重,公、私惩戒合并使用,缺乏边界与限度。

第二,惩戒的持续时间长。传统的行政处罚多为一事一罚,而且违法行为一旦受罚,该违法行为在法律上即清零。而失信惩戒则具有持续性和过程性,只要当事人没有被移出失信名单,该惩戒就会一直持续下去;对于严重失信的当事人,其惩戒甚至是永久性的,贯穿于当事人的生命全周期。

第三,当事人重塑信用难度大,重拾信用的机会少。在网络与信息技术高度发达的当下,当事人一旦被行政主体列入失信名单并公示,这种以公权力背书的失信信息会被

广泛传播,甚至被无限放大,当事人重塑信用的难度极大,基本上处于“社会死”的状态,很难再进行正常的经济交往与社会交往。

作为构建新型市场监管与社会治理机制的探索,行政性失信惩戒的设定和适用应当审慎、适度、合理,避免因用力过猛而适得其反。整体看,当下行政性失信惩戒的设定和适用,过于注重失信惩戒在市场监管和社会治理中的效果,忽略了其措施的合法性以及对当事人隐私权、名誉权、人格权、自由权、平等权、就业权(如限制从事特定职业、限制担任特定职务等)、劳动和社会保障权、受教育权(如限制升学复学)等基本权利的保障。^⑭大量惩戒措施是由国务院部门、地方政府及其部门以行政规范性文件设定的,没有法律法规的依据或授权,或者突破上位法的规定擅自扩大惩戒范围、增设惩戒措施,这已经触及依法行政原则、尊重和保障人权原则、禁止不当联结原则、比例原则、公平原则、正当程序原则等一系列法治国家原则的底线,因此,对失信惩戒的规范势在必行。

二、行政性失信惩戒的目的及其制度规范重点

行政性失信惩戒之所以呈不断扩张之势,与我国理论和实践对行政性失信惩戒目的与性质的认识不无关系。我国的理论与实践多将行政性失信惩戒界定为对当事人违法行为或失信行为的惩戒,将失信惩戒定性为行政处罚。理论上,不少学者以行政性失信惩戒所具有的减损权利或增加义务性质为依据,将其定性为行政处罚。^⑮有学者甚至认为,受查处概率、处罚法定、被处罚人责任能力等因素的制约,事后处罚的治理效果并不理想,亟需一种新型的诚信治理工具来弥补不足。^⑯实践中,行政机关希冀借助这一手段加大对普遍存在的违法违规行为的惩戒力度,以补强行政处罚,甚至将其作为对不文明、不道德行为的治理手段。因此,规范行政性失信惩戒,首先需要回溯我国建立行政性失信惩戒的初衷与目的,并明确其制度规范的重点。

(一) 我国建立行政性失信惩戒的目的

失信惩戒发端于市场交易,是在信用交易的基础上产生的。信用交易源于以货币为媒介的市场交易,在无法实现一手交钱、一手交货的情形下,交易方因信任对方会付款而提前将货物交付对方,或者因信任对方会交货而将货款提前支付对方。同时,货币的出现,也让货币本身成为交易对象,出现了借贷活动,而借贷的发生,也是基于出借方因信任贷款方会按期还本付息。这种货物、货币与服务的非当场及时履行的交易方式被称为

^⑭ 参见贾茵:《失信联合惩戒制度的法理分析与合宪性建议》,载《行政法学研究》2020年第3期,第105页;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,第107-109页。

^⑮ 参见前注③,张晓莹文,第130页;杨成、陈昊:《基于行政处罚的失信惩戒法治化研究》,载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第3页;谭冰霖:《处罚法定视野下失信惩戒的规范进路》,载《法学》2022年第1期,第36页。

^⑯ 参见沈毅龙:《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,第123页。

信用交易。^{①7}但是,并非每一个交易相对方都会信守承诺,按约定及时还款、交付货物或提供服务,这就需要建立一种机制,以促使交易相对方履约践诺。这个机制便是信用约束与失信惩戒机制,惩戒方式包括拒绝与失信方进行交易或者提高交易条件等。在现代市场经济条件下,市场交易的广泛性、丰富性、多样性、非及时性、跨区域性甚至跨国界性又使得交易双方之间信用信息的不对称成为制约信用交易的难题。为解决这一难题,便催生了大量以信用信息的收集、评价、供给为主要业务的信用中介服务机构,它们负责信用信息的收集与评价,并将信用信息向社会公开,“人们可因此很便利地得到交易对方的信用信息,并迅速判断是否与对方进行交易”^{①8},这便是现代意义上的失信惩戒机制。这一机制的作用机理在于,“把交易双方失信者或经济活动中发生的失信行为,扩大为失信方与全社会的矛盾”^{①9},让所有潜在的交易方都采取规避与失信方交易的措施。对于潜在的交易方,这是一种风险防范机制,目的是规避交易风险,确保交易安全。对于失信方,当所有可交易方都拒绝与其进行交易,就意味着交易机会的丧失、交易成本的提高、经济活动的处处碰壁,甚至社会活动的寸步难行,这无疑具有惩戒性质。又由于这一惩戒机制完全遵循市场规则,由市场主体自愿实施,因而被称为市场性失信惩戒。市场性失信惩戒是域外市场经济国家普遍采用的信用惩戒制度。

我国的失信惩戒制度也是在市场经济体制建设过程中产生的,“失信惩戒”一词最早见于2003年《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》(以下简称《决定》),是作为“完善市场体系,规范市场秩序”的一项举措提出的。《决定》指出,社会信用制度是建设现代市场体系的必要条件,也是规范市场经济秩序的治本之策,并提出建立信用监督和失信惩戒制度。2014年国务院印发的《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》指出,“现代市场经济是信用经济,建立健全社会信用体系,是整顿和规范市场经济秩序、改善市场信用环境、降低交易成本、防范经济风险的重要举措”,并提出社会信用体系建设应以“建立守信激励和失信惩戒机制为重点”。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》对失信惩戒的类型作出系统性划分并将行政性失信惩戒作为一项独立的失信惩戒类型,提出加强对失信行为的行政性约束和惩戒。自此,行政性失信惩戒在政策、文件的推动下逐步建立起来。

从这些政策、文件的规定看,我国建立失信惩戒的主要目的是规范市场经济秩序,防范经济风险。而市场经济体制下所要预防的风险主要是两个方面:一是市场交易中当事人的违约风险;二是市场监管中当事人的违法风险。与此相对应,预防市场交易中当事人的违约风险是构建市场性失信惩戒的目的,而预防当事人的违法风险则是构建行政性失信惩戒的目的。行政性失信惩戒是具有中国特色的一类信用惩戒制度。

^{①7} 参见石新中:《论信用概念的历史演进》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期,第121页。

^{①8} 前注^{①7},石新中文,第122页。

^{①9} 前注^{①2},“美国信用体系”考察团文,第40页。

因此,行政性失信惩戒是行政主体为预防当事人未来的违法风险所采取的预防性监管措施,其不是对当事人已经实施的行政违法行为的惩戒——对已经实施的行政违法行为的惩戒,是行政处罚的任务;也不是对当事人未来可能实施的违法行为的惩戒——对可能发生的违法行为只能预防但不能惩戒。将行政性失信惩戒定性为行政处罚,混淆了失信惩戒与行政处罚之间的界限,建立在行政处罚基础上对行政性失信惩戒的讨论也让失信惩戒陷入了误区,唯有跳出行政处罚的框架去检讨行政性失信惩戒的合理性与正当性,方能为失信惩戒制度建设提供良方。此外,行政处罚虽以减损权利或增加义务为核心特征,但这一特征并不是行政处罚所独有的,其他行政管理措施中也存在大量具有减损权利或增加义务属性的行政管理措施,将这类以风险预防为目的的监管措施定性为行政处罚,在法理上也难以自圆其说。“所谓的信用惩戒,绝非一种类似行政处罚的法律制裁措施,而是一种建立在信用评价基础上以规避资源配置风险为目的的应对措施。”^{②⑩}

行政性失信惩戒的运行机理是,将当事人过往实施的违法行为认定为失信,以当事人的违法信息为依据,预测其未来可能发生的违法风险,从而有针对性地采取监管措施。对于预测违法风险较高的当事人(即所谓的失信主体),采取约谈、警示、从严审查行政许可申请、在日常监督检查中提高抽查比例和频次等监管措施;对于预测违法风险极高或者存在重大违法风险的当事人(即所谓的严重失信主体),采取限制市场准入与职业准入等监管措施。约谈、警示、对行政许可申请的从严审查与限制、加大行政检查的力度等措施都是传统监管措施的运用。与传统监管不同的是,行政性失信惩戒将当事人的信用嵌入传统的监管措施,实行以信用为基础的差异化监管,对失信当事人加强监管,从而使监管措施的适用更精准、更有效。同时,通过信用信息共享,让所有监管机构共同参与对失信当事人的监管,综合运用不同监管机构的监管措施,从而形成监管合力(即失信联合惩戒),克服了单一监管机构单打独斗、监管力度不足的难题。

(二) 行政性失信惩戒制度的规范重点

鉴于行政性失信惩戒设定和适用中存在的问题,回归制度建设的初衷与目的,规范失信惩戒的设定与适用,已是当务之急。行政性失信惩戒所涉及的制度内容很多,包括信用信息的归集、信用信息的评价与失信认定、失信分类、失信名单管理、失信惩戒措施的设定与适用、失信联合惩戒、信用修复等,但其基本制度有三:一是失信认定,二是失信名单管理,三是失信惩戒措施的种类与设定。相应地,对行政性失信惩戒制度的规范重点是对失信认定、失信名单管理措施以及失信惩戒措施的种类与设定的规范。规范行政性失信惩戒的总体目标是,严格限制行政性失信惩戒的设定与适用。失信惩戒虽然与市场经济及诚信社会的建设高度契合,但主要应当由市场主体和行业组织去实施,政府在社会信用体系建设中的主要职责是规范、引导信用信息的收集、运用,指导信用惩戒的实施,对于市场主体可能出现的违法风险需要加以预防的,主要通过加强日常监管解决,应严格限制和规范减损权利与增设义务类惩戒措施的设定和适用。

^{②⑩} 前注②,陈国栋文,第46页。

三、失信认定的依据与规范

失信认定直接决定着失信惩戒的范围。现行失信认定因认定依据缺少清晰的范围与边界,呈不断泛化之势,就当事人的哪些行为信息应当作为应予行政惩戒的失信认定依据,至今尚无统一的法律标准。

(一) 现行规范性文件中有关失信认定依据的规定

现行有关失信认定的依据分散规定在法律、法规、规章及其他规范性文件之中。总体来看,法律对失信认定依据的规定较为审慎,主要以当事人已经实施的违法行为信息为依据,但具体规定不尽一致。有的法律将所调整领域所有的违法信息都作为失信的认定依据,规定将当事人的违法信息全部记入失信信息,这也是现行法律中较为普遍的对失信认定依据的规定;^①有的法律规定失信的认定仅限存在主观恶意的违法行为信息;^②有的法律规定将失信认定的依据限于因违法行为受到行政处罚的信息^③。是将所有的违法信息都作为失信认定依据,还是应当以恶意违法信息作为失信认定依据,抑或以受到行政处罚的违法信息作为失信认定依据,是法律在规范失信认定依据方面存在的主要问题。

相较于法律,其他规范性文件对失信认定依据的规定则要宽泛、随意得多,而且规范性文件的层级越低,对失信认定依据的规定越宽泛、越随意。除了违法信息外,其他规范性文件规定的应予行政惩戒的失信认定依据还包括:(1) 私法上的违约信息。有学者详细梳理了中央部门41份失信惩戒备忘录所列的226项应受惩戒的失信行为,其中214项属于实定法明文规定的违法行为,其它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。^④(2) 行政处罚和行政裁决等行政行为信息、司法裁判、仲裁裁决与执行信息。根据《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》(国办发〔2020〕49号)规定,行政机关可认定失信的依据包括: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。(3) 刑事处罚信息。部分地方规范性文件将刑事处罚信息作为失信认定的依据。^⑤(4) 违反其他社会性规范的行为信息。个别地方规范性文件将违反职业纪律与职业规范、违反道德规

^① 参见《中华人民共和国安全生产法》第78条;《中华人民共和国食品安全法》第113、114条;《中华人民共和国证券法》第215条;《中华人民共和国期货和衍生品法》第113条;《中华人民共和国电子商务法》第86条;《中华人民共和国网络安全法》第72条;《中华人民共和国个人信息保护法》第67条。

^② 参见《中华人民共和国政府采购法》第77条。

^③ 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第33条;《中华人民共和国反垄断法》第64条;《中华人民共和国农产品质量安全法》第54条。

^④ 参见前注⑨,彭聿文,第54页。

^⑤ 参见《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第19、22条;《苏州市自然人失信惩戒办法(试行)》第8条。

范与文明规范的行为信息作为失信认定的依据。^{②⑥}失信认定依据规定的泛化,反映出在行政审批制度改革不断深化、行政许可事项被逐步裁减的当下,地方政府及其部门希冀借助失信惩戒这一新的抓手来解决基层治理中面临的难题,包括对难以实施行政处罚的一些不文明、不道德行为的治理。

(二) 失信认定依据的规范

如果失信认定的结果导致失信当事人批量产生,将使得行政主体不得不将大量的精力投入失信惩戒之中而疏于日常监管,这就背离了建立这一制度的初衷与目的。基于失信认定的现状和问题,以及失信认定在失信惩戒制度中的基础性地位,值全国人大规划制定社会信用建设法之际,^{②⑦}应将失信认定依据纳入社会信用建设法的立法范畴,并将失信认定依据限定为经行政处罚或刑事处罚认定的具有主观恶意的行政违法(含情节严重构成犯罪的行政违法)行为信息,以下分述之:

1. 将失信认定依据限缩至当事人的行政违法信息

行政性失信惩戒以预防违法风险为目的,而对当事人未来发生违法风险的预测应当基于对其已经实施的违法行为的评价,因此,当事人与行政违法无关的其他行为信息,不应作为预测其未来发生违法风险的依据,包括:(1)与行政违法无关的刑事处罚信息。刑事处罚中,除情节严重构成犯罪的行政违法信息外,与行政违法没有关联的其他刑事处罚信息,不应作为预测当事人未来发生行政违法风险的依据。(2)民事违约信息。民事违约与行政违法没有必然关联,民事违约信息也不应作为预测当事人未来发生行政违法风险的依据。(3)与行政违法无关的其他行为信息,包括违反职业纪律与职业规范、违反道德规范与文明规范的行为信息等。

除了与行政违法无关的行为信息外,当事人不履行行政处罚决定之外的其他行政决定的信息以及行政强制执行信息也不应作为失信认定依据。(1)当事人不履行生效的其他行政决定的信息不应作为失信认定的依据。行政处罚是对当事人违法行为的认定与处罚,与违法行为直接关联,而行政处罚之外的其他行政决定的决定依据复杂,未必基于当事人的违法,当事人不履行行政决定的原因同样复杂,不少情形与信用、诚信没有太多关联,将不履行这些行政决定的信息也作为失信的认定依据并加以惩戒,不仅难以有效化解争议,反而可能激化政府与当事人之间的矛盾。(2)行政强制执行信息也不应作为失信认定依据。行政强制执行是对不履行生效行政决定的执行,不履行行政处罚决定属于因违反第一性义务(违法)引起的对第二性义务的违反,对不履行行政处罚决定的强制执行,仍然是为了强制当事人将因违反第一性义务受到的处罚执行完毕,两种行政行为实际上都是对当事人同一违法行为的处理,只不过在程序上将决定与执行分开,如

^{②⑥} 譬如,《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》第9条将“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”纳入重点职业人群失信的范围,并在第三章设定了相应的惩戒措施;《兰州市文明行为促进办法》第30、33条将不文明行为纳入信用信息管理的范围。

^{②⑦} 参见《十四届全国人大常委会立法规划》,载新华网, https://www.xinhuanet.com/politics/2023-09/07/c_1129851114.htm, 2026年1月11日访问。

果同时将行政处罚信息与行政强制执行信息都作为失信认定依据,会导致对失信的重复认定。至于其他行政决定的强制执行,由于当事人不履行其他行政决定本身就不应作为失信的认定依据,对这类行政决定的强制执行信息更不应作为失信的认定依据。

虽然笔者将失信认定依据限缩至行政违法信息,但理论上对于将行政违法认定为失信仍存在争议,争议的焦点集中在违法与失信的关系上,因为传统意义上失信评价的对象主要是违约。譬如,有学者认为,违约乃失信是一般人的认识,违法与违约并不必然关联,将违法视为违约有违常识。^{②⑧}有学者认为,尽管失信与违法有一些重合之处,但“失信”与“违法”毕竟是两个不同概念,将有些违法行为作为“失信”来对待,难以同公众关于诚信的一般认识相符。^{②⑨}有学者认为,失信惩戒机制中的“信”,指的是民事名誉。^{③⑩}还有学者认为,信用应为社会对民事主体的履约能力和履约意愿的评价。^{③⑪}因此,当事人的行政违法信息可否被评价为失信是无法回避的问题。“违法行为是否属于失信行为以及对违法行为能否施以信用惩戒之所以成为焦点问题,是因为其关系到国家机关以公权力实施信用惩戒的合法性。”^{③⑫}

信用与失信虽源于市场活动,但在我国,对信用与失信的理解与评价已逐步超越市场活动的范畴,延伸到行政管理领域,除了市场交易中的信用外,信用还包括了行政管理中的信用。市场交易中的信用是指某一交易方为其他交易方所信任,并愿意与之建立交易关系,行政管理中的信用是指当事人对法律和管理秩序的遵从。与之相对应的失信也包括了市场活动中的失信与行政管理中的失信(行政失信),市场活动中失信评价的依据主要是当事人的违约,而行政管理中失信评价的主要依据是当事人的违法。市场失信认定与惩戒的目的是防范市场交易主体的违约风险,而行政失信认定与惩戒的目的是预防当事人的违法风险,若将行政性失信惩戒作为风险防范机制,那么失信是可以容纳行政违法的。

还要说明的是,行政管理关系主要是一种命令与服从关系,尽管行政主体也会选择以与市场主体、社会主体达成行政协议的方式来实现市场监管和社会管理的目标,但行政协议并不是市场监管和社会管理的主要手段,市场监管和社会管理中主要的管理手段还是行政主体单方面实施的强制或非强制性管理措施,目的是确保市场主体和社会主体遵守法律的规定、履行法定义务。因此,是否守法、是否履行法定义务是在行政法上对市场主体和社会主体行为展开正面与负面评价的主要依据,在行政法上是无法以市场主体和社会主体是否履行与行政主体约定的义务作为失信评价的主要依据的。

2. 失信认定依据须限于行政处罚或者刑事处罚认定的行政违法信息

失信认定之所以需要以行政处罚或刑事处罚认定的违法信息为依据,系基于以下原

^{②⑧} 参见前注②,陈国栋文,第41页。

^{②⑨} 参见前注⑨,沈岍文,第28页。

^{③⑩} 参见徐国栋:《“失信联合惩戒机制”中“信”的含义之澄清》,载《中国法律评论》2021年第1期,第93页。

^{③⑪} 参见前注①⑦,石新中文,第123页。

^{③⑫} 前注②,陈国栋文,第40-41页。

因:(1) 当事人的行为是否构成违法必须经过法定程序并以法定方式予以认定。在行政法上,构成违法需要经过法定程序并以法定方式予以认定,而行政处罚程序是认定违法的主要法定程序,行政处罚决定是认定违法的主要法定方式,违法情节严重、已经构成犯罪的,刑事处罚是违法认定的法定方式。违法行为若没有经过法定程序并以法定方式加以认定,就只是一种涉嫌违法行为。已有法律规定,在执法调查中,当事人作出纠正涉嫌违法的行为或消除行为后果的承诺的,执法机关可以中止调查,当事人履行承诺的,执法机关终止调查。^{③③} 这就意味着在当事人履行承诺后,监管机构对涉嫌违法的调查程序就此结束,对涉嫌违法的行为不再进行认定和处罚,一个未经法定程序并经法定方式认定为违法的行为是不应作为失信认定依据的。(2) 被认定为违法的行为也不一定都会受到处罚。《行政处罚法》等法律都有关于违法行为不予处罚的规定。在《行政处罚法》规定的不予处罚的法定情形中,除了不满十四周岁的未成年人以及精神病人、智力残疾人在不能辨认或者不能控制自己行为时实施违法行为不予处罚外,还包括多个应当或可以不予处罚的违法情形。^{③④} 凡立法规定不予处罚的违法行为,都是立法者经过评估后认为这类违法社会危害后果轻微或者没有造成社会危害后果,且当事人再次违法的风险低,因而没有必要实施处罚。因此,对于法律规定不予处罚的违法行为,不应作为失信的认定依据。

3. 当事人应存在主观恶意

失信认定依据的违法信息并非当事人所有的违法信息,而应仅限于当事人存在主观恶意的行政违法(含情节严重构成犯罪的行政违法)信息。

我国行政法上,对行政违法的构成侧重于客观评价,尽管2021年修订的《行政处罚法》第33条规定,“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚”,但该条后半句同时规定,“法律、行政法规另有规定的,从其规定”。而不少单行法律、行政法规规定,只要当事人的行为客观上违反了法律、行政法规的规定,即构成违法,应予行政处罚,当事人的主观过错不是违法的评价要素。与对违法的客观评价不同,信用评价侧重于主观评价,所评价的是信用主体对待和履行契约义务和法定义务的主观意愿,诚信意即诚实守信,市场交易中体现为愿意遵守并履行契约的约定,而失信则体现为有能力履约而拒不履约;行政管理中,诚信体现为愿意信守法律的规定,诚实履行法定义务,而失信则体现为不愿意遵从法律的规定,有能力履行却拒不履行法定义务。因此,并非所有行政违法都可以被评价为失信,只有符合失信评价标准的那些行政违法方可被评价为失信。若不考虑当事人的主观因素,单纯以违法行为作为失信认定依据,就“犯了以行为为中心构建失信认定机制的错误”,^{③⑤} 也使失信的认定难以令人信服。

若从主观方面对当事人的行政违法进行评价,那么只有具有主观恶意的那些违法行

^{③③} 参见《中华人民共和国证券法》171条;《中华人民共和国期货和衍生品法》第112条;《中华人民共和国反垄断法》第53条。

^{③④} 参见《中华人民共和国行政处罚法》第30、31、33条。

^{③⑤} 参见闫海、崔晓瑜:《基于人格性的信用责任理论重塑与制度设计》,载《江汉论坛》2023年第2期,第143页。

为方符合失信的评价标准。所谓具有主观恶意的违法,是指当事人故意违反法律的规定,并通过损害国家利益、公共利益或他人利益的方式追求自身利益的最大化。与一般违法不同,恶意违法在客观上多表现为“欺诈”“隐瞒”“伪造”“作假”“假冒”“骗取”“串通”“合谋”“贿赂”等,这与市场活动中作为失信评价依据的恶意违约如出一辙。在恶意违法中,当事人对于违法的发生具有明确的目的性和主观期待性,其再次违法的风险极高,因此有理由相信,即使让当事人受到了行政处罚,也难以避免其再次实施类似的违法行为。作为以风险预防为目的的行政失信惩戒,需要预防和加强监管的主要是这类当事人。因此,将这类违法认定为失信,不仅符合行政失信惩戒制度设计的初衷与目的,也符合公众对失信的一般认知。

笔者认为,市场活动中包含主观恶意的可认定为失信的违法情形主要有:(1)弄虚作假。弄虚作假是市场活动中较为普遍的一类恶意违法行为,既表现为对监管机构的弄虚作假,如通过提交虚假材料取得行政许可,对监管机构作虚假陈述、声明、保证、承诺,违反对监管机构的承诺、约定,公司注册登记中虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资等,也表现为对其他市场参与者、消费者的弄虚作假,譬如上市公司伪造、传播虚假信息或者误导性信息、隐瞒事实、证券交易中作虚假陈述,产品经营销售中制假售假、掺杂掺假、以假充真、以次充好、制作、发布虚假广告、公布虚假信息等。(2)欺诈蒙骗。其包括偷税、逃税、骗取国家退税、骗取政府政策性贷款、骗取财政性资金项目、骗取政府补贴等损害国家利益的行为;以及合同诈骗、金融诈骗、保险诈骗、网络诈骗、电信诈骗、价格欺诈等损害其他经营者或者消费者利益的行为。(3)恶意破坏市场竞争秩序。其表现有围标串标、骗取中标、商业诋毁、内幕交易、假冒商标、虚假交易、虚假宣传、市场混淆、商业贿赂等。(4)屡罚不改。若一个主体在一定期限内多次实施同类违法行为,而且屡罚不改,表明其守法意识严重缺失,同时也表明其未来发生违法的风险概率极高,这些“违法行为信息被认为具有信用风险维度、具有失信信息的性质”,^{③⑥}在理论上是可以证成的。

以具有主观恶意的行政违法作为失信认定依据,应将下列违法行为从失信认定依据中排除出去:(1)无过错以及过失违法的行为。无过错以及过失的违法并非出于当事人的本意,本质上不体现其违法的主观意愿或其真实意愿,更不是其主观追求的结果,这类违法与失信之间缺少关联性。从违法风险看,将当事人无过错以及过失的违法认定为失信并作为预测其未来发生违法风险的依据,不仅缺少事实根据,在法律上也无正当性可言。(2)善意违法的行为。并非所有的故意违法都可归于不诚信或失信,故意还有善意与恶意之分。善意的违法与失信之间也欠缺关联性,同样不应作为失信认定的依据。例如,“巴黎贝甜无证生产被罚案”^{③⑦}中,经营“巴黎贝甜”的上海艾丝碧西食品有限公司未经许可利用其培训中心制作面包,并平价向周边居民售卖,其行为构成故意违法,没有

^{③⑥} 参见前注②,陈国栋文,第45页。

^{③⑦} 参见上海市市场监督管理局《行政处罚决定书》(沪市监总处〔2022〕322022000127号);《“巴黎贝甜无证生产被罚”引热议,上海市监局回应》,载微信公众号“南方都市报”,2022年9月4日上传。

异议。但疫情期间,在当时居民食品短缺的情势下,面包店的经营解了居民的食品短缺之苦,是一种善意的违法。对于这类违法行为,予以处罚都存在极大争议,再将其认定为失信,更与公众对失信的认知不符。目前已有部分规范性文件将没有主观故意的违法排除出失信认定的依据范围,^{③⑧}但没有对故意违法的主观善恶作进一步区分。

此外,失信认定的依据宜以经济活动中的违法信息为限,原则上不应将公民个人社会活动中的违法信息纳入失信认定的依据范围,防止政府对社会生活的过度干预,至于消费信贷中的恶意透支、恶意拖欠水电燃气费、物业管理费等违约行为,纳入市场惩戒与社会惩戒的范围即可,无需动用公权力予以惩戒。

4. 适度限制将单一违法信息作为失信认定依据

失信认定依据规定中另一较为突出的问题是,以单一违法信息作为失信认定依据的比例偏高。有学者将这类失信评价称为“单一型”失信评价,将多个违法行为量化并累加,导出由基础信用信息综合加工而成的行为人的“信用画像”称之为“量化型”失信评价。^{③⑨}由于失信认定旨在预测当事人未来的违法风险,并作为后续采取差异化监管措施的依据,以单一违法信息作为失信认定依据难以准确预测当事人未来重复此类违法行为的概率,因此,立法应当适度限制单一违法信息的失信认定,一般应限制为主观恶性大、情节严重或者造成重大危害后果的那些违法行为,包括:(1)严重危害公众身体健康和生命安全的违法行为,譬如因违法造成重大安全生产事故,食品、药品安全事故,环境污染事故等;(2)严重损害投资人利益、给投资人造成重大损失的违法行为;(3)严重损害竞争对手合法权益的违法行为。

现行失信认定的依据,还包括当事人在政府采购、自然资源、公共资源交易中的违约行为信息,这类违约行为与市场监管中的违法行为不尽相同,而与市场交易中的违约行为更为近似,这类违约信息宜作为市场性失信惩戒的认定依据,未来立法上应将这类违约信息从应予行政惩戒的失信认定依据中分离出去。

四、失信名单管理的措施与设定规范

失信名单是行政主体实施失信惩戒的直接依据,失信名单管理是行政主体将失信当事人纳入或移出失信名单并进行信用管理的一系列措施的总称。

(一) 失信名单管理的主要措施

失信名单管理由纳入失信名单和移出失信名单两大类管理措施构成,其中纳入失信名单管理是重点,以下主要围绕纳入失信名单管理展开论述。纳入失信名单管理是指行政主体将认定为失信的当事人纳入失信名单并采取相应信用管理措施的活动。当事人

^{③⑧} 如《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》第12条第2款规定,当事人有证据足以证明没有主观故意的,不列入严重违法失信名单。

^{③⑨} 参见前注^⑤,王锡锌、黄智杰文,第100-101页。

的失信程度以及发生违法风险的差异性决定了失信管理应当采取分类分级管理的方式,其内容有二:一是失信名单的分类管理,二是失信信息公开的分级管理。

1. 失信名单的分类管理

当事人的违法情节有轻重之分,因此,以违法信息为依据认定的失信,其失信程度客观上存在差异,这决定了应当对失信名单实施分类管理,从而为后续的差异化惩戒提供依据。失信名单的分类管理是指根据失信程度将失信划分为不同的类别,以分类为基础将当事人分别纳入不同类别的失信名单,并采取差异化管理措施的活动。但对失信名单如何进行分类、应当分为几类,目前立法上尚无明确规定,个别规范性文件对此作了划分。如《国家发展改革委人民银行关于加强和规范守信联合激励和失信联合惩戒对象名单管理工作的指导意见》(发改财金规〔2017〕1798号)将失信名单分为重点关注名单、大数据警示名单和黑名单三大类型。但上述分类没有明确的分类标准,而且也难以分辨不同类别的失信名单之间的区别。笔者认为,可以根据失信程度由轻到重,将失信划分为轻微失信、一般失信和严重失信三大类。以此分类为基础,对轻微失信的当事人,可采用约谈、提示、告诫等柔性监管措施;对于一般失信的当事人,应列为重点监管对象,采取增加抽查比例与频次等刚性监管措施;对于严重失信的当事人,应采取限制市场与职业进入等权利限制措施。

2. 失信信息公开的分级管理

失信惩戒以预防当事人的违法风险为目的,实践中,有些违法风险通过主管部门的监管即可以有效防控,有些违法风险则需要调动不同监管机构的监管力量共同加以预防,还有部分违法风险甚至需要调动市场主体和社会主体的力量予以协助。而要调动主管部门之外的力量共同参与违法风险的预防,就需要建立失信信息的公开与共享机制。而违法风险程度以及需要调动的监管资源的不同,决定了对失信信息公开也应当实施差异化的管理,这便是失信信息的分级管理,即依据需要实施风险预防的范围与程度对当事人的失信信息进行分级,并以分级为基础决定是否公开失信信息以及公开的程度与范围。

目前,关于失信信息公开的分级,立法上同样缺少明确规定,包括法律在内的规范性文件对失信信息的公开不作分级、只要列入失信名单就一律公示几乎是普遍的规定,^④这导致后续差异化的惩戒难以实施。笔者建议依据违法风险程度以及有效预防风险的需要,将失信信息划分为不公开、有限公开与完全公开三级。不公开是指行政主体将当事人列入失信名单但不对外公开;有限公开是指行政主体在有限范围内公开失信信息,主要是由主管部门将当事人的失信信息推送给其他的监管机构,实行失信信息在监管机构之间的共享;完全公开又称共享公示失信名单,是指行政主体将当事人的失信信息对外公开发布,由行政主体、市场主体及其他社会主体共享失信信息。

^④ 如《中华人民共和国反垄断法》第64条、《中华人民共和国食品安全法》第113条、《中华人民共和国旅游法》第108条、《中华人民共和国环境保护法》第54条第3款、《企业信息公示暂行条例》第17条等均有类似规定。

失信信息分级公开,是决定对当事人是否实施联合惩戒及其惩戒程度的依据。以失信信息分级公开为依据所构建的惩戒,其惩戒模式是“1+N”。其中的“1”是失信名单,“N”是以失信信息的分级公开为依据由行政主体及其他私主体所分别实施的各类惩戒措施。将失信信息纳入失信名单但不公开,仅由主管部门采取相应的惩戒措施,构成“失信名单+单一失信惩戒”;共享失信名单,意在通过失信信息在行政主体之间的共享对当事人实施联合惩戒,构成“失信名单+行政联合惩戒”;公示失信名单又为市场惩戒、行业惩戒、社会惩戒提供了依据,构成“失信名单+行政联合惩戒+其他失信惩戒”的联合惩戒模式。

（二）失信名单管理措施的性质与设定规范

受行政性失信惩戒处罚论的影响,理论上对失信名单管理措施的性质也多从行政处罚的视角进行讨论。实际上,纳入失信名单只是为后续的失信惩戒提供依据,其措施本身并不属于失信惩戒,将其定性为行政处罚更是与设定和适用这一措施的初衷与目的相悖。将其纳入行政处罚范畴,虽是为了加强对这一措施的规范与约束,但实际上事与愿违。一方面,根据《行政处罚法》规定,声誉罚属于轻微行政处罚,其设定较为宽松,若将失信名单管理措施定性为通报批评类声誉罚,那么法规和规章都可以设定,这极易导致失信名单管理措施的滥设滥用。另一方面,失信名单管理措施虽不属于行政处罚,但其对当事人的权利影响程度远超行政处罚中的声誉罚,特别是纳入并公示失信名单不仅对当事人的声誉构成极大的负面影响,而且其又成为后续失信(联合)惩戒的依据,客观上不仅造成当事人声誉的减损,还会影响到当事人的隐私权、人格权、自由权、平等权、受教育权、就业权乃至财产权等一系列权利。因这一措施广泛涉及当事人的基本权利,基于人权保障原则,失信名单管理措施的设定应当逐步纳入法律保留范围,其中失信名单与失信信息分类分级管理的原则、标准与类型应由社会信用建设法统一设定,各领域失信名单具体管理措施原则上由调整该领域的法律设定。适用法律保留原则,主要是为了加强对行政立法的控制和监督,并不意味着所有失信名单管理措施都只能由法律设定,部分领域法律规定的条件不成熟的,可以授权行政法规设定。

五、失信惩戒措施的种类与设定规范

行政性失信惩戒措施是行政主体针对失信当事人所采取的各类行政性限制与约束措施,实践中,行政性失信惩戒措施不仅种类繁多,且设定极为混乱。

（一）行政性失信惩戒措施的种类、合理性及法律性质

1. 行政失信惩戒措施的种类

现行法律、法规、规章及其他规范性文件设定的行政性失信惩戒措施的种类繁杂,而且,对于不少措施是否属于失信惩戒或行政性失信惩戒措施,理论与实践的认识不一致,这导致对行政性失信惩戒措施种类的归纳亦不尽相同。目前,对行政性失信惩戒措施的

种类作出系统梳理和规定且具有法律效力的规范性文件是国家发改委、中国人民银行会同国务院社会信用体系建设部际联席会议成员单位和其他有关部门(单位)制定的《全国失信惩戒措施基础清单》。2025年版清单将失信惩戒分为三大类14项,三大类分别是公共管理机构实施的减损权利或者增加义务的措施、公共管理机构根据履职需要实施的相关管理措施以及公共管理机构以外的组织自主实施的措施。惩戒措施具体有14项,分别是:市场或行业禁入(退出);职业禁入或从业限制;限制任职;限制相关消费行为;不准出境;限制升学复学;限制申请财政性资金项目;限制享受优惠政策和便利措施;限制参加评先评优;纳入严重失信主体名单;共享公示失信信息;纳入重点监管范围;推送政府部门自主参考;推送经营主体自主参考。

清单对行政性失信惩戒措施的分类存在以下问题:第一,“纳入严重失信主体名单”“共享公示失信信息”“纳入重点监管范围”等措施不属于失信惩戒措施,而是为失信惩戒提供依据的基础性管理措施;第二,“推送政府部门自主参考”“推送经营主体自主参考”本身也不属于失信惩戒措施,只是为其他政府部门、经营主体采取相应措施提供信息参考,而公共管理机构之外的组织所实施的诸如纳入市场化征信或评级报告、从严审慎授信等措施也不属于行政性失信惩戒措施;第三,“市场或行业禁入(退出)”“职业禁入或从业限制”“限制任职”等措施大多是通过限制申请和取得行政许可的方式实施的,都属于许可限制类措施;第四,“限制申请财政性资金项目”“限制享受优惠政策或便利措施”“限制参加评先评优”等措施都属于给付限制类措施。此外,有些种类的行政性失信惩戒中,混杂了部分不属于行政性质的惩戒措施,譬如“上调有关保险费率”被纳入“限制享受优惠政策和便利措施”的范围,但实际上这是一种市场性惩戒措施。还有一些失信惩戒措施的归类不当,譬如不适用告知承诺、容缺受理主要适用于行政许可的审批程序中,实践中是作为“纳入重点监管范围”的措施适用的,但清单将其归入“限制享受优惠政策和便利措施”中。

基于以上分析,清单列出的真正属于行政性失信惩戒的措施大致可归纳为以下四大类:

(1) 加强监管类措施。这一类措施是指监管机构为强化对当事人的监管所采取的相应措施,包括列为重点监管对象、适当提高抽查比例和频次。措施形式包括:对当事人的行政许可申请从严审查,或者不适用简化的审批程序,不适用告知承诺、容缺审批;对在日常监管中列为重点监管的对象,在行政检查中适当提高抽查比例或频次,或者实行以现场检查为主的检查方式等。

(2) 许可限制类措施。许可限制类措施是通过限制当事人申请行政许可的方式限制其市场准入与职业准入,措施形式包括在一定期限内限制其申请许可或永久禁止其申请许可,内容包括限制市场准入与限制职业准入。

(3) 其他的行为或权利限制类措施。其他的行为或权利限制类措施是指行政主体在许可限制类措施之外对当事人的相关行为或权利加以限制的措施,措施形式主要有限制消费、不准出境、限制升学复学三种。

(4) 给付限制类措施。给付限制类措施是指限制当事人从政府取得特权、优惠、荣誉、奖励等,措施形式包括限制申请财政类资金项目、限制享受政府的优惠与便利措施,在一定期限内取消申请购买或租赁保障性住房的资格、撤销所获荣誉,在一定时限内取消参加评先评选资格、依法撤销奖励、暂停或者取消参加国家科学技术奖提名、评审活动的资格等。

2. 行政性失信惩戒措施的合理性及法律性质分析

四大类行政性失信惩戒措施的合理性及法律属性需要逐一加以分析:

(1) 关于加强监管类措施。加强监管类措施是将当事人的信用融入行政许可、行政检查、行政处罚等传统监管措施或者在其实施程序中,综合运用传统监管措施所实施的监管。加强监管类措施既包括单一监管措施的加强适用,也包括与其他监管措施的结合适用,其对于预防当事人可能发生的违法风险具有显著作用,是市场监管中有效的监管手段。在法律性质上,加强监管类措施虽对当事人的经营活动有一定影响,但并没有直接减损其权利或增加其义务,不属于减损权利或增加义务性监管措施。

(2) 关于许可限制类措施。这类监管措施适用于具有重大违法风险的当事人,是通过限制当事人的市场准入与职业准入预防其违法风险,因此,这类措施不仅是一类重要的预防性监管措施,而且对当事人的市场准入与职业准入权利构成限制,属于减损权利性监管措施。

(3) 关于其他的行为或权利限制类措施。其他的行为或权利限制类措施主要是限制消费、阻止出境及限制升学复学。三类措施作为失信惩戒措施,其合理性都值得检讨。

首先,关于限制消费。这一措施源于司法,作为司法强制执行措施,适用于对拒不履行生效裁判文书确定的金钱给付义务的当事人,迫使当事人履行金钱给付义务的情形。^{④①}限制消费无论在目的还是行为性质上都与失信惩戒的目的相去甚远,也起不到预防违法风险的目的。这一措施作为失信惩戒措施,其正当性和有效性都不无问题,应当将限制消费从行政失信惩戒措施中剔除出去,将其规范为行政或司法强制执行措施。

其次,关于不准出境。不准出境源于税收征收管理,^{④②}后被引入金融监管领域,《银行业监督管理法》《证券法》《保险法》《期货和衍生品法》等法律都有不准出境的规定。^{④③}无论是税征法还是金融监管法,设定和适用不准出境的目的或是为了防止当事人逃避履行纳税或其他公法上的金钱给付义务,或是为了迫使当事人配合行政调查,或是防止当事人逃避未来可能受到的行政处罚,或是为了迫使当事人履行生效的行政处理、处罚决定,性质上都属于行政强制措施,与作为预防违法风险的失信惩戒措施的目的完全不同,措施性质差异较大,不应作为一般的失信惩戒措施。个别领域的失信惩戒需要适用这一措施的,应当按照《行政强制法》有关行政强制措施的规定规范其设定和适用。

^{④①} 参见《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》第1条。

^{④②} 参见《中华人民共和国税收征收管理法》第44条;《中华人民共和国海关事务担保条例》第8条。

^{④③} 参见《中华人民共和国银行业监督管理法》第40条;《中华人民共和国证券法》第144、170条;《中华人民共和国保险法》第153条;《中华人民共和国期货和衍生品法》第106条。

最后,关于限制升学复学。这一措施主要适用于兵役管理领域,规定在《兵役法》第57条。从该条规定看,“两年内不准升学复学”是与“纳入履行国防义务严重失信主体名单实施联合惩戒”并列规定的措施,而不是作为联合惩戒措施之一。而且,从措施性质看,将限制升学复学定性为对逃避服兵役行为的处罚更合理,与预防违法风险为目的的失信惩戒措施相去甚远。因此,限制升学复学不应纳入失信惩戒措施的范围,其设定和适用的合理性与正当性应从行政处罚的角度去检视并纳入行政处罚范畴规范。

(4) 关于给付限制类措施。行政失信惩戒措施是以风险预防为目的的监管措施,而给付限制类措施在性质上并不属于监管措施,将这类措施作为失信惩戒措施,其合理性不无疑问,本文对其设定和适用暂不涉及。

基于以上分析,现行规范性文件设定和适用的惩戒措施中,排除不具有减损权利或增加义务性质的监管措施以及不宜作为失信惩戒的措施后,失信惩戒的主要措施是加强监管类措施及许可限制类措施,这其中对当事人的权利具有减损性质的监管措施是许可限制类措施。由于这类措施在预防重大违法风险方面的有效性高,因而其适用的领域和范围极为广泛,措施内容丰富、形式多样,涉及对当事人几乎所有准入准营资格与权利的限制,且设定依据复杂,是失信惩戒措施中需要重点规范的对象。

(二) 对设定许可限制类措施的法律规范

如前所述,失信惩戒措施的规范重点是许可限制类措施。许可限制类措施的法律性质同样受到失信惩戒处罚论的影响,学界多认为其具有制裁性,构成行政处罚中的资格罚。^④有学者指出,随着2021年修订的《行政处罚法》第9条将“限制开展生产经营活动”和“限制从业”纳入法定处罚种类,该类措施作为行政处罚的定位已经明朗。^⑤

由于许可限制类措施是通过限制申请行政许可的方式限制当事人开展生产经营活动或者限制从业,因此,许可限制类措施与作为行政处罚的“限制开展生产经营活动”和“限制从业”措施在形式上极为相似,实践中不易分辨。理论上,作为面向未来的预防性监管措施,许可限制类措施是限制当事人通过申请许可取得相关资格,而行政处罚是对当事人已经发生的违法行为的处罚,其中“限制开展生产经营活动”和“限制从业”是限制或者剥夺当事人通过行政许可已经取得的资格,二者在目的、功能及惩戒内容上完全不同。在立法上,二者的区别可以结合法律设定各该措施的目的以及该措施的适用进行判断。如果该措施以制裁当事人的特定违法行为为目的,以限制或剥夺当事人既有资格为惩戒内容,那么,这一措施便是行政处罚。反之,若立法已对当事人的违法行为规定了相应的行政处罚甚至刑事处罚措施,同时,为了预防当事人及有关责任人员未来进入特定行业或职业再次违法的风险,通过限制申请行政许可的方式对其市场进入与职业进入进行限制,那么,这样的限制措施就是失信惩戒。

^④ 参见宋华琳:《禁入的法律性质及设定之道》,载《华东政法大学学报》2020年第4期,第45页;前注③,张晓莹文,第140页;前注⑤,谭冰霖文,第43页。

^⑤ 参见前注⑤,谭冰霖文,第37页。

由于作为失信惩戒措施的许可限制类措施与作为行政处罚的“限制开展生产经营活动”和“限制从业”措施在目的、功能及措施内容上完全不同,为规范许可限制类措施的设定和适用,防止其异化为行政处罚,应当将许可限制类措施与行政处罚完全分离开来,纳入行政许可的制度范畴加以规范。理由如下:(1)作为失信惩戒的许可限制类措施与设定和适用行政许可的目的完全一致。设定和适用行政许可是一种典型的预防性监管措施,其与许可限制类措施在预防风险方面的目的完全一致。区别在于,设定和实施行政许可是一种积极的风险预防措施,而许可限制类措施是一种消极的风险预防措施。(2)许可限制类措施本质上仍属于许可管理措施。许可管理措施是通过许可事项与许可条件的设定和适用所实施的事前管理措施,完整的许可条件由积极条件和消极条件所构成,积极条件是指申请行政许可必须具备的条件,消极条件是指申请行政许可的限制性或禁止性条件。限制严重失信当事人申请行政许可,就属于行政许可的消极条件。(3)《行政许可法》已为许可限制类措施的设定和适用提供了基本的法律依据。《行政许可法》第78、79条分别就申请人或被许可人在一定期限内不得再次申请行政许可、行政机关不予受理或者不予行政许可的条件和情形作了规定,而且两类许可限制类措施的适用情形都与申请人、被许可人的不诚信关联,只要在此基础上进一步完善许可限制类措施的适用条件与情形,通过《行政许可法》的修订明确将存在严重失信的当事人及其有关责任人员也纳入不得申请行政许可或不予受理行政许可、不予行政许可的范围即可。(4)将当事人的信用融入行政许可的设定与适用条件,契合了建立以信用为基础的新型监管机制的需要。信用只是一种信息记录,本身不是监管手段,信用只有与具体的监管措施结合适用才能发挥作用。信用监管机制的本质是将当事人的信用融入日常监管,根据当事人的信用状况采取差异化的监管措施,将当事人的信用融入行政许可,将严重失信当事人作为市场准入环节的重点监管对象,就是建立以信用为基础的市场准入制度。

由于包括消极条件在内的行政许可的具体条件是由单行法律法规设定的,因此,将许可限制类措施纳入行政许可制度范畴,需要从立法上明确这类监管措施的设定权限。建议未来《行政许可法》修订时对许可限制类措施的设定权限一并作出规定,将许可限制类措施的设定权限定为法律、行政法规和地方性法规,取消所有部门规章、地方政府规章及其他行政规范性文件许可限制措施的设定权。

六、结 语

随着改革进入新时代,打破传统的审批监管体制,构建与新时代市场经济相适应的监管体制、机制成为建设高水平市场经济体制的迫切要求,以信用为基础的监管正是适应这一改革需要的新型监管机制。作为信用监管的核心机制,行政性失信惩戒将失信当事人认定为存在违法风险的主体,将严重失信当事人认定为存在高违风险的主体,从而

对其实施重点监管、加强监管,这不仅解决了监管资源不足与监管任务日增之间的矛盾,优化了监管资源的配置,也大大提高了监管的精准性,可以有效防范违法风险。同时也应看到,行政性失信惩戒广泛涉及对当事人基本权利的限制,应当受到法律的规范与约束,其设定和适用应当遵循法定原则、比例原则、公正原则与不当联结禁止原则。唯有在法治的规范与约束下,行政性失信惩戒才能够真正建设成为一种长效、稳定的治理机制。

Abstract: Since the introduction of the administrative dishonesty punishment system, administrative authorities have widely adopted it as a means to address failures in market regulation and social governance. The scope of the application of administrative dishonesty punishment has exhibited a trend of continuous expansion. However, due to the relatively low level of legalization of dishonesty punishment, this system operates in widespread anomie. Administrative dishonesty punishment comprises three fundamental components: the determination of dishonesty, the management of dishonesty lists, and the types and settings of dishonesty punishment measures. Accordingly, its regulation must address these three aspects. Regarding the determination of dishonesty, the basis for such determinations should be limited to information on unlawful acts confirmed by administrative or criminal penalties that involve subjective malice. For the management of dishonesty lists, the establishment of management measures must adhere to the principle of legal reservation. In respect for dishonesty punishment measures, the focus of regulation lies in the design of licensing restrictions. The regulatory approach involves incorporating these punitive measures as negative conditions for administrative licensing into the institutional framework of administrative licensing.

(责任编辑:唐月洁)