

失信联合惩戒措施的类型及行为属性

门中敬

摘要:当前失信联合惩戒制度实践中出现的大量失信联合惩戒措施,类型众多,行为属性不清,影响到对其进行合法性控制。有鉴于此,学者们形成了“行政处罚说”“间接强制执行说或担保的行政处罚说”“综合或独立的法律责任说”“政府管制手段说”“类型化说”等主要学理论说。随着研究的不断深入,“类型化说”开始占据主流学术地位并达成了部分学理共识。但在类型化标准问题上,受传统概念法学的理论掣肘,该说主要采用的行政行为形式标准显然无法有效回应综合或独立的法律责任说、新型政府监管手段说提出的挑战。而且,根据现有类型化标准对失信联合惩戒措施的行为属性进行界定,还会导致实践操作中出现行为的可诉性、法律责任的确定和救济途径的选择等诸多困境。为回应新行政法理论提出的挑战,便于实践操作,我们应综合采纳行政行为的形式标准与实质标准,以厘定失信联合惩戒措施的不同类型及行为属性。

关键词:失信联合惩戒措施;行为属性;类型化标准;概念法学;新行政法学

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.06.008

一、问题的提出

国家治理需求催生制度实践创新。作为我国社会信用体系建设的重要制度安排和手段创新,失信联合惩戒由于具有提升社会诚信道德认同、控制违法违约行为和强化法律实施的社会效果,备受政府部门的推崇^①。根据各领域失信联合奖惩备忘录的规定,失信联合惩戒对象名单由国家有关部门具体负责,并将相关信息推送到全国信用信息共享平台。通过观察国家公共信用信息中心提供的“失信联合惩戒对象”数据可知,2012年以来,国家有关部门推送至全国信用信息共享平台的失信联合惩戒信息逐年递增,并在近几年出现“井喷”现象,这反映出政府对失信联合惩戒措施的重视^②。

然而,目前实践中出现的以政府规范性文件和失信联合惩戒措施合作备忘录方式确立并实施的大量失信联合惩戒措施^③,类型众多,表述迥异,行为属性不清,引发了公法学界的广泛关注和讨论。学者们基于各自的学术背景和学科特色,各抒己见,论点纷呈,并形成了“行政处罚说”“间接强制执行说或担保的行政处罚说”“综合或独立的法律责任说”“政府管制手段说”“类型化说”等学理论说。其中,行政处罚说认为,从行政处罚的手段形式看,行政机关给相对人上“黑名单”的行为,应当以我国《行政处罚法》第9条第(六)项^④兜底条款为规范依据。也就是说,行政机关作出的“黑名单”的行为

基金项目:国家社科基金重大项目“构建科学有效的行政权制约监督体系研究”(20ZDA106)。

作者简介:门中敬,山东大学法学院(威海)教授,博士生导师(威海 264209; 18766277887@126.com)。

① 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。

② 根据《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)、《国家发展改革委 人民银行关于规范和加强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)和各部委联合签署的备忘录的规定,相关部门认定并每月向全国信用信息共享平台推送守信联合激励对象名单和失信联合惩戒对象名单信息。

③ 本文中的“失信联合惩戒措施”,是指行政机关在失信联合惩戒中作出的惩戒措施。

④ 《行政处罚法》(2021年修订)第9条第(六)项规定:“法律、行政法规规定的其他行政处罚。”

性质应认定为行政处罚。具体而言,将“黑名单”上网公布是精神罚,上了“黑名单”就被限贷、限购是资格罚^①。间接强制执行说或担保的行政处罚说认为,不同于传统行政法对具有直接强制理念的执行罚的强调,失信联合惩戒更注重在工作、入学、出行等具有非直接强制理念方面采取相应限制^②;综合或独立的法律责任说认为,失信法律责任涵盖了民事责任、行政责任、刑事责任以及其他一些特殊责任,具有经济法律责任的综合性或独立性^③;政府管制手段说认为,不同于传统的行政许可、行政处罚、行政强制等传统政府监管手段,失信联合惩戒是一种独立的非传统的监管措施,有着独立的价值属性^④,它不仅有助于整合政府机构间的合作,提升政府部门间的信息沟通能力,而且缓解了依靠上级部门、新建综合部门、设置牵头部门等方式“一事一议”地解决多部门协调难题的困境^⑤。

随着研究的不断深入,类型化说由于能够克服行政处罚说和间接强制执行说的理论缺陷,开始占据主流学术地位并达成了部分学理共识。该说主张按照一定的标准,将失信联合惩戒措施分别归属为某种行政行为类型^⑥,但在类型化标准问题上,受传统概念法学的理论掣肘,该说仍然存在以下亟待解决的理论和实践问题:

首先,无法有效回应综合或独立的法律责任说、新型政府监管手段说提出的理论挑战。比如,“失信被执行人对社会公布”^⑦的失信联合惩戒措施,可以视为独立的失信惩戒行为,但该惩戒措施同时也是一种附带污名的制裁措施^⑧。由于社会非难的发生导致该“污名”对失信被执行人产生“社会制裁”的强制效果,因而难以将其归类为传统的行政行为类型。

其次,传统概念法学理论对失信联合惩戒措施所作的类型化,不利于行政执法手段的创新。比如“违法事实公布”、限制高消费、许可限制这类措施,相较于传统行政制裁方法,如果对公民权益的克减小于法律规定的责任承担方式,执法的成本效益也更高,是否应当归类为新型监管方式或新型执法方式而降低其合法性要求?

① 胡建森:《“黑名单”管理制度——行政机关实施“黑名单”是一种行政处罚》,《人民法治》2017年第5期。

② 如章志远指出:“我国一些地方针对拒不履行兵役义务的公民,摒弃了传统的执行罚手段,代之以高额罚款、就业就学限制等手段,迫使应征公民履行服役义务。这种做法改变了行政处罚与行政强制并立的传统思维,承认了行政处罚作为担保行政义务履行的间接强制手段,代表着间接强制优于直接强制理念下不断创新间接强制手段的趋向。”(章志远:《作为行政强制执行手段的违法事实公布》,《法学家》2012年第1期)

③ 如陈鹏飞认为:“失信法律责任涵盖了民事责任、行政责任、刑事责任以及其他一些特殊责任。各种责任形式相互配合,共同构成对失信行为进行制裁和约束的强制手段。”(陈鹏飞:《社会信用管理法律制度研究——基于需要国家干预的视角》,西南政法大学博士学位论文,2009年)刘俊海认为:“信用责任具有人格信用减损性、行政能力剥夺性、三大责任补强性和失信预防前瞻性、惩戒手段综合性、惩戒措施联动性、失信行为警示性、诚信文化教育性和公众心理慰藉性九个个性特征”,并直接宣称“信用责任(失信惩戒)作为独立的第四大法律责任进入法律责任体系已经水到渠成”。(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)

④ 韩经纬:《政府管制视角下的黑名单制度研究》,西南政法大学硕士学位论文,2012年。

⑤ 王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,《中国法学》2017年第4期。

⑥ 目前主要形成了四种类型化的标准,即行政行为形式论标准、失信联合惩戒的目的功能标准、制裁性标准和设定(变更)法律关系标准。行政行为形式论标准及其分类,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)。目的功能标准及其分类,参见刘平、史莉莉:《行政“黑名单”的法律问题探讨》(《上海政法学院学报》2006年第2期)。制裁性标准及其分类,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)。设定(变更)法律关系标准及其分类,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)。

⑦ 日本学者盐野宏教授称其为“特殊的行政强制执行种类”,认为公布违法事实虽不属于传统行政法上的强制执行种类,但是可以通过条例来创制,因为其的确是确保义务履行的重要方式。(盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京:北京大学出版社,2008年,第160页)我国研究“违法事实公布”的一些学者,也大都持有类似观点。如王周户、李大勇认为,行政机关将违法行为予以公布,是行政主体为督促行政相对人履行义务而采取的一种以公告违法事实方式实施的行政强制执行。(王周户、李大勇:《公告违法行为之合理定位》,《法律科学(西北政法学院学报)》2004年第5期)

⑧ 一般而言,法律制裁有两种,一种是带有污名的法律制裁,另一种是无污名的制裁。例如,超速(无污名)与谋杀(污名)。参见 Roberto Galbiati, Nuno Garoupa, “Keeping Stigma out of Administrative Law: An Explanation of Consistent Beliefs”, *Supreme Court Economic Review*, 2007, 15, p.274.

最后,对失信联合惩戒措施的行为属性的界定,实践中还会遇到行为的可诉性、救济途径的选择、法律责任的确定、是否违反比例原则等难题。比如,如果将行政机关作出“黑名单”行为的性质认定为行政处罚^①,那么该行为就是一种可诉的行政行为。但列入“黑名单”并公布的行为实际上可以分为针对不履行法定义务失信人的“列入失信人名单并对社会公布”行为,以及针对违法行为失信人的“列入失信人名单并对社会公布”行为两类(详见下文分析)。如果笼统地按照一种性质进行定性,将无助于达成失信联合惩戒的制度目标,并影响到行为的可诉性、法律责任的确定和救济途径的选择,故而需要建立一个更加科学合理的类型化标准。

职是之故,本文拟聚焦失信联合惩戒措施的行为属性问题,在学界研究成果的基础上展开分析。首先,在弥合传统概念法学和新行政法两种理论冲突的框架内,对决定类型化标准的两种理论基础及其分析方法进行比较分析。其次,以行政任务的优化为前提分析确立科学合理的类型化标准。最后,确定失信联合惩戒措施的不同类型并厘定其各自的行为属性,并对相关争议做出理论回应,以更好地促进社会信用的制度建设与实践操作。

二、失信联合惩戒措施的类型化:标准及其选择

目前,学界针对失信联合惩戒措施的行为属性的分析和界定,要么根据新行政法理论,将其归结为政府监管方式创新或执法方式变革;要么按照传统行政法理论中概念法学的行政行为分析方法,将其归类为某种具体行政行为类型。这种做法既不科学,也不够客观和全面。在实践中,相关部门在失信联合惩戒措施问题上,往往采取列举的方式,但各部门在列举标准上并未达成一致,因此有待形成统一严谨的类型化^②。所以,在对失信联合惩戒措施的行为属性进行厘定之前,首先应当对决定类型化标准的理论基础及其分析方法进行分析,以便在弥合传统概念法学和新行政法两种理论冲突的框架内,优化行政任务并确立失信联合惩戒措施的类型化标准。

(一)类型化标准的理论基础及其分析方法

类型化标准由其理论基础及其分析方法决定^③。目前学界关于失信联合惩戒措施法律属性的五种学理论说,之所以产生如此大的观点差异,根本原因在于,学者们对其理论基础及其分析方法存在着不同的观念认识。比如,限制受益类措施、加强监管类措施,对公民的权益没有造成直接影响,在行为模式、调整手段、评判标准方面具有自身的特点,与预防理论、公共治理理论和政府管制等新行政法理论的功能主义价值取向比较契合;而另一些失信联合惩戒措施,如资格限制类措施、许可限制类措施、禁止类措施等,由于涉及公民权益的克减,故又被认为与传统概念法学的行政行为形式理论相契合。

由此,似可根据传统概念法学和新行政法理论的区分,将失信联合惩戒措施大致划分为两类:(1)新型行政执法方式或政府监管(规制)方式,如限制受益类惩戒措施、信用评价类措施、加强监管类措施等。(2)传统行政惩戒措施。不过,许多倡导新行政法理论的学者并不认同这种区分,因为在这些学者看来,按照新行政法理论的成本收益分析和风险评估方法,国家有关部门采取的诸多失信联合惩戒措施,如作为替代性行政强制执行种类的“违法事实公布”、列入失信人名单并对社会公布的污名类措施、限制高消费类措施,乃至许可限制类措施,相较于传统行政制裁方法对公民权益的克减较小,执法的成本效益更高,因而也应归类到新型政府监管(规制)方式或行政执法方式。造成上述争议的根本原因在于,预防理论、公共治理理论、政府管制(规制)理论等新行政法理论与传统概念法学理论

① 该观点依据的是制裁性标准。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。

② 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。

③ 类型化作为一种分析方法,需要一定的理论做支撑。或者说,不同的分析方法对应着不同的理论基础。比如,成本效益分析、风险评估的分析方法是政府管制理论采用的方法,行政行为合法性分析方法是概念法学理论采用的方法。

对待合法性问题的认知差异。因为新行政法理论虽然不排斥合法性目标,但也并不把合法性作为唯一目标。在认知差异的背后,实际上涉及的是行政与法的关系这一更为基础的政府架构问题。

受制于不同法系的法治传统,普通法系和成文法系对合法性问题有着不同的认识。与普通法系司法主导的法治传统相对应,新行政法理论并不是要反对普通法的合法性控制,而是要反对过度的成文法律的合法性控制。两者间存在着细微而显著的差别。细微之处在于,两者都接受普通法或成文法的合法性控制。显著之处在于,普通法系国家和地区的行政机关如果认为采用某种新型管制(规制)方式既能高效地实现管制目标,又比传统管制手段对公民的权益影响小,那就可以自主采用,此时的合法性控制,有助于实现行政管制手段的自主性与实质法治。而成文法系国家和地区的行政机关,由于要求做到有法(成文法)可依,故而只能通过行政立法权限的合理配置,来实现特定的管制(规制)目标。这也能够说明,为什么上述新行政法理论主要源自普通法系而不是成文法系。

但是,成文法系并非毫无作为,通过合理配置行政立法权限以及通过行政保留理论,也可以间接实现合法性与最佳性的目的平衡,故而源自成文法系的行政保留理论与源自普通法系的公共治理、政府管制等理论,在目标功能上是一致的,都将功能主义作为价值取向。因此,无论是行政保留理论,还是其他新行政法理论,学界都应保持开放的态度。因为,风险社会带来的那些行政法问题,以及由此导致的行政职能多元化的趋势,在我国法治化进程中也存在。公布违法事实、司法执行“黑名单”、失信联合惩戒等制度创新实践,以及公法学界近些年对新行政法问题的持续关注,恰好说明这些新行政法问题在我国不仅没有“销声匿迹”,而且还会不时出现。

(二)行政任务的优化:合法性与最佳性的目的平衡

新行政法问题的制度创新实践以及预防理论、公共治理理论、政府管制(规制)理论、行政自制理论、行政保留理论等新行政法理论,对政府架构和行政权力的监督制约提出了两个方面的问题:一是针对行政权力的司法监督制约如何适应新行政法的制度实践创新问题;二是如何配置行政立法权限以适应新行政法的制度实践创新问题。这两个问题相互牵制,共同作用,影响着新行政法制度实践创新的法治化程度。

司法机关作为法律适用机关,其机构属性决定了它针对行政权力的监督只能是合法性监督,因为它并不具备行政机关的专业性,无法对行政机关的行为最佳性做出合理性判断。所以,传统上权力机关都会赋予行政机关一定的自由裁量空间,以便为行政机关做出专业性、科学性判断提供制度空间。不过,这样的制度安排必然带来对行政机关行为合法性的怀疑。普通法系国家和地区为了防止行政机关的权力滥用,通常赋予司法机关一定的通过法律外途径监督行政权的权限,使之享有某种依据自然法则或法理原则“造法”的权限。而我国人民法院并不享有“造法”权限,不能在立法(法律)之外实现对新型管制(规制)方式或执法方式的合“法”性监督,故而对我国而言,应当把着力点放置在行政立法权限的合理配置上。

合理配置行政立法权限,是新行政法制度实践创新的基础。如果仅将行政机关定位为绝对意义上的执行机关,那么就会在一定程度上限制行政机关创新管制(规制)手段或执法方式的能力。所以,在理论上,如果要让行政机关拥有与其机构属性和职能相匹配的能力,就必须赋予它一定的行政立法权限,以实现行政任务的最佳性。当然,这一权限并不是不受限制的,它仍要接受法律的控制。显然,这是一个需要认真对待的立法体制问题——行政机关是否以及在多大程度上具有自主创设新型管制(规制)方式的权限。该问题涉及行政立法权限的范围及其自主性问题,也即“规范行政保留”^①问题。规范行政保留理论并不反对合法性控制,而是反对凡事都要通过以制定法律的方式进行合“法律”控制。它力图解决的,是通过行政立法权限的合理配置来实现合法性与最佳性的目的平衡。

^① 门中敬:《规范行政保留的宪法依据》,《国家检察官学院学报》2017年第1期。

显然,理论与制度实践的脱节是导致学界产生不同的观念认识甚至发生观念冲突的主要原因。学者们质疑失信联合惩戒的合法性,以及倡导采用法律手段对失信联合惩戒进行控制,都指向行政的合法化目标。但是,对于失信联合惩戒这一新行政法制度实践来说,它的目标并非指向单一的合法性,还指向行政任务的最佳性。根据传统概念法学的行政行为形式理论——以合法性目标为单一指向——对失信惩戒措施进行分类,既无法实现合法性和最佳性的双重目标,也无法合理解释某些失信联合惩戒措施的正当性。

(三)类型化的标准:形式标准与实质标准的综合采纳

如前所述,基于行政行为合法性与最佳性的目的平衡之考虑,应当抛弃纯粹概念法学的行政行为形式理论,在传统行政行为形式标准的基础上,综合采用行政行为的实质标准。传统上,主要有两种实质性分类方法。第一种分类方法,是根据政治与行政的传统二分法,将行政机关的行为划分为统治行为与非统治行为。现如今,该实质性分类方法已被西方的主流学者所抛弃。一些西方学者坚持认为,这二者之间的关系绝非泾渭分明。因为,就那些能够影响到社会群体的政策的制定而言,将其定位为行政是远远不够的。而且,政府人员所主张的与现行法律秩序息息相关的那些意见决定,将其定位为政治行为更为妥帖。此外,那些带有鲜明妥协性的政治方法,几乎为所有的组织所运用。概言之,行政自由裁量权使得政治与行政具有不可分离性,进而可以验证政治与行政二分理论的非绝对正确性^①。但不应否认的是,政治与行政具有各自不同的功能界分,前者是国家意志的表达,后者是国家意志的执行^②,因此,这种区分还是有其必要性的。不过,基于法治成长的考虑,不对统治行为和非统治行为做刻意地区分,也是有一定道理的。

另一种分类方法,是根据行为的实质标准,将行政机关的行为划分为法律行为、非法律行为及中间形态行为(参见表1)。行政机关的法律行为须具有法律上的依据,例如行政机关的行政执法行为。非法律行为并不以法律法规为依据,而是以政策、行政指令等为依据。例如,基于信息和科学论据做出的油价调整政策,法律法规通常没有提供适当的标准。在政策和科学之间的可行范围内,还可以细分为不同的种类。法律行为与非法律行为并非泾渭分明,在法律行为和非法律行为之间还存在着大量的中间形态行为。例如,行政机关在解释法律以及制定行政法规、规章、规范性文件时,在考虑法律依据的同时还需要考虑政策、科学、信息等因素^③。

表1 行政行为的实质性分类

行政行为类型	法律行为(基于法律)
	中间形态行为(法律+非法律)
	非法律行为(基于科学、信息、政策等)

法律行为和非法律行为通常比较容易做出判断。行政机关根据法律规定的责任方式采取行动,如《消费者权益保护法》《产品质量法》《食品卫生法》《环境保护法》等诸多法律明确规定的行政制裁措施,属于纯粹的法律行为。行政机关采取的某些监管方式或执法方式创新,如有针对性地对重点监管对象加强监管、在推行个别解禁的行政行为(如行政许可)上不适用告知承诺等简化程序、在行政机关

① 菲利克斯·A·尼格罗、劳埃德·G·尼格罗:《公共行政学简明教程》,郭晓来等译,北京:中共中央党校出版社,1997年,第9页。

② F·J·古德诺:《政治与行政》,王元译,北京:华夏出版社,1987年,第12-13页。

③ 门中敬:《控制行政权的范式转换:从分散控制到相对抑制》,《政治与法律》2021年第8期。

的行政管理中限制参与政府组织的表彰奖励活动、限制获得相关政府荣誉称号等^①,这些措施由于没有实质性影响到公民的合法权益或属于对等的双向责任承担方式,显然属于纯粹的非法律行为(行政自主的范畴)。相较于法律行为和非法律行为,行政机关的行为多数属于中间形态行为,且要比单纯的法律行为或非法律行为复杂得多,这考验着行政机关的专业技术水平、法治素养和治理能力。稍有不慎,就可能引发公众的质疑和合法性危机。比如在实践中,以家长被列入失信联合惩戒对象名单为由,对其家庭成员加以行政性惩戒的事例并不少见。这一行为无疑是对失信联合惩戒措施目的正当性的损害。

根据新行政法理论,行政机关为了积极应对违法行为引发的社会风险、降低执法成本和提升治理效果,可以根据法律的要求(实现合法性目标),通过制定行政法规、规章或规范性文件的方式,探索新型的行政管制(规制)方式或执法方式(实现最佳性目标)。也就是说,行政机关可以在宪法和法律赋予的行政管理职权范围内,充分考虑政策、信息、科学等因素,采取成本更低、实施效果更佳、对当事人的权益影响更小的监管方式或执法方式。比如,“限制高消费”可以运用到债权债务纠纷的解决上,而“在一定时间内限制其享受公共服务”则更适合运用于税务金融执法领域。按照传统概念法学的法律保留理论以及传统的形式合法性理论,这些新型监管(规制)方式或执法方式因不符合法律规定的责任方式而不具形式合法性。但毫无疑问,部分新型监管手段或执法方式具有实质合法性。显然,对于行政机关来说,要让监管手段或执法方式的创新具有实质合法性,就应当权衡其措施的目的适当性与这些措施对公民权益带来的影响与后果。过分追求形式合法性,会限制行政机关积极塑造社会的能力。反过来,过度放权给行政机关,又可能带来严重的合法性危机。

三、失信联合惩戒措施的行为属性之厘定

为了分析论述的方便,以下仅对实践中出现的所有形式意义上的失信联合惩戒措施(法律规范性文件及有关失信联合惩戒合作备忘录中标示的),择其要者,综合考虑行政行为的形式标准和实质标准,厘定其行为属性。

1.“列入失信人名单并对社会公布”是一种“污名”类失信惩戒措施

在不同情形下,该行为的法律属性并不相同,需要做进一步的类型化处理。

“列入失信人名单并对社会公布”^②行为是一种污名措施,可以作为独立的行为类型。虽然《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)以及国家发改委等44家单位2016年联合签署的《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》,没有将“列入失信人名单并对社会公布”的行为作为失信联合惩戒措施来对待,但随着认识上的深化,地方性法规和部分“联合惩戒合作备忘录”开始将其定位为行政惩戒措施。

在实践中,“列入失信人名单并对社会公布”行为可划分为两种类型:一类是针对不履行法定义务失信人的“列入失信人名单并对社会公布”行为,另一类是针对违法行为失信人的“列入失信人名单并对社会公布”行为。

针对不履行法定义务失信人的“列入失信人名单并对社会公布”行为,无论是否存在后续的惩戒

^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)第3条第(十)项。

^② 应当严格区分“列入失信人名单”和“列入失信人名单并对社会公布”两种行为。“列入失信人名单”行为是失信联合惩戒的前置行为,属于对失信行为的事实认定,是进一步采取联合惩戒措施的前提,因而不宜将其视为独立的行政行为类型和失信联合惩戒措施。

措施,都与德国、日本的行政法上针对不履行法定义务的“公布违法事实”,在法律属性和社会效果上基本相同,属于特殊的行政强制执行种类^①。就其合法性而言,该类措施具有替代性功能且对当事人的权益影响小于法律规定的责任承担方式,可归属于新型监管方式或执法方式,但仍应接受比例原则的合法性限制。该类行为应归类为特殊的行政强制执行类型,并以此确定其救济方式。

针对违法行为失信人的“列入失信人名单并对社会公布”行为,由于已经对违法行为人进行过法律制裁(行政处罚或刑事制裁),故而属于法律制裁之外的附随性或补充性的行政制裁措施。就实质合法性而言,此时的“列入失信人名单并对社会公布”行为不再具有替代性的行为属性,应当接受法律的严格限制,包括法律保留原则和法定责任承担方式的限制。在法律没有授权的情形下,行政机关无权设立该类措施。由于该类行为属于一种附随性或补充性的行政制裁措施,对其救济应该从属于法律制裁的救济,也即根据《国家赔偿法》的规定进行救济。

2. 限制高消费类失信惩戒措施是替代性的新型行政强制措施

根据《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》(以下简称“《若干规定》”),我国司法实践中将不履行法定裁判义务人做了明显的类型化处理,将不履行法定义务的主体做了两类区分:一类是未履行法定义务人,另一类是未履行法定义务失信人。这样区分的目的,主要是对纳入失信人名单持有比较谨慎的态度。《若干规定》第1条第2款规定:“纳入失信被执行人名单的被执行人,人民法院应当对其采取限制消费措施。”该规定虽没有对失信被执行人做出明确的界定,但从上述条款列举的规定来看,还是对失信被执行人做了比较严格的限定。当时采取的失信联合惩戒措施,主要是对外公布被执行人名单并发布“限制高消费”令。

“限制高消费”措施相较于《行政强制法》规定的查封扣押等强制措施,对当事人的权益影响更小。从实际效果来看,“限制高消费”措施确实起到了提高司法执行效率、缓解执行难的作用。虽然限制乘坐高铁和飞机等“限高”措施的合法性有进一步商榷的余地,但总体上来看,鉴于司法执行案件中被被执行人隐匿财产、抽逃资金、拒不履行生效裁判现象的普遍存在,采取限制高消费的措施对于解决当下执行难问题非常必要。因此,该类措施可视为一种替代性的新型行政强制执行措施。最高人民法院法官亦曾著文指出过这一点^②。还需指出的是,实践中实行的“限制高消费”措施,虽然属于替代性的行政强制措施,但由于与“列入失信人名单并对社会公布”措施同时采用,实际上造成了对失信被执行人的“二次强制”,有制裁过重和违反比例原则的合法性嫌疑。

3. 加强监管类失信惩戒措施,是非法律行为,属于行政自制或行政保留的范畴

一般认为,行政机关的监管实效受到执法资源的制约。而且,相较于平时的行政监管,行政机关往往需要将时间和精力投入到更为关键的重大问题上。而以行政相对人的不同信用等级作为确定行政监管力度的标准,就能够充分缓解行政监管资源缺乏的现状^③。部分地方性法规对该类惩戒措施做了规定,如《浙江省公共信用信息管理条例》第23条、《北京市公共信用信息管理办法》第27条、《湖北省社会信用信息管理条例》第28条等。

加强监管类失信联合惩戒措施是针对违法(失信)行为的一类惩戒措施,该措施通常基于科学、信

① 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。

② 俞灵雨、金剑锋和司艳丽三位法官认为,限制高消费是人民法院对不履行生效法律文书确定的给付义务的被执行人采取的一项强制执行措施。人民法院在启动这一程序时,有必要向被执行人发出正式的法律文书。地方法院在探索限制消费措施时,多采用“限制高消费令”的形式。不过,实践中也出现了其他一些形式……我们认为,限制消费是针对被执行人的替代性或者辅助性且不直接执行财产的强制执行措施,其性质类似于支付令、搜查令。因此,《限制消费的规定》对于限制消费的法律文书样式,最终采用了“限制高消费令”的形式。(俞灵雨、金剑锋、司艳丽:《〈关于限制被执行人高消费的若干规定〉的理解与适用》,《人民司法》2010年第17期)

③ 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。

息、政策等因素的考虑,属于行政监管方式的特殊形式,以实现预防违法、节省执法资源、提高监管效率等行政管理目标。法律规范性文件对这类规定进行规定,是完全没有必要的。因为是否列为重点检查、核查对象,属于宪法和法律赋予行政机关的行政管理职权,属于“法政策”的范畴。

4.支持、鼓励、建议市场主体对失信者采取相应的惩戒措施的行为,是以“行政指导”之名行“授权”之实,不属于失信联合惩戒措施

为了塑造诚实守信的经济秩序,行政主体经常在实践中鼓励、建议市场主体在市场经济活动中对失信者采取相应的惩戒措施^①。目前,一些地方性法规和失信联合惩戒合作备忘录出现了支持、鼓励、建议市场主体选用特定措施以惩戒失信者的规定。现举如下两例:《关于对环境保护领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金〔2016〕1580号)规定:“引导、推动各金融机构将失信生产经营单位的失信情况作为融资授信的参考”;《深圳市公共信用信息管理办法》第32条第2款规定:“支持商业银行、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。”

上述规定虽然采取了“行政指导”的形式,但并不像有的学者所认为的那样,属于“以行政指导为表现形式的失信惩戒行为”,更不属于“失信行政联合惩戒”^②。因为这些支持、鼓励、建议行为所针对的对象,并非失信主体,而是各金融机构、商业银行、保险公司等市场主体。即便因上述规定而导致失信惩戒措施的发生,也属于市场主体的失信惩戒措施,不属于失信联合惩戒措施。事实上,《深圳市公共信用信息管理办法》第32条第2款的规定是地方立法机关的“授权”行为。该地方立法“授权”是否合法,另当别论。至于上述《关于对环境保护领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》之规定,按照依法行政之原理,并不因此发生“授权”的效力。

5.许可(审核)条件类失信惩戒措施,是间接产生行政许可法律效果的许可条件设定行为,不是具体行政行为。该类措施涉及科学、信息等的专业判断,属于行政行为实质性分类中的中间形态行为

行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。作为跨部门失信联合惩戒措施的主要形式,许可(审核)条件类失信惩戒措施是指将失信人的失信状态纳入行政许可条件之中,从而产生许可受限的法律效果的惩戒措施,包括限制类和禁止类两种类型。“限制”和“禁止”的法律效果相似,仅存在程度上的不同,故两者的行为属性相同。目前,除信用规范性文件外,还有大量的法律法规规章对许可(审核)条件类惩戒措施作了规定^③。

许可(审核)条件类失信惩戒措施,不仅涉及合法性,还涉及最佳性。因为行政许可的条件设定需

① 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。

② 有学者认为,在法律性质上,失信行政联合惩戒是由多重行政行为叠加而成的制度整体,实践中既可能呈现为行政检查、行政指导等行政事实行为,亦可呈现为行政处罚、行政许可、行政合同、行政补贴等行政法律行为。针对市场主体的支持、鼓励、建议等措施属于“以行政指导为表现形式的失信惩戒行为”。(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)

③ 信用规范性文件的规定,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》(发改财金〔2017〕1206号)规定:“限制其在检验检测认证行业执业、限制取得认证机构资质、限制获得认证证书”;《关于对食品药品生产经营严重失信者开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金〔2016〕1962号)规定:“在一定期限内限制从事食品药品生产经营活动”“依法限制公开发行公司债券”“限制取得政府供应土地”“暂停审批其新的科技项目扶持资金申报”;《关于对环境保护领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金〔2016〕1580号)规定:“限制其申请财政性资金项目”;等等。其他法律法规规章的规定,如《饲料和饲料添加剂管理条例》第38、39条规定:未取得生产许可证生产饲料、饲料添加剂或违反《饲料和饲料添加剂管理条例》规定的,主要负责人和直接负责的主管人员10年内不得从事饲料、饲料添加剂生产、经营活动。

要行政机关基于科学和信息的专业性判断,故而法律一般不会直接作出规定,而是交由行政法规和规章(主要是部门规章)作出具体规定。比如,《海事行政许可条件规定》《建设部关于纳入国务院决定的十五项行政许可的条件的规定》《工业产品生产许可证管理条例》《食品生产许可管理办法》等。不过,《行政许可法》并没有对行政许可条件的规定权限划分进行具体规定,而是通过对行政机关“实施权限”的授予,赋予了行政法规和规章规定行政许可条件的权限,并规定“法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件”^①。因此,在法律属性上,许可(审核)条件类失信惩戒措施属于行政许可条件的设定行为,间接产生行政许可的法律效果(申请被拒),因而不属于具体行政行为。就许可(审核)条件类失信惩戒措施的合法性而言,行政机关只能通过行政法规和行政规章来设定,且禁止额外增加与上位法相抵触的其他规定,否则应视为违法。

6.“下调信用等级”“限制受益”类失信惩戒措施,属于行政处罚性质的法律行为,应接受合法性控制

市场经济是信用经济。维护和发展信用关系是保障市场经济运行秩序、保护商业信誉、防范信用风险的重要管理手段。行政机关针对违法行为采取的“下调信用等级”^②“受益限制”^③措施,涉及企业商业信誉,影响企业招投标和政府财政支持,属于处罚性质的信用评价类惩戒措施。类似的行政处罚还有“降低资质等级”^④。2021年修订的《行政处罚法》将“降低资质等级”增加为一种行政处罚种类^⑤,显然是为回应失信联合惩戒制度实践而做出的必然选择。

在失信联合惩戒实践中,“下调信用等级”“受益限制”类失信联合惩戒措施的依据,已经不再仅局限于法律和行政法规,还包括地方性法规、自治条例、单行条例和规章。比如,内蒙古信用信息管理中心根据政府规章《内蒙古自治区信用信息管理办法》的规定,决定采集呼和浩特市住房保障和房屋管理局房地产开发监督管理处的处罚决定信息。2021年修订的《行政处罚法》对地方性法规行政处罚设定权限的扩大,显然也是为回应对其合法性质疑而做出的立法调整^⑥。

四、结语

失信联合惩戒是一项颇具中国特色的制度设计,汇聚着国家治理创新的中国智慧。对该问题的研究,既要重视该制度所蕴含的普遍意义,又要强调该制度的本土化及其资源发掘;既要重视依法行政的法治诉求,又要走出概念法学的单一合法性理论框架;既要充分肯定这一制度所释放的治理效

① 《行政许可法》(2019年修订)第16条规定,行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。

② 如《关于对食品药品生产经营严重失信者开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金〔2016〕1962号)中规定的“对已经成为认证企业的,按照规定下调企业信用等级”措施。

③ 如《浙江省公共信用信息管理条例》第26条规定的限制参加国家机关组织的各类表彰奖励活动、撤销相关荣誉称号措施,《关于对环境保护领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》(发改财金〔2016〕1580号)规定的“停止执行相关财政性资金支持”措施。

④ 如《建筑法》第65条第2款规定,超越本单位资质等级承揽工程的,责令停止违法行为,处以罚款,可以责令停业整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书;有违法所得的,予以没收。

⑤ 《行政处罚法》(2021年修订)第9条第3项。

⑥ 《行政处罚法》(2021年修订)第12条第3款规定:“法律、行政法规对违法行为未作出行政处罚规定,地方性法规为实施法律、行政法规,可以补充设定行政处罚。拟补充设定行政处罚的,应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见,并向制定机关作出书面说明。地方性法规报送备案时,应当说明补充设定行政处罚的情况。”

能,又要正视运行过程中出现的困难与挑战。

当前学界针对失信联合惩戒措施的行为属性之探讨,之所以存在较大的理论争议,在很大程度上源于不同理论在价值论、方法论等方面存有的鸿沟。改进和完善我国当下的行政法理论,是廓清失信联合惩戒的行为属性的必然选择,也是回应诸如失信联合惩戒制度建设等现实问题的应然进路。为此,我们应当抛弃合法与非法的“二择一”思维定势,在弥合传统概念法学和新行政法理论冲突的框架内对行政任务进行优化与完善,以建立更加科学合理的理论和制度体系。如此一来,新公法学理论视域下的失信联合惩戒,就不仅是一个传统的行政法理论与实践问题,而且也是一个更高维度的国家治理理论及其实践问题。

The Types and Behavioral Attributes of Joint Punishment Measures for Dishonesty

Men Zhongjing

(Law School, Shandong University, Weihai 264209, P.R.China)

Abstract: At present, a large number of administrative punishment measures appear in the practice of joint punishment mechanism for trust-breaking. There are many types of administrative punishment measures with unclear behavior attributes, which affects their legal control. Based on their respective academic background and disciplinary characteristics, scholars have formed the main theoretical theories such as “administrative punishment theory”, “indirect enforcement theory or guaranteed administrative punishment theory”, “comprehensive or independent legal liability theory”, “theory of government control methods”, and “typology theory”. With the continuous research, the “typology theory” began to occupy the mainstream academic position and reached some theoretical consensus. However, on the issue of typification criteria, restricted by the traditional concept of jurisprudence, the administrative behavior form standards mainly adopted by this theory obviously cannot respond effectively to the challenges posed by the theory of comprehensive or independent legal liability and the theory of new governmental supervision means. Moreover, to define the behavior attributes of joint punishment for dishonesty according to the existing typification criteria will lead to many difficulties in practice, such as the actionability of behaviors, the determination of legal liabilities and the choice of remedies. In response to the challenges posed by the new administrative law and making it easy for practical operation, it is recommended that a combination of formal and substantive criteria for administrative actions be adopted comprehensively, so as to determine the different types and behavior attributes of joint punishment for dishonesty.

Keywords: Joint punishment measures for dishonesty; Behavioral attributes; Typification criteria; Conceptual jurisprudence; New administrative law

[责任编辑:李春明]