

论违法行为的信用惩戒^{*}

陈国栋^{**}

内容摘要:信用惩戒在疫情防控中的广泛适用需要解决违法行为可否以及如何实施信用惩戒的问题。相较于违法行为也是违约行为说,从违法行为的信用风险维度出发理解违法行为的信用惩戒更具合理性。其内在逻辑在于,失信的本质不在于违约,而在于失去资源配置主体的信任。违法行为正因有助于资源配置主体预判进而规避资源配置风险而具有信用信息维度。行政机关作为执法资源配置机关、公共资源配置机关,可以利用违法信息作为信用信息来规避执法资源配置风险、公共资源配置风险。据此逻辑,行政机关可以根据违法行为信息实施信用惩戒,但这种惩戒本质上是规避资源配置风险之举,而非违法行为的惩戒手段。与之相应,信用惩戒必须建立在科学的算法之上,针对不同的资源配置领域与不同程度的风险而分领域、分层级实施。

关键词:违法行为 信用惩戒 违法行为信息 资源配置 风险规避

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2021.06.004

近些年,在党中央、国务院紧锣密鼓地推动与部署下,信用社会体系建设迅速展开,对违法行为的信用惩戒也随之扩张至越来越多的行政管理领域,成为行政机关频繁适用的监管手段。在新冠肺炎疫情爆发之后,信用惩戒这一新型监管措施又被诸多地方政府引为疫情防控机制。比如,在2020年2月7日,上海就出台相关文件,规定个人有隐瞒病史、重点地区旅行史、与患者或疑似患者接触史、逃避隔离医学观察等行为的,除依法严格追究相关法律责任外,有关部门还可以将其失信信息依法归集到上海市公共信用信息平台,并采取失信惩戒措施。其他城市随之纷纷出台相关文件规定信用惩戒措施来应对违反疫情防控法制之举。

对此,有学者指出,在以突发疫情为代表的重大社会风险已经生成扩张并向实害加速转化的紧急状态之下,常规风险预防的治理目的就被即时风险控制的超常规治理需求所取代,社会治理体系需要能够针对性满足特殊风险控制需求的弹性治理机制。^①在行政处罚、刑事制裁等传统的、常规的手段不能适应疫情防控需要的情况下,以信用惩戒来规制不遵守疫情防控要求的行为,未尝不具有创新层面上的正当性。但法治社会下的政府权力不能仅以目的正当性来支撑其合法性。用行政权力生硬地、不合逻辑地把法律法规的执行问题也定性和归结为信用问题,总体上弊大于利。防控新冠肺炎疫情措施长期化,也要注意不宜把少数不遵守防控法规的行为也定性为失信,否则不当伤害市场主体的信用,不利于社会正常秩序的恢复。^②

其实,违法是否等于失信,是否可以公共信用立法调整并施加信用惩戒,早就成为学术界与实务界的一个焦点问题,不独因为此次疫情。在国内各地此起彼伏接续爆发疫情、信用惩戒机制扩张至疫情防控领域的情况下,我们有必要回归违法行为与失信惩戒之间关系这一老问题,考察目前关于违法行为信用惩戒争议何在、问题何在、能否解决,从而为信用惩戒能否适用于疫情防控提供一个基本分析框架。

一、违法行为信用惩戒的法理

以法治立场观之,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,

* 本文系中央高校基本科研业务费重点项目“社会信用惩戒的法治化建构研究”(项目编号:DUT20RW201)的阶段性成果。

** 大连海事大学法学院教授。

① 李川:《基于风险管控刑事政策的刑罚机制之展开》,载《法学评论》2020年第4期。

② 汪路:《厘清社会信用体系建设的分歧:违法不能等同于失信》,载《财新》2020年3月30日“观点·聚焦”版。

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。应该说,对于这一问题,学界的讨论并不充分。虽然当下国务院和地方立法为违法行为的信用惩戒提供了法律依据,但其中的法理问题并非不证自明。^③一些行政法学者也赞同对违法行为实施信用惩戒,甚至在2020年《行政处罚法》修改过程中主张将信用惩戒纳入行政处罚体系,但也没有在法理上解释为何可以将失信惩戒归为行政处罚。^④毕竟,行政处罚在逻辑上只能惩戒违法行为而不是失信行为。因此,违法行为何以可以实施信用惩戒是一个有待深入、细致探讨的问题。

(一)违法行为亦违约行为说

作为《上海市社会信用条例》主要参与人之华东政法大学教授、上海市法制局副局长罗培新给出的理由是:违法即违约,因为法律是社会的最大公约数,是民众公共选择的结果,也是一份公民应当共同信守的契约,因此作奸犯科、践踏法制的人,也绝非诚信之人。^⑤其言下之意是,因为违约行为是典型的失信行为,所以可以对违约行为实施信用惩戒;而法律是社会契约,故违法行为亦是违约行为,因此对违法行为也可施加信用惩戒。

但更多的法学学者并不认同这一观点,认为不宜将守法、履行法定义务的状况归入公共信用体系并对违法行为施加信用惩戒。(1)违法与失信并不必然关联,有些违法行为与失信无关,因此将违法纳入失信会导致征信体系变为道德档案,^⑥混淆法律的内在价值,让法律过于道德化。^⑦言下之意,失信是一种道德上的负面评价,将违法视为失信,实际上是将违法与失信关联起来,这有可能让法律系统陷入道德评判的泥淖蹒跚难行;(2)将违法视为违约有违常识。沈毅龙指出,违约乃失信是一般人的认识,将违法归为失信则挑战了这一常识,难以为人们认同、接受。沈岍教授认为,尽管失信与违法有一些重合之处,但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。将诸如交通违法之类的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。^⑧有违常识的立法必然因缺乏民众的认知与认同而难以得到有效、普遍落实。实务部门有工作者提出,将“合法(合规)”也视为一种信用,具有经不起时间检验的缺陷,既不能获得全社会的认可,也没有域外经验、制度与理论的支撑,同时在实践中运行不良。^⑨不难看出,这些论者将违约作为失信的锚定物进而据此认为不宜对违法行为施以信用惩戒;(3)会导致公共信用无所不在、无所不能,公共信用档案最终沦为违法垃圾桶。若将履行法定义务的状况归入公共信用,那么公共信用档案毋宁为违法信息档案,公共信用立法实质上亦转变为行政执法促进法。^⑩沈岍教授指出,这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得不到有力追究或屡禁不止的问题。^⑪就此而言,上述持反对意见者认为信用惩戒被作为一种强化法律执行的手段。行政机关出于这一目的将违法归为失信并施加信用惩戒,是目前联合惩戒被滥用的根源所在,势必导致联合惩戒的适用范围过度扩大,过分限制自由与权利。^⑫当然,这些学者、专家并不否认违法与失信有一定程度上的关联,但认为这种关联并非主要方面,两者的区别才是主要方面。

综上,在当前法学界,是否可以实施信用惩戒的争论焦点在于违法与违约的关系。赞同者认为违法亦违约,因而可以对违法者施加信用惩戒。反对者尽管也认为某些违法行为与违约行为具有重叠性,但因为大多

^③ 比如,《南京市社会信用条例》第1条规定:为了加强社会信用体系建设,创新社会治理,完善社会主义市场经济体制,弘扬和践行社会主义核心价值观,根据有关法律、法规,结合本市实际,制定本条例。

^④ 参见余凌云《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,载《清华法学》2019年第2期;熊樟林:《论〈行政处罚法〉修改的基本立场》,载《当代法学》2019年第2期。

^⑤ 参见罗培新:《社会信用法:原理·规则·案例》,北京大学出版社2018年版,第56页。

^⑥ 傅蔚岗:《“征信”扩大化,或变身“道德档案”》,载《华夏时报》2016年4月18日第33版。

^⑦ 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。

^⑧ 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。

^⑨ 汪路:《厘清社会信用体系建设的分歧:违法不能等同于失信》,载《财新》2020年3月30日“观点·聚焦”版。

^⑩ 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。

^⑪ 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。

^⑫ 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。

数违法行为只具违法性而不具违约性,所以否定违法行为的信用惩戒。尽管两者在是否可以对违法行为实施信用惩戒上泾渭分明,但在失信的判断标准上却有高度共识,即都将违约视为失信,当且仅当违约才能实施信用惩戒。只是赞同者的论证路径是将违法与违约等同起来,而反对者则将违法与违约区分开来,双方在违约内涵上而不是失信标准上展开了攻防战。因为赞同论者的论证路径是将法律这种在理论上被抽象、拟制为社会契约之物等同于社会主体基于平等自愿逻辑而达成的合同。这一论证过于牵强,无法充分、有力地证成、阐明对违法与违约之间的相通性,所以不能有效消解违法行为信用惩戒的合法性危机,不能突破违法行为信用惩戒的法理困境。

(二)违法行为具有信用风险说

相较于法学界将失信惩戒的焦点置于违法行为与违约行为是否有通约性,国务院《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》专家论证组组长的吴晶妹教授则从违法行为的信用风险角度对违法行为信用惩戒给出了另外一种正当性解释。她指出,除了诚信度与践约度两个维度外,个人综合信用维度还应当包括合规度这一维度。它是个人获得管理者信任的社会资本,表现为个人在社会活动中遵守社会行政管理规定、行业规则、民间惯例、内部管理规定的意愿、能力与行为结果,主要反映个人的信用责任。^⑬合法信用是交易信用的基础之一。^⑭因此,正如违约行为具有信用风险维度因而可以实施信用惩戒一样,违法行为也具有信用风险维度进而具有失信行为属性,可以对之实施信用惩戒。

这种观点可以从域外征信制度中找到支点。比如,在征信制度高度发达的美国,其1973年制定的《公平信用报告法》就确认了消费者信用报告机构(亦即征信公司)可以收集包括违约信息、违法犯罪信息在内的公共记录制作消费者信用报告的自由,^⑮而雇主、保险公司、银行以及其他有商业需要的公司与个人都可以获得该信用报告,并据此作出诸如不雇佣违法行为人、不向其发放贷款、不授予其保险、不与其签订商业合同等决定。美国的行政机关也可以根据《公平信用报告法》获取并根据这样的信息,决定不予行政相对人许可或执照、禁止其进入相关领域或市场等决定。^⑯在政府采购领域,美国行政机关也可以根据承包商以往的违法行为信息而对其实施市场禁入、排除其缔约资格使其数年内不能参与政府合同的招投标程序。^⑰尽管这些措施在美国信用法制中没有被冠以信用惩戒之名,但却是如今我国各部委、各地方信用惩戒立法所规定的信用惩戒类型,^⑱更是经济学界所公认的信用惩戒形式。^⑲随着大数据时代的到来,这种以信用评分机制为内核、结合了新型大数据理念与方法来决定是否发放许可、执照或其他监管措施的信用监管得到了越来越广泛地运用,^⑳基于行政评级的新型监管机制由此生发。越来越多的行政机关开始基于信用评级决定行政检查的频次、行政执法的强度、政府采购的选择和政策扶持的程度。^㉑为了进一步推进这种基于信用评级的监管,行政机关越发积极主动地推动包括违法行为信息在内的相关信息的收集与数据库的建构、共享,行政监

^⑬ 吴晶妹、王银旭:《以诚信度为基础的个人信用全面刻画初探——基于WU's三维信用论视角》,载《现代管理科学》2017年第12期。

^⑭ 吴晶妹:《三维信用论》,当代中国出版社2013年版,第35页。

^⑮ 参见美国《公平信用报告法》(Fair Credit Reporting Act)1681条b款。该法于1973年制定并不是意味着直到1973年美国国会才立法肯定了这种自由。根据该法第1681条a款的规定,国会制定该法的主要目的是为了规范实践中早已广泛存在的征信实践,确保信用报告的准确与公正。

^⑯ 参见美国《公平信用报告法》第1681条b款。

^⑰ Kate M. Manuel, Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments, Order Code RL34753, November 19, 2008. <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34753.pdf>.

^⑱ 参见《上海市社会信用条例》第26条、《南京市社会信用条例》第41条。

^⑲ 参见林毅夫:“总序”,第6页,载王征宇:《美国的个人征信局及其服务》,中国方正出版社2003年版;王富全:《征信体系建设中的失信惩戒机制分析》,载《金融研究》2008年第5期;林均跃:《失信惩罚机制的设计和维护》,载《经济与社会体制比较》2002年第3期。

^⑳ Cortez, N. Regulation by database. 89 University of Colorado Law Review. 1 (2018).

^㉑ 王瑞雪:《论行政评级及其法律控制》,载《法商研究》2018年第3期。

管进入了数据库监管的新阶段。^②

上述信用惩戒实践显然突破了前述唯有违约才能实施信用惩戒的理论预设，也证明了基于违法行为信用风险维度的信用惩戒的正当性。归根结底，违法行为蕴藏着浓厚的信用风险因子，不需要先被视为违约行为才是失信行为，不需要基于违约性才可以像违约行为那样被施以失信惩戒。违法行为的信用风险维度开辟了理解与建构违法行为信用惩戒的新路径，也提示我们必须反思违法行为信用惩戒的逻辑与本质。

二、违法行为信用惩戒的本质

依前所述，要对违法行为实施信用惩戒，所需要的不是证成违法行为与违约行为的通约性，而是从违法行为的信用风险维度出发，重新理解何谓失信、违法行为为何具有信用风险维度、违法与失信的关联是什么等基本问题。只有这样，我们才能以新的标准取代“违约为失信”之成见，才能解释并厘清违法行为信用惩戒的逻辑与本质。

（一）失信要从资源配置角度加以界定

违约与失信之间存在关联是常识，但我们不能因此就认为只有违约才是失信，从而以违约垄断失信评价标准。这种观点是因为传统征信体系原本就生长于私法体系中，失信往往因为违约，所以久而久之，就在人们的脑海中植入了失信即违约的常识。但常识并非真理，违约与失信之间的关联只是表面上的，并没有揭示违约与失信之间的实质联系在于资源配置：因为市场主体担心资源配置有风险，才有了对意欲交易对象履约状况的调查与评价，才有了将违约作为失信评价之依据的做法，才有了信用在经济交易乃至社会运行中的重要地位，并由此催生在西方盛行已久的起源于信贷领域的征信体系与征信调查行业。^③而在信贷领域，“信用评分……，对银行和其他担保抵押贷款的机构来说，已经成为唯一重要的事情。”^④对于要向个体发放信贷的信贷机关来说，信用评价从来都不是仅仅基于违约信息而展开，其基础是一切可以用来判断交易风险的信息：个人身份、信贷和公用事业付费记录、包括违约与违法信息在内的公共记录、就业信息与消费信息。^⑤也就是说，违约与违法信息只是其中的冰山一角。

人而无信，不知其可。先哲早就揭示了信用的意义在于稳定交往期待，是人们判断他人行为可预测性与交易稳定性的根本标准。信用的经济意义而不是道德意义在于人应当诚实守信以稳定社会对他的行为期待，从而以更低的交易成本获得更多的资源配置机会。正如吴晶妹教授所言：信用就是获得信任的资本。^⑥换言之，以交易安全视角来理解，讲信用之所以有道德意义，根源在于其经济意义，即资源配置意义，是资源配置意义决定了其道德意义。因此，失信评价意味着，被认为失信的社会主体无法稳定其他人对其将来行为的期待，无法获得交易资源的机会。民谚有云：一朝被蛇咬，十年怕井绳；吃一堑，长一智。这些俗语非常形象地表现了我们遇到失信主体时的态度。因为此前违约主体的失信行为，导致市场主体陷入了麻烦，资源配置行为被事后证明是错误的。为了避免这种麻烦与风险再次发生，后来者一定会小心谨慎，尽量避免与失信主体交易，即便与其交易，也会尽可能采取其他措施规避风险。一言以蔽之，正是因为担心资源配置有风险，市场主体才将违约作为失信认定的基本要素并将违约与失信等同起来、将违约主体归为失信主体之列，从而形成避免与违约者交易或是要为之设置更为严苛的交易条件的惯习，失信者由此陷入“处处受限”、难以获得交易机会的窘境。我国之所以大力推行社会信用体系的建构，其中一个重要目的正是为了满足市场主体利用信用信息“降低交易成本、防范经济风险”的需求。^⑦

就此而言，如果违法信息能够为特定主体用来评判资源配置的风险，那么违法信息就与违约信息具有本

^② Nizan Geslevich Packin & Yafit Lev—Aretz, On Social Credit and the Right to Be Unnetworked, Columbia Business Law Review, 2 (2016): 340.

^③ 谢平、许国平、李德：《运用信用评级原理加强金融监管》，载《管理世界》2001年第1期。

^④ Danielle Keats Citron, Frank Pasquale, The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, 89 WASH. L. REV. 1, 34 (2014).

^⑤ 林均跃：《社会信用体系原理》，中国方正出版社2003年版，第76—80页。

^⑥ 吴晶妹：《三维信用论》，当代中国出版社2013年版，第13页。

^⑦ 参见《社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）》（国发〔2014〕21号）。

质上的一致性,即作为判断是否可对交易相对方施以信任、是否需要规避资源配置风险的依据。尽管违法与违约看起来是区别大于共性,但这种区别只是表象而不是本质。认为失信与违法是两回事,实际上是受私法领域或传统信贷领域失信概念的桎梏,画地为牢,属于典型的被概念束缚本质之举。这种观念的本质是,没有认识到失信的本质与意义不在于失信主体是否违约,没有履约能力或意愿,而是在潜在交易者眼中,其不足为信,不值得交易或是失信者必须提供额外的资源才能恢复潜在交易者的信任。在这个意义上,无论是主观上被评价为不诚信也好,还是客观上被认为履约能力不足也罢,如果不与资源配置与交易关联起来,失信评价就毫无主观意义。就如一个旁观者并不想探究一个台球厅或小酒馆者是否欠债,而他的债主或潜在债主则对此充满疑虑,将此视为失信之举一样。^②

总之,失信的本质不在于违约,而在于加大了他人向失信者配置资源的风险,降低了失信者被他人信任进而向其配置资源的信任度。故此,只要是能够降低信任度,使人以为向其配置资源存在风险的行为,都具有失信行为属性,失信行为不能仅限于违约行为。违法行为是否具有失信行为属性、违法行为信息能否纳入征信体系并实施信用惩戒的关键,就在于违法行为信息能否用来作为评判资源配置风险的依据。

(二)违法行为信息有助于评判、规避资源配置风险

无论是市场主体,还是行政机关,都需要通过公共信用信息系统来收集、利用违法行为信息。归根结底,是因为他们都是资源配置主体,都要规避资源配置风险、提高资源配置效益,而对违法行为信息的收集、评估是实现这一目标的必备选项。因为行政机关在资源配置上有殊于市场主体之处,所以本文对其中逻辑分别加以阐述。

其一,违法行为信息有助于市场主体规避资源配置风险。对市场主体来说,确保交易安全、避免资源配置风险是交易的首要原则,而导致交易失败的主要原因就是信息失灵、信息不对称所致的判断失误。因此,为避免交易风险,市场主体必然要尽一切可能收集各种信息来评估与交易方交易是否安全,其中就包括了违法行为信息。违法行为信息不仅反映违法行为人与行政机关之间的关系,也能比较有效地反映与该违法行为人交易的安全度。比如说,交通违法行为一方面意味着违法行为人很可能会因交通违法行为承担沉重的赔款负担,经济能力差一些因而爽约的风险更大,另一方面也意味着该人道德伦理比较差因而主观上不愿意遵规守约的可能性较大。^③因此,基于违法行为信息,市场主体不仅可以判断违法行为人的遵规守约意愿,还可以判断该人的履约能力,从而决定是否与之交易或是否采取其他措施以规避交易风险。在这个意义上,违法行为信息和违约行为信息一样具有为市场主体收集、评价以趋利避害的价值。也正是因为违法行为信息关涉他人的交易安全,所以其才被视为公共信息,既不被隐私权所保障,也不受新近兴起的被遗忘权所庇护,^④可以为征信机构合法获取并开放给有信用需求的主体。^⑤

其二,违法行为信息有助于行政机关规避资源配置风险。这可从行政机关作为资源配置机关的类型出发加以类型化的理解。第一类是作为执法资源配置机关的行政机关及其对违法行为信息的信用需求。尽管执法过程并不是行政机关与行政相对人各取所需、交易资源的过程,并不奉行等价交换逻辑,但执法本身也是资源配置的过程。从法律经济学的角度来看,执法是一种向被执法主体配置执法资源的活动,因为执法本身就需要投入、耗费人力、物力、财力等资源才能进行,需要有效的组织、分配资源才能取得预期结果。从这一角度出发,美国学者霍尔姆斯与森斯坦揭示了一个以往遭人熟视无睹甚至有意忽视的事实:自由依赖于

^② 参见[德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,彭强、黄晓京译,陕西师范大学出版社2002年版,第20—21页。

^③ 参见林均跃:《社会信用体系原理》,方正出版社2003年版,第79页。

^④ See Dawinder Sidhu, We Don't Need a "Right to Be Forgotten". We Need a Right to Evolve, THE NEW REPUBLIC, <http://www.newrepublic.com/article/120181/america-shouldnt-even-need-right-be-forgotten>. 美国国会在制定《公平信用报告法》时也特地指出,受该法“规定管理的消费者信用报告是‘商业性的记录’,因此不受美国宪法修正案的保护。”参见美国《公平信用报告法》(Fair Credit Reporting Act)第1681条。

^⑤ 参见林均跃:《社会信用体系原理》,方正出版社2003年版,第78页。

税,权利的实施需要耗费成本,^②从而重新界定了国家与自由的关系,并提醒我们人权的保障有赖于国家投入并有效分配执法资源。有学者更进一步提出,行政机关必须考虑如何以更少的资源实现更好的人权保障。^③为了实现这一目标,在社会变迁、执法任务日益繁重、愈发复杂以致现有执法资源越发捉襟见肘的情况下,基于大数据与信用惩戒机制的信用监管就必然应运而生。^④第二类是作为公共资源配置机关的行政机关及其对违法信息的信用需求。在福利社会兴起的背景下,行政机关不再只是管制机关,也开始作为公共资源配置机关向公民配置各种资源以保障他们的基本生存和发展。此外,基于公私合作理念,行政机关还会以市场化方式配置公共资源以换取市场主体的合作。行政合同就是在这—背景下才大规模兴起,成为一种主流的公共资源配置方式。无论是以哪种方式配置公共资源,行政机关都有责任实现公共资源的优化配置,这是公共资源公共性的内在要求。^⑤在福利行政中,根据申请人以往有没有提交虚假材料或是贿赂收买等违法情形,决定是否适用更为严格的审核程序以避免福利资源配置的失误,自然就成为行政机关的不二选择。这样既可以避免福利资源落入并不真正需要它的人手中,也能提高执法资源的配置效率。这一逻辑类似于前述执法资源配置过程中的违法行为信息的信用化运用。在公私合作行政中,行政机关可以根据相对人在此前是否有造假、行贿、爽约等情形,在实施优惠性政策、财政补贴及选择行政合同缔约人时,决定是采取审慎审查措施,还是实施缔约资格排除暂停其数年或更长时间内与政府机关合作的机会,从而避免公共资源配置失误。这些措施所体现的逻辑与市场经济中市场主体基于信用评估而判断、规避风险的逻辑并无区别。

(三)信用惩戒本质上是风险规避措施

既然失信的标准并非违约,而是令人失去信任,使人无法相信与失信主体交易、向其配置资源之安全性。基于此,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,并进入征信系统指导资源配置。从这一逻辑链条出发,可以进一步分析违法行为信用惩戒的本质。

其一,资源配置主体必然会根据违法行为信息的综合评估采取相应风险规避措施。市场主体为了规避交易风险,对有违法记录的交易对象,所采取的策略无非以下几种:或是尽可能收集更多信息,小心翼翼地强化审查交易对象唯恐被其蒙蔽,或是要求其提高保证金以确保交易安全,或是在认定交易主体信用严重不良与之交易风险太大的情况下,拒绝与之交易,不向其配置资源。同样,为规避资源配置风险,面对有再次违法可能的违法行为人,行政机关适用告知承诺等简化程序,不仅不会给予其享受相关便利化措施的优待,反而会对其实施更为严格的监管,加大监管频次与监管力度,实施更多的现场检查,以免疏于监管之后其再次违法。如果行政机关经评估后认为违法行为人可信度实在不高、再犯可能性很大或是再犯危害很大容不得侥幸,就会作出不予许可的决定或是限制其担任相关职务、禁入相关市场。显而易见,除了些许因为公、私角色不同所导致的差异外,行政机关的应对措施与市场主体的应对措施在本质上如出一辙。这种同质性正是因为它们的目的都在于规避资源配置风险。^⑥

其二,这些风险规避措施客观上具有惩戒属性,并通过信用机制强化其惩戒效果。尽管这些措施主观上是为了规避交易风险,但客观上也具有不容否定的惩戒效果。违法相对人因其违法行为要遭受更为严格的审查而不是一路绿灯地获得资源,要付出更多的资源才能获得交易机会,甚至根本就不能获得交易机会。这正是信用机制的客观惩戒效果:失信评价引导市场主体不与失信主体交易,导致失信主体没有交易的机会,不能获得资源配置。^⑦因为任何资源配置主体都不想陷入资源配置风险,所以只要他们能顺利、充分获得违法行为信息并基于该信息而认为与违法行为主体的交易存在风险,就必然要基于同样的逻辑对待违法行为

^② 参见[美]史蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·R·森斯坦:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竞悦译,北京大学出版社2011年版。

^③ 涂少彬:《论法学表达数学化的可能及限度——基于经济学与比例原则的切入》,载《法学评论》2020年第4期。

^④ ALEX GEISINGER. Reconceiving the Internal and Social Enforcement Effects of Expressive Regulation, 58 WM. & MARY L. REV. ONLINE 1, 40 (2016—2017).

^⑤ 参见陈国栋:《作为公共资源配置方式的行政合同》,载《中外法学》2018年第3期。

^⑥ 也正因为这种本质上的一致性,美国《公平信用报告法》并不区分行政机关为实施信用监管而获取的信用评估报告与市场主体为了规避商业风险而获取的信用评估报告,统一称为“商业性记录”。

^⑦ 参见李新庚:《社会信用体系运行机制研究》,中国社会科学出版社2017年版,第58页。

主体,违法行为主体由此必然陷入因一个违法行为而被资源配置主体普遍排斥的窘境。这就是“一处失信、处处受限”的根源所在,也是信用惩戒机制为何能强化惩戒效果与风险规避效果的逻辑所在。进言之,信用惩戒机制通过信用信息的公开而实现市场主体的联合预防与风险规避。^③而任何一个不想陷入如此窘境的主体,也必然会反复思量是否要冒着被评价为失信的风险而作出违法、违约等可能引发失信评价的行为。故上述风险规避之举具有“以儆效尤”的惩戒之功,能助益于诚信交易环境的营造。

其三,上述风险规避措施是基于信用逻辑才被视为“信用”惩戒措施而不是“其他”惩戒措施。换言之,信用惩戒措施与风险规避措施一体两面,因为信用机制与惩戒效果才被称为“信用惩戒”。如果我们考察当下信用立法中的信用惩戒类型,就会发现这种同质性。综合各地、各部委所制定的有关信用惩戒的规范性文件来看,尽管它们的规定各有不同、名字也不尽一致,但总体上包括如下几种类型:不适用告知承诺等简化程序;限制享受相关便利化措施;增加监管频次、加强现场检查;限制享受财政资金资助;降低信用等级;限制进入相关市场、行业、任职资格;限制开展相关业务;限制获得相关荣誉称号;等等。^④出于形成社会信用联合奖惩机制的目的,各地方政府还呼吁、鼓励市场主体在生产经营、交易谈判等经济活动中参考使用信用信息、信用评分和信用评级评价结果,对失信主体采取取消优惠、提高保证金等增加交易成本的措施。即便只是匆匆一瞥,我们就不能不承认,上述这些措施与前述风险规避措施别无二致。这种一致性,正是因为信用惩戒措施是基于信用评估技术与风险规避逻辑而作出的,也是基于这一逻辑而产生效果的。

其四,为规避交易风险而采取的上述措施,本质上只能是风险规避措施而不是惩戒措施。尽管上述措施具有惩戒效果,也在学理上甚至实务上被称为信用惩戒,但我们必须坚持其本质属性是风险规避而不是法律惩戒,不能脱离风险规避属性而单方面强调其惩戒属性。一方面,行政机关采取信用惩戒是其规避资源配置风险的自保之举,具有鲜明的功利色彩,而不是出于维护诚信、打击失信等“规范性”价值目标而发动的惩戒之举。换言之,惩戒效果只是建基于失信评价的风险规避措施的客观社会效果,而不是其主观追求。这也正是此前没有立法明确规定所谓信用惩戒措施时,各行政机关已经自觉地按照信用监管的逻辑“主动出击”实施上述信用惩戒的根源所在。^⑤另一方面也是更为根本的是,只有如此理解才能真正解决本文开篇所提出的信用惩戒的合法性问题。既然规避资源错配风险的需要及其正当性决定了违法行为信息征集、评价的正当性,那么这种正当性反过来也要约束行政机关资源配置措施的实施。毕竟,目的决定了手段,手段必须服从目的。既然违法行为信息之于行政机关的意义在于提高资源配置效率、降低资源配置风险,且行政机关又是基于这一目标而收集、评估违法行为信息的,那么紧随其后的所谓信用惩戒措施,就只能从规避资源配置风险的角度来理解才具有信用维度上的科学性与正当性。更进一步说,只有从规避资源配置风险的角度出发,对违法行为信息的收集、评估以及在此基础上为规避资源配置风险而作出的上述监管措施,才能组成一个一脉相承、层层推进、水到渠成的有始有终、自成一体的过程。一言以蔽之,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估基础上以规避资源配置风险为目的的应对措施。^⑥

^③ 参见林均跃:《社会信用体系原理》,方正出版社2003年版,第79页。

^④ 例见《上海市社会信用条例》《南京市社会信用条例》。

^⑤ 比如,各地方、各部委信用立法中反复出现的诸如限制任职资格、限制开展业务、限制进入市场等限制从业类信用惩戒是从诸如《破产法》、《公司法》、《道路交通安全法》等数十部法律中寻得上位法依据的,限制从业类信用惩戒不过是其他法律早就规定过的监管措施。这就充分说明,在所谓的社会信用惩戒之前,立法者与行政机关早已出于监管需要而创设、运用这些监管措施了。而且,对于其中的限制任职资格类信用惩戒,《刑法》修正案(九)也早已确定为“非处罚性预防措施”。至于其中的限制进入相关市场、不与失信主体签订协议类信用惩戒,不仅《政府采购法》、《招标投标法》早已规定,而且在外国,这类措施一直被定性为确保公共资源交易安全的非惩戒性措施,参见Kate M. Manuel, *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments*, Order Code RL34753, November 19, 2008. <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34753.pdf>. 相关法理阐释参见陈国栋:《缔约资格排除类信用惩戒的法治化路径》,载《现代法学》2021年第1期。

^⑥ 将信用惩戒视为行政处罚进而以行政处罚框架来改造之似乎已成为行政法学界的主流观点,但限于篇幅与主旨,请恕本文在此不能全面批判这一观点并论证将公、私两域信用惩戒界定为风险规避措施的诸多合理、优越之处。这一任务,将留待专文另行完成。

三、违法行为信用惩戒的限度

既然信用惩戒只是一种规避交易风险、提高资源配置效益的风险应对措施,那我们就可以据此本质,确定信用惩戒不得逾越的基本限度与必须遵从的相关原则,为行政机关针对违法行为实施的信用惩戒设计一个大致框架。

(一)目的正当性原则:信用惩戒不能以惩戒违法为目的

根据其风险规避性质,信用惩戒只有在不是为了对违法行为予以惩戒,而是为了要规避将来的资源配置风险的角度上,才是可行的、合法的。因此,当行政机关收集包括违法行为信息在内的各种信息并进行评估后,必须自觉出于风险规避的立场而不是对违法行为实施行政处罚的目的实施信用惩戒。也就是说,行政机关不能像前述反对信用惩戒的学者所担心的那样,是为了强化执法而对违法主体实施信用惩戒。近些年,社会信用惩戒体系的发展已经开始体现这一风险规避思路。比如,《国务院办公厅关于加快推进社会信用体系建设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》提出:(七)大力推进信用分级分类监管。在充分掌握信用信息、综合研判信用状况的基础上,以公共信用综合评价结果、行业信用评价结果等为依据,对监管对象进行分级分类,根据信用等级高低采取差异化的监管措施。也就是说,在事前和事中环节,行政机关将根据市场主体的信用状况采取不同的监管措施,在信用不佳的主体身上投入更多的监管资源,而信用状况良好的主体将不再是许可审批和经营过程检查的重点。

根据这一逻辑,不应将禁止高消费视为信用惩戒。将禁止高消费视为信用惩戒是当下的一种普遍做法。然而,将限制高消费作为信用惩戒措施并不符合信用惩戒的本质。信用惩戒源起于相对人因违法行为信息而引发的行政机关对其将来再次违法的疑虑,而限制高消费这种措施却和预防再犯风险没有关系,和提高资源配置的安全度没有关系。严格意义上,限制高消费是为了确保失信被执行人将财产用于偿还债务履行金钱给付义务而不是自己的高消费,属于强制失信主体履行法律义务而不是引导其恪守诚信的强制行为,因此不宜与作为规避资源配置风险措施的信用惩戒混为一谈、一体适用。作为失信人员限制消费之依据的《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》即体现了这一逻辑。该司法解释第一条规定,这种限制措施只能针对承担着判决履行义务的被执行人,而不是所有在法律上被界定为失信的主体。

(二)关联性原则:信用惩戒必须以科学的算法为基础

既然信用惩戒是为了规避执法风险、高效配置执法资源,那么行政机关就必须根据业已收集的违法行为信息以及其他可用来评判再次违法可能性的信息,结合行政机关、社会对违法风险的可承受能力的大小,来实施相应的信用惩戒,否则就违背了资源配置所要求的高效性以及信用惩戒作为交易风险规避措施的本质。为此,信用惩戒必须建立在科学的算法之上即对再犯风险的准确评估之上。这就意味着违法行为信用惩戒要满足如下两个要求。

其一,行政机关必须尽可能全面收集相关信用信息。算法必须建立在尽可能全面、丰富的数据之上,因为大数据就是把数学算法运用到海量数据上来预测事情发生的可能性,^②信息越全面、越充分,这种评估就越趋向于准确,所以行政机关必须尽可能全面收集信息作出信用评估。对相对人是否会再次违法的评估,不仅要考虑其此前违法的各种情节,还要考虑其他与相对人品性、能力有关的其他信息,毕竟相对人是否会再次违法难以仅凭一次违法就能准确判断。进言之,除非违法对公共利益的损害很大,以致于社会不能承受这种违法风险因而不得通过绝对化的“一票否决制”来根除这种风险,否则就不能仅凭一次违法就实施信用惩戒。这就意味着,行政机关在进行信用评估时,必须全面考量一切可以用来对相对人可信任度进行画像的信息:不仅要基于其违法信息,还要基于其他诸如违约行为信息、失德行为信息等;^③不仅要基于其负面信

^② [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第16页。

^③ 刑法学者亦指出,预防论的刑法“必然会将悖德、行政违法行为上升为犯罪行为”。这一点就说明预防风险之决定的评估基础不限于既往犯罪信息,还包括其他一切有助于评估相对人再犯风险的信息。参见黎宏:《预防刑法观的问题及其克服》,载《南大法学》2020年第4期。

息,也要基于其正面信息,因为信用惩戒不是行政处罚。信用惩戒的精准性也是依法行政与保障人权原则的要求。尽管行政机关实施信用惩戒不是为了惩罚违法主体,但也不能像市场主体那样随心所欲。毕竟,市场主体无论如何评价他人的交易信用进而采取相应规避措施,都属于私法自治范畴,其评价是否适当公允以及基于该评价所作出的交易决定是否合理,都可以在契约自由框架下获得合法性而不侵犯他人权利。但执法总是会影乃至限制、剥夺公民权利或自由,行政机关基于违法信息对相对人的信用评级并实施信用惩戒,必须遵守依法行政原则,^④实现评价的规范化,以区别于市场主体自行评价的非规范化。从根本上说,这是因为社会信用治理是一种新的数据驱动治理模式,通过这种模式,数据分析被用来创建和操作算法,为目标行为的奖惩提供依据。^⑤因此,建立在大数据基础之上的信用评级与惩戒必须贯彻数学那样的计算逻辑,必须像数学表达那样明确、精确,^⑥才能实现信用惩戒的合理性 with 明确性,才能尽可能地减少对相对人人权的限制。

其二,信用惩戒必须分领域实施。如前所述,行政机关所分配的资源有两种,这两种资源分配的逻辑与目的不一样,所要规避的风险不一样,因此同一违法信息对不一样的资源分配领域来说,其评判的目的、评判的算法泾渭分明,不能混同。究其根本,任何一种违法信息都有信用评级意义,但要看从哪个角度、在哪个领域来运用这一信息。同一个违法行为从不同的角度会有不同的算法以及不同的信用估值。正如罗培新指出,在不同行业 and 不同领域,信用维度各有差异……信用的分级分类由用信主体依据用信场景,运用不同的算法自主确定,是唯一科学的做法。即便是政府,不同部门的信用需求也不相同……因此,法律应当要求行政部门根据自身管理实际,制定与自己管理领域相关联的信用信息范围,并向社会公布。^⑦吴晶妹教授也指出,根据道德诚信、合规(合法)信用与交易信用三个维度,社会主体依其信用评级可以分为八类,其中一类主体就是守法度、诚信度低但在经济交易中能够践行契约。^⑧简言之,一个违法的主体未见得是一个违约的主体,我们不能因为违法就认为相对人也会违约。从资源交易视角看,契约语境下很多人守信,是因为有可见、客观、直接的利益交换,守信一般不吃亏;而一些不违约的主体违法,是因为守法不但不能匹配相应收益,反而要遭受现实损失,收益与支出不相符,故其缺乏同等遵守法律规则的动力。因此,仅仅基于违法信息就“计算”出违约风险,并不科学。故政府机关既不应该也没有必要将所有违法信息都作为本领域配置行政执法资源的信息基础,而是要根据本部门的执法特点加以针对性识别和运用。正如市场主体可以参考社会信用体系所公示的违法、违约信息而自行决定是否实施信用惩戒,而无须亦步亦趋于行政机关的信用惩戒一样。反之,不分领域、不考虑不同信息对不同领域资源配置风险的关联性就一体适用所有惩戒措施,是不科学、不合理的。就此而言,问题的关键不在于违法与失信有无关联,而在于如何确立其间的合理关联,确立违法行为信息的信用评级功能及其与相应失信应对措施的逻辑关联,避免不合理的关联从而滥用信用惩戒。这就需要回到信用的本职功能,从资源配置角度出发将违法和失信关联在一起,而不是将违法等同于所有领域的失信、将基于违法的失信评价关联于基于违约的失信评价或是将此种违法的失信评价关联于基于其他违法的失信评价进而予以联合惩戒,从而失去信用算法与信用惩戒的关联性。^⑨

(三)必要性原则:信用惩戒必须与风险预防需要相匹配

既然信用惩戒措施的本质是执法资源的优化配置,即行政机关既不能不配置执法资源以避免相对人再次违法,也不能过度配置执法资源以致干扰相对人自由、浪费执法资源,那么信用惩戒必须与再次违法风险相适应,必须与行政机关承受风险的能力相适应。进言之,行政机关必须针对不同层级的违法风险而分层级实施,以风险防范之必要为限度,不能无差别地实施。据此逻辑,我们可以对目前各地、各部委信用立法所设

^④ 相关探讨参见王瑞雪:《论行政评级及其法律控制》,载《法商研究》2018年第3期。

^⑤ Larry Cata Backer, Next Generation Law: Data-Driven Governance and Accountability-based Regulatory Systems in the West, and Social Credit Regimes in China, 28 S. CAL. INTERDISC. L.J. 123, [xiv] (2018).

^⑥ 参见涂少彬:《论法学表达数学化的可能及限度——基于经济学与比例原则的切入》,载《法学评论》2020年第4期。

^⑦ 罗培新:《社会信用法:原理·规则·案例》,北京大学出版社2019年版,第43页。

^⑧ 吴晶妹:《三维信用论》,当代中国出版社2013年版,第38—41页。

^⑨ 比如,《南京市社会信用条例》第42条规定:社会信用惩戒措施的设定,应当与社会信用主体违法、违约行为的性质和领域相关联。

定的各种信用惩戒措施予以体系化的合法性解释与层级化适用。

对再犯可能性低一些或是再犯危害较小的相对人,行政机关可实施诸如提高检查频次、不适用简易程序等信用惩戒措施,但不得实施诸如市场禁入等措施。基于行政机关维护公益、确保市场交易安全的角色担当,行政机关实施信用惩戒的方式与一般市场中市场主体规避资源配置风险的逻辑与方式有所不同。一般市场主体是因为失信判断而不与失信主体交易、减少交易以降低、规避交易风险,而行政机关为了激发市场活力、尽量保障市场主体的交易自由,不能以一刀切地禁止一切有违法前科的市场主体继续进入市场的方式来规避执法风险,只能是通过“提高检查频次、不适用简易程序或实施严格审查”等措施,加大、强化检查,避免被检查主体再次违法犯罪。换言之,越是违法主体,行政机关越是要向其加大执法资源配置。

对再次违法可能性高一些或是再犯危害大的相对人,行政机关可以实施诸如不予许可申请、禁止市场准入、禁止从业与不予缔结行政合同等信用惩戒措施。这些措施在不同信用立法中名目不一,但其本质都是剥夺、限制特定违法、违约主体进入特定市场的交易资格。对于某些违法犯罪主体,如果行政机关基于其违法信息得出的信用判断结论是预防其再次违法违约的成本太大以致行政机关无法做到千日防贼的,或是其再次违法违约可能性高且危害较大以致社会难以承受该风险的,那么行政机关就可以实施这类信用惩戒措施。概言之,执法机关配置执法资源对私人之间的交易进行监管,是为了社会安全即第三者之间的资源配置安全,即私人之间利益交换的安全,因此私人之间的交易风险越高、执法资源就需要配置越多。但道高一尺,魔高一丈,行政机关再小心谨慎,也难免会被一些别有用心者蒙骗过关从而给予许可、给予交易资格,这种情况下公共利益就难以得到保障。因此,如果这种风险高到行政机关无论如何也难以保障交易安全或是为了保障交易安全而必须配置太多资源,或是社会难以承受再犯风险的,行政机关就只能通过剥夺交易资格、避免失信主体入场交易的方式在事前阶段保障私人交易的安全。其本质就是,公共执法资源无法充足到能同时确保公共利益与违法者个人自由之间的和谐共处,因此在执法资源有限而公共利益又非常重要的情况下,只能通过限制私人自由的方式来确保安全。《行政许可法》第七十九条即体现了这一逻辑。该条规定:被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的……取得的行政许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的,申请人在三年内不得再次申请该行政许可。在这种情况下剥夺被许可人的申请行政许可的资格,就是因为申请人信用不佳,给予其许可有很大风险,且行政监管执法资源有限、许可所保护的公共利益又非常重要,行政机关只能采取一定期限内不予其交易资格的措施来保障私人之间的交易安全。

结语

从规避资源配置风险的角度出发,不仅违约行为信息,而且违法行为信息也具有信用风险维度。究其根本,失信评价是为资源配置服务的,失信的本质是失去资源配置主体的信任,故举凡可用来评估资源配置风险的信息,都具有信用信息的属性。尽管“违法行为”与“违约行为”是两个不同的概念,但在预判资源配置风险层面,“违法行为信息”与“违约行为信息”并不存在本质区别。进言之,失信信息不可能仅限于违约行为信息,失信行为不可能仅限于违约行为。我们不能因为“违法行为”与“违约行为”的区别,就认为违法与失信只有在违法行为同时也是违约行为的时候才存在交集,才可以实施信用惩戒。违法与失信的交集不在于一些违法本身意味着失信——比如,使用地沟油这一违法行为同时也意味着食品经营者对消费者的违约失信,也不在于违约行为已经达到违法的程度,而在于两者在信用信息层面的共性:违法行为信息与违约行为信息都会减损资源配置主体对其意欲向之配置资源之主体的信任,使其不得不反思、调整资源配置方向与方式。因此,不是因为失信达到了违法的程度才和违法有交集,而是违法本身就会减损资源配置者的信任因而具有信用评价价值,资源配置主体能从中得出今后如何配置资源才能规避交易风险的推论。

正是基于违法行为信息与资源配置安全之间的关联,无论是为了确保市场经济中的交易安全,还是为了提高执法资源与公共资源配置效率,规避资源配置风险与创新社会治理机制,将违法行为信息纳入社会信用体系进而采取信用惩戒措施既是必要的,也是可行的。归根结底,行政机关也是资源配置机关,也需要基于风险预判而规避资源配置风险。基于这一逻辑,行政机关不是对违法行为施加信用惩戒,而是基于违法行为信息,为了规避资源配置风险而采取作为风险规避措施的信用惩戒。信用惩戒不是为了通过惩戒的逻辑来强化相对人遵守、落实法律义务,而是为了提高执法资源配置的效率、规避相对人再次违法的风险。

基于信用惩戒乃资源配置风险之规避措施的本质,规避资源配置风险所需即为违法行为信用惩戒的限度。信用惩戒必须符合目的正当性、关联性与必要性三个原则,必须建立在对相对人信用信息客观、全面、充分的收集与精准算法之上,分领域实施。行政机关要综合违法行为信息与其他信息来判断相对人再次违法的可能性与其有可能侵犯的公益的大小,根据成本收益分析原则,分层次采取与风险预防相匹配的信用惩戒措施。若是经评估相对人并无再犯风险或是风险极低,那么行政机关就不能实施信用惩戒。

Abstract: The wide application of credit punishment in prevention and control of COVID-19 needs to solve the problem of whether and how to implement credit punishment. Compared with the opinion that illegal behavior is also an action of breach of contract, it is more reasonable to understand the credit punishment of illegal behavior from the credit risk dimension of illegal behavior. Its internal logic is that the essence of dishonesty is not to break the contract, but to lose the trust of the resource allocation subject. The illegal behavior has the dimension of credit information because it helps the resource allocation subject to predict and avoid the risk of resource allocation. Administrative organs who enforce law and allocate public resource can use the information of illegal behavior as credit information to avoid the risk of law enforcement and public resource allocation. According to this logic, the administrative organ can implement credit punishment according to the information of illegal behavior, but this kind of punishment is essentially a measure of risk aversion of resource allocation, rather than a punishment for illegal behavior. Accordingly, credit punishment must be based on scientific algorithm, and implemented in different fields and levels according to different resource allocation fields and different degrees of risk. So is the credit punishment in prevention and control of COVID-19.

Key Words: Illegal Behavior; Credit Punishment; Information of Illegal Behavior; Resource Allocation; Risk Aversion

(责任编辑:江国华)