

公共信用的正当性基础与合法性补强

——兼论社会信用法的规则设计

王 伟

内容提要:传统意义上的信用主要是指可以货币资金度量的经济债权债务为核心的经济信用。公共信用制度则是我国在开展社会信用体系建设中的创新性制度,目前,对于这一创新制度还存在诸多不同的理解和分歧。公共信用制度具有正当性基础,包括目的正当性、理念正当性、法律正当性和工具正当性。但同时不容忽视的是,当前公共信用的法治化程度不高,存在明显的合法性不足的问题,亟需从实质正义、形式正义和程序正义等方面进行补强。围绕公共信用的立法体系以及公权力规制这两大重点问题,首先应在现行法律体系中确立公共信用整体价值观的多层次、多维度的立法表达,同时在未来的社会信用法中专章规定“公共信用制度”,以公共信用机构职权法定、公共信用信息管理责任法定、失信惩戒机制法定等为规制重点,确立公共信用的顶层立法体系。

关键词:公共信用 社会信用法 正当性 合法性 失信惩戒

王伟,中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部教授。

一 问题的提出

公共信用是中国在社会信用体系建设过程中创新出来、与经济信用相对应的信用机制。何谓公共信用,目前现实中仍然存在着不同的见解。有观点认为,公共信用等同于政府等公权力主体本身的信用状况。也有观点认为,公共信用类似于政府集资,就是指政府机构在发行债券过程中的举债能力等信用状况,其偿还债务的承诺来自于政府机构。^[1]还有观点认为,公共信用就是以遵守法定义务的状态为信用衡量维度的一种信用,与履约信用相对应。例如,《上海市社会信用条例》明确规定,信用是指信用主体的履约状态或

[1] 参见林钧跃著:《社会信用体系原理》,中国方正出版社2003年版,第25-26页。

守法状态。其中,履约状态主要是指经济信用,而守法状态就是本文所描述的公共信用。从当前社会信用体系建设的政策及立法来看,该条例中对信用的定义是对当前公共信用制度较为准确的描述,与信用主体是否为公权力主体并无直接关联。本文所讨论的公共信用,就是指以遵守法定义务状态为衡量维度的信用形式。申言之,所谓公共信用,就是以信用主体的守法状态作为信用衡量维度,由具有公共管理职能的主体运用专门信用管理手段所实施的公共管理活动。其中,信用主体是指任何具有守法义务的单位和个人,具有公共管理职能的主体包括行政机关、司法机关及其他具有法定职权的组织。专门信用管理手段则包括信用信息利用、失信惩戒、信用修复、守信激励等专业化的信用管理工具。

与传统意义上的金融征信等经济信用不同,公共信用是从中国的土壤中内生出来的制度。西方早期有从经济学、金融学角度对社会信用的研究,如道格拉斯(C. H. Douglas)所著《社会信用》(Social Credit)一书,^[2]其中所研究的社会信用与我国社会信用体系中的社会信用概念相去甚远。然而仔细考察,公共信用制度与经典的经济信用制度在运行逻辑上又存在着一定联系。经济信用所采用的信用信息传递、信用产品、信用服务、失信惩戒等机制,被公共信用制度所借鉴和移植,在制度的运行上传承了经济信用的基因。然而,公共信用又同时具有与经济信用截然不同的内涵,传统意义上的经济信用重在对履约主观意愿和客观状态进行描述,具有可以用货币资金进行度量的特点。而公共信用则强调遵守法定义务的状态,这种信用无法用货币资金进行衡量。

公共信用制度虽然是中国的一项制度创新,但人们对待公共信用的态度,却呈现出极大分化。赞同者认为,当前已经出现了一种广义信用的趋势,公共信用已经与经济信用一起构成了我国的社会信用体系。例如,有学者认为,公共信用属于广义信用的范畴,它以服务公共事务为目的,是信用发展的一种高级形态,具有信用中性和公共产品的特点。^[3]有学者提出了“三维信用论”,将诚信度、合规度、践约度共同作为信用构成的三个维度,其中,遵守法律法规是一个重要的维度。^[4]有学者多年前就提出,信用是一定主体履行法定义务和约定义务的状况,将守法状况纳入信用法的调整范畴。^[5]反对者认为,所谓的公共信用并没有存在的基础。代表性观点如下:其一,从信用的内涵来看,公共信用偏离了信用的本质。认为公共信用脱离了信用可用货币资金进行衡量的这一实质性特征,并没有理论和实践基础。有观点认为,违法并不等于失信。^[6]社会普遍接受的、高度概括的信用,不外乎就是两大类:一类是经济层面的经济信用;另一类是道德层面的诚信。古今中外的经典信用理论以及国际实践都概括不出“合规也是一种信用”的结论。其二,从运行的方式来看,公共信用背离了公权力运行的法治要求。认为公共信用实际上就是行政管理等部门为了执法的便利而创设的一种制度,当前公共信用领域存在着严重的

[2] See Clifford Hugh Douglas, *Social Credit*, 3rd Edition, Eyre & Spottiswoode (Publishers) Ltd., 1933.

[3] 参见章政、张丽丽:《中国公共信用体系建设:特性、问题与对策》,《新视野》2017年第2期,第60页。

[4] 参见吴晶妹著:《三维信用论》,当代中国出版社2013年版,第28-37页。

[5] 参见沈凯、王雨本:《信用立法的法理分析》,《中共中央党校学报》2009年第3期,第55页。

[6] 参见汪路:《违法不能等同于失信:厘清社会信用体系建设的分歧》,财新网2020年03月30日, <https://opinion.caixin.com/2020-03-30/101535820.html>,最近访问时间[2021-07-15]。

“泛信用化”问题,公共信用已经异化为法律执行工具。有观点针对当前公共信用运行中存在的问题,认为信用泛化实际上是公权的转换,即将行政司法机关监管的违法违规问题转换为信用问题。^[7] 审慎批评者的立场相对温和一些,并没有全盘否定公共信用,也不反对对公共信用进行立法。他们认为,公共信用可能存在违反宪法上的平等权、信息权、人格权等问题,需要确立公共信用的合宪性地位。同时,不宜将道德上的良好以及履行法定义务的状况归入公共信用。^[8]

在目前争论较为激烈的现实下,如何确立公共信用的正当性与合法性,是当前社会信用体系建设乃至社会信用立法所应正视和回应的重大问题,本文以此为任,尝试提出社会信用立法的制度框架与规则构成。

二 公共信用的正当性基础

对于一项制度,首先应考察其正当性。只有具有制度正当性,才谈得上其后的合法性论证以及具体制度建构中规则的合法性与合理性等内容。公共信用制度亦如此。公共信用的正当性面临着传统经济信用制度的冲击以及自身制度正当性的证成困境。在诸多挑战与质疑之下,公共信用的正当性应从目的正当性、理念正当性、法律正当性以及工具正当性等多重面向予以考察。

(一) 目的正当性:引领诚信价值观

所谓目的正当性,就是指公共信用以诚信价值观为引领,目的是以此牵动整个社会信用建设。诚信本是伦理层面的价值体系。诚信观念由来已久,在人类发展的漫漫长河中成为公认的基本价值观。诚信,从词意上理解即为“能够履行诺言而取得的信任”。作为社会主义核心价值观的重要表达符号,信用有着鲜明而强大的价值正当性和社会感召力。就诚信的语义分析而言,其全称是“诚实信用”,由此可以分为诚实和信用两个独立的字词。诚实主要是指正心诚意,重点描述的是人们的内心的状态。信用则经常体现为外在的行动。例如,在日常生活中,人们评价某人不讲信用,就更多指向一种行为的外在表现。因此,在诚信的语义表达中,包含了内在真诚和外在守信两个层面。倘若单独使用信用一词,则更加强调整一种外在的行为表现。徐国栋先生曾经考察罗马法上的诚实信用原则渊源,也指出诚信包括客观诚信和主观诚信两个方面。^[9]

当前,诚信不再仅仅是道德层面的要求,它也同时成为制度和法律层面的要求。在历史的发展变迁中,伦理价值层面的诚信观念正在全方位地渗透到社会领域的各个方面,逐渐衍生出政治诚信、社会诚信、经济诚信等观念。诚信价值观在各个方面立体式地展开,诚信的制度化的法律化趋势日益明显。正如诚信伦理学的学者所言,信用是一个多维度的概念,包括了道德、经济、政治、社会、法律等各方面的内容。^[10] 当然,由于商业发展的需

[7] 参见万存知:《重新认识“信用信息+”模式》,《中国金融》2020年第3期,第19页。

[8] 参见沈毅龙:《公共信用立法的合宪性考察与调整》,《行政法学研究》2019年第1期,第111-112页。

[9] 参见徐国栋著:《诚实信用原则研究》,中国人民大学出版社2002年版,第38-47页。

[10] 参见王淑芹著:《信用伦理研究》,中央编译出版社2005年版,第15-24页。

要,以金融征信为核心的经济信用制度建设,呈现出高度的制度化、技术化和法制化的特点,由此也形成了以经济信用为中心的观念。然而,偏执于以经济信用为中心的倾向,往往使得其他领域的信用制度被人们有意无意地忽视,甚至出现了只有经济信用,而无其他信用的观点。在中国土地上内生出来的公共信用制度,作为一个后来者,是中国所独有的一种信用建设形态,也不断被人们所误解。

公共信用作为一种本土的制度存在,与传统而经典的金融或经济信用相比,的确显得有些另类。然而,这样一项制度的产生同样有其深刻背景。在中国向现代化迈进的过程中,传统的伦理道德观遭到极大破坏,出现了价值观的断层,在传统社会下根深蒂固的诚信观念已然变得较为淡薄。过度追求经济利益而忽视诚信的问题比较严峻,这体现在经济上不信守合同、拖欠货款、质量低劣,也表现在欺诈客户、掺杂使假等违法行为方面。经济领域的诚信和社会领域的诚信两方面的问题都非常突出。在由人治向法治变革的过程中,传统礼俗社会中的历史文化等原因,以及现实中的立法和制度偏虚、法律实施偏软、法律意识淡薄等问题,也使得整个社会的守法状况并不理想。诸多违法行为使得社会成员之间信任度较低,加大了社会运行成本。

然而,现代社会的发展趋势告诉人们,社会信任已经成为现代国家的重要标志。信任度的高低直接决定了一个国家的现代化程度,信任与经济增长和社会发展之间有着直接的正相关关系。^[11] 经济社会的发展要求人们遵守诚信的道德观念,并使之制度化、法治化。亚当·斯密虽然主张经济人去追求经济利益最大化,但他也强调市场经济必须是道德经济。在《道德情操论》这本名著中,他认为道德作为社会的一般准则,是人类生活最重要的原则,^[12]其中当然也包括诚信的道德准则。

公共信用试图以制度化的方式重塑信用。福山曾认为中国社会对于家庭以外的人员缺乏信任,属于低信任度的国家。^[13] 有论者则更加关注到制度在构建信用和信任中的作用,其指出,中国原本是一个高信任度国家,但由于缺乏制度等方面的约束,逐步演变成了低信任度的国家。^[14] 当前的公共信用制度,就是一种高度理性化的制度形式,是一种对社会信任的建构机制。公共信用制度的产生可能是基于历史的偶然,但历经长期发展之后,其已成为一种无法回避的历史选择和现实存在。公共信用制度的基本目标是提供良好的社会信用环境这一重要公共产品,以服务公共事务为目的。^[15] 党中央、国务院出台的众多政策和文件反复阐明,公共信用体系的基本目的,就是要重塑诚信价值观念,促进社会成员履约守法。如果经济信用的本质在于推动社会成员履行合同约定,那么公共信用的实质就是运用信用手段促进社会成员遵守法律法规,实现有效的社会治理,满足市场监管、公共服务等各方面的治理需要。^[16] 由此,公共信用制度与经济信用制度两者相得

[11] 参见吴晶妹:《市场经济是信用经济》,《新视野》2002年第3期,第16-18页。

[12] 参见[英]亚当·斯密著:《道德情操论》,蒋自强等译,商务印书馆1997年版,第199页。

[13] 参见[美]弗朗西斯·福山著:《信任:社会美德与创造经济繁荣》,郭华译,广西师范大学出版社2016年版,第74、88页。

[14] 参见张维迎著:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第7-9页。

[15] 参见章政、张丽丽:《中国公共信用体系建设:特性、问题与对策》,《新视野》2017年第2期,第60页。

[16] 参见章政、张丽丽:《中国公共信用体系建设:特性、问题与对策》,《新视野》2017年第2期,第63页。

益彰,共同促进社会信任。

(二)理念正当性:实现公共理性

公共信用借用了经济信用的运行逻辑,但与经济信用不同的是,公共信用将部分违法行为界定为失信行为,并运用专门的信用工具进行规制。反对公共信用的论点坚持经济学上经典的信用界定,认为失信行为特指违反合同约定,违法行为不应当认为是失信行为。笔者认为,按照当前的公共信用机制,将一定范围内的违法行为列为失信行为,并运用信用手段实施必要的信用管理或惩戒,主要基于三个方面的考量:

其一,基于诚信语义及伦理学的解释。如果对诚信的概念进行精细化辨析,诚信这一概念实际上强调的是表里如一,这里的“一”就是指一致性,其所参照的标准可以是具象化契约,表明人的行为与合同中的文字记载不相符合。同时,这个标准也可以是一般性的规则,意指行为与规则相一致。在公共信用的视角下,强调信用主体的行为与规则相一致。将一定范围内的违法行为界定为失信行为,强调的是其行为与法律或制度要求不一致,违反了社会的合理期待。信用伦理学的学者对信用概念持一种较为开明的态度,将遵守合同的信用称为“承诺信用”,将遵守规则的信用称为“规则信用”。^[17] 如果将契约作为标准,则遵守契约就是诚信;如果将法律作为标准,遵守法律就是诚信。反之,不履约、不守法就是一种失信。由此可见,将遵守规则作为是否是守信的标准,有其合理的社会基础。

其二,基于法律秩序的解释。在法社会学视角下,社会是人的联合的社会,法把社会当作自己的出发点,规制的核心是秩序。^[18] 拉德布鲁赫认为,在法律价值的排序中,秩序第一。^[19] 我国将信用工具应用于守法领域,重要原因之一是,现行立法及其实施尚未能营造出普遍守法的良好法律秩序。立法者基于塑造更加良好的法律秩序的目的,而将信用机制有条件地运用于守法领域。对违法行为实施信用治理的主要原因,我国学者给出的解释是,在目前的国情背景下,规制者能调动的信息和激励资源均存在不足:其一,规制者可能无法有效通过监控及时、准确地发现违法违规行为;其二,因缺乏足够的法定权威(如处罚权)或物质资源(如人力、财力),无法对规制对象提供充足的正向或负向激励。^[20] 依靠现代科技所赋予的强大洞察力,借助于大数据、算法技术所实施的信用信息传递,以及按照违法程度对违法行为进行的有效识别,极大地强化了政府作为社会公共利益代表的社会控制力度。由此,公共信用在解决有法不依、执法不严、违法不究等长期性制度困扰问题等方面具有较强的有效性,这已经成为社会各方的普遍共识。

值得关注的是,在越来越多的领域,基于对弱者的保护以及对公共利益的维护,公权力可能会介入私人之间的交易关系,并由此可以运用公共信用的手段实施治理。例如,经营者弄虚作假、欺诈客户、发布虚假广告,上市公司在证券发行和交易过程中的虚假信息披

[17] 参见王淑芹著:《信用伦理研究》,中央编译出版社 2005 年版,第 7 页。

[18] 参见埃利希著:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年,第 28 页。

[19] 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社 2001 年版,第 17-18 页。

[20] 参见戴昕:《理解社会信用体系建设的整体视角:法治分散、德治集中与规制强化》,《中外法学》2019 年第 6 期,第 1480-1481 页。

露等等。当公权力机关介入相应领域实施信用管理或惩戒时,即属于公共信用的调整范畴。因此,有学者认为,信用法不应仅仅调整私法层面的信用交易关系,也调整基于公权力介入对弱者进行保护的社会关系。^[21]如是观之,信用法的问题实质上为社会法的问题。

当然,将违法行为视为失信行为,并不意味着所有的违法行为都应由信用法进行调整。按照公共信用机制的一般逻辑,对于违法行为首先是由行政处罚法、行政许可法等立法进行调整,从而确定其违法行为的性质并责令相关主体承担相应的法律责任。在此基础上,对于有必要将该违法行为纳入公共信用信息或对其实施信用惩戒的,则可以根据信用法的规定对此类违法行为进行信用法的调整。这与金融征信的运行逻辑是高度一致的。在金融征信关系中,消费者与商业银行的借贷关系首先是依靠合同法律机制进行调整的,但部分违约行为可以纳入征信信息,成为征信法的调整内容,从而形成合同法进行一次调整、信用法进行二次调整的格局。笔者认为,将部分违法行为纳入信用法的调整范围,可谓是“二次调整”。

(三)法律正当性:道德入法的证立

当前反对公共信用的一个重要理由是,法律不应当调整道德关系,应当坚持道德与立法分离论。笔者认为,公共信用体现了道德与法的有机融合,其核心要义就是在诚信道德观入法之后,实施法律调整。

客观而言,在现实的法律世界中,道德与法律不可分。分析法学派孤立地看待法律规范,试图撇开政治、文化、道德伦理等各种外界因素或者所谓干扰因素,坚持道德与法律的分离,力图使法学研究成为一种纯粹的规则推理科学,凸显了工具理性。但是,对于立法者而言,却必须考虑到现代社会中的“活法”是一种受到经济社会等各种因素制约的现实法律制度,它无法剥离社会现实,而变成一种纯而又纯的逻辑体系。公共信用的正当性问题必须从道德和社会等诸多层面找到根据,自然法学的分析范式无疑更具有理论启发和价值引领的作用。正如拉德布鲁赫所说,法只能从伦理的有效性中,才能推导出自己的有效性。富勒在与哈特关于道德与法律的长期辩论中,写下了《法律的道德性》这一名著,并公开阐明了他关于“道德使法律成为可能”的著名论点。^[22]

当然,法律调整道德关系,必须以道德入法为基础。道德与法律尽管属于不同的规范体系,处在不同的调整领域,但现代社会道德与法律的高度融合,使得两者之间的边界已经日渐模糊。正如有学者所指出,法律所调整的并非道德义务,而是法律义务。^[23]但是,在完成了道德入法的过程之后,特定领域的诚信义务上升为法定义务,法律就可以对此类道德进行调整。^[24]一个无可争辩的事实是,重要的公共道德入法后,道德义务就转化为法律义务,成为德与法共同调整的内容。目前我国诸多的法律行政法规、地方性法规已经完成了道德入法的过程,更多的立法正在将诚信道德观纳入立法调整。

[21] 参见方乐华著:《市场主体信用制度的法学思考——社会法、消费者权益保护法视角》,法律出版社2017年版,第12页。

[22] 参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2017年版,第40页。

[23] 参见张恒山著:《法理要论》,北京大学出版社2009年版,第469、490页。

[24] 参见罗培新:《善治须用良法:社会信用立法论略》,《法学》2016年第12期,第108页。

公共信用的存在已经是一个由诸多法律所确认的现实。从中央立法来看,以《广告法》等相关立法规定信用档案等制度为开端,截至 2020 年 12 月,已有《外商投资法》《个人所得税法》《公务员法》《民事诉讼法》等 35 部法律和 42 部行政法规中专门规定了信用建设条款,已有 80% 以上的省、区、市出台或正在研究出台地方信用法规。^[25] 同时,我国还制定了若干专门立法,如《企业信息公示暂行条例》,该条例对市场监管领域的公共信用制度作出专门规定,并与《征信业管理条例》等经济信用立法相得益彰、相互补充,不断丰富和完善着经济信用、公共信用这两大重要制度体系。同时,地方信用立法取得积极进展。截至目前,已有三分之二以上的省、区、市出台或者正在研究出台地方信用法规,陕西、湖北、上海、河北、浙江、南京、厦门等省市先后出台并实施了地方性信用法规。地方信用立法为社会信用上位法的制定提供了经验,反哺了上位法的制定。地方社会信用立法均规定,信用就是履约状态或守法状态。此外,还有大量的部委规章、地方政府规章、规范性文件等制度对公共信用制度也进行了规定。从现行社会信用立法的具体规定来看,除对经济信用问题进行规定外,其还包括了诸多的公共信用条款,为公共信用实践提供了重要的法律根据,如公共信用信息管理制度、公共信用档案制度、失信惩戒制度、守信激励制度、信用监管制度、信用修复制度等内容。由此,公共信用的立法体系正在不断丰富和完善。

由上可见,我国诸多立法显然不仅将履约行为作为一种信用形式,同时也将守法状态作为一种信用形式。正如国家标准 GB/T 22117 - 2018 信用基本术语所规定的,“信用即是个人或组织履行承诺的意愿和能力”。这里的承诺包括法律法规和强制性标准规定、合同条款等约定以及社会合理期望等社会责任的内容。因此,我国实践中普遍采用广义的信用观念,不仅仅将传统的履约信用视为信用,也将守法视为信用的维度,并将两个维度的信用都纳入立法调整范畴。

(四) 工具正当性:高度专业化的实践

当前公共信用已经成为了高度专门化、体系化、制度化、智慧化的实践活动,充满了高度的组织理性和制度理性,由此形成了专门的政府治理机制,这是公共信用具有正当性的重要标志。

其一,高度的专业化、组织化和制度化特征。亨廷顿将组织化和制度化视为获得价值认同的一个重要内容,他认为,“制度就是稳定的、受珍重的和周期性发生的行为模式……制度化是组织和程序获得价值观和稳定性的一种进程”,“一个拥有高度制度化的统治机构和程序的社会,才能更好地阐明和实现其公共利益”。^[26] 我国有学者认为,中国现代化进程的一个基本逻辑,就是政府首先实现治理的组织化,在此基础上通过体制改革与制度创新规范公共权力运行,由此呈现出一个从组织化到制度化的进程。^[27] 当前,我

[25] 《国家发展改革委组织召开社会信用立法专题研讨会》,国家发展改革委官网 2020 年 12 月 14 日, https://www.ndrc.gov.cn/fzggw/wld/lwl/lddt/202012/t20201214_1252917.html, 最近访问时间[2020 - 12 - 14]。

[26] [美]塞缪尔·P. 亨廷顿著:《变化社会中的政治秩序》,王冠华、刘为等译,上海人民出版社 2008 年版,第 4、10 页。

[27] 参见周光辉、彭斌:《构建现代国家——以组织化、制度化与民主化为分析视角》,《社会科学战线》2009 年第 6 期,第 11 页。

国提出了构建以信用为基础的新型监管机制。国家发改委专门设立了财政金融和信用建设司,国家市场监管总局设立了专门的信用监管司,海关、税务、环保等各个部门也设立了相应的信用管理机构,实施信用监管。同时,国家发改委下设公共信用信息中心负责对公共信用信息进行采集归集和共享。此外,各地也设立了相应的公共信用信息中心,对公共信用信息实施专业化管理。在高度专业化的组织体系之下,制度建设的推进非常迅速。

公共信用是一种具有政府主导性的制度。在现代社会,公私融合本身就是一种常态。以国际上普遍存在的金融或经济信用为例,在美国的体制之下,经济信用主要是以三大征信机构为主导并由包括诸多中小征信机构在内的私营征信部门实际运行。在欧盟的公共征信体制之下,金融机构与客户之间的交易信息原本属于市场化、商业化的信息,但这类信息却是由公法人机构在实施管理,体现出公与私的高度融合,呈现出“公法人运营,公权力监管”的特征。我国的模式与欧洲比较相似,具有商业交易信息性质的金融信用信息由具有公法人主体地位的金融征信部门进行运行和管理。当然,无论是以私营征信机构为主导还是以公权力为主导的信用机制,并不当然导致对信用信息以及私权利的侵犯。对信用主体权益的保护,有赖于立法确立制度化的博弈规则以及严格的法律责任。这一普遍的法治规律同样适用于公共信用,不能因其所具有的公法人身份和公权力介入等特征而否定其正当性、合法性。

其二,高度的技术理性特征。在当前数字社会发展的背景下,以互联网、大数据、人工智能等新技术为特征的行政管理技术,成为公共信用体系运行的显著特征。国家发改委设立了全国信用信息共享平台负责对公共信用信息进行归集和公示,国家市场监管总局设立了国家企业信用信息公示系统负责对涉企信息进行统一归集和公示。从笔者所掌握的情况来看,目前多数部委均设立了专门的信用信息公示或共享等系统,地方政府也普遍设立了相应的公共信用管理部门,搭建了相应的公共信用信息共享和公示平台(参见表1)。这就使得公共信用信息体系的运行充满了技术理性,呈现出强烈的“算法行政”特征。如有论者所说,我国基于数据驱动的社会信用体系属于数字技术公共基础设施,生成与法律强制下行政管理方式相并行的算法行政,导致数字社会治理机制的范式转化。^[28]

表1 部分公共信用信息平台例示

序号	部门	公共信用信息平台名称
1	国家发改委	全国信用信息共享平台
2	国家市场监管总局	国家企业信用信息公示系统
3	最高人民法院	中国执行信息公开网、中国裁判文书网
4	交通运输部	全国公路建设市场信用信息管理系统
5	海关总署	中国海关企业进出口信用信息公示平台
6	证监会	证券期货市场失信记录互联网查询平台
7	其他	地方政府公共信用信息平台

[28] 参见虞青松:《算法行政:社会信用体系治理范式及其法治化》,《法学论坛》2020年第2期,第36页。

三 公共信用合法性不足的法治补强

作为一项内生于中国本土的信用制度,公共信用并无所谓国际经验可以借鉴,并且多少显得有些特立独行。如前所述,已有的部分法律法规肯认了公共信用的法律存在,使得公共信用具有了法律正当性的重要基础。然而,由于现行法律多数较为宏观,规则模糊、规则空白的问题仍然比较普遍,而实践背离法治的问题也非常突出,“泛信用化”的问题由此产生。信用建设中的种种法治漏洞不断被放大,质疑和反对的声音时有出现,公共信用已有的正当性反倒被人们有意或无意地忽略。由于合法性不足的问题而导致正当性的质疑甚至全盘否定,这是公共信用所面临的重大矛盾和困境。行稳方能致远,我们必须正视公共信用合法性的不足,并进行必要的法治补强,从而反过来强化公共信用的正当性。因此,按照法治的正义要求,检讨公共信用合法性之不足,并提出增强合法性的若干法治要素,而不是仅仅因为公共信用现存的合法性不足而对其进行颠覆式的整体否定,这是对公共信用进行规制的应有的基本立场。

(一) 公共信用合法性不足之检讨

当前公共信用已经高度制度化,但距离法治的要求仍然具有较大差距。如果从法治角度考察与衡量,我们会发现公共信用的确存在一些缺陷。

1. 公共信用制度顶层立法缺乏

我国公共信用制度起源于党和国家的政策倡导和推动,当前已经形成了丰富的制度体系,但其显而易见的缺陷在于制度的具体化程度相对较高,而法治化程度却相对较低。公共信用法治化程度不高首先体现于立法之中,即由于缺乏社会信用基本法(社会信用法)的引领,因而法律规则过于零散,缺乏统一性、权威性以及部分重要规则缺失等。这种状况给公共信用实践带来了极大的模糊空间,使得实践游离于法治之外,这也是导致公共信用制度实施过程中“泛信用化”的重要原因。

国家层面的法律、行政法规的表达方式大多比较概括和抽象,如信用档案、信用监管、分类监管和严重违法失信名单等。其中比较具有实质意义的表达方式是将某种违法行为记入诚信档案进行公示。然而,何谓信用档案,其构成要素有哪些、如何公示、会产生何种法律后果等重大问题,立法却语焉不明,由此留下了较大的法律空白。部门专门性的公共信用立法,如《企业信息公示暂行条例》等,虽然体系和规则都比较完备,但由于适用面相对较窄,而无法普遍适用于所有领域,这也导致大量的公共信用活动游离于法律规则之外。同时,即便是已有的专门立法,其本身也有着较多的法律空白,需要借助于部门规章甚至规范性文件予以细化补充。

从地方的情况来看,由于中央立法未能提供有效的法律规则供给,地方人大根据《立法法》的相关规定,开展了地方信用立法的实践和创新。自 2017 年上海市制定了第一部社会信用条例后,越来越多的省份或地级市通过人大立法的形式制定了地方信用立法,但具体模式却不尽相同,大体可分为公共信用信息管理、社会信用信息管理、综合性社会信用条例和专项信用条例等模式。地方立法的创新,部分弥补了上位法的缺失或者细化了

相关法律规则,在公共信用信息传递、失信行为分类、失信惩戒、信用修复等诸多重要领域有了一些相对详尽的规定。然而,地方立法所具有的立法层级较低、调整空间有限等天然局限性,注定了各地立法规则的不统一,难以形成全国性的立法规则。在实践中,政府相关部门依据众多效力层级较低的立法甚至规范性文件开展信用建设工作,仍然是一种常态。

2. 信用信息传递的法律规则缺失

信息乃是信用的基础,公共信用信息也同样是开展信用管理的重要基础。目前,我国尚未制定公共信用信息管理的中央立法,酝酿已久的公共信用信息管理条例迟迟未能出台。《个人信息保护法》刚刚出台,其在公共信用信息领域将如何实施,尚待观察。《企业信息公示暂行条例》是我国公共信用信息管理领域为数不多的高层级立法之一,条例对强制公示信息的范围、不予公开的信息、选择公开的信息、公示平台、经营异常名录、严重违法失信名单、救济机制等进行了较为详尽的规定。然而,这部条例主要立足于企业信息公示问题,对于个人信用信息以及非市场监管领域的公共信用信息采集、归集、披露等重大问题,并未能提供有效的制度支持。

在上位法未能提供有效法律支持的情况下,部分地方人大开展了信用立法创新。例如,《浙江省公共信用信息管理条例》第1条规定其立法目的是:“为了规范公共信用信息的归集、披露、使用,激励守信、惩戒失信,营造社会诚信环境,降低社会治理和市场交易成本……”。有关公共信用信息的归集、披露、使用及其管理活动,均适用该条例。此外,有立法权的地方所制定的信用信息管理条例、社会信用条例等也对公共信用信息的管理问题进行了规范。地方立法的创新为公共信用信息管理提供了基础性立法根据。然而,由于地方信用立法的效力层级所限,这些“地方试验”并未能真正解决公共信息列入的标准、范围、程序等重大法治问题。在公共信用信息的采集、归集、共享、披露等重要环节,仍然更多依靠效力层级较低的政府规章、规范性文件等,公共信用信息管理呈现出强烈的行政主导性。在涉及到个人信用信息管理时,更容易引发各方对其合法性的批评或质疑。笔者接触到的实际案例是:某省尚未制定信用信息管理立法,该省下辖的某地级市政府拟出台一部个人信用管理办法。针对该办法,省司法厅提出了如下疑问:(1)在国家和省里没有对应规定时,市级政府能否有权出台涉及个人信用信息管理的规范性文件?(2)市级政府归集个人信息是否合法?(3)信用信息的分类和收集范围是否合理?这些尖锐的问题带有普遍性和典型性,直指公共信用信息管理的法治“软肋”。

3. 信用管理主体履职的法律规则缺失

公共信用信息管理涉及到公共权力的运行,应当符合政府运行的法治逻辑,其中最为关键的是实现相关信用管理主体的职权法定要求。从公权力在公共信用信息管理中所发挥的作用来看,凡是可能涉及到与信用主体的人格权、财产权等重要权利相关事项时,都应当明确相应的职责职权,包括:公共信用管理部门的法律地位及具体职能;信息管理权限(包括采集、归集、共享、披露等);对失信主体进行惩戒的权力来源;对失信主体实施信用修复的权利来源等。现行立法通过企业信用信息公示制度、政府信息公示制度、信用档案制度、失信惩戒制度等,肯定了信用管理部门的法律地位及职责职权。但是,这些规定

相对比较零散,未能覆盖公共信用的重要领域和活动。

地方信用立法为公权力主体实施信用管理提供了更加体系化的解决方案,基本涵盖了与信用主体权益直接相关的重大职责职权,也在很大程度上部分解决了诸如法律地位、信息管理权、失信惩戒权、失信惩戒程序等基本问题。如《上海市社会信用条例》第 9 条规定了市社会信用管理部门在公共信用信息目录管理方面具有法定职权,第 22 条细化规定了市社会信用管理部门的职权,要求其“编制应用清单,列明联合激励惩戒的具体事项、实施对象、实施手段、实施主体、实施依据等内容,并向社会公布”。当然,地方有限的立法创新并未能提供彻底的解决方案。现实中,仍然存在信用信息管理权过大,信用档案的法律属性不清,失信惩戒标准过于宽松,“黑名单”泛滥,信用分级分类缺乏依据,信用监管措施过于任意等重大缺陷。

4. 权利保障与救济机制不完备

作为一种以守法状态为信用衡量维度的创新机制,公共信用具有强烈的政府主导性。与此相对应,信用主体则处在一个相对弱势的地位。从中央到地方零散的立法来看,立法机关已经意识到对信用主体权益保护的重要性,并在制度设计方面作了大量的创新,力图矫正公私关系的不平衡性。例如,地方社会信用立法都普遍将信用主体权益保障单独列为一章,对信用主体的知情权、异议权、更正权、负面信息保留期限、隐私权和商业秘密保护等问题作了概括性规定。在现实中,来自于司法的审查更加严格,人民法院所受理的涉及“行政黑名单”、失信惩戒、信用修复等诉讼案件不断增加。但是,信用信息采集范围过宽、信用信息使用不够公开透明、失信惩戒机制尤其是“黑名单”制度的适用过多过滥等问题仍然普遍存在。对信用主体的权益进行保障,仍然是一项非常艰巨的任务。

(二) 补强公共信用合法性的法治要素

公共信用作为一项中国创新的正式制度,倘若要长期持续地作用于经济社会,就必须遵循法治的逻辑,构建符合正义标准的信用制度体系。罗尔斯在其名著《正义论》中谈到,制度正义的核心是作为公平的正义,主要取决于三个方面的要求:形式正义、实质正义和程序正义。^[29] 这个理论范式对于强化公共信用制度的合法性具有相当重要的借鉴意义。笔者拟在本部分对补强公共信用合法性的法治要素作一个相对原则和抽象的愿景式讨论,并在第四部分阐述具体实现路径。

1. 符合实质正义的内在要求

前述对公共信用正当性的分析,意味着公共信用是符合实质正义要求的。博登海默认为,按照正义的要求,赋予人类的自由、平等和安全应当在最大程度上与社会的公共福利保持一致。^[30] 中国的公共信用制度是对于违法长期存在的普遍现象所提出的具有针对性的解决方案,符合秩序、安全、公平等基本价值导向。公共信用制度对于实现良好的社会治理具有显著的效果,总体上符合实质法治的正义标准。

[29] 参见[美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 54-65 页。

[30] 参见[美]E. 博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社 1987 年版,第 296-297 页。

2. 具备形式正义的外在表达

政府治理的有效性不能仅仅在实质上具有正当性,还应当具备形式正义。目前我国信用法治的突出问题就在于,由于欠缺公共信用基本立法,公共信用呈现出强烈的政策推动性和行政主导性。强化公共信用合法性的关键,在于制定出高质量的公共信用良法,为公共信用的运行提供法律根据,确立公共信用的形式正义。

其一,形式正义的核心是确立公正的可预测的行为标准,这就要求制定效力层级较高的法律,统一法律标准。法律规则应当是公开透明的,富勒在《法律的道德性》一书中提出的法治八原则,首先强调的就是立法及其公开性。将诚实守信的价值观融入法律体系,应当成为对公权力机关以及私权利主体普遍的法律要求。

其二,形式正义要求对每一个信用主体都给予平等对待。当前有论点认为,公共信用制度侵犯了公民在宪法上的平等权利。这种不区分具体情形的宽泛指责,存在着明显的理性分析缺失。其实,法律面前人人平等,并非禁止一切差别待遇,合理的差别待遇是符合宪法平等权的。^[31]对于减损他人权利的措施,只要符合两方面要求,就具有合宪性。一是依法减损。根据《立法法》第80条、第82条等相关规定,法律、行政法规、地方性法规可以减损权利或加重义务,部门规章、地方政府规章具有上位法根据的,也同样可以规定减损权利或加重义务的规范。这是一种法律限度内的减损,合乎宪法要求。二是平等适用。对他人权利进行减损的观念基础是“类似情况类似处理”。因此,依照法律规定对违法失信的行为人予以区别对待,但并无偏私性地运用失信惩戒措施,同样符合宪法的正义性要求。当然,考虑到部分失信惩戒措施的严厉性,公共信用法治化的重点应是约束公权力和保护私权利,^[32]法律在此方面理应大有作为。

3. 满足程序正当的法治预期

这主要是指公权力机关在公共信用活动中的程序正当性,即在信用信息的采集、归集、共享、披露以及相应的信用监管活动中,公权力机关应当遵循法定程序。可喜的是,从地方信用法文本来看,相关地方立法已经将程序上的正当性放到了一个非常突出的地位,并创设出了一系列全新的制度,例如公共信用信息目录制、失信惩戒措施清单制、豁免惩戒清单制等;再如在具体程序安排上,对严重违法失信的列入、异议、移出、救济等作出比较详尽的规定。将社会信用体系建设中的这些良好实践上升为法律,确立符合程序正义的法治观念和规则体系,是公共信用立法的重大任务。

四 公共信用的规制归化于社会信用法

公共信用的正当性决定了其作为现实存在的合理性及纳入法治秩序的可能性。公共信用必然要归化于法律,这是一个不容置疑的方向和趋势。归化的路径就是要按照实质正义、形式正义、程序正义的法治逻辑,寻求公共信用的法治变革和创新,对公共信用进行

[31] 参见邢益精:《论合理的差别待遇——宪法平等权的一个课题》,《政治与法律》2005年第4期,第21页。

[32] 参见罗培新:《遏制公权与保护私益:社会信用立法论略》,《政法论坛》2018年第6期,第170-180页。

合法性构建。就公共信用的制度属性而言,颇为值得关注的问题当属两个,其一是公共性,寻求的是公共理性和公共秩序,需要讨论如何以法治维护公共价值;其二是公权性,表现为公共权力的主导性作用,需要讨论如何以法治实现公权力运行的合法性。由此,以正义观念为主线,寻求公共信用正当价值的法律化以及公权力运行的法律化,最终确立公共信用机制的合法性基础。构建以社会信用法为核心,以公共信用专门立法为基础,以公共信用机构职权法定、公共信用信息管理责任法定、失信惩戒机制法定等为重点的信用法治体系,是实现公共信用法治化最为有效的解决方案。

(一) 确立公共信用的整体立法表达

法律是一种良善之治。在现代法治社会,这样的良善理念集中体现为以符合正义的法律体系去实现这种善的生活。在德沃金看来,法律应当着重于整体性的表达和解释,这同样也包括对诚信价值观的整体表达。具象到公共信用制度,这要求我们以具有高度整体性和内在逻辑性的立法构建公共信用立法体系,对诚信价值观这个公共之善进行立法表达,从而达成良好的信用法律秩序。公共信用法制体系大体包括两个层面:

第一个层面,社会信用立法的体系化表达。笔者认为,社会信用法是整个社会信用体系建设的基本法,也是公共信用体系建设的核心法和龙头法。^[33] 以一般法所规定的信用治理工具为基础,社会信用法重在以信用的运行为逻辑,形成包括信用信息传导、信用信息管理、信用信息利用、信用责任机制(如失信惩戒制度)、公共信用产品、公共信用服务等制度体系。在社会信用体系的建构过程中,专门的社会信用法应居于核心地位。

第二个层面,专项公共信用立法体系的表达。以一般法和社会信用法为根据,可以由国务院、地方立法部门或其他有权部门制定专项的公共信用立法,满足公共信用制度体系建设的需求。诸如公共信用信息管理条例、企业信息公示条例、社会组织信息公示条例和信用监督管理条例等。

值得关注的一个重要趋势是,诚信价值观不应当仅仅局限于以上专门立法体系的表达,更可以寻求通过其他法律乃至宪法进行规定和表达。我国现行的法律体系中,不乏关于诚实信用的要求,这在民法、行政法、诉讼法、经济法等多个法律部门中都有体现,有较多的法律法规将遵守法律作为衡量信用的维度,对违法违规的行为运用信用手段进行管理。基于对诚信价值观的衡量,立法者在相关法律中要普遍强化诚信义务和责任的法律要求,并可以确立某些领域的信用治理规则。政府在经济和社会治理过程中,基于良好治理的需要,除应用传统的法律手段进行调整外,还可以选择运用信用手段实施治理。依法治国首先是依宪治国,在条件成熟时寻求宪法对诚信价值观进行直接规定,也不失为一种建设性的法律表达思路。有论者曾提议,要将诚实信用原则写入宪法,在《宪法》第 27 条增加一款“一切国家机关和国家工作人员行使权力必须遵循诚实信用原则”,在《宪法》第 53 条增加一款“公民必须遵循诚实信用原则”。^[34] 尽管这是一个需要长时间努力才能达成的目标,但这无疑是一个极为值得关注和讨论的法律设计。倘若这一理论设想得以

[33] 参见王伟:《制定社会信用法刻不容缓》,《领导科学》2016 年第 30 期,第 20 页。

[34] 参见江必新著:《法治社会的制度逻辑与理性构建》,中国法制出版社 2014 年版,第 211 页。

实现,则将为公共信用提供坚实的宪法根据。

以社会信用法为核心,我们将据此展开信用领域的立法、执法、司法、守法、法律监督等专门活动,最终形成具有内在逻辑性和体系化的法治体系,进一步彰显信用的公共性和专门性。同时,以国家正式的信用硬法为支撑,在社会各个层面强化信用制度的“软法”体系,^[35]从而使得社会信用体系建设更加制度化。藉由硬法和软法的共同作用,将形成一个硬法统一调整与软法分散调整相结合的法治制度体系。

(二) 确立公共信用的顶层法律规则

当前,社会信用法已经列入全国人大的立法规划。公共信用作为社会信用体系建设的内在和必要组成部分,在社会信用法中必然要占据重要地位。笔者认为,在未来的社会信用法中,应当将经济信用与公共信用制度分章进行规定,并专设“公共信用”一章,为公共信用制度确立顶层法律规则。按照制度正义的要求,社会信用法中的“公共信用”一章应当以规制公权力运行为重点,着眼于实现三个重要的法治目标。

1. 实现公共信用机构职权法定

公共信用制度的合法性问题,首先要解决职权法定的问题。有学者认为,作为法律制度 and 理论学说肯定的职权法定原则,至少包含两个方面的要求,即:行政职权来源法定、行政职权范围法定。^[36]笔者认为,我国实现公共信用领域职权法定的重点应在于以下方面。

其一,机构法定。职权法定的首要问题,是要确立公共信用专门机构的法律地位。公共信用管理机构既包括公共信用管理部门,也包括各类公共信用信息中心等。行使公权力的信用管理部门具有公法人的法律地位。在《企业信息公示暂行条例》中,已经确立了市场监管部门以及其他部门的法定地位。在地方信用立法中,普遍确立了公共信用管理机构的法定地位,符合地方政府组织法、编制法等立法的规定。同时,各级公共信用信息中心也应当具有相应的法律地位。在当前公共信用的运行中,除了具有公权力的主体外,还有一部分负责信用信息管理的事业单位(即公共信用信息中心)。《上海市社会信用条例》尝试运用立法的手段确立公共信用管理和服务部门的法定地位。该条例第4条规定,“各级社会信用管理部门负责社会信用工作的综合协调和监督管理,组织拟订各项政策措施并负责协调实施。市和区人民政府其他部门应当在职权范围内,协同做好社会信用工作”。第11条规定“市公共信用信息服务中心负责建设、运行和维护市公共信用信息服务平台,明确了公共信用信息服务部门的法定地位”。第12条规定“市公共信用信息服务平台是本市社会信用体系建设的基础平台”,明确了公共信用信息平台的法定地位。对具有公共事业性质的公共信用机构进行特别的立法规制,是与公共行政社会化的趋势相契合的。正如有学者所言,^[37]公共行政社会化的背景是行政权已不再只是国家垄断的权力,而是出现了行政权多元化的趋向。确立各级公共信用信息中心对公共信用信息依

[35] 参见王伟:《社会信用法论纲——基于立法专家建议稿的观察与思考》,《中国法律评论》2021年第1期,第120-121页。

[36] 参见杨小君:《契约对行政职权法定原则的影响及其正当规则》,《中国法学》2007年第5期,第75页。

[37] 参见周佑勇:《公共行政组织的法律规制》,《北方法学》2007年第1期,第95页。

法享有采集、归集、共享、披露、利用等职责范围,是信用立法的重要内容。未来的社会信用法,需要明确各级公共信用信息中心及其他信用管理部门的法律地位。

其二,权责法定。社会信用法应当明确相关公共信用信息管理机构的法定权力和职责,就公共信用信息的采集、归集、共享、披露、执法和监督检查等职责和义务进行规定,并接受社会的监督。

其三,严格问责。违反法定权力和职责的行为,属于行政越权行为。有学者认为,行政机关必须在“法定”的权限范围内行为,一切超越法定权限的行为都是无效的。^[38] 因此,在严格的法律规制之下,借助于内部的严格管理以及有效的外部监督机制,对违反法定职责者予以问责,以确保将公共信用信息管理机构的的活动完全纳入到法治化的轨道之中。《上海市社会信用条例》第 20 条对行政机关、企事业单位等相关主体不得从事的行为进行了禁止性规定。《民法典》第 1039 条规定,“国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息,应当予以保密,不得泄露或者向他人非法提供。”这些禁止性规定都意味着将对违反法定职责者予以问责。

2. 实现信用信息管理责任法定

公共信用信息是公共信用制度运行的前提和基础,贯穿于整个公共信用的全过程,是社会信用法“公共信用”一章的重点规制内容。为了实现信用信息管理责任法定,社会信用法应当凝练形成公共信用信息管理方面的若干重要法定原则,大致包括以下内容。

其一,信息采集范围法定原则。立法要确立信用信息管理的法定要素,实现信用信息范围法定。例如,《上海市社会信用条例》第 9 条对列入公共信用信息目录的失信信息进行了明确列举,主要涉及到对经济社会管理的危害性相对较大的违法行为;第 11 条要求“公共信用信息的具体归集程序(标准和实施办法,由市社会信用管理部门会同有关部门共同制定,并向社会公布”。需要指出的是,从现实来看,涉及公权力的公共信用信息的范围主要是基础性的信用信息。同时,在现行法律和制度的框架之内,信用领域的行政管理行为正在被纳入更加严格的法制轨道,能够有效遏制公权力的任性作为。以个人信息保护为例,《民法典》第四编“人格权”之第五章“名誉权和荣誉权”、第六章“隐私权和个人信息保护”等部分,有较多的条款涉及到与信用相关的人格权保护问题,并分别从信用权益、信用评价、信用主体的异议和更正权等角度,构建了对信用主体的权利保护机制。作为个人信息权益保护基本法的《个人信息保护法》专节规定“国家机关处理个人信息的特别规定”,《民法典》也规定了国家机关对自然人隐私和个人信息的保密义务,这就意味着公共信用信息管理机构的的行为边界和底线更加清晰,对公权力的约束更加严格。

其二,信息共享范围法定原则。公共信用信息管理部门所掌握的主要是在履职期间所形成的公共信息。共享信用信息的范围是法定的。公共信用在信息共享方面,奉行的是“最少够用”“最小侵害”等原则。公共信息并非是在各个部门之间均可以进行共享的,而应当基于其法定职责而进行必要的共享。从我国目前的管理制度来看,公共信用信息分

[38] 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版,第 68 页。

为无条件共享、有条件共享和不予共享等情形。可以共享的前提条件是基于履行职责的运行需要。已有的立法例清晰地将其表达为,共享必须以必要为前提。不同管理部门之间均具有法定地位,信息系统相对独立。总而言之,可以为公共信用机构所共享的信息,也必须以职权法定为前提。

其三,信用信息利用法定原则。信用信息产生之后,必然要为社会和市场所利用,从而推动并服务于经济社会发展。信用信息也可以为公权力机关用于履行公共服务、市场监管等职能。在信用信息利用方面必须坚持目的正当性原则,在充分保护商业秘密和个人隐私的基础上,构建公共信用信息的相关披露规则,包括信用信息的公示、信用信息的查询等机制,从而在信息控制和信息利用之间寻求平衡。

我国相关的信用立法创制了公共信用信息目录制,以公开透明、可救济的方式对公共信用信息的范围进行界定,从而进一步廓清公权力和私权利之间的边界,以一种公开可见的形式实现了职权法定的立法要求,被证明是一种有效的经验。例如,《上海市社会信用条例》第9条规定“社会信用管理部门应当遵循合法、审慎、必要的原则,组织编制本市公共信用信息目录”。2020年,国务院办公厅发布《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,下称“49号文”),采纳了信用立法及实践中的做法,要求分层次构建公共信用信息目录清单。在国家层面,主要制定全国公共信用信息基础目录。在地方层面,可以通过地方性法规制定适用于本地的公共信用信息补充目录。目录制有助于廓清政府与市场、政府与社会之间的边界,对于实现笔者所设想的信息采集范围法定、信息共享范围法定、信用信息利用法定等法治原则而言,不啻为一项有效的法治解决方案。

3. 实现失信惩戒机制法定

在公共信用运行过程中,失信惩戒是社会所普遍关注的重大问题。失信惩戒机制运行中存在的一系列突出问题,诸如:失信惩戒范围过宽、滥用失信惩戒措施,“黑名单”泛滥,过罚不相当甚至连带惩戒,这些现象引发了更多对公共信用合法性的质疑。因此,对公共信用中的失信惩戒机制进行规制,是实现公共信用法治化的关键。其中,由行政机关发起的失信惩戒,更是法律规制的重中之重。在我国近年来关于信用法治建设的讨论中,失信惩戒法治化的话题无疑占据了至关重要的地位。笔者关于失信惩戒的基本立场是,公共信用必须贯彻“惩戒法定”的法治原则,包括惩戒标准法定、惩戒措施法定、惩戒主体法定、惩戒程序法定、救济机制法定等。

当前,从中央到地方对于失信惩戒法定的共识正在逐步形成,法治思路日渐清晰。笔者试以前述49号文为例进行简要评述。其一,关于惩戒根据法定。49号文要求,对失信主体采取减损权益或增加义务的惩戒措施,必须以法律、法规或者党中央、国务院政策文件为依据,显著提高了失信惩戒的立法层级及认定根据,为最终实现失信惩戒领域的法制统一奠定了重要基础。其二,关于惩戒标准法定。基本的思路是以中央层面的相关立法及政策为根据,采取类似于公共信用信息目录制的做法,分层次构建失信惩戒措施清单。在国家层面,主要制定失信惩戒措施基础清单;在地方层面,应当通过地方性法规制定适

用于本地的失信惩戒措施补充清单。失信惩戒措施清单制的本意就是将重要的法律规则转变为清单,从而以简洁明了、集中概括的表达方式,向社会公布失信惩戒的范围、失信的措施根据以及所对应的失信惩戒措施种类等,从而更加清晰地划定政府行为的边界,更加有效地约束公权力、保障私权利。这意味着,我国在实现惩戒法定方面的法治方案日趋成熟,这为我国未来制定社会信用法提供了充分的政策和实践根据。

“失信惩戒”一词并非精准的法律概念,其主要是一个实践用语,如果按照法律属性对它进行精细化的分解,则可以分别归类为来自于平等主体之间的惩戒以及来自于公权力主体的惩戒两大类。其中,市场性惩戒和社会性惩戒属于平等主体之间的惩戒方式,而行政性惩戒和司法性惩戒则属于来自公权力机关的惩戒方式。由于公共信用体系以守法作为信用衡量和评价的维度,故其更多涉及行政法、诉讼法等领域。当前公共信用中的主流行政性惩戒措施,与传统的行政手段具有较高相似性(参见表 2)。例如,2021 年修订的《中华人民共和国行政处罚法》第 9 条关于行政处罚种类的规定,已将限制开展生产经营活动、限制从业资格等措施增列为行政处罚,这就意味着目前的部分失信惩戒措施将与行政处罚具有直接关联。

表 2 失信惩戒措施与典型行政行为的相关性

序号	具体惩戒措施	相似的行政行为
1	在行政许可中进行重点审查,失信被执行人相关信息作为设立证券公司、基金管理公司、期货公司审批的依据或参考	行政许可
2	限制开展生产经营活动,限制从业资格等	行政处罚
3	限制获得政府补贴,限制在城市交通等公共服务中享受优惠优待	行政给付
4	提高抽查比例,增加检查频次,加强现场检查	行政检查
5	限制或禁止参评文明单位、道德模范等	行政奖励
6	鼓励市场主体、金融机构在生产经营、交易谈判等经济活动中,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	行政指导

现行主要的惩戒措施与传统的行政行为存在较大的相似性,尤其是部分高强度的惩戒措施与行政许可、行政处罚等行政行为具有高度的关联性,这说明当前的诸多行政性惩戒措施尚未以具有高度说服力的表达方式超越传统法学的观念。

五 结 语

作为一项由本土内生出来的信用制度,公共信用制度在形式上的确借鉴了传统经济信用制度的运行逻辑和技术机理,但由于其吸纳和融入了中国之治的特色元素,已逐渐形成了一整套迥异于传统经济信用的有效治理机制。经由观念引领、政策推动、制度规范、法律规制等方面的塑造,公共信用已然确立了其正当性基础。但是,当前“泛信用化”等现象所折射出来的法治化缺失问题,仍然是公共信用制度所面临的巨大挑战。公共信用

的公权性和公共性,与经济信用的私权性、私益性形成了鲜明对比,这就注定了公共信用法治化必然不会是传统经济信用法治经验的简单复制。作为社会信用建设的基本法,社会信用法无疑是规制公共信用的顶层法律设计。以社会信用法专章规定“公共信用制度”为顶层设计,以公共信用专门立法为重要基础,着眼于公共信用管理机构职权法定、公共信用信息管理责任法定、失信惩戒法定等方面的法治要求,构建公共信用的法治体系,无疑是公共信用最终归化于法律的根本之策。

[本文为作者主持的国家社会科学基金重大专项课题“社会主义核心价值观视角下的信用立法研究”(19VHJ001)的研究成果。]

[**Abstract**] Credit in the traditional sense mainly refers to economic credit that takes pecuniarily measurable economic credits and debts as its core. Public credit system, on the other hand, is an innovative system created by China in the process of constructing the social credit system. At present, there are still many different understandings of and divergent views on the public credit system. Public credit system has its legitimacy bases, including the legitimacy of purpose, the legitimacy of idea, the legitimacy of law and the legitimacy of instrument. However, what cannot be ignored is that the current public credit system has a low level of rule of law and the obvious problem of lack of legitimacy. Therefore, it is necessary to raise its level of rule of law in the aspects of substantive justice, formal justice and procedural justice. In the future, China should focus on the two key issues, namely the public credit legislative system and the regulation of public power, and create multilevel and multidimensional legislative expressions of the holistic values of public credit in the current system of law, while at the same time provide for “the public credit system” in a special chapter in the future social credit law, and establish a top-level public credit legislative system with the functions and powers of public credit agencies, the management of public credit information and the penalties for dishonest behaviors as the focuses of regulation.

(责任编辑:姚 佳)