

策  
有效  
行政原

重保  
从而  
理  
合  
难  
键

OI:1

务院于  
! \$信... 设纲要... 世纪初  
所未有的... 在全国更大范围内  
现并喷式提升。

如此声势浩  
定, 认为其补

少问题需要应对与解决。<sup>①</sup> 该阵营中甚至有学者对社会信用体系建设给予极高评价。<sup>②</sup> 二是基本否定,认为当下的社会信用体系建设有征信扩大化、变身道德档案的危险,而当征信系统实际成为政府控制社会的手段时,其与征信、信用的本义相去甚远。<sup>③</sup> 三是离开价值判断,较为中立地对社会信用体系建设的真实目的、行动策略、背后动力,特别是其具有的改革政府和法律的潜在可能性进行分析和揭示。<sup>④</sup> 四是以社会信用体系建设的实际功效为依据基本肯定它的积极作用,但强调必须以法治约束之,或者通过保护个人权利的社会信用立法予以规制,<sup>⑤</sup>或者将其置于依法行政原则、比例原则、不当联结禁止原则、正当法律程序原则等公法原则的约束下。<sup>⑥</sup>

这些立场展示不同视角、观点以及争论,有助于比较全面地认识和评判当前的社会信用体系建设。然而,一个复杂社会工程是否具有可欲性、可接受性,很难笼统地给出肯定或否定答案,尤其是当该工程在显现一定预期功效同时伴随巨大问题和挑战的时候。笔者试图提出并论证这样一个观点:当下的社会信用体系建设作为一种制度信用,确实有其积极的意义,但也存在有效性边界,更是存在致命的合法性问题,应当严肃和认真地直面与应对之,真正按依法治国原则对其加以形塑,改变其设计的初衷和目前的运行模式,从而在合法性保障基础上发挥其适度效用。

为展开论证,本文第一部分将首先对社会信用体系建设勾勒出一幅图画,揭示该工程的基本面相,作为后文渐次展开论述的基础。而后,本文第二部分会指出,社会信用体系作为一种制度信用,有着更加适应现代社会的功效,但也存在必然的边界和局限。之前论者较少论及其有效的原因,更少指出事实有效的限度。第三部分意在阐明,作为社会信用体系建设核心机制之一的失信惩戒制度,有许多做法违背法治国的基本原则,存在重大的合法性危机。第四部分希冀在第二、第三部分的分析基础上,

## 一、社会信用体系建设基本面相

信用体系建设是一个事实的存在,但每个观察者视角、关切点不同,应该有不同的观察角度。笔者认为,该工程有以下基本面相是值得关注的。

### 1. “政府?市场?社会?司法”全方位覆盖

“社会信用体系建设”这个概念中的所谓“社会信用”是一个含义极为宽泛的范畴。《社会信用体系建设纲要》指出,社会信用体系建设覆盖政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信四个重点领域。其中,政务诚信建设主要指向政府,不包括其他政务机关(如人民代表、政协委员或政党机关),其核心要求是政府依法行政、发挥诚信建设示范作用。商务诚信建设基本对重要市场领域和要素无所不包,涉及生产、流通、金融、税务、工程建设、招标投标、交通运输、电子商务、统计、中介服务、会展广告、企业等。社会诚信建设主要指向医药卫生、计划生育、社会保障、劳动用工、教育科研、文化体育旅游、知识产权、环境保护、能源节约、社会组织、自然人信用、互联网应用及服务。司法公信建设则对法院、检察院、公共安全领域、司法行政系统、司法执法和从业人员提出要求。

如此庞大的社会信用体系建设,的确超越了“征信”或“信用”在西方和我国早先的意涵。最初,征信主要是为了解决商业(金融)交易中由于交易双方的信息不对称而带来的信用风险<sup>⑦</sup>。在英语世界中,关于征信或信用(credit)的研究“比较偏重经济领域和金融领域”,而很少使用“社会信用”(social credit)一词<sup>⑧</sup>。在我国,即便“社会信用”一词,在其最早出现于中央政府文件时也是指涉经济领域<sup>⑨</sup>。但是,若因此而以社会信用体系建设远超“征信”或“信用”本义的立场对待之,有可能会形成一种简单排斥,而失去深入观察、理解、分析和评判的机会和能力,也很容易被视作食洋不化<sup>⑩</sup>。因此,将当前的社会信用体系建设视为世界上独一无二的,本质上是在几乎任何人、任何事上使用声誉机制(reputation mechanism)的一个工程<sup>⑪</sup>,在此基础上对其进行解剖和诊断,是更为客观的、去前见的可取立场。

### (二) 名为提高诚信意识兼加强法律实施之意

《社会信用体系建设纲要》指出,社会信用体系建设的“目的是提高全社会的诚信意识和信用水平”,似乎旨在发动一场诚信工程。其实,根据《信用建设纲要》的内容和社会信用体系建设工程背后,实际上是执政者在宣告道德规范重要

⑦ 刘新海《征信与社会信用: 21世纪中国如何重塑“信用体系”》(北京: 中信出版集团), 2013年, 绪论第[P&]页。

⑧ 参见前引①, 翟学伟主编, 第[ ]页。

⑨ 参见《国务院关于在全国开展“守合同重信用”工作的通知》(国发〔2001〕10号, 2001年3月10日发布) &

⑩ 参见前引③, 傅蔚冈, 第[ ]页。

⑪ “中国信用问题的复杂性在于, 它不是一个单一的概念和分析框架, 这意味着要把一个整体性、混合性、连续性的概念打散, 只能局部地、零散地处理。”参见前引①, 翟学伟主编, 第[ ]页。

⑫ !"" [7@ <=7, 3+: () @8/A - , 03\*3

其将“违法”与“失信”等同或联结的理念。例如，在社会信用体系建设的“违法分包”“违法分包”“建立会展广告禁令”“黑用工等违法”“弄虚作假、以次充好”“逃废银行债务等”“将公民交通安全”“以上示例中的有些违法”“公众关于诚信”“违法违规行为得不到有力追究或屡禁”

之后,社会信用体系建设的实践力度,以期减少此类行为。唯宁县大众信用管理办法“希望通过”“而根据+)”“社生

各种途径和手段，提高企业诚信度%载《现代物流报》

- ①9 自+)#\$年开始至+)#"年，全国妇联参与的有#\$份，全国工
- ②0 例如，中央军委政治工作部、中央军委法%国动(+)#%) +\*%号文件) &
- ②1 特别需要提及的是依据《立法法》没有立《松江区关于守信受益失信惩戒的若干意见

前在中央和地方、在国家机关(政府和司法)和社会组织的失信惩戒规范中广泛而频频地出现。<sup>②</sup> 由于它被不断地提及,成了几乎所有关于社会信用体系建设的叙事都无法绕开的关键词句,俨然就有成为一项重要原则或重要指令的架势。社会信用体系建设,特别是其不可或缺的失信联合惩戒制度,就似乎既找到了行动的方向和目标,又获得了正当性的依据和凭仗。

## 二、制度信用的意义和边界

以上是尽可能从事实维度对当前的社会信用体系建设进行一番勾勒,以展示本文所研究的对象究竟是怎样的。虽然难免挂一漏万,但对事实八九不离十的观察和叙述,可为下文的评价奠定基础。评价分为两个层次:一是本部分所涉对社会信用体系建设的有效性评价;二是本文第三部分所聚焦的合法性或正当性评价。社会信用体系建设是一个有着巨大抱负的社会工程,对其有效性进行评价有着相当难度。本部分的努力是从区分人格信用和制度信用开始,根据制度信用的特点、优势和局限,结合社会信用体系已经显露出来的实效端倪,分析其有效空间及其限度。

### (一) 人格信用和制度信用

信用,无论对其采狭义的理解,即“建立在授信人对受信人偿付承诺的信任的基础上,使受信人不用立即付款就可获得商品、服务或货币的能力”,还是取广义的认识,即“参与经济和社会活动的当事人之间所建立起来的一种信任关系”,<sup>③</sup>自古以来就已有之。以信任的来源或依靠为标准,信用可分为人格信用和制度信用。前者以特殊的血缘、亲缘、地缘等为基础,主要依靠相互之间的了解或通过各自信任的亲友而建立,是一种人格化的信用,其调节和保证凭仗的是情感和道德。后者虽然也离不开对信用主体人品、道德能力的看重,但更多以契约、法律规则等为基础,依赖契约、法律规则等的约束力和担保作用,即便彼此并不了解也没有亲友媒介,也可建立信用关系。<sup>④</sup>

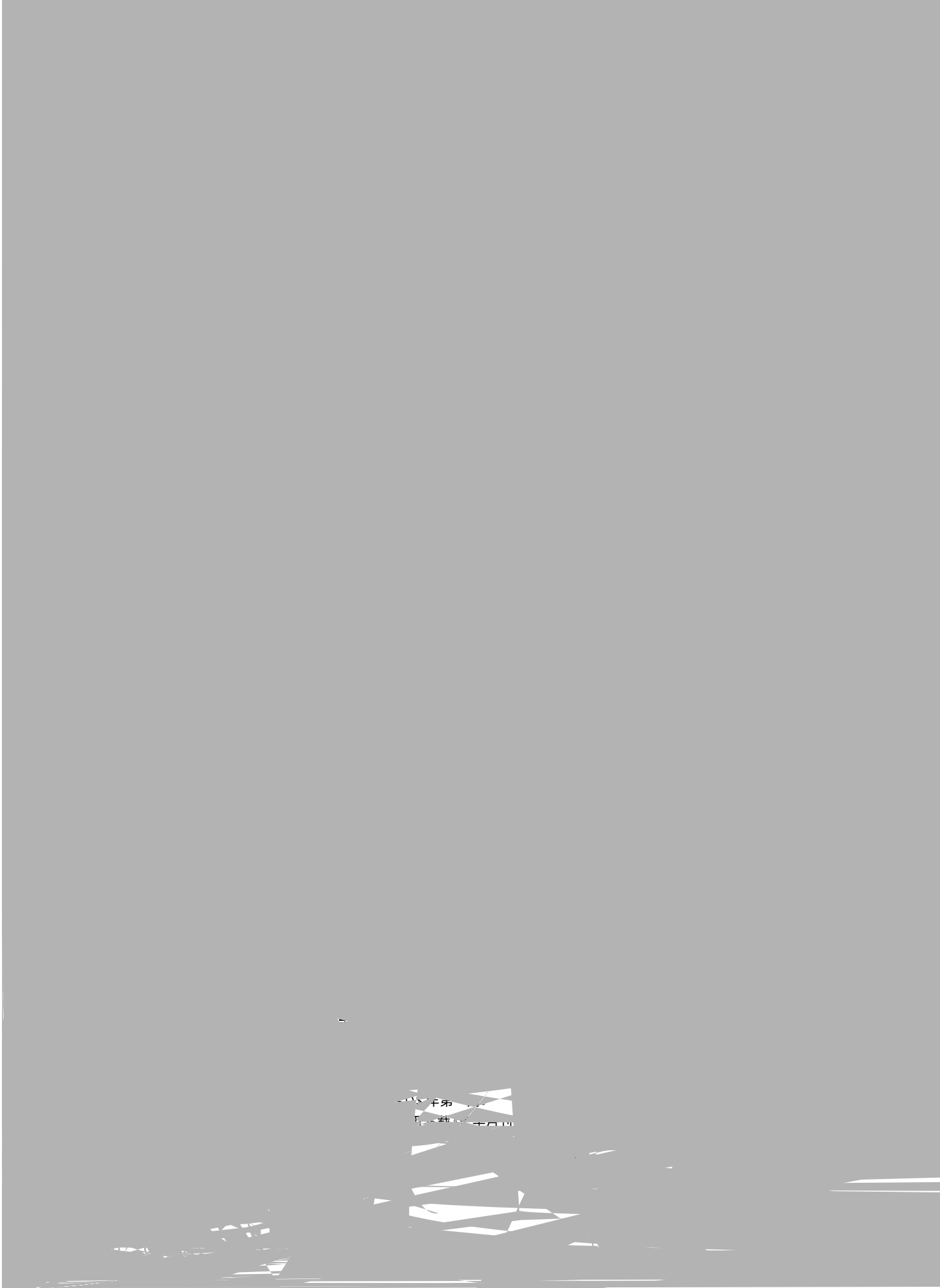
人格信用的文学形象可以鲁迅笔下广为人知的孔乙己为例。孔乙己虽然穷酸、潦倒,且出于生计“免不了偶然做些偷窃的事。但他在我们店里,品行却比别人都好,就是从不拖欠;虽然间或没有现钱,暂时记在粉板上,但不出一月,定然还清,从粉板上拭去了孔乙己的名字”<sup>⑤</sup>。正因为如此,虽然孔乙己最后一次去喝酒时,仍然欠着酒店十九文钱,但酒店掌柜还是在他愿意出四文现钱的情况下,卖给了他最后一碗酒。涉及制度信用而又耳熟能详的例子就是银行信用卡。持卡人即便与商品、服务的供应者素不相识,供应者无法了解和识别持卡人的人格品行,但因为信用卡制度,供应者可以放心地让持

<sup>②</sup> +)" 年 > 月 +)" 日在“北大法宝·法律法规数据库”中进行全文含关键词“一处失信,处处受限”的搜索,中央层面的规范文件有 \$ 件,地方层面的规范文件有 ,+# 件。同年 # 月 ++ 日的搜索结果分别是 \$# 件、->\$ 件,可见半年期间的增长。

<sup>③</sup> 参见前引①,陈新年书,第 + 页。

<sup>④</sup> 参见刘肖原等 \$ 我国社会信用体系建设问题研究%,知识产权出版社 +)" 年版,

<sup>⑤</sup>



数据化、全球化的趋势推动下,有了更新的、更凸显的特征:人际交往尤其是陌生人交往跨越了国界、跨越了真实界与虚拟界、跨越了不计其数的虚拟界,甚至未来可预期地将会跨越人类与人工智能。人们素不相识,彼此根本不知对方是什么人,就可以在网络上完成一笔笔交易,或者形成一个个社交活动。

具备这些特征的时代,使得人格信用不仅难以形成,而且无法满足发生在更大范围内陌生人之间的交往。人格信用的软弱无力,成为制度信用受到更多青睐的正当理由。制度信用是陌生人收集和形成的,不受限于熟人评价所需要的条件;它附着于容易传播的载体,可以在超越熟人世界的广大范围内产生影响。而且,个人信息的电子化、数据化为征信的及时、准确提供了帮助。网络化又可以使个人的制度信用具有前网络时代所无法比拟的可得性。所以,制度信用与这个时代更具有适配性,更能满足这个时代对信用的特殊需求。个人或组织或许可以不必过于担心其在一定范围内的人格信用瑕疵,因为其在当今有很多生存空间,不会受到这一瑕疵的太大影响。不过,个人或组织应该会非常关心其在制度信用上得到的负面评价,因为这种评价很容易会渗入到其多个生存空间,对其构成不利。

社会信用体系建设至今,也的确显示了其作为制度信用的功效。据报道,在失信被执行人联合惩戒方面,截至+)"# 年+月,全国法院累计发布失信被执行人名单#\*++万人次,限制乘坐火车\$,#万人次,限制乘坐飞机#"-#万人次,限制担任企业法定代表人及高管+"万人次,\*,,万名失信被执行人慑于联合信用惩戒主动履行了生效法律文书确定的义务。<sup>①</sup>在行政管理领域也有类似成效。例如,青岛市自+)"# 年以来,针对城乡违法建设、违规排水、随意倾倒垃圾、占路经营!“小广告”等城市顽疾,加大联合惩戒,案件履行率、结案率显著提高。到+)"# 年>月底,共清理+)"#>年逾期未履行城管执法案件#+%起;办理+)"# 年案件\*\$%起,已履行\*\$%起,缴纳罚款#->-万元。<sup>②</sup>

### (三) 制度信用的有效边界

尽管制度信用在现时代有着凸显的正面功效,可是,其也存在难以克服的局限,其功效也只能在一定界限内发挥,而不能被盲目想象和放大。

首先,制度信用无法完整体现信用主体的品行。相比人格信用,制度信用的优势明显,却无法通过自身弥补其“盲人摸象”的缺点。毕竟,人格信用多生成于熟人社会,自然人或组织在某一处或某件事上做错事或做坏事,并不代表其就轻易会失去熟人之间的完全信任。而制度信用与契约、规则有着密切关联,违反契约或规则的行径,易在制度信用上留下污点。这个污点为陌生人所知晓后,可能会由此形成一个对该自然人或组织的整体错觉,进而影响交往活动。试想,若孔乙己因屡有盗窃而被列入失信名单,

<sup>①</sup> 参见王庆凯 \$+)"# 年前两月中国,3\* 万失信主体退出黑名单%,载新浪网, //O: 11W@=4A3 F7@=3 4893 4@108661+)"# ?)-?)+16847. FW@4R. >>\*\$%\$3 F./9% 最后访问时间:+)"# 年>月+% 日。

<sup>②</sup> 参见《山东青岛: 城市管理失信联合惩戒见成效% ,载信用中国网, //OF: 112223 4DA67/4. 7@=3 ;8R3 4@14. A@;W7@2A@. H=1 4. A@;F. 74. A@;W7@2A@. H=1+)"#)%1+)"#)%+)B#+\*"#, 3./96



其很有可能无法在

其次，制度信用

人通过自身努力

生人世界，也不

者的制度信用发

另一方面，由于制

再次，制度信

信任的，而是

合说一词、模

言评判方法

的评判方法是

证评判方法的

去福利院献

g# 因为普通

最后，但可

也有可能

已各型

而出现问题，一方面失信

选择离开熟人圈、进入陌

来。相比之下，若行动

生人恢复对其的信任，

迅速重建信用。

不是通过熟人间的评

的。尽管熟人评价会

体现。对于制度信用

说纷纭。那么，什么

适用于公众领域时

具大众信用

通民众的

信用

产品越是公众所依赖，生产  
提供基于行政处理的信用评级，用  
可能调

官是江

参见前引程学  
该信用评级  
引①陈新年

因违规排放、违反  
 罚“与之非法偷排  
 问题,更有安全生  
 省安全生产监督  
 乎每一条都属于  
 月,贴出天嘉宜公  
 放纵,很难奢求  
 制度信用的  
 存在,更会在中  
 设,目标是覆盖  
 上公正对待政  
 惩戒,即可窥察  
 和司法公信。  
 且自+)-年  
 可见,作  
 在难以逾越的

办理  
 小毛  
 国家  
 天  
 全  
 在  
 会  
 是  
 去  
 行  
 买  
 言  
 因

等问题,次遭当  
 以说是小巫见大  
 管总局办公厅  
 司存在#\*项安  
 患&#尽管如此  
 地方政府的直  
 系建设会对此  
 在政府与市场  
 建设之中凸  
 可是,政府  
 人目前该体系  
 誉机制,如  
 象会有一  
 验证明存在  
 体系建设  
 寄予过高

### 原则的

另外一  
 意义丝毫不  
 然而,在实  
 一的合法  
 惩戒制度  
 (一  
 由  
 结其共  
 戒的规  
 戒”和

信用  
 于  
 会  
 在此  
 的三  
 地  
 但  
 本  
 大

命运的  
 度。有  
 内容  
 为社  
 行建  
 性  
 作

⑤

%日  
 五染料  
 改安全隐是问题的

### #3 失信的界定

社会信用体系建设中的“失信”并非简单的、道德意义上的没有或丧失诚信。这就需要对其进行一个相对精确的界定。可是,截至2014年12月31日,全国人大及其常委会制定的法律中,仅有《公务员法》修订和《人民陪审员法》出现“失信”一词,国务院制定的行政法规中,也只有《人力资源市场暂行条例》和《物业管理条例》修正出现该词,可都没有对“失信”作出明确定义。目前,《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〕19号)于2016年12月1日发布实施,以下简称《国务院指导意见》,可以说是专门涉及失信惩戒的最高级别规范性文件,也同样未给出定义,反而是提出“严格依照法律法规和政策规定,科学界定守信和失信行为”的要求。这就是将界定应受惩戒之失信行为的任务交给了相关信用规范的制定主体。

《国务院指导意见》也不是对何谓失信行为完全没有任何“指导”,从其关于严重失信行为的列举,可以相对明白其意欲给予联合惩戒的行为是什么。<sup>⑫</sup>只是,其毕竟是列举“严重失信行为”而不是“失信行为”,且定位为“指导”,故很难对部门或地区如何界定失信行为构成法律上的约束。例如,原国家工商总局发布的《严重违法失信企业名单管理暂行办法》(第18号令)于2014年12月1日颁布,2015年1月1日施行,第5条第1款列举了“种要列入严重违法失信企业名单管理的情形,并以“国家工商行政管理总局规定的其他违反工商行政管理法律、行政法规且情节严重的”作为兜底条款。这就意味着原国家工商总局可以将其认定的任何一种严重违法失信情形补充进来。再如,比《国务院指导意见》更早2013年发布实施的《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》(苏政办发〔2013〕11号)于2013年12月10日颁布实施,将自然人失信行为按严重程度分为一般失信行为、较重失信行为和严重失信行为三个等级,并予以非穷尽的列举,列举最后都会出现一个兜底条款:“法律、法规、规章和省信用管理机构规定的”其他一般、较重、严重失信行为。<sup>⑬</sup>换言之,“省信用管理机构”可以规定哪些行为是失信行为并予以归类。

综上,关于什么是失信,第一,目前没有统一的法律定义,也没有权威的上位法界定可以约束较低位阶文件的界定;第二,较为常见的情形是相关规范性文件进行非穷尽的列举;第三,可以列举或补充列举的主体没有受到明文限制;第四,失信行为多与违法行为勾连,甚至与违纪、违反职业道德和职业规范等绑在一起。<sup>⑭</sup>

<sup>⑫</sup>



资格  
。最  
施限  
以上

法规  
是与  
关规则  
注抓  
出减税

还是通过规范性文件命令要求社会组织、市场主体采取措施,都是违反  
的。至于是否有法规范依据,需要一一分析,不能笼而统之地论断。例  
如《江苏省自然人失信惩戒办法(试行)》是江苏省政府的规范性文件,却在第4)条对

会言用

曼犯人  
和票容  
透拘  
根据  
重夫  
开丝

的  
义

国

身

大

行

空

八

挂

行

集

行

款公

效

至9

#+1++

载海南

省邯鄣

不  
见  
报业  
役问题的  
决上  
+)+#)+  
#) 喜 网

至9  
#+1++  
载海南  
省邯鄣





在插处，但不

否则,它会让失信联合惩戒失去应有的边界,成为与尊重人权保障原则、禁止不当联结原则、比例原则等相抵触的根源所在。

## (二) 失信惩戒应当在法定权限范围内区别化设定

当前失信惩戒的乱象应在设定的源头上加以治理。规范化的基本方法是区别化对待,从主体和惩戒种类两个维度展开。

失信惩戒规范的制定主体有立法、行政、司法机关,也有市场主体、社会组织等。<sup>④</sup>在中国特殊的、正处转型期的政企(尤其是国企)“政社结构”中!政府主导的公私联合动力”很容易使私主体受到公权力主体的影响。不过,在原理上,私主体在其合法经营或运作的范围内,出于业务需要或社会组织共同体利益需要,对什么构成失信、应该给予怎样的惩戒,有较大的自主空间。自主空间需要受到的约束主要来自隐私保护,这一点将在下文提及。

公权力主体设定失信惩戒,因为关乎个人或组织的许多权利,需要受到更多限制,尤其是“没有法规范依据,不得减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务”的原则限制。根据失信惩戒的种类,公权力主体不同的规范性文件,有权设定失信惩戒的范围不同。设定权配置及相关理由,可见表+。

其中,最复杂的是资格的限制或剥夺。目前《国务院指导意见》及其他失信惩戒文件给出的此类惩戒最为多样化,最需要结合特定资格及相关法规范,配置失信惩戒的设定权限。而自由限制中,除限制购买不动产涉及的是经济自由权利外,诸如选择交通工具出行的自由、旅游度假的自由、选择宾馆级别的自由等,都可认为“”也许是可争辩的“”是公民基本的行栋90 -9509055256 Tm 10.6576 Tm 6 T16.756758 34.198199 TD (,)Tj 1

惩戒种类		可设定的文件	理 由
(\$ ) 资格限制 或剥夺	担任公务员或参照 公务员法管理的工 作人员的资格	法律	服公职权是公民基本政治权利 <sup>⑥</sup>
	获取社会保障的资 格	法律或法律授权 的文件	虽然社会保障权也是基本权 利, <sup>⑧</sup> 但对其限制或剥夺并非法 律绝对保留。
	进入特定职业或行 业的资格; 从事应 获许可的特定活动 的资格	有权设定许可的 法律、行政法规、 国务院决定、地 方性法规、省级 地方政府规章	依据《行政许可法》第 # % 条 , 设 定行政许可 , 应当规定行政许 可的实施机关、条件、程序、期限。 <sup>⑨</sup> 因此 , 只有有权设定行政许可的 法规范才能限制或剥夺资格。
	获取财政资金、公 共资源交易机会、 政府优惠的资格 , 以及参与公共荣誉 评选的资格	法律、法规和规 章或者法规范授 权的文件	目前 , 关于此类资格的限制或剥 夺 , 没有统一的法规范要求。但 是 , 由于涉及平等对待原则 , 应 当由法规范或者法规范授权的 文件规定。
( , ) 自由限制( 除限购不动产外)	法律或法律授权 的文件	这是对公民基本行动自由的限制 , 应当由法律或其授权的文件设定。	

### (三) 社会信用规范的制定应当符合法的一般原则

之

信

...; (+) 资  
...应准确、  
...数据后续  
...使用限  
...信息主体  
...保护  
...息的开

...原则  
...主体一  
...集使用信用  
...但是,公权力  
...正当性、必要性、比例



是制度的  
然而  
于一个  
避免  
是既  
识才  
真  
过  
会

RAF  
AF  
H5  
H5

90DA. A  
7/A; D7  
=F 2AG  
689=7  
63 C. A  
ARA  
A9  
H@6AF  
A; =67  
4. =  
=5  
@ D7; . /F  
D6AF A  
AF 8M  
. A7D /90GA9/ @/=7  
48 DH4/78@ 8M  
/ / 6 4890GAW F8

(责任编辑: 吴 蕾)