

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2020.04.011

失信联合惩戒及其形式合法性问题研究

——以30份失信联合惩戒合作备忘录为研究样本

杨晓丹, 胡春辉

(福建农林大学 公共管理学院, 福建 福州 350007)

摘要: 失信联合惩戒具有明显的行政性、行业性、社会性、市场性。失信联合惩戒合作备忘录的法律性质主要被界定为规范性文件或内部行政协定, 但这两种界定都是不准确的; 失信联合惩戒合作备忘录的法律性质应为广义上的行政协定, 同时, 其也是我国实施失信联合惩戒这一行政协助的重要表现形式。失信联合惩戒在形式合法性领域中存在两个问题, 即联合惩戒的形式没有得到法律的承认, 以及失信联合惩戒合作备忘录并不具有授权的功能。为解决这两个问题, 需加强社会信用立法, 以法定的形式确认联合惩戒; 同时, 加强法律授权制度建设, 确保惩戒措施有法可依。

关键词: 失信联合惩戒; 合作备忘录; 形式合法性; 行政协定

中图分类号: D922.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-117X(2020)04-0076-10

引用格式: 杨晓丹, 胡春辉. 失信联合惩戒及其形式合法性问题研究: 以30份失信联合惩戒合作备忘录为研究样本 [J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2020, 25(4): 76-85.

On Joint Punishment for Dishonesty and Its Formal Legality: Taking 30 Cooperative Memoranda on Joint Punishment for Breach of Trust as Samples

YANG Xiaodan, HU Chunhui

(School of Public Management, Fujian Agriculture and Forestry University, Fuzhou 350007, China)

Abstract: Joint punishment for dishonesty has obvious administrative, industrial, social and market characteristics. The legal nature of the cooperative memorandum of joint punishment for dishonesty is mainly defined as a normative document or internal administrative agreement, but both definitions are inaccurate; the legal nature of the memorandum of joint punishment for dishonesty should be an administrative agreement in a broad sense. At the same time, it is also an important manifestation of administrative assistance in the implementation of joint punishment for dishonesty in China. There are two problems in the field of formal legitimacy of joint punishment for dishonesty, namely, the form of joint punishment has not been recognized by the law, and the cooperative memorandum of joint punishment for dishonesty does not have an authorized function. In order to

收稿日期: 2020-03-20

基金项目: 福建农林大学基金资助重点项目“习近平总书记在福建工作期间的重要思想和探索实践”(KXSX18003); 福州市社科规划基金资助重点项目“推动‘诚信福州’建设研究”(2017FZB07)

作者简介: 杨晓丹(1972—), 女, 福建福州人, 福建农林大学副教授, 研究方向为行政法;

胡春辉(1993—), 男, 山东烟台人, 福建农林大学硕士研究生, 研究方向为经济法。

solve these two problems, it is necessary to strengthen social credit legislation and confirm the measures of joint punishment for dishonesty in a statutory form; at the same time, we should also strengthen the construction of legal authorization systems to ensure that punishment measures are based on law.

Keywords: joint punishment for dishonesty; cooperative memorandum; formal legitimacy; administrative agreement

诚信,不仅是个体应当具有的良好道德品质,也是社会正常运转不可或缺的要素,良好的市场经济秩序更是必须建立在诚信的基石之上^[1]¹²⁰。随着经济的快速发展,各种社会信用问题不断涌现。为了应对日渐严重的社会信用问题,提升社会诚信意识和社会信用水平,我国不断完善社会信用制度。从最初对建设社会信用体系的探索,到2014年正式发布《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020)》,社会信用建设已成为我国社会各领域不可或缺的重要组成部分^[2]。2016年,国务院发布《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》后,为响应国家号召以及适应社会信用建设需要,从中央到地方都开始积极进行建立失信联合惩戒和守信联合激励的尝试,并取得了一定的成绩。从总体来看,我国现行的失信联合惩戒机制是以失信联合惩戒合作备忘录形式确立的,但目前学界对失信联合惩戒备忘录的法律性质还存在争议,对其是否有权将失信联合惩戒救济机制和实施程序的制定权授予各具体执行机构也存在不同看法,因此,将失信联合惩戒合作备忘录作为设立失信联合惩戒机制的依据是否符合法律基本原理还有待考证。同时,这也说明我国现行的失信联合惩戒机制在其形式合法性上还有着一定的问题,需要在法律的框架下对其进行完善。

一 数据来源及文本基本情况

(一) 数据来源

本文所列举和涉及的失信联合惩戒合作备忘录文件文本主要来源于中国证券监督管理委员会官网(<http://www.csrc.gov.cn>)、中国政府网(<http://www.gov.cn>)、国家发展和改革委员会官网(<http://www.ndrc.gov.cn>)、中国人民银行官网(<http://www.pbc.gov.cn>)、财政部官网(<http://www.mof.gov.cn/index.htm>)以及与失信联合惩戒

有关的政府及机构网站、万方数据库(<http://www.wanfangdata.com.cn/index.html>)、中国知网(<https://www.cnki.net>)和北大法宝数据库(<http://www.pkulaw.cn>)等。进行文本选择时,主要是在以上数据库中输入相关的关键词“失信惩戒”“失信联合惩戒”以及“合作备忘录”进行检索,剔除重复内容后,从中选出30份失信联合惩戒合作备忘录。因中央层级的失信联合惩戒合作备忘录相较于地方颁布的相关文件具有更为广泛的适用性和更强的权威性,同时基于研究失信联合惩戒合法性问题的需要,较高层次的文件更有利于机制合法性问题的发现和分析,因此在进行失信联合惩戒合作备忘录的筛选时,只选择了其中较为有代表性、更贴近生活实际需要的文件。在此基础上,本文对选定的30份失信联合惩戒合作备忘录文件文本的签署单位数量、名称内容、发布时间、类型和层级等进行了整理分析,以探索我国现行失信联合惩戒机制在其形式合法性领域中存在的问题。本文选定的30份失信联合惩戒合作备忘录相关信息如附表1所示。

(二) 选定备忘录的基本情况

已选定的30份失信联合惩戒合作备忘录主要由以下几个部分组成:一是签署的背景及签署主体的列举;二是惩戒的对象;三是惩戒措施及实施部门和单位;四是联合惩戒的实施方式;五是其他事宜。从30份失信联合惩戒合作备忘录的形式和结构来看,其主体结构基本相同。这些失信联合惩戒合作备忘录在不同的领域发挥着各自的作用,最终又构成一个紧密联系的整体,共同组成和影响现行的失信联合惩戒机制^[3]。从备忘录中单个条目的内容来看,在失信联合惩戒合作备忘录的签署背景及签署主体列举一项下,除了针对的领域和实际参与的主体稍有区别外,其余的部分完全相同。在惩戒对象一栏下,因为30份失信联合惩戒合作备忘录针对的具体领域有所区别,

因此该条目下的内容也有所区别,但这种区别主要是作用领域上的区别,究其本质,其所规范的行为和内容都可以划属到失信行为和失信行为主体的行列^[4]。在惩戒措施栏目下,可以看出,这些措施的作用机理基本相同,且措施的实施主体和措施内容也大多相同,部分措施由于其所参与的惩戒领域存在特殊性,会略有差异;但其总体上的体系、思路以及理论基础都是相同的^[5]。在惩戒的实施方式一栏,除了提供名单的主体存在一定的不同之外,其余内容大致相同,其都依赖统一的信用网络平台来对外发布消息,从而保证惩戒的参与主体可以有针对性地对失信行为主体进行惩戒^[6]⁶⁴。而文本的最后一项(文本中称其为其他问题),主要涉及的是失信联合惩戒的救济和实施程序等。纵观选定的30份失信联合惩戒合作备忘录,会发现其存在一个明显问题,即失信联合惩戒机制的制定和签署机关(机构),通过备忘录的形式将救济机制和实施程序的制定权授予给了各具体执行部门,这样虽然可以在一定的程度上增强失信联合惩戒的可实施(操作)性,但同时也会出现一个新的问题,即失信联合惩戒合作备忘录的性质应当如何界定,其是否有权将失信联合惩戒中至关重要的惩戒实施程序和救济方式的制定权授权给相关机关。

二 失信联合惩戒概述

失信联合惩戒有别于以往的任何失信惩戒制度,是我国社会公共管理机制创新的重要产物,是社会信用体系建设的重要举措。笔者拟以失信联合惩戒合作备忘录的文本为基础,对失信联合惩戒进行全面剖析,以界定我国失信联合惩戒的概念、特点,并对失信联合惩戒制度的形式合法性进行分析和研究。

(一) 失信联合惩戒的概念界定

失信联合惩戒也叫信用联合惩戒^[7],是社会信用体系中的核心环节^[8]。但是到目前为止,我国官方和学术界都未对其概念进行明确界定,已有研究成果也多是笼统地称其为失信联合惩戒或失信联合惩戒机制。至于失信联合惩戒或失信联合惩戒机制的具体概念到底如何界定,目前尚无明确说明,仅在失信联合惩戒合作备忘录中对惩戒措施、惩戒参与主体等进行了相关规定。通过

对30份失信联合惩戒合作备忘录文本以及国务院发布的相关规范性文件进行分析,发现我国现阶段颁布的失信联合惩戒合作备忘录在开篇中都会强调一点:“为深入贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中、六中全会精神,落实国务院相关领域的文件、《国务院关于印发社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)的通知》(国发〔2014〕21号)、《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)等文件要求,按照‘褒扬诚信、惩戒失信’的原则,建立健全失信联合惩戒机制,以下部门和机构就实施联合惩戒达成一致意见。”结合开篇提引中强调的内容及失信联合惩戒机制制定的初衷等,可以得出一个初步的结论,即失信联合惩戒是希望通过发动政府机构的力量来对失信行为人进行必要的权益和行为限制,同时结合社会舆论宣传来惩戒失信人督促失信行为人积极守信的一种制度^[1120-121]。具体来看,在失信联合惩戒合作备忘录中,明确提出参与联合惩戒的主体既包括拥有行政权能的相关政府部门如财政部,也包括不具有政府行政职能的全国总工会等组织。除此之外,几乎所有的失信联合惩戒合作备忘录都在强调,之所以实施失信联合惩戒是为了“构建社会信用体系,褒扬诚信,惩戒失信”^[9]。社会主义国家性质决定了我国的失信联合惩戒制度不是为了“惩戒而惩戒”,而是希望通过惩戒来警示失信人,督促其积极守信,刹住不良的社会风气,逐步地建立起完善的社会信用体系^[10]。

(二) 失信联合惩戒的特点

1. 失信联合惩戒带有明显的行政性

通过对30份失信联合惩戒合作备忘录惩戒措施内容的分析,发现其惩戒措施都是以政府机构行政干预为主导的,所有的失信联合惩戒合作备忘录要发挥作用都离不开政府机构的行政干预。

目前,我国形成了主要以行政机关行政干预为主、社会团体等其他单位的舆论宣传为辅的失信联合惩戒机制,这也导致了失信联合惩戒在实施过程中表现出明显的行政性。在失信联合惩戒的实际执行过程中,通常是以各种形式的行政行为为依托,最终连接到失信行为人,以达到惩戒的目的^[1124]。根据失信联合惩戒中涉及的行政行为形

式进行分类, 失信联合惩戒主要表现为如下几种方式: 一是以行政检查为主要表现形式的失信联合惩戒方式^[1124]。这种方式主要通过将失信行为人的信用状况同行政检查相融合的方法, 对存在失信行为的行政相对人进行更为严格的行政检查和监督来限制其行为, 以加强对失信行为人的监督和管理。通过对选定的 30 份失信联合惩戒合作备忘录中惩戒措施的分析, 发现其中的 26 份有着类似的规定。除此之外, 在地方制定的相应的失信联合惩戒合作备忘录和相关的实施细则中也有与其相对应的规定。例如, 《浙江省公共信用信息管理条例》第 23 条规定, 行政机关可对失信者采取“在日常监督检查中, 列为重点监督检查对象, 加强现场检查”的措施^[11]。二是以行政处理为主要表现形式的失信联合惩戒方式^[1125]。这种方式主要是将行政处罚(处罚或许可)同失信惩戒相联系, 通过行政处罚或限制行政许可的方式对失信人进行惩戒, 以督促其实行守信行为。选定的 30 份失信联合惩戒备忘录, 都将行政处理方式作为基础的惩戒措施。例如, 城乡建设部与国家质检总局等部门联合印发的《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), 就规定对失信行为人采取“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”的措施^[12]。三是以行政指导为主要表现形式的失信惩戒方式^[13]。这种方式主要通过政府的引导性规划和宏观政策调控等方法, 引导市场主体和行业对失信行为人在市场经济活动中的行为进行限制, 以达到惩戒失信、督促失信行为人守信的作用。从选定的失信联合惩戒备忘录的整理分析中可以发现, 该类规定虽然在单本中的数量较少, 但其贯穿于所有失信联合惩戒合作备忘录的始终。例如, 环境保护部、银监会(现更名为银保监会)、证监会等联合发布的《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)中明确规定:“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。”^[1126]

2. 失信联合惩戒具有明显的行业性

从选定的 30 份失信联合惩戒合作备忘录的标题中就能看出, 失信联合惩戒具有明显的行业性,

因为所有的失信联合惩戒合作备忘录的标题都会有一个明确的指向, 如“关于对电力行业严重违法失信市场主体及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录”。同时, 失信联合惩戒中存在大量引入行业组织或行业整体力量对失信行为人的失信行为进行必要的记录, 并采取措施对其进行行为和资格上的限制, 这些都表现出了明显的行业性^[1445]。除此之外, 就选定的 30 份失信联合惩戒合作备忘录来看, 我国现阶段发布的备忘录, 尤其是中央层面发布的失信联合惩戒合作备忘录, 都有着明确的作用领域, 其在所规定的惩戒措施中, 大多会列举几条专门针对其所涉领域的独特的有别于其他领域的惩戒措施, 以保证惩戒失信和督促守信效果的最大实现。通过制定相关的法律法规、政策引导和行业自律规范, 发动整个行业的力量, 对本行业中的失信主体进行行业内的失信信息记录和行为、资格限制, 以督促其守信。例如, 我国现行的《资产评估法》第 36 条第 4 款明确规定, 行业协会具有建立会员信用档案, 将会员遵守法律、行政法规和评估准则的情况记入信用档案, 并向社会公开。同时, 通过在全行业内惩戒失信行为人, 警示该行业中的其他成员, 使其对失信成本有清晰认识, 从而在全行业范围内树立积极守信、谨防失信的行业风气。

3. 失信联合惩戒具有明显的社会性

在选定的 30 份失信联合惩戒合作备忘录中, 我们可以发现, 所有的失信联合惩戒实施主体都适度地引入了群众团体(主要指共青团、妇联等在全体社会成员中具有高度影响力的参照事业单位管理的群众团体), 群众团体通过颁布奖励、授予荣誉称号等方式, 加强对守信行为的激励和宣传, 期望社会形成崇尚守信、抵制失信的良好社会风气。同时, 根据法律和相关规范性文件的规定, 社会公众也可以通过失信举报、舆论和媒体监督等方式参与到对失信行为的惩戒之中。例如, 我国《环境保护法》中的信息公开和公众参与制度、《民事诉讼法》中的公益诉讼制度等, 都是实施社会性惩戒的重要法律根据。这表明我国实现联合惩戒具有明显的社会性。通过引入群众团体和社会公众的力量, 不断加强对失信行为的曝光力度, 同时通过对守信者进行奖励等措施, 使守信得到全体社会成员的肯定, 从而在全社会范围内

形成“守信光荣、失信可耻”的社会观念,为我国社会信用体系的建设打下坚实的基础。

4. 失信联合惩戒具有明显的市场性

失信联合惩戒还具有明显的市场性特征。在30份失信联合惩戒合作备忘录援引的惩戒措施中,存在着大量的以政府宏观调控或政策引导为主线的惩戒措施,其希望政府通过政策的引导和对市场的宏观调控,逐渐将失信团体从市场交易中剔除出来,从而使失信变成高成本的行为。同时,其希望通过政府对市场行为的引导和调控,使其他市场交易主体对失信行为人采取限制交易或禁止交易等行为,从而对失信行为人的市场交易行为进行必要的限制或禁止,以对其失信行为进行惩戒,并督促其实行守信行为,如商业银行对借款人、保险公司对保单持有人实施的信用惩戒等^{[14][45]}。

三 失信联合惩戒合作备忘录法律性质界定

(一) 关于惩戒备忘录法律性质的基本看法

要研究失信联合惩戒的形式合法性,就必须对失信联合惩戒设立的主要依据——失信联合惩戒合作备忘录的法律性质进行界定。

目前,我国失信联合惩戒合作备忘录的分类较为混乱,且学界对失信联合惩戒合作备忘录的法律性质缺乏明确的界定。在备忘录中对动态管理问题也存在不同的表述,部分失信联合惩戒备忘录规定“以法律法规为准”,还有部分失信联合惩戒合作备忘录则规定“以法律法规、规章和规范性文件为准”。由此可见,即使是失信联合惩戒机制和相关备忘录的制定者,也没有或无法对失信联合惩戒合作备忘录的法律性质进行准确的界定。但总体来看,目前学界对失信联合惩戒合作备忘录的法律性质主要存在以下两种观点:一是规范性文件说;一是内部行政协定说。

1. 规范性文件说

学界主流观点认为,就失信联合惩戒合作备忘录的法律性质而言,其应当归属于规范性文件的范畴^{[6][66]}。作为信用规制的重要表现形式^[15],失信联合惩戒合作备忘录是我国社会管理制度创新的重要表现,虽然其法律位阶较低,但其为更高层级规范的制定提供了重要的参考^[16]。此外,部分学者也将其看作联合惩戒的重要依据和指导^[17]。

同时,在行政诉讼过程中,也存在法院对失信联合惩戒合作备忘录的法律效力予以确认的案例。

但是,将失信联合惩戒合作备忘录的法律性质界定为规范性文件也存在明显问题。将其归属于规范性文件主要是因为失信联合惩戒合作备忘录中大量引入了行政机关参与其中,因此在各种论述中都将其概括地等同于行政规范性文件,从而认定其应当具有相对应的法律效力,但这种划分明显忽视了其他非行政团体。持此观点的学者大多是希望可以在已有的法律规范体系下确认失信联合惩戒合作备忘录的法律位阶和效力,从而通过行政法的方法保证失信联合惩戒的合法性;但该方法只能保证失信联合惩戒中行政机关所实施惩戒的合法性,对于其他社会团体、党的机构等实施的惩戒并不能进行有效的规制,同时还可能带来法律适用和司法审查上的障碍。根据我国《行政诉讼法》第13条的规定,规范性文件主要是指由行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定和命令。由此可见,单纯从失信联合惩戒合作备忘录的发文文号来看,其在形式上可以满足行政规范性文件界定的范围,但从实际参与的主体来看,其并不是全部由行政机关构成,在行政机关之外还掺杂有大量的非行政主体;因此,规范性文件说并不能满足失信联合惩戒合作备忘录法律性质界定的需要^[18]。

2. 行政协定说

行政协定说认为失信联合惩戒合作备忘录的法律性质是各行政主体之间签署的行政协定或行政协助^[19]。也就是说,失信联合惩戒合作备忘录在本质上应当是各签署备忘录的主体之间的一种协议,其效力主要来源于《合同法》和《宪法》中的相关规定,例如《合同法》中的诚实信用原则。同时,由于失信联合惩戒合作备忘录中的规定涉及对相对人权益的限制和禁止,其效力已经明显作用于各备忘录签署主体之外,因此,将失信联合惩戒合作备忘录的法律性质认定为行政协定或行政协助较之规范性文件说更为合理。但笔者认为,行政协定说也存在着一定的问题,即失信联合惩戒合作备忘录的法律性质是行政协定或行政协助,还是一种范围略大于行政协定的合同?目前来看在该学说下,这两种解释都可以说得通,因此对其到底是哪种状况还有待商榷。

（二）对失信联合惩戒合作备忘录法律性质的定性

综合目前学界观点, 大多数人认为, 将失信联合惩戒合作备忘录看成一种行政协定或行政协助, 明显更为合理。但是根据我国法律的相关规定, 行政协定是指行政主体之间有效地行使国家行政权力、实现国家行政管理职能、明确各自的职责权限而相互意思表示一致达成协议的双方行政行为^[20]。所谓的行政协定应当是在行政主体之间签署, 但在失信联合惩戒合作备忘录中签署主体明显已经超越了行政主体的范围, 因此不能单纯地认定其为狭义行政协定。除此之外, 失信联合惩戒合作备忘录本身并不是一种行政协助行为, 其只是行政协助得以实施的一种表现形式或者政策依据。因此, 不论将失信联合惩戒合作备忘录的法律性质界定为规范性文件还是单纯的行政协定都是不准确的, 解决该问题的关键在于怎样将非行政主体纳入行政协定的框架中。要想将非行政主体纳入行政协定的框架中, 可以采取扩大行政协定覆盖范围的方法, 即将其界定为为了方便社会治理、由行政机关带头签署的、以行政机关为主导的、明确各自的职责权限而相互意思表示一致达成协议的双方合意行为。这样就可以对失信联合惩戒合作备忘录的法律性质进行更为准确的界定, 即失信联合惩戒合作备忘录的法律性质为广义上的行政协定, 同时, 其也是我国实施失信联合惩戒这一行政协助的重要表现形式。

四 失信联合惩戒形式合法性理论分析

形式合法性是法律制度有效的重要表现, 也是其得到社会认可的重要保障。

（一）失信联合惩戒形式合法性的必要性

失信联合惩戒机制的出现是对我国目前以责任规则为主的事后罚模式的完善, 是进一步保障诚信原则得以实现的重要方法, 其符合我国法律的基本原则, 应当纳入法律体系当中。这一点在选定的 30 份失信联合惩戒备忘录中也可以看出, 其在惩戒对象中都强调是对已失信主体实施一项或多项惩戒措施。失信联合惩戒的实施依赖于行政机关、社会团体等提供的信用信息(现阶段来看各机关或机构提供的信用信息多是集中于自然人, 对法人和其他组织的失信信息公开较少;

从失信联合惩戒合作备忘录中的内容来看, 其惩戒措施也多集中于对自然人的惩戒, 这是存在问题的, 也是其存在不足的一个重要证明), 相关机构通过对这些信息的汇总、整理和评价, 向实施联合惩戒的各主体出具失信人名单, 然后由各主体根据相关法律法规等的规定, 对失信人名单中的失信人进行联合惩戒。这种联合惩戒有别于以往根据责任原则而实施的事后罚, 其是在事后罚仍无法达到督促失信行为人守信之目的情况下, 根据失信人的失信程度对其作出的事前限制(不是对已失信行为的事前限制, 而是对行为人在失信后实施的其他可能因再次失信而带来不良影响或巨大损失的行為的事前限制)^{[1]122-124}, 通过事前的限制防止失信行为人可能再次失信而带来不良影响和巨大损失。同时, 必要的事前限制还可以在事后处罚无法达到预期效果时继续扩大失信行为人的失信成本, 以达到促使失信人守信之目的。在现代法律体系中, 诚信原则正起到越来越重要的作用, 无论是在民法这样的私法体系中, 还是在行政法这样的公法体系中, 其都作为一项基本的原则贯穿于法律始终。而失信联合惩戒机制恰恰可以作为诚信原则的重要保障而存在于我国现行法律体系之中。一方面, 失信联合惩戒本就是为保障诚信而生, 其设立的目的也是为了督促失信人能够依法依约积极守信; 另一方面, 失信联合惩戒机制可以通过提高失信行为人的失信成本来预防失信行为的发生, 从而更好地保障诚信原则的实现。因此, 失信联合惩戒机制的确立是符合法治基本原理的, 应当纳入我国的法律体系, 赋予其完全形式合法性。

（二）失信联合惩戒形式合法性领域存在的主要问题

1. 联合惩戒的形式尚未得到法律的承认

目前, 我国的失信联合惩戒多是以失信联合惩戒合作备忘录的形式确定的。失信联合惩戒之所以被冠名以联合惩戒, 主要是因为其包含以下两个方面的内容。

一是失信联合惩戒中包含政府、市场与社会等多个参与群体, 其联合实际上就是三个群体之间的联合。政府根据经济发展对社会信用的需要建立统一的大数据平台, 作为社会信用信息的集中地(主要用于失信人员名单和信息的公布以及

守信人员名单的公示)。同时,政府根据社会信用信息和信用评价的实际需求设立相应的公共信用机构,以收集来自国家行政机关、司法机关以及其他根据法律、法规授权的组织等社会公共机构在履行职能或提供服务时获取的社会主体(主要包括自然人、法人和其他组织)社会信用有关信息(也就是一般意义上所说的公共信用信息),对其进行信息的汇总、分析和评价等;并通过国家或地方政府等设立的公共信用信息网站对外进行公布或提供相应信息的查询服务,以引导的方式向社会和市场公布失信行为人的失信信息。失信记录的有效传播能够降低社会对失信者的评价,使失信者的人格利益与经济利益受到双重减损。

二是失信联合惩戒主要以政府机构等的行政行为为主,因此其第二个层次就主要表现为各行政机构之间的联合。在失信联合惩戒中,要求行政机构在进行资格认证、授予等时要充分考虑行为人的信用状况,对存在失信行为的行政相对人进行认证及资格授予时应适当提高相应的条件,并对其相关的行为进行必要的限制和禁止,以降低信用风险,保证社会及市场的整体稳定。但是在这种模式下,因为行政机构作出的行政决定、行政处罚等具有明显的强制性、直接性和高权性^[21],可能会带来权力的滥用以及对失信行为人其他合法权益的侵犯,因此有必要对其进行法律上的控制,以防止出现违法用权的现象及其所带来的不良影响。

失信联合惩戒是我国在社会治理过程中根据社会现实需要所进行的制度创新,是建设信用社会、法治社会的必要举措。失信联合惩戒机制的建立是有其合法性基础的,即失信联合惩戒是建立在已有的法律规定的基础之上的,不是“天马行空”的纯粹主观创造;但是在以何种方式进行联合的问题上,其合法性又存在着一定的问题。最初提出建立失信联合惩戒的是国务院发布的《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020)》和《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》。从其法律性质上来看,这两个文件最多可以称之为国务院发布的规范性文件,其远未达到行政法规的高度;同时在规范性文件中也只是提出了要加快建立失信联合惩戒和守信联合激励,但就如何进行联合

惩戒,以怎样的方式联合等,这两部规范性文件并没有进行具体阐述,现有的失信联合惩戒机制也是在之后的实践中才逐步确立起“两层联合”的内部机制构造的。除此之外,失信联合惩戒之所以呈现出目前的形式,还有一个重要的渊源——中央各部委以国务院发布的文件为指导签署的众多失信联合惩戒合作备忘录。失信联合惩戒合作备忘录本质上是各实施惩戒单位之间所作出的一个类似于会议纪要或者是约定的文本体现,其本身是否具有外部效力有待商榷。很多在失信联合惩戒合作备忘录中出现的失信联合惩戒措施都有其单独的法律依据,即没有失信联合惩戒合作备忘录,相关的单位仍然可以对失信行为人进行这些限制或处罚。因此笔者认为,失信联合惩戒合作备忘录应当只是各惩戒主体联合对失信行为人进行惩戒以及对惩戒行为进行一定约束,防止其给相对人的合法权益造成不必要损害的一个内部约定(即各惩戒主体之间的内部协调或者工作机制)^[22],本身并不具有强制性效力和外部约束性,而只是基于社会信用体系建设的现实需要以及方便社会治理等而将其对外公布并在现实中作为一项国家政策来进行贯彻执行的。因此,我国目前所实行的失信联合惩戒机制在其形式合法性上是存在一定缺陷的,应当通过法律的途径和方法对其加以完善,以使其为社会公众广泛认可,真正成为维护守信者权益、督促失信者守信、树立诚信为先的社会风气、为法律所承认和保障的社会信用工作机制。

2. 备忘录并不具备授权的功能

根据前文的分析,我们对失信联合惩戒合作备忘录的法律性质进行了界定,认为失信联合惩戒合作备忘录应该是一种范围上得到扩张的行政协定。作为行政协定,其应该是一种各签署主体之间的一种内部协定,本身并不具有授权的功能,且其也不应当将其作用范围扩展到签约主体之外。目前鉴于对失信行为治理的需要,国家将失信联合惩戒合作备忘录的作用范围进行了一定的扩张,允许行政机关和其他社会群体通过必要的行政惩戒、舆论宣传参与到失信联合惩戒制度的建设之中。

根据我国法律相关规定,授权主要存在以下几种:一是行政授权,即上级行政机关或行政首长授予下级行政机关或公务人员管理有关事务的职

权。从选定的 30 份失信联合惩戒合作备忘录来看, 其中并没有关于上级授予下级某种职权的内容, 其有关授权的内容也多是自己在授予自己相关的权力或群体在授予个体权力。在现阶段, 这种授权模式并没有相关法律文件的支撑和法理上的依据。同时, 行政授权主要依赖于行政机关发布的行政命令、部门规章和部分具有普遍约束力的行政规范性文件等来进行, 而失信联合惩戒合作备忘录在法律性质上并不符合以上几种法律文件的基本特征。二是法律、法规授权, 即通过人大及其常委会立法和国务院行政法规的形式进行授权。从失信联合惩戒合作备忘录的法律性质来看, 其明显也不符合相关规定。因此可以初步判定, 失信联合惩戒合作备忘录并不具有相关授权功能。

通过对选定的 30 份失信联合惩戒合作备忘录进行分析, 可以发现, 虽然在备忘录中没有明文规定将制定实施程序和设立救济机制的权力直接授予某个或某些部门, 但其又确实以落实备忘录的名义将制定相关实施细则和操作流程的权力交给了相关的主管部门。同时, 分析失信联合惩戒合作备忘录的附录, 还可以发现, 大量的失信联合惩戒措施根本没有得到相关法律、法规或行政机关的授权, 其依据仅是国务院颁发的两份不具有普遍约束力的规范性文件以及对其进行明确规定的失信联合惩戒合作备忘录自身。由此来看, 我国的失信联合惩戒机制在形式上就不具有完整的合法性特征。

五 失信联合惩戒形式合法性问题的解决路径

要弥补失信联合惩戒在形式合法性上的缺陷, 我们应当以法律的形式来确立失信联合惩戒机制。近年来, 我国越来越重视社会信用体系以及信用法治体系的建设和完善, 同时为了应对社会上失信行为的频繁发生, 而现有法律和道德体系又无法有效控制失信行为的现状, 失信联合惩戒机制应运而生。通过上文的分析我们可以看出, 失信联合惩戒虽然适应了法治化的现实需要和法律的基本原理, 但由于其是新兴事物, 因此在形式合法性上还存在一定的不足。要弥补其形式合法性上的不足, 就应当加快我国的信用法治建设, 以法律或行政法规的方式来确认联合惩戒的形式;

同时还应进行相关配套措施的建设, 确保所有的失信联合惩戒措施都有法可依。

(一) 加快信用立法, 以法定的形式确认联合惩戒

目前我国正在加快社会信用体系建设, 但总体来看, 现有的信用体系及信用制度法治化程度严重不足, 部分信用制度仅立足于实施效果而忽视了本身是否符合法律规定的形式。除此之外, 近年来我国在社会治理领域的制度建设方面还存在一个错误倾向——制度创新、先行先试。这样说的本意并不是对制度创新和先行先试的否定, 我国在提出这两个概念的时候就明确说明要在宪法和法律的基础上进行制度创新和先行先试, 即制度创新和先行先试不应当脱离现有的法律秩序和法律原则。但是在实践的过程中, 一些社会管理机构仅仅做到了制度创新和先行先试本身, 而忽视了现有宪法和法律的基本精神以及以其为基础所建立起来的法律秩序(失信联合惩戒就是其中的一个典型)。因此, 在失信联合惩戒为什么以此种方式进行联合、失信联合惩戒合作备忘录是否可以作为此种联合的依据的问题上, 现有的法律框架也无法给出明确的答复。按照上文的分析来看, 失信联合惩戒合作备忘录作为一项行政协定, 不应当将其作用范围扩张到签署主体以外的人, 但是在实践中却得到了扩张性的适用, 这是没有任何法律依据的。要解决这个问题, 必须加快社会信用立法, 通过法律的形式来对失信联合惩戒进行确认。

首先, 可以由人大常委会根据社会信用建设的实际需要制定单独的社会信用法, 通过法律的方式将失信联合惩戒的形式确立下来。法律作为我国法治化建设最基本和最重要的组成单位, 其效力仅次于宪法, 以法律的形式确立失信联合惩戒的形式, 可以使失信联合惩戒的实施得到国家强制力的保障, 同时也更加方便通过法律的形式对失信联合惩戒中出现的问题进行合理的控制, 防止出现惩戒主体滥用权力或对被惩戒人的其他合法权益造成不必要的侵害。

其次, 可由全国人大常委会授权国务院制定相关的行政法规, 由行政法规来确立失信联合惩戒的形式合法性。由国务院制定失信联合惩戒实施办法等, 先行尝试, 并针对其中的问题作出汇总、

整理和分析,提出相应对策,并推行实施,观察其实施效果。在授权期结束后,全国人大常委会根据国务院上报的行政法规实施情况、有无立法必要的说明情况,组成专门的调研或检查机构,对行政法规的实施情况进行实地考察了解,听取当地群众的意见;然后提交相关的调研检查报告供全国人大常委会参考;最终由全国人大常委会根据实际需要决定是否立法,如需要则根据法律的规定启动立法程序,如不需要则可视具体情况继续对国务院进行授权,由其继续以行政法规的形式来进行失信联合惩戒的实施和尝试。

最后,政策的引导和推动作用也不可忽视。由于特殊的国情,我国的国家行为带有明显的政策导向,这个政策既包括国家政策也包括党的政策。如果可以运用好政策的导向作用,则可以进一步提高失信联合惩戒的形式合法性。从我国政治实践来看,对这种具有全局意义和极强社会意义的行为,通常都是由党中央和国务院联合发文、以国家政策和党的政策的形式来推动和引导的。政策作为国家法律体系的有效补充,其背后拥有党和国家力量保障。如果我国的失信联合惩戒机制可以得到政策和法律的双重认可,那么其实施就可以得到党和国家的双重保障,其形式也就具有了完全的合法性。

(二) 加强法律授权制度建设,确保惩戒措施有法可依

根据我国失信联合惩戒合作备忘录中部分惩戒措施没有相关法律依据的状况,应当加强相关法律法规的制定,同时辅之以必要的法律授权制度。要做到惩戒措施有法可依,就应当对失信联合惩戒措施进行必要的分类。目前来看,其可分为以下两大类:一是行政主体实施的失信惩戒;二是非行政主体实施的失信惩戒。同时,应当根据不同分类的特点分别作出应对。针对行政主体实施的失信惩戒,我们可以允许惩戒措施实施单位在法定的授权范围内,制定相关的部门规章或行政规范性文件作为惩戒措施实施的依据。除此之外,还可以由相关措施实施单位根据需要,提请国务院制定行政法规,保证惩戒措施实施的合法性。针对非行政机关实施的惩戒措施,有主管部门的可以向主管部门提出申请,要求主管部门在其职权范围内制定相关的行政规范性文件或其

他形式的具有对外法律效力的文件,来授权其行使相关的惩戒措施;对于没有主管部门的社会团体实施的信用惩戒,如果其实施的惩戒仅是在行业内部进行,则可以通过行业规范的形式进行确立。(从现有的失信联合惩戒合作备忘录来看,失信联合惩戒措施都是在其实施主体的职权范围或作用范围内进行的,不存在跨领域的惩戒)

概言之,目前我国失信联合惩戒不仅存在形式合法性上的问题,同时在实质合法性上也存在一系列的问题。现阶段,我国正处于信用法治建设的关键时期,虽然各种新的信用法律制度在不断建立,但是由于其多处于试验阶段,法治化程度还比较低,需要我们在实践中不断完善和发展。

参考文献:

- [1] 沈毅龙.论失信的行政联合惩戒及其法律规制[J].法学家,2019(4).
- [2] 朱兵强,孙铭杰.政府失信惩戒法治化初探[J].征信,2019,37(8):44.
- [3] 宋方青,李佳飞.论设区的市信用立法的问题与路径[J].东南学术,2019(5):230-231.
- [4] 金鹏.论企业信用监管协同机制[D].杭州:浙江大学,2017:6.
- [5] 李晓安.社会信用法律制度体系研究[M].北京:社会科学文献出版社,2013:39-41.
- [6] 上官俊峰.失信被执行人信用惩戒制度的完善:以惩戒与保护的衡平为视角[J].人民司法(应用),2018(28).
- [7] 贺勇.北京市启动实施公共信用信息管理办法联合惩戒让失信人寸步难行[N].人民日报,2018-05-08(11).
- [8] 刘洪波,卢盛羽.健全和完善我国失信联合惩戒机制[J].宏观经济管理,2018(12):55.
- [9] 郴州市人民政府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实施意见[N].郴州日报,2017-07-19(F02).
- [10] 前两批网贷失信人信息纳入征信系统[EB/OL].[2019-11-20].<http://finance.china.com.cn/money/efinance/20181116/4810840.shtml>.
- [11] 浙江省公共信用信息管理条例[EB/OL].[2019-11-20].https://www.creditchina.gov.cn/zhengcefagui/zhengcefagui/difangzhengcefagui1/201711/t20171124_97257.html.
- [12] 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[EB/OL].[2019-11-20].https://www.creditchina.gov.cn/home/zhngcefagui/201808/t20180827_124506.

- html.
- [13] 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 [EB/OL]. [2019-11-20]. https://www.creditchina.gov.cn/lianhejiangcheng/lingyulianhejiangcheng/201712/t20171218_100225.html.
- [14] 王伟. 失信惩戒的类型化规制研究: 兼论社会信用法的规则设计 [J]. 中州学刊, 2019(5).
- [15] 袁文瀚. 信用监管的行政法解读 [J]. 行政法学研究, 2019(1): 18-31.
- [16] 王瑞雪. 政府规制中的信用工具研究 [J]. 中国法学, 2017(4): 158-173.
- [17] 李振宁. 信用惩戒的特性及对地方立法的启示 [J]. 中共南京市委党校学报, 2018(2): 86-91.
- [18] 梁风云. 行政诉讼法司法解释讲义 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2018: 398.
- [19] 倪燕. 对备忘录的性质及效力应个案认定 [J]. 人民司法(案例), 2018(14): 73-77.
- [20] 陈胡冰. 我国区域间行政协定纠纷解决制度研究 [D]. 南昌: 江西师范大学, 2014: 3.
- [21] 段红柳. 行政民主化进程中的行政法制革新及走向 [J]. 湖南行政学院学报, 2010(6): 5-7.
- [22] 商显刚. 建设一项制度推进两项工作构建以信用为核心的社会治理新机制: 《关于建立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》解读 [J]. 北方经济, 2016(9): 76-77.

附表 1 30 份失信联合惩戒合作备忘录相关信息

序号	备忘录名称	颁布时间	签署主体数量	类型及层级
1	关于对违法失信上市公司相关责任主体实施联合惩戒的备忘录	2015.12	22	惩戒, 中央
2	关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录	2016.01	44	惩戒, 中央
3	关于对安全生产领域失信生产经营单位及其有关人员开展联合惩戒的备忘录	2016.05	18	惩戒, 中央
4	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	2016.07	31	惩戒, 中央
5	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	2016.09	28	惩戒, 中央
6	关于对严重违法违法行为当事人实施联合惩戒的合作备忘录	2016.10	26	惩戒, 中央
7	关于对重大税收违法案件当事人实施联合惩戒措施的合作备忘录(2016版)	2016.12	34	惩戒, 中央
8	关于对农资领域严重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	2017.02	29	惩戒, 中央
9	关于对涉金融严重失信人实施联合惩戒的合作备忘录	2017.03	21	惩戒, 中央
10	关于对海关失信企业实施联合惩戒的合作备忘录	2017.03	33	惩戒, 中央
11	关于对电力行业严重违法失信市场主体及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录	2017.05	17	惩戒, 中央
12	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	2017.06	31	惩戒, 中央
13	关于对运输物流行业严重违法失信市场主体及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录	2017.08	20	惩戒, 中央
14	关于对保险领域违法失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录	2017.08	31	惩戒, 中央
15	关于对外经济合作领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录	2017.10	28	惩戒, 中央
16	关于对国内贸易流通领域严重违法失信主体开展联合惩戒的合作备忘录	2017.11	30	惩戒, 中央
17	关于对严重拖欠农民工工资用人单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录	2017.11	30	惩戒, 中央
18	关于对慈善捐赠领域相关主体实施守信联合激励和失信联合惩戒的合作备忘录	2018.02	28	惩戒+激励, 中央
19	关于对婚姻登记严重失信当事人开展联合惩戒的合作备忘录	2018.02	40	惩戒, 中央
20	关于对家政服务领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录	2018.03	36	惩戒, 中央
21	关于对公共资源交易领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录	2018.03	24	惩戒, 中央
22	关于对旅游领域严重失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录	2018.05	26	惩戒, 中央
23	关于对严重危害正常医疗秩序的失信行为责任人实施联合惩戒的合作备忘录	2018.09	28	惩戒, 中央
24	关于对科研领域相关失信责任主体实施联合惩戒的合作备忘录	2018.11	41	惩戒, 中央
25	关于对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒的合作备忘录	2018.11	29	惩戒, 中央
26	关于对知识产权(专利)领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录	2018.11	38	惩戒, 中央
27	关于对社会保险领域严重失信企业及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录	2018.11	28	惩戒, 中央
28	关于会计领域违法失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录	2018.12	22	惩戒, 中央
29	关于对统计领域严重失信企业及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录(修订版)	2018.12	44	惩戒, 中央
30	关于对文化市场领域严重违法失信市场主体及有关人员开展联合惩戒的合作备忘录	2018.12	17	惩戒, 中央

责任编辑: 徐海燕