

失信联合惩戒措施的合法性检讨与控制

聂帅钧*

内容提要：失信联合惩戒措施作为一种新型的复合行政行为，在社会治理的各个领域得到广泛运用，但其有效性与合法性之间存在张力，可能会不当限制公民的人格尊严、隐私权、平等权、财产权等基本权利，所以需要进行合法性控制。通过运用依法行政、职权法定、禁止不当联结、比例原则、平等原则以及生存照顾义务等公法原理加以检讨，可以发现失信联合惩戒措施在形式与实质合法性两个层面均存在一定的问题。为了防止失信联合惩戒措施的泛化与滥用，确保其制度发展符合法治国家的建设方向，有必要从立法设定、实施程序、权利救济三方面予以完善。

关键词：失信联合惩戒措施 复合行政行为 公法原理 合法性控制

一、问题提出：解决有效性与合法性之间的张力

当前，我国正处于经济高速发展和社会急遽转型的时期，多元价值并存、利益诉求迥异、社会结构分化等因素共同加剧了社会治理的难度与风险。面对纷繁复杂的社会治理问题，传统行政执法手段日渐式微，无法应对逐年激增的行政管理事务，“徐玉玉电信诈骗”“高铁霸座”等事件接踵发生即为明证。于是，失信联合惩戒措施作为社会信用体系建设中的具体制度安排，在行政执法的诸多领域被广泛运用且适用范围迅速扩张，现已成为整个国家治理体系的重要组成部分。

从发生学上考察，失信惩戒制度的促成^{〔1〕}至少得益于三点因素：一是由计划经济向市场经

* 聂帅钧，上海交通大学凯原法学院博士研究生，安徽法治与社会安全研究中心研究人员。

本文为安徽法治与社会安全研究中心项目“行政法视野下的信用惩戒制度法治化研究”（fzsh2018cx-17）的阶段性研究成果。

〔1〕 亦有全国人大常委会法工委相关负责人指出多种因素综合促成了失信惩戒制度的形成和不断强化。具体参见朱宁宁：《发挥失信惩戒功效适度且合法》，载《法制日报》2019年6月18日，第5版。

济的转轨。市场化改革打破了国家与社会高度一体化的格局,为市场经济交易中信任机制的发挥提供了制度生成土壤。二是消除司法执行赤字的需要。伴随《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》等文件的相继发布,以失信被执行人为中心的惩戒制度初步建立,此后,地方立法进一步将失信惩戒制度从司法执行扩散到行政管理活动的各个领域(如烟花爆竹管理、生活垃圾管理等),失信惩戒制度的行政权力特征不断强化。三是便捷的信息技术提供了技术支持。大数据、云计算、人工智能等互联网科技的发展,促使行政机关能够及时、有效地获取自然人和法人的失信信息,从而精准定位失信主体并增强惩戒措施的边际威慑力。实践表明,作为一种社会治理的创新手段,失信联合惩戒措施在确保义务履行、提高行政效能、增强信用意识、维护公共利益等方面发挥了重要作用。较为典型的例子比如,在外务工人员张某因被列入失信黑名单无法乘坐高铁回沙县过端午节,后积极主动还清欠款;^{〔2〕}又如,刘某因担心其失信记录影响女儿公务员考试政审,主动缴纳了执行款^{〔3〕}。

然而,近年来失信联合惩戒措施的泛化滥用已严重侵入私权领域,其有效性与合法性之间呈现出张力、撕扯乃至冲突的状态。同时,其适用范围不断扩大的态势随时可能会突破基本权利限制的边界并打破行政法治的基本框架,从而在一定程度上面临着合法性危机,这一危机也引发了公法学界的重点关注与积极回应。总体上看,既有研究成果聚焦于社会信用体系的法治化建设这一议题,或从立法论出发直接提出立法建议,^{〔4〕}或从整体视角切入理解社会信用体系建设的制度逻辑,^{〔5〕}或从制度构造上厘清失信行为标准、^{〔6〕}明确备忘录的运作逻辑;^{〔7〕}等等。尽管这些激烈的学术讨论从不同侧面触及失信联合惩戒措施的合法性问题,共同表达了对失信联合惩戒权滥用的警惕以及公民基本权利保护的忧虑,但是缺乏对行政活动中最后呈现法律效果之惩戒措施(手段)的重点关注,尤其是没有对其合法性基础进行深入系统且逻辑严密的学理论证。不容置疑,失信联合惩戒措施的设定与实施不能仅仅考量有效性指向,还应追求以保障个人权利为主的合法性基础。对此,全国人大常委会法工委在关于2018年备案审查工作情况的报告中明确指出了这个问题;^{〔8〕}《国务院办公厅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

〔2〕 参见《福建沙县:无法购票回家过端午 被执行人主动还款》,载 <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/06/id/5313881.shtml>,最后访问时间:2020年6月26日。

〔3〕 参见周凌如:《担心女儿政审,老赖秒交执行款》,载《潇湘晨报》2018年6月11日,第A05版。

〔4〕 参见刘松山:《失信惩戒立法的三大问题》,载 <http://www.aisixiang.com/data/119102.html>,最后访问时间:2020年6月26日。

〔5〕 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》,载《中外法学》2019年第6期。

〔6〕 参见杨丹:《联合惩戒机制下失信行为的认定》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2020年第3期。

〔7〕 参见吴培琳、刘恒:《信用联合奖惩合作备忘录:运作逻辑、法律性质与法治化进路》,载《河南社会科学》2020年第3期。

〔8〕 全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出:“有关方面通过出台规范性文件,建立信用惩戒制度,推动社会信用体系建设;同时也引发了一些滥用信用惩戒侵犯公民隐私权和其他合法权益的担忧……针对这些情况,我们加强对有关规范性文件的审查研究,跟踪了解有关立法动态,防止出现侵犯公民合法权利的情况,防止出现超越立法权限和违背上位法规定的情形。”(朱宁宁:《收到公民组织审查建议来信来函1229件》,载《法制日报》2018年12月26日,第02版。)亦有学者指出当下的社会信用体系建设存在致命的合法性问题。(参见沈岍:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期。)

见》（国办发〔2020〕49号）也强调“合理把握失信惩戒措施，坚决防止不当使用甚至滥用”。基于此，为了深刻认识与科学评估失信联合惩戒措施对法治中国建设所造成的影响，本文将依循“实践考察—学理定位—制度检讨—制度完善”的逻辑思路，先从宏观上描摹我国失信联合惩戒措施的实践特征，尔后基于既有行政法学的概念体系分析该措施的法律属性，同时根据公法原理探讨失信联合惩戒措施的合法性，并回归法治国立立场，提出如何对该措施进行合法性控制，从而保障失信联合惩戒措施实施的有效性和合法性。

二、理论基础：失信联合惩戒措施的特征与性质

就失信联合惩戒措施这一研究对象的概念内涵而言，本文将其限定在以下三个方面：其一，本文将围绕针对相对人具有侵益性的惩戒措施展开合法性分析，不包括受益性的守信激励措施。其二，本文所讨论的是由政府主导（非市场自发形成的）实施的惩戒措施，〔9〕不包括司法机关。就实施主体而言，表现为行政主体与社会主体的联合，不仅包括行政机关及被授权的组织，还包括部分履行公法义务的私人主体；〔10〕不仅是同一地区不同行政主体之间的分工合作，还是跨地区、跨部门之间行政机关的执法联动。其三，本文聚焦于行政机关或授权行政主体针对行政相对人所实施的具体惩戒措施，不是分析整个社会信用制度，但包括公布黑名单行为。这是因为黑名单事实上已经具备了惩戒性质，〔11〕所以可将其视为一种惩戒措施。

（一）失信联合惩戒措施的实践特征

本文通过梳理19部〔12〕关于社会信用的省级地方性法规，将失信联合惩戒措施不周延地分为四类，并总结出各类措施包含的具体内容和所涉及的基本权利。（见表1）需说明的是，表1仅列举了现行法律规范中具有代表性的几种失信联合惩戒措施，并不全面，可能有所遗漏，且惩戒措

〔9〕 有学者根据党和国家的信用政策，将我国失信惩戒措施分为市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒、行政性惩戒和司法性惩戒5个层面。（参见王伟：《失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规则设计》，载《中州学刊》2019年第5期。）本文主要探讨中央与地方之间、横向部门之间、政府与私人部门之间行政性惩戒的合法性问题，也就是行政权力介入社会信用体系中的部分，而不讨论社会自治、商业交易过程中所形成的信用制度。

〔10〕 例如，国家信息中心与滴滴出行签署《信用信息共享合作协议》，旨在推动各类信用信息共享共用，严厉惩戒失信行为，扩大联合奖惩应用效果。（参见《国家信息中心与滴滴出行签署信用信息共享协议并举办“信易行”项目启动仪式》，载 <http://www.sic.gov.cn/news/87/8869.htm>，最后访问时间：2021年1月17日。）又如，国家发改委与阿里巴巴集团签署《关于推进商务领域诚信体系建设合作备忘录》，双方围绕信用信息数据共享、守信联合奖励与失信联合惩戒等方面加强合作。（参见《国家发改委与阿里巴巴共建商务领域诚信体系建设》，载 http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201612/02/t20161202_18347172.shtml，最后访问时间：2021年1月17日。）

〔11〕 参见李富莹：《信用惩戒在地方立法制度设计中的应用研究》，载《北京人大》2012年第6期。

〔12〕 截至2021年1月17日，全国共出台了20部关于社会信用的省级地方性法规，其中陕西省出台了《陕西省公共信用信息条例》和《陕西省社会信用条例（草案）》，本文仅选取前者作为分析对象，是故，分析样本数量为19部。这些地方性法规以是否施行作为标准可分为两类。一类是已实施的省级法规，分别是《天津市社会信用条例》《山东省社会信用条例》《河南省社会信用条例》《辽宁省公共信用信息管理条例》《浙江省公共信用信息管理条例》《河北省社会信用信息条例》《上海市社会信用条例》《湖北省社会信用信息管理条例》《陕西省公共信用信息条例》。另一类则是草案或征求意见稿，分别是《陕西省社会信用条例（草案）》《海南省社会信用条例（草案）》《重庆市社会信用条例（草案）》《黑龙江省社会信用条例（征求意见稿）》《内蒙古自治区公共信用信息管理条例（草案）》《江苏省社会信用条例（草案）》《广东省社会信用条例（草案修改征求意见稿）》《青海省公共信用信息条例（送审稿）》《吉林省社会信用条例（草案送审稿）》《贵州省社会信用条例（草案）》《甘肃省公共信用信息条例（送审稿）》。

施所规制的对象是自然人而不包括企业法人。就本表所涉基本权利的种类而言,有些权利(如出行权、个人信息权等)能否作为基本权利在学界也尚未形成通说,但它们至少都属于宪法上未列举的基本权利,可根据《宪法》第38条的人格尊严规范,通过宪法解释推导出来。

表1 失信联合惩戒措施的实践样态

类型	具体措施的例举	所涉的基本权利
资格限制	1. 限制相关任职资格 2. 限制进入相关行业 3. 限制参加政府采购等市场活动 4. 取消依据信用承诺获取的资格 5. 限制享受财政资金补助	财产权、劳动权、社会保障权、平等权
日常监管	1. 列为重点监管对象,增加检查频次 2. 在行政许可等工作中不适用告知承诺等简化程序 3. 取消已经享受的行政优惠措施 4. 书面警示、约谈告诫 5. 列入重点关注名单 6. 限制出境	平等权、人格尊严、人身自由、隐私权(个人信息权)
剥夺荣誉	1. 撤销相关荣誉称号 2. 在表彰奖励中给予限制 3. 取消参加政府组织的各类表彰奖励资格	人格尊严
限制消费	1. 限制乘坐高级交通工具 2. 限制购买不动产 3. 限制旅游度假	财产权(出行权)

从表1可以看出失信联合惩戒措施具有以下特征:第一,从内容上看,失信联合惩戒措施已广泛运用于财政补助、政府采购、市场准入等诸多政府监管领域,呈现出一种泛化趋势。这也说明在执法资源稀缺与监管任务繁重的双面压力下,传统行政执法手段的治理效果愈发显得捉襟见肘,失信联合惩戒措施已在事实上承担着社会管控功能。但仍需深思失信联合惩戒措施是否真的能够做到包治百病,对其过度依赖是否会架空已建立起来的行政管理法律制度,其究竟是对原有监管手段的修正、补充、改造,还是要替代原有监管手段。厘清这一点对于旧有法律制度与作为政府规制手段的信用工具^[13]之间的衔接设计具有重要现实意义。对此,有学者指出社会信用体系的“信任规则”治理模式正从根本上改变我国法律体系:一方面,“信任规则”通过对失信行为施加额外制裁来增强我国薄弱执法制度的执行效果;另一方面,“信任规则”实际上在很多方面破坏了法治理想,并极有可能取代依法治国的宪法原则。^[14]从行政活动流程上观察,失信联合惩戒措施的兴起已促使行政决定的作出发生了两点结构性变化:(1)将信用信息嵌入行政行为

[13] 参见王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,载《中国法学》2017年第4期。

[14] See Yu-Jie Chen, Ching-Fu Lin, Han-Wei Liu, “Rule of Trust”: The Power and Perils of China’s Social Credit Mega-project, 32 (1) *Columbia Journal of Asian Law*, 3 (2018).

作出决定之中。行政机关在作出决定之前需要主动核查行政相对人是否存在失信情形，^{〔15〕}并根据相对人的信用状况采取增加检查频次、取消评优或从严审批程序等相应措施。（2）实现失信联合惩戒的自动化决定。行政机关借助联合奖惩监管系统，在办理行政许可、资金安排等管理活动过程中，对失信主体信息进行自动比对、自动警示、自动拦截、自动惩戒。然而，鉴于惩戒措施属于负担行政，可能会对相对人权利造成严重损害，所以应保留人工介入的要求。^{〔16〕}

第二，从效果上看，失信联合惩戒措施涉及公民多项基本权利。概括而言包括：（1）人格尊严。在声誉机制作用下，失信信息公示会不当减损信用主体的人格尊严，使其标签化、污名化，造成类似于罗马法上“人格减等”的法律效果。进言之，无论是侵犯自由权还是社会权的惩戒措施均可能会触及人的尊严这一人权核心内涵，所以说其一般化影响是侵犯人格尊严。从社会结构层面观察，当前我国已从身份社会走向契约社会，但这种基于信用状况而采取分类惩戒措施的制度安排，在一定意义上将公民分为三六九等，重塑了个人身份，可视为从契约关系退回到身份关系。（2）隐私权（个人信息权）。^{〔17〕}失信联合惩戒的逻辑在于让可识别的信息为社会公众知晓并接受社会评判，进而调动私人决策，可这恰恰是损害公民的隐私权，因为其不是去识别化，而是特定化。比如，中国人民银行副行长陈雨露表示：“我们看到很多女孩找男朋友，未来的岳母说你得把人民银行的个人征信报告拿来让我看看。”^{〔18〕}（3）平等权。联合奖惩是依公共信用状况的不同，在履行职责或提供服务过程中对公民予以区别对待，此种区别对待实际上关乎平等权限制的问题。^{〔19〕}当然，针对某一特定失信联合惩戒措施所引发的区别对待是否属于合理差别也不无探讨空间。此外，平等权具体通过政治平等权、经济平等权、文化平等权与社会平等权体现其权利的价值。这就意味着损害平等权时，必然会限制其他基本权利，如限制任职资格会同时损害劳动权和平等权。（4）财产权。行政机关和公共事业组织往往会限制失信主体买房、乘坐高铁飞机等消费行为。在学理上，限制高消费的实质是对财产处分权的限制。^{〔20〕}当然，失信联合惩戒措施还会限制其他基本权利，以上仅是不完全列举。

（二）失信联合惩戒措施的法律属性

目前学界针对失信联合惩戒措施的法律属性争议很大，至今仍未形成通说。根据各学者研究立场和观察角度的不同，可将现有的理论大致归纳为以下四种。（1）行政处罚说。如有学者认为列入“黑名单”的处罚兼有精神罚（上网声誉受损）、财产罚（限贷、限购等）、资格罚（取消许可资格等）和人身罚（禁止出国旅游限制了人身自由）等单一功能或多种功能，其处罚的严厉程度远

〔15〕《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）明确要求“各级人民政府及其部门应将全国信用信息共享平台信用信息查询使用嵌入审批、监管工作流程中，确保‘应查必查’、‘奖惩到位’”。地方性法规贯彻了这一要求，如《湖北省社会信用信息管理条例》第24条；《厦门经济特区社会信用条例》第14条；《浙江省公共信用信息管理条例》第21条。

〔16〕参见查云飞：《人工智能时代全自动具体行政行为研究》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔17〕本文将隐私权视为个人信息权的上位概念，但也有学者认为个人信息这一概念远远超出了隐私权的范畴。（参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年第4期。）

〔18〕刘孙恒：《“丈母娘看征信报告”或将成社会常态》，载《春城晚报》2019年3月11日，第A16版。

〔19〕参见沈毅龙：《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。

〔20〕参见谭秋桂：《论限制债务人高消费的法理基础及其制度完善》，载《时代法学》2011年第6期。

超过警告和罚款。^{〔21〕}（2）行政强制说。如有学者认为对不履行法定义务失信人，失信联合惩戒是强制其履行义务的措施，在诉讼领域属于司法强制执行，在行政管理领域属于行政强制执行。^{〔22〕}（3）事实行为说。如有学者认为违法信息行政公告的行为目的是追求一种社会效果，而非法律效果，其虽带有信息惩罚的意味，却没有强制约束力，是一种典型的行政事实行为。^{〔23〕}（4）类型化说。如有学者将联合惩戒视为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。^{〔24〕}学者们对失信联合惩戒措施的法律属性有着不同的认识。但客观地分析，各说各话背后实质隐藏着深层次的内在共识，即上述各种学说都是建构在行政行为这一“阿基米德支点”之上，采用了行政行为形式理论的研究范式。学者们对失信联合惩戒措施的法律定性其实就是抓取惩戒措施的某些特征，如是否产生外部法律效果以及产生何种法律效果，尔后将其比附于型式化行政行为的构成要素，进而将其归入某类行政行为（如行政处罚、行政强制等），以求得“唯一正解”与“标准答案”。

这种试图将惩戒措施纳入已型式化行政行为，以既有行政行为体系来解释惩戒措施法律属性的研究进路固然值得肯定，但也存在明显的缺陷，即无法在真正意义上穷尽惩戒措施的类型。具言之，在行政行为形式理论的指引下，惩戒措施能否妥当安置在行政行为体系之中取决于“行政行为库”的完备程度。但面对多样复杂的行政现实时，行政行为形式理论已“令人无法忍受地与现实严重脱节”^{〔25〕}。从实用主义出发，再去纠结失信联合惩戒措施到底属于何种行政行为似乎不具有太多现实意义，原因无外乎两点：其一，由于观察角度的差异，各种针对惩戒措施法律属性的理论论战陷入了自说自话的困境，甚至不是在同一个平面上展开对话讨论，难免出现“鸡同鸭讲”的情况。“行政处罚说”主要专注惩戒措施对行政相对人所产生的制裁效果，“行政强制说”重点关注生效法律文书所课予被执行人的义务，“事实行为说”侧重考察行政机关作出惩戒措施是否具有意思表示，“类型化说”则从不同角度进行观察定性，这就导致学界不能形成统一的见解与结论。尽管不同学者共享着行政行为形式理论的思考路径，但如果继续拘泥于行政行为类型化的研究范式，实际上无法对种类繁多的失信联合惩戒措施法律属性作出准确定位，也很难得出一个“放之四海而皆准”的定论。其二，依托型式化行政行为的既有各种学说难以对惩戒措施进行全景式描述。复杂的行政实践使得许多非正式的行为形式很难予以恰当的类型化。^{〔26〕}随着行政主体行使自由裁量权与适应现代社会行政管理需要的双轮驱动，产生了诸多未型式化行政行为。尤其是在惩戒措施适用范围日益泛化的背景下，量大面广的惩戒措施在现有行政行为理论体系中是无法完全被“正名”的，难免发生挂一漏万的情形。

为解决以上两方面问题，笔者将失信联合惩戒措施界定为一种复合行政行为，其不是单一的

〔21〕 参见胡建森：《行政诉讼法学》，法律出版社2019年版，第157页。

〔22〕 参见徐继敏：《明确黑名单性质功能避免泛化滥用》，载《法制日报》2019年12月11日，第5版。

〔23〕 参见禹竹蕊：《权利保障视野下的违法信息行政公告研究》，知识产权出版社2017年版，第67-68页。

〔24〕 参见沈毅龙：《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。

〔25〕 赵宏：《法治国下的目的性创设：德国行政行为理论与制度》，法律出版社2012年版，第452页。

〔26〕 参见朱新力、唐明良：《行政法基础理论改革的基本图谱：“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径》，法律出版社2013年版，第89页。

行政行为，而是多种行政行为组合的制度叠加。较之现有“百家争鸣”的理论而言，这种观点另辟蹊径，不再纠缠于惩戒措施多种类型之间的差异，而是基于当前惩戒措施已是一种行政行为的学理共识，^{〔27〕}采用“复合”这样一种标签式的前置描述，凸显惩戒措施法律属性的独特、复杂多样与不确定性，不失为一种理想的解决方案。之所以作出这样的界定是因为：（1）尝试以某一种单一行政行为来界定惩戒措施的性质不具有现实可行性。失信联合惩戒措施在规制行政相对人过程中自身属性浮现出多重面孔，很难从理论上予以精准定性，需要依据具体事实作出个案判断。无论作为裁量因素还是构成要件，其最终要么依附行政处罚等法律行为，要么表现为行政检查等事实行为。纷繁复杂的惩戒措施样态构成了对其定性的最大障碍。所以，在某种程度上可将其视为多种行政行为的集合叠加，是一种具有多种表现形式与多重法律效果的复合行政行为。如此，既固守了传统的行政行为形式理论，又避免了肢解目前尚未型式化的惩戒措施。（2）复合行政行为的定性具有较大的理论包容性，能够统合型式化行政行为与未型式化行政行为。随着行政法调整对象的发展变化，新的行政行为不断出现。既有的行政行为模式必然无法包容某些新型惩戒措施，姑且不论对这些新型惩戒措施予以类型化作业的可行性如何，若一定要将其“对号入座”，势必会扩大现有行政行为模式的内涵外延，以至于产生“削足适履”的不良后果。表1里面种类繁多的惩戒措施已说明其非单一类型的行政行为所能囊括，有学者也指出失信联合惩戒措施的类型有1000多种。^{〔28〕}因此，将其定性为复合行政行为是一种折中妥协的理论表达，既体现了从行政法学框架思考惩戒措施的定位问题，又为新型惩戒措施的开发创设留下了法律空间。

三、症结诊断：失信联合惩戒措施的合法性检讨

作为一种常态化的行政管理方式，失信联合惩戒措施会对公民合法权益产生重大影响，必须具备合法性。尽管其具有赖以存在的社会基础，但仅能说明惩戒措施的必要性与可行性，而不能成为证成其合法性的论据。下文将根据公法原理诊断失信联合惩戒措施的合法性。其中，检讨惩戒措施是否符合依法行政、职权法定两项原则的要求属于形式层面的审查，而检讨其是否违反禁止不当联结、比例原则、平等原则以及生存照顾义务将涉及对其否合理的实质判断。

从研究进路上讲，以失信联合惩戒措施的合法性为研究对象，存在着“群案”定量与“个案”定性两种范式。前者是对现有全部失信联合惩戒措施进行整体性样本分析，在既有法律体系之中寻找这些惩戒措施的合法性依据，从统计学意义上精确得出惩戒措施在多大程度（或比例）上合法或违法。后者则是通过在微观意义上随机选取某一规范、个别事例进行细致深入分析，以达到对惩戒措施合法或违法的总体认识。基于惩戒措施种类繁多的现实考量，本文采取了后一种研究进路，选取法律规范、实践事例作为个案研究素材。这种研究进路不是以偏概全，而是严格

〔27〕 国内主流学说认为行政行为是指行政主体为行使职权而作出的具有行政法意义的法律行为，是一个能涵盖事实行为和法律行为、抽象行为和具体行为，并适应行政法制建设需要的基础性范畴。从这个意义上讲，作为各类行政机关实施行政管理职权而存在的失信联合惩戒措施，应当归属于行政行为的范畴。（参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2019年版，第149页。）

〔28〕 参见王锡锌：《社会信用体系的概念地图及实践展开》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/NSMlwJoFOvm-iueQTEWJQQ>，最后访问时间：2021年1月17日。

秉持“合法”与“违法”的二元区分立场，在形式逻辑上将两者视为并列且对应的不同范畴，遵循“部分违法即违法”的判断思路。就惩戒措施的合法性问题，在合法与违法之外不存在第三种中间状态，“部分违法”“部分合法”因包含违法因素，当然不应归入合法范畴，而应归入违法范畴。

正如“良性违宪”也是违宪一样，就本质而言，部分违法根本上也是违法，同全部违法没有实质差别，两者均不符合法治国家的建设方向。只要认定实践个案中的某一项具体惩戒措施在形式上不存在合法性依据，或者在实质上不具有内容合理性，就能充分说明现实中至少部分惩戒措施是存在一定的违法性，亦即证伪了其在制度整体上具有合法性这一命题。反过来看，如果失信联合惩戒措施在制度整体上具有合法性，那么不会也不应该出现违法的惩戒措施，反例的存在即否定了整个制度的合法性。退一步讲，即便经过全样本实证数据的分析检验，证明违法的惩戒措施只占很小比例，但也不能以此为由否定这些违法惩戒措施的存在，更不能淡化它们对整体法秩序的严重破坏，甚至忽视它们对民主、法治、人权等宪法原则的抵牾。无论在实践中还是理论上，惩戒措施的部分违法现象更值得我们深思与警惕，如果不及时加以纠正，一旦全方位无漏洞地实施失信惩戒，失信联合惩戒权的运行完全可能会脱离法治的轨道。

（一）形式合法性检讨

1. 偏离依法行政原则的要求

失信联合惩戒措施作为一种复合行政行为，理应纳入依法行政的规制范围。而依法行政原则具有两大构成要素，其一为法律优先原则，其二为法律保留原则。^{〔29〕}

（1）法律优先原则的拷问

法律优先原则要求一切行政活动均应符合法律的要求，而不得违反现行的法律。^{〔30〕}其中的“法律”是指由全国人大及其常委会通过立法程序制定的法律。法律优先实质上强调的是法律效力高于其他法律规范，维护的是法律权威。据此原则，失信联合惩戒措施的实施依据不得与法律相抵触，惩戒措施的设定权不得与《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等上位法的规定相冲突。但若根据“行政三法”的框架检视实践中的惩戒措施，则不难发现一些违法之处。

其一，置于行政处罚的框架内，存在扩大处罚种类与形式的情况。例如，《社会团体登记管理条例》第29条规定社会团体在申请登记时弄虚作假的，由登记管理机关予以撤销登记，但《社会组织信用信息管理办法》第17条却规定撤销登记情形被列入严重违法失信名单两年后才可移出，该部门规章在撤销登记的基础上又增设了失信公示这一申诫罚，明显违背了《行政处罚法》关于部门规章的规定权限。其二，置于行政许可的框架内，存在改变许可要件的情况。例如，《郑州市城市管理领域信用信息管理暂行办法》第13条规定“对列为较重失信行为的单位和个人，三个月内不予办理郑州市城市管理领域的各项行政许可事项”，很显然，该办法在原有行政许可条件的基础上增加了3个月这一时间要件，违反了《行政许可法》第17条。其三，置于行政强制的框架内，存在超越设定权限的情况。例如，《门头沟区企业失信行为联合惩戒实施办

〔29〕 参见陈敏：《行政法总论》，新学林出版有限公司2016年版，第156页。

〔30〕 参见王贵松：《论行政法上的法律优位》，载《法学评论》2019年第1期。

法》规定“对有履行能力但拒不履行的严重失信主体实施限制出境”，而限制出境已具有限制公民人身自由的外观，根据《行政强制法》第10条之规定，此类措施应由法律设定，而不能由该办法设定。综上，鉴于当前惩戒措施多数由规范性文件设定，仅有少数为部门规章或地方性法规所创设，这就决定了失信联合惩戒措施很容易逸出“行政三法”设定权的分配框架，违反不抵触原则，难以通过法律优先原则的拷问。

（2）法律保留原则的拷问

从法理上讲，部分失信联合惩戒措施涉嫌构成对公民基本权利的限制，而此种限制可能会在一定程度上剥夺公民的基本权利。根据基本权利限制的法律保留，对于基本权利的限制必须由法律来规定，或者说公权力对基本权利的限制行为必须有法律的授权。^{〔31〕} 据此原则，在审查失信联合惩戒措施的合法性时，形式上要求其必须有法律上的根据，不能是规范性文件。凡是限制基本权利的失信联合惩戒措施必须由全国人大及其常委会通过法律作出明文规定，或者在法律授权的情况下才可由行政机关作出规定，如果法律未规定或未授权行政机关时，行政机关不得实施失信联合惩戒措施。回归到实定法层面，《立法法》第8条第5项规定了限制人身自由属于法律保留领域事项。根据举轻以明重之法理，高于人身自由的人格尊严自然也是法律保留。这就意味着，凡涉及减损人格尊严的惩戒措施，必须采用法律的形式，否则就涉嫌违反《立法法》第8条之规定。很显然，在既有法律尚未对惩戒措施予以明定以及全国层面尚未出台统一《社会信用法》的情况下，无论是中央各部门联合签订的备忘录，还是地方人大出台的社会信用条例，都无法为减损人格尊严的惩戒措施提供正当化的法律依据。因此，鉴于相关法律、行政法规的缺位，影响基本权利或减损人格尊严的失信联合惩戒措施很难经受住法律保留原则的拷问。

2. 对职权法定原则的松动

以上是从外部行政法视角考察失信联合惩戒措施的合法性，如果转换视角，将目光投向内部行政关系，可以看到，为了达成“一处失信、处处受限”的联合惩戒目标，行政机关之间开展了多种合作，具体包括签订行政协议、召开联席会议以及成立领导小组。这些行政组织结构虽然能大幅提高行政效率、加强部门之间互动合作以及有效完成联合惩戒的行政任务，但也极可能会背离法治的要求。从实质面上考察，由于其牵涉人财物等行政资源的重新分配以及既定行政权力的再次组合，不免违反职权法定原则的约束。例如，签订的行政协议会“授予”行政机关所不拥有的行政权力，临时召开的联席会议因不具有明确的组织法地位而缺乏法律保障实施机制，成立的领导小组也可能会“创设”某些非法定的工作机构而处于违法状态。

职权法定原则为行政机关的内部行政活动划定了边界，这些行政机关内部的协调组织作为失信联合惩戒权的运行载体，也理应服从该原则的基本要求，在各自职权范围内从事行政活动。根据职权法定原则，行政机关的行政权必须依法授予，任何法外的行政都不具有合法性。该原则包含三层含义：一是行政职权来源于法；二是行政职权受制于法；三是越权无效，并应承担法律责任。^{〔32〕} 作为行政依据的“法”是指“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国

〔31〕 法律保留原则为现代宪法普遍接受的原则，具体参见张翔：《基本权利的规范建构（增订本）》，法律出版社2017年版，第109页。

〔32〕 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，法律出版社2019年版，第143-147页。

务院部门规章和地方政府规章”三类五种的集合体,^[33]不包括行政规范性文件。这表明,行政组织的权限、机构设置、具体任务等是不能由行政机关通过的会议纪要、备忘录、通知等规范性文件加以设定或变更的。相应的,目前以规范性文件的形式宣布召开联席会议、成立领导小组的做法均可能有失妥当。如果只注重职能部门的协调沟通,过分重视失信联合惩戒措施的有效性,却忽视对内部行政行为的监督与约束,不仅会加剧行政组织的混乱,还会违反职权法定原则。

(二) 实质合法性检讨

行政法治的关键不是政府行为是否符合形式上的法律,而是政府行为是否符合法律的“正义性”。^[34]这就意味着,我们不仅需要关注惩戒措施设定与实施主体的形式合法性问题,更应该注重惩戒措施是否合理的实质正当性问题。为了贯彻实质法治国的意旨以及防止惩戒措施不当扩大、漫无边界,需要引入不当联结禁止原则检验可不可以采取这种惩戒措施,引入比例原则检验所采取的惩戒措施是否达到目的与手段之间最佳平衡,引入平等原则检验惩戒措施的后果是否造成差别待遇,引入生存照顾义务检验公用企业是否尽到公共服务的责任。

1. 违反不当联结禁止原则

不当联结禁止原则要求行政机关追求一定行政目的之同时,须认真考虑对相对人之侵害是否合理妥当。^[35]就失信联合惩戒措施的实施而言,它要求行政机关采取的惩戒措施与所欲实现的行政目标之间具有合理、正当的关联,不能根据不相关因素选择行政手段,即不能为了实现A目的而采取与之无关的B、C手段。倘若所采取的措施与追求的目的不具有事理上关联,惩戒措施即可能构成违法,且行政机关有滥用职权之嫌;反之,若具有事理上关联,则不为该原则所禁止。判断“事理上关联”时必须回头探寻法律对系争措施所设定之要件或规范意旨,若行政机关所联结之事项与系争法规规范意旨相同或类似,即属具有合理之关联。^[36]而合理关联本身也是一个不确定法律概念,需要在个案中依具体情形做出判断。表面上看,这种内在合理关联的判断,是根据社会常识作出认定,但本质上也掺杂了价值判断因素。

其中,较为稳定的判断标准是,行政机关所采取的惩戒措施是否符合特定行政管理领域法律规范的立法目的,如若惩戒措施与该领域立法目的之间没有正当关联性,则这一联结不具有正当性。例如,我们很难在“限制司机购房买车”与避免出租车司机拒载议价的服务管制目的之间找到合理关联,^[37]同样的,也很难在“限制担任金融行业公司的高管”与促进公民在婚姻登记领域诚信的目的之间发现合理关联^[38]。上述两个例子中的联结执法行为确能提高执法效率、降低行政成本以及完成行政任务,并从整体目的上考察也符合公共利益的要求,但根据普通公众的经验与直觉,很难认定这种联结具有本质上的因果联系,毕竟限制购房买车、限制担任高管的目的

[33] 参见方润、邢昕:《论权力清单与职权法定的内在逻辑》,载《广西政法管理干部学院学报》2016年第5期。

[34] 参见胡建森:《关于中国行政法上的合法性原则的探讨》,载《中国法学》1998年第1期。

[35] 参见赵义德:《析论不当联结禁止原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》(一),台湾三民书局1994年版,第223页。

[36] 参见周佳宥:《行政法基本原则》,台湾三民书局2016年版,第151页。

[37] 参见成希:《的哥信用差将致贷款入户难》,载《南方日报》2016年5月5日,第A06版。

[38] 《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》(发改财金〔2018〕342号)规定了婚姻登记领域严重失信当事人可能会受到限制招录(聘)为国家公职人员、限制登记为事业单位法定代表人等十四项惩戒措施。

可能是为了实行宏观调控、稳定金融市场，与治理出租车行业乱象、维护婚姻登记秩序的目的并不相同。此外，这种联结的内在合理性也缺乏令人信服的实证数据作为政策支持。简言之，如果根据失信主体在特定领域的行为，无法预测该主体在其他社会生活领域也会同样失信，那么此种联结就是不当的，是行政裁量权的滥用，更是一种“有罪推定”的思维定势。

就不当联结禁止原则与比例原则之间的关系而言，二者虽然都是从实质层面判断失信联合惩戒措施合法性的技术工具，且均着眼于目的与手段之间的关系，但这两个原则还是有着明显的区别，不能混为一谈。实际上，不当联结禁止原则与必要性原则、狭义比例原则是比较容易区分的，必要性原则关注损害最小，狭义比例原则是一种利益衡量（即是否合乎比例），不当联结禁止原则重点考察目的与手段之间应具有实质上的关联。问题在于，不当联结禁止原则与广义比例原则中的妥当性原则极为相似，确实容易混淆。如果将其置于“四阶论”比例原则^{〔39〕}的操作流程中加以定位，可以发现不当联结禁止原则在某种程度上与第二层次的妥当性原则发生了竞合：即从适用合法性审查工具的逻辑顺序来看，若判断目的与手段之间违背了妥当性原则，其自然也无法通过不当联结禁止原则的检验，更无需进入比例原则下个层面的判断；若通过检验的，一般情形下也会满足不当联结禁止原则的要求。但这并不意味着比例原则完全可以替代不当联结禁止原则，不当联结禁止原则没有独立存在的必要，否则的话，比例原则也就成为无所不包的“万能原则”了。换言之，不当联结禁止原则具有自身独特的功能，可以作为独立的行政法原则，其与妥当性原则之间存在细微差别。不当联结禁止原则要求目的与手段之间具有合理关联，是一种质的要求，而妥当性原则更多考虑手段能否实现目的，要求的是成比例的关系，是一种量的判断。前者的审查强度要高于后者，某些情形下的惩戒措施虽能通过妥当性原则的审查，但可能无法通过不当联结禁止原则的检验。

2. 不符合比例原则的要求

立足实质法治的立场，公权力的行使须受到比例原则的约束，失信联合惩戒措施自不例外。新近以来，比例原则已由传统上的三阶论发展为四阶论，因此，下文将依据目的正当性、妥当性、必要性以及狭义比例原则的审查顺序分析惩戒措施的实质合法性。

第一，失信联合惩戒措施的目的难谓正当。如果从立法目的条款考察，可以看到诸如“增强公众诚信意识”“营造诚实守信的社会环境”等目的具有充足的正当性。但若从体系角度考察这些法律规范，则不难发现信用信息已包含行政处罚信息、不履行生效法律文书的执行信息等违法信息，现有的公共信用立法已将失信与违法这两个概念混同。^{〔40〕}立法将一些与信用根本无关的信息纳入公共信用档案，意图实现一般性社会管控以及促进执法、推行政策的目的是不当的。^{〔41〕}因此，当前社会信用立法将违法内容注入“诚信”内涵之中的这种目的难谓正当，其实质上是通

〔39〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

〔40〕 就失信与违法两者之间的关系而言，学界一直颇有争议。有学者认为偏重于经济领域的信用观有失偏颇，违法行为与社会信用存在关联关系，社会信用可以被界定为信用主体履行法定或者约定义务的客观状态。（参见罗培新：《善治须用良法：社会信用立法论略》，载《法学》2016年第12期；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56-57页。）也有学者的观点与此相反，认为失信与违法是两个不同概念，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。（参见前引〔8〕，沈岷文。）

〔41〕 参见前引〔19〕，沈毅龙文。

过失信联合惩戒措施弥补既有法律约束的不足。

第二,失信联合惩戒措施基本达到妥当性。妥当性原则指所采取的措施必须能实现行政目的或至少有助于目的的达成,其以有效性为基本导向。从实施效果上观察,“一处失信、处处受限”的惩戒效果有助于达成建设诚信社会的目标。各类惩戒措施都能或多或少地促进社会信用体系建设,但是也存在部分与失信领域诚信建设无关联的惩戒措施。这些惩戒措施或许符合妥当性原则的要求,但因违反了不当联结禁止原则而不具有实质合法性。

第三,失信联合惩戒措施是否符合必要性仍值得商榷。必要性原则要求行政机关在有多种行政手段可供选择时,选择一种对失信主体基本权利侵害最小的措施。然而,各地所实施的失信联合惩戒措施未必损害最小。首先,如果还可以通过加强原有行政管理措施的执法力度来治理失信问题,就无须实施惩戒措施。其次,不同惩戒措施的规制力度相差较大,如增加检查频次的损害程度就远远小于限制行业准入,但实践中并未依循规制力度由弱到强的次序拾级而上,而是多种惩戒措施相辅而行。最后,不是所有的失信行为都需要多部门联合惩戒,如果单个部门的惩戒措施已能取得治理效果,就无需启动失信联合惩戒。

第四,失信联合惩戒措施是否符合狭义比例原则仍有待讨论。狭义比例原则要求惩戒措施应与失信主体的失信行为相当。但现有惩戒措施已不局限在失信主体的某一失信领域,而是浸入其社会生活的方方面面,甚至影响子女的公务员录用、^{〔42〕}限制失信主体的子女就读高中、^{〔43〕}限制家庭成员领取困难补助,^{〔44〕}这种要求子女等家庭成员承担连带责任的做法已明显具有连坐嫌疑,不仅违反了罪责自负的现代法治精神,突破了行政行为的相对性,还侵犯了子女的受教育权以及家庭成员的社会保障权。以例示之,熊某女儿高考达到某重点特殊院校的录取分数,却因熊某被列为失信被执行人导致女儿入学资格“政审不合格”而落榜。^{〔45〕}从深层次上讲,失信治理连带责任在法理上是存在瑕疵的,会增加失信惩戒制度异化为侵权工具的风险。^{〔46〕}基于此,惩戒措施对失信主体家庭成员的限制是否与所追求之目的成比例还有讨论的余地。

3. 不符合平等原则的要求

根据行政法上平等原则之要求,“相同的,相同对待;不同的,不同对待”^{〔47〕}。为保障人民法律地位上的实质平等,同领域的失信惩戒措施应适用同一标准,而不得有恣意的差别对待,否则即违反平等原则的要求。实践中,各地各部门的惩戒标准不尽相同,这就会导致因同一事由被列入惩戒对象的失信主体在不同地区遭受不同的惩戒措施。具体而言:一方面,不同省份针对同一领域的惩戒标准相差较大。以兵役义务领域为例,天津市相关规定相较于陕西省而言,在惩戒

〔42〕 参见胡斌:《怕影响儿子考公务员,“老赖”主动还款》,载《河南法制报》2018年7月19日,第20版。

〔43〕 参见陈有谋:《家长有失信记录,孩子禁报名》,载《华商报》2018年4月27日,第B2版。

〔44〕 《关于对拒服兵役新兵张欣处理的通报》中的惩戒措施包括“其本人和家庭成员不得纳入困难补助及保障性安居工程保障范围”。(参见《警示!新兵拒服兵役,被部队除名,地方再重罚!》,载 http://m.sohu.com/a/283868283_601257,最后访问时间:2021年1月17日。)

〔45〕 参见《岳阳一父亲被列失信被执行人,致其女儿考上重点院校却政审不合格而落榜》,载 <https://new.qq.com/omn/20200618/20200618A0REGA00.html>,最后访问时间:2020年6月28日。

〔46〕 参见李声高:《失信治理连带责任的法理质辩与规则适用》,载《法学杂志》2019年第2期。

〔47〕 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第40页。

对象方面排除了民兵这一主体，并且多了限制交通工具和限制电信服务这两种惩戒措施。^{〔48〕}另一方面，即使是在同一省份，各地的惩戒措施也不一致。以在江苏省内实施的城市管理领域惩戒为例，扬州市规定对自然人严重失信行为采取缓评相关职称、引导商业银行提高贷款利率等措施，宿迁市则规定对自然人严重失信行为采取不予办理机动车驾驶证教练员资格证、限制办理执业登记等措施。^{〔49〕}

各地差别化的惩戒措施既会增加跨地区协同推进联合惩戒的难度，又会降低失信惩戒措施的可接受性。在本质上，其是由地方分散立法的格局所传导决定的。那么，判定惩戒措施是否符合平等原则就转换成作出惩戒措施所依据的法规范是否符合平等原则之要求，即地方规定惩戒措施是否是在具有正当理由前提下的合理、适当之差别对待。答案是否定的。根据法律保留原则，设置何种惩戒措施须由法律统一规定，而不能由地方加以创设。当然，考虑到地区间差异以及地方自主性，各地在实施具体种类的惩戒措施时可以设置差异化的操作标准，但这是制度实际操作层面的问题。类似于刑罚中的盗窃罪，尽管全国范围内统一实施盗窃罪，但有关数额标准认定仍可由各省自主确定。同样的，各领域失信行为的认定标准也应采取全国统一标准，否则就会导致被甲地政府认定成失信行为的却在乙地无须惩戒，与平等原则有所违背。

4. 克减生存照顾义务的疑虑

随着民营化改革的推进，惩戒措施除由行政机关直接实施外，还交由公用事业企业主体加以执行，诸如铁路航空公司、供水供电企业。从法律定位上看，这些企业所提供的服务与应履行的职能都具有公共属性，其要承担许多行政法上的义务。^{〔50〕}公用事业企业承担着与行政主体相似的给付行政功能，这就决定了其应履行对公民的生存照顾义务，且须提供普遍公共服务以保障公民的生存权和发展权。从实定法上看，《行政许可法》第67条第1款对此做了明文要求。据此规定，航空公司取得了《公共航空运输企业经营许可证》，铁路公司取得了《铁路运输许可证》，所以它们均需承担提供普遍服务的责任，不能随意拒绝提供这些服务。但在实践中，失信主体被限制乘坐火车、民用航空器，被禁止驶入高速公路，甚至被断水断电、暂停通信服务的现象屡见不鲜。表面上看，尽管公用事业企业与接受公共服务的公民之间是民事法律关系，但本质上讲，这些惩戒措施无疑剥夺了公民在现代社会生活中的行为能力，在一定程度上造成对生存照顾义务的克减，进而面临着合法性质疑。从私法角度表达，公用企业的生存照顾义务其实就是合同法中的强制缔约义务，因此，克减生存照顾义务的合法性问题就被转化为公用企业能否解除强制缔约义务这一命题。

从法律的角度来看，强制缔约制度中受要约人的强制承诺义务实质上是一种法律上的作为义务，即对相对人的要约非有正当理由不得拒绝承诺。^{〔51〕}这就意味着公用企业基于其在市场经济

〔48〕 分别参见《关于对全省履行兵役义务领域失信主体实施联合惩戒的合作备忘录》（陕发改财金〔2018〕1185号）、《关于对全市履行兵役义务领域失信人员实施联合惩戒的实施方案》（警动〔2019〕36号）。

〔49〕 分别参见《扬州市城市管理领域失信联合惩戒实施意见》（扬城管〔2019〕44号）；《宿迁市市区城市管理领域失信联合惩戒办法（试行）》（宿信用办〔2016〕30号）。

〔50〕 参见高秦伟：《私人主体的行政法义务？》，载《中国法学》2011年第1期。

〔51〕 参见刁伟民：《航空旅客“黑名单”的法律分析》，载《法学杂志》2012年第7期。

条件下的优越性、垄断性和服务性特征，仅享有有限的缔约自由。以铁路运输为例，承运人（铁路公司）的承诺自由受到限制，无权自主地选择是否做出承诺。^{〔52〕}但这种强制缔约义务并不是绝对的，公用企业在具有正当理由的情况下可以拒绝与要约人签订合同。因此，问题的关键在于认定要约人的失信行为是否构成正当理由。若是，公用企业（受要约人）豁免强制缔约义务就是正当行使权利，惩戒措施即为合法；反之，即为违法，其还可能涉嫌侵犯消费者的合法权益。

四、完善路径：失信联合惩戒措施的合法性控制

基于形式和实质两个层面考察，可以发现失信联合惩戒措施存在合法性不足的问题，因而需对其设定和实施进行合法性控制，遏制政府运用惩戒措施的管制冲动。在设置失信联合惩戒措施的合法性控制机制时，应采用体系性反思的视角，正确评估其对我国既有行政管理法律制度所带来的冲击与变革，然后矫正与完善失范之处，使制度走向公权控制与私权保护的平衡，以促使失信联合惩戒权运作得更为合法、合理。

（一）对惩戒措施设定的立法控制

根据依法行政原则，失信联合惩戒措施应当由法律和授权行政法规加以设定，而不能通过地方性法规加以创设。然而，大量地方性法规在整个行政管理领域设定了失信惩戒这一新的行政处罚种类。^{〔53〕}这种地方先行立法的模式已严重破坏了《立法法》所采取的设定权分配方式，并极大削弱了全国人大及常委会的立法权威。惩戒措施的设定不是地方事务，而须由中央设立全国统一标准，如果完全交由地方决定，则不仅会带来违反平等原则的问题，更不利于解决跨行政区的联合惩戒问题。比如，实施失信联合惩戒措施地区的企业在未实施惩戒地区将会面临不公平竞争的问题。又如，究竟什么失信构成严重失信以及失信到何种程度应予以联合惩戒将会面临标准不一的问题。所以应及时通过制定法律的方式明确失信联合惩戒措施的设定权，这也是做到重大改革于法有据的必然要求。对此，有学者立足中央与地方之间立法权划分的视角，建议《行政处罚法》第8条第7项修改为“法律、法规规定的其他行政处罚”，给地方性法规留出创设处罚的空间，并提出《行政处罚法》应规定符合比例、动态适时调整等基本要求。^{〔54〕}但是，这一观点值得商榷。原因在于，社会信用体系建设具有一定的综合性，在《行政处罚法》中明确失信联合惩戒措施的设定权，虽能为地方立法中的惩戒措施提供法律根据，但并不能对信用信息的收集共享、失信行为的认定标准以及失信主体的权利救济等问题作出制度安排，尤其是无法规定守信激励措施。因此，保障失信联合惩戒措施的最佳路径是制定一部全国统一的《社会信用法》，对整个社会信用制度法律框架进行全面的顶层设计。尽管全国社会信用立法已被列入立法规划，

〔52〕 参见张长青、项埏：《铁路旅客黑名单制度的问题分析与破解》，载《北京交通大学学报》（社会科学版）2019年第4期。

〔53〕 参见李晴：《论地方性法规处罚种类创设权》，载《政治与法律》2019年第5期。

〔54〕 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。

《社会信用法（草案）》也正在征求各方意见，^{〔55〕}但受制于立法资源有限以及新冠疫情的影响，其立法进程难免受到减缓，预计短期之内难以出台。

《社会信用法》应采用框架立法的模式，准确界定信用、社会信用、失信行为、守信行为等基础概念或范畴，明确社会信用信息收集共享和联合奖惩的原则、组织、程序、救济等法律框架，赋予地方人大或政府因地制宜的设定权限，至于更为细致的规范内容可授权其他单行法律或行政法规予以补充。同时，还要通过立法过程中的专家论证、公众参与等程序提高地方立法的质量。此外，大量惩戒措施还须由中央部门、地方政府及其工作部门印发的规范性文件进行具体化，这就需要借助前置审查制度和备案审查制度纠正越权设定惩戒措施的规范性文件，从而维护国家法制的统一。一方面，通过建立规范性文件前置审查制度，由地方政府法制机构将失信惩戒规范性文件中与上位法相抵触的内容过滤掉，从而在源头上预防违法规范性文件的公布实施。另一方面，通过修改《监督法》第29、30条的规定将备案审查范围扩大至所有规范性文件，同时引入说明理由与适当性审查制度。进一步讲，各级人大常委会要在规范性文件的审议报告中就该规范性文件的合法性做出科学、详细的说明，使合法性审查结论作为审议报告的组成部分；并且，各级人大常委会在进行备案审查时，须对失信联合惩戒措施的种类、幅度进行适当性审查，并就未通过适当性审查的规范性文件，向制定部门提出审查意见。

为了实现从源头上控制惩戒措施的不当创设，可推广构建失信惩戒措施清单这种辅助性方案，对惩戒措施的种类与数量进行固定。根据国办发〔2020〕49号文件的要求，在中央层面，要制定全国失信惩戒措施基础清单，以确保惩戒措施的种类实现全国统一；在地方层面，可在地方性法规的授权范围内，制定适用于本地的失信惩戒措施补充清单，以应对地方纷繁复杂的管理实践。当然，无论是基础清单还是补充清单，都要听取不同主体的利益表达，吸收专家的意见建议，以最大限度地确保清单制定过程的民主性和科学性。同时，惩戒措施清单还应当建立一种动态化调整机制，保持必要的开放性与灵活性，如此方能因应信用管理的现实需要。

（二）对惩戒措施实施的程序控制

行政主体对失信主体实施联合惩戒，涉及对公民基本权利的限制与克减，需要严格遵循正当程序作出。这也是基本权利客观功能面向中程序保障的内在要求，^{〔56〕}如此方能确保惩戒措施的实质合法与可接受性。但是，惩戒措施是一种复合行政行为，其所包含的不同种类惩戒措施对行政相对人权益的减损程度差异较大，所以应建构层级化的正当程序，根据惩戒措施所影响公民基本权利的重要性程度设置阶梯式的程序规范。其中，针对严重影响行政相对人基本权利的惩戒措施应采取较高的行政程序要求，反之，则须适用相对简化的程序规定。

首先，行政主体收集、利用与共享信用信息应获得信用主体的事先授权。这是最低限度的程序要求，因为所有惩戒措施的作出均是以信用信息作为基础。行政主体在采集失信主体信息时，

〔55〕 目前全国社会信用立法位列第三类立法项目。〔参见《十三届全国人大常委会立法规划（共116件）》，载《中国人大》2018年第18期。〕国家发改委副主任连维良指出，国家层面的《社会信用法（草案）》正在征求各地方和相关部门意见。（参见《国家发改委：加快推动信用立法进程》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10401166，最后访问时间：2021年1月17日。）

〔56〕 参见张翔：《基本权利的双重性质》，载《法学研究》2005年第3期。

应明确告知其信用信息的使用范围、目的与方式,并取得信用主体的同意。即便是为了实现联合惩戒的目的,行政机关之间实施的通报、抄送违法信息等内部共享也需要取得信用主体的授权,遵循知情同意规则,因为信用信息共享可视为一种收集信用信息的方式。也就是说,信息的收集者和持有者未经信息权利人同意,不得实施信息共享行为;^[57]如果未经过信用主体授权而共享信用信息,就会使被共享行政主体依据信用信息作出惩戒措施的合法性受到质疑。

其次,行政主体作出惩戒措施前应履行充分的告知与说明理由义务。行政主体应当把作出惩戒措施所依据的规则、查明的事实、决定的理由以及有关证据材料以书面形式送达失信主体,同时还要在作出惩戒措施的法律文书中载明救济渠道、救济期限。当然,并非所有惩戒措施均需履行告知义务,对失信主体不产生权利义务影响的措施就无需告知,比如增加检查频次等措施。

再次,行政主体应当保障失信主体的陈述申辩以及听证权利。当然,听取陈述申辩和举办听证也仅限于对失信主体造成实际影响的惩戒措施。各地的社会信用立法有必要制定专门程序规则明确陈述申辩的方式、内容和时间,以及规定失信主体有权就涉及重要权利的惩戒措施申请听证。只有失信主体有效参与到失信联合惩戒措施的实施程序之中,才能保证失信主体的合法权益,提高惩戒措施实施的正当性与可接受性。

最后,行政主体所实施的惩戒措施应设定合理期限和评估机制。一方面,实施惩戒措施必须有相应的期限限制,如果对失信主体一直实施惩戒措施而不解除,就会挫伤其改正自身失信行为的积极性,无助于实现提升诚信意识、预防违法行为的监管目标。而是否对相对人予以惩戒则与其是否被列入联合惩戒黑名单相挂钩,因此这就要对黑名单实行动态管理,设计相应程序规则将失信主体及时移出黑名单,进而解除失信联合惩戒措施。另一方面,为了实现行政目标与惩戒措施之间的有效匹配,需要检视行政目标的实现效果并对惩戒措施的必要性、关联性进行及时评估。在惩戒措施设立时和实施后也需要再进行评估,以便进行动态调整,取消那些不具有实质合法性的惩戒措施。

(三) 对联合惩戒对象的权利救济

失信联合惩戒措施对失信主体的权益影响巨大,应建立行之有效的权利救济途径,着重可从以下两个方面展开:一是信用信息的行政救济,二是行政诉讼的司法救济。

其一,健全信用救济制度。在惩戒措施作出之前的信用信息收集利用阶段,若信用主体认为行政机关收集披露的信用信息有错误、遗漏或侵犯个人隐私的,可向有关部门提出异议,要求其更正相关信用信息。而在运用惩戒措施完成预期行政目标后,应允许失信主体按照一定条件、程序撤销自身的失信记录,行政机关应及时更新失信主体的信用状态,并依规定解除惩戒措施。这既是保障失信主体被遗忘权的必然举措,又是重建其社会信用的内在要求。对此,行政机关需根据失信行为的不同情形设定相应的信用修复条件,针对较为严重的失信行为可不予修复信用,但应对失信主体充分说明理由。当然,如果从实际效果上考察,仅仅从数据库中删除特定当事人的失信记录是不能够完全修复其名誉的,这是因为在“互联网+”时代,信用信息会迅速传播流动并被其他不特定的人所使用。在权利救济方面,若行政机关拒绝失信主体的信用修复申请,失信

[57] 参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

主体可以通过复议或诉讼进行救济。^{〔58〕}同时，为了防止行政机关在信用修复过程中滥用裁量权，还须明文规定行政机关处理信用修复的期限、方式，加强国家权力机关（如各级人大及其常委会、人民检察院等）和社会媒体对信用修复行为的监督。

其二，发挥行政诉讼功能。实践中许多受到失信联合惩戒的相对人救济无门，不符合司法最终救济的法治国家原则。就具有法律效果的惩戒措施而言，失信主体可像遭受传统行政行为侵害一样提起诉讼，^{〔59〕}法院应将其纳入司法审查范围，并撤销违法的惩戒措施。就不具有法律效果的惩戒措施而言，法院的制约作用就很难实现。比如，作为要件裁量、增加检查频次等惩戒措施。原因在于，这些惩戒措施因属于高度专业性领域而具有判断余地，法院出于对行政机关专业判断的尊重，很难对惩戒决定的作出过程进行实质性审查，否则就会导致司法权僭越行政权的边界，产生司法不当干预行政管理事务的后果，此时也就形成了决策黑箱。但是，针对明显不当的惩戒措施，法院还是要压缩行政机关的裁量空间，并再次审视行政机关的首次判断权。而对于错误信用评价结果所引发的失信联合惩戒措施，法院可基于“违法性继承”的考量对信用评价行为进行审查，因为前阶段的信用评价行为与后阶段的惩戒措施之间在整体上构成了多阶段行政行为。

五、结论：亟待纠偏的失信联合惩戒措施

失信联合惩戒措施是一把“双刃剑”。就行政机关而言，其能够补足原有管制手段的欠缺，提高行政效能，契合有效实现目标和效益最大化原则；^{〔60〕}就行政相对人而言，不当或过度使用失信联合惩戒将会误伤公民及法人的合法权益，瓦解行政法治的基本精神，引发法治大厦的坍塌。从国家治理视角来看，作为一套自上而下推动建构的国家治理策略和社会治理技术，尽管失信联合惩戒措施极大提升了行政效率并有效实现了多元行政任务，但对行政相对人的权利保护仍不容乐观。例如，因父亲失信而被取消录取资格、^{〔61〕}录取后不入学将限制志愿填报数量、^{〔62〕}因体罚学生而进信用黑名单、^{〔63〕}闯红灯将会记入个人信用、^{〔64〕}在公共场所不佩戴口罩属于失信行为、^{〔65〕}……诸多事例表明，失信联合惩戒措施已经全面铺开实施，深度介入社会生活的方方面面，并且出现了异化、脱法的现象。

必须看到，失信联合惩戒措施的合法性基础仍面临着不少质疑和诘问：就形式上的合法性要求而言，部分惩戒措施不具备法律形式，一些内部行政活动在一定程度上悖离了职权法定原则；

〔58〕 参见胡元聪、闫晴：《纳税信用修复制度的理论解析与优化路径》，载《现代法学》2018年第1期。

〔59〕 参见最高人民法院（2017）最高法执复50号执行决定书；最高人民法院（2016）最高法委赔监65号赔偿决定书。

〔60〕 沈岿：《论行政法上的效能原则》，载《清华法学》2019年第4期。

〔61〕 参见《儿子考上知名大学，差点因爸爸的这个行为无法被录取》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_2258456，最后访问时间：2021年1月17日。

〔62〕 参见杜晓：《河南规定考生被录取后不入学将受信用惩戒引关注》，载《法制日报》2018年8月6日，第5版。

〔63〕 参见《山东五莲县“教师体罚进信用黑名单”：官方撤销追加处理决定》，载 <http://society.huanqiu.com/article/2019-07/15210849.html?agt=959>，最后访问时间：2021年1月17日。

〔64〕 参见《南京市文明交通信用管理实施细则》第10条第1款第1项。

〔65〕 参见《关于在疫情防控新型冠状病毒疫情期间信用激励与惩戒的适用规定》（荣信建办〔2020〕1号）。

就实质上的合法性要求而言，部分惩戒措施违反了不当联结禁止原则、比例原则、平等原则以及克减了生存照顾义务。从制度建设角度来看，失信联合惩戒措施亟待纠偏，其设定与实施应在法治框架下运行，并要解决有效性与合法性之间的张力。为防范失信联合惩戒措施脱法的危险，加快社会信用立法势在必行。

Abstract: As a new type of compound administrative act, joint punishment of dishonesty measures are widely used in all areas of social governance, but there is a tension between their effectiveness and legitimacy, and they may limit citizens' basic rights such as personal dignity, privacy, equality, property rights, etc, so legality control is needed. Based on the review of the principle of public law, such as administration by law, legal functions and powers, prohibition of improper connection, proportionality principle, the principle of equality and survival care obligation, it can be found that there is a lack of legitimacy in joint punishment of dishonesty measures in both form and substance. In order to prevent the generalization and abuse of the joint punishment of dishonesty measures, and to ensure its institutional development that it conforms to the construction direction of the rule of law, it is necessary to put it on the track of rule of law from three aspects: legislative setting, implementation procedure, and rights relief.

Key Words: joint punishment of dishonesty measures, compound administrative act, principle of public law, legality control

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)