

【特别策划·信用责任与信义义务】

信用责任:正在生长中的第四大法律责任

刘俊海

(中国人民大学法学院 北京 100872)

摘要:为建设法治、诚信中国,应将信用责任(失信惩戒)纳入法律责任体系,使其作为与民事责任、行政责任与刑事责任比肩而立的第四类新型独立法律责任。信用责任具有人格信用减损性、行为能力剥夺性、三大责任补强性、失信预防前瞻性、惩戒手段综合性、惩戒措施联动性、失信行为警示性、诚信文化教育性与公众心理慰藉性。建议将信用责任区分为12类,并保持惩戒措施的开放性。“三高三低”是失信乱象的根源。“三升三降”是激励守信、遏制失信的良药。建议抓紧建立健全24小时全天候、360度全方位、跨地域、跨产业、跨市场、跨部门、信息共享、快捷高效、无缝对接、有机衔接、同频共振的失信惩戒体系。信用责任具有可诉性,要建立多元化争议解决机制。建议允许与鼓励信用修复。信用制裁要以有期为原则、以无期为例外。建议建立信用修复宣誓制度。建议制定《信用基本法》专章规定“信用责任”。信用责任应专属于法律规定的的事项。

关键词:信用责任;失信制裁;失信成本;可诉性;信用修复;信用立法

中图分类号:D913 文献标志码:A 文章编号:1009-8003(2019)06-0005-13

为建设法治、诚信中国,应将信用责任(失信惩戒)纳入法律责任体系,使其作为与民事责任、行政责任与刑事责任比肩而立的第四类新型独立法律责任。

一、确立信用责任作为第四大新兴法律责任的紧迫性与正当性

信用责任有广狭二义。广义的信用责任泛指失信者承担的所有法律责任类型,包括民事责任、行政责任与刑事责任。在这个意义上,任何法律责任都是对失信者的制裁。提高失信成本就要求用好用够法律工具箱中的所有备用责任类型。而狭义的信用责任限指法律主体因违反法定或者约定义务而承担的人格信用减损的不利法律后果。若无特指,本文中的信用责任为狭义概念。

第一,确立信用责任有助于推进我国法律责任体系科学化。笔者一直主张,市场有眼睛,法律有牙齿。但牙齿几何,值得讨论。我国传统法律采取民事责任、行政责任(包括针对公务人员的行政处分与针对行政相对人的行政处罚)和刑事责任的三分法。《民法总则》第187条重申三分法“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任”。从实体法角度看,传统三大法律责任旨在弘扬核心价值、保护民事权利、守望公共利益、维护公序良俗、制裁义务违反、预防权力(权利)滥用,捍卫法律尊严。正是由于法律责任的存在,法律才不仅被人们信仰,也被人们敬畏。为确保法律责任落地生根,并充分体现普罗大众追求的程序正义与结果正义的有机融合,《民事诉讼法》《行政诉讼法》与《刑事诉讼法》还专门呵护司法程序的正当性、合法性、民主性、公开性、公正性与公平性。虽然三分法是法学界传统共识,但随着诚信中国与法治中国建设步伐

收稿日期:2019-10-02

基金项目:本文系国家市场监管总局(原国家工商行政管理总局)2015年重点研究项目《企业信用监管相关问题研究》的核心研究成果。

作者简介:刘俊海(1969-)男,河北泊头人,法学博士,中国人民大学法学院教授,博士生导师,中国人民大学商法研究所所长,主要研究方向:公司法、证券法等商法经济法前沿问题。

的加快尤其是如火如荼的联合褒奖诚信、联合惩戒失信机制的全面运行,经过法理提纯的信用责任(失信惩戒)作为独立的第四大法律责任进入法律责任体系已经水到渠成。中共十八届三中全会强调,“加强社会诚信建设,健全公民和组织守法信用记录,完善守法诚信褒奖机制和违法失信行为惩戒机制”;“建立健全社会征信体系,褒扬诚信,惩戒失信”。2014年国务院印发的《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》明确提出,要“完善以奖惩制度为重点的社会信用体系运行机制”;“守信激励和失信惩戒机制直接作用于各个社会主体信用行为,是社会信用体系运行的核心机制”。法律责任制度的本质是违法定价制度。传统三大责任的规范与理论体系虽已相对成熟,但仍存在着失信收益高、失信成本低、失信收益高于失信成本;守信成本高、守信收益低、守信成本高于守信收益;维权成本高、维权收益低、维权成本高于维权收益的短板。这“三高三低”恰恰是我国市场中失信违约侵权欺诈乃至犯罪乱象的根源。无论是食品安全隐患,互联网金融市场中泛滥成灾的集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪,抑或权力寻租现象,都能从法律责任短板中找到病灶。而信用责任的导入有利于充实与强化传统三大法律责任制度,消除我国法律责任体系的短板与盲区。

第二,确立信用责任有助于优化法治化营商环境。崛起的强国既是经济强国、科技强国,也是文明强国、法治强国。法治强国是强国崛起的核心特征与必要前提。强国崛起不仅是经济成长、科技创新的历程,更是确立法治理念、建设法治国家的历程。保护产权、尊重人权、约束公权、呵护诚信文化、弘扬契约精神、司法公正廉洁、执法文明规范是法治强国的共同胎记。中共十八届四中全会指出,“社会主义市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用,必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度”。2019年2月25日召开的中央全面依法治国委员会第二次会议强调,“法治是最好的营商环境”。^①确立信用责任有助于推动科学精准立法、严格文明执法以及公正透明司法,推动市场主体精准角色定位,确保各方主体各行其道,各得其所,各尽其责,最终营造诚实信用、公平公正、多赢共享、包容普惠、风清气正的法治化、便利化、国际化的营商环境。没有信用责任,就没有稳定、透明、公平、可预期的营商环境。

第三,确立信用责任有利于建设诚信中国。诚信中国与法治中国相辅相成,互为表里,密不可分。我国当前市场存在道德滑坡、诚信失序的乱象,存在着“好人受气、坏人神气”、“劣币驱逐良币”的逆淘汰现象。中共十八大提出,要“加强政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信建设”。《中共中央、国务院关于加强和创新社会管理的意见》强调,要“建立健全社会诚信制度”。《中华人民共和国国民经济和社会发展的第十二个五年规划纲要》要求,“加快社会信用体系建设”。中共十九大报告重申,“推进诚信建设和志愿服务制度化,强化社会责任意识、规则意识、奉献意识”。不激浊,难以扬清。不惩恶,无以扬善。“诚信有价”与“诚信无价”看似反义词,实系同义词,都蕴含着诚信的双重含义:巨大的诚信价值与沉重的失信代价。从正面看,诚信是资本,是现代市场的通行证。诚信创造价值,诚信品牌会带来溢价。从反面看,失信者最终要付出沉重代价。“诚信有价”的正面含义需要构建联合褒奖诚信机制,“诚信有价”的反面含义需要构建联合惩戒失信机制。

第四,确立信用责任有利于增强诚信企业核心竞争力。信用责任制度有利于约束市场主体见贤思齐,提升自身信用水准,实现创新与诚信并举。木桶水容量取决于最短木板。诚信恰恰是我国当前企业界普遍存在的短板问题。诚信是企业最重要软实力。诚实守信是聪明企业增强核心竞争力、实现可持续发展的竞争方略和经营之道。诚信者无形资产价值更高,社会形象更好,交易成本更低,商业机会更多,市场份额更大,融资渠道更广。这种诚信溢价具有正当性、合法性和可操作性。而失信者的无形资产会贬值,商业机会将失之交臂,沽名钓誉如过眼云烟。有些商人荣辱观和价值观扭曲,利欲熏心,热衷于三十六计和厚黑学,漠视法律伦理。偶能图利一时,但行之不远。颇有讽刺意味的是,失信被执行人就因无法选乘飞机与高铁而“行之不远”。

^①新华社《习近平主持召开中央全面依法治国委员会第二次会议》(2019年2月25日) <http://cpc.people.com.cn/n1/2019/0225/c64094-30901456.html>.

第五 确立信用责任有助于降低交易成本,维护交易安全。民无信不立,商无信不兴,官无信则腐,国无信则衰。法乃公器。投资兴业与交易安全既相互区别,也密切相关,更辩证统一。倘若失信者无需付出代价,企业、银行、债权人、消费者等交易伙伴开展商事活动时都会战战兢兢,如履薄冰。因此,鼓励投资兴业与维护交易安全是现代商法制度的两大价值追求。制度设计既要关心投资者的利益诉求,也要关注债权人的心理感受,避免债务人的道德风险外溢。而确立信用责任有助于真实记录与回应每个企业的失信行为,提高交易透明度,提高失信成本,降低失信收益,提升诚信收益,降低违约概率,减少制度性交易成本。

第六 确立信用责任有助于促进公共治理现代化。传统国家治理强调政府在治理社会中的主导作用,但忽视了企业自治、行业自律及利益相关者协同共治。这是近年来食品安全问题以及债务人信用缺失问题愈演愈烈的根源之一。确立政务信用责任有助于促进协同监管,消除监管盲区,铸造监管合力,提高监管效能,建设服务型政府。确立商事信用责任倒逼企业慎独自律,见贤思齐。确立协会信用责任有利于激活行业自律功能,扩大社会监督平台,促进协同共治。要构建以商事主体自治为基础、行业自律为中心、行政监管为关键、协同共治为保障的崭新公共治理体系,预防治理体系与能力现代化的有名无实现象,信用责任的抓手就不能缺位。

第七 确立信用责任有利于全面建设小康社会。小康社会的核心特征是民富国强。中共十七大报告中提出“创造条件让更多群众拥有财产性收入”。中共十八届三中全会决定重申,“扩展投资和租赁服务等途径,优化公司投资者回报机制,保护投资者尤其是中小投资者合法权益,多渠道增加居民财产性收入”。“财产性收入”与劳动性收入(如劳动报酬)相对,泛指基于劳动之外的财产而产生的收入。不少投资者、劳动者或消费者与企业打交道时会面临企业的失信违约行为。确立信用责任有利于实现放心投资、幸福投资、放心消费与尊严劳动的中国梦,有助于鼓励草根阶层自由创业,鼓励万众无忧创新,构建投资者友好型社会、劳动者友好型社会与消费者友好型社会,增加人民财产性收入,并大幅提高人民的幸福感、获得感与安全感,预防不必要的受挫感、失落感、焦虑感。

第八 确立信用责任有利于推动新常态下的经济转型升级。资本是财富之母,劳动是财富之父,消费是财富之源。消费是市场经济活动的起点与归宿,是国民经济可持续稳定增长的重要引擎。生命的活力取决于微观细胞的活力。宏观经济的质量取决于企业细胞的质量。强化信用责任有助于倒逼企业理性自治、见贤思齐、归位尽责,自觉履行社会责任,提振消费信心,拉动消费内需,挖掘消费潜力,刺激投资需求,鼓励投资兴业,避免资本外流,激活市场活力,增强经济发展内生动力,形成消费驱动投资、投资助推消费的良性互动的经济增长新动力,促进经济高质量发展。

第九 确立信用责任有利于完善社会主义市场经济体制。我国市场经济体制虽已基本建立,但尚不完善,仍存在诸多不和谐因素。政府与企业、企业与企业、企业与社会之间的法律关系经常发生紊乱、错位,企业违约侵权违法犯罪等失信现象随处可见。商业欺诈、商业贿赂与商业垄断已成为危害市场经济健康发展的三大毒瘤。企业失信还会连带诱发政务失信行为,催生公务员滥权弃权牟私的权力寻租现象,甚至会污染商业生态环境,恶化政商关系,毒化社会风气。而确立信用责任有利于维护公平的交易秩序,维护公开公平公正的竞争秩序,预防和减少市场失灵现象,更好地发挥市场无形之手在优化资源配置中的决定性作用。

第十,确立信用责任有助于增强我国经济全球竞争力。中共十九大报告指出,要以“一带一路”建设为重点,坚持引进来和走出去并重。在全球化时代,资本已成候鸟。哪里有诚信文化,哪里就是投资乐土。国与国之间的实力竞争不仅是经济与科技实力的比拼,也是法律制度、营商环境尤其是诚信环境的竞争。要根除跨国公司与外商投资企业在华经营过程中的“双重标准”等失信现象,增强我国走出去企业的可信赖度,打造受人尊重的中国诚信企业品牌,必须建立健全信用责任体系。

因此,坚持问题导向,确立信用责任制度对完善我国法律责任体系,落实“四个全面”战略布局都具有重大现实意义与深远历史意义。

二、信用责任的核心特征在于减损失信者的人格信用

信用责任之所以能够成为第四类新兴法律责任,乃源于其具有法律责任的一般属性,包括但不限于

信用责任类型法定、主体要适格、程序要严谨、证据要充分、信息要透明、结果要可诉。缺乏这些基本属性的不利法律后果均无法成为具有合宪性、正当性与合法性的独立法律责任类型。而传统三大责任之所以成为主流法治国家确认的法律责任类型,就是因为经受了数百年法治生活的千锤百炼。但信用责任既具有法律责任共性,也有鲜明个性。

第一,信用责任具有人格信用减损性。孔子曰“人而无信,不知其可也”。信用责任的核心特征是贬损失信者的人格信用。无论是将失信者纳入信息共享的失信黑名单,还是褫夺失信者已经取得的荣誉或将来申请国家与社会荣誉称号的资格,抑或剥夺或者限制其开展民商事活动的权利能力与行为能力,都围绕贬损、否定、责难、谴责、批评失信者的人格信用而展开,因而具有强烈的人格羞辱性和社会报复性。只不过,人格羞辱存在正当性与合法性,且以失信行为为因。社会报复亦是公众与受害者对失信行为的适度理性回应、惩罚与回击。

第二,信用责任具有行为能力剥夺性。传统法律责任虽然也落实到责任人,但责任标的通常指向特定物之给付(如损害赔偿金、罚款和罚金)或特定行为(如恢复原状、继续履行、有期徒刑)之履行。而信用责任标的通常指向失信主体发展机会的剥夺。生存权与发展权是诚实守信的自然人和法人皆享有的权利。死刑是最严重的刑责。现代法治国家都在逐步废除或限制死刑适用。未被判处死刑的失信自然人虽享有生存权,但发展权严重受限。因为,信用责任不仅对失信者的人格信用作出减等或贬损评价,而且会剥夺失信者在法定期限内的权利能力和/或行为能力,剥夺其正常的发展机会。严重失信者的法人主体资格还会被依法吊销行政许可和营业执照,办理注销登记,最终被逐出市场。

第三,信用责任具有三大责任补强性。信用责任具有后置性、继发性、补强性的特点。这一特点决定了,信用责任往往是在失信者被追究民事责任、行政责任或刑事责任之时同步追究或者延后追究,不会也不应在民事责任、行政责任或刑事责任被追究之前先行启动。原因有二:首先,失信行为的法律性质与法律后果需先由国家与社会依据法定条件与程序进行法律(而非道德评价)评价,更符合理性法治社会的要求。仅基于道德评价而启动信用责任,违反了信用责任作为第四大法律责任的本质要求,也容易混淆法治与德治的界限。其次,失信者仅就个案被追究其他类型的法律责任以后,违法成本、失信成本往往偏低,需要附加信用责任,以提高法律责任的“药效”。重典治乱、猛药除疴是遏制失信行为的核心理念,体现了中外法治建设的一般规律。当然,也不排除失信者接受信用制裁后再次实施违法犯罪行为,进而再次接受其他法律责任的制裁,然后又跟进新一轮的信用制裁。虽然信用责任在时间脉络上与其他法律责任同步或者延后追究,很少前置其他法律责任,但延后性并不影响其独立性。

第四,信用责任具有失信预防前瞻性。信用责任的核心不是将已经发生的失信行为予以归零,而是遏制失信者在未来实施新的失信行为。民事赔偿、行政罚款、刑事罚金和没收等传统法律责任着眼于在具体个案中否定既有的失信行为,抹除已经实施的违法犯罪行为的后果,实现失信者与受害者之间的个案正义,具有评价个案事实的回顾性(历史性)。侵权责任法与消费者权益保护法中兼具惩罚性与赔偿性的惩罚性赔偿本质上仍系在具体个案中填平既有损失与奖励受害者维权。确切而言,惩罚性赔偿可称为“奖励性赔偿”。而信用制裁着眼于预防新的失信行为,具有展望未来的前瞻性(未来性)。例如,市场禁入与限制高消费活动等信用责任着眼于在法定期限内将失信者驱逐出局、赶出市场,或者给失信者贴上黑标签,帮助公众在交易生活中精准识别、提高警惕、谨慎缔约。可见,信用责任着眼于防范未来之恶,其他法律责任主要着眼于惩治过去之恶。

第五,信用责任具有惩戒手段综合性。传统三大责任各有其法定限定类型。《民法总则》第179条确认11类民事责任:停止侵害;排除妨碍;消除危险;返还财产;恢复原状;修理、重作、更换;继续履行;赔偿损失;支付违约金;消除影响、恢复名誉;赔礼道歉。《行政处罚法》第8条确认7类行政处罚:警告;罚款;没收违法所得、没收非法财物;责令停产停业;暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;行政拘留及法律法规规定的其他行政处罚。《刑法》第33条规定了管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑与死刑等五类主刑;第34条规定了罚金、剥夺政治权利、没收财产等3类附加刑。相比之下,信用责任的类型多元复杂、动态开放,包括拒绝行政许可或行政给付,加大监管力度,从严追究刑责,禁止获取国有资源,禁止申请荣誉奖励,禁止获得金融市场融资,禁止出境等诸多类型,横跨全国乃至全球各地,覆盖多个产

业,涉及资本市场、消费品市场与经理人市场等多个要素市场,涉及多个制裁部门和机构。因此,信用责任的外延要比传统三大责任更广,内涵也更丰富。

第六,信用责任具有惩戒措施联动性。由于信用责任类型多元复杂,失信者的触角延伸到多个社会角落,任何各部门都无法单打独斗地承担起失信制裁的重责大任。因此,有效的信用制裁必然要采取跨部门、跨地区的联合惩戒形式。根据国家发改委和央行于2014年12月16日印发的《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)任务分工》要求建立多部门、跨地区信用联合奖惩机制。通过信用信息交换共享,实现多部门、跨地区信用奖惩联动,使守信者处处受益、失信者寸步难行。加强失信主体约束和惩戒,建立多部门跨地区信用联合奖惩机制由发改委、央行牵头,各有关部门和省级政府负责。截至2019年7月底,各部门共签署51个联合奖惩备忘录。其中,联合惩戒备忘录43个,既包括联合激励又包括联合惩戒的备忘录3个。^①根据各领域联合奖惩备忘录规定,相关部门认定并向全国信用信息共享平台推送守失信联合惩戒对象名单信息。联合惩戒的前提是信息共享、无缝对接、有机衔接、同频共振。

第七,信用责任具有失信行为警示性(阻遏性)。信用责任虽加于失信者之身,但对其熟人圈或业内的同道人有杀鸡骇猴之效。因为,信用制裁具有“三升三降”的法律功能:一是提高失信成本,降低失信收益,确保失信成本高于失信收益;二是提高守信收益,降低守信成本,确保守信收益高于守信成本;三是提高维权收益,降低维权成本,确保维权收益高于维权成本,切实扭转守信受害者“为了追回一只鸡,必须杀掉一头牛”的尴尬。既然失信不划算,市场主体就会重新校准自己的核心价值观,转变见利忘义的行为模式,自觉避免未来的失信行为。因此,“三升三降”是激励守信、遏制失信的良药。信用责任制度的设计、解释与适用必须以阻遏效果之有无、强弱作为衡量标准。

第八,信用责任具有诚信文化教育性。趋利避害是人的天性。人人皆有代入感。人生舞台上没有看客。对熟人之外的不特定公众而言,信用责任也有制裁一人、教育一片的弘法布道功能,有助于培育全社会对法律的信仰与敬畏之心,激励每个人慎独自律,见贤思齐,择善而从。一个真实的失信制裁案例胜过一打普法文件。信用责任的仪式感,包括黑名单的公示、失信惩戒的联动以及信用的修复程序都以润物无声的方式,强化诚信文化与契约精神对人们的心理暗示。例如,霸座男孙某因在2018年8月21日从济南开往北京的列车上霸座被处罚款200元、纳入铁路“黑名单”,180天内不能购票、乘坐火车。^②这一失信制裁妇孺皆知,效果良好。

第九,信用责任具有公众心理慰藉性。善恶皆有因果。恶因必有报应。这是朴素的自然与法律逻辑。失信行为都会伤害他人。现实与潜在的受害者在目睹失信者遭受信用制裁之后,会感受公平正义的心理安慰,幸福感、获得感与安全感会理性提升,挫折感、失落感、绝望感会自动缓释。公众共同谴责、非难失信行为的过程既是心理安慰的过程,也是凝聚共识、释放正能量、弘扬主旋律、传递好声音的过程。

三、信用责任类型梳理与惩戒机制建立

(一) 现行信用责任分类的多元芜杂

我国的失信责任体系的建立具有浓厚的政府主导色彩。因此,失信责任散见于国务院规范性文件和国务院部门规章或规范性文件之中。例如,《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》(国办发〔2015〕51号)要求,“充分发挥行政、司法、金融、社会等领域的综合监管效能,在市场准入、行政审批、资质认定、享受财政补贴和税收优惠政策、企业法定代表人和负责人任职资格审查、政府采购、政府购买服务、银行信贷、招标投标、国有土地出让、企业上市、货物通关、税收征缴、社保缴费、外汇管理、劳动用工、价格制定、电子商务、产品质量、食品药品安全、消费品安全、知识产权、环境保护、治安管理、人口管理、出入境管理、授予荣誉称号等方面,建立跨部门联动响应和失信约束机

^①国家公共信用信息中心《7月份新增失信联合惩戒对象公示及公告情况说明》(2019年8月2日),http://www.gov.cn/fuwu/2019-08/02/content_5418091.htm。

^②李涛《铁路霸座乘客首次被拘留,不少网友为警方点赞》,载《北京青年报》2018年12月7日。

制,对违法失信主体依法予以限制或禁入”。《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)重申,“依法依规加强对失信行为的行政性约束和惩戒。对严重失信主体,各地区、各有关部门应将其列为重点监管对象,依法依规采取行政性约束和惩戒措施”。

为强化信用监管,推进诚信建设制度化,2015年9月14日国家发展改革委、工商总局、中央文明办等38部门联合印发的《失信企业协同监管和联合惩戒合作备忘录》(发改财金〔2015〕2045号,以下简称“备忘录”)明确了企业登记机关的失信制裁措施,也通过列举加兜底条款的方式规定了其他部门有权采取的18类失信惩戒措施。我国目前的失信制裁措施往往采取列举的方式,但列举的标准并不明确,不同文件列举的失信制裁措施在内容与表述上也存在相互迥异之处,亟待统一严谨的类型化。立足于我国当前的失信惩戒实践,建议立法者按照法律逻辑将失信惩戒措施类型化为12种:

1.行政许可类惩戒。提高设定行政许可的门槛,禁止或限制失信者的市场准入是首要失信惩戒措施。主要包括:从严审核行政许可审批项目,从严控制生产许可证发放,限制失信者取得安全生产许可证与海关认证企业资格,限制失信者从事药品食品等行业,限制失信者取得房地产和建筑企业资质,将失信者列为检验检疫失信企业,限制新增项目审批、核准,限制股票发行上市融资或发行债券,限制在全国股份转让系统挂牌、融资,限制合格投资者额度、限制股权激励、限制设立社会组织、限制发起设立或参股金融机构以及小额贷款公司、融资担保公司、创业投资公司、互联网融资平台等机构,限制从事互联网信息服务。此类惩戒的目的是剥夺或限制失信者从事特定行业、项目或商事活动的权利能力与行为能力,进而铲除其在法定期间内风险外溢的病灶。

2.国有资源类惩戒。政府资金要么源于全体国民的纳税,要么源于国有自然资源以及国有资本收益。此类惩戒措施在于剥夺或者限制失信者获取公共资源的支持。主要包括限制获取政府补贴或政策支持,限制参与政府投资项目或主要使用财政性资金项目,禁止受让收费公路权益,限制参与有关公共资源交易活动,限制参与基础设施和公用事业特许经营,限制参与政府采购活动,限制取得政府供应土地,限制国有资产交易,限制使用国有林地,限制使用草原以及利用其他国有自然资源。

3.公共利益类惩戒。公序良俗的核心是公共利益。工程建设人命关天。为预防失信者在不动产开发与建设工程施工中偷工减量、降低建筑工程的质量、危及公众安全,此类失信制裁限制失信者参与工程招标投标以及从事不动产开发与交易。

4.商事登记类惩戒。商事登记中的设立登记具有行政许可属性,其他登记(包括变更登记与注销登记)不具有行政许可属性,旨在增强登记信息的公示公信效力,保护善意第三人对登记信息的合理信赖。此类惩戒旨在通过把好商事登记的入口关与出口关,淘汰失信商事主体。例如,对严重失信企业实施市场禁入措施。行业审批部门在对监管领域内严重违法失信当事人实施行政处罚或撤销、吊销、注销、缴销其许可证后,商事登记部门依法要求或强制其退出市场。例如,互联网上网服务营业场所经营单位被吊销网络文化经营许可证的,应依法到登记部门办理变更登记或者注销登记;逾期未办理的,吊销营业执照。

5.任职资格类惩戒。此类惩戒不仅剥夺或减少失信者的就业机会,而且会降低失信者在同行中的声望。诸如,对严重失信企业的法定代表人、主要负责人和对失信行为负有直接责任的注册执业人员等实施市场和行业禁入措施。失信者不得在法定期间内担任任何公司法定代表人,已担任的责令所在企业办理变更登记;失信者申请成为企业董事、监事及高级管理人员的,商事登记部门不予备案。失信者不得担任国企高管、事业单位法定代表人、金融机构高管、社会组织负责人、招录(聘)为公务人员、入党、担任党代表人大代表和政协委员限制以及入伍服役。《备忘录》仅禁止失信者担任企业法定代表人、董事、监事和高级管理人员。建议按“重典治乱、猛药去疴”理念,同时禁止失信者担任董事会秘书、中层管理人员、顾问等具有经营权、管理权、控制权、监督权以及重大影响力的各类岗位。问题在于,即使失信者不担任上述岗位,仍可通过控制股东和实际控制人的地位操纵企业的经济力量、从事失信行为。

6.荣誉称号类惩戒。失信行为与荣誉称号不具有兼容性。失信者没有资格成为荣誉获得者。此类

制裁通过剥夺或限制失信者荣誉权的取得,倒逼当事人在失信前仔细掂量失信的成本收益。此类制裁包括剥夺文明单位、道德模范、慈善类奖项、评先评优资格等荣誉。不仅要褫夺严重失信企业及其法定代表人、负责人、高级管理人员和对失信行为负有直接责任的董事、股东等人员的荣誉称号,也要剥夺失信中介机构(如会计师事务所、律师事务所、资产评估机构)及其从业人员的荣誉称号。

7. 融资授信类惩戒。市场主体有申请融资的自由,但金融机构也有不授信的自由。失信者违约风险高,失信贷款者越多,银行的不良资产率越高,银行储户的风险越高。因此,银行业金融机构在融资授信时要从严审核失信企业(尤其是失信被执行人)及其法定代表人、主要负责人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员的授信申请。

8. 高消费类惩戒。此类制裁的核心在于限制失信者的高端消费能力,有助于预防失信者的资产浪费,提高债权人的受偿比例,铲除失信者为追求骄奢淫逸生活而见利忘义的野蛮冲动。此类制裁包括限制乘坐飞机以及列车软卧、G字头动车组列车全部座位、其他动车组列车一等以上座位,限制住宿星级以上宾馆饭店、国家一级以上酒店及其他高消费住宿场所,限制在夜总会、高尔夫球场等高消费场所消费,限制参加旅行社组织的团队出境旅游以及享受旅行社提供的与出境旅游相关的其他服务,限制失信者以其财产支付子女入学就读高收费私立学校,限制购买支付高额保费购买具有现金价值的保险产品,限制新建、扩建、高档装修房屋,购买非经营必需车辆。

9. 旅行出境自由类惩戒。公民依法享有旅行自由,包括境内游与出国游。此类制裁的着眼点在于限制失信者的出境自由,避免其滥用出境之机非法逃逸。

10. 靶向监管类惩戒。通则不痛,痛则不通。失信行为的存在意味着监管缺位。此类制裁的实质在于落实精准监管、靶向监管的理念,实现信用监管、高效监管、从严监管。将失信者及其法定代表人、主要负责人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员作为重点监管对象,加大日常监管力度,提高随机抽查的比例和频次,并可依法对其采取监管措施。

11. 刑事制裁类惩戒。对于构成犯罪的失信行为,必须依法追究刑事责任。司法机关对拒不执行生效判决、裁定以及其他妨碍执行构成犯罪的行为,要及时依法侦查、提起公诉和审判。

12. 公开揭露类惩戒。阳光是最好的防腐剂,灯泡是最有效的警察。失信法律事实与法律后果的公开本身就足以贬损失信者的人格信用、降低公众评价的美誉度、减少失信者发展机会。此类制裁通过传统媒体与新媒体向社会公布失信信息,让公众用脚投票、用钞票投票、用诉状投票,让失信者一处失信、处处受限,老鼠过街、人人喊打。

(二) 惩戒措施的开放性

信用责任固然要遵循类型法定原则,但惩戒措施的运用具有开放性。我国鼓励失信惩戒措施的推广应用。例如,中办、国办2016年9月25日印发的《关于加快推进失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》就鼓励各级党政机关、人民团体、社会组织、企事业单位使用失信被执行人名单信息,结合各自主管领域、业务范围、经营活动,实施对失信被执行人的信用监督、警示和惩戒。失信活动延伸到社会哪个神经末梢,失信制裁就要延伸到哪里。

但总体来看,主动采取失信惩戒的主体(包括机构和个人)还较为有限。例如,就酒店业而言,高消费类惩戒主体主要是星级以上宾馆饭店、国家一级以上酒店,但尚无星级认定的豪华招待所或度假村还存在惩戒盲区。又如,银行业金融机构在融资授信时一般从严审核失信被执行人授信申请,但民间借贷主体在放贷时往往只注重担保手段,不注重借款人失信记录。

千里之堤,溃于蚁穴。鉴于惩戒措施的有效性取决于守信者与监管者激浊扬清的社会共识与一致行动,建议各方市场主体积极运用失信信息,形成惩戒合力,早日消除各自为战的失信惩戒孤岛现象。政府与国有机构要惩戒失信,民营企业与社会服务组织也要弘扬主旋律,激活失信惩戒措施,不姑息养奸。

(三) 建议建立健全跨地域、跨产业、跨市场、跨部门的联合惩戒失信机制

市场会失灵,监管者不应失灵。遗憾的是,在实践中经常存在市场与监管者双重失灵的现象。目前,《备忘录》仅强调“跨部门”联动响应和失信约束机制是不够的。为教育市场主体慎独慎微,提升监

管公信,优化稳定、透明、公平与可预期的法治化营商环境,建议抓紧建立健全24小时全天候、360度全方位、跨地域、跨产业、跨市场、跨部门、信息共享、快捷高效、无缝对接、有机衔接、同频共振的失信惩戒体系。

24小时全天候强调失信惩戒在时间维度上的周密性。失信行为是全天候的,不分昼夜。因此,必须运用大数据、大分析与人工智能等现代技术手段确保失信惩戒的常态化,确保失信者在任何时点都处于失信惩戒的阳光之下。

360度全方位强调失信惩戒在空间维度上的严密性。无论失信者身在何地,也无论失信活动延伸到投资领域、贸易领域、劳动关系领域、环保领域、金融领域抑或社区领域,失信惩戒措施皆能启动。

跨地域失信惩戒机制符合我国发展统一大市场的要求,契合互联网时代经济一体化的特点,有利于破除“闻着臭、吃着香的”地方保护主义。失信者在甲地实施了失信行为,在乙地也要接受失信惩戒。

跨产业失信惩戒机制回应了商事登记制度改革后企业设立更便捷、企业混业经营与跨行业经营更自由的新情况。企业在某行业的失信行为往往是在其他产业故伎重演的前奏。因此,跨产业的失信惩戒机制有助于抓早抓小抓苗头,遏制失信行为在多产业蔓延。

跨市场失信惩戒机制有助于预防失信企业利用不同市场(如证券现货市场与证券期货市场)之间的监管漏洞,追求不当监管套利。尤其要警惕传统的线下失信行为(如传销、集资诈骗与非法吸收公众存款)披着互联网马甲,转移到线上来。线上线下的失信行为的共性大于个性。电子商务市场不是法外之地。网购、网游、P2P、互联网广告、大数据开发与使用等网络空间的失信行为都要纳入信用惩戒轨道。

信息共享、快捷高效、无缝对接、有机衔接、同频共振的基本要求是,全面深度整合市场监管部门、公安、民政、央行、税务、海关、法院等国家机关以及市场主体(包括行业协会与电商平台)的各类信用数据库,早日实现各类信用数据库之间的互联互通,实现政府部门之间、政府与市场之间、市场主体之间的失信惩戒信息公开透明、开放共享、实时更新、免费查询,确保政府有形之手与市场无形之手的失信惩戒措施精准高效、彼此协调、步调一致、兼容互动、互补互助,铸造合力。唯有如此,才能消除盲区,弥补漏洞,提升失信惩戒公信。

四、失信制裁的可诉性

(一) 各类信用责任追究皆有可诉性

信用责任是新类型的法律责任,对当事人的民商事权利(包括人格信用、荣誉权)、权利行为能力(市场退出措施)、个人职业发展(市场禁入措施)与企业商誉都会产生不利影响。为落实以人为本的法治理念、教育与制裁并重的问责理念、责任自负的自治理念、罚当其过的实体公平理念,以及捍卫当事人“喊疼”自由的程序正义理念,切实预防信用制裁被滥用,笔者认为信用责任追究具有可诉性,各类失信制裁都建立司法审查制度。只有如此,才能确保还守信者以清白,还失信者以明白。

(二) 现行信用责任规则存在可诉性缺失之憾

国务院规范性文件以及部门规章虽然隐隐约约地注意到了程序正义的重要性,但仅仅规定了当事人的异议权、错误信息的核实以及事先告知规则。即使提到行政复议与行政诉讼,也往往语焉不详。例如,2016年《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》强调,“要建立健全信用修复、异议申诉等机制,保护当事人合法权益”;“建立健全信用主体权益保护机制。建立健全信用信息异议、投诉制度”;“支持有关主体通过行政复议、行政诉讼等方式维护自身合法权益”。该文件虽提到行政复议与行政诉讼,但未提及民事诉讼与刑事诉讼。又如,2017年《国家发展改革委、人民银行关于加强和规范守信联合激励和失信联合惩戒对象名单管理工作的指导意见》指出,“认定部门(单位)依据认定标准生成失信联合惩戒对象的初步名单,可根据需要履行告知或公示程序。有异议的,由认定部门(单位)核实。自然人被认定为失信联合惩戒对象的,应实行事前告知”。但该文件对异议的受理与处理程序语焉不详,对当事人不服异议处理结果的司法救济与司法审查也没有作出规定。

(三) 建议建立信用制裁的诉讼与非诉讼多元化争议解决机制

无辜遭受失信制裁的守信者有权要求制裁者(包括行政机关,也包括银行与中国铁路总公司等企业)提供其赖以启动失信制裁的生效法律文书。倘若制裁者拒绝或怠于提供生效法律文书,守信者有权要求其暂停制裁措施,直至制裁者提供相应的生效法律文书。倘若制裁者提供了生效法律文书,守信者有权转而对生效法律文书提出申诉,启动审判监督程序或其他纠错程序。此乃治本之策。基于传统儒家文化中的无讼基因,立法者应允许与鼓励守信者通过协商、民间调解、行政调解和仲裁等多元化机制化解争议。

(四) 诉讼机制包括行政、民事与刑事诉讼

除了以守为攻的纠偏策略,法律应允许守信者采取以攻为守的维权策略,主动对导致自己被列入失信黑名单的当事人提起诉讼。

民事诉讼对应的被告是民事主体。守信者对于虚假错误失信信息的源头炮制者以及滥用失信制裁措施的制裁者中的民事主体(包括营利法人与非营利法人)均可提起民事诉讼,尤其是侵权诉讼。行政诉讼对应的是行政机关。倘若守信企业被无辜纳入黑名单后向行政机关提出异议申请,但行政机关置之不理,继续对其采取失信惩戒措施,则受害者有权向法院提起行政诉讼;遭受损害的受害者还可主张国家赔偿。为倒逼法治政府建设,赔偿范围既包括直接损失,也包括间接损失(可预期利益损失)。受害者在提起行政诉讼之前还可自主选择行政复议通道。刑事诉讼对应的被告是犯罪嫌疑人。刑事诉讼程序包括公诉与自诉。例如,根据《刑法》第246条规定的诽谤罪就属于告诉才处理的刑事自诉案件,守信者可请求法院追究恶意诽谤者的刑事责任。又如,守信者在民事、行政和刑事诉讼中因司法工作人员贪赃枉法而遭受无妄之灾的,有权向司法机关报案或控告。

传统三大法律责任分别对应着民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼等三大程序机制。当前尚无单独的失信诉讼程序。从立法论角度看,建议《信用基本法》增设独立的失信诉讼程序。从解释论角度看,在建立独立的失信诉讼程序之前,可将失信制裁争议分别纳入既有的三大诉讼程序轨道。

(五) 杜绝错误的失信制裁需要标本兼治

智者千虑,必有一失。制裁者无论是国家机关,营利法人还是非营利法人,都会有思维盲点。制裁者要以战战兢兢、如履薄冰之心,认真对待市场主体提出的每份异议申请,并应立即转告信息提供单位核实失信制裁文书的真实性、准确性、完整性与合法性。建议立法者从严规定信息提供单位核实并反馈的法定期限,原则上不超过三个工作日。为预防对异议者造成不可恢复的重大损失,失信惩戒措施在信息核实期间处于临时冻结状态。信息提供单位对核实有误的信息,要及时更正或撤销;已采取的错误惩戒措施损害异议者权益的,信息提供单位与相关制裁者应相互配合,积极采取有效措施,真诚赔礼道歉,及时恢复异议者的清白信誉,彻底消除不良社会影响,并主动赔偿实际损失。

源头治理最重要。法律应要求制裁者在启动信用制裁措施之前认真研读据以制裁的生效法律文书(包括判决书、调解书、公证法律文书、行政处罚决定书、行政强制决定书等)。制裁者必须确保每项制裁措施都经得住法律的检验、社会的检验、历史的检验,确保失信制裁的法律效果、政治效果、社会效果、道德效果与国际效果的有机统一。要杜绝任何莫须有的失信制裁措施,坚决反对失信制裁的扩大化与随意化。

五、允许与鼓励信用修复

(一) 信用修复制度有助于失信者改恶向善

除非确定法律责任的法律依据被确认无效或者被撤销,已经承担的法律责任的确定性,承担法律责任的记录亦不容修改。该原理也普适于信用责任。但是,贬损失信者人格信用的初心不是将失信者逼向破罐破摔、“穷巷狗咬人”的绝境,而是督促失信者反躬自省,面壁思过,改恶向善,择善而从。失信者要顺利回归市场、融入社会主流,必须积极修复信用瑕疵,主动改善信用状况。

允许与鼓励失信者依法自觉修复信用瑕疵,有助于帮助失信者自觉纠正错误价值观与行为模式,将失信负能量转变为守信正能量,增强法律制度与伦理体系的包容度,保持流水不腐、户枢不蠹的社会活

力,增进绝大多数市场主体的幸福感、获得感与安全感,提升全社会的诚信度以及社会诚信体系的免疫力。

因此,2016年《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)首倡建立健全信用修复机制。2019年《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》(国办发〔2019〕35号)重申,“探索建立信用修复机制”。信用修复既适用于自然人,也适用于法人。

(二) 信用制裁要以有期为原则、以无期为例外

我国有些政策法规设定了信用制裁的期限。例如,《全国五一劳动奖状、全国五一劳动奖章、全国工人先锋号评选管理工作暂行办法》第7条规定“发生安全生产事故、严重职业危害或群体性事件的企业和企业负责人自事发起三年内不得申报全国五一劳动奖状、全国五一劳动奖章”。这意味着当事人在事发三年后仍可申报。但也有些政策法规没有规定信用制裁期限。在期限规定不明时,若失信制裁被解释为终身制裁,将会导致失信者因看不到改过自新的机会而选择自暴自弃、报复社会,实施更多更严重的失信行为。

人非圣贤,孰能无过?除了对主观恶性极大的失信罪犯以及虽不构成犯罪、但拒不履行司法裁判或行政处罚决定、屡犯不改、造成重大损失的失信者可予以无限期失信制裁以外,信用制裁原则有期。信用制裁既是法律制裁,也是法治教育。对能够教育、挽救与转化的失信者,要尽量助其改过自新。法律是严父,也是慈母。对偶尔失信的孩子,既要打屁股,也要允许悔改,避免人生崩盘。立法者要慈悲为怀、服务为本,鼓励失信者改恶向善。失信者看到生命、生活与事业的希望以后,会主动爱惜自己的信用羽毛。只有如此,我们才能跨入人人争当守信者、人人皆为尧舜禹的新时代。

但修复信用的首要前提是失信者已以实际行动履行了法定或约定义务,或就其违反义务的行为承担了民事、行政或刑事责任。失信者倘若拒绝或怠于履行义务、承担责任,就永无资格修复信用。不允许拒绝履行生效判决确定的1亿元债务的失信被执行人仅凭其对慈善组织捐款百万元就允许其修复信用。更不允许失信者一边巧言令色地通过慈善捐款包装社会形象,一边变本加厉地继续实施违法犯罪行为。

建议立法者规定,已在法定或约定期限内及时有效地纠正失信行为(包括履行义务、承担责任),且在纠正之日起的特定惩戒期限内未实施新的失信行为的失信者可依法申请修复信用。在认定失信者是否已纠正失信行为的事实时,应由失信者承担举证责任。失信行为受害者明确具体的,要获得受害者确认。受害者不明确、不特定的,要获得刑事案件中公诉人(检察机关)、民事公益诉讼中原告(如省级以上消费者组织、检察机关等)的确认。失信者接受行政处罚的,要经过处罚机关的确认。

至于具体惩戒期限,立法者可以明确规定失信惩戒的期限幅度,包括最长期限(如20年)与最短期限(如3年)。由于有期信用制裁的起算以法律责任执行为前置程序,倘若前置程序没有履行,有期信用制裁自然也会转为无期制裁。例如,拒不履行司法裁判或行政处罚决定的失信者本来接受有期信用制裁,倘若及时履行义务或责任,且在定期限内没有实施新的失信行为,就可以完成信用修复。但若失信者拒绝履行法律文书确定的前置性民事或行政责任,则有期信用制裁也会无限延期。

(三) 建议建立信用修复宣誓制度

2019年《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》指出,“失信市场主体在规定期限内纠正失信行为、消除不良影响的,可通过作出信用承诺、完成信用整改、通过信用核查、接受专题培训、提交信用报告、参加公益慈善活动等方式开展信用修复”。信用修复必须同时满足两个前提条件:一是失信者已在法定或约定期限内及时有效地纠正失信行为;二是在纠正之日起的特定惩戒期限内未实施新的失信行为。以上两个前提条件缺一不可。只有在满足以上条件以后,失信者才有资格修复信用。信用修复要体现法律的仪式感。失信者应在信用中国网站公开作出信用修复宣誓,并在誓词中如实报告信用整改情况、失信行为反省、对公众致歉、独立第三方信用核查情况或年度信用报告、信用培训情况、参加公益慈善活动等相关信息。

(四) 建议建立信用修复的配套制度

信用修复程序的结束意味着信用制裁流程的结束,也意味着失信者信用生命的重新开始。已接受信用制裁的失信者要对社会胸怀感恩之心,坦诚认错,自我纠错,改过自新,担当道义,以实际行动珍惜与呵护自己的第二次信用生命。知错能改,善莫大焉。全社会也要与人为善,满腔热忱地为迷途知返的失信者提供温馨专业、快捷高效的信用修复服务。

要鼓励具备法定资质的第三方信用服务机构向失信者提供信用体检、失信纠正方案、失信心理疏导与教育、信用风险防范与化解、信用管理咨询等中介服务。2019年5月国家发改委印发《关于进一步完善“信用中国”网站及地方信用门户网站行政处罚信息信用修复机制的通知》后,国家公共信用信息中心发布了第一批可承担信用修复专题培训任务的13家信用服务机构名单和第一批可为信用修复申请人出具信用报告的62家信用服务机构名单。^①对信用服务机构要鼓励竞争、反对垄断。信用服务机构是社会公众的看门人,要对公众诚实守信、勤勉尽责,不能助纣为虐,沦为失信行为的信用背书者。

在纠正失信行为的过程中,律师事务所可为失信者提供法律服务。例如对身陷三角债的失信被执行人,律师事务所可善用代位权、撤销权的法律智慧让受害者的债权尽快从失信者的债务人获得及时足额清偿。对失信者无力偿还的高额债务,律师事务所也可申请执行法院组织失信者与申请执行人开展执行和解。经过理性博弈、双向妥协,既能让债权人早日获偿,也可让失信债务人早日从“老赖”黑名单中解脱出来。公证处也可对信用修复宣誓的真实性、准确性、完整性与合法性予以公证。

失信制裁者(包括发起者与实施者)要建立信息共享、快捷高效、协同联动、一网通办的失信制裁暂停与终止机制。对已依法完成信用修复的失信者,制裁者要及时停止公示其失信记录,终止实施联合惩戒措施。制裁者还应通过信用修复抽查、信用修复效果评估、行政指导、行政处罚等多种方式确保信用修复制度落地生根,并预防该制度滥用。

六、完善信用责任体系的立法建议

(一) 建议制定《信用基本法》专章规定“信用责任”

2003年3月31日,笔者参加吴仪副总理主持的“全国整顿和规范市场经济秩序专家座谈会”时曾明确提出完善信用立法是保护守信和护信行为、制裁失信行为、建立社会信用体系的当务之急。会后又在《人民日报》撰文,建议从我国国情出发,大胆借鉴国外先进经验,抓紧构建以《信用基本法》为龙头、由多部配套和相邻的法律、行政法规、部门规章和地方性法规组成的结构协调、功能合理、层次分明、动态开放的信用法律体系。完善信用立法应坚持以下原则:(1)政府推动社会参与相结合的原则。既强调行政权的适度干预,也鼓励企业和自律组织的自我监管。(2)政府、企业与个人三者信用同等重要、不可偏废的原则。(3)鼓励社会信用信息公开的原则。既要保护信用信息搜集机构的采集权和社会公众的知情权,也要尊重公民的隐私权与企业的商业秘密。(4)国家机关掌握的信用信息公开共享的原则。禁止部门和地方信用信息相互封锁。(5)守信获益、失信受损的原则。^②

我国尚缺乏系统性的信用法律体系。虽然行政法规、国务院规范性文件、部门规章和一地方法规围绕信用责任开启了破冰之旅,但这些规范本身普遍存在着倡导性较强、操作性偏弱、立法阶位有限以及文件之间相冲突的问题。笔者依然主张立法机关尽快制定我国社会信用体系的龙头法《信用基本法》,全面规定信用责任的类型、构成要件、司法审查、信用修复,明确信用责任与其他法律责任之间和而不同的互动关系。为彻底扭转失信责任追究失之于软弱虚的现象,我国整个法律体系都应重视信用责任制度。立法者凡是在规定或提及民事责任、行政责任、刑事责任时,都要一并规定或提及信用责任,切实提高信用责任追究的可诉性、可裁性与可执行性。

(二) 信用责任是专属于法律规定的事项

信用责任究竟是专属于法律规定的事项,还是法律与行政法规均可规定的事项,抑或部门规章、地

^①国家发改委《国家发展改革委举行7月份定时主题新闻发布会,介绍宏观经济运行情况并回应热点问题》http://www.ndrc.gov.cn/xwzx/xwfb/201907/t20190716_941706.html

^②刘俊海《完善信用立法,夯实诚信根基》,载《人民日报》2003年6月17日。

方性法规或者地方行政规章亦可规定的事项?这涉及到对《立法法》第8条与第9条的理解。

根据《立法法》第8条,犯罪和刑罚,对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚,民事基本制度,基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度等事项只能制定法律。鉴于信用责任内涵丰富、外延广阔,直接涉及当事人开展特定商事活动的行为能力的限制、市场准入资格的剥夺、人格信用和人格尊严的减损,为维护信用责任的统一性与权威性、确保信用责任的审慎精准适用、尊重与保护当事人的基本人权和自由(包括生存权、发展权、财产权、人身权与人格权),笔者主张信用责任制度由全国人大或其常委会制定的法律统一作出规定,而不宜由立法机关授权国务院或其部门作出规定。根据法无授权不可为、法定职责必须为、违法作为必问责的法治政府理念,政府自身无权创设行政责任,也无权创设信用责任。

(三)有关信用制裁的行政法规、规范性文件以及部门规章的法律资源富矿需要立法萃取

我国建立健全信用责任体系的过程也是“摸着石头过河”的过程。我国信用责任体系从无到有,从粗到细,从弱到强,从小到大的萌芽与发展历程既仰赖于国务院的顶层制度设计,也伴随着地方与部门的探索与努力。

国务院围绕信用责任的顶层设计制度既包括行政法规(如《征信业管理条例》、《企业信息公示暂行条例》),也包括规范性文件(如《国务院关于改进加强中央财政科研项目和资金管理的若干意见》(国发〔2014〕11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)、《中共中央办公厅 国务院办公厅关于进一步加强科研诚信建设的若干意见》(厅发〔2018〕23号)、《中共中央办公厅 国务院办公厅关于加快推进失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的意见》(中办发〔2016〕64号)、《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发〔2014〕20号)、《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》(国办发〔2015〕51号)、《国务院办公厅关于加强个人诚信体系建设的指导意见》(国办发〔2016〕98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),还包括规划纲要(如《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》)。

国务院部门围绕信用责任的制度设计也非常丰富多彩。除了部门单独发布的部门规章(如工信部《关于建立境内违法互联网站黑名单管理制度的通知》与海关总署《中华人民共和国海关企业信用管理暂行办法》),更多的是跨部门的规范性文件(如《国家发展改革委 人民银行 中央编办关于在行政管理事项中使用信用记录和信用报告的若干意见》(发改财金〔2013〕920号)以及《国家发展改革委、人民银行关于加强和规范守信联合激励和失信联合惩戒对象名单管理工作的指导意见》(发改财金〔2017〕1798号)。更活跃的是跨部门的备忘录,如国家发改委等41个部门(含中国铁路总公司)2018年联合签署了《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》。

虽然我国目前已经建立起来的信用责任规范体系的立法阶位不高,规范形式各有千秋,信用责任的法律效力不明,信用责任的可诉性不强,但瑕不掩瑜。这些规范文件是一座信用责任资源的法律富矿,建议立法者认真萃取其中的核心价值,理顺信用责任规范体系,明确信用责任实施体系。要实现信用责任体系灿然大备的终极立法目标,必须认真研究各地各部门有关信用责任的不同思路与做法,从中提炼出具有可复制、可推广、可立法化的成功经验。

(四)建议扩大失信企业的惩戒对象

很多规范性文件将失信企业背后的“企业法定代表人和负责人”也纳入失信制裁范围,值得肯定。遗憾的是,紧紧盯住法定代表人还不够。控制与指挥失信企业从事失信行为的当事人并不限于法定代表人(或分支机构负责人)。许多失信者会找傀儡或稻草人担任法定代表人,做替罪羊。在有些公司,总经理是法定代表人,董事长虽是失信行为决策者,却因不是法定代表人而免于失信制裁(包括市场准入和任职资格限制)。

要澄清法定代表人地位至高无上的误解。传统企业法律制度尤其是1988年《全民所有制工业企业法》中的法定代表人确有对外唯一法定代表权、对内最高决策权与日常管理权三位一体的集中治理权。

时过境迁。根据《公司法》,公司实行股东会、董事会、监事会、董事长与总经理分权制衡的公司治理结构。股东会负责宏观决策,董事会负责中观决策,总经理为代表的经理层负责微观决策。董事长负责召集和主持董事会会议,在会议上行使一票表决权,并负责监督董事会决议实施情况。总经理作为公司的高级雇员和代理人对公司日常经营负总责。

既然法定代表人不是一言九鼎的最高决策者,建议扩大失信制裁对象范围,包括但不限于董事长、总经理、董事、监事、高级管理人员、控制股东、实际控制人和隐名控制股东。

(五) 激活信用责任要成为监管者推行“放管服”三项改革措施的一条红线

《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发〔2014〕20号)就要求“强化对市场主体的信用监管”。2019年8月21日召开的国务院常务会议决定,从2019年12月1日起在全国自贸试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点,并加强公正监管、事中事后监管,寓管理于服务中。

笔者在接受新华社采访时指出“放管服”改革,目前简政放权成效最明显,我国市场主体已经进入亿户时代。“放”的答卷做好了,但是“管”和“服”方面还存在真空地带、形式主义等问题,是下一步工作的重中之重。“放”开之后,客观上会出现市场失灵的情况,如失信、违约、侵权等行为,容易挫伤企业的获得感。市场有时会失灵,但监管不能失灵,因此相关地方和部门要破除“一放了之”的观念,加大力度,补上事中事后监管的短板。^①“放”是“简政放权”、“下放审批权”的简称,旨在鼓励大众创业,万众创新。“管”是“事先、事中与事后监管”的简称,旨在维护公平的交易秩序与交易秩序。“服”是“服务”(扶持)的简称,旨在服务于广大消费者投资者权益保护、服务于中小微企业发展、服务于实体经济高质量发展。“放管服”三个字一个都不能少。简政放权催生的新设企业已然不少,倘若没有失信惩戒机制,就容易导致释放市场活力的措施跑偏。

为确保“放管服”三项改革措施全面落地、避免“只放不管、只放不服”的现象(如近年来互联网金融市场中泛滥成灾的集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪),建议立法者要求监管者在履行市场准入、行政指导、行政调解、行政监管、行政处罚、行政强制等法定职责的过程中,聚焦于精准靶向的信用监管,积极释放信用责任在擦亮市场之眼、强化法律之牙方面的正能量。不激活信用责任,“放管服”的金三角就会散架。

Subject: Credit Liability As the Fourth Growing Legal Liability

Author & unit: LIU Junhai (Law School , Renmin University of China , Beijing 100872 , China)

Abstract: To build credible China with rule of law , it is necessary to recognize the credit liability as the fourth growing legal liability , next to civil , administrative and criminal liabilities. The core feature of credit liability is to incapacitate the personal credibility of the dishonest individuals and corporations. While credit liability could be classified into twelve categories , it should be open to new types of sanctions in the future. All-round credit liabilities should be introduced based on 24/7. The imposition of credit sanction should be subject to judicial review. The defective credit could be repaired. As a general principle , the credit liability should be imposed for fixed-term , instead of lifetime. Oath ceremony should be introduced in case of credit reparation. Credit Basic Law should be made to design detailed rules on credit liability , which should be exclusively addressed by the legislature.

Key words: credit liability; dishonest sanction; dishonest cost; judicial review; credit reparation; credit legislation

[责任编辑:吴岩]

^①新华社《12月1日起全国自贸试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点》(2019年8月22日),http://www.gov.cn/zhengce/2019-08/21/content_5423210.htm.