

行政黑名单制度功能的重新定位

● 廖吕有*

【内容摘要】 行政黑名单制度具有失信惩戒和风险预防双重功能。而目前的行政黑名单制度以失信惩戒为主,导致失信惩戒功能对风险预防功能的挤压,行政黑名单制度与行政处罚、行政强制重叠,行政黑名单制度设计预期的落空,以及对信用主体权益的不当侵害。风险预防功能与失信惩戒功能在规制目的、规制地位、正当性依据等诸多方面存在本质差异。基于“信用”的风险工具属性、“放管服”改革与优化营商环境的要求,以及风险预防功能的独立性等理据,行政黑名单制度应当转向风险预防定位,并需在列入程序、跨领域参考、合比例衡量、修复标准等方面进行变革和完善。

【关键词】 行政黑名单制度 失信惩戒 风险预防 信用规制

《中华人民共和国社会信用体系建设法》已经发布征求意见稿,^[1]其正式颁布指日可待。届时,行政黑名单制度将发挥更重要的作用。现有研究认为,行政黑名单制度具有失信惩戒和风险预防的双重功能。^[2]失信惩戒功能是为了弥补行政处罚、行政强制惩戒的不足,而风险预防功能是为了预防信用主体再次违法。由于失信惩戒功能与风险预防功能并非同一事物,两者在诸多方面存在竞争关系,

* 作者单位:西南政法大学。本文受“国家资助博士后研究人员计划”(资助编号:GZB20230615)的资助。

[1] 国家发展改革委、人民银行牵头起草了《中华人民共和国社会信用体系建设法(向社会公开征求意见稿)》,于2022年11月14日至2022年12月14日向社会公开征求意见。参见《关于〈中华人民共和国社会信用体系建设法(向社会公开征求意见稿)〉公开征求意见情况的通告》,载国家发展改革委网站, https://www.ndrc.gov.cn/hdjl/yjqz/yjfk/xytxjsf/202212/t20221230_1344924.html?state=123, 2023年12月10日访问。

[2] 王瑞雪最早在《政府规制中的信用工具研究》一文中提出了信用工具具有惩戒、风险预防、整合多元规制工具和主体等功能。随后,她在《公法视野下的信用联合奖惩措施》一文中将信用联合奖惩机制的功能明确为加强惩戒、信息通报、风险预防三种。另一代表性学者陈国栋也认为信用惩戒具有惩戒和规避资源配置风险的双重功能,但后者是理解信用惩戒的核心视角。值得注意的是,由于学界并未统一行政黑名单制度的相关概念,以上学者所表述的信用工具、信用联合奖惩、信用惩戒等概念,其研究结论可以通用。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,第163-166页;王瑞雪:《公法视野下的信用联合奖惩措施》,载《行政法学研究》2020年第3期,第88-89页;陈国栋:《论违法行为的信用惩戒》,载《法学评论》2021年第6期,第43-46页。法律规范方面,从“重点监管对象”“从严审核”“及时公开披露相关信息,便于市场识别失信行为,防范信用风险”等规制措施与相关表述,也可以看出行政机关预防违法的用意。参见《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)。

运行逻辑存在冲突。因此,行政黑名单制度难以同时完全满足两个功能。当前的行政黑名单制度是以失信惩戒为中心构建的,不当地牺牲了风险预防功能。同时,其与行政处罚、行政强制功能重叠,浪费行政资源,也不当侵害了信用主体的权益。并且,失信惩戒定位下,行政黑名单制度也无法实现顶层设计者所期望的“以加强信用监管为着力点,创新监管理念、监管制度和监管方式,建立健全贯穿市场主体全生命周期,衔接事前、事中、事后全监管环节的新型监管机制,不断提升监管能力和水平,进一步规范市场秩序,优化营商环境,推动高质量发展”的目标。^[3]因此,本文试图论证行政黑名单制度的定位需要转向风险预防,以解决上述问题,实现良好的信用规制。

一、行政黑名单制度的双重功能

当前,行政黑名单制度的相关概念存在比较混乱的现象,现有研究使用“行政黑名单”“行政黑名单制度”“失信惩戒”等术语,实际上,它们所表达的意思并不一致。并且,有观点将行政黑名单制度与行政处罚、行政强制不当混同。因此,需要厘清相关概念和关系,以作为本研究的前提。在应用方式上,行政黑名单具有强化监管、联合监管、审慎裁量和权益限制四种情形,可以确定行政黑名单制度具有失信惩戒和风险预防两种功能。

(一)行政黑名单制度中相关概念澄清及其与行政处罚、行政强制的关系

虽然现有研究都在使用“行政黑名单”一词,但是在不同的语境下使用,其内涵不同。概言之,其可以分为狭义的“行政黑名单”和广义的“行政黑名单”。借鉴过程论的分析路径,行政黑名单包括列入、应用(公开及失信惩戒)、移出三个阶段。狭义的“行政黑名单”仅指列入阶段。在这个阶段,行政机关仅产生行政黑名单,但是却没有应用行政黑名单(即失信惩戒)。行政黑名单列入行为的结果就是形成了行政黑名单(即档案记录)。在应用阶段,行政机关将行政黑名单应用于规制活动,比如,行政黑名单公开、动态监管、资格禁止等。广义的“行政黑名单”是指涵盖列入、应用及修复全过程的整个行政黑名单制度。失信惩戒是行政黑名单的应用形式,即行政机关具体应用该档案记录的行为统称。它不是行政黑名单,而是行政黑名单的后续行为、独立的行政行为,是行政黑名单制度的一部分。需要特别说明的是,本文的研究对象是广义的“行政黑名单制度”,而非“行政黑名单”。

对于行政黑名单制度与行政处罚、行政强制之间的关系,本文的观点有三。

1. 行政黑名单制度是行政管理上的创新,并非一种新的行政行为。行政机关以信用理论为指导,以行政黑名单为载体,整合现有的规制主体和规制工具,通过信用信息的赋能,提高协同性以获得更好的规制效果。因此,行政处罚只是行政黑名单制度所整合的规制工具之一,行政黑名单制度不等于行政处罚。

2. 行政黑名单制度中的失信惩戒,与行政处罚存在部分重合关系,但并非同一事物。确实,某些行为限制、资格禁止类失信规制措施,^[4]性质上属于行政处罚,如“不得录用为公务员”^[5]。但是,更多

[3] 《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)。

[4] 当前,学术界和实务界一般将应用行政黑名单的规制措施称为“失信惩戒措施”“信用惩戒措施”“联合惩戒措施”等,这实际上是基于失信惩戒视角所命名的。本文认为行政黑名单制度应当转向风险预防定位。在风险预防定位下,“失信惩戒措施”的命名并不合理,因为此类规制措施是风险预防措施,并无惩戒目的,只是出于风险预防而具有负担性而已。因此,笔者认为将“失信惩戒措施”一词改为“失信规制措施”更为合适。

[5] 《中华人民共和国公务员法》第26条第4款。

的失信规制措施,如联合检查、定期约谈、不适用容缺受理程序、取消行政补贴等,应定性为行政检查、行政事实行为、行政给付等。当前,失信惩戒与行政处罚相混淆的关键在于,行政机关不当追求失信规制措施的负担性,以便客观上达到处罚的效果。这是对行政黑名单制度的不当适用,涉嫌权力滥用,正是本文所欲解决的问题之一。

3. 对于不履行义务的信用主体,行政黑名单制度确实有一定的强制履行效果,与行政强制存在交叉。但是,通过下文的论述可以看到,行政黑名单制度还有风险预防功能,以及一定的惩戒功能,这是与行政强制所不同的。并且,在功能地位上,风险预防应当是主要功能,体现了行政黑名单制度的特色,使之与行政处罚、行政强制具有明显的区别。

除了上述三点之外,行政黑名单制度与行政处罚、行政强制还有其他不同,笔者将在下文结合具体内容展开论述。

(二)行政黑名单的应用方式

行政黑名单是行政机关基于信用主体信用信息,对其信用水平所作出的权威评定。基于该信用评定,行政机关对信用主体进行违法(失信)风险预测,并与其他行政机关进行共享,作为联合执法的信息基础。信用信息能反应信用主体的信用水平,即信用主体履行法律规定的的能力与意愿。^[6]在此基础上,信用水平揭示并预测信用主体的违法风险。信用主体的信用水平与其违法风险呈负相关关系:若其信用水平较低,意味着其守法能力或意愿较低,则违法风险较高;反之,则守法能力或意愿较高,违法风险较低。此外,信用信息作为一种信息,其具有记录信用主体的守信行为与失信行为,并传播、共享这些记录的功能。根据信用信息的这几个功能,行政黑名单具有以下四种规制方式。

1. 基于违法风险的动态监管。由于信用信息可以揭示信用主体的违法风险,行政机关便可以根据该违法风险进行动态监管,帮助行政机节约监管资源。常规行政监管方式缺乏区分监管对象差异性的标识,平均分配监管资源,导致行政资源的不当浪费。列入行政黑名单的信用主体,较之社会上一般信用主体而言,其违法风险相对较高。根据信用主体的违法风险,行政机关可以对违法风险较高的信用主体提高检查频率并强化检查力度,例如,优先适用“双随机、一公开”,飞行检查等检查方式。而对于违法风险较低的信用主体则减少监管,以节约行政资源。由于行政检查是行政执法的基础和前提,对信用主体权益影响较小,因此可适用于所有被列入行政黑名单的信用主体。

2. 基于信息共享的联合监管。由于职权法定,单个行政机关的职权范围有限,必然存在监管漏洞,难以应对异地违法、反复违法的现象。通过共享行政黑名单,行政机关得以实现行政机关系统内部,以及行政机关与社会公众之间联合监管,将传统的“单打独斗”变更为“集团作战”。联合监管具有以下优点:避免信息重复采集,对信用主体实现“无死角”监管,吸引公众参与监管活动,等等。在大数据时代下,基于共享行政黑名单,行政机关得以整合不同行政机关之间的信用信息,进而充分挖掘数据潜在的价值,辅助其规制违法行为。信息整合在大数据时代至关重要。“大数据是指不用随机分析法这样的捷径,而采用所有数据的方法。”^[7]由此,大数据分析可以发现随机分析中所忽略的细节,从而使预测结果变得更为准确。以环保为例,传统上,环保机关仅根据本职权领域内的信用信息进行规制,无法充分挖掘数据的价值。但行政黑名单则把各个行政部门的信用信息联结起来,环保机关除了利用环保领域的信息之外,还能够利用税务、安监、劳动等各个部门的信息进行违法风险评估。随着

[6] 参见陈新年:《信用论》,经济科学出版社2017年版,第2页。

[7] [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第39页。

信用信息增多,行政机关的预测结果便越准确。该预测结果可以帮助行政机关制定监管策略,或是作出惩戒决定,由此提高行政决定的正确率和效益。联合监管虽然具有较大的创新性,但仍属于行政检查范畴,对信用主体权益影响较小,亦适用于所有行政黑名单情形。

3. 基于信用评价的审慎裁量。信用评价所揭示的违法风险除了用于检查之外,还可以作为依申请行政行为重要的裁量考虑因素,以提高行政决定的正确性,因为违法风险较高的信用主体存在较大的材料欺诈和滥用行政许可等权益的可能性。审查裁量体现在两个方面:在程序上,不适用“告知承诺制”、申请材料从严审查等,以防止申请过程中的欺诈;在实体上,将行政黑名单记录作为额外的裁量因素,以判断信用主体是否真正符合申请条件,以及信用主体在获得批准之后,是否会滥用其权益。例如,《云南省食品药品安全黑名单管理办法》第21条规定“在产品招投标、医保定点、驰名商标认定等过程中,食品药品监督管理部门除按规定为企业出具相关证明材料外,还应当根据企业信用情况提出审核意见,对严重失信企业建议相关部门取消其资格”。但是,在实际情形中,为遏制行政裁量权滥用,立法者从裁量范围、考虑因素、裁量基准、裁量程序等多方面进行限制。因此,对于程序方面的加强审核,由于不影响信用主体的实体权利,故可以适用于所有行政黑名单情形。但是,对于实体方面的裁量,行政机关只能在法定范围内裁量。若法律未将行政黑名单制度,或是信用主体的主观状态作为批准要件,根据形式合法性要求,行政机关不得将行政黑名单作为拒绝申请的理由。故在实体方面,基于信用评价的审慎裁量适用范围须视具体法律规范而定。

4. 基于信息共享,对信用主体权益的限制、剥夺。具有较高违法风险的信用主体的违法行为不会仅限于某一领域,还会蔓延至其他领域。行政机关需要从惩戒和预防两方面入手,防止信用主体新的违法行为。在违法制裁方面,会出现单个行政机关由于职权限制而导致制裁不足的问题。制裁不足则无法完全消灭信用主体的违法获利空间,仍存在违法风险。由此,预防方面则显得更为重要。行政机关通过公开行政黑名单,警告社会公众,使公众可以自我保护。同时,在某些涉及重大公共利益领域,行政机关直接限制、禁止信用主体的自由,以阻止可能的违法行为。例如,甘肃省行政黑名单规范规定,被列入安全生产黑名单的信用主体,“严格限制新建项目审批、核准、备案”,^[8]客观上阻止信用主体在新的生产项目中出现安全责任事故等严重后果。因为基于信息共享的权益限制、剥夺,在性质上属于行政处罚,故只有法律明确规定的情形下,行政机关才能予以适用,其适用范围相对较小。

(三)行政黑名单制度的失信惩戒功能与风险预防功能

观察行政黑名单的四种应用方式,动态监管、联合监管、审慎裁量及权益限制、剥夺具有风险预防的功能,可以及时发现违法行为,防止信用主体异地、反复违法。与此同时,这些规制措施会对信用主体造成不利影响,具有负担性,可以达到惩戒效果。因此,可以发现行政黑名单制度具有风险预防和失信惩戒的双重功能。

1. 失信惩戒功能。行政黑名单制度具有负担性,这种负担性会减损信用主体的权益、增加信用主体的负担。在效果上,其与行政处罚、行政强制等惩戒无异。不过,行政黑名单制度是在行政处罚、行政强制之外,“额外”减损信用主体的权益,增加其负担。例如,“限制行政补贴”可以在现有的行政处

[8] 《甘肃省安委会关于印发〈甘肃省安全生产“黑名单”管理制度〉的通知》(甘安委发〔2013〕2号)第7条第3款规定:对被列入“黑名单”的生产经营单位,在“黑名单”管理期限内,除依法对违法行为从重处罚外,并实施以下监管监察措施:由省安委会办公室向投资、国土资源、建设、银行、证券、保险、工会等主管(监管)部门通报,“黑名单”管理期限内严格限制新建项目审批、核准、备案以及用地、证券融资、贷款等,暂停其享受的相关优惠政策,不得评优评先。省直新闻媒体根据省安委会办公室提供的信息,及时反映相关限制措施的落实情况。

罚、行政强制之外,限制信用主体的财产权益。因为法律的滞后性、僵化性,修订法律的程序烦琐,侵害性行政的严格约束等诸多因素影响,行政处罚、行政强制等难以充分发挥其惩戒效果,违法获利空间难以被彻底消灭,导致威慑不足。失信惩戒通过“创新”,回避了上述问题。创新之一是“联合”,即不同地域、部门的行政机关联合利用手中的权力集中惩戒信用主体,解决个别行政机关制裁强度不足的问题。创新之二是利用负担性行政行为实现惩戒的效果。除了行政处罚和行政强制之外,许多其他行政行为也具有负担性。行政机关便利用它们的负担性实现对信用主体的实质性不利影响,达到惩戒的效果。比如,在行政补贴、行政合同方面的限制,其性质属于行政给付、民事行为,但是其事实后果与罚款无异,都导致信用主体的经济损失。

2. 风险预防功能。行政黑名单制度除了具有减损信用主体权益、增加其负担的效果之外,还有尽早发现违法行为、防止违法行为的效果。“若行政机关等到风险成为客观事实或者必然要发生之后再出面补救,社会不可避免要为此付出沉重的代价。”^[9]风险预防不是为了惩戒信用主体,不具有惩戒性,而是出于削减信用主体违法风险的目的。上述列举的四种规制方式中,动态监管的作用更加充分地配置监管资源,以更有效地发现潜在的违法行为,进而阻止违法行为;联合监管的作用在于弥补监管漏洞,以全面发现违法行为。行政监管的负担性并不强,其主要作用在于发现或威慑违法行为,因此,其应当被归类为风险预防措施,而非惩戒措施。审慎裁量的作用在于防止信用主体利用虚假材料欺骗行政机关,并且赋予行政机关一定的裁量权以阻止其认为具有较高违法风险的申请,避免信用主体事后滥用其权益。可以看出,审慎裁量的主要目的还是在于避免信用主体可能的违法行为。即使是基于信息共享的权益限制、剥夺,一方面,它具有惩戒效果;另一方面,它也具有风险预防的作用。例如,被列入安全生产黑名单的信用主体,会被限制新项目的审批。该限制除了惩戒的效果外,事实上也彻底消灭了信用主体在新生产项目中从事违法行为可能性。并且,该预防效果最为有效。在这个意义上,权益限制、剥夺类措施具有预防作用。

二、失信惩戒定位下行政黑名单制度的问题

目前,失信惩戒功能处于主导地位。在实践中,行政机关将行政黑名单制度作为一种惩戒工具适用。例如,刘某因拒服兵役被列入国防黑名单,被课予“金融部门3年内不得给予其信贷优惠政策和利率优惠政策”“安徽某大学2年内不得为其办理复学手续”等惩戒措施。^[10]这些惩戒措施并无风险预防的作用,仅为惩戒目的而实施。从行政黑名单制度的修复标准也可以得出其失信惩戒定位的结论。目前,修复标准为信用主体在惩戒期内积极整改并主动履行义务。^[11]积极整改和主动履行义务,对应的是行政强制,同时也是完成行政处罚所课予的义务,这说明行政黑名单制度很大程度上是配合行政处罚、行政强制而存在的。然而,失信惩戒定位下的行政黑名单制度存在诸多问题。

[9] 章剑生:《现代行政法总论》(第2版),法律出版社2019年版,第12页。

[10] 《关于2020年拒服兵役新兵刘帅的处理决定》,载安徽省合肥市蜀山区人民政府网, <https://www.hfss.gov.cn/gsgg/11105571.html>, 2023年12月10日访问。

[11] 例如,《陕西省发展和改革委员会关于印发〈陕西省公共信用修复管理暂行办法〉的通知》(陕发改财金[2019]1470号)第2条规定:“本办法所称公共信用修复是指本省各级公共信用信息共享平台和信用门户网站归集、公示的不良信用信息,在规定的披露期限内,失信主体主动履行法定义务,改正违法失信行为,提高守法诚信意识,经作出失信行为认定的公共信用信息提供单位或省市信用建设主管部门(以下简称“信用修复认定单位”)核定,不再披露和使用相关信用信息的过程。”

(一)失信惩戒功能定对风险预防功能的挤压

当前,行政黑名单制度双重功能之间存在一种和谐共处的假象:失信惩戒功能与风险预防功能可以并行不悖地得到良好实现,故也就无所谓以谁为主。然而,事实并非如此。风险预防功能与失信惩戒功能在规制目的、评价基准等诸多方面存在不同,在列入标准、惩戒措施的设定与适用、列入程序、信用修复标准等方面存在功能冲突。^[12]这些冲突大多难以调和。强行调和会使行政黑名单制度变得臃肿,严重影响规制效率。因此,处于主导地位失信惩戒功能会不可避免地挤压风险预防功能,严重限制其发挥,主要表现在以下几个方面。

1. 在失信规制措施的适用方面,行政机关不当地利用风险预防所具有的负担性,实现对信用主体的惩戒。例如,行政机关指导金融机构慎重向信用主体发放贷款,其规范目的应当是提高金融安全。但是,行政机关的真正目的是限制信用主体的融资能力,达到惩戒的效果。再如,行政机关以公共警告为名,无节制地公开行政黑名单,以实现信用主体声誉贬损之目的,却导致严重的信息超载、声誉异化问题。公众淹没在信息海洋之中,难以获取警戒信息。

在跨领域适用行政黑名单时,对“不当联结”的界定也较为片面。例如,信用主体若被列入婚姻登记黑名单,则会被课以“限制担任金融行业公司的高管”。^[13]有观点认为该措施违反不当联结禁止原则,因为“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,毕竟限制担任高管的目的可能是稳定金融市场,与维护婚姻登记秩序的目的并不相同”。^[14]从惩戒角度分析,金融行业与婚姻登记分属两个领域,缺乏直接联系。行政机关利用金融领域的职业限制迫使信用主体遵守婚姻登记领域法律规范,致使行政权力过度膨胀。但是,若从风险预防角度分析,在婚姻登记领域信用水平较低的信用主体,行政机关有合理理由怀疑其在金融领域也容易出现失信行为,尤其是金融领域的监管较为困难且违法后果较为严重。

2. 在行政黑名单列入程序方面,其以司法程序为模板,主要程序内容为告知、陈诉抗辩和说明理由。^[15]行政机关通过调查,以及与信用主体的质证,使事实呈现出来,以支持惩戒决定。这在失信惩戒中是可行的,因为失信惩戒的评价基准是过去发生的、确定的事实,故而是可以被发现、被确定的。但是在风险预防中则不再适用。风险预防的评价基准是信用主体的信用水平,具有抽象性。再者,风险预防具有不确定性。同时,信用主体的违法风险也会因其整改行为而变化。因此,行政程序中的证明机制难以应用。此外,信用主体拥有隐藏信息,行政机关需要获取相关信息才能更加精确地判断信用主体违法风险。但是,在对抗模式下,双方进行零和博弈,坦白对信用主体的激励十分有限。相反,若行政机关暂时摒弃惩戒,以合作的态度拥抱信用主体,换取信用主体的隐藏信息,共同解决违法隐患,是更为可取之策,但这要牺牲失信惩戒功能。因此,现有列入程序无法匹配风险预防功能。

3. 在信用修复标准方面,义务履行修复标准能够完成行政处罚、行政强制的目标和任务。但是,信用主体修复了过去的违法行为,便意味着未来也能够做到遵纪守法吗?答案显然是否定的。而提高信用主体的守法水平,是风险预防功能的目标,使其从“不敢违法”进步到“不愿违法”,整体性地提

[12] 笔者在下文详细论述两者之间的差别,此处暂不论述。

[13] 《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)。

[14] 聂帅钧:《失信联合惩戒措施的合法性检讨与控制》,载《财经法学》2021年第2期,第126-127页。

[15] 参见《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》(国办发[2020]49号)中的“(八)严格履行严重失信主体名单认定程序”。有些行政黑名单法律法规,如《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》(2021年7月30日国家市场监督管理总局令第44号公布)第13条第3款,直接规定其列入程序参照行政处罚程序。

高社会信用水平。因此,失信惩戒定位下的信用修复标准,无法满足风险预防功能的要求。

(二)行政黑名单制度与行政处罚、行政强制重叠

失信惩戒定位下,行政黑名单制度是作为行政处罚、行政强制的补充、强化机制,在功能上存在重叠的问题。失信惩戒与行政处罚、行政强制皆是“命令—控制”规制模式的产物,强调行政机关的单方性,并以强制力作为规制活动的兜底。失信惩戒的思路仍然是通过增加信用主体的违法成本以遏制违法活动,是行政处罚、行政强制的延续。即使是风险预防措施,也异化为追求对信用主体的惩戒效果。这导致失信惩戒定位的行政黑名单制度与行政处罚、行政强制缺乏实质性区别。

若行政黑名单制度定位是失信惩戒,则行政机关完全可以通过完善行政处罚和行政强制以实现该效果,没必要额外开辟新的路径,避免“叠床架屋”。例如,在实践中,行政机关发现行政黑名单公开具有良好的惩戒效果,故在修订《行政处罚法》时,新增“通报批评”处罚种类。即使是行政黑名单中较为特色的“联合”惩戒,传统行政处罚也有类似的机制。比如,《首次公开发行股票并上市管理办法》第18条第2款规定发行人不得在“最近36个月内违反工商、税收、土地、环保、海关以及其他法律、行政法规,受到行政处罚,且情节严重”。因此,失信惩戒定位下行政黑名单制度缺乏作为制度独立存在的必要性。

(三)行政黑名单制度设计预期的落空

从信用规制的政策文件看,顶层设计者是在“放管服”改革和优化营商环境改革大背景下推出信用规制的,希望将其作为规制改革的载体之一,解决“命令—控制”模式的弊病。这一点可以从信用规制政策文件中频繁提及的“简政放权”“放管服改革”“优化营商环境”等词汇中得到印证。^[16]行政黑名单制度在“放管服”改革和优化营商环境改革中扮演监管资源分配参照标准的角色,辅助行政机关实现精巧规制,预防违法行为的发生。^[17]然而,失信惩戒定位下的行政黑名单制度无法满足该设计预期。失信惩戒下的行政黑名单制度仍然遵循“命令—控制”模式,强调行政机关的高权行政,公民参与、分享治理的权利不足。“命令—控制”模式“并不重视建构一种国家与公众之间的开放协商机制……主要通过采取单方性、高权性、强制性、权益处分性的公共处理行为来实施法律和维护秩序”,^[18]与市场自由、灵活相悖。其结果是行政权力的进一步膨胀,而非“简政放权”,反而恶化营商环境。“命令—控制”模式已经被证明难以满足新形势下的社会、市场规制需求。失信惩戒延续“命令—控制”模式旧路,无法抵达“放管服”改革期望的终点。

同时,失信惩戒追求以增加信用主体违法成本的方式达到规制目的。行政机关希望通过控制行为后果,倒逼信用主体主动遵纪守法。这意味着行政机关将大量的执法资源花费在调查与惩戒之上,而非事前、事中的监管。缺乏足够的事前、事中监管,事后的惩戒只能起到“亡羊补牢”的效果。虽然失信惩戒定位下,行政黑名单制度依然有强化监管、联合监管等风险预防措施,但是这些风险预防措施被异化为惩戒措施,没有遵循风险预防原则等相关要求,其预防违法行为的作用大大削减。并且,在行政资源总量既定的前提下,行政机关基于惩戒的目的施加风险预防措施,导致部分信用主体被课

[16] 如《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“健全社会信用体系,加快构建以信用为核心的新型市场监管体制,有利于进一步推动简政放权和政府职能转变,营造公平诚信的市场环境”。《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于推进社会信用体系建设高质量发展促进形成新发展格局的意见〉》指出“完善的社会信用体系是供需有效衔接的重要保障,是资源优化配置的坚实基础,是良好营商环境的重要组成部分,对促进国民经济循环高效畅通、构建新发展格局具有重要意义”。

[17] 参见王伟:《信用监管的制度逻辑与运行机理——以国家治理现代化为视角》,载《科学社会主义》2021年第1期,第156页。

[18] 罗豪才、宋功德:《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第21页。

予过多的预防措施,占用过多行政资源,势必挤占其他信用主体的预防效果。如此,监管资源也未能得到合理分配,优化营商环境的作用也十分有限。

(四)对信用主体权益的不当侵害

失信惩戒定位下,行政机关基于惩戒目的,在课予信用主体行政处罚、行政强制之后,又额外课予失信规制措施,容易对信用主体惩戒过度。并且,由于失信规制措施的负担性特点,行政机关可以较为轻易地规避法律法规的严格限制,创设新的规制措施。由此,失信规制措施事实上呈现开放状态。由于失信规制措施的联合性特点,参与惩戒的行政机关较多,故被课予的惩戒措施总量也较多。两者结合之下,即使单个失信规制措施的强度较低,但是量变引起质变,总体上对信用主体施加了过量的惩戒。由此导致其违反比例原则,侵害信用主体权益。^[19]

在跨领域适用行政黑名单上,也出现违反不当联结禁止原则的现象。虽然在风险预防目的下适用失信规制措施时,不当联结禁止的判断更为宽松,但也不是毫无边际的。例如,上文提到的刘某因拒服兵役,而被列入黑名单,并被课处“行政审批部门3年内不得为其办理经商办企业手续”。从风险预防的角度分析,刘某拒服兵役,确实存在一定的品德问题,可能在商业活动中出现一些不诚信行为。但是,“3年内不得为其办理经商办企业手续”的限制范围太广,禁止了所有的商业审批手续。对于小微商业活动,如经营副食品店铺等,其社会危害性较小,且公众有充分的经验与能力保护自身权益,救济渠道也十分成熟,无特别预防的必要。因此,“3年内不得为其办理经商办企业手续”牵涉过广,存在不当联结,同时也违反了比例原则。

三、重新定位的基础:失信惩戒功能与风险预防功能的区别

现有研究并不严格区分行政黑名单的失信惩戒功能与风险预防功能,将它们统称为“失信惩戒”,主要原因在于更强调两种功能之间的“同”,而对二者之间的“异”有所忽视。事实上,两种功能之“异”大于“同”。

(一)失信惩戒功能与风险预防功能的相似性

失信惩戒功能和风险预防功能在“预防作用”与“负担性”两个方面存在相似性。

1. 失信惩戒功能与风险预防功能皆具有预防效果。风险预防功能自然可以预防违法行为。行政机关通过更加高效的动态监管、联合监管,以及主动的行为限制、资格禁止等方式实现对信用主体违法行为的遏制。失信惩戒功能也具有预防的效果,其是通过特别预防与一般预防实现的。借鉴刑法的相关理论,^[20]特别预防指对违法者本人的预防,其通过限制、消除信用主体的再违法条件,比如,剥夺信用主体的某些资格,使其一定期限内不能再从事某项活动,进而防止其再犯;惩戒可以对信用主体产生威慑效果,遏制其违法动机;以及伴随惩戒所带来的教育感化,使其认识到违法的错误性,不愿意再违法。一般预防可以分为消极的一般预防与积极的一般预防。前者指行政机关通过明确违法行为,并处罚违法行为,向社会公众表明违法必受处罚,从而产生威慑效果;后者则通过唤醒和激发公众的守法意识与对法律的信仰,使公众信赖法秩序的安全保障,从而预防违法。

2. 失信惩戒功能与风险预防功能皆具有负担性。以是否对信用主体有利为标准,行政行为可以

[19] 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,第168-169页。

[20] 有关一般预防与特别预防的详细理论介绍,请参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第674-682页。

分为授益性行政行为与负担性行政行为。失信惩戒功能是对信用主体权益的限制与剥夺,自然具有负担性。与此同时,风险预防同样会对信用主体的权益进行限制,具有负担性。风险规制的代价就是自由的限制,风险预防措施会限制个人的自由,如要求信用主体不得从事某种行为,或者增加从事某种行为的条件或资格,对人和物的自由限制会增加自由贸易的壁垒,进而破坏自由市场。

(二) 失信惩戒功能与风险预防功能的区别

失信惩戒功能与风险预防功能虽然具有一定的相似性,但是两者之间在以下几个方面存在巨大区别(二者区别的简要情况参见表1)。

1. 从本身性质而言,失信惩戒功能所具有的确切性与风险预防功能所具有的不确定性,构成两者最核心的区别,并由此衍生出其他具体区别。失信惩戒功能针对信用主体已经发生的违法行为,是过去面向性的,违法行为的内容、程度等也是确定的。而风险预防针对未实际出现的违法风险,是未来面向性的,具有不确定性,即违法行为是否真正出现、违法行为的时间、地点、后果等一系列要素都是无法确定的。因此,在失信惩戒中,违法行为与信用主体的过错之间须存在因果关系,而这种因果关系客观上也是可以被证明的。

但在风险预防中,由于风险只是一种可能性,无法确切证明某种风险一定会成为现实,或是百分之百安全,故无法适用因果关系,只能适用相关关系作为证明标准,从而不必执着于深层定律的探究,只需要掌握概率证据即可。这种证明关系的弱化,为有效率的风险规制实施提供了基础。

2. 从规制目的和规制地位看,失信惩戒的目的在于恢复被违法行为所破坏的社会关系,实现个案正义,而风险预防的目的在于防止信用主体作出新的严重的不法失信行为,以免给社会或个人造成重大损失。目的不同决定了两者规制地位不同。失信惩戒的规制目的与行政处罚一脉相承,因此,失信惩戒功能只能是行政处罚的补充,即只有在行政处罚不足的情况,才能有限地使用,以过罚相当为限。风险预防的规制目的与行政处罚不同,作用也不同。因此,风险预防功能独立于行政处罚,即使信用主体已经过罚相当,仍然可以施加风险预防措施。

3. 从规制对象和规制方式看,由于信用主体的违法行为对他人利益或公共利益造成侵害,故需要失信惩戒功能以修复社会关系和实现个案正义。因此,失信惩戒功能所规制的对象是违法行为,规制方式是对信用主体施加负担,与行政处罚的效果相似。作为对比,风险预防的规制对象是信用主体本身,而非其某个具体的违法行为,实现从“行为”到“主体”的转变。因为违法行为发生在过去,已经被失信惩戒功能所规制,不会再产生新的风险。但是,产生违法行为的信用主体本身,是一个风险源,会制造新的违法行为。在规制方式方面,由于风险的不确定性,规制风险的方式之一在于获取更多的信息,以减少不确定性。然而,不确定性只能在一定程度上被缩减,不可能完全消除。因此,风险预防的另一规制方式是防范特定风险而限制或禁止信用主体的行为自由。

4. 从正当性依据看,失信惩戒是对信用主体违法行为的反应,信用主体需要承担与其违法行为相适应的法律责任,恢复被违法行为所破坏的利益关系,并满足受害者的复仇愿望。因此,失信惩戒功能的正当性基础是报应正义。相反,风险预防功能限制信用主体行为自由的正当性依据在于国家的安全保障义务,以及由风险预防所带来的社会总福利增长。公民的基本权利课予国家积极的安全保障义务,“国家不但要自己避免作出侵害自由的行为,而且还要积极地保护自由免受来自第三方的侵害”。^[21]

[21] [德]迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第124页。

风险预防的精神是“安全胜过后悔”。重大安全责任事故、生产销售假药、盗猎盗采珍稀动植物等违法行为,其损害难以事后修补。因此,积极预防信用主体新的违法行为,是行政机关履行安全保障义务的应有之义。除了国家的安全保障义务之外,风险预防功能还有功利主义方面的依据。对于信用水平较低的信用主体,若放任其行为,一旦发生损害,将导致大量社会纠纷,社会成本高昂。并且,许多违法后果难以修复,且会伤害无辜第三人或公共利益。作为对比,风险预防可以在违法行为的早期,只需采取成本较低的预防措施,即可阻止违法行为的发生,或大大减少违法行为的危害后果,具有成本收益上的合理性。

5. 从规制双方的关系看,在失信惩戒中,行政机关与信用主体是对抗关系,双方进行零和博弈。但是在风险预防中,双方需要合作和协商。因为风险判断具有较强的主观性。行政机关可能会错误地认为信用主体具有某些风险,或过高估计信用主体的风险,从而过度课予其风险预防措施。此时,信用主体与行政机关需要采取合作的态势,重塑双方的信任,就信用主体存在的风险进行深入沟通,减少因误解或信息不对称而导致的过度规制。如此,既可以减轻行政机关的监管负担,也可以减少对信用主体的不当限制。除此之外,由于风险的社会性和复杂性,行政机关仅靠自身的力量难以有效规制风险,故还会与社会公众及其他行政主体联合,共同规制风险,实现合作治理。

6. 从监督角度看,失信惩戒功能主要对应的是传统的“命令—控制”模式,所针对的事实是确定的,因果关系也是明确的。因此,法律可以从实体和程序两方面对行政机关的裁量权作出比较严格的限制。然而,对于风险预防功能而言,风险具有未来面向性与不确定性,“立法者根本不可能在授权时预先确定防范措施的适用条件,甚至不能预先确定行政机关可能需要采取哪些防范措施”。^[22]故在实体方面,立法者只能规定较为原则性的要求,需要行政机关结合具体情况才能作出准确的判断。因此,行政机关拥有较大的裁量权。“风险规制活动法治化的可行方案是,通过制度建构,确保规制活动是开放的,能够充分探索已有知识并随时接纳新的关于风险的信息;同时是审慎的,能够对现有信息进行仔细权衡,慎重地进行政策选择。”^[23]换言之,立法者主要通过程序控制行政机关的风险预防权力,并在实体上做一定的指引。

7. 在预防的实现原理方面,失信惩戒功能的预防效果是衍生性、附带性的。失信惩戒功能首先要实现惩戒、报应正义。其预防效果只不过是信用主体因惩戒而遭受痛苦之后,会理性考虑违法行为的利弊,并在惩戒的教育效果中,意识到自己的错误,从而实现主观教化。这种因惩戒而衍生的预防效果存在以下三个问题。

(1) 预防成本较高。这种预防路径是通过个人控制实现的,行政机关必须通过严格的程序证明信用主体的过错,才可以施加规制措施。而严格的行政程序成本高昂,尤其是在某些行业、地域内存在大量违法时,行政机关无法负担相关成本,导致规制漏洞。

(2) 惩戒所衍生的预防是间接预防,经历“惩戒—教育—悔改”作用链条,预防效率较低。在这个链条中,若某一新行业领域或地域存在较大的执法漏洞,导致惩戒的概率较低,则“惩戒”环节出现问题,使违法行为具有经济合理性,便容易产生新的违法行为。或是,某些信用主体不思悔改,惩戒的预防效果也不会出现。现实中大量再犯的犯罪案例,便是证明。此外,即使信用主体已经悔改,但是因为某些客观原因,如能力不足、不知悉某些法律等,导致新的违法行为。对此情形,惩戒也无能为力。

[22] 金自宁:《风险中的行政法》,法律出版社2014年版,第31页。

[23] 赵鹏:《知识与合法性》,载沈岩主编:《风险规制与行政法新发展》,法律出版社2013年版,第72页。

(3) 惩戒所衍生的预防效果是被动和破碎的。只有信用主体违法之后,行政机关才能采取对策,这就导致行政机关只能被动地对信用主体的行为作出反应。即使信用主体有较高的违法风险,但未满足法律规定的要件时,行政机关难以采取有效的规制措施,只能在违法行为发生之后“亡羊补牢”,预防其后续的违法行为,实难谓合格的“预防”。再者,行政机关所采取的预防措施,只是针对信用主体本身而已,且仅限于违法行为本身,以及具有密切联结的少数其他行为,对信用主体的其他行为和其他主体,则只有威慑效果。因此,难以构建全面、系统的预防体系,该预防效果是“破碎的”。

作为对比,风险预防功能采取直接、连续且全方位的风险规制。风险预防功能的目的就是规制风险,它的直接性、连续性和全方位性决定了规制效率更高,规制成本更低,规制效果更好。首先,风险预防是“直接的”。只要信用主体存在异常的风险,根据风险预防原则,行政机关就可以直接采取风险预防措施,可采取的规制措施从联合监管、约谈至停产停业、行为限制不等,避免了不必要的等待,为规制风险争取了宝贵的时间。其次,风险预防是“连续的”。不同于惩戒的“一次性”,风险预防措施是动态实施的,会根据信用主体的整改情况、自我规制能力的建设而不断调整规制措施,保证规制措施与风险水平相适应。直到信用主体恢复至正常信用水平,风险预防措施才会取消。最后,风险预防是“全方位的”。风险预防的主动性决定了风险预防的全方位性。行政机关可以根据风险提示,对信用主体的所有行为进行风险预防,甚至有针对性地对行业整体去风险化。行政黑名单制度由行为监管转向主体监管,跳出了“行为—措施”的对应关系,去主动发现潜在的违法行为,实现“打早打小”的目的。当某一行业领域内大量出现类似的违法行为时,行政机关可以针对该问题进行行业整顿,实现行业性去风险化。

8. 在规制结束标准方面,失信惩戒功能的目的在于修复社会关系,故当前的行政黑名单制度主要采用义务履行标准作为修复标准,即信用主体需要履行相应的义务,以满足修复社会关系的要求。然而,修复社会关系只是解决了违法行为已经造成的问题或者损失,并不能保证信用主体未来遵纪守法。事实上,正因为行政处罚无法解决反复违法,异时、异地违法等问题,行政机关才探索行政黑名单制度。在风险预防视角下,只有信用主体不再具有特别的违法风险,才符合信用修复的标准。换言之,只要信用主体仍然存在异常的违法风险,行政黑名单管理就不能停止,无论其是否已经履行义务。因此,基于风险预防功能,行政黑名单制度的修复标准应当是信用主体的违法风险大大降低。

表1 行政黑名单制度双重功能区别对照表

功能	目的	方式	时间维度	规制对象	规制地位	确定性及证明标准	正当性依据	规制双方关系	裁量限制	预防实现原理	信用修复标准
失信惩戒功能	恢复原状	施加痛苦	过去面向	行为	行政处罚、行政强制的补充	确定/因果关系	报应正义	对抗	实体和程序两方面的严格限制	个人责任下附带效果	履行义务
风险预防功能	防止严重违法失信行为	增加信息或限制自由	未来面向	主体	具有独立性	不确定/相关关系	安全需求及总福利增长	合作协商	主要进行程序限制	直接且连续的控制	风险削减

四、行政黑名单制度的风险预防定位理据及其内容变革

行政黑名单制度的风险预防功能与失信惩戒功能存在诸多差异,两者难以调和。在失信惩戒定位下,行政黑名单制度存在较多问题,其解决方式应当是将行政黑名单制度转向风险预防定位,进而变革不匹配的内容,从根本上解决行政黑名单制度的合比例性问题、不当联结问题和权益保障问题。

(一)以风险预防作为行政黑名单制度主要功能的理据

较之失信惩戒功能,风险预防功能更加适合作为行政黑名单制度的主要功能,这主要是基于以下考虑:其一,信用的风险预防工具属性;其二,当前国家推行的“放管服”改革与优化营商环境建设;其三,风险预防功能的独立性。

1.“信用”作为风险预防工具的属性。“信用”最初是经济学概念,指“授信人对受信人所做承诺或双方约定的信任”。^[24]信用是与赊销相伴而生的,因为赊销“意味着商品的让渡和价值实现发生时间上的分离。这样,买卖双方除了商品交换关系之外,又形成了一种债权债务关系,即信用关系”。^[25]商品与货币,或是贷款与偿付,在时间上发生分离,产生了风险。为了避免损失,卖方(贷款方)需要评估买方(借贷方)以承诺履约的可能性,信用可以揭示履约风险的高低。为了尽可能准确地评估信用主体的信用水平,征信业务应运而生,“运用专业知识,通过收集掌握的公开信息和调查掌握的隐蔽信息,对某个民事主体履行债务的能力作出客观公正的评价”。^[26]

信用规制所欲建设的是社会信用,虽然与经济信用存在一定的区别,但是本质是一致的:皆是在时空分离的前提下,能够依照承诺履行义务,预防潜在的风险。信用规制是针对违法风险所构建的规制工具,其主要功能应当是预防违法风险。行政黑名单制度的失信惩戒功能只能解决过去面向的、确定的违法问题,与信用规制的创设目的相悖。并且,失信惩戒功能所附带的预防效果,存在的高成本、间接性、破碎性、被动性等问题也严重制约了违法预防功能的实现。因此,只有将风险预防作为行政黑名单制度的主要功能,才能充分实现信用规制的预期目的。

2.“放管服”改革和优化营商环境背景下信用规制的应然要求。行政黑名单制度是在“放管服”改革和优化营商环境背景下推出的。无论是“放管服”改革,还是优化营商环境,核心之一是强调市场在资源配置中的决定性作用,政府减少不必要的规制。与市场自由相对应的,是规制模式的变革。“‘简政放权’的各项举措深化了市场决定资源配置这一基础性规律的运用,通过削减不合理、不必要的行政干预为市场主体松绑减负……通过建立健全贯穿市场主体全生命周期,衔接事前、事中、事后全监管环节的新型监管机制,促进有为政府及时有效弥补市场机制缺陷,以公正监管促进公平竞争,形成科学合理的政府与市场关系”,^[27]即从传统的“命令—控制”转向更为平等、更为自由、更为灵活的新型规制模式。再从“放管服”改革和优化营商环境的具体措施上看,行政机关的规制重心调整至事中、事后,实施“容缺受理”“负面清单”等规制措施,强调对市场主体的服务,减少行政机关的权力。

在失信惩戒中,其以违法行为作为规制对象,以施加痛苦作为规制方式,规制双方的关系处于对抗状态,是“命令—控制”模式的一种,体现的是政府对“命令—控制”模式的强化。这实际上与当前

[24] 刘澄、李锋主编:《信用管理》,人民邮电出版社2015年版,第6页。

[25] 同上注,第7页。

[26] 唐明琴、缪铁文、叶湘榕主编:《征信理论与实务》,中国金融出版社2015年版,第3页。

[27] 马怀德:《深刻认识“放管服”改革的重大意义,加快构建现代政府治理体系》,载《中国行政管理》2022年第6期,第7页。

去规制化的改革趋势相悖,反而会进一步强化规制权力,压缩信用主体的自主性,并减弱市场活力。但是,在风险预防中,规制双方处于合作和协商关系。无论是行政机关、信用主体本身,还是社会公众,皆有预防违法的需求,故存在一个合作的基础,可以实施合作治理等新型规制模式,行政机关不再单独承担规制任务。此外,失信惩戒功能较为僵化,而风险预防功能的动态性、回应性要求行政机关根据信用主体当下的实际情形而采取预防措施,是一种全过程规制方式,符合当前规制改革理念。

3. 风险预防功能的独立性与失信惩戒功能的补充性。在规制地位上,风险预防功能的独立性与失信惩戒功能的补充性决定了行政黑名单制度应当以风险预防功能为主。因为若以失信惩戒为主要功能,行政黑名单制度与行政处罚、行政强制存在过多的功能重合。一般情形下,行政处罚和行政强制可以满足惩戒需求,在构成犯罪的情况下,还有刑事处罚,故惩戒不足只是例外情形。若惩戒不足成为常态,则不应通过增加行政黑名单制度的方式进行修补,而应当重构行政处罚和行政强制制度本身。因此,失信惩戒定位的行政黑名单制度,适用范围较小,也不具备成本收益的合理性,并且在事实上成为行政处罚、行政强制的附属,缺乏独特性。

相反,风险预防功能的独立性,使行政黑名单制度具有独特的作用,不仅可以避免与行政处罚、行政强制形成功能上的重叠,而且可以从不同角度规制违法行为,形成良好的分工和功能互补。在风险社会背景下,预防违法行为具有重要意义,其是行政机关必不可少的职责。行政处罚虽然有风险预防功能,但是其原理与失信惩戒相一致,主要依靠威慑预防违法行为,在主动规制违法行为方面存在不足。风险预防定位的行政黑名单制度可以辅助行政机关更加积极主动地规制违法行为,避免或减少因违法行为所导致的社会福利损失。

同时,该分工也可以避免行政黑名单制度承载过多的功能。当前,行政机关试图将行政黑名单制度当作万能解决方案,导致行政黑名单负荷过重,从而引发一系列问题,包括合法性问题。存在内在冲突的双重功能,使行政黑名单制度所牵涉的法律关系过于复杂,需要同时协调行政处罚、行政强制、行政许可、行政程序、事实行为等诸多法律关系,以满足形式合法性的需求,进而导致立法变得极为复杂,在事实上几乎没有可操作性。在风险预防定位下,行政黑名单制度以风险预防为主要逻辑设计和构建,裁剪和弱化惩戒功能,减少不必要的功能冲突,从而在整体层面完善行政黑名单制度。

(二) 风险预防定位下行政黑名单制度部分内容的变革

在现有行政黑名单制度的失信惩戒定位下,失信惩戒功能对风险预防功能造成不当挤压,行政黑名单制度与行政处罚和行政强制重叠,行政黑名单制度设计预期落空,以及对信用主体权益的不当侵害。欲要解决这些问题,就需要在风险预防定位下,对行政黑名单制度的部分内容进行变革和重构,包括列入程序、行政黑名单的跨行业参照、失信规制措施的合比例衡量,以及修复标准四个方面。

1. 动态的行政黑名单列入程序。现有行政黑名单列入程序的问题,除了程序不完善之外,更严重的问题是其不能回应风险规制的动态性需求,因为现有列入程序具有较强的对抗性,行政机关与信用主体之间难以形成合作。再者,现有程序以司法程序为模板,只能解决过去已经发生的事实,并“一次性”确定所有的失信规制措施,不符合风险预防功能未来面向性、不确定性等特点,也不能动态地调整失信规制措施。因此,现有的列入程序应当予以改造。新的列入程序需要赋予信用主体申请信用水平再认定和调整风险预防措施的权利。因为信用主体即使在行政黑名单管理期限内,随着其整改进度不断推进,其违法风险总体上是下降的,行政机关需要及时调整风险认定。相应地,风险预防措施也需要调整,而非僵化地执行最初的规制措施,以符合比例原则。这要求程序是开放的和简便高效的。开放的程序可以让双方随时补充新的信息,以提供当前形势下更为精准的判断,而简便高效的程序可

以保证低成本地随时启动程序,以调整规制措施。例如,信用主体可以随时提出申请信用水平再认定和风险预防措施调整,行政机关只需要简单地听取意见并说明理由即可。甚至在一定情况下,借鉴刑事合规不起诉和行政和解,对于行政黑名单也可以实施和解,信用主体主动坦白不对称信息并积极配合整改,以换取较低强度的惩戒和预防措施,使程序更富有回应性。

2. 行政黑名单跨行业参考的正当性。虽然行政黑名单的跨行业参考存在激烈的争议,但是基于风险预防功能的需求,“联合”的风险规制措施具有正当性,不当联结禁止原则需要在风险预防情景下重新解读。在风险预防情景下,联合性的规制措施是必要的。行政黑名单所反映的信用水平,由两个部分构成:守法意愿与守法能力。^[28]守法意愿是从主观角度界定其风险,守法能力是从客观角度界定信用主体的违法风险,两者存在区别。

信用的主观状态称之为“诚信度”,“通过影响信用主体的心理和行为影响其社会一般行为和经济交易行为”。^[29]诚信度是意识理念,并不与信用主体的某个具体行为挂钩,而是影响其所有的行为。因此,从某个行业的行政黑名单中所反映的守法意愿,不会局限于该行业领域,而是会随着信用主体行为的扩散而适用于其他领域。当信用主体内在地偏好违法,理性选择违法,或具有违法获利的经验时,即使在新的行业领域,信用主体大概率还是会选择违法获利。因此,体现信用主体守法意愿的行政黑名单可以跨行业参考。例如,在上文所举的例子中,被列入婚姻登记黑名单的信用主体会被“限制担任金融行业公司的高管”,正是反映了守法意愿跨行业参考的合理性。毕竟,当信用主体因“故意隐瞒对方无民事行为能力或限制民事行为能力状况,严重损害对方合法权益”而被列入黑名单时,^[30]也容易在金融行业因私利而严重损害他人权益。

与主观意愿不同,不同行业体现了不同的专业能力。例如,信用主体违反了安全生产行业的法律规范,代表其缺乏该行业所需要的守法能力,但是这不代表其在文化旅游行业同样会缺乏相关能力,因为它们需求的是不同的能力。因此,体现信用主体守法能力的行政黑名单,如因缺乏守法能力而严重违法情形,一般不能跨行业参考,不能适用联合风险预防措施。

3. 基于信用水平分别衡量每项失信规制措施的合比例性。在以失信惩戒为导向的比例衡量中,行政机关是根据信用主体违法行为的危害程度,整体性地衡量其“过”与“罚”之间是否成比例,自然容易得出惩戒过度的结论。但是,该衡量逻辑不符合风险预防情形。将风险预防作为主要功能时,行政机关需要根据信用水平,独立地衡量每项失信规制措施的合比例性。

(1) 行政机关应当基于信用水平衡量失信规制措施的合比例性。因为过错与违法行为挂钩,仅反映特定情形下信用主体的主观状态和行为能力,其受到众多情景因素的干扰,不具有代表性和稳定性。信用水平可以稳定地、一般性地揭示信用主体的守法意愿与守法能力,即信用主体的违法风险,故可以作为风险预防措施合比例性衡量的基准。

同时,风险预防功能具有未来面向性,是动态变化的。随着信用主体活动范围的扩大,其所带来的风险会不断地增加,需要施加更多的失信规制措施,其负担性也随之不断增加。与之相对,风险预防的收益也会不断增加。例如,甲仅从事食品加工行为,其违法风险仅限于食品加工领域,而乙从事

[28] 参见陈新年:《信用论》,经济科学出版社2017年版,第2页。

[29] 吴晶妹:《现代信用学》,中国人民大学出版社2009年版,第42页。

[30] 《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:“一、联合惩戒对象:联合惩戒对象为婚姻登记严重失信当事人。当事人有以下行为之一的,由民政部门列入严重失信名单:……(三)故意隐瞒对方无民事行为能力或限制民事行为能力状况,严重损害对方合法权益的。”

食品加工、药品销售、物流运输,即使乙的违法风险与甲相等,客观上的违法风险总量却更高。因此,行政机关需要对乙施加更多风险预防措施,乙自然会承受更多的不利性。与此同时,因避免乙违法而获得的公共利益也会增加。若以过错作为衡量标准,其为客观事实,是固定的,无法回应这种动态变化的规制需求。

(2) 行政机关需要独立地衡量每项失信规制措施的合比例性。首先,不同规制领域的利益重要性不同,风险预防措施的合比例性衡量与涉及利益的重要性有关。对于相对重要的利益,适用强风险预防原则,故须放宽比例衡量的标准;而对于相对普通的利益,适用弱风险预防原则,比例衡量的标准相对较为严格。对于重要的利益,如公民生命安全、国家安全、公职人员的廉洁性等,对风险的忍耐程度低,需要适用强风险预防原则,行政机关需要将安全置于第一考虑顺位,风险预防措施相对严格。如为了保证公职人员的廉洁性,禁止被列入行政黑名单的信用主体被录用为公务员。但是,对于一般性的利益,如财产、可修复的环境损害、税收等,适用弱风险预防原则,风险预防措施必须具有“成本—收益”上的优势。例如,大多数行政许可,只是要求对被列入行政黑名单的信用主体所提交的材料严格审查,没有禁止它们获得许可。其次,风险预防措施的参与主体多元,由不同的行政机关分别作出,并非由某个行政机关统一确定风险预防措施。对于“行政黑名单+独立惩戒”类型的失信惩戒类型,各个行政机关分别根据自身实际情况确定风险预防措施的适用。因此,在实际操作中,风险预防措施是否合比例性,是由行政机关独立衡量的。

4. 以违法风险作为信用修复的标准。虽然学界当前普遍持义务履行修复标准,看似争议不大,实际上普遍忽视了信用修复的真正要求。信用主体修复信用并结束行政黑名单管理之后,其应当具备遵纪守法的能力和意愿。因此,信用修复标准应当以违法风险为核心构建,确保信用主体在信用修复之后,其违法风险降低至社会正常水平,即没有特别的违法风险。因此,信用主体除了履行义务、消除违法后果之外,还需要提高其守法意愿和守法能力。这是对义务履行修复标准的巨大突破。对于自然人而言,行政处罚、行政强制,加之较长期限的行政黑名单管理,足以起到惩戒和教育效果。但是,对于企业而言,其有效治理有赖于完善的内部合规计划。例如,在安全生产领域中,信用主体采取隐蔽、欺骗或阻碍等方式逃避、对抗安全监管时,仅仅要求其履行配合义务是难以奏效的,需要企业内部建立完善的匿名举报机制予以解决。再如,信用主体未按规定取得安全生产许可,擅自开展生产经营建设活动时,有赖于企业内部独立有效的合规部门严格控制企业生产依法依规进行。因此,企业的信用修复标准,除了履行义务之外,还需根据其被列入行政黑名单的原因,有针对性地建立健全合规计划,并使合规计划能够有效实施,从而保证企业在信用修复之后,能够继续遵纪守法。

五、结语

行政黑名单具有基于违法风险的动态监管、基于信息共享的联合监管、基于信用评价的审慎裁量和基于信息共享对信用主体权益的限制、剥夺等四种规制方式。由此可以提炼出行政黑名单制度具有失信惩戒和风险预防双重功能。目前,行政黑名单制度是以失信惩戒为主要功能构建的,其风险预防功能被不当挤压,表现为行政机关不当地利用风险预防措施的负担性以补强行政处罚和行政强制;以司法程序为模板构建的行政黑名单列入程序僵化且对抗性强,无法匹配风险预防功能的动态性,也无法满足其合作治理需求;在信用修复标准方面,义务履行修复标准无法确保信用主体违法风险的降低。同时,失信惩戒定位下的行政黑名单制度与行政处罚、行政强制存在重叠,导致行政资源的浪费,

也易对信用主体惩戒过度。此外,失信惩戒仍然遵循“命令—控制”模式,与“放管服”改革相悖。

通过深入比较、分析行政黑名单制度的风险预防功能与失信惩戒功能,可以发现两者虽然在“预防作用”与“负担性”两个方面存在相似性,但是它们在目的、时间维度、规制方式、规制对象、规制地位、规制双方关系、确定性及证明标准、正当性依据、裁量限制、预防实现原理和信用修复标准等方面存在本质区别。基于实现良好的信用规制,服务“放管服”改革和优化营商环境,和风险预防功能的独立性等方面的考虑,本文认为行政黑名单制度的定位应当由失信惩戒变更为风险预防。在风险预防定位下,现有的行政黑名单制度需要进行一定的变革和完善,以更好实现其风险预防功能,包括构建动态的行政黑名单列入程序,可以跨行业参考反映信用主体守法意愿的行政黑名单,基于信用水平分别衡量每项失信规制措施的合比例性,以及以违法风险作为信用修复的标准。

(责任编辑:郭海清)

Abstract: The administrative blacklist system has dual functions of punishment for dishonesty and risk prevention. At present, the administrative blacklist system mainly focuses on the punishment, which leads to the extrusion of the risk prevention function by punishment for dishonesty, the overlap of administrative blacklist system with administrative punishment and coercion, the failure of the design expectation of administrative blacklist system, and the improper infringement of the rights of credit subjects. There are essential differences between the function of risk prevention and the function of punishment for dishonesty in the aspects of regulatory aims, regulatory status, and legitimate source, etc. Based on the attributes of credit risk tools, the requirements of “reforms to streamline the government, delegate power, and improve government services” and optimization of the business environment, and the independence of the risk prevention function, the administrative blacklist system should be shifted to risk prevention. In addition, it is necessary to reform and improve the listing procedures, cross-field reference, proportional measurement, repair standards and other aspects.

Key Words: administrative blacklist system, punishment for dishonest behavior, risk prevention, credit regulation
