

# 信用惩戒适用行为人责任的 法理及其限度

伏创宇\*

**内容提要：**经典的行政行为形式理论与行政行为约束机制，能在一定程度上防止信用惩戒权的恣意扩张，但仍不足以充分约束信用惩戒。相当数量的信用惩戒措施适用了行为人责任的归责方式，具有人格归责的属性，而经典行政行为主要适用行为责任。适用了行为人责任的信用惩戒，在一定程度上超出了经典行政法机制的调控范围，应在厘清行为人责任与行为责任之关系的基础上，有针对性地对信用惩戒施以约束。行为人责任在信用惩戒中的适用，有间接适用和直接适用两种方式。间接适用行为人责任的信用惩戒，是对经典行政行为方式的革新，应当在遵循行政合法性要求的基础上，服务于更好地履行行政任务，围绕行政活动目的来设定。直接适用行为人责任的信用惩戒，应当着眼于违法预防和保护重大社会公共利益，以行为责任不足以实现违法预防之目的为前提，遵循成本效益原则来设定。

**关键词：**社会信用体系 信用惩戒 行政处罚 行为人责任 失信

## 引言

我国的社会信用体系范围广泛，不仅涵盖经济活动中的交易信用，还拓展至经济和社会活动中的守法信用，构成社会主义市场经济体制和社会治理体制的重要组成部分。在各领域全面推进社会信用体系建设，有赖于守信激励和失信惩戒机制全面发挥作用。然而，实践中不当使用甚至滥用信用惩戒的现象时有发生，引发了社会的广泛关注和学界的较多讨论。2020年12月，国务院办公厅印发《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），要求开展信用惩戒应当“按照合法、关联、比例原则”“防止小过重惩”“确保过惩相当”。学界亦普遍认为，应在行政法治框架下，“从法定性、关联性、合比例性及程序设计上”来约束信用惩戒。<sup>〔1〕</sup>但是，在实际上，信用惩戒涵盖了所有因失信受到

\* 中国社会科学院大学法学院副教授。

本文系2023年度国家社科基金一般项目“人工智能时代完全自动化行政的法律规制研究”（23BFX010）的阶段性成果。

〔1〕 参见沈毅龙：《论失信的行政联合惩戒及其法律控制》，《法学家》2019年第4期，第120页。

的不利对待。根据国家发展改革委、人民银行印发的《全国失信惩戒措施基础清单（2022年版）》（发改财金规〔2022〕1917号，以下简称“基础清单”），市场或行业禁入、限制任职、纳入重点监管范围、限制享受优惠政策和便利措施、纳入严重失信主体名单等，皆属典型的信用惩戒措施。这其中既有经典行政活动方式的革新（如纳入重点监管范围），也有行政机关仅根据行为人信用状态课以的独立责任（如市场或行业禁入），且不少措施难以归入经典行政行为，给经典行政法机制的适用带来重重困难。

经典行政行为（如行政处罚、行政强制）的作出，主要考虑行为人对其违法行为是否具有可归责性，与此对应的归责方式属于行为责任。<sup>〔2〕</sup>信用惩戒的作出主要依据在相对人违法记录基础上形成的失信评价，归责基础可能指向行为人的违法人格而非特定违法行为。这种与行为责任完全不同的归责方式，可称为行为人责任。<sup>〔3〕</sup>实践中，信用惩戒往往以复杂面貌呈现，行为人责任既可与行为责任同时适用（如对失信者从重处罚），也可单独适用（如针对严重失信者课以市场禁入）。随之而来的疑问是：行为人责任何时可与行为责任联用？何时可对行为人直接进行违法人格归责，即单独适用行为人责任？针对上述问题，经典行政行为理论中并无既成答案。厘清行为人责任在信用惩戒中的作用机理与方式，明晰行为人责任在信用惩戒领域的适用边界，构成经典行政法机制有效规范和约束信用惩戒的前提，也是本文拟着力完成的任务。

需要说明的是，信用惩戒的概念仍存争议。例如，纳入重点监管范围虽蕴含不利对待，但未必具备惩戒属性。为使讨论更为聚焦，本文不对此类争议作出回应，而采实践中对“惩戒”的通常认识。行政性惩戒与市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒等在运行机理方面迥然有别。行政性惩戒受依法行政原则支配，其他几种惩戒类型则分别受市场自主、行业自治与个人自律的理念支配。本文集中讨论的是基于违法记录的行政性惩戒，下文所称信用惩戒亦特指信用行政性惩戒。

## 一、信用惩戒对经典行政法机制的挑战

经典行政法机制发挥作用的基本途径是，借助行政行为形式理论，将纷繁复杂的行政活动提炼归纳为若干具体行为类型，再抽象整理出不同行为类型的构成要件和法律效果，“而使行政法整体置于行为类型的观察视角和规范框架下”。<sup>〔4〕</sup>当经典行政行为的规范难以适用时，

〔2〕 在行政法学领域，行为责任有时指行为人因其特定行为引发安全危险而被课以的排除危险的义务。与之相对的是状态责任，即行为人因其所支配的物产生危害而负有的排除危害的义务（参见蔡宗珍：《建筑法上义务人之类型与具体义务人之判定：行政法上行为责任与状态责任问题系的一个切面分析》，《台大法学论丛》2011年第3期，第917页）。这种分类是从行政法义务来源的角度作出的，而本文对于行为责任和行为人责任的区分，是就归责方式而言的。

〔3〕 行为人责任与行为责任在我国刑法领域亦有讨论（参见刘军：《多次犯中的行为人危险及预防性惩罚》，《政治与法律》2023年第9期，第45页）。一些论著虽未使用行为人责任的概念，但讨论了与之密切相关的行为人刑法思想（参见车浩：《“扒窃”入刑：贴身禁忌与行为人刑法》，《中国法学》2013年第1期，第123页；〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第105页以下）。也有行政法学者提出了“行为行政法”与“行为行政法”的区分，但未进一步展开分析（参见贾茵：《失信联合惩戒制度的法理分析与合宪性建议》，《行政法学研究》2020年第3期，第103页）。

〔4〕 参见赵宏：《行政行为作为行政法教义学核心的困境与革新——兼论我国行政行为学理的进化》，载《北大法律评论》编辑委员会编：《北大法律评论》第15卷第2辑，北京大学出版社2014年版，第511页。

经典行政行为约束机制还能通过法律原则与法律价值束缚行政活动。然而，信用惩戒作为一种新型规制，对经典的行政行为形式理论与行政行为约束机制均构成了挑战。

### （一）信用惩戒对经典行政行为形式理论的挑战

对信用惩戒进行归类是对信用惩戒施加约束的前提。具有代表性的做法是基于经典行政行为为类型将信用惩戒划分为“以行政检查为表现形式的失信惩戒”“以行政处理为表现形式的失信惩戒”“以行政指导为表现形式的失信惩戒”。〔5〕这种归类方法的可商榷之处在于，那些提高行政检查频次、推送相关信用信息供市场主体自主参考、拒绝颁发许可等措施，虽然是基于信用考量而给相对人带来的不利益，但它们是否带有惩戒属性，还需要进一步讨论。有些措施依附于具有制裁性的行政处罚，即将失信作为是否从重处罚的裁量因素，此种信用惩戒措施并不构成独立的行政行为。尽管存在归类上的疑问，但可以肯定的是，上述信用惩戒或者属于经典的行政行为类型，或者蕴含于经典行政行为的实施内容之中，并非新创设的行为种类。除此之外，也有一些信用惩戒的形式归类存有较大争议。有学者主张，“现有10类主要失信惩戒措施有6类都属于行政处罚”；〔6〕也有学者认为，“信用行政惩戒作为一种新型行政方式，与行政处罚在行政任务、行政目的、理论基础、运行规律以及责任属性上均存在显著差异”。〔7〕或许正是基于此种争议，信用惩戒未被明确列入行政处罚法所规定的处罚类型之中。全国人大宪法和法律委员会在关于行政处罚法（修订草案）修改情况的说明中也指出：“有些行政处罚种类与其他行政管理措施的边界不够清晰。”〔8〕在修订草案初次审议稿中，“不得申请行政许可”措施被纳入行政处罚的类型之中，但相关规定在二次审议稿中被删除了。这也能够说明，试图根据经典的行政行为分类方法对信用惩戒进行归类，还存在不小的困难。运用经典行政行为形式理论固然能将一些信用措施纳入模式化的法律规制，但面对种类繁多的信用惩戒，其回应力明显不足。

其一，经典行政行为形式主要以行为规制为特征，而信用惩戒并非都属于行为规制，有些措施可能适用了行为人责任，构成对行为人人格的规制。在“基础清单”中，一些惩戒措施只是对既有违法责任的重述。例如，“在一定期限内依法禁止取得特定的直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的行政许可”属于市场或行业禁入措施，其适用情形是，被许可人以不正当手段取得行政许可。这种措施原本即属于行政许可法第78条、第79条设定的行政处罚，仅是作为“对实定法规范的执行、重述、解释、细化、兜底或填充”而被列入清单之中，〔9〕其适用的归责方式仍是以特定违法行为为基础的行为责任。还有一些措施虽以特定违法记录为基础，如“近5年内存在重大违法经营记录的主体”，在一定期限内不得申请成为直销企业，〔10〕但该种措施要发挥惩戒效果，必须依附于行政许可活动，因而本身不构成一种独立的行政行为。换言之，特定违法记录的存在与否，只是直销经营许可的法定适用条件之一，它只

〔5〕 参见前引〔1〕，沈毅龙文，第124页以下。

〔6〕 谭冰霖：《处罚法定视野下失信惩戒的规范进路》，《法学》2022年第1期，第38页。

〔7〕 刘文凯：《信用行政惩戒不宜定性为行政处罚》，《政法论坛》2023年第3期，第55页。

〔8〕 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国行政处罚法（修订草案）〉修改情况的汇报》，[http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202101/t20210125\\_309903.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202101/t20210125_309903.html)，2023年8月30日最后访问。

〔9〕 参见彭箴：《失信联合惩戒制度的法治困境及出路——基于对41份中央级失信惩戒备忘录的分析》，《法商研究》2021年第5期，第56页。

〔10〕 参见《直销管理条例》第7条。

能影响直销经营许可决定的作出，而不要求行政机关根据特定违法记录作出禁入处罚。将特定违法记录作为颁发许可的考量因素之一，受行政许可的设定与适用规则约束。

如果说上述信用惩戒尚可归入经典行政行为，仍能在经典行政行为法的框架下得到充分约束，那么直接针对行为人违法记录作出的信用惩戒，则无法归入经典行政行为。典型的如纳入严重失信主体名单以及跨部门联合惩戒（主要包括市场或行业禁入、限制任职等），此种信用惩戒在“基础清单”中占比不小，在地方信用立法中则更为多见。不同于前面几种信用惩戒以违法行为作为归责基础，此种信用惩戒的归责基础是行为人违法记录所反映出的违法倾向与违法危险，属于对行为人违法人格作出的不利评价，适用的是行为人责任的归责方式。纳入严重失信主体名单、行业禁入等措施，从形式上看与行政处罚法第9条规定的“通报批评”和“限制从业”类似，但无法直接受到行政处罚法的规范和约束。这是因为，根据行政处罚法第4条、第5条，行政处罚在适用对象上限于“违反行政管理秩序的行为”，行政处罚实行的是行为归责。纳入严重失信主体名单、市场或行业禁入等信用惩戒实行的是行为人归责，当然无法归入行政处罚。

其二，信用惩戒追求规制手段创新，无法仅凭经典行政行为形式的法规范要求予以约束。行政行为的型式化与公共治理的灵活性之间存在一定紧张关系。行政行为的形式归类属于行政法释义学的重要组成部分，是服务于理论建构、行为规制与行政救济的基础概念。在法体系中，不同的行为形式被赋予不同的法律意义和法律效果。“在法实务上，行政行为形式的归类能针对法律问题的解决提供便捷方案（发挥储存功能）。在法结构上，行政行为形式通过对抽象行为概念进行区分，并联结特定的法律效果，从而产生行政行为的型式化（发挥规整功能）。”〔11〕亦因此，行政处罚、行政强制等经典行政行为被抽象出具有个别性的要素，并被分配了有差别的法规范要求与法律效果。然而，经典行政行为所强调的形式稳定性，可能无法适应公共治理对于灵活性的需求。

社会信用体系建设在中央文件中被定位为“完善社会主义市场经济体制、加强和创新社会治理的重要手段”，〔12〕其创新性不仅体现在基于信用大数据的聚合和共享衍生出信用评价，推动跨地区、跨部门、跨领域的合作治理，还体现在规制手段的革新上，即通过信用规制更好地实现行政任务。经典行政行为的型式化偏重构成要件的该当性，有赖于对行为类型构成要件的诠释与认定，其形成的是去脉络化、抽象化的概念思维框架，〔13〕可能忽视行政目的本身以及规制手段的革新。正因如此，即便信用惩戒能够在符合形式要件的意义归入经典行政行为范畴，也未必能契合相应的行为原理。例如，“不适用告知承诺制许可”属于一种信用惩戒，在“基础清单”中被界定为“限制享受优惠政策和便利措施”，可以归入行政许可这一经典行政行为范畴。但是，告知承诺制许可不同于传统的许可手段，其带有鲜明的革新特征，即融入了信用承诺元素和“助推型监管”理念。〔14〕这种革新或能发挥降低市场成本、提升行政效率的积极作用，但其在行政许可法上的合法性根据尚待补足。在满足行政合法性要求的同时，告

〔11〕 Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer, 2004, S. 298.

〔12〕 参见《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）。

〔13〕 参见李建良：《行政行为论与行政法律关系论的新思维》，《月旦法学杂志》2022年第10期，第15页。

〔14〕 参见卢超：《行政许可承诺制：程序再造与规制创新》，《中国法学》2021年第6期，第80页。

知承诺制许可的选择适用还应着眼于更好地实现公共任务。可见，这已在某种程度上超出了经典行政行为形式的法规范所能调整的范围。

其三，经典行政行为型式化并不排斥将新型行政行为纳入行政法体系。“行政行为从来不只是在经典的法行为形式中产生，将来也不会如此。”〔15〕为完成行政任务，一些非型式化的行政行为逐渐得到承认。《社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）》指出，我国社会信用体系建设虽然取得一定进展，但与经济发展水平和社会发展阶段不匹配、不协调、不适应，存在的主要问题包括“失信成本偏低”、“失信惩戒机制尚不健全”以及“重特大生产安全事故、食品药品安全事件时有发生”等。这在某种意义上揭示了信用惩戒所欲实现的行政任务。新的行政任务导向催生了新型治理工具，〔16〕而要将新型治理工具纳入法治化、规范化的轨道，就必须提炼新型行政行为形式与之相匹配。

## （二）信用惩戒对经典行政行为约束机制的挑战

在尝试将信用惩戒归入经典行政行为形式的基础上，学者们还试图从依法行政原则、比例原则、禁止不当联结原则、正当程序原则出发，〔17〕给信用惩戒构筑合法性框架。《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）将“依法依规”和“过惩相当”作为失信惩戒的实施原则。不少地方立法也要求信用惩戒应与失信行为的性质、社会危害的严重程度等成比例。〔18〕然而，经典行政行为约束机制所针对的行政行为，贯彻的是行为责任的理念，而信用惩戒以行为人责任为基础，这在一定程度上超出了经典行政行为约束机制的规范射程。此外，经典行政行为约束机制对合法性保障以外的行政目标也缺少足够关注。

其一，单独适用经典行政行为约束机制，不足以阐明失信与违法、信用惩戒与违法责任的关系，在适用经典行政行为约束机制之前，首先需要限定行为人责任在信用惩戒中的适用。有学者认为，信用惩戒应当体现过罚相当，〔19〕也有学者指出，信用惩戒应当适用禁止不当联结原则。〔20〕但是，信用惩戒针对的是“违法记录”而非“违法行为”，无论过罚相当还是禁止不当联结原则，都无法解决行为人责任作为信用惩戒归责基础的正当性问题。

过罚相当要求处罚与违法行为成比例。例如，行政处罚法要求，设定和实施行政处罚“与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。针对违法行为课以责任，贯彻的是行为责任理念，而不少信用惩戒的归责理念已经超出了行为责任的范畴。假如说失信“本质上是一种事后的社会评价”，那信用惩戒就很难“与失信行为的性质、情节、社会影响程度等相适应”。〔21〕想当然地将过罚相当原则适用于信用惩戒，有混淆违法记录与违法行为、信用惩戒与违法责任之嫌。禁止不当联结原则关注信用惩戒是否契合“切实阻止当事人再犯的

〔15〕 前引〔11〕，Schmidt-Abmann书，第348页。

〔16〕 有学者将信用联合惩戒界定为“新型合作机制”，并将其划分为加强惩戒型、信息通报型和风险预防型三种类型。参见王瑞雪：《公法视野下的信用联合惩戒措施》，《行政法学研究》2020年第3期，第88页。

〔17〕 参见前引〔1〕，沈毅龙文，第127页以下。

〔18〕 例如，《山西省社会信用条例》第32条规定：“有关部门和单位应当根据失信行为的性质和对社会危害的严重程度，采取轻重适度的惩戒措施，但不得在法律、法规或者国家有关规定之外增设惩戒措施，不得在法定惩戒标准上加重惩戒。”

〔19〕 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》，《中州学刊》2019年第5期，第51页。

〔20〕 参见沈岩：《社会信用惩戒的禁止不当联结》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2021年第11期，第2页。

〔21〕 前引〔19〕，王伟文，第51页。

效果意图”之行政目的，其确实能在一定程度上厘清违法与失信、失信与失信惩戒、失信惩戒与行政目的这三组关系之间的联结是否正当。问题在于，为确保违法与失信之间具备正当联结，主张适用禁止不当联结原则的学者认为，应当确立“非失信联合惩戒不足以有效规制”标准。<sup>[22]</sup>这种标准强调的是失信联合惩戒的必要性，而此种必要性分析又不可避免地要在行为人责任与既有违法责任的关系中展开。此外，禁止不当联结原则是指公权力行为与人民的付出之间应当具有“正当合理关联”，<sup>[23]</sup>它聚焦于手段与目的的联结之正当性。但是，面对信用惩戒，经典行政行为法理论的解释力明显不足，难以澄清信用惩戒的目的以及该目的的正当性。即便在学术讨论中，信用惩戒究竟应着眼于制裁还是风险预防，抑或兼而有之，仍众说纷坛，未有定论。<sup>[24]</sup>

其二，经典行政行为约束机制难以保障合法性之外的其他行政法价值目标的实现。经典的行政行为约束机制包括依法行政、比例原则、正当程序原则等，它们主要着眼于行政行为的合法性保障。有的信用惩戒措施仅需受到经典行政行为机制的约束。例如，判断能否加重对有违法记录者的处罚，可以适用行政裁量的基本原理。但是，有的信用惩戒措施，如实施重点监管，除了要满足合法性要求，还要追求实现行政效能、提升行政效率等行政目标。尽管行政法学也关注行政效能、行政效率等价值目标，但围绕这些目标所构建的原则尚未进入既有行政法原则体系，且其能否进入既有体系也尚存疑问。<sup>[25]</sup>对上述目标的追求应当以合法性保障为前提，但如何更好地实现这些目标，或已超出经典行政行为约束机制的调控范围。

## 二、行为人责任在信用惩戒中的适用及其类型

信用惩戒的独特性在于，其是针对行为人违法人格施加的不利后果，而行为人的违法人格是从信用维度对违法行为进行的二次评价，呈现“违法—失信—惩戒”的传导逻辑。只有厘清从违法到失信再到惩戒的传导逻辑，挖掘信用惩戒的运行机理，才能从实质正当性层面规范信用惩戒的设定，避免信用惩戒的泛化与失范。与行政处罚、行政强制等适用行为责任的规制方式相比，信用惩戒具有高度复杂性，其不仅涉及对行为人责任的适用，还可根据行为人责任适用方式的不同，具体分为间接适用行为人责任的信用惩戒与直接适用行为人责任的信用惩戒两种类型。

### （一）行为人责任在信用惩戒中的适用类型

行为人责任与行为责任在归责基础和适用方式上有明显差异。适用行为责任，除了要对违法行为作出评价，还需评价行为人对其违法行为的有责性（涵盖主观要件、责任能力等）。行为责任也可能会将行为人的人格特质纳入考量，但直接触发责任的仍是行为人表现于外部的客观违法行为，单纯的违法倾向不会导致行为责任的产生。行为人责任的归责基础是行为人的违法倾向与危险，也可称其为违法人格归责。行为人责任在经典行政行为范畴内适用（如将违法记录作为不予许可的理由），可与行为责任同时适用，也可能超出经典行政行为范畴单独适

[22] 参见前引[20]，沈岷文，第13页。

[23] 参见陈敏：《行政法总论》，中国台湾新学林出版有限公司2019年版，第98页。

[24] 参见前引[3]，贾茵文，第100页以下；陈国栋：《数字时代失信惩戒法治化的新进阶：从制裁失信到管控风险》，《比较法研究》2023年第2期，第136页。

[25] 参见沈岷：《论行政法上的效能原则》，《清华法学》2019年第4期，第6页。

用。就此而言，行为人责任在信用惩戒中的适用，可分为间接适用与直接适用两种不同方式。

行为人责任的间接适用，是指在经典行政行为中融入信用考量，但未创设新的行政手段。行为人责任的直接适用，是指直接针对行为人的违法人格课以独立责任。直接适用行为人责任的信用惩戒，在国家政策、地方立法及相关实践中已经出现，但其正当性必须受到拷问。无论行为人责任的直接适用，还是行为人责任的间接适用，都要对行为人的违法人格作出评价。两者的区别在于，前者是在行为责任的逻辑框架内适用行为人责任，后者是在行为责任的逻辑框架外适用行为人责任。但是，对两者正当性及其边界的探讨，都不能回避行为人责任与行为责任的关系。除了在适用方式上存在差异，行为人责任的直接适用比行为人责任的间接适用面临更大的法治挑战。相较而言，行为人责任的间接适用，只是借助信用大数据和信用状态评价，对经典行政行为的实施进行优化，如根据特定的违法记录加大行政检查频次，这不会对手段本身的合法性带来冲击。将行为人的信用人格融入经典行政行为，不仅要遵循经典行政法机制，还要关注如何更好地实现行政目的。行为人责任的直接适用，是针对行为人违法记录体现的信用人格施加独立的不利对待，即便其能通过立法获得形式上的合法性根据，也无法回避有关正当性的质疑。

## （二）行为人责任在信用惩戒中的间接适用

间接适用行为人责任的信用惩戒，大致包括纳入重点监管范围、适用法定要件、适用法定裁量、适用法定程序四种情形。<sup>[26]</sup>在这四种情形中，对行为人信用状况的考量，都是着眼于更好实现特定行政活动所追求的法定目的。

“纳入重点监管范围”是“基础清单”规定的惩戒类型之一。根据信用状况采取差异化的监管措施是行政检查活动的本质要求。将违法失信风险较高的市场主体列为重点监管对象，对其适当提高抽查比例与频次，为的是更好地实现行政目的。需要注意的是，行政检查属于不设定相对人权利义务的行政事实行为，对检查比例与频次的调整不具有制裁目的。适用法定要件是指行政机关根据法律所规定的构成要件，对特定的信用状况进行考量。这种信用考量是行政活动所欲实现之目标蕴含的内在要求，而非针对信用状况给予制裁或激励。例如，根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第17条，“信用状况良好”的申请人应当被优先选为特许经营者。该规定的着眼点就是实现该种行政活动所追求的“提高公共服务质量和效率”的立法目的。适用法定裁量是指行政机关根据法律所规定的裁量要件，基于相对人的信用状况，在法定的行为种类与幅度内进行选择。例如，《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》第2条要求，针对市场监管领域的严重违法失信者，“依照行政处罚裁量基准，按照从重处罚原则处以罚款”。在此种情形下，信用状况只是实施制裁应当考虑的因素之一。适用法定程序是指，行政机关可根据相对人的信用状况决定是否简化程序。例如，《重庆市社会信用条例》第36条将“在实施行政许可等工作中，列为重点审查对象，不适用告知承诺等便利服务措施”作为信用惩戒措施之一。

间接适用行为人责任的信用惩戒，并未创设新的行政手段。所谓“惩戒”，不过是信用考量在经典行政行为范畴内对行为人产生的不利影响。行政检查、行政许可、行政处罚等法律手段蕴含了行政自主空间，如调整检查频率、适用许可条件、决定处罚幅度、弹性适用行政程序

[26] 这几种类型也有一定交叉关系，如重点审查既可能属于法定程序适用，也可能属于法定裁量适用，但这并不影响法定程序适用与法定裁量适用的区分。

等，这也为信用融入行政活动提供了可能的正当性空间。信用融入行政活动具体可以通过立法设定和行政适用两种途径，两者皆应当受到经典行政法机制的约束。以信用考量纳入行政许可为例，《娱乐场所管理条例》第5条将存在走私、贩卖毒品等若干类型的违法记录，规定为不予许可娱乐场所开办或从业的理由。根据制定机关的说明，作此规定是为了“使具有毒品违法犯罪劣迹的人利用开办娱乐场所从事涉毒活动的可能性降低”。〔27〕由此可推出该项信用惩戒的设定逻辑，即存在违法记录意味着违法风险高，违法风险高则可能阻碍实施许可之目的的实现。但是，这一逻辑必须接受经典行政法约束机制的检验，其至少需要澄清：对违法记录的列举是否属于“虚拟出特定前科者再犯的必然性”、该种信用考量是否违反平等原则，以及将有违法记录作为行业许可的否定条件是否违反比例原则等。〔28〕

除了要满足行政合法性要求，将信用考量融入行政活动还应旨在进一步提升行政正确性。信用考量融入行政活动不仅要受经典行政法机制的约束，还需要在行政合法性框架下，着眼于更好地实现行政任务。这要求在违法记录、失信评价、行政活动目的之间建立适当、有效关联，并对以下问题予以澄清：何种违法记录可以表明行为人在何种领域的违法危险及危险的程度；如何设计信用评价指标、评价标准、计分方法等，使失信评价能够准确反映行为人的违法危险高低；何种类型与何种程度的违法危险会影响行政活动（如行政许可、担任公职、履行行政合同）目的之实现等。上述问题或许能通过对行政目的的阐释、对不确定法律概念的适用、对行政裁量的运用等予以部分澄清，但要充分研判，还需借助用以支撑“行政正确性目标”的相关知识。行政正确性是在德国行政法理论革新运动中提出的概念，其要求行政活动满足一种符合个案情境且有助于实现个案正义、合于个案事理的正确性。只要不违反法律规范与经典的行政法约束机制，行政活动便能满足行政合法性要求。在法律容许的框架内提升行政正确性，已超出行政合法性的要求，旨在追求更好地履行行政任务。在经典行政行为范畴中，为提升行政正确性而考量信用状况的情形并不少见，例如，将信用信息融入行政检查活动，为的是提高违法行为的发现概率并节约行政监管资源；将信用信息纳入许可条件或行政协议缔约资格中，为的是维护行政许可和行政协议所欲实现的公共利益；将失信作为裁量从重的情节，为的是提升对行为人的威慑，以及增强对行为人再次违法的特别预防；将信用状况良好作为行政程序简化的前提，为的是提高行政效率。行政活动满足行政合法性要求，并不意味着其也能满足行政正确性要求。围绕行政任务履行所确立的要求，并非都能形成法律标准，也并非都能纳入司法审查的范围。为此，在行政合法性之外，有学者提出了追求行政正确性的“行政活动标准学”，尽管标准的内容尚有争议，但大致包括有效性、效率性、可接受性等目标。〔29〕这些目标着眼于行政任务的实现，体现了效果导向，如有效性关注行政任务实现的程度，效率性聚焦于行政成本投入与行政活动效果之间的比值。

### （三）行为人责任在信用惩戒中的直接适用

在信用惩戒中直接适用行为人责任，是针对行为人的信用状态施加独立的不利对待，具有

〔27〕 参见《公安部禁毒局负责人解读〈娱乐场所管理条例〉有关规定》，<https://www.nanning.gov.cn/jdhy/zcjd/t648050.html>，2023年9月23日最后访问。“基础清单”也将“依法禁止开办娱乐场所或者在娱乐场所内从业”作为一种信用惩戒措施。

〔28〕 参见蒋红珍：《把握好限制公民平等就业权的合理的度——从〈娱乐场所管理条例〉第5条招致质疑说开去》，《法学》2006年第9期，第119页以下。

〔29〕 参见前引〔11〕，Schmidt-Abmann书，第312页。

行为人人格化与责任独立性的双重特征。行为人人格化是指基于行为人的信用品格而非具体行为展开归责，责任独立性是指行为人的信用品格评价会产生独立的责任，而非仅仅作为既有行政活动的考量因素之一。

针对行为人的信用品格施加独立的不利对待，主要体现在纳入严重失信主体名单与资格限制或剥夺（市场或行业禁入、职业禁入或从业限制）这些措施中。这些措施在形式上与行政处罚法第9条规定的通报批评和限制从业具有类似性，但因将行为人的信用品格而非具体行为作为归责基础，无法适用行为责任的法理。在信用惩戒中间接适用行为人责任时，行为人责任依附于行为责任，虽然也会对行为人的违法倾向、社会危险施加不利对待，但其仍在行为归责（如处罚、强制）的基础上展开，故此时的行为人责任只是行为责任的组成部分。但是，若直接适用行为人责任来设定信用惩戒，行为人责任将与现代法治理念产生巨大的张力和矛盾。在现代法治理念下，处罚应当针对主体的行为而非主体的人格，即便行为人的违法记录反映出高度的违法倾向与社会危害性，若其未有新的违法行为，法律也不得单独对之加以非难或处罚。直接适用行为人责任的信用惩戒是针对违法人格的规制手段，体现为单独针对行为人违法记录生成的失信状态施加不利对待，在行为责任的理论框架中难以构筑其正当性基础。

在行政法领域，除信用惩戒外，适用了行为人责任的立法例仅有一则，即食品安全法第134条。该条规定：“食品生产经营者在一年内累计三次因违反本法规定受到责令停产停业、吊销许可证以外处罚的，由食品药品监督管理部门责令停产停业，直至吊销许可证。”参与该法制定的同志曾撰文解释此条款的立法目的，即为了“加重处罚力度、加大违法成本”，使违法相对人与经营活动相“隔离”以及对其他经营者进行震慑。<sup>[30]</sup>然而，该种处罚根据的是违法记录而非违法行为，实际上已背离行政处罚法第2条、第4条等蕴含的行为责任理念。实践中，有关机关在适用该条款时十分谨慎，甚至予以变通处理。例如，有法院裁判认为，“该条法律规范系授权性规范，而非命令性规范”，即便行为人有法定的违法记录，也并非必须要承担额外责任。<sup>[31]</sup>还有行政机关进行法律适用的变通，将违法记录作为针对第三次或第四次违法行为予以处罚时的加重处罚情节，将行为人责任的直接适用转换为间接适用。<sup>[32]</sup>

有学者主张，行政处罚法规定的限制从业罚承担的主要功能是违法预防，故该种处罚应被界定为预防性处罚而非制裁性处罚。<sup>[33]</sup>这种观点误解了行政处罚的功能，不契合行政处罚实行行为责任的基本定位。行政处罚在我国立法上的基本功能定位是制裁，惩戒也成为界定行政处罚概念的重要标准。曾有学者主张，行政处罚法的修订应增加风险预防目标，但该建议未被立法者采纳。<sup>[34]</sup>基于风险预防的目的而针对违法风险展开处罚，难以满足处罚法定（特别是违法行为成立且相关证据充足）的要求。尽管不少行政处罚手段，如通报批评、限制从业，在发挥制裁功能之外也能发挥预防违法风险的作用，但这种作用仅属于附随效果。也有个别基于行为责任的规制手段（如行政强制措施）着眼于违法预防，但其目标限于“促使当事人履

[30] 参见冀玮：《论〈食品安全法〉“累加处罚”条款的法律适用》，《行政法学研究》2019年第5期，第63页以下。

[31] 参见上海市第一中级人民法院（2019）沪01行终262号行政判决书。

[32] 参见汉川市市场监督管理局汉川市监处罚〔2022〕170号行政处罚决定书；茂名市市场监督管理局茂市监处罚〔2022〕10号行政处罚决定书；启东市市场监督管理局启市监案字〔2020〕00033号行政处罚决定书。

[33] 参见陈国栋：《〈行政处罚法〉中限制从业罚的解释与适用》，《南大法学》2021年第4期，第98页。

[34] 参见熊樟林：《论〈行政处罚法〉修改的基本立场》，《当代法学》2019年第1期，第103页。

行法定义务”，〔35〕手段限于对行为人的的人身自由或财产予以临时性限制。因此，这类规制手段所发挥的功能仅是紧急预防，其目的在于阻止已发生的违法行为，而非预防未来可能发生的违法行为。

行政处罚之所以只能发挥有限的违法危险预防作用，归根结底是因为行政处罚适用的是行为责任。行政处罚法第2条将“违反行政管理秩序”作为行政处罚的核心要素之一，第5条明确规定行政处罚必须“与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”，均揭示出可罚性的评价基础只能是外在的违法行为，而非行为人的违法记录反映出的违法倾向和违法危险。即便行政处罚的作出会考虑行为人的的人格特质，也只能将其作为考量因素而非可罚性的构成要件。即便立法设置了限制从业等兼顾制裁与预防效果的处罚类型，但受制于行为责任的理念，这些处罚类型实现违法预防的程度只能是有限的。例如，食品安全法不但针对违法行为设定了责令停产停业、吊销许可证的资格或能力处罚，也将市场禁入（不得申请食品生产经营许可、从业禁止）作为附随于吊销许可证处罚的责任，但这些手段仍是以行为责任为基础的。《食品安全法实施条例》第67条还规定，1年内再次实施“同一性质的食品安全违法行为”，属于相关法规范中的“情节严重情形”，应适用责令停产停业、吊销许可证的资格或能力处罚。然而，实践中行为人在一定期间内多次违法，这些违法行为可能不具有“同一性质”。如个案表明，有行为人在不到3个月内实施了多达6次的违法行为，包括采购不符合食品安全标准的食品、生产经营标签含有虚假内容、未按规定实施生产过程控制要求、未及时清理超过保质期的食品、生产经营不符合食品安全标准的食品以及未按规定落实出厂检验等。〔36〕按照行为归责，上述违法行为既不存在情节严重情形，也不适用累犯从重，仅能受到警告、罚款、没收违法所得的处罚。但是，行为人在一定期限内频繁违法，足以体现出行为人的违法倾向，特别是在食品经营领域，这种违法危险随时可能对公共利益造成重大损害。受制于行为责任，执法者面对这种违法危险只能无可奈何。

囿于行为责任，传统的规制手段难以充分发挥预防违法的功能，有必要突破行为责任的约束，创设新型规制手段。这就为行为人责任在信用惩戒中的直接适用提供了空间。不过，强化违法预防并非适用行为人责任的唯一理由。通过违法预防来保护重大社会公共利益不受损害，才是直接适用行为人责任创设信用惩戒的正当性所在。完全阻止未来违法行为的发生不具有现实可能性，否则行政秩序法体系便没有存在的意义。影响违法行为发生的因素复杂多样，包括违法责任的设置、行为人的守法意愿与守法能力、执法资源的投入与执法方式的运用等。〔37〕因而，建构一种全新的规制手段，未必能产生理想中的效果。并且，具有显著违法预防特征的措施，如市场或行业禁入，会对行为人的经营自由与财产利益带来较大影响，带来个体成本与社会成本的增加。此外，要评价违法风险及其程度也较为困难，在规则层面难以构建明确、科学、有效的评价标准。因此，在信用惩戒中直接适用行为人责任，并不能仅仅着眼于强化违法预防，维护重大社会公共利益才是其真正的出发点。这也意味着，直接适用行为人责任的信用惩戒虽然名为“惩戒”，但不应被赋予制裁功能与处罚属性。例如，我国刑法上的保安处分独

〔35〕 乔晓阳：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国行政强制法（草案）〉修改情况的汇报》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2011年第5号，第480页。

〔36〕 参见上海市金山区市场监督管理局沪市监金处〔2022〕282022000061号行政处罚决定书。

〔37〕 参见何香柏：《我国威慑型环境执法困境的破解——基于观念和机制的分析》，《法商研究》2016年第4期，第27页。

立于刑罚之外，正是为了弥补刑罚预防犯罪能力的不足，避免行为人再次犯罪危害重大社会公共利益，以满足社会防卫需求。<sup>〔38〕</sup>同样的，基于行为人的违法记录而限制或剥夺其某种资格，实质上是对行为人从业主观要件的设定。此种信用惩戒作为对行为人责任的直接适用，只有着眼于重大社会公共利益，才能具备正当性。<sup>〔39〕</sup>

### 三、行为人责任在信用惩戒中的适用边界

不论哪种类型的信用惩戒，只要融入了行为人责任的归责方式，就应在受经典行政法机制约束的同时，遵循行为人责任的适用边界。间接适用行为人责任的信用惩戒，将对行为人信用状况的考量融入行政活动实施之中，旨在提升行政活动的正确性。直接适用行为人责任的信用惩戒，属于根据行为人的信用状况课以的预防性处分，目的是保护重大社会公共利益。两者都将行为人的违法记录体现的违法危险作为考量因素，但在功能与机理上存在差异。前者着眼于经典行政行为本身的方式革新，在行政合法性目标外增加了对有效性、效率性、可接受性等目标的追求，故其适用应紧密围绕行政活动的目的。后者着眼于弥补行为责任在违法预防上的不足，服务于重大社会公共利益，故仅应作为行为责任承担方式的补充。

#### （一）信用惩戒间接适用行为人责任的边界

信用惩戒间接适用行为人责任，应当在经典行政行为的规范依据与目的范围内展开。行政活动对行为人信用状况的要求，蕴含在特定行政活动的法定目的、法定要件与法定裁量之中。这也意味着，能否在信用惩戒中间接适用行为人责任，应当从特定行政活动的法定目的、法定要件的意涵中探知。

其一，行为人责任的间接适用，不能脱离特定行政活动对信用考量的个别化要求。目前，行政活动对于信用考量的要求，在立法中主要有三种体现方式：（1）明确特定的信用要求。有的立法对信用考量作出了明确规定，无需经由法律解释来澄清。例如，政府采购法第22条要求供应商“参加政府采购活动前三年内，在经营活动中没有重大违法记录”，《政府采购法实施条例》第19条将“重大违法记录”进一步解释为“因违法经营受到刑事处罚或者责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚”。（2）采用抽象的信用概念。有的立法在表述法定构成要件或裁量标准时，使用了较为抽象的信用概念。例如，《互联网域名管理办法》第11条规定了申请域名注册管理机构的条件，其中包括“主要经营管理人员具有良好的信用记录”。（3）行政活动的法定目的蕴含了信用考量的要求。对于某些行政活动，立法虽未明确规定信用考量的要求，也未在条文之中使用抽象的信用概念，但信用考量的必要性蕴含在该活动的法定目的之中。例如，实施行政检查的目的是提高违法行为发现的概率、节约行政资源，根据信用状况选择是否进行重点监管即蕴含于行政检查活动的实施目的之中。

对违法、违约、恶意获得许可等信用信息（主要是违法信息）进行评价，往往需要借助

〔38〕 保安处分是单纯基于行为人的违法危险而对行为人施加的不利对待。在刑法领域，禁止从业着眼于“预防再犯的需要”，属于典型的保安处分。参见李兰英、熊亚文：《刑事从业禁止制度的合宪性调控》，《法学》2018年第10期，第109页。

〔39〕 按照宪法上适用比例原则的阶层分析模型，只有为了重大公共利益，设定从业的主观要件才能满足比例原则的要求。参见张翔：《吕特案》，载张翔主编：《德国宪法案例选释第1辑：基本权利总论》，法律出版社2012年版，第65页。

标准、分数以及算法。这种信用状态评价,具有模式化与一般化的特征,难免与特定行政活动所需考量的信用状况的特定性产生冲突,即两者时常存在脱钩现象。以《山东省公共信用综合评价办法》为例,该办法规定的评价范围涵盖了行业信用评价、行政处罚、违反信用承诺、社保与公积金欠缴信息、履行社会责任情况、企业品牌建设等多项内容,几乎无所不包,与特定行政活动的信用考量要求并不一一对应。这也意味着,需对信用状态的生成予以规范,从而清晰地界定特定行政活动所需要的“信用图像”。

其二,在满足行政活动合法性要求的前提下,需要健全信用评价机制,力图实现行政活动追求的行政正确性目标,使信用更好地融入行政活动的实施之中,提升行政活动对立法目的的贯彻效果。例如,行政检查的法定目的是在特定领域提高发现违法行为的概率。同一信用主体在某领域的违法概率高,不等于其在另一领域的违法概率也高,因而对违法信用的考察应当限于特定行业领域。如果在纳税信用评级中考察运输物流行业失信主体的信用状况,<sup>[40]</sup>则不符合在“本行业、本领域”下判断同类违法行为发生危险的相关性要求。对违法风险的评估及其对行政活动效果的提升,不能基于拟制,而应具有一定程度的说服力。此外,用于评价行为人信用状态的评价指标、标准与方法也应当公开。

其三,应对融入行政活动的信用考量予以类型化。除了要在信用内容与行政目的之间建立合法、正当与有效的联结,信用融入行政活动的方式与要求,还应当根据不同行政活动的特点予以差异化处理。行政活动的实施在合法性框架下享有自主空间,并不意味着信用考量可以恣意融入。信用考量融入行政活动对行政活动带来的影响,可分为两种类型:(1)决定性影响。在信用状况作为法定事实要件的情况下,若行为人的信用状况不满足要求,针对行为人的行政活动就不会实施(如不缔结特许经营协议、不实施告知承诺制许可)。(2)附带性影响。当信用状况被作为裁量因素,<sup>[41]</sup>信用状况仅会影响行政活动内容的个别调整(如重点监管、加重处罚)。在这两种类型中,信用状况对相对人权益、公共利益与第三人利益的影响也会存在差别。例如,是否实施告知承诺制许可,并不排除相对人请求行政机关通过事前实质审查来颁发许可的权利,但会影响许可手段所欲保护的公共利益与第三人利益;是否缔结特许经营协议,不仅会对相对人缔约资格产生直接影响,还会影响特许经营背后的行政目标与第三人的公平竞争权。再如,监管频率与比例的调整,关系到行政资源的投入与发现违法行为的概率;处罚幅度关系到相对人权益与违法预防目标的实现。

行为人违法记录在信用范畴内体现的是未来违法的概率与危害程度,上述影响的差异,也会对信用考量所容许的违法危险概率或程度提出不同的要求。信用考量融入行政活动不仅应当遵循不同的行政目标导向,还应当根据对相对人权益、公共利益与第三人利益的可能影响,确立不同的违法危险概率和程度要求。例如,将信用考量融入特许经营协议缔约资格的判断过程,应当确立“违法可能性高”与“再次违法危害严重”的双重标准;将信用考量融入行政检查时,则可根据再次违法的概率与危害程度采用阶梯化的标准,对照适用阶梯化的检查频率与比例大小。

[40] 《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》(发改运行〔2017〕1553号)规定,运输物流行业失信主体的信用状况,应当作为税务部门评价其纳税信用等级的重要参考。

[41] 裁量又分为法定裁量与酌定裁量。法定裁量会产生特定的法律后果,而酌定裁量不必然产生特定法律后果,信用状况需与其他裁量因素一起纳入行政活动进行综合考量。

## （二）信用惩戒直接适用行为人责任的边界

在信用惩戒中直接适用行为人责任，除了要受经典行政法机制约束（如满足法律保留、正当程序等）外，还有额外的适用边界。

其一，以行为人未来的违法危险作为唯一的评价基础。行为责任的适用与行为人责任的间接适用，只是将违法危险作为法定或酌定评价的因素之一，且它们对违法危险的归责，不能脱离行为责任的原则与规范框架。相较之下，仅将违法危险作为归责基础，会对法治带来较大挑战。对行为人违法危险的判断是面向未来的预测，违法危险的存在，不等于违法行为的现实发生与客观的危害存在。刑事法领域同样存在以预防犯罪危险为唯一目标的保安处分，但对违法危险的判断在刑事领域始终属于操作难题，“司法官直觉式的感性判断基本是我们评估人身危险性的唯一途径”，<sup>〔42〕</sup>但其至少是由法院来作出判断的，且主要在个案中展开。相较保安处分，信用惩戒视域下的违法危险判断难题更为棘手。这是因为，直接适用行为人责任的信用惩戒，追求的是信用评价的标准化与模式化。这或能避免个案判断的不规范与不透明，却也可能脱离违法危险判断的具体场景与个案事实。

信用状态主要通过违法记录来体现，但违法记录未必能反映行为人再次违法的危险与倾向。例如，多次违法与违法危险之间不能划等号，更不能直接产生法律责任。前科制度就曾受到检讨：“将前科作为酌定从重处罚情节既违反罪刑法定原则和禁止重复评价原则，又使得量刑活动建立在假设和司法拟制之上，并且不符合量刑基准和量刑思考方式。”<sup>〔43〕</sup>确立有关行为人违法危险判断的标准与方式，既有赖于法学以外的社会学、管理学、统计学等学科知识的支撑与驱动，也需要遵循违法预防的目标与原理。例如，信用评价的对象应当是能反映行为人再犯危险性的违法记录，并且需要以相应的生效行政决定文书存在为条件。以行政决定文书的存在为条件，既是为了避免违法认定的恣意，也是为了在一定程度上评判行为人对既往违法行为承担行为责任的反应力。纳入信用评价的违法行为应为行为人故意实施的行为，因为过失违法的行为人主观上欠缺强烈敌视法律秩序的“恶性”，亦难被证明具有特殊的再犯危险性。尽管针对构成累犯的前后犯罪行为是否应具有同一性，我国刑法与域外刑法的规定并不一致，但考虑到累犯责任未超出行为责任范畴，而直接适用行为人责任的信用惩戒已然脱离了行为责任的归责逻辑，故应在违法倾向判断上遵循更为严格的要求。同一性质违法行为或具有法益侵害同一性的违法行为反复实施，往往体现出同类违法行为再次发生的危险，而对其他违法行为发生的可能性判断并无多大参考价值。例如，交通领域的违法记录或许能够反映行为人在该领域的再犯危险性，但难以推论出其在食品经营领域的违法倾向。

其二，以预防违法危险、保护重大社会公共利益为出发点。保护重大社会公共利益，并不等于要将违法行为产生严重危害后果作为严重失信的认定标准。实践中，对严重失信的认定采取单一认定与综合评价两种方式。单一认定是指根据违法方式、处罚类型与行为后果等，将特定的违法行为直接认定为严重失信行为。例如，《文化和旅游市场信用管理规定》第12条将“因不正当手段取得许可证、批准文件”、“受到文化和旅游主管部门吊销许可证行政处罚”，以及“提供含有法律、行政法规、规章禁止的内容，造成严重后果”纳入严重失信的情形。综合评价主要通过违法次数计算、综合评分等方式开展，其并不局限于某一特定违法行

〔42〕 劳佳琦：《累犯从严量刑适用实证研究》，《中国法学》2016年第1期，第265页。

〔43〕 苏永生：《将前科作为酌定从重处罚情节存在的问题及其对策》，《法商研究》2022年第5期，第60页。

为。例如,将“货运车辆驾驶人1年内违法超限运输超过3次”、〔44〕“12个月内第3次认定为轻微失信主体”,〔45〕以及信用评分在特定分值以下等,〔46〕界定为严重失信。直接适用行为人责任的信用惩戒旨在预防违法,注重避免未来违法对重大公共利益造成损害,而非惩戒或补救既往违法行为对重大社会公共利益已然造成的现实危害。因此,此种信用惩戒的适用应当排除两种情形:(1)虽然既往违法行为严重危害社会公共利益,但无法推出行为人具有一定程度的将来违法可能性。单一违法行为的严重程度、危害后果与再犯的可能性之间没有必然逻辑关联。若一律针对单一严重违法行为同时适用行为责任与行为人责任,不仅不符合行为责任用于违法预防的基本定位,也可能变相地在行为责任之外进行重复评价与重复处罚,造成行政制裁的不当扩张。(2)行为人虽被评价为具有再次违法倾向,但再次违法不会对社会公共利益带来重大危害。例如,食品安全法第134条简单地根据因违反该法律而受处罚的次数来适用行为人责任,就是有待商榷的做法。如果行为人多次受到警告处罚,仅是因食品生产企业未履行备案义务或未遵守进货查验记录制度的要求,而非生产销售不符合国家食品安全标准的食品,一般不至于对食品安全造成重大威胁,对其直接适用行为人责任,不符合保护重大公共利益的宗旨。

有观点认为,通报批评、公布违法事实的目的在于“提醒社会大众注意并预防交易风险”,进而将其界定为管控风险的失信惩戒,〔47〕这一观点值得商榷。防范交易风险与防范违法危险不容混淆,前者以私法自治为基础,后者以公法强制为基础。并且,通报批评、公布违法事实一般仍是针对违法行为,不应脱离行为责任的框架。至于列入严重失信主体名单、公示失信信息,虽然针对的是经评价的失信状态而非违法行为,但不宜纳入直接适用行为人责任的信用惩戒范畴。实践中,列入严重失信主体名单,通常与市场或行业禁入、限制任职资格等联合惩戒挂钩,以严重危害特定领域的社会公共利益作为适用标准。然而,列入严重失信主体名单本身并不能直接发挥违法预防的作用,且其只是作为实施信用惩戒的过程性工具,而非信用惩戒本身。与刑法上的从业禁止、吊销驾照等意在防止再次犯罪的保安处分类似,直接适用行为人责任的信用惩戒,应当仅包括限制行为人资格的市场或行业禁入、任职资格限制。列入严重失信主体名单虽以严重危害特定领域的社会公共利益作为适用标准,但不直接追求违法预防的目的,应属于在对行为人直接课以行为人责任的过程中对行为人权益不产生直接影响的过程行为。

其三,以适用行为责任不足以预防违法为前提。行政处罚、行政强制措施等作为典型的行为责任承担方式,都或多或少地蕴含了预防目标。特别是,行政处罚法规定的吊销许可证件、限制从业等处罚,也具有预防违法的目的。〔48〕直接适用行为人责任的信用惩戒,应仅发挥弥补行为责任预防违法能力不足的作用。以保安处分作为对照,保安处分的正当性,源于刑罚针对性格缺陷者、无责任能力或限制责任能力者、刑罚反应力薄弱者不能产生效果或效果有限。〔49〕

〔44〕 参见《广西壮族自治区公路货物运输严重违法失信超限超载责任主体联合惩戒工作方案》(桂交规〔2022〕6号)。

〔45〕 参见《北京市文化和旅游市场信用管理办法》第15条。

〔46〕 参见《山东省公共信用综合评价指标体系》(2022年版)。

〔47〕 参见前引〔24〕,陈国栋文,第143页。

〔48〕 参见王贵松:《论行政处罚的制裁性》,《法商研究》2020年第6期,第22页。

〔49〕 参见许福生:《刑事政策学》,中国台湾元照出版有限公司2017年版,第225页。

对于直接适用行为人责任的信用惩戒的定位，应当与保安处分类似。只有在适用行为责任不足以矫正行为人违法习性或不足以预防其再犯的情形下，才能以行为人的信用品格作为归责基础。

实践中，针对一些违法行为施加信用惩戒的主要原因就在于，既有处罚不足以遏制违法行为。例如，针对使用伪造证件进行婚姻登记的行为，居民身份证法第 17 条已经设定了最高 1000 元的罚款或 10 日拘留。上海市民政局等机关发布《关于将婚姻信息失信行为纳入信用管理的通知》（沪民婚发〔2016〕4 号），将上述行为界定为“婚姻信息失信行为”。〔50〕据行政机关解释，将此类违法行为纳入失信行为的缘由包括：“以前对于部分失信的登记者而言撒谎的成本太低了”，“婚姻登记中当事人假声明的失信行为时有发生，对家庭和社会造成不良影响”，需要“提高失信代价”等。〔51〕这种做法在形式上符合现有行为责任不足以预防违法的前提条件，却忽略了行为责任的应用本身或许还有进一步优化的空间。如果能通过优化行为责任在立法中的应用来提升其违法预防成效，便没有必要直接适用行为人责任来设定信用惩戒。直接适用行为人责任设定信用惩戒，应旨在克服行为责任的固有局限，即受制于“与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”的要求，即便行为人多次违法，也只能在行为责任的归责逻辑内受到制裁。总之，只有全面考虑是否存在特定违法情形屡禁不止的状况、违法行为对公共利益的危害性大小、适用行为责任所达到的规范效果如何，以及对于行为责任的适用是否还有完善空间等因素，立法方可直接适用行为人责任设定信用惩戒。

其四，符合成本效益原则。市场或行业禁入、限制任职等措施，会对市场主体的经营行为构成重大限制。基于信用状态剥夺市场主体的某些资格或能力，不应忽视由此带来的市场与社会成本，如经营与就业机会的减少、“伤害经济活力”等后果。〔52〕信用状态所提示的，仅仅是未来违法的风险而非现实损害的存在，是否基于以及基于何种信用状态采取剥夺资格或能力等预防措施，取决于对违法风险转化为损害的概率、预期损害的大小，以及剥夺能力的成本等方面的综合考虑。只有当违法发生的概率与预期损害的乘积明显大于剥夺行为人资格或能力的成本时，才能直接适用行为人责任设定信用惩戒。

还需说明的是，直接适用行为人责任的信用惩戒所针对的失信状态，应当有违法记录可以证明，且具有“明显且重大的社会危险性”。若违法记录（如违法次数、主观过错、认知态度和危害后果消除情况等因素）能证明未来违法发生的可能性高，则意味着存在明显的社会危险性。若根据违法记录（如违法种类、违法严重程度和法益侵害等因素），可预测行为人未来违法将产生严重社会危害，则意味着存在重大的社会危险性。限制资格或能力的范围与期限，不得超出以行为人违法危险为根据的违法预防需要。行为人再次违法的可能性越高，再次违法的危害性越大，限制其资格或能力的期限就应越长。对资格或能力的限制范围，也应当与行为人的违法危险相适应，应仅限于可能导致相关违法再次发生的特定资格或能力。

〔50〕 最高人民法院等发布的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》（高检发办字〔2021〕109 号），明确要求将此类违法行为的当事人纳入婚姻登记领域严重失信当事人名单，由相关部门进行联合惩戒。

〔51〕 范彦萍：《婚姻登记弄虚作假将入“黑名单”》，《青年报》2016 年 12 月 28 日第 A01 版。

〔52〕 参见罗培新：《价值均衡 技术理性 规范合理 助力营商环境优化——评〈市场监督管理严重违法失信名单管理办法〉》，《中国市场监管报》2021 年 8 月 3 日第 3 版。

## 结 语

在我国由政府主导的社会信用体系建设下, 广义的信用惩戒概念容纳了法律属性不同、运行机理各异的信用措施。信用惩戒的独有特征不在于对既有法律制裁的重述与解释, 而在于其在违法记录的基础上针对失信状态进行规制。如果只是套用经典的行政行为类型与公法原理来构造信用惩戒的约束机制, 信用惩戒在获得合法身份后, 仍有可能成为“脱缰的野马”, 对相对人的权益造成实质侵害。要使信用惩戒真正具有正当性, 必须将其置于行为人责任与行为责任的关系视角下进行观察, 并根据行为人责任在信用惩戒中的适用方式, 有针对性地探究其正当性基础并构建适用边界。本文对信用惩戒之正当性与适用边界的探讨, 主要在法解释论层面展开, 同时也怀有立法论上的期待, 期望通过厘清信用惩戒的定位, 助益于信用立法的规范化以及信用惩戒约束机制的完善。当然, 本文的研究仍可谓初步, 如何在经典行政行为中融入信用考量, 以提升行政正确性、更好地完成行政任务, 如何细化信用惩戒的补充性功能及利益衡量要求, 如何对行为人再次违法的危险性进行评估等问题, 都有待进一步深入研究。

---

**Abstract:** The application of the classical theory of legal forms of administrative acts and the restraint mechanisms of administrative acts can prevent the arbitrary expansion of the credit punishment power to a certain extent, but they are still insufficient to fully constrain credit punishment. The responsibility of the actor, which applies to a considerable number of credit punishments, is aimed at the illegal personality of the actor, while the responsibility of acts is mainly applicable to classical administrative activities. The application of the responsibility of the actor in credit punishment goes beyond the adjustment range of the classical administrative law mechanism to a certain extent. Targeted constraining credit punishment requires clarifying the relationship between the responsibility of the actor and the responsibility of acts. There are two ways of applying the responsibility of the actor in credit punishment, i. e., indirect application and direct application. The former represents an innovation of classical administrative acts, that is, while meeting the requirements of administrative legality, it serves to better fulfill administrative tasks and is set around the purpose of administrative activities. The latter should focus on preventing law violations and protecting significant social public interests. It should be set according to the principle of cost-effectiveness under the precondition that the responsibility of acts is insufficient to achieve the purpose of preventing law violations.

**Key Words:** social credit system, credit punishment, administrative penalty, the responsibility of the actor, breach of credibility

---