

失信惩戒法治化的源起、困境与展望

宋 明 黄晨阳

摘 要：在传统社会信用秩序难以维系、现代社会信用秩序尚未建成的时代背景下，社会诚信建设已经成为全面推进依法治国的内在要求。失信惩戒作为社会诚信建设的重要手段，应当对其进行法治化改造。然而失信惩戒并非严格意义上的法律概念，因此在法治化改造的过程中，面临着法律性质不明、惩戒范围模糊、价值取向矛盾等三个方面的问题。现代文明国家法治先行，失信惩戒法治化应当践行“控权保民”的法治理念，尊重“私法自治”的法治期许，避免“道德入法”稀释法治。

关键词：社会信用；失信惩戒；法治；诚信建设

中图分类号：D922.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1673-5706（2020）06-0094-07

党的十八大以来，党中央、国务院高度重视社会诚信建设，明确将社会信用体系确立为社会主义市场经济体制和社会治理体制的重要组成部分，并强调在“政务、商务、社会、司法”全方位构建社会信用体系。^①2016年6月12日，国务院发布的《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》（以下简称《指导意见》）指出：“依法依规运用信用激励和约束手段，构建政府、社会共同参

与的跨地区、跨部门、跨领域的守信联合激励和失信联合惩戒机制。加大对诚信主体激励和对严重失信主体惩戒力度，让守信者受益、失信者受限，形成褒扬诚信、惩戒失信的制度机制。”截至2019年底，在中央层面，国家发展改革委员会已联合各部委发布“失信联合惩戒合作备忘录”共计34部，^②在地方上，也有数十部的地方性法规、地方政府规章以及百部以上的规范性文件规定了失信惩戒。^③由此可见，“失信惩戒”已经成为社

本文为教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“权利视野下法治政府建设的理论与实践研究”（16JJD820005）阶段性成果。

① 《社会信用体系建设规划纲要（2014-2020年）》（国发〔2014〕21号）。

② 例如，国家发展改革委、最高人民法院、中国人民银行、财政部等44家单位联合签署的《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》；国家发展改革委、中国人民银行、财政部等29个单位联合签署的《关于对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》。

③ 例如，《河南省社会信用条例》《辽宁省公共信用信息管理条例》《南京市社会信用条例》《厦门经济特区社会信用条例》《陕西省政府采购领域供应商违法失信“黑名单”信息共享和联合惩戒实施办法》。

会信用治理的重要工具，并在社会信用体系的建设方面扮演积极角色。

自失信惩戒机制启动以来，守信践诺事例不断涌现，社会信用水平逐渐提升，社会信用治理能效初步显现。但是，失信惩戒毕竟不是严格意义上的法律概念，在全国性的社会信用立法尚未出台的大背景下，失信惩戒在实践过程中产生了不少的负面效应，导致其正当性与合法性备受舆论质疑。^①现代文明国家法治先行，“法治化”是失信惩戒的必然归宿。故本文以“失信惩戒法治化”作为研究主题，首先从失信惩戒的源起出发，探寻失信惩戒法治化的正当性基础，其次系统地分析、检视失信惩戒法治化的现实困境，并以此为据，进一步展望失信惩戒的法治之路。

一、失信惩戒法治化的源起

（一）社会转型：乡土社会的信用纽带难以维系

传统中国社会是乡土性的，血缘、亲缘、地缘承载着个人的信用信息，维系着个体间的道德。因此，在乡土社会中法律无从发生，所谓“信用”也并非是对契约的重视，而是发生于对一种行为的规矩熟悉到不假思索时的可靠性。^②因此在乡土社会中，信用纽带的维系一方面倚靠封闭环境下熟人关系间形成的“蛛网约束力”，另一方面倚靠小农经济环境下乡民基于对可预期收益的信赖而自发地维护乡邻关系。

但是，随着我国计划经济体制向社会主义市场经济体制转变，乡土社会中的“人地依附关系”正被人口的自由迁徙以及个体的原子化所消解。一方面，市场经济要求生产资料自由流动以实现利润的最大化；另一方面，市场的逐利性也倒逼个体的生存策略由“守成”向“进取”转变。因此，个体往往会主动跳脱出固有的社会圈层，而乡土社会中以血缘、亲缘、地缘为基础的信用纽带也

就相应地被扯断，“熟人社会”逐渐向“陌生人社会”过渡。

“陌生人社会”较之“熟人社会”最显著的特点便是社会交往的“匿名化”，此处的“匿名”并不限于“隐藏姓名”之意，还蕴含着交涉双方对对方资信状况一无所知的意思。因此，在“匿名化”的社会环境里，由于缺少信任基础，失信事件频频发生。国务院于2014年6月印发的《社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）》（以下简称《规划纲要》）就明确指出：“当前我国社会诚信意识和信用水平偏低，履约践诺、诚实守信的社会氛围尚未形成，重特大生产安全事故、食品药品安全事件时有发生，商业欺诈、制假售假、偷逃骗税、虚报冒领、学术不端等现象屡禁不止。”由此可见，在乡土社会信用纽带难以维系的时代背景下，适应于“陌生人社会”的信用秩序也亟待建立。

（二）法治未彰：现代社会的信用秩序尚未建立

“现代社会是多元的，权威趋于减弱并越来越分散。当习惯的力量减弱，当权威受到质疑的时候，对正式法律的需要就应运而生了。”^③现代中国社会从乡土中走来，伴随着乡规民约、宗法伦理等传统权威的式微，法律规范试图顶替道德伦理成为社会公众的行为准则，并尝试建立现代社会的信用秩序。

但是，社会转型并非一蹴而就，乡土社会中的“熟人文化”仍然在现代社会中占据重要地位。自改革开放以来，市场经济的发展虽然打破了血缘、地缘对个体的限制，增强了人们的独立性、自主性，但是在社会交往中，人们还是倾向于扩展“关系圈”、营造“老乡文化”，遇事“找关系”、“走后门”也成为社交潜规则。但是，在一个自由开放的市场环境中，所谓“熟人文化”最多只能节约交往成本，并不能降低交往的风险，譬如舆论

① 例如，“甘肃省东乡县发布《关于依法打击整治忤逆不孝行为的通告》，将‘忤逆不孝’作为失信惩戒的对象”，欧阳雨晨《信用惩戒“忤逆不孝”值得商榷》，《南京日报》2019年9月3日第A05版；“浙江省则拟将‘频繁跳槽’纳入个人信用不良记录”，袁媛：《别让“黑名单”成为“大罗筐”》，《新华日报》2019年8月22日（第003版）。

② 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京：北京大学出版社，2016年，第10页。

③ [美]劳伦斯·M.弗里德曼：《法治、现代化和司法》，傅郁林译，《北大法律评论》1998年第1期。

场中频频曝出的“杀熟”事件便是典型例证。而蔓延至公权力机关的“熟人文化”则会对有法不依、执法不严、违法不究,甚至以权压法、权钱交易、徇私枉法等问题的滋生发挥推波助澜的作用。

然而,借助法律规范极力塑造的以责任归责体系为主的事后处罚模式,在诚信治理方面却也收效甚微。^①一方面,事后处罚模式系被动式的诚信治理,主要依托于当事人的告诉或请求,因此对于当事人基于各种原因未能告诉或请求的失信案件,事后处罚模式爱莫能助。另一方面,碍于诉讼成本、执法成本高企的现实,当事人的告诉或请求并不一定会启动诉讼、执法程序。而且,即便启动了诉讼、执法程序,在经过立案、举证、答辩等一系列程序性事宜之后,最终的结果也可能不如人意(败诉、权利只能部分实现、执行难等)。

由此可见,当今中国社会正处于传统信用秩序崩塌,而现代信用秩序尚未建成的窘境之中。2014年10月23日,党的十八届中央委员会全体会议作出《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调:“建设守法诚信的法治政府,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,使尊法守法成为全体人民共同追求和自觉行动。”社会诚信建设已经成为全面推进依法治国的内在要求,而失信惩戒机制作为社会诚信建设的重要手段,自然也要进行法治化的改造。

二、失信惩戒法治化的困境

(一) 失信惩戒的法律性质不明

“一处失信,处处受限”是失信惩戒的威慑力所在。2019年7月16日,国务院办公厅印发的《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》明确提出:“为从根本上解决失信行为反复出现、易地出现的问题,必须加快构建跨地区、跨行业、跨领域的失信联合惩戒机制。依法依规建立联合惩戒措施清单,动态更新并向社会公开,形成行政性、市场

性和行业性等惩戒措施多管齐下,社会力量广泛参与的失信联合惩戒大格局。”^②由此可知,在制度设计层面,失信惩戒体现出“多方共治”的惩戒理念。

在具体实践中,“多方共治”的惩戒理念主要是通过行政机关、司法机关以及法律法规授权具有管理公共事务职能的组织签署“合作备忘录”的形式来实现。简单来说,各国家机关按照“合作备忘录”所规定的惩戒方式,在各自职务范围内对失信主体开展惩戒,具体可能涉及政府采购、招投标、交通运输、生产许可、市场准入、评先评优、资质审核等多个领域。对于符合严重失信标准的社会主体,国家机关可以将其列入严重失信名单并向社会公布,同时鼓励社会组织、市场主体对严重失信者采取行业惩戒措施、市场惩戒措施。例如,《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》第6条第1款就明确规定:“人民法院应当将失信被执行人名单信息,向政府相关部门、金融监管机构、金融机构、承担行政职能的事业单位及行业协会等通报,供相关单位依照法律、法规和有关规定,在政府采购、招标投标、行政审批、政府扶持、融资信贷、市场准入、资质认定等方面,对失信被执行人予以信用惩戒。”

但问题是,在惩戒主体多元、惩戒措施多样的客观情形下,失信惩戒的法律性质难以确定。一方面,惩戒主体既包括行政机关、司法机关等公法主体,也包括行业组织、市场主体等私法主体;另一方面,惩戒措施系以各惩戒主体的权力(利)范围为限。因此,不同惩戒主体所作出的惩戒行为在法律性质上不能一概而论。譬如,人民法院对民事活动中拒不履行金钱给付义务的债务人发出限制消费令的行为,在性质上属于司法行为。而行政机关在行政奖励中限制失信者参选或撤销其已获得的荣誉称号,则属行政行为。

当然,在学界也有学者表示:“在惩戒主体多元、惩戒措施多样的运行逻辑下,必须运用法

^① 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。

^② 《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)。

律技术对失信联合惩戒进行精细化的界定,在厘清其内涵和外延的基础上予以类型化分析,以此推动失信联合惩戒的法治化进程。”^①但笔者对此观点持保留意见。一方面,“类型化”分析仅将视点聚焦于“具体惩戒行为”这一微观层面,并没有从宏观层面澄清“失信惩戒”的法律性质,有“只见树木,不见森林”之感。因此,“类型化”分析最终只能发挥事后归纳的作用,难以实现事前控制的法治需要。并且,由于宏观层面法律定性的缺失,在立法层面关于惩戒措施的设定程序、行为程序以及救济程序等的设计势必会引发诸多困难。另一方面,“类型化”分析系以失信联合惩戒的实然状态为观察对象,即主要分析实践中惩戒行为的法律性质。但是,实践中的惩戒行为都是在宏观法律性质缺位的背景下自发生成的,如果不先明确“失信惩戒”的法律性质,界定出惩戒行为的合法性与合理性标准,而是直接进行“类型化”分析,恐以实用主义为导向,最终与法治精神相悖。因此,失信惩戒法治化的当务之急便是从宏观层面澄清其法律性质。

(二) 失信惩戒的惩戒范围模糊

根据《规划纲要》的规定,失信惩戒的对象是“失信行为”,但何谓“失信行为”,《规划纲要》并未在概念层面予以释明。按照《现代汉语词典》对“失信”的解释,失信即答应别人的事没有做,失去信用,主要是指行为人不恪守承诺、不守信用。^②2020年5月28日,第十三届全国人大第三次会议通过的《中华人民共和国民法典》亦规定了诚实信用原则,强调“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺”。^③由此可见,“违背承诺”是社会公众对“失信”一词的普遍理解。

但是,参照《规划纲要》在描述诚信建设内容时所列举的多项“失信行为”,不难发现,失信惩戒的对象并没有囿于“违背承诺”这一种情况。

譬如,在政府守信践诺机制建设方面,强调惩戒地方政府的保护主义行为;在公务员诚信管理和教育方面,将公务员个人有关事项报告、廉政记录、年度考核结果、相关违法违纪违约行为等作为失信惩戒的重要依据;在金融领域信用建设方面,强调惩戒金融欺诈、恶意逃废银行债务、内幕交易、制售假保单、骗保骗赔、披露虚假信息、非法集资、逃套骗汇等违法和失信行为;在工程建设领域信用建设方面,将肢解发包、转包、违法分包、拖欠工程款和农民工工资等列入失信责任追究范围;在交通运输领域信用建设方面,将各类交通运输违法行为列入失信记录;在医疗卫生领域信用建设方面,强调惩戒收受贿赂、过度诊疗等违法和失信行为。^④

依据上述示例,失信惩戒不仅惩戒“违约行为”,“违纪行为”“违法行为”也属于惩戒的范围。尤其值得注意的是,像交通运输违法这类与“诚实信用”难以产生常识性关联的违法行为也囊括在内。由此可见,失信惩戒的范围已经超出了“诚实信用”概念所能辐射到的范围,沈岍教授指出:“社会信用体系建设其实是有意解决普遍存在的违法违规行为得不到有力追究或屡禁不止的问题。”^⑤然而,法治化的目的在于规范化,进而保障社会公众对未来生活的预测可能性,超脱社会常识性理解的“失信行为”,显然被赋予了极为宽泛的解释空间,并不利于法治化改造。

(三) 失信惩戒的价值取向矛盾

按照国务院《规划纲要》对社会信用体系基本样貌的勾勒,“社会信用体系是社会主义市场经济体制和社会治理体制的重要组成部分。它以法律、法规、标准和契约为依据,以健全覆盖社会成员的信用记录和信用基础设施网络为基础,以信用信息合规应用和信用服务体系为支撑,以树立诚信文化理念、弘扬诚信传统美德为内在要求,以守信激励和失信约束为奖惩机制,目的是

① 王伟:《失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规制设计》,《中州学刊》2019年第5期。

② 《现代汉语词典》,北京:商务印书馆,2012年,第1171页。

③ 《中华人民共和国民法典》第7条。

④ 《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》(国发〔2014〕21号)。

⑤ 沈岍:《社会信用体系建设的法治之道》,《中国法学》2019年第5期。

提高全社会的诚信意识和信用水平”。与此同时,《规划纲要》还强调:“建立健全社会信用体系,是减少政府对经济的行政干预、完善社会主义市场经济体制的迫切要求。”由此可见,社会信用体系是一套系统工程,其主要是通过构建事前“信用信息网络”来打破陌生人之间的“无知之幕”,进而塑造陌生人间的互信,同时辅之以事后奖惩机制来引导社会成员养成守信践诺的习惯。因此,社会信用体系建设从制度目的上看,在于通过激发市场自发的约束力,让信用秩序和规则在市场中逐步建立,进而降低社会交往的成本、提高市场效率,减少政府对市场经济的干预。

但实际情况是,以事后辅助作为功能定位的失信惩戒机制已经成为社会信用体系建设的主要手段。最典型的表现是,许多地方的信用立法都规定:“政府鼓励行业协会、商会、交易平台对失信主体采取警告、通报批评、降低信用等级、取消会员资格等惩戒措施。”^①这其实相当于给了行政机关假信用惩戒之名,侵入了私法自治领域的机会。众所周知,在政府主导型的市场经济环境下,市场主体、社会组织很难有独立决断的空间,譬如国有企业、挂靠在国家机关下的社会组织难以在政府的鼓励之下还具有惩戒与否的选择自由,因此“规范意义上的鼓励”很容易转变为“事实意义上的要求”。^②

社会信用体系在设计之初是为了激发社会的自我管理能力,减少政府对市场的干预人,进而达到简政放权目的。但在具体实践中,政府不仅没有减少对市场经济的干预,相反,出现了“假信用之名,行事无巨细之监管”的行政管理乱象。因此,如果不能妥善处理好社会信用体系建设在应然层面和实然层面价值取向相互冲突的问题,

失信惩戒法治化的结果有可能是南辕北辙的。

三、失信惩戒法治化的展望

失信惩戒法治化必须立足于“人权保障”这一法治逻辑起点,熨平实务中的褶皱,进而形成良法之治。

(一) 践行“控权保民”的法治理念

法治是“规则之治”,强调法律的至高无上性,任何集体和个人都必须在法律的规范下活动。唯有如此,人与人之间才能形成一种明确的、稳定的、可预测的权利义务关系,从而构建起社会秩序。但是,法治除了要求已成立的法律获得普遍的服从,还要求大家所服从的法律应当是制定得良好的法律。^③现代法治理念起源于古典自由主义的法律学说,在历经数次资产阶级革命后,确立了“约束公权,保障人权”的价值内容。^④我国《宪法》亦明确规定:“国家尊重和保障人权”,^⑤“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”。^⑥因此,“控权保民”是我国良法之治的根本目标。

实务中,失信惩戒系以“声誉不利、资格剥夺、自由限制”作为惩戒手段。“声誉不利”主要以“公示黑名单”为具体表现形式,是传统耻感文化的当代演绎,与人格尊严息息相关。而“资格剥夺”、“自由限制”则分别以“限制职业资格”和“限制出境、消费”为具体表现。在现代,选择职业的自由、居住和迁徙的自由以及财产权,总称为经济自由权,是法律所广泛规制的人权。^⑦但是,由于缺乏国家信用立法的规制,地方政府在设定、实施失信惩戒时经常出现恣意惩戒、重复惩戒、不当联结等背离法治理念的行为,这些行为往往对公民的基本权利造成不利影响。

因此,出于践行“控权保民”的法治理念的必然要求,失信惩戒法治化应当重点关注惩戒措

① 例如,《南京市社会信用条例》第49条,《厦门经济特区社会信用条例》第29条,《宿迁市社会信用条例》第35条。

② 沈岍:《社会信用体系建设的法治之道》,《中国法学》2019年第5期。

③ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,北京:商务印书馆,1965年,第199页。

④ 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,北京:法律出版社,2003年,第73-74页。

⑤ 《中华人民共和国宪法》第33条第3款。

⑥ 《中华人民共和国宪法》第5条第5款。

⑦ [日]芦部信喜著、[日]高桥和之补订:《宪法(第六版)》,林来梵等译,北京:清华大学出版社,2018年,第176页。

施之设定、实施两方面的问题。在惩戒措施的设定方面,一是惩戒措施之设定应当与惩戒对象、惩戒目的建立合理关联,譬如以“限制招录为公职人员”的惩戒来促进交通诚信的做法就难言合理;二是惩戒措施设定权之行使应当受到限制,对于严厉程度不同的惩戒措施,在设定程序、设定权限上应当有所区分。在惩戒措施的实施方面,一是惩戒措施之行使应当遵循正当程序原则,避免恣意惩戒、错误惩戒等情况的发生;二是实施惩戒措施应当符合比例原则,即实施的惩戒措施要与惩戒的目的、失信行为的严重程度相适应,避免“过罚不当”。

(二) 尊重“私法自治”的法治期许

私法自治的理念是伴随着启蒙运动以及近代民主法治国家的建立而形成的。一方面,启蒙运动将个人从传统权威和宗教神学中解放出来,强调人是理性的、自由的、平等的,确立了个人的意思自治空间;另一方面,近代民主法治国家在捍卫人权、反抗专制的斗争中建立起来,奠定了“限制权力专横、保障人权”的法治基本内涵。因此,私法自治意指个人在私法领域可以按照自己的意思安排其在私法上的事务,强调排除国家对私人事务的干涉,以保障个体在社会中的自由。

然而,伴随着垄断资本主义的出现,“世界经济危机周期化”和“贫富差距扩大化”等负面效应促使“国家干预”成为社会治理的重要手段,这直接导致公法与私法之间开始相互渗透,并呈现出“私法公法化”和“公法私法化”两种态势。譬如,面对私法自治领域中的物权变动,《中华人民共和国民法典》就规定“不动产物权变动,须经有权机关登记方能发生法律效力”。^①而传统“刚性”“强制性”的行政管理方式,现也逐渐被“柔性”的行政协议、行政指导等方式替代。但是,无论是“私法公法化”,还是“公法私法化”,本质上都是为了更好地促进市场经济的发展,发挥“自

由社会”的激励作用。“国家干预”不是目的,只是控制风险的手段而已。因此,在市场经济环境下,对风险的控制仍需以尊重私法自治为前提。如果控制风险最终是以损害私法自治为代价,那么“自由社会”的激励作用便会大打折扣,市场的生命力也会因此消减。

“公私联合惩戒”自诞生之初就被寄予厚望,被认为能够极大地提高社会主体的失信成本,真正做到让失信者寸步难行。但问题是,社会组织、市场主体在国家机关的建议和鼓励之下,限制或拒绝失信被执行人与自己进行市场交往,或是限制失信被执行人在自治组织内部进行正常活动,实际上是将私法自治领域中的“交易自由”“交往自由”让渡给公共权力机构来治理。社会信用体系作为控制信用风险的一种方式,政府完全可以通过完善交易双方资信数据的方式来提示风险,但不应该替交易双方直接做出交易与否的决定,因为这损害了交易自由,侵入到私法自治的领域。

因此,失信惩戒法治化,必须妥善处理好私主体参与失信惩戒的尺度,切实保障私法自治的空间,明晰私人领域与公共领域的界限。

(三) 避免“道德入法”稀释法治

实践中,失信惩戒的范围已经超出了“诚实守信”的词义内容,不少在道德层面具有非难可能性的行为被卷入进来,其中既包括纯粹的“不道德行为”,也包括“违法行为”。对此,有学者担忧道:“污名的泛化造成了对公民基本权利的过度限制,使行政管制充满浓厚的功利主义和监管色彩,带来了巨大的合法性危机。”^②追根究底,失信惩戒打开了一扇“道德入法”的窗口,导致道德的抽象性、不确定性稀释了法治的规范性。

法律与道德的关系问题是法哲学中历久弥新的问题。在每个国家的法律里,处处都显示,社会既有道德和更广泛的道德理念对法律产生了重大影响。有些影响或者是通过突兀的、公开的立

^① 《中华人民共和国民法典》第206条第1款:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但是法律另有规定的除外。”

^② 门中敬:《失信联合惩戒之污名及其法律控制》,《法学论坛》2019年第6期。

法程序成为法律,或者是沉默平和地通过司法程序影响法律。因此,即便是“法实证主义者”也难以否认,法律体系的稳定性部分地依赖于法律与道德在某种程度上的对应。^①但是,不能因为法治蕴含着人类对普遍道德理念价值与终极关怀目的之追求,就将“道德法律化”也看作是顺理成章。毕竟,道德与法律的差异性是十分明显的。

法律是一种平等性的、普遍性的要求,即法律应当平等地、普遍而统一地适用于一切人。因此,法律标准应当是客观的、确定的,而不是随意性的、个体化的。而道德属于人的内心自律的伦理范畴,它既包涵道德观念,又涉及美德与修养。因此,道德评价是一种个体化的、主观的、观念性的评价。如果将道德与法律等量齐观,将道德评价运用在执法和司法过程中,就预示着这样一个结果,即“凡违反道德的,也就是违反法律的”,这对法治而言无疑是极其有害。^②一方面,道德是主观的,它会因年代、地域、职业、受教育程度、宗教信仰等差异表现出相当大的不确定性。因此,“道德入法”会损害法律的精确性和安定性,进而打击公民对未来生活的理性期待。另一方面,道德的主观性决定了道德评价标准必然是抽象且模糊的,因此以道德标准进行评判,意味着评价结果将在很大程度上取决于裁判者的主观好恶。在此种情况下,法治或面临被“人治”取代的风险。^③

实际上,法律与道德的关系是若即若离的,既相互适应,同时又保持距离。因为,法治虽然昭示着对人治的彻底摒弃,但其并非仅仅指涉纯粹客观的制度规范,以“良法善治”为内核的法治要求更好地实现维护人权与自由的价值关怀。因此,在自然法学派看来,在以个人自由为基础的社会秩序中,法律是“伦理的秋毫”(ethical minimum),它仅包括那些为维持公共秩序必须推行的道德规范。^④所以,失信惩戒法治化应当明确

失信的具体范围,回归“诚实信用”的固有内涵,以防其他道德内涵不当释入,进而稀释法治。

参考文献:

- [1] 费孝通. 乡土中国 生育制度 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [2] [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼. 法治、现代化和司法 [J]. 傅郁林, 译. 北大法律评论, 1998, (1).
- [3] 沈毅龙. 论失信的行政联合惩戒及其法律控制 [J]. 法学家, 2019, (4).
- [4] 王伟. 失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规制设计 [J]. 中州学刊, 2019, (5).
- [5] 沈岿. 社会信用体系建设的法治之道 [J]. 中国法学, 2019, (5).
- [6] 周佑勇. 推进国家治理现代化的法治逻辑 [J]. 法商研究, 2020, (4).
- [7] 门中敬. 失信联合惩戒之污名及其法律控制 [J]. 法学论坛, 2019, (6).
- [8] [英] 哈特. 法律的概念 (第三版) [M]. 许家馨, 李冠宜, 译. 北京: 法律出版社, 2018.
- [9] 罗培新. 善治须用良法: 社会信用立法略论 [J]. 法学, 2016, (12).
- [10] [美] 博登海默. 博登海默法理学 [M]. 潘汉典, 译. 北京: 法律出版社, 2017.

作者: 宋 明, 深圳大学法学院教授、博士
黄晨阳, 深圳大学法学院宪法与行政法专业硕士研究生

责任编辑: 熊哲文

① [英] 哈特:《法律的概念(第三版)》, 许家馨、李冠宜译, 北京: 法律出版社, 2018年, 第269页。

② 刘作翔:《法律与道德: 中国法治进程中的难题之解——对法律与道德关系的再追问和再思考》,《法制与社会发展》1998年第1期。

③ 罗培新:《善治须用良法: 社会信用立法略论》,《法学》2016年第12期。

④ [美] 博登海默:《博登海默法理学》, 潘汉典译, 北京: 法律出版社, 2017年, 第130-132页。