

声誉制裁的当代图景与法治建构

王瑞雪*

摘要 声誉制裁是公权力主体披露相对人负面信息、降低相对人社会评价的行为。在通报批评等“一事一议”的传统形式之外,声誉制裁在政府信息公开、企业信息公示与社会信用体系建设等制度的掩映下,以常态化的违法事实公布、负面信息记入信用档案和向相对人施以各类负面标签等形式自动化、普遍性地展开。声誉制裁存在信息范围过广、制裁效果过重、修复难度过大等问题,结构性地压缩了行政裁量空间以及宽容、激励等制度的空间。公权力主体应当将“保护相对人声誉”作为重要的公法价值,扭转针对相对人声誉信息以“披露为原则、不披露为例外”的现实作法;限缩声誉制裁的适用范围,选择恰当的声誉制裁形式;设置有意义的程序装置,保障相对人的程序性权利;完善声誉修复与救济机制,保护相对人未来发展的能力。

关键词 声誉 声誉制裁 信息公开 社会信用体系

一、问题的提出

声誉是名誉、名声的同义语,是指“在社会上流传的评价”。〔1〕从法学的视角而言,与声誉相关的概念主要有名誉、信誉等,指向“人格在社会生活上所受的尊重”,〔2〕是个体在“品

* 南开大学法学院副教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“规制改革与政务公开”(项目编号:17JJD820002)和中央高校基本科研业务费专项资金项目“公共治理背景下的软法工具研究”(项目编号:63202069)的阶段性成果。

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第6版),商务印书馆2012年版,第954-955、1223页。

〔2〕 王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第129页。

德、声望、才能、信用”等方面的“社会评价”。〔3〕在此基础上,本文所称的“声誉制裁”,意图涵盖行政主体、司法机关等所有公权力主体在权力行使过程中披露相对人负面信息、降低相对人社会评价的行为。

公权力主体针对相对人进行人身、财产制裁时,通常必须受到法规范的严格限制。但声誉制裁则不然,它往往自动附随在其他正式制裁之后,也由此覆盖面极其广泛。以吴某丽案为例,针对原告无证摆摊贩卖 28 面小国旗、尚无违法所得、并当场改正的轻微违法行为,行政机关作出没收小国旗的行政处罚决定,未予任何金额的罚款,但同时将该行政处罚决定在政府网站以实名方式公开公示,并记入全市统一的公共信用信息服务平台,成为其信用档案中的负面信息。虽然公开公示与记入信用档案显然影响了原告声誉,但法院却认为相关行为依附于涉诉处罚决定,不单独对原告的权利义务产生实际影响。〔4〕概言之,相对人如此轻微的违法行为也仍可能被声誉制裁覆盖,且由于其附随属性难以被有效救济。

声誉制裁不仅范围广泛,具体形式也极其多元,其中一些手段能够对所涉公民和企业的社会评价产生难以恢复的负面影响。以最高人民法院发布的两则典型案例为例,针对失信被执行人,上海市长宁区人民法院建立起“以本院电子显示屏为主轴;以中山公园、虹桥临空园区、上海动物园、天山公园四处电子显示屏为支撑,辐射长宁区东西南北全域”的线下立体式失信曝光网络,与线上失信曝光平台两相结合。甘肃省嘉峪关市城区人民法院“通过在新闻媒体和被执行人居住地发布、张贴悬赏执行公告,公布被执行人照片、户籍地址、涉案金额等基本信息,进一步压缩被执行人生存空间”。〔5〕概言之,声誉制裁明显针对相对人的社会人格与生计,可扩展到一切陌生人可查、熟人可见、自身全面感知的形式,住址等信息的公开更是使负面影响累及家人。

事实上,通过贬损相对人声誉来制裁违法行为绝不是现代社会的新鲜议题,它长久存在于古今中外的监管实践中。〔6〕而随着信息技术的发展和监管方式的转型,声誉制裁以自动化、普遍性的形式成为弥散于整个制裁网络的基础性规制工具。在这样的背景下,尊重相对人社会评价、维护相对人信用并保护其未来发展能力等重要价值却相对被忽视。本文即立足于我国已然蔚为大观的声誉制裁体系,对其进行全面检讨并尝试建构法治框架。

〔3〕 参见《中华人民共和国民法典》第 1024 条第 2 款规定,名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。

〔4〕 吴某丽诉北京市东城区城市管理综合行政执法局行政处罚案,北京市高级人民法院行政裁定书,(2020)京行申 443 号。“吴某丽”为笔者对当事人真实姓名所作的隐名处理。一审判决书指出,被告有义务将其作出的行政处罚结果进行公示并纳入公共信用信息服务平台,该项工作是其作出行政处罚决定的一项附随义务,效力依附于涉诉处罚决定,并不单独对原告的权利义务产生实际影响;二审判决书和再审裁定书亦认可该观点。

〔5〕 《最高人民法院司法改革领导小组印发〈人民法院司法改革案例选编(四)〉的通知》(法改组发〔2018〕2 号),案例 4 和案例 15。

〔6〕 参见赵雷:“羞辱、社会规范与法律规制”,《中国法律评论》2018 年第 4 期,第 122 页。

二、细密织就的声誉制裁体系

声誉信息的广泛传播具有重要意义,它使得公权力主体在加强法律执行的过程中得以引入“公众参与”——将公权力主体对相对人作出的否定性评价直接传导至市场主体和社会群体。这既对抑制违法行为具有显著功效,又对促进公众理性交易和交往提供信息支持。^{〔7〕}声誉制裁也由此成为成本最为低廉、效果最为突出的确保行政义务履行手段之一。^{〔8〕}在政府信息公开、企业信息公示以及社会信用体系建设等制度生发展开的同时,声誉制裁体系亦迅速发展。目前,我国的声誉制裁体系主要由以下四个分支构成,层叠交错的严密体系对相对人的权利义务产生了广泛而深刻的影响。

(一)“一事一议”的声誉制裁

“一事一议”的声誉制裁指向须经个案考量的声誉制裁方式,这在如今的声誉制裁体系中仅占较小的比例,其中最为典型的就通报批评。新修订的《行政处罚法》在“警告”之后,增列“通报批评”作为新的声誉罚种类,行政法学理也通常将警告和通报批评并列作为声誉罚的典型方式。^{〔9〕}通报批评作为正式的行政处罚种类,应当具有正式的载体和形式要求,行政主体须在决定通报前审慎考量相对人违法行为是否应当被公开谴责,决定通报后作出正式的行政处罚决定通知书。

然而,在政务微博、微信公众号、网站等信息发布载体高度发展以及新闻发布会等主动披露方式日益常态化的背景下,不具有正式行政处罚决定形式的径自曝光也越发常见。^{〔10〕}行政主体如果以径自曝光的形式代替正式的通报批评,相对人在行政主体通报前就很难得到陈述和申辩的机会,在违法行为确然存在的情况下也难以仅就通报的范围与形式请求司法救济。但它毕竟须经个案考量,在声誉制裁体系中仍是适用范围较小的形式,与以下三类自动化、普遍性的声誉制裁形式存在显著差异。

(二)常态化的违法事实公布

在政府信息公开、企业信息公示、裁判文书公开等制度安排下,公权力主体在公开反映自身运行情况的信息同时,也会公开其履职过程中所掌握、生成的相对人信息。这些信息公开的

〔7〕 参见吴元元:“食品安全信用档案制度之建构——从信息经济学的角度切入”,《法商研究》2013年第4期,第12页。

〔8〕 参见王瑞雪:“政府规制中的信用工具研究”,《中国法学》2017年第4期,第165页。

〔9〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第266页。虽然警告具有申诫效果,对相对人能够产生精神压力,却并非必然对外披露并影响相对人的社会评价,笔者认为不应当属于声誉罚,通报批评则是更为典型的声誉罚方式。可以参照的是,我国台湾地区“行政罚法”明确区分了以警告为代表的警告性处分和以公布姓名照片为代表的“影响名誉之处分”。参见林明锵:《行政法讲义》(第4版),新学林出版股份有限公司2018年版,第256页。

〔10〕 譬如《保障农民工工资支付条例》第47条。

另一侧面,即为常态化的违法事实公布。值得注意的是,常态化的违法事实公布不仅针对企业,也针对自然人。

第一,针对企业的违法事实公布。《企业信息公示暂行条例》明确规定,市场监管部门、其他政府部门以及企业自身均有义务在行政处罚等信息形成之日起20个工作日内公开,载体为企业信用信息公示系统。《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)则建立了“行政许可、行政处罚双公示”制度,要求行政机关应当自作出行政决定之日起7个工作日内公开,载体为决定机关和本级人民政府网站。在行政处罚信息公开的基础上,行政处罚决定书全文公开网站也于2020年1月9日运行。^{〔11〕}

第二,针对自然人的违法事实公布。“双公示”的制度初衷虽然指向加强对市场主体的监管,但在实践中,自然人的行政处罚信息却也在公开之列,譬如吴某丽案中的轻微违法行为即于政府网站公开。针对自然人的行政处罚信息公开通常包括真实姓名、处罚事由、处罚依据等,在某些情境下可以构成对自然人身份的识别。

此外,虽然法院公开裁判文书本意在于监督审判权力规范行使,但不可否认的是,它兼具违法事实公布的效果。^{〔12〕}裁判文书全文公开在一定程度上将制裁效果扩展至败诉当事人的社会评价和公共形象。^{〔13〕}同时,未隐名的裁判文书公开也有可能将“污名”影响延伸至胜诉方和其他诉讼参与者,加重其社会排斥感与精神压力。^{〔14〕}

整体而言,虽然修改后的《政府信息公开条例》规定行政机关应当主动公开“本行政机关认为具有一定社会影响的行政处罚决定”。新修订的《行政处罚法》沿袭此规定,也写入了“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开”条款。但相关制度安排实际遵循“公开为原则、不公开为例外”原则,公开行为本身是自动化、普遍性的,对是否“具有一定社会影响”几乎并不考虑。由于政府将包含相对人负面信息的行政决定信息与司法裁判信息作为应当主动公开的信息,进而实践中也就出现了越强调政府透明度,常态化的违法事实公布空间也就越大的现

〔11〕 中国市场监管行政处罚文书网, <http://cfws.samr.gov.cn/>, 最后访问日期:2020年12月16日。

〔12〕 《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》(法释〔2016〕19号)第3条、第4条规定了裁判文书公开与不公开的范围,第8条规定了裁判文书隐名处理的范围,第10条规定了应当删除的信息范围。相关规定已经注意到保护当事人隐私的重要意义,但仍忽视了维护相对人声誉的重要价值。

〔13〕 有法官认为,“如果合同相对人因裁判文书涉及的当事人曾发生侵权、违约等行为,为规避违约风险终止交易,这是当事人为自身行为造成的影响负责,并非裁判文书上网造成的。”参见金丽娟:“关于裁判文书上网公开的问题及建议”,载《人民法院报》2016年2月3日,第8版。但事实上,公开是将公权力主体作出的否定性评价直接传导至市场主体和社会群体的关键环节。

〔14〕 譬如行政法学界耳熟能详的田永案、于艳茹案等,原告在获得司法救济之外,其考试作弊或学术不端行为也在真实姓名、院校、专业、年级全部披露的情况下得到了相当大群体的持续关注。虽然这些并不属于声誉制裁范畴,但不以制裁为目的却产生声誉减损效果情形的普遍存在,也恰能体现公权力主体在信息公开过程中并未认真对待相对人声誉,未将保护个体声誉、有利于个体发展充分纳入考量因素。

象。^{〔15〕}发挥违法事实公布功效的信息公开,有可能对相对人声誉产生不可控的消极影响,具有明显的制裁属性。^{〔16〕}

(三)负面信息记入信用档案

经由社会信用体系建设的全面铺开,覆盖面极广的相对人信用档案得以建立,以国家赋予的唯一号码(身份证、社会信用统一代码)为归集单元的信用档案已经成为市场监管与社会治理的信息基础。^{〔17〕}政府通过锻造“公共信用信息”概念,极大程度上扩展了声誉信息的披露范围。“公共信用信息”被定义为“行政机关、司法机关以及行使管理公共事务职能的组织,在履行职责过程中形成的反映企业和个人信用状况的数据和资料”。^{〔18〕}换言之,在现有制度安排下,一旦相对人与公权力主体打交道,部分信息就自动脱离相对人掌控而具有公共属性。

实践中至少存在四类彼此独立但又相互重叠的信用档案,前两者仅针对企业,后两者将企业和自然人均囊括在内。也由此,所有企业和具备完全行为能力的自然人的声誉信息总能被归入一个或数个信用档案。

第一,企业信用信息公示系统。根据《企业信息公示暂行条例》规定,市场监管部门通过企业信用信息公示系统建立覆盖所有企业的信用档案,记录企业登记备案、抵押出质、重要信息变更和行政处罚等信息,并对外公开公示。譬如根据《广告法》规定,有违反该法行为的,由市场监督管理部门记入信用档案并公示。

第二,各行业领域信用档案。食品、药品、环境、税务、海关等诸多领域相关立法均对建立相对人信用档案提出了单独要求。譬如根据《食品安全法》规定,主管部门应当建立食品安全信用档案,依法向社会公布并实时更新。

第三,公共信用信息平台。国家发展改革部门牵头各部委建立国家公共信用信息平台,该平台对外显示为“信用中国”网站。虽然并没有中央层面统一立法,但不少省(自治区、直辖市)通过地方立法明确规定,在本辖区内通过公共信用信息平台建立覆盖企业和具备完全行为能力的自然人的信用档案,并与国家平台对接。^{〔19〕}

第四,金融信用信息基础数据库。根据《征信业管理条例》规定,中国人民银行建立金融信用信息基础数据库。该数据库对外显示为企业和个人征信系统,在以银行信贷信息为核心的基础上,还对接了社保、公积金、环保、欠税、民事裁决与执行等信息,“基本上为国内每一个有

〔15〕 参见后向东:“论‘信息公开’的五种基本类型”,《中国行政管理》2015年第1期,第30页;朱春华:“美国法上的‘负面信息披露’”,《比较法研究》2016年第3期,第173页。

〔16〕 参见章志远、鲍燕娇:“作为声誉罚的行政违法事实公布”,《行政法学研究》2014年第1期,第48页。

〔17〕 参见胡凌:“超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制”,《华东政法大学学报》2018年第1期,第11页。

〔18〕 虽然政府公共信用信息交换平台从20世纪初即开始建设,但对“公共信用信息”概念进行立法使用与完整阐释的做法源于2011年颁布的《陕西省公共信用信息条例》。

〔19〕 譬如《上海市社会信用条例》第2条、第12条。

信用活动的企业和个人建立了信用档案”。〔20〕

针对相对人建立电子化的信用档案是各国政府在数字时代背景下文牍整理的重要方式,同时将违法行为“记入信用档案”也成为一种重要的制裁工具。〔21〕目前,信用档案中的公共信用信息有公开和查询两种披露方式,自然人信用档案的披露通常采后者。但即便是以授权查询方式进行的信用档案披露,也仍然具有声誉制裁属性。被记入信用档案的负面信息传递了官方的谴责信号,在一定时期内如影随形地影响相对人的公共形象,影响其与其他公民或组织进行交往与互动。在《行政处罚法》修订过程中,学界和实务界已经提出在行政处罚种类中应当增列“记入信用档案”的主张,但相关条款并未进入修订后的新法。〔22〕在这样的背景下,仅通过对行政处罚概念与兜底条款的解释,将业已十分普遍的“记入信用档案”纳入《行政处罚法》予以约束,具有现实困难。

(四)向相对人施加负面标签

负面标签是公权力主体为简化规制过程而采取的分类标记方案,它凝结了公权力主体对相对人既往表现的否定性评价,并以非常直观、容易理解的方式向公众传达。〔23〕目前负面标签至少具有四种相互独立又相互重叠的类型,除第一类仅涉企业外,其他三类均将企业与自然人囊括在内。这些标签复合交错,同一个违法行为可能成为相对人被贴上不同负面标签的影响因素,对相对人声誉造成多重影响。

第一,“经营异常名录”与“严重违法失信企业名单”标签。《企业信息公示暂行条例》针对企业法人,设置了两类负面标签,均由市场监管部门通过企业信用信息公示系统进行标记与公开。“经营异常名录”标签表达了政府对于企业正常经营与否的怀疑,〔24〕“严重违法失信企业名单”则表达了政府对于企业既往表现的严重差评。〔25〕

第二,“失信联合惩戒对象名单”标签。国家发展改革委,通过备忘录的形式设置了“失信联合惩戒对象名单”标签,由各领域各级主管部门形成失信联合惩戒对象名单并推送至本级信用信息共享平台,最终汇总至全国信用信息共享平台。〔26〕这一方案也得到了

〔20〕 中国人民银行征信中心网站, <http://www.pbccrc.org.cn/zxzx/zxgk/gywm.shtml>, 最后访问日期: 2020年11月17日。

〔21〕 譬如日本法中的“个人信息文件夹”,用以指代系统保存个人信息的、通过计算机能够检索的文件夹。参见(日)盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第234页。

〔22〕 参见张晓莹:“行政处罚视域下的失信惩戒规制”,《行政法学研究》2019年第5期,第141页;王瑞雪:“公法视野下的信用联合奖惩措施”,《行政法学研究》2020年第3期,第92页。

〔23〕 参见王瑞雪:“论行政评级及其法律控制”,《法商研究》2018年第3期,第33页。

〔24〕 参见《企业信息公示暂行条例》第17条、《企业经营异常名录管理暂行办法》(原国家工商行政管理总局令第68号)第4条。

〔25〕 参见《严重违法失信企业名单管理暂行办法》(原国家工商行政管理总局令第83号)第5条。

〔26〕 譬如《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》(发改财金〔2018〕1600号)。

部门和地方规范的沿袭。^[27] 该标签与前述“严重违法失信企业名单”覆盖范围多有重叠,但在“一处失信、处处受限”的制度安排下更为严厉,其他相关行政机关均有义务在信息共享后对相对人进行联合制裁。^[28]

第三,各行业领域“黑名单”标签。“黑名单”标签并非前述“严重违法失信企业名单”和“失信联合惩戒对象名单”标签的子项,而是具有种类多样、设定随意的特点。^[29] 通常而言,它由各行业领域主管部门分别加诸于所涉企业与个人。^[30] 此外,一些领域采取对企业表现进行评级或评分的形式,评价较差的企业自动获得负面标签,辅之以特定的颜色、分数或星级标识,也是“黑名单”标签的一种常见形式。^[31]

第四,法院设置的“失信被执行人”标签。法院通过设置“失信被执行人”标签来统称有履行能力但拒不履行法院生效裁判文书的当事人,这也是近年来法院解决“执行难”问题的核心举措。被执行人相关信息不仅在最高人民法院建立的“中国执行信息公开网”公开并与“信用中国”平台相连接,还会通过报纸、广播、电视、网络、法院公告栏其他方式予以公布。在我国目前实践中,“失信被执行人”是正当性理据最强的标签,它以法院生效判决为支撑,以当事人有能力履行但拒不履行的前提条件为屏障,并辅之以催告等程序要求。然而,它同时也是制裁手段最为严厉的标签,法院用各种可能的形式将当事人是深受公众谴责的“老赖”这一信号渗入其社交网络,这从前述最高人民法院司法改革领导小组印发的典型案例中即可窥一斑。

政府对于希望公众注意的相对人违法信息添加显著标志,对于当事人具有“点名与羞辱”(naming and shaming)的效果,制裁属性显著。^[32] 将由行政主体主导的各类标签纳入《行政处罚法》调整范围,是法律修订过程中学界与实务界普遍关注的问题之一。^[33] 然而与“记入信用档案”类似,列入各类失信名单同样没有进入修订后的《行政处罚法》。与社会信用体系建设相伴生的声誉制裁体系,仍在《行政处罚法》约束之外。

总之,现今的声誉制裁早已不仅是我们熟知的“一事一议”样态,而是经由一系列自动化的负面信息归集、评价和披露方案全面作用于相对人的社会评价与公共形象。

[27] 譬如《专利领域严重失信联合惩戒对象名单管理办法(试行)》(国知发保字[2019]52号)第16条;《上海市社会信用条例》第12条、第25条。

[28] 譬如《上海市社会信用条例》第31条。

[29] 参见胡建森:“‘黑名单’不能‘黑上’”,《人民法治》2017年第4期,第85页。

[30] 譬如《拖欠农民工工资“黑名单”管理暂行办法》(人社部规[2017]16号)。

[31] 譬如《企业环境信用评价办法(试行)》(环发[2013]150号)。

[32] See Peter Cartwright, “Publicity, Punishment and Protection: the Role(s) of Adverse Publicity in Consumer Policy”, *Legal Studies*, Vol. 32, No. 2, 2012, p. 185.

[33] 参见黄海华:“行政处罚的重新定义与分类配置”,《华东政法大学学报》2020年第4期,第39页;熊樟林:“行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国《行政处罚法》第8条的修改方案”,《政治与法律》2020年第3期,第110页。

三、对声誉制裁的全面检讨

声誉信息的披露有其必然、必要的一面。有赖于声誉制裁体系,寄希望于“一锤子买卖”之后逃之夭夭的破坏规则者被予以系统性约束。^[34] 受融资需求和交易机会等方面的激励,企业主动披露声誉信息的情形亦十分常见。政府与公众均有理由对声誉良好的企业继续守法运行保有稳定预期,对声誉不佳的企业审慎对待。^[35] 畅通的声誉机制也使公众确信如果某一主体没有按照法律规定进行行为选择,就会受到制度的制裁,从而加强了整个市场和社会对相应制度的信任。^[36] 但即便声誉信息的披露如此重要,声誉制裁也并不应当全面适用于所有违法行为。披露个体方方面面的瑕疵与错误,不仅不会引致一个并不可能出现的“完人社会”,还有可能伤害公民之间的互动和联结。^[37] 也正因为如此,声誉制裁体系须被全面检讨。

(一) 声誉信息范围过广

声誉信息范围过广的问题,至少体现在以下两方面。

第一,法人与自然人信息范围分殊不显,甚至自然人信息范围更大。从声誉信息被传播的需求出发,它最初是为了解决信息不对称所带来的市场投机与混乱问题。^[38] 政府披露反映企业诚信经营与否的信息具有维护市场秩序和社会安全的重要价值,尤其是企业履约与侵权、产品质量与安全等信息。从人格尊严的价值出发,自然人声誉信息的披露则应当更为审慎,尤其是虽与自然人道德相关,但却与其职业信用与交易信用无关的声誉信息。不过实践中却并非如此,譬如根据《南京市社会信用条例》规定,不仅自然人与法人的刑罚、行政处罚、欺骗取得证照奖励、不履行生效法律文书、行业禁入、欠缴税费等信息均属失信信息,自然人的酒驾、违法养犬、逃票、骗保、考试作弊、学术不端等信息亦被额外关注。^[39]

第二,严重违法与轻微违法信息范围分殊不显,甚至轻微违法信息范围更大。虽然中央文件和地方性立法通过将“严重失信行为”从“失信信息”中单列的方式,传递了严重违法行为更该当被声誉制裁的基本逻辑,但针对轻微违法行为的声誉制裁却仍十分普遍。不仅如此,在社会危害性轻但犯者众、连续违法可能性大、执法成本高、受法律明确限制难以施加足以威慑相对人的人身与财产制裁的情境下,公权力主体更加倾向于采取“少人身制裁、弱财产制裁、唯声

[34] 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”,《中外法学》2019年第6期,第1473页。

[35] 参见卢超:“事中事后监管改革:理论、实践与反思”,《中外法学》2020年第3期,第787—790页。

[36] 参见吴元元:“食品安全共治中的信任断裂与制度因应”,《现代法学》2016年第4期,第62页。

[37] 参见沈岗:“社会信用体系建设的法治之道”,《中国法学》2019年第5期,第38页。

[38] 参见周雪光:《组织社会学十讲》,社会科学文献出版社2003年版,第251页。

[39] 《南京市社会信用条例》第23条第1款首先列举了自然人、法人和非法人组织均涉及的失信信息,第2款又对自然人的失信信息进行单列,共包括7项内容。

誉制裁”的规制方案。^[40] 也由此,前述违法养犬、逃票等信息也被纳入失信信息范畴。

这至少可能导致以下两方面的不良后果。

第一,引致歧视无处不在。在相当多的场合,尤其是在陌生人社会的初次交往中,个体往往被简化为网络系统或信用档案中声誉信息的集合,其形象也就是声誉信息所具化的形象。如果负面信息被事无巨细地披露,不仅不利于推进理性的差别对待,还有可能招致非理性的歧视。如果一项制度会使原本受尊敬的公民因为偶然的、轻微的、易改正的错误而轻易失去尊敬,就有可能引致广泛的歧视。而为建立真正持久而普遍的信用体系,政府应当给公民的社会生活留有更大的空间。^[41]

第二,引致放弃声誉维护。公布真实姓名的方式原本应当对应非常需要提示他人注意的严重违法行为,避免公众遭遇可以预知的交易或交往风险。^[42] 如果过于频繁地借助舆论效果,数量众多的相对人均因轻微的违法行为被声誉制裁,就有可能起到相反效果,造成广泛的社会公众对某项标签不以为意,在一定的领域放弃声誉的维护。正所谓“如果大家都耻辱,就成了谁都不耻辱了”。^[43]

(二)声誉制裁效果过重

表面看起来,实施声誉制裁的主体是公权力主体,但实际上声誉具有强烈的信号功能,在公权力主体发起之后,制裁过程转由公权力主体、市场主体和社会群体共同进行,熟悉与陌生的人都参与其中。声誉制裁在一定情境下能够起到积极的效果,譬如当事人承认错误、表达悔恨、及时补救、积极修复和改正错误;广泛公众也接受提示、避免损失并引以为戒。^[44] 但在一些情境下也能产生无法估量的后果,声誉制裁之后所引发的网络谴责甚至欺凌、骚扰并不可控,而且负面影响还有可能累及无辜的家人、单位甚至所在行业、地域。正由于声誉不似财产般能够被准确界定,声誉制裁也很难按照比例原则来校准惩罚的限度,最终往往失之严厉。

虽然在非常偶然的情况下,声誉制裁也可能使某些人反常地将负面标签引以为荣。^[45] 但在绝大多数情形下,声誉制裁会对相对人的市场资格、社会评价和自尊心等产生多重抑制性影响。

第一,声誉制裁能够直接影响相对人在市场交易和职业选择等方面的资格。在社会信用体系之下,被贴上一定负面标签的相对人有可能被限制进入相关市场、相关行业,在行政许可、

[40] 参见门中敬:“失信联合惩戒之污名及其法律控制”,《法学论坛》2019年第6期,第23页。

[41] 参见燕继荣:《社会资本与国家治理》,北京大学出版社2015年版,第175—176页。

[42] See Ernest Gellhorn, “Adverse Publicity by Administrative Agencies”, *Harvard Law Review*, Vol. 86, No. 8, 1973, pp. 1380—1441.

[43] (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第63—64页。

[44] See Kenneth A. Bamberger, “Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age”, *Texas Law Review*, Vol. 88, No. 4, 2010, p. 679.

[45] 参见江德斌:“高铁‘霸座男’成‘大V’,平台居然以污为美”,载《湖南日报》2018年9月5日,第7版。

行政给付、评奖评优等诸多方面受限,还有可能被限制招录为公务员、担任企业负责人等。这些资格制裁与声誉制裁之间既有相互独立的一面,它们源于制度安排而并非公众基于声誉信息的自主决定;但也有紧密联结的一面,公权力主体通过声誉信息的有效传播来实现相关限制。

第二,声誉制裁能够直接影响相对人在群体中获得信任和尊敬的程度。对于个人而言,即使并非名人,但负面信息经由微博、微信等现代信息媒介,能够使得任何人都被嵌入声誉制裁的执行网络,成为可能的信息传播者和接受者。这对个人在“熟人”圈子中的形象能够产生经久而不确定的影响,甚至可能引来大范围“陌生人”的关注而遭致全面而持续的人肉搜索与曝光。对于企业而言,声誉制裁能够直接影响企业商誉,使其在市场中受到相对不利的评价、居于不利的地位。^[46] 企业负面声誉信息被传递给包括员工、投资者、上下游企业、同行和消费者在内的所有公众后,他们或许会产生愤怒、厌恶、失望、失去信心等各种情感。这些情感被转化为行动将直接影响企业运营与发展,降低其获得信贷、商业机会和消费者青睐的可能性,降低其品牌价值、股票价格、成交数额与企业市值等。^[47] 尤其在食品、药品以及律师、会计、审计等“声誉敏感型”领域,相对人为消除名誉损害而产生的机会成本极其高昂,极端的情况下甚至有可能直接动摇其经营之根本。

第三,声誉制裁能够直接影响个人的自尊(dignity)、自主(autonomy)、独处(seclusion)等主观性较强的价值,使其遭受道德情感上的压力。^[48] 目前,声誉制裁更多地以自动化的方式直接作出,并没有认真公平地依据违法程度来裁量公开与否,更不会考察个人的心理承受能力。^[49] 尤其在社会形象受到明显贬损的情境下,人们往往有充足的理由感到自己的自尊受到伤害,并引致负面的自我评估。

(三)声誉修复难度过大

虽然在现代监管过程中行政主体收集与披露相对人声誉信息非常容易,但相对人消除不良影响、挽回社会评价的难度却极大。甚至可以说,声誉的完全修复几乎不可能。^[50]

1. 声誉制裁载体分散之累

声誉修复难度过大首先是由声誉制裁体系的复杂性所导致的。正式的通报批评、各级政府网站公开、不同类型的可供检索的系统公开、名目繁多的负面标签交织在一起,给相对人造成了巨大的声誉压力。譬如一家企业的某次环境违法行为在接受行政处罚后,可能会被处罚

[46] 参见宋华琳:“禁入的法律性质及设定之道”,《华东政法大学学报》2020年第4期,第51页。

[47] See Sharon Yadin, “Shaming Big Pharma”, *Yale Journal on Regulation Bulletin*, Vol. 36, 2019, p. 137.

[48] 参见戴昕:“自愿披露隐私的规制”,载苏力主编:《法律和社会科学》(第15卷第1辑),法律出版社2016年版,第8页。

[49] See Stephen P. Garvey, “Can Shaming Punishments Educate”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 65, No. 3, 1998, p. 749.

[50] 参见林彦:“信用惩戒制度对行政法治秩序的结构影响”,《交大法学》2020年第4期,第95页。

机关通报批评;相关行政处罚信息将被多级政府网站公开并记入企业信用信息公示系统和公共信用信息平台;本年度“企业环境信用评价”可能获得较低等级;也或许会因此进入“严重违法失信企业名单”“失信联合惩戒对象名单”。

虽然一些声誉制裁形式具有删除记录、移出名单或信用评价升级等修复方案,但修复时限、条件和申请机关等均有不同,远非“一处删除、处处删除”。此外,尽管可供检索的平台通常会在相对人信用修复后删除相关信息,不过政府网站所公开的信息却往往并不会被删除。再加上行政机关通常会将相对人纠正违法行为后的信用修复情况再次公示通报,这事实上构成对既往违法行为的再次提示。^[51]

总之,尚不论挽回在网络社会信息传播中可能发酵的声誉影响,仅在政府网站与平台系统中通过相关规范确定的方式申请删除负面信息,就因声誉制裁体系的繁复而负累颇重。

2. 声誉制裁载体统一之困

吊诡的是,制裁信息的披露载体高度分散,将导致企业声誉修复难度极大;但披露载体高度统一,却也显著增加企业的声誉负担。这样的情况就明显发生在商业平台汇总企业声誉制裁信息之后。

经由广泛的政府信息公开和逐步的公共数据开放,天眼查等提供企业信息查询的商业平台,汇整分散在各政府网站、公共查询系统与中国裁判文书网中的公开信息,对企业、品牌及负责人信息进行系统性收集、关联和分类。信息的集聚大幅降低了公众查询难度,培养了公众在市场交易、社会交往中的查询习惯,加强了相关信息被检索、利用的可能性。

然而,汇整后的信息能够产生单一信息所不具备的、难以预估的影响。换言之,当涉个人与企业的信息被公权力主体公开后,信息就脱离了发布者的掌控,以超越原初意图的各种可能性被排列组合,并且相关信息即使在政府网站与公共平台上被删除,也已经留在了商业平台之上。^[52]影响声誉的信息越被系统归集和披露,就越有可能给当事人带来更大程度的攻击与伤害。^[53]已有质疑者认为,民事纠纷在所难免,企业在民事诉讼败诉后依法履行裁判文书,但涉诉信息却被平台收集并关联汇总至其所建立的企业信息档案下,片面地刻画了其商业形象。^[54]而在业态本身合法的情况下,当事人要求平台停止归集其信息的请求较难获得有效救济。

[51] 譬如在“深圳市生态环境局关于2020年8月市级企业环境信用等级修复结果的公示”中,对于企业名称、统一社会信用代码、企业修复前后信用等级进行了全面公示。参见深圳市生态环境局网站, http://meeb.sz.gov.cn/gkmlpt/content/8/8092/post_8092759.html#3767, 最后访问日期:2020年12月6日。

[52] 目前从事企业信用信息关联业务的企业,均须被中国人民银行核发“企业征信牌照”,并在《征信业管理条例》的约束下进行活动。但该行政法规只规定征信机构对个人不良信息的保存期限为5年,企业违法信息并不因在政务系统中修复而自然删除。

[53] See Dan Bouk, *How Our Days Became Numbered: Risk and the Rise of the Statistical Individual*, Chicago: University of Chicago Press, 2015, p. 245.

[54] 参见凯比森工业:《天眼查、企查查、启信宝作为非政府单位公开企业信息是否涉及侵犯企业隐私》,载新浪博客,2018年4月3日上传, http://blog.sina.com.cn/s/blog_17d90878f0102yf0q.html。

当然,在网络时代,商业平台的系统性披露只是信息脱离发布者掌控的冰山一角。声誉制裁难以有效修复的根本原因在于社会评价和公共形象的贬损并不可控,尤其是当声誉信息广泛传播并严重影响相对人形象之后,不值得尊敬与信任的印象迅速深入人心,任何补救、改正与时间沉淀都不一定能够有效消除影响。

(四)过度压缩其他制度空间

声誉制裁之功用固然在于引导恰当的社会与市场行为,但维护个体的体面与形象在很大程度上也能促进社会与市场的良好运行。^[55] 没有缝隙的声誉制裁体系过度压缩了一些非常重要的价值、原则和制度空间,反而有可能在一定程度上阻碍社会与市场的发展。

1. 压缩行政裁量空间

严密的声誉制裁体系对行政裁量空间构成了结构性挤压,也由此大幅度减小了比例原则等公法基本原则在具体行政过程中的适用空间,进而使得诸多确保行政行为合理性的制度安排难以发挥有效作用。

第一,作出声誉制裁决定几乎没有行政裁量空间。广泛适用于公民、法人和其他组织的各种声誉制裁形式,多数背后均有一套完全羁束性的规则,以便于声誉制裁体系以自动化、普遍性的形式展开。譬如在前述吴某丽案中,所涉规则为“以一般程序作出的行政处罚决定必须公开公示并记入信用档案”,没有任何要件、效果和程序裁量空间。如果不在规则层面予以纠正,个案执法人员通过裁量实现正义的可能性微乎其微。此外,裁量空间阙如也使得程序约束只能在表层展开,相对人只能就原初行政处罚决定之合法性进行陈述和申辩,而这是相对人原本就有的程序权利;在对原初行政决定无异议的情况下,相对人对于公开和记入行为几乎没有挑战空间,陈述和申辩也不具有实质意义。

第二,声誉制裁所形成的负面标签成为其他行政活动的决定性事实依据,从而大幅压缩其他行政决定裁量空间。依托于统一的信息交换平台,加诸于相对人的负面标签将自动导致一系列资格受限,而无须经过独立的审慎判断。譬如相对人一旦在信用信息共享平台被纳入“失信联合惩戒对象名单”,将在各部门的国有资源交易、特许经营、政府采购、行政补贴等活动中被直接限制。由于声誉制裁本身结构性地排斥了裁量空间,声誉制裁结果又无须经过裁量过程而直接引致诸多部门的新限制,那么整个制裁过程就变成了流水作业的“传送带”,中间无一处存在裁量空间。换言之,一旦行政处罚决定正确,负面信息真实,之后一系列声誉制裁以及诸多部门的共同限制均自动形成,全程不再有审慎考虑的任何节点。

2. 影响激励、宽容等制度空间

与希冀通过声誉制裁体系来扩大制裁效果相对,政府在制度设计中也已经考虑如何降低规制密度和强度,释放更多的市场、社会自主性。但受制于已然现实存在且密不透风的声誉制裁体系,体现激励、宽容价值的相关制度空间也受到一定限制。

[55] 参见(以)阿维沙伊·马加利特:《体面社会》,黄胜强、许铭原译,中国社会科学出版社2015年版,第7页。

第一,激励制度受限。在社会信用体系建设中,与失信惩戒相对,也有守信激励的制度安排,但激励制度明显位于社会信用体系建设的次要地位。在国家发展改革部门牵头发布的51部信用联合奖惩合作备忘录中,43部均为联合惩戒备忘录,3部为奖惩并包型备忘录,5部为联合奖励备忘录。^[56] 由于激励政策通常预设相对人不仅应在某一方面表现突出,其他各方面声誉信息也须毫无瑕疵,但现有声誉制裁体系却将过多的信息都纳入评价与披露,从而能够接受激励的主体范围受到限制,激励制度的空间亦被压缩。

第二,宽容制度受限。晚近行政法发展的重要方向之一为改变单一的“控制—命令”型管理方式,贯彻主体尊严、平等、合作、宽容等价值,引入更多的柔性治理手段。^[57] 为创造更加宽容的社会与市场空间,政府在“营商环境建设”“放管服改革”“包容审慎监管”等制度设计中提出了诸多宽松化的规制方案。但鉴于声誉制裁体系之严密,一系列的宽松政策在事无巨细皆有可能披露的自动化公开与记入信用档案面前,所释放的空间有可能在一定程度上被消弭。

激励、宽容制度受限也进一步造成了监管体系的混乱。在规制理论的“执行金字塔”模型中,从上到下依次是吊销许可、暂停许可、刑事处罚、民事处罚、警告、劝说。行政机关在执法过程中应当从金字塔底端向上回溯,扩大底端手段的应用;当更宽松的手段无法回应规制难题时,再采取更严厉的手段。^[58] 但在声誉制裁普遍附随的情形下,诸多传统意义上的宽松手段也被纳入声誉制裁体系,譬如警告、约谈等均为信息公开和信用档案所覆盖。又由于声誉制裁效果难控,金字塔底端的制裁手段辅之以声誉制裁也有可能产生严重的制裁效果,导致原本多层而有梯度的监管体系强度明显增大,过罚相当难以真正实现。

四、声誉制裁的法治方案

声誉制裁在很多时候源于全面、充分制裁的愿望,希冀通过更加成本低廉的方式加强对违法行为的威慑。^[59] 然而,声誉制裁成本低廉仅是从执法成本角度而言的,声誉易损难修的成本不仅加诸于被制裁的个体,也由于声誉制裁体系之细密而终将成为整个市场、社会共同付出的成本。因此,认真对待相对人声誉、限制过于膨胀的声誉制裁体系,是摆在公权力主体面前不容忽视的法治议题。

[56] 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”,《河南社会科学》2020年第3期,第11页。

[57] 参见罗豪才:“认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践”,《中国法学》2006年第2期,第5—12页。

[58] 参见张红:“走向‘精明’的证券监管”,《中国法学》2017年第6期,第160页; Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 28.

[59] See David A. Skeel, “Shaming in Corporate Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 6, 2000, p. 1866.

(一)将“保护相对人声誉”作为重要的公法价值

无论是行政处罚信息公开、负面信息记入信用档案还是给相对人贴上负面标签,覆盖面极其广泛的声誉制裁体系均深深嵌入以信息为基础的制度设计、政策制定与监管实践之中。正因为如此,实现声誉制裁体系的法治化,必须首先将“保护相对人声誉”的理念嵌入整个公权力行使过程,改变相对人声誉信息以“披露为原则、不披露为例外”的现状。虽然声誉、人格、尊严、生计、发展等在法律中极难量化,在公法中尤甚,但却是非常重要、不容忽视的。^[60] 将“保护相对人声誉”作为重要的公法价值,至少有以下两方面的要求。

第一,确立“声誉”具有与“人身自由”“财产”地位类似的独立价值。公法理论和规范对于与人身自由、财产相关的制裁手段施加了严格的法律限制,但却并未将相对人的声誉视为与之类似的重要价值,这从《行政处罚法》所确定的行政处罚类型与设定规则中即可窥一斑。声誉制裁体系的广泛与严苛,很大程度上源于声誉比财产、人身自由更可轻易影响之固有偏见。鉴于声誉的重要性和声誉制裁不可控的制裁后果,公权力主体应当认真对待相对人声誉。如果相对人的违法行为在性质与社会危害性等方面并没有达到该当贬损其社会评价、破坏其体面形象的程度,那么在立法与制度设计层面就不应当设置声誉制裁方案。

第二,确立“声誉”具有与“隐私”相区别的独立价值。在相关公法规范中,“隐私”已经被纳入行政活动必须考虑的重要价值,但个人信息保护仍落后于实践发展。在个人信息的归集、披露和利用过程中,“声誉”并未被置于重要地位,声誉影响并不构成当事人请求信息不公开或者隐名处理的合理原因。个体声誉是在不同群体和个人相互作用的过程和共同承认的基础上建立起来的,但经由政府掌握的便捷、权威的信息传播渠道却可以轻易贬损之。对此,可承袭宪法中“公民的人格尊严不受侵犯”的一般人格权理论,借鉴民法中人格权、名誉权、信用权等理论,与个人信息保护理论相结合,将“人格在社会生活上所受的尊重”明确作为行政法治所应当保护的公法价值,确立公权力主体在履职过程中应当保护个体“品德、声望、才能、信用等”方面社会评价的公法义务。

将“保护相对人声誉”这一公法价值纳入现有监管框架,至少可以对相关法律、制度进行如下调整:

第一,在政府信息公开、企业信息公示相关规范与制度设计中明确纳入“保护相对人声誉”的公法价值,扭转政府产生、掌握的相对人信息全然属于公共性质的观念。政府透明度和市场透明度是完全不同的政策目标,不宜在同一话语体系下混淆。政府在信息披露时须认真考量相对人违法行为的性质与严重程度,慎重决定是否披露。自然人的名誉权等与人格价值关系极为密切的权利,应当受到法律的严格保护,只有在必要情境下才能依法披露与其直接相关的信息。

第二,在社会信用体系建设相关规范与制度设计中明确限定“作为失信信息记入信用档

[60] See Cass R. Sunstein, *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*, Chicago: University of Chicago Press, 2014, p. 6.

案”“列入失信联合惩戒对象”等措施的适用范围。严重的声誉制裁只能与严重的违法行为相匹配,而不是普遍适用。尤其是各种严格限制企业经营活动的负面标签,应当比照“暂停或吊销营业执照”的审慎程度来作出,避免未经审慎考量即启动失信联合惩戒,全面抑制企业发展。^[61]

(二)对声誉制裁进行实体约束

基于声誉制裁对相对人权利义务影响之大,凡是涉及披露相对人真实姓名和负面信息的公权力行为,均应当有法律法规的明确规定与授权。而判断是否应当设定声誉制裁,至少应当甄别以下三种情形。

第一,如果信息披露的目标旨在监督公权力运行,同时兼具教育公众的目的,但并没有针对相对人的制裁意图,那么就应当对其中的自然人信息“以隐名为原则,不隐名为例外”进行处理。譬如在法院公开裁判文书时应当在多数情况下隐去自然人真实姓名,避免对自然人造成不必要、不可控、无法寻求有效救济的声誉影响。

第二,如果信息披露的目标旨在威慑社会危害性轻但犯者众的违法行为,希望对相对人施加精神压力,那么基于过罚相当的法理,政府应当首先选择警告、教育的方式,而不是直接选择贬损声誉的方式。警告对相对人具有申诫效果,是“行政主体表达批评”而非“行政主体公开表达批评”;教育有助于使公权力主体与相对人之间产生双向联结,督促相对人真诚悔改。只要不以任何方式对外披露,警告与教育都不会影响相对人的社会评价,但也能够对其产生精神压力,是更为适宜的替代性方案。

第三,如果信息披露旨在制裁严重破坏市场秩序的行为、警示严重的市场风险,政府应当在确保信息准确的前提下进行公开。制裁形式应恰当地表达社会对这种行为的不满。声誉制裁更加适于制裁缺乏市场诚信的行为,譬如欺诈、产品质量缺陷、违反职业道德等,尤其是严重或反复违反诚信原则的行为。^[62]

从这一维度延伸,声誉制裁体系应当明确企业与自然人之分殊。在市场语境下,广泛的交易安全、产品安全和公众知情权成为更重要的法益,企业声誉信息的披露具有正当性。但是,针对企业的全部违法行为都要进行声誉制裁的方案值得商榷。即使制裁对象为企业及相关从业人员,但那些在性质上与诚信并不相关,或严重程度上并未达到须影响其社会评价程度的轻微违法行为,应当审慎适用声誉制裁。而针对自然人的违法行为,则应当以“不披露为原则,披露为例外”。^[63] 只有违反市场诚信的行为,以及主观恶性强、社会危害性大的严重犯罪行为,

[61] 虽然“纳入失信惩戒名单”等负面标签类制裁手段没有被写入新修订的《行政处罚法》,但顶层设计中已经释放了对该类制裁手段加强约束的信号,譬如《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)。

[62] See Sharon Yadin, “Regulatory Shaming”, *Environmental Law*, Vol. 49, No. 2, 2019, p. 434.

[63] 可以参照的是,日本有关个人(经营企业的除外)的信息,在该个人能够识别的情况下,只要不符合例外规定,不需要进行是否有损于隐私这一个别判断,就会自动归入不公开信息。参见(日)田村正博:《警察行政法解说》,侯洪宽译,中国人民公安大学出版社2016年版,第289—291页。

才应当在法定条件下以披露真实姓名和违法行为的声誉制裁方式来贬损其社会评价、抑制其市场交易与社会交往。

而即便在该当进行声誉制裁的情境下,恰当的、负责任的声誉制裁也应当符合以下三方面的要求。

第一,公开谴责的对象应该是行为,而不是个体。应当对违法行为进行真实、客观的描述,而避免对个体人格的贬损,不应将轻蔑或侮辱的语词直接加诸于个体,更不能加诸于家人以及其他与之有关联的人。^{〔64〕} 声誉制裁是给相对人的违法行为加装“探照灯”(search lights),而不是羞辱具有违法行为的相对人,必须给无关的其他个人信息拉上“帷幕”(curtains)。^{〔65〕}

第二,声誉制裁形式、范围应当适当。即便声誉影响并不可控,但比例原则仍是对其进行限制的公法基本原则,用以严格审视声誉制裁的形式、范围等是否目的正当、适当、侵害最小且符合狭义比例原则。政府在披露相对人违法行为信息时,除非例外的严重情形,否则不应当公开自然人照片、家庭住址、联系方式。如果在原有声誉制裁之后,又通过发布“典型案例”等方式进行二次声誉制裁,那么在每一种新的披露方式之前,公权力主体均须重新进行是否隐名的审慎考量。

第三,声誉制裁应当确保信息正确。除非具有严重威胁公共安全或健康的风险,否则声誉制裁应当等待法律的最终检验,不应当在相对人穷尽救济方式之前进行。如果已经发布的信息是错误或误导性的,应当立即以与原初方式类似的方式撤回,尽最大可能为相对人消除影响。^{〔66〕}

(三)对声誉制裁进行程序约束

公权力主体普遍认为行政处罚信息公开和记入信用档案均非独立的行政行为,导致其几乎不受任何程序约束。而针对负面标签形式的声誉制裁,虽然相当多的法律规范已经明确其独立属性,但也没有为其设置与其他行政行为类似的程序装置,没有事先告知和听取陈述意见的程序要求。^{〔67〕} 由于现行声誉制裁体系中多为满足一定条件即自动负面信息披露的形式,所以程序要求的注入遭遇了其他制裁形式不曾遇到的严重阻力。^{〔68〕} 声誉制裁对效率和效果的追求在很大程度上未能兼顾程序法上的“最低限度的公正”,程序装置之简陋与制裁效果之

〔64〕 See Toni Makkai and John Braithwaite, “Reintegrative Shaming and Compliance with Regulatory Standards”, *Criminology*, Vol. 32, No. 3, 1994, p. 369.

〔65〕 See Lior Jacob Strahilevitz, “Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, No. 4, 2008, p. 1712.

〔66〕 新修订的《行政处罚法》第48条第2款已经对被依法变更、撤销、确认违法或者确认无效的行政处罚决定公开之撤回进行了规定,但未采取等待相对人穷尽救济方式之后再公开的方案。

〔67〕 譬如《企业信息公示暂行条例》并未规定“听取陈述和申辩”的程序要求,只是给予相对人在公示后提出异议的权利。

〔68〕 See Danielle Keats Citron, “Technological Due Process”, *Washington University Law Review*, Vol. 85, No. 6, 2008, p. 1281.

严重形成鲜明对比。^{〔69〕}

然而,程序约束的重要性不言而喻,而且在声誉制裁上格外重要。因为一旦负面信息对外披露,即使给予相对人异议权利并最终删除,也难以有效挽回影响。因此必须在信息公开、记入信用档案和列入标签名单之前即贯彻程序要求,在自动化程序中分离出重要的节点,使得相对人能够充分参与到声誉制裁过程之中,给予其表达意见的机会。^{〔70〕}有意义的程序约束至少应当符合以下三方面的要求。

第一,公权力主体在多数声誉制裁之前应当设置“先限期整改,不整改再披露”的屏障。目前政府在各个系统平台中均设置了履行法定义务后的“信用修复”条件,但负面信息披露之前并没有给相对人任何改正空间。如果将修复条件适用的节点提前,放弃“先披露后修复”的现有方案,转而将声誉制裁作为不整改的“后摄”威慑,那么事前的“告知”才更加有实质意义。

第二,公权力主体在声誉制裁中应当考量相对人违法行为的性质与违法程度,放弃全面披露的方案。如果相对人在表达意见时,不仅能够针对违法行为是否客观存在,也能够针对违法行为的性质与程度是否与某种声誉制裁形式相匹配,那么“听取陈述和申辩”才更加有实质意义。

第三,公权力主体不应当将声誉信息披露作为附随性的、无须说明的事项。如果说明理由所针对的不仅为原初行政决定,也包括公开公示、记入档案或负面标签等声誉制裁手段的选择与适用,那么“说明理由”才更加有实质意义。

(四)对声誉制裁的修复与救济

对于绝大多数相对人而言,声誉修复是至关重要的,在获得公开谴责之后终归要着眼未来的发展,努力重新获得市场与社会的尊重。要扭转目前存在的声誉修复之难,一方面,应当建立“一处删除、处处删除”机制。当相对人满足声誉修复条件后,相关负面信息从政府网站和平台系统中一并删除,而不需要相对人反复在多处进行申请。^{〔71〕}另一方面,应当针对商业平台汇整相对人信息并生成个体风险肖像的行为施加合理限制,使个体不至于无休止地担心被信息归集与分类。^{〔72〕}事实上,“删除权”已经进入了私法领域,也应当进入公法领域。^{〔73〕}

而建立声誉制裁的有效救济,最重要的是法院充分发挥司法能动性。相对人不服行政主体的声誉制裁而提起行政诉讼并无障碍。第一,相对人不服行政主体的行政处罚信息公开行为,可以依据《政府信息公开条例》相关规定提起救济。第二,相对人不服行政主体的记入信用

〔69〕 关于“最低限度的公正”的概念,参见王锡锌:“正当法律程序与‘最低限度的公正’——基于行政程序角度之考察”,《法学评论》2002年第2期,第28页。

〔70〕 参见胡敏洁:“自动化行政的法律控制”,《行政法学研究》2019年第2期,第61页。

〔71〕 顶层设计也已经意识到这一问题并试图转变,《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)明确提出,“加强信用修复信息共享,加快建立完善协同联动、‘一网通办’机制,切实解决‘信用修复难’问题”。

〔72〕 See Frank Pasquale and Danielle Keats Citron, “Promoting Innovation While Preventing Discrimination: Policy Goals for the Scored Society”, *Washington Law Review*, Vol. 89, No. 4, 2014, p. 1419.

〔73〕 譬如《网络安全法》第43条。

档案行为、纳入某负面标签行为,不仅诸多规范明确规定可以依法提起救济,而且也可以通过《行政诉讼法》受案范围兜底条款的解释来确认其属于受案范围。^{〔74〕}

但具有救济渠道,并不意味着相对人能够获得具有实质意义的救济。第一,司法审查的重心往往置于原初行政决定的合法性,而并非声誉制裁手段的合法性。第二,即便在司法审查聚焦于声誉制裁的情形下,也往往只关注程序问题。由于声誉制裁多以自动化形式展开,行政机关的裁量空间非常有限,从而在原初行政决定合法的前提下,法院也只能更多着眼于声誉制裁有无遵守法定程序,难以向行政机关施加更多义务。已有判决指出,在相对人确实存在严重违法行为的前提下,行政机关在违法事实公布前没有听取相对人的陈述申辩,确有程序瑕疵,但不影响公示行为的合法性。^{〔75〕}

即便如此,司法救济仍然是相对人挑战声誉制裁的最后防线,法院仍有可能在一定程度上加大对声誉制裁的审查强度。第一,目前已有一些规范对“轻微”与“严重”违法行为的披露作出区别规定,法院可以通过对这些概念的解释来挖掘行政机关的裁量空间,进而扩大司法审查空间,纠正严重不合比例的声誉制裁行为。^{〔76〕}第二,在新修订的《行政处罚法》生效后,法院可以通过对“通报批评”进行扩大解释,将更多的声誉罚形式纳入司法审查范围。事实上,由于立法先例往往将“通报批评”的适用语境局限于内部行政管理过程之中,因此对其作为行政处罚种类予以明确规定的法律规范数量非常有限。^{〔77〕}为避免通报批评的处罚种类形同虚设,法院应当对其范围进行予以扩大解释,对其实质标准予以明确。

此外不得不提的是,在声誉制裁的法治建构中,法院不仅肩负司法审查责任,更须自我约束。裁判文书公开和“执行难”的解决都具有极其重要的积极意义,但隐名处理范围的狭窄以及针对“失信被执行人”累及家人的全面曝光,也应当在法治要求下被严格审视。法院扮演守护法治的关键角色,如果法院将声誉制裁作为轻易可采、形式无限的制裁工具,那么对其他公权力主体也会产生错误的示范效果。^{〔78〕}

五、结 语

在政府信息公开、企业信息公示与社会信用体系建设等制度的掩映下,内嵌于型塑政府透明度、规范市场秩序和治理社会问题等相关规范与实践之中的声誉制裁体系,逸出“一事一议”的范畴,以行政处罚信息公开、记入信用档案和各种负面标签等常态化形式大规模铺展开来,

〔74〕 譬如《南京市社会信用条例》第62条。

〔75〕 参见杭州天恒投资建设管理有限公司诉丽水市住房和城乡建设局城乡建设行政管理案,浙江省高级人民法院行政裁定书,(2015)浙行申字第313号。

〔76〕 譬如《上海市社会信用条例》第9条。

〔77〕 譬如《动物防疫法》第88条。

〔78〕 法院也已经意识到这一问题并试图转变,《关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》(法发〔2019〕35号)明确对善意文明执行、坚持比例原则和避免过度执行予以阐发。

现今已然无处不在。在陌生人社会信息繁杂又难以甄别的背景下,广泛公众很难在政府不直接披露信息的情况下具有相应的数据收集和分析预测能力,因此政府在必要时确须向公众传递特定相对人具有交往风险的合理怀疑,正所谓“阳光是最好的消毒剂”。〔79〕

然而,声誉信息的过度披露也使得更强大、沉重的监管被置于每一个个体之上。在严密的声誉制裁体系下,具有违法行为的相对人不仅被公权力主体记录,更被置于公共评论空间,进入类似福柯所言的“全景敞视主义”的被监督状态。〔80〕声誉制裁给相对人带来的“烙印”,对自然人、法人和其他组织均有可能产生难以修复的制裁效果,对其未来发展产生不可控的影响,亦即“过多的阳光也会带来严重的灼伤”。〔81〕信息技术发展程度越高,贬损相对人声誉的成本越低,声誉对相对人越重要,对声誉制裁进行法律控制就越有必要。只有将声誉制裁体系置于法治框架之下,才能既规整秩序,又促进发展。

Abstract: A reputational sanction is a regulatory tool in the form of disclosing negative information to reduce the social reputation of private parties. The reputational sanction system has been developed nationally in the wake of construction of government information publicity system, enterprise information disclosure system and social credit system. Besides those traditional ways like circulating criticisms, reputation sanctions are imposed upon private parties through a number of new means including disclosures of illegal activities, documentation of negative personal information in credit files and the use of negative labels. Problems brought about by reputational sanctions include inappropriate disclosures of personal information, excessive reputational damages and difficulties to rebuild and renew tarnished personal images. The reputational sanction system has narrowed the scope of administrative discretion, and structurally squeezed the space of tolerance and incentive systems. Therefore, the government should deem “reputation protection for private parties” as a vital value of public law, set up a legal threshold of reputational sanctions, select appropriate forms of reputational sanctions, create effective legal procedural mechanisms for reputation protection and constantly improve the existing system of reputation repairs and remedies.

Key Words: Reputation; Reputational Sanction; Information Disclosure; Social Credit System

(责任编辑:彭 鎔)

〔79〕 参见(美)路易斯·D·布兰代斯:《别人的钱——投资银行家的贪婪真相》,胡凌斌译,法律出版社2009年版,第53页。

〔80〕 参见(法)米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店1999年版,第231页。

〔81〕 See Troy A. Paredes, “Blinded by the Light: Information Overload and Its Consequences for Securities Regulation”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 81, No. 2, 2003, p. 417.