

经济法语境下黑名单制度滥用的法律规制 ——基于案例的整理与研究

张家宇

(南京大学法学院, 江苏南京, 210093)

摘要:政府对经营者、经营者对消费者实施的黑名单制度,存在违法与滥用的问题,侵害了市场主体的合法权益,也影响了黑名单制度的比较优势。抑制黑名单制度的不当使用与滥用,让黑名单制度的创设和实施在法治的轨道上运行,亟需立法与司法规制。

关键词:黑名单制度;经济法主体;权力(利)滥用;合法性;正当程序

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)04-0062-08

一、问题的提出

2014年国务院《政府工作报告》提出:“对违背市场竞争原则和侵害消费者权益的企业建立黑名单制度,让失信者寸步难行,让守信者一路畅通。”《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)提出:“健全失信惩戒制度,建立各行业黑名单制度。”目前,政府部门、司法机关、垄断行业已经建立了黑名单制度,如药品安全黑名单、环保黑名单、游客黑名单、失信被执行人黑名单、行贿黑名单、银行黑名单、航空黑名单、铁路黑名单……黑名单制度涉及到的法律问题比较复杂,如黑名单制度的法律性质、列入与退出黑名单的标准(条件)、法律依据、遵循的程序、黑名单者的权利救济等。目前已有学者从行政法、民法的视角研究黑名单制度的法律问题,但对黑名单制度的理论与实证研究还不够深入全面。经济法语境中,垄断行业的经营者滥用黑名单制度,违法限制或剥夺消费者的合法权利,反映了“市场失灵”;政府滥用黑名单制度,违法曝光经营者,违法限制或剥夺经营者的合法权利,反映了“政府失灵”。如何规范和完善黑名单制度,抑制黑名单制度的不当使用与滥用是亟需解决的现实问题。本文运用经济法理论,通过案例研究,拟对这一问题进行探讨。

二、黑名单制度的理论追问

(一) 何谓黑名单制度

何谓黑名单?《现代汉语词典》的解释是:“有关部门开列的不合格产品或违反规约的企业、个人等的名单,通过一定渠道向社会公布。”^[1]《布莱克法律词典》对黑名单的解释是,把(一个人的)名字列在这样一个名单上:被列入名单的人是令人讨厌的,他们因此将被回避或惩罚。^[2]概况而言,黑名单是将他人的名字列在一个名单上,被列入者的权益会因此受到不利影响。何谓黑名单制度?目前尚无权威界定。在经济法语境中,基于政府、经营者、消费者三类经济法主体,笔者把黑名单制度界定为:政府对经营者、经营者对消费者的严重违法、违约等不良行为,予以记录,通过公开曝光,限制、剥夺其权利等措施进行惩戒的规则。

(二) 黑名单制度的法律性质是什么

黑名单制度的法律性质是什么?有的观点认为,惩罚性行政黑名单,在法律性质上可归为处罚类具体行政行为;警示性行政黑名单,在法律性质上最接近行政指导行为;备案类行政黑名单,属于一种特殊的内部行政行为;普法类行政黑名单,不应认定为具有法律效力的行政行为。^[3]有的认为,行政机关公布黑名单的行为具有行政处罚、行政强制执行、行政指导、

收稿日期:2016-01-12;修回日期:2016-03-30

基金项目:安徽省高等教育振兴计划项目“德与法关系研究”(Szzjih1-1-2016-8)

作者简介:张家宇(1982-),男,安徽濉溪人,南京大学法学院博士研究生,安徽理工大学讲师,主要研究方向:经济法,社会学

行政许可监管以及行政信息公开等性质，具有多重法律属性。^[4]有的认为，黑名单制度是政府的一种新的监管形式(手段)。^[5]有的认为，(药品)黑名单制度属于未被类型化的具体行政行为，但不属于行政处罚，而属于新型行政管理方式，同时它具有信息公开的特质。^[6]

由上可见，关于黑名单制度的法律性质，目前争议很大。那么，在经济法语境中，政府对经营者、经营者对消费者实施的黑名单制度，其法律性质是什么呢？

政府把违法经营者列入黑名单并向社会曝光，会降低经营者的商业信誉。政府在采购、工程招投标、国有土地出让、授予荣誉称号等工作中，对被列入黑名单的经营者依法予以限制或者禁入，实则限制或剥夺了经营者作为市场主体的经营自由(权利)。政府禁止被列入黑名单的人担任企业法定代表人、负责人，或者从事某种工作，实则限制或剥夺了黑名单者从事某种经济活动或职业的资格(权利)。

经营者把违约或违法的消费者列入黑名单，限制或拒绝向其出售商品、提供服务，甚至向社会公开曝光，会影响消费者的选择权、隐私权、名誉权等权利。

有学者认为，黑名单制度涉及信用减等，是一种广义的责任形式。^[7]一般地说，“法律责任是指未履行法定义务，或未履行合同义务，或仅因法律规定，而承担某种不利的法律后果。”^[8]笔者认为，经济法语境中，黑名单制度的法律性质不能一概而论，应区分黑名单的不同类型。公开的黑名单、限权的黑名单，对黑名单者的权利产生不利后果，其法律性质属于法律责任；不公开的黑名单、不限权的黑名单，对黑名单者的权利不产生不利后果，其法律性质属于监管手段或防范措施。

(三) 黑名单制度的价值何在

黑名单制度的主要威慑力在于，对违法失信者记录在案，公开曝光，限制甚至剥夺其权利(资格)，让违法失信者付出沉重的代价。有的违法者不怕罚款但怕曝光，有的违法者不怕曝光但怕权利受限，足见黑名单制度的比较优势。同时也昭示：当违法成本大于收益时，人们就有守法的激励。具体而言，经济法语境中，黑名单制度的价值在于：①可以加大经营者违法、失信的成本，有效遏制机会主义行为，增强法律的威慑力，激励经营者守法、守信；②对政府而言，可以提高监管市场的效率，降低监管的成本，提高监管的收益，增强执法的效果；③对经营者而言，对“问题客户”(消费者)实施黑名单制度，可以节约交易成本，降低交易风险，提高经营收益。概言之，黑名单

制度是集记录、公示、惩处于一身的综合性惩戒规则，具有独特的制度价值。

三、黑名单制度的实践反思

政府对经营者、经营者对消费者实施的黑名单制度，在我国已有较长的实践，值得深思与总结。笔者通过整理与研究黑名单制度的典型案例，从法治的视角，反思黑名单制度创设与实施存在的问题，黑名单制度滥用的成因及规制的法理。

(一) 黑名单制度的典型案例

1. 经营者黑名单案例

政府对经营者实施黑名单制度引发诸多争议，典型案例见表1。

2. 消费者黑名单案例

经营者对消费者实施黑名单制度同样引发诸多争议，典型案例见表2。

(二) 黑名单制度实践的质疑

1. 黑名单制度合法吗

依法监管是政府干预市场的基本原则，是法治政府的基本遵循。政府抑制“市场失灵”，创设黑名单制度，对黑名单经营者进行惩戒，应有明确的法律依据。但是，有的黑名单制度的创设缺少法律依据。如《江苏省工商行政管理系统黑名单管理制度》(苏工商个企〔2014〕50号)规定了预付款消费逃逸黑名单，对于这类经营者，除向社会曝光之外，其在异地再设立子公司或分支机构会遭遇困难，而这种黑名单创设其实于法无据。政府对黑名单经营者的惩戒，有的也没有法律依据。例如，2015年河北省实施的《环境违法企业失信联合惩戒措施(试行)》，对黑名单企业的惩戒措施，有的仅有政策依据，没有法律依据。有的黑名单制度的创设与惩戒虽有法律依据，但在实施过程中违法。例如表1中的案例1，政府因违法实施黑名单制度而败诉。

经营者对消费者实施的黑名单制度，同样存在合法性的质疑。表2中的5个黑名单案例，只有银行黑名单有法律依据《个人信息信息基础数据库管理暂行办法》(中国人民银行令〔2005〕第3号)，航空黑名单、电信黑名单等既没有法律依据，也没有合同约定。在没有法律依据和合同约定的情形下，经营者特别是垄断企业依据其强势地位，对消费者设立各种黑名单，并据此对消费者进行所谓的惩戒，显然违法。

2. 黑名单制度符合正当程序吗

被列入黑名单的经营者，其权利通常会受到不利

表1 经营者黑名单典型案例^①

序号	原告(经营者)	被告(政府)	审理法院	案件字号	基本案情	(裁判)结果
1	程钦凤	郑州市工商行政管理局金水分局	河南省郑州市金水区人民法院	(2014)金行初字第193号	他人假冒原告作为法定代表人注册了公司。后该公司因违法被吊销营业执照，原告作为法定代表人被列入工商行政管理系统黑名单。原告诉至法院，要求被告撤销该公司设立登记和原告黑名单信息。	法院判决被告消除记载原告信息的工商企业登记黑名单信息。
2	河南正海实业有限公司	济源市发展和改革委员会、人力资源和社会保障局	河南省孟州市人民法院	(2015)孟行初字第00048号	被告济源市发展和改革委员会、济源市人力资源和社会保障局向社会公示“拖欠工人工资企业黑名单”，原告河南正海实业有限公司不服被告的黑名单公示，向法院提起行政诉讼。	原告以与被告就相关事宜达成一致意见为由，向法院申请撤诉，法院准许了撤诉。
3	黑龙江奶粉企业	阜阳市卫生局、工商行政管理局	无	无	2004年，阜阳市曝光了全国生产劣质奶粉企业。后经调查，不少“黑名单企业”发现自己背上了假冒产品和黑加工点的“黑锅”。蒙冤企业认为，阜阳市“黑名单”公布程序违法，剥夺了受检单位的知情权及申请复检权，侵犯了企业名誉权，蒙冤“黑名单企业”欲状告阜阳市卫生局、工商行政管理局。	不清

影响。按照法治的要求，政府对黑名单经营者进行惩戒，应遵循正当程序。但表1中的案例，暴露出政府对黑名单经营者进行惩戒，没有依法履行告知、说明理由、听取陈述和申辩的程序，更没有实施听证程序。

规则公开透明并事先告知，是经营者对消费者应尽的法定义务。但表2中的5个案例，暴露出经营者对消费者实施黑名单制度，缺乏基本的程序正义。经营者在与消费者订立合同时，没有履行关于黑名单制度的提醒和说明义务；把消费者列入黑名单之前，也没有履行告知义务，听取消费者的陈述与异议，因此侵犯了消费者的知情权、异议权。

3. 黑名单者的权利能有效救济吗

政府对经营者实施黑名单制度，特别是对其予以曝光、限权，会影响到经营者的商誉权、财产权、经营自主权等权利。政府不当曝光黑名单，不当限制或剥夺黑名单者的权利，会给经营者带来重大损失。但是令人费解的是，笔者在“中国裁判文书网”以关键词“黑名单”、案件类型“行政案例”进行全文检索，发现经营者通过诉讼维权的案例极少。

相较于经营者黑名单行政诉讼案例，消费者黑名单民事诉讼案例较多，但消费者通过诉讼维权并不容易，特别是起诉垄断企业。表2案例1“中国航空黑名单第一案”中，法院尽管认为，航空公司对消费者实施黑名单制度没有法律、合同依据，黑名单制度也不公开透明，依然判决消费者败诉，凸显了消费者诉讼维权的艰难。

4. 小结

概括而言，目前黑名单制度存在的主要问题，一是缺少合法性。政府在没有任何法律(法规、规章)依据的情况下，可以规范性文件(“红头文件”)的形式，随意创设各种黑名单制度。垄断经营者在没有任何法律授权或合同约定的情形下，可以随意设立黑名单制度。而且，政府对经营者、经营者对消费者的黑名单惩戒措施，有的也没有任何法律依据。二是缺乏正当法律程序。政府对经营者、经营者对消费者实施的黑名单制度惩戒，缺少基本的告知、说明理由、听取陈述、异议与申辩等正当程序。三是权利救济困难。黑名单者的合法权利若受到侵害，很难获得有效的司法救济。

(三) 黑名单制度滥用的原因

市场需求催生了黑名单的制度供给，黑名单制度的比较优势，推动了它的广泛应用。但不可忽视的是，黑名单制度正在被滥用，其制度优势正在被侵蚀。政府为加强市场监管，创设各种黑名单制度，不仅把经营者的违法行为列入黑名单，而且把经营者违反诚信等不道德的行为也列入黑名单，黑名单制度越来越偏离法制，越来越泛化。垄断经营者为实现利润最大化，也在滥用黑名单制度。例如，2016年浙江省电力公司实施黑名单制度，将逾期交纳电费的用户列入黑名单，并记入中国人民银行征信系统。被列入黑名单的电力用户，其贷款、办签证等将会受到影响。经济法语境中，黑名单制度之所以被滥用，主要有以下原因。

表 2 消费者黑名单典型案例^⑨

序号	原告	被告	审理法院	案件字号	基本案情	(裁判)结果
1	范后军	厦门航空有限公司	北京市朝阳区人民法院	(2008)朝民初字第 27406 号	原厦航员工范后军因与厦航发生劳动争议,被厦航列入黑名单。至 2008 年,范后军先后 7 次乘坐厦航航班被拒。范后军以侵犯人格尊严为由将厦航告上法院,要求确认厦航侵权,让其赔礼道歉,同时索赔精神损害抚慰金 5 万元,及其他相关经济损失 5 000 余元。	一审判决驳回了范后军的全部诉讼请求。二审维持原判。
2	张鹏远	法库县农村信用合作联社柏家沟信用社	辽宁省沈阳市中级人民法院	(2014)沈中民一终字第 02134 号	原告在办理房贷时发现,在被告处有到期贷款没有偿还,被银行列入金融系统黑名单,致使原告不能办理房贷。而被告处的贷款是在原告完全不知情的情况下,由被告以原告名义为他人办理的。原告诉至法院,请求判令被告停止侵害,消除不良贷款记录,赔偿原告经济损失、精神抚慰金,并由被告承担诉讼费用。	法院判决被告停止侵害,撤销原告的不良贷款记录;被告赔偿原告退房违约金、精神损害抚慰金,承担诉讼费用。
3	虞先生	某银行	江苏省常州市天宁区人民法院	不清	虞先生上大学时用信用卡透支了 6 毛钱,6 年后(2015 年)所产生的滞纳金高达 7 547.94 元。他还被银行列入黑名单,不能申请住房贷款。虞先生认为,当初信用卡是在学校统一办理,相关手续都不是他本人签名,而且银行也没有及时履行通知义务,于是诉至法院,要求依法判决银行停止侵害,撤销其在中国人民银行征信系统的不良记录,消除影响并且赔礼道歉。	经法院调解,最终双方同意,原告向银行缴纳各项费用共计 500 元,银行协助原告撤销其在中国人民银行征信系统的不良记录。
4	张某	某电信公司	江苏省徐州市泉山区人民法院	不清	2012 年张某到某电信公司办理手机入网业务时,被告知其名下有 8 个手机号欠费,已经被列入黑名单,无法办理任何业务。而张某从未办理过这些手机号。原告诉至法院,以侵犯其姓名权为由要求该电信公司停止侵权,进行赔偿。	法院依法调解,双方达成调解协议,由被告一次性补偿给原告 5 000 元。
5	钟彬彬	广州市力美健身管理有限公司、广州市力美健身有限公司	广东省广州市中级人民法院	(2011)穗中法民一终字第 5518 号	原告是被告健身会所的会员,因为在健身后丢了存放在保管柜中的手表,与被告发生了纠纷。事后,原告发现自己因此上了被告的黑名单,并将其个人基本信息(包括姓名、照片、身份证号码、家庭住址、联系电话)登载在被告公司网站上,还被冠以“无中生有”“撒泼”等罪名。原告诉至法院,以侵犯其名誉权为由,要求被告赔礼道歉、恢复名誉、赔偿精神损失。	一审法院判决两被告在指定网站上刊登向原告赔礼道歉的公告,各赔偿原告精神损害抚慰金 2 500 元,案件受理费由被告承担。二审维持原判。

1. 垄断：市场失灵

对消费者实施黑名单制度的通常是垄断企业，如银行黑名单、电信黑名单、航空黑名单、铁路黑名单、电力黑名单等。诚然，部分消费者进入垄断企业的黑名单，自身的确存在违约、违法等不当行为。但更为根本的原因在于，我国垄断行业缺乏竞争，或者竞争不足，消费者的选择权有限，有的只有一个交易对象，极易导致市场失灵。以航空黑名单为例，中国航空运输协会作为行业协会，在维护行业利益的同时，理应对其会员航空公司加强监管，如对航空公司实施黑名单制度，对违背市场竞争原则和侵害消费者权益的航空公司进行惩戒，提高航空公司的服务质量和水平。但是，2016 年中国航空运输协会制定了《民航旅客不文明行为记录管理办法》，对旅客(消费者)实施黑名单制度。中国航空运输协会的职能偏差，反映了航空领

域反垄断的迫切性。

在完全垄断或寡头垄断市场，除非有强有力的反垄断执法，否则消费者的福利会受损。我国反垄断法在垄断行业的实施状况并不乐观，工商等消费者保护部门对垄断行业的监管也不尽如人意。消费者协会具有半官方性，为消费者维权的激励不足。消费者向垄断经营者提起诉讼，维权成本高，诉讼风险大。这些综合因素导致我国垄断行业对消费者的盘剥严重，消费者的合法权益经常受到侵害。理论上讲，垄断行业的经营者作为私法主体，无权对交易相对人即消费者进行监管，相反，应该接受消费者的监督。垄断行业的经营者随意创设各种黑名单制度，对消费者进行监管，不仅没有为其违法或不当行为付出代价，反而受到行业主管部门的默许或支持——以航空黑名单为典型——进一步加剧了垄断行业的市场失灵。

2. 权力滥用：政府失灵

市场失灵催生政府监管，但政府监管也会失灵。以旅游市场为例，2015年国家旅游局制定了《关于游客不文明行为记录管理暂行办法》(旅办发〔2015〕117号)，将游客“不文明行为”列入“黑名单”，向社会公开曝光。之后，国家旅游局制定了《旅游经营服务不良信息管理办法(试行)》(旅办发〔2015〕181号)，对旅游经营者及其从业人员(旅行社、导游等)实施黑名单制度。国家旅游局作为旅游市场的监管者，对旅游经营者及其从业人员实施黑名单制度，有《旅游法》等法律依据，但是，对游客(消费者)设立黑名单并予以曝光，没有明确的法律依据。国家旅游局没有法律依据，对游客“不文明行为”实施黑名单制度，反映了政府市场监管权力的滥用。

当前诚信缺失，民众普遍渴望构建诚信社会。政府回应民众需求，秉承目的正当性高于手段合法性的执政惯性，把黑名单制度作为医治市场百病的灵丹妙药。于是，政府扩大黑名单制度的适用范围，把道德失范行为也列入黑名单，以“红头文件”的形式创设黑名单，对黑名单者动辄曝光、限制或剥夺权利。而政府以维护市场经济秩序，促进社会诚信的名义，创设和实施的黑名单制度，有的已突破了依法行政的底线，侵害了市场主体的合法权益，破坏了法治，市场监管出现“政府失灵”。遗憾的是，政府滥用黑名单制度，滥用市场监管权力，没有受到立法机关、司法机关有效的监督与制约。例如，对政府制定的黑名单制度规范性文件，人大极少进行合法性审查与监督。

(四) 黑名单制度规制的法理

政府不当使用、滥用黑名单制度，会侵害经营者的权利，经营者不当使用、滥用黑名单制度，会侵害消费者的权利。经济法语境中，黑名单制度的显著特征是：强者对弱者实施的惩戒规则。法律的作用重在保护弱者，抑制强者为所欲为。因此，依法规制黑名单制度，抑制黑名单制度的不当使用与滥用，保护市场主体的合法权利，既必要且正当。

1. 抑制垄断：矫正市场失灵

在垄断市场，契约自由、意思自治在经营者与消费者之间很难实现，消费者的选择权、公平交易权受到很大限制。垄断行业的经营者利用垄断市场的缺陷，对消费者滥用黑名单制度，侵害消费者的合法权益，导致市场失灵。既没有法律依据，也没有契约约定，垄断经营者对消费者实施黑名单制度，不具有合法性与正当性。对消费者黑名单制度进行法律规制，一方面可以维护消费者的合法权利，提高消费者福利，促进弱者正义。另一方面可以抑制垄断，矫正市场失灵，

提高垄断行业的服务质量，促进行业竞争与发展。

2. 控制权力：抑制政府失灵

按照“法无授权即无权”的法理，政府创设和实施黑名单制度应有明确的法律(法规、规章)依据。没有法律依据，没有履行告知、听取申辩等程序，对黑名单经营者进行曝光，限制或剥夺权利，违背依法行政的基本原则和正当程序的基本要求。政府把违法经营者、失信经营者均列入黑名单，导致黑名单范围扩大化，会降低黑名单制度的威慑力，消弥黑名单制度的效果和制度优势。从法治的立场看，让黑名单经营者“一处违法，处处受限”，应有法定的范围和时间限制。否则，一方面可能违背责任与处罚相当的法理。另一方面可能导致威慑过度，剥夺经营者改过自新的机会，影响市场的活力。依法规制政府创设和实施黑名单制度的行为，可以抑制政府权力滥用，预防市场监管失灵，促进政府市场监管法治化。同时，有利于保障经营者等市场主体的合法权益，促进经济发展。

四、黑名单制度法律规制的思路

黑名单制度健康发展，需要在法治的轨道上运行。一方面黑名单制度的创设和实施有法可依，另一方面黑名单者的权利能获得有效的司法救济。

(一) 立法规制

1. 关于经营者黑名单的立法规制

“权力具有一种侵犯性质，应该通过给它规定的限度在实际上加以限制。”^[9]而且，按照法治的要求，“一切权力必须有正当的法律来源，权力的行使必须符合程序法和实体法。”^[10]因此，有学者认为，创设和实施黑名单制度必须有法律依据，坚持法律保留原则。^[11]当前经营者黑名单缺少法律规范，亟需解决无法可依的问题。那么，谁有权制定经营者黑名单制度？以何种形式制定？这需要区分经营者黑名单的不同类型。

第一，把违法者列入黑名单，予以曝光，限制或剥夺权利，有明确法律、行政法规、地方性法规依据的。对于这类黑名单，政府可以规章或政府规范性文件的形式制定实施。例如，依据《药品管理法》规定，食品药品监管部门可以制定黑名单制度，曝光黑名单者，禁止黑名单者从事药品生产、经营活动。依据《政府采购法》规定，财政部门可以制定政府采购黑名单，禁止黑名单者参加政府采购活动。

第二，把违法者列入黑名单，予以曝光，限制或剥夺权利，没有明确法律依据的。对于这类黑名单，

必须按照《立法法》的规定,制定黑名单制度。例如,国务院、地方人大及其常委会可以行政法规、地方性法规的形式设立此类黑名单制度,但国务院部门、地方政府不得以规章的形式创设此类黑名单制度,更不得以政府规范性文件(“红头文件”)的形式创设此类黑名单制度,否则违法。

经营者黑名单制度的立法(设立),需要统一规范以下内容。

其一,进入、退出黑名单的标准(情形、条件)、程序、依据、时限。把违法者列入黑名单,必须同时具备严重的违法行为、主观故意(恶意)两个要件,否则会造成黑名单制度的滥用,违背这一制度设立的初衷。例如,美国食品与药品监督管理局依据《仿制药实施法》,仅把严重违法的罪犯列入黑名单。^[12]国家工商行政管理总局《严重违法失信企业名单管理暂行办法》(2016年)把违反法律、行政法规且情节严重的企业列入黑名单。

经营者黑名单制度的立法,应强化正当程序,建立告知制度、说明理由制度、听证制度,听取当事人的陈述与申辩。美国学者认为,政府机构必须对即将进入黑名单者进行书面通知,通知须载明排除黑名单权利的期限、原因,通知还必须向即将进入黑名单者提供申诉的机会。^[13]考察美国黑名单制度的历史发现,美国法律几乎为所有即将被列入黑名单的人提供了正当程序保护,否则黑名单制度会面临合宪性的质疑。^[14]

其二,公布黑名单的条件、内容、范围、媒介。需要明确在什么条件下公开曝光黑名单,公开哪些信息,在多大范围内公开,通过报刊、电视还是网络等。公布黑名单信息,不得侵害国家秘密、商业秘密等。

其三,限制、剥夺黑名单者权利的原因(事由)、依据、时限。对黑名单者权利进行限制或剥夺,应明确原因(事由)、法律依据,限制、剥夺权利的期限。美国食品药品监督管理局在其官方网站上公布的黑名单信息包括:个人姓名(公司名称)、生效日期、权利剥夺期限、在《联邦登记》公报上发布的公告文本。公告文本详细记载了案件的背景、调查和发布禁令的过程、事实和法律依据等。

其四,政府的法律责任。经营者黑名单制度通常是由政府制定规则,并由自己实施,因此,很多情况下政府法律责任缺失。对于政府违法实施黑名单制度的行为,应明确规定信息更正、赔礼道歉、行政处分等法律责任。

其五,黑名单者的权利保障与救济。黑名单制度的立法,应明确规定黑名单者的知情权、陈述与申辩

权、听证权、更正权、起诉权等权利。

目前除了工商、质检、食药监等部门依据自己掌握的数据建立的黑名单外,环保、安监、海关、税务、劳动保障等部门都拥有各自的黑名单数据库。问题是各部门的黑名单数据库信息分散、标准不一,不能实现信息共享。2015年9月,国家发展改革委、工商总局、食药监总局、中国人民银行等38部门联合签署印发了《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),该规范性文件的实施效果有待观察。在总结实践经验与教训的基础上,建议国务院制定行政法规,建立政府各部门间协同监管、联合惩戒的法律制度,实现黑名单信息互联互通,形成执法合力,发挥黑名单制度的最大效用。

从长远看,为节约社会资源,降低法律实施成本,方便公众查询,我国需要制定全国性的法律,统一整合“全国企业信用信息公示系统”“企业和个人征信系统”“全国法院失信被执行人名单信息公布与查询系统”等系统的资源,实现全国黑名单信息资源共享、信息共用。

在立法缺位、黑名单法律制度不完善的情形下,当前亟需解决的问题是,如何确保政府制定的黑名单制度规范性文件的合法性?建议人大常委会依据《各级人民代表大会常务委员会监督法》的规定,对黑名单制度规范性文件进行合法性审查,对于违法限制或者剥夺公民、法人和其他组织合法权利的,应及时予以撤销。

2. 关于消费者黑名单的立法规制

经营者是否有权制定黑名单制度?按照市场自治、契约自由的市场经济原则,答案似乎是肯定的。有学者研究发现,面对问题顾客,企业不宜采取放任措施,而应对问题顾客加以管理。其中采用黑名单制度管理问题顾客,比放任问题顾客,能给企业带来更好的效果。^[15]问题是市场自治、契约自由的原则,适用于竞争市场,并不适用于垄断市场,否则会加剧“市场失灵”,损害中小企业利益和消费者福利。前文表2中的案例中,垄断经营者对消费者滥用黑名单制度,即是很好的例证。因此,在竞争市场,经营者可以依法制定并实施黑名单制度,因为消费者的选择权广泛,可以“用脚投票”。但是,在垄断市场,特别是完全垄断市场和寡头垄断市场,经营者不可以单方制定限制、剥夺权利的黑名单制度,因为消费者的选择权有限,甚至只有一个。

以国外航空黑名单制度为例,俄罗斯航空法典允许航空公司建立“行为不检旅客名单”,在5年内有

违反乘机规定、危害航行安全记录的旅客都将进入该名单,航空公司可以拒绝售票给这些旅客。同时,该航空法典还赋予航空公司可以公开“行为不检旅客名单”的权利。^[16]美国《航空运输法》规定:“根据局长制定的规章,航空承运人、州内航空承运人或外国航空承运人可以拒绝运输其认定或怀疑对安全构成不利影响的乘客和财物。”^[17]“9·11”事件之后,美国制定了一批黑名单,但其黑名单制度是由立法机构来制定,然后由国土安全部等高级别部门来确定名单,不是由航空公司或民航系统来确定。由此可见,俄罗斯、美国航空黑名单制度都有明确的法律依据,航空公司是按照法律规定来实施黑名单制度的,而无权单方设立黑名单制度。而我国航空黑名单,在无国家法律授权的情况下,由航空公司自行创设和实施,以致有的航空公司把维权的消费者列入黑名单,拒绝向其售票。因此,我国亟需立法规范航空黑名单制度,明确列入黑名单的权力(利)主体、事由、程序等。

经营者之间是否可以黑名单者实行资源共享、全国联网,并据此对消费者限权?目前缺少法律规范。笔者认为原则上不可以。例如,电信公司没有履行告知义务,把无恶意欠费的消费者,或者错误地把消费者列入电信黑名单,银行据此拒绝向该消费者贷款,自然显失公正。而且,在目前电信行业服务不规范的情况下,消费者有权依据《合同法》规定,对垄断企业的违约进行抗辩。当消费者以拒绝缴纳服务费用等方式合理行使抗辩权时,不能说消费者的行为就属于恶意拖欠,更不能将垄断企业单方报送的消费者“不良信息”,记入银行征信系统。同样的道理,适用于电力、燃气、供水等垄断企业。当前人民银行征信机构应严格执行《征信业管理条例》规定,不能将垄断企业单方报送的消费者“不良信息”,记入个人征信系统。人民银行征信机构没有法律(行政法规)依据,没有经过审核查证,仅根据垄断企业单方报送的所谓欠费信息,就将消费者纳入不良信用记录黑名单的做法,实际上是维护垄断企业的利益,最终将影响中国人民银行征信中心的公信力。

现实生活中,创设和实施黑名单制度,给消费者带来很大影响的恰恰是垄断行业的经营者。哪些行业可以对消费者实施黑名单制度,需要广泛的民众讨论和充分的立法论证。在此基础上,完善国家立法,由立法机关修改行业法,或者由行业主管部门制定部门规章,规范黑名单制度。当前,垄断经营者对消费者创设和实施的黑名单制度,亟需消费者保护机构(国家工商行政管理总局等)审查其合法性、合理性。

(二) 司法规制

1. 关于经营者黑名单的司法规制

维权(利)是良法和法治的核心,控权(力)则是其关键。^[18]对行政行为进行司法审查,是维权(利)和控权(力)的关键措施。在美国,对政府实施黑名单制度的行为,黑名单者可以提起合宪性诉讼。在我国,对政府实施黑名单制度的行为,黑名单者提起合法性诉讼却困难重重。如有的法院认为,公民起诉政府的黑名单限制行为,不符合提起诉讼的条件,驳回起诉。政府公示企业信息的行为,尚且属于可诉的具体行政行为,那么,政府公开曝光黑名单者的行为,限制或剥夺黑名单者权利的行为,更属于可诉的具体行政行为,法院理应依法受理裁判。黑名单制度的行政诉讼,司法审查的重点应是行政行为的合法性、程序的正当性。法院审查发现黑名单制度的规范性文件不合法的,应依照《行政诉讼法》规定,向制定机关提出处理建议。

2. 关于消费者黑名单的司法规制

非垄断行业的经营者对消费者实施黑名单制度,若采取拒绝交易的措施,几乎不会对消费者产生影响,因为在竞争市场,消费者拥有很多选择权。但是,经营者若采取公开曝光消费者的措施,则会侵害消费者的名誉权等权利。在这种情况下,消费者只要有理有据,向法院起诉,通常会打赢官司,如表2中的案例5。现在对消费者影响最大的,是垄断行业的经营者对消费者实施的黑名单制度,特别是公开的黑名单与限权的黑名单。因此,这类黑名单应该成为司法规制的重点。法院对消费者黑名单制度司法审查的重点是:黑名单制度是否合法,有没有法律依据,有没有合同约定;黑名单制度是否公开透明,经营者有没有履行告知义务,消费者的知情权、异议权有没有保障;经营者曝光黑名单,有没有侵害消费者的隐私权、名誉权等合法权利;经营者拒绝出售商品或提供服务,有没有合法、正当的理由。

五、结语

黑名单制度虽有比较优势和独特的制度价值,但并不是包治市场百病的灵丹妙药,因为“即使一个总体上来说是有用的、有益的制度也不是万能的,不存在有好处没有缺点的制度”,^[19]而且任何制度的制定与实施都需要成本。经济法语境中,由于经营者垄断,政府滥用市场监管权,黑名单制度存在违法与滥用的问题,侵害了市场主体的合法权益。抑制黑名单制度的不当使用与滥用,维护市场主体的合法权益,需要

秉承法治理念，从立法和司法方面，对这一制度的创设和实施予以规制。黑名单制度只有在法治的轨道上运行，才会有广泛的公信力和持久的生命力。

注释：

- ① 本表案例 1 参见中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=779e1502-7981-4ce8-81be-d76ba22d1f2e>，案例 2 参见中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=b65e5661-9312-40da-b7c1-eba91428ece3>，案例 3 参见南方网：蒙冤企业面临停滞黑龙江“黑名单企业”欲告阜阳，<http://www.southcn.com/news/community/shzt/mp/latest/200405160313.htm>。
- ② 本表案例 1 参见朝阳法院网：<http://cyqfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1040>，案例 2 参见中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=d678c650-a511-4b2b-9afd-7839e32297b6>，案例 3 参见新华网：男子信用卡透支 6 毛钱 6 年后欠费近万，http://news.xinhuanet.com/legal/2015-07/17/c_128031550.htm，案例 4 参见中国法院网：莫名被列入欠费黑名单 市民状告电信公司获赔，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/05/id/961232.shtml>，案例 5 参见广州审判网，<http://www.gzcourt.gov.cn/cpws/wsjs/>。

参考文献：

- [1] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典(第 6 版)[M]. 北京: 商务印书馆, 2012: 530.
- [2] Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. (Tenth Edition) [M]. St Paul: Thomson Reuters, 2014: 203.
- [3] 刘平, 史莉莉. 行政“黑名单”的法律问题探讨[J]. 法治论丛, 2006, 2(21): 71-72.
- [4] 秦珊珊. 行政“黑名单”制度研究[D]. 南京: 南京大学, 2013: 16.
- [5] 韩经纬. 政府管制视角下的黑名单制度研究[D]. 重庆: 西南政法大学, 2012: 4.
- [6] 孙永杰. 论我国的药品“黑名单”制度[D]. 北京: 中国社会科学院研究生院, 2013: 8-9.
- [7] 张守文. 经济法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 216.
- [8] 《中国大百科全书》总编辑委员会. 中国大百科全书·法学[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2006: 84.
- [9] 汉密尔顿, 等. 联邦党人文集[C]. 程逢如, 等译. 北京: 商务印书馆, 2009: 290.
- [10] 周永坤. 规范权力——权力的法理研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 283.
- [11] 胡建淼. 对建立和实施“黑名单”制度的法治思考[EB/OL]. http://legal.gmw.cn/2015-05/28/content_15812189_3.htm, 2015-05-28.
- [12] Tamar Nordenberg, Inside FDA: Barring People from the Drug Industry [EB/OL]. <http://www.fda.gov/ICECI/Enforcement Actions/FDADebarmentList/ucm139627.htm>, 2015-11-27.
- [13] Paul H. Gant, Irving R. M. Panze. The government blacklist: Debarment and suspension of bidders on government contracts [J]. The George Washington Law Review, 1957(2): 197-198.
- [14] Katharine A. Van Tassela. Blacklisted: The constitutionality of the federal system for publishing reports of “bad” doctors in the national practitioner data bank [J]. Cardozo Law Review, 2012(5): 2040-2052.
- [15] 张圣亮, 李晓昕. 采用黑名单制管理问题顾客对其他顾客影响的研究[J]. 管理现代化, 2014(4): 40.
- [16] 若何. 建立黑名单还需法律支持[N]. 中国民航报, 2014-08-01(003).
- [17] 刁伟民. 航空旅客“黑名单”的法律分析[J]. 法学杂志, 2012(7): 128.
- [18] 漆多俊. 转变中的法律——以经济法为中心视角[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 114.
- [19] 苏力. 制度是如何形成的[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 55.

Legal regulation on abuse of the blacklist system in the context of economic law: Based on sorting out and studying cases

ZHANG Jiayu

(Law School, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

Abstract: When the business dealer is blacklisted by the government, and the consumer is blacklisted by the business dealer, both of them break the law and abuse the system. Because of illegality and abuse of the blacklist system, the market subjects' lawful rights and interests are violated, and comparative advantage of the system is affected. To restrain improper use and abuse of the blacklist system, and to let the establishment and implementation of the system run in the right track under the rule of law, the system should be regulated by legislation and justice.

Key Words: blacklist system; subject of economic law; abuse of power/rights; legality; due process

[编辑: 苏慧]