

立法确立裁量基准条款的现实意义

蒋红珍

2021 年 1 月 22 日，历时近三年的《行政处罚法》修改工作迎来终音，新法文本正式公布。

此次修法工作自然为我国行政处罚制度的发展提供了新的契机，学术界和实务界也纷纷梳理其中的创新点。

其中，第 34 条所确立的行政处罚裁量基准条款，就是一个例子。新《行政处罚法》第 34 条规定：“行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准，规范行使行政处罚裁量权。行政处罚裁量基准应当向社会公布。”这一条款的确立有以下意义：

首次明确采用“裁量基准”概念

裁量基准，指的是行政机关通过颁布规范性文件的方式，对立法授予范围内的裁量权提供操作依据。

近年来，裁量基准制度伴随着我国行政法治建设和裁量治理转型，在执法实践中开始逐渐兴起。国务院 2010 年发布的《关于加强法治政府建设的意见》明确要求建立行政裁量权基准制度，从而以细化、量化裁量权，因此裁量基准也被称为是行政权的“自我限缩”。然而，裁量基准的概念虽然也出现在部分行政法规、部门规章和地方立法中，但其一直缺乏法律层面的明确表达。

在本次《行政处罚法》修改过程中，无论是 2019 年“修正草案征求意见稿”还是 2020 年的“修订草案”，都尝试着通过立法条款的形式对行政处罚裁量基准制度给予确立。新法正式在第 34 条明确规定行政处罚裁量基准，并于第 2 款增设向社会公布的程序性要求，不仅是对修法过程的回应与补充，更是对行政执法实践中的裁量基准制度给予明确的立法回应。可以预见，尽管这只是行政处罚领域的裁量基准条款，也会有助于对一般裁量基准制度提供必要依据。

对反对裁量基准制度观点的回应

之所以认为行政处罚裁量基准条款的确立有显著意义，并非仅仅因为这是首个法律文本中的概念采纳，而是它有助于回应裁量基准制度自身在学理和实践中的争论。

事实上，裁量基准尽管已经在我国实践

- 新《行政处罚法》第 34 条明确规定行政处罚裁量基准，并增设向社会公布的程序性要求，不仅是对修法过程的回应与补充，更是对行政执法实践中的裁量基准制度给予明确的立法回应。
- 行政处罚裁量基准制度根据《行政处罚法》设立，同样具备民主正当性前提。它在某种意义上认可经由法律授权的行政裁量幅度，可以通过执法系统出台抽象规范加以细化，并用于指导执法实践。
- 裁量基准应当成为裁量权行使过程中必须被考虑的重要因素，除非有更为显著的理由能够使得个案中的行政决定“逸出”裁量基准的幅度和要求。技术上，可以通过行政说明理由机制来增加行政机关不遵守裁量基准的执法成本。

中普遍适用，但其正当性问题上在学理上一直存在争议。

肯定者认为：裁量基准制度植根于中国的本土实践，是一种“自下而上”来自于中国基层社会治理中的典型经验和实践创造。它不仅符合近代行政法控权论的主张，并且还具有良治论的现代面向。

但否定说认为：裁量基准为行政机关“急于行使”个案裁量义务提供了基础，属于制度层面的“裁量不作为”。这种“裁量惰怠”的后果不仅仅是个案中行政执法目标无法有效实现，它更显现行政法治原则在法律至上论层面的违背，是对体现现代议制民主的法治精神的违背，本身就是“违法的产物”。

《行政处罚法》第 34 条对行政处罚裁量基准的确立，尽管可能无法全面回应上述的学理争议，但从立法民主性角度看，《行政处罚法》属于全国人大常委会立法，具有代议制机构的民主正当性。其对裁量基准制度的确认，效力自然高于国务院及其部门或者地方政府规章。否定说中的重要观点是，行政机关适用裁量基准，可能背弃经由代议制机构立法所赋予给执法机关根据个案情境而适用裁量后果的法定义务，所以是行政对法律的违背。但行政处罚裁量基准制度根据《行政处罚法》设立，同样具备民主正当性前提。它在某种意义上认可经由法律授权的行政裁量幅度，可以通过执法系统出台抽象规范加以细化，并用于指导执法实践。

缓解司法实践中的适用困境

事实上，上述学理争议也反映在裁量基准司法适用中的困境。

首先，裁量基准是否必须在执法中被遵守？

肯定说认为，既然裁量基准由行政执法部门自行制定，就应当产生自我拘束的效果。如果有裁量基准，但执法中不需要遵守，那就会架空裁量基准制度自身的价值。同时如果允许执法者本身对裁量基准的适用进行选择性地执法，还会产生行政惯例的拘束力问题、相同情形相同对待的平等性问题。这些都将影响行政机关作为公权力机关的权威性。但否定说认为，即使存在裁量基准，也应当允许行政机关个案决定中对裁量基准的“逸出”，即裁量基准的存在并不能概括性地排除执法机关的“个别情况考虑义务”。

其次，即使裁量基准需要在执法过程中被遵守，它能否被直接引用作为行政行为作出的规范依据？

行政行为的合法性判断，需要回溯其在“作出”当时的事实、理由和依据。裁量基准是否能够被执法机关直接引用作为行政行为作出的规范基础，也存在争议。国务院法制办曾在《关于规范行政裁量权的指导意见（征求意见稿）》中指出：不按裁量基准行使裁量权属违法，但是裁量基准毕竟不是法律

规则，行政执法部门不得在执法文书中直接引用裁量基准作为行政执法依据。

最后，法院是否必须适用裁量基准作为行政行为合法性判断的基础？

肯定说的判断思路与前一问题的观点近似，认为只要存在执法系统中的裁量基准，就必须以之作为合法性判断的前提。但否定说认为，根据《行政诉讼法》的规定，法院审理行政案件的依据是法律和法规，裁量基准作为规范性文件，在法律效力上连规章都够不上，因此法院可以无视裁量基准而径行按照法律和法规的规定作出合法性判断。

同样，《行政处罚法》第 34 条对裁量基准的确认，也能在一定程度上为上述司法适用困境的解决提供立法论意义上的基础。一方面，裁量基准作为明确的法律制度，应当对行政机关行使裁量权发挥规范作用。按照第 34 条的文义，尽管行政机关可以有选择地决定是否制定裁量基准，但是裁量基准对于裁量权行使的规范作用已经非常明确。换言之，如果裁量基准制定，行政机关在执法过程中就不应当对裁量基准视而不见。

当然，《行政处罚法》第 34 条也没有承认裁量基准可以作为排除“个别情况考虑义务”的法定理由。这就意味着，裁量基准应当成为裁量权行使过程中必须被考虑的重要因素，除非有更为显著的理由能够使得个案中的行政决定“逸出”裁量基准的幅度和要求。技术上，可以通过行政说明理由机制来增加行政机关不遵守裁量基准的执法成本。另一方面，裁量基准本身作为规范性文件，也应当成为司法审查的潜在对象。正如同《行政诉讼法》对规章是“参照”，新修改后的《行政诉讼法》也明确确立起对规范性文件的附带审查机制，这就意味着如果法院将裁量基准作为行政行为合法性审查的依据，即使相对人没有提出附带审查的诉讼主张，它也有对裁量基准的审查权。

最高法院《关于审理行政案件适用法律若干问题的规定》中明确规章以下的规范性文件，可以作为审查被诉具体行政行为的合法性的“参考依据”。《最高法院关于适用〈行政诉讼法〉的解释》也规定：“在人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”

（作者系上海交通大学凯原法学院教授）

当事人年龄信息的勘正应“排除合理怀疑”

沈烨 何祥琪

通常认为，我国民事诉讼中法律事实的确立以高度盖然性为证明标准。但证明标准的适用并非一成不变的，从域外法治实践看，无论是大陆法系国家和地区，还是英美法系国家和地区，对于证明标准均作出了多元化、层次性的制度编排。

我国则在相关司法解释中明确了提高和降低证明标准的情形，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零九条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八十六条规定，当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。此种情形即属于提高证明标准的情形。而对于诉讼保全、回避等程序事项的证明，只需达到“可能性较大”的证明标准，则属于降低证明标准的情形。除却上述条文之外，民事诉讼中是否还存在一些需要提高或降低证明标准的情形？对此，笔者持肯定意见。现以一机动车交通事故责任纠纷案件为例进行分析。

2020 年 1 月，甲因交通事故身亡，后甲的配偶、子女将驾驶员及相关保险公司诉至法院，要求被告承担事故赔偿责任。甲的户口簿、残疾证及身份证上登记的出生年月均

为 1940 年 8 月，但原告主张甲实际出生于 1963 年 11 月，并提供甲的母亲乙（1929 年出生，已死亡）的常住人口登记表（登记表中载明甲出生于 1963 年 11 月）、派出所及村委会出具的亲属关系证明、甲与丙（甲兄，1957 年出生）及丁（甲姐，1961 年出生）的 DNA 鉴定意见书等证据。被告认为，原告仅凭前述证据不足以推翻户口簿、身份证载明的信息，即使信息登记错误，也应由公安机关作出勘正，故死亡赔偿金等损失仅认可按照 5 年计算。

对于如何认定甲的实际年龄，存在三种处理意见。第一种意见认为，户口簿、身份证系证明自然人身份信息最为常见、直接、有效的证据，亦是除出生证明之外，法定的证据形式。且甲残疾证所记载的信息与其户口簿、身份证一致。现有证据不足以推翻户口簿、身份证所记载的甲的出生日期，应按照甲出生于 1940 年 8 月计算死亡赔偿金等损失；第二种意见认为，原告提供的现有证据对于“甲实际出生于 1963 年 11 月”这节事实的证明力已达到高度盖然性的证明标准，可判决支持原告诉请；第三种意见认为，原告提供的现有证据仅能证明甲的实际出生时间并非 1940 年 8 月，对于错误年龄信息的勘正应达到“排除合理怀疑”的证明标准，需

进一步补足本案证据内容，以形成完整证据链。笔者同意第三种意见，理由分述如下：

首先，法律事实的认定应当符合自然规律。

本案中，甲与其父母、配偶、子女及兄弟姐妹之间的年龄差均可反映出甲的实际出生时间不可能为 1940 年，如果径行以户口簿、身份证登记信息确认甲的年龄显然有悖于自然规律。对于自然规律，当事人无须举证证明，故可认定甲的实际出生时间晚于 1940 年。

其次，应根据法律文义确立待证事项的证明标准。

《民法典》《民法总则》均规定：自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。前述法律条文使用了“足以”的表述方式，类似措词在实体法中的具象呈现，实则体现了立法者希望对该类审查事项设定更高证明标准的意图，司法者理应以合理回应。本案中，甲年龄信息的认定并非程序性事项，直接关涉死亡赔偿金的计算年限，属于重要的实体事实。且公安机关登记的户籍信息本身即兼具公示效果及公信力，对于行政登记

信息的勘正，理应秉持审慎、谦抑的态度。综上，对于甲年龄信息的勘正，应适当提高证明标准。

最后，对于证明标准的提高，法官应主动作出释明，并合理发挥能动意识，以破解当事人的证明困境。

原告提供的初步证据尚不足以认定甲的真实年龄，针对证据链上的缺失，经由法官释明，原告进一步提供了甲户籍迁移情况的相关证明、甲的父亲戊（1931 年出生，已死亡）退休时的内档材料及甲之兄姐的户籍信息，前述内档材料亦载明甲出生于 1963 年 11 月；此外，法官主动与当地派出所、村委会取得联系，经派出所、村委会工作人员的实地走访调查，向法院反馈了调查结果，再次明确了甲出生于 1963 年 11 月。根据在案证据的补强情况，最终对甲的年龄信息进行勘正，并据此核算死亡赔偿金等赔偿项目。一审判决后，双方当事人均未提起上诉，切实彰显了个案法律效果与社会效果的统一。

2020 年底，我国开展了第七次全国人口普查工作。准确、详实的人口信息不仅关乎公共政策的制定、实施与完善，同样会影响到公民个人权益的兑现。透过本案，足见人口普查工作的重要价值。

（作者单位：上海市静安区人民法院）