

## 社会抚养费征收裁量的检讨与重构

■ 伏创宇

(中国青年政治学院 法学院, 北京 100089)

**【摘要】** 社会抚养费征收裁量权体系庞杂和混乱问题的根治, 需要重新评估社会抚养费征收裁量权设置的正当性。社会抚养费作为行政性收费的性质, 决定了我国社会抚养费征收裁量要素的法律意义应当从公法上重新进行厘定, 防止实际收入水平考察的异化, 并消除违法情节的考察。现行法体系下社会抚养费在功能定位上同时兼顾适当补偿与生育调控。无论是完全规则模式还是司法控制模式, 对于社会抚养费征收裁量权的控制都存在局限性。因而, 有必要对社会抚养费的裁量进行全面评估, 取消不必要的裁量, 适度集中中央立法权, 并从行政程序和司法控制层面寻求对必要裁量的有效控制方式。

**【关键词】** 社会抚养费 行政收费 裁量 正当性 生育调控

在公法学视野中, 计生政策的合宪性、生育权的限制、社会抚养费的性质和征收、利益导向机制等问题值得深思。其中, 社会抚养费征收的裁量问题备受诟病, 在规范层面上, 社会抚养费征收的裁量权主要由各地进行设定, 相关规范五花八门, 征收标准不统一, 征收裁量幅度设定大; 在实践中, 行政机关对社会抚养费的征收裁量缺乏足够的规制, 裁量逾越、裁量恣意时有发生。十八届五中全会拉开了全面二胎政策的序幕, “坚持计划生育的基本国策”意味着社会抚养费征收依然是生育调控的一种重要公法手段。值得欣喜的是, 立法机关已开始意识到社会抚养费征收裁量存在的问题, 并期望通过修法改善这种状况。《社会抚养费征收管理条例》正在制定过程中, 2014年11月, 国家卫生和计划生育委员会就此草案向社会公开征求意见, 在立法必要性说明中提到“由于当时的历史条件, 《办法》将具体征收标准等授权各省制定, 实践中存在全国征收标准不统一、征收情形不一致等问题”, 因而, 修法意在“坚持法制统一, 减少各地差异, 规范自由裁量权”<sup>①</sup>。

需要反省和深思的是: 作为社会抚养费征收裁量权基础, 社会抚养费的法律性质是什么? 社会抚养费征收裁量权的设置是否具有公法上的正当性? 如何界定社会抚养费的功能并重构我国社会抚养费征收裁量权的控制模式? 社会抚养费及其裁量权亟须通过公法的检验与反思。

收稿日期: 2015-12-20

作者简介: 伏创宇, 中国青年政治学院法学院讲师, 主要研究行政法。

基金项目: 本文系北京市社会科学基金青年项目“北京市计划生育法治研究”(课题编号: 14FXC030)的研究成果。

① 参见《〈社会抚养费征收管理条例(送审稿)〉起草说明》, <http://www.nhpc.gov.cn/zhuzhan/zcjd/201411/137af529ec6e48ceaa79b067f1d81e47.shtml>

## 一、为何要对社会抚养费征收裁量进行检讨

### (一) 社会抚养费征收裁量的构成

社会抚养费征收的正当性来源于《人口与计划生育法》第41条第2款,凡是不符合该法第18条规定生育子女的公民,应依法缴纳社会抚养费。社会抚养费裁量权的直接依据则为《社会抚养费征收管理办法》第3条第2款的规定。社会抚养费征收裁量的构成由一个基本标准(城镇居民年人均可支配收入与农村居民年人均纯收入)和两个考量要素(当事人的实际收入水平与不符合法律、法规规定生育子女的情节)组成。基本标准的考察可以统计部门公布的参数作为依据,实际收入水平则相对难以量化,存在逐户计算的困难。“不符合法律法规规定生育子女的情节”的认定更为复杂,其具体形态也基于各地立法,存在较大差异。实践中,各级地方规范社会抚养费征收裁量权的条例、办法和细则等形成庞大的制度体系,令人产生“雾里看花”之感。

通过细化与量化裁量标准实现对社会抚养费征收裁量的控制,很大程度上体现了目前行政执法机关的基本态度,从国家人口计生委提到的“进一步规范社会抚养费征收自由裁量权,细化、量化社会抚养费征收标准”<sup>①</sup>可见一斑。在学界,鲜有学者和实务工作者对社会抚养费征收裁量权设置的正当性提出质疑,甚至有学者将社会抚养费征收裁量权视为“与行政处罚存在的共性是,可以在法定权限内,具有自行判断、自行确定、自行决定的权力——自由裁量的权力”<sup>[1]</sup>。

根治社会抚养费征收裁量权体系庞杂和混乱的问题,需要重新评估社会抚养费征收裁量权设置的正当性。问题的解决必须回归到社会抚养费征收裁量权设置的目的上,追本溯源,还原社会抚养费的性质和本来面相。

### (二) 社会抚养费征收裁量基础的追溯

从社会抚养费的性质来看,现行法律对社会抚养费征收裁量权设置的正当性令人质疑。社会抚养费的性质属于行政性收费<sup>②</sup>,与此相应的裁量权设置违背了社会抚养费的性质,不具备公法上的正当性。社会抚养费的性质尽管未得到法律文本的明文确认,但立法原意、有权解释和司法实践都为此提供了充分而有力的诠释和理由。

相关的立法文件表明,社会抚养费属于行政性收费,而非行政处罚。法律概念的变化意味着立法目的上的重大差异,2001年财政部、国家发展计划委员会、国家计生委联合发出的《关于计划外生育费改社会抚养费的通知》中指出:“社会抚养费”的性质应视为对违背地方计划生育法规规定多生育子女、较多占用社会资源的夫妻征收的补偿性的行政性收费。社会抚养费亦在当年被列入财政部、国家计委公布的全国行政事业性收费项目目录。全国人大常委会法制工作委员会法工委复字(1996)2号文规定亦指出,征收计划外生育费不是罚款,不属于《行政处罚法》的调整范围。依据人口与计划生育法,拖延足额缴纳社会抚养费的,加收滞纳金,亦将社会抚养费的征收视为一种行政性收费。可见,从立法宗旨和目的上看,社会抚养费的征收乃为适当补偿因超生增加的社会公共投入。

司法实践对社会抚养费性质的认识较为混乱,一定程度上为社会抚养费的行政收费性质增添了注脚。如有法院认为:“社会抚养费,是指为调节自然资源的利用和保护环境,适当补偿政

<sup>①</sup> 参见《国家人口计生委关于进一步规范社会抚养费征收管理工作的通知》(人口政法传[1011]44号),2011年8月9日。

<sup>②</sup> 笔者曾在《社会抚养费法律性质考察》一文中予以了探讨和论证。参见湛中乐 伏创宇:《社会抚养费法律性质考察——从若干相关行政、司法实践而展开》,载《法制与社会发展》,2011年第1期。

府的社会事业公共投入的经费,而对不符合法定条件生育子女的公民征收的费用。社会抚养费属于行政性收费,具有补偿性和强制性的特点。”<sup>①</sup>在2005年的蕲春县超生儿死亡案中,对于超生儿出生后死亡是否应征收社会抚养费的问题,湖北省黄冈市中级人民法院亦予以否定,主张社会抚养费应与社会负担挂钩<sup>②</sup>。

社会抚养费的征收应属于对人口与生育进行调整的“经济限制措施”<sup>③</sup>,是“从经济上承担的法律责任”<sup>④</sup>,不应视为行政处罚。因此,有必要以此为基础检讨我国社会抚养费征收裁量的正当性。

### (三)社会抚养费征收裁量设置的悖论

合理确定社会抚养费的征收标准,是实施社会抚养费征收制度的关键。从立法原意来看,社会抚养费属于超生对公共负担的补偿,征收就应当以超生带来的公共负担为视角进行考察,但社会抚养费征收的补偿功能难以在裁量设置中体现。社会公共投入须考虑难以计算的对社会公共资源的占用,因此,恐怕无法通过确切的标准或者量化方式来设定社会抚养费的征收裁量。何为“超生”,又如何与造成社会公共负担之间画上等号,目前缺乏科学上的论证。更何况,人口还对经济与社会发展具有积极意义。

“考虑到各地方经济发展水平等差异以及社会抚养费收取管理工作的复杂性,难以在本法中作出统一的具体规定”<sup>[2]</sup>,2001年颁布的《人口与计划生育法》并未规定统一、具体的征收标准,只是授权国务院制定社会抚养费征收管理办法。从立法过程来看,社会抚养费征收管理办法的出台亦属艰难的选择。在国务院制定《办法》的过程中曾有四种意见:(1)以当地年人均收入水平为标准;(2)以当地人均社会公共投入为标准;(3)以征收对象的年实际收入为标准;(4)综合考虑以上因素确定征收标准。考虑到单纯以当地年人均收入水平或者当地人均社会公共投入为标准,难以限制高收入人群的违法生育行为,且现行统计指标体系中并没有社会公共投入统计指标,核算人均社会公共投入在操作上也有一定难度;而单纯以征收对象的实际收入为标准,又会形成对同样的违法生育行为征收数额相差很大的社会抚养费,且逐户计算也很困难。为了有效地调节一般收入人群与高收入人群的生育行为,社会抚养费的征收标准应将当地年人均收入水平与征收对象的年实际收入结合起来计算、对城镇居民与农村居民分别规定为宜<sup>⑤</sup>。

可见,《办法》最后采纳了综合因素标准。社会抚养费征收与当地人均收入水平、实际收入之间存在何种科学上的联系,既缺乏根据,也缺乏论证。社会抚养费的征收意在“适当补偿所增加的社会公共投入,对违反计划生育政策超生的人有一定的惩戒作用”<sup>⑥</sup>,如此规定也是基于征收目的和现实操作之间张力下的“便宜之举”。“一定的惩戒”实际上表明了经济抑制的属性,“适当补偿”已使得社会抚养费的经济补偿功能减弱,更多地体现了生育调控功能。《社会抚养费征收管理办法》实施十多年来,其暴露的法律问题逐渐“露出水面”。这种立法简单妥协的后果是,整个社会抚养费征收体系(包括标准)十分混乱,因此,从社会抚养费的经济补偿与生育调控功能出发,我们不得不重新拷问和评估社会抚养费裁量权设置的正当性。

① 参见徐广义、王桂云不服北京市房山区人口和计划生育委员会作出的《社会抚养费征收决定书》案,北京市第一中级人民法院,(2008)一中行终字第601号,2008年6月9日。

② 参见陈武军 黄亚东:《二胎男婴出生就死亡 社会抚养费不能征收》,http://www.chinacourt.org/html/article/200607/17/211723.shtml

③ 参见关于《中华人民共和国人口与计划生育法(草案)》的说明,载张春生:《中华人民共和国人口与计划生育法释义》,北京:法律出版社2003年版,第228页。

④ 参见全国人大常委会关于《中华人民共和国人口与计划生育法(草案三次审议稿)》修改意见的汇报,载张春生:《中华人民共和国人口与计划生育法释义》,北京:法律出版社2003年版,第241页。

⑤ 参见湛中乐:《论我国的社会抚养费制度》,http://www.publiclaw.cn/article/Details.asp?NewsId=356

⑥ 参见张春生:《中华人民共和国人口与计划生育法释义》,北京:法律出版社2003年版,第161页。



## 二、社会抚养费征收裁量权设置的正当性拷问

社会抚养费征收裁量权考量的要素包括两个方面:当事人的实际收入水平和不符合法律、法规规定生育子女的情节。从社会抚养费的性质出发,我国社会抚养费征收裁量权考量要素的法律意义应当从公法上重新进行厘定,防止实际收入水平考察的异化,并消除违法情节的考察。

### (一)实际收入水平要素的考察

各地人口计划生育条例和社会抚养费征收规定对实际收入水平因素的考察,大多规定收入超过当地平均水平的按实际收入为计征基数,如重庆、福建、河南、湖北等,或者如云南省的社会抚养费征收规定,当事人上年度实际收入高于统计部门公布的上年度全省城镇居民年人均可支配收入和地州市农民年人均纯收入的,还应当以其超过部分为基数加收3倍的社会抚养费。对实际收入水平规定按照“就高不就低的原则”,如果当事人实际收入水平高于人均收入,社会抚养费以实际收入为征收标准,否则一律按照人均收入(可支配收入或纯收入)进行征收。因而现实中,征收的社会抚养费数额差别非常大,天价抚养费出现亦非新奇的事情<sup>①</sup>。即使在一个县,针对类似的案件事实,征收数额的差别也有万元之多<sup>②</sup>。

实际收入水平作为裁量要素,立法者的意图或许“考虑到单纯以当地年收入水平或者当地人均社会公共投入为标准,难以限制高收入人群的违法生育行为”。现在看来,这种立法动机及其实施的效果需要检讨。

其一,将收入水平作为社会抚养费征收的标准,本身就是立法机关在立法目的和现实操作张力下的“便宜之举”,其科学性和正当性缺乏充分的根据。如果说“人均收入水平”的考量某种程度上与“适当的经济补偿”挂钩,将“实际收入”纳为裁量因素,与社会抚养费作为经济补偿收费之间的关联度不高,更多地体现了社会抚养费的生育调控功能。社会抚养费征收对生育调控的实效性如何,未有证明,但难以高估,一则经济限制措施仅属生育调控的措施之一,纪律处分、户籍限制、行政考核等手段在计划生育行政的实际作用不容忽视;二则社会抚养费征收对生育意愿的影响如何,不容乐观。而发展与生育率的下降有相当程度的正面关联,这包括“人均收入提高、教育普及、妇女经济独立性提升、死亡率下降以及计划生育机会的普及”<sup>[3]</sup>。

其二,实际收入在现实中很难认定,不仅造成执法的负担,还会因行政机关的“选择执法”损害制度实施的公信力。行政机关在执法过程中往往难以掌握当事人的实际收入,而按照人均收入水平进行社会抚养费的征收。以河北省为例,2009年至2012年5月,在其中5个县立案征收社会抚养费24693件中,有24296件按照最低征收基数的固定倍数征收<sup>③</sup>。

实际收入水平作为社会抚养费征收裁量的法律意义,应当体现为对弱势群体权利的保护,并隐含了对儿童权益的保护。这可在宪法第45条弱者获得救济的权利条款、第46条受教育权利、青少年和儿童全面发展之国家义务条款中找到依据。数额不菲(往往是人均年收入的数倍)的社会抚养费征收对于家庭收入状况不佳的对象而言,往往意味着基本的生活可能受到影

<sup>①</sup> 参见《张艺谋超生被罚748.78万元》,载《郑州日报》,2014年1月10日。

<sup>②</sup> 同样是福建省清流县的超生,一笔社会抚养费是4198元。参见清流县计划生育局与陈纪新等征收社会抚养费纠纷执行案,福建省清流县人民法院行政裁定书,(2004)清非执字第25-2号,2004年12月16日。另一笔社会抚养费则是13988元。参见清流县计划生育局与罗金禄等征收社会抚养费纠纷执行案,(2004)清非执字第39号,2004年12月17日。

<sup>③</sup> 审计署派出审计组,自2012年6月1日至7月30日,对河北省河间市、昌黎县、清苑县、栾城县和魏县等5个县2009年至2012年5月社会抚养费征收管理办法实施情况进行了专项审计调查,重点抽查了27个乡镇、3个街道办事处和28个行政村,对406人进行了入户调查,对重要事项进行了必要的延伸和追溯。<http://finance.people.com.cn/n/2013/0918/c1004-22967750.html>

响。与此相对应的是,鲜有社会抚养费征收细则将当事人收入水平低作为征收的考量因素。对实际收入水平的考量属于与社会抚养费征收相关的裁量,只是实践对该要素的考量予以扭曲,实行就高不就低原则,背离了实际收入水平因素设置的法律意义。

## (二)不合法要素的考察

社会抚养费征收裁量权的另一个构成是不合法要素。各地的人口计划生育条例和社会抚养费征收管理办法基于上位法的授权,对“不符合法律法规的情节”予以类型化,这些具体情形一般包括非婚生育、有配偶者与他人生育、符合再生育条件但未经审批生育等。地方立法大多依据违法情形的严重程度调整征收的标准。可见,征收标准的适用针对不同情形采取了多元化策略,对诸如重婚生育、与配偶之外的人生育,都实施更加苛刻的征收标准。“不符合法律、法规规定生育子女的情节”已对“超生行为”等具体形态进行合法性评价,许多不相关的因素被纳入征收裁量体系,比如是否婚育、是否重婚或与有配偶的人生育等。“所谓超生是指违反人口与计划生育方面的法律、法规规定的生育,即是违法生育。”<sup>①</sup>这种观念,很大程度上是社会抚养费制度异化的“罪魁祸首”。“违法生育”的概念不能成立,社会抚养费的征收并非基于违法行为。违法生育的概念构筑了社会抚养费征收的惩罚性质,致使整个社会抚养费裁量权制度异化和混乱。

笔者认为,这些多元化的征收标准缺乏严格、具体、明确的法律依据,逾越了社会抚养费本质以及法律平等权的范围。超生者固然没有响应国家的“提倡”,但并不应受到法律外因素的考量和法律之外的惩治。现行人口与计划生育法的立法目的将社会抚养费设定为行政性收费,意图与行政处罚划清界限,却在征收标准上遇到难题,从而使得两者无法完全割裂开来。这种立法目的与框架内含的逻辑矛盾导致社会抚养费征收裁量的标准与体系出现混乱,也导致实践中各式各样的违法现象发生。再者,通过多重标准的征收体系,企图达到调控人口数量的目的,是社会抚养费功能难以承受之重,对社会抚养费的经济调控功能添加了多余的负载。

## 三、社会抚养费征收裁量的立法模式与功能界定

### (一)社会抚养费裁量的立法模式

《社会抚养费征收管理办法》将社会抚养费的具体征收标准进一步授权省、自治区、直辖市。从各地规定来看,可分为四种模式:(1)以收入及倍数作为社会抚养费征收裁量的标准。大多数省份规定以当事人所在县(市、区)上一年度城镇居民人均可支配收入和农村居民人均可支配收入为收入核定基数。(2)以数额幅度设定社会抚养费征收裁量。如《黑龙江省人口与计划生育条例》(2014年修订)规定,违反该条例规定,生育第二胎的,缴纳三万元以上六万元以下社会抚养费,生育第三胎及以上的,缴纳六万元以上十二万元以下。(3)直接取消社会抚养费征收的裁量权。2012年10月底通过的《深圳经济特区人口与计划生育条例》即属该种模式,明确“超生一个子女的,对男女双方分别按计征基数一次性征收三倍社会抚养费”。江西、上海、河南等地也采取此种做法。(4)设置社会抚养费征收裁量的下限,只规定征收额的最低倍数或金额,《河北省人口与计划生育条例》规定征收不低于实际收入或人均收入的2.5倍。

### (二)社会抚养费功能的重新界定

在现行人口与计划生育法的框架体系下,社会抚养费的性质应当定性为行政性收费,在功能定位上同时兼顾适当补偿与生育调控功能。适当补偿功能从立法意图上可资证明,但在法律

<sup>①</sup> 参见黄××诉重庆市万州区人口和计划生育委员会案判决,(2011)渝二中法行终52号,2011年7月28日。

文本中最终未有体现,反映了规范体系本身的逻辑矛盾。正本清源,社会抚养费征收的裁量应强调其适度的生育调控功能,从生育权作为基本人权的属性、对计划生育的倡导性义务、生育政策的包容性与灵活性出发,社会抚养费征收在规范意义上更多地体现为调整人口规划与结构的经济诱导措施。

首先,宪法第49条“夫妻双方有实行计划生育的义务”无法推论出公民具体的法律义务。无论是宪法义务内容本身的不明确,还是生育政策本身的包容性,宪法上的义务条款无法直接拘束公民,从而课以违法的法律责任。其次,《人口与计划生育法》第41条、《社会抚养费征收管理办法》等均未采用“违法”生育一词,而是通过“不符合”,表明立法者对社会抚养费征收并非建立在违法基础上的态度。生育权属于基本人权<sup>①</sup>,《人口与计划生育法》与《妇女权益保障法》亦确认了生育权的法律地位,且人口与计划生育法采用了倡导性条款“鼓励公民晚婚晚育,提倡一对夫妻生育一个子女”,都排除了生育行为的违法性。最后,生育政策具有变动性与灵活性。“计划生育”具有中立性,不仅仅指生育数量的限制,还应更多地体现激励、规划、引导等干预手段。基于人口结构、人口素质、社会形态与经济发展的情势变化,社会抚养费征收作为调整人口规划的经济诱导措施,也应显示出灵活性。

经济诱导措施排除了生育行为的违法性与可惩罚性,因而不能侵害生育的自主性。同时,如何保障社会抚养费征收对生育调控的实效性,就成为社会抚养费征收裁量设置的难题。社会抚养费的征收本质上不在于对生育行为进行“命令—控制”式的限制。但若出现不符合人口规划的行为,基于公共利益,相关主体需要承担财产义务。这种财产义务与行政机关对诸如垃圾处理征收的成本补偿费迥异,后者征收的数额直接与所导致的损害相关,“只有在行为与损害之间存在确定、直接的因果关系,且后者很容易定量分析时,才是可行的”<sup>[4]</sup>,显然,社会公共负担无法予以衡量,与损害挂钩的“目标标准”无法实现。社会抚养费的征收与社会公共负担问题之间实际不具显著的科学关联,且社会公共负担随着社会背景的变化以及其他因素的影响而变化时,更是如此。

与市场主体的经济工具例如排污费的征收不同,征收社会抚养费欲达到规制效果,寄望凭借经济限制措施影响个人的生育意愿,只有当经济限制超过生育带来的个人利益与家庭利益时才能实现。经济限制与个人利益、家庭利益之间本身属于不同的利益体系,很难置于同一情境下进行衡量。而且,不同的个人或家庭,对于这些不同利益的权衡具有差异,很难通过同一标准予以规则化。若采取惩罚性“征收”,既背离了社会抚养费的“超生—负担—补偿”逻辑,亦使得社会抚养费的生育调控功能违反了比例原则,侵害了生育自主权。针对不同的“违法”情形设定社会抚养费的裁量,其正当性基础无从可循。最低倍数的征收业已突破法律赋予的社会抚养费征收目的,具有使社会抚养费的“适度生育调控”异化为行政处罚的危险。社会抚养费征收的数额幅度模式未与人均收入水平直接挂钩,对社会背景变迁缺乏关照导致调控的灵活性丧失,也减弱了其经济抑制功能。而倍数幅度模式,与生育调控的裁量无关,因而不具法律意义。但这并不意味着,社会抚养费的征收应当取消裁量,盖社会抚养费的征收还应当考虑到其他基本权利的保护,特别是儿童与弱势群体的权利应当纳入社会抚养费的裁量中。

可见,社会抚养费征收的生育调控功能较为有限,其主要体现在两个方面,一是针对违反人口规划的“超生”,通过对社会公共负担的适当补偿进行生育调控,这种适当补偿的征收标准,基于“便宜主义”,考虑到社会背景的变化,宜与人均收入水平挂钩;二是为实现人口规划与结构的优化,通过经济的抑制与诱导调控人民的生育意愿,又不至于侵害生育自主权的核心。

<sup>①</sup> 相关主张参见湛中乐 伏创宇:《生育权作为基本人权入宪之思考》,载《南京人口管理干部学院学报》,2011年第2期。



#### 四、重构社会抚养费征收裁量权的控制模式

要解决目前社会抚养费征收裁量权体系混乱、缺乏逻辑的状况,有三种可行的模式:通过司法对社会抚养费征收的裁量权进行控制;取消社会抚养费征收的裁量权;对社会抚养费裁量权进行全面的评估,优化规则和裁量之间的关系,寻求规则和裁量的合理平衡。笔者将这三种模式分别概括为司法控制模式、完全规则模式以及规则和裁量重新优化模式。

##### (一)完全规则模式

完全规则模式需要具备两个前提:特定的事项应当受到规则支配或者指引;制定规则具备可行性。前者需要回答的问题是,规则正义和裁量正义之间,何者更具优越性?裁量优先论的主张者认为,即便能够制定规则,裁量往往也是更优的。“没有裁量的规则就无法全面考虑使结果适应具体案件的特定事实和情况”<sup>[5]</sup>。因此,在任何取消所有裁量权的意义上,任何政府都不是法治而是人治<sup>[6]</sup>。而实际收入水平的考量与社会抚养费之间不具有任何意义的联系,当收入水平高于人均水平时“就高不就低”的原则缺乏正当的法理基础。实际收入水平作为考量要素设置的目的在于对低收入群体或弱势群体给予必要的生存照顾,而这些无法通过完全规则化的方式来实现。所以,社会抚养费的征收裁量无法完全依赖规则予以消解。

第二个需要解决的问题是,立法机关是否具备足够的能力产生规则?就我国社会抚养费征收而言,创制规则的权力主要不属于中央立法机关,也不属于行政机关,而是掌握在制定地方人口与计划生育条例的各级地方人大常委会。必须检视的是,分散的地方立法权对于规则的形成是否具有积极的推动作用?从实际情况来看,各级地方更多的是对形形色色的不符合计生法律的情形(所谓的违法情形)设置不同的社会抚养费征收倍数,根本的逻辑基础是对违法生育的处罚,征收倍数设置差异的背后在于“违法”程度的不同,从征收倍数幅度的确定也无从推定其与对社会造成的额外负担之间的联系。因此,我们可以说,分散的立法权可被证明是“失败”的,其没有在社会抚养费的性质与征收标准之间建构起有效的“桥梁”。

##### (二)司法控制模式

司法模式旨在通过司法权来监督和控制社会抚养费征收裁量权的行使,借助这种外部力量推动社会抚养费裁量权体系的合理化和系统化,增强其逻辑性。在我国司法实践中,社会抚养费征收裁量权行使的正当性没有遭遇到多少有力的挑战。从杨支柱案的判决词“征收额度并无不当”可以看出,法院怠于对社会抚养费征收进行适当性审查,如果征收数额在法定幅度内,其正当性就不会受到质疑<sup>①</sup>。

目前司法实践中唯一有突破性的是槐永宏等不服石林彝族自治县计划生育局行政征收案。槐永宏夫妇均是失业人员,领取最低生活保障金,征收的标准是5-10倍,按最高标准征收明显不合理,显失公正。法院指出,被告认为《云南省社会抚养费征收管理规定》未规定要考虑当事人的实际收入水平,其征收只考虑当事人的违法生育情节和社会影响来作出决定的理由不能成立,被告对原告所作的征收决定未结合当事人的实际收入水平,确定征收数额,明显与国务院颁布的《社会抚养费征收管理办法》第3条的规定相悖<sup>②</sup>。本案承办法官从法律规定的原则,来对被诉具体行政行为存在的问题作出合法性判断,不失为一次大胆的尝试。然而,基于行政行为

<sup>①</sup>类似的情况还可参见章晓红诉丽水市莲都区计划生育征收社会抚养费行政争议案,丽水市莲都区人民法院行政判决书,(2003)莲行初字第3号。

<sup>②</sup>参见槐永宏等不服石林彝族自治县计划生育局行政征收案,石林彝族自治县人民法院(2004)石行初字第2号判决书,2004年6月14日。

“明显不当”的模糊内涵以及司法的消极保守,对社会抚养费征收裁量权的控制模式在现行行政诉讼制度下很难成为常态。

### (三)裁量重新优化模式

无论是司法控制模式还是完全规则模式,对于社会抚养费征收裁量权的控制都存在局限性。这就需要在规则正义和裁量正义之间进行平衡,这条路径“不是最小化裁量或最大化控制措施,而是取消不必要的裁量并找到最佳的控制程度”<sup>[7]</sup>。裁量优化模式需要完成以下任务:

第一,取消不必要的裁量。社会抚养费征收异化的根源在于《社会抚养费征收管理办法》的规定笼统且缺乏科学性,政府在社会抚养费征收过程中的裁量权比较大,司法审查又不具有较强的功效。因此,社会抚养费征收标准的裁量规则应该在中央一级予以相对细化,而不应过度地授予地方行使立法裁量权。就不符合法律情节的考量而言,凡是社会抚养费的性质与生育调控功能相悖的裁量都应该摒弃,即与违法要素相关的裁量,诸如针对非婚生育、重婚生育、符合再生育条件但未经审批生育等情形而征收社会抚养费的裁量都应该予以废除。

生育的经济诱导措施的激励功能比较有限。以实际收入水平作为征收裁量的基准,不仅无法体现足够的激励功能,还将造成对平等原则与执法公信力的损害,也错误地高估了经济限制在生育调控措施中的作用。“从必要性的角度而言,以数倍实际年收入计征已可抑制生育的欲望”<sup>[8]</sup>缺乏足够的事实根据与理由。因此,中央立法对社会抚养费裁量的设定应以人均收入作为基数,在倍数的设置上,应考虑计划生育政策的包容性与灵活性,依据不同时期的人口与社会发展状况,设定合理的倍数。从更宏观的角度反思,社会抚养费在人口政策中的定位及其存废问题,应引起更多的关注。

第二,寻求对必要裁量的有效控制方式。(1)程序控制的径路。这些程序包括调查程序、告知程序、听取意见与申辩、说明理由和听证程序等,需要在社会抚养费征收中予以制度化。以听证程序的适用为例,实践尚未达成共识,有的以社会抚养费征收属于行政处罚为由主张适用听证<sup>①</sup>,有的则基于其补偿性质干脆否定了听证程序的适用<sup>②</sup>。一些地方在程序保障方面走在前列,如湖南、上海、贵州、山西、江西,其对当事人申辩权、听证权等程序性权利给予了保障。性质认定不清晰带来的制度混乱,急需中央通过统一的程序立法,来对社会抚养费裁量权的行使带上程序的“镣铐”。(2)司法控制的径路。当前司法对社会抚养费征收裁量的控制表现得十分消极,甚至是不作为。寄希望司法控制担当重任固然不现实,但其仍不失为一种有效的外部限制方式。法院完全可以视裁量权怠惰(没有考虑相关裁量因素,如实际收入水平)、裁量权逾越(超越规定的裁量范围)为适用法律错误,从而有效地形成对社会抚养费裁量的监督和控制。

## [ 参 考 文 献 ]

- [1] 矫勇李飞:《规范征收社会抚养费自由裁量权的实践探索》,载《人口与计划生育》,2008年第4期。  
[2] 张春生:《中华人民共和国人口与计划生育法释义》,北京:法律出版社2003年版,第228页。  
[3] 阿玛蒂亚·森:《以自由看待发展》,任颢等译,北京:中国人民大学出版社2002年版,第216页。  
[4] 安东尼·奥格斯:《规制法律形式与经济学理论》,骆梅英译,北京:中国人民大学出版社2008年版,第250页。  
[5][6][7] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,北京:商务印书馆2009年版,第17、17、21页。  
[8] 王贵松:《经济诱导措施与行政法的时效性保障——以社会抚养费为分析对象》,载《当代法学》,2015年第2期。

(责任编辑:张宇慧)

① 参见泽州县川底乡人民政府与被申请人靳龙、张建平违反计划生育非诉行政执行案,(2004)泽法行审字第359号,山西省泽州县人民法院2004年8月20日行政裁定书。

② 参见董焕斌诉钦州市钦城管理区计划生育局案,广西壮族自治区钦州市中级人民法院2000年4月14日判决书,(2000)钦行终字第5号。