

交警非现场执法的规范构建

余凌云*

内容提要：针对交警非现场执法，2003年出台的道路交通安全法第114条先行作出了创制性规定，在其基础上，交警非现场执法的规范体系逐步形成。2021年修订后的行政处罚法第41条，吸纳了交警非现场执法规范的核心元素，并对其有所发展。不过，随着自动化行政从抓拍记录到自助处理的延伸运用，有待解决或回应的现实问题依然不少。对于暂时无法通过技术更新解决的问题，有必要引入或明确更多的制度规范予以回应，并通过道路交通安全法的修改，进一步丰富和完善交警非现场执法规范体系。

关键词：非现场执法 交警执法 行政处罚法 道路交通安全法

一、问题的提出

非现场执法，也称电子监控执法，是近年来广泛兴起的执法新模式。当前，非现场执法被广泛运用于治理超速、乱停车、闯红灯、压实线、违反限行、不系安全带、开车打手机、按规定变更车道、路肩行驶等道路交通违法行为，且应用范围不断扩大。交警非现场执法主要分为两个阶段：第一阶段是通过固定的监控技术设备记录取证，经由摄像头、感应器自动开启并抓拍违法行为，数据输入系统自动存储等过程完成调查取证。相关证据也可以通过数据交换与其他行政机关或者部门共享。^{〔1〕}第二阶段是实施处罚。处以警告、200元以下罚款的，适用简易程序，主要通过平台操作完成。监控取证后，当事人可以通过下载安装APP，或者在交通违法自助处理平台上直接操作并缴纳罚款。由于该处罚过程通过人机对话完成，也可称为“自动化行政处罚”。在系统操作过程中，如果当事人对违法事实、行政处罚初步决定等存有

* 清华大学法学院教授。

本文系2019年度国家社会科学基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设研究”（19ZDA165）的阶段成果。

〔1〕 例如，交通运输执法部门可以通过超载非现场执法系统获取违法数据，也能通过数据交换将相关超载信息共享给公安、交管等部门（参见李昕：《非现场执法系统在公路超限超载治理中的应用》，《中华建设》2017年第2期，第132页）。高速交警可充分利用高速公路经营单位设置在高速公路上的监控摄像设备，“摄录视频范围内的动态或静态违法行为，可在监控中心（应急救援中心）进行远距离调焦，获取违法过程并识别车号”（参见章伟：《高速公路非现场执法取证的现状及发展方向探析》，《公安学刊》2008年第6期，第94页）。

异议，可以主动停止操作，自动化行政便转回传统执法。处以 200 元（不含）以上罚款、暂扣或者吊销机动车驾驶证的，则要按照一般程序处罚，执法转入传统模式。

相较传统的交警执法模式，非现场执法的优势体现在：第一，比起警力资源，设备监控的成本低廉。第二，比起传统的拦车处理，非现场执法“不影响道路正常交通的安全畅通”，也不会造成安全隐患，〔2〕能极大提升通行效率。第三，能够弥补人力执法的不足，利用技术手段由点及面地实现对道路交通的全天候监控，“扩大、延伸交通管理的时间和空间”，实现监管的不间断和常态化。对稍纵即逝的动态交通违法行为，能够实时抓拍，执法效率更高。第四，实现执法上的平等对待和公正严格的执法。违法数据录入计算机系统后，非经严格设定的程序，不得被随意更改或删除，“有效避免了铲单子、走后门等不正之风”。〔3〕

针对非现场执法，道路交通安全法（2003）第 114 条先行作出了创制性规定，其后又有相关部门规章、〔4〕规范性文件以及技术标准规范出台，〔5〕初步形成了交警非现场执法的规范体系。其主要内容有：规定了电子技术监控设备应当符合标准、设置合理、标志明显，设置地点应当向社会公布；规定了违法信息采集的格式与标准，并要求采集到的违法信息先经人工审核再录入系统；引入了电子送达与公开查询制度。近十余年间，海事、航政、互联网监管、市场监管、城市管理、生态环境保护、危险化学品管理等领域，陆续借镜交警非现场执法的相关经验。〔6〕其中一些领域也规定有相应的执法规范，〔7〕但主要是对交警非现场执法规范的借鉴。行政处罚法（2021）第 41 条吸纳了交警非现场执法规范的核心元素并对其有所发展，在规定了通用规范的同时，还要求非现场执法应“及时告知当事人违法事实”，并采用信息化手段为当事人陈述、申辩提供便利，提出了不低于传统程序的权利保护标准。该规定不仅适用于交警非现场执法，也为互联网、大数据、人工智能等技术手段在行政执法中的广泛运用，预留了可观的法律发展空间。

从学界研究现状来看，学者们对于非现场执法概念的提炼小异大同。有的强调非现场执法的“非现场性”，即与执法人员亲临现场调查取证不同，非现场执法是“通过摄像仪器、照（录）相设备、群众举报获取交通违章证据”，“适时记录、事后处理”。〔8〕有的强调非现场

〔2〕 参见贾学武、李强：《关于非现场执法问题的思考》，《道路交通与安全》2005 年第 2 期，第 19 页。

〔3〕 武堃：《交通管理中公安部门非现场执法问题研究》，《江苏警官学院学报》2006 年第 3 期，第 147 页以下。

〔4〕 2004 年发布的《道路交通安全违法行为处理程序规定》设专章规定了“非现场处理程序”，下称“非现场处罚”一节。该部门规章经历了 2008 年、2020 年两次修订，体例发生了变化，有关非现场处罚的内容现规定在第 3 章第 2 节“交通技术监控”。

〔5〕 相关规范主要有，《公安部关于加强公安交通管理执法工作的通知》（公交管〔2006〕49 号）、《公安部交通管理局关于印发〈关于加强交警系统执法规范化建设的意见〉的通知》（公交管〔2008〕215 号）、《公安部交通管理局关于印发〈关于规范查处机动车违反限速规定交通违法行为的指导意见〉的通知》（公交管〔2013〕455 号）、《公安部关于根据交通技术监控记录资料处理交通违法行为的指导意见》（公交管〔2013〕93 号）、《公安部关于规范使用道路交通技术监控设备的通知》（公通字〔2007〕54 号）、《非现场查处道路交通安全违法行为操作规程（试行）》（公交管〔2020〕73 号）。

〔6〕 例如，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于深化生态环境保护综合行政执法改革的指导意见》（2018）中提出，“大力推进非现场执法，加强智能监控和大数据监控，依托互联网、云计算、大数据等技术，充分运用移动执法、自动监控、卫星遥感、无人机等科技监管手段，实时监控、实时留痕，提升监控预警能力和科学办案水平”。《交通运输部关于加强和规范事中事后监管的指导意见》（交法发〔2020〕79 号）要求，“加强现场电子取证和检测设施建设，积极推广网络监测、视频监控等非现场监管方式，研究制定非现场执法工作制度”。

〔7〕 例如，《上海市城管执法部门非现场执法工作规定（试行）》（沪城管规〔2020〕2 号）、《湖南省治理货运车辆超限运输不停车检测非现场执法实施办法（试行）》（湘交路政规〔2020〕4 号）。

〔8〕 龚鹏飞：《论与非现场执法相关法律规定的缺陷及其完善》，《公安研究》2008 年第 4 期，第 39 页。

执法调查取证过程与相对人的“非接触性”，因而也将非现场执法称为“非接触性执法”。〔9〕不过，这些定义描绘的仅是非现场执法1.0版，即仅关注非现场执法所具有的设备自动记录这一特点，以及自动化系统在车辆识别和证据固定方面发挥的识别与输入功能。以此为基础展开的相关探讨，不免与传统执法仍有不少交集。

随着相关实践的不断展开，互联网、大数据、人工智能等技术的引入，为当事人提供了自助处理电子平台，“通过数据查询、短信通知、平台认领处罚、罚款自助缴纳等方式提供了部分自动化的形式，仅仅在当事人不主动履行职责时由人工干预进行相应处理”。〔10〕这是非现场执法2.0版，它指行政机关不用亲临现场调查取证，不与违法行为人当面对面接触，而是直接依据可视监控、GPS、感应测试等技术采集的证据认定违法事实，并通过自助处理平台形成行政处罚决定。就自动化系统的处理能力看，目前平台只能做到静态反馈，尚不具备理解决策、机器学习的智能水平，还未“介入裁量领域进行自动化决策”，〔11〕只是“依靠规则推理的‘专家系统’的运用”。〔12〕所以，现阶段的非现场执法必须将处理的案件限定为适用简易程序的行政处罚。这样，即便消除裁量也不会使相对人产生明显的不公平感。非现场执法2.0版已彻底与传统执法各走各路，成为一种纯粹的执法创新模式。

本文关心的是，由道路交通安全法搭建并被行政处罚法（2021）第41条高度凝练表达的基本通用规范，是否满足了非现场执法2.0版的实践需求，以及为满足相关需求还需要引入哪些规范。为回答这一问题，本文将以交警非现场执法为分析对象，从监控技术设备自动记录取证、平台操作（自动化行政处罚）两个场域进行观察；先基于已有的学术讨论和司法案例整理出具体问题，再结合我对交警非现场执法的长期观察，逐一分析这些问题，探究所需规范是否超出行政处罚法（2021）第41条之规定，以期进一步完善非现场执法规范体系。

二、对既有学术观点的总结

当前学界对于非现场执法的研究，散见于交警非现场执法、电子警察、自动化行政等主题的文献中。这些研究成果大多出于2021年修订行政处罚法之前。针对非现场执法规范的搭建，学界有许多批评的声音，其中既有较有价值的观点，也有值得商榷的意见。

就后者而言，有观点认为，非现场执法不能满足行政处罚法（1996）第6条第1款、第32条、第34条的规范要求，因其不是当场处罚。〔13〕其实，简易程序（也称当场处罚程序）的本质特征并非“当场”处罚，而是简化程序。平台操作模式不要求执法人员与相对人接触，也不强调行政处罚场域一定是违法行为发生的现场，只需契合简易程序的保护标准。当前的平台操作模式显然也已践行了简易程序的基本要求。从官方网站下载APP或者进行平台操作，足已表明执法人员的身份；自动形成的行政处罚决定书上附有自动编号和电子签章；平台操作的流程设计，也体现了告知、说明理由、陈述、辩解的要求。并且，形成的电子行政处罚决定

〔9〕 参见茅铭晨：《从自定走向法定——我国〈行政处罚法〉修改背景下的非现场执法程序立法研究》，《政治与法律》2020年第6期，第14页。

〔10〕 马颜昕：《自动化行政的分级与法律控制变革》，《行政法学研究》2019年第1期，第83页。

〔11〕 同上文，第82页以下。

〔12〕 刘东亮：《技术性正当程序：人工智能时代程序法和算法的双重变奏》，《比较法研究》2020年第5期，第72页。

〔13〕 参见前引〔8〕，龚鹏飞文，第41页。

都是低强度的。还有观点认为,非现场执法不能合理裁量,无法做到行政处罚法(1996)第4条第2款规定的“过罚相当”。^[14]确实,目前平台系统的智能化程度还比较低,做不到自主学习,系统中也没有从轻、减轻、从重或者不予处罚等选项,因而无法量体裁衣式地形成体现个案正义的个性化行政处罚决定。不过,在实行行政处罚裁量基准制度后,执法人员的当场处罚也一样没有裁量余地。裁量基准已将违法行为与行政处罚一一对应,以消除个案差别。交警在现场处罚,只是输入违法行为代码后选择对应的处罚额度。平台操作通过“人机对话”由平台自动形成电子行政处罚决定,同样是根据裁量基准将已然设定好的行政处罚转换成机器决定。

围绕非现场执法规范是否完备与实用,较有启发性的观点或议题有:

第一,针对非现场执法的非接触性,实践方面给出的合理解释是,“民警对于现场纠正违法行为比较困难,民警和交通违法司机都不容易接受”,^[15]也“很少能得到群众的支持与理解”。^[16]然而,学者认为,执法人员不与当事人面对面接触的做法,不适当地规避了法律,其既无法当场纠正当事人的违法行为,也不能及时对违法当事人进行教育,与行政处罚法(1996)第5条规定的处罚与教育相结合原则相抵触。^[17]

第二,由于技术设备抓拍能力有限,无法识别实际驾驶人,道路交通安全法(2003)第114条只能推定违法行为系机动车所有人或管理人所为。这突破了行政处罚法(1996)第3条的规定,与个人责任原则有出入。当然,从偶尔抓拍清晰的图像上可以辨认出实际驾驶人,也可由机动车所有人或管理人指证,经查属实的应当处罚实际驾驶人。但是,这又为违法记分不落实、买分卖分埋下了隐患。实践中有不少违法驾驶人只承认其车主身份,使得扣分、扣证无从执行。“一些驾驶人在使用汽车租赁公司的车辆发生交通违法行为后,由于执法存在时间差,也导致事后查找难。”^[18]

第三,对告知义务的规定不足。首先,告知效率最高的短信告知形式仍未普及,现有告知途径不能在合理时间内及时告知当事人违法行为。^[19]非现场处罚的通知短信、通知单或提醒单,仅告知被采集的违法事实和处理决定,“既未告知交警部门的地址和联系方式,也未告知接待核对违法记录视频、接受陈述申辩的具体机构”。^[20]其次,“向社会提供查询”并不能完全等同于及时告知。实践中,正式违法数据形成后,行政机关也会向社会发布这些数据,“发布途径主要包括邮寄违法通知单、交通信息网、报纸、广播、电视台、短消息、电信声讯等”。^[21]但是,通过大众媒体向社会公布违法信息具有发散性,其实质是向公众曝光违法信息并形成舆论谴责。这种方式也能成为当事人被动获知违法事实的渠道,但其功能却与查询无

[14] 参见前引[9],茅铭晨文,第17页。

[15] 前引[2],贾学武等文,第18页。

[16] 刘吉光、程锋:《公安交通非现场执法模式研究》,《道路交通与安全》2004年第2期,第3页。

[17] 参见前引[8],龚鹏飞文,第40页。

[18] 杨杭:《对完善交通管理非现场执法模式的思考》,《公安学刊》2005年第6期,第60页。在非现场执法模式出现之初,各地公安机关交通管理部门利用交通监控记录资料处理违法行为,主要有两种做法:一种是只罚款,不记分,也不实施其他的如暂扣或吊销机动车驾驶证、行政拘留等行政处罚;另一种是既罚款也记分,但记分对象由来接受处理的当事人或当事人的委托代理人决定,“只要来接受处理的当事人或当事人的委托代理人出示一份机动车驾驶证即可,记分记在该驾驶证载明的驾驶人身上”(前引[8],龚鹏飞文,第44页,注释3)。

[19] 参见王石、金斌、石京:《交警非现场执法效果分析》,《交通信息与安全》2014年第3期,第64页。

[20] 前引[9],茅铭晨文,第20页。

[21] 前引[18],杨杭文,第60页。

异,且存在明显的滞后性,很难起到及时告知当事人违法信息的效果。

第四,实践中,如果当事人对监控技术设备记录的证据或系统认定的违法事实提出异议,如主张车辆被“套牌”,执法部门通常不按照“疑违从无”原则处理,而是要求当事人承担自己没有违法行为的举证责任。此种处理方式对当事人来说很不公平,因为当事人要“自证清白”往往极其困难。^[22]

第五,从“被处理概率乘以处罚力度等于违法损失期望”这一理论模型出发,自动化行政大大提升了违法行为的发现率,使得处罚过于密集、频率过高,“产生了实质性的处罚不当问题”。对此,学者建议要么降低自动化行政处罚的效率,以“缓解自动化执法的僵化”,要么降低处罚力度,“建立行政处罚标准动态调整机制”。^[23]

三、基于司法案例的发现

来自学界的批判能否在司法实践中找到共鸣,法院在审理有关案件的过程中还遇到过哪些问题?对此,可以从北大法宝上检索得来的相关案例,以及我在长期观察、参与论证和制度建设中的获悉的一些案件里一探究竟。

(一) 非现场执法是否拉低权利保护水准

从审判实践来看,法官对于非现场执法的评判,往往还是按照传统执法的规范要求。假如传统执法的程序要求都能植入平台操作,在非现场执法中得到再现或还原,权利保护的水准就不会被拉低,技术的引入也就不会为人诟病。实际上,在交通违法自助处理平台的设计上,程序法规则要“编译到代码中去”并不困难,^[24]可以通过自动弹屏提示、提供选择项的操作流程,力求契合并履行行政处罚法有关告知、陈述、申辩等程序性要求。^[25]在法院看来,当事人在交警微信自助处理平台上接受处罚,而“处理过程中已明确告知了车辆违法事实情况、处罚决定的内容、适用法律的依据及上诉人依法享有的陈述、申辩权和复议、诉讼的权利”,因而处罚程序合法。^[26]

不过,非现场执法毕竟是一种全新的执法模式,有其自身的规律和特点。自动化行政“不再强调程序的步骤、方式等,而是将所有内容杂糅进入既定的算法之中,自动得出结果”。^[27]在一些案件中,法院不愿成为自动化行政发展的绊脚石,尽可能地顾及非现场执法的特殊性,通过解释将传统执法规范的要求尽量涵摄进事实,以维持行政处罚决定的合法性。这一做法其实是以拉低对公民权利的保护水准作为代价的。

较为典型的对比情境是,根据道路交通安全法(2021)第93条,对于违法停放或临时停车的,分两种情形处理,一是经口头警告后能立即驶离的,不处罚款;二是驾驶人不在现场,或者虽在现场,经口头警告后仍然拒绝驶离的,处以罚款。那么,在非现场执法中,固定的信息提示牌能否起到口头警告、责令立即驶离的效果?在以往发生的案件中,有当事人主张

[22] 参见前引〔9〕,茅铭晨文,第22页。

[23] 马颜昕:《自动化行政方式下的行政处罚:挑战与回应》,《政治与法律》2020年第4期,第141页以下。

[24] 参见前引〔12〕,刘东亮文,第65页。

[25] 关于平台设计流程如何体现执法程序要求,可参见浙江省台州市中级人民法院(2019)浙10行终311号行政判决书。

[26] 参见四川省成都市中级人民法院(2018)川01行终776号行政判决书。

[27] 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59页。

“涉案道路边的警示牌不能证明有劝离的事实”，“警示牌属普遍提醒，不能代替特定指令”；交警则认为“警示牌的作用即是劝离”。^{〔28〕}法官一般只查明是否设有提示牌或功能近似的提示信息，^{〔29〕}如有，则推定原告理应知晓提示牌的信息，并认为这“已起到指出行为人违法停车，并责令其立即驶离的作用”，^{〔30〕}只要停车3分钟以上就构成违法停放。^{〔31〕}在实施行政处罚的过程中，如果没有与现场警告近似效果的替代措施，却要一律处罚，对于相对人权益的保护水准，就显然低于传统的人工执法。

（二）监控技术设备记录取证涉及的问题

其一，诉讼过程中，当事人一般会要求法院审查设备系统的合格证、检验报告或者检定证书上标注的有效期限，法官也会进行相应审查。为证明设备运行没有异常，交警还会收集其他证据加以佐证，如设备没有遭受外力损害，同一时段记录没有明显异常等。^{〔32〕}那么，交警部门需不需要出示定期维护、保养、检测设备系统的记录呢？在法院看来，只要在检定证书的有效期内，即使交警没有出具维护、保养记录，也不影响该设备测算出的数据的证明效力。^{〔33〕}但是，这一处理方式未必合理。在有效期内的检定证书，固然能够证明设备质量合格，并在一定程度上证明设备运行正常，如果当事人提出质疑，交警部门就还应当出示定期维护、保养、检测记录，特别是最近一次的记录。

其二，司法实践中，公安机关会提供已发布的有关安装监控技术设备地点的公告，以及在监控技术设备附近有明显警告标志的证明材料。法官不会过于纠结特定路段的警告标志是否设置合理，而是从总体上判断有关警告标志的信息是否应为当事人知晓。^{〔34〕}虽然尚未发现直接针对监控技术设备设置不合理（如间距过密）而引发的争讼，因人行横道设置不规范、^{〔35〕}标志标线不清晰而被监控技术设备记录为未礼让行人、未按导向车道行驶的，却不乏其例。监控技术设备的合理设置，不仅需要考虑事故多发、交通拥堵等路口、路段的特殊要求，以及设备之间的合理间距，还需顾及相关区域的标志标线、人行横道等设计是否规范和合理。

其三，监控技术设备记录在形式上符合技术取证规范标准，关乎证据的有效性。但是，在法院看来，技术取证标准规范只是一种推荐性行业标准，而非强制标准。^{〔36〕}所以，法院也不拘泥于公安部交通管理局《关于规范查处机动车违反限速规定交通违法行为的指导意见》（公交管〔2013〕455号）第4条的取证规范标准要求，而是看相关证据是否足以认定违法事实。如果证据不能清晰反映违法事实、^{〔37〕}“达不到相关行业标准的技术要求”^{〔38〕}或者“无法全

〔28〕 参见上海市第二中级人民法院（2018）沪02行终403号行政判决书。

〔29〕 在马永军诉荥阳市公安局交通巡邏警察大队行政处罚二审案中，交警部门没有在涉案路段设置测速警告标志。法院认为，“涉案路段设置有限速标志”，测速警告标志的缺失不会导致当事人“对限速情况产生误解，不能成为其超速行驶的理由”。参见河南省郑州市中级人民法院（2015）郑行终字第432号行政判决书。

〔30〕 参见上海市闵行区人民法院（2012）闵行初字第70号行政判决书。

〔31〕 《上海市道路交通管理条例》（2016）第75条第1款第6项也明确规定，“公安机关设置的警示牌、电子标识等给予的警告或者推送的即时信息视为警告、令其立即驶离”。此外，还可参见上海市第二中级人民法院（2017）沪02行终389号行政判决书。

〔32〕 参见上海市徐汇区人民法院（2017）沪0104行初73号行政判决书。

〔33〕 参见黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院（2016）黑02行终94号行政判决书。

〔34〕 参见广西壮族自治区梧州市中级人民法院（2017）桂04行终15号行政判决书。

〔35〕 参见江西省宜春市中级人民法院（2020）赣09行终137号行政判决书。

〔36〕 参见江西省萍乡市中级人民法院（2019）赣03行终34号行政判决书。

〔37〕 参见江西省抚州市临川区人民法院（2020）赣1002行赔初5号行政赔偿判决书。

〔38〕 参见广东省珠海市中级人民法院（2018）粤04行终42号行政判决书。

面、充分”证实违法事实,^[39]法官通常会判决撤销行政处罚。至于监控技术设备抓取的图像信息存在数量不足、^[40]未包含明确的禁令标志、^[41]个别看不清车辆号牌、^[42]缺少图像取证设备编号或防伪信息等瑕疵,^[43]如果相关证据足以证实违法事实,法院也不会严格追究。

其四,对于当事人提出的免责理由,如在行车过程中灯光是否损坏、^[44]路过事发地时信号灯是何种颜色、^[45]是否属于紧急避险、^[46]是否存在主观故意、^[47]道路是否存在障碍等,^[48]交警一般不会要求当事人证明,而是会通过系统检索认真核实。法院也会对此认真审查。但是,从已有案例来看,当事人的辩解极少成功。监控技术设备中的记录“白纸黑字”,而目前的自动化行政仅能对输入的违法事实进行静态反馈,无法进行裁量,系统中也没有从轻、减轻或不予处罚的选项,也更不考虑个案间的细微差别。

其五,对于有关技术运用的专业性质疑,法院的判断十分审慎。例如,在何凯诉上海市公安局黄浦分局交通警察支队案中,针对原被告双方就技术原理的是非争辩,法官无从判断,也不想借力专家证人,而是提出了技术合法审查三原则:一是“形成过程”审查,即审查该套设备系统投入运行前是否经过了充分的论证和检测;二是“明显性”审查,即审查该套设备系统是否存在明显违反逻辑和科学性的问题,且行政机关对此难以解释;三是“实际效果”审查,即审查该套设备系统投入运行后,是否发生了明显大量的异议(复议或诉讼),导致人们对系统的科学性产生合理怀疑。^[49]

(三) 平台操作过程中的问题

其一,若当事人不认同平台上查询到的违法记录,也未在交通安全综合服务管理平台确认处罚并接受处理,而是自行打印查询到的电子监控违法处理信息,向法院提起诉讼要求撤销行政处罚,法院一般不会受理。其理由是,违法记录是公示证据,由于行政机关尚未作出行政处罚,“对当事人的合法权益未造成实质影响”;^[50]对违法行为的记录“系行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为”,^[51]不属于行政诉讼受案范围。当事人如果对记录有异议,法院可以告知当事人根据《道路交通安全违法行为处理程序规定》(2020)第5条第3款,通过公安机关交通管理部门互联网站、移动互联网应用程序或违法行为处理窗口,向公安机关交通管理部门提出异议,再由违法行为发生地的公安机关交通管理部门及时审查并回复。

其二,当事人对记录当场无异议,又自愿放弃陈述、申辩的,如果不熟悉平台操作,可以由辅助人员协助打印领取行政处罚决定书并缴纳罚款。当事人在自助处理平台上获得的行政处

[39] 参见河南省郑州市金水区人民法院(2014)金行初字第125号行政判决书。

[40] 参见广西壮族自治区梧州市中级人民法院(2015)梧行终字第2号行政判决书。

[41] 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2018)浙06行终528号行政判决书。

[42] 参见沈阳市大东区人民法院(2019)辽0104行初39号行政判决书。

[43] 参见前引[33]。

[44] 参见广东省珠海市中级人民法院(2019)粤04行终5号行政判决书。

[45] 参见浙江省湖州市中级人民法院(2020)浙05行终47号行政判决书。

[46] 参见福建省漳州市中级人民法院(2016)闽06行终34号行政判决书。

[47] 参见上海铁路运输法院(2017)沪7101行初934号行政判决书。

[48] 参见江西省抚州市中级人民法院(2017)赣10行终91号行政判决书。

[49] 参见上海市高级人民法院(2019)沪行终204号行政判决书。

[50] 参见南京铁路运输法院(2018)苏8602行初697号行政裁定书。

[51] 参见湖南省永州市零陵区人民法院(2020)湘1102行初105号行政裁定书。

罚决定书是人机对话的产物，一般不会有办案民警的签字。从以往的案例来看，《道路交通安全违法行为处理程序规定》（2008）第42条第1款第4项规定的“处罚决定书应当由被处罚人签名、交通警察签名或者盖章”，行政处罚法（2017）第34条第2款规定的“并由执法人员签名或者盖章”，并不适用于非现场执法中的自助处理平台操作。由于行政处罚法没有例外规定，对于“民警未在处罚决定上签名”的情形，有的复议机关认为其“违反法定程序”，并作出撤销处罚、责令重作的决定。^{〔52〕}有的法官认为此种情形违法，^{〔53〕}有的认为其仅为程序瑕疵，不影响处罚决定，^{〔54〕}有的则接受电子签章。^{〔55〕}从理论上讲，当事人在电子平台上进行操作，所形成的行政处罚决定并非由交警作出，而是视为交警部门作出。与电子发票一样，只要在电子行政处罚决定上附有电子公章及统一文书编号，就足以证明行政处罚决定系出自交警部门，没有交警签名或盖章也应发生法律效力。

其三，当事人按照平台上的提示进行操作，形成行政处罚决定并缴纳罚款，并不意味着当事人认同提示和处罚结果，也不能推定其放弃复议申请权或者起诉权。^{〔56〕}实践中，有的当事人急于进行机动车年检，有的顾虑“不去交钱，就拿不到处罚决定书，无法起诉”。因此，“交钱”并不等于当事人认可了行政处罚的合法性。缴纳罚款是执行行政处罚决定，是行政行为的执行力使然，不意味着行政行为就此具有了不可争力。只要未超出申请复议或者起诉的期限，当事人都可以行使救济权。^{〔57〕}

基于对司法案例的梳理和检视，至少可以总结出如下几方面问题：（1）法官对于技术自动记录取证的审查，所依据的规范要求与行政处罚法（2021）第41条高度吻合。有关技术系统的争点，法官大多都能巧妙、妥帖地应对。还有个别争议涉及诉讼规则，如应否出示定期维护、保养、检测记录，是否需要引入专家证人等，完全可以由法官自行解决，不是非由立法解决不可。（2）电子平台的设计基本恪守了行政处罚法的程序性要求，但在电子行政处罚决定的合法要件以及救济途径上还有不少争议。“行政处罚属于负担行为，如果没有特别的理由，且未经过立法者明确，就不应减损自动化行政处罚的程序要求。”^{〔58〕}有关程序的豁免或变通，如是否需要交警签字或盖章，还应通过立法途径定分止争。（3）法官竭力维护了非现场执法的合法性，但以传统执法对权利保护的标准来衡量，非现场执法在实质上拉低了保护水准。执法系统既无法实时告知违法又无法裁量处罚，设备设置可能存在不合理的情形，相关场域的交通标志可能有设计不规范的问题，这些因素叠加起来，极易令公众产生不公平感，指责非现场执法“为罚而罚”。学者诟病的不执行处罚与教育相结合原则、告知不及时、处罚过频等，也

〔52〕 参见江西省萍乡市中级人民法院（2017）赣03行终24号行政判决书。

〔53〕 参见河南省漯河市郾城区人民法院（2016）豫1103行初6号行政判决书。

〔54〕 参见前引〔49〕。

〔55〕 参见前引〔36〕。

〔56〕 在“姚予鄂诉南阳市公安局交通管理支队交通秩序管理大队公安行政管理：道路交通管理（道路）案”中，二审法院认为，“行政相对人先行缴纳罚款，是执行行政处罚内容的行为，是服从行政行为效力的体现，但并不能以此倒推出行政相对人放弃了下一步寻求行政救济的权利”。参见河南省南阳市中级人民法院（2018）豫13行终10号行政判决书。

〔57〕 有的地方性法规明确规定当事人可以起诉，如《深圳经济特区道路交通安全违法行为处罚条例》（2019）第54条规定：“对交通技术监控设施记录的道路交通安全违法行为，当事人无异议的，可以直接到银行缴纳罚款。缴款后公安机关交通管理部门不再制作和送达行政处罚决定书。按照前款规定缴纳罚款后，当事人对处罚仍有异议的，可以自缴款之日起六十日内依法申请行政复议。”

〔58〕 前引〔23〕，马颜昕文，第143页。

都与此相关。这些问题均亟待通过法规范和原理的调适加以解决。

四、对法规范和原理的调适

非现场执法引发的争议,有不少已在司法实践中得到有效回应。在审查技术、法律适用的调适方面,法官之间也有了一定的共识。通过对司法案例和学术观点的整理,结合我在相关领域的长期观察,当前的交警非现场执法还存在告知不及时、处罚密度失当等问题,在持续、连续违法状态如何处罚,记分如何落实,协助、辅助行为如何定性等方面,依然存在不小争议。针对这些问题,理论上可以通过技术和法律两条路径加以解决。对于技术问题及其引发的权利保护上的失衡,可以优先采取技术革新方案,在更高的技术层面实现警察权与公民自由的平衡。在当前阶段,技术解决路径并非全然可行的情况下,需要引入更多的法律规范并改进理论上的认识,以维持警察权与公民自由的平衡。^[59]

(一) 及时告知

对于技术设备记录的违法信息,甚至所处的违法状态,当事人或许不能及时察觉。在高考云、钟鹏燕诉保亭黎族苗族自治县公安局交通管理大队公安行政处罚案中,法院回应了上诉人对未接到及时通知的质疑,认为这“客观上对上诉人的行为产生一定的误导,这也是造成上诉人车辆反复多次超速违法行为的一个因素”。^[60]

2020年修改《道路交通安全违法行为处理程序规定》前,有关告知义务的规范的确存在缺陷。根据该规定第20条,违法信息录入系统后3日内,应当向社会提供查询,“可以通过邮寄、发送手机短信、电子邮件等方式通知机动车所有人或者管理人”。从规范上看,通知不是强制性义务,且通知的时间点距离发现违法至少有3日以上的迟延。告知的滞后性必然拉低相对人权益的程序保护水准。在上述案件中,当事人多次重复违法并非出于故意,而是因未接到及时通知,没有意识到违法状态的发生。不及时通知,显然不符合正当程序理念。

《道路交通安全违法行为处理程序规定》(2020)第20条较原规定有了一些改进。一是要求违法信息录入系统的“当日”就向社会提供查询。二是规定信息录入系统后5日内,应当通过移动互联网应用程序、手机短信或者邮寄等方式,将违法的时间、地点和事实通知违法行为人或者机动车所有人、管理人。三是在处理违法行为或交通事故、办理机动车或驾驶证业务等环节,要求违法行为人或者机动车所有人、管理人登记联系方式并书面确认送达方式,同时也要为其提供后续变更联系方式的互联网窗口。

尽管如此,从发现违法到告知违法,依然存在时间上的延迟。这与当下系统技术的发展水平以及人工审核流程有关。监控技术设备抓取的违法数据,在技术上还存在不小的误差,“在上传过程中经常出现数据丢失,不能完整地反映违法过程”。^[61]记录证据与技术标准规范不

[59] “平衡调节理论”假设,法规范在形成之初,既赋予了警察执法的权力,又对该权力予以限制,实现了警察权的初始均衡;在安全与隐私之间、政府权力与个人权利之间也获得了某种平衡。已有的平衡会因技术的引入而被打破,需要调适规范,重获平衡。这个过程随着技术的日新月异,循环往返、螺旋上升、周而复始。See Orin S. Kerr, *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment*, 125 (2) *Harvard Law Review* 476 (2011); Ric Simmons, *Smart Surveillance: How to Interpret the Fourth Amendment in the Twenty-First Century*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 5.

[60] 参见海南省第一中级人民法院(2016)琼96行终87号行政判决书。

[61] 前引[1],章伟文,第95页。

符的情况也偶尔有之，还会因图像不清晰而无法实时识别，需要通过人工审核来干预校正。这些问题的解决都需要时间，也就不可避免地会导致告知的迟延。不过，对于法律规定可以当场责令改正的，或者具有持续性、连续性的违法，即便按照现有规范进行告知，也仍算不上及时。考虑到累积记满12分会产生严重后果，在记分累积至临界点前，及时告知尤为重要，这样既能提醒当事人审慎驾驶，又体现了人性化的程序保护。有调查显示，告知时间越滞后，“驾驶员对于交警工作态度更倾向负面评价”；告知越及时，驾驶人对违法细节的记忆越清晰，对违法证据是否充分的质疑也越小，也能更好行使陈述权和申辩权，“对于执法准确性的评价越高”。^[62]因此，有必要进一步更新系统，应用先进的嵌入式技术和网络同步技术，提高数据传输和处理效率，彻底消除从发现违法到短信告知之间的时间滞后性。^[63]

当下技术或许暂时无法实现上述设想，做不到通知信息的高精度、低误差。那么，如何实现行政处罚法（2021）第41条第3款要求的“应当及时告知违法事实”呢？作为权宜之计，可以采用两次通知制。第一次通知可与监控技术设备抓拍基本同步，无需先经人工干预，也不必担心因误差较大而产生混乱，如登记人没有实施违法行为，却收到短信通知。通过手机短信通知上载违法事实的功能是提醒、警示，而不是行政处罚，也不是法定正式告知。^[64]当事人实时收到短信后，能够迅速判断所处情境，并有机会及时改正，避免不利后果。例如，对于违法停放，当事人如果及时驶离，系统就会自动中断输入。经过合理时间，当事人仍不驶离的，违法信息才自动存入数据系统。车辆的所有人、管理人并非实际驾驶人的，也可以及时向驾驶人示警。第二次通知发生在违法信息经人工核对校正并录入系统后。这次通知的准确率高，且通知上还注有查询方式、系统登录密码、电子签章等信息。当事人如果不确信或不认同违法事实，可以及时查看核实记录资料。第二次通知才是法定正式告知。

迄今为止，在送达方式上，行政法理论始终追随民事诉讼法的规定，行政处罚法（1996）第40条也反映了这种认识。非现场执法领域的送达数量巨大，远非民事诉讼可比。交管部门为及时告知，仿照“司法专邮”，采用邮政特快专递形式邮寄《机动车违章告知通知单》，却因数量巨大、成本过高而不堪重负，甚至将部分成本转嫁给当事人。^[65]考虑到机动车登记时所有人或者管理人都留有手机联系方式，交通管理很早就积极推进信息化、电子化建设，《道路交通安全违法行为处理程序规定》（2020）第20条引入了手机短信送达。行政处罚法（2021）第61条却继续跟从民事诉讼法，除延续行政处罚法（1996）第40条的规定外，还仿照民事诉讼法（2017）第87条，规定“当事人同意并签订确认书的，行政机关可以采用传真、电子邮件等方式，将行政处罚决定书等送达当事人”。

其实，北京市密云县人民法院早就尝试“以电子送达方式（短信）向案件当事人发送写有下载网址、系统登录密码、电子签名码的短信”，“如当事人不下载查阅文书，或者并不回

[62] 前引〔19〕，王石等文，第66页。

[63] 参见孟欣：《谈高速公路交通非现场执法的完善》，《公安学刊》2009年第4期，第94页。

[64] 司法实践中，如遇短信内容不翔实、与处罚决定有出入的情形，法官也会容忍。例如，在肖绵光诉宜丰县公安局交通警察大队行政处罚案中，交警通过短信和交管12123告知原告“人行横道不停车让行的违法行为，记3分，收到告知之日起30日内接受处理”。原告在接受处理时，交警作出“罚款150元，记0分”的行政处罚。法院认为，短信和交管12123平台仅是告知违法行为和即将受到的处罚，最终的处罚内容以交警作出的行政处罚决定为准。参见前引〔35〕。

[65] 参见黄琪：《析“电子警察”的运用与行政处罚原则的遵守——从两例交通违法处罚案件说起》，《云南大学学报（法学版）》2006年第3期，第98页。

复表示收到文书, 仍要改为传统送达”。^{〔66〕}遗憾的是, 这一做法未被立法采纳。民事诉讼法(2017)第87条只明确“传真和电子邮件”作为电子送达的主要形式, 是因为它们“经过多年的应用, 技术已经相对成熟, 且具有相当的普及性, 并被证实具有较高的可靠性和稳定性”。^{〔67〕}但是, 传真、电子邮件适用到非现场执法, 都不如手机短信便于驾驶人及时查看, 达不到及时教育、立即纠正的效果。通过手机短信送达, “系统会在受送达人手机收到短信并打开时自动生成回执并保存, 用以证明受送达人确认知悉”,^{〔68〕}远超法律要求的送达标准。由此来看, 非现场执法应当以手机短信为主要告知方式。

(二) 违法的连续、持续状态与“一事不再罚”

超速、违法停车、违反限行等违法行为, 时常呈现连续或者持续状态, 这些轨迹可能会被若干监控技术设备连续记录。究竟应当按照一个违法行为加重处罚, 还是以监控技术设备记录次数为准, 将连续、持续违法状态切割为法律上的数个违法行为来连续处罚呢? 不仅学者认为“仅以电子监控器记录的违法次数计算罚款数额是不够合理的”,^{〔69〕}公安机关也存在意见分歧。公安部法制局《关于对交通技术监控记录的违法行为如何进行处罚的请示的批复》(公法〔2005〕66号)中指出, 连续违法, 以监控技术设备记录的次数认定为数个违法行为; 公安部交管局《关于规范查处机动车违反限速规定交通违法行为的指导意见》(公交管〔2013〕445号)却规定, 持续状态被监控技术设备多次记录, 按照一个违法行为, 选取其中“最严重的一次”处罚。

监控技术设备呈点状分布, 实时抓取的信息只能证明瞬间的违法状态, 无法识别机动车违法是处于连续状态还是持续状态。无论违法处于持续还是连续状态, 被监控技术设备数次抓拍的是违反同一法律规范的行为, 如超速、违反限行、违法停放。在非现场执法上, 也可以明确合理的间隔期间, 将上述行为在法律上切割为数个违法行为, 并实施连续处罚。这不抵牾“一事不再罚”。第一, 被监控技术设备连续记录数次, 较仅记录一次, 不仅社会危害性大, 造成的交通安全隐患也更大, 发生交通事故的几率更高。不连续处罚或者仅以一个违法行为加重(从重)处罚, 都难以扼制违法行为, 无法达到过罚相当, 反而会纵容当事人投机犯法、从违法中获益。第二, 从行政处罚法(2021)第36条规定看, 违法行为有连续或持续状态的, 无论实施违法的当口, 还是违法的状态持续, 或者不断反复呈现, 都是在案发之后才为行政机关知晓, 并因行政机关及时查处而终结。然而, 在摄像头下, 违法行为不论处于连续还是持续状态, 只要被监控设备实时发现, 就可以推定行政机关已知悉, 客观条件如若允许, 交警可以及时主动拦停车辆处理。行政机关的知悉也导致连续或持续状态在法律上中断。监控技术设备的每次记录, 都产生终止连续、持续状态的效果, 这就与刑法上的连续犯或持续犯有所不同。不能将数个独立的自然单一行为(间断性的多次连续超速)作为一个法律单一行为处罚, 也不能将一个自然单一行为(如持续超速)作为一个法律单一行为处罚。

但是, 一味按照监控技术设备记录次数处罚, 不尽合理, 也未必都可行。比如, 违反限行依记录次数处罚可能过于严厉, 有失比例。必须针对不同违法形态, 分别找到合理的时间间隔

〔66〕 刘海山:《对民事诉讼法关于送达规定的实践与思考》, 人民法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2013/06/id/1018995.shtml>, 2021年5月5日最后访问。

〔67〕 同上。

〔68〕 刘向琼、刘鸣君:《论我国民事诉讼电子送达制度的现状及其完善》, 《法律适用》2018年第3期, 第35页。

〔69〕 前引〔65〕, 黄琪文, 第100页。

作为切割计数单位。例如,对于限行记录的间隔期间,可以参考地方上的已有实践,确定为3小时;^[70]超速的记录间隔时长取决于两个相邻固定测速点间的距离以及行驶速度,也就是说违法次数可以按照监控技术设备记录次数认定;对违法停放的抓拍,至少每次间隔24小时,被连续抓拍2次以上的,可以考虑拖车。无论间隔多长,都应当有明文规定,且必须事先公布相关规定。当然,行政机关对此应有裁量余地,可以结合行政规制目的、不同区域的特点、交通状况、公众诉求等因素,适度调整间隔的短长,裁量政策也应向社会公布。

根据合理的时间间隔将持续或连续的违法行为“切割”为数个违法行为,需有一定的前提:第一,监控技术设备要有明显的提示标志,只是推定但不苛求当事人一定知悉。假如一味推定当事人知悉,可能产生“为罚而罚”的实施效果。有必要通过系统更新,实现短信提醒与抓拍违法同步,以期引起当事人关注,使其及时终止违法状态。第二,监控技术设备应当布局合理、疏密有致。财政投入资金规模决定了监控技术设备的投放量。监控技术设备的布点以及密度,应主要由交通拥堵程度、交通违法和交通事故的发生频率等因素决定。在交通违法频发、交通事故多发或交通拥堵路段,设备的布点可以密集一些,反之则稀疏一些。布点之间要保持合理距离,既使监控效率最大化,也让当事人有合理时间及时改正。

(三) 记分不落实的解决对策

道路交通安全法(2021)第114条实际上隐含了处罚对象的选择次序,即能够确定实际驾驶人的,应当处罚实际驾驶人;无法识别的,处罚机动车所有人或者管理人。^[71]所有人、管理人承担责任的基础,既不是“未尽管理义务”,也不是“替代责任”,^[72]而是推定。第一,联系上下文来看,第114条中的“违法”应指违反通行规则,而不是所有人、管理人未尽管理义务。第二,推定所有人、管理人违反通行规则,仅是默认机动车由其驾驶,违反通行规则的行为也只是推定由其所为。“推定转移了证明责任。”^[73]所有人、管理人可以证明不是自己驾驶,而是他人驾驶。公安机关经查证属实,可以认定第三人为实际驾驶人,并处罚第三人。第三,在公法上,违法责任必须由违反行政法的义务人来承担,不得由他人替代。只是在执行方面,如缴纳罚款,可以由他人替代。所有人、管理人在事实上可能被处罚,在法律上却不是代人受过,其承担的不是替代责任,而是自己责任。

监控技术设备在瞬间抓拍机动车的动态违法行为,现有技术只能记录车牌号,无法辨识实际驾驶人。在公车使用,机动车出借、出租,擅自驾驶,盗窃驾驶,送修,委托保管,挂靠,未履行转移登记手续等情形下,实际驾驶人与机动车所有人、管理人可能不是同一个人。^[74]在车辆档案系统中,根据车牌号可以检索车辆登记人、单位及联系方式。根据《机动车登记规定》(2012)第5条和第64条,由机动车所有人办理登记,“机动车所有人是指拥有机动车的个人或者单位”。通过机动车所有人可以找到机动车管理人,也就是机动车违法时实际占

[70] 《设定间隔期,北京对违反限行车辆开始连续处罚》,中国新闻网, <https://www.chinanews.com/auto/2011/01-06/2770476.shtml>, 2021年4月18日最后访问。

[71] 道路交通安全法自2003年出台以来,已于2007年、2011年、2021年经过三次修改,但第114条的内容未发生变化。

[72] 主张“替代责任”的理由,参见李弋强、陈伟:《浅议交通管理非现场执法中的“记分”问题》,《江苏警官学院学报》2014年第3期,第65页以下。

[73] 龙宗智:《推定的界限及适用》,《法学研究》2008年第1期,第111页。

[74] 参见龚鹏飞:《非现场执法中违法责任主体若干问题的探讨——兼议累积记分制度》,《公安学刊》2008年第1期,第85页。

有、控制并管理车辆的人或者单位。因此,所有人和管理人不是同一顺序责任人,不能从中任选一个给予行政处罚。合理的次序应当是管理人先于所有人。所有人、管理人可以是自然人,也可以是单位。对自然人可以适用推定和记分。单位作为组织形态,只能对具体负责管理机动车的个人适用推定和记分。

记分后果的严厉程度超过罚款,而非现场执法又难以调查清楚实际驾驶人。所有人、管理人驾车违法,为逃避因累积记满12分而必须参加的学习、考试,会寻找第三人冒充驾驶人认领违法记录,接受处罚、记分,这便产生了卖分买分之流弊。尤其是,因为道路交通安全法规定的处罚额度过低且久未调整,实践部门只能通过调高记分分值,在事实上加大惩戒力度。被称为史上“最严交规”的《机动车驾驶证申领和使用规定》(2012)实施后,“一本驾照12分不够扣”,因记分届满12分而出现的买分卖分随之频发,“衍生出了一条‘代扣分’的灰色经济链”。^[75]

实践上的对策是,以查不清驾驶人为由,对所有人、管理人一律不记分,处罚的责任基础变为“未盡管理义务”。此种做法的缺点是,记分在非现场执法中“没有发挥应有的作用”。^[76]对此,学者也提出了一些优化方案,一个是“双记分”,即“不仅对违法行为人采取记分措施,而且对违法机动车也采取记分措施”。^[77]对违法驾驶人记分,记分累积到一定程度的结果是吊扣、吊销驾驶证,对违法机动车记分,最终导致的是吊销汽车牌照。^[78]也就是说,应当创设出一种新的行政处罚种类——吊销机动车牌照。另一个是从技术角度提出的方案,即“尽快修改滞后老化的技术标准,引入更先进的科技手段、技术设备”,“大力推动芯片驾(行)驶证和号牌、智能交通管理系统等先进技术的推广应用,使交通违法取证方法更科学、精度更高,并于同步锁定交通违法车辆和驾驶人”。^[79]

记分是因违法而承担的义务,是一种法律责任。“法律责任的主体是具有责任能力的违法者”,^[80]而机动车是无生命、无认知能力的物体。对机动车记分,违背法律责任机理。可以考虑引入分别处罚制,对实际驾驶人违反通行规则的行为给予行政处罚与记分,对机动车所有人、管理人未盡管理义务处以通报批评。1年内,因同一机动车违法而被通报批评3次的,对机动车所有人、管理人处以暂扣该机动车牌照3个月的处罚。这可以倒逼机动车所有人、管理人切实履行管理义务,也能抑制买分卖分。当然,随着未来技术的不断成熟,也可以寻求技术方案解决上述问题。监控技术设备引入人面识别技术,能够同步自动识别、锁定实际驾驶人,就可以直接对其处罚、记分,无需处罚机动车所有人、管理人;利用Spark大数据流式处理技术,实时发现“买卖分”嫌疑驾驶证,实时预警并拦截业务办理。^[81]假如这些措施可以有效遏制买分卖分,也就不需引入对机动车所有人、管理人通报批评或暂扣机动车牌照的处罚。

(四) 协助、辅助行为的定性

由于技术系统不够成熟稳定,监控技术设备抓取的信息存在不小的偏差,不能完全符合技

[75] 李明娟:《“最严交规”衍生灰色经济链》,中国广播网, http://gs.cnr.cn/kcsd/zt/201402/t20140226_514938829.html, 2021年4月17日最后访问。

[76] 前引[74], 龚鹏飞文, 第86页。

[77] 同上文, 第87页。

[78] 参见前引[72], 李弋强等文, 第67页。

[79] 陈航:《对现行机动车驾驶人交通违法行为累积记分制度的思考》,《四川警察学院学报》2013年第6期,第110页。

[80] 张文显:《法律责任论纲》,《吉林大学社会科学学报》1991年第1期,第4页。

[81] 参见邵志骅、许卉莹、崔林山:《公安交通管理非现场执法监管模式研究与实现》,《中国公共安全》2015年第4期,第130页。

技术标准规范的要求。根据《道路交通安全违法行为处理程序规定》（2020）第19条规定，对于监控技术设备记录的信息，需要经过人工审核。从实践看，受限于技术，由人工操作筛选、核对、录入的违法信息斗量车载。面对巨大的工作量，警力严重不足，不得不“雇佣了部分社会群众协助工作”。^{〔82〕}那么，由警务辅助人员筛选、核对、录入违法信息，是只起辅助作用的事实行为，还是对当事人权益进行处分的法律行为？对上述行为的定性十分重要，其不仅关涉是否允许警务辅助人员协助，也关系到这项工作能否进一步社会化，外包给专业公司处理。

交警部门一般强调，警务辅助人员实施的上述活动都是在警察的控制、指挥之下。言下之意，警察与辅助人员之间构成委托关系。这种解释仍然没有回答实质性问题。委托事项的性质属于执法还是协助，无疑会直接决定委托的合法性。假如上述活动是行使警察权的执法，委托的法律依据何在？若是事实行为，对当事人不产生法律上的权利减损或者义务得失，即使没有法律规定，也不妨碍委托。在法官看来，筛选、核对、录入行为不可诉。在裴国友诉东营市公安局交通警察支队等要求交通违法信息录入行为案中，^{〔83〕}法官认为，录入系统行为是“被告市交警支队调查取证和对违法行为拟作出处罚的告知行为，属于行政执法中实施的过程性行为，是行政行为中的一个环节，不是独立的行政行为，不具有可诉性”。

筛选、核对、录入行为作为非现场执法中的过程性事实行为，不会对当事人权益产生实质影响，不是对当事人不利益的法律处分。首先，系统已经依据技术规范标准设计了抓拍编程，初步形成了符合技术标准要求的记录资料。但是，因技术设计、使用环境等原因，可能存在记录误差。需要人工进一步依据同样的技术规范标准和要求进行核对，过滤瑕疵记录。只有通过人工认证，记录资料才能录入平台，并被作为认定违法行为的证据。这个认证过程，并没有对当事人的权利义务作出法律上的处分，即使发生失误，当事人也不会就此遭受处罚。其次，当事人接到短信通知，进入正式的行政处罚程序，在交管部门作出行政处罚决定之前，当事人还能够行使陈述权、申辩权。对当事人提出的有关异议，交管部门还会重新审核，补过拾遗。对于筛选、核对、录入出现的错误，尚可补救。

当然，随着未来技术发展，通过技术线路可以实现审核的“无人干预自动化”。监控技术设备实时采集的违法资料，能够立刻经过自动识别核对，过滤出有瑕疵的记录资料。其余记录资料自动输入平台系统，及时形成短信告知，且误差趋零。到那时，人工审核环节就不再必要，与此相关的辅警协助实施以及进一步社会化等问题，也就不复存在。

（五）处罚密度失当

有学者认为，非现场执法导致处罚密度失当。监控技术设备不间断监控，让违法行为无处遁形，^{〔84〕}其被发现的概率大幅上升。与人力执法发现违法的概率相比，自动化行政显然会导致行为人受到处罚的密度加大，处罚力度实际上也增加了。这归结于“在传统行政处罚的静

〔82〕 参见前引〔2〕，贾学武等文，第19页；前引〔16〕，刘吉光等文，第5页。

〔83〕 参见山东省东营市东营区人民法院（2016）鲁0502行初22号行政裁定书。

〔84〕 据报道，中国在2019年已有大约2亿台闭路电视摄像机正在使用中，预计这一数字到2022年将达到6.26亿。尽管这些摄像机并非全部用于非现场执法，也足以反映监控设备数量惊人。参见《世界监控数量最多的10个城市，中国拥有8个英国2个》，财经观察网，<https://www.dyxhw.com/hq/2019/0820/13531.html>，2021年5月12日最后访问。

态标准之下,被处罚概率这一因素并未被纳入处罚程度的考量”。^[85]

这种要求立法考虑自动化行政与人力执法在发现违法上的效率差异,对同一种违法行为分别规定不同处罚的理论见解,并不合理。首先,在立法过程中,针对违法行为设计相应的惩处方式,是以社会危害程度为考量,以合乎比例为尺度,力求违法程度与处罚力度相匹配,以实现过罚相当。设定行政处罚必须以事实为依据,“与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”,一般不特别考虑违法的发现率。如果针对同一个违法行为,在自动化行政中降低处罚,就等于认为自动化行政中违法形态的社会危害性低于其在传统执法中的社会危害性。其次,无论传统执法还是自动化行政,对同一违法行为坚持适用同一处罚尺度,更容易抑制违法,因为在自动化行政的情境中,驾驶人知道其驾驶过程处在技术设备的监控之下,不敢心存侥幸。

其实,公众之所以对自动化行政处罚颇有微词,是因为自动化行政处罚缺少裁量环节,机器只会冷冰冰地记录,传递不出“首违不罚”、从轻减轻处罚考量的温度;也因为系统无法及时告知违法事实,当事人不能通过及时改正避免被罚,这在实质上拉低了对相对人权利的程序保护水准。因应策略,除了通过技术更新实现实时告知外,还可包括:(1)监控技术设备的设置、相关场域的交通标志设计应当合理规范,以提升相对人对通行规则的认同;(2)监控技术设备要锁定公众关切的“热点”,找到当前道路交通的“痛点”,主要抓拍公众不满的违法行为,如引发拥堵的任意“加塞”、占据直行道等待转弯等;(3)对于不影响交通安全、不会造成事故隐患、不引发交通拥堵的违法行为,原则上不纳入监控技术设备的规制范围,或者通过技术系统进一步更新,实行“首违不罚”或者依法从轻减轻处罚。

结 语

在道路交通安全法(2003)第114条的基础上形成的交警非现场执法核心规范,已被行政处罚法(2021)纳入第41条之中。但是,实践的突飞猛进,还是使当下的制度需求超出了已有的规范框架。随着自动化行政从抓拍记录到自助处理的延伸运用,有待解决的问题依然不少。针对这些问题,在能通过技术更新解决前,有必要引入或明确更多的规范来调整。

以下胪列的规范,都是有待增补明确的基本规范:(1)非现场执法以手机短信为主要送达方式,并采取两次通知制。监控技术设备实时抓拍违法行为,自动形成短信信息,同步通知当事人,这是第一次通知。记录信息经人工筛选、核对、录入系统之后,应当以短信等方式发出第二次通知,通知中应注有查询方式、系统登录密码等信息。(2)监控技术设备的投放设置,必须优先考虑事故多发、交通拥堵、严重违法行为易发等路口、路段,设备之间应当保持合理间距,且相关区域的标志标线、人行横道、交通信号灯等设计也应当规范合理。(3)允许根据合理的时间区隔,将持续、连续状态的超速、违反限行、违法停放等行为“切割”为数个违法行为,分别连续处罚。(4)根据监控技术设备记录,以违反通行规则处罚实际驾驶人,以未尽管理义务对机动车所有人、管理人处以通报批评。(5)电子行政处罚决定应当附有行政机关的电子签章以及统一文书编号,无需执法人员签字或者盖章。(6)在警察的指挥下,可以由警务辅助人员筛选、核对、录入违法信息,协助当事人在平台上操作、打印行政处

[85] 前引[23],马颜昕文,第142页。

罚决定书、缴纳罚款。(7) 当事人在平台自助缴纳罚款并打印行政处罚决定后, 如有异议, 可以依法提起行政复议或者行政诉讼。上述基本规范中, (1) (2) 是更为基础的规范, 不仅决定了行政处罚的正当性, 而且能保证自动化行政处罚中的权利保护标准不低于传统执法; (3) (4) 直接涉及相对人的权益减损或者增设义务; (5) (6) (7) 较为集中地反映了自动化行政处罚的特点。上述基本规范应由道路交通安全法统一规定。这些规范或许不能照搬移植到交通运输、市场监管、城市管理、生态环境等非现场执法领域, 但无疑具有积极示范意义, 对未来完善行政处罚法相关规定不无借镜作用。

当下, 非现场执法还处于“弱人工智能”阶段, 即用途限定在低强度的处罚、无裁量的决策, “人工智能始终是受到人类控制的”,^[86] 处罚过程对正当程序的要求不高。上述规范体系应能满足现阶段的现实需要。随着人工智能的进一步升级, 自动化行政或许会被运用到更为复杂、对相对人权益影响更大的行政决定中, 非现场执法进入“强人工智能”阶段, 算法黑洞、责任分配、技术性正当程序等问题可能会大量出现, 届时将有必要对有关规范再作升级。

Abstract: China made the first creative provisions on the off-site law enforcement by traffic police in Article 114 of the 2003 Road Traffic Safety Law. On the basis of these provisions, the norm system of off-site law enforcement by traffic police has been gradually developed. Article 41 of the Law on Administrative Penalty, as revised in 2021, absorbs and develops the core elements of the norms on off-site law enforcement by traffic police. However, with the extension of automatic administration from capturing records to self-help processing, many practical problems remain to be solved or responded to. For the problems that can't be solved by technical update for the time being, it is necessary to introduce or clarify more institutional norms, and further enrich and perfect the system of norms on off-site enforcement by traffic police through the amendment of the Road Traffic Safety Law.

Key Words: off-site law enforcement, traffic police law enforcement, Law on Administrative Penalty, Road Traffic Safety Law

[86] 前引〔27〕, 胡敏洁文, 第59页。