

15  
D/22.144  
Y75

公安部 2000 年部级课题

“对警察警械与枪支使用的法律控制”之阶段性成果

北京市哲学社会科学“十五”规划项目

“警察行政强制问题研究”之阶段性成果

# 警察行政权力的规范与救济

——警察行政法若干前沿性问题研究

余凌云 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

## 图书在版编目(CIP)数据

警察行政权力的规范与救济:警察行政法若干前沿性问题研究/余凌云著.—北京:中国人民公安大学出版社,2002.1  
ISBN 7-81059-876-7

I.警… II.余… III.警察—行政执法—研究—中国  
IV.D922.144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 097107 号

### 警察行政权力的规范与救济

——警察行政法若干前沿性问题研究

JINGCHA XINGZHENG QUANLI DE GUIFAN YU JIJI

余凌云 著

---

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:河北省抚宁县印刷厂

---

版 次:2002 年 1 月第 1 版

印 次:2002 年 1 月第 1 次

印 张:11.375

开 本:850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数:282 千字

印 数:0001 ~ 3000 册

---

ISBN 7-81059-876-7/D·718

定 价:25.00 元

---

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

## 点滴解释（自序）

我在第一本专著《行政契约论》（中国人民大学出版社2000年版）当中曾说过，在以后的若干年中，我将把精力主要集中到对警察行政法的研究上来，并且是结合行政法基本理论问题对警察行政法上的一些现象进行思考。现在呈现在各位读者面前的这部著述就是这两年来孜孜不倦的努力，更确切地说，实际上有一些还是早些年理论研究积淀的结果。

本书是在我主持的公安部2000年部级课题“对警察警械与枪支使用的法律控制”和北京市哲学社会科学“十五”规划项目“警察行政强制问题研究”各自的阶段性成果的基础上，并汇集了近年来我对其他一些问题的理论研究成果而成。

收入到本书中的专题有十个，大致可以分为四个主题：（1）对警察使用枪支与警械的法律控制；（2）警察行政强制问题；（3）治安责任承诺协议以及各类责任书；（4）行政救济问题。

当前各地公安机关普遍关注警察如何合法地使用枪支与警械问题，因为一方面近几年来这个问题十分突出，警察滥用枪械事件时有发生，影响较大的有河北霸州杜书贵等案件；另一方面，有关警察使用枪支与警械的理论研究还不够深入，而且现在实践又有了新的发展，出现了新的问题。因此，必须加强这方面的研究。收入本书的阶段性成果有三个：一是“警察使用枪支与警械的两个基本理论问题”，主要是对行为性质，特别是阻却违法的事由进行分析。二是“论比例原则”，比例原则是警察法上极其

## 2 警察行政权力的规范与救济

重要的基本原则，但是，在我所接触到的警察法著作中都没有加以介绍，实践中不注意警察手段与警察目的相互关系的问题十分突出。本书将对这个问题，结合警察使用枪械，进行全面的、深入的研究。三是“对警察在行政调查中滥用枪支警械刑讯逼供的法律救济”。

当前全国人大法工委立法的一个重要动向是行政强制法正在草拟之中。警察行政强制是其中重点规范内容。收入在本书中的北京市社科项目的阶段性成果主要有三个：一是“警察调查权之法律控制”，这个问题几乎没有人系统研究过，甚至可以说基本没有研究，但这个问题又是极其重要的。二是“警察行政强制上的诸问题——对韩国经验的考察”，这篇论文是我和我指导的韩国留学生陈钟华合作而成。我们对韩国行政法律制度实在缺乏了解，其中其实不乏可供我们借鉴的地方。恰好韩国中央警察大学与我校建立校际交流项目，陈钟华是第一位，也是目前惟一一位到我校攻读硕士学位的留学生，并划到我的门下学习，机缘难得，因此，特别邀请他就行政强制问题进行研究，尤其关注即时强制问题，因为即时强制基本上是由警察行使的，这对完善我国实践极有参考价值。三是“行政强制执行与警察协助执行义务”，“执行难”是目前公安机关普遍遇到的问题，如何从体制和手段上去解决，是很重要的问题。另外，在其他行政机关或法院的强制执行中，也可能要求公安机关协助，那么，在什么条件下才发生协助问题呢？这也是一个重要的问题。

湖北鄂州杨叶派出所首创的“治安责任承诺协议”，在当地获得了巨大的成功，并引起省厅和公安部领导的关注，很多地方和部门都积极仿效。这种协议也引起极大的争议，其中的问题值得研究。另外，公安部已明确推行执法责任制是今后工作的重点，也是警务机制改革的重要举措之一。其中的问题与经验也值

得总结。收入本书的是两个有关这方面的专题研究：一是“治安责任承诺协议——从行政契约角度对杨叶模式的个案研究”；二是“对警察法上‘假契约’现象的理论思考”。

我以为在警察行政法的结构体系上，要说有与行政法不同的，或有特色的地方，可能主要还是在行政作用法上。比如，行政法上只是作为事例提出的劳动教养、行政管束，在警察法上必须充分地展开；行政法上根本未提的警察法上的制度，比如，担保金与担保人制度，也必须予以充分的分析与阐述。但是，在救济问题上，两者之间应当没有什么原则的不同。因此，我反对那种“公安行政诉讼”或“公安行政复议”之类的提法，尽管从名称上很有些公安特色的味道。因为对于公安机关来讲，在救济程序的设置上实在没有什么特别的地方。不是说公安行政诉讼或行政复议就要寻求与行政复议或行政诉讼不同的特别程序规则。因此，在救济问题上，我以为应当更加注重基本原理在警察法上的运用。在本书中收入的两个专题，一个是“对行政诉讼举证责任分配理论的再思考”，缘起于我对发生在四川荣昌县五福乡村民汤洪友突然暴死于派出所内的案件的思考，这篇论文是我和我的硕士生周云川合作完成的。另一个是“行政侵权责任论”，因为国家赔偿法正在酝酿着修改，将这篇在原来硕士学位论文基础上修改而成的作品发表出来，并结合当前遇到的热点问题谈些自己的看法，可能还是有些微益处的。

在本书的最后，我用附录的形式，将丹麦学者 Jorgen Jepsen 撰写的、由我翻译的一篇文章“丹麦有关虐待被羁押人的申诉控告——案例、理由与救济”收录进来，因为随着 WTO 之议的尘埃落定，可以预计，我国已签署的人权公约即将对社会、公众、政府、法治产生具体的、制度化的影响。那么，在这样的进程当中，我们会遇到什么样的问题呢？特别是公安执法会受到怎样的

#### 4 警察行政权力的规范与救济

影响呢？正是出于这样的理论关怀，我推荐了上述文章。我感到这篇文章很值得一读，对于我们理解人权公约，以及今后对警察执法的规范与制度建设很有参考价值。

余凌云

于公安大学东联建楼居室

2001年12月1日

## 致 谢

本书中绝大部分的专题研究是公安部资助的 2000 年部级课题以及北京市哲学社会科学“十五”规划项目的阶段性成果。其中的不少内容已经发表在《法学研究》、《中国人民大学学报》、《法学家》、《环球法律评论》、《法律评论》、《中国人民公安大学学报》等杂志之上，谨向上述刊物及编辑致谢。

在本书即将付梓之际，感慨万千。深感做学问不易，特别是要想获得单位的承认更是不易。但是，尽管是深居书斋，还是时时感受到老师、同行、朋友的友情与支持，令我感动不已。首先必须衷心地感谢许崇德教授、皮纯协教授、胡锦涛教授、韩大元教授、冯军博士、任进博士、张成福教授、杨建顺教授、李元起博士、刘太刚博士对我的帮助与支持，为我的学术发展创造了良好的氛围与条件。《行政契约论》发表以后，台湾的陈新民博士还特意寄来其最新修订的《行政法学总论》、澳门行政暨公职司现代化厅高炳坤厅长也馈赠《行政合同》，读起来真是受益匪浅，也校正了我的一些看法。特别感谢《法学研究》的刘翠霄女士，一位素未谋面的编辑，以及《中国人民大学学报》编辑郝春力女士长期以来对我的无私大力支持。感谢香港城市大学法学院朱国斌博士、丹麦学者 Professor Jorgen Jepsen、南京大学法学院张千帆教授和汪萍书记、全国人大法工委童

## 2 警察行政权力的规范与救济

卫东处长、公安部法制局柯良栋局长和王永胜处长对我的积极支持与帮助。本书如果没有公安大学出版社杨玉生先生、刘悦女士的督促与支持，就不可能这么快与读者见面。

已步入中年、身为人父的我，在品尝人生乐趣的同时，也倍感人到中年种种压力。我得感谢我的妻子郭艳、母亲对我整天忙于事业、对家庭孩子、老人照顾不周的理解。随着新年钟声的敲响，我将远赴似曾相识的异国他乡——英国去访问研究，但我会把我的深切思念留给我的家人，并且期望在那里我的另外一部专著能够呱呱落地，以报答所有关心我的人们。

余凌云

于公安大学东联建楼居室

2001年12月1日



# 目 录

---

点滴解释 (自序) .....	1
-----------------	---

---

致谢 .....	1
----------	---

---

---

<b>警察使用枪支与警械的两个基本理论问题</b> .....	1
作为讨论问题的前提：对概念的说明 .....	2
行为的性质：是直接强制，还是即时强制？ .....	4
根据警察权结构提出的质疑 .....	7
对警察急状权的批判 .....	9
阻却违法的事由：正当防卫、紧急避险、 依法令之行为？ .....	11
简短的结束语 .....	16

---

# 目 录

---

<b>论比例原则</b>	
——兼谈在警察使用枪支与警械上的两个 具体化建议·····	17
<b>引言</b> ·····	18
<b>大陆法的比例原则</b> ·····	21
“三阶理论”·····	24
简要的评价·····	27
<b>普通法的实践</b> ·····	28
合理性原则 (the principle of reasonableness) ·····	30
关于引入比例原则的争议·····	32
<b>为什么比例原则在我国没受到应有的重视?</b> ·····	35
<b>比例原则在警察使用枪支与警械问题上具     体化的两点建议</b> ·····	39
“白皮书”的建议·····	40
司法审查的客观化、情境化·····	42
<b>简短的结束语</b> ·····	43

---

# 目 录

<b>对警察在行政调查中滥用枪支警械刑讯逼供的法律救济</b>	
——从二则案例揭示其中存在的问题，并提出完善的对策·····	45
<b>引言</b> ·····	46
本文关注点之所在·····	46
研究的方法·····	48
<b>公安机关内部的申诉控告制度</b> ·····	48
制度简介·····	48
对滥用警械、枪支刑讯逼供的行为，可以申诉控告，追究警察的行政责任·····	49
制度的内在缺陷·····	51
<b>行政复议法与行政诉讼法之规定</b> ·····	53
行政复议法和行政诉讼法规定的审查对象是行政行为·····	53
对违法治安传唤的积极制止性救济·····	53
<b>国家赔偿法之规定</b> ·····	57
法规范·····	57
司法解释带来的救济障碍·····	58
解决问题的思路·····	59
<b>结论</b> ·····	59

# 目 录

警察调查权之法律控制·····	63
引言：对警察调查所面临的基本问题的考察·····	64
有节制的调查方式·····	70
调查方式·····	70
分类·····	79
调查方式的法根据以及合比例之要求·····	80
正当的调查程序·····	90
法定程序之保障·····	90
法官之令状主义（inspection warrants issued by judges）·····	92
禁止强迫自证其罪原则（No person shall be required to incriminate himself）·····	96
担保手段实施上的裁量选择·····	100
充分的行政救济·····	100
对间接强制调查的救济·····	102
对实力强制调查的救济·····	105
结论·····	106

# 目 录

<b>警察行政强制上的诸问题</b>	
——对韩国经验的考察·····	108
<b>引言</b> ·····	109
制度的承袭以及新近发展·····	109
本文关注点之所在·····	111
<b>即时强制、直接执行与直接强制</b> ·····	112
概念的澄清·····	112
即时强制的法根据·····	116
法规范中对即时强制的具体规定·····	117
限制或取消直接强制所带来的问题·····	118
<b>代执行</b> ·····	119
代执行的意义·····	119
形成的法律关系·····	120
代执行的对象·····	121
<b>执行罚及由此启发的新思路</b> ·····	122
恰到好处的名称改换·····	122
行政罚也可以作为义务履行的担保来使用·····	123
新的义务履行确保手段·····	125
<b>结束语：对中国草拟中的行政强制法的借</b>	
鉴意义·····	126

# 目 录

对制度构建的思考·····	126
即时强制的法规范·····	129

---

行政强制执行与警察协助执行义务·····	131
强制执行体制的改进·····	132
强制手段的多样化·····	139
强制执行的程序·····	145
警察协助执行义务·····	146
结束语·····	147

---

<b>治安承诺责任协议</b>	
——从行政契约视角对“杨叶模式”的个案研究·····	148
引言·····	149
“杨叶模式”和公共选择·····	151

# 目 录

赔偿的性质和依据·····	158
选择法律的执行方式是否允许? ·····	167
承诺的兑现会不会使企业内部放松管理? ·····	169
平等原则和“非常态”处理·····	170
结束语:“杨叶模式”的进一步完善 ·····	174

---

对警察法上“假契约”现象的理论思考·····	177
引言·····	178
“假契约”是一种行政契约吗? ·····	182
合意尽管不“显然”,但是依然存在 ·····	186
对“很少拒绝”和事实上的强制力的另一 种思考·····	188
另外一个理由·····	192
我们何以需要这样的契约实践? ·····	193
营造内在的类似市场的竞争压力,优化公 共服务的质量·····	195
用公共服务换取相对人的责任或义务,形 成公安机关和社区、相对人之间良好的 互动互助关系·····	197

# 目 录

难道真的不需要法院介入? .....	199
非正式制度的解决模式 .....	200
诉诸法院 .....	203
结束语 .....	205

---

对行政诉讼举证责任分配理论的再思考 .....	207
问题之所在 .....	208
从行政程序证明责任中发现诉讼举证责任 分配的基本标准 .....	210
从行政诉讼属性上进一步考证与补正 .....	217
诉讼的目的影响着举证责任的分配 .....	217
行政诉讼模式也影响举证责任的分配 .....	219
利益考量的辅助作用不容忽视 .....	223
诉讼武器平等 .....	224
证据的距离 .....	224
政策性考虑 .....	225
结束语：“惊奇的试金石”需要继续挖掘 和擦拭才能大放光彩 .....	225

---



# 目 录

<b>行政侵权责任论</b> ·····	227
<b>引言：研究与构架行政侵权责任的理论基点</b> ·····	228
<b>概念与研究意义</b> ·····	230
概念·····	230
研究意义·····	233
<b>归责原则</b> ·····	234
西方国家行政侵权行为归责原则评介·····	235
我国国家赔偿立法中对行政侵权行为归责 原则模式的选择·····	245
<b>责任构成要件</b> ·····	252
职务行为主体·····	253
职务违法行为·····	254
损害·····	260
因果关系·····	264
<b>责任例外</b> ·····	266
责任豁免·····	267
因责任构成要件欠缺而不承担责任的情形·····	279
民法抗辩事由在行政法中的援引·····	282
<b>结束语</b> ·····	285