

博士文丛

BOSHI WENCONG

陆 晶 / 著

现代警务行为的 理与法

XIANDAI
JINGWU XINGWEI DE
LI YU FA



中国人民公安大学出版社

现代警务行为的理与法

陆 晶 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

现代警务行为的理与法/陆晶著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.4

(博士文丛)

ISBN 7-81109-063-5

I. 现... II. 陆.. III. ①公安—工作—中国②警察法—中国
IV. ①D631②D922.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 030428 号

现代警务行为的理与法

XIANDAI JINGWU XINGWEI DE LI YU FA

陆 晶 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

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2005 年 5 月第 1 版

印 次: 2005 年 5 月第 1 次

印 张: 6.875

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 172 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

书 号: ISBN 7-81109-063-5/D·058

定 价: 16.00 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) 83903254

版权所有 翻印必究

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

www.jgclub.com.cn

序

陆晶的《现代警务行为的理与法》即将出版了。作为她的指导教师和本书的第一读者，我为之兴奋，并以下述感想作为一个序言。

我们所处的时代是一个制度创新的时代，也是一个法制昌明的时代。从上个世纪中期以后，一些西方国家展开了“新公共管理运动”（New Public Management）。这场运动将传统公共管理的主体中心主义、权力中心主义转化为客体中心主义和服务中心主义。与行政管理目标的变迁相适应，行政管理的手段在 20 世纪中后期也发生了较大的变革。相对于传统的行政管理手段，现代行政管理手段的权力性、强制性色彩减弱了，淡化了，而越来越多地体现出民主、协商的品格，体现出行政主体与行政相对人相互合作的精神。这种新的品格和精神既在变革后的传统管理手段中得到反映，如在行政许可、行政处罚中增加听取相对人陈述意见和举行听证的程序，在行政征收、行政强制中增加事前告知程序和为相对人提供申辩的机会，等等；更在 20 世纪中后期新出现、新发展的许多新管理手段中得到体现。在我国，继党的十五大提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略之后，党的十六大提出了建设政治文明的历史任务，十六大之后又进一步提出依法执政、法治政府、和谐社会、科学发展观等先进理念。这些方略、历史任务和先进理念体现在警察权力运行上，就是要进一步解决公安机

关的依法执法和依法行政问题，解决人民警察以人为本、执法为民的问题。

任何一项法律制度的变迁都是基于社会变迁的理性变迁所致。法律制度和法律生活的理性是指法的灵魂和法的精神。法律的理性在不同的历史时期其内含是不尽相同的。在我国古代，“理”性与“情”“势”字相连，简称情理。根据儒家经典，融合了伦理道德、生活常例和儒家学说的“情理”构成法律的精神。法律的制定和适用不能脱离这种情理。到了近现代，民主成为一种制度、一种社会生活方式，理性则往往与法治相连。在某种意义上，法治代表着理性，代表着社会生活的常态和秩序。法治的实现意味着社会应主要经由法律来治理，主体的行为应纳入到法律铺设的既定轨道；社会利益整合应通过法律实施和实现；立法政策和法律必须经由民主程序制定；法律必须建立在尊重和保障人民自由和权利的基础之上；法律必须具有极大的权威性；法律必须具有内在的稳定性；法律必须有连续性和一致性；法律必须以平等地保护和促进一切正当利益为其价值目标；法律应能有效地制约国家权力，防止国家权力的失控与异变；法律应力求社会价值的衡平与互补，促进和谐社会的构建。上述意义上的法治是与现代理性分不开的。没有理性就没有秩序，也就没有法治，更没有公民自由和权利的实现。现代警务行为的执法目标是以制度化的方式实现公共利益，为社会提供最好的公共服务。随着现代警务行为理性的变迁，警务行为的构成由原来的单一羁束行为变成羁束行为与行政裁量行为的复合体，这就为行政裁量权的行使保留了一定的空间。以此为逻辑前设，我们再谈现代警务行为的规范，重心就是对行政裁量权、特别是自由裁量权的规范。那么，如何规范和制约警察的行政裁量行为以期实现行政预期呢？这就成

了警察执法面临的重大课题。

从理论上讲，警务行为的法律依据是国家制定法。现代警务行为要求警察权力在行使过程中，不能仅依靠制定法，还要依据法律的原则和精神；不仅要尊重和维护相对人的法定权利，还要尊重和维护虽然没有法律明文规定、但依据法的原则和精神，应管理相对人所享有的权利以及管理相对人的权利诉求。值得注意的是，在实践中许多警务行为的实施依据是存在于制定法之外的一些非正式法。由于刚性的制定法自身的局限性，决定了它往往不能适应不断变化的社会生活的需要。非正式法在刚性的正式法之外调整和规范着人们的行为和社会关系，维护和实现着人们的合法权益——习惯权利，习惯权利对法定权利的确定起着某种根据或制约的作用，这就在客观上弥补了制定法的不足。否则，法律便不能为人民所信仰和接纳，国家意志便无法推行。警察在行使权力的过程中要注意到现实法律生活的复杂性，以尊重和保障人权为最高理念、以维护社会正义和秩序为神圣职责来适用法律，以法治的原则统领执法，将正式法和基于理性的“非正式法”有机整合，把执法建立在合法性、合理性、正当性的基点上。

依法执法和依法行政是现代警察权力运行的法治原则，对于警察权力中的行政裁量权的规范又是这个原则的核心。长期以来，警察权力的规范化、制度化、受制约和监督一直是理论和实践的焦点和热点问题。本书试图为新型警察执法理念下的法律适用问题以及现代警察执法行为的法治化问题提供一种科学的、规范的理论和方法。在本书中，作者将理论与实践相结合，提出了一系列具有现实意义的观点：如在某些警务行为中引入非诉讼纠纷解决机制；以合理性原则来补充合法性原则，用比例原则和相同条件下的手段选择原则来补充依法行政原

则；用行政程序和司法审查并重来监督和规范行政行为等。这些观点的提出对于我国警察队伍的素质建设和执法质量的提高都具有一定的价值。

陆晶同志是中国人民公安大学教师、吉林大学法学院在读博士研究生。本书是她总结多年从事政法教育和公安工作的实践经验，并使之理性化、理论化的成果。本书在写作过程中注重调查研究，收集了大量第一手文献，可以说资料翔实；同时，贯通全书的案例分析更使论述深入浅出、充满生活气息。本书立意新颖、思路清晰，具有一定的理论深度和学术价值；同时，对于民主、法治、科学的警务活动也颇有积极的现实意义。

张文显

2005年5月于吉林大学

前 言

理性是指一种可算度性的规则和原则的治理。法律的理性是指法的灵魂和法的精神。法律的理性在不同的历史时期有不同的所指。在我国古代，理性长期与“情”字相连，简称情理。古时候的狱讼讲究情法两进，也就是说，法律的事实须有情的照顾才圆满，若只实现了法的价值则是不全面的。情理就像一面镜子，使貌似公正的法的正义性得到了检验。到了近现代，当法律的权威被确认以后，理性则主要指主体对尚未设立的法律的内在需求和表达，即“法治”。法治是一种人化的道德需要，是一种人化道德的制度安排。法治的实现意味着主体的每一个行为都要纳入到法律铺设的既定轨道，在有序化的法律体系中使公民获得最大限度的自由。建国以后，随着我国的经济体制从计划经济向市场经济转型，社会生活变得日益复杂。由于过分强调法律的工具理性，则进一步加剧了法律工具理性的合法性，在相当多的情况下，使本来就十分薄弱的法律的其他价值进一步被淡化。因此，我们迫切需要对理性本身进行批判性反思，建立一个更适应我国生产力发展的、更具时代性和包容性的理性概念。

依法行政是法治的核心问题。长期以来，人们对依法行政原则的理解主要是要求行政主体依据法律的明文规定执法。由于社会生活的复杂化和法律的时滞性，在执法过程中常常会出现“无法律则无行政”的行政不作为和滥收费、滥摊派等曲解

或背离法律的原则和精神的问题。执法者在适用某一法律条文时不能正确理解法律条文的内涵和外延，不能够理解立法本意，不考虑相关的法律规定，于是法律失去了灵魂，变成了僵死的教条，变成了法律条文的简单堆积，法律适用也变成了简单地、机械地将法条与立法者事先设计好的某种确定的情景对号入座。

从理论上讲，警务行为的法律依据是国家制定法。在实践中，我们发现许多警务行为的实施依据是存在于制定法之外的一些非法律规范，如习惯法。由于刚性的制定法自身的局限性，决定了它不能满足不断变化的社会生活的需要，特别是在我国这样一个有着浓厚封建传统的乡土社会，更不能回避这一现实的存在。非正式的法律规范在刚性的正式法之外调整和规范着人们的行为和社会关系，维护和实现着人们的合法权益——习惯权利，习惯权利对法定权利的确定起着某种根据或制约的作用，这就在客观上弥补了制定法的不足。否则，法律便不能为人民所信仰和接纳，国家意志便无法推行。因此，在警察权力的行使过程中，不能仅依靠制定法，还要依据法律的原则和精神；不仅要尊重和维护相对人的法定权利，还要尊重和维护虽然没有法律明文规定，但依据法的原则和精神，应为相对人所享有的现实权利。

任何意义上的法治建设都是与理性分不开的。没有理性就没有秩序，也就没有法治，更没有公民自由的实现。现代警务行为的执法目标是以制度化的方式实现公共利益，提供最好的公共服务。随着现代警务行为理性的变迁，警务行为的构成由原来的单一羁束行为变成羁束行为与行政裁量行为的复合体，这就为行政裁量权的行使保留了一定的空间。以此为逻辑前提，我们再谈现代警务行为中的依法行政，就是对行政裁量权

的规范。那么,如何规范和制约警察的行政裁量行为以期实现行政预期呢?这就成了现代警察执法面临的课题。

我们认为,在现代警察权的行使过程中,限制行政裁量权不能仅依靠制定法,而是要依据法律的原则和精神,树立社会本位的理念;在行使行政裁量权时,应以合理性原则补充合法性原则;以比例原则和相同条件下手段选择原则补充依法行政原则;行政程序是现代行政控权机制中最积极、最有效的一种控权制度,控制行政裁量权不能仅依靠实体法,还要依靠行政程序。当然,行政程序控权不能脱离司法审查。没有司法审查的保障,行政程序的作用会大打折扣。因此,现代行政控权机制是行政程序和司法审查并重,而不是以行政程序控权代替司法审查控权。这样才能使形式法治逐步转化为实质法治,从而构筑我国现代警察行政法治的基本架构。

长期以来,我们一直在警务行为规范化与制度创新的道路上摸索,试图寻找一条适合我国的发展道路。本书的写作目的主要是为了探讨新型警察执法理念下的法律适用问题,以期为现代警察执法行为提供一个科学的、规范化的方法。本书在写作过程中参考了许多同行学者的研究成果和资料,再次表示衷心感谢!

20 警务行为的“去”与“去” 章正美

第一章 警务行为的法理学解读

28 警务行为的法理学解读 三

序 1

前言 1

第一章 警务行为的法理学解读 1

一、警务行为的概念 1

二、警务行为的理念 3

第二章 警务行为的特征 7

一、人民警察的任务 7

二、警务行为的特征 9

第三章 警务行为的理性变迁 14

一、价值演变 14

二、理性变迁 23

三、机制型构 30

第四章 警务行为的背景、基点及构成 33

一、文化背景：情理场的存在 33

二、价值基点：价值多元主义 49

三、机制构成的合理内核：人文主义 55

出或归纳出一个惟一正确的，能为学界和实务界普遍接受，并

第五章 法治之“法”的问题所在	65
一、单一控制的不能	65
二、执法中的几对基本矛盾	71
三、警务行为法律效益的经济学分析	86
第六章 理性作为现代警务行为的解决方案	105
一、法之治	105
二、依“法”之治	117
三、理性对现代警务行为的解决方案	126
附录：中华人民共和国警察法	191
主要参考文献	201
后 记	207

第一章 警务行为的法理学解读

法的概念是纯粹形式的定义,由规则、原则等要素构成。而法的理念是相对于法的概念来讲的,是更深层次意义上的法所要实现的理想的表达,体现了法所要追求的目标。具体的规则、原则毕竟是有一定局限性的,或者受限于主体自身的认知,或者受限于语言的表达,有限的规则和原则无法真正揭示出法律所要追求的动态的发展目标。通过划分法的概念和法的理念,施塔姆勒强调要重视研究法的理念,即与现实法相符合的法的理想。法的理念使人们能认识和理解法,不受有限的规则、原则表述的制约。

一、警务行为的概念

警务又称“警察勤务”,有广义和狭义之分。广义的警务行为,是指国家公安机关、司法机关和法律授权、委托的组织中的警察依照法定权力和程序贯彻实施法律的活动,它包括一切执行法律和适用法律的活动。狭义的警务行为,是指公安机关中的警察在行使行政管理权的过程中,依照法定职权和程序,贯彻实施法律的活动。不包括国家司法机关和法律授权委托组织中的警察的行为。本书在此仅就狭义的警察执法行为进行探讨。

一般来说,学者们关于行政执法这一概念的界定尚不能找出或归纳出一个惟一正确的,能为学界和实务界普遍接受,并

能适用于任何时间、地点和具有普遍性的定义。因为，社会科学不同于自然科学，人们研究的并不是“是什么”的问题，而是“应该是什么的问题”。而对于“应该是什么”的问题往往难以找出惟一正确和具有普适性的答案。当然，学者们也能就此达成一定的共识，这种共识是以特定时间、地点和条件为前提的。以此为逻辑前设，警察执法作为行政执法的一种形式，通常在下述三种场合下被使用，并具有相应的含义：（1）警察执法是执行法律，而不是创制法律，因此警务行为从属于法律；（2）警察执法是依法办事，而不是和不能唯长官意志是从；（3）警察执法是基于法定职权和法定职责对社会进行管理，依法作出影响相对人权利义务的行为，而不能对相对人发号施令，对相对人实施没有法律依据的行为。

随着经济的发展和社会的进步，警察执法的内容也发生了深刻的变化。在 18 世纪的欧洲，一个良民可以一辈子不与警察打交道，而今，每一个公民从出生到死亡都不可避免地要与警察发生联系，可见警察与公民的社会联系越来越密切。特别是在现代社会，由于社会发展迅速、社会问题日益复杂，行政管理的范围日益广泛，现代国家的立法机关为适应社会的变化而广泛授权给行政机关，因而警察执法从内容上有了新的拓展。除了原有的直接实施法律和行政规范的行为以外，警察执法还具有了准立法和准司法的特征。所谓“准立法行为”，就是指制定规范性文件和进行法律解释的行为。由于行政机关制定的规范性文件在实质上仍属于行政行为，区别于立法机关的立法，因此我们称之为“准立法行为”；所谓“准司法行为”，就是指裁决行政相对人与行政主体之间或行政相对人相互之间的与行政管理有关的纠纷的行为。

由于警务行为与行政相对人的关系最为密切，它最经常、

最广泛地涉及相对人的权益，也最容易对相对人的合法权益造成侵害，因而政府通过制定规范性文件的方式对这类行为加以规范。改革开放以来，我国已陆续出台了不少法律、法规和规章，虽然尚未达到健全、完善的程度，但整体上应认为已初步实现了有法可依，如《中国公民出境入境管理法》、《外国人入境出境管理法》、《集会游行示威法》、《治安管理处罚条例》、《保守国家秘密法》等的出台。以此为依据，警务行为的实施方式大致包括：检查、巡查、检验、勘验、给予行政处罚、即时强制、查封、扣押及采取其他强制性执行措施。

警务行为的生命力在于它在社会生活中对法律的具体贯彻实施和对社会秩序的保障。警察执法具有广泛性和普遍性，公安机关通过执法调整社会关系、干预社会生活，行政机关的执法行为使法律在社会生活的各个领域发挥作用，使国家的经济、政治、文化和社会公共事业的发展都能够依法进行、有效运作。警察执法在我国法制建设中有着十分重要的地位和作用，对实现法治国家、建设法治社会都具有重要意义。随着我国市场经济体制的建立和逐步完善，警察从过去主要采取行政强制手段直接管理社会转变为通过法律，宏观、间接管理为主和宏观、微观相结合的管理，特别是在某些警务行为中采纳了弱化的行政管理手段，如行政指导行为有所增加，变管理与服从的传统行政法律关系为回应社会需要的以服务理念为指导的新型行政法律关系。

二、警务行为的理念

德国哲学法学派著名学者施塔姆勒把法的观念分为两部分：即“法的概念”（the conception of law）和“法的理念”（the idea of law）。法的概念是纯粹形式的定义，由规则、原则

等要素构成。而法的理念是相对于法的概念来讲的,是更深层次意义上的法所要实现的理想的表达,体现了法所要追求的目标。具体的规则、原则毕竟是有一定局限性的,或者受限于主体自身的认知,或者受限于语言的表达,有限的规则和原则无法真正揭示出法律所要追求的动态的发展目标。通过划分法的概念和法的理念,施塔姆勒强调要重视研究法的理念,即与现实法相符合的法的理想。法的理念使人们能认识和理解法,不受有限的规则、原则表述的制约。借助法的理念,人们能认识法的内容,科学地进行法律实践,先进、科学的法的理念还能有助于人们提高法律的科学化程度,反过来指导法律规则、原则的制定。施塔姆勒认为,法的理念就是实现社会理想,这就要求所有的法律都应为了这个目标。他所说的法的社会理想指的既不是法国唯物论者所说的“幸福”,也不是边沁所说的最大多数人的最大利益,更不是个人的完善。在施塔姆勒看来,幸福、利益、完善都是经验的和主观的,因而是低级的。社会理想应该是意志自由的人们的社会。这个理想包含两个方面的内容:其一是个人意志的最大限度的自由(这里的自由不是受个人主观自私的愿望所支配的行为);其二是意志自由的人们的最完善的和谐,亦即社会生活的最完善的和谐。社会理想不是一个法的命题,它需要由正当法的原则作补充。

德国法学家和政治活动家拉德勃鲁赫认为:“法的理想包含三个要素即正义、公共福利和确定性。人们对于法的理念往往强调其中一种理想而忽视其他理想。他反对那种过于片面或极端的主张,认为法的理想应给予同等重视。”^①也就是说,

^① 张文显主编:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第167页。

秩序、正义和公共福利之间存在着一种内在的统一，这种统一就体现在三者之间的有序性上。在这些法的价值序列中，正义先行于公共福利，并优先于法的确定性。

法在其本质上必须揭示对正义的要求，正义与真、善、美一样，是一个绝对的价值。因此，它拥有自身的基础，而不是从更高的价值中推导出来的。美国法学家庞德指出：“正义并不是指个人的德行，也不是指人们之间的理想关系。它意味着一种体制，意味着对关系的调整和对行为的安排，满足人类享有某些东西或实现各种主张的需要，使之尽可能在最少阻碍和浪费的条件下得到满足。”^① 寻求正义的同时，也必须考虑法律的确定性，因为法的确定性本身就是正义的一部分，实证法的效力在通常场合是由法的确定性作为其根据的。法的确定性决不是法应当实现的惟一价值，也不是决定性的价值。

当然，这种排序是有弹性的，并且其顺序必须依据具体条件和事实才能最后确定。比如正义与公共福利二者之间不是存在于完全调和的状态之中，而是存在于一种紧张关系中。这种紧张只能通过妥协、相互牺牲才可以不时地得到消除。有时也可以把有关公共福利的法的功效放在一个极端的位置上。“一切对国民有用的事物”并不必然就是法。相反，法这种制度，即产生确定性并同时寻求正义的制度，结局倒是对国民有福利作用的。

警务行为是警察依法执行公务的行为，警察执法的目的就是将混沌的现实状况变得有秩序，通过警察执法，将法的内在规定性从深层次的需要中产生出来，从统治的需要中产生出来。虽然在不同类型的国家中警察的执法理念是不同的，但作

^① Pound, A Survey of Social Interests, 57 Harv. L. Rev. 1943, p. 14.