

四川省公安厅软科学研究项目

警察行政强制研究

金光明 著

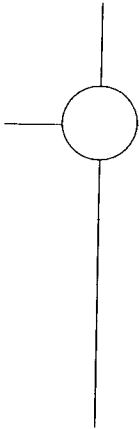
四川大学出版社

目 录

第一章 警察行政强制导论	(1)
一、警察的本源	(3)
二、警察行政与国家行政	(11)
三、法律、秩序、警察	(17)
第二章 警察行政强制的概念界定	(31)
一、行政权与警察权	(33)
二、警察权中的警察行政强制	(40)
第三章 警察行政强制的基础原理	(47)
一、行政强制的一般法理	(50)
二、行政强制执行与行政强制措施	(55)
三、行政强制执行	(58)
四、行政强制措施	(65)
第四章 行政强制的价值和功能分析	(73)
一、行政强制的价值分析	(75)
二、行政强制的功能分析	(88)
第五章 警察行政强制的原则	(93)
一、行政强制与行政法律原则	(95)

二、警察行政强制法定原则·····	(99)
三、人性尊严原则·····	(102)
四、期待履行原则·····	(104)
五、比例原则·····	(107)
第六章 警察行政强制的主体·····	(113)
一、警察行政强制主体的特征·····	(115)
二、作为警察行政强制主体的警察机关及内设机构·····	(117)
三、作为警察行政强制主体的人民法院·····	(123)
四、关于警察行政强制权的配置·····	(123)
第七章 警察行政强制执行·····	(129)
一、警察行政强制执行概说·····	(131)
二、警察行政强制执行中的代执行·····	(136)
三、警察行政强制执行中的执行罚·····	(142)
四、警察行政强制执行中的直接强制·····	(146)
五、警察协助执行义务·····	(153)
第八章 警察行政强制措施的一般原理·····	(157)
一、警察行政强制措施概说·····	(159)
二、警察行政强制措施的实施条件·····	(165)
第九章 警察行政强制检查措施·····	(175)
一、警察行政强制检查措施的概念·····	(177)
二、警察行政强制检查措施的性质界定·····	(179)
三、警察行政强制检查措施的法理·····	(181)

四、中国警察行政强制检查措施的实务	(186)
第十章 警察行政强制预防措施	(197)
一、警察行政强制预防措施概述	(199)
二、中国警察行政强制预防措施实务	(204)
第十一章 警察行政强制制止措施	(221)
一、警察行政强制制止措施概述	(223)
二、警察行政强制制止措施与自由裁量权	(226)
三、中国警察行政强制制止措施的实务	(228)
第十二章 警察行政强制保障措施	(253)
一、警察行政强制保障措施概述	(255)
二、中国警察权力保障措施(强制征用)	(257)
三、中国警察勤务保障措施	(260)
第十三章 警察行政强制的瑕疵与救济	(269)
一、警察行政强制的实体瑕疵	(275)
二、警察行政强制的程序瑕疵	(278)
三、警察行政强制的救济途径	(280)



第一章 警察行政强制导论

一、警察的本源

二、警察行政与国家行政

三、法律、秩序、警察

第一章 警察行政强制导论

警察行政强制由警察的职业属性与行政强制的行为性质二者组合而来。从权力的角度而言,警察行政强制也是警察拥有的一项重要重要的行政权力,即一种警察权。作为国家公权力的重要组成部分,警察权在怎样的程度上可以合适而有限度地在保护公民权利和限制公民行为之间游走?这涉及作为行政权的警察权力与公民权利之间关系的认识和界定问题。在现代法治国家的背景之下,讨论警察行政强制的法律问题,研究警察的本原以及相随而来的警察权力的来源,则是一个非常重要而且必不可少的内容之一。

一、警察的本源

恩格斯指出:“为了使这些对立面,使这些经济利益互相冲突的阶级,不至于在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要一种表面上凌驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围之内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。”^①而警察的机构和职能也就随着这种——亟须具有公正立场的公共权力机构的出场,提供强制措施以仲裁纷争并使人们服从管理——需要应运而生。所以,在早期的国家职能中暗含着警察职能,或者说此时警察的含义就是国家统治。同时,在本源上,我们也可以发现警

^① 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社,1972年版。

察自身的发展与国家发展的相生相随。警察职能的独立或者说警察的制度化,实际上是穿越了历史的长河直到资本主义制度逐渐成熟才渐行渐明的。警察的职业性和专门化是伴随着资本主义生产关系的确立和发展后为应付日益严重的阶级冲突,日益动荡的社会秩序和日益复杂的治安状况而逐渐明晰起来的。所以,我们将资本主义制度带来的激烈的阶级冲突看作是现代警察制度诞生的根本原因,将社会转型中动荡不安和秩序混乱看作是现代警察制度诞生的直接动因,而将新兴工业城市的扩张和城市犯罪率的攀升作为现代警察制度诞生的现实要求。这使我们可以比较容易地和社会历史和地理原因上理解到为什么现代警察制度是诞生在1829年的英国伦敦而不是在其他地方。确实,1829年9月,由其时英国内政大臣罗伯特·皮尔主持通过的英国伦敦《大都市警察法》及其法条引导下的英国现代警察机构和总部——苏格兰场成为现代警察制度诞生的标志。而之所以将苏格兰场警察体制看作是现代警察制度的发端,是因为自此以后的警察大抵具备了现代警察制度的如下五方面特征:警察职能的独立化、警察组织的系统化、警察职权的法制化、警察职业的专业化和警察装备的专门化。

警察的内涵无论是从其英文词源还是中文词源都包括两个方面:一是静态的,在这里警察是指维持秩序和治安的机构及成员本身,即警察在静态上是指警察个体和作为组织机构的警察整体;二是动态的,在这里警察是指作为特定群体及个人的警察为公众维持秩序和治安的行为及过程,即通常说的警察的“警之于先,察之于后”的职能实现过程。应该说,从静态和动态两个层面来概括警察的内涵是我们认识警察这一特定政治现象的必然视角。

警察的职能从国家的角度来说是为维护国家之秩序,其中包括政治秩序、经济秩序和社会秩序;而从公民个人的角度来说,

警察的职能是对公民行为的限制和保护：限制表现为警察主体通过警察行为或过程对部分公民危害他人权益的行为的侦查和预防，而保护则是在限制基础上的自然结果。当然，警察行为或过程的中心价值取向是限制还是保护，在现实层面的警察工作中是有差异的。一般说来，在古代警察中，警察的职能大多定位在限制层面，所以，那时的警察职能更多地表现为侦查和缉拿，甚至对危害行为的惩罚也是由具有警察职能的主体或机关实施的。而在现代警察体系中，警察的职能有向保护演化的趋势，比如当前警察服务公众职能的强化便是这种演化的明证。

警察的职权来源于何处，历史给出了其注释，最早因警察与国家职能、与王权、军权、裁判权等混合，其似乎受之于国家、政权甚至君主个人。现代警察制度则逐渐显露这一问题的真相：警察的职权都是由法律赋予的。而法律是什么？作为一种抽象，它是国家意志的体现；作为一种具象，它是全体公民达到合意基础上的公意表达。所以，从根本上看，警察的职权乃来自于全体民众权利的让渡，来自于公民对其“涉他行为”的限制和对自身权利的一定程度的牺牲。前述的警察与权利的悖论是指警察行为或过程的目标在保护人们实现权利，但这又往往以限制人们的权利为前提和手段。之所以有如此的悖论，关键在于人们的权利更多是在人们加入社会过程中实现的，即权利更多是有“涉他行为”的社会权利，正如洛克所言，个人并不总在自然状态中享有一切权利，个人必须而且不得不从自然状态进入社会状态，“因为在这种新的状态中， he 可以从同一社会中其他成员的劳动和帮助下得到许多便利，也可以享受社会的整个力量的保护。因此，他该放弃自己的自然自由以保护自己，同时也是因为社会的幸福、繁荣和安全的需要。这不仅是必要的，也是公正的，因为社

会中的其他成员也都这样做了。”^① 正是因为权利实现的社会性，所以权利的实现过程必然使权利与责任、权利与权威、权利与秩序、权利与法制、权利与法律发生关联，权利的实现是在这些对应物的矛盾的协调中实现的。而警察正是一种公共权威，警察正是秩序的维护者，警察正是强制行为的实施者，警察也正是法律规则的执行者，所以，我们对警察与权利的平衡的分析必须建立在对这些对应关系的分析基础上。

虽然权利从某种角度上看，意味着个人选择的绝对自由，意味着它反对任何强制及责任，但作为社会范围内的权利绝不是人们的为所欲为，人们的行为必须承担责任。责任正是每个生活在社会中的人必须肩负的道德义务，它意味着每个人的行为不仅仅是选择和实现，而且是对自己行为的限制或强制，是对自己行为后果的担当。任何健全的和有行为能力的人都是无法逃避责任的。这是因为任何权利的主张总是伴随着相应的责任和义务。

人们在权利实现中对责任的共同承担使社会产生秩序，在这里秩序是一种结果，是指有条理的、无混乱的状态；而在另一层面上，秩序又是指有一定规则的安排，即通过规则安排去获得秩序、维持秩序的过程。显然，权利与秩序之间亦有悖论：人们要最大限度地实现权利，但又必须对社会秩序的结果承担必要的责任和努力。

权威既是指令人信服的力量和威望，也是如林德希洛姆所说：“只要人们明确地缄默地允许他人为自己作出某种行为规范的决定，权威就出现了”，“权威是这样一种控制方法，它常常以极简单的方式运作，有的时候甚至一个字也不需要。在权威关系

^① [英] 洛克著：《政府论》（下），商务印书馆，1983年版。

中，一个驯服的人懂得需要他干什么，不需要他干什么。”^① 所以，权利与权威也是悖论：权威的出现和存在必然与人们的权利产生矛盾，而实际上，权威又是出自人们的普遍认同，群体中的人们往往愿意牺牲自己的权利去接受权威的控制和安排。不管怎么说，人们在实现权利的同时必须接受权威尤其是政治权威的安排。

权利与限制或强制也是冲突的。所谓限制是指个人的愿望、意愿，因为法律、伦理、习俗的要求，则无法通过自己的行为实现；而所谓强制是指一个人的环境或情境为他人所控制，为了避免更大的危险，他被迫不按自己的计划和目的行事，而只能服从于他人或某种权力的目的和意志。强制使人的行为并非为了自己的目的而是为了他人的目的，这实际上使人变成了实现他人目的的工具，所以强制是一种恶，它对人的权利给予否定。但我们也应当看到，在现实的情境中，强制又是不可避免的，是必要的恶。因为权利并非为所欲为，因为我们在日常的权利实现中总会遇到环境、财富、性别、智商甚至他人、法律的必要限制和强制。当然，这种强制的目的是为了我们的权利“确获保障”。而且来自外在的他人或权威的强制必须是特定的获得授权的主体，比如公共权力的代表——国家或政府。一般说来，国家等公共权力获得了人们对权威的认同，它们对人的强制出于公共目的可能是人们能够接受的。但是，这种强制性的公共权力本身又具有构成侵损权利的内在冲动，所以对于这种强制力本身必须进行强制，从而使它们不致超越其边界进入个人自由的私域，实现对公共权力这一强制力进行强制的主体只能是法律。因为法律是人们

^① [美] 查尔斯·林德希洛姆著：《政治与市场 世界的政治——经济制度》，王逸舟译，上海三联书店，上海人民出版社，1995年版，第20～21页。

公意的体现,是授予公权以权力的依据,是规范公权行使的屏障。

权利和法律的悖论在于法律一方面以授权性规范从正面对个人权利给予肯定性保护,另一方面它又会以禁止性或命令性规范从反面对个人的行为以否定的限制。前者如宪法对个人权利的规定,后者如刑法对行为的限制等。法律对于权利的保护和限制的悖论,早在洛克那里就有所探讨。洛克认为,人虽然生而享有自由等天赋权利,但这种权利很不稳定,有不断受到别人侵犯的威胁,为了更好地保护自己的自然权利,人们订立契约建立公共权力——国家,再以国家的名义制定法律,把自然权利变为有法律明文规定的法律权利,于是,法律成为权利的保护神,它以保护和扩大权利为目的,指导一个自由而有智慧的人去追求他正当的利益,防范个人堕入泥坑或走上悬崖而失去权利和自由。所以,洛克说:“在一切能够接受法律支配的人类状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴,而哪里没有法律,哪里就不能有自由。”并且,“人的自由和依照自己的意志来行动的自由,是以他所具有的理性为基础的,理性能教导他了解用以支配自己行动的法律,并使他知道对自己的自由意志听从到什么程度。”^①这里的“理性”,在洛克看来,就表现为人们对法律的理解和遵循程度,所以,有理性就有自由,理性越强自由越大——个人的自由程度就取决于他对法律的理解和遵循程度。而自由可以被看作是权利的替代表述。

法律的目的应该是保护和实现更多人的自由。问题的关键是,法律何以在保护人们的自由和限制人们的自由中摇摆?对这一问题的回答包括两点:一是因为人们的自由是社会自由,它的

^① [英] 洛克著:《政府论》(下),商务印书馆,1983年版,第38页。

实现关乎他人，所以必须限制；二是人们之所以在诉求法律对自己的自由的实现给以保护的同时接受法律对自己的限制，是因为这一法律得到了他出于本心的认同，即法律是人们自己为自己所规定的法律，是所有人认同的公意体现。关于第一点，马克思也曾有很好的表述：“个人自由不同于作为绝对权利的思想自由，它是一种外在的行为自由，归属于相对权利的范畴。”^① 所以，自由作为“关系他人”的社会自由，既有可能被别人或强权侵害，所以需要法律的肯定性保护；又有可能在利益上冲突侵害他人，所以法律必须以否定性限制，以实现所有人的“自由共存”。实际上，限制也是保护。关于第二点，卢梭的解释是到位的，他说：“惟有服从人们自己为自己所制定的法律，才是自由。”“我们更无须问何以人们既是自由而又要服从法律，因为法律只不过是我们自由意志的记录。”^② 在只要是自己认同的法律，便可以实现法律对自由的保护和限制两者的平衡这一点上，马克思有几乎同样的表达：“法律是自由的定在，哪里的法律成为真正的法律，哪里的法律就真正实现了人的自由。”^③ 这里“真正的法律”即要求法律须是真正的人民公意的体现。总之，要实现自由和法律的平衡与协调，有两点是至关重要的：一是法律的存在必须以人们自由的实现为目的，即法律必须建立在人们自由实现的基础上，因为人们只是因为需要自由，才需要法律，只是因为自由才接受法律对自由的限制。二是自由的主体必须是人民大众，而法律则必须是人民大众意志的体现，此时，人们服从法律才是服从

① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社，1972年版，第16～17页。

② [法]卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆，1982年版，第51页。

③ 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社，1972年版，第71～72页。

自己，而不是服从少数当权者的意志。

从以上对权利与其相对应概念的矛盾及消解中，我们已经不难看出警察与权利的悖论以及如何才能达致平衡，尤其是权利与秩序、权利与强制以及权利与法律的关系，为我们解释警察与权利的悖论提供了根本的言说基础：我们虽然不能将这几组矛盾中的“秩序”、“强制”和“法律”直接换成“警察”一词来直接作类比性说明，但警察作为秩序的维护者、强制行为的实施者以及法律的执行者，它的行为和权利的矛盾的存在及其解决确实可以在这些矛盾的存在和实现协调中得到直接的映象。尤其是法律对权利的保护和约束，几乎是警察与权利关系的同版：它们的矛盾是相同的，警察与权利的悖论也正在于警察被人们推选出来去保护自己、实现权利，而警察在很多时候却要限制（甚至强制，但不应是压制）人们的权利，对于这一矛盾的认识论上的消解也几乎是和法律与权利的矛盾的消解一致。人们是因为需要权利，才需要警察，人们是因为权利的缘故才接受警察对其行为的限制，所以警察的根本价值取向应是以人们的权利实现为目标；同时，警察必须是人们利益的真正维护者，警察代表的必须是真正意义的广泛的人民，只有在这时候，人们服从警察，才是真正服从了自己，而不是服从了某个特权阶层，才能真正实现权利。正是在这样的层面上，我们的警察行为究竟是以保护公民权利和自由还是以限制公民权利和自由为目标指向，对民众权利的实现和民众对警察群体的认同是绝不一样的。在实现警察与权利的平衡与协调时，我们当然需要警察行为复归到保护公民权利这一本原上。如果说“国家是必要的恶”是公共权力与私人权利矛盾冲突的自由主义解读，那在此基础上推导出的“警察是必要的恶”则可以看作是警察与权利的悖论得以消解、警察权与公民权得以平衡的必然结论。国家，正是人们实现公民权利而作的自由和权利让渡的结果，而警察作为国家这一公共权力的即时代表，也可以看作

是人们为实现常态自由而宁愿接受某种强制力量对个人的权利进行限制的产物。权利在其实现过程中，都要进行限制。正是在这一意义上，警察是“必要”的，不可缺的。然而警察作为一种公共权力，它同样是危险的，同样有着突破人们赋予的权力空间对权利造成侵夺的内在冲动的危险的“恶”。当然，类似于国家是人们在权衡利弊中出于“最小痛苦”原则的选择，警察作为必要的“恶”的存在，在这里也可以理解为是人们为保有权利和自由而必须付出的“代价”。因为没有它，社会就会无序，权利就会虚妄。而这一“代价”程度的合理性，要求社会对警察权的边界和公民权的范围有基本的界定。

二、警察行政与国家行政

行政，作为国家的组织活动，既可以是国家对社会的组织与管理，也可以是对管理者即国家组织自身所进行的组织与管理。因此，行政是国家的基本职能之一，行政管理与一般的社会组织活动不同，其特点是一种“国家”的管理。国家行政活动与其他国家职能活动有很大的不同就在于它具有这种“组织”与“管理”的特点，它的目的和任务是为了实现国家的职能，即建立有利于统治阶级的政治、经济、文化秩序。同时，科学的、现代的行政管理必然是一种法治的管理。从各国法治的普遍性而言，政府服从法律，行政受法的支配是法治的一般原则之一。“依法行政”或“行政法治”是当代行政法的原则和核心，它要求一切行政都必须遵循法律所规定的条件、程序、方式、形式等，违法行政显然就没有法律效力。法治作为权力的运行状态，是现代政治文明的体现，也是现代国家发展的必然要求。我国将法治作为治理国家的基本方略，体现了社会进步与发展，行政法治当然是其中不可或缺的组成部分。没有依法行政，就不可能真正实现依法治国。行政法治可以建立公民和政府之间的信任关系，建立稳定

的社会秩序,提高行政效率。行政的国家意志性和法治性也反映出其强制性的特点,即国家机关依法行使行政权的行为是以国家强制力为保证的。行政主体所实施的行政活动,作为相对人有服从、接受的义务,否则,行政主体就可以借助法律手段来强制相对人执行和服从自己的决定。

行政权乃行政之权,即确保行政职能得以实施的一种权力,之所以赋予行政机关以权力,在于促使其主动、直接、迅速、高效地处理社会公共事务,排除社会运行障碍。自从国家产生以来,行政权力就是公共权力中最直接作用于社会成员和社会组织的权力。国家对社会,对社会成员个人的统治,最常用的就是行政手段,只有在一般的行政手段失效时才使用法律制裁措施。随着国家对社会事务的日益全面的渗透,行政权力也渗透到了社会的每一个角落,甚至在一些不受国家权力控制的领域,也存在某种形式的行政权力(至少是类似于行政权力的权力)。行政权力一经诞生,就进入了一个不断演变、发展、扩张、渗透的过程,同时也就伴随着限制行政权力的过程。行政权力的发展变化,其实也就是扩张与限制,膨胀与压缩的过程。但是无论如何发展变化,行政权力在总体上作为一种执行性权力的性质都没有也不会改变;行政权力非常直接地作用于人们的日常生活这一事实没有也不会改变。

由传统行政权的职能单一性向现代行政权的职能多元性的过渡中,西方走的路与我国完全不同。西方传统行政权职能单一完全是西方警察国时代的产物,韦德叙述当时的情况是:“除了邮局和警察以外,一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却几乎没有意识到政府的存在。”^①然而随着“福利国家”时代的

^① 韦德著:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社,1997年版,第1页。

到来, 公众日益要求政府提供社会福利、社会保障、建筑桥梁、维修道路、建造住房等。今天, 除维持治安和确保税收这样一些传统的权力作用外, 与人民福利紧密相连的非权力性的管理作用在行政活动领域越来越占了更大的地位。“福利国家、保护国家、助长行政、给付行政等新颖之国家目的观及行政作用论渐渐被接受, 行政机能遂呈几何级数之增繁多涉。”^①

现代社会行政权力的扩张是一个基本的事实, 国家行政机关在行政活动中享有行政权力是一种实际的需要, 这是毋庸证明的公理。同时人们坚信, 组成政治社会、认可行政权力的目的是为了let行政机关最大限度地保障公民自由, 使每一个人得以充分地行使自己的权利, 对权利的保护也正是法律调整现实社会关系的根本宗旨。由此可见, 对公民权利的保障以及行政权力的合法行使这二者的有机结合, 无疑是人们在现实社会中的理想追求。但是, 经验和理性告诉我们, 权力有被滥用或误用的可能, 任何指望于行政机关完全准确无误地依法行政的政治设计都是不现实的。仅仅从行政权本身所具有的操纵性和支配性以及最终来实现这种操纵性和支配性的行政机关工作人员所具有的主观局限性和差异性上, 人们就不难作出这样的判断, 即: 行政侵权行为难以避免。也就是说, 行政权力并不是一个“理想”的代名词, 如果我们不是从理想的模式出发, 而是从行政行为的性质以及运作结果来看, 就不能不承认, 行政相对人既有可能得益于某一个行政行为, 也可能受损于某一个行政行为。此时, 最需要的莫过于以法律的手段来控制那些违法或不当的行政行为, 使行政相对人的合法权益得到保障。所以, 在依法行使权力的基础上, 必须注意寻找行政管理中的规律, 发现最佳方案, 以最小的消耗换来最大

^① 诚仲模著:《行政法之基本理论》, 台湾三民书局, 1980年版, 第5页。