



比较法视野下的 现代警察法 基本理论

BIJIAOFA SHIYEXIA DE
XIANDAI JINGCHAFU JIBEN LILUN

许韬◎著

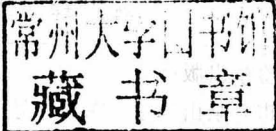
中国检察出版社



浙江警察学院资助出版

比较法视野下的 现代警察法基本理论

BIJIAOFA SHIYEXIA DE
XIANDAI JINGCHAFU JIBEN LILUN



许韬◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法视野下的现代警察法基本理论/许韬著. —北京: 中国检察出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0649 - 8

I. ①比… II. ①许… III. ①人民警察法—研究 IV. ①D912. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 072387 号

比较法视野下的现代警察法基本理论

许 韬 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: A5

印 张: 10. 375 印张

字 数: 286 千字

版 次: 2012 年 4 月第一版 2012 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0649 - 8

定 价: 35. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

数月前，曾应邀写下这么一段文字介绍自己：许韬，射手座，好游侠故事，有江湖情结，以墨家子弟居，言必信、行必果，笃信兼爱，非攻，尚贤，尚同。是以此抱负投身警察教育界，望天下安定，社会公平，司法正义。身为法律学人，十年苦读，奈何愚钝，近年游学欧美，比较中西，师夷长技，略有小成。我以为，这样的描述大体是妥帖的，但为配合宣传需要，最后的结语却似乎有些“王婆”式的自得。仰望学术的星空，深感自身的渺小，何来“小成”可言？

无须赘述，公安机关在建设社会主义法治国家的进程中负有极其重要的使命。而随着民主法治建设的逐步深入，公众法治意识的日益增强，为公安工作提供了极佳的机遇，同时也提出了许多新的挑战 and 更高的要求。近年来，在党中央、国务院和地方各级党委、政府的领导下，全国公安机关以科学发展观为指导，以人权保障为出发点与最终归宿，锐意进取，积极开展执法规范化建设，取得良好成效。但毋庸讳言，在实践的“高铁”面前，我们的理论研究却是“老牛破车”，不能有效回应现实需求，也不能对很多很好的改革尝试提供有力的理论支撑。正是在这一背景下，我试图通过比较研究的视角，考察与借鉴美国、英国、法国、德国以及日本等发达国家的有益经验，探究现代警察法学基本理论问题，从而为进一步加强公安法制建设，推动公安工作又好又快发展以尽绵薄之力。

我国法治建设需要积极借鉴人类法治文明的优秀成果，但常被我们忽略的一个问题是：被借鉴的“成果”是否具有可借鉴性，以及有多大的借鉴价值？学术的研究应当是开放的，我们可以提出

各种“大胆假设”；但学术的研究也必须是严谨的，我们必须从我国的现实国情出发去“小心求证”。这是我在本书的撰写过程中时时警醒自己需要把握的基本原则，但知易行难，我坚信我一直坚持这样的努力，但我不确定我是否达成了这样的目的。

本人近年来在欧美不少国家访学、讲学和培训，借此收集了较为丰富的一手资料，为本书的研究奠定了良好基础。但奈何水平有限，在艰辛的孕育过程中，几度胎死腹中。如果没有诸多良师益友的鼎力支持和无私帮助，就不会有本书的最终付梓出版。

在此，我要衷心感谢我的恩师，荷兰鹿特丹大学的李玉文博士，她对我的关心和帮助，我无以为报。我也要感谢美国乔治梅森大学的杰出教授大卫·维斯博德教授（Dr. David Weisburd）博士，他是当今世界最杰出的犯罪学与刑事司法学领域的学者之一，也是我在美访学期间的导师，他对我的教诲使我终身受益。

在本书撰写过程中，美国北科罗拉多大学社会学与刑事司法学系主任菲利普·雷切尔（Dr. Philip Reichel）博士，浙江大学的李文海博士，还有我的同事张俊霞教授、余湘青博士、李亮老师和叶涛老师都提出了许多很有价值的意见和建议，贡献良多，在此深表感谢，当然文责在我。同时，我还要特别感谢中国检察出版社的安斌博士与马力珍编辑，如果没有他们的鼓励和帮助，这些文字恐怕到现在还只是“文字”。

当然，我还要向浙江警察学院致以真挚的谢意，感谢学院为我提供了如此优良的创作环境和慷慨的出版经费支持。我很幸运是这个团结、融洽、奋发、有为的大家庭中的一员，我会继续潜心研究，继续前行。

在此，我谨向所有参与、关心和支持本书出版发行的他们和很多这里没有提及的“他们”表示真诚的谢意。当然，由于本人水平所限，再加上时间仓促，书中难免有疏漏或不当之处，恳请读者不吝指正。

最后，请允许我将此书与我的家人分享，没有父母的操劳，妻

子的付出，我根本不可能如此全身心地投入到学术创作中来。当然，我可爱的女儿小米则是我创作的灵感源泉与精神动力，如果我有任何的成绩，那一切都是为了她。

许 韬

2012年初春于钱塘江畔

写于草长莺飞时

目 录

第一章 警察法总论	(1)
第一节 警察	(1)
一、什么是警察	(1)
二、为什么需要警察	(3)
第二节 警察权	(4)
一、警察权之基本内涵	(5)
二、我国警察权之定位	(9)
三、我国警察权实施的现实困境	(13)
四、我国警察权规制的基本思路与路径探索	(18)
第三节 警察法	(27)
一、警察法的概念与特征	(27)
二、我国警察法的渊源与效力等级	(29)
三、警察法的基本功能：警察权之规制	(33)
第四节 警察制度	(38)
一、外国警察制度的起源与发展	(38)
二、我国警察制度的起源与发展	(43)
第二章 警察法基本原则论	(49)
第一节 警察合法性原则	(50)
一、警察合法性原则的基本涵义	(50)
二、我国警察合法性原则的具体要求	(51)
第二节 警察正当程序原则	(54)
一、警察正当程序原则的基本涵义	(54)

二、我国警察正当程序原则的具体要求	(55)
第三节 警察效率原则	(56)
一、警察效率原则的基本涵义	(56)
二、我国警察效率原则的具体要求	(57)
第四节 警察比例原则	(59)
一、警察比例原则的基本涵义	(59)
二、警察比例原则的基本要求	(60)
三、警察比例原则在我国的构建	(62)
第五节 合法期待原则	(66)
一、合法期待原则的基本涵义	(66)
二、合法期待原则的成立要件	(68)
三、合法期待原则在我国的确立	(70)
第三章 警察主体论	(77)
第一节 警察组织体制	(77)
一、警察体制理论述略	(77)
二、各国警察体制概览	(79)
三、我国警察体制改革	(85)
第二节 警察机关	(89)
一、外国警察机关的产生	(89)
二、我国警察机关的产生	(92)
第三节 警察人员管理制度	(95)
一、警察人员的警种与职权	(95)
二、警衔制度	(106)
第四节 警察教育培训制度	(108)
一、外国警察教育培训模式之总体概览	(108)
二、外国警察教育培训之基本特点	(114)
三、对我国警察教育培训工作的启示	(118)
第五节 警察权益保障制度	(120)
一、警察执法权益保障的正当性分析	(121)
二、警察执法权益保障的前提	(122)

三、警察执法权益保障的路径探索	(124)
第六节 公众参与警务	(127)
一、“公众参与警务模式”的提出背景	(127)
二、“公众参与警务模式”的内涵阐释	(128)
三、我国建构公众参与警务模式的路径梳理	(132)
第四章 警察行为论	(137)
第一节 外国警察刑事行为论	(137)
一、英国	(137)
二、美国	(142)
三、法国	(183)
四、德国	(186)
五、日本	(188)
第二节 外国警察其他行为论	(193)
一、英国	(193)
二、美国	(197)
三、法国	(206)
四、德国	(206)
五、日本	(216)
第三节 我国警察行为发展论	(219)
一、我国警察行为发展的法治化背景	(220)
二、我国警察行为发展的理念要求	(225)
三、我国警察行为发展的方向构想	(228)
第五章 警察救济论	(233)
第一节 警察救济制度概述	(233)
一、警察救济的概念	(233)
二、警察救济的途径	(234)
第二节 警察行政复议论	(235)
一、行政复议的概念与特征	(235)
二、行政复议制度比较	(237)
三、我国行政复议制度分析与完善	(245)

第三节 警察行为司法审查论	(252)
一、外国警察行为司法审查的法律规定与具体实践 ...	(252)
二、我国警察行政诉讼的有关规定与做法	(266)
第四节 警察赔偿论	(283)
一、警察赔偿制度概述	(284)
二、警察国家赔偿的归责原则	(287)
三、警察赔偿责任的构成要件	(290)
四、警察赔偿范围	(294)
五、损害赔偿诉讼	(302)
六、精神损害赔偿	(304)
参考文献	(310)

第一章 警察法总论

第一节 警 察

一、什么是警察

“警察”一词源于古代，但不同的历史时期其含义有所区别。警察在英语中称 Police，德语中称为 Polizei，其词源可追溯至雅典语和拉丁语，最早的含义是“都市统治的方法与都市力量”。14 世纪以降，“警察”一词被用来表示一切国家行政，其权力涉及的面非常广泛，包括政治、军事、司法和宗教等方方面面。这一历史阶段被称为“警察国家时期”，即西方国家政府直接利用警察权力来实现国家目的而不受任何法律约束的国家时代。17 世纪以后，“警察”一词的含义逐渐变窄，警察与军事和司法逐渐分离，警察专指国家“内务行政”。到 18 世纪，西方国家出现了所谓的“脱警化”运动，“警察”被限定为以国家权力的强制方法，维护公共安宁、安全和秩序，为防止社会成员遭受危险的政府机构及其工作人员的特称。警察被限定为以保护个人权利和维持治安为目的的作用。

在我国，现代意义的警察出现于清朝末年。所谓“警察”，意指“警之于先、察之于后”。从字面上看，警者，戒备、感觉敏锐、使人注意，以及危险紧急之情事也；察者，仔细查看也。^①《现代汉语词典》对警察如此注释：“国家维持社会秩序和治安的

^① [日] 松井茂：《警察学纲要》，吴石译，中国政法大学出版社 2005 年版，勘校导言。

武装力量。也指这种武装力量的成员。”^①

对于警察的定义各不相同，这是由于受各国传统文化和社会制度的影响，以及观察角度的差别。作为维护国家和社会治安秩序、惩治违法犯罪活动的主要实施者，警察的权力触角涉及社会生活领域的方方面面。

在此意义上，警察是指具有武装性质的维护国家和社会治安秩序，在警察机关中行使警察职权，履行警察职责的国家公职人员。公职人员乃直接或间接从事国家及公共团体事务或政务的人员。警察依法代表国家行使警察权力，首先要求其必须具有国家公职人员的身份。这样便依法享有国家公职人员的权利，能够承担国家公职人员的义务。其次，警察是专门执行警察任务的特殊公职人员群体。所谓“特殊”，是由警察肩负的特殊职能决定的。警察依法肩负着维护国家安全稳定、维护社会治安秩序、预防和制止违法犯罪的重要任务。^② 为有效应对各种复杂情况，确保其职能的实现，就需要警察除了应具有较高的业务素质和严密的组织纪律外，还必须要通过国家法律赋予警察特殊的武装性和高强制性，并在交通、通讯、警械、武器等物质装备上具有一定的保障。David Bayley (1985) 说，警察就是被一定团体授权可以通过使用武力来管理其内部人与人之间关系的特定群体 (people authorized by a group to regulate interpersonal relations within the group through the application of force)。^③ 由此警察便具有了身份的双重性，即除了应享有国家公职人员的身份外，还必须具有警察身份，受到警察职权与职责

① 《现代汉语词典》(2002 年增补本)，商务印书馆 2004 年版，第 670 页。

② 当然，必须指出的是，警察依法也具有服务职能。如规定警察参加抢险救灾、参与社会服务活动。而且随着社会的不断发展和进步，警察的服务职能正在进一步强化。警察机关实施行政管理，一定意义上也是一种为社会服务的体现。行政就是管理，管理实质上也是一种社会服务。

③ Bayley, D. H. (1985). *Patterns of policing: A comparative international analysis*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.

的约束，受到警察纪律的约束等。

我国现行的《人民警察法》并没有对“警察”给予法律上的明确规定，但依据其中的相关规定基本可给出如下定义：人民警察是指依法行使警察权力，维护国家安全，维护社会秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动的执法人员。需要指出的是，根据《人民警察法》的规定，人民警察包括公安机关、国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检察院的司法警察。显然，公安机关人民警察只是其中之一。限于本人的研究视域和偏好，若无特别说明，本书所指的人民警察主要指公安机关人民警察。

二、为什么需要警察

从警察的历史发展过程看，警察是伴随着国家的产生而产生的，是阶级社会的产物。综览世界各国，无论实行什么社会制度，一般都设有警察。我在课堂上常常让学生思考这样一个问题：如同著名警务专家赫尔曼·戈尔茨坦（Herman Goldstein）所说，在一个标榜自由的国家里，警察的存在本身就是反常。那么，我们又为什么需要警察？警察及警察权存在的正当性是什么？

警察存在的正当根据在于维护社会治安的需要。正如 Fairchild 和 Dammer 指出的，一个国家首要的义务是维护国家的和平与稳定，现代警察的职责就是“维持国内秩序和控制不法行为”（civil order control and deviance control）。^① 1829 年，当时英国的内务大臣罗伯特·皮尔爵士（Robert Peel）在伦敦建立了第一支现代警察队伍。当时议会里对此持反对意见的人很多，皮尔爵士运用实用主义的论点说服了满腹狐疑的英国议会。他承认建立警察可能带来的潜在危害（警察可能会成为政府统治臣民的专政工具），但认为如果

^① Fairchild, E. and Dammer, H. (2001). Comparative criminal justice systems (2nd ed). Belmont, CA: Wadsworth.

没有警察，城市里的犯罪数量会进一步增加，更多无辜的公民会受到伤害。由于当时伦敦混乱的治安秩序及伦敦居民对犯罪的恐惧，皮尔爵士的论点最后赢得了议会大多数人的支持。^① 由此，警察的存在便有了实用主义的意味：警察存在的本身为社会所防范的危害（防止犯罪）大于它可能带来的危害（妨碍自由）。在美国，警察即被称为“必要的恶魔”（necessary evil）。当然，仅此实用主义的论证来说明警察存在的正当性与合法性显然是不够的，对此，我将在第三章和第四章中对警察及其权力的行使如何获取合法性做进一步的阐述。

第二节 警察权

要弄清楚警察的本质，挖掘警察权是应有之义。列宁曾指出：“常备军和警察是国家权力的重要工具。”^② 警察权作为国家权力的重要组成部分，对维护社会秩序、国家稳定和人民生命财产安全具有不可替代的作用。可以说，现代社会已经越来越离不开警察权的运作。公民基本权利的最有力保障来自于警察权的法治化运作，然而公民基本权利所面临的最强大的威胁也正是来自于警察权的滥用。从法治的视角来看，警察权与公民权具有此消彼长的张力关系，即警察权的扩大意味着公民权的缩小，警察权的滥用往往导致对公民权利的损害。法律赋予警察手中的权力是一种范围最广、影响最大、强制性最强的国家权力。警察权能否准确实施直接关系到公民的生命、健康、人身自由、财产等合法权益能否得到有效保障。

① [美] 曹立群：《美国社区警务的兴起及对中国警务的启示》，转引自 <http://people.emich.edu/lcao/chinese/qishi.htm>，于2012年1月5日最后浏览。

② 《列宁全集》（第25卷），人民出版社1984年版，第377页。

一、警察权之基本内涵

（一）什么是警察权

所谓警察权，即警察权力，是指主权国家用以维护国家和社会治安秩序，预防、制止和惩治违法犯罪活动而施行的一种强制力量。一般有广义和狭义两种理解。

广义的警察权，是指国家有关警察活动的一切权力，属于国家基本权力的组成部分，包括国家关于警察工作的立法权、决策权和执行权。狭义的警察权，是指由国家宪法、法律赋予警察机关及其成员执行警察法规范、实行警务活动时享有的权力。通常所说的警察权就是指狭义的警察权，本文若无特别说明，也在此意义上使用“警察权”一词。

狭义的警察权具体包括以下内容：第一，警察权的来源和基础是国家宪法和法律的规定，它必须依法确认或设定；第二，警察权的行使主体是警察机关，由警察机关代表国家实施，其他国家机关不拥有警察权；第三，警察权有其特定的权限范围，它只能适用于维护国家安全和社会治安秩序等警务活动这一特定领域。警察权实施的直接目的是进行治安管理和惩治犯罪，根本目的是整个社会秩序的稳定和人民群众生命财产的安全。

要准确理解和把握警察权，还有必要将其与警察职权进行比较，这是两个有着密切关联但又不完全等同的概念。警察权是一种抽象的国家权力，在现实生活中，为保证警察权依法、有效、正确得以行使，就必须通过各种法律明文规定，将警察权具体化并分散配置于不同层级、不同种类、不同地域的警察机关，这种被依法配置到具体警察机关的权力即为警察职权。因此，警察职权是警察权的具体配置和转化形式，两者之间是具体与抽象的关系。

（二）警察权之基本特征

警察权力是实现警察职能、履行警察职责的重要保证。一般具有如下特征：

1. 警察权的国家性。这是警察权力的本质特征和固有属性。马克思主义警察观认为：警察是国家的警察，警察权是国家权力，是与公民权利相对应的公权力。因此，从这一层意义上讲，警察权的行使主体只能是国家。警察权的这一固有属性，使警察和其他群众性治安力量，如私人保镖、治保组织等原则区别开来。我在下面会谈到警察权的社会化、民营化趋势，但我以为，这并不改变警察权的国家属性。

2. 警察权的公益性。一方面体现为警察在维护国家和社会秩序过程中，通过警察权的运用，为国家的经济建设、民主政治建设、精神文明建设以及人民群众安居乐业，创造良好和谐的社会环境；另一方面体现于警察直接服务社会、服务公众，为人民群众排忧解难等警务活动的实践之中。在我国，随着“立警为公，执法为民”的提出，意味着公安机关将由专政职能更多地转向管理和服务职能，改革和重塑的目的是提供一种更透明、有效与公正的服务机制，其公益性特征将愈加突出。

3. 警察权的法定性。法治主义从根本上要求国家的一切权力行为必须以法律为依据并且受法律制约。警察权作为一项十分重要的国家权力，它的来源和基础是国家宪法和其他相关法律。警察权中每一具体权力，从主体到内容，从适用范围到适用程序，从设立到实施，都必须由相关的法律法规明文予以规定，不得越权和违法，这是警察权法定性的体现。

4. 警察权的特殊强制性。警察权的强制性当然属于国家的强制性。需要指出的是，由于警察肩负着特殊的任务，具有鲜明的暴力性质，国家赋予其相应的其他国家机关所不拥有的特殊强制手段，如限制公民人身自由、使用武器、警械、武装封锁等。同时，警察强制是一种直接强制，即不需要借助其他国家机关的力量，就可施加于相对人的一种特殊强制。

就目前我国的现状来看，警察权指国家赋予公安机关、国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检

察院的司法警察的一切权力，包括在履行刑事侦查职能和行政管理职能中所运用的一切权力。^①除前述警察权一般特征外，我国警察权力还具有以下鲜明特征：一是警察权的高度垄断性。即警察机关集中统一行使警察权，形成一种高度垄断的警察体制。我国除国家安全机关以外，绝大部分警察权都由公安机关行使。除一般警察机关之外，虽然还有建立在交通、民航、林业、海关等行业的专业警察机关，但在业务上受公安部垂直领导，因而并没有削弱警察权的垄断性。二是警察权的范围广泛性。我国警察权作用涉及社会生活的方方面面，渗透到社会生活的各个角落，每个公民、每个家庭、每个组织，都包括在警察权力范围之中。

5. 警察权的广泛裁量性。行政裁量是现代公共行政的典型特征，它通过行政活动的所有过程，涉及一切行政领域。自由裁量权亦为警察行政所必需，即警察在法律许可的情况下，对作为或不作为，以及怎样作为进行选择的权力。裁量有两个层次：一是行为选择，包括作为与不作为；二是在作为的前提下产生的有关幅度、时间、程序上的选择。^②我国有关法律对于警察权的规定，多有一定的幅度，在此幅度之内，警察享有自由裁量权力。

戴维斯在其名著《裁量正义》第一章写道：在美国首都华盛顿司法部大厦毗邻宾夕法尼亚大道一侧的门石上，镌刻着这样五个大字“法终暴政兴”。窃以为：法律终止之处未必就是专制起始之时。法律终止之处实乃裁量起始之所。在戴维斯看来，裁量权得以存在主要源于两个因素：1. 规则需要裁量作补充。即立法者无法

① 孙小蕾：《论警察权的重构》，载《铁道警官高等专科学校学报》2007年第1期。

② 如美国警察在处理青少年违法犯罪行为时，有着很大的自由裁量权，有多种方案可供选择，他们可在对嫌犯审问后立即释放，也可以将他移交给青少年服务机构，还可以提交青少年法庭或是转交青少年羁押中心。只有对嫌疑犯行为在较早时就有所了解，或该嫌犯留有案底，罪行非常严重时，才有可能采取依法严办的方式。