

警政革新与警察 裁量权之规范

徐文星 著

西北政法大學學術文庫

行政法系列

法律出版社

国家社科基金项目“选择性执法研究”（课题编号：09CFX023）

警政革新与警察 裁量权之规范

徐文星 著

西北政法大學學術文庫

行政法系列



**Taming Police
Discretion under
the Reformation
of Policing**

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

警政革新与警察裁量权之规范 / 徐文星著. —北京:
法律出版社, 2010. 12

(西北政法大学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1434 - 0

I. ①警… II. ①徐… III. ①警察—行政管理—研究
—中国②警察法—研究—中国 IV. ①D631. 1
②D922. 144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 212859 号

西北政法大
学学术文库

警政革新与警察裁量权之规范

徐文星 著

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.375 字数 323 千

版本 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1434 - 0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北政法大学学术文库编辑委员会

编委会主任： 贾 宇

编委会副主任：赵馥洁 王 瀚

编委会成员（以姓氏笔画为序）：

王周户	王政勋	王 健	王楷模
王 瀚	王 麟	冯 雪	闫亚林
刘进田	刘光岭	严存生	李万强
汪世荣	张周志	杨宗科	郭 捷
赵馥洁	贾 宇	高在敏	强 力
韩 松	谢立新	慕明春	

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才重

要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学缘结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

目 录

绪论/1

一、问题的提出/1

二、文献评论/7

三、研究途径与研究方法/17

四、相关术语的解释/20

第一章 专业警政与警察裁量权/28

一、专业警政、警察裁量权与法治/28

(一) 专业警政之形成/28

(二) 专业警政与警察裁量权/31

(三) 传统警察裁量权理论与法治/33

二、传统警察裁量权学说之理论基础/38

(一) 传统警察裁量权学说的理论基础/38

(二) 传统警察裁量权理论、法律保留原则与禁止授权 原则/43

三、传统警察裁量权理论的制度安排/46

四、传统警察裁量权理论之评析/53

第二章 社区警政与警察裁量权/60

一、社区警政、警察裁量权与法治/60

(一)社区警政之兴起/60

(二)社区警政与警察裁量权/66

(三)新警察裁量权理论与法治/70

二、新警察裁量权学说之理论基础/75

(一)新警察裁量权学说之理论基础/75

(二)警察裁量权与“研究范式”/78

(三)新警察裁量权理论可能的学术贡献/83

三、新警察裁量权学说的主要内容/89

(一)警察任务之重新定位/89

(二)积极行政与警察裁量权/93

(三)警察裁量权的控制方式/98

(四)《执法与司法行政委员会报告》的实证调查/106

四、新警察裁量权理论的制度设想/108

五、新警察裁量权理论存在的问题与启示/113

六、警察裁量权的正当性模式/117

第三章 我国警察裁量权的再认识/124

一、我国警察裁量权运行之背景/124

(一)警察权与政治形态/124

(二)警察权与“路径依赖”/127

(三)警察角色与警察裁量权/132

二、警务改革与警察裁量权/138

(一)警务改革与两种警政/138

(二)警政改革之复杂性与警察裁量权规范/145

三、理论层面之警察裁量权/152

四、法律规范层面之警察裁量权/162

(一)实定法关于警察裁量权之规定/162

- (二) 法律规范层面存在的问题/166
- (三) 实定法关于警察裁量权规定的实例/174

五、实践层面之警察裁量权/180

六、警察裁量权形成之原因分析/194

- (一) 共同的原因/194
- (二) 特有的原因/197

第四章 我国警察裁量权之规范/207

一、警察裁量权的规范/207

二、警察裁量权控制模式的探索/210

- (一) 法制控制模式/212
- (二) 专业控制模式/213
- (三) 民主控制模式/216

三、警政革新与裁量权控制模式的选择/224

- (一) “前专业警政”—“专业警政”转型中的警察裁量权控制/224
- (二) “前专业警政”—“社区警政”转型中的警察裁量权控制/247

第五章 裁量权行使规则与警察裁量权规范/259

一、裁量权行使规则之背景/259

二、裁量权行使规则的几个重要问题/265

- (一) 裁量权行使规则之概念/265
- (二) 裁量权行使规则之意义/271
- (三) 裁量权行使规则的合法性/275
- (四) 裁量权行使规则之主要内容/284
- (五) 裁量权行使规则制定的制度性障碍/288
- (六) 警察裁量权行使规则与“规范性文件”/292
- (七) 法院与立法机关在规则制定中的作用/295
- (八) 民众是否有权要求行政机关制定裁量权行使规则/297
- (九) 裁量权规则之法律效力以及责任/299

三、裁量权行政规则制定的程序/300

四、裁量权行使规则之适用范围/312

(一)裁量权行使规则的范围/312

(二)裁量权行使规则制定的标准和领域/314

(三)裁量权行使规则的监督机制/322

结论/325

一、研究发现/325

二、研究贡献/327

三、研究限制/328

参考文献/333

附录/350

【附录1】/350

【附录2】/352

【附录3】/355

【附录4】/363

【附录5】/366

【附录6】/367

【附录7】/369

【附录8】/370

【附录9】/377

后记/383

绪 论

一、问题的提出

曾几何时,警察就是英勇、高尚与正义的化身。但是,时至今日,民众对于警察之印象已悄然发生了变化。警察之违法、滥权及其对民众权益的侵害,屡屡成为媒体之头版新闻。警察与民众、社会之间的紧张关系更是达到了前所未有的地步。^{〔1〕}而诸如孙志刚案、处女嫖娼案、陕西黄碟案、成都火车站案、

〔1〕 诸如警察在执法过程中常常处于孤立的处境;警察在需要证人提供证据时,证人往往不予配合,等等。这些事件都表明了警察与民众之间关系的僵硬甚至对立,以及相互间“信任”的极度缺乏等。有的学者甚至认为,“中国警察遭遇了近年来最严重的声誉危机……如果执法者自己首先知法执法又犯法,必然动摇法治大厦的根基,人们就会由信仰法律转至对法律乃至整个法治的否定性评价,法律信仰危机的发生则会成为必然的结果。”参见孙曙丽:“略论对人民警察的执法监督”,载《法学论坛》1996年第1期。

四川李思怡事件、太原刘立民案〔1〕彭水诗案〔2〕等更是一次次地将警察推至风口浪尖,警察及其相关事项“一而再,再而三”地成为整个社会关注的焦点。与此同时,社会治安形势持续吃紧,犯罪率持续攀高,公众之安全感以及和谐生活遭到了极大挑战。〔3〕而作为主要角色之警察,其自身权益亦屡屡受到侵害甚至无法得到基本保障。面对此种困局,该如何解套?与公众对警察的感性反应形成鲜明对比的是,我们的警察法学理论研究似乎并未跟进。〔4〕面对这种情形,作为一名研习公法的法律学人,以警察行政作为研究对象成为必然。

Galligan 曾言,“在某种程度上,现代法律体系的一个重要特点就是:无论是司法官员还是行政官员,其往往是在缺乏明确的、固定的并具有约束力的法律规则的前提下作出了决定”。〔5〕Scarman 也指出:“现代警务的核心就是警察裁量权的行使”。〔6〕Davis 更是明确指出,“行政法为我们提供了众多的研究领域,但是,没有哪个领域能够比裁量权更来得有意思”。因为在其看来,“那些非正式的并且不受司法审查的裁量性行为中大约有百分之八十到百分之九十都被忽略了,而这些行为恰恰是导致非

〔1〕 <http://news.sohu.com/20050515/n225565893.shtml>.

〔2〕 <http://news.sina.com.cn/c/1/2006-10-19/013011273068.shtml>.

〔3〕 参见十届全国人大五次会议审议的《政府工作报告》,载 <http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2007/03-16/893602.shtml>.

〔4〕 从整体上而言,我国的警察学(包括警察行政法学)比较落后。“公安研究,尤其是理论研究缺乏进展。这集中表现在:理论研究程式化;有些涉及公安工作总体性的问题缺乏理论深度;许多对争议问题的讨论和分析缺乏见地;各级公安机关中鲜活的实践还有待研究”。Huang, X. C. (2000), ‘Summary of the 10th National Meeting about the Editorial Work of Public Security Studies’, *Gongan Yanjiu*, 78: 77-9. 转引自 Kam C. Wong, *Policing In The People's Republic Of China: The Road to Reform in the 1990s*, *British Journal of Criminology*, Spring, 2002.

〔5〕 D. J. Gauigan, *Discretionary Powers-A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press. Oxford, 1986, p. 1.

〔6〕 Lord Scarman. Scarman Report: The Brixton Disorders, 10 - 12 April, 1981 (Pelican).

正义(injustice)的主要原因”。^[1]因此,就警察行政来说,警察裁量权已经成为警察行政不可回避之重要内容。因为,特定时空下的警察永远也不可能拥有充足的资源去执行所有的法律,而再缜密的规则也需要执法者针对特定的情景进行解释,更何况“个体正义”“社会正义”永远是人们所梦寐以求的。正是在这样的背景下,^[2]笔者决定以警察裁量权作为研究对象。

虽然行政裁量权勾起笔者的学术兴趣纯属偶然,^[3]但随着研究兴趣的不断增长,笔者甚至试图对整个行政裁量权进行全面的、系统的研究。不过,随着相关阅读的扩展,以及对于行政裁量权认识的深入,笔者不得不放弃了这种“宏伟的想法”,转而以警察裁量权作为研究内容,主要是考虑到:

第一,对不同行政机关所行使的裁量权进行全面研究,进而对相关内容进行抽象、概括远远超出了笔者的学术能力,对此很难进行驾驭。^[4]而且,从本质上来讲,规则/裁量之间的论争其实是“法律是什么”这个根本性问题的集中体现,也是秩序/正义、单一/统一之间紧张关系的彻底反映,更是“自柏拉图到亚里士多德,从西赛罗到奥古斯丁,从洛克到孟德斯鸠,从边沁到奥斯丁,从哈特到霍菲尔德,从德沃金到庞德所争论不止的

[1] K. C. Davis, *Police Discretion*. St. Paul: West Publishing Co., 1975, p. 173.

[2] 戴维斯(K. C. Davis)认为,在整个政府系统和司法系统中,由于各种决定之作出主要依赖于裁量权而非规则或者原则,而且这些领域与正式的听证或者司法审查几乎绝缘,因此,对于个人而言,此领域“正义质量”之提升最为迫切,同时也最具希望。参见 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, la.: Louisiana State University Press.

[3] 之所以对行政裁量问题产生兴趣,很大程度上是源于王锡锌教授“自由裁量与行政正义——阅读戴维斯(K. C. Davis)《自由裁量的正义》”一文的阅读,由此笔者才逐渐关注 Davis, Galligan, Hawkins, Kadish 等关于裁量权的研究。

[4] 从发生学的角度看,行政裁量理论是为解决司法权与行政权之间的权限划分问题而出现的。渡辺宗太郎「自由裁量論の推移」(京都大学)法学論叢 46 卷 6 号 26 页,转引自王天华:“裁量标准基本理论问题刍议”,载《浙江学刊》2006 年第 6 期。

学术命题”^{〔1〕}其复杂程度远非一篇论文所能概括。而对所有行政机关裁量权运行的考察也非本研究所能承担。

第二,裁量权是个“口袋型”概念。由于各个行政机关所处理事项的不同或者同一机关内部各机构承担任务的不同,各种裁量权在行使方式、形成原因以及控制模式上存在着本质性的差异。Galligan 就认为,“每一个裁量权领域都有着自己独特的特点以及相关的问题,泛泛的研究裁量权可能并没有意义”^{〔2〕}因此,即使就警察裁量权而言,其内容依然相当的广泛,既有执法政策制定层面的裁量权,也有具体行政行为中的裁量权,更有各种警察措施的裁量权,等等^{〔3〕}这些裁量权有的是我们可以直接观察到的,有些我们则全然不知。

第三,相对于部门行政法而言,行政法总论的研究相对比较充实。而对于警察行政法,尤其是警察裁量权的研究显然还是一块处女地。对警察裁量权的研究,可能会开阔、丰富我们对于警察行政的了解,进而加深我们对于行政裁量权甚至是行政法总论的认识和理解。同时,又能用行政法总论的有关理论分析、解决警察行政所面临的问题。正是上述原因,我把研究的对象从行政裁量权缩限为警察裁量权。

警察裁量权,这个曾在法治发达国家引起过激烈论争的问题,目前尚没有引起我们足够的重视,或者说虽然已经得到了重视,但是整个研究还没有摆脱传统的“研究范式”。毫无疑问,警察在处理一些严重犯罪案件(例如杀人、银行抢劫等刑事案件)的过程中,很少有裁量的余地。警察会即刻出警、缜密侦查、不惜一切代价收集信息,尽力侦破案件。但是,这种

〔1〕 崔林林:《严格规则与自由裁量之间——英美司法风格差异及其成因的比较研究》,北京大学出版社2005年版,第159页。

〔2〕 D. J. Galligan: *Discretionary Powers – A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press. Oxford 1986, p. 3.

〔3〕 当前对于警察裁量权的研究似乎基本上是从个案角度进行的,这就排除了政策制定层面和社会正义的考虑。这种研究倾向是造成我们对警察裁量权认识不全面的重要原因。

严重犯罪的处置仅仅是警察日常工作的很小一部分,且主要由刑事警察承担。而与我们日常生活更为密切的行政警察,其在处理扰乱公共秩序、家庭暴力、醉酒驾车、噪声污染等“轻微犯罪”的过程中掌握着相当的警察裁量权,其往往自行决定执法之优先次序、是否启动警察权、是否进行处罚以及采用何种方式进行处罚等。虽然大多数的学者尤其是行政法学者依然坚持:警察在处理这些事件的过程中,应该严格遵循法律的规定,“依法办事”。但是,这种观点在实践中遭遇到相当的挑战。因此,“鸵鸟政策”并不能解决实际问题,而警察行政实践之复杂性也远远超出我们的想像。

更为重要的是,在世界范围内,以社区警务(community policing)和问题导向警务(problem-oriented policing)为主要内容的警政革新风起云涌。如何结合我国的实际情况对这些可贵的尝试进行选择性的吸收、借鉴,从而摆脱当前的治安困局,这更是成为研究、控制警察裁量权之主要背景,也是整个裁量权理论的难点。因为,这涉及整个行政法理论基础之转变以及警察裁量权控制理论的变迁等一系列深层问题。传统行政法的理论基础是以“法院”和“程序”为核心的控权模式,而在警政变革的背景下,警察行政由消极的、被动的行政一跃成为积极的、主动的行政,这种转变带来的问题,就是传统的警察裁量权控制机制在新背景下是否适用?效率如何?另外,我国警政尚处于从“前专业警政”向“专业警政”的艰难转型中,与这种转型相适应,我们应该如何控制传统的警察裁量权?

与警察行政实践以及国外关于警察裁量权的深入研究形成鲜明对比的是:理论界依然坚信,甚至连警察自己也坚信,警察不应该享有裁量权。^[1]正是在这样的一种理论与实践存在巨大张力的背景下,警察裁量

[1] 尤其是在严重犯罪领域,或者刑事警察领域。相关介绍参见 J. Q. Wilson, *Varieties of Police Behavior-The Management of Law and Order in Eight Communities*, Harvard University Press, 1968。访谈的警察私下承认,裁量权的行使是大量存在的,也是必然的。但是,在公开场合其又声称没有任何裁量权,是依法办事。

权在“以规则为中心的法学研究”背景下更是有着独特的重要性。因此,对于警察裁量权的全面深入研究不仅有助于消除人们对警察裁量权的误解、了解警察任务之复杂性,进而为有效规范警察裁量权行使提供解决方案;更对警察和民众良好关系的建立以及警察任务的顺利完成有着极为重要的作用。从比较法的角度而言,美国等法治发达国家从20世纪60年代中期起对警察裁量权就进行了全面、细致的研究。其不仅存在着传统警察裁量权理论,更有所谓的新警察裁量权理论,并且在各种理论争鸣、博弈的基础上,提出了相对比较可行的警察裁量权综合治理方案。

我国对于警察裁量权的认识不仅处于比较初级的程度,而且研究方法、研究内容比较单一。尤其是警察裁量权控制机制主要还是依赖原来的那套仅仅适合规范执行权(ministerial)的机制。按照Goldstein的说法:“现行的还是那套建立在‘传送带理论’基础上的控制机制,这一控制机制主要是适用于那些明显越权的行为的,对于行政裁量行为,显然不适合。”〔1〕我国行政裁量权理论研究的薄弱主要体现在以下方面:〔2〕在研究方法上,基本采用裁量权和规则两分法,以规则作为研究裁量权的参照系;在总体定位上,将行政裁量权视为规则的对立面,认为是“必要的恶”;在规范途径上,主要通过司法审查以及法律规则对其进行规范;在研究对象上主要是对整个抽象的行政裁量权进行研究。

从世界范围来看,警察裁量权的规范、监督可能是一项系统性的工作,因此,除了传统的司法审查之外,我们更应该将注意力集中在警察裁量权自身的特性,探索新型的、高效的控制机制。而在探索新型的控制机制之前,我们始终应该清楚自己的独特的处境,也就是两个转型:“前专业

〔1〕 Goldstein, Administrative Problems in Controlling the Exercise of Police Authority, 58 J. Crim. L. C. & P. S. 160, 161 (1967).

〔2〕 总体而言,我国裁量权研究还比较滞后。在已有的研究中,从研究内容来看,主要是有关司法裁量权和检察官裁量权;从研究角度来看,主要集中在法理、刑事訴訟法专业,行政法对于行政裁量权的研究还不够深入、具体。