

从合规性到正当性：我国警察法治体系的重塑

——基于“新行政法”理论的展开

蒋勇

(西南政法大学法学院, 重庆, 401120)

摘要: 在循法而治的总体法治图景下, 我国警察法治是以“合规性”作为逻辑轴线的, “合规性”路线本质上是传统行政法治模式在警务领域的复制与变异。而在警事治理时代, “合规性”路线存在着功能上的困境, 为了解这一实践难题, 有必要引入“新行政法”理论。“新行政法”强调对行政正当性的重新发现, 在依法行政、专业行政、民主行政的催化下, 我国警察法治体系应当包含警察法体系的完善、内部控制体系的建立以及警务政策的公共性规制这三个新的要素。

关键词: 警察法治; 合规性; 功能困境; 新行政法

中图分类号: D912.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)02-0085-09

随着社会转型, 迈入国家治理时代, 警察权作为国家最具强制性与穿透性的治理工具, 近些年来在实践运行中不断出现争议, 并引发了公众对警察权认识上的分歧。一方面, 诸如“以行代刑”“钓鱼执法”“选择性执法”的现象仍时有发生, 在信息化时代还出现了“网警有偿删帖”“贩卖个人信息案”等新的警察权失范现象。^①另一方面, 基层公安机关警员普遍抱怨执法环境不佳, “人性化”变成软弱化, 正常执法遭到无端猜忌与阻挠。^②近期的“庆安事件”^③与“王文军案件”^④也成为社会舆论认知警察权的对立性样本, 从而引发警察权强弱的讨论。与实践中的话语交锋不同, 这些年关于警察权的研究似乎陷入了停顿状态, 学术研究大多围绕着警察权失范现象进行法教义学上的批判, 却对实践中的焦点问题缺乏有解释力的理论阐释。这种学术上的忽视与回避恰恰体现了警察权研究范式上的局限。在“新行政法”理论日益兴起的当下, 警察法治这一部门行政法的研究也应当与时俱进, 运用更为有效的研究范式去解释与辩驳当下的热点问题。

一、合规性：我国警察法治的逻辑轴线

(一) 循法而治的总体法治图景

鉴于“文革”惨痛的历史教训, 在改革开放之初,

“有法可依、有法必依、违法必究、执法必严”的十六字方针奠定了我国法制建设的总体面相, 即循法而治。“循法而治意义上的法治观——形式合法性法治观——则是法律本身拥有的道德, 是实现政治功能的理想方式之一。”^[1]在改革开放初期, 形式合法性的提出有助于重建国家权力组织网络, 回归国家的常态治理。1997年, 党的十五大报告明确把“依法治国, 建设社会主义法治国家”作为中国共产党领导人民治理国家的基本方略。“依宪法和法律规定”治理是我国依法治国的基本特征, 再加上我国是成文法国家, 并不承认判例法的法律渊源存在, 因而我国的依法治国在本质上是一种循法而治的法治观。

循法而治的观念反映在行政法上就是依法行政口号的提出, 在1997年依法治国方略提出后, 1999年国务院就发布了《全面推进依法行政决定》, 2004年国务院又颁布《全面推进依法行政实施纲要》, 明确依法行政的总体目标为建设“法治政府”。“依法行政”旨在规范具体行政行为, 减少对行政相对人的侵权行为。而从更为宏观的目标来说, 依法行政又与化解社会矛盾、维护社会稳定有关。^⑤因此, 依法行政在诞生之初就包含了控权思想, 尤其是控制基层政府的行政乱作为与行政腐败现象。为此, 2008年国务院又颁布了《关于加强市县政府依法行政的决定》, 并从8个方面对基层政府尤其是政府职能部门的具体行政行为进

收稿日期: 2016-06-24; 修回日期: 2016-11-23

基金项目: 重庆市社科规划项目“国家治理背景下侦查权的功能调适”(2015BS044)

作者简介: 蒋勇(1986-), 男, 安徽马鞍山人, 西南政法大学法学院讲师, 法学博士, 主要研究方向: 警察法学

行合规性的监督与控制。由此可见,循法而治在行政法上的要义就是确保各级政府依规则行政,从而实现由规则引领的政治合法性资源输出。

(二) 执法规范化建设:“合规性”路线的面相

在循法而治与依法行政的总体规划下,警察权控制的重心置于警察具体行政行为的合规性之上,也即“确保行政权的活动与立法指令的一致性”^[2]。除了设定可以进行执法评判的标准,一整套自上而下的执法监督机制也随之建立和发展起来。2000年国务院办公厅下发《关于印发〈中共中央纪律检查委员会、监察部派驻纪监察机构职能配置、机构调整和编制配备方案〉的通知》,公安机关自上而下成立了各级纪检机构。公安纪检机构与1997年成立的督察机构相比在权力影响力、监督强度上不可同日而语,但是又各有分工,纪检机构主要侧重于对执法违法行为的事后调查,而督查机构则侧重于事前和事中检查。自此,具有稳定性的内部监督体制开始形成。如果说纪检机构仍然要受到同级纪检委员会的领导,那么2001年《公安机关执法质量考核评议规定》则完全贯彻了自上而下的内部监督原则。该规定不仅提出了高于部门行政法的执法标准,还明确“各级公安机关应对下级公安机关和所属执法部门的执法情况按本规定的内容和标准每年进行一次全面考核评议,将考核评议结果报上一级公安机关并在本级公安机关予以通报。公安机关的其他考核评议活动应当与执法质量考核评议结合进行”。而一旦执法考评连续两年不及格,单位行政首长应当辞职,或者由上级公安机关商请有关部门对其予以免职。执法质量考评制度将对警察权的监督纳入了绩效考核体系之中,而2009年开始的执法规范化建设则将这种内部监督理念推到无以复加的地步。为了实现这一目标,执法规范化建设首创了执法手册的形式,各级公安机关对所有涉及警察执法的规范性文件进行了梳理,并根据现实中常见的执法问题,制定了不同情形下的警察执法策略与行为规范。而这些执法手册就成为当下警察执法绩效考核的重要参照标准。^⑥

(三) “合规性”路线的本相:传统行政法模式的复制与变异

执法规范化代表了合规性路线的一种技术方案,虽然在方案设计、方案执行上进行了诸多创新,但在本质上仍然是传统行政法模式的复制。王锡梓认为传统行政法是一种形式主义法治观,“主要是运用形式理性和形式正义的要求,将特定的行政行为类型化、行政程序规范化,以此对行政活动进行明确的司法审查”^[3],即使是对行政法平衡论的构建,其视角仍然是对行政法律关系的补充与完善。^[4]除了总体上对“循

法而治”的继承,执法规范化建设在与我国警察行政实践融合的过程中,还形成了“合规性”路线的中国特色。

1. 科层监控下的权力规训

自改革开放以后,官僚科层制的行政体系就成为我国重建国家权力网络的最佳选择,无论是普通行政机关,还是广义上的政法机关均采用此体制。官僚科层制具有“专门化、等级制、规则化、非人格化、技术化”^[5]的优势,执法规范化的推进路径正是建立在对官僚科层制优势的最大效用之上。然而韦伯所主张的官僚科层制是建立在法理权威之上的权力支配方式,我国的官僚科层制却是建立在卡里斯玛权威与法律权威混合的合法性基础之上,周雪光认为我国的官僚科层制继承了历史上“垄断权力逐级复制、向直接上级负责、规则尴尬”的特点。^[6]同时,在市场经济条件下,“权力不得不更加依赖于官僚体制来强化意识形态和社会群体的管控,权力和资源向官僚体制集中的趋势不断强化。”^[6]于是,一方面,官僚权力的自由化程度加深急需权力规训,另一方面,国家权力可以借助科层结构实现对官僚权力的专断。国家权力与官僚权力既紧张又融合的关系也反映在警察权的“合规性”路线上。改革开放以来,随着市场要素的活跃、社会流动的加快,基层公安机关在治安管理、行政许可、涉众经济犯罪以及涉黑有组织犯罪处置方面拥有越来越多的权力优势,这导致了一度出现的公安权力自由化趋势,并且公安机关的“条块结合,以块为主”的属地管理原则,又使得权力规训难以找得合适的突破口。执法规范化建设正是以三项建设为实践契机,通过自上而下的绩效考核方式,将警察权力置换在自上而下的科层体系中,实现科层监控下的权力规训。然而科层监控下的权力规训必然会排斥外部监督,这表现在立法中,除了刑事诉讼中的立案监督与批捕羁押以外,所有的警察强制处分均由公安机关自行掌握。虽然执法规范化建设也不断强调“建设与中国特色社会主义法治体系相适应的现代警务运行机制和执法权力运行机制”,但在实践中,依托科层体制进行事后的组织定性与纪律处分仍然是主流,事前的司法审查与事后的公共调查机制仍然只起到极其微弱的作用。

2. 结果导向型控制方式

如上文所述,执法规范化建设是以行政绩效为动力推进的,而在管理学上,绩效原初被定义为员工的产出和工作结果。“绩效应该定义为工作的结果……是对在特定的时间内、由特定的工作职能或活动所创造出来的产出的记录。”^[7]随着管理实践的发展,绩效产

出说的种种弊端开始浮现，“许多工作结果并不一定是个体行为所致；员工在工作中的表现不一定都与工作任务有关；过分关注结果会导致忽视重要的过程，不适当的强调结果可能会在工作要求上误导员工。”^[8]在此基础上，管理实践中逐渐认可了绩效综合说，即绩效是产出与行为过程的综合。而我国公安机关对于绩效的理解还仅仅停留在传统的绩效产出说上——重在警察具体行政行为的结果进行评价，并且以警察个体绩效作为衡量警察权是否有效运行的标准，因此，我国警察权的控制是一种结果导向型控制方式。这一内部控制模式并不重视对警察执法行为的过程监督，而只是以业务部门反馈的各种静态数据——数据的生成缺乏第三方参与——作为评价的依据同样很难提升警察权运行的“可见度”。由于忽视对警察行政过程的考量，结果导向型控制的对象也逐渐固定在警察具体行政行为之上——警察执法成为一种“计件考核”方式，因而实践中主要加强对治安处罚、人身羁押、财产查封程序中的失范问题进行整饬。

3. 排斥警察裁量权

如上文所述，在循法而治和依规则行政的法治观下，权力规训被视为是警察法治的唯一目标。之所以将权力规训提升到如此重要的高度，是为了修复以往警察权失范所带来的政治合法性损伤。这在相关政策文件中可循端倪。如2003年中共中央《关于进一步加强和改进公安工作的决定》首次明确“执法为民是公安机关执法思想的核心”；2005年公安局长大接访活动提出了“要按照问题不查清不放过、问题不解决不放过、信访人不停访息诉不放过的原则”实现“人人受到局长接待，件件得到依法处理”的目标；在2009年公安部《关于大力加强公安机关执法规范化建设的指导意见》中，公安机关执法规范化的目标内涵被明确界定为“全面提高公安机关执法能力和执法公信力，解决执法突出问题”。2011年《社会主义法治理念读本》中提出了执法“政治效果、法律效果、社会效果相统一”的原则。无论是执法为民的总体表述，还是执法公信力直至执法社会效果的具体形态，整饬警察权的失范意在重塑改革开放以来警政组织乃至国家权力的政治合法性——通过规范的执法来减少因为权力使用而引起的社会冲突，进而增加公众对警察权的认同感。权力规训的法治观必然会对警察裁量权抱以敌视态度。一方面，传统行政法模式已对行政裁量权持以消极防范态度，“禁止授权原则”与“法律保留原则”成为削减行政裁量权的最好注解，而“合规性”路线继承了这种思路，“无法律则无行政”深化成了“无规范则无裁量”的观念。另一方面，基于政治合法性塑

造的目的，警察裁量行政被视为一种不可控进程，是影响执法效果的潜在不稳定因素。因此执法规范化建设对警察裁量权持克减态度，正如有学者评价的那样，就是要“按照法律预先设定的模式、程序、规则、轨迹，通过执法程序的设计，实现一切警察权力的行使必须要有法律的明确授权、一切警察权力的行使必须遵循法律规定的程序、一切警察权力的行使必须受到监督和制约的执法体制和运行机制，达到严格、公正、文明、理性、高效的执法目标”^[9]。其目标就是使警察执法成为一种自动售货机式的公共产出。

二、合规性路线的难言之隐：警事治理中的功能主义诘难

（一）科层损耗：警察权控制内卷化与警察执法权威衰弱的二律悖反

科层损耗是指“在既定的利益结构、行政传统偏好约束条件下，受个人、部门或地区利益最大化的动机驱使，地方主体为了维护既得利益，并进一步谋求利益而对上级政府制定的公共政策进行有利于其利益诉求的扭曲形变，予以修正式的执行政策，而形成的公共政策预期社会效益与实际社会效益产生显著差异的政策失灵现象”^[10]。一般认为，科层损耗是基于科层结构、信息沟通、政策受众群体三个维度而产生的，是政策实施过程中各方主体利益博弈的结果。^[11]警察权合规性路线中的科层损耗同样产生于这三个维度。首先，合规性路线的科层结构存在弊端。我国公安机关实行的是“条块结合，以块为主”的警政体制，警务得以运行的物质资源与人力资源是由同级政府进行分配的，上级公安机关对下级公安机关只拥有业务上的指导权与纪律处分权，而上级公安机关的许多政策目标又需要下级公安机关尤其是基层公安机关去贯彻执行，借助于科层体系，两者存在着“委托—代理”关系。这意味着上级公安机关对下级公安机关存在着某种程度的依赖性，但又不能给予下级公安机关实质性的政策工具与资源支持，如此的“委托—代理”关系便极具道德风险，会鼓励下级公安机关政策执行中的机会主义行为。其次，合规性路线中，上级公安机关与下级公安机关存在着信息不对称情形。由于下级公安机关隶属于同级地方政府，而上级公安机关的纪律处分与业务指导又不能产生实时的监控效果，因此上级公安机关实际上无法得到真实有效的政策执行的反馈结果。这意味着上级公安机关对下级公安机关又存在着政策执行上的不信任感。实践中频繁出现的专

项检查、执法考核就是这种不信任感的集中爆发。最后,作为合规性路线的受众群体——执法程序中的相对人也有着“越轨博弈”的制度基础。由于合规性路线秉持着控权的基本思想,而控权在个案中往往又与执法相对人的利益有着牵连,在我国“信访有理”的制度契合下,执法相对人往往会采取多种信访策略来进行越轨博弈。而在信访“判而不审”^①的弊端下,科层的“不信任感”又会与这种“越轨博弈”形成一种耦合,从而加剧合规性路线中的博弈复杂性,最终将警务法治化转向一种息讼息访策略,造就警察执法权威不断弱化的局面。

同时,科层损耗是科层制官僚行政过程中的固有弊端,只要采取科层形式,科层损耗就会一直存在。在行政管理中,科层损耗损害的是行政效率,可以通过其他替代性措施进行弥补。而在依赖科层监控的权力规训过程中,科层损耗损害的则是个案正义——一个案的规制效果具有不确定性,即使可以通过增加规范密度、加强考核力度来不断提高科层间的行政压力,但最终仍然会囿于边际效益的递减而无法产生一种稳定的法治秩序——而边际效益的递减,文本的过密化正是警察权控制内卷化的另一种表达。^②

警察执法权威的弱化与警察权控制内卷化构成了警察法治异化的二律悖反。科层制本适用于行政执行,却被移植来进行权力的规训。由于法治本身就是一个以权利为基点的利益博弈与平衡过程,这种利益博弈的动态过程与追求既定目标实现的静态执行过程本身就存在着逻辑上的矛盾,强行杂糅就会产生多方博弈下的偏好不稳定情形,出现权力规训中的“跷跷板”现象:要么因为下级公安机关的机会主义而使得规训失灵,要么因为过分强调社会效果而将警察执法置于“畏首畏尾”情景。

(二) 情报信息主导警务模式中的权力扩张

情报信息主导警务是指“公安机关综合运用公开或秘密手段,广泛地收集违法犯罪相关信息,并对其加工、整理、存储、传递、分析、研究,进而准确把握刑事犯罪与社会治安的发展变化规律、特点和趋向,全方位地引导警务决策,优化警务资源配置,提高警务效能,达到有效预防、打击和控制犯罪,维护社会秩序目的的活动”^[12]。我国情报信息主导警务从金盾工程开始,虽然起步较晚,但目前已经成为各级公安机关推崇的专业警务模式。情报信息主导警务在战术层面上,遵循“无情报,不行动”原则,力图实现信息共享与查询的便宜化。在战略层面,则通过情报信息研判强调对越轨行为的提前干预和对高危人

群的常态管控。情报信息主导警务模式在我国的推广引发了公安机关在组织体制、信息汲取能力以及工作模式上的深刻变化。以网络安全部门为例,从技术角度看,网络安全部门是执行网络领域技术侦查的技术行动机构,如追踪IP、进行网上通信的拦截与监控等。从行政权角度看,网络安全部门又负责日常的网络安全行政管理,而从侦查权角度看,网络安全部门又会承担网络安全领域内的犯罪侦查任务。^③这种两权甚至三权共享机构的出现,消弭了本来就很模糊不清的权力界限,导致了现实中警察行为性质识别的不能。更令人担心的是,网监部门是否会滥用本身所具备的技术侦查能力来实施日常的行政管理。由于公开的资料很少,这一点不得而知。但是,这一机构的膨胀对公民隐私权的挤压是不容小觑的。同时,在金盾工程的支撑下,基层公安机关普遍实现了治安管理信息化和信息查询便宜化,原来需要通过批准许可和法律文书而进行的人力型的调查取证,通过人机交互就予以完成了。这种便宜化的取证方式可以通过相关条件的输入而实现点对点、全景式的信息检索与研判,并且不受任何节制,从而打破了传统的“一案一取证”的搜证方式,而这其中就牵涉到诸多公民基本权利。而基层公安机关的执法单位也大都是“两权共享机构”,并没有设置不同的查询权限,查询主体较为宽泛,无需履行任何法律手续。“通过基层基础工作掌握的情况必须及时转化为情报信息,并及时录入信息系统,使大量的‘口袋信息’‘纸袋信息’‘脑袋信息’从民警手中流出来,通过信息系统为全警所共享。”^[13]如此,不仅违反了行政法上的比例原则,还存在着不当获取公民隐私的风险。宽泛的查询主体与便宜的查询程序使得基层公安机关在信息化的浪潮下实现了隐蔽的权力扩张。

(三) 社区警务模式中的民主赤字

社区警务是西方第三次警务革命的主要内容,是在对警察是“全副武装的犯罪斗士”观念进行变革的基础上,旨在“通过社区成员的广泛参与,及时让警察了解社区内的动态,获得准确信息,有效减少犯罪活动”^[14]而进行的一种警务哲学和警务工作方式的探索。1997年公安部苏州会议上,正式确立了“公安派出所工作由打击向防范转移,进一步深化社区警务战略”。社区警务中的警察行政包含了“恢复性警务”与“治安防范”两种类型,其中“恢复性警务”是社区警务的重中之重。“恢复性警务旨在非正式制裁案件处理时为社区居民提供一个决策者的角色,提供一种高效率地解决个人犯罪事件(有组织犯罪、团伙犯罪除外)

的解决方案，而这在传统上被认为是法官或陪审团的决策权限。”^[15]恢复性警务正是通过使用庭外措施，吸收社区公众参与解决社区冲突和违法犯罪现象，从而实现社区关系的恢复与重建。恢复性警务程序一般包括：“筛选案件；确定和选择可适用的商谈程序；达成恢复协议；监督协议执行。”^[16]无论是对案件的筛选还是商谈程序的多样化以及对协议的执行，均需要警察裁量权的广泛使用，也需要更为开放和民主的警察行政程序。然而由于“合规性”路线对警察裁量权的忌憚以及过度的科层监控，社区警务模式一直以来并没有形成制度化的公众参与模式，“社区警察在实际工作中往往感到力不从心，在处理矛盾和协调事务过程中，由于无法律权限而作用甚微，开展各项工作往往凭人际关系发动群众和调用社会资源，这不仅造成民警的工作效果难有保证，也造成社区警察的工作缺乏法律保障。”^[17]

与社区警务中民警个体的“畏首畏尾”相反，由于合规性路线对警务政策的忽视，公安机关在政策层面上的选择性执法往往能集聚大量的组织资源和制度保障，“这种执法上的变化就可以看作是国家根据不同的情势变化，试图获得灵活性，摆脱成文法的僵化而在执法上做出的调整。”^[18]一般认为，基于经济学上的执法成本以及法律规则的模糊性导致了选择性执法现象的产生，相当多的学者也认同选择性执法无法避免。“全面执法固然是法治的‘最优状态’，但是，这仅仅是一种理想。而‘次优状态’就是公开承认选择性执法，在此基础上有针对性地对其进行规范。”^[19]我国在社会转型的过程中，同样面对着执法资源的拮据以及犯罪种类的多样性和不平衡性的问题，选择性执法依然是我国当前警察权运行的一种常态化模式。实践中常见的专项行动本质上就是一种在执法对象上统一裁量权的选择性执法。然而我国的选择性执法并不是一种随机性的个体行为，而是一种在政策指导下的积极干预行为，实践中大量的专项行动、破案战役虽然消耗了大量的警务资源，但“叫好不叫座的情形”屡屡发生。由于缺乏对民意的回应，社区警务模式中存在着大量的“民主赤字”，直接影响了政策本身的合法性，甚至在长期的“赤字积累”中引发群体性事件。^⑩

值得注意的是，虽然江浙地区的民意导向警务正在逐步推广，但是这种民意导向仍然缺乏制度化的表达渠道，并且民意的作用范围层次尚停留在派出所等基层警务单位。在执法资源稳定不变的情形下，民意的作用力与科层主导的政策压力存在着某种竞争性，

而警务组织受制于行政体系，往往趋向于后者。

三、“新行政法”理论的破题： 从合规性到正当性

“合规性”路线所存在的弊端及其展示出的面相已经表明其不再能够承载我国警务法治化的全部需求，一种能够适应社会转型与公众需求的新型警事治理观呼之欲出。“新行政法”理论是在对我国传统行政法消极控权模式进行反思的基础上形成的，有学者称之为“建构一种基于宪政民主的行政程序法体系，重塑宪法性的‘政府-公民’关系框架”^[20]。“新行政法”理论一改过往“面向司法审查的行政法”体系而转向更为复杂的行政过程中，而行政过程中的价值取向是多元的，在公共治理的背景下，传统的行政“传送带”模式已经不能支撑行政正当性的“高楼大厦”。“新行政法”理论的最大贡献正是对行政正当性的多维度构建。

（一）依法行政的基础地位

“新行政法”并不是要抛弃被概念法学浸染的高度抽象化的行政行为体系，相反，“新行政法”理论将行政法实践中的形式法治作为行政正当性的奠基石。“依法行政的传统模式所提供的行政法的基本制度和要求构成了行政正当性的底线要求，行政权的行使与公众的参与不能够脱离基本法律确定的权力限度和程序，”^[3]在一个法治后发国家，以概念法学为特色的形式法治模式仍然将占据法治框架设计的基本面，这是因为只有实现了行政行为的类型化，才能为司法审查提供一个基本的识别准则，才能实现政治和行政的有限分离，进而完成宪政层面上的权力制约与权利保障目标。

警察法治对于依法行政的继承，意味着警察权能的法定化以及警察程序的正当性。而这其中警察强制处分最需要遵循依法行政的“严格规则主义”，因为警察强制处分涉及了宪法上的公民基本权利。换句话说，警察强制处分措施的规制就是要实现公民基本权利干预的正当化，而正当化的要件则是通过法律保留原则、司法审查原则与比例原则来实现的。因而确保警察依法行政就细化为对这些原则的坚守。而“合规性”路线的偏差在于放弃这些公法上的原则，尤其是排斥司法审查，转而寄希望于科层体制来实现对警察个体行为的“全景式”监控，虽然实践中以绩效考核的方式能够刺激基层公安机关维持一定的合规性水平。但司法审查所独具的司法理性与司法克制却是绩效考核所不具备的特质，缺少司法审查，素有公法“霸王条款”

之称的比例原则便受到极大限制。即使是刑事诉讼中的非法证据排除规则也大多集中于侦讯口供的可采性上,其结果就是大量的警察强制措施无法进行是否符合比例原则的评价,也就无法进行基本权利干预是否正当的判断。在这种规范难以自洽的情形下,基本权利的“客观价值秩序”功能^①受到阻滞,而缺乏稳定的执法利益期待,警察法治必然会呈现权力控制内卷化与执法权威弱化的两种相悖趋势。

(二) 行政自我规制成为专业行政的延伸

传统“传送带”理论认为在三权分立体制下,立法机关是民意的代表,行政机关只能机械地执行立法机关所作出的法律决议,因而行政的任务就是忠实地执行法律。“传送带”理论是古典自由主义时期采取自由放任经济政策的必然结果,因而将行政程序中的自由裁量行为视为是一种因法律规则自身缺陷而导致的“必要的恶”。然而当自由放任的经济政策发展到政府管制的市场经济形态时,行政的任务就已经从“政治国家”扩展并外溢到“市民社会”。行政不仅具备法律执行的功能,也成为一种利益协调的重要形式。政府管制的重点不是政府应不应该管制,而是如何管制,管制的目标是什么。“对行政过程的整体观察和检视,势必会采取管理者的立场,考虑行政任务有效完成所需要的部门间协调、上下级之间共享信息等问题,以及考虑网络化环境下行政所需要的特别活动形式和环节。”^[21]监控者与管理者的统合使得积极行政成为一种增进公共福祉、控制社会风险的有效手段。“随着权利由消极转为积极、人民对国家的态度由防范转为依赖以及行政模式由秩序、干预转为服务、给付,法律对于行政的态度也应适时地由控制转为激励,如何激励国家和政府更多地为人民谋福利应该成为法律的终极目标。”^[22]而“新行政法”理论则确认了“政府管制”的必要性,并通过确立管制机关的职权以及规制手段的合理性、必要性来说明实现管制行政的可接受性。“毫无疑问,只有应用行政学的方法和知识才能为行政法的问题提供面向未来的解决办法,实现公共行政的现代化。”^[23]这种立足于合理性、科学性证成的行政过程是一种区别于外部具体行政行为的行政系统的自我规制,其目的不是面向司法审查,而是促进实质性的社会正义与福利。

警察行政的专业性体现在警察的三大任务上,即危害防止、犯罪侦查、危害预防。在信息化、全球化并进的时代,警察的这三种任务都提升到“专业2.0”阶段,这意味着需要建立新的警察活动准则。然而同法律规范不同,这种警察能力的行使过程未必都是形成一种规范主义层面的警察法律关系,因而并不完全

属于“严格规则主义”的范畴。这些警察活动的准则体现的是警政组织自我革新以及警务模式所依赖的“科层理性”价值。科层理性是建立在法理权威上的一种官僚体系的运作方式,“这种理性意义上的科层体制是属于目的合乎理性的管理行为,体现出科学精神、法制精神与理性精神,抛弃经验管理过程中的人的因素,避免了任意专断和感情用事,带来了理性和效率。”^[24]科层理性包含着一种组织理性与技术理性的双重范畴,作为一种技术理性,警察权需要在犯罪控制上体现出技术标准的更新与演进,如电子数据的勘查、资讯收集等。作为一种组织理性,警察权需要在组织结构上展现出对外部环境的适应性,通过对警察业务流程的标准化塑造,以实现稳定的制度资源输出,从而支持警察手段对外部环境的干预。因而,任何有助于警察绩效的组织制度、行为准则都会成为组织理性的外在表现形式。

(三) 民主行政的价值发现

古典自由主义时期的立法机关被认为是民意的代表,选举是唯一的民主形式。在这种一元民主模式下,只要行政权的单向行使过程符合立法的预先设定,就可以认为行政实现了立法规制下的合法性,进而达到“推定的民主”。然而政治与行政的边界在现代社会愈发变得模糊,随着公共行政的兴起,参与式治理已经成为达成目标共识、进而选择治理手段的一种重要社会基础。公私合作的出现、社会团体的职能扩张以及社区的自治机制都使得行政过程展现了政治化、社会化的特点,公共事务的协调已不再只有通过立法来实现,借由行政过程的民主来达成利益协调并取得共识的行政自我合法化路径正在生成。“自我合法化的路径强调在利益竞争过程中引入并保障不同利益主体的有效参与和协商,而使行政过程及其结果得到合法化。”^[25]

社会转型的背景下,警察行政的民主价值寓于积极行政之中。首先,警察执法具有利益调整的功能。犯罪是一种极端的社会冲突的形式,警察预防、打击犯罪就是介入社会冲突,解决社会纠纷。而社会转型所带来的规范空白与体制不协调的情形,会使得社会冲突的解决游走在一定的“灰色地带”中,于是实践中形形色色的网络传销、集资诈骗等涉众型经济犯罪成为司法难题。而对于“灰色地带”的犯罪嫌疑,警政组织必须给予及时的回应和介入。这种介入将使得警政组织迈入一个公共事务的范畴,其任务不再仅仅局限于查明事实真相,更预示着警政组织将通过直接解释法律或者提请解释法律的方式对社会阶层的利益进行调整。其次,警察犯罪防控中也包含着社会分层

的方法论。由于犯罪能力与社会阶层的“资源配置”“等级划分”和“结构流动”有关。^⑥犯罪防控中常见的高危人群管控、犯罪热点技术、破窗理论等都与社会分层理论有密切关系，警察犯罪防控的策略与方法并不纯粹是一种技术理性，内在地包含了警政组织对社会分化的价值判断，也涉及对社会各阶层的利益诉求的协调过程。与不同的阶层公众进行互动，警政机关采取的策略、技艺也是不同的，而这其中隐藏的认知偏见与不当偏好是需要被规制的。Robert reiner 教授在对英国警察的被投诉事项进行统计后认为，“在警察办案中，警察调查方式容易造成‘对异常行为的放大’，导致一种对易受伤害的群体的非难和令人反感的社会后果。而媒体对警务工作的传播往往也具有某种偏向。”^[26]这意味着在面向多维度社会阶层时，警察权的“自我合法化”正经历着民主价值的考验。

四、“新行政法”理论与我国警察法治的重塑

对于警察权“合规性”路线的弊端，已有学者从不同角度加以认识，如林辉煌通过田野调查方法得出了警察法治的双重权力网络，指出在权力规训之外，保障警察个体的决断权同样重要。^[27]徐文星则论证了在社区警务模式之下，警察裁量权的规范应该从消极防范到多元规制。^[28]这些论证从侧面确立了警察权“正当性”的价值基础，而“新行政法”理论对于行政正当性的回归则为我国警察法治的重塑提供了统一清晰的路径。

（一）依法行政的补缺：警察法体系的完善

如上文所述，我国警察法治体系并没有完全实现基本权利干预的正当化。一方面，现有的警察法治体系中缺少警察组织法的规定，致使我国的警政体制改革一直依靠政策调整，游离于法治之外，极易导致警察权配置上的随意性。另一方面，警察行为法中也缺少对警察职权的法定化约束。既有的《人民警察法》更像是警察组织法和警察职权法的混合简易版本，既缺少警察行为规则的描述，又没有相关的证据规则。虽然《公安机关办理行政案件程序规定》中对警察行政权的行使进行了细化，但很显然，这一规章严格地区分了警察行政权与警察侦查权。而实践中，警察行政权与侦查权早已成为警察权的一体两面，这种观念滞后实践的情形致使我国警察依法行政存在短板，警政模式中的权力扩张正是这一短板的“慢性反应”。

因而，补缺警察依法行政的出路在于完善警察职权法和警察组织法，回归到立法、司法应有的宪政控

权功能上。在未来的《人民警察法》的修改中，要统合已有立法规定，着重关注基本权利干预的正当化要件。同时将警察组织法纳入重要的修改对象，贯彻组织法定原则，确立警政内设机构的“权力清单”与责任体系，矫正为适应警务模式而随意配置警察权的弊端。

（二）自我规制的强化：内部控制体系的建立

虽然科层制并不是实现基本权利干预正当化的最佳选择，但建立在科层体制上的内部控制体系却在警察行政规则制定上拥有着独特的优势。“内部控制是运用专门手段工具及方法，防范与遏制非我与损我，保护与促进自我与益我的系统化制度。”^[29]对于警察法治而言，内部控制是对警察专业行政的规制与保障，也是对警察裁量权控制的重要手段。“从某种程度上而言，司法审查并不能真正消除警察裁量权，而只能将原来为警察所有的裁量权转移到法院，从而导致法官拥有大量的裁量权。”^[28]目前的执法规范化建设已经触及内部控制中的部分要素(如治安处罚的基准)，但充其量只是对“不确定的法律概念”进行的部分解释，而在行政处罚以外的行政事实行为领域，还需要制定行政规则予以规制，例如警察盘查权的启动裁量、警察武力使用规则、社区矫正中警察矫正措施的裁量等。此外，国外业已成熟的警察投诉制度，在我国没有受到应有的重视，而作为内部控制体系的重要一环，警察投诉制度在促进警察业务标准化、流程化以及调和警民关系中都能起到不可替代的作用，是警察行政规则的重要组成部分。如2004年英格兰和威尔士专门成立了独立警察投诉委员会，“证人和受害人都可以投诉，所有投诉都先由警察记录在案，如果警察拒绝记录投诉，当事人可以就此向独立警察投诉委员会投诉。此外，还有一个独立于独立警察投诉委员会的‘通道’性质的机关，它也可以受理投诉案件，在警察与投诉者之间进行调解。”^[30]这里需要明确的是，警察权的内部控制体系及其行政规则只是对警察法体系的补充，在涉及基本权利干预的事项中仍然要让位于法律保留原则、司法审查原则以及比例原则的直接规制。

（三）民主行政的培育：警务政策的公共性规制

民主行政与单向行政是警察权运行的一体两面，两者不可偏颇，也各有侧重点。就单向行政而言，违法犯罪线索的立线经营，重点人口、高危人群的管控都是一种高权的单向行政，在某些具体的策略上还需要采取严格的秘密措施。这种单向行政是需要排斥民主行政的，否则将造成警察治安控制力的严重下降。但在涉及社区、公众利益时，需要依托警务政策实现民主行政的转换。这是因为政策是“对公共价值的权

威性分配”^[31]。警务政策正是一种对警察权公共性的价值分配,因而成为警察民主行政的主要“集散地”。政策的公共性与民主性主要体现在政策议程的设置上。所谓政策议程设置,是指那些问题被纳入政策解决的视野,也即“将政策问题纳入政治或政策机构进行的行动计划的过程,它提供了一条政策问题进入政策过程的渠道和一些需要给予考虑的事项”^[32]。政策议程的设置在本质上是对公共问题集内优先次序的判断。选择性执法之所以饱受诟病,正是在治安问题界定的优先次序上出现了决策者与受众者的分歧。

要实现公众的参与模式,一是要加强公众的组织化程度,以实现民意的结构化、利益代表的清晰化,从而维持政策议程设置中的利益博弈平衡。英国2002年的《警务改革法》确立了警方雇佣的社区支持员制度(Community Support Offer)。其中由警方、社区募集专项资金用于社区的治安巡逻、反社会行为监控以及社区信息的反馈,其目标在于通过社区基金的审计、社区安全感的考核使得警务更好地回应社区需求,从而增强民众对警方的信心。2004年的英国警察总长协会(Association of Chief Police Officers)则将这一制度称之为“信心恢复”警务战略(Reassurance Policing)^[33]。二是要形成多元主义的政策问题界定范式。我国警务政策的制定过程是在社会治安综合治理的体系下进行的,这就决定了综治的协调活动沿用了党的工作形式——以会议为主。会议的形式固然有利于公安机关对警务问题的专业描述,也容易依托科层体制形成层级权威。但对于犯罪治理这种公共性较强的活动而言,这种单一的形式很难促成民主意见的表达——专业权威和层级权威往往缺少公共价值取向。而缺乏制度性的约束,也导致了这种形式具有偶然性和随机性。因此,构建畅通的沟通渠道,可以在组织化的基础上,进一步完善综治协调中的议事规则,让相关利益单元的利益诉求能够进入决策者的视野中,并且适当吸收专家系统的参与,形成关于特定议程的利益认知模式,将决策者对利益诉求的回应手段进行规范化,通过确立“议事规则”来体现警察行政的民主价值。这也是“新行政法”所倡导之“软法之治”的题中应有之义。

注释:

- ① 如2014年广西南宁永新派出所的“钓鱼执法”,2012年武汉派出所选择性执法找回日本游客自行车,2014年海南海口网警有偿删帖案,2012年河南商城交警利用公安网贩卖个人信息案。
- ② 如《人民公安报》在2004-01-20,2005-01-27,2005-02-24,2005-03-20等几期密集讨论了公安执法环境的问题。

- ③ 庆安事件见: <http://news.21cn.com/webfocus/a/2015/0524/02/29580558.shtml>。
- ④ 王文军案件见: http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2016-11/11/content_6873075.htm?node=37232。
- ⑤ 如《全面推进依法行政实施纲要》中多次提到群众反映强烈,并在必要性中认为“这些问题在一定程度上损害了人民群众的利益和政府的形象,妨碍了经济社会的全面发展”。
- ⑥ 如会泽县公安局依照有关法律,制定了《交通警察执法手册》《治安民警执法手册》等,对常见执法行为进行了详细分解和具体规范,确定了每个执法执勤的操作步骤和程序。材料来源:施晓焰.会泽:制定执法手册四个环节要“说理”。人民公安报,2010-03-11:2。
- ⑦ 所谓“判而不审”是指信访程序中,信访受理者并没有具体的判断规则认定信访事项的真相,但却必须要给出信访裁断结论。在信访程序中,除了信访人外,信访对象、第三人等其他主体并无明确的程序与渠道参与信访事项的争议,信访由此成为单向的组织支配过程。
- ⑧ 警察权控制内卷化是指警察权的控制在形成结果导向型控制模式后就停滞不前,而转向“文本过密化”与“考评精细化”,无法迈向新的更有效的控制方式。其内在机理为:实践中所暴露的问题越多,话语材料的充分应对就越重要——对执法结果进行更为严格的考评能够直接满足话语材料的正当性——大量的规范性文本和复杂的执法考量机制出现——警察权旧有控制模式不断复制和深化。详细论证见:蒋勇,陈刚.公安行政权与侦查权的错位——基于警察权控制的视角.法律科学,2014(6):79-80。
- ⑨ 如六盘水市公安机关网监部门管辖案件有两类:一、《刑法》第285、286条规定的入侵计算机信息系统、破坏计算机信息系统、破坏计算机系统数据和应用程序、故意制作传播计算机破坏性程序的刑事案件以及网监部门根据《治安处罚法》和《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》(33号令)处理的行政治安案件。二、以其他部门立案,但是由网监部门为主开展侦查的案件。资料引自《六盘水网警》, <http://www.chinalps.net/news/jwggk/2007/815/0781503217CA65FGE04FA98K268FH8.html>,2015-10-15。
- ⑩ 例如瓮安事件中,当地警方官僚主义严重,治安环境长期得不到改善,引发对警察执法公信力的强烈质疑。资料来源:人民网时政.瓮安事件根本原因是官僚主义. <http://365jia.cn/news/2013-08-05/E54CF8627DC9EB52.html>,2016-03-05。
- ⑪ 基本权利的“客观价值秩序”主要是指能够落实基本权利实现的制度安排、组织保障,指涉的是法的安定性。
- ⑫ 资源配置论认为社会分层是以阶层拥有的社会资源为标准;等级划分论认为社会阶层是一种主观的自我划分等级的过程;结构流动论认为社会阶层是具有人类学意义上的人口流动而形成的最终结果。不同的划分标准其实也是社会分层的不同侧面。

参考文献:

- [1] 吕康宁.形式合法性法治观及其中国语境[J].甘肃行政学院学报,2013(5):109-124.
- [2] 王锡铤.英美传统行政法“合法性解释模式”的困境与出路——兼论对中国行政法的启示[J].法商研究,2008(3):94-108.
- [3] 王锡铤.行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架[J].清华法学,2009(2):100-114.

- [4] 成协中. 行政法平衡理论: 功能、挑战与超越[J]. 清华法学, 2015(1): 37-50.
- [5] 卢荣春. 韦伯理性科层制的组织特征及其对我国行政组织发展的借鉴意义[J]. 中山大学学报论丛, 2005(6): 192-197.
- [6] 周雪光. 国家治理逻辑与中国官僚体制: 一个韦伯理论视角[J]. 开放时代, 2013(3): 5-28.
- [7] Berardin H J. The analytical framework for customer-based performance content development and appraisal [J]. *Human Resource Management Review*, 1992(1): 81-102.
- [8] 林新奇. 绩效考核与绩效管理[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2011: 5.
- [9] 易继苍. 公安机关执法规范化建设研究述评[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2011(1): 22-27.
- [10] 薛亮, 汤乐毅. 公共政策传递过程中科层损耗的博弈分析及启示[J]. 江西社会科学, 2009(8): 197-202.
- [11] 程永林. 政策失灵、科层制损耗与治理机制研究[J]. 广东外语外贸大学学报, 2010(5): 73-77.
- [12] 谢晓专, 张磊. 情报信息主导警务工作机制及其机理分析[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2009(2): 102-106.
- [13] 王辉忠. 以情报信息主导警务有效推进打防控一体化建设[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2005(4): 5-10.
- [14] 朱旭东, 孔繁燕. 社区警务建设新进展及其理论解读[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2008(6): 16-25.
- [15] Howard Zehr. *The little book of restorative justice* [M]. Intercourse, PA: Good Books, 2002: 22.
- [16] 蒋勇, 陈默. 论恢复性警务——一种立足于社区的新型警务模式[J]. 吉林警察学院学报, 2010(6): 15-20.
- [17] 刘宏斌. 当前社区警务工作存在的问题及对策[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2009(5): 9-12.
- [18] 戴治勇, 杨晓维. 间接执法成本、间接损害与选择性执法[J]. 经济研究, 2006(9): 94-102.
- [19] 徐文星. 警察选择性执法之规范[J]. 法律科学, 2008(3): 29-36.
- [20] 邓联繁, 田飞龙. 新行政法与依宪行政[J]. 行政法学研究, 2011(1): 90-98.
- [21] 沈岿. 监控者与管理者可否合一: 行政法学体系转型的基础问题[J]. 中国法学, 2016(1): 105-125.
- [22] 柳砚涛. 论积极行政法的构建——兼及以法律促进行政[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2013(2): 56-64.
- [23] 汉斯·J. 沃尔夫, 奥托. 行政法(第一卷)[M]. 高家伟, 译. 北京: 商务印书馆, 2002: 12-16.
- [24] 王文章. 理性官僚制的困境与创新[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 1999(2): 8-13.
- [25] 王锡锌. 当代行政的“民主赤字”及其克服[J]. 法商研究, 2009(1): 42-52.
- [26] Robert reiner. 警察与政治[M]. 易继苍, 等译. 北京: 知识产权出版社, 2008.
- [27] 林辉煌. 法治的权力网络——林乡派出所的警务改革与社会控制(2003—2012)[D]. 武汉: 华中科技大学, 2013.
- [28] 徐文星. 警政革新与警察裁量权之规范[D]. 北京: 中国政法大学, 2007.
- [29] 杨胜雄. 内部控制范畴定义探索[J]. 会计研究, 2011(8): 46-52.
- [30] 丹尼尔·德纳里. 英国的警察投诉机制[J]. 北京人民警察学院学报, 2005(4): 64-66.
- [31] David Easton. *The political system*[M]. New York: Krop, 1953: 129.
- [32] 张金马. 政策科学导论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1992: 146.
- [33] Alistair Henry. *Transformations of policing* [M]. London: ASHGATE, 2006: 143.

From compliance to legitimacy: The reshaping of policing regulating system

JIANG Yong

(School of law, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: In the prospect of “rule by law”, the policing regulating system, with “compliance path” as the logic axis, is in essence replication and mutation of the traditional mode of administrative law in the field of policing. But in time of policing governance, “compliance path” encountered functional dilemma. To resolve this practical problem, it is necessary to introduce “new administrative law” theory, which emphasizes rediscovering administrative legitimacy. With the catalysis of administering by law, professional administration and democratic administration, our policing nomocracy system should include perfecting policing law system, establishing internal control system and regulating the publicity of policing policy.

Key Words: policing nomocracy; compliance; functional dilemma; new administrative law

[编辑: 苏慧]