

# 论警察权的属性

**作者：**黄金兰 周 赟

**作者单位：**山东大学法学院

**出处：**江西公安专科学校学报 2006 年 5 月第 3 期总第 103 期

**内容摘要：**警察权的属性是行政法学界、法理学界的一个难点问题。虽然已有的理论都在一定层面上对之进行了揭示。但应当说已有的研究并不“妨碍”我们作新的尝试性探讨——特别是当前我国《治安管理处罚法》的出台。更是为我们探讨这个问题提供了一个很好的参照。经过分析。我们发现。作为一种重要的行政执法权。警察权具有积极性、扩张性和谦抑性三个重要属性。

**关键词：**警察权；积极性；扩张性；谦抑性

**中图分类号：**D631      **文献标识码：**A      **文章编号：**1008—8121(2006)03—0010—05

**正文：**

从所周知，警察权是一国行政执法权的重要组成部分。自现代警察制度<sup>①</sup>建立以来，理论界关于警察权属性的认识就一直存有争论，其中较有代表性的是如下三种观点：一是自 19 世纪末、20 世纪初以来流行于西方的“福利警察”论，即认为警察权的属性就在于其是“公益”、“社会安宁”或“公共福利”的看护人；二是流行于多党轮流执政国家的“中立警察”论，即认为警察的属性就在于完全站在国家的立场、不卷入任何党派或党派斗争而中立地维护社会安全；三是马克思主义学说中的“暴力机器”论，即警察权是统治阶级维护阶级统治并被冠以国家之名义的武装力量<sup>[1]</sup>。

应该承认，如上三种观点各有可取之处，并且相互之间也无冲突——因为它们系分别从不同视角对警察权之属性进行界定：前者从警察权之目的角度，中者从警察权之归属角度，后者从警察权之本质角度；同样应该承认的是，如上对警察权之三个角度的界定已经比较全面地揭示了警察权的属性；但我们更应该承认的是，对任何一个事物的认识都存在“无限的可能”，即无论前人已经对它作出了多么全面而深刻的界定，都不能、也不应杜绝对该事物作出新的或不同角度的认识。

正是基于如上认识，在下文中，笔者将尝试着从三个角度对警察权属性作一种与如上三种理论不同的认识。

## 一、积极性：警察权的根本属性

自西方学术史上孟德斯鸠、洛克等人提出权力分立理论以来，西方宪政国家一般都将国

家权力划分为立法、行政与司法等相互独立而又制衡的几个部分；而在社会主义国家，虽然由于国家主权理念之不同而往往不推行权力分立机制——我们习惯于称之为“权力分工”体制，但应该说，国家权力客观上被划分为立法、行政等几个部分并且分别由不同的机关行使是当下所有民主法治国家的通行做法。

那么，为何要强调权力的分立(或分工)呢？就孟德斯鸠以及既往的大部分学者而言，他们之所以强调权力分立，最重要的目的是为了达到一种权力相互间的制衡以更好地保障民权，因为如果没有一种权力对权力的制约，那么——用孟德斯鸠的话讲即——“自由就不存在了”<sup>[2]</sup>。但在笔者看来，仅仅强调权力分立的原因在于防止权力失去制约是不够的；笔者以为，之所以强调权力分立，首要、甚至根本的原因主要在于各种权力本身属性的不同而不在于相互制约：试想，如果各种权力本就相同，如何分立，

---

①一般认为，现代警察制度源于 1829 年英国议会通过的《大都市警察法》，该法第一次以法律的形式规定了警服、警俸以及执法规范等各方面内容。更为详尽的相关介绍。可参见工大伟：《英美警察科学》。中国人民公安大学出版社 1995 年版第 46 页。

---

又，如何制衡，

以典型的三权分立体制为例，我们可以非常清楚地看到：立法权具有直接性、全局性和妥协性等属性，其中直接性是说它直接来自选民，全局性是说它从根本上全面地设计、建构了一国社会的基本框架，而妥协性是说立法权的行使过程总是一个各方力量相互妥协、博弈的过程；行政权则具有法定性、主动性和单方性等属性，所谓法定性是指行政权的获得和行使都必须严格依照法律进行，主动性则指行政权往往不需要相对方的请求即可启动，而所谓单方性是指行政权在行使过程中可以仅凭行政主体的单方意志就作出有强制约束力的决定；司法权则具有中立性、被动性和对话性属性，其中中立是指司法权既不像立法权那样站在多数人(或统治阶层)的立场、也不像行政权那样站在国家的立场进行权力的行使——它强调的是一种不偏不倚的中间立场，被动性则是说司法权总是在他人的请求下方得启动(非刑事案件由当事人提出申请，刑事案件由公诉机关或被害人提出申请)，而所谓对话性说的是司法权的行使过程就是一个在司法机关主持下诉讼各造的对话过程。

笔者以为，相对司法权和立法权而言，行政权最突出的属性就在于它的积极性：司法权之被动性当毋庸多言，“不告不理”的法谚已经充分揭示了这一点；至于立法权，笔者以为在很大程度上也具有被动性——按照经典的“法的形成”理论，立法机关启动立法程序的充要条件正是社会的某种吁求已经足够强烈”。关于行政权的积极性，我们只需要考察一下我

国《刑法》关于国家机关工作人员渎职(本文此处特指怠于履行职权,不包括错误行使)罪的规定就会发现:几乎全部渎职罪都是关于行政执法人员的——如果行政权本身不具有积极性或如果立法权、司法权具有积极性,怎么可能作如是规定?因此,我们似乎可以这么认为,相对而言,行政权的最大属性在于积极性;进而言之,我们甚至可以这么说,行政权作为国家权力之独立一支的首要理由就在于它所具有的积极性属性。

如果说上述关于积极性是行政权根本之属性的观点能够成立的话,那么,我们又可以进一步说,警察权又是行政权中最具积极干预属性的一个部分。为什么这么说呢,这可以从《中华人民共和国警察法》(1995年)中的相关规定看出,该法第6条规定,“公安机关的人民警察按照职责分工,依法履行下列职责:(一)预防、制止和侦查违法犯罪活动;……”;第19条规定,“人民警察在非工作时间,遇有其职责范围内的紧急情况,应当履行职责”;第21条规定,“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形,应当立即救助……人民警察应当积极参加抢险救灾和社会公益工作”,等等。在如上法条中,我们可以看到其中的“预防”、“积极”(并且这种“积极”甚至是溢出其工作时间的)等字眼——相对来说,关于其他行政执法权的法律中,一般就不会出现这样的规定或字眼。这说明,警察权比其他的行政执法权具有更明显的积极干预属性。

综上,我们认为积极干预是警察权的根本属性。

## 二、扩张性:警察权的必然属性

笃信自由主义理念、特别是古典自由主义理念的人,往往会抱有如下看法:随着法治、民主、宪政体制在各国的推行,各国的国家权力或政府开始变得越来越小而各国人民开始越来越自由,因为随着人们的理性日益自觉,再加上我们的社会生活本身所具有的一种自生自发(spontaneous)属性,社会秩序的形成根本或基本不再需要国家权力的干预——国家只需要作市场或市民社会的守夜人就行。<sup>[4]</sup>这意味着,在自由主义者看来,当下社会生活中的国家权力在渐渐萎缩——如果不是这样,那么,这个社会就必定是个不正常的或充满强制、约束的社会。

笔者以为,如上古典自由主义理论所说的从来不是事实。对人类文明史进行一定的考察,我们会发现如下一个规律:即,人类所处时期之文明程度越低,社会生活就越简单,并且国家机关就越单薄(尽管专制的程度可能比较野蛮而激烈)。相反,人类文明越发展,人类社会越是进入到近现代,国家机关就越是发达——并且,往往是国家机关中的行政执法机关就越发达;或换言之,往往是国家的行政执法权(特别是警察权)随着社会的发展有一种最为明显的扩张趋势。比如,美国的国家权力、国家机关是全世界最庞大、强大的,特别是“9·11”

事件以来的行政权(尤以警察权为最)更是得到了迅速地扩张。类似情况,我们在英国、德国、法国均可发现。

以上说明,国家权力随着公民自由的扩张而缩小的观点是站不住脚的。换言之,随着公民权的扩张,国家权力的扩张是具有合法性的(legitimacy)而非不正常的:

首先,从国家的起源上看,公民权的扩张必定需要国家机关的“保驾护航”。从理论上讲,关于国家起源的理论比较有代表性的有如下三种:其一,是具有社会实证意味的国家学说,典型的如经典马克思主义国家理论;其二是具有纯粹理念意味的国家学说,典型的如黑格尔国家理论;其三是介于两者之间的国家学说,最典型的是社会契约理论。仔细分析上述三种理论,我们会发现,无论是哪一种,其根本的落脚点其实都在于国家源于对个人自由保护之需要:马克思、恩格斯的阶级分化、阶级斗争导致国家产生的学说非常明显地表明了国家系维护阶级利益的产物;黑格尔的国家——当他宣称国家是为了救济市民社会先天不足(黑格尔认为没有国家规制的市民社会是一个纯粹的名利场,很容易导致一切人对一切人的利益战争)——当然亦是为保护个人权利而产生;更不用说社会契约的缘起恰恰就在于对自然状态中人之权益的保护了<sup>①</sup>。既然国家本就是为公民权提供保护的不二之选(到目前为止的实践证明除了政治国家,没有更好的保护民权的组织),那么,我们有什么理由认定公民权的扩张会导致国家权力的缩小,恰恰相反,笔者以为,公民权的扩张同时必定意味着国家权力的扩张——因为它需要保护更大范围的民权就必定需要更大的权力。

其次,从社会生活的客观需要看,社会交往的日益复杂需要更广泛的国家权力。关于这一点,笔者拟采用法国学者涂尔干的相关社会学理论予以说明:涂尔干在他的《社会分工论》中的分析表明,越是在低级的社会中,人与人之间的分工就越不明确,相对应地人们之间的交往也就越少;而这意味着每个人的独立性就越强——因为他根本就不需要借助别人就可以解决自己的吃、穿、住、行等各方面的需要。但是,这绝不是说彼时的人是最自由的,恰恰相反,由于彼时人们的“自由”是建立在简单生活的基础之上的:这种简单一方面表现为人的需求很简单(最基本的生理需求);另一方面也表现为人的生活很简单(所从事的一切都是满足基本生理需要)。因此,彼时人们恰恰处于一种几乎完全受自然所支配的状态之中,因而也是最不自由的状态。相反,随着劳动分工的加强,人们开始意识到除了满足基本生理需求以外的东西,换言之,开始具有了自由、权利的意识,与此相适应,人们之间的连带关系也开始日益复杂,因为彼时任何人都变得不能自给自足而只能相互依赖了。一个社会中人们之间连带关系的加强实际上意味着社会生活的日益复杂,这种复杂性所带来的后果之一是社会控制系统的渐次加强——这正如生物体的生命越是丰富、复杂,其大脑就越发达一样<sup>[5]</sup>。

而所谓社会控制系统的渐次加强，实际上就意味着国家权力的扩张，其中尤其指行政权的扩张。

关于社会生活客观上需要更广泛的国家权力，我们还可以从如下一个角度进行证立，即应对紧急状况的需要。近年来，随着人类生活不节制程度的加强，自然世界开始越来越频繁地“报复”人类：一次又一次并且频度越来越高的自然灾害几乎每年都在世界各地发生，一次又一次并且同样频度越来越高的瘟疫几乎时刻萦绕在人类四周……对于这些自然灾害或其他原因所导致的紧急状况，很显然，人类社会中的任何一个部分都不能很好地应对，比较有效的方式只能是由国家(甚至是国家联合)这一政治实体进行有效地干预；另一方面，由于——正如当年汉密尔顿在论述执法权问题时所指出的——“我们不可能预测或规定国家发生紧急情况的范围和变化，以及符合需要的方法的相应范围和变化。威胁国家安全的情况很多”，因此，“对保卫安全的权力(特别是警察权)从宪法上加以限制或进行其他限制，都是不明智的”<sup>[6]</sup>。这就是说，紧急状况的存在，客观上使得我们没有办法将国家权力限制在一定的范围之内；而当今社会紧急状态出现频度的日益增大，使得我们更无法限制国家权力。相反，当面对紧急状态时，我们需要更广泛、也更有力的国家权力。<sup>②</sup>

至此，我们就可以很好地理解当年西塞罗所曾明确告诫的如下话语了，“你们务必记住我开始时所讲的这个事实：一个国家中必须存在一种权利、义务与职能之间的平衡，因此行政官拥有足够的权力，显赫公民的顾问们有足够的影响力，以及人民有足够的自由(就是保持国家平衡的必要条件)。否则的话，这样的政府就不可能免除革命”。<sup>[7]</sup>

最后，国家权力的扩张亦是权力本身所固有的属性。霍布斯在谈及政治权力的问题时曾明确指出，“由于人们这样相互疑惧，于是自保之道最合理的就是先发制人，也就是用武力或欺诈来控制一切他所能控制的人，直到他看到没有其他力量足以危害他为止。这并没有超出他的自我保全所要求的限度，一

---

①如上几种理论的具体情况，可以分别参阅[德]恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，张仲实译，人民出版社1954年版，第63页以下；[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第197页；[英]霍布斯：《利维坦》，黎思夏、黎廷弼译，商务印书馆1985年版第92页以下以及[英]洛克：《政府论》(下册)，叶启芳等译，商务印书馆1964年版，第78页以下。

②罗素曾从心理学、权力哲学的层面论证了紧急状态中人们对强权的必然渴望和依赖，他明确指出，“人们相信自己有能力处理眼前事物时。他们就会喜欢权力。但是当他们知道自己没有能力时。他们宁愿追随领袖。顺从(他人)的冲动和指挥(他人)的冲动一样现实、一样普遍。……凡有重大危险时。大多数人的冲动是找到一种‘权威’并服从它。……人民对政府也有类似的感觉”。[英]罗素：《权力论》，靳建国译，东方出版社1988年版，第9页。

---

般是允许的。……统治权的扩张成了人们自我保全的必要条件，应当加以允许”。<sup>[8]</sup>这就是说，握有权力的人由于某种猜疑、恐惧心理的“作怪”，总有一种扩张自己权力的倾向——这一点我们只要看看当今国际政治格局就可以得到非常明显的应证：美国已经毫无疑问地足够强大了，但是它仍然一方面不断地扩充自己的军备；一方面又不断地在世界各地打压可能对本国造成威胁的各种力量；特别是其所采取的所谓“先发制人”战略甚至从措辞上都完全与霍布斯的如上论断相吻！如果说，我们可以从根本上废除国家权力，那么，权力本身属性所带来的权力扩张当然是可以克服的；然而，上文的分析已然表明，国家权力与公民权力之间存在一种相伴相生的必然关联，因此，权力的存续以及相应之权力的扩张也就具有了必然性。

如上的分析表明，在一个自由的国度，公民权利与国家权力之间存在一种正比例的关系：公民权利越多，国家权力的范围就越广<sup>①</sup>。当然，需要特别明确的是，本文这里说国家权力随着公民权利的扩张而扩张具有正当性并不意味着本文认为对国家权力不需要限制：从逻辑上讲，一种从广度上看最大的权力完全可以从频度上行使得最少的权力。

### 三、谦抑性：警察权的应有属性

就国内社会科学界而言，“谦抑”一词系刑法学学者陈兴良先生系统引入理论探讨中的。陈兴良主要是在主张刑法、刑事政策对社会的干预应当保持一种自律式的节制这个层面上使用“谦抑”一词的——事实上，该词也成了近年来国内刑法学(特别是刑法哲学)界使用频度最高的概念之一。但笔者以为，其实不仅仅是刑事政策或有关刑事方面的权力应当抱有一种自律式的节制，任何具有积极属性的国家权力都应当抱有一种谦抑性属性；这其中，警察权尤应如此。为什么这么说呢，这主要取决于如下几个方面的因素：

首先，正如前述经典自由主义理论所揭示的，任何社会在一定程度上确实具有自生自发属性；特别是在一个相对简单的群落当中，更是如此。而一个公民的生活圈子恰恰在大部分情况下处于一种较小的领域，这意味着一个人生活的领域在大部分情况下都可以被社会的自生自发属性所支配；也就是说，对私权主体而言，只有在少数情形(如与人发生无法解决的纠纷或受到他人的非法较严重侵害时)中才需要本群落外的力量之救济。而这已经表明了警察权(当然也包括其他积极性的国家权力)在发挥作用的过程中应当保持某种克制。

其次，由于警察权的行使总是依照法律进行，而法律讲求的又是一种普遍、划一，所谓“一同天下义”(《墨子·尚同中》)是也。毫无疑问，“天下义”相同是天下能够形成某种秩序的必然条件，但同时它也往往可能带来某种压抑个性的后果；考虑到个性以及个性的张扬往往既是人们追求自由的必然要求，同时又是引领、创造一种新社会生活方式的必要条件，

因而，警察机关在行使警察权时保持谦抑性就是当有之义了。

最后，由于警察权具有典型的单方裁量性特征，这使得一方面警察权在行使过程中往往容易陷入到某种“偏听而暗”的境况之中；另一方面，也使得警察权容易陷入到某种权力滥用的泥淖之中——黑格尔当年在谈及警察权的裁量问题时就曾明确指出，由于“外部定在之间的关系构成理智的无限性，因此没有任何自在的界限来划清什么是有害的和什么是无害的；又从犯罪（在黑格尔那里，犯罪包括我们通常所谓的违法和犯罪，引者注）方面说，也没有任何自在的界限来划清什么是有嫌疑的和什么是没有嫌疑的，什么是应予禁止或监视的和什么是不受禁止和监视、不启人之疑、免于查询和盘问，因而是容忍的。一切细节都是由风尚、整个国家制度的精神、当时状态、目前危险等等来规定的”<sup>[9]</sup>。应该说，笔者所引证之黑格尔的这一段话已经非常清晰地表明了警察权的如下一个特点：即，只要它愿意，它总是可以找到理由（而且是合法的理由！）来作出某种裁量，从而干涉、甚至侵害公民的自由或权利。也正是因为警察权容易误用、滥用，因此，在行使警察权的过程中完全有必要保持一种谦抑的姿态。

论及此处，笔者以为还有如下两个可能的问题需要予以回答：一是警察权的谦抑与前文所述之警察权的积极性属性是否相冲突？二是警察权如何谦抑？对于第一个问题，笔者以为由于它们二者本就不是一个层面的东西：积极性说的是警察权本身的属性，而谦抑性说的是警察权行使过程中的要求。因此，这应该是个不成问题的问题。对于第二个问题，笔者拟从如下三个方面予以回答：

---

①也因此，从这个角度看，刚刚实行的《中华人民共和国治安处罚法》赋予警察以更为丰富而广泛的处罚权，恰恰说明了我国公民享有之自由度已经比较大；也因此，笔者并不像部分学者那样对《处罚法》的这种扩张警察权的做法采取一种基本否定（担忧）之观点——笔者对此持有的可谓是一种谨慎乐观之态度。

---

其一，应当加强对警察队伍的道德品质的塑造。学习、研究法律的人，往往容易对道德这样一种没有刚性制度规约的规范持怀疑、甚至否弃态度，但笔者以为，如果一个人、一个集体、一个社会没有了起码的道德，那么，奢谈什么法律是没有意义的，因为法律的基础就在于社会的道德、习惯——还记得当年孟德斯鸠的那个著名论断么：“当一个民族有良好风俗的时候，法律就是简单的”<sup>[2]</sup>。因此，笔者以为，具有一支有较高道德品质之警察队伍是保持警察权行使谦抑性的首要条件。

其二，国家机关在行使警察权时应当注意角色的转变。在过去很长一段时间内，人们总是习惯于认为警察就是“处罚人”、“打击违法犯罪”的“暴力机构”（当然，造成此种理解

的原因可能也有一部分源于警察旧有的作风)；然而，笔者以为，在人类政治文明已经如此发达的前提下，警察应当在如下两个意义上发生转变：首先是角色的转变。这要求警察由原来的主要是单方处理社会矛盾的角色转变为一种积极调停的角色。所谓“积极调停”是指一方面警察在行使权力的过程中应当注重对相对方意见的听取，而应逐渐放弃原有的那种单方裁量角色——这有利于克服其“偏听而暗”的可能倾向；另一方面是指警察在行使权力的时候应当以一种比较积极的姿态介入当事人的矛盾解决过程中——这标示出警察之调停与法院之调停的不同所在；其次是手段的转变。在人们的印象中，警察与打击、惩罚等字眼是具有当然之联系的，但笔者以为，警察权行使的手段应当由原先的单纯打击、惩罚转变为主要是恢复、救济。

其三，警察权谦抑的底线是不突破法律的授权——即便是紧急状态也应如此。如前述，由于警察权本就已经具有了几乎无限裁量的可能，因此，如果一个警察不能够严格依法作为，那么其所造成的后果对公民权利而言就必将是灾难性的；也因此，如果一个警察或警察机关不具有较高的道德品质、不能够有意识地转换自己的角色，那么，法律就应当成为其保持谦抑的最后底线。

#### 四、附议：上三种属性的相互关系

在上文中，笔者分别分析了警察权的积极性、扩张性和谦抑性。喜欢追问的人可能会有如下疑问：即，为什么笔者仅仅重视、考察警察权的这三个属性而不关注其他方面呢，这主要在于，警察权的如上三个属性具有一种内在的关联：首先，积极性、扩张性构成了谦抑性的基础——如果警察权不具有积极性属性和扩张性倾向，就完全没有必要谈什么警察权的谦抑性；其次，谦抑性为积极性、扩张性提供了外在的具有救济属性的合法性依据——如果警察权的行使不注意保持一定之谦抑，那么，它也就可能会渐渐失去积极性和扩张性的合法性基础。

---

#### 参考文献：

- [1] 陈卫东，石献智．警察权的配置原则及其控制[J]．山东公安专科学校学报，2003，[5]．
- [2] [法]孟德斯鸠．论法的精神(上)[M]．北京：商务印书馆，1961．153
- [3] 孙国华法理学教程[M]．北京：中国人民大学出版社，1994．332
- [4] [英]哈耶克．自由秩序原理(上)[M]．北京：三联书店，1997
- [5] [法]涂尔干．社会分工论[M]．北京：三联书店，2000 163—185
- [6] [美]汉密尔顿．联邦党人文集[M]．北京：商务印书馆，1980．114
- [7] [古罗马]西塞罗．国家篇[M]．北京：商务印书馆，1999．83
- [8] [英]霍布斯．利维坦[M]．北京：商务印书馆，1985．93
- [9] [德]黑格尔．法哲学原理[M]．北京：商务印书馆，1961 238—239