

## 基本权利干预视角下我国警察强制措施立法完善

蒋 勇

**内容提要:**基本权利所具备的人权制度化特征,使得基本权利理论成为部门立法的重要理论依据。警察强制措施极有可能构成对基本权利的干预,应当接受基本权利干预正当化要件的检验。我国警察强制措施在立法位阶上突破了法律保留原则,在体系构造上违反了比例原则,在运行过程中缺少司法令状。基本权利理论的植入在我国存在一定的难度,这表现在立法过于简略而政策增长过多导致警察强制措施授权的合法性质疑。违法和犯罪的二元制裁体系形成我国警察任务的双轨特征,“项目制”运作与压力型体制构成我国警察权控制的主要途径。以《人民警察法》的修改为契机,完善警察强制措施的相关立法,需要在观念上实现立法先行与宪法统摄,在制度上寻求基本权利与警察法的规范联结。

**关键词:**基本权利 警察强制措施 合法性 二元制裁体系 行政权

蒋勇,西南政法大学法学院讲师。

近些年由警察强制措施引发的执法争议愈演愈烈,《人民警察法》的修改被提上议事日程,其中警察强制措施体系如何改良成为一个核心议题。虽然之前学界已经零散地讨论了部分警察强制措施实施中的人权保障问题,但大多集中在刑事诉讼层面,且侧重于对“不明确的法律概念”的释疑,<sup>[1]</sup>而对警察强制措施体系本身的权能类型与结构合理性问题缺乏梳理。由于我国警察权是由公安行政权与侦查权组成,两者分别归属于行政法与刑事程序法领域,而作为警察基本法的《人民警察法》只是对相应法律法规内的警察权能进行追认与规则提纯,无法起到基本法的统摄功能,这就导致《人民警察法》在功能与路径上的模糊。<sup>[2]</sup>而警察法最核心的问题是对警察强制措施进行合乎法理的制度安排。

[1] 参见余凌云:《对不确定的法律概念予以确定化之途径——以警察盘查权的启动条件为例》,《法商研究》2009年第2期;万毅:《解读“技术侦查”与“乔装侦查”:以〈刑事诉讼法修正案〉为中心的规范分析》,《现代法学》2012年第6期;程雷:《指定居所监视居住实施问题的解释论分析》,《中国法学》2016年第6期。

[2] 例如,有学者认为,“应当将其他法律或行政法规、规章规定由公安机关管理的事务尽可能统一纳入职责的范围,使之于法有据”。《人民警察法》修改座谈会也仅仅就人民警察的任务、职责进行了扩充,并没有调整现有的警察强制措施体系。参见邓国良:《〈人民警察法〉修改应协调的几个关系之思考》,《江西警察学院学报》2015年第5期,第10页。

如此,无论是警察行政强制措施还是侦查强制措施,均属于警察法的关照对象——《人民警察法》必须要关切警察强制措施的正当性及其内部体系的协调性。良法是法治的前提与基础,回归到警察强制措施本身的立法设定,是今后推进公安执法规范化与相应司法改革的实践起点。

## 一 警察强制措施:从对基本权利干预视角的考察

### (一)基本权利理论与警察法的功能

人权发源于自然法学说,具有浓厚的观念因素。人权保障已经成为现代法治国家的共同选择,并在联合国的相关文件中达成共识。国内法上,将人权转化成宪法上的基本权利已经成为人权保障的制度路径。正如论者所言,“一方面人权尽管内容上的不确定性,却构成了基本权利的目标和实质内容的源泉;另一方面,基本权利并不单纯是实证宪法中的权利……以人权为自身的圭臬,单个或全部基本权利必然提出一个主张,要求人权在宪法中加以实现”〔3〕基本权利理论主要来源于德国公法上的权利理论,作为大陆法系代表性国家,其二战后为了反思魏玛共和国时期软弱的宪法体制,对法治国的理解也从形式法治转向了实质法治。拉德布鲁赫就认为,实质法治国之法应当包括法的安定性、合目的性以及正义性〔4〕其核心要义在于“法律并非拘束国家权力的唯一法源,而渊源于自然法所谓的人性尊严与正义等高阶位的法,乃是超法律的法,并已形成法治国家的最高法源”〔5〕因此《德国基本法》开篇便明确了公民基本权利的实质内容,大体可以分为:个性发展权、人身自由权、财产权、通信自由权、住宅自由权、平等权、表达自由权、劳动权及其他社会权利〔6〕还指出“基本权利能够拘束立法、行政及司法而为直接有效之权利”〔7〕在明确基本权利内容之基础上,德国法逐渐发展出了基本权利的主观权利与客观法秩序的双重功能。在“个人得向国家主张”的意义上,基本权利是一种“主观权利”〔8〕主观权利的核心功能是防御权,也即公民依靠宪法预定的救济体系抵御国家(政府)对公民基本权利的不当侵害,如行政诉讼、宪法诉愿。同时,基本权利又被认为是德国基本法所确立的“客观价值秩序”,公权力必须自觉遵守这一价值秩序,尽一切可能去创造和维持有利于基本权利实现的条件,在这种意义上,基本权利又是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”。而在部门法中基本权利的功能就在于形成基本权利干预的主体、对象、程序、限度等立法路径,从而形成一种精细化的立法指导原则。因而《德国基

〔3〕 张龔:《论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景》,《法学家》2010年第6期,第25页。

〔4〕 参见Gustav Radbruch,“Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trans By Bonnie Litschewske Palson and L. Stanley, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006, pp. 6-7。

〔5〕 陈新民著:《德国公法学基础理论》,法律出版社2010年版,第101页。

〔6〕 关于基本权利的规定,参见[德]克里斯托夫·默勒斯著:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第151-153页。

〔7〕 《德国基本法》第1条第3款,参见[德]克里斯托夫·默勒斯著:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第151页。

〔8〕 参见张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期,第25页。

本法》第19条规定了基本权利可以受到一定限制,但必须具有普适性效力,不得只适用个别情况,并且需要在具体法律中明确引用基本权利具体条款。<sup>[9]</sup>这意味着基本权利不仅是宪法上的文本权利,还是一种部门立法的方法论。如罗科信教授指出,刑事诉讼法上的强制措施均为对基本权利之侵犯。<sup>[10]</sup>而在警察行政领域,“警察任务之达成除需依赖警察业务之缜密规划,亦难以避免有使用干预性职权作为之可能”。<sup>[11]</sup>因此无论是警察行政权还是侦查权的运行皆有对公民基本权利进行干预的可能,更何况警政组织的一体化,使得警察任务之承担,警察机构之设置,警察执法之策略,很难完全隔断警察行政权与侦查权之联系。因而对于警察强制措施的立法设计必然要作整体性考量,不能因为警察任务有区别,执法领域有区别,对基本权利的尊重与保护就有多重标准。“赋予警察任务之法律授权,并不能作为警察对人民自由、权利干预之授权……于采取干预措施时,需要仔细考虑要件之构成,因为这些措施限制被干预对象之权利与自由”。<sup>[12]</sup>因而作为成文法国家,德国警察法体系不仅较为发达,而且处处渗透着基本权利理论的方法与构造,“由于受到德国警察实定法将警察职权标准化的影响,德国警察法专书或者注释书,大多逐项探讨干预个人自由范围之典型警察强制措施”。<sup>[13]</sup>

作为英美法系代表性国家,美国法上虽没有在形式上形成严密的基本权利体系,但围绕着美国宪法修正案,最高法院形成了多个经典判决,<sup>[14]</sup>这些判例不断推进着对宪法性权利的解释,扩充了宪法权利的内涵与适用范围。可以说美国法上虽没有基本权利之形,却有着基本权利之实,只不过由宪法权利构筑的“美国版”基本权利干预理论,是由法官的判例法而形成,而并非是像德国那样由立法所预先设定。因而美国虽没有德国那样严密的成文警察法,但在判例中已经形成了从“拦截到逮捕”的全景式警察执法程序标准。值得注意的是,由于美国没有治安处罚这样的治安案件类型,因此,美国警察执法的所有强制手段基本可以纳入刑事诉讼中,这也为司法权制约警察权提供了对接窗口。

我国宪法同样规定了公民的基本权利,如《宪法》第13条(财产权)、第36条(宗教信仰自由)、第38条(人格尊严)、第39条(住宅自由)、第41条(申诉、控告、检举权)。在宪法至上的理念下,无论是公安行政权还是侦查权均应当保持对宪法基本权利的尊重。我国2005年颁布的《治安管理处罚法》,在第5条中再次确认了“尊重和保障人权”。2012年《刑事诉讼法》第2条亦重申了“尊重和保障人权”的价值。虽然我国警察权可以分为警察行政权与刑事侦查权,但均需要尊重和保障宪法中的基本权利,从这个角度来说,两者并不是泾渭分明的部门法分割,同属于警察法领域内的基本权利干预行为。而警察法的

[9] 《德国基本法》第19条,参见[德]克里斯托夫·默勒斯著:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版。第157页。

[10] 参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第273页。

[11] 蔡庭榕:《论警察暂时拘束人身自由》,《公法学与政治理论》2004年第10期,第672页。

[12] [德]亨利·舒勒著:《德国警察与秩序法原理》,李震山译,登文书局1995年版,第241页。

[13] 李震山著:《警察行政法论:自由与秩序之折衡》,元照出版公司2009年版,第203页。

[14] 如美国的卡兹案发展出了隐私权的合理期待理论,特里案区分了“临时性扣留”与“法定逮捕”,从而完善了拦截搜身的警察强制措施。参见向燕:《美国最高法院“隐私的合理期待”标准之介评》,《中国刑事法杂志》2008年第9期。

核心任务,就是要为构成基本权利干预行为的警察强制措施制定履职程序、发动要件以及救济渠道,进而保护基本权利所涵盖的法益。这就回到了上文所提出的警察法的功能问题。长期以来,我国《人民警察法》之所以没有发挥基本法的功能而成为确权法,一是因为违宪审查阙如背景下,我国宪法上的基本权利很难像《德国基本法》那样成为直接约束立法与司法的条款。因此基本权利理论仅仅作为一种立法的宣示性理念,很难成为一种立法的方法论。二是警察强制措施被人为分割成作为行政处罚手段的警察行政强制措施与作为刑事诉讼手段的侦查强制措施,并归属于不同的部门法体系,套用不同的立法技术与构造,基本权利理论很难得到统一适用。

## (二)警察强制措施的立法路径:基本权利干预的正当化要件

将警察强制措施看作是一种基本权利干预体系,并不是要否定基本权利的保护价值。在立法上纳入对基本权利构成干预的强制措施,并非意图剥夺基本权利。恰恰相反,当为了行使公权力而不得已采取强制措施的时候,需要依法行使,受到立法的约束。这就需要,在立法与司法层面,国家需规范或者解释强制措施,从而对其行使加以限制;在执法层面,执法机关必须严格按照立法与司法的规范,按照基本权利干预的正当化路径行使权力,尽量避免对基本权利构成侵犯。因而基本权利干预的正当化路径体现了立法、司法权对行政权的制约,无论是警察行政强制措施还是侦查强制措施均极有可能构成对基本权利的干预,因而必须要遵循“基本权利保障范围——基本权利干预程度——基本权利干预的阻却违宪事由”的运行路径。<sup>[15]</sup>

### 1. 基本权利干预范围

首先要明确警察强制措施所有可能干预基本权利的范围是否仅限于宪法上明确的基本权利。通常的观点认为,警察强制措施干预的基本权利既包括宪法列举之权利,也包括宪法未列举之权利。<sup>[16]</sup> 警察干预行为所涉及的基本权利类型将直接决定该项警察行为的权能内容,进而为警察强制措施的类型化提供判断依据。例如,刑事诉讼中的拘传、治安处罚中的强制传唤、盘问均以人身自由作为干预对象,因而其权能内容具有较大相似性,实践中的执法手段也颇为近似。从这个角度来说,基本权利保障范围不仅决定了某项警察强制措施是否进入基本权利干预的评价视野,还决定了警察强制措施之间的“同类”与“异类”。因而警察行政强制措施与侦查强制措施必然会形成权能上的相似性,只是其指向的警察任务不同。

### 2. 对基本权利干预的程度

要明确警察强制措施是否已经达到了实质干预的程度,其正当性审查与刑事诉讼法上强制措施的性质判断具有一致性,可以从两个角度去理解。其一是否直接使用了某种强制力,如使用拘传强制到案等。其二是否违反了当事人的意思自治,某些秘密警察强制措施虽然并没有直接使用强制力(如监听、通讯监察),但却规避了当事人的意思自治,从

[15] 参见林钰雄著:《干预处分与刑事证据》,北京大学出版社2010年版,第2-20页。

[16] 宪法未列举之基本权利之所以要得到保护,一般认为是人权保障条款在整个宪法规范体系中居于核心的地位,且具有概括基本权利之功能。

而具有客观上的强制效果。对干预程度的判断,一方面可以明确该项警察强制措施是否达到实质干预的程度,进而构成强制措施。例如,一般传唤与约谈非以直接方式干预人身自由,因而不属于强制措施。另一方面,也可以通过干预手段的强度,用以匹配不同的控制程序(下文比例原则部分展开阐述)。例如,在人身自由干预上就有剥夺与限制的区别,两者虽均有直接强制与违反意思之表示,但“人身自由之剥夺系侵害人身自由之强烈型式,其以积极干预方式将自由完全剥夺……人身自由之限制,其具有消极因素,既消极阻碍个人进入一般人得出入之地点,系人身自由之部分限制”<sup>[17]</sup>。因此,在西方法治发达国家,对人身自由的剥夺(如逮捕、拘留等)普遍引入了法官令状,而人身限制(如盘查)则赋予警察一定的单方面裁断权。

### 3. 基本权利干预的违宪阻却事由

警察对公民基本权利的干预行为需要具备宪法上的正当化事由——法律保留原则、司法令状原则与比例原则。法律保留原则是指警察强制措施若涉及公民基本权利之干预必须有法律明确予以授权,这包含了两层含义:其一是警察强制措施必须由法律加以规制,其他层次的法规、规章不得代行,立法亦不得委托。<sup>[18]</sup> 其二是法律的规制必须明确,不得出现类推以及“欠缺可预测性”<sup>[19]</sup>等技术缺陷。司法令状原则又称为法官保留原则,即某些警察干预措施的实施须于事前获得法官的令状,进而实现对这些干预措施的事前控制。司法审查原则的实施范围如警察干预措施的侵害程度、事件紧急性等由法律予以明确规定,因而司法审查原则又被认为是法律保留原则的延伸。<sup>[20]</sup> 比例原则要求,发动公权力时,“应合理权衡公权力行使所保护之利益与因其行使所造成之不利益,不得以失衡之方法达成其目的”<sup>[21]</sup>。可以分为适当性原则、必要性原则与狭义比例原则三个子原则。适当性原则着眼于警察干预行为必须符合特定之目的;必要性原则强调在实现目的的过程中,必须采用最小侵害的方式;狭义比例原则要求警察干预行为所造成之损害应当与其促进之公共利益成比例。比例原则由于其广泛适用于公法行为,因而又被称为是公法上的霸王条款。

## 二 正当化要件的缺失:我国警察强制措施的立法检讨

可以说基本权利干预的正当化要件就是评价警察强制措施合宪性的底线标准。若以

[17] 李震山著:《警察行政法论:自由与秩序之折衡》,元照出版公司2009年版,第283页。

[18] 公法原理上法律保留原则分为绝对保留原则与相对保留原则。如仅涉及法律细节与技术性问题时,可由法律授权主管机关发布补充性规定,此外,在给付行政中,通常也采取相对法律保留原则。参见元照研究室编:《释字第734号解释(法律保留原则)》,《时事短评》2016年第19期,第2页。

[19] 禁止类推虽属刑法上的罪刑法定原则,但在法律保留原则之下,如果法律授权并不明确,仍属无权实施范畴,而不得进行类推适用。这是因为以类推方式取得本来法所不容许的干预形态,就是不利益的类推。参见林钰雄著:《干预处分与刑事证据》,元照出版公司2008年版,第29页。

[20] 法官的事前审查可以过滤掉一些不合理或者没有相当理由的强制处分,从而防止侦查机关滥用强制处分,维护法律程序的刚性。参见林钰雄:《对被告人/犯罪嫌疑人之身体检查处分》,《台湾本土法学杂志》2004年第55期,第56页。

[21] 陈敏著:《行政法总论》,新学林出版公司2004年版,第1115页。

此正当化要件检视我国警察强制措施立法设定,则发现有诸多不合理之处。

### (一) 法律保留原则的突破

法律保留原则意在限制行政权的边界,保持宪法体制下立法权的独立性。因而法律保留原则中的法律必须为立法机关制定的法律,其他位阶的规范皆无此权限。然而在我国诸多强制性警察权能中,并不都能接受法律保留原则的检验。

#### 1. 扩权解释

扩权适用在警察行政领域最为明显,2012年《治安管理处罚法》第87条规定了检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件,也即公安机关并无无证检查公民住所之权限。该条同时还规定了对公民人身进行检查的,也需要开具检查证,确有必要的,可以当场检查。而2012年《公安机关办理行政案件程序规定》却在人身检查条款上增设了安全检查类型,<sup>[22]</sup>并规定安全检查不需要开具检查证。安全检查是《公安机关人民警察现场制止违法犯罪行为操作规程》第35条规定的措施,该规范性文件属于公安部的条令范畴,位阶甚至低于规章层级,而在上位法的法律文件中,未能检索到安全检查措施。因而《公安机关办理行政案件程序规定》吸收安全检查类型,有扩权解释之嫌。除此之外,《公安机关办理行政案件程序规定》第68条还增设了无证检查公民住所的情形,<sup>[23]</sup>更是对上位法权限的扩权解释,违反了法律保留原则。

#### 2. 欠缺可预测性

除了权能上的扩张,在已有立法中程序欠缺可预测性亦是一种违背法律保留原则的情形。以技术侦查为例,2012年《刑事诉讼法》虽确认了技术侦查的法定类型,但其“严格的审批程序如何”不得而知,而随着技术侦查权能的丰富化与警种分工的多样化,技术侦查权已经在实践中形成一个分散的分配体系,如网络监察部门既具有行政处罚权,也具有侦查权,在其他案件中还承担技术侦查的协助任务。如此,技术侦查的程序规定必然会落到下位阶规范中,其严格程序甚至会被部门工作流程所替代。同时,由于我国公安机关内部机构并没有统一设置,不同的公安机关在技术侦查的审批程序、审批机构上也不统一,<sup>[24]</sup>即使是站在内部控制的角度也无法得出究竟是否达到了严格的标准。而在技术侦查的过程揭示方面,由于我国起诉程序中只移送“诉讼卷”,包含技术侦查审批程序的“侦查卷”却不移送,属于警务秘密状态,辩护律师也无法知晓其过程。“在侦查过程中,由于缺乏警察以外力量充分有效的监督制衡,公安机关在侦查卷宗形成的过程中处于绝对的

[22] 《公安机关办理行政案件程序规定》第41条规定,对查获或者到案的违法嫌疑人应当进行安全检查,发现违禁品或者管制器具、武器、易燃易爆等危险品以及与案件有关的需作为证据的物品,应当立即扣押,安全检查不需要开具检查证。

[23] 《公安机关办理行政案件程序规定》第68条规定,检查公民住所的,必须有证据表明或者有群众报警公民住所内正在发生危害公共安全或者公民人身安全的案(事)件,或者违法存放危险物质,不立即检查可能会对公共安全或者公民人身、财产安全造成重大危害。

[24] 如××省公安系统的法制机构只承担本单位劳动教养、犯罪少年收容教养、听证、行政复议、行政诉讼、国家赔偿、执法质量考核评议、执法过错责任追究等各项工作,并无批准侦查强制措施的权力。××县公安局却将刑事案件审核把关职责归到法制部门,统一由法制部门对案件证据材料、法律程序等方面进行审核把关后,向检察院提请批准逮捕和移送起诉,并可对民警办案期限以及采取强制措施进行跟踪监督。郭宏鹏:《云霄公安:法制部门显力量》,《法制日报》2004年11月14日第1版。

控制地位,甚至可以任意决定卷宗的内容”。<sup>[25]</sup> 因而技术侦查审批程序欠缺可预测性,没有起到应有的“法律保留”功能。

对法律保留原则的违反,一方面使得基本权利的客观法秩序功能遭到折损。部门规章与警务政策的迭进,使得国家立法权在实质上遭到分割,冲击了现有的国家权力格局,造成了不当的部门利益扩张。而“部门立法冲动”反过来又削弱了法律保留原则应有的精细度,无论是《治安处罚法》还是《刑事诉讼法》都过于粗线条,以至于呈现空洞化趋势,大量涉及基本权利干预的权能、程序问题没有得到应有的法律细化,甚至出现了某种程度的弃权现象,而在维稳的压力下,承接立法的部门规章及警务政策则会自觉或不自觉地超越对公民基本权利干预的限制,最终演化为对上位法律的虚置与规避。另一方面,对法律保留原则的违反,使得公民的权利救济缺乏制度支撑。由于法律对基本权利干预问题的退让,大量的部门规章与警务政策进入执法依据层面,这些部门规章与警务政策能在多大程度上进入司法审查的范畴,尚是一个未知数。2015年《行政诉讼法》第53条虽然突破性地确认了“对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查”,但又明示了规范性文件中不包括规章。这意味着即使《公安机关办理行政案件程序规定》这类部门规章存在合法性问题,法院对此亦无能为力。而在刑事诉讼中,部门规章的效力将直接影响到非法证据排除规则的落实。2012年《刑事诉讼法》第54条规定:“收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”而其中究竟什么是法定程序,何种违反情形下可构成严重影响司法公正,由于法律的缺位,只能依据部门规章与执法政策来判断,这使得非法证据成为一个漂移的概念,对辩护方排除非法证据的主张极为不利,也影响到了非法证据排除规则的价值实现。

## (二)对司法令状原则的排斥

在基本权利干预正当化要件中,司法审查原则被视为是法律保留原则的延伸,这是因为法律只是规定了强制措施的发动要件,至于具体个案中措施的发动是否合法若完全交由警察机关自己判断,恐有失程序正义。法谚中“任何人不能做自己案件的法官”即为此理。同时基本权利干预中的秘密侦查措施具有单向性和秘密性,若不事前加以控制,当事人则永远无法知晓其基本权利受到了干预,因而无法获得司法的救济。因此在法律保留原则基础上秉持司法令状原则既是对司法权的尊重,也是对公民基本权利的前置保护。而我国警察强制措施的程序设计中,对司法保留原则却持一种排斥态度。

### 1. 未尽司法审查之设计

法治发达国家刑事诉讼中强制措施的执行以法官颁发的司法令状为前提,司法令状不仅是对强制措施的许可,还包含了强制措施的权能、对象以及执行范围。因而司法令状不仅起到了事前控制的功能,还体现了侦查权对司法权在一定程度上的信息披露义务,从而增强侦查权的运行透明度。我国的侦查模式既有别于大陆法系国家的检察引导(指挥)侦查模式,也有别于英美法系的司法控制侦查模式,具有“超职权主义”特征。侦查权

[25] 李长城:《大陆法系刑事卷宗制度对我国的启示》,《中国刑事法杂志》2010年第10期,第68页。

在侦查程序中具有高强度的自主性和封闭性,除了逮捕以外,侦查程序的任何阶段都由公安机关自行决定,这里包括刑事案件的立案、撤案以及所谓“另案处理”。<sup>[26]</sup> 虽然近些年,检察机关试图加强对公安机关的立案监督,但很显然,法律规范的缺位以及司法管理体制导致了检察机关缺少侦查监督的实质能力与资源,而只能以一般法律监督者的名义非制度化地介入侦查程序(事实上这种情况寥寥无几),检察机关基本不掌握公安机关的侦查手段与侦查过程。

而在警察行政权方面,由于我国采取了违法/犯罪的二元立法结构,治安处罚被视作是一种独立的警察处分,而非对轻罪或者违警罪的处罚类型,因而警察行政强制措施完全游离于司法权(包含了检察机关)之外,成为一种便宜而又自主的权能。相对于侦查权而言,警察行政权对司法令状的排斥更为强烈。

## 2. 对司法审查之规避

虽然检察机关拥有侦查立案的监督权、逮捕的批准权以及羁押必要性的审查权,但在侦查实践中,由于警察行政权与侦查权之区隔成为难题而使得侦查程序仅有的司法审查制度有被架空之可能。行政案件与刑事案件的二元结构看似泾渭分明,然而2012年《刑事诉讼法》规定了行政执法之证据可用于刑事诉讼。这意味着警察行政强制措施取得的证据材料完全可以用作刑事诉讼,进一步推论,也即警察行政强制措施完全可以成为侦查程序的潜在权能。如此,以留置盘问、场所检查为主要权能的警察行政强制措施完全可以在功能上替代拘传、逮捕、搜查等侦查强制措施,概因前者审批手续较为便宜,且缺乏受司法节制的制度设计。具体缘由,很多学者做过研究,此不赘述。<sup>[27]</sup> 即使在纯粹的侦查程序中,刑事拘留也在到案功能上替代了逮捕措施。在法治国家的侦查程序中,有证逮捕是一种常态,无证逮捕则是一种紧急的例外。因而即使是无证逮捕,最终也要司法令状的追认。而在我国侦查程序中,刑事拘留作为一种紧急状态下的强制措施竟然成了一种独立的强制处分,且有长达30天的羁押期限。在刑事拘留阶段,侦查机关早已完成了对犯罪嫌疑人的讯问与取证工作,逮捕只是对拘留结果的确认与补充。但在实践中,逮捕反倒成了刑事拘留的逻辑结果。这使得逮捕的司法审查起不到实质性的事前控制功能,而流于形式。

### (三) 比例原则的违反

比例原则的要义在于目的和手段的对称性,在目的的层面,要考虑到“罪有轻重、人有差别、事有缓急”。<sup>[28]</sup> 在手段层面,则要考虑警察强制措施的强弱、控制程序的宽严。比例原则不仅是一种司法适用的原则,也是一种立法的指导思想。就前者而言,比例原

[26] 另案处理包括在逃犯罪嫌疑人无法参加审判,不够刑事责任而降格处理,一人犯多罪而移送管辖。参见董坤:《论刑事诉讼中“另案处理”规范功能的异化与回归》,《法学论坛》2013年第1期,第104页。

[27] 例如,左卫民教授分析了刑事诉讼中用盘查代替搜查的实践现象;马静华教授分析了侦查人员使用非刑事诉讼法定到案措施的实践现象。参见左卫民:《规避与替代——搜查运行机制的实证考察》,《中国法学》2007年第3期;马静华:《侦查到案制度:从理想到现实——一个实证角度的研究》,《现代法学》2007年第2期。

[28] 罪有轻重是指罪行的轻重划分;人有差别是指被追诉人在人身危险性、责任能力上的差别;事有缓急是指诉讼情势的紧急与否。三者共同构成了刑事诉讼中案件的类型化。参见秦策:《刑事程序比例构造方法论探析》,《法学研究》2016年第5期,第158-161页。



则是嫁接法规范和法事实的桥梁,是司法权进行价值衡量、判断合法性的动态依据。就后者而言,比例原则是设置权能类型、设定权能程序、提供权利救济的静态依据。比例原则的司法视角已经得到学界的普遍重视,也是司法审查实务的常规性问题,但比例原则的立法视角仍然处在幕后,并为司法视角所遮蔽。而比例原则的立法视角正是警察强制措施设定的重要约束原则。“比例原则源自法治原则,并应具有宪法位阶,其得用以制约立法、行政甚至是司法……是为调和公益和私益,达到实质正义的一种理性思考的方法”。<sup>[29]</sup>

### 1. 权能重复

警察权能一方面对应着履行职务时,所可能干预的基本权利;另一方面又是履行特定警察任务之手段基础,对应着特定的警察任务。如我国台湾地区“警察职权行使法”中,将自由权的干预分解为“身份查证”权能、“治安查访”权能、以及“安全管束”权能,分别对应着犯罪嫌疑人、犯罪矫正者以及处于危险者,从而体现了危害防止中对人的不同危险因素的查察。而我国大陆警察强制措施体系则缺乏目的层面上的区分,以至于出现权能上的重复。仍以《公安机关办理行政案件程序规定》为例,在人身自由干预方面,规定有保护性约束措施、留置盘问、继续盘问、传唤、安全检查、人身检查、强行带离、限制活动范围等强制措施。除了保护性约束措施与拘留审查涉及特定人员外,其余6种措施皆是以犯罪嫌疑为发动要件,并没有体现“危害轻重、人有差别”<sup>[30]</sup>原则。可以认为这6种强制措施均是为同一警务目的之权能堆砌,因而具有权能重复的特征,如果将其与刑事诉讼综合起来考虑,重复特征更为明显。如刑事诉讼中的拘传与《公安机关办理行政案件程序规定》中的强制传唤,皆包含了犯罪嫌疑的启动要件;而刑事拘留的发动事由又与留置盘问<sup>[31]</sup>出现了一定的竞合。这种权能重复违背了比例原则中的必要性原则,赋予警察过多的基于同一警务目的之权能。

### 2. 权能复合

在权能重复的基础上,我国警察强制措施的立法还表现出权能复合的特征,如留置盘问当然包括了到案、盘查、讯问,违法犯罪嫌疑人到案后当然及于安全检查、扣押。而安全检查与刑事诉讼上人身搜查、人身鉴定之区别法律并无明确释义。因而留置盘问一旦启动,权能就会呈流水线接续,缺少比例原则的节制。“这些行为混杂了盘问、检查、人身搜查、人身检查、鉴定等行政执法以及刑事侦查手段,司法实践中,执法人员运用自如,环环递进”。<sup>[32]</sup>如果说权能重复是同一警察任务设置了过多的警察权能的话,那么权能复合就是一个警察权能满足了多个警察任务需求。前者体现了警察权能量上的宽度,后者体现了警察权能质上的硬度。而在基本权利干预限制较为严格的国家,一个警察任务通常

[29] 李震山著:《行政法导论》,三民书局2009年版,第291页。

[30] 一般认为危害防止、危害预防是警察行政领域的主要任务,因而这里的罪有轻重,体现为危害轻重。参见李震山著:《警察行政法论》,元照出版公司2009年版,第33页。

[31] 留置盘问以发现违法犯罪嫌疑人作为发动要件,而刑事拘留中的“在身边发现罪证”、“犯罪被发觉”、“不讲真实姓名”均可为违法犯罪嫌疑人所吸收。

[32] 李震山著:《行政法导论》,三民书局2009年版,第291页。

只能赋予单一的警察权能,如美国的盘查措施只能是拍搜,附带搜查仅仅是为了发现犯罪嫌疑人是否拥有武器,而不得用作其他目的。<sup>[33]</sup>除了固定交通哨,拦停车辆亦需有合理怀疑。<sup>[34]</sup>且拦停车辆不得附带搜查车辆。<sup>[35]</sup>我国台湾地区“警察职权法”亦规定查证身份时,非遇暴力不得强制。而只有在实施逮捕(包括无证逮捕)时,才有一定范围内的附带搜查权能。

### 3. 权能强弱分布的错位

比例原则要求赋予警察的权能在强度上必须与警察任务相适应,这意味着警察任务类型虽有不同,但若任务内涵一致,则其赋权的强度也应大致相似。然而我国警察强制措施权能强弱分布却违背了上述基本要求,尤其是对警察权作整体考察之下。如刑事诉讼中对犯罪嫌疑人的拘传期限常态下只有12小时,特殊情形下24小时,而《公安机关办理行政案件程序规定》中只是对违法犯罪嫌疑人留置盘问,常态下却有24小时,特殊情形下48小时。如果考虑到刑事诉讼法禁止连续拘传,却允许继续盘问的话,这种强弱不均就更为明显。同样的情形还出现在场所类干预措施中,刑事诉讼中的搜查、扣押需要办理严格的审批手续,且需要表明搜查的对象、范围及事由。而《公安机关办理行政案件程序规定》中的场所检查,却并不需要进行事前审批,场所检查的对象、范围也具有很大的随机性,并且当然地及于扣押违禁物品。权能强弱分布的错位使得同一干预目的下的警察行政权能要大于侦查权能,这不仅不符合犯罪控制与侦破的规律,也诱发了实践中公安机关的程序规避动机。具体可见下表。

表1 限制人身自由的警察强制措施比较<sup>[36]</sup>

权能类型	发动要件	内容	程序	法律依据
当场盘问/ 继续盘问	违法嫌疑	讯问、人身检查(概括)、到案	除延长外,无需审批	《人民警察法》
强制带离	严重危害治安秩序和公共安全	带离、拘留或者其他法律规定的措施	无需审批	《人民警察法》
当场检查	危害有关的人身、物品、场所	人身检查(概括)	无需审批	《治安管理处罚法》
人身安全 检查	现场制服违法犯罪嫌疑人后	人身与物品搜查、到案	无需审批	《公安机关人民警察现场制止违法犯罪行为操作规程》
拘传	根据案件情况	讯问、到案	县级以上公安机关负责人批准	《刑事诉讼法》
刑事拘留	紧急状况等7种情形	讯问、到案、羁押	县级以上公安机关负责人批准	《刑事诉讼法》

[33] 参见胡建刚:《美国盘查制度研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第63页。

[34] 参见王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第283页。

[35] 参见 United States v. Ross 456 U. S. 798, 1982。

[36] 这里只对公安机关可以自行决定的权能进行比较,因而对逮捕不进行列举。

### 三 正当化难题:保障基本权利立场的摇摆

我国警察强制措施体系的缺陷看似是“书本中的法律”出了问题,但其背后隐藏的却是“行动中的法律”桎梏。以基本权利保障模式检视我国警察强制措施体系是一种宪法到警察法实践的法教义学路径。然而这样的路径却与我国现有的警察权图景存在冲突,虽然宪法有权利义务之表述,但在基本权利保障模式的植入上却存在着诸多困境。

#### (一) 警察强制措施的授权:立法简略与政策增长

在现代警察制度发源地英国,警察最初被视为是专职的地方治安官,其权力边界与治安官无异,因而警察不仅具有专业性,也被视为是预防犯罪的有效途径,是替代传统自治性警务下治安官、守夜人的最佳人选,此种观念在边沁的《宪政规则》<sup>[37]</sup>中亦有所体现。而我国公安机关脱胎于革命时期的准军事部队,在诞生之初就不仅仅只面向治安问题,还包含有“武装革命斗争、国家政权建设与政治模式”<sup>[38]</sup>等因素。新中国成立后的历次全国公安工作会议上,也均有服务于党和国家工作重心的表述。同英国相比,我国警察自诞生之初就缺乏专业化和法治化的动因,直到1990年全国公安法制工作会议才提出了“完善公安法规体系”的目标。因而我国警察权的法定化并不同于英国的宪法确认,而是一种全新的立法创制,这意味着立法机关将承担更多的制度与规则设计任务。然而我国立法却存在精细化不足的问题,法律的“假定条件+行为模式+法律后果”的逻辑结构并没有为立法者所完全遵循。作为警察基本法的《人民警察法》只是一个警察职权法与警察组织法的混合简易版本,大量需要进行细致规定的程序要件均语焉不详。刑事诉讼法对侦查程序的规定虽然较为详细,但在涉及到两法衔接问题、技术侦查问题以及非法证据排除规则上均缺乏警察权的整体性设计,而留下了大量的法律空缺。这一局面的形成又与我国简略式、功利性和低效性立法有关。在改革开放初期有法可依的目标下,面对社会主义法制体系的实践需求,立法的主要目的在于填补空白,形成合法的授权,便于规范执行。“这个时期的社会主义法制建设尚处于重新起步和初步探索阶段,法制观中存有法律工具主义的思想,既是政府部门依法办事的依据,更是政府对经济社会事务实施管理的工具,成为行政管理的‘武器’”。<sup>[39]</sup>因而人大立法仅仅提供了一种框架性规范,而至专业领域,则仍由部门立法推进。因而在立法事务繁杂与立法能力不足的情况下,《人民警察法》只能成为一种框架性规范。而在框架性规范中,极易忽视将基本权利保障作为预设立场的考量。

与立法的简略相比,以部门规章为主要形式的警务政策呈现不断冗进的趋势,在《人民警察法》无法完全承担基本法功能的背景下,公安机关的部门立法蜂拥而出,最典型的

[37] 边沁曾就英国“新式”警务的合法性与保守派进行过激烈辩论,主张职业警察也只是领了薪水的治安官,其权力仍来源于普通法。转引自 T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales (1900 - 1966)*, Constable and Company Ltd, 1967, pp. 44 - 47。

[38] 参见陆永:《当代中国警政与现代国家成长》,《南京大学博士学位论文》2012年,第60-63页。

[39] 肖金明:《改革开放以来中国共产党的法治观及其实践形式》,《法学论坛》2011年第4期,第34页。

就是《公安机关办理刑事案件程序规定》与《公安机关办理行政案件程序规定》，两者分别对应着《刑事诉讼法》与《治安管理处罚法》。除了这两项规定之外，在公安部主页上能检索到的政策法规多达百项，涉及公安执法的所有领域。从法律与政策的关系来说，政策通过有效运用配置给行政主体的剩余立法权来实现对法律“空缺结构”<sup>[40]</sup>的补充。“法律规范在一定意义上构成政策空间的制度约束，政策空间即政策主体进行政策选择的自由度”<sup>[41]</sup>而承接立法授权的《公安机关办理行政案件程序规定》和《公安机关办理刑事案件程序规定》大多是对警察强制措施的方法事项进行了规定，<sup>[42]</sup>对于警察强制措施的发动要件、权能内容、执行程序也没有严格按照“假定条件+行为模式+法律后果”的方式进行规定，留下了大量立法漏洞，例如，公安机关负责人的含义、拘留审查的含义、批准的证明标准、当事人的权利救济，等等。也就是说，作为部门规章并没有实现法律“空缺结构”的补充，而是实现了政策化的转向，将大量的基本权利干预事项转化成内部管理事项，并通过规范化的执法语义规避基本权利干预的法教义学路径。因此，寄希望通过部门规章实现与宪法基本权利的对接是不现实的。值得注意的是，虽然自孙志刚事件后，人权入宪极大催生了警察法实践中的权利转向，然而宽泛的权利意识并没有找到基本权利的切入点，规范化仍然没有一个达成共识的标准，因而公安部的政策法规虽然较多，但是缺少基本法的引领，导致内容上不成体系，扩权解释屡有出现，违反法律保留原则的问题即是体现。

## （二）警察任务的双轨特征：违法/犯罪二元制裁体系

在基本权利保障的立场下，警察强制措施应当以所干预的基本权利类型作为分类标准，进而确定基本权利的干预门槛。然而，在我国违法/犯罪的二元结构下，警察强制措施是沿着治安处罚/刑事侦查的路径设定的，《公安机关办理行政案件程序规定》和《公安机关办理刑事案件程序规定》就是这种路径的产物。违法/犯罪的二元结构直接影响了警察任务的法治构造，一般认为警察任务包括“危害预防、危害防止与犯罪侦查”<sup>[43]</sup>“危害乃是可预见的即将损害，也即损害可能性……危害的概念具有本质性要件的标志意义，当警察法的法益遭受威胁，亦即危害出现时，主管机关才有权限采取防止措施”<sup>[44]</sup>危害防止的结果并不是一定要作出法律处分，如盘查嫌疑人无果后放行，拦停车辆未发现酒驾等，一旦在危害防止中发现犯罪嫌疑，则正式开启犯罪侦查程序。从发生学上看，损害（犯罪）是危害发展的结果，因而危害预防与防止多被认为是警察的行政任务，而犯罪侦查则是警察的刑事诉讼任务，两者区分较为清晰。同时，危害预防、危害防止与犯罪侦查

[40] 哈特认为由于语言的模糊性，法律的空缺结构意味着法律概念需要法院或者官员加以具体发展。参见哈特著：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社1996年版，第127页。

[41] 郑敬高、田野：《从“国家意志”到“行政法治”——在法律与政策关系上的泛法律观》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2007年第5期，第100页。

[42] 例如《公安机关办理行政案件程序规定》第41条安全检查条款，并没有明示安全检查的侵入程度，而只对安全检查中的注意事项进行了规定。严格来说，这不属于程序法治的范畴，而是工作方法的标准化，属于警政方法而非警政程序。

[43] 李震山著：《警察行政法论》，元照出版公司2009年版，第11页。

[44] 陈英淙：《探讨警察法之危害概念》，《政大法学评论》2013年第140期，第168页。

三者的任务难度、目标不同,因而达成任务所需要的权能不同,对基本权利干预的程度亦有不同,这也体现了基本权利干预中的比例原则。然而在违法/犯罪的二元结构下,违法与犯罪过程中都存在着“从危害到损害的过程”,因而治安处罚与犯罪侦查在行为上具有同构性,是一种双轨制的基本权利干预过程。其逻辑如下图。

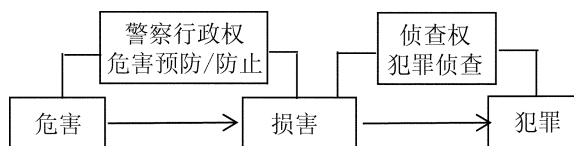


图1 警察任务之一般特征

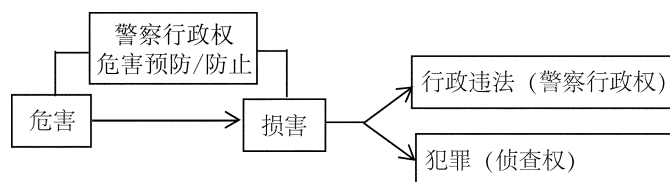


图2 我国警察任务之双轨特征

我国的治安违法行为在域外法治国家多以违警罪论处,虽处罚力度大致相似,但适用程序则完全不同。违警罪审理虽有简易程序,但仍属于刑事诉讼程序,需要接受司法控制,因而对违警罪的调查仍属于侦查范畴。而我国治安处罚则是一种相对独立的警察处分,仅仅受到行政节制。在治安处罚与犯罪侦查的双轨运行下,无法有效界分危害与犯罪的序列点,警察行政与警察侦查无法按照危害的时间序列进行区分,因而其中的基本权利干预行为存在着比例化构造的困难,特别是在发动要件上,可能存在着互相竞合的立法技术难题。例如,我国《公安机关办理行政案件程序规定》仅宽泛地规定,“对与违法行为有关的场所、物品、人身可以进行检查”,而犯罪行为必然也是违法行为,因而此种规定与刑事诉讼法上的搜查并无本质上的要件差异。正是无法以危害的时间序列作为区分行政措施与侦查措施的依据,警察行政法体系与侦查法体系才会各行其道,无法形成统一的基本权利干预体系,进而产生了权能上的重复以及强弱分布不均的情形。更令人担忧的是,在我国倚重警察维稳的背景下,许多具有口袋罪特征的违法行为更容易单独被纳入维稳范畴(如寻衅滋事),以至于有的刑法学者认为“寻衅滋事罪与侵犯人身权利罪、侵犯财产权利罪或者破坏公共场所秩序罪之间发生重合,并没有独特的法益存在”。<sup>[45]</sup> 公共秩序、危害、稳定三者 in 法教义学路径上的逻辑愈发不清晰,反而加重了警察的行政任务,扩大了警察的独立处分权,从而更难建立一种合比例的基本权利干预体系。例如,在处理进京上访中,相关公安机关采取先盘查,然后集中收容并处以训诫,再由户籍地政府接回的办法。这种盘查、收容是否完全符合立法之发动要件是值得商榷的,更何况盘查、收容之后的训

[45] 参见陈兴良:《寻衅滋事罪的法教义学形象:以起哄闹事为中心展开》,《中国法学》2015年第3期,第270页。

减并无法律上的依据,却能成为户籍地公安机关进行行政处罚的依据。<sup>[46]</sup>

### (三) 警察强制措施的控制:“项目制”<sup>[47]</sup>运作与压力型体制

基本权利的保障着眼于良好的宪法制度安排,体现的是警察权的宪法要素,因而法治国家在警察行为的约束中均包含了对基本权利的动态阐释。例如,德国法上对个人信息的认识就有“隐私权”、“资讯自决权”、“资讯科技系统机密性与完整性之基本权利”<sup>[48]</sup>的发展脉络。在警察救济法中有司法审查与宪法诉愿之功能。<sup>[49]</sup>警察强制措施的控制也呈现出在宪法基本权利统摄下的分布式特征。至于警察行政法规等内部程序仅仅是为了规范裁量权而存在的“剩余立法权”。然而我国警察强制措施却将重心放置于内部程序中,纵观改革开放三十多年的警察法治进程,无论是轰轰烈烈的执法规范化建设,还是不断出台的部门立法、警务政策,都带有明显的科层主导型特征。于是“加强队伍建设”、“强化组织领导”分布在地方警政建设的话语中。这种颇具项目制特色的推进方式,不仅曲解了法治的含义,同时在方法论上也不具可行性。“相比于传统的科层体制,项目制使得上级部门拥有集中的资金管理权、特殊的人事安排权以及高效的动员程序,从而能更快地见到成效”。<sup>[50]</sup>项目制的运作是将警察法治分解出指标体系,并通过指标考核来完成最终的执法考核。对于警察强制措施的控制来说,这种指标通常是以行政诉讼/复议数、信访率、错案率甚至是涉警舆情来赋值的。<sup>[51]</sup>这种结果导向型指标的设置无法反映出警察强制措施的过程控制,自然也不存在基本权利保障发挥作用的空间。即使是这些指标有了很好的完成度,也无法推演出警察执法就一定是合规范的,因为警察执法存在着微观的互动机制,实证研究也早已表明,在警察执法实践中息讼息访策略被大量运用。<sup>[52]</sup>

项目制还与我国压力型体制有多重契合。压力型体制是指“在中国政治体系中,地方政府(体现为当地党委)为了加快本地社会经济发展、完成上级下达的各项命令任务而

[46] 相关案例资料来源于“裁判文书网”:《管遵富与高密市公安局、高密市人民政府行政处罚、行政复议二审行政判决书》, <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=cc83d564-f837-4872-a8ba-ac7d0170769&Keyword=%E9%AB%98%E5%AF%86%E5%B8%82%E5%85%AC%E5%AE%89%E5%B1%80>, 最后访问日期: [2017-07-08];《杨振富与伊春市公安局伊春分局行政处罚一案行政裁定书》, <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=a24c8392-aca7-4b7b-8505-30ec58f2aad2&Keyword=%E4%BC%8A%E6%98%A5%E5%B8%82%E5%85%AC%E5%AE%89%E5%B1%80>, 最后访问日期: [2017-07-08]。

[47] 项目制运作来源于政治学上的政府运作方式,这里借用作为上级警政机关控制下级警政机关方法手段的描述。

[48] 谢硕骏:《警察机关的骇客任务——论线上搜索在警察法领域内的实施问题》,《台北大学法学论丛》2012年第4期,第19-21页。

[49] 《德国基本法》第93条第1款规定,“因公权力而造成基本权利或者第20条第4款、第33条、第38条、第101条、第103条以及第104条中所规定的权利受到侵害时,任何人都可以提出宪法诉愿”。相关条款参见[德]克里斯托夫·默勒斯著:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第165页。

[50] 陈家建:《项目制与基层政府动员——对社会管理项目化运作的社会学观察》,《中国社会科学》2013年第2期,第64页。

[51] 例如,××市公安局将行政诉讼、行政复议、公安信访数量下降作为绩效考核。参见孙丽丽:《全国10个市级公安机关执法示范单位经验简介》,《人民公安报》2010年11月7日第3版。

[52] 据论者研究,不正常的上访、过高的重访比例以及施压型上访促使基层公安机关采取“收买消访”的执法策略。参见林辉煌:《涉警信访与转型中国的法治困境》,《法制与社会发展》2014年第2期。

构建的一套把行政命令与物质利益刺激结合起来的机制组合”。<sup>[53]</sup> 而项目制中的指标设计、绩效考核均依托于原有的科层体制,某些具有“戴帽式”<sup>[54]</sup>特征的项目还具有溢出效应——获得更多的预算外资源或者良好的履职评价,进一步加剧了对行政体制内部规则的依赖。压力型体制中的指标考核与一票否决制度也成为项目制的反向刺激。项目制运作嵌入在压力型体制中,形成了较为稳固的执法规范化路径,从而将警察强制措施的控制紧紧限定在警政系统内,并且其指标逐渐向基层警员转嫁,具有浓厚的结果导向特征——重在警察执法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。“就其本质而言,这种考评方式是一种数字评价,一种缺乏价值附加功能的纯粹‘统计式管理体系’,属于经济学上所说的‘计件工资合约’”。<sup>[55]</sup> 在这样的格局下,基本权利干预的宪法意蕴被科层压力所置换,警察强制措施的规范化缺乏达成共识的标准而成为警政项目制运作的一个子项目,在压力型体制下更难以容纳司法审查的介入,权力的互相制约效果不彰。

#### 四 基本权利干预模式的植入:观念更迭与制度演进

基本权利内容不仅搭建了宪法文本到部门法的法教义学路径,同样也为警察执法的规范化提供了一种合宪性标准。然而要将基本权利干预模式植入到警察法中却会遇到障碍,因而警察强制措施的完善并非是一蹴而就的,而是一个观念更迭与制度演进的双重过程。

##### (一) 观念更迭:立法先行与宪法指引

基本权利干预的正当化要件首先是法律保留原则,而法律保留原则并不止于警察强制措施概念的确立,还需要围绕相应权能类型进行精细化的程序设计。<sup>[56]</sup> 虽然在我国立法实践中,较为成熟的政策试点能够上升到立法层面,但就合法性与权威性而言,警察强制措施只有立法首先授权,才当然具有可执行性与可操作性。因而在警察强制措施方面,政策是无法先于法律而行的,更何况立法还是保障后续司法审查原则要件与比例原则要件的制度基础。部门规章的制定,执法规范化文件的出台仅仅只能作为规制警察裁量权的一种途径,本身并不能确定警察裁量权的空间,作为剩余立法权的表现形式,警察法领域的政策只能对警政法律进行拾遗补缺,而不能越俎代庖。从政策之治走向立法之治是今后警察法治观念迭进的基本方向。

仅仅只有立法主导,尚不能完全实现与基本权利模式的对接,这是因为在已有的法律

[53] 杨雪冬著:《市场发育、社会成长和公共权力构建——以县为微观分析单位》,河南人民出版社2002年版,第107页。

[54] 戴帽项目与规划项目相对应,是指项目指标的获得和工程实施动力并非来自于县乡政府和职能部门,而是更高层级政府领导的意志表达。参见李祖佩:《项目制的基层解构及其研究拓展——基于某县涉农项目运作的实证分析》,《开放时代》2015年第2期,第125页。

[55] 郭松:《组织理性、程序理性与刑事司法绩效考评制度》,《政法论坛》2013年第4期,第75页。

[56] 例如,法律保留原则又分为全部保留与部分保留。在部分保留情形下,还涉及层级保留原则问题。参见李震山著:《行政法导论》,三民书局2009年版,第57-59页。

体系内,需要宪法进行总体性的规制,才能在部门法中实现宪法的适用,进而构建基本权利保障模式的部门法路径。然而宪法的适用在我国一直是个难题,在违宪审查阙如的现实条件下,宪法的适用呈现“政治宪法”观与“规范宪法”观的分野,虽然“政治宪法”与“规范宪法”存在学理上的争议,<sup>[57]</sup>但都指出了宪法适用的可能路径,如政治宪法观强调国家权力机关的宪法适用,<sup>[58]</sup>而规范宪法则强调有选择的实现宪法司法化或者建立具有次级结构特征的部门宪法。<sup>[59]</sup>虽然实施的路径不同,但都主张通过宪法要素的指引来保障基本权利在部门法实践中的实现,因而警察强制措施的法治化就取决于基本权利干预是否实现了正当化。从这个角度来说,公安部虽然自2009年以来一直开展执法规范化建设,但规范化的标准、路径并未有效地与宪法进行嫁接,缺乏一种能够达成共识的标准,因而实践中的争议仍然不绝于耳,这也间接损害了警察执法的权威性。而要真正建设法治公安,并有效规范警察强制措施的设立、程序配置等问题,还需要决策者在观念上重新回归宪法的形式理性与根本法价值。

## (二) 制度演进:寻找基本权利与警察法的规范联结

基本权利干预措施的制度化并不是简单地照搬国外司法制度,而是需要在本土情景下构建稳定的宪法实施机制,进而形成以基本权利保障为视角的警察法体系。这意味着警察法领域的基本权利保障模式不太可能单兵突进,而是伴随着宪法实施机制的整体演进。至于具体层面上,则是要寻找宪法基本权利与警察法的规范联结。这种联结应当主要体现在《人民警察法》、《治安处罚法》等警察基本法规范与宪法权利的联系中。

### 1. 警察强制措施的类型化

应当通过宪法释法机制来解释、发展宪法基本权利,以此为基础实现警察强制措施的类型化。警察强制措施的完善首先应当明确我国宪法中究竟确立了哪些公民基本权利,并在警察法上明确何种警察强制措施构成了对基本权利的干预,进而属于警察强制措施范畴。这是警察强制措施法治化的基本前提。例如,长期以来对于技术侦查措施的范畴,法律一直未予明确界定,这是因为依照侦查手段来界定措施类型,在逻辑结构上难以周延,进而造成程序规制上的困难。而以基本权利干预为划分标准,则可以绕过繁杂的现代侦查手段,直接以基本权利干预类型、干预程度来适用相应的规制程序,实现类型化目标。

### 2. 警察强制措施的比例化构造

在立法主导下,警察法规范将成为警察强制措施的主要程序规范,而国家权力机关应当通过宪法监督机制获取警察强制措施的运行概貌,并结合司法审查、立法审查以及宪法

[57] 政治宪法由于“混淆了整体与个体、规范与现实、政治与法律、目标与过程等基本关系,并将政治过程和司法过程人为对立起来”,而在理论导向可能存在着宪法定性上的困难。“规范宪法”强调宪法本身的规范性和法效性,而这又必然会导出“宪法应进入法院始能激活其生命力”的结论。参见张千帆:《论宪法的选择适用》,《中外法学》2012年第5期;赵宏:《规范宪法的困境与未来——兼论如何克服司法审查缺失下的宪法实施困局》,《比较法研究》2014年第4期。

[58] 参见童之伟:《宪法适用应遵循宪法本身规定的路径》,《中国法学》2008年第6期,第44页。

[59] 参见赵宏:《规范宪法的未来与困境——兼论如何克服司法审查缺失下的宪法实施困局》,《比较法研究》2014年第4期,第22页。



释法等机制及时进行补充性立法或者立法调整,进而建立一个权能差序有别,程序宽严相当的警察强制措施体系。在这里最突出的问题就是如何处理我国违法/犯罪的二元格局问题。由于我国目前刑法尚未确立违警罪的模式,因而将治安违法行为纳入轻罪模式尚不现实,但警察行政强制措施可以参照侦查强制措施设置,除国家安全、公共应急等特殊领域外,其他警察行政权能不得高于侦查权能,或者可高于侦查权能但需配置较侦查权能更为严格的程序。例如,盘查程序中应当规定只有身份不明的时候才可以将盘查对象带至办案场所,从而与刑事诉讼中的拘传相区别。场所检查应当限缩检查对象,除非当场发现犯罪活动,否则不得搜索隐私处所和扣押物品,以便与刑事诉讼中的搜查相区别。在我国当前行政权与侦查权均归属公安机构的警政架构下,为了遏制“两权”错位问题,将司法令状制度引入部分高强度、高穿透性的行政权能中也不失为一种良好的治理措施。<sup>[60]</sup>

### 3. 统合警察基本法与警察法特别领域

警察法体系可以分为警察基本法体系与警察特别法体系,警察基本法规定了基本权利干预的一般程序与法律效果,而警察特别法则是在其他行政任务中涉及到警察任务或者警察协助事项,属于基本权利干预的特别领域。虽然法理上特别法优于普通法之适用,但为防止特别法不当解释与引用,应当通过基本权利客观价值方面的“制度性保障”预先设计警察法的部门法体系,也即实践场域的执法规范化整体战略。实践中的警察执法领域较为复杂,既有传统意义上的有形力干预措施,也包括大数据时代的无形力干预措施,而警察强制措施随着基本权利的内涵发展可能会延伸出不同的类型。例如,现代科技定位手段可能会牵涉到人性尊严、资讯隐私权、资讯自决权、一般行为自由等,因而立法应当将所采取之科技追踪定位措施类型化,再加上概括条款以补缺漏。<sup>[61]</sup>这意味着立法应当通过制度性保障预设一般警察法与特别警察法领域的界限。在《人民警察法》的基本法下,还需完善《突发事件应对法》、《出入境管理法》、《网络安全法》、《反恐法》等警察法的特别领域,并在宪法中明示不同任务场景下警察职权的适用界限与规范衔接。

### 4. 通过“请求权”促进公民基本权利保障

作为一种防御权,基本权利的请求权功能体现了权利制约权力的功效,也是基本权利干预正当化的保障要件之一。如《德国基本法》第19条第4款规定:“任何人的权利受到公权力的侵犯,都可以向法院起诉。”有些宪法未列举的基本权利更是由司法救济发展而来。例如,德国1983年的人口普查案发展出了资讯自决权的类型。<sup>[62]</sup>而我国《行政诉讼法》、《刑事诉讼法》、《国家赔偿法》尚不能完全将基本权利的保障纳入其中。行政诉讼中

[60] 例如,侵入性身体检查、通讯监控措施的实施可以采取令状制度。当然治理公安行政权与侦查权的错位问题不仅仅是简单引入司法令状,而需要警察权的重新配置。参见蒋勇、陈刚:《公安行政权与侦查权的错位现象研究——基于警察权控制的视角》,《法律科学》2014年第6期。

[61] 参见黄清德著:《科技定位追踪监视与基本人权保障》,元照出版公司2011年版,第276页。

[62] 个人信息自决权是保护个人得以对抗无限的信息收集行为的有力工具。属于人的基本权利,涵义是:原则上得自行决定是否向他人告知自己的个人信息,是否允许他人利用自己的信息。法秩序还应当保障他人获得自己个人信息的知情权。裁判要旨详见杨芳:《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》,《比较法研究》2015年第6期,第27页。

只受理涉及人身自由和财产权的警察强制措施。<sup>[63]</sup> 刑事诉讼法中的侦查行为均为不可诉,除了言词证据外,实物证据的非法排除与基本权利干预正当化无关,而与证据方法有关。<sup>[64]</sup> 国家赔偿法中仅仅规定了对人身自由与财产权的法定赔偿,对警察秘密行政调查、侦查措施只字未提。而在我国台湾地区,针对警察的秘密线上搜索,在尚未完成的情况下可提起预防性不作为之诉,在已经完成的情况下可提起确认公法关系不存在之诉,以达除污名化效果或者申请国家赔偿。<sup>[65]</sup> 此等保护公民基本权利的制度取向值得学习,今后我国警察法体系应当提供多元化的公民救济途径,从而实现对公民基本权利的保障。

[本文为中国法学会 2016 年度部级项目“警察网络执法权配置的法治路径——以基本权利干预为视角”(CLS(2016)C53)和重庆社科 2015 年度规划博士项目“国家治理背景下侦查权的功能调适”(2015BS044)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] The institutionalization of human rights, which is a characteristic of fundamental rights, makes the theory of fundamental rights an important methodology of branch law legislation. Police coercive measures are very likely to constitute an intervention in fundamental rights and therefore should be subject to corresponding justification examination. However, the legislation on police coercive measures in China contravenes the law reservation principle in terms of legislative rank, the principle of proportionality in terms of systematic structure, and the principle of judicial review in terms of operational process. The implantation of the theory of fundamental rights is faced with certain difficulties in China: the over-sketchy legislation and the excessive growth of policy have put into question the legitimacy of police coercive measures; the law-breaking/crime dual punishment system has led to the double-track characteristic of police task; and the “project-mode” of operation and pressure system constitute the main ways of police power control in China. China should take the amendment of the People’s Police Law as an opportunity to improve the legislation on police coercive measures. To this end, it should realize legislation in advance, give full play to the controlling function of the Constitution, and establish the normative connection between fundamental rights and the police law.

---

---

(责任编辑:雨 沐)

---

[63] 1997 年 10 月 29 日《最高人民法院行政审判庭关于对当事人不服公安机关采取的留置措施提起的诉讼法院能否作为行政案件受理的答复》中指出,留置是公安机关行政管理职权的一种行政强制措施,属于《行政诉讼法》第 11 条第 1 款第 2 项规定的人民法院行政诉讼受案范围。但该批复属于个案批复,仅具有指导性意义。

[64] 我国《刑事诉讼法》规定,收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。该条规定是针对证据方法而言,而没有涉及是否履行了基本权利干预的正当化要件。

[65] 参见黄清德著:《科技定位追踪监视与基本人权保障》,元照出版公司 2011 年版,第 276 页。