

警察行政介入民事领域的 正当性及类型化调控

陈 鹏 *

内容提要：警察行政介入民事领域的正当性，可归结为维护公共安全和社会秩序、保护个人权利、贯彻服务行政理念三方面。警察的介入行为亦可整合为三种类型：作为警察行政之固有内容的、以维护公共安全和社会秩序为目的的职权性介入，行政法范式变革下以保护个人权利为目的的义务性介入，以及基于服务行政理念的柔性介入。依照辅助性原则，职权性介入应以尊重其他行政机关的优先处理权为前提，义务性介入仅应在个人无法通过民事救济渠道及时实现权利时方可实施，实施柔性介入前亦应评估其他行政机关排除危险以及个人通过民事救济渠道保护权利的可能性。若实定法规范体现了法定主义原则，则警察的职权性介入和义务性介入皆无决定裁量之空间，亦不得以柔性介入取代法律明确规定的介入措施。即便实定法规范体现了便宜主义原则，警察的义务性介入亦受裁量权收缩法理的约束，对职权性介入的规范也可借鉴这一法理。

关键词：警察权 行政介入 服务行政 辅助性原则 便宜主义

引言

传统行政法理论认为，行政以公共利益为价值取向，^{〔1〕}行政权的行使以维护国家利益和社会公共利益为目的。^{〔2〕}依照此种观念，私人主体的民事活动和平等主体间的民事关系，原则上并非行政应当干预的对象。“基于对行政权具有扩张和被滥用之倾向的恐惧，人们更是极力反对行政过多地介入私人生活。”^{〔3〕}然而，随着社会生活日渐复杂、社会利益愈加多元，行政机关依法介入民事领域的方式和情形日趋多样，如通过行政许可预防民事争议，通过行政确认保护民事权利，通过行政强制性规范影响民事法律行为的效力，通过行政裁决解决民

* 厦门大学法学院教授。

〔1〕 参见杨海坤：《现代行政公共性理论初探》，《法学论坛》2001年第2期，第27页。

〔2〕 参见熊文钊：《现代行政法原理》，法律出版社2000年版，第13页。

〔3〕 吕艳滨：《我国民事纠纷的行政介入机制研究》，载胡建森主编：《公法研究》第7辑，浙江大学出版社2009年版，第97页。

事纠纷等,^[4]都是行政介入民事领域的典型场景。

在众多行政部门当中,公安机关介入民事领域的场景或许最为多见,如治安调解、交通事故损害赔偿争议调解、交通事故责任认定、高空抛物调查、针对侵犯私主体权利的行为实施行政处罚等,都是警察行政介入民事领域的法定情形。此外,人民警察法关于警察任务、职权和义务的一般性规定,亦可为警务实践提供依据,这使得现实中警察介入民事领域的情境更为多样,手段也更为丰富。然而,当下的理论研究大多聚焦警察行政介入民事领域的个别情境,如治安调解,^[5]尚未对散见于各类立法中的相关规范以及多样化的警务实践进行有序整合,没有形成具有普遍解释力和指导力的一般性理论。在形形色色的个案情境中,针对警察应否以及如何介入民事领域,还缺少较为统一和具有可操作性的评价标准。规范的散乱和理论的匮乏,也极易造成相关警务实践进退失据。例如,20世纪80年代末90年代初,鉴于公安机关滥用公权力介入合同、债务等经济纠纷的情况时有发生,公安部陆续发布了一系列通知。^[6]虽然相关通知强调的是公安机关不得随意启动刑事司法程序介入经济纠纷,却对警察行政介入民事领域构成了观念上的阻碍,导致警察行政缺位的现象时有发生。

人民警察被誉为人民群众的“守护神”,为满足人民群众的期待,自然肩负了多样化的责任和义务。与此同时,警察权也是最易侵害公民权利的公权力类型。在警察行政越来越多地介入民事领域的当下,如何避免警察权的缺位或越位,如何防止警察权的误用或滥用,是迫切需要行政法学予以回应的重要现实问题。鉴此,本文尝试在实定法的秩序框架内,对警察行政介入民事领域的理论问题予以初步探讨,首先考察警察行政介入民事领域的正当性基础,进而对实定法和警务实践中纷繁复杂的介入情形加以类型化整合,最后探析应当采取何种规范性标准对各类介入行为予以调控。

一、警察行政介入民事领域的正当性基础

我国实定法对于警察行政介入民事领域的情形已多有规定,相关警务实践也可谓丰富。然而,我国学界对该问题的理论探讨,大多以“不干涉民事原则”为起点展开,^[7]少有对警察

[4] 参见章剑生:《作为介入和扩展私法自治领域的行政法》,《当代法学》2021年第3期,第50页。

[5] 较有代表性的文献,参见董少平、李晓东:《治安调解的现实困境与机制优化》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第111页以下;王跃龙:《民事调解优于行政处罚——对因民间纠纷违反治安管理行为的处理规则》,《法学》2011年第1期,第138页以下;孟昭阳:《治安调解的界定及适用范围与条件》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2008年第6期,第90页以下;高文英:《警察调解制度研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第127页以下。

[6] 例如,《关于公安机关不得非法越权干预经济纠纷案件处理的通知》(1989)、《关于严禁公安机关插手经济纠纷违法抓人的通知》(1992)、《关于严禁越权干预经济纠纷的通知》(1995)。

[7] 参见高文英:《转型期警察行政职权配置若干问题探讨》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第12页;彭贵才:《论我国警察权行使的法律规制》,《当代法学》2009年第4期,第133页;张洪波:《公共领域中的警察权》,《政法学刊》2008年第4期,第112页;梁晶蕊、卢建军:《论法治社会中的警察权》,《甘肃政法学院学报》2003年第1期,第97页;陈兴良:《限权与分权:刑事法治视野中的警察权》,《法律科学》2002年第1期,第54页。这些学者大多引述日本学者田口守一的著作,将不干涉民事与不可侵犯私人生活、不可侵犯私人住所视作“警察公共原则”的三个子原则(参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪译,法律出版社2000年版,第37页)。追根溯源,此种理解源自百余年前美浓部达吉关于警察公共原则的阐述(参见[日]美浓部达吉:《警察権ノ限界ヲ論ス》,《法学協會雜誌》1913年第31卷第3号,第457页以下),而当前日本的警察法理论已对美浓部达吉的学说进行了系统反思。

行政何以能够介入民事领域予以正面分析。实际上,警察采取行政措施介入民事领域具有丰富的正当性来源,依循行政法理论的发展脉络,此种正当性至少可归结为三个方面。

(一) 维护公共安全和社会秩序

若某一民事活动或民事关系有危害公共安全或社会秩序之虞,警察介入其中以排除危险或妨碍,契合警察行政权之固有旨趣。警察权在根本上来源于公民权的让渡,设置警察权的最初目的就是维护公共安全和社会秩序。正因如此,在大陆法系的公法理论中,实质意义上的警察概念被理解为“为了维持公共安全与秩序,基于一般统治权,对人民加以命令强制,限制其自然自由的行政活动”。〔8〕我国1957年颁布的《人民警察条例》(已失效)第2条将“维护公共秩序和社会秩序”规定为警察的任务,现行人民警察法第2条第1款规定警察承担“维护社会治安秩序”的任务,也反映了上述认知。现实生活中,某些危及公共安全和社会秩序的行为,往往以民事活动的形态呈现,如交易危险物品或者提供有碍公序良俗的服务。警察以禁止交易、制止提供服务等法定手段介入此类具有公共性影响的民事活动,其正当性毋庸置疑。即便强调警察行政原则上不得干涉民事领域的论者,也承认“虽属民事上的法律关系,如果同时又属于破坏了社会公共安宁秩序情形的,仍可以成为警察职权行为适用的配置对象”。〔9〕

当然,某项民事活动是否影响公共安全和社会秩序,本质上属于社会学的评价范围。若将这一抽象观念直接作为警察介入民事领域的依据,无疑将使介入的范围变得难以确定,〔10〕甚至可能导致介入范围的无限扩张。如有学者认为,社会生活以私法所规定的方式开展,本身也是一种社会生活秩序,与良好的卫生状况、安全的交通状况、健康的风俗习惯无甚差别,而毁损他人财物、拒不支付货款等违反私法规范的行为,便有损这种社会秩序,即实际上也涉及公共生活。〔11〕若按此理解,则几乎所有民事活动和民事关系都具有某种程度的公共性面向。即便忽略公共秩序概念的不确定性,民事活动与社会公共秩序的关联性,至多也只能为警察的介入提供行为要件上的依据,而无法据此决定警察可以采取何种手段维护秩序,也无法据此回答警察的介入行为能够实现何种法效果等问题。因此,民事活动与社会公共秩序的关联性,虽然能为警察介入民事领域提供正当性论据,但不能在法解释层面作为警察介入民事领域的规范依据。

(二) 保护个人权利

某些民事活动或民事关系虽与公共安全和社会秩序无涉,但参酌社会经济发展的状况和趋势,警察介入其中以保护个人权利,尤其是保护社会生活中弱势者的权利和利益,亦属正当。

在德国、日本等大陆法系国家,认可警察积极介入民事领域以保护个人权利,是社会变迁背景下私人自治和行政中立性等近代法理念瓦解的产物。近代的法理念从拥护市民社会的自主和自律出发,对国家与市民社会加以二元区分。在此理念下,解决市民社会中的纠纷被认为是司法权的任务,行政权的任务则指向公益,以维持并统合国家的公共秩序为主要内容,公共行政对市民社会的介入仅限于取缔违反秩序的行为,〔12〕私人之间的纠纷或权利侵害,应由个人

〔8〕 陈鹏:《公法上警察概念的变迁》,《法学研究》2017年第2期,第30页。

〔9〕 前引〔7〕,高文英文,第12页。类似的见解,还可参见前引〔7〕,彭贵才文,第133页。

〔10〕 参见〔日〕米田雅宏:《“警察権の限界”論の再定位》,有斐阁2019年版,第135页。

〔11〕 参见〔日〕佐々木惣一:《警察法概論》,日本评论社1936年版,第100页。奥托·迈耶也认为,民事上的不法行为无疑也是对公共善良秩序的妨害。Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Verlag von Duncker & Humboldt, Leipzig 1895, S. 262.

〔12〕 参见〔日〕原田尚彦:《行政と紛争解決》,载芦部信喜等编:《岩波講座 基本法学8——紛争》,岩波书店1983年版,第336页。

决定如何解决或救济，警察原则上并不干涉。然而，随着现代市民经济活动的发展，私主体之间的财富差距和能力差距不断扩大，乃至出现两极分化，行政的中立性逐渐难以立足，在消费者保护、环境保护等领域，国家有必要采取积极行动。^[13]于是，德日等国的相关学说与判例，普遍开始吸收基本权利的国家保护义务理论，“以私法秩序救济私权利便已足够”的认识逐渐落后于时代，除法院外，警察机关也参与到对个人权利的保护之中。^[14]

我国的情况有所不同。如有论者所指出的，以往计划经济体制下的政府，原是一个权力无所不及、无所不管的全能政府。改革开放之后，随着社会主义市场经济的建设和发展，如何控制行政权的无度扩张和滥用，如何防止行政权过度干预私人生活，成为法治建设最需解决的问题。在此背景之下，行政权力逐步退出私人领域，私人自治的理念愈发受到认同。^[15]行政干预与私人自治在我国此消彼长的态势，与德日等国的情况恰好相反。我国的法治传统和观念并非建立在政治国家与市民社会二元区分的基础之上，私人自治和行政中立性的瓦解更是无从谈起，毋宁树立私人自治的理念才是改革开放以来法治建设的主基调。^[16]然而，伴随我国社会经济的飞速发展，平等主体间的实力差距也进一步扩大，私人主体时常面临权利保障和权利救济难题，即在某些情形下单凭个人意思自治或民事救济途径难以及时地实现权利，或权利的实现成本过高。此种境况下，一概拒斥行政权介入私人关系，“既不符合事物发展的规律，恐怕也不符合我国的实际”。^[17]近些年，我国的公法学话语体系也接纳了基本权利的国家保护义务理论，行政机关被认为是承担基本权利保护义务的主体之一。^[18]警察介入民事领域以保护个人权利，也可从行政机关履行基本权利国家保护义务的层面获得解释。

值得说明的是，我国1957年《人民警察条例》第2条对人民警察的任务作出了规定，其中包括“保护公民的权利和合法利益”。现行人民警察法第2条也将“保护公民的人身安全、人身自由和合法财产”列入人民警察的任务之中。尽管从字面上看，两条规定都强调了人民警察对个人权利的保护，但二者的底层逻辑迥然不同。前者以计划经济模式下的全能政府为背景，后者则以有限政府的观念和原则为依托。全能政府主要依政策运行，行政机关拥有极大的自由裁量权。^[19]有限政府的行政权力来源于法律的授权，换言之，政府无法外之特权。^[20]这意味着，在有限政府模式中，警察为保护个人权利而介入民事领域虽具有正当性，但此种介入行为并不能游离于法律之外。尤其当警察欲采取权力性、强制性手段介入民事领域以保护个人权利时，必须考察有无实定法的具体授权，而保护个人权利这一抽象目的，不能单独作为警察介入民事领域的理由。

（三）贯彻服务行政理念

服务行政理论由德国学者福斯多夫于20世纪30年代首倡。福斯多夫认为，原本个人应当

[13] 参见[日]熊本信夫：《警察の概念》，载成田頼明编：《行政法の争点》，有斐阁1990年版，第238页。

[14] 参见前引[10]，米田雅宏书，第182页。

[15] 参见吕艳滨：《初论行政权对私人关系之介入》，载姜明安主编：《行政法论丛》第11卷，法律出版社2008年版，第163页。

[16] 参见李忠夏：《宪法功能转型的社会机理与中国模式》，《法学研究》2022年第2期，第10页。

[17] 前引[15]，吕艳滨文，第163页。

[18] 参见上引吕艳滨文，第161页；陈征：《基本权利的国家保护义务功能》，《法学研究》2008年第1期，第55页，脚注23；李海平：《基本权利的国家保护：从客观价值到主观权利》，《法学研究》2021年第4期，第52页。

[19] 参见朱最新：《论全能政府的法律特征》，《求实》2005年第8期，第72页。

[20] 参见杨解君：《政府治理体系的构建：特色、过程与角色》，《现代法学》2020年第1期，第24页。

运用自己的自由权利来谋取幸福,但此种“个人生存负责”要真正可行,必须满足一个前提条件,即个人可以自行于其所掌握的生存空间内获得生存之保障。19世纪中叶之后,德国的社会现实发生巨大转变,人口增长和城市化进程使得人们依靠自己的房舍、田地来谋生的可能性日渐减少,个人为自身生存负责的前提不复存在,对社会的依赖相应增加。个人欲获得保障生存的可能性,惟有依靠社会团体的力量,甚至需要把相关责任交给政治权力的拥有者。这就意味着,公权力必须介入私人领域来保障个人利益,行政要承担更多责任。^[21] 尽管福斯多夫的服务行政理论强调服务关系的双方性,以及个人对于服务关系的依赖性,并未将国家单方面提供济助以及不以对待给付为要素的警察行政纳入其中,^[22] 但该理论以公共行政应为个人提供生存照顾为逻辑起点,体现了容许乃至要求行政权积极介入私人领域的价值立场。

我国的行政法理论接受了服务行政的概念,并对其进行了本土化改造,拓展了服务行政的外延和场域。有学者认为,“服务行政是政府以维持人们生活、增进人民福利和促进社会运转与发展为目的,直接或间接向公民提供公民个人与市场机制所不能自行提供的公共服务,保障公民基本生活的一种行政方式”,除维持基本生活的服务以及收取费用的服务之外,为提高民众福利和生活水平而创办图书馆、体育馆等,以及免费提供城市道路、生活救济等,亦在其列。^[23] 有学者则从新公共管理理论的角度挖掘服务行政的内涵,将政府工作人员比拟为企业经理和管理人员,将社会公众比喻作享受服务的顾客,并在此基础上特别强调了人民群众多元化的安全需求,倡导公安工作实现“从权力到服务”的转变。^[24] 另有学者直截了当地指出,服务行政“就是最大程度保障、促成行政相对人的权利和利益的行政”。^[25] 这些理解皆超越了福斯多夫所主张的服务行政观念。概言之,当代中国行政法理论中的服务行政,指涉的不仅仅是区别于秩序行政的特定行政活动类型,而更近似于一种与传统的管理型行政相对立的全新行政理念。凡是不将行政相对人视作纯粹的行政管理之客体,不以社会管控作为根本旨趣,而是意为为相对人和公众实现其权利或利益提供协助的行政活动,几乎皆可被服务行政的理念所容纳。随着党的十六届六中全会提出“建设服务型政府”,党的十九届四中全会提出“坚持一切行政机关为人民服务”“建设人民满意的服务型政府”,此种具有中国特色的服务行政理念,也愈加深入到我国国家治理与法治建设的实践中。

服务人民是我国公安机关的优良传统,1957年《人民警察条例》第3条规定人民警察必须“努力为人民服务”,现行人民警察法第3条同样要求人民警察“全心全意为人民服务”。这些规定都体现了人民警察是人民的“勤务员”这一传统政法思想。^[26] 伴随服务型政府建设的推进,人民警察“为人民服务”也被注入了新的内容。从服务行政的立场出发,当公众或个人合理地期待警察排除社会公共秩序或个人权利所面临的危险时,警察无需追问危险究竟处于公法关系还是私法关系之中,即便某一危险是由民事活动所引起的,或者可以借助民事救济途径加以

[21] 参见陈新民:《公法学札记》,法律出版社2010年版,第43页以下。

[22] 同上书,第63页。

[23] 参见蔡乐渭:《服务行政基本问题研究》,《江淮论坛》2009年第3期,第44页。

[24] 参见赵敏:《服务行政视角下公安行政不作为新探——以警察干预家庭暴力为例》,《河北法学》2013年第8期,第59页。

[25] 杨解君:《“双服务”理念下现代行政之变革——服务行政的解读和提升》,《行政法学研究》2004年第3期,第4页。

[26] 参见罗瑞卿:《人民警察是人民的勤务员》(1957年12月13、14日),载《罗瑞卿论人民公安工作》,群众出版社1994年版,第347页。

排除，警察也可介入其中以保障个人或公众的权益。当然，服务行政理念仅仅是警察行政介入民事领域的正当性来源，同样不能作为警察行政活动的规范基础。警察权限的行使时常伴随着强制力要素，而服务行政理念欠缺行为要件和效果方面的明确性，若以该理念作为警察介入民事领域的直接依据，有可能对私主体的权利和利益造成不当侵扰。并且，如果忽视实定法的具体规定，单纯凭借服务行政理念判断警察的不作为是否合法，也将导致警察承担过于繁重的职责任务。

二、警察行政介入民事领域的类型化整合

关于警察行政介入民事领域的场景和方式，实定法上的规定较为散乱，既有人民警察法的一般规定，也有特别法的具体规定，且警务实践还发展出了法律尚未明确规定的介入手段。要对警察行政介入民事领域的行为予以规范，首先需对各类介入情形加以整合和归类。人民警察法第2章和第3章分别规定了警察的“职权”和“义务”，据此可将实定法规定的介入情形区分为“职权性介入”和“义务性介入”。前者指警察根据实定法的授权，以强制性、权力性手段介入民事领域，此种介入的目的是履行人民警察法第2章第6条所规定的维护公共安全和秩序的警察职责；后者是指警察必须采取积极行动，以满足私人主体对于介入措施的期待或请求。^[27] 实践中，警察亦时常采取一些非强制性、非权力性的介入措施，此类措施既非行使职权，也非履行义务，可谓以警察任务为导向的“柔性介入”。

上述三种介入类型恰好呼应了警察行政介入民事领域的正当性基础，对应于警察行政发展的不同历史阶段。职权性介入属于警察行政的固有内容，体现了传统警察任务的公共性导向；义务性介入对应着20世纪中后期行政法范式变革所衍生出的“警察介入请求权”，是警察任务向保护个人权利方向拓展的结果；柔性介入则是对当代服务行政理念的回应。

（一）职权性介入：警察行政的固有内容

维护公共安全与社会秩序是警察的固有任务。当民事活动或者民事关系关涉公共安全或社会秩序时，警察运用强制性、权力性手段介入其中以排除危险或妨碍，属于警察行政的固有内容之一。尽管当代警察法理论对于警察目的和手段的认知有所突破，警察的职权性介入仍然没有发生内涵上的变化且易于识别。超越维护公共安全与社会秩序的目的，单纯为保护个人权利而实施的命令或强制可以被警察义务所涵盖；而不采取命令或强制手段的介入行为，因欠缺职权活动的强制性、权力性特征，也不属于职权性介入。

按照行政法的一般理论，警察的强制性、权力性活动受法律保留原则约束，即警察的职权行为应当以法律的授权为依据，依照法律所设定的行为要件及效果来实施。警察的哪些行为属于职权性介入，也应当从实定法的授权条款出发加以判断。我国实定法授权警察采取行政措施介入民事领域，主要有以下两种情形。

一种情形是相关法律授权警察干预民事主体间的合同或交易行为。民法典第534条规定：“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政

[27] 职权性介入与义务性介入亦可能发生关联，警察履行介入义务，时常需要借助人民警察法第2章规定的强制性手段，但职权性介入与义务性介入仍有本质的不同。借用霍菲尔德的基本法律概念体系，可以认为职权性介入中的职权是警察通过自己的行为与被介入者形成法律关系的权力，作为相对方的私主体有责任承受这一法律关系；而如果私主体拥有期待或请求警察实施介入行为的权利，则警察便有介入的义务。关于霍菲尔德的基本法律概念体系，参见[美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社2009年版，第28页以下。

主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。”与此相应，特别法时常对民事主体间有损公共利益的交易行为设置限制或罚则，并授权公安机关实施。例如，治安管理处罚法第30条、第52条、第60条、第71条对买卖危险物质、公文证件、查扣或冻结的财物、毒品原种子或幼苗、罂粟壳等的行为设定了处罚，同法第68条规定了对于出售、出租淫秽物品的处罚措施。依照民法典第143条的规定，对合同效力产生影响的乃是法律、行政法规的强制性规定，治安处罚本身并不能直接形成或确认合同在私法上的法律效果。但是，按照治安管理处罚法第11条第1款的规定，公安机关在作出处罚决定时亦应当收缴查获的违禁品并按照规定处理，且同法第89条第1款授权公安机关扣押需要作为证据的物品，这些与治安处罚相关的收缴、处理或扣押措施，将导致合同事实上无法履行。

另一种情形是治安管理处罚法第9条规定的治安调解。按照该条规定，对于民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理；当事人达成调解协议并履行的，公安机关不予处罚。公安部2006年发布的《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释》（公通字〔2006〕12号）指出，该条规定的旨趣在于“化解矛盾纠纷、维护社会稳定、构建和谐社会”，这表明治安调解的制度目的具有一定的公共性指向。虽然治安调解的手段具有一定的非强制性、非权力性，但非权力行政的实际运作，也可能伴随着压制性力量，并产生规制、侵益的效果。^[28]治安调解恰恰是以潜在的处罚可能性作为威慑，其背后的压制性因素不容忽视，因而契合职权性介入的手段特征。

需要说明的是，警察依照治安管理处罚法的规定，对民间纠纷当事人给予治安处罚，并不属于职权性介入。从治安处罚的手段特征及其带给被处罚人的不利效果来看，治安管理处罚法的相关规定具有授权规范的性质，且人民警察法第7条也将治安处罚规定为警察的职权。但是，行政处罚法第28条第1款规定，“行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”，这就意味着治安处罚的效果既包括对加害人的惩戒，也包括对被害人的保护，其目的不限于维护治安秩序，因而并不完全吻合警察职权性介入的目的要素。此外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1号）第12条第3项将受害人“要求行政机关依法追究加害人法律责任”列为“与行政行为有利害关系”的一种情形，其所设想的司法适用场景，正是治安案件中的受害人提起行政诉讼。^[29]实体法与诉讼程序方面的规定相结合，便为治安案件中的受害人赋予了相应的请求权，使得此种关涉民间纠纷的治安处罚被拟制为一种警察义务。

我国实定法对于警察职权的规定，并未采用“概括性授权条款”，为警察的职权性介入提供依据的，只能是法律的个别授权。有学者将人民警察法第6条关于警察职责的规定视作概括性条款，^[30]亦有法院依据人民警察法第6条所规定的警察职责，以及同法第21条第1款所规定的警察义务，认定警察以存在民事纷争、经济纠纷为由不查处违法行为属于不履行法定职责。^[31]问题在于，尽管人民警察法第6条位于“职权”一章，但“职权”一章中的条款并非全部是授权条款，如第19条规定的“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

[28] 参见〔日〕渡名喜庸安：《警察の公共性》，《公法研究》总第54号（1992年），第68页。

[29] 参见陈鹏：《行政诉讼原告资格的多层次构造》，《中外法学》2017年第5期，第1231页。

[30] 参见叶晓川、曹飞：《警察任务法治化之困境及出路》，《河北法学》2012年第10期，第158页。

[31] 参见江苏省南通市中级人民法院（2017）苏06行终503号行政判决书；江苏省南通市中级人民法院（2016）苏06行终90号行政判决书。

履行职责”，便更近似于对警察义务的特别规定。并且，第6条的规定本身欠缺授权规范所必需的“要件—效果”结构，该条对人民警察职责的罗列，宜被理解为分配警察行政事务的“组织规范”，而非授权规范。

（二）义务性介入：行政法范式变革的呈现

警察履行介入民事领域的义务，时常也需要采用强制性、权力性手段，但与职权性介入不同的是，警察的义务性介入并非警察行政的固有内容，而是与20世纪中后期行政法范式变革所强调的保护个人权利的理念，以及与之相伴的“警察介入请求权”观念密切相关。

大陆法系的传统行政法理论，围绕行政机关与行政相对人双方之间的关系展开，以防止行政权侵害公民的权利和自由为旨趣，行政的任务被限定于维护一般公益，要求警察积极发动权力以保护个人权利的观念很难获得认同，警察行政介入民事领域的义务更无从生根。然而，“随着社会变迁和国家任务的变化，行政机关越来越多地与行政相对人、利害关系人形成三方乃至多方行政法关系，就其间的个人利益、集体利益和公共利益依法展开调整”，在传统的“自由防御型行政法”范式基础上，“利害调整型行政法”这一新的范式应运而生，^[32]并在警察行政领域中得以彰显。20世纪60年代，德国联邦行政法院的“带锯案”判决承认警察行政的目的既包括维护公共利益，也包括保护个人免遭危险，同时还认可私人主体享有“警察介入请求权”。20世纪70年代以降，日本出现了因行政机关不行使规制权限而引发的国家赔偿诉讼，日本学者进一步意识到，如果行政机关不采取措施预防损害发生，即便权利受损的个人在事后获得了金钱赔偿，对私人主体权利的保障也难谓充分，行政介入请求权的理念由此在日本得以萌生。^[33]尽管学说上认为，基于警察的介入义务并不能直接推导出私主体的介入请求权，唯有作为介入义务之依据的法规范包含了保护个人权利的旨趣，私主体的介入请求权才能成立，^[34]但反过来理解，一旦私主体的介入请求权获得认可，也就等于承认警察客观上负有介入的义务。

在我国，警察的义务性介入也是时代发展的产物。与德日等国的情况不同，警察介入义务在我国的确立，并非源于司法裁判的推动或启迪，而是源自实定法的直接规定。我国1957年颁布的《人民警察条例》只对人民警察的任务、职责、权限等作出了规定，并未规定人民警察的义务，而1995年颁布的人民警察法在第21条第1款中创造性地规定，“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”，以及“对公民提出解决纠纷的要求，应当给予帮助”，由此确立了“私权侵犯救助义务”和“纠纷解决帮助义务”。在此之后颁布的行政处罚法、治安管理处罚法、反家庭暴力法，都要求警察在特定情形下以特定方式履行私权侵犯救助义务。例如，行政处罚法规定，在实施行政处罚时应责令侵害人改正或者限期改正违法行为；治安管理处罚法规定，公安机关应当追缴违反治安管理所得的财物并退还被侵害人；反家庭暴力法规定，公安机关接到家庭暴力报案后，应当及时出警并制止家庭暴力。道路交通安全法要求警察认定交通事故并调解交通事故损害赔偿争议，民法典规定警察应对高空抛物展开调查，则属于对警察纠纷解决帮助义务的具体规定。

警察实施义务性介入，形成的是三方法律关系。警察在保护一方私主体权利的同时，可能

[32] 参见王贵松：《作为利害调整法的行政法》，《中国法学》2019年第2期，第90页。

[33] 参见前引[12]，原田尚彦文，第346页以下。德国法上的“警察介入请求权”，大体等同于日本法上的“行政介入请求权”。二者之所以表述不同，原因在于德国学界承认实质警察概念，而日本学界则认为维持实质警察概念的意义不大。参见[日]高木光：《行政介入请求权》，载三边夏雄等编：《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，有斐阁2004年版，第129页。

[34] 参见[日]宫田三郎：《警察法》，信山社2002年版，第64页。

对另一方私主体权利构成侵害,因而警察的义务性介入亦需遵从法律保留原则的要求。尤为值得探讨的是,除特别法的具体规定外,人民警察法第21条中的介入义务条款,可以为警察履行介入义务提供何种规范资源,又可以派生出何种具体的介入义务。

首先,私权侵犯救助义务条款具有较为完整的“要件—效果”结构,可被视作要求警察凭借其所掌握的强制力,即凭借人民警察法第2章所规定的强行带离现场、盘问、使用警械、采取保护性约束措施等手段,积极保护个人权利的概括性介入义务条款。司法实践中,人民法院有时也在无特别法规定的情况下,援引人民警察法第21条第1款来阐明警察具有排除平等主体间私权侵害、保护私主体合法权益的义务。^[35]认可此种概括性介入义务的意义有二:其一,为实现“无漏洞的私权保护”提供规范依据。特别法中的个别规范不可能巨细靡遗地设想警察行政介入民事领域以保护个人权利的全部情形,此时概括性条款便可发挥兜底性作用,为警察采取积极行动以保护受害人提供依据,防止警察以法无明文规定为借口消极不作为。^[36]其二,防止私主体滥用自力救济。民法典第1177条第1款将“情况紧迫且不能及时获得国家机关保护”规定为自力救济的要件之一。鉴于个人在“投诉无门,救济不易到来之预测恐惧心理下,较易逾越自力救济之界限”,^[37]容许警察承担概括性介入义务,不仅能拓展警察保护个人权利的场景,还可限缩“不能及时获得国家机关保护”这一要件的解释论射程,避免自力救济的滥用和误用。

其次,纠纷解决帮助义务条款本质上确立了警察的概括性介入义务,这意味着警察介入民事纠纷的义务不限于特别法上的具体规定。在司法实践中,有法院判示警察出警后告知处于民事纠纷中的报警人以民事诉讼等法律途径解决纠纷,属于对该义务的履行。^[38]这种认识并不符合纠纷解决帮助义务条款的旨趣。作为行政法范式变革下警察义务性介入民事领域的一种类型,纠纷解决帮助义务应当与保护个人权利的任务相结合,方符合警察义务的基本功能定位。该条款的规范意义毋宁在于,当个人受制于个案的特殊境况,无法自行通过民事诉讼、仲裁等渠道解决纠纷以保障自身的权利时,警察有义务协助其排除利用上述渠道的困难。例如,民事诉讼法第122条第2项规定,提起民事诉讼必须有明确的被告,同法第124条第2项要求起诉状必须记明被告的姓名等信息。据此,原告必须掌握被告的相关信息,才能通过诉讼解决纠纷,从而实现自身的权利。但是,有时原告掌握的被告信息极为有限,如债权人仅知债务人绰号,却无法确认其身份,此时警察根据债权人的请求协助确认债务人身份,便属于完成保护个人权利的警察任务。^[39]

(三) 柔性介入:对服务行政理念的回应

伴随当代行政模式从统治行政、管理行政向服务行政迈进,公共行政也在不断弱化其强权色彩,^[40]行政机关的柔性执法彰显了以服务行政为核心的现代行政理念。^[41]在警察行政领

[35] 参见河南省郑州市铁路运输法院(2020)豫7101行初61号行政判决书;河南省鹤壁市中级人民法院(2016)豫06行赔初4号行政赔偿判决书。

[36] 参见李震山:《警察行政法论——自由与秩序之折冲》,元照出版公司2007年版,第214页。

[37] 同上书,第90页。

[38] 参见江苏省高级人民法院(2019)苏行申597号行政裁定书;江苏省盐城市盐都区人民法院(2018)苏0903行初349号行政判决书;广东省韶关市中级人民法院(2017)粤02行终137号行政判决书。

[39] 参见[德]Scholler、Schloer:《德国警察与秩序法原理》,李震山译,登文书局1995年版,第78页以下。

[40] 参见孙丽岩:《行政执法中的非强制行为分析》,《学术月刊》2017年第4期,第73页。

[41] 参见刘福元:《非强制行政的问题与出路——寻求政府柔性执法的实践合理性》,《中国行政管理》2015年第1期,第44页。

域,有学者指出,仅凭强制性权力有时非但无法达成目标,反而可能激化社会矛盾,或为社会冲突埋下隐患,因而强调警察应当履行“服务型职能”,倡导构建警察权的“软实力”,主张警察行政从单方面的“命令—服从”模式,迈向通过吸纳当事人的参与和对话来作出决定的模式。^[42]警察以多元柔和的行政手段贯彻服务行政理念,有助于化解矛盾、预防冲突,进而维护社会稳定。不过,维护社会稳定这一带有公共性意味的目标,并非服务行政的唯一目标。服务行政理念所要回答的是,“当个人不再能凭藉自身的力量维持符合人的尊严的生活,而必须仰赖政府的‘生存照顾’时,政府是不是应该为个人提供服务、在什么样的范围内提供服务、如何提供服务,以及提供什么样的服务等等问题”。^[43]这即是说,在个人与其他社会主体的关联性不断增强、对行政的依赖愈发凸显的今日,维护社会生活中每一个体的尊严,亦是服务行政理念的要义之一。警察采取柔和化的行政措施来保护个人权利,体现的正是服务行政理念所主张的对于个人尊严的关怀。

从实践层面来看,警察采取非强制性、非权力性的柔性措施介入民事领域,也与服务行政理念的上述目的相契合。例如,警察以“社区警务”为平台,主动劝解不违反治安管理秩序的民间纠纷,或者对私主体实施侵害他人权利的行为提出警示,便具有预防纷争扩大化、维护社会治安秩序之稳定的旨趣;而劝阻可能遭遇诈骗的个体实施交易或转账汇款,或针对某一交易行为提供防诈骗指导或建议,则有助于保护个人权利免受侵害。从规范层面来看,人民警察法第2条第1款规定,警察同时承担“维护社会治安秩序”和“保护公民的人身安全、人身自由和合法财产”的任务,这两项任务也分别对应了服务行政理念的两种目的。一般认为,警察在其任务范围内,采取不实质影响公民权利义务的非侵害性措施,不需要法律上的特别授权。^[44]因此,人民警察法第2条第1款,足以成为警察以劝解、警示、劝阻、指导等柔性手段介入民事领域的规范依据。

三、警察行政介入民事领域的规范化建构

警察采取行政措施介入民事领域,除应满足法律保留、比例原则、程序法治对行政行为提出的一般性要求外,亦应符合警察法上若干更具针对性的特别要求。鉴于我国行政法理论和实践对于前一问题已有充分关照,下文仅着重探讨警察法上的特别要求如何对警察的介入行为起到指引和约束作用。

(一) 辅助性原则对介入行为的要求

大陆法系警察法理论中的辅助性原则(又称补充性原则),已被我国警察法学说采纳。^[45]该原则有两层含义:其一,若其他行政机关也有防止和排除危险的权限,则警察仅在认为该行

[42] 参见卢建军:《警察权软实力的建构》,《法律科学》2011年第5期,第51页以下。

[43] 张树义、蔡乐渭:《回归与重构:服务行政在中国的源起》,《政法论坛》2007年第2期,第89页。

[44] 参见余凌云:《警察权的“脱警察化”规律分析》,《中外法学》2018年第2期,第404页。

[45] 有关辅助性原则的讨论,参见蒋勇:《警察任务视角下我国警察职权的配置优化》,《公安学研究》2021年第6期,第50页;郑琳:《警察协助的法理意蕴》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第108页;刘启川:《交通警察权与其他行政权的关系及其实现——行政权谱系中的考察》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2016年第3期,第132页;章志远:《私人参与警察任务执行的法理基础》,《法学研究》2011年第6期,第105页。

政机关不可能行动,或者不可能适时行动之时,方可采取措施;其二,保护个人权利包含在警察防止和排除危险的任务之中,当且仅当个人的民事权利无法及时获得司法保护,若警察不予援助,个人权利便无法实现或者实现起来有困难时,警察方有采取行动之义务。^[46]

1. 辅助性原则对于职权性介入的要求

辅助性原则的两层含义,分别关联着警察与其他行政机关的关系,以及警察行政活动与民事救济程序之间的关系。在警察的职权性介入与其他行政机关的权限关系层面,有学者从警察行政协助的角度切入,认为辅助性原则的要求体现为“一般属于行政机关专属事务且自身能够解决的,行政机关应当自食其力;但在完成不了的情况下,如果警察机关能够在职权范围内有效实现目标,可以由警察机关辅助达成行政任务”。^[47]严格来说,此种情形并不适合借用辅助性原则来解释。该协助行为的前提是警察自身不拥有介入的权限,相关权限是其他特定行政机关的“专属事务”,在该情形中,介入的主体实质上是其他行政机关而非警察。在职权性介入与民事裁判的关系层面,治安调解作为一种职权性介入手段,虽与民事救济程序存在功能交叠,但作为法律特别规定的纠纷解决路径,治安调解也具备多元化纠纷解决机制所具有的分流诉讼量、减轻法院和当事人的负担、降低纠纷解决成本的功能,^[48]因而治安调解不受辅助性原则的约束。

真正与辅助性原则相关联的,是警察介入民事领域的职权与其他行政机关的权限相重叠的情形。例如,依照治安管理处罚法的规定,公安机关有权扣押出售出租的淫秽音像制品以及非法买卖的危险物质,并应当收缴相关物品。而依照《音像制品管理条例》第40条、《危险化学品安全管理条例》第77条的规定,出版行政主管部门、安全生产监督管理部门也可依各自职权没收此类物品。并且,作为行政处罚的取证手段,应急管理部门可以根据安全生产法第65条第1款第4项查扣危险物品,出版行政主管部门也可依照行政处罚法第56条的规定将淫秽音像制品先行登记保存。

在上述情形中适用辅助性原则的原因有二:其一,职能分工的专业化是现代行政的重要特征,公安机关虽在治安管理方面具有一定的专业性,但治安管理职能本身颇为繁杂,^[49]在与其他行政机关权限交叉的领域,如非法物品的识别和处置方面,警察未必更具专业优势,因而未必适于完成同时由其他行政机关承担的特别行政任务。其二,作为警察行政活动最为重要的法律依据,治安管理处罚法具有一般法的性质,而其他行政机关适用的是特别法,从特别法优先于一般法的法适用原理来看,也应当承认其他行政机关职权的优位性。因此,即便法律明文授权警察介入民事领域以维护公共安全和社会秩序,相对于有权介入的其他行政机关而言,警察仍应处于辅助地位。

关于辅助性原则的具体落实,有学者建议,在机构改革和相关特别法修改后,存在职能重叠的行政事务应主要由特定行政机关负责,公安机关不应主动介入;但如果涉及紧急状况的处

[46] 参见[日] 関根謙一:《警察の概念と警察権の限界——警察法の体系的考察》,载荻野徹编:《関根謙一警察法等論文集》,立花书房2018年版,第223页。

[47] 前引[45],郑琳文,第108页。

[48] 参见范愉主编:《多元化纠纷解决机制》,厦门大学出版社2005年版,第60页。

[49] 参见刘冰捷:《中国本土警察权嬗变的内在逻辑》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第82页以下。

置或是行政拘留，则公安机关应协助配合相关行政机关完成其任务。^[50] 不过，对于警察介入民事领域的职权性活动来说，此种理解似乎尚不周全。首先，如果实定法同时规定了公安机关和其他行政机关针对某一违法经营或交易行为的介入权限，即便情况并不紧急，且公安机关不具备在该情形下实施行政拘留的处罚权，警察仅以提供线索等方式主动介入亦不违反辅助性原则。其次，如果某一违法行为所招致的危险具有紧急性，以至于无暇等待其他行政机关予以排除，或公安机关针对某种违法行为拥有行政拘留处罚权，则警察原本即可介入，警察自身便是法定的介入主体，其介入行为的实施并不属于“协助配合”相关行政机关完成其任务。

在职权性介入的语境中，适用辅助性原则毋宁意味着：若违法经营或交易行为并未招致紧急危险，则当公安机关与其他行政机关权限重叠时，应尽可能尊重其他行政机关的优先处理权限，待其他行政机关排除危险乃至处罚完毕后，公安机关仍可行使其独有的职权，如作出治安拘留处罚决定；只有在合理确信其他行政机关无法及时排除紧急危险之时，警察才可先行介入违法经营或交易活动。诚然，警察尊重其他行政机关处理权的前提是其熟知其他行政机关的权限，但正如学者所指出的，任何行政机关都不可能既通晓本机关负责执行的法律，也通晓其他行政机关负责执行的法律，^[51] 这就给辅助性原则的适用造成了障碍。不过，按照现有的且在不断完善中的行政执法协作模式，公安机关借助信息报送反馈机制、办案联动机制、工作联系制度，及时向相关行政机关或执法协调机构通报违法线索等信息，或者利用执法信息共享平台，实现跨部门执法信息的互通互联，进而获取信息反馈，以弥补自身知识的不完备，也并非不可能实现。

2. 辅助性原则对于义务性介入的要求

警察的义务性介入立足于对个人权利的保护，从而与民事诉讼、仲裁等私法上的权利救济渠道存在功能交叠。因此，辅助性原则在义务性介入中的适用，处理的是警察的介入义务与民事救济程序之间的关系，其具体要求是，只有在个人无法通过民事救济程序及时实现权利的情况下，警察才承担介入义务。

首先，在私权侵犯救助义务方面，适用辅助性原则意味着，仅当私主体单纯利用民事救济程序不足以及时排除权利侵害时，警察方有义务介入侵权行为以保护个人权利。值得注意的是，如果个人权利既受私法保护也受公法的特别保护，辅助性原则便不再适用。例如，若特别法创设了作为公法权利的噪音抑制权，则对于第三人制造噪音的行为，警察便不能主张辅助性原则，即不能以个人权利充分受到私法保护为由拒绝介入，而至多只能主张裁量权的合目的行使。^[52] 就我国实定法的状况而言，治安管理处罚法已为诸多民事侵权行为设定了罚则，这些罚则规定结合治安管理处罚法规定的追缴并向被侵害人退还财物，以及行政处罚法规定的责令改正或限期改正违法行为，便为大量私法法益创设了直接的公法保护。反家庭暴力法规定的制止家庭暴力，也具有同样的功能。这样一来，对于此类法律所覆盖的侵权行为，无论个人能否利用民事救济渠道及时保护自身权利，警察皆担负介入义务，辅助性原则的适用空间似乎被大大压缩。不过，即便如此，该原则仍有发挥作用的余地。虽然治安管理处罚法的调整范围颇广，但民事侵权行为纷繁复杂。对于特别公法未涉及的民事侵权行为，若警察欲基于人民警察

[50] 参见前引〔45〕，郑琳文，第108页。

[51] 参见刘连泰：《行政处罚中择一重罚规则的体系化阐释》，《法学研究》2022年第1期，第41页。

[52] 参见前引〔46〕，閔根謙一文，第224页以下。

法的概括性义务条款采取介入措施,便应先行考量个人可否借助民事救济程序及时获得权利保护。此外,警察的辅助性角色决定了其所采取的救助措施应当“仅具临时性质”,否则“将取代法官之角色”,^[53]即警察不能在缺少特别法规定的情况下,仅根据概括性义务条款作出责令恢复原状、责令返还财物等直接形成或确认私主体间权利义务关系的决定,而至多只能凭借其强制力暂时排除侵害。

其次,就纠纷解决帮助义务而言,辅助性原则要求,当且仅当个人利用民事纠纷解决渠道保护自身权利面临程序上的事实障碍,且无警察帮助便无法排除此种障碍时,警察应提供协助,以使请求人获得利用民事程序的能力。不过,警察的帮助义务并不包含协助请求人在诉讼或仲裁中获胜。德国学者围绕辅助性原则所举的两个例子,或可阐明协助排除程序障碍与协助胜诉的区别。一个例子是,某女甲路遇与她育有一子但不知去向的某男乙,甲担心乙再度消失,为了能够请求乙支付孩子的抚养费,便向警察请求确认乙的身份。鉴于甲提起诉讼或申请保全时必须特定化对方的姓名和住所,而司法上不存在对此加以确认的程序,故警察可以应允该请求。与此形成对比的另一例子是,某女A发现了其丈夫B与情人C的婚外情,为了能够在离婚诉讼中将C作为证人加以传唤,便请求警察赴两人幽会的场所确认C的身份。此种情形中,警察的介入并非防止和排除危险,而只不过是改善A在证明方面的处境,故警察并无此等权限。^[54]就我国的警察实务和司法实践状况而言,从避免取代法官之角色这一辅助性原则的旨趣来看,除道路交通安全法等特别法另有规定的情形外,警察不承担以调解等方式解决民事纠纷进而实现个人权利的义务。人民警察法第21条第1款也仅要求警察“帮助”解决纠纷,而非直接解决纠纷。然而,目前调解邻里纠纷、家庭纠纷、债务纠纷等,已成为警察的重要工作内容,学者也以警察义务来注解此种调解活动,^[55]司法实践中甚至有法院判示,警察在现场调解消费纠纷未果的情况下,将双方带至派出所继续调解,是履行法定职责的表现。^[56]这些理解皆不符合辅助性原则的要求。

3. 辅助性原则对于柔性介入的要求

柔性介入措施通常不会对个人直接产生侵益性效果,但频繁实施也可能过度滋扰私人生活,因而警察采取柔和化手段介入民事领域,也应参酌辅助性原则的要求。例如,若某一民事侵权行为或民事活动可能对公共安全造成威胁,但防止和排除危险的权限仅归属于其他行政机关,为了避免多头执法、执法扰民,警察原则上应先将线索通报相关行政机关予以处置,只有当合理确信该机关无法及时采取行动以阻止危险扩大时,警察方得立即以警示等手段施加干预。又如,在为防止个人财产遭受损失而劝阻交易前,警察应当评估个人事后通过民事诉讼等途径挽回损失的可能性,从而在保护个人权利与尊重意思自治之间谋求平衡。

(二) 法定主义原则对介入行为的约束

在警察法理论中,法定主义原则与便宜主义原则(又称权变原则、权宜原则)相对。前者是指只要构成要件成立,警察便应积极作为;后者是指警察可以裁量决定是否行动以及如何

[53] 参见前引[39], Scholler等书,第79页。

[54] 参见[日]藤田宙靖:《行政法の基礎理論》上卷,有斐阁2005年版,第411页。

[55] 参见前引[5],高文英文,第128页。

[56] 参见江苏省高级人民法院(2020)苏行申494号行政裁定书。

行动。^[57]换言之，在法定主义原则下，警察对于是否采取措施并无决定裁量的余地，但在采取何种措施方面，则可能保有选择裁量的余地；在便宜主义原则下，警察既有决定裁量的余地，又有选择裁量的余地。

1. 法定主义原则与便宜主义原则的识别

以德国为代表的大陆法系警察法学说认为，警察的刑事司法活动应遵循法定主义原则，警察行政则以便宜主义为原则。^[58]有学者指出，警察行政之所以采便宜主义原则，是因为警察任务具有复杂性、时效性，而警力资源本身又较为有限，为了追求职务行使的合公益与合目的性，应当尊重警察在现场或具体案件中的专业判断，给予其发动与持续采取措施的决定权。^[59]但是，追根溯源，便宜主义原则并非纯然的观念建构，而是与实定法解释相关联。1794年普鲁士一般邦国法第2章第17节第10条规定：“警察的职责是为了维持公共安宁、安全和秩序，消除对公众或者个人造成的危险，而采取必要措施。”彼时法院直接将该条视作警察活动的依据，而该条所设定的要件和效果又极为宽泛，澄清警察活动的条件与限度于是成为近代德国警察法理论的重要任务。围绕这一条款，20世纪初的德国警察法学说中出现了便宜主义说、法定主义说和折中说的论争，最终便宜主义说占据了通说地位。^[60]由此看来，判断某种警察行政活动究竟应当遵循法定主义还是便宜主义，不应忽略其所依据的实定法的规范构造。

关于实定法规范究竟体现了法定主义还是便宜主义的要求，通常可根据条文的规范表达作出判断。一般来说，若条文规定“应当”采取某种措施，原则上警察并无决定裁量的空间。若条文采用了祈使句结构，如“从事某种行为，处某种处罚”，一般也应理解为没有决定裁量的空间。^[61]若条文使用了“可以”一词，则通常应理解为确立了便宜主义原则。例如，治安管理处罚法第9条规定，“对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理”。人民警察法第11条规定，“为制止严重违法犯罪活动的需要，公安机关的人民警察依照国家有关规定可以使用警械”。这些规定均确立了便宜主义原则，即对于是否采取相关行政措施介入民事领域，警察拥有决定裁量的空间。

在某些情况下，也需要结合对法规范的目的解释，判断警察是否拥有决定裁量的余地。例如，依照人民警察法中的私权侵犯救助义务条款，警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯时“应当”立即救助。但是，该条款所设定的要件过于宽泛。即便在辅助性原则的约束下，要求警察对于任何无法通过民事救济程序及时获得救助的个体均“立即”救助，不仅在事实上难以实现，也可能造成警力资源的错配，致使警察无暇顾及更为严重的权利侵害案件，进而导致该条款的规范目的落空。因此，警察对于是否立即救助，应当拥有一定的裁量空间。^[62]

2. 法定主义原则对于职权性介入和义务性介入的约束

对于职权性介入和义务性介入，法定主义原则的具体要求大体一致，即如果法律对于警察的介入权限和义务设定了刚性的行为效果，那么警察并无决定裁量的空间。从依法行政的一般

[57] 参见前引〔39〕，Scholler等书，第346页。

[58] 同上。

[59] 参见林明锵：《警察法学研究》，新学林出版股份有限公司2011年版，第368页。

[60] 参见前引〔34〕，宫田三郎书，第61页。

[61] 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第52页。

[62] 相比之下，纠纷解决帮助义务条款中虽然也有“应当”一词，但在辅助性原则的调控下，该条款所能派生出的具体警察义务较为有限，警力资源配置的难题相对不那么突出，认为该条款采纳了法定主义原则，并无不妥。

原理来看,这本是没有疑问的。但是,在司法实践中,法院有时会忽略实定法的要求,在涉及民事纠纷的治安案件中判示,即便对侵害人实施治安处罚的要件已然成立,是否处罚仍属于公安机关自由裁量的范围,不予处罚亦无不当。^[63]而治安管理处罚法中的罚则规定,大多体现的是法定主义而非便宜主义,公安机关决定不予处罚的依据,只能是治安管理处罚法第9条、第12条、第13条、第14条、第19条的例外规定,或者行政处罚法第30条、第31条、第33条第1款和第2款、第36条第1款的例外规定,法院不宜放弃判断违法行为是否满足这些例外条件,而直接以警察可以行使裁量权为由认可其不予处罚的做法。

3. 法定主义原则对于柔性介入的约束

对于柔性介入,法定主义原则要求警察不得以非强制性、非权力性手段,取代法律明确规定的介入措施。立法者将权限赋予警察,是其基于自身判断,认为在满足必要条件时,由警察行使权限以解决事态,对于保护个人权利和维护公共安全与秩序来说是必要的。^[64]当然,从另一角度来看,这也是对职权性介入和义务性介入的潜在要求。需要说明的是,依照行政强制法第5条的规定,采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得实施行政强制,而对于警察在介入民事领域时有权采取的行政强制措施来说,实定法的规定几乎全部采用了便宜主义的规范构造,并不会产生非强制手段的优先性与法定主义原则相冲突的问题。

(三) 便宜主义原则下决定裁量之边界

即便实定法条文的规范构造体现了便宜主义原则,也不能容许警察毫无限制地援用裁量权来决定是否介入,以免警察“假借便宜主义之名号从而滥用行政权”。^[65]为此,需要探寻如何为警察的决定裁量划定边界。

1. 义务性介入中决定裁量之边界

早在私人主体享有警察介入请求权,以及警察应承担介入义务的观念确立之前,大陆法系的行政法学说、实定法和司法裁判,便已试图为限缩警察的裁量权寻找法理基础。20世纪初,德国学者瓦尔特·耶里内克主张,便宜主义存在“损害性界限”,例如,警察必须介入在公共道路上滑雪橇并对他人的生命安全造成危险的行为。^[66]其后,1931年普鲁士警察行政法第14条第1款为便宜主义原则设定了“合义务裁量”的要求。^[67]“二战”后,德国联邦普通法院在1952年的一个案件中确立了“有限制的便宜主义”原则,即警察对于是否采取行动有决定裁量的余地,但如果不作为将招致损害,则警察不得以裁量为由袖手旁观。^[68]

当代的大陆法系警察法通说,以“裁量权收缩至零”的法理,为便宜主义原则下的警察裁量权划定边界。依照这一法理,实定法采取便宜主义,并不意味着将介入与不介入作为等价的选项从而赋予警察行动的自由,便宜主义原则毋宁应当被理解为,警察必须采取最为适宜的手段完成防止和排除危险的任务,在个人权利及法益面临危险之时,警察的裁量自由不断收

[63] 参见湖北省襄阳市中级人民法院(2019)鄂06行终104号行政判决书;上海市高级人民法院(2018)沪行申645号行政裁定书;甘肃省高级人民法院(2018)甘行申242号行政裁定书。

[64] 参见[日]田村正博:《警察行政法解说》,侯洪宽译,中国人民公安大学出版社2016年版,第64页。

[65] 陈悦:《行政处罚制度完善的便宜主义进路》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第96页。

[66] 参见前引[34],宫田三郎书,第62页。

[67] 参见前引[46],関根謙一文,第225页。

[68] 参见前引[34],宫田三郎书,第62页。

缩,直至唯有一种介入方式不存在裁量瑕疵。〔69〕也有学者认为,裁量权收缩意味着行政机关丧失了决定是否行使权限的自由,但这并不必然导向必须行使权限这一结论,而是也有可能意味着行政机关不得行使权限,因而,仅凭裁量权收缩的法理,尚不足以为警察必须介入提供根据,还需要满足的一个前提是,实定法本身课予了行政机关行使权限的义务,〔70〕而警察任务条款正可被视作要求警察积极行使权限的实定法根据。〔71〕我国行政法学界已然整体上引入了裁量权收缩的理论,〔72〕在为警察的义务性介入划定决定裁量之边界时,亦可援用该法理。并且,就我国实定法的规范状况而言,即便认为裁量权收缩的法理本身存在不足,也不必诉诸人民警察法第2条第1款这一警察任务条款,而是可以直接以私权侵犯救助义务条款作为限定警察决定裁量之余地的补充性论据。

关于裁量权收缩的要件,理论上虽有争论,但也存在共识,即在较高层次的法益面临危害之时,警察有义务干预。〔73〕我国法院亦曾判示,警察虽有权对是否处警、何时处警作出决定和选择,但当生命及健康等重大法益有遭受侵害的危险时,此种裁量权原则上限缩到零,警察负有积极介入的义务。〔74〕除法益重大性要件之外,实定法、司法实践和学说也对警情的紧急性给予了考虑。公安部出台的《110接处警工作规则》在第11条中规定,对危及人身或者财产安全迫切需要处置的紧急报警、求助,民警接到指令后,应当迅速前往现场开展处置工作;对其他非紧急报警或求助,民警应当视情尽快处理。此即将私权侵犯的警情紧急性作为裁量权收缩的判断标准。司法实践中,亦有法院采纳这一标准,判示警察仅对于非紧急警情拥有根据具体情况进行处理的自由裁量权。〔75〕有学者主张以“紧急公务优先原则”来应对“110接处警中存在的超负荷运转与应急处突不力”,〔76〕这同样也是主张以警情紧急性作为裁量权收缩要件。在私权受到侵犯且情况紧急的情况下,虽不应完全置被侵害法益的性质于不顾,但至少可以对是否满足法益侵害重大性要件作相对宽松的认定。

2. 职权性介入中决定裁量之边界

警察职权性介入的决定裁量问题,主要存在于治安调解领域。治安管理处罚法第9条采取了便宜主义的规范结构,在司法实践中,即便个案情形满足该条所设定的要件,法院亦时常全盘认可警察享有裁量权,认为公安机关可自行决定是否在作出处罚决定前先行调解。〔77〕也有

〔69〕 参见前引〔46〕,関根謙一文,第227页。

〔70〕 参见〔日〕藤田宙靖:《行政法総論》,青林书院2013年版,第554页。

〔71〕 参见前引〔54〕,藤田宙靖书,第391页。

〔72〕 相关代表性著述,参见前引〔61〕,王贵松书,第175页以下;王天华:《裁量收缩理论的构造与边界》,《中国法学》2014年第1期,第125页以下;韩思阳:《“裁量收缩理论”在国内司法实践中的运用——以行政复议案例为基础的整理》,《行政法学研究》2012年第4期,第89页以下。

〔73〕 参见前引〔39〕,Scholler等书,第351页。

〔74〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2016)新40行终53号行政判决书。

〔75〕 参见北京市第二中级人民法院(2019)京02行终267号行政判决书;北京市朝阳区人民法院(2018)京0105行初67号行政判决书。

〔76〕 王炎、汪进元:《110接处警事务的范围界定与运行原则——兼评〈人民警察法(修订草案稿)〉》,《法学》2017年第12期,第119页。

〔77〕 参见山东省菏泽市中级人民法院(2020)鲁17行终324号行政判决书;广西壮族自治区玉林市中级人民法院(2018)桂09行终58号行政裁定书;辽宁省鞍山市中级人民法院(2018)辽03行终127号行政判决书;黑龙江省黑河市中级人民法院(2017)黑11行终20号行政判决书;云南省普洱市中级人民法院(2016)云08行终7号行政判决书。

学者持类似见解,认为“对于法定范围内的治安案件,公安机关既可进行调解也可进行治安处罚,是否调解由公安机关裁量”。^[78]问题在于,若警察可借裁量之名任意放弃调解,径行实施处罚,对于相对人来说,行政程序将失去可预期性,警察职权的行使也将沦为恣意,故仍应限缩警察的决定裁量余地。

就决定裁量之边界的划定标准而言,治安调解这类职权性介入,虽非裁量权收缩法理的典型适用领域,但该法理的内核或许仍具参考价值。有学者主张,公安机关应当在现有的执法资源条件下,综合考虑案件的具体情况以及达成协议的可能性,对于符合法定要件的治安案件,优先选择适用调解处理,以避免矛盾升级扩大。^[79]这一见解对于构建裁量权收缩的要件体系,具有一定的启发意义。如果警力资源的调配足以支持调解工作的开展,当事人具有调解意愿从而具备达成协议的可能性,且直接处罚可能激化矛盾,以至于无法实现化解纠纷、维护社会稳定的制度目标,则警察不应拒绝启动治安调解程序。

Abstract: The legitimacy of the administrative intervention by police in the civil field has three main aspects, that is, maintaining public security and social order, protecting individual rights, and implementing the concept of service-oriented administration. Thus police interventions can be classified into three types, that is, the functional intervention as an inherent content of police administration for the purpose of maintaining public security and social order, the obligatory intervention under the administrative law reform paradigm aimed at protecting individual rights, and the flexible intervention based on the concept of service-oriented administration. According to the principle of subsidiarity, functional interventions should be premised on respecting the priority of other administrative agencies' authorities in handling related matters, obligatory interventions should be performed only when individuals are unable to realize their rights in a timely manner through civil remedies, and, before imposing flexible interventions, the police should also assess the probability of elimination of hazards by other administrative agencies and the possibility of individuals utilizing civil remedies to protect their own rights. If the principle of legalism is embodied by positive law norms, there will be no room for police discretion in functional intervention as well as obligatory intervention, and it will not be allowed to replace the interventional measures clearly stipulated by law with flexible interventions. Even if positive law norms embody the principle of opportunism, the obligatory intervention by the police is constrained by the jurisprudence of the shrink of administrative discretion. This theory can also be drawn on in regulating functional intervention.

Key Words: police power, administrative intervention, service-oriented administration, the principle of subsidiarity, opportunism

[78] 前引〔5〕,孟昭阳文,第93页。

[79] 参见史全增:《治安调解适用中的裁量问题研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2017年第2期,第152页。