

公法上警察概念的变迁

陈 鹏 *

内容提要：“警察”一词是公法上重要的基础性概念。在德国和日本，“警察”在公法上可以指代某种国家活动，但概念的外延在历史上发生了转变。当代德日的警察法理论分别确立了实质的警察概念与形式的警察概念、关于警察的“实定法上的概念”与“学问上的概念”的二元构造。警察概念在这两个国家的变迁史可谓殊途而同归。近代中国的公法学说受日本学说的影响，将警察视作某种统合性的国家活动；新中国的警察概念则展现出了泛政治化、身份化的状况，从而仅用来指代实定法上的“人民警察”，警察概念的统合性功能就此缺失。由于统合性的警察概念有助于确定法律保留原则的适用范围，能够为判断行政裁量权收缩提供类型化标准，能够为行政权介入私法领域注入正当性要素，并有助于塑造宪法判断的基准，有必要在公法及公法学体系中重新引入统合性的警察概念。

关键词：警察权 警察行政 秩序行政 警察法 警察学

“警察”一词是公法上重要的基础性概念，然而经过历史长河的涤荡，其概念的内涵和外延在域外和我国均发生了重大转变。若要妥当把握警察及警察权、警察行政、警察性规制等相关术语的意涵，认识围绕这些术语形成的规范性命题乃至公法学体系，就需要对警察概念的历史变迁有所体察。总体而言，在法的层面上使用警察概念，在我国可以分为两个阶段。第一个阶段是从晚清至民国时期。彼时的概念使用深着近代日本警察法学说的痕迹，而近代日本学说的话语体系则受当时德国理论的影响，可以说，近代我国公法学上的警察概念，处于德日概念发展史的一个横断面上。第二个阶段是新中国成立以后。建国后的相当长时期内，我国的公法及公法学话语体系受苏联学说的影响，但似乎并没有迹象表明，警察概念的界定也沿袭了苏联的国家法及行政法理论。^{〔1〕}在法学层面集中探讨警察

* 厦门大学法学院副教授。

本文得到中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目号 20720171006），是厦门大学人文社会科学“校长基金·创新团队”课题“法理学前沿问题研究”的阶段性成果。

〔1〕 在20世纪50年代及80年代集中译介的一些苏联公法学文献中（如〔苏〕科托克：《苏联行政法概论》，萨大为译，人民出版社1951年版；〔苏〕C. C. 司徒节尼金：《苏维埃行政法（总则）》，中国人民大学国家法教研室译，中国人民大学出版社1955年版；〔苏〕马诺辛等：《苏维埃行政法》，黄道秀译，群众出版社1983年版；〔苏〕П. Т. 瓦西林科夫主编：《苏维埃行政法总论》，姜明安、武树臣译，北京大学出版社1985年版），并没有涉及对警察概念的专门阐释。

概念多出现于上世纪 90 年代中期之后，那时苏联业已解体，德国、日本等大陆法系国家的学说和理论再次影响我国公法学尤其是行政法学体系的建构。鉴于上述历史因素，在比较法上沿着“德国——日本——中国”的脉络考察这一概念的变迁史，或许是可循的路径。本文即尝试从事这一工作，在此基础上就概念的重构提出初步的设想。

一、德国警察概念的变迁

据考证，在“警察”概念出现之前，日耳曼社会中也存在类似于现代警察作用的活动，但直到 15 世纪后半期，“警察”一词才以“policey”、“polletzey”、“pollicey”等形式在德语中显现，并在 16 世纪初开始广泛应用。当时该语词是在“共同体的良好秩序”这一意义上作为国内秩序的一个集合性概念加以使用，意指国家的活动或行政，这种活动既包括防止危险，又包括推进福利。^{〔2〕}当时的实定法也在同一意义上使用这一概念，1530 年的《帝国警察法》即将警察视作一切国家活动。^{〔3〕}

由于社会生活的复杂化，不同的问题须以不同的方式解决，从 17 世纪开始，军事、财政、司法等事务便逐渐从警察事务中分离出来。至 18 世纪，警察概念便几乎与内务行政相对应，^{〔4〕}此即所谓的“第一次脱警察化”。^{〔5〕}在内务行政领域，警察权限除包括狭义的治安行政外，也包括处理环境卫生、市场经济、宗教风俗等事务，因此产生了所谓的风俗警察、市场警察、文化警察及宗教警察等概念，^{〔6〕}“警察”一词概括地指代内务行政领域内各式各样的国家活动。

与警察权在事务范围上的缩减相呼应的，是从警察权行使的目的角度限缩警察的概念。在绝对主义国家观盛行的中世纪，警察概念所涵盖的国家活动及行政活动不仅包含防止危险，还包含推进福利。而到了启蒙时期，人们开始反对绝对主义的国家政权以及由此衍生而来的君主的“父权式监护”，转而认为只有在不可避免地需要维护集体安全及自由时，国家方能限制个人自由。^{〔7〕}这也催生了从目的角度对警察概念进行约束与重构的努力。这一时期关于警察概念的最重要学说出自皮特尔（Joannis Stephan Pütter）。他将警察理解为防止一切威胁国家行政的危险，积极增进人民幸福则不属于警察活动的范围，而对于那些既能够积极增进人民幸福又能预防将来障害的情形，皮特尔认为也属于警察活动的范围。^{〔8〕}1794 年普鲁士的《一般邦国法》遵循了皮特尔的这种理解。^{〔9〕}该法第 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，为了消除对公众及个人造成的危险，而采取必要措施。”可见，促进福利在此不被视作警察的任务。虽然 1794 年的法律影

〔2〕 Vgl. Helmut Hildebrandt/Carsten Fischer, Polizei-und Ordnungsrecht, Berlin 2013, S. 8f.

〔3〕 参见〔日〕山本晶树：《行政警察作用と司法警察作用》，《中央学院大学法学论丛》14 卷 1·2 号（2001），第 243 页。

〔4〕 参见〔德〕Scholler、Schloer：《德国警察与秩序法原理》，李震山译，台湾登文书局 1995 年版，第 1 页。

〔5〕 参见〔日〕冈田健一郎：《日本公法学における“警察”についてのメモ：経済的自由規制目的二分论を出发点として》，《一桥法学》7 卷 2 号（2008），第 411 页。

〔6〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论》上卷，法律出版社 2010 年版，第 167 页。

〔7〕 参见前引〔2〕，Hildebrandt 等书，第 8 页。

〔8〕 参见〔日〕宇贺田顺三：《警察法序论》，《法政研究》10 卷 2 号（1940），第 54 页。

〔9〕 Vgl. Peter Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen 1967, S. 32ff.

响深远,但也有学者注意到,1808年普鲁士的一个敕令明文规定警察权的行使目的包含增进福利,而1850年普鲁士的《警察行政法》虽然列举了警察命令的事项,却也未规定警察部门发出命令时,其权限究竟及于福利目的抑或仅限于保安目的。^[10]伴随着实定法的游移不定,学者们也对警察的目的争论不休,一部分学者将警察的任务限定为保护公众权利不受侵害、制止危害公共安全与秩序的危险行为,而另一部分学者则从帮助人们达到完善、允许人的力量得以全面发展的国家目的角度出发,依然支持警察任务的双重属性。^[11]

1882年的“十字架山案”展示了从警察目的角度约束警察概念的阶段性成果。该案中,柏林警察局颁布了一项法令,限制柏林市十字架山地区建筑物的高度,当事人的建筑许可申请因该法令而遭驳回,故而提起诉讼。行政法院裁定该禁令无效,理由是建筑警察有权防御危险,但无权维持美学利益。^[12]这一判决意味着,以推进福利为目的的警察权之行使,不能以《一般邦国法》的概括授权为依据,而是需要有其他法律上的根据。^[13]有学者赞许该判决为“法治国理念的胜利”。^[14]

1931年的《普鲁士警察行政法》将“十字架山案”的判决予以实定法化。该法第14条第1款规定:“警察机关应在不与现行法相抵触的前提下,依其忠实的裁量,采取必要的措施,以便防止对公众或个人产生的威胁到公共安宁或秩序的危险。”同条第2款规定:“警察机关应履行除上述规定外法律所特别委任的职务。”自此之后,警察机关基于概括的授权而行使的权限被称作“警察”,其范围被限定于出于保安目的的活动,而出于福利目的的活动虽然也属于警察机关的权限,却不再被称作“警察”。^[15]

这一时期最重要的警察法学说来自奥托·迈耶(Otto Mayer)。迈耶认为,臣民对共同体以及对代表共同体利益的行政负有天然的义务,不能干扰共同体的良好秩序,且应当避免并防止自己的生活中出现这样的干扰,这种臣民的“一般义务”也就是“警察义务”,而“警察权”便是为了实现这种义务而发动的公权力。^[16]就这样,通常被认为属于法律实证主义阵营的迈耶以一种自然法主义者的姿态,从臣民的自然法义务出发,将警察限定于消极的保安目的方面的活动。基于此,他明确指出,“警察就是以排除由个体造成的对公共善良秩序的干扰为目的,以发动政府权力的方式实施的国家活动”。^[17]

然而历史的发展时常经历反复。18世纪晚期至20世纪初从警察目的角度限定警察概念的努力,随着纳粹政权的建立而付之东流。纳粹警察法所展示出的公共秩序及危险防止的观念,与先前自由主义国家的情形全然不同,个人主义的踪迹完全消失,警察活动针对的不再是一般社会的规范化,而是声称要确保民族的共同生活,即保护及维持作为民族生存

[10] 参见[日]关根谦一:《明治宪法下における警察の概念》,载西谷刚ほか编:《政策实现と行政法:成田頼明先生古稀纪念》,有斐阁1998年版,第453页。

[11] 参见[德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史(1800—1914):国家法学说和行政学》,雷勇译,法律出版社2007年版,第315页以下。

[12] 参见[德]Michael Stolleis:《德意志公法史》卷三,王韵茹译,台湾元照出版公司2012年版,第139页(译注部分)。

[13] 参见前引[10],关根谦一文,第451页。

[14] 参见前引[9],Badura书,第35页。

[15] 参见前引[10],关根谦一文,第453页。

[16] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, S. 251ff.

[17] 前引[16],Otto Mayer书,第249页。

形态的国家，保安警察与福利警察的区别也就此消失了。^[18]

二战后，将警察概念的要素加以限定再次成为主流。学说上认为，警察法规定公民有避免及消除危险的义务，而“警察”则可实现此种义务，^[19]这有些类似迈耶从警察义务推导出警察权的思路，只是当代的理论注重从实定法上的“危险”概念中推导公民的警察义务，而不是像迈耶那样以臣民的先验自然法义务为起点。

在战后警察概念的发展过程中，“脱警察化”又一次带来影响。这一次的“脱警察化”，是在权限和组织层面将营业警察、建筑警察、外国人警察、卫生警察、动物警察等，从执行警察中分离出去，^[20]这意味着在部分州，除警察机关外，其他机关也从事危险防止的工作，^[21]而在各个领域拥有危险防止权限的行政机关便属于“行政警察”的范畴。^[22]换言之，行政警察的概念对应的并不是狭义的警察机关的权限，而是包含了各个从事危险防止工作的机关的权限。根据行政警察与执行警察的二元划分，当代警察法理论上的警察概念，分化为实质的警察概念和形式的警察概念。前者指通过发挥公共行政的约束功能，防止对公共安全及秩序产生的危险，并消除业已产生的妨害；而后者则是表明警察机关实际拥有的全部管辖权的总和。^[23]前者涵盖所有的危险防止活动，至于由哪一机关执行，并不重要；后者说明警察机关管辖权的内容依机关组织而定。^[24]简言之，实质的警察任务不仅仅由警察机关来完成，而更多是由负责各个具体行政领域的机关完成。

不过，随着社会生活的复杂化，“行政警察”这一统合性的概念或者说实质的警察概念，在德国也受到了挑战。有学者归纳了三个原因：^[25]第一，由于无法预见到未来可能出现的各种危险，即便确立了依法行政原理，在立法技术上也不可能将针对各种危险所采取的措施一一加以规定，因此立法便经常使用概括性的授权条款。但是，由于相比其他国家权力而言，警察权的发动可能给公民带来更大的痛苦，如果不对警察权进行详细的法律上的制约，便会使得与发动警察权相关的行政裁量欠缺法的安定性和明确性。因而，由秩序行政机关所担当的“行政警察”，应当与一般警察法领域相分离，并且应当通过个别立法对其裁量予以严格羁束。第二，在行政警察领域，传统的“危险排除”概念发生了变革，如建筑法除了确保建筑物的安全之外，还要求提供健康的居住环境，并要求建筑与城市规划相匹配。这意味着当代的秩序行政已经超越了消极目的，而有了积极目的的面向。因此，即便可以通过危险排除这一任务将秩序行政与传统的警察行政结合起来，但通过这一共同的原则将两者加以固定化的实际意义正在消失。第三，传统的警察法上，公民并无“主观

[18] 参见前引〔8〕，宇贺田顺三文，第69页。

[19] Vgl. Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2002, S. 43.

[20] 参见〔日〕须藤阳子：《日独警察法理论的相违：“警察権の限界論”に対する批判に答えて》，《立教法学》第80号（2010），第165页。

[21] 参见前引〔4〕，Scholler等书，第50页。

[22] 参见〔日〕保木本一郎：《西ドイツにおける警察法の动向——行政警察の解体》，《法学セミナー増刊：現代の警察——日本警察の実態と理論》（1980），第220页。

[23] Vgl. Georg-Christoph Unruh/Friedrich Greve/Utz Schliesky, Grundkurs Öffentliches Recht; eine Einführung in das Staats-, Europa-und Verwaltungsrecht mit Grundzügen der Allgemeinen Staatslehre, 5. neu bearb. Aufl., Luchterhand 2001, S. 173f.

[24] 参见前引〔4〕，Scholler书，第5页。

[25] 参见前引〔22〕，保木本一郎文，第221页以下。

公权利”直接要求警察介入妨害者的行为，警察可以根据自身对于公共利益判断决定是否介入，因警察的不作为而造成的损害，则可以通过事后的损害赔偿予以解决。由于事后的损害赔偿并不是富有实效性的救济方式，二战后的裁量权收缩理论开始承认公民对行政机关享有介入请求权，这在环境行政领域的判例与学说中尤为明显。但是，一旦这一理论在一般警察领域无限制地扩张，则可能产生对警察介入公民的自由权，尤其是对介入精神自由权领域的行为进行积极评价的危险，因而这一原理只能是环境行政法、建筑行政法等特殊领域的理论，而非普遍适用于所有行政警察领域，这也会导致行政警察概念的解体。

二、日本对德国警察概念的继受与发展

与德国早期的争论类似，二战前的日本学者围绕警察究竟是基于消极目的的国家活动，抑或是既包含消极目的又包含积极目的的国家活动，也形成了截然不同的学说。今日仍被警察法研究者时常提及的，是美浓部达吉与佐佐木惣一之间的争论。二位学者皆有留德背景，但对于德国理论的继受却采取了不同的态度。美浓部达吉颇为看重德国的警察法学说，然而其借鉴方式却是迂回式的；佐佐木惣一虽然也使用了德国警察法的基本话语体系，却坚持以本国实定法作为认识基础。方法论上的差异也为这场激辩推波助澜。从结论上看，佐佐木惣一的见解反倒更接近彼时德国的通说，这也是这场论辩的吊诡之处。两位学者分别从宪法层面和行政法层面对警察的概念展开阐释。

在宪法层面上，虽然彼时明治宪法中并没有出现“警察”一词，但论者将明治宪法第9条与警察的概念连接在一起。该条规定：“天皇为执行法律或保持公共安宁秩序及增进臣民之幸福，可自行发布或令政府发布必要之命令，但不得以命令改变法律。”对这一条文，伊藤博文的理解是：“本条揭示了行政命令之大权……行政命令之目的，不独指警察之消极手段，更进一步包括经济上国民之富裕，教育上知识之积累等积极手段。”^[26]按照这种理解，“警察”就是“保持公共安宁秩序”的活动。如此一来，天皇不经议会授权自行发布独立命令的领域便极为宽泛，既包括警察行政领域，又包括增进福利的行政领域，这就凸显了法治主义的不彻底性。^[27]

美浓部达吉重构警察概念的出发点，便是消解法治主义的这种不彻底性。他先是主张明治宪法第9条中的“保持公共安宁秩序”及“增进臣民之幸福”都是内政目的，继而推导出，该条款的意涵是在达到内政目的范围内，可以借助发布命令的方式发动国权，以限制臣民的自由，而为达到此种目的所发动的国权，便是“警察权”。^[28]其后，美浓部达吉进一步扩展了警察概念的意涵。他从三个方面探讨了欧陆的警察概念：第一，承认命令或强制的权力是警察概念的要素。第二，不再认为警察活动属于内务行政的范畴。他以日本的报纸法为例，指出取缔报纸的目的既包括维持善良风俗这一内政目的，又包括保护外交及军事机密这种外交及军事目的，出于两种目的的报纸取缔都应被视为警察活动。因此，应避免使用“内务行政”这种暧昧的说法，而代之以“为了维持公共秩序而实施的活动”。

[26] [日] 伊藤博文：《日本帝国宪法义解》，牛仲君译，中国法制出版社2011年版，第9页。

[27] 参见前引[10]，关根谦一文，第452页。

[28] 参见[日]美浓部达吉：《宪法及宪法史研究》，有斐阁书房1908年版，第47页。

第三，没有理由以目的的消极或积极为标准区分行为的法律性质，无论除去妨害抑或增进福利，只要是通过发动强制性权力限制人民自由的活动，便属于“警察”。简言之，警察是“为了维持公共秩序以及直接增进社会福利，当有必要对臣民的自然的自由加以限制时，通过发动权力对其加以强制的国权活动”。^[29]如此一来，美浓部达吉便认定宪法第9条无非是对警察命令之大权的确认。^[30]于此，尚不能看出美浓部达吉所主张的警察概念为何能够弥补法治主义不彻底性的缺陷，毕竟，从目的要素角度将警察的概念扩展至增进社会福利的领域，同时承认警察的概念包含了命令或强制的要素，似乎契合的是绝对主义的国家观，有扩大警察权、侵害臣民自由之虞，这与法治主义的本旨背道而驰。为了消除这种危险，美浓部达吉引入了警察权的界限理论。他承袭了彼时在德国盛行的以迈耶为代表的先验警察观，认为臣民对维持公共秩序以及不妨害公共秩序负有天然义务，但不对积极的社会进步负有天然义务，^[31]这就表明，警察权的界限之一就在于应持守除去妨害这一“自然的领域”，若无法律的委任，便不可基于积极目的发动警察权。^[32]在美浓部达吉看来，明治宪法第9条规定的独立命令本质上不过是警察命令，这种命令自然也服从警察权的界限，如果没有法律的委任，天皇便不可基于积极的福利目的发布独立命令。这样，美浓部达吉先是在概念构成上承认了福利警察权，却又通过警察权界限论的操作将福利目的排除了出去，其逻辑的展开归根结底服务于限制天皇权柄这一目标。

美浓部达吉苦心营构的宪法学上的警察概念并未形成通说。作为通说的代表，佐佐木惣一也阐释了明治宪法第9条所规定的独立命令与警察命令之间的关系。他认为，根据明治宪法第9条发布独立命令的目的要件既包括保持公共安宁秩序这一警察目的，又包括增进臣民幸福。^[33]也就是说，警察概念的目的要素被限定于排除对公共秩序的妨害这一消极目的。这样一来，虽然警察命令本身限于消极目的，天皇发布的独立命令却不限于警察命令，这便可能招致法治主义的衰退。佐佐木惣一或许也意识到这一点，因此也为独立命令设定了一些界限，譬如为了增进臣民幸福而发布的限制臣民行为的命令，其目的必须是行为受到限制的臣民本人赋予幸福，为了他人的幸福而不依法律便限制臣民的行为，不符合宪法的旨趣。^[34]

在行政法层面上，美浓部达吉倡导关于警察的“学问上的概念”。他认为，警察概念的核心要素是使用命令强制的手段，这也是区别警察行政与保育行政的标准，如隔离传染病患者时强制实施的医院收容措施是警察，而国家设置医院治疗患者则是保育。之所以不能借助行政目的的消极或积极区分警察与保育，是因为采取强制命令手段的警察措施亦同时包含了积极目的和消极目的，譬如根据建筑条例限制房舍建设，便既是出于防火这一消极目的，又是出于增进街区美观这一积极目的，两种目的下对房舍建筑的取缔均属警察。^[35]

[29] [日]美浓部达吉：《警察ノ觀念ヲ论シテ宪法第九条ニ依ル独立命令権ノ范围ニ及フ》，《法学志林》12卷3号，第40页，第43页，第46页以下，转引自前引[10]，关根谦一文，第468页。

[30] 参见前引[10]，关根谦一文，第469页。

[31] 参见前引[29]，美浓部达吉文，第58页，转引自前引[10]，关根谦一文，第470页。

[32] 参见前引[5]，冈田健一郎文，第417页。

[33] 参见[日]佐佐木惣一：《日本宪法要论》，金刺芳流堂1932年版，第622页。

[34] 同上书，第624页。

[35] 参见[日]美浓部达吉：《警察ノ觀念》，《法学协会杂志》30卷8号，第28页，第32页以下，转引自前引[10]，关根谦一文，第474页。

因而，所谓警察就是“为了公共利益对臣民的自然自由加以限制及强制的国家权力活动”，^[36]或者说，警察以“保持社会公共利益”为直接目的，以对臣民的“命令强制”为手段。^[37]从“公共利益”或“社会公共利益”这种宽泛的用语当中可以看出，美浓部达吉在警察概念的构造上几乎完全抛弃了目的要素方面的考虑。按照这种标准，以发展产业经济、振兴教育文化等为目的的行政活动，只要动用了命令强制手段也属警察，几乎全部行政机关皆属警察机关。^[38]

与美浓部达吉相反，佐佐木惣一强调警察是一个实定法上的概念，而非学问上的概念。他认为要认识本国法上的概念，不能单纯地根据外国法上的解释得出结论，而只能从成文法规定或一般法律意识出发加以认识。从《行政警察规则》第1条所规定的“警察的宗旨在于预防对人民的凶害、保全安宁”出发，他认为警察的任务是除去社会秩序方面的妨害这一消极任务，而非积极地增进社会福利。虽然在《行政警察规则》之外，其他法令也赋予了警察机关一些权限，譬如要求警察机关完成推动产业、增进市区美观等积极任务，但这些活动并非警察。^[39]基于这种实定法上的考量，佐佐木惣一认为，警察是“为了除去对社会秩序产生的障害，而对作为障害之原因的个体的自然的行为自由加以限制的统治权活动”。^[40]由于佐佐木惣一的警察概念是基于《行政警察规则》这一实定法构建起来的，他不可能像美浓部达吉那样，几乎将全部行政机关视作警察机关，而只能将该规则所认可的机关视作警察机关，警察这一概念所对应的行政活动自然也就狭窄许多。

随着战后明治宪法被全面修改，日本学者在宪法层面上集中探讨警察概念的情形已不多见。而在行政法层面上，关于警察的“实定法上的概念”与“学问上的概念”，也由战前的对立关系转变为了并存状态，这与德国法上“形式的警察概念”与“实质的警察概念”并存的状况颇为相似。

在界定实定法上的警察概念时，战后日本学者多以1954年制定并实施的警察法为起点，即在三种意义上使用警察概念：^[41]第一，指根据该法所设置的行政机关，即警察机关；第二，用以描述警察厅内部各个部门所管辖的事务之区分，如国际警察、地域警察、刑事警察、交通警察、警备警察等；第三，根据该法第2条第1款，指警察机关为保护个人生命、身体及财产，为维持公共安全与秩序而实施的活动。警察法第2条第1款规定：“警察担负保护个人的生命、身体及财产的任务，以预防、镇压并搜查犯罪、逮捕嫌疑人、取缔交通以及承担其他维持公共安全与秩序的工作为职责。”值得注意的是，虽然该法所认可的警察活动既包括警察机关的行政活动，也包括辅助刑事司法的活动，但在行政法层面上以警察这一术语概括某种国家活动时，理所当然会将辅助刑事司法的活动予以排除。

关于警察的“学问上的概念”则被理解为，为了维持公共安全与秩序，基于一般统治

[36] 前引〔35〕，美浓部达吉文，第39页，转引自〔日〕岛田茂：《明治宪法下における警察法理論の構造：先験的警察義務の概念の意義と限界》，《甲南法学》53卷2号（2012），第42页附注2。

[37] 参见〔日〕美浓部达吉：《日本行政法各论》，矢田长次郎1925年版，第1页。

[38] 参见前引〔10〕，关根谦一文，第480页。

[39] 参见〔日〕佐々木惣一：《法上の概念の認識方法論と警察の例》，《公法雑誌》2卷2号・3号，转引自前引〔10〕，关根谦一文，第493页。

[40] 〔日〕佐々木惣一：《日本行政法論各論》，1922年版，第113页，转引自前引〔10〕，关根谦一文，第495页。

[41] 参见〔日〕园部逸夫、大森政辅编：《新行政法辞典》，ぎょうせい1993年版，第246页。

权，对人民加以命令强制，限制其自然自由的行政活动，且此种活动可能由警察机关实施，也可能由其他行政机关实施，^[42]其目的限于维持安全与秩序这一消极目的，而不包括出于积极目的的国家活动。^[43]不难看出，日本的“学问上的概念”实际上与德国的“实质的警察概念”相对应，^[44]也被用以统合各行政领域中具有共通性的国家活动。关于警察的“学问上的概念”之所以得以确立，或许与战后日本的组织机构改革有关。战后日本也开启了类似于德国的“脱警察化”进程，将旧《行政警察规则》之下属于警察事务的食品卫生、医药麻醉剂管理等活动从警察法规定的警察机关的事务范围当中排除出去，转交其他行政机关实施。^[45]这样一来，这些事务与警察法所认可的警察机关事务之间的共通性便显现了出来。有趣的是，当代关于警察的“学问上的概念”与战前佐佐木惣一归纳的关于警察的实定法上的概念在措辞上颇为相像，在排除了出于积极目的的国家活动之后，反倒与美浓部达吉提出的关于警察的“学问上的概念”有一定距离。

在当代，以“学问上的警察概念”统合各个领域类似的行政活动，也遇到了挑战。有学者指出，将国家活动区分为给付活动、维持并增进公共福祉的规制活动、维持公共安全与秩序的警察活动，从而保留传统的以维持公共安全为核心的警察概念，可能忽略了各种国家活动的有机关联性。如在消费者保护行政领域，为商品制造者课予义务、提供资金与技术上的便利，皆与保护消费者安全存在效果上的关联。^[46]就药事法、食品卫生法等领域而言，自20世纪70年代起，就有学者提出国民健康权的概念，并借此主张将这些领域从警察法理论中解放出来，转而从消费者保护的角度着眼，向积极行政方向转换。^[47]还有学者主张，从环境保护这一目的出发，可以说环境行政既有消极行政的一面，也有积极行政的一面，医疗卫生行政等亦然，因此，包含在以“维持公共安全与秩序”为目的的传统警察概念中的行政，就其在现代社会中的作用及责任而言，已经不再只是警察的一部分，而是理应被置于医疗卫生法、环境法等各个独立的法领域加以分别对待。^[48]此种见解与统合性的行政警察概念在当代德国所受到的质疑颇为相像。

三、日本学说对中国近代警察概念形成的影响

“警察”一词在我国古代典籍中即曾出现。如唐代颜师古在注《汉书》时便有“密令警察，不欲宣露也”一语，^[49]此处的“警察”作为动词使用，意指警戒、纠察。在近代意义上使用这一语词，则源于晚清时期。据意大利汉学家马西尼考证，受清廷差遣赴日本访问的傅云龙在1890年出版的《游历日本图经余记》中，将近代日本的“警察”一词带回中国，

[42] 前引〔41〕，园部逸夫等书，第247页。

[43] 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237页。

[44] 参见前引〔20〕，须藤阳子文，第164页。

[45] 参见前引〔43〕，熊本信夫文，第236页。

[46] 同上文，第239页。

[47] 参见前引〔20〕，须藤阳子文，第169页。

[48] 参见〔日〕室井力：《警察行政の民主的统制》，《法学セミナー増刊：現代の警察——日本警察の実態と理論》（1980），第57页。

[49] （汉）班固撰，（唐）颜师古注：《汉书》第九册，中华书局1962年版，第2768页。

它是一个从中国传到日本,在日本经历了含义变迁之后又传回中国的“回归借词”。^[50]

真正在公法的意义上提及“警察”这一概念,始自晚清时期日本法学著述在中国的传播。如晚清留学生译的日本法政大学法政速成科讲义,便包含了颇具影响力的清水澄的《行政法各论》一部,其中指出,警察乃是内务行政当中同时具备“强制的制限人民之自由”以及“维持公共之安宁秩序及增进臣民之幸福”之要素的部分。^[51]此外,有留学人士以日本学者的著作为蓝本,编写体系性的行政法著作,其中亦包含关于警察概念的讨论。如晚清状元夏同龢编写《行政法》一书的“警察之观念”部分,便参考上杉慎吉的《行政法原论》,检讨了关于警察概念的四种认知模式,指出所谓警察,乃是“在内务行政之区域,为增进公共之幸福,限制人之自由,用强制以行政”。^[52]从中似可窥见,清末的公法研习者接受包含积极目的要素之警察概念的可能性较大。

至民国时期,日本法上关于警察概念的通说开始全面影响中国公法学的话语体系。例如,近代中国第一部行政法教科书的撰写人钟赓言指出,警察乃是“内务行政之一小部分,即专指内务行政中因欲维持公共之秩序以国家权力限制人民之自由之作用”。^[53]范扬亦将警察归为行政活动的一个种类,指出“国家为维持社会秩序,有时得对人民行使命令强制之权力,是即为警察权。本于警察之作用,即为警察”。^[54]白鹏飞也认为:“国家为达治安之目的计,而行使命令人民强制人民之作用,是为警察。”^[55]以维持公共之秩序、维持社会秩序、治安和限制人民之自由、命令、强制作为警察概念的两个要素,明显系采纳了以佐佐木惣一的学说为代表的彼时日本的通说。有趣的是,白鹏飞留日期间直接师从美浓部达吉,钟赓言、范扬亦于东京大学获得法学士学位,受美浓部达吉影响颇多,^[56]但在警察的概念这一问题上,彼时三人的立场却更接近以佐佐木惣一为代表的京都学派。值得注意的是当时另一位著名法学家管欧的见解。管欧认为:“警察者,以直接维持社会秩序防止或减少公共危害为目的,根据国家之统治权,命令或强制人民而拘束其自然的自由之作用也。”^[57]此处的“减少公共危害”似乎与德国的“危险防止”有所契合,而近代日本的警

[50] 参见[意]马西尼:《现代汉语词汇的形成——十九世纪汉语外来词研究》,黄河清译,汉语大词典出版社1997年版,第115页。

[51] 李贵连、孙家红编:《法政速成科讲义录(柒)——第三十二号~第三十六号》,广西师范大学出版社2015年版,第37页。早在1899年,日本善邻译书馆便出版了小幡严太郎纂译、王治本校阅的《日本警察新法》,该书指出警察“以保护良善、督察奸盗为务,唯在保持治安、防御祸害耳”。据考证,该书是目前可查的第一本中文行政法各论著作,但主要是制度性介绍,缺乏原理性研究。参见王贵松:《论近代中国行政法学的起源》,《法学家》2014年第4期,第153页。

[52] (清)夏同龢编辑:《行政法》,赵青、钟庆校点,贵州人民出版社2012年版,第139页。该版本为1905年版本的点校版。夏同龢在该书凡例中曾提示,该书系采撮各家著述而成,如无特别标示,皆为清水澄所言。此书关于警察之观念的部分,并无特别标示,但相较清水澄讲义,内容更为丰富。经笔者查证,该部分为上杉慎吉《行政法原论》中“内务行政”一节的部分缩写版。参见[日]上杉慎吉:《行政法原论》,有斐阁1904年版,第617页以下。

[53] 钟赓言:《钟赓言行政法讲义》,王贵松、徐强、罗潇点校,法律出版社2015年版,第283页。该版本系根据1927年《行政法总论》定版点校而成。值得瞩目的是,钟赓言对于警察概念在欧陆的变迁及其背后的动力机制,有着极为深刻的理解。他指出,在18世纪,警察等同于内务行政,后因主张尊重个人自由、限制国家权力的自然法学说勃兴,警察权的观念才渐趋狭隘。

[54] 范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第6页。该版本是根据1937年版勘校而成。

[55] 白鹏飞:《行政法大纲》,好望书店1935年版,第13页。

[56] 参见王贵松:《美浓部达吉与中国的公法学》,《比较法研究》2010年第5期,第119页。

[57] 管欧:《行政法各论》,商务印书馆1936年版,第9页。

察概念之要素中并不采用类似于“危险防止”的用语。但是，在具体论述警察概念的构成要素时，管欧仍将“防阻或排除危害”置于“维持公共秩序”这一直接目的之下，^[58]因而似乎有理由相信，其所认定的警察概念更加接近当时日本的学说，而非德国的学说。当时也有像美浓部达吉那样舍弃目的要素，而单纯以手段要素定义警察的见解，如同属留日出身的赵琛即认为：“警察者，依命令或强制，以拘束人民之自然的自由者也。”^[59]与日本的情况不同的是，彼时日本的通说多建立在实定法的基础上，即建立在《行政警察规则》的基础之上，但上述学者在探讨警察的概念时，并未诉诸于任何实定法基础，而是在学理层面抽象出关于警察的一般概念，即类似于将警察作为“学问上的概念”加以对待。

20世纪30年代中期之后，对警察概念的认知出现了转向。这种转向在警察学领域较为明显。此前的警察学教科书通常并不承认警察的概念包含了积极推进福利的目的，而仅限于维护公共安宁秩序这一消极目的。^[60]而此时开始有学者主张警察的作用或职能亦涵盖促进人民福利这一积极目的。^[61]在公法领域，也可观察到此种概念认知的转向。最为典型的例证是范扬的观点转变。如前所述，范扬先前曾一度将警察的目的要素限定于“维持社会秩序”，但在1940年出版的《警察行政法》一书中，却抛弃了这一限定。他认为，判断警察之观念应以其法律上的性质为标准，凡具有命令强制性质的行为，无论是以除去障害为目的，抑或根据法律的特别规定以增进福利为目的，皆属于警察，如为谋都市之美观而限制建筑、撤去广告贴物，为谋畜产之改良而命令去势、检查畜种，为谋农业之发达而取缔肥料、检查蚕种等积极为谋社会福利的行为，皆应视作“转化意义”上的警察。^[62]此时，范扬对警察概念的认识与美浓部达吉的学说高度一致。之所以出现这种转变迹象，原因或在于，伴随着战事的紧张、社会的动荡，统治当局秉持社会本位的立法理念，迫切需要强制性行政权力的触角深入到社会生活的各个方面，《违警罚法》对警察机关处罚职能的规定不断扩张，20世纪30年代起推行的“新生活运动”亦为之推波助澜。^[63]或许正是出于对当时社会局势的感同身受，以及对扩充警察机关权限的实定法的注重，才使得这部分学者将积极增进福利作为警察概念的另一目的要素。在一定程度上，或许也可以说，此种对于警察的认知，带有将警察作为“实定法上的概念”加以对待的迹象。不过，此种从实定法角度对警察概念加以认识，其最终结论反而与美浓部达吉所提出的“学问上的警察概念”相重合。

四、新中国警察概念的重构

随着新中国的成立，旧的法律体系不复存在，传统的法学概念也多被抛弃，警察概念

[58] 前引 [57]，管欧书，第9页。

[59] 赵琛：《行政法各论》，会文堂新记书局1933年版，第11页。

[60] 如徐洵编著：《警察学纲要》，上海法学社1928年版，第7页；曹无逸：《警察学问答》，大东书局1931年版，第1页。

[61] 如余秀豪：《警察行政》，商务印书馆1936年版，第8页；李士珍：《警察行政之理论与实际》，中华警察学术研究所1948年版，第2页。

[62] 参见范扬：《警察行政法》，商务印书馆1940年版，第3页。

[63] 参见沈岚：《新生活运动与中国近代的治安处罚法——以妨害风俗类治安处罚的立法演变为视角》，《比较法研究》2012年第1期，第16页。

也被重新塑造。即便是改革开放以来重新建立起的公法体系,以及在新的公法体系基础上构建出的公法学话语体系,也没有在传统意义上使用警察概念,而是使这一概念呈现出以下两个特征。

第一,目的要素方面的“泛政治化”。早在建国前夕,毛泽东便在《论人民民主专政》一文中提出:“军队、警察、法庭等项国家机器,是阶级压迫阶级的工具。对于敌对的阶级,它是压迫的工具,它是暴力,并不是什么‘仁慈’的东西。”^[64]一方面,这种将警察视作政治力量之外化形式的观点契合了马克思主义的国家观,如列宁即曾借用恩格斯的表达,将警察称作“国家政权的主要强力工具”以及“特殊的、居于社会之上并且同社会相异化的武装队伍”。^[65]另一方面,这一论断也与革命的历史经验相互印证。例如,在1927年至1937年间,上海的各种警察力量实施的反共活动,便曾对共产党的活动和发展造成极大破坏。^[66]既然在革命时期,作为当时统治力量之先锋的警察扮演了反革命的角色,那么在新的政权建立之后,组建警察队伍以对抗反革命,也便顺理成章。于是,在建国初期,公安部门作为警察的组织形式,其首要任务便是镇压反革命,即搜捕特务、进行反动党团登记、取缔会道门。^[67]1957年颁布实施的《人民警察条例》将此种警察观以实定法的方式确立下来。该条例第1条规定:“中华人民共和国人民警察属于人民,是人民民主专政的重要工具之一,是武装性质的国家治安行政力量。”第2条规定:“人民警察的任务是依照法律惩治反革命分子,预防、制止其他犯罪分子的破坏活动,维护公共秩序和社会治安,保护公共财产,保护公民的权利和合法利益,以保卫人民民主制度,保障国家的社会主义建设顺利进行。”1995年颁布实施的人民警察法虽然不再使用类似“惩治反革命分子”、“保卫人民民主制度”、“保障国家的社会主义建设顺利进行”等政治性颇强的措辞,但这种源自马克思主义国家观的警察观念影响犹在。时至今日,仍有警察法学者将警察视作“国家实现管理的重要国家机器,是实现统治阶级统治的重要工具”,^[68]是“对敌对阶级与敌对势力实行专政、维护人民民主的重要工具之一”。^[69]在这种泛政治化的概念指引下,警察的目的不再限于传统公法意义上的维持社会秩序,而是扩展至管理国家以及维持统治的方方面面,因而也就几乎不存在从目的要素角度限定警察概念的空间。

第二,“身份化”。新中国成立以来,“警察”作为传统公法上的专业术语意味逐渐淡去,其作为日常用语的意义则被凸显出来,即是说,在公法上,这一用语不被用来概括某种国家活动,而是指日常被称作“警察”的执法主体,即指“具有武装性质的维护国家安全和社会治安秩序,在警察机关中行使警察职权,履行警察职责的国家公职人员”。^[70]相应地,“警察行政”、“警察行为”与“警察行政法”所指称的,也就不再是各个行政领域

[64] 毛泽东:《论人民民主专政》,人民出版社1975年版,第13页。

[65] [苏]列宁:《国家与革命》,载《列宁全集》第31卷,人民出版社1985年版,第8页。

[66] 参见[美]魏斐德:《上海警察:1927—1937》,章红、陈雁、金燕、张晓阳译,上海古籍出版社2004年版,第142页以下。

[67] 对建国初期公安任务的阐述,见公安部《罗瑞卿论人民公安工作》编辑组编:《罗瑞卿论人民公安工作(1949—1959)》,群众出版社1994年版,第10页以下。

[68] 许滔等:《中外警察法比较研究》,中国检察出版社2009年版,第3页。

[69] 中国警察学会编著:《中国警察法学》,群众出版社2002年版,第2页(刘春和撰写)。

[70] 许滔:《比较法视野下的现代警察法基本理论》,中国检察出版社2012年版,第2页。

中具有某种共通性的行政活动及调整此类行政活动的法律，而是专指被称作“警察”的执法主体的行政活动以及调整此类主体行政活动的法律。如有学者认为，“警察行政是警察行政管理的简称，是指公安机关和人民警察为维护社会秩序和公共安全，保护国家利益和公民生命财产不受非法侵害，采取命令、强制等手段所进行的各种组织管理活动”；^[71]“警察法律行为，是指警察机关及其人民警察为维护国家安全和社会治安秩序，保护国家利益和公民合法权益，依法运用警察权力和手段，履行治安管理和惩治犯罪职责，并产生法律效力的行为”；^[72]“所谓警察行政法，是指调整国家警察机关在行使警察行政权过程中发生的各种社会关系的法律规范的总和”。^[73]由于“警察”这一用语失去了传统公法上作为一种统合性概念的意味，而转变为一种身份化了的概念，当代国内行政法研究者不再以“警察行政”概括食品安全、药事、环境、建筑、医疗卫生等各个行政领域当中防止危险、排除妨害的行政活动，而是以公安机关等组织法意义上的警察机关的行政活动为对象，将“警察行政法”作为一种独特的部门行政法加以对待。^[74]进而言之，这种“身份化”了的警察概念是从实定法中推导出的概念，而不是一种关于警察的“学问上的概念”。人民警察法第2条第1款规定：“人民警察的任务是维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动。”第2款规定：“人民警察包括公安机关、国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检察院的司法警察。”可以看出，将警察视为“维护国家安全和社会治安秩序”而在“警察机关”中行使职权的“国家公职人员”这种观点，明显与这两个条款具有高度契合性，而警察不过是“人民警察”的简称而已。^[75]与战后日本不同的是，日本实定法上的警察概念虽然也包括了警察机关，因而在某种程度上实现了概念的“身份化”，但与此同时，学者也从日本警察法第2条第1款的警察任务之概括条款中，推导出了作为某种国家活动的警察概念，而就我国人民警察法第2条第1款这一警察任务的概括条款而言，虽然与日本警察法的规定具有某种类似性，但通说并不认为可以从这一条款中解读出作为国家活动的警察概念。

以上是新中国成立后公法上关于警察之概念的通说。也有学者认为，我国亦存在“理论意义”上的警察概念，即“警察是有关维护国家安全和社会秩序，保护公民合法权益，保障改革开放和社会主义现代化建设顺利进行的国家行政”。^[76]尽管此种见解将警察的目的界定得无比宽泛，但在将警察的内涵定位于“国家行政”这一点上，显然与大陆法系国

[71] 聂福茂、余凌云主编：《警察行政法学》，中国人民公安大学出版社2005年版，第3页（陈天本撰写）。

[72] 前引〔69〕，中国警察学会编著书，第132页。

[73] 高文英：《警察行政法探究》，群众出版社2004年版，第14页。

[74] 如余凌云：《部门行政法的发展与建构——以警察（行政）法学为个案的分析》，《法学家》2006年第5期。多地试点组建的“食药警察”对应的也不是统合性概念意义上的警察。“食药警察”或指公安机关内设的食品药品安全犯罪侦办机构，或指食品药品监督管理部门与公安机关共同组建的联合执法队伍。在前一种情况下，“食药警察”仍然是公安机关的一个分支；在后一种情况下，食品药品监督管理部门与公安机关仍然各担其责，只是在制度层面加强了工作的衔接和联动。至于森林警察、铁路警察等，虽然接受公安机关和主管部门的双重领导，但本身仍属于某警种，因而也未体现统合性警察概念的意义。

[75] 实定法上的“警察”一词亦涵括人民武装警察法所规定的武装警察部队，但武装部队并非公法上的行政执法主体，也不是通常意义上的“警察机关”，而是国家武装力量的一部分（人民武装警察法第2条第2款），因而与本文所探讨的公法意义上的警察存在较大差别。

[76] 前引〔69〕，中国警察学会编著书，第2页。

家将公法上的警察概念界定为某种国家活动有所契合。虽然无从得知提出“理论意义”上的警察概念的学者是否受到了比较法的启发,但当代的警察法学者确实注意到了大陆法系的传统警察概念,高文英甚至借鉴我国台湾地区的警察法理论,初步引入了“实质的警察含义”与“形式的警察含义”、“学理上的警察含义”与“实定法上的警察含义”的界分,^[77]这明显分别对应了德国和日本的概念界定模式。不过,高文英对这两组概念的引入除了存在未尽其详的遗憾之外,还存在两个问题:第一,对实质意义上的警察与形式意义上的警察没有做明确的区分,未指出形式意义上的警察乃是组织法意义上的警察机关实施的行政活动;第二,高文英借鉴的是20世纪70年代我国台湾地区学者的著述,或许由于彼时的台湾地区仍然处于“戡乱时期”,奉行政治上的绝对主义,因而台湾地区学者在探讨形式的警察含义与实定法上的警察含义时,不免强调其中包含了促进人民福利的目的。而如前所述,在德国和日本,虽然有学者认为区分消极目的与积极目的相当困难,但毕竟通说仍然认为警察的概念是以防止危险或维持公共安全和秩序作为目的论上的构成要素。再者,还有学者认为,我国台湾地区警察学和警察法学界将警察的目的理解为“维护社会公共秩序”、“防止或减少公共危害”是不够准确的,因为维持社会秩序与防止或减少社会危害并不都是由警察去完成的。^[78]持此种见解的学者似乎对传统公法上警察概念的来龙去脉缺乏了解,从而忽略了实质意义上的警察概念与形式意义上的警察概念的区分。此外,刘茂林近来在探讨警察权的宪法构造时指出,没有必要在语义层面区分“公安”和“警察”,因“公安”即公共安全,对应的是为保护公民人身、财产安全和公共财产安全,预防、制止、惩治违法犯罪活动以及提供安全服务的人民警察制度。^[79]此种见解虽然在法的理念层面触及了实质警察概念的内核,但在对制度构造加以把握时,却又回归了作为形式警察概念的人民警察制度,而未能消解两种概念之间的张力。

总之,从近代直至当代,公法领域中的“警察”一词在我国经历了概念内涵的流变,从基于消极目的的国家活动转变为行政执法主体,从“学问上的概念”转变为实定法上的概念,从作用法层面的统合性概念转变为组织法层面的概念。在当代,无论是实定法还是公法学通说,均抛弃了传统意义上的警察概念,“警察”一词在公法上已不再被用来统合具有某种共通性的行政活动,而只是指代被称作“警察”的执法主体。

五、统合性警察概念的功能及其再导入

由上述概念史的梳理中可以看出,警察概念在德国、日本以及我国都发生了转变。其中,德国和日本的概念变迁史讲述了类似的故事:在概念形成的早期,都存在目的要素上的消极主义与积极主义之争;而后又各自形成了概念的二元构造,即德国的实质的警察概念与形式的警察概念、日本的“学问上的概念”与实定法上的概念;随后,以实质的警察概念或“学问上的概念”统合各行政领域的类似活动,又因当代行政的多样化与复杂化而面临挑战。无论如何,在学理上尝试以“警察”一词概括不同行政领域中性质相似的国家

[77] 参见前引[73],高文英书,第5页。

[78] 参见马亚雄、魏佩华:《评台湾警学界对警察含义的研究》,《公安大学学报》1994年第6期,第42页。

[79] 参见刘茂林:《警察权的现代功能与宪法构造难题》,《法学评论》2017年第1期。

活动，在当前的德日公法学中，仍然具有重要地位。我国的情况则不同，警察概念在我国从未真正形成类似当代德国法上的实质概念与形式概念、当代日本法上的“学问上的概念”与实定法上的概念的二元格局，近代中国的警察法学说受日本影响颇深，但多数学者似乎并未深入理解不同的定义方式之间的区别与紧张关系，而在经历了新中国的公法体系重建之后，当前只存在以“身份化”形态呈现的形式性的、实定法层面尤其是组织法层面的警察概念。

那么，传统大陆法系的警察概念在我国公法及公法学体系中逐渐退却以后，是否还有必要重新导入类似的统合性概念，以概括各行政领域中以维持社会安宁秩序、防止危险为目的的行政活动？为此，需要探寻统合性警察概念在当代究竟能够发挥哪些功能。

首先，统合性的警察概念有助于确定法律保留原则的适用范围。对于法律保留原则的适用范围及程度，即对于何种行政活动应当具备直接且明确的法律依据这一问题，存在侵害保留、全部保留、权力保留、重要性保留等不同观点。这几种观点基本上皆是以行政权的发动形态或者对私主体产生的不利效果为出发点，从而缺失了对于行政权发动目的的考量。若考虑统合性警察概念中所蕴含的排除或防止危险、维护公共安宁秩序这一目的要素，则可对传统法律保留理论加以修正。具体而言，风险社会的特质决定了立法者不可能预见到各种危险，不可能预先针对各种情况授予行政机关相应的职权，并详细规定行政活动的要件和效果。若要排除或防止种种妨害社会安全与秩序的危险，行政机关又需要积极采取行动。因此，立法者可以借助概括性授权的方式，为行政机关维持社会安宁与秩序、防止危险的行动提供法律依据，但此种概括性授权只能在缺少法律特别授权的情况下作为行政活动的合法性来源。如果存在特别授权，行政机关就必须严格依据特别授权规范所规定的要件和效果采取行动，不得回溯至概括性授权。^[80]统合性的警察概念可以用来描述以法律的概括性授权作为法律依据的行政活动，而除警察行政之外的以促进福利、提升社会发展水准为目的的行政活动，则必须具备法律的特别授权方可实施。需要说明的是，根据法律的概括性授权实施的警察行政活动，即便被认为符合法律保留原则的要求，也不能规避行政活动的其他合法性要件。组织法层面的权限分配、行政程序方面的约束、行政裁量的控制机制等，仍然可以发挥控制行政活动合法性的作用。不过，就我国目前的立法状况而言，无论是形式意义上的警察机关，还是其他担负实质意义上的警察行政任务的行政机关，是否具备从事防止危险、维护公共安宁秩序之活动的概括性授权基础，仍值得进一步探讨。地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法第59条和第61条，虽然规定了地方人民政府行使职权的范围包括保护财产、维护社会秩序、保障公民人身权利等，但此种组织法规范显然有别于作用法或行为法规范，其规范目的在于将宪法所认可的国家权力分配予不同类型、不同层级的国家机关，而非授予国家机关相应的行为权限。人民警察法第2条第1款将“维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产”界定为人民警察的“任务”，似乎表明该条款更趋近于概括性的“任务规范”，而非概括性的“职权规范”。^[81]在立法缺少概括性职权规范的情况下，将任务规

[80] 参见前引〔23〕，Unruh等书，第174页。

[81] 关于任务与职权的区别，参见前引〔4〕，Scholler等书，第59页。

范理解为发挥概括性职权规范的作用,虽应保持慎重,却也未必不可行。

其次,统合性的警察概念能够为判断行政裁量权收缩提供类型化标准。所谓裁量权收缩,是指根据法律的规定,行政机关原本拥有裁量权,可以决定是否采取措施,采取何种措施,以及采取措施达到何种程度,但在特定情形当中,应当认为行政机关的裁量权受到约束,行政机关做出决定和选择的余地皆被压缩,甚至只能以特定的方式采取达到特定程度的措施。这一源自德国法的理论近年来受到了我国学者的重视,但对于该理论的适用范围,理论上却存在分歧。有论者在“危险防止型行政”的语境中探讨行政裁量权收缩的法理。^[82]由于“危险防止”责任本身便是实质警察概念的基础,^[83]这就等同于将该法理的适用范围限定于统合意义上的警察行政语境之中。不过,也有论者超越了这一限定,对于判断涉及房屋登记、工伤认定的行政复议程序的合法性,亦借助裁量权收缩的视角加以探讨。^[84]无论裁量权收缩的法理究竟是否应当超越统合意义上的警察行政这一范围,至少在传统的警察行政领域内,该法理的适用的确呈现出不同的特征,例如危险的迫切性、危险的可预见性等具体的判断标准,在其他行政活动领域,并无适用的余地。

再次,统合性的警察概念能够为行政权介入私法关系注入正当性要素。传统的警察法理论认为,警察权的行使应尊重私生活自由,不得介入私权争执,此即作为警察权之界限的“警察公共性”原则。若将该原则扩展至全部行政领域,甚至可以推演出“行政公共性”这一上位原理,^[85]即行政权的发动应以公共事务为导向,而非以私主体之间的关系为对象。但在当代,行政机关根据实定法的授权介入私法关系已极为寻常。例如,我国旅游法第102条第3款、保险法第143条、计量法第26条、消费者权益保护法第56条,授权行政主管部门或监督管理机构责令违法行为人退还相关费用或赔偿损失;治安管理处罚法第9条、道路交通安全法第74条,授权公安机关调解纠纷;反家庭暴力法第21条规定县级人民政府民政部门可以向人民法院申请撤销实施家庭暴力者的监护人资格;交通运输部发布的《关于实施国内水路运输及辅助业管理规定有关事项的通知》,对水路运输企业与管理人签订的劳务合同之内容加以约束,并以之作为市场准入的条件;公安部、工业和信息化部、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会与最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于防范和打击电信网络诈骗犯罪的通告》,要求商业银行调整服务内容,确保个人通过银行自助柜员机向非同名账户转账的,资金24小时后到账等,皆属较为典型的例证。但是,行政权介入私法关系领域,毕竟涉及对私法自治的干预,甚至可能构成对公民基本权利的伤害。因此,即便行政公共性原则有必要被重新审视,对于行政机关以各种方式介入私法关系领域究竟妥当与否,也应当从介入的目的角度出发予以判断。^[86]就这一层面而言,以防止危险、维护公共安宁秩序为内核的统合意义上的警察行政,其介入私法关系的

[82] 参见王贵松:《行政裁量权收缩之要件分析——以危险防止型行政为中心》,《法学评论》2009年第3期;王天华:《裁量收缩理论的构造与边界》,《中国法学》2014年第1期。

[83] 参见前引〔20〕,须藤阳子文,第164页。

[84] 参见韩思阳:《“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90页。

[85] 参见李震山:《警察行政法论——自由与秩序之折冲》,台湾元照出版公司2007年版,第82页。

[86] 关于目的正当性对于判断国家权力的行使合法与否的意义,参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第144页以下。

目的正当性便可被作为一个整体加以观察。伴随着社会经济活动的发展，私主体之间在财富、实力、信息获取能力等方面的两极分化日益显著。弱势一方往往无法依循私法路径，防止或排除其他私主体活动对自身的人身及财产造成的危险，甚至无法理性判断所面临的危险的样态及程度。况且，私主体之间的关系有时具备一定的社会关联性，个体所面临的危险时常是公共安宁秩序遭受威胁的一个缩影。因此，在现代社会，行政机关为完成实定法所规定的保护个人生命、身体与财产以及维持公共安全与秩序的任务，有时确有必要介入私法关系，即便对于拥有最为强大的强制力的形式意义上的警察机关来说，也是如此。^[87] 前述反家庭暴力法、《关于防范和打击电信网络诈骗犯罪的通告》的规定，便契合了这一行政目的。不过，如果私主体之间的关系并不涉及对人身和财产构成的危险，亦不涉及公共安宁秩序，则行政权介入私法关系的正当性便应另行审视。例如，民事纠纷的行政调解机制，其正当性来源或许是司法资源的有限性；以企业内部劳务合同的内容限制作为特定行业市场准入的条件，其正当性来源或许是相关行业的健康发展。这些显然有别于行政机关以统合意义上的警察行政任务为指引介入私法关系的情形。

最后，统合性的警察概念有助于塑造合宪性判断的基准。例如，在日本，关于合宪性判断的基准，占据通说地位的是以零售市场距离限制案、药店距离限制案等判例为基础归纳出的判断体系。在这一体系下，对于为了防范、消除或缓和对国民生命与健康的危害而科以的规制，即对于所谓的“警察性规制”，应当采取“严格合理性”这一合宪性判断基准，或者说借助“警察比例原则”对其加以审查，即从立法事实是否成立这一角度出发，审查是否存在“同样可以达成目的的，更为宽松的规制手段”；而对那些基于福利国家理念而采取的社会性或经济性政策方面的规制，则以较为宽松的“明显原则”作为判断基准，即“只有该限制措施明显极为不合理时，才将其定为违宪”。^[88] 值得注意的是，这种以规制目的作为设定合宪性判断基准之依据的学说，在当代的日本也受到了挑战。譬如，基于消极目的的规制对于维持国民的生命与健康而言乃是不可或缺的，理应容许施加强力的规制，若将此种规制限定于必要的最小限度之内，其妥当性不无疑问。又如，如果借助比例原则审查以防止危险、维持公共安全与秩序为目的的警察性规制，但拒绝将该原则适用于基于积极目的的规制，从宪法所确立的基本权利与公共福祉之间的关系角度观之，也未必适宜。^[89] 不过，尽管存在上述质疑，近年来日本的警察法研究者仍然大体承认这种基于警察法的思考而构建出的合宪性判断理论的意义。^[90] 若检讨此种审查基准理论对于构建我国合宪性审查机制的借鉴意义，需要特别注意的是，此种理论契合了现代福利国家的理念，从而承认，相对于统合意义上的警察性规制而言，立法者在经济政策、产业政策、社会福利政策方面拥有更为广泛的裁量权；相反，如果秉持传统自由法治国的理念，则对于那些意在提升社会福利水平的规制措施，反而应当特别警惕。就我国的情形而言，无论是从宪法文本自身的规范结构来看，还是就社会发展的现状而言，传统意义上的自由治国理念似乎都不宜成为指引合宪性判断的唯一方针，因此，此种合宪性审查基准理论在我国并非

[87] 参见〔日〕藤田宙靖：《民事不介入》，载前引〔43〕，成田頼明编书，第240页。

[88] 参见〔日〕芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第195页以下。

[89] 参见前引〔5〕，冈田健一郎文，第385页。

[90] 参见前引〔20〕，须藤阳子文，第172页。

无用武之地。

无论当代的行政活动如何纷繁复杂，只要统合性的警察概念能够发挥上述功能，则用它来概括不同领域的行政活动乃至国家活动，在公法上便仍有意义。就此而言，虽然统合性概念在德国和日本均受到了一些质疑，但借此完全否定实质的警察概念或者关于警察的“学问上的概念”所具备的功能，对于公法及公法学体系仍处于基础性发展阶段的中国而言，似乎为时尚早。将统合性警察概念重新导入，以填补当前公法及公法学概念体系的缺口，或许仍有必要。不过，就当前我国的公法理论以及社会中通行的观念而言，鉴于警察概念几乎已经完全实定法化、身份化了，若要即刻接受统合性的警察概念，恐有一定难度。为此退而求其次，考虑使用“秩序性作用”、“危险防止作用”等表达代替传统的统合性的警察概念，以“秩序行政”、“秩序性规制”或“危险防止型行政”、“危险防止型规制”等语词代替统合性的“警察行政”或“警察性规制”概念，也不失为一种方略。

法治国家的警察权和警察活动本非洪水猛兽，而是维护公共秩序、履行针对宪法基本权利的国家保护义务所不可缺少的一环。观察域外国家的警察概念变迁史，或许可以发现，它与一国的法治发达史具有某种同步性。对于处在社会转型、法治成熟道路上的当代中国而言，法律人若能从历史脉络中全面、准确地把握警察、警察权、警察行政等概念的规范构造，或许能够助益于警察权的有效、正当行使，从而提升民众对警察的信赖。

Abstract: Although “police” is a fundamental concept in public law, scholars have not fully recognized this concept and the propositions deriving therefrom. In both Germany and Japan, “police” refers to a kind of governmental activities, but the extension of the concept had changed over history. The theories of police law in contemporary Germany and Japan have established respectively the substantial concept and formal concept of police, as well as the positive legal concept and academic concept of police. The evolution of the concept of police in Germany and Japan has reached the same destination. The public law theory in early modern China was influenced by the Japanese doctrine and hence treated police as an integration of a kind of governmental activities. In New China, the concept of police has showed the tendency of pan-politicization and identification and, as a result, refers only to “people’s police” in positive law, leading to the deficiency of the integrating function of the concept. Since the integrative concept of police contributes to ascertaining the scope of application of the principle of legal reservation, provides categorized criteria for the judgment of the shrink of administrative discretion, justifies the intervention into private law domain by administrative power, and shapes the standards of constitutional judgment, it is necessary to reintroduce it into the systems of public law and the theory thereof.

Key Words: police, police administration, order administration, police law, the science of police
