

公安行政执法中的行政惯例功能与规制路径研究

陈 亮

(苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006)

摘要:行政惯例作为非正式法源之一在公安行政执法中扮演着重要的角色。行政惯例对公安行政执法有正负两方面的功能,应通过对行政惯例的成文化、清理、审查来逐步规范行政惯例,减少其对公安行政执法的不良影响。

关键词:行政惯例;公安行政执法;公安机关

中图分类号:DF312 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-5322(2015)03-0044-05

一、公安行政执法中的行政惯例

1. 概念与特征

德国法学家考夫曼在其《法律哲学》中指出,面对一个关系日益复杂、理论日益多元、科技无孔不入、民主化浪潮汹涌的风险社会,“必须坚持法律哲学的宽容原则:‘……如果伦理与法律无法提供解决冲突的合理决定标准,那么依循以往方式所作成的决定,就必须加以容忍’”^[1]。行政惯例在行政管理机关中的存在和在行政执法领域中的使用具有其合理合法性,而且它在当今日益复杂化的风险社会中更有其特殊意义。行政惯例“是指关于行政上同一或具有同一的事项,经过长期的、一般的、继续的或反复的施行,则即可认为已成为行政上措施的通例,这种通例即可视为是一种行政惯例”^[2]。公安机关在长期的行政执法实践中会针对很多不确定法律概念、很多法律无法逐一规定的情形行使自由裁量权,自主进行判断和作为,其中一些做法经过具体个案的反复适用而得到行政机关和行政相对人的知晓或确信,形成较为稳定的习惯性做法,发展为行政惯例。公安行政执法中的行政惯例(以下简称公安行政执法行政惯例)可定义为公安机关在长期处理行政执法事务中形成的、得到一定范围内的知晓或确信的习惯性做法。在公安行政执法领域,这些行政惯例具有弥补成文法漏洞,保障相对人信赖利益,推动行政法律规范的自我更新等重要作用。

公安行政执法行政惯例具有以下一般特征:其一,缺乏法律明确规定。公安行政执法的依据由数量繁多的法律、行政法规组成,随着现代社会政治、经济的迅速发展,公安行政领域的法律法规在客观上存在一定的滞后性。在这种情况下,基层公安机关要处理形形色色的执法问题,在实践中必然形成一些惯常做法。这些做法一般都没有法律的明确规定,构成行政惯例形成的天然土壤。其二,在行政执法个案中被反复适用。行政惯例的形成一般要经历很长一段时间,行政机关经过无数次的实践,在相当长的时间内不断重复该做法,形成了长期惯常的做法。这些做法在执法民警看来习以为常,从而形成了路径依赖。其三,得到一定范围内行政机关和行政相对人的知晓或确信。“行政机关不断重复这种做法,随着时间的推移就积聚了许多具有决定性影响因素,平衡了官民利益。直到在一定范围内,使得行政相对人普遍知晓、确信,即提高行政行为的可接受度,行政相对人许可并较少质疑行政机关的做法”^[3]。

2. 法律效力

“在我国行政法上,行政惯例能否作为行政主体做出具体行政行为的依据,是否能够成为行政法的渊源,学理上向来存在争议。直到最近几年,行政惯例的法源地位才逐渐被学者认可。不过,从司法实践来看,行政惯例事实上的法源地位还是被广泛认可的”^[4]。一般来说,法院在审理行政诉讼案件中对于行政机关自由裁量权行使和

行政习惯做法进行评判时,存在“司法尊让”的理念。即在不存在明显违背法律和公平正义原则的前提下,一般总是倾向于认可行政机关的做法。但针对明显违背法律和不利于行政相对人的行政惯例,法院会以行政判决的方式加以纠正或确认违法。故良性(符合法律精神原则,有利于相对人)的公安行政执法惯例应当被视为公安机关行政执法的一种不成文法源,对公安机关执法具有约束力,在行政审判中会得到法院的认可。对不明显违背法律、侵犯行政相对人权益的相对中性的公安行政执法惯例,在行政审判环节也会得到法院的“尊让”。

3. 表现形式

公安行政执法惯例一般有书面和非书面两种表现形式。一些地方的公安机关以裁量基准、办案指导、取证指引、办案手册等形式出台的规范性文件,实际上有很多内容都是对既有公安行政执法惯例的梳理和确认。这种以规范性文件或者以书面形式出现的行政惯例是对行政惯例的梳理和再加工,一般来讲这样的行政惯例有一定的制定程序和审核标准,比较符合法律规定和原则,具有较强的适用性和可操作性。而大量的公安行政执法惯例是以工作经验、体会、执法技巧等形式在执法民警当中以口口相传的形式出现的。这些行政惯例在资深的执法民警过往执法实践中因为“好用”而为执法民警们津津乐道,并作为工作经验在警队中以特有的方式流传。这部分行政惯例良莠不齐,甚至有一部分是不良传统、执法陋习,对此类行政惯例应当警惕。

二、行政惯例对公安行政执法的双向功能

1. 正向功能

第一,弥补成文法的不足和漏洞。公安行政法规中有许多不确定法律概念,这些概念在适用中会让基层执法民警感到困惑,难以对其准确定义和适用。此时,需要执法民警援引行政惯例以弥补成文法的不足和漏洞。如在治安管理,相关行政法律规范并没有对“卖淫嫖娼”的认定作出具体规定,但公安机关在长期实践中形成的“是否男女两性”“事前是否相识”“是否存在金钱交易”等认定标准已成为习惯性做法。即便在社会性观念开放的今天,这种惯例对于区分性行为的违法和违反道德仍然有指导作用。又如《治安

管理处罚法》规定了对哺乳自己不满一周岁婴儿的妇女不执行行政拘留,在执法实践中有的违法妇女在外地打工,家中确有不满足一周岁的婴儿但没有哺乳关系,对此类违法妇女能否执行行政拘留,执法民警惯常是按照有利于行政相对人的解释,倾向于认定此类违法妇女可以被视为符合法律规定情形,不执行行政拘留处罚。类似这样的行政习惯不但与法律冲突,而且有更好的社会效果、政治效果,值得认可和提倡。

第二,提供相对稳定的思维和行为模式,提高行政效率。在法律授权范围内,一定的行政惯例能够为执法民警提供相对稳定的思维和行为模式,从而有利于提高行政执法效率。如一个小偷盗窃甲600元,盗窃乙300元,在抓获后小偷身上只有150元。这150元如何发还受害人就需要参照旧有的行政惯例。有的公安机关按照比例返还受害人,有的则让两受害人事先商量好划分比例、一起来公安机关认领。不管是上述哪种做法实际上都没有法律上的直接依据,但均没有违背法律和公平原则,此类做法一旦形成惯例,可以为办案人员提高办案效率、避免法律风险提供可参照的模式。像在盗窃案件中,如果未找到赃物且受害人无法提供价格凭证时,办案人员会通过一些惯常做法查明赃物价值。如甲饲养的家禽被盗,但实物不存在,小偷也无法记清被盗家禽的具体特征,这时办案人员往往通过走访周围居民、访问养殖户和市场商贩对当地常见的家禽特征和价格做一调查,作为认定违法事实的参考,这样的作为其实也没有法律明文规定,但无疑可以作为认定事实的一个参考佐证。

第三,减小执法阻力和质疑,提供了可预见性。某一做法成其为行政惯例,是因其在多个具体个案中被反复适用、在较长的时间段内逐渐相对稳定下来。同时这种特定做法获得了一定范围内的普遍知晓或确信,在施行时能够减少阻力和行政相对人的质疑。如一些派出所在查处赌博案件时,对于赌博人员使用的自动麻将机一般不进行收缴,而是收缴一副麻将牌(一般的自动麻将机有两副麻将,对另一副麻将一般也不会去收缴)。这样的做法是考虑到自动麻将机的价值比较大(一般要几千元左右),如果进行收缴遇到的阻力比较大,容易引起相对人的不满和对抗。可以想见,对一场赌资较小的赌博,收缴价值动辄数千的赌具,相对人的感受必定非常强烈,并不利于

案件的办理。又如在办理故意伤害类治安案件时,对于嫌疑人使用第三人所有工具实施违法的情形,如果第三人确不知情,公安机关一般也不会收缴作案工具。这样的做法虽然没有法律依据,但并不违背现行法律,而且容易被当事人接受和群众所理解。

2. 负向功能

第一,容易使执法民警形成路径依赖、丧失具体分析能力,造成执法僵化。行政惯例的形成和存在有其必然性和合理性,但面对一些特殊、复杂或危难情况如果固守行政惯例有时会有负面效果。这表现为行政惯例会使一些执法民警形成固化思维和行为方式,束缚执法思路和行为。一些学者在“韩萱、罗惊父母诉北京朝阳公安分局行政不作为案”^[5]中批评公安机关的执法惯例,就属于此类情形。“警方辩称其完全是依法办事,这里的‘法’实际上指的就是行政惯例。市民报警救助,警方在危急情况下却不能当机立断做出破门进入救人的举动,因为民警称此乃为救助报警而非刑事警情,救助报警需要经得房主的许可才能进入,此案中并不能确认房子里一定有人,所以警察不能破门而入”^[3]。又如一些地方对失踪人口报案有时间限制,对群众报案的人口失踪在48小时内的,执法民警会让报案人等到48小时后再报案。这样处理在一般情况下是合情合理的,但具体到个案,对于群众掌握明显的有关失踪事件的违法犯罪线索或人口失踪情况比较特殊的,一概如此处理恐怕就会引起投诉和不必要的法律风险。

第二,一些行政惯例有可能架空法律,造成法律虚置。一些执法陋习不仅架空法律,甚至有违法之嫌。一些公安机关遇到夫妻双方共同违法应当适用行政拘留处罚,家中有未成年人无人照顾的情形,习惯于只处理夫妻中的一方,而留下另一方照顾未成年人。这种做法从人性的角度出发,初衷是好的,但势必会造成另一个违法嫌疑人逃避处罚,损害法律的权威性和公安机关的公信力。一旦受害人复议诉讼,公安机关的做法于情有理却于法无据。正确的做法是可以先后裁决,轮替执行行政拘留处罚,这样既不会影响未成年人的权益,也不会造成法律虚置。还有办案部门在办理吸毒案件时,对其中反映出的卖淫嫖娼行为有意回避(由于案件管辖分工,禁毒案件由禁毒部门办理,卖淫嫖娼案件由治安部门办理),造成违

法行为没有得到应有的法律评价。在笔者看来,对有明显涉嫌卖淫嫖娼的线索而刻意回避的行为是一种不良的执法惯例。又如一些公安机关在办案中对公民住宅进行搜查但不开具正式的《检查证》,而是以入户调查的名义进入公民住宅。此类执法习惯实际上是违背法律规定和原则的执法陋习,应当予以纠正。

第三,有一些行政惯例容易被相对人误判,带来法律风险;还有一些行政惯例处于模糊地带,容易造成行政相对人的误解、误判,也往往会给公安机关造成一定的法律风险。如在办理故意伤害、殴打他人类治安案件中,一些公安机关常常要求违法嫌疑人交一部分案件处理押金在办案单位(在交通事故处理中也有交付事故处理押金的惯常做法)。在办案民警看来,这笔钱应视为当事人自愿放在公安机关作为事情处理的一笔预付费,而在受害人看来这笔钱就是嫌疑人交付的赔偿金。当受害人直接向公安机关索要这笔钱时,或者嫌疑人被处理后公安机关将该笔钱交由嫌疑人领走时,往往会招致受害人的不满甚至投诉、诉讼。

三、公安行政执法惯例的规制路径

1. 行政惯例的成文化:制定执法细则、执法操作手册等裁量基准

法律的约束范围和作用总是有限度的,其保守性和滞后性也是必然的,社会生活复杂多变,行政惯例有其存在的合理合法性,但大量不成文的行政惯例也会有侵蚀法治、善治的一面,遑论因古老传统和专政思维而造成的一些执法陋习和潜规则至今流传、违背法治。因此,从特殊意义上,对于缺失法治传统和渴望法治的中国来讲,公安机关对行政惯例进行适度的成文化有利于促进本区域执法质量的提升和法治建设的进程。成文化的行政惯例由于有相对严格的制定、审批程序,较之不成文的行政惯例有较大的优势和可操作性。在公安行政执法工作中,那些有负面影响的行政惯例大多数都是以不成文的形式出现的。故应当由行政惯例施行地的公安机关以执法细则、执法操作手册等形式定期、适度对非成文的行政惯例进行筛选和修订,使之适度成文化、清晰化,将那些不合法的、不合时宜的、侵害相对人权益的行政惯例加以废止或明令禁止,形成本机关有权范围内的裁量基准。这些成文化的执法细则、执法操作

手册等裁量基准不仅在普遍意义上规范了行政惯例的施行空间和执法民警的作为标准,而且也会对行政惯例的良性演变起到一定的导向作用。

2. 行政惯例的清理:实行备案制度和案例指导制度

当前公安机关广泛适用的书面行政惯例在制定过程中大多没有社会公众的参与,也缺乏相应的监督,许多只是以内部文件的形式出现,公众对其内容无从得知。一些执法惯例在法律上是可商榷的,多因缺乏监督而致,实行行政惯例备案制度有助于对权力的监督。如一些公安机关在遇到驾驶员关车门拒绝配合查酒驾时砸窗执法、一些交警部门让违法当事人在违法现场协助交警查处交通违法行为,更有甚者,有的交警部门在查处夜间驾驶机动车行驶未按规定使用汽车远光灯的违法人员时让违法人员直视远光灯五分钟以示惩罚。这些不规范的情况不一而足,其产生原因根本在于缺乏监督所致。故应当在制定书面的行政惯例文件后要求制定机关向上级公安机关和同级人民政府法制部门备案,在备案过程中,上级机关如果发现行政惯例有与现行法律冲突或不利于相对人权利保障的内容,应当责令制定机关说明理由或对规范性文件进行修订,这样就能够加强对行政惯例内容的监督。备案的另一个功能是促使公安机关及时修订成文的行政惯例,一些地方政府规定对备案的规范性文件制定机关应当每年组织修订和重新备案,第二年未进行修订和备案的规范性文件自动失效,这一规定能够有力促进公安机关及时对成文化的行政惯例进行修订和完善。

“在现代法治社会,公布行政权力行使的规范依据又是行政机关的基本职责。因此,行政惯例不仅需要反复适用中为行政执法人员所熟悉和确信,而且还应当通过某种载体对外发布以便行政相对人同样能够及时获得行政惯例生成的有关信息,确信自己行为的后果”^[6]。为防止不遵循行政惯例或滥用不良的行政惯例导致不公正的裁量,在一定范围和程度内统一行政裁决的方式和内容,避免出现太多的时间和地区差异,行政机关通过搜集、总结、归类、汇编,形成一定范围的行政指导案例,对现实存在的行政惯例进行甄别后进行确认或淘汰,是值得推崇的重要制度。在《湖南省规范行政裁量权办法》中,“参照典型案例”业已成为一种重要的裁量技术。其第14条第2款规定,县级以上人民政府应当选择本行政

区域内行政机关行使行政裁量权的典型案例向社会公开发布,指导行政机关行使自由裁量权。第15条规定,县级以上人民政府应当至少每年组织1次典型案例发布^[7]。这些做法有望对规范行政惯例起到良好的作用。公安部于2010年发布《关于建立案例指导制度有关问题的通知》(公法[2010]661号),2012年从各地上报的案例中精心选取了58个汇编成《公安机关案例指导》出版。这些案例充分发挥了指导、示范和教育作用,能够帮助执法民警树立正确的执法思想,增强规范执法的自觉性和主动性,有效减少了法律虚置现象。通过案例指导制度能够提炼行政惯例的精华,在一定范围内形成共识,有效指导执法实践工作。而对反面典型案例的评析,更能够起到消除基层民警的疑惑和误解、澄清法律的精神内涵、彰显规范化执法的良好效果。

3. 行政惯例的审查:实行说明理由制度和司法审查制度

说明理由制度是要求行政主体在选择于行政相对人合法权益产生影响的行政惯例时,除法律有特别规定外,必须向行政相对人说明该行政行为的事实依据、行政惯例依据以及进行自由裁量时所考虑的政策等因素。笔者认为公安机关在落实说明理由制度时应着重于两个方面:一是适用行政惯例的理由,将一个案件与行政惯例相同的地方进行对比;二是说明排除行政惯例的理由,对一个案件不同于行政惯例的地方进行对比。如某公安机关对一个无证驾驶摩托车的违法行为人裁决行政拘留五日,而对一个无证驾驶汽车的违法行为人裁决行政拘留三日。此时就应当向当事人说明不同裁量幅度的依据和政策考虑,如是否存在自首情节,是否发生事故,是否有人财产的损失。只有把道理讲清楚才能消除相对人的误解,维护公平正义和公安机关的执法公信力^[8]。

行政惯例的合法性最终要经得起司法审查。《行政诉讼法》第4条规定,“人民法院审理行政案件,以事实为根据,以法律为准绳。”第5条规定,“人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。”这就奠定了我国行政行为司法审查制度的基石。从行政行为司法审查的角度来说,行政机关对法律的判断是“一次判断”,而司法机关则是“二次判断”。作为一条法律原则,法院应当对法律问题有最终的判断权。通过法院司法审查可以防范公安机关滥用自由裁量权,减

少同案不同罚、区别对待的现象;同时能够促使公安机关内部对一些常见问题形成共识,规范执法流程,自觉规范行政惯例。而法院已经公开判决的行政诉讼案件有助于提高行政公开透明度,约束行政权力,提高公民法治意识,建设法治社会^[9]。

四、结语

行政惯例是公安机关行政执法活动中的一个

客观存在,既不能对之刻意固守,也不能听任其被随意适用。主要的规范性做法是由公安机关及时对一定范围内存在的行政惯例进行甄别、筛选、清理和规范,使之适度成文化、规范化,有序地把行政惯例纳入到执法规范化的进程中,摒弃不良的行政惯例,减少行政惯例对公安行政执法的负向影响。

参考文献:

- [1] [德]考夫曼.法律哲学[M].刘幸义,译.北京:法律出版社,2004:437.
- [2] 周佑勇.行政裁量治理研究[M].北京:法律出版社,2008:119.
- [3] 马金萍.我国行政惯例研究[D].兰州:兰州大学,2012.
- [4] 郑雅芳.论行政裁量基准的实质渊源——以行政惯例为例[J].法制与社会发展,2010(3):141-148.
- [5] 余凌云.“超级玛丽”案,110服务承诺与合法预期[EB/OL].(2010-05-11)[2015-04-08].<http://www.fabang.com/a/20100511/147258.html>.
- [6] 郑雅方.行政裁量基准研究[M].北京:中国政法大学出版社,2013:127.
- [7] 湖南省规范行政裁量权办法[Z].湖南省人民政府令[第244号],2009-11-12.
- [8] 章志远.个案变迁中的行政法[M].北京:法律出版社,2011:121.
- [9] 陈亮.试论治安管理处罚自由裁量权之规制[J].常熟理工学院学报,2011(11):63-66.

On Regulatory Rules and Function of Administrative Conventions in Public Security Administrative Enforcement of Law

CHEN Liang

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu 215006, China)

Abstract: As one of informal sources of law, administrative conventions play important roles in public security administrative enforcement of law. And they have positive and negative functions for public security administrative enforcement of law. We should gradually standardize administrative conventions by statutorization, liquidation and review of them, so that we can reduce their harmful effects to public security administrative enforcement of law.

Keywords: administrative conventions; public security administrative enforcement of law; public security organs

(责任编辑:沈建新)