

私人参与警察任务执行的法理基础

章志远*

内容提要：治安承包现象引发的广泛社会争议是我国私人参与警察任务执行改革沉浮的真实写照。对宪法基本政策条款和民主国、法治国及社会国原则的解读显示，私人参与警察任务执行并不违反我国宪法文本规定和宪法基本原理。“国家和社会”条款在行政法律规范中频频出现以及行政法上辅助性原则、行政过程论的阐释表明，私人参与警察任务执行同样具备合法性基础。我国政法工作一以贯之的群众路线和警察任务的时代流变，彰显出私人参与警察任务执行具有深厚的社会历史及现实基础。从改革时机选择、行政法制保障和后续政府规制上看，私人参与警察任务执行在我国依旧是一个极具挑战性的行政法前沿课题。

关键词：民营化 治安承包 私人参与行政任务 政府管理改革

一、研究之缘起

长期以来，作为警察任务重要组成内容的维护社会治安事务一直被认为专属国家的职能，必须由警察机关亲自行使，私人力量不得染指其间。然而，自退伍军人周广海1996年以每年10800元的价格承包山东省泰安市岱岳区下官庄村的治安以来，这种通过签订合同方式将特定区域的治安防范任务或部分治安管理任务有偿承包给私人的新型社会化治安管理模式在我国逐渐兴起。^{〔1〕}短短数年时间，山东寿光、河南方城、鹿邑和内黄、浙江温州和余姚、陕西西安、广东深圳等地都相继推行了治安承包改革，引起了新闻媒体的广泛关注。^{〔2〕}尽管社会争议不断，但治安承包改革在过去的十五年间却始终没有间断，而且呈现出“承包区域从农村到城市”、“承包主体从个

* 苏州大学法学院暨东吴公法与比较法研究所教授。

〔1〕 参见杜海林、傅崇才：《治安防范新机制浮出水面 泰安市基层治安防范承包责任制的调查》，《法制日报》2001年1月2日。

〔2〕 相关典型事例的报道，可参见徐齐：《治安承包的是与非》，《浙江日报》2011年4月15日；秦铭芳：《解读内黄县“有偿治安承包”》，《河南日报》2009年5月6日；刘羽中：《未央区治安承包维护百姓出行平安》，《西安日报》2009年4月22日；慎盈蓉：《治安承包：为百姓带来平安天地——牟山镇实施村级治安防范工作承包责任制三年记》，《余姚日报》2008年5月29日；王珂、张靖：《鹿邑推行治安有偿承包责任制 农民笑称夜不闭户》，《河南日报》2006年10月20日。

人到保安公司”、“承包事项从治安防范到治安管理”的发展态势。

2010年7月,湖南省邵东县社会治安综合治理办公室通过公开招标方式同邵东县保安服务有限责任公司签订了“夜间治安巡逻协议书”,将该县城区夜间10点至次日早晨6点的治安巡逻任务“整体”承包给邵东保安公司。首次签约的合同期为试运行4个月,从2010年7月15日至10月14日。协议书规定,双方签订协议期间,每月支付承包费用75000元,城区夜间可防性刑事案件(“两抢一盗”)发案数与上月相比,每下降一个百分点,奖励100元,每上升一个百分点,扣除承包费100元。^[3]湖南邵东的做法经过媒体披露之后,引发了有关治安承包是与非的新一轮社会争议:“保安焉能替代警察”、“治安防范不能承包”、“警察不能推卸责任”等否定性评价充斥于各种媒体;改革的推动者则表示,警力严重不足与治安形势严峻之间的矛盾必须通过发动人民群众参与治安防控方能获得根本解决,改革的初步成效显示治安巡逻承包没有错误。稍显遗憾的是,行政法学界对于治安承包这一本土化的警务改革样本并未给予应有的学术回应,零星的讨论也没有形成任何理论上的交锋。^[4]

除了饱受非议的治安承包以外,招录大量治安辅助人员及交通协管员协助警察从事治安及交通管理工作,成立民营消防队提供消防服务,鼓励民众拍摄交通违章并向公安机关举报,吸收民间社会力量参与戒毒及社区矫正,发动治安自愿者和治安信息员参与维稳等“更多依靠民间机构,更少依赖政府来满足公众需求”^[5]的民营化举措,正在我国当前警察任务执行的过程中不断得到推行。如果说公用事业的民营化改革因打破政府垄断、提升服务质量尚且能够为社会所接受,那么传统上属于国家核心警察职能的治安管理、犯罪矫正等秩序行政领域的活动能否吸引民间力量参与则无法消弭来自社会的本能质疑,甚至能否借用“民营化”一词加以概括也不无疑问:私人的逐利性与警察任务的公益性之间的价值冲突如何调适?如何防止政府假借吸引私人力量参与履行警察任务而放弃其自身所应当担负的公共职责?

在英语世界中,民营化并非一个严密的术语,学者用它描述的现象迥然有别,从出售政府资产、放松管制,到商品和服务的外包。^[6]在汉语世界中,英文Privatization(德文Privatisierung)一词的译法并不统一,大体上有“民营化”、“私有化”、“私人化”、“私部门化”等。在我国大陆,罗马俱乐部的研究报告“Limits to Privatization”被译为《私有化的局限性》,王廷惠教授的新作则将通常所称的美国监狱民营化以“美国监狱私有化”为名。当然,自美国学者Savas的著作“Privatization and Public-Private Partnerships”被译为《民营化与公私部门的伙伴关系》出版以来,“民营化”一词还是得到了我国大陆学界的普遍认同。相比之下,我国台湾地区学界在“民营化”概念的界定上则有“广义说”和“狭义说”的分野。其中,许宗力教授是“广义说”的代表。他认为,民营化“其实已经逸脱出公营事业释股的狭隘概念范畴,而扩张适用到一切由民间或者说私人、私部门参与履行行政任务的现象,若从国家的角度观察,民营化指涉的则是国家利用或结合民间资源履行行政任务的现象”。^[7]詹镇荣、林昱梅、周志宏、徐晓菁等学者持类

[3] 徐曼丽:《湖南邵东县让保安公司“承包”社会治安引发争议》,《今日早报》2010年9月18日。

[4] 在国内行政法学界,有关治安承包现象较有代表性的研究成果可参见金自宁:《解读“治安承包”现象——探讨公法与私法融合的一种可能性》,《法商研究》2007年第5期;章志远:《行政法学视野中的治安承包》,《公安法治研究》2007年第6期。

[5] E. S. Savas, *Privatization: The Key to Better Government*, Chatham, NJ: Chatham House, 1987, p. 3.

[6] [美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海等译,商务印书馆2010年版,第146页以下。

[7] 许宗力:《论行政任务民营化》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编:《当代公法新论》中册,台湾元照出版社2002年版,第582页。

似的见解。^{〔8〕}“狭义说”的代表是陈爱娥教授。她认为,应将民营化概念限缩为“公益事业移转民营条例”中的意涵,即以出售股份、标售资产等方式,将原本属公部门的公益事业移转为私人所有,而解除公益事业原本所承担的任务的措施;至于公部门处理的事务移转到私部门的各种现象,则可以“私部门化”一词指称。^{〔9〕}张桐锐、王毓正、林明锵、陈樱琴等学者持类似的见解。^{〔10〕}

本文无意对上述概念之争作详细评述,毕竟“民营化”一词在我国大陆地区尚未走入正式的法律文本之中,概念使用上并无学理与实务统一或区分的必要。鉴于“私有化”一词具有高度的意识形态敏感性,往往与所有制的变革相勾连,并不适合用来表述私人力量参与履行行政任务现象。同时,发轫于公用事业市场化改革的“民营化”语汇偏重于产权的界定和对结果的追求,内涵具有极大的流动性,能否有效涵摄不同行政领域中的私人参与履行相应行政任务现象也值得讨论。在《民营化与公私部门的伙伴关系》一书中,亲历多国民营化改革实践的萨瓦斯教授业已详尽地指出:“民营化是在产品/服务的生产和财产拥有方面减少政府作用,增加社会其他机构作用的行动。总体而言,公共部门和私人部门都承担着重要的角色。因此,一个较‘民营化’更少引起争议的词——‘公私伙伴关系’——正在被普遍接受。公私伙伴关系可界定为政府和私人部门之间的多样化安排,其结果是部分或传统上由政府承担的公共活动由私人部门来承担。”^{〔11〕}为陷入不必要的概念之争,本文以“私人参与警察任务执行”统称我国当下实践中存在的治安承包等私人力量通过各种方式参与履行警察行政任务的现象。

从功利主义的立场上看,我国局部地区私人参与警察任务执行的改革确实产生了一定的社会效果,但这并不能简单地成为论证警察任务私人执行本身具有正当性的唯一依据。相反地,对于身处社会急速转型时期的中国而言,还必须回归理论层面,多角度探讨私人参与警察任务执行可能具备的法理基础。尤其是在社会管理创新成为我国当下时代主题的背景之下,对私人参与警察任务执行的正当性进行充分论证无疑具有重要的现实意义。鉴于私人参与警察任务执行涉及国家警察任务的重新分配、政府公共职责的维系、社会治理传统的沿袭以及民众基本权利的保障,需要从公法学和社会学的整体视角加以考察,本文拟从实证宪法、原理宪法、实证行政法、原理行政法以及历史传统和社会现实等六个方面剖析私人参与警察任务执行在当代中国所具备的法理基础,对治安承包等警务改革所引发的社会争论作出力所能及的理论回应,以期为我国未来公私合作履行行政任务改革的顺利推进提供一定理论支持。

二、私人参与警察任务之实证宪法基础

提及国家借重民间力量履行秩序行政任务,大多都会有违宪的疑虑。尤其是类似治安管理等一系列被认为是“本质上属于政府”的权力事项,向民间力量开放,更容易让人认为违反了宪法规

〔8〕 相关文献参见詹镇荣:《论民营化类型中之公私协力》,《月旦法学杂志》2003年第11期;林昱梅:《警察任务民营化理论初探》,《月旦法学杂志》2003年第11期;周志宏:《教育事务民营化之法律问题》,《月旦法学杂志》2003年第11期;徐晓菁:《民营化之法律概念》,《公营事业评论》1999年第4期。

〔9〕 参见陈爱娥:《国家角色变迁下的行政任务》,《月旦法学教室》第3期。在此之前,著者曾以“私有化”一词指称私部门参与行政任务的现象。参见陈爱娥:《公营事业民营化之合法性与合理性》,《月旦法学杂志》1998年第5期。

〔10〕 相关文献参见张桐锐:《合作国家》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编:《当代公法新论》中册,台湾元照出版社2002年版,第574页以下;王毓正:《论国家环境保护任务之私化》,《月旦法学杂志》2004年第1期;林明锵:《公营事业民营化的合宪性问题》,《月旦法学杂志》1996年第6期;陈樱琴:《现行法制中公营事业之民营化争议》,《月旦法学杂志》1998年第5期。需要指出的,虽然这些学者都主张狭义的民营化概念,但在公部门承担任务移转于私部门现象的名称表达上也出现了“私人化”(张桐锐)、“私化”(王毓正)等其他相关用语。

〔11〕 [美] E·S·萨瓦斯:《民营化与公私部门的伙伴关系》,周志忍等译,中国人民大学出版社2002年版,第4页。

定。在美国,有关私人监狱的法律评论最具争议性的问题就是“授予私人主体公共权力的合宪性”。〔12〕在德国,围绕“委任私人警察行政权限的容许性”问题,行政法学理上就形成了占据支配性地位的“肯定说”和少数意见的“否定说”两种截然对立的观点,其中否定说所持的理由就是“宪法上的国家的权力垄断原则和基本法第33条第4款的功能保留原则”。〔13〕在我国台湾地区,学者也意识到警察任务民营化的合宪性讨论与公营事业民营化不同。就后者而言,公用事业及其他有独占性之企业,以公营为原则,其经法律许可者,得由国民经营之。就前者而言,有关法律并未正面提及。〔14〕由此可见,有关行政任务民营化的合宪性讨论大多是从宪法文本规定的解读入手,其结论往往是“宪法并未明文禁止或要求民营化”,宪法条文的抽象性预留了解释空间,同时宪法原则上不至于将民营化引为基本政策,而是由立法者视国家社会的整体发展情形进行裁量。〔15〕

检视我国现行宪法文本,同样没有关于私人参与警察任务执行的规定。不过,透过宪法“总纲”及其他部分诸多基本政策条款的规定,不难看出宪法对国家任务的分配与宣示。除了规定国防、外交、治安及税收等传统政府职能之外,还规定国家需承担教育、医疗卫生、社会保障、计划生育、环境保护、公有经济等多项现代政府职能。这些规定大多具有宪法委托的性质,可以直接拘束行政、立法及司法权力的行使。也就是说,基本政策条款展现了宪法对国家任务的分配指示,国家机关依其能力负有义务去实践这些具有拘束性的指示。由于基本政策条款往往比较抽象、概括,无法自我实现规范的内容,必须经过立法及行政的具体化过程才有可能得到实现。例如,根据宪法第28条的规定,国家负有“维护社会秩序”、“制裁危害社会治安的活动”的任务。为了落实国家的这一治安任务,宪法第89条规定国务院的职权之一就是“领导和管理公安工作”;第107条规定县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内包括公安在内的行政工作;第111条规定作为基层群众性自治组织的居民委员会和村民委员会的职责之一是“协助维护社会治安”。上述条款涉及警察任务在各级政府之间的分配,表明警察事项是宪法所规定的国家任务之一。就文字表述而言,这些规定所针对的还仅仅是公共部门事务管辖权限的划分,并不涉及公权力主体与私人之间警察任务的分担。

从根本上来说,宪法基本政策条款所蕴涵的国家任务的落实还必须依靠立法机关按照宪法意旨制定出更为具体的法律规范。对于国家究竟应当以何种方式来承担警察任务,立法者实际上享有广泛的形成空间。立法者可以根据国家所处的发展阶段,斟酌考虑在什么范围内以什么方法具体落实警察任务的履行。如果从居委会、村委会负有协助政府维护社会治安的职责规定来看,宪法文本似乎并未完全排斥民间力量对警察任务的参与。因为,尽管宪法文本将居委会和村委会置于“地方各级人民政府”之下予以规定,但二者在法律地位上却并非国家行政机关(当然也并非纯粹的私人力量)。对宪法文本有关国家社会保障任务规定的解析同样能够获得类似的结论。根据宪法第14条的规定,国家负有“建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”的任务,在公民的社会权谱系中,就有“退休人员的生活受到国家和社会的保障”(第44条)、“公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利”、“国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属”以及“国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育”(第45条)的具体规定。“国家和社会”在宪法条文中频频

〔12〕 前引〔6〕,弗里曼书,第148页。

〔13〕 参见〔日〕米丸恒治:《私人行政——法的统制的比较研究》,洪英等译,中国人民大学出版社2010年版,第171页,第173页;杨云骅:《行政委托制度之研究》,台湾大学法律研究所1993年硕士论文,第62页。

〔14〕 前引〔8〕,林昱梅文。

〔15〕 黄锦堂:《行政组织法论》,台湾翰芦图书出版公司2005年版,第163页。

出现,预示着民间力量参与履行国家任务的大门并未完全关闭。

其实,从宪法文本有关“人民的各种参与”条款来看,私人参与各种国家任务的履行皆有可能。根据宪法第2条的规定,人民可以依照法律规定,“通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务”。这一规定至少隐含着四层信息:一是法律可以就人民参与管理国家事务作出具体规定;二是人民可以通过包括公法途径和私法途径在内的各种行之有效的途径参与管理;三是人民可以通过包括单个个体或个体联合在内的各种灵活多样的形式参与管理;四是人民的参与范围涵盖了包括国家事务、经济和文化事业和社会事务在内的各种具有公共属性的事务。由此可见,无论是给付行政还是秩序行政任务,宪法文本都没有明确禁止私人参与履行。总之,就实证宪法层面而言,虽然还不能说私人参与警察任务执行已经得到正面承认和鼓励,至少可以说也没有明显否认或禁止。

三、私人参与警察任务之原理宪法基础

“行政任务委托民间办理涉及宪法理论与诸多公法上原则之问题,但宪法条文均是以抽象性与简洁之文字规定,无法锱铢靡遗对政府行为加以全面规范。故判断一个制度是否违宪,除可由宪法直接明文允许或禁止理解外,更需观察宪法默示内化的宪法价值。”^{〔16〕}前文有关我国宪法文本的解读也显示,私人参与警察任务执行的合宪性分析还必须回归宪法理论层面,探讨私人参与警察任务执行是否合乎宪法基本原则的要求。大体上来说,可能构成对私人履行行政任务限制的宪法基本原则主要表现为民主国原则、法治国原则和社会国原则。

(一) 民主国原则

我国宪法第2条揭示了作为宪法基本原则之一的民主国家原则,即“人民是国家权力的拥有者”。民主国原则的核心内涵在于,所有国家公权力的行使都必须具备民主正当性。无论是干预行政还是给付行政领域的公权力活动,无论是透过公法组织还是私法组织与行为形式完成行政任务,最终都必须能够回溯到普遍的人民意志以正当化的方式得以实现。依照通常的理解,达成民主正当化的方式主要有“组织—个人”和“事务—内容”两类。前者是指承担国家任务的职务担当人必须具有不中断的、能够回溯至人民本身的民主正当性,该职务担当人所属机关也因之而同时被正当化。在我国,国家行政机关由人民代表大会产生,对它负责、受它监督;国务院统一领导各部、各委员会及全国地方各级国家行政机关的工作,并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作;县级以上地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作。行政权透过这种“行政科层制”的结构,确保其民主正当性不至中断。后者是指国家权力行为的内容必须本于人民的意志而决定,借此确保国家权力行使的民主正当性。“事务—内容”的民主正当化方式也包括两个方面:一是由具有直接民主正当性的立法机关制订法律,因法律被认为是人民意志的代表,而其他仅仅具有间接民主正当性的国家机关则应受到法律的拘束。“依法行政”与“依法审判”实际上就是在确保国家行政和审判决定内容的民主正当性。二是透过对于执行国家任务的行为的控制来实现国家权力机关的民主责任。对于行政权而言,这种民主正当性体现于行政机关对立法机关的负责进而确保行政权行使始终符合法律的规定。

参与警察任务执行的私人并非行政机关的公务人员,不具有民主正当性,无法通过“组织—个人”的民主正当化方式满足民主国原则的要求。不过,这并不表明私人参与警察任务执行就完全与民主国原则相背离。从行政任务的内容仍然可以回溯至人民的意志上看,只要落实好法律保

〔16〕 吴岳峰:《论行政任务委托民间办理——以国防事务为中心》,台北大学法律研究所2006年硕士论文,第66页。

留原则和监督控制机制，“组织一个人”的民主正当化功能就可以通过“事务—内容”的民主正当化进行弥补。

法律保留原则体现了对凝聚民意的法律的尊重，监督控制机制则彰显了对立法机关负责的行政机关依旧保有最后的事务决定权。首先，任何类型的私人参与警察任务执行都应当遵循法律保留原则，越是对公民合法权益有直接影响、越是内容重要的警察任务，私人参与执行就越需要适用严格的法律保留。我国目前私人参与履行警察任务大多以行政助手的身份出现，所从事的事务大多也限于辅助性、服务性事项，一般并不适用法律保留原则。即便参与履行社区矫正、戒毒等重要事务，也都有直接的法律依据，符合法律保留的要求。可见，私人参与警察任务执行在法律保留原则层面并没有违反民主原则。其次，私人参与警察任务执行无论选择何种具体方式进行，都应当受到具有民主正当性的机关的充分监督与控制，进而使其符合民主正当性的内在要求。常见的控制手段包括“制度上控制”、“规范上控制”及“财务上控制”，在私人履行的过程中可以根据任务的重要性、参与履行的程度等选择适用合适的监督控制手段。^{〔17〕}我国目前私人参与履行警察任务基本上都是在行政机关的监督控制下进行的，无论是引发争议的治安承包、辅助警察，还是稳步推进的清障施救、社区戒毒，从私人参与资格遴选、合同签订到任务分配、职责权限界定，从操作规程设置、收费标准核定到考核奖惩、责任追究，无不体现了公安机关对具体警察任务的最终保障监督责任。当然，类似消防民营之后政府“一走了之”等不负责任的情形也同样存在，需要通过切实加强政府监管来消除负面影响。总之，“民主原则并不自始禁止行政任务民营化，其追究的只是行政任务的民营化是否有法律依据，并接受主管机关的监督。只要该要件具备，就无违反民主原则的问题。”^{〔18〕}

（二）法治国原则

我国宪法第5条关于“实行依法治国，建设社会主义法治国家”的规定，揭示了作为宪法基本原则之一的法治国家原则，即“实现法律的统治”。法治国原则的核心内涵在于，所有的国家公权力都必须根据民意代表机关制定的法律行使。尽管法治国原则具体的学理阐释不尽相同，但大多坚持从形式和实质两个面相把握法治国原则的要素。

“法治国原则并不禁止责任分配之本身，其所要求者仅为当国家将部分任务执行责任分配予私人，而有可能造成责任丧失或影响其他法律地位时，则应以法治国所要求之‘形式’为之，并遵守一定界限。”^{〔19〕}形式面相的法治国原则指的是为促进法治国实质目标的实现，并使国家权力得以有秩序的行使，所采取的技术性、组织性的预防手段。其中，“依法行政”就是达成行政权行使合乎法治国要求的最基本原则，而“法律优先”和“法律保留”又分别构成了消极和积极意义上的依法行政原则。因此，只要私人参与警察任务执行符合这两项原则要求，就不存在违反法治国原则的问题。法律优先原则是指一切行政活动都应当受现行法律的约束，行政机关不得采取任何与法律相抵触的措施。私人参与警察任务执行自然应当遵守法律优先原则的要求，当法律已经就行政机关必须亲自履行某一行政事务作出明确规定时，行政机关就不得违反法律的规定而转嫁给私人履行。例如，根据行政处罚法第16条的规定，限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使，公安机关就不能委托任何私人行使行政处罚权力。根据行政强制法第17条的规定，行政强制措施权不得委托，且只能由行政机关具备资格的行政执法人员实施，公安机关就不能委托任何私人行使行政强制措施权力。至于体现权力有据的法律保留原则，当然应当成为检视私人

〔17〕 李东颖：《行政任务委托民间的宪法界限——以警察机关危险防止任务作为观察对象》，台北大学法律研究所2004年硕士论文，第53页以下。

〔18〕 前引〔7〕，许宗力文。

〔19〕 詹镇荣：《民营化与管制革新》，台湾元照出版公司2005年版，第27页。

参与履行警察任务合宪性的标尺。我国目前的私人参与警察任务执行改革基本上还局限于服务性、程序性、辅助性事务,即便是私人参与履行少数行政执法类事务也都采取的是行政助手方式。当下的私人参与警察任务执行改革总体上符合依法治国原则的形式要求。

实质面相的依法治国原则所关注的则是国家活动的内容和方向,即国家行使公权力的决定能够以客观、理性的方式达成,防止权力行使者的恣意,进而达到保障人民权利、确保法安定性和形成社会正义的目标。根据学者的理论概括,实质面相的依法治国原则对行政任务民营化的基本要求可能体现在三个方面:一是公私部门之间权限与责任分明;二是确保执行行政任务的私人的中立性;三是确保有实效的权利救济管道。^[20]就我国目前推行的私人参与警察任务执行改革而言,公共部门与私人部门之间往往都签订了相应的合同,如治安承包合同、社区戒毒协议等,公私部门之间的权利、义务及责任界限都比较明确,能够有效避免行政任务私人执行可能引发的“公共责任向私法逃遁”的负面效应。同时,公共部门在借助私人参与履行相应的警察任务时,基本上都能够公开地按照事前拟订的明确标准进行遴选,如治安辅助人员的招录条件、民间清障救援机构的行业标准等,如此周密操作自然就能够真正利用民间的优势资源完成相应的警察任务。可以认为,当下的私人参与警察任务执行改革总体上也同样符合依法治国原则的实质要求,至少可以说,将警察任务移转私人承担尚不致违反权力分立、法安定性、权利救济管道保障等依法治国原则的要求。

(三) 社会国原则

我国宪法第14条规定:“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”该规定初步揭示了作为宪法基本原则之一的社会国原则,即“国家应当提供人民的生存照顾”。社会国原则的核心内涵在于,为了实现人的尊严,国家必须承担生存照顾的义务。社会国原则将国家的任务从传统上维持国家安全与公共秩序的干预行政,拓展到诸多福利、服务等给付行政领域。伴随着行政机能国民生活中所占的比重日益增加,“行政国家现象”才得以真正出现。^[21]社会国原则的根本目标在于迈向社会福利国家。“社会国家原则的伦理学基础和基本组成部分,是社会稳定原则,因为这个从友爱(博爱,我为人人、人人为我)为先的思想引导出来的原则,是以社会均衡、以再分配为目标的。”^[22]社会国原则与行政任务民营化相关联的课题在于,人民是否有请求行政机关亲自提供给付的权利?社会国原则强调的是社会正义,而非市场经济法则,尤其是国家对人民生存照顾的义务,不能简单地基于成本利润的考量将本应由国家承担的行政任务完全商品化,使人民成为单纯的消费者而忽略其权利保障。在美国监狱民营化的理论争议中,“私人追求最大化利润的利益会与实行良好矫正政策的公共利益发生冲突”正是质疑者普遍的担忧。^[23]可见,民营化的不当推行确有抵触社会国原则的嫌疑。有学者指出:“私有化是政府箭袋中的一支箭。但同样明显的是,私有化并不是唯一的解决办法。”^[24]

不过,市场经济与社会正义之间的价值冲突也并非完全无法调和。除了正确把握行政任务私人执行的时机与界限外,问题的关键还取决于有效的后续政府规制。就此意义而言,社会国原则也不是孤立的,它必须与基本权利尤其是自由权以及法治国家原则联系起来理解。^[25]在我国当

[20] 前引[17],李东颖文,第58页以下。

[21] [日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第51页。

[22] [德]罗尔夫·斯特博:《德国经济行政法》,苏颖霞等译,中国政法大学出版社1999年版,第63页。

[23] 前引[6],弗里曼书,第148页以下。

[24] [美]戴维·奥斯本等:《改革政府——企业家精神如何改革着公共部门》,周其仁等译,上海译文出版社2006年版,第18页。

[25] 前引[22],斯特博书,第66页。

前社会的现实语境下,通过均衡提供公共服务、缩小国民收入差距、维系基本治安秩序业已成为政府塑造“一个理想的正常人的状态”的迫切任务。^{〔26〕}尤其是在既往经济发展模式的弊病日显、社会危机频发的转折时期,为人民的生存发展提供良好的公共治安服务无疑应当成为政府落实社会国原则的首要议题。为此,将部分次要的警察任务分解出来借助私人力量参与执行,而国家的公安机关亲自负担核心警察任务的执行就并不违背社会国原则的内在要求。只要在私人参与警察任务执行之后依旧保持有效的政府规制,这种公私合作的行政任务履行模式更易实现迈向社会福利国家的目标。就我国当下正在发生的诸多私人参与警察任务执行改革而言,公安机关实际上并没有放弃自身所承担的公共责任,只是不同程度地借重私人之手应对日益繁重、复杂的警察任务而已。正如许宗力教授所言:“民营化本身不当然违反民生福利国家原则,重要的是民营化的条件与内容,尤其是后民营化阶段国家仍应承担何种内容的监督义务的问题。”^{〔27〕}

四、私人参与警察任务之实证行政法基础

中华人民共和国成立以来,我国的社会结构就呈现出明显的单一化倾向。这种单一化社会结构的基本特征是:虽然社会上存在着众多的个人和组织,但他们都没有独立的主体地位,都在很大程度上依附于国家,听从于国家的安排,国家实际上是真正的也是唯一的主体。国家机能的无限扩大,最终形成了“全能政府”的治理模式。^{〔28〕}具体来说,国家不但垄断了公共领域的一切事务,还主宰着私人领域的事务,从而成为一切自然资源和社会资源最终的占有者和分配者。在这种高度集中的体制之下,每一个社会成员都不是以独立的个体方式而存在的,任何人都依附于一定的“单位”,其生老病死都由单位主宰,个人则没有任何自主选择的余地;而无论是企、事业单位还是社会团体都隶属于各级政府或其相关的职能部门,完全缺乏作为一个社会组织所应当具有的独立性。因此,在传统的单一制社会结构模式下,政企、政事、政社不分,所有单个的公民和组织都被淹没在国家机器之中,只有国家和政府才具有合法的主体地位。

肇始于20世纪70年代末期的改革开放就是以这样一种无所不包的国家体制作为历史背景和改革切入点的,整个改革的进程也是这种金字塔垂直命令型社会结构逐渐被打破的过程。在此期间,以市场化为取向的经济体制改革率先展开,企业逐渐与政府相分离而成为独立的市场主体。紧接着,社会领域也开始了轰轰烈烈的改革,一大批社会组织从国家的桎梏中解放出来,以独立主体的身份承担起大量原本属于政府的公共管理职能。而市场和自治观念的引入,也使得不同利益主体自愿结成了众多的利益集团,加速了单一化社会结构的解体。伴随着政企、政事和政社的分离,一个政治领域与经济、社会领域相并行的三元社会结构日渐定型。在政治领域,政府是主要的活动主体,其基本职能是为社会提供公共物品;在经济领域,营利性组织及个人是主要的活动主体,其基本职能是为社会成员提供私人物品;在社会领域,非营利性组织是主要的活动主体,其基本职能是提供准公共物品。于是,政府、市场和社会公共组织就分别成为政治、经济和社会三大领域的主导力量。“伴随着政治领域权力的减弱,经济领域和社会领域的权力正在逐渐

〔26〕 我国台湾学者蔡维音在论述“社会国”理念的变迁与发展时指出:“社会国的平衡性思考乃是指向于协助个人回归到‘常态’,回复社会认为正常的生活,而这个国民生活的‘常态’究竟是一个能够自力负担生活的风险与责任的独立自主的个人,或是一个在社会连带的基础上恪遵连带义务、享受安定生活水准的个人,在取舍之间当然会造成所谓‘社会国’的面貌相当大的不同。”蔡维音:《社会国之法理基础》,台湾正典出版文化有限公司2001年版,第62页以下。

〔27〕 前引〔7〕,许宗力文。

〔28〕 有关“全能政府”的形成及其之下的国家与公民关系的进一步论述,可参见董炯:《国家、公民与行政法——一个国家—社会的角度》,北京大学出版社2001年版,第158页以下。

成长,原先那种政治领域垄断一切的‘单级结构’正在向三个领域分享权力的‘多级结构’转变,这是1978—1998年之间中国社会结构演变的基本脉络。”〔29〕这种政府、市场与社会三元结构的形成,有助于廓清公领域、私领域和第三领域的界限,既实现了经济的快速发展、社会的有效治理,同时又提升了政府的威信和监管能力。社会结构的多元化已经成为我国社会转型的重要标志。

私人参与履行行政任务正是在这种“全能政府”的治理模式不断瓦解的背景之下逐渐展开的。伴随着政府职能的转变和民间力量的生长,政府、市场与社会之间的互动日益加强,公私合作完成行政任务的范围不断扩大。民间力量的渐次渗透首先表现在公用事业领域。在过去十多年里,不仅作为主事部门的建设部颁布了大量规章和规范性文件鼓励、引导、规范民间资本参与公用事业投资运营,而且国务院还于2010年5月13日发布《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》(“新三十六条”),明确要“进一步拓宽民间投资的领域和范围”,“鼓励和引导”民间资本进入基础产业和基础设施领域、市政公用事业和政策性住房建设领域、社会事业领域、金融服务领域、商贸流通领域及国防科技工业领域。“新三十六条”的公布吹响了民间力量全面进军给付行政领域的号角。

事实上,“国家和社会”、“国家鼓励社会力量”之类的表述早已频繁地出现在给付行政领域的法律规范之中,为这些领域的民营化改革提供了充分的实证行政法基础。例如,在以养老保障为代表的社会福利事业领域,上述语词即大量存在。老年人权益保障法第3条规定:“国家和社会应当采取措施,健全对老年人的社会保障制度,逐步改善保障老年人生活、健康以及参与社会发展的条件,实现老有所养、老有所医、老有所为、老有所学、老有所乐。”第24条规定:“鼓励公民或者组织与老年人签订扶养协议或者其他扶助协议。”第33条规定:“国家鼓励、扶持社会组织或者个人兴办老年福利院、敬老院、老年公寓、老年医疗康复中心和老年文化体育活动场所等设施。”在教育行政法律规范体系中,国家的鼓励态度也很明显。教育法第25条规定:“国家鼓励企业事业组织、社会团体、其他社会组织及公民个人依法举办学校及其他教育机构。”第41条规定:“国家鼓励学校及其他教育机构、社会组织采取措施,为公民接受终身教育创造条件。”第52条规定:“国家鼓励社会团体、社会文化机构及其他社会组织和个人开展有益于受教育者身心健康的社会文化教育活动。”高等教育法第6条规定:“国家鼓励企业事业组织、社会团体及其他社会组织和公民等社会力量依法举办高等学校,参与和支持高等教育事业的改革和发展。”职业教育法第21条规定:“国家鼓励事业组织、社会团体、其他社会组织及公民个人按照国家有关规定举办职业学校、职业培训机构。”民办教育促进法第52条规定:“国家采取措施,支持和鼓励社会组织和个人到少数民族地区、边远贫困地区举办民办学校,发展教育事业。”义务教育法第62条规定:“社会组织或者个人依法举办的民办学校实施义务教育的,依照民办教育促进法有关规定执行;民办教育促进法未作规定的,适用本法。”〔30〕

民间力量参与警察任务执行虽然时间较晚且争议不断,但在一些警察行政法律规范中也同样能够寻觅到相应的实证行政法基础。例如,备受媒体关注的“淮安徐向洋教育训练工作室行走学校”自1996年开办以来,以“择差教育”、“行走教育”而闻名。在徐向洋之后,湖南、河北、江西、重庆等地也开办了类似的行走学校,专门矫治“问题学生”。行走学校的试验在得到部分

〔29〕 康晓光:《权力的转移——转型时期中国权力格局的变迁》,浙江人民出版社1999年版,第1页以下。

〔30〕 该条系2006年修订时增加的条文,可视为对民营义务教育合法性的间接承认。此前的义务教育法第9条则明确规定:“国家鼓励企业、事业单位和其他社会力量,在当地人民政府统一管理下,按照国家规定的基本要求,举办本法规定的各类学校。”这实际上是对民营义务教育合法性的直接承认。

公众认可的同时，也遭受了巨大的社会争议，认为违反了现行教育法律规范的精神。^{〔31〕}撇开行走学校可能存在的收费偏高、体罚偏多问题暂且不论，仅就民间社会力量参与矫正“问题学生”、弥补公办工读学校不足而言，不失为一种有益的探索，且从相关法律法规中也能够寻找到间接的依据。我国未成年人保护法第20条规定：“国家鼓励社会团体、企业事业组织和其他组织及公民，开展多种形式的有利于未成年人健康成长的社会活动。”第43条规定：“家庭和学校及其他有关单位，应当配合违反犯罪未成年人所在的少年犯管教所等单位，共同做好违法犯罪未成年人的教育挽救工作。”从这些规定来看，对于介于违法犯罪与心智正常之间的“问题孩子”的矫治问题，现行法律似乎并未禁止民间力量的参与。事实上，就连我国监狱法也有“国家机关、社会团体、部队、企业事业单位和社会各界人士以及罪犯的亲属，应当协助监狱做好对罪犯的教育改造工作”的规定（第68条）。新近“社区矫正”写入刑法以及禁毒法创设“社区戒毒”新模式的作法，同样为私人参与警察任务执行提供了必要的实证行政法基础。我国目前实践中的私人参与警察任务执行大多以行政助手的形式出现，因而并无严格适用法律保留的必要。就规范程度而言，各地行政机关也比较注重通过规范性文件的形式加强对各类辅助人员的管理，如云南、安徽等省公安厅相继出台了交通协管员管理暂行办法，对协助公安机关交通警察履行交通管理职责的协管员进行了全面的规范。

五、私人参与警察任务之原理行政法基础

虽然从某些行政法律规范条文的字里行间能够捕捉到一些富有价值的信息，但这并不表明私人参与警察任务执行就自然获得了行政法理论上的正当性。“警察任务之执行，有赖人民支持，早有共识。私人参与警察任务之趋势，不可避免，而且层面愈来愈广，警察机关宜以鼓励并乐观其成心态面对之。但此时必须有适当法令为依据方合乎法治国家依法行政之常轨，顺应潮流的目的是以追求人民幸福为标的，但宜把握维持治安任务仍为警察不可推诿责任，不得籍着民力参与机会，转嫁卸除本身应有之责任。否则，上述目的非但不能达成，政府将会失去人民信赖。”^{〔32〕}除了借助国家、社会分离及社会契约论中权利保留等有关政治哲学理论加以论证外，行政法上的辅助性原则和行政过程论也为探索私人参与警察任务执行的理论基础提供了有力的解释工具。

（一）辅助性原则

辅助性原则亦称作补充性原则，其原始理念在于建构不同社会层级之间任务分配的基准，通常被理解为个人与团体以及不同层级团体之间权限分配的原则。在行政法学上，辅助性原则揭示了个人相对于社会和国家、较小的下位组织相对于较大的上位组织所具有的事务处理优先权。具体言之，当公民个人或较小的下位组织能够胜任某项事务的处理时，社会、国家或较大的上位组织就不应介入；反之，只有当个人或较小的下位组织无法胜任某项事务的处理时，社会、国家或较大的上位组织才能够积极支援协助，必要时亲自接手完成相关任务。^{〔33〕}辅助性原则最早出现在1953年德国学者G. Durig的《福利国家的宪法及行政法》一文中，1959年德国学者福斯多夫在《服务行政的法律问题》一文中详细探讨了生存照顾的辅助性理论，后经依什热、彼得斯等德

〔31〕 有关行走学校的报道，可参见晓冬：《行走学校》，《南方周末》2004年12月23日；麦圈：《调教“问题孩子”——2006行走学校特殊教学方式现场纪实》，《南方周末》2006年1月26日。

〔32〕 李震山：《私人参与警察任务执行之法律观》，《警政学报》1990年第1期。

〔33〕 前引〔19〕，詹镇荣书，第285页。

国学者的进一步阐释而逐渐定型，并成为支配给付行政的基本法律原则。^{〔34〕}

在德国经济行政法上，“辅助性原则意味着经济上的个人责任与协作优先于国家责任，私人企业的经营优先于国家所有的经济活动。在这种情况下，辅助性原则就成了私人自由优先的代名词，是把国家完成的任务私有化的基础。只有当私人经济没有能力有序高效地完成某一任务时，国家对经济的调控才作为最后手段或者说作为备用力量予以考虑。”^{〔35〕}在日本行政法上，作为支配给付行政法原理之一的补充性原则已经在生活保护法上得以实定法化，意指“确保私人生活手段及其他追求利益的行为，首先应该委任给私人或者家庭、市町村等共同体，而行政主体以一般纳税人的负担所进行的给付活动，原则上是对私人或者家庭、市町村等共同体无法充分实现其生活上的重要利益时，实施的补充性活动”。^{〔36〕}我国行政法律规范中虽然还未出现“辅助性原则”的明确表述，但某些条文规定却在实质上表达了辅助性原则的意涵。例如，老年人权益保障法第10条规定：“老年人养老主要依靠家庭。家庭成员应当关心和照料老人。”该规定意味着在养老这一社会保障事务上，个人、家庭负有优先担负的责任，社会和国家所起的则是辅助作用。此外，行政许可法第13条规定：“本法第12条所列事项，通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：（1）公民、法人或者其他组织能够自主决定的；（2）市场竞争机制能够有效调节的；（3）行业组织或者中介机构能够自律管理的；（4）行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”《全面推进依法行政纲要》第6条规定：“凡是公民、法人和其他组织能够自主解决的，市场竞争机制能够调节的，行业组织或者中介机构通过自律能够解决的事项，除法律另有规定的外，行政机关不要通过行政管理去解决。”如果说老年人权益保障法的规定预示着辅助性原则仅适用于给付行政领域的话，那么行政许可法以及《全面推进依法行政纲要》的规定则意味着辅助性原则经由行政许可而扩大到所有的行政管理领域。这种“个人—市场—社会—国家”的行政任务履行顺位与辅助性原则的内涵具有高度的契合性，使其完全能够上升为行政法的基本原则。

警察任务的履行关涉社会基本秩序的维系，且时常需要动用强制手段，因而与给付行政的履行存在很大差异。不过，这并不意味着辅助性原则就不能适用于警察行政领域。事实上，现代社会中的警察任务已经远远超出了传统夜警国家时代的范围，很多纯粹的服务性、程序性警察事务与公民的生活息息相关，也需要公民个人自主负责。例如，交通秩序的维护首先有赖于每个公民自身树立良好的交通规则意识，火灾事故的预防在很大程度上也取决于建设单位严格按照法定标准进行设计、施工、验收和交付使用，诈骗的有效防范则需要公民个人具备相应的安全防范知识和电信部门必要的技术监管。对于众多非核心的警察任务，完全可以首先借助个人及社会的力量去完成，只有当个人或社会力量难以有效应对时，国家正式的警察力量才需要及时出场。当然，对于一些涉及物理强制力的事项，还是需要由国家的警察机关亲历亲为。即便如此，当国家自身难以有效达成危险防止目标时，也不排除将此类警察权直接授予特定的个体行使。例如，国家不可能在所有的轮船或飞机上派驻警察，因而可以将特定时空条件下（飞机在飞行途中、轮船在航行途中）的警察权委托给机长、船长独立行使。^{〔37〕}

〔34〕 参见陈新民：《公法学札记》，中国政法大学出版社2001年版，第85页以下；陈新民：《德国公法学基础理论》上册，中国政法大学出版社2001年版，第189页以下。

〔35〕 前引〔22〕，斯特博书，第114页。

〔36〕 杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社1998年版，第333页。

〔37〕 我国民用航空法第46条规定：“飞行中，对于任何破坏民用航空器、扰乱民用航空器内秩序、危害民用航空器所载人员或者财产安全以及其他危及飞行安全的行为，在保证安全的前提下，机长有权采取必要的适当措施。”海商法第36条规定：“为保障在船人员和船舶的安全，船长有权对在船上进行违法、犯罪活动的人采取禁闭或者其他必要措施，并防止其隐匿、毁灭、伪造证据。”

（二）行政过程论

基于法治主义依法行政原则的要求，并依托可操作性的行政行为形式理论，传统行政法学格外关注各种行政活动在法律上的容许性，即在行政机关为达成一定行政目的或任务所实施的各种活动中，选定某一特定时点的行为，作为控制行政活动适法范围或界限时的审查单元，以达成对行政机关进行适法性控制的目的。^{〔38〕}“行政行为形式论”虽然具有制度化、衔接性及储藏性功能，但这种“瞬间掠影”式的认识进路却人为地将丰富的行政活动过程裁剪为单一的片段，不仅忽视了行政法律关系主体的多样性，而且没有完整地再现行政活动的实施过程。随着行政任务的不断扩张，这种“倾向执行功能、缺乏形成视点”、“倾向定点静态、缺乏整体动态”的行为形式论日益暴露出理论内在的不足。^{〔39〕}为了有效地达成行政任务的履行，行政机关往往会同时动用各种不同的行为形式，分解预定的行政任务，并积极寻求私人的合作。于是，旨在对动态的行政活动过程进行全面分析的“行政过程论”逐渐成为时代新宠。在日本行政法上，虽然持行政过程论的学者观点纷呈，但在“必须对行政活动作动态考察”方面却是共通的。^{〔40〕}行政过程是达成行政目的的一连串节点的集合。举凡事前的信息收集和决策、计划拟订，事中的证据采集和处理决定，事后的执行、监督及反馈，都属于行政法学的观察分析对象。在整个行政活动的过程中，不仅要关注作为最终结果的行政处罚、行政许可等行政处理行为，也要关注计划、调查、指导、信息披露、沟通、协商等各个节点的不同行政活动形式。

在以往对私人参与警察任务执行的质疑中，我国行政处罚法第18条有关行政处罚权的实施不得委托给个人的规定往往成为否定其合法性的重要依据。其实，私人参与警察任务执行并不是简单地将警察所掌握的具有物理强制性的权力交由私人行使。为了达成既定的警察任务，行政机关往往需要动用各种手段逐一完成各个环节的阶段性目标。例如，就道路交通管理而言，开展交通安全宣传教育、疏导交通拥堵、实施交通管制、维护道路交通管理设施、查处交通违章、查验相关证照、处理交通事故、及时清障施救等无不属于警察任务。对于如此众多的道路交通管理任务，尤其是那些并不关涉物理强制力的任务，完全可以借助民间力量去完成。道路交通安全法第6条规定：“各级人民政府应当经常进行道路交通安全教育，提高公民的道路交通安全意识。公安机关交通管理部门及其交通警察执行职务时，应当加强道路交通安全法律、法规的宣传，并模范遵守道路交通安全法律、法规。机关、部队、企业事业单位、社会团体以及其他组织，应当对本单位的人员进行道路交通安全教育。教育行政部门、学校应当将道路交通安全教育纳入法制教育的内容。”在这里，作为道路交通安全管理基础环节的安全教育任务就不能不依靠社会力量的全面参与。即便是对交通违法行为的查处，也完全可以按照行政任务分解的原理吸收民间力量参与。例如，通过鼓励私人对交通违章进行拍照取证或利用辅助警察对违章停车进行拍照取证，就是在交通违法信息的采集上借重私人力量；许可民间机构对高速公路上事故车辆进行清障施救，则是在事故处置善后环节利用民间力量。换言之，交通警察所行使的行政处罚权虽然不能委托给私人，但行政处罚之前的证据信息采集、行政处罚之后的道路交通状况恢复等技术性、程序性事务却完全可以借助私人之手。

〔38〕 参见赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，台湾元照出版公司2003年版，第53页。

〔39〕 有关行政行为形式论问题的系统整理与反思，可参见陈春生：《行政法之学理与体系（一）——行政行为形式论》，台湾三民书局1996年版，第9页以下。

〔40〕 前引〔36〕，杨建顺书，第122页。

六、私人参与警察任务之历史传统基础

“群众路线”始终是中国共产党一贯追求和坚持的指导思想和工作路线，也是中国共产党能够得到广大人民群众坚决拥护和支持的根本原因。一切为了群众，一切依靠群众，从群众中来，到群众中去——这一党的基本路线同样深深地嵌入到政法工作之中，成为中国特色社会主义政法工作的灵魂之所在。以毛泽东为代表的第一代中国共产党人基于革命斗争经验的总结，在建国初期就提出了“党委领导和依靠群众”的公安工作根本路线，为改革开放之后政法工作在党委领导下坚持群众路线和专门机关相结合的原则奠定了坚实的思想基础。20世纪80年代，政法工作中的群众路线集中体现在三个方面：一是直接呼应人民群众的要求；二是依靠人民群众来维护治安；三是通过接近人民群众来维护人民群众的安全感。1983年的“严打”政策，在很大程度上就是执政党基于对当时社会治安严峻形势和人民群众迫切愿望的判断而及时作出的。事实表明，改革开放初期政法工作中的群众路线密切了党群联系，增强了执政党社会治理的合法性基础，也为社会治安综合治理方针的提出提供了鲜活的经验。

自20世纪90年代开始，“加强社会治安综合治理”成为政法工作的主旋律。中共中央、国务院于1991年2月19日联合发出《关于加强社会治安综合治理的决定》，认为社会治安综合治理是中央总结历史经验提出的正确方针，是密切党同人民群众联系的迫切需要，是顺应民意、深得人心的一件大好事，是新形势下坚持专门机关工作和群众路线相结合原则的新发展，是具有中国特色的解决社会治安问题的新路子；提出要“充分发挥政法部门特别是公安机关在社会治安综合治理中的职能作用”，公安机关应当根据加强社会治安综合治理的需要，适当调整工作重点、警力部署和勤务制度，改进工作方法，用更多的人力和精力加强基层治安基础工作。为了将党和国家的意志及时上升为人民的根本意志，七届全国人大常委会第十八次会议于1991年3月2日通过了《关于加强社会治安综合治理的决定》，明确提出“加强社会治安综合治理，必须发动和依靠广大人民群众”。此后，全国各地纷纷出台社会治安综合治理的地方性法规，使加强社会治安综合治理迅速成为维护社会稳定的根本性措施。为了在社会治安综合治理中充分有效落实群众工作路线，“群防群治”、“治安联防”、“平安创建”、“巡访”、“社区警务”等各种警民携手共治的改革尝试相继登场。特别是社区警务改革，最大限度地挖掘了社区这一治安管理资源，以调查、发现和解决社区治安问题为导向，以预防减少社区违法犯罪为根本目标，不断增强公众的安全感，提高社区居民的生活质量，已经成为我国公安工作贯彻群众路线新的核心制度。^[41]

党的十七大报告提出要“加快推进以改善民生为重点的社会建设”，其中重要的任务之一就是“完善社会管理，维护社会安定团结”，并逐渐形成“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与”的社会管理新格局。在十七大精神的指引下，“加强社会管理创新”业已成为我国当下政府治理的中心工作。与此同时，进一步加强社会治安综合治理也成为新时期政法工作的紧迫任务。我国各地正在推行的治安承包、辅助警察、合作戒毒、社区矫正等诸多形式的警务改革，无不体现了“政社合作、官民共治”的精神内核，实际上就是一种典型的社会管理创新。因此，如何进一步激活政法工作中的群众路线，形成“社会治安社会治”的浓郁氛围进而真正实现社会的长治久安，无疑是今后相当长一段时期内必须认真对待的时代课题。

[41] 社区警务是西方第四次警务改革的产物。自20世纪70年代美国得克萨斯州休斯敦市警察局率先提出回归社区警务以来，这种“面向社区的治安工作”风靡全球警界。“其出发点就是使治安成为社区的责任，而不只是警察这支专业队伍的责任。它把作为调查者和执法者的警官变成社区自力更生过程中的催化剂。”前引[24]，奥斯本等书，第21页。

七、私人参与警察任务之社会现实基础

中国正处于急速的社会转型时期。一方面，社会转型为经济发展、民生改善、政治昌明乃至道德重建提供了宝贵契机；另一方面，城乡二元结构的断裂、社会阶层的分化和利益诉求的多元都使得社会矛盾日益加剧。由于基层政府执政能力的孱弱和司法纠纷解决功能的受挫，一些社会弱势群体只能诉诸非理性的渠道表达自身的愿求，大量群体性事件的频发即是明证。近几年来，“数量急剧增加、规模不断扩大、复杂性有所增强、处理难度不断增大”业已成为转型中国群体性事件发展的基本态势。可以说，社会转型的阵痛和片面追求经济跨越式发展所引发的危机日渐显露。

在此转型时期，警察任务同样经历着剧烈的流变。首先，就常规警察任务而言，难度、复杂度都在明显增强：人口流动相当频繁，城市与乡村的治安状况日益严峻；国家和地方的重大公共活动不断，安全保卫任务极为繁重；有限的道路资源无法承载密集的人流、物流和车流，道路交通秩序的维护面临严峻挑战；各类重大灾害事故频繁发生，抢险救援任务急剧增加；城镇化进程迅速加快，消防隐患排查任务繁重；黄赌毒等社会丑恶现象泛滥，治理难度不断加大。其次，就新型警察任务而言，也呈现数量增加、难度加大的趋势：校园安全事件频发，社会各界反响强烈，校园（特别是中小学、幼儿园）安全保卫任务陡增；针对政府机关、司法机关的暴力袭击活动开始出现，警卫执勤异常敏感；群体性事件时常发生，维稳工作面临空前压力。受主流意识形态等因素的影响，警察甚至还担负了大量额外的任务，如高考中考期间实施交通管制、警车为考生接送车辆开道，对各类重点人员实施动态管控等。

警察任务的流变使警力不足的现实矛盾更加凸显。面对民众日益增加的不满情绪，警察经常加班加点也不能有效遏治安案件的发生，防盗门窗的大量安装、夜间外出活动的减少即是公众安全感下降的标志。有限警力的疲于奔命，一方面严重影响了警察的生理和心理健康，使警察成为社会公认的高危职业；另一方面，警察长期处于焦灼状态又极易诱发公权力的滥用，进一步增加了民众对公安机关的不满情绪。为了缓解警力不足的矛盾，一些地方尽量减少机关工作人员，增加一线警察的数量；有的地方甚至还取消公安分局，成立更多的派出所，直接面对复杂的基层社会治理；有的地方则干脆直接招录新的警察，通过增加编制缓解工作压力。这些方案虽然能够暂时缓解警力不足的矛盾，但面对警察任务的巨变仍然是杯水车薪。特别是简单增加警察数量的做法与当前机构精简、编制压缩的政策走势相背离，容易形成警察国家的错觉，而且还与现代政府“预防而非治疗”的理念相冲突。^[42]相比之下，借助私人力量履行一些辅助性、程序性、服务性警察事务，不仅能够使国家的正式警察能够集中精力专门从事重要的警察任务，而且还能够节约行政成本、提高警察任务履行的效率。^[43]事实上，我国当下很多地方推行的治安承包改革就是被警力不足和严峻形势所“倒逼”出来的。这一微观制度实践表明，面对复杂而深刻的社会

[42] 美国学者戴维·奥斯本等在论述官僚政府的弊端时曾形象地指出：“官僚政治的模式使政府全神贯注于提供服务——划船。而集中其主要精力于划船的组织就很少花精力去操舵了。它们发展的是狭隘的想象力。因为它们的思维定势以为政府就是靠专业人员和官僚提供服务，它们要一直等到问题变成危机，然后才对那些受到影响的人——街上的无家可归者、退学学生、吸毒者——提供新的服务。因此我们针对症状花去大量的钱——雇用更多的警察，建造更多的监狱，提供更多的福利基金以及更高的医疗补助支出——而对于采取预防对策却又显得资金缺乏。”前引〔24〕，奥斯本等书，第162页以下。

[43] 我国台湾学者林山田教授指出：“警察的执法工作，尤其是犯罪的预防与侦查工作，假如没有社会大众的合作与支持，是非常困难而无成效的。即使素质再高的警察，假如得不到民众的支持与合作，则其犯罪侦查与预防犯罪的成效还是有限的。”林山田：《几个世界性的警察问题》，《警光杂志》1976年第1期。

现实,借助私人力量参与警察任务执行显现了“警力有限,民力无穷”,代表着警务改革的方向。

结语:一个极富挑战性的行政法前沿课题

在行政任务民营化的理论谱系中,我国当下正在进行的私人参与警察任务执行改革尚属功能民营化范畴。这也契合了目前世界各国立法及实务最普遍采行的“任务部分私人化”(即公私协力)的民营化模式。^[44] 本文有关私人参与警察任务执行的法理基础分析,固然能够为秩序行政领域推行公私合作治理改革提供正当性论证,但这并不意味着所有的警察任务都具有私人参与执行的潜在可能性,也并不意味着可以不分时间、地点等因素而仓促作出转交私人执行的决定。“警察任务毕竟不如公营事业有民营化之急迫性与必要性,即使理论上存在民营化之可能性,在评估种种因素与现实条件下,也可以保留警察机关自行履行,待时机成熟才实施民营化。”^[45] 可见,私人参与警察任务执行并不仅仅是一个纯粹的法理论证问题,更是一个复杂的公共政策选择问题。

萨瓦斯的研究表明,民众支持与否是一国民营化能否顺利取得成功的关键因素。他一再强调指出:“公开而透明的行政过程、强有力的外部监督以及严格执行健全的法律,有助于建立防范腐败的氛围,公众可以满怀信心地支持民营化计划。”^[46] 就我国当下形式各异的私人参与警察任务执行改革而言,虽然具备相应的法理基础和客观的现实需要,但最为关键的课题还是要将这一新形式的警务改革及时纳入行政法治的轨道。如何通过加强公安机关对私人参与警察任务执行的监督,如何充分听取民众对私人参与警察任务执行的意见进而形成良好的公共政策,都是未来我国行政法理论与实务不得不共同面对的未竟课题。

伴随着西方公共行政民营化理论的全面介绍和国内诸多具体行政领域民营化改革的不断推进,引进私人力量参与履行各类行政任务对行政法基本观念的挑战已经引起了国内行政法界的关注,并给予了初步的理论回应。^[47] 就私人参与警察任务执行这一极具挑战性的行政法前沿课题而言,未来的学术研究及制度建构至少需要从三个层面展开:一是私人参与警察任务执行的法律界限研究,通过对私人参与警察任务执行禁区的划定和法律保留原则的适用,勾勒私人参与警察任务执行的具体范围和限度;二是私人参与警察任务执行的实施方式研究,通过对行政授权、行政委托、行政助手等微观参与形态的观察,勾勒私人参与警察任务执行所形成的多元化法律关系;三是私人参与警察任务执行的后续政府规制研究,通过探究私人参与警察任务执行后公安机关监督控制私人参与者的具体手段,勾勒私人参与警察任务执行之后公安机关担保者、监督者的法律角色。

本文的研究侧重于从正面论述私人参与警察任务执行的理论正当性,但这并不意味着私人的参与没有任何法律限度。事实上,目前媒体有关治安防范能否承包的争论也普遍反映出对私人参与警察任务执行限度的关切。“国家任务由私人参与之所以要有界限,主要系为避免国家转嫁其责任,籍以维持国家保障人民之权益的核心任务。”^[48] 由于警察任务系属传统国家的核心职能,民众权利遭受侵害的可能性相对较大,因而理论上更有限制私人参与的必要。从这个意义上来

[44] 前引〔19〕,詹镇荣书,第3页以下。

[45] 前引〔8〕,林昱梅文。

[46] 前引〔11〕,萨瓦斯书,第327页。

[47] 代表性的研究成果可参见刘飞:《试论民营化对中国行政法制之挑战》,《中国法学》2009年第2期;章志远:《民营化、规制改革与新行政法的兴起》,《中国法学》2009年第2期。

[48] 前引〔8〕,林昱梅文。

说,第一层面有关私人参与警察任务执行的法律界限研究尤为迫切。概而论之,当下中国私人参与警察任务执行之所以应当受到限制主要缘于公私双方都面临巨大的风险:作为改革组织者和推动者的公安机关,往往自恃其拥有权力优势而对引入私人力量参与履行的风险丝毫不计,这些风险包括对引入私人力量参与的认识误区、对私人选择的失当以及自身驾驭能力的不足;作为警察任务执行的参与者,私人身处一个并不理想的法制环境中则面临法律地位不明、职业保障机制缺乏以及警务政策变化等风险。为此,就必须通过事项界限和程度界限的双重限制,避免改革负面效应的发生。其中,私人参与警察任务执行禁区的划分需要考虑是否属于权力性事项,是否属于警察任务履行过程的最终环节,交由私人履行是否更具优势以及私人参与履行的程度等具体因素。至于私人参与警察任务执行是否需要适用严格的法律保留原则,则需要视具体的参与方式而定。鉴于私人参与警察任务执行的限度是另外一个重大的行政法理论问题,笔者拟另行撰文详述。

Abstract: The public order contract is a typical mode of the participation of the private sector in the police task in China, which, as an important and controversial topic in the administrative law, has faced many disputes. This paper therefore analyzes its jurisprudential bases from the perspectives of the constitutional law, the administrative law and the society.

Firstly, the participation of the private sector in the police task has legitimacy in the constitution. When we interpret the basic policy article of our constitution, we can find that although the constitution hasn't stimulated such practice, it hasn't forbid it either. The privatization of the police task can accord with the principles of the democratic, legal and social state so long as the reform can abide by the principle of reservation of law and strengthen the supervision by the government. Secondly, it also has legitimacy in the administrative law. There are many articles concerning to "the state and the society" in our administrative law system. And the privatization of the police task should be valid according to the interpretation of the principle of subsidiary and the theory of administrative process. Lastly, it still has its root in society. As far as the historic tradition of Chinese political and legal work is concerned, following the mass line is our lasting policy. And the problem of lacking of policemen arises along with the rapid development of the society. In order to fulfill the heavy police task, some local governments have to make use of the private section.

This paper also points out the legal limits of the participation of the private sector in the police task. Thus we cannot put the reform plan into practice immediately. As far as Chinese administrative law research is concerned, the participation of the private sector in the police task is still an unfulfilled topic.

Key Words: privatization, public order contract, participation of private section in police task, reform of governmental administration
