

“治安承包”及其对公法私法二元区分的挑战

邓湘琳

(南华大学 文法学院, 湖南 衡阳 421001)

〔摘要〕 文章认为,对于“治安承包”现象的出现,应该考查它出现的背景、在现实中遇到的问题,然后才试着从理论上寻找支持或反对它的理据。通过“公共行政”、“公法私法二元区分”两个视角的分析,笔者认为,“治安承包”现象的出现有其一定的现实合理性因素,而且实践证明其在现实中也确实发挥了一定的作用。不应该简单地否定“治安承包”现象。

〔关键词〕 “治安承包”; 公共行政; 公法/私法

〔中图分类号〕 D921 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1673-0755(2008)06-0069-03

一 “治安承包”及其争议

转型时期的中国,一方面社会治安形势日渐恶化,另一方面政府所提供的基本警力设施远远无法满足治安管理的需要。面对这种情形,肇始于山东泰安的“治安承包”模式在治安管理方面取得了良好的社会效果。随后,“治安承包”之风陆续蔓延到河南、吉林、内蒙古、浙江、江苏等地。

然而,“治安承包”从出现至今,社会对其褒贬不一,始终未曾达成一致的看法。赞同者从“治安承包”所取得的社会效果的角度来认识,认为“治安承包”调动了公众参与社会治理的热情,能够有效缓解警力有限与治安形势严峻之间的矛盾。反对者则从治安管理权作为一种行政权的角度来认识,认为治安管理权属于国家的公权力,将治安责任承包出去后,也就意味着治安管理权的出让,担心会给公民造成潜在的侵害^[1];治安承包缺乏法律依据,执法是行政部门的基本职能,执法权力下放没有任何法律依据,无法律依据则无权有责,容易造成警方、承包人、施害人等多方纠缠的无头公案^[2];治安承包是公安机关在向社会转嫁和转移自己的法定义务,与市场经济要求政府当好“守夜人”,管理好公共事务的趋势是相悖的。^[3]

从已有的学术研究成果来看,学者们大致从两个视角来认识“治安承包”这种现象,其一从公共行政管理的角度切入^[4],其二则以公法私法二元区分为视角进行分析。^[5]但是,不管学者们采取的是怎样的视角,在相同的视角内部也同样会存在相反的观点,也即支持抑或反对“治安承包”。

二 公共行政的视角

“治安承包”的反对者一般从规范主义的视角进行论证,认为治安管理权是一种公权力,将其承包给个人或民间组织,是政府在推卸责任,而且可能导致公权力的异化,贻害

百姓。另一方面,治安管理权作为一种行政职权,其最大的特点就是不可处分性,也即不能任意转让、放弃、赠与等。也就是在这个意义上,我们经常把行政职权等同于行政职责。从现行法的角度来看,《中华人民共和国行政处罚法》第18条规定,“行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在法定权限内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其它组织或者个人行政处罚。……”第19条规定,“受委托组织必须符合以下条件:(一)依法成立的管理公共事务的事业组织;(二)具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;(三)对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的,应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。”从上述条文可以看出,对行政处罚权的委托只限于符合第19条规定要求的特定的组织,并且需要有法律、法规、规章的依据。如果现实当中的“治安承包”包含行政处罚权的话,那么将其承包给私人就缺乏现行法上的合法性。

从这个角度出发,我们会发现“治安承包”隐藏着一个悖论:假如承包人没有检查权、搜查权、侦查权、处罚权、强制措施权、限制自由权,他用来保障其承包标的的完成?他也许只有天天祈祷上苍不要出事。假如承包人有上述这样的权力,再加上他有组建和领导治安队的权力,那这个村岂不成了他的天下?你“素质把关”还有什么用?素质越好不是越为他组建了自治力量?如果派出所处理意见同他发生分歧,以谁的意见为准?如果以派出所的意见为准,那么违反合同的后果由谁去负?^[6]

支持者的观点似乎要更加多样化,有学者从社会效果的角度来分析“治安承包”,认为“治安承包”是社会综合治理的一种新形式。^[7]有学者对“治安承包”进行区分,分为“治安承包”和“治安防范承包”,认为治安承包的发包

〔收稿日期〕 2008-10-06

〔作者简介〕 邓湘琳(1981-),女,湖南衡阳人,南华大学文法学院教师。

人只能是公安机关,治安防范承包的发包人既可以是公安机关,也可以是公安机关之外的单位或组织。……治安管理承包和公安机关作为发包方的治安防范承包实质上是一种行政委托关系,而发包方是公安机关之外的其他单位或组织的治安防范承包所承包的内容属于私法领域的事项。因此,治安管理承包和治安防范承包均具有合法性。^[8]还有学者从“治安承包”作为一种公共产品的角度来进行论证,认为公共治安是一种公共物品,但并不排除由私人来生产;公共治安需求的多样性与提供的单一性矛盾,需要引入多元公共治安的提供方式;治安承包具有经济上的合理性。^[9]

其实,从传统的行政法学的观点来看,治安承包的确对行政权的不可分性形成了挑战,与现行法律的相关规定存在一定的差距,不能很好地说明自身存在的合法性。但是,“只要我们不是机械的法条主义者,就必须承认:现行立法可以经由合法的立法程序改变。”^[10]关键在于,是否存在改变的必要以及改变之后是否能更好地适应社会对治安管理的需要。从现实当中已有的治安管理不能满足民众的需求这个现实以及“治安承包”所带来的极大的社会效果这个鲜明对照来看,“治安承包”有其自身存在的合理性,尽管不能在现行立法以及相关行政法学理论当中得到合法性的论证。所以,我们所需要的就是尽量通过相应的对策赋予“治安承包”所应有的合法性。

三 公法私法二元区分的视角^[11]

在“治安承包”现象中,我们明显地看到公法的私法化运动,在这里出现了公法和私法的互动情形,而不单纯是传统的二元对立。这也被称为公共行政的民营化浪潮,体现了公私部门在公共治理中的密切合作。

如何看待公法与私法的二元对立?学者金自宁引入了政治国家——市民社会的背景,因为有了政治国家与市民社会的分离,才存在公法与私法的区分。在金自宁看来,“即使任何具有一般性的观念体系都不能穷尽无限丰富的实在,我们仍然不能放弃运用概念给纷繁复杂的混沌世界带来秩序的尝试”。因此,她借助于韦伯“理想类型”的术语来进行公法与私法的概念定位。而且,“即使出现与理想类型不尽一致的实际情形,也未必构成对公法私法分类构成挑战的反常现象。”“正是这些模棱两可的具体情形存在,才突现了理想类型作为工具的现实意义。”^[12]

随着社会的发展,不断出现公法、私法的互动现象,私法的公法化运动、通过私法实现公共任务。“通过私法实现公共任务”即公共行政改革中的民营化运动,也就是引入传统上属于“私的”机构或组织履行或参与履行传统上由政府完成的公共职能。在这里涉及到的一个关键的问题就是,“如何有效控制,以保证这些或是公共的或是私人的机构能够实现公共利益、完成公共任务?”仍然固守公法私法二元对立的观点很难有效回应现实中产生的一些问题,比如“治安承包”的性质定位问题。

“坚持公私法二元论甚至是绝对论的主张,将行政法仅局限于国内公法,扩大了公法与私法之间、公益与私益之间、公域与私域之间的对立,但缩小了行政法的视野;……经过

综合考察,我们认为公法与私法在现代社会之下是以一种更复杂的方式纠缠在一起的,……此时,公法私法的划分不再绝对化而转向相对化。所谓公法与私法相对化是指在现代社会之下,出现了私法公法化与公法私法化的现象,从而导致公法与私法的界分越来越模糊,仅仅成为一种相对意义上的标准。”^[13]

如果我们回到理想类型的立场上来,公法、私法的相互渗透并没有构成对公法私法二元对立的挑战,“治安承包”现象的出现也并不是对公法私法二元对立的挑战,因为原本就不存在所谓的绝对性的公法、私法的二元区分。随着社会的发展,传统的公法、私法二元对立的观点面临了现实中的难题这并没有什么不可思议的,这就是理论和现实的差异,永远不要指望社会的发展应该迁就学者的理论构建,而是学者的理论构建应该想方设法去说明社会的发展现实。反过来,公法、私法互动的情形刚好还能够说明“治安承包”存在的合法性,因为它并没有构成对公法、私法二元对立的挑战,而只是顺应公法、私法互动的趋势而已。^[14]

四 结语

“一个民族的生活创造了它的法制,而法学家创造的仅仅是关于法制的理论”^[15]。前人创造的理论,只是服务于生活的工具,绝非裁剪现实的尺度。正如西方世界尚未确认基督元年的精确时间的同时红学家们却对曹雪芹的出生年月争论不休,在公私法的划分问题本来就存在较大争议的基础上,我们应以谨慎的态度来认识和分析现实生活中的实践,何况这种实践活动的存在在目前看来具有明显的经济性与合理性,即使被确认在一定程度上违反了现行法律规定,也应综合考虑利弊权衡,是令行废止还是通过合法程序调整现行法律法规以更好适应高速发展的现代社会。公私法的划分的根本目的在于限制公权力和保障私权利,且其最为根本的目的就是更好的保护私权利,如果某种实践的出现严格控制公权力滥用的前提下,同时也有利于保障私权利且成本低廉,那么我们何乐不为?

因此,对于“治安承包”现象的出现,作为解决社会治安混乱问题的一种新的尝试,应该考查它出现的背景、在现实当中遇到的问题,然后才是试着从理论上寻找支持抑或反对它的依据。也就是说,我们不应该总是从已有的理论出发来分析这个社会现实,从而进行片面的拥戴或全盘否定,而更应该是二者的互动,“穿梭在理论与现实之间”,发现已有理论构建的不足,然后试着去弥补这些不足,以便更好地适应现实的发展,而不是一味地去压制社会现实的发展。

经过上文的简单分析,笔者认为,“治安承包”的出现有其一定的现实合理性因素,而且实践证明其在现实当中也发挥了一定的作用。单单从这种功能/实用主义的角度来看,我们就不应该直接否定“治安承包”存在的合理性。另外,从公共行政的运作本身来看,“治安承包”也并不是完全没有合法性基础,并不是完全地违反行政权的基本原理。严格区分公私法的界限,在一定的历史时期曾经有着积极意义,但是从公法私法互动的发展趋势来看,“治安承包”也正是适应了社会发展的需要。

英国哲学家培根曾说过,“对于一切事物,尤其是最艰难的事物,人们不应期望播种和收获同时进行,为了使它们逐渐成熟,必须有一个培育的过程。”一切实践的初始阶段都存在着若干利弊共存的问题,而理论的发明或发现,只是为了更好地实践,因此在实践的初期阶段应该大力发展理论去指导和完善实践,而绝不能用已有的理论对其进行片面简单的否定。所以,我们所应该做的并不是简单地否定“治安承包”这种现象,毕竟这还是一种新兴事物,应该给它实践检验的机会。鉴于其在实践中已经证明出来的优势,我们应该发展已有的理论,以顺应“治安承包”这种现象,对它的存在给以合法性论证。并且,通过相关的制度完善“治安承包”在现实当中所遇到的各种技术性问题。

[参考文献]

- [1] 周士君.“治安承包”有点悬[N]. 中国经济时报,2003-04-15.
- [2] 陈南阳.“治安承包”可以实行吗?[N]. 南方都市报,2003-07-11.
- [3] [6] 陈有西. 离谱的承包[N]. 浙江法制报,2003-01-08.
- [4] 章志远. 行政法学视野中的治安承包[J]. 贵州警官职业学院学报,2007,(6). 贾学胜. 治安承包的理论基础及合法性分析[J]. 江西公安专科学校学报,2004,(3).
- [5] 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[J]. 法商研究,2007,(5);王春业. 公权私法化、私权公法化及行政法学内容的完善[J]. 内蒙古社会科学(汉文版),2008,(1).
- [7] 黎津平.“治安承包”是社会综合治理的一种新形式[J]. 新疆警官高等专科学校学报,2004,(7).
- [8] 贾学胜. 治安承包的理论基础及合法性分析[J]. 江西公安专科学校学报,2004,(3).
- [9] 邱煜. 治安承包的理论与实践[J]. 中国人民公安大学学报,2003,(5).
- [10] 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[J]. 法商研究,2007,(5).
- [11] 金自宁. 公法/私法二元区分的反思[M]. 北京: 北京大学出版社,2007. 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[J]. 法商研究,2007,(5).
- [12] 其实“理想类型”在使得相关概念得以清晰化的同时,仍然会掩盖/消解很多问题,但这些问题还是存在的,并没有得到解决。这就像理念世界和现实世界永远不可能对接一样,很多现实中的问题无法在理念世界中得到说明,而不同的理念世界只是对现实问题的不同方面的搁置。
- [13] 高秦伟. 行政法中的公法与私法[J]. 江苏社会科学,2007,(2).
- [14] 这种论证其实刚好说明了前文中指出的“理想类型”的构建能够消解很多问题,使得不少的问题不成为问题。
- [15] 苏力. 后现代思潮与中国法学和法制[A]. 法治及其本土资源[M]. 北京: 中国政法大学出版社,1996. 289.

Public Security Contract and Challenges to the Distinction between Public Law or Private Law

DENG Xiang - lin

(University of South China, Hengyang 421001, China)

Abstract: In terms of the emergence of the emergence of the "public security contract", we should first review its background and the problems encountered in reality and then find out the supporting or opposing basis. From two perspectives of analysis, "public administration" and "public law and private law", the author believes that the phenomenon contains certain reasonable factors, and its practice indeed played a role in reality. Therefore, the author advocates that we should not simply negate the "public security contract" phenomenon.

Key words: public security contract; public administration; public law of private law.