

# 论进一步完善我国行政拘留制度

王刚

(西北师范大学 武保处, 甘肃 兰州 730070)

[摘要]行政拘留是一种重要的治安管理处罚。目前,我国行政拘留制度还有不完善之处,主要表现为忽略了行政拘留限制人身自由的特殊性,缺乏听证程序、制约机制等。我国行政拘留制度应该强调参与原则,赋予行政相对人听证权利,强化司法审查原则以及贯彻比例原则,通过这些措施,来完善行政拘留制度,保障行政相对人的权利。

[关键词]行政拘留;制约机制;人权保障

[中图分类号]D631.7 [文献标识码]A [文章编号]1005-3115(2009)12-0102-04

行政拘留是一种重要的也是常见的行政处罚种类,我国在《治安管理处罚法》中对此有所规定。法学界对于刑事拘留研究得比较深入,但是对于行政拘留的研究则不太重视,这是因为行政拘留时间比较短,对公民权利影响有限造成的。事实上,行政拘留是对公民基本权利的限制与剥夺,涉及宪法权利问题,本质上与刑事拘留一样。由于学术研究的不深入、法律规定的不完善,以及我国宪政体制方面的其他原因,造成了实践中行政拘留存在很多问题。因此,我们有必要对行政拘留展开深入研究,特别要正视行政拘留中存在的问题,以理性的思维分析如何消除行政拘留中存在的问题,使其在治安管理中发挥应有的作用。

## 一、行政拘留概述

### (一) 行政拘留概念

行政拘留是指法定的行政机关依法对违反行政法律规范的人,在短期内限制人身自由的一种行政处罚。行政拘留是最严厉的一种行政处罚,通常适用于严重违反治安管理但不构成犯罪,而警告、罚款处罚不足以惩戒的情况。因此,法律对它的设定及实施条件和程序均有严格的规定。行政拘留裁决权属于县级以上公安机关;期限一般为10日以内,较重的不超过15日;行政拘留决定宣告后,在申请复议和行政诉讼期间,被处罚的人及其亲属找到保证人或者按规定交纳保证金的,可申请行政主体暂缓执行行政拘留。

### (二) 行政拘留的特点

行政拘留不同于刑事拘留和司法拘留,与刑事拘留、司法拘留的适用主体、适用对象、适用目的、适用程序等诸多方面均存在很大不同。但是,这几种拘留有一点是相同的,即都是对人身自由的限制。总体上看,行政拘留有如下特点:

1. 行政拘留限制人身自由,是一种严厉的行政处罚方式,只有县级以上公安机关才有拘留裁决权。

2. 行政拘留不同于刑事拘留。前者是依照行政法律规范对违反治安法规的人采取的惩戒措施,后者是依照刑事诉讼法的规定而采取的临时剥夺犯罪嫌疑人的人身自由的刑事强制措施。

3. 行政拘留不同于司法拘留。后者是人民法院依照诉讼法的规定对妨害民事、行政诉讼程序的人所实施的临时剥夺其人身自由的强制措施。

4. 行政拘留不同于行政扣留。行政扣留是行政机关采取的临时限制人身自由的行政强制措施。

5. 行政拘留与拘役不同。拘役是由人民法院对触犯刑法的人判处的一种刑罚,而行政拘留并不是一种刑罚,只受到过行政拘留的人员并不会留下犯罪记录。

### (三) 我国法律中的行政拘留制度

我国原《治安管理处罚条例》就规定了行政拘留,《治安管理处罚法》对行政拘留作了更加详细的规定。随着《治安管理处罚条例》被《治安管理处罚法》取代,我国的行政拘留制度也发生了一些变化。根据现行的《治安管理处罚法》,该法第二章第10条

第三项规定行政拘留是一种治安管理处罚种类,该项对行政拘留的性质作了定位,即治安管理处罚的一种。该法规第十六条规定:“有两种以上违反治安管理行为的,分别决定,合并执行。行政拘留处罚合并执行的,最长不超过 20 日。”可见,治安管理处罚法对行政拘留的期限也作了严格限制。该法第 21 条规定:“违反治安管理行为有下列情形之一的,依照本法应当给予行政拘留处罚的,不执行行政拘留处罚:1.已满 14 周岁不满 16 周岁的;2.已满 16 周岁不满 18 周岁,初次违反治安管理的;3.70 周岁以上的;4.怀孕或者哺乳自己不满 1 周岁婴儿的。”该条对于适用对象作了消极性的排除规定,即对于符合某些特定情形的人员,行政拘留对其不适用,以体现人文关怀。

从整部《治安管理处罚法》来看,直接关于行政拘留制度的规定就是上述几个条文,其他都是针对某种具体的违反《治安管理处罚法》的行为能否适用行政拘留的规定。

## 二、我国行政拘留制度中存在的问题

行政拘留作为违反治安管理的一种惩罚措施,具有必要性,这是维护社会秩序的必需,也体现了国家对轻微违法行为的否定态度。从世界各国来看,其他国家也都存在类似的制度。但是我国行政拘留制度中还存在一些不可忽视的问题,这些问题主要反映在以下几个方面:

### (一) 忽视了限制人身自由的特殊性

行政拘留限制的是公民的人身自由,而人身自由权是宪法所规定的一种基本权利。但是我国《治安管理处罚法》针对行政拘留并没有什么特殊性,该法将行政拘留与警告、罚款、吊销公安机关发放的许可证等并列,在适用程序等方面亦没有明显区别。这样的做法没有体现宪法和法律对公民基本权利的保护。忽视了人身自由权的特殊性。“在世界范围来看,由于人身自由是受宪法保护的基本权利,因此对限制人身自由措施的发动,必须经法院审查,这是各国公认的行政合法性的基本要求。换言之,任何行政机关不能自行决定采取限制公民人身自由的措施。即使在大陆法系的行政处罚法中,也没有人身自由罚。”立法者可能考虑到我国在社会转型期违法现象比较多,因此设置了这样的处罚种

类,但是立法者明显忽视了这种处罚的特殊性,进而忽略了特殊的程序设置,没有在程序上做到更为谨慎,更为严密。

### (二) 缺乏听证程序

既然行政拘留涉及公民自由权,那么在适用行政拘留的过程中应该尤其谨慎,并且给予公民充分的程序性救济权利,如可以赋予行政相对人要求进行听证的权利。听证也称听取意见,指行政机关在做出影响相对人权利义务决定时,应听取相对人的意见。听证已成为当今世界各法制国家行政程序法的一项共同的、极其重要的制度。听证制度的发展顺应了现代社会立法、执法的民主化趋势,也体现了政府管理方式的不断进步。听证体现了是国家对公民意见的尊重,是一种符合宪政思想的制度设计。

我国《行政处罚法》第 42 条对听证程序做出了比较详细的规定,其中第 3~7 款规定:听证公开进行;听证由行政机关指定的非本案调查人员主持,当事人认为主持人与本案有直接利害关系的,有权申请回避;举行听证时,调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议,当事人进行申辩和质证;听证应当制作笔录。《行政处罚法》规定,行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚时,当事人有要求举行听证的权利。可见《行政处罚法》将行政拘留排斥在了可以要求听证的范围之外,而将一些轻微的处罚种类却规定了相对人可以要求听证,存在着本末倒置的现象。《行政处罚法》之后的《治安管理处罚法》也没有将这一缺陷弥补,《治安管理处罚法》第 94 条规定:公安机关作出治安管理处罚决定前,应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据,并告知其依法享有的权利。违反治安管理行为人有权陈述和申辩。公安机关必须充分听取其意见,对其所提出的事实、理由和证据,应当进行复核;如其所提出的事实、理由或者证据成立的,公安机关应当采纳。公安机关不得因违反治安管理行为人的陈述、申辩而加重处罚。从《治安管理处罚法》第 94 条的规定来看,相对人享有陈述和申辩的权利,但是这并不是听证程序,仍然属于“决定与被决定的‘双方组合’”,难以切实保护相对人的合法权利。

### (三) 缺乏制约机制

分权与制约,是宪政的精髓。在我国宪政体制中,虽然也强调分权与制约,但是有的国家机关享有的权力过大,其他国家机关也不能对其进行有效的制约。在公检法组成的政法系统中,显然公安机关的权限是最大的,法院、检察院对其形成的制约相当有限。这一点在行政拘留中也有所反映。我国立法将行政拘留的决定权完全赋予了公安机关,尤其自行决定是否给予行政拘留的处罚。当然,检察院和法院并不是完全没有参与其中,而是间接地参与其中。相对人在接受了行政拘留后可以向检察机关针对公安机关及其人员的违法失职行为提起控告,也可以向法院提起行政诉讼。但是不难看出,这种方式均属于事后监督的方式,而不是事前监督的方式。在行政拘留决定作出之前,法院和检察院并不能参与其中,其一些流程均由公安机关独自完成。

这一制度带来的问题是公安机关在行政拘留决定权方面的权限过大,无法得到有效的制约,自由度过大。当然立法者并没有考虑到这个问题,立法者认为公安机关能够恰当、审慎地先例自己的权利,依靠公安系统的内部监督就能秉公执法。之所以立法者没有赋予法院或者检察院事前监督的权力,可能是因为立法者认为治安违法现象非常多,如果每一起和行政拘留有关的案件均要求法院或者检察院逐一审查、批准,必将损害公安机关的行政效力,因此,就直接保留事后监督的权力,而不再赋予检察院和法院事前监督的权力。这样的做法是有待商榷的。法的价值有很多种,如公平、自由、效率等等,法的不同价值难免会发生一些冲突,立法者应该对此加以平衡,而不能过度肯定法的某一价值,而否定了法的其他价值。公安机关的行政效率固然重要,但是其适用法律是否正确,惩罚手段是否适当,处理结果是否公平,也都是必须被考虑的因素。

### (四) 救济途径不完善

由于《治安管理处罚法》将行政拘留与警告、罚款等处罚形式并列,没有规定公民在行政拘留期间应该如何救济权利。因为公安机关单方面作出的拘留决定不一定正确,可能存在重大的错误,即使没有错误,相对人也有权要求复议或者提起行政诉讼。现行法律对这些问题的规定并不明确,导致了救济途径被堵塞。被行政拘留的公民只能等行政拘留结束

以后,即恢复人身自由之后才能提起行政诉讼。

## 三、我国行政拘留制度存在上述问题的主要原因

我国行政拘留制度存在很多问题,甚至存在一些违反宪政原则的现象。当然,这些都是表面现象,现行法律之所以出现这些漏洞是有深层次的原因的。

### (一) 重打击轻保护

对违法现象进行打击是国家的责任,也是保护人民生命财产的必要的手段。但是我国在注重打击违法行为的过程中,没有注重相对人权利的保护。这一思路反映在《治安管理处罚法》中特别是在行政拘留制度中,就是过分强调公安机关权力的行使和对违法现象的打击,而忽略了行政相对人权利的保护,特别是在权利救济方面,存在很大的疏漏。

### (二) 重实体轻程序

我国一向注重实体正义,而忽略了程序正义。实体正义被执法机关看作是行使权力的最终目的,而所谓的程序只是一种手段,忽略了程序的独立价值。在行政拘留中也表现出了这一倾向,主要是不关注行政相对人的程序性权利,如听证程序的缺失就反映了这一状况。程序有其独立的价值,不能仅仅认为程序只是一套办事规则而已,事实上,只有程序正义才是看得见的正义。在行政拘留中,如果赋予相对人更多的程序性权利,会使相对人更容易接受处罚决定,满足其对程序权利的要求。

### (三) 重权力轻权利

从我国行政拘留制度来看,行政拘留制度强调公安机关行政权的行使,法律赋予其单方面的决定权和处分权,但是法律对于公民的人身自由权却视而不见,将行政拘留和警告、罚款并列,没有突出基本权利的特殊性,这是《治安管理处罚法》较大的疏漏之一。

## 四、完善我国行政拘留制度的建议

针对我国行政拘留制度中存在的种种问题,有必要完善我国的行政拘留制度,在此基础上,体现对行政权的制约和对公民权利的保护。在完善行政拘留制度中,应该从以下几个方面入手:

### (一) 强调参与原则,赋予听证权利

程序正当性是现代法治的重要原则之一。“程序

的正当过程的最低标准是:公民的权利义务将因为决定而受到影响时,在决定之前他必须有行使陈述权和知情权的机会。”从上述对于行政拘留中存在问题的分析来看,我国行政拘留的程序应该作出一定的完善。由于当事人只有陈述和申辩的权利,而没有要求听证的权利,使得行政拘留程序的正当性质大打折扣。“听证制度的本质在于给了相对人自卫权利,以抵制行政机关的违法或不当的行政行为,确保其合法权益不受侵害。”应该强调参与原则,并且赋予相对人启动听证程序的权利。从效率的角度来看,这样的做法确实会损害效率,但是从正义的角度来看,却可以使行政拘留制度更能实现正义,避免行政拘留中的“冤假错案”。

### (二) 强化司法审查原则

在我国目前的法律制度中,行政拘留行为并不是不会接受司法审查,行政拘留作为行政行为的一种,是具体行政行为,根据《刑事诉讼法》的规定,相对人可以针对改行为提起行政诉讼。但是,这种审查行为只是事后审查,无法最大程度地补救相对人的权利。因此,鉴于人身自由权的特殊性,不妨引入事前监督制度,即公安机关在作出行政拘留决定后,应由司法官员决定是否允许实施拘留。这样做的好处,一方面是制约了公安机关的权力,另一方面维护了相对人的权利,还能强化司法权。当然,需要说明的是,这种事前审查只是初步审查,一般只审查程序方面是否合法,如果合法,司法官员就签发允许执行行政拘留的令状,如果不符合程序,则不予签发。而且,此处签

发令状的司法官员当然不能是事后监督即行政诉讼中的法官,两者应该有所区别。事实上,英美国家就是这样做的,如美国就有专门的治安法官。这种做法值得我国借鉴。

### (三) 强调行政拘留中的比例原则

实践中出现这样一种错误的做法,即对于刑法的谦抑性,人们已经有所认识,认为能不判刑的就不判刑,能少判刑的就少判刑,已经摒弃了重刑主义。但是在行政拘留中,人们的思维却还没有转变过来,认为行政拘留大不了关20天,没有什么大碍。因此,在程序上,处罚实施的程度上,均没有做到恰当的安排。笔者认为,行政拘留也要适当强调谦抑性,强调谦抑性并不是说放纵违法行为,而是要贯彻行政法中的比例原则。

比例原则又称必要性原则或平衡原则,指采取行政强制措施和行政处罚行为的强度必须与被执行人违反法律的严重性相适应,不能超过必要的限度。在行政法上,无论是制定普遍性规则的行政活动还是传统的行政行为,都应当接受该项原则的规范和制约,并以此判断它的合法性。比例原则具体包括三个子原则:行政措施对目的的适应性原则,最小干预可能的必要性原则,禁止过分的适当性原则。对于行政拘留中的比例原则来说,就是要强调违法行为严重性与处罚强度之间的适应性,相当于行政拘留中的“罪责刑相适应”原则。在实务中不能仅仅以相对人态度不好等理由,而动辄关满15天或者20天。

### [参考文献]

- [1]魏振瀛.民法[M].北京:北京大学高等教育出版社,2007.
- [2]罗豪才.行政法学[M].北京:北京大学出版社,2004.
- [3]吴祖谋.法学概论[M].上海:上海人民出版社,2003.
- [4]浦兴祖.当代中国政治制度[M].上海:复旦大学出版社,2004.
- [5]李冬青.论治安拘留中的听证制度[J].山西广播电视大学学报,2007,(1).
- [6]缪世淮.我国治安管理处罚制度的重要发展与完善[J].四川警官高等专科学校学报,2005,(4).
- [7]邢浩.治安管理处罚实施中的若干问题研究[J].行政法学研究,2006,(3).