

劳动教养制度的终止与保安处分的法治化

时延安*

内容提要 在社会管理创新的语境下,如何依循法治原则预防犯罪是一个亟需认真思考的理论和实践问题。保安处分是预防犯罪不可或缺的法律制度,然而目前一些保安处分措施存在不同程度的合法性问题,其正当性根据也受到诸多质疑。其中,劳动教养制度存在的问题已经严重影响我国社会主义法制的形象,其存在的各种弊端成为不当干涉公民基本权益的隐患。完善我国保安处分制度,应提倡“重点突破、全面带进”的思路,即在废止劳教制度的同时,通盘考虑并解决目前各种保安处分措施存在的问题。实现保安处分措施的法治化,应首先解决合法化的问题,即形式上应明确保安处分措施的法律定位与权力归属,在实质上贯彻必要性和合比例性原则。

关键词 劳动教养 保安处分 合法性 正当性 犯罪预防

一、作为积极预防犯罪手段的保安处分概述

如何积极地预防犯罪,以合法且正当的制度及措施抑制引发犯罪的各种因素,是建设法治国家、完善社会治理的一个重大课题。对犯罪预防的发展历史进行梳理,可以将以公权力为主导的犯罪预防实践区分为两大类:一类是为社会以及特定人群设置防护屏障,避免犯罪发生或者降低犯罪发生的可能性,可以称为社会预防;另一类是针对具有犯罪或者实施严重危害行为倾向的个人的预防,可以称为个别预防。套用军事术语,前者是一种防御式的预防,后者是一种进攻式的预防。前一类预防通过治安政策、社会政策、福利政策、就业政策等,改善社会环境,消除影响社会稳定的经济因素和社会因素,对社会不稳定因素形成监控和约束,救济和扶助社会弱势群体等方式来实现预防。我国首创的社会综合治理模式,主要是在这个层面上进行设计,以解决犯罪预防问题。一些西方国家推行的“情境预防”模式^①也可以归入其中。后一类预防,则是通过实施惩罚和特定的措施来抑制个人实施犯罪或者严重危害行为。实现这类预防,已经能够清晰看到公权力与具体个人之间发生了外在的强制关系,从法律定位和功能属性看,可以进一步分为两类:一是通过刑罚适用实现预防。在理论上,特殊预防和一般预防被视为刑罚的目的。不过,过分夸大通过刑罚预防犯罪的作用,就会导致重刑主义。无论是中国古代法家的“以刑去刑”思想,还是美国一些州推行的“三振出局”的法律都具有明显的重刑主义倾向。企图通过重刑主义来实现犯罪预防,其正当性问题就会受到罪刑均衡原则(或者相当性原则)的拷问,受到朴素的正义观念的质疑。^②二是通过刑事或行政保安处分措施实现预防。由于这类措施的设置目的仅在于预防“未然之罪”,而并非对“已然犯罪”的报应,因而通过这类措施限制乃至剥夺个人基本权利,就会受到合

* 中国人民大学法学院副教授、刑事法律科学研究中心特聘研究员。

① 参见[英]戈登·休斯《解读犯罪预防——社会控制、风险与后现代》,刘晓梅、刘志松译,中国人民公安大学出版社2009年版,第75页。

② 对于美国“三振出局”的法律存在诸多质疑:法律应在量刑中过度考虑已经惩罚过的犯罪?如此惩罚是否违反美国宪法所禁止的“双重风险规则”,或者国际上公认的“一事不再理”原则?这种不分青红皂白的重刑政策是否会导致普通罪犯铤而走险?不过,美国联邦最高法院在 *Lockyer v. Andrade*(123 S. Ct. 1166, 2003) 一案中,以 5:4 微弱多数确认了加利福尼亚州的法律的合宪性。

法性的挑战^③。

本文聚焦于以劳动教养制度(简称“劳教制度”)为代表的保安处分措施。保安处分措施,是指由法律规定,针对具有实施犯罪或者其他严重危害行为危险的人员适用,以限制或剥夺人身自由、财产利益以及其他重大权益为内容,具有预防功能的处分措施。我国现行法律中并无“保安处分”的法律概念,不过,在学理上,一些论者以大陆法系有代表性国家和地区的立法例为参照^④,从法律功能的相似性出发,将现行行政法律和刑事法律规定的某些处分措施称为“保安措施”^⑤或者“保安性措施”^⑥,或者直接概称为“保安处分”^⑦。在现行法律没有明确使用这一法律概念的情况下,将之作为学理概念使用亦无可。尤其是观察最近刑事诉讼法等刑事立法的变革可以发现,现行刑事法律中若干法律制度已经和一些国家刑法规定的保安处分毫无二致。^⑧如此制度所规定的措施既非法律制裁,也非临时性的、为诉讼顺利开展提供辅助的强制措施,更非刑罚种类或者刑罚的执行方式,而是以预防犯罪或者严重危害行为发生为目的的、以限制或剥夺人身自由、财产权益或者其他重大权益为内容的、终局性的法律处分。以此为背景,将具有相同法律性质和功能的措施称为“保安处分”或者“保安处分措施”是能够成立的。

以作出规定的法律部门来划分,可以将现行法制中的保安处分措施区分为行政保安处分措施和刑事保安处分措施。前者包括:(1)劳动教养(1957年《国务院关于劳动教养问题的决定》、1979年《国务院关于劳动教养的补充规定》);(2)强制戒毒治疗(《禁毒法》第50条)^⑨;(3)吊销机动车驾驶证(《道路交通安全法》第101条);(4)限制或禁止执业,我国一些法律中规定,对于犯有一定罪行的人员,应限制或者禁止从事一定职业,例如,《公司法》第147条、《会计法》第40条、《注册会计师法》第40条;(5)强制治疗性病(《关于严禁卖淫嫖娼的决定》第4条第4款)^⑩;(6)未成年人工读教育(《预防未成年人犯

③ 通过对具体个人的教育性或福利性措施的运用来实现犯罪预防,也属于个别预防。在现行法制中,这类措施往往容易和第二种措施混淆,像劳动教养、收容教养、工读教育等保安性措施中就包含强制教育的内容,而强制戒毒治疗、强制性病治疗等也有一定的福利性特征,但第二种措施带有明显的强制色彩,因而虽然执行的内容和功能具有相似性,还是应将非强制性的、不具有剥夺或限制权利性质的教育性或福利性措施与第二种措施区分开来,因为两种措施的法律定位、权力归属以及适用程序都有明显差异。例如,针对因不满16周岁而不予刑事处罚或者免于刑事处罚的未成年人,或者被判处非监禁刑罚、被判处刑罚宣告缓刑、被假释的未成年人而采取的帮教(《预防未成年人犯罪法》第47条)就属于这类措施,而非保安处分措施。

④ 德国刑法典中规定的保安处分种类包括:(1)收容于精神病院;(2)收容于戒除瘾癖的机构;(3)保安监督;(4)行为监督;(5)吊销驾驶证;(6)职业禁止。参见徐久生译《德国刑法典》,法律出版社2004年1月版,第27页。意大利刑法典将保安处分区分为人身保安处分和财产保安处分,前者又分为监禁性的和非监禁性的:监禁性保安处分包括送往农垦区或劳动场、收容于治疗看守所、收容于司法精神病院、收容于司法教养院;非监禁性保安处分包括监视自由、禁止在一个或数个市镇或者一省或数省逗留、禁止去酒店和出售含酒精饮料的公共店铺、将外国人驱逐出境。财产保安处分种类包括:交纳善行保证金和没收财产。参见黄风译《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年10月版,第63-75页。瑞士刑法典中的保安处分包括:习惯犯的监禁、对精神病患者的保安处分、酒鬼、毒品瘾君子的治疗。同时该法将剥夺教育权和监护权、禁止执业或禁止经商、驱逐出境、禁止进酒店作为附加刑予以规定,而将保安没收、没收财产价值规定于“其他处分”。参见徐久生、庄敬华译《瑞士联邦刑法典》,中国方正出版社2004年版,第15-24页。我国台湾地区刑法规定的保安处分包括:感化教育、监护、禁戒、强制工作、强制治疗、保护管束和驱逐出境。此外,台湾地区曾施行《检肃流氓条例》,该条例规定的处分措施亦具有保安处分的特征。该条例于2009年1月6日被废止。

⑤ 参见苗有水《保安处分与中国刑法发展》,中国方正出版社2001年6月版。

⑥ 参见屈学武《保安处分与中国刑法改革》,载《法学研究》1996年第5期。

⑦ 参见侯宝田《我国现行法中的保安处分》,载《法律科学》1994年第4期。

⑧ 一般而言,刑法中的保安处分具有两个基本特征:(1)必须以实施刑法上的违法行为为前提,并且以将来实施违法行为之虞为要件;(2)保安处分是刑法上的法律效果,应以法院宣告为必要。参见马克昌《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第957页。以这两个标准来衡量,根据《刑法》和新《刑事诉讼法》的规定,禁止令、对依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗和违法所得没收,完全符合保安处分的特征。下文中所列其他各项措施,都符合上述第一个条件,只是决定机关并非法院,不过,根据现行法制,这些决定机关都有相应的实体处分权力。将这些措施统称“保安处分”或“保安处分措施”是从实质上给予界定的。

⑨ 据统计,截止目前,全国累计收治强制隔离戒毒人员36万余人,现在册强制隔离戒毒人员近15万人。参见周斌《全国累计收治强制隔离戒毒人员逾36万》,载《法制日报》2012年6月26日。

⑩ 该决定中行政处罚和行政措施的规定仍然有效。该款规定的保安性措施,即可以视为针对《刑法》第360条第1款传播性病罪而设。

罪法》第35条;(7)对外国人驱逐出境前的羁押(《出境入境管理法》第63条)^①。后者包括:(1)收容教养(《刑法》第17条第4款和《预防未成年人犯罪法》第38条);(2)精神病人强制医疗(《刑法》第18条、《刑事诉讼法》“依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序”);(3)刑事没收(《刑法》第64条和《刑事诉讼法》“犯罪嫌疑人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”);(4)禁止令(《刑法》第38条第2款、第72条第2款);(5)对附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人的矫治和教育(《刑事诉讼法》第272条)。

对保安处分措施的法律定位和权力归属至今仍存在诸多质疑,由此一方面影响到这些措施的实施以及效果,另一方面则因其“身份可疑”而承受民意与政治上的巨大压力。劳动教养的适用直接影响公民个人的自由权利,这一制度是否符合法治的基本要求,是否有违宪法所确立的人权保障原则?对此,就需要我们进行合法性上的探讨和论证,并为解决问题提供思路。其他保安处分措施,在合法性上也存在程度不同的问题,也应予以认真研析、检讨,并提出相应的优化方案。从一定意义上讲,劳教制度存在的合法性问题,在其他保安处分措施中也或多或少有所体现,因而对劳教制度进行法治化的处理,也为其他保安处分措施的完善提供了参照标准。进言之,完善我国保安处分制度,可以采取“重点突破,全面带进”的思路,即以解决劳教制度为突破口,进而带动我国保安处分制度的全面法治化。毫不夸张地说,以劳动教养为代表的各种保安处分措施,已经成为我国现行法制的“阿喀琉斯之踵”,在大力建设社会主义法治国家的今天,我们必须要认真面对并妥善解决这类制度存在的各种问题。

二、劳教制度的合法性缺失与现实积弊

毋庸置疑,劳教制度在特殊历史时期发挥了稳定社会治安、积极预防犯罪的功效。不过,由于这一制度所依据法律文件的先天不足,以及实践中过度放大了其预防犯罪、维护稳定的作用,更是由于相关权力的行使缺乏必要的制约而导致一定程度滥用现象的发生,因而这一制度的实践对我国法治国家的建设、依法行政的推行造成了诸多消极影响。自《立法法》于2000年3月15日通过以来,在过去十余年里,对劳教制度的批评之声不绝于耳。理论界对其合法性问题以及由此导致的各种现实弊端进行了深入分析和研讨,并提出有关废除或改良的诸多方案。2012年发生的几起有关滥用劳动教养的案件^②,经媒体曝光并在互联网上广泛讨论后,更是引发公众对劳教制度的反思和批评,废止劳教制度在公共舆论中已经形成主流意见。无论以法治国家的基本要求来衡量,还是从民意的广泛诉求出发,今天都应该对劳教制度进行全面审视,并着手让这个已经实施半个多世纪的制度退出社会治理的“舞台”。

(一) 劳教制度的合法性审视

让一项制度明明白白地“终结”,应当从其合法性和现实弊端两个角度去分析和论证。对废止劳教制度的必要性展开讨论,首先就要澄清劳教制度合法性存在的重大缺失。在中文语境下,合法性的概念是多义的,有时指合法性(legality),有时则指正当性(legitimacy)^③。如此多义主要是翻译的问题,以及对“法”和“法律”理解上的差异。后者是在实定法之上提出判断实定法的标准,而前者则是在既定法制之内进行判断。对于保安处分措施而言,应分别讨论其合法性与正当性问题。关于保安处分措施应否存在的问题,应置于正当性层面予以讨论。本文所使用的合法性概念,是在合法性的层面使用的,并将合宪性问题置于其中加以讨论,以下将在三个方面展开:一是现有保安处分措施的法律根据问题;二是这些保安处分措施的法律定位和权力归属的宪法根据问题;三是有关保安处分措施的法律规范是

^① 该条规定,被拘留审查或者被决定遣送出境但不能立即执行的人员,应当羁押在拘留所或者遣返场所。结合该法第59条规定看,该项保安性措施的目的在于防范这类外国人实施违法行为乃至犯罪行为。

^② 影响比较大的案件如“唐慧案”、“方洪因言获罪案”、“龚汉周两次劳教案”。参见徐凯等《“劳教”废改困局——中国劳教制度的历程和演变》,载《新华月报》2012年10月号上半月。

^③ Legitimacy多指一项制度是否能被公众视为合理并加以接受,是在“超法律”层面而言的,因而译为“正当性”可以避免混淆。参见[德]马克斯·韦伯《学术与政治》,冯克利译,三联书店1998年版,第118页,注③。

否有违实质的正当程序原则的要求。对劳教制度合法性的讨论,即可从这三个层面展开。

1. 劳教制度法律根据的合宪性问题

对劳教制度法律根据合宪性的讨论,就是分析、判断劳教制度所依据的规范性文件是否符合现行《宪法》以及《立法法》的规定。这就是凯尔森所提出的法律的合宪性(constitutionality)问题,即“如何保证一个低级规范应符合决定其创造或内容的高级规范”。^⑭ 迄今为止,作为劳教制度存在的法律根据,就是1957年《国务院关于劳动教养问题的决定》和1979年《国务院关于劳动教养的补充规定》。2002年4月12日公安部印发的《公安机关办理劳动教养案件规定》(以下简称《办理劳教案件规定》)和2005年9月13日公安部发布的《关于进一步加强和改进劳动教养审批工作的实施意见》(以下简称《实施意见》)则细化了相关的实体和程序性规定。从历史的角度分析,1954年《宪法》和1978年《宪法》只赋予全国人大常委会制定法令的权力。考虑当时特殊的历史背景,上述两个关于劳动教养的规范性文件,系由全国人大常委会批准,在当时看来,其效力可视同法律^⑮,而不是今天意义上的行政法规(即1982年《宪法》和2000年《立法法》意义上的)。这一基于历史分析的辩解,或许可以缓解对劳动教养法律根据的质疑。但是,在宪法与相关宪法性文件已经发生重大变化的情况下,上述规范性文件的“身份”却令人质疑。所谓“皮之不存,毛之焉附”。根据现行《宪法》,只有全国人民代表大会及其常委会有权制定法律,而根据《立法法》第8条第5项规定,“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”,只能制定法律。既然作为根本法的宪法都变了,上述规范性文件再依据已经失效的宪法条款来证明自己的合宪性,就难以形成说服力。

即便根据当时施行的《宪法》(即54年宪法和78年宪法)认为上述两个规范性文件属于法律,通过制定部门规章的形式扩张劳动教养的适用范围,其法律根据也是明显不足的。进言之,部门规章超出两个规范性文件规定的适用范围,其超出部分就缺乏法律根据。《办理劳教案件规定》第9条规定,劳动教养的适用对象包括10类,其范围已经超出上述两个规范性文件的规定。例如,《国务院关于劳动教养问题的决定》第1条第1项规定,对“有不追究刑事责任的盗窃、诈骗等行为,违反治安管理、屡教不改的”,可以适用劳动教养,该项明确将“屡教不改”作为其适用的限制性条件;而《办理劳教案件规定》中并未设定类似限制条件,因而其适用范围实际上已经大大超越了上述规范性文件所确定的范围。《办理劳教案件规定》在规规定劳动教养对象时援引的法律根据除了上述两个规范性文件外,还引用1982年1月21日《国务院关于转发公安部制定〈劳动教养试行办法〉的通知》作为行政法规上的依据,但实际上,《办理劳教案件规定》的适用范围也超出《劳动教养试行办法》的规定;更何况,该试行办法规定的对象范围和适用条件已经超出了上述两个规范性文件的规定。此外,在以往的实践中,一些地方性法规通过制定实施条例的形式,事实上扩张劳动教养的适用范围,这种做法更是明显与《宪法》、《立法法》相违背,甚至也不符合上述两个基本规范性文件的规定。^⑯

需要提及的是,有论者认为,劳教制度的存在也不符合《行政处罚法》第9条的规定,因为根据该条规定,只有法律才能设定限制人身自由的行政处罚。^⑰ 《行政处罚法》的出台确实推动了理论界对劳教制度合法性的讨论。不过,这一观点显然将劳动教养的法律性质界定为行政处罚。^⑱ 对劳教制度的法律性质历来存在多种不同认识^⑲,从劳教制度所依据的规范性文件的表述看,应界定为强制性教育措

^⑭ [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年1月版,第296页。

^⑮ 有学者将这类规范性文件称为“准法律”。参见杨建顺《在“中国劳动教养立法理论研讨会”上的发言》,载储槐植等主编《理性与秩序——中国劳动教养制度研究》,法律出版社2002年版,第386页。

^⑯ 参见陈瑞华《劳动教养的历史考察与反思》,载《中外法学》2001年第6期;陈兴良《刑法法论》,中国人民大学出版社2007年版,第309页以下。

^⑰ 前引⑤,第154页。

^⑱ 参见杨建顺主编《行政法总论》,中国人民大学出版社2012年版,第195页。

^⑲ 参见赵秉志、杨诚主编《中国劳动教养制度的检讨与改革》,中国人民公安大学出版社2008年版,第206页。

施,但国务院有关文件中也曾称之为“行政处罚”。^②在法理上推演,劳动教养并不属于行政处罚,因为行政处罚是针对行为人已实施违法行为而进行的惩罚,具有一定的报应性;而劳动教养的适用,虽以行为人实施违法行为乃至不负刑事责任的犯罪行为为前提,但其实质的适用根据是针对行为人未来可能实施严重危害社会行为的人身危险性,因而其具有明显的预防性,也正基于此,在学理上将其归入保安处分措施当中。因此,以《行政处罚法》第9条来直接判断劳动教养的合法性问题并不妥当。

2. 依据《宪法》中权利条款判断劳教制度的合宪性

上述关于劳教制度法律根据合宪性的讨论,只是在形式上指出其法律根据的缺失,如果从现行《宪法》有关公民权利的规定(即“权利条款”)进行分析、判断,会发现该制度实质性地违反了宪法中的权利条款。《宪法》第37条是关于人身自由保障的条款,其意义和地位无疑具有统领性和约束性:统领性表现在,对现行法律中任何有关人身自由的规定形成统领,相对于《宪法》第37条而言,这些具体法律规定具有派生性;约束性表现在,行政法律和刑事法律有关限制和剥夺人身自由的条款应受该条的约束,不得违背该条的意旨。该条第2款规定“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”从《宪法》第37条的统领性和约束性作用出发,此处的“逮捕”不应限于刑事诉讼法中规定的作为刑事强制措施的逮捕,而是应指任何与刑事诉讼法中逮捕具有相同强制力、相同权利剥夺效果的法律强制措施和处罚,由此,该条款实际上设定了两条标准:一是期限标准,但凡与逮捕期限相当或者长于逮捕期限的强制性措施和处罚,应由法院或检察机关批准和决定。二是决定机关标准,即凡是与逮捕具有同等或者更重惩罚效果的强制性措施和处罚,其决定权应与刑事诉讼法规定的逮捕相同,即由法院决定或者检察机关批准或决定。

以上述标准来衡量劳教制度,会明显地看出现行劳教制度的缺陷。根据《国务院关于劳动教养的补充规定》第3条,劳动教养的期限为1年至3年,必要时得延长1年。《实施意见》将劳动教养的最高期限缩短为2年,并扩大了劳教所外执行的范围。从目前实践看,劳动教养的执行方法更为社会化,更具开放性,但是,实践中仍以实质性的剥夺自由作为主要的执行内容^③。显然,其在执行期限及严厉程度方面都远远超出了刑事诉讼中的逮捕,因而根据上述《宪法》规定,其审批权限应归于法院。^④但是,根据《国务院关于劳动教养的补充规定》,劳动教养的审批机关是省、自治区、直辖市和大中城市劳动教养管理委员会。《办理劳教案件规定》第2条则规定“劳动教养审批委员会的日常工作由本级公安机关法制部门承担。”从劳教制度的实际运作情况看,基本上是由公安机关行使审批权,而没有归于法院,这就与《宪法》第37条第2款所确立的基本原则相违背。

3. 以实质的正当程序为视角对劳教制度进行分析

实质的正当程序(substantive due process)的观念直接源自美国宪法,其第14条修正案有关正当程序的规定被认为包含程序和实质两个方面。实质的正当程序原则的基本要求就是,以宪法为基准对现行法律加以实质性考察,判断法律的合宪性,并对欠缺实质合理性的法律进行纠正或废止,进而限制公权力滥用并保障人权。就刑事法而言,实质的正当程序原则的运用,主要用来判断是否符合明确性的要求,法律规定是否存在任意、模糊的情形,以及是否符合正义、平等的观念。由于该原则与罪刑法定原则的精神相吻合,因而也被具有大陆法系传统的日本引入到刑法基础理论中。^⑤实质的正当性原则的内

^② 参见1991年国务院新闻办公室《中国人权状况》。

^③ 2004年12月13日司法部发布的《关于进一步深化劳教办特色推进管理工作改革的意见》第2条规定“封闭式、半开放式、开放式管理是对劳教人员实施执法管理的三种基本模式。封闭式管理是基础,半开放式管理是主要模式,开放式管理应当严格控制”;“封闭式管理是对劳教人员所内活动范围、待遇予以严格限制的管理。封闭式管理的对象是新收容的劳教人员、未经过戒毒期的戒毒劳教人员、有重大犯罪嫌疑的劳教人员以及其他不适宜实行半开放式管理的劳教人员。对所有新收容的劳教人员应当实行不少于三个月的封闭式管理(含入所教育时间)。”从该规定看,封闭式管理实质就是在一定期限内剥夺劳教人员的人身自由。

^④ 检察机关属于法律监督机关,不应具有这一权限。

^⑤ 参见[日]大塚仁《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2007年版,第71页。[日]曾根威彦《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年8月版,第13页以下。

涵比较丰富,而援用这一原则对劳教制度进行分析,可以着重从明确性^④和相当性^⑤两个具体原则进行分析。借助实质的正当程序理论进行分析,也是在实质层面探讨劳教制度的合宪性问题。

作为劳教制度法律根据的两个基本规范性文件,其实体性和程序性规定,都存在相当的模糊性,有关劳动教养适用对象、条件的条文规定明显界限不清,有关程序性规定模糊且具有较大弹性。虽然《办理劳教案件规定》中很多条文表述与两个基本规范文件存在差异,并突破后者的一些实体性规定,但比较而言,该规定在很大程度上克服了两个规范性文件存在模糊不清的问题,在适用对象范围、条件、适用程序、执行等方面的条文表述更为清晰、明确。不过,即便如此,该规定的若干条文仍然存在一定的模糊性问题。例如,有关适用对象的条文(第9条)中多项规定中都有“尚不够刑事处罚”的表述,这一规定意在厘清与刑罚适用对象的界限;但是,如果阅读《治安管理处罚法》第2条“尚不够刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚”的规定,会发现这里存在一个严重的模糊不清问题:就是行为人实施了一定的违法行为,“尚不够刑事处罚的”,究竟是应该适用治安处罚,还是适用劳动教养,抑或合并适用?如果可以合并适用,那么,劳动教养的适用条件和根据与治安管理处罚就不应该是相同的。学理上之所以将劳动教养理解为保安处分措施,其理由就在于它具有预防犯罪的功能,因而适用劳动教养的合理根据应从衡量适用对象的人身危险性来加以说明,但是,该规定并未着眼于此,而是突出强调将行为人是否实施(或者再次实施)违法行为作为适用劳动教养的主要依据。再如,该规定11条第3款规定,“违法犯罪嫌疑人为抗拒审查、逃避惩罚而自伤、自残,符合劳动教养条件的,应当依法决定劳动教养”,这里的“违法犯罪嫌疑”应理解为违法犯罪事实尚未查清的情形,而在事实不清的情况下,又凭什么作为劳动教养的事实根据呢?

相当性原则,又称为比例原则^⑥或者合比例性原则。以该原则来衡量劳教制度,会发现该制度存在两方面的问题:(1)外部的相当性问题,即与刑罚、行政处罚在权利限制和剥夺程度的不协调。如前所述,劳教制度存在的合理根据在于预防犯罪,而适用劳动教养的实质根据就是适用对象的人身危险性;对人身危险性的判断,应依据行为人的违法犯罪行为所表现出的客观事实加以判断,所以在行为人的危害行为已经构成犯罪的情况下,其人身危险性更高,因而应对其适用权利限制、剥夺感较高的刑罚。《办理劳教案件规定》第4条第2款即规定,“对构成犯罪的,依法应当追究刑事责任的行为人,不得决定劳动教养。”然而,现行《刑法》规定的刑罚种类包括管制和拘役,其权利限制或剥夺程度低于劳动教养,如此就形成明显反差:对于人身危险性较高的人可能适用程度较低的管制或拘役,而对于人身危险性较低的人却适用程度较高的劳动教养。如此,显然不成比例。这样的现象也同样存在于劳动教养与治安处罚之间。对于长期违法的人来说,假设该人每次所受治安处罚皆为治安拘留15天,那么,多次拘留的时间累积,也很难达到劳动教养适用的最低期限(1年),从这个角度看,劳动教养与行政处罚之间也是不成比例的。(2)内部的相当性问题。上述规定第44条规定“决定劳动教养的期限,应当与违法犯罪嫌疑人的违法犯罪事实、性质、情节、动机、社会危害程度及应当承担的法律责任相适应。”该规定意旨在于确保劳动教养适用的合比例性,这一点是应当予以肯定的。然而,这一规定将劳动教养期限与“违法犯罪事实、性质、情节、动机、社会危害程度及应当承担的法律责任相适应”,实际上将劳动教养看作一种行政处罚了,因为它将劳动教养作为一种基于违法犯罪及法律责任的法律后果。继续推演就会形成这样的结论:行为人实施违法犯罪行为,既要适用治安处罚或追究刑事责任,又有可能被适用劳动教养,如此一

^④ 德国《基本法》第103条第2款规定:只有当一行为的可罚性在该行为实施前明定于法律时,该行为始受处罚。从该条款引导出明确性要求:在明定刑罚和保安处分方面,需要在法律中尽可能地明确规定进行刑事干预的先决条件,并尽可能地对刑事法官的自由裁量权进行必要限制。参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第33页以下。

^⑤ 在刑法中,从实质的正当程序原则出发,犯罪与刑罚之间明显失衡的规定就违反了罪刑法定原则实质侧面的要求,即罪刑均衡原则。参见黎宏《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,第52-53页。罪刑均衡原则即体现了相当性的观念。

^⑥ 参见林钰雄《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第22页。

来,岂不形成“一事双罚”的局面?显然,这一规定所确立的劳动教养适用的相当性原则存在根本缺陷。确立劳动教养适用的相当性原则,只能在劳动教养期限与适用对象的人身危险性之间建立起比例关系:人身危险性越大,则教养期限越长。该规定在对待这一问题上显然没有做这方面的努力,如此也就导致劳动教养法律性质的混淆不清,进而在实际操作中被作为一种惩罚性措施对待,甚至作为刑罚的替代措施加以使用。

通过以上三个方面对劳教制度合法性问题的分析,可以看出,这一制度赖以存在的法律基础存在严重问题,明显违背法治的基本要求。其后果就是劳动教养的权力来源不清、法律性质不明、权力边界模糊、权力行使任意、权力约束缺乏、权利救济渠道狭窄,如此也就难以有效遏制滥用劳动教养的情况发生。

(二) 劳教制度运作中的现实积弊

正是由于存在如此严重的合法性问题,劳动教养实践也必然存在各种弊端,一方面因其滥用而导致侵犯人权的现象屡屡发生,另一方面,因其滥用而严重影响了政府的权威和公信力。实践中,滥用劳动教养的现象并非个别的孤立事件,其与这一制度存在的法律缺陷具有密切关系。这类现象的出现也并非新鲜事物,是长期以来形成和积累的问题,因而可称为“积弊”。劳教制度运作中的现实积弊,择其要者,可以归纳为三个方面:

1. 违反程序中立原则,缺少制约滥用劳动教养的机制

从规范性文件的表述看,劳动教养的审批机关是劳动教养审批委员会,看起来是由一个相对中立的机构来决定是否适用劳动教养,然而,实践中却由公安机关来行使。《办理劳教案件规定》第2条第2款规定,“劳动教养审批委员会的日常工作由本级公安机关法制部门承担。”这一规定也认可这一做法。这或许符合行政效率原则,且便于公安机关有效维护社会治安,然而由此带来的弊端更为严重,极可能导致滥用劳动教养权限的现象发生,进而侵犯公民的个人权益。有关法律正当程序的基本要求“任何人不得为自己案件的法官”,即要求裁判者的中立性和利益无涉性,而裁判者的中立,可以确保裁判的公正性,有效防止权力滥用的现象。目前劳动教养的实践,显然违背这一基本要求,因而在制度设计上就缺乏有效限制权力滥用的机制。最近发生的几起针对上访者、公开批评者的劳教案件,能够明显地看到滥用劳动教养的情况,而这种情况之所以发生,其根本症结就在于现有程序中没有必要的权力制约机制。

2. 由于规范性文件规定模糊,导致任意扩张劳教适用范围的现象发生

在《办理劳教案件规定》出台前,由于劳教制度所依据的规范性文件对适用范围及界限规定得十分模糊,因而在实践中任意扩张劳教对象范围的现象十分突出,有的地方性文件甚至规定,收购礼品烟酒者可以被判处劳动教养。^{②7}考虑到现实中存在这一突出问题,该规定第9条对劳动教养适用对象作出了相对明确的限定,对此应当予以肯定。不过,即便如此,在现实中任意扩张劳教适用范围的情况仍屡屡发生,其根源仍在于相关规定的模糊性。具体表现为两种情形:一是为曲解相关规定扩大劳教适用范围提供了可能。例如,该规定第9条第5项规定“危害国家安全情节显著轻微,尚不够刑事处罚的”,应当依法决定劳动教养。在法理上分析,对“危害国家安全”的界定,应以《刑法》分则第1章有关危害国家安全罪的规定和《国家安全法》第4条对“危害国家安全的行为”的规定为准,而不能随意扩大“危害国家安全”行为的范围。然而,在实践中却曾出现过,将公民语言过激的行为视为“危害国家安全”并对其适用劳动教养的情况。这种情形发生的根源即在于,该规定并没有在条文中明确指明其与相关法律的关系,也未在条文中界定“危害国家安全”的具体范围,由此就为一些执法人员刻意曲解该项规定提供了“方便之门”。二是为利用规范性文件模糊性随意扩大劳教适用范围提供了便利。例如,该规定第9条第5项规定“无理取闹,扰乱生产秩序、工作秩序、教学科研秩序或者生活秩序,且拒绝、阻碍国家机关工作人员依法执行职务,未使用暴力、威胁方法的”,应当依法决定劳动教养。“无理取闹”是一个

^{②7} 参见陈兴良《劳动教养制度——一个文本的研究》,载前引⑮,储槐植等主编书。

相当模糊的用语,因而判断何为“无理取闹”具有相当的主观性和任意性,这就为一些执法人员留下了可以任意扩张解释的空间。在实践中,就出现了将公民的正当权益诉求界定为“无理取闹”进而对其适用劳动教养的情况。

3. 将劳动教养作为刑罚的替代措施

《办理劳教案件规定》第9条第2款规定“对实施危害国家安全、危害公共安全、侵犯公民人身权利、侵犯财产、妨害社会管理秩序的犯罪行为的人,因犯罪情节轻微人民检察院不起诉、人民法院免于刑事处罚,符合劳动教养条件的,可以依法决定劳动教养。”该条规定的存在,直接导致两个后果:一是对已适用相对不起诉或免于刑事处罚的犯罪人,却施以权利剥夺效果更强的劳动教养,从而有违相当性原则。例如,瞿某、代某和侯某三人共同盗窃,因侯某作案时不满18周岁,在审理过程中法院依据相关规定建议检察机关撤诉。撤诉后,检察机关将侯某移交公安机关,建议作其他处理。而后法院分别判处瞿某、代某拘役6个月,侯某则被某市劳动教养管理委员会决定劳动教养3年。^②二是在实践中,该条为一些执法机关以劳动教养作为刑罚替代措施的做法提供了依据。在有的案件中,个别地方公安机关将因证据不足、事实不清而未被依法起诉或宣告无罪的人适用劳动教养,或者对未达到定罪标准的违法行为人适用劳动教养。

通过对劳教制度合法性问题的分析和现实积弊的概述,我们可以比较清楚地认识到废止劳动教养制度的必要性。由于现行劳教制度与法治理念和精神相去甚远,因而与其扬汤止沸式地走改良道路,不如予以釜底抽薪般的废止。当然,废止劳动教养制度,并不意味着完全否定这一制度的合理性。储槐植教授曾指出,“一项制度的存在是否合理,评判基准盖为特定时空条件下是否符合最大多数人的最大利益。”以这一标准衡量,劳教制度的存在有其合理性。^③在过去半个多世纪里,这一制度对于维护社会稳定、预防违法犯罪具有积极的作用。不过,以法治原则和标准来衡量,一项欠缺合法性的制度,即便具有合理性,其存在也是令人质疑的,而当这一制度的实施容易导致侵犯人权的现象发生时,其正当性也就丧失殆尽。自本世纪以来,对劳动教养制度的批判不绝于耳,在2012年,更是引发公众的广泛批评。对于劳教制度的合法性缺失问题,最高立法机关也曾考虑通过制定新法确定新的制度来替代劳教制度。^④虽然直到今天,新法及新制度的身影仍无处寻觅,但可以看到,最高立法机关通过立法方式,已经在不断限缩劳动教养的实际适用范围,为彻底废止劳教制度创造条件。例如,《禁毒法》中规定了强制隔离戒毒,从而将吸毒人员从劳教制度的适用范围中区别出来,使劳动教养的实际适用数量大大降低。《刑法修正案(八)》将扒窃行为直接规定为盗窃罪的一种具体形式,也有助于减少劳动教养的实际适用数量。截止目前,正在接受劳动教养人数为6万多名^⑤。这为废止劳教制度创造了一个难得的外部条件。

三、其他类型保安处分措施存在的合法性问题

劳动教养制度存在的合法性问题,在其他类型保安处分措施中也或多或少地存在。上述对劳教制度合法性问题及现实积弊的分析也提示我们,有必要全面审视其他类型保安处分措施存在的合法性问题。

(一) 合宪性方面的评析

在过去二十年里,引发“合宪性危机”的话题多与保安处分措施有关。除了劳教制度外,收容审查、收容遣送都在不同程度上引发了合宪性的质疑。收容审查曾是公安机关为查清特定人的身份和违法犯罪行为而采取的一种行政强制措施,其根据是1978年公安部《关于整顿和加强对流窜犯罪分子收容审

^② 参见滑力加《从侯某案看——“关于劳动教养问题的决定”修改的必要性》,载《检察日报》2002年2月25日。实践中还曾经出现这样的案例:法院对一个违法犯罪团伙的主犯判刑1年,从犯被免除处罚,但被决定劳教3年。后来就出现了主犯刑满释放后到劳教所探望从犯的“奇怪”现象,参见马展宏《劳动教养制度与法治的冲突和改革探析》,载《广东法学》2003年第3期。

^③ 储槐植《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年10月版,第297页。这一标准的立场具有明显的功利主义色彩。

^④ 参见戴玉忠、刘明祥主编《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京大学出版社2008年版,第490页。

^⑤ 参见林平《司法部专家:我国被劳教人员达6万多 应严格界定劳教对象》,载《检察日报》2012年10月18日。

查工作的通知》等一系列部门规章。^② 该制度于1996年修订《刑事诉讼法》时被废止。废止这一制度的理由,就是该制度易导致严重侵犯公民自由权利现象的发生^③,而如果以此后颁布的《立法法》的视角看,这类规范性文件法律位阶太低,根本无权规定限制乃至剥夺公民自由的强制措施。收容遣送既是一种安置、教育城市流浪乞讨人员的行政救济性措施,也是一种预防这类人员实施犯罪的手段。因“孙志刚”案而引发了对收容遣送制度广泛而深刻的质疑和批判,是本世纪以来有关现行制度合宪性讨论的最大热点之一。对收容遣送制度的合宪性检讨包括两个方面:一是这一制度违背了宪法所保障的公民平等权和人身自由权利;二是1982年5月国务院批准的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》以及1991年国务院《关于收容遣送工作改革问题的意见》,违背了《立法法》有关立法权限的规定。^④ 这场合宪性危机,以国务院出台《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》、废止《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》而告结束。在此次《刑事诉讼法》的修改期间,有学者对收容教养的合宪性问题提出质疑。^⑤ 如上引发合宪性质疑的保安处分措施,其症结就在于违反了《宪法》中人身自由保障条款;同时,根据《立法法》第8条、第9条的规定,限制人身自由的强制措施和处罚属于法律“绝对保留”的范围^⑥,没有法律规定,不得限制和剥夺公民的人身自由,而这些措施却由部门规章所设,或者虽有法律规定,但相关制度的基本实体和程序性条款由部门规章规定。对一项制度或者规范的合宪性考察和评价,还应考虑另外一方面,就是实施这一制度或者适用某一规范的权力是否符合宪法上的要求。^⑦ 因而对于现有保安处分措施合宪性的讨论,可以从宪法中的权利条款和权力条款两方面予以展开:

1. 从宪法的权利条款进行判断

刑罚之外,“其他的处罚(如行政处罚)、治安措施(如驱逐外国人)或社会防卫措施(如对精神病人、流浪者的收容)都必然对人的基本权利造成侵害。”^⑧ 现有保安处分措施对个人权利的影响,主要表现在三个方面,即人身自由权、财产权和平等权。

对收容教养的合宪性质疑,是从人身自由权保障的角度来加以论述的。精神病人强制医疗、强制隔离戒毒也存在同样的问题。过去一段时间发生多起“被精神病”案件,从中能够看出精神病人强制入院制度存在的严重问题^⑨。通过制定法律以达到《立法法》第8条、第9条规定的要求,实际上只解决了形式上的合宪性问题,而贯彻法治要求,还应考察和着力解决实质上的合宪性问题。收容教养、强制隔离戒毒、精神病人强制医疗都会形成对人身自由的实质限制乃至剥夺,而且适用期限不仅远远长于刑事诉讼中逮捕的法定期限,也重于管制、拘役以及短期有期徒刑。同样,根据《宪法》第37条第2款确定的决定机关标准和期限标准,这些保安处分措施都应由法院决定是否适用。如果以该实质标准来衡量,目前只有对不负刑事责任的精神病人的强制医疗基本上解决了合宪性问题。此外,对于强制性病治疗、未成年人工读教育,也会提出相同或相似的问题,也需要经受宪法中权利保障条款的考验。

私人财产权保障问题,是以往理论研究和相关立法的“盲点”,也正因为如此,在刑事司法实践中查封、扣押涉案财产以及进行刑事没收、拍卖违法所得等司法活动时常引发争议。争议焦点集中在三个方面:(1)应没收财物的范围。就违法所得而言,直接通过犯罪获取的财物(即狭义的违法所得),自然应

^② 参见周水清《对收容审查立法问题的探讨》,载《公安大学学报》1990年第6期。

^③ 参见陈卫东《刑事诉讼法修改背后的故事》,载《光明日报》2011年3月10日。

^④ 参见张千帆主编《宪法学(第二版)》,法律出版社2008年版,第4-5页。

^⑤ 参见董之伟《刑法修改要切实贯彻民主人权法治原则》,载中国法学会网 <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=29682>, 2012年6月1日访问。

^⑥ 参见胡卫列《劳动教养制度应予废除》,载《行政法学研究》2002年第1期。

^⑦ 在德国,关于保安处分合宪性(Verfassungsmässigkeit)的讨论集中于三点:是否违反人权、是否违反确定性、是否存在非法的双重处罚。由于德国刑法采刑罚与保安处分双轨制,且在刑法中给予明确的法律定位,因而这些质疑已被化解。参见前引^④[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特书,第980页。

^⑧ [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第15页。

^⑨ 随着新《刑事诉讼法》和《精神卫生法》的施行,这类问题应该会有明显的改观。

包含其中,而对狭义的违法所得的衍生物(如孳息、经营利润、投资收益等)应否纳入其中?如果犯罪人将合法财产和狭义违法所得混同地运用于投资,则应如何没收和追缴?如果犯罪人将犯罪所得和收益用于家庭生活,乃至用于赡养老人、抚养子女,则应如何予以追缴或没收?类似问题,迄今仍无法律明确规定。(2) 供犯罪所用的本人财物的范围。对于犯罪人使用价值巨大的财物损害他人价值较小的财物,或者实施社会危害较小的行为,应否对用于犯罪的财物进行没收?如果从《刑法》第64条规定看,应当予以没收,但如此结论有违相当性原则,会给犯罪人造成比适用罚金更大的剥夺感。(3) 相关程序存在诸多问题。例如,违法财产的拍卖常常引发争议。从制度上找原因,即在于缺少明确而合理的程序性规范。有关限制和剥夺公民权利的条款模糊不清,在适用这些条款时就很可能导致公民权利受到不当侵犯。财产权亦是公民的基本权利,因而刑法和行政法律中有关限制和剥夺公民财产权利的条款就要经得起合宪性的挑战。^⑩

从形式上看,吊销机动车驾驶证(或称禁止驾驶)是一种撤销行政许可的行为,限制或禁止执业是对个人民事行为能力能力的限制,但两者实际上都涉及《宪法》第33条第2款“在法律面前人人平等”原则的理解与贯彻;进言之,如此保安处分措施是否有损公民的平等权?对此,首先要区分一个人具有的能力和依法取得的资格。个人能力与一个人的生活质量相关,依法取得的资格则意味着能否使这种能力被认可;如果这种能力不被认可,进而严重影响到一个人的基本生活时,就可能对这种不认可提出质疑。就禁止驾驶而言,在一个“汽车社会”里,能否驾驶机动车直接与一个人的生活状态、生活质量乃至就业联系在一起,可否驾驶机动车,也就意味着一个人能否获得与其他人享有同样生活水平的资格。从这个意义上讲,禁止驾驶必然涉及行政相对人所享有的宪法所确立的平等权。就限制或禁止执业而言,则关涉平等就业的权利。限制或禁止某人从事一定的职业,实际上就在一定范围内限制了其平等获得就业机会的权利。对于一个长期从事特定职业的中年人来讲,禁止其继续执业,其剥夺感不亚于财产刑,因为如此对其造成的经济利益和正常生活方面的不利影响可能更大。因此,对于行政法律中设置的、以预防再犯为目的的保安处分措施,就需要考虑合宪性问题:一要考虑相当性原则,即这种对公民平等权形成限制或剥夺的处分措施,与其再犯的个人危险性之间是否呈正相关关系;二要考虑是否设置必要的权利救济措施,即如果某人已经没有再犯可能,是否有相应的法律渠道使其“复权”。^⑪

2. 从宪法中的权力条款进行判断

宪法中关于国家机构的规定,其中包含了国家重要权力的配置和具体职能。从宪法有关权力归属的规定来分析,判断实践运作中的具体权力是否符合宪法中权力条款的规定,就成为评判一项制度或规范是否合乎宪法要求的重要内容。从这个角度进行判断,应着重考虑两个方面:一是一项具体权力在宪法上的根据何在?二是一项制度或规范所涉权力应由哪一机构或部门行使才符合宪法有关权力配置的规定?就现有保安处分措施而言,可以进行权力来源和权力归属两方面的评析。

关涉公民基本权利之权力的宪法根据为何,是一个非常重要的合宪性问题。在美国,对于精神病人和未成年人的特别保护和管理,其根据在于国家监护人权(Parens patriae)和治安权(police power)^⑫。实际上,我国宪法中一些条款也体现相似的权能。《宪法》第46条第2款规定“国家培养青年、少年、儿

^⑩ 美国联邦刑事没收条款就曾受到合宪性挑战,主要是从其宪法第八修正案“不得处以过重的罚金(no excessive fines imposed)的规定进行判断。在U. S. v. Bajakajian (524 U. S. 321, 1998)案中,联邦最高法院认为,根据“过度罚金条款(the Excessive Fines Clause)的宪法要求的基石即在于比例性原则。没收的数额必须与应被惩罚的犯罪的危害程度建立某种联系。See Norman Abrams and Sara Sun Beals, Federal Criminal Law and Its Enforcement, Thomson and West, 2006, p. 919.

^⑪ 在德国、意大利、瑞士、韩国等国家刑法中规定的“复权”,是指恢复因判处资格刑而被剥夺权利或资格的人的相应权利。参见马克昌主编《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年12月版,第716页。不过,对于以剥夺特定资格的保安处分措施来说,也存在同样的问题,应以同样的法律精神和原则对待之。参见[意]杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第352页。

^⑫ 常译为“警察权”。在中文语境下,警察权属于行政权,且是由警察机构来行使的权力。这一用语范围实际上小于治安权(police power),在后者语境下,属于治安事项的裁决权主要由法院来行使。

童在品德、智力、体质等方面全面发展。”该条即可以视为收容教养、未成年人工读教育的两项制度的权力来源。《宪法》第28条规定“国家维护社会秩序,镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动,制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动,惩办和改造犯罪分子。”该条则视为所有保安处分措施权力的宪法根据。也就是说,国家为维护秩序而采取预防性措施,有着宪法上的根据。不过,如上两条宪法根据,只是解决保安处分措施的一般权力来源的合宪性,而这类制度的合宪性的完全建立,还应考虑与人权保障之间如何平衡的问题。也就是说,只有实现国家维护社会秩序与保障人权之间的基本平衡,才可能从两方面确保这一制度的合宪性。

具体保安处分措施的权力归属问题更为复杂。对此,主要考虑两个方面:一是这类措施的决定权应归属于行政权还是司法权?二是对决定权归属于行政机关的保安处分措施,具体应由哪一行政职能部门行使,以及相关执行权应由哪一部门行使?从现有保安处分措施的法律制度和规范看,不同性质保安处分措施分别归属于行政权和司法权,上文列举的由行政法律规定的保安处分措施,其决定权大多属于行政机关^⑬,而且主要是公安机关;由刑事法律所确定的保安处分措施,并非都由司法机关行使决定权,如收容教养的适用在实践中就由公安机关审批,而非由法院作出决定。目前,具体保安处分措施决定权以及执行权的归属比较混乱,如果从宪法有关权力配置的规范及体现的精神看,则可以提出三项质疑:(1)收容教养以及强制隔离戒毒的决定权的归属问题。如上所述,根据《宪法》第37条所确立的标准,这些措施的决定权也应归属法院。强制隔离戒毒的决定权,目前由公安机关行使(《禁毒法》第40条),从应然的角度看,这一权力也应归于法院。由法院来行使这类保安处分措施的决定权,既符合《宪法》第37条第2款的精神,也有利于确保公民的人身自由权利免受不当干涉。(2)禁止令的执行权问题。根据《刑法》第38条第2款的规定,禁止令的决定权归属法院,根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》第9条,由司法行政机关指导管理的社区矫正机构负责执行。如果将禁止令理解为刑罚执行的一部分,则该解释如此规定是可以的。但禁止令实质上属于一种保安处分措施,因而该解释直接将这项权力交由司法行政机关指导管理的社区矫正机构执行,其法律根据就不充分。从警察权(仅指公共警察机构所拥有和行使的权力)和司法行政权的界分看,对于公共秩序予以直接维护的权力应归入警察权,禁止令的主要功能之一即体现为对公共秩序的直接维护,一则防止被判处管制、缓刑的人受到不当引诱而继续实施违法犯罪活动,二则防止这些人受到其他社会不稳定因素的袭扰和侵害。因此,由公安机关来执行禁止令,更符合警察权的权力属性,也符合禁止令这种制度设立的目的和功能^⑭。(3)对附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人矫治和教育的监督考察权归属问题。根据新《刑事诉讼法》第272条规定,这一权力归属检察机关。如此规定,显然与《宪法》有关检察机关的法律定位不相吻合。根据《宪法》第129条规定,检察机关是法律监督机关。这种监督限于执法、司法和守法的监督 and 纠正,而不应涵盖对社会一般人员的行为监督;在现行法制中,无论是刑罚还是各种带有限制、剥夺权利性质的惩罚和措施,都由法院、公安机关、司法行政机关以及部分行政执法机关来执行或者进行行为监督,而检察机关从未被赋予这样的权能。

(二)其他合法性问题

现有保安处分措施的其他合法性问题表现为三个方面:

^⑬ 限制或禁止执业是一个例外,从实践看,它主要体现为一个就业“门槛”的规定,从法律规范上看,虽然它也表现为一个法律后果,是承担法律责任的一种具体表现形式,但其并非由有关国家机关作出适用决定;而某人因犯罪而被开除其原工作单位,其根据主要是基于该人违反劳动合同及本单位的人事管理规定,而不可能直接援引行政法律中的相应条款。从应然的角度分析,如果从宪法所确立的平等原则来考量就业限制问题,则这种保安处分措施应由法院在判决宣告中一并作出,如此更为妥当,也更具有权威性。

^⑭ 从《刑法》第38条第4款规定看,也应得出同样结论。该款规定,违反禁止令的,由公安机关依照《治安管理处罚法》的规定处罚。该款是一项治安处罚决定权归属于公安机关的规定,从法理上分析,监督和发现特定人员是否违反禁止令规定的权限,也应归属于公安机关。

1. 有些保安处分措施存在法律根据缺失或者不足的现象

例如,收容教养的法律根据是《刑法》第17条第4款和《预防未成年人犯罪法》第38条,但两法只是原则性地规定,在必要的时候,可以“由政府收容教养”。该条规定确实具有授权性,即授权政府对不予刑事处罚的未成年人进行收容教养,但是并没有授权政府或者政府某一职能部门来制定具体的实体性和程序性规范(即缺乏《立法法》第10条所规定情形的授权)。这两条法律规定的功能也仅限于此,无论如何不可能撑起整个收容教养制度,因为关于收容教养的决定机关、实体性规定(对象、条件、时间等)、适用程序以及执行的规定才是构成这一制度的主干。从实践上看,公安部和司法部制定的规章才是构成这一制度的主体,但以《立法法》第8条、第9条规定来衡量,如此规章对公民的限制乃至剥夺自由作出规定,明显处于“越位”的状态。也正是由于收容教养存在明显的合法性问题,对于收容教养的性质界定、决定权归属、适用对象范围等关键问题存在诸多争议⁴⁵。

2. 某些规定保安处分措施的法律之间存在明显冲突

例如,“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”(以下简称“违法所得没收程序”)与《刑法》第64条之间的冲突。有关“违法所得没收程序”的规定,应以《刑法》第64条规定为实体法基础,然而两法相关规定之间存在很大冲突,具体表现有三:(1)《刑法》第64条将适用对象界定为“犯罪分子”,应指已经确定有罪的犯罪人,如果结合《刑事诉讼法》第12条规定理解,应指已经法院宣告确定有罪的人,而新《刑事诉讼法》将“违法所得没收程序”的适用对象规定为“犯罪嫌疑人、被告人”,从法律上看,两者显然并非等同的概念。如果进行严格解释,《刑法》第64条是不能作为“违法所得没收程序”的实体法根据的。(2)《刑法》第64条规定的没收、追缴的对象包括犯罪分子违法所得一切财物、违禁品和供犯罪所用的本人财物,而新《刑事诉讼法》第281条规定的对象为“违法所得及其他涉案财产”,比较而言,后者的范围比前者更为宽泛。⁴⁶(3)《刑法》第64条中严格区分了追缴和没收两个不同的法律用语,前者针对违法所得,后者针对违禁品和供犯罪所用的本人财物,而新《刑事诉讼法》并没有加以区分,而一概使用“没收”一词。

3. 有些具体保安处分制度的建立缺少配套性法律、法规的支撑

上述收容教养、精神病人强制医疗、追缴和没收违法所得、违禁品、供犯罪所用财物等立法上的“半拉子工程”就缺少配套性的、可操作性的法律法规。在实体法规范上,对适用对象、条件、范围等方面的规定缺少法律上的根据;在程序性规范上,对于如何行使相关权力,如何确保适用对象的参与及权利救济,以及如何通过程序设立纠偏机制等,现行法律都没有给出明确规定。即便是那些“越位”的部门规章和地方性法规,在程序规范的设计上也多粗疏简陋。一些新的保安处分措施的出台,虽然在法律上明确了基本框架,但具体操作规范付诸阙如。例如,刑法中规定的禁止令制度属于管制、缓刑制度的组成部分(或者说是附随部分),在刑事诉讼法中却未作出相应的程序性规定。

以上对这些保安处分措施合法性的检讨,从中可以看出,这类措施存在诸多问题,需要从立法上逐步予以解决,进而实现保安处分措施的全面法治化。

四、如何实现我国保安处分制度的法治化

实现保安处分制度的法治化,首先要为保安处分“正名”。“名不正,则言不顺。”现有保安处分措施之所以存在诸多合法性问题,其中主要原因之一就是对其法律性质认识和界定不清,从而使这类措施始

⁴⁵ 关于收容教养的性质,存在刑事处罚说、行政处罚说、刑事强制措施说、行政强制措施说、刑事司法保护说、保安处分或保安性措施说。关于决定权的归属,存在人民政府决定说、公安机关决定说和人民法院决定说。关于适用对象范围,主要是围绕是否陷于《刑法》第17条第2款的范围展开争论,而形成狭义说、广义说和折中说。参见薛畅宇、刘国祥《论改革和完善收容教养制度》,载《中国人民公安大学学报》2004年第4期。

⁴⁶ 参见时延安《刑事诉讼法修改的实体法之维——以刑法为视角对《刑法修正案(草案)》增设三种特别程序的研析》,载《中国刑事法杂志》2012年第1期。

终处于“名”、“实”不符的状态。以劳动教养为例,其性质应从保安处分措施的角度加以理解和界定,但相关规范性文件却有意回避,以致于从相关规定条文表述看,难以区分其与行政处罚的关系。实现保安处分制度的法治化,首先应该给保安处分“恢复名誉”并“正名”,如此从法律上明晰这类措施的基本性质和功能,进而在形式和实质上实现保安处分制度的法治化。

(一) 为保安处分“正名”

为保安处分“正名”就是论证其存在的正当性。为预防犯罪、保卫社会,在法治国家里,带有明显权利限制和剥夺特征的保安处分措施是有其正当性的。正当性是把“赤裸裸的权力”转化成正当的权威的一种特性,它赋予某种秩序拥有某种权威的、有约束力的品性,从而确保这种秩序是出于义务而非恐惧而受到遵从。^{①7}正当性问题对“法学家来说十分重要”,因为其关涉法的说服力问题,“除非广大公众认为有某种道义上的义务遵守制定的法律,否则,法律就有可能得不到执行。”^{①8}在这个意义上说,一项法律制度具有正当性,是实质意义上法治的客观要求。对保安处分正当性可以从以下三个方面进行论证:

1. 以法律的形式确立这类措施是国家维护内部安全和社会基本秩序的需要

“既防范外敌又防范内部冲突,维护安全,必须是国家的目的,必须是它发挥作用的领域”。^{①9}维护社会安全和秩序,是国家存在的目的,也是其不可推卸的责任。在维护安全与秩序方面,国家的目的与公众的目的是一致的。^{②0}对于任何影响社会安全和秩序的行为,仅靠事后惩罚是远远不够的,更多地需要强有力、可行的预防机制和措施加以防范。对于那些人身危险性较强,尤其是曾实施犯罪或者习惯性违法的人,设立必要措施来加以防范,符合国家维护安全的目的,也是社会赖以正常存在的必需。以合理而有力地预防性措施来防范影响危及个人和社会安全的人为因素,在一个高度复杂、风险日益增大、人口流动频繁且处于转型期的社会里显得更为重要。通过设立完备而有力的保安处分措施(而非扩张刑罚处罚范围及力度)来加以解决,既可以确保刑罚的“最后手段”的品性,又可以通过预防性措施的“柔软”特性,多样且有针对性控制可能危害社会的人为因素。

2. 保安处分符合社会治理的经验

马克思在《路易·波拿巴的雾月十八日》中说到“人们自己创造自己的历史,但是他们并不是随心所欲地创造,并不是在他们自己选定的条件下创造,而是在直接碰到的、既定的、从过去继承下来的条件下创造。”^{②1}保安处分制度在现代社会的兴起,是在实证主义学派(新派)的倡导下,从欧洲大陆国家逐渐向大陆法系国家蔓延。实际上,在前现代社会,类似做法就已经广泛出现,其思想起源可以追溯到古罗马;在中世纪晚期,一些国家就开始收容精神病人。^{②2}受实证主义学派及刑罚实用主义观念的影响,1920年以后,许多国家刑法典规定了保安处分。^{②3}第一届国际刑法大会决议提出“在刑法典中也应当为根据罪犯的人格(personality)而确定的保安处分作出必要的规定”。^{②4}作为欧洲国家的“根本大法”,《欧洲人权公约》第5条也明确认可治安措施、未成年人教育和对某些人的治疗等收容、拘留措施的合法

^{①7} 参见[英]安德鲁·海伍德编《政治理论教程》,中国人民大学出版社2009年版,第159页。

^{①8} [英]P. S. 阿蒂亚《法律与现代社会》,范悦等译,辽宁教育出版社1998年版,第155页。

^{①9} [德]威廉·冯·洪堡《论国家的作用》,中国社会科学文献出版社1998年版,第60页。

^{②0} 以往对保安处分制度的否定,实际上意在否定政府意志与公众利益的合致性,进言之,就是将这样的制度斥为“反人民”的,如此角度的论述倘若成立,就否定了这类制度的正当性。

^{②1} 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第603页。

^{②2} 参见谢瑞智《犯罪学与刑事政策》,台湾文笙书局1996年版,第270页。

^{②3} [法]卡斯东·斯特法尼等《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第88页。

^{②4} 参见赵秉志等译《国际刑法大会决议》,中国法制出版社2011年版,第3页。

性。⁵⁵ 在前苏联和处于社会主义时代的东欧国家,同样的做法也被载入刑法典当中。可以说,保安处分与社会制度、意识形态没有直接关系,相反,与法治理念能够融合与贯通。⁵⁶ 英美法系国家虽然没有保安处分的法律概念,但类似的做法并不少见。20世纪以来,英国所采取的对成年常习犯的预防拘禁、对少年常习犯所采取的预防拘禁、将习惯性酗酒的人犯收容于酒癖矫正所等制度即具有明显的保安处分特征。⁵⁷ 在美国,针对精神病人的民事监管就具有保安处分性质。1997年美国联邦出台的“梅根法”⁵⁸以及各州出台的类似法律,在美国华盛顿、堪萨斯等州推行的“性暴力侵犯者法(Sexually Violent Predator Act)”⁵⁹以及基于“如果释放将会对其他人或社会造成危险”而采取的预防性羁押(proventive detention)⁶⁰等,都具有明显的预防犯罪、维护社会安全的性质。对于类似做法,也有观点认为如此“走了功利主义的路,背逆自由主义的精神”⁶¹。这一批评从弘扬人权的立场出发,确实具有可取之处;然而面对具有严重危险的人,国家应该设置必要的防范措施。由是观之,从各国的治理经验看,运用保安处分措施来预防犯罪是一种普遍的做法,只是在法制健全的国家,为这类措施设置了严格的实体和程序性的适用条件,以防止其滥用。

3. 保安处分制度正当性的确立要通过合理而有效的程序机制予以保障

传统社会统治正当性存在的基础,无论是神权、领袖魅力还是依靠暴力,在一个民主、平等、法治的社会里早已土崩瓦解,取而代之的则是以公众普遍参与、协商来确定正当性的统治模式。这样的观念在法律制度的正当性评判上也是重要的,即只有当一项权力的确立符合公众普遍参与这一程序性要求,其正当性才是牢固的。一项制度或者一项权力正当性的程序性获得,实际上体现在两个方面:一是立法上是否符合公众参与的程序性要求。“在法律程序的合理性中有一席之地的那种赋予合法性(Legitimitaet)力量,不仅通过司法的程序规范,而首先通过民主立法程序对法律型统治产生影响。”⁶²代议制民主在很大程度上解决了这个问题,不过,对于关涉公民重大权益问题,立法机关通过的法律仍会受到正当性挑战。二是是否存在程序的纠偏机制,即当一项制度或者权力受到广泛的正当性质疑时,如何以及由谁来启动纠偏机制,废止或者改善这类制度或权力的运行。在一个民主社会里,对于重大问题,应设立更多的公众参与的渠道。如果这类纠偏机制能够有效建立起来,则整个法律制度和权力运行状态就会趋于良性,使公众利益及诉求能够获得及时而全面的解决,如此法律制度和权力的正当性就会稳固地建立起来。对正当性的程序性保障,又回到一国之宪政和法制问题,并对既有宪政和法制提出更高的要求。保安处分制度的建立,能够满足这一程序上的要求,则其正当性就会树立起来。眼下看来,最重要的一步,仍是通过民主的立法来构建符合中国实际的、完备而有效的保安处分法律制度。

对保安处分制度正当性的论证,可以看作是一个“恢复名誉”的工作。也就是说,为了更好地治理

⁵⁵ 第5条“自由和安全的权利”第1款规定,任何人不得被剥夺自由,但依法定程序采取行动的情形除外。其中第4项规定“为了教育监督(educational supervision)的目的依合法命令对某未成年人进行拘留,或者为将其送交有管辖权的司法当局而予以合法拘留”;第5项规定“为预防传染疾病的传播,防范神志不清的人、酗酒者、毒瘾者或者流浪人员而予以合法拘留”;第6项规定“为了防止某人未经许可非法入境或者为了将某人驱逐或引渡而对其予以合法逮捕或拘留”。

⁵⁶ 参见许发民《保安处分的社会文化分析》载《刑法论丛》(第8卷),法律出版社2004年版,第275页。

⁵⁷ 参见全理其《英国的保安处分》载《现代法学》1984年第2期。

⁵⁸ 参见美国法典第42编第14071条。正式法律名称为“Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act”。该法案因被害人 Megan Kanka 而得名。该法案要求,以未成年人为侵害对象的性犯罪人,出狱后三天内,应在所居住社区进行公告。

⁵⁹ 这类法律规定,对那些因为精神变态或者“病态人格(personality disorder)且很可能从事性暴力侵犯行为的人设立民事监管程序。堪萨斯州的“性暴力侵犯者法”曾受到合宪性挑战。不过,1997年6月,美国联邦最高法院认可了该法的合宪性。

⁶⁰ 美国1984年《联邦保释改革法案》将基于人身危险性而引起的羁押纳入规制范围内,联邦最高法院于1987年U. S. v. Salemo一案中认为,这种羁押是为了规制被追诉者未来的行为,并肯定了这一法律的合宪性。对此,美国学者 Paul Robinson 也指出,预防性羁押是对“危险性的惩罚”与刑罚该当(desert)之间存在矛盾。See Paul H. Robinson, Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice, 114 HVLR. 1429.

⁶¹ 林东茂《刑事政策与自由主义》载《刑事法学之理想与探索(四)》,台湾学林文化事业有限公司2002年版,第18页。

⁶² [德]哈贝马斯《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版,第586页。

社会、实现公众的基本利益,我们需要保安处分。当然,这一诉求更为准确的表达是:我们需要以良好的法律制度和规范为基石的保安处分制度。在一个法治国家里,一项权力如果缺少宪法或法律上的明确授权,或者一项制度缺少明确的宪法或法律根据,在正当性的判断上是难以获得正面评价的。无法获得公众认可,也就不会赢得公民的自愿服从。在法治国家里,没有合法性,就没有正当性,而缺乏正当性的法律则是恶法。

(二) 全面合法化是保安处分制度法治化的基石

如上所述,现有诸多保安处分措施,在合法性方面存在不同程度的欠缺或者瑕疵,尤其是那些关涉公民自由权利和财产权利的保安处分措施。因此,保安处分制度在形式和实质上实现全面合法化,是这类制度法治化的基本前提。

1. 形式的合法性的建立

形式的合法性建立,是指保安处分措施的规定要法律化。在我国宪政体制下,就是根据《宪法》和《立法法》的规定,以法律的形式来规定保安处分措施。结合如上对现有保安处分措施合法性问题的分析,就要贯彻“法定性原则”^③,以法律的形式明确地规定这类措施的适用对象、条件以及相应程序;仅仅在法律中规定一个或者几个原则性条款(即便是授权性的),并不符合法定性原则的要求。在形式上的合法性方面,需要同时解决两个基本问题:

第一,法律定位。就是由哪个部门法来加以规定。有学者建议,在刑法典中设专章统一规定保安处分制度,借鉴其他国家和我国台湾、澳门地区立法例,在刑法中规定监禁性措施(包括治疗监护、强制禁戒、强制治疗、强制工作、保安监禁和感化教育)、非监禁措施(包括保护观察和更生保护)和财产措施(包括保安没收和善行保证)^④。如此建议,当然可以一揽子解决保安处分措施的法律定位问题,但是,这与我国目前行政法律和刑事法律规制范围的法律及现实划分并不相符。从现有保安处分措施的法律规定看,刑法中保安处分措施是以行为人已经构成犯罪或者行为已经构成刑事不法(符合刑法具体条文的构成要件且具有违法性,但因欠缺责任能力而不追究刑事责任)为前提,而行政法律中规定的一些保安处分措施(如劳动教养、强制隔离戒毒)以适用对象具有常习违法行为或者有实施严重犯罪的危险为前提。部分保安处分措施以适用对象已实施犯罪为前提,但对其适用的法律理由则基于行政许可的角度,如吊销机动车驾驶证。如果将后一类保安处分措施全部纳入刑法当中^⑤,势必动摇目前行政法律与刑事法律规制范围的界限,其连带效果则是要重新调整规范社会秩序的行政法律与刑事法律的边界。如果试图维护现有的这种界分,还是应在刑事法律和行政法律中分别规定不同类型保安处分措施,即但凡适用对象的行为构成犯罪或刑事不法的,在刑法中以专章加以规定,这样就要把部分规定在行政法中的保安处分措施纳入刑法当中,如禁止驾驶、限制或禁止执业;同时,在行政法律中创设单独的法律,将散在这类保安处分措施加以集中,将具有常习违法行为的人作为适用对象加以规定。劳教制度被废止后,对于那些具有长期违法行为或者已经实施犯罪,且具有明显再次实施严重犯罪危险的不稳定分子,也应以制定行政法律的形式来确立新的保安处分措施。

第二,权力归属。这里主要是指应由行政机关(包括公安机关)还是法院来决定适用保安处分措施的问题。如上所述,刑法是司法法,刑法规范的适用主体应为法院,因而刑法中规定的各种保安处分措施当然应由法院来行使决定权。对于在行政法律中规定的保安处分措施,如果属于限制和剥夺人身自由的,原则上应归于法院裁决。如此一来,由行政机关决定的保安处分措施所剩无几。当然,保安处分措施的执行权,还是应归于行政机关(主要是公安机关和司法行政机关)。作为例外,对于附条件不起

^③ 参见喻伟《保安处分刑事立法化》,载《法学评论》1996年第5期。

^④ 参见张小虎《论我国保安处分制度的重构》,载《政治与法律》2010年第10期。

^⑤ 参见赵秉志主编《刑罚总论问题探索》,法律出版社2003年1月版,第303页;刘仁文《治安拘留和劳动教养纳入刑法的思考》,载《国家检察官学院学报》2010年第1期。

诉的未成年人,由检察机关决定并无合法性上的障碍,但在附条件不起诉期间的监督与矫治问题,应由行政机关来负责。

2. 实质合法性的建立

形式合法性的建立,只解决合法性的一个侧面,而实质合法性的建立,才能确保规定保安处分措施的法律本身是正当的。在实质合法性的建立方面,应坚持两个基本原则:

第一,必要性原则。指对于有实施犯罪或者严重危害行为危险的人,只有为维护社会安全和秩序,且运用其他社会控制手段或者法律手段无法予以有效应对的,才可以运用保安处分措施。就对个人权利的限制和剥夺而言,一些保安处分措施的强度以及造成的剥夺感并不亚于刑罚,即便两者适用的前提和根据并不相同。为避免对个人权利和利益造成不必要的干涉,在一个法治国家里,国家权力,尤其是以暴力为表现形式的权力,只有在不得已的情况下才能运用。以必要性原则为指导,应在保安处分措施的种类、适用对象、适用条件、具体内容、时间以及程序等方面作出明确限定。如何检验必要性原则的实现程度,应从反面加以判断,即以是否过度干涉个人权益为标准。例如,对于曾犯有罪行的犯罪人,如果该人可能利用该职业继续再犯,则禁止其从事该项职业是必要的;而如果该人的职业与其能否再犯并无直接联系,则禁止其从事该项职业就是不必要的。

第二,合比例性原则。是指适用保安处分措施的种类和轻重,应当与适用对象的违法犯罪性质以及人身危险性的大小保持相当。刑法中,罪行性质及轻重与量刑应保持均衡,并呈正相关关系。对于保安处分措施的配置和适用亦是如此,就是要在人身危险性与具体保安处分措施及适用时间上保持必要的比例关系。对此,德国刑法第61条规定“如判处矫正与保安处分与行为人行为的严重性、将要实施的行为以及由行为人所引起的危险程度不相适应,不得判处。”⁶⁶从我国目前实践来看,对以限制和剥夺自由为内容的保安处分措施而言,由于各自都有其适用时间的幅度,由此可以实现在适用对象的人身危险性与适用时间长短之间的相当。当然,以限制和剥夺自由为内容的保安处分措施,应当具有最高期限限制,而这一最高期限如何设定,则要根据必要性原则进行考量,且这一考量必须有实证研究的基础。对于其他类型的保安处分措施,也受合比例性原则的指导,要么从时间的可分性角度考虑,要么从财产的可分性角度考虑。

从形式和实质两个侧面来建立保安处分措施的合法性,才能使其合法性全面建立起来,也只有如此,才能在立法层面赢得公众的认同。缺乏任何一个侧面,其合法性都无法真正得以确立,由此也无法赢得对这一制度正当性的认可。

结 论

如何认真看待并解决犯罪预防问题是当下的一个重大课题。在公共政策层面,中央推出“社会管理创新”的社会治理要求,其中重要的一环就是要改变当下犯罪预防的被动局面。保安处分制度在有针对性地解决预防犯罪方面具有不可忽视、不可替代的作用。但是,由于这些措施存在程度不同的合法性问题,导致这些措施被滥用,进而出现不当干涉公民权利的情况。对现有保安处分措施存在的合法性问题,在建设社会主义法治国家中必须予以及时而妥当地解决。对于存在严重合法性问题的劳动教养则应予以尽快废止。通过废止劳教制度,进而带动对现有保安处分制度的全面检讨,即走一条“重点突破,全面带进”的改革路线,如此全面实现保安处分制度的法治化。在过去三十年,国内很多学者提出改良我国保安处分措施的建议,其核心的解决思路就是实现法制化,并合理配置权力,这样的建议虽对保安处分措施的法制化有所推进(例如,此次刑事诉讼法设定精神病人强制医疗的特别程序),但由于缺乏整体性的改革思路,局部的改良反倒造成法律之间的失调或失衡现象。因而通盘研究并提出全面性的改革方案,是确保实现保安处分法治化的工作保障。

⁶⁶ 参见前引④,《德国刑法典》第27页。

保安处分立法如何实现保障社会安全与保护人权之间的基本平衡,是一个十分棘手的问题,而这也是其他国家面临的问题,正因为如此,保安处分措施(以及具有预防性的惩罚条款)总会受到合宪性和正当性的挑战。德国学者罗克辛教授曾指出,“如何能够使国家为这种重要的保安处分处罚的权力提供一个正当化的根据”,“迄今为止,学术界对此所做的研究还远远不如刑罚的正当化问题,虽然保安处分的意义并不比刑罚小。”^⑥从这一观念推演,如果一个人滥用或者不能合理且正当地运用其权利进而威胁乃至损害他人或者公共利益时,对其权利作出必要限制乃至有条件地剥夺就显得十分必要。建立社会安全保障与保护人权之间的平衡总是历史且具体的,我们不能超越中国社会当下的发展阶段而不切实际地寻求解决方案。

收容遣送制度被废除后,取而代之的社会救助制度,旨在为“城市流浪乞讨人员”提供一定的生活保障,但是,作为问题另一方面的犯罪预防,却没有相应的制度及措施予以跟进、解决。从实践看,这类人员既有较强的潜在违法犯罪可能,又容易沦为违法犯罪的受害人。各地为解决这类问题所采取的措施,如定期“驱逐”、在公共场所设置防范装置,其合法性就存在重大疑问,事实上也受到公众的广泛批评。与其如此,不如通过建立妥当而有效的保安处分措施来解决这一问题,当然不是要回到“老路”上去,而是在确保社会安全与保护人权之间平衡的前提下,以法律的形式规定适当的方式来解决这类问题。由此也提醒我们,废止劳动教养,要认真对待并解决其“身后事”,这就需要有一种兼具形式合法性和实质合法性的新的保安处分措施来积极应对。

Abstract: In the context of the innovation of social management, it is a serious theoretical and practical issue how to prevent crimes according to the principle of rule of law. The system of security measures is critical to the prevention of offenses. However, current legal systems on security measures have many defects on legality, and their legitimate ground is also doubted and criticized. The system of education through labor has a very serious problem of its legality which causes undue interference on individual's rights. To perfect such legal systems, it should be considered to abolish the system of education through labor and then make all security measures be improved completely. According the principle of rule of law, the laws on such measures should be improved by clarifying the legal position and the division of authorities and implement the principles of necessity and proportionality.

(责任编辑:白岫云)

^⑥ [德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第52页。