

## 治安拘留和劳动教养纳入刑法的思考

刘仁文

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

正如刚才荷方依拉斯姆斯大学的校长先生所说到的,荷兰现在从刑法转向行政法,而中国好像是相反,从行政法转向刑法。我想这样一个判断,总体上来说是对的,而且也都是符合本国国情的,为什么会出这种不同的转向呢?我认为最根本的原因在于彼此犯罪圈的大小不同,比如说,在中国,对盗窃罪的规定要求数额较大,否则不构成犯罪,但在荷兰,至少从立法上没有这种限制,这样荷兰的犯罪圈就比我们大出许多,因此他们现在为了减轻司法机关的负担,可能会把一些轻微的犯罪行为朝行政法的处理方向发展,但是有一点可以肯定,那就是行政机关的处理决不能剥夺当事人的人身自由;而在我国,由于过去的犯罪圈较小,把很多违法行为是作为劳动教养和治安处罚来处理的,这些虽然是行政处罚性质,但后果往往涉及剥夺人身自由,其严厉性又与刑罚无异,所以我们从正当程序考虑,要不要把它们干脆改造成刑罚措施。另外,所谓中荷两国的这种不同趋势也是相对的,实际上,荷兰对于新出现的犯罪还是要犯罪化的,而我们也并不完全是单线地从行政法转向刑法,我们认同刑法的谦抑性这个原则,觉得特别在行政刑法这个领域,刑法还是要建立在行政法的基础之上,不能越位,越位的要退回来,如今年通过的一个最新的刑法修正案,对偷税罪的修改就是一个例子,规定对于初次偷税的,如果能及时补交税款和接受税务机关的处罚,则可不作为犯罪来处理。其它一些方面,像现在正在推广的社区矫正、刑事和解和有些地方试行的暂缓起诉等,虽然不完全是行政法和刑法的关系,但也可以看出,中国刑法不完全是朝着扩大犯罪圈的方向发展的。

我之所以主张要把剥夺人身自由的处罚纳入刑法,其中的一个主要理由是,正如美国法学家博登海默所说:“人们赋予自由的那种价值为这样一个事实所证实,即监禁在任何地方都是作为一种刑事制裁手段加以使用的。”

在中国的刑法典之外,还有众多的剥夺人身自由措施,比方说《治安处罚法》是一部行政法律,但是它里面有治安拘留,治安拘留可以剥夺人身自由长达 15 天,合并执行的可达二十天;再比方说劳动教养,更是可以剥夺人身自由 1~3 年,必要时甚至还可以延长 1 年;此外,我们还有类似西方国家的保安处分措施,像对精神病人的强制医疗,还有对没有达到刑事责任年龄者的收容教养。

刚才说到博登海默的这个主张,实际上还有一个更加有力的国际法律文件基础,那就是 ICCPR(《公民权利和政治权利国际公约》),它的第 9 条第一款明确指出:“任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。根据联合国人权事务委员会的意见,这个条款适用于对人身自由各种性质的剥夺,无论是刑事案件,还是其他案件,包括精神疾病、流浪、吸毒、教育目的、移民管理等等。所谓“依照法律所确定的根据和程序”,应当是指“任何受影响的人有权根据 ICCPR 第 14 条的规定,由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭来裁判”。

作者简介:刘仁文,中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士。

\* 本文为作者 2009 年 10 月 15 日在“中荷行政执法法之比较论坛”上的主题发言,由中国社会科学院法学所刑法硕士生王栋根据录音整理,作者本人作了审校。

## 一、国外相关立法的比较

我想简单地列举一下国外的刑法典中关于犯罪的一些基本分类和规定,这样的比较主要想得出下面这样一个结论:中国目前刑法典中所规定的犯罪基本上只相当于国外刑法典中的重罪这一部分,而国外刑法典中广泛存在的所谓轻罪,以及所谓的违警罪,在我们国家现在基本上是属于刑法典之外,而散布于劳动教养和治安处罚等其他行政法规之中。

美国《模范刑法典》将犯罪分为四类:重罪(felony)、轻罪(misdemeanor)、微罪((petty misdemeanor)和违警罪(violation),其中前三类被称为“实质犯罪”(crime),其处罚后果均可能涉及剥夺人身自由(微罪可处以最高不超过1年的监禁刑),第四类“违警罪”只能被处以罚金或其他民事制裁,而且“不产生有罪认定所引起的限制能力或者法律上的不利”。

法国刑法自1791年以来,一直按照犯罪的严重性,把犯罪分为重罪、轻罪和违警罪。1992年颁布、1994年开始实行的新刑法仍然维持了这种“三分法”。它规定:“刑事犯罪,依其严重程度,分为重罪、轻罪及违警罪。”(第1条)“法律规定重罪与轻罪,并确定对罪犯适用之刑罚。条例规定违警罪,并依法律所定限度与区别,确定对犯违警罪者适用之刑罚。”(第2条)根据该法第12条等的规定,违警罪只能被判处有期徒刑、吊销驾驶执照、收回打猎执照等刑罚,不得处剥夺或限制人身自由的刑罚。

上述美国和法国刑法中的“违警罪”都不得有剥夺人身自由的处罚,可见比我国的《治安处罚法》还轻,我国的《治安处罚法》中还有治安拘留这种剥夺人身自由的实体处罚。

德国早在1871年的《帝国刑法典》(现行刑法典的渊源)中就采用重罪、轻罪和违警罪的三分法,当时对违警罪的规定是“指应科处拘役或150个帝国马克以下罚金的犯罪行为”。李斯特认为:这种三分法“使得立法者在法律中的许多地方,对其表述方式作出从容的简述成为可能”。德国现行刑法典(2002年修订)将犯罪分为重罪与轻罪两类,其中重罪是指“最低刑为1年或1年以上自由刑的违法行为”,轻罪是指“最高刑为1年以下自由刑或科处罚金刑的违法行为”(第12条)。德国刑法典取消违警罪的背景是:西德在战后的1951年开始刑法修改工作,考虑社会诸因素,主张对部分行为实行非犯罪化,于是提出:违警罪自刑法中独立出来,而不再规定于新刑法中;违警行为中有必要升格为犯罪行为的,则仍规定在新刑法中,其余的违警行为则规定于“违反秩序法”中。直至1975年生效的西德新刑法,根据上述原则,将旧刑法分则中的“违警罪”全部删除,并将原有性质轻微的各种犯罪,连同违警罪重加整理,分别情形,再作归类,对于一部分不宜用刑法调整的,全部纳入“违反秩序法”之中。同时《违反秩序法》开始制定,并于1992年颁布。值得注意的是,德国刑法典虽然从形式上取消了违警罪,但纵观其内容,许多类似我国治安处罚的行为都是规定在刑法典中的,而且只处以罚金刑。至于《违反秩序法》,则更没有剥夺人身自由的处罚,即便罚款,如果当事人提出异议,警方也应停止,而将案子提交法院,由法院来裁判当事人是否缴纳罚款。

荷兰刑法典也是将犯罪分为重罪和轻罪两部分。其中的轻罪处罚有的比我们的治安处罚还轻,如轻罪部分第一条规定的刑罚是3日以下拘役或罚金。

此外,德国现行刑法还在总则第三章“行为的法律后果”中将“矫正与保安处分”与“刑罚”并列,据此,其矫正与保安处分措施包括:收容于精神病院;收容于戒除瘾癖的机构;保安监督;行为监督;吊销驾驶证;职业禁止。荷兰刑法典在总则第二A章专门规定了保安处分,置于第二章“刑罚”之后,如第37条规定:在实施了犯罪但因精神疾患而不负刑事责任者,当其对公共安全造成危险时,法官可以依据专家意见书,判令将其收容于精神病院。(参见颜九红等译:《荷兰刑法典》,北京大学出版社2008年版,第27页以下)前述美国模范刑法典和法国刑法典虽然没有象德国等国一样设专节规定保安处分,但都包含了内容丰富的保安处分措施,如法国刑法学者认为:“无论是在1992年的法律之前,还是其颁布之后,法国法律中的保安处分措施都是分散的,零零碎碎的。正因为如此,对法国法律中的保安处分措施

进行真正完整的逐一列举是不太容易的。”(参见卡斯东·斯特法尼等著:《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502页)

可见,将重罪、轻罪(有的国家还有违警罪)统一纳入刑法,相应地,将所有涉及剥夺人身自由的处罚也统一归入刑法,大抵是当今世界各国刑法的通例。重罪、轻罪的区分不仅有实体意义,也有程序意义,如轻罪的程序可能会更简易些。而保安处分被纳入刑法典也是不少国家的做法。与之相对比,我国的刑法典大约只包括了西方刑法典的重罪部分,而缺轻罪(以及违警罪)和保安处分这些内容。在我国,刑法中的犯罪由于大都在定性之外还有定量(如要求数量较大、情节严重等),因此刑法之外尚有治安管理处罚和劳动教养两大块;另外,保安处分措施尚没有在我国刑法中得到比较系统地体现。

## 二、对我国立法的反思

从现在的立法情况来看,中国1997年修订刑法典时,曾有人主张要一并解决劳动教养问题,但由于这个问题太复杂,所以没有成功。《治安管理处罚法》于2005年在原来的《治安管理处罚条例》基础上修订而成。针对劳动教养问题,目前立法机关正在准备制定《违法行为矫治法》。因此,如果从实然的角度来看,现在中国三法分立——刑法典、劳动教养、治安管理处罚法——这样一个局面仍然会在将来的一个时期继续存在。但是,这并不影响我们从应然的角度来思考,特别是我本人坚持这样一个主张,即:要将这三个法律统一到一个综合性的刑法典中,并且还要系统地加进保安处分措施,从而构建一个更加科学的中国刑法结构。

保安处分包括矫正措施和保安措施两大类。所谓矫正措施,它主要着重于“矫正”,像戒除毒瘾;所谓保安措施,它是侧重于“保安”,比方说对通过行为表现出对公众有危险的精神病人,将其收容于精神病医院。中国目前在这个领域中存在的问题,主要有以下几个方面:第一个是收容教养,第二个是强制医疗,第三个是强制戒毒,第四个是收容教育。下面,我简单地把这四个方面展开一下。

我国刑法规定:对那些因不满16岁不予刑事处罚的犯罪人,在必要的时候,可以由政府收容教养。根据有关文件,收容教养的期限为1至3年,有权作出收容教养决定的是公安机关。我这里举个例子:几年前,北京海淀区发生过一个有名的“蓝极速”网吧纵火案,纵火者是两名青少年,其中一个达到了刑事责任年龄,就被法庭定罪量刑,另一个由于没有达到刑事责任年龄,当然就不能进入刑事诉讼程序。但是他的命运不但不比前者好,实际上更差,因为他没有得到法院的正当程序的审判,而是被公安机关直接收容教养,反而被剥夺了公开听审、律师辩护、上诉等权利,这跟我们的立法本意,也就是对未达到刑事责任年龄的人要给予保护正好相反。有一次,我去北京的一个劳教所参观,那里的所长就有点自豪地告诉我,他们这里面关着一个名人,就是这个小孩。收容教养连专门的场所都没有,而是附带放在劳教所里,可见这项工作的不规范。

第二个方面是强制医疗。中国刑法第18条规定,对因精神病而不承担刑事责任的人,政府在必要的时候可以强制医疗。实践中作出这一决定的也是公安机关。由于刑法只有一个简单的规定,在实践中相关的配套措施没有跟上,所以平时有大量的需要予以强制医疗的人流散在社会上,而到了重大节日或重要活动时期,公安机关又可以将强制医疗的范围随意扩大,等敏感期一过,就会因经济压力而放人,因为一些基本的问题没有解决,如医疗经费谁来出,政府没有专门的费用,家里又出不起,只好放人。所以这是一个双输的结果:一方面,对于社会来说,没能有效地保证公众的安全,一些所谓的“武疯子”,给社会造成严重的不安全感,但我们没有一套常规性的强制医疗场所和设施。另一方面,对于精神病人来说,说放就放,说收就收,没有一个程序保证,到底我是否构成你说的这种状况,能不能把我抓去治疗,还是我在家里就能够照顾好或者是我对社会没有足够的危险?针对一些地方公安机关随意将精神病人强行送到精神病院住院治疗的现象,现在社会上已经有一些讨论:是否该进精神病院,谁说了算?

第三个方面是强制戒毒。2008年以前,根据国家有关规定,公安机关可以对吸毒者作出三个月到六个月的强制戒毒决定,复吸者,送往劳动教养,并在劳教中戒毒。这同样具有一定的随意性,且实践证明这种通过片面强调剥夺人身自由的戒毒措施甚至是惩罚措施效果并不理想。从2008年开始,《禁毒法》开始实施。记得这个法律的草案在征求意见时,我特别坚持一点,那就是对强制隔离戒毒的决定要经过司法裁决,至少要赋予当事人的选择权,即当当事人对公安机关的决定不服时,此时就应将案件移交法院,由法院来决定。遗憾的是,该法最后没有采纳这一意见,还是将强制隔离戒毒的决定权授给了公安机关。根据该法规定,强制隔离戒毒的期限为二年,必要时还可以延长一年。

第四个方面是收容教育,它的对象是卖淫嫖娼者,期限为六个月至二年,也是由公安机关决定。收容教育释放后又卖淫嫖娼的,送往劳动教养。这里边的随意性也很明显。

综上,大家可以看到,我所列举的这四种在中国属于行政处罚性质的措施,实际上都涉及到剥夺人身自由,有的时间非常之长,动不动就是两年或三年。这些措施虽然我们不叫保安处分,实际上就是这样的性质,它们散布在有关的行政法规中,执行起来有欠规范和严肃。所以,从正当程序的角度考虑,应当把它们作为一个保安处分措施系统纳入到刑法中来,而且决定权必须由法院来行使,至少应给当事人一个选择去法院的机会。

### 三、应将治安拘留和劳动教养纳入刑法

目前,刑法、劳动教养法规、治安管理处罚法这样一个三法分立的局面严重影响了中国刑法结构的科学性和刑法机制的畅通,它造成了如下消极后果:

一是立法的不协调。例如《治安管理处罚法》第2条规定:“扰乱公共秩序,妨害公共安全,侵犯人身权利、财产权利,妨害社会管理,具有社会危害性,依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的,依法追究刑事责任;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。”从这条规定看,治安管理处罚与刑法应该是衔接的,但还有劳动教养制度,且其剥夺人身自由的时间最长可达3年(必要时还可延长1年)。一般认为,劳动教养立足于行为人的的人身危险性,侧重于对未然犯罪的预防,而刑法和治安处罚立足于行为人的行为,侧重于对已然犯罪的惩罚。这种说法即使符合现实,也不符合现代刑法的理念,因为现代刑法主张将行为和行为人、将已然的惩罚和未然的预防有机地结合起来。应当说,强调劳动教养对行为人恶习和人格的关注,有意无意地加剧了我国刑法立法和实践中的惟结果论,而忽略了对行为人人格特征的关注和考虑,所以我们看到实践中就出现了许霆一审被判无期徒刑这样的现象,因为最高人民法院对盗窃罪的司法解释就是惟数额论,盗窃多少就判多重,根本不去考虑行为人在具体案件中的主观恶性程度。此外,除了劳动教养在立法上与刑法和治安管理处罚法难以协调,后两者本身也存在不少边界模糊的地方,如《治安管理处罚法》第40条规定“非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的”是属于“侵犯他人人身权利”的治安违法行为之一,但《刑法》第245条规定“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的”构成“非法搜查罪”和“非法侵入住宅罪”。两个条文内容一样,却规定在性质不同的两部法里,自然为法解释和适用的歧义留下了隐患。

二是执法的不协调。现行劳动教养制度的适用条件之一就是“不够刑事处罚”,而治安管理处罚的适用条件恰恰也是“不够刑事处罚”,因此,造成了劳动教养与治安管理处罚的冲突,也造成了劳动教养、治安管理处罚以及刑法三者之间的不协调。另一方面,实践中有的构成犯罪的又没有按照犯罪去追诉,而是直接适用劳教甚至治安处罚。这势必造成法律适用的混乱。试看两例:2006年10月,位于深圳市N区的“温碧”发廊的老板李某(女),开始实施容留妇女卖淫的行为,十六天后被抓获。该区人民法院根据刑法第359条的规定,以容留卖淫罪判处被告李某有期徒刑五年。被告不服,提出上诉,深圳市中级人民法院做出维持原判的裁定。同年12月,位于深圳市L区的另一家发廊的老板姜某(女),实施容留卖淫行为,十八天后被抓获。该区公安局根据治安管理处罚法第67条的规定,对姜某处以十五

日拘留、五千元罚款的行政处罚。为什么性质完全相同的行为,却得出迥异的结论呢?根源在于治安管理处罚法和刑法对同一行为的相同规定。治安管理处罚法第67条与刑法第359条对引诱、容留、介绍卖淫罪的基本规定是完全一样的。更为难的是,根据刑法第359条的规定,情节严重的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处五年以上有期徒刑。对于只是一般情节或较轻情节的引诱、容留、介绍卖淫行为,处五年以下有期徒刑。而根据治安管理处罚法第67条的规定,情节较轻的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处以五日以下的拘留或五百元以下的罚款;情节严重的上述行为,应该处以十日以上拘留十五日以下的罚款,可以并处五千元以下的罚款。也就是说,引诱、容留、介绍卖淫情节严重的,治安管理处罚法也作了规定。治安管理处罚法和刑法如此深度竞合的规定,即便是完全出于公心办案,也难以达到执法的协调。

执法不协调造成多方面的危害,首先,动摇人们对法律的信仰。相同的行为得不到相同或相似的处理,在当下司法机关公信力不高的情况下,很容易被人往司法腐败方面联想。其次,影响执法效率,徒增司法成本。实践中有这样的案子:两家吵架,一家纠集几个亲戚到对方家闹了一阵。刚开始当地公安机关作为治安案子来处理,把对方拘留十几天。但后来受害方仍然不服,说这应当作为刑事案子来处理,反复上告、找关系、找媒体,最后在各种因素影响下,公安机关又被迫作为刑事案件来重新办理。假如刑事一体化,统一由法院来裁决,而在此之前又确立双方当事人对处理方案的选择机制,那就可避免这类现象。最后,不利于执法对象的人权保障。有的案件,刚开始公安机关是作为刑事案件来办理的,但由于后来证据不足,被检察机关退回,本来此时应释放犯罪嫌疑人,但公安机关又拿起劳教这个武器来对付他。我认为这是一种变相的“一事再理”,违反了“一事不再理”原则。我想在这里顺便就我国司法实践中的这种倒流现象多讲几句,因为学界似乎对此还没有引起足够的重视,如有的被告人被法院宣判无罪后,原办案机关却抓住某个辫子,将本应退还给被告人的财物予以罚没,这归根到底还是一个处分权没有集中到法院的问题。为避免这种现象,我认为应确立以下原则:一是决不能将被告人推向更不利的境地,法院宣判无罪后就不能再由公安机关决定对被告人适用劳教这类不是刑罚却胜似刑罚的措施。二是要求检察机关在起诉犯罪时,明确按照法律的相关规定提出定罪量刑之外的罚没财物等请求,如果定罪量刑不成立,但财物仍该被罚没,则可由法院判处罚没财物等“轻(微)罚”(如后所述,此类轻(微)罚可不作犯罪记录)。三是作为前一原则的替代,也就是说,如果定罪量刑不成立,案件自动返回原办案机关,原办案机关仍然决定给被告人以罚没等处分时,必须给被告人以选择权,如果他认为依法该受此处理,就可以;如果他认为要交由法院来决定,则办案机关不得擅自处理,只能移交法院来处理。

三是理论研究的不协调。由于整体意义上的刑法被肢解为数块,造成刑法学者只关注狭义上的刑法,而对治安管理处罚法、劳动教养和有关保安处分措施不熟悉、不关心。像劳动教养这样一个最长可达4年的严重的涉及人身自由的措施,在我国的法学界长期处于一种边缘状态,搞刑法的认为它是行政法的研究范围,搞行政法的认为它是刑法的研究范围。我曾在一次有关限制人身自由的调研会上,亲耳听见一位某著名大学的刑法学博士生导师问别人有关强制戒毒的期限、收容教育与收容教养的区别及其各自期限等问题,当时就颇有感触:一个刑法博导居然对涉及人身自由时间如此之长的法律措施不知道。但这似乎也不好全怪他。我个人也有过如下经历:一次在美国纽约大学法学院参加柯恩教授的中国法课,讨论到治安管理处罚时,他当着学生问我几个问题,我就说:由于我主要是研究刑法的,对治安管理处罚不是很熟悉。这时,他提高嗓门对学生说:你们看,一个中国的刑法教授,却不熟悉可以剥夺人身自由的治安处罚!

这种状况使治安处罚、劳动教养和保安处分的理论研究严重滞后,相应也就造成执法中的问题更多。这方面的另一个问题是,由于我国犯罪成立的平台与国外不同,造成犯罪统计的比较基本上没有意义甚至引起歧义(我国的治安处罚和劳动教养等相当于国外轻罪的内容没有统计在犯罪之内),但我们有时在从事比较研究或对外宣传时,往往因忽略这一点而走入如下误区:说我们的犯罪率、重新犯罪率分别比国外低多少和多少,而其实,在我国,如前所述,大量的治安案件和劳动教养案件是没有统计在内

的。我国每年发生的治安案件比犯罪案件要多得多,例如,1986年全国治安案件为111万多起,立案率为104起/10万人,分别比犯罪案件和犯罪率高1倍,所以,有学者指出:“如果参照国外很多国家的做法把治安案件作为轻罪案件纳入犯罪统计中,那么我国的犯罪问题将更为严重。”(参见胡联合:《转型与犯罪:中国转型期犯罪问题的实证研究》,中共中央党校出版社2006年版,第4页)

对比别的一些国家的刑罚结构和体系,我们可以发现,其自由刑的下限不要说比我们的劳动教养低,有时甚至比治安拘留还要低,如韩国刑法中的拘留幅度为1日以上30日以下;瑞士刑法中的监禁刑,最低为3天,最高为3年,除此之外,还有拘役刑的规定,拘役的最低期限为1天,最高为3个月。荷兰刑法典拘役刑有时也就几天。所以在很多国家,对于这种剥夺人身自由的措施,不要说长达3年或者4年了,就是几天甚至一天的处罚后果也都是刑罚制裁措施。因此应实现我国刑法结构的统一化,也就是说,将治安处罚,特别是治安处罚中的治安拘留,以及劳动教养和其他保安处分措施,包括刚才所列举的四种情形,统一纳入到我国的刑法中来。其中的治安处罚也可借鉴德国等国家的做法,即将某些轻微的违法行为分出归入“违反秩序法”(或者继续叫“治安处罚法”),但其处罚不能包含有剥夺人身自由的措施,只能是低额的罚款等,而且应将处罚选择权交给当事人本人,即只要他不服警方的处罚,则案子不能由警方来结案,而必须交由法院裁决。

这样调整后,我国的刑法典也将包括重罪和轻罪甚至违警罪,以及保安处分等几块内容,其显著特征是都要由法院来裁决,当然,在法庭组成方式和审判程序的繁简上,重罪和轻罪应当有所区分。这样就能较好地理顺各块内容之间的关系,防止一行为受多个机关的不同方式的追诉。在形成这样一个统一的刑法典的基础上,再考虑就某部分内容单独制定“实施细则”(如我国台湾地区除《中华民国刑法》外,还有《刑法施行法》)或“少年司法法”之类的补充性法律(如德国《少年法院法》第2条规定:本法未作其他规定的,适用普通刑法)。顺便指出,我国将“军人违反职责罪”纳入刑法典,而不像西方一些国家制定单独的军事刑法,这倒是值得商榷,因为军事刑法毕竟与普通刑法在犯罪主体、管辖的司法机构等方面有相当的差异,将其单独立法可以在不妨碍普通刑法的体系化前提下,减少刑法典的臃肿,这对面向大众普及刑法知识而言,有其经济上的意义。

正是从这个意义上,我曾经说过,目前我国民法学界正在呼吁的制定一部统一的民法典,其实也适用于我国刑法学界,即制定一部统一的刑法典。当然,这个问题比较复杂,有历史的原因,也有很多现实的困难,如观念的转变、部门之间的权力划分等。

最后,我想消除两点担心:第一点是有人担心,这样会大大扩大我国的犯罪圈,从而把本来可以依照治安处罚或劳动教养的人推向更不利的境地,因为一旦被标签为犯罪人,他就会受到一系列的歧视,包括升学、就业等。对此,完全可以通过相关的制度设计来消除这一担心,具体设想有二:一是对一些轻微的犯罪不作犯罪记录,既保证其正当程序,又不以犯罪论;二是对作犯罪记录的,设立前科消灭制度,即对具有犯罪前科的人,在刑罚执行完毕或者赦免以后,经过一定的期限,若符合法定条件,如没有再犯新罪,则可注销其犯罪记录,恢复其正常法律地位。我国刑法没有设立前科消灭制度,这应当是一种缺憾,亟需深入研究,包括对不同严重程度的犯罪设立不同的考验期限,以及如何与我国的人事档案制度挂钩等。

第二点担心是,如果把上述内容都纳入刑法中,通过法院来裁决,会不会使我们的司法机关不堪重负,忙不过来?对此,我的考虑是:一要在程序里面有繁简之分,就像很多国外的刑法和刑事诉讼法所表明的,对于重罪或者对于轻罪在程序方面肯定是要有繁和简之分的,所以,要针对不同类型的犯罪,确定繁简程度不一的正当程序。在适用简易程序方面,一个重要的参照标准是当事人是否同意,也就是尊重当事人的选择权,如当事人自愿认罪,就可走简易程序;又如,本来开庭受审是当事人的权利,但如果他觉得不必为了一个不太严重的后果(如数额不高的罚金)而从外地赶回,或不想在法庭上承受露面的压力,那就可以尊重他的选择权,从简结案。第二个考虑,可以保留目前的治安管理处罚法,只是把治安拘留一定要拿出来,纳入到刑法中去。而且,对于治安罚款,要借鉴德国等国家的经验,不能让公安机关强

制性地罚款,而是要把选择权交给当事人,也就是说,如果当事人同意公安机关罚款就可以,如果不同意,那就要走法院裁决这样的司法程序。当然,在拿出治安拘留之后,治安处罚的种类还可在现行治安警告和治安罚款的基础上,增加一些种类,如剥夺驾驶执照,对醉酒者和精神病人的临时管束等,这里同样应当把诉诸法院的大门向当事人敞开。三是要通过改变现有的刑事追诉程序和审判制度,来大量地实现非犯罪化、轻刑化和非监禁化。我注意到这样一个资料:德国现在有超过50%的刑事案件是通过非正式的“转处”途径来处理的,真正通过正式的刑罚途径来处理的只有一小半(这其中又有高达80%的是罚金处理)。另据有资料显示,德国1997年通过检察机关裁量起诉的方式,在起诉阶段分流掉了大约1/3的案件,而且分流案件的方式也较多,如附条件不起诉、依刑事处罚令程序处理等。

所谓刑事处罚令程序,是一种代替正式审判的书面定罪程序,其目的是为了处理大量的证据确凿、而且被告人一般都会认罪的轻罪案件。根据这个程序定罪后所判处的刑罚包括罚金、保留处罚的警告、禁止驾驶、追缴、没收、以在不超过两年的时间内禁止颁发驾驶执照的形式剥夺驾驶权利、一年以下的监禁缓期执行等。它通常由检察官起草处罚令文书,写明案件事实,并提出具体的处理方案,连同案卷材料一并移送法院。法官可以通过三种方式来处理:如果确信被告人有罪,就按检察官提出的草案签发处罚令(绝大多数案件都是这样);如果认为存在足够的怀疑,可以拒绝签发处罚令并对案件进行审判;如果发现没有足够的理由要求被告接受审判,可以直接驳回检察官的申请(此种情形下检察官可以向地区法院提出立即抗告)。被告人如果不服,可以在收到处罚令的两个星期内向初级法院提出异议书并要求进行审判,此时刑事处罚令就失去了法律效力而只能在将要进行的审判中充当起诉书。由于刑事处罚令“不仅节省了司法系统的时间和精力,而且由于它避免了公开审判所引起的麻烦和影响名誉的后果,而吸引了许多被告人”,现在,该程序已成为德国法律制度中处理轻微案件不可缺少的途径,实践中检察官提出适用刑事处罚令的申请已多于提起公诉,如1998年,检察官提起538,807起公诉,提起659,368起刑事处罚令的申请。(参见托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第209-213页)相比之下,我国目前刑事追诉过程中的此类“转处”途径还不够多,案件一旦进入追诉程序,除非很不光彩地通过“关系”等非正常手段分流,光明正大的分流手段很少,如我国法律对“酌定不起诉”的范围限制太严(另一方面在作出不起起诉的决定时又缺乏公开听证等“阳光”措施,致使公信力不足),对刑事被害人——加害人的调解仅限于部分自诉案件,而且要到法庭审理阶段,而暂缓起诉制度则根本没有规定。又如,在美国,90%以上的刑事案件采取辩诉交易制度实现,英国适用简易程序处理的案件占到全部刑事案件的95%以上。而我国目前还没有类似辩诉交易这样的制度,1996年修订后的刑事诉讼法虽然规定了简易程序,但其适用范围还偏窄。如此等等,使我们看到刑事实体法与刑事程序法在犯罪圈的扩张与收缩方面的互动作用和效果,即通过实体法将犯罪圈扩大到可以涵盖劳动教养和治安处罚的行为,使理论上盗窃1万元和1元、把人打成重伤和仅仅打人一拳的行为都具有刑事可罚性,而通过程序法发挥有效的过滤作用,使绝大多数盗窃1元和打人一拳的行为都不进入最终的刑事惩罚,除非该人通过其行为表现出特别大的主观恶性和人身危险性(如盗窃数额虽然很小,但屡教不改;打人虽然不重,但属于在假释期间所犯,且情节恶劣)。

当然,这样一个重大的调整,到底我所设想的这些方案能在多大程度上解决问题,这还需要作进一步的研究。无论如何,把剥夺人身自由的处罚措施纳入刑法,这应当是中国未来刑法发展的一个方向,对此我坚信不移。

(责任编辑:吴飞飞)