

一体两支柱的中国刑事法体系构想

——侧重于废弃劳教制度后的中国刑事法体系探析

屈学武*

【内容提要】：本文首先概述了“一体两支柱”的中国刑事法体系。指出其中的“两支柱”主要指刑罚和有别于刑罚的特殊司法处分——保安处分。在此基础上，本文进一步分析了中国现行劳教制度的种种弊端并主张以中国的特殊司法处分取代之。据此，作者设想的“一体两支柱”的中国刑事法体系之最低“构成”包括：中国现行刑法典、国内其他单行刑事立法、附属刑法、《刑事诉讼法》、本文设想的《司法矫治处分法》、本文构想的《刑事制裁程序法》等。据此刑事法框架，将来的法官在启动刑事审判程序并量刑时，实体法上应适用刑法中的刑罚，程序法上仍适用《刑事诉讼法》；而在启动刑事制裁程序时，实体法上适用《司法矫治处分法》，程序法上则适用《刑事制裁程序法》。继后，当其立法条件更成熟时，国家宜进一步配套出台《刑罚执行法》、《司法处分执行法》等等，以便全面构建实体、程序兼备的“一体两支柱”的中国刑事法体系，进而，便于推促和保障国家刑事法治理当期寻的“以人为本”的终极目标的最终实现。

【关键词】：一体两支柱 劳教制度 司法处分

一. 一体两支柱的刑事法体系概述

本文所谓“一体两支柱”的刑事法体系，是相对于刑罚与类似于保安处分的特殊司法处分在刑法体系中的地位而言。简言之，这里的“一体”是指整个刑事法体系；“两支柱”则是指统一于整个刑事法体系之下的“刑罚”与类似于保安处分的“特殊司法处分”。

关于保安处分制度，一般认为，它是指国家刑事法律所规定的、对实施了危害社会的违法行为的无责任能力人、限制责任能力人以及法律上特定的有相当社会危险性的有责任能力人等所施以的刑罚以外的医疗施治、¹ 保护观察等特定措

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

¹ 所谓“刑罚”以外，是相对于旧派和中介论者而言。在新派那里，刑罚与保安处分并无实质上的差别，主

施，以预防和控制犯罪、确保社会平安和矫治行为者本人的不良人格或病理身心的各类刑事制裁制度的总和。² 对保安处分与刑罚的关系，大陆法系刑法史上的刑事古典学派与社会学派所代表的旧派与新派间一直存在二元论与一元论之争。主要争论在于：

第一，在保安处分的法律性质上，刑事古典学派认为，刑罚与保安处分不同：刑罚是司法处分、保安处分属行政处分，只是因为保安处分和刑罚在社会防卫上有共同之处，二者才统一规制在刑法典之中（不排除一些保安处分可以规制在特别刑事法之中）。新派学者却认为，刑罚与保安处分只有处罚量上的不同，并无实质上的差异，二者都属司法处分，例如保安处分的奠基人之一意大利刑法学家菲利（Ferri）就主倡把刑罚和保安处分统一于一个社会政策；统一于一个防卫社会的目的，并将二者统称为“刑事制裁”或“社会保卫处分”。惟其如此，新派的诸此理论，又被称为一元化理论；与此相对立的旧派理论则被人称作二元化理论。

第二，在责任原则上，旧派学者基于客观主义的刑法观，主张道义责任论，又称行为责任论：即行为人基于自己的自由意思，实施了悖逆社会道德的、危害社会的行为，因而将受到国家法律的非难：其中之有责任能力者，自应接受刑罚的制裁；无责任能力人，因不发生“悖德”的道义责任，没有刑事责任可言。但因其悖常人格对社会构成威胁，因而应当受到保安处分的制裁，以防其社会危险性的“扩散”、危及社会安全。

新派学者持论相反：认为社会人没有真正的意志自由，主倡行为人责任论或社会责任论。新派认为：人类行为，无论是诚实的还是不诚实的，是社会性的还是反社会性的，都不是自己自由意志的结果，而是一个人的自然心理机制和生理状况及其周围环境交互作用的结果，因而任何行为都不是行为人主观“悖德”的结果，而是身不由己的、不由自主的；既而国家法律应当非难的不当是旧派“虚拟”的“违背道义的行为”，而是行为人偏常的“性格”、“人格”以及未对其成员恪尽正常人伦濡染教育之责的“社会”。既然如此，这种情况下，如对行为人还施以刑罚或保安处分，本为有损于行为人个人权益的不当之举，但国家为确保社会平安之计，不得不趋大利而损小害。

第三，在刑罚与保安处分的目的上，旧派强调特殊预防，认为刑罚的目的就

张二者间最终融合。

² 在理论上，保安处分的适用对象还可包括未曾犯罪、但恶性重大、很可能再犯罪者。但在法律规定上，多数国家刑法（除西班牙对流浪者的保安处分、意大利对幻觉犯、不能犯的保安处分外）所规定的保安处分仅适用于上述3种人。此外，由于新旧两派观点不一，对保安处分的概念也各一。因而这里概定的保安处分的概念，乃是掺有笔者个人倾向性的相对“中介”观点的抽象。

是“报应”：是国家法律对危害了社会的犯罪人的“恶害”处罚；因而刑罚必以使受刑人感受到足以冲抵其犯罪所得到的“快乐”的“痛苦”的办法，预防其再犯。而保安处分的目的不在报应，仅在事前预防。为此适用刑罚，应当严守罪刑法定原则：罪多大、刑多重，且不得采不定期刑或以保安处分代科；而适用保安处分则可根据行为人主观危险性的大小酌定执行时间的长短或应否撤销处分。

对此报应刑论，新派主张：刑罚与保安处分的目的，都是为了社会防卫和对行为人本身的人格矫治，因而，无论是适用刑罚还是保安处分，都不必斤斤计较罪刑等价，而应着眼于个体人身危险性的大小。故此适用刑罚或保安处分时，应慎密推求行为人对刑罚（痛苦）或保安处分的感应程度以及个体接受矫治、悔悟归正的难易程度，从而量定刑罚或保安处分的种类或时间长短。为达此目的，适用刑罚与保安处分时也不必拘泥于僵化的法律规条而应根据刑事制裁个别化原则，采用不定期刑制。特别对那些没有或很少有刑罚（痛苦）感应度的限制责任能力人、性格或人格悖常的犯罪人，在刑罚机能对其作用力甚微的场合，与其徒耗人力物力地施以刑罚，不如以更加注重矫治、感化和人伦道义教育的保安处分矫正感化之。³

对此，本文赞同的立场乃为：折衷其间的二元制立法。即：一方面我们难以认同旧派的绝对罪刑法定主义思想，而赞同相对罪刑法定主义，认为刑罚的目的不仅仅在于嗣后的报应，也在事前、事中、事后的预防及其对犯罪人的矫治等；同时认为保安处分在性质上应为有别于刑罚的特殊司法处分而非行政处分。另一方面，又认为新派过于强调社会防卫的立论，也偏废了法律的规范性及其法律对社会成员的正当私权利的合理保护。这是因为，法律的公正性不仅表现在司法、执法公平上，更表现在立法特别是国家对公权力、公权利和私权利的合理配置上。特别是，从“民权主义”的刑法观出发，无论是刑法还是刑罚，其根本目的还在于确保社会每一成员的最大限度的权利、自由及其人生价值的实现。因而，以“权力”来主导“权利”的“国权主义”刑法观，终究会为“以人为本”的新型法治观所取代。此外，刑事人类学派和刑事社会学派所主张的一元制的刑法观，还从法律性质上泯灭了刑罚和保安处分的界限，全盘否定了个人意思的相对自由，从而否定了当个人意志与法律规范冲突时选择了“犯罪”的行为人的个人责任，因而也殊不可取。

总之，大约正是源于上述种种缘由，才使得保安处分问世以来的一百多年间，

³ 参见屈学武：〈保安处分与中国刑法改革〉，原载《法学研究》1996年第5期，第55～68页。

始终未能形成一元制或者二元制之“一家独霸天下”的格局。恰恰相反，当今设置了保安处分国家，其立法例多是二元之中有统一；统一之中有二致的。⁴ 例如德国学者汉斯·海因里希·耶赛克和托马斯·魏根特就在其著名的《德国刑法教科书》中特别指出“在现今的德国，通说均赞同刑罚的双轨制，但不是十分强调从理论上区分刑罚和处分，而是强调两者的互补性，现行法律正是体现了这一点”。

5

基于上述立论，本文所主张的“一体两支柱”的刑事法体系，乃指从刑事法理及广义的刑事诉讼程序上，将刑罚与类似于保安处分的特殊司法处分，一并纳入整个刑事法体系之中的、折衷于一元与二元之间、但偏重于二元制立法的刑事法体系。从而，既便于国家和社会能在充分保障每一公民（包括犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人）基本人权的基础上，更加卓有成效地惩治、预防犯罪（及其相关违法行为），与此同时，还能达致从身心、生理等多角度矫治（或医治）受刑人（或受处分人）的病理人格或身心等多重刑罚或者处分效果。

在立法体例上，“一体两支柱”的刑事法体系可按如下两种立法形式加以设置：

一是将刑罚与保安处分都规制于刑法典之中的立法例。如现行《德国刑法典》、《意大利刑法典》、中国《澳门刑法典》即是如此设置的。但是，在制订刑法典的过程中，无论是德国、意大利还是中国澳门刑法典，都是将“保安处分”专节（或专章）规制于“刑罚”专章或者专节之外的。据此可见，此类国家基本上是秉持着更偏向于二元论的“一体两支柱”的刑罚与保安处分设置立场。但笔者也注意到，《德国刑法典》是将“刑罚”与“保安处分”分别作为该法典第三章之第一节、第六节而“并列”规制于该章的。而第三章题为“犯罪的法律后果”。这就意味着——“保安处分”在德国刑法中、是作为犯罪的法律后果之一加以规制的。可见，德国的二元论确为二元之中有一统的二元论。惟其如此，有德国学者才称现今的德国，通说赞同“刑法的双轨制”，认为保安处分是置于刑法之中的、有别于刑罚但又可与刑罚功效互补的“刑事制裁”。⁶

二是将保安处分置于刑法典之外的“一体两支柱”形式。如1929年荷兰的《常

⁴ 所谓一元之中有二元，二元之中有统一，是指二者的立论原本有区别也有交叉面。单纯地一元或绝对的二元均是不可行的。例如二元论者一面主张刑罚与保安处分性质有别：后者不是刑罚而是行政处分；另一方面又力倡应将保安处分纳入刑法典并只能由法官来宣告该“行政处分”，岂不自我矛盾？而一元论者一面认为二者应当融合，另一方面，也承认对有些刑罚感应性强的本应处以保安处分者，适用刑罚可能更有利于社会防卫及其本人的矫治。因而，一元并非完全的一元。

⁵ （德）汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年3月版，第104页。

⁶ 参见（德）汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年3月版，第103~104页。

习犯人法》、1930年比利时的《社会防卫法》。显然，如此立法法，至少从外观上看，保安处分仅是特别的、广义的刑法。因而分设于刑法典之外的保安立法，其不同于“刑罚”的二元色彩也就更加浓厚。

二. 中国现行劳教制度弊象梳理及对策反思

综上分析可见，要在中国构建一体两支柱的刑事法体系，有必要在刑法典或者刑法典之外设置类似于国外保安处分性质的新型刑事法规范。实际上，关于保安处分与刑法的关系、意义等，国际社会早在1926年的布鲁塞尔“国际刑法协会会议”就已清楚阐明，当时的大会还通过了“将来的刑法典中须有保安处分的实体规定”的希望性条款。继后，保安处分不仅为越来越多的大陆法系国家刑法之普遍纳入，也为东亚不少国家之刑法诸如韩国、泰国等借鉴和沿用，并在相当程度上成为刑法规范化、现代化的标志。

然而，80多年过去了，而今的中国刑法中虽然的确含有不少类似于保安措施的惩处规定，例如中国现行《刑法》第17条关于“满16周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养”的规定、《刑法》第18条关于“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗”的规定、全国人大常委会《关于禁毒决定》中含有的“强制戒毒处分”规定、《关于严禁卖淫嫖娼决定》中含有的“强制教育处分”规定、对明知自己有性病仍然卖淫嫖娼者的“强制治疗处分”规定等，都可谓类同于保安处分的规定。然而这当中：其一，中国现行《刑法》总则中并未对保安处分做出明确的设置，因而上述规定并非真正的保安处分规定；其二，按照中国刑法上述规定，裁决该保安措施者是“政府”而非人民法院，因而就其程序看，它也不合于保安处分须经法庭裁决的规定。

此外，《刑法》第17条还提到了针对刑事未成年人的“收容教养”问题，而中国刑法上的“收容教养”与中国现行“劳动教养”制度一样，都是存在诸多程序性、实质性弊病的、有悖于《公民权利与政治权利国际公约》第9条规定的不伦不类的行为规范。应予全盘革新或者废除。⁷ 其主要问题表现在：

⁷近年来，关于废弃还是改革现行劳教制度的呼声颇高。在此“废除论”与“改革论”之争中，我们赞同下述观点，即废弃与改革现行劳教制度，实际上并不是一对迥然矛盾的命题——二者其实都是既要从形式、又要从实质上改革现行劳教制度的程序与实质不正义问题。因为，多数改革论者所持改革观，绝非仅仅针对现行劳教制度的“立法化”而已，而包括对其处分性质、适用对象、处遇方式的全方位的革故鼎新，加之对其“处

（一）程序正义问题。众所周知，程序正义是实质正义的前提和保证。尽管就个案意义看，程序不正义者实质上未必不正义；但就一般意义看，没有程序正义就没有实质上的正义。特别是牵涉到限制或剥夺人身自由的禁止性规范的设置，更须程序严谨而合法。

就中国现行劳教制度的执行处遇看，各类在教人员不是被限制了人身自由、就是被剥夺了人身自由，而众所周知，现行劳教制度的依据却多为“准法律”或“准行政法规性质”（刑法典中的个别依据除外）。⁸由此可见，严格意义看，上述“依据”还待进一步法律化。特别是现行《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国立法法》以及中国已经签署的《公民权利与政治权利国际公约》都已明文规定，惟有依照法律确定的根据和程序，才能限制和剥夺公民的人身自由。这里的“法律”，应为严格意义的法律而非广义之法。据此，严格意义看，《国务院关于劳动教养问题的决定》、《国务院劳动教养的补充规定》、《劳动教养试行办法》等，均无权设置限制或剥夺人身自由的行政罚或警察罚。虽然从实质正义角度看，限制或剥夺其中一些人的一定人身自由也许符合实质正义的蕴涵，但程序正义既然是实现和确保一般意义的实质正义的前提和保障，二者之间的关系即当“程序正义原则上优于实质正义”。有鉴于此，拟具一部定性合规而又适法的专门法律来规范此类处分的性质、对象、种类、范围、期限、裁决机关、宣告程序、执行处遇、执行机构等事宜，势在必行。

所谓定性“合规”，在此指符合有关国际公约的规定，例如符合我国已经签署、理当践行的《公民权利与政治权利国际公约》第9条的明文规定。该条第1款明确规定：“……，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”。据此，中国多数学者主张应将劳教案的裁决机关改为人民法院而非公安机关或劳教委员会，这才能谓之审理和裁决的程序正当。

所谓定性“适法”，在此指该劳教法在法性质上应为全国人民代表大会通过的法律而非广义上的法。目前在中国学术界，有学者主张在保留现有劳教法规的基础上，对其加以改革；有学者主张另行设定专门的劳教法律，以规范劳教依据、程序及其实质内容，并认为“如此操作，与国外的保安处分的做法比较接近，在

分的任务与目的”的革新，这样，改革论与废除论之间也就没有多少本质区别了。参见，屈学武：〈“轻罪”之法价值取向与人身权利保护〉，载《河北法学》2005年第11期，第18~23页。

⁸ 中国现行劳教制度的主要依据是：全国人大常委会批发的、《国务院关于劳动教养问题的决定》、《国务院关于劳动教养的补充规定》等，此外，国务院1982年批发的《劳动教养试行办法》等也可谓国内实行劳教的主要依据。

理论基础方面，也有许多值得借鉴和参考的地方”。⁹ 还有学者主张设定一部专门的类似于国外的保安处分的《社会防治法》，并将改造后的现行劳教处分及其他含有保安性措施的处分纳入其中。对此，我们比较赞成这最后一种意见。至于“赞成”的主要理由，可从保安处分有别于一般行政处分及其刑罚的特点谈起：

首先，就保安处分的性质看，国内外刑法学者虽对此见仁见智——有称其为行政罚的、有视其为刑罚的，但通说意见看来还是认可保安处分应为介乎于行政罚与刑罚之间的刑事制裁——属一种特殊的司法处分，与刑罚既有区别又有联系。惟其如此，现今各国关于保安处分的规定，虽然多置于刑法典之中，但又都置于“刑罚”章节之外，大多特设专门的“保安处分”章。此外，对保安处分的裁决，各国几乎均经由法庭审判而非行政机关裁决，足见其绝非一般的行政处分。惟其如此，如将我国各类治安的、戒毒的、卖淫嫖娼的、轻微刑事犯罪的在教人员均纳入专门的法律规定，并通过法庭审判送诸有关场所教养，就不会发生所谓“未经法律审判而限制或剥夺公民人身自由”的违背公约规定并遭受国际人权非议的问题。

其次，适用保安处分的前提与适用刑罚前提不同。刑罚的前提是行为人须具有罪责；保安处分则不以罪责为前提。因而在责任非难未被认可的场合，社会为了避免行为人实行犯罪的危险性，可对其科以保安处分。例如对精神病人的医疗监护处分即如此。

再次，保安处分的适用对象是：(1)尚未犯罪、但很可能危及社会公共秩序的违法人员；(2)已经犯罪、有较大人身危险性但不可归责者；(3)虽已经犯罪且可归责、再犯罪倾向明显的犯罪人。此三者的共同点是：被处分的对象均具有很可能危及社会秩序的“公共危险性”。须知，这一共同点，实际上也是现今我国对许多已经违法、尚未犯罪但有犯罪倾向者适用“劳教”的要件。

第四，保安处分的适用目的有二：(1)危险性预防。对此，当代著名德国刑法学者汉斯·海因里希·耶赛克曾明确指出，德国现行刑法典中的保安处分与刑罚一起构成了“刑法的双轨制”，其中，刑罚的目的在于“罪责报应”；保安处分的目的则在“危险预防”。(2)对被处分人的特殊矫治：即通过社会矫治机构或医疗机构，来达到其对违法者的偏常人格、性格、嗜好或异常心理、生理疾患的教育、医学

⁹ 中国个别学者主张将改革后的劳动教养处分定性为非行政处分的、类似保安处分性质的“治安处分”。我们认为此种观点值得商榷。因为中国有专门的《治安管理处罚法》，该法属治安行政法规，其中规定了多项对违反治安管理行为的处分方式，而该类“治安处分”均属行政处罚性质。因而我们认为，一方面，将改革后的劳教定性为非行政处罚是正确的；另一方面，将其名为“治安处分”，很容易致人曲解其罚则性质，因而此类称谓不可取。

治疗目的。如此看来，在我国适用特殊司法处分的目的也无外乎此两点。即其一，矫治违法犯罪人员；其二，确保社会治安。

第五，在处分期限上，保安处分具有更大的弹性。由于保安处分的目的不在“报应”而在危险性预防与个人矫治，因而一些国家将某些特殊的保安处分的期限设定为：根据被处分人的公共危险性的消除及个人矫治成效状况酌定。例如将受处分人安置于社会矫治机构、安置于戒毒场所、安置于精神病院，其期限不必固定，而是依其矫治情况酌定。我们认为，这种不定期性，对特殊人员是必要的。例如对于须行强制戒毒的人员、须行强制治疗性病、精神病的人员即如此。尽管在此问题上，还应从法律规定及其道义角度设定其期限长短把握的基本原则及限制自由时间的最高上限等。¹⁰

第六，相对于犯罪后果而言，刑罚是“事后罚”；保安处分则不一定是事后罚，因为除犯罪人员外，保安处分还可适用于严重违法但尚未达致犯罪程度者，因而保安处分也可能是“事前罚”。¹¹从犯罪学意义看，一般而言，“事后罚”主要是杀一儆百的消极预防；“事前罚”则属事前积极预防。特别对那些心理严重畸形的违法人员、醉酒驾车人员而言，这种事前罚，不仅能够确保社会平安；也有利于有效防范行为人自己最终走向那既毁灭他人、又毁灭自己的罪恶深渊。

第七，在处罚基础上，刑罚可谓“行为罚”，非难的主要基础是行为人的“犯罪行为”；保安处分的非难基础主要不是行为人的违法犯罪行为，而是其异常的“人格”或是畸形的心理、身理因素。因而与“刑罚”相比，“保安处分”更加讲究因人而异的处分“个别化”。

综上所述，保安处分确以其事前积极预防的保安措施与因人施治的刑事政策弥补了刑罚事后补救的、对社会安全和个人矫治的局限。基于此，此类保安立法，无论是形式上还是内容上，均有相当可资我国立法借鉴的因素。具体而言，我们主张：

废除现有的劳教法规形式，保留其合理的惩处种类内核，如将现有的对轻微违法犯罪人员的劳教处分、戒毒处分、性病治疗处分、无责任年龄人的收容处分及其刑法中的医疗监护处分等，统纳入专门的保安性立法之中，以首先从形式、

¹⁰ 例如国外学者提出的必要性原则、相当性原则等，值得考虑。必要性原则是指接受处分与否及其期限的长短均取决于社会防卫及其矫治的有效性。如没有防范必要或其根本不可能矫治，则毋庸科以有关处分；如矫治仅须半年，则无须收容一年；相当性原则，是指处分的种类、期限须与受处分人行为的危险性及其社会保安的必要性相当。

¹¹ 所谓“事前罚”，在此仅仅相对于“犯罪”后果而言；相对于“违法”仍属“事后罚”，因而并非罚之无据；也非单纯地处罚“思想”或“倾向”。

即法律依据和程序上赋予其合法性、正当性。但考虑到中国刑法典刚刚全面修改不久、再行大幅度修改，恐有悖于刑法典的稳定性原则；同时虑及立法程序上的便捷与成本投入上的效益性，因而我们主张：与其大幅度修改刑法典、不如对其实行专门的单行立法更具现实性和可行性。¹² 有鉴于此，我们设想，将来的保安立法中，可将原来的劳教法规及现行刑法典中的强制戒毒处分、强制教育处分、强制治疗处分、收容教养处分、医疗监护处分等悉数包容进去。然而，鉴于《公民权利与政治权利国际公约》第8条第3款所规定的除特定的刑罚以外的“任何人不得被要求从事强迫或强制劳动”的规定，作为非刑罚的原来的“强制劳动教养”的处分应当革新——例如改为“强制收容矫治处分”。此外，对被收容者，除强制教育外，可采取给付一定报酬、自愿（而非强制）劳动教养的办法来矫治此类人等。

（二）实质正义问题。这里所谓“实质正义”，核心在于对被处罚人应否处罚及其处罚度的公平把握问题。这当中既存在一个对“分配的正义（Distributive justice）”的权限掌握问题，也存在一个权力与权利之配“量度”乃至孰为“本位”的问题。与私法上的“平均正义（Corrective justice）”不同的是，分配的正义一般认为是所有公法包括刑事法、保安法的指导原则。基于此，分配的正义往往倍加关注公法的社会防卫机能、同时相对轻忽公法的个人权利保护机能。一定程度看，中国现行劳动教养制度的实体规定就表现出这种公权力与私权利配置上的严重失衡甚至国家权力与个人权利的倒置。

我们知道，中国建国以来相当长的历史时期中，劳教制度主要适用于那些实施了违法行为但还不足以科处刑罚的人。为了教育改造他们，中国政府本意是要通过对这些人采取较刑罚相对更轻的处分——劳动教养来矫治他们。然而，由于立法指导思想上的失误以及执行中的错误，实践中反而出现了不少问题。例如，从遭受劳动教养的人被限制其人身自由的期限及严厉程度可看出，这种惩罚实际上比之被判处两年管制刑罚或被判拘役刑罚者更加严厉。中国的管制刑上限为2年、下限仅3个月；拘役刑上限6个月；下限仅1个月。而劳动教养的期限可达1~3年；必要时，还可以再增加1年。

¹² 关于该类单行立法的称谓，中国国内也有多种主张。多数学者主张废弃原来的《劳动教养处分》的提法，特别是《公民权利和政治权利国际公约》第8条已明文规定“任何人不得被要求从事强迫或强制劳动”，多数学者因而不同意《劳动教养法》的定名方案；个别学者主张将其定名为《治安处分法》；另有学者主张名为《社会保安法》或《社会防卫法》；还有人主张名为《教育矫治法》、《矫治处分法》、《教养处遇法》、《教导处分法》、《收容教养法》等，本人比较赞同《司法矫治处分法》的主张。认为这一名称，既突出了此一处分法的性质在于特殊的司法处分；又强调了对行为人本人的矫治目的“优位”的法治立场。

——由此可见，这种不合理的规定不仅仅在于其倒置了作为非刑事处罚的劳教处分与刑罚的严厉程度；还在其公权力与私权利孰为“本位”关系上的“倒置”。所谓“以人为本”就是要以公民权利为根本而非“国家本位”、“社会本位”。有鉴于此，从社会防卫角度讲，对一个犯情虽然轻微、但人身危险性较大的人施以较长时期的社会隔绝，固然可能有利于社会防卫，例如对一个屡屡卖淫的人限制其较长时期的人身自由，也许比之短期自由限制更有利于社会防卫，但此举显然倒置了国家与个人的权力与权利关系。更何况，对于一个行为尚不足以科处刑罚的人科以高于最低刑罚之自由限制期好多倍的处罚法，不免显失法律的公平与正义。因而，当其“分配的正义”面临国家权力与个人权利的二难选择时，我们认为，正义的价值取向之砝码应当基于“人本位”的原则去考量有关处分之轻重配置，即：在不损及国家和社会的根本利益的前提下，国家应最大限度地保护公民个人的权利和自由。

三. 构建“一体两支柱”的中国刑事法体系思考

如上所述，就当前立法环境条件看，本文所主张的中国的“一体两支柱”的刑事法体系，是指在刑法典之外，另行设置可隶属于“大刑法”的特殊司法处分法。具体而言，我国立法机关可先行设置一部《司法矫治处分法》，以初步确立起上述“一体两支柱”的刑事法体系框架，¹³ 俟条件成熟时，宜专门针对此类《司法矫治处分法》的操作程序，配套设置起《刑事制裁程序法》等。针对《司法矫治处分法》的拟具与出台，我们的基本思路如下：

首先宜当废除现行劳教制度，仅仅保留其在处遇对象上的某些合理因素，并在此基础上创设类似于西方保安处分性质的《司法矫治处分法》。总体而言，在处遇方法上，我们既不主张用纯刑罚方法来调控现行劳教在教人员涉案的诸种行为，例如小偷小摸、小额诈骗、深度吸毒、卖淫、长期赌博等；也不赞成以纯行政处罚的方法来处置此类行为；同时不赞成将此类行为分流为一半犯罪、一半行政违法；抑或一半犯罪、一半保安措施来处理。而是主张全面设计、推陈出一种特殊的司法处分来调控现存的某些由劳教体制处理的国家、社会与公民个人间的冲突关系。

据此，该一特殊司法处分的特殊点在于：（1）中国现行的法律处分无外乎民

¹³ 今后待条件成熟时，我们仍主张将此特殊的司法处分移诸刑法典之中，以便在进一步规范保安处分制度的同时，强化其一体性；同时便于司法操作和广大民众知晓有关刑事法律体系的基本内容。

事处分、刑事处分或行政处分三大类。而此类处分既不是民事处分、也非（严格意义的）刑事处分，更非行政处分，因而，它很特殊。（2）其适用对象主要是有轻微刑事违法、又够不上严格意义的“犯罪”之人、抑或实施了较为严重的治安违法行为者以及其他需要强制施以心理矫治、人格矫治、戒毒治疗、戒赌治疗、性病治疗、精神病治疗等人员。（3）在处分期限上，对一些特殊的适用对象可在一定期限内有其弹性。例如对深度吸毒者、被强制治疗的精神病人、性病病人，可视其戒毒和治疗的需要来酌定限制其人身自由的长短。但之所以须同时拟具一部《刑事制裁程序法》，是因为“作为纯行为调查程序”的“刑事诉讼法还未被按照行为人个性研究的任务来处理。一旦可能科处剥夺自由的保安处分，就有必要聘请专家”……，因而，“还应当考虑将刑事诉讼划分为判决程序和制裁程序”，前者乃针对刑罚适用而言；后者则针对适用此类特殊的司法处分而言。¹⁴

如此一来，所谓“劳动教养”的概念就会随着《司法矫治处分》的出台而在现行法治运作中消失。这样，就其表象或就其名称上看，既然这一部分人员已经不复存在，似乎就不再发生解决“劳动教养”的法律依据以及程序的问题。但就其实质看，由于某些违法行为包括嗜赌成癖、深度吸毒、长期卖淫嫖娼等行为与国家既定的法治规范的冲突关系依然存在；相应地，对此类人等的人格矫治乃至生理、心理施治的任务，依然存在。由是，我们可以说，如此立法实际上正好解决了调控此类冲突关系的法律依据及其程序问题，这是因为：

（1）此类冲突关系将划属全国人大（或其常委会）通过的“法律”来调控，从而致使此类处分有其法律上的依据；（2）限制人身自由必须通过人民法院的法庭裁决，因而从程序上看，它也是经由了司法裁决程序而非行政程序决定的。（3）从法律性质上讲，特殊的司法处分法，既不是严格意义的刑法、也非民法、行政法。而是特殊的司法处分，因而其限制人身自由的期限可以超过行政处罚期限；但被处分人等又并没有被标签为刑事犯罪人，从而有利于对此类人等的矫治改造；此外对某些特殊人等在一定期限内的弹性期限设定，也有利于对其本人的矫治和社会防卫。同时，该一弹性期限也是有其上限规定的（例如最长不得超过 1 年，精神病治疗者可例外，等等），以免有关处分执行人等滥用职权。（4）此一立法法，符合国际惯例，因而它绝不会发生悖逆我国已经加入或签署的国际公约中的人权规范的问题。

¹⁴ 参见：〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年 3 月版，第 108 页。

总之，笔者认为，在中国现行刑法体系中，增设特殊的司法矫治处分的立法法，不但可以解决当前劳动教养处分有违国际公约规范的难题，还可将当前散置于刑法或其他法中的、适用于轻微刑事违法人员的非刑罚处分集中统一起来，便于通过人民法院的简易裁决，确保其从实体内容到程序上的正当。

综上所述，本文所主张的特殊司法矫治处分法，既有其借鉴西方包括中国澳门特别行政区保安处分规定的本质成分，也有其自身特色。这当中，类似于国外保安处分之处主要表现在：在法律性质上，其都属独立于民事、行政处分之外的司法处分；在法律体系上，其均可划属广义的刑法体系；在处分程序上，都需要启动司法程序来完成。而且，我们也可将此类法官为适用《司法矫治处分法》而启动的司法程序统称为刑事裁决程序，以区别于法院审决罪犯时所启用的刑事审判程序；在适用对象上，还可部分地适用于轻度触犯刑律者。与此相对应，法官启动刑事审判程序时，在程序法上都适用《刑事诉讼法》；而在启动刑事制裁程序时，程序法上适用《刑事制裁程序法》、实体法上则适用《司法矫治处分法》。

二者的主要区别表现在：

其一，西方社会的保安处分大多适用于下述三等人：(1)无刑事责任年龄人和无责任能力人，通常指实施了重大犯情（如杀人、放火）的不满 14 周岁或实施了一般犯情而不满 16 周岁的人以及作案时精神不正常的精神病人；(2) 限制责任能力人，指又聋又哑的人、盲人或智力痴愚的人；(3)有特种危险性的有责任能力人。通常指本该刑满释放但尚未改其恶习的人、被宣告缓刑或假释的人，等等。本文所主张的司法矫治处分者，却不包括上述“本该刑满释放但尚未改其恶习的人”；同时它应另行包括深度吸毒、卖淫嫖娼、参赌、小偷小摸者以及屡屡实施治安违法、多处小偷小摸、小敲小骗者，等等。

其二，在处遇方式上，在身体条件许可的情况下，我们主张以更多的社区矫正来替代而今通行的隔离矫治甚至强制劳动改造等。而对被集中于特定的隔离区者，根据上述公约规定精神，也应逐步实行自愿参加劳动，并酌量发给一定报酬，以确保其依法行使他（她）们自愿参加或不参加隔离区劳动的权利。

其三，在法律后果上，由于被实行司法矫治处分的人，不属于刑事犯罪分子，因而当其再犯时，不属有前科者。

最后，在处分的目的、任务上，西方社会的保安处分往往以被处分人有其“人身危险性”为实行处遇的前提条件，因而“社会防卫”乃其启动该一处分的主旨和目标，而本文主倡的司法矫治处分，乃以矫治本人为其第一任，“社会防卫”则

只是伴随受处分人“新生”之同时俱生的目标而已。

结语：一体两支柱的中国刑事法体系的构成

一般而言，所谓“刑事法”理所当然地包括刑事实体法与刑事程序法两大部分。基于此，虽然基于重点分析现行劳教制度之弊害的角度，本文之议论重心本在刑事实体法。但是，作为“一体两支柱”的中国刑事法体系，还不能或缺或偏废了对诉讼法之支柱作用的充分评价与高度重视。

据此，概括起来看，本文所企望的一体两支柱的中国刑事法体系，至少应包括：（1）中国现行刑法典；（2）国内其他单行刑事立法；（3）附属刑法；（4）《刑事诉讼法》；（5）本文设想的《司法矫治处分法》；（6）本文构想的《刑事制裁程序法》，等等。

继后，在条件更成熟时，国家宜进一步配套出台《刑罚执行法》、《司法处分执行法》，等等。如此，一体两支柱的中国刑事法体系将基本告成。而刑罚与保安处分这两大支柱的“台柱”作用也才能在既定的刑事法治框架下依法得以充分发挥。进而，我国之刑事法方才能在全面落实《公民权利与政治权利国际公约》相关规定的基础上，在有效维系国家、社会秩序的同时，进一步推促与保障“以人为本”的法治终极目标的实现。

Conceiving System of Chinese Criminal Law: One Body with Two Backbones

---- Focusing on Analysis of Criminal Law System in China after Abolition of Rehabilitation through Labor

Qu Xuewu

【Abstract】: This article begins with a general introduction of conceived criminal law system of one body with two backbones, which refer to criminal penalty and a kind of different and special judicial sanction--- security measure. Then, it continues to analyze negative influences of existing system of rehabilitation through labor in China and suggests that it should be substituted with a special judicial sanction. On the basis of

above discussion, it points out that fundamental constituents of the criminal law system of one body with two backbones should include the existing Criminal Code, special and supplementary criminal legislations, Criminal Procedure Code and Judicial Rehabilitation Law and Criminal Sanction Procedure Law the author proposes. Within the suggested framework, when initiating criminal trial process and sentencing, a judge applies criminal penalty in Criminal Code when substantial issues are concerned and Criminal Procedure Code when Procedural issues concerned. Correspondingly, when starting criminal sanction process, he should respectively apply Judicial Rehabilitation Law and Criminal Sanction Procedure Law. Moreover, this literature advises legislature to enact Implementation Law on Criminal Penalty and Implementation Law on Judicial Sanction when conditions are mature in order to establish an overall criminal law system of one body with two backbones at both substantial and procedural levels, furthermore, to promote and guarantee the realization of the utmost people-oriented cause, which criminal rule of law should strive for.

【Key Words】 : One Body with Two Backbones Rehabilitation through Labor
Judicial Sanction

—— 本文原载屈学武主编：《刑法理论研究新视界》，中国社会科学出版社 2008 年 10 月版，第 3~15 页。