

“犯罪定义与刑事法治”笔谈

编者按：2008年3月8—9日，由中国社会科学院法学研究所、国际法研究中心举办的“犯罪定义与刑事法治”国际研讨会在北京召开。该研讨会是我国外交部与联合国人权高专办合作项目框架下的一个组成部分。来自全国人大常委会法制工作委员会、外交部、北京市检察院、北京市司法局、中国社会科学院国际合作局、联合国人权高专办、北京大学法学院、清华大学法学院、中国人民大学法学院、中央司法警官学院、中国社会科学院法学研究所和国际法研究中心等机构的30余位学者和专家出席了会议。与会学者和专家重点围绕着犯罪定义与刑法体系、正当程序、权利保障和刑事法制改革等主题分别从国际法和国内法的角度进行了探讨。我们约请其中的几位专家提供了笔谈稿，作为研讨会的一部分成果呈现在这里，以期深化对犯罪定义与刑事法治问题的研讨，并促进我国刑事法制体系的完善。

犯罪定义的法治思考

陈泽宪*

犯罪是刑法学的一个基本范畴。犯罪之定义，既反映对犯罪本质的认识，亦关涉犯罪范围的界定。在中国刑法学研究领域，犯罪定义从未引起过大的争论，似乎是一个早已解决的问题。但随着当代中国追求刑事法治的发展进程，在探讨许多重大刑事法律问题及相关法律问题的解决之道时，往往殊途同归地指向和引发对犯罪定义的再思考。

首先，在实体法领域涉及刑法与治安行政法的界分与衔接问题。中国刑法及司法解释对犯罪行为的独具特色的界定，通常包含质（社会危害性）与量（犯罪数额、数量、危害程度）双重要素。因此，一些实质上的“轻罪”行为因未达到量的要求（如盗窃数百元）而可能被排除在刑法规定的范围之外；对这些种类众多的治安违法行为的处罚又因包括长时间剥夺人身自由的严厉措施（如劳动教养）而带有“刑罚”的性质；治安行政处罚措施与刑罚措施亦未能实现协调对接（如治安拘留与拘役的期限）。多年来，法学界和法律实务界对治安违法行为矫治处分和保安处分措施与刑法体系的关系广为探讨而至今尚无定论，亦与在犯罪定义和犯罪范围的认识和研究上未有突破性进展密切相关。

其次，在程序法上涉及正当法律程序的适用原则和适用范围问题。严重治安违法行为和轻微犯罪行为因被排除于刑法规定的犯罪范围之外，只能作为治安案件而不能成为刑事案件。这两类案件的处理在程序法上的差异是巨大的。刑事诉讼法对刑事案件的立案、侦查、起诉、审判、执行程序以及辩护、证据、强制措施等制度均有较为详尽的规定，而治安案件的处理至今尚无完整的严格意义上的程序法规定，案件当事人对劳动教养等行政处罚不服寻求司法救济而提起的行政诉讼，适用

* 中国社会科学院国际法研究中心研究员。

的是行政诉讼法，被羁押的被处罚人甚至享受不到犯罪嫌疑人和刑事被告人可以享有的权利。其实，中外法律关于犯罪定义与犯罪范围规定的差异本身可能并无优劣对错之分，但是如果因此影响到案件的公正审理、正当程序的适用以及公民权利的有效保障等问题，那就会成为广泛争议的焦点。

再次，在国际法领域涉及人权公约与国内法的矛盾和国家承担的条约义务问题。我国政府于1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》，至今全国人大尚未批准。这也是我国尚未加入的唯一的重要人权公约。相信批准只是个时间问题，若一旦批准国际公约，国家就应承担公约在国内实施的义务。之所以迟迟未能批准该公约，与国内有关法律制度和公约有关规定尚存差距乃至矛盾相关，其中包括国内外对犯罪与刑事制裁措施的不同理解和法律界定的差异性。一方面，如果一些实质上的“轻罪”行为不属于犯罪的范围，或者劳动教养之类可长时期剥夺人身自由的行政处罚不属于实质上的“刑事制裁”，那么此类案件的当事人还能否享有公约规定的犯罪嫌疑人、被告人、被拘禁人、囚犯所享有的各项基本权利？另一方面，按照公约第8条的规定，任何人不得被强迫和强制劳动，除非依照由合格的法庭作出的刑罚判决或命令要求的苦役或工作。而劳动教养之类的处罚决定显然并非合格法庭作出的裁判或命令，那么劳教场所的强制劳动之合法性基础无疑将面临挑战。

最后，在刑事法制改革上应注重立法完善与司法改革同步进行。不论那些严重治安违法行为是否纳入轻罪范围、那些长时间剥夺人身自由权利的行政处罚是否应视为实质上的刑事制裁，这类严厉的处罚措施都应当通过正当法律程序并由合格法庭依法作出裁判，正逐渐成为一种改革共识。即使对犯罪定义进行改造，将劳动教养处罚对象的行为纳入轻罪范围，也需要辅以相关的法律制度保障。譬如，在有犯罪纪录的人大量增加的同时，可考虑建立适当的轻罪前科消灭制度以消减改革的负面因素。否则，纵然对禁止歧视原则作宽容的解释，仍然难以避免轻罪犯回归社会时在就业、上学、婚姻等方面面临困境。

犯罪范围的合理定义

陈兴良*

一个行为是被刑法定义为犯罪的，因此犯罪定义是指刑法所确定的犯罪范围，即通常所说的犯罪圈，这是一个刑事政策问题，也是刑事法治的一个基础性问题。

大陆法系和英美法系国家的刑法大多坚持罪分三类的原则，即把犯罪分为重罪、轻罪和违警罪。因此，在这些国家犯罪的范围是较为宽泛的。尤其是除刑法典规定的犯罪以外，还在附属刑法中规定了大量的犯罪。犯罪必须经过司法程序认定，尽管在程序设计上分成普通程序与简易程序等，但只有经过法院审判才能将一个人的行为认定为犯罪，这也是无罪推定原则的必然结论。

我国刑法中的犯罪范围，相对于上述国家而言是大大为狭窄的。这主要体现在以下三个方面：（1）我国刑法中的犯罪存在定量因素，即刑法第13条关于犯罪概念的但书规定：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”由此而将大量的轻微犯罪排除在犯罪范围之外，使犯罪圈大为收窄。（2）我国的治安管理处罚，尤其是行政处罚的范围较为宽泛。此外，我国还存在劳动教养制度，将那些不构成犯罪的违法行为纳入其中，由此形成对刑法的重要补充。（3）我国刑法采取一元的立法模式，追求建立一部统一的刑法典，摈弃了附属刑法的立法方式，将所有犯罪都规定在一部刑法之中。我国刑法的上述特点并非我国法律文化传统的承继，而是引进苏俄体制的结果。例如犯罪概念

* 北京大学法学院教授。

的但书规定被我国学者认为是我国刑事立法创新,但实际上完全是对苏俄刑法的照搬。例如1958年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第7条第2款和1962年《苏俄刑法典》第7条第2款都明文规定:“形式上虽然符合本法典分则所规定的某种行为的要件,但是由于显著轻微而对社会并没有危害性的作为或不作为,都不认为是犯罪。”这种“不认为是犯罪”的行为,虽然不受刑罚处罚,但实际上受到治安处罚,在我国甚至受到劳动教养处罚,而在某些情况下劳动教养的处罚比刑罚处罚更为严厉。在刑法典之外,苏俄还有一部罗列详细的行政处罚法典,我国则有治安处罚法以及散在的行政处罚规定。这些治安性与行政性的处罚,相当于西方国家刑法中的违警罚,虽无犯罪之名但实际上受到的处罚却涉及对公民的财产权与人身权的剥夺。

在我国只有范围较小的犯罪才进入司法程序,受司法机关的管辖,而大量的轻微犯罪与治安违法却属于行政机关处罚的对象。在此,司法权之小而行政权之大形成鲜明对照。通过司法程序的刑罚处罚,由于存在公检法三机关的制约以及获得律师辩护,因而被告人的诉讼权利依法受到保障。但治安性与行政性的处罚却是行政机关,尤其是公安机关在没有其他机关制约也没有赋予被处罚者以各种程序性权利的情况下独自决定适用的,因而虽有效率却有悖法治的基本要求。在这种情况下,我国的犯罪定义亟待调整,调整的基本思路是犯罪化:扩大犯罪范围,扩张司法权,逐渐取消社会治安的三级制裁体系,实现刑事制裁的一体化,即司法化。为此,可以考虑以下三个方面的改革:

一是取消犯罪概念的但书规定,实现形式上的犯罪化。取消犯罪概念的但书规定,将本来不认为是犯罪的行为纳入犯罪范围,实际上是扩大了司法保障的范围,这是一种形式上的犯罪化而非实质上的犯罪化。从表面上看,犯罪化似乎是国家权力的扩张和公民权利的限缩。但对此不能一概而论,因为犯罪化可以分为实质上的犯罪化与形式上的犯罪化。只有实质上的犯罪化,才涉及通过限制公民个人的权利而扩张国家权力的问题,因为它把公民本来可以自由实施的行为犯罪化而予以禁止。而形式上的犯罪化是指将本来应当受到治安处罚或者劳动教养处罚的行为予以犯罪化,由于这种行为本来就是被法律所禁止,甚至在某些情况下受到比刑罚更重的处罚,因而并不涉及对公民个人权利的剥夺,它所涉及的是国家的司法权与行政权之间的此长彼消,使国家权力配置更为合理。我国刑法关于犯罪概念的但书规定,提高了刑事处罚的门槛,为行政处罚留下了广阔的空间,除反映了刑法内在结构上的失衡以外,还存在与国际刑事法制的不对接,因而造成一定的法律障碍。例如我国刑法关于侵犯知识产权犯罪,也同样存在刑事处罚的门槛。刑法第217条规定的侵犯著作权罪,司法解释规定违法所得3万元以上才构成犯罪,刑法第218条规定的销售侵权复制品罪,司法解释规定违法所得10万元才构成犯罪。实际上,未达到上述违法所得数额的侵犯知识产权行为并非不受法律处罚,而是留给行政机关处罚,行政机关的处罚也许一点也不比西方国家当作犯罪的处罚轻。但西方国家对此还是难以理解,即使我国通过司法解释降低了刑事处罚的门槛,还是难以接受,以至于个别国家起诉到世界贸易组织。这完全是一个法律制度的安排问题,我国目前这种法律制度安排确实存在一定弊端,例如在行政处罚与刑事处罚的衔接上就难免出现空白。笔者认为,取消犯罪概念的但书规定,能够较为妥当地解决这个问题。当然,随着犯罪数量因素的取消,犯罪范围急剧扩张,尤其是大量轻微犯罪涌入司法程序,存在一个司法机关的承受能力问题以及司法资源的负荷能力问题,这些问题需要统筹解决。例如,在刑法中应当设置一些轻刑,尤其是罚金应当设置为主刑,广泛地适用于轻微犯罪。在刑事诉讼法中应当设置更为简易的程序,尽可能地节省司法资源。

二是治安违法行为犯罪化,从而实现治安处罚的司法化。我国的违反治安管理的行为,相当于西方国家刑法中的违警罪,其范围极其宽泛。由于我国的治安处罚涉及对公民的财产权利与人身权利的剥夺,这应当属于司法权限而非行政权所能处分,因此有必要予以犯罪化。应当指出,在目前的治安处罚法中,为与刑法衔接,违反治安管理行为中的相当一部分是情节轻微危害不大、不认为

是犯罪的行为。如果取消犯罪概念的但书规定，这部分行为将被涵括在刑法规定的犯罪之中。除此以外的违反治安管理的行为，大多是破坏社会治安、侵犯财产权利和人身权利的一般违法行为。对于这些治安违法行为，如果不纳入刑法典，笔者认为在重新整合的基础上可以考虑制定《治安犯罪法》，将违反治安管理的行为规定为治安犯，以区别于刑法规定的刑事犯。治安犯属于轻微犯罪，纳入司法程序以后，可以设立治安法院或者治安法庭，采取更为简易的司法程序进行审理。在这种情况下，劳动教养制度也将失去其存在的必要性。

三是采用附属刑法的立法方式，将行政违法行为犯罪化，限制乃至取消行政处罚权。治安管理处罚，在某种意义上说也是一种行政处罚，但它的处罚主体是公安机关，这里所说的行政处罚是指治安处罚以外的其他行政处罚。我国行政机关享有庞大的行政处罚权，虽然《行政处罚法》对此有所规制，但行政机关行使涉及对公民的财产权利和人身权利的剥夺权力，从根本上来讲是不合乎法治精神的。为此，笔者认为应当将这些行政违法行为予以犯罪化，将其规定为行政犯，以区别于刑法典规定的刑事犯以及《治安犯罪法》规定的治安犯。由于行政犯涉及面较为广泛，不可能在一部《行政犯罪法》中加以统一规定，因而可以采取附属刑法的立法方式，规定在相关的行政法规中，通过设置一定的司法程序予以审理。

以上改革，使犯罪范围大为扩大，但被处罚者的司法保障的程度也得到提高，我国的刑事法治水平也相应地提升，因而这是我国刑法改革的必由之路。

犯罪定义与犯罪化

张明楷*

犯罪（罪）是刑法上的一个基本概念，却具有多重含义。其一，在多数场合，犯罪是指符合成立犯罪的全部条件的行为。其二，在许多场合，犯罪是指符合犯罪客观要件、侵害了法益的行为。因为犯罪的本质是法益侵害，而行为是否侵害法益，只需要进行客观判断。例如，无责任能力的精神病人杀害他人的行为，也可能被称为“犯罪”行为。我国刑法第20条第3款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”由于正当行为不能向不正当行为让步，所以，对于无责任能力人的杀人、抢劫、强奸等严重危及人身安全的行为，必要时也可以进行正当防卫。这便表明，无责任能力人的杀人、抢劫、强奸等行为，属于刑法第20条规定的暴力“犯罪”。又如，刑法第115条第1款规定：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”第2款规定：“过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”显然，第2款所言“前款罪”，仅指符合第1款规定的客观要件的行为（实施了引起火灾、水灾等危害公共安全的行为，并造成了致人重伤、死亡或者致使公私财产遭受重大损失的结果）。其三，在少数场合，犯罪是指明显具有犯罪嫌疑的情形。例如，刑法第310条所规定的窝藏、包庇罪的对象是“犯罪的人”。其中的“犯罪的人”不仅包括已决犯、刑事被告人，而且包括明显具有犯罪嫌疑的人（不限于立案后的嫌疑人）。

犯罪并非刑法的特有概念，故不同学科会给犯罪做出不同定义。例如，犯罪学中的犯罪定义就不同于刑法学中的犯罪定义。由于刑法学的目的与任务不同于犯罪学，故不能将犯罪学上的犯罪定义纳入刑法学中。刑事诉讼法学上应否有自己特殊的犯罪定义，是值得研究的问题。所谓刑事诉讼

* 清华大学法学院教授。

法学上的犯罪定义,大体是指根据刑事诉讼法第12条的规定,在无罪推定意义上对犯罪所下的定义,如“犯罪是指被人民法院依法判决有罪的行为”。但是,一方面,这并非法律意义上的犯罪定义(难以据此指导侦查、起诉、审判),而是说明只能由人民法院依法认定犯罪。英美刑事法理论长时期对犯罪定义争论不休,原因之一是未能区分犯罪定义与犯罪认定。另一方面,刑法学不可能采纳无罪推定意义上的“犯罪定义”。例如,刑法第399条第1款规定的徇私枉法罪的类型之一,是“对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉”。某公安局派出所长徇私情故意不追究四名抢劫犯的刑事责任,检察院以徇私枉法罪将该派出所长起诉到法院后,法院认定派出所长的行为不构成徇私枉法罪。理由是,根据刑事诉讼法第12条的规定,只有经过人民法院依法判决,才能确定行为人有罪。四名抢劫他人财物的人,未经人民法院依法判决有罪,因而不是“有罪的人”,故派出所长的行为不符合徇私枉法罪的构成要件。不难看出,法院之所以做出了如此不当的判决,是因为错误地适用了无罪推定意义上的“犯罪定义”。

我国刑法中的犯罪定义包含了质与量两个方面的要素,对犯罪定义的理解,直接关系到犯罪化与非犯罪化问题。首先应当明确的是,所谓的“犯罪化”,并不意味着将大量行为作为犯罪处理;在刑法上增设一个新罪,也属于犯罪化。同样,所谓的“非犯罪化”,也不意味着将现行法上的大量犯罪作无罪处理。事实上,西方国家在上世纪60年代前后所进行的非犯罪化,也只是将极少数“无被害人的犯罪”、“自己是被害人的犯罪”不再作为犯罪处理。再次,犯罪化与非犯罪化既可以表现在刑事立法上,也可以表现在刑事司法上。例如,我国刑法没有像西方国家那样将酒后驾驶规定为犯罪,但是,刑事司法完全可能将醉酒驾驶行为认定为以危险方法危害公共安全罪。这便对部分酒后驾驶行为实行了犯罪化(当然,以不违反罪刑法定原则为前提)。同样,司法解释降低某种犯罪的定罪数额起点,也意味着犯罪化。又如,刑法虽然将某种行为规定为犯罪,但司法机关可能基于某种理由,并不查处这类犯罪行为,从而使刑法对这种犯罪的规定成为象征性立法。最后,没有任何一个国家仅进行犯罪化或者仅进行非犯罪化。换言之,任何一个国家总是不断地进行犯罪化与非犯罪化。只不过在不同时期,侧重点不同。

我国刑法第13条的但书,以及刑法分则对构成要件的规定,表明刑法的处罚范围很窄。我国当前乃至今后相当长时期的侧重点仍然是犯罪化,而不是非犯罪化。

一方面,基于法益保护的立场,应当进行犯罪化。例如,我国宜在刑法典中增加旧中国与外国刑法典几乎普遍规定的传统犯罪——背信罪、强制罪、暴行罪、胁迫罪、泄露他人秘密罪、侵占不动产罪、公然猥亵罪、伪造私文书罪、使用伪造的文书罪、盗掘坟墓罪、毁坏尸体罪,等等。这些犯罪行为或许相对轻微,但侵害了值得由刑法保护的法益,成为构建和谐社会的严重障碍。同西方国家相比,我国的犯罪率似乎并不高,但国民总感觉治安很差,其中的重要原因之一,是许多相对轻微的犯罪行为没有得到依法处理。

另一方面,基于人权保障的立场,也应当进行犯罪化。在我国,非常突出的问题是,一些行为不被法院宣告为犯罪,而是由行政机关认定为一般违法行为,但对其处罚却远远重于刑罚,而且缺乏正当程序保障。例如,对于不构成盗窃罪的盗窃行为,可以由公安机关决定实行劳动教养,剥夺1至3年的人身自由,并可延长1年,而且没有任何程序保障。概言之,在国际社会均属于犯罪的一些行为,在我国仅适用劳动教养或者《治安管理处罚法》,我国的非犯罪化远远走在世界各国的前列。但是,这并不意味着刑法的进步,更不等于法治的进步。因为由行政机关直接处罚轻微犯罪,导致在实际效果上其严厉程度远甚于刑罚的行政制裁。将这种行政制裁不是交由法院,而是交由行政机关裁量,就违反保障程序公正的宪法精神。换言之,我们一直习惯于注重打击严重犯罪,但没有考虑对所谓“非严重犯罪行为”的处罚是否符合法治要求。而且,相当多的危害行为,也不一定由行政机关依照行政法处理,而是采取了其他一些非法律的途径,这便更加违反了法治原则。其实,只要留意就会发现,国民越来越依赖刑法,不断要求立法机关将一些危害行为规定为犯罪。

学者们习惯于认为,试图用刑法解决一切社会问题并不妥当,进而对国民的立法呼吁持反对态度。笔者并不主张过度的犯罪化,但应肯定的是,与国民直接要求政府法外处罚行为人、国民以私刑处罚行为人相比,呼吁通过立法制裁危害行为,是国民法治观念增强的体现,是社会进步与社会成熟的表现。所以,废除劳动教养制度,制定《轻犯罪法》,将《治安管理处罚法》、劳动教养法规所规定的各种危害行为,纳入《轻犯罪法》中(较为严重的行为应纳入刑法典),并规定简易的审理程序,同时充分保障被告人的各项权利,使各种犯罪行为得到法院的依法审理,是建设社会主义法治国家的要求和必然。或许有人主张,应当继续保留劳动教养制度,但改由人民法院决定适用(或者将公安机关中决定劳动教养的人员改称为治安法官),从而避免更多的人被贴上“罪犯”的标签。但这样做的结局依然是,行政处罚重于刑事处罚,对非罪的处罚重于对犯罪的处罚,有损法律制裁体系的协调,违反比例原则;而且,一旦将轻微犯罪不作犯罪处理,行为人就不能充分行使刑事诉讼法对犯罪嫌疑人、刑事被告人所规定的各项权利,不利于保障行为人的人权。另一方面,现行的劳动教养制度实际上给行为人贴上了“罪犯”的标签。在制定《轻犯罪法》后,完全可以通过采取相应措施(如对轻犯罪人不得拘留和逮捕、轻犯罪不视为前科等)解决所谓“罪犯”标签问题。

犯罪化的思考

冯 军*

20世纪五、六十年代,受当时司法改革浪潮和个人主义以及法益保护思想的影响,欧美国家普遍兴起非犯罪化的思潮。^{〔1〕}由于历史原因,30多年后,该思潮的余波才在我国荡漾,并迅速成为刑事法学界的热门议题,甚至影响了1997年刑法的修订。^{〔2〕}但是,20世纪末以来,世界上不少国家出现了新的刑事立法动向:为了应对犯罪的国际化、有组织化和社会风险日益增多等问题,采取了犯罪化、处罚早期化、严罚化等措施。^{〔3〕}与非犯罪化相比,这种国际范围内方兴未艾的犯罪化趋势,至今还未在我国产生强烈反响。面临我国刑法再修改的现今状况,需要我们认真思考一下犯罪化的问题。

所谓非犯罪化,是指将过去用刑罚加以惩罚的犯罪不再作为犯罪来对待。实质意义上的非犯罪化,有三种实现途径:第一种途径是立法上的非犯罪化,即通过立法废除某些罪名;第二种途径是司法上的非犯罪化,即通过司法不再将某些行为当作犯罪来处理;第三种途径是学理上的非犯罪化,即通过学理不再将某些行为解释为犯罪。但是,无论采取哪种途径,非犯罪化都必须坚持一项原则,即只能将哪些不应该或者无需用刑罚加以惩罚的行为予以非犯罪化,如果某种行为应该或者需要用刑罚加以惩罚,那么,就决不应该将其非犯罪化。就西方国家进行非犯罪化的实践而言,非犯罪化主要涉及两类行为:一类是所谓妨害风化行为,即成年人之间的同性恋行为、通奸行为、卖淫行为、兽奸行为、赌博行为等;另一类是所谓违反管理行为,即谎报姓名、不监管所饲养的危险动物、四处流浪、违法插队、乱丢污物等。

在非犯罪化的问题上,我国虽然也采取了某些值得肯定的做法,例如,适应市场经济的要求,在1997年的新刑法典中废除了关于投机倒把罪的规定,但是,也存在相当严重的偏差。一方面,我国对本来应该予以非犯罪化的行为进行着实质上的犯罪化。例如,对卖淫、赌博等典型的“无被

* 中国人民大学法学院教授。

〔1〕 参见〔德〕汉斯·海尔里希·耶施克:《世界性刑法改革运动概要》,《法学译丛》1981年第1期。

〔2〕 《中国法学》曾专门摘引文章指出:“修改刑法要研究‘非犯罪化’思潮”,参见《中国法学》1992年第2期。

〔3〕 参见黎宏:《日本近年来的刑事实体立法动向及其评价》,《中国刑事法杂志》2006年第6期;冯军:《和谐社会与刑事立法》,《南昌大学学报》2007年第2期。

害人的犯罪”进行着相当严厉的惩罚。另一方面，我国对本来应该予以犯罪化的行为进行着实质上的非犯罪化。首先，在立法上没有把相当多的应该或者需要用刑罚加以惩罚的行为规定为犯罪。例如，各国刑法几乎都规定了一般的恐吓罪，我国刑法虽然在抢劫罪、强奸罪、敲诈勒索罪、组织乞讨罪等中涉及到胁迫行为，但是，没有规定一般的恐吓罪。其次，刑事实务通过对刑法规定进行限缩性司法解释，使相当多应该根据刑法加以惩罚的犯罪行为未能受到惩处。例如，最高人民法院在《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中对刑法第133条的规定进行了限缩解释，导致违规驾驶致两人重伤、一人轻伤的行为不构成犯罪。再次，刑法理论通过对刑法规定进行限缩性学理解释，给不惩罚某些犯罪行为提供了理论依据。例如，刑法理论一般把“数额较大”解释为盗窃罪的成立要件，而不是解释为盗窃罪的既遂要件，又由于在我国很多地区都以1000元作为盗窃罪中数额较大的起点，导致一个盗窃了999元的行为一般既不能作为盗窃罪的既遂也不能作为盗窃罪的未遂而被追究刑事责任。

最近在我国呈流行之势的刑事和解制度，又有加剧非犯罪化的偏差之虞。由于采用了刑事和解制度，一些轻微犯罪就未被追究刑事责任，一些严重犯罪也仅受到了较轻的处罚。虽然刑事和解制度具有促进加害人与被害方的相互理解、降低诉讼成本等积极意义，但是，也可能导致处遇不公和权力滥用等消极后果。^{〔4〕}笔者认为，不能仅仅根据行为人赔偿了被害人的损失，就进行刑事和解。不是因为赔偿了被害人的损失，恢复或者弥补了法益，就必须进行刑事和解，而是只有赔偿行为表明行为人变得忠诚于法规范，责任减轻了，才能进行刑事和解。否则，“被杀人者反为妻子亲戚乞钱之资，甚可痛也。”^{〔5〕}

虽然也存在需要从非犯罪化的视角对我国刑法的某些规定加以修改的余地，例如，需要大幅度地缩小预备犯的成立范围，^{〔6〕}但是，为了克服我国在非犯罪化上所出现的偏差，今后的刑事立法、刑事司法和刑法理论都应该注重犯罪化的选择。选择犯罪化的道路，既有利于保护法益，也有利于保障人权。

在选择犯罪化时，除了考虑某种行为是否危害了社会 and 他人、是否存在道德、民法、行政法和程序法以及刑法本身的限制之外，还需要考虑国际范围内的犯罪化实践。有学者建议，我国刑法中应该规定灭绝种族罪、种族隔离罪、种族歧视罪、战争罪、侵略罪、反人道罪、酷刑罪、非法获取和使用核材料罪、奴隶制及与奴隶制相关的犯罪、劫持人质罪、侵害应受国际保护人员罪。^{〔7〕}也有学者主张，“我国将来宜在刑法典增加背任罪、强制罪、业务上过失致死伤罪、制作虚假公文、证件罪，同时可以删除被这些传统犯罪涵涉的具体犯罪。此外，刑法还应当增设旧中国刑法典与国外刑法典几乎普遍规定的传统犯罪，如暴行罪、胁迫罪、泄露他人秘密罪、侵夺不动产罪、公然猥亵罪、非法发行彩票罪、伪造私文书罪、使用伪造变造的文书罪、盗掘坟墓罪、毁坏尸体罪等，以维护刑法的稳定性与正义性”。^{〔8〕}这些都是值得立法者倾听的意见。

在犯罪化的选择上，司法实务和刑法理论要改变至今限缩犯罪成立范围的倾向。特别是在涉及交通安全、食品和药品安全的领域以及打击恐怖活动的领域，要对刑法的有关规定进行扩张解释。例如，根据刑法第141条的规定，“生产、销售假药，足以严重危害人体健康的”，构成生产、销售假药罪。对该条中的“假药”，不能仅仅解释为药品成分本身不安全的药品，而是应该扩张解释为也包括未标明安全的使用方法的药品。一种具有治疗青春痘效果的外涂药品，如果不标明正确的使用方法，以致于过量涂抹就会造成脸颊溃烂的，或者不标明“禁止内服”，以致于口服之后就会造

〔4〕 参见陈庆安、王剑波：《刑事和解制度的优劣势再解读》，《河南社会科学》2008年第1期。

〔5〕 沈家本：《历代刑法考（二）》，中华书局1985年版，第1028页。

〔6〕 参见刘仁文：《刑事一体化下的经济分析》，中国人民公安大学出版社2007年版，第83页以下。

〔7〕 参见卢建平：《国际人权公约视角下的中国刑法改革建议》，《华东政法学院学报》2006年第5期。

〔8〕 张明楷：《刑事立法的发展方向》，《中国法学》2006年第4期。

成咽喉损坏的，仍然是假药。对该条中的“足以严重危害人体健康”，不能仅仅解释为药品本身所直接造成的人体损害，而是应该扩张解释为也包括被当作药品使用时没能发挥所标明的治疗效果而间接造成的人体损害。有学者认为，以红糖为主要成分冒充感冒冲剂的，因为红糖对人体机能没有损害，不足以严重危害人体健康，所以，不成立生产、销售假药罪。^{〔9〕}但是，以红糖为主要成分，大量生产、销售虚假的感冒冲剂的，会导致感冒恶化，应当成立生产、销售假药罪。

在我国，选择犯罪化，主要是需要规定相当数量的轻罪。但是，选择犯罪化的目的，是通过严密法网来强化人们的规范意识，而不是用严厉的刑罚来处罚轻罪。应该根据轻罪的具体状况，规定各种能够有效预防轻罪的刑罚。在未来的刑法典中，可以考虑增设善行保证、禁止执业、禁止驾驶、禁止使用、禁止进入、公益劳动、社区服务、周末拘禁等适合于轻罪的刑罚。在行为人不遵守法院关于禁止执业、禁止驾驶、禁止使用、禁止进入、公益劳动、社区服务、周末拘禁的规定时，可以根据刑法第 313 条的规定，以拒不执行判决罪惩罚行为人。

犯罪分层及其意义

卢建平*

犯罪分层，指根据犯罪的严重程度将所有犯罪划分为不同层次的犯罪分类方法。对不同严重程度的犯罪进行分层处理的做法自古有之，但明确规定犯罪分层的立法却只有 200 多年的历史。从法国旧制度时期的罪分两类继而到拿破仑刑法的罪分三类，这种制度化犯罪分层首先在欧陆国家继而在英美法系国家产生了辐射效应。至 19 世纪末，欧洲主要大陆国家都在其刑法典中明确规定了犯罪分层制度；至 20 世纪末，犯罪分层逐渐成为绝大多数国家刑法的通例。而中国刑法一直没有类似的制度设计，在法理上强调违法与犯罪、行政责任与刑事责任的区别，在刑法上一直强调犯罪的质的规定与量的把握，将犯罪门槛设得较高，并配置很重的刑罚。与国外的刑法相比，中国的刑法俨然就是一个重罪重刑的“小刑法”。这样的立法体例固然能够收到集中有限资源以严厉打击严重犯罪的效果，但也带来了刑罚过于严厉、刑法干预严重滞后、行政权膨胀、司法保障不足等弊端。从学习借鉴国外经验、完善我国刑事立法、推进法治进步的角度，有必要了解国外犯罪分层的模式、标准，并将犯罪分层转化为刑法研究的一个“中国问题”。犯罪分层的意义不仅体现在刑事政策上，而且体现在刑法体系和刑法规范上。

所谓犯罪分层，指在刑事法上将所有犯罪按照严重程度区分为若干不同层次的表现形式。目前犯罪分层的模式包括以下几种：

1. 二分法模式，就是根据犯罪严重程度或刑罚轻重把所有刑法典规定的犯罪划分成两个层次，即重罪和轻罪或重罪和违警罪。二分法模式的国家比较多，主要有德国、奥地利、瑞士、意大利、挪威、泰国等国家。

2. 三分法模式，就是根据犯罪严重程度或刑罚轻重把所有刑法典规定的犯罪划分成三个层次，即重罪、轻罪和违警罪或重罪、较重罪和轻罪等。三分法是最典型的犯罪分层模式，其中最典型的三分法模式国家是法国。《法国刑法典》（1994 年 3 月 1 日开始实施）第 111-1 条规定：“刑事犯罪，依其严重程度，分为重罪、轻罪和违警罪。”^{〔10〕}

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授。

〔9〕 参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社 2007 年版，第 149 页。

〔10〕 《法国新刑法典》，罗结珍译，中国法制出版社 2003 年版。

3. 四分法模式, 就是根据刑罚轻重或犯罪严重程度把所有刑法典规定的犯罪划分成四个层次, 如俄罗斯的轻罪、中等严重的犯罪、严重犯罪和特别严重的犯罪; 越南的轻微犯罪、一般犯罪、严重犯罪和特别严重犯罪等。四分法模式的代表国家是俄罗斯。

4. 多层分法模式, 指根据刑罚轻重或犯罪严重程度把所有刑法典规定的犯罪划分成五个或五个以上层次。多层分法模式的典型代表国家是美国。美国《模范刑法典》将犯罪划分为六个层次: 一级重罪; 二级重罪; 三级重罪; 轻罪; 微罪; 违警罪。其特点主要表现在: (1) 在法定刑度上, 层次之间划分细致。重罪和轻罪(和/或微罪)之间的界限, 大致为1年的定期监禁刑。三个级别的重罪之间也存在一定的差别; 轻罪和微罪之间, 大致在30日定期监禁刑的线上存在界限; 微罪和违警罪之间则存在比较明显的界限: 根据规定, 违警罪不处以监禁刑, 只能处以罚金、没收等制裁; (2) 在分层方法上, 实行二次分层方法。第一次分层, 将犯罪分为重罪、轻罪、微罪和违警罪; 第二次分层将重罪分为一级重罪、二级重罪和三级重罪, 法定刑幅度各不相同。

关于犯罪分层采用的标准, 从当前各国的刑法规定来看, 可以分成两种: 一是根据刑罚的轻重, 将不同的犯罪行为进行分层, 称之为形式标准; 二是根据犯罪行为本身的严重程度或社会危害性质和程度, 将所有犯罪行为进行分层, 称之为实质标准(或实体标准、严重程度标准)。形式标准其实是立法者对犯罪行为严重性的先前判断通过刑罚表现出来, 而实质标准实际上是一种直接的价值判断。

在我国, 借鉴犯罪分层的方法, 其意义是多方面的。

1. 刑事政策上的意义

当前我国正在贯彻实施宽严相济的刑事政策, 以积极促进社会主义和谐社会的构建。宽严相济刑事政策的通常表述是“当宽则宽, 该严则严; 宽以济严, 严以济宽; 宽严有度, 宽严审时。”^{〔11〕}但与西方国家“轻轻重重”的两极化刑事政策不同的是, 我国宽严相济刑事政策的法律基础明显不足。迄今为止, 我国对何谓重罪何谓轻罪, 既没有从理论上进行认真科学的研究, 也缺乏法律明确地区分重罪轻罪作为依据。以“严打”为例, 若以“严惩”为严打的标准, 那么除了全国人大常委会制定的《严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》以外, 还有《严惩拐卖、绑架妇女儿童罪犯的决定》和《严惩组织、运送他人偷越国边境犯罪的补充规定》, 而这些犯罪无论是客观的社会危害, 还是法律规定的刑罚, 显然是不在同一个层次上的。犯罪轻重标准的法律依据缺失, 不仅会导致“严打”方针的严重走样, 而且也会使人们对宽严相济刑事政策的认识和执行产生偏差。解决之道在于: 通过犯罪分层的立法化, 坚持贯彻对严重犯罪实行严打的方针, 提倡对轻微犯罪实行宽大政策; 立法化以满足法治的形式化、稳定化需要, 宽严相济以满足改善治安的政治需要。

犯罪分层的立法化不仅可以为宽严相济刑事政策提供法律基础和法理基础, 而且也能够为严打方针设计新的出路。严打的缺陷, 不仅在于严重犯罪的法律标准模糊, 而且在于其运动式的特点。犯罪分层有助于确定严打的对象, 进而克服严打的运动性特点, 使严打转变为宽严相济刑事政策的重要内容。

实行犯罪分层, 能够更好地在严重犯罪和轻微犯罪之间合理分配司法资源, 集中大部分资源来对付危害社会生存根本条件的那些最严重的犯罪, 而对轻微的犯罪行为采取更为宽松的政策和更为快捷的处理机制, 从而以最少的刑罚资源投入达到最大的控制和预防犯罪的效果, 使我国刑法的运行实现效益最大化。

同时, 对不同层次的犯罪分配相应的资源, 也有利于人权保障。从人权角度讲, 越是严重的案件, 人权被侵犯的可能性就越大, 程度也可能越高, 错判死刑就是最极端的例子。如果把大部分司法资源投入到严重犯罪的处理过程之中, 而对轻微案件实行“从快从简”处理, 把从轻微犯罪案件

〔11〕 马克昌:《宽严相济刑事政策刍议》,《人民检察》2006年第19期。

节省下来的资源投入到严重犯罪案件中，就能够切实提高严重犯罪案件的审判质量，从而更好地保障人权。

2. 刑事法律上的意义

在实体法上，犯罪分层的意义不仅是宏观的，也是微观的。宏观上，犯罪分层可以帮助我们重新界定犯罪概念，或者说统一犯罪概念，即用刑罚作为犯罪的质的规定，由此又需要对刑罚作出新的界定，泛指刑法所规定的任何限制或者剥夺公民、法人权利与自由的惩罚性（因而是给人带来精神或肉体痛苦的）措施；犯罪与刑罚重新界定以后，势必扩大犯罪圈，由此要求犯罪反应体系的复杂与多样化，即在进行犯罪分层以后，确立相应的刑罚阶梯。简言之，就是在统一犯罪的质的规定以后，对犯罪进行量化分级，确立犯罪分层战略（Strategy of Stratification）。而在微观上，犯罪分层的意义不仅反映在追诉时效和刑罚消灭时效上，而且也决定着过失犯罪与故意犯罪、犯罪预备、犯罪中止、犯罪未遂、共犯等不同犯罪形态的刑事责任。

因为刑罚是犯罪的法律后果，因此犯罪分层的意义绝不局限于定罪上，它也必然要体现在犯罪的反应体系和具体措施上。根据罪责刑相适应的原则，在降低犯罪门槛、扩大犯罪圈的同时，刑罚的严厉程度也要相应降低，要采用大量轻刑化、非监禁化甚至非刑罚的处理方法，由此使刑罚体系变得非常发达，而刑罚措施也更加丰富多样，自由刑、权利刑（资格刑、财产刑）广为应用。

犯罪分层的意义同样体现在司法组织和司法程序的设置上，要根据犯罪的轻重分别设定不同的处理机构和程序。如法国刑事诉讼法就规定，重罪由重罪法院审理，预审是必经程序，必须采用陪审团制，对被告人的人格检查也是必须的；轻罪由轻罪法庭管辖，预审是任择性的，实行专业法官的合议制，被告人的人格检查也是任择性的；违警罪则由治安法庭负责，一般不经预审，审判也采用简易程序，无须进行人格检查。

申言之，由于犯罪分层实现了犯罪的对外统一和内部分级，将量大面广的微罪（法国称违警罪、德国称秩序犯等）纳入犯罪圈，从而将行政刑法纳入刑法体系，使刑法成为统一刑法（整体刑法或“大刑法”），符合了法制统一的要求，节约了立法资源，有助于提高法律的效率，树立法律的权威。更为重要的是，通过犯罪分层，将占犯罪总量绝大多数的轻微案件（例如我国的治安案件）纳入法制化的处理轨道，不仅有助于扩大法官参与社会治理的范围与权限，防止行政权的滥用，而且通过为相关当事人提供必要的司法保障（如独立、公平、公正、及时审判，辩护权等），有效地发挥刑法的人权保障功能。

一体两支柱的中国刑事法体系构想

屈学武*

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广义而言的刑法体系中的地位而言。简言之，这里的“一体”是指广义的刑事法体系；“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、保护观察等特定措施，以预防和控制犯罪、确保社会平安和矫治行为者本人

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

的不良人格或病理身心的各类刑事制裁制度的总和。^{〔12〕}针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基于保安处分与刑罚基本性质是相同还是二致的一元论与二元论之争。笔者赞同折衷其间的二元制立法,即:一方面我们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。^{〔13〕}目前,这种“二元之中有统一;统一之中有二致”的立法例,已愈来愈成为不少设置了“保安处分”国家的通约性观点,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”。^{〔14〕}

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。^{〔15〕}然而,当今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、第18条的“收容教养”规定、对“精神病人”的“强制医疗”规定以及《禁毒决定》中的“强制戒毒处分”等,都有近似于国外保安处分的地方。然而这当中:

第一,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;相反,受此类处分者,在我国应予适用的不是保安处分法,而是有关劳教法规。

第二,按照中国刑法的规定,裁决上述类似“保安”措施者乃为“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。因为作为政府代表的“警方”其实是相对于“抓捕人”与“被抓捕人”双方之中的“第二方”而非中立的“第三方”。所以惟有置身于当事双方之外的“法庭”才是第三方,从而才能成立为“被抓捕人”应否被科以“处分”的中立的“仲裁者”。

第三,现行劳教处分之法律性质不清。有人认为其应属单纯的行政处分,然而按照我国《行政处罚法》的规定,限制人身自由最长期限仅为15天。我国的劳教却可长达3~4年。有人据此又认为其应属“行政强制措施”,此一定位显然更是于理于法相悖:既然行政处罚的期限都长不过15天,岂有行政强制措施的期限还可长达几年之久者?

第四,现行劳教制度的法律依据不足。按照现行劳教制度,各类在教人员,不是被限制、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”性质(刑法典中的个别依据除外)。由此可见,从严格意义看,上述“依据”还待进一步法律化。

现行劳教制度的确积弊甚多。有鉴于此,笔者主张废弃现行劳教制度,另拟一部专门的类似于国外保安处分的《司法矫治处分法》。该项“处分”的特殊点在于:

(1) 中国现行的法律处分无外乎民事处分、刑事处分和行政处分三大类。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,乃属“特殊的司法处分”。(2) 适用前提与刑罚不同。刑罚的适用前提是行为人须有罪责;矫治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,可对其科以矫治处分。例如对精神病人的医疗监护处分即如此。(3) 适用目的有二:一是矫治特定违法人员;二是确保社

〔12〕 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,对保安处分概念也各一。因而这里界定的保安处分概念,乃是掺有笔者个人倾向性的相对“中介”观点的抽象。

〔13〕 参见屈学武:《保安处分与中国刑法改革》,《法学研究》1996年第5期。

〔14〕 [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104页。

〔15〕 如今境外保安处分的立法例有两种:一是直接设置在刑法典之中的“刑罚”章节之外,如德国、我国澳门地区等;二是在刑法典之外单行立法。

会治安。(4) 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、人格矫治或戒毒、戒赌、性病、精神病治疗等人员。(5) 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。但为避免全无期限情况下可能发生的人权侵犯,还应有“上限”限制。例如可将对戒毒人员的治疗期“上限”设定为6个月。(6) 处分的裁决机关只能是人民法院。(7) 所适用之程序法不应为《刑事诉讼法》,而宜适用专门为其设置的《刑事制裁程序法》,因而针对此类对象,人民法院启动的也不是刑事“审判”程序,而是广义的刑事“制裁”程序等。(8) 此一立法,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。

综上,笔者构想的一体两支柱的中国刑事法体系构成应为:(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) 《司法矫治处分法》;(6) 《刑事制裁程序法》等。

需要强调的是:之所以还应同时拟具一部《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”。^[16] 质言之,遭致司法矫治处分的人,比之于受刑事处分者往往更具“人格”特质上的“个性”特征,加之其并非“犯罪”嫌疑人,因而有必要为其设置专门的程序法。这样,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,在条件更成熟时,国家还应当进一步配套出台《刑罚执行法》、《司法处分执行法》等。如此,一体两支柱的中国刑事法体系方才基本告成。而刑罚与“司法矫治处分”这两大支柱的“台柱”作用也才能在既定的法治框架下得以充分发挥,以推进与保障国家刑事法治治理当期寻的“以人为本”的终极目标的实现。

调整我国刑法结构的一点思考

刘仁文*

我国目前的刑法大体上只相当于国外刑法中的重罪内容,而国外刑法中的轻罪和违警罪大体对应于我国的劳动教养和治安处罚;另外,与国外刑法相比,我国刑法还欠缺对保安处分的系统规定。为使我国刑法成为一部完整意义上的刑法典,笔者认为应对我国刑法结构作比较大的调整,即实现从小刑法到大刑法的转变,使刑法、劳动教养和治安处罚“三法合一”外加保安处分。主要理由是:

首先,正如博登海默所指出的:“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。”^[17] 我国的治安处罚包含治安拘留,可剥夺人身自由长达15日之久(合并执行的可达20日),劳动教养更不用说,可剥夺人身自由1—3年,必要时还可延长1年,保安处分中也有许多涉及剥夺人身自由的措施,如对精神病人的强制医疗、对未达到刑事责任年龄者的收容教养。这些处罚性措施不管给它们贴上什么标签,其严厉程度都是一种“刑事制裁”,都必须受到《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款的约束,即:“任何人

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

[16] 参见前引[14],耶赛克等书,第108页。

[17] 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第279页。

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。”联合国人权事务委员会就指出：本款适用于对人身自由各种性质的剥夺，无论是刑事案件或者其他案件，例如精神疾病、流浪、吸毒、教育目的、移民管理等。^{〔18〕}所谓“依照法律所确定的根据和程序”，是指“任何受影响的人有权根据《公民权利和政治权利国际公约》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”。^{〔19〕}可见，将这几块涉及剥夺人身自由的处罚和处分措施统一纳入刑法视野，有利于我们按照国际人权公约的精神，对各项剥夺或限制人身自由的措施进行梳理，使被处罚或处分对象的程序权利得到保障。对比别的一些国家的刑罚，我们可以发现，其自由刑的起刑点不仅大大低于我们的劳动教养，而且与我们的治安拘留相同，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。可以说，当今法治比较发达的国家，在实体处罚中（不包括刑事强制措施），再短的剥夺人身自由，也必须经过法院裁决，这已成为一条常识。

其次，现行劳动教养和治安处罚与刑法分立的局面严重妨碍了刑法机制的畅通：一是立法的不协调。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。”依此规定，治安管理处罚与刑法二者紧密衔接，但实际上中间我们还有一个劳动教养。一般认为，劳动教养立足于行为人的自身危险性，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的唯结果论，致使在定罪量刑时对行为人的主观恶性和人格特征考虑不够，这也是我国司法实践中盛行“数字司法”的原因之一。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外，刑法和治安管理处罚法本身也存在一些“模糊”处，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，自然为法律适用的混乱留下了隐患。二是执法的不协调。现行劳教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。另一方面，实践中有的构成犯罪的又没有按照犯罪去追诉，而是直接进行劳教甚至治安处罚。实践中在同一个城市就出现过性质相同的行为（容留妇女卖淫）处罚结果迥异的结果，一边是法院以容留卖淫罪判处被告李某有期徒刑5年，另一边则是公安机关对被告姜某处以15日拘留、5000元罚款的行政处罚。造成这种差异的根源在于治安管理处罚法第67条与刑法第359条对引诱、容留、介绍卖淫罪的基本规定是一样的。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，造成绝大多数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，使后者的理论研究严重滞后。由此引出的另一个问题是，由于我们犯罪成立的平台与国外大不同，造成犯罪统计数字的比较毫无意义，而我们很多人又往往容易因忽略此点而犯如下错误：说我们的犯罪率、重新犯罪率比国外低多少。其实，在我国，大量的治安案件和劳动教养案件是没有统计在内的。

〔18〕 转引自 Andrew Byrnes:《轻微犯罪的国际人权标准及其处罚》，载《犯罪定义与刑事法治国际研讨会文件汇编》，中国社会科学院法学研究所，2008年3月。

〔19〕 同上文。

再次，将保安处分措施系统地规定到刑法里既是保卫社会的需要，也是正当程序的要求。保安处分措施大体包括“矫正措施”和“保安措施”两类，前者着重“矫正”，如戒除毒瘾，后者着重“保安”，如将对公众有足够危险的精神病人收容于精神病医院。保安处分措施的存在价值在于：1. 保卫社会的安全是刑法的固有任务，但狭义的刑法不能完全完成这一任务，如对没有责任能力的危害社会的精神病人和没有达到刑事责任年龄的危害社会的人，刑法不能施加刑罚于他们，但从保卫社会来说必须要有相应的措施；2. 刑罚需要保安处分措施来弥补，有的犯罪人单靠判处普通的刑罚还不能达到改造和助其回归社会的目的，还需要矫正等措施来加以辅助（如对有毒瘾的犯罪人可以在执行刑罚前先执行戒除毒瘾的矫正措施），抑或在执行完定期刑罚后，经过评估，觉得其人身危险性还较大、因而需要继续羁押或释放后采取必要的监督措施。^{〔20〕}但是，保安处分由于涉及剥夺或限制人身自由，因而如前所述，需要纳入司法程序。我国目前一方面对收容教养、强制医疗、收容教育、强制戒毒等没有实行司法裁决，而是由公安机关自行决定，这不符合法治的要求；另一方面又缺少必要的不定期刑制度，对那些人身危险性大的犯罪人，只立足于已然犯罪来施加刑罚是不够的，但若在判刑时基于其人身危险性大而施加过于严厉的刑罚，又有可能造成刑罚浪费。最好就是采取一个定期刑加一个不定期刑的量刑方法，这样也免得将客观危害和主观危险性混在一起。当然，不定期刑只能适用于那些主观恶性大的犯罪人（包括对精神病人的不定期医疗等），而且必须由专家小组定期评估、诊断，由法院定期审查。这样就可以使各类矫正和保安措施较好地实现社会保护机能和人权保障机能的统一。

在按照以上思路对我国刑法结构进行调整后，有人可能担心这样会扩大犯罪圈，造成更多的人被贴上“犯罪人”的标签。这种担心完全可以通过相应的制度设计来消除。如法律直接规定：对适用违警罪、部分轻罪和某些保安处分的人不以“犯罪人”称，不记入本人档案；对其他罪行，依其严重程度分别设立长短不一的前科消灭期，期限一过就不再保存犯罪纪录，其有关权利也自动恢复。如律师法规定“受过刑事处罚的”（过失犯罪除外），不予颁发律师执业证书，确立了前科消灭制度后，就可以将此改成前科消灭后，可以颁发律师执业证书。当然，公安机关内部仍然可以保留这些犯罪信息，但不得随便公开。

另外可能还会有人担心，若将治安处罚、劳动教养和保安处分引入刑法，司法机关将不堪重负，监狱将人满为患。对此，笔者认为：第一，治安处罚纳入刑法后，大部分行为可归属违警罪，仍由警方负责处理，只不过处罚仅为警告、罚款等非剥夺或限制人身自由的措施（也可增加诸如在交通违章案件中的吊销驾驶执照等处罚措施），且允许被处罚人在有异议时提交法院裁决。这类案件真正不服要提交法院裁决的很少（如交通罚款，若真是超速被罚，自己也知道提交法院没用）。第二，可通过改良我国现有的刑事诉讼程序和审判制度来大量地实现非罪化和轻刑化，并提高审判效率。例如，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（如将轻微案件交由专门的调解组织去调解，一旦达成和解协议，诉讼程序就终止），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）。另有资料显示，德国通过检察机关裁量起诉的方式，在起诉阶段分流了大约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。相比之下，我国目前刑事追诉过程中的“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，对刑事被害人与加害人的调解仅限于部分自诉

〔20〕 举例言之，在国外，我们经常看到这样的判例：某杀人犯被判处20年监禁和一个不定期的改造期，前者是指对他过去所犯罪行的惩罚，后者则是指法院定期征询专家小组的意见，如经过专家鉴定认为他回归社会不会再对周围构成威胁，就可释放。根据联合国人权事务委员会的要求，不定期拘禁（包括对精神病人的强制性拘禁）必须接受医疗科学的监管和法庭的定期审查。

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。第三,改革我国的刑罚制度,通过增设社区矫正等刑罚种类、扩大罚金刑的适用范围等途径,压缩监禁刑的适用。

刑事诉讼程序意义上的“犯罪”定义

陈卫东*

在当代,各国立法和理论对于犯罪概念的表述多种多样。但大致归纳起来,可以分为形式概念、实质概念和混合概念三类。形式概念把犯罪定义为违反刑事法律并且应当受到刑罚处罚的行为,这种方式是从犯罪的法律特征上给犯罪下定义。犯罪的实质概念,不强调犯罪的法律特征,而是试图揭示犯罪现象的本质所在,目的是说明犯罪行为之所以被刑法规定为犯罪的根据和理由。混合概念是将犯罪的实质概念和形式概念合二为一,既指出犯罪的本质特征,又指出犯罪的法律特征的概念。我国采取的就是混合犯罪的概念,一般认为犯罪是指具有社会危害性、触犯刑法并应受到刑罚处罚的行为。加之我国刑事诉讼法第12条规定“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”,而我国定罪的标准又是犯罪事实清楚、证据确实充分,因此在我国对犯罪概念的研究大都限制在刑事实体法领域,认为只有法院有权认定犯罪,大部分对“犯罪”的研究是一种静态的实质意义上的考察。

但是,我们知道,刑事诉讼对犯罪的追究是不同主体在对犯罪事实认知基础上推动诉讼程序进行的结果,因而是一种动态的过程。也因此,各个诉讼主体在不同诉讼阶段都会有自己对“犯罪”的认定,进而通过诉讼行为推动刑事程序的产生和发展。由此看来,如果对“犯罪”的认识仅仅停留在静态的实体法中,就无法满足实际诉讼程序的需要,也不符合人们追诉犯罪的认识规律。因此,笔者认为对“犯罪”应以一种动态的视角在程序的意义上加以认识和理解才更符合现实需要。下面笔者将对这一问题进行具体的分析和阐述。

根据罪刑法定、无罪推定的原则要求,理论界一般认为只有法院经过正当程序,在犯罪事实清楚、证据确实充分的基础上才能认定“犯罪”的成立与存在,其他任何机关和个人在此之前都无权认定嫌疑人有罪,也即无权认定“犯罪”。他们认为对犯罪的认定会导致对被告人财产、自由等重大权利的剥夺,必须经过严格的程序和法定的标准下才可以实现。法院之外的任何主体如果对“犯罪”加以认定必然导致权利的被侵犯和社会秩序的失衡。但是,笔者认为这种静态实体法意义上的犯罪观是不符合对犯罪的认知规律和实际需要的,至少是一种不全面的认识。

首先,这种对犯罪作静态实体法意义上考察的观点不符合认识规律。根据马克思主义认识论的观点,对一项事实的完整正确的认识是一种动态的过程,只有在占有大量丰富的材料的基础上,通过去粗取精、去伪存真,由表及里、由浅入深的考察方式才能完成。对犯罪的追诉和认定,作为一种事后的考察活动更是如此。通常在一个刑事案件发生时,人们能够发现的只有犯罪结果和一些零散的证据。根据这些材料侦查机关只能得出一种大致的犯罪发生的判断,这种判断必然是或然和不确定的。也正是因此,才需要侦查机关深入细致的调查和辩护人为了嫌疑人利益的辩护。如果我们将犯罪定义为有充分证据和事实基础上的严重侵犯社会秩序、触犯刑法和应受刑法处罚的行为,显然在法院最终确定嫌疑人有罪之前,没有一个主体可以得出如此肯定的结论和判断。如果坚持这种静态的实体犯罪概念,那么在有罪判决以前各主体的认识又是什么呢?如果没有对“犯罪”的判断,各主体又怎么开展诉讼行为呢?因此从认识论的角度来看,犯罪应该是一个动态的程序意义上的范畴,这样对犯罪的认识才符合发现犯罪的实际需要和逻辑构成。

* 中国人民大学法学院教授。

其次，对犯罪的追诉原本就是一个动态的过程，是不同诉讼主体在各自对犯罪认知的基础上推动诉讼程序进行的结果。没有他们在程序中对“犯罪”的认定，诉讼程序就无法进行，案件也就无法得出终局性的实体认定。公安机关只有在认定犯罪事实发生的基础上才能立案并进行相应的侦查活动；检察机关通过审查案卷材料和相关证据也要在认定构成犯罪的基礎上作出提起公诉的决定；辩护人也会在自己对犯罪认识的基础上提出证明嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，开展辩护活动；法院更要在认定犯罪事实清楚、证据确实充分的前提下才能作出有罪或无罪的判决。由以上的分析能够看出，正是不同诉讼主体在对犯罪相关认定的基础上，才有了刑事诉讼程序的产生和发展，那种认为只有法院可以认定犯罪的观点只能使得程序无法进行，也必将为实践所摒弃。

再次，通过法律规定可以看出，我国立法对犯罪的规定是一种动态的程序意义上的认定。例如：我国刑事诉讼法第60条规定“对于有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕”。第61条规定“公安机关对于现行犯、重大嫌疑分子具有下列紧急情形之一的，即可进行拘留：（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者犯罪后即时被发觉的；（二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的……”通过这两条我们可以看出，我国刑事诉讼法实际上已经赋予了公安、检察机关在采取拘留、逮捕等强制措施时一定意义上认定“犯罪”的权力，而且此时的认定也不需要达到犯罪事实清楚、证据确实充分的要求，如果仅从静态实体法的犯罪定义来看这种“犯罪”的认定显然是有问题的，但从程序法上来讲又是必要和符合现实的。再比如，刑事诉讼法第77条规定“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。”所谓刑事诉讼过程中，是指刑事案件立案以后至第一审判决宣告之前，也就是说在侦查或审查起诉阶段侦查机关、检察机关即可接受附带民事诉讼的申请。而我们知道附带民事诉讼的前提条件就是被害人因为犯罪行为遭受了损失。在这里公安、检察机关如果可以接受附带民事诉讼的申请，也就必须判断有“犯罪”的存在。更为明显的例子是刑事诉讼法第142条第2款“对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。”这种赋予检察机关的轻罪不起诉的权力，虽然有别于79年刑诉法规定的定罪不起诉，而将嫌疑人视为无罪。但是从法条表述中不难看出，检察机关作出轻罪不起诉的前提必然是认定了“犯罪”的存在。而这种意义上的犯罪认定显然与传统法院认定的“犯罪”概念不同，可它确是必要的和有效的。这样的法律规定在刑诉法中还有很多，显然这种赋予法院之外的诉讼主体认定犯罪的程序性意义是明显的，而如果仅仅从静态角度来看这些规定就是无法理解的了。

最后，静态的实质犯罪不符合诉讼理念的要求。传统观点认为认定犯罪必须要达到犯罪事实清楚、证据确实充分的要求，也就是西方所谓的“内心确信”或“排除合理怀疑”。但是，根据上面的论述我们知道公安机关在立案时为了推动诉讼的运行就要认定“犯罪”的存在。在此时证明犯罪事实存在的证据材料只是很少的一部分，不可能达到确实充分的条件，因此这里的“犯罪”与传统犯罪观是不一致的。同样的侦查机关在对犯罪嫌疑人采取强制措施时也必须认定一定程度的“犯罪”的存在，但此时刑事诉讼法同样不要求达到事实清楚，证据充分。虽然我国刑事诉讼法对公安机关移送审查起诉、检察机关提起公诉、法院依法作出有罪判决均提出了犯罪事实清楚、证据确实充分的要求。但从现实来看，大量的补充侦查的存在便说明了在有罪判决作出前，这一证明标准是很难达到的。从逻辑上来看，法院的有罪判决才是认定刑事责任意义上的“犯罪”的最终依据。在此之前任何诉讼主体都无权认定这种证明标准的犯罪的存在。与此相应的一个问题是，在西方各国一般都对移送审查起诉、提起公诉和有罪判决规定了不同的证明程度要求，像我国这样整齐划一的标准并不多见。因为在他们看来刑事诉讼是一个逐步认定犯罪的过程，法院才是最终决定嫌疑人有罪与

否的裁判机关,在此之前没有必要要求公安、检察机关也达到定罪的证明标准,人为提高这一标准,不仅无法实现严格把关的目的,反而会因为过高的要求放纵对犯罪的追诉。由上面的论述可以得出,我国传统意义上的犯罪观显然是针对有罪判决提出的,而忽略了审前程序中对“犯罪”的认定要求,这不能不说是一种缺陷。

综上所述,笔者认为我国传统的犯罪观念主要是从静态实质意义上进行考察,这种定义方式无论从实践还是理论上都无法满足刑事诉讼的要求。完整的犯罪观应当从动态的程序意义上进行考察,它包括不同诉讼主体在不同诉讼阶段的认识要求,而且在这一过程中“犯罪”的认定标准和证明条件是不相同的。只有在这种意义上来认识理解犯罪,才能真正认定犯罪的本质和符合现实的需要。在这里需要说明的一点是,不同诉讼主体包括公安、检察、法院等机关均可认定“犯罪”,并不是指各主体均有确定被告人有罪的权力。定罪权是刑事审判权的核心,人民法院作为我国唯一的审判机关,代表国家统一行使刑事审判权,不经人民法院依法判决,在法律上不得确定任何人为罪犯并承担刑事责任。笔者在这里讨论的“犯罪”定义主要是从程序上来考察,在不同诉讼阶段对嫌疑人的“犯罪”认定更多的是具有推动程序的作用,而不是对案件作出终局性的实体认定,也因此这种犯罪观并不与无罪推定原则相违背,因为后者的罪主要是从实质上来界定的。其实,从某种意义上说,我国传统对犯罪的定义作为一种静态实质意义上的考察方式,完全可以视为动态程序意义上犯罪定义的一个方面。因为前者作为法院认定的“犯罪”,只不过是笔者讨论的程序犯罪定义中的不同主体在诉讼中认定犯罪的一个阶段而已。

对犯罪的认识是刑事法律中的一项重要内容,传统的犯罪观固然可以揭示犯罪的本质和内涵,但相对于动态的刑事司法活动进程来说,这种观念就显得僵化和不符合现实需要。相对于以往实体法中对犯罪从形式和实质意义上定义的方式,程序中的犯罪定义更多的是侧重不同诉讼主体在不同诉讼阶段的犯罪认定活动,其实这也正是程序的本义和要求。因此,笔者认为我国刑事程序意义上的“犯罪”可以定义为不同诉讼主体在诉讼过程中,根据事实和法律对犯罪嫌疑人、被告人是否应当承担刑事责任的一种认定活动。对犯罪概念从此种动态的程序意义上进行探讨,针对不同主体在不同阶段进行分析,显然更有利于对犯罪的全面与深入的理解,笔者也相信这种犯罪观必将拓展我们对犯罪的认识视野。

程序法上的犯罪定义及相关问题

熊秋红*

在英美法系国家,犯罪定义与诉讼程序存在着密切的相关性。犯罪被看作是法院认定或者国会规定的,依照刑事诉讼程序加以处理的错误行为。^[21]这是因为:在英美法传统中,犯罪不完全是国会通过制定法规定的,除了制定法所规定的犯罪之外,还存在着由判例法所确认的犯罪,后者是法院通过刑事诉讼程序加以认定的。在对犯罪定义与犯罪认定未作严格区分的法律体制之下,犯罪定义当然不可能撇开司法程序而单纯从实体法意义上加以把握。

我国是典型的成文法国家,但近年来,学界也出现了从程序法上界定犯罪概念的主张。一种观点认为,犯罪概念有立法上的犯罪概念和司法上的犯罪概念之别,立法上的犯罪概念是指实体法所规定的犯罪;司法上的犯罪概念则是指“经过法定机关认定为犯罪的行为,具体包括不起诉的犯罪、宣告有罪并予以处罚的犯罪和有罪但免于刑事处罚的犯罪”。^[22]这种观点把刑法上的犯罪与

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

[21] 参见 [英] J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,法律出版社 2000 年版,第 22 页。

[22] 王宗林:《犯罪概念的诉讼法角度辨析》,《理论探索》2007 年第 2 期。

刑事诉讼法上的犯罪看作是判断“犯罪”的两个阶段，前者是立法者进行价值判断的结果，后者则是司法者具体认定的结果，后者的外延比前者的外延要窄。另一种观点认为，在刑法的犯罪规定与刑事诉讼法的程序规定之上，还应有一个“刑事法治领域的犯罪概念”。其理由是：刑事法治的本义是以刑事实体法和刑事程序法来限制国家的刑罚权，正确界定犯罪，就应当站在刑事法治的高度，以限制公权、保障人权的视角，从刑法和刑事诉讼法两个方面对犯罪概念进行全面考察。因此，“刑事法治领域的犯罪概念应该是违反刑法规范，经正当法律程序由法官根据刑法判处一定刑事处罚的行为”。^{〔23〕}这种从实体法上和程序法上进行双重界定的犯罪概念，将犯罪限定在一个狭小的范围内。

从实体法与程序法的双重视野看犯罪定义，是刑事一体化思维的产物。那么，是否真的存在着所谓程序法上的犯罪定义呢？应该如何评价上述两种观点呢？从有关论述看，提出“程序法上的犯罪定义”，其初衷是为了赋予犯罪概念在诉讼法上的解释功能，即通过这样的犯罪概念阐明“无罪推定”、“疑罪从无”等诉讼法原则和理念。事实上，刑事程序从启动到终结，都是以承认刑法规定的定罪标准为前提的，即实体法上的犯罪定义对于诉讼程序具有先在性。在刑事司法实践中，公安机关的立案、侦查，检察机关的审查起诉，法院的审判，在诉讼各阶段公安司法机关对犯罪嫌疑人、被告人有罪的认定，都是以刑法上的犯罪规定为依据的。

刑法上的犯罪定义与刑事诉讼法上的无罪推定是两个不同的问题。前者从实体上明确定罪的范围和标准，后者从程序上明确审判机关对于被告人是否有罪的裁判权。无罪推定原则并不构成对刑法上的犯罪定义的否定，它所具有的是程序法上的人权保障意义，即一个人在被法院的生效裁判确定为有罪之前，其不应被视为罪犯，而应享有一系列的程序保障。反之，刑法上的犯罪定义也不是对无罪推定原则的否定，无罪推定原则不需要通过对犯罪定义在诉讼法上的重新解释来获得实现。上述两种观点将实体法上的“犯罪定义”与程序法上的“犯罪认定”相混淆，带来了“犯罪”认识的逻辑上的混乱；而试图通过赋予犯罪概念的诉讼法内涵来阐释无罪推定原则，更是一种理论上的错位。在一个不承认判例法的刑事法制度下，确立一个“程序法上的犯罪定义”并不可取，其中最大的弊端是易混淆犯罪定义与犯罪认定之间的界限。

尽管在“实体法上的犯罪定义”之外，提出所谓“程序法上的犯罪定义”，是一种误入歧途，但是，由于刑事实体法与刑事程序法之间存在密切关系，我们不应忽视程序法对于实体法中的犯罪界定之影响。程序法的功能主要体现在认定犯罪的领域，这种认定依据实体法对犯罪的界定进行。从程序法与实体法的关系看，可以说，程序法确保实体法的规定从抽象走向现实。刑法规定的犯罪，其范围和界限不可能绝对明确，刑法上的犯罪需要借助司法裁判进一步明确化。在此过程中，刑事诉讼程序如何运作，直接影响行为人最终能否依照实体刑法而受制裁，“审判方式大大地影响实体法规则在各国起作用的方式；举证规则可能使实体法规则完全不起作用。”^{〔24〕}证据法是刑法与刑事诉讼法交错适用的典型领域。刑法所解决的是“已知”的犯罪事实在刑法上如何评价，而刑事诉讼法必须处理的根本难题是：犯罪事实何从得知？在事实真相不明的情况下，对案件该如何处理？具体而言，程序法在认定犯罪方面的作用表现为：第一，通过刑事程序可以将事实上有罪与法律上有罪区分开来。第二，通过刑事程序可以使刑事实体法的目标得到适当选择。如果严格按照实体法上的罪刑法定主义，那么，在刑事程序法上就会相应地要求采取“不枉不纵”的原则。无罪推定、疑罪从无的规定表明，在不枉与不纵发生冲突的情况下，法院应当以不枉作为优先的价值选择，这样做是为了确保无辜的人免受不公正的定罪和判刑，刑事程序对于刑事实体正义的适当选择具有保障作用。

〔23〕 葛磊：《刑事法治领域犯罪概念的建构》，《中国律师》2002年第2期。

〔24〕 林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），中国人民大学出版社2005年版，第5页。

《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》)第14条规定了受刑事指控者在刑事诉讼中所享有的“公正审判权”,具体包含无罪推定、最低限度的程序保障(包括迅速获知指控、辩护权、不迟延地被审判、法律援助、询问证人、免费获得翻译、不得被迫自证其罪等7项权利)、少年案件的特殊程序、上诉制度、刑事错案赔偿制度、禁止双重受罚等内容。在刑事诉讼中,享有公正审判权的主体是受刑事指控者。“刑事指控”似乎是一个不言自明的概念,它涉及对刑事犯罪的追诉,而何谓“刑事犯罪”,由各国刑事实体法加以规定。但实践中,国家当事人可能通过行政处罚或纪律处罚回避对《公约》第14条的适用。在一国法律中被认为是犯罪的行为,在他国法律中可能被作为违纪行为。因此,对“刑事指控”一词的解释,关系到在什么情况下公民享有《公约》第14条规定的法律保障。欧洲人权法院制定了判断是否存在“刑事指控”的三条标准:(1)国内法上的定性;(2)应受处罚的行为的性质;(3)处罚的严厉程度。法院综合这三条标准,以决定一种处罚是否属于刑事处罚,而不论有关成员国将其称为行政处罚或纪律处罚。这些标准是从对不同制度及其哲学基础的比较中抽象出来的。一般而言,当处罚不仅具有预防性特征,而且具有报复性和威慑性,且针对一般的公众适用,它便符合欧洲人权法院所称的刑事处罚。^[25]欧洲人权法院在解释“刑事指控”与“刑事处罚”方面采取了形式与实质相结合的判断标准,导致对“犯罪圈”的划定,并不仅仅依赖于各国刑法的规定,从这个意义上说,国际人权法有其自身的“犯罪定义”,它关系到被追诉者在受到处罚之前所享有的公正程序方面的保障。根据欧洲人权法院对“刑事指控”和“刑事处罚”的解释,我国的劳动教养本质上属于“刑事处罚”,从其剥夺人身自由1—3年的严厉程度以及适用对象的不确定性分析,可以得出上述结论。因此,被劳动教养者应当享有《公约》第14条所规定的程序保障,即使依照我国现行法律的规定,劳动教养被视为行政处罚,被劳动教养者也应享有《公约》第14条所规定的“公正审判权”。

除了因犯罪而导致的刑事处罚之外,还存在着剥夺人身自由的其他非刑罚措施,如刑事诉讼中的拘留和逮捕,对精神病患者、游荡者、吸毒成瘾者或者为教育目的、管制移民等原因所采取的限制人身自由措施。根据《公约》第9条的规定,因非刑罚措施被剥夺自由者,也应享有一定的程序保障。《公约》第9条第1款确立了合法性和禁止任意性的原则。即只有当逮捕和拘禁是“依照法律所确定的根据和程序”时,它们才是被许可的。“法律”一词应理解为一般的或抽象的议会立法(或相当于普通法的不成文规范)。没有法律依据的行政法规是不合格的。“禁止任意”是指法律规定的剥夺人身自由的情况,在表述上必须不是明显不适当、不公正的或不可预测的。并且,实施逮捕的具体行为方式不得带有歧视性,它必须根据案件的情况适当地予以确定。^[26]

我国宪法和法律对于公民的人身自由权利予以明确保护,目前已经形成较为完善的法律保护体系,其针对的对象包括刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人;醉酒者;乞讨者;卖淫、嫖娼者;吸毒者等。国家专门机关对于上述对象采取逮捕、刑事拘留、监禁、行政拘留等措施,均应依照法律所确定的根据和程序进行。但是,在这一体系中,还存在某些疏漏和不足,其中较为突出的是:劳动教养、收容教养、强制戒毒、收容教育、强制医疗等制度在合法性和禁止任意性方面存在问题,按照《公约》第9条的要求,这些措施应由国家立法予以具体、明确的规范,采用这些措施的决定权应归属于法院。

[25] See Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993, pp. 2—8.

[26] 参见国际人权法教程项目组编:《国际人权法教程》(第一卷),中国政法大学出版社2002年版,第126页。

监禁权专属原则与劳动教养的制度困境

张建伟*

监禁权属于法院不可让渡于行政机关的权力，这就是监禁权专属原则，该原则是司法权独占性的必然要求。由于劳动教养制度明显具有背离监禁权专属于法院这一特性，长期以来存在制度的正当性危机。要解决这一制度的正当性问题，只能将监禁权收归法院，这意味着劳动教养制度必须被废止，或者进行制度转型，使它在监禁权收归法院后成为刑罚制度的一部分，这将扩大“犯罪”的范围，并使犯罪定义也随之改变。

现代国家权力配置和司法体制建构，要遵循符合现代法治精神和需要的一系列原则进行，司法独立是构成法治的基本要素和重要原则。司法权具有独占性，意味着司法权归属而且只归属于司法机关，即只有法院才能行使司法权，其他任何机关都不能行使这一权力。我国虽然没有实行与西方国家标准一致的司法独立原则，但我国宪法和刑事诉讼法都明确规定人民法院依法独立行使职权，这种独立性的重要表现之一是司法权独立于行政权。

不过，复杂的现代社会有时需要行政机关具有一定的司法性质的职权，因此司法权向行政权让渡的现象也是不可避免的。现在的行政机关有权判定特定案件中有无违法现象，有权依照程序处理违法者；有权允许某些人享受一般人所不能享受的特权；甚至有权罚款，决定金钱债务的判决。正式的行政程序更是法庭内的双方诉讼程序的仿制品，具有司法化的特点。

尽管如此，判处监禁刑罚之权是不能交由行政机关来行使的。警察机关和检察机关拥有侦查权和控诉权，如果它们再执掌与审判相同的权力的话，就会形成行政极权，对公民个人的人身自由构成重大威胁。严格地讲，行政机关行使的行政处罚权都具有司法性质，只是因为如果都由法院裁处则法院将被大量的行政领域的案件淹没，所以基于法院的容纳力和行政机关便宜处置的实际需要，行政机关才被允许行使这些与司法性质相同的权力。然而，哪些司法权力让渡给行政机关，不能不作谨慎的限制，对于人身自由的限制和剥夺，是不能让渡给行政机关的。行政机关如果有权对“违法犯罪”行为实施处罚，其处罚只能以经济制裁为限。事实上，行政机关不把这种违法行为视为犯罪，只作为轻微违法案件处理。也就是说，行政机关和法院都可以实施经济处罚，但监禁却只能由法院通过刑事诉讼程序定罪宣判后才能实施。

依名责实，尽管劳动教养制度的性质被确认为是行政教育改造措施，我们不难发现，它实际上具有刑罚性质，从以下几个方面看，它无异于一种没有明确昭示的刑罚：1. 劳动教养以剥夺自由、强制劳动为内容；2. 劳动教养适用的对象主要是破坏社会治安秩序的违法人员；3. 劳动教养具有一定的惩戒性质。这种实质上是刑罚、名义上是行政手段的强制措施，只能由刑法加以规定并根据刑法和法院的生效判决加以实施，行政法规不能规定实质上属于以剥夺人身自由为内容的惩戒（或者云“强制教育”）措施，行政机关也不能拥有这种措施的决定权，否则就违背了司法权的独占性，形成行政机关兼领司法的前现代法制的现象。需要强调的是，对于是否属于刑事司法手段或者权力，应当根据它的实质而不是内容来确认，如果不是这样，那么只要换一个名称或者在形式上作些变化就可以规避宪法和既有法律对于政府权力的范围界定和程序限制，则这种界定和限制就变得没有意义，个人的自由权利和国家的法治也就岌岌可危了。

劳动教养的决定权是由省、自治区、直辖市和大中城市人民政府成立的劳动教养管理委员会执掌的。劳动教养委员会领导和管理劳动教养工作，审查批准收容劳动教养人员。公安机关设置劳动教养工作管理机构，负责组织实施对劳动教养人员的管理、教育和改造工作。实际上，劳动教养的对象都是违反治安管理处罚条例和刑法的人员，违反治安管理处罚条例和刑法的案件都是由公安机

* 清华大学法学院教授。

关主管调查、侦查和处理的，所以劳动教养管理委员会虽有民政、劳动部门参与，但实际起作用的还是公安机关。劳动教养管理委员会也大多设在公安机关。劳动教养制度虽然确立了一定的制约机制，但总的看起来，它的权柄还是掌握在公安机关一家手中。在劳动教养案件的处理中，公安机关不仅充当了调查者、控诉者的角色，而且充当了裁判者的角色，这种追诉性质的职能与审判性质的职能集于一身的现象，是行政与司法混同的现象。

我国的劳动教养制度与西方国家实行的“保安处分”制度和前苏联实行过的“医疗性和教育性强制方法”有相似之处，但颇值得注意的是，“保安处分”和“医疗性和教育性强制方法”一般都是在刑罚中加以规定的；另外，“保安处分”和“医疗性和教育性强制方法”都是由法院判处的。

由于监禁权的专属性具有维护公民人身自由权利的重要功能，而劳动教养制度有违这一原则，它和已经被废止的收容审查制度有着同一症结，那就是：它们都属于不经司法机关审查和决定而由行政机关自行决定较长期限内剥夺公民个人的人身自由的措施。要维护公民人身自由权利，就应当认真考虑废止劳动教养制度或者完成劳动教养制度的转型。

废止劳动教养制度，固然简单痛快，但若不扩大刑罚适用范围，将原来属于劳动教养对象的违法行为列入刑罚对象，则治安管理处罚法与刑法之间可能缺乏紧密衔接，出现一个空档，即一些具有社会危害性的行为适用治安管理处罚法则处罚过轻，适用刑法又不符合刑罚适用的条件，不利于处罚作奸犯科者，维护社会秩序。为此有必要将监禁权收归法院的同时，将刑罚适用的对象范围扩大，这就意味着要在监禁权专属于法院的原则下完成劳动教养制度的转型。这里的转型，实际上也是废止劳动教养制度，与单纯废止劳动教养制度不同的是，它要对刑罚适用的对象范围作出调整，实际上就是将原来属于劳动教养措施惩罚对象的范围刑罪化（或曰犯罪化）。

要完成劳动教养制度的上述变革，必须以劳动教养的决定权由行政机关转移给法院为前提，法院可以：1. 在基层法院设立治安法庭，或者另行设立治安法院，任命治安法官；2. 治安法官独任审理，采取书面审理方式或者参照刑事诉讼法规定的简易程序进行审理，作出决定。无论采取哪一方式，都应当听取当事人对于证据的意见，听取当事人的辩解；当事人委托律师或其他人进行辩护的，应当允许后者查阅案卷和证据，并听取他们的意见。另外，处罚期限应当缩短，合并处罚不超过一年。处罚场所可以规定为两种，一是在专门的场所进行劳动，接受教育；二是不在专门的场所进行劳动教育，而由法庭规定其在限定时间内从事某项公益劳动，公益劳动由民政部门或者劳动部门安排，公安派出所进行监督。处罚场所应与监狱相区别，在设备配置和管理制度上应当注重教育职能。例如，应当减弱其密闭性，允许被劳动教养人通过电话与其家属联络。另外，原有劳动教养制度中的合理做法应当予以保留，如允许被劳动教养的人节日和法定休息日回家休息，给予被劳动教养的人以合理的劳动报酬等，应当纳入新制度当中。

尤其重要的是，在将原来属于劳动教养措施惩罚对象的范围刑罪化的同时，应当将这些新的刑罚惩罚对象不作前科记录（有学者称之为“前科消灭制度”），这样做是承继了劳动教养制度将所惩罚的对象不当作罪犯对待的优点，有利于轻刑犯罪人的改过自新，体现刑罪化之后仍不失宽厚的精神。