

隐性双轨制：刑法中 保安处分的教义学阐释

时延安*

内容提要：我国现行法律中虽无保安处分概念，但在刑法中已实质性地存在保安处分，其与刑罚共同构成刑法所规定的法律后果，由此形成“隐性双轨制”的格局。对保安处分规范的识别，首先应从与罪责的关系上、目的与功能的差异上明晰刑罚与保安处分的基本界分，进而从法律特征上区分刑罚规范与保安处分规范，最终将现行刑法中的保安处分措施“挖掘”出来。澄清现行刑法中保安处分措施的性质和法律地位，有利于确保这类措施的正当适用，同时也有利于保障个人的基本权利免受不当干涉。

关键词：保安处分 刑罚 隐性双轨制 权利保障

一、引言

我国现行刑法总则中，除第33条和第34条规定的刑罚种类外，还有一些条文的适用会对个人权益产生重大影响。以受影响的权益的类型来区分，这些条文规定的措施有四类：（1）限制或剥夺人身自由，包括收容教养（第17条第4款）、对无刑事责任能力的精神病人的强制医疗（第18条第1款，以下简称“精神病人强制医疗”）、禁止令（第38条第2款、第72条第2款）、缓刑监督（第75条）、假释监督（第84条）；（2）剥夺个人财产权益，即犯罪所得、违禁品和供犯罪所用的本人财物的没收和追缴（第64条，以下简称“刑事没收”）；（3）限制个人劳动权，即强制劳动（第46条）；（4）剥夺外国人在我国的居留权，即驱逐出境（第35条）。

这四类措施在有代表性的大陆法系国家和地区的刑法中，被或多或少地作为保安处分措施来规定。由于我国现行法律中没有保安处分概念，且保安处分在我国有着不太好的

* 中国人民大学法学院副教授。

名声，^{〔1〕}因而学界在解释上述条文时，往往刻意回避从保安处分的角度加以认识：或是概括地称为“行政强制措施”或“行政强制方法”；^{〔2〕}或是将其中对人身自由有较强限制程度（乃至剥夺）的措施（收容教养、精神病人强制医疗）界定为社会保护措施或非刑事处理方法，^{〔3〕}将剥夺个人财产利益的措施（例如违禁品的没收）界定为行政性强制措施，^{〔4〕}将剥夺外国人在我国居留权的措施理解为附加刑，将限制个人劳动权的措施作为有期徒刑、无期徒刑的执行内容或者执行方法，^{〔5〕}而对于缓刑监督、假释监督的法律性质则多不予说明。不过，在最近二十年里，一些学者承认我国刑法中存在某些具有保安处分性质的“保安措施”或“保安性措施”。^{〔6〕}他们不认可这些措施属于保安处分的主要理由，就是没有明确的法律规定、做出裁决者也非法院。^{〔7〕}另外，也有学者将我国刑法中的某些措施直接称为“保安处分”。^{〔8〕}

在以往的实践背景下，将不由法院决定的处分直接称为“保安处分”，并不符合比较法上所认可的保安处分的基本法律特征。^{〔9〕}然而，这样的状况随着新刑事诉讼法的出台而改变了。该法通过设置依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序（以下简称“精神病人强制医疗程序”），明确将精神病人强制医疗的决定权赋予法院。以这一法律变更为背景，将刑法中规定的精神病人强制医疗视为一种保安处分，即具有充分的法律根据。以新刑事诉讼法为标尺，现行刑法中具有相同法律性质和功能的措施也由此明晰了身份：它们就是基于预防目的和功能而设置的保安处分。

本文的目的是，在刑事法律发生变革的背景下，认识并厘清刑法中的保安处分规范；在刑法教义学的框架内，明晰保安处分的体系地位，进而重新阐述法律后果项下的基本范畴，并探讨如此解释对相关问题的理解与判断的影响。本文立论的意义在于：（1）在学理上“挖掘整理”现行刑法中的保安处分规范，从而在刑法学体系上将其作为与刑罚并列的刑事法律后果。由此，在诸多具体问题的解释上形成更具说服力的结论。（2）在法律适用上澄清保安处分规范的性质，为现有法律实践“纠偏”，将个别强制措施的分处分决定权从行政权那里重置于司法权下，以实现权力的合理配置和个人合法权益的有效维护。（3）在司法裁量上促使法院对保安处分措施的适用予以特别考量，并根据其具体类型以刑事裁判的

〔1〕 参见曾宪义主编：《中国法制史》，中国人民大学出版社2000年版，第318页。

〔2〕 参见高铭喧主编：《刑法学原理》第3卷，中国人民大学出版社1994年版，第190页，第195页以下。

〔3〕 参见高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第115页，第117页；阮齐林：《刑法学》，中国政法大学出版社2008年版，第93页。

〔4〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第245页。

〔5〕 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第217页，第225页；马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第577页。

〔6〕 参见苗有水：《保安处分与中国刑法发展》，中国方正出版社2001年版，第140页以下；赵秉志主编：《刑罚总论问题探索》，法律出版社2003年版，第303页以下。

〔7〕 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。

〔8〕 参见侯宝田：《我国现行法中的保安处分》，《法律科学》1994年第4期。张明楷教授将刑事没收界定为保安处分，参见张明楷：《论刑法中的没收》，《法学家》2012年第3期。曲新久教授认为精神病人强制医疗属于保安处分措施，参见曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社2012年版，第108页。还有学者将禁止令界定为保安处分，参见张勇：《禁止令：保安处分刑法化的试金石》，《湖南师范大学社会科学学报》2011年第6期。我国台湾地区亦有论者认为大陆地区现行刑法中存在保安处分措施，其立法模式与日本刑法相似。参见张天一：《两岸保安处分制度之比较——以施用毒品之保安处分为中心》，台湾《军法专刊》2009年第4期。

〔9〕 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第957页。

形式做相对独立的实体宣告。

将没有“保安处分”之名的措施界定为保安处分，可能会遭受诸多质疑：^[10]（1）这些措施难道不具有威慑性和惩罚性吗？它们与刑罚有什么区别？（质疑一）（2）如果刑法规定的限制和剥夺权益的处罚和措施仅包括刑罚与保安处分，那么，除刑罚之外，必然是保安处分。但是，刑法为何不能规定行政处罚或行政性强制措施？或者说，为何不能将刑法中规定的除刑罚以外的处分措施理解为行政性措施？（质疑二）（3）如果将这些措施界定为保安处分，其决定权由法院统一行使，那么，程序上的法律根据何在？是否会因此带来程序上的困境？（质疑三）（4）既然法律没有为这些措施归类、“正名”，凭什么将这些措施视为保安处分？（质疑四）（5）将这些措施界定为保安处分，是否意味着我国没有必要再行立法来增设保安处分？（质疑五）对于这些质疑，本文将一一做出回应。

二、识别保安处分的前提：刑罚与保安处分的界分

澄清一项法律措施的性质，会影响其能否得到合法且正当的适用。对上列四类措施的理解和解释，即涉及一系列实体和程序上的处理问题。而在现有法律框架内辨明这些措施的“身份”，在理论和实践上无疑是十分重要的。

论证这四类措施是否属于保安处分的第一步，是在刑法框架内一般性地界分刑罚与保安处分。由于不同国家和地区的法律对某些制度的法律定性存在一定差异，因而当以立法例为论述参照时，会产生一定的疑问。例如，我国台湾地区、日本和韩国的刑法将刑事没收规定为附加刑，意大利刑法将其规定为财产保安处分，而奥地利刑法将没收、刑罚和预防性处分相并列。如此一来，现行刑法第64条规定的刑事没收为何不是“未名”的刑罚或者其他性质的法律措施？再如，有的国家刑法中虽无保安处分的概念，但并不妨碍将一些法律处分措施理解为保安处分，甚至将一些刑罚种类界定为保安处分。日本刑法中就无保安处分的概念，但学者一般都将缓刑期间的保护观察界定为保安处分。^[11]法国新刑法典中也没有保安处分的概念，这同样不妨碍学者将某些附加刑理解为保安处分。^[12]即便是将刑事没收规定为附加刑的立法例，学者在解释时仍将其界定为具有保安处分的性质，^[13]或者认为其具有保安处分的一面。^[14]上述现象给人的第一感觉是刑罚与保安处分的区分是相对的，并无绝对界限。倘若这一看法成立，对上列四类措施就没有特别的必要非得将其与刑罚加以区分。然而，上述事例恰恰给我们以启示：一是，在法律没有明确规定及指引的情况下，应对一些法律措施做出合理的界定，并确保这样的结论能够被广泛接受；二是，如此理解和界定的根据何在。对于上列四类法律措施性质的界定，可首先从刑罚与保安处分

[10] 参见前引〔7〕，屈学武文。

[11] 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第509页；〔日〕野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第505页。

[12] 参见〔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441页。

[13] 参见〔韩〕李在祥：《韩国刑法总论》，韩相敦译，中国人民大学出版社2005年版，第504页。这在韩国是多数说。

[14] 参见苏俊雄：《刑法总论III》，台湾个人自版2000年版，第271页；黎宏：《日本刑法精义》，中国检察出版社2004年版，第264页。

的基本界分来论述。

（一）“双轨制”立法例区分刑罚与保安处分的根据

从刑罚基本观念演变的历史，大致可以看出保安处分被赋予的使命。在绝对主义刑罚观占支配地位的时代，刑法规定的法律后果仅限于刑罚，并以报应刑为基本特征。相对主义刑罚观兴起后，人们认为刑罚本身并没有什么意义，只有在未来实现预防犯罪的意义上才具有价值。将两种刑罚观加以综合、折中的并合主义刑罚观则认为刑罚须同时兼顾罪责报应和危险预防：由于刑罚的适用须受罪责原则的限制，所以，对于不负罪责而无刑罚适应性的行为人，就不能基于预防目的适用刑罚；同时，刑罚的适用不得超过罪责程度，所以也不得为防止危险发生而适用超过罪责程度的刑罚。因此，在刑罚之外设立具有预防社会危险目的的保安处分就是大势所趋；相应地，在刑法中即形成法律后果的“双轨制”。从保安处分的这一历史由来可以清晰地看出，“其设定意图首先就是避开罪责原则产生的限制”。^[15]也就是说，区分刑罚与保安处分是以和罪责的关系为标准的。

这一标准在一些国家刑法有关量刑和保安处分的适用规定上可以看得很清楚。例如，德国刑法第46条第1款规定：“行为人的罪责是量刑的基础”；矫正和保安处分的适用，根据第62条的规定，应“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”相适应。^[16]奥地利刑法第32条规定：“行为人的责任是量刑的基础”；该法没有关于预防性处分适用原则的一般性规定，不过，具体处分措施的适用条件（例如第22条）强调了行为人的危险性。^[17]我国台湾地区刑法效仿德国刑法，其第57条第1款规定“科刑时应以行为人之责任为基础”；该法也没有关于保安处分适用原则的一般性规定，但在具体处分措施中规定了行为人的危险性为适用条件；例如第87条规定，监护处分的主要适用条件是“其情状足认有再犯或有危害公共安全之虞”。从上述立法例分析，刑罚与保安处分的基本区别在于，刑罚以过去的行为罪责为前提及上限，保安处分则与行为人之罪责无关，而以行为人未来的危险性（或行为的严重性）为基础。对此，韦塞尔斯指出：“责任原则禁止对不承担责任行为科处刑罚和刑罚超过责任程度”；“‘处分’不与责任相连接，而是依据行为人的社会危害性；据此，对于无责任的，也允许命令‘处分’”。^[18]施特拉腾韦特和库伦也认为，保安处分因为“不包含刑罚那样的对罪犯人身的责难，而只遵循特殊预防的目的，对罪犯进行‘矫正’，保护公众不受罪犯的威胁……它不以罪责为标准，所以罪责既不是其必要前提，也不能决定其幅度。”^[19]其他一些国家的刑法也是从行为人的危险性和未来可能继续实施严重危害行为的角度来界定保安处分的适用根据的，例如西班牙刑法第6条第1款、^[20]意大利刑法第202条第1款、第203条第1款。^[21]

除上述标准外，还有学者从其他角度区分二者。例如林山田教授在上述标准之外，还

[15] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社2006年版，第19页。

[16] 参见《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004年版，第17页，第27页。

[17] 参见《奥地利联邦共和国刑法典》，徐久生译，中国方正出版社2004年版，第15页，第10页。

[18] [德]约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第7页。

[19] 前引[15]，施特拉腾韦特等书，第19页。

[20] 参见《西班牙刑法典》，潘灯译，中国政法大学出版社2004年版，第3页。

[21] 参见《最新意大利刑法典》，黄风译，法律出版社2007年版，第75页。

指出其他三点不同：一是，刑罚具有公正报应与威吓犯罪的目的，而保安处分只以预防犯罪为唯一目的；二是，刑罚具有痛苦的本质，而保安处分给人带来的痛苦只是无可避免的副作用；三是，刑罚作为法律制裁手段具有惩罚性与社会伦理的非难性，而保安处分纯粹出于预防社会危险性的目的。^[22]但是，这三个标准并不会将二者截然区分开来，而只是有助于理解二者相对的不同侧重：（1）保安处分带来的痛苦是现实的，而且未必比刑罚带来的痛苦轻。例如，可以比较一下罚金与以限制或剥夺人身自由为内容的保安处分。况且，能够带来痛苦的措施并非就是惩罚，如刑事诉讼法规定的程序性强制措施。（2）保安处分也可能产生一般威慑效果。例如，没收犯罪所得和用于犯罪的个人财物，由于涉及个人财产利益的剥夺，对其他人也会形成一定的威慑。（3）一些保安处分措施也可能具有一定的社会伦理的非难性。例如，对不负刑事责任的未成年人施以监护处分，对未成年人而言也带有一定的伦理非难和道德谴责色彩。因此，是否带来痛苦、是否具有威慑性或伦理非难性，并非区分刑罚与保安处分的基本界限（对质疑一的回应）。如果从目的上来区分二者，则涉及对刑罚目的的理解和界定，对此应着力予以说明。

（二）刑罚目的的不同界定对区分刑罚与保安处分的影响

如果认为刑罚的目的是报应或者包含报应，那么，由于保安处分的目的与之不同，刑罚与保安处分的界限就比较清楚；如果认为刑罚的目的仅限于特殊预防和一般预防，那么，就无法在目的上将二者区分开来。正如罗克辛所说，保安处分的目的是预防性的，首先是特殊预防，其次也发挥一般预防的作用，而刑罚是为特殊预防和一般预防服务的，因此，“刑罚和保安处分的目的基本上没有区别”。^[23]按照这种看法，从目的上区分刑罚与保安处分是徒劳的，而只能从适用的原则上来区分。对此，有必要“回头”思考刑罚的目的。

在“试图调和绝对理论和相对理论”、“将全部刑罚目的处于均衡的关系之中”的综合理论^[24]看来，报应是刑罚多重目的中的一个。耶赛克认为，“一般预防和公正的报应应结合在一起”。就报应刑观念，他指出：“报应刑维护了法秩序，满足了公众的正义感，因此保障了对法益的最好保护。”当然，他同时认为应给予特殊预防以优先地位。而保安处分的目的“在于对行为和行为人的履历中所表现出来的危险性，通过治疗、帮助、保安或消除措施来予以克服”；“刑罚和处分的双轨制原则上讲是无可指责的，因为罪责报应和危险预防是两种不同的东西”。^[25]施特拉腾韦特和库伦也持相同看法。^[26]

这种报应性的综合理论即所谓的相对报应刑论，在日本学界也占主导地位。不过，日本学者多从刑罚的正当化角度来论述报应、特殊预防与一般预防的关系。例如，大谷实指出，相对报应刑论主张“为使刑罚正当化，首先必须满足正义的要求，同时，刑罚对于防止犯罪来说必须是必要且有效的，应当在报应刑的范围内实现一般预防和特别预防的目的”。^[27]西田典之也认同这一理论：“相对报应刑论认为，刑罚的本质虽然是作为报应的祸

[22] 参见林山田：《刑法通论》下册，台湾个人自版2006年版，第541页。

[23] 参见[德]罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，法律出版社2005年版，第51页。

[24] 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》，中国法制出版社2001年版，第95页。

[25] 同上书，第95页以下，第99页，第103页，第106页。

[26] 参见前引[15]，施特拉腾韦特等书，第17页以下。

[27] [日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第31页以下。

害与痛苦，但其目的是预防犯罪。……由于是报应刑论，自然要求刑罚与犯罪的结果及情节所体现的量相适应，也就是以符合罪刑均衡（等比例）原则为必要。”〔28〕

关于刑罚的法律基础和目的，M. E. 迈耶曾提出“分配理论”，认为在刑罚设置、量刑和刑罚执行三个阶段，分别体现着报应、法的确认和目的刑等理念。〔29〕意大利学者帕多瓦尼也持类似的看法：立法阶段，刑罚目的在于一般预防；司法阶段，在具体决定量刑时，其标准应该是报应和特殊预防的需要，并应排除一般预防的因素；执行阶段，则应着重发挥刑罚的特殊预防功能，但也具有一般预防的作用。〔30〕关于刑罚目的与保安处分目的的差异，他指出前者在于镇压已实施的犯罪，后者在于防止将来的其他犯罪，所以，刑罚的期限必须有量的规定，在执行中不得超出，而保安处分的适用只规定最低期限，其执行期限是不确定的，因为它的期限长短取决于主体的危险性是否消失。〔31〕林山田教授也认为，“公正报应、吓阻犯罪与矫治罪犯的三大刑罚目的必须依据综合理论的论旨，针对刑罚在不同的阶段，以及个别的犯罪行为人，做适度地调和”；在刑事审判阶段，“宜采以公正报应目的为优先目的的优先理论”。〔32〕

从如上概述可以看出，无论是报应性的综合理论，还是侧重从刑罚正当化角度论述的相对报应刑论，又或是主张分阶段考虑刑罚目的的主张，实际上都将报应作为刑罚的目的之一或者刑罚的正当化根据之一。其中，相对报应刑论虽然侧重刑罚正当化角度的论述，但是其仍旧隐含着将报应作为目的看待的倾向。这样一来，如果认为报应是刑罚的目的之一，那么，从目的上区分刑罚与保安处分就是可能的。

（三）在刑法中未明示保安处分的立法例对保安处分的识别

在那些刑法中并未明示保安处分的国家，学上说如何识别保安处分，其参考意义更为重大。法国学者即认为，“法院的判例乃至法律都承认各种不同的附加刑具有保安处分措施的性质”，理论上也将禁止居留、撤销驾驶执照、关闭机构、禁止从事某些特定职业界定为保安处分。刑罚与保安处分主要从各自目的的不同加以区分：保安处分的唯一目的是预防，以个人所具有的危险状态为依据，即所表现出来的违反刑法的极大可能性；刑罚则围绕着威慑、报应和社会再适应等三种功能，追求一种“复合性目标”，而且刑罚以“过去”为根据。〔33〕

日本刑法中并没有保安处分的一般性规定，但理论上将缓刑期间的保护观察以及散见于《少年法》等法律中的一些处分措施界定为保安处分。学界识别保安处分，除了上述以目的为标准外，还从功能上进行判断。野村稔认为，在责任的非难未被认可的情况下，“为了除去行为者实行犯罪的危险性，可以处以保安处分”；“对于精神障碍者采取强制入院措施那样，现行法中规定有具有类似于保安处分的机能。”〔34〕对此，大塚仁直接将《关于精

〔28〕 [日] 西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第14页。

〔29〕 参见马克昌主编：《近代西方刑法学说史》，中国人民公安大学出版社2008年版，第321页以下。

〔30〕 参见[意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理（注评版）》，陈忠林译，中国人民大学出版社2004年版，第307页以下。

〔31〕 同上书，第330页。

〔32〕 参见前引〔22〕，林山田书，第417页。

〔33〕 参见前引〔12〕，斯特法尼等书，第416页以下，第445页以下，第430页。

〔34〕 参见前引〔11〕，野村稔书，第504页。

神保健及精神障碍人福祉的法律》中的“措置入院”界定为保安处分，其根据主要是这一措施的功能。不过，这部法律的立法目的并不包括社会保安，而在于促进精神病人的医疗、保护以及回归社会；^[35]对于已实施不法行为的精神病人也不适用刑事司法程序，而只适用该法规定的程序，因而有学者认为“措置入院在法律的原则上不是‘保安处分’”，但又不能否定其具有保安功能。^[36]

韩国刑法在《少年法》等法律中规定有保安处分。就刑罚目的是否包含报应，韩国学者也存在不同认识。李在祥认同报应性的综合理论，认为应结合报应刑理论和目的刑理论来说明“刑罚的本质或目的”，而保安处分是“对将来的纯粹预防性性质的制裁”。^[37]金日秀、徐辅鹤则认为刑罚的目的仅为特殊预防和一般预防，“刑罚与保安处分并不是依据其目的来区分的，而是根据其限制进行区分的。即保安处分的程度与期限并不是受到责任原则的限制，而是只受到比例性原则的限制。”^[38]

总而言之，对于刑法中无保安处分规定的立法例，或者虽有具体保安处分措施的设置但无一般规定的立法例，这些国家的学者区分刑罚与保安处分，除了从与罪责的关系来区分外，或是从目的不同，或是从功能上的差异来区分。

（四）对上述刑罚与保安处分区分学说的认识

上述诸多观点虽然在刑罚目的的内涵上存在不同认识，但普遍认为刑罚以过去的行为罪责为前提及上限，保安处分则与行为人之罪责无关，而以行为人未来的危险性为基础。行为人的危险性是面向“未来”的概念，罪责则面向‘过去’，是指已犯下的罪行。^[39]这可以通过刑罚和保安处分的裁量看出差异。量刑的基础是罪责，而罪责在量刑阶段要比在犯罪论部分理解得宽泛。具体而言，作为犯罪成立要件的罪责是指行为人不法行为的可非难性，而量刑时的罪责是指有责性的不法行为的整体，^[40]通常要考虑行为方式和违反义务的程度等客观要素、行为动机和目的等主观要素、行为的有责后果以及行为人行为时的精神状态、法律认识错误以及期待可能性等狭义的罪责程度；同时，行为人行为时的人格表现、行为人的事后态度对于罪责也具有意义，量刑时应予考虑。^[41]而保安处分以行为人未来实施犯罪的可能性为基础，因此，适用保安处分时应着重考虑两点：一是预测适用对象是否将实施犯罪行为；二是某种处分是否适宜于预防上述犯罪行为。^[42]

如果采纳报应性的综合理论，就可以从各自目的的不同来区分刑罚和保安处分，因为保安处分的目的不包含报应，而主要考虑特殊预防。如果将报应视为刑罚的功能之一，同

[35] 该法第1条规定：“办理精神障碍者之医疗及保护，为其社会回归之促进及其自立与参加社会经济活动之促进，进行必要之援助，同时致力于预防其精神障碍之发生与其他国民精神上之健康的保持及增进，因而力图精神障碍者之福祉之增进及国民之精神保健之提升为目的。”<http://fengren.ngo.org.tw/law/japan.htm>，2012年10月10日访问。

[36] 参见[日]石川正兴：《精神障碍与保安处分》，载王牧主编：《犯罪学论丛》第6卷，中国检察出版社2008年版，第431页以下。

[37] 参见前引[13]，李在祥书，第50页，第547页。

[38] [韩]金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第780页。

[39] 参见[德]Armin Fruehauf：《德国的刑罚与保安处分》，施智仁译，台湾《月旦法学杂志》2009年第6期。

[40] 参见苏俊雄：《刑法总论II》，台湾个人自版2000年版，第416页。

[41] 参见前引[24]，耶赛克等书，第1056页以下。

[42] 同上书，第968页。

样可以从功能上区分刑罚与保安处分，因为刑罚具有报应功能，保安处分则不是如此。

如以上观点及论述为根据，我国现行刑法中一些限制和剥夺个人权益的处分措施，可以初步确立其具有保安处分的性质。

三、依法律特征对刑法中的保安处分做具体判断

如上概述大陆法系代表性国家和地区的立法例及学说，是从基础观念上寻找刑罚与保安处分的界分根据，这对于初步识别我国现行刑法中的保安处分规范具有重要意义。除此以外，澄清和论证我国现行刑法中存在保安处分，还应着重从法律特征方面来判断。

从上述立法例和学说看，保安处分的一般适用条件包括两个：^[43]（1）客观条件，即适用对象实施了犯罪或者已具有刑事不法行为（因不具刑事责任能力而不构成犯罪）。（2）主观条件，即行为人具有危险性，是指行为人再次实施犯罪或者刑事不法行为的可能性和盖然性。相应地在适用对象的确定上，也是从危险性及预防犯罪的角度来判断：适用对象为个人的保安处分，针对具有一定人身危险性、可能会继续危害社会的行为人适用；以物为对象的保安处分，则是以预防犯罪为目的而采取的措施。^[44]

归纳保安处分的适用条件就是描述其基本的法律特征。上述客观和主观条件即为保安处分规范中的“假定”或“事实构成”，^[45]具体的保安处分措施则属于这类规范的法律后果，其内容是对个人权益的限制或剥夺。在现行刑法没有使用保安处分这一法律概念，更未以专章或专节明确化的情况下，通过规范特征来判断某一刑法规范是否保安处分规范，就成为一个可行且具说服力的论证路径。换言之，如果能够证明现行刑法中某一刑法规范的假定部分内含上述条件，其法律后果的内容是实体性的、对个人权益的限制或剥夺，那么，就可以表明这是一个保安处分规范。

（一）从法律后果的内容来识别

保安处分通过限制、剥夺适用对象的某些权利或者现实利益来实现特殊预防的功能。保安处分所限制和剥夺的权利主要包括人身自由权、财产权，这与自由刑和财产刑有一定的相似之处；保安处分还可以剥夺适用对象的现实利益，而这种利益不为法律所认可。例如，没收违禁品就表现为对这种法律不认可的现实利益的剥夺。如果以外国立法例为参照，将驱逐出境和强制劳动也视为保安处分，那么，前者是剥夺外国人在中国的居留权，后者是限制个人的劳动权。

刑法规范剥夺的权利多属于基本权利，而从宪法和基本法律的规定看，现行法制所确

[43] 参见徐久生：《德语国家的保安处分制度》，《中国监狱学刊》2007年第4期；[韩]卢龙愚：《保安处分的诸问题》，载赵秉志主编：《中韩刑事制裁的新动向》，中国人民公安大学出版社2005年版，第251页；前引[30]，帕多瓦尼书，第332页；前引[38]，金日秀等书，第781页以下；前引[6]，赵秉志主编书，第289页以下；张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第448页以下；陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年版，第476页；张丽卿：《刑法总则理论与应用》，台湾个人自版2002年版，第522页。

[44] 参见前引[43]，徐久生文。

[45] 事实构成即一个法律规范中“描写特定事实类型”的部分。参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第61页。

认的基本权利都是具体且明确的，并以其特有的内涵而相互区分、不能相互取代。例如，不能说生命权包括了健康权，因为二者的内涵根本不同；人身自由权利也不能涵盖公民的政治权利，因而对公民人身自由的剥夺和限制不能克减其政治权利；同样，人身自由权利也不包含劳动权。既然如此，对于权利人而言，限制或剥夺其某项权利，必须以有权机关依法独立做出的裁判为根据。易言之，剥夺或限制某项权利的裁判，并不能当然涵盖对另一项权利的剥夺或限制。这一观念对界定刑法中的保安处分具有重要意义。例如，刑法规定的缓刑属于对宣告刑的暂缓执行，将缓刑中的监督及其实质理解为刑罚执行^[46]是不妥当的。因为刑罚执行表现为刑罚的现时实施，缓刑则暂缓了刑罚的现时实施。既然如此，缓刑考验监督就不属于刑罚执行，而具有保安处分的特征。对于假释考验监督，亦应得出同样的结论。与此二者相对应的是，管制执行的监督属于刑罚执行而非保安处分，即便在监督内容上有诸多相似之处。

将有期徒刑和无期徒刑中的强制劳动从刑罚执行内容中剥离出来，可能会引发强烈质疑：如此解释的目的和实益究竟何在？通说认为，有劳动能力的罪犯的强制劳动属于这两种刑罚的执行内容或者执行方法。但是，如此理解忽视了几个重要问题：一是，劳动权属于宪法所确认和保障的基本权利，与人身自由权属于不同的权利范畴。虽然宪法第42条第1款规定公民“有劳动的权利和义务”，但该条款所规定的“劳动义务”，并非指劳动者所负有的、必须劳动的法律义务，而更多是具有劳动能力的公民的一种道德义务。^[47]无期徒刑和有期徒刑作为刑罚，以剥夺犯罪人的人身自由为内容，而不以剥夺或限制犯罪人的劳动权为内容。如果认为这两种刑罚剥夺或限制的权利包括犯罪人的劳动权利，则明显不当。二是，强制劳动虽然在客观效果上表现为一种惩罚，但在法律目的的表达上却是“教育和改造”。从学理上进行解读，就是“在惩罚管制的前提下，通过劳动改造和教育改造这两个基本手段，将犯罪分子逐步改造成为守法公民和有用之材”。^[48]既然如此，强制劳动的目的定位和功能定位就在于教育和改造，进而预防再犯。三是，决定强制劳动的权力是一种实体性的处分权力，将这一权力交由监狱行使，不符合监狱的行刑机关（行政机关）“身份”。四是，将这一权力交由监狱行使也不利于对个人劳动权利的保障。刑法第46条规定“凡有劳动能力的，都应当参加劳动”，而对是否有劳动能力的判断，交由监狱进行，显然不利于被执行人的权利保障。简言之，监狱作为行刑机关就决定事项而言显属利益相关者，一旦决定不当，被执行人显然缺乏维护自身利益的有效途径。鉴于上述四点因素，将强制劳动视为有期徒刑和无期徒刑的执行内容或方法，显然漠视了宪法所规定的劳动权的独立存在，也忽视了强制劳动所特有的法律目的和功能，因此，在解释论上应将其独立出来进行考量。

如果仅仅是一般性的、针对个人的法律义务的规定，就不属于保安处分规范，由此形成的措施也不是保安处分。例如，刑法第100条第1款有关前科报告的规定实际上是义务性规范，其结构是“依法受过刑事处罚的人，在入伍、就业的时候”（假定）+“应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒”（处理）。该条款并没有关于法律后果的规定，这样的义务本身并非保安处分。

[46] 参见前引〔5〕，马克昌主编书，第578页以下。

[47] 参见童之伟主编：《宪法学》，清华大学出版社2008年版，第213页。

[48] 前引〔2〕，高铭喧主编书，第129页以下。

（二）从适用条件（假定）来判断

从规范特征看，保安处分规范与刑罚规范是不同的，主要包括四个方面：（1）刑罚规范的规范结构表现为犯罪（假定）+法定刑（法律后果）；而保安处分规范中，适用对象的行为已经构成犯罪或者刑事不法只是事实前提，其假定部分的实质条件为适用对象有再次实施犯罪或者严重危害社会的可能性，即以“行为人将来的危险性为处分的要件”。^[49]（2）刑罚规范由刑法分则条文和总则条文共同承载，而保安处分规范仅由刑法总则条文承载。（3）刑罚规范存在前规范，即刑罚规范中的“假定”（犯罪）是对前规范中“处理”（即禁止性的或命令性的特定义务）的违反，而保安处分规范并无前规范，其规范的全部内容都是由刑法规定的，保安处分规范的假定部分也不直接表现为对义务（无论是禁止性的，还是命令性的）的违反。（4）如果将刑法规范理解为评价规范，则刑罚规范表现为对行为人实施行为的评价，而保安处分规范表现为对行为人危险人格及其程度的评价。

总之，从规范的适用条件来识别保安处分规范，主要应当考虑两点：适用保安处分规范的积极条件是适用对象已实施的行为构成犯罪或者刑事不法，且其具有再次实施犯罪或者刑事不法的危险性；适用保安处分规范的消极条件是其适用不以罪责为前提。

1. 从适用的积极条件来判断

保安处分规范中假定部分的前提条件是适用对象的行为已经构成犯罪或者刑事不法行为，而实质条件是适用对象有再次犯罪或者实施严重危害社会行为的可能。也就是说，构成犯罪或者刑事不法行为，对于保安处分的适用而言，只是事实前提而已。

对我国刑法中一些带有权益限制和剥夺性质的措施进行判断，会发现其适用的实质条件即在于适用对象的危险性。例如，刑法第18条规定，“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，……在必要的时候，由政府强制医疗”。析言之，无责任能力的精神病人造成危害结果是适用强制医疗的事实前提，而假定部分中的实质条件应理解为，“该精神病人有再次造成危害结果的可能，他的家属或监护人不能予以看管和医疗的”，这是“必要的时候”的基本内涵。新刑事诉讼法第284条就精神病人强制医疗的适用条件，对上述规定做了进一步限缩和明确：“实施暴力行为，危害公共安全或者严重危害公民人身安全，经法定程序鉴定依法不负刑事责任的精神病人，有继续危害社会可能的，可以予以强制医疗。”依照这一规定，对不负刑事责任的精神病人适用强制医疗有两个条件：一是违法行为条件，即实施了危害公共安全或严重危害公民人身安全的暴力行为；二是人身危险条件，即有继续危害社会的可能。再如，刑法第17条第4款关于收容教养适用条件的规定也包括两点：一是，行为人虽构成犯罪但不予刑事处罚，或者因未达到刑事责任年龄而不构成犯罪；^[50]二是，行为人有再次犯罪或者实施严重危害行为的危险，这是该条款中“必要的时候”的应有之义。^[51]若此，则适用驱

[49] 参见前引[27]，大谷实书，第405页。

[50] 对此，《最高人民法院对甘肃省高级人民法院[2003]甘行终字第98号请示的答复》指出，刑法第17条第4款的规定适用于因不满14周岁不予刑事处罚的情形。

[51] 这点可以从《预防未成年人犯罪法》的规定得到印证。该法第38条重申了刑法第17条第4款的规定。不过，该法的立法目的（第1条）非常明确地指出，该法意在“有效地预防未成年人犯罪”。所以，无论是该法第38条中的“必要的时候”，还是刑法第17条第4款中的“必要的时候”，都是指16周岁以下未成年人有犯罪可能的情况。

逐出境的实质条件也应从已犯罪的外国人具有再次在中国犯罪的危险性来理解。

刑法规定的缓刑监督、禁止令和假释监督,都涉及对个人自由权利的限制。从刑法第72条第1款和第81条第1款的规定看,缓刑监督和假释监督的适用条件都包括“没有再犯罪的危险”,因而形式上并不具备适用保安处分所要求的“有再次犯罪的危险”这一条件;缓刑考验期内的禁止令(第72条第2款)以缓刑宣告为前提,因而也适用缓刑所要求的“没有再犯罪的危险”这一条件。不过,澄清这三种措施的性质,不应简单、机械地根据法条字面意思来理解其适用条件,而应着重考虑如下四点:(1)缓刑及禁止令的宣告发生在审判阶段,而假释的适用发生在刑罚执行过程中,属于刑罚变更的一种。三者适用时都要求犯罪人或者被执行人“没有再犯罪的危险”,这是法院基于当时全部事实所做的考量。不过,从适用决定做出后的现实情况看,再次犯罪的危险仍旧存在,否则就不会有刑法第77条、第86条有关缓刑考验期内、假释考验期内犯新罪的规定了。(2)缓刑监督以及缓刑考验期间的禁止令、假释监督为犯罪人或被执行人设定了诸多义务,这些义务使他们的人身自由受到了限制。法律设定这些义务显然不是为了惩罚,也不可能是出于行政管理的需要,其目的就是为了进行特殊预防,防止他们再次犯罪。否则,无法理解为何要限制他们会客。^[52](3)从一定意义上说,刑法虽然规定缓刑和假释的适用条件包括“没有再犯罪的危险”,但是,通过规定上述三种措施,也意在形成必要的补强机制。因为毕竟适用对象已经犯了罪,其仍然具有一定的人身危险性,所以,即便在适用时认为“没有再犯罪的危险”,也要设定机制来解决,如何确保适用时的人身危险程度不会在其后升高以及如果升高该如何处理等问题。刑法第77条第2款有关撤销缓刑的规定、第86条第3款有关撤销假释的规定,其法理根据就是缓刑犯或假释犯表现出一定的危险性,不再符合缓刑和假释的适用条件,包括其中的“没有再犯罪的危险”。(4)根据现行刑法,对于缓刑犯应进行社区矫正,而社区矫正的目的是“将社区矫正人员改造成为守法公民”(《社区矫正实施办法》第1条)。从这一表述可以看出,只有有违法倾向的人才应被视为社区矫正对象,包括管制犯、缓刑犯和假释犯。从以上四点可以看出,适用缓刑监督以及缓刑期间的禁止令、假释监督的实质根据和条件,仍在于适用对象具有一定的人身危险性以及再次犯罪的可能。

刑事没收的对象包括犯罪分子违法所得的一切财物、违禁品和供犯罪所用的本人财物。没收违禁品主要是防止犯罪人再次运用违禁品实施犯罪或者其他违法行为,以及“从防卫社会出发”来考虑。^[53]没收供犯罪所用的本人财物基本上意在防止犯罪人利用其财物再次实施犯罪。对于没收违法所得财物,认识上会产生争议。持反对意见的看法会认为,此种没收并无明显的预防性,只是令犯罪人从犯罪中所获得的利益“归零”而已。在笔者看来,这种没收的正当性也应从预防再次犯罪来理解,当然,其一般预防效果要大于特殊预防效果。理由在于:(1)这种措施显然不是刑罚,因为任何刑罚都是对合法权益的限制和剥夺。(2)将这类财物没收会令犯罪人丧失通过犯罪所获得的利益,进而有助于遏制其通过再次犯罪或实施其他违法行为获利的念头。(3)对于恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪乃至

[52] 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5条规定,“禁止接触其他可能遭受其侵害、滋扰的人或者可能诱发其再次危害社会的人”。从该规定可以看出设立禁止令的目的包含了预防适用对象再次犯罪。

[53] 参见前引[8],张明楷文。

其他有组织性犯罪而言，这种没收有助于遏制这些犯罪组织运用违法所得从事其他违法犯罪活动。(4) 这种措施也会产生一般预防效果，即吓阻其他人通过犯罪获利。

强制劳动的适用根据和条件，只有从预防被执行人犯罪并培养劳动技能和习惯的角度来理解，才是正当的。从这个角度看，强制劳动无疑具有抑制再次犯罪的功能。如果从监狱内部安全的角度出发，强制劳动对于抑制监狱内犯罪也具有积极意义。

2. 从适用的消极条件来判断

保安处分与适用对象的罪责无关，因而其适用不考虑适用对象的罪责及其程度。这一特征在收容教养和精神病人强制医疗等措施中表现得最为明显：虽然行为人曾实施违法行为，且该行为客观上符合某一具体犯罪的不法构成要件，但是因为行为人并无刑事责任能力，从而不构成犯罪；由此，二者的适用显然不以罪责为基础。缓刑监督、缓刑考验期间的禁止令、假释监督的适用也不是基于适用对象的罪责，而是通过必要的行为监督来防止再次犯罪以及其他违法行为。对于驱逐出境、刑事没收和强制劳动则有必要详细分析。

通说认为驱逐出境属于对外国人适用的附加刑，然而，如果将其理解为刑罚，会造成结论上的重大困惑。按照这种理解，驱逐出境的规范结构可以概括为：作为假定部分的犯罪 + 外国人（身份）→ 作为法律后果部分的法定刑（刑法分则条文规定的法定刑 + 驱逐出境）。如此给人的直接印象，就是因为行为人具有外国人的身份而被附加适用了更多的惩罚。然而，在遵守法律方面，外国人并不比中国公民负有更高的义务；在实施同样罪行的情况下，外国人实施犯罪并不比中国公民实施同样行为具有程度更高的社会危害；将驱逐出境理解为刑罚在结论上会引发“身份刑法”的质疑，与刑法第4条所确认的平等适用刑法原则不相吻合。进言之，不能因为行为人具有外国人身份而认为其具有更严重的罪责，从而通过设立驱逐出境来实现罪责均衡。相反，如果将驱逐出境理解为保安处分，则可以避免这些质疑，同时也有益于严格把握驱逐出境的适用条件。对于外国人犯罪，只有其在中国领域内有再次犯罪的可能的情况下，法院才“可以”决定适用驱逐出境。于是，依据刑法第35条的规定，驱逐出境的规范表述应为：对于犯罪的外国人，当其有在中国领域内再次实施犯罪的可能的，“可以独立适用或者附加适用驱逐出境”。其规范结构是：作为假定部分的已构成犯罪 + 有在中国继续实施犯罪的可能 → 作为法律后果部分的驱逐出境。

刑事没收的根据也不在于适用对象的罪责，因为违禁品的存在、犯罪人对用于犯罪的本人财物的支配与罪责没有直接关系。例如，行为人持有毒品的行为以及持有毒品的数量当然与罪责有关，但毒品的存在、自己是否使用毒品、是否可能被非法取得则与行为人的罪责无关；行为人用自己的刀杀人以及使用刀的力度、频率和次数与罪责有关，但行为人对刀的所有关系以及是否再次用刀行凶则与罪责无关。对于没收违法所得的理解要相对复杂一些，因为违法所得的数额、来源等与罪责有关。然而，进一步分析会认识到，行为人对违法所得的占有、处分以及将违法所得进行投资并获益则与罪责无关。

强制劳动与罪责的关系问题，涉及对有期徒刑和无期徒刑的理解。从历史上看，剥夺自由与强制劳动往往一并作为徒刑的执行内容。^[54] 不过，学理上目前一般以“自由刑”来

[54] 徒刑在中国古代法律中指剥夺犯人的人身自由并强迫其戴着钳或枷从事劳役。参见前引〔1〕，曾宪义主编书，第127页。

理解、界定我国刑法中的“徒刑”。如果将强制劳动理解为徒刑的执行内容,从刑罚与罪责的关系看,至少会引发两点质疑:(1)刑罚具有剥夺功能,对于徒刑而言,其以剥夺自由来剥夺犯罪人的犯罪能力。换言之,徒刑中只有剥夺自由的部分才有剥夺功能,而强制劳动并无这一功能。如果将强制劳动作为徒刑的执行内容,那么,是否存在刑罚过度的问题?(2)刑法第46条规定,“凡有劳动能力的,都应当参加劳动”。据此,没有劳动能力的不应进行劳动改造。对于犯有同样罪行且罪责相当的不同犯罪人,量刑应是一致的,如果将强制劳动视为徒刑的执行内容,那么,是否会导致刑罚处遇上的不平等?为合理化解上述质疑并使强制劳动的法律规定正当化,将其理解为独立的保安处分措施更加妥当。

上述适用保安处分的积极条件和消极条件共同构成保安处分规范的适用条件,即保安处分规范的假定部分。如果某一刑法规范中的假定部分符合这些条件,且其法律后果部分具有限制或剥夺个人权益的内容,即可判断此规范属于保安处分规范。由此可以认为,刑法中的保安处分措施具体包括:对不满16周岁人的收容教养、对无刑事责任能力的精神病人的强制医疗、驱逐出境、禁止令、强制劳动、刑事没收、缓刑监督、假释监督。

四、刑法中保安处分措施的非行政性

有论者认为刑法中规定的收容教养、没收等措施是行政性强制措施,如今看来,这样的看法是不妥当的,甚至是有害的。无论从法律渊源,还是权力的合理配置来看,学理上都应将上述措施理解为刑事性的而非行政性的,从而其决定权应归属法院而非行政机关。具体理由如下(对质疑二的回应):

(一) 从适用条件上判断

从形式上看,上述刑法规定的措施与行政法规定的保安性措施有着各自的法律渊源;从实质上看,二者适用的法律条件也是不同的。上述刑法规定的措施的适用条件之一是适用对象实施了犯罪或者刑事不法行为。刑事不法行为是指行为人实施的行为符合构成要件且具有违法性,但因不具有责任能力而不负刑事责任的情形。在具体行为及危害判断上,犯罪与刑事不法行为具有相同之处;在包含关系上,犯罪必然包含了刑事不法行为的成分。也就是说,保安处分与刑罚具有部分相同的前提条件。因此,在前引各国和地区的立法例中,保安处分的适用在实体上被归入刑法,在程序上则应适用刑事诉讼程序而非行政处罚或者行政强制程序。与之相对,行政法中规定的保安性措施不具有这样的特征。例如,一般认为,劳动教养属于行政法规定的保安性措施,这一措施的适用并不以适用对象已有行为构成犯罪为条件;再如,对吸毒人员的强制隔离治疗也属于行政性的保安性措施,它的适用也不以适用对象的行为构成犯罪为条件。因此,从适用条件看,上述刑法规定的措施与行政法规定的保安性措施有着性质上的不同。

(二) 从决定权的归属分析

区分行政性措施与刑事性措施直接影响相应的权力归属,进而会对适用对象的权利造成不同程度的影响。从合理配置权力的角度看,适用刑法规范并做出终局性裁判的权力应归属法院,刑法中保安处分规范的适用亦应如此,即刑法中保安处分的决定权应归属法院。从法治发达国家和地区的实践以及国际社会普遍认可的原则看,适用保安处分的权力均属

于司法权范畴，由法院具体行使。从我国目前的实践看，上述大多数措施都由法院适用，不过也有少数措施的决定权并不由法院行使而归属行政机关。其原因在于我国行政权和司法权的界限不清晰，且与其他坚持三权分立的国家有着不同的分权理论和实践，因此，在刑法的解释和实践中存在不同于其他国家的做法。例如，根据刑法第17条第4款的规定，对于不满16周岁的人实施犯罪或者刑事不法行为，不予刑事处罚的，在必要的时候，可以由政府收容教养。从目前的实践看，“由政府收容教养”由公安机关决定并执行。但是，从应然的角度分析，上述条款亦属刑法规范，尤其是考虑到有利于保障人权，收容教养的决定权应归属法院。从一定意义上讲，新刑事诉讼法对精神病人强制医疗决定权的规定，为收容教养的决定权和程序提供了法律尺度。由于二者在法律性质和功能乃至适用对象上具有明显的相似性，我们可以说，虽然这一条款的内容并未发生变化，但以刑事诉讼法修改后的刑事法制为背景，可以将未成年人的收容教养也归由司法权调整。^[55]目前将收容教养的决定权交由公安机关行使显然是不适当的（对质疑三的回应）。

总之，上述刑法规定的措施是刑事性法律措施，是终局性的保安处分措施，而不是行政性的保安性措施。需要提及的是，保安处分措施带有终局性，而刑事诉讼法规定的强制措施或者侦查措施都属于临时性法律措施，不具有终局性的制裁和惩戒性质，^[56]因此二者有天壤之别。例如，侦查机关在侦查阶段可以依法扣押犯罪嫌疑人的涉案财物，查封、冻结其财产，但是，只有法院有权依据刑法第64条没收这些财物、财产。

五、隐性双轨制：保安处分在刑法学体系中的地位

从以上分析可以看出，我国现行刑法中一些具有限制和剥夺权益性质的措施符合保安处分的基本特征。在识别出刑法中保安处分规范的前提下，我们应进一步将这些规范予以整体化，赋予其独立的集合性范畴，以作为与刑罚并列的法律后果。由于保安处分的适用表现为与刑罚适用相平行的“一轨”，由此呈现的格局即为“双轨制”。又因为刑法条文体系中并无“保安处分”的法律概念，因此，将这一格局称为“隐性双轨制”（对质疑四的回应）。

（一）隐性双轨制对刑法学体系的影响

在隐性双轨制下，刑法学体系的法律后果部分得以重构，即保安处分与刑罚都属于法律后果。但是，适用刑罚的根据是行为人因犯罪而承担刑事责任，适用保安处分的根据则是适用对象具有相当的人身危险性。由于二者与罪责的关系不同，且具有不同的目的和功能、不同的法律特征和适用原则，因而互不隶属、互不取代。对此，可以从刑事没收与没收财产的区别中看得比较清楚：没收财产的对象应是犯罪关联物之外的合法财产，具有“赎罪”的意味，而刑事没收的对象恰恰是犯罪关联物，其合理性在于“取缔不法状态”，不具有惩罚的性质。^[57]通过区分保安处分与刑罚，可以看出保安处分在刑法学体系中的应

[55] 关于这个问题，另一条可供选择的途径就是通过目的解释方法来加以解决，即认为“由政府收容教养”的含义是“由政府进行收容教养”，该条中的“政府”应理解为执行机关而非决定机关，相应地，决定权应归属于法院。

[56] 参见宋英辉主编：《刑事诉讼法学》，中国人民大学出版社2007年版，第161页。

[57] 参见前引[3]，阮齐林书，第300页。

有地位：它是一种法律后果，但并非承担刑事责任的方式，其适用以犯罪或者刑事不法行为为事实前提。

（二）保安处分规范对刑法解释论的影响

1. 刑罚与保安处分的并科问题

在实行双轨制的立法例中，当犯罪人被同时宣告刑罚与保安处分时，执行时存在并科主义和代替主义之分，前者又分为先执行刑罚的并科主义和先执行保安处分的并科主义。日本《改正刑法草案》即采取先执行刑罚的并科主义，但法院可以命令先执行保安处分。^[58]另一些立法例则区分不同情形决定刑罚和保安处分的适用顺序。例如，意大利刑法第211条规定：“与监禁刑并处的保安处分，在监禁刑执行完毕或者以其他方式消灭后执行。与非监禁刑并处的保安处分，在处罚判决成为不可撤销的后执行。与监禁性保安处分并处的暂时性的非监禁性保安处分，在监禁性保安处分执行完毕后执行。”^[59]代替主义是指刑罚按罪责的程度来宣告，只是在其执行阶段以保安处分的执行来代替，或者在保安处分执行结束后执行的模式。具体而言，相对于刑罚，保安处分应优先执行，但保安处分的执行期限算入刑期，或者保安处分执行后宣告缓刑。德国和瑞士均采取此种立场。^[60]

在我国，就收容教养和精神病人强制医疗而言，因其完全与刑罚没有交集，不存在与刑罚的同时适用问题。禁止令、缓刑监督的执行存在于缓刑考验期限内，而缓刑并非刑罚的执行，因而也不存在与刑罚执行孰先孰后的问题。假释监督亦是如此。但对于强制劳动、刑事没收而言，虽然没有法律上的明确规定，但可以明确得出并科主义的结论，即在法院判决生效后与刑罚同时执行。具体而言，强制劳动当然应于无期徒刑和有期徒刑执行期间内执行，刑事没收则应在刑罚执行的同时由法院执行。唯一与刑罚执行存在先后顺序问题的保安处分措施是驱逐出境，显然，其应在刑罚执行完毕之后执行。

2. 保安处分的溯及力问题

就我国现行刑法而言，保安处分规范的适用不应考虑刑法第12条有关溯及力的规定。换言之，即便旧法没有规定某一具体的保安处分规范，而新法规定了这样的规范，也应适用新法的规定。这与刑罚规范有着明显的不同，对于刑罚规范，应无例外地适用刑法第12条所规定的从旧兼从轻原则。对此，大塚仁认为，保安处分所考虑的是与现在和将来的行为人的危险性相适应，因此，有关保安处分的规范不实行不溯及既往的原则。^[61]保安处分的溯及力问题在一些国家和地区的立法例中有明确规定。例如，德国刑法第2条第6款规定，“矫正与保安处分适用审判时有效之法律，法律另有规定的除外”。^[62]这里的“法律另有规定的除外”是指该条第5款规定的追缴、没收和查封，而禁止其溯及既往的理由在于，这三种处分措施具有部分的刑罚特征。^[63]我国台湾地区立法例则区分拘束人身自由的保安处分和非拘束人身自由的保安处分而适用不同的原则。根据我国台湾刑法第2条的规定，前者

[58] 参见《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社1998年版，第131页。

[59] 前引〔21〕，《最新意大利刑法典》，第22页以下，第77页。

[60] 参见前引〔13〕，李在祥书，第550页以下。

[61] 参见前引〔11〕，大塚仁书，第511页。

[62] 前引〔16〕，《德国刑法典》，第3页。

[63] 参见前引〔24〕，耶赛克等书，第176页。

适用从旧兼从轻原则，以贯彻罪刑法定，后者则适用从新原则。^{〔64〕}

举例言之，《刑法修正案（八）》有关禁止令的规定应当适用于《刑法修正案（八）》施行前实施犯罪的行为人。这是因为禁止令的目的和功能是为了预防适用对象再次实施犯罪或者严重违法行为，适用新法有利于实现这一目的和功能。

3. 保安处分的适当性问题

保安处分的适当性原则，即保安处分应与行为人实施的犯罪和在将来可能发生的犯罪以及危险性的程度保持均衡，这是保安处分得以正当化所必须的。^{〔65〕}一些国家的立法例对适当性原则做了明确规定，例如德国刑法第62条。^{〔66〕}就我国刑法中保安处分规范的适用而言，同样应坚持适当性原则。

我国现行刑法对精神病人强制医疗和收容教养并无期限的规定。就前者而言，这种期限的不确定性是绝对的，即只有在精神病人被治疗痊愈并恢复认识和控制能力的情况下，才能终止这种强制治疗；有关收容教养期限的规定则见于公安部发布的一些规章。^{〔67〕}虽然由行政机关规定收容教养的期限，其合法性大为可疑，但采取相对确定期限的模式是可取的。

对于以限制自由为内容的保安处分，依照现行刑法的规定，禁止令、缓刑监督的期限与缓刑考验期相同，假释监督的期限与假释考验期相同，强制劳动的期限应与无期徒刑和有期徒刑的执行时间相同。对于驱逐出境，现行刑法没有规定具体期限。从法律规定的精神推论，似乎是禁止该犯罪的外国人终身不得进入我国领域内。对此，有必要进一步探讨，如果该外国人不再具有实施犯罪的可能性，从法理上看，允许其再次进入中国领域并无不妥。因此，在该外国人再次提出入境许可请求的情况下，如果能证明其无再犯的可能，应准许其进入我国。^{〔68〕}

对于刑事没收，如何体现适当性原则，会存在一定争议。对于违禁品和违法所得的一切财物，自然应一概没收和追缴。有争议的问题是，在没收“供犯罪所用的本人财物”时如何体现这一原则。例如，犯罪人以价值较高的财物故意毁坏价值较低的财物时，应否没收该项价值较高的财物？有学者认为，此种情形下如予没收则有违保安处分的比例原则，因而将“供犯罪所用的本人财物”限制解释为“供犯罪所用的，并且与违禁品相当的本人财物”。^{〔69〕}另有学者认为，对犯罪关联物的没收，不论没收、追缴多少数量的财产，都不构成过量的惩罚。^{〔70〕}对此，笔者倾向于后一种观点。理由如下：（1）刑法第64条明确规定，对于这类财物，“应当予以没收”，因而法院应无例外地予以没收。对“供犯罪所用的本人财物”做上述限制，并无充分的法律和法理根据。（2）当犯罪人以其财物（无论价值多少）侵害他人利益时，其拥有该财物的合法性和正当性即不复存在，因而剥夺其对财物

〔64〕 参见一品法学苑编：《模范新六法刑事法编》，台湾一品文化出版社2008年版，第32页以下。

〔65〕 参见前引〔13〕，李在祥书，第549页。适当性原则又称比例性原则。

〔66〕 参见前引〔16〕，《德国刑法典》，第27页。

〔67〕 参见公安部《关于少年犯管教所收押收容范围的通知》和《关于对少年收容教养人员提前解除或减少收容教养期限的批准权限问题的批复》。

〔68〕 这里涉及再次入境的审批程序问题，这完全可以根据《出境入境管理法》的规定并制定相应的细则加以解决。

〔69〕 参见前引〔8〕，张明楷文。

〔70〕 参见前引〔3〕，阮齐林书，第300页以下。

的所有权并不违反比例原则。

4. 保安处分的宣告

保安处分作为区别于刑罚的法律后果,法院应在刑事裁判中区别于宣告刑做出独立宣告。对精神病人强制医疗的宣告,依照新刑事诉讼法有关精神病人强制医疗程序的规定做出独立宣告。对于不满16周岁人的收容教养,从应然的角度看,也应由法院做出裁判。对于驱逐出境,法院应在刑罚宣告之外独立做出宣告。就缓刑监督而言,法院在宣告缓刑时亦应在裁判主文中独立一项予以宣告。然而,从目前的实践看,并非如此。其原因如前所述:理论与实务未澄清其作为独立的保安处分措施的性质。对于禁止令,根据现行刑法及司法解释的规定,由法院在刑事判决中做出宣告。^[71]根据刑法第82条和第79条的规定,是否假释的裁定由中级人民法院做出,假释监督亦应在裁定中做独立宣告。对于刑事没收,目前实践中法院在刑事裁判中于刑罚宣告之外做独立宣告。比较棘手的是强制劳动的宣告。实践中法院对犯罪人适用无期徒刑或者有期徒刑时,对是否强制其劳动不予宣告,而是在刑罚执行阶段由刑罚执行机关(监狱)根据犯罪人是否有劳动能力来决定是否强制其劳动。这一实践做法的原因即在于学理及实务上将强制劳动视为自由刑的执行内容,而未注意其作为保安处分的独立性。从应然角度看,法院应在刑事判决中将强制劳动作为单独一项做出宣告。

承认刑法中“隐性双轨制”的存在,除了刑事宣告问题之外,还涉及其他程序问题。例如,保安处分和刑罚一样,也表现为对适用对象权益的剥夺或限制,因此,出于保护其权益并提供有力救济的考虑,就大多数保安处分而言,应允许适用对象对保安处分的适用单独提出上诉以及其他类似的救济方法。当然,这必须以刑事诉讼法的规定为制度前提。从目前的实践看,就精神病人强制医疗而言,新刑事诉讼法规定适用对象可以向上级人民法院申请复议(第287条第2款)。再如,收容教养的决定权应由法院行使,立法应比照精神病人强制医疗程序,为其设立相对独立的诉讼程序。

六、结 论

我国现行刑法中虽无保安处分的法律概念,更无独立章节加以规定,但实际上存在诸多保安处分规范。对保安处分规范的识别,在理论上应首先明晰保安处分与刑罚的界分。对此,有代表性的大陆法系国家和地区的立法例及学说具有很大的借鉴意义。当然,更为明确的界定以及论证还是应当从法律特征上区分刑罚规范与保安处分规范,并从权力特征上区分刑法中的保安处分与行政法中的保安性措施。

本文是从解释论上对现行刑法中相关规范的性质进行澄清和阐释,其结论可能会影响相应的立法调整。如果立法者未来在修改刑法时,将目前这种“隐性双轨制”模式调整为“显性双轨制”模式,并将其他因犯罪而限制适用对象权益的法律措施(如职业禁止、禁止驾驶等)一并规定在刑法中,则当然是笔者所乐见的(对质疑五的回应)。

[71] 参见最高人民法院、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1、8条。

研究刑法中的保安处分规范，总会有如下困扰：由刑法规定和法理推演得出的结论与实践中的习惯做法相悖。对此，学界只能通过增强论证的说服力来促使实践慢慢转变。就保安处分而言，学界要做的事情可能更多，为保安处分“正名”即是一件棘手的工作。第六届《国际刑法大会决议》提出：将除刑罚之外的保安处分引入刑法，有利于消除不同刑法学派之间的分歧，有利于在减少犯罪和预防再犯方面取得更有效的成果，因而是一种进步。^[72] 当下首先要做的事情就是“挖掘整理”刑法中的保安处分规范，并逐步改变实践中的习惯做法，为今后刑法的系统性完善寻找契机、提供动力。

Abstract: There is no legal term of security measures in the current legal system of China, however, there are legal norms with the nature of security measure in Chinese criminal law. In order to identify the legal norms of security measures provided in the criminal code, the difference between the penalty norms and the security measures norms should be clarified by defining their relationship with responsibility and their respective aim and function. The application of security measures is not relevant to the responsibility, but based on the dangerousness of applicable individuals. If retribution is considered as one of the comprehensive goals or functions of criminal penalty, security measures can be distinguished from the former according to its different goal and function.

Therefore, if a legal norm provided by the criminal code can be applied to limit or deprive the rights or interests of an individual who has committed a crime or a criminal illegal act, and its substantial ground is his/her dangerousness other than responsibility, such a norm should be considered as one with the nature of security measure. Judged by their normative characteristics, specific security measures in current Chinese criminal law include sheltering and rehabilitating, compulsory medical treatment on insane persons without ability of taking criminal responsibility, deportation, injunction order, compulsive laboring, criminal confiscation, supervision during probation, and supervision during parole.

The existence of a framework of invisible *Zweispurigkeit* in current criminal code would have many effects on criminal law theory. For the theoretical system, security measures should be treated as a basic concept and construct the legal result together with the criminal penalty of the criminal law. Besides, the concurrent application, retrospective effect, proportionality, declaration of such measures should be discussed specifically in dogmatic field.

Key Words: security measures, criminal penalty, *System der Zweispurigkeit*, human rights

[72] 参见《国际刑法大会决议》，赵秉志等译，中国法制出版社2011年版，第24页。