

治安拘留纳入刑法体系须慎重

王恩海

据媒体报道,“近期,立法机关正计划修订治安管理处刑法,并酝酿开展第十一个刑法修正案的工作。”对此,有专家建议:“为实现两法的有效衔接,建议对治安拘留制度作出相应调整,将其从治安管理处刑法中转到刑法中来,并在此基础上对犯罪与行政违法的范围进行重新划分”(刘仁文、敦宁:《建议将治安拘留纳入刑法体系》,《人民法院报》2019年7月18日,第6版;蒲晓磊:《将治安拘留纳入刑法体系》,《法制日报》2019年8月13日,第6版)。

这一观点认为,将治安拘留纳入刑法体系是践行有关国际公约的要求;将剥夺人身自由的处罚措施纳入司法程序是国际社会的通行做法;将治安拘留纳入刑法体系有利于强化法益保护。据此提出了相关立法步骤,针对改革后可能出现的问题,该论者主张将犯罪区分为重罪、轻罪和微罪并匹配不同的处罚程序和结果;注重发挥不起诉制度的司法分流作用;积极探索前科消灭制度的建立和刑罚附随性后果的改革。

这一建议不仅涉及到行政处罚种类,犯罪圈、刑罚体系的调整,还涉及到刑事诉讼程序的重构,牵一发而动全身,应听取各界建议充分论证。笔者认为,应慎重对待这一建议。

暂无前科消灭制度

将现阶段治安拘留适用的行为纳入刑法体系，不可避免的会带来犯罪圈的急剧扩张，一旦被法院认定为犯罪，被告人即终生背上“前科”的包袱，而这将严重影响其正常生活。我国现阶段不仅没有前科消灭制度，而且前科制度不区分故意犯罪与过失犯罪，暴力犯罪与经济犯罪，初犯、偶犯与惯犯、累犯，判处死缓与判处管制甚至单处附加刑的前科也并无区别。劳动教养制度废除后，我国刑事立法的一大特点就是不断扩大犯罪圈，尤以社会公众广泛关注的醉驾入刑为代表。

但实践表明,醉驾入刑的威慑力并未实现预期,2011年醉驾入刑以来,上海地区2012—2015年的案件数分别为2352件、3271件、3812件和5191件(《上海法治报》

- 我国现阶段不仅没有前科消灭制度，而且前科制度不区分故意犯罪与过失犯罪，暴力犯罪与经济犯罪，初犯、偶犯与惯犯、累犯等。在立法未确立前科消灭制度时，根本难以想象社会能否承受将治安拘留纳入刑法体系带来的后果。
- 如维持现有期限规定，必然要求公安机关在案发后迅速识别涉案行为是重罪、轻罪还是微罪，这对公安机关提出了很高的要求；如调整现有期限，必将对刑事诉讼法的现有规定及司法机关带来剧烈冲击。
- 将治安拘留纳入刑法体系表面上看是保障了被处罚人的权利，但却使被处罚人背上前科这一沉重枷锁。既要改变行政机关“既当运动员，又当裁判员”的现状，从而保障被处罚人的权利，又避免出现本文担心的问题，可以考虑通过“治安拘留纳入行政法体系”来实现。

2016年4月28日,第1版)。大量的刑事案件不仅给司法机关带来了沉重的压力,对被告人而言,法定最高刑为拘役6个月带来的前科对被告人的日常生活带来了极大负面影响。

为此,最高人民法院于2018年出台量刑指导意见,明确对危险驾驶罪“对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免予刑事处罚”。前车之鉴,后车之师,在立法未确立前科消灭制度时,根本难以想象社会能否承受将治安拘留纳入刑法体系带来的后果。

对现有刑事诉讼程序的冲击

另外，将治安拘留纳入刑罚体系必将给现有刑事诉讼程序带来严重冲击。根据现有规定，行政拘留处罚合并执行的，最长不超过 20 日，犯罪后提请逮捕的时间一般为 7 日，流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子可以延长至 30 日，如维持原状，必然要求公安机关在案发后迅速识别涉案行为是重罪、轻罪还是微罪，这对公安机关提出了很高的要求，一旦公安机关将提请批准逮捕的时限延长至 30 日，完全有可能将本来是微罪的行为认定为轻罪甚至重罪。如调整现有期限，必将对刑事诉讼法的现有规定及司法机关带来剧烈冲击。

或许有观点认为，可以借鉴现阶段处理

醉驾的做法，在司法机关内部设置“绿色通道”，但不得不考虑的事实是：（1）醉驾案件无明显被害人，侦查机关调查取证相对较为简单；（2）醉驾案件中关键的证据是血液中的酒精含量，现有技术手段足以保证侦查机关在短期内获得结果。而以治安管理处罚中最常见的伤害案件为例，该类案件有明显的被害人，调查取证相对而言更为繁琐；伤情鉴定报告比酒精含量报告更复杂由此导致获得结果的时间更长。另外，“绿色通道”是针对特殊情况开设的通道，如果一半甚至超过一半的案件都要走该通道，其本身就丧失了设置“绿色通道”的本意。

或有重刑主义色彩

如前述建议者所言，将治安处罚纳入法院审查范围最核心的理由是保障被处罚人的权益：“刑事诉讼的证明标准高，定罪要求达到排除合理怀疑的程度，需要公开审判，被告人有聘请律师为其辩护，可以依法上诉，这既是法治社会正当程序的体现，也能最大限度地减少冤错案件和防止执法腐败。”——理想很丰满，现实很骨感——对照现阶段对认罪认罚从宽制度关于证明标准是否可适当降低、被告人是否可以就量刑提出上诉等问题的争论就可知，在司法官员的理念未根本改变之前，将治安处罚纳入刑法只不过是程序上实现了保障人权的目标而已。

而《治安管理处罚法》第 102 条规定：“被处罚人对治安管理处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”与其对刑法、刑事诉讼法大动干戈，不如切实考虑如何提升现有救济手段的威力，以保障被处罚人的合法权益，尽量淡化行政机关“既当运动员，又当裁判员”的色彩。

前述建议者认为：“虽然对违法者适用行政拘留也是为了保护法益，但由于其缺失了刑罚的强烈谴责色彩，因而在保护法益方面难免会出现‘疲软化’的现象，”因此认为将治安拘留纳入刑法体系有利于强化法益保护。

该观点从某种意义上而言是重刑主义的体现，但早在 250 多年前，贝卡里亚就明确指出：“为了不使刑罚成为某人或者某些人对其他公民施加的暴行，从本质上说，刑罚应当是公开的、及时的、必需的，在既定条件下尽量轻微的、同犯罪相对称的并由法律规定的。”^[1]我们必须看到，我国现阶段宽严相济刑事政策是在反思“严打”刑事政策后提出的，这本身足以说明重刑并不适合我国现阶段的社会治理。

现阶段一些国家,如荷兰,存在去刑法化的趋势,也即本来是刑事调整的内容,转由行政法处理。我们应该正视这一趋势的背景是相关国家本来划定的犯罪圈过大,如并未就盗窃行为设置“数额较大”这一要素,但这一趋势所反映的理念却足够引发具有浓厚重刑传统的我国重视:保障被处罚人的权利。将治安拘留纳入刑法体系表面上看是保障了被处罚人的权利,但却使被处罚人背上前科这一沉重枷锁——醉驾入刑的实践表明,社会难以承受其重。

笔者认为,既要改变行政机关“既当运动员,又当裁判员”的现状,从而保障被处罚人的权利,又避免出现本文担心的问题,可以考虑通过“治安拘留纳入行政法体系”来实现,即行政机关将拟予以治安拘留处罚的案件直接提交给法院的行政庭,被处罚人有权聘请律师,通过公开庭审的方式由法院作出最终裁决,双方有权提起上诉,这一方案自然也会有诸多不足之处,但相比较而言,“治安拘留纳入行政法体系”涉及面广,修法成本低,或许更具有可操作性。

(作者系华东政法大学教授)

警务辅助人员应纳入妨害公务罪保护对象

王胜 沈琳梅

近年来,公安机关参与社会治理的力度不断增强,为应对警力不足,联防队员、综治队员、辅警等警务辅助人员在协助维护社会治安、服务人民群众等诸多方面发挥着越来越重要的作用。如何发挥警务辅助人员的积极作用,保障他们在履职过程中不受不法侵害,提高执法效率,一直是法律理论与实务部门关注的热点。

公安部制发的《公安机关维护民警执法权威工作规定》于2019年2月1日实施，第三十一条规定，警务辅助人员在协助民警依法履行职责、行使职权过程中受到不法侵害的，参照本规定开展相关工作。这就明确了要将警务辅助人员纳入被保护的行列。在保障人民警察履行公务方面，虽然有人主张设置“袭警罪”或单独以立法的形式加以完善，但从目前司法实践来看，袭警类妨害公务罪已被作为有效的刑法规制手段而广泛使用。在此情势下，能否将协助执法的警务辅助人员一并纳入妨害公务罪规定的保护对象？

我国刑法第 277 条明确规定,妨害公务罪中规定的保护对象为三类人员,即依法正在执行职务或者履行职责的国家机关工作人员、人大代表、红十字会会员,对其他主体特别是警务辅助人员是否构成妨害公务罪的主体,一直以来争议较大。这些

争议所依据的观点主要有“身份说”“公务说”“身份、公务兼备说”等。

“身份说”严格遵循刑法罪刑法定原则，将妨害公务罪的法益保护对象限定在上述三类人员。“公务说”则依照渎职、贪污贿赂罪的相关司法解释，将法益保护对象扩展至“由法律、法规授权或受行政机关委托从事行政执法的其他人员”，其核心观点认为，对妨害公务罪中的国家工作人员应当作广义认定，刑法设立妨害公务罪的主要目的，是为了保障公务行为得以顺利完成，在于通过对行为人暴力、威胁行为的规制，保障公务执行主体履职尽责的权威性与伦理性。因此，警务辅助人员当然成为妨害公务罪法益保护对象。

而“身份、公务兼备说”兼顾了上述两种观点,对保护对象有一定要求的同时,又强调妨害公务罪所保护的法益为“执行公务活动”,具备一定条件下的警务辅助人员可以成为妨害公务罪的法益保护对象。“身份、公务兼备说”能有效维护当下激烈对抗中风险社会的整体利益,也部分遵循了罪刑法定原则,因而更容易被司法实务部门所接受。

由于警务辅助人员没有单独执法权，将其纳入妨害公务罪中的保护对象时，必须符合以下具体条件：

一是警务辅助人员要与人民政府或公安部门有明确的合同关系，其辅助从事的执法活动内容应当具体、明确；

二是警务辅助人员在被侵害的执法内容上与公安民警具有“一体性”，即要求警务辅助人员必须是接受民警指令下协助执法时被他人侵害，具体个案中还要求民警必须在执法现场，不当让警务辅助人员独立执法；

三是警务辅助人员协助从事的执法行为必须内容、程序均合法。妨害公务罪保护的法益是合法的执法活动，内容、程序不合法的执法活动不能以妨害公务罪定罪加以维护。

另外，刑法修正案(九)为第277条妨害公务罪增设第5款，即“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的规定从重处罚”。该修正案出台后，对侵害协助人民警察执法的警务辅助人员时是否也可以适用该款，存在理解、适用不统一的情况。

笔者认为,第5款针对的是近年来袭警案件明显增多的情况,明确要求保护的主体为特殊群体即人民警察,语义明确,属于特别条款。因此,在遵循“公务、身份兼备说”原则将警务辅助人员纳入妨害公务罪规定的保护对象的情况下,不能再扩大解释将其纳入第5款的适用范围。

(作者单位：上海市青浦区人民检察院)

最新国际法律动态>>>

法国制定《5G网络安全法案》 维护国家网络安全

法国国民议会于2019年4月10日通过《维护移动无线网络经营中的国防利益和国家安全法案》(立法者将法案简称为《5G网络安全法案》)。

法案将于今年 9 月生效，主要内容包
括：

一是设立经营审批制度。如果运营商经营移动无线网络设备（主要指5G设备），可能影响法国网络完整性和安全性的，运营商应当事先获得法国政府授权。授权决定由法国总理签发，最长授权期限为8年。

二是规定总理审查权力。法国总理有权审查运营商在经营、部署设备时签订的经营合同，还有权审查运营商和设备供应商是否被欧盟以外的国家政府干涉或控制。

三是规定违法惩罚措施。如运营商未经授权或在授权被撤销后,擅自经营网络设备的,负责人可被判处五年有期徒刑,运营商还可被处以最高 30 万欧元(约合 232 万人民币)罚款。

(法语编译: 罗碧凝 信息来源: 法国国民议会网站)

上海法治报理论学术部
上海外国语大学法学院

合作主办