# 治安拘留应通过司法裁决

刘仁文 敦宁

□ 一个人一旦失去人身自由,将直接导致其他一些重要权利无法得到有效

识,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"。

□ 将应适用治安拘留予以制裁的违法行为进行轻罪化处理,进而通过刑事

司法程序来裁决;应将治安拘留合并在拘役刑之内,并在此基础上重新

行使或保障。也正是基于人身自由的这种重要性,国际上已经形成共

### 【编者按】

上周三,本报刊登了 华东政法大学王恩海教授 的《治安拘留纳入刑法体 系须慎重》一文,对《人 民法院报》今年7月1日 刊登的《建议将治安拘留 纳入刑法体系》 (作者刘 仁文、敦宁) 提出商榷。 中国社科院法学所研究员 刘仁文及河北大学政法学 院副教授敦宁近日联名撰 文对王恩海教授的观点作 出回应。本报今日予以刊 发,希望引起刑法学界及 实务界的重视与探讨,推 动我国相关立法工作的良 性发展。

近期,立法机关正计划修订我国的治安 管理处罚法,并酝酿开展第十一次刑法修正 案工作。

为了保证治安拘留这种剥夺人身自由的 处罚公正适用,以及更好地实现治安管理处 罚法和刑法的衔接,我们建议对治安拘留要 通过司法程序裁决,并在此基础上对犯罪与 行政违法的范围进行重新划分。

### 根据与理由

一方面,对治安拘留通过司法裁决是践 行有关国际公约的要求。

联合国《公民权利与政治权利国际公约》第9条第1款规定: "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。"虽然该《公约》并未对相关的法律程序作出明确说明,但联合国人权事务委员会已经指出,对人身自由任何形式的剥夺,都要经过司法审查。我国已于1998年签署该《公约》,虽然尚未批准,但按照国际法上"公约必须履行"的原则,在《公约》批准之前,我国的国内法就需要与该《公约》的相关规定保持协调。

应当说,我国在2013年废止劳动教养制度、2012年通过修订刑事诉讼法将强制医疗司法化、2018年立法机关透露即将废止收容教育、2019年《预防未成年人犯罪法(修订草案)》将收容教养司法化写入法案,这些都体现了向这一目标迈进的努力。

另一方面,对治安拘留通过司法裁决也 是有效保障人权的需要。

将治安拘留交由行政机关(公安机关) 裁决,其面临的最大问题就是行政机关"既 当运动员,又当裁判员"。人身自由权属于 基础性的权利之一,它不同于财产,一旦发 生处罚错误,事后将很难弥补。

一个人一旦失去人身自由,将直接导致 其他一些重要权利无法得到有效行使或保障。也正是基于人身自由的这种重要性,国际上已经形成共识,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"。当前,将剥夺人身自由的处罚纳人司法程序已经成为国际社会的通行做法。国外一般是根据剥夺人身自由期限的长短,将其分别适用于重罪与轻罪(有的还在重罪、轻罪之后增设违警罪),并由法官通过司法程序作出判

(1) 司法程序的一个基本特征就是由居中的 第三者(**法官**)来对违法行为及其处罚进行 认定和裁决,其可以直接避免由一个部门垄 划定犯罪与行政违法的范围;随着犯罪圈的扩大,应当对全部犯罪进行轻重分层,并在司法程序和刑罚适用上予以区别对待。

□除适用一些简易、快捷的司法程序外,还需要采取一定的配套措施,建议在侦查阶段建立规范的"但书"出罪制度,注重发挥不起诉制度的司

议在侦查阶段建立规范的"但书"出罪制度,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后果的改革。

断查处和裁决所可能导致的不公正现象。而 且,在适用刑事诉讼程序的情况下,定罪还 要求达到排除合理怀疑的程度,需要公开审 判,被告人有权聘请律师为其辩护,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。

在我国,"国家尊重和保障人权"已经写入了宪法。习近平总书记也多次强调,"要让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义"。尽管不能认为,由公安机关来决定治安拘留就一定会导致不公正的结果,但毋庸置疑的是,这种制度设计因缺乏有效监督和制约,也被实践证明不够慎重,而且也不可避免地会影响到当事人对公平正义的感受。

## 法律实现

首先,将应适用治安拘留予以制裁的违法行为进行轻罪化处理,进而通过刑事司法程序来裁决。对于具有社会危害性的行为,我国采取的是双层次制裁体系,即将那些情节较轻或危害不大的划入行政违法范畴,通过行政程序予以处罚;将那些情节较重或危害较大的划入刑事违法(犯罪)的范畴,通过(刑事)司法程序予以处罚。

治安拘留目前属于一种通过行政程序裁决的行政处罚措施,如果将其纳入司法裁决的范畴,则必然意味着对那些应适用治安拘留予以制裁的违法行为,也要同时进行轻罪化处理。

有学者基于前科效应扩大化的担忧,不同意这一做法,主张将其纳入行政法体系,并通过司法程序来裁决。但问题在于:

第一,包括治安拘留在内的治安处罚本 身就属于行政法体系,无需纳人。

第二,试问,该适用何种司法程序呢?根据我国《行政诉讼法》第2条的规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的,才可依据本法向法院提起诉讼。显然,妨害治安管理的行为不属于这一范畴,不能适用行政诉讼程序。同时,其也不属于民事违法行为,自然也不能适用民事诉讼程序。由此,最后的选择就是刑事诉讼程序。然而,通过刑事诉讼程序处罚的危害行为却又属于行政违法,这也是让人难以理解的。所以此种建议并不具有可行性。

实际上,这一做法也是强化法益保护的需要。虽然对违法者适用治安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,导致违法成本较低,因而在保护法益方面难免会出现"疲软化"的现象。如果习惯于"抓大放小",必然会导致"由小变大",这一点已经由犯罪学上的"破窗效应"得到证明。

相反,对于一些较重的违法行为,如果 刑法及时介入,就可以在很大程度上避免严 重危害后果的发生,如"醉驾入刑"后便取 得了良好的行为规制和法益保护效果。在 此,不能认为近年来醉驾案件有所上升就否定这一效果,而应当与人刑之前进行同期比较。据公安部的相关统计显示,"醉驾人刑"之后,无论是"酒驾""醉驾"本身,还是由此而引发的交通事故及伤亡人数,与人刑之前相比都出现了大幅度的下降。对此,我们不能熟视无睹!也正是基于这一良好效果,近年来的刑法修正案才陆续将其他一些较重的行政违法行为进行了犯罪化处理。

其次,应将治安拘留合并在拘役刑之内,并在此基础上重新划定犯罪与行政违法的范围。将治安拘留纳入刑法体系通过司法程序裁决,并非一定要将其设置为一种独立的刑罚方法,对此完全可以利用其与拘役刑在短期剥夺人身自由方面的同质性,进行合并处理。

具体构想是:通过提高治安拘留的时间上限,将其合并在拘役刑之内,同时,也可考虑适当提高合并后拘役刑的刑期下限(如提高至5日以上),以保持相应的刑罚威慑力。

低于下限刑期的刑罚强度可以由非监禁性刑罚方法来替代,其并不会产生处罚漏洞;考虑到一些违法行为的危害性会随着时代的发展而变化,应当以是否有必要适用 (不同刑期的)拘役刑为标准,对当前的行政违法行为进行科学的梳理和评估,将那些适用财产罚或资格罚仍不足以有效惩治的违法行为进行犯罪化外理。

其中,与现有犯罪属于同一违法类型的行政违法行为,可以合并在一个罪名之内,不属于同一违法类型的,可以设置为法定最高刑是拘役的微罪,类似于"危险驾驶罪"或"使用虚假身份证件、盗用身份证件罪"等。

同时,基于不同的危害程度,相关微罪的 拘役刑期也应有所区别,如2个月以下,1个 月以下等;对由此而形成的轻罪或微罪,除配 置拘役刑外,一般还应配置管制、社区服务、 单处罚金等非监禁刑,以便根据不同的情节表 现来相应替代拘役刑的适用,从而尽可能减少 适用短期监禁刑的不良效果。

最后,随着犯罪圈的扩大,应当对全部犯罪进行轻重分层,并在司法程序和刑罚适用上予以区别对待。其中,法定最高刑在3年有期徒刑以上的可划为重罪,法定最高刑是3年以下有期徒刑的可划为役罪,法定最高刑是拘役的可划为微罪。重罪适用严格的司法程序,轻罪或微罪适用简易的司法程序。特别是对于微罪,除现有的简易程序和速裁程序外,还可考虑引入国外的刑事处罚令程序,以有效提升司法效率。

处罚令程序的基本模式是:依检察官的书面申请,法官可以不经审判而直接以书面处罚令的形式来确定对被告人的处罚。这种程序原则上只应适用于被现场查获且证据已经固定的微罪犯(如危险驾驶犯);而且,适用此种程序还应征得被告人的同意,即在被告人明确表示放弃审判阶段的相关诉讼权利时才可适用。同时,对于轻罪或微罪,应当以适用非监禁刑为主,以适用监禁刑为辅。通过快速简易程序和轻缓处罚治理大量轻微犯罪,而将有限资源集中处理少数严重犯罪,这是合理分配刑事司法资源的基本要求。

# 配套制度

将治安拘留纳人刑法体系后,相关的轻型犯罪数量一定会大幅增加,由此不可避免地会产生两个方面的实践问题:一是司法压力的趋重化;二是前科效应的扩大化。为此,除适用一些简易、快捷的司法程序外,还需要采取一定的配套措施予以缓解,以使我国的刑事法治体系能够有效承载。

其一,要在侦查阶段建立规范的"但书"出罪制度。我国刑法第 13 条"但书"规定:"情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。"这也就意味着,如果某些违法行为符合以上"但书"的规定,是不能作为犯罪处理的。而在那些原来可适用治安拘留的违法行为被犯罪化处理后,由于刑法分则往往不为其设置明确的定量因素,此种违法情形可能会大量进入司法视野,这就要求实践中必须尽早对其进行"出罪分流",以有效缓解司法压力。然而,在当下,侦查机关可能担心招来宽纵犯罪的指责,因而轻易不敢适用"但书"出罪,这一工作多是在后续的程序中由检察机关或审判机关来完成,由此也就增加了司法负担。当然,如果放任侦查机关随意适用"但书"出罪,又可能导致权力的滥用。

对此我们认为,可以考虑在侦查阶段建立 "但书"出罪备案制度来合理解决这一问题。 具体而言,侦查机关对情节显著轻微危害不大 的行为,应积极运用"但书"出罪(可给予行 政处罚),但其必须要向检察机关备案,检察 机关如果认为适用不当,可通过法律监督予以 纠正。在有被害人的案件中,除了把被害人的 谅解作为一个因素加以考虑,还要赋予被害人 适当的救济渠道,如申请复议、向检察机关提 起异议等。

其二,要注重发挥不起诉制度的司法分流作用。不起诉是起诉便宜主义的重要体现,也是国外处理大量轻微犯罪的惯常做法。其主要功能有二:一是通过诉讼分流来合理分配司法资源;二是有效降低犯罪标签效应的负面影响。根据相关调查显示,不起诉程序同样会产生积极的再犯预防效果,被不起诉人员的重新犯罪率要明显低于缓刑犯和刑满释放犯的再犯率。我们认为,在我国,重点是要建立酌定不起诉的必要性审查制度,并尽可能减少适用酌定不起诉的程序障碍(如必须由检委会审议等),从而大幅提升不起诉的适用率。同时,在实践经验成熟时,也可考虑将附条件不起诉的适用范围由未成年人轻罪案件适度扩大至其他的轻罪或微罪案件。

其三,要积极探索前科消灭制度的建立和刑罚附随后果的改革。在我国,受过刑事处罚的人,不仅要承受开除公职等刑罚附随后果,而且还会终身背上沉重的前科"包袱",在人学、就业等方面受到种种限制。这对于一些轻罪或微罪(如"醉驾")而言,很难说符合制裁上的比例性原则。

只有前科制度,而没有前科消灭制度,也不能不说是一种制度上的缺陷。既然承认犯罪人是可以改造的,那么,对于那些已经没有再犯危险的刑满释放犯,就应当适时取消对其施加的种种权利限制,以使其真正复归社会。当然,前科消灭制度的构建是一个系统工程,"毕其功于一役"也不现实,但至少可以从轻罪或微罪方面开始进行探索或尝试。比如,近期就可以考虑为法定最高刑是拘役的微罪规定一段时间的前科消灭考验期,在考验期内如没有违法违规行为,前科效果便予以撤销,行为人恢复完整的公民权利。

同时,对这类轻微犯罪,也不必像对待其他较重犯罪一样,一律开除公职。也就是说,对轻微犯罪的刑罚附随后果,也应与其他较重犯罪加以区分,这同样是比例性原则的要求。在对微罪的前科记录、考验、消灭和刑罚附随后果改革进行有效探索的基础上,将来还可以进一步考虑将其拓展至轻罪乃至一定范围的重罪,当然在考验期限的长短等制度设计方面应当有所区别。

(刘仁文,中国社科院法学研究所刑法室 主任、研究员、博士生导师;敦宁,河北大学 政法学院副教授)