

行政处罚与 羁押制度改革研究

The Reform of System
of Administrative Punishment and
Detention

主 编◎陈泽宪

副主编◎樊 文



中国政法大学出版社

行政处罚与 羁押制度改革研究

The Reform of System
of Administrative Punishment and
Detention

主 编◎陈泽宪

副主编◎樊 文



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

行政处罚与羁押制度改革研究/陈泽宪主编. —北京：中国政法大学出版社，2016.9

ISBN 978-7-5620-7015-3

I. ①行… II. ①陈… III. ①行政处罚—研究—中国 ②刑事诉讼—研究—中国 IV. ①D922.114 ②D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第221439号

-
- 书 名 行政处罚与羁押制度改革研究
XINGZHENG CHUFA YU JIYA ZHIDU GAIGE YANJIU
- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮 箱 fadapress@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908633(第七编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 北京华联印刷有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 14.5
- 字 数 237千字
- 版 次 2016年9月第1版
- 印 次 2016年9月第1次印刷
- 定 价 37.00元

前 言

2014~2015年,中国社会科学院法学研究所成立课题组,就“行政处罚与羁押制度改革”实施为期两年的研究项目。劳动教养制度被废止后,收容教养、收容教育、强制隔离戒毒等行政处罚与羁押制度如何依照现代法治原则进行改革,是一个重大而复杂的课题。本课题研究得到了丹麦人权研究所的大力支持^[1]。

中国社会科学院法学研究所课题组在本所众多专家学者多年研究的基础上,相继在重庆、北京、三亚等地召开“剥夺自由的行政处罚制度改革研讨会”^[2]、“第十二届刑事法前沿论坛暨剥夺自由罚改革研讨会”^[3]、“司法体制与剥夺自由罚改革研讨会”^[4]等系列研讨会,百余名立法与司法工作者、律师以及法学专家热情与会并进行了深入的交流与研讨,取得了丰富的研究成果,凝聚了广泛的改革共识。中国社会科学院法学研究所课题组还认真撰写了基础研究报告和立法改革建议报告,并积极向中央相关决策部门提出有关改革建议。本书收入了本课题研究的部分成果,希望能对我国相关法制改革有所裨益。

陈泽宪

2016年初夏于北京

[1] 丹麦人权研究所是丹麦国家人权研究机构。中国社会科学院法学研究所与丹麦人权研究所在法治与人权领域的交流与合作始于20世纪90年代,已取得多项富有建设性的研究成果。

[2] <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=42029>.

[3] <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=43803>.

[4] <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=43969>.

目 录

行政羁押制度改革基础研究报告	/ 1
改革行政羁押制度的立法建议	/ 18
废止劳教之后的法律制度建设	熊秋红 / 23
论后劳教时代法律制裁体系的完善	王志祥 贾 佳 / 32
劳教被废止后限制自由的边界、规则	张绍彦 / 47
论行政拘留制度的“司法化”改造	梅传强 张永强 / 51
行政处罚中“人身自由罚”司法化的总思路 ——我国“轻罪体系”的建构	李晓明 / 67
论收容性处遇的制度走向	王利荣 邱可嘉 / 99
论行政拘留与保安处分的改革方案	魏 东 / 119
收容教养制度改革研究	袁 林 姚万勤 / 128
困境与出路：我国收容教育制度问题探讨	刘湘廉 卓玲秀 / 140
收容教育制度之反思	刘沛谔 董建文 / 149

后劳教时代的轻罪制度论纲

——以《刑法修正案（九）》为切入点 郭泽强 徐红梅 / 159

论劳教被废止后的行为类型分流 贾 健 / 172

社区矫正中的乱象研究 胡配军 / 181

后劳教时代引入社会服务令制度探析 刘芷君 / 199

收容教养制度研究 周 雄 / 208

行政羁押制度改革基础研究报告

中国社会科学院法学研究所课题组

一、绪论

2013年11月12日十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》正式提出废止劳动教养制度。^{〔1〕}12月28日，全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》，^{〔2〕}这意味着已有58年历史的劳动教养制度终于寿终正寝。中国决策层的这一重大举措，顺应了社会各界长久以来改革劳动教养制度的呼声，标志着中国法治与人权保障事业取得了重大进步。

劳教制度虽然已经废除，但是中国现行法律体系中还存在着一些与劳教制度相似的剥夺人身自由的行政羁押措施。^{〔3〕}这些措施与劳教制度一样，都是由公安机关决定较长时间地限制和剥夺公民人身自由，与《公民权利和政治权利国际公约》所规定的应当由法院控制羁押措施的要求不一致，因此成

〔1〕《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第34条指出：“废止劳动教养制度，完善对违法犯罪行为的惩治和矫正法律，健全社区矫正制度。”

〔2〕2013年12月28日闭幕的第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》，宣布废止1957年8月1日第一届全国人民代表大会常务委员会第七十八次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会批准国务院关于劳动教养问题的决定的决议》及《国务院关于劳动教养问题的决定》；废止1979年11月29日第五届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会批准国务院关于劳动教养的补充规定的决议》及《国务院关于劳动教养的补充规定》。决定还规定，在劳动教养制度被废止前，依法作出的劳动教养决定有效；劳动教养制度被废止后，对正在被依法执行劳动教养的人员，解除劳动教养，剩余期限不再执行。

〔3〕有学者将已经废止的劳教制度称为“小劳教”，将与其类似的剥夺人身自由的行政拘留措施称为“大劳教”。参见刘仁文：“废止劳教的具体办法及后续措施”，载《学习时报》2013年12月16日，第5版。

为需要加以关注并解决的问题。在当前中国正处于全面建设小康社会,加快推进社会主义现代化建设的重要战略机遇时期,改革已经进入深水区,原有的社会利益格局被打破,社会的各种复杂利益关系面临着深刻调整,社会矛盾日益复杂,利益主体日益多元的时代背景下,运用法治思维和法治方式妥善解决现行的剥夺人身自由的行政羁押制度所存在的问题,不仅有利于人权保障与司法公正,还能有效地化解社会矛盾与冲突,完善国家治理体系,提高国家治理能力,落实“国家尊重和保障人权”的宪法原则与实现建设法治中国的奋斗目标,可以说,意义重大而深远。

二、现行剥夺人身自由的行政羁押制度概况

中国现行法律体系内存在的与劳教制度相似的剥夺人身自由的行政羁押措施主要有以下几种:

(一)《治安管理处罚法》中的治安拘留

我国《治安管理处罚法》第10条第3项明确将行政拘留定性为治安管理处罚的一种,^[1]第91条规定行政拘留处罚由县级以上人民政府公安机关决定,根据第三章的相应规定,行政拘留的期限为1日以上15日以下,合并执行的,最长不超过20日。《治安管理处罚法》第三章详细列举了可以科处行政拘留的种种行为,第四章则规定了行政拘留处罚的决定与执行程序以及相应的救济途径,藉此形成了中国治安拘留制度的基本框架。

中国治安拘留制度具有以下特征:^[2]

1. 从处罚主体来看,中国治安拘留实行“一元制”的处罚体制

中国治安拘留处罚权集中由公安机关行使。人民法院只有对治安拘留处罚的事后法律监督权而没有事前监督权乃至决定权。根据《治安管理处罚法》第91条的规定,治安管理的处罚主体为县级以上人民政府公安机关。虽然受治安拘留处罚者对公安机关的处罚决定不服可依法向人民法院提起行政诉讼,由人民法院对这一具体行政行为是否合法进行裁判,并作出维持、撤销或者有条件的变更。但这只属于事后的法律监督,人民法院并不拥有治安

[1] 因此把《治安管理处罚法》中规定的行政拘留称为“治安拘留”似乎更为贴切。

[2] 参见熊一新:“谈行政处罚制度演进与我国治安行政处罚制度的发展”,载《中国公共安全》(学术版)2008年第1期。

管理处罚的事前监督权和决定权。

2. 从处罚程序来看,中国治安拘留处罚完全采用行政处理程序

中国的治安拘留处罚由县级以上人民政府公安机关决定,由拘留所执行,这往往是一种行政审批程序,中间并不经过任何听证或司法程序。司法机关在事前既没有监督权也没有决定权,只能在事后进行监督。中国治安拘留处罚完全采用行政处理程序,是现阶段成本较低、效率较高的一种处罚制度。

3. 从处罚的强制性来看,中国治安拘留处罚具有警察强制性

中国的治安拘留处罚具有警察强制性,这主要表现在三个方面:其一,治安拘留处罚的实施主体是拥有警察权力的公安机关,而且不需要借助其他司法途径就可以直接强制执行;其二,治安拘留处罚属于剥夺自由的行政拘留,这是体现治安拘留处罚警察强制性的一种标志;其三,公安机关依法决定的治安拘留处罚,被处罚者没有正当理由不能拒不接受处罚,公安机关有权直接强制执行。

(二)《禁毒法》与《戒毒条例》中的强制隔离戒毒

在《禁毒法》正式颁布以前,中国实际上已经形成了三种主要戒毒模式,即医疗机构负责的自愿戒毒、公安机关负责的强制戒毒、司法行政部门负责的劳教戒毒。这种部门分割的戒毒体系存在着诸多弊端,不适应戒毒工作发展的需要。^[1]《禁毒法》重构了中国戒毒体系,将强制戒毒和劳教戒毒整合为强制隔离戒毒,并将其区分为公安机关决定的强制隔离戒毒与吸毒者自愿决定到强制隔离戒毒场所接受强制隔离戒毒两种情况。^[2]而《戒毒条例》则未能贯彻《禁毒法》试图整合国家戒毒资源、统一强制隔离戒毒的立法意图,而是基本延续了原强制戒毒与劳教戒毒的格局,^[3]规定强制隔离戒毒的期限为2年,被强制隔离戒毒的人员在公安机关的强制隔离戒毒场所执行强制隔离戒毒3~6个月,转至司法行政部门的强制隔离戒毒场所继续执行强制隔离戒毒。^[4]

从《禁毒法》与《戒毒条例》的相应规定中可以发现,中国强制隔离戒

[1] 参见姚建龙:“我国现行戒毒体系的反思与重构”,载《青少年犯罪问题》2002年第3期。

[2] 参见《禁毒法》第38条的相应规定。

[3] 参见姚建龙:“《戒毒条例》与新戒毒体系之运作”,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2012年第5期。

[4] 参见《戒毒条例》第27条的规定。

毒制度具有以下特征:

1. 强制隔离戒毒是一种剥夺人身自由的行政强制措施

何谓行政强制措施,行政法学界对之有不同的理解,但是官方将强制隔离戒毒作为一种典型的行政强制措施,却是毋庸置疑的。《公安部关于执行〈中华人民共和国禁毒法〉有关问题的批复》(公复字〔2008〕7号)的第2条指出:“《中华人民共和国禁毒法》规定的社区戒毒、强制隔离戒毒措施不是行政处罚,而是一种强制性的戒毒治疗措施。对吸毒成瘾人员,公安机关可以同时依法决定予以治安管理处罚和社区戒毒或者强制隔离戒毒。”

2. 强制隔离戒毒程序完全行政化

根据《禁毒法》与《禁毒条例》的相关规定,县级以上人民政府的公安机关既是强制隔离戒毒的决定机关,又是其强制隔离戒毒场所的主管机关,还掌握了强制隔离戒毒减期、延期的审批权,权力过于集中。^{〔1〕}中国《禁毒法》虽然对强制隔离戒毒决定与执行行为的对象即戒毒人规定了大量的权利,却偏偏没有赋予其请求司法救济的权利,这就导致戒毒人在强制隔离戒毒执行行为过程中的实体权利遭到执行主体的侵害时,不能申请行政复议或者行政诉讼,而只能向公安机关或者司法行政机关提出申诉。^{〔2〕}

3. 强制隔离戒毒缺乏必要的法律监督

在《禁毒法》实施之前,吸毒人员属于被劳教的对象,根据《人民检察院组织法》以及《国务院关于劳动教养的补充规定》的规定,检察机关依法对劳动教养机关的监管活动进行法律监督。因此,强制戒毒人员的基本权利是能够得到检察监督的维护的。而后来的《禁毒法》却没有规定检察机关对强制隔离戒毒审批、决定和执行程序的监督,公安部门实际上成了强制隔离戒毒的审批机关,同时也是对强制隔离戒毒决定之申诉的复查机关和错误强

〔1〕 参见刘仁文、王栋:“强制隔离戒毒工作存在的问题及改进建议”,载《人民法院报》2014年7月30日,第6版。

〔2〕 我国立法界虽然将强制隔离戒毒执行主体和戒毒人之间的关系视为一种权力关系,但又是不同于强制隔离戒毒决定主体和戒毒人之间的一种特别权力关系,这种关系的最大特点就是排除外部救济特别是司法救济,至多允许内部救济措施。目前我国《禁毒法》《禁毒条例》乃至《行政复议法》和《行政诉讼法》均没有明确赋予戒毒人对强制隔离戒毒的决定与执行行为不服提起行政复议或者行政诉讼的权利,这也为强制隔离戒毒的决定与执行行为中的行政侵权行为逃避行政复议或者行政诉讼提供了法律漏洞。参见曾文远:“强制隔离戒毒性质初探”,载《云南警官学院学报》2009年第4期。

制隔离戒毒的纠正机关，实际上也是执行机关。这种缺乏应有的制约和监督的办案制度不仅导致强制隔离戒毒审批在某种程度上的随意性，为行政权力的扩张和滥用留下漏洞，^{〔1〕}还使得对强制戒毒人员基本权利的维护步履维艰。

（三）《卖淫嫖娼人员收容教育办法》中的收容教育

新中国成立之初，为了禁绝娼妓，北京、上海等城市曾经对娼妓进行收容集中教育，将之改造成为自食其力的新人。改革开放后，卖淫嫖娼等现象死灰复燃，1991年9月4日全国人大常委会为了严厉打击卖淫嫖娼行为，审议通过了《关于严禁卖淫嫖娼的决定》，该《决定》规定，“对卖淫、嫖娼的，可以由公安机关会同有关部门强制集中进行法律、道德教育和生产劳动，使之改掉恶习。期限为6个月至2年。具体办法由国务院规定”。1993年9月4日，国务院颁布了《卖淫嫖娼人员收容教育办法》，该行政法规成为收容教育的直接法律依据。至此，收容教育制度正式确立。^{〔2〕}2010年12月29日国务院第138次常务会议通过了《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》，对该办法部分条款又予以了修正。

按照《卖淫嫖娼人员收容教育办法》第2条的规定，收容教育是指“对卖淫、嫖娼人员集中进行法律教育和道德教育、组织参加生产劳动以及进行性病检查、治疗的行政强制教育措施”；根据第8条的规定，收容教育的决定权和执行权均在县级公安机关；根据第9条的规定，收容教育的期限为6个月至2年；根据第4条的规定，收容教育具体执行场所为全国各地的收容教育所。

从《卖淫嫖娼人员收容教育办法》的规定中不难发现，收容教育制度具有以下特征：

1. 收容教育是一种剥夺人身自由的行政强制措施

与前述的强制隔离戒毒一样，收容教育被官方定位为剥夺人身自由的行政强制措施。国务院颁布的《卖淫嫖娼人员收容教育办法》把收容教育的性质界定为“行政强制教育措施”。而学术界较多学者认为其性质是“行政强制措施”。^{〔3〕}亦有学者认为，从收容教育规定的内容、期限以及对收容教育人员

〔1〕 参见杨远波、李东军：“强制隔离戒毒检察监督必要性研究——以广西劳教场所强制隔离戒毒情况为样本”，载《中国刑事法杂志》2009年第12期。

〔2〕 参见郑齐猛：“我国收容教育制度废除论”，载《中共郑州市委党校学报》2014年第4期。

〔3〕 参见郑齐猛：“我国收容教育制度废除论”，载《中共郑州市委党校学报》2014年第4期。

的负面影响来讲,收容教育带有明显的惩戒性和行政处罚性,认定为行政处罚并不为过。^[1]

2. 从程序来看,收容教育完全采用行政处理程序

收容教育属于典型的行政决定程序。^[2]收容教育的决定主体是县级公安机关,决定程序具有封闭性、单向性的特征,被收容教育人员没有获得律师辩护的权利,也不享有对不利于自己的证据的质证权等一系列重要的程序权利保障。^[3]

3. 收容教育没有规定追究时效

在其他限制乃至剥夺人身自由的法律中,基本都有时效的期限规定,而收容教育却没有对追究时效作出明确的规定。公安机关对其法律责任的追究没有时间限制,长期处于不确定状态,公安机关随时都可以对其采取收容教育措施,这是收容教育与其他行政羁押措施不同的地方。

(四)《刑法》第17条第4款规定的收容教养制度

收容教养是根据《刑法》第17条第4款的规定,对那些因不满16周岁不予刑事处罚的未成年人而采取的强制性教育改造措施。收容教养制度最早可以追溯到1956年2月7日最高人民检察院、最高人民法院、内务部、司法部、公安部《对少年犯收押界限、捕押手续和清理等问题的联合通知》,其中规定,对于13周岁以上未满18周岁的少年犯,“如其犯罪程度尚不够负刑事责任的……对无家可归的,则应由民政部门负责收容教养”。“刑期已满的少年犯,应当按时履行释放手续,……无家无业又未满18周岁的应介绍到社会救济机关予以收容教养。”由此可见,收容教养的性质最初带有较强的社会救济性质,处罚性较弱。而1979年与1997年刑法的相关规定却反其道而行之,

[1] 参见郑厚勇:“论收容教育的行政处罚属性”,载《武汉大学学报》(社会科学版)2003年第5期。

[2] 参见高长见:“‘收容教育’制度存废值得关注”,载《学习时报》2014年7月14日,第5版。

[3] 依照公开原则及程序参与原则要求,行政主体在做出对当事人不利的具体行政行为过程中,必须保证当事人有充分的知情权和参与权:应事先告知当事人有关具体行政行为的事实、理由、依据及当事人依法享有的陈述权与申辩权等权利,对当事人陈述与申辩中的合理意见应当采纳。《公安机关办理行政案件程序规定》规定了相关程序内容,同时明确规定适用于收容教育案件的办理。但在具体实践中,极少有公安机关能够事先告知收容教育的事实、理由、依据以及陈述、申辩等权利,严重侵犯了被收容教育人员的知情权。参见孙运利:“收容教育制度的法理分析”,载《广西警官高等专科学校学报》2012年第4期。

处罚性变强,社会救济性变弱。^[1]

《刑法》第17条第4款虽规定了收容教养,但第三章又未将其列为刑罚的种类之一。根据《刑事诉讼法》的规定与收容教养制度的作用来看,收容教养也不是刑事强制措施。从现在的实践来看,收容教养实际上是对未成年犯罪人进行的一种限制自由的行政处罚措施。^[2]《刑法》第17条第4款规定,作出收容教养决定的机关为“政府”,如此抽象模糊的规定并不具有任何可操作性,从司法实践来看,收容教养的决定一般是由公安机关作出的。公安部于1982年3月23日发布的《关于少年犯管教所收押、收容范围的通知》规定收容教养的期限一般为1~3年。1997年公安部在《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》中规定,可以对被收容教养人员新的犯罪作出收容教养的决定,并与原收容教养的剩余期限合并执行,但行为实际执行期限不得超过4年。执行收容教养的场所在各地的实践中差异很大:有送工读学校进行教育的,有送收容所的,有送少年犯管教所的,还有送劳动教养场所的。

收容教养制度与其他剥夺人身自由的行政羁押措施相比,显得颇为特殊:

1. 关于收容教养的各项条件与程序,并无明确的法律规定

《刑法》第17条第4款仅规定“在必要的时候,也可以由政府收容教养”。对于何谓“必要的时候”,由政府的什么机关作出决定,均没有明确规定。除了这一抽象模糊的条件外,在现有法律中找不到多少其他对适用条件、决定与执行程序的明确而且具体的规定。现实中具体的操作性规定往往是通过部门规章(大多是以公安部规章的形式)加以确定的。这就难以避免实践中收容教养的随意性,公安机关的自由裁量权过大,亦容易导致滥用职权现象的产生。

2. 执行方式单一

收容教养的执行方式,较之其他剥夺人身自由的行政羁押措施,显得十分单一:只有剥夺人身自由这一种方式,区别仅在于剥夺人身自由的期限的

[1] 1979年《刑法》第14条第4款则规定:“因不满16岁不处罚的,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。”1997年《刑法》第17条第4款又规定:“因不满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。”从规定的条文表述来看,两部刑法典的相关条文几乎没有什么不同。

[2] 参见张浩:“论我国收容教养制度存在的问题及其完善”,载《经营管理者》2014年第11期。

长短而已。

三、现行的剥夺人身自由的行政羁押制度存在的弊端与问题

通过上面的分析不难发现,治安拘留、强制隔离戒毒、收容教育、收容教养等行政羁押措施,与已经废除的“劳教”属于同一制度谱系,具有相似的特征,^[1]都具有违背法治原则、不利于人权保障的弊端。^[2]具体而言:

(一) 部分行政羁押措施违反法律保留原则,缺乏法律依据,与上位性法律明显冲突

法律保留原则是现代法治国家的共通原则,即行政权必须依附在法律之下,行政只有获得法律的授权,方能干涉公民的自由与财产,以确保公民的基本权利能够受到更大的保障,实现法治国家的“依法而治”以及“依法行政”的理念。^[3]一般而言,法律保留原则包括以下几个方面:^[4]

1. 民主原则

法律保留原则是民主的产物,要求行政权力在对某事项进行强制或者干涉之前,必须取得代表民意的代议机构的认可,最主要的是制定法律,明确规定行政部门行使权力的范围。尤其对自由与财产的强制措施,必须严格按照法律的规定。

2. 法治国家原则

法治国家原则要求公民和公民之间、公民与国家之间的关系都要在法律的调整之中,国家权力更要由法律创制并在法律的规范下运行;同时还要求,作为行为规范的法律,不仅要稳定,而且要具体明确,以使公民可以明白无误地理解。这样,国家活动才是可预测和可制约的,公民才能获得安全感并有计划自己行为的自由。

3. 人权保障原则

现代的国家理论主张,个人是目的,国家是手段,国家存在的合理性就

[1] 参见叶竹盛:“‘小劳教’还有哪些?”,载《南风窗》2014年第9期。

[2] 参见刘仁文:“废止劳教的具体办法及后续措施”,载《学习时报》2013年12月16日,第5版。

[3] 参见陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第75页以下;[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,商务印书馆2002年版,第2页。

[4] 参见金承东:“论行政法律保留原则”,载《浙江社会科学》2002年第1期。

是保障和实现每个人的人权；尊重个人的财产、自由和人格尊严，并为其自身价值创造条件。因此作为国家权力组成部分的行政权自然也要以此为已任，任何情况下都不得侵犯公民的基本人权，除非事先得到国家法律的授权。

法律保留原则在中国的宪法性法律与行政法中得到了充分体现。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第37条规定，中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第8条第5项规定，对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚，只能制定法律。第9条又规定，第8条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）第9条第2款也规定，限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。第10条第1款再度强调行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。《中华人民共和国行政强制法》（以下简称《行政强制法》）第10条第1款则明确规定“行政强制措施由法律设定”。

根据这些法律规定来考察某些行政羁押措施，其违反法律保留原则，缺乏法律依据，与上位性法律冲突的问题显而易见。

（二）部分行政羁押措施法律属性不明

部分行政羁押措施所依据的规范性文件本身及彼此之间存在繁杂混乱、不相统一的问题，结果导致了部分行政羁押措施法律属性不明，理论与实务争议不休的问题。

以强制隔离戒毒为例，在理论上，或许可以将行政强制措施与行政处罚予以划分；在实质上，对吸毒人员的强制隔离戒毒，是由公安机关作出决定的，而且是在强制和封闭的场所内执行并持续较长期限，由此可见，强制隔离戒毒与治安管理处罚中的拘留都属于剥夺人身自由的行政羁押措施。收容教育、收容教养也是如此。无论是将这些措施定位为行政强制措施还是行政处罚，这对被剥夺了人身自由的相对人而言，实质上没有区别。

（三）行政羁押措施缺乏国际公约规定的正当程序与监督机制

国家一方面要保护公民的人身自由权利；另一方面，限制或剥夺人身自由又是国家借以打击违法犯罪行为、维护社会稳定的最普遍方式。因此，问题的关键不在于国家该不该剥夺公民的人身自由，而在于对国家剥夺公民人身自由施加法律上的限制，即国家立法机关有义务准确界定允许剥夺人身自由的情况和应该适用的程序，并使独立的司法机关有可能在行政机关或执法人员任意或非法剥夺人身自由时采取迅速的行动。总而言之，人身自由权利并不绝对禁止国家采用剥夺人身自由的措施，而是要求国家不能采取任意的、非法的和合理的拘捕，为被剥夺人身自由的人提供程序性保障。^{〔1〕}

中国已签署的《公民权利和政治权利国际公约》确定的剥夺公民人身自由的法律根据与程序，是被世界各国普遍接受的标准。该《公约》第9条第1款规定：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律^{〔2〕}所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”第3款第1句规定：“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。”第4款又规定：“任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人，有资格向法庭提起诉讼，以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。”由此可见，《公约》要求，剥夺公民人身自由必须经过司法的正当程序，即剥夺公民人身自由的合法性问题应提交给一个中立的法庭进行持续的审查。

中国目前的行政羁押措施，除《刑事诉讼法》第284条规定的依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序之外，都是完全采用封闭性、单向性的行政处理程序。决定机关（往往是公安机关）自行作出决定，整个过程近似于行政审批。这种在比赛中既当裁判员又当运动员的做法存在很多弊端：①公安机关既作为调查者，又作为裁判主体，缺乏客观中立的立场。依据正当程序原则的要求，“任何人不得做自己案件的法官”。公安机关既是收容教

〔1〕 参见陈泽宪主编：《〈公民权利与政治权利国际公约〉的批准与实施》，中国社会科学出版社2008年版，第181页以下。

〔2〕 该条所指的法律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），而没有法律依据的行政法规。显然，如前所述，我国部分行政羁押措施的法定依据并不符合这一标准。参见陈泽宪主编：《〈公民权利与政治权利国际公约〉的批准与实施》，中国社会科学出版社2008年版，第182页。

养、强制隔离戒毒措施的发起者，又是决定者，难以保证其处罚的公正性。②剥夺人身自由的行政羁押措施的事实认定过程缺乏严格的程序保障。行政羁押措施的事实认定过程，由公安机关一家决定。行政羁押措施所依据的事实，在很多情形下是存在争议的。但相对人在很多情况下并没有被给予充分辩解更无质证的权利。③由于行政羁押措施的整个决定过程采用的是类似行政审批的程序而非司法程序，被剥夺人身自由的人缺乏有效的司法救济手段，行政羁押措施因此也缺乏外部监督。

（四）处罚过于严厉，违反比例原则

现代法治国家在干预公民的基本权利时，除前述的法律保留原则以外，还有比例原则。据此，国家机关干预公民基本权利的“手段”与其所欲达成的“目的”之间，必须合乎比例，亦即具备相当性的关系，其具体内涵包括：^{〔1〕}

1. 适合性原则

要求国家机关为达成某一特定公法目的所采用之手段，必须适合或有助于其目的之达成。

2. 必要性原则

国家机关为达成某一特定公法目的所采用之手段，对公民基本权利的干预必须是最小的，因此又称为“最小原则”。

3. 狭义的比例原则

限制公民基本权利的手段之强度，不应超过达成目的所需的范围，同时因其限制所造成之不利，不得超过其所欲维护之利益。

比例原则适用于所有干预公民基本权利之国家行为，约束包括行政、立法与司法在内的所有国家机关，不但支配立法层次关于剥夺自由的行政羁押措施的立法行为，也支配决定、执行剥夺自由的行政羁押措施的行为。

现行剥夺自由的行政羁押措施的制度设计与执法实践，往往不能遵循比例原则的要求，在很多场合显得过于严厉，目的与手段不相匹配。按理来说，剥夺自由的行政羁押措施所针对的行为的违法程度低于犯罪行为，因此制裁的严厉程度也应比刑罚低才符合常理。但从实际来看，某些剥夺自由的行政羁押措施的严厉程度，比刑罚有过之而无不及。以强制隔离戒毒为例，最高

〔1〕 参见林钰雄：《刑事诉讼法（上册 总论编）》，中国人民大学出版社2005年版，第233页以下。