



# 经济及社会理事会

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1993/21  
25 June 1993  
CHINESE  
Original: ENGLISH

人权委员会  
防止歧视及保护少数小组委员会  
第四十五届会议  
临时议程项目10(a)

## 司法裁判和被拘留者的人权

### 遭受任何形式拘留或监禁的人的人权问题

#### 关于监狱私营化问题特别研究报告可能的用途、范围及结构

克莱尔·帕利女士根据小组委员会第1992/107号决定  
编写的概要说明

### 目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言 .....	1 - 6	1
一、现有的有关国际准则 .....	7 - 19	2
A. 关于监狱行政人员的国际人权准则 (世界性人权文书) .....	7 - 10	2

## 目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
B. 关于监狱管理人员的区域性人权准则 .....	11 - 14	4
C. 关于强迫劳动的准则 .....	15 - 19	5
二、监狱私营化的概念、范围、背景和在全世界日益更多运用的趋势 .....	20 - 37	6
三、特别研究的用途 .....	38 - 42	13
A. 研究赞成监狱私营化的论点和就此提出的反论点 .....	43 - 44	15
B. 对进一步原则化的反对监狱私营化政策论点和一些慎重行事论点的分析 .....	45 - 65	19
C. 审查与限制人权特别是拘留和监禁权有关的国家权力和责任的根本基础以及对于委托国家义务、权力和职能的权力的法律限制 .....	66 - 75	27
D. 由于在监狱管理和被拘留或监禁的人的待遇方面插入私营部门而成为必要的标准和保证措施的确定 .....	76 - 82	29
四、可能进行的研究的范围与结构 .....	83	32
A. 信息来源 .....	84	32
B. 所建议的指导原则 .....	85 - 87	33

目 录(续)

页 次

附 件

现行的有关国际规范

- 一、大会1988年12月9日第43/173号决议通过的保护  
所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则..... 51
- 二、1987年欧洲监狱规则--《囚犯待遇最低限度标  
准规则》欧洲修改本(节录)..... 61
- 注：以下文件亦载于《人权--国际文件汇编》，  
联合国，一九八八年，纽约。
- (i) 《囚犯待遇最低限度标准规则》  
(第217页至第238页)；
  - (ii) 《执法人员行为守则》(第259页  
至第266页)；
  - (iii) 国际劳工组织《强迫劳动公约》  
(第29号)(第191页至第203页)。



监狱应设一名负责官员掌管。

59. 监狱管理当局应采用各种组织形式和管理制度以促进监狱中各类工作人员之间的交流,以保证监狱内各种工作的协作,尤其是在对待囚犯和使囚犯重返社会方面进行协作。

60. (1) 典狱长、副典狱长及其他大多数管理人员应能操囚犯最大多数所用或所懂的语言。

(2) 必要和可行时应利用口译人员的服务。

61. (1) 应作出安排始终确保一名获准的合格医生在紧急情况下及时出诊。

(2) 如监狱未配备一名或多名全职医务官,则一名兼职医务官或者被授权的某一医疗机构的人员应经常赴监狱应诊。

62. 鼓励任用工作人员从事关押异性囚犯的监狱或监狱的某些部门的监管工作。

63. (1) 除非自卫、或遇企图脱逃、或根据法律或规章所下的命令遭到积极或消极抵抗,典狱人员不得使用武力。使用武力的人员不得超出严格必要的限度,并须立即将事件向典狱长报告。

(2) 典狱人员应适当地接受特别技能训练,使其能够制服好斗的囚犯。

(3) 除遇特殊情况外,工作人员执行职务而同囚犯直接接触时,不应武装。此外,工作人员非经武器使用的分训练,无论如何不得配备武器。

XX XX XX XX XX

一项重要任务，从而促使公众理解其对社会的贡献的重要性。

54. (1) 监狱管理当局应对招聘时谨慎挑选或其后任用各级人员作出规定。应当特别注重其品德、人道精神、专业能力及其个人是否适合此项工作。

(2) 通常应指派永久性管理人员为专业典狱人员，具有公务员身份，为终身职，但须符合品行优良、效率高、身心健康和达到适当的教育水平诸条件。薪资应当适宜，足以罗致并保有称职男女；由于工作艰苦，雇用福利金及服务条件应该优厚。

(3) 当有必要雇用兼职工作人员时，上述标准应在合适的情况下对他们尽可能适用。

55. (1) 监管人员在被聘用时或在经过一段适当的实际工作以后应在一般和特殊职责方面接受训练，并必须通过理论和实际测验，除非其已具有足够专业资格。

(2) 监管人员在职期间，应参加监狱管理当局不时举办的在职训练班，以维持并提高他们的知识和专业能力。

(3) 应安排需进一步提高专业能力的监管人员获得更广泛的实践和训练。

(4) 各级监管人员的训练应包括对其讲授《欧洲监狱规则》和《欧洲人权公约》的要求和适用。

56. 全体监管人员应随时注意言行、善尽职守，以身作则，感化囚犯改恶从善，以赢得囚犯尊敬。

57. (1) 监管人员中应该尽可能设有足够人数的精神病医生、心理学家、社会工作人员、教员、手艺教员和体育运动教员等专家。

(2) 上述专家及其他专门工作人员通常应为终身雇用人员。但不因此排除在适宜并有利于上述人员所提供的服务和训练的情况下雇用兼职或志愿人员。

58. (1) 监狱管理当局应保证每所监狱始终处于典狱长、副典狱长或其他被授权的官员的全面负责之下。

(2) 典狱长应该在性格、行政能力、适当的专业训练和经验上都合格胜任。

(3) 任命的典狱长应为全职的，并应在监狱管理当局的监管规章中要求遇事能随时与其联系上。

(4) 一位典狱长监管两个或两个以上监狱时，应经常视察每所监狱。每所

## 第一部分

### 基本原则

1. 剥夺自由权必须在确保尊重人的尊严和符合本规则的物质和道义条件下进行。

2. 应公正不倚地适用本规则。不应基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张、国籍或社会出身、出生、经济或其他身份而加以歧视。囚犯所属群体的宗教信仰和道德标准必须得到尊重。

3. 对在押犯人所施的待遇的目的在于维护其健康和自尊并在刑期许可的范围内使他们建立责任感，鼓励他们树立和掌握有助于他们重返社会的态度和技能，使得犯人在被释放后获得奉公守法和自食其力的生活的最佳机会。

4. 主管当局所派富有经验的合格检查员应按期检查监所，他们的具体任务是检查上述机构的管理是否以及在多大程度上符合现行法律规章、监狱服务机构的目标和本规则的要求。

5. 被授权探访囚犯并且不从属于监狱管理当局的司法机关或其他适当组成的机构应依本国规则进行监督，以确保对囚犯个人权利的保护并特别注意监禁措施的执行是否合法。

6. (1) 监狱工作人员应能随时获得本国文字的本套规则；

(2) 同时应当向囚犯提供同样语文的本套规则或在合理和可行的情况下提供其他语文的文本。

## 第三部分

### 监管人员

51. 鉴于监狱工作人员对监狱机构的妥善管理和对监管囚犯之目的的实现具有根本性的重要意义，各监狱管理当局在达到监管人员规则的要求方面应给予高度重视。

52. 应通过训练、磋商程序和积极向上的管理风格不断鼓励监狱工作人员努力达到人道标准、获得更高效率并以尽心尽责的态度去完成自己的职责。

53. 监狱管理当局应把不断向公众通报监狱制度的作用和监管人员的工作作为

## 附 件 二

### 1987年欧洲监狱规则

#### 《囚犯待遇最低限度标准规则》 欧洲修订本(节录)

#### 前 言

本规则旨在：

- a. 树立一套涉及监狱管理所有方面的最低标准，这些标准对于在现代的进步制度中人的处境及其获得积极待遇是不可或缺的；
- b. 促使各国监狱管理当局建立起以当代优良的宗旨原则和公平原则为基础的政策、管理风格和惯例；
- c. 鼓励监狱工作人员培养能体现其工作的重要社会性与道德性的专业态度和创造发挥自身最佳能力的条件，以有利于全社会，有利于其看管之下的犯人和有利于对自身职业的满足；
- d. 为各国监狱当局和负责监察监狱状况和管理的人士有根据地评价表现和衡量向更高水准的进步提供切合实际的基本标准；

应当在此强调本规则并不构成一套典型制度。实际上，欧洲有许多监狱管理当局的运行水准已大大超出了本规则所制定的多项标准，而且欧洲其他的监狱管理当局也正在并将继续为此而努力。如在执行本规则的过程中出现需克服的困难或需解决的实际问题，欧洲委员会可以其现有机制和专门技术提供咨询和介绍其管辖范围内的各国监狱管理当局的成功经验。

本规则重新强调了以人的尊严为准则，强调了各监狱管理当局应致力于以人道和积极的方式对待犯人，强调了工作人员作用的重要性以及应采取有效的现代管理方式。本规则的确立是为了向从事监狱管理各级工作的人员提供便利的依据、对其鼓励并加以指导。本规则所附的解释性备忘录旨在确保取得必要的理解、接受和灵活性从而在执行过程中达到超出所列基本标准的最高现实水平。



局应不迟延地判定拘留的合法性和必要性。除非有这种当局的书面命令，在调查或审判中不得对任何人加以拘留。被拘留人在交给这种当局时，应有权就其在押期间所受待遇提出说明。

### 原 则 38

以刑事罪名被拘留的人应有权在合理期间内接受审判或在审判前获释。

### 原 则 39

除法律规定的特别情形外，以刑事罪名被拘留的人应有权利在审判期间按照法律可能规定的条件获释，除非司法当局或其他当局为了执法的利益而另有决定。这种当局应对拘留的必要性进行复审。

### 一 般 条 款

本原则中任何规定不得解释为限制或减损《公民权利和政治权利国际公约》中所规定的任何权利。

4. 每一项请求或指控应得到迅速处理和答复，不得有不当稽延。如果请求或指控被驳回，或有不当稽延情事，指控人应有权提交司法当局或其他当局。无论被拘留人或被监禁人还是本原则第1段所指的任何指控人都不得因提出请求或指控而受到不利影响。

#### 原 则 34

任何被拘留人或被监禁人如在拘留或监禁期间死亡或失踪，司法当局或其他当局应自动或依其家属或任何知情的人的请求，查询其死亡或失踪原因。死亡或失踪如在拘留或监禁终止后不久发生，在有充分根据的情形下，应在相同程序的基础上进行此种查询。此种查询的结果或有关报告应根据请求提供，除非这样做会妨害正在进行的刑事调查。

#### 原 则 35

1. 政府官员因违反本原则所载权利的行为或不行为而造成的损害应按照国内法规定的关于赔偿责任的现行规则加以补偿。

2. 根据本原则要求作记录的资料应按照国内法所规定的程序提供，以用于根据本原则提出的索赔。

#### 原 则 36

1. 涉嫌或被控犯有刑事罪行的被拘留人，在获得辩护上一切必要保证的公开审判中依法确定有罪之前应被视为无罪。

2. 在调查和审判期间，只有在执法上确有必要时，才能根据法律具体规定的理由及其条件和程序对这种人进行逮捕和拘留。除为拘留目的、或为防止阻碍调查和执法过程、或为维持拘留处所的安全和良好秩序而确有必要外，应禁止对这种人施加限制。

#### 原 则 37

以刑事罪名被拘留的人应于被捕后迅速交给司法当局或其他法定当局。这种当

2. 只要不违反为确保这种处所的安全和良好秩序而定的合理条件，被拘留人或被监禁人应有权同按照第1段视察拘留或监禁处所的人进行自由和完全保密的谈话。

### 原 则 30

1. 被拘留人或被监禁人在拘留或监禁期间构成违纪行为的类型、可以施加的惩戒方式和期限、以及有权施加惩罚的当局，应以法律或合法条例加以规定，并正式公布。

2. 在采取惩戒行动以前，被拘留人或被监禁人应有权陈述意见，并有权就该行动向上级当局提出复审。

### 原 则 31

主管当局应力求按照国内立法确保被拘留人或被监禁人的家属特别是未成年家属在需要时得到帮助，并应专门采取特别措施对无人监护的儿童给予适当照料。

### 原 则 32

1. 拘留如属非法，被拘留人或其律师应有权随时按照国内立法向司法或其他当局提起诉讼，对其拘留的合法性提出异议，以便使其获得立即释放。

2. 本原则第1段所指的诉讼应属简易程序，对财力不足的被拘留人不应收费。拘留当局应将拘留人移送该复审当局，不得有不当稽延。

### 原 则 33

1. 被拘留人或被监禁人或其律师应有权向负责管理拘留处所的当局和上级当局，必要时向拥有复审或补救权力的有关当局，就所受待遇特别是受到酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇提出请求或指控。

2. 在被拘留人或被监禁人或其律师均无法行使本原则第1段所规定的权利的情形下，其家属或任何知情的人均可行使该权利。

3. 经指控人要求，应对请求或指控保密。

#### 原 则 24

在被拘留人或被监禁人到达拘留或监禁处所后，应尽快向其提供适当的体格检查，随后应在需要时向其提供医疗和治疗。医疗和治疗均应免费提供。

#### 原 则 25

只要不违反为确保拘留或监禁处所的安全和良好秩序而定的合理条件，被拘留或被监禁人或其律师应有权向司法当局或其他当局要求或申请第二次体格检查或医疗意见。

#### 原 则 26

被拘留人或被监禁人接受医疗检查的事实、医生姓名和检查结果，均应妥为记录。这类记录应确保可以查阅。查阅的方式应按照国家法的有关规则。

#### 原 则 27

在确定是否采纳不利于被拘留人或被监禁人的证据时应当考虑不符合取证原则的情形。

#### 原 则 28

只要不违反为确保拘留或监禁处所的安全和良好秩序而定的合理条件，被拘留人或被监禁人应有权在公共来源可利用的资源范围内取得合理数量的教育、文化和信息材料。

#### 原 则 29

1. 为了监督有关法律和规章的严格遵守，应由直接负责管理拘留或监禁处所的机关以外的主管当局所指派并向其负责的合格而有经验的人员定期视察拘留处所。

### 原 则 19

除须遵守法律或合法条例具体规定的合理条件和限制外，被拘留人或被监禁人应有权接受特别是其家属的探访，并与家属通信，同时应获得充分机会同外界联络。

### 原 则 20

如经被拘留人或被监禁人请求，在可能情形下，应将其拘禁在其通常住所的合理距离内的拘留或监禁处所。

### 原 则 21

1. 应禁止不当利用被拘留人或被监禁人的处境而进行逼供，或迫其以其他方式认罪，或作出不利于他人的证言。
2. 审问被拘留人时不得对其施以暴力、威吓或使用损害其决定能力或其判断力的审问方法。

### 原 则 22

即使被拘留人或被监禁人同意，也不得对其做任何可能有损其健康的医学或科学试验。

### 原 则 23

1. 被拘留人或被监禁人的任何审问的持续时间和两次审问的间隔时间以及进行审问的官员和其他在场人员的身分，均应以法定格式加以记录和核证。
2. 被拘留人或被监禁人或在法律有此规定的情形下其律师应可查阅本原则第1段所指的资料。

后，应有权将其被逮捕、拘留或监禁或转移一事及其在押处所通知或要求主管当局通知其家属或其所选择的其他适当的人。

2. 如果被拘留人或被监禁人是外国人，应及时告知其有权循适当途径同其为国民或在其他情形下按照国际法有权与其联络的国家的领事馆或外交使团联络，如其为难民或在其他情形下受国际组织保护，则有权同主管国际组织的代表联络。

3. 如果被拘留人或被监禁人是青少年或者无能力理解其权利，则应由主管当局主动进行本原则所指的通知，应特别注意通知其父母或监护人。

4. 本原则所指的任何通知应不迟延地进行或允许不迟延地进行。但主管当局可因调查上述要求的特别需要在合理期限内推迟通知。

#### 原 则 17

1. 被拘留人应有权获得法律顾问的协助。主管当局应在其被捕后及时告知其该项权利，并向其提供行使该权利的适当便利。

2. 被拘留人如未自行选择法律顾问，则在司法利益有此需要的一切情况下，应有权获得由司法当局或其他当局指派的法律顾问，如无充分的支付能力，则无须支付。

#### 原 则 18

1. 被拘留人或被监禁人应有权与其法律顾问联络和磋商。

2. 应允许被拘留人或被监禁人有充分的时间和便利与其法律顾问进行磋商。

3. 除司法当局或其他当局为维持安全和良好秩序认为必要并在法律或合法条例具体规定的特别情况外，不得中止或限制被拘留人或被监禁人接受其法律顾问来访和在既不被搁延又不受检查以及在充分保密的情形下与其法律顾问联络的权利。

4. 被拘留人或被监禁人与其法律顾问的会见可在执法人员视线范围内但听力范围外进行。

5. 本原则所述的被拘留人或被监禁人与其法律顾问之间的联络不得用作对被拘留人或被监禁人不利的证据，除非这种联络与继续进行或图谋进行的罪行有关。

3. 司法当局或其他当局应被授权根据情况对拘留的持续进行审查。

### 原 则 12

1. 应对下列各项妥为记录：
  - (a) 逮捕理由；
  - (b) 逮捕的时间和解送被逮捕人前往看守所的时间以及其首次在司法当局或其他当局出庭的时间；
  - (c) 有关的执法官员的身份；
  - (d) 关于看守的确切资料。
2. 这种记录应以法定格式通知被拘留人或其如果有的律师。

### 原 则 13

任何人应于被捕时和拘留或监禁开始时或于其后及时地由负责逮捕、拘留或监禁的当局，分别提供并解释其享有权利的资料和说明如何行使这些权利。

### 原 则 14

一个人如果不充分通晓或不能以口语使用负责将其逮捕、拘留或监禁的当局所用的语言，有权用其所通晓的语言及时得到在原则10、原则11第2段、原则12第1段和原则13中所提到的资料，如果必要的话，有权在其被捕后的法律程序中获得译员的免费协助。

### 原 则 15

虽有原则16第4段和原则18第3段所载的例外，被拘留人或被监禁人与外界，特别是与其家属或律师的联络，不应被剥夺数日以上。

### 原 则 16

1. 被拘留人或被监禁人在被逮捕后和每次从一个拘留处所转移到另一个处所

## 原 则 7

1. 各国应通过法律禁止任何违反本原则所载权利和义务的行动，规定任何这种行为应受适当制裁，并应根据指控进行公正调查。

2. 有理由相信违反本原则的情事已经发生或将要发生的官员，应向其上级当局就该情事提出报告，必要时并应向拥有复审或补救权力的其他适当当局或机关提出报告。

3. 有理由相信违反本原则的情事已经发生或将要发生的任何其他人应有权将该情事向有关官员的上级提出报告，以及向拥有复审或补救权力的其他适当当局或机关提出报告。

## 原 则 8

对被拘留人应给予适合其尚未定罪者身份的待遇。因此，在可能情形下，应将他们同被监禁人隔离。

## 原 则 9

逮捕、拘留某人或调查该案的当局只应行使法律授予他们的权力，此项权力的行使应受司法当局或其他当局的复核。

## 原 则 10

任何人在被逮捕时应被告知将其逮捕的理由，并应立即被告知对他提出的任何指控。

## 原 则 11

1. 任何人如未及时得到司法当局或其他当局审问的有效机会，不应予以拘留。被拘留人应有权为自己辩护或依法由律师协助辩护。

2. 被拘留人与其如果有的律师，应及时获得完整的通知，说明拘留的任何命令及拘留理由。



### 原 则 3

遭受任何形式拘留或监禁的人在任何国家内依据法律、公约、条例或习惯应予承认或实际存在的任何人权，不应因本原则未承认或仅在较小范围内予以承认而加以限制或减损。

### 原 则 4

任何形式的拘留或监禁以及影响到在任何形式拘留或监禁下的人的人权的一切措施，均应由司法当局或其他当局以命令为之，或受其有效控制。

### 原 则 5

1. 本原则应适用于在任何一国领土内所有的人，不因其人种、肤色、性别、语言、宗教或宗教信仰、政治或其他见解、国籍、种族或社会出身、财产、出生或其他身份而有任何区别。

2. 根据法律适用而只是为了保护妇女特别是孕妇和哺乳母亲、儿童和青少年、老年人、病人或残废人的权利和特殊地位而采取的措施，不应视为歧视。这种措施是否有其必要以及如何执行应由司法或其他当局不断加以审查。

### 原 则 6

对于遭受任何形式拘留或监禁的人不应施加酷刑或施以残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。任何情况均不得作为施加酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的理由。

---

“残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”一词应加以适当解释，借以提供最大程度的保护，以防止肉体或精神上虐待，其中包括使被拘留人或被监禁人暂时或永久地被剥夺视觉或听觉等任何自然感官的使用，或使其丧失对地点或时间知觉的拘禁条件。

## 附 件 一

### 大会1988年12月9日第43/173号决议通过的 保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则

#### 本原则的范围

本原则为保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人而适用。

#### 用 语

为本原则的目的：

- (a) “逮捕”是指因指控的罪行或根据当局的行为扣押某人的行为；
- (b) “被拘留人”是指除因定罪以外被剥夺人身自由的任何人；
- (c) “被监禁人”是指因定罪而被剥夺人身自由的任何人；
- (d) “拘留”是指上述被拘留人的状况；
- (e) “监禁”是指上述被监禁人的状况；
- (f) “司法当局或其他当局”一语是指根据法律其地位及任期能够最有力地保证其称职、公正和独立的司法当局或其他当局。

#### 原 则 1

所有遭受任何形式拘留或监禁的人均应获得人道待遇和尊重其固有人格尊严的待遇。

#### 原 则 2

逮捕、拘留或监禁仅应严格按照法律规定并由为此目的授权的主管官员或人员执行。

为向议会作答。如他把一重要事情交付给一位难以胜任的低级官员去完成，他必须就此向议会作出交代。部门组织和管理的整个体制是基于这样的观点：部长对议会负责，他们必须保证重要的任务交由有经验的官员去完成。如他们没有这么做，人们就可以在议会里对他们提出申诉。”

<sup>107</sup> 《世界人权宣言》第29.2条这样写道：

“人人在行使他的权利和自由时，只有法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于 保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”

<sup>108</sup> 630 F. 2d 876 (2d. Cir. 1980)。

<sup>109</sup> 28 I.L.M.291(1989)；1988年7月29日判决书，第165至170页。

<sup>110</sup> 关于这里的许多观点，见Dunham著上引文章，前注80；Wecht著上引文章，前注75；Gentry著上引文章，前注43；及见Private Sector Involvement in Prison-Based Businesses，前引文书，前注25。

(1603), Hugo Grotius先生(1625), Thomas Hobbes先生(1651), John Locke先生(1690)和Jean-Jacques Rousseau先生(1762)。

<sup>98</sup> Ehmke, 前注96, 第56页。相反, 教皇和皇帝允许进一步下放权力, 但他们所指的下放只涉及“帝国”而非单一的国家。

<sup>99</sup> 根据《罗马法典》的注释, 应禁止把被下放的管辖权进一步下放: 见Duff和Whiteside著文中西班牙和法国评论家的引文, 前引书, 前注97, 第171页。在古罗马, 只有皇帝指定作决定的人才可作出决定。授权者不能授权于人的准则(D.1.21.5)适用于司法职位。这一原则不仅为象罗马--荷兰这样的大陆法系所接受, 而且也被吸收进了英美法系, 它已成为一项法定解释的推定并存在于信托法、代理法和仲裁法当中。

<sup>100</sup> Stacy. 前引文, 前注63, 第921页。

<sup>101</sup> 美国司法部的研究报告中提出了这种论点(以及私营企业发挥合法作用的相应政策), The Privatisation of Corrections, 前引文, 前注25, 第72页。

<sup>102</sup> 见Dilulio, 前引文, 前注18, 第5页。

<sup>103</sup> Silver et al v. United Kingdom (5947/72) 欧洲人权委员会的报告, 1980年10月11日。

<sup>104</sup> 国家是一个具有选择权利的实体, 这是因为在人们心目中它对公务部门负有责任, 它须担负更大的政治责任以及它更有能力监督和指导自己的雇员。政府要控制自身的刑事司法制度(包括私营监狱), 就有必要直接管理和监督。

<sup>105</sup> 国家是一个主权实体, 它是王室权力和传统的继承人。在公民眼里, 它不是以营利为主要目标的私营公司--尽管在中世纪国王是封建权贵而现代国家从事的是各种事业。

<sup>106</sup> 外行人士对国家通过公务员作出行为这一点感到迷惑不解, 他们不明白个人为何不能行使同样的职能。Greene M.R. 勋爵在Carltona Ltd诉Commissioners of Works and Others (1943) 2 All E.R. 560一案的判决中对这一情况作了解释, 其中他强调负责制的必要性:

“在我国政府管理中, 给予部长们的职责(这些职责是依照宪法让其行使的因为根据宪法他们负有责任)五花八门, 任何一名部长都不可能事必躬亲。要求各部长履行的责任和授予他们的权力通常由其下属的部门负责官员行使。否则, 公务的执行是不可能的。从宪法上讲, 这种官员作出的决定当然就是部长的决定。部长是最后的负责人。他须就其下属官员的行

<sup>91</sup> Travis, Latessa and Vito, 上引文, 前注28, 第15页; 和Gentry, 前注90, 第359至360页。这种危险是受监管实体“完全控制监管者”, 这或者是因为该行业比总体上的公营部门组织得更好, 或者是“因为监管机构的人过去、现在及将来可能是受监管行业的雇员”, 或者是因为“出于老职员对原雇主的忠诚”以及想办法淡化困难。从辩护的角度讲, 这一现象被称为五角大楼和被告承包商之间的“旋转门”。在新近私营化的英国监狱中, 监狱长和某些下属高级管理人员是从监狱局雇来的, 他们同既监管他们又是他们原来的同事的监管员保持着密切的工作关系。

<sup>92</sup> 在英格兰和威尔士可以间接地借助公共法律补救措施, 其做法是以内政大臣未能依法行使其监管指导的剩余自由裁量权为由对该大臣提起诉讼。但一定有人对司法审判的广泛作用持悲观态度: 见J.Garner, “After Privatisation: Quis Custodiet Ipsos Custodes?” (1990) Public Law 329 and C.Graham, “The Regulation of Privatised Enterprises,” (1991) Public Law 15。

<sup>93</sup> 唯一的理由是这是私营化的初期, 把这类情况披露给竞争者是不公平的。如这类情况在初期阶段结束后还不公布, 那么就谈不上对立法机关的公共负责。特别见 House of Commons Debates, 24/1/92., col.362; 4/11/92, col.223, 11/11/92, col.789; 16/11/92., col.4, 17/11/92, col.106; and 20/4/93, col.1370。

<sup>94</sup> House of Commons Debates, 24/1/92, col.362; 6/7/92, col.38; and 32/3/93, col.531。

<sup>95</sup> 其后是以下三人的观点摘要: I.P.Robins “Privatisation of Corrections: Definig the Issues”, (1986) *Judicature*, Vol. 69, P.331; J.E.Field, “Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power”, (1987) *Hofstra Law Review*, Vol. 15, 649 at PP. 673-674; and Stacy, 上引文书, 前注63, PP.920-921。

<sup>96</sup> 见H.P.Ehmke, “‘Delegata Potestas non Potest Delegare’, A Maxim of American Constitutional Law”, (1961) *Cornell Law Quarterly*, Vol. 47, P. 50。Ehmke博士反驳了某些被广泛引用的肤浅的结论, 这些结论涉及Bracton的引述以及作者否认这一准则是宪政法规的一项原则, 他们是在一篇题目类似的文章中提到上述内容的。见P.W.Duff and H.E.White side, (1929) *Cornell Law Quartely*, Vol. 14, P.168。

<sup>97</sup> 关于合同的理论以及权力来自于民的观点起源于12世纪, 经历了许多代宪法思想家的发展: Salisbury的约翰爵士(1159), Lautenbach的Manigold爵士(1185), Padua的Marsilius爵士, Rickard Hooker先生(1597), Johannes Althusius先生

雇员的关系。承包人及其任何雇员在任何时候都不得将自己表现为当局的雇员”：Documents for the Operating Contract of H. M. Prison Manchester，附表5，协议条件，F.24。

<sup>83</sup> James, Young and Webster诉United Ringdom案 (7601/76; 7806/76) Judgement, 14 December 1979, 3 E.H.R.R. 20 and National Union of Belgian Police诉Belgium案 (4464/70) Judgement 27 May 1974, 1 E.H.R.R. 578, 上述先例说明国家必须采取积极措施保护个人自由不受私人利益的干涉, 如果国家做不到这点, 那么它就会恰恰因为干涉者的无责任而负责: P. Sieghart, The Internationallaw of Human Rights, Oxford: Clarendon Press, 1983, 第44页。

<sup>84</sup> West V. Atkins 487 U.S. 42 (1988), 关于该案, 最高法院一致认为, 私人医生依照与国家所订合同向犯人提供医疗服务构成第1983节所指的“国家行为”和“国家法律意义上的行为”。亦见Medina诉O' Neill案 589 F. Supp. 1028 (D. Tex. 1984), 此案中一私人看守开枪打死一人, 打伤一被抓获的偷乘者。这名看守是一家私人保安公司的雇员, 该公司承包了移民和归化局监禁无身份文件工人的工作。

<sup>85</sup> 见D.N. Wecht, “Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons,” (1987) Yale Law Journal, Vol. 96, 第815和820页, 文章援引了Procurier诉Martinez案 416 U.S. 396 (1974) 第404至405页以及最高法院的许多其他决定。

<sup>86</sup> J.E. Robertson, “The Constitution in Protective Custody: An Analysis of the Rights of Protective Custody Inmates”, (1987) Cincinnati Law Review, Vol. 56, 第91页。

<sup>87</sup> Davidson v. Cannon 106 S.C. 668 (1986) and Daniels v. Williams 106 S.C. 662 (1986)。

<sup>88</sup> 如果不由政府直接支付(它是自己的保险人)而由一家商业保险公司介入, 这样有风险。保险公司在抵赖和拖延支付索赔方面以及在原告无可奈何的情况下以近乎胁迫的方式使其接受最低赔偿的做法是臭名昭著的。

<sup>89</sup> 国际法委员会第四十四届会议工作报告, 1992年5月4日至7月24日, 大会正式记录, 第四十七届会议, 补编第10号(A/47/10), 第36页。

<sup>90</sup> 见Gentry, 上引文, 前注43, 第358页; 援引了Richmond Newspapers Inc诉Virginia案, 448 U.S. 555 (1980) 第571至572页: “重要的是社会的刑事司法诉讼应符合‘司法的形象’, 要做到这一点, 就要允许人民看到司法的实际运转。”

Journal, Vol.96,第821页,文中解释说,由于立法机关(以及法院)愿意依靠惩教官员的训练和专门知识,所以就让监狱职员自行执行这些规则:“监狱是‘完全的机构’,它的看守可以每天决定犯人该干什么和不该干什么”。

<sup>76</sup> Criminal Justice Act 1991 section 85 (3) (b)。

<sup>77</sup> 在 Wolds Remand Prison Contracting Out: A First Year Report, 上引文, 前注58一文中,有许多段落谈到了看守人员不去干预打斗事件和贩卖毒品:第4.7至4.12段,和第10.8段。亦见第33至35页,其中提到政府认为关于每一事件的报告“十分拘泥于细节”。1920年代末密执安州的一家私营监狱由于看守不愿禁止违禁品的流通而不得不关闭。

<sup>78</sup> Criminal Justice Act 1991 section 86 (3)和(4)。

<sup>79</sup> 合同条文须符合这一要求和应由大臣开具健康证书。但并没有要求私营和公营监狱的看守官员必须没有前科。在任命时这些因素是考虑进去的: House of Commons Debates,1993年4月23日,col. 216。

<sup>80</sup> D.W.Dunham, “Inmates’ Rights and the Privatisation of Prisons”, (1986) Columbia Law Review, Vol.86,第1475页和1479页。文中引述美国有关当局的立场,如私营拘留中心的管理者雇用转包人,转包人在虐待犯人时除非表现为具有“国家行为能力”的国家行为者的转包人的雇员在场,不然既不能使私营监狱管理者也不能使国家官员对转包人违反犯人权利的行为负责。

<sup>81</sup> 关于英国的情况,请参阅R.诉 Deputy Governor of Parkhurst Prison, ex Parte Hague (1992) 1 A.C. 58案。在该案中,上议院认为1964年监狱规则是管制性的,规定了监狱体系动作的范围,但并非旨在保护犯人使其免于失窃、伤害和破坏,也未给予其行动的权力。关于美国的情况,请阅 Connecticut Board of Pardons诉 Dumschat 案452 U.S.458(1981),最高法院拒绝认定未获准减刑的犯人拥有国家确立的自由权利,如果作此认定将会导致以未经正当法律程序为由而提出质疑。有关规章的言辞并非强制性的,而且也未明确规定有权给予该自由权的人具有何种义务;同上,第465页。

<sup>82</sup> 当一官员知道其行为已超出了他的权力范围时,这就是滥用职权,国家不对由此而产生的侵权负责:见 Racz V. Home Office (1992年12月4日 (Court of Appeal) Judgement,第21页)。在英国和威尔士的私营化监狱中,适用转承责任的情况减少了。合同条文规定:

“承包方在协议期的任何时候都是独立的承包人,本合同之任何内容均不得在任何时候解释为当局和承包人或承包人之任何雇员之间产生雇主和

<sup>70</sup> 由于国家监狱和私人监狱发生类似事件的证据很有限,因而不足以得出结论,但犯人相互打斗是一严重问题。英格兰的私营Wolds押候监狱(Wolds Remand Prison)这类事件的发生率比国家监狱的发生率高出两倍以上: Wolds Remand Prison Contracting-Out: A First Year Report, 前注58,第34页,第13.10段和13.11段。非法获得毒品被认为其中原因之一。

<sup>71</sup> 例如,在Wolds监狱,少数民族看守员无一受雇于第4类候押服务公司,而1992年11月5日登记的237名未锁犯人中有9.7%是少数民族。到1993年3月19日这一比率下降为7.1%(310名犯人中有22人),而管理人员中有3人是少数民族(占总人数的1.6%)。

<sup>72</sup> 内政国务大臣曾对英国首家私营监狱这方面的情况作了说明:

“皇家Wolds监狱未被要求执行监狱局下达的关于种族关系的导则和通告指示。但已要求其制定同样效果的政策和程序。Wolds监狱管理当局公布和散发了一个种族关系政策声明,对职员进行种族关系的教育,任命了一位负责种族关系的官员并设立了一个约每两个月召集一次会议的种族关系委员会,并每月收集监督情况的资料。承包人的表现受到驻在监督员的随时监督”:

House of Lords Debates,1993年2月11日,WA54, Ferrers侯爵。此前的一次答辩说明负责培训的官员也发挥种族关系官员的作用。

<sup>73</sup> Connie Mayer, “Legal Issues Surrounding Private Operation of Prisons”, (1986) Criminal Law Bulletin, vol. 22, 309, 第319至320页。

<sup>74</sup> 在监狱私营化方面处于领先地位的两个国家的国内法体系不承认犯人拥有剩余自由的权利,这种自由把犯人转入单独监禁视为一种侵权,它需要适当的法律程序的保障: 见Hewitt诉Helms案 459 U.S. 460 (1983)。最高法院认为(第468页)“这种监禁是犯人应该在其被押期间的某一时刻可预见到的”。Stevens大法官在第487至488页对此提出了强烈的不同意见。在R.诉Deputy Governor of Parkhurst Prison, Ex Parte Hague((1992)1 A.C.58)一案中,上议院认为监狱长及其下属可以把犯人限制在规定的监狱范围内,犯人的全部生活受到制度的管辖,因此犯人没有剩余自由: 请特别参阅Bridge爵士的判决,第162至164页。

<sup>75</sup> 甚至还允许监狱承包人实行监狱行为守则和规章手册。这是因为多数国家都授权公营监狱监狱长制定监狱规则,和规定几项全国性的关于监狱纪律的条例: J.E. Field, 前引文书, 前注59, 第661页。D.N. Wecht, “Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons,” (1987) Yale Law



出为350英镑(525美元),新建的Blakenhurst 监狱为310镑(465美元);而国家监狱相应的开支平均为440镑(660美元)。但他指出最后一个数字包括了保安措施十分严密的监狱。

<sup>65</sup> 在美国管理监狱的公司被指责最初故意低价价格以使公众接受私营监狱而在公众适应后再准备提价: J.M.Cheever, "Cells for Sale, National Law Journal, 1990年2月19日,第33页,第2栏。同样,在英国持反对态度的监狱工作人员联盟指出私营公司以低价招揽的方式投标赢得合同,但他们也承认是否真有其事也无法证明,因为合同中的资金问题属“商业秘密”,就连议会也得不到: Prison Services Privatisation, 前注27,第17页。相反,美国的全国司法研究所的研究报告, Private Sector Involvement in Prison-Based Business, 前注25,第83至84页,得出的结论认为私营公司加入开办监狱工厂的行业(即使用犯人的劳动力)既是因为实际的商业需要,同时也是出于把监狱办好和承担起共同责任的想法。但该项研究的结论还指出一家公司“说到底只有在财务上合算的情况下才能继续从事这一行业”。当涉及管理整个监狱这一更为重大的责任时,情况就更是这样了。

<sup>66</sup> Gentry 著文,上引书,前注43,第358至359页和 Stacy 著文,上引书,前注63,第915至916页。美国的官方研究报告, The Privatisation of Corrections, 上引书,前注25,第75页,在谈到减小监狱容量和转由公营部门管理方面的困难时表示了同样的观点。

<sup>67</sup> The Privatisation of Corrections, 前注25,第50页。

<sup>68</sup> 象美国的某些私营化监狱那样减少管理人员的数量并把犯人控制在安全的范围内可节省开支。牢房中有电视,甚至计算机终端供犯人消磨时间,同时武装看守使用视听设备对他们进行监视。囚犯很少离开牢房。在英国对此有两种防范措施。合同对犯人的时间安排作了规定,而且监狱总管会赴实地检查有关标准: R.Graef, 独立报, 1993年3月4日,第4页。监狱改革信托会在就Wolds监狱第一年的运作情况作出报告时发现,即使充分认识到一座新监狱出现的问题只是暂时的,仍有充分理由担心出问题,而且所规定的标准,特别是关于职员的标准并没有达到,前引书,前注58,第37至39页。

<sup>69</sup> 国家可有预见性地作出节省开支的决定。未来的监狱犯人超员不是不可预见的:一次议会的答辩显示,对已承包出去的Wolds监狱的服务是可作调整的,这包括在较为持久的一段时间里囚犯人数如超出正常水平,可调整监狱的占用水平: H.C. Debates, 1992年1月20日, col.55, 国务大臣。附件C附表1中的皇家曼彻斯特监狱招标文件亦要求承包人在协议占用水平之外超标接受犯人。

of Justice)的研究报告提出了该国存在的严重问题。J.E.Field著“Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power”一文指出多项研究表明私营保安公司人员素质低下,(1987) Hofstra Law Review, vol. 15, 第664页。

<sup>60</sup> Harding 著前引书,前注20,第7页,文中提到在新南威尔士州新建的Junee 监狱的费减少了一半,为5700万澳大利亚元。作者还在第1页中透露,昆士兰州押候收容中心的日常费用每年为1150万澳元,而由公营部门管理则需1800万澳元。

<sup>61</sup> 关于监狱私营化在运作上的利弊的正反两方面的论述,请参阅 W.I.Cikins 著“Privatisation of the American Prison System: an Idea Whose Time has Come?”一文,(1986) Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol.2, 第445页和第456至457页。

<sup>62</sup> 关于美国私营监狱财务亏损的例子,可见 Prison Services Privatisation, 前引书,前注27,第69至70页。如承包商破产又不能将其雇员转向公营部门,这样就会产出严重问题。如果参加“收购投标”的某家买主有资格提供保障,那么改组或转卖也许是条出路。英国监狱联盟运动(Prisons Unions Campaign)对从事监狱管理的美国公司减少开支、裁员和不提供足够的培训的做法以及对人们提出的贪污腐化现象持更严厉的批判态度:出处同上,第74至77页和第91页92页。

<sup>63</sup> S.F.Stacy, “Capitalist Punishment: The Wisdom and Propriety of Private Prisons”, (1991) Nebraska Law Review, vol.70, 第900至914页。1990年由牛津大学出版社在纽约出版的 C.Logan著 Private Prisons: Cons and Pros 一书第93页指出,美国移民和归化局下属监狱节省开支的幅度为6%到72%。县级监狱,节支幅度从5%至52%不等,它取决于承包给其他司法管辖单位的余地以及裁减某些雇员的可能性,Logan教授虽然是监狱私营化的支持者,但他在书中第117页声明:“私营监狱的费用并不一定低于政府所直接拥有和管理的监狱”。

<sup>64</sup> 见 Wolds Remand Prison Contracting-Out, 前引书,上注58, 第15页。Wolds 监狱设立初期监狱尚未满员时,对犯人的平均每年支出为37,336美元,而1991至92年度国家监狱局相应的平均开支为22,984美元。但这样比较是不合适的。内政大臣透露,1992年前九个月 Wolds押候监狱每周用于每个犯人的开支是629英镑(939美元)。Lindholme国家监狱是丙类培训监狱,它每周的相应支出为336英镑(504美元),但大臣认为这样比较会误入歧途,因为每当一监狱开始投入使用并接收犯人时,其单位开支是比较高的: House of Commons Debates, 1993年3月30日, c.115。监狱管理局局长1993年6月2日在泰晤士报上撰文指出 Wolds监狱平均每周用于每个犯人的支

<sup>52</sup> Address at 10th Anniversary of the Audit Commission, 1993年3月5日, 第17至18页。

<sup>53</sup> 同上, 第15至16页。这一思想实际上来自主张自由的市场化和非国有化思想的研究机构。就象 Rand Corporation 智囊团在美国首次提出监狱私营化一样, 英国的 Adam Smith 研究所以发表 Omega Justice Policy 一文开始倡导私营化, A.S.I. Research Ltd, London, 1984。尽管政府主管部最初反对这一设想, 但 Adam Smith 研究所继续提倡监狱私营化, 并发表了 P. Young 的题为 The Prison Cell 一文, A.S.I. Research (Ltd.), London 1987, 文章赞扬了美国经验, 同时批评了监狱联盟的 “producer dominance” 的理论。载于 (1992) Prison Service Journal, No. 87 第30至32页的署名 Stephen Shaw 的 “The Short History of Prison Privatisation” 一文评论道, “只是由于内政委员会的两名后排议员对监狱私营化的个人兴趣, 这个问题才被牢牢地钉在政治议程上”。内政委员会的第四次报告 Contract Provision of Prisons, H.C. Paper 291, 1987 建议 “内政部应当作为一项试验使私营公司对关押机构的建造和管理进行投票”。其后政府雇请管理咨询公司 Deloitte Heskins 和 Sells 写了 A Report to the Home Office on the Practice of Private Sector Involvement in the Remand System, 1989。报告对这一做法持积极态度。在国际会计界必然会出现相互间的交叉联系和利益冲突。监狱联盟运动 (Prison Union Campaign) 指出美国教管公司 (Corrections Corporation of America) (见前注32) 他们聘请了总部设在田纳西州的 Deloitte 和 Touche 公司作为自己的独立审计机构: Prison Services Privatisation, 见前注27, 第50页。

<sup>54</sup> Home Secretary's Speech to the Prison Reform Trust, 1993年3月24日, 第15至16页。

<sup>55</sup> Framework Document, H.M. Prison Service, 伦敦, 1993年4月, 第2页, 内政大臣。

<sup>56</sup> House of Commons Debates, 1991年12月5日, col. 220, 国务大臣。

<sup>57</sup> D. Waplington, “Observations on a Visit to the Wolds”, (1992) Prison Service Journal, No. 87, 第33页。

<sup>58</sup> Prison Reform Trust, Wolds Remand Prison Contracting-Out: A First Year Report, 伦敦, 1993年4月, 第26至27页。

<sup>59</sup> 见 Prison Services Privatisation 一文, 前注27, 第28至38页和第92至93页, 文章指出了保安公司的缺陷。美国全国司法研究所 (《National Institute

每个机构均须有尽可能灵活、富创造性和高效率地使用手中的包括职员在内的各种资源的干劲。目标应始终是设法以同样或者更少的资源来取得更多的成绩。纵贯历史,提高工作效益一直是各行各业创造更佳业绩的途径——不提高效益,今天的社会还会停留在维多利亚女王时代的状况,现在就有人说某些监狱尚停留在那个时代。”

此前,大臣在1992年12月22日的独立报上写道,如果私人承包监狱未按合约提供满意的服务的话,他会承包商实行经济制裁,加收其利润:“这是我手中对付政府雇用服务机构的最为有效的方法”。

<sup>46</sup> C.Becker, “With Whose Hand: Privatisation, Public Employment and Democracy”, (1988) *Yale Law and Policy Review*, vol.6, 88。英国监狱联盟把政府的监狱私营化政策看成是“向监狱管理人员协会的挑战”: *Prison Services Privatisation*, 见前注27, 第5页至第6页, 第21页至第23页。

<sup>47</sup> 见前注21 Macionis 文后所附昆士兰州教管中心管理水平规范标准。亦见1992年10月27日 *Invitation to Tender: Management of H.M. Prison Manchester-Letter of Invitation* 所附具体运作标准(后经修订和充实)。

<sup>48</sup> 见 *Prisons Unions Campaign* 拟定的 *Prison Services Privatisation*, 前注27, 第79页。

<sup>49</sup> 虽不能证明该项工作能改造罪犯或防止再犯,但正如 Burger 首席大法官在1981年12月16日的题为“Factories with Fences”的讲话中所指出的“哪怕只有10%的人不再重新犯罪,这一努力就是值得的。”见 Haller, 前引文书, 前注18, 第495页。Haller 较详细地分析了她称作“*The theology of work*”的理论。一项题为 *Private Sector Involvement in Prison-Based Business* 的研究报告探讨了这方面的好处, 见前注25, 第36页和第78页至第81页。企业界、监狱长和议员都认为最大的好处在于减少了闲置的囚犯。加拿大(安大略省)以及联邦政府的 Nielsen 专责小组均认为使用犯人在私营行业工作可节省加拿大惩教委员会的囚犯及其福利开支, 见 Ericson, 前注15, 第373页。

<sup>50</sup> *Private Sector Involvement in Prison-Based Business*, 第37至73页为私营部门列出了各种模式, 私营部门既可作为雇主, 也可作为投资者、管理经营人或顾客, 还介绍了1985年美国各州私营部门在这方面的参与形式。

<sup>51</sup> 同上, 第87页。美国的囚犯十分愿意为向他们提供就业的私营项目工作, 这不仅是因为他们的报酬高于传统的监狱工作, 而且还因为他们对国家从其工资中收取食宿费很反感。他们对替“看守们”干活持敌视态度。

城镇选择了私营公司而不是建立一支警察部队来维护法律和治安。1993年6月,政府考虑将在高速公路上护卫大宗货物运输等警察的附属职能私营化。

<sup>41</sup> D.N.Wecht. "Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons", (1987) Yale Law Journal, vol.96, 815 at 817.

<sup>42</sup> 见Colin Jacque, "Privatising the Court System", The Lawyer, 4 February 1992, p.19。作者在文中主张把“除法官雇用以外的整个法院体系”私营化,“将包括整个法院的建筑和职员在内的整个体系交给附属政府的公司……重新审定法院费用,因为改善目前尚不能满足公众和律师需要的服务设施将需相当一笔开支……可考虑增加这类收费的标准使之与所争议问题的大小和复杂程度相适应……其目的在于让整个体系在经济上自立。这就无需再依赖国库向民事审判体系拨款”。作者也认识到应“向所有人提供开放和平等的司法服务”,因而须以某种方式保证“财力有限的诉讼人不因费用昂贵而望而却步”。

<sup>43</sup> J.T.Gentry, "The Panopticon Revisited: The Problem of Monitoring Private Prisons," (1986) Yale Law Journal, vol.96, 353, p.354。功利主义的改革者和创始人 Jeremy Bentham在他1791年的Panopticon中建议修建一所特殊设计的监狱并由他人进行有偿管理,让此监狱中的囚犯总是感到有人在监视因而不敢有不轨行为。重新提出监狱管理私营化构想的另一个原因是试图对其进行改革。两家颇具影响力的机构近乎同时提出了这一设想: Rand Corporation的一份出版物和National Institute of Corrections 发表的一项学术研究。见P.Greenwood, Private Enterprise Prisons? Why Not? The Job would be Done Better and at Low Cost, Santa Monica, California: Rand, 1981; and S.S.Steinberg, J. M. Keating and J.J. Dahl, Potential for Contracted Management in Local Correctional Facilities, Center for Human Services for the National Institute of Corrections, Washington, D.C., March 1981。

<sup>44</sup> 至少有一次骚乱(发生在 Gloucester 监狱)是由企图阻挠改革的官员故意挑起的: Her Majesty's Inspector of Prisons, Report on an Inquiry into Disturbances in Prison Service Establishments in England between 19 April/19 May 1986, H.M.S.O., London, 1987。

<sup>45</sup> 见Harding 著前引书,见前注20,第2页和第7页。政客们很少公开提出这类批评,但在Home Secretary's Speech to the Prison Reform Trust (1993年3月24日,第11至12页)中,内政大臣说:

“国营监狱必须很好地从与私营服务者的竞争和配合中吸取教训……”

地的议会主权论的发展,也因美国的三权分立论而变得模糊了。美国南部的某些州如同魁北克省一样显然继承了大陆法的传统,但19世纪的行政法或出现于欧洲大陆的类似法律体系并没有在它们那里发展起来。在将权力委托给私营部门的监狱管理者这个问题上,美国的学者进行了激烈的辩论。见下注95。

<sup>37</sup> J.R.Lilly 和 P.Knepper 著 “The Corrections-Commercial Complex”, (1992年)Prison Service Journal(监狱服务杂志),第87期,第47页。

<sup>38</sup> J.R.Lilly 和 P.Knepper 著 “从国际角度看教管私营化”(An International Perspective on the Privatisation of Corrections”, (1992年)The Howard Journal (Howard杂志),第31卷,第174页和第186页。作者担心西方工业国家的教管公司将来会影响到第三世界国家的惩罚管理形式。

<sup>39</sup> 美国Morales 诉 Schmit案的判决书对这一点作了很好的表述,340 F. Supplement 544, 550(W.D.Wisc.1972),rev'd 489 F. 2d 1335, 1344 (7th cir. 1973):

“当涉及宪法第十四条修正案的诉讼时,监狱最为惊人的方面是监狱是完全由政府或其代理人在其中进行肉体管理和采取各种措施的集合体,它们从早到晚决定着某些人生活的一切方面(或许精神领域除外,但也不可避免地涉及这一领域),从睡眠、醒来、言谈、沉默、工作、娱乐、观看、饮食、排泄、阅读、独处一直到与他人相处。对一般的成年人却不是这样的。各州政府并不负责要求一般的成年人在某时起床、就寝、进餐,或要他们在无人陪伴的情况下生活一段时间,要他们穿某种衣服或在探视后搜查其口腔或肛门,各州政府也不负责禁止通常的成年人相互交谈、蓄胡须、拥抱其配偶或与其所爱的人通信。”

<sup>40</sup> 见内政大臣尊敬的Kenneth Clarke在审计委员会成立10周年大会上的讲话,第10页,1993年3月5日。目的不仅仅是为了省钱,也是为了取得令公众满意的成绩。1993年3月5日,内政大臣仍把“警察服务”视为“理所当然的专控部门”:出处同上,第13页。1992年9月2日的《泰晤士报》的一篇社论暗示了将来的发展,社论把警察维持治安看作一种“服务”,公众为警察的“顾客”并需要决定“愿为警察服务付多少钱,以及说明他们认为值得付钱的服务质量是什么”。亚当·斯密研究所在最近的一份题为一个颇具吸引力的主意(An Arresting Idea)的报告(见Security Management Today1991年8/9月号载“私营保安公司被敦促把任务从‘官僚作风’的警察手中接过来”一文,第4页)主张将警察训练、外国人登记和其他警察职能私营化。自由市场智囊机构在美国进行了一些试验以此支持这种意见。美国的一些小

Alternative Industrial and Technological Systems, Prison Services Privatisation (Prepared for the Prisons Unions Campaign), London, 1992, at pp.67-8。因此一年之内私营化的范围迅速扩展。

<sup>28</sup> L.F. Travis III, E.J. Latessa and G.F.Vito, "Private Enterprise and Institutional Corrections: A Call for Caution," (1985) Federal Probation, Vol.49, No.4, p.11-16, at 10。

<sup>29</sup> Macionis, 见上面注21, p 4。The move to "contract management" as part of correctional reform came about following Mr.J.J. Kennedy's Final Report of the Commission of Review into Corrective Services in Queensland, State Government Printer, Brisbane, 1988。

<sup>30</sup> 这所监狱的成功投标人是一个涉及Wackenhut的国际财团,它还参与了昆士兰押候收容中心(Wacol)的契约,见上面注27。

<sup>31</sup> Andrew Stewart著"Private Prisons Prove their Worth"一文,见1992年7月3日Business Review Weekly第32页。巴布亚新几内亚独立前由澳大利亚管理的两个属土组成。

<sup>32</sup> 这是包括美国教管公司在内的一家联营企业的一部分。美国教管公司是美国最大的管辖惩教机构。它是澳大利亚教管公司的联营企业的一部分,该公司是昆士兰州Borallon教管中心(344张床位)的管理者。

<sup>33</sup> Securicor 获得了1970年至1988年的合同。1989年,Group 4 押候服务有限公司中标获得该合同。1987年的一次议会质询显示,将一名犯人拘押在Harmondsworth的费用要比拘押在同样的监狱服务机构高出三倍:监狱服务私营化(Prison Services Privatisation),第95页,见前注27。

<sup>34</sup> 见前注15。

<sup>35</sup> 原来曾考虑监管和守卫的职能可由私营部门行使,但后来考虑到法律方面的困难,包括国家特权以及人员的地位,排除了私营管理。见P.Couvrat, "Quelques réflexions sur la loi du 22 Juin 1987 relative au service public pénitentiaire" (1987年6月22日对关于公立教养所服务的法律的若干思考), (1987年)Revue Science Criminelle et Droit Penal Compare,第925页。法国政府的备忘录强调政府将保留行使属于国家特权的领导职能、秘书处职能以及行政、关押和监管的职能。

<sup>36</sup> 由皇室特权沿袭下来的国家特权这一原先明确的概念因联合王国及其前殖民

限.....我们很关切希望来到包出的任何经营活动能成功地进行”。

House of Lords Debates, 20 April 1993, col. 1370, Earl Ferrers。

<sup>23</sup> 见J.G. Miller, “The Private Prison Industry: Dilemmas and Proposals”, (1986) Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol.2, pp. 465-477, 他提倡一个真正可与监狱竞争的供选择的新计划。在美国人们已对下述情况表示关切, 国际安全和建筑公司的强有力的院外集团收买政客和一些监狱管理人员并使用有效的销售技术以操纵公众舆论。在联合王国, 监狱联盟运动这一组织对他们的互相联系已提供了详细的信息: 见Prisons Services Privatisation T.U. C. Affiliated Prison Unions, London, 1992, pp.39-65。

<sup>24</sup> 词汇及其引起的联想非常重要。因此关于公共教养机构的法国1987年6月22日的第87-432号法律通过其第5条把刑事诉讼法第719条中的“教管所和教管中心改成了“拘留所和监狱”。

<sup>25</sup> 对于私营部门介入欧洲教养院和监狱的历史, 见M. Ignatieff, A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850, London: Macmillan, 1978 and G. Rusche and O. Kirchheimer, Punishment and Social Structure, New York: Columbia University press, 1939。对于现代私立监狱的重视, 见S. Borna, “Free enterprise goes to prison,” (1986) British Journal of Criminology vol.26, pp.321-334 and J. Mullen, K.J. Chabotar and D.M. Carrow, The Privatisation of Corrections, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, February 1985。还 Criminal Justice Associates Inc. (Sexton, Auerbach, Farrow et al.), Private Sector Involvement in Prison - Based Based Businesses: A National Assessment, U.S. Department of Justice, November 1985。

<sup>26</sup> 例如, 19世纪奴隶制在世界许多地区盛行, 这不会使得现代重新采用奴隶制不违反国际人权法。

<sup>27</sup> G.C. Zoley, “A discussion of the Wackenhut Experience providing correctional management services in the U.S.”, (1992) Prison Service Journal No.87, 38。Zoley 先生是Wackenhut教养公司的总裁, 该公司1986年监督一个150人的机构, 1992年它成为“拥有5,500多名犯人的国际教管组织”。根据佛罗里达大学刑事学和法律研究中心的信息, 1991年11月美国关押成人的教养所有43处, 可容下15,476名犯人。还有几个教养所正在建造之中: 引自Centre for



犯的危险,必须以一切可能的保障措施特别是囚犯的同意(见下文)预防发展现代奴隶制的危险。参看Ericson,前引书,第357-358页:

“在美国,特别是在南方,刑事制度因与私营企业相联系而兴旺发达。通过一个罪犯租借体系,囚犯不仅从法律上讲是“国家的奴隶”(正如Ruffin V. Commonwealth, 62 Va.790(1871)一案中的典型陈述所阐明的),也是与国家订立契约、从囚犯的劳动中获取资本收益的当地企业家的奴隶。拥有国家资本的官员与私人资本联手,从囚犯劳动中获取利润。在南方,甚至在黑人奴隶制正式结束以后,州议会通过授权法(例如关于流浪汉的法律),允许过去的奴隶及社会的其他边际人员被监禁并被租用以获得利润。监狱人口的多少不是由犯罪数量决定的,也不是由社会控制需要或警察的效率决定的,而是为政府和私家雇员创造犯罪报酬的愿望决定的。密西比比监狱系统曾炫耀它在二次大战前每年都牟利这一事实。只是在二十年代末和三十年代初,法律才废除了罪犯租借体制,显然这是因为农村制造商和工会施加了压力,他们无法接受这种竞争,特别是随着大萧条的到来。”见J·Dilulio, “Prisons, Profits and the Public Good: The Privatisation of Corrections”, Criminal Justice Centre, Sam Houston State University, 1 Research Bulletin 1, pp.2-3 (1986)。

<sup>19</sup> 自从《儿童权利公约》生效以来,对普遍地把少年拘留在私营但受国家监督的机构的做法可能会提出类似的问题。也许监督和负责任的程度未造成责任的转让。然而,关于国家有义务关押成人囚犯的观点原则上同样适用于他们。唯一可能的区别是少年是受国家监护的人,传统上他们的监禁和教育被委托给私人机构和替代父母的地位。

<sup>20</sup> R.W. Harding, “Private Prisons in Australia”, (1992) Trends and Issues in Crime and Criminal Justice, No. 36, Australian Institute of Criminology, P.1。

<sup>21</sup> S. Macionis, Deputy Director-General of the Queensland Corrective Services Commission, Conference on Private Sector and Community Involvement in Criminal Justice, Wellington, New Zealand, November 30-2 December 1992, “The Queensland Experience,” p.6。

<sup>22</sup> Mr. Peter Lloyd, Minister of State, on 18 September 1992, H.M. Prison Service Release, 219/92在对国会的答复中采取了类似的立场:

“有关监狱现在没有私营化。只是监狱的管理被承包出去。这非常有

注 Ericson 和其他人的著作,第364至365页:

“在一份名称具有启迪性的刊物 Everyone's Business 中,安大略省教养机构部列举了它300多项契约涉及的领域: 社会资源中心驻地的经营(它获得的一个“最硬端”); 社会服务订购契约的管理; 对毒品和酒精提高意识计划; 保释监督; 生计技能培训; 就业计划; 对本国罪犯的特别服务。 John Howard Society 就其参与安大略刑事制度发表的陈述表明即使他们进入机构范围其软端方向为, 预防(少年教育, 社会教育); 早期干预(管教中心, 少年毒品和酒精咨询, 青年就业服务, 扫盲和/或生计技能少年群体工作, 少年咨询, 少年社会服务订购, 少年受害者/罪犯的调解/恢复); 法院(保释核查, 保释监督, 缓刑考验监督, 受害人服务, 受害人/罪犯调解, 恢复, 对有关发育障碍的人的咨询, 罚款选择, 青年住所, 社会服务订购, 控制能力减弱时的驾车计划); 机构(押候期间的访问, 同狱犯人咨询, 临时缺席监督, 释放计划, 提倡, 娱乐, 团体工作, 分会(同狱犯人团体, 支持, 联邦社会估价, 家庭支持); 机构后(家庭咨询, 自愿咨询, 联邦假释监督, 就业服务, 团体工作, 居住中心, 接纳和工作分派, 机构内部车间)。

“非国家机构的这些在刑事制度的软端的行动是更广泛的‘非正式’司法和社会控制运动的一部分。国家机构和它们与之订立契约的大的非国家机构动员公民更多地通过预防、监督和提供服务而参与互相控制。公民将成为监视者及被监视者, 进行自我控制。他们这样做可以通过付款, 与私营治安公司订立契约。他们可以通过参与做到这一点, 成为非国家控制组织的雇员或自愿人员。”

<sup>16</sup> 一些犯罪学家指出, 自愿部门由专业人员经营, 这些人不管其从事这项工作的动机是多么利他, 他们根据契约对刑事制度提供服务, 得到收入, 促进其事业乃至其专业兴趣: 出处同上。at 360 and J.R. Lilly and P.Knepper, “The Corrections-Commercial Complex”, (1992) *Prison Service Journal* No.87, p. 46。见同一位作者的文章, “An International Perspective on the Privatisation of Corrections”, (1992) *The Howard Journal*, Vol. 31, pp. 174-191。

<sup>17</sup> 参与刑事服务的范围在上面注15中说明。

<sup>18</sup> 关于监狱行业史的一份有益的简短叙述见D.M.Haller的“*Prison Industries: A Case for Partial Privatisation*”, (1986) *Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol.2, 479。考虑到历史上通过租出劳工合同雇用囚

注 解

<sup>1</sup> 见E/CN.4/Sub.2/1988/28,第10、47、48和50段。

<sup>2</sup> 见E/CN.4/Sub.2/1989/29,关于辩论概要的第32至39段和关于建议的第40段。

<sup>3</sup> 见小组委员会1989年9月1日的第1989/110号决定。

<sup>4</sup> 见E/CN.4/Sub.2/1991/56。

<sup>5</sup> 见小组委员会1991年8月28日的第1991/105号决定。

<sup>6</sup> 见E/CN.4/Sub.2/1992/21。1992年8月4日收到了来自古巴、埃及和土耳其政府的答复。公谊会世界协商委员会也寄送了答复。

<sup>7</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/22。

<sup>8</sup> 1955年在日内瓦举行的第一届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过,并由经济及社会理事会以1957年7月31日的第663C(XXIV)号决议和1977年7月13日第2076(LXII)号决议予以核准。该规则转载于人权:国际文件汇编,联合国,纽约,1988年,第217至238页。

<sup>9</sup> 507 F.Supp.1117 (D.Conn.1980)modified on other grounds 651 F.2D 96 (2d Cir.1981)。

<sup>10</sup> 对这套原则中“权力”一词的意义进行评论时,Tullio Treves 主张,“‘权力’相当于国际法中形成的关于把国家的代理人的行为归罪于国家的概念”:84 Am.Journal of International Law,1990年4月,第578-586页中的第580页。根据国家责任法,国家机关和官员的行为(有时甚至是越权行为)归罪于国家,但私人的行为不是这样。

<sup>11</sup> 大会1979年12月17日第34/169号决议通过。行为守则转载于人权:国际文件汇编,第259至266页。

<sup>12</sup> 国际劳工组织大会第十四届会议于1930年6月28日通过。1932年5月1日生效。公约转载于人权:国际文件汇编,第191至203页。

<sup>13</sup> 21 Detained Persons V. Federal Republic of Germany (3134/67; 3189-206/67)Collection of Decision 27,97。

<sup>14</sup> R.V.Ericson, M.W. McMahon and D.G. Evans, “Punishing for Profit: Reflections on the Revival of Privatisation in Corrections” (1987) Canadian Journal of Criminology, Vol.29, p.363。

<sup>15</sup> 到1986年加拿大某些省的经验阐明了私营部门参与刑事制度的范围。见上

营化的程度的详细信息,无论是有关管理、囚犯从事工作还是私营部门提供服务的方式,以及有关保障措施及其效用的信息。

- (b) 专家对于适当保障措施及其估价的监狱管理学方面的意见;
- (c) 专家对于人权法与国家责任法之间的相互作用的国际法方面的意见,也许来自国际法委员会的一位国家责任特别报告员。

#### B. 所建议的指导原则

85. 现有的多边条约,特别是两个国际盟约和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚公约》全文应提供参数并表明进行研究所应遵循的精神。

86. 《世界人权宣言》及其精神将提供进一步指导。

87. 目前指导执行司法审判的联合国准则,特别是《囚犯待遇最低限度标准规则》、《执法人员行为守则》和《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则草案》将提供进一步的指导。

额问题。

82. 作为释放前计划的一部分囚犯在监狱工厂或监狱外面从事工作，除别的事项外，需要下列标准：

符合1930年国际劳工组织的《强迫劳动公约》(No.29)；

囚犯自愿；

符合《经济、社会、文化权利国际盟约》第7条；

由任何雇主维持适当的社会保障费(例如失业保险)；

安全的工作条件；

符合最低工资标准；

工人的补助费；

明确界定可容许从工资中扣除的养家费、法院罚款、受害者补偿费、税收和生活费的数额；

国家经济视察工作条件。

#### 四、可能进行的研究的范围与结构

83. 人们认为国家开始或扩大监狱私营化的许多动机在这份研究概要中已得到充分的论述。但需要进一步专门研究的问题有：

(a) 监狱私营化或立约包出管理在国际人权法中的合法性。

(b) 如果这样的私营化可以容许，特定的职能在多大程度上和什么条件下可以委托给私人承包者。

(c) 对于私营监狱的职能安排是否要制定一套标准；

(d) 在任何标准中应指定哪些详细的保障措施是最低限度的和/或可取的；

(e) 通过例如下述人权组织保障监督的最适当的方法是什么：小组委员会的拘留工作组，与实施盟约和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》有关的特别条约机构，与私营监狱行业有关的国际劳工组织专家委员会，或通过一名特别报告员。

#### A. 信息来源

84. 所建议的信息来源应该是：

(a) 向各国政府和有关非政府组织发放问题调查单，寻求关于监狱可以私

发表;

- (b) 任命一位调查官员;
- (c) 定期就监狱体验对囚犯进行调查;
- (d) 进行综合的司法审查,记住不是国家官员而是私营公司及其雇员,他们没有资格获得法院给予国家官员的恭敬待遇;
- (e) 新闻界和研究员经常接触监狱和囚犯以便让公众及时了解情况;
- (f) 完全公开监狱合同的财务情况,包括人员配备的条件、费用和利润;
- (g) 不向国家管辖范围之外的私营化监狱移送囚犯--以便保持说明义务。

79. 必须由,除别的事项外,下列标准控制纪律:

- (a) 设立详细说明监狱内发生的过错和制裁的纪律准则;
- (b) 准则必须由国家拟定,或至少由国家批准并颁布;
- (c) 设立关于监狱管理的强制性程序规则;
- (d) 建立包含公平审讯的程序,应有人参加有关所有“惩罚”包括单独监禁的纪律审讯(除非案子急迫,在这种情况下随后尽快进行审讯。)
- (e) 由国家高级官员审查程序;
- (f) 以非法行为为理由进行司法审查,但宽厚地进行;
- (g) 由国家官员对囚犯分类;
- (h) 自动累积“良好表现”的时间;
- (i) 承包人不能惩罚囚犯;
- (j) 如果承包人的报告导致拒绝假释,囚犯或其律师应有权看到报告并请求复查。

80. 武力的使用需要,除别的事项外,下列标准:

- (a) 承包人及其雇员只能在明确界定和有限的情况下使用管束和武力;
- (b) 必须对承包人及其雇员就和平约束和控制的目的与方法进行良好培训;
- (c) 可能需要使用武力的重大事件必须由国家官员处理。

81. 对囚犯安全的责任,除别的事项外,似乎需要,下列标准:

- (a) 承包人和国家对于看守袭击囚犯或对之采取不端行为负有绝对责任;
- (b) 若囚犯提出要求,立刻把其移送到保护性监禁地,若在拖延期间囚犯受到袭击则负绝对责任;
- (c) 承包人对公司及雇员进行公共责任保险,无论他是否负有替代责任;
- (d) 设立规定以使国家可以验证责任,因此保险公司只能争论损害赔偿金

措施在国家监狱也是需要的。)保证措施必不可少的主要领域有：<sup>110</sup>

- 由国家监督管理和契约；
- 对公众和国家的说明义务；
- 纪律；
- 武力的使用；
- 对囚犯安全的责任；
- 囚犯从事工作。

77. 管理和契约的检验(无论在多大程度上立约承包被看作是合法的)必须置于国家的监督之下。似乎有必要以最低限度规则的形式制定一项联合国标准,以指导国家立约交由私人管理的行为。除别的事项外,似乎有必要要求:

- (a) 详细的说明,明确和具体地界定承包者对国家和囚犯的服务(例如包括放风的小时数、计划、进餐时间、同狱犯人的数目限制,精神病医疗帮助,等等);
- (b) 在契约开始时和股票所有权转让时或公司管理发生变化时对监狱公司的所有权进行仔细检查;
- (c) 建立鼓励成绩体制,鼓励承包人遵从标准,包括估价改造和减少累犯的结果;
- (d) 禁止按人头或按日计算报酬,不鼓励保持监狱满员的“希尔顿饭店”式的思想,报酬一次付清;
- (e) 通过禁止大监狱承包公司的垄断或寡头控制以维持竞争,同时保持国家监狱机构;
- (f) 经常审查合同条款;
- (g) 要求对承包人的雇员进行人员培训,使之达到国家系统中可能达到的同样水平;
- (h) 通过要求就职宣誓和履行维护囚犯私生活秘密的义务以及对不端行为进行至少与针对国家看守同样有效的制裁以加强承包人雇员的责任。
- (i) 国家官员常驻监狱以控制监狱并履行必不可少的不可委托的职能;
- (j) 常驻监狱的国家官员严格监督合同;
- (k) 经常视察。

78. 说明义务和公众可见度,除别的事项外,要求下列必要条件:

- (a) 报告程序,无论是由常驻监狱的国家官员、国家访问监督员还是由国家监察员报告,经常和定期向立法机构提交报告,随后对新闻界及公众

70. 把这一观点与正在发展中的国家责任法联系起来,该法的大意是,在为保护人权和基本自由而创造或建立了权利以后,一国对其他国家负有义务(正如国际法委员会所报告的,见上面第59段),那么,如果一特定国家的国内法不保证遵守人权,这个国家不履行其义务将不会是偶然现象,它对成为其受害方的其他国家将负有责任。权衡关于人权由于承包监狱和犯人拘留所而遭违反的所有法律和政策论点,可以论证,根据国际人权法,各国不能以承包职能的名义把其义务和责任委托他人。必须对他们实际上做了的事情进行估价,把他们的所有安排考虑在内,并在一定程度上多考虑一点对国家有利的一面。然而,最终必须应用行动比设想更有力这一准则。宣称国家责任仍存在也许不够,因为这一责任非常微弱,可以忽略不计。正如可提出证据加以证明的那样,当人权责任问题发生分歧,那些将职责委托出去的国家将负有国际责任。

71. 需要补充的是,监狱私营化的某些方式,即立约包出管理和监禁,很可能就是更差的待遇或惩罚,这违背了习惯国际人权法的准则。

72. 上述论点得到 Velasques Rodrigues 案中法官意见的支持,该案涉及强迫失踪,由美洲人权法院判决。法院明确表示,有些领域国家接近的机会有限;人权的保护必然构成限制国家权力的概念;国家必须按照人权采取行动,并建立一个使享受人权成为可能的有效体制。<sup>106</sup>

73. 各国接受《囚犯待遇最低限度标准规则》和《执法人员行为守则》,以及欧洲理事会成员国接受《欧洲监狱规则》和欧安会成员国多次接受联合国标准,这些表明国家行为应该是监狱必须由公职人员管理,尽管某些国家最近不这样做了。这一观点上面第一部分已经论述。

74. 通过立约承包监禁与管理而允许监狱私营化不能提供人权保证,而这些保证被普遍看作是适当执行司法审判所不可缺少的。当发生违反人权行为而国家的直接介入将减少其发生率时,它们却不能进行适当的控制。

75. 从上述论点得出一条原则,人权必须由国家保证,当限制人权时,必须由国家通过其适当的政府机构、司法、行政或立法机构来进行。相反,任何限制都不应该由非政府机构,特别是政治上不可接受的自治私营机构实施。

D. 由于在监狱管理和被拘留或监禁的人的待遇方面插入  
私营部门而成为必要的标准和保证措施的确定

76. 需要对私营监狱必需的特别标准和保证措施进行研究。(显然类似的保证



草拟补充法令或执行不影响个人自由的行政行为的职能截然不同,在后一种情况下,根据正当法律程序进行委托也许是合适的;国家的责任不允许它委托执行限制个人自由包括监禁犯人的权力。总之,通过立约包出管理(控制)和监禁而使监狱私营化不符合国际人权法。

67. 如果条约法和惯例不能充分解决的国际问题要通过援引世界主要法律体系共有的私法原则来解决,从而以填空方式发展国际人权法,那么又产生了一条支持这一观点的论据。我指的是代理人无权委托他人代为代理之原则。这一论点具体如下:监禁涉及人的许多基本权利;它从属于国际人权法;这不是一件完全属于国际法定为主权的决定权限的事。(显然需要强调的一点是,国内法,甚至包括一国的宪法,都无法为破坏国际法的指控进行辩护。)《公民权利和政治权利国际盟约》的缔约国通过第2条承担尊重和保证受其管辖的一切个人享有本盟约所承认的人权并采取必要的措施实施这些权利。《世界人权宣言》的序言曾宣布各国业已“自己誓愿”促进对人权的普遍尊重和遵行。重要的是决定这种责任是各国“自己”行动还是只是对任何委托进行监督和控制,负责选择发给许可证的人(监狱承包人)并了解其行为以进行控制。在决定哪种解释更可取时,似乎应当把反对委托的原则即代理人无权委托他人代为代理的原则当作国际社会所承认的一般法律原则来对待。

68. 人权法不允许除国家自身之外的任何人通过国家的工作人员限制个人自由,特别是经营监狱,这一结论在关于纪律、武力使用、伤害犯人的责任、可作说明的需要和专门由国家执行司法审判和司法权和必要象征主义的政策论据(见第45至64段)中得到加强。

69. 需要进一步研究的另一个原因是国际人权法的演变。在这项法律被承认之前,强调的是主要国家,它们对其国民的待遇是国内管辖之内的事务。这一态度本身已不再能满足需要。根据国际人权文件,人民的自决和人民的意志是政府的基础。对权利和自由的限制应由法律决定,其唯一的目的是保证对他人权利和自由的尊重和满足一个民主社会的公共秩序、道德或公共福利的正当要求。<sup>107</sup>最后,各国已承担尊重和保证这种权利。正如美国 Filartiga 诉 Pena-Irala 一案中所指出的,把酷刑作为违反国际人权、《联合国宪章》和人权文件的行为来处理:

“审查了国际惯例法的来源--各国的惯例、司法见解和法学家的工作--以后,我们的结论是,官方酷刑目前被国际法禁止……。引用的条约和协定 …… 都清楚表明国际法授予所有人民针对其自己政府的基本权利。”<sup>108</sup>

遍接受时),但在看待监狱管理的私营化时,回到社会契约理论上非常必要。一位美国作家对这些问题进行了明确的总结:

“因此,惩罚权通过社会契约被置于国家的手中,一旦政府之外的实体试图对罪行进行惩罚,社会契约就遭到了违反。为保持合法,实施惩罚的权力以及由此而来的限制那些违反社会法律的人的自由权利必须完全置于政府机构的手中。”<sup>100</sup>

这一政策体现了原来、也许现在仍是最主要的政府存在的理由。<sup>101</sup> 即使司法审判或惩罚由私营监狱公司免费进行,或就此而言由治安“警察”或刽子手执行,私营化仍是一项违背社会契约的政策,人民是通过社会契约表示对政府的同意的。<sup>102</sup>

C. 审查与限制人权特别是拘留和监禁权有关的国家权力和责任的根本基础以及对于委托国家义务、权力和职能的权力的法律限制

66. 前面关于国家不能委托刑事审判职能包括其执行和实施的政策论点可以进一步发展为国际人权法的规则。这在理论上极大地关系到涉及国际人权法中国家对其公民的人权实行限制的能力的国家权力的限度。这一复杂的论据如下:人民的意志是政府权力的基础(世界人权宣言第21条);法律之前人人平等、并有权享受法律的平等保护(世界人权宣言第7条);所有人民都有自决权(两项人权盟约的第1条);自决包括国内自决,即选择政府的形式;各国人民已行使其自决权建立了国家,并赋予这些国家的政府机构(根据法律),除别的事项外,执行司法审判和根据法律管理人权的权力;“根据法律”不仅指国内法,还指法律有必要符合法律原则或法制原则;<sup>103</sup> 法律原则要求国家自己行使人民授予它的司法裁判和管辖权;司法裁判是国家的专有特权,允许国家根据法律限制个人自由,但这是国家自己的义务和责任,国家具有选择人的权利,<sup>104</sup> 作为公众利益的受托人且为此目的被授予警察权,它具有特定的必要特征<sup>105</sup>;公民给予国家履行其义务的权利;公民给予国家根据法律原则剥夺其个人自由的权利而且要国家自己剥夺这一自由并自己拘押公民;不可避免的是,国家作为人为的法人必须通过其雇员和机构采取行动,<sup>106</sup> 进一步委托给非国家公务员的第三方将成为影响个人自由的管辖权再委托,这是不容许的;反对管辖权委托的原则是一项自13世纪以来在各国施行的宪法原则,它来自罗马宪法;把国家的责任和义务与实际履行职能分开,并宣称这是为了委托管辖权的行使职能,特别是执行司法审判的职能,那么只要责任仍属于国家就行为,这从概念上来说是不符合上述原则的,这与

方面的报告也不会发表。也不期望承包人或管理员提交年度报告。然而，皇家监狱管理局的年度报告将包括某些关于公立和私营监狱的运转状况的信息。<sup>94</sup>由指定的监狱访问者组成的独立委员会也许会发表报告；议会中的内政特别委员会将接受大臣和内政部公务员提供的证据；监狱总稽查长将进行视察（大约每两年一次）。

63. 一个人们特别关切的问题是，尽管公众信息的主要来源是新闻界和慈善基金会的报道，例如监狱改革信托基金会，但其出版物会因私营承包人认为是诽谤而起诉。英国的诽谤罪法不象美国法律那样保护对公司或公共领域的个人活动发表评论，在美国，言论自由符合公众利益，只要评论是善意而不是恶意的。也不存在禁令或出版前的约束。私营监狱公司因此将能够颁发禁令令状。与此相反，如果监狱是公共管理的，诽谤罪法就不适用了，因为一个公共机构不能在诽谤诉讼中作原告。因此在英格兰和威尔士，监狱管理从公共向私营转变实际上给公众对私营监狱的批评贴上了一个法律封条，除非这些批评不超过严格的诽谤普通法的限制。只有在议会里才能绝对安全地批评私营化监狱的管理。

64. 第五个主要的政策论点是，从象征意义上讲，只有国家有权执行司法审判并强制实施，因为只有这样司法审判在那些被审判的人眼中才有合法性。<sup>95</sup>这个问题中重要的是政府从哪里获得惩罚的权力，以及如果受到政府之外的实体的影响惩罚是否合法。根据现代国家理论，政府被允许实施这一权力是由于社会契约的概念，人民订立契约以建立国家，把他们创立和实施法规的权力交给国家，作为回报他们获得国家的保护。根据这一契约，社会成员同意接受国家的法律并允许国家在他们违反法律时予以惩罚。约翰·洛克，社会契约的现代早期主要倡议者，第一次系统提出了立法权不得委托的政治学说，尽管在他很久之前的 Henry de Bracton (1250年) 曾发表看法说，国王不能把赋予他的管辖权委托给别人，因为应该由国王主持正义并进行裁决。<sup>96</sup> Bracton 从罗马法和寺院法中采用了一些术语来处理司法权委托的问题。他主张，国王受到一种“信托”的约束，这一信托不仅来自上帝，也来自他的臣民。<sup>97</sup> 国王被“创造和选举”以维持和维护正义，他不能够转让这些权利因为他是作为受托人持有这些权利。<sup>98</sup> 持有这种想法的不是 Bracton 一个人。管辖权由人民委托的看法深植于欧洲国家的宪法传统中。<sup>99</sup> 事实上，中世纪的政治理论家们关于统治者和人民之间的合同及契约的著作不仅仅是形而上学的推论，也是关于统治者得到公众（人民）承认的合法结论，统治者的权威和管辖权依赖于人民的同意。管辖权是一种信托的看法正是中世纪的国家惯例。Bracton 关于管辖权不能委托的阐述很快进入了普遍的立宪思想。

65. 尽管很难使实用主义思想家相信政治理论的重要性（即使一特定理论被普

案(自1985年以来拟订的案文),如果国家源于一项多边条约或习惯国际法的规则的权利受到另一国家行为的侵犯,而且确实认定这项权利的建立是为了保护人权和基本自由,则受到侵害的是国家。<sup>88</sup>现在可以说,禁止残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚是习惯法的一项准则,尽管这项准则的内容由于究竟何种情况构成对这项禁止的违反尚不确定而引起某些困难。在一切情况下,如果国家特别是监狱私营化的国家的国内法在制度上不能保证《公民权利和政治权利国际盟约》和习惯法承认的人权,联合国会员国就必须感到关注。只要存在着责任和补救办法方面的疑问,从政策上讲就有强烈的理由认为监狱私营化有可能侵犯人权。

60. 关于管理包括监狱在内的刑法体系必需有明确的公共责任的第四个政策论点有若干方面。首先需要使人民作为主权者那样得到情况通报并有权了解情况(与第19条有关),以便能够评介政府的实绩和负责任地治理。第二,需要使人民看到从而确保国家正常行使着按照人权提供监禁条件的职责。第三,为了使人民信任刑事司法制度,必须使人看到这一制度的正常运转,<sup>89</sup>所以仅有国家的秘密监督是不够的。第四,监督是困难和耗资的工作,在进行时往往不了解私营公司的内部资金数据和决定,负责特定刑法政策的官员在这项工作中出于自己的关系或很难找到替代办法而不愿意对侵权行为进行调查。<sup>91</sup>第五,必须保持最终的公共控制和责任,这样政府必须有权通过一名部长或在部长直接领导下的制约机构给予指导。同样,法院必须保持控制。控制权的必要性对以承包管理为形式的监狱私营化来说引起各种困难。由于关系属于合同性质,除非在合同中写进特定的例外或法律有此规定,国家受到合同条件的限制。所以,除非以后修订合同或通过更具权威的法定权力,国家不能使承包人接受新的刑法安排或标准的约束。承包也不必接受对于不履行行为的国法补救措施,可加利用的只有合同和违法/侵权补救办法。<sup>92</sup>

61. 信息方面非常重要,有必要阐明它会引起什么后果。除非公众了解有关私营监狱公司的信息,包括主要的股东、资金、合同价格、费用、符合所需标准的最后契约、遵守的标准、工作人员的配备,还有一些细节,如专门人员职类和级别、培训计划、服务条件、应急安排和通知期限,否则就不可能估价公众和囚犯对监狱标准的关切是否得到满足,是否发生了问题,以及可能在酝酿着什么事。到目前为止还未完全公开所有这些方面的情况,在昆士兰,标准和经费都被当作商业秘密对待;在英格兰和威尔士,财务细节、人员配备细节、利润水平、应急计划、通知期限等等都是“商业秘密”,主管大臣拒绝提供这些细节。<sup>93</sup>

62. 英格兰和威尔士已立约包出的监狱的管理员只向皇家监狱管理局(内政部的一个机构)提交报告。报告中有管理方面的信息,被看作是秘密的。关于提供服务

况，这种权利、职能和地位被用于了违背初衷的目的。

56. 在美国，“42U.S.C.A.§1983”允许对下列情况起诉：通过指定官员行事的各州；或国家造成由私方剥夺了个人的宪法或法定权利的情况；或传统和正常情况下由国家行使的职能转交私方代理代行。显然，当监狱承包人或其雇员侵犯宪法权利时会以“国家行为”或“打着法律旗帜”的私人行动的面貌出现。<sup>84</sup>如果侵权程度不足以使法院认为情节残忍或给予了非同寻常的处罚或违反了正常程序，就不会有任何补救措施。各个法院在关于何为侵权的问题上对监狱管理者一向取尊重的立场，不愿意干预监狱部门的决定。它们认为，原因在于监狱问题复杂，要求

“专门知识、全面规划和投入资源，所有这些都特定属于政府立法和执行分支的权限范围的事务，”

除在特殊恶劣的侵权情况下，法院不应干预，并把这一思想付诸实施，允许对囚犯进行处罚性隔离关押、限制邮件、多人同关一室、禁止来访和限制参加改造方案的条件。<sup>85</sup>

57. 囚犯经常既受惩罚又成为受害人：除了被监禁之外，囚犯面临着其他犯人的严重威胁。1987年在美国的联邦和州的犯人中有6.5%处于保护性拘留之下，这种拘留是为了对犯人暴力行为的可能目标加强保护的一种隔离关押形式，但其中的条件与对违犯纪律者的处罚关押条件相似。<sup>86</sup>不将这种人转入保护性拘留可能会造成对囚犯的严重伤害，为此他们很少有针对国家的补救办法，就囚犯受害而言渎职并不引起责任。<sup>87</sup>对私营承包人来说此类事件可能会更为经常地发生，谋求利润和减少工作人员会引起甚至更大的侵权可能。看守对于造成的伤害没有责任，伤人者也没有赔偿损害的手段，而造成囚犯权利受到侵犯的只是他被关在监狱里这一事实。

58. 最后一点是，监狱从国家管理转为私营影响到犯人的安全。在所有的监狱里都有一条重要的社会规律，即同狱犯人暴力行为的受害者不敢提出控告，因为在告发之后会受打击报复和遭人蔑视。处于这个原因，必须对犯人行为保持监察和配备充足的人力。私营部门不会有提供后一项内容的动力，所以关于虐待犯人责任的国内法具有的缺陷就会变得甚至更为严重。减轻这种不良影响的一个办法是(已在联合王国私营监狱实行)在合同中明确，承包人必须为公共责任充分保险(以防监狱内外的公众成员提出索赔)，但是这并没有解决违法/侵权法中的不足，而这恰恰是纰漏的根本所在。可能唯一的保障是对人身安全的绝对责任与义务性保险制度相结合<sup>88</sup>，但采用这种办法会随之减少纳税人的成本效益。

59. 国家责任法正在迅速地发展着。根据国际法委员会关于国家责任的条款草

人权或公民权利的某种特定补救办法也都会构成问题。如受害人是外国人则引起的问题较少，因为国家责任法使国家承担国际责任。在国家接受个人根据一项世界性或区域性人权文书提出申诉的权利时，同一立场照样适用。但是，囚犯的大多数是本国国民，许多国家尚未批准此类文书。

54. 在本简述中研究国内违法/侵权法的技术细节和缺陷是不妥当的，只能指出，这影响到国家对受看守虐待的犯人，对监内受其他犯人欺凌的犯人及对越狱发生后人权可能受危害的公众负有的责任。国家的国内法在国家雇员滥用权力时提供给他人的保护往往不足。更不必说在中间插进一个承包人，甚至可能是承包人的转包者，会使国家越隔越远，回避为此种承包者的雇员的过失和滥用职权应负的责任。<sup>80</sup>

55. 主要的普通法国家是监狱私营化的主要倡导者，它们就是以这种办法制订自己关于监狱生活的规章的，规章只是制约性的，并非强制性质，这样就没有确立在发生违反的时候可采取行为的权利。<sup>81</sup> 在这种情况下，仍然存在着国家对犯有过失的国家雇员采取纪律行动的可能。但甚至可能的威慑作用也会随着私营承包人及其雇员接管监狱而消失。执行公务中的侵权过失应承担的责任也不会有，因为这些人不是国家工作人员。同样对于这些规章能否按照国家法律补救办法如司法审查那样用于诉讼也存在着疑问。举例而言：如果私营看守违反英格兰和威尔士监狱规则将一名犯人关入狭窄单人牢房达数日之久，在一定程度上给予侮辱性的待遇，不过以后又让他回到自己的原来监室，那么这名犯人就没有针对国家、承包人或承包人雇员的补救办法，因为他没有受到金钱上的损失（这对提出渎职申诉是必要的）；也没有发生错误关押，因为他是依法入狱；不会采取针对违犯法定职责的行动，因为监狱规则没有赋予这项权利；而且由于此事情节严重程度是否构成人身伤害尚有疑问，对承包人雇员提出这样的指控可能会失败；即使发生殴打，国家和承包人也没有责任，因为雇员可能是在其实际和表面的权限之外行事，只要禁止不再犯就行了。这个例子强调的是代理责任法所具有的局限性。<sup>82</sup> 另外，由于联合王国没有全面的公民权利宪章，有就没有这类侵犯人权的补救措施。对无财产的事实肇事者（私营承包人的看守）提起诉讼的能力帮不了侵犯人权行为受害者多少忙。虽然在同样情况下国家有不承担责任，但从务实的政治角度出发国家经常会以特许方式赔款。相比之下，私营化就不会这样办，在国内补救办法用尽无效之后只有向欧洲人权委员会提起申诉。着类申诉将会引起与国家对第三方行为的责任有关的种种问题。<sup>83</sup> 这表明在国家为侵犯囚犯人权而本来应当承担的责任方面有着制度上的缺陷，因为会发生非法使用国家授予的权利、职能和事实上的地位的情

50. 由于监狱官员有其自行决定权，法院和政府部门又不愿意进行干预，人们十分关注的是，鉴于报告和制约的初始步骤不由私营承包商的雇员采取，也就不会行使纪律权力。对监内犯人之间的斗殴、吸毒等等“睁一只眼闭一只眼”并有意回避，使受殴打攻击的犯人的人权受到严重危害。在新近私营化的监狱中与过去由私人管理监狱时一样正在出现这种现象。”在美国有人说，私人监狱公司不愿意提起纪律诉讼，因为让看守参与纪律诉讼需要费用，犯人也有争讼的可能。私人看守甚至比国家监狱官员更不愿意亲身干预监内的严重贩毒活动，因为这类活动往往引起袭击殴打事件。应补充的是，身受其害的工作人员在心理上也受到影响，其愤恨转移到了所有犯人身上。

51. 第二个主要的政策论点是，国家应有对监狱的垄断力量，其根据如下：监狱的特点必然是安全需要，由于其中关押的是犯人，监狱内使用强制力必然是连续性的，只是程度时高时低，大规模使用强力并不是偶有发生的事。有时无辜卷入的人人受伤；不时需要实行对人身的管束，至少采用手铐、强制搜查手段，有时还采用其他办法；可能由训犬员使用警犬；始终需要采取措施防止越狱，制止犯人斗殴和制止暴乱；必须有受过训练的控暴管束队；必须有应付大规模暴乱的应急队；单凭公民私人保护自己或他人的力量或单凭公民使用合理武力逮捕重大犯罪事件的人犯或防止其逃跑的不明确的权利范围是不可能提供此种程度的力量的；简而言之，只有国家通过其雇员才能行使适度的权力。更为关键的是，承包人及其雇员是私人公民，除了他们的权力有限之外，还有一个问题是任何公民不得侵犯其他公民（囚犯）的人身健全和人身安全权利或其他有关人权。

52. 不同的国家以不同的程度承认这一论点。美国有的州特别授予私人看守防止越狱的权力，而且在使用致命武力时予以保护，免于被追究责任。有时这些看守成为“代理人”。其他一些州将国家教养管理人员用于监狱周边地带的保安。在英格兰和威尔士，授予监狱看管官员一定的法定权力，在必要时使用合理武力确保良好秩序、纪律，防止越狱，防止、侦察和报告不法行为的发生和企图、或照料囚犯的福利。<sup>78</sup> 公认的是，如果授予这些权力，就需要对此类官员进行适当的审查和训练。<sup>79</sup> 另外公认的还有，克服私营监狱的重大困难局面是国家的责任事务，在这种情况下内政大臣有权在一定时期内任命一名国家公务员为监狱总监。总监将行使私营监狱主任或监查员的所有职能。事实上将会命令军队、警察或国家监狱的部队前往恢复秩序。

53. 第三个主要政策论点是如果监狱私营化，可能会更经常地发生剥夺对侵犯人权事件进行补救的情况，因为国内违法/侵权责任的范围有限，有或没有对侵犯

47. 关于私营部门参与是不明智做法的第二种论点以人员训练标准为依据，这种标准影响到他们的能力和态度，并且提到工作人员的服务条件造成值勤时间过长，引起疲劳和恶劣的态度，会拿犯人发泄出气。可能与私营部门责任相关的一个特别重大的失败是在种族歧视和为确保不发生这种歧视的人员政策方面。<sup>71</sup> 由于合同规定属当事各方商定，除非明文规定要求承包人遵守国家最新监狱指导原则和通告文书，否则它们没有什么约束力，因为这会与合同内容不符。因此，合同刻板不灵活意味着无法执行最近期修改的标准--除非在以后审查合同时予以补充修订。<sup>72</sup>

48. 就美国国内法下的安排而言，一名美国人就私营部门不宜参与纪律性事务的第一个主要政策论点提出的问题写道：

“扎根于国家之警察权力中的还有将犯人分类，确定在监狱中对何种行为可加处罚，并规定有时可能会引起对犯人制裁的纪律诉讼的权力。所有这些职能都影响到犯人被关押的时间长短。在多数司法管辖中，分类决定着一个犯人可得到多少记录为表现良好的时间。对犯人实行的任何纪律措施均列入记录，而记录影响到的是争取假释的资格。另外，由于记录措施而失去表现良好的时间累计可能会延长犯人的在押时间。这类职能无异于徒刑判决。私营部门能够界定应加惩处的行为、对犯人制裁、并延长关押时间吗？”<sup>73</sup>

如进一步分析，纪律的各个方面包括制定纪律守则以界定应加惩处的行为和予以的制裁；关于将违犯者分门别类，据此对其实施不同的监狱制度；就监狱内的事件提出报告(和建议)；搜查、逮捕或制服违纪者；对其提出纪律指控；在任何听证或裁决时作证；认定事实和实行惩处，除其他外包括单独监禁(丧失剩余的联系自由和人身自由)，<sup>74</sup> 增加关押天数(如有自动提前释放制度)或需增加“表现良好的时间”(如有条件释放制度)，在任何一种情况下均为延长关押时间；作出上诉决定；执行惩处决定；向假释或批准当局报告事件和判决，这类当局的决定将受此报告的影响。虽然有些职能属于裁决性质，有些属于控告性质，但是所有这些都是半司法性的，关系到的是刑事司法。

49. 有人对私营监狱经营者参与所有这些职能表示关注，因此美国有几个州仅将其中一部分分包给了私营监狱承包商。其他的一些州将所有这些职能全部承包了出去。<sup>75</sup> 为了保持国家控制，英格兰和威尔士的办法是制订一套核心规则，由国家供应的数据库提供关于分类的指导，纪律诉讼由监查员判决，向押候合同股股长提出上诉，其余的职能交给承包者。承包者的监狱主任只能在紧急情况下方可下令使囚犯与他人隔离，在特别囚室内临时关押或实行任何其他特殊的控制或限制。<sup>76</sup>



罚。五项论点如下：

- (a) 纪律权力和职能仅应由国家行使，因为在剥夺人身自由的机构内实行的纪律可减损其剩余自由或延长其拘禁期，属于准司法权力，无论从程序还是从实质而言都仅应由国家行使；
- (b) 仅应由国家执行制服犯人的强制手段；
- (c) 侵犯人权(在监禁期间可能会经常发生)的责任必须是国家责任，第三方私营承包人及其雇员的干预及违法行为责任的各种国内制度在实践中会过于经常地剥夺有效的补救办法；
- (d) 国家必须对刑事司法体系负责，并将这种体系公之于众，使人们了解情况，看到这一体制的公正运转，人民作为主权者得到信息以便负责任地进行管理。而在私营部门插手干预的情况下，保守商业秘密会掩盖实际运行情况，只有国家官员才能进行监督，而政府在许多方面的经验已经证明官方没有充分行使这一职能的能力；
- (e) 就象征而言，只有国家才有司法权力并通过强制手段执行这种权力，因为人民赋予国家的这种固有政府权力的合法性取决于国家对这一权力的专属行使。

虽然这些原则论点可以通过保障安排(见下文D节)在一定程度上加以应付，仍可用其说明国家以合同方式分包监狱管理的制度可能构成非法下放权力的原因(见下文C节)。

46. 另外，反对者还提出了两项慎重行事的论点，它们部分重复了A节所列的意见。第一项论点是，监禁处罚的日常管型侵犯人权的可能很大。即使政策并未指出国家不应把这一职责转授给私人，实际常识也要求不能让私人掌握除其他外的下列权力：通过关于犯人的报告或甚至纪律决定延长监禁；划分囚犯类别(这影响到犯人获得赦免的能力)；决定犯人室内关押和剥夺与他人交往的时限；检查囚室内物品和犯人信件；限制遵行重大和义务性宗教礼仪的权利；因掌握犯人记录而侵犯隐私权；迫使囚犯为承包商劳动。将保证囚犯不受其他犯人暴力的职责赋予私人也是不明智的，尤其是有些犯人有人格缺陷，被指控或犯有虐童罪，或被视为软弱或因年轻而经常受到同性强奸，因此更不能这样做。<sup>70</sup> 另外还可能提出，私营企业通过其雇员对囚犯施加处罚本身就是一种有辱人格的处罚：以“监禁公司”或“米老鼠监狱股份有限公司”这种名义实行监禁没有表现出对人固有尊严的尊重(特别应考虑到其中关系到有些建筑和保安公司)。被监禁的人所抱有的期望必然是他们将受到自己接受其管辖的国家的监禁。

场在最初是竞争性的,但逐渐会发展为一种巩固的产业,在为一阶段竞争就会消失,费用方面的益处也会随之消失。<sup>65</sup> 甚至更为严重的危险是,如果国家不能回到竞争性市场将合同重新招标,对滥用权力进行的制裁将不能有效地制止甚至已被查明的侵权行为。对所涉公司加以重罚,迫使其在合同结束时或在合同期间就退出经营这种做法会很局限,也不会有人乐于这样做,因为在没有竞争者,国家又已经废止了自己的监狱服务的情况下进行转换肯定会导致严重的后勤问题。<sup>66</sup>

(h) 私营部门参与监狱行业将是创造财富的一个机会。美国官方1985年的一份研究报告指出:

“定期定率租赁向投资者提供的是资本增值和非现金亏损,在纳税时可用此抵消现金收入,包括减值和投资减税额。租购安排使投资者能从税款中扣除与定期租赁付款有关的利息部分。租购向投资者提供稳定的现金流动并早日得到投资收益”。<sup>67</sup>

反对者认为,在对待罪犯的问题上利润是一个违背原意的因素,他们虽然承认私营部门的雇员可与公有部门的雇员一样无私,但否认非慈善性的公司能不顾是否有利可图地管理监狱事务,尤其从长期看这更不可能。对此提出批评的人指出,在营利性管理监狱与改善犯人条件之间有着根深蒂固的利害冲突。他们声称,保持利润的需要将使私营监狱公司裁减工作人员和各种方案,因为人员费用占监狱预算的最大部分(60%以上)。<sup>68</sup> 简而言之,他们认为由于注重费用问题私营监狱的状况从长期看将会恶化,而国家只要作出预算规定,必然按照拨款用钱。<sup>69</sup> 真正的问题在于,犯人的人权最终是否会因为从利润角度出发的决定而受到监狱条件的侵犯,使其剩余自由减少,受到有辱人格的待遇或失去改造性措施。可提供的答案是,国家的监督和保障可排除这种情况的发生,下文将对此加以概述。

## B. 对进一步原则化地反对监狱私营化政策论点和一些慎重行事论点的分析

45. 除了反对监狱私营化赞成者提出的政策论点之外,反对者们还对以合同方式转让管理权提出了五项原则化的政策论点,不仅反对国家向管理承包人转让监狱的所有事务,而且尽管保留国家监督,也反对由承包人负责拘留职能和实施处

想”。<sup>55</sup>

据称利用有适当技能水平的私营部门服务具有的另一个优势是使相互重叠的服务合理化，特别是利用私营护送服务替下有技能的警察和监狱工作人员，使其回到专业岗位。<sup>56</sup> 关于技能问题，反对者提出，私营部门的培训标准低于公有部门的标准，尽管规定每个私营监狱的监管官员必须由内政大臣证明不但健康正常，而且受过训练，达到了一定的标准。不过，至少有一位公共监狱的监狱长曾经赞许过私营部门的训练方法、体检程序和标准，说一所私营监狱是他“所见过的最好监狱”。<sup>57</sup> 与此相反，对同一监狱运行一年之后进行的检查致使政府拒绝公布基本的人员配备资料和认为人员水平大有问题。<sup>58</sup> 公有部门反对私营化的工会也指出，私营保安业水平低、问题严重，而这种保安业恰恰是要管理监狱的集团的一个组成部分。<sup>59</sup>

- (g) 在美国，为回答财政方面的问题，提出了所需费用，美国不能为了建造新监狱而提高公众已经认可的税额。另外有人说，私营监狱较为廉价(费用取得的效益较高)，可以把钱转用于改造方案和改善条件。其原因在于私营建筑公司能较快和较便宜地造出新的和设计较好的监狱，并可通过减少雇用人员有效地控制管理费用，这种工作人员将不是那些有限制性作法和提供慷慨得超出必要范围的服务条件的工会会员。澳大利亚的有些数字反映出节约了大量公共开支。<sup>60</sup> 在美国，乐观的看法认为有节省25%管理费用的可能，而悲观的看法认为，在监狱这类长期业务中结果不会有利可图。<sup>61</sup> 美国的结果引起了争论，反对的人认为从经济上的可行性和从标准上衡量都是失败的。<sup>62</sup> 一名美国人简明扼要地阐述了目前关于费用方面好处的意见：

“在实践当中，转向私营监狱证明对某些方面是减少了开支，但对另一些方面来说却加大了开支。在公有和私营监狱中节支和超支的例子再清楚不过地说明，国有监狱的绩效并不是一律不好，私营监狱的绩效也并不是一概全好。对于私营监狱将会节省纳税人的钱这种说法，公众无论如何也应保持怀疑。现有数据根本没有提供依据可以从中得出结论认为私营监狱会比国营监狱更有效率或会减少纳税人任何开支”。<sup>63</sup>

在联合王国进行比较有些困难，但迄今为止显然国有监狱比私营监狱的开支少，规定的标准较高。<sup>64</sup> 从长期角度看的一种危险是，虽然市

为私人工作必须自愿,但公约尚未得到普遍批准,美国有些州也有类似的法规。至1985年为止这方面相对较少的经验表明,犯人从私营部门得到的酬劳较高,愿意工作。<sup>51</sup>

- (e) 监狱私营化在意识形态方面的理由是,应该缩小政府活动的规模和范围,应下放管理权。在这方面尤其认为,公务部门已经变成了僵化的传统官僚机器,必然带来管理不善和向监狱下达的一系列无法强制执行的公文。近年来联合王国的政府制订和实行了公务部门应向公民负责、争取提高服务质量的政策。内政大臣在提到政府已对公务部门实行了“大胆”改革时解释说:

“我们必须保持变革的势头。我们已经对铁板一块的旧制度提出了挑战,这种制度表现出的是一而再、再而三的自高自大:它先是决定人民需要的是什么,然后又自行决定如何满足人民的需要。”<sup>52</sup>

反对的意见是,拘留和看管犯人应是公有部门的专属权力,内政大臣将之斥为毫无“意识形态根据”。<sup>53</sup>

- (f) 有人提出,在监狱系统中同时保持公有和私营供方混合经济效率较高,因为竞争具有有益的影响。联合王国内政大臣对此作了清楚的解释:

“竞争刺激将会全面提高监狱系统的水准。较多的供方意味着更多的革新、费用产生较高效益和对系统中最佳和最差者之间进行实际比较的依据。一句话,对犯人和公众来说都是件好事。监狱与其他部门一样,需要不断和勤奋地追求服务质量和使费用产生更好效益。这正是竞争将要刺激的东西。监狱不再应当是在中央集权的垄断下得不到竞争益处的什么独特人类活动。英国监狱部门的失败是中央集权垄断制度在生活的任何方面都会遭到失败的最好例证”。<sup>54</sup>

在混合制度之下公有部门也可投标争取管理监狱(无论是新设监狱还是经过整顿的监狱),这一过程称为“市场检验”,公有或私营部门中凡能以明确规定的产出使费用产生最大效益者就中标。“市场检验”可能会被看作是对公有部门的一种“刺激”,但只要各公司进入提供监狱服务的业务,它们就会急于在这一市场中展开竞争。联合王国政府认识到了这一点,设想:

“私营部门越来越多地参与监狱管理,带来竞争和新的思

部门) 必须正视和澄清自己希望实现的目标。这种管理方法有一种催化作用, 迫使政府考虑它们争取的是什么样的“产出”, 而不是单纯被动地应付法院或警察送来的囚犯问题或某种重大监狱事故。对私营化监狱的规定远远超过了早先在联合王国和澳大利亚监狱适用的任何规定。<sup>47</sup> 在联合王国, 此类规定的草案要求拟订甚至更详尽的标准, 于1994年4月起适用于所有国有监狱。对于认为监狱私营化有种种好处的这种论点, 反对者提出, 这只不过表明规定标准的是政府, 而不是市场, 而且也应该由政府管这件事。由政府规定标准不会因为把私营部门扯进来而使问题复杂化, 如有私营部门参与其事, 就必须监测实绩, 监督囚犯的权利是否得到了应有的尊重。反对者关于解决工会障碍的意见与此大体一致, 即解决雇员不足是政府尽职与否的问题, 与私营化无关。就这两个例子而言, 可能的答案是, 私营化比起应付工会和争取全面增加监狱预算来是一种较为可行的改革办法。联合王国的监狱私营化反对者还提到, 该国的私营化监狱机构的管理标准要高得多, 所以费用也大得多, 究竟用了多大开支甚至不肯向议会透露, 理由是“商业机密”。反对者认为, 这样做的目的是通过监狱双轨制突出公有部门实行的低得多的标准, 它们就能反过来为进一步贬低公有部门找到理由。<sup>48</sup>

- (d) 这犯人工作的最有效办法是使私营部门参与其事。需要让犯人从事有用的工作的根据是, 相信工作是人的尊严和自尊的一种表现形式。另外还认为, 工作具有改造人的作用。此外, 从经济和道德思维相结合的角度出发, 有人提出如果犯人不能工作就没有能力维持自己及其家人的生活, 会增加纳税人的负担, 而反过来这些方面的失败又会对犯人的尊严产生影响。简而言之, 防止犯人闲散造成的自暴自弃作用、帮助他们重新做人和从事释前准备工作及为国家赚取收益被看作是相互联系的因素。<sup>49</sup> 在这种动机之下国营产业有所增加, 并使犯人在监狱机构内外为私营公司工作。<sup>50</sup> 有人说, 如果二者必取其一的另一条道路是犯人的懒惰, 从道义上讲就必须接受私营部门的参与。除了劳工工会之外, 没有其他方面反对这种参与, 工会担心的是会出现剥削廉价劳力的情况。刑法改革者一致关心的是确保不发生不公正的剥削情况, 因此主张不论在公有或私营部门只要有人工作就必须订出可强制实行的健康、安全和工资标准。而且, 尽管劳工组织第29号公约规定犯人

A. 研究赞成监狱私营化的论点和就此提出的反论点

43. 以下论点中有不少是相互重叠的,其根本依据是监狱私营化的赞成者和反对者都主张的道德原则,他们的分歧在于这些原则的适用和所作的实际评估。有时会有意识形态分歧,即相信原则上应当缩小政府的范围和规模。研究这些论点时应当随时考虑到,将其列出的目的是了解监狱私营化正在铺开的原因,对可能会对囚犯人权造成有害影响的任何因素保持警觉。这样做的目的不是要评价管理监狱的最有效方法或决定哪一种方式会给囚犯带来较高的一般福利水平,因为这是关于慎重行事的问题,无碍于人权的首要地位。

44. 赞成的论点及就此提出的反论点为:

- (a) 实行改革必须有私营部门的参与。国营监狱犯人拥挤、缺乏卫生、通风和供暖条件、噪声过大、囚犯暴力严重、没有改造方案、看守侵权、纪律措施严酷、犯人之间的联系有限、犯人被关入囚室的时间过长,早已成为“人道主义的恶梦”。<sup>43</sup> 监狱暴乱不断发生。在美国,关于即减缓监狱超员情况的法院命令及公众不愿意为改善监狱供资而增加交税的情绪促使改革者诉诸立法改革,尝试法院管制办法,并最终想到了由私营部门参与的替代办法。大致相同的动机促进了法国、澳大利亚和联合王国的私有化改革。
- (b) 私营部门的参与将消除工会权力对改革造成的障碍。一些反对改革的监狱专业人员阻碍了改革的尝试。“延长囚犯室外放风时间意味着需要增加值勤的官员。在监狱的特定环境下有一种默契,认为监狱内的安排应方便监狱官员,因此限制性的作法相当严重。许多监狱官员对犯人的改造抱着无法改变的不负责态度。因此,政府对于监狱官员工会控制监狱运转状况的权力大小感到关注。美国、澳大利亚和联合王国都有这种情况。<sup>44</sup> 政府认为私营化是迅速实行改革的一种办法,不仅能够通过新的和经整顿的监狱,而且通过增加灵活性和消除官僚主义的拖拉作风及态度僵化引起的障碍创造较好的条件。反对这种私营化的人认为,这种步骤是“打击工会”的一种形式,在工会力量薄弱的美国各州以此来剥削劳动力,以较低工资、较长工作时间和减少退休金和社会福利得来的替代性劳力来有害地影响公务员(监狱官员)的服务条件。<sup>45</sup>
- (c) 提高监狱管理水平的最好办法是详细拟就管理合同,使政府(及其教养

制性行动(并确实对人权实行限制)的权力从何而来,国家在使用人民赋予的权力时其行为方式是否受任何限制。另一个问题是,如果存在此种限制,那么国家超越这些限制时是否可按国际法追究其责任。

41. 如果允许“监狱私营化”,无论是部分或是尽可能彻底的私有化,就必须考虑是否需要以指导原则和标准的方式订出补充性保障规定以便管理私营化监狱的运转。

42. 最后,必须指出,如国家在有适当保障规定的条件下可合法地将监狱私营化,这就创立了一项重要的原则,形成在国家有义务维持秩序、司法和执法并可就此对个人的人权加以限制的相近领域内援引照搬私有化的先例和理由。将来这类领域可能是警察的责任范围,届时就可以把这种作法解释为对国有化产业或重要公用设施的特种保安队(铁路警察、机场警察和港务警察等等)原则的扩大适用。一些国家的政府部长在谈到监狱私营化时已经相提并论地讨论了把警察概念发展为向“顾客”(公众)提供“服务”的设想,目前已在要求审查各种现有地方队伍的绩效优劣。<sup>40</sup>如果国家授权不受限制,保安公司就可以提出管理警察队伍。同样的论据还可用来扩大对刑事犯罪的起诉权。在国家不能保护个人对刑事第三方所具有的权利时,能够给予保护的最终保障就是采用自诉的权利,但是国家可通过公开撤回诉讼予以制止。这一先例可被援引为扩大权限的理由,在公司为版权和其他犯罪及债务等等提起诉讼时已经发生了这种情况。<sup>41</sup>如果较为经常地发生自诉,就须订立规则将调查、起诉和裁决职能分开。关于民事诉讼行为的私营化,不应反对“替代性债务解决办法”,原因在于这属于自愿性质,可被视为仲裁的延伸,并不由此确定整个社会的法律和准则,因为做出的决定不属先例之列。然而,如果私立法院的管辖权想要具有强制力,使个人处于其管辖之下(这是一项已经得到倡导的政策),<sup>42</sup>这种民事司法私营化就应与监狱私营化相类似。一旦可实行私营化的职能性质不受限制,就不难想见国家安全可部分私营化,首先是通信的各种技术领域私营化(这将会侵犯隐私权),以后是由受过训练的私营保安卫兵部队制止严重的公共秩序混乱。但是,很可能无法想象政府会以合同方式把职能转交给雇佣兵的武装团体,尽管在一些革命当中曾经采取过这种作法。最后一种可能的未来动态是,如果国内税收职能私有化,特别是税务档案的计算机输入输出工作私营化,曾经只有国家通过其公务员才能了解,而且只有国家税务视察员才能了解,不许其他有关国家部门的官员知道,处于谨慎戒备之下的信息就会交由私营企业处理,隐私权可能受到侵犯,函件往来会被泄露。由计算机公司处理社会保险和照料儿童记录也有同样的风险。

(e) 各国都有定期或临时性审核和评定的规定看是否遵循了合同中具体规定的高标准。各项合同可定期作出修改,并不得延长。例外情况下,也可取消合同,但取消合同往往会引起法律争端,替代安排方面的困难,因此,必须只能是最后决定采取的办法。

36. 凡定有较为完善的公共行政法以维护一整套行政权利和由特别行政法庭支持行政监督机构的国家,都未把管理权交赋予私营部门,这是十分突出的一面。在一些具有后者特点的国家,国家法律的概念以及国家特权和统治的绝对观念其强,以至于(如法国)在试图把一些至为重要的国家管理职能转交给私营部门时会遇到法律上的诸多困难。与之相反,一些普通法国家则对私营部门管理监狱不存在什么观念上的困难。<sup>36</sup>

37. 商业界认定管教行业是一大市场,它们推动私营部门广泛介入监狱管理和惩罚工作。仅就美国而言,1990年各县、州和联邦教改系统的总资金和管理费用估计已超过250亿美元。<sup>37</sup>在北美、澳大利亚、联合王国和欧洲从事此类行业经营的各联营企业之间的专业知识和财政金融的联系,表明了全世界各公司集团对此前景的认识。此类公司集团与安全工业密切相关,并因此也与军事工业有关,最终形成一个国际综合性管教--商业行业。鉴于这些原因,有些社会学家表示出担心,并提出有必要研究这些公司对刑事司法体制的影响,追求利润的动因对管教政策和管教人员的影响,和公司在刑事司法的新领域,尤其是提供监视技术方面的多样化活动。<sup>38</sup>

### 三、特别研究的用途

38. 显然,监狱私营化是一种正在蔓延的现象,必须弄清其发生的原因,这样才能在了解情况的基础上作出对之完全或部分地予以采纳或抵制的决定。为此,将解释赞成者和反对者的论点。

39. 这项研究的关键原因是,惩罚尤其是监禁意味着,如果以未经核可的方式制约所涉个人的一切生活行为,人权几乎在每个方面都会受到侵犯。<sup>39</sup>当被拘留或监禁的人不是由政府工作人员,而是由通过合同雇来制约囚犯日常生活的私营企业雇员监管时,必然还会引起关于合法性和政策的其他关注。此类雇主的作用和动机与国家不同:他们可能在一定程度上从帮助他人的角度出发行事并与政府公务员一样领取酬金,但是同时他们又以赚取商业利润为目标,否则马上就会停止提供服务。

40. 另外还涉及到范围更广的重大理论问题。需要了解的问题是,国家采取强



34. 法国的监狱现代化或私营化方案在1988至1992年期间将可容纳13,000名被监禁者的25座新监狱中的21所承包给了私营部门。如前面第24段所述,私营承包人负责履行具体的管理职能,而“下达指令、诉讼立案和监督的职权”则仍由国家管教部门承担。

35. 私营部门参与监狱管理的程度各国的差别很大:

- (a) 美国有些州监狱的一切都由私营部门管理,包括看管、监视、纪律制约和维持秩序的职能,甚至还有权力制定监狱行为守则。截至1987年,现行的国家法规规定除最多每两年一次的视察外,尚无任何条款规定,国家须持续或经常地查访私营化监狱。
- (b) 法国则规定以上绝对属国家部门的职责。<sup>35</sup>
- (c) 在英格兰和威尔士(迄今为止,苏格兰和北爱尔兰尚无监狱私营化的举动),看管、监视和维持秩序的职能均可交给外来承包者,但内政部长可根据1991年法律第88节,收回已承包出去的监狱的控制权,任命皇家文职官员为某一有限任期的典狱长,以掌握对某一监狱的有效控制,或者作出必要的任命以维护任何人的的人身安全或防止对财产造成严重的损害。执行纪律的权力由皇家文职官员,即监狱事务的专职总管掌管。但是,承包人的工作人员也参与纪律方面的事务,他们任务是提出指控并提供证据。他们提供的证据也颇具重要性,可确定在批准长期监禁的囚犯实行假释时是否应附加某些条件。此外,在紧急性的特殊情况下,可根据第85(3)节,对某些囚犯实行隔离,不让其与他人接触,暂时关押在特殊的囚室或采取特别控制或限制措施。国家以在监狱设立总管和派任的一、二名文职官员的办法,维持对监狱的控制和监督,而法国则正相反,监狱中的国家工作人员多于私营承包人聘用的雇员。毫无疑问,由一名国家工作人员全天进行监督,肯定比现行国家体制监督的程度高,目前各监狱全归一名典狱长领导管理并向内政部的地区主管官员负责。同时,还有监狱总监察官员实施的监狱监察制度——目前约每两年对每一监狱巡查一次。综上所述,日常执行刑罚工作已由承包人担任,但裁决和给予处罚则仍属国家的职责,然而由总管监督工作,业已削弱了国家部门在监狱中的实际介入程度。
- (d) 在澳大利亚昆士兰州国家控制的程度更低。起初,必须向私营化的监狱派驻一名全天在职的监查员,而一旦管理工作不在需要持续不断的监督之后,即改为由审核员进行每周两次的查访。

府和许多州的长期作法是与当地或其他州的刑事机构签署按日计算看管囚犯的承包合同。国家经管的监狱由此成为卖主,向其它政府单位提供监狱机构服务,从中获取承包费。<sup>28</sup>

31. 澳大利亚在昆士兰州实行的第一家私营监狱于1990年1月开业。在短短不到三年时间,昆士兰州管教部门委员会:

“从一切教养机构均由委员会工作人员管理和经营的情况,转变为11所教养中心之中有2所和7所社会改造中心之中有5所由私营部门/社会集团按合同承包管理的局面”。<sup>29</sup>

澳大利亚新南威尔士州根据建造--拥有并经营的原则,将于1993年3月开设一座600个床位的监狱。<sup>30</sup>1992年7月新西兰政府对两所监狱的建造--和--经营合同实行招标,与此同时,巴布亚新几内亚政府也采取了步骤,实行建造和招聘工作人员承包合同,但经营不向外承包。<sup>31</sup>

32. 联合王国迅速地扩大了其监狱私营化的政策。1990年7月内政部长公布了其准备作为试验把一所还押监狱和囚犯警卫押送工作承包出去的计划。1991年8月《刑事审判法》第84节授权把几所新的还押监狱承包出去。乌尔兹还押监狱与集团4--还押服务有限公司签订了承包合同后,于1992年4月6日投入使用。3个月之后,即1992年7月,动用了权力对该法律进行了修订,批准把所有的新监狱,不论是关押还押候审,还是已定罪囚犯的监狱一概交由承包管理。而后,于1993年3月再次修订了该法律,批准由内政部长把新老监狱的管理工作统统承包出去。新建的伯肯赫斯特监狱于1993年4月投入使用,这所既看管押候囚犯也关服刑囚犯的承包合同交给了英国监禁服务公司(P1c)。<sup>32</sup>1993年6月宣布对少年管教机构实行对外承包,并请私营部门参加投标。必须指出的是,该法律第80节一开始就阐明,为了让囚犯出庭或押送囚犯前往和往返于警察所和监狱的目的,允许作出押送和拘押囚犯的安排,并且就此与集团4--还押服务有限公司签订了首先在10个区开展押送业务的安排(最终准备把范围扩大至整个英格兰和威尔士地区)。此类私营押送业务于1993年4月5日开始。早些时期,1989年哈蒙德斯沃思的移民业务拘留中心(拘押有待定案的外籍人)也成为集团4--押还服务有限公司成功得标承包的机构。<sup>33</sup>该拘留中心自1970年以来曾一直由各私家承包人管理。

33. 截止1986年加拿大已在甚广的范围内推行了监狱私营化,尤其是少年犯的拘留,重返社会训练所和实施非监禁性惩罚等领域实行私家承包。<sup>34</sup>此后,若干省采用了私营部门参与的电子监视办法,而艾伯塔省则于1991年实行了还押中心的私营管理业务。当时还尚无监管已判罪囚犯的私营监狱。

安全有限公司”(Group 4 Total Security Lid)或Add.1“羁押公司”(Detention Corporation)之类奥维尔式(“Orwellian”因严厉管制而丧失人性)的公司。支持者则拒绝“监狱私营化”的说法,更不愿谈“私营管理的监禁”,宁可称“设施管理契约”、“承包合同”、“提供服务”、“禁闭服务契约”和“监狱行业”。但是,此类名称,即使如“社会恢复所”或“临时居所”等委婉的称呼,也绝不能阻碍对一些基本问题的考虑。<sup>24</sup>

28. 如前所述,欧洲和美洲以往曾经都经历过私人参与经营监狱和雇用监狱的劳动力的长久历史,如今又呈现出了回潮现象。<sup>25</sup>因此,至为重要的是,应强调制定国际人权法和标准只是近期的情况,即使某些监狱机构的安排是国家沿用至今的早期习惯做法,但就现代国际人权法而言,这绝对不是不容置疑的做法。因此,必须按如今发展形成的此类国际习惯和惯例法以及一般原则来确定有关国家尚存疑问的做法是否合法。<sup>26</sup>

29. 美利坚合众国在私人经营监狱业务和监狱行业实际结束了半个世纪之后,又重新兴起了这一行业。当初摒弃这种做法,是因为公众意识到了肆意的侵害行为并提出了更佳的标准,采用改造教养的办法作为实行惩罚的主要目标,就监狱行业而言,其更多的原因在于劳工联盟反对剥削监狱工人形成的竞争。而今,因经济上的不同主张和思想观念等若干因素,又促使私营公司对监狱活动的再次参与。对此进行了很慎重的考虑并提出了私营部门参与在经营上会带来的好处。现在尚无证实经济论点是正确的证据,因为私营的时间较短,难以设计较好的新监狱与旧监狱进行对比,难以对囚犯的混合关押(关押须采取高度保安措施的囚犯,费用也较高)。对囚犯实行混合的监狱制度以及国家补贴和间接行政管理费造成的隐形开支作出比较。支持此概念的人称,私营参与既有效率,又经济又有功效。反对者却对此提出异议。

30. 如果赞成的主张最终能以无可争辩的成功事实证实其观点,仅出于经济和经营的原因,就很可能使监狱私营化迅速地铺开。1980年代期间,美国就已经出现了这种发展趋势,私营部门从经营少年教养院发展到经营移民拘留中心、地方中级公安监狱、乃至成年人高级公安监狱。然而,也不必夸大私营管理的幅度。截止到1991年底,50个州中有12个州的60所关押成人的改造机构已由私营部门承包经管,其中关押了约20,000当地、州和联邦的囚犯。这在监狱机构和监狱人口方面只占较小的百分比:1990年美国监禁的囚犯为771,243人。<sup>27</sup>这个数字包括关押在联邦政府通过移民和归化局签约承包出去的设施的被拘留的人(主要是一些被拘留的外籍人和移民罪犯以及某些少年犯)。虽然1988年总统私营化问题委员会曾建议实行监狱私营化,但主要趋势还是集中在私营建筑、资金和提供商品及服务方面。此外,联邦政

门自己“行使王国的整体职能”，保留“下达指令、诉讼立案，和监督的职权”。为使刑法部门承担起的此类职能，国家雇用了比私营部门更多的工作人员，分工负责该部门诸如，维修设备、运输、房舍安顿、饮食供应、卫生保健、工作和职业培训以及后勤支持等具体(实际)职能。然而，为了全面研究私营部门参与的问题，必须在“监狱私营化”的概念中列入从事实际职能，特别是包括囚犯押运和劳动在内的具体职能。总之，如要审查私营部门活动对人权的影响，则必定不可把提供服务、设施和商品等排除在定义之外。此类服务有时会造成对人权的侵犯。例如，供应食物，实际上可能剥夺宗教表达权；保安机制如此之甚，以至于侵犯隐私权；教育培训如做到极端的程度，也会形成对思想自由权利的侵犯。为此，极其有必要列明私营部门提供的囚犯押送服务，因为人们有时指控押送狱警对囚犯采取有辱人格的待遇，或侵犯他们残留的自由权。

25. 最后，这一概念不应仅限于私营部门对监狱管理的参与。这样会排除考虑私营部门管理非监禁性惩罚的问题。就非监禁性惩罚而言，这一领域的许多新发展动向，尤其是因监视而干预隐私权的问题，会对人权产生影响。但是，这种替代惩罚办法则有其优越性，可不必把犯人关押在监狱内从而减少人身自由被剥夺的程度。可作为争论理由的是，私营部门通过出售和监测监视或监听装置提供的服务，是寻求利润另一条出路，这样私营部门就不大可能有监狱须保持满员的压力。<sup>23</sup>

26. 总而言之，人们必然关注，尤其鉴于“第三效应”原则有限的适用性，私营部门参与任何阶段的惩罚实施工作是否会产生对人权不利的影晌。出于以上各种原因，有人建议为开展研究的目的，应对“监狱私营化”概念作出较泛的界定：

“私营部门参与根据法律设立的法院或法庭下达的法令或判决而被拘留和被监禁者的处置、监押或处罚，并参与执行除监禁外任何形式的处置或惩罚。”

这一拟议的定义将把监狱的资金筹措和建造划在本研究的范围之外。私营部门对这些领域的参与必然会产生重大的影响。首先，它鼓励形成金融游说集团，意在引发对其产品，即更多的监狱的需求，这样很可能会影响刑法政策，有损于采取惩罚的选择性办法。第二，采取诸如美利坚合众国的一些州的财政办法，往往可回避对公共开支进行正常的民主和立法控制。然而，由于在提供公共服务和商品乃至政治进程的所有各方面也同样可看到此类现象，而且并非只是被拘留和被监禁者的人权会出现这种现象，因此，它们未被列入界定拟议研究范围的定义。

27. 颇为重要的是应铭记，分析工作不应受情绪性口号和推销语言的干扰。一些反对者说：“监狱不可用于谋求利润”并点名列举了诸如“集团4--全面

理和控制权转交给私营集团,分析家们也众所纷纭,意见不一。反对者提出的理由认为,也许制定出标准,规定只准较少参与管理受国家强制性警察拘留或监禁的人,再加上充分监督就足够了,但通过合同把监狱的管理权承包出去时,即在很大程度上把国家的责任转交了出去,等于非法地推卸了国家责任。他们争辩说,由私营机构承包限制成年人自由的惩罚<sup>19</sup>造成的影响,不仅仅是刑事政策问题,而且在政府的作用和政府对个人在人权许多领域承担义务方面引起一些法律问题。本文64--75段将概述如上理由的论点。

23. 关于“监狱私营化”有许多定义。有些包括了以上第21段所列的各种现象。一位澳大利亚专家认为,监狱“私营化”提法不恰当。

“这一概念不是指私人拥有和控制某个企业,而是指按契约承包管理,也就是说,监狱机构虽由私营部门(或非政府部门)管理,但仍属国家部门的责任”。<sup>20</sup>

昆士兰州管教部门委员会进一步阐述了这种批评观点的逻辑。委员会副秘书长解释说:

“首先,对私营部门参与昆士兰州教养方面的工作,采用“私营化”一词是不恰当的,因为它们(至少就这些教养中心而言)的实际基础设施仍属国家所有,这些囚犯仍属“国家”的囚犯,在他们服刑期间,不但可以而且也确实在私营部门和国家经管的监狱机构之间往返转押,而且国家也不断地为这些设施的运行投入资金。国家掌管与私营管理的设施之间的实际差别在于,某私营部门的组织根据合同,自行雇用自己的工作人,代表昆士兰州管教部门委员会管理监狱机构。因而,在此情况下,契约管理显然是更妥贴的措辞”。<sup>21</sup>

联合王国政府也持同样的态度:

“我们并不是要实行监狱的管理私营化。而按合同把监狱承包出去,则往往被误解为实行私营化。实际并不是那么回事。这么做是不可接受的。不论是由国家,还是由私人经管监狱,最终责任仍归内政部承担”。<sup>22</sup>

但是将“监狱私营化”的概念只限于指私人拥有监狱企业和政府不承担责任,那就意味着对私营部门大幅度卷入很可能有碍于人权实施的问题进行研究是不适宜的。

24. 法国政府1992年12月17日的备忘录阐明,“监狱私营化”的提法不能恰如其分地说明法国的情况。1988年开始的这项方案实际上并不是要政府部门交出实权,而应被视为与国家监狱教管部门达成有关的契约,相当于某种刑事管理现代化形式的尝试。法国的做法与联合王国和澳大利亚的办法差别甚大,因为法国的刑事部

概念目前已扩展深入至监狱,而且因社会罪行控制和私营化思想观念的发展,也在社区内广泛地铺开。“在这个连续统一体的“软端”,私营部门广泛地参与执行刑法政策。人们认为私营部门参与取得了成功从而成为推动“硬端”实行私营化的这个重要因素,即促使加拿大和美利坚合众国较早地实行了成人拘留和监禁设施的私营化,它们是近来实行监狱私营化办法的先行国家。”<sup>15</sup>在此背景下,颇为重要的是须指出,私营部门的参与并非一定是为了“利润”。许多国家的自愿和非政府组织已主动发起或参与了少年犯教养院和方案,诸如重返社会训练所、感化所、假释院之类的非监禁性院所,以及改造教育和教养设施的工作。<sup>16</sup>

21. 为提供全面的整体情况,有必要指出,私营部门已经或正在参与履行广泛的刑法职能承管刑法设施和工作。在监管被拘留或被监禁者以及面临审判或服刑者方面所承担的工作,包括:

- (a) 为监狱和拘留设施的经费或改造工作筹措资金;
- (b) 建造监狱。国家出资则为国家所有,或如私人出资承建,监狱属私有财产,可按租赁或其它契约协议让出或出售给国家。
- (c) 为监狱和拘留所提供专业服务,设施和物品,诸如,医务和精神治疗,囚犯和监狱工作人员的教育和业务培训、监狱教士服务、饮食供应、房屋维修、货物供应、保安系统设备以及计算机化的资料系统;
- (d) 管理和参与监狱工作的计划以及囚犯劳动的行业或契约协定;
- (e) 管理和经营整个监狱或拘留所,包括少年教改学校,社区感化中心和非法移民拘留营;
- (f) 管理审判前和服刑后的非监禁性机构,如保释犯人招待所和重返社会训练所;
- (g) 替代监禁的选择性惩罚办法,如监外监管和从事社区劳务;
- (h) 以上各类安排的综合和变相做法。<sup>17</sup>

22. 私营部门的各种参与形式都会产生法律、政策和实际问题。对此参与最有争议的是,国家把整个监狱机构的控制和管理权交给私营集团并出租囚犯劳力的问题。这都不是新鲜事物。这不过是在恢复采用18和19世纪,甚至更早期的囚犯管理办法,欧洲早在16世纪,而美国南部的某些州直至20世纪中叶还在采用剥削囚犯劳力的做法,但如今只是不准加以滥用而已。<sup>18</sup>主张此类活动的人声称,近期签署的专项契约恢复了私营部门经营监狱和参与监狱行业,这种安排有益于囚犯。不怨偏见的分析家们并未批评对监狱行业的参与问题,但却坚持须有保障措施,然而,即使在管理权的移交必须受制于国家监督和国家有最后行政干预权的情况下,把监狱的管

处置”。

公约第4条禁止为私人、公司或社团利益，征用强迫或强制劳动。根据第5条规定，给予私人、公司或社团的特许权不得附有征用任何形式的强迫或强制劳动之权，以从事生产或收集这些私人、公司或社团所利用或买卖的产品。最后，根据第6条，国家官员即使在有责任鼓励其管辖下的居民从事某种形式的劳动时，也不得迫使人们为私人或集团工作。

16. 必须指出的是，已批准劳工组织第150号公约的国家禁止以强迫和强制劳动为惩罚手段，压制对既定的政治、社会和经济体制在思想意识上持有或表示反对的政治观点（其中还可能包括因政治动因而造成的冒犯行为），它们应更有理由阻止私人利用强迫劳动。

17. 劳工组织第29号公约的规定比《公民权利和政治权利国际盟约》更进一步。盟约第8.3(c)条保障把苦役作为对罪犯的惩罚的国家，继续按照主管法庭的判决执行苦役。同样第8.3(c)(1)条禁止强迫和强制劳动的规定也不禁止，通常要求一个依照法庭的合法命令而被监禁的人或在此种监禁假释期间的人从事任何工作或劳务。

18. 欧洲人权和基本自由公约第4.3(a)条是盟约第8.3(c)(1)条的样本。按欧洲人权委员会对欧洲公约该条款的解释，它并不禁止政府与私营公司签署合同，承包监管囚犯在监禁期间必须从事的工作，而且也并未阐明囚犯所服劳役必须只限于在监狱内进行，或只准为国家工作。<sup>13</sup>与之相反，1969年美洲人权公约第6(3)(a)条则采纳了劳工组织第29号公约第2.2(c)条的措辞。

19. 就劳工组织第29号公约，或美洲人权公约的缔约国而言，这些国家已把其中的一项公约纳入了他们的国内法律，从而将在更高的标准上禁止为私人或按私人的旨意征用强迫或强制劳动，尤其是根据国际盟约第5.2条，禁止以本盟约未予承认或只在较小范围上承认为借口，对任何缔约国中依据法律或各公约而承认或存在的任何基本人权加以限制或克减。

## 二、监狱私营化的概念、范围、背景和 在全世界日益更多运用的趋势

20. “私营化”系指私营部门参与政府的职能或提供劳务。在对“监狱私营化”作出界定前，为确立一个正确的认识，必须搞清楚刑法体制私营化，即私营部门参与执行刑法政策和职能的现象。FOUCAULT指出，刑法制度的“监狱连续统一体”

规定:

“各与会国将....

(23.2)---确保所有被拘留或被监禁的个人都得到人道的和尊重人的本身尊严的待遇;

(23.3)---遵从《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》以及《联合国执法人员行为守则》;

(23.4)---禁止酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或惩罚,并且采取有效的立法、行政、司法及其它措施,防止并惩治此类行为;

(23.5)---各尚未加入《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚公约》的国家,不妨考虑加入该公约。

14. 各与会国在1992年6月29日哥本哈根会议文件的序言中重申,“他们承诺充分实施欧洲安全与合作会议其他有关人权方面文件的所有条款.....”。此外,在该文件的第I.16.4.段中,各与会国同意:

“确保有关禁止酷刑的教育和资料全面列入对下列人员的培训工作:执法人员;文职或军事、医务人员;国家官员和其他可能参与对受任何形式的逮捕、拘留或监禁的任何人进行拘押、审讯或处置的人员”。

当按此案文进行审议时,除执法人员和国家官员外,“其他可能参与的人员”的提法,并未超出1989年1月维也纳后续会议作出的有关遵从两套联合国标准的承诺范围。该条款较笼统的措辞显然旨在囊括一些尚未提及的情况,例如,清洁工、饮食承包人、儿童之家的工作人员,任何可能与囚犯待遇“有关”的工作人员,而不是要开列出一份长长的清单,具体列明所有须接受此种教育的各类人员,这样做可能会挂一漏万。

### C. 关于强迫劳动的准则

15. 国际劳工组织关于强迫劳动的公约(第29号)<sup>12</sup>第2.1条规定:

“强迫或强制劳动系指以惩罚相威胁,强使任何人从事其本人不曾表示自愿从事的所有工作和劳务”。

该公约第2.2(c)条规定本定义不包括

“任何人因法院判定有罪而被迫从事的任何工作或劳务,但上述工作或劳务必须由政府当局监督和管理,该人员不得由私人、公司或社团雇用或



《行为守则》系指行使警察权利和负责执行逮捕的人员都是“执法人员”，但是，根据合同采取行动的公民个人，并不被认为是司法制度的一部分。

#### B. 有关监狱管理人员的区域性人权准则

11. 欧洲委员会(于1987年经修定的)《囚犯待遇最低限度标准规则》制定了监狱管理的最低标准，其第54条规定，

- “ 54. (1) 监狱管理部门应规定慎重地征选招聘或随后任命所有工作人员。应特别注重他们的道德品质、人道主义修养、专业能力和本人对此项工作的适合性。
- (2) 专业监狱管理人员一般应为永久性，具有公务员身分，为终身职，但须符合品行优良、高效率、身心健康以及具有适当的教育水平的条件。薪资应当适宜，足以罗致并保留称职的男女；由于工作艰苦，雇用福利金及服务条件应该优厚。
- (3) 一旦需要雇用临时工作人员时，只要适当应尽可能对他们适用本标准”。

有关所有工作人员“一般”应具有公务员身分的规定，明确地表明只有在特殊的情况下，非公务员才能充任监狱工作人员。这是为了维持长期的一贯性作法才允许的特殊情况，诸如任用象医生和牧师这类的专业人员，以从事监狱内有限的服务工作。用特殊一词，并不是要把包括整个监狱行政管理统统在内的某一具体监狱承包出去。(有关监狱管理人员的规则和序言已列为本概要说明的附件。)

12. 欧洲安全和合作会议文件的人权规定并不是法律上具有约束力的文书，但却构成了与会国家一再表示同意予以实施的政治承诺。欧洲安全和合作会议于1992年7月20日发表的赫尔辛基宣言就是在这些承诺的基础上制定的，它建立了一个有组织的政府间机制和机构以监督与会国履行其承诺。执行完全在于政治上规劝，因为赫尔辛基最后文件和大会后续会议确立的“泛欧洲和北美”程序采用协商一致的原则。然而，欧洲安全与合作会议的各与会国，根据他们的文件，承诺了在广义上相当于两个联合国国际盟约的义务，欧洲人权和基本自由公约以及其他国际标准。

13. 1989年1月15日维也纳最后文件第23段载有关于监狱私营化的条款。该款

的目标；和宪章第62(2)条授权联合国经济及社会理事会‘提出建议以实现促进和遵从全体人民的人权和基本自由的目的。’

“在通过《囚犯待遇最低限度标准原则》时，经济及社会理事会采取了进一步增进这一使命的行动，制定出了促进遵从人权的国际标准…

“第一次联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过并且随后经济及社会理事会批准《最低限度标准规则》并不一定说明它们就在此适用。但是，这些行动是国际上就人的尊严的基本准则和针对某些人类良心所憎恶的某些行为发表的具有权威性的声明。这项声明所体现的标准‘与体面和公正的原则相关，阐明了’法定诉讼程序所包含的‘正义的观念’…。为此，联邦法院，包括最高法院和第二巡回上诉法院在某些具体案件中援引最低标准规则为指导是十分重要的。请见，Estelle 诉 Gamble案，美国第429号案件，第103-104页，和 n.8…(列举了《最低限度标准规则》作为第八修正案制定“体面的现代标准”的依据。

9. 《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》(见附件)的原则2规定。

“逮捕、拘留或监禁应严格按照法律规定并由为此目的授权的主管官员或人员执行。

为了本原则的目的，规定：

(b) “被拘留人”是指，除已定罪外，被剥夺人身自由的任何人；

(c) “被监禁人”是指因定罪而剥夺人身自由的任何人。

在该原则中，就有关被拘留人或被监禁的人曾多次提及“当局”(原则29-33)。其他一些原则(原则12.1.(c), 18.4, 23.1和35)也都提及了“执法人员”和由于“政府官员”造成的损害。从该原则的总体结构来看，与拘留地点有关的行政管理“当局”指的是国家官员。<sup>10</sup>(为便利起见，已将《原则》附在本概要说明附件之后。)

10. 《执法人员行为守则》“在第一条的评注中界定“执法人员”包括行使警察权利特别是行使逮捕或拘禁权利的所有司法人员无论是指派的还是选举的”。该序言强调，

“ (a) 象一切刑事司法制度的执行机构一样，每一执行机构应能代表整个社会，为其服务，并对其负责，…

“ (c) 每一执法人员都是预防及控制犯罪的刑事司法系统的一个分子，这个系统内的每一工作人员的行为对整个系统都有影响”。

合同，请其负责饮食供应方面的服务和承包安装在刑事机构外围的管制电子系统（摇感器、闭路电视线路）的保安工作。西班牙政府没有对现有立法作重大的计划，不准备制订出监狱私营化的规定。

5. 苏丹政府认为，监狱不能转让给私营部门，其根据的原则是，只有具有司法性质而且不受外来影响的国家执行机构，才可执行法院的判决。人们表示担心的是，利润的效果与囚犯利益和改造措施发生冲突。苏丹政府还指出，监狱雇用人员的举止行为应与常规准军事部队相似，他们应按建立在纪律基础上的有组织的工作要求行事，但是这种工作组合较为复杂。同时，也存在着结成帮派，特别是毒品贩运者滥用这种安排的风险。但是，只要对这种刑事机构的行政监督和法院判决的执行掌握在受司法机构和立法当局直接监督的执行单位（监狱部门）手中，私营部门中可发挥利用囚犯劳动的作用。

6. 本概要说明是根据第1992/107号决定编写的以便提交给拘留问题工作组和小组委员会第四十五届会议。其目的在于为任何进一步研究提出需加以考虑的一些主要问题，并从而为是否有必要进行一项研究，提供讨论基础。

## 一、现有的有关国际准则

### A. 关于监狱行政人员的国际人权准则(世界性人权文书)

7. 一些主要的世界和区域性文书在界定人权或者在论及剥夺自由、惩罚或对人权可实行限制时，并未提及监狱管理的模式或监狱工作人员的地位。但若干附属性文书是颇为重要的。《囚犯待遇最低限度标准规则》第46(3)条<sup>8</sup>明确地规定，监狱管理人员应当是专业典狱官员并具有公务员身份，为终身职。

8. 美国 Lareau 诉 Manson 的案件<sup>9</sup> 颇为有助地阐述了《最低限度标准规则》的法律影响，--阐明了这些规则对国际法的影响和它们与载有法定诉讼程序条款或禁止残酷和超常惩罚规定的国内法律制度的相关性。这一分析同样适用于以下所述的其他附属文书，诸如《执法官员行为守则》。Cabranes 法官认为：

“这些标准是颇为重要的，可表明联合国各成员国对国际社会承担的义务，参见 *Filartiga 诉 Pena-Irala* 案，630 F.2d 876, 883(2d Cir. 1980)，并作为建立在联合国宪章基础之上有关人权的总体国际法(包括国际惯例法)的一部分…。宪章第55条规定，联合国应促进尊重人权；在第56条里各成员国承诺‘采取联合和单独的行动与本组织合作实现’第55条

## 导 言

1. 在1988年拘留问题工作组会议期间，阿方索·马丁内斯先生首次在会上提出了监狱私营化问题。<sup>1</sup> 1989年马丁内斯先生在工作组会议上作了开幕发言之后，随之展开了颇有启发性的辩论，导致工作组建议请阿方索·马丁内斯先生编写一份“……载有关于研究监狱私营化问题最佳办法提议”的文件。<sup>2</sup> 根据这一建议，小组委员会请阿方索·马丁内斯先生编写一份工作文件，载明“小组委员会进一步研究监狱私营化问题最佳办法的建议”。<sup>3</sup> 由于小组委员会还委托马丁内斯先生承担其他一些重要任务，他只能在1991年的会议上交出这份文件供审议。在审议了他的这份工作文件之后，<sup>4</sup> 小组委员会未经表决，决定请各国政府和政府间以及非政府组织就此问题向秘书长提出他们的看法；请秘书长向小组委员会提交一份载有就上述意见进行系统性编辑和分析性评论的工作文件；并且于小组委员会第四十四届会议上，在会议临时议程项目10(a)下审议监狱私营化问题。<sup>5</sup>

2. 小组委员会在1992年第四十四届会议上审议了，阿方索·马丁内斯先生根据小组委员会的要求于1991年提交的工作文件以及秘书长汇报和分析关于监狱私营化问题意见的工作文件。<sup>6</sup> 小组委员会在回顾了1989年9月1日第1989/110号和1991年8月28日第1991/105号决定，并考虑到以上所述的工作文件和拘留问题工作组在第四十四届会议上提交的报告，<sup>7</sup> 小组委员会未经表决，决定(1992年8月27日第1992/107号决定)：

- (a) 请克莱尔·帕利女士编写“就监狱私营化问题可能进行的一项特别研究的可能用途、范围和结构的概要说明”；
- (b) 将这份概要说明提交工作组和小组委员会第四十五届会议；和
- (c) 请秘书长向帕利女士提供完成这项工作的一切可能的援助。

3. 根据这项决定，人权事务中心向一些最近得知已经在管理监狱方面发展私营化的各国政府提出了提供进一步资料的要求。上述此类国家政府中，澳大利亚和法国政府作出了答复，而且大不列颠及北爱尔兰联合王国直接向帕利女士提供了有关承包监狱以及有关押送囚犯办法的资料。此外，苏丹共和国和西班牙两国政府也就秘书长原先的要求作出了答复。

4. 西班牙一般监狱组织法(第1/79号)具体阐明了刑事机构的职能和刑事机构执行监禁判决的限度。但这一限制并不阻碍在几种具体情况下与私营公司签订承包