

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2023.05.015

我国轻罪治理背景下前科消灭制度的构建

徐立, 成功

(中南财经政法大学 刑事司法学院, 湖北 武汉 430073)

摘要:随着刑法积极参与社会治理,轻罪犯罪圈的扩张、轻罪人数的持续增加已成现实。然而,因为我国的前科制度,大量轻罪案件存在“轻罪不轻”现象,这不仅违反了罪刑法定、罪责自负的基本要求,也有违刑罚的正当性,故有建立前科消灭的必要。前科消灭的立法模式,可以采取“两步走”的刑法典方案:先以轻罪主体为先导,再覆盖其他重罪主体。前科消灭的基本条件,可以罪质、悔改、时间、程序要件为重点设计。前科消灭后,对犯罪人的“规范性评价”不复存在,并恢复刑事与非刑事领域受损的法定权利。为确保前科消灭的效力统一、有效运行,还需统筹刑法上的前科报告、累犯制度,并清理刑法外不合理的前科规定。

关键词:轻罪;前科消灭;前科;犯罪标签;犯罪记录

中图分类号:D914 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2023)05-0119-09

党的二十大报告对“中国式现代化”的本质作了全方位阐释,并将“基本实现国家治理体系和治理能力现代化”纳入第二个百年奋斗目标。随着中国式现代化发展,我国犯罪结构发生显著变化:重罪案件占比、重刑率逐年下降,轻罪案件占比、轻刑率稳步上升。轻罪案件(判处3年以下刑罚)已从1999年的54.6%攀升至2021年的81.6%。然而,我国的刑罚,加上严苛的前科处罚(从业禁止、限制积分落户、政审等,不仅惩罚犯罪人,还殃及犯罪人家属),使得部分案件存在罪刑不相称、犯罪行为及其后果“倒挂”。如何弱化罪刑关系并实现犯罪与后果的均衡化、合理化成为新时代犯罪治理的重大问题。一定意义上,轻罪已成为我国犯罪治理的主要面向,可以“前科”为切入点,设计附条件的前科消灭方案,以解决刑事案件的“轻罪不轻”,罪刑不均衡的社会治理难题。

一 问题的提出

轻罪与重罪相对。如以3年以下宣告刑为标

准,划分轻罪。可以发现,我国犯罪治理已进入“轻罪时代”^①。随着刑法参与社会治理的深入,轻罪犯罪圈的扩张、轻罪人数的增加已成现实。与此同时,由于前科制度的存在,也带来了“轻罪不轻”的问题。

(一) 我国轻罪治理的基本态势

1. 刑法的积极预防理念

现代刑法孕育于启蒙时期,它以反对封建刑法的专断性、身份性为特点,以个人自由保障为根本,以处罚结果犯、实害犯为原则。换言之,刑法参与社会治理是被动、消极的。然而,只坚持对自由的保障,可能会引起主体间冲突,社会可能陷入“一切人反对一切人的战争”状态。尤其是后工业革命以来,信息网络、生命科技、食药行业的飞跃发展,使得各类风险真实且迫近。例如,食品药品、生命医学服务的质量问题,可能产生时间久远、地域广泛的影响。网络、交通、银行等领域的信息泄露,引发着公众对生命财产的担忧。这些风险的不可预测性,使民众对安全的需求更为迫

收稿日期:2023-04-22

基金项目:国家社会科学基金后期资助项目(22FFXB063);中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(202210705)

作者简介:徐立(1968—),男,湖北天门人,博士,教授,博士生导师,主要从事刑事法研究。

^①轻罪划分标准存在“法定刑”与“宣告刑”的争论。前者简便易行,却无法反映犯罪的具体情形,理论上多以宣告刑为标准。据此,统计发现,我国80%以上案件均为轻罪,犯罪治理已进入“轻罪时代”。参见卢建平:《为什么说我国已经进入轻罪时代》,《中国应用法学》2022年第3期。

切,要求刑法主动地参与社会治理。因此,近年来,刑法采取新增轻罪、严格责任、严密法网等方式,建立具有风险预防、社会管制特点的规范体系,彰显了“积极预防理念”^①。刑法中,该理念存在多种表达方式。如“积极预防刑法观”“积极刑法观”“积极主义刑法观”,其核心都是“积极”,即充分调动刑法治理犯罪,其特点如下:首先,更加突出安全价值。刑法力图在秩序基础上,寻求新的安全与自由平衡。其次,更加强调审慎行为。基于预防考虑,重视行为犯、抽象危险犯的立法技术,要求增设轻罪。最后,安全成为民众的普遍追求。基于社会共同体的正义观,仅一般人接受,轻罪化便有正当性。为此,近年刑法不断前移阵地,在新设犯罪、惩治轻罪等方面展现积极姿态。

2. 轻罪犯罪圈的立法扩张

近年来,我国轻罪立法趋势明显,刑法结构从“厉而不严”走向“严而不厉”^②。1979年,我国首部刑法有114个罪名、192条、15762字。如今,刑法已有483个罪名、452条、59831字,罪名与篇幅都有了极大增加。与此同时,轻罪数量也发生了明显变化。从1997年79个增加到106个,《刑法修正案(九)》至《刑法修正案(十一)》增加的35个罪名中,2/3均为轻罪。轻罪罪名在整个罪名体系中的占比为21.8%。可以说,近年增设轻罪的趋势明显,呈现如下特点:(1)刑法处置前置化。刑法对不法行为的反应从事后走向事前,将部分原本由前置法调整的事项犯罪化(如非法催收债务罪、高空抛物罪等)。(2)刑罚结构轻刑化。我国刑法主刑包括管制、拘役,但直至《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪后,我国才有单独的拘役刑罪名,随后盗用身份证件罪、代替考试罪的法定最高刑也为拘役。(3)入罪门槛降低,罪名适用扩大化。《刑法》第13条规定:危害行为的情节显著轻微、危害不大的,不成立犯罪。然而,近年新增的部分犯罪仅规定构成要件行为,缺少“情节严重”“数量较大”等罪量要件,使得相关罪名的适用率有所提高。例如,危险驾驶罪从

2011年5月实施至今,已经跃居犯罪排行榜的首位。对此,有学者认为,“过度刑法化”乃社会治理的病态,既违背刑法的保障法地位,也动摇了刑罚的根基^③。

只是,在笔者看来,轻罪犯罪圈的扩大有其合理性。一方面,我国刑罚是以自由刑、死刑为主,存在“重刑化”倾向。刑事司法也缺乏“出罪机制”,犯罪人只要进入诉讼就很难脱离^④。故有新增犯罪,优化刑罚结构的必要。例如,危及公共安全的高空抛物行为,往往以危害公共安全罪论处,处以3年至10年甚至更高的刑罚^⑤。然而,“高空抛物罪”法定最高刑仅为1年。再如,暴力索取债务的,往往以“借故生非型”寻衅滋事论处,处以3年至5年的刑罚^⑥。而“非法催收债务罪”法定最高刑仅为3年。另一方面,轻罪犯罪圈的扩大与废止劳动教养有关。我国采取的是二元治理结构(行政管制+刑事处罚)。2013年“劳教”被废止后,由其调整的违法行为势必会分流处置:一部分进入行政法,受到《治安管理处罚法》调整;另一部分被刑法接纳,按照轻罪化处理。因此,近年部分新增的轻罪,就是因应“劳教”废止的产物。可见,轻罪犯罪圈的扩张是因应社会变化,合理调整刑罚结构的结果。

3. 轻罪人数的持续增加

观察近年的司法数据,可以发现轻罪治理已成常态。从1999年到2019年,严重暴力犯罪从16.2万人降至6万人,被判处3年以上案件比例从45.4%降至21.3%^⑦。这意味着我国暴力犯罪持续下降,轻罪比例稳步上升。《最高人民检察院工作报告(2023年)》指出:起诉杀人、放火、爆炸等暴力犯罪人数为近20年最低,我国已成为安全感最高的国家之一。《最高人民法院工作报告(2023年)》也指出:近5年,审结一审刑事案件590.6万件,判处罪犯776.1万人。如果以轻罪占比计算,超过600万人被判处3年以下刑罚。可见,轻罪治理已成现实,也是未来的基本趋势。

①刘艳红:《中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法》,《政法论坛》2023年第2期。

②储槐植:《刑法现代化本质是刑法结构现代化》,《检察日报》2018年4月2日。

③何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015年第2期。

④谢川豫:《危害社会行为的制裁体系研究》,法律出版社2013年版,第325页。

⑤人民法院报编辑部:《上海首例高空抛物 危害公共安全案》,《人民法院报》2020年1月12日。

⑥王滨:《利用信息网络实施“软暴力”催收恶势力犯罪的办案路径:以赵某等人寻衅滋事案为例》,《中国检察官》2023年第6期。

⑦张军:《最高人民法院工作报告》,《检察日报》2020年6月2日。

轻罪治理并不意味着放弃对重罪的治理。严重危及公民生命、财产的行为始终是刑法惩治的重点。可能是公众对犯罪的印象较为刻板,认为罪犯往往是暴力者或贪官污吏。实际上,这两类犯罪比例很低。数据显示,近5年,我国审结的故意杀人、抢劫等暴力犯罪人数为27.4万人、贪污贿赂犯罪为13.9万人,合计41.3万人,仅占总数的4.8%。即便是加上其他危及公民生命财产的重罪(黑恶势力犯罪、食品药品犯罪、危害公共安全犯罪),总人数也不过是74万人,占总数的9.5%^①。可见,公众感知的犯罪与司法经验存在较大偏差。事实上,我国80%以上的犯罪均为轻罪,立法者也配置了较低的法定刑,说明其往往没有较高的危险性。

(二)前科制度使得“轻罪不轻”现象客观存在

刑罚是犯罪行为的直接后果,前科则是间接后果。一般认为,前科是受过刑事处罚或者因罪刑记录而产生的否定性评价。从形式上看,乃特定主体对犯罪人权利、资格的剥夺或限制。例如,刑法对累犯的从重处罚、行政法上的从业禁止、社会公众对犯罪人的排斥。从性质上看,前科是刑罚的延续,具有刑罚的属性。因为前科无法归类到犯罪后果的体例(刑罚和保安处分)中,故被称为“刑罚附随后果”。美国学者则将前科称为“非正式制裁”^②。如今,80%的案件都为轻罪,行为人仅需承担3年以下的刑罚。然而,前科制度使得犯罪人实际承受的后果并不轻。例如,大约25%的醉驾者的刑罚为1个月拘役,严厉性较接近行政处罚^③。但是,考虑到他们还需要承担的前科报告、开除公职等不利后果,可能后者更为严苛。

首先,我国前科报告(刑法第100条)规定:“受过刑事处罚的,在入伍、就业时,应如实向有关单位报告”,这意味一旦犯罪,就负有终身向

“有关单位”报告的法定义务。其次,醉驾还要接受从业禁止、吊销执业资格、限制积分落户等处刑。据统计,因“受过刑事处罚”的犯罪人不得从事的职业至少有30多种,如法官、人民陪审员、检察官、律师、辩护人、警察、外交官、拍卖师、证券从业人员等。因此,有人将我国刑罚称为“超重型结构”。一是因为以自由刑、死刑为主的刑种,二是因为刑罚的附随后果严苛,动辄终身^④。最后,社会对罪犯具有深厚的敌意。被贴上“犯罪标签”的人,需要受到社会的歧视与差别对待,而且该“犯罪标签”还存在株连效应。例如,醉驾者的子女在日后的考试、就业等方面会受到较大限制。

总之,一旦犯罪(无论轻重),犯罪人及其家属就要付出沉重的代价。这就导致部分案件出现“轻罪不轻”、犯罪行为与后果“倒挂”现象。

二 前科消灭制度的必要性

前科制度虽有其存在的历史背景,具有惩罚犯罪、社会防卫与权利保障的功能,但它的使用应有所克制,否则会带来“轻罪不轻”问题。严格来说,这违反了罪刑法定、罪责自负,也不具备刑罚的正当性,故有必要建立前科消灭制度。

(一)部分前科制度违反了罪刑法定原则

有人认为,前科并非规范上的刑罚,可发挥从重惩罚功能,降低犯罪人的危险性^⑤。但此种观点值得商榷。从逻辑上看,刑罚乃最严厉的制裁,而非其他手段可比拟。然而,为何多数公众(尤其是公职人员)并不忌惮短期的刑罚(如拘役),而是刑罚的附随后果?原因就是部分前科制度未受到罪刑法定的约束。

正义的刑罚首先是平等、自由的,在自由的基础上,公平分配权利与义务。以赛亚·柏林就将自由划分为:“积极自由”与“消极自由”。前者决定“自己可以做自己的主人”,后者则禁止国家随意干涉公民的行动^⑥。刑罚是禁止他人自由的规

^①近5年,我国审结的黑恶势力犯罪案件为3.9万件26.1万人;食品药品安全类案件3万件4.6万人;危害公共安全类案件1.1万件2万人。参见周强:《最高人民法院工作报告》,《人民日报》2023年3月18日。

^②安东尼·达夫:《刑罚、沟通与社群》,王志远译,中国政法大学出版社2018年版,第173页。

^③2017年至2019年,河北省法院审结的21140件醉酒型危险驾驶案中,被判处30天拘役的被告人约为25.1%。参见田旭:《河北省醉酒型危险驾驶罪量刑实证研究》,《河北法学》2023年第6期。

^④孙国祥:《新时代刑法发展的基本立场》,《法学家》2019年第6期。

^⑤熊建明:《〈刑法〉第100条适用空间、功能及性质解构——兼论对受过刑事处罚人的规范性和非规范性评价》,《东方法学》2011年第5期。

^⑥以赛亚·柏林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2011年版,第4页。

则。罪刑法定则从限制国家刑罚权的角度,实现对公民自由的保护。它的基本含义是“法无明文规定不为罪”与“法无明文规定不处罚”。一方面,禁止对犯罪人法外判刑。一个行为是否值得处罚以及刑罚的实现方式,需事前明确规定。另一方面,处罚必须满足“罪”和“量”的法定,不允许法外开恩,也禁止超出必要的范围裁量刑罚^①。总之,刑罚制定及使用应严格限定。唯有法律,可为犯罪规定刑罚。法外判刑,皆非正义^②。

前科是对犯罪人权利、资格的剥夺或限制,具有刑罚的性质。我国《立法法》规定:仅有“法律”可规定犯罪与刑罚,仅有“全国人大及其常委会”可解释犯罪。然而,部分前科制度并未严格遵照执行。一是前科报告属于“无盾条款”,既没有上位法依据,也不符合明确性要求。生活中,不少用人单位存在着“前科洁癖”,要求所有求职者提供“无犯罪证明”。二是前科的立法层级较低。据统计,我国现行有效的前科规范有1070多个,涉及法律、部门规章、行业规定、地方性法规等不同层级。其中,由全国人大制定的仅有99部,90%以上的前科制度是由地方人大、政府所制定^③。如2018年郑州市颁布《关于补充社区劳动保障协管员有关问题的公告》规定:“受过刑事处罚的,不得担任社区的劳动保障协管员。”2022年福州市颁布的《城市网格员管理办法(试行)的通知》称:“受过刑事处罚或治安管理处罚的,不得被聘为网格员。”此外,有些城市还将犯罪人拒之门外,禁止办理积分落户。可以说,前科立法朝着低层级、无序化发展,严重损害了犯罪人劳动、就业的权利。因此,有必要将前科制度纳入法治轨道,接受罪刑法定的约束。

(二)部分前科制度动摇了罪责自负精神

有人认为,为犯罪人及其家属贴上“犯罪标签”,有社会防卫与历史文化价值。然而,这可能有违罪责自负的要求。

罪责自负,意味着国家分配责任时,仅能将责任归咎于本人,而非其他人。刑事责任具有专属

性、不可代替性,犯罪人仅对自己的行为负责,而不能因其属于某类团体而对他人负责。坚持罪责自负,就是强调以个人保障为本位,以个人行为为调整对象,体现了现代刑法的核心观念^④。

虽然,刑事责任难免存在扩大效应(如给犯罪人家属带来痛苦),但法律不应该规定可以直接将刑罚扩大给案外人。“一人坐牢,三代遭殃”如同是对连坐制度的复辟,即本人无罪,但基于血缘、地域等因素,也须为犯罪负责。从历史角度看,连坐具有强化惩罚、扩大刑罚效果的功能。在封建社会,连坐还能解决因交通不便、信息不对称产生的治理低效问题。然而,在现代社会,人们已经意识到,每个人以独立的意志而存在,他人的意志不能凌驾于自身之上;每个人仅以自身的行为而受惩罚,他人的行为不能成为负责的理由。黑格尔曾言:刑罚是处罚犯人自己的法,处罚他,正是尊敬他的理性存在^⑤。因此,刑法需要重视罪责自负,摒弃身份性的连坐。

坚持罪责自负,是分配正义的要求。正义乃社会制度的首要价值。一项制度无论多么高效,只要非正义,就应废止或修正^⑥。就个人而言,正义的核心是“应得”。“给予每个人以其应得的东西的意愿乃是正义概念的一个重要的和普遍有效的组成部分。没有这个要素,正义就不可能在社会中盛兴。”^⑦法学中,“应得”是指应获得的权利或承担的义务。刑法中,则是违反禁止性义务需受的惩罚。刑罚的内容是苦痛,国家为贯彻分配正义,仅能将痛苦分配给犯罪人,而非其他。如以牺牲他人利益的方式,换取犯罪人应承担的痛苦,就违背刑罚的公正。既然前科是刑罚的延续,也应该罪责自负。

然而,我国的部分前科制度却将后果扩大到犯罪人之外。首先,我国《宪法》《公务员法》均未对犯罪人子女的权利有所限制。然而,《公安机关人民警察录用办法》第5条规定:直系血亲有被判处死刑或正在服刑的,不得被录用。其次,有

①克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第78页。

②切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,钟书峰译,法律出版社2021年版,第7页。

③彭文华:《我国犯罪附随后果制度规范化研究》,《法学研究》2022年第6期。

④郑延谱:《罪责自负原则——历史演进、理论根基与刑法贯彻》,《北京师范大学学报(社会科学版)》2014年第4期。

⑤黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆2011年版,第118页。

⑥罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第3页。

⑦博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社2017年版,第281页。

些地方为犯罪人子女设置了入学门槛。福建省龙岩市颁布《电信网络新型违法犯罪综合措施十个一律》就规定:“凡是参与电信网络犯罪嫌疑人的子女,城区学校就读时一律予以限制”。据此,即便是电信诈骗的边缘人物,其子女也可能无法享受平等的义务教育。最后,随着市场竞争的加剧与“内卷”,不少国有企业、事业单位乃至民营企业,在招聘时都要求,求职者应提供本人及其家属的“无犯罪证明”。也许上述规则没有直接违反责任自负(子女与父母同罪),但实际已侵害犯罪人子女的劳动权、受教育权。总之,前科虽有社会防卫价值,但行使应有边界:任何与犯罪无关的人,不能因血缘、身份被牵连。

(三) 部分前科制度违背了刑罚的正当性

刑罚的正当性是报应与预防。可能有人认为,前科有助于强化刑罚效果,有必要施加给所有犯罪人。然而,这可能有损刑罚的正当性。

1. 报应刑的本质是罪刑相适应

刑罚不是同态复仇,而是意在强调罪与刑的合理性。耶塞克教授指出:报应论的合理之处是将人们普遍的正义观置于罪刑关系,为刑罚划定合理范围的同时,建立了犯罪行为危害性与刑罚轻重之间的联系^①。我国《刑法》第5条也确立了罪刑相适应原则,强调刑罚应与犯罪相称。然而,我国的部分前科制度并不符合该要求。

第一,报应刑并非无边的惩罚,而应寻求罪刑间的合理性。“罪有应得”乃报应刑的基本内容,行为人因犯罪而受到惩罚,刑罚应与犯罪具有相关性。例如,贪污贿赂、财产犯罪往往配置了财产刑,严重暴力犯罪则设置了生命刑,考虑的是罪刑之间的逻辑性。而部分前科后果欠缺与犯罪行为的联系。如《保险销售从业人员监管办法》第7条、《保安服务管理条例》第17条均规定:受过刑事处罚,不得从事本行业。生活中,完全可能有保险员因为醉驾而被吊销执业许可。可是,醉驾行为与被禁止的职业无关,也未侵害到保险行业的特殊利益。

第二,报应刑应坚持罪与刑的相称。刑罚的强度、大小应与犯罪相当,轻罪轻判、重罪重判。

例如,立法者就罪名按照国家、社会与个人的位阶排序,目的是强调犯罪性质的轻重之别,处置时罚当其罪。然而,部分前科立法未设置任何前提性条件,无论罪刑轻重,均要适用完全相同的前科处罚,导致轻罪不轻、重罪更重。如此,既模糊了不同犯罪的差异,也使罪刑关系失衡。

第三,报应刑的使用不能超出公共利益的范围。刑罚虽以公共利益保护为目的,但应有限度。贝卡利亚指出:刑罚的行使,仅在国民出让极小部分的必要自由范围内,才是正当的^②。就前科而言,它的初衷不是对罪犯的加重惩罚,而是作为社会交往的提示性工具,提醒守法公民识别不法分子,免受伤害。然而,多数轻罪案件中,被告人仅被处以较低的刑罚,却被我国的前科报告、从业禁止等制度永久排斥,导致权益始终处于损抑状态。可见,前科虽有加重惩罚的功能,但实际未能满足报应刑的要求。

2. 预防刑的目的是消解再犯可能性

刑罚的主要目的是实现个别预防与一般预防。个别预防是发挥刑法的剥夺、惩罚功能,使犯罪人不能或不愿再犯罪。一般预防则是威慑、警戒潜在犯罪人,以免其走上犯罪道路。据此,可分别考虑前科的预防效果。

其一,前科确实加强了刑罚的威慑力,但只是在刑罚报应与预防基础上,加深人们的“心理强制”。例如,醉驾所衍生的软、硬制裁,给犯罪人带来的痛苦,已超出“刑罚”本身。有学者指出,这种颠倒犯罪后果主、次的现象,已违背正常的法秩序、法律伦理,尤其是对醉驾者子女的公平教育权、平等就业权的限制,已涉及宪法的基本权利^③。可见,刑罚不能一味追求预防,否则可能异化为“恐惧”,成为费尔巴哈意义的“心理强制”,即将人视为动物,缺乏最起码的尊重。长期来看,坚持前科预防会导致更多人被边缘化。例如,2015年1月到2019年6月,浙江省就有735名国家工作人员、8076名非国有公司企事业单位人员、30余名教师、医生因醉驾犯罪被移送审查起诉^④。诚然,刑法保护的首要价值是社会利益,但

^①汉斯·耶塞克,托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第94页。

^②切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,钟书峰译,法律出版社2021年版,第6页。

^③黄太云:《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第1期。

^④王敏远:《“醉驾”型危险驾驶罪综合治理的实证研究——以浙江省司法实践为研究样本》,《法学》2020年第3期。

它不会永远优于个人利益。坚持以牺牲犯罪人权利换取社会安全,就会丧失国家前期投入的巨大成本(如教育、司法)以及犯罪人复归社会后继续创造价值的可能。

其二,前科增加了犯罪人再犯的风险。从犯罪学上看,受过刑事处罚的人会被贴上“标签”。“罪犯生成就是一个‘贴标签’、下定义、自我认同以及强化该认同的过程。”^①一方面,我国社会向来对罪犯有着较深的敌意,将他们视为“瘟疫”,使其长期受到歧视与差别对待。因此,犯罪人生活在不安、恐惧、自卑等负面情绪下,极易成为社会的不稳定因素。另一方面,犯罪标签是一种积极暗示,如果该“标签”足够强大,便会促使他人审视、评估和修正自己的行为,重新走上犯罪道路。例如,我国少年犯“回溯率”较高。据统计,北京、湖北、贵州仅实施1次犯罪的少年犯比例为43.1%,2次犯罪的比例为56.9%^②。可见,前科者再犯率相对较高,其中的原因可能较为复杂,但至少说明前科未起到理想的预防效果,还有增加再犯危险的可能。

综上,永久地为犯罪人戴上前科“枷锁”,将之排斥在社会之外,既不经济,也有违公正。美国也有学者质疑:刑罚给犯罪人带来什么后果?犯罪标签对其复归社会的前景影响,是否已超过实际服刑?^③事实上,犯罪治理最好方式并非惩罚,而是再社会化。近年来,各国开展的非犯罪化、非监禁化、非司法化改革,无不尽力避免给犯罪人贴上标签。而前科消灭无疑是最为重要的探索成果。如果我国建立该制度,可有效解决“轻罪不轻”问题。

三 前科消灭制度的立法化构建

前科是对犯罪人的否定评价,总体包括:公权力主体的“规范性评价”与公众的“非规范性评价”。前者可由前科消灭直接解决,恢复犯罪人受损的法律权利。后者虽不能直接解决,但能在很大程度上缓和公众对犯罪的偏见。就此而言,前科消灭横跨刑事与非刑事两个领域,虽然已有人提出前科消灭立法化建议,但并未安排具体的

内容^④。

(一) 前科消灭的立法模式

刑法立法模式是刑法立法活动成果的具体表现形式。比较而言,前科消灭存在几种模式。一是单独立法模式,如美国、新西兰。二是刑事诉讼法模式,如法国。三是刑法典模式,如日本、俄罗斯、匈牙利等国。我国应该选择何种模式?是否建构覆盖全体犯罪人的制度?在笔者看来,我国应选择刑法典模式。首先,前科消灭虽涉及部分程序,但仍是重要的实体法制度。其次,单独立法并无必要,并不利于前科消灭的统一。相反,刑法中确立前科消灭,还能与时效、赦免等组成刑罚消灭体系。最后,从20世纪90年代开始,学界就将前科消灭视为重要的刑罚制度,这种共识有利于节约成本,提高立法效率。因此,建议在刑法总则中增加“前科消灭”一章,集中规定一般条件、程序、后果等。

在这里,值得讨论的是前科消灭的覆盖范围。覆盖全体犯罪人一直是学界有力的观点。理论上,只有覆盖所有犯罪人,才能彻底解决“犯罪标签”问题,降低再犯率,缓和社会的矛盾^⑤。西方学者也认为:但凡有人因罪刑记录而无法回归社会,就注定刑事司法系统的失败^⑥。可见,全面覆盖的前科消灭具有充足的理论动因。然而,多数民众并不愿意接纳犯罪,更不允许罪犯(尤其是重罪)回归社会,故该方案在全国人大审议时屡屡受挫,并不可行。在笔者看来,较为合理的方式是“两步走”方案:第一步,针对轻罪主体设计前科消灭,统领前科消灭的一般框架;第二步,再建构覆盖全体的前科消灭。这种立法思路较为符合司法现实,也顾及了绝大多数犯罪人。首先,我国轻罪主体数量庞大,每年已超过160万,该部分人的前科消灭需求最为迫切。其次,以某一类典型轻罪(如危险驾驶罪)为原型设计前科消灭,立法成本较低。实践中,已实施的企业合规、认罪认罚、量刑建议均从轻罪试点,再逐步拓宽覆盖范

①Frank Tannenbaum. *Crime and the Community*. New York: Columbia University Press, 1938, pp.19-20.

②张远煌,姚兵:《中国现阶段未成年人犯罪的新趋势——以三省市未成年犯问卷调查为基础》,《法学论坛》2010年第1期。

③亚历克斯·皮盖惹:《犯罪学理论手册》,吴宗宪译,法律出版社2019年版,第375页。

④朱征夫、周光权等全国人大代表都提出过“前科消灭立法”议案,但未得到立法机关回应。参见史洪举:《建立轻罪前科消灭制度的积极探索意义》,《北京青年报》2023年3月1日。

⑤刘仁文,彭新林:《前科消灭能否“全覆盖”》,《南方周末》2022年7月28日。

⑥Roberts, Julian V. “The Role of Criminal Record in the Federal Sentencing Guidelines”, *Criminal Justice Ethics*, 1994, 13(1): 21-30.

围。最后,民众对轻罪敌意较低。从轻罪开始,可引导公众接受新制度,缓和社会的对立。总之,前科消灭可以轻罪为先导,待条件成熟后,再覆盖全体犯罪人。

(二)前科消灭的基本条件

前科消灭不是对犯罪人的绝对保护,而是在合理范围内促进无再犯危险之人回归社会。因此,即便科处的刑罚较轻,也需满足一定条件。

1.前科消灭的“罪质”条件

犯罪的性质,直接反映侵害法益的程度。基于我国的司法实际,可将以下3类犯罪排除在外。其一,侵害特殊利益的犯罪。(1)危害国家安全犯罪。这类犯罪挑战国家政权,蔑视社会主义制度,具体为刑法第102条至112条的罪名。(2)恐怖活动犯罪。这类犯罪人长期信奉恐怖主义,人身危险性极高,具体为刑法第120条的7种罪名。(3)黑社会犯罪。该类犯罪欺压群众,破坏社会稳定,具体为刑法第294条的3项罪名。其二,高度再犯危险的犯罪。(1)性犯罪。研究表明,该类犯罪主体普遍具有心理疫病或障碍,刑罚改善效果不佳,再犯率高^①。故强奸罪、强制猥亵罪、侮辱罪、猥亵儿童罪不宜被消灭前科。(2)毒品犯罪。毒品因其成瘾性与经济利益,使得相关犯罪高发。因此,无论是源头性的走私、制造、贩卖毒品,还是末端容留他人吸毒等(刑法第347条至355条),均应“零容忍”。其三,严重背离人民情感的犯罪。(1)贪污腐败犯罪。这类犯罪侵蚀党和政府的肌体,败坏社会风气,禁止消灭前科是保持高压反腐态势的必然要求,具体为刑法第382条至396条的罪名。(2)食品、药品犯罪。“食药安全”关乎民生福祉、生命健康,社会影响较为广泛,对于符合刑法第141条至第145条罪名的,不允许消灭前科。

2.前科消灭的时间条件

前科消灭必须经历一定的考验期。依据罪刑相称,考验期可依照宣告刑分段设置:被判处附加刑的,消灭期间为1年;3年以下有期徒刑的,消

灭期间为5年;3年以上10年以下有期徒刑的,消灭期间为10年;10年以上有期徒刑的,消灭期间为15年^②。这种规则参考了追诉时效的规定,也符合罪刑相称要求。

3.前科消灭的悔改条件

一般而言,只要考验期末有新罪,便视为悔改。但是,如果行为人在考验期内另有犯罪的,则前科消灭期间中断,已经过期间归于无效,待后罪刑罚执行完毕后,与后罪前科消灭期间合并计算。

4.前科消灭的程序条件

前科消灭主要有“法定消灭”“裁定消灭”“申请消灭”三种方式。法定消灭是指只要满足法定条件,前科自动消灭。裁定消灭是指对于符合前科消灭的,司法机关依据实际情况宣告撤销前科。申请消灭则是对特殊主体或具有明显善行的特别优待,允许提前消灭前科。总体而言,三种方式各具优势。法定消灭可适用于绝大多数犯罪,为前科消灭提供基本框架,减少司法的恣意性。裁定消灭则保留了一定的机动性,激励犯罪人更好改过自新。申请消灭能实现刑罚的个别化,保护特殊主体(如少年犯)的利益^③。因此,我国可考虑多轨并行的消灭程序。

(三)前科消灭的法律后果

前科消灭后,犯罪人视为未有犯罪,并恢复因此受损的法律权利。它的法律后果限于刑事领域,还是非刑事领域?有人提出:前科消灭仅适用于非刑事领域,否则会影响司法机关查询、使用犯罪记录^④。然而,这可能混淆了前科与犯罪记录的差别。

1.前科消灭的效力:消灭规范性评价

首先,前科是基于犯罪记录形成的否定性评价。犯罪记录是专门机关对犯罪事实的客观记载,涉及刑事诉讼过程中的案卷材料、电子档案等内容。前科之所以产生负面效应,是因为犯罪记录被他人使用并评价。依据评价主体的效力,区别为:“规范性评价”与“非规范性评价”。因此,二者是评价与被评价关系。其次,前科消灭的功

^①考特·巴特尔,安妮·巴特尔:《犯罪心理学》,王毅译,上海人民出版社2018年版,第375页。

^②司法机关选择适用无期徒刑、死刑,就说明犯罪人有被终身隔离的必要。即便执行刑罚过程中,无期徒刑有可能会转化为有期徒刑,但这也只是说明刑罚对犯罪人的改造效果,不能取代司法机关对犯罪分子再犯可能性较大的评价。

^③例如,《德国少年法》规定少年犯服刑完毕后,能够证明已满足改过自新的条件,便可申请法院提前撤销前科。参见徐久生,庄敬华:《德国刑法典》,中国方正出版社2004年版,第211页。

^④崔志伟:《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》,《现代法学》2021年第6期。

能是消除犯罪记录的“规范性效力”,并不影响该记录的使用。从认知论上看,犯罪记录作为犯罪事实的记载,不会因为人的意志而改变,故无法被“消灭”,能被消灭的只可能是该记录的“规范性评价”。因此,前科消灭同时适用刑事领域与非刑事领域,并恢复犯罪人在这些领域受损的权利,具体为:(1)免除前科报告义务;(2)不再构成累犯,前科不再作为加重量刑情节;(3)恢复因前科被剥夺的权利、资格。

2.前科消灭后的犯罪记录处理

前科消灭后,还面临着犯罪记录的处理问题。立法上存在两种方案:一是前科封存。即未经法律允许,任何单位、个人不能查询犯罪记录。如我国刑法确立的前科封存,对少年犯的部分犯罪记录(5年以下刑罚)予以保密^①。二是注销犯罪记录。由专门设立的登记机关负责删除犯罪人的罪刑记录。由于犯罪记录不能被“消灭”。这里的“删除”是指不再将犯罪记录登记在册。如《德国中央犯罪登记簿和教育登记簿法》第41条规定:犯罪记录登记后,因期限届满而注销。可见,注销的前提是登记。在笔者看来,我国应采取第一种方式。一方面,我国没有犯罪记录的登记程序,也欠缺专门的犯罪记录管理机关,故无法有效地对犯罪记录登记并注销。另一方面,我国已有未成年人的前科封存制度,将其延伸到前科消灭领域,立法成本较低。因此,可以明确前科消灭后,司法机关应对犯罪记录(所有案卷及其电子档案)封存,禁止他人随意查阅、复制与共享。

(四)前科消灭的配套调适

实现前科消灭的立法目标,应适当调适刑法领域内、外的相关制度,确保前科消灭的规范效力统一、有效运行。

1.刑法领域:修改前科报告等相关制度

前科消灭的,应视为未有犯罪,司法机关不能以“前科”为由加重惩罚。据此,刑法应作如下调整。其一,免除前科报告义务。即刑法第100条中增加一款:“前科已经消灭的,免除前款规定的报告义务。”其二,不再构成累犯。即刑法第65条增加一款:“前科消灭后,不再构成累犯,司法

机关不得从重处罚。”

2.非刑法领域:清理不合理的前科规定

我国的部分前科制度存在较大弊病,应全面清理并修正。

首先,提高前科制度的立法位阶。依据立法原理,一国的立法体系应该是统一的、分层的,下位法不能与上位法相冲突,更不得越权立法。我国《监狱法》第38条规定:“刑满释放人员依法享有与其他公民平等的权利。”据此,地方的前科立法就不能随意地剥夺、限制犯罪人的权利或资格,更不能僭越上位法的规定。当前,我国的前科立法却朝着低层级、无序化发展,故需明确前科的立法层级为“法律”,地方立法机关不得扩宽前科处罚的范围与内容。

其次,清理具有牵连色彩的前科制度。对犯罪人子女就业权、考试权的限制,已背离罪责自负的要求。当然,对于涉及重要国家利益的领域(如国防、外交),可以设置较高的政治与道德门槛,但实无扩大到一切领域的必要。较为科学的办法是:评估犯罪人与家属间的关系,合理限缩前科处罚的范围。例如,《征兵政治审查工作规定》第9条规定:家庭主要成员对受到刑事处罚的亲属,存在包庇、报复的,不得被征集。该条款设置基础是家庭成员自身的过错行为,不违反罪责自负,值得提倡。

再次,修改无期限约束的前科制度。前科处罚应符合罪刑相称。罪刑的轻重与前科处罚的时间呈正比。如果仅一味地为犯罪人永久戴上前科“枷锁”,只会徒增他们复归社会的难度,挫伤其改过自新的积极性,故应及时修改永久剥夺犯罪人权利的前科条款。在这里,可以参考我国《刑法》第37条“职业禁止”的规定:被禁止从事相关职业的时间为3年至5年。

最后,增加前科与犯罪之间的关联性。依据刑罚正义理念,前科处罚的设置应与犯罪行为有所关联。例如,职业禁止的适用前提是:行为人利用了职业便利或者违反特定职业义务。然而,我国的前科制度并未设置任何前提条件,一旦犯罪,

^①前科封存与前科消灭存在较大差异,前者并不会消灭犯罪人的前科,更不会恢复犯罪人受损的权利状态。实践中,前科封存还可能对犯罪人造成“二次伤害”。“两高两部”发布《未成年人犯罪记录封存的实施办法》就指出:“绝大多数省份的封存机关仍存在‘应封未封’‘违规查询’,使未成年人在考试、升学、就业等方面受到歧视,走上上访维权道路。”参见孙航:《两高两部发布未成年人犯罪记录封存实施办法》,《人民法院报》2022年5月31日。

所有人均应承受相同的处罚,这就模糊了不同案件之间的差异性。当然,我国也有科学的立法可供参考。《会计法》第 40 条规定:行为人有贪污、挪用公款等与会计职业相关的犯罪行为,不得再从事会计。该条强调因违反会计行业的执业准则而被禁止从业,体现了罪刑之间的逻辑性,亦彰显了会计业务的廉洁要求。

结语

习近平总书记指出:“党的十八大以来,我们

坚持把尊重和保障人权作为治国理政的一项重要工作,推动我国人权事业取得历史性成就。”“要加强人权法治保障,深化法治领域改革,健全人权法治保障机制。”^①随着轻罪治理的深入,刑罚的宽宥程度也会提高,人们会用更加宽容的心态看待社会的“他者”。有朝一日,如果我国的前科消灭制度真正建立,这势必会成为我国刑事法治领域的标志性成果,更是犯罪治理体系与治理能力现代化成熟、自信的象征。

The Construction of Elimination of Ex-conviction System in the Context of Misdemeanour Governance in China

XU Li & CHENG Gong

(School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

Abstract: With the active participation of criminal law in the governance of society, the expansion of the circle of misdemeanors and the continuous increase in the number of misdemeanors have become a reality. However, there are some cases in which “misdemeanors are severe”. This violates not only the requirements of the law of crime and punishment and self-accountability, but also the legitimacy of punishment. Thus, it is necessary to construct the elimination of ex-conviction system. The legislative model for the elimination of ex-conviction could be based on a “two-step” approach to the Criminal Code: the subject of the misdemeanor should be the first to be covered, and then the subject of the other felonies should be covered. The basic conditions for the expungement of ex-conviction should be designed to focus on the quality of the realm, repentance, time, and procedural elements. After the expungement of ex-conviction, the “normative evaluation” based on the criminal record no longer exists, and the offender’s impaired legal rights in both the criminal and non-criminal spheres are restored. To ensure that the elimination of ex-conviction is effective and efficient, it is also necessary to harmonize the reporting of ex-conviction and recidivism in criminal law and to clean up unjustified ex-conviction provisions outside criminal law.

Key words: misdemeanor; elimination of ex-conviction; ex-conviction; criminal label; criminal record

(责任校对 龙四清)

^①习近平:《坚定不移走中国人权发展道路 更好推动我国人权事业发展》,《求是》2022 年第 12 期。