

Doi: doi.org/10.70693/rwsk.v1i2.626

轻罪时代下犯罪附随后果研究^①

刘丁玲¹ 苏圣斌²

(¹中国政法大学, 北京 100088, ²中南大学, 湖南 长沙 410083)

摘要: 当前, 犯罪附随后果的适用与轻罪治理的需求相违背。其适用随意性强、严厉程度高、波及范围广泛使之呈现惩罚过重的属性, 阻碍着犯罪治理现代化的发展。探究其原因在于相关规定违背宪法精神、犯罪附随后果的性质认定模糊、实践中混淆罪行与犯罪人表现要素。对于犯罪附随后果存在的问题, 应当坚持预防为主, 惩罚为辅的适用精神。在具体制度层面, 前科消灭制度的对象应实现大面积覆盖, 启动时间可借鉴追诉时效制度并附加相对的犯罪记录封存制度, 启动程序上兼采职权与申请模式, 以此激励恢复性司法与被遗忘权在社会观念中的正确体现并引领对于前科者的正确评价, 助于服刑完毕人员的社会复归。

关键词: 犯罪附随后果 轻罪治理 犯罪记录封存 犯罪预防 恢复性司法

一、问题的提出: 轻罪时代下犯罪附随后果的现状扫描

随着我国严重暴力犯罪数量与重刑率下降, 轻微犯罪数量与轻刑率上升, 刑事犯罪结构发生了显著变化, 我国已经进入轻罪时代。^[1]我国犯罪所处阶段的界定一方面是对犯罪现象发展变化具体事实的确切描述, 另一方面也彰显了中国特色社会主义新时代对于刑事立法与刑事司法的要求。在立法层面, 因身处风险社会与世界立法活性化时代, 与传统的“制裁刑法观”或者“保障刑法观”不同, 当今流行的是“风险刑法观”或“预防刑法观”, ^[2]轻罪立法已然成为目前刑事立法的潮流。在此基础上, 司法应当顺应风险时代发展对罪犯予以妥善处置, 与轻罪立法形成动态平衡以实现宽严相济的刑事政策, 避免出现立法较轻而司法较重抵消治理效果的倒挂现象。

轻罪时代面临的重大问题除了积极刑法观与消极刑法观的争论、罪名适用呈现象征性立法或情绪性立法之外, 更在于如何处理过于严苛的犯罪附随后果。犯罪附随后果是指刑法之外的法律法规、规章等规定的, 对有犯罪前科的人或其家庭成员、亲属等适用的, 对其特定权利和资质的限制、禁止或者剥夺。^[3]近年来罪犯实际受到的惩罚与“轻罪”的内涵不相匹配, 在犯罪附随后果的处理上越来越难以符合犯罪治理现代化的需要, 与逐渐轻缓化的刑事政策背道而驰。早有学者评论, 我国重刑主义不仅源自量刑过重, 还包括过于严苛的犯罪附随后果。^[4]在这些年的司法实践与社会生活中, 犯罪附随后果的适用呈现如下特点: 第一, 犯罪附随后果适用的随意性强。在形式上犯罪附随后果的影响并无时间限制, 犯罪是一时的, 却给服刑后的犯罪人打上了终身犯罪前科的烙印; 在实质上由于犯罪附随后果的适用不规范, 导致犯罪人没有救济的途径与方式, 社会主体侵犯犯罪人各项基本权利更加容易。第二, 犯罪附随后果严厉程度高。实践中犯罪的附随后果存在“第二次刑罚”的戏称。虽然行为人因犯轻微罪行受到的刑事处罚并不算重, 但其被定罪之后随之而来的“行政罚”所产生的附随后果, 制裁的严厉性在事实上远重于刑罚本身。^[5]服刑完毕后, 在社会复归的过程中, 行为人所面对的是必然的犯罪附随后果与社会公众的不理解情绪, 这无疑将经监狱改造后的行为人又推向社会对立面, 使其生活在社会中困难重重, 甚至引发再度犯罪。第三, 犯罪附随后果波及范

[作者简介]

[1] 刘丁玲(2001—), 女, 江苏镇江人, 中国政法大学刑事司法学院刑法学硕士研究生。

[2] 苏圣斌(2000—), 男, 天津人, 中南大学法学院法律(法学)硕士研究生。

围广泛。犯罪不仅对服刑完毕人员本身日后的生活产生负面影响,而且也将困其亲属于藩篱之间。例如在日常求职中,罪犯本人会被要求提供《无犯罪记录证明》,在入学、入党、入伍的过程中,罪犯本人与亲属都会受到政审考察的阻力,呈现“一人犯罪全家受罚”的株连现象。2023年《最高人民法院工作报告》中指出,五年来审结一审刑事案件590.6万件,判处罪犯776.1万人。^[6]在犯罪群体如此庞大的前提下,犯罪附随后果倘若再波及亲属,一方面导致更多无辜的人受到不当的惩罚,另一方面也会引发更多的社会纠纷。

犯罪人再社会化既是刑事政策的基本目标之一,^{[7]2-3}也是刑罚执行的主要目的之一。基于以上论述可见,在轻罪时代下犯罪附随后果的适用随意性强、严厉程度高、波及范围广已然使得犯罪附随后果异化为刑罚之外对刑满释放人员第二次强力惩罚,与轻罪时代的时代背景与刑罚想要实现的目的不协调。在此基础上,如何使得犯罪附随后果顺应轻罪时代刑事立法与刑事司法的精神值得探究。也就是说,为配合轻罪化、轻刑化的趋势,确保立法上刑法干预前置化的正当性,有必要将刑罚附随后果的严厉性也降下来。^[8]

二、问题的溯因:惩罚性犯罪附随后果的追本溯源

近年来,犯罪附随后果因适用随意性强、严厉程度高、波及范围广呈现的惩罚性特质导致了严重的社会问题。其中讨论较为激烈的包括罪犯子女是否可以成为国家公职人员以及辅助性职务,罪犯服刑后能否享受低保待遇、抚恤与优待、荣誉称号,犯罪人改造完成后还能否参加特定考试获得特定职业资格证书等,分别对应着职业禁止、利益剥夺、资格受限等不同的附随后果情形。相关情形的讨论以及上文所述问题与犯罪附随后果的具体规定、性质、实践认定息息相关。

(一) 犯罪附随后果的相关规定违背基本宪法精神

针对犯罪附随后果适用的随意性强,细细考察可看出许多具体情形具备惩罚属性的问题源头在于不合法律(这里指的是法理或上位法)的规定和不合理理由的道德要素。我国犯罪附随后果的法律渊源复杂,呈现规范与非规范、法律与道德交融错杂的状态。具体而言,在规范性层面,上至法律下至规范性文件并没有统一的立法逻辑,存在上位法无效而下位法依旧适用的情形;在非规范性层面,不成文性加重了社会评价的随意性和主观性。下文将有明确规定的情形作为规范性犯罪附随后果,将法律并未明确规定的情形(包括规定模糊以及完全没有规定的情况)作为非规范性犯罪附随后果进行讨论。

在规范性犯罪附随后果层面,众多法律、行政法规、司法解释乃至规范性文件中存在明显的违宪条款。此处仅举例影响范围最广的剥夺劳动权条款。劳动权属于社会经济权利这一基本权利中的子权利,《宪法》第42条规定了公民的劳动权。一方面赋予中国公民劳动的权利,另一方面也要求国家通过各种途径保障公民的劳动与就业。《劳动法》第12条规定了劳动者就业平等,《就业促进法》第3条规定了劳动者平等就业和自主择业的权利等等。劳动权(就业权)是最基本的权利,社会主义核心价值观有提倡热爱劳动的公德,劳动是一切有劳动能力的公民的光荣职责。改造完成的人就是有劳动能力的公民,不应当对他们设置限制、投以歧视。然而事实却不尽如人意,许多立法甚至是低层次的规范性文件都会对有前科人员的就业予以限制。例如《陪审员法》第7条第1款第1项剥夺受过刑事处罚人担任陪审员的权利;《检察官法》第13条第1款第1项排除因犯罪受过刑事处罚的人担任检察官的情形;《监察官法》第13条第1款第1项也将受过刑事处罚的人排除在监察官的行列之外;《公证法》第20条第1款第2项对于公证员的要求也是如此。也许有观点回应说限制特殊类型人群进入特定领域存在正当性,那么下面的规定可谓对于有前科者的全方位“封杀”。如《劳动法》第25条赋予用人单位解除被依法追究刑事责任的劳动者劳动合同的权利;《民用爆炸物品安全管理条例》第6条限制有前科者从事民用爆炸物品的生产、销售、购买、运输和爆破作业等;在芜湖市人民政府发布的《芜湖市人才发展有限责任公司招聘公告》的禁止报考条件中明确指出受过刑事处罚、劳动教养、少年管教的不得报考,同样的黄冈一国有集团公司招聘条件中也排除受刑事处罚并在服刑期间的或曾因犯罪受过刑事处罚的公民。^{[9]-[10]}整体来说,有犯罪记录案底的人基本不能从事法官、人民陪审员、检察官、公务员、律师、司法鉴定人员、公证员、拍卖师、证券从业人员、破产管理人、食品生产经营管理人员等多项职业,并且在其他诸多岗位上也有扩张之势。

在非规范性层面主要包括对于有前科者亲属的就业限制以及有前科者本人的社会评价。对于有前科者亲属的就业限制,例如《公务员法》第24条第1款第3项的规定“有法律规定不得录用为公务员的其他情形”,此规定作为兜底条款充当公务员“拦路虎”的角色;2021年中共中央组织部发布《公务员录用考察办法(试行)》第8条第4项规定对于涉密职位的人员需考察家庭成员和主要社会关系的有关情况。上述情况虽然没有直接表明限制罪犯子女考公,但从实际情况来看,公务员系统、事业单位、国企等相关机构在招聘时,直系亲属有过犯罪记录的人员通常无法通过政审。且不说正确与否,有相关规定的但稍许模糊的情况尚且可以通过目的性解释限制就业,更加困扰前科者的在于完全无规定复归之路下的社会负面评价。从个体信任的角度出发,倘若并非至亲亲属很难理解犯罪人的人品或者正确对待犯罪人的罪行,公众对于有

前科的人可谓有避之而无不及；从用人单位的角度出发，在能力条件相当的情况下能够招聘到没有犯罪记录的人相较于有犯罪记录的人一定优先考虑，这是一种规避风险的选择。然而，此类评价借由法律过渡至道德，实际并无确切根据。我们并不能从一个人是否犯过罪来认定这个人的善恶本性，否则刑法理论无需区分“自然恶”的自然犯与“禁止恶”的法定犯，直接将两种犯罪人都定义为恶人即可。虽然犯过罪的人不一定为善，但也不能直接推定为恶，最大的偏见在于人心。美国过罪化现象已经是前车之鉴，真正阻碍犯罪人回归社会的并非来自法律限制，而是犯罪信息的公开进而导致社会广泛知晓，引发种种永久的排斥与谴责——犯罪人发自内心认同自己是一个罪孽深重的人——犯罪率非降反升。^[11]¹⁰⁵ 平等权作为宪法的基本权利之一，强调虽然现实中的人存在先天差别，但任何人都有人格尊严，为此在自由人格的形成和发展上应当享有平等的权利。换言之，国家平等保护不同公民。改造完成的人与普通公民不存在本质差异，应当享受平等的权利。宪法要求的人人平等不仅仅体现在白纸黑字上，而且应当内化在现实生活中，使人们真真切切感受到平等，反对各种形式的歧视。

（二）犯罪附随后果的性质认定模糊

实践中犯罪附随后果严厉程度高，呈现惩罚性的特征，进而引发了对于犯罪附随后果性质的认定讨论，即犯罪附随后果究竟应当发挥什么样的功能。在理论上，犯罪附随后果的法律性质认定存在争议，主要存在刑罚说、行政处罚说和保安处分说三种立场。

主张刑罚说的学者认为犯罪附随后果是刑罚体系之外的资格刑，虽没有在刑法中明确规定，但其实质与刑罚无异。^[12] 刑罚说易于被驳倒，犯罪附随后果既不符合刑罚的属性，也不符合刑罚的法律特征，将犯罪附随后果认定为刑罚违背了罪刑法定原则。刑罚是国家为了防止犯罪行为对法益侵犯，而由法院根据刑事立法，对犯罪人适用的建立在剥夺性、限制性痛苦基础上的最严厉的强制措施。^[13]⁶⁶⁷ 在属性方面，刑罚本身作为国家对于犯罪行为的否定性评价与对犯罪人的谴责，倘若又将犯罪附随后果以类似属性施加在行为人身，违反禁止重复评价原则。在法律特征方面，刑罚及其内容必须由刑法明文规定，司法机关不得创制刑罚的种类与使用方法。这是罪刑法定的要求，也是《立法法》第11条第1款第4项的明文规定。犯罪附随后果并未明文规定在刑法之中，称其为刑罚不符合形式的法律特征。主张观点可能以《刑法》第37条之一的从业禁止制度与第100条规定的前科报告作为论据。然而，犯罪附随后果的表现形式多样，其他犯罪附随后果类型主要规定在刑法之外的法律法规中，同时该论据在解释涉他型附随后果时也无能为力。

主张行政处罚说的学者认为犯罪附随后果是一种行政措施，属于行政处罚中资格罚的一种。^[14]⁷¹⁰ 同样，将犯罪附随后果认定为行政处罚存在无法解释的问题。第一，行政处罚存在行政机关这一处罚主体，是对于违反行政管理秩序的公民、法人或其他组织等对象的惩戒方式。而犯罪附随后果本身并无行政处罚实施主体的参与而是自动生效，且行政处罚作为减损权益或者增加义务的惩戒方式需要经历一系列如调查检查、处罚决定以及送达的程序，犯罪附随后果在适用上颇为随意甚至没有救济途径。第二，行政处罚中的资格罚主要包含暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件等，其面向大多为法人或其他组织，与个人的适配性较低。第三，行政处罚的设定局限于法律、法规和规章，换言之其他规范性文件不能设定行政处罚，然而犯罪附随后果的规定范围并不能被法律法规与规章所涵摄。此外需要指明的是，从严厉程度的角度出发，认为犯罪附随后果不属于行政处罚的观点^[15]并不可取。观点的根基在于刑罚重于行政处罚，而犯罪附随后果的严厉程度又高于刑罚，因此三者在严厉程度的位阶排序上是犯罪附随后果、刑罚、行政处罚，从而得出犯罪附随后果不是行政处罚。该观点犯了理论与实践混淆的错误，将理论上的行政处罚与实践中的犯罪附随后果相比，自然无法得出正确结论。更何况犯罪附随后果与行政处罚的严厉性均需要控制，后者可以近些年企业合规的实践推进避免对企业的行政资格罚过重来佐证。如果统一标准进行比较，在理论上刑罚既重于行政处罚又重于犯罪附随后果，在实践中也存在行政处罚与犯罪附随后果重于刑罚的情况，也就是说，从严厉程度这一角度上来说，行政处罚与犯罪附随后果难以比较。

因刑罚说与行政处罚说弊端明显，保安处分说基本占领了讨论主阵地^[16]。古典刑事法学派认为刑罚之毕，罪孽之终。然而随着近代刑事法学派的发展，刑罚目的由报应逐渐过渡至预防，强调社会防卫的重要性。主张保安处分说的学者主张犯罪附随后果应当关注行为本身的人身危险性，服务于社会防卫。^[17] 理论上对于保安处分的性质一直有二元论与一元论的争论，但无论是何种观点，核心都在于社会防卫以及改善行为人理念。保安处分的概念多样，最广义和广义的保安处分不强调限制，只要有害均可施加不区分人或物的刑事司法或者行政处分，但因极易侵犯人权而在当今社会丧失合理性。笔者承认犯罪附随后果与保安处分（此处采取最狭义的概念或狭义的概念）的部分相似性，例如两者都是犯罪后的处分，以实施犯罪行为为前提；两者也都具有代替刑罚或者补充刑罚的机能，但不可忽略的是保安处分仍应由行政机关决定或法院宣告，体现其程序的正当性与限权的法定性。可见犯罪附随后果虽与保安处分有相似之处，但也

并不能直接纳入保安处分的范围。

综上,在现阶段保安处分说的确与犯罪附随后果的性质更为契合,应当坚守以预防犯罪为主的精神来指导犯罪附随后果的适用。这不仅是犯罪附随后果本质的部分体现,也迎合了风险社会的时代要求。值得注意的是,关于程序的正当性是目前犯罪附随后果区别于保安处分的重要一点,所以笔者只肯定犯罪附随后果与保安处分说的部分类似,不认可以“保安处分说”直接界定犯罪附随后果的性质。

(三) 犯罪附随后果适用的判断素材混淆罪行与犯罪人表现要素

犯罪附随后果的判断素材到底是罪行本身还是犯罪人表现要素,抑或是其他要素将直接影响犯罪附随后果的适用。立足于罪行本身是追溯过去,而针对犯罪人表现则是面向未来。犯罪附随后果包括涉己(针对犯罪人本人)和涉他(针对犯罪人家庭成员或其亲属)两类,在实践中呈现出混合罪行和犯罪人表现要素与直接忽略两种要素而适用犯罪附随后果的情况,前者主要体现在涉己型犯罪附随后果,后者主要表现在涉他型犯罪附随后果上,具体展示如下:

1. 涉己型犯罪附随后果: 混合罪行和犯罪人表现要素

针对涉己型犯罪附随后果,实践中存在只要犯过罪就有必然的、无区分的犯罪附随后果的现象。具体体现为如下两种情形:前科记录和个人社会信用高度捆绑与犯罪附随后果和犯罪本身类型无关。无论哪种情况,都是犯罪附随后果将罪行要素与犯罪人表现要素混合起来描画服刑完毕人员的一种体现。

第一,前科记录与个人的社会信用高度链接,进而导致犯罪记录制度的异化。公共信用立法以国家强制力为保证,由政府借助已有的信息手机途径,汇总、加工与评价各种信息,为社会成员勾勒信用画像。除此之外信用记录的披露还分为特殊情况的信用查询或履职过程的依法主动披露,以促进社会的诚信。^[18]在现实生活中,违法和犯罪往往与失信惩戒相联系,我国《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》

(以下简称《纲要》)多处内容也体现将“违法”与“失信”等同或联结的理念。法人或者自然人严重的违法犯罪事实对其社会信用产生负面影响是必然的,在违法层面,根据《民事诉讼法》第266条的规定,被执行人拒绝履行法律文书确定义务的信息会被法院记录在征信系统中。据此2017年《湖北省社会信用信息管理条例》等其他地方规范性文件均有将拒不履行法律文书的行为纳入公共信用信息目录的相关规定,进一步完善了相关的社会信用体系。在犯罪层面,社会信用与犯罪记录制度共用“犯罪记录”的评价要素,例如2018年《上海市公共信用信息归集和使用管理办法》第13条规定刑事判决信息等信息属于其他失信信息。以上文件均体现曾受过法律非难的事实已然成为社会信用的重要组成部分。但将前科记录与社会信用高度捆绑存在问题,如果仅将犯罪记录作为社会信用制度的基本信息尚且合理,但一些地方的信用评价制度将犯罪与其他生活福利相联系可谓与制度的目的南辕北辙,具备了惩罚的意义。例如广东省某市将刑事处罚与落户制度相挂钩,通过积分制为有前科的人设置入户障碍。^[19]前科记录与个人社会信用的高度链接使得犯罪记录对于服刑后人员的生活无孔不入,犯罪记录制度与失信惩戒制度同质化将有前科的人排除在正常社会生活外。根据《纲要》关于奖惩机制与设立目的的规定,守信激励应优先于失信约束以鼓励社会诚信意识的觉醒,而非造成全员都被失信所约束和人与人之间的信任危机。因此应当认为,失信惩戒应更加偏重“戒”,着重偏重于对行为的管理预防,而非行为人的已然过错。^[20]综上,前科记录与社会信用高度链接过于注重犯罪人曾经所犯下的罪行,并且有认定前科者未来难以复归的倾向。

第二,忽视犯罪附随后果的适用与犯罪本身类别的关联性。根据《刑法》第37条之一关于职业禁止的规定已然可以看出犯罪附随后果的应有之义。对于职业禁止对应犯罪的要求是利用职业便利或者违背职业要求的特定义务,足见其目的是为了预防服刑完毕人员再次利用自己与职业相关的便利实施犯罪,强调犯罪附随后果与犯罪本身的关联性。令人失望的是,我国多数犯罪附随后果“在限制或者剥夺的时候很少从职业内在需求加以规范,而限制几乎所有有前科的公民”。^[21]犯罪性质与附随后果所禁止的内容之间应当保持一致,否则就会出现为惩而惩的过度处罚现象。实践中的情况比比皆是,例如2014年《江苏省机动车驾驶人文明交通信用管理办法(试行)的通知》中将交通肇事罪与严重交通失信相连接,并将严重交通失信作为限制贷款的重要参考依据。交通肇事罪作为过失犯罪,犯罪人的特殊预防性本就相较故意犯罪更低,更何况交通肇事罪本身与经济方面的贷款有何联系呢?根据2023年《大连市物业管理条例》第28条的规定,业主委员会候选人选举材料应载明候选人的刑事处罚情况,受过刑事处罚与作为业主委员会成员为其他业主争取权益又有什么冲突呢?类似的规定还包括2023年《清远市城乡基层网格化服务管理条例》中受过刑事处罚的无法担任网格员,2023年《深圳经济特区医疗条例(2022年修订)》中受过刑事处罚的不得担任医疗机构负责人等等,均未考虑到附随后果与犯罪本身的关联,均属于“一棍子打死”的情况,又让改造完成的人如何复归呢?此外令人深思的是,以上犯罪附随后果并未考虑故意犯罪与过失犯罪的区别,统一规定为“受过刑事处罚”。在刑法理论上,故意犯罪人对危害结果持积极蔑视的态度,而过失犯罪人是因为疏忽大

意或过于自信而没有认识到危害结果的发生,两者在定罪量刑上都有差距,为何到了犯罪附随后果的认定上却不分情形笼统规定而统一处置呢?当然也有一些正面的规定体现犯罪附随后果与犯罪本身的关联性,说明类似的意识的确存在也值得推广。如《关于在招标投标活动中全面开展行贿犯罪档案查询的通知》中对于有行贿犯罪记录的单位或个人作出一定时期内限制进入市场、取消投标资格、降低资质、不予聘用或者注册的处置,就是考虑到了行贿会影响招标投标活动的公正性;2021年《四川省农村集体经济组织条例》第21条规定因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序受过刑事处罚的成员,不得参选理事或者监事,同样考虑到犯罪的经济属性与农村集体经济组织的管理性质。忽视附随后果与犯罪本身的关联性只会导致惩罚的泛滥,妨碍有前科者正当的社会复归,无法起到任何社会治理的效果。

也许会有质疑认为,刑罚的认定就是结合罪犯的罪行与根据犯罪人表现确定的预防要素,犯罪附随后果如此规定并无问题。但正如上文所述犯罪附随后果不是刑罚,更偏向社会防卫。哪怕认定为刑罚,那么定罪量刑需要违法有责的统一,出罪则只需缺少一个要素即可。犯罪附随后果是服刑之后的效果,将确认刑罚所需的要素移花接木至犯罪附随后果并不恰当。此时罪行以及对其评价已经结束,应主要面向犯罪人的表现进行确定犯罪附随后果。

2. 涉他型犯罪附随后果: 忽略罪行和犯罪人表现要素

相较于涉己型犯罪附随后果而言,涉他型犯罪附随后果则因直接忽略罪行与犯罪人表现因素变得更为不合理。如果说涉己型犯罪附随后果还与惩罚与预防犯罪人再犯的要素有关,涉他型犯罪附随后果未免走的太远。例如近年来讨论最为激烈的当属罪犯子女考公是否应当受到限制。支持限制者认为制度设立初衷在于增加犯罪成本,遏制与惩戒犯罪,同时此举对于预防公职人员腐败、以权谋私等犯罪行为有积极意义。反对限制者则认为此种重刑主义并不能起到一般预防的效果,还导致株连的卷土重来,破坏刑法的公正性,同时一定程度上背离了“罪责自负”的法治原则。折中观点则认为限制不应当是普遍无差别的,对于特殊岗位的要求可以限制但应在一定范围内。^[22]

一般支持限制者都代表广大无辜群众的利益,支持限制者一方面认为罪犯子女进入公职人员队伍可能侵犯体制廉洁性,另一方面也的确因此获得了竞争优势,只要亲属没有涉嫌犯罪,自己便有很大概率高枕无忧;而反对限制者则是更多站在犯罪人以及法理的角度予以论证,表示自己做的事情自己负责,何苦为难家里人呢?早已脱离了亲属关系的子女却因为生父生母的过失犯罪丢失原本的机会的情况也不在少数。在刑法理论上,罪责自负原则或谓责任主义原则都强调个人只能为自己所做的事情负责。责任主义有着宪法依据,我国《宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权”。从责任基础来看,尊重人权意味着应当将人作为目的而非单纯的手段,如果将罪犯子女排除在考公的范围之外,无疑是将有前科者作为选拔人才筛选的手段。不可否认的是,涉他型犯罪附随后果的确能够在一定程度上起到一般预防的效果,考虑到亲属的前途,理性人也许会放弃犯罪。但与此同时对于破罐子破摔型的犯罪人,在家庭意识与法律意识淡薄的情况下,连自己都可以堕落至狱,亲属也不再是被考虑的因素,作为牺牲品的还是亲属。因此忽略罪行和犯罪人表现要素,使得亲属受到犯罪人的影响并非明智之举,不仅对于犯罪人本身鲜有影响,而且剥夺了无辜人的竞争机会,不得不说也是一种人才的流失。

总之,无论是失信惩戒制度体现出的惩罚色彩还是犯罪附随后果与犯罪本身关联性的缺失,抑或是变相的株连,都体现了犯罪预防与人权保障冲突与糅合的内在矛盾。服刑完毕后的犯罪分子并非都是社会的敌人,将严厉的犯罪附随后果无限制强加给有前科的人与其亲属,只会让其社会复归更为艰难。毕竟,预防犯罪并不代表让犯罪人被社会排斥,使犯罪人复归社会,实现社会防卫与人权保护的统一,才是刑事法律的价值追求。^[23]

三、问题的应对: 轻罪时代下犯罪附随后果的积极回应

面对轻罪时代下犯罪附随后果的诸多问题,实务界与理论界亟须予以回应。有学者认为,不应以附随后果的严厉性否定轻罪立法,而应修改有关附随后果的规定,推进轻罪立法。与其坚持前科消灭,不如直接删除其他法律、法规有关犯罪附随后果的规定,为保障犯罪附随后果的规范实施应当将其全部纳入刑法附加刑部分。^[24]上述观点看到了轻罪立法的必然趋势,但对于犯罪附随后果规范的建议并不具有可操作性。且不说犯罪附随后果形式多样,其所覆盖的法律、法规包括规范性文件范围已然非常巨大,将其删除可谓法律规范的一整个大洗牌。将现行犯罪附随后果纳入刑法附加刑的做法虽然为附随后果提供了形式正当性的基础,但体系庞大内容多样实为裁量的法官设定了难题。在犯罪附随后果已经具备社会属性的前提下,将其直接剥离出实践的轨道并不具备可行性。与其大刀阔斧完全删除犯罪附随后果,不如对现行制度进行细致修改更能收获轻罪时代犯罪附随后果的应有效果。

(一) 适用精神层面: 以预防为主, 惩罚为辅

正如上文问题与原因分析的那样, 现犯罪附随后果的惩罚性已然暴露, 原本设定的预防效果已荡然无存。倘若不对其进行适用上的限制, 犯罪附随后果就会完全变成“第二次刑罚”, 进而引发社会信用层面“第三次刑罚”。在进行具体制度改革之前, 明确犯罪附随后果应有的适用精神实属必要。多数学者强调犯罪附随后果的目的仅仅在于预防, 试图完全摒弃犯罪附随后果的惩罚属性而一步到位, 这是难以实现的。试图让犯罪附随后果实现预防犯罪人再度犯罪的目标, 只能以逐渐淡化惩罚属性为途径。

犯罪附随后果的预防目的属于功能论的范畴, 会受制于本体论的讨论。必须明确的是犯罪附随后果本身具有“刑”的属性, 实际上属于一种刑事制裁方式, 这是犯罪附随后果的本质。^[25]这也是笔者在讨论附随后果性质的时候有所保留, 不赞成以狭义的保安处分直接定义附随后果的性质是预防这一结论的原因。刑事制裁措施是犯罪人针对国家司法机关对于犯罪行为否定评价与对犯罪人的谴责而实际感受的可为一般人感知的不利反应。^{[13]665}刑事制裁是一种社会实践, 是随着历史发展的进程、人们对犯罪等现象的看法、应对违法犯罪的对策的发展变化而变化的。^{[26]44}同时如此定义恰恰体现了犯罪附随后果的性质, 即一方面包含对犯罪人本身的否定性评价, 另一方面具备一般预防与特殊预防的目的, 表明犯罪附随后果也是社会实践发展变化的产物。想必还会有异议认为涉他型附随后果难以用刑事制裁措施界定, 对此的回应是涉他型附随后果本来就未考虑责任主义从而丧失合理性, 进一步完善与佐证了刑事制裁说的观点。此外, 之所以不将犯罪附随后果认定为上述刑罚说、行政处罚说、保安处分说, 正是因为如果直接能够归入上述范畴又何必平添犯罪附随后果的概念呢? 犯罪附随后果的名称就说明其相较于刑罚、行政处罚、保安处分具有独立性, 而自身相较于犯罪不具有独立性, 必须依赖前刑罚的存在而存在。也就是说, 随附后果的正当性, 是由前刑罚所提供的, 主张随附后果不存在惩罚性质的主张, 实际上是把随附后果独立化了, 也就不该叫“随附”后果了。除非能论证出随附后果有独立的正当性, 否则主张取消随附后果的惩罚性就是在篡改随附后果概念本身。

综上, 结合现阶段犯罪附随后果功能论的需求以及本体论的讨论, 笔者认为犯罪附随后果的适用应当以预防为主, 以惩罚为辅, 无论如何现阶段不可掉入完全惩罚与完全预防的窠臼, 明确界定性质有助于指导后续具体制度的修改操作。

(二) 实际操作层面: 前科消灭制度规范的进一步完善

在确立了犯罪附随后果的适用精神后, 应当着重对前科消灭制度进行回应。前科本身是对犯罪人的否定性评价, 既包括公权力主体的规范性评价, 也包括公众的非规范性评价, 在制度层面主要探讨规范的内容。前科制度是犯罪附随后果适用的依据, 犯罪记录等相关制度是前科制度的基础, 因此下文不可避免会存在重叠讨论前科制度与犯罪记录制度的问题。前科消灭制度是针对曾经被定罪或者判刑的人, 在具备法定条件时, 注销犯罪记录的制度。^[27]制度本身具有排除犯罪记录人员再生障碍、减少重新犯罪、缓和社会矛盾等多项价值。笔者认为现阶段应当构建附条件的前科消灭制度, 基本思路是从适用对象、适用期限、适用模式层面展开。

第一, 明确犯罪前科消灭制度的适用对象。有学者认为积极刑法观时代下, 前科消灭制度覆盖全体犯罪人员(包括所有未成年人与成年人)非常有必要,^[28]但一视同仁的态度在处理不同罪名的预防层面有失偏颇。根据犯罪附随后果惩罚与预防兼具的适用精神, 惩罚已自然融入前期刑罚与服刑后的短期社会复归时间之内, 而长期的预防需要根据罪质的轻重结合再犯可能性进行调整。例如初犯和再犯、偶犯或惯犯、悔改态度好坏、犯罪后表现好坏应当在前科消灭层面有所区别。笔者认为对于初犯、偶犯、悔改态度良好、犯罪后表现良好的服刑完毕人员可以适用前科消灭制度, 这是基于再犯可能性视角作出的一般性判断。除此之外, 从罪质的轻重方面, 借鉴缓刑与假释的条件, 应当排除危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪、有组织暴力性犯罪有关前科消灭制度的适用, 上述类别犯罪能够体现犯罪人危险的人格, 有其社会防卫必要性, 阻止其进入特定领域有正当性。

第二, 明确犯罪前科消灭制度的开始期限, 也可以说是犯罪附随后果的适用期限, 遵循比例原则。“要考虑降低犯罪附随后果的严重性……对某些轻罪(如危险驾驶等罪)的非刑罚附随后果需要认真研究, 妥善作出规定, 使犯罪的附随后果符合比例原则要求。”^[29]比例原则有四大内涵, 即目的性、有效性、必要性与适当性, 其中必要性指的是手段有效且使公民负担最轻, 而适当性指的是干预强度与合法理由的紧迫性与重要性相当。^{[30]42}犯罪附随后果本身试图达到的目的是使犯罪人铭记刑罚的痛苦并时刻警示自己的行为举止。追究犯罪尚且具有追诉时效的限制, 作为犯罪附随后的后果倘若没有时间限制就与犯罪追诉制度本身不协调, 干预强度高于刑罚便也丧失了预防的目的。多数学者提倡参考追诉时效的规定, 即被判处附加刑的、3年以下有期徒刑的、3年以上10年以下有期徒刑的、10年以上有期徒刑的, 分别设定1年, 5年, 10年, 15年的考验期限。^[31]笔者对此予以认可, 追诉时效制度是宽严相济的刑事政策的一种体现, 有利于司法机关集

中精力追诉现行犯罪, 利于社会安定。犯罪附随后果的消灭正是宽严相济刑事政策中宽的体现, 同样有助于犯罪人的社会复归, 助于社会安定, 因而两者具有类似性质可以借鉴。与此同时, 在对犯罪前科消灭设定起始点时应同步附加相对的犯罪记录查询封存制度, 毕竟正如上文所说, 犯罪记录仅仅是一种失信的素材, 不可赋予过多的法律意义, 且其危害性无法与犯罪相提并论, 不宜设置无限期的查询期。此处可借鉴《刑事诉讼法》第 286 条的有关未成年人犯罪记录封存制度, 即前科消灭开始时点为犯罪记录封存的时候, 记录封存后的行为人对外可以宣称自己没有犯罪记录, 犯罪记录被封存后请求出具《无犯罪记录证明》的, 理应出具, 但在面对司法机关主动查询时, 不得声称自身无犯罪记录。犯罪记录制度的原意在于满足防卫社会和预防犯罪的要求, 即集中管理犯罪记录以免使得行为人受到社会不当评价而影响其社会复归。^[32]相对犯罪记录封存制度一来可保证司法机关的数据完整与后续可能构成其他犯罪的量刑参考, 二来助于服刑完毕人员的社会复归。

第三, 明确犯罪前科消灭制度的模式, 配套救济措施应同步跟进。犯罪前科消灭制度的模式指的是启动程序, 即究竟是依职权还是依申请适用前科消灭。笔者认为旨在保护服刑后人员的利益可双轨同时进行两种模式, 对于罪质较轻、判处刑罚时间较短的可由人民法院依职权启动, 例如针对过失犯罪与未成年人犯罪的前科消灭可直接由法院依职权决定。除此之外的犯罪可采取依有前科者本人申请的方式启动, 司法机关在考察其考验期限与回归社会表现的基础上做出裁决。当然无论是依职权还是依申请, 都应当赋予相关人以救济措施。例如因犯罪前科导致的公平就业权、受教育权、享受社会福利等权利受侵害应当允许提起对应诉讼, 还应同时赋予近亲属在就业、入伍、升学时受阻的救济权。

(三) 社会观念层面: 前科消灭非规范层面的进一步讨论

犯罪事实的社会观念评价代表着犯罪人前科的非规范层面。非规范性评价并非前科消灭制度作用的对象, 前科消灭制度只能攻击犯罪记录的载体使得规范性犯罪附随后果失去评价根据。犯罪作为一种既定的客观事实只能逐渐被遗忘却永远不会消灭, 真正可能被逐渐消除的只有犯罪产生的不利后果。^[33]³⁸⁹ 前科消灭制度只是犯罪附随后果完善的第一步, 最终应落脚于淡化社会生活意义上对于前科的偏见。道德为法律提供思想指引与价值基础, 而规范层面前科消灭制度的适用又是非规范层面社会观念实现进一步改善的前提。换言之, 无论法律与制度如何改变都是从浅层表达一种适当的倾向, 其目的是试图冲破人们心中的藩篱, 逐渐拨开人们对于犯罪人的偏见, 毕竟真正影响有前科人复归的是社会其他公众的误解与排斥。

犯罪附随后果的消灭及犯罪人社会复归看似是将危险重新释放, 但其本质是恢复性司法彰显司法温度的体现。恢复性司法指的是犯罪人对本身行为负责, 由犯罪方和被害方或特定利害关系人共同决定该案件的法律后果以及如何化解矛盾的过程,^[34]核心在于恢复被犯罪侵害的法益。在理论上, 恢复性司法的讨论主要集中在环境犯罪上。从广义的角度而言, 只要有助于社会关系修复的情况都能够被纳入恢复性司法的范畴。法以社会为基础, 是社会的产物, 反映并调整社会关系, 适用于环境法益修复的恢复性司法理应能够适用于各种社会关系修复的证成。在犯罪这一国家机关与犯罪人之间因犯罪行为而产生的刑事法律关系中, 无论对于哪一犯罪都会使得社会关系(法益本身)在一定程度上受到侵害。不同于传统的刑事制裁方式注重惩罚与预防, 恢复性司法更注重社会关系的修复, 而服刑完毕人员在社会复归的过程中最为重要的就是修复被犯罪行为破坏的社会关系。这种修复不是将有前科者排除在社会关系之外, 而是需要其积极作为来竭力弥补。因此倘若戴上有色眼镜排斥有前科者, 则不利于其利用自身的天赋与技能为社会做出积极贡献从而修补已被损害的社会关系。需要注意的是, 实践中当然也存在特定法益无法对应补救的现象, 例如侵犯他人生命权、健康权的情况, 所以应当允许此类情况下的前科者在部分针对性补救之外(例如道歉赔偿、帮助赡养亲属)利用非针对性补救继续弥补, 即利用自己的劳动为社会持续创造价值, 换句话说有些情况下恢复性司法的内涵更为广泛, 其是为了达到社会关系良好的动态平衡, 并非完全的头疼医头。此种理念也与社区矫正类似, 都是在外界帮扶下, 通过实际行动减轻或补救犯罪行为造成的损失, 从而缓解甚至消除犯罪产生的社会矛盾, 修复受损的社会关系。

同时, 被遗忘权的肯定也为犯罪附随后果的消灭提供了非规范性质上的依据, 其指代公民依据个人信息权针对网络空间个人信息中已过时的、公开的、影响个人价值判断的个人信息, 要求信息处理者予以删除、断开链接的权利。^[35]在刑事层面上, 被遗忘权与犯罪记录封存制度本身价值贯通, 都是通过使不良的记录逐渐淡化在公众的视野中, 使得对犯罪人的负面评价降低, 助其重返社会。在犯罪记录封存的基础上, 被遗忘权将其功能延伸至网络空间, 通过删除不当泄露的个人信息与索引限制, 能够进一步减少犯罪人的负面评价。刑法中的前科消灭制度和追诉时效制度中体现的正当惩罚道德根据在数字时代下构成了被遗忘权的根据, 被遗忘权成为信息主体的基本权利。^[36]人不能始终活在过去, 遗忘是新的开始。所犯下的罪过已然得到处罚, 内心的恐惧与折磨也在监狱里被冲刷干净, 理应获得一个重新开始的机会, 这也是服刑完

毕人员对于社会复归最大的需求。

基于恢复性司法与被遗忘权理念,笔者认为可以通过以下措施在非规范层面尽可能改善公众对于犯罪人员偏见色彩的社会观念。第一,开设专为有前科人员复归的工作渠道,对于轻罪犯罪人并不刻意与普通人员进行区分从而减少歧视的产生,改善公众对于犯罪人的评价。第二,审查对于单位无故要求《无犯罪记录证明》的情况,允许就业人员在遭受歧视的时候进行举报,提供相应的救济渠道。第三,及时关停轻罪犯罪人有关的负面评价网页宣传,同时限制搜索引擎对于相关信息的检索,将已经消灭的犯罪记录纳入隐私权的保护范围。总而言之,制度上的改善是思想改善的催化剂,只有在制度上表明态度指明倾向,才能努力在思想上化解犯罪人社会复归的困境。

四、结语

从规范与非规范层面提出改善意见只是一个具体的角度,难免有缺漏,例如犯罪附随后果本身的正当性及其关联性限制亟待解决,犯罪记录封存制度的适用需要加以进一步探讨,非规范层面的具体操作建议有待细化等。轻罪时代的浪潮无法阻挡,但犯罪附随后果已然呈现了倒挂的现象,这不仅是法律适用上的困境,更是社会观念的困境,对此只能逐渐通过制度层面的进步推动观念评价的跨越,以此回应轻罪时代的需求。刑法既是惩罚的工具也是改善的工具,有前科的人改造完成后也是社会的一份子,在社会建设中也有不可或缺的地位。不为惩罚而惩罚,只为改善而改善,也是新时代刑法的应有之义,道阻且长。

参考文献:

- [1]卢建平. 为什么说我国已经进入轻罪时代[J]. 中国应用法学,2022,(03):132-142.
- [2]黎宏. 当代刑法的理论与课题[M]. 北京: 法律出版社, 2022.
- [3]彭文华. 我国犯罪附随后果制度规范化研究[J]. 法学研究,2022,44(06):171-188.
- [4]孙国祥. 新时代刑法发展的基本立场[J]. 法学家,2019,(06):1-14+191.
- [5]黄太云. 一般违法行为犯罪化倾向的系统反思[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2022,40(01):158-168.
- [6]最高人民法院工作报告. [EB/OL]. (2023-3-17)[2025-03-15]<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/393751.html>.
- [7]冯卫国. 刑事执行与罪犯处遇新探索[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [8]王强军. 刑法干预前置化的理性反思[J]. 中国法学,2021,(03):229-247.
- [9]芜湖市绿色食品产业研究院有限公司 2024 年公开招聘工作人员公告. [EB/OL]. (2024-02-14)[2025-03-15]https://mp.weixin.qq.com/s/HaUnWB_Kc-KggFBaFMXMeq.
- [10]黄冈一国有集团公司公开招聘 53 人. [EB/OL]. (2024-02-06)[2025-03-15]<https://mp.weixin.qq.com/s/4GQef63iaoqg9tveKqq37g>.
- [11]See Richard G. Wright, Sex Offender Laws: Failed Policies, New Directions[M]. New York: Springer Publishing Company, 2009.
- [12]李荣. 我国刑罚体系外资格刑的整合[J]. 法学论坛,2007,(02):66-70.
- [13]张明楷. 刑法学(上)(第六版)[M]. 北京: 法律出版社, 2021.
- [14]马克昌. 《刑罚通论》[M]. 湖北: 武汉大学出版社, 1999.
- [15]李若愚,孟令星. 法定犯时代背景下犯罪附随后果的解构和重建[J]. 湖北警官学院学报,2021,34(01):147-160.
- [16]罗翔. 犯罪附随性制裁制度的废除[J]. 政法论坛,2023,41(05):24-35.
- [17]徐久生,师晓东. 犯罪化背景下犯罪附随后果的重构[J]. 中南大学学报(社会科学版),2019,25(06):65-75.
- [18]沈毅龙. 公共信用立法的合宪性考察与调整[J]. 行政法学研究,2019,(01):106-119.
- [19]沈岍. 社会信用体系建设的法治之道[J]. 中国法学,2019,(05):25-46.
- [20]张学文. 罪错记录附随失信惩戒的泛化及校正[J]. 征信,2020,38(03):51-57.
- [21]王彬. 我国限制有前科公民就业资格的立法例考察——以就业歧视为视角[J]. 法学,2009,(10):37-50.
- [22]孙天骄. 罪犯子女考公限制要不要取消? 专家建议分岗位罪名决定限制与否[N]. 法治日报, 2023-03-09(04).
- [23]涂欣筠. 新社会防卫论及其对我国刑事政策的启示[J]. 理论探索,2017,(02):117-122.
- [24]张明楷. 轻罪立法的推进与附随后果的变更[J]. 比较法研究,2023,(04):1-17.
- [25]赵坦. 犯罪附随后果的“刑”之属性及量刑抵消功能之提倡[J]. 天府新论,2023,(06):106-121.

- [26]王瑞君. 量刑情节的规范识别和适用研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2016 年.
- [27]房清侠. 前科消灭制度研究[J]. 法学研究,2001,(04):80-93.
- [28]彭文华. 犯罪附随后果制度的体系定位与本土设计[J]. 中国刑事法杂志,2023,(04):140-156.
- [29]周光权. 法典化时代的刑法典修订[J]. 中国法学,2021,(05):39-66.
- [30]伯阳. 德国公法导论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [31]徐立,成功. 我国轻罪治理背景下前科消灭制度的构建[J]. 湖南科技大学学报(社会科学版),2023,26(05):119-127.
- [32]李怀胜. 犯罪记录对社会信用体系的耦合嵌入与功能校正[J]. 法学杂志,2021,42(03):109-118.
- [33]杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理[M]. 陈忠林, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [34]卢君,王明辉. 论环境犯罪惩治的恢复性司法模式[J]. 人民司法, 2017(1):5.
- [35]阮晨欣. 个人信息被遗忘权的刑法保护规则研究[J]. 法学杂志,2023,44(06):121-135.
- [36]翟小波. 信息作为惩罚——为被遗忘权辩护[J]. 环球法律评论,2022,44(02):5-17.

Research on the Accompaniments of Crimes in the Era of Minor Offenses

Liu Dingling¹, Su Shengbin²

¹ *China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China*

² *Central South University, Changsha 410083 Hunan, China*

Abstract: At present, the application of criminal consequences is contrary to the need for mitigating minor offenses. Its strong arbitrariness, high severity, and wide range of impact make it exhibit the attribute of excessive punishment, which hinders the development of modern crime governance. The reasons for this are that the relevant regulations violate the spirit of the Constitution, the nature of the accompanying consequences of the crime is ambiguous, and in practice, the elements of the crime and the perpetrator's performance are confused. For the problems of accompanying consequences of crimes, we should adhere to the spirit of prevention first and punishment as a supplement. At the specific institutional level, the target of the criminal record elimination system should be widely covered, and the initiation time can draw on the statute of limitations system and attach a corresponding criminal record sealing system. In terms of initiation procedures, both powers and application models should be adopted to encourage the correct reflection of restorative justice and the right to be forgotten in social concepts, and to lead the correct evaluation of criminal record holders, helping to facilitate the social reintegration of those who have completed their sentences.

Keywords: Consequences of Criminal Accompaniments; Management of minor offenses; Sealing of criminal records; crime prevention; Restorative justice