

轻罪时代前科制度的负面效应及其应对

——兼论“前科封存”与“前科消灭”的二元体系建构

刘树德 成 功

摘 要：中国近十多年来犯罪结构已呈现出轻罪化趋势。基于既有前科制度的存在与运行，轻罪主体及其家属承担各类显性或隐性的惩罚，进而表现为“轻罪不轻”的局面。对此，理论上形成三种改进方案，但均无法全面、体系性地因应与克服前科制度的弊端。立足于前科制度的“规范性”与“非规范性”负面效应，提出了构建“前科封存”与“前科消灭”并存二元体系的命题。这种构建思路具有现实、制度与理论上的合理性。在立法进路方面，采取“专门立法+实体法”方案，针对轻罪主体设计一般框架，待条件成熟后，再覆盖全体犯罪人。在条文修改方面，宜在《刑法》第 100 条中增设前科定义、封存、消灭等内容，并协调吸收累犯、未成年人封存等制度的相关内容。在有效运行方面，控制前科立法的规模，清理“资格刑”性质的前科规范，并建立统一的犯罪记录管理平台，明确差异化的封存方式。

关键词：轻罪；犯罪治理；前科封存；前科消灭；犯罪记录

[中图分类号] D924.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2025) 06-0124-18

引言

随着我国社会主要矛盾发生深刻变化，刑事犯罪结构的轻罪化趋势明显，社会治理进入“轻罪时代”。^{〔1〕}轻罪治理是社会治理的重要内容，刑法参与轻罪治理时，理应保持“轻轻重重”的罪刑关系。然而，基于我国刑罚结构以及更为严苛的前科处罚，部分案件展现出犯罪行为及其后果倒挂的“轻罪不轻”现象。这既违背了刑罚的教育、改造目的，也不符合“治罪与治理并重”的刑事治理现代化要求。如何围绕前科制度的弊端，科学地解决“轻罪不轻”问题，成为刑事领域讨论的焦点。

〔作者简介〕刘树德，法学博士，湘潭大学法学院教授，中国应用法学研究所副所长；成功，法学博士，湖北省高级人民法院政治部干部，应急管理大学（筹）应急法治与国家安全研究中心特聘副研究员。

〔1〕 数据显示，近年轻微犯罪案件数量逐年上升，暴力犯罪占比持续下降，轻罪案件已占到 80% 以上，故被称为“轻罪时代”。参见卢建平：《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022 年第 3 期，第 132 页。

从该问题的发生机制看,“轻罪不轻”的生成逻辑是:行为人因犯罪受到刑事处罚→产生犯罪记录→受到前科处罚(规范性)、社会排斥(非规范性)等负面效应→轻罪后果实际不轻。对此,理论上形成了三种调适方案:其一,源头上的“非犯罪化”改造路径,即从立法或司法角度,通过提高犯罪门槛、限缩犯罪圈,减少犯罪基数。其二,“前科封存”(犯罪记录封存)路径⁽²⁾,即在法定条件下,禁止将部分轻罪记录向社会公众展示,以缓和社会公众对犯罪人的排斥。这也是当前较为有力的观点,得到了国家政策的支持。⁽³⁾其三,犯罪后果调整路径,即以规范化的形式,将因前科产生的各种处罚上升为“资格刑”或制定前科消灭方案。

上述三种解决方案虽存在差异,但最终均落脚于如何优化罪刑关系,让“罪过”之人复归社会。可是,部分改进方案仍有些未决问题。例如,所谓的前科、犯罪记录是什么?二者是什么关系?哪种方案可以体系化地解决前科的负面效应?是否可以建构“前科封存”与“前科消灭”并存的体系?这些都是需要进一步回答的问题。

基于上述问题意识,笔者从前科制度的现实问题出发,澄清前科概念及其适用的负面效应,围绕前科衍生的“非规范性”与“规范性”效应,分析既有调适方案的利弊,提出前科制度体系化的建构路径。

一、前科的界定及其适用的负面效应

概念是理论研究的逻辑起点,明确“前科”的内涵及其外延,有利于从规范上展开分析,为后文具体制度、机制及规则的确立提供理论支撑。

(一) 前科的含义界定

前科制度在社会治理、控制犯罪等方面具有积极作用,世界上许多国家均对其作了相对完整的规定。我国1997年《中华人民共和国刑法》(下称《刑法》,未注明版本的均为现行2023年《刑法》)第100条仅设置了前科报告制度。该条初衷是给予犯罪人一定的身份“标签”,以起到提示守法公民、补强基层治理的作用。因欠缺明确规定,理论上关于“前科”的理解有所差异:其一认为,前科是受到刑事处罚或者有罪判决的犯罪事实⁽⁴⁾;其二认为,前科是因受过刑事处罚而产生

(2) 可能有人认为,“犯罪记录的清除与封存”“前科消灭”是学界共识,但“前科封存”的提法还待斟酌。严格来说,“前科封存”是指对前科人员犯罪记录的封存。为了行文方便,本文将“前科封存”与“前科消灭”相对应。事实上,“前科封存”已被广泛使用。如2013年《中华全国律师协会律师办理未成年人刑事案件辩护工作指引》第50条规定,“律师应当帮助未成年人提出前科封存申请,请求公安机关和人民检察院依法对相关材料予以封存”。最高人民法院在《2023年人民法院司法改革工作要点》(法〔2023〕100号)中提出,研究论证和探索建立轻微犯罪的前科封存和消灭制度,提出改革思路和推进步骤。另外,实务中也不乏前科封存的指导案例。2014年,最高人民法院公布的“莫某某等三名未成年人故意伤害案”指出,决定对被告人进行前科封存,联合市检察院、公安局等部门启动前科封存决定书颁发仪式。参见最高人民法院:《最高人民法院2014年11月24日发布未成年人审判工作典型案例》,载最高人民法院网, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/13447.html>。

(3) 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》(2024年7月18日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过),提出“建立轻微犯罪记录封存制度”。

(4) 杨燮蛟:《现代犯罪学》,浙江大学出版社2010年版,第465页。

生的犯罪记录⁽⁵⁾；其三认为，前科是指行为人曾因受过刑罚产生的犯罪记录，公权力机关基于该记录产生的各种否定性评价。⁽⁶⁾

从刑事理论、司法实践等方面考虑，笔者认为，采取第三种观点更为合适。首先，前科并非一种客观事实。从哲学上讲，客观事实是物质及其规律的客观反映，不以人的意志为转移。人们可以通过认知、感知和理解客观事实，但无法改变其本质或存在状态。就此而言，因受到刑罚产生的犯罪事实是不能改变的状态，不可能被“封存”，更不可能被“消灭”。

其次，前科不是犯罪记录。犯罪记录是国家专门机关对犯罪人员的犯罪经过及其处罚情况的客观记载，主要为反映犯罪事实及其处罚后果的判决、裁定以及办案单位撤销案件、撤回起诉等内容的材料。⁽⁷⁾前科与犯罪记录是评价与被评价的关系。法定条件下，有关单位或个人可以查询特定人员的犯罪记录，进而认定其具有前科，并给予规范或非规范意义的评价。因此，犯罪记录是产生前科评价的基础。通过减少犯罪记录被接触的机会，可以缓和社会公众对前科人员的负面评价。这是“建立轻微犯罪记录封存制度”的重要切入点。

最后，作为国家否定犯罪行为评价的前科，呈现为三种样态：（1）刑法上的前科报告义务。（2）前置法上的从业禁止、政审、限制积分落户等处罚措施。（3）社会公众对前科者的排斥与不公平对待。其中，前两种属于规范意义的前科后果，是公权力机关对前科人员权利或资格的处罚，可被前科消灭直接解决；后者属于非规范意义的前科后果，主要是私主体对前科人员的排斥或歧视，通过犯罪记录封存解决。据此，要想解决前科产生的负面后果，应从规范与非规范两个角度协同发力。

（二）我国前科制度适用的负面效应

1. 轻罪治理目标与现实效果之间的“脱靶”

脱靶效应是指实施某一行动时产生的非预期结果，这种结果往往与预期目标相悖或相反。如医药领域中的靶向治疗，虽然可以控制目标肿瘤细胞，但也可能产生消灭其他有益细胞等副作用。刑法的前科制度虽有社会防卫的重要机能，但如果简单“嵌套”于所有案件上，也可能产生偏离既定目标的“脱靶”风险。

近年来，我国的犯罪结构轻罪化趋势明显。从立法来看，《刑法》历经12次修订，通过增设轻罪、处置前置化、降低犯罪门槛等技术，展现出严密法网、严格责任、扩大轻罪适用等特点。自1997年来，轻罪数量从79个增加至106个。2015年《中华人民共和国刑法修正案（九）》增加的17个罪名中，就有14个轻罪，占比82%。我国的轻罪治理也与国外相呼应。⁽⁸⁾从司法实践

（5）梁云宝：《中国式现代化背景下轻微犯罪前科消灭制度的展开》，载《政法论坛》2023年第5期，第36页。

（6）徐立、成功：《我国轻罪治理背景下前科消灭制度的构建》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2023年第5期，第119页。

（7）罗庆东：《犯罪信息公开制度研究》，中国检察出版社2017年版，第5页。

（8）自德国1968年的刑法大改革以来，“刑法作为社会干预的最后手段”日益淡薄，立法机关先后6次修改刑法、增设新罪。德国刑法学家希尔根多夫总结为刑事立法“灵活性”“扩大化”“轻罪化”。20世纪90年代后期，日本立法机关不再是“沉默的金字塔”，先后将危险驾驶、纠缠他人、破坏计算机信息等轻罪化，被井田良概括为“轻微行为犯罪化”“处罚前置化”“保护抽象化”。参见[德]埃里克·希尔根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯译，北京大学出版社2015年版，第23页；张明楷：《日本刑法的发展及其启示》，载《当代法学》2006年第1期，第3页。

来看,轻重案件比例呈现为“八二定律”。数据显示,全国检察机关起诉严重暴力犯罪从1999年16.2万人下降至2023年6.1万人,占比从25.1%下降至3.6%;判处3年以下刑罚的人数比例,从1999年的54.4%上升至2023年的82.3%;2024年上半年,轻罪案件占比已超过85%。⁽⁹⁾有学者将“轻罪时代”的犯罪结构总结为“双升双降”。⁽¹⁰⁾

“面对大量的轻罪案件,如何针对轻罪案件特点,实现轻、重罪区别治理,推动罪刑合理化、均衡化,成为新时代国家犯罪治理的重大命题。”⁽¹¹⁾罪刑合理化与均衡化,就是犯罪行为的社会危害程度(罪)与刑罚力度(刑)的平衡,实现轻罪轻判、重罪重判。然而,轻罪行为及其后果并不相称。从规范上分析,主要原因为:其一,1997年《刑法》第100条仅设置了“前科报告”条款,其中“受过刑事处罚”“有关单位”等没有明确交代,也没有期限约束。其二,我国前科欠缺前置性条件。前科条款一般表述为:“曾因受过刑事处罚,不得……”“受到刑事处罚或者正在服刑的,不得……”“因故意犯罪受到处罚的,不得……”。这种“一刀切”的立法规定,使得无论何种犯罪,一律被剥夺权利或资格。对重罪案件而言,负担永久的前科报告义务是相对合理的,符合罪刑相称的治理目标。对多数轻罪案件来说,科以永久性的报告义务,会造成罪刑不均衡等副作用。

2. 社会治理中前科制度的工具主义“泛化”

法律是一种用于证明规则、命令及其政策正当性的工具。在工具主义下,立法者通过设定明确的法律后果来压制、激励或控制人们的行为,进而维护社会秩序与公共利益。这种以法律实施结果或成效为导向的治理方式,虽可提升效率,但存在着被滥用的风险。⁽¹²⁾实践中,有诸多限制前科人员权利或资格的规范。截至2022年6月,这类规定已有1076部,内容庞杂、种类众多。从立法层级看,90%以上为地方人大、政府制定的地方性前科规范。⁽¹³⁾这种碎片化、低层级的立法方式并不科学,具有工具主义“泛化”倾向。

首先,罪刑法定主义的偏离。刑法作为控制犯罪的重要工具,增设刑罚制度时,不能随意创设刑罚的种类(生命刑、自由刑与资格刑)。然而,不少行政主体设置的惩罚虽没有“刑罚”称谓,但实际已产生类似“资格刑”的后果。⁽¹⁴⁾其次,前科处罚与犯罪行为欠缺关联性。实践中,前科

(9) 陈慧娟:《做精“加减法”“微”处见真章》,载《光明日报》2024年10月19日,第5版。

(10) 卢建平:《为什么说我国已经进入轻罪时代》,载《中国应用法学》2022年第3期,第132页。

(11) 成功、刘树德:《轻罪时代的犯罪治理及其制度供给》,载《人民法院报》2023年8月25日,第7版。

(12) 刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期,第114页。

(13) 徐立、成功:《轻罪时代前科制度的内在诟病及其应对》,载《河北法学》2023年第5期,第28页。

(14) 根据《刑法》第54条的规定,剥夺政治权利的后果为不得“担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利”。依据中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《中央企业领导人员管理暂行规定》(2009年11月6日)，“领导人员”至少包括中央企业的党组成员、董事长、董事、总经理等。然而,《公司法》《证券法》《商业银行法》中也有受过刑事处罚,不得担任“董监高”的规定。可见,我国的从业禁止也具备刑罚(资格刑)的性质。

处罚至少有剥夺权能型、限制资质型、剥夺利益型等^{〔15〕}，这些庞杂的处罚没有设定关联性条件，是一种“全无或全有”的简单思维，有违罪刑的关联性、相称性。最后，潜在的社会不公问题。在追求特定社会目标的过程中，某些群体或个人的权益可能会被牺牲或忽视。例如，前科报告义务理应限定在特定范围内，可是生活中不少用人单位要求应聘人员出具无犯罪证明，这既增加了守法者的求职成本，也将违法者隔离在社会之外。总之，从结果主义出发的前科制度，虽然维护了社会的总体利益，但也掩盖了法律应有的正义。

3. 前科制度衍生的“犯罪标签”与再犯风险

从犯罪社会学来看，犯罪并非自由意志的结果，而是“犯罪标签”的产物。罪犯的生成就是一个贴标签（labeling）、下定义、评估、修正与自我映衬的过程。^{〔16〕}“2021 年全国群众安全感达到 98.6%，中国已经成为世界上公认的最安全的国家之一。”^{〔17〕}然而，公众对罪犯的印象仍较为刻板，视其如“瘟疫”，使得犯罪人不得不受到社会的歧视与不公正对待。长此以往，犯罪人被迫在不安、恐惧、自卑等氛围中寻求生存，极易成为社会不稳定的因素。

对于上述过程，有人总结为前科人员的“入坑”境遇^{〔18〕}，即行为人犯罪后，在社会排斥的压力、越轨亚文化的吸引力以及自我标签认同等作用下，面临着掉入“犯罪圈子”（入坑）的困境。一方面，犯罪标签引起的污名效应，使得前科人员遭受社会的排斥。守法者与违法者的交际渐少，误会渐多，进而不断将前科人员推向社会的对立面。另一方面，为缓和社会排斥带来的压力，具有相似经历的人可能会聚集在一起，形成特定的“犯罪圈子”。在这个圈子的人容易诱发身份认同感，从而实施与“罪犯”这一身份相称的犯罪行为。司法部统计的数据表明，被社会排斥的时间与再犯率呈正向关系。刑满释放后 1 年内的再犯率 3.94%，2 年内再犯率 6.46%，5 年内再犯率 10.32%。^{〔19〕}虽然说，前科人员的再犯原因较为复杂，但至少说明被社会排斥的时间越久，再犯率更高。总之，“犯罪标签”作为负面性的标记，将前科人员禁锢于社会对立面的同时，可能会诱发身份认同的再犯危险。

4. 前科处罚产生的“水漾效应”和“墨汁效应”

面对绝大多数的轻罪案件，施加“一刀切”的前科制度，容易引发“水漾效应”和“墨汁效

〔15〕 前科处罚有多种类型：（1）剥夺权能型，即禁止犯罪人进入国家机关、国有企业、事业单位等领域，如禁止报考公务员、参军、担任国企的“董监高”。（2）限制资质型，即禁止或限制犯罪人进入某类特定行业，如前科人员不得从事的职业有教师、医生、律师、公证员、导游、建筑师、会计师、拍卖师、测绘师、新闻记者等。（3）剥夺利益型，即剥夺犯罪人生存、发展的物质或精神利益，如不能享受正常的低保待遇、限制办理落户、降低社会信用等。

〔16〕 Frank Tannenbaum, *Crime and the Community*, Columbia University Press, 1938, p. 20.

〔17〕 北京青年报：《全国群众安全感达 98.6% 中国成世界上公认最安全国家之一》，载中国新闻网，<https://www.chinanews.com/gn/2022/04-23/9736854.shtml>。

〔18〕 张昱、金超然：《“挽回—融合”：违法犯罪未成年人社会工作服务模式研究》，载《华东理工大学学报（社会科学版）》2024 年第 3 期，第 1 页。

〔19〕 司法部预防犯罪研究所课题组、周勇：《关于监狱释放罪犯重新犯罪问题的调查报告——对全国 1997 年—2001 年监狱释放罪犯重新犯罪的考察》，载《犯罪与改造研究》2019 年第 5 期，第 2 页。

应”，进而损害社会的整体利益。^{〔20〕}所谓“水漾效应”，是指将前科比喻为一块石头，将它投向一面平静的水域后，会引起一圈又一圈的涟漪。生活中，自然人受到前科处罚后，其家庭成员（子女、近亲属）在求学、就业、入伍等方面也会受到影响。例如，福建省龙岩市长汀县提出了“十个一律”综合措施规定，“凡是参与非法出入境及电信网络新型违法犯罪人员的子女，一律在幼儿园、小学，初中新生录取时予以招生入学限制”。^{〔21〕}类似这样的规范性文件并不少见。^{〔22〕}

“墨汁效应”是指前科的适用，犹如在社会共同体这缸水中滴入了墨汁，被处罚的人越多，水就越浑浊。以“醉驾”为例，2023年就有33万人被定罪，很难说这类主体具有严重的社会危害性。但是，由于无法向用人单位提供无犯罪记录证明，即便是门槛较低的工作（如外卖骑手、滴滴司机等），他们也无法参与。如果这类庞大的群体无法回归社会，势必会成为社会的不稳定因素。此外，从社会治理角度看，被排斥的主体越多，国家在犯罪预防、社会控制等方面的投入越大（如建立配套的维稳场所、监控设施等）。因此，欠缺前科人员复归社会的机制会损害社会的总体利益。

综上分析，囿于前科制度的弊病，刑法参与轻罪治理时，不可避免地造成了“轻罪不轻”问题。因此，应该适时调整犯罪治理观念，革新相关规定和制度。

二、前科制度负面效应的应对路径

针对前科制度产生的“轻罪不轻”问题，理论上形成了差异化的应对方案。这些路径是否具有理论、实践的可行性，则有待分析。

（一）解决“轻罪不轻”的理论进路

“轻罪不轻”问题的产生逻辑是：行为人因犯罪受到刑事处罚→产生犯罪记录→受到前科处罚、社会排斥等负面效应→轻罪后果实际不轻。从不同角度切入，解决“轻罪不轻”问题，理论上如下调适方案或路径。

其一，“非犯罪化”改造路径。该方案围绕入罪和出罪，试图从源头上控制犯罪圈的人数。在立法上，优化刑法结构，增加轻罪数量；在司法上，激活“但书”条款，扩大酌定不起诉范围。^{〔23〕}可见，该方案主要是依靠实体规范与程序制度，减少犯罪数量。其二，“前科封存”（犯罪记录封存）路径。如有人提出，可以将未成年人犯罪封存范围扩大到成年人，建立附条件的轻罪封存制

〔20〕 李奋飞：《论轻罪的“非犯罪化”治理》，载《比较法研究》2025年第4期，第34页。

〔21〕 卢祥勇：《父母参与“电诈”，孩子不能就近念小学？官方回应：仅限制上公办优质学校！专家：有违法治精神》，载每日经济新闻，<https://www.nbd.com.cn/articles/2022-07-22/2374445.html>。

〔22〕 2023年12月26日，全国人大常委会法工委就强调，违法犯罪行为人为罪责自担，“不能株连或者及于他人”；“某地市辖区议事协调机构发布通告，对涉某类犯罪重点人员规定惩戒措施，并对其配偶、子女、父母和其他近亲属在受教育、就业、社保等方面的权利进行限制”。刘华东、杨桐彤：《护航良法善治，备案审查启新程》，载《光明日报》2024年1月6日，第5版。

〔23〕 王迎龙：《轻罪治理背景下出罪模式研究——实体与程序路径的双重反思》，载《比较法研究》2023年第4期，第18页。

度。⁽²⁴⁾ 该方案从犯罪记录角度,控制前科记录被“曝光”的机会,减少社会公众的排斥,实现消除前科的非规范性评价、罪过之人复归社会等目的。其三,犯罪后果调整路径。该思路立足于前科后果,提出将前科处罚上升为“资格刑”或者制定前科消灭制度等。⁽²⁵⁾ 但是,如何将犯罪后果规范化,纳入刑法领域,则欠缺讨论。

可以说,上述三种优化路径切入点并不相同。非犯罪化改造路径针对“受到刑事处罚”环节,从提高犯罪门槛、限缩犯罪圈等方面,减少犯罪基数,但它却忽视了前科制度本身的弊端。犯罪记录封存路径从中端入手,通过控制犯罪记录的接触面,消除隐性歧视。犯罪后果调整路径则针对前科负面效应这一终端环节,试图彻底解决前科制度存在的弊端,只是如何操作,尚欠缺具体明确的方案。哪种方案更具可行性,能够一体性地解决前科衍生的负面问题,则有待进一步分析。

(二) 解决“轻罪不轻”方案的利弊分析

1. “非犯罪化”改造路径无法解决“轻罪不轻”问题

通过调整重刑化的罪刑结构、增设轻罪罪名,减少轻罪人数,无疑可在源头上解决“轻罪不轻”问题。然而,该方案存在运行障碍,实际作用有限。首先,它忽视了前科制度的结构性缺陷。“轻罪不轻”的根源不是刑法结构,而是“一刀切”的前科制度与轻罪危害性的不相匹配。例如,危险驾驶罪衍生的各类制裁,已实际超过拘役刑的“量”。这种现象已彻底颠覆了法律秩序或道德伦理,尤其是对醉驾人子女的就业权、受教育权的限制或剥夺,已经涉及宪法的基本权利。⁽²⁶⁾ 因此,对刑法的局部改善,很难解决现阶段因前科导致的“轻罪不轻”问题。其次,轻罪数量很难从量上控制。数据表明,近年的犯罪人数上升趋势明显。2002年至2021年,全国法院判处的犯罪数量从701 958人增至1 714 942人,增长2.44倍。然而,刑事实体的过滤机制实效极其有限。2016年至2020年,刑事无罪率为0.09%、0.13%、0.09%、0.08%、0.07%。样本中,每年仅有千人被判处无罪。⁽²⁷⁾ 相比庞大的犯罪基数下,出罪机制产生的影响似乎有些“杯水车薪”。最后,不起诉制度存在司法异化的风险。一方面,酌定不起诉的过多使用,容易将起诉权异化为裁判权,使得检察院与法院可能产生权力冲突,如“余某某交通肇事案”便是典型。⁽²⁸⁾ 另一方面,扩充法定不起诉的范围,可能并不利于预防犯罪。实证表明,刑事追诉程序或权力的滥用,只会让公众了解他人多么不遵守规范,对于守法意识的培养并无益处,极易浪费宝贵的刑事司法资源。⁽²⁹⁾

(24) 汪海燕:《轻微犯罪记录封存制度的构建》,载《法律适用》2025年第3期,第31页。

(25) 张明楷:《犯罪立法的推进与附随后果的变更》,载《比较法研究》2023年第4期,第1页。

(26) 黄太云:《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》,载《法律科学(西北政法学报)》2022年第1期,第158页。

(27) 数据来源于《中国法律年鉴》。该年鉴统计了2016年至2020年的无罪率,结合每年刑事案发率及犯罪人数,可以大致推算出每年的无罪人数为1 000人左右。

(28) 2019年6月5日,余某某酒后驾车发生交通事故,并致1人死亡。经查,余某某驾驶逃逸,应对事故负全部责任。北京市门头沟区检察院提出判处3年有期徒刑、缓刑4年的建议。但是一审法院并没有采纳该量刑建议,而是判处余某某2年有期徒刑。检察机关以未采纳其量刑建议、量刑明显不当为由抗诉。二审法院也未采纳抗诉意见,而是加重判处余某某3年6个月的刑期。参见江必新主编:《中国法治实施报告·2021》,人民法院出版社2021年版,第636页。

(29) 张明楷:《犯罪的成立范围与处罚范围的分离》,载《东方法学》2022年第4期,第80页。

总之，以控制犯罪数量为目的的改善方案，因忽视前科制度，很难解决“轻罪不轻”问题。

2. 单一的“前科封存”路径回避了前科的规范性效应

犯罪记录在刑事审判、社会生活等方面产生重要影响。封存犯罪记录，最直接的效益是帮助罪过之人复归社会。2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》（下称《刑事诉讼法》）针对部分未成年人，设计了犯罪记录封存制度。2022年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》明确了封存实践的执法标准、查询程序与监督救济等。2024年7月通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》将前科封存范围扩大至轻微犯罪主体，提出“建立轻微犯罪记录封存制度”。然而，该制度有着天然的设计缺陷，无法解决因前科产生的规范性效应。其一，犯罪记录有被泄漏风险。现行2018年《刑事诉讼法》第286条“有关单位”及其工作人员有权利查询、使用犯罪记录，被封存信息很容易“外泄”，导致前科人员受到“二次伤害”。^[30]其二，犯罪记录有被解封的可能性。在特定条件下（如再犯或受过行政处罚），封存机关不再保密。可见，犯罪封存属于暂时性的保密措施。其三，封存无法解决前科产生的负面效应，更不会恢复前科人员受损的权利。该制度可以减少犯罪信息被“曝光”的机会，但并不会“消灭”前科，这意味着前科人员的权利始终处于损抑状态。该进路虽能缓和“社会—犯罪人”的矛盾，但回避了前科的规范性评价效应。

3. 犯罪后果调整路径的立法成本高，难以解决隐性歧视

该路径主要针对前科衍生的规范性负面效应，通过消除罪刑记录、恢复前科人员权利。然而，它忽视了前科产生的隐性歧视。首先，前科后果的规范化成本较高。我国前科规范有1000多部，内容庞杂、种类众多。要想将这类规范都上升为资格刑，需要经历清理、修改、备案等程序，成本较高。其次，我国的前科处罚很难归类到犯罪后果的二元体例（刑罚与保安处分）。例如，德日刑法将各类限制措施视为“刑罚的附随后果”，与保安处分并列，从而纳入刑法典调整；英美法系将它们视为刑法领域外的“非刑罚措施”，予以合宪性审查。^[31]在我国，前科处罚处于理论与现实的“夹层”之中，既欠缺犯罪后果的二元体例，可以纳入刑法调整；也很难借助判例制度，就不合理的前科予以司法审查，因此很难将现实中的前科规范上升为资格刑。最后，该路径回避了前科的非规范性评价。就犯罪人而言，“犯罪记录会迅速地成为一份消极的简历，决定后续的社会福利、工作等资格”。^[32]这种歧视依靠规范化路径无法解决，还须借助“前科封存”制度。总之，

[30] 实践中，前科封存可能对犯罪人造成“二次伤害”。2022年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》就指出：“存在未成年人犯罪记录应封未封或者违规查询，导致未成年人犯罪记录泄露的情况，造成涉案未成年人在考试、升学、就业、生活等方面遭遇歧视。”参见孙航：《两高两部发布未成年人犯罪记录封存实施办法》，载《人民法院报》2022年5月31日，第1版。

[31] 例如，针对从业资格的限制与部分针对行动资格的限制是保安处分性质的，应该符合罪刑法定的规制；针对行动资格、消极享受待遇资格的限制带有浓厚的隐性刑罚属性，则进行“合宪性”审查。参见彭文华：《我国犯罪附随后果制度规范化研究》，载《法学研究》2022年第6期，第171页。

[32] [英]詹姆斯·杰克布斯、塔玛拉·克莱皮特：《犯罪记录范围、用途和可获得性的扩张》，徐翠翠译，载《刑法论丛》2009年第3期，第355页。

该路径注意到了前科制度的规范性效应，但忽视了非规范性效应。

（三）“前科封存”与“前科消灭”的二元体系之提倡

既有改进思路都不能体系化地解决前科制度的适用弊端，笔者认为，立足于前科的非规范性与规范性效应，构建“前科封存”与“前科消灭”并存的二元体系（下称二元体系）更为合理。这种方案不是一种简单的折中，而是针对前科衍生的“轻罪不轻”问题，提出的系统化解解决思路，具有实践、制度与理论上的价值。

1. 构建二元体系具有实践上的可行性

其一，两种制度具有共同的目标。前科封存是特定犯罪信息的保密制度，减少犯罪信息的接触面，消除前科的非规范性效应；前科消灭则是消除特定犯罪人的罪刑记录，恢复其受损的权利。二者的适用方式、规则虽有差异，但都是为了帮助前科人员复归社会的制度。

其二，两种制度在立法上具有衔接性。可能有人认为，对于同一犯罪记录，很难将前科封存与消灭兼顾。事实上，域外存在不少立法体例。如德国《联邦中央登记簿和教育登记簿法》第45条规定：“封存期限届满后注销：涉及有罪判决的记录在经过特定期限后予以注销；一个要被注销的记录在时机成熟后，将在登记册中删除。在此期间，不允许在答复中涉及该记录。”这里的“注销”是指前科封存期限届满后，产生消灭前科的效果。《法国刑事诉讼法典》第769条也规定，以下事由，从犯罪记录中撤销：（1）对自然人宣告裁判清算的判决，自该判决最终确定后已过5年期限，或者已作出宣告复权的判决。（2）因复权而消灭的有关纪律性决定。可见，前科封存与消灭并不排斥，可以在封存期间设计一定的条件，使前科封存产生前科消灭的后果。

其三，两种制度的衔接具有现实可行性。可能有人认为，“封存”的有限性、公开性，很难升格为前科消灭，实践中也难以衔接。事实上，二者都以犯罪记录为载体，借助前科封存机制，可以实现二者的衔接。在我国，已有先例可供参考，如“颁发前科消灭证书”“轻罪记录清零”“限制污点公开”等模式，虽然提法不同，但对于封存与消灭的关系理解趋向一致。例如，乐陵市制定的《失足未成年人“前科消灭”制度》规定，刑罚执行完毕后1年、3年、6年内不再故意犯罪的（期间继续封存犯罪记录），经审批程序后，其前科永久消灭。^{〔33〕}封存与消灭可分步骤地实现：先设计禁止随意向公众展示犯罪记录的封存机制，明确封存期限；待封存期限届满后，产生前科消灭后果，从而建立“前科封存”与“前科消灭”并存的体系。

2. 构建二元体系是系统化因应“轻罪不轻”的制度需要

前科衍生了“犯罪标签”“水漾效应”等显性或隐性问题。从既有制度、机制等角度看，仅依靠单一制度供给并不充分。例如，未成年人的前科封存，就存在适用范围小、权责主体不明等问题；实践中，还存在监督救济缺失、查询程序缺位的矛盾。^{〔34〕}即便该制度覆盖全部主体，问题依然可能存在。因为“封存”毕竟是一项保密制度，无法恢复前科人员受损的权益。与此同时，前

〔33〕 德州市中级人民法院：《关于乐陵市失足未成年人“前科消灭”制度的调查报告》，载《山东审判》2009年第3期，第33页。

〔34〕 宋英辉、杨雯清：《我国未成年人犯罪记录封存制度研究》，载《国家检察官学院学报》2019年第4期，第20页。

科消灭也无法解决生活中的各类隐性歧视。刑事诉讼程序一旦启动,司法机关都会牢牢控制出罪要件,这使得进入刑事诉讼的犯罪嫌疑人会被判处有期徒刑。例如,2011年至2017年,广州市检察院共办理14.5万件危险驾驶罪,起诉率高达98.01%。^[35]面对如此庞大的犯罪基数,全部消灭前科并不现实。要缓和社会与犯罪人的对立,减少社会对他们的排斥,前科封存无疑是较好的选择。因此,要体系化解决“轻罪不轻”问题,前科封存与消灭不可偏废。

3. 构建二元体系是平衡公共利益与犯罪人权利的理论诉求

现代权利理论认为,犯罪治理不能依靠权力单向驱动或主导,而应当在国家权力行使与犯罪人权益保护之间实现协调与平衡。国家权力行使是以公民权利保护为逻辑前提,在实现国家治理目标时,关注犯罪人及其相关权利主体。如意大利法学家贝卡利亚指出,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。然而,我国的前科制度欠缺合理的限制。一方面,各种隐性歧视,忽略了犯罪人赖以生存、发展的权利(如就业、入伍等)。另一方面,“一刀切”的前科适用,使得无论何种犯罪,一律被剥夺权利或资格。这种规定过分保护了公共利益,导致犯罪行为及其后果“倒挂”,而建立规范化的二元体系,正是平衡公共利益与犯罪人权利的需要。

综上所述,既有改革路径偏安一隅,难以体系化地因应和解决前科衍生的“轻罪不轻”问题,因此,有必要围绕前科的“规范性”与“非规范性”效应,构建“前科封存”与“前科消灭”并存的二元制度体系。

三、前科制度体系的构建:以“前科封存”为中心

面对大量激增的犯罪人数,可以构建前科人员复归社会的前科体系。前科封存或消灭并非对犯罪人的绝对保护,需要确立轻重分层的观念,选择契合实际的立法模式。现阶段,宜以前科封存为重点,构建与前科消灭相衔接的制度体系。

(一) 总体设想

1. 立法模式

立法模式的选择,决定了构建前科制度的一般规则,也决定了建构思路的可行性。从域外看,前科制度存在不同立法体例,具体包括:(1)专门立法模式。如英国、新西兰、加拿大等判例法国家,制定了专门的犯罪记录(清白法案)法。^[36](2)专门立法+实体法模式。如德国、日本在刑法典中规定了前科消灭,同时制定了单独犯罪记录管理法。^[37](3)程序+实体模式。如法国将犯罪记录管理规定在刑事诉讼法中,前科消灭(复权)则规定于刑法典中,属于较有特色的立法

[35] 谢文英:《建议将部分醉驾案纳入附条件不起诉范围》,载《检察日报》2018年3月17日,第7版。

[36] New Zealand Legislation, *Criminal Records (CleanSlate) Act 2004*, Parliamentary Counsel Office (16 May 2004), <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0036/latest/DLM280840.html>.

[37] 如日本《少年法》规定,未成年犯罪人刑罚执行完毕或者免除刑事处罚,就被认定为没有受过刑事处罚,同时对其犯罪档案进行销毁,前科完全消灭。德国《少年法院法》第97条也规定,如果少年法官认为被判刑未成年人的品行没有瑕疵,证明他具有良好的品德,则少年法官可以根据其职权,宣告前科消除。

例。就我国而言,采取第二种方式更为适宜。首先,无论是前科封存或消灭,应有上位法或实体法的依据。“前科封存(消灭)”落脚于前科人员的社会复归与权利保护,交由实体法规定更为合适。其次,在上位法之下,设计特定的制度规章,有助于实践操作。这是“程序+实体模式”不具备的优势。最后,该种方式成本较低。针对未成年主体的犯罪记录封存已有专门的规范性文件,可以适当扩大其适用范围。⁽³⁸⁾ 据此,我国可以在《刑法》中增加“前科制度”一章,为前科定义、前科封存及消灭提供一般框架,具体操作交由“犯罪记录管理法”,形成“专门立法+实体法”体系。

2. 前科制度体系的“两步走”立法方案

理论上,若考虑二元体系的立法化,存在两种不同的思路:一是全面化的建构方案,即不区分轻重罪,构建覆盖全体的制度体系,以解决“犯罪标签”“犯罪人—社会”对抗等问题。西方学者认为,只要有人无法摆脱因罪行带来的影响,刑事司法系统注定会因创造带有犯罪记录的社会群体而失败。⁽³⁹⁾ 这是域外立法的共同选择。二是仅针对轻罪设计前科制度,即将社会危害性较高的重罪排除在外,限缩“前科封存(消灭)”的适用范围。这是我国学界当前主流的观点。

然而,上述立场或多或少均有所欠缺。一方面,如果恪守罪刑相称与分配正义,让全体犯罪人复归社会,不失为理想的立法方案。然而,考虑现实因素,公众并不愿意接纳罪犯(尤其是重罪)。另一方面,仅针对轻罪设计前科封存(消灭),可能有违制度设计初衷。原则上,任何人均有改过自新的可能性,社会共同体没有理由抛弃某些罪犯,除了个别重罪,域外立法中未严格限定前科封存(消灭)的范围。因此,较为合理的方式是“两步走”的立法进路:第一步,针对轻罪主体设计“前科封存”制度,建立封存与消灭的衔接机制。第二步,待民众较为接受后,再拓宽适用对象,构建覆盖全体主体的二元体系。首先,我国轻罪主体每年已超过160万,该部分人复归社会的需求强烈。其次,以轻型犯罪为典型设计规则,成本较低。实践中,已实施的认罪认罚、量刑建议都从轻罪开始,再逐步拓宽。最后,民众对轻罪的接受程度较高,可以引导其接受新制度。

(二) 具体规则

法律制度的生命力在于实践。一种制度或规则的建构有赖于历时性和共时性的经验。首先须确立轻重分层的观念,这是构建附条件“前科封存(消灭)”的前提。前科封存解决的是前科的非规范性效应,属于常态化规则,是建构的重点内容。

1. “轻罪”前科封存的适用对象

前科封存的适用对象是指哪些犯罪记录应被封存,不向社会展示。采取“两步走”的立法方案,讨论重点是轻罪的前科封存。虽然规范性文件提出“建立轻微犯罪记录封存制度”,但这里的“轻微犯罪”不宜理解为“轻罪+微罪”,否则会导致封存对象过窄。对于轻罪的界定,存在“5年说”“3年说”以及“1年说”等争议,目前较为有力的是“3年说”,只是该限界是法定刑(刑罚

⁽³⁸⁾ 例如,《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》就未成年人前科封存的范围、启动程序、监督救济等内容进行了规定。

⁽³⁹⁾ Julian V. Roberts, *The Role of Criminal Record in the Sentencing Process*, 22 *Crime and Justice* 303, 356(1997).

对某个类型犯罪预设的刑种及幅度)还是宣告刑(已依法裁决的刑罚),存在较大争议。

从比较法上看,多数国家以法定刑为标准。^[40]我国宜以“3年以下”宣告刑为标准。首先,法定刑看似统一、简便,却只是立法者的预设或预判,与实际情况相去甚远。其次,缓刑、附条件不起诉均以“3年以下”宣告刑为标准,判断犯罪人的人身危险性。最后,从“两高”的统计口径看,认罪认罚、轻罪人数等数据,都采取宣告刑标准。因此,可以“3年以下”宣告刑为标准,划定轻罪“前科封存”的对象。(1)轻罪,即被判处缓刑以及3年以下刑罚的。(2)微罪,即被判处拘役、管制、免于刑事处罚、单处附加刑的。^[41](3)法律上的无罪,既包括实施了刑事违法行为,却因罪行较轻、悔罪立功或证据不足出罪的;也包括未实施刑事违法行为,但被立案、追诉的。这类行为虽非刑法上的有罪,但犯罪嫌疑人依然会在刑事追诉中留下印迹,如不对这类信息进行管理,会对其生活产生不利影响。

2. 前科封存的启动方式

前科封存启动有两种方式:一是依申请启动。由犯罪人及其近亲属向有权机关申请,经审查后裁定启动。二是依职权启动。原则上,只要满足封存条件(一般是被判处刑罚)就自动启动。例如,德国《联邦中央登记簿和教育登记簿法》未设定任何审查要件,只要判决生效,就进入登记封存系统。^[42]总体而言,这两种方式各有优势。依职权启动可以适用于绝大多数犯罪,为前科封存提供基本框架。依申请启动则可以提高制度灵活性,节省司法资源,如针对部分特殊群体(未成年人、盲聋哑等)设计特别优待程序。^[43]因此,前科封存可以考虑双轨并行的启动机制。

实践中,因刑事诉讼活动涉及“公检法司”等部门,由哪个主体负责审查存在争议。笔者认为,交由法院启动前科封存较为适宜。首先,法院是刑事诉讼活动的终局环节,对犯罪信息掌握得最为直接、全面。其次,由法院统一受理裁定,流程便捷、高效。最后,法院已建立内部的数据库,有条件更新、核查犯罪信息。

3. 前科封存的考察条件

前科封存的考察条件存在两种观点:一是不设置考察条件,即对犯罪记录应封尽封。二是附

[40] 如德国刑法规定,法定刑1年以上的刑罚为重罪,1年以下的自由刑或罚金刑为轻罪。意大利刑法规定有重罪、违警罪,后者是指拘役或罚款的犯罪。法国则将犯罪分为重罪、轻罪与违警罪,轻罪是指10年监禁(最高刑)或者25000法郎以上罚金的罪名。参见成功、刘树德:《轻罪时代的犯罪治理及其制度供给》,载《人民法院报》2023年8月25日,第7版。

[41] 有人认为,微罪应以1年以下刑罚为宜。本文则以拘役刑以下为标准。该标准能够包含实践中高发的犯罪(如危险驾驶、高空抛物以及多数帮信罪)。实践中,该部分犯罪占比约49.6%(2023年)。参见李思远:《论轻微犯罪记录封存制度的构建》,载《清华法学》2024年第6期,第21页。

[42] 德国《联邦中央登记簿和教育登记簿法》第4条规定,“对以下违法犯罪作出的生效裁定将被登记于登记册上:(1)被判处刑罚的;(2)被命令矫正与保安处分的”。参见周子实:《德国中央登记册与教育登记册法》,载《东南法学》2017年第2期,第26页。

[43] 例如,《法国刑事诉讼法典》第770条规定:“未成年人受轻罪或重罪的刑罚,确已得到教育恢复,则少年法院在判决确定后三年,可以应本人请求、应检察官请求或依职权,将犯罪记录消除。”参见罗结珍:《法国刑事诉讼法典》,中国法制出版社2006年版,第612页。

条件的前科封存。犯罪主体须采取一定的积极行为（如道歉、赔偿、社区矫正等），再申请前科封存，此即所谓的“先考察、后封存”。然而，该种方式并不合理。首先，犯罪记录具有时效性。未及时封存的犯罪信息可能随时会被外界披露，对该记录再进行封存已失去意义。其次，就轻罪来说，它的社会危害性较低，没有必要设计过高的考察要件。最后，考察与封存的顺序并不绝对。实践中，缓刑、附条件不起诉等都是先予以犯罪主体优待，再进行现实考察。因此，前科封存不宜设计过高的考察条件，原则上，只要考察期内未有新罪或漏罪，便符合封存条件。

4. 前科封存的法律后果：前科消灭的实现

前科封存的初衷是通过禁止向公众展示罪刑记录，助力前科人员复归社会。要实现这种效应，应当明确它的法律后果。

第一，封存期间可以开具无犯罪记录证明。在法定条件下，社会公众不能随意查询他人的犯罪信息。实践中，前科封存期间的法律后果主要由无犯罪记录证明实现。符合前科封存条件的人员，可以对外宣称未有犯罪。任何私主体查询时，司法机关应该出具无犯罪记录证明，该证明不能标注有其他违法行为。^{〔44〕}

第二，封存期限届满可以产生前科消灭效果。前科封存是对犯罪信息的保密制度，不能恢复因前科被剥夺的各项权利。为此，多数国家设计了前科封存与消灭的衔接机制，依据犯罪行为类型、性质，设计封存期限。原则上，只要未有新罪或漏罪的，封存期限届满可以产生前科消灭的后果，如消除罪刑记录、免除前科报告义务、恢复受损的权利与资格等。^{〔45〕}封存期限的设计有两种形式：一是视罪行的轻重，分段设计；二是基于被告人的实际宣告刑乘以一定比例的系数，如可以被告人实际判处刑期的二分之一作为前科消灭的期限。考虑司法实践的便利性、立法习惯等因素，封存期限可采取分段设计方式：（1）判处拘役、管制、免于刑事处罚、单处附加刑的，封存期限为3年；（2）被判处缓刑以及3年以下刑罚的，封存期限为5年；（3）3年至10年以上刑罚的，封存期限为10年；（4）10年以上刑罚的，封存期限为15年。^{〔46〕}

综上，犯罪记录被封存的，司法机关有义务向私主体出具无犯罪记录证明。如果该记录封存期限届满，满足实质条件，可以产生前科消灭后果。

（三）法条定位与衔接

前科制度体系的完善，很难在现行框架内进行修补或解释，积极的刑事立法是必然选择。前科立法兼具实体与程序，增设、修改前科时，既要实体上准确定位，也要吸收、协调相关内容，制定专门性的规范性文件。

〔44〕 实践中，由于我国统一的犯罪数据库尚未建成，目前主要依靠公安机关出具“无犯罪记录证明”。本文强调的是建立统一的犯罪记录管理平台，由人民法院作为专门机关对封存、消灭进行审查，这既是制度体系建设的需求，亦是未来的发展方向。

〔45〕 前科消灭的具体后果及其论证可参见徐立、成功：《我国轻罪治理背景下前科消灭制度的构建》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2023年第5期，第119页。

〔46〕 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，因此该部分人群没有进行前科封存或消灭的基础。实践中，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判断。参见徐立、成功：《轻罪时代前科制度的内在诟病及其应对》，载《河北法学》2023年第5期，第20页。

1. 实体法的增改

我国《刑法》修改一般采取“修正案”方式，即不改变原来章节的排序习惯，仅在相近条文内容中增加“之一”“之二”等。这种方式有利于刑法的稳定，不会导致条文间的割裂。前科制度体系的设计，可以在《刑法》第 100 条上增设相关内容，具体而言：（1）前科的定义。我国前科体系欠缺定义，是较为明显的问题，为此，可以规定“行为人因实施犯罪而被判刑的，自法院有罪的刑事裁判生效之日起，至前科消灭之时，应被认定是有前科的人员”。（2）犯罪记录的登记与查询。例如，在《刑法》条文中明确“犯罪记录包括犯罪人的个人资料、所受刑罚、缓刑、免于处罚以及赦免等相关信息及其后续修改内容等。判决生效后，司法机关应将上述犯罪信息予以登记”。与此同时，应该强调犯罪记录的有限查询，即“只有正在对犯罪人进行刑事诉讼的公安、检察、法院以及负责执行刑罚的机构或者依法履职的社会福利机构，有权查询与犯罪记录相关的信息”。（3）前科封存与前科消灭的衔接。设计前科封存的考察期限，可以实现前科封存与消灭衔接，如“涉及有罪判决的记录在经过特定期限（具体期限可参照前文）、未有新罪或漏罪的，经审批后，司法机关有义务消灭前科”。（4）前科消灭后果。例如，在《刑法》条文中明确“已消灭前科的，产生免除前科报告义务、注销犯罪记录以及本人与近亲属在就业、求学等方面依法不受歧视或限制等后果”。

2. 与既有制度的协调

前科制度的体系化需要协调已有制度，避免叠床架屋、效力冲突。首先，对于已消灭前科的，不再构成累犯。建议在《刑法》第 65 条中增加一款，“已消灭前科的，不再构成累犯，司法机关不得据此从重或者加重处罚”。其次，要注意同类规则的吸收。2012 年《刑事诉讼法》第 275 条规定了未成年人犯罪记录封存，标志着前科封存的立法初试。但是，封存只是前科人员复归社会的手段。除了要扩大前科封存的主体外（从未成年人到轻罪成年人，再到全体犯罪人），现阶段应明确的是“被犯罪封存的人可以获得无犯罪记录证明”，从而实现多数轻罪主体复归社会的必要。

3. 规范性文件的关键性内容

犯罪记录的登记、删除、修改、救济等内容，可以制定专门的规范性文件。除了前文提及的基本规则，现阶段较为重要的是犯罪记录的封存对象与查询机制。首先，要明确轻罪封存的对象，即应当封存被判处 3 年以下的犯罪记录，包括缓刑、拘役、管制、免于刑事处罚、单处附加刑、无罪的，但实施危害国家安全、恐怖活动、组织领导黑社会（恶势力）、性犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、食品药品犯罪的除外。^{〔47〕}其次，查询机制的规则设定要注意两方面：一是与刑事实体法衔接，这是立法技术的要求，也是犯罪记录查询机制重要性的重申；二是吸收未成年人犯罪记录封存的经验。据此，规范性文件可规定“犯罪记录被封存的，不得向任何单位和个人提供，但司法机关为办案需要或者社会福利机构根据法律进行查询的除外”。

〔47〕 前科封存或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，也不宜被消灭前科，故应将部分严重危害国家利益、社会利益的犯罪排除在外。参见徐立、成功：《我国轻罪治理背景下前科消灭制度的构建》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2023 年第 5 期，第 119 页。

四、前科制度体系的构建需要健全配套规则

要使前科封存与前科消灭有效运转,需要完善相关的配套措施,既要总体上控制前科立法的规模,依据比例原则,清理与修改不合理的前科规范;又要完善犯罪记录管理制度,明确记录的封存保管方式。

(一) 全面清理不合理的前科规定

既有前科数量庞大,涉及领域众多,应将前科规范纳入法治轨道,在立法层级、权限等方面进行限定。

首先,提高前科规范的立法位阶。依据《中华人民共和国立法法》第11条(“法律保留条款”)、《中华人民共和国监狱法》第38条,刑满释放人员依法享有与其他公民平等的权利。在无法律授权的情况下,各部门、各地区不能制定与上位法相矛盾的规定,更不能随意剥夺犯罪人的生存、发展的权利。然而,我国的前科制度正朝着低层级、无序化发展,故应该明确前科立法的位阶主体为“全国人大及其常委会或者国务院”。一方面,前科是刑罚的延续,对公民权利、资格的剥夺应该由全国人大及其常委会决定。另一方面,多数前科为地方性法规,与行政法规存在内容交叉,将它交由地方性立法的主管机关清理更为适宜。

其次,明确前科处罚的权限。依据立法原理,立法层级越高,立法权力越大。不同规范形式的权限应有差异:(1)法律设定终身性的前科处罚。终身性处罚极为严苛,应严格限定为法律层级。(2)行政法规可在宪法与刑法框架下,设定符合比例原则的前科处罚,时限以“3年至10年”为宜。(3)部门规章则需要依据上位法在其行政权限内制定前科规范。例如,卫生部应依据《中华人民共和国医师法》《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》,设计针对医生、护士的资格处罚。

再次,规范前科适用的重点领域。对于生活中的多数领域,实无完全禁止或限制的必要,但涉及国家安全、公共利益的除外,具体包括:(1)国家安全领域。涉及国家安全、国防利益、国家秘密的领域,应终身禁止进入,如禁止担任公职、参军。(2)公共利益领域。基于公共利益的特殊性,应该为犯罪人设定较长的考验期。例如,《中华人民共和国食品安全法》第135条第2款规定:“因食品安全犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的,终身不得从事食品生产经营管理工作,也不得担任食品生产经营企业食品安全管理人员。”(3)弱势群体领域。基于弱势群体的防范意识与预防能力较弱(如义务教育阶段的未成年人),容易招致犯罪侵害,可以设定较高的从业门槛。例如,《中华人民共和国教师法》第14条规定:“受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的,不能取得教师资格;已经取得教师资格的,丧失教师资格。”(4)预防再次犯罪领域。对于部分职务或者业务犯罪的,客观上积累了犯罪经验,再次犯罪具有较为明显的优势,故有禁止再次进入该领域的必要。例如,《中华人民共和国种子法》第75条第2款规定,因生产经营劣种子犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的,种子企业或者其他单位的法定代表人、直接负责的主管人员自刑罚执行完毕之日起5年内不得担任种子企业的法定代表人、高级管理人员。

最后,增强前科与犯罪行为的逻辑关系。罪刑相适应原则决定着犯罪及其后果应有逻辑关联性。然而,我国部分前科规范欠缺对犯罪性质、情节等因素的考虑,使得无论何种犯罪均被限制、剥夺权利或资格,故应增加犯罪行为与前科处罚的关联性。这一点,可参考《中华人民共和国会计法》第38条,即“因有提供虚假财务会计报告,做假账,隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告,贪污,挪用公款,职务侵占等与会计职务有关的违法行为被依法追究刑事责任的人员,不得再从事会计工作”,该条限定了前科处罚的前提要件是与会计有关的违法犯罪,突出职务行为与资格处分的强关联性。

(二) 建立犯罪记录的统一管理平台

建立前科制度体系,须确立科学的犯罪记录管理机制。由于刑事诉讼涉及多个环节,我国采取的是“分段管理、各自负责”的管理方式。例如,《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》规定,“公检法司”分别负责受理、审核和处理各自职权范围内的犯罪记录。对于同一犯罪事实,可能会出现信息传递不畅、内容不一致的情况。在域外,多数国家采取了“集中管理模式”,如荷兰、法国、德国等设计了专门的犯罪记录管理机构。⁽⁴⁸⁾因此,理论上我国宜主张建立统一的犯罪记录管理平台,实现犯罪记录的全流程管理。

虽然2012年多部门制定的《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》提出“建立全国统一的犯罪信息库”,可是,目前仅有公安机关建立了对外开放的犯罪记录查询平台。检察机关曾主导建设全国行贿犯罪记录库,但内容有限,也未对外开放。这种“分段管理、各自负责”模式,并不利于犯罪记录的统一管理。一方面,这容易增加管理成本,信息传递也不及时;另一方面,分段管理意味着任何刑事诉讼机关,都有条件使用犯罪记录,容易出现随意使用、权责不明等问题。因此,我国应尽快建立统一的犯罪记录管理平台。

理论上,对于哪个机关负责管理犯罪记录平台存在争议。例如,有人提出应以公安机关为主导,亦有人提出要整合现有官方数据库,由司法部统一管理。事实上,无论交由哪个机关管理,关键是确保信息安全、可靠,查询结果准确、无误。基于此,笔者认为交由人民法院管理更为合适。首先,法院是刑事诉讼的终局环节,掌握的犯罪信息最全面,有利于犯罪记录的登记、修改、删除。其次,我国社会治理方式乃二元结构(行政处罚+刑罚)。实践中,一般由负责社会治安的公安机关负责查询无犯罪记录,但这种方式容易将行政违法与刑事犯罪相混淆。现实中,不少地方的“变通”证明便是例证。⁽⁴⁹⁾最后,法院已有数字化平台,实践中也积累了管理经验。例如,

(48) 从比较法上看,荷兰根据《司法和刑事起诉数据法》(Judicial and Criminal Prosecution Data Act)的规定,所有司法档案统一由“司法文档系统”(Judicial Documentation System)进行管理。法国的犯罪记录主要由“国家司法记录”(National Judicial Record)这一特别部门保存。德国的犯罪记录数据库由联邦司法部管理。英国的犯罪记录数据库则由内政部下属的刑事记录科负责管理。具体由哪个机构管理犯罪记录并不统一,但普遍会制定专门的规范性文件。GOV.UK, *Countries G to P: Applying for a Criminal Records Check for Someone from Overseas*, Home Office (22 May 2013), <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-records-checks-for-overseas-applicants>.

(49) 生活中,不少地方的公安机关不愿为未成年人出具“无犯罪记录证明”或者变通出具,如将无犯罪记录用机打方式提供,对于封存记录则提供手写证明,从而在形式上予以区分。参见薛应军:《进一步规范未成年人犯罪记录封存制度》,载《民主与法制时报》2022年6月1日,第1版。

最高人民法院、国家档案局就联合颁布了多份文件,各地也积极探索了案卷信息的电子化管理。⁽⁵⁰⁾因此,可以考虑以法院为主体,建立统一的犯罪记录管理平台。

(三) 确立犯罪记录的保管方式

犯罪记录有两种形态:纸质形态及其电子化信息。这两种形态的封存方式应有所差异。

1. 纸质档案

对于纸质档案的封存,司法机关应建立专门的档案库或管理区,严格执行保密制度。档案管理部门应指派专门人员,设置管理台账。拟封存的案卷移交档案管理部门时,须有“犯罪记录封存”的特殊标记,并注明禁止有关单位、个人查询、复用与共享。对于共犯案件,如果涉及前科封存的,应采取分案审理方式,以便启动封存;对于未能分案审理的,应在其他同案犯材料上标注“含犯罪记录封存信息”,以采取必要的保密措施。

2. 电子档案

对于电子档案的封存,司法机关应当建立单独的加密数据库,交由专人管理。技术部门应定时清理办案人员留存的电子信息。此外,电子档案的封存范围不限于刑事判决,任何涉及犯罪的资料都属于电子封存的内容。为减少电子信息被泄露的风险,部分法院正在探索电子档案向纸质档案的转化机制⁽⁵¹⁾,即电子档案可以转化为纸质材料的,装订成册封存,不再保留电子信息;不宜转化为纸质材料的,可以通过电子媒介复制备份后封存。

五、结语

随着轻罪治理的常态化,轻罪人数的激增已成现实。在既有前科制度运行下,这意味着越来越多的轻罪主体将会被排斥、隔离于社会之外,成为社会的不稳定因素。从犯罪治理角度看,这极大地增加了社会治理成本,也与刑罚的教育、改造功能格格不入,长此以往,只会徒增犯罪人与社会之间的距离与隔阂,形成“循环往复”“互相伤害”的死循环,因此应该构建与轻罪时代相契合的前科制度体系。前科制度体系建构无疑是一项复杂的系统工程,涉及立法、司法、行政与社会文化等诸方面,立法者须有系统思维,在前科人员复归社会与社会安全稳定之间进行价值选择。就此而言,笔者提出较为务实的“两步走”方案,以帮助绝大多数犯罪人回归社会。有朝一日,我国前科制度体系得以真正建成并有效运行,势必会成为全面依法治国过程中的标志性成果,更会显著提升我国犯罪治理体系与治理能力现代化水平。

(50) 近年来,最高人民法院先后和国家档案局联合印发了《人民法院档案工作规定》(法发〔2012〕11号,法发〔2020〕10号文件修改)、《人民法院诉讼档案管理办法》(法〔2013〕283号)、《人民法院电子诉讼档案管理暂行办法》(法〔2013〕283号),还研究制定了《最高人民法院机关文件材料归档范围和文书档案保管期限规定》《最高人民法院机关归档工作办法》。参见刘洁:《存史资政育人,在法院最安静的角落——关于公平正义的一切,它都记下了》,载《人民法院报》2025年7月26日,第2版。

(51) 最高人民法院于2023年11月建成“全国示范数字档案室”。上海、山东、江西等省市法院也已经建成数字档案室,为单套制归档奠定了技术基础。参见刘洁:《存史资政育人,在法院最安静的角落——关于公平正义的一切,它都记下了》,载《人民法院报》2025年7月26日,第2版。

The Negative Effects of the Prior Conviction System in the Era of Minor Offences and Strategies for Addressing Them: A Discussion on the Construction of a Dual System for the “Sealing of Criminal Records” and “Expungement of Criminal Records”

LIU Shude CHENG Gong

Abstract: China’s criminal structure has shown a trend toward minor offences over the past more than a decade. However, due to the existing prior conviction system, when criminal law is involved in the governance of minor offences, the perpetrators of minor offences and their families have to bear various explicit or implicit penalties, resulting in the consequences of minor offences not being as minor as they seem. In response to this, three improvement plans have been formulated in theory, but none of them can systematically address the shortcomings of the criminal record system. Based on the “normative” and “non-normative” negative effects of criminal records, a dual system combining the sealing and expungement of criminal records can be established. This approach is reasonable in terms of practicality, institutional framework, and theory. In terms of legislative approach, a “special legislation & substantive law” scheme can be adopted, designing a general framework for minor offenders first, and then expanding it to cover all criminals once conditions are ripe. In terms of specific amendments to the provisions, the *Criminal Code* Article 100 could be amended to include definitions of criminal records, sealing, and expungement, while coordinating and incorporating systems such as recidivism and juvenile sealing. In terms of effective operation, it is necessary to control the scale of prior conviction legislation, clear up criminal record norms with the nature of “qualification punishment”, and establish a unified criminal record management platform to clarify differentiated sealing methods.

Keywords: Minor Offences; Criminal Justice; Sealing of Criminal Records; Expungement of Criminal Records; Criminal Records

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)