

论犯罪附随后果制度的反思与限缩

刘炳君

(北京大学法学院, 北京 100080)

摘要: 犯罪附随后果制度在预防犯罪、防卫社会和维护职业群体利益等方面具有积极功能。在轻罪化的时代背景下, 犯罪附随后果制度自身的功能定位产生了异化, 由此引发了激烈的争论。犯罪附随后果与刑罚的叠加导致犯罪人遭受的不利影响过重。产生这种异化的根源在于犯罪附随后果制度的定位存在偏差, 应当将犯罪附随后果定位为具有特殊预防功能的附加性制裁措施。在此基础上, 应以类型化作为限缩犯罪附随后果的前提; 以关联性原则为指导依据合理规范下位法, 并且将涉他性犯罪附随后果排除在外; 以比例原则为基础, 并制定相应的配套措施来对犯罪附随后果制度进行类型化的限缩与优化。

关键词: 犯罪附随后果; 轻罪; 预防犯罪; 关联性原则; 比例原则

中图分类号: DF613 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1008-4355.2024.03.09 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



犯罪附随后果是指在刑事法律法规之外针对受过刑事处罚的人创设的一种限制性处罚后果。^①关于废除犯罪人子女考公限制的建议引发了社会各界对该制度的热议。^②一种观点认为, 应当废除犯罪附随后果制度。这种观点主要基于以下几个方面的理由: 一是犯罪附随后果取代了刑罚的功能, 对犯罪人及其近亲属的权利和资格的剥夺所带来的痛苦可能会超过刑罚本身所带来的痛苦; 二是犯罪附随后果存在连带效应, 违反了罪刑法定原则和责任主义原则^③; 三是犯罪附随后果存在扩

收稿日期: 2024-03-10

基金项目: 国家社科基金一般项目“轻罪背景下犯罪分类治理研究”(22BFX172)

作者简介: 刘炳君(1997—), 女, 山东临沂人, 北京大学法学院刑法学专业博士研究生。

① 参见付强:《论犯罪行为的刑罚附随后果》, 载《法学杂志》2015年第7期, 第105-111页。

② 参见孙天骄:《罪犯子女考公限制要不要取消?》, 载《法治日报》2023年3月9日, 第4版。

③ 参见罗翔:《犯罪附随性制裁制度的废除》, 载《政法论坛》2023年第5期, 第24-35页。

散化的趋势,不利于受过刑事处罚的人复归社会;四是犯罪附随后果制度与刑罚制度之间呈现出二律背反状态,违反禁止重复评价原则和程序正义。^① 另一种观点主张,犯罪附随后果存在一定的历史根基,具有一定的积极功能,但在当前犯罪结构发生变化的背景下,该制度本身面临着诸多挑战。因此,应当在保留犯罪附随后果制度的基础上,对其加以反思,以更好地发挥其正面效应。^② 在轻罪和微罪增多的背景下,犯罪附随后果的数量与日俱增,其本身不仅存在适用标准不一、内容庞杂、类型化和体系化程度差等规范内危机,而且存在规范外的弥散性效应,不利于犯罪人复归社会。虽然犯罪附随后果制度颇具争议,但不可否认的是,犯罪附随后果本身在预防犯罪人再次实施犯罪,保护重大公共利益和防卫社会等方面能够发挥积极作用,具有一定的现实合理性。鉴于此,应当在轻罪化立法的背景下,审视当前犯罪附随后果制度存在的问题,进一步探讨对犯罪附随后果制度的完善,从而避免该制度被滥用。

一、犯罪附随后果的适用现状考察

犯罪附随后果制度本身存在“以非刑罚之名行刑罚惩戒之实”的缺陷。在当前,我国严重暴力性犯罪数量明显下降、轻微犯罪数量上升,犯罪结构发生重大转变的背景下,不加限制地对犯罪人施加犯罪附随后果,可能会出现“刑罚轻而附随后果重”的倒挂现象。具体而言,当前犯罪附随后果制度在适用中存在规范内和规范外两个层面的风险。

(一) 规范内风险:犯罪附随后果存在体系性危机

目前,我国关于犯罪附随后果的规定不仅内容庞杂、数量繁多,而且载体跨度大、类型化程度低,具有违反罪刑法定和刑法谦抑性原则的风险。具体而言,关于犯罪附随后果的规范内风险主要包括以下几个方面。

1. 事项广泛、数量繁多,呈现上升趋势

在“北大法宝”网的“法律法规数据库”对犯罪附随后果的相关规定进行检索可以发现,我国犯罪附随后果制度的调整范围非常广泛,内容非常丰富,数量非常庞大。根据笔者的不完全统计,2018年至2022年,在各类规范中我国有关犯罪附随后果的规定数量呈现出逐年增长的趋势,大约由670个增长到了898个。不仅如此,规定这些犯罪附随后果的载体也呈现出多样化的趋势,不仅包括法律、行政法规、司法解释、部门规章,而且包括党内法规、行业或团体规定等。其中,在规定了

^① 参见彭文华:《犯罪附随后果制度的体系定位与本土设计》,载《中国刑事法杂志》2023年第4期,第140页。

^② 参见王志远:《犯罪控制策略视野下犯罪附随后果制度的优化研究》,载《清华法学》2023年第5期,第68页;张亚军、陈英:《责任主义视域下犯罪附随后果的适用》,载《中共山西省委党校学报》2023年第4期,第88-91页;孙晶晶:《对我国犯罪附随后果立法实践的审视与重构》,载《江苏警官学院学报》2023年第3期,第43-50页。

犯罪附随后果的这些规范中,部门规章规定的犯罪附随后果的数量最多,且增长速度最快,大约由2018年的426个增长到了2022年的538个;行业或团体规定中有关犯罪附随后果的规定也比较多,其数量大约由2018年的121个增长到了2022年的191个;司法解释规定的犯罪附随后果的数量大约由2018年的44个增长到了2022年的61个;法律规定的犯罪附随后果的数量大约由2018年的31个增长到了2022年的45个;行政法规规定的犯罪附随后果的数量大约由2018年的18个增长到了2022年的25个;党内法规规定的犯罪附随后果的数量大约由2018年的30个增长到了2022年的38个。

2. 适用标准不一、较为杂乱,体系化程度差

我国关于犯罪附随后果的相关规定散见于法律、行政法规、部门规章、行业规定等不同的规范之中,适用标准不一,较为杂乱,没有形成一个科学、合理的体系。根据统计,目前我国关于职务禁止和职业禁止的犯罪附随后果规定较多。^①除此之外,犯罪附随后果还包括大量诸如考试资格的禁止和限制、入伍资格的限制、户籍变动的限制、信誉和荣誉的贬损、最低生活保障资格的有无、出入境护照能否签发等内容和事项。^②此外,社会实践中还隐藏着大量刑事处罚所造成的隐性就业歧视、社会评价降低、名誉受损等不利后果,给犯罪人及其近亲属的生活造成了诸多不便。虽然犯罪附随后果制度规制范围广泛,但内容分散、体系性差,从而导致依据不明、适用混乱。

3. 类型化程度低,前置条件与附随后果间关联性弱

我国目前设立的犯罪附随后果的类型化程度较低,绝大多数缺乏明确的适用标准。第一,在涉及法益侵害性和人身危险性的犯罪中,很多犯罪附随后果的规定没有明确区分轻罪、重罪,这在一定程度上违反了罪责刑相适应原则。在重罪中,由于犯罪人行为的法益侵害性较为严重,且犯罪人的人身危险性较大,所以需要对其施以较重的法定刑以实现打击和预防犯罪的目的。而在轻罪中,由于犯罪人行为的法益侵害性相对较低,且犯罪人的人身危险性较小,所以对此类犯罪施以较轻的法定刑就可以实现打击和预防犯罪的目的,此时如果对其施加额外的制裁,反而可能会违反罪责刑相适应原则。例如,根据《中华人民共和国法官法》和《中华人民共和国检察官法》的规定,行为人因醉酒驾驶机动车而被判处拘役时将不得担任法官和检察官。犯罪附随后果不仅包括规范性犯罪后

^① 目前,我国关于职务禁止和职业禁止的犯罪附随制裁规定主要包括《中华人民共和国法官法》第13条、《中华人民共和国人民陪审员法》第7条、《中华人民共和国检察官法》第13条、《中华人民共和国公务员法》第26条、《中华人民共和国律师法》第7条、《中华人民共和国民事诉讼法》第33条、《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第4条、《中华人民共和国公证法》第20条、《中华人民共和国警察法》第26条、《中华人民共和国驻外外交人员法》第7条、《中华人民共和国村民委员会组织法》第18条、《中华人民共和国拍卖法》第15条、《中华人民共和国公司法》第264条、《中华人民共和国企业国有资产法》第73条、《中华人民共和国商业银行法》第27条、《中华人民共和国证券投资基金法》第15条、《中华人民共和国企业破产法》第24条、《中华人民共和国种子法》第74条和第75条、《中华人民共和国食品安全法》第135条、《中华人民共和国执业医师法》第15条、《中华人民共和国注册会计师法》第10条、《中华人民共和国注册建筑师条例》第13条、《中华人民共和国教师法》第14条、《导游人员管理条例》第5条等。

^② 参见王瑞君:《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》,载《法学》2021年第4期,第46页。

果,而且还包括非规范性的犯罪附随后果。^①虽然醉酒驾驶机动车的行为最重可被判处拘役,但对国家工作人员而言可能面临着公职被剥夺的后果。由于职业是实现一个人社会价值的基本途径,一份公职的获得往往凝聚着多年的努力。一旦行为人实施了醉酒驾驶机动车的行为,行为人因犯罪附随后果所承担的痛苦远远超过了刑罚本身所带来的痛苦。尤其是随着《中华人民共和国刑法修正案(十一)》将类似高空抛物罪等轻罪纳入刑法体系中,行为人所承担的犯罪附随后果无疑会导致制裁的严厉性与行为的危害性之间失衡的问题。第二,涉及犯罪人的罪过形式时没有区分故意和过失。在我国犯罪附随后果的相关规定中,有的规范将犯罪附随后果的适用条件限定为“因故意犯罪受过刑事处罚”,有的规范则不区分故意和过失。例如,《中华人民共和国拍卖法》将“因故意犯罪受过刑事处罚”作为不得担任拍卖师的条件。第三,关于犯罪附随后果的规范有的规定了职业禁止的期限,有的则没有规定期限,导致适用标准不一。

(二)规范外风险:犯罪附随后果存在弥散性影响

佐伯仁志教授将制裁分为以国家为主体、作为法律制度被组织化的法律制裁和除此之外的社会性制裁,认为法律制裁与社会性制裁是相互对立的。^②犯罪附随后果不仅包括法律制裁,也包括社会性制裁。实际上,犯罪人一旦实施了犯罪行为,犯罪附随后果所产生的弥散性影响会延伸至犯罪人及其近亲属社会生活的方方面面。具体而言,这些影响主要包括以下几个方面。

1. 犯罪标签化明显,延伸至社会信用领域

法律是基于社会共同体的合意产生的,它规定了作为社群主体一员的公民应该采取何种行为模式以符合社群的期待。而犯罪是具有严重法益侵害性的行为,行为人一旦实施了犯罪,就意味着对人民合意构建的法秩序造成了严重的侵害。无论是法律制裁的犯罪附随后果,还是社会性制裁的犯罪附随后果,实质上都是以牺牲犯罪人与其他社会共同体之间的信任关系为代价的。当犯罪人违反了社会共同体的期待,实施了犯罪行为,就意味着与无犯罪记录的社会群体之间形成了对立。为了预防犯罪人再次实施犯罪,实现社会防卫的目的,犯罪人就需要付出一定的代价。^③这些代价部分由法律规范予以确证,部分由其他社会成员自主选择,以行业规范、团体规范或其他形式表现出来,便形成了犯罪附随后果。例如,2014年国务院印发的《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》(国发[2014]21号)和2007年国务院办公厅发布的《国务院办公厅关于社会信用体系建设的若干意见》(国办发[2007]17号)将犯罪信息作为社会评价信用的重要组成部分。部分地方性法规、规章也陆续将违法、犯罪行为纳入失信行为中。但是,这些规范却没有对“信用”的内涵和

^① 参见梅传强、严磊:《前科消灭制度的三重构造》,载《法治论坛》2023年第1辑,第218页。

^② 参见[日]佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第6页。

^③ 参见[英]安东尼·达夫:《刑罚·沟通与社群》,王志远、柳冠名、姜盼盼译,中国政法大学出版社2018年版,第3页。

外延作出统一的规定,这里的信用究竟指的是经济信用、道德信用,还是“民事信誉”^①,则未置可否。如果不对其内涵和外延加以限定,那么,将社会信用惩戒机制纳入到原本就严苛的犯罪附随后果中,将会进一步导致犯罪人权利的克减和负价值的增加。除了法律制裁的犯罪附随后果之外,实践中还存在大量的社会性制裁的犯罪附随后果。此外,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第100条规定了依法受过刑事处罚的人的前科报告义务。由此可见,受过刑事处罚的人已经被社会贴上了“犯罪人”的标签,犯罪附随后果已经影响了其生活的方方面面。

2. 存在连带效应,违反罪责自负的原则

中国古代社会是以家族为本位的,血缘、家族是维系中国古代社会的基本纽带。中国古代刑罚体系的特点之一便是家庭成员需承担连带责任。根据史料记载,族刑制度早在夏商时期就已经出现。明清时期,受重刑主义思想的影响,族刑范围不断扩大至以犯罪者为中心的上下各两代的五族,甚至扩大至异性同居者。近代刑法废除了客观责任和团体责任,将主观责任和个人责任作为责任主义的主要内容。责任主义成为近代大陆法系国家刑法理论的重要原则之一。虽然族刑制度已经被现代刑法所废除,我国《刑法》亦坚持罪刑法定原则和罪责自负原则,但犯罪附随后果制度所产生的影响却在一定程度上突破了个人责任的原则,实际上产生了一定的连带效应。

3. 后果难以消解,不利于犯罪人复归社会

在传统社会中,由于网络不发达,人们的查询路径较少,犯罪记录的影响范围往往仅限于熟人之间。因此,犯罪人想要复归社会,改善和提升自己在熟人心中的形象即可。然而,随着网络时代的到来,数以万计的海量信息逐渐呈现在人们的面前,其中也包括了犯罪记录。近年来,我国的司法公开制度逐步确立并完善。一方面,在网络社会中,犯罪记录信息一旦被公开,便会在极短的时间内为大量群体所知悉。在传统社会中,遗忘是常态,记忆是例外。网络社会的到来改变了这一常态。2024年3月22日,中国互联网络信息中心发布了第53次《中国互联网络发展状况统计报告》(以下简称《报告》)。《报告》显示,截至2023年12月,中国网民规模达到了10.92亿人,较2022年12月新增网民2480万人,互联网普及率达77.5%。在网络技术的帮助下,遗忘已经变成例外,而记忆却成为了常态。^②随着大数据技术的发展,以及社会信用机制的不断完善,一旦犯罪人的记录被公开,便会产生犯罪附随后果的弥散化。“在数字技术和网络全球化的帮助下,记忆成为常态,遗忘却成为例外,互联网‘永久记忆’的时代已经到来。”^③犯罪记录一旦被公之于众,在网络中和现实中关于犯罪人的记录便不可能被完全消灭,犯罪标签化将会给犯罪人及其近亲属带来无尽的痛苦。另一方面,犯罪附随后果的弥散化和记忆的永久性会加剧犯罪人与其他社会群体之间的对立。对犯罪人而言,刑罚是一种严重的负担,但这种负担随着刑罚执行完毕也就结束了,而犯罪附随后果

^① 徐国栋:《“失信联合惩戒机制”中“信”的含义之澄清》,载《中国法律评论》2021年第1期,第93页。

^② 参见[英]维克托·迈尔-舍恩伯格:《删除:大数据取舍之道》,袁杰译,浙江人民出版社2013年版,第6页。

^③ 郑志峰:《网络社会的被遗忘权研究》,载《法商研究》2015年第6期,第50页。

所产生的辐射性影响却给犯罪人的生活带来了不便。对于有的犯罪人而言,犯罪附随后果会彻底摧毁他们与其他人之间的关系,他们的事业,以及他们对生活的信仰。犯罪人一旦被贴上“犯罪分子”的标签,在社会中难免会被孤立和排斥,其近亲属也会受到严重的影响。如此严厉的犯罪附随后果无须法官裁量即可适用,也没有任何的救济途径。当犯罪人复归社会的生存保障和精神条件均被阻断时,犯罪人难免会铤而走险,再次走上犯罪的道路。

二、犯罪附随后果适用的理论依据与积极功能

主张全面废除犯罪附随后果的观点实际上忽略了该制度的正面效应。在如今高度组织化的社会中,国家的治理经验在不断地积累,如何治理和矫正社会中的个体越轨行为是国家治理能力的重要体现。犯罪附随后果是矫正个体越轨行为,预防犯罪人再次犯罪,以及防卫社会的重要手段。犯罪附随后果之所以在司法实践中呈现出强大的生命力,是因为其适用有一定积极作用。具体而言,犯罪附随后果的积极作用主要表现在以下几个方面。

(一) 剥夺再犯资格,预防再次犯罪

我国目前的刑罚包括主刑和附加刑。此外,我国刑法还规定了刑罚个别化制度,如缓刑、假释等。但是,这些规定只是从普遍性的层面来权衡犯罪人的人身危险性,却没有根据犯罪人的情况针对性地制定具体、明确的制裁措施。犯罪附随后果能够在这一制裁体系的基础上,以特殊预防为目的,弥补传统罪责体系的不足,防止犯罪人再次犯罪,并排除犯罪人对一般公众产生威胁的危险性。^①实现特殊预防的途径主要包括两种:一种是通过永久性地剥夺犯罪人的再犯能力,使犯罪人丧失再犯的根本条件;另一种是通过犯罪人的教育和矫正,使犯罪人不能、不敢、不愿再犯。^②根据情境犯罪学理论,最直接和最根本的犯罪预防措施便是隔离犯罪人实施犯罪的机会。^③犯罪附随后果能够从一开始就将具有犯罪前科的人排除在某一行业或领域之外,无疑能对犯罪人起到根本上的预防和控制效果。比如,实施贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序犯罪的公司董事、监事和高级管理人员通常是利用了公司环境提供的职业便利,一旦接触该环境,难免会刺激和诱发犯罪人再次实施犯罪。因此,《中华人民共和国公司法》对犯过上述罪的人设置了五年的考察期。不仅如此,犯罪附随后果还能对犯罪人产生一定的精神压力。美国心理学家亚伯拉罕·马斯洛将人类的需求从高到低划分为五个层次。其中,“尊重的需要”是人们获得自身的自

^① 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪原理的基础构造》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第51-53页。

^② 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第512页。

^③ 参见[日]大谷实:《刑事政策学》(新版),黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第57页。

信心,对社会充满热情,以及能够感受到自己活着所带来的价值的途径。^①受过刑事处罚的犯罪人一旦被贴上“犯罪人”这一标签,将会对犯罪人及其近亲属造成严重的负面影响,这会使犯罪人在实施犯罪之前充分考虑犯罪成本,能够对犯罪人起到有效的威慑和防范作用。在物理和精神的双重压力之下,犯罪人再次实施犯罪的可能性会大大降低。

(二) 保护重大公共利益和职业利益

仅从预防犯罪人再次实施犯罪的角度还不足以论证犯罪附随后果的正当性。设置犯罪附随后果的深层原因在于维护重大公共利益和社会职业群体的共同利益。

第一,犯罪附随后果的设置有利于保护社会重大公共利益和提升国家公信力。国家之所以对国家工作人员的职业设置较为严苛的禁止条件,即只要是“因犯罪受过刑事处罚的”一律不得录用,是因为涉及重大公共利益的职业与社会和谐、民众生活密切相关。国家工作人员往往掌握了一手的资源,享有一定的职业便利,代表公共利益,其一旦实施了犯罪,将会给社会带来不可估量的影响,也会严重损害国家的公信力,所以要求其具有较高的个人素质和良好的信誉。对于曾经受过刑事处罚的人员,一律剥夺其担任国家工作人员的资格;已经取得公职的犯罪人,被判处刑罚时,也面临着被剥夺公职的不利后果。

第二,犯罪附随后果的设置有利于维护单位的经济利益。相较于国家工作人员的职业禁止而言,其他职业并无如此严格的限制或剥夺后果。并非所有的犯罪人都需要被纳入职业禁止的范围,仅仅是实施的犯罪行为与其职务、业务相关联的犯罪人才属于被限制的对象。比如,《中华人民共和国证券投资基金法》第15条和《中华人民共和国商业银行法》第27条对职业禁止的范围作出了规定。此外,多数公司的根本目的是营利,因而在招聘员工时往往会选择那些能够为公司创造价值,减少诉讼风险的员工。

第三,犯罪附随后果的设置能够加强特定行业领域的职业伦理建设,提高道德素养,增强行业内部共同体的职业认同感,维护整个行业的水平。相较于普通行业,特定行业往往会涉及一些公共领域,通常需要更高的职业标准,这不仅体现在专业素养方面,也体现在职业伦理和道德标准等方面。

(三) 规避群体风险,保卫社会安全

社会公众对公共安全和利益的追求是犯罪附随后果广泛存在的重要原因之一。行为人一旦实施过犯罪,社会公众便会对其产生不信任感。不仅如此,中国古代崇尚家庭本位的社会结构,对犯罪人的亲属的连带处罚成为历代君主治理国家的传统,也是当时社会公众的共识。实际上,不仅中国古代存在这种思想,西方社会也存在“天生犯罪人”“犯罪遗传”等理论。例如,意大利刑事人类学

^① 亚伯拉罕·马斯洛将人类的需求划分为:生理上的需求、安全上的需求、归属的需求、尊重的需求和自我实现五个层次,并将“尊重的需要”划分为自我尊重、信心、成就、对他人的尊重,以及被他人尊重。参见[美]马斯洛:《马斯洛人本哲学》,唐译编译,吉林出版集团有限责任公司2013年版,第28页。

派的代表人物龙勃罗梭提出,相较于遗弃而言,儿童在父母或者亲属那里遗传和模仿的坏习惯会产生比遗弃更为恶劣的作用,甚至可能会使儿童产生犯罪的本能。^①此外,还有学者提出了“犯罪家庭”^②的概念。由于当前处于社会转型时期,各种社会风险事件频发,普通民众对安全和秩序的渴望在某种意义上已经超越了对个体自由和权利的向往。基于社会集体防卫和预防犯罪的需要,在社会民众朴素的正义观中,对犯罪人及其近亲属进入特定的领域或行业普遍存在排斥的心理。在某种程度上,在特定领域剥夺犯罪人及其近亲属的权利和资格是社会公众防卫心理的体现。

三、犯罪附随后果的作用边界与适度限缩

犯罪附随后果对于短期内控制犯罪人及其近亲属进入特定领域或行业具有明显的效果。但是,从长远来看,如果对犯罪附随后果不加限制地适用,将可能产生更为激烈的群体矛盾。即使某些非刑罚处罚措施轻于刑罚处罚,但从实质上看,其给犯罪人的社会生活所造成的不利影响更为严重。除了被适用死刑立即执行和终身监禁的犯罪人,其他的犯罪人终究要回到社会中来,这是一个无法回避的社会问题。“单个的用人单位可以将有违法犯罪前科之人拒之于门外,但一个社会却无法将其拒之于人类社会之外。”^③为了避免边际效用递减,合理地限制犯罪附随后果制度的适用范围显得尤为重要。

(一) 犯罪附随后果属于具有特殊预防功能的附加性制裁措施

关于犯罪附随后果的性质,大陆法系和英美法系的规定不同。德国、日本等大陆法系国家将犯罪附随后果定位为与刑罚并列的刑法制裁方法;部分英美法系国家则将犯罪附随后果制度规定于刑事法律体系之外,具有相对的独立性。^④我国刑法理论界对犯罪附随后果制度的定位存在资格刑说^⑤、行政处罚说^⑥和保安处分说^⑦之争。资格刑属于刑罚的种类之一,根据罪刑法定原则,刑罚只能由刑法予以规定,而犯罪附随后果则属于刑法之外的规定。因此,不能将其认定为资格刑。犯罪附随后果实施的决定权并非行政机关,且行政处罚适用的前提条件是行为人实施了行政违法行为。因此,犯罪附随后果也并非行政处罚。保安处分最早由德国刑法学者克莱因提出,是近代刑罚理论由报应刑向教育刑转化的结果,是刑事实证学派和刑事古典学派论战的产物。我国犯罪附随后果

^① 参见[意]吉娜·龙勃罗梭-费雷罗:《犯罪人:切萨雷·龙勃罗梭犯罪学精义》,吴宗宪译,中国人民公安大学出版社2009年版,第78页。

^② 参见[德]汉斯·约阿希姆·施奈德:《犯罪学》,吴鑫涛、马君玉译,中国人民公安大学出版社、国际文化出版公司1990年版,第400页。

^③ 王瑞君:《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》,载《法学》2021年第4期,第54页。

^④ 参见彭文华:《犯罪附随后果制度的体系定位与本土设计》,载《中国刑事法杂志》2023年第4期,第142页。

^⑤ 参见李荣:《我国刑罚体系外资格刑的整合》,载《法学论坛》2007年第2期,第66-70页。

^⑥ 参见徐安住:《犯罪行为的附随法律责任初探》,载《求索》2008年第1期,第109-111页;马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第709页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第362页。

^⑦ 参见侯保田:《我国现行法中的保安处分》,载《法律科学(西北政法大学学报)》1994年第4期,第41-47页。

制度的主要原理与保安处分相似,均是以犯罪人的人身危险性为基础,对犯罪人及其近亲属进行一定的权利克减或义务添附,以增加犯罪人及其近亲属的负价值性的方式来实现消除社会危险性、防卫社会的目的。根据《德国刑法典》第66a条的规定,保安处分的执行需要以法庭的判决为前提,并且规定了严格的程序。然而,我国犯罪附随后果制度的实施并不需要经过严格的司法机关的裁决,而是采取自动追加的形式。由此可见,我国犯罪附随后果制度虽然在实质内涵上与保安处分制度存在相似之处,但在程序方面与保安处分制度存在差异。因此,我国犯罪附随后果制度并非严格意义上的保安处分制度。如前所述,我国犯罪附随后果制度虽然多数规定在规章、条例等《刑法》之外的规范之中,但实质上具备与刑罚同等甚至更为严厉的处罚效力。以醉驾入刑为例,虽然立法者给作为微罪的危险驾驶罪配置的法定刑仅仅是拘役并处罚金,但根据现有的法律、法规,机动车驾驶人还需要承担一系列的犯罪附随后果。这些软制裁实质上不仅影响犯罪人本人的社会评价、职业前途、工作生活、社会信用,而且影响犯罪人近亲属的就业、就学、入伍、升职,其严厉程度与不利影响程度不仅与微罪的不法程度严重不成比例,而且与刑罚严重倒挂,因而成为当前办理醉酒驾驶机动车刑事案件之不能承受之重,并在相当程度上影响了醉驾入刑的正当性和合法性。^①因此,将犯罪附随后果定位为具有惩戒功能的附加性制裁措施更为妥当。

(二)以类型化为限缩犯罪附随后果制度的前提

目前,刑法学界对犯罪附随后果的检视大多采取的是“择一式的思考方式”,即在反思其制度危机的基础上,主张将犯罪附随后果纳入资格刑体系^②,或者主张建立前科消灭制度废除或者限制犯罪附随后果。^③这种路径虽然能够在一定程度上对犯罪附随后果的适用起到限缩作用,但却存在非此即彼的缺陷。如前所述,犯罪附随后果虽然存在负面效应和消极后果,但也有其存在的现实合理性。采取“一刀切”的方法对待犯罪附随后果只能起到“扬汤止沸”的作用。因此,需要依据一定的标准对犯罪附随后果进行类型划分。根据适用对象的不同,可以将犯罪附随后果划分为涉己性的犯罪附随后果和涉他性的犯罪附随后果。^④涉己性的犯罪附随后果是指适用对象为犯罪人本人的犯罪附随后果,而涉他性的犯罪附随后果是指适用对象为犯罪人之外的近亲属的犯罪附随后果。二者除了在适用对象上有所不同之外,在实际的内容和效果上并无显著差异。就涉己性的犯罪附随后果而言,又可以根据犯罪行为危害程度、犯罪人的再犯可能性和犯罪人的主观恶性等对犯罪附随后果进行划分。

第一,根据犯罪行为危害程度,可以将犯罪附随后果划分为重罪的犯罪附随后果、轻罪的犯

^① 参见梁根林:《刑事政策与刑法教义学交互审视下的危险驾驶罪》,载《中国法律评论》2022年第4期,第174页。

^② 参见严磊:《积极刑法观下犯罪附随后果研究》,载《人大法律评论》2021年第1辑,第333-361页。

^③ 参见陈子培、冯卫亚:《积极刑法观下犯罪附随性后果的路径选择》,载《铁道警察学院学报》2022年第3期,第91-97页;有学者提出运用追诉时效的规定来限制前科消灭的时间条件,参见崔志伟:《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》,载《现代法学》2021年第6期,第177-178页。

^④ 有学者将其称之为直接犯罪附随后果和间接犯罪附随后果,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171-188页。

罪附随后果和微罪的犯罪附随后果。虽然我国刑事立法对此分类没有规定,但刑法学界已经提出了重罪、轻罪和微罪的划分。“微罪是与轻罪和重罪对应的新的犯罪类型。将微罪写进刑法体现了我国刑法精细化立法的趋势。”^①在积极刑法观视野下,我国的犯罪分层正在发生实质性变化,犯罪门槛不断降低,由传统的重罪逐渐转变为轻罪,甚至是微罪。^②值得一提的是,我国学者对重罪、轻罪和微罪的划分存在“形式标准说”^③、“实质标准说”^④和“二元标准说”^⑤之争。然而,由于“实质标准说”和“二元标准说”在可操作性层面均存在缺陷,所以,采用“形式标准说”更为合理,即以刑罚作为划分依据。根据“形式标准说”,可以将法定刑为拘役及以下的犯罪认定为微罪,将法定刑为三年以下有期徒刑的犯罪认定为轻罪,将法定刑为三年以上有期徒刑的犯罪认定为重罪。同理,可以将犯罪附随后果划分为微罪的犯罪附随后果、轻罪的犯罪附随后果和重罪的犯罪附随后果。

第二,根据行为人的主观罪过,可以将犯罪附随后果划分为故意犯罪的附随后果和过失犯罪的附随后果。不同于故意犯罪,过失犯罪中的行为人并非积极追求或者放任危害结果的发生,结果的出现是由于行为人的疏忽大意或者过于自信所致,危害结果的发生与行为人的主观意愿相悖。换言之,行为人对法忠诚的违反程度较弱,再犯可能性也较低。因此,在造成同样危害结果的情况下,过失犯罪的法定刑往往轻于故意犯罪的法定刑。如果将过失犯罪与故意犯罪一样对待,在刑罚执行完毕之后适用犯罪附随后果,那么,可能会导致处罚过于严苛,也无法有效地发挥预防作用。

第三,根据是否存在正当化事由,可以将犯罪附随后果划分为防卫过当的犯罪附随后果、避险过当的犯罪附随后果和正常情形的犯罪附随后果。在防卫过当的情况下,虽然行为人的行为明显超过了必要限度造成重大损害,但毕竟存在不法侵害的前提条件。相较于正常情形下的犯罪而言,防卫过当的行为人是在特定的情形和场景下实施了犯罪行为。在此种情形下,行为人无论是在违法性的程度上还是在再犯可能性方面都与正常情形下的犯罪存在差异。避险过当也是同样的原理。但是,根据我国目前犯罪附随后果的规定,无论是防卫过当的犯罪附随后果、避险过当的犯罪附随后果,还是正常情形下的犯罪附随后果,都适用相同种类的制裁措施。犯罪附随后果本身所蕴含的严重的负价值性使社会主体的敏感程度不断增加,这也不利于正当化事由条款的激活。

(三)以关联性原则为指导依据合理规范下位法

我国《刑法》第37条之一第1款规定了从业禁止的三个前置性要件:职业关联性要件、必要性

① 储槐植、李梦:《刑事一体化视域下的微罪研究》,载《刑事法评论》2020年第1辑,第162页。

② 参见梁云宝:《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》,载《政治与法律》2021年第7期,第35页。

③ 例如,储槐植教授提出:“微罪是指可以判处拘役及以下之刑的犯罪。”参见储槐植、李梦:《刑事一体化视域下的微罪研究》,载《刑事法评论》2020年第1辑,第163页。有学者指出,轻罪是指应当判处3年以下有期徒刑的犯罪。参见杜雪晶:《轻罪刑事政策的中国图景》,中国法制出版社2013年版,第11页。樊崇义教授曾对重罪、轻罪、微罪进行了区分,提出“一年以下为微罪,一至五年为轻罪,五年以上为重罪”,参见樊崇义、李思远:《认罪认罚从宽制度的理论反思与改革前瞻》,载《华东政法大学学报》2017年第4期,第11页。

④ “实质标准说”主张根据犯罪性质、犯罪危害程度等犯罪内在的特质确定犯罪的轻重等级,参见叶希善:《犯罪分层研究——以刑事政策和刑事立法意义为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第86页。

⑤ 参见郭理蓉:《轻罪刑事政策研究》,中国法制出版社2023年版,第162页。

要件和期限性要件。《刑法》第37条之一第3款规定：“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定。”该规范中的“从其规定”是指犯罪附随后果中关于从业禁止的规定，由此形成了从业禁止制度在刑法规范和犯罪附随后果中的交叉。然而，犯罪附随后果中关于职业禁止的规定在适用条件和期限上均与从业禁止规定有所不同。那么，犯罪附随后果中关于职业禁止的规定是否完全不受刑法规范的限制呢？无论是从司法适用现状还是从制度性质来看，犯罪附随后果中关于职业禁止的规定均应当受到《刑法》第37条之一第1款规定的限制。^①我国目前有关犯罪附随后果的部分规范已经体现了条件与后果之间的逻辑关联性问题。例如，《中华人民共和国企业国有资产法》第73条、《中华人民共和国会计法》第40条、《中华人民共和国食品安全法》第135条第2款均根据职业的关联性对职业禁止的范围进行了一定的限制。但是，目前多数犯罪附随后果的适用条件采取的是概括式的方式。例如，“曾因犯罪受过刑事处罚的，不得……”“受过刑事处罚的，但过失犯罪除外，不得……”“受到剥夺政治权利或故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的，不得……”这三种表达方式概括了多数犯罪附随后果的适用方式，但并不具有针对性。^②如此规定，难以起到特殊预防的目的。因此，需要以《刑法》第37条之一为指引，加强前置条件与犯罪附随后果之间的关联性。

我国实践中也存在大量将犯罪附随后果扩张适用于犯罪人及其近亲属的规范^③，有的将前科连带效应的对象扩张到了犯罪人所有的“直系亲属”和特定的“旁系血亲”，有的将适用范围扩张到了“有犯罪嫌疑而正在被侦查、控制”的情况。^④刑事责任具有严格的人身专属性，只能由犯罪人本人承担^⑤，这是罪责自负原则的基本要求。不可否认，刑罚在客观效果上难以完全避免“殃及效应”，如对犯罪人的自由尤其生命的剥夺会使其家人承受感情上的极大痛苦^⑥，如犯罪人及其近亲属可能会遭遇社会上的冷嘲热讽或者不公正的待遇。可以说，这种社会性非规范层面的连带效应是无法避免的，但法律规范不应该助长这种“殃及效应”，而是应该在规范层面最大程度地减少这种现象的发生。目前我国刑法体系中主要包含三个层面的刑罚，即人身自由刑、资格刑和财产刑。其中，人身自由刑和资格刑具有人身专属性，而财产刑却可能存在“共有”的现象，更加容易产生犯罪人及其近亲属之间的牵连。但是，根据我国《刑法》第59条的规定，在判处没收财产的时候，不得没收属于犯

^① 这里将《刑法》第37条之一第3款规定的“从业禁止”的性质认定为保安处分，与犯罪附随后果的性质相同。此外，有学者统计，司法实务中关于“从其规定”的适用受到第1款规定的三个前置条件的限制。参见欧阳本祺：《我国刑法中的“从其规定”探究——以〈刑法〉第37条之一第3款的规定为分析对象》，载《法商研究》2017年第3期，第104-112页。

^② 参见付强：《论犯罪行为的刑罚附随后果》，载《法学杂志》2015年第7期，第109页。

^③ 根据《公安机关人民警察录用办法》第6条规定，直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的，以及直系血亲和对本人有重大影响和旁系血亲在境内外从事颠覆我国政权活动的，不得报考人民警察。

^④ 参见《浙江省公安厅、浙江省人事厅关于印发〈浙江省公安机关录用人民警察考察和政审工作实施细则〉的通知》（浙公通字〔2008〕60号）第10条和《2014年东莞市义务教育阶段新莞人子女积分制入学积分方案》的相关规定。

^⑤ 参见高铭喧主编：《刑法学原理》，中国人民大学出版社1993年版，第418页。

^⑥ 参见朱苏力：《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负——纪念〈法学〉复刊30周年·名家论坛（一）》，载《法学》2011年第6期，第3-8页。

罪分子家属所有或者应有的财产。既然像这种与犯罪人的人身专属性没有那么密切的财产刑,《刑法》都规定了不得牵连犯罪人的家属,那么,人身自由刑和资格刑更应当遵循罪责自负原则。虽然犯罪附随后果并非由《刑法》直接规定,但作为刑事责任的一种衍生责任,其在制裁手段的严厉性和后果的严重性方面都不亚于刑事责任,给犯罪人及其近亲属带来的痛苦甚至可能超过刑事责任。连带制度作为重刑主义思想的产物,现在以犯罪附随后果制度的形式重现,不仅违反了罪刑法定原则和罪责自负原则,而且不符合特殊预防和一般预防的需要,应当予以废除。^①

(四)以比例原则作为基础进行层次化的限缩

比例原则包含三个子原则,即适当性原则、必要性原则和均衡性原则。^②比例原则要求犯罪附随后果的适用要与犯罪人已经实施的犯罪,以及犯罪人的再犯可能性之间符合比例关系。我国大量的犯罪附随后果在适用过程中已经违反了比例原则。例如,我国《刑法》第133条之一规定了危险驾驶罪,行为人因为醉酒驾驶机动车被人民法院判处了危险驾驶罪,如果行为人是国家工作人员,那么,可能面临被开除公职的处分。即使行为人并非国家工作人员,也可能面临不得从事执业医师、注册会计师、建筑工程师等多种职业的后果。即使行为人属于用人单位的普通员工,也可能面临被用人单位解除劳动合同的后果。不仅如此,行为人的近亲属也可能会受到影响。这意味着行为人实施了微罪与重罪在犯罪附随后果方面将承担相同程度的制裁后果。此外,犯罪附随后果对比例原则的违反还体现在期限的设置方面。多数犯罪附随后果的设置采取了“曾因犯罪受过刑事处罚的,不得担任……”“受过刑事处罚的,终身不得担任……”“受过刑事处罚的,终身不得从事……”的终身制职业禁止方式。这不仅违背了公平原则,而且超出了社会防卫的必要性,难以达到预防的目的。因此,在设置和适用犯罪附随后果时,应当结合犯罪行为危害性、犯罪附随措施对犯罪人权利的侵害程度和适用效果等多重因素进行综合考虑。我国《刑法》分则对不同的犯罪规定了不同的法定刑,其依据是犯罪人的行为所造成的法益侵害性的大小,以及犯罪人人身危险性的大小。相反,从《刑法》分则法定刑的设置也可以反推出该罪名中犯罪人行为的法益侵害性及犯罪人的人身危险性大小。因此,可以以法定刑为基本依据,对犯罪附随后果进行分类,并且结合具体案情在适用时进行综合判断。

第一,以适当性原则为依据,采取场景化的判断模式,对防卫过当、避险过当等情形排除适用犯罪附随后果。一方面,在防卫过当和避险过当案件中,行为人的再犯可能性较低。由于防卫过当需要一定的前提条件,即行为人面临着正在进行的不法侵害。换言之,行为人实施防卫过当的行为需要特殊的场景,而这种场景极具偶然性,再现的可能性也极低。避险过当同理。另一方面,在防卫过当和避险过当的案件中,行为人的主观恶性与普通犯罪相比也较低。此时,通过刑罚处罚已经足以对行为人起到威慑和预防作用,再次对行为人施加犯罪附随后果的必要性降低。因此,不应再将

^① 参见罗翔:《犯罪附随性制裁制度的废除》,载《政法论坛》2023年第5期,第24-35页。

^② 参见于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,载《现代法学》2018年第4期,第136页。

行为人防卫过当的行为纳入犯罪附随后果的规制范围,否则可能会出现“矫枉过正”的现象。相同的原理也应当适用于避险过当的情形。

第二,以必要性原则为指导,运用案卷封存制度,取消未成年人犯罪中犯罪附随后果的适用。《中华人民共和国刑事诉讼法》第286条规定了案卷封存制度的适用条件和程序。在未成年人犯罪的案件中,由于未成年人处于人生的早期阶段,在生理和心理上都尚未成熟,其可矫正性和再造性较强,所以,对未成年人应当采取更为灵活、科学的矫正方法。如果未成年人在刑罚执行完毕之后未犯新罪、表现良好,表明其已经不再具有人身危险性,那么,此时可以对其适用案卷封存制度。

第三,以均衡性原则为核心,建立前科消灭制度,取消微罪和部分轻罪犯罪附随后果的适用。前科消灭制度蕴含着多元利益的价值平衡。从功利的角度讲,一方面,作为一个整体的社会,确实既需要减少再犯,又要消除犯罪记录对行为人带来的污名化影响;另一方面,从哲学层面检视前科消灭,就不得不在利他动机与公共安全、公众知情权,以及对犯罪人人身危险性作出判断时的公共利益之间进行权衡。前科制度虽然能够在一定程度上起到预防再犯的作用,但伴随着刑法立法积极化,尤其是像危险驾驶罪,使用虚假身份证件、盗用身份证件罪,高空抛物罪等微罪、轻罪被纳入刑法体系之后,司法实践中重罪比例下降,而轻罪比例大幅度上升。由于我国犯罪附随后果在适用中未区分重罪、轻罪和微罪,所以,即使行为人实施了轻微犯罪,也会承担与重罪相同的附随后果。由此导致的后果是越来越多的人背负着犯罪前科,刑事责任的影响伴随终身,整个社会呈现出“惩罚过剩”现象。^① 贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中指出,对犯罪的处罚应当具有及时性和相称性,只有及时的处罚才能使人们在犯罪与处罚间建立一种意识关联,只有相称的处罚才能实现刑法规制的有效与公正。^② 微罪和轻罪的行为危害性和行为人的主观恶性都较小,适用刑罚制裁已经足以对行为人起到威慑和惩戒作用。如果再对行为人施加刑罚以外的制裁,容易导致“轻罪不轻”“微罪不微”的结果。法定最高刑为拘役的微罪主要有危险驾驶罪,使用虚假身份证件、盗用身份证件罪和代替考试罪,而《刑法》分则中配置了拘役的罪名共有391个。^③ 轻罪介于微罪和重罪之间,相较于微罪而言,其犯罪行为危害性稍大,而相较于重罪而言,其犯罪行为危害性又较小。过失犯罪中的行为人主观恶性较小,结果的出现也具有偶然性。在属于轻罪的过失犯罪中,法益侵害性相对较小,且行为人的主观恶性较小。综合来看,将轻罪中的过失犯罪纳入前科消灭制度的范围更为合理。

^① 参见崔志伟:《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》,载《现代法学》2021年第6期,第177-178页。

^② 参见[意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第65-77页。

^③ 参见储槐植:《刑法现代化本质是刑法结构现代化》,载《检察日报》2018年4月2日,第3版。

四、结语

在积极刑法观的视野下,增设大量的轻罪、微罪,可以有效地回应社会公众的诉求,最大程度地对法益进行保护,进而形成“严而不厉”的刑事法网。例如,自《中华人民共和国刑法修正案(八)》设置危险驾驶罪以来,醉驾入刑取得了良好的法律效果。由重罪、轻罪和微罪所组成的“金字塔”式的犯罪结构已经逐渐形成。但是,我国关于犯罪附随后果的规定过于杂乱、严苛,这不仅会阻碍犯罪人回归社会,增加新的社会风险,而且可能会导致“轻罪不轻”“微罪不微”的结果。因此,需要对犯罪附随后果的基础理论和适用现状进行研究,平衡好犯罪附随后果的适用在防卫社会与犯罪人回归社会之间的冲突,既承认该制度存在的合理性和必要性,又对其适用进行合理限缩,进而降低犯罪附随后果带来的负面影响,更好地发挥犯罪附随后果在预防犯罪方面的作用。■

On the Reflection and Restriction of the System of Incidental Consequences of Crime

LIU Bingjun

(Peking University Law School, Beijing 100084, China)

Abstract: The system of criminal collateral consequences has positive functions in preventing crime, defending society and safeguarding the interests of professional groups. However, in the background of misdemeanor, the functional orientation of the system itself has been dissimilated, which has triggered a heated debate. The superposition of the consequence of crime and the penalty leads to the heavy disadvantage of the criminal. The origin of this dissimilation lies in the deviation in the orientation of the system of collateral consequences of crime, which should be regarded as an additional sanction measure with special preventive function. On this basis, the typology is the premise of limiting the collateral consequences of crime. According to the principle of relevance, the subordinate law should be regulated reasonably, and the consequences of other sex crimes should be excluded. Based on the principle of proportionality, and formulate corresponding supporting measures to limit and optimize the system of crime collateral consequences.

Key words: incidental consequence of crime; misdemeanor; crime prevention; principle of relevance; principle of proportionality

本文责任编辑:周玉芹
青年学术编辑:张永强