

# 我国犯罪附随后果制度规范化研究

彭文华\*

**内容提要：**犯罪附随后果是指刑法之外的法律法规、规章等规定的，对有犯罪前科者及其家庭成员或亲属适用的，对特定权利和资质的限制、禁止或者剥夺。犯罪附随后果与刑罚、保安处分等具有性质上的不同，也会给犯罪人的正常工作、学习和生活造成严重影响，其严厉性有时不亚于刑事处罚。我国犯罪附随后果的表现形式复杂多样，其消极影响随着轻罪时代的到来会愈发严重。犯罪附随后果制度的规范化应贯彻权利理念，满足宪法规定和比例原则的要求，并以风险规避理论为指导；在方法上则有立法规范、司法程序和配套制度保障之别，应采取体系化、综合化的策略；基本路径是在明确犯罪附随后果具体适用条件的基础上，建立下位规范失效制度和系统化的犯罪人权利恢复与保障制度，确立合理有效的救济机制，在相关规定竞合适用时遵循司法优先原则，并构建犯罪附随后果数据库。

**关键词：**犯罪附随后果 刑事处罚 合宪性 比例原则

犯罪会对犯罪人产生刑事处罚之外的附随后果。在我国，犯罪附随后果广泛分布于法律法规、政府规章以及地方性法规、规章和规范性文件中，在许多社会组织 and 单位内部的管理规定中也能见到犯罪附随后果的身影。除此而外，犯罪还能对犯罪人的家庭成员或亲属（尤其是近亲属）等产生附随后果，即犯罪人的家庭成员或亲属等因犯罪人犯罪而丧失特定的入学、入伍等机会或者不得从事特定职业等。犯罪附随后果对预防再犯具有一定现实意义，但也给重返社会的犯罪人及其家庭带来巨大负累。时至今日，犯罪附随后果所导致的问题日益突出，越来越难以适应犯罪治理现代化的需要。

犯罪附随后果虽非刑法规定的法律后果，其负面作用却异常严重，有时并不亚于刑罚。有学者认为，如果将各种犯罪附随后果带来的损失加起来，相当于某种形式的“民事死亡”。〔1〕

\* 上海政法学院刑事司法学院教授。

本文是最高人民法院司法研究重大课题“犯罪附随后果研究”（ZGFYZDKT202210-01）的阶段性成果。

〔1〕 See Abigail E. Horn, *Wrongful Collateral Consequences*, 87 (2) Geo. Wash. L. Rev. 315, 319 (2019).

此喻虽非十分贴切，却在很大程度上反映了犯罪附随后果给犯罪人的工作、生活等带来的严重影响。实践中，许多犯罪附随后果的适用给犯罪人的再社会化造成严重阻碍，甚至可能将犯罪人推向社会对立面，其消极效果不言而喻。以危险驾驶罪为例，“每年将30万左右的人贴上罪犯标签并使之承担过重的犯罪附随后果，甚至沦为社会的对立面，这无论对于国家、社会还是危险驾驶者个人来说，都是巨大损失，属于司法和个人的‘两败俱伤’”。〔2〕另外，犯罪附随后果还存在适用随意、不规范等现象。例如，就犯罪对犯罪人子女被录用为公务员的影响而言，除法律法规、规章等明确规定的以外，各地对之是否予以考虑、作何种考虑，存在不同的标准和要求。从现实情况看，“政法机关招收公务员，在政审环节普遍要求出具父母无犯罪记录证明”。〔3〕

尽管我国理论界与实务界近年颇为关注犯罪附随后果问题，但相关研究却谈不上全面、深入，存在的争议问题不少。例如，对于犯罪附随后果的性质，有学者将之理解为“刑罚附随后果”“刑罚附随性制裁”，另有学者将之定义为“附随法律责任”“刑罚体系外资格刑”等。对于犯罪附随后果引发的相关问题及其解决方案，学者们多从特定类型的犯罪人或者某种特定的制度等入手，如就犯罪附随后果对轻罪犯罪人的消极影响及其解决方案，就前科消灭制度、犯罪记录制度对犯罪附随后果的规制等，提出个别化或局部性建言。总之，这些研究并未从整体上对犯罪附随后果制度的规范化加以综合、系统的研究，难免留下遗憾。

本文立足于我国犯罪附随后果的具体表现形式，拟对我国犯罪附随后果制度规范化的理论根据、现实基础以及方法、路径等进行系统研究，以期对制度改革与完善提供有益参考。

## 一、犯罪附随后果的概念、特征及表现形式

犯罪附随后果具有不同于刑罚、保安处分等的自身特征。我国的犯罪附随后果总体上呈现不断扩充的态势，其表现形式复杂多样，内容涉及有犯罪前科者及其家庭成员、亲属等的工作、学习、生活等诸多方面。

### （一）犯罪附随后果的概念和特征

#### 1. 犯罪附随后果的概念

国外对犯罪附随后果存在不同理解。如德国学者立足于刑法规定，将之理解为刑法规定的不同于刑罚、保安处分的中性后果。“除刑罚外，刑法典还规定了其他不同的法律后果，此等法律后果很难被纳入刑罚的双轨制，所以，被以中性的概念表述为‘附随后果’”。〔4〕英美学者一般将犯罪附随后果理解为刑法规定之外的非经司法裁判的惩罚。“因为这些惩罚通常发生在传统的量刑框架之外——换句话说，是由法律的运作而不是由量刑法官的决定施加的——它们不被认为是量刑实践或判例的一部分”。〔5〕美国《国家定罪附随后果清单》还将犯罪附随后果的对象限定为有犯罪记录的人：“限制或禁止有犯罪记录的人获得就业、职业许可、住

〔2〕周光权：《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》，《政治与法律》2022年第1期，第14页。

〔3〕参见崔志伟：《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，第169页。

〔4〕〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》下，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第1062页。

〔5〕Michael Pinard and Anthony C. Thompson, *Offender Reentry and the Collateral Consequences of Criminal Convictions: An Introduction*, 30 (4) N. Y. U. Rev. L. & Soc. Change 585, 608 (2006).

房、投票、教育和其他机会的法律和监管上的制裁和限制。”〔6〕

我国学者对犯罪附随后果的研究起步较晚，理解上也存在较大分歧。如有学者将犯罪附随后果理解为刑法之外其他法律法规等规定的处遇，〔7〕有学者将犯罪附随后果理解为法律法规、规范性文件等规定的刑罚之外的处罚后果，〔8〕还有学者认为犯罪附随后果是指因刑罚而产生的负价值与不利益。〔9〕

从国内外有关犯罪附随后果的表述看，主要分歧有三：一是犯罪附随后果是否包括刑法所规定的处罚。刑法规定的刑事处罚通常有特定的适用条件和期限限制，需要经过法定程序裁定并且生效后才能适用。不为刑法所规定的附随后果，一般不存在除犯罪之外的适用条件或者期限限制，并且因犯罪而由相关组织或者单位等自行适用。二是犯罪附随后果的对象是否包括正在被追究刑事责任或者被执行刑罚的人。换句话说，正在被追究刑事责任或者被执行刑罚的人丧失某种权利、资质等，能否被认定为犯罪附随后果。对此，本文赞成美国《国家定罪附随后果清单》中的观点，即犯罪附随后果的对象只能是有犯罪记录的人。对于正在被追究刑事责任或者被执行刑罚的犯罪人，剥夺其特定资格或者禁止其行使某种权利，通常是追究刑事责任或者执行刑罚的必然结果，不应纳入犯罪附随后果的范畴。例如，根据我国刑法规定，禁止令是管制、缓刑执行期间适用的处罚，不能认定其为犯罪附随后果。三是附随后果是否应限于刑罚所产生的后果。显然，刑罚附随后果不足以概括因犯罪而产生的一切附随性后果。如监察官法第13条规定，“因犯罪情节轻微被人民检察院依法作出不起诉决定或者被人民法院依法免于刑事处罚的”，不得担任监察官。不起诉决定、免于刑事处罚并非刑罚处罚，因之不能担任监察官就属于犯罪附随后果，而非刑罚附随后果。

综上所述，所谓犯罪附随后果，是指刑法之外的法律法规、规章等规定的，对有犯罪前科者或其家庭成员、亲属等适用的，对特定权利和资质的限制、禁止或者剥夺。

## 2. 犯罪附随后果的基本特征

第一，犯罪附随后果是刑法规定之外的惩罚后果。犯罪附随后果虽属犯罪后果，却是刑法之外其他法律法规、规章等规定的，范围十分广泛。实践中，除了国家法律法规、规章等有规定外，地方性法规、地方政府规章、地方性工作文件等规范性文件中，也有犯罪附随后果的规定。另外，行业性规定、团体性规定以及社会组织、单位内部的管理规定中，也有犯罪附随后果方面的规定。其渊源之广泛，使得犯罪附随后果难以有一致的设立、修改和废除规定，其性质、内容以及类型等不可避免地呈现出复杂性、随意性。

第二，犯罪附随后果往往无适用条件上的特别限制。在具体适用犯罪附随后果时，以曾经犯过罪、有犯罪记录等为前提，除此之外往往不会附带其他条件。这意味着，只要曾经犯过罪，通常就可以适用犯罪附随后果。例如，《四川省2022年公共卫生特别服务岗项目实施方案》规定，“曾受过刑事处罚的”，不得报考公共卫生特别服务岗。除此而外，并无其他适用条件和期限的限制。适用时无条件限制，容易让人感觉犯罪附随后果是对犯罪的二次惩罚。

〔6〕 Claire K. Child & Stephanie A. Clark, *SNAP Judgments: Collateral Consequences of Felony Drug Convictions for Federal Food Assistance*, 26 (2) Berkeley J. Crim. L. 1, 9 (2021).

〔7〕 参见黄云波：《微罪犯罪附随后果有待科学优化》，《检察日报》2017年7月12日第3版。

〔8〕 参见舒登维：《轻罪立法趋势下犯罪附随性后果的反思与限缩》，《江西警察学院学报》2022年第2期，第80页。

〔9〕 参见王瑞君：《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》，《法学》2021年第4期，第44页。

第三,犯罪附随后果自动适用,无需裁决程序。犯罪附随后果因犯罪而生,一经确定就由相关组织、单位等自动适用,无需经过行政性或者事务性程序,更毋庸说需要经过司法裁决。只要查实特定主体曾经犯过罪或者有犯罪记录等,相关组织或者单位就可以对当事人适用犯罪附随后果。缺乏适用条件限制又无需裁决程序,大大增加了犯罪附随后果适用的随意性与盲目性。实践中,相关组织、单位等既可以是犯罪附随后果的制定者,又可以是犯罪附随后果的适用者,无形中也造成了适用的泛滥。

### (二) 犯罪附随后果与犯罪法律效果的区别

犯罪法律效果是指刑法规定的处罚后果,通常包括刑罚、保安处分以及附属刑法规定的附属法律效果如恢复原状、命令停工或者停止营业等。<sup>[10]</sup>犯罪附随后果与犯罪法律效果虽然均为犯罪所产生的后果,但二者有着本质不同。

一是渊源不同。犯罪附随后果的渊源是刑法之外的法律法规、规章以及行业性规定等,这使得犯罪附随后果的设立、修改和废除相对简单、随意,往往难以为当事人事先知晓。因此,犯罪附随后果被称为“隐藏的制裁”。<sup>[11]</sup>犯罪法律效果的渊源是刑法,其设立、修改和废除需由国家立法机关根据特定程序来作出决定。由于犯罪法律效果集中规定在刑法中,故通常能为当事人事先知晓。

二是适用条件不同。犯罪附随后果往往没有特别的适用条件,犯罪法律效果则有严格的适用条件。以职业禁止为例,犯罪附随后果规定中的职业禁止,只要曾经犯过罪就可以适用,而我国刑法第37条之一规定的职业禁止却有严格的适用条件。对职业禁止规定适用条件,实质上限缩了它的适用范围,降低了该处遇的严厉性。相反,无适用条件上的限制,就意味着职业禁止的后果更为严厉。例如,我国刑法规定的职业禁止期限为3年至5年,而犯罪附随后果规定中的职业禁止若无期限限制,就意味着将终生伴随犯罪人。两相比较可知后者要严厉得多。

三是程序要求不同。犯罪附随后果的适用并无裁决程序上的要求,实质上是因犯罪而自动适用。犯罪法律效果的适用则需要经过司法机关依照严格的法定程序进行裁决。例如,根据我国刑法和刑事诉讼法的规定,犯罪法律效果的适用必须以犯罪事实为根据、以法律为准绳,经过严密有序的司法程序,最终由法院依法裁决并且生效后方可进行。犯罪附随后果没有适用程序的要求,当事人没有机会也不可能依程序进行辩护。犯罪法律效果需要经过法定程序由司法裁决,这意味着当事人有辩护机会,事实上法律也会赋予其辩护权,而赋予当事人辩护的机会和权利,是实现处罚公平、正当的有力保障。

### (三) 我国犯罪附随后果的表现形式

根据适用对象不同可将犯罪附随后果划分为两类:一是针对犯罪人的犯罪附随后果;二是针对犯罪人家庭成员或其亲属等的犯罪附随后果。前者因对犯罪人本人适用,可谓之直接犯罪附随后果;后者因对犯罪人之外的其他人适用,可称为间接犯罪附随后果。二者除适用对象不同外,在内容上并无实质性差异。从我国法律法规、规章等的具体规定看,对犯罪人适用的犯罪附随后果,因具体内容不同可以划分为三种不同类型。

[10] 参见林山田:《刑法通论》下册,北京大学出版社2012年版,第261页。

[11] See Artika Tyner and Darlene Fry, *Iron Shackles to Invisible Chains: Breaking the Binds of Collateral Consequences*, 49 (3) U. Balt. L. Rev. 357, 360 (2020).

### 1. 权能型犯罪附随后果

权能型犯罪附随后果主要是指国家机关、企业、事业单位以及人民团体等实施的与权利和职能相关的犯罪附随后果。常见类型主要有：其一，不得担任国家机关职务或者与之具有相同或相似权能的职务。如法官法第13条规定，因犯罪受过刑事处罚的，不得担任法官。其二，不得受聘担任国家机关的辅助性或者公益性职务等。如2022年《上海市公安机关警务辅助人员管理条例》（上海市人民代表大会常务委员会公告〔十五届〕第113号）第13条规定，受过刑事处罚或者涉嫌犯罪尚未查清的，不予聘用为辅警。其三，不得担任国家机关授权、委托的特定管理人职务。如2020年《福建省宗教事务条例》（福建省人民代表大会常务委员会公告〔十三届〕第45号）第26条规定，因犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的，不得担任宗教活动场所管理组织的成员，已担任的应当退出。其四，不得担任或者应聘国有企业事业单位职务或者与之具有相同或相似权能的职务。如《内蒙古自治区水利厅2022年度上半年事业单位公开招聘高层次工作人员公告》第2条规定，曾因犯罪受过刑事处罚的人员，不得应聘。其五，不得担任、录用为政府特定领域的专职职务。如2020年《江苏省城乡网格化服务管理办法》（江苏省人民政府令第141号）第14条规定，受过刑事处罚或者涉嫌犯罪尚未结案的，不得担任专职网格员。其六，不得担任非国有公司、企事业单位以及人民团体等的高级管理人员。如商业银行法第27条规定，因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利的，不得担任商业银行的董事、高级管理人员。

### 2. 利益型犯罪附随后果

利益型犯罪附随后果是指限制、禁止享受能满足生存和发展需要的各种物质性或者精神性事物，内容涉及社会福利、保险、救济、名誉等诸多方面。主要包括以下类型：其一，禁止享受低保待遇。如广西壮族自治区《藤县人民政府办公室关于印发藤县2020年城乡居民最低生活保障工作实施方案的通知》（藤政办发〔2020〕15号）第3条规定：“参与赌博、嫖娼、吸毒、偷窃、卖淫、诈骗及非法组织等违法活动且屡教不改的，其本人不能享受低保待遇。”其二，禁止享受抚恤和优待。如2021年《吉林省烈士褒扬办法》（吉林省人民政府令第275号）第30条规定：“烈士遗属因犯罪被判处有期徒刑、剥夺政治权利或者被司法机关通缉期间，中止其享受的抚恤和优待；被判处死刑、无期徒刑的，取消其烈士遗属抚恤和优待资格。”其三，限制资金扶持待遇。如2020年广东省《江门市民政局江门市财政局关于江门市市区民办社会福利机构市级扶持专项资金使用管理办法》（江民〔2020〕7号）第13条规定，申请年度存在被列入养老服务市场失信联合惩戒对象名单情形，如存在违法犯罪记录等，对社会福利机构不给予运营补助和新增床位补助。其四，禁止积分入户或者扣减入户积分。如2020年广东省《广州市积分制入户管理办法》（穗府办规〔2020〕11号）附件1规定，近5年内曾受过刑事处罚的，不得申请积分制入户。其五，撤销荣誉称号。如2015年贵州省《安顺市政府关于印发安顺市劳动模范管理办法的通知》（安府发〔2015〕3号）第21条规定，“因触犯国家相关法律，受到刑事处罚的”，取消荣誉称号及待遇。其六，禁止变更姓名。如2016年《福建省居民户口登记管理办法》（福建省政府令第179号）第55条规定，因犯罪被法院禁止从事相关职业，期限未届满或者被法律法规列为职业禁止对象的，不予办理姓名变更登记。其七，列入不良记录名单。如2020年四川省《成都市巡游出租汽车服务质量信誉考核办法》第37条规定，被公安机关实施行政拘留、刑事拘留或刑事处罚的，交通运输行政主管部门应

当将其列入不良记录名单，并抄告行业协会。

### 3. 资质型犯罪附随后果

资质型犯罪附随后果是指因犯罪前科而被剥夺、禁止和限制颁发、授予或者取得从事某种工作或者活动等的资格和能力。主要包括以下类型：其一，禁止颁发特定职业的资格证书等。如2018年《上海市导游人员管理办法》（上海市人民政府令第14号）第19条规定，受过刑事处罚的，过失犯罪的除外，不得颁发导游证或者景区（点）导游证。其二，限制签发特定活动的证照。如护照法第14条规定，因妨害国（边）境管理受到刑事处罚的，护照签发机关自其刑罚执行完毕或者被遣返回国之日起6个月至3年以内不予签发护照。其三，禁止获得或者剥夺咨询专家、行业评委、专业顾问、业主委员会委员等资格。如2022年《广西壮族自治区地方金融监督管理局关于公开推荐自治区涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员的公告》第3条规定，受过刑事处罚的，不得进入金融相关领域专业人员名录库；2012年辽宁省《瓦房店市物业管理实施细则》（瓦政发〔2012〕72号）第20条规定，受过刑事处罚的，业主委员会可以决定终止业主委员会委员资格。其四，剥夺从事特殊业务的资格。如2005年《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》规定，因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的，受过开除公职处分的，以及被撤销鉴定人登记的人员，不得从事司法鉴定业务；2018年《天津市印章业治安管理办法》（天津市人民政府令第7号）第6条规定，因故意犯罪受过刑事处罚的，不得从事经营印章业务。其五，禁止、剥夺参加特定考试的资格。如《江西省应急管理厅关于2022年面向社会公开招聘江西省航空应急救援特勤队员的公告》第2条规定，因犯罪受过刑事处罚的，不具备航空应急救援特勤队员的报考资格。其六，剥夺配备特定器械的资格。如1996年辽宁省《大连市枪支管理规定》（大政发〔1996〕38号）第7条规定，受过刑事处罚或曾被劳动教养的，不得配备枪支。

间接犯罪附随后果，是针对犯罪人的家庭成员或亲属等剥夺、禁止或者限制其特定的权利和资质，常称之为“株连后果”。表现形式主要有二：一是法律法规、规章等明文规定的。如2014年甘肃省《临夏回族自治州人民政府关于印发临夏州县（市）公安派出所公开选拔人民警察实施方案的通知》（临州府发〔2014〕171号）第3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；直系血亲和对本人有重大影响的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。二是蕴含于其他相关规定中的，其典型形态是附随“政审”出现而得以适用。政审，顾名思义即“政治审查”，是招录机关“组织考察组到报考者的工作单位或学校，了解报考者的相关情况”。〔12〕政审一般会涉及被政审人的家庭成员及亲属等，若发现他们曾经犯过罪，则可能剥夺、取消被政审人的入学、就业、入伍、入党等的权利或资格。

除前述犯罪附随后果之外，犯罪前科及相关情况的报告、公示及备案等，因其能对犯罪人产生标签化、污名化效果，且能够为其他犯罪附随后果的适用提供目标和靶向，故在英美法系国家往往被纳入附随后果的范畴。在我国也存在类似规定。如2020年《江苏省保险从业人员职业失信行为惩戒试行办法》（苏银保监办〔2020〕327号）第26条规定：“刑事犯罪信息，严格按最长公示期限予以公示，不得进行信用修复。”

〔12〕任迅：《公务员政审不能让人“躺着中枪”》，《人力资源开发》2014年第13期，第48页。

## 二、犯罪附随后果制度规范化的理论根据与现实基础

犯罪附随后果制度能够发挥预防与威慑功能，也会产生诸多消极后果，故而其规范化是自身制度完善的需要。犯罪附随后果制度的规范化需要贯彻权利理念，并使其能对特定犯罪实现预防与威慑功能，而非仅着眼于惩罚，以满足犯罪治理现代化之需。

### （一）犯罪附随后果制度之弊

有前科者再犯可能性相对较大，犯罪附随后果的适用，能强化对犯罪人的预防与威慑效果，有利于遏制再犯风险。然而，犯罪人毕竟因犯罪已受过刑事处罚，故即使适用犯罪附随后果也应限制在合理限度内，不能将之作为刑事处罚的延伸或者强化措施来对待，否则如同二次处罚。但遗憾的是，我国现行有关犯罪附随后果的规定明显突破了自身功能的边界，乃至与其要实现的功能并不协调甚至存在冲突。例如，出于预防犯罪的需要，就应了解犯罪人重返社会后的个人表现，并根据犯罪附随后果的适用情况，对犯罪人重返社会后的情况进行审查、考核，据此确定是否需要犯罪附随后果加以调适。但是，我国法律法规、规章等规定的犯罪附随后果因犯罪而自动适用，无任何后续审查、考核的制度安排，适用期限通常也无限制。又如，出于威慑需要，就应该让犯罪人认识到犯罪附随后果及其可能带来的不利影响。然而，就我国犯罪附随后果的范围和类型而言，连作为刑事司法参与主体的法官、检察官、被告以及辩护律师等往往都不知晓，更不用说潜在的犯罪人或者有犯罪风险的人会知晓了。另外，犯罪附随后果与刑事处罚在污名化方面会产生叠加效应，严重阻碍犯罪人再社会化，甚至可能倒逼犯罪人重新走上犯罪道路，给国家、社会、犯罪人及其家庭带来二次伤害。

### （二）犯罪附随后果制度规范化的理论根据

犯罪附随后果制度的规范化需要实现权力行使与权益保护并重，尤其要避免对公民权利造成不必要、不适当的侵犯或克减。其理论根据主要有如下三方面：

#### 1. 现代权利理论与合宪性审查

根据现代权利理论，犯罪治理不能依靠权力单向驱动或主导，而是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，防止国家权力对犯罪人权益的不当侵蚀。“逾越权利的行为，通常被认为是不正当、不合法的。个人如此，国家、政府尤其如此。政治合法性的重要内涵之一，就是政治或权力对权利的尊重和保障。”<sup>〔13〕</sup>通过强化人权保障和权利保护，能对权力机制及其行使进行合理化塑造，进而确立权力行使的边界并确保其正当性。“确认和保障权益，作为公权力的内在规定性，必然否定任何形式公权力的滥用。”<sup>〔14〕</sup>

现代权利理念的本质，是为了实现权力行使与权益保护之间的相互制衡，使个体与社会共同体之间实现利益最大化，这是国家治理的公平正义之需。现代权利理念在我国宪法中得到了充分贯彻，具体体现在宪法第二章的规定中。如宪法第33条规定了公民的平等权、国家尊重和保障人权，第42条规定了公民的劳动权以及国家通过各种途径创造劳动就业条件，第46条规定了公民的受教育权，等等。从实践中的具体情形看，我国犯罪附随后果制度在很多方面并不符合现代权利理念的要求，有违宪法精神。一般来说，犯罪人受过刑事处罚后重返社会，除

〔13〕 程燎原：《权利理论研究的“再出发”》，《法学研究》2014年第1期，第4页。

〔14〕 时延安：《刑罚的正当性探究——从权利出发》，《法制与社会发展》2010年第2期，第59页。

了必要的预防外，在享有基本权利方面是不应与普通公民有所区别的。然而，我国不少犯罪附随后果恰恰对犯过罪的公民的受教育权、劳动权等加以无原则的限制、禁止乃至剥夺，这显然不符合宪法有关人权保障与权利保护的规定精神。犯罪附随后果制度只有充分贯彻宪法价值和功能，维护犯罪人的基本权利，才具有合宪性、正当性。因此，立足于现代权利理论，对犯罪附随后果制度进行合宪性审查，是犯罪附随后果制度规范化的前提和基础。

## 2. 比例原则

比例原则关注公权力的恰当行使并突出对公民权益的保护，旨在避免公权力对公民权益造成不必要的干扰和负担，“要求国家公共当局在具有压倒性优势的公共利益与危如累卵的私人利益之间取得公正的平衡”。〔15〕比例原则是大陆法系国家公法领域的重要原则，也是一项宪法原则。在英美法系国家，比例原则也有广泛影响，“法院在进行宪法审查时，有大量的文献探讨了比例性是什么以及应该如何应用”。〔16〕在我国，“宪法亦初步确立了宪法比例原则之于国家权力对基本权利的限制基本模式”。〔17〕

比例原则的基本内涵有四：一是目的性，即国家采取手段所追求的目的；二是有效性，是指某个手段能促进目的实现；三是必要性，是指该手段有效且使公民负担最轻；四是适当性，是指干预强度与合法理由的紧迫性和重要性相当。〔18〕对于犯罪附随后果制度而言，贯彻比例原则能确保犯罪附随后果的必要性和适当性。当前，我国犯罪附随后果的内容广泛多样，特别是仅因曾经犯过罪就自动适用的特点，使其严厉性有时并不亚于刑罚；犯罪附随后果与刑事处罚相叠加，在严厉性上往往与犯罪人所犯罪行极不相称。犯罪附随后果过于严厉，乃至逾越预防与威慑犯罪的应有界限，会产生严重的消极后果。以比例原则为据，可以重塑适用条件和期限，使犯罪附随后果的适用必要且适当，有效缓和其严厉性并使之回归理性。“要考虑降低犯罪附随后果的严重性，对应修改政务处分法，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。”〔19〕

## 3. 风险规避理论

犯罪附随后果的预防与威慑功能，决定了其性质应当是监管性而非惩罚性。如美国法院就认为，犯罪附随后果是一种公共福利，具有监管性而非惩罚性，因其“是定罪的结果，而不是认罪”。〔20〕近年犯罪附随后果的非惩罚性受到质疑，主要缘于《性犯罪登记和通告法案》，这是美国许多州都通过的法案。该法案中关于性犯罪记录的规定，传统上被归为监管范畴。“大多数法院，包括2003年的联邦最高法院，都认为这些法律在本质上是监管性的。”〔21〕随着青少年权益日益受到重视，其性质受到质疑。“青少年的独特特点和这些登记方案对青少年罪犯施加的额外负担，使青少年登记具有惩罚性。”〔22〕2006年，美国国会通过《亚当·沃尔

〔15〕 Kristina Tryklib, *The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 4 ECLIC 128, 129 (2020).

〔16〕 Paul Craig, *Proportionality and Constitutional Review*, 2020 (2) U. Oxford Hum. Rts. Hub J. 87, 87 (2020).

〔17〕 范进学：《论宪法比例原则》，《比较法研究》2018年第5期，第112页。

〔18〕 参见〔德〕伯阳：《德国公法导论》，北京大学出版社2008年版，第42页。

〔19〕 周光权：《法典化时代的刑法典修订》，《中国法学》2021年第5期，第61页。

〔20〕 *Waddy v. Davis*, 445 E. 2d 1, 3 (5th Cir. 1971).

〔21〕 Wayne A. Logan, *Challenging the Punitiveness of New-Generation SORN Laws*, 21 (3) New Crim. L. Rev. 426, 426 (2018).

〔22〕 Shannon C. Parker, *Branded for Life: The Unconstitutionality of Mandatory and Lifetime Juvenile Sex Offender Registration and Notification*, 21 (1) Va. J. Soc. Pol'y & L. 167, 205 (2014).

什儿童保护与安全法案》对性犯罪的登记和通告进行区分，将其适用对象限制为成人法庭而非青少年法庭上被判处性犯罪的青少年；后来相关条款又将青少年法庭判决的、实施严重的性虐待或者与之相当或更严重的性犯罪的青少年，纳入性犯罪登记和通告的适用对象。<sup>[23]</sup>如此一来，关于犯罪附随后果究竟是惩罚性的还是监管性的，在理论与实务上就出现了争议。争议的结果是，风险规避理论应运而生。根据该理论，诸如禁止从事某些职业、剥夺持有或携带武器的权利等，若对减少个人或公众的风险或危险有必要，就是有效的。<sup>[24]</sup>风险规避理论将风险限定在两个方面，即对公共安全构成更高风险或者具有特殊风险。对于具有这两类风险的犯罪人，基于监管需要，可以规定相应的犯罪附随后果，否则犯罪附随后果会因为具有惩罚性而不正当。该主张在一定程度上得到了美国公民权利委员会的认可。<sup>[25]</sup>这意味着，只有对特定犯罪人规定具备有针对性的预防与威慑功能的犯罪附随后果才是正当、合理的，犯罪附随后果的适用不应泛化。

### （三）犯罪附随后果制度规范化的现实基础

“79 刑法颁行 40 多年来，我国犯罪体系发生了巨大变化，刑法制裁体系却基本保留初始框架，这也导致刑法制裁体系难以跟进现代犯罪治理的步伐。”<sup>[26]</sup>犯罪附随后果制度亦如此，其规范化是适应犯罪体系发展变化，实现犯罪治理效果和维系自身理性的需要。

#### 1. 适应犯罪圈扩张的需要

伴随着罪名体系的扩充，我国犯罪人数呈现出逐年递增的态势。例如，1988 年、1998 年和 2018 年，全国法院审理的刑事罪犯总数分别为 366751 人、528301 人和 1428772 人，<sup>[27]</sup>并且增速呈加快迹象。犯罪圈的扩张与犯罪人数的攀升，加剧了刑事司法体系内部的紧张关系，无疑也对包括犯罪后果体系在内的犯罪治理体系提出了更高要求。目前，我国对犯罪附随后果的规定与适用较为粗放、随意，难以适应犯罪圈扩张后的犯罪治理需要。犯罪附随后果制度只有实现规范化，才能成为规制犯罪人的利器。从犯罪圈扩张的具体情形看，也需要对犯罪附随后果制度加以规范化。我国犯罪圈的扩张主要表现为轻罪、轻微罪的增加，广义上说属于刑法干预的前置化；相应地，轻罪、轻微罪配置的刑罚也是轻刑，这会在一定程度上改变人们对犯罪严重性的认知。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。<sup>[28]</sup>

#### 2. 优化轻罪治理效果的需要

犯罪附随后果对重罪和轻罪犯罪人重返社会的影响是有区别的。犯罪附随后果对犯有重罪的犯罪人有时可能无关紧要，但对轻微犯罪的犯罪人则往往意味着灾难性损失。<sup>[29]</sup>这是因

[23] See Robin Walker Sterling, *Juvenile-Sex-Offender Registration: An Impermissible Life Sentence*, 82 (1) U. Chi. L. Rev. 295, 310-311 (2015).

[24] See Milena Tripkovic, *Collateral Consequences of Conviction: Limits and Justifications*, 18 (3) Criminology, Crim. Just. L. & Soc'y 18, 19 (2017).

[25] See Brian M. Murray, *Retributivist Reform of Collateral Consequences*, 52 (2) Conn. L. Rev. 863, 868 (2020).

[26] 彭文华：《我国刑法制裁体系的反思与完善》，《中国法学》2022 年第 2 期，第 128 页。

[27] 参见《中国法律年鉴（1989）》，法律出版社 1990 年版，第 1081 页；《中国法律年鉴（1999）》，法律出版社 1999 年版，第 1021 页；《中国法律年鉴（2019）》，法律出版社 2019 年版，第 1331 页。其中，1988 年无罪犯总数统计，此处数据是刑事案件一审被告人总数，包括免于刑事处罚和给予刑事处罚的被告人。

[28] 参见王强军：《刑法干预前置化的理性反思》，《中国法学》2021 年第 3 期，第 246 页。

[29] See Gabriel J. Chin, *Collateral Consequences and Criminal Justice: Future Policy and Constitutional Directions*, 102 (1) Marq. L. Rev. 233, 246 (2018).

为，重罪的较长刑期会相对削弱犯罪附随后果的消极影响，而轻罪犯罪人很快会重新参与社会生活，犯罪附随后果的消极影响更加持久。自2013年始，我国已经进入轻罪时代，轻罪占比在犯罪体系中呈现出逐年上升态势。自彼时起，宣告刑为3年以下有期徒刑的轻刑案件占比超过80%、重罪比率在20%以内的状况，已经维持了10年（2017年是例外）。〔30〕轻罪罪犯总数占绝对多数，意味着必须将轻罪治理置于突出位置，而轻罪治理的痼疾之一恰恰在于犯罪附随后果过于严厉。“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。”〔31〕对轻罪犯罪人而言，犯罪附随后果更容易使其丧失工作、生活的机会和信心，从而产生不必要的负面效应和消极后果。对犯罪附随后果制度加以规范化，目的之一即在于降低其对轻罪犯罪人权益的不必要、不适当剥夺或限制，避免将其推向社会对立面。

### 3. 遏制犯罪附随后果无序扩张的需要

从犯罪人遭受处遇的角度审视，犯罪附随后果并不具有当然的结构合理性。根据罪责刑相适应原则，犯罪具有对应的刑事责任与刑罚，除此之外不应当承担更多的不利后果。犯罪附随后果是在罪责与罪刑之外，由其他法律法规等规定的处遇，除非其能发挥必要的预防与威慑作用，否则难免让人有节外生枝之感。“犯罪附随后果与人们在‘服刑’和‘偿还社会债务’后可以自由地过上富有成效的生活的理念相矛盾。”〔32〕因此，适用犯罪附随后果应当慎重。然而，我国的犯罪附随后果一直是持续扩张的态势。笔者以“受过刑事处罚”“受到刑事处罚”“被判处刑罚”“被依法追究刑事责任”为检索项，〔33〕检索出2017—2021年犯罪附随后果规定的数量分别是785、834、917、1003、1076，年增长率分别为6.2%、10%、9.4%、7.3%（表1）。犯罪附随后果越是扩张，意味着对犯罪人权益的剥夺、禁止和限制越宽泛，越不利于犯罪人再社会化。犯罪附随后果还会产生“寒蝉效应”，能强化对社会的警示作用，促使社会共同体及其成员对重返社会的犯罪人给予区别对待，从而给犯罪人及其家庭成员、亲属带来严重的次生性负面效应。因此，对犯罪附随后果制度加以合理规制，是遏制其无序扩张与不当适用的需要。

表1 2017—2021年法律法规、规章、行业规定等有关犯罪附随后果的规定情况〔34〕

| 年份   | 检索关键词     | 法律 | 法规  | 规章  | 行业规定 | 共计  |
|------|-----------|----|-----|-----|------|-----|
| 2017 | 受过刑事处罚    | 40 | 64  | 104 | 14   | 222 |
|      | 受到刑事处罚    | 8  | 42  | 85  | 84   | 219 |
|      | 被判处刑罚     | 25 | 103 | 41  | 13   | 182 |
|      | 被依法追究刑事责任 | 9  | 112 | 33  | 8    | 162 |
|      | 合计        | 82 | 321 | 263 | 119  | 785 |

〔30〕 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，第134页。

〔31〕 黄太云：《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》，《法律科学》2022年第1期，第163页。

〔32〕 Bernice B. Donald & Devon C. Muse, *Lifelong Collateral Consequences: The Modern-Day Scarlet Letter*, 68 (4) Drake L. Rev. 707, 708 (2020).

〔33〕 这四个检索项虽不能做到绝对准确，但法律法规、规章等规定的犯罪附随后果通常以这四个检索项为前置性规定，因而能在很大程度上揭示并反映我国犯罪附随后果规定的基本状况。

〔34〕 表1数据检索来源于“小包公·法律AI”。数据统计单位为法律法规等的具体数量，而非命中次数。法规包含行政法规和地方性法规；规章包含部门规章和地方政府规章。统计时间截至2022年6月18日18时24分。

(续表)

| 年份   | 检索关键词     | 法律 | 法规  | 规章  | 行业规定 | 共计   |
|------|-----------|----|-----|-----|------|------|
| 2018 | 受过刑事处罚    | 41 | 67  | 109 | 14   | 231  |
|      | 受到刑事处罚    | 9  | 45  | 86  | 97   | 237  |
|      | 被判处刑罚     | 27 | 105 | 44  | 26   | 202  |
|      | 被依法追究刑事责任 | 10 | 112 | 34  | 8    | 164  |
|      | 合计        | 87 | 329 | 273 | 145  | 834  |
| 2019 | 受过刑事处罚    | 43 | 76  | 115 | 15   | 249  |
|      | 受到刑事处罚    | 9  | 54  | 89  | 111  | 263  |
|      | 被判处刑罚     | 27 | 119 | 50  | 32   | 228  |
|      | 被依法追究刑事责任 | 10 | 120 | 39  | 8    | 177  |
|      | 合计        | 89 | 369 | 293 | 166  | 917  |
| 2020 | 受过刑事处罚    | 45 | 89  | 121 | 16   | 271  |
|      | 受到刑事处罚    | 11 | 61  | 94  | 120  | 286  |
|      | 被判处刑罚     | 28 | 140 | 55  | 34   | 257  |
|      | 被依法追究刑事责任 | 10 | 129 | 42  | 8    | 189  |
|      | 合计        | 94 | 419 | 312 | 178  | 1003 |
| 2021 | 受过刑事处罚    | 47 | 94  | 127 | 17   | 285  |
|      | 受到刑事处罚    | 12 | 66  | 102 | 131  | 311  |
|      | 被判处刑罚     | 29 | 149 | 61  | 35   | 274  |
|      | 被依法追究刑事责任 | 11 | 137 | 49  | 9    | 206  |
|      | 合计        | 99 | 446 | 339 | 192  | 1076 |

### 三、犯罪附随后果制度规范化的方法与路径

犯罪附随后果制度规范化的方法与路径，需立足于刑法内外有关犯罪法律效果与犯罪附随后果的规定，以维系再犯风险防范与再社会化保障之平衡为目标，借鉴国外相关制度的有益经验，使犯罪附随后果与刑事处罚相辅相成，协同发挥对犯罪的惩罚、预防与威慑功能，力求实现最佳犯罪治理效果。

#### (一) 犯罪附随后果制度规范化的主要方法

从国内外对犯罪附随后果加以调整和规范的建议、举措看，主要有三种不同方法：一是立法规范，即主张由刑法对犯罪附随后果加以规范。具体方法有二：(1) 将犯罪附随后果纳入刑法，使之回归保安处分的性质，并整合刑法内外的从业禁止制度，将公共职务、职业的从业资格限制作为例外。<sup>[35]</sup> (2) 应在我国刑罚体系中增设禁止从事特定职业或活动的资格刑，在行为人利用特定职业实施犯罪的分则条款中，增设可附加或独立适用的禁止从事特定职业或活

[35] 参见徐久生、师晓东：《犯罪化背景下犯罪附随后果的重构》，《中南大学学报（社会科学版）》2019年第6期，第71页以下。

动的条款。<sup>[36]</sup>

二是司法程序。具体方法有二：（1）将犯罪附随后果纳入量刑体系。如美国法学会提出改革建议，即“将附随后果纳入量刑体系，赋予法院而不是立法机构在特定案件中制定和管理刑事处罚的责任”。<sup>[37]</sup>（2）应赋予律师解释可能对被告产生重大长期影响的关键附随后果的义务，使被告能实际了解辩诉决定对其生活的直接影响和附随影响。<sup>[38]</sup>

三是构建配套制度，即通过设置相应制度来限制或者消除犯罪附随后果的不利影响，而不对犯罪附随后果本身加以调整或规制。具体方法主要有二：（1）构建犯罪记录消灭制度。如有学者提出，“学习和借鉴美国犯罪记录消灭制度的法治经验，应在制度运行中调和价值冲突、确立合理模式、拓宽对象范围、完善保障措施、构建全覆盖的犯罪记录消灭制度”。<sup>[39]</sup>（2）构建前科消灭制度。如有学者认为，犯罪记录封存制度的建立能大大缓解未成年人犯罪的不利后果，但在目前条件下尚无法真正达到消灭未成人（犯罪）前科的效果。随着高发型轻罪领域存在的犯罪标签泛化问题日益严峻，迫切需要对其建立前科消灭制度。<sup>[40]</sup>

立法规范方法的问题在于，我国的犯罪附随后果种类多样、内容庞杂，要想将其全部纳入保安处分或者刑罚体系是不现实的。而且，我国并没有确立刑罚与保安处分并列的二元刑事制裁体系，又谁来使犯罪附随后果回归保安处分？至于在刑罚体系中增设禁止从事特定职业或活动的资格刑等，充其量只解决了部分犯罪附随后果的规范化问题，不具有彻底性。司法程序方法意味着要像对待刑事处罚那样，将犯罪附随后果纳入刑事司法活动，进行充分的调查、控辩以及质证等，这会在很大程度上改变现有司法规则和职能，并不可行。在美国，尽管将附随后果的适用纳入刑事司法活动的呼声由来已久，但至今依旧没有实现。至于构建犯罪记录与前科消灭制度，这只是解决了犯罪附随后果的消灭问题，而未涉及适用及救济等问题，难免存在缺憾。

## （二）犯罪附随后果制度规范化的基本路径

我国犯罪附随后果制度有其特定的历史背景和复杂性，通过单一方法加以系统化规范较为困难。其规范化需立足现实情况，借鉴他国有益经验，探索体系化、综合化的应对策略。

### 1. 明确犯罪附随后果的具体适用条件

我国犯罪附随后果的无序扩张，主要表现在其渊源基本不受限制、所涉内容包容广泛以及基本不区分所犯罪行和犯罪人的表现等。犯罪附随后果制度规范化的基础在于明确适用犯罪附随后果的具体条件，使其严厉性与对犯罪的预防、威慑效果相适应，确保不过度损害当事人的正当权利。

第一，明确适用附随后果的犯罪的性质和类型。犯罪附随后果的适用主要以风险规避、预防再犯为根据，这是国外的一般经验。如英国只对福利诈骗犯罪的刑事定罪限制福利待遇领取资格，有毒品或其他犯罪记录的个人仍然有资格享受这些福利。<sup>[41]</sup>在德国，“禁止执业处分

[36] 参见付强：《论犯罪行为的刑罚附随后果》，《法学杂志》2015年第7期，第105页以下。

[37] Margaret Colgate Love, *Managing Collateral Consequences in the Sentencing Process: The Revised Sentencing Articles of the Model Penal Code*, 2015 (2) Wis. L. Rev. 247, 247 (2015).

[38] See Krystia Reed, Allison Franz et al., *Reported Experiences with Plea Bargaining: A Theoretical Analysis of the Legal Standard*, 124 (2) W. Va. L. Rev. 421, 446 (2022).

[39] 彭新林：《美国犯罪记录消灭制度及其启示》，《环球法律评论》2021年第1期，第164页。

[40] 参见梁云宝：《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》，《政法论坛》2021年第4期，第39页。

[41] See Michael Pinard, *Collateral Consequences of Criminal Convictions: Confronting Issues of Race and Dignity*, 85 (2) N. Y. U. L. Rev. 457, 496 (2010).

的目的，是与行为人在特定领域的危险性作斗争，这里涉及与被判刑人营业或职业活动有关的犯罪行为的预防问题”。〔42〕然而，我国犯罪附随后果的适用往往不受犯罪性质和类型的约束，不管所犯罪行及其刑事处罚如何，均可作为剥夺、禁止或者限制特定权利和资质的依据。这会导致犯罪人的很多权益被不当剥夺、禁止或者限制，在合宪性方面存在疑问。从犯罪预防与威慑的角度看，犯罪人被剥夺、禁止或者限制的权益应当与其犯罪性质和类型相匹配，才能被认为是理性、正当的。例如食品安全法第135条规定，对因食品安全犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的人，禁止其从事食品生产经营管理工作以及担任食品生产经营企业食品安全管理人员。这种根据犯罪性质确定犯罪附随后果的性质和类型的规定，具有相对合理性。

对间接犯罪附随后果应加以更严格的规制。一方面，间接犯罪附随后果针对无辜第三人，缺乏正当性依据。另一方面，间接犯罪附随后果属于直接犯罪附随后果的延伸与扩张，适用时理应更严格。以政审为例，根据风险规避理论之规避特殊风险的需要，应将其适用严格限于政治性犯罪或者涉及政治性目的的犯罪，即危害国家安全犯罪和恐怖主义犯罪。对这两类犯罪的犯罪人家庭成员或亲属等，可以酌情适用相应附随后果，对其他类型的犯罪则应禁止适用。

第二，明确犯罪附随后果的适用期限。我国绝大多数犯罪附随后果并无确定的适用期限，也不存在可以减免的事由，这意味着一旦曾经犯过罪，附随后果就会终生伴随犯罪人，这无疑极其严厉的。即使犯罪人对公共安全构成更高风险或者具有特殊风险，这些风险往往也不是永久性的，故对犯罪附随后果应当限定适用期限，否则有违比例原则。〔43〕一旦犯罪人的再犯危险性得以消除，犯罪附随后果就没有适用的必要。鉴于犯罪的性质和社会危害性不同，所体现的再犯危险性也是有差别的，故在确定犯罪附随后果的适用期限时，需要在区分轻罪和重罪的基础上实行差异化处理。

犯罪轻重的类型化是确定犯罪附随后果适用期限以及构建犯罪记录查询制度、前科消灭制度等的前提和基础。目前，学界关于犯罪轻重分类的有力观点是两分法，并采取形式标准，即以法定最高刑5年有期徒刑为分界线。〔44〕笔者认为，我国犯罪的轻重分类应采取轻微罪、轻罪与重罪的三分法。〔45〕作为对犯罪附随后果实行差别化适用期限限制的根据，犯罪轻重的划分应采实质标准说，即以宣告刑为标准。这是因为，以宣告刑为分类依据更具有操作性和现实性。在具体分类时，可以考虑将判处拘役、3年以下有期徒刑作为轻微罪与轻罪、轻罪与重罪的划分依据。即宣告刑为判处拘役、缓刑、管制、附加刑、免于刑事处罚的，为轻微罪；宣告刑为3年以下有期徒刑的，为轻罪；宣告刑为3年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑的，为重罪。至于犯罪附随后果的适用期限，自刑满释放或者赦免之日起，轻微罪不得超过5年，轻罪不得超过10年，重罪不得超过15年。

## 2. 建立下位规范失效制度

在我国，地方性法规、地方性规章以及地方规范性文件中犯罪附随后果制度的确立，绝大

〔42〕 前引〔4〕，耶赛克等书，第1117页。

〔43〕 如食品安全法第135条将犯罪附随后果规定为“终身”附随，显然不符合比例原则的要求，有必要规定具体的适用期限。

〔44〕 参见郑丽萍：《轻罪重罪之法定界分》，《中国法学》2013年第2期，第138页。

〔45〕 一方面，我国犯罪体系庞大、罪名众多，采取三分法有利于犯罪类型的精细化。另一方面，刑事诉讼法中存在速裁程序、简易程序和普通程序的划分，将犯罪分为轻微罪、轻罪与重罪能与之呼应。

多数是以国家法律、行政法规以及国务院部门规章等有关犯罪附随后果的规定为依据的。而行业、团体的规范性文件以及社会组织、单位内部管理规定中有关犯罪附随后果的规定，又通常以国家法律法规、规章以及地方性法规、地方性规章等有关犯罪附随后果的规定为依据。这表明，上位规范或者具有约束力的规范性文件，往往是下位规范或者不具有约束力的规范性文件中犯罪附随后果制度的渊源。然而，实践中较为普遍的情况是，当规定犯罪附随后果的上位规范或者具有约束力的规范性文件失效后，下位规范或者不具有约束力的规范性文件中有关犯罪附随后果的规定却仍然有效。例如，《公安机关人民警察录用办法》（以下称“警察录用办法”）于1996年由人事部、公安部发布，2007年被废止。相应地，其中有关犯罪附随后果的规定也随之失效。<sup>[46]</sup>然而，一些地方规范性文件承继自“警察录用办法”的相关规定至今仍然有效，如1997年福建省人事厅、公安厅《关于考试录用福建省公安交通人民警察工作有关问题的通知》等就是如此。客观地说，作为上位渊源的法律法规或者规范性文件等失效后，下位规范或者不具有约束力的规范性文件也就失去了效力来源，理应随之失效。因此，应当明确当上位规范或者具有约束力的规范性文件失效后，下位规范或者不具有约束力的规范性文件自动失效，其规定的犯罪附随后果不得再适用。

### 3. 犯罪人权利恢复与保障制度的系统化

我国刑法、刑事诉讼法对未成年人规定了特别的前科报告义务免除和犯罪记录封存、查询等制度，目的在于保护未成年人的权益。不过，我国有关犯罪人权利恢复与保障的制度，总体上还相对匮乏，这无形中也纵容了犯罪附随后果制度的滥用。因此，犯罪附随后果制度的规范化，离不开系统化的犯罪人权利恢复与保障制度的构建。

第一，在刑法中设立犯罪记录查询、封存制度。目前，除特定的未成年人犯罪外，<sup>[47]</sup>我国对犯罪记录采取实名公开制。建立犯罪记录查询、封存制度，能在一定程度上限制犯罪附随后果的消极作用。为了帮助减少附随后果，政策制定者可以制定法律程序，通过抹去或封存个人的犯罪记录，让公众“看不见”。<sup>[48]</sup>对于犯罪记录封存制度，有学者主张参考法国，对犯罪记录采取分级封存。<sup>[49]</sup>另有学者提出，应确立犯罪人对犯罪记录享有个人信息权，以制衡权力，实现利益平衡。<sup>[50]</sup>将犯罪记录确定为个人信息权的对象，意味着侵犯该项权利可能构成违法犯罪，这似乎不可取。将犯罪记录纳入层级化、规范化管理，不失为有效途径。具体来说，可以考虑构建区分查询主体、类型等的差别化犯罪记录查询制度。对轻微罪、轻罪和重罪罪犯，刑满释放后分别经过一定期限，如3年、5年和10年没有再犯罪的，可以将犯罪记录统一封存在特定部门。另外，鉴于数字化时代信息传播的无限性与便利性，可以对网上公开的裁判文书设置一定的查询条件和时间，或者隐匿被告人姓名，同时将封存的犯罪记录加以屏

[46] 根据“警察录用办法”第6条的规定，受过刑事处罚的，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，直系血亲和对本人有重大影响的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。

[47] 2018年刑事诉讼法第286条规定：“犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应当对相关犯罪记录予以封存。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有关单位根据国家规定进行查询的除外。”

[48] See Annie O'Leary, *A Proposed Solution to Limit the Collateral Consequences of Arrests without Conviction in the United States*, 46 (1) *Nova L. Rev.* 85, 87 (2021).

[49] 参见卢建平：《犯罪门槛下降及其对刑法体系的挑战》，《法学评论》2014年第6期，第75页。

[50] 参见吴尚聪：《现代性、社会控制与犯罪记录制度：犯罪记录的谱系学考察》，《甘肃政法大学学报》2021年第6期，第97页。

蔽，以限制个人犯罪记录被肆意或者无节制地不当使用。

第二，在刑法中增设复权制度。复权的核心是恢复犯罪人被剥夺的权利或资格。<sup>[51]</sup> 复权与前科消灭在功能上相似，但效果不同。前科消灭的本质是已犯之罪的有罪宣告以及罪刑记录的消除和泯灭，但有罪宣告以及罪刑记录得以消除和泯灭，并不必然意味着犯罪人的权利或资格得以恢复。而复权意味着犯罪人被剥夺的权利或资格的恢复，社会组织、用人单位以及社会公众等不得以任何理由，剥夺、禁止、限制犯罪人重新享有的权利和资质。可见，较之前科消灭，复权更有利于制衡犯罪附随后果。至于复权时间，可以考虑区分轻微罪、轻罪和重罪，分别在刑满释放后经过一定期限，如5年、10年和15年没有再犯罪的，可以申请复权。

第三，构建犯罪附随后果赦免制度。犯罪附随后果是可以赦免的，如加拿大就“赋予前囚犯可以向国家假释委员会申请赦免、删除或封存他们的犯罪记录，赦免申请适用于犯有轻罪和重罪的人，加拿大政府会批准98.5%的赦免申请”。<sup>[52]</sup> 我国也有学者提出赦免性复权概念。“赦免性复权，是指国家对因受到有罪判决而终身或定期丧失或者停止某些权利或资格者，经过法定的程序恢复其权利或资格的一种制度。”<sup>[53]</sup> 客观地说，赦免犯罪附随后果较之赦免罪与刑更具可行性。我国对于赦免罪与刑较为慎重，深层次原因在于对政治犯以及非中国籍公民的赦免可能会引发政治风波和外交困局。<sup>[54]</sup> 赦免犯罪附随后果则不然，不但不会引发政治风波和外交困局，还能赢得道义上的同情，毕竟其关涉犯罪人基本的工作、生活等保障。赦免犯罪附随后果还能帮助犯过罪的人迅速回归社会，符合现代犯罪治理理念。

#### 4. 确立合理有效的救济机制

犯罪附随后果对再犯的防范，是形式的、应然的，而非实质的、已然。如果犯过罪的人没有再犯危险性，犯罪附随后果的适用就很难说具有正当性。这样看来，对犯罪附随后果的适用应当允许救济。具体救济方式主要有两种：一是司法救济；二是行政性救济。

司法救济是指请求司法机关对犯罪附随后果进行实质审查。“各司法管辖区应提供救济机制，使个人在符合公共安全的情况下可重新获得某些权利，并在表现出改过自新的情况后可完全摆脱定罪的影响。”<sup>[55]</sup> 司法救济的优点是能对抗规范的强制性，故在英美法系国家颇受推崇。如在1980年美国诉沃德案中，美国最高法院就确立了犯罪附随后果司法救济的标准和依据。<sup>[56]</sup> 行政性救济是指管理人根据规定程序对犯罪附随后果进行实质审查。由于这种救济是由管理人，即用人单位（如考试、就业等）、管理单位（如福利发放单位等）等根据行政性（事务性）程序来操办，故谓之行政性救济。管理人审查的内容主要包括：公共政策是否允许；工作的具体职责；先前定罪对申请人履行职责的影响；由定罪至申请雇佣所经过的期间；申请人的年龄；犯罪严重程度；定罪后有无改过自新或品行良好的证据；个人和公众的安全和福利，等等。<sup>[57]</sup> 行政性救济不具有强制效力，且有赖于管理人发起。

[51] 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第716页。

[52] Rouzhna Nayeri, *The Forever Scarlet Letter: The Need to Reform the Collateral Consequences of Criminal Convictions*, 5 (2) *Widener J. L. Econ. & Race* 109, 122 (2014).

[53] 刘仁文：《论我国赦免制度的完善》，《法律科学》2014年第4期，第156页。

[54] 参见何显兵：《我国赦免制度的规范与完善》，《社会科学》2019年第12期，第92页。

[55] Gabriel J. Chin, *Collateral Consequences of Criminal Conviction*, 18 (3) *Criminology, Crim. Just. L. & Soc'y* 1, 2 (2017).

[56] *United States v. Ward*, 448 U. S. 242, 248 - 249 (1980).

[57] See Leroy D. Clark, *A Civil Rights Task: Removing Barriers to Employment of Ex-Convicts*, 38 (2) *U. S. F. L. Rev.* 193, 208 - 209 (2004).

在犯罪附随后果的司法救济上,帕迪拉诉肯塔基州案具有里程碑意义。<sup>[58]</sup>2010年,美国最高法院裁定,一名刑事辩护律师未能按照美国宪法第六修正案的要求,为他的非美国籍公民当事人提供合格的代理,因为他没有警告当事人如果他认罪将几乎肯定会被驱逐出境。<sup>[59]</sup>驱逐出境在美国属于附随后果,是否就其提出警告本不属于辩护律师的义务。帕迪拉案的裁决将辩护律师在法庭上的辩护义务,由罪刑扩大到不属于法院裁决范畴的犯罪附随后果,首开律师对严重附随后果具有警告义务的先河。“帕迪拉案的明确推断是,辩护律师应该就刑事定罪自动产生的其他严重后果(即‘附随后果’)警告当事人,即使这些后果在技术上不是刑事处罚。”<sup>[60]</sup>该案使犯罪附随后果的救济由普通司法救济上升到刑事司法救济,对美国的司法实践产生了重大影响。

从我国的实际情况看,全面推行行政性救济有些勉为其难。这是因为,救济是需要付出努力和代价的,除非用人单位、管理单位等有特别需要,否则很难期待其具有实施救济的积极性。行政性救济只能由管理人发起,这也是其不足之处。将犯罪附随后果的救济与罪刑抗辩一道纳入刑事司法活动也不现实。这不仅是因为我国的犯罪附随后果复杂多样,还在于将本不属于罪刑范畴的犯罪附随后果纳入刑事司法程序,有背离刑事司法的目的和任务之嫌。比较而言,普通司法救济可以由当事人申请,能避免行政性救济之不足,也不会影响刑事司法活动的功能和规则。因此,犯罪附随后果的救济机制,应以普通司法救济为主、行政性救济为辅,如此相对较为可行。

#### 5. 相关规定竞合适用时遵循司法优先原则

近年来,随着刑法修正案将个别附随后果纳入刑法,在刑法内外便形成刑事处罚与犯罪附随后果同质竞合的现象。例如,刑法第37条之一规定了职业禁止,而犯罪附随后果规定中也包含了众多的职业禁止,当法院依照刑法判处职业禁止时,就会与犯罪附随后果规定中的职业禁止发生竞合。对此,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。”该规定确立的犯罪附随后果规定优先适用原则,不但封堵了犯罪附随后果的司法救济路径,也使得刑法规定的职业禁止在效果上大打折扣,因为刑法之外的职业禁止规定优先适用会大大挤压刑法中职业禁止规定的适用空间。采取犯罪附随后果规定优先适用还存在如下问题:首先,行政法规等的规定只是行政性前置法规定,若优先适用就等于赋予其对抗刑法规定及相关司法裁决的效力,这是不可取的。其次,如果其他法律、行政法规中的犯罪附随后果规定优先适用,那么地方性法规、地方性规章、行业性规定以及单位内部管理规定的犯罪附随后果规定是否也优先适用?如果优先适用,则刑法规定与司法裁决就显得过于“谦卑”,有违法理与情理。再次,刑法之外的职业禁止规定无适用条件和期限的限制,缺乏正当性与公平性。最后,刑法规定及相关司法裁决相对理性,刑法之外的犯罪附随后果规定则具有随意性与盲目性,难当优先适用之重任。总之,应当废除刑法第37条

[58] 本案基本案情:帕迪拉是有美国合法永久居民身份的洪都拉斯人,他在肯塔基州犯下贩毒重罪,根据规定要被驱逐出境。他的律师认为他不用担心移民身份问题,并建议他认罪。于是,帕迪拉认罪并面临被驱逐出境。两年后,帕迪拉向州法院提交请愿书,声称若事先得到正确建议会拒绝认罪。Padilla v. Kentucky, 130 S. Ct. 1473 (2010).

[59] See Margaret Love & Gabriel J. Chin, *The Major Upheaval of Padilla v. Kentucky—Extending the Right to Counsel to the Collateral Consequences of Conviction*, 25 (2) Crim. Just. 36, 37 (2010).

[60] Gabriel J. Chin, *Making Padilla Practical: Defense Counsel and Collateral Consequences at Guilty Plea*, 54 (3) Howard L. J. 675, 675–676 (2011).

之一第3款的规定，在刑法内外的职业禁止规定发生竞合适用时，应遵循司法优先原则。

#### 6. 构建犯罪附随后果数据库

20世纪80年代以后，美国相继出台了《美国律师协会刑事司法标准：附随制裁和酌情取消被定罪者的资格》《法定附随后果标准》《统一定罪附随后果法案》《国家定罪附随后果清单》等。其中，《统一定罪附随后果法案》由美国统一法律委员会颁布，《国家定罪附随后果清单》由美国律师协会牵头并会同美国国家司法研究所编制。《统一定罪附随后果法案》的内容包含告知法院和被告特定定罪将带来的附随后果条款，目的是在量刑阶段帮助被定罪的人重新融入社会，同时确保只有立法才能产生附随后果。<sup>[61]</sup>《国家定罪附随后果清单》是犯罪附随后果数据库，收集了司法辖区的法律法规中所有的附随后果并加以编目，能够提供一个实时的由研究到实践的转换界面，可以帮助被告及其律师、检察官和法官检索和确定什么是附随后果。“《国家定罪附随后果清单》是一个重要的学习工具，有助于加深对附随后果及其持久影响的理解。这是一个国家级数据库，有44000多个附随后果被识别和分析。”<sup>[62]</sup>该清单为司法介入以及犯罪附随后果的调整和规范化奠定了坚实基础。

笔者认为，立足于我国国情，同时借鉴美国创建犯罪附随后果数据库的有益经验，可以考虑制定《犯罪附随后果规范化条例》《全国犯罪附随后果清单》等。制定前者的目的是规范不同地区、不同层级以及不同领域等的犯罪附随后果，避免其无序扩张、恣意适用。具体可考虑由国家立法机关牵头，会同公检法司等国家机关制定并颁布。制定后者的目的是摸清我国犯罪附随后果的类型、内容、数量等基本情况并加以汇编、编目，以便当事人查阅和检索，为构建犯罪附随后果救济机制奠定基础。具体可考虑由司法行政机关牵头，由中华全国律师协会负责具体的摸排、查证、编纂等事宜。

## 结 语

社会进步、经济发展与科技创新带来的是社会分工的精细化、专业化以及社会分配与福利的多样化。在社会分工的精细化与专业化给人们带来更多就业机会的同时，也对人的专业技能和资质有了更多、更高的要求，而社会分配与福利的多样化则使人们能够享有更多的权利和利益。由于犯罪附随后果是对权利和资质的剥夺、禁止和限制，“不仅常常影响到以前被监禁的人，而且还影响到家庭、家属、社区和社会本身”。<sup>[63]</sup>可以说，在现代社会，犯罪附随后果带来的影响是全面而广泛的。刑事司法要想取得最佳法律效果和社会效果，就不能对犯罪附随后果视而不见。“附随后果理论发展的重要性怎么强调都不为过……对这些后果的越发了解可能会在更广泛的方面改变刑事司法政策”。<sup>[64]</sup>相对于重罪犯罪人，犯罪附随后果对轻罪犯罪人的消极影响更甚。轻罪时代犯罪治理的重点无疑在轻罪，调整犯罪附随后果并使之与轻罪的

[61] See Jonathan Gitlen, *Possibilities for Evaluation and Reform: Suggested Uses of the National Inventory of Collateral Consequences of Conviction Database*, 2 (2) Crim. L. Prac. 45, 47 (2015).

[62] 前引 [11], Tyner 等文, 第 373 页。

[63] Bernice B. Donald, *Effectively Addressing Collateral Consequences of Criminal Convictions on Individuals and Communities*, 30 (4) Crim. Just. 1, 1 (2016).

[64] Cara H. Drinan, *Getting Real about Gideon: The Next Fifty Years of Enforcing the Right to Counsel*, 70 (2) Wash. & Lee L. Rev. 1309, 1321 (2013).

惩罚、预防相适应,是轻罪时代犯罪治理的必然要求,也是犯罪治理现代化需要重点考虑的内容。在我国进入轻罪时代之后,对犯罪附随后果展开全面、系统的研究,是摆在理论界与实务界面前的重要课题。

我国有学者呼吁借鉴德日等国立法经验,在刑法中构建刑罚与保安处分(附随后果)并列的二元制裁体系。这一建议本身不存在问题,但其前提条件是必须处理好保安处分(附随后果)与刑法之外犯罪附随后果的关系,因为它们具有相同或相似的价值和功能,若同时存在于刑法内外,不但有重复处罚之嫌,也会引起适用上的竞合与冲突。就刑法规定的非刑罚处罚与刑法之外同质的犯罪附随后果而言,前者需经司法裁决并且具备适用条件和期限,后者则因犯罪自动适用并且几乎不受限制,两相比较可知后者在严厉性上要甚于前者。因此,将刑法之外的犯罪附随后果有选择地纳入刑法,在刑法中构建刑罚与保安处分(附随后果)并列的二元制裁体系,是有益于调整和规范犯罪附随后果制度的适用的。

---

**Abstract:** Collateral consequences of criminal convictions refer to the deprivation, prohibition or restriction of specific rights and qualifications applicable to people with criminal records and their family members or relatives in accordance with the provisions of laws, administrative regulations, government rules and bylaws outside the criminal law. The main differences between collateral consequences and criminal punishments lie in their sources of regulation, application conditions and procedural requirements. Collateral consequences have a serious impact on the normal work, study and life of the offender, and their severity is sometimes no less than the criminal punishment. The manifestations of the collateral consequences in China are complex and diverse, and their negative role is becoming more and more prominent with the arrival of the minor crime age. In the standardization of the system of collateral consequences, China should implement the modern concept of rights, conform to the requirements of the Constitution and the principle of proportionality, take the risk aversion theory as guidance, and adopt a systematic and comprehensive method. In the standardization of system of collateral consequences, which should be based on the specific application conditions of collateral consequences, China should establish the systems of automatic invalidation of lower-level laws that contravene upper-level laws, restore and protect the criminals' rights systematically, establish the reasonable relief mechanism, implement the principle of judicial priority, and build a national database of collateral consequences of criminal convictions.

**Key Words:** collateral consequences of crime, criminal punishment, constitutionality, principle of proportionality

---