

我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度

梁云宝

【摘要】沿着危险驾驶罪开启的实质性微罪方向,《刑法修正案(十一)》再次扩充了微罪的范围。高发型微罪在取得了积极社会治理效果的同时,引发了明显的犯罪标签泛化问题。迄今为止,在审判阶段的出罪、在立案侦查阶段的不立案或撤销案件、在审查起诉阶段的不起诉都无法显著地削减醉酒型危险驾驶罪庞大的犯罪人数,无法有效解决高发型微罪的犯罪标签泛化问题,建立前科消灭制度才是解决问题的根本之道。对前科消灭制度的整体性急迫需求不足使得我国一直未建立该制度,但在未成年人犯罪领域有这种急迫需求,未成年人犯罪记录封存制度建立后这种急迫需求集中在高发型微罪领域。我国应着力于高发型微罪犯罪标签量和质的泛化问题,构建与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度。若该制度不能一步到位地建立,可以在司法实践探索的基础上分步骤地实现。

【关键词】危险驾驶罪;微罪;犯罪标签;前科

【作者简介】梁云宝,法学博士,东南大学法学院副教授。

【原文出处】《政法论坛》(京),2021.4.30~43

【基金项目】本文受中央高校基本科研业务费专项资金暨江苏省教育厅紫金文化社科“优青”工程资助、江苏省司法厅重点项目“《中华人民共和国社区矫正法》视野下社区矫正对象社会融入问题研究”(项目编号:2020jssf002)的阶段性研究成果。

2020年12月26日,全国人大常委会通过了《刑法修正案(十一)》,其第2条和第33条分别增设了妨害安全驾驶罪和高空抛物罪。这是我国刑法自2011年《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪这一实质性微罪后再次扩张微罪范围的重要举措。^①鉴于危险驾驶罪已超过盗窃罪成为我国每年数量最多的刑事犯罪,且醉酒型危险驾驶罪近年来一直呈持续的高发之势,并已成为“主要犯罪类型”,这引发了极为醒目的与我国当前社会“总体安定”不协调的犯罪标签泛化治理隐患问题。尽管司法机关从程序和实体上并非没有进行一定的探索性解决,但迄今为止公安机关不立案、侦查终结后决定不移送审查起诉或撤销案件、检察机关不起诉、审判机关适用速裁程序以及实质性出罪等措施都未能有效解决日益严重的犯罪

标签泛化问题。可以预见,《刑法修正案(十一)》从今年3月1日起实施后妨害安全驾驶罪和高空抛物罪这两个微罪也极有可能产生犯罪标签泛化问题,特别是结合近年来高空抛物的民事和刑事案件数量来看,一旦对该罪中“情节严重”的标准把控不当,其会陷入类似于醉酒型危险驾驶罪的犯罪标签泛化的泥潭。因此,如何有效摆脱我国微罪在犯罪标签泛化上的困境,是理论和实践中亟待解决,也是本文着重探讨的问题。

一、高发型微罪引发了明显的犯罪标签泛化问题

(一)在我国当前刑事立法背景下删除微罪不具有可行性

最近20年来,各国出现了一股“刑事立法活性

化”的潮流,我国刑事立法顺应了这一潮流,^②近十余年来微罪的发展更是醒目。其中,《刑法修正案(八)》增设了危险驾驶罪,《刑法修正案(九)》增设了使用虚假身份证件、盗用身份证件罪和代替考试罪,《刑法修正案(十一)》增设了妨害安全驾驶罪和高空抛物罪。并且,在犯罪化的刑事立法背景下删除这些微罪不具有可行性。主要理由是:

其一,微罪在遏制相关领域的行为失范上效果明显。形式上,1979年刑法中的侵犯通信自由罪就是微罪,因为其刑罚配置为“一年以下有期徒刑或者拘役”。1997年刑法第252条延续了这一规定,并未作任何修改。但是,中国裁判文书网统计数据显示,近5年来该罪的裁判文书共45份,它不是一个高发型的微罪。同样地,近5年来使用虚假身份证件、盗用身份证件罪和代替考试罪的裁判文书分别为126份和997份,它们也难称得上是高发型微罪。因此,在妨害安全驾驶罪和高空抛物罪被增设前,危险驾驶罪是我国实质意义上微罪的代表,其中醉酒型危险驾驶罪是公认的高发型微罪。就遏制行为失范的效果而言,作为我国立法机关重视“民生保护”亮点条款的危险驾驶罪,自生效以来在遏制危险驾驶行为失范及其引发的大量交通事故上确实取得了不容否定的效果。在“醉驾”入刑的第一年里,全国公安机关共查处酒后驾驶35.4万起,其中“醉驾”5.4万起,同比下降44.1%,且“醉驾”入刑带来了因“醉驾”导致的交通事故起数和死亡人数的明显下降。^③据公安部交通管理局公布的统计数据显示,2019年上半年,全国共查处酒驾醉驾90.1万起,其中醉驾17.7万起,因酒驾醉驾导致死亡交通事故1525起,造成1674人死亡,分别同比减少20.7%、20.4%。^④并且,在我国机动车保有量和驾驶人员逐年增多的背景下,该罪所承担的加大对醉酒型危险驾驶等行为打击力度的历史使命尚未完成^⑤,因而,删除危险驾驶罪不合时宜。同样地,代替考试罪等微罪在社会失范行为的规制上取得了良好的效果。“刑法修正案(九)顺应社会发展需要,确定了代替考试罪,填补了立法空白,对代考行为形成了良好的打击和震慑效

果。”^⑥就妨害安全驾驶罪和高空抛物罪而言,晚近因非法控制驾驶装置和高空抛物所引发的纠纷为数不少,之前的审判实践主要以以危险方法危害公共安全罪来处理,这被批评为存在定性不当、罪刑不相适应等弊端,因而《刑法修正案(十一)》选择了进一步扩张犯罪圈的增设微罪这一发展方向。并且,《关于〈中华人民共和国刑法修正案(十一)〉(草案)》的说明》指出此次刑法修改继续贯彻“立得住、行得通、真管用”的思路,非法控制驾驶装置和高空抛物作为“社会反映突出”的失范行为,是以实践为导向的修改,微罪的增设无疑能达到“真管用”的效果。

其二,劳教制度废止会使一部分违法行为分流进微罪领域来规制。劳教制度因法治内容的缺乏而饱受诟病,2013年12月28日全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》,这是我国在法治化综合治理方向上的重要成果,由此我国传统的治安管理处罚、劳动教养和刑罚三级制裁体系变更为治安管理处罚和刑罚二级制裁体系。相应地,原本由劳动教养进行制裁的行为难以避免地会分流一部分进入微罪领域来处罚。换言之,在我国,之前关于劳教制度适用对象的规范性文件为数不少。其中,1982年国务院批准转发的公安部《劳动教养试行办法》和2002年公安部出台的《公安机关办理劳动教养案件规定》都极具代表性。依据这些规范性文件,我国劳教制度适用对象基本有10类,它针对的是一些轻微违法犯罪的人员,是介于治安管理处罚和刑罚之间的一种惩处措施。在劳教制度因缺乏法治内容而被废止后,对劳动教养所针对的事由处理上主要有“轻罪化”“保安处分化”“建立单独的违法行为矫治制度”和“类型化分流处理”等四种观点,而“类型化分流处理”可谓理论和实务中的多数说^⑦。客观上,近几年来我国微罪的扩张也支持了这一立场,《刑法修正案(九)》和《刑法修正案(十一)》在妨害社会管理秩序罪和危害公共安全罪章节增设的微罪恰恰是之前劳动教养制度发挥重要作用的领域。这就是说,原本由劳动教养制裁的一部分行为难免会分流到刑法中,我国犯罪圈在扩张的同时部

分犯罪的门槛出现了降低的现象,且可以预见这绝非偶然或一时的现象,其发生的领域也不会局限于妨害社会管理秩序罪和危害公共安全罪领域。在此意义上,犯罪分层意义上的微罪在我国迎来了发展的机遇期。

其三,与国际接轨的社会治理现代化提升了对依托微罪治理的需求。1998年10月5日我国政府签署了《公民权利和政治权利国际公约》,该公约第9条第1款:“人人有权享有人身自由和安全,任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。”一般认为,这里的“程序”所指的是司法程序。尽管已经“签署”不等于必须“批准”或“履行”,但在中华民族伟大复兴的道路上我国作为国际上负责的大国形象日益彰显,未雨绸缪地做好剥夺人身自由须经司法程序的准备绝不是画蛇添足,而是满足我国社会治理现代化中与国际接轨的现实需求之举。“在许多国家和地区的刑罚中,即使剥夺人身自由一天,也是属于自由刑的一种,更不要说像我国的行政拘留可长达15天甚至20天了(两种以上违反治安管理行为的行政拘留可长达20天)。”^⑥遗憾的是,最新修改的中华人民共和国行政处罚法并未涉及这一有违法治问题的处理,因此,通过微罪来解决问题不失为可选的方案之一。这也意味着,在未来的一段时期内增设微罪是我国刑事立法犯罪化发展中难以逆转的方向。

(二)高发型微罪引发了明显的犯罪标签泛化问题

在西方的社会学领域中,标签理论是一个相当著名的理论。迄今为止,有关标签理论的观点纷繁复杂,但在基本的要点上理论界早已形成了共识性的内容。依据标签理论,制造犯罪人的过程就是一个贴上标签,(给他)下定义、认同、隔离、描述、强调以及形成意识和自我意识的过程;^⑦一旦个人被贴上标签,社会公众就会用所贴上的标签来看待这个人,被贴上标签的人也可能会把这种标签当作自我同一性(Self-identity)的一部分,而他对标签的接受程度取决于个人之前自我概念的力量的强弱和贴标过程的力

量强弱。^⑧就犯罪人标签而言,被贴上犯罪人标签的人,首先会被看作是一名犯罪人,而那些没有包括在标签之中的品质往往会被忽视,标签体现了社会公众对犯罪和犯罪行为的敌意和歧视,并由此产生了社会学上的自我保护意识和犯罪心理学上的防卫意识。标签理论的形成和发展,在国际社会中引起了巨大的反响。在这些反响中,既有肯定性的,也有否定性的,它们构成了对标签理论的不同评价。其中,引人注目的是该理论提出了刑事法律活动本身对犯罪的促进作用,使人们看到了不少刑事司法政策弊大于利,某些司法活动所起的不过是饮鸩止渴的作用,这为刑事法律活动的改革提供了一定的理论依据和方向^{[3](P.1202-1203)}。笔者认为,立足于犯罪标签理论来审视我国当前高发型微罪所造成的犯罪标签泛化问题,不仅必要,也正当其时。

一方面,醉酒型危险驾驶罪是高发型微罪,2011年以来每年都会新增数量庞大的该类型犯罪人,这引发了犯罪标签在量上的泛化。另一方面,审判实践中醉酒型危险驾驶罪行为人的缓刑和社区矫正适用率较高,未被实质性收监执行和这一微罪由行政处罚“升格”而来的特点使得醉酒型危险驾驶罪行为人对自身的“犯罪人”身份认同度总体上不高,这在“醉驾入刑”的初期尤为明显。但是,危险驾驶罪是我国刑法明文规定的犯罪,在我国现行的法律框架下它与轻罪、重罪所附带的诸多不利后果并没有多少实质性的差别。由此产生的问题是,醉酒型危险驾驶罪的行为人对自己犯罪人的身份越不认同,该罪的附带性不利后果越多,社会公众越是用所贴上的犯罪人标签来看待行为人,犯罪标签质的泛化问题就越严重。

其一,犯罪人身份认同上的犯罪标签问题。一般认为,自然犯的身份认同度通常高于法定犯,重罪的身份认同度通常高于轻罪。在我国的法定犯领域,作为醉酒型危险驾驶罪行为人的犯罪人身份认同度总体上是较低的,这在“醉驾入刑”的初期特别明显。众所周知,自然犯和法定犯的区分源于意大利学者加罗法洛的“自然犯罪”理论。加罗法洛认

为:“在一个行为被公众认为是犯罪前所必需的不道德因素是对道德的伤害,而这种伤害又绝对表现为对怜悯和正直这两种基本利他情感的伤害……我们可以确切地把伤害以上两种情感之一的行为称为‘自然犯罪’。”^{[4](P.44)}与自然犯相对的是法定犯,即“违背了特定社会的法律,而这些法律根据国家的不同而不同,且对社会的共同存在并非必不可少”的犯罪^{[4](P.53)}。法定犯不同于自然犯的本质特征使得法定犯的行为人大多不具有“自体恶”的属性,因而,很难根据公认的善恶标准轻易地识别出其刑事违法性。在我国,长期以来“醉驾”都是“酒驾”的重要组成部分,只要没有造成实害结果,二者在违法性上(行政处罚法)只有量的区别而无质的不同。“醉驾入刑”打破了这一局面,“醉驾”和“酒驾”的惩处开始分道扬镳,但这形成了醉酒型危险驾驶罪由行政违法行为“升格”为微罪的观感,在该罪刑罚配置为“处拘役,并处罚金”的条件下,它引发了此后饱受诟病的刑罚配置过轻问题,也引发了醉酒型危险驾驶罪行为人在该罪违法性认识上的偏差或误区。同时,《刑法修正案(八)》增加了关于社区矫正的规定,即“对宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内,依法实行社区矫正,如果没有本法第77条规定的情形,缓刑考验期满,原判的刑罚就不再执行,并公开予以宣告。”然而,在社区矫正对象中被宣告缓刑的犯罪分子不同于假释、暂予监外执行的犯罪分子之处在于他们未被实质性地收监执行,没有沾染上监禁刑常常带给犯罪人脱离社会的弊端,因此,在复归社会上被宣告缓刑的犯罪分子容易得多。可是,也因为未被实质性地收监执行,所以,被宣告缓刑并进行社区矫正的醉酒型危险驾驶罪的行为人对自己“犯罪人”身份的不认同或认同度不高就有一定的普遍性。事实上,即使那些被实际执行了拘役处罚的醉酒型危险驾驶罪行为人对自己“犯罪人”身份的不认同或认同度不高也较为常见。此外,实践中,大量的醉酒型危险驾驶罪案件的出现促进了我国速裁程序和认罪认罚程序的发展和完善,在此之前为了摆脱醉酒型危险驾驶罪行为人对自己“犯罪人”身份的不认同困境,不

少地方社区矫正管理机构将其签字确认自己的犯罪人身份作为接受社区矫正对象的条件。在认罪认罚程序被越来越多地用于处理醉酒型危险驾驶案件后,让其签字确认自己的犯罪人身份问题得到了一定程度的缓解,但如今醉酒型危险驾驶罪行为人对自己是犯罪人的身份不认同或认同度不高远非个别化现象。

其二,犯罪附带性不利后果上的犯罪标签问题。迄今为止,轻罪与重罪的区分或者微罪、轻罪、重罪的区分等是司法上和学理上的,而不是我国刑法或其他部门法的明文规定。同时,我国刑法未使用“前科”一词,也没有具体而明确地界定(犯罪)前科。但是,它在第100条规定了“前科”报告制度,即“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒”。由此产生的不利后果是,一旦行为人犯罪,不论是属于微罪、轻罪还是重罪的范畴,一律无差别地承担这一“前科”报告义务。事实上,一旦行为人被判决犯醉酒型危险驾驶罪,对行为人自己来说,“按照现行法律规定,受过刑事处罚的人不能担任法官、公务员等22种职业;律师、医师将被吊销资格证书,法官、检察官、公职人员会被开除党籍、开除公职,连出国申请签证、自己开公司申请营业执照都会受到影响。”^[5]显然,这会增加社会接纳醉酒型危险驾驶罪行为人的困难,尤其是在就业领域几乎任何人都可以对其说不。更糟糕的是,这一犯罪行为对行为人的家庭成员等还会产生连带性的不利后果。^⑨比如,醉酒型危险驾驶罪行为人的子女在参军、入党、报考公务员等政审时会受到限制。这就是说,一旦行为人被判决成立醉酒型危险驾驶罪,就要承担相应的规范性评价的不利后果,它包括刑事法律法规意义上的不利后果和民法、行政法等其他法律法规意义上的不利后果。《刑法修正案(十一)》将新增的微罪法定最高刑由拘役提升到1年有期徒刑后,这种附带性的不利后果作用范围更为广泛。例如,依据教师法第14条规定,即“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”,一旦行为人成立妨害安全驾驶罪或高空抛物罪,并被判处有期徒刑级别的刑事处罚,则该条规定的不利后果随之而来。

其三,社会公众排斥上的犯罪标签问题。在我国传统的“行政处罚—刑罚”两级制裁体系下,为防止国家刑罚权过度干预正常的社会生活,同时节约刑法资源,提高刑罚效果,我国刑法对犯罪门槛的设置较高,犯罪的刑法配置较重,这是很长一段时间内实质性微罪在我国刑法中难有容身之处的重要原因。即便“醉驾入刑”后,司法机关在处理高发型微罪时也十分谨慎。这从“醉驾入刑”之初公安部、最高人民检察院所持的“醉驾一律入刑”和最高人民法院所持的“醉驾不必一律入刑”的不同立场以及司法实践最终经历了由“醉驾一律入刑”到“醉驾不必一律入刑”的发展历程就可见一斑。事实上,其背后的深层次根源恰恰是在传统的犯罪高门槛框架下对高发型微罪应持怎样的基本立场才是妥当的。与此相适应,社会公众与犯罪人之间存在一条“鸿沟”,社会公众大多数将被贴上“犯罪标签”的犯罪人视为洪水猛兽而加以排斥。即便如今我国已经成为世界上命案发案率最低的国家之一,但从我国近10年来的犯罪率来看,短时间内也很难根本改变社会公众大多数将被贴上“犯罪标签”的犯罪人视为洪水猛兽的传统认知。实际上,在缺乏与微罪惩处相配套的消除微罪法定的不利后果条件下,“罪犯的标签就像瘟疫一样使人们畏而远之,使前科者很难建立正常的人际关系,但他们还要在社会生存,而社会又很少有他们生存之地。因此,担心、自卑、痛恨、不安、恐惧等不同的情绪不断地抽打着他们的心灵,折磨着他们的精神。”^[6]这就是说,微罪在我国的急速发展没有实质性改变社会公众将被贴上微罪“犯罪标签”的犯罪人视为洪水猛兽的认知,也没有同步改变社会公众用所贴上的犯罪人标签来看待醉酒型危险驾驶罪行为人的认知。更何况,刑事案件总数整体上的下降不等于每种犯罪类型的数量必定每年下降或整体上的下降。例如,“根据公安机关统计,全国公安机关

年均侦破食品犯罪案件数持续大幅增长,已从2010年前的几百起,上升到2011年的5200多起、2012年的9700多起……”^[7]这种氛围难免会强化社会公众与被贴上“犯罪标签”的犯罪人之间的心理隔阂,由此导致的双方各自加强自我保护意识和防卫意识就并不令人意外。

众所周知,“见微而知著”,《刑法修正案(十一)》新增妨害安全驾驶罪和高空抛物罪这两个微罪后,接下来可以预见的是,与非法控制驾驶装置引发的案件为数不多明显不同,晚近以来高空抛物引发的案件数量众多,一旦对高空抛物罪中“情节严重”的标准把控不合理,犯罪标签泛化问题接踵而来,由此产生的社会治理隐患不言而喻。

二、现有措施没能解决高发型微罪的犯罪标签泛化问题

在《刑法修正案(十一)》新增微罪之前,犯罪人数逐年庞大的高发型微罪所造成的问题渐渐引起理论界和实务界的高度重视和认真对待。尽管否定高发型微罪成立的本身就具有去除犯罪标签的功效,但迄今为止不论是在审判阶段进行出罪,还是在立案侦查阶段和审查起诉阶段分别通过公安机关不立案、撤销案件以及检察机关不起诉处理,都没能有效地削减醉酒型危险驾驶罪庞大的犯罪人数,故而,未能有效地解决高发型微罪犯罪标签量的泛化问题。这预示着,试图通过同样的措施来解决《刑法修正案(十一)》新增的高发型微罪的犯罪标签泛化问题不具有可行性。

(一)当前审判阶段的去犯罪标签泛化缺乏效果

很明显,在刑事审判阶段对高发的醉酒型危险驾驶罪行为人进行出罪,能够达到去除犯罪标签泛化的效果。比较的看,当前在审判阶段的去犯罪标签上出罪是主要的措施。但是,受“但书”出罪的先天性不足和“醉驾一律入刑”的强势影响,至今在审判阶段的去犯罪标签泛化效果十分有限。

一方面,在四要件犯罪论体系下依据“但书”出罪会存在不小的问题。根据传统的四要件犯罪构成理论,犯罪概念从总体上划清罪与非罪的界限,是犯

罪构成的基础,四要件犯罪构成是定罪的唯一标准和刑事责任承担的惟一依据。如果是这样,那么在定罪上就不能依据我国刑法第13条规定的犯罪概念中的“但书”直接出罪,即在(犯罪)客体、(犯罪)客观方面、(犯罪)主体和(犯罪)主观方面这四个要件之外增加任何要件对行为是否构成犯罪进行判断都是不妥当的。“在立法者看来,正是这些要件的综合,对于说明该行为成立犯罪恰到好处,缺少其中一个要件不行,但再附加什么也不必要。”^{[8](P.50)}由于在醉酒型危险驾驶罪的立法过程中,法条拟定的变动将“情节恶劣”的内容删除了,这使得“醉驾”本身就是入罪的“情节”,因此,一旦行为人符合醉酒型危险驾驶罪的犯罪构成就应入罪,它排除了我国刑法第13条“但书”在审判阶段直接的司法适用。否则就会出现架空四要件犯罪构成在定罪和刑事责任承担上惟一的怪现象,而使我国犯罪论体系在定罪和刑事责任承担上面临四要件犯罪构成和犯罪概念二元化问题^{[9](P.85)}。但是,出罪事由在四要件犯罪论体系中的地位含混造成了四要件犯罪论体系饱受批判的出罪不畅问题。为解决这一问题,客观上往往又需要依靠类似于犯罪概念“但书”等来出罪。相应地,这形成了我国刑事司法实践中犯罪概念“但书”等或明或暗的存在。

在这一背景下,试图通过我国刑法第13条犯罪概念中的“但书”出罪,并将它上升到据以根本性地解决醉酒型危险驾驶罪这一高发微罪的犯罪标签化问题无疑十分困难。实践中,重庆等地司法机关不是没有探索。例如,2018年9月11日重庆市高级人民法院、重庆市人民检察院、重庆市公安局联合发布了《关于办理危险驾驶犯罪案件法律适用及证据规则问题的座谈会综述》(以下简称《重庆座谈会综述》),其规定因急救病人、见义勇为,仅为短距离挪车或出入库,隔夜醒酒后开车及其他特殊情形的醉酒驾驶机动车行为,若符合我国刑法第13条“但书”的规定,法院可以判决无罪。显然,这些做法有助于提高醉酒型危险驾驶案件的无罪判决率,也有助于减少该类案件的犯罪标签泛化问题。但是,相对于

每年庞大的醉酒型危险驾驶罪犯罪人数,这些做法所产生的相当有限的出罪人数难以根本性地扭转其在去犯罪标签泛化上效果甚微的局面。

与此同时,与四要件犯罪论体系出罪不畅吻合的是我国法院在无罪判决率上一直很低。“近6年来全国法院审理刑事案件作出的生效判决人数总体呈上升趋势,但人民法院每年作出的无罪判决人数总体持续下降,2009-2014年无罪判决人数分别为1206人、999人、891人、727人、825人和778人,分别占当年法院生效判决人数的0.12%、0.10%、0.084%、0.062%、0.07%和0.067%,年均下降似乎是7%。”^{[10](P.1585)}在此背景下,期待在审判阶段由法院通过判决无罪等出罪方式来达到有效去除醉酒型危险驾驶罪的犯罪标签泛化问题似乎不切实际。

另一方面,“醉驾一律入刑”的强势影响实质造成了审判阶段的去犯罪标签泛化效果不佳。历史地看,在《刑法修正案(八)》施行后,公安机关、检察机关和法院在醉驾应否一律入刑上的立场并不一致。其中,公安机关和检察机关采取的是“醉驾一律入刑”的立场,而法院对“醉驾一律入刑”的立场则显得宽和。例如,2011年5月10日,最高人民法院党组书记、副院长张军在全国法院刑事审判工作座谈会上表示:“对于醉酒驾驶犯罪嫌疑人追究刑事责任,应当慎重稳妥,不应仅从文意理解刑法修正案(八)的规定,认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的,就一律构成刑事犯罪,要与修改后的道路交通安全法相衔接。”^[10]

形式上,“醉驾一律入刑”的立场似乎更为妥当,其影响更为深远。但是,从缩减数量庞大的醉酒型危险驾驶罪犯罪人数量后来的发展历程来看,“醉驾不必一律入刑”的立场更为合理。实践中,随着醉酒型危险驾驶罪弊端的显现,法院对“醉驾一律入刑”的立场越来越谨慎,甚至逐渐走向了“醉驾不必一律入刑”的立场。例如,2013年12月5日,江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅联合发布了《关于办理醉酒驾驶案件的座谈会纪要》(以下简称《江苏座谈会纪要》),其第13条和第15条分别

指出,认定醉驾行为应判断行为人的醉驾行为是否已经或者足以危害公共安全以认定其是否构成危险驾驶罪,以及“公安机关认为情节显著轻微,可以不作为犯罪处理的,应当将撤销案件决定书送达同级人民检察院”。2017年5月1日,最高人民法院发布了《关于常见犯罪量刑指导意见(二)》,指出司法机关可以根据“醉驾”的情节决定是否利用刑法第13条“但书”条款和第37条出罪。

但是,应当承认即便在当前审判机关在处理检察机关移送审查起诉的醉驾案件时对醉酒型危险驾驶罪的犯罪嫌疑人进行出罪较为冷静和谨慎。即便《江苏座谈会纪要》对“醉驾一律入刑”持宽和的立场,其主旋律仍然是“对于醉酒驾驶汽车的,一般应当定罪处罚”。相应地,醉酒型危险驾驶罪这种高发型微罪的犯罪人数量急速膨胀。

(二)当前审查起诉阶段的去犯罪标签泛化缺乏效果

在我国,高发型醉酒型危险驾驶罪的审查起诉大体经历了一场之前一律起诉到后来并非一律起诉的变动。在“醉驾入刑”之初,我国检察机关所持的“醉驾一律起诉”的基本立场较为明确。最高人民检察院新闻发言人、办公厅主任白泉民就表示:“对于公安机关移送至检察机关的醉驾案件,经检察机关查明,案件的醉驾事实清楚、证据确凿充分,会一律按照法律程序办理,该批捕的批捕,该起诉的起诉。”^[9]很明显,这一做法不利于高发型醉酒型危险驾驶罪犯罪标签泛化问题的解决。

应当说,检察机关对公安机关所移送审查起诉的醉驾案件一律起诉并不缺乏依据。主要是:其一,“醉驾”由行政违法行为上升为犯罪行为,检察机关的不起诉缺乏生存空间。为配合《刑法修正案(八)》的实施,2011年4月22日全国人大常委会修订了《中华人民共和国道路交通安全法》(以下简称《交通法》)。其第91条区分了“饮酒后驾驶(营运)机动车”的行为(“酒驾”)和“醉酒驾驶(营运)机动车”的行为(“醉驾”),并规定了不同的惩处措施,只有“酒驾”才是行政违法行为并存在给予罚款、拘留的行政处

罚余地,“醉驾”的惩处删除了原来的处15日以下拘留并处罚款的内容,增加了“依法追究刑事责任”的内容。在此意义上,“醉驾”一律作为犯罪处理,审查起诉阶段的不起诉缺乏生存空间。其二,醉酒型危险驾驶罪条文拟定的变动会否定审查起诉阶段的不起诉处理。文献资料显示,《刑法修正案(八)》关于醉酒型危险驾驶罪条文的拟定不是一次性成型的。在最初的《刑法修正案(八)》草案中,危险驾驶罪的条文表述是:“在道路上醉酒驾驶机动车的,或者在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,处拘役,并处罚金。”但是,最终通过并实施的条文表述是:“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金。有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定从重处罚。”不难发现,这一变动将醉酒型危险驾驶罪由情节犯变成了抽象危险犯,或者说“醉驾”本身就是入罪的“情节”,这形式上排除了我国刑法第13条“但书”等的直接适用。客观上,这也是“醉驾一律起诉”的重要原因之一。

随着醉酒型危险驾驶罪犯罪人数的持续庞大及其负面影响日渐突出,江苏、浙江、重庆等地陆续出台了指导性文件对“醉驾”案件适用不起诉进行探索。十分醒目的是,该类指导性文件往往明确规定了“醉驾”案件不起诉的酒精含量等标准,且打破了80mg/100ml的传统起诉标准。比如,2019年10月8日,浙江省公安厅、浙江省人民检察院、浙江省最高人民法院联合发布了《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》(以下简称《浙江会议纪要》),依据该纪要,检察机关可以对酒精含量在140mg/100ml以下、有认罪悔罪表现等的“醉驾”行为人决定不起诉。类似地,在重庆“醉驾”案件不起诉的酒精含量标准是130mg/100ml以下。毋庸置疑,我国“醉驾”案件在审查起诉阶段的这一变化,有助于醉酒型危险驾驶罪犯罪人去犯罪标签泛化问题的解决。“以东部Z省S市Y区为例,2016年以来,‘醉驾’相对不起诉人数占受理人数的58%,占有相对不起诉人数的49%^[5]。

但是,受刑事和解赔偿与不起诉被不当地“捆绑”在一起、各地打击“醉驾”的刑事政策存在差异导致不起诉裁量权在“醉驾”案件中出现了严重的不平衡等因素的影响,这种并非一律起诉的变化未能根本性改变我国醉酒型危险驾驶罪起诉率高的现状。例如,“2011年5月至2017年10月,广州市检察机关共受理危险驾驶案件14.5万件,其中提起公诉的有14.2万件,起诉率高达98.01%。”^⑩“2018年《最高人民检察院工作报告》也显示,2013年至2017年,全国检察机关共起诉717.3万人,较前5年上升19.2%,其中,危险驾驶罪起诉73.7万人,占整个起诉案件的10.27%,且绝大部分案件系醉驾案件。”^⑪可见,从起诉率和被决定不起诉的人数上看,迄今为止的不起诉处理在去犯罪标签泛化上效果十分有限。

(三)当前立案侦查阶段的去犯罪标签泛化缺乏效果

与审查起诉阶段的立场变化类似,我国公安机关在行为人涉嫌醉酒型危险驾驶罪的立案侦查阶段经历了由绝对立场到相对立场的转变。在“醉驾入刑”之初,《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》(以下简称《公安指导意见》)第8条确立了“一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查”的绝对立场。但是,随着数量庞大的醉酒型危险驾驶罪犯罪人的出现及其所带来的诸多社会治理上的问题,一些地方陆续出台了规范性指导性文件积极探索“醉驾”案件在立案侦查阶段的撤销案件、不立案,这形成了不同于绝对立场的相对立场。例如,依据《江苏座谈会纪要》规定,针对“醉驾”案件,“公安机关认为情节显著轻微,可以不作为犯罪处理的”,做出撤销案件决定书,同时送达同级人民检察院。实践中,对抢救伤病员、隔时驾驶、挪动车位等特殊情形的“醉驾”案件,在没有其他特殊从重情节时,公安机关不立案并不缺乏合理性^⑫。但是,到目前为止在立案侦查阶段的不立案、撤销案件同样未能有效地解决我国在“醉驾”案件上存在的犯罪标签泛化问题。并且,在立案侦查阶段的不立案、撤销案件也很难成为我国在高发型微罪上解决犯罪标签泛化问题的主要

手段。毕竟,相对于每年数量巨大的“醉驾”案件和醉酒型危险驾驶罪犯罪人,每年在公安机关立案侦查阶段的不立案、撤销案件的数量极为有限。

三、建立高发型微罪领域去犯罪标签泛化的前科消灭制度

通过前文的梳理已知,在审判阶段的出罪、在立案侦查阶段的不立案或撤销案件、在审查起诉阶段的不起诉都无法显著地削减醉酒型危险驾驶罪庞大的犯罪人数,因而无法有效解决高发型微罪的犯罪标签泛化问题。这不意味着,在解决醉酒型危险驾驶罪这类高发型微罪的去犯罪标签泛化问题上要抛弃这些措施。相反地,在高发型微罪的犯罪标签泛化问题上,要持续不断地发挥这些措施在削减犯罪人数上的积极功效,压缩高发型微罪犯罪标签量的泛化问题的存在空间。同时,要积极探索新的措施全面解决高发型微罪的犯罪标签泛化问题,其中根本的方法是建立前科消灭制度。

(一)高发型微罪领域对前科消灭制度形成了新的迫切需求

我国刑法未使用“前科”一词,也未对何为(犯罪)前科作具体的界定,但如后文所述我国学者从不同的角度对前科作了诸多不同的界定,这基本形成了理论上狭义的前科概念、广义的前科概念和最广义的前科概念的分歧。由于前科消灭的法律后果就是消除前科所引起的附带性不利后果,因此,不同范围的前科概念对应的前科消灭的法律后果不一致。在理论上,围绕着我国应否建立前科消灭制度、应建立什么样的前科消灭制度等问题一直以来都存在着巨大的争议。现实中,受诸多主客观因素的制约,我国至今未建立前科消灭制度。笔者认为,在《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪这种实质性的高发型微罪之前,除在未成年人犯罪等极少数领域,我国对建立前科消灭制度的整体性需求并不充分。随着未成年人犯罪记录封存制度的建立,这种需求得到了实质性的缓解,进一步完善这一犯罪记录制度才是接下来的首要任务和发展方向。实际上,这也是晚近以来我国司法实践探索的方向。但是,以醉酒型危险驾

驶罪为代表的高发型微罪的出现根本性地打破了这一局面,《刑法修正案(十一)》对微罪的扩张极大地提升了这种需求,高发型微罪领域成了继未成年人犯罪后急需考虑建立前科消灭制度的新领域。具体而言:

1. 一直以来我国刑法对前科消灭制度的整体性需求不足。在历史沿革的意义上,新中国成立后我国刑法吸纳了不少苏联(俄)刑法的内容。在苏联,立法对前科消灭和撤销有明确的规定^{[13](P.392-393)}。鉴于苏联刑法的这一规定,在我国主张建立犯罪前科消灭制度的观点很早就出现了。然而,几十年来我国刑法屡经修订却始终未增设前科消灭制度。对此,有学者从我国民主法律思想匮乏、刑罚标签根深蒂固、社会转型尚未完成等角度深入探讨了其背后的原因^[6]。不可否认,该类探讨具有积极的价值,并且这些因素确实不利于前科消灭制度在我国的建立,但真正对前科消灭制度的建立构成实质性阻碍的是长期以来我国刑法对前科消灭制度的整体上需求不足。在我国传统社会的治理中,与较高的犯罪门槛相应的是工具性和重刑化色彩十分鲜明的刑法^[14]。20世纪我国进入改革开放后,急速的社会转型催生了大量的失范行为,其中为数众多的是恶性案件,单靠“厉而不严”的重刑化刑法所提供的常规刑罚措施难以有效应对突出的社会治安问题,“严打”刑事政策应运而生。“自1983年后,我们将‘严打’作为解决社会治安问题的基本手段普遍加以运用……但事实上,‘严打’过后社会治安并没有从根本上得到好转。1983年、1996年两次‘严打’后均出现反弹现象,刑事案件大幅度上升,社会治安形势一年比一年趋于严峻。”^{[15](P.185-186)}在这一背景下,着力点不在于有效整治社会治安的前科消灭制度很难让我国刑法对它产生现实的整体性需求,而在我国建立前科消灭制度的主张就成了时代发展洪流中不起眼的细流。况且,理论上对属于刑罚执行体系的前科消灭制度绝对保护前科者的权利是否合理等问题一直争论不休,这一定程度上影响了我国刑法对它的需求。晚近以来,随着我国社会治安的根本性好转,社会治理

中宽严相济的刑事政策日臻成熟,“厉而不严”的重刑化刑法开始向“严而不厉”的方向推进。不过,断言我国刑法已经对前科消灭制度产生了急迫性的整体需求为时尚早。不论是横向的域内外比较,还是纵向的历史比较,我国3年以上有期徒刑的(重罪)重罪犯在复归社会上都很难以说存在明显的劣势。同时,在我国刑法引入社区矫正制度前,为数众多的3年以下有期徒刑(轻罪)的轻罪犯因适用缓刑而在复归社会上欠缺实质性的障碍。此外,理论上关于前科消灭制度的探讨仍然未能形成一个较为统一的立场。因而,在我国刑法增设高发型微罪前对前科消灭制度产生急迫需求的是未成年人犯罪等极少数领域。

2. 犯罪记录封存制度的建立大大缓解了未成年人犯罪对前科消灭制度的需求。在我国刑事政策朝宽严相济的方向持续发展中,注重对犯罪的未成年人进行教育和挽救总体上是不曾动摇的基本立场。与对前科消灭制度整体上需求不足不同,我国刑法对在未成年人犯罪领域建立前科消灭制度一直有着急迫的需求。这不仅体现在理论上学者之间对建立未成年人前科消灭制度的基本立场较为一致和对该制度的核心内容争议不大,也体现在实践中自2003年以来河北、山东、上海、江苏、贵州等地纷纷采取颁发前科消灭证书、封存犯罪记录、限制公开犯罪污点等诸多措施积极探索和尝试未成年人前科消灭制度。可是,受前科消灭制度在我国整体上发展不利的拖累,我国至今未建立起未成年人前科消灭制度。不过,强大的现实需求最终推动了我国未成年人犯罪记录封存制度的建立。2012年3月14日,被修订的刑事诉讼法首次以立法的形式确立了未成年人犯罪记录封存制度。该法第275条规定:“犯罪的时候不满18周岁,被判处5年有期徒刑以下刑罚的,应当对相关犯罪记录予以封存。”此后,《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》等规范性文件对这一制度进行了细化。在性质上,犯罪记录封存制度不是前科消灭制度,我国的未成年人犯罪记录封存制度是一

种保密制度,它不同于注销犯罪记录并恢复因犯罪而失去的法定权利或资格的前科消灭制度,二者区别十分明显。在功效上,犯罪记录封存制度的建立大大缓解了未成年人犯罪的不利后果。比如,它能够有力地实现对犯罪的未成年人隐私权的保护。并且通过封存未成年人的犯罪记录可以削减、消除来自社会公众非规范性评价的不利后果,这有助于缓解或消除“标签效应”。但是,在目前的条件下未成年人犯罪记录封存制度尚无法真正达到消灭未成年人(犯罪)前科的效果。例如,人民检察院办理未成年人刑事案件的规定第64条和第65条分别规定了具体的查询和解除封存条件,一旦这些条件得到满足,未成年人的犯罪记录就无法被隐瞒或封存。同时,封存的犯罪记录只能是被判处5年以下有期徒刑的未成年人的犯罪记录,而不能是未成年人的一切犯罪记录。这预示着,在未成年人犯罪领域建立前科消灭制度对我国仍有价值。可以肯定的是,犯罪记录封存制度的建立大大降低了短时间内在我国建立前科消灭制度的需求。如果没有这一制度,犯罪附带性不利后果的消除要寄希望于前科消灭制度来实现。在此意义上,试图急速建立未成年人犯罪领域的前科消灭制度会面临不小的困难,而对犯罪记录封存制度进行完善以进一步发挥和提高其在缓解未成年人犯罪不利后果上的效果,才是首先的任务和接下来的发展方向。

3. 高发型微罪成为迫切需要建立前科消灭制度的新领域。在“醉驾入刑”后,近10年的时间早已累积出了的庞大醉酒型危险驾驶罪犯罪人群体。截至2020年12月31日中国裁判文书网上该年度的危险驾驶罪裁判文书约28.8万份(其中绝大多数是醉酒型危险驾驶罪),稳居我国刑法规定的诸罪之首。并且,这样的数据是在公安机关、检察机关、审判机关分别采取了不立案或撤销案件、不起诉和判决宣告无罪等措施的背景下取得的。这就是说,这些措施未能有效地阻止醉酒型危险驾驶罪犯罪人数的持续膨胀。如前所述,在我国,微罪会给行为人带来类似于轻罪和重罪的诸多附带性不利后果。数字庞大的

醉酒型危险驾驶罪犯罪人因承受这些不利后果却在“犯罪人”身份认同上存在困难,这造成了明显的犯罪标签量与质上的泛化问题,也造成了我国社会治安“总体安定”局面下社会治理的隐患。因而,在通过严控醉酒型危险驾驶罪的犯罪人数来消除高发型微罪的附带性不利后果基本行不通后就急需寻求新的方法来解决。对此,我们认为建立前科消灭制度才是解决问题的根本之道。有疑问的是,在我国已经确立了未成年人犯罪记录封存制度的背景下,能否通过扩大该制度的适用对象至高发型微罪犯罪人来有效解决高发型微罪的犯罪标签泛化问题?回答是否定的。的确,犯罪记录封存制度有缓解犯罪人因犯罪所带来的不利后果之效。但是,除了上文指出的该制度存在封存犯罪记录的有限性、特定条件下的不得隐瞒、解除封存等显性的缺陷外,该制度最大的隐性的缺陷在于不能根除犯罪标签及其泛化所带来的规范性歧视问题。造成这些缺陷的深层次根源在于,我国的犯罪记录封存制度与前科消灭制度有着如前所述的本质区别。即便对犯罪记录封存制度存在的显性的缺陷通过删除“被判处5年有期徒刑以下刑罚的”规定来扩大该制度适用范围,或者通过修改“‘前科’报告”“查询”“解除封存”等规定来克服,犯罪记录封存制度也难以升格为前科消灭制度。更何况迄今为止我国诸多法律法规等都将无犯罪前科作为职业的准入条件,对它们的修改不仅仅是一个法律问题,不少内容的修改更是一个政治问题,通过逐一的修改来全面改变这样的准入条件并不现实。其实,在未成年人前科消灭制度的实践探索中,不少实务部门对此有清醒的认识。例如,宁波市海曙区实务部门在之前的未成年人前科消灭制度探索中发现,对表现好的未成年犯罪人的犯罪记录进行封存,犯罪记录不会出现在个人档案中,但该未成年人未来仍然不能从事国家禁止有前科的人从事的职业,典型的是公务员、军人等。对于类似的问题早就有学者提出了批评,即被消灭前科的未成年人在长大后到检察院等机构求职,如果允许他担任检察官,则违反了检察官法等法律,如果不允许他担

任检察官,则“前科消灭”就丧失了它的积极功效。^⑬不难发现,犯罪记录封存制度之“短”,恰恰是前科消灭制度之“长”,前科消灭制度能够根本性地解决犯罪标签在量和质上的泛化问题。一言以蔽之,在我国未成年人犯罪领域建立了犯罪记录封存制度之后,随着高发型轻罪领域所存在的犯罪标签泛化问题的日益严峻,现实对能够实际解决问题且根本解决问题的前科消灭制度产生了客观的需求。并且,高发型微罪领域积累的犯罪人群数量越大,犯罪标签泛化问题引发的社会治理越棘手,这种需求越紧迫。相应地,高发型微罪领域成为迫切需要建立前科消灭制度的新领域。

(二)应围绕高发型微罪的犯罪标签泛化问题来构建前科消灭制度

由于我国刑法对前科消灭制度的迫切需求不是整体性而是局部性的,在未成年人犯罪记录封存制度建立后这种局部性的迫切需求集中在高发型微罪领域,因此,对于该领域内所需的前科消灭制度的构建就要充分结合该领域所要解决的突出问题来设置。具体而言:

1. 应在广义的前科概念上设置高发型微罪领域的前科消灭制度。在我国刑法理论上,前科不是一个内涵统一的概念。例如,第一种观点认为,前科是指犯罪人因犯罪行为而被科处了刑罚的事实^{[16](P.1341)};第二种观点认为,前科是指曾经被宣告犯有罪行或者被判处刑罚的事实^{[17](P.709)};第三种观点认为,前科是指曾受确定判决宣告有罪的事实,是否被科处刑罚以及刑罚是否被执行都不影响前科的成立^{[18](P.128)};第四种观点认为,前科是指历史上因违反法纪而受过处分的各种事实^{[19](P.367)};等等。在域外,前科的内涵也不尽一致。例如,在苏联,“前科,这是被法院认定犯有罪行并被判处某种具体刑罚方法的人的一种特殊法律状态。”^{[13](P.391)}在美国,“‘前科’是指不是现行犯罪组成部分的行为被认定有罪而作出的先前判决,无论是自动认罪、审判定罪,或者是不愿辩护但不承认有罪的抗辩表示。”^{[20](P.338-339)}在日本,其刑法第34条之2规定:“监禁以上之刑罚执行终了或免除执行者,经

过10年而未被判处罚金以上刑罚时,刑罚宣告丧失效力。罚金以下刑罚执行终了或免除执行者,经过5年而未被判处罚金以上刑罚时,亦同。受免除刑罚宣告者,在宣告确定后,经过2年而未被判处罚金以上刑罚时,免除刑罚之宣告丧失效力。”据此,日本刑法中的前科被认为仅以有罪宣告为内容。但是,前科的这些不同界定可以归纳成三种范围不同的前科概念,即狭义的前科概念、广义的前科概念和最广义的前科概念。狭义的前科概念围绕着罪和刑展开,它的成立既有罪的要求也有刑的考量,广义的前科概念围绕着罪展开而不涉及刑,而最广义的前科概念则不是一个刑法专属性的概念。

那么,我国究竟需要何种前科概念和前科消灭概念?笔者认为,我国刑法对前科消灭制度的迫切需求是局部性的而不是整体性的,且在未成年人犯罪领域建立起犯罪记录封存制度后高发型微罪领域才是迫切需要前科消灭制度来解决突出问题的领域,这会塑造出我国的前科概念和前科消灭制度的基本模样。申言之,如果前科消灭的法律后果要涵盖消除前科所引起的附带性不利后果,则在我国刑法增设高发型微罪后建立前科消灭制度的首要任务就是要消除微罪带给微罪行为人的不利后果,而能有效满足这一要求的只有广义的前科概念。狭义的前科概念涉及罪和刑两个方面,如将前科界定为行为人曾因实施犯罪而被判处刑罚且刑罚已执行完毕或赦免后在一定期间内的一种法律地位。前科能够反映行为人的身危险性,从防卫社会的角度来看,基于存在前科的理由而加/从重对行为人的惩处如果能够达到防卫社会的功效,则前科的外延越广,防卫社会的效果越好,在此意义上广义的前科概念更为妥当。但是,在缺乏前科消灭制度的条件下,前科的外延越小,行为人再次犯罪时因存在前科而遭受加/从重处罚的概率越小,这使得狭义的前科概念对行为人来说更为有利。我国刑法未规定前科,却规定了“前科”报告义务,而履行报告义务的条件是“依法受过刑事处罚”,该条实际上是采取了广义的前科概念的立场。由于我国迄今为止未建立前科消灭制度,

因此,对具有“前科”的行为人而言这是十分不利的。不过,我国刑法将一般累犯成立的“刑度”条件限制在前罪是“有期徒刑以上刑罚”,这相当于采取了狭义的前科概念,有利于保护行为人。可见,我国刑法在可能涉及“前科”的规定上所采取的立场并不统一。然而,一旦要在我国高发型微罪领域内建立前科消灭制度,则因前科消灭具有消除犯罪记录的功效而能阻止前科对行为人的加/从重惩处,广义的前科概念——前科仅指曾受法院判决宣告有罪的法律状态——在前科消灭制度建立后反倒更加有利于保护高发型微罪行为人的权益。值得注意的是,随着我国法治的持续推进,法院是定罪的惟一主体成了不可撼动的铁则,“被检察机关确定有罪但决定不起诉”^{〔17〕〔P.708〕}的情形早已成了历史的遗迹,因而,它与前科不再发生实质性联系。同时,前科这一概念应当具有刑法专属性,即我们对前科的界定确实要着眼于它的刑法意义,否则就会出现泛刑法化的弊端。总之,我们应当以广义的前科概念为基础来构建高发型微罪领域内的前科消灭制度。

2. 消除高发型微罪的犯罪标签泛化是设置前科消灭制度的关键性指标。晚近以来,对前科消灭制度形成急迫需求的是高发型微罪领域,该领域内日益严峻的犯罪标签泛化问题持续得不到有效解决,这构成了我国社会治理中的重大隐患。既然如此,我国前科消灭制度的构建就要仅仅围绕这一局部性领域内要解决的突出问题展开。据此,高发型微罪面临的犯罪标签量和质的泛化问题就会成为设置前科消灭制度的关键性指标。

就消除高发型微罪犯罪标签量的泛化而言,不同于削减高发型微罪案件数量来控制犯罪标签量的泛化问题,前科消灭制度通过注销犯罪人的犯罪记录能彻底“撕去”犯罪人被贴上的犯罪标签,这无疑能解决高发型微罪领域内现存的犯罪标签量的泛化问题。比较的看,尽管域内外有关前科消灭制度的具体内容主张不尽一致,如前科的范围大小不一,罪行轻重有别,考察期长短各异,但消灭前科的实质条件却相对统一。事实上,前科消灭制度公认的要义

就在于注销犯罪记录并恢复因犯罪而失去的法定的权利或资格,是注销犯罪记录与广义的“复权”的结合。其中,注销犯罪记录最直接的效果是让对高发型微罪行为人的规范性评价丧失评价对象。在这一点上,注销犯罪记录不同于封存犯罪记录。犯罪记录一旦被注销,与该犯罪记录对应的犯罪事实就被视为自始未发生,由此产生的犯罪人标签在法律上就会被消除。与此不尽一致,犯罪记录的封存能不能产生去除犯罪人标签的效果,取决于对犯罪记录封存性质的设定。如果封存犯罪记录是绝对的、彻底的封存,则在将犯罪记录作为被封存者的隐私权加以保护等条件下也能达到规范性地去除犯罪人标签的效果。此时,前科消灭制度的内容不过是被分散地确立了起来,不是以“前科消灭”之名进行而已。在我国,未成年人犯罪记录的封存侧重于保密,且这一保密是相对的、有限的,在特定条件下可以进行查询或解除封存。基于这一原因,实践中被封存了犯罪记录的未成年人不能从事国家禁止有前科人员从事的职业受到了批判。很明显,这实际上涉及后文所述的前科消灭制度中重要的恢复行为人因犯罪而失去的法定的权利或资格的内容。从注销犯罪记录的角度来看,我国的司法实践是有相关探索的。例如,2010年1月7日,山东省日照市东港区司法局、检察院、教育局、民政局等部门共同发布了《日照市东港区未成年人轻罪记录归零制度》,明确规定14-18周岁且被判处3年以下有期徒刑的初犯和偶犯的轻罪记录可以有条件地归零。^{〔18〕}这是值得肯定的有益做法,在高发型微罪领域内的前科消灭制度难以一步到位地建立起来时,可以参考这一做法,考虑先对该类犯罪人的微罪记录建立微罪记录注销(归零)制度。

就消除高发型微罪犯罪标签质的泛化而言,注销犯罪记录可以规范性地去除犯罪人标签,但犯罪标签泛化问题还涉及社会公众评价等非规范性的不利后果,这需要通过前科消灭制度中恢复行为人因犯罪而失去的法定的权利或资格的内容来解决。换句话说,前科消灭光有注销犯罪记录而无恢复因犯

罪而失去的法定的权利或资格是不够。例如,依据教师法第14条,因高空抛物罪被判处1年有期徒刑的行为人就会丧失教师资格,尽管前科消灭会产生注销行为人高空抛物罪这一评价对象的效力,但如果它不具有恢复因犯罪而失去的法定的权利或资格的话,那么行为人丧失教师资格后就彻底失去了再次进入教师队伍的可能性。恢复行为人因犯罪而失去的法定的权利或资格的过程,就是犯罪人转变成正常人的过程,也是根除犯罪标签质的泛化过程。对高发型微罪犯罪人来说,行为人的犯罪事实并非是造成社会公众非规范性评价不利后果的惟一来源,否则注销犯罪记录就能根除社会公众非规范性评价的不利后果。对犯罪事实之外的其他来源大部分可以通过法定的诉讼等途径进行救济,但对犯罪记录注销前就已传播的犯罪信息且犯罪后继续传播的信息,如果不配套措施进行处理,则消除高发型微罪犯罪标签质的泛化仍然难以实现。对此,可行的办法是将注销的犯罪记录纳入公民个人信息进行保护,任何个人擅自提供、出售等,轻则以民事侵权处理,重则以侵犯公民个人信息罪处理。值得注意的是,在域外,与这一内容还有关系的还有复权制度,其核心是对符合法定条件的犯罪人部分或全部恢复其法律上的权利的。但是,复权制度与前科消灭制度根本区别在于“复权的法律后果仅限于恢复犯罪人丧失的权利或资格,犯罪人受罪刑宣告的记录并不予以注销,犯罪人再犯罪的,可以构成累犯或者其他从重处罚情节”^[17](P.717)]。同样地,迄今为止的司法实践中一些做法值得关注。较为典型的是,饱受诟病的“前科消灭证明”“清白证明”等。的确,无论是仪式化的颁授过程,还是未来行为人出示这一证明文件的过程,都与去除犯罪标签及其不利后果实质性地抵触,因此,在高发型微罪前科消灭制度的构建中应予否定。

综上,高发型微罪领域内的前科消灭制度设定至少应满足以下条件:其一,前科消灭制度中的前科应采取广义的前科概念,即曾受法院判决宣告有罪的法律状态,至于该罪是否被判处刑罚以及是否被

执行在所不问。其二,前科消灭制度应由注销犯罪记录和恢复因犯罪而失去的法定的权利或资格两部分组成。其三,前科消灭制度的适用对象宜限于高发型微罪。高发型的具体标准可以结合接下来妨害安全驾驶罪和高空抛物罪的具体适用情况来设定,但醉酒型危险驾驶罪无疑属于高发型微罪。其四,对高发型微罪行为人适用前科消灭应设定必要的时间间隔,即在高发型微罪行为人有罪宣告、服刑完毕、被赦免后经过一定的时间才能适用。其五,前科消灭只能在法定的期限内具备法律规定的个人表现条件时才能适用。由于我国刑法业已引入了社区矫正制度,微罪犯罪人的社区矫正适用率总体上不低,因此,应在整个社区矫正期间和必要的时间间隔期限内设置应予遵守的义务来考察行为人的表现。同时,为了体现微罪的存在价值,时间间隔和应予遵守的义务宜从严设置。

注释:

①在我国,司法和学理上一般认为法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪是重罪,其他犯罪是轻罪。形式地看,1997年刑法第252条延续了1979年刑法第149条规定,对侵犯通信自由罪配置了“一年以下有期徒刑或者拘役”的刑罚,它是轻罪,也是微罪,但在危险驾驶行为入罪前,轻罪与微罪的区分并未引起广泛的关注。晚近以来,随着我国刑法参与社会治理力度的持续加大,在传统的违法犯罪二元体系基础上一些原本由行政法或其他规范调整的行为升格为犯罪,并配置了1年以下有期徒刑等刑罚,这实质上形成了有别于传统轻罪的微罪。尽管有学者提出以法定最高刑拘役作为轻罪和微罪的区分标准,但《刑法修正案(十一)》最终将与醉酒型危险驾驶罪具有同质性的高空抛物罪的法定最高刑由拘役提升为1年有期徒刑,因此,本文在法定最高刑1年以下有期徒刑的意义上使用微罪这一概念。

②对此,反对的意见认为我国应停止犯罪化的刑事立法。参见刘艳红:“我国应停止犯罪化的刑事立法”,载《法学》2011年第11期。

③王汉超:“醉驾入刑一年 五大难题待解”,载《人民日

报》2012年5月2日第5版。

④蔡长春:“‘醉驾入刑’紧箍咒降服‘马路杀手’”,载《法制日报》2020年5月7日第4版。

⑤郑镇林、裴国刚:“代替考试罪的认定”,载《人民法院报》2017年11月9日第6版。

⑥刘仁文、敦宁:“建议将治安拘留纳入刑法体系”,载《人民法院报》2019年7月18日第6版。

⑦ Frank Tannenbaum, *Crime and the community*, New York: Columbia University Press, 1938, p. 19.

⑧ Franklin P. Williams III & Marilyn McShane, *Criminological theory*, 2nd ed., Englewood cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1994, p. 142.

⑨这会引发刑法在安全治理和权利保障之间的紧张关系。参见刘艳红:“刑法理论因应时代发展需处理好五种关系”,载《东方法学》2020年第2期。

⑩邱伟:“最高法院副院长说法引热议 醉驾不是一律追究刑责?”,载《北京晚报》2011年5月11日第8版。

⑪邢世伟:“最高检:醉驾案证据充分一律起诉 不论情节轻重”,载《新京报》2011年5月24日第3版。

⑫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。

⑬王宪:“石家庄首尝未成年人前科消灭:撕掉‘犯罪人’标签”,载《21世纪经济报道》2003年12月16日第4版。

⑭何晖:“贵州山东两地试点未成年人前科消灭制度”,载《大河报》2010年4月23日第7版。

参考文献:

[1]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。

[2]赵秉志、商浩文:“论劳动教养制度的废止与刑法调整”,载《法律科学》2015年第3期。

[3]吴宗宪:《西方犯罪学史》(第4卷),中国人民公安大学出版社2010年版。

[4][意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟等译,中国大百科全书出版社1995年版。

[5]蔡巍:“‘醉驾’不起诉裁量权的适用及完善”,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期。

[6]房清侠:“前科消灭制度研究”,载《法学研究》2001年第4期。

[7]焦旭鹏:“回顾与展望:新中国刑法立法70年”,载《江西社会科学》2019年第12期。

[8]高铭喧、马克昌 主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版。

[9]梁云宝:《我国犯罪论体系的阶层化改造》,法律出版社2020年版。

[10]王沁、傅蕾:“无罪判决率趋低背后的司法痼疾及其治愈”,载贺荣 主编:《尊重司法规律与刑事法律适用研究》(下),人民法院出版社2016年版。

[11]何荣功:“我国轻罪立法的体系思考”,载《中外法学》2018年第5期。

[12]辽宁省沈阳市中级人民法院课题组:“醉驾案件审理中的法律问题”,载《人民司法》2018年第4期。

[13][苏]H.A. 别利亚耶夫、M.И. 科瓦廖夫 主编:《苏维埃刑法总论》,马改秀、张广贤 译,群众出版社1987年版。

[14]刘艳红:“刑法的根基与信仰”,载《法制与社会发展》2021年第2期。

[15]中国检察理论研究所、中国检察官协会 编:《“严打”中的法律与政策适用》,中国检察出版社2002年版。

[16]王启富、陶髦 主编:《法律辞海》,吉林人民出版社1998年版。

[17]马克昌 主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版。

[18]张甘妹:《刑事政策》,台北三民书局1979年版。

[19]喻伟 主编:《刑法学专题研究》,武汉大学出版社1992年版。

[20]美国量刑委员会 编:《美国量刑指南》,北大翻译组译,北京大学出版社1995年版。