

行政违法记录的法治纠偏与规范建构

赵 宏*

摘要:对应犯罪记录,违法记录是行政机关对当事人行政违法行为的客观记录,其在行政实践中发挥着作为量罚量刑基准以及进行特别预防的目的。但违法记录如何可被记载、其对个人未来的行为能力和资格担当会产生何种限制,立法缺乏明确规定;至于违法记录的属性确认,行政机关出现错登误登以及公安机关将违法与犯罪互相捆绑时,当事人又如何救济,司法裁判也并不统一。制度缺失和裁判的不统一直接导致行政违法记录的无序扩张和滥用,也对违法行为人产生了持续影响。上述问题都需要通过对违法行为记录适用的规范化予以纠偏。为破除对当事人持久的精神羞辱和制度歧视,立法也须逐步确立违法记录封存乃至消除的制度。

关键词:行政处罚 行政违法记录 保安处分 特别预防

一、问题的提出

有关刑罚附随性效果的讨论在刑法领域已持续相当长的时间,学术界也普遍认为我国刑罚的附随性效果太重,对于受刑人员,无论其所犯之罪是轻罪还是重罪,犯罪标签都会对其未来职业和生活产生严重影响,有时甚至还会影响其家人亲属。全国人大法工委于2023年发布的年度备案审查报告明确要求,取消针对涉罪重点人员的配偶、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的措施。^①该报告虽仅及于涉罪重点人员的亲属,但其从宪法基本权利保护出发所强调的“罪责自负”“无罪不罚”的理念,使冰冻已久的犯罪附随性效果被凿开缝隙。

与犯罪标签一样,行政违法记录同样会严重影响违法行为人的未来生活,甚至同样会影响其家人亲属。但犯罪记录至少还有《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》),最高

* 北京大学法学院研究员

^① 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2023年备案审查工作情况的报告——2023年12月26日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》, http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202312/t20231229_433996.html, 2024-08-14。

人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部2012年颁布的《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》(以下简称《意见》)以及公安部2021年印发的《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》(以下简称《规定》)等规范予以规制。我国的行政违法记录虽然大量存在,但是何种违法能被记录,记录会对个人的行为能力和资格产生何种影响,违法记录如果出现误登错登时个人如何寻求救济,个人可否要求行政机关彻底封存甚至消除上述记录,以避免记录所产生的复杂株连效果等问题,在法律上都几无依据可循。这就直接导致违法记录被滥用进而严重损害个人权利的情形在实践中一再发生。例如,2023年陕西省咸阳市某中学生在办理转学手续时,多次被校方以“班级人数超标”为由拒收,但其父联系教育部门后被告知,学校拒收的真实原因是该生在公安系统中留有交通违法记录。^①

咸阳市中学生违法记录案只是冰山一角。实践中因违法记录而终身背负劣迹标签,进而难以实现社会回归的人数众多。规范缺失和消除机制阙如也在很大程度上导致违法记录构成了对违法行为人持久的制度歧视。与犯罪记录相比,学术界对违法记录问题鲜有关注。既有的相关研究也主要集中于市场领域的信用惩戒和信用修复。但是,信用惩戒和信用修复在制度逻辑和运行规则上都与行政违法记录存在较大差异,因此也无法顺畅植入以治安管理为代表的行政领域。鉴于此,本文尝试对行政违法记录所涉及的核心问题,包括违法记录的适用范围与属性确定,记录内容与记录程序,其对当事人的权利影响与资格限定,违法记录的查询、证明、封存及消除等逐一进行探讨,希望由此提供系统构建和整体规范行政违法记录的基本框架,并对实践中行政违法记录的滥用和司法裁判的不统一予以纠偏。

二、行政违法记录的适用范围与属性确定

《规定》第2条规定,“本规定所称的犯罪记录,是指我国国家专门机关对犯罪人员的客观记载”。如果依照这一定义,行政违法记录就是行政机关对当事人违反行政法秩序的客观记载。广义上的违法记录既包含刑事犯罪也涵括行政违法,不少法律规范甚至将违法与犯罪并列。^②但鉴于我国法律对于违法与犯罪的明确区分以及不同评价,严格意义上的违法记录应仅指违反行政法秩序的记录。《意见》对犯罪信息的记录机关、记录方式和记录内容都予以明确规定。^③但行政违法记录如何能够被记载,又以何种方式记载以及具体的记载内容,目前仅零星出现于单行法规中,并无统一规定。这也直接导致司法裁判对违法记录属性认定的分歧。

(一)区别于信用惩戒的行政违法记录

^① 参见余晖:《14岁男孩转学被拒:家长发现孩子莫名有“案底”,交警承认录入错误》, <https://new.qq.com/rain/a/20230722A06FMI00>, 2024-03-11。

^② 例如,《中华人民共和国政府采购法实施条例》第19条第1款规定:“政府采购法第22条第1款第五项所称的重大违法记录,是指供应商因违法经营受到刑事处罚或者责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚。”此处的违法既包含犯罪也包含行政违法。

^③ 《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》第2条规定:“由公安机关、国家安全机关、人民检察院、司法行政机关分别建立有关记录信息库,并实现互联互通,待条件成熟后建立全国统一的犯罪信息库。犯罪人员信息登记机关录入的信息应当包括以下内容:犯罪人员的基本情况、检察机关(自诉人)和审判机关的名称、判决书编号、判决确定日期、罪名、所判处刑罚以及刑罚执行情况等。”

以“违法记录”为关键词检索法律规范和司法裁判文书会发现,明确要对违法情况予以记录的首先在道路交通管理领域。裁判文书网上大量出现的违法记录案也首先是交通违法案件。在此,由摄像头等交通技术监控设备捕捉到的交通违法行为会被摄录,进而再转递至交通管理综合业务平台中的非现场违法记录数据库,由此成为行政机关作出处罚决定的证据。^①

违法记录出现频率较高的另一领域是治安管理领域。在此,违法记录的记载和保存与治安管理处罚决定的制定有着平行关系。为确保治安决定的正确作出,公安机关在案件受理、立案、调查和决定作出过程中,都会保留文字或音频、视频资料备查。规定治安违法记录的法规首先是《公安业务档案管理办法》,该办法第2条明确规定,“公安档案是公安机关在依法对犯罪和犯罪嫌疑对象实施侦察、调查、拘留、逮捕、审讯和处罚,以及进行治安行政管理工作中形成的具有保存价值的专用文书材料”。而《公安派出所档案管理办法(试行)》第2条也指明,“公安派出所档案是指公安派出所治安行政管理、防范和打击处理违反犯罪活动中形成的具有保存价值的文字、图表、声像等材料,经立卷而成”;第7条专门规定了治安管理处罚卷的建立和留存,要求保留治安管理处罚裁决书和违法行为人等相关记录。除档案规定外,《公安机关办理行政案件程序规定》也将“公安机关应当记录在案”贯穿于公安机关办理行政案件的始终。^②

出现“违法记录”表述的还有《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》)和《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》)。《政府采购法》第22条规定,“供应商参加政府采购活动应当具备下列条件:……(五)参加政府采购活动前3年内,在经营活动中没有重大违法记录……”《环境保护法》第58条第1款规定,“对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼:……(二)专门从事环境保护公益活动连续5年以上且无违法记录”。除了上述领域出现违法记录的明确表述外,更多的行政违法记录以信用惩戒的方式出现。例如,2014年国务院发布的《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》提出,“依法建立政府采购供应商不良行为记录名单,对列入不良行为记录名单的供应商,在一定期限内禁止参加政府采购活动……”信用惩戒所针对的都是行为人在市场经营中的违法违约以及其他失范行为,违法记录或不良记录在此被作为替代传统行政监管手段的信用规制工具,并借由降低对违法行为人的市场信用评价来达到纠正其经营失范的目的。由此来看,尽管《政府采购法》《环境保护法》使用的是“违法记录”的表述,但其本质仍然是信用惩戒。

与信用惩戒相比,发生于道路交通领域尤其是治安管理领域中的违法记录并不涉及市场经营和交易信用,其目的也不在于借由降低市场评价以及连带其他惩戒对市场主体的经营失范予以纠偏。因此,这些行政违法记录既无法为现有的信用惩戒和修复制度所覆盖,也无法从信用惩戒制度中拼凑出违法记录被记载、查询、证明、封存甚至消除的完整图像。对违法记录的认识就只能溯源至散落于各个领域的零星规范,这也为违法记录的失范和滥用埋下了伏笔。

(二)行政违法记录的属性确定

道路交通和治安管理领域中的违法记录不能归入信用规制工具,这种信息记录的属性究竟是什么却未有定论。查阅裁判文书网发现,很多因违法记录而起的诉讼,争点都首先集中于此。

^① 参见浙江省高级人民法院(2020)浙行申811号行政裁定书。

^② 例如,《公安机关办理行政案件程序规定》第61条规定:“公安机关应当对报案、控告、举报、群众扭送或者违法嫌疑人投案分别作出下列处理,并将处理情况在接报案登记中注明……”

1. 案件裁判分歧

在“屈某某与公安部治安管理再审查”^①中,当事人屈某某在民警扫描身份证后被告知其有违法记录,遂要求北京市公安局取消其2009年至2012年6月30日间在北京市公安局登记记载的所有违法违禁黑名单,因其此前曾患有精神分裂,2012年才恢复记忆。该案一审判决却认为,违法记录“显系行政机关将行政执法过程中的信息予以记录的行为,并非对外发生法律效力对当事人设定权利义务的具体行政行为,对行政管理相对人的合法权益不产生实际影响”。与此类似的判断还出现在“郭某某与北京市西城分局信息公开二审案”^②中。该案中,当事人要求公开北京市公安局西城分局(以下简称西城分局)于2015年1月12日是否有记录郭某某违法行为的相关信息,法院同样认为,“郭某某向西城分局提出的公开2015年1月12日郭某某在北京市新华门地区是否有行政机关在履行行政管理职能过程中所制作或者获取的以一定形式记录保存的违法违规等信息的申请,不属于《中华人民共和国政府信息公开条例》确定的信息公开范围”。虽然法院在此案裁判中未明确该信息不属于政府信息公开范围的具体原因,但从法院引述《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第69条“行政行为对其合法权益明显不产生实际影响,已经立案的,应当裁定驳回起诉”来看,法院同样是将该信息仅视为行政执法过程的信息记述。而在另一起公安机关错误将第三人信息录入当事人公安系统案中,作为被告的公安机关也辩称,“这属于公安机关内部的程序性行为,不是针对第三人的处理决定,不具有可诉性”,^③对此当事人仅可通过公安系统内部的申诉予以矫正。

如果仅将违法记录作为内部程序记载,显然忽视了其在现实中对当事人权益产生的重要影响,而内部行为的属性认定也会使违法记录逃逸出法院的合法性评价和诉讼救济。与上述意见不同,实践中亦有裁判指出此类行为具有明确的外部化效果,因而对当事人的权利义务产生影响。例如,在“息烽县公安局与王某治安管理二审案”^④中,原告王某因与另一女子同名同姓,而被公安机关错将另一名女子的违法信息登记在其个人系统中,导致原告在申请网约车从业资格时未能通过最终审核。当事人请求公安机关确认登记错误且立即纠正。在该案中,二审法院就声明,“上诉人息烽县公安局在贵州公安案件系统上的登记信息是交通运输主管部门为被上诉人王某在办理网约车从业资格证过程中必须查询的政府信息。上诉人所发布的错误信息直接导致交通运输主管部门拒绝为被上诉人办理网约车从业资格证,该信息登记行为已经外化,并对被上诉人的合法权益造成了直接影响”,因此,“案涉信息登记行为属于行政诉讼的受案范围,上诉人主张该行为属内部程序性行为不能成立”。同样的结论也出现于“梁某某与福泉市公安局治安管理二审案”^⑤中,在该案中,当事人被单位要求出具无犯罪记录证明,结果到公安机关查询后发现,福泉市公安局将其身份信息录入为“有犯罪记录、参与黑社会”,当事人也因此被单位解聘。二审法院同样确认,本案中“福泉市公安局将梁某某人口身份信息录入‘有犯罪记录、参与黑社会性质、收保护费行为’,系公安人口信息登记管理行为,对上诉人的权利义务产生实际影响,依法

① 参见最高人民法院(2017)最高法行申7568号行政裁定书。

② 参见北京市高级人民法院(2020)京行申1264号行政裁定书。

③ 贵州省贵阳市中级人民法院(2020)黔01行终293号行政判决书。

④ 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2020)黔01行终293号行政判决书。

⑤ 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2020)黔27行终273号行政裁定书。

属于行政诉讼的受案范围,上诉人有权提起本案诉讼”。

据此,司法裁判对于违法记录属性的认定大致有两种立场:一种是将其归类为内部的信息记载;另一种则认为其会对当事人的权利义务产生确定影响,因此属于可诉的行政行为。

2.是否可被界定为行政机关的信息管理行为

有学者也将此类行为界定为行政机关的信息处理行为,并指出此类行为“与其说是与行政决定平行的新型行政行为,不如说是作为狭义行政行为前提与基础的前阶段行为……它本身不涉及任何实体性决定,对相对人造成的影响至少不是直接的实体性权利影响”。^①这种属性界定自然也是很多法院主张违法记录“不产生外部效力”,属于“过程性信息”的支持理由,但这种判断忽视了行政机关处理信息的阶段过程和不同类信息的复杂效果。

对于交通技术监控设备摄录的违章信息,因其必须结合其他证据才能作为处罚依据,故认定其属于行政执法过程中的信息并无不当。但在治安管理领域情况有所不同。如果违法信息仅存在于公安机关内部,不会对行为人产生任何外部的法效性,那么当然可归入内部过程性信息。但事实上,在治安管理领域,公安机关所记载的当事人的违法记录虽与治安管理处罚决定并行作出,却会产生独立于行政处罚决定之外的法律效果,其不仅会对当事人的入学、求职、考公、参军等活动产生确定性影响,而且会成为当事人能否受聘于某项职位、从事某类行为甚至是获得某种荣誉的前提。由此,治安处罚领域的违法记录既非单纯的个人信息,也不是行政过程性信息,其早已溢出治安管理处罚决定之外,成为会触发法定限制和社会评价的惩戒制度。而上述认为违法记录仅是信息记录的意见,本质上也是借助了行政法中事实行为/法律行为的二分,对信息记录和根据记录所作的决定再予以析分:将违法记录归入行政机关的信息处理或者内部信息,并认为其只是后续机关作出行为禁止、资格限定的考虑因素,其性质只是事实行为,而根据违法记录作出其他处分才属于行政行为。^②但这种看似条理清晰的处理:一方面,忽略了很多行为禁止、资格限定仅因违法记录存在就会自动发生,而无须借助其他具体决定;另一方面,将违法记录单纯归入事实行为,也很容易遮蔽这种记录内含的对违法行为人的特别预防目的,以及因此目的而产生的权利限制等连带效果。

公安部网页上将公安机关应申请为当事人出具相关证明的事项,即行政机关依法对行政相对人的法律事实进行甄别、给予证明并对外宣告的行为归类为行政确认。将其认定为行政确认:一方面,旨在说明违法记录虽依附于此前已经作出的处罚决定,但在处罚决定之外具有独立的法效果;另一方面,也说明此类行为确定地会对当事人的权利义务产生影响,属于行政诉讼受案范围,当事人可针对该违法记录证明单独提起诉讼。这种思路其实也将记载违法和出具证明进行了二阶划分。但仅将违法记录归入行政确认的问题在于,一旦公安机关为当事人出具违法犯罪记录证明,或者公安机关因当事人存在违法记录而拒绝为其出具无犯罪记录证明,进而导致当事人行为或资格受限时,当事人就仅能针对作为信息管理最终呈现载体的证明和确认提出异议,而无法追溯至前端的信息记录、查询、证明的整体过程,行政确认的属性认定此时就难以涵盖违法记录的复杂效果。

总之,在传统行政行为的类型框架下对违法记录进行阶段界分,并将其在观念上塑造为“记

^① 参见黄宇骁:《行政机关信息管理行为的司法规制》,《行政法学研究》2024年第3期。

^② 参见黄宇骁:《行政机关信息管理行为的司法规制》,《行政法学研究》2024年第3期。

录信息(事实行为)+行为禁止/资格限定的处罚(法律行为)”,或是“记录信息(事实行为)+出具证明(行政确认)”的多重组合,虽然可满足学理归类的需要,但是将违法记录这一复杂制度进行了简单的截断化处理,这种处理不仅使我们无法认识违法记录的整体运作机理,也为违法记录的系统规范和法律救济制造了障碍。

3. 治安违法记录能否被归入保安处分

既然传统的行政行为分类无法为治安违法记录提供明确的属性归类,那么或可将视线转向刑法寻找借镜。刑法理论中一般将包括犯罪记录在内的犯罪附随后果界定为保安处分。所谓保安处分,是指为了防止有社会危险性的犯罪人再犯而采取的包括剥夺自由、强制劳动、职业禁止、刑事没收、矫治教育、对精神病人的强制治疗、禁止令等一系列替代刑罚或者作为刑罚补充手段的强制性措施。^① 既然其目的在于防止犯罪行为将来再犯,保安处分也因此属于典型的特别预防手段。

在刑法上,保安处分的学理根基在于社会防卫论和人身危险性学说。对犯罪人员予以特别标记并在刑罚之外再对其权利或资格予以限制和剥夺的目的就是通过对有社会危险和再犯可能的犯罪人进行特别预防来达到社会防卫的目标。^② 但保安处分在刑法中一直声名不佳,其原因在于:一旦犯罪人的人身危险和再犯可能被过分夸大,保安处分就会被无节制滥用,以致有侵犯人权之虞。此外,保安处分中也内含社会防卫的公益与犯罪人的私利之间的张力,如果过度强调社会防卫的目标,甚至将预防作为刑罚的首要目的,保安处分就会蜕变为国家权力不当干预私人自由和个人权利的工具。基于这一原因,在保留保安处分的国家,不仅保安处分要受制于罪刑法定原则,即必须要有法律的明确规定,如最先适用保安处分并因此为刑罚擅断大开方便之门的意大利,在修正后的《意大利刑法典》中就规定,“对任何人不得适用非本法明文规定的保安处分,也不得在本法规定的情况以外适用保安处分”,而且保安处分的作出,“只有法官才有权宣布,且司法干预的同时要建立一种法定的诉讼程序”。^③

从会产生资格限定、行为禁止的法律效果,以及基于人身危险和再犯可能而对违法行为人予以特别预防的功能目的来看,公安机关对于当事人违反治安管理秩序的违法记录,与犯罪记录一样都属于保安处分。这一结论既可从我国治安管理处罚与刑罚的亲缘性中得出,也可从包括公安机关在内的国家机关对于违法和犯罪记录的一体性对待中证立。因我国对犯罪的认定采取“定量+定性”的方式,对于未构成犯罪却又需要加以制裁的行为,就由《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)来规范,由此在违法行为的打击上既形成违法/犯罪的二分,也构建起治安管理处罚和刑罚的紧密衔接。^④ 而《治安管理处罚法》第3章所列举的违反治安管理的行为中,与刑法条文重合的条文占该章条文总数的77.8%。这部分行政违法又常被称为“重违法”,以区别于仅在《治安管理处罚法》中出现、即使情节再重也不会构成犯罪的“轻违法”。这也说明,大部分应予治安管理处罚的行为其实都与犯罪行为在行为样态上一致或者类

① 参见刘夏:《保安处分视角下的职业禁止研究》,《政法论丛》2015年第6期。

② 参见罗翔:《犯罪附随性制裁制度的废除》,《政法论坛》2023年第5期。

③ [法]安赛尔:《新刑罚理论》,卢建平译,香港天地图书有限公司1990年版,第51~52页。

④ 这种衔接关系同样表现在《中华人民共和国治安管理处罚法》第2条:“扰乱公共秩序、妨害公共安全、侵犯人身权利、财产权利、妨害社会管理,具有社会危害性,依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚。”

似,只是在情节轻重方面有所不同。既然治安违法在性质上与犯罪具有亲缘性,就不难理解公安机关会认为有治安违法记录的当事人会与犯罪人一样具有人身危险性和再犯可能性,并对其予以特别标记。而大量针对违法前科者资格限定的法律规定和非规范性社会评价,也常将这两类行为并置处理。

但刑罚中的保安处分始终是针对犯罪人的惩戒手段,而治安管理处罚的制度设计虽与犯罪相似,但在我国“犯罪—违法”二分的格局下,治安违法行为毕竟不能被作为犯罪行为对待。两者间的复杂关联又可回溯至违警罚的除罪化。我国自清末民初起就将违警罚法与刑法单列,由此开启了违警罚的除罪化趋向,但与德国、日本不同,我国违警罚的除罪并不彻底。其突出表现是,直至2005年《治安管理处罚法》颁布,行政拘留一直都属于行政保留而非司法裁断的事项。^① 违警行为除罪未彻底化的结果就是:一方面,治安违法行为被施予和犯罪行为类似的规范对待和社会评价;另一方面,治安处罚决定却由公安机关自己作出,并无严格的司法程序保障。反映在违法记录问题上,其虽与犯罪记录本质意涵相同,也理应被归入保安处分并受司法约束,但这一制度脱逸于法律的严格约束之外,其作出与行政拘留一样,既无司法介入又无程序保障。由此来看,治安违法/犯罪的二元格局和紧密关联既使犯罪行为 and 应受治安处罚的行为被明确区分,又使两者共享很多治理逻辑。但鉴于违法记录与犯罪记录几乎同样的功能设定和法律效果,将违法记录同样归类为保安处分,也会使违法记录受到更多法治约束;相应地,犯罪记录同样对治安违法记录的规范构建具有指导意义。

三、行政违法记录的制度功能和现实影响

在法规范层面,行政违法记录常常会被作为量罚和量刑的参酌标准,但从其本质功能来看,行政违法记录又是一种典型的面向未来发生预防效果的评价机制,其作用也主要表现为特别预防,即通过对有人身危险性和再犯可能性的违法行为人予以特别标注,并对其资格和行为予以限制和剥夺,来达到社会防卫的目的。也因为承担着特别预防的功能,行政违法记录的法效果常常溢出规范之外,演变为社会性的负面评价。

(一) 行政处罚的量罚基准

行政违法记录在行政实务中的功能首先是作为行政决定的裁量基准,尤其是行政处罚的量罚基准。典型的如对再犯和累犯的加重处罚。《治安管理处罚法》第20条规定,“6个月内曾受过治安管理处罚的”,应从重处罚。而2023年发布的《治安管理处罚法(修订草案)》又将6个月延长至1年,同时在应受行政拘留处罚但符合特定情形不予执行的违法行为人中,增加了“1年内两次以上违反治安管理的,可以执行”的但书条款。^② 在交通违法的案件中,同样可以发现道路交通管理部门也会将当事人此前是否存在多次违法记录作为量罚基准。^③ 有学者评价说,《治

^① 参见王明喆:《治安管理行政处罚的正当性证成及制度完善》,《中国政法大学学报》2024年第1期。

^② 《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)(二审稿)》第23条规定:“违反治安管理行为人有下列情形之一,依照本法应当给予行政拘留处罚的,不执行行政拘留处罚……前款第1项、第2项、第3项规定的违法治安管理行为人,1年内2次以上违反治安管理的,可以执行行政拘留处罚。”

^③ 参见浙江省高级人民法院(2020)浙行申811号行政判决书。

安管理处罚法(修订草案)》将从重处罚的时间从6个月延长至1年,体现出“强化违法记录的预防作用”,即藉由“在一定期间内通过加强对违法行为人再犯的责任惩戒,督促其积极整改,防止新的违法乃至犯罪发生”的趋向。^①但在对预防目标的追求中也隐含着过度干预私权,以及将个体作为社会预防工具的危险,因此,任何基于预防目的的修法都需要在公益和私益之间仔细权衡。

(二)刑事制裁的酌定情节

除在行政处罚中作为法定的量罚基准外,治安违法记录在刑事制裁中也常被作为酌定甚至是法定的量罚情节,并借此来辅助刑法和刑事诉讼法的具体实施。

从刑事诉讼法中的批准逮捕决定、酌定不起诉决定,再到刑法的缓刑决定和假释决定等,基本都要依赖对行为人是否具有“再犯可能性”的评估,而治安违法记录又常会成为刑事司法机关作出上述决定的考虑基准和参酌依据。例如,2013年最高人民检察院出台的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第139条规定,“可能实施新的犯罪的,即犯罪嫌疑人多次作案、连续作案、流窜作案、其主观恶性、犯罪习性表明其可能实施新的犯罪……”2017年最高人民检察院和公安部联合出台的《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定(试行)》第5条明确规定,“可能实施新的犯罪”包括“……1年内曾因故意实施同类违法行为受到行政处罚的……”再如,如果被宣告缓刑的犯罪分子在缓刑考验期限内,违反法律、行政法规的规定,就会被撤销缓刑,执行原判刑罚。而此处的“违反法律、行政法规”在绝大部分情况下也都是出现了因违反《治安管理处罚法》而被处罚的情形。关于假释的规定和适用也与此类似。

除作为批准逮捕决定、酌定不起诉决定、缓刑和假释的参考基准外,在很多刑事立法中,多次治安违法记录甚至可成为犯罪成立的客观要件。例如,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第153条规定,“走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者1年内曾因走私被给予2次行政处罚后又走私的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金……”^②除《刑法》的直接规定外,很多司法解释也将行政处罚的事实作为定罪量刑的重要标准。例如,最高人民法院2016年颁布的《关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》第7条规定,对于“2年内曾因非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品受过行政处罚”的情形,将其成立毒品犯罪的入罪标准降低了50%。

(三)特别预防的制度功能

除了作为行政处罚的量罚基准和刑事制裁的酌定情节外,违法记录最重要的功能还在于特别预防。因为往往直接关联对违法当事人未来的资格和行为限制,违法记录就不只是对行为人已作出的违法行为的客观记录,还具有面向未来的预防性,而且区别于面向大众的一般性预防,违法记录是主要指向对违法行为人的特别预防,其适用逻辑就是通过限制和剥夺违法行为人未来的行为可能和资格条件,以避免其再犯给他人和社会造成的危险。

这种特别预防功能首先体现于,不少法律规范都明确规定,单位在招聘工作人员时,应向公安机关查询拟聘用人员是否有违法记录。例如,《中华人民共和国未成年人保护法》第62条就规定,“密切接触未成年人的单位招聘工作人员时,应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具

^① 参见余凌云、黄味:《违法记录消除的正当性基础》,《中国政法大学学报》2024年第1期。

^② 与此类似的还有《中华人民共和国刑法》第201条的规定。

有性侵害、虐待拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录”。与此相似,也有不少规范直接将“没有违法记录”作为岗位聘用条件。例如,《中华人民共和国证券投资基金法》第13条第1款第3项规定,“主要股东应当具有经营金融业务或者管理金融机构的良好业绩良好的财务状况和社会信誉,资产规模达到国务院规定的标准,最近3年没有违法记录”。^①除作为资格限定要件外,违法记录还会限制当事人的未来行为。例如,《治安管理处罚法》第24条规定,“因扰乱体育比赛秩序被处以拘留处罚的,可以同时责令其12个月内不得进入体育场馆观看同类比赛;违反规定进入体育场馆的,强行带离现场”。^②

在考公、参军甚至是公职人员内部晋升的政审环节,用人单位根据其内部规定也基本会查询当事人是否曾有违法记录,存在违法记录者大概率会受到区别对待。例如,公安部《公安机关录用人民警察政治考察工作办法》第15条就规定,“招录公安机关应当对考察对象及其家庭成员的个人基本信息、违法犯罪情况进行网上核查”。中共中央组织部《公务员录用考察办法(试行)》第7条也规定,“主要考察下列内容:……(六)遵纪守法。注重了解遵守法律法规和纪律规定、依法依规办事等情况”。而《征兵政治审查工作规定》第8条同样明确,“具有以下情形之一的公民,不得征集服现役:……(二)曾被刑事处罚、劳动教养、收容教育、行政拘留的……”

除以上有明确法律规定对有违法前科者的任职资格和行业进入予以限制外,很多本应属于契约自由、私人自治的领域,如私营企业的雇主、出租屋的房东等民事主体也会要求当事人提供无违法记录证明,甚至会因登记机关的疏漏或者默许而非法获取当事人的违法记录,由此对其进行规范外的社会评价。^③此外,还有很多地方政府通过规范性文件对有违法前科者在申请公共租赁住房、子女积分入学等方面予以限制。^④在裁判文书网上,大量有关违法记录的案件也都证明,违法记录除了会确定性地影响当事人的入学、就业、晋升外,甚至还会被作为能否担任小区业

① 将无违法记录作为岗位聘用条件的还有不少部门规章和规范性文件,如《事业单位公开招聘人员暂行规定》《关于对会计领域违法失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》《精神障碍社区康复服务资源共享与转介管理暂行办法》《宗教事务部分行政许可项目实施办法》《外国船舶检验机构在中国设立验船公司管理办法》等。

② 这个期限在《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)(二审稿)》第28条中被延长至1~3年,与前文提及的将加重处罚的时间延长至1年一样体现出强化特别预防的趋向。与此类似的规定还有国家发改委等部门联合印发的《关于对食品药品生产经营严重失信者开展联合惩戒的合作备忘录》,其中规定,曾受治安管理处罚的,“限制新网站开办,在申请经营性互联网信息服务时,将其失信信息作为审核相关许可的重要参考。对于经食品药品监管部门认定违规提供食品药品互联网信息服务的严重失信者,不得同意其备案或许可”。

③ 在“北京盛亿环保科技有限公司与姚某劳动争议案”中,公司以姚某不能提供无犯罪记录证明,且经查实有多达7次的治安拘留违法记录,不符合公司的劳务用工条件为由,拒绝继续雇用姚某。参见北京市第二中级人民法院(2022)京02民终11357号民事判决书。

④ 例如,2017年广州市住房保障办公室、广州市来穗人员服务管理局发布的《来穗务工人员申请承租市本级公共租赁住房实施细则》就规定,申请承租公共租赁住房必须符合如下要求,“申请人及共同申请的家庭成员没有犯罪记录及在申请之日前5年内没有公安机关作出的处以行政拘留、责令社区戒毒、强制隔离戒毒、收容教育、收容教养等治安违法记录”。

主委员会委员、^①是否有资格悬挂“退役军人家庭光荣牌”、^②是否具有参选和连任村干部的资格等前提条件。^③

四、行政违法记录的登记与查询

因为并无严格的程序规范,行政机关应如何收录违法信息、收录何类信息也都缺乏依据指引。实践中,行政机关因操作不规范而错登误登的现象时有发生,此时就会引发公众要求变更、删除和确认违法记录的问题。而公民在查询违法记录和要求行政机关出具相关证明时,也会因缺少明确规范而滋生大量纠纷。

(一)违法记录的错误登记

《意见》对犯罪人员信息库的建立、录入的信息内容甚至如何对犯罪信息予以录入都有相对严格的程序规定。^④但对违法记录如何登记并无明确规范,实践中很多有关行政违法记录的案例都与行政机关的错登误登有关。

除上文提及的将他人的违法信息录入原告的个人系统外,另一类典型的错登误登案例涉及违法记录的记载是否以正式生效的处罚决定为前提,对于不予处罚的案件,甚至只涉及公安机关调查程序的内部信息是否也要记载,并在用人单位查询时予以披露。出现这种情况时,当事人又可否要求公安机关予以删除。例如,在“马某与夏县公安局行政二审案”^⑤中,原告马某曾与他人就微信群的言论发生争议,后被举报称其影响他人声誉且造成恶劣影响,但在派出所传唤马某后,马某与举报人达成了调解协议。但派出所仍旧将其涉嫌扰乱公共秩序被出警调解的信息登记在公安警务信息综合应用平台。原告在诉讼中称,自己因此信息而无法入党。被错误登记的甚至还有行为人没有任何违法行为,也被公安机关确认为不予处罚的案件。例如,在“陆某与桂平市人民政府公安行政管理再审案”^⑥中,原告因经过一个路段时想要避雨遂进入一间游艺城,几分钟后治安大队以抓赌为由,强行将其扣押到派出所,第二天早上公安机关在核实清楚后解除对原告的羁押。但原告后因工作需要填写个人档案时,却从派出所获知其仍有违法记录,工作也

^① 例如,在“陈某与青羊区西御大厦第四届业主委员会名誉纠纷案”中,业主委员会根据《四川省业主大会和业主委员会指导规则》第39条第1款关于业主委员会成员应当“无不良信用记录”的规定,排除了具有违法记录的陈某的候选资格,同时在大厦公告栏张贴《关于候选人不符合条件的情况说明》,载明陈某具有信用问题。参见四川省成都市青羊区人民法院(2019)川0105民初15572号民事判决书。

^② 例如,在“罗钦柏、龙岩市新罗区退役军人事务局、龙岩市新罗区人民政府其他行政行为二审案”中,当事人就指出,因其被登记在《雁石退伍军人违法违纪名单》中,故福建省龙岩市新罗区人民政府拒绝为其上门悬挂退役军人家庭光荣牌。参见福建省龙岩市中级人民法院(2020)闽08行终30号行政裁定书。

^③ 例如,在“陈韩达与诸暨市公安局、绍兴市公安局公安行政管理案”中,原告就称被告曾向牌头镇党委出具了原告的政审通过证明,载明其无违法犯罪证明,使其得以连任村支书。参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2019)浙0602行初150号行政判决书。

^④ 《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》第2条第5项还明确规定:“负责登记和管理犯罪人员信息的部门及其工作人员应当认真登记、妥善管理犯罪人员信息。不按规定登记犯罪人员信息、提供查询服务,或者违反规定泄露犯罪人员信息,情节严重或者造成严重后果的,应当依法追究相关人员的责任。”

^⑤ 参见山西省运城市中级人民法院(2021)晋08行终57号行政裁定书。

^⑥ 参见广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂行申字第516号行政裁定书。

因此受到影响。

对于张冠李戴的错误登记,当事人当然可以要求公安机关予以删除。《公安机关办理行政案件程序规定》第77条也规定,“记录有误或者遗漏的,应当允许被询问人更正或者补充”。在前述“息烽县公安局与王某治安管理二审案”^①中,法院最终也判决确认被告将原告的个人信息登记为有犯罪记录的行为违法,并责令被告立即改正。但是,对于调解结案的治安纠纷,公安机关又对当事人进行违法信息登记的,当事人可否要求删除,法院的判决却并不一致。有的判决确认被告登记行为违法,并判令被告消除影响。在“马某与夏县公安局行政二审案”^②中,尽管该案同样是公安机关以调解方式结案,但法院却认为公安机关将原告涉嫌扰乱公共秩序的信息录入山西省公安警务信息综合应用平台的行为,属于作为行政机关履行记录职责的行为,对原告删除违法记录的请求不予支持。

《规定》第2条规定,“除人民法院生效裁判文书确认有罪外,其他情况均应当视为无罪。有关人员涉嫌犯罪,但人民法院尚未作出生效判决、裁定,或者人民检察院作出不起诉决定,或者办案单位撤销案件、撤回起诉、对其终止侦查的,属于无犯罪记录人员”。这一规定旨在严格限定犯罪记录的范围,避免其泛化造成的负面影响。上海市人民政府办公厅印发的《关于推行市场主体以专用信用报告替代有无违法记录证明的实施方案》同样规定,“除生效法律文书确认市场主体违法行为外,其他情况均应当视为无违法记录;市场主体行为已依法不予行政处罚的,不列入违法记录”。若以上述两项规定为鉴,公安机关的违法记录也须以生效的行政处罚决定书为前提,调解结案,甚至根本没有违法事实而只有出警记录和询问笔录的,更不应被作为当事人的违法行为予以记载,由此才能避免违法记录的泛化。

(二)行政违法记录的查询和证明

因很多规范都规定某些单位在招聘工作人员时,可向公安机关查询当事人是否有违法记录,当事人也常被要求向公安机关申请出具相关证明。由此,有关违法记录查询和公安机关的证明出具同样是这一领域中问题丛生的环节。

1.违法记录的查询

对于犯罪记录的查询,世界范围内大体有开放查询和限制查询两种模式:前者是犯罪记录数据向公众开放,普通公众都可自由获取自己和他人的犯罪记录信息;而后者则对查询主体予以限制,犯罪记录数据也仅向特定主体提供。这两种模式的背后是对犯罪信息究竟是属于公共信息还是属于公私兼备信息的不同认识。^③

尽管犯罪记录具有公共属性,对于某些特殊的犯罪信息,执法机关甚至有义务主动向社会公开,^④但犯罪记录又确属攸关个人名誉的个人隐私,如果罔顾犯罪人本身的隐私保护,而仅为公共防卫目的就向公众披露其犯罪信息,无疑不利于犯罪人的生活重建和社会回归。正因如此,《规定》第4条明确规定,可以查询犯罪记录的为犯罪人本人、用人单位以及行政机关。而对后两

^① 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2020)黔01行终293号行政裁定书。

^② 参见山西省运城市中级人民法院(2021)晋08行终57号行政裁定书。

^③ 参见高一飞、高建:《犯罪记录查询模式比较研究》,《西部法学评论》2013年第2期。

^④ 例如,从20世纪80年代开始,美国部分州开始颁布公开性犯罪者犯罪记录的相关规定。See J.J.Prescott and Janah E.Rockoff, Do Sex Offender Registration and Notification Laws Affect Criminal Behavior?, 54 The Journal of Law and Economics, 165(2011).

类查询主体,还对其查询权限进行限定,用人单位可查询本单位在职人员或者拟招录人员的犯罪记录,“但应符合法律、行政法规关于从业禁止的规定”;“行政机关实施行政许可、授予职业资格,公证处办理犯罪记录公证时,可以依法查询相关人员的犯罪记录”。由此来看,我国在犯罪记录查询问题上采取的也是限制查询的模式,其目的就是避免普遍开放导致对犯罪人的社会歧视。

以此为参照,为避免给违法行为人制造前科歧视和复归障碍,违法记录同样应当遵循限制查询的模式,可申请查询的主体应限定为违法行为人、用人单位和行政机关。对于单位查询犯罪记录,《规定》限定唯有法律、行政法规规定有从业禁止的,用人单位才被允许查询。但实践中,很多地方不仅对违法和犯罪记录查询进行了一体性规定,查询依据也早已突破“法律、行政法规关于从业禁止的规定”。例如,2010年《江苏省公安厅、江苏省司法厅关于规范办理有无违法犯罪记录证明有关事项的通知》第1条规定以“法律、法规、规章”为限;2017年《宁夏公安机关出具有无违法犯罪记录证明工作规定(试行)》附件第3条规定以“法律、法规、规章和省级以上党委、政府以及工作部门有关文件”为限;2019年《福建省公安派出所出具无犯罪记录证明工作规范(试行)》附件第6条则概略规定以“(对从业人员是否犯罪有)法定要求”为限。单位查询的目的主要是考虑是否聘用行为,因此可允许查询的依据范围也就直接关涉行为职业自由的受限范围。但是,目前我国行政领域对有违法前科者限制从业的法律规范层级不一,有的甚至只是规范性文件。以效力不一的法律规范对当事人的职业自由予以限制本就违背法律保留原则,也经不起基本权利限制的正当性检验。为避免这种对有违法前科者滥设限制从业处罚所导致的关联性后果,单位查询违法记录时仍应以法律、行政法规有限制从业的规定为限,而地方性法规、规章、规范性文件甚至是单位的内部章程都不可随意作为查询的理据,否则就会对违法行为人的职业自由造成严重伤害。由此延伸出的另一问题是,为限制违法记录可能产生的广泛负面社会评价,不仅违法记录的查询主体、查询依据要受到限制,对有违法前科者设定资格限定和权利剥夺的法律规范也要在形式和实质上经得起基本权利限制的正当性检验,对非法设定限制从业处罚的法律规范须及时进行清理。^①相应地,除用人单位外,行政机关查询违法记录也只能是为“实施行政许可、授予职业资格”等事由,其他主体则无权查询当事人的违法记录。

2. 违法记录的证明

查询又关联着证明。在出具证明环节,实践中一个较为突出的问题是,公安机关往往将犯罪记录与违法记录捆绑。很多时候当事人仅要求公安机关为其出具“无犯罪记录证明”,但公安机关在提供犯罪信息查询服务时,却常常采用“在我所辖区内生活期间未掌握其违法犯罪记录”或者“截至某年某月某日,未发现违法犯罪记录”之类的表述。而公安机关在查询得知当事人虽无犯罪记录却有违法记录后,也往往会为其出具“有违法犯罪记录证明”,或者虽然出具“无犯罪记录证明”,但仍旧在记录中备注其违法信息。

例如,在“宋某某与山阴县政府治安管理再审案”^②中,宋某某要求山西省山阴县公安局岱岳派出所(以下简称岱岳派出所)为其出具《无犯罪记录证明》。但岱岳派出所查询后发现宋某某虽无犯罪记录,但存在3次违法记录,故于2022年7月11日向其出具《有违法犯罪记录证明》。

^① 参见[德]福尔克尔·埃平、[德]塞巴斯蒂安·伦茨、[德]菲利普·莱德克:《基本权利》,张冬阳译,北京大学出版社2023年版,第177~179页。

^② 参见最高人民法院(2023)最高法行申1775号行政裁定书。

宋某某不服,在申请行政复议后又提起行政诉讼。本案在历经一审和二审判决后,原告均被驳回诉讼请求。在再审裁定中,最高人民法院最终认为:“岱岳派出所出具的涉案证明内容符合相关规定,但将标题写成‘有违法犯罪记录证明’不准确。据此,山阴县政府作出被诉行政复议决定,撤销岱岳派出所出具的涉案《有违法犯罪记录证明》并责令岱岳派出所重新出具‘违法犯罪记录证明’。对于宋某某要求的其他复议请求,山阴县政府认为不属于行政复议受理范围予以驳回,并无不当。一、二审判决驳回宋某某的诉讼请求亦无不当。”裁定中,“涉案证明内容符合相关规定,但将标题写成‘有违法犯罪记录证明’不准确”的表述说明,最高人民法院仍旧默许公安机关在出具《无犯罪记录证明》时,可以在证明中标注出申请人的违法记录,但这显然与当事人想要获得的证明相去甚远。

公安机关将违法与犯罪强行捆绑的原因在于,作为兼具治安管理和刑事侦查职能的机关,其往往倾向于认为,曾有违法经历和违法记录者的人身危险和再犯可能与犯罪人无异,为防患于未然,就有必要对用人单位予以提示。但如果对相关法律予以严格解释,这种“多此一举”的做法早已逾越法律授权,也会导致当事人的违法事实被不当披露。直接对公安机关出具犯罪记录进行规定的是公安部2021年印发的《规定》。根据《规定》第9条,对于个人查询,公安机关如“未发现申请人有犯罪记录的,应当出具《无犯罪记录证明》;发现申请人有犯罪记录,应当出具《不予出具无犯罪记录证明通知书》”。由此来看,若无犯罪记录的,公安机关就有义务为当事人出具《无犯罪记录证明》;反之,则应为其出具《不予出具无犯罪记录证明通知书》。《规定》在此处并未授权公安机关可出具《有违法犯罪记录证明》或者虽出具《无犯罪记录证明》却在备注中说明其有违法记录。公安机关超出授权范围的另一证明是公安部提供的相关格式文本。^①无论是公安部网页上提供的《无犯罪记录证明》还是《不予出具无犯罪记录证明通知书》,并未给公安机关备注申请人的违法记录提供空间。而溢出《规定》所许可的证明类型之外,在为申请人出具《有违法犯罪记录证明》或《无犯罪记录证明》时备注说明其有违法记录,本质上都违法披露了申请人的个人隐私,进而会对其入学、参军、求职、晋升等事项产生严重影响。

五、行政违法记录的封存与消除

除错登误登案件外,很多案件中当事人所要求的都是违法记录的最终消除,由此彻底排除违法标签给自己带来的后续影响,但此类诉讼往往并不成功。而违法记录的封存和消除也与前科消灭一样成为这一领域的核心难题。

(一) 司法裁判的基本立场

在“屈某某与公安部治安管理再审案”中,屈某某要求公安部删除其2009年至2012年6月30日间在北京市公安局登记记载的所有违法违禁黑名单。但法院在再审裁定中指出,再审申请

^① 公安部网页上提供的《无犯罪记录证明》的格式文本为:“经查,被查询人:×××,国籍:××,证件名称:×××,证件号码:××××××××××,(在××××年××月××日至××××年××月××日期间),未发现违法犯罪记录(或未发现×××罪名的犯罪记录)。”《不予出具无犯罪记录证明通知书》的内容,也只是要载明:“经查,被查询人×××,国籍:××,证件名称:×××,证件号码:××××××××××,(在××××年××月××日至××××年××月××日期间),因有犯罪记录(×年×月,因×罪名被×××人民法院判处×刑罚),不予出具无犯罪记录证明。”参见 <https://www.mps.gov.cn/n6557558/c8290845/content.html>,2024-08-13。

人“并未提供证据证实存在‘2009年至2012年6月30日在北京市禁止去的地方’,亦未提交证据证实存在其所称的‘违法黑名单’,其申请行政复议的具体行政行为是否作出不明,其请求依法不属于行政复议的范围”。但根据案件事实部分的陈述,原告屈某某是在民警检查扫描其身份证时被告知有违法记录,屈某某在主张消除违法记录时却面临无法举证证明该违法记录存在的困难。^①与此类似,在“熊某某与常德市公安局武陵分局行政赔偿案”^②中,被告虽已删除有关原告涉嫌吸毒的错误违法登记,但原告仍然面临用人单位因所获信息不聘请、不录用的困境,面对原告的赔偿请求,被告辩称,“用人单位所获信息不是被告提供,有关单位不聘请、不录用的行为与被告无关,且根据《禁毒法》规定,即使原告真的吸毒,亦有工作的权利,如果在求职中被告知有过吸毒行为,原告可以起诉该单位侵犯原告个人隐私”。在此,原告不仅存在无法举证证明派出所曾将其违法信息发布在政府网站的困难,也面临无法举证证明用人单位拒绝接收是因为该违法记录所致的困境。

即使当事人通过公安机关的答复可证明其在公安系统中的确有违法记录,但其主张删除时,如果法院经审查认为当事人的违法事实存在,公安机关此前的处罚决定也并无不当,同样不会支持当事人要求删除违法记录的诉讼请求。例如,在“卢某某与内蒙古自治区土默特右旗公安局、内蒙古自治区包头市公安局行政复议再审查”^③中,针对原告要求删除违法记录的请求,法院认为:“被告土旗公安局的处罚决定并无不妥之处……原告卢某某要求确认《行政处罚决定书》违法,撤销《行政处罚决定书》《行政复议决定书》,删除违法记录,赔礼道歉;要求被告赔偿经济损失、精神抚慰金及承担本案诉讼费用的诉讼请求,没有事实根据和法律依据,其请求不予考虑,应当予以驳回”。

(二)违法记录消除的法理证立

违法记录的功能除作为行政处罚的量罚基准和刑事制裁决定的酌定情节外,还包括特别预防。因违法记录而引发的资格限定、行为约束和规范评价,则是这种特别预防效果的外化。但特别预防并非没有边界,对特别预防的限制恰恰就是违法记录消除的证立事由。

1. 特别预防的边界

违法记录被赋予特别预防功能的理由就在于,立法者和社会都倾向于认为,有违法记录者与有犯罪前科者一样,具有更高的人身危险和更大的再犯可能,剥夺其未来的某种行为资格,就是为了避免其再犯给社会造成的危险。虽然特别预防是为了实现社会防卫的整体目标,但是隐含

^① 与此类似的还有“管某某与青岛市公安局黄岛分局藏南镇派出所公安行政管理再审查”。该案中,原告管某某认为青岛市公安局黄岛分局藏南镇派出所在未通知管某某的情况下将其“威胁人身安全”的信息上传至公安网站,导致管某某不能到公交单位应聘,该信息存在还将对管某某的子女当兵、入党、考学等产生影响。但公安机关在答辩时同样认为,该违法记录“对管某某的合法权益明显不产生实际影响。管某某认为其未能到交运集团、青岛燕园培训中心工作,系因青岛市公安局黄岛分局藏南镇派出所发布的‘威胁人身安全’信息,但青岛市公安局黄岛分局藏南镇派出所并未向上述两单位公开该信息,只是提供了管某某30余次交通违法行为的证明。管某某提交的谈话录音及文字整理材料证实其因‘政审不合格’未能被录取,但政审不合格的原因是否为青岛市公安局黄岛分局藏南镇派出所的工作记录中记载了‘威胁人身安全’的信息,管某某未能提供证据证实”。参见山东省高级人民法院(2017)鲁行申246号行政裁定书。

^② 参见湖南省常德市鼎城区人民法院(2019)湘0703行初189号行政判决书。

^③ 参见内蒙古自治区高级人民法院(2019)内行申319号行政裁定书。

如下法治问题。

第一,特别预防只因行为人的违法前科就对其未来权益进行剥夺和限制,属于基于过去预测未来,且用当事人曾经的错误来臆测行为人未来的违法可能,本质是对行为人进行有罪推定。若不以严格的责任主义为限,就会造成对违法行为人过度惩罚的不当后果。

第二,特别预防理论建立在对违法行为人的人身危险性和再犯可能性的评估基础上。人们通常会认为,已有的违法行为会标示出当事人的人身危险,使公权机关可对其予以特别盯防;相应地,违法经历也会让违法行为人突破人格羁绊和道德约束,甚至会消解对惩罚的恐惧,再犯也更加轻易。这一点可由相关数据予以佐证,很多刑事社会学的调查都证实,有前科者的再犯率的确要远高于一般人。但对当事人的人身危险性和再犯可能性的风险评估是“兼具认知和规范、描述和评价、科学和政治、交流和程序维度”的过程,^①因同时涉及所影响到的公益、可能影响的行为人的范围与规模、危险现实化的客观概率、危险后果的可控性等多种因素,故并不容易被理性作出。而实践中,因为过度追求风险防控,违法行为人的人身危险和再犯可能会被过度夸大,特别预防就可能沦为倾轧个人权利的口实。^②

第三,在禁止有违法记录者从事某类职业的规定中,包含着维护特定职业尊严和荣誉的考虑。例如,尽管《中华人民共和国公务员法》第26条仅将“曾因犯罪受过刑事处罚”的人排除在公务员录用范围之外,但在政审环节中,有无违法记录也成为考察的必要事项。其隐含理由是,公务员代表国家形象,必须择优录取,有过违法犯罪前科者有可能玷污公职的纯洁性,也不利于政府树立公信力。但这种隐含事由中包含对职业的区分对待,其本质就是将特定职位视为特权岗位,因此与现代法治所强调的职业平等并不相符。

第四,违法记录预防功能的作用发挥还体现为,除直接限制其从业或任职外,违法记录作为劣迹标签会对违法行为人产生远超出行政处罚之外的威慑效果,因为这种株连性效果更难消除,所以一般公众在实施违法行为前会顾及可能的违法标签而放弃违法行为。所谓“小过不生,大罪不至”,即对轻罪施以重刑,由此来防止人们违法犯罪。但这种观念不仅在很多时候都无法达成所欲追求的治理效果,本质上也是重刑重罚主义的延续和体现,为现代法治所反对。

第五,违法与犯罪本质并不相同,既然国家已将违反治安管理的行为予以除罪化,法规范就不能再将违法行为人与犯罪行为作一体对待,并认为他们具有相同的人身危险性和再犯可能性,因为溢出规范之外的负面社会评价也往往受规范本身所影响和塑造。事实上,相比犯罪行为,违法行为人的人身危险性和社会危害性显然更低,而其再犯可能很多时候没有如犯罪再犯率一样的数据予以佐证。此时再让行为人仅因纯粹的行政违法就在未来受到就业歧视和社会嫌恶,甚至殃及其家人亲属,就违背了过罚相当的法治原则。

据此,违法记录虽可发挥一定的特别预防功能,但这种功能发挥应与违法行为人的私权保护互相平衡。如果过度追求预防效果,过度强调对违法行为人的劣迹标注,个人就可能沦为秩序改进的客体。而为避免违法记录对个人造成持久的精神压制和社会歧视,如果行为人从其人身危险和再犯可能来看,已不具有特别预防的必要,甚至其违法记录也不再具有作为行政处罚量罚基

^① 参见[德]格哈德·班塞:《风险研究的缘由和目标》,陈霄、刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第33页。

^② 参见罗翔:《犯罪附随性制裁制度的废除》,《政法论坛》2023年第5期。

准和刑事制裁决定酌定情节的价值时,就应当将违法记录彻底消除。例如,鉴于《治安管理处罚法(修订草案)》将加重处罚的时间确定为1年,以及在应受行政拘留处罚但符合特定情形依法不予执行的违法行为的但书部分,同样补充规定“1年内两次以上违反治安管理的,可以执行”,^①那么为平衡作为量罚基准和消除违法记录株连效果的矛盾,只要违法行为人在1年内未再受治安处罚,其违法记录原则上就应被删除。^②至于作为刑事制裁酌定情节的违法记录,也可参考刑法、刑事诉讼法的相关规定,确定违法记录最终被删除的时间。

2. 个人信息的删除权

违法记录消除的正当性除源自对特别预防观念的限制外,还立足于个人对其信息的删除权。将个人信息予以删除是防止侵害、消除危险的重要方式。《中华人民共和国个人信息保护法》也已将此权利作为个人信息权的重要构成内容。该法第47条规定,“有下列情形之一的,个人信息处理者应当主动删除个人信息;个人信息处理者未删除的,个人有权请求删除:(一)处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要……(四)个人信息处理者违反法律、行政法规或者违反约定处理个人信息;(五)法律、行政法规规定的其他情形”。这种删除权既可针对私人主体,也可针对国家机关。在数字化时代,删除权和被遗忘权被认为是个人对抗信息与数字技术为其打上“永恒烙印”的工具、免受数字监禁和历史记忆的最重要方式之一,这种方式对于违法记录而言也同样适用。从实施效果来看,彻底删除个人违法信息,除可避免违法行为人终身背负违法标签以及遭遇规范评价之外的隐形歧视外,还可避免违法记录因保存不当被泄露所导致的风险。

将违法信息予以删除的规定也早已出现在《征信业管理条例》中。该条例第16条第1款规定,“征信机构对个人不良信息的保存期限,自不良行为或者事件终止之日起为5年;超过5年的,应当予以删除”。从信用惩戒制度来看,在一段时间内,因为过分倚重信用惩戒,又缺乏相应的配套救济,信用惩戒同样出现被误用和滥用的情形,但自2016年国务院发布《建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度 加快推进社会诚信建设的指导意见》,以及2017年国家发展改革委联合中国人民银行发布《关于加强和规范守信联合激励和失信惩戒对象名单管理工作的指导意见》后,国家层面的信用修复制度已经初步建立。^③由此,信用修复的具体制度也可为违法记录的消除提供参考。

(三)从未成年人违法记录封存到违法记录消除

因为认识到刑罚附随后果过重,刑法已开始调试修改。2011年《中华人民共和国刑法修正案(八)》免除了未成年人的前科报告义务,2012修订后的《刑事诉讼法》确立了未成年人轻罪记录封存制度,而《意见》也重申并发展了未成年人犯罪记录封存的精神和范围,并将信息登记机关对外开放犯罪记录查询的事项和条件严格限定在法律法规规定的权限内。党的二十届三中全会

^① 《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)(二审稿)》第83条还在有关吸毒人员的罚则中增加“可以同时责令其6个月至1年内不得进入娱乐场所、不得擅自接触涉及毒品违法犯罪人员”的惩戒,此处的最长期限也是1年。

^② 《中华人民共和国治安管理处罚法(修订草案)(二审稿)》第28条将现行法第24条中“因扰乱体育比赛秩序被处以拘留处罚的,可以同时责令其12个月内不得进入”的禁止观赛限制延长至“1至3年内不得进入”。这类违法行为人的违法记录保存时间也可根据其处罚决定予以个案裁量。

^③ 参见连阳光:《信用修复机制的实践误区及法治纠偏》,《东方法学》2023年第4期。

作出的《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》提出“建立轻微犯罪记录封存制度”。在学理上,也有很多刑法学者提出,对诸如醉酒驾驶这种轻罪,可以设立附条件的记录清除制度,即当事人在刑罚结束几年内未再犯的,记录就可以彻底消除。^① 刑法领域对于消除犯罪记录的努力虽与现代法治要求尚有距离,但至少已走在解决问题的道路上。

与《刑事诉讼法》的规定一致,此次的《治安管理处罚法(修订草案)(二审稿)》第135条同样明确了未成年人违法记录的封存,“对违反治安管理时不满18周岁的人,违反治安管理的记录应当予以封存,不得向任何单位和个人提供”。未成年人的违法记录封存可以说是违法记录最终清除的有益探索。与彻底消除不同,所谓封存是通过控制和限缩违法记录的查询机制,尤其是对超出合理范围和合理期间的违法记录,通过禁止查询、披露和使用,来间接达到前科消灭的效果。也有学者主张考虑犯罪是否属于从业禁止类犯罪、是否属于免刑以及当事人是否顺利度过缓刑期限等情形,而对其犯罪记录进行动态封存。^② 总之,与犯罪记录一样,在未确立违法记录消除制度之前,封存可作为消除的替代,并在一定程度上限制其负面影响。

《治安管理处罚法(修订草案)(二审稿)》对违法记录封存制度的引入虽值得肯定,但在条文表述和适用范围上也存在局限。首先,从条文表述来看,即使法律规定未成年人的违法记录要予以封存,但第135条仍旧允许“监察机关、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”,这一规定虽然参考了《刑事诉讼法》的规定,但是未区分违法与犯罪,在实践中有被不当扩大的危险。^③ 其次,从适用范围看,本条也仅限于违法时不满18周岁的人,而其他的违法行为人仍旧可能终身背负违法标签。此外,封存的本质只是限制查询,违法记录也因此有再被披露的风险和可能。为违法前科者的人格尊严和社会复归考虑,若再无特别预防的必要,彻底消除而非封存才是更符合法治精神的选择。由此,从未成年人违法记录的封存到可适用于所有人的违法记录的删除,行政领域中的前科消灭任重道远。

六、结 语

根据国家统计局的数据显示,2019—2022年,全国公安机关查处治安案件共计3247万件,5年来平均每年812万件起,^④这是一个庞大的数字。这一数字近年来还在不断攀升,这虽然与处罚圈的扩大有关,但是也意味着,已经有越来越多的人存在违法记录。

在依据缺失、裁判不统一的背景下,违法记录的无序扩张和被滥用的风险逐渐凸显,必须以法治纠偏和规范构建。这种规范建构不仅包括要建立相对完善的违法信息数据库,明确可记载上传的违法信息类型和内容;还涉及构建以限制查询为原则的查询规则,清理恣意滥设的对有违法前科者予以限制从业等处罚和惩戒的行政法规;以及在违法记录的特别预防功能与作为量罚和量刑基准的现实作用不复存在后,逐步确立从局部封存到彻底消除的违法前科消灭制度。

^① 参见张明楷:《轻罪立法的推进与附随后果的变更》,《比较法研究》2023年第4期。

^② 参见夏朗:《论轻罪时代的前科淡化:对犯罪信息获知途径的限缩》,《政法论坛》2023年第5期。

^③ 例如,此处的“有关单位”和“国家规定”就语焉不详,实践中很有可能成为私主体随意调取未成年人违法记录的依据。

^④ 参见 <https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>, 2024-09-09。

全链条的违法记录规范构建只是实现违法前科消灭效果的制度切面,这一问题本质上仍旧关涉现代国家风险预防与人权保障之间的平衡。违法记录示范背后所反映的,是基于特别预防的考虑而对当事人未来违法风险的过度预防。但过度预防又总与重刑重罚相互依傍,并会最终导致个人权利保护弱化的风险。因此,对违法记录示范予以纠偏的核心,仍旧在于对过度预防的克服和警醒。

法律的最终目标是打破偏见、克服歧视,而不是通过设置制度性藩篱强化偏见和制造歧视。法治的核心也在于维护每个人的尊严,这其中同样包含违法犯罪者的尊严。因此,防止过度惩罚报复,不将个人作为纯粹的预防和威慑工具,也不株连无辜者,都是现代法治应当谨守的诫命。既然我们已经迈入从身份到契约的社会,就不应再通过为违法犯罪的行为人贴上标签来进行身份识别,进而造成不当的歧视。

Abstract: In contrast to criminal record, the offence record is an objective record by an administrative organ of an administrative offence committed by the person concerned, which serves as a benchmark for the imposition of penalties and sentences in administrative practice, as well as for special preventive purposes. However, how the record of violation of law can be recorded, and what kind of restriction it will have on the individual's future ability to act and qualification to take up, so far there is a lack of clear provisions; as to the attribute of the record of violation of law, the administrative organs have mistakenly registered wrongly and the public security organs will be the violation of law and the crime of each other bundled with the party and how to relief, the judicial decision is also not uniform. The lack of system and mixed judicial decisions also directly lead to the disorderly expansion and arbitrary abuse of administrative offence records, which has a continuous impact on the person of the offence. All of the above problems need to be corrected through the standardized construction of illegal records. Legislation should progressively establish a system for the sealing and elimination of illegal records to dismantle the enduring spiritual humiliation and systemic discrimination against the person concerned.

Key Words: administrative penalty, record of offence, security sanction, special precautionary

责任编辑 谭冰霖