

轻罪制裁的预防化及其制度供给

敦 宁*

摘要:随着犯罪结构变化和轻罪数量的不断增长,轻罪制裁须实现预防化的理念和制度转型。其中,重点是解决制度供给不足的问题。在轻罪分流制裁的预防化方面,为扩大不起诉分流并实现特殊预防效果,应当对行刑反向衔接制度进行系统完善,并针对成年人犯罪和未成年人犯罪建构二元化附条件不起诉制度。在轻罪刑事制裁的预防化方面,应当立足我国的轻罪范围推进制裁方法的非监禁化。为此,不仅应增设“震慑缓刑”、社区服务刑、管制刑执行易科等刑罚制度,也需增加治疗性、惩戒性、监控性的保安处分措施。在轻罪附随性制裁的预防化方面,应当对前科后果的再犯预防功能进行辩证思考,并寻求危险防范与权利保障的平衡,进而实现最佳的预防效果。对此,合理做法是根据轻罪犯的刑罚判处情况,建构类型化的前科消灭制度。

关键词:轻罪 分流制裁 刑事制裁 附随性制裁 预防化

近年来,随着刑事立法不断增设轻罪,我国的刑事犯罪结构发生显著变化,表现为重罪数量大幅下降,轻罪数量大幅上升。^① 据统计,被判处3年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件人数占比已经从1999年的54.4%上升至2023年的82.3%。^② 然而,我国主要面向重罪所建构的刑事制裁体系并未发生根本性变化,即仍然强调对犯罪的报应性惩罚,如注重起诉法定以实现刑事制裁,以监禁刑或死刑为主导,几乎为所有犯罪均设置严格的前科后果等。在这种不区分重罪与轻罪的报应制裁模式下,尽管国家投入大量的司法资源,但犯罪预防效果并不理想。例如,受犯罪“标签”效应和短期监禁刑负面效果等因素的影响,近年来轻罪犯的重新犯罪率呈现逐步上升趋势。^③ 为了解决这一问题,学界一直在倡导构建宽缓化的轻罪制裁体系,如扩大适用不起诉、扩大适用非监禁刑或定罪免刑、建立轻罪前科消灭制度等。从刑事政策层面来讲,“重罪从严、轻罪

* 大连海事大学法学院教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(19BFX068)

① 本文采取司法意义上的轻罪概念,将宣告刑在3年有期徒刑以下或者可能判处此类刑罚的犯罪视为轻罪。

② 参见《刑事检察工作白皮书(2023)》, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648173.shtml, 2025-04-20。

③ 参见曾贇:《轻罪善治的中国方案》,《法律科学》(西北政法大学学报)2024年第5期。

从宽”本是无可厚非的,但需要注意的是,对轻罪的制裁不能“为宽缓而宽缓”,还应确保实现相应的特殊预防效果。否则,随着重新犯罪率的不断上升,宽缓化的治理政策也将归于无效。有鉴于此,相较于对重罪的报应性惩罚,在轻罪制裁方面实现预防化的理念和制度转型,^①才是合理的政策选择。

一、轻罪制裁理念的预防化及其实现机制

在刑事制裁(刑罚)观念上,一直存在报应主义与预防主义两种理论。前者注重发挥对犯罪的刑罚威慑效应,后者主张对犯罪采取多元化的制裁方式以实现再犯预防效果。如今,绝对的报应主义和绝对的预防主义已退出历史舞台,兼具报应和预防的并合主义成为刑事制裁理论的主流。不过,并合主义不是对报应和预防的机械组合,而是主张以一种理论的优点弥补另一种理论的缺陷,并且针对不同的犯罪群体发挥对应的制裁功能。^②由此,对于重罪和轻罪,在刑事制裁的主导理念和制度设计上应当有所区分。

(一)轻罪制裁报应性理念的实践悖论

刑事制裁中的报应主义是古典学派的刑罚思想,其核心是将刑罚作为对犯罪的“回应”,目的是恢复被犯罪所破坏的社会正义。尽管古典学派的报应论者也并不完全排斥刑罚的预防目的,但在其看来,刑法预防的效果是建立在刑罚的强制、剥夺和威慑功能之上的,即对犯罪人进行身体强制,并对其他人形成心理威慑,从而实现特殊预防和一般预防效果。^③在古典报应主义的观点里,预防效果是伴随报应刑的适用而自然生成的,无须在制裁方式上进行特别的制度设计。

报应主义强调刑罚对社会正义的平衡或恢复,其结果必然导致起诉法定原则(强制起诉原则)的践行。亦即,国家为了达到绝对的正义,应当对所有违反刑法的犯罪行为无一例外地进行追诉,并给予刑事处罚。^④与此同时,为了更好地实现刑罚的强制和威慑效果,监禁刑或者死刑不可避免地成为重要的刑罚手段。乃至国家在刑罚之外还可以为犯罪人附加严格的前科后果,以进一步强化对犯罪人的威慑效果,从而更有效地维护社会秩序,保障社会安全。^⑤

在重罪制裁方面,强调报应主义有一定的合理性。然而,将这种报应性的制裁理念延伸至轻罪领域,则可能形成实践悖论。首先,司法资源将不堪负荷。轻罪的数量和规模通常远高于重罪。如果对所有轻罪“一律起诉”,并予以定罪处刑,司法资源能否承受首先就成为一个问题。其次,短期监禁刑的弊端会大规模扩散。在轻罪制裁方面坚持报应化理念,必然要求对轻罪犯适用更具惩罚性或威慑性的短期监禁刑。然而,由于存在改造无力、交叉感染等弊端,短期监禁刑(短期自由刑)极易引发重新犯罪。因此,从再犯预防的角度看,大规模适用短期监禁刑会适得其反。最后,犯罪“标签”效应会急剧扩大。对轻罪强调“一律定罪处刑”,必然会为大量的轻罪犯贴上犯

^① 本文所主张的“预防化”,主要是面向特殊预防或再犯预防。一般预防效果是通过罪刑法定及对犯罪的公正、有效制裁而自然生成的,对其可不作特别关注。

^② 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第88页。

^③ 参见[德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》(第14版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,第28页。

^④ 参见宋英辉主编:《刑事诉讼原理》(第3版),北京大学出版社2014年版,第17页。

^⑤ 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。

罪人的“标签”,并使其承受严格的前科后果。犯罪学上的标签理论已经揭示了这种做法对重新犯罪的促进作用,即为初次越轨者贴上犯罪人的标签会使其形成身份认同,导致其社会复归困难,进而增加其重新犯罪乃至实施更严重犯罪的风险。^①这显然会加剧社会治理风险。

(二)轻罪制裁理念的预防化转型

事实上,对于古典的报应主义在犯罪预防方面的不足,近代学派对此展开了深刻的反思与批判,并由此形成了一系列理论思想。例如,针对行为人的危险性格采取制裁措施的人身危险性理论,主张刑罚目的是矫正犯罪人之反社会性的目的刑主义,以及面向社会防卫的保安处分论。作为近代学派思想集大成者,李斯特在轻罪制裁方面提出诸多有益的倡导,如主张“轻打不如不打”(不予起诉或免除处罚),将缓刑或罚金作为短期自由刑的替代措施,通过特殊的保安与矫正措施来控制危险因素,及时消除犯罪记录等。^②

如今,虽然极端的近代学派思想已不再占据主流地位,但是其中一些有益的理论观点仍被刑事立法所确认,如缓刑、假释、保安处分等。特别是在轻罪制裁方面,当今各国更加重视对预防主义的应用。例如,欧美国家在明确区分轻罪与重罪的基础上,普遍奉行“轻轻重重”刑事政策。这里的“轻轻”与“重重”,并非仅强调轻罪轻刑、重罪重刑,而是轻罪注重预防、重罪注重报应。例如,在美国刑事司法体系中,轻罪制度的核心在于行为规训和社会复归,其特征为诉讼程序的简化和刑罚执行的非监禁化,旨在实现对轻罪犯的风险预防与社会防控;而重罪制度则继续坚持古典学派的报应主义,通过惩罚、监禁和前科制度对重罪人群实施更为严密的控制。^③概言之,在轻罪制裁方面,欧美国家已基本完成从注重报应到注重预防的理念与制度转型。

在我国,由于犯罪成立存在“定量”因素的限制,犯罪整体性质较重,因此相对独立的轻罪制裁理念和制度设计也一直未能得以完整建构。然而,近年来随着轻罪立法的不断推进,犯罪成立的“定量”标准逐渐降低。在此背景下,轻罪的数量和规模呈现出迅速上升态势。例如,在2011年至2021年10余年间,被判处3年有期徒刑以下刑罚及免除处罚的犯罪人数量从806252人上升至1459411人,增长幅度约为80%。^④但是,我国的司法人员和司法资源并未随之增加,实践中“案多人少”的问题更加突出。更为严重的是,尽管司法机关倾向于通过刑事起诉、判处短期监禁刑等报应性处罚来预防再犯,但这种司法资源投入的实际效果并不理想。例如,有关部门的实践调研显示:在重新犯罪人员中,首次犯罪被判处5年有期徒刑以下刑罚的占72.6%;且再次犯罪与首次犯罪刑满释放的时间间隔也比较短,大部分间隔时间在3年以内,短的甚至只有几个月或几天。^⑤由此可见,不区分轻罪与重罪的报应性制裁理念难以满足新形势下的犯罪治理需求,将轻罪与重罪区别对待,并在轻罪制裁方面确立预防化的理念,才是我国的应然选择。

(三)轻罪制裁预防化理念的体系性实现

^① 参见吴宗宪:《西方犯罪学史》(第2版)第4卷,中国人民公安大学出版社2010年版,第1197~1198页。

^② 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特、[德]埃贝哈德·施密特:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第14~17页。

^③ 参见冀莹:《美国轻罪治理体系的现状、困境及反思》,《政治与法律》2022年第1期。

^④ 参见2011年、2021年《全国法院司法统计公报》,http://gongbao.court.gov.cn/ArticleList.html?serial_no=sftj,2025-04-20。

^⑤ 参见欧洲华、陈晓斌、陈名俊:《福建省刑满释放人员重新犯罪问题研究》,《福建公安高等专科学校学报》2007年第3期。

所谓制裁,是指针对违反社会规范的行为,以否定或者促使行为人放弃此种行为为目的而施加的反作用力,其内容是使行为人承受一定的价值或利益的减损,可以分为法律制裁和社会性制裁。^①其中,法律制裁既包含刑事制裁,又包含行政制裁和民事制裁。由此来看,我国对轻罪的制裁也并非仅指刑事制裁,还包括裁量不起诉后的行政制裁,以及一些附随性的法律制裁或社会性制裁。在刑事一体化的观念下,轻罪制裁预防化理念的实现,应当具有体系性视野,即在轻罪制裁的各个关键环节都实现预防化的制度转型。

第一,轻罪分流制裁的预防化。在我国,检察机关认定某种行为成立轻罪之后,并非一定会启动刑事制裁程序,而是可以通过裁量不起诉的方式将其分流至行政制裁领域。例如,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第177条第3款的规定,人民检察院决定不起诉的案件,对被不起诉人需要给予行政处罚或处分的,人民检察院应当提出检察意见,移送有关主管机关处理。同时,2021年修订的《中华人民共和国行政处罚法》第27条第1款也作出了配套规定,即“对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚,但应当给予行政处罚的,司法机关应当及时将案件移送有关行政机关”。此外,对于附条件不起诉的案件,尽管最终不会给予犯罪嫌疑人刑事制裁,但为其附加的行为限制、公益支付、教育矫治等条件,在性质上也属于某种“制裁”,故实践中通常将这些条件称为“附带处分”或“附随处分”。^②这表明检察机关通过裁量不起诉制度将某些轻罪分流至刑事制裁的范围,并非对这些轻罪不作任何制裁,而是实现了制裁方式的“转处”,因此可将其称为“分流制裁”。实践中,考虑到对轻罪一律予以刑事制裁所产生的负面效应,若可以对某些轻罪进行分流制裁,应当尽可能作此处理。不过,在此过程中,必须从制度层面确保分流制裁也能实现相应的特殊预防效果。

第二,轻罪刑事制裁的预防化。如果检察机关对轻罪选择起诉,法院认定有罪后,就会涉及刑事制裁的问题。轻罪刑事制裁预防化的实现,主要取决于对刑事制裁方法的合理选择。鉴于短期监禁刑易引发重新犯罪的弊端,应慎用该制裁方法。然而,我国如果对轻罪普遍适用管制刑、单处罚金刑或资格刑、定罪免刑等,在某些情况下就会出现特殊预防不足的问题。毕竟,我国依然存在“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系,轻罪也并非绝对“轻微”。因此,当下须着力解决预防性制裁方法的制度补充问题。

第三,轻罪附随性制裁的预防化。在我国,无论犯轻罪还是重罪,受过刑事制裁的犯罪人一般都会承担一些附随性不利的前科后果,如职业、职务、任职资格等方面的剥夺或限制,社会福利、社会救济、申请落户等方面的资格排除,甚至还会对其亲属的入学、就业、入伍、入党等产生不利影响。^③这些后果大多是终身性的,目前尚不存在对应的前科消灭或复权制度。从实质上看,前科后果也具有资格或利益剥夺的制裁性质,所以可称其为“附随性制裁”。应当承认,对犯罪人进行附随性制裁,具有进一步实现特殊预防的考虑。然而,在轻罪领域,这些前科后果的严厉性事实上远重于刑罚本身,^④将其普遍适用不仅违反比例原则,甚至还可能因犯罪人的社会复归之

① 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5~6页。

② 参见何挺:《论附带处分于附条件不起诉之核心地位——以台湾缓起诉实践为样本的考察》,《中国刑事法杂志》2017年第2期。

③ 参见彭文华:《我国犯罪附随后果制度化研究》,《法学研究》2022年第6期。

④ 参见黄太云:《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第1期。

路受阻而引发重新犯罪。因此,在轻罪的附随性制裁方面,如何平衡危险防范与权利保障,进而使其产生最佳的特殊预防效果,是当下需要重点解决的问题。

二、轻罪分流制裁的预防化及其制度供给

在刑事司法程序中,通过运用裁量不起诉制度对轻罪进行分流制裁,既可以节约司法资源、提升司法效率,也能有效避免刑事制裁可能引发的重新犯罪风险。但需要注意的是,对轻罪进行分流制裁的前提是不适用刑事制裁亦能起到良好的特殊预防效果,而不是单纯着眼于提升司法效率的程序分流。若忽视这一前提,盲目地扩大不起诉分流的适用范围,就难免导致“按下葫芦起来瓢”的后果,特殊预防效果也难以有效实现。

(一)轻罪分流制裁的预防面向

对轻罪进行分流制裁是起诉便宜主义的体现,即“案件虽然具有犯罪的客观嫌疑,具备起诉条件,但起诉机关斟酌各种情形,认为不需要起诉时,可以裁量决定不起诉”。^①在19世纪中叶以前,受有罪必罚的报应刑思想的影响,起诉法定主义一直占据主流地位。然而,在19世纪中叶之后,随着犯罪率的大幅上升,报应刑思想的弊端也逐渐暴露,如不区分罪行轻重一律起诉导致的司法资源紧张,忽视个案情况及犯罪人之人身危险性大小而形成的司法严苛化,以及由犯罪“标签”效应造成的大量犯罪人社会复归困难等。^②这些问题直接催生了近代学派的目的刑理论。该理论反对古典学派的刑罚报应观,认为刑罚是以预防再犯、社会防卫为目的。^③那么,在不需运用刑罚来预防再犯时,就应当克制适用刑罚,而不是“一律起诉”。受目的刑理论的推动,起诉便宜主义在20世纪初期应运而生,并迅速得到接纳。

从刑事起诉制度的发展历程看,最初的裁量不起诉主要是针对轻微犯罪适用的“无条件不起诉”,类似于我国的酌定不起诉或相对不起诉。该种不起诉方式的适用条件一般是:犯罪人的罪责轻微,人身危险性较小,尚不具备适用刑罚进行再犯预防的必要性。这种条件设置满足了刑罚的预防目的,但也使“无条件不起诉”的适用范围受到严格限制,难以充分发挥裁量不起诉所应有的刑罚避免功能。于是,司法实践中逐渐形成了附条件不起诉制度。所谓附条件不起诉,即有条件的不起诉,一旦条件达成就不予起诉,条件未达成则予以起诉。由于该种不起诉制度附加考察条件,其主要适用于可能判处刑罚的轻罪案件,力求实现避免并替代刑罚的司法效果。

从世界范围来看,虽然不同国家和地区使用的名称或具体内容存在差异,但许多国家和地区的起诉制度都已步入允许检察官适用附条件不起诉的阶段,并且在制度设计中凸显出附带处分的核心地位。^④之所以如此,不仅仅是因为附条件不起诉能够提升司法效率,更重要的是其在避免犯罪“标签”效应和刑罚负面效果的同时,更有利于再犯预防效果的实现。一方面,从附条件不起诉中所附条件的具体内容来看,其不仅包括行为限制或监管、赔偿性或公益性的财产支付,也

^① 宋英辉主编:《刑事诉讼原理》(第3版),北京大学出版社2014年版,第192页。

^② 参见敦宁:《醉驾治理的司法困境及其破解之策》,《法商研究》2021年第4期。

^③ 参见马克昌主编:《近代西方刑法学史》,中国人民公安大学出版社2016年版,第210页。

^④ 参见何挺:《论附带处分于附条件不起诉之核心地位——以台湾缓起诉实践为样本的考察》,《中国刑事法杂志》2017年第2期。

包括一些治疗、修复或培训性的复归项目,能够对犯罪嫌疑人起到替代刑罚的警示或约束效果。另一方面,附条件不起诉可以针对犯罪嫌疑人的“犯因”灵活地附加条件,进而有效提升再犯预防效果。例如,针对因酒瘾或毒瘾而实施犯罪的人,可以附加康复项目;针对因心理问题而实施犯罪的人,可以附加心理治疗;针对因矛盾冲突而引发的犯罪,可以附加修复性和解或赔偿等措施。对于轻罪犯而言,这些矫正、治疗和修复性措施无疑可以起到“对症下药”的作用,从而积极消除导致犯罪发生的内在原因,有效预防行为人再次实施类似犯罪行为。^①

(二)轻罪分流制裁的本土困境

在西方国家大犯罪圈刑法体系下,由于刑事司法扮演着约束刑罚适用的角色,司法过程承载着“过滤”犯罪的功能,因此刑事司法运作过程呈现出“漏斗式”的不起诉分流机制。^②例如,在法国,大约80%告诉或告发到检察机关的轻罪案件都是以不予追诉决定终结,违警罪不予追诉的比例更高。^③对于那些被“无条件不起诉”的轻微犯罪,因为多数国家都不存在对应的行政处罚,所以其一般秉持着“程序即是惩罚”的理念,不再进行事后处置。

在我国“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系下,对犯罪嫌疑人做出不起诉处理后,还可以对其实施行政处罚或处分,此情形属于典型的分流制裁模式。然而,我国不起诉适用率偏低,与“漏斗式”的分流机制还相去甚远。例如,2014年至2018年,全国检察机关的不起诉率分别为5.3%、5.3%、5.9%、6.3%、7.7%,^④该数据包括法定不起诉、证据不足不起诉、酌定不起诉、未成年人附条件不起诉等全部的不起诉类型。尽管近些年不起诉率有所上升,但整体水平仍偏低。以2022年为例,全部不起诉人数的占比仅为26.3%。^⑤尽管我国的犯罪设置依然存在“定量”因素,属于小犯罪圈,但在轻罪数量急剧上升的社会背景下,将大部分轻罪犯都推入刑事制裁范围,显然也不符合轻罪治理的应然要求。

在实践中,我国不起诉率总体偏低的问题也引起司法机关的重视。例如,最高人民检察院相关负责人曾指出,对于法院最终判处管制、拘役、缓刑、免刑、单处罚金等轻缓刑的犯罪人,适用酌定不起诉可能会有更好的效果。^⑥然而,我国酌定不起诉的适用条件包括“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”,如果将其大幅扩张至可能判处刑罚的轻罪范围,仅依靠行政制裁能否实现再犯预防效果仍存疑。在此背景下,我们可能需要将目光转向更具预防性的附条件不起诉制度。但是,我国在2012年修订《刑事诉讼法》时只增设未成年人附条件不起诉制度,其适用范围仅限于某些可能被判处1年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件,显然难以满足轻罪分流制裁的现实需求。如今,一些地方检察机关已针对成年人轻罪案件展开附条件不起诉的实践探索,如在犯罪高发的醉驾案件中适用“公益服务+不起诉”的不起诉模式。^⑦不过,这种做法主要依托酌定不起诉制度实施,难以实质性突破酌定不起诉的适用范围。

^① 参见陈瑞华:《轻罪案件附条件不起诉制度研究》,《现代法学》2023年第1期。

^② 参见何荣功:《我国轻罪立法的体系思考》,《中外法学》2018年第5期。

^③ 参见顾永忠等:《刑事诉讼程序分流的国际趋势与中国实践》,方志出版社2018年版,第74页。

^④ 参见童建明:《论不起诉权的合理适用》,《中国刑事法杂志》2019年第4期。

^⑤ 参见张军:《最高人民法院工作报告——二〇二三年三月七日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》,《人民日报》2023年3月18日。

^⑥ 参见童建明:《论不起诉权的合理适用》,《中国刑事法杂志》2019年第4期。

^⑦ 参见陈文聪:《醉驾案件附条件不起诉制度研究》,《比较法研究》2022年第6期。

(三)轻罪分流制裁的制度补强

由上可见,提升轻罪分流制裁功能不能只寄希望于检察机关直接提高不起诉适用率,而是要为其提供充分、可靠的预防化制度平台,使其能够无障碍地实施轻罪制裁分流。在这方面,重点是完善行刑反向衔接制度,并建构二元化的附条件不起诉制度。

1.行刑反向衔接制度的系统完善

在我国“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系下,行刑衔接存在两种方式:一是行刑正向衔接,即合理区分行政违法与刑事犯罪,确保二者无缝衔接;二是行刑反向衔接,即对犯罪嫌疑人不予起诉或者对被告人免除刑罚处罚的,可移交行政机关实施行政处罚。可见,行刑反向衔接制度是我国轻罪分流制裁机制的直接体现,也是“定性+定量”犯罪设置模式下避免处罚疏漏、强化特殊预防效果的基本保证。对此,《刑事诉讼法》和《行政处罚法》已作出原则性规定,最高人民检察院也在相关司法文件中予以细化落实。然而,办案数据显示,行刑反向衔接的实践落实可能并不充分。例如,2023年,全国检察机关仅酌定不起诉的人数就高达49.8万人,但检察机关提出检察意见并移送主管机关给予行政处罚的只有11.3万人。^①这意味着检察机关作出不起诉决定后“一放了之”的现象并不少见。

在实践中,“一放了之”现象的出现,固然存在部分检察人员是否疏于职守的问题,但更应思考的是,就目前行政性法律与刑事法律的衔接状况而言,检察人员难以有效避免“一放了之”?例如,现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中规定的许多“治安”类犯罪行为,在《中华人民共和国治安管理处罚法》中尚未形成“一一对应”的处罚规定,还有不少疏漏。^②这样便导致针对缺乏对应性行政处罚规定的犯罪行为,检察人员只能在提起刑事诉讼和作出不起起诉决定后“一放了之”之间作出选择。而“一放了之”容易引发“宽纵犯罪”的负面评价,甚至可能引发司法责任或工作责任追究风险,迫使一些检察人员只能选择“宁左勿右”,即提起刑事诉讼。由此可见,全面完善行政性法律与刑事法律的“法法衔接”机制,为检察机关实施行刑反向衔接提供坚实的法律保障,才是有效提升轻罪分流制裁功能的根本性举措。

当然,就近期而言,从体制机制方面进一步完善行刑反向衔接制度,仍是较为紧迫的任务。例如,细化行刑反向衔接的操作流程,畅通司法信息与行政执法信息的共享平台,强化检察机关的法律监督力度,建立行政人员参与的不起诉听证制度等。此外,检察机关还需强化不起诉案件的办案质量,并建立责任规避制度。即只要检察人员所作出的不起诉决定证据确凿、说理充分、程序规范,即使引发相关非议,也无须承担司法责任。唯有如此,才能形成不起诉适用率与不起诉质量同步提升的良好局面。

2.附条件不起诉制度的二元化建构

附条件不起诉不仅能实现良好的再犯预防效果,更体现了有别于惩罚性治理理念的恢复性治理理念,即“将轻罪犯罪人重新整合到社会生活中,化解轻罪犯罪人与社会之间的矛盾与对抗”。^③因此,我国附条件不起诉制度的建构不能仅局限于未成年人轻罪案件,而应拓展至成年

^① 参见应勇:《最高人民法院工作报告——二〇二四年三月八日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》,《人民日报》2024年3月16日。

^② 参见喻海松:《刑事一体化视角下的轻罪应对》,《现代法学》2024年第6期。

^③ 卢建平、王昕宇:《轻罪治理社会化:现状、挑战与优化路径》,《山东社会科学》2024年第12期。

人轻罪案件。在我国采取统一刑事诉讼法典的立法格局下,鉴于成年人和未成年人的犯罪情形、原因及处遇措施有所差异,未来对附条件不起诉制度的建构宜采取二元化体系模式。其中,重点在于从适用范围、附加条件和监督考察等方面对二者实行区别对待。

首先,在适用范围方面予以区别对待。附条件不起诉适用范围的设定,关键在于合理把握可能适用的刑罚范围。有论者建议,我国未来附条件不起诉制度可以适用于可能判处3年有期徒刑以下刑罚的刑事案件。^①考虑到未成年犯罪人的可塑性及对未成年人特殊保护原则,将未成年人适用附条件不起诉的刑罚范围扩大至该标准,笔者对此无异议。但是,对成年人犯罪若采取同一标准,则可能存在“步子迈得过大”的问题:一方面,“可能判处3年有期徒刑以下刑罚”包括从轻或减轻处罚后的刑罚结果,其中不乏一些罪行相对较重的犯罪,对其作附条件不起诉处理缺乏经验依托;另一方面,附条件不起诉需要投入监督考察成本,适用范围过广,检察机关当前的工作负荷能否承受亦需考量。因此,从现实出发,将成年人附条件不起诉的刑罚范围确定为“可能判处1年有期徒刑以下刑罚”是较为稳妥的。

其次,在附加条件方面予以区别对待。对于成年人犯罪,附条件不起诉的附加条件需具备替代刑罚的预防效果,甚至能达到更优效果。对此,可以设置三类附加条件:一是限制性措施,如限制出行范围、限制人员接触等;二是负担性或修复性措施,如赔偿被害人损失、与被害人达成和解、进行公益支出或义务劳动等;三是矫治性或复归性措施,如瘾癖戒除、心理辅导、参加守法教育课程、接受职业培训等。对于未成年人犯罪,基于少年司法的教育理念和防止再犯这一核心目标,附加条件应优先采取教育矫治措施,具体表现为通过监督考察向未成年人传播“正能量”。^②即附加条件应当强化矫治(教育)性措施的适用。

最后,在监督考察方面予以区别对待。对于成年犯罪嫌疑人监督考察,检察机关可以吸纳其工作单位、所在社区乃至社区矫正机构等部门的人员参与,也可以通过购买公共服务的方式,将监督考察工作交由相关的社会公益机构具体实施,但检察机关应当进行阶段性的介入与把关。在考察期限方面,按照比例原则,以“6个月以上1年以下”为宜。对于未成年犯罪嫌疑人的监督考察,可进一步吸纳未成年人的监护人、所在学校的管理人员、教育专家、心理专家等人士参与。考察期限在提高刑罚标准的基础上,可延长至“6个月以上2年以下”。此外,对于上述两类犯罪主体,在考察评估环节,检察机关一般应召开听证会,充分听取各方意见,最终确定是否对犯罪嫌疑人作出不起起诉决定。其中,对未成年犯罪嫌疑人听证应当不公开。

三、轻罪刑事制裁的预防化及其制度供给

对于轻罪,如果检察机关选择起诉且被法院认定犯罪成立后,就会进入刑事制裁领域。一般认为,轻罪刑事制裁欲实现从报应化到预防化的转型,核心在于将缓刑、罚金等非监禁刑作为短期监禁刑的替代措施,以强化特殊预防效果。需要注意的是,由于我国与其他国家的犯罪圈设置存在差异,轻罪的范围亦不相同。因此,在非监禁化制裁方法的适用上,我国还须进行本土化的特殊考虑。

^① 参见陈瑞华:《轻罪案件附条件不起诉制度研究》,《现代法学》2023年第1期。

^② 参见何挺:《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》,《中国刑事法杂志》2019年第4期。

(一)中国国情与破解思路

在刑事制裁方法方面,倡导对轻罪适用非监禁刑,并非完全排斥短期监禁刑,而是要将后者限制在必要且适当的范围之内。国际社会对此已形成共识:短期监禁刑普遍实施虽弊端显露,但也不宜完全废止,而应逐渐减少适用,即凡能以非剥夺自由刑予以替代者,就不应监禁。^①在这一理念指引下,对于轻罪的刑事制裁,一些发达国家已基本实现从短期监禁刑向非监禁刑的转换。例如,2013年,在德国法院定罪的被告人中,12%被判处缓刑,82%被判处罚金刑,仅6%被判处监禁刑。^②2022年,日本法院刑事判决总人数超20万,其中仅7.4%被判处实刑(监禁刑),其余大多数被判处缓刑或罚金刑。^③

在我国,随着轻罪数量的显著增长,司法机关意识到对轻罪犯应贯彻“慎押”理念,但相关统计数据显示,短期监禁刑在轻罪适用中仍然占据主导地位。例如,2021年,被判处3年以下有期徒刑和拘役的人数为997179人,适用缓刑、管制和单处附加刑的人数为454534人,占比分别约为69%和31%;2022年,前者为816721人,后者为408934人,占比分别约为67%和33%。^④显然,即使考虑到短期监禁刑的必要功能,其适用比例也明显过高,容易引发重新犯罪问题。这表明我国轻罪刑事制裁实践中,报应化理念占据主导地位,尚未实现向预防化的模式转型。

基于此,有论者提出,我国未来需要大幅压缩短期监禁刑的适用,对于轻罪案件,应当尽可能宣告缓刑或通过单处罚金、免于刑事处罚来处理。^⑤这一意见体现了对德、日等国轻罪刑事制裁方法的借鉴,却可能忽视了自身国情。由于德、日等国的犯罪设置中不存在“定量”因素,其轻罪范围较我国更加宽泛,大量在其他国家被认定为轻罪的行为,在我国可能仅属于治安违法或行政违法,有些甚至都不足以给予行政处罚。^⑥尽管我国近年来通过刑法修正案增设大量轻罪,但“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系并未发生根本改变。因此,对轻罪广泛适用单处罚金刑或免于刑事处罚,可能并不现实。同时,根据我国《刑法》第72条第1款的规定,适用缓刑的实质条件为“没有再犯罪的危险”,司法机关必须严格把握这一条件,使缓刑难以大规模扩张适用。这意味着我国轻罪刑事制裁的非监禁化,不能仅着眼于现有刑罚方法的扩大适用,还必须对刑罚制度进行适当补充或完善。

另外,对轻罪犯适用非监禁刑必然意味着放松管束,为其提供更大的自由活动空间,这对于人身危险性较大或存在某种生理、心理犯罪诱因的轻罪犯而言,可能仍存在危险性。因此,对轻罪犯在适用非监禁刑的同时,还需要有选择地“搭配”具有约束或治疗性质的保安处分措施,方能实现更优的特殊预防效果。保安处分不同于刑罚,其并不是面向报应或惩罚的制度设计,而是具有鲜明的特殊预防属性,即有针对性地消除行为人的身危险性。在当今世界,为确保刑事制裁的预防效果,并用刑罚与保安处分是一种较为普遍的做法,我国《刑法》同样存在具有保安处分性质的制裁措施,如针对不负刑事责任的未成年人的专门矫治教育,针对精神病人的强制医疗,针

① 参见张绍谦:《短期自由刑存废之研究》,《法学评论》1995年第5期。

② 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼法原理》,江溯等译,中国法制出版社2021年版,第338页。

③ 参见周光权:《短期自由刑的适用控制与轻罪治理策略》,《北京理工大学学报》(社会科学版)2024年第1期。

④ 参见2021年、2022年《全国法院司法统计公报》,http://gongbao.court.gov.cn/ArticleList.html?serial_no=sftj,2025-04-20。

⑤ 参见周光权:《短期自由刑的适用控制与轻罪治理策略》,《北京理工大学学报》(社会科学版)2024年第1期。

⑥ 参见敦宁:《刑事制裁体系变革论》,法律出版社2018年版,第42~43页。

对利用职业便利实施犯罪者的职业禁止,以及对管制犯和缓刑犯附加适用的禁止令。但是,与完整、明确的刑罚体系相比,这些制裁措施尚未被赋予保安处分之“名”,也没有实现体系化的制度建构,导致具体处分措施存在明显缺漏。因此,在为保安处分“正名”的同时,进一步增设具体保安处分措施,也是实现轻罪刑事制裁预防化的必要举措。

(二)非监禁刑的制度性扩张

在轻罪刑事制裁方面扩张适用非监禁刑,固然要求司法机关转换制裁理念,尽可能地提高现有非监禁刑的适用率,但考虑到我国的轻罪并非十分“轻微”,大规模地适用单处罚金刑或资格刑尚不现实。因此,从制度层面丰富非监禁性自由刑或社区刑的种类和扩张其适用范围,才更加有助于解决问题。

1.设置“震慑缓刑”制度

“震慑缓刑”制度源于美国,其基本模式是先将犯罪人在监狱关押一段时间,而后再对其适用缓刑。^①其中,关押的目的是让犯罪人感受到囚禁的痛苦,对其形成内心震慑,从而促使其适用缓刑后顺利回归社会。也就是说,“震慑缓刑”的基本出发点是非监禁化,关押只是一种震慑手段,而后的缓刑考验期才是刑罚适用的重点所在。并且,关押的期限一般较短,犯罪人在达到最低执行期后即可向原审法院提出缓刑申请。因此,“震慑缓刑”有别于“周末监禁”或“工作日监禁”等半监禁刑,其在性质上更接近于非监禁刑。

“震慑缓刑”的制度价值体现在三个方面:一是将监禁与社区矫正相结合,可以增强特殊预防效果;二是短暂关押之后的缓刑衔接,可以有效化解短期监禁刑的固有弊端;三是因其特殊预防功能较高,可以在更大范围内替代短期监禁刑。考虑到“震慑缓刑”制度对提高缓刑适用率的积极作用,我国应在未来的刑法修正中及时增设这种刑罚制度。在具体制度设计层面,应当遵循以下5点要求:第一,由于“震慑缓刑”使关押与缓刑的组合执行周期较长,所以原则上只适用于可能判处3年以下有期徒刑的案件;第二,鉴于“震慑缓刑”的特殊预防功能较强,对其实质适用条件可以规定为“再犯罪的危险较低”;第三,前期最低关押期不能过长,以30日以上60日以下为宜;第四,犯罪人应向原审法院提出缓刑申请,并且一般要由原审法官作出裁定;第五,缓刑考验期可以长于剩余刑期,但通常不宜超过剩余刑期的1.5倍。

2.设置社区服务刑制度

社区服务刑也被称为社会服务刑、社区劳役、公益劳动等,是一种判处犯罪人在社区从事一定时间的社会服务或公益劳动的刑罚方式。因为其不剥夺犯罪人的人身自由,所以也属于非监禁刑。1976年,欧洲理事会通过《关于替代监禁刑的刑罚方法的决议》,社区服务就是其中积极倡导的一种非监禁性刑罚方法。社区服务刑本身具有诸多优点,可以在轻罪制裁方面发挥独特作用:其一,社区服务刑可以有效避免短期监禁刑的弊端;其二,社区服务刑在执行上不会受到贫富差异的影响,可以弥补罚金刑的缺陷;其三,犯罪人在社区提供公益服务,既可以修复被犯罪所破坏的社会关系,也有利于培养其社会责任感,促进其改恶从善;其四,犯罪人在提供社区服务过程中所展现的良好行为,可以帮助其取得社会认同,进而降低犯罪“标签”负面效应。

考虑到社区服务刑的上述优点,我国可以在未来的刑法修正中将其设置为一种独立的轻罪刑罚措施,交由社区矫正部门执行。对于社区服务的内容,刑法只需作概括性规定,以便执行时

^① 参见周振杰:《美国的震慑缓刑制度及其借鉴》,《环球法律评论》2007年第1期。

根据犯罪情况有针对性地作出安排。不过,刑法应当对社区服务时长作出限制性规定。对此,可以参考多数国家的做法,以40小时为下限,240小时为上限,在1年内执行完毕。^①此外,刑法还可作出特别规定,即应当判处有期徒刑但存在执行障碍或者难以实现刑罚目的的,可以易科为社区服务刑。

3. 设置管制刑执行易科制度

我国的管制刑通常被定位为限制自由刑,属于非监禁刑的范围。犯罪人被判处管制刑后,不仅要接受社区矫正,还可附加适用禁止令。从应然角度看,管制刑既可以避免短期监禁刑的弊端,也能够实现相应的特殊预防效果,理应成为一种受青睐的轻罪制裁措施。但是,在实践中,我国的管制刑并未得到司法机关的充分适用。重要原因之一是缺乏对违反管制义务犯罪人的法律救济机制,即只要其行为不构成行政违法或犯罪,即使多次或严重违反管制义务,也往往无法追究其责任。^②这一制度缺陷最终导致管制刑成为司法机关不愿采取的刑罚措施,对于既可判处监禁刑也可判处管制刑的犯罪人,司法机关通常会选择监禁刑。^③

有鉴于此,为了大幅提高管制刑的适用率,充分发挥其对短期监禁刑的替代功能,必须在制度设计层面弥补上述缺陷。对此,较为可行的做法是设置管制刑执行易科制度,且易科的刑罚应为监禁刑,如拘役等。具体而言,对于在管制刑执行过程中多次或严重违反管制义务的犯罪人,社区矫正部门可以提请原审法院将其所剩的全部或部分管制期易科为相应的监禁刑,比例可考虑为2日管制期折换1日监禁期。对于进行部分易科的,所剩的管制期仍须执行。考虑到短期监禁刑的固有弊端,社区矫正部门应当先采取规劝、警告、令犯罪人作出保证等措施,只有在这些措施无效的情况下才可提请易科。

(三) 保安处分的配合与保障

从应然角度讲,我国未来的刑法立法应当完整建构保安处分制度,形成“双轨制”制裁体系。但是,在当前实践中,为契合对轻罪的预防性治理需求,可以考虑在刑法修正时先行增设一些必要的保安处分措施。

1. 增设治疗性处分措施

对于因精神性或心理性疾病而诱发犯罪的人,由于在刑罚执行期间难以进行有效治疗,释放后仍可能重蹈覆辙。特别是其中犯轻罪者,若对其适用非监禁刑,则刑罚执行期间可能再次犯罪。对此类犯罪人在判处刑罚时附加收容精神病院等保安处分措施,是国外的一种通行做法。我国刑法虽然规定了对精神病人的强制医疗,但是其仅适用于无责任能力者,对于间歇性精神病人、具有限制责任能力的精神病人及其他心理疾病患者,还缺乏相应的保安处分措施。基于此,未来刑法修正时应针对后几类犯罪人增设相应的强制医疗措施。其中,对于有精神病的犯罪人,原则上应当收容精神病院治疗;对于患有其他心理疾病的犯罪人,可在社区医院或心理辅导机构进行心理治疗或干预。社区矫正机构应当定期评估鉴定,对基本康复者可向法院申请撤销处分措施。

2. 增设禁戒性处分措施

^① 参见贾佳:《轻罪治理背景下增设社会服务刑研究》,《辽宁警察学院学报》2023年第4期。

^② 《中华人民共和国刑法》第38条第4款也只是规定了对违反禁止令的管制犯可以进行治安处罚。

^③ 参见敦宁:《自由刑改革的中国路径》,人民出版社2014年版,第210页。

禁戒性处分措施主要适用于因毒瘾(麻醉品成瘾)、酒瘾等诱发犯罪的人,执行方式是将犯罪人收容于专门的禁戒机构戒除瘾癖,以防止特定瘾癖再次诱发犯罪。例如,《德国刑法典》第64条规定,某人有过量服用酒精饮品或其他麻醉剂的瘾癖,且因实施可归因于瘾癖的违法行为而被判处有期徒刑,若仍有因瘾癖实施严重违法行为的危险,法庭可命令将其收容于戒除瘾癖的机构。^①《意大利刑法典》第221条规定,对于因在惯常性醉酒状态中实施犯罪或者因在使用上瘾的麻醉品作用下实施犯罪而被判刑的人,可收容于治疗看守所。^②目前,我国虽然存在专门戒毒机构,但是缺乏由政府设立的专门戒酒机构。对此,戒酒措施可由社区矫正部门委托民间戒酒机构来执行,且无须采取收容措施。

3. 增设监控性处分措施

社区矫正的执行依赖于对犯罪人进行有效的监督和管理,仅靠人力难以完全实现。随着信息网络科技的发展,电子监控已成为一种重要的保安处分措施。电子监控通常要求执行社区刑或非监禁刑的犯罪人佩戴电子手环,通过信息网络监控犯罪人的出行和活动,以保证社区刑罚的有效执行,防止犯罪人再次实施违法犯罪行为。近年来,随着网络科技水平的不断提升,司法机关通过精心构建智能监控系统和电子监管平台,已然可以实现对非羁押人员的实时动态管理与有效监督。^③当然,该措施的适用受必要性原则的制约,不会普遍或长期适用。

在我国,为进一步推动非羁押性强制措施与非监禁刑的适用,最高人民检察院明确提出,要借助大数据实现有效监管,使轻罪不“关”也能管住。^④学界亦有论者指出,可以借鉴“健康码”“行程码”等数字化监控手段,丰富和发展保安处分制度,推动制裁手段从物理消灭、身体拘束、财产剥夺向权利限制、资格剥夺、行为或过程监控的方向发展。^⑤事实上,《中华人民共和国社区矫正法》第29条已经作出规定,在特定情形下,经县级司法行政部门负责人批准,可以对社区矫正对象使用电子定位装置以加强监督管理。在此背景下,为增强电子监控的法定性,保障其规范、合理、准确适用,从刑法层面将其确立为保安处分措施兼具必要性和可行性。

四、轻罪附随性制裁的预防化及其制度供给

对轻罪犯实施刑事制裁后,制裁并未终结。从世界范围看,对受过刑事制裁的犯罪人施加附随性制裁是一种普遍做法,通常表现为资格剥夺、权利限制等前科后果。不过,多数国家在为犯罪人设置前科后果的同时,也规定了对应的前科消灭制度。其中,主流做法是为犯罪人设置一定的前科消灭考验期,犯罪人通过法定的考验期后,可以向法院申请消灭其犯罪前科记录,进而恢复正常的法律地位。^⑥然而,我国的犯罪附随性制裁不存在类似的前科消灭制度,附随于犯罪记录的制裁往往是终身性的,甚至还会对犯罪人的亲属产生不利后果。不可否认,这种剥夺性或威

^① 参见《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版,第33页。

^② 参见《最新意大利刑法典》,黄风译注,法律出版社2007年版,第81页。

^③ 参见胡铭:《数字时代轻罪惩治模式的转型》,《人民检察》2024年第15期。

^④ 参见张军:《最高人民法院工作报告——二〇二三年三月七日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》,《人民日报》2023年3月18日。

^⑤ 参见卢建平:《轻罪时代的犯罪治理方略》,《政治与法律》2022年第1期。

^⑥ 参见张婧:《域外前科消灭制度的立法概况与主要特征》,《犯罪与改造研究》2023年第2期。

慑性的附随性制裁蕴含实现特殊预防的考量,但将其普遍适用于轻罪能否达到预期的特殊预防效果,值得深刻反思。

(一)轻罪附随性制裁的功能与风险

从预防层面讲,对犯罪人实施附随性制裁,旨在通过限制其犯罪能力或条件实现特殊预防效果。在立法者看来,有犯罪记录者已显现犯罪倾向,大量重新犯罪的发生也表明刑罚难以完全消除再犯风险。因此,为防范此类人员利用特定资格或职务再次犯罪,必须对其实施权利剥夺或限制,将再犯风险缩小到最低程度。例如,开除党籍、开除公职,剥夺入党或入伍资格,不得从事检察官、法官、公务员等重要职务,都是典型的前科后果。实践中,一些企事业单位在招录工作人员时,通常要求应聘者提供无犯罪记录证明,无法提供者往往不能被录用。

应当承认,受犯罪“标签”效应和监禁刑负面效果的影响,部分犯罪人在刑满释放后确实还存在一定的人身危险性,对其进行附随性制裁,在再犯预防层面具有必要性。但是,针对轻罪,附随性制裁的适用需保持节制,以帮助犯罪人及时回归社会。如果为轻罪犯普遍设置前科后果,甚至设置终身性前科后果,就可能走向再犯预防的“反面”。

一方面,轻罪犯本身就面临社会“歧视”,普遍存在就学、择业困难,若再对其就业、教育、社会保障等关乎生存的基本权益实施终身剥夺,最终可能迫使其为了生存铤而走险。例如,据统计,截至2018年1月,四川省监狱在押的重新犯罪罪犯中,55.17%“不适应就业需要”,84.9%“未缴纳社会保险”,34.33%回归后找工作时被“歧视”——多数企业要求应聘者提供无违法犯罪记录证明。^①由此可见,择业困难在很大程度上导致有前科人员的重新犯罪。

另一方面,根据犯罪学的标签理论,若为受过刑事处罚的人长期贴上犯罪“标签”,公众的成见可能演变为自我认同,促使其继续扮演犯罪人的角色。考虑到轻罪的巨大规模,这种做法会扩大社会对立面,增加社会治理风险。正如周光权教授所指出的,仅危险驾驶罪这一种轻罪,每年就使约30万人被贴上罪犯“标签”,承担过重的犯罪附随后果,甚至被推向社会的对立面,这对国家、社会和危险驾驶者个人而言,都是巨大损失,造成司法和个人的“两败俱伤”。^②

(二)轻罪附随性制裁的预防化路径分析

由上可见,对轻罪普遍实施附随性制裁,不仅难以实现特殊预防效果,还可能引发更多的重新犯罪。因此,轻罪附随性制裁同样存在预防化转型的问题。当前学界共识认为,鉴于轻罪附随性制裁源于轻罪记录,需要采取有效措施及时消除轻罪记录,以防止再犯风险的形成。然而,关于消除方式存在两种意见:一种是建立轻罪记录封存制度;另一种是建立轻罪前科消灭制度。二者的主要差异在于,犯罪记录封存是对犯罪记录进行有限封存,即长期保密但非永久注销,允许在特定情况下予以查询、解封或者进行再犯评价;而前科消灭是将犯罪记录进行注销,并恢复相关犯罪人因犯罪而失去的法定权利或资格。^③

从实践层面看,《刑事诉讼法》第286条已经针对部分未成年人犯罪(被判处5年有期徒刑以下刑罚的)确立了犯罪记录封存制度,采取上述第一种消除路径似乎更为可行。但是,从效果层

^① 参见四川省监狱管理局课题组:《四川省刑释人员重新犯罪问题探析》,《犯罪与改造研究》2020年第5期。

^② 参见周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022年第1期。

^③ 参见宋英辉、王贞会:《轻微犯罪记录封存制度的背景、价值及其建构》,《中共中央党校(国家行政学院)学报》2024年第5期。

面看,仅建立轻罪记录封存制度可能仍存在局限:第一,封存不等于消灭,犯罪记录事实上依然存在,在允许查询的情况下容易导致犯罪记录的泄露和扩散,这样犯罪人将永远无法恢复“自由之身”。第二,允许查询即意味着允许评价,进而允许采取制裁措施或“隐形制裁”。此举只能缓解前科负面效果,而无法将其彻底消除。第三,在未成年人犯罪记录封存制度的实施过程中已经暴露出了诸多问题,如查询主体泛化、封存程序规定原则化、法律效力模糊、责任追究与救济措施缺失等。^① 这表明,试图通过犯罪记录封存实现危险防范与权利保障的平衡,可能会在制度实施上面临多重困境。

有鉴于此,在轻罪附随性制裁的消除上,建立轻罪前科消灭制度是更为彻底有效的路径,也更有利于轻罪犯回归社会。^② 不过,完全照搬国外通行做法未必妥当。当下相对主流的意见认为,对轻罪应当区分定罪免刑与定罪处刑后的不同刑罚判处情况,为犯罪人设置或长或短的独立考验期,只要其在考验期内未犯新罪,犯罪前科即可归于消灭。^③ 这种前科消灭模式通过区分考验期长短,体现了比例原则的要求,具有一定的合理性。但是,主张对所有轻罪犯都设置前科后果,且被定罪处刑者均应在刑罚执行完毕后才开始计算考验期,未免过于严格。从特殊预防的角度讲,对某些轻罪犯可能没有必要再设置严格的前科后果,如被定罪免刑者。同时,对于被判处社区刑或宣告缓刑的轻罪犯,因其本身已在社区执行刑罚,是否有必要在刑罚执行完毕后再进行前科消灭考验,也存在疑问。因此,建构轻罪前科消灭制度仍有必要采取类型化的设计思路。

(三)轻罪前科消灭制度的类型化建构

从制度逻辑看,刑罚裁量已综合考量犯罪的严重程度和犯罪人的人身危险性,因此在建构轻罪前科消灭制度时,可以主要根据轻罪犯的刑罚判处情况进行类型化设计。具体而言,可以围绕是否设置前科后果与是否附加独立考验期两个方面展开。

1.不产生前科后果的轻罪范围

尽管前科后果的设置应当坚持比例原则,但是,比例原则的前提是必要性原则,即只有在有必要设置前科后果的情况下,才能进一步考虑比例问题。一般而言,对被免除刑罚(定罪免刑)的轻罪犯,因无须通过刑罚预防再犯,故不宜设置前科后果。根据我国《刑法》第100条第1款的规定,只有“依法受过刑事处罚的人”,才负有前科报告义务。因此,对于被定罪免刑的轻罪犯,不应该附加前科后果,可以直接注销犯罪记录。

除此之外,对于应当单处罚金刑、资格刑和社区服务刑的轻罪犯,也不宜设置前科后果。从各国刑法典的规定来看,需要用刑法应对的标准犯罪,至少是应适用自由刑处罚的行为。如果制裁某种不法行为的最高要求只是令行为人向公共财政支付罚金,则无须使其承受刑事制裁的多重负担。^④ 同样,社区服务刑在性质上也是一种公益付出,可以理解为罚金刑的替代形式。至于单处资格刑,因其本身已经体现对犯罪人一定时期的资格剥夺或权利限制,也无须在此之外附加类似的前科后果。总体而言,可以适用上述刑罚的轻罪实质上更接近于行政违法行为,若为其设

^① 参见刘计划、陈丽芳:《未成年人犯罪记录封存制度的反思与重构》,《财经法学》2015年第3期。

^② 前科消灭是指在规范评价上消除犯罪记录及其引发的附随性制裁,并恢复犯罪人的正常公民身份,而并不意味着完全销毁统计数据或犯罪资料。因此,前科消灭也不会影响犯罪统计或者基于维护国家重要利益的原始档案查询。

^③ 参见陈兴良:《轻罪治理的理论思考》,《中国刑事法杂志》2023年第3期。

^④ 参见[美]赫伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2023年版,第273页。

置严格的前科后果,无异于人为地制造犯罪人社会复归的障碍,甚至可能诱发再次犯罪。因此,对此类轻罪也可以直接注销犯罪记录。

2.附加独立考验期的前科消灭及其适用范围

关于轻罪前科消灭是否有必要附加独立考验期,主要取决于对原判刑罚效果的合理评判。申言之,如果不能从经验层面确定原判刑罚可以起到良好的再犯预防效果,就应当为犯罪人附加独立的前科消灭考验期,以强化再犯预防效果。在轻罪刑罚中,短期监禁刑尤其值得慎重对待。实践表明,短期监禁刑容易引发重新犯罪是一个不争的事实,且重新犯罪大多发生在犯罪人刑满释放后的短期内。这意味着若短期监禁犯在刑满释放后的一定时间内不再重新犯罪,其再次实施犯罪的可能性就会显著降低。

由此看来,对被判处短期监禁刑的轻罪犯附加独立的前科消灭考验期确有必要。这种考验期的设置,不仅可以对犯罪人形成心理约束,相关帮教措施的加持也可以帮助其顺利回归社会。基于比例原则,具体的考验期限应当有所区别,但必须满足基本的功效期间和考察需要。对于被判处拘役刑的,考验期可设置为6个月;被判处1年以下有期徒刑的,考验期可设置为1年;被判处1年以上3年以下有期徒刑的,考验期可设置为3年。因为在考验期内所考察的是犯罪人的正常表现,所以可不设限制条件,按一般的帮教政策执行即可。如果犯罪人在考验期内未再次实施犯罪或未发现漏罪,则考验期结束后可向法院申请前科消灭,法院裁定消灭后,犯罪人恢复正常的公民身份。

此外,在前科消灭考验期内,犯罪人虽然仍须承受前科后果,但相关法律、法规应当适当削减具体的限制内容。例如,对于有关的社会福利、社会救济或创业支持等,可不再予以限制或剥夺,这样更有利于犯罪人回归社会。同时,前科后果只能附加于犯罪人自身,而不能对其家庭成员或近亲属等产生“株连效应”。目前,全国人大常委会法工委在备案审查工作中,已经开始纠正各地对涉罪人员近亲属采取“连坐”措施的规范性文件。^①

3.不附加独立考验期的前科消灭及其适用范围

在建构轻罪前科消灭制度时,既要注意发挥前科消灭考验期的应有功能,也要注意避免重复考验,以尽可能降低前科后果的负面效应。申言之,对于某些轻罪犯,如果在刑罚执行过程中已经通过人身危险性考验,则无须附加独立考验期,刑罚执行完毕后直接向法院申请前科消灭即可。这一制度主要适用于被宣告缓刑或被判处管制刑的轻罪犯。

在我国《刑法》规定中,对轻罪适用缓刑的实质条件是“没有再犯罪的危险”,而相应的缓刑考验期则是对这一司法判断的验证。如果犯罪人在缓刑考验期内严格遵守监督管理规定,最终没有被撤销缓刑、收监执行,就应当认为犯罪人确实没有再犯罪的危险。对于被适用“震慑缓刑”的轻罪犯也是如此,其后续的缓刑考验期本身也是对犯罪人之再犯可能性的验证,如果犯罪人未被撤销缓刑,就说明其已无再犯危险。而既然已经证明犯罪人无再犯危险,就无须再次附加考验期进行验证。当然,如果犯罪人未通过考验,最终被撤销缓刑、收监执行,则应当按照短期监禁犯的前科消灭制度处理。

就管制刑的适用而言,其基本前提是犯罪人罪行较轻、人身危险性较小,即便不予监禁也能

^① 参见朱宁宁:《2023年度全国人大常委会法工委备案审查工作报告出炉 六大亮点引人关注》,《法治日报》2024年1月2日。

实现再犯预防效果。根据前文思路,如果已设置管制刑执行易科制度,那么管制刑的执行本身也是对犯罪人再犯可能性的考验,即只要未在执行期间被易科为短期监禁刑,就可以认定犯罪人已无再犯危险。因此,管制刑执行完毕后亦无须再附加考验期,犯罪人可直接向法院申请前科消灭。反之,如果犯罪人在执行管制刑期间被易科为短期监禁刑,则无论是全部易科还是部分易科,均应按照短期监禁犯的前科消灭制度处理。

Abstract: With the change of the criminal structure and the sharply rising of the misdemeanors, the sanctions for misdemeanor should be subject to a prevention conceptual and institutional transformation. Among them, the focus is on solving the problem of insufficient institutional supply. With regard to the prevention of the diversion of sanctions for misdemeanor, in order to expand the diversion of non-prosecution and ensure the special preventive effect, the institution of reverse connection between administrative law enforcement and criminal justice should be systematically improved, and a binary system of conditional non-prosecution should be constructed for adult crime and juvenile crime. With regard to the prevention of criminal sanctions for misdemeanor, the non-incarceration of sanctions should be promoted on the basis of the scope of misdemeanor in China. To this end, there is a need not only to add penalty systems such as “deterrent probation”, community service sanction, and alternative sentence of control punishment, but also to increase therapeutic, prohibitive, monitored security measures. With regard to the prevention of collateral sanctions attached to misdemeanor, it is important to think from a dialectical perspective about the recidivism prevention function of the consequences of ex-conviction, and a balance between risk prevention and rights protection should be sought in order to achieve the best preventive effect. In this regard, it is reasonable to construct a typified criminal record elimination system according to the sentencing of misdemeanor offenders.

Key Words: misdemeanor, the diversion of sanctions, criminal sanctions, collateral sanctions, prevention
