

積極刑法觀視野下微罪附隨後果的反思與應對

孫運梁* 張澤南**

摘要 微罪是指法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名。我國微罪附隨後果存在過泛、過重的弊端，透過公法領域比例原則的下位規則檢視，找出了問題的根源所在。對此，應建立差異化的前科消滅制度和規範化的微罪附隨後果制度，修改或取消不符合比例原則的現有規定，真正實現“嚴而不厲”的刑法現代化結構調整，以符合現代化國家治理的平等、公正原則。

關鍵詞 微罪 犯罪附隨後果 比例原則 前科消滅

一、問題的提出

近年來，我國的刑事立法呈現一種積極擴張的趨勢，刑事處罰領域不斷拓寬，處罰範圍成倍擴大，同時增加新的處罰手段，力圖做到剛柔並濟。可以看出，我國刑事立法領域正在經歷立法觀的代際更新，刑法從僅消極地服務於法益保護和自由保障目的轉向兼具積極地社會防衛和國家幹預功能^[1]。這種現象被視為積極刑法觀在我國的立法實踐，對此引起了廣大刑法學者之間的爭論和思考^[2]。儘管

* 孫運梁，北京航空航天大學法學院教授，博士生導師；

** 張澤南，北京航空航天大學刑事法研究中心研究員，法學博士生。

基金項目：本文系教育部人文社會科學研究一般項目“網路服務提供者刑事責任的類型化研究”（項目編號：22YJA820019）的階段性研究成果。

[1] 參見周光權：《論通過增設輕罪實現妥當的處罰——積極刑法立法觀的再闡釋》，載《比較法研究》2020年第6期，第40頁；冀瑩：《美國輕罪治理體系的現狀、困境及反思》，載《政治與法律》2022年第1期，第67頁。

[2] 持積極主義刑法觀的有張明楷：《增設新罪的觀念——對積極刑法觀的支持》，載《現代法學》2020年第5期，第153-158頁；付立慶：《論積極主義刑法觀》，載《政法論壇》2019年第1期，第100-103頁；周光權：《積極刑法立法觀在中國的確立》，載《法學研究》2016年第4期，第29-33頁等。

持消極主義刑法觀的有何榮功：《社會治理“過度刑法化”的法哲學批判》，載《中外法學》2015年第2期，第523-547頁；齊文遠：《修訂刑法應避免過度犯罪化傾向》，載《法商研究》2016年第3期，第9-13頁；謝望原：《謹防刑法過分工具主義化》，載《法學家》2019年第1期，第87-100頁；劉豔紅：《積極預防性刑法觀的中國實踐發展——以〈刑法修正案（十一）〉為視角

圍繞積極和消極兩種立法觀，刑法理論界對此尚有不同的觀點，但不可否認積極刑法立法觀在中國的確立已是一個客觀事實^[3]。“試圖以各種理由阻止犯罪化進程的觀點，就明顯不合時宜，不可能被立法機關採納^[4]。”在此趨勢下，刑法在修正過程中增加的新罪多為微罪，我國刑事立法正在形成一個有別於傳統輕罪體系的“微罪體系”^[5]。

增設微罪被認為是消滅司法困惑、抑制司法恣意的有效方法，是刑法遏制相關領域行為失範的有力工具，是刑法結構走向“嚴而不厲”現代化調整的根本要求^[6]。但是，微罪的增擴也被批判為是刑法象征性立法的體現，違背了刑法謙抑性原則，損害了刑法的穩定性^[7]。雖然這些微罪的罪名數量比例不高，但在司法實踐中有很大的適用量。以醉酒型危險駕駛罪為例，統計表明自2011年入刑以來全國法院每年審結的危險駕駛罪案件數量一直呈遞增趨勢。2020年危險駕駛案件占刑事案件總數的25.9%，比盜竊罪高出1.71倍^[8]。2021年根據最高人民法院數據，全國法院審結的危險駕駛犯罪案件高達34.8萬件^[9]。在2020年5月的最高人民檢察院工作報告中指出，2019年“醉駕”就已經取代盜竊成為刑事追訴第一犯罪^[10]。犯罪結構的顯著調整也對犯罪治理提出了新的要求，危險駕駛罪等輕微罪的廣泛適用引發了不容忽視的犯罪附隨後果泛化問題。

犯罪附隨後果是指，“刑法之外的法律法規、規章等規定的，對有犯罪前科者或其家庭成員、親屬等適用的，對特定權利和資質的限制、禁止或者剝奪”^[11]。我國法律、行政法規中關於犯罪附隨後果的規定數量龐大且設置粗糙，雖然犯罪附隨後果問題並非微罪所獨具的特征，但微罪附隨後果問題最為典型和嚴重。隨著積極刑法觀在中國的不斷推進，微罪立法的增多也在很大程度上加劇了此類規定產生的負面效應。每年有30萬餘人被貼上罪犯的標籤，這就意味著每年新增30萬個家庭受到犯罪附隨後果的影響和壓制。無論對於國家、社會還是犯罪者個人而言都是“兩敗俱傷”，這無疑是一個極不合理的社會現象^[12]。有鑒於此，本文旨在反思積極刑法觀下微罪附隨後果不匹配的基礎上，通過引入比例原則找出問題存在的根源，以期拋磚引玉，就教於方家。

的分析》，載《比較法研究》2021年第1期，第62-75頁。

[3] 參見劉傳稿：《犯罪化語境下的輕罪治理——基於〈刑法修正案(十一)〉的分析》，載《北京聯合大學學報(人文社會科學版)》2021年第2期，第20頁；周光權：《論通過增設輕罪實現妥當的處罰——積極刑法立法觀的再闡釋》，載《比較法研究》2020年第6期，第41頁。

[4] 張明楷：《增設新罪的原則》，載《社會科學文摘》2021年第2期，第63頁。

[5] 參見李翔：《論微罪體系的構建——以醉酒駕駛型危險駕駛罪研究為切入點》，載《政治與法律》2022年第1期，第30-31頁。

[6] 參見儲槐植：《走向刑法的現代化》，載《井岡山大學學報(社會科學版)》2014年第4期，第5-9頁；參見梁雲寶：《積極刑法觀視野下微罪擴張的後果及應對》，載《政治與法律》2021年第7期，第37-38頁；周光權：《論通過增設輕罪實現妥當的處罰——積極刑法立法觀的再闡釋》，載《比較法研究》2020年第6期，第43-49頁。

[7] 參見劉豔紅：《象征性立法對刑法功能的損害——二十年來中國刑事立法總評》，載《政治與法律》2017年第3期，第39-48頁；劉憲權：《刑事立法應力戒情緒——以〈刑法修正案(九)〉為視角》，載《法學評論》2016年第1期，第88頁；冀洋：《我國輕罪化社會治理模式的立法反思與批評》，載《東方法學》2021年第3期，第130-131頁。

[8] 參見梁根林：《刑事政策與刑法教義學交互審視下的危險駕駛罪》，載《中國法律評論》2022年第4期，第155頁。

[9] 參見周強：《最高人民法院工作報告——2022年3月8日在第十三屆全國人大第五次會議上》，載中華人民共和國最高人民法院公報網，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/2c16327a4bc6cc0a26a9caa5450d2a.html>，2022年9月9日訪問。

[10] 參見張軍：《最高人民檢察院工作報告——2020年5月25日在第十三屆全國人大第三次會議上》，載中華人民共和國最高人民檢察院網，https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202006/t20200601_463798.shtml，2022年9月9日訪問。

[11] 彭文華：《我國犯罪附隨後果制度規範化研究》，載《法學研究》2022年第6期，第173頁。

[12] 參見周光權：《論刑事一體化視角的危險駕駛罪》，載《政治與法律》2022年第1期，第15頁。

二、微罪概念的界定與證成

事實上，在我國微罪並不是一個內涵確定的概念，無論是“輕罪”“微罪”還是“輕微罪”均只是學理和司法上的稱謂，未得到刑事立法的明文界定^[13]。各個學者對於微罪的界定也各不相同，這導致對微罪相關制度的討論經常只是蓋上“微罪”的帽子而不在同一語境。因此，本文首先對微罪概念進行界定以奠定後文論述的基礎。

（一）現有微罪概念的梳理

縱觀目前學界對微罪概念的討論可以發現，主要爭論點集中在以下三點：（1）對微罪應歸屬於一般違法行為還是犯罪行為的爭論，在此基礎上延伸出了不同的治理模式。按照傳統做法，學界認定微罪具有犯罪屬性，通過刑法修正案的形式逐步納入我國的刑法典中，由刑法統一進行治理。但也有學者持不同意見，認為“微罪是指犯罪情節輕微，依照刑法不需要判處刑罰或免於刑罰的犯罪^[14]。”例如薑濤教授認為微罪應被排除在刑法之外，由其他法律手段去調整。刑法僅處罰重罪與輕罪，微罪屬於違法行為而不構成犯罪^[15]。同樣，李曉明教授建議在刑法之外建構“微罪體系”，涵蓋刑法之外的人身自由罰和大額財產罰及行政重罰等違法行為^[16]。這種將微罪獨立於刑法之外的治理模式類似於日本的《輕犯罪法》，通過制定專門的“微罪法”加以規範。（2）對微罪是否包含“實質的微罪”（也稱“事實的微罪”）的爭論。一種觀點認為微罪的範圍僅是“法定的微罪”，即刑法明文規定最高刑為拘役的犯罪^[17]。另一種觀點則認為，除法定的微罪外還應包含“實質的微罪”，即雖然刑法規定的最高刑是拘役以上刑罰，但根據具體案情應判處拘役或拘役以下刑罰的犯罪。換言之，依據該觀點即使刑法典中規定最高刑不是拘役，但多數情況下被判處拘役以下刑罰的輕微犯罪行為屬於微罪，典型的如數額較低的扒竊行為。類似地，陰建峰教授將微罪二分為純正與不純正的微罪。純正的微罪內涵與法定的微罪相似，不純正的微罪則與實質的微罪相對應^[18]。值得注意的是，儲槐植教授曾指出“微罪就是可處拘役或以下之刑的罪^[19]”，該觀點被眾多僅支持“法定的微罪”學者所引用。但事實上，儲槐植教授將微罪分為法定拘役和權衡拘役，其中“在法條中同時規定有拘役刑和有期徒刑，並且法官作出拘役刑及以下刑罰裁決，我們將之稱為權衡拘役微罪”^[20]。基於此種理論，儲槐植教授指出目前法定拘役的犯罪只有3個，而權衡拘役的罪名可以達到391個^[21]。（3）對微罪量刑上限的爭論。一是拘役刑上限論，認為微罪是法定最高刑

[13] 參見徐岱，王沛然：《中國輕罪治理體系規範檢視與路徑選擇》，載《社會科學戰線》2022年第10期，第267頁。

[14] 黃小龍：《行政執法機關微罪處置權證成與規制》，載《河南財經政法大學學報》2022年第5期，第140頁。

[15] 參見薑濤：《破窗理論與犯罪規制模式的重構》，載《國家檢察官學院學報》2016年第1期，第95-96頁。

[16] 參見李曉明：《再論我國刑法的“三元立法模式”》，載《政法論叢》2020年第3期，第31-32頁。

[17] 參見盧建平：《輕罪時代的犯罪治理方略》，載《政治與法律》2022年第1期，第56頁；薑敏：《刑法預防性立法：罪型圖譜和法治危機消解》，載《政法論壇》2021年第6期，第186頁。

[18] 參見陰建峰、袁慧：《後勞教時代微罪入刑問題探析》，載趙秉志主編：《刑事法治發展研究報告（2016-2017年卷）》，法律出版社2018年版，第77頁。

[19] 儲槐植：《解構輕刑罪案，推出“微罪”概念》，載《檢察日報》2011年10月13日，第3版。

[20] 儲槐植，李夢：《刑事一體化視域下的微罪研究》，載《刑事法評論》2018年第2卷，第167頁。

[21] 參見儲槐植：《刑法現代化本質是刑法結構現代化》，載《檢察日報》2018年4月2日，第3版。

為拘役的犯罪^[22]。二是一年有期徒刑上限論，例如樊崇義教授在區分了微罪、輕罪、重罪的前提下，認為可以劃定“一年以下為微罪，一至五年為輕罪，五年以上為重罪”的實體標準^[23]。李翔教授和梁雲寶副教授也提出，可以將法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名稱為微罪^[24]。

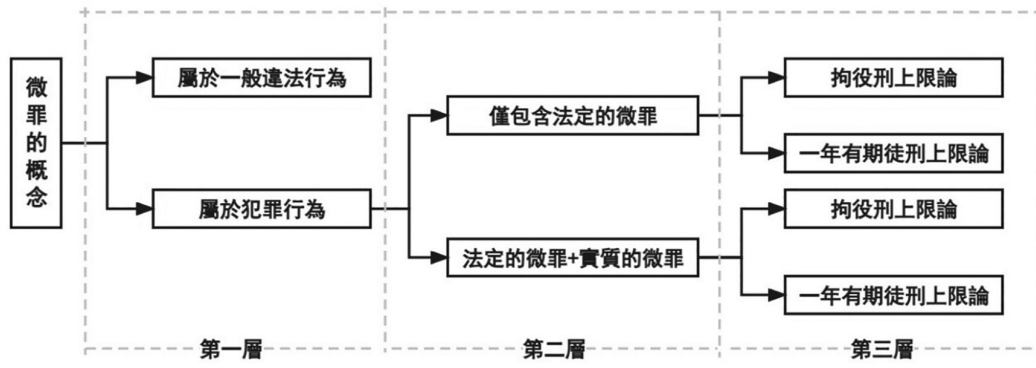


圖 1 現有微罪討論的梳理

（二）本文採用的微罪概念證成

如前所述，可以看出學界對於微罪概念的爭論大體是層層遞進，逐漸深入（如圖1）。筆者認為應肯定微罪的犯罪屬性，在此基礎上通過對刑法規定最高法定刑期為一年有期徒刑的方式對微罪進行界定。具體理由如下：

其一，微罪的犯罪屬性毋庸置疑。微罪雖處於行政違法行為和刑事犯罪行為的交界處，但卻是作為犯罪圈的下限明確規定在刑法之中。刑法上的違法是指值得科處刑罰的違法，構成要件是違法類型，即構成要件所描述的是值得科處刑罰的違法行為^[25]。換言之，微罪是與重罪、輕罪相對應的概念，既然已經被納入刑法範圍之中，意味著立法機關根據行為的社會危害性、情節嚴重程度等，認定該行為是應受刑罰處罰的危害行為。情節顯著輕微危害不大的行為，原本就不會被刑法類型化為構成要件行為。

其二，微罪不應包含“實質的微罪”。“實質的微罪”事實上是將微罪的界定與宣告刑相掛鉤。但一方面，宣告刑具有不確定性，很多因素會對宣告刑的結果造成影響。比如除了受到客觀上犯罪後果的嚴重性、犯罪次數的多少、社會危害是否惡劣等影響外，還需要綜合考慮行為人的年齡、犯罪動機、精神狀態等主觀因素^[26]。而對於這些因素，不同法官在不同案件中都會有不同判斷，因此宣告刑的高低並不必然體現罪行的輕重，也無法為司法者提供一個快捷清晰、具有參考性的評價標準。另一方面，微罪的劃分不僅在刑事實體法上有重要的意義，在程序法上也影響著簡易速裁程序、和解程序、認罪認罰從寬等適用與否的判斷^[27]。要真正實現微罪與輕、重罪在這些程序適用上的差異，顯然需要在訴訟開始之前就明確某一罪行應歸屬於重罪、輕罪還是微罪^[28]，否則司法機關在確定能夠適用速裁程序之前還需要對具體案件進行前置判斷。這明顯與以效率為導向的簡易程序、速裁程序等設立的初衷相違背，也不符合“案件繁簡分流、輕重分離、快慢分道”的刑事政策要求^[29]。因此，以法定刑作為界定標準更為可行和科學，法定刑的輕重是界定微罪、反映行為

[29] 張洋：《習近平在中央政法工作會議上強調：全面深入做好新時代政法各項工作促進社會公平正義保障人民安居樂業》，載《人民日報》2019年1月17日，第1版。

的社會危害性最重要、最明晰的界限^[30]。但需要注意的是，這並不意味宣告刑在一年有期徒刑（或拘役）以下犯罪的附隨後果是正當合理、不需要規制的。這些犯罪在行為的客觀危害、行為人的主觀惡性和人身危險性等方面仍屬輕微，與其承擔的附隨後果不成比例。只是出於明確劃分、訴訟效率、可操作性等實體、程序方面的原因不將其納入微罪的概念內。筆者認為，可以優先建立對微罪附隨後果的規制制度，並以此為契機逐步擴大至輕罪，從而涵蓋宣告刑輕微的犯罪。

其三，微罪的量刑上限應為一年有期徒刑。犯罪分層最重要的目的是為了實現在刑事政策上的區別對待^[31]，2016年11月由我國最高司法機關聯合其他部門頒布的《刑事案件認罪認罰從寬制度試點工作的辦法》中明確規定，速裁程序的適用標準為三年有期徒刑，而確定速裁程序的審查起訴與審判期限的標準是一年有期徒刑^[32]。三年有期徒刑是學理上對重罪、輕罪的界分，而一年有期徒刑可謂是我國輕罪之下繼續對於犯罪進行分類的一個重要標準^[33]。同時，若界定微罪的量刑上限為拘役，目前刑法中僅有三個罪名符合條件。此種標準過於狹窄，不具有太大的現實意義，難以回應近年來積極刑法觀下大量增設輕微罪名的實踐需求。

綜上，從實體法與程序法兩方面進行分析，筆者認為微罪是指法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名。按照這一定義，目前我國《刑法》中的微罪共有8個，分別是《刑法修正案（八）》規定的危險駕駛罪，《刑法修正案（九）》規定的使用虛假身份證件、盜用身份證件罪、代替考試罪，《刑法修正案（十一）》規定的妨害安全駕駛罪、危險作業罪、高空拋物罪，以及《刑法》中原有的侵犯通信自由罪和不是以恐怖活動為目的偷越國邊境罪。

三、我國微罪附隨後果現狀堪憂：過泛、過重

與世界上很多國家不同，我國刑法沒有明確的犯罪分層規定。所謂犯罪分層，指根據犯罪的嚴重程度將所有犯罪劃分為不同層次的犯罪分類方法^[34]。犯罪分層的本質目的是對程度不同的犯罪採取“區別對待”的態度，從而實現立法初衷和司法精細化目標^[35]。這種分類方法的理論意義和實踐作用在刑事實體、訴訟程序和刑事政策方面均有著積極的體現^[36]。但是由於我國現有法律框架下並未貫徹犯罪分層的思維，微罪事實上“准用”重罪的附隨後果，導致微罪沒有微罰，對微罪行為人的懲罰形式上輕緩而實質上嚴苛^[37]。目前微罪附隨後果存在內容過泛、對行為人影響過重、社會公眾排斥等問題亟待解決。

（一）內容涉及廣泛並延伸至社會信用評價體系

我國的犯罪附隨後果內容繁雜，涉及生活的方方面面，行為人不僅要承擔政治性、行政性損失，

[30] 參見王文華：《論刑法中重罪與輕罪的劃分》，載《法學評論》2010年第2期，第27頁。

[31] 參見敦寧、韓攻：《論我國輕罪範圍的劃定》，載《河北法學》2019年第2期，第113頁。

[32] 這一內容後被《刑事訴訟法》吸收。《刑事訴訟法》第225條規定：“適用速裁程序審理案件，人民法院應當在受理後十日內審結；對可能判處的有期徒刑超過一年的，可以延長至十五日。”

[33] 參見曾粵興、高正旭：《微罪立法視野下的“嚴重社會危害性”》，載《河南警察學院學報》2021年第5期，第79頁。

[34] 參見盧建平：《犯罪分層及其意義》，載《法學研究》2008年第3期，第147頁。

[35] 參見孫道萃：《犯罪分層標準的理論體系續造》，載《江蘇警官學院學報》2016年第3期，第16-17頁。

[36] 參見盧建平、葉良芳：《重罪輕罪的劃分及其意義》，載《法學雜誌》2005年第5期，第22頁。

[37] 參見袁彬：《犯罪結構變化下輕罪的刑法區別治理》，載《人民檢察》2022年第9期，第17頁。

還面臨經濟性利益的風險^[38]。有學者經過研究，將犯罪附隨後果分為職業禁止和資格限制兩類^[39]。我國的《公務員法》《法官法》《教師法》《公司法》《拍賣法》等多部法律都設有關於職業禁止的條款^[40]。概括來說，職業禁止主要包括禁止從事國家公職，禁止從事相關法律職業，禁止從事公司、企業的管理職務，禁止從事教師、醫生、導遊等與社會利益緊密關聯的職業^[41]。資格限制的內涵涵蓋領域更加廣泛、涉及層階複雜，難以全面統計。其中典型的包括對行為人參加資質考試資格的禁止和限制、對戶籍變動的限制、對享受最低社會保障資格的限制、對評選榮譽的限制等^[42]。實踐中還存在大量的、隱形的負價值與不利益，由於“鄰避效應”和“標籤效應”的存在^[43]，犯罪人的社會回歸充滿了障礙，再社會化難度加大，同時也大大削減了對犯罪人特殊預防的效果^[44]。

除此之外，陸續有些地方政府通過制定地方性法規、規章等規範性文件，將違法、犯罪行為與公民征信系統掛鉤，造成“犯罪即失信”的現象。例如《廈門經濟特區社會信用條例》（2019年6月1日起實施）第8條明確規定，刑事處罰、行政處罰、行政強制執行等反映社會信用主體信用狀況的信息應當納入公共信用信息目錄。《上海市公共信用信息歸集和使用管理辦法》（2018年1月4日起實施）第13條將刑事判決信息，涉及財產糾紛的民商事生效判決信息，不執行生效判決的信息作為其他信息納入公共信用信息範疇。《南京市社會信用條例》（2019年12月27日通過）第23條規定，反映社會信用狀況的刑事處罰信息、行政處罰信息和不履行行政決定而被依法行政強制執行的信息應納入自然人、法人和非法人組織的失信信息。並且該條例明確指出，自然人的失信信息包括酒後駕駛、違法飼養烈性犬或者大型犬等危害公共安全的信息。上述將犯罪信息納入社會信用評價體系的做法實際上造成了對行為人犯罪事實的“三次懲罰”。第一次評價是基於犯罪事實的刑法評價，第二次評價是諸多行政法律規定的職業禁止、資格限制評價，而現在社會信用體系構成了對犯罪人的第三次評價^[45]。因一次犯罪事實卻要遭受多次嚴厲、苛刻的負面評價，如同一顆釘子將犯罪人永遠釘在有形或無形的恥辱柱上，給他們刺上現代隱形的“黥面”^[46]。

（二）影響犯罪人終生且株連親屬

我國刑法第100條明確規定了前科報告制度，要求“依法受過刑事處罰的人，在入伍、就業的

[38] 參見解志勇、雷雨薇：《基於“醉駕刑”的“行政罰”之正當性反思與重構》，載《比較法研究》2020年第6期，第54頁。

[39] 參見王瑞君：《我國刑罰附隨後果制度的完善》，載《政治與法律》2018年第8期，第95頁。

[40] 例如《公務員法》第24條規定：“曾因犯罪受過刑事處罰的不得錄用為公務員。”《教師法》第14條規定：“受到剝奪政治權利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事處罰的，不能取得教師資格；已經取得教師資格的，喪失教師資格。”《公司法》第146條規定：“因貪汙、賄賂、侵占財產、挪用財產或者破壞社會主義市場經濟秩序，被判處刑罰，執行期滿未逾五年，或者因犯罪被剝奪政治權利，執行期滿未逾五年的不得擔任公司的董事、監事、高級管理人員。”《拍賣法》第15條規定：“被開除公職或者吊銷拍賣師資格證書未滿五年的，或者因故意犯罪受過刑事處罰的，不得擔任拍賣師。”

[41] 參見徐久生、師曉東：《犯罪化背景下犯罪附隨後果的重構》，載《中南大學學報(社會科學版)》2019年第6期，第66頁。

[42] 參見王瑞君：《“刑罰附隨性制裁”的功能與邊界》，載《法學》2021年第4期，第46頁。

[43] “鄰避效應”是指宏觀上公眾並不反對政府幫助犯罪人回歸社會，但當犯罪人的回歸具體關涉到公眾個體利益時，人們又往往抱著遲疑或反對的消極態度。“標籤效應”指社會對犯罪人角色的定型化，表現在一旦被貼上“犯罪人”標籤，社會公眾對於犯罪人始終存在敵意和譴責態度，以及遠離犯罪人的自我保護意識和防範意識。這兩種效應都是對於犯罪人的區分和歧視，阻礙犯罪人回歸社會的進程。參見吳睿佳，王瑞君：《刑罰附隨後果與社會信用體系的耦合及其優化》，載《征信》2019年第4期，第50頁；參見張勇：《犯罪記錄的負效應與功能限定》，載《青少年犯罪問題》2012年第6期，第19頁。

[44] 參見張學文：《罪錯記錄附隨失信懲戒的泛化及校正》，載《征信》2020年第3期，第53頁。

[45] 參見李懷勝：《犯罪記錄對社會信用體系的耦合嵌入與功能校正》，載《法學雜誌》2021年第3期，第116頁。

[46] 參見沈巋：《社會信用體系建設的法治之道》，載《中國法學》2019年第5期，第31頁。

時候，應當如實向有關單位報告自己曾受過刑事處罰，不得隱瞞”。這就意味著無論行為人犯罪屬於微罪、輕罪還是重罪的範疇，一律需要承擔這一特定的如實報告義務。該條規定再加上我國嚴格的檔案制度，使行為人一旦被判決犯罪，幾乎就會因為具有犯罪記錄而終生被評價為有前科，使得所有就業領域的用人單位都非常容易對微罪行為人作出不僱傭的決定^[47]。除了我國刑法第100條的規定外，我國的犯罪附隨後果還分布於不同層級的法律、行政法規、部門規章，甚至是行業規定之中。其中除了極少數有存續期限外，絕大部分是無期限的。並且不區分故意犯罪和過失犯罪，也不限定犯罪類型^[48]。此類規定往往以“曾因犯罪受過刑事處罰的，不得……”或“受過刑事處罰的，不得……”等籠統寬泛的模式呈現。這樣不加以任何限定的設置意味著行為人“一次犯罪，終生伴隨”，使得本應具有單次時效性的規範性評價成為一種永久無限評價^[49]。

法律體系的價值和意義就在於規範和追尋技術上可以管理的哪怕是可能性很小或影響範圍很小的風險和災難的每一個細節^[50]。犯罪附隨後果的隱形擴張，在縱向上導致了對微罪行為人終生的負面影響，而在橫向上則是造成了對犯罪人近親屬權利、資格的廣泛限制和剝奪。儘管犯罪人的近親屬和其他家庭成員本人沒有犯罪記錄，但由於和犯罪人的客觀身份關係，他們在社會和法律層面都遭受到幾乎不亞於犯罪人本人的限制和剝奪。也就是說，犯罪附隨後果產生了嚴重的株連效應^[51]。微罪行為人的子女由於無法通過政治審查，不僅會喪失公務員考錄資格、軍警學校的報名資格等入學、就業資格，還會因此喪失申請加入黨團組織等的政治資格，嚴重剝奪、限制了微罪行為人子女的公平就業權、平等受教育權^[52]。這意味著微罪行為人的子女失去了國家信任，也意味著每年有上百萬人因醉駕等微罪而被“敵對化”，事實上喪失了國民待遇^[53]。正如貝卡利亞所言，“對大量無關緊要的行為加以禁止，防止不了可能由此產生的犯罪。相反，是在製造新的犯罪，是在隨意解釋那些被隨意宣傳為永恒不變的美德和邪惡^[54]。”如果國家刑事治理懲處了一種犯罪卻又引發另一種犯罪，這樣的治理既得不償失又於事無補，微罪過於嚴苛的犯罪附隨後果將會埋下社會治理上的巨大隱患^[55]。

（三）社會公眾對微罪行為人同樣抱有排斥心理

由於我國的刑法一直給犯罪設定了較高的門檻，同時配置了較重的刑罰，屬於“小而重”的刑法結構^[56]，致使社會公眾天然將犯罪與嚴重社會危害行為相聯系，對犯罪人抱有強烈的社會排斥心理，不認可和不接受與貼上“犯罪標籤”的犯罪人交往接觸^[57]。然而隨著微罪的大規模適用，原

[47] 參見王彬：《刑釋解教公民平等就業權保障狀況考察——以上海市為例》，載《法學》2008年第2期，第107頁。

[48] 參見應培禮：《論刑滿釋放人員回歸社會的制度排斥》，載《法學》2014年第5期，第135頁。

[49] 參見楊帆、林果豐：《被遺忘權的刑事司法保護研究——從犯罪記錄封存的角度》，載《政法學刊》2021年第4期，第70頁。

[50] [德]烏爾裏希·貝克：《從工業社會到風險社會(上篇)——關於人類生存、社會結構和生態啟蒙等問題的思考》，王武龍譯，載《馬克思主義與現實》2003年第3期，第39頁。

[51] 參見於志剛：《前科株連效應的刑法學思考》，載《法學研究》2011年第1期，第150頁。

[52] 參見黃太雲：《一般違法行為犯罪化傾向的系統反思》，載《法律科學(西北政法大學學報)》2022年第1期，第163頁。

[53] 參見桑本謙：《如何完善刑事立法：從要件識別到變數評估(續)》，載《政法論叢》2021年第2期，第42頁。

[54] [意]貝卡利亞：《論犯罪與刑罰》，黃風譯，北京大學出版社2008年版，第102頁。

[55] 參見劉豔紅：《民刑共治：國家治理體系與治理能力現代化路徑》，載《法學論壇》2021年第5期，第44頁。

[56] 參見盧建平：《犯罪門檻下降及其對刑法體系的挑戰》，載《法學評論》2014年第6期，第68頁。

[57] 參見浙江省喬司監獄課題組，應霆：《罪犯刑釋前過渡保障機制研究——以社會融入為視角》，載《中國監獄學

本“平整的平底鍋突然凹下一塊”，對我國傳統的刑法觀念與刑事司法實踐產生強烈沖擊^[58]。但社會公眾對犯罪人的認知並沒有得到同步改變，將微罪行為人看作一般犯罪人的認知也沒有改變。因此，即使行為人被判處的是危險駕駛罪、高空拋物罪等典型的微罪，仍然會被視為“越軌者”。越軌者的身份一旦被公眾確立，就會形成社會對該人身份的長期不良認知且難以被推翻，以至於他的其他社會角色皆會被忽略，逐漸走向社會階層的邊緣化^[59]。同時，微罪行為人可能會表現出“系統性回避”現象，求職時有意避開保存正式檔案的機構，如銀行、醫院和學校，日常生活中更不信任政府、更少地參與政治^[60]。倘若不及時將微罪與輕、重罪隔離，引導社會公眾樹立對微罪的新認知，嚴峻而無邊界的“社會罰”會將微罪行為人最終推向深淵。

四、運用比例原則對微罪附隨後果的檢視

所有的規則實際上都是相互沖突的期待與利益的一種混合的產物^[61]。比例原則又稱為過度禁止原則，亦是調和國家權力與公民權利、公共利益與公民私人利益之間沖突與平衡的必然選擇。它最初發端於18世紀末期德國的警察行政法領域，用於規制警察權力。而隨著政府職能的延伸、法治觀念的轉型，在全球憲法化浪潮的影響下比例原則正逐漸向刑法、民法等部門法滲透^[62]。一般來說，比例原則包括了適當性原則、必要性原則和均衡性原則三個子原則，旨在要求刑罰目的與刑罰手段之間必須有合理的、平衡的、成比例的關係，不得過當、過度限制基本權利^[63]。針對我國目前的微罪附隨後果現狀，以比例原則來檢視就是要評估其所追求的價值目標是否妥當，明確所採取的手段是否必不可少，對微罪行為人侵害是否最輕緩、寬和，權衡所追求的社會利益與所侵害的行為人利益是否成比例，是否超過了必要限度。

（一）對微罪附隨後果適用比例原則的必要性分析

在引入比例原則對微罪附隨後果進行檢視前，應以探討該原則適用的必要性為前提基礎。雖然有學者對比例原則提出質疑，認為比例原則內涵空洞抽象、存在理論缺陷^[64]，但更多觀點認為比例原則的本質是利益權衡的司法方法^[65]，具有適度、均衡的理念，可以成為跨越公法、私法及第三法域的方法論工具^[66]。在此基礎上，本文認為應肯定比例原則在規制微罪附隨後果制度中的特殊價值和

刊》2020年第3期，第91-92頁。

[58] 參見薑瀛：《我國醉駕的“嚴罰化”境遇及其結構性反思——兼與日本治理飲酒駕駛犯罪刑事政策相比較》，載《當代法學》2019年第2期，第15頁。

[59] Erikson, Kai T. *Notes on the Sociology of Deviance*. *Social Problems*, Vol. 9, Issue 4 (Spring 1962), pp. 307-314.

[60] [美]亞曆山德拉·納塔波夫：《無罪之罰：美國司法的不公正》，郭航譯，上海人民出版社2020年版，第35頁。

[61] [美]昂格爾：《現代社會中的法律》，吳玉章等譯，譯林出版社2008年版，第173頁。

[62] 參見蔣紅珍：《比例原則適用的範式轉型》，載《中國社會科學》2021年第4期，第107-119頁。

[63] 參見楊登傑：《執中行權的憲法比例原則——兼與美國多元審查基準比較》，載《中外法學》2015年第2期，第370頁。

[64] 參見戴昕、張永健：《比例原則還是成本收益分析法學方法的批判性重構》，載《中外法學》2018年第6期，第1544-1545頁；陳景輝：《比例原則的普遍化與基本權利的性質》，載《中國法學》2017年第5期，第279-302頁。

[65] 參見梁迎修：《權利沖突的司法化解》，載《法學研究》2014年第2期，第61-72頁；張蘭蘭：《作為權衡方法的比例原則》，載《法制與社會發展》2022年第3期，第187-205頁。

[66] 參見史欣媛：《論比例原則在經濟法中的適用》，載《現代法學》2022年第2期，第38-39頁；徐聰穎：《論比例原則在知識產權損害賠償中的適用》，載《現代法學》2022年第3期，第179頁。

適用必要性，具體原因如下：

其一，犯罪附隨後果不受刑法基本原則的約束。反對比例原則在刑法中適用的學者主要認為，刑法中的諸多原則早已包含比例原則的核心思想，甚至比例原則的三個子原則可以和“法益保護原則”“刑法謙抑原則”“罪責刑相適應原則”的精神內涵一一對應，引入比例原則對刑法學術增量十分有限^[67]。然而事實上，犯罪附隨後果作為刑法規定之外的限制性懲罰後果，因其設置與性質的特殊性使其並不受刑法基本原則的約束。一方面，犯罪附隨後果的規定散見於法律、行政法規、地方政府規章，甚至是許多社會組織和企事業單位的規定之中，遠遠超出了刑法涵蓋的範圍。另一方面，雖然學界一直對犯罪附隨後果的性質爭論不休，但可以肯定的是，犯罪附隨後果在性質上不同於刑罰和保安處分^[68]。換言之，犯罪附隨後果無法像刑罰一樣受到罪刑法定、罪責刑相適應等基本原則的約束，在設立淵源、適用條件和裁決程序上均無明確、統一的規定，整體呈現出設立的隨意性、適用的任意性和裁決的自動性。鑒於犯罪附隨後果的相關規定正處於無序、混亂的狀態，亟需引入比例原則對其進行規制和修正。

其二，犯罪附隨後果的制定者和被適用者存在不對等性。犯罪附隨後果的制定主體十分廣泛，上到制定法律的全國人民代表大會及其常務委員會，下到各企事業單位、社會組織的領導機構，都有權力在相關文件中設置犯罪附隨後果方面的規定。這些制定主體雖然種類多、跨度大，但無一例外相對於被適用者而言，他們都居於主導和強勢地位，雙方地位具有明顯不對等性。地方政府等承擔社會管理職能的制定者往往出於震懾、規訓社會成員，預防再犯風險等目的不斷出台各種禁止、限制曾受刑罰者權益和資質的措施。企事業單位等社會個體類的制定者出於自我保護和規避風險的考慮，也傾向於設置更加嚴苛、謹慎的用人條款。而對於這些禁止和限制，被適用者們只能處在被動接受的位置，沒有任何申訴或救濟的途徑。基於此，如果不對制定者的權力加以合理的限制和調整，則會使雙方的配置過於失衡，突破犯罪附隨後果自身功能的邊界，造成更深層次的社會矛盾和隱性問題，與預防犯罪、保障社會安全的價值取向相背離。

其三，比例原則是權衡目的一手段的方法論工具。對於比例原則的理解與適用，應看到其具有的雙重性質和面向。從本體論角度看，比例原則是一項用以對抗公權力不當限制和侵害的傳統憲法、行政法原則。而從方法論角度看，比例原則提供了一套理性衡量目的與手段關係的思維工具^[69]。在這個基礎上，比例原則的核心不再是憲法基本原則意義上的原則，而是一種分析評價現行手段是否合理妥當的具體方法，以及指導進一步作出理性改進的程序化框架。比例原則作為利益衡量的另一種表達^[70]，自然在私法和公法上均具有普適性^[71]。具體到刑法，即使是認為比例原則並無超越“法益保護原則”內容的學者也承認其在方法論上的意義^[72]。而微罪附隨後果作為規制微罪行為人的重要社會治理手段，比例原則的運用對於平衡利益救濟、構建妥善的附隨後果制度具有重要意義。

[67] 參見梅揚：《比例原則的適用範圍與限度》，載《法學研究》2020年第2期，第65頁；參見田宏傑：《比例原則在刑法中的功能、定位與適用範圍》，載《中國人民大學學報》2019年第4期，第57頁。

[68] 參見彭文華：《我國犯罪附隨後果制度規範化研究》，載《法學研究》2022年第6期，第171頁。

[69] 參見鄭曉劍：《比例原則在現代民法體系中的地位》，載《法律科學(西北政法大學學報)》2017年第6期，第104頁。

[70] 參見梁上上：《制度利益衡量的邏輯》，載《中國法學》2012年第4期，第85-86頁。

[71] 參見紀海龍：《比例原則在私法中的普適性及其例證》，載《政法論壇》2016年第3期，第96-98頁。

[72] 參見張明楷：《法益保護與比例原則》，載《中國社會科學》2017年第7期，第88頁。

綜上所述，本文認為，一方面，微罪附隨後果制度本身處於管理的“真空”狀態，面臨被濫用的風險；另一方面，該制度的制定者和被適用者地位明顯不對等，配置過於失衡。因此，作為平衡目的手段關係的方法論工具，比例原則在微罪附隨後果中有適用的必要性。

（二）適當性原則審查：過泛的犯罪附隨後果無法實現預期目的

適當性原則是比例原則審查“目的手段關係”的第一階，要求手段符合目的或者說手段有助於目的的實現^[73]。從微罪附隨後果的角度來看，即制定並適用該犯罪附隨後果必須有助於實現社會治理的預期目的才是適當的。如果某項微罪附隨後果的採用無助於達到社會治理目的，甚至有礙於社會治理，則為不適當。犯罪附隨後果作為因犯罪而繼發產生的否定性評價，是依附於刑罰存在的附隨性社會制裁手段。其設立目的在於延續刑罰的相關社會機能，並對刑罰不足之處進行補充。換言之，犯罪附隨後果一方面具有刑罰的相關目的，另一方面也能夠對刑罰沒有保護到的利益進行維護。因此，討論犯罪附隨後果是否能夠實現預期目的，首先應該回歸到刑罰的功能價值層面分析。

為了實現特殊預防與一般預防，刑罰具有多重功能，對犯罪人而言兼具限制、消除再犯條件、威懾和教育感化的功能，對社會其他成員而言，糅合了威懾、法制教育和安撫補償的功能^[74]。從特殊預防角度，犯罪附隨後果的部分職業禁止規定可以一定程度上限制、消除行為人再犯條件。例如《會計法》規定：“因有提供虛假財務會計報告，做假帳，隱匿或者故意銷毀會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，貪汙，挪用公款，職務侵占等與會計職務有關的違法行為被依法追究刑事責任的人員，不得再從事會計工作。”通過剝奪行為人從事會計工作的資格，消除行為人再次犯罪所憑藉的職業便利，不給其再次利用特定職業、職務條件犯罪的機會，從而預防其再次實施與職業相關犯罪的危險^[75]。從一般預防的角度，犯罪附隨後果可以威懾非犯罪群體，客觀上增加犯罪的成本和代價。特別是在微罪情形下，犯罪附隨後果本身甚至比刑事責任更加嚴苛，令人畏懼。由此可見，犯罪附隨後果的設置目的主要在於消解行為人再犯可能性，並通過威懾社會公眾達到預防犯罪目的。

事實上，部分犯罪附隨後果作為手段在一定程度上對目的達成有積極作用，但問題的關鍵在於當下的犯罪附隨後果“過泛”。以醉酒型危險駕駛罪為例，行為人除了需要接受拘役及罰金的刑事處罰，還要接受刑罰外衍生出的各類犯罪附隨後果，包括承擔被吊銷機動車駕駛執照，被剝奪擔任國家機關和國有企事業單位公職的資格，被禁止從事特定職業等的“行為罰”；被公布犯罪事實，被撤銷國家勳章或榮譽稱號等的“申誡罰”；被剝奪相關行業資質考試資格，無法通過政治審查等的“政治罰”；被限制落戶資格及公共服務待遇，無法獲得保險賠償等的“民事罰”；子女喪失公務員考錄資格、軍警學校的報名資格以及加入黨團組織資格等的“連坐罰”；如果行為人是黨員，還需要接受黨紀、政紀處分後果^[76]。事實上，為了達到消除行為人再犯醉酒型危險駕駛罪的可能性，僅需要吊銷其機動車駕駛執照，並限制一定期限內禁止重新獲取即可，除此之外的所有後果均無助於達成預防醉駕之目的。雖然理論上嚴厲的犯罪附隨後果能在一定程度上實現威懾社會公眾

[73] 參見蔣紅珍：《論適當性原則——引入立法事實的類型化審查強度理論》，載《中國法學》2010年第3期，第66頁。

[74] 參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2021年版，第683-685頁。

[75] 參見葉良芳、應家贊：《論有前科者從業禁止及其適用》，載《華北水利水电大學學報(社會科學版)》2015年第4期，第8頁。

[76] 參見解志勇、雷雨薇：《基於“醉駕刑”的“行政罰”之正當性反思與重構》，載《比較法研究》2020年第6期，第59-62頁。

的目的，但此種做法往往欲速不達、過猶不及。過分嚴厲的附隨後果會引起社會公眾對受處罰人的同情心理，進而帶來對立法動機的質疑，有損刑事法律的權威性和大眾對刑事法律的認同感。根據“邊際效應遞減”，刑罰後果與對社會公眾的威懾力之間存在一定的關聯，一旦超過“邊際點”嚴重的刑罰已經不能再產生更多的威懾力^[77]。同理，筆者認為當下“過泛”的犯罪附隨後果對於威懾社會公眾、預防犯罪目的的實現不具有預期的促進作用。尤其相當一部分附隨後果與醉酒型危險駕駛罪所危及到的交通管理秩序毫無關係，起不到任何維護公共安全的作用。

（三）必要性原則審查：過重的犯罪附隨後果違反最小侵害要求

必要性原則要求手段和實現目的之間具有必要性，即立法機關或行政機關在能夠相同有效地實現目標的諸多手段中應該選擇對個人權利最小侵害的措施^[78]。德國學者羅伯特·阿列克西（Robert Alexy）認為，必要性要求選擇“更少干涉強度的手段”^[79]。從刑法角度來說，必要性原則要求刑罰的適用盡可能寬和、輕緩、人道，如果能夠用較輕的刑罰手段抑制犯罪和保護合法權益時，就無需動用較重的刑罰^[80]。該要求同樣適用於犯罪附隨後果，雖然犯罪附隨後果不是刑罰，但是不可否認其給行為人創設出不亞於刑罰的身心痛苦和不利後果。因此，必要性原則要求對行為人施加某一微罪附隨後果是必不可少的，且不存在其他相同效果下更加有效或者輕緩的方案。通過上文的分析可知，大量犯罪附隨後果的規定存在明顯缺陷，制定依據不清晰、涵蓋內容不明確、適用標準不統一^[81]。這些規定不區分犯罪故意與過失、不設定禁止期限、不考慮犯罪內容與禁止事項是否有直接關聯，籠統地因犯罪人實施犯罪而終生剝奪其部分職業的從業權、各類資格的參與權和所有權，本身就有過分嫌疑，與必要性原則最小侵害權利的本旨形成明顯沖突^[82]。不僅如此，各類犯罪附隨後果由於缺乏限定條件，在具體適用中往往是全部疊加適用，多個不利後果同時發生效力。筆者認為，此類“過重”的犯罪附隨後果在制裁力度和持續時間上都與必要性原則“寬和、輕緩、人道”的要求完全相反。

（四）均衡性原則審查：犯罪附隨後果造成的損害與增益完全失衡

均衡性原則又稱狹義比例原則，它要求公權力行為者在追求公共利益的同時，認真對待公民權利，其行為手段增進的公共利益與造成的損害應成比例^[83]。如果某個公權力手段給公民個人造成的損害大於其所追求的公共利益，則不符合均衡性原則的要求^[84]。事實上，相較於行政違法而言，刑罰對公民權益的損害更為嚴重，正如美國學者道格拉斯·胡薩克曾說過，除了發動戰爭外，一個國家所做的任何決定都不如決定將哪些行為通過刑法予以禁止以及該行為應受到多大刑罰重要^[85]。作為附隨於刑罰的制裁方式，微罪附隨後果也應符合更為嚴格的均衡性原則要求。即如果微罪附隨後果手段所造成的侵害與所追求的目的而獲得的利益相當，就意味著該手段目的沒有實現^[86]。

[77] 參見黃河：《犯罪現實與刑罰的社會控制——基於刑罰目的論的反思》，載《中外法學》2021年第3期，第775-776頁。

[78] 參見鄭春燕：《必要性原則內涵之重構》，載《政法論壇》2004年第6期，第117頁。

[79] Robert Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*, 22 Revus: J. Const. Theory & Phil. Law [iv]51, 53 (2014).

[80] 參見陳曉明：《刑法上比例原則應用之探討》，載《法治研究》2012年第9期，第92頁。

[81] 參見朱賀：《我國失信行為制裁體系的完善與路徑選擇》，載《征信》2022年第7期，第49頁。

[82] 參見蔣鵬飛：《有罪判決的附帶後果：問題與回應》，載《法治研究》2011年第11期，第41頁。

[83] 參見劉權：《均衡性原則的具體化》，載《法學家》2017年第2期，第17頁。

[84] 參見田宏傑：《比例原則在刑法中的功能、定位與適用範圍》，載《中國人民大學學報》2019年第4期，第57頁。

[85] 參見[美]道格拉斯·胡薩克：《過罪化及刑法的限制》，董敏譯，中國法制出版社2015年版，第5頁。

[86] 參見張明楷：《法益保護與比例原則》，載《中國社會科學》2017年第7期，第105頁。

而在犯罪附隨後果的適用中，嚴厲的懲治手段給行為人造成的損害與給社會公共利益帶來的收益相比完全失衡。舉例來說，即使醉酒型危險駕駛罪的行為人被判處最輕的刑罰或者是適用緩刑，其也會因受過刑事處罰，面臨“多米諾骨牌”式的一系列嚴重的負面連鎖反應^[87]。行為人將一生被貼上犯罪人的標籤，無法完全享有公民應當具有的權利，如此嚴重的後果對行為人權利的侵害遠遠超越了其對公共利益的保障和增進。“過分、多度的幹預不僅無益於預防犯罪，保護社會公共利益，反而可能使有前科公民權利受到過於嚴苛的限制，影響其生存與發展，使這一群體邊緣化，難以回歸社會，從而再次犯罪^[88]。”筆者認為，目前的犯罪附隨後果作為行為手段完全不符合均衡性原則的要求，一方面從個人損害角度來看，微罪的犯罪附隨後果對行為人及其親屬造成的損害是終生的、難以彌補的。另一方面從社會收益角度來看，過於嚴厲的附隨後果不僅影響了大眾對刑法的認同感和接受度，還可能適得其反迫使曾經的犯罪人為了生計再次走上損害公共利益的道路。兩相比較，微罪附隨後果給個人造成的不良影響和損害遠遠大於其所維護的公共利益，實在難謂之均衡。

五、規制微罪附隨後果的應對措施

在刑事立法活躍化、活性化的當下，過泛、過重的微罪附隨後果明顯有悖於比例原則的要求，也與刑法“嚴而不厲”的調整趨勢存在激烈沖突。刑罰制裁是短暫的，附隨後果卻是終生的。在刑法網漸“嚴”（嚴密）的趨勢下，更多的微罪行為人背上犯罪附隨後果的枷鎖，這顯然與刑罰輕緩化的目的背道而馳^[89]。為了解決該問題，我國刑法一方面應建立差異化的前科消滅制度，同時另一方面應對微罪附隨後果進行規範化和制度化的限制，雙管齊下真正實現“嚴而不厲”的刑法現代化結構調整。

（一）建立微罪的前科消滅制度

前科實質上是對犯罪人的犯罪記錄所進行的規範性評價，前科消滅是對這種規範性評價的禁止與終結^[90]。建立微罪的前科消滅制度可以徹底注銷微罪行為人的犯罪記錄，從根本上幫助犯罪人回歸社會、恢復權利。需要注意的是，針對微罪建立前科消滅制度不意味著只有微罪才能適用前科消滅，而是因微罪的罪名數量有限、社會危害性小，所以在前科消滅制度的具體構建上異議小、可行性強，以此為契機有助於推進前科消滅制度的全面建立^[91]。前科不是一個內涵統一的概念^[92]，有學者將前科的概念分為狹義、廣義和最廣義。狹義的前科概念圍繞著罪和刑展開，它的成立既有罪的要求也有刑的考量，廣義的前科概念圍繞著罪展開而不涉及刑，而最廣義的前科概念則不是一個刑法專屬性的概念^[93]。鑒於前科消滅的法律後果要涵蓋消除前科所引起的犯罪附隨後果，即消除微罪帶給微罪行為人的不利後果，而能有效滿足這一要求的只有廣義的前科概念。因此，本文中的前科只涉及罪不要求刑，具體指受到有罪宣告的事實，包括定罪給予刑事處罰、非刑事處罰，定罪判

[87] 參見尹彥品、王豔榮：《醉酒型危險駕駛罪回顧與完善芻議》，載《河北法學》2022年第4期，第195頁。

[88] 邵玉婷：《前科就業限制的比例原則規制》，載《東方法學》2017年第3期，第158頁。

[89] 參見周峨春、郭子麟：《輕罪前科消滅制度構建》，載《重慶理工大學學報(社會科學)》2022年第9期，第165頁。

[90] 參見韓寶慶：《前科消滅制度建構論》，載《東北師大學報(哲學社會科學版)》2016年第2期，第111頁。

[91] 參見何榮功：《我國輕罪立法的體系思考》，載《中外法學》2018年第5期，第1220頁。

[92] 參見付強：《前科消滅的概念研析》，載《當代法學》2011年第2期，第36頁。

[93] 參見梁雲寶：《我國應建立與高發型微罪懲處相配套的前科消滅制度》，載《政法論壇》2021年第4期，第40-41頁。

刑後被赦免，以及單純有罪宣告等^[94]。構建差異化的前科消滅制度是一項系統工程，筆者認為應從以下兩方面展開。

1. 完善犯罪記錄封存制度

前科與犯罪記錄是兩個不同的概念，同樣前科消滅與犯罪記錄封存也是兩個不同的概念。前科消滅制度所消滅的前科，在法律上只是一種規範性評價的禁止，而不是客觀存在的犯罪事實本身，更不是記錄犯罪事實的某種載體^[95]。犯罪記錄封存是指限制和拒絕查詢犯罪記錄，但並不是徹底銷毀對犯罪事實及刑事判決的記載，犯罪記錄依然是客觀存在的^[96]。犯罪記錄封存是前科消滅的主要措施，通過拒絕查詢犯罪記錄使前科評價在法律制度層面上無法進行，從而導致前科消滅的法律效果。

長期以來，我國實行的都是刑事犯罪記錄終生入檔的制度。直至2011年《刑法修正案（八）》中增加了未成年人前科報告義務免除的規定，隨後2012年新《刑事訴訟法》又配套規定了未成年人犯罪記錄封存制度^[97]。可以說這些立法修訂初步構建了中國刑事制裁體系下的犯罪記錄封存制度，是我國逐步建立前科消滅制度的重大突破^[98]。但是我國目前的犯罪記錄封存制度僅涉及未成年人的某些罪名，適用面過於狹窄，無法適應當前犯罪圈擴大、刑罰逐步輕緩的立法和司法現實。因此筆者認為，可以在未成年人刑事犯罪記錄封存制度的基礎上繼續延伸，借鑒的同時創新建立我國微罪犯罪記錄封存制度。對判處微罪的行為人犯罪記錄予以封存，通過統一的拒絕和限制查詢來實現前科消滅的初衷和目標。一方面，吸取未成年人犯罪記錄封存制度中存在的監督與救濟程序缺失、查詢程序不規範、封存效力不明確以及相關部門之間的銜接與配合脫節等問題，微罪犯罪記錄封存制度可以針對性完善並提高^[99]。另一方面，可以將被封存的犯罪記錄納入隱私權保護範圍，不得再被提起和進行任何形式的法律評價，任何個人或機關不得肆意披露或者傳播，否則即為侵權，情節嚴重的，可以以侵犯公民個人信息罪追究刑事責任^[100]。

2. 增設複權制度

複權包括了廣義上的複權和狹義上的複權，前者指恢復因犯罪而失去的權利、資格，後者則是指因犯罪而被判處資格刑以後，在資格刑執行期間停止執行並恢復其權利^[101]。我國學者通常將複權與資格刑相聯系^[102]，在狹義層面對複權制度進行研究^[103]。但正如上文所述，我國其他法律法規

[94] 參見李穎峰：《構建我國未成年人前科消滅制度的若幹思考》，載《河南大學學報(社會科學版)》2018年第4期，第71頁。

[95] 參見於志剛：《“犯罪記錄”和“前科”混淆性認識的批判性思考》，載《法學研究》2010年第3期，第54頁。

[96] 參見馬豔君：《未成年人犯罪記錄封存制度實踐設想》，載《法學雜誌》2013年第5期，第120-121頁。

[97] 我國《刑法》第100條規定：“犯罪的時候不滿十八周歲被判處五年有期徒刑以下刑罰的人，免除前款規定的報告義務。”《刑事訴訟法》第286條規定：“犯罪的時候不滿十八周歲，被判處五年有期徒刑以下刑罰的，應當對相關犯罪記錄予以封存。”

[98] 參見陳慶安：《〈刑法修正案（十一）〉的回應性特征與系統性反思》，載《政治與法律》2022年第8期，第119頁。

[99] 參見宋英輝、楊雯清：《我國未成年人犯罪記錄封存制度研究》，載《國家檢察官學院學報》2019年第4期，第20頁。

[100] 參見彭新林：《美國犯罪記錄消滅制度及其啟示》，載《環球法律評論》2021年第1期，第177頁。

[101] 參見張偉珂：《域外刑事複權制度立法比較研究》，載《法治研究》2014年第7期，第19頁。

[102] 參見康均心、尹露：《美國複權制度中國化思考——以“禁止詢問犯罪記錄”為例》，載《刑法論叢》2015年第3卷，第362頁。

[103] 如有觀點認為複權是指對被宣告資格刑的犯罪人，當其具備法律規定的條件時，審判機關提前恢復其被剝奪的權利或資格的制度。參見馬克昌主編：《刑罰通論》，武漢大學出版社1999年版，第716頁。也有學者指出，複權制度中所恢復的“權”，是指因被處以資格刑而導致喪失的一切權能。參見於志剛：《複權制度適用問題研究》，載《法學》2002年第2期，第34頁。

中也存在廣泛的資格禁止性條款，行為人沒有被判處資格刑或者資格刑已經執行完畢的，其從事特定職業、獲得某種資格的權利依然受到限制或剝奪。因此我國的複權制度不應再局限於資格刑，廣義的複權才能改善複歸人員所面臨的現實困境，保障其重新回歸社會開展正常的社會生活^[104]。複權制度與前科消滅存在密切關聯，兩者相互補充、協調配合，共同發揮作用。一方面，前科消滅制度必然引申出複權問題，複權意味著犯罪人被剝奪的權利或資格的恢復。對於已經恢復的權利和資格，任何社會組織、用人單位及個人都不得以任何理由再次禁止、限制或拒絕行為人重新享有。換言之，只有在複權實現後前科消滅制度才能真正落到實處^[105]。另一方面，複權的法律後果僅限於恢復犯罪人喪失的權利或資格，而無法封存犯罪人受罪刑宣告的記錄，犯罪人再犯罪的，可以構成累犯或者其他從重處罰情節^[106]。因此兩者缺一不可，必須有機地結合起來才能真正達到維護微罪行為人權益的效果。

筆者認為，微罪的前科消滅制度應由犯罪記錄封存和恢復因犯罪而失去的法定權利或資格兩部分組成。一方面，通過拒絕、限制查詢微罪行為人的犯罪記錄使前科失去規範評價作用，在法律層面上達到消滅前科的效果。另一方面，複權制度的增設可以使微罪行為人的權利恢復到犯罪前的狀態，真正將行為人從“隱形枷鎖”中解放出來，平穩順利地回歸社會。

（二）微罪的犯罪附隨後果規範化

由於深受傳統觀念、時代背景等多方面因素的影響，我國一直以來對複歸人員形成的禁止、限制和排斥性規定有其複雜性和內在必然性。因此筆者認為，對於微罪附隨後果的規範化措施應立足我國現實情況，從前置條件出發，對規定的具體時間、內容要求、救濟方式等進行針對性地探索和研究的，修改或取消不符合比例原則要求的微罪附隨後果，建立規範化的制度體系。

1. 增強前置條件與附隨後果的關聯性與邏輯性

法律責任具有內在邏輯性，所有法律後果的承擔都應存在前後因果的邏輯關係，該原理同樣適用於犯罪附隨後果的適用中。如上文所述，我國目前大量存在的犯罪附隨後果設置粗糙，缺乏針對性和因果性，前置條件中的犯罪性質、情節等，與剝奪資格、職業排斥等的後果之間沒有明顯的關聯性和邏輯性，不符合比例原則的要求。比如2018年《上海市導遊人員管理辦法》（上海市人民政府令14號）第19條規定，受過刑事處罰的，過失犯罪的除外，不得頒發導遊證或者景區（點）導遊證。因此有醉駕前科的人、超速追逐判過刑的人等，一律不允許從事導遊工作。類似做法顯然是不合理的，從該規定很難直接看出醉駕與導遊工作有任何內在的關聯，也沒有令人信服的實證數據統計和政策研究表明醉駕者無法勝任導遊一職。此類規定大多是為了實現犯罪的報應和預防目的，而直接排除了所有有犯罪前科的人員從事該工作的機會。筆者認為，微罪附隨後果在規定時應重視、強調其與所犯微罪的關聯性，從而使犯罪附隨後果更具針對性和因果性。

2. 明確微罪附隨後果的適用期限

我國絕大多數的微罪附隨後果沒有規定明確的適用期限，也不存在相應的救濟、減免途徑，這就意味著對於微罪行為人來說這種否定評價和資格剝奪是沒有解除期限的。即使他們已經改過自新

[104] 參見劉博：《複權制度中國化的路徑芻議》，載《學習論壇》2017年第12期，第73頁。

[105] 參見程騁：《前科消滅與複權制度在刑罰體系中的定位及邏輯關係解構》，載《江漢論壇》2021年第12期，第119頁。

[106] 參見馬克昌主編：《刑罰通論》，武漢大學出版社1999年版，第717頁。

或者確實缺乏再犯可能性，也仍然無法擺脫終生被限制的命運^[107]。毋庸置疑，這種經驗性的做法明顯缺乏依據，不具有合理性。筆者認為，鑒於微罪的犯罪情節較為輕微，社會危害性小，對微罪犯罪附隨後果的適用期限應進行區別於重罪、輕罪的制度設計，在對其設立目的、保護利益的重要性、對行為人的損害等方面進行綜合考量的基礎上，設立符合比例原則要求的限制期限。

3. 清除微罪犯罪附隨後果的株連規定

株連規定作為犯罪附隨後果的負面影響之一，嚴重加劇了犯罪行為對犯罪人近親屬和其他家庭成員的社會負擔，應為法治理念和實踐所摒棄。微罪行為人子女的人身權、人格權是獨立的，不能因父母的過錯而被否定或剝奪。以政審為例，父母是微罪行為人無法證明子女在社會生活其他領域同樣會失信於人，因此政審這種過當的預防和防控體現了一種“有罪推定”的思維定勢，是對子女們“莫須有”罪名的懲罰和限制^[108]。通過親屬連坐的方式，摧毀微罪行為人子女的個人前途，既不是刑罰和微罪附隨後果規定的初衷，也不符合社會治理的總體要求。因此，所有株連性制裁都不符合比例原則的要求，缺乏正當性根據，應予全部清除。

4. 限縮微罪納入社會信用評價的範圍

社會信用評價體系的最終目的是為了建立完善的信用信息共用機制，提高公眾誠信水準。而實踐中納入社會信用評價的內容急劇擴張，從傳統的商業欺詐、偷稅漏稅、銷售假冒偽劣產品等屬於商業倫理和民事主體之間的不誠信行為，延伸至違法行為、犯罪行為，乃至不文明、不道德的社會行為。考慮到社會信用評價體系對微罪行為人的聲譽和資格都會產生較大影響，因此在比例原則的約束下，不應將不具備失信成分的微罪納入社會信用評價體系中。

5. 明確合理有效的法律救濟渠道

犯罪附隨後果剝奪了微罪行為人的職業自由權等相關權利，職業自由權是公民的基本人權，且就業問題關乎當事人賴以為生的物質基礎與生活來源，影響尤為重大，更在深遠層面上與其複歸社會關係密切。因此，當微罪行為人認為某項微罪附隨後果的設置和適用不符合比例原則要求時，應有合理有效的救濟渠道。例如，當微罪行為人從事法律法規未禁止的職業和有關活動，或當某項禁止或限制已經到期，微罪行為人的權利未得到相應保障的，應允許行為人申請法律救濟。筆者認為在我國，明確犯罪附隨後果的可訴性，保護微罪行為人通過訴訟維護自己合法權利，尋求司法機關的介入，符合社會主體合法權利要有保護措施跟進的邏輯。

6. 及時更新並修訂下位規範

我國地方性法規、規章以及規範性文件中確立的犯罪附隨後果主要依據國家法律、行政法規以及國務院部門規章等制定。實踐中，大部分下位規範性文件中規定的附隨後果往往來源於上位規範。然而目前確存在比較明顯的下位規範“尾大不掉”的問題^[109]。由於上下位規範的制定、修改、廢止在時間上始終具有一定的間隔，通常會出現上位規範更新後與下位規範的微罪附隨後果不一致的情況。例如國務院頒布的《保安服務管理條例》已經於2022年3月進行修訂，新修訂後的條例第17條規定曾因故意犯罪被刑事處罰的，不得擔任保安員。而由深圳市政府2008年3月頒布的《深圳市保安

[107] 參見劉夏：《保安處分視角下的職業禁止研究》，載《政法論叢》2015年第6期，第131頁。

[108] 參見聶帥鈞：《失信聯合懲戒措施的合法性檢討與控制》，載《財經法學》2021年第2期，第127頁。

[109] 參見楊登峰：《下位法尾大不掉問題的解決機制——“新上位法優於舊下位法”規則之論》，載《政治與法律》2014年第9期，第60頁。

服務管理辦法》卻仍在使用中，其中第50條規定，保安員有違法行為受到行政拘留、強制戒毒、勞動教養或者刑事處罰的，吊銷資格證書，並且三年內不得從事保安服務工作。該規定並沒有如上位規範一樣區分刑事犯罪的故意與過失，而是籠統進行了職業限制。因此，筆者認為根據比例原則的要求，應當及時更新並修訂下位規範，確保規定微罪附隨後果的規範現行有效。當上位規範中的犯罪附隨後果修訂或失效後，下位規範中的附隨後果自動修訂或失效。對於下位規範或者一些用人單位超越上位法，缺乏依據地增設禁止和限制性內容，導致公民合法權益受到損害時，應當允許微罪行為人申請法律救濟。

六、結語

在上述研究的基礎上，本文得出以下結論：（1）微罪是法定最高刑為一年有期徒刑以下的罪名，這種界定合乎微罪在實體和程序方面功能的要求。（2）目前我國微罪附隨後果存在過泛、過重的弊端，本文透過公法領域比例原則的下位規則，對該現狀進行了細緻的、規範的正當性檢視，找出了問題的根源所在。（3）基於此，本文主張建立差異化的前科消滅制度和規範化的微罪附隨後果制度，修改或取消不符合比例原則的現有規定，以符合現代化國家治理的平等、公正原則。

Abstract: Petty offenses refer to crimes for which the statutory maximum sentence is less than one year of fixed-term imprisonment. The problem of over-generalization and over-severity of the collateral consequences of petty offenses in China has been identified through a review of the subordinate rules of proportionality in the field of public law. Therefore, a differentiated system of elimination of criminal record and a standardized system of consequences collateral to petty offenses should be established, and existing provisions that do not comply with the principle of proportionality should be amended or abolished to truly modernize and restructure criminal law in a “strict but not harsh” manner, in order to comply with the principles of equality and justice in modern state governance.

Key words: Petty Offenses; the Collateral Consequences of Crimes; the Principle of Proportionality; Elimination of Criminal Record

（責任編輯：馬志遠）