

全国法院系统第三十五届  
学术讨论会征文

# 从惩罚到复权：轻刑时代前科封存的 司法应对

陕西省西安市新城区人民法院 王永 张怡净 赵晶

二〇二三年八月二十八日

作者简介：

王永，男，1986年11月出生，2011年10月参加工作，研究生学历，毕业于西北政法大学刑事法学院，现任西安市新城区人民法院刑事审判庭副庭长，联系方式：13709296615。

张怡净，女，1994年10月出生，2020年12月参加工作，研究生学历，毕业于华中师范大学法学院，现为西安市新城区人民法院刑事审判庭法官助理，联系方式：15529349813。

赵晶，女，1995年10月出生，2021年8月参加工作，本科学历，毕业于西北农林科技大学人文学院法学专业，现为西安市新城区人民法院刑事审判庭法官助理，联系方式：18309263947。

## 论文独创性声明

本人郑重声明：所呈交的论文是我个人进行研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写的研究成果，特此声明。

作者签名：

日期：2023.08.28

编号：

## 从惩罚到复权：轻刑时代前科封存的司法应对

### 论文题要：

无论从立法层面，还是司法层面，当前我国越来越多的犯罪行为被处以 3 年以下的较轻刑罚，犯罪类型及刑罚结构与以往相比都发生了较大变化，轻刑时代已悄然来临。与此同时，前科人员及其亲属在上学、就业、生活等诸多方面的社会权利受到了较大的限制，这些无限期的“附随惩罚”甚至超过了刑罚本身，“一有前科，寸步难行”成了当前前科制度背景下犯罪人员的真实写照。犯罪结构的变化呼唤犯罪治理的转型，不应以治理重罪的理念及方法来治理轻罪，给轻刑人员在制度上“松绑”、在社会上“复权”不仅是保障人权、坚持罪责刑相适应的应有之义，更是从治罪走向治理、从单纯惩罚走向恢复性司法的重要内容。与前科消灭的制度设计相比，前科封存制度更具科学性、实践性及可操作性，以做出最终裁决的法院为主导构建前科封存体系更具合理性，前科封存制度首先应该考量“封存什么”，即从犯罪类型、刑罚轻重、犯罪次数等实体层面框定封存的范围，其次应该考量“如何封存”，即从启动主体、封存步骤、前科查询等程序层面优化封存路径。（全文共 14539 字）

关键词：轻刑时代 前科封存 实体考量 程序考量

## 主要创新观点：

一是选题新。在轻刑时代背景下，传统的前科制度对前科人员回归社会、升学就业及社会综合治理都有着不同程度的挑战，轻罪治理如何转型，前科制度如何修正，是新时期刑事司法现代化进程中面临的新问题。

二是问题真、内容实。本文以实践问题为导向，在充分检视前期研究成果的基础上，通过对刑法立法层面和司法层面的分析，更加全面、具体的论述了轻刑时代的刑罚现状；从刑事立法体系、人身危险评估等方面，比较分析出与前科消灭相比，前科封存制度更具科学性、实践性及可操作性，并且提出建立复权制度作为前科封存制度配套机制，以最大化保障前科封存的制度效果。

三是操作性强。前科封存的核心问题是封存的范畴（实体）及封存的路径（程序）问题，本文以轻刑犯罪为基础，确立了要素齐全、内容全面的实体考量机制，并依据刑事诉讼流程，提出由法院做出封存决定，公检法等机关同步执行的程序考量，封存内容一目了然，封存方法方便易行。

# 从惩罚到复权：轻刑时代前科封存的司法应对

## 引言

2019年10月，最高人民法院《关于加强刑事审判工作情况的报告》公布的数据显示，2014年至2019年5年间，我国刑事案件中判处3年以下刑罚的占比81.6%，同比上升5.8%<sup>①</sup>；2020年10月最高人民检察院《关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告》指出，近20年来起诉严重暴力犯罪从1999年的16.2万人降至6万人，判处3年以下刑罚的轻罪案件占比从54.4%上升至83.2%<sup>②</sup>，无论是立法层面还是司法层面，越来越多的迹象表明我国刑事司法已经进入轻刑时代。犯罪结构的变化呼唤犯罪治理转型，尤其是危险驾驶、帮助信息网络犯罪活动等轻刑案件的不断攀升，越来越多的犯罪人员被处以轻刑，但因前科导致的轻刑罪犯及其亲属的社会生存、生活问题不断凸显，如何在轻刑时代中治理轻罪、如何将惩罚与挽救有机结合、如何从“夺权”到复权，成了亟需考虑的问题。本文首先从多个维度论证轻刑时代的到来，并梳理归纳出当前前科制度的“负面清单”；随后，本文将对不同修正方案进行分析比较后，提出通过前科封存实现轻刑人员“全面复权”的本土化路径，前科封存应是复权机制中的最关键环节；最后，本文将从实体框定及程序步骤两方面，构建前科记录封存的具体路径。

## 一、轻刑时代中前科制度的弊病反思

我国刑法中虽然对轻罪和重罪没有进行明确区分，但在刑法第

<sup>①</sup>最高人民法院《关于加强刑事审判工作情况的报告》，载《人民法院报》2019年10月24日第4版。

<sup>②</sup>最高人民检察院《关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告》，载《检察日报》2020年10月17日第2版。

37条、第72条、第272条等诸多条文中，有着“犯罪情节轻微”、“犯罪较轻”、“严重危及人身安全”、“严重扰乱社会秩序”等表述，犯罪行为及其情节的轻重，影响甚至决定了行为人的定罪、量刑及刑罚执行方式，这也意味着我国刑法从实质上对轻罪和重罪的处理做了区分。在当前讨论中，对轻罪的界定主要有“五年说”“三年说”以及“一年说”的观点，本文认为将轻罪界定为“三年以下”的刑罚比较妥当，原因如下：首先，从刑事立法来讲，三年以下刑期是我国刑法中绝大多数犯罪的最轻刑档，而且将三年以下刑罚作为我国公民境外犯罪是否追究、缓刑适用、合议庭组成及速裁程序适用等实体、程序重大事项的判断标准，对三年以下的犯罪行为在实体上更加宽缓、在程序上更加简化快捷；其次，从最高法、最高检等实务部门相关工作报告的表述及数据统计来看，主要将三年以下刑罚认定为轻刑，在政策适用、治理方式上都与其他幅度的刑罚作了区分；最后，基于上述立法、司法原因，将三年以下刑罚认定为轻刑是理论界、实务界，乃至整个刑事法律职业共同体最能达成共识的一种划分。

### **（一）当前我国刑罚的轻刑化现状**

#### **1、立法：刑罚体系中轻罪的占比**

通常来讲，轻罪包括法定最高刑为三年以下的犯罪（纯正的轻罪）和具有三年以下刑档的犯罪（非纯正的轻罪），我国现行刑法一共有483个罪名，除了故意杀人、抢劫、强奸等个别严重暴力犯罪以外，绝大多数罪名的最轻刑档都在三年以下，而且法定最高刑在三年以下的罪名就有101个，占比21%。从具体分布来看，法定最高刑为三年的罪名有83个：第二章危害公共安全罪4个、第三章破坏社会主义市场经济秩序罪7个、第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪13个、第六章妨害社会管理秩序罪41个、第七章危害国防利益罪7

个、第八章贪污贿赂罪 2 个、第九章渎职罪 7 个、第十章军人违反职责罪 2 个；法定最高刑为二年的罪名有 11 个：第三章破坏社会主义市场经济秩序 2 个、第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪 4 个、第六章妨害社会管理秩序罪 3 个、第七章危害国防利益罪 2 个；法定最高刑为一年以下的罪名有 7 个：第二章危害公共安全罪 3 个、第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪 1 个、第六章妨害社会管理秩序罪 3 个。

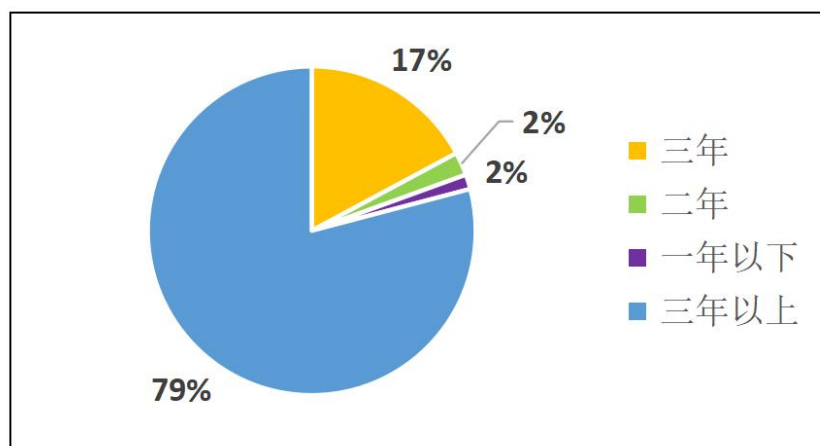


图 1：刑法罪名体系中法定最高刑的占比图

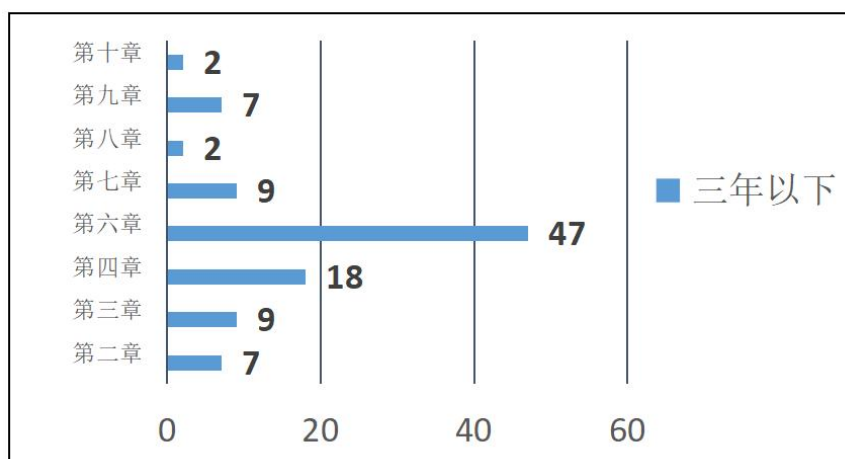


图 2：刑法各章节法定最高刑为三年以下的罪名分布

## 2、修法：刑法修正案中轻罪的扩张

在 2013 年废除劳动教养制度前后，我国立法机关通过刑法修正

案增设了相关罪名，将更多的情节较轻、危害较小的行为纳入到刑法规制范畴，以积极的刑法立法化解新型的“失范”行为。从2015年以来，刑法先后修改3次，2015年《刑法修正案（九）》共新增24个罪名，其中最高刑为三年以下的罪名就增设了14个，轻罪占比58%；2017年《刑法修正案（十）》增设一款侮辱国歌罪，最高刑为三年；2020年《刑法修正案（十一）》共新增22个罪名，其中最高刑为三年以下的罪名增设了9个，轻罪占比47%。相比以往修法，轻刑化俨然已经成为了刑事立法的趋势。

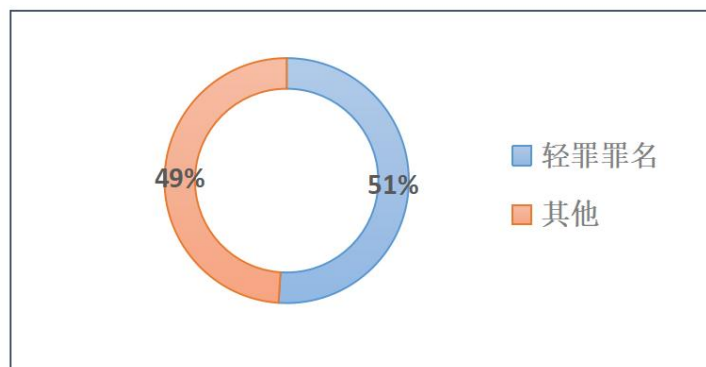


图3 刑法修正案九以来轻罪数量占比图

### 3、司法：审判实践中刑罚轻刑化趋势

从上述2019年最高院、2020年最高检通报的相关数据来看，近年来3年以下的轻刑在整个刑罚结构中占比80%以上，基于审判数据公开的限制，目前无法统计全国刑罚现状的具体数据，但随着认罪认罚从宽制度及少捕慎诉慎押政策的深入推进，刑罚的轻缓化较之前更进一步。从笔者所在的西部某省会城市中心城区X区人民法院2018年至2022年的审判数据来看，5年来该区法院共审结一审刑事案件2734件，其中判处有期徒刑三年以下的案件有2270件，占比约83%，



轻刑的占比从 2018 年的 78.9% 上升到 2022 年的 85%，比例在不断攀升，而且从刑罚的执行方式来看，宣告缓刑的案件比例从 2018 年的 18% 上涨到 2022 年的 35%，基本呈现出逐年上升的趋势。当然，缓刑适用率的上升也和近几年受疫情影响出现的“关押难”问题有关。

表 1：X 区法院 2018 年至 2022 年一审刑事案件数据分析表

类型	2018	2019	2020	2021	2022
案件总数	608	630	451	604	441
重刑案件	128	118	68	84	66
轻刑案件	480	512	383	520	375
轻刑占比	78.9%	81.3%	84.9%	86.1%	85%
缓刑案件占比	18%	19.6%	26%	32%	35%

综上，我们可以看出无论在立法层面、司法层面还是修法趋势上，轻刑化甚至轻缓化已经成为了当前刑事司法的基本特点，越来越多的犯罪人员被科以轻刑，我国的刑事司法无疑已进入轻刑时代，所谓轻刑时代就是以广泛宣告三年以下轻刑判决并得以长期维持的时代，根据相关数据统计显示，自 2013 年以来，我国处以三年以下刑罚的案件数量占全部刑事案件总量的 80% 以上<sup>③</sup>，这种重刑、轻刑“二八”开的格局已经维系了十年。值得说明的是，当前多数研究将上述现状概称为“轻罪时代”，而本文认为这一表述并不准确，因为从我国刑罚结构来看，虽然绝大多数罪名都包含有 3 年以下的刑档，但却同时兼具 3 年以上刑档，纯正的轻罪仍然较小，所以很难说当前是一个以轻罪为主的刑罚时代，但是从司法实践来看，80% 以上的案件被处以轻刑，轻刑在整个刑罚结构中占据绝对权重，所以轻刑时代的表述更为准确、贴切。

<sup>③</sup> 卢建平：《为什么说我国已进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2023 年第 3 期。

## （二）当前前科制度的弊病反思

近年来，我国理论界和实务界对前科制度<sup>④</sup>的讨论不断深入，特别是随着危险驾驶、帮助信息网络犯罪活动等轻刑案件的不断攀升，轻刑人员不断增加，人们对这一特殊群体的关注度也不断加大。无论古今中外，前科必然会给犯罪人员带来不利后果，有法律、道德层面的，也有社会生活层面的，其中有些影响是合理的，比如对累犯、毒品再犯的评价，但有些影响不尽合理，亟需消除。本节将从宏观到微观的四个层面对当前前科制度的弊病进行分层梳理，进而全面勾勒出当前我国前科制度的“负面清单”。

### 1、国家层面：国家对前科制度的需求度减弱

前科制度的出现及发展，依附于特定的经济社会环境，长期以来前科制度作为犯罪治理的重要手段而存在。我国古代时期就有“前科观念”，最为直观的是封建社会使用最长的肉刑“黥刑”<sup>⑤</sup>，施以“黥刑”之人大多社会危害性大、人身危险性高，在信息闭塞的古代，此种刑罚方式是识别人身危险性的重要依据，有利于预防“潜在风险”，维护群众安全及社会稳定。现代以来，前科制度也是随着国家治安状况的变化而变化<sup>⑥</sup>，因为除了刑罚手段，社会需要相应的配套措施来巩固当时的治安情况，而对前科人员的有效识别和管控被视为维护社会稳定的重要手段。但随着犯罪圈下沉及轻刑时代来临，多数犯罪行为被处以轻刑，这些罪犯人身危害性小、社会风险低，不仅无需过多

<sup>④</sup> 我国现有的法律规定、司法政策等国家层面的制度规范中关于前科制度的规定，主要有前科报告制度、法定及酌定量刑情节、职业禁止及限制三个方面。

<sup>⑤</sup> “黥刑”：施行方法是在人的脸上或身体的其他部位刺字，之后涂墨或其它颜料，使所刺之字成为永久性的记号。

<sup>⑥</sup> 20世纪90年代，刑事犯罪活动日趋严重，其中一个突出特点是犯罪团伙增多，黑社会性质组织出现，尤其是一些“两劳”人员，跨省市甚至勾结境外黑社会作案。毕惜茜、陈娟：《“严打”整治斗争的回顾与展望》，载《中国人民公安大学学报》2003年第2期。

的管控，还应帮助轻刑人员再社会化，前科制度的“用武之地”日趋变小，国家对前科制度的需求度也大大降低。

## **2、社会层面：前科制度对社会治理形成冲击**

当前前科制度与轻罪治理的理念、价值、目标产生一定冲突，故废除前科的附随性后果也是轻罪治理的重要内容<sup>⑦</sup>。从轻罪治理中“轻罪轻罚”的理念来看，因轻罪产生的附随性后果导致刑事制裁力度的外溢，不仅降低了轻罪治理的精准性，甚至制造了社会对立面<sup>⑧</sup>，这种无期限的附随惩治已然与社会群众对轻罪后果的朴素认知不相符，“任何行为的正当性在于它具有必要性，离开了行为的必要性，行为就失去了正当性基础”<sup>⑨</sup>，必要性薄弱的附随性后果也一定程度上削弱了轻罪刑罚的正当性，违背了以人民为中心的价值立场。此外，随着我国老龄化社会的加重，很多门槛较低的行业存在着较大的用人缺口，而当前的前科制度使大量刑满释放人员无法进入这些行业，人为的阻隔了劳动者和用人单位的双向需求，忽视了前科人员参与社会建设的可能性，是对社会资源的一种浪费。

## **3、个人层面：社会权利严重受限**

根据我国现行相关法律、法规和规范性文件，除最原始的农林牧渔等第一产业外，很多职业对前科人员都进行了限制，其中许多规定不分罪行轻重，不管故意还是过失，只要有前科就施加各种资格、权利、机会的限制，致使许多前科人员因工作权利被剥夺而面临严重生存困难。从立法层面来看：《公务员法》第 24 条规定，曾因犯罪受过刑事处罚的不得录用为公务员；《教师法》、《律师法》、《法官法》、《检察官法》等所有关于职业的专门法律中都规定了前科人员

<sup>⑦</sup>参见樊崇义：《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》，载《中国法律评论》2023 年第 1 期；卢建平、吴宏耀、刘辰：《轻罪治理现代化的推进路径》，载《人民检察》2023 年第 1 期。

<sup>⑧</sup>参见樊崇义：《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》，载《中国法律评论》2023 年第 1 期。

<sup>⑨</sup>温建辉：《法律行为的逻辑结构》，载《社会科学家》2020 年第 1 期。

不得从事相关职业。除了上述国家法律外，各行业各地方对前科人员的从业也设置了限制，国务院《导游人员管理条例》、《娱乐场所管理条例》、《保安服务管理条例》等行政法规也限制前科人员从业，甚至连最常见的司机、快递员也将前科人员排除在外。此外，根据《劳动合同法》第三十九条规定，被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同，用人单位可以解除劳动合同，且无需支付经济补偿金，前科人员的工作权无法保障。而且，犯罪人员刑满释放重返社会时，身上会被贴上“罪犯”的标签，难以重新融入社会，在社会生活中受到各种歧视，违反了《监狱法》第38条“刑满释放人员依法享有与其他公民平等的权利”的规定。

#### **4、牵连家属：违背罪责自负的法治精神**

前科制度中最受人诟病的，非牵连家属莫属，因为在子女的升学、入伍、就业等很多领域甚至还存在着“一人坐牢，影响三代”的前科制度，比如：《征兵政治审查工作规定》第9条规定，家庭主要成员、直接抚养人、主要社会关系成员或者对本人影响较大的其他亲属被刑事处罚的，不得征集为对政治条件有特别要求的单位的新兵；《公安机关人民警察录用办法》则规定，直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的，本人不得报考人民警察。此外，“有配偶、直系亲属被判处死刑或正在服刑”被视为公务员政审不合格的情形之一。甚至，实践中政法机关招收公务员，在政审环节普遍要求出具父母无犯罪记录证明，父母存在犯罪前科也就会影响到子女的“仕途”<sup>⑩</sup>。坚持罪责自负，不仅是刑罚正义的基本要求，也是社会文明的基本内涵，承担不利后果的原因是有过错，如果自身无任何过错，而要为他人（包括亲人）的过错承担不利后果，则会与历

---

<sup>⑩</sup>崔志伟：《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》，载《现代法学》2021年第6期。

史上的“连坐”制度一样受人诟病。

综上，无论从国家、社会还是个人层面，均应对当前的前科制度进行优化，将不合理的影响剔除出去，为前科人员重回正常生活提供相应的制度保障，给前科人员更多的机会帮助他们改过自新重新融入社会，以更加包容的理念及制度“接纳”前科人员。

## 二、通过前科封存实现社会复权

虽然轻刑时代的到来将前科制度的弊端加倍放大，但前科制度中特定犯罪（如性侵未成年人）的前科报告义务、人身危险性评价及量刑情节评价等内容，仍在犯罪治理中发挥重要作用，因而应当在保留前科制度上述有效功能的基础上，结合社会治理的现实要求，对前科制度予以修正，其实主要是对其附随后果的修正。

### （一）路径选择：前科封存的制度优势

关于当前如何修正前科制度的讨论中，多数学者主张建立前科消灭制度，认为前科消灭制度更能从根本上解决轻刑时代前科制度的弊病，例如，有学者认为“随着轻罪人数的增加，轻罪记录会外溢产生各种各样的规范评价效果。前科消灭的重点在不再产生规范意义上的负面评价作用，恢复因前科而受损的一切权利”<sup>①</sup>。对于前科人员而言，前科消灭当然是对其最为有利的一种制度设计，但是前科消灭不仅不符合我国社会公共利益及法律实践要求，也因无法彻底消灭前科记录，故不具备现实可能性。本文认为，相比于前科消灭，前科封存制度更符合犯罪治理要求，更具备合理性、科学性及可操作性。具体理由如下：

1、**法律层面**。第一，前科封存符合部分罪名“减半入罪”的规定。在部分犯罪中，司法解释规定了“存在同类前科，后行为数额标

---

<sup>①</sup>同注③。

准减半入罪”的情形。例如《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第1项规定盗窃公私财物的行为人，如果具有“曾因盗窃受过刑事处罚的”，则“数额较大”的标准按照第1条规定标准的百分之五十确定；《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》也相继作出类似规定。上述规定作出的原因是再犯人员的主观恶性更大、社会危害性更高，应该加大惩罚力度，适当降低入罪标准。前科封存制度能在前科人员再次犯罪时，将前罪的犯罪记录及时“解封”，满足司法解释中特定罪名“减半入罪”规定的形式要求。追求“彻底消灭”的前科消灭制度则无法满足该要求，即不符合司法解释关于从严打击特定犯罪的本意，也不符合对再犯人员从严惩处的要求。第二，前科封存有利于全面评价犯罪人员的人身危险。刑法及刑诉法都将行为人的主观恶性、社会危害性、人身危险性、再犯可能性作为办案机关决定强制措施、刑罚执行方式、程序适用的重要依据，而前科记录是衡量上述情节的主要依据，一旦前科记录“彻底消灭”，可能导致法律上的适用困境，也可能造成刑罚“应重而未重”尴尬境地，最为典型的就缓刑的适用，实践中前科记录对社区矫正调查结果有重大影响，且判处缓刑的条件之一是“无再犯危险”，若前科记录已然消灭，前科人员再犯罪时恢复“初犯”身份，根本无法判定其是否符合“无再犯危险”要求。

**2、实践层面。**第一，在当前的司法实践中，前科消灭制度不利于我国进行犯罪治理。我国每年都会进行各项犯罪的集中统计，犯罪统计既是观察测量犯罪现象的重要工具方法，又是评判犯罪治理绩效的基本依据。<sup>⑩</sup>通过统计数据的分析研判，可以精准认识犯罪治理的

---

<sup>⑩</sup>卢建平：《犯罪统计与犯罪治理的优化》，载《中国社会科学》2021年第10期。

形势，及时发现问题，进而完善治理方式及路径。一旦前科记录彻底消灭，特别是在轻刑时代，鉴于轻罪犯罪人数的基数之大，犯罪统计将失去很大一部分原始数据，无法根据各项数据进行“对症下药、系统治理”，必然降低轻罪治理质效。第二，现已实施的未成年人犯罪记录封存制度可为前科封存制度提供一定参考价值，应保持关联制度的连贯性，未成年犯罪记录封存应属于前科封存的特殊规定。2012修订的刑事诉讼法增加了未成年人犯罪记录封存制度，经过数年的司法实践，在促进失足未成年人回归社会方面取得了积极成效，2022年，针对实践中存在的问题，统一细化相关法律规定，两高两部共同制定了《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》，涵盖了未成年人犯罪记录的范围、封存情形、封存主体及程序、查询主体及申请条件、保密义务及相关责任等内容。前科封存制度与未成年人犯罪记录封存二者之间具有相似的价值目标，在制度内容上必然具有相似之处，而且在贯彻实施方面，借鉴未成年人犯罪记录封存方法有利于保证司法机关适用规定和程序的统一性，保障封存制度高效运转。但应当注意的是，前科封存制度不能完全参考借鉴未成年人犯罪记录封存制度，这是因为轻刑时代前科封存在罪名范围、刑期规定、追求实施效果方面有独特性，因而在构建前科封存制度时应当针对上述特性充分论证、科学设计。

## **（二）配套机制：复权制度保障前科封存实施效果**

前科封存主要是办案机关对前科记录予以封存，是解决现有前科制度弊病的主要方式，但因裁判文书及司法信息公开、职能部门或社会组织的特殊规定等因素，可能影响到前科封存制度设计初衷，因此需要配套的复权制度，以保障前科封存制度取得实效。

### **1、复权制度是前科封存制度的配套制度**

前科封存虽系从前科产生的最初源头上采取措施，但实施主体仅是办案机关或刑罚执行机关，范围也限于前科记录本身，无法涵摄因刑事法律之外的规范性文件所产生的附随性后果及行政机关、学校、用人单位等关联主体，故前科封存制度尚不足以确保前科人员权利复位。制度变迁很少只有某一机制在起作用，而常常涉及多重过程和机制<sup>⑬</sup>，旨在恢复前科人员因犯罪被剥夺或受限的权益的复权制度就是前科封存实现制度目标的配套机制，其法律及现实效果在于通过命令式的或强制性的要求，“任何社会组织、单位和个人不得以既存犯罪事实为由，剥夺、限制、禁止曾犯罪之人的任何权利或资质”<sup>⑭</sup>，从而确保司法机关从源头将前科记录封存后，复权制度能够止平前科记录在社会上泛起的“阵阵涟漪”，最大限度的给前科人员“松绑”。

## 2、复权制度的主要内容

第一，复权的范围。当前，针对恢复权利的范围主要两种观点：一是狭义的复权，即资格刑及政治权利的恢复，从司法实践看，德国、韩国及我国台湾地区的复权范围主要限于资格刑或政治权利，有学者以刑罚体系为视角，认为自由刑有一系列的减刑、假释等促进犯罪人积极改造的配套规定，资格刑也应当建立配套的复权制度，完善刑罚体系<sup>⑮</sup>，故主张复权是资格刑改革的方向；二是广义的复权，即指恢复因受刑事处罚而被限制或剥夺的一切权利，复权的范畴不仅包括法定的资格刑及被剥夺的政治权利，而且包括刑事法律以外的规范性文件对前科人员权利的不合理限制。本文认为，轻刑前科人员复权的范围应是广义的复权，原因如下：首先从紧迫性看，政治权利并不是轻刑人员回归社会最紧迫需要恢复的权利，且剥夺政治权利的轻刑人员极少，若以政治权利为限则复权制度建构的意义十分有限；其次从权

<sup>⑬</sup> 周雪光、艾云：《多重逻辑下的制度变迁：一个分析框架》，载《中国社会科学》2010年第4期。

<sup>⑭</sup> 彭文华：《犯罪附随后果制度的体系定位与本土设计》，载《中国刑事法杂志》2023年第4期。

<sup>⑮</sup> 赵秉志：《刑罚体系结构的改革与完善》，北京大学出版社2012年版，第204页。



利的多样性看，轻刑人员作为社会中的主体承载的角色具有多样性，单纯刑法意义上的资格权利不能全然覆盖生活意义上所需要的生存资格与空间<sup>⑯</sup>，特别是就业及经济权利的恢复是前科人员顺利参与经济及社会生活的基础所在，而且广义的复权效能也能让轻刑人员的家属受到裨益，“全面复权”是前科封存制度的初衷使命，也是刑法现代化进程的必然要求。

第二，复权制度的适用主体。我国尚未规定复权制度，根据域外国家的复权制度及学界观点，普遍认为“人身危害性降低及不具有再犯罪的危险”是前科人员复权的理论基础及实质条件<sup>⑰</sup>，故需要对前科人员进行评估从而决定是否复权。本文认为，轻刑前科人员在前科封存后应当无需评估即可适用复权制度，这是因为社会危害性与人身危险性共同决定刑事责任大小，而轻刑人员的人身危害性普遍较低，应当为轻刑前科人员创造顺利回归社会的机制，故对轻刑前科人员应当全面适用复权制度。

第三，复权制度的启动条件及启动方式。复权制度在被判处轻刑的罪犯前科封存后自行启动。学界根据域外的复权制度启动时间的规定，认为我国复权制度应当设定限制及比例制相结合的方式规定复权制度的启动条件及启动方式<sup>⑱</sup>，一是对于终身型的资格限制，前科人员应当在一定期限后根据表现申请资格的恢复；二是阶段性的资格限制，前科人员可在已过被要求期限的一定比例时间后申请恢复资格。事实上，上述设想可能对判决的稳定性及严肃性造成挑战，且鉴于我国轻刑人员基数之大设置复杂的启动期限规定基本不具备可操作性，由法律知识储备不一、文化程度不同的前科人员申请启动复权

<sup>⑯</sup> 参见蔡荣：《我国复权制度的定位、依据及本土化构建》，载《公安学刊——浙江警察学院院报》2019年第1期。

<sup>⑰</sup> 参见蔡荣：《我国复权制度的定位、依据及本土化构建》，载《公安学刊——浙江警察学院院报》2019年第1期；张伟珂：《刑事复权制度研究》，载《北京警察学院学报》2014年第3期。

<sup>⑱</sup> 同注15。

制度更是有违反公平原则的可能性，故而应当立足于我国司法实践，复权制度在轻刑人员前科封存后自行启动。

第四，复权制度的实施主体。实现前科人员的权利恢复必须依靠多重主体共同推动，涉及立法机关、行政机关及企业、学校等社会主体。失权是复权的逻辑基础，正如上文所述，从法律、法规到企事业单位章程大多设置了一系列限制、剥夺前科人员权利及资格的规定，故而作出上述规定的主体应当在复权制度体系内对相关规定予以修改或废止，具体如下：

主体	复权方式	复权内容
立法机关	修改刑法第一百条第一款，删除“就业”。	前科封存人员在就业时无需向用人单位报告前科记录情况。
	修改《教师法》、《律师法》、《法官法》、《检察官法》等专门法律。	1. 除国家安全等特殊岗位外，取消对轻刑前科封存人员的职业禁止；2、不得因前科人员牵连家属
司法机关	建立前科封存制度	符合条件的前科人员可封存前科记录
行政机关	修改《导游人员管理条例》、《娱乐场所管理条例》、《保安服务管理条例》等限制前科人员就业的法规。	前科封存人员就业时无需报告前科记录，本人及家属可平等参与社会生活中多种职业。
企业	企业规章、招聘选人不得增设歧视、限制前科人员的规定。	
学校	入学、升学不得设定歧视、限	前科封存人员及其子女平等地

	制前科人员及子女的规定。	享有入学、升学等教育。
其它 社会主体	社区、社会组织不得增设歧视、限制前科人员的规定	前科封存人员及家属可平等参与社会生活。

表 2：多主体参与复权制度的主要内容

### 三、前科封存的实体考量

正如上文所述，轻刑时代下前科制度已然带来多重维度的弊病，封存制度是能够兼顾发挥前科制度合理效用、祛除不合理弊病的最佳方案。但是，封存制度并不能适用于全部前科人员，需要从以下几方面对封存范围进行实体限定：

#### （一）范围限定：前科封存以有罪记录为准

我国刑法及相关法律规定中都有“前科”的相关规定，但对于前科的概念及范畴则没有详细的说明。前科记录在司法实践中一般是指犯罪记录，但二者并不完全相同。我国刑法 13 条规定一切危害国家主权、领土完整和安全等危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的（符合犯罪构成要件）都是犯罪，因为犯罪有明确的法律概念，所以犯罪记录的概念也是明确的，就是对犯罪行为的客观记录，其包括被判处刑罚的记录和因情节轻微未被判处刑罚的记录，现行的《未成年人犯罪记录封存的实施办法》中，将犯罪记录的范畴进一步进行扩充，不仅包含前科记录，还包括侦查、起诉和刑事执行过程中形成的有关未成年人犯罪的记录，以及因事实不清、证据不足被宣告无罪的涉案记录，而前科则是因犯罪行为被判处刑罚的记录，所以前科记录的范畴小于犯罪记录。其实，从复权理念而言，一切不利于前科人员恢复合法权利的记录均应予以封存，被判刑的犯罪记录要封存，检察院不起诉的记录及公安机关的涉罪记录也应该封存，进一步而言，违反治安管理处罚法的行政处罚记录也应该封存，因为这些违法劣迹记

录同样会影响到违法人员的就业生活，在社会公众的意识中，诸如吸毒、卖淫嫖娼等行政处罚记录甚至要比危险驾驶、盗窃等犯罪记录严重。所以本文认为，应对符合条件的前科人员的前科劣迹都应进行封存，但是因为篇幅所限，本文仅讨论审判环节中的前科记录封存问题。

## **（二）刑期限定：前科封存以轻刑为限**

如前文所述，三年有期徒刑是轻、重罪的分界线，也是判断我国进入轻刑时代的统计依据，故对于法定刑档在三年以下的罪犯应当适用前科封存制度，而对于触犯如抢劫、强奸等重罪，但因具备从轻、减轻情节而被判处三年以下刑罚的人员，因其人身危险性降低，依然应当适用前科封存，所以基于对轻刑时代社会环境及犯罪人员人身危险等因素的综合判断，除已有的未成年犯罪记录封存的特殊规定，应对判处三年以下刑罚的轻刑前科记录予以封存。

## **（三）罪名限定：前科封存以侵害普通法益犯罪为界**

刑法保护的法益有国家法益、社会法益及个人法益，基于对国家法益的特殊保护及此类犯罪的社会危害往往超过其他犯罪等因素综合考虑，对以下侵犯国家、社会法益的犯罪，仍有必要设定前科报告义务，不应适用前科封存制度：（1）危害国家安全犯罪。刑罚分则第一章规定的12个罪名是对国家安全威胁最严重的罪名，社会危害性特别严重。即使依据刑法第105条第一款等规定，行为人可能判处三年以下有期徒刑，但基于保护国家安全、政权稳定的特别考虑，应当采用特殊预防的方式，对于任何实施过本章危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政政权和推翻社会主义制度的行为人，无论刑罚是否在三年以下，均不得适用前科封存制度。（2）恐怖活动犯罪。虽然个别恐怖活动犯罪依据法律科处的刑罚属于轻罪范畴，鉴于其侵害法益的特殊性，也不应适用前科封存制度，这是因

为犯罪人普遍基于极端的动机和扭曲的价值观，对犯罪目的有长期坚定的追求，具有极其严重的人身危险性，<sup>①⑨</sup>而且一旦再犯，则危害巨大，所以应当加以特殊预防。（3）军人违反职责罪。刑法在分则第十章中专门规定了军人违反职责罪，该章从军人履行职责的各个方面规定了战时违抗命令罪、投降罪、遗弃武器装备罪等三十余种犯罪。军人违反职责罪对国防建设、军事行动等方面造成了严重危害，构成此罪也表明行为人违背军人特殊使命和神圣职责，因此，不论刑罚的轻重都应当禁止封存前科记录。除了上述三种犯罪记录，其余犯罪记录都可以进行封存。

#### （四）次数限定：前科封存以两次为限

一般而言，初次犯罪的前科记录应当封存，但对于再犯人员的再犯记录是否封存，值得商榷。刑法对再犯的态度可以从现有规定中找到答案，有观点认为“累犯制度设定的考察期为5年而非终身，说明刑法对再次犯罪从严评价依然有所限制<sup>②⑩</sup>”，而之所以对再次犯罪的从严评价有所限制，是因为再次犯罪不乏有罪犯自身的原因之外，还有诸如前科造成的“标签”效应及“驱逐效应”<sup>21</sup>等社会原因，所以本文认为对于第二次犯罪的记录依然可以封存，从制度上再给前科人员一次机会。毫无疑问的是，已经被封存过两次前科的人员第三次犯罪时，不再适用前科封存制度，一方面该人员经过两次教育与改造，仍再次触犯刑法，表明其主观恶性非常大，再次犯罪的机率非常高，如果仍对其采用前科封存制度，可能对用人单位等关联单位、个人产

---

<sup>①⑨</sup>梅传强、张永强：《我国恐怖活动犯罪的现状、特征及防控对策》，载《北京师范大学学报》2015年第6期。

<sup>②⑩</sup>敦宁、韩玫：《论我国轻罪范围的划定》，载《河北法学》2019年第2期。

<sup>21</sup>“驱逐效应”意为前科规范领域的“圈地运动”并未能给有犯罪记录者提供新的机会和领域，特别是前科规范对于劳动权的限制过度扩张适用，形成了一种危险的“驱逐效应”。参见于志刚：《犯罪记录制度的体系化建构》，载《中国社会科学》2019年第3期

生不利后果，对前科封存范围的考量就是对个人复权要求与第三方利益平衡。

需要注意的是，轻刑时代的前科封存制度是否需要设定“考验期”的问题，域外国家的前科封存及我国部分学者构建的前科消灭制度中都根据刑期长短设有对应的考验期，在一定时间的考验期慢后才对前科予以封存。这种考验期的合理性在于有犯罪记录者在一定时期内未犯新罪且表现良好，再犯可能不大，此时封存（消灭）前科能实现个人复权及第三方利益保护的均衡。但本文认为，对于符合前述条件的轻刑前科封存不应当设定“考验期”，原因有如下：一是背离前科封存初衷。前科封存制度构建的初衷就是为了“卸掉”前科在罪犯和家属身上的“枷锁”，让有犯罪记录人员“轻装上阵”及时回归社会，家属也能“心无负担”顺利升学就业。轻刑时代前科封存的实体考量条件之一就是刑期在三年以下，这部分罪犯大多主观恶性小、社会危害性不大，前科封存可以很大程度上促进他们快速回归社会生活，促进社会关系的修复，但考验期的设置造成罪犯及家属在特定时期内仍然受到前科的负面影响，回归社会的进度受阻，延缓了前科封存制度功能发挥的效率。二是增加实践难度。首先是考验期内谁对前科人员进行监管评估，在现行制度下证实前科人员考验期内的表现几乎不具操作性，而且考验期满后谁来启动、如何审查、适用何种程序等等都会影响到制度实施的效果，过于繁琐的制度设计将会被实践淘汰。

综上，本文认为对于行为人二次以内的判处三年以下轻刑刑罚的前科记录应当进行封存，但危害国家安全、涉恐怖活动犯罪及军人违反职责等犯罪除外。

#### **四、前科封存的程序考量**

“如何封存”是前科封存的落脚点，符合司法规律的实施路径能

够更好地实现制度目标。本文以人民法院为主导，以检察院、公安机关、刑罚执行机关多部门联动配合为思路进行前科封存的程序构建。

### **（一）启动主体：人民法院启动轻刑案件前科封存程序**

考察前科消灭的启动主体对前科封存程序构建具有一定参考价值。在已经实施前科封存的国家中，有的国家规定由本人或检察官申请消灭前科，如韩国；有的国家规定前科消灭的申请主体只能是罪犯本人，如瑞士。<sup>22</sup>本文认为，根据我国当前所处的发展阶段及轻刑罪犯的数量，由受过刑事处罚的人员申请前科封存具有一定的困难，并且有可能违反法律的公平原则。这是因为受过刑事处罚的人文化水平不一、掌握信息相差较大，很可能产生不了解法律而未申请封存，造成前科封存制度的适用不均衡，并且判处轻刑的人数越多，此种情况发生的概率越大，造成的不公平现象越多。因此，参考未成年人犯罪记录封存的规定，由人民法院启动符合条件的前科封存程序更具合理性，因为人民法院是生效裁决的做出者，其不仅能及时、准确的启动封存程序，而且能与案件的审理一并进行，前科记录封存就像在判决生效后制作《收监决定书》、《执行通知书》一样自然，这种启动程序省时省力，方便易行。

### **（二）送达封存决定：向司法机关及被告人送达犯罪记录封存通知书**

人民法院依法对符合前科封存条件的被告人判处轻刑的，在判决生效后，应当制作《前科记录封存决定书》，其中包含被告人姓名、罪名、刑期、宣判日期等内容。《前科记录封存决定书》应当及时送达被告人，并同时送达侦查、审查起诉及刑罚执行机关。在送达时，应当向被告人释明前科犯罪记录封存制度，并告知其享有以下权利：

---

<sup>22</sup>同⑥。

(1) 在入伍、就业时免除犯罪记录的报告义务；(2) 家属在入学、就业时无需报告其前科；(3) 有权向公安机关申请出具无犯罪记录证明。人民法院应当及时封存罪犯的全部案卷材料及电子档案信息，并在全案卷宗封面标注“含犯罪记录封存信息”等明显标识，并对相关信息采取必要保密措施。公安机关、检察机关、刑罚执行机关在受到前科封存决定书后，应当在三日内对前科人员的全部案卷材料及电子档案信息予以封存，并在全案卷宗封面标注“含犯罪记录封存信息”等明显标识，并建立专门的犯罪记录封存电子档案库，同时制定并执行严格的封存记录查询制度，未经规定的查询程序，不得进行查询及提供给其它机关或个人使用。当前科人员再次犯罪时，公安机关应当结合前罪，评估人员的人身危险性，决定强制措施方式；对申请无犯罪记录证明的前科封存人员，应当及时出具无犯罪记录证明。检察机关也应当结合前罪，综合考虑人员的主观恶性、人身危险性等量刑情节，出具量刑建议书。



图 4：前科记录封存决定书送达流程图

### (三) 查询前科记录：司法机关办理案件有权查询前科记录



司法机关在办理其它刑事、民事、行政及公益诉讼案件需要查询犯罪记录的，应当向前科记录封存机关提出书面申请，列明查询理由、依据和使用范围等，由前科记录封存机关进行审查。对于符合查询条件的，前科记录封存机关应当开具有犯罪记录证明并注明前科内容，并告知查询单位应当严格遵守保密义务，并要求签署保密承诺书。对于不符合查询条件的，封存机关应当及时向查询单位出具不许可查询决定书，并告知不许可查询理由。司法机关因办案需要使用了被封存的未成年人犯罪记录信息的，应当在相关卷宗封面标明“含犯罪记录封存信息”，并对相关信息采取必要保密措施。但当被封存犯罪记录的人再次犯罪时，人民检察院及人民法院应当在法律文书中载明之前的犯罪记录。以人民法院为例，为便于前科记录封存及查询，应当借助智慧法院系统进行管理。符合前科封存条件的案件，办案人员在结案时应当标注“前科封存”，则该案件在判决生效后自动进入前科封存管理系统。当司法机关因办理案件需要提出查询犯罪记录申请的，人民法院审查符合查询条件的，应当进入前科封存管理系统，选择需要查询的案件，结合查询申请告知申请机关被查询对象被判处罪名及刑期情况，同时在前科封存管理系统中注明该案件前科查询时间、单位及人员、上传保密承诺书。



图 5：智慧法院前科管理示意图

特别说明是，针对违反保密义务披露被封存前科的单位及人员，除司法机关有权追究其法律责任外，前科人员也有权向人民法院提起诉讼，针对披露行为造成的经济损失及精神损害，可要求侵权人员赔偿；针对披露行为引发的升学、就业受阻等社会性歧视后果，可请求人民法院向相关用人单位等送达法律文书，以此消除因前科导致的规范性歧视后果。

#### **（四）监督保障：接受检察机关及前科人员的监督**

监督是前科封存制度良好运转的重要保障。本文认为，轻刑时代前科封存的监督程序应当涵盖前科人员监督及检察监督。（1）前科人员监督。对人民法院无正当理由不予封存或封存不当的情况，前科人员有权进行申辩，更有权向上一级人民法院或同级人民检察院申请司法监督。（2）检察监督。针对侦查、起诉、审判及刑罚执行机关应当封存犯罪记录而未封存以及封存不当的情况，当前科人员提出检察监督申请或日常监督自行发现的，检察机关应当进行审查，确有错误的，应当依法行使检察权，及时提出检察建议，通知有关司法机关予以纠正。有关司法机关收到人民检察院的司法建议后，应当及时审查处理，经审查无误的，应当向人民检察院说明理由；经审查确实有误的，应当及时纠正，并将纠正措施与结果告知人民检察院。

### **结 语**

前科制度在犯罪治理中仍然发挥一定作用，但产生的附随性后果造成本人及家属一系列权利受限，特别是轻刑时代中，轻刑前科人员不断进入社会，前科制度中不合理的因素给越来越多的轻刑人员造成了社会歧视。人民法院作为犯罪行为的最最终裁决机关，应当发挥前科封存的主导作用，协同公安、检察、司法行政及监狱等关联机关共同

实现轻刑前科封存的制度初衷。此外，司法机关还应该携手立法机关、民政部门、社会组织、主管单位等共同立足自身职能，多维度构建前科人员的复权体系，帮助大量轻刑人员顺利回归社会，助力社会经济发展，实现犯罪治理及国家治理现代化。