

# “犯罪记录”和“前科” 混淆性认识的批判性思考

于志刚\*

---

**内容提要：**刑法学界对于“前科”和“犯罪记录”有着普遍的混淆性认识，导致相关研究存在严重的方向性偏差，研究视角的多重错位更是导致了研究结论的非科学性。科学界分“前科”与“犯罪记录”是前科消灭制度研究的理论前提。“犯罪记录”是对犯罪事实及其刑事判决的纯粹客观记载，“前科”则是对犯罪记录的一种规范性评价，“犯罪记录”和“前科”之间是评价对象与评价结论的关系。真正影响犯罪人回归社会的，不是“前科”和“犯罪记录”，而是社会公众自发的非规范性评价，“标签效应”等均是此种非规范性评价的结果。

**关键词：**犯罪记录 前科 前科消灭 规范性评价 非规范性评价

---

前科和前科消灭制度作为一类基本的刑事法律制度，被世界各国普遍认可和采纳，具有无可争议的理论研究价值和立法、司法实践意义。近年来，随着我国法律、法规对于前科制度的逐步认可和采纳，这一制度逐步被刑法学界关注和重视。但是，由于刑法学界长期以来对于前科和前科消灭制度研究的重视程度不足，导致理论积淀极为薄弱，许多研究在切入点上就出现了严重偏差，在结论上也严重背离了前科制度的本质内涵。

## 一、关于“犯罪记录”和“前科”之间关系的错误理解

我国的法律、法规虽然设置了较为全面的前科制度体系，对于具有前科者的资格剥夺、限制是极为全面和严厉的，几乎剥夺了具有前科者所有可能获得的资格，前科制度散见于许多法律、法规之中。但是没有一部法律、法规正面地对于前科制度加以界定，以此为背景，刑法学界关于前科制度的理解出现了诸多偏差，典型的错误认识之一是将“前科”和“犯罪记录”这两个完全不同的概念等同使用，要么在外延与本质上将“前科”和“犯罪记录”相等同，要么将二者的关系完全混乱化。

### （一）关于“犯罪记录”和“前科”之间关系的混淆性观点

对于刑法学界关于“前科”与“犯罪记录”的理论研讨加以整理，可以发现大体上有以下几

---

\* 中国政法大学教授。

本文系教育部“留学回国人员科研启动基金”项目“前科消灭制度研究”（项目批准号：教外司留[2007]1108号）的阶段  
性成果之一。

种混淆性观点。

1. 错误认识之一：在总结刑法第 100 条规定的制度名称时体现出的混淆性认识

刑法第 100 条规定，“依法受过刑事处罚的人，在入伍、就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。”这一规定在刑法公布之初并没有冠以立法名称，之后刑法学界对于该条款的称呼逐步趋于统一，将其称为前科报告制度。<sup>〔1〕</sup>但是，仍然有部分学者将其称为报告受刑记录制度，<sup>〔2〕</sup>或者将其总结为受过刑事处罚的人的诚实义务。<sup>〔3〕</sup>虽然关于这一规定的制度名称已经形成通说即“前科报告制度”，而且此种称谓能够让普通公众和法学研究者望文义地理解该制度的内容，笔者在相关的研究中也曾经使用这一简单清楚的称谓来表述刑法第 100 条的规定。但是，关于“报告自己曾受过刑事处罚”在性质上究竟属于前科报告还是犯罪记录报告，仍然有研究的价值和空间。对于这一规定的定名，充分表明了刑法学界对于前科与犯罪记录概念的混淆性认识。

2. 错误认识之二：直接将前科等同于犯罪记录

将前科与犯罪记录概念加以混用的典型表现是，对这两个概念不作区分，简单化地误认为二者是同一概念，甚至在研究前科制度时根本不提犯罪记录这一概念。在此种认识的基础上，有的学者认为，前科是指被告人曾经犯有罪行或被判处刑罚的事实，即定罪记录（conviction record）。<sup>〔4〕</sup>有的学者持类似的意见，认为犯罪记录是指对曾经被宣告犯有罪行或者被判处刑罚的事实的记录，即前科。<sup>〔5〕</sup>还有观点认为，前科是指曾被法院认定有罪并被判处过刑罚，凡是被法院依法定罪并被判处刑罚的人，均是有前科的人。<sup>〔6〕</sup>

3. 错误认识之三：前科的概念界定趋同于犯罪记录

刑法学界对于前科制度关注较少，理论研究严重不足。由此导致的后果之一就是，缺乏理论共鸣的研究结论过于浅显化和简单化。具体表现之一是，几乎所有的研究结论均将“前科”的定义局限在外延的界定上，完全忽视了对于“前科”内涵的本质界定，因而将概念的定义过于具体化，偏离了前科的法律本质。例如，有学者虽然大篇幅地论述构成前科事实的外延，但是最终把构成前科的事实（一定程度上可认为只是犯罪记录）误认为前科，并指出对前科的定义的外延既不能将曾受到过的非刑事处分包括在内，也不能将曾受到过的刑事处分排除在外，即定义的外延不能扩大，也不能缩小。由此，所谓前科是指曾经被宣告犯有罪行或者被宣告判处刑罚的事实。<sup>〔7〕</sup>还有学者认为，结合刑法第 100 条的规定，刑法意义上的前科，是指曾经被宣告犯有罪行或者被判处刑罚的事实，即只要行为人被定了罪，是否被判处刑罚，判处何种刑罚，刑罚是否执行，均不影响前科的成立。<sup>〔8〕</sup>持相同意见的学者很多，更多的人极为直白和简单地认为，前科是指曾经被宣告有罪或者被判处刑罚的事实。<sup>〔9〕</sup>应当指出的是，这些学者将前科仅仅限定为一种事实，导致“前科”作为一种规范性评价结论与“犯罪记录”的单纯客观记述性本质相混淆，是产生错

〔1〕 参见赵秉志：《刑法学》，中央广播电视大学出版社 1997 年版，第 82 页；陈兴良：《新旧刑法比较研究》，中国人民公安大学出版社 1998 年版，第 200 页。

〔2〕 参见侯国云、白岫云：《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社 1998 年版，第 170 页。

〔3〕 参见刘家琛：《刑法及配套规定新释新解（总则）》，人民法院出版社 2002 年版，第 869 页。

〔4〕 参见房清侠：《前科消灭制度研究》，《法学研究》2001 年第 4 期。

〔5〕 参见杨宇冠、崔巍：《从国际规定看未成年人犯罪记录消灭制度》，《检察日报》2009 年 7 月 7 日。

〔6〕 参见杨春洗等主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社 1990 年版，第 374 页；孙膺杰、吴振兴：《刑事法学大辞典》，延边大学出版社 1989 年版，第 874 页。

〔7〕 参见钱叶六：《前科消灭制度评析与设计》，《内蒙古社会科学（汉文版）》2004 年第 5 期。

〔8〕 参见党日红：《前科制度研究》，《河北法学》2006 年第 3 期。

〔9〕 参见侯静：《论前科消灭制度》，《法制与社会》2006 年第 19 期。

误认识的根源。对此，下文将给予阐释。

#### 4. 错误认识之四：前科消灭制度中的混淆性表现

应当指出，部分学者在同一理论框架或者同一研究中虽然对于“前科”与“犯罪记录”的关系有所认识，但是，出于表达或者论证的便利而在多种不同的语境下混用前科与犯罪记录这两个概念。例如，在前科消灭的研究中，一些学者认为，前科消灭就是注销犯罪记录。<sup>〔10〕</sup>另有一些学者持相似的观点，认为刑事污点的取消就是注销有罪宣告以及罪与刑的相关记录。<sup>〔11〕</sup>还有一些学者认为，前科消灭是指曾被定罪或者判刑的人，在具备法定条件时，注销其犯罪记录的制度。<sup>〔12〕</sup>上述研究的共同错误在于将前科消灭简单地等同于注销犯罪记录，此种混淆性认识也是当前理论研究中对于“前科”和“犯罪记录”之间关系的错误理解中最为普遍的。其根本错误在于，在探究前科消灭时出于论述的严谨性，承认前科消灭是犯罪记录注销的一种客观结果，但是，具体到概念分析时又孤立、片面地看问题，把前科与犯罪记录混为一谈。

#### （二）混淆“犯罪记录”和“前科”的原因

学术界全面混淆“犯罪记录”和“前科”制度的根本原因是理论研究在方法论上出了问题。目前学术界存在一种通病，即不重视基础研究，仅仅看重理论创新，将关注思想性研究（超规范刑法学）和体系性研究的理论反思视为“上乘武功”，从而不自觉地轻视基础性研究和问题性思考，导致了自身刑法基础理论的积淀不足。体现在“前科”与“犯罪记录”的研究中就是，一些学者为了推陈出新而热衷于一些与前科消灭制度相关的制度构建性研究，根本不考虑诸如前科等法律概念的本质含义，从而使得一些法律概念被误解、误用，严重干扰和影响了刑法理论研究的规范性。客观地讲，目前学术界对于前科和前科消灭制度的理论研究严重欠缺，偶尔对于前科及其相关概念有所探究，往往也只是将对前科的理解建立在感性的认知层面，仅仅限于简单的理论推演。这就导致此种研究基本上是从外延上去界定前科，仅仅是浅显地从形式上理解前科的意义，而没有能够在本质上认识前科及相关概念的含义与区别。大部分学者对“前科”的界定，仅仅着眼于前科定义的外延，将研究重点放在构成前科的客观事实的范围上，这就使得对于前科的界定趋向于将其等同于犯罪记录（客观记述行为人曾经的犯罪事实）的概念，不可避免地导致了对于“前科”和“犯罪记录”之间关系的混淆性认识，直接抹杀了两者之间的根本差异。对于法律基本概念的研究既应当包括外延定义，也必须包括实质内涵的界定，如果仅仅把前科概念的界定局限在事实与客观存在的层面而忽视内涵的研究，就不能透过现象看本质，最终会影响相关理论研究的正确性。

## 二、“犯罪记录”和“前科”的本质差异

“犯罪记录”和“前科”之间的关系是一种特殊的前提与结果、评价与被评价的关系：犯罪记录客观地记载了行为人的犯罪事实及其承担的相应的法律后果，前科则是基于犯罪记录的存在而导致的规范性评价。但是，对于犯罪记录的评价，在结论上并不必然导致前科也不仅仅限于前科。

#### （一）犯罪记录：犯罪事实及其刑事判决的客观记载

刑法学界之所以会出现将“犯罪记录”与“前科”混为一谈的普遍现象，究其原因：要么是因为在表述“前科”制度时不得不提及“犯罪记录”这一客观事实，进而将两者趋向于等同使用；要么是因为在将“前科”这一词语翻译为英文时使用了“criminal record”的译法，或者相

〔10〕 参见前引〔8〕，党日红文。

〔11〕 参见徐茂：《刑事污点取消在中国的现状与发展构想》，《青少年犯罪问题》2003年第4期。

〔12〕 参见前引〔4〕，房清侠文。

反,在将“criminal record”等词语翻译成中文时,将其意译为“前科”,在此种英汉互译中受到潜在影响,形成了“前科”基本上等同于“犯罪记录”的不正确认识。<sup>[13]</sup>但是,在为数不多的“前科”理论研究中往往只是为了说明“前科”而使用“犯罪记录”一词,却难以发现关于“犯罪记录”的专门思考和阐述。笔者认为,探究“犯罪记录”的内涵及其实质,对于弥补“前科”和“犯罪记录”研究的空白,纠正刑法学界关于二者关系的混淆性认识,正确认识“前科”和“前科消灭”制度具有重大的理论和实践价值。

“记录”一词在《现代汉语词典》中的解释为:把听到的话或发生的事写下来,或作名词,意为当场记录下来的材料。<sup>[14]</sup>《辞海》中的“记录”与“记载”互为同义语。其注引有二:(1)东汉王充《论衡》:“太史公记功,记录成则著效明验”。(2)北齐《颜氏家训》:“汝曹生于戎马之间,视听之所不晓,故聊记录,以传示子孙”。<sup>[15]</sup>简要分析一下,注引(1)中的“记录”当为名词,表示一个过程或其结果,也就是说,“记录”就是对事件的发生进行客观记述的结果。

从广义上讲,一切犯罪均有记录。所谓犯罪记录(conviction record,也有人译为“criminal record”),就是对行为人相关犯罪信息的记载和存贮,是对有关行为人犯罪事实及其刑事判决的纯粹客观记录。随着世界各国对犯罪记录查询制度的广泛关注及其本身的重要价值,它不仅已经成为其他信息监管查询系统的基础内容,例如金融记录监管、移民监管等,而且是国际刑事司法协助的核心内容。例如,在德国,犯罪记录几乎包括有关行为人的犯罪情况的所有资料:行为人被科处刑罚、命令保安处分、科处刑罚保留的警告;或者依据少年法院法确定罪责、但缓科少年刑罚的所有刑事判决,以及刑罚或者处分的执行被缓刑、命令缓刑帮助和在吊销驾驶执照情况下的禁止期间的结束,根据普通刑法和少年刑法所作之后裁决;行为人被赦免的理由和大赦,以及被剥夺自由的制裁的结束或者完成等等。<sup>[16]</sup>但是,在我国,“犯罪记录”及其查询制度目前在法律体系中基本上是空白。偶有涉及犯罪记录问题的规定,也主要体现为法律、法规强行要求公民在出国、留学、就业等特殊场合出具无犯罪记录证明书,通常情况下此类无犯罪记录证明材料会由当事人户籍所在地的派出所开具。然而,由于目前缺乏统一的犯罪记录登记制度,导致了此类证明材料可信度的降低。同时,由于缺乏统一的犯罪记录查询系统,查询后“无犯罪记录”结果称呼也较为混乱,导致了犯罪记录的名称、记录内容、查询方式等的不统一。在20世纪80年代,司法部公证律师司曾经授权公证处开具《未受刑事处罚证明书》,<sup>[17]</sup>有些地方则称之为《未受刑事制裁证明》或者《无犯罪记录证明》。

犯罪记录在客观上体现为一个司法统计数据库。其价值在于,可以实现犯罪信息的全面登记和分析,集中有关犯罪和犯罪人的信息、资料,以此作为犯罪类型统计的基础,为国家整体刑事政策的制定提供基础信息;就某个特定的个人的犯罪记录而言,它不仅为个案中的刑罚执行效果提供用于评价的参考数据,从而判断适用于具体犯罪人前罪的刑罚在量上是否有所不足,是否需

[13] 例如,在杨春洗等主编的《刑事法学大辞书》(前引[6]书,第374页以下)中,前科的英文译法为“record of previous crime”,只是表明了曾经犯过罪的一种记录,不是一种规范性评价的结论;而前科消灭制度则被译为“abolition of crime record”,仅仅表述为一种客观的犯罪记载的消灭,而不是一种规范性评价的消灭。应当说,此种误译也影响到了我们对于国外法律规定的理解和翻译,例如,在《牛津法律大辞典》汉译本([英]戴维·M·沃克著,光明日报出版社1988版,第714页)中,被译为“前科”的英文原文是“previous conviction”,实际上,英文原文只是一种曾经被定罪的客观记载的事实表述,没有规范性评价的因素在内,而一旦译为“前科”,就加入了规范性评价的因素。

[14] 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第644页。

[15] 《辞源》(修订本第四册),商务印书馆1983年版,第2876页。

[16] 参见于志刚:《关于构建中国犯罪记录查询制度的思考》,《中国司法》2008年第10期。

[17] 参见公安部刑侦局:《刑事犯罪情报资料工作研究文集》,中国人民公安大学出版社1989年版,第2页。

要在犯罪人再次犯新罪时在后罪的刑罚的量上加以补足；而且也为国家立法机关整体上评价关于某一罪名的法定刑设置是否妥当提供长期的实践检验数据，从而为法定刑的合理化调整提供经验分析的原始数据，这也是立法的重要完善渠道之一。除了上述功能外，犯罪记录的重要价值还在于保障法律制度的实施，为各项法律制度的贯彻执行提供信息基础（比如，法律、法规对于受过刑事处罚者规定限制、剥夺某种特定从业资格，此种具体规定的落实就需要以犯罪记录的查询、确认为基础和前提），对促进、保障法律的具体实施，实现法律体系的逻辑平衡，具有重大的司法实践价值。笔者认为，在实践中，犯罪记录作为各项法律制度实施的事实依据与信息基础，其价值体现在以下几个方面：为公共领域、经济领域资格准入加以限制的法律、法规的实施提供信息基础；对于保障刑事法律自身的具体规定的落实（比如，累犯制度的落实，需要科学、严谨地查证个人之前犯罪记录的有无和时间期限），促进刑事法律由文本化向现实化的过渡提供基础性信息保障；保障国家国际义务的履行，在国际刑事司法协助中提供特定跨国人员的犯罪记录等情报和信息等等。

## （二）前科：对犯罪记录的一种规范性评价

刑法学界关于前科定义的分歧，主要源于对“前科”的法律本质没有统一、科学的认识。除此之外，刑法学界关于前科之固有范畴的争议，更使有关前科的理论定义趋于多样化。笔者认为，从本质上讲，前科是对犯罪记录的一种规范性评价，体现在刑事法律方面，主要表现为累犯制度和再犯制度；体现在非刑事法律方面，主要表现为现行民事、行政法律中对于犯罪人特定资格的剥夺或者限制。

### 1. 犯罪记录的刑事法律评价：累犯制度和再犯制度

前科是指由于法院因行为人实施犯罪而对其判处刑罚且刑罚已经执行完毕或者被赦免后，在一定期间内的一种法律地位。它包含以下要素：（1）行为人曾经犯罪。不是犯罪而是普通违法行为或者违纪行为的，不会出现具有“前科”的评价。（2）行为人曾因该项犯罪而被判处实刑。被判处缓刑等非实刑的或者因犯罪情节轻微而被免于刑事处罚的，不会出现具有“前科”的评价。（3）行为人被判处的刑罚已经实际执行完毕或者被赦免。（4）行为人的此种法律地位可能导致法定的诸多不利影响。（5）此种法律地位通常情况下只限于一定期间，并不是永久存在的。

从刑事法律上讲，前科是法律、法规对前罪刑罚效果的规范性评价，而这属于前罪刑罚的后遗性效果之一，属于对刑罚改造后果的观察与评价制度。之所以作出此种论断，是出于以下几个方面的考虑：（1）刑事责任在刑罚执行完毕之后已经不再存在，前科的存续期间只是对于犯罪人适用刑罚的实际效果或者改造效果的观察期间。正如美国刑事立法和刑法理论指出：“有以往犯罪行为记录的被告人与初犯相比应受到更大的谴责，因此应处以更重的刑罚。对犯罪行为的普遍威慑意义表明，应该向社会明确宣布：重复犯罪行为伴随其每次重复而必须加重刑罚量。为了避免公共社会遭受特定被告人进一步犯罪行为的危害，对累犯和将来犯罪行为的可能性必须给予考虑。重复犯罪行为是检验对罪犯改造是否成功的一个极为重要的标志。”<sup>〔18〕</sup>前科的法律价值在于为了保护社会公共利益，在前科的存续期间内，观察犯罪人适用刑罚的效果。（2）刑法典上对于所有犯罪的法定刑设置，在刑罚的量上是国家立法机关根据司法统计、经验积累等综合手段而事先预测并加以规定的一个大致幅度。对于具体犯罪所实际评定并决定交付执行的刑罚，也只是基于案件事实等因素而加以评估确定的，并不一定能够完全对具体的犯罪人起到改造和预防再犯的实际效能，带有较多的预测因素，司法机关并不能肯定这一刑罚必然能够改造犯罪人和实现特殊预防。因此，通过前科的设置来对犯罪人的改造效果进行规范性评价。（3）围绕前科事实所设置

〔18〕 [美] 量刑委员会：《美国量刑指南》，王世洲等译，北京大学出版社1995年版，第332页。

的所有对于犯罪人的资格剥夺与权利限制，以及对后罪定罪量刑的可能性负面效应等刑事立法上的规则，完全是因为刑罚效果尚未最终确定而建立的一整套评估体系，属于对刑罚改造后果的观察与评价制度。

因此，在刑事法律方面，前科是对犯罪记录的一种规范性评价，它具体地体现为累犯制度（本文所述或者举例皆为一般累犯的情况）和再犯制度（例如毒品再犯）。客观地讲，犯罪记录是多种多样的，某个犯罪记录如果符合累犯制度的规定，例如前后罪均为故意犯罪、前罪被判处有期徒刑以上刑罚、前罪刑罚执行完毕或者赦免之后尚不满5年等，就会被评价为累犯。但是，如果不完全符合累犯的规定，在刑法上就不会产生规范性评价的结论即“累犯”。例如，被判处有期徒刑10年，刑罚执行完毕10年后再次犯罪的，其曾经犯罪的记录依然存在，只是无法再在刑事立法上加以规范性评价，不得评价为累犯进而也不会再给予刑罚上的从严评价。但是，这并不是说所有的规范性评价均不再进行，依据民事、行政法律进行规范性评价，无论历时多久，其可能性都依然存在。应当指出的是，无论是依据刑事法律还是依据非刑事法律进行的规范性评价，其结论都是具备“前科”。

从刑事法律的规范性评价来看，如果评价为具有“前科”，即评价为“累犯”或者“再犯”，则“前科”的存在就可能会导致行为人再次犯罪时所遭受的刑罚打击直接加重，或者行为人所再次实施的危害行为本身可能并不构成犯罪，但是基于前科的存在而被升格为犯罪而遭受刑罚责难。前科的刑事法律后果在于，在一定的范围内前科是构成累犯的必要条件，而累犯既是从重处罚的法定情节，又是依法不能宣告缓刑的情节。从实质上分析，累犯制度的出现，即是基于刑法对行为人之前科的认可和非难性。换言之，累犯之有条件的从重处罚或者不得缓刑、假释，正是刑法有选择地对于前科的后果加以体现所造成的。因此，累犯构成的时间长度，在某种意义上就是“前科”在刑事立法上的存在时间期限；累犯构成的时间结束点，同时也是“前科消灭”的时间点。具体而言，累犯前后罪的构成时间界限是5年，意味着对于前罪犯罪记录进行规范性评价的期限为5年，作为评价结论的前科及其刑事法律后果将在5年内存在；超过5年的，就意味着犯罪人的前科在刑法意义上已经消灭。但是，5年之后，关于行为人的前罪的犯罪记录依然存在，只是不再从刑事法律上进行规范性评价，然而不排除继续在非刑事法律上进行规范性评价的可能性。从另一个角度来说，累犯制度在一定意义上兼具了我国刑法典上所缺乏的前科消灭制度的职能。

## 2. 犯罪记录的非刑事法律评价：特定资格的剥夺或者限制

我国的现行法律体系中，虽然未正式使用“前科”一词，但是基于行为人犯罪记录而导致的前科，除了刑事法律中的累犯制度和再犯制度之外，更广泛地存在于现行民事、行政法律法规中。

在非刑事法律中，前科主要体现在以下几个方面：（1）存在犯罪前科的人，被永久性地剥夺担任司法官的机会，这是法律对犯罪人曾经践踏和蔑视法律的回应，表明不可能再赋予此类人以司法资格，更是防止此类人借执法权而再次实施犯罪。例如，法官法第10条规定：“下列人员不得担任法官：（一）曾因犯罪受过刑事处罚的……”检察官法第11条规定：“下列人员不得担任检察官：（一）曾因犯罪受过刑事处罚的……”（2）在特定领域曾经实施经济犯罪而具有前科的人，不能再担任与此类业务相关的职务。例如，商业银行法第27条第1款规定：“因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或破坏社会经济秩序罪”的，不得担任商业银行的董事、高级管理人员。（3）在特种行业中，由于曾犯特定犯罪而存在前科，易借特种行业再次实施类似犯罪的人，不得再从事特种行业的经营与管理。例如，《娱乐场所管理条例》第5条、第9条规定，下列人员不得担任娱乐场所经营单位的法定代表人 and 主管人员，并不得参与娱乐场所的经营管理活动：因犯有强奸罪，强制猥亵、侮辱妇女罪，组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪，赌博罪，

制作、贩卖、传播淫秽物品罪，或者走私、贩卖、运输、制造毒品罪，曾被判处有期徒刑以上刑罚的。(4)在某些特殊职业中，具有前科者从事该职业可能导致较大负面影响的，不得从事该职业。例如，教师法第14条规定：“受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的，不能取得教师资格；已经取得教师资格的，丧失教师资格。”

### (三)“犯罪记录”和“前科”之间的关系：评价对象与评价结论

“前科”作为一个法律术语，应当以法律的思维来认识和表述。要达到这一点，就应当首先正确地认识其法律性质或者立法本质是什么。但是，刑法理论中往往会出现一种浅研究现象：出于概念的工具主义和实用主义，研究者往往不从本体论上反思对于某一概念的理解，而是在未能理解相关概念的真正含义的前提下进行缺乏基础的理论研究。刑法学界对于前科和犯罪记录关系的混淆性认识的根本原因，在于颠倒了前提与结果，混淆了评价对象与评价结论。

#### 1. 本质差异：一种评价对象与评价结论的关系

“前科”作为一个法律术语，是产生于犯罪记录基础之上的一种规范性评价，是“犯罪记录”存在而导致的一种规范性评价结果；而犯罪记录是一种纯粹记述式的客观存在，不涉及任何的规范性评价，这是两者的根本差异所在。绝大多数学者由于方法论的错误，将本来属于前提与结论的两个不同概念混为一谈，直接导致了制度的原因分析错误，影响了理论研究结论的科学性。笔者认为，“犯罪记录”和“前科”之间的关系是一种特殊的前提与结果、评价与被评价的关系。再直接一点讲，是一种评价对象与评价结论的关系：“犯罪记录”是作为规范性评价的对象存在的，它是“前科”制度的存在基础和前提；而“前科”则是作为一种评价结论出现的，它是依据法律规范对于“犯罪记录”加以规范性评价而得出的结论。因此，“犯罪记录”只是客观地提供了行为人的犯罪事实及其承担的相应的法律后果等历史记录，“前科”则是基于犯罪记录的存在而导致的规范性评价。但是，对于犯罪记录的评价是多方面和多角度的，包括规范性评价，也包括非规范性评价；评价的结论包括规范性评价的结论即“前科”，但是远远不限于前科，还包括作为非规范性评价结论的“贴标签效应”。“犯罪记录”与“前科”都是由于行为人的犯罪行为所导致的相关法律责任的结果，两者的关键不同之处在于，前者是对行为人犯罪事实的客观表述和记载，后者则是法律、法规基于行为人的犯罪事实及其相关法律后果等记载所做出的一种否定性的规范性评价。

前述诸多混淆性认识的错误，在于颠倒了“犯罪记录”和“前科”之间的关系，并在此基础上得出了错误结论。“前科”与“犯罪记录”之间的差异和相互关系应当理解为，由于行为人实施了某种犯罪行为而导致了前科与犯罪记录的存在，但是，存在该种犯罪行为的事实并不必然导致二者的同时存在：有犯罪记录不一定会有前科，例如，定罪免刑的情况以及超过前科评价期限的情况等等；但是，有前科则一定有犯罪记录。也就是说，犯罪记录是永久存在的，而前科作为一种规范性评价结论，不一定会必然出现。

#### 2. 一般区别：存在时间长度和对象范围的差异

在关于犯罪记录与前科概念界分的基础上，探究二者的区别与联系，可以更为深入地理解二者，更为清晰地解读犯罪记录和前科的差异和相互关系。

##### (1) 存在时间长度的差异

“犯罪记录”，在狭义上是指对于行为人某一个具体犯罪的犯罪信息的记录，在广义上是指对于行为人一生的犯罪信息（接近于档案）的记录。刑法学界所关注的犯罪记录是狭义上的犯罪记录。而“前科”，主要是法律基于犯罪记录的存在而在一定时间内对其进行的规范性评价，进而依据此种结论而对于行为人的法律地位、资格加以限制。作为一种对于犯罪记录的规范性评价的结论，前科是行为人因实施犯罪而被判处刑罚且刑罚已经执行完毕或者被赦免后在一定期间的

一种法律地位，它可能导致对行为人诸多权利的限制或剥夺。此种不利影响正是法律出于特殊预防与保护社会公共利益的目的而对行为人设置的防范性措施。因此，前科的存在应当具有法定的时间期限，也就是说，对于记载行为人曾经被定罪量刑这一客观事实的犯罪记录进行规范性评价的时间，应当有明确的法律规定，不能是无限期的。而这一点，恰恰是我国现行法律体系中前科制度的最大遗憾所在，只要曾经犯过罪和遭受过刑罚处罚，就将终生丧失进入几乎所有行业工作的资格。

之所以强调法律、法规对具有前科者的资格、权益的限制或剥夺不应当是无限期的，主要是考虑到法律既要重视对行为人再次犯罪的防范，又要重视引导具有前科者顺利、早日回归社会。考察国外关于前科的立法体系可以发现，对于具有前科者资格、权益的限制或剥夺等防范措施，多数属于附有法定期间的规定，只有极少数规定了永久期间。从另一方面来讲，资格、权益的永久性限制或剥夺，导致犯罪人在刑罚执行完毕以后，依然不能获得许多重要的资格，甚至在长时间内难以获得一些生存条件型资格，极容易基于法律的规定而剥夺行为人以正当职业生存于社会的机会。对于因一时之过错而触犯刑律的人进行无限期的规范性评价，并且基于此种评价而设置限制、剥夺资格的防范性措施，不仅对于曾经犯罪的人是极不公正的，也容易将一个因一时之过错而触犯刑律的人永久性地推向社会的对立面。正如有的学者所指出，资格或者权利的丧失，极容易减损犯罪人的自信心和责任心，突出犯罪人和普通公众的差异感，很大程度上增加了犯罪人再社会化的难度。<sup>[19]</sup>

但是，“犯罪记录”作为一种对行为人犯罪及刑罚事实的原始的客观式的记述，既是无需设定期限也是不可能被限制期限的客观存在。换言之，犯罪记录是永远存在的，不可能被消灭的。在记载犯罪信息的档案被销毁的情况下，销毁的只是记载犯罪记录的载体，行为人曾经犯过罪依然是一种客观事实。

## （2）对象范围的差异

犯罪记录涵盖了行为人所有的有关犯罪行为的信息，并且包含不起诉和免于处罚等各种情形；而前科主要是对于特定的受过刑事处罚的行为人的规范性评价。一切犯罪均有记录，但是未必一切犯罪都会被评价为有前科。从前科的设置初衷来分析和考虑，在刑事法律上，既然前科制度存在的根据和由其所导致的对后罪从重处罚的着眼点，立足于社会危害性基础上的人身危险性，在于通过对后罪加重刑罚的量来弥补前罪刑罚在量上的不足，并以此来惩罚和打击犯罪，那么，从刑法意义上讲，前科的构成条件之中，就必须包括前罪行为曾受到过实际的刑罚打击这一要素。基于此，笔者认为，行为人的前罪行为必须同时具备受到刑罚之宣告和刑罚之执行两个条件。仅仅受到有罪宣告而没有实际执行刑罚的，或者基于各种因素而被免除刑罚执行的，不应当再对其进行规范性评价而视为有前科。概言之，笔者认为，被法院作出有罪判决而未判处刑罚，或者被判处缓刑而在缓刑考验期满后再次犯新罪，以及曾经遭受包括劳动教养在内的所有非刑罚处分的事实，均不能被评价为有前科。应当说，这也是法官法、检察官法等法律使用“曾因犯罪受过刑事处罚的……”的表述，而不使用“曾经犯过罪……”的表述的根本原因，类似教师法等许多法律还更为严格地规定，“受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的”，才被视为有前科而丧失资格。

犯罪记录是对一切犯罪的客观事实信息的记载，而前科却只是对于一部分犯罪记录的规范性评价。设置犯罪记录的目的在于客观地记录行为人的犯罪信息，此种记述不涉及任何规范性评价，因而不会对行为人产生任何诸如前科等规范性评价结论导致的不利后果。基于此，在既不会

[19] 参见吴平：《资格刑研究》，中国政法大学出版社2000年版，第61页以下。



损害行为人权益,又能实现犯罪记录设置目的的基础上,犯罪记录的范围远远广于构成前科的犯罪事实。同时,犯罪记录中记录的性质也决定了其存在的范围应当广于前科评价中的犯罪事实:犯罪记录作为对行为人犯罪事实的记述,为了真实再现行为人的详细犯罪信息,必须客观全面地对行为人所有涉及犯罪及刑罚执行的事实进行记录。因此,上述诸如缓刑、非刑罚处分等不会进入前科视野的事实同样会被囊括在犯罪记录之中。

### 3. 犯罪记录与前科的联系

犯罪记录与前科之间也不是绝对对立的,除了上述区别之外,还存在诸多密切的联系。然而,正是由于此种密切联系的存在,导致部分学者仅仅看到了二者的关联之处而没有认识到二者的区别,错误地认为“犯罪记录”就是“前科”,从而产生了对两者关系的混淆性认识。

概括来讲,犯罪记录与前科之间的联系,既体现在与二者相关的犯罪事实范围的重合上,又体现在犯罪记录作为一种前提基础、评价对象,起到了引发规范性评价和评价结论形成的关系上:(1)由于犯罪记录的广泛性,作为规范性评价结论的前科视野中的事实,均属于犯罪记录的一部分。这也是导致部分学者误认为前科就是犯罪记录的原因。(2)犯罪记录作为对行为人犯罪事实的客观全面的反映,是前科制度的基础,为作为规范性评价结论的前科之形成提供事实信息和评价对象,法律、法规只有在核定有关犯罪记录存在的基础上,才会对相关行为人作出规范性评价。因此,行为人因犯罪而导致定罪与刑罚的犯罪记录,在法定的一段时期内存在是可取的,有助于借此判断先前所判定的刑罚在量上是否存在不足,并借此通过更为合适的刑罚来惩罚和改造再次犯罪的行为人。但是,犯罪记录除了导致前科这一规范性评价结论外,还会导致其他的非规范性评价,如引发社会公众的敌视心理、防范心理并由此导致他们对犯罪人避而远之,以及形成犯罪学概念上的“贴标签效应”。但是,这些都不是犯罪记录本身所引发的效应,而是社会公众自发进行的非规范性评价。

## 三、关于“犯罪记录”两种评价的效果错位和误读

为了预防犯罪和保护社会公共利益,法律在犯罪记录的基础上设置了对有关行为人的规范性评价,其评价结论体现为“前科”。但是,由于社会公众对行为人犯罪事实的知悉以及社会上普遍存在的对于犯罪人的敌视,导致在规范性评价之外,还存在着另一种形式的评价方式:非规范性评价。此种社会公众自行进行的非规范性评价的结论,体现为社会公众对犯罪人的排斥、避而远之等,在理论上被总结为“标签效应”等学说。

### (一) 规范性评价:目的在于设置防范性措施

规范性实际上体现了法律的评价功能,即一种事实发生后,是否应当产生法律后果,产生何种法律后果,承担何种责任。<sup>[20]</sup>对于犯罪记录的规范性评价,是法律、法规根据已有的关于行为人犯罪事实的犯罪记录,在一定期间内评估行为人的改造情况及其人身危险性是否消除,以揭示被评价者回归社会的盖然性。规范性评价的目的,在于以此为基础来决定是否要对行为人的有关权利或者资格进行限制或剥夺。在这一评估过程中,评价规则起着“量尺”的作用,是评价活动得以展开的必不可少的中介,<sup>[21]</sup>不合乎前科制度预设规则的行为人,可以认为其是改造成功的,表现为一定评估期间后的前科消灭;反之则可以认为其人身危险性并没有因为刑罚处罚而消除,就被评价为具有“前科”,进而遭受到法律对于后罪的从重处罚等不利后果。可以说,规范

[20] 参见杨建军:《法律事实的概念》,《法律科学》2004年第6期。

[21] 参见何宽钊:《音乐审美活动中的规范性评价和非规范性评价》,《音乐研究》2005年第2期。

性评价是判断有关行为人是否“合范”（合乎前科法律规范）的评价，从是否“合范”中来辨别被评价客体的人身危险性的消除与否。例如，公司法第147条第2款规定，“因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年”的，不得担任公司的董事、监事、经理，这就是最为典型的规范性评价。

从功能上讲，作为规范性评价结论的前科制度的设计，凝结着立法者对有关行为人进行特殊预防和保护社会公共利益的功利目的。同时，规范性评价也意味着对行为人回归社会的某种期待。规范性评价正是通过对行为人在一定期间内的评估与防范性措施的设置，用法律手段督促诱导其尽快地回归社会。因此，作为规范性评价结论的“前科”，也是一种预备性的法律反击手段和对策性手段，只是备而不用而已：在民事、行政法律等方面，为了防止犯罪人借助某些资格或者权利实施更为严重的犯罪，因而暂时或者永久性地剥夺犯罪人的一部分再犯能力；在刑事立法方面，对于犯罪人基于已经执行的刑罚未能实现特殊预防而予以反击，不仅补足前罪刑罚在量上的不足，而且对于后罪实施一系列的惩罚性制裁，例如不得适用假释和缓刑等，以防止犯罪人再次适用刑罚的效果依然不佳。

## （二）非规范性评价：源于社会公众的敌意和防范意识

社会公众对行为人犯罪事实的知悉以及社会上普遍存在的对犯罪人的敌视，导致在依据法律进行的规范性评价之外，还存在着另一种形式的评价方式——非规范性评价。非规范性评价属于公众和社会对行为人犯罪事实的自行评价。在任何国家，非规范性评价都是导致犯罪人顺利回归社会的主要障碍。

相对于依据法律对于犯罪记录进行的规范性评价，对犯罪记录的非规范性评价是潜移默化、无声无息的，但又是无处不在的。由于行为人曾经犯过罪的客观事实，就使得知悉这一事实的社会公众出于对犯罪人的偏见、敌意和防范意识而畏而远之。特别是在我国，由于对犯罪人根深蒂固的情感否定因素的作用，使得社会公众认为曾经犯过罪或者有过犯罪记录的人就是坏人，<sup>[22]</sup>这种思想在潜移默化中左右着人们对有过犯罪历史的人的看法。社会公众在某种程度上形成了一种习惯，对于那些曾经有过犯罪行为的人很难再予以像一般人那样的待遇，总是用有色眼镜来看待他们。应该承认，由于各种文化因素的影响，人们已经形成了对罪犯歧视的习惯，此种根深蒂固的“习惯”成为影响犯罪人回归社会的最大障碍。从某种程度上讲，社会公众对于有犯罪记录者的自发的非规范性评价，既是报应文化的延续，更是法律规范性评价的必然后果：由于国家对于犯罪人的规范性评价的先行形成和公示，导致人们基于对国家权威、司法公正等的惯性认可，而认可了国家对于犯罪人和犯罪行为的规范性评价，但是，问题的关键是，国家进行的规范性评价是“就事论事”型的，而且评价效果是暂时的而非永久的。但是，当此种规范性评价结论传达给社会公众并且被接受之后，往往就被定格为永久性的评价结论——一种源于“规范性评价”但是却又独立于“规范性评价”的“非规范性评价”。此种社会公众的非规范性评价，使曾经有过犯罪行为的人难以建立正常的人际关系，使他们陷入孤独、自卑、不安、恐惧和痛苦中，由于得不到社会的承认，更使得这些人很难在社会上立足，有的甚至重新走上犯罪的道路。<sup>[23]</sup>因此，犯罪记录的规范性评价和非规范性评价是紧密相连的，而这一点恰恰容易导致刑法学界将二者引发的效果相混淆。

[22] 在《阿Q正传》的结尾部分，阿Q最终被枪毙了，小说的经典结论是：“至于舆论，在未庄是无异议，自然都说阿Q坏，被枪毙便是他坏的证据；不坏又何至于被枪毙呢？”这一结论是社会公众对于前罪的规范性评价的认可，也是事后的再次借用，只是在借用规范性评价时将其顺势转变成一种典型的“非规范性评价”。

[23] 参见前引[4]，房清侠文。

刑法第100条规定了犯罪记录报告制度,该制度有着令人遗憾的负面作用:它强制曾经的犯罪人无限期地(尽管仅仅限于就业、入伍两个时间点)自我提醒、自我暗示和自我标注——“我是一个犯罪人”,它以一种刚性的法律规定、正式的规范性评价的方式,来要求曾经的犯罪人强制性地自我标注“犯罪人”的标签,从而实现行为人对自我的非规范性评价——强制自我提醒式的心理强化——“我是一个犯罪人”,并由此进一步引发相关人员(例如就业、入伍时涉及的负责招聘的人员)的相类似的非规范性评价——“他是一个犯罪人”。应当说,犯罪记录报告制度在规范性评价和非规范性评价之间起到了桥梁的作用,是将临时性的、对案不对人的、一次性的规范性评价通过这一制度刻意地转化为无限期的非规范性评价,从而以法律制度的方式将行为无限期地贴上“犯罪人”的标签。从这一点考虑,笔者认为,犯罪记录报告制度应当加以改造或者废除。

### (三) 学术界对于“犯罪记录”和“非规范性评价”之间关系的误读

在对行为人的规范性评价与非规范性评价的矛盾关系中,刑法学界对“前科”和“犯罪记录”的认识更加呈现出错位感,将规范性评价与非规范性评价混为一谈,从不同的角度来争论所谓的“前科”或者“犯罪记录”给犯罪人带来的评价效果。此种混淆性认识常常表现在,基于行为人在社会上受到的社会公众自发的非规范性评价的排斥,就认为这是犯罪记录导致的负面后果并以此为由而积极地呼吁消灭犯罪记录。此种理论研究的出发点是好的,但是,盲目地将规范性评价和非规范性评价的后果全部归责于犯罪记录,既是不客观的,也不能解决问题,反而会引发对于规范性评价的错误认识。比如,将依据法律进行的规范性评价误认为是导致犯罪人回归社会的重大障碍并以此否认规范性评价存在的价值。

#### 1. “标签效应”不是犯罪记录引发的效果,也不是规范性评价引发的效果

作为一种曾经流行一时的犯罪学理论,美国六、七十年代著名的犯罪学流派“贴标签理论”,在一定意义上对于前科制度的研究有着相当的借鉴价值和可参考之处。该学派关于再犯行为(又称之为派生犯罪行为)之原因的论述,实际上就是对前科存在价值及其消极影响的研讨,其基本结论是:前科的无限期存在导致甚至是促进犯罪人的再次犯罪。但是,有些学者误解了“贴标签理论”的本质,错误地将其归因于犯罪记录所带来的必然结果,并且依据“贴标签理论”,人一旦犯罪,面对公众谴责和坏人的标签,很难保持一种积极的自我形象。应当说,此种认识在刑法学界具有相当的普遍性。笔者认为,此种认识错误的根源在于把犯罪记录与社会公众的非规范性评价混为一谈,认为犯罪记录就是给行为人贴上了坏标签,而没有看到这种所谓的“坏标签”是社会公众的非规范性评价所导致的,与犯罪记录的客观记述性没有直接关系。

根据“贴标签理论”,被贴上“犯罪人”标签的初犯者,由于这种标签的存在,导致其最终被推上再次犯罪的道路。具体而言,“贴标签理论”认为,一旦被贴上“犯罪人”的标签,则行为人将为社会所不容而最终再次犯罪。理由是:(1)犯罪和违法行为是社会所造成的,而不是本体所赋予或者自然发生的,也就是说,任何人类行为都是社会的,没有任何人类行为本来就是越轨的或者是犯罪的,犯罪是在社会相互作用过程中被创制和规定的。因此,社会组织通过制定规则创造越轨行为,违反这些规则就构成越轨行为。社会通过将这些规则适用于某些人,从而标明他们是为社会所不容的人。(2)对于因初犯而被逮捕的人,社会将其贴上“犯罪人”的标签并视为一名犯罪人,导致被如此定义的该人通过“自我实现的预防的机能”迟早将会改变其固有个性和行为以适应这种新获得的称谓,即再次犯罪,这就是派生的犯罪行为。此种派生性的再次犯罪行为实际上不是犯罪人本人所追求的,而是由刑事司法系统所创造和维持的。

笔者认为,“贴标签理论”为前科消灭的研究提供了重要的理论依据,对保障犯罪人合法权益,促进犯罪人回归社会具有重大的作用。但是,也应当看到,尽管“前科”是基于行为人的犯

罪记录所进行的规范性评价结论，并以这一结论为依据而对于犯罪人的权利、资格加以限制或者剥夺，进而在一定程度上导致了犯罪人回归社会的制度上的困境。但是，这种依据法律对于行为人犯罪记录的规范性评价是临时的和一次性的，而且其负面效应也仅仅限于司法系统内部，不包括社会公众个人或者整体对于行为人声誉的评价。犯罪记录所引起的唯一效应便是依据法律对于有关行为人的规范性评价，法律基于犯罪记录对行为人的规范性评价其目的在于实现对于行为人的特殊预防，是出于对社会公共利益的保护，没有也不会涉及到对犯罪人人格的评价。真正阻碍犯罪人回归社会的不是犯罪记录，也不是以犯罪记录为基础和前提的规范性评价结论——“前科”，而是社会公众自发的非规范性评价。

从这个角度来反思，“标签效应”体现的是社会公众对于犯罪人和犯罪行为的敌意和谴责态度，以及由此产生的远离犯罪人的自我保护意识和防范意识，它和客观上纯粹记录犯罪事实的犯罪记录无关，也和作为对“犯罪记录”进行规范性评价的评价结论即“前科”无关。但是，在构建犯罪记录查询制度时，应当注意此种非规范性评价及其影响，严格限制有权查询他人犯罪记录的主体范围和查询程序，以保障曾经犯过罪的人的隐私权，防止社会公众的非规范性评价的形成和扩大。

## 2. 犯罪记录效果的误读：犯罪人再次犯罪不是犯罪记录引发的效应

个别学者提出了“犯罪记录消灭”制度，此种观点的另一个理论依据是“羞耻感重新整合理论”，此种观点套用该理论得出的结论是：犯罪记录是罪犯的污点和耻辱，他们会对公众谴责和坏人标签产生消极认同，从而引发更严重的犯罪行为；而未成年人再犯则更是被贴上坏标签、适应人们对他的初犯作出反应的结果。<sup>〔24〕</sup>

笔者认为，“羞耻感重新整合理论”的本质在于研究犯罪人对社会公众自发的非规范性评价的回应。犯罪人的反应是社会公众自发评价引发的结果，而非官方犯罪记录引发的效应。公众的非规范性评价来自于公众对犯罪人犯罪历史的旁观性、道听途说性自然知晓和对官方犯罪记录的查询两个渠道，在两者之中更多地还是来自于对犯罪人犯罪事实的自然知晓而非查询。同时，所谓的“标签效应”也不是犯罪记录所引发的效应，而是来源于社会公众对于行为人自发的非规范性评价，即使此种非规范性评价来源于某些人员对行为人犯罪记录的查询，这也只是非规范性评价的效果。正是由于社会公众非规范性评价的存在和逐渐扩大的社会认同，给犯罪人带来长期的社会负面评价和消极影响，导致犯罪人长期被摒弃于社会正常生活之外，半强迫地成为社会正常秩序的对抗者，甚至可能最终再次犯罪。诚如“贴标签理论”所指出：由于社会公开地给初犯的犯罪人贴上“犯罪人”的标签，然后袖手旁观，一直等到该犯罪人将其个性融为自身，从而最终走上再次犯罪的道路；促成行为人最终再次犯罪的原因，是社会更普遍地不愿意让犯罪人重新回到社会（谁也不愿意与一个曾被定罪判刑的人生活在一起或者雇用他），以及公开污辱和贬损其人格，导致犯罪人被迫接受犯罪信念、价值观以及行为，并视之在道德上是正当的。可以说，“贴标签理论”也好，“羞耻感重新整合理论”也罢，恰恰证明了犯罪人回归社会的重大障碍来自于社会公众的非规范性评价，而司法机关依据法律对于犯罪记录进行的规范性评价，不会引发阻碍犯罪人回归社会的“标签效应”。

## 四、犯罪记录的客观存在性：犯罪记录不会被消灭

犯罪记录作为客观的法律事实是永远存在的，但是，不否定作为犯罪记录的载体本身可能被销毁，然而，即使犯罪记录的载体被消除，作为犯罪记录的实质内容仍然是客观存在的，只是通

〔24〕 参见前引〔5〕，杨宇冠等文。

过销毁作为犯罪记录存在形式的载体来达到无法查询的目的,继而确保不再对犯罪记录进行规范性评价。犯罪记录经过一定的查询期限后不再允许被查询,或者在查询后得到无犯罪记录的否定答复,此时就会导致前科消灭的法律效果。也就是说,法律不会再对行为人进行规范性评价,最终使行为人的法律地位得到恢复。

#### (一) 犯罪记录和前科消灭制度的关系辨析

犯罪记录是对行为人犯罪事实及其刑事判决的纯粹记述式的客观存在,属于一种法律事实,即由法律规范所框定的,而又经过法律职业群体(法官起着最终决定作用)证明确认的“客观”事实。<sup>[25]</sup>犯罪记录属于法律事实的记载和真实反映,具有客观实在性,行为人的犯罪事实与犯罪记录有深刻的联系。之所以作出此种论断,是出于以下两个方面的考虑:一方面,犯罪记录记述的是法院所认定的法律事实,犯罪记录是由犯罪事实派生的,是对法律认定的客观事实的客观记述。虽然说犯罪记录的内容不同于客观事实,但是,从本质上讲,任何被审判机关认定并予以记录的法律事实首先应当是一种客观事实。犯罪记录是在法律判决的基础上作出的,它同时也是记录法院认定的犯罪事实的一种结果。客观事实是法律事实的基础,法律事实是客观事实的再现或者反映,法律事实必须以客观事实为追求目标。法律事实和客观事实直接表述的是事实本身,由于法律事实是对客观事实的再现或者反映,是以客观事实为原型的誊写,因而这种反映具有客观性。<sup>[26]</sup>犯罪记录作为一种法律事实,客观存在性应是其首要特征,犯罪记录必须与客观事实相符合。概言之,犯罪记录作为法律事实的一种,决定了其具有客观存在性,不依赖于人的认识和感觉而存在,是不可能被消灭的。

前科消灭的实质是对行为人犯罪记录的规范性评价的禁止与终结。前科消灭制度所消除的不是犯罪记录,而是犯罪记录再次受到查询或者规范性评价的可能性。有一种观点认为,为使受刑人有光明的前景,受刑人在服刑完毕后经过一定的时期,犯罪记录可以抹消,但是曾经犯罪的客观事实在又犯新罪时仍可供量刑参考。<sup>[27]</sup>此种观点是不正确的。前科消灭对于犯罪人的重要意义就在于承认犯罪人在一定期间内的遵纪守法事实、真诚悔过态度,并以此为基础推定对行为人前罪的刑罚裁定在量上是足够的,是与行为人的自身危险性程度相匹配的,相应也就没有通过后罪刑罚裁量时加重其刑来补足对前罪刑罚在量上有所不足的必要性。因而在法定程序上拒绝对行为人的犯罪记录予以查询,或者直接给予无犯罪记录的答复,法律因此也不再对于行为人相应的犯罪记录进行任何的规范性评价。而上述观点一再强调犯罪人曾经犯罪的客观事实,而忽略其前科已经消灭的法律事实,提出在行为人的犯罪记录被抹消后仍然可以在其再次犯罪时考虑已经消灭的前科,不仅是对犯罪人权益的侵害,而且在逻辑上自相矛盾,也使前科消灭制度归于无意义的境地。<sup>[28]</sup>概言之,前科消灭既不意味着销毁记载犯罪记录的档案材料,也不是捏造行为人没有犯罪记录的材料,前科消灭的唯一结果是不再对于曾经有过的犯罪事实进行规范性评价,而在犯罪记录查询制度中则体现为对提供有关犯罪记录查询时的限制,但是,记载行为人曾经犯过罪的档案材料或者说刑事判决文书,依然是客观存在的。

#### (二) 犯罪记录是不允许被消灭的

基于对“前科”与“犯罪记录”的混淆性认识以及研究视角的错位,一些学者提出了“犯罪记录消灭制度”或者“档案消除制度”的构建设想。比如,有学者认为,“犯罪记录消灭制度”在国际准则、国外立法以及犯罪学上都有其广泛而深刻的根据和基础,我国目前尚未承认此种制

[25] 参见陈金钊:《论法律事实》,《法学家》2002年第2期。

[26] 参见孔祥俊:《论法律事实与客观事实》,《政法论坛》2002年第5期。

[27] 参见《俄罗斯联邦刑法典释义》,黄道秀译,中国政法大学出版社2000年版,第221页。

[28] 参见于志刚:《刑罚消灭制度研究》,法律出版社2002年版,第699页。

度,可以考虑先建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度,进而推广构建未成年人犯罪记录消灭制度以及适用于成年犯的犯罪记录消灭制度。<sup>[29]</sup>还有学者认为,建立未成年人的“犯罪档案消除制度”,可以促使未成年人回归社会,不仅是对未成年人挽救的最根本措施,也有助于未成年人反社会心理的消除,缓解社会矛盾。<sup>[30]</sup>

行为人曾经犯过罪的客观事实是永久存在的,而记载这一客观事实的某种档案载体也将会永久存在。前科消灭制度所消灭的前科,在法律上只是一种规范性评价的禁止,而不是客观存在的犯罪事实本身,更不是记录犯罪事实的某种载体。对此,可以从以下两个角度理解:(1)以前科消灭的再消灭为视角的反向论证。前科消灭有多种形式,无论以哪种形式消灭后,如果出现特别原因,例如事后查明犯罪人在前科消灭前犯有新罪的,则可以撤销前科消灭的裁定或者命令,行为人已经消灭的前科再次恢复。德国少年刑法第101条规定,被宣布前科已被消除的被判刑人,后来发现在消除前科之前因犯重罪或故意犯轻罪,而这一犯罪又被判处自由刑的,法官可以判决或者事后裁定的形式撤销前科消除命令。换言之,在法定情形出现后,法律可以再次恢复对行为人犯罪记录的规范性评价,再次接受对行为人犯罪记录的查询和在查询结果中注明行为人有犯罪记录。因此,从反向的角度来思考,可以发现犯罪记录作为一种客观的法律事实是永久存在的。以司法实务为视角来思索这一问题,按照上述学者的观点,某一行为人在足够长的时间之后,被宣布消灭了“犯罪记录”,那么,如果事后发现行为人在“犯罪记录”被宣布消灭之前曾经犯有重罪,只是当时没有被发现,此时已经被消灭的所谓“犯罪记录”必然会被再次提起,而且会作为一种从重处罚的依据。从这个角度来看,前科消灭制度中被消灭的只是一种进行规范性评价的可能,而不可能是“犯罪记录”。(2)以犯罪记录在前科消灭后的再次被提起为视角的反向论证。前科消灭导致行为人先前的犯罪记录在形式上被抹消,这一犯罪记录不得再被提起和进行任何形式的法律评价。但是,在有些国家,虽然不再进行法律评价,但是为调查其他犯罪而进行证据调查则属于例外。例如,英国刑法认为,前科消灭后,行为人应当象从未被定过罪或者判过刑一样被看待,其犯罪被视为过去之事。法律限制在前科消灭后再提供有关罪犯先前罪行的资料和证据。在前科消灭期间完成后,被定罪之人甚至在回答讯问时,也不必说明其先前的犯罪,除非接到他应当说明过去犯罪的通知。<sup>[31]</sup>这表明,虽然前科消灭导致法律不再对于犯罪记录进行规范性评价,但是,出现法定情形时,有关机关可以要求犯罪记录作为证据再次被提起。以此为视角进行思索,可以得出犯罪记录不可能被消灭的结论。

基于以上分析,可以发现,建议设立“犯罪记录消灭制度”和“档案消除制度”这两种主张的关键错误在于,将“前科”消灭误读为“犯罪记录”的消灭。意大利刑法理论认为,作为一种违法事实,犯罪是不可能被消除的,真正能够消除的只是犯罪可能产生的后果,即它的可罚性。<sup>[32]</sup>从这个意义上讲,作为客观记述犯罪事实的犯罪记录也是不可能被消除的,作为一项刑罚消灭制度,前科消灭制度所消除的只能是对于犯罪记录的规范性评价。前科的消灭,只是刑罚本身的法律意义基于特殊的法律原因或者事实理由而被抹消,不再承认刑罚的后遗法律效应。因此,无论是销毁作为犯罪记录载体的文件,还是用其他方法去改变记载犯罪事实的档案,都只能说是销毁或者改变了犯罪记录的载体,客观上使犯罪记录的形式不存在,但是仍不能改变犯罪记录中实体内容的客观存在性。而且,从法律角度来看,犯罪记录只是客观记述的官方记录而已,它只影响

[29] 参见前引〔5〕,杨宇冠等文。

[30] 参见杨杰、刘春兰:《应建立青少年犯罪档案消除制度》,《检察日报》2008年5月12日。

[31] 参见前引〔13〕,沃克书,第761页。

[32] 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑罚学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第389页。

到对于犯罪记录的规范性评价；对于犯罪人和知晓这一犯罪事实的被害人等人来讲，犯罪记录中的实体内容则是个人的历史性记忆，无论有无官方记述的犯罪记录，行为人曾经有过的犯罪事实都是客观存在的，此种记忆也是永久存在的，而这种永久性的记忆影响到的则是社会公众的非规范性评价。

---

---

**Abstract:** The existing confusion on the understanding of the concepts of previous conviction and criminal record among experts from criminal theory, criminology and criminal procedure areas leads to seriously directional deviation in relevant research. They take the two different terms as the same concept or as an alternate one, and further confuse the normalized evaluation and the non-normalized one of criminal record and their legal consequences.

Since the research of the above experts on the system of previous conviction abolition, based on such theoretical error, deviates from the right path at the starting point, their conclusion can not but be wrong. It can be said that such misunderstanding has already misguided the institutional design and theoretical research on the previous conviction abolition system. Thus the original research intention has been departed from, and the purpose of facilitating the criminal back to the society could not be really realized.

According to this article, the relationship between criminal record and previous conviction is just as the relationship between premise and result, that is, previous conviction is the evaluative result of criminal record. Criminal record is the objective record of the criminal fact and its judgment, and such record is not allowed to be and can not be abolished. Previous conviction is the normalized evaluation of the existing criminal record.

Criminal record does not contribute to the “Label Effect” or the second offense of the criminal. The voluntary non-normalized evaluation of the social public is the real reason which prevents the criminal from back to the society. The purpose of the normalized evaluation from State authority is to set up a preventive mechanism. The non-normalized evaluation of the social public, based on hostility and precautious consciousness, may only be a man-made block in its objective effect to prevent the criminal from back to the society, and may facilitate the second offense indirectly.

The misunderstanding of the relationship between criminal record and non-normalized evaluation has already led to obvious deviation in research. And the institutional design and legislation improvement suggestions based on such misunderstanding are also improper.

**Key Words:** criminal record, previous conviction, normalized evaluation, non-normalized evaluation

---

---