

前科株连效应的刑法学思考

于志刚^{*}

内容提要：前科株连效应是指犯罪人的犯罪记录导致其近亲属和其他家庭成员基于法律法规的规定而受到规范性的株连评价，进而导致特定的权利遭到限制、特定的资格遭到剥夺的情况。此种规范性评价立足于犯罪人的犯罪记录，将本应由犯罪人独立承担的不利法律后果从法律层面上延伸到了犯罪人的近亲属和其他家庭成员。中国现行法律体系中广泛存在着前科株连制度，不仅对于犯罪人回归社会形成了巨大的现实障碍，而且客观上严重破坏着犯罪人的家庭关系，促使犯罪人及其近亲属和其他家庭成员走向社会的对立面，成为可能再次实施犯罪的潜在犯罪人群体。

关键词：前科 株连效应 犯罪预防 刑罚效果

近年来，刑法理论界关于犯罪人合法权益保障的研究日益增多，尤其犯罪人的前科消灭制度逐步被刑法理论界所关注和重视，司法实践中试行犯罪记录消灭制度甚至成为一项颇为时尚的司法改革内容。^{〔1〕}但是，理论研究和司法实践在关注犯罪人前科消灭制度的同时，却把另一个因犯罪人前科而备受歧视和株连的群体——犯罪人的近亲属和其他家庭成员遗忘在了权利保护的角落。在实践中，尽管犯罪人的近亲属和其他家庭成员本人没有犯罪记录，然而，他们仅仅由于和犯罪人的客观关系形成的身份，导致本应仅仅适用于犯罪人的前科制度悄悄地延伸到他们身上，导致他们的权利、资格在法律层面上遭受到几乎不亚于犯罪人本人的限制甚至剥夺，也就是说，前科制度产生了严重的株连效应。

客观地讲，犯罪人的犯罪行为已经给近亲属和其他家庭成员带来诸多的道德阴影和社会压力，而前科株连效应又进一步加剧了犯罪行为对犯罪人近亲属和其他家庭成员的负面影响，使得犯罪人的近亲属和其他家庭成员在权利限制和资格剥夺的程度上已经近乎于犯罪人本人，形成了极为严重的权益限制和人格歧视。因此，在前科消灭制度受到广泛关注和试行的背景下，系统反思前科的株连效应，具有立法和理论研究上的必要性和前瞻性。

^{*} 中国政法大学教授。

〔1〕 关于前科消灭制度的试行实践较多，引发社会关注的主要是山东、河南等部分地区试行的未成年人前科消灭制度；《刑法修正案（八）》（草案）也对于未成年人的免除犯罪记录报告制度加以规定，显示出了相当大的立法时尚。

一、前科株连效应的现实制度体现

近年来伴随着一系列“政审门”事件的发生，前科株连甚至是一般违法性株连^{〔2〕}逐渐被摆在了社会公众的面前。例如，2008年4月浙江大学生兰泽峰公务员考试成绩名列第一，却因鲜有来往的舅舅曾经被判缓刑而被取消公务员录取资格，该消息瞬间在各大报纸网站转载；^{〔3〕}2009年6月河北省隆尧县一名高三女生因为父亲以前的上访记录而影响其不能报考中央司法警官学院；^{〔4〕}无独有偶，河北省廊坊市考生扈佳佳面临着因为父母存在被拘留记录而无法报考军事院校的尴尬局面；^{〔5〕}更有甚者，浙江省宁波市某公办学校，要求家长必须提供包括“无犯罪记录证明”等在内的十个证明材料方能让子女入学。^{〔6〕}可见，中国现行法律法规中的前科株连制度是极为普遍且令人忧虑的，前科株连甚至一般违法记录株连已成为当前中国社会的一种常态现象，而且基本上是极为纯粹地从身份、血缘关系出发，对于公民在入学、就业等方面进行严格审查，并以此为基础，在民事、行政法律法规中对于犯罪人的近亲属和其他家庭成员进行范围宽泛且极为严重的资格、权益剥夺或者权利限制。此类前科株连制度，主要存在于入学、就业、征兵、公安司法院校招生以及涉及重大公共利益的特殊行业中。

（一）几代人的共同记忆：关于学生家庭情况调查表的入档问题

1984年2月22日，教育部发布了《关于高中建立学生档案的暂行规定》，开始在学生中建立临时档案。文件指出：学生临时档案是为上一级学校选拔合格新生，为社会选用优良劳动后备力量的参考材料。《关于高中建立学生档案的暂行规定》第3条第6款中明确将《高中毕业生家庭情况调查表》归入临时档案，内容包括：除学校确认无重大问题的学生外，对其余学生均须在高中三年级第二学期（高中二年制的即为高二下学期）开学初用此表进行一次函调。有重大问题者，其材料入档，否则不入档。“重大问题”系指历史与现实的、政治、刑事、经济等问题。于是乎，30余年来各地普通高招时，“问题”考生档案中都多了一纸《高中毕业生家庭情况调查表》，以此作为高等学校招生、部队征兵、社会招工等工作的重要依据。而在《高中毕业生家庭情况调查表》中，学生的父母以及其他近亲属、家庭成员、主要社会关系成员的犯罪记录成为一项调查和填写的主要内容，而且将归入本人档案中，此种规定必然会在某种程度上对个人的入学、就业产生相当程度的消极影响。事实上，也正是此种规定影响了几代人的命运，在20世纪90年代之前参加过中考、高考和分配工作的人，对于就业、入学考试之前的表格填写内容和上学、工作期间的年度考核表填写内容可能还记忆犹新，其中存在着“家庭成员和主要社会关系成员是否受到刑事处罚”的调查内容。应当说，那个年代某个学生的家庭成员或者主要社会关系成员的犯罪记

〔2〕 一般违法性株连原则上不属于前科株连的范畴，只是由于制度规定不够细化、操作性不强，加之有关人员操作失误和理解的偏颇所导致的非法株连，为了论述的完整性和形象性，本文将其作为前科株连的翻版甚至过度适用而加以附带阐释。

〔3〕 参见孔令泉：《公务员考试第一名因“株连”被刷》，《法制与社会》2008年第8期；冰皓：《舅舅判缓刑侄儿考第一难过政审关》，《华西都市报》2008年4月28日。

〔4〕 参见《入学要查父辈前科是什么门槛？》，http://www.szinfo.com/c/2009/6/22/5695_1.html，2009年6月22日访问；何耀伟：《将“出身论”扫进历史垃圾堆》，<http://www.ice8000.org/china/xinxi/show.asp?n=3343113>，2010年5月29日访问。

〔5〕 参见叶铁桥：《“军校梦”梦断当地派出所》，《中国青年报》2009年6月29日；李泓冰：《株连说死灰复燃当警惕》，《京华时报》2009年6月30日。

〔6〕 参见《家长犯法与子女入学何干？》，<http://www.318w.com/rj.asp?qq=316946083&id=1245666942>，2009年6月22日访问。

录,对于学生本人的负面影响之深和范围之广,是当前的新一代学生所难以想象的:从升学入伍到参加工作,处处都会受到不同程度的限制甚至刁难,尤其是一些涉及国计民生的重要工作岗位,就更与这些学生无缘。因此,前述的公务员考试不被录取、高考不被录取等前科株连效应受到社会关注,只是在法治环境日趋良好和社会日趋公平的背景之下,新一代年轻人无法接受历史惯性而引发的社会关注,并不是一种新生的社会现象。针对此种前科株连制度,近年来部分省市已经开始提出尝试性的解决方案,例如,在广东省考试中心公布的《关于做好2004年普通高考考务工作的通知》中,已经撤销了考生档案中《高中毕业生家庭情况调查表》这项入档资料,被取消的内容包括:学生的抚养人、学生的主要社会关系成员有无因重大问题被判刑及刑满释放后的表现等情况。但是,不容乐观的事实是,目前绝大部分地区和绝大部分考试、考核制度之中,仍然极为普遍地存在着本人近亲属、其他家庭成员和主要社会关系成员的犯罪记录填报制度,也就是说,存在着极为普遍的前科株连制度。

(二) 公共领域特殊职业准入资格中的前科株连制度

稍加留意就可以发现,在警察、军队等特殊领域的准入资格设置上,存在着广泛的前科株连制度,而且株连的范围之广和影响之大,令人惊异。这里试举几例作为证明:

1. 《公安机关人民警察录用办法》中的前科株连制度

似乎是为了维护公共安全机关这一特定行业的声誉,以使其在社会公众中拥有一种神圣的公信力,或者为了预防犯罪人利用近亲属的职务便利再次实施犯罪,或者是受到犯罪人的传染、影响而直接自行实施犯罪,总之,出于种种可以言传和“只可意会而不可以言传”的理由,我国公安机关在警察录用方面设置了诸多门槛,尤其对犯罪人的近亲属和家庭成员的选用资格进行了极为严格的限制,而且慢慢地扩展到了所有的“直系亲属”和特定的“旁系血亲”。例如,人事部、公安部2008年下发的《公安机关人民警察录用办法》第6条、陕西省2001年3月23日《统一招考录用公安机关人民警察实施办法》第7条规定:“有下列情形之一的,不得报考人民警察:……(五)直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有判处死刑或正在服刑的;(六)直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲在境内外从事颠覆我国政权活动的。”更为典型的是,有些规定甚至将前科株连效应扩展到了“有犯罪嫌疑而正在被侦查、控制”的情况,例如,浙江省公安厅、人事厅《关于印发〈浙江省公安机关录用人民警察考察和政审工作实施细则〉的通知》第10条规定:“考察和政审中查实有下列情形之一者,不宜录用为人民警察:……(九)配偶、直系亲属和近亲属中有曾被判处死刑或因危害国家安全罪被判刑的,或因其他犯罪正在服刑的;(十)配偶、直系亲属和近亲属中有因严重政治错误或犯罪嫌疑正被政法机关侦查、控制的,或有邪教组织的骨干分子且顽固不化、继续坚持错误立场的;(十一)配偶、直系亲属和近亲属中有在国(境)外从事颠覆我国政权活动的,或为国(境)外人员在考察期满后30天内政治背景仍无法查清的……”。

此种资格剥夺、权益限制的前科株连制度的立法初衷,是将犯罪人的近亲属和其他家庭成员推测为犯罪高发群体或者容易为犯罪提供便利条件的群体,本质上属于对犯罪人近亲属和其他家庭成员、“直系亲属”和“旁系血亲”等无辜人员的就业歧视和人格歧视,甚至是有罪推定。按照此种逻辑,任何人都有可能利用现有职务去实施犯罪,也有可能去帮助近亲属和其他家庭成员、“直系亲属”和“旁系血亲”等人员实施犯罪,由此得出的结论便是:任何人都没有资格进入警察部门,任何警察的近亲属和其他家庭成员、“直系亲属”和“旁系血亲”在犯罪之后,警察本人都应当直接退出警察行业,此种逻辑进路明显是荒谬的。应当指出的是,尽管欧美国家以及我国香港地区在外交官和军队军官的录用选择上也进行“背景调查”,但是并没有明确规定因

家人服刑而不得录用的情形。^{〔7〕}

2. 军队征兵工作中的前科株连制度

军队的纯洁性关系到国家的稳定和安全,因此,似乎是为了保证军队的战斗力、保证军队的纯洁性和忠诚度,防止军队内部不稳定因素的出现,目前的法律法规对于应征服役者的个人条件设置了较为严格的标准,其中,对于犯罪人的近亲属和其他家庭成员等人设置了极为严格的审查和防范规定。例如,公安部、总参谋部、总政治部《关于颁发〈征兵政治审查工作规定〉的通知》第9条规定:“对政治条件有特别要求的单位征集的新兵除执行本规定第7条、第8条的规定外,对具有以下情形之一的,也不得征集……(八)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或者开除党籍、开除公职的;(九)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因涉嫌违法犯罪正在被调查处理,或者正在被侦查、起诉或者审判的;(十)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参加民族分裂、暴力恐怖、宗教极端等非法组织、带有黑社会性质犯罪团伙或者进行过活动的;(十一)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是邪教、有害功法组织骨干分子或者顽固不化人员的;(十二)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有危害国家安全行为或者严重政治性问题的……”。在这一规定之中,再次将前科株连效应的株连范围予以两个方面的极大拓展:其一,能够株连到公民本人的犯罪人的范围,从近亲属和其他家庭成员令人惊讶地扩展到“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”,在范围上应当说宽于人事部、公安部2008年《公安机关人民警察录用办法》中规定的“直系亲属”和“旁系血亲”;其二,能够形成株连的事实,从“被刑事处罚”扩展到“因涉嫌违法犯罪正在被调查处理,或者正在被侦查、起诉或者审判的”、“参加非法组织、带有黑社会性质犯罪团伙或者进行过活动的”。

3. 军队、公安、司法院校招生录取中的株连性规定

与公安、军队招录体制相配套,公安、军队和司法院校的招收学生工作中,也存在着相类似的前科株连制度。例如,《关于军队院校招收普通中学高中毕业生和军队接收普通高等学校毕业生政治条件的规定》中禁止招录的条件之一是“直系亲属、关系密切的旁系亲属或其他直接抚养者中,被判刑或受过组织处理,而本人不能正确对待的”。2006年1月17日《浙江警官职业学院招生政审工作细则》以及《吉林省2009年公安普通高等学校和公安现役部队院校招生工作实施意见》均有与此相似的规定:考生有下列情形之一的,属政审不合格,不得招录:“直系亲属和关系密切的旁系亲属中有被判处死刑或者因危害国家安全罪被判刑,或者因其他犯罪正在服刑的。”2006年《河南省司(政)法院校提前招生专业考生政治审查表》、2009年《河南省公安院校、公安现役院校招生政审表》仍然明确要求考生填报本人情况及主要社会关系情况,其中的主要内容之一就是直系亲属及主要社会关系成员有无刑事犯罪等内容。

(三) 飞行员、船员等非公共领域特殊职业准入资格中的前科株连制度

在非公共领域的某些特殊职业中,也存在着极为普遍和广泛的前科株连制度,例如,飞行

〔7〕 实际上,在任何一个国家,招考公务员从事涉及国家安全和政府机密的工作,都会有一个类似于“政治审查”的程序,往往被称为“背景调查”(background check)等,主要是看报考人有没有犯罪记录,但如果是情报和高度机密部门等机构,就会调查家庭背景。例如,《澳大利亚联邦警察法》第24条规定,招募警察时,可以附加的条件包括“安全证明”,实际上主要指的就是家庭背景等情况。参见刘伯祥主编:《外国警察法》,中国法制出版社2007年版,第965页。

员、船员等特殊职业均是如此,究其原因,似乎是认为此类职业关系到公众的人身财产安全以及重大国家利益。例如,《中国民航飞行员体检标准》规定:具有下列情况之一者,不能报考:“直系亲属(三代内)有被关、管、杀或参加邪教组织者。”此外,前科株连制度的泛化是非常明显的,许多不涉及公众利益的商业公司自行设置的准入资格中也有类似的规定,例如,《武汉七洲英才海事服务有限公司高级海员招生简章》中招生条件要求:“户籍所在地公安机关提供本人及直系亲属有无犯罪前科证明,政审符合出国公民条件。”〔8〕

以上只是简单地列举了一些比较有代表性的前科株连规定,应当说,在中国现行的法律法规体系之中,前科株连制度存在之广泛和普遍,是超乎常人的想象的。似乎可以被认可的一点理由是,上述前科株连制度有效地维护了国家机关、社会公益服务单位等特定行业的信誉,能够提升其公信力和间接保障公共利益不受威胁、侵犯。但是,一个不容回避的严重问题是:犯罪人的近亲属和其他家庭成员是否有理由因为他人的犯罪行为而遭受株连评价?即使有,犯罪人的近亲属和其他家庭成员所承受的株连后果和范围是否也应当有一个限度?

二、前科株连制度存续的历史和现实根源

前科株连制度被法律法规接受和认可的出发点可能在于:犯罪人的人身危险性,可能会对其近亲属和其他家庭成员产生潜移默化的影响,进而可能引发其近亲属和其他家庭成员直接实施犯罪或者帮助其实施犯罪。因此,出于社会防卫的目的,对于部分犯罪、部分犯罪人的近亲属和其他家庭成员进行一定的资格限制和权益剥夺,这在某种程度上可能有合理之处。但是,对于所有犯罪、所有犯罪人的近亲属和其他家庭成员均采取“一刀切”式的株连评价,必然会使人们对前科株连制度的合理性与合法性产生质疑。应当反思的是,犯罪人对其近亲属和其他家庭成员在犯罪行为上的影响会有多大?以此为基础的前科株连评价制度又在多大程度上能够实现预防犯罪的初衷?还是仅仅在追求一种学生队伍、特定职业队伍的虚无缥缈的“血统纯洁性”或者说“政治洁癖”?以这个角度为切入点,就应当思索支持前科株连制度的历史惯性、社会心理和可能性支持理论。

(一) 历史惯性的延续:封建社会的株连和宗教思想中的株连

检索历史可以发现,株连和前科株连作为一种法律传统和社会习惯在中西方都有着悠久的历史,株连思想曾经以规范性的制度设计和非规范性的道德评价等表现形式广泛存在于中国古代社会生活之中,它们延续至今而成为当前前科株连效应的思想支持或者习惯认同的基础。

1. 封建社会的“株连”:家庭刑事连带责任的共担

“株连”一词在《辞源》中的解释为:“株连,一人被认为有罪而牵连多人。《释名》释丧制,罪及余人曰诛。诛,株也,如株木根,枝叶尽落也。《新唐书·吉温传》:‘于是,慎矜兄弟皆赐死,株连数十族。’”〔9〕意思是说,株连是指用植株茎蔓间的缠绕纠结,比喻一人有罪牵连多人。简要分析一下,“株连”一词在结构上属于偏正名词,落脚点在于“连”,意在牵连;“株”形容“连”的状态和形式,以植株茎蔓缠绕之状反映了古代家族盘根错节的裙带关系,其本质思想在于“一损俱损,一荣俱荣”,核心内涵在于“责任连带,一体均沾”。

重视家族血缘团体的刑事连带责任,是中国古代法律制度的重要特征。中国古代是一个家族

〔8〕 参见《高级海员招生简章》, http://www.whqzyc.com/view.asp?ParentID=2&News_ID=40, 2010年7月15日访问。

〔9〕 《辞源(修订本第二册)》,商务印书馆1980年版,第1505页。

本位的社会,追究罪犯亲属的连带责任成为人们的共识和法律传统。据史籍记载,“族诛连坐”在我国进入文明社会的初期即已出现,“族诛连坐”是指一人犯罪,而其他与之相关联的人也要负连带责任。夏启在讨伐有扈氏时宣布:“弗用命戮于社,予则孥戮汝。”^[10]商代成汤在讨伐夏桀的誓言中也说:“尔不从誓言,予则孥戮汝,罔有攸赦。”^[11]这两句中的“孥戮汝”,郑玄解释说“大罪不止其身,又孥戮其子孙”,即除本人外还戮其妻子儿女。商又有“其有颠越不恭,则剿殄灭之无遗育,无俾遗种于兹邑”。^[12]意思是:对于叛变之徒,要杀到他断子绝孙。“文公二十年,法初有三族之罪”(《史记·秦本纪》),一般认为族诛正式定为刑罚连带制度大约始于此时,后来又发展到诛五族、七族、九族。^[13]但是,过度强调犯罪人亲属的刑罚连带责任,有用刑滥酷的嫌疑,包括儒家在内的各个学派都不主张刑罚责任的普遍化。因此,唐宋明清法律中明确规定追究罪犯亲属刑罚责任的罪种,比之秦汉减少了很多,但是追究罪犯亲属非刑罚责任的条款却一直在持续不断地增加。非刑罚责任式的株连,不仅符合“一荣俱荣,一损俱损”的家族本位伦理,也避免了刑罚滥酷的恶名,使刑罚株连制度遮上了一层温柔的面纱,成为古代社会后期主要的亲属株连方式,至今仍有其影响。

此外,在公众所熟知的“族诛连坐”、“株连九族之外”,株连在古代还存在另一种制度体现形式:禁锢。此刑早在春秋时期即已出现,秦时称籍门,汉朝正式称为禁锢。《辞源》对禁锢的解释为:禁止封闭,勒令不准作官,犹后世之永不录用。《汉书·贡禹传》记载:“孝文皇帝时,贵廉洁,贱贪污,贾人赘壻及吏坐赃者,皆禁锢不得为吏。”《后汉书·党锢传》:“于是又诏州郡,更考党人门生故吏父子兄弟,其在位者免官禁锢,爰及五代。”禁锢也作“禁固”,汉蔡伯喈陈太丘碑文序:“会遭党事,禁固二十年。”^[14]可以看出,禁锢刑株连范围也较为广泛,有锢及三族的,有锢及五族的,有锢及素所厚的,有锢及知识(至交)婚姻(妻父是婚,婿父是姻)的,有锢及门生、故吏、父子兄弟的。但是,其独特之处在于禁锢株连仅限于特定的领域,即入仕。^[15]例如,唐朝诗人李白就因祖先在隋朝末年流放,而无缘进入科举取士之门。^[16]清朝小说家李宝嘉(《官场现形记》的作者),也曾因伯父李翼青有“叛逆皇法之前科”而受株连,在科举考试中名落孙山。^[17]从某种程度上讲,此种非刑罚株连的模式和思维一直遗传至今,成为了今天的前科株连效应。

2. 宗教思想中的“株连”:轮回报应

宗教思想反映了人们最古老、最纯朴的思想寄托,同时也是中西方封建统治者的御民工具。因此,株连思想被或多或少地融入到宗教里面,古代国家统治者将人类原始的亲属之爱作为压制和惩罚违规者的筹码。

(1) 圣经中的“祸及后代”

在西方,圣经具有“教训,督责,使人归正,教导人学义”^[18]的律法功能,作为“神的

[10] 《尚书·甘誓》

[11] 《尚书·汤誓》

[12] 《尚书·盘庚》

[13] 参见王营绪:《各行其道与并行不悖——“亲属相隐”与“族诛连坐”的初步探讨》,《内蒙古农业大学学报》2007年第1期。

[14] 《辞源(修订本第三册)》,商务印书馆1980年版,第2282页。

[15] 参见《禁锢》, <http://baike.baidu.com/view/126324.htm>, 2010年6月3日访问。

[16] 参见羽戈:《中国式政审何时才能终结?》,《时代周报》2009年6月28日。

[17] 参见王朝廷:《李伯元与〈官场现形记〉》, <http://www.hengqian.com/html/2010/5-15/a10215970515.shtml>, 2010年8月31日访问。

[18] 《圣经·提摩太后书》3:16。

道”，圣经中也存在着前科株连的影子：“蒙神祝福的人，后代受益，犯罪的人祸及后代”、“为千万人存留慈爱，赦免罪孽、过犯和罪恶，万不以有罪的为无罪，必追讨他的罪，自父及子，直到三四代。”^{〔19〕}意思是儿女必然会承受父母犯罪之后果，例如，父母虐儿、酗酒等都会带来严重的后遗症。当然，《圣经》中的罪是有不同含义的，有的是世俗犯罪之罪（crime），有的是宗教或者道德之罪（sin），指的仅仅是自私、贪心等问题。但是，无论是何种罪，都有着严重的株连效应，正如基督教人士所指出：无论是犯罪之罪，还是自私、贪心这一类的罪，同样会代代相传下去；而且，罪的可怕后果，并不只限于传给家庭中的成员。所以不要对罪不以为然，而要悔改离弃罪。罪在目前可能使你只有一点点的痛苦，但是以后会带来愈来愈大的痛苦，并会使你最亲的家人、你的子孙都受到莫大的伤害。^{〔20〕}

（2）道教中的株连：“承负”思想

长期以来中国盛行的宗教主要是佛教和道教。佛教尽管也讲求“祸殃子孙”，但是依佛法因果理论来看，这种“祸殃子孙”的现象之形成，根本原因乃是由于“同业相引，共业召感，后报转为现报”所致。^{〔21〕}因此，佛教中的类似于“祸殃子孙”的“株连”在本质上乃是指一个人的前世、今世和来世的业力轮回，属于个人单线报应，而与亲属后代和家庭成员的关系不大，不属于祸及他人的株连效应。

与佛教颇为不同的是，道教中的“承负”思想，在很大程度上从另一个角度诠释了株连思想的另一种含义，即家庭乃至家族作为社会的单元，与现实的社会发展有着千丝万缕的联系，由于承负的存在，家庭必须成为“积善之家”，才有利于家道昌隆祥和，有利于子孙繁衍生息。如果有违天道，“比如父母失至道德，有过于邻里，后生其子孙反为邻里所害，即是明承负之责也”。^{〔22〕}所谓承负，《太平经合校》卷三十九《解师策书诀第五十》解释说：“为前，负者为后，承者，乃谓先人本承天心而行，小小失之，不自承者知，用日积久，相聚为多，今后生人反无辜蒙其过谪，连传被其灾，故前为承，后为负也。负者，流灾亦不由一人之治，比连不平，前后更相负，故名之为负。负者，乃先人负于后生者也，并更相承负也，言灾害未当能善绝也。”^{〔23〕}也就是说，今人受到的祸福归结为祖先的行为善恶，同时今人的善恶行为也会使后代得到相应的福祸结果——先人有过失遗其恶果于后代，为负；后人承受先人过失的恶果，为承；代代既相负更相承。同样，前人为善，后人亦有福荫。在这种因果关系下，任何人的善恶行为都会对后代子孙产生影响，而人的今世祸福也都是先人行为的结果。^{〔24〕}

3. 古代株连思想的本质：人类原始的亲属之爱成为压制和惩罚违规者的筹码

无论是古代法律体系中刑事连带责任的制度化，还是中西方宗教中株连思想的渗透和泛化，从上述株连概念或者思想的共同之处来看，传统意义上的株连均是将犯罪人或者作恶之人的亲属或者后代作为一种筹码，以此来增加犯罪的成本或者强化制裁力量的威慑性，要么用于作为统治工具，要么用于劝人遵守宗教法则，在本质上都属于一种连带责任承担，在责任形式上对应于特定的刑罚制裁或者宗教报应。

〔19〕《圣经·出埃及记》34：7。

〔20〕参见《基督时代》，<http://www.jidunet.cn/>，2010年9月2日访问。

〔21〕参见净松居士：《因果报应实证》，<http://www.aaa110.com/showcontract.asp?id=41522&fid=24>，2010年8月25日访问。

〔22〕范恩君：《伦理视域中的道教“承负说”》，《中国道教》2005年第2期。

〔23〕郭正宜：《承负说与代际正义》，台湾《成大中文学报》2007年第19期。

〔24〕参见前引〔22〕，范恩君文。

（二）传统亲情文化的被工具化：家族本位社会结构诱发的株连制度

中国传统法律中那些独具特色的制度或现象，无不具有经典意义上的理论依据，这种依据也是传统精神的共同准则，由此而获得权威性，并以文化的作用方式影响和约束法律。具体到前科株连效应，在文化上则是根源于古代家族主义的文化传统和家族本位的社会形态。中国古代家族本位的社会基本结构决定了任何个人的存在都是以一定家族的存在为前提的，离开了家族背景，个人的生命意义及生存价值便被抹煞于无形之中。个人的权利与义务只不过是家族最高利益下的附属物，权利的享有与义务的承担，全以家族利益为转移。因此，个人的行为被赋予了家族的含义，成功或发达，首先是家族的荣耀，所谓“光宗耀祖”是也；沦丧或犯罪，则意味着家族的耻辱，所谓“家门不幸”是也。在这些观念的影响支配下，前科株连效应、制度也就具备了其存在的立足点。正如有的观点所指出，就某些重大犯罪而言，整个家族有义务与犯罪者共同承担罪责。^{〔25〕}

另一方面，传统上在立法者看来，对一些重大犯罪行为，单纯惩治个人似乎尚不足以达到威慑与防范的目的，于是，家族作为个人的母体也就相应地成为了惩罚的目标。换言之，类似前科株连效应的制度设置也是对于“亲情（家族）本位”的社会关系与伦理思想的利用。中国的传统文化具有十分浓厚的亲情色彩，亲情文化既是中国传统文化的一个重要组成部分，又是它的一大特色。“亲情文化，即由人的血缘意识发展起来，并由人的血缘、姻缘、地缘、业缘和情缘等‘五缘’合成的人与人、人与事和人与物之间的特殊感情与行为。”^{〔26〕}在向社会主义市场经济体制转型以前，我国基本上仍是一个以农业社会特质为主的传统社会，中国传统社会与世界上其他文明社会的一个明显差异就是以血缘亲情为纽带所构成的宗法制度在社会生活中占据着核心地位。家庭是制约和支配思维与行为的一种内在机制，亲情观念是所有价值观念的一个基点。在中国人的意识中，血缘是至高无上、不可选择、万古不变的权威，血缘的社会形式——“家”，则是始终不可舍弃的生存依托。中国人家庭观念、家族意识极强，正如黑格尔所言：“中国人把自己看作属于他们家庭的，同时又是国家的女儿。”^{〔27〕}正是由于中国文化具有十分浓厚的亲情色彩，亲情的价值才深刻地影响着中国的法律和制度构建。受到中国古代家族主义的文化传统和家族本位社会形态的影响，制度制定者出于对自身利益、公共利益的保护和对犯罪的预防，往往习惯性地对于犯罪人的近亲属和其他家庭成员加以群体性排斥，由此出发形成的权利剥夺和资格限制，在某种程度上是源于对犯罪人及其近亲属和其他家庭成员的偏见与不信任，更是对社会秩序稳定的强烈追求。因此，前科株连制度的设置实际上是制度制定者基于中国民众对于家庭亲情关系的珍视，而将家庭和亲情作为影响行为人的重要砝码，以此增加行为人的机会成本，在相当大的程度上去干预、影响、警戒行为人的选择，实现犯罪预防的目的。在中国古代社会，株连制度的核心在于利用人类原始的亲属之爱作为压制、惩罚违规者、犯罪者的筹码或者工具，实际上社会发展到今天，这一“利器”的本质并未发展根本变化，今天的前科株连制度仍然带有浓重的此种意味。

（三）现代中国的制度惯性：延续几十年的政审制度

进入现代社会，受到意识形态的影响，在冷战结束之前的东西方社会都极为重视和关注公民个人的政治信仰，对于个人政治信仰的过度关注，导致关注的对象慢慢地延伸到对其家庭成员政治信仰等因素的关注。由此导致在东西方社会的相当长一段时间内都存在着相类似的政治信仰调

〔25〕 参见百度百科：《株连九族》，<http://baike.baidu.com/view/1193939.htm>，2010年6月2日访问。

〔26〕 参见许响洪：《中国现代文明的痼疾：亲情综合症》，百家出版社2006年版，第3页。

〔27〕 参见黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海书店出版社1963年版，第65页。

查、填报制度。^{〔28〕}在我国,这一制度就是政审制度。政审制度在现代中国的重要性勿庸讳言,无论是在战争年代还是在和平时期均是如此,在执法部门、政府机关、保密部门、军队等重要部门的从业准入环节实行政审是必经程序。^{〔29〕}“文革”中,父母出身或家庭成分不好,便会殃及子女。地富反坏右、叛徒特务走资派等九类分子的子女在升学、参军和提干上都会受到不同程度的限制和歧视,尤其是一些涉及国计民生的重要工作岗位,更是对这些人关闭了大门。这些做法其实就是一种封建社会的“株连”意识在起作用,遵循的就是罪罚依血缘、人身依附关系和宗派团体等转承分担的原则,更是对犯罪人近亲属和其他家庭成员合法权利的侵犯。

政审这种“合法”预防或者控制的背后,其实是在做“有罪推定”,是对未然之罪或者“莫须有”之罪施加资格剥夺、权利限制甚至处罚。在“政审门”事件中,一些远远够不上犯罪的上访者,甚至只是被拘留过的人,他们的子女由于变异的前科株连制度的存在而被贴上“政审不合格、不清白”的标签,而丧失了正常入学、就业的资格和权利。此种防卫性株连导致的执行失责或者权利滥用,使犯罪人近亲属和其他家庭成员受到了更多的排斥和不公平待遇,加之无所不在的入学、参军、就业上的偏见与歧视,导致变异的前科株连制度对于无辜的犯罪人近亲属和其他家庭成员权利侵犯的实际后果和潜在影响更为严重。政审制度本身并不属于一种前科株连制度,但是,现实中的政审制度实际上却更为关注被审查者本人的近亲属和其他家庭成员的情况,基于此,它不仅仅是催生诸多具体的前科株连制度的温床,也是放大前科株连制度实际侵权后果的“扩音器”。

(四) 现实社会心理: 公众对于共同安全利益的追求和重视

前科株连制度的现代存续和泛化,有着多方面的深刻原因。社会公众对于共同安全利益的追求和重视,是前科株连制度广泛存在的最为重要的现实社会原因。实际上,无论是曾经存在的“犯罪遗传”、“天生犯罪人论”等犯罪学理论,还是社会公众普遍存在的、与生俱来的社会集体防卫心理,都表明了社会公众对于共同安全利益的追求和重视,都是前科株连制度产生和存续的内在支持力量。

作为一种曾经流行一时的犯罪学理论,意大利19世纪著名的刑事人类学派“天生犯罪人理论”的影响延续至今。该学派关于犯罪行为之原因的论述,实际上就是对犯罪人、犯罪人家庭、犯罪遗传等问题的研讨,其基本结论是:犯罪人所具有的犯罪素质无法克服或改变。具体而言,加罗法洛在犯罪人学研究中曾经引用了部分实证调查,显示了犯罪倾向的先天性和遗传性现象。例如,汤姆森在109名犯罪人中发现有50人彼此有血缘关系,而在这50人中,有8人来自同一家庭,都是一个已判决惯犯的后代。16%的罪犯有犯过罪的兄弟,而在非犯罪人中只占1%。维尔吉利奥发现260名罪犯中有195人患有堕落家庭中带有的共性疾病,如淋巴结核、坏疽和肺结核,这些病大部分都遗传。但后一研究中发现了更为重要的事实:遗传导致的直接或间接的犯罪,这种情况在被检查的罪犯中占32.24%。因此,犯罪倾向具有先天和遗传的性质,这一点似乎已经得到确立。^{〔30〕}以上研究结果在某种程度上使人们从另一角度了解导致人类犯罪行为的某

〔28〕 例如,1947年3月22日美国总统杜鲁门签署了9835号行政命令,即所谓“忠诚调查令”。命令对所有250万机关职员、学校教员和研究人员等进行忠诚检验。在执行忠诚调查计划的五年期间,联邦调查局审查了400万左右的联邦政府雇员和申请政府职位的人,2000多人被解雇或被迫辞职。他们大多数不过是发表了不同政见,或仅仅与共产党的同情者有过一般交往。军队、地方政府、社会各界及私人企业也都开展了忠诚调查和忠诚宣誓,全国有1350万人(约占全部劳动力的1/5)受到某种形式的忠诚或安全调查。一个人一旦受到全面调查而成了嫌疑分子,就可能导致一系列不利后果,甚至连其子女都不能参加童子军等。该法令的中文译本参见王丽霞译:《杜鲁门总统颁布的忠诚法令》,载齐世荣主编:《当代世界史资料选辑》第二分册,首都师范大学出版社1996年版,第274页。

〔29〕 参见《中国还要不要政审制度》, <http://www.fyjs.cn/viewarticle.php?id=223541>, 2010年7月15日访问。

〔30〕 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第94页,第96页。

些原因,并可以由此得出结论——人类在某些时候的某些犯罪行为,确实存在着某种程度的遗传因素。诚如龙勃罗梭所指出的:父母或亲属的坏榜样,会对儿童产生比遗弃更大的恶劣影响,甚至犯罪本能的遗传。^[31]美国南加利福尼亚大学一位名叫梅迪尼克的心理学家,也曾耗时30年专门研究犯罪及其家属之间的关系。他研究了14427名丹麦男性养子的情况,发现在这批人中,如果亲生父母是经济犯罪分子,那么孩子成为经济罪犯的可能性达到20%;如果亲生父母和赡养父母都是犯罪分子,那么孩子成为罪犯的可能性上升为24.5%;如果亲生父母和赡养父母都是清白公民,那么这个比率将下降为13.5%。上述数字尽管并非太清晰,但至少可以看出一种趋势:犯罪和家族状况之间存在着一定联系。^[32]另一方面,西方学者还从遗传学的角度研究家庭对于犯罪的影响,甚至提出了“犯罪家庭”^[33]的概念,^[34]认为这部分人具有先期的犯罪心理结构和犯罪行为模式,也就是说,“他们是天生犯罪人”,故应被列入社会危险群体的一部分。^[35]应当说,上述研究和结论在犯罪学研究发展史上曾作出过巨大的贡献,尤其是实证研究的方法为犯罪学研究乃至社会学研究提供了借鉴性思路,但其“犯罪遗传论”、“天生犯罪人论”等思想存在着对于人权的过度侵犯,同时违背了“无罪推定”的刑法原则,与当今时代的人权观念和法治理念是相违背的。应当看到,“犯罪并非某些人与生俱来的天性,而是在后天社会生活实践中受到某些不良因素的刺激或熏陶而形成的。在社会生活实践中形成的东西,也必然能够在社会生活实践中消除。”^[36]因此,犯罪的发生归因于社会环境、行为人因素等多方面原因,预防和减少犯罪应该从生理、心理、文化、社会等诸多方面去考虑和着手。从生物学和家庭遗传角度研究犯罪的根源并采取防控措施,固然有一定的可取之处,但纯粹的“血统论”则欠缺科学性和合法性,完全否定了人作为个体的独立性,其结论更违背了人权保障原则。尽管随着百年来刑法学、犯罪学研究的日益深入,此种结论受到相当彻底的批判,但是,应当指出的是,与之基本相同的社会一般认识在刑事人类学派“天生犯罪人理论”产生之前,甚至直到现在都是普遍而广泛地存在着的,刑事人类学派“天生犯罪人理论”只是以一种实证统计的方式“证明”或者说迎合了社会公众的此种认识,只是以一种独特的方式证明了社会公众一般认识的“合理性”,进而成为西方社会类似刑法制度的理论根源。因此,此种理论的被批判和不再为理论界所认可、支持,并不能否定在此之前就已经存在的社会公众的一般性认识,更不能否定此种认识对于前科株连制度产生、存续的巨大影响。

当下的中国处于社会转型的特殊时期,普通公众对秩序的渴望在某种意义上超过了对自由和权利的渴望。社会公众思考的基本出发点可能主要不是法律是否在限缩自由,而是法律对于秩序的保障和维护力度是否足够。中国的犯罪率在统计上远远低于西方,同时中国公众的安全感也远远低于西方,社会公众普遍有着或多或少的安全焦虑,这种安全焦虑不是源于公权力的侵犯和自由的欠缺,而是源于其他社会个体的潜在侵犯可能性,这一点可能是普通公众的共同真实感受。前科株连制度从本质上看是一种典型的对于无辜公民的制度歧视和权利限制、资格剥夺,但是,却往往会得到与此无关的绝大多数社会公众的认可和接受,原因就在于,前科株连制度的目标是为了保障、维护社会秩序和公众的共同安全利益,尽管它侵犯了个体权利。几千年来秩序一直是

[31] 参见[意]吉娜·龙勃罗梭·费雷罗:《犯罪人:切萨雷·龙勃罗梭犯罪学精义》,吴宗宪译,中国人民公安大学出版社2009年版,第78页。

[32] 参见李津军:《犯罪,会遗传吗?》,《新闻世界》2008年第2期。

[33] 参见[德]汉斯·约阿希姆·斯奈德:《犯罪学》,吴鑫涛、马君玉译,中国人民公安大学出版社、国际文化出版公司1990年版,第400页以下。

[34] 参见张绍彦主编:《犯罪学》,社会科学文献出版社2004年版,第298页。

[35] 参见翟中东:《出狱人保护事业在当代中国社会的前景》,《犯罪与改造研究》2002年第7期。

[36] 杨书文:《论刑罚的基本功能和附属功能》,《河南政法管理干部学院学报》2000年第6期。

中国人高度关注的基本生活价值,直到今天依然如此。作为普通公众,每个人的生活安全感的维护是第一位的。虽然前科株连制度导致不公平结果的报道偶有出现,但是,基于社会防卫和防范潜在犯罪的第一需要,在社会公众的正义观中,虽然对于远亲犯罪导致学生高考入学受到影响的事件基本持排斥、反对态度,但是,对于剥夺犯罪人近亲属和其他家庭成员进入特定领域就业的制度安排仍然是可以接受的,此种社会心理反映出公众对于犯罪人近亲属和其他家庭成员较为普遍的不信任的心理,也就是说,公众的社会防卫需求超过了对于一般公平的需求。因此,出于对社会秩序的维护和对共同安全利益的保护,中国当前的法治实践中,立法机构、普通公众在维护秩序安全和保障人权的天平上基本上是偏向于前者的。追求共同安全利益的民众将前科制度视为国家和社会自我防卫的需要,进而也就较为普遍地接受了前科株连制度。目前的中国尚处于转型期,各种社会矛盾往往通过各种形式的犯罪予以释放,对于大多数善良的民众来说,来自犯罪的潜在危险是实实在在的,公众在倍感忧心的同时,更寄希望于国家对公共安全和社会秩序的维护。^{〔37〕}可以说,对于有前科的犯罪人本人及其近亲属和其他家庭成员在就业、入学等方面的权利剥夺或资格限制,实际上就是此种防卫心理的体现。从这个角度来看,前科株连制度似乎在表面上具有了一定的合理性基础,但这并不能否定其实质上的非理性。

三、前科株连效应的制度本质和心理学根源

前科株连制度的基础是前科制度,它和前科制度之间的关系的确值得关注和深入思考。同时,从社会心理学的角度来思索前科株连制度,更能深入地理解这一制度的产生根源。

(一) 前科株连效应的制度本质:前科效应的延伸和扩张

前科株连效应在一定程度上继承了古代以亲属作为“人质”或者“筹码”的统治手段或者说御民手段,以人类对原始亲情的珍视来增加“犯罪成本”,从心理和情感上去限制行为人实施犯罪,进而实现犯罪一般预防的效果。但是,在现代社会的刑法体系中,此种将无辜的人作为预防犯罪的成本的理念和做法,无论是从保障人权还是从立法原则的角度看,其合理性与合法性都是极为欠缺的。因此,尽管前文所述的株连思想在某种程度上实际促成了前科株连效应的产生,但是,现代社会的立法者在更大程度上却并非是出于以上动机和考虑去设置前科株连制度,现行法律中前科株连制度的目标更多地在于剥夺犯罪人的再犯能力以及消除可能存在的不稳定因素。

笔者认为,前科制度作为对前罪刑罚效果的配套评估体系,其核心在于,围绕前科事实对犯罪人设置了资格剥夺与权利限制等民事、行政法律规则,目的在于防止犯罪人借助某些特定的资格或者权利实施更为严重的犯罪,以此来剥夺犯罪人的一部分再犯能力。但是,由于传统宗族思想的影响和防卫社会、保卫共同安全利益的迫切需要,使得公众和立法者对于单纯的防范犯罪人本人再次犯罪的举措仍感力度不足、范围过窄和无法完全消除所感受到的犯罪威胁的存在,因此,就将此种防范和预防措施扩展到了犯罪人的近亲属和其他家庭成员。因此,前科株连制度的本质属于前科效应在犯罪人家庭内部的延伸和扩张,目的在于预防犯罪,而不是刑事责任的连带承担。

前科株连制度的法律后果是,犯罪人的前科会导致其近亲属和其他家庭成员丧失某些特定的民事、行政权益或者资格。具体地说,为了预防犯罪和保护社会公共利益免受来自犯罪人及其近亲属和其他家庭成员未来可能实施的损害和威胁,法律对犯罪人的近亲属和其他家庭成员设置了特定的权利剥夺或资格限制措施,以防止犯罪人近亲属和其他家庭成员直接犯罪或者帮助犯罪人

〔37〕 参见王刚桥:《“前科”不应是剥夺公民权利的理由》,《新京报》2006年3月15日。

再次犯罪。从民事、行政法律上来分析,对于犯罪人近亲属和其他家庭成员的资格和权益作出法定的限制、剥夺,与前科制度相类似,其主要目的在于防止犯罪人利用近亲属和其他家庭成员因职位形成的便利条件再次犯罪,同时兼而防止犯罪人的近亲属和其他家庭成员受到犯罪人的潜在影响而自行实施犯罪。但是,应当指出的是,对于犯罪人近亲属和其他家庭成员的权利、资格的剥夺和限制,是根据犯罪人的犯罪记录所采取的措施,而非根据本人的人身危险性和初犯可能而采取的预防措施,因此,它实际上缺乏理论基础,属于对这些公民的歧视和不公正待遇。

(二) 前科株连制度的心理学分析: 社会偏见与歧视导致的评价错位

从社会心理学的视角来看,社会大众对有前科者产生偏见的第一步,就是把他们同自身分离开来,形成“我们”与“他们”的概念,划分为对立的两个群体。“我们”借助对犯罪人的认识,而将其近亲属和其他家庭成员划归到犯罪人那一个群体中去,而划分的标准就是他们的亲属具有犯罪记录。此种划分忽视了他们之间的实际差异,甚至可能会进而对犯罪人的近亲属和其他家庭成员形成等同于评价犯罪人的较难改变的偏见:这些人道德品质恶劣、素质差,而且不假思索地将这个似是而非的群体特征代替个人特征,继而认为每一个具体的个体都是道德品质恶劣的。^[38]

偏见是一种非理性的刻板的信念,这些信念反映了持偏见者本人的态度,但不反映偏见对象的情况,当某人具有属于某种群体的成员资格时,不管其本人的情况如何,也不管其本人与该群体的其他大多数成员有多么大的不同,都有可能招致不合理的估价反应,使别人对他产生偏见。^[39]因此,只要家庭成员中出现了犯罪人,就有可能导致社会公众对该家庭中所有成员的刻板印象和歧视。具体到法律心理学领域,偏见是指对于社会某一群体及其成员所持的消极态度。此种态度的形成,缺乏理由和事实根据,通常也很难用道理说服而使其加以改变,虽然持偏见者的信念是荒谬的,但个人却固执己见。笔者认为,现行的一整套以预防、隔离为出发点的对待犯罪人的近亲属和其他家庭成员的防范性前科株连制度和举措,是以“有罪推定”而非无罪推定为管制基调的,实际上就是在对近亲属和其他家庭成员具有犯罪记录的公民进行公开告示:因为你们的近亲属和其他家庭成员曾经犯罪,所以你们是危险的。然而,社会危险性在犯罪人近亲属和其他家庭成员身上是否存在,或即便存在但程度如何,都是一个专业且复杂的问题,社会仅仅单纯以疑虑、惧怕为理由牺牲他们的权利,正是反映了主流社会的歧视。^[40]

前科制度的设置初衷在于防止具有前科的人再次犯罪,但是,由于对犯罪人近亲属和其他家庭成员的偏见与刻板印象,便导致了前科评价的错位,进而产生了针对犯罪人近亲属和其他家庭成员的株连效应。笔者认为,犯罪人的近亲属和其他家庭成员在很大程度上是犯罪行为的直接受害者,是另一群直接承担痛苦的人。一方面,面对亲人成为犯罪人,面对亲人一手制造的死难和损害,他们内心所受的煎熬、羞愧与懊悔之大,无直接关联者恐怕是难以想象的。^[41]另一方面,他们还要承受来自于社会公众和法律法规的株连性歧视,严重地影响其学习、工作和生活,承担着因近亲属和其他家庭成员的犯罪行为而产生的精神负担,犹如曾经的“家庭成分”那样,无辜而永久地背负被羞辱的精神之重。

(三) 余论: 前科株连制度和公众的非规范性评价的差异

前科株连制度必须以明确的法律法规中的制度设置为基础,它和源自于社会公众的自发的非规范性的“株连性评价”是完全不同的。需要指出的是,由于社会上普遍存在的对于犯罪人的敌

[38] 参见王彬:《和谐社会视野下前科歧视及其法律规制》,《天津市政法管理干部学院学报》2009年第1期。

[39] 参见李宏珠:《延续的惩罚——“前科标签”效应问题研究》,西南政法大学2006年法学理论硕士学位论文,第9页。

[40] 参见田仁杰:《具有犯罪前科者之群体的平等权保障》,台湾《宪政时代》第32卷第1期。

[41] 参见陶健:《刑事诉讼中犯罪人之未成年子女之权益保护》,《兰州石化职业技术学院学报》2006年第4期。

视以及对犯罪人近亲属和其他家庭成员的偏见,导致犯罪人近亲属和其他家庭成员还受到社会公众非规范性评价的株连,体现为社会公众对犯罪人近亲属和其他家庭成员的排斥、避而远之等。在人们的观念中,很多人似乎总觉得:先人是恶贼,后人就是余孽;丈夫是贪官,老婆也不会是良家妇女。于是,有意无意地对犯罪人的近亲属和其他家庭成员另眼相看。^[42]

中国传统社会以家庭作为单元细胞被人们认识,熟人社会的特征使家庭作为一个整体被人们评价。费正清先生曾说:“中国家庭是自成一体的小天地,是个微型的邦国。社会单位是家庭而不是个人,家庭才是当地政治生活中负责的成分,村子里的中国人直到最近主要还是按家族制组织起来,村子里通常由一群家庭和家族单位组成。”^[43]因此,在这种传统的社会结构下,当一个家庭中产生一个受刑人或罪犯,会使整个家庭都蒙上道德谴责的阴影,随之对犯罪人近亲属和其他家庭成员产生了广泛的“株连歧视”。例如,中国流行着许多俗语:“有其父,必有其子”;“龙生龙,凤生凤,老鼠的儿子会打洞”;“贼生生一窝”;“老子英雄儿好汉,老子反动儿混蛋”,这些俗语实际上印证了长期隐存于人们思想中的对犯罪家庭的一种歧视观念。另一方面,“名师出高徒”、“近朱者赤,近墨者黑”等俗语的出现和流传,尽管没有明显地体现出前科株连文化的歧视意味,但仍然表明了如果近亲属和其他家庭成员中有犯罪人,则本人肯定也是“染于苍则苍,染于黄则黄”。

应当明确的是,尽管由于对犯罪人根深蒂固的排斥性情感因素的作用,使得社会公众为了保障自己及其周围社会环境的安全,在某种程度上对于犯罪人的近亲属和其他家庭成员避而远之,成为影响犯罪人回归社会以及犯罪人亲属和其他家庭成员正常生活的背景性障碍。但是,此种社会公众自发的非规范性的“株连性评价”不属于前科的株连效应,不属于前科株连制度的范畴,它仅仅是社会公众习惯性的自发评价,不具备任何法律上的效力。因此,在反思前科株连效应的同时,应当明确二者的关系范畴与本质,避免社会公众自发的“株连性评价”与“前科株连制度”的混淆性认识。

四、前科株连制度的现实危害和未来命运

前科株连制度的设置在某种程度上大大提升了预防犯罪的力度,提升了犯罪人的犯罪成本。不过,当社会公众为这一制度的设置而拍手称快的激情消逝之后,人们往往会吃惊地发现,它并没有达到预设的目标,反而还产生了诸多明显的负面效应:由此导致了犯罪人近亲属和其他家庭成员在生活、学习上受到一系列的不公平待遇,不仅严重损害犯罪人近亲属和其他家庭成员的合法权益,而且在一定程度上破坏了犯罪人的家庭关系,阻碍了犯罪人的社会复归,甚至推动犯罪人的近亲属和其他家庭成员也走向社会的对立面。

(一) 目的与结果的背离:前科株连制度的实害效应

搜狐热门调查曾经对政审制度的现状及危害性对网友进行了调查,其中的结论在某种程度上也可以为前科株连效应的反思和完善提供借鉴性经验。例如,关于考生因父母违法犯罪而受到株连导致无法正常入学,关于网友态度的调查显示:53.77%质疑株连的合理性和必要性(1781人),30.46%认为考生太无辜了(1009人),10.84%的人赞同(理由是毕竟军校涉及到保密的东西,赞同人数为359人),4.92%表示无所谓(163人)。关于“政审制度”中涉及前科株连因素的危害性,调查显示:64.13%认为是对公民权利的侵害(2124人),18.78%认为会耽误考生

[42] 参见杨涛:《历史述说罪犯时的权利博弈》, <http://opinion.people.com.cn/GB/5474046.html>, 2010年6月5日访问。

[43] [美] 费正清:《美国与中国》,商务印书馆1987年版,第17页以下。

的前途(622人),9.45%认为容易造成歧视(313人)。^{〔44〕}

包括前科株连制度在内的法律制度的设置初衷原本在于预防犯罪,保障犯罪人的近亲属和其他家庭成员不会受其影响走上犯罪的道路,或者不会利用特定的权利、资格去帮助犯罪人再次犯罪,但是,此种制度设置究竟在多大程度上实现了这一目标根本无从考证。与之相反的是,此种制度设置客观上导致的破坏性效应逐渐进入我们的视野,主要表现在以下两个方面:犯罪人近亲属和其他家庭成员由于遭受到的不公平待遇,而逐渐走向社会的对立面,产生了对社会的严重不满和愤恨,极可能会形成社会中新的不稳定因素,进而实施报复社会的举动;另一方面,此种制度客观上在犯罪人和他的近亲属和其他家庭成员之间起到了挑拨离间的作用,严重破坏了家庭关系,会进一步强化犯罪人对于社会的不满和愤恨,可能促使犯罪人再次犯罪。

1. 目的与结果的背离之一:犯罪人近亲属和其他家庭成员走向社会的对立面

卢梭曾断言:“仅为实在法所认可的精神上的不平等,每当它与生理上的不平等不对称时,便与自然法相抵触。”^{〔45〕}国内也有学者认为,应当把消灭犯罪的手段寄托于人类的平等,理由是,弱势群体会因为缺乏进入社会阶梯的资源(如权力、金钱、道德)而“被动地”选择犯罪。^{〔46〕}以此为视角,前科株连制度的出现和前科株连效应的实际存在,使得犯罪人的近亲属和其他家庭成员无辜遭受到特定权利的限制或者特定资格的剥夺,会使普通人尤其是犯罪人的近亲属和其他家庭成员丧失基本的社会公平感,在被剥夺或者限制之初,他们会对引发不平等的原因即犯罪的亲人表示不满,但是,进而就自然地把原本对于犯罪亲属的埋怨和指责转化为对制度和社会的不满,甚至以犯罪手段作为发泄不满的手段,实施对于社会的报复。诚如贝卡利亚所言:“对大量无关紧要的行为加以禁止,防止不了可能由此产生的犯罪。相反,是在制造新的犯罪,是在随意解释那些被随意宣传为永恒不变的美德和邪恶”。^{〔47〕}

2. 目的与结果的背离之二:犯罪人再次犯罪可能性的增加

前科株连制度引发的一个现实尴尬是:无论是基于对亲人的爱还是恨,犯罪人都有可能基于报复社会而再次实施犯罪。

从亲情因素来讲,犯罪人往往会对于家人因为自己的犯罪行为而受到社会公众的道德谴责性株连而产生自责,但是,在犯罪人受过刑罚处罚后,面对法律设置的前科株连制度和实际产生的前科株连效应,面对近亲属和其他家庭成员实际遭受到的巨大的不公正待遇,犯罪人先前的自责就可能会逐渐转变为对社会整体的不满甚至报复。亚里士多德曾经指出:“亲属之间理当有更深切的爱,任一恶行发生在非亲属之间,人们会看得较轻,但如果加到父母和近亲身上,就成为伤天害理的罪恶”。^{〔48〕}因此,随着犯罪人在心里对于社会的抵触和仇视的积聚,很可能在时机成熟的时候促使其再次铤而走险而实施过激的行为。

从另一方面来看,家庭是刑满释放人员回归社会后的第一去处,家庭成员是其回归社会后最先见到的亲人,家庭成员的态度和教育方法会直接影响到刑满释放人员回归社会后的行为表现。^{〔49〕}但是,对犯罪人而言,被监禁本身在某种程度上已经构成了对家庭的严重破坏,家庭关系已经遭到一定的削弱,因而从家庭获得帮助和慰藉的概率本就大大低于常人。而前科株连又在事实上产

〔44〕 参见搜狐热门调查, http://survey.sohu.com/poll/view.php?poll_id=16146, 2010年6月5日访问。

〔45〕 [法] 卢梭:《论人类不平等的根源与基础》,李常山译,商务印书馆1997年版,第70页。

〔46〕 参见白建军:《犯罪学原理》,现代出版社1992年版,第162页。

〔47〕 [意] 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第98页。

〔48〕 [古希腊] 亚里士多德:《政治学》,姚仁权译,商务印书馆1965年版,第50页。

〔49〕 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。

生了破坏家庭和和睦的负面效应,甚至容易挑起亲属之间的愤恨,使得家庭成员之间原来“血浓于水”的亲情极易被扭曲,原本依靠血缘所形成的亲密关系也可能会遭到破坏,付出的代价就是给社会的和谐、稳定埋下了隐患。家庭是社会最基本的单元,亲属则是这个基本单元里不可或缺的元素,亲属之爱是一切爱的起点,是人类情感的基础。因此,家庭成员之间的亲情关系是所有社会关系中最基础、最直接、最亲密的关系,是社会和谐的重要的粘合剂。但是,前科株连在某种程度上却在破坏着此种最基础、最直接、最亲密的关系,使犯罪人的近亲属和其他家庭成员出于各方面考虑或多或少地对犯罪人避而远之。具体而言,犯罪人出狱后基于亲情关系往往会向他(她)的亲人寻求帮助,谋求正式回归家庭和社会,如果此时犯罪人的近亲属和其他家庭成员因为犯罪人给自己带来的种种社会歧视和权利限制、剥夺而表示强烈不满,或者置亲情于不顾而将他(她)拒之门外,甚至去划清界限、断绝亲情关系,那么,犯罪人可能就会因此而产生失望、沮丧、厌世的心理,甚至是对整个社会的仇恨。此时,法律先前的惩治和矫治过程与效果就完全归于无效,制度本身的现实效果是使犯罪人萌发报复社会、亲人和家庭的反社会意识,进而增加犯罪人再次犯罪的可能性和危险性。

(二) 前科株连制度的完善方向和命运

前科株连制度在世界各国都或多或少地存在,为了保障公共利益或者社会公众的共同安全利益,在有限的特殊领域内设置前科株连制度是可以理解和接受的,但是,绝对不能为了保障公共利益而完全忽略公民的个人权利,因此,如何在保障公共利益和公民个人权利之间寻找到一个平衡点,就是一个必需解决的难题。笔者认为,在前科株连制度的未来完善方向上,应当注意以下几点:

1. 短期举措:个案坚持比例原则,防止法律评价上的一刀切

惩罚罪犯是必要的,甚至让罪犯的亲属后代蒙受一定的耻辱,是不可避免的,甚至在几千年人类历史中都曾经被认为是必要的(可以增加犯罪成本)。但是,应当指出,此种结果的出现现代社会应当是受到严格限制的,尤其不能成为法律追求的目标。前科株连制度的初衷可能是要解决三个问题或者说存续理由包括三个方面:其一,基于一种“行业洁癖”、“政治洁癖”倾向,为了维护某些特定行业、群体的“血统纯洁性”和整体声誉、公信力,而不允许和犯罪人有血缘、婚姻关系的近亲属和其他家庭成员拥有从业、准入资格;其二,防止犯罪人的近亲属和其他家庭成员利用特定的资格、权利去帮助犯罪人再次犯罪;其三,防止犯罪人的近亲属和其他家庭成员因为受到犯罪人人身危险性的影响而利用特定的资格、权利去直接实施犯罪。就第一点理由而言,它违背了现代法治的基本理念,缺乏制度存续的理论基础,根本就不值得支持,也经不起批驳。就第二点理由而言,前科株连制度同样缺乏存续的理论基础,否则,任何已经获得特定资格、权利、职业等的人,如果其近亲属和其他家庭成员犯罪的,也应当因此而丧失已经获得的资格、权利、职业等,因为他们也可能会利用特定的资格、权利去帮助自己的近亲属和其他家庭成员再次实施犯罪,那么,这一制度就不再是前科株连制度,而实质上转变为一种全面的株连制度,这不仅是现代社会所根本不允许的,即使是在古代社会也不会出现此种结局。就第三点理由而言,笔者无法否定犯罪人会受到其近亲属和其他家庭成员的人身危险性的或大或小的影响,但是,将对犯罪人的人身危险性评价和法律防范转化为对犯罪人近亲属和其他家庭成员的人身危险性的评价和防范,这个范围究竟应该有多大,是必须回答的问题。换言之,犯罪人的人身危险性对于其近亲属和其他家庭成员的影响究竟有多大,是否足以诱发其实施犯罪?何种犯罪容易诱发犯罪人近亲属和其他家庭成员的效仿实施而必须予以防范?笔者认为,解决这个问题的基本路径就是分析与衡量具体情形、需求和利益来寻找两者之间的平衡点,而这个平衡点的确定可以参照比例原则,避免“一刀切”式地对所有犯罪人近亲属和其他家庭成员予以不公平的株连评价。所谓比例原则,亦可称作比例性原则或均衡原则,是指在具体情况下要具体分析行为人、利益人与

社会公共利益孰轻孰重，只有后者重于前者，限制、剥夺犯罪人近亲属和其他家庭成员的权利、资格才是合理的。

法律为了保护社会重大公共利益，可以有限度地对于犯罪人的近亲属和其他家庭成员的某些权利、资格予以剥夺或者限制，借此来达到特殊预防目的，例如，对于严重危害国家安全的犯罪人的近亲属给予特定领域的资格剥夺和权利限制，应当说是有其合理性的。但是，不能对于所有的犯罪类型均适用同样的标准，应当设置不同的资格剥夺、权利限制措施，区别对待，防止法律对于犯罪记录评价的一刀切。犯罪的种类多种多样，既有严重的暴力型犯罪，也有轻微的经济类犯罪；犯罪的主观心理态度也有很大不同，既有故意犯罪，也有过失犯罪；群众对待罪犯的态度也并不是一律的厌恶和憎恨，有些罪犯在知情者眼里是值得同情的，甚至是值得尊重的。例如，防卫过当构成犯罪者。因此，不加区分地将所有犯罪人的近亲属和其他家庭成员都予以前科株连评价，将那些不对公众、公共利益和共同安全利益构成威胁的人和犯罪也纳入前科株连评价的范围，是对宪法赋予的公民权利的直接侵犯，也会给社会带来新的不安定因素。^[50]同时，必须指出，并不是所有的犯罪人的近亲属和其他家庭成员都会受到犯罪人的影响而具有人身危险性，人身危险性作为一种犯罪可能性，仅仅是一个针对将来的概念。因此，人身危险性理论只能用于行为人再次犯罪时的评价，而不能因为有家属成员犯罪就说明其具有人身危险性或者人身危险性大。^[51]因此，应当把那些最有可能诱发近亲属犯罪的犯罪种类或者犯罪人类型通过深入研究后单列出来，予以有限度的前科株连评价，以做到重点预防而不是一刀切，或许会更有效。

2. 亲情因素的制度回归：最终应当彻底取消前科株连制度

周公提倡“父子兄弟，罪不相及”或“父不慈，子不祗，兄不友，弟不恭，不相及也”（《尚书·康诰》）。孟子首先提出了“罪人不孥”，作为“仁政”的基本内容之一。荀况不仅坚决反对“一人有罪而三族皆夷”的法律，还明确指出，实行“以族论罪”是造成社会动乱的一个根源。^[52]在汉昭帝始元六年（公元前81年）召开的盐铁会议上，文学曰：“今以子诛父，以弟诛兄，亲戚相坐，什伍相连，若引根本之及华叶，伤小指之累四体也。如此，则以有罪诛及无罪，无罪者寡矣。”^[53]佛教的《出曜经》也曾告诫：“作恶自受其殃，无能代者。”^[54]这句话告诉我们，“自作自受”是一条因果铁则，不能自己作恶，却由于子孙代受恶报。

刑法的伦理性根源于人性，人类善良与仁爱的情感倾向在亲属之间历经千百年而不变，刑法对此也应当有所体恤和考量。因此，在前科株连制度的存废问题的考量上，立法者应当对于伦理亲情与社会秩序之间的相通性给予一定的关注，如此方能合乎人类天性和普遍价值的选择。正如有学者所言，“从某种意义上说，尚情也确实使中国社会呈现出一种情趣与生气。情与法的结合，使人们严于自律，克己谦让，以和睦为荣，争斗为耻。情与法的结合，使得呆板的法律条文变得生动并寓有深意。人们接受法律制裁的时候，良心谴责往往甚于刑罚的惩处。这样做，不仅有助于预防犯罪，而且有助于改造罪犯。法律最终的目的是使人良心发现。法以情为核心，情法结合未尝不是一条探索实现社会公正的途径，因为只有法律正确体现人之常情的时候，法律才能有真正的权威。”^[55]“情”字之功，在于促使人们注重探究犯罪背后蕴藏的深层社会原因，有利于社

[50] 参见张大维：《美国“梅根法”遭遇挑战》，http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2002-11/21/content_46793.htm，2002年11月21日访问。

[51] 参见蒋建平：《该不该让性犯罪者曝光？》，<http://www.zaobao.com/special/newspapers/2002/11/cw201102.html>，2010年10月30日访问。

[52] 参见前引[13]，王营绪文。

[53] 《盐铁论·周秦》

[54] 《大正藏》第四册：《出曜经》。

[55] 马小红：《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社2004年版，第251页。

会治安的标本兼治,有利于预防犯罪。情理不是法律的对立物,法律本质上是理性的产物,毫无情感可言的理性法律缺乏充分的合理性。中国社会自古以来就是亲情社会,至今这种状况仍然是一种普遍现象,在亲情至上的社会里,将亲属作为预防犯罪的牺牲品,无疑是与“情理”相违背的,这不仅会导致前科株连制度自身价值的折损,更会引发诸多的社会负面效应,冲击整体法律体系的权威性和公信力。因此,从长远来看,将几乎无处不在的前科株连制度剥离出现有的法律法规制度框架,完全、彻底地予以废除应当是一个趋势,也是一个必然的选择,它既能切合传统的亲亲文化理念和亲情伦理,又有助于预防犯罪和改造罪犯,更有助于赢取一些世故情理,缓和法律的强制性与暴力性,使硬性的、制度化的法律充满“人情味”。

Abstract: The implicative effect of previous conviction refers to the fact that, under provisions of laws and regulations, some specific rights or qualifications of the criminal's near relatives or other family members are restricted or deprived as a result of the normatively implicative evaluation imposed on them based on the criminal's previous conviction. This kind of criminal record orients normative evaluation extend the unfavorable legal consequence, which should be born by the criminal himself independently, to the criminal's near relatives or other family members. This system is the extending and distention of the effect of criminal record to the criminal's family, whose purpose lies in crime prevention, not bearing the criminal responsibility jointly and severally.

The implicative effect of previous conviction influences not only the criminal's rehabilitation, but also the living environment of the criminal's relatives. On the one hand, such implicative effect forms a barrier blocking the criminal's rehabilitation. On the other hand, it damages the criminal's family relation seriously. Due to the comprehensive existence of such effect in Chinese current legal system, the criminals and their near relatives or other family members may run opposite to normal society and become potential criminal group to commit crimes again. Therefore, the proportion principle should be insisted in concrete cases to prevent the unfair implicative evaluation on the relatives or families of all the criminals. In the long run, the implicative system of previous conviction should be abolished in the end.

Key Words: previous conviction, implication, crime prevention, recommitment, punishment effect
