

未成年人犯罪记录封存制度的中国实践：适用与走向

王东海

(重庆市江北区人民检察院, 重庆, 400025)

摘要: 新《刑事诉讼法》将未成年人犯罪记录封存制度纳入其中, 体现了对未成年当事人的特殊保护。但由于该规范本身过于原则、缺乏可操作性, 与《公务员法》等诸多的民事、行政法律法规存在冲突等原因, 导致其在司法实践中的贯彻落实和作用发挥存在困境。在中国语境下对其进行考量, 应当通过相关的司法解释对该制度的启动主体、执行主体、封存程序、查询程序等加以细化, 对“有关单位”“国家规定”等术语加以明确, 并修正与之相冲突的法律法规, 以达致自身完善和系统协调; 在国际语境下对其进行审视, 应当由未成年人犯罪封存走向前科消灭, 且适用于所有的未成年人案件。

关键词: 未成年人; 犯罪记录封存; 刑事诉讼法; 当事人; 前科消灭

中图分类号: D915.3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)05-0125-08

2012年3月14日修正通过, 2013年1月1日开始实施的《刑事诉讼法》呈现给法学界和司法实务界精彩纷呈的画卷, 尽管有不少批判的声音, 但赞许与欢呼是主流的评判。在这一幅精彩画卷上引人瞩目的亮点之一便是以专章形式规定了未成年人刑事诉讼程序, 未成年人犯罪记录封存制度跃然纸上, 这一起源于法国的制度被移植到了我国刑事诉讼法当中。尽管在进行移植的过程中, 立法机关将该制度放在我国具体的语境之下进行了调整, 使得移植制度与背景的断裂有所消弥。但是, “程序创新的命运在很大程度上并不取决于喜欢欣赏规则之完备性的法律人。改革的成败主要取决于新规则与某一特定国家的司法管理模式所根植于其中的文化和制度背景的兼容性。”^[1]何况, 该规则过于原则性的规定使得其完备性大打折扣。将其放在我国现有的文化和制度背景下加以审视, 可以说其宣示性大于实际可操作性。其真正落实到我国司法实践当中, 尚需要进一步的细化并扫除与之不相适应的法律制度。笔者认为, 它最终的归宿, 应当是蜕变为前科消灭制度。

一、入法根据：理念与实践的双重支撑

未成年人犯罪记录封存制度纳入我国刑事诉讼法当中, 体现了刑事诉讼法对宪法规定的尊重和保障人

权理念的贯彻落实, 彰显了我国刑事司法文明的进步, 给“刀光剑影”般的刑事法律注入了暖暖的温情, 受到社会各界的赞许。^①这一制度被我国刑事诉讼法所采纳, 具有理念和实践的双重支撑。

(一) 未成年人犯罪记录封存制度入法的理念基石

“从动物本能上说, 人天生具有‘恤幼’的思想。”^[2]在我国五千多年的历史长河中, 可以说“老吾老以及人之老, 幼吾幼以及人之幼”这种尊老爱幼的思想是贯穿始终的, 其不但体现在伦理道德层面, 在历代王朝的法律当中也不时地闪现。如《礼记·曲礼》记载: “七十曰老而传, 八十、九十曰耄; 七年曰悼。悼与耄虽有罪, 不加刑焉。”在我国早期的成文法典《周礼·秋官·司刺》中, 便有“三赦”的规定, 其中之一便是“赦幼弱”。我国古代成文刑法典《法经》的《减律》篇中规定: “罪人年十五以下, 罪高(罪行严重)三减, 罪卑(罪行轻微)一减。年六十以上, 小罪情减, 大罪理减。”《唐律》中规定, 70岁以上、15岁以下及废疾者, 流罪以下, 可以赎罪; 80岁以上、10岁以下及笃疾者, 犯“反逆”“杀人”等死罪可以上请减免, 一般盗窃或伤人, 可以赎罪; 90岁以上、7岁以下虽犯死罪, 不加刑(不追究刑事责任)。《宋刑统》中规定, “老幼不及, 疾孕不加”, 即刑讯对象排除70岁以上老人、15岁以下少年和孕妇。《元律》中规定, “诸十五岁以下小儿过失杀人者, 免罪, 征烧埋银。”^[3]这种“恤幼”

收稿日期: 2013-06-24; 修回日期: 2013-07-09

作者简介: 王东海(1980-), 男, 河北邢台人, 重庆市江北区人民检察院检察官, 西北政法大学刑事法律科学研究中心兼职研究人员, 法学博士, 主要研究方向: 刑法学, 刑事诉讼法学。

思想一直延续至今,并且体现在社会的方方面面,如教育、感化、挽救方针的制定,教育为主、惩罚为辅司法原则的实施等。

无独有偶,在我国“恤幼”思想为未成年人犯罪记录封存制度的入法提供了本土环境的同时,漂洋过海的“国家亲权”^②以及“国家责任和个人权利之间的平衡”等西方理论也在不断地为我国的学者、立法者、司法者和普通的民众所接受,与我国本土理论相互融合,共同为未成年人犯罪记录封存制度的诞生奠定了基础。“国家亲权”来自于拉丁语,这一传统可追溯至12世纪的英国,其基本内涵是国家居于未成年人最终监护人的地位,负有保护未成年人的职责。其以“社会福利”的角度来看家庭功能不彰的问题,将儿童看作国家将来的资产。坚持未成年人需要国家保护、照管和治疗,应当具有特殊社会地位的基本思想。^[4]认为司法机关在处理未成年人犯罪案件时,不能机械地强调处理结果与犯罪轻重相适应,而应更加关注处理结果与未成年人的教育、矫治的实际需要相适应。^[5]而“犯罪标签”的存在往往成为未成年人教育、矫治和再社会化的绊脚石。国家作为未成年人之父母,应当尽可能地消除“犯罪标签”对未成年人的影响,帮助其重返社会。未成年人犯罪记录封存制度的根据还在于,它体现了国家责任和个人权利之间的平衡,是贯彻宽严相济刑事政策的具体体现。^[6]虽然国家刑事司法目的是保护社会,应当对犯罪的未成年人给予应有的刑事惩戒,但从国家责任的角度来看,未成年人犯罪是一个社会病态现象,更多的是家庭、学校、政府和社会等各方面的责任。国家在通过惩罚犯罪而达致保护社会的目的的同时,更应该承担起由于其本身原因所导致的未成年人犯罪的责任,主动封存或消灭未成年人的犯罪记录或前科。

此外,还有学者从“越轨心理”“重新犯罪”“再社会化”等角度论证了未成年人犯罪记录封存(犯罪前科消灭)制度的正当性。^[7]这些都成为我国2012年新修订的《刑事诉讼法》规定未成年人犯罪记录封存制度的理念基石。

(二) 未成年人犯罪记录封存制度入法的实践铺垫

从成文的法律规定来看。《联合国保护被剥夺自由少年规则》第19条规定:“释放时,少年的记录应封存,并在适当的时候加以销毁。”与之相类似,《联合国少年司法最低限度标准》第21条规定:“对少年犯罪的档案应严格保密,不得让第三方利用。……少年犯罪的档案不得在其后的成年诉讼案件中加以引用。”很多国家的法律当中也都有未成年人犯罪前科消灭的

规定,如法国《刑事诉讼法典》第770条规定:“对未满18岁的未成年人作出的裁判决定,在此种决定作出起3年期限届满后,如未成年人已经得到再教育,即使其已经达到成年年龄,少年法庭得应其本人申请、检察机关申请或依职权,决定从犯罪记录中撤销与前项裁判相关的登记卡;经宣告撤销犯罪记录登记卡时,有关原决定的记述不得留存于少年犯罪记录中;与此裁判相关的犯罪记录卡应销毁。”《俄罗斯刑法典》第18条第4款规定:“一个人在年满18周岁之前实施犯罪的前科,以及其前科依照本法典第86条规定的程序被撤销时,在认定累犯时不得计算在内。”《瑞士联邦刑法典》第96条第4款规定,被附条件执行刑罚的少年在考验期届满前经受住考验的,审判机关命令注销犯罪记录。《德国少年法院法》第97条规定,少年法官既可依职权,主动宣布消除犯罪记录,亦可依被判刑少年、监护人、法定代理人、检察官、少年法院帮助机构的代表等多方的申请宣布消除犯罪记录。这些国际规则和国外法律的相关规定,都为我国引入未成年人犯罪记录封存制度提供了参考和依据。同时,我国的相关法律规定,也为该制度的入法提供了立法上的铺垫。如《预防未成年人犯罪法》第48条规定:“依法免于刑事处罚、判处非监禁刑罚、判处刑罚宣告缓刑、假释或者刑罚执行完毕的未成年人,在复学、升学、就业等方面与其他未成年人享有同等权利,任何单位和个人不得歧视。”《未成年人保护法》第57条第三款规定:“解除羁押、服刑期满的未成年人的复学、升学、就业不受歧视。”《刑法修正案(八)》在《刑法》第100条增加1款作为第2款规定:“犯罪的时候不满十八周岁被判处五年有期徒刑以下刑罚的人,免除前款规定的报告义务。”

从我国司法实践的操作来看。早在2012年新《刑事诉讼法》出台之前,我国许多省市就进行了未成年人犯罪记录封存(前科消灭)的尝试。2004年,河北省石家庄市长安区法院提出《未成年人前科消灭实施办法》,对初犯、偶犯,且罪行较轻的未成年犯罪人,如果确有悔过表现,遵纪守法不致再犯新罪的,可由法院作出撤销前科裁定,出具前科消灭证明书。2007年,四川省彭州市法院出台了《少年犯“前科消灭”试行方案》,对于在校未成年人的过失犯罪或危害性不大的轻微刑事犯罪,经申请可以裁定撤销其刑事处罚记录,相关刑事法律文书不再记入档案。2008年,山东省青岛市李沧区开始对未成年犯实施前科封存制度。^[8]2009年3月25日最高人民法院出台《人民法院第三个五年改革纲要》,明确提出要“配合有关部门有条件地建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度,明确其条件、

期限、程序和法律后果”。2010年9月1日起施行的《贵州省未成年人保护条例》第50条规定，对违法和轻微犯罪的未成年人，可以试行违法和轻罪记录消除制度。2010年底，河南省法院系统在平顶山、新乡法院开展了未成年人初犯、偶犯“前科封存”试点工作，对于被判5年以下有期徒刑，主观恶性不大，不会危害社会的未成年人初犯、偶犯，家人可以申请封存犯罪记录，被封存犯罪记录的38名未成年人中，已经有10人考上大学，6人返回高中就读，22人顺利就业。^[9]上海市检察机关从2004年开始探索未成年人刑事污点限制公开(即相对不起诉记录消灭)制度，截止2010年3月全国“两会”召开时，上海市检察机关共对91名未成年人的相对不起诉记录采取了限制公开措施，取得了良好的法律效果和社会效果。无一再犯，回归社会后均表现良好。其中，顺利就业的52人，顺利续学的37人(已有7人被大学录取)，顺利出国的2人。^[10]这些有益的尝试，以司法先行的模式为立法工作提供了鲜活的样板，同国内外的相关立法一道，在实践的层面为未成年人犯罪记录封存制度在刑事法领域的诞生做好了铺垫。

二、操作困境：现有规范与制度下的适用难题

未成年人犯罪记录封存制度被纳入我国刑事诉讼法之后，紧随其后的就应当是对其适用问题的探讨。因为，随着中国特色社会主义法律体系的基本形成，^③“法学界的任务已经由单纯的法制建构更多地转向了对法律解释与适用的探讨。”^[11]这不仅仅是因为“造法易、执法难(Facile est ferre leges, tueri difficile.)”^[12]，更主要的原因在于该法条本身过于原则、缺乏可操作性以及其他法律法规与之存在严重的不协调。

(一) 自身规定过于原则，缺乏可操作性

2012年新修订的《刑事诉讼法》第275条规定：“犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应当对相关的犯罪记录予以封存。犯罪记录被封存的，不得向任何单位和个人提供，但司法机关为办案需要或者有关单位根据国家规定进行查询的除外。依法进行查询的单位，应当对被封存的犯罪记录的情况予以保密。”通过该条规定，可以看出“未成年人犯罪记录封存制度”适用的主体条件是已满14周岁未满18周岁的未成年人；适用的刑罚条件是被法院的生效判决判处5年有期徒刑以下刑罚的未成年人；封存效力是未成年人的犯罪记录一经封存，除法律规定的例外情形外，司法机关不得向任何单位和个人提供，

不允许其他人员查阅、摘抄或者复制。允许查询的例外规定为两种，一是司法机关为办案需要；二是有关单位根据国家规定进行查询。有关单位依法进行查询之后，应当对被封存的犯罪记录的情况予以保密，不得泄露。但是，这些规定对于如何在实践中进行具体的操作却显得捉襟见肘，尚存在诸多未竟的课题。

1. 封存的决定主体与执行主体不明确

对未成年人犯罪记录进行封存，首先需要明确的是决定封存的主体与执行主体，即由谁来决定哪些单位和个人应当对未成年人的犯罪记录进行封存。2012年10月16日最高人民检察院第十一届检察委员会第八十次会议审议通过的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第504~507条，2012年12月3日通过的《公安机关办理刑事案件程序规定》第320条和2012年11月5日最高人民法院审判委员会第1559次会议通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第490条，分别规定了人民检察院、公安机关和人民法院应当对未成年人的犯罪记录进行封存。从执行主体上看，公、检、法三家都是封存的执行主体。但是，可能知晓未成年人犯罪记录的主体还包括未成年犯管教所、未成年人所在的学校、单位、居住地基层组织以及刑事案件的当事人、辩护人、诉讼代理人等，对于这些单位和个人所掌握的未成年人的犯罪记录是否应当封存，相关的法律和司法解释中都没有明确。在决定封存的主体方面，新修订的《刑事诉讼法》第275条和相关的司法解释也都并没有进行明确的规定。

2. 封存的程序、内容等不具体

在确定对未成年人的犯罪记录进行封存后，封存什么、如何进行封存、封存之后档案的保管等具体如何操作便成为亟待解决的问题。新刑诉法没有进行明确的规定，目前相关司法解释当中只有《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第504条对封存内容及相关的操作程序进行了较为明确的规定。《公安机关办理刑事案件程序规定》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》对封存程序、封存内容等涉及到实际操作的内容都是只字未提。其他可能知晓未成年人犯罪记录的未成年犯管教所、未成年人所在的学校、单位、居住地基层组织以及刑事案件的当事人、辩护人、诉讼代理人等如何对未成年人的犯罪记录进行封存更是成了“哥德巴赫猜想”。

3. “但书”的规定模糊

新刑诉法第275条第2款但书规定，司法机关为办案需要或者有关单位根据国家规定进行查询的除外。第一个问题是这里的司法机关包不包括公安机关

和国家安全机关?因为对于“司法机关”的范围,通常仅指人民检察院和人民法院,公安机关和国家安全机关是不包括在其中的。^[13]第二个问题是“为办案需要”如何理解,查询是出于何种目的?是为了在其后的成年人诉讼中加以运用、为了追究漏罪、为了从中查询其他线索,还是为了对其进行有针对性的教育以帮助其顺利回归社会?办案的范围是什么,是刑事案件还是民事、行政案件,抑或三种案件都可以?第三个问题是“有关单位”究竟是指哪些单位?这些单位应当依照什么样的程序、基于何种理由查询犯罪记录?第四个问题是“国家规定”到底是什么规定?这些直接关涉如何适用该制度的词语意指不明、含义模糊,适用起来没有统一的标准可以参照。

4. 缺乏相应的救济措施

新刑法第275条第2款规定,依法进行查询的单位,应当对被封存的犯罪记录的情况予以保密。但是,刑诉法和2012年5月10日“两高三部”^④印发的《关于建立犯罪人员犯罪记录制度的意见》中均未规定有关人员和机构违法泄露未成年被迫诉者的犯罪信息时应当承担何种责任,未成年当事人及其法定代理人、近亲属、诉讼代理人通过何种途径来进行维权。再者,如果依法应当对未成年人的犯罪记录进行封存的主体不封存应当承担何种责任?没有救济就没有权利,没有相应法律责任的威慑,该法律制度就很难得到贯彻落实。

可以说,新刑法第275条关于“未成年人犯罪记录封存制度”抽象、原则、缺乏实际操作性的规定,注定了该制度在司法适用中存在难以摆脱的困境。虽然说“为便于适用和遵守起见,条文固应力求其少,文字尤力求其短,以免卷帙浩繁,人民有无所适从之叹。”^[14]但是,法律的内容确定是刑事法治的基本要求,“不确定性在法律中受到非难(*Infinitum in jure reprobatur*)”。^{[12][5]}缺乏可操作性的规范便失去了一项法律规范所应有的指引功能,最终将淡出执法者的视野而被束之高阁。

(二) 系统协调性不够

新刑法第275条确立的“未成年人犯罪记录封存制度”之操作困境的形成,除了该条文规定过于原则、实际可操作性差的原因之外,另一主要原因就是其与相关的法律法规不协调。

1. 与部分法律法规不协调

《刑法修正案(八)》第6条和第19条分别对《刑法》第65条进行修正,在《刑法》第100条增设了一款,该两条关于前科报告义务的免除以及不构成累犯的规定,消除了“前科”这一标签对未成年人的刑事法

律评价。但是,其实际效果却是有限的,因为前科标签除了刑事法律上的评价外,还包括民事、行政法律上的评价。如《公务员法》第24条规定:“曾经犯罪受过刑事处罚的,不得录用为公务员。”《法官法》第10条、《检察官法》第11条和《人民警察法》第26条规定,曾因犯罪受过刑事处罚的,不得担任法官、检察官、人民警察。《律师法》第7条规定:“受过刑事处罚的人,过失犯罪除外,不予颁发律师职业证书。”

《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,不得取得教师资格;已经取得的,丧失教师资格。其他的诸如《拍卖法》《会计法》《商业银行法》《公司法》《证券法》《执业医师法》等法律法规都对受过刑事处罚的公民进行了从业资格的限制。这些法律法规的存在,将有前科劣迹的“另类人员”阻挡在一些“体面”的工作大门之外,必将使未成年人犯罪记录封存制度在实施中“大打折扣”。

2. 与部分行政规章不协调

如《公安部重点人口管理规定》将五类20项人员规定为公安机关的重点管理人员。其中第四类就是因故意违法犯罪被刑满释放、解除劳动教养不满五年的。针对这些被纳入重点人口管理范围的人员,公安机关会深入社区、街道等进行调查走访,了解重点人口的相关信息,进行重点控制和定期的帮助教育。再如,公安机关的户籍管理制度详细记载了该公民的违法犯罪情况及服刑情况,而户籍又与每一位公民的出生、上学、结婚、就业、迁移等息息相关。此外,在公民从事特定行业的职业时,都要求公安机关出具有无犯罪记录的证明。这些规定都对未成年人犯罪记录封存制度的实施提出了严重的挑战。

三、未来走向:近景与远景的蠡测

(一) 近景:目前条文的完善与协调

1. 增强规范自身的可操作性

第一,明确封存的决定主体与执行主体。首先,在犯罪记录封存制度的决定主体上,司法实践做法各异,理论探讨上没有统一的观点。在司法实践中,四川省简阳市和上海市采取的是由检察机关作为封存犯罪记录的决定主体,^[10,15]而在河南省和山东省青岛市则是由法院作为封存犯罪记录的决定主体。^[9,16]在理论探讨上,也存在争论。有人认为应当“由作出生效判决的法院在判决生效时立即发布封存犯罪记录的决定”,^[17]即由作出生效判决的法院作为封存犯罪记录的

决定主体。有人认为检察机关和法院都应成为封存犯罪记录的决定主体，检察机关负责决定相对不起诉和附条件不起诉的未成年人案件的犯罪记录封存，法院负责决定被判处5年有期徒刑以下刑罚的情况。^[18-19]其次，在执行主体方面。有人认为进行未成年人刑事犯罪封存的主体主要是在司法办案过程中可能接触到未成年人刑事犯罪事实及记录的单位，主要有公安机关、检察机关和审判机关。^[19]有人认为所有知晓未成年人犯罪记录的机关、单位以及个人都应是未成年人犯罪记录封存的适用主体，包括公、检、法和未管所，未成年人所在学校、单位、居住地基层组织，以及当事人、辩护人、诉讼代理人等。^[18, 20]笔者认为，封存的决定主体应分为两种情况。案件经过人民法院判决的，由人民法院作为决定的主体；案件在人民检察院被作为相对不起诉和附条件不起诉处理的，由人民检察院作为决定的主体。因为单一的由人民法院作为封存决定主体的话，会使这一制度在实践中面对“真空”地带。^⑤在封存的执行主体上，所有知晓未成年人犯罪记录的机关、单位以及个人都应当成为未成年人犯罪记录封存的执行主体，这样才能保证该制度的实施效果。

第二，明确封存的操作程序及封存内容。在封存的操作程序上，曾新华博士的观点具有较强的可操作性，值得相关的司法解释吸收和司法实务部门借鉴。他指出：“第一步，人民法院在对被判处五年有期徒刑以下刑罚的未成年人案件作出判决时或者人民检察院在对未成年人案件作出相对不起诉决定、附条件不起诉决定时，同时依职权作出《未成年人犯罪记录封存书》或者《未成年人不起诉记录封存书》。第二步，人民法院在向有关单位和个人送达判决书的同时还应送达《未成年人犯罪记录封存书》，并将《未成年人犯罪记录封存书》送达公安机关以及其他有关单位或者个人；人民检察院在送达《不起诉决定书》时，同时送达《未成年人不起诉记录封存书》。第三步，有关机关和单位在接收到《未成年人犯罪记录封存书》或者《未成年人不起诉记录封存书》后，应当根据档案管理制度对未成年人的犯罪记录进行密封保存；有关个人在接收到《未成年人犯罪记录封存书》或者《未成年人不起诉记录封存书》后应当对有关未成年人犯罪记录的诉讼文件及相关材料保密。……”^[21]在封存的内容上，与未成年人犯罪相关的一切犯罪记录、案卷材料、诉讼文书等都应当进行封存保密。

第三，明确但书中相关词语的含义。首先，应当明确“但书”中的“司法机关”不仅指人民法院和人民检察院，还包括具有侦查权的公安机关和国家安全机关。

其次，需明确“为办案需要”只能是出于“为了从该未成年人案件中查询其他线索、需要追究漏罪、对其进行有针对性的教育以帮助其顺利回归社会”这三种目的，必须杜绝查询是为了在其后的成年人诉讼中加以运用以及其他有损该未成年人利益的目的。案件的需要应当包括刑事、民事和行政案件。再次，应当明确“有关单位”的范围和查询的程序。有学者指出，可参照我国刑法第30条的规定来理解这里的“有关单位”，即包括“公司、企业、事业单位、机关、团体”，并指出“党政机关的纪检部门、公安司法机关、国家安全部门为办案需要可以查询犯罪记录，外交部门、政审部门(不影响就业，但至少会影响其担任某种特殊职务，如领导干部、军队干部)等国家机关也应有权查询被封存的犯罪记录。”^[17]基于未成年人可塑性强的特点，为使其能够顺利回归社会，需要严格限制“有关单位”的外延范围，因为“按照目前我国有关法规规定，在涉及升学、就业尤其是公务员、参军事宜中，如果有关单位仍然可以查询，那么该制度的设计初衷将无法体现。”^[21]在对“有关单位”进行严格界定的同时，特别应当排除的是公司、企业、事业单位、团体对犯罪记录的查询，即规定只有国家机关才有权查询，而且要有严格的限制。在查询的程序上，落实检察机关的法律监督职能，需要查询的单位应当向检察机关递交书面申请，写明查询的依据、目的，检察机关在7日内给出答复。最后，应当明确“国家规定”的含义。在现阶段，对于何为“国家规定”，可参照我国刑法第96条的规定：第一，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，包括全国人大通过的法律；由全国人大常委会通过的法律、决定以及对现行法律的修改和补充规定。第二，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令，既包括由国务院直接制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令，也包括国务院直属的有关部委制定的、经国务院批准并以国务院名义发布的。各级地方人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规以及国务院各部委制定的规章和发布的决定和命令都不属于“国家规定”。^[22]

第四，明确违反保密义务的法律责任及救济渠道。首先，应当明确负有封存职责和保密义务的人员和单位违背法律规定所应承担的法律后果。即“负有封存职责的相应办案机关，对于依法应当封存的不封存，或者无故迟延封存，或者出现有关犯罪记录被不当泄露或者不当扩散，则应承担责任。”^[23]其次，对于查询的有关单位而言也是如此，如果违反保密义务，恶意泄露未成年人的犯罪信息，就应当承担相应的法律责任。这里的法律责任包括民事责任、行政责任和刑事责任，

即被损害利益的未成年人及其法定代理人、近亲属等可以通过民事渠道请求赔偿,相关单位应当通过行政处罚等对违反规定不予封存或不及时封存的人员予以惩罚,对于造成严重后果的,如果符合我国刑法第253条规定的出售、非法提供公民个人信息罪的,依法追究其刑事责任。

2. 修订与之相冲突的法律法规和规章制度

一项法律制度若要得到顺畅有效的实施,需要自身的合理性和与之相关联的法律的协调性。未成年人犯罪记录封存制度也不例外,其得到有效实施,需要其他法律法规与之相协调。正如有的观点所指出的,未成年人犯罪记录封存制度“不能孤立地发挥作用,其有效落实依赖于其价值渗透到一系列关联和配套制度,配套制度的价值一致才能保证封存制度的有效实施。”^[24]虽然《立法法》第83条规定特别法优于一般法、新法优于旧法的法律适用原则,但是,如果不对与之相冲突的法律法规进行明确的修正,这一原则在现实中是很难得到贯彻的。一个鲜明的例子就是2011年5月1日起实施的《刑法修正案(八)》中明确规定了未成年人就业、升学时的免除前科报告义务,但是许多地方的升学、就业却依然要求考生所在的学校或单位出具前科情况。如《北京市2012年普通高等学校招生工作规定》第四条:“考生所在学校或单位(没有工作单位的考生由乡镇、街道办事处)应对考生的政治态度、思想品德做出全面鉴定,并对其真实性负责。对受过刑事处罚、治安管理行政处罚或违纪处分的考生,要提供所犯错误的事实、处理意见和本人对错误的认识及改正错误的表现等翔实材料,并对其真实性负责。”^[25]因此,立法机关应当从修改相关法律法规的立法层面来协调及解决这些不同法律之间的冲突,为该制度的实施扫清障碍,让有犯罪记录的未成年人卸下精神包袱,真正地放飞“折翼天使”。

(二) 远景:与制度的实质精神和国际惯例接轨

1. 由“犯罪记录封存”走向“前科消灭”

“犯罪记录封存”不等于“前科消灭”,两者之间存在较大的差距。我国刑法中规定的未成年人犯罪记录封存制度并没有贯彻前科消灭制度的精神实质,它实际上只是一个有关严格控制前科记录使用的规定而已,仅仅做到了联合国少年司法准则的最低限度标准。相对于犯罪记录封存来说,前科消灭具有多重效果:刑事法上的效果,即在实体法上不构成累犯、可以适用缓刑、保释;诉讼法上不得作为较轻的程序处置的障碍,且不得将其作为品格证据在法庭上出示等;其他法律上的效果,即未成年人不承担因前科造成的民法、行政法上的资格丧失,就业、学习等方面不受歧

视等;名誉恢复与隐私保护,即未成年人的名誉自然回复到未犯罪时的状态。^[26]因此,在未来的立法中应当用未成年人前科消灭制度来取代现有的未成年人犯罪记录封存制度。当然,对此也有不同的观点,如有学者指出:“犯罪是一种事实,不可能说消灭。修订后刑事诉讼法借鉴公约的规定,采用封存的概念是科学、合理的。”^[27]笔者不同意该观点,理由一:从事实与价值的角度来看,“前科消灭”并不是要消灭犯罪事实,只是不将该犯罪事实作为影响未成年人以后生活的评价,“前科消灭”的终极价值在于消除“一次盗窃、终生是贼”的标签效应的不良影响。上述观点有偷换概念之虞,因为“前科消灭”制度是一种价值评价,而不是一种事实消灭,上述观点显然是站在事实的逻辑层面来论述价值层面的问题。理由二:从语言学的角度来看,公约虽然在前半句使用了“封存”这一概念,但其后半句更是使用了“销毁”这一表述。从整句话的表述来看,“少年的记录应封存,并在适当的时候加以销毁”是一个递进关系的语句,其重心不在于前半句的“封存”用语,而是在于后半句“销毁”的规定。理由三:从逻辑学的角度来看,上述观点以“修订后刑事诉讼法借鉴公约的规定”为前提,得出“采用封存的概念是科学、合理的”结论,其推论的基本前提只看到了“封存”的规定,却对后半句的“销毁”不加理睬,不得不说其据以推论的前提存在不周延、不全面的缺陷。推论前提的这一缺陷必然使得其所得出的结论经不起逻辑推敲。

2. 拓展适用对象的范围

我国新刑法中规定的犯罪记录封存根据已然犯罪行为的社会危害程度及人身危险性作为是否封存的首要条件,违背了设立该制度是为了保护未成年人利益的初衷。同时,以行为的社会危害程度及行为人的社会危险性决定是否封存的做法无法解释的一个问题是——成年人犯罪中也有犯罪情节轻微的,为什么不封存其犯罪记录?况且,将涉嫌重罪与否作为剥夺行为人人权利的做法受到批判,美国学者斯蒂芬指出,将累犯及涉嫌重罪作为剥夺犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利及严罚的事由颇值质疑,因为犯罪的高低与再犯率及涉嫌重罪与否并无直接因果关联。^[28]正因为如此,无论是国际公约还是其他国家的法律当中,均未将未成年人犯罪的轻重作为是否消灭其前科的标准,而是将其适用于所有的未成年人案件^⑥。虽然说法律的制定不必遵循“国外怎样我们就怎样”这一逻辑,对于我国法律的修改和移植,主体中国的本土考量和回应现实需要是基本的立足点,中国的立法司法应当具有中国特色、中国气派和中国风格,但一个不争的事实是“中国自近代以来就不再是‘中国之中国’、‘亚洲之中国’”,

而是‘世界之中国’，中国刑事诉讼制度的建设正是在这种背景之下展开。”^[29]“我们不能无视当下中国司法及其实践早已置身于全球化浪潮和世界结构之中的这一事实，不能再不假思索地把西方设想为一个完全外在的对象，而要把西方的存在作为我们思考和解决中国司法问题的重要因素。”^[30]无视国际潮流的发展，闭门造车而自娱自乐不是我们中华民族的优良品质，积极入世、引领潮流才应当是五千年文明古国的应然选择。法律制度的制定同样如此。何况，对未成年人利益给予最大保护的普世价值并没有国界之分、地域之别。因此，在以前科消灭取代犯罪记录封存的同时，应当取消轻罪重罪的区分，将其适用于所有的未成年人案件。

四、结语

联合国前秘书长科菲·安南曾说过：“没有什么信任比这个世界给孩子的信任更神圣；没有什么责任比确保孩子的权利得到尊重、确保孩子的幸福得到保护、确保孩子的生活免遭受恐惧和匮乏更重要了。人类进步的传承植根于对孩子权利的实现。”^[31]我国新修订的刑事诉讼法将未成年人犯罪记录封存制度纳入其中，体现了刑事法治的进步和对未成年人利益的重视。虽然“封存被判处五年有期徒刑以下刑罚的未成年人犯罪记录，彰显了法律制度对未成年人的温情。”^[32]但是却存在不尽人意之处。将其放在中国和国际的双重语境下进行考量便可发现，自身规定过于原则而缺乏可操作性、但书的规定模糊且易无限扩大、和与之相关的法律法规存在冲突等诸多因素相交织，将该制度推向了走不出的困境。以解决当前适用为目标，需要在我国语境下对其自身进行明确、完善，对系统整体进行协调；以理想愿景为追求，需要由未成年人犯罪记录封存走向前科消灭，并取消以罪刑轻重作为适用条件的限制，使之适用于所有未成年人犯罪案件。

注释：

- ① 如江苏省苏州市中级人民法院少年庭庭长陈绮指出：“新刑事诉讼法引入未成年人犯罪记录封存制度，可谓众望所归。”袁定波．前科封存牵涉多个部门需制度跟进．法制日报，2012-4-5(05)．
- ② 有学者将“国家亲权”理论称为“国家之父”观念，两者的内涵、理论体系是相同的。于国丹，许身健．少年司法制度理论与实务．北京：中国人民公安大学出版社，2012：8-12．
- ③ 2011年10月，国务院发表了《中国特色社会主义法律体系》白皮书，全国人大常委会委员长吴邦国在第十一届全国人大四次

会议上宣布，一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。吴邦国．中国特色社会主义法律体系已经形成[EB/OL]．<http://www.chinanews.com/gn/2011/03-10/2895965.shtml>．[2013-05-14]．

- ④ “两高三部”是指，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部及司法部。
- ⑤ 比如，针对人民检察院做出相对不起诉和附条件不起诉的未成年人，检察机关会依据《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第507条的规定进行封存，而公安机关则不会封存。因为《公安机关办理刑事案件程序规定》第320条第1款规定：“未成年人犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，公安机关应当依据人民法院已经生效的判决书，将该未成年人的犯罪记录予以封存。”此时没有法院的判决，公安机关就不会进行封存。但是，相对于绝对不起诉和存疑不起诉而言，相对不起诉和附条件不起诉毕竟是符合起诉条件的，其在司法实践中是被当作有罪之人看待的，对于这两种情况，是应当进行犯罪记录封存的。
- ⑥ 如文章第一部分所列举的《联合国保护被剥夺自由少年规则》第19条、法国《刑事诉讼法典》第770条以及德国、俄罗斯等国家关于未成年人前科消灭的规定，均适用于所有的未成年人案件，并未以刑罚的轻重作为是否适用的标准。当然，对于该问题也有不同的观点，如有学者指出，犯罪记录封存制度作为一项特殊保护措施不应过度地扩大适用主体，应只针对轻微违法犯罪未成年人。高一飞，高建．犯罪记录封存的制度安排与实施机制．南通大学学报·社会科学版，2012(5)：40．

参考文献：

- [1] [美]米尔伊安·R·达玛什卡．司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序[M]．郑戈，译．北京：中国政法大学出版社，2004：“致中国读者的引言”2．
- [2] 宋远升．立法将要发生——对刑事诉讼修法增设未成年人特殊程序的考察[J]．青少年犯罪问题，2012(1)：16．
- [3] 康树华．青少年犯罪与治理[M]．北京：中国人民公安大学出版社，2000：3-4．张利兆等．未成年人犯罪刑事政策研究[M]．北京：中国检察出版社，2006：89-91．
- [4] 张蓉．未成年人犯罪刑事政策研究[M]．北京：中国人民公安大学出版社，2011：165-168．
- [5] 宋英辉，甄贞．未成年人犯罪诉讼程序研究[M]．北京：北京师范大学出版社，2011：47．
- [6] 樊崇义．2012年刑事诉讼法：解读与适用[M]．北京：法律出版社，2012：356-375．
- [7] Steven E. Barkan. Criminology: A Sociological Understanding [M]. London: Prentice Hall, 1997: 219.
- [8] 宁杰．前科消灭，“美丽谎言”待法律加持[N]．人民法院报，2010-05-11(08)．
- [9] 郭炳德．河南“封存”38名未成年罪犯记录，10人现已成为大学生[N]．中国教育报，2012-11-22(02)．
- [10] 李丽．陈旭代表建言：建立未成年人轻罪记录消灭制度，让涉罪未成年人重获新生回归社会[N]．中国青年报，2010-03-09(05)．

- [11] 熊文聪. 司法裁量中的价值取舍与修辞技艺——以著作权法为例证[J]. 知识产权, 2012(11): 13.
- [12] 张明楷. 刑法格言的展开(第三版)[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 3.
- [13] 陈光中. 中国司法制度的基础理论问题研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2010: 12-16.
- [14] 林纪东. 法学通论[M]. 台北: 台湾远东图书公司, 1954: 89.
- [15] 刘德华, 蒋琴琴. 未成年人“前科”有条件封存[N]. 检察日报, 2011-12-27(02).
- [16] 青岛市中级人民法院课题组. 未成年人轻罪犯罪记录封存程序的构建[J]. 山东审判, 2011(2): 16.
- [17] 高一飞, 高建. 犯罪记录封存的制度安排与实施机制[J]. 南通大学学报: 社会科学版, 2012(5): 42-43.
- [18] 曾新华. 论未成年人轻罪犯罪记录封存制度——我国新《刑事诉讼法》第275条之理解与适用[J]. 法学杂志, 2012(6): 81.
- [19] 马艳君. 未成年人犯罪记录封存制度实践设想[J]. 中国检察官(司法实务), 2012(6): 42-43.
- [20] 李萍. 未成年人轻罪犯罪记录封存制度探讨[N]. 检察日报, 2012-10-24(03).
- [21] 袁定波. 前科封存牵涉多个部门需制度跟进[N]. 法制日报, 2012-4-5(05).
- [22] 胡康生, 郎胜. 中华人民共和国刑法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 93.
- [23] 刘清生. 规范与事实之间的冲突与弥合: 未成年人犯罪记录封存制度的未来走向[J]. 中国刑事法杂志, 2012(6): 86.
- [24] 张伟明, 袁煜. 未成年人犯罪记录封存之机制关联[N]. 江苏法制报, 2012-11-08(A07).
- [25] 北京市教育考试院. 北京市2012年普通高等学校招生工作规定 [EB/OL]. <http://www.bjeea.cn/html/gkgz/tzgg/2012/0331/41974.html>, 2013-02-19.
- [26] 汪建成. 论未成年人犯罪诉讼程序的建立和完善[J]. 法学, 2012(1): 134-135.
- [27] 张军. 新刑事诉讼法法官培训教材[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 407.
- [28] [美]斯蒂芬·E·巴坎. 犯罪学: 社会学的解释[M]. 秦晨, 译. 上海: 上海人民出版社, 2011: 38.
- [29] 左卫民. 中国道路与全球价值: 刑事诉讼制度三十年[J]. 法学, 2009(4): 87.
- [30] 方乐. 从“问题中国”到“理解中国”——当下中国司法理论研究立场的转换[J]. 法律科学, 2012(5): 16.
- [31] 白金, 林祥. 20世纪中国教育学科的发展与反思[M]. 上海: 上海教育出版社, 2000: 10.
- [32] 朱永华. 封存犯罪记录给未成年人温情[N]. 广州日报, 2012-07-07(02).

On the practice of sealing up for safekeeping crime records of juvenile delinquency in China: Serviceability and trend

WANG Donghai

(The People's Procuratorate of Chongqing Jiangbei District, Chongqing 400025, China)

Abstract: The minor criminal record sealed system has been written into the new Code of Criminal Procedure, which embodies the special protection of the minor parties. But it is too brief and lack of maneuverability, what's more, there are conflicts with the Code of Civil Servants and many other civil and administrative laws and regulations, which result in the difficulties of its implementation in judicial practice and its role play. While in the Chinese context, the systems of the startup body, the executive body, sealing procedure, inquiring procedure, etc. should be refined through relevant judicial interpretation, the terms of “relevant authorities”, “state regulations”, etc. should be defined, and the conflicting laws and regulations should be fixed so as to achieve its own being perfect and its system coordination. While in the international context, minor criminal record sealed system should go toward to elimination of criminal record, which should be applied to all cases involving minors.

Key Words: minor; criminal record sealed; code of criminal procedure; litigant; elimination of criminal record

[编辑: 苏慧]