

[外国刑法]

葡萄牙犯罪记录清除的多重路径及 中国相关问题的思考

李 哲* 张雨虹**

目 次

- 一、问题的提出
- 二、葡萄牙犯罪记录登记及清除制度概述
- 三、轻微犯罪的不转录制度
- 四、犯罪记录确定取消制度
- 五、犯罪记录临时取消制度
- 六、法人的犯罪记录清除制度
- 七、我国犯罪记录清除制度的整体构想
- 八、结语

一、问题的提出

犯罪记录的清除制度已在世界范围内被视为刑法的基本内容,作

* 澳门大学法学院副教授,中国政法大学法学博士。

** 葡萄牙科英布拉大学法学硕士。

为一种鼓励犯罪人回归社会的手段在各国普遍适用。^①虽然我国已经建立了未成年人犯罪记录封存制度,且最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2022年共同签发了《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》,^②但我国关于成年被告人以及法人的犯罪记录清除制度仍未建立。

犯罪记录的清除无疑会减轻犯罪标签化的影响,尤其是受到我国传统的报应观念和社会习惯的影响,^③犯罪前科的负面效应不容忽视,否则可能会摧毁原本有可能复归社会的犯罪人员的心理,从而造成更加不利的后果。^④犯罪记录机制还通常与信用机制、社会资源分配相挂钩,犯罪标签化带来的是融入社会和重新生活的难度,^⑤尤其在信息化时代,网络和媒体更是放大了犯罪记录的污名化效应。^⑥研究表明,无法找到工作以及无法建立良好的社会关系往往是导致一些“误入歧途”的犯罪人重新犯罪的原因。^⑦

① See Silva & Lahny R., *Clean Slate: Expanding Expungements and Pardons for Non-violent Federal Offenders*, U. Cin. L. Rev. 79, 2010, p. 155; Myrick & Amy, *Facing Your Criminal Record: Expungement and the Collateral Problem of Wrongfully Represented Self*, *Law & Society Review* 47. 1, 2013, p. 73 - 104; Herzog-Evans & Martine, *Judicial Rehabilitation in France: Helping With the Desisting Process and Acknowledging Achieved Desistance*, *European Journal of Probation* 3. 1, 2011, p. 4.

② 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部:《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》,载中华人民共和国司法部官网, http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgwapp/bnywapp/202205/t20220530_456105.html,最后浏览日期:2022年12月19日。

③ 参见康均心、尹露:《美国复权制度中国化思考——以“禁止询问犯罪记录”为例》,载《刑法论丛》2015年第3期。

④ 参见李维娜:《论我国前科消灭制度的构建》,载《河北法学》2003年第4期。钱叶六:《前科消灭制度评析与设计》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2004年第5期。

⑤ 参见李怀胜:《犯罪记录对社会信用体系的耦合嵌入与功能校正》,载《法学杂志》2021年第3期。

⑥ 参见彭新林:《美国犯罪记录消灭制度及其启示》,载《环球法律评论》2021年第1期。

⑦ See Liem, Marieke & Daan Weggemans, *Reintegration among High-profile Ex-offenders*, *Journal of Developmental and Life-course Criminology* 4. 4, 2018, p. 473 - 490.

同时,随着我国刑法改革的深入,尤其是积极刑法观所导致的轻微犯罪相关罪名大量增加,^①更加凸显了我国犯罪记录清除制度的迫切性。以危险驾驶罪为例,仅2019年上半年全国查处的案件就高达90.1万起,这意味着大量的涉案人员将有可能面临22种职业禁止、有关资格证书吊销等诸多不利因素。^②犯罪前科标签泛化问题,为社会治理增添了难度与隐患。同时,我国犯罪记录清除制度的缺失,也与我国推行的刑罚轻缓化、认罪认罚特别程序等的改革形成鲜明对比。

可以说,我国目前亟须建立犯罪记录的清除制度,已经成为刑法学界的共识。大家普遍认可犯罪记录清除制度的必要性及其在刑事法律体系中的重要地位,认为我国目前建立犯罪记录清除制度具有现实意义及正当性根据,^③但仍未有关于犯罪记录清除的明确方案。犯罪记录显然不是清除或者不清除的简单问题,而是需要构建一个综合性的犯罪记录清除体系,针对不同的犯罪、不同的犯罪人以及不同的前科清除需要,设计不同的程序。

葡萄牙犯罪记录清除制度的成文法规范最早可以追溯到1983年,而以前科消灭制度发源地著称的法国,^④其“复权^⑤”制度(前科消灭)最早的版本只能追溯到1994年。^⑥葡萄牙学者指出,犯罪记录的清除

① 参见崔志伟:《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。

② 参见梁云宝:《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》,载《政法论坛》2021年第4期。

③ 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。Yuting, *Re-employment of Ex-offenders in China: Research on Employment Discrimination and the System of Elimination of Criminal Record*, 2021 International Conference on Social Development and Media Communication (SDMC 2021), Atlantis Press, 2022, p. 131.

④ 参见张立兴、鲁昕:《前科消灭制度评析与我国立法构想》,载《齐鲁学刊》2003年第5期。

⑤ Réhabilitation: 指代权利、地位的恢复,复权;(对判刑者的)撤销前判,平反昭雪。

⑥ 参见法国《刑法典》<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006417521/1994-03-01/>,最后浏览日期:2022年12月19日。

制度,一方面涉及犯罪人重新融入社会的权利,另一方面涉及社会防卫的权利,即社会面对未意识到的危险或可能的风险时应当受到保护的權利。^① 葡萄牙的犯罪记录清除制度历经修改,建立了轻微犯罪的犯罪记录不转录制度、犯罪记录经过特定考察期自动消除制度以及犯罪人因为工作目的而特别申请临时取消犯罪记录制度等一系列的犯罪记录清除制度,并且对法人的犯罪记录清除制度进行了系统性的规定。

本文试图通过对葡萄牙犯罪清除记录制度的立法和司法实践的研究,包括对以葡萄牙为蓝本的我国澳门地区相关制度和司法实践的考察,期望通过葡萄牙的立法和司法实务经验,分析各种犯罪记录清除的制度设计、理论争议和实践难题,为我国将来构建犯罪记录清除制度提供一定的参考。

二、葡萄牙犯罪记录登记及清除制度概述

葡萄牙通过 1872 年 11 月 7 日法令^②全面确立了犯罪记录制度。大陆法系犯罪记录制度起源于 1850 年的法国,1865 年意大利经过细微的修改采用了该制度,1882 年被德国采用,1888 年被比利时采用,1897 年被奥地利和丹麦采用。而葡萄牙则是分成了两个阶段采用该制度,1863 年在葡萄牙的各海外省采用,1872 年开始在葡萄牙本土采用。^③ 葡萄牙的犯罪记录制度规定于 2012 年 7 月 31 日第 165/2012 号

^① See Fábio Gulpilhaers, *Crimes Sexuais: Uma Nova Condenação Político-criminal?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Ano 26, n 1 - 4, p. 219.

^② 参见 Conselho Superior da Magistratura, *Projeto de Proposta de Lei que Estabelece o Regime Jurídico da Emissão e da Transmissão*, pelas Autoridades Judiciárias Portuguesas, Visando Facilitar a Reinserção Social da Pessoa Condenada - Revisão da Lei de Identificação Criminal, p. 2, https://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/2014/2014_10_07_parecer_revisaoleiidentificacaocriminal.pdf, 最后浏览日期:2023 年 1 月 30 日。

^③ See Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, p. 643.

法令^①《司法行政总局组织法》以及2015年5月5日第37/2015号法律(以下简称新《刑事身份证明法》)。根据新《刑事身份证明法》,犯罪记录以及相关信息均收录在中央计算机档案数据库之中(第5条第1款),法院有关刑事犯罪记录的活动,属于司法行政总局^②(DGAJ)的职权范围,犯罪记录数据库的组织 and 运作都由辖下的刑事身份证明局^③(DSIC)负责(第2条第1款)。

根据葡萄牙新《刑事身份证明法》第7条的规定,葡萄牙法院需要将其作出的所有刑事最终裁决摘录通知刑事身份证明局;欧盟成员国法院需要将其针对16岁以上葡萄牙公民作出的定罪摘录通知刑事身份证明局收录;而其他外国法院则要将16岁以上的葡萄牙公民或是在葡萄牙居住的外国公民或是总部设立在葡萄牙的法人或类似实体的定罪摘录通知刑事身份证明局收录。即便是在法官决定不转录犯罪记录的情况下,该不转录的决定也会记入刑事身份证明局的档案之中,因为不转录的决定并非没有记录,而是该记录不会出现在私人实体出于就业等目的而开具的犯罪记录证明书上。同样根据新《刑事身份证明法》第10条的规定,一般犯罪记录会登记在刑事记录证明(Certificado do Registo Criminal)之中。

葡萄牙学者Dias教授指出,犯罪记录在国家司法系统里有着相当重要的价值,是帮助刑事司法系统正常运作的工具,实质性层面来说,对于确定和衡量刑罚程度有着指导作用;而从程序性层面来说,犯罪记录会带来诸如提供证据等作用。此外,犯罪记录在对社会提供保护,防止累犯等方面发挥作用。但是,对犯罪记录的查阅应当有所限制,以避免犯罪记录带来的污名化问题。^④葡萄牙学者Almeida Costa指出,在赋予不同实体访问权限时需要充分考虑各种因素以及人的尊严,所有

① 参见 https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/165-2012-179285?_ts=166276800034,最后浏览日期:2023年1月28日。

② See Direção-Geral da Administração da Justiça.

③ See Direção de Serviços de Identificação Criminal (DSIC).

④ See Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, p. 641 - 643.

的访问都需要有一定的必要性。^①

2009年10月12日第115/2009号法律《监禁刑罚和措施的执行守则》^②第18条规定,犯罪人的档案只能由特定法律授权的机构查看,且当旧的犯罪记录依法被消灭后,应该为犯罪人开立新的档案。但法官在查看犯罪记录方面有着极大的权限,不仅新《刑事身份证明法》规定了法官查看犯罪记录信息档案的权力,而且《刑事诉讼法典》第295条规定如果犯罪记录可预见对调查、或者是法院即将展开的审判有必要性,那么应该被附录在卷宗之内。Fernando Gama Lobo甚至认为,在司法审判程序中,法官随时有权要求更新犯罪记录。^③

在避免犯罪记录的污名化,帮助曾经被定罪的人重返社会方面,除了上述犯罪记录的查阅制度外,更应当关注的是犯罪记录的清除制度。葡萄牙的犯罪记录清除制度主要经历了三次重大的改变。第一次大的变化是在1983年,葡萄牙通过1983年1月25日第39/83号法令^④(该法规定了犯罪记录的有关规范以及获取犯罪信息的条件,以下简称《犯罪记录法》),该法第19条到第22条建立了犯罪记录的清除制度。在《犯罪记录法》中,葡萄牙立法者将临时取消制度和不予转录制度视作相似的一类前科消除制度,立法时这两个模式规定在同一条文下,统称“临时取消”。第二次大的变化是第57/98号法律^⑤(以下简称《刑事身份证明法》)。该法第28条废止了《犯罪记录法》中的规定,并在第15条到第17条重新规范了犯罪记录清除制度。自《刑事身份证明法》施

① See Fábio Gulpiharers, *Crimes Sexuais: Uma Nova Condenação Político-criminal?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Ano 26, n 1 - 4, p. 202 - 203.

② 参见 https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha = 101&artigo_id = &nid = 1974&pagina = 2&tabela = leis&versao = &so_miolo =, 最后浏览日期:2023年1月28日。

③ See Fernando Gama Lobo: *Código de Processo Penal Anotado*, 3^a Edição, Almedina, p. 622.

④ 参见 <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/39-308343>, 最后浏览日期:2023年1月28日。

⑤ 参见 https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? nid = 327&tabela = leis, 最后浏览日期:2023年1月28日。

行起,临时取消制度与不转录制度分开,现今三大犯罪记录消除模式并行的情况出现。第三次大的变化形成了葡萄牙的犯罪记录清除制度。2015年,新《刑事身份证明法》第46条废止了《刑事身份证明法》。葡萄牙的犯罪记录清除制度主要规定于新《刑事身份证明法》第11条到第13条,该法律在1998年《刑事身份证明法》所确立的有关犯罪记录清除制度基本框架的基础上,对犯罪记录清除制度的若干条文进行了优化处理,更加适应司法实践的需要。至此,葡萄牙犯罪记录清除的三种制度形成,即轻微犯罪的不转录记录、犯罪记录的确定取消和犯罪记录的临时取消制度。

三、轻微犯罪的不转录制度

轻微犯罪的不转录制度是大陆法系的国家或地区普遍存在的制度。德国《联邦中央档案记录法》第32条^①第2款规定了自始不记录在良民证(犯罪记录证明)中的情况,比如被处以不超过90个日罚单位的罚款、不超过3个月的监禁且没有其他处罚等。但基本上皆属于特定的且较轻微的有罪判决。^②法国《刑法典》第132-59条亦规定:“宣告免除刑罚的法院得决定在犯罪记录上不记载其决定。”我国台湾地区《警察刑事记录证明核发条例》^③第6条规范了受拘役、罚金等轻微刑罚的犯罪允许自始不予记载刑事案件记录。

葡萄牙新《刑事身份证明法》第13条规定了轻微犯罪的不转录制度(Decisões de não transcrição),对于某些轻微犯罪,可以由法官裁量自始不录入犯罪记录。

① 参见 https://www.gesetze-im-internet.de/bzrg/___32.html,最后浏览日期:2022年12月20日。

② 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼法原理》,江溯等译,中国法制出版社2021年版,第555页。

③ 参见 <https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=D0080088>,最后浏览日期:2022年12月19日。

(一) 适用的案件范围

根据葡萄牙新《刑事身份证明法》第13条第1款的规定,被判处不超过一年徒刑或非剥夺自由刑罚的犯罪,可以适用轻微犯罪的不转录制度。但是某些特定犯罪,即便是比较轻微的犯罪,也不得适用上述犯罪记录不转录的制度。根据2009年9月17日第113/2009号法律^①(以下简称《未成年人性剥削保护法》)的规定,家庭暴力、虐待以及侵犯性自由和自决权的罪行不适用该条文,会被例外地记录在刑事记录中。

同时,同一罪行的屡犯者^②亦不得适用上述不转录制度。新《刑事身份证明法》第13条第1款要求,适用不转录消灭模式的犯罪人必须是初犯,不曾因为同一性质的罪行而获罪。关于“同一性质”之判定,在葡萄牙学术界和司法实务界也有不同的理解。有的学者认为,“同一性质”是指构成要件基本相同的犯罪,无论是客观的还是主观的,包括在相同的法律条款中规定的犯罪,以及虽然规定于不同的条款,但由于其构成要件或决定动机而具有共同基本特征的犯罪。也有学者持比较狭义的观点,认为“同一性质”是那些实质上具有相同组成要素的行为。^③在司法实务中,也存在不同的意见。例如,诈骗罪和伪造档案罪是否属于“同一性质”的犯罪?在案例174/19.7T9CTB - A. C1中,犯罪人先后犯下了诈骗罪和伪造档案罪两项罪行。虽然不同法官对其性质是否相同存在不同看法和见解,但上诉法院还是认为,基于两项罪名构成要件不同,侵犯的法益也不同,认为诈骗罪侵犯的法益是财产,而伪造档案罪侵犯的法益则是社会生活,因此两项罪名虽然存在相关性,但

^① 参见 https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1139&tabela=leis,最后浏览日期:2023年1月28日。

^② 参见 Processo 605/17.0T9SXL. L1 - 3: <https://jurisprudencia.pt/acordao/190961/>,最后浏览日期:2022年12月24日。

^③ 参见174/19.7T9CTB - A. C1号裁判。

性质不同。因此,法官考虑到犯罪人有良好的工作、一定的财富和丰富的社会关系,决定不转录该犯罪记录。

(二) 适用程序及法官裁量的标准

在社会普遍认知中,有犯罪背景的公民相较于其他普通公民,再次犯罪的几率较高。^① 犯罪记录的价值在于其社会保护利益,让非犯罪人产生警惕。那么,消除犯罪记录的前提就是,在充分评估犯罪人的危险性后,法官认为行为人的社会危害性较低,不转录犯罪记录所带来的回归社会的利益大于社会所要求的知晓犯罪记录的社会防卫利益。因此,葡萄牙并没有采纳轻微犯罪自始不转录的制度,而是需要由法官裁量。根据新《刑事身份证明法》第13条第1款后半段规定,法官需要能够判定犯罪人没有继续犯罪的危险性才可以适用犯罪记录不转录的制度。换句话说,只有在能够满足社会防卫的需求时才能够不转录该犯罪记录。

然而,如何评判行为人是否会再次犯罪,是个非常复杂的问题。在葡萄牙司法实践中,法官主要依据犯罪人的表现及悔改情况进行裁量。在案例1580/14.9PBSTB - A. E1中,初审法院认为,虽然犯罪人因人身伤害罪和胁迫罪被判处的是罚金和9个月的监禁,符合新《刑事身份证明法》第13条“一年内徒刑”的要求,但在法官评估其暴力行为时,犯罪人对犯罪事实的承认并不全面,且没有足够的反省和对问题的严重性没有正确的认知。同时,结合犯罪人在殴打被害人后还威胁对方“如果你告诉别人,我会杀了你”等话语,法官认为犯罪人存在再次犯罪的风险,而这一预后判断导致了犯罪人“不转录”的申请被拒绝。但在随后的上诉中,上诉法院认为,犯罪人并没有对被害人实际作出非常严重的伤害行为,而且犯罪人正在参加焊接技术的课程并获得了工作,

^① See Herzog-Evans & Martine, *Judicial rehabilitation in France: Helping with the desisting process and acknowledging achieved desistance*, *European Journal of Probation* 3. 1, 2011, p. 4 - 19.

可以以此评价犯罪人有努力建立融入社会的框架,因此,法官裁定上诉理由成立,决定不转录犯罪人的判决,并且注销了之前已经作出的记录。

关于不转录的具体程序,葡萄牙只是指出法官可以在判决书以及其后的批示中作出不转录的裁决,^①至于该不转录的裁决是法官依职权主动作出,还是由被告人或其律师申请作出,法律没有作出明确规定。在司法实务中,上述两种做法都有。当法院拒绝不转录申请时,申请人有权进行上诉。

关于提出不转录申请的时间,葡萄牙相关法律并未作出明确规定。葡萄牙的法官在裁判中指出,法官有权在判决中或者在继后批示中作出是否不转录犯罪记录的裁决。如果被告方在法官作出裁判前就向法官提出了不转录的请求,则法官必须对是否转录作出决定并说明理由,否则会构成诉讼行为的无效。^②即便没有在法官作出裁判前提出不转录的申请,哪怕是在判决具有既判力之后,犯罪人仍有权对不转录犯罪记录提出申请。葡萄牙的法官认为,有关不转录犯罪记录的法律没有限制不转录申请的提出时间,^③并非法律的疏漏,而是立法者保留给犯罪人的权利。只要法律规定的条件被满足被核实,那么没有什么能够阻止法官作出有利于犯罪人的裁决,即不转录犯罪记录。^④

① See Os tribunais que condenem pessoa singular em pena de prisão até 1 ano ou em pena não privativa da liberdade podem determinar na sentença ou em despacho posterior.

② 参见 Processo 38/13. 8GBPTG. E1: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/bde02cc43f46603680257cc2004e2a89?OpenDocument>, 最后浏览日期:2023年1月28日。

③ 参见 Processo 6765/13. 2TDLSB - A. L1 - 3: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/c29890d68498f8ea802583a6004e5cfe?OpenDocument>, 最后浏览日期:2023年1月28日。

④ 参见 Processo 6765/13. 2TDLSB - A. L1 - 3: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/c29890d68498f8ea802583a6004e5cfe?OpenDocument>, 最后浏览日期:2023年1月28日。

(三) 犯罪记录不转录的执行与变更

不转录制度是一种对刑罚的减轻措施,核心关注点在于保障犯罪人的公共或者私人就业。^① 葡萄牙法官在其判决中指出,不转录是一种效果显著的轻缓化配置,是减少罪犯的污名化状况的措施。^② 犯罪人员的再就业,往往是其回归社会的重要保障,^③而去除犯罪的污名化则对他们寻找工作有着明显且直接的正向效果。^④

根据葡萄牙《刑事身份证明法》第10条第5款和第6款规定,与从事职业活动有关的,用于适当性评估的证明书中不会载有已经批准不转录的犯罪记录,但该记录依旧存在于犯罪人的刑事记录档案之中。如果被判处了任何禁令作为附加刑,为保证禁令的效力,该不转录的效力会延后至禁令期限结束后。举例来说,如果有收到禁令处罚,比如案例8/19.2PFCBR - A. C1中,法官根据葡萄牙《刑法典》第69条的“禁止驾驶机动车辆”的规定,判处了犯罪人罚金刑和在3个半月内禁止驾驶任何类别机动车辆的附加处罚,那么,在该案中,只有禁止驾驶的附加刑结束后,不转录判决的效果才会产生。^⑤

① 参见 Processo 466/07.8GAACB - A. L1 - 5: <https://jurisprudencia.pt/acordao/68841/>,最后浏览日期:2022年12月23日。

② 参见 Processo 470/18.0TXPRT - A. P1: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/397aef993366b68d80258521003e1af7?OpenDocument>,最后浏览日期:2022年12月20日。

③ See Faraguna & Alexia Lindley, *Wiping the Slate, Dirty: The Inadequacies of Expungement as a Solution to the Collateral Consequences of Federal Convictions*, Brook. L. Rev. 82,2016, p. 967.

④ 参见 Agan, Amanda & Sonja Starr, *The Effect of Criminal Records on Access to Employment*, American Economic Review 107. 5,2017, p. 560 - 64.

⑤ 参见 Processo 8/19.2PFCBR - A. C1: <https://jurisprudencia.pt/acordao/197094/>,最后浏览日期:2022年12月20日。

同时,葡萄牙《刑事身份证明法》还设置了执行变更条款,^①即一旦犯罪人再一次因为故意犯罪而被判罪,那么之前根据该法第13条第1款而产生的“不转录”的效力将会被废止。虽然法条明文规定写的是“再次故意犯罪”这一概括性的废止前置条件,但实际上立法者在设置这一预防措施时已非常之宽容。根据案例174/19.7T9CTB - A. C1的判决书^②可知,只有在犯罪人两次故意触犯同一性质之罪刑,才会触发该法第13条第3款的废止效力,也就是说,只有在恶性大且不知悔改的情况下,立法者才会收回其受到“不转录”制度保护的权利。这一保障制度既最大程度地保护了犯罪人的权益,又让犯罪人不会因为不转录而肆无忌惮。虽然“犯罪记录”不会给犯罪人带来实际的负面影响,但“不转录”之效果被恢复的可能性会增加其再犯的心理障碍,督促其遵纪守法、复归社会。

四、犯罪记录确定取消制度

犯罪记录确定取消制度是大陆法系普遍适用的一种前科消灭制度,是指犯罪人的刑罚结束后,设置特定的考察年限,只要其在考察期内没有重新犯罪,就应当确定性地清除其犯罪记录。根据法国《刑法典》第133-13条第2款和第3款规定,犯罪人受到判处不超过一年的监禁的单项判决,^③在刑期结束5年后自动获得复权,^④而若受到不超过10年的单次监禁或者是总计不超过5年的多次监禁,则在刑期结束10

① 参见《刑事身份证明法》第13条第3款规定,如果利害关系人在被判有罪后因故意犯罪而再次被判罪,则第1款所规定的取消将被自动废止,或不产生效力。

② 参见 *Processo 174/19.7T9CTB - A. C1*: <https://jurisprudencia.pt/acordao/205018/>,最后浏览日期:2022年12月19日。

③ 参见第133-15条规定,合并判处的刑罚被视为构成适用第133-13条和第133-14条规定的单一刑罚。

④ 复权之效果见后文。

年后自动获得复权。日本《刑法典》^①第34-2条规定了被判处监禁或监禁以上刑罚的犯罪人需要经过10年的考察期才能够获得“刑罚宣告失效”^②的效果,^③而该期限自刑罚执行完毕,或者被免除执行起开始计算。

葡萄牙《刑事身份证明法》第11条规定了犯罪记录的确定取消(Cancelamento definitivo)制度,在刑罚存续期终止之后的考察期间内,如果行为人没有重新犯罪,则被认为犯罪人已改过自新,成功复归社会,其犯罪记录自动消灭。

(一) 犯罪记录确定取消的考察期及起算日期

葡萄牙《刑事身份证明法》第11条第1款a)项规定了被判处监禁或者保安处分^④的犯罪人的确定取消的一般规则,即通常情况下,所有被判处监禁或保安处分的犯罪在经过法定的考察期后,产生犯罪记录确定取消的效果。

被判处监禁或保安处分刑期在5年以下的,对应考察期为5年;刑期在5到8年的,对应考察期为7年;而对应刑期在8年以上的,对应考察期为10年。该考察期从刑罚存续期结束(终止)算起,即从刑罚执行完毕起算。

葡萄牙《刑事身份证明法》第11条第1款b)项规定了被判处罚金刑的自然人犯罪记录消除考察期限。被主科罚金,自刑罚消灭之日起算,需经过5年考察期。而针对法人或同等实体,少于600日的罚金刑考察期为5年;600日到900日的罚金刑考察期为7年;多于900日的

① 参见 <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=140AC0000000045>, 最后浏览日期:2022年12月28日。

② 刑罚宣告失效之效果见后文。

③ 参见陈晨:《前科消灭制度探析》,载《中国刑事法杂志》2011年第4期。

④ 保安处分包括拘禁无行为能力人、缓刑,以及非羁押性保安处分,比如禁止办机动车驾驶证,适用于做出了犯罪行为,但无刑事责任能力之人。其规定于葡萄牙《刑法典》第91条到第103条。

罚金刑,考察期为10年,该期限自刑罚消灭之日起算。

葡萄牙《未成年人性剥削保护法》是有关保护未成年人的特别法律,在该法的第4条规定了犯罪记录确定取消考察期限的延长制度。如果系针对未成年人实施的侵犯性自由和自决权的罪行,则考察期限不再适用上述考察时限的规定,而是延长至25年。事实上,针对性犯罪的超长考察期,葡萄牙学术界的意见并不一致,许多学者对其表达了疑惑。长达25年的考察期是否违反了禁止过度原则,是否侵犯了犯罪人的基本权利,以及是否符合最低限度干预的原则等都受到广泛的探讨。部分学者认为延长的考察期对于犯罪人而言是一种双重的定罪惩戒,并质疑特别针对性犯罪作出这方面防止再犯的预防措施是否合理。比如 Cancio Mellá 就提到性犯罪的犯罪者的累犯率与其他犯罪相比没有显著差异,甚至不是最高的。但也有学者拥护这一制度,比如 Denis Salas 坚持认为性犯罪者本身就是病态的,且这类人群难以在社会上被迅速识别和区分,因此需要社会对他们额外的警惕。^①

如果是以罚金替代监禁,以警告替代罚金或者假释的情况下,葡萄牙《刑事身份证明法》第11条第1款e)项规定,确定取消在刑罚消灭后的考察期为5年。同时,该条第3款还规定,在执行刑罚中被科处缓刑的情况下考察期也是5年,但考察期需要从缓刑期间届满起算。葡萄牙《刑事身份证明法》第11条第1款f)项规定,免除刑罚之裁判或警告刑罚之裁判,考察期均为5年,但开始计算该期间之时间点不同,分别是判决确定时以及在执行时。

葡萄牙针对有附加刑的犯罪规定了考验期的计算标准。根据葡萄牙《刑事身份证明法》第11条第1款g)项规定,对于有期间的附加刑,考察期自该附加刑之判决所定期间届满后起计;如属无期间之附加刑,则在作出恢复权利之裁判后起计。该条第2款规定,如果同时科处了主刑以及附加刑,那么规定之考察期自较长刑期消灭时起计。

在考察期内如果再次实施了犯罪且被判刑,那么之前累积的考察

^① See Fábio Gulphilharers, *Crimes Sexuais: Uma Nova Condenação Político-criminal?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Ano 26, n 1 - 4, p. 227.

期时长将会清零,需要从第二次被定罪之日起开始重新计算前文所述之考察期间。这是立法者出于对其再犯的惩罚。如果再犯完全不会对考察期产生影响,那么犯罪人会失去对考察期的敬畏之心,而如果考察期需要在新的刑罚执行完毕以后,再重新开始计算,那么时间会拖延得非常之长,与该体系为了帮助犯罪人重返社会,尽量给予其“第二人生”的目的不符。

(二) 犯罪记录确定取消的程序

在相应考察期结束之后,如果曾经被定罪的行为人没有重新犯罪,那么其犯罪记录会自动性地确定取消。但这一犯罪记录依法需要由刑事身份证明局转移到特殊服务器中保存三年,同时原本在刑事记录证明中的犯罪记录也会被删除。

根据葡萄牙《刑事身份证明法》第11条第6款以及第18条第3款规定,被确定取消的犯罪记录依旧会在特定的计算机系统上被储存3年,只有刑事身份证明局有权进行访问和查阅。将犯罪记录转移到特殊服务器上储存3年是确定取消措施的保障条款,是为了防止出现错误地注销了不应该被注销的犯罪记录。在这3年之中,如果刑事身份证明局发现注销犯罪记录的程序存在问题,比如犯罪记录并没有符合前文所述的要件,那么刑事身份证明局有权将该犯罪记录恢复。在实践中,也会出现考察期内虽然重新犯罪,但是当时并未被发现,或者重新犯罪行为虽然被发现但由于诉讼程序进行的时间较长而使考察期满并未形成法院终局裁判的情况。在此情况下,刑事身份证明局可以嗣后根据该重新犯罪行为的终局裁判而恢复被确定取消的犯罪记录,只要该终局裁判作出时该犯罪记录仍然处在特定计算机系统储存的3年期间内。

只有在特定计算机上储存3年之后,该犯罪记录才会真正的彻底被清除。值得一提的是,根据葡萄牙《刑事身份证明法》第23条的规

定,犯罪人的指纹信息^①会在该法第11条终止犯罪记录效力的条文生效后在特定计算机系统中存储5年,也就是说,即便在犯罪记录彻底清除之后,该指纹信息也依旧会在该特定计算机系统中再储存2年。

(三) 确定取消犯罪记录的法律效果

葡萄牙《刑事身份证明法》第5条第2款b项规定,自然人为申请葡萄牙的公共或私人职业,以及为从事某种职业或活动而申请的刑事记录证明书将不包含有“确定取消”效果的裁判决定。这种“确定取消”意味着刑事责任的永久或最终的消灭,这代表着社会改造之后,他所犯的刑罚已经彻底成过去时,在任何情况下都不应当被追究或产生负面效应,尤其在行为人其后涉及的刑事犯罪的量刑方面,不再产生影响。^②

在实践中,确实出现过犯罪记录没有被及时注销的情况。根据案例216/14. 2GBODM. E1^③的判决可知,在符合葡萄牙《刑事身份证明法》第11条规定而应当确定取消犯罪记录时,无论这一注销是否被及时执行,法律上都视为该确定取消已经生效。在该案例中,虽然犯罪人的犯罪记录依然存在其档案中,但由于已经满足葡萄牙《刑事身份证明法》第11条所要求之要件,法律上确定取消自动生效。因此,即便法官已然看到该犯罪人的犯罪记录,但在定罪量刑时,也不能够考虑该犯罪记录所带来的任何影响。

① 根据《刑事身份证明法》第2条的规定,被定罪之人的指纹信息会被录入犯罪档案中。但根据2022年8月的第14/2022号法律(修订案),《刑事身份证明法》新增了录入被科处保安处分的不可归责者之指纹信息的要求。

② 参见 Processo 216/14. 2GBODM. E1 : <https://jurisprudencia. pt/acordao/50686/>, 最后浏览日期:2022年12月19日。

③ 参见 Processo 216/14. 2GBODM. E1 : <https://jurisprudencia. pt/acordao/50686/>, 最后浏览日期:2022年12月25日。

五、犯罪记录临时取消制度

上述犯罪记录的确定取消,属于附条件的到期自动取消。葡萄牙《刑事身份证明法》第12条还规定了犯罪记录的临时取消(Cancelamento provisório)制度,即允许自然人在确定取消的考察期届满前,请求临时取消某些定罪记录,不将档案中的犯罪记录转录到《刑事身份证明法》第10条第5款和第6款规定之目的而开具的犯罪记录证明书上。^①《刑事身份证明法》第10条第5款和第6款规定之目的是指,就业有关的目的,或者说只有为了从事某项专业或职业活动,才能够依法作出临时取消的申请。该目的的限定性非常之强,《监禁刑罚和措施的执行守则》第229条中规定的“取消之目的及正当性”也再次被强调,该制度的法定目的为“公共或私人就业”。

(一) 临时取消犯罪记录的法理论证

如果说上文所介绍的经过一定考察期的曾经被定罪的人,其犯罪记录自动取消,是因为在考察期内行为人没有重新犯罪,其社会危害性较小,因此具有清除记录的正当性。那么,这里所说的在其考察期尚未结束时,允许犯罪人申请清除犯罪记录的原因何在呢?主要是基于以下两点考虑。

一是基于让犯罪者复归社会的考虑。葡萄牙《刑法典》第40条明确规定,让犯罪者重归社会是刑罚的目的之一,且刑罚不得超越犯罪的程度。同样,《监禁刑罚和措施的执行守则》第2条也说明了葡萄牙的刑罚目的是帮助犯罪人回归社会。这种“复归”的理念贯彻于葡萄牙整个刑事司法体系,也是刑事诉讼法领域所有制度的核心理念。Maria da Graça Santos Silva认为,一般来说,在工作领域内,工作机会供给长

^① 参见 Processo 884/21.9TXLSB - A. L1 - 3: <https://jurisprudencia.pt/acordao/202901/>,最后浏览日期:2023年1月1日。

期处于供大于求的状态,这导致了对职场人群的要求较高,对其各方面都较为挑剔。而有污点的犯罪记录会在求职市场上视为一种风险,对于招聘方而言,这是增加了一层卷入犯罪行为的风险,更是为职场人群融入集体增加了风险和难度,因此,招聘方会倾向于录用没有犯罪记录的求职者。^① 基于该原因,葡萄牙的犯罪记录清除制度非常丰富且尽可能地在不损害社会公益的情况下给予犯罪人帮助和“第二人生”的机会。犯罪记录的临时取消制度正是为了服务于“求职”这一重返社会重要途径的特殊需要。

二是基于禁止过度原则的考虑。禁止过度的原则,或者说广义上的比例原则,作为一项宪制性原则,也同样适用于犯罪记录的管理制度。禁止过度原则首先要求法律行为的合规性,即应采取最适当的措施来追求公共利益,也就是说要控制措施与手段的充分性关系。其次需要满足必要性原则,尽可能地减少对公民权利的不利影响。禁止过度原则在犯罪记录领域具备重要意义,大多数的犯罪人在刑罚执行完毕后渴望重返社会,他们更愿意去继续生活,遵守社会道德和法律规范,而不是再次犯罪。^② 因此,法律上才更加需要犯罪记录的特别清除制度,即使在考察期内,如果在充分考虑到对社会公益以及其他公民的保护的前提下,也应当允许具有犯罪记录的人基于重返社会的需要而例外性地申请为工作目的而临时性消除犯罪记录。

(二)临时取消的申请只能基于“就业目的”

正是因为临时取消是在考验期届满前的特别取消,所以其适用只能限制在“就业目的”范围内,作出该决定需要具备与申请人相关的特

^① 参见 *Processo 605/17.0T9SXL. L1 - 3*: <https://jurisprudencia.pt/acordao/190961/>,最后浏览日期:2023年1月28日。

^② See Fábio Gulpiharers, *Crimes Sexuais: Uma Nova Condenação Político-criminal?*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 26, n 1 - 4, p. 215 - 216.

定利益作为前提。^①

《监禁刑罚和措施的执行守则》第 229 条第 1 款规定,申请的法定目的为“工作原因”。申请人有义务说明具体的理由,法官将依照申请人的理由进行评估,如果缺乏理由,那么法官将会以缺乏程序要求为由拒绝该请求。在该申请中,申请人必须将其申请临时取消犯罪记录是为了获得什么性质的工作论述清楚,如果申请人未能在法院通知的期限内(10 天)完成其举证责任,被视为构成了葡萄牙《刑事诉讼法》第 123 条规定的不当情事而被法院驳回申请。

法律所要求提交证据说明的目的是具体的目的,而不是假设的目的。比如,在案例 257/18.0TXCBR - A. P1 中,由于申请人在接到通知后作出的澄清是,他打算申请“任何可能的专业活动”,而不能确定通知法院,犯罪人将申请什么性质的工作,会被视为仅具有可能性和兴趣,只是一个抽象的假设,没有包含任何具体目的,因此法院以缺乏该程序要求为由驳回了请求。

同样,犯罪人以“入籍需要”^②为由申请临时取消,也不属于法定目的。如在案例 884/21.9TXLSB - A. L1 - 3^③ 中,犯罪人希望通过《刑事身份证明法》第 12 条的规定排除《国籍法》第 6 条的限制,但法官认为该理由不符合临时取消所要求的要件,该目的在于从事有关职业或活动,而不是为获得某种权利,因此驳回了请求。

(三) 临时取消犯罪记录的决定及变更程序

根据《刑事身份证明法》第 12 条的规定,只要刑罚已经执行完毕,且犯罪人对被害人的赔偿已经完成,或者已证明该义务无法被完成,就

① 参见 Élia São Pedro 和 Donas Botto, <https://jurisprudencia.pt/acordao/188972/>, 最后浏览日期:2023 年 1 月 28 日。

② 葡萄牙第 37/81 号法律《国籍法》第 6 条第 1 款 d) 项禁止将国籍授予因触犯葡萄牙法律而被最终判决判处等于或大于 3 年监禁的犯罪人。

③ 参见 Processo 884/21.9TXLSB - A. L1 - 3; <https://jurisprudencia.pt/acordao/202901/>, 最后浏览日期:2023 年 1 月 1 日。

可以申请临时取消。简单来说,在刑罚消灭、赔偿义务完成到确定取消的效果发生之前,都属于利害关系人可以申请临时取消的期间。

临时取消犯罪记录的过程不是法官依职权作出的,而是取决于利害关系人的申请。^①该申请可由利害关系人、法定代表人、配偶或与被告定罪人有类似配偶关系的人员提出,请求需要说明取消的目的,并附上相关证据。《刑事身份证明法》第229条第4款规定,法律允许提供最多5名证人,以及其他证明符合《刑事身份证明法》所规定的临时取消之前提的证据。同时必须附上一份证明已经支付其被定罪的赔偿的文件,若无该文件,亦可以任何其他方法证明已履行损害赔偿之义务,或以任何法定方法消灭该义务或证明不能履行该义务。

法院收到请求后,将会把申请提交给法官以获得初端批示。如果一开始法官就认为请求没有满足临时取消所要求的要件,那么法官就会拒绝并下令存档,并将结果通知申请人。申请人有权针对该拒绝批示而进行上诉。

如果法官没有实时拒绝请求,那么法官有权要求申请人补全证明数据或者是出示其他方便审理的数据。在证据充足的情况下,检察官办公室有5天时间针对证据内容进行审核并发表意见。之后,法官会作出最终的裁决,决定是否批准临时取消犯罪记录,并将判决通知申请人、申请人以外的利害关系人和检察院。法院的裁决可以上诉。

葡萄牙《未成年人性剥削保护法》规定了某些特定犯罪临时取消的特别要件。根据该法第4条第3、4、5款的规定,针对葡萄牙《刑法典》第152条(家庭暴力)和第152-a条(虐待)以及第二卷第一编第五章(侵犯性自由和自决权)的罪行的判决决定,当案件涉及与未成年人经常接触的就业、职业或活动,且犯罪人出于获得与未成年人进行接触的职业的目的要求开具犯罪记录证明书时,^②为达到《刑事身份证明法》第12条规定的临时取消的效果,除了一般性要求外,还需要特别满

^① 参见 *Processo 257/18.0TXCBR - A. P1*: <https://jurisprudencia.pt/acordao/188972/>,最后浏览日期:2023年1月28日。

^② 同时不妨碍新《刑事身份证明法》第10条第6款的规定。

足以下三项要求。(1)犯罪人的主刑和附加刑均己消灭;(2)有理由相信犯罪人不会再作出相同性质的犯罪,且从事该职业或活动对未成年人安全和健康危险性明显很低;(3)进行精神病学鉴定,要求有3名专家参与,对申请人进行恢复性评估。若申请人有关临时取消犯罪记录的请求被批准,法院须通过公报的形式将判决内容传达给刑事身份证明局。

《监禁刑罚和措施的执行守则》第233条规定,当已经被批准了临时取消的犯罪人在确定取消发生之前再次因为故意犯罪而被判刑,且符合了被判处不定期刑^①或者累犯的要件时,检察院将会向法院提出废止该临时取消效果之申请。具体程序如下:首先,检察院将重新犯罪的事项通过刑事记录公报通知刑事身份证明局。其次,由刑事身份证明局提供作出临时取消犯罪记录的法院的相关信息,即告知需要被废除的临时取消犯罪记录是由哪一个法院作出的,以便检察院向该法院提出废止的要求。最后,在法院裁判之后,临时取消的废止需要以公报的形式通知刑事身份证明局。

(四)临时取消犯罪记录的法律效果

临时取消犯罪记录是阻断了自然人或者部分实体原本得到法律授权获得犯罪记录信息的能力,而并没有真正将犯罪记录从数据库档案中删除,只是一般公共实体能够开具的犯罪记录证明书中不会转录有关内容。根据《犯罪身份法》第8条第2款的规定,司法裁判官和检察院的裁判官等实体,为了刑事调查、刑事诉讼调查和执行判决等法定目的,有权查看现行刑事记录的全文转录,即在该种“取消”下,依旧可以充分查阅犯罪记录数据库内容。

^① 不定期刑规定在葡萄牙《刑法典》第一卷第三编第五章。曾经犯过2次被判刑2年以上的罪行,会导致不定刑期的后果。这是一种更长的刑期,且该刑期还会根据实际情况、犯罪人的个人品格而有所不同,所以称之为“不定”刑期。

六、法人的犯罪记录清除制度

(一)司法恢复权利

关于“临时取消”以及“不转录制度”的适用对象,葡萄牙法律没有明文规定是否只适用于自然人,因此法律界目前对此存在争议。主流观点认为,法人不属于《犯罪身份法》第12条、第13条所规范的主体。宪法法院在第150/2021判决^①中认为,《刑事身份证明法》第13条第1款的可适用规则解释为“法人被排除在非转录犯罪记录的适用范围之外时”,不视为违宪,因此法人不能够适用该规则。但同时, José Eduardo Figueiredo Dias法官对该判决持不同意见,他认为《刑法》第40条第1款^②的规定也适用于法人,因为这些判决具有特殊的积极预防目的。2007年9月4日第59/2007号法律《刑法典修正案》^③实施的改革并未改变这一规定,《刑法典修正案》在第11条中规定了法人的刑事责任,惩罚自然人和法人的目的没有区别。因此,他认为该制度的特殊预防目的对于法人特别有意义,而且实务上也有法人成功申请到临时取消犯罪记录的案例,比如案例1975/20.9TXLSB - A. L1 - 3^④,法院最终判定新《刑事身份证明法》可适用于法人,法人可以要求临时取消其犯罪记录。

① 参见 Processo n. 150/2021; <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220410.html>,最后浏览日期:2023年1月28日。

② 刑罚和保安处分的适用应以保护合法财产和使犯罪者重新融入社会为目的。

③ 参见 https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&,最后浏览日期:2023年1月28日。

④ 参见 Processo 1975/20.9TXLSB - A. L1 - 3; <https://jurisprudencia.pt/acordao/202678/>,最后浏览日期:2023年1月2日。

(二) 法律恢复权利

确定取消犯罪记录是法律规定适用于法人及相似实体的前科消灭制度。有关内容规定于《刑事身份证明法》第 11 条第 1 款 c)、d) 项及第 4 款 c) 项。

该制度主要涉及两种刑罚。第一, 罚金刑。^① 葡萄牙新《刑事身份证明法》第 11 条第 1 款 c) 项规定, 针对法人或同等实体, 少于 600 日的罚金刑考察期为 5 年; 600 日到 900 日的罚金刑考察期为 7 年; 多于 900 日的罚金刑, 考察期为 10 年, 该期限自刑罚消灭之日起算。第二, 解散。^② 如前文所述, 葡萄牙新《刑事身份证明法》第 11 条第 1 款 d) 项规定, 针对法人或同等实体, 如若裁判为科处解散之处罚, 那么对应解散的考察期也是 10 年, 期限之计算方式与针对自然人主体的规定一致。

除此之外, 还有一种产生确定取消犯罪记录效果的情况规定在葡萄牙新《刑事身份证明法》第 4 款 c) 项中, 即在法人或同等实体消失时, 类似于自然人死亡后, 有关它的所有犯罪记录也会被消除。除非法人或同等实体的消失是合并或拆分而导致的, 那么, 在这类情况下, 有关的决定(犯罪记录)将会归入由拆分或合并产生的法人或同等实体的犯罪记录档案中。

七、我国犯罪记录清除制度的整体构想

葡萄牙的犯罪记录清除制度, 在适用主体上包括自然人和法人; 在制度设计上, 包括轻微犯罪的自始不转录, 所有犯罪经过特定考验期的

^① 法人罚金刑的法律规定在葡萄牙《刑法典》第 90. - B 条。

^② 法人解散的法律规定在葡萄牙《刑法典》第 90. - F 条。法人的解散并不会导致法人的消失。Processo: 862/15. 7T9EVR. E1: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/633c96a00ea39320802581b7002ed76d?OpenDocument>, 最后浏览日期: 2023 年 1 月 28 日。

自动取消以及为工作目的在考验期满前的临时取消;在程序建构上,大致包括适用前科消灭制度的前提条件,满足条件后所产生的犯罪记录清除效果以及约束被清除犯罪记录的人不会因犯罪记录消灭而肆意妄为的保障条款。我国将来建构犯罪记录的清除制度,大概也可以遵循类似的思路,通过不同程序、不同功能的犯罪记录清除制度,在发挥犯罪记录的社会防卫功能的同时,通过一系列的犯罪记录清除制度实现刑罚轻缓和帮助犯罪人回归社会的目的。具体来说,我国的犯罪记录清除制度可以包括以下几种。^①

一是轻微犯罪的自始不转录制度。我国近年来的几次刑法修正案,增加了相当数量的轻微犯罪,尤其需要我国确立轻罪、微罪的前科消灭制度,自始不转录从根源上解决轻微犯罪之犯罪记录所产生的与其社会危害性不相符的附随效果过重的问题。建议我国考虑将被单处罚金,被判处管制、拘役以及有期徒刑但缓期一年以下的,^②都适用不转录的前科消灭方式,即从犯罪到刑罚执行完毕乃至之后都不会有犯罪记录出现在其证明之中,换言之,该犯罪人依旧可以开具与未犯罪的公民一样的无犯罪记录证明。具体适用上可以考虑由法官在宣告判决时一并裁决,认为被告人认罪态度良好,不转录犯罪记录不会带来不良社会后果的,即可在判决书中作出自始不转录该犯罪记录的决定。

二是经过特定考察期的犯罪记录自动封存制度。犯罪记录经过一定的考察期自动消灭,是各国普遍适用的一种前科消灭方式,也是适用罪行最多,覆盖范围最广,发生频率最高的一种方式。我国学者关于此种方式有不同意见。有学者认为前科消灭的法律效果应包含注销犯罪记录,在刑罚执行完毕后经过法定程序,可将前科者曾经的犯罪记录完全消除。^③此种意见与葡萄牙目前的做法是一致的。还有学者认为,我

① 参见崔志伟:《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。

② 参见颜超明、张训:《论我国前科消灭制度的现实化》,载《中国刑事法杂志》2010年第6期。

③ 参见付强:《前科消灭的概念研析》,载《当代法学》2011年第2期。

国应对采用轻罪的犯罪记录永久消除,而重罪的犯罪记录采用封存的方式。^① 本文认为,我国刑罚相对其他国家较重,目前仍然包含死刑和无期徒刑,而且社会治安的任务仍然比较艰巨,相对于彻底清除犯罪记录的制度来说,犯罪记录的封存制度更为适宜。当然,即便是封存,犯罪记录也会受到法律的保护,除特殊法律规定之情况外,任何人不得查询有关记录。同时,已消灭的犯罪记录是对个人不利且不愿让人知悉的负面信息,在法律性质上宜定位为个人隐私,他人不得非法获取、使用、披露或者公开。^②

在适用的范围上,被判处死刑或无期徒刑的犯罪人因为其恶性过大,^③ 不应被纳入“前科消灭”制度的适用范围,而对于未成年人,我国已有犯罪记录的封存制度,所以这一制度的适用对象应当是没有被判处死刑和无期徒刑的成年人。

关于犯罪记录自动封存的考验期问题,应与我国《刑法》第 65 条有关累犯的考验期规定相一致,我国犯罪记录自动封存的考验期至少应当设定为 5 年。基于该前提,并参考葡萄牙的立法例,我国可以考虑针对不同的刑罚设定不同的考验期:(1)剥夺自由刑。被判处 5 年以下有期徒刑的罪行设置最低 5 年考察期;被判处 5 年以上有期徒刑的罪行考察期最低为 10 年。(2)没收财产,考察期最低为 10 年。(3)包括拘役、管制、罚金刑乃至免除刑罚在内的所有其他刑罚,考察期最低为 5 年。当然,为实现前科消灭帮助犯罪人复归的目的,我国学者还认为考察期不宜超过 15 年。^④ 该期限均从包括附加刑的所有刑罚执行完毕之日起起算。^⑤

三是经特别申请的犯罪记录临时封存制度。该制度设计是对于尚

① 参见伏向向:《我国前科制度运行现状之研究》,载《秦智》2022 年第 4 期。

② 参见彭新林:《美国犯罪记录消灭制度及其启示》,载《环球法律评论》2021 年第 1 期。

③ 参见崔志伟:《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。

④ 参见张立兴、鲁昕:《前科消灭制度评析与我国立法构想》,载《齐鲁学刊》2003 年第 5 期。

⑤ 参见李维娜:《论我国前科消灭制度的构建》,载《河北法学》2003 年第 4 期。

未满足自动存档考验期要求的行为人,如果其表现良好,并且确实是为了“工作需要”,可以向法院申请临时封存其犯罪记录,以便为其开具仅限“工作目的”的无犯罪记录证明。这一模式能够更好的完善我国“前科消灭”体系化构建,也能为犯罪人提供更多的复归路径和制度保障。此种模式需要经过类似减刑、假释一样的法庭程序,具体可包括申请、评估和裁判三个步骤。犯罪人如有特殊原因,如就业需求,则允许自行向法院申请封存犯罪记录,不再转录犯罪记录于证明之上。申请人需要向法官递交证据,证明其不再具备危害社会的可能性,并由法官作出最终裁决。该裁决准许上诉。

关于法人的犯罪记录清除制度,我国有学者表示可借鉴未成年人违法犯罪记录封存规定,为企业构建犯罪记录封存制度。^①虽然葡萄牙制度设计上只明确为法人设计了经过特定考验期的自动取消制度,另两类制度正如前文所述在学术界尚存在争议,但鉴于我国当前挽救实体企业的政策倾向,我国将来针对法人建构的犯罪记录清除制度也须响应这一政策。除了经过特定考察期的犯罪记录自动存档制度外,也可以考虑建立针对法人的轻罪犯罪自始不转录制度和临时封存制度。

八、结 语

从大体框架来说,葡萄牙的犯罪记录清除制度包括以下三类情形。一是轻微犯罪自始不转录的制度。对于法律规定的轻微犯罪,如果审理案件的法官认为即便不转录该犯罪记录,也不会对社会防御犯罪的期待带来任何减损,可以依职权或经申请而决定对该犯罪记录不予转录。只有行为人再次触犯同一性质的犯罪时,该不转录的决定才会被法官撤销。二是经过特定考验期后,该犯罪记录自动清除的制度。根据这一制度,不同的犯罪都有法定对应的考验期,如果在考验期内行为人没有犯罪,则之前的犯罪记录自动清除。该清除是由刑事身份证明

^① 参见肖峰:《刑事合规不起诉的中国面向》,载《南海法学》2022年第2期。

局负责,被清除的犯罪记录视为不存在。三是虽然仍在上述考验期内,但曾经被定罪的行为人基于“工作目的”而需要开具无犯罪记录的证明,则行为人可以向法官提出申请,经过严格的评估及审查程序,并听取检察院的意见后,法官有权例外性地决定犯罪记录的临时清除。

轻微犯罪自始不转录仅适用于轻微犯罪,而犯罪记录的自动清除和临时清除制度则适用于所有犯罪的行为人。犯罪记录的自动清除具有法律规定的统一标准,在满足了法定要件后自动产生法定效果;而犯罪记录的临时清除仅适用于基于特定目的的申请,需要法院个案判断,该犯罪记录清除的效果有赖于法院的执行。^①如上所述,犯罪记录的临时消灭只产生该犯罪记录不会记录于为工作目的而开具的证明之中。与此类似,法官有关不转录犯罪记录的裁决也只是意味着有关犯罪的判决不会转录于“出于就业或从事某种专业或职业的目的而要求开具的犯罪记录证明书”当中。但是,该犯罪记录仍会储存在刑事身份证明局的犯罪记录档案中。也就是说,在葡萄牙的三种前科消灭模式当中,只有确定取消这一种制度是真正意义上将犯罪记录从刑事身份证明局的档案中删除(虽然会储存到另一个特殊数据库中)。而另外的两种前科消灭模式,即不转录和临时取消都不会真正的影响犯罪记录在刑事身份证明局档案中的储存,而只是阻断了私人实体基于就业等目的而获得犯罪记录有关信息时对这些已经被“消灭”的犯罪记录的知情。而其他的实体,尤其是司法实体,在不转录或者是临时取消的情况下依旧有权继续查看犯罪人有关的犯罪记录资料。

我国应当建立犯罪记录的清除制度,已经成为学术界的共识,也得到了司法实务界的认可。这一制度的从无到有,需要对我国相关法律规定及社会状况进行深入研究和审慎权衡。上文仅仅是笔者在葡萄牙以及其他一些国家和地区的立法和司法实践的基础上,基于我国学术界共识,结合我国国情作出的基本构想。在具体的制度建构中,可能会遇到本文所详细阐述的葡萄牙犯罪记录清除制度所遇到的立法解释及

^① See Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, p. 655 – 657.

司法适用的各种问题,也会遇到我国国情下的新问题。限于篇幅,本文仅在详细介绍葡萄牙立法司法实践的基础上进行了框架性讨论。

Multiple Paths to Eliminate Criminal Records in Portugal and Reflections on Related Issues in China

Li Zhe & Zhang Yuhong

[内容摘要]犯罪记录制度是刑法实现其社会防卫功能的手段,世界各国普遍适用犯罪记录的清除制度,帮助被刑事定罪的行为人重返社会。犯罪记录的清除制度包括自始不转录、永久清除及暂时封存等不同的方式,程序上可以是考验期结束自动清除,也可以是法官依职权决定;既适用于自然人,也适用于法人。犯罪记录的清除制度在我国仍处于相对缺失的状态,我国仅规定了未成年人的犯罪记录封存制度。我国需要建立综合性的犯罪记录清除制度,以满足多场景的社会重返需要,全面实现犯罪记录清除制度的功能。

[关键词]前科消灭;犯罪记录;恢复权利;社会重返

Abstract: The criminal record system is a means for criminal law to realize its social defense function. Countries all over the world generally apply the criminal record-clearing system to help criminally convicted perpetrators reintegrate into society. The system of clearing criminal records includes different methods such as not transcribing from the beginning, permanently clearing, and temporarily sealing up; procedurally, it can be automatically cleared after the probation period ends, or it can be decided by a judge ex officio; it applies to both natural persons and legal persons. The system of clearing criminal records is still relatively lacking in our country, and only stipulates the system of sealing up criminal records of minors. Our country needs to establish a comprehensive criminal record clearance system to meet the needs of social reintegration in multiple scenarios and fully realize the functions of the criminal record

clearance system.

Keywords: elimination of previous convictions; criminal record; restoration of rights; social reintegration