

## 刑事从业禁止制度的合宪性调控

● 李兰英 熊亚文\*

**【内容摘要】** 刑法上的从业禁止制度实际上存在两个基本面向:一是就其在刑事制裁体系中的定位而言,属于保安处分措施;二是就其所涉公民基本权利的领域而言,属于限制职业自由权措施。因此,从业禁止之适用不仅应受保安处分的比例原则限制,而且还需同时接受职业自由权限制的“三阶理论”审查。其中,比例原则为从业禁止的合宪性调控提供了一个严密的分析框架,而“三阶理论”则在此基础上提供了一个类型化的审查基准。将前者的分析框架与后者的审查基准相结合,便可对从业禁止之适用条件分别予以合宪性限缩。只有依次通过“偏严格审查基准”下的适当性、必要性与相当性原则检验,从业禁止之适用方为合法且正当。

**【关键词】** 从业禁止 保安处分 职业自由权 比例原则 “三阶理论”

尽管自刑事从业禁止制度设立以来,学界便对与之相关的议题展开了充分讨论。但司法实践表明,刑事从业禁止制度仍然存在诸如适用犯罪领域过于集中、狭隘,禁止从事职业的范围和期限未能准确反映行为人的社会危险性,以及法院普遍回避“从其规定”之适用等现实问题。这不仅在很大程度上折损了刑事从业禁止的制度功效,而且还导致其司法适用的合法性与正当性疑问。究其根源,与其说是立法者的粗线条规定,毋宁说是解释者们赖以解释的教义学方法和知识体系有失偏颇。事实上,刑法上的从业禁止规定已经构成对公民宪法基本权利的限制,因而必须基于宪法基本权之原则及价值决定来解释该法律规定,此乃“基本权对于——用以限制基本权的——普通法律的‘影响作用’”之当然要求。<sup>[1]</sup>基于此,本文尝试从刑法的“合宪性解释”<sup>[2]</sup>这一视角出发,通过辨析从业禁止的刑法性质及其所涉权利本质,挖掘隐藏在其背后的宪法教义学资源,用以指导我国刑法从业禁止规定之解释与适用,从而保障刑事从业禁止制度运行的合法性与正当性,充分发挥其预防犯罪的制度功能。

\* 作者单位:厦门大学法学院。本文系国家社科基金重大项目“网络金融犯罪的综合治理研究”(项目批准号:17ZDA148)的阶段性研究成果。

[1] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第219页。

[2] 需要指出的是,本文所称的合宪性解释仅指在普通司法层面上对法律作“基于宪法的解释”或者“符合宪法的解释”,而不包括在违宪审查中作为保全规则的合宪性解释。我国宪法学界普遍认为,虽然中国的违宪审查制度尚未有效建立和运行,但法官在具体案件的司法裁判中对法律进行合宪性解释既有必要性,也是其宪法义务。对法律作司法适用意义上的合宪性解释,不仅有助于将宪法的原则和精神纳入普通法律的规范体系及其具体适用,从而实现法秩序的一致性;还能够增强宪法的司法适用性,从而在很大程度上推动我国宪法的实施。相关论述可参见张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,《中国法学》2008年第3期;王锴:《合宪性解释之反思》,《法学家》2015年第1期;等等。

## 一、我国刑法从业禁止规定性质之辨

“澄清一项法律措施的性质,会影响其能否得到合法且正当的适用。”<sup>[3]</sup>对于新增的刑事制裁措施而言,尤为如此。从业禁止规定是否仅属于单纯的保安处分措施抑或兼具资格刑属性?其在本质上涉及到我国宪法上的何种公民基本权利?厘清以上问题,是对从业禁止展开更深层次的教义学研究以实现其合法且正当适用之基础。

### (一) 刑事从业禁止属于单纯的保安处分措施

我国刑法中的从业禁止规定作为一项“预防性措施”,<sup>[4]</sup>其在刑事处遇体系中究竟应当如何定位?对此,理论界存在“刑罚说”与“非刑罚法律后果说”两种相对的观点。在“刑罚说”内部,有学者认为从业禁止作为新的刑罚种类,其属于附加刑中的资格刑之一。<sup>[5]</sup>也有学者认为,从业禁止并不符合可以独立适用的附加刑特征,将其称为刑罚的附带处分更为合适。<sup>[6]</sup>在“非刑罚法律后果说”内部,不少论者指出,从业禁止并非一个新刑种的设置,其应属于一项预防性的保安处分措施。<sup>[7]</sup>但也有个别论者认为,从业禁止并不属于刑法上的保安处分,其只是刑法规定的一种非刑罚性处置措施而已。<sup>[8]</sup>

应当说,《刑法修正案(九)》(以下简称《修九》)规定的从业禁止制度与有些国家刑法中的从业禁止资格刑存在本质区别。<sup>[9]</sup>我国立法工作者早已明确表示,从业禁止不是一项新增加的刑罚(资格刑)种类。<sup>[10]</sup>至于“刑罚说”内部的刑罚附带处分之观点,笔者认为,尽管其在形式上否定了从业禁止的附加刑(资格刑)属性,但在本质上仍属于一种“隐形的资格刑论”。此种观点以相对报应刑论来理解从业禁止制度,否认其保安处分的本质属性,最终只会导致司法适用的混乱。<sup>[11]</sup>

问题的焦点在于,从业禁止规定是否属于刑法上的保安处分?一般认为,保安处分“作为刑罚的补充或替代”,<sup>[12]</sup>二者之间存在本质区别:刑罚之适用要以罪责为根据和限度,而保安处分则“不以罪责为标准”,“只遵循特殊预防的目的”。<sup>[13]</sup>“没有责任就没有刑罚”的罪责原则,是刑罚适用必须遵循

[3] 时延安:《隐形双轨制:刑法中保安处分的教义学阐释》,《法学研究》2013年第3期。

[4] 李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期。

[5] 主要理由有:(1)从业禁止与驱逐出境、剥夺勋章等一样属于刑罚体系之外的补充性资格刑;(2)从业禁止是根据犯罪情况和预防再犯罪的需要而适用,并不仅仅为预防再犯罪而适用;(3)我国刑法并未规定保安处分,若认为从业禁止属于保安处分,则涉及刑罚基本制度的调整,这不是《刑法修正案(九)》所能承担的立法使命。参见陈兴良:《〈刑法修正案(九)〉的解读与评论》,载《第六届岳麓刑事论坛会议论文集:刑法修正案(九)暨现行刑事诉讼法中的审前程序研究》,湖南长沙,2015年12月。

[6] 参见林维:《刑法中从业禁止研究》,《江西警察学院学报》2016年第1期。

[7] 这是当前学界的主流观点。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第641页;武晓雯:《论〈刑法修正案(九)〉关于职业禁止的规定》,《政治与法律》2016年第2期;刘夏:《保安处分视角下的职业禁止研究》,《政法论丛》2015年第6期;闪辉:《刑事职业禁止的定性与应用——对〈刑法修正案(九)〉第1条的解释》,《东方法学》2016年第2期;童策:《刑法中从业禁止的性质及其适用》,《华东政法大学学报》2016年第4期;等等。

[8] 参见于志刚:《从业禁止制度的定位与资格限制、剥夺制度的体系化——以〈刑法修正案(九)〉从业禁止制度的规范解读为切入点》,《法学评论》2016年第1期。

[9] 有些国家是将从业禁止作为资格刑明确规定在刑法典中。比如,《俄罗斯联邦刑法典》第44条、第47条规定了“剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利”的刑罚;《意大利刑法典》第30条规定了“禁止从事某一职业或技艺”的刑罚;此外,法国、希腊等也有类似规定。

[10] 参见臧铁伟:《“禁止从事相关职业三到五年”不是新刑种》, <http://npc.people.com.cn/n/2015/0829/c14576-27531225.html>, 2018年3月16日访问。

[11] 同前注[7],闪辉文。

[12] [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第158页。

[13] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第19页。

的“铁则”。相反,保安处分仅“取决于行为人特定的危险性”,“即便在没有罪责的情况下,也可以采取这类处分”。<sup>[14]</sup>可见,保安处分的科处并不受基于责任主义的罪刑均衡原则的制约。<sup>[15]</sup>在刑罚之外另设保安处分的目的在于,突破罪责原则的限制,仅以行为人的社会危险性(再犯罪危险性)为根据,通过治疗、帮助、保安或消除等措施,对行为人进行特殊预防以实现社会防卫。

由于从业禁止在各国刑法中的立法和性质并不具有统一性,因而必须结合我国刑法关于从业禁止的立法规定这一决定性根据具体判断其法律性质。笔者认为,我国《刑法》第37条之一关于从业禁止的适用根据及条件之规定表明,从业禁止完全符合保安处分的基本特征,其应当属于单纯的保安处分措施,而既非新增的刑罚种类(资格刑论),也非刑罚的附带处分(隐形资格刑论)。具体理由如下。

其一,从业禁止的适用根据(再犯罪危险性)和目的(特殊预防)与保安处分完全吻合。我国刑法从业禁止适用的实质根据应当在于“预防再犯罪的需要”(行为人具有社会危险性)，“犯罪情况”作为纯粹的客观事实,只是“预防再犯罪需要”判断的资料和依据,不具有独立的存在意义。<sup>[16]</sup>因此,从业禁止之适用以行为人具备再犯罪危险性为根据,以对行为人进行特殊预防为目的,这与保安处分的适用根据和目的相同。

其二,从业禁止的刑罚补充性质和特征与保安处分具有一致性。从业禁止“自刑罚执行完毕之日或者假释之日起”方可适用,因此,其是位于刑罚之后的一项独立的、补充性的刑事制裁措施。保安处分的制度功效就是作为刑罚的补充和替代措施,以刑罚所不能够的方式,对行为人征表出来的再犯罪危险性,通过治疗、帮助、保安或消除措施来予以克服。<sup>[17]</sup>从业禁止作为刑罚之外的刑事制裁措施,符合保安处分不受罪责原则限制而仅根据预防再犯罪的需要来适用的性质和特征。

其三,从体系性解释角度来看,只有将从业禁止理解为保安处分,才能保持相关刑法规范之间的协调关系。如果将从业禁止解释为刑罚或者刑罚执行方式,就必然会导致假释的实质条件与从业禁止的适用根据相互矛盾。合理的解释只能是:假释中的“没有再犯罪的危险”,是指没有必要以刑罚执行的方式预防犯罪人再犯罪;而从业禁止中的“预防再犯罪的需要”,则是指有必要以保安处分的方式预防犯罪人再犯罪。<sup>[18]</sup>如此方能最终消除上述刑法规范之间的冲突。

将《修九》增设的从业禁止制度界定为刑法上的保安处分措施,具有重要的理论和实践意义。在理论上,可以进一步洗刷保安处分的早期污名,逐渐消除学界此前对其存在的偏见,从而自觉建立并运用“刑罚—保安处分”的理论研究范式。尽管在我国保安处分并非法定概念,但这并不妨碍我们将某些刑罚之外的刑事制裁措施界定为保安处分。日本、法国等刑法也没有规定保安处分,但理论上仍将“缓刑期间的保护观察”<sup>[19]</sup>以及某些附加刑<sup>[20]</sup>理解为保安处分。由此可见,保安处分是一个无需法定化的概念。在实践中,可以吸收、借鉴域外关于保安处分的理论研究和制度实践成果,来指导和规范我国刑事从业禁止制度的司法适用。鉴于保安处分措施的严厉性与刑罚相当,且其不受罪责原

[14] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第18~19页。

[15] 参见[日]佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第55页。

[16] 同前注[7],童策文。

[17] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第116页。

[18] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第641页。

[19] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第509页。

[20] 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第441页。

则的限制,难免可能会被过度适用而侵犯人权。<sup>[21]</sup>域外刑法理论和实践尤为注重保安处分的合法化问题,并发展出非常系统和精细的保安处分的限制原则与具体适用规则。这对于我国刑法新增设的从业禁止制度之理解与适用而言,是极其宝贵且必要的理论资源。

## (二) 刑事从业禁止属于限制职业自由权措施

从业禁止以“禁止从事相关职业”为制裁内容,因此必然剥夺或者限制行为人的职业自由。问题在于,剥夺或者限制职业自由在宪法上涉及到行为人的何种基本权利?更为直接地说,“职业自由权”是否属于我国宪法规定的公民基本权利?厘清从业禁止所涉权利之性质与定位,是对其适用条件进行宪法教义学规范与限缩,从而实现从业禁止司法适用的合法化与正当化之基础。

在我国宪法学界,曾有一场关于《娱乐场所管理条例》(以下简称《条例》)禁止四类人员开办娱乐场所或者在娱乐场所内从业的规定<sup>[22]</sup>是否违宪的论争,其中便涉及到《条例》从业禁止条款所关涉权利的性质与定位问题。尽管《条例》属于行政法规,因而其从业禁止规定并不属于刑法上的保安处分。但是,由于广义的保安处分包含所有“以行为人之危险性为基础的,目的在于特别预防的国家处分”,<sup>[23]</sup>因而《条例》中的从业禁止规定仍属于广义的保安处分措施。正是因为二者同属于广义的保安处分,笔者才意图借鉴宪法学者对《条例》中从业禁止规定的宪法学分析,来厘清我国刑法从业禁止规定所涉权利之性质与定位问题。

根据我国《宪法》第33条、第44条关于平等权、劳动权的规定,《条例》的从业禁止条款关涉到宪法劳动平等权的保护领域。那么,宪法劳动平等权与从业禁止规定所限制的职业自由权到底有何关联?这个问题直接关系到从业禁止所限制的职业自由权的性质与位阶,进而决定其司法适用需要接受何种强度的比例原则及其类型化审查基准的宪法审查。

首先,从宪法劳动权的角度来看。宪法劳动权是以我国《宪法》第42条为规范依据的公民基本权利,其不同于以我国劳动法为规范依据的劳动法意义上的劳动权。劳动法上的劳动权与就业权、工作权同义,其权利主体仅为劳动者(劳工),其权利客体即“劳动”具有“职业从属性”的特点。相比之下,宪法劳动权的权利内涵则要广阔得多。自改革开放以来,宪法劳动权的主要存在和运行状态在于其自由权属性。<sup>[24]</sup>在权利主体上,劳动权正逐渐从一种“市民权利”回归为一种“公民权利”;在权利客体上,劳动概念日益呈现出开放性和广义性的特点,其包含了一切通过劳动力的付出而创造物质产品、精神产品或者提供一定价值服务的活动;在权利内容上,劳动权正在从国家安排就业向着公民自由选择职业的方向转变,其不仅包括劳动法意义上的劳动权(就业权、工作权),还包含了“营业自由”甚至“不劳动的自由”等概念范畴。

由此可见,我国公民享有越来越广泛的职业选择自由,职业自由已经在事实上成为我国宪法劳动权存在和运行的主要形态。尽管我国宪法没有明文规定职业自由权,但是我们完全可以从相关条款中推导出我国公民享有宪法保护的职业自由权。<sup>[25]</sup>职业自由权作为宪法劳动权存在和运行的主要

[21] 参见林山田:《刑法通论》下册,北京大学出版社2012年版,第390页。

[22] 《条例》第5条规定,有下列情形之一的人员,不得开办娱乐场所或者在娱乐场所内从业:(一)曾犯有组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪,制作、贩卖、传播淫秽物品罪,走私、贩卖、运输、制造毒品罪,强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,赌博罪,洗钱罪,组织、领导、参加黑社会性质组织罪的;(二)因犯罪曾被剥夺政治权利的;(三)因吸食、注射毒品曾被强制戒毒的;(四)因卖淫、嫖娼曾被处以行政拘留的。

[23] 陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第539页。

[24] 参见王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,《中国法学》2014年第3期。

[25] 何永红:《职业自由权的限制之合宪性判断——〈娱乐场所管理条例〉禁业事例简评》,《理论与改革》2006年第6期。

形态,其理应属于公民基本权利之一。不仅如此,从宪法文本和违宪审查的实践看,在多数国家和地区,职业自由均是被作为宪法基本权利来加以保障的。其中,有的将职业自由作为一种“宪法明确规定的权利”,有的则将职业自由作为一项“衍生性宪法权利”,即从宪法文本中推导出来的权利。〔26〕

其次,从宪法平等权的角度来看。在基本权利体系中,自由权是其他基本权利的起点,平等权是自由权在主体上的扩展和延伸。〔27〕在实体上,“几乎所有自由权的宪法案件都会涉及平等权问题”。〔28〕因此,平等权总是依附于自由权,平等权的实质就是自由权,一切平等权案的宪法判断最终也都转化为自由权案的宪法判断。〔29〕对于法律法规中的从业禁止规定而言,由于其限制或者剥夺了特定行为人从事相关职业的自由,因而一方面,在“国家—私人—私人”的三角关系架构下,其构成对宪法平等权的限制;另一方面,在“国家—私人”的对立关系架构下,其同样构成对公民自由权的限制。

综上,无论是《条例》抑或是《修九》中的从业禁止,其在实体上均剥夺或者限制了行为人的职业自由权。在我国宪法中,职业自由权虽然不是作为“宪法明确规定的权利”,但是其完全可以从宪法劳动权、平等权以及市场经济条款等宪法规范中推导出来。

将从业禁止界定为一项限制职业自由权措施,具有重要的宪法教义学意义。因为在域外关于职业自由权限制的宪法审查理论与实践,已经发展出了非常成熟精细的类型化审查标准,比如德国联邦宪法法院著名的“三阶理论”。这些理论对于指导和规范我国刑法从业禁止规定的司法适用而言,无疑具有重要的参考价值。

## 二、从业禁止的限制原则及其类型化审查基准

由上可知,刑法中的从业禁止制度实际上存在两个基本面向:一是就其在刑事制裁体系中的定位而言,属于保安处分措施;二是就其所涉公民基本权利的领域而言,属于限制职业自由权措施。据此,适用从业禁止规定不仅应符合保安处分的一般要件与基本原理,而且还需同时接受职业自由权限制的宪法审查。根据职业自由权限制的“三阶理论”,实际上设置了比保安处分的限制原则(比例原则)更为具体和严格的审查基准。明确从业禁止的限制原则及其类型化审查基准,是对我国刑法从业禁止规定之适用条件进行合宪性限缩的基础。

### (一)作为保安处分措施的比例原则限制

尽管保安处分并非像刑罚那样具有报应性、非难性与痛苦性的本质,但其作为刑事制裁措施亦存在“无可避免的副作用”。保安处分在追求预防犯罪的目的时,必然伴随着对受处分人权益的侵犯。比如,从业禁止在消除行为人再犯条件和能力的同时,也限制或者剥夺了行为人的职业自由权,从而对其经济生活与社会复归造成一定负面影响。因此,刑法上的保安处分也存在一个相对于被处罚人而言如何才能合法化的问题,即如何平衡社会防卫与人权保障。

由于保安处分不受罪责原则限制,因而人们将宪法与行政法所构建的而与罪责原则的内涵有部

〔26〕 比如,《德国基本法》第12条第1项明确规定:“所有德国人都有自由选择他们的营业、职业或专业,工作地点和受培训地点的权利。”又如,在我国台湾地区,职业自由是从“工作权”中推导出来,大法官解释和学理解释都认为:“工作权基本上以防御国家侵害之‘自由权’为主。”再如,在美国,虽然职业自由并未直接载入宪法,但是,联邦最高法院从财产权概念以及正当法律程序条款中推导出职业自由的保护,实践中公民的职业自由也获得了宪法层面的保障。同前注〔24〕,王德志文。

〔27〕 参见邓联繁:《基本权利学理分类的意义与方法研究》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2008年第4期。

〔28〕 张千帆:《宪法》,北京大学出版社2008年版,第139~140页。

〔29〕 同前注〔25〕,何永红文。

分雷同的比例原则(the principle of proportionality)引入刑法,并将其作为保安处分的限制原则。比如,《德国刑法典》第62条就明确将比例原则作为保安处分的基本原则,规定“保安处分与行为人已实行及预料其将实行之犯罪重要性,以及由其所引发之危险程度间不合比例者,不得宣告之”。<sup>[30]</sup>“这个符合比例的原则是从法治国的思想中引申出来的,它不仅具有符合宪法的地位,而且使利益权衡原则在禁止超过范围的意义上得到具体化了。”<sup>[31]</sup>毫不夸张地说,在西方法治国家,比例原则是具有宪法位阶的一切公法领域的“帝王原则”,其早已根植于法治国刑法之中,并成为刑法领域的最高原则。

保安处分的规定或适用必须符合比例原则,否则即属违宪。所谓比例原则,实际上是一种综合的指涉,其隐含手段与目的之间的适当性、多种手段权衡中选择某种手段的必要性以及国家法益与个人法益之间的均衡性三个基本维度。<sup>[32]</sup>比例原则的三个基本维度派生出三项重要的子原则,即适当性原则、必要性原则与相当性原则。这三项子原则采用递进的方式对国家公权力的运用作三个阶段的检验,三者互为作用,逐一深入,构成一个有机的整体,缺一不可。<sup>[33]</sup>保安处分手段只有符合适当性、必要性与相当性三个要件,始可为符合比例原则的保安处分。

首先,适当性原则是指一项公权力措施(包括立法及其他国家干预行为)应当能够达到其所追求的目的,简言之即“手段适合目的”。即便手段只能部分地达成目的,也符合适当性原则的要求。<sup>[34]</sup>具体到刑法上的保安处分,适当性原则意味着其适用“必须能够达到监管具有持续危险人的目的”。<sup>[35]</sup>反之,如果保安处分措施全然不能或无助于实现特殊预防的目的,那么则缺乏适当性。以从业禁止制度为例,由于其目的在于预防行为人利用相关职业再次实施犯罪,因而只有当行为人具有利用自己职业再次从事犯罪的危险性时,才能够适用从业禁止;否则,如果行为人不具有这种危险,或者行为人的社会危险性并非职业禁止所足以预防者,则不应禁止其从事特定职业,此时适用从业禁止要么无益(所追求的目的不存在)、要么徒劳(手段不能实现目的)。

其次,必要性原则是指在所有能够达成目的的手段中,必须选择损害民众权利最小、最温和的手段,其也被称为“最小侵害性原则”。具体到刑法上的保安处分,必要性原则意味着行为人的社会危险性必须唯有使用保安处分措施,始足以有效排除其社会危险性者,则保安处分才具有必要性;否则,倘若有其他可能性也能够排除行为人的社会危险性者,则保安处分即不具有必要性。<sup>[36]</sup>它要求法官在适用保安处分措施时必须考虑以下因素:对行为人施加这一处分是否是必不可少的?是否不存在其他更加有效或者更为轻缓的选择方案。<sup>[37]</sup>之所以如此,是因为保安处分属于刑事制裁措施,其同样应遵循刑法的最后手段性、谦抑性等基本原理。根据必要性原则,在适用从业禁止规定时,如果存在其他更加有效或更为轻缓的选择方案,则没有必要再宣告刑法上的从业禁止。

最后,相当性原则又被称为狭义的比例原则,其要求限制所造成之侵害与其所要追求的利益之间,必须具有衡平关系,亦即“损害不可大于利益”。<sup>[38]</sup>相当性原则在本质上是一种利益衡量方式,衡

[30] 李圣杰、潘怡宏编译:《德国刑法典》,元照出版有限公司2017年版,第55页。

[31] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学·总论(第1卷)——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第52页。

[32] 参见姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学》2013年第1期。

[33] 参见陈晓明:《刑法上比例原则应用之探讨》,《法治研究》2012年第9期。

[34] 参见陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),元照出版有限公司2002年版,第239页。

[35] 刘夏:《德国保安处分制度中的适当性原则及其启示》,《法商研究》2014年第2期。

[36] 参见林山田:《刑法通论》上册,北京大学出版社2012年版,第50页。

[37] Vgl. Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, Strafgesetzbuch [M]. Baden-Baden: Nomos, 2013. § 62, Rn.7.

[38] 参见黄昭元:《宪法权利限制的司法审查标准:美国类型化多元标准模式的比较分析》,《台大法学论丛》2004年第3期。

量目的所产生的公益与公民权利损失两者是否成比例,以避免给公民造成过度的负担。对于保安处分而言,相当性原则意味着保安处分措施限制或者剥夺受处分人的自由或权利的程度,与其所欲达成的目的之间,必须具有相当比例性或是必须形成相当比例关系。它要求从业禁止对行为人职业自由的限制范围与时间长短,不能超过以行为人社会危险性为根据的社会防卫的需要。

## (二)作为限制职业自由权措施的“三阶理论”审查

在宪法层面,由于从业禁止构成对公民职业自由权的限制,因而其理应接受基本权利限制的宪法审查。比例原则作为审查基本权利限制是否合宪之基准,最早为德国联邦宪法法院所采用,如今为世界大部分国家或地区所接受。德国联邦宪法法院在适用比例原则的过程中,在对不同基本权利限制案件的立法事实审查时发展出三层密度理论,即根据不同事物性质或不同基本权利领域,分别适用程度不一的明显性审查、可支持性审查和强力审查,从而使比例原则这个单一概念公式朝着类型化标准的趋势发展。<sup>[39]</sup>

其中,明显性审查是三项基准中最为宽松的一个,法院在运用这项基准进行审查时,对争议案件通常具有合宪性推定的用意,即只有当相关法律规范“明显地”“毫无疑义地”违反宪法规范时,才会将之宣告为违宪;否则,均作合宪判定。可支持性审查在审查强度上介于明显性审查和强力审查之间,其要求立法者所作的决定必须是出自“合乎事理并可以支持的判断”,并“允许宪法法院对于立法者的评价决定进行实质审查,而不仅仅止于明显错误的指摘”。<sup>[40]</sup>强力审查则构成对基本权利限制措施的严格控制,它要求立法者所作的规范性决定必须是基于具有“充分的真实性”或者“相当的可靠性”的事实论断或者预测决定,法院如果无法确信立法者的预测是正确的,则应由立法者负担举证责任的不利后果。

应当说,比例原则的类型化发展符合一般性审查标准的方法论,三项类型化审查标准使比例原则更具适应性和可操作性,可谓重新赋予其生命力。诚如有学者所指出的,抽象的原则常常无法解决个案争议,审查标准也应该要尽可能具体才有应用价值;比例原则的类型化、具体化发展能够诱导法院自抽象的概念阶梯下降,从审查对象的案件特征出发,经由归纳与比较而找出规范(宪法权利)与案件(审查对象)之间的连结枢纽,并且作为法官价值论证的焦点所在,从而提高审查结论的可预测性与可检验度。<sup>[41]</sup>

在比例原则适用于职业自由权领域时,德国联邦宪法法院将职业自由按照限制程度区分为三个阶段,不同阶段采取不同强度的审查标准,从而发展出了著名的“三阶理论”:(1)职业执行自由之限制。对于从事职业之方式、时间、地点、对象、内容等职业执行自由之限制,如出租车需漆成统一颜色、电玩店营业地点需与学校有一定距离等等,由于不涉及公民职业选择自由,故立法形成空间较大,只要符合“一般的公共利益”考量且合乎目的性即属合宪,这显然属于最为宽松的审查标准即明显性审查。(2)主观许可要件之限制。所谓职业选择自由的主观许可要件是指从事特定职业之个人本身所应具备的专业能力或资格,且该等能力或资格可经由训练培养而获得,如专业知识、学位、体能、道德标准等等。立法者欲对此加以限制,需具有较个人自由更值得优先保护的“重要的公共利益”存在且属必要,否则即属违宪,这大致属于较高强度的审查标准即可支持性审查。(3)客观许可要件之限制。所谓职业

[39] 参见何永红:《基本权利限制的宪法审查——以审查基准及其类型化为焦点》,法律出版社2009年版,第14页。

[40] 许宗力:《宪法与政治》,载《现代国家与宪法》,月旦出版社1997年版,第88页。

[41] 参见黄昭元:《平等权审查标准的选择问题:兼论比例原则在平等权审查上的适用可能》,《台大法学论丛》2008年第4期。

选择自由的客观许可要件是指对于从事特定职业之限制条件,非个人主观努力所可达成,而仅受到规范客观因素影响的要件,如电信业务经营许可制度、新闻出版职业禁止制度等等。由于此类限制已然触及人格自由权的核心,严重违反基本人权之意义,因而只有为防御对于“特别重要的公共利益”构成“可以证明的及显然非常严重的危险”时,才能对职业选择自由之侵害合法化。<sup>[42]</sup>这实际上赋予了立法者极为严格的证明责任和论证负担,属于最高强度的审查标准即强力审查。

那么,刑法中的从业禁止应当属于何种程度的职业自由权限制措施,对其又应当适用何种强度的审查基准进行宪法审查呢?

首先,可以肯定的是,从业禁止已经构成对公民职业选择自由的限制。德国联邦宪法法院根据《德国基本法》第12条的相关规定,即“所有公民均有自由选择职业、工作职位与教育地点之权利。职业之执行得依法律或基于法律授权而规定之……”,将职业自由分为“职业选择自由”与“职业执行自由”。其中,职业选择自由属于基本人权领域内自主权(人格自由权)之范畴,其与个人人格的自由发展密不可分,对个人发展自我、实现自我与完成自我具有重要意义,如欲对其加以限制,自应以较为严格的审查标准审查其合宪性。<sup>[43]</sup>相反,经由职业执行的个人可能会因他人及整体的利益而受到限制,故职业执行自由被认为是可以加以限制和规范的,其受到审查的标准也最为宽松。因此,从业禁止之适用至少应当接受可支持性审查或者更为严格的强力审查之基准的检验,而不宜采取职业执行自由限制的宽松审查标准即明显性审查。

其次,行政法律法规中的职业禁止一般被认为构成对公民职业选择自由的主观许可要件之限制。例如,我国台湾地区司法院释字第584号大法官解释,对“有特定犯罪前科者不得从事营业小客车驾驶人职业”的从业禁止规定作出了合宪性判定。该项解释认为,相关法律规定乃基于营业小客车运营及其驾驶人工作之特性,就驾驶人个人应具备之主观要件,对公民职业选择自由所为之限制,旨在保障乘客之安全,确保社会之治安及增进营业小客车之职业信赖,属于必要、适当且合理之限制措施。由于作为刑法上的保安处分的从业禁止,在侵犯公民基本权利的领域和结果方面,与其他行政法律法规中关于有特定犯罪前科者的职业禁止并无二致。因此,可以初步认为,刑法上的从业禁止规定也属于限制公民职业选择自由的主观许可要件。相应地,根据“三阶理论”应当采用可支持性审查基准对其进行宪法审查,即只有具备较个人自由更值得优先保护的“重要的公共利益”存在,且属必要时,从业禁止之适用才具有合宪性。

最后,鉴于从业禁止这一限制职业选择自由的主观许可要件乃是出于防止职业自由活动的社会危害性的消极性目的,其明显不同于其他出于社会经济政策上的积极性目的的主观许可要件,因而其还理应接受较一般的可支持性审查更为严格的审查基准之检验。当然,该审查基准依然尚未达到客观许可要件之限制的强力审查标准,笔者且称之为“偏严格审查基准”。从业禁止与其他追求积极性政策目的的主观许可要件之间的这一差别,在日本的宪法审查理论和实践中得到正视,并以职业自由规制目的的不同发展出宽严不同的类型化基准。即对于追求积极性社会经济政策目的的职业自由限制措施适用“明白性基准”,其只有在明显不合理时才被认为违宪;对于出于防止职业自由活动发生社会危害性的消极性目的的职业自由限制措施适用“必要最小限度基准”(也即“严格审查基准”),其只有当

[42] 参见萧文生译:《关于职业自由(工作权)之判决》,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(一)》,台湾地区司法院1990年版,第153页。

[43] 参见我国台湾地区司法院释字第584号大法官解释。

其他更轻微的限制措施完全无法达到目的时才被认为合宪。<sup>[44]</sup>通过比较不难看出,“必要最小限度基准”实际上提出了严格的必要性论证要求,且这种要求与强力审查基准中的“构成可以证明的及显然非常严重的危险”之要求别无二致。考虑到从业禁止属于刑法上的保安处分措施,其适用容易导致处罚过剩而给被处分人造成过度负担,也基于刑法的最后手段性、谦抑性等原理,可以适当吸收“必要最小限度基准”中严格的必要性论证要求,作为可支持性审查基准的补充,从而对其适用进行“偏严格审查基准”的宪法审查。

综上,笔者认为,刑法中的从业禁止乃是出于防止职业自由活动发生社会危害性的消极性目的而做出的,构成对公民职业选择自由的主观许可要件之限制的职业自由权限制措施,其适用应当受到“偏严格审查基准”的宪法审查。“偏严格审查基准”在可支持性审查基准的基础上适当吸收了“必要最小限度基准”中严格的必要性论证要求,其审查强度或密度大致介于可支持性审查基准与强力审查基准之间。因此,其不仅要求从业禁止之适用须存在较个人自由更值得优先保护的“重要的社会利益”(但无需达到强力审查基准所要求的“特别重要的公共利益”),而且还要求进行较为严格的必要性论证,即只有行为人具有可证明的(具备统计学或概率学上的统计法则、经验法则等依据即可)、明显的、重大的社会危险性,且其他更轻缓的限制措施完全无法达到预防此种危险的目的时,从业禁止之适用才具有合宪性。

### 三、我国刑法从业禁止适用条件之合宪性限缩

由上可知,比例原则为刑事从业禁止的合宪性控制提供了一个严密的分析框架和审查步骤,而职业自由权限制的“三阶理论”则在此基础上提供了一个更为具体和有针对性的类型化审查基准。将前者的分析框架与后者的审查基准相结合,无疑可以对从业禁止之适用条件分别予以合宪性限缩。只有依次通过“偏严格审查基准”下的适当性原则、必要性原则与相当性原则的检验,从业禁止之适用方为合法且正当。

#### (一) 基于“偏严格审查基准”下的适当性原则之限缩

根据比例原则与职业自由权限制的“三阶理论”,刑事从业禁止之适用首先应当符合“偏严格审查基准”下的适当性原则之要求。只有存在较个人自由更值得优先保护的“重要的社会利益”,且行为人具有“可证明的、明显且重大的社会危险性”时,科处从业禁止才具有合宪性。由于一旦经证明得出行为人具有明显且重大的社会危险性,便可相应得出存在较个人自由更值得优先保护的“重要的社会利益”之结论,因而,“偏严格审查基准”下的适当性原则之本质要求在于,论证判断行为人是否具有“明显且重大的社会危险性”。其中,明显的社会危险性是一种可证明的、在可预期的未来现实存在的、极有可能发生的危险。重大的社会危险性则是根据犯罪情况预测行为人今后可能实施较为严重的犯罪行为的危险性,而不能仅存在实施轻微犯罪的危险性。可见,“偏严格审查基准”下的适当性原则对刑事从业禁止适用的目的正当性提出了更高的标准和严格的论证要求,即从业禁止只能适用于具有可证明的、明显且重大的社会危险性的行为人,而不能适用于不具有再犯罪危险性,或者再犯罪危险性没有达到可证明的、明显且重大的程度的行为人。唯有如此,刑事从业禁止之适用方符合宪法比例原则和职业自由权限制“三阶理论”所共同确立的合目的性及其论证要求。

[44] 参见陈秀峰:《司法审查之基准——“二重基准”论在美日之演变》,载《现代国家与宪法》,月旦出版社1997年版,第624~626页。

### 1. 从业禁止适用的前提条件之限缩

根据《刑法》第37条之一第1款的规定,从业禁止适用的前提条件有两个:一是行为人“利用职业便利实施犯罪,或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪”,此为犯罪要件;二是行为人“被判处刑罚”,此为刑罚要件。为了将不具有明显且重大的社会危险性的行为人排除在从业禁止适用对象之外,需对其犯罪要件和刑罚要件分别作如下合宪性限缩:

一方面,对于业已实施犯罪利用职业便利或违背职业义务的程度(犯罪要件)应作更为严格的要求,犯罪行为原则上必须与职业内容、职业义务存在“直接、紧密的关联性和促进性”。<sup>[45]</sup>事实上,并非所有利用职业便利或者违背职业义务实施的犯罪,均表明行为人具有再次利用职业实施相关犯罪的“明显且重大的危险性”。因此,有必要对业已实施犯罪的行为手段、次数、形态以及主观罪过等因素进行综合分析,判断犯罪行为的职业关联性以及行为人对其所从事职业的利用意思和背离意志。一般情况下,犯罪行为的职业特征越明显,则征表行为人再次实施相关职业性犯罪的危险性越大。对于连续犯、多次犯、常习犯、职业犯、营业犯等以反复实施特定行为为构成要件的犯罪,由于其已经征表出行为人明显的社会危险性,故原则上可以适用从业禁止。对于多人长期利用各自职业便利实施的共同犯罪,可以根据参与犯罪的情况分别适用从业禁止。行为人的犯罪目的、动机和态度等表现出明显的反职业意思,及其反职业意志越为坚定,则表明行为人今后利用职业再次实施相关犯罪的可能性越大。对故意犯罪(尤其是有预谋、有组织犯罪)更有可能适用从业禁止,而对过失犯罪适用从业禁止则应当尤为慎重。只有当行为人因重大过失而实施了严重违背职业要求的特定义务的犯罪时,对其适用从业禁止才是合宪的。一般的过失犯罪特殊预防的必要性较小,对其适用从业禁止欠缺目的正当性。

另一方面,对于业已实施犯罪的严重性(刑罚要件)也应作更为严格的要求,从而避免对轻微犯罪适用从业禁止。我国《刑法》第37条之一第1款关于从业禁止“自刑罚执行完毕或者假释之日起”适用的规定,实际上已经蕴涵了对业已实施犯罪的严重性要求。只要将这里的“刑罚”限制解释为“仅包括主刑且不包括宣告缓刑”的情形,则基本可以将情节轻微的犯罪排除在外。可以说,业已实施犯罪的严重性是判断行为人是否具有明显且重大的社会危险性最为重要和可靠的线索之一,从业禁止之适用应当严格把握好这个门槛。只有将轻微犯罪排除在外,才能避免将一个轻缓的刑罚作为适用较为严重的从业禁止的刑罚条件。否则,就可能会导致对大量的轻微犯罪(在我国主要是指被宣告缓刑的犯罪)适用从业禁止,从而有违比例原则。<sup>[46]</sup>在这方面,德国的立法值得借鉴。《德国刑法典》第66条、第68条、第70条等条文就对原因行为的严重程度或具体罪名作了较为清晰的界定,涉及的均是较为严重的犯罪行为。<sup>[47]</sup>与之相应,其他条文也规定对预期实施行为严重程度的判断也必须满足“显著的”或“巨大的”等要素的要求,才被认为符合适当性原则。

### 2. 从业禁止适用的实质要件之限缩

根据《刑法》第37条之一第1款的规定,人民法院应当“根据犯罪情况和预防再犯罪的需要”,决

[45] [日]西田典之等编:《注释刑法学》第1卷,有斐阁2010年版,第126页。

[46] 当前,我国司法实践中存在大量对于宣告缓刑的罪犯适用从业禁止的案例,有些甚至以4-6个月缓刑为刑罚条件,禁止行为人在缓刑考验期内及缓刑考验期满之日起(或自刑罚执行完毕之日起)三年内从事相关活动。在笔者看来,对宣告缓刑的轻微犯罪适用从业禁止,在绝大多数情况下均不符合“偏严格审查基准”下适当性原则的基本要求,因而存在违宪嫌疑。相关判例可参见(2016)川1602刑初168号、(2015)临刑初字第144号、(2015)嘉南刑初字第643号等刑事判决书。

[47] Vgl. Münchener Kommentar zum StGB, C.H.Beck, 2. Auflage 2012, § 62, Rn.17.

定是否对行为人适用从业禁止。其中,由于“犯罪情况”属于“预防再犯罪需要”的判断资料和依据,因而准确来说,从业禁止适用的实质要件仍在于行为人的再犯罪危险性。基于“偏严格审查基准”下的适当性原则之要求,对于从业禁止的实质要件还应当进一步限缩为“明显且重大的社会危险性”这一更高标准。

问题在于,作为判断行为人是否具有明显且重大的社会危险性的资料和依据,该款规定的“犯罪情况”具体应当包括哪些要素,以及相关要素具有何种影响作用?

笔者认为,刑事从业禁止作为一项“立足当下,着眼未来”的保安处分措施,其适用的正当化根据取决于法官对行为人再犯罪危险性的评估和预测。行为人过去实施的犯罪行为种类、数量和严重程度,以及行为人在将来可能实施的犯罪行为种类和严重程度、行为人的个性特征及其发展等情况,均对行为人将来行为的评估和预测起着决定性作用。<sup>[48]</sup>加之在“偏严格审查基准”下,“必要最小限度基准”对法官提出了严格的必要性论证要求,从而需要法官综合评估与犯罪和犯罪人相关的所有重要情况再作出预测。因此,对于该款规定的“犯罪情况”应当进行广义的理解,其不仅包括犯罪行为及其结果等不法要素,而且还包括行为人的主观罪责、内心态度、人格要素以及其他能够反映行为人再犯罪危险性的所有重要情况。

根据影响作用的不同,笔者将“犯罪情况”大致分为如下两类:

(1)用以评估和判断行为人是否存在实施严重犯罪的危险性(“重大的社会危险性”)的不法和罪责要素。主要包括行为手段和后果、犯罪次数和形态、故意和重大过失等,此类犯罪情况的具体影响作用前文已述,此不赘言。

(2)用以评估和判断行为人是否存在“明显的社会危险性”的与刑事责任裁量有关的重要情况。此类“犯罪情况”大体相当于“量刑情节”,对其又可具体细分为如下三种类型:一是用以原则上肯定行为人具有明显的社会危险性的量刑情节,主要包括累犯、再犯、惯犯等。此类情节本身已反映出行为人具有明显的社会危险性,因而原则上可以对其适用从业禁止。不过,如果犯罪行为的不法和罪责较低,行为人不具有重大的社会危险性,那么即便行为人具备此类量刑情节,也不能对其适用从业禁止。二是倾向于否定或者至少要求法官慎重判断行为人是否具有明显的社会危险性的量刑情节,主要包括初犯、偶犯、犯罪中止、自首、坦白、立功、积极退赔、悔罪等。对于存在此类量刑情节(一般是法定或者酌定从轻、减轻处罚情节)的行为人,原则上可以认为其再犯罪可能性没有达到“明显的”程度,一般不宜或者要求法官谨慎适用从业禁止。三是其他可能有利或不利于行为人的个人基本情况,主要包括:生物学因素(如未成年人、老年人、残疾人)、心理学因素(如异常人格)以及社会环境因素(如不良癖好、违法记录、个人经历、经济关系)。<sup>[49]</sup>总之,法官在判断行为人是否存在明显且重大的社会危险性时,应当综合考量上述与犯罪和犯罪人相关的所有重要情况,采取直觉预测法、统计预测法或临床预测法等评估方法,<sup>[50]</sup>结合自由心证作出是否适用从业禁止的决定。

## (二)基于必要性原则的合宪性限缩

无论是根据宪法层面上的比例原则与职业自由权限制“三阶理论”,还是刑法体系内部的谦抑性原则,科处刑事从业禁止均应当符合必要性原则的要求。必要性原则对于我国《刑法》第37条之一

[48] 同前注[17],汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特书,第122~123页。

[49] See Richard P. Kern, Meredith Farrar-Owens. Sentencing Guidelines with Integrated Offender Risk Assessment. Federal Sentencing Reporter 16.3(2004): 165-169.

[50] 同前注[17],汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特书,第123页。

第3款中的“从其规定”之解释与适用,具有关键的指导作用。

有观点认为,“从其规定”仅指人民法院应当依照其他法律法规宣告从业禁止,而不受刑法规定的3-5年的期限限制。<sup>[51]</sup>张明楷教授持相同的观点。<sup>[52]</sup>也有观点认为,“从其规定”属于法律拟制性的授权规定,其授权人民法院在必要的时候“可以”(而非“应当”)突破3~5年的期限限制。<sup>[53]</sup>对此,有学者表示反对,并认为“从其规定”只是一项注意规定,其目的在于提示人民法院适用刑事职业禁止应当符合必要性要件。<sup>[54]</sup>因为根据刑法的谦抑性和最后手段性原则,当其他行政法律法规也规定了足以满足预防再犯罪需要的职业禁止措施时,人民法院就完全没有必要再适用刑事从业禁止措施。

笔者认为,基于必要性原则的旨趣(“两害相权取其轻者”),如果存在其他更为轻缓且同样有效的选择方案(比如行业惩戒措施或者其他法律、行政法规中的职业禁止措施),则没有必要适用刑法上的从业禁止。理由如下:首先,无论是刑法上的从业禁止,还是其他法律、行政法规中的职业禁止,二者在限制公民职业自由权的处罚内容上都是一样的,不能认为刑法上的从业禁止更为有效。其次,其他法律、行政法规中有关禁止特定职业的规定,通常针对的都是最应当适用职业禁止的情形,因而其不仅更加具有针对性,而且其正当化事由也较刑法上的从业禁止更为多元。如果依照其他法律、行政法规关于职业禁止的适用条件和期限的规定来宣告刑法上的从业禁止,那么必将导致刑法上的保安处分的唯一正当化根据——“预防再犯罪的需要”不够充分。再次,其他法律、行政法规中的职业禁止期限往往较长,有些甚至达到永久性终身禁止的程度,而刑法上的从业禁止期限仅为3~5年,如果人民法院依照前者规定的期限来宣告刑法上的从业禁止,不仅不符合必要性原则,而且还容易违背狭义的比例原则(相当性原则)。复次,其他法律、行政法规中的职业禁止同样存在执行救济的通道,不遵守行政职业禁止决定的也可以成立拒不执行判决裁定罪,因而其与刑法上的从业禁止在执行保障方面具有同等力度。最后,刑法上的从业禁止作为一项保安处分措施,仍旧属于刑事制裁措施的范畴,因而其适用应当遵循刑法的谦抑性、补充性等基本理念。在其他法律、行政法规存在相关职业禁止规定时,刑法上的从业禁止不应“越俎代庖”。从理论上来说,有且仅有一种情形可以在其他法律、行政法规已经规定职业禁止的同时适用刑法上的从业禁止,即其他法律、行政法规中的职业禁止范围过窄或者期限过短,不足以满足预防再犯罪的需要,此时依据刑法规定适用从业禁止方符合必要性原则及刑法谦抑理念。<sup>[55]</sup>但无论如何,都不应以其他法律、行政法规中的职业禁止规定为依据,来宣告刑法上的从业禁止。

### (三)基于相当性原则的合宪性限缩

相当性原则要求从业禁止对行为人职业自由的限制范围与期限,不能超出以行为人社会危险性为根据的社会防卫(特殊预防)需要。据此,需要对我国《刑法》第37条之一第1款规定的从业禁止的限制范围“相关职业”与限制期限“三年至五年”之解释与适用,进行相应的合宪性限缩。

首先,从业禁止的期限应当符合相当性原则,即严格根据行为人的社会危险性大小来确定从业禁

[51] 同前注[7],武晓雯文。

[52] 同前注[18],张明楷书,第641~642页。

[53] 参见欧阳本祺:《我国刑法中的“从其规定”探究——以〈刑法〉第37条之一第3款的规定为分析对象》,《法商研究》2017年第3期。

[54] 同前注[7],闪辉文。

[55] 在这种情况下,如果行政机关也作出职业禁止决定,那么按照“一事不二罚”的原理,仅执行其中期限较长的(刑法上的从业禁止)即可。参见廖义男:《行政处罚法》,元照出版有限公司2007年版,第227页。

止的期限。社会危险性越大,预防再犯罪的需要相应越大,从业禁止的期限也就越长;反之亦然。由于我国刑法规定的从业禁止期限为3~5年,时间跨度不大,因而在一般案件中只要从严把握好从业禁止的适用条件,其期限并不会明显违背相当性原则。<sup>[56]</sup>但是,在共同犯罪案件中就应当特别注重不同犯罪人尤其是主从犯之间的从业禁止期限的均衡性问题,这同样是相当性原则的题中之义。当前,从业禁止在司法适用过程中表现出的突出问题之一,便是在共同犯罪案件中,对于所判刑罚轻重不同的犯罪人(甚至是主犯与从犯),都一律宣告相同期限和相关职业范围的从业禁止,没有予以合理的区别对待,这显然是有违相当性原则的。<sup>[57]</sup>

其次,禁止从事“相关职业”的范围也应当符合相当性原则。一方面,根据禁止过度负担的要求,从业禁止给公民职业自由权造成的损害不得大于其所追求的预防再犯罪的目的。换言之,禁止从事“相关职业”的范围应当与行为人的社会危险性相适应,其仅限于“可能导致相关犯罪的职业活动”<sup>[58]</sup>,而绝对不能超出预防再犯罪的需要随意扩张。在严格控制“相关职业”范围方面,德国的判例颇具启发性。<sup>[59]</sup>反观当前我国的司法实践,从业禁止的范围普遍存在过于宽泛的问题。比如,只要行为人构成生产、销售有毒、有害食品罪,生产、销售不符合安全标准的食品罪或者生产、销售假药罪等,就基本上一律禁止其从事所有食品或者药品的生产、销售及相关活动,而不论行为人具体从事的是何种食品、药品的生产、销售活动,也不论行为人的犯罪行为是否达到一定严重程度。更有甚者,直接判决“禁止自刑罚执行完毕之日起三年内从事相关职业”,而不明确“相关职业”的具体范围。<sup>[60]</sup>当然,也有少数判决严格将“相关职业”的范围限制在与行为人所利用的或者违背特定义务的职业紧密相关的范围之内,这种做法值得提倡。<sup>[61]</sup>总之,“相关职业”的范围存在最大边界,其不应超出预防行为人再犯相关犯罪(而非所有犯罪)的需要,不能给受处分人造成过度的负担。尤其是对于被判处管制、拘役或者短期有期徒刑(均为实刑)的犯罪人,不宜将“相关职业”的范围规定得过于宽泛,一般只需禁止从事其所利用的或者违背特定义务的职业即可。另一方面,根据利益大于损害的要求,从业禁止所追求的利益应当大于其给国家和社会带来的损失。这意味着,对从业禁止还需进行整体的利益衡量,只有利大于弊的时候其适用才是合比例的。据此,“相关职业”的范围不能对犯罪人的社会复归造成重大阻碍,否则,如果完全剥夺了行为人赖以生存和发展的谋生手段,那么反而有可能导致行为人再次走上犯罪道路,这明显与从业禁止的立法目的和所追求利益相冲突。此外,如果禁止行为人从事相关职业将会给国家和社会带来重大损失,那么基于功利性考量也不宜适用从业禁止。比如,行为人的知识、技能是相关职业领域内不可或缺、无法替代的重要资源,就不应当禁止其从事相关职业。

(责任编辑:于改之)

[56] 前文之所以强调刑事从业禁止之适用需对业已实施犯罪的严重性作一定要求,还因为从业禁止的最低期限为3年,只有将轻微犯罪排除在外,才能避免因被判处很轻的刑罚(甚至宣告缓刑)而承受较长期限的从业禁止的不合比例的处罚。

[57] 相关判例参见(2016)苏0681刑初255号刑事判决书。

[58] 同前注[7],刘夏文。

[59] 例如,如果一名教师因授课时猥亵男孩而被法院判处禁止执业,那么该保安处分措施禁止的只是该教师为男孩授课的资格,而不能当然剥夺其给女孩或者成年人授课的资格;如果一名医生仅针对女性患者实施性侵犯,那么就不能以此为由禁止其对男性患者进行诊疗。相关判例参见BGH 2 StR 13/95. BGH 3 StR 454/02。

[60] 相关判例可参见(2016)川1602刑初183号、(2016)冀1102刑初260号、(2016)川1602刑初165号、(2016)豫1628刑初187号、(2016)冀1102刑初621号等刑事判决书。

[61] 相关判例可参见(2015)临刑初字第144号、(2016)黔2725刑初30号、(2016)豫01刑初49号、(2016)湘1102刑初49号、(2016)陕0502刑初8号、(2016)豫0724刑初80号刑事判决书。