

犯罪化背景下犯罪附随后果的重构

徐久生, 师晓东

(中国政法大学刑事司法学院, 北京, 100088)

摘要:在我国刑事立法的犯罪化背景下, 如何应对犯罪附随后果带来的负面效应颇具研究价值。犯罪附随后果根据职业关联性和禁止期限两个标准设置, 在性质上属于保安处分。正当化根据在于预防行为人再犯和保障特定职业的利益。从业资格限制的度和范围应遵循比例原则之要求, 以此为审视标准, 犯罪附随后果过度压制公民的职业自由, 与微罪的匹配不均衡并且会产生新的社会问题, 这消解了犯罪化立法的积极功能。在犯罪附随后果的重构路径选择上, 应当回归其保安处分的性质。针对一般职业, 整合刑法内、外的从业禁止, 由此解决犯罪附随后果在职业关联性、禁止期限和司法性方面存在的问题, 以及消弭两种从业禁止的体系性冲突; 针对公职与公共服务职业, 构建类似“褫夺公职”的处分。

关键词: 犯罪化; 犯罪附随后果; 职业资格; 保安处分; 比例原则

中图分类号: DF611

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)06-0065-11

一、问题的提出

我国自1979年刑法颁布后便进入了犯罪化进程, 特别是晚近以来, 我国犯罪化的立法趋势明显。所谓犯罪化, “系指通过刑事立法手段或刑事法规的解释和适用, 将本来不属于犯罪的行为, 赋予刑罚的法律效果, 而成为刑事制裁的对象”^[1]。犯罪化的最直观结果就是犯罪圈扩大, 具体表现为新罪名的增设和既有罪名的入罪门槛降低。一方面, 罪名数目显著增加。1997年刑法之后的多次修正案不断增加新的罪名, 特别是刑法修正案(八)(九)(十)共计新增了28个罪名。另一方面, 有不少罪名的入罪门槛下调。例如, 盗窃罪中的入户盗窃、携带凶器盗窃和扒窃行为, 均不再要求达到“数额较大”的标准。尽管有学者对犯罪化立法提出社会治理“过度刑法化”的质疑^[2], 但是我国已经进入犯罪化进程是不争的事实。

我国的犯罪化立法符合当下社会发展的时代价值, 主要表现为: 其一, 限制行政权, 提升司法权。我国有大量的违法案件由行政机关处理(主要为公安机关), 缺乏司法程序的保障, 不符合刑事法治的发展

要求。行政权属于管理权, 不具有司法权的独立性, 应当将由行政机关管辖的违法行为犯罪化, 交由司法机关作出裁决^[3]。劳动教养制度被废除, 据称收容教育制度也将启动废止^[4], 说明行政权已经开始受到很大程度限制。其二, 保障被处罚者的权利。行政机关作出的处罚决定可以直接剥夺被处罚者的人身自由, 具有相当程度的严厉性, 且由行政机关独立作出决定并执行, 缺乏司法审查和制约机制, 导致被处罚者的包括辩护权在内的救济权得不到保障^[5]。换言之, 从程序正义的角度来看, 在决定作出时应当引入当事人参与机制和第三方中立机构的监督, 如此才能有效保障被处罚者的权利。而犯罪化可以使由行政机关处罚的事项纳入刑事司法程序, 使当事人的权利得以保障。其三, 积极参与社会治理。刑法应当顺应社会情势发展, 伴随着现代社会的风险提升, 刑法通过预防性的提前介入可以有效地防控社会风险^[6], 将一些严重违法行为犯罪化能够实现更有效的社会治理。

然而, 我们也需要警惕犯罪化立法带来的负面效应——犯罪附随后果^①。犯罪附随后果是指, “在刑事法律法规之外, 针对犯过罪或受过刑事处罚的人所创设的一种限制性处罚后果”^[7]。主要表现为法律规定的关于行为人职业资格的限制或者剥夺^②, 例如《公务

收稿日期: 2019-04-09; 修回日期: 2019-07-16

基金项目: 2018年度国家社科基金项目“犯罪分层背景下的犯罪附随后果研究”(18CFX040)

作者简介: 徐久生(1961—), 男, 江苏金坛人, 法学博士, 中国政法大学刑事司法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 外国刑法学; 师晓东(1989—), 男, 河北饶阳人, 中国政法大学刑事司法学院博士研究生, 主要研究方向: 刑法学, 联系邮箱: shixiaodong7367@126.com

员法》第24条规定,曾因犯罪受过刑事处罚的不得录用为公务员。我国法律、行政法规中关于犯罪附随后果的规定数量庞大,随着犯罪化进程的推进,此类规定产生的严重负面效应更加突显,甚至阻碍犯罪化功能的实现。如此来看,如何完善犯罪化进程中的犯罪附随后果是一个不可忽视的问题。

二、犯罪附随后果的现状考察与性质辨析

(一) 犯罪附随后果的类型

犯罪附随后果的内容主要是关于职业资格的限制,具体分成两种方式:一种是规定了从事某种职业的消极资格,例如行为人不得录用为公务员,也可称之为从业禁止;另一种是把犯了罪的人从职业队伍中清除的处罚,比如公务员犯罪的,给予开除处分。二者在内容上相互契合,属于一枚硬币的两面。为了研究与表述上的方便,本文主要以前者为研究对象,通过对现有禁止内容的详尽考察,发现从业禁止有以下几种类型:

第一,禁止从事公职,即剥夺其成为国家公职人员的资格,不得代表国家行使公共权力。例如,《公务员法》《法官法》《检察官法》《警察法》《驻外外交人员法》等均有相关规定。并且,禁止从事公职的标准设定较为严苛,只要是“曾因犯罪受过刑事处罚的”就不得担任。换言之,无论是故意犯罪还是过失犯罪都符合从业禁止的要求。

第二,禁止从事相关法律职业。例如,《律师法》《公证法》《拍卖法》《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》《企业破产法》等均对禁止从事相关法律职业的情形作出了规定。不过,关于禁止从业的范围不尽相同,有的要求故意犯罪的,不得担任法律职业,例如律师、拍卖师、破产企业的管理人;有的要求故意犯罪或者职务过失犯罪的,不得从事公证、司法鉴定、资产评估等业务。

第三,禁止从事公司、企业的管理职务。这类从业禁止主要集中于因相关业务犯罪被判处刑罚的人员。例如,《公司法》《保险法》规定:因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾五年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾五年的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。另外,商业银行的董事、

高级管理人员也存在类似的任职规定。

第四,禁止从事其他职业,包括注册会计师、注册建筑师、执业医师、教师、会计、导游等。不过,禁止从业的标准设定比较多元:有的对被判处何种刑罚存在要求,而对所犯何种罪名没有限制^⑧;有的对犯何种罪名没有要求但设置了恢复资格的期间^⑨;有的规定因与相应职务有关的犯罪被追究刑事责任的,终身不得从业^⑩。

(二) 犯罪附随后果的性质辨析

关于犯罪附随后果的性质,学界主要有三种不同的主张:一是资格刑说,即认为犯罪的附随后果属于游离于刑罚体系之外的资格刑或者准资格刑^[8];二是行政法后果说,主张犯罪附随后果具有行政责任的性质^[9],或者认为属于犯罪前科的“民法或行政法上的后果”^[10]或行政上的处分^[11];三是保安处分说,主张我国法律规定的禁止驾驶和剥夺职业或者营业资格等措施就属于保安处分^[12]。

首先,我们不能赞同资格刑的观点。资格刑属于刑罚种类之一,犯罪附随后果只是在内容上与资格刑相似,但是在本质上根本不是刑罚。因为根据罪刑法定原则之要求,刑罚只能由刑法予以规定,而设置从业禁止的规定恰恰是刑法之外的法律规范。因此,主张犯罪附随后果是资格刑的观点不太妥当。

其次,行政法后果说也行不通。其一,犯罪附随后果并非由行政机关决定。行政处罚或者行政处分的基本前提之一是决定权主体为行政机关。而犯罪附随后果一般是消极意义上的禁止性规定,源自法律规范。也就是说,“被判处过刑罚的人员只是不具备某种任职资格,例如法官资格,但相关机构并不会主动积极地去进行禁止的确认,而是在特定人员进行某种资格确认时,予以排除”^[13],不是行政机关有针对性作出的行政处罚或者处分。其二,犯罪附随后果的适用条件与行政处罚或者行政处分不同。行政处罚是行政主体对违反行政法规范的行政相对人所实施的一种行政制裁,行政处分是行政主体对其内部工作人员违反政纪而予以的惩戒^[14]。可见,行政处罚和行政处分的适用条件是行为人实施了违法行为,而犯罪附随后果针对的是公民曾因犯罪受过刑事处罚的身份状态,而不是违反行政法规的行为。因此,很难认为犯罪附随后果属于行政处罚或者行政处分。

最后,我们认为,犯罪附随后果具有保安处分的性质。其一,在功能上,犯罪附随后果具有保安处分

的功能。保安处分是指“以行为人之危险性为基础,而目的在于对该行为人之危险性为特别预防的国家处分”^[15]。设置犯罪附随后果的目的正是为了预防曾经实施相应犯罪的人再次利用职务或者职业上的便利实施违法犯罪行为,从而达到防卫社会的效果,与保安处分的功能不谋而合。

其二,在内容上,犯罪附随后果和刑法中从业禁止的内容类似。虽然我国刑法没有使用“保安处分”概念,但是越来越多的学者赞同我国刑法实质上规定了保安处分,《刑法修正案(九)》增设的从业禁止属于保安处分已经成为学界的基本共识。如此,犯罪附随后果的内容同样是从业禁止,理应具有保安处分的性质。

其三,保安处分既可以规定在刑法之中,也允许规定在刑法之外。例如,德国在刑法典中规定了禁止执业等保安处分,另外《联邦狩猎法》第41、42条规定了吊销狩猎证和禁止从事狩猎,《动物保护法》第20条规定了禁止饲养动物的保安处分^[16]。日本学者也承认刑法外的诸多法律规定的各种资格限制就是事实上的保安处分^[17]。我国台湾地区学者同样认为,台湾地区的“律师法”“会计法”等行政规定中的禁止执业具有“社会保安”的作用^[18]。因此,以犯罪附随后果没有规定在刑法中为理由反对属于保安处分的说法站不住脚。

其四,犯罪附随后果将行为人的危险性纳入考量范围。从多数规定来看,行为人因犯罪被判处刑罚方可产生犯罪附随后果,对因犯罪情节轻微而被定罪免刑或者不起诉的行为人不予适用。由此说明,在犯罪附随后果的适用上存在危险性程度的要求,尽管程度层次的划分不是很明显。这与保安处分的适用理念相契合。

三、犯罪附随后果的正当化根据

犯罪附随后果制度的设置具有一定的正当化根据。比照刑罚的正当化根据理论,我们大致认为,犯罪附随后果的正当化根据也就是其存在的合理依据。犯罪附随后果的正当化根据回答的问题是,作为不利后果的职业资格限制或者剥夺,为什么适用于犯过罪的人具有正当性?对犯过罪的人适用什么样的从业禁止才是正当的?基于保安处分的立场,犯罪附随后果

的核心目的是为了特殊预防^⑥，“是以行为人对将来的持续危险状态为条件的”^[19]，即防止犯过罪的人再次实施犯罪。

(一) 预防行为人再犯

首先,传统的刑罚制裁手段往往不能解决再犯问题。现代社会中的分工趋于细化,各种工作也朝着职业化的方向发展,大量利用职业便利条件实施的犯罪裹挟其中。这些行为人服刑之后复归社会,又有一部分人“重操旧业”。原因在于:一方面,虽然我国的刑罚制度中存在“根据行为人的个人情况,有针对性地规定和适用相应刑罚,以期预防犯罪的再次发生”^[20]的刑罚个别化制度,比如累犯、缓刑等,但更多是从一般化层面考虑某一类行为人的危险性高低,缺少对再犯可能性的具体预防,即根据行为人自身的人身危险性,有针对性地适用制裁措施。另一方面,利用职业便利实施犯罪的人往往借此谋生,并且对本职业的技能掌握得比较熟练,回归社会后转行从事其他职业的难度和成本较高,在“安于现状”的惰性心理指引下,导致“重操旧业”的可能性较大。而对于这种现象,传统刑罚手段没有应对之策,因此,有针对性地采取特殊预防措施显得尤为必要。

其次,从业禁止能够一定程度消解行为人的再犯可能性。根据情境犯罪学理论,不给犯罪提供机会,就是最好的犯罪预防措施^[21]。减少犯罪机会的技术手段之一是“进入控制”(access control),即阻止潜在的侵犯者进入办公区域、工厂、公寓等特定场所^[22]。禁止有犯罪记录者从事相关职业就是为了消除行为人再次犯罪所凭借的职业便利,不给予其再次利用职业、职务条件犯罪的机会。例如,《公司法》规定,因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾五年的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。不难发现,《公司法》中所列举的犯罪均属于贪利性犯罪,这类行为往往具有较强的贪利心理。犯罪社会学研究表明,“即使在微小的外界因素诱发下,根植于行为人性之中的、特有的本性会促使其犯罪”^[23]。如果允许其担任公司的董事、监事、高级管理人员,那么这种工作环境为其提供了犯罪机会,有可能会刺激其再犯,因而设置了附带五年考验期的从业禁止。近年来,刑事立法也逐渐重视适用从业禁止等非刑罚措施解决行为人的再犯可能性问题,先后增设了禁止令制度、从业禁止制度。尤其是刑法中的从业禁止制度具有重大

意义,通过剥夺职业资格,消除了“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”所凭借的职业条件,也随之消除了行为人在特定职业领域的潜在危险,从而预防其再次实施与职业相关犯罪的危险^[24]。当然,从业禁止适用的前提是行为人实施了和职业相关的犯罪行为表征其具有再犯可能性,那么二者之间是否具有一致性,则需要搭建起勾连二者的桥梁:人身危险性判断,在此意义上,应当“认真对待人身危险性评估”^[25]。

(二) 保障特定职业的利益

某些特定职业会涉及公权力的行使、公共利益的分配或者专业事务的公共服务等方面,为此法律有针对性地设置了任职资格标准,并在任职时通过政治思想、专业能力水平等方面的严格审查程序,从而保证特定职业的纯洁性和专业性。如果行为人实施犯罪行为、利用职业便利实施犯罪或者违背职业要求的特定义务构成犯罪的,那么说明行为人不具备职业要求的能力,或者是让曾经犯罪的人任职会对特定职业造成不利影响。

其一,维护公职的纯洁性和公信力。公务员代表国家机关依法履行公职,维护公共利益,一定程度上是国家机关的“代言人”。禁止犯了罪的人任职公务员是为了保证公务员职业的纯洁性,净化公务员队伍,保证公职的严肃性。正如有德国学者所言,剥夺公职的目的是“为了维护公职及其职能的声誉:这一声誉不应当因为他人的严重犯罪或带有政治色彩的犯罪被判刑后,仍占居行政机关或选举管理委员会中的有影响力的位子而受到危害”^[26]。诚然,不排除曾经犯罪的人同样具有较好品行的情况,但是只要其实施了犯罪行为即表明没有把规范认同内化于心,公职人员犯罪,不论何种情况都不利于公民对国家机关的信赖,归根到底会消减国家机关的公信力。另外,马克思主义法律观认为,犯罪是孤立的个人反对统治关系的斗争,在此种意义上,犯了罪的人也不符合我国公职人员的政治素养要求。

其二,保障提供专门技能服务职业的专业性。提供专门服务职业的立身之本是知识或者技能的专业性,如果实施的某些行为表征其明显不具有特定职业所要求的专业知识或者技能,那么应当禁止其执业。例如,律师职业的内容是提供专业的法律服务,除了熟练掌握相关法律知识外,还要具备法律职业伦理道德,而实施故意犯罪表明其属于“懂法者犯法”,内心

没有真正形成遵守法律规范的信仰,和律师职业的基本要求严重不符。此外,律师职业“面对着极为信任他们、与其形成托付关系的客户,这些客户缺乏判断自己所接受的服务是否称职和诚实的专业知识,最为关键的是,不诚实、不称职的执业行为将对客户的核心利益产生不利影响,甚至影响到他们的生计”^[24]。推而广之,医生、鉴定师、公证员等职业也是同样道理。可见,对这些特定职业的从业禁止是立足于“维护特定职业品性的客观需要”^[27]。

四、犯罪附随后果的价值审视

从整体上讲,我国推动犯罪化立法具有符合社会发展的时代价值。但是,由于犯罪附随后果制度在价值取向和内容设置方面存在缺陷,导致其在一定程度上消解了犯罪化立法的功能实现。

(一) 犯罪附随后果过度压制公民的职业自由

有学者针对公安机关处置治安案件的过程缺少当事人参与和第三方机构监督,当事人的权利得不到程序上的保障,从而提出“扩大犯罪圈,将原来由公安机关最终处置的部分治安案件提升为刑事案件,由中立的审判机关进行裁决,实际上是保护了公民的权利和自由”^[3]。的确,犯罪化以后处罚决定程序更加公开透明,当事人的救济权利也得到更好的保障。但是,从被处罚人的立场出发,实现保护目的离不开一个重要前提,那就是犯罪化之后除了程序权利得到保障外,其他方面的处遇应当和按照治安案件处理没有差别。遗憾的是,犯罪化虽然使行为人的救济权利保障水平得到一定程度的提升,但是却导致行为人丧失了更多权利,因为犯罪附随后果制度的存在,行为人的职业资格受到了诸多限制。

“所有的规则实际上都是相互冲突的期待与利益的一种混合的产物。”^[28]犯罪附随后果的目的是为了防止行为人再犯,以实现社会防卫,即以保护公共利益为理由,而“特别牺牲”行为人的个人权利,这涉及公共利益和个人权益的平衡问题。如果拿捏不好二者之间的平衡,必然会导致对行为人基本权利的侵蚀。目前我国犯罪附随后果的制度设计在价值平衡方面存在一些需要检讨之处,主要表现在从业禁止的期限、与之前犯罪的关联性两个方面。

第一,从业禁止的期限过长。从业禁止的期限应当和行为人之前实施犯罪的严重程度以及表征出来的

人身危险性相适应,达到禁止的期限适度。“既不要因为从业禁止期限过短而失去预防再犯的作用,也不要因为适用从业禁止时间过长而对行为人造成不应有的影响。”^[29]事实上,一些职业只要涉及特定犯罪便终身禁止从业,不甚合理。一方面,有些行为人受刑罚处罚后没有人身危险性的情况是客观存在的,如果终身不允许其从事某项工作,和保安处分的性质不符。一概终身禁止,制度设计上有简单粗暴之嫌。另一方面,从体系性的角度考虑,有些终身禁止的期限实属过长。例如,《会计法》规定几种行为人终身不得从事会计工作,而与之性质类似的其他职业却并非如此。比如《资产评估法》规定,自刑罚执行完毕之日起五年内不得从事评估业务,《注册会计师法》规定的从业禁止期限也是五年。资产评估工作、注册会计师工作和会计工作基本属于同种性质的工作,但会计工作的从业禁止期限却为终身,此处欠缺足以令人信服的理由。此外,与《刑法》第37条之一中三至五年的从业禁止期限横向比较,也不难发现这类终身从业禁止的规定明显不协调。

第二,从业禁止的原因是行为缺少职业关联性。限制性法律所采取的措施与所欲达到的目的之间具有合理的因果联系,即该措施能够合理地实现法律目的。如果限制权利的手段与达到的目的根本没有联系,则不符合适当性要求,甚至是违宪的^[30]。犯罪附随后果的手段是限制公民的职业资格,也理应符合适当性的要求。设立该制度的目的是为了预防曾经犯罪的人再次实施和某职业相关的犯罪,而采取特殊预防的必要条件是行为人有再次利用职业便利犯罪的危险。所以,预防的手段应当考虑如何降低行为人的再犯危险。再犯危险不能凭空判断,只能以其之前实施的犯罪行为作为判断标准,即利用职业便利条件,或者实施了与职业相关的犯罪。例如,《刑法》第37条之一规定的从业禁止适用条件要求“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”,就很好地体现了职业关联性。然而,我国的犯罪附随后果制度“在限制或者剥夺的时候很少从职业内在需求加以规范,而限制几乎所有有前科的公民”^[31],职业关联性的要求没有得到良好的贯彻。一方面,部分业务性岗位只要行为人因犯罪被刑事处罚就不得从事。例如,注册会计师、注册建筑师、执业医师、证券公司风险工作人员等职业凡是“因犯罪受过刑事处罚的”便不能任职。但是行为人之前犯罪并不一定影响其实质的任职

能力,比如犯了危险驾驶罪,不能说影响了其担任导游的能力。另一方面,虽然有些从业禁止的条件限于特定罪名,实际上也不符合职业关联性的要求。例如,犯贪污、贿赂、侵占财产等罪被判处刑罚,执行期满未逾五年的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。但是,即使实施了上述犯罪,也不能说明行为人是利用了自身的职务或职业。总之,当前大部分从业禁止的条件缺乏职业关联性,不能表征行为人具有利用职业、职务再次犯罪的危险。也可以说,采取这样的手段与特殊预防目的之间缺少适当性。

其实,职业自由本质上属于我国《宪法》第42条规定的劳动权这一公民基本权利的具体内容。不可否认,法律允许对公民的基本权利作出一定限制,但是需要具备正当理由,即特殊情况下出于保护公共利益的目的。为此,德国联邦宪法法院提出了“三阶层”分析模型来权衡职业自由与公共利益的比例原则,即第一阶层:为了公共利益,立法者可以对从业行为进行规范^⑦;第二阶层:只有为了重大公共利益,立法者才可以对职业准入设定主观标准^⑧;第三阶层:只有为了非常重大公共利益,立法者才可以对职业准入设定客观标准,因为个人是无法改变客观标准的,对公民的职业自由限制最大^[32]。具体到犯罪附随后果中,既存的犯罪记录是行为人无法改变的客观事实,属于上述第三阶层的为职业资格设定了客观条件,但是对职业资格限制的范围之广、期限之长,很难说全部出于非常重大的公共利益。因此,当前犯罪附随后果对职业资格的限制不符合比例原则之要求,属于对公民权利的不当压制。

(二) 与微罪的匹配不符合比例原则

我国犯罪化在当前以及未来一段时期的主要任务是增设一些微罪^⑨,这符合我国社会发展的“规范供给”需求。其一,后劳教时代的刑法供给。劳动教养被废止后,原本应当受到劳动教养处罚的行为如何处置成为一个需要妥善解决的问题。学界的基本共识是对原先由劳动教养制度规制的行为分流处理,即“部分具有‘社会危害性质,不够刑事处分’的行为纳入到轻罪的调整范围,而将卖淫、嫖娼行为等纳入到行政处罚的范畴”^[33]。被分流到犯罪圈中的行为被判处的刑罚应当是所有犯罪中最轻的,如此方能和其社会危害性相当。其二,刑法现代化的必然要求。储槐植教授指出,刑法现代化,实质是刑法结构现代化。在我国刑法现代化就是刑法结构由“厉而不严”走向“严而

不厉”^[34]。刑法从“不严”转变到“严”主要是将没有入罪的危害行为予以犯罪化,其中最主要的就是一些微罪。晚近的刑事立法确实增设了不少微罪,比如危险驾驶罪、替考罪、使用虚假身份证件罪、拒不履行网络安全管理义务罪等犯罪均属于微罪。

但是,目前犯罪附随后果制度与微罪的匹配有失均衡,不符合比例原则的要求。比例原则是指保安处分限制或剥夺受处分人的自由或者权利的程度,与其所欲达成的目的之间必须具有相当比例关系,“简言之,刑法使用的手段与其所要达成的目的必须相当,杀鸡不可用牛刀,打小鸟也用不着轰大炮”^[35]。关于保安处分的限度,《德国刑法典》第62条也作了明确的规定:“如判处矫正与保安处分与行为人行为的严重性、将要实施的行为以及由行为人所引起的危险程度不相适应,不得判处。”^[36]按理来说,行为人的的人身危险性程度有高低之分,那么犯罪附随后果也应当存在轻重之别,但是笔者发现,无论是微罪、过失犯罪还是重罪的犯罪附随后果几乎不存在差别。可是,微罪与重罪行为人的的人身危险性当然不可等同视之,二者相对应的保安处分也不能是同等程度。另外,虽说犯罪附随后果不是刑罚,但是不可否认其同样给人造成痛苦,甚至从某种程度上讲,犯罪附随后果产生的痛苦丝毫不逊色于微罪的刑罚。以危险驾驶罪为例,其最高法定刑为拘役,但会导致剥夺公职,这对行为人来讲,剥夺公职的痛苦必然远超过拘役的刑罚。对此,有学者指出,由于触犯与公务员职责权力并无关联的微罪(比如危险驾驶罪)而被开除公职,受到了过于严厉的、比刑罚处罚后果还严重的惩罚。要确保立法上的犯罪化思路得到贯彻,必须将犯罪的附随性惩罚措施的严厉性降下来^[5]。如果犯罪附随后果不符合比例原则的状况得不到改善的话,犯罪化的进程反而会扩大“犯罪标签效应”的副作用。日本刑法学界也在反思资格限制的严重性问题,认为对判处缓刑执行者一律限制资格,有过严之虞。对此,《日本修改刑法草案》第70条规定:“法院判处缓刑行刑的场合,在认为有必要时,对判刑的人可以宣告排除有关限制人的资格的法令适用。”^{[21](158)}

(三) 犯罪附随后果会产生新的社会问题

犯罪化立法具备的一项重要机能便是积极参与社会治理,促进社会治理的现代化。有学者指出,刑法修正是基于恐怖主义给公共安全造成的严峻挑战、科技发展带来的社会冲击、诚信缺失等社会形势的客观

认识,是对“改进社会治理方式”任务部署的积极回应^[37]。我国正处于社会转型时期,社会生活的危险性、复杂性,社会成员的陌生程度、对经济利益的追求都在增加,个人的不安感强烈,要求刑法更广泛地介入社会生活,处罚早期化、处罚范围扩大化也理所应当^[38]。不可否认,鉴于刑罚手段的严厉性,对社会问题的治理取得了显著效果。

但是,不能简单地认为犯罪化之后社会问题便得到了圆满解决,因为犯罪附随后果制度会使犯罪化立法产生社会“后遗症”。

第一,犯罪附随后果制度会对有犯罪记录者产生职业隔离。大量从业禁止规定的存在,无异于在社会和有犯罪记录者之间筑起了一道无形的“篱笆”。因为一旦存在犯罪记录,有前科的公民就几乎被剥夺了从事绝大多数在普通民众看来有前途的、理想的职业,大多集中在一些技术含量不高、工作环境差、待遇不高的职业或者政府提供的公益性就业岗位,从而形成严重的职业隔离^[39]。

第二,有侵犯公民平等权之虞,容易让人心生不满。犯罪附随后果中很多属于以形式标准规定,即只要有犯罪记录就不能从事相关职业,而不实质考查有犯罪记录者的任职能力。实际上,公民犯罪的原因多种多样,有的人即使犯了罪,也不代表他十恶不赦、是社会中的“坏人”。以此为标准判断职业资格是理论上的“嫌疑分类”,属于差别对待^[40]。此外,犯罪附随后果中之不合理规定对行为人的职业资格产生了重大不利影响。虽然犯罪化可以保障当事人的程序权利,但是如果不修正犯罪附随后果的内容,那么对当事人而言就是“刚出狼窝,又入虎口”。倘若是这样,说不定当事人宁愿按照治安案件接受处罚,哪怕丧失程序上的权利保障,也不愿意接受犯罪化后职业资格上的不利后果。

第三,有犯罪记录的群体数目庞大,是社会治理中不可忽视的因素。最高人民法院工作报告的统计数据显示,2008年至2012年,各级法院依法判处罪犯523.5万人,2013年到2017年依法判处罪犯607万人,并且自2012年以来,每年判决人数显著增加(2011年为105.1万,2018年增长到142.9万)。可见在犯罪化的背景下,越来越多的公民受到犯罪附随后果制度的影响。“职业是一个人与社会发生关系的起点……借由工作赚取生活的必要费用,借由工作获得肯定自我的机会。一旦丧失了工作的机会,也丧失了再次复归社

会的可能、安身立命的基础。”^[41]如此庞大数目的群体倘若被推向社会的对立面, 会成为社会治理中的一个重大隐患。

五、犯罪附随后果重构路径的选择

(一) 犯罪附随后果的既有完善路径与评析

关于如何完善犯罪附随后果制度, 学者们提出的解决路径大致可以分为两种: 路径一是构建个性化的前科消灭制度。即在犯罪附随后果制度的执行过程中引入个性化设置, 根据“轻轻重重”的原则, 对在释放后一段时间内符合相应条件的行为人给予消灭前科记录的奖励^[42]。也有学者侧重从犯罪记录查询的角度构建前科消灭制度, 即经过一段期限, 行为人在查询自身的犯罪记录时, 犯罪记录报告中不予以记载, 此时行为人可以持无犯罪记录报告工作、学习, 以利于行为人回归社会, 保障犯罪记录人的权益^[43]。还有学者主张参照法国的做法构建国家犯罪记录系统, 即把犯罪记录表按级别分成三类: 1 号表记录了所有的判决裁定, 仅提供给司法机关; 2 号表记录了大部分的判决, 仅提供给有关行政机关; 3 号表记录了重罪和轻罪的判决, 仅根据当事人申请而提供给本人^[44]。

路径二是把犯罪附随后果整合提升为刑罚。具体做法为“在我国的刑罚体系中增设禁止从事特定职业或活动为内容的资格刑。在刑法分则中, 在行为人利用特定职业实施犯罪的具体条款中增设可附加或独立适应禁止从事特定职业或活动”^[7]。

我们认为, 路径一的方法治标不治本。主张路径一的学者敏锐地发现是犯罪记录导致了犯罪附随后果的产生, 于是便从犯罪记录制度的完善方面着手。但是, 更深层的原因在于犯罪附随后果规定的不合理性, 比如终身性的从业禁止, 而这种不合理的规定并不会因为前科消灭就归于无效, 这种犯罪附随后果“就在那里, 不增不减”。换言之, 构建前科消灭制度与完善不合理的犯罪附随后果是两回事。这种措施的价值主要在于, 为了避免对行为人产生法律规范外的“污名化”评价, 对于完善犯罪附随后果制度意义不大。

路径二的解决办法也并不彻底。该做法的优势在于抓住了问题的关键, 即犯罪附随后果制度本身存在不合理之处。路径二试图通过将其整合为刑罚体系中的资格刑是“对症下药”的解决措施。但是, 将犯罪附随后果整合为资格刑, 存在对犯罪附随后果的性质

的认识误区。保安处分与刑罚虽然在一定程度上可以互通, 但是二者的价值取向还是存在明显差异的。犯罪附随后果中从业禁止的“出发点和最终目的是与行为人在特定领域的危险性作斗争, 或者说是消除将职业充当犯罪的条件”, 从而预防再犯。在适用程序上, “法院要根据行为人迄今为止的行为及其事后态度, 对其再犯可能性作出预测, 如果认为行为人极有可能继续实施与其职业或营业有关的犯罪行为, 法院才可以科处禁止执业处分”^[45]。这与刑罚的目的以及适用程序均存在重大差异。总之, 将其整合为刑罚与自身的保安处分性质不符, 《刑法》第 37 条之一将从业禁止规定在刑罚体系之外, 恰恰说明了这一点。

因此, 应当按照保安处分的性质对犯罪附随后果予以重构。

(二) 基本主张: 回归保安处分之属性

犯罪附随后果的不合理之处一方面是从业禁止的终身期限、犯罪与禁止职业之间缺乏关联性, 另一方面是轻微罪的从业禁止后果与其人身危险性不相当, 这些均与其保安处分的性质格格不入。所以, 犯罪附随后果之重构应当回归保安处分的性质, 在此指导思想下朝着以下方向努力:

1. 整合刑法内、外的从业禁止制度

前文已述, 犯罪附随后果本质上属于保安处分措施, 而当前犯罪附随后果存在的问题恰恰源于其背离了保安处分的属性。由此推知, 解决问题的路径便是以保安处分的基本特征作为标准予以重构。

首先, 犯罪附随后果应以人身危险性为基础。保安处分的目的是通过剥夺或限制自由的手段, 消除行为人在自由状态下实施违法犯罪行为的现实危险性, 因此, 人身危险性是科处保安处分的前提条件之一^[46]。但是, 人身危险性需要具体地、客观地予以判断。“只有当所实施的犯罪行为能够说明行为人有再犯罪或实施严重违法行为的危险时, 才适用保安处分。”^[47]

具体到犯罪附随后果中, 人身危险性的标准体现在行为人利用职务或职业便利实施了犯罪。“禁止执业处分的目的, 是与行为人在特定领域的危险性作斗争, 这里涉及与被判刑人营业或职业活动有关的犯罪行为的预防问题。”^{[26](117)}如果行为人并不是利用其自身的职业、职务条件实施犯罪, 则缺少客观依据证明行为人具有再次犯罪从而危害相关职务、职业利益的危险。因此, 限制职业资格的前提条件之一是行为人利用职

务、职业便利实施了犯罪行为。以此为标准,应当摒弃犯罪附随后果中形式化的适用条件,而换以行为人是否利用职务、职业便利实施犯罪的实质性判断标准。例如,《会计法》第40条规定,实施“与会计职务有关的违法行为被依法追究刑事责任的人员,不得再从事会计工作”,这一条款恰当地体现了职业关联性的要求。

其次,犯罪附随后果应当符合相当性原则。相当性原则是保安处分的基本原则之一。在犯罪附随后果中相当性原则涉及如下两点内容:

其一,降低微罪的犯罪附随后果。鉴于微罪的犯罪附随后果重于被判处刑罚,所以,优化微罪的犯罪附随后果势在必行。对此,本文的基本思路是提高适用从业禁止的刑罚阈值。域外国家或地区的立法例可以作为参照。例如,德国的褫夺公权以一年自由刑为界^⑧;意大利则以三年有期徒刑为界^⑨。我们认为,公职人员触犯微罪的予以开除公职处分,但不禁止刑期届满后的重新录用资格。一方面,由于行为人受刑事追诉或者服刑期间失去人身自由,客观上不能依法履行公职,可以保留“因犯罪受刑事处罚的,给予开除公职处分”之规定。另一方面,犯微罪者不适用终身剥夺公职资格之规定。不过需要注意的是,倘若行为人所犯的微罪与被禁止的职业资格具有关联性,则不能排除犯罪附随后果的适用。比如,行为人犯危险驾驶罪的,可以适用吊销驾驶证的资格限制。

其二,设置合理的禁止期限。当前犯罪附随后果中极为不合理之处在于终身性从业禁止之规定,与相当性原则相悖。综观法律中从业禁止之期限,多数设置为五年禁止期限,也有部分规定为二年。我们认为,一般职业资格的禁止期限可以借鉴《刑法》第37条之一规定的三至五年的规定。不过,鉴于公共职务的特殊性,可以设置终身性的禁止期限作为例外。

最后,提升适用程序上的司法性。为了保障行为人的权利,作为剥夺或限制其基本权利的保安处分,在适用程序上应当具有司法性,即由人民法院作出,并赋予行为人相应的救济途径。值得一提的是,我国刑事立法部门已经意识到保安处分的司法适用问题,并作出了相应的立法改进工作。例如,现行《刑事诉讼法》设置了不负刑事责任的精神病人强制医疗程序,保证了强制医疗措施的司法性。但是,犯罪附随后果中限制从业的适用还没有纳入司法程序,哪个机构负责实施也没有法律明确规定,并且有的限制从业甚至

是由“条例”“行业规定”等规范性文件予以规定,实属不当。因此,应当纳入法院的司法权限范围内,这既有益于行为人的权利保护,也符合国际通行的法治原则。

实际上,《刑法》第37条之一规定的刑事“从业禁止”为重构犯罪附随后果提供了绝佳的契机。回顾本文上述三点重构的基本思路,再与刑法规定的从业禁止相互对比,不难发现,二者在所有适用思路上基本吻合。倘若其他法律没有犯罪附随后果的特殊规定,法院完全可以依据《刑法》第37条之一宣告相应的从业禁止决定。因此,将刑法内、外的从业禁止制度予以整合具备充分的可行性。

不仅如此,将二者整合还可以解决从业禁止制度体系上的不协调性。《刑法》第37条之一第3款规定:“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的,从其规定。”此处涉及刑法内、外两种从业禁止的关系。问题的关键是如何理解该条款,特别是“从其规定”的含义。其实,不外乎两种解释:一是法院对此不予处理,由其他机关予以适用;二是法院对此可以决定适用从业禁止,只是决定的法律依据“从其规定”。但是,无论采取哪种解释均存在明显的不协调后果。

采用第一种解释会导致违反从业禁止的法律后果在体系上不协调,即严重违反法院关于从业禁止决定的,成立拒不执行判决、裁定罪,而严重违反其他法律、行政法规规定的从业禁止,则不能构成拒不执行判决、裁定罪,但是后者的从业禁止原本最具有必要性,此种结果显然不公平、不协调^[48]。因此,部分学者主张采取第二种解释,由人民法院“按照其他法律、行政法规规定的条件与期限,宣告从业禁止”^[49]。

但是,采取第二种解释则会导致与法律规范的冲突。考虑到从业禁止的必要性原则,采取第二种解释的学者往往主张人民法院“在必要的时候”,“可以”按照其他法律规定的条件、期限适用从业禁止^[50]。但是,犯罪附随后果之规定没有任何裁量的余地,只要构成相应犯罪就无一例外地适用从业禁止。换言之,此种规定属于强制性法律规范,而采取第二种解释则为其注入了裁量因素,使其变更为任意性法律规范,和法律规范存在明显冲突。

可见,无论采取何种解释均无法妥善处理刑法内、外从业禁止的关系问题,唯一可能的路径就是将刑法外的从业禁止(犯罪附随后果)整合纳入刑法中的从业

禁止制度。

2. 公共职务、职业的从业资格限制作为例外

原则上, 从业禁止的期限不应过长, 并且具有职业关联性。但是, 鉴于公共职务、职业的特殊性, 可以设置终身性或者没有职业关联性的从业禁止作为例外。一是公职人员的任职条件。出于维护公职人员纯洁性的目的, 对行为人实施终身性和没有关联性从业禁止可以接受^[9]。对此, 大谷实教授曾经指出, 对因犯盗窃罪的法官剥夺其法官地位, 恐怕没有人会提出异议, 因为对执法犯法者的谴责并不是仅仅对其处以徒刑所能了事的, 所以, 应当认可在一定范围内限制资格^{[21](158)}。美国马萨诸塞州法院认为, 警局不录用具有重罪前科者是有妥当理由的政策决定, 因为曾经犯下重罪者, 很可能缺乏担任警察这项工作所需的自制力及诚实特质^[41]。反对者或许会说, 有不少国家褫夺公职并非终身, 而是在一定期限内禁止, 比如德国、意大利, 为何我国就要与众不同? 对此, 不得不承认的是, 公职人员的任用是一国政治制度的重要组成部分, 各国的政治制度具有较大差异, 典型属于昂格尔所说的“地方性知识”。我国政治制度与其他国家不同, 公职人员任用条件存在差异在所难免。此外, 需要考量我国一般民众的接受程度, 允许有严重犯罪记录者获得“令人羡慕”的公职, 一般人很难接受。二是相关公共服务职业。此处的公共服务职业是指接受公众的委托办理业务, 或者面向公众提供专业服务等行业, 包括法律职业(律师、公证员等)、金融职业、教育职业等。以律师为例, 禁止有犯罪记录者从业可以保证法律职业的严肃性和专业性, 实施故意犯罪表明其故意违反法律规范, 内心没有形成真正的规范确信, 如果允许其从事法律职业会有损法律职业的神圣与严肃性, 为了整个法律职业和当事人的利益可以终身禁止其从业, 并且不限于和法律职业相关的故意犯罪。其他公共行业同样如此, “一个不诚实的人(例如, 因盗窃而被判刑的人)在从事银行业或保险业活动时, 有可能进行贪污、舞弊……对这些行为, 人们有所担心是完全有理由的”^[51]。例如, 滴滴顺风车性侵案件的统计数据显示, 部分作案司机具有侵犯人身犯罪记录^[52], 由此来看, 确实有必要限制有犯罪记录者从事公共服务。

具体到纳入刑法规定中的路径, 我们建议借鉴国外“褫夺公职”制度, 将现行剥夺政治权利附加刑中关于禁止担任国家机关职务、国有单位领导职务的内

容抽出, 和禁止从事公共服务职业的犯罪附随后果融为一体, 重构为“剥夺公共职务、职业”的保安处分措施, 由人民法院予以决定。不过需要注意的是, 考虑到此种犯罪附随后果的严厉性, 应当对判处刑罚的程度有所限制, 我们主张对微罪、过失犯罪以及被判处缓刑的行为人不予适用此类资格限制。

六、结论

我国《宪法》第33条规定, “国家尊重和保障人权”。但是, 对基本人权的保障不能停留在宪法的原则性规定中, 下位法设置的具体制度应当致力于实现这一宪法基本原则。在犯罪化的背景下, 犯罪附随后果的负面效应凸显出来, 包括过度压制行为人的职业自由、和微罪不成比例等问题。总体来讲, 犯罪附随后果作为保安处分措施, 在设立上具有正当化根据, 但是对于不合理的终身性或没有关联性的从业禁止应当本着尊重人权的原则予以重构, 我们选择的路径是将其与《刑法》第37条之一规定的从业禁止整合为一体, 对具有特殊性的公职或者公共职业, 设置类似于“褫夺公职”的专门措施。

注释:

- ① 关于本文研究对象如何表述的问题, 有学者采用“刑罚附随后果”的表述(参见付强:《论犯罪行为的刑罚附随后果》, 载《法学杂志》2015年第7期, 第105页; 刘仁文:《立足社会变迁解决刑法发展瓶颈问题》, 载《检察日报》2018年12月17日第3版; 王瑞君:《我国刑罚附随后果制度的完善》, 载《政治与法律》2018年第8期, 第92页), 也有学者青睐“犯罪附随后果”之概念(参见伍开春:《论犯罪的附随后果》, 西南政法大学2010年硕士学位论文; 付强、符洪雪:《优化我国犯罪附随后果制度的几点建议》, 载《人民检察》2015年第20期, 第76-77页; 周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》, 载《法学研究》2016年第4期, 第39页; 李正山:《我国犯罪附随后果之职业限制的缺陷及因应》, 载《公民与法》2016年第5期, 第26页; 黄云波:《微罪犯罪附随后果有待科学优化》, 载《检察日报》2017年7月12日第3版)。其实, 多数规定“因犯罪受过刑事处罚的”才产生这些附随后果, 在此意义上采用“刑罚附随后果”似乎更合适。但是, 有些规定只要被追究刑事责任即可, 例如, 《道路交通安全法》第91条规定, 醉酒驾驶机动车的, 依法追究刑事责任, 五年内不得重新取得机动车驾驶证。而“刑罚附随后果”不能包含这种情况。因此, 为了表述的周延性, 本文采用“犯罪附随后果”的表述方式。

- ② 当然,在社会生活交往中(比如婚恋关系等),人们也往往会对曾经犯罪的人作出“污名化”的负面评价,但是这些都属于法律规定之外的评价,即“非正式”或者“规范外”的评价。不过,本文研究的犯罪附随后果只限于“正式”的评价,即有法律法规明文规定的对曾经犯罪之人的职业资格的限制或剥夺。从内容上来看,其与《刑法》第37条之一规定的刑事从业禁止内容类似,所以文中有几处使用了“从业禁止”的表述,但不同于刑法中的从业禁止,敬请读者注意区分。
- ③ 《教师法》第14条规定:“受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的,不能取得教师资格。”
- ④ 《注册会计师法》第10条、《注册建筑师条例》第13条规定:“因受刑事处罚,自刑罚执行完毕之日起至申请注册之日止不满五年的”不予注册;《执业医师法》第15条规定,因受刑事处罚,自刑罚执行完毕之日起至申请注册之日止不满二年的,不予注册。
- ⑤ 《会计法》第40条规定:“因有提供虚假财务会计报告,做假账,隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告,贪污,挪用公款,职务侵占等与会计职务有关的违法行为被依法追究刑事责任的人员,不得再从事会计工作。”
- ⑥ 当然,从业禁止、吊销驾驶执照等保安处分也可能有一般预防的威吓效果,比如当事人往往将此认为是处罚,但是这不能改变其预防犯罪之目的。
- ⑦ “对从业行为进行规范”是指对从事某职业的活动方式进行调整,不会对职业的选择产生影响,因为其已经在从事有关职业。
- ⑧ “对职业准入设定主观标准”指个人努力之后有可能达到的要求,例如相应的理论知识与实践能力。
- ⑨ 微罪就是比较轻的处罚还要轻的犯罪,一般是指“可处拘役或以下之刑的罪”。(参见储槐植:《解构轻罪罪案,推出‘微罪’概念》,载《检察日报》2011年10月13日第3版。)
- ⑩ 《德国刑法典》第45条规定:“因犯重罪被判处1年以上自由刑的,丧失为期5年的担任公职的资格和从公开选举中取得权利资格。”
- ⑪ 《意大利刑法典》第29条第1款规定:“判处无期徒刑和5年以上有期徒刑意味着对判刑人褫夺公职终身;判处3年以上有期徒刑意味着褫夺公职5年。”
- ⑫ 虽然有些国家和地区的法律法规可能与此不同,比如我国台湾地区的“公务人员考试法”第7条规定,曾犯内乱罪、外患罪经判刑确定的;曾服公务有贪污行为经判刑确定的,不得应考。可以发现我国台湾地区限制的范围比较窄。但是,各个国家和地区的情况确有不同,民众对公务人员的廉洁要求也存在较大差异,需要辩证地看待此种问题。
- [4] 孟亚旭. 收容教育制度有望被废止[EB/OL]. (2018-12-26) [2019-03-07]. 搜狐网. http://www.sohu.com/a/284526639_255783.
- [5] 周光权. 积极刑法立法观在中国的确立[J]. 法学研究, 2016(4): 23-40.
- [6] 付立庆. 论积极主义刑法观[J]. 政法论坛, 2019(1): 99-111.
- [7] 付强. 论犯罪行为的刑罚附随后果[J]. 法学杂志, 2015(7): 105-111.
- [8] 李荣. 我国刑罚体系外资格刑的整合[J]. 法学论坛, 2007(2): 66-70.
- [9] 徐安住. 犯罪行为的附随法律责任初探[J]. 求索, 2008(1): 109-111.
- [10] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 709.
- [11] 前田雅英. 刑法总论讲义[M]. 曾文科, 译. 北京: 北京大学出版社, 2017: 362.
- [12] 侯保田. 我国现行法中的保安处分[J]. 法律科学, 1994(4): 41-47.
- [13] 林维. 刑法中从业禁止研究[J]. 江西警察学院学报, 2016(1): 5-9.
- [14] 方世荣. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 209-210.
- [15] 陈子平. 刑法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 539.
- [16] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 刑法总论教科书[M]. 蔡桂生, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015: 21.
- [17] 上田宽. 犯罪学[M]. 戴波, 李世阳, 译. 北京: 商务印书馆, 2016: 168.
- [18] 苏俊雄. 保安处分制度及其检讨[C]// 刑法七十年回顾与展望纪念论文集(二). 台北: 元照出版公司, 2000: 103-158.
- [19] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论: 第1卷[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 3.
- [20] 曲新久. 刑法的精神与范畴[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 509.
- [21] 大谷实. 刑事政策学: 新版[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 57.
- [22] CLARKE R V. Situational crime prevention[J]. Crime and Justice, 1995(19): 91-150.
- [23] 李斯特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 12.
- [24] 叶良芳, 应家赞. 论有前科者从业禁止及其适用[J]. 华北水利水电大学学报(社会科学版), 2015(4): 8-16.
- [25] 陈伟. 认真对待人身危险性评估[J]. 比较法研究, 2014(5): 59-72.
- [26] 汉斯·海因里希·耶赛克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017: 1063.
- [27] 吴宗宪. 中国刑罚改革论[M]. 北京: 北京师范大学出版社, 2011: 174.
- [28] 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 192.
- [29] 陈安庆. 单位适用从业禁止问题研究[J]. 政法与法律, 2017(4): 184-192.

参考文献:

- [1] 许福生. 刑事政策学[M]. 北京: 中国民主与法制出版社, 2006: 70.
- [2] 何荣功. 社会治理“过度刑法化”的法哲学批判[J]. 中外法学, 2015(2): 523-547.
- [3] 卢建平, 刘传稿. 法治语境下犯罪化的未来趋势[J]. 政治与法律, 2017(4): 36-53.

- [30] 范进学. 论宪法比例原则[J]. 比较法研究, 2018(5): 106-119.
- [31] 王彬. 我国限制有前科公民就业资格的立法例考察——以就业歧视为视角[J]. 法学, 2009(10): 37-50.
- [32] 张翔. 德国宪法案例选释(第1辑 基本权利总论)[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 58-65.
- [33] 梅传强. 论“后劳教时代”我国轻罪制度的建构[J]. 现代法学, 2014(2): 30-41.
- [34] 储槐植. 刑事“三化”述要[J]. 中国检察官, 2018(1): 4-6.
- [35] 林山田. 刑法通论: 上册[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 51.
- [36] 德国刑法典(2002年修订)[Z]. 徐久生, 庄敬华, 译. 北京: 中国方正出版社, 2004: 27.
- [37] 高铭喧, 李彦峰. 《刑法修正案(九)》立法理念探寻与评析[J]. 法治研究, 2016(2): 34-45.
- [38] 周光权. 转型时期刑法立法的思路与方法[J]. 中国社会科学, 2016(3): 123-146.
- [39] 王彬. 刑释解教公民平等就业权保障状况考察——以上海市为例[J]. 法学, 2008(2): 102-109.
- [40] 薛华勇. 美国平等权审查框架下的“嫌疑分类”问题研究[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2016(5): 83-88.
- [41] 田仁杰. “具有犯罪前科者”之群体的平等权保障[J]. 宪政时代, 2006(1): 71-106.
- [42] 付强, 符洪雪. 优化我国犯罪附随后果制度的几点建议[J]. 人民检察, 2015(20): 76-77.
- [43] 于志刚. 关于建立国家犯罪记录数据库和查询制度的建议[J]. 犯罪研究, 2016(3): 3-9.
- [44] 卢建平. 犯罪门槛下降及其对刑法体系的挑战[J]. 法学评论, 2014(6): 67-76.
- [45] 徐久生. 德语国家的保安处分制度[J]. 中国监狱学刊, 2007(4): 37-44.
- [46] 徐久生. 保安处分新论[M]. 北京: 中国方正出版社, 2006: 39.
- [47] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 435.
- [48] 武晓雯. 论《刑法修正案(九)》关于职业禁止的规定[J]. 政治与法律, 2016(2): 29-41.
- [49] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 642.
- [50] 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[J]. 法商研究, 2017(3): 104-112.
- [51] 卡斯东·斯特法尼. 法国刑法总论精义[M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 506.
- [52] 罗欢欢. 又一起顺风车遇害案, 四年50起性侵犯案例, 滴滴如何整改[EB/OL]. (2018-08-25)[2019-06-02]. 南方周末. <http://www.infzm.com/content/138782>.

Reconstruction of the collateral consequences of crime under the background of criminalization

XU Jiusheng, SHI Xiaodong

(School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing100088, China)

Abstract: Under the background of criminalization, how to avoid the negative effects of the collateral consequences of crime is of great value. Collateral consequences of crime, which belong to security measures in nature, are set up according to two standards: occupational relevancy and prohibition period. The basis of justification lies in restraining the danger of recidivism and safeguarding the interests of specific professions. The extent and scope of the restriction of employment qualification should follow the requirement of the principle of proportionality. Taking this as a value criterion to examine, the collateral consequences of crime are excessive suppression of citizens' right to professional freedom in content, unbalanced in matching minor crimes, and resulting in new social problems, which, to a certain extent, has eliminated the positive function of criminalization legislation. In choosing the reconstruction path of the consequences of crime, we should return to the nature of security measures. In the field of the general occupation, we should integrate the prohibitions of employment both inside and outside the criminal law so as to solve the problems of occupational relevance, prohibition period and judicature of the collateral consequences of crime, and eliminate the systematic conflicts between the two prohibitions. In the field of public office and public service profession, we should construct similar prohibitory measures to "deprive of public office".

Key Words: criminalization; collateral consequence; professional qualification; security measures; principle of proportionality

[编辑: 苏慧]