

犯罪附随制度的变更

王馨圆

澳门科技大学法学院，澳门

收稿日期：2024年9月29日；录用日期：2024年10月31日；发布日期：2024年11月6日

摘要

犯罪附随后果近些年被频繁关注，尤其在大趋势轻罪立法的进程中，犯罪附随后果产生了与轻罪更为严重的不匹配性，如何应对犯罪附随后果逐渐扩大的负面效果是学术界一直以来关注的重点问题。是选择肯定犯罪附随后果的合理性进行限缩，还是否定其合理性进行删除并另起炉灶重新整合统一。文章将从广义上的有关“职业禁止”条文入手，探究犯罪附随后果存在的合理必要性，并结合已有的犯罪附随后果规范体系化研究，推理出更为合理的变更路径。

关键词

犯罪附随后果，职业禁止，从业禁止，轻罪，前科消灭

Changes to the Crime Incidental System

Xinyuan Wang

Faculty of Law, Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Sep. 29th, 2024; accepted: Oct. 31st, 2024; published: Nov. 6th, 2024

Abstract

The consequences of crime have been frequently paid attention to in recent years, especially in the process of the general trend of misdemeanor legislation. The consequences of crime have produced a more serious mismatch with misdemeanors. How to deal with the gradually expanding negative effects of the consequences of crime has always been a key issue of concern to the academic community. Is it to choose to affirm the rationality of the consequences of crime and limit them, or to deny their rationality and delete them and start anew to re-integrate and unify them. This article will start with the broad provisions on “occupational prohibition” to explore the rational necessity of the existence of the consequences of crime, and combine the existing systematic research on the norms of the consequences of crime to infer a more reasonable change path.

Keywords

Consequences of Crime, Occupational Prohibition, Employment Prohibition, Misdemeanor, Elimination of Criminal Records

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

近些年随着时代的发展，人们发现刑法是效率最高、作用程度最大解决某种社会不良现象的方式，刑法立法呈现积极状态。自从 1979 年刑法颁布后，中国就进入了犯罪化进程，此后不断增加新罪，特别刑法修正案(十一)单独增加了 12 个新罪名。人们将更多不能忍受之行为纳入违法犯罪的范畴，从刑事立法结构上看，逐渐由“厉而不严”走向“严而不厉”[1]，“严”是指将没有入罪的具有危害性的行为纳入犯罪范畴；“不厉”是指增设的犯罪罪名大多都是轻罪。从刑事司法上看，“2021 年被判处三年以下有期徒刑的犯罪人数占判决生效总人数的比例已经达到了 84.6%”。[2]与此同时，严厉的犯罪后果与进入轻罪时代的中国社会格格不入，逐渐引起学术界的关注。例如，醉驾被贴上犯罪标签，难以回归正常生活，产生更多社会矛盾。概言之，“中国社会和国人自古以来对犯罪和罪犯就有根深蒂固的负面评价。虽然为人因犯轻微罪行受到的刑事处罚并不算重，但其被定罪之后随之而来的‘行政罚’所产生的附随后果，制裁的严厉性在事实上远重于刑罚本身。”[3]自从 2000 年开始，学者们已经开始研究犯罪的附随后果，由于轻罪激增的局面，近些年关于废除犯罪附随后果的观点较为时兴。就目前学者们所撰写的论文，提出过另立保安处分专门法典、刑法相关条文的增设与修改、犯罪封存制度等等，大部分从犯罪附随后果整体入手，探讨其特征、性质定位、理论根据以此确定如何消除犯罪附随制度，或者重新设立新的法律来限制犯罪附随后果包括新法律如何放置，是另立门户还是在刑法中一劳永逸地解决。规范化体系化的解决路径已较为丰富，为防止空泛化，解决方式脱离司法实践，还需要从某个方面进行具体验证。本文选取犯罪附随后果的其中一种极为常见的表现形式，即从业禁止。根据现有刑法与行政法中有关从业禁止条文进行讨论，从具体法条入手，结合现有丰富的犯罪附随后果的规范化研究，探究犯罪附随后果的变更路径。

犯罪附随后果是对犯罪人及其相关人适用的，对特定权利与资质的限制、剥夺、禁止。[4]犯罪附随后果在我国分布广泛，从法律法规到地方规范性，甚至单位内部规章都有相关条文的列明。根据粗略统计，截至 2023 年我国与犯罪附随后果相关的规定已高达上千条，尤其是地方性法规¹。虽然规定内容不同，但大致可分为职业禁止类、资格限制类与利益剥夺类。犯罪附随后果惩罚的对象十分宽泛，既涉己也涉他，例如对犯罪人本人的职业禁止，对犯罪人家属一定资格的剥夺，包括参加公务员考试、参军等方面。选择“从业禁止”这类具体的犯罪附随后果进行讨论，一是因为从业禁止是极为普遍的，社会热议较大的犯罪附随后果，例如，“因醉驾受过刑事处罚，难以再被单位录用，无法回归正常生活。”二是由于现有刑法中存在刑法修正案(九)新增的“职业禁止”条文，同时其他法律、行政法规中也广泛存在相关从业禁止条文，例如《教师法》《教师资格条例》等。

¹通过北大法宝网的法律法规数据库，以“曾因犯罪受过刑事处罚的”“受过刑事处罚”“受到刑事处罚”“被判处刑罚”“被依法追究刑事责任”等表述作为关键字进行检索而得。

2. 刑法“职业禁止”与其他法律、行政法规“从业禁止”

2.1. 职业禁止存在的合理必要性

2015 年刑法修正案(九)新增第 37 条之一职业禁止。目前学术界主流观点认为 37 条之一职业禁止是典型具有保安处分性质的法条。首先,职业禁止不属于刑罚,没有归属于刑法 33 条、34 条法定的主刑与附加刑,是非刑罚处罚措施。全国人大常委会法工委刑法室副主任臧铁伟同志曾对此明确指出,从业禁止的措施不是一个新的刑种,而是从预防犯罪、保障社会公众安全和维护社会公众利益的角度,采取的一项预防性措施。²其次,职业禁止属于资格刑也较为勉强,资格刑本身是学术界的一种划分,与其他刑罚的划分界限不明确,都兼具处罚与预防的双重属性。最后,虽然我国没有保安处分,但根据职业禁止需要实现的立法目的分析,其是具有保安处分性质的法条。

崇尚偏重的客观主义刑罚已成过去,刑罚已经不能充分满足保卫社会的需要,例如对实施危害社会行为的精神病人与未达刑事责任年龄的人适用刑罚过于严苛,但无法放任不管。保安处分的出现为刑法界提供一种新的犯罪法律后果,弥补传统刑罚应对严峻犯罪态势时所表现的被动性、消极性事后性以及受罪责原则严格限制等不足,通过消除犯罪人继续犯罪的危险,最终实现保卫社会目的。^[5]保安处分其兼具处罚与预防双重性质,以特殊预防为主,一般预防为辅。而职业禁止的产生也是法院基于对行为人已然之罪所具有的严重社会危害性与行为人自身所具有的人身危险性审慎考察的基础上,除了是对行为人未来实施相关犯罪行为进行限制、禁止的预防性、保护性措施^[6],实际上也内含着处罚,这种处罚是间接性的包括在回归社会后所遭遇的不良好的待遇等。

在颁布职业禁止刑法条文之前,其他法律、行政法规关于从业禁止的规定只多不少,刑法单独规定职业禁止是否多余,又是否加重犯罪附随后果?其实不然,其一,刑法不仅仅只注重一般预防,特殊预防也是关键存在。一般犯罪人的处置刑罚过后的人身危险性影响到未来的再犯可能性,经过特殊预防可以有效改变犯罪人存在的潜在危险性,规制再犯可能性。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^[7]。所以我们可以合理推测因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人未来再次从事相同行业后再犯可能性很高,职业禁止存在对其特殊预防具有关键作用。其二,上文提到职业禁止虽然主要起到预防作用,但其辅助包含惩罚功能,包括暂时无法恢复完美无瑕的社会生活状态。这种惩罚同样与刑罚相同,是犯罪人犯罪后所必须承受的相应代价。其三,加重犯罪附随后果是必然的结果,但不可等同于因为加重犯罪附随后果而否定职业禁止的出台的必要性,其存在有效弥补其他领域法律的不足,包括职业范围不全面、强制性不足、刑事条件存在缺陷,例如大部分规定只涉及“刑事处罚”,不包括构成犯罪但未受刑事处罚的情形,同时对于刑法理论上争议较大的缓刑考验期满不再执行原判刑罚的情形是否属于受过刑事处罚,因缺乏立法的明确规定,实践中也存在不同的做法,影响了法律实施^[8]。

2.2. 职业禁止与其他法律、行政法规从业禁止的区分

根据刑法第 37 条之一第三款,两者交叉关系不可否认,但具有本质区别。以行政领域为例,从业禁止是一种极为高效化解社会矛盾,维护秩序的手段。职业禁止与从业禁止虽然都是对某种职业的禁止、资格的剥夺,但本质目的有很大区别。第一,处罚的期限不同。刑法中职业禁止制度明文规定为 3 年至 5 年,而从业禁止没有统一规定,短则 3 年,长则是终身禁入。第二,法的渊源不同。从业禁止的规定主要散落于行政法律法规中,而刑法职业禁止制度采取抽象的定义规定在了刑法条文中。第三,社会的否

² 刘茸、李婧、臧铁伟:《“禁止从事相关职业三到五年”不是新刑种》,资料来源于人大新闻网:
<http://npc.people.com.cn/n/2015/0829/c14576-27531225.html>,最后访问时间:2023 年 4 月 1 日。

定性评价以及适用的强制性程度不同。刑法职业禁止制度的社会否定性评价以及适用的强制性程度是明显高于从业禁止的。第四，从业禁止的行政处罚大多是单独因为某个行为而处罚，预防功能为辅，而职业禁止相反，以预防功能为主，处罚功能为辅。第五，行政从业禁止针对的是过去发生的违法事实，即违反就适用。然而，职业禁止针对的是将来可能发生的犯罪事实，衡量标准是行为人的特殊预防必要性，取决于行为人特定的危险性，即违反后根据未来再犯可能性再适用。

即使发生两者冲突，刑法第 37 条之一第三款中的“从其规定”也巧妙缓解矛盾。这里注意“从其规定”的内容仅仅是对禁止期限的参考，不是对实施主体的变更，实施的主体依然是人民法院，而非行政主体。实施的行为依然是职业禁止，而非行政行为。“从其规定”不会影响刑罚目的的优先适用。^[9]

3. “分流”的犯罪附随后果的必要

3.1. 我国犯罪附随后果的特殊性

在大陆法系国家中通常采用一元模式在刑法中对大部分犯罪附随后果作出规定，刑法之外极少存在，而英美法系国家采用二元模式，犯罪附随后果大多游离在刑法之外，犯罪附随后果与刑罚并行存在。在《德国刑法典》中的附随后果属于犯罪的法律后果，性质上是不同于刑罚和保安处分的中性后果。例如第 45 条规定的褫夺公权外，第 103 条第 2 款、第 165 条以及第 200 条等规定；在《西班牙刑法典》中包括刑罚、保安处分、附加处理办法(犯罪附随后果)^[10]，例如第 129 条之四规定：“不得继续从事与已经触犯的、提供资助的或者隐瞒的罪行相关的活动、商业行为或者业务。本次处罚可以是暂时性的也可以是永久性的，暂时性处罚不得超过 5 年。”^[11]美国的犯罪附随后果属于刑罚的间接后果，由刑法以外的法律法规等规定的处罚，形式多种多样，涉及生活方方面面，例如剥夺公民权利及与公民身份有关的特权(如投票权)，影响财产法或家庭法领域的权利(如子女监护权或居住权)，限制获得公共福利的资格；在加拿大，犯罪附随后果较少，呈现无制度化、无规范化，源于对于罪犯更为宽松的政策。

我国刑法只规定了一种法律后果即刑罚，虽然有职业禁止等外遇，一元模式下不承认保安处分，更不可能承认犯罪附随后果。我国刑事法律之外，存在大量的犯罪附随后果，甚至存在于法律体系之外。我国的犯罪附随制度与美国较为相似，包括游离在各个法律规定中，不受刑罚制度影响，缺乏适用条件与期限等。

我国犯罪附随后果最大的特征来源于本该是一元模式特征，但是却与美国相似，具有二元模式特征，具有多元化分散化属性。所以强行以一元体系定位，将刑法之外的犯罪附随后果全部整合到刑法之内或者另建立新的规定统一适用，例如台湾设立专门的保安处分规定，都是极为困难的。涉及众多部门的复杂的法律法规规章制度，其具体的协调与规范非常繁琐，基本想要在刑事框架一劳永逸地解决是难以实现的。

据此，应该回归犯罪附随后果不再被接受的关键问题所在，即犯罪附随后果发挥过重的惩罚性。

3.2. 轻罪与犯罪附随后果

根据最高人民检察院发布 2023 年 1 月至 9 月全国检察机关主要办案数据，二十余年来，我国刑事犯罪结构发生重大变化，判处三年以上有期徒刑以上刑罚比例从 1999 年的 45.4% 降至 2023 年 1 至 9 月的 17.2%³，犯罪结构呈现明显的轻罪化，社会治理进入新阶段。有学者认为中国已经正式进入轻罪时代。与此同时，有学者也提出，有不少学者针对轻罪案件增多的现象，提出要进行刑事政策和刑法的调整，包括将宽严相济的刑事政策转向以宽为主的刑事政策，构建轻罪制度^[12]。但轻罪立法恰恰是犯罪附随后果近年来引

³ 《最高检发布今年前三季度全国检察机关主要办案数据“四大检察”法律监督质效稳步向好》，资料来源于最高人民检察院网上发布厅：https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202310/t20231025_631714.shtml#1，最后访问时间：2023 年 4 月 1 日。

起强烈反对的最根本原因。

犯罪自古以来都是极其严重的事情，犯罪后的惩罚除包括接受刑罚外，社会群体的歧视与排斥也是一种需要接受的惩罚。随着轻罪时代的到来，越来越多的危险行为纳入犯罪范畴，更多人被贴上犯罪人标签。犯罪附随后果在重罪时代，人们的社会价值观念认为犯罪附随后果是犯罪人必须承受的处罚之一，例如杀人、强奸、抢劫等；犯罪附随后果在轻罪时代，所犯轻罪之人，例如帮信罪、危险驾驶罪等，也必须承受大部分基本相同的犯罪附随后果，是极为不妥的。

其根本原因总结为对于大部分轻罪来说，犯罪附随后果已经不仅仅是发挥预防功能，过多是表现出极强的惩罚性，甚至比所犯轻罪之人所受刑罚还重。具体变现为一是，犯罪附随后果从预防转为惩罚，甚至呈现报复，尤其在非刑法领域，例如犯罪人子女参加公务员限制是典型表现。二是，微罪和犯罪附随后果产生的社会背景完全不同，对前者而言，互联网时代的到来，无限缩小与案件的距离，并且大数据的流通导致案件情景可以完美复刻，增加社会群体的风险感知，越来越多行为不可忍受，通过增设新罪的方式参与社会治理，是刑事立法基于“刚性”需求从消极向积极面向转型的自然结果[13]；对后者来说，产生于以自然犯、重罪为主体的犯罪结构形态下的自然犯、重罪制度和评价体系[14]，所以两者必定是不相匹配的。三是，轻罪导致任何人都有成为犯罪人的潜在可能，对于一般社会公众而言，显然难以在所有场合下保持绝对理性甚至是相对理性，每个人都可能在特定场合下成为相应的犯罪人[15]。

除此之外，部分关于犯罪附随后果的规定明显违反责任主义。按照刑法理论的通说，责任主义要求对实施了犯罪的人实行个人责任，而不能有任何株连。“只有那些违背了法律并且是有意违背法律的人才能受到惩罚”，“将刑罚限于罪犯是构成刑罚之正当目的的任何原理的无条件的结果”[16]。根据责任主义原理，不仅刑罚后果只能由犯罪人承担，而不能由亲属承担，即使由亲属承担刑罚外的不利后果，也仍然违反责任主义。

综上所述轻罪不应该匹配传统重罪时代所产生的犯罪附随后果，所以应该对犯罪附随后果进行分流，就如当今有明显的轻重罪之分。

4. 犯罪附随后果的变更

众多学者在未解决犯罪附随后果之时，提出注重与职业的关联性与比例原则，以此来削弱犯罪附随后果的影响。这种关联性的考察是极难实现的，考察的核心重点是判断是否有人身危险性，即使通过三段式对比例原则适用，其也不是一个确定的数据化的标准，职业关联性的考察更没有方式可言。例如子女考公政审中，如果一个行为人从未受到父母的抚养，在考公政审上受到犯罪父母的影响，且是终身无救济的，你可以说这个行为人具有人身或者社会危险性吗？但现实的情况是没有人力资源去切实调查你真实的家庭环境，犯罪对你的真实影响，为保证公职职业的相对的纯洁性，可能需要这种一刀切的审查。

前科消灭制度是指“曾被定罪或者判刑的人，在具备法定条件时，注销其犯罪记录的制度”。张明楷教授在最新的论文中表示与其肯定非刑事领域的合理性从而建立前科消灭制度，不如直接删除刑事领域有关犯罪附随后果的规定，或者变更为刑法中的资格刑。笔者与其呈现相反观点，张明楷教授更多是站在可以完善刑法，继续推行轻罪立法，消除“轻罪不轻”的立场上。但是犯罪附随后果仅仅是非刑事领域的规定吗？这显示是否定的。首先，单位规章制度中是存在类似职业禁止的相关规定，这不属于法律规定的范畴，国家可以出台政策规制这种行为，但效果如何，这可能会打一个问号。因为对于犯罪人的不认可是几千年社会群体的共识，当代文明价值观也是对犯罪人持否定态度。所以最终的结果极可能会呈现形式相符，实质不符的状态。其次，根据上文所述，每个法律的存在都有其立法的必要的价值与实现的目的，无论是大量的删除法律，或者整合成资格刑，都是跨领域极为复杂的变化，需要多领域合作，其意见一定是极难统一。

除此之外,当今时代具备一个极强的特性,即大数据下信息的流通性。这个特性区别历史上任何一个时代,且对犯罪附随后果有极强的影响力。只要犯罪前科存在,犯罪记录就会被大数据信息一般化查询与提取,相关有犯罪前科人在求职时极有可能被内置于系统中的犯罪记录数据直接拒之门外,这与个别性的要求提供无犯罪记录证明完全不可同日而语。再说,如注册外卖骑手等,无需审核,自动设置系统将犯罪前科人拒之门外。有前科犯罪者,只要有前科无法消灭,回到社会正常生活是极其困难的。

建立前科消灭制度可以在刑法领域直接解决,尤其是当今时代已从重罪逐渐倾斜轻罪,但其污名化的犯罪后果对于轻重并无意义,所以前科消灭制度对于未成年人犯罪以及可能判处3年以下有期徒刑的轻罪,系初犯和偶犯的犯罪人提供路径,在其表明其不再具有社会危险性,通过前科消灭制度,可以完美地重新融入社会。例如对于帮信罪中一些法律意识淡薄,偶然成立帮信罪的犯罪人本身根本不具有多大的社会危险性。

建立过程可仿照追诉时效的规定设置前科消灭的时间条件。即故意犯罪被判处刑罚的,刑罚执行完毕后,经过下列期限前科消灭,具体如下:被判处缓刑的,缓刑考验期满;被判处3年以下有期徒刑、拘役、管制的,经过3年;被判处3年以上5年以下有期徒刑的,经过5年;被判处5年以上7年以下有期徒刑的,经过7年;被判处7年以上10年以下有期徒刑的,经过10年;被判处10年以上有期徒刑的,经过15年;被判处有期徒刑、死刑缓期执行减为有期徒刑、无期徒刑的,经过20年。

参考文献

- [1] 徐久生,师晓东.犯罪化背景下犯罪附随后果的重构[J].中南大学学报(社会科学版),2019,25(6):65-75.
- [2] 乔文心.让人民群众感受到公平正义就在身边——中宣部“中国这十年”系列主题发布会解读人民法院十年亮点工作[N].人民法院报,2022-07-13(2).
- [3] 张明楷.轻罪立法的推进与附随后果的变更[J].比较法研究,2023(4):1-17.
- [4] 罗翔.犯罪附随性制裁制度的废除[J].政法论坛,2023,41(5):24-35.
- [5] 王志远.犯罪控制策略视野下犯罪附随后果制度的优化研究[J].清华法学,2023,17(5):59-76.
- [6] 闻志强.从业禁止刑法规定的理解与适用分析[J].北方法学,2018,12(1):93-109.
- [7] 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.
- [8] 袁彬.从业禁止制度的结构性矛盾及其改革[J].北京师范大学学报(社会科学版),2017(3):142-150.
- [9] 白鑫森.从业禁止适用范围探究[J].甘肃社会法学,2016(1):138-141.
- [10] [德]汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书(上)[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2017:1062-1063.
- [11] 西班牙刑法典[M].潘灯,译.北京:中国政法大学出版社,2004:49.
- [12] 卢建平.轻罪时代的犯罪治理方略[J].政治与法律,2022(1):51-66.
- [13] 周光权.论通过增设轻罪实现妥当的处罚:积极刑法立法观的再阐释[J].比较法研究,2020(6):40-53.
- [14] 梁根林.刑事政策与刑法教义学交互审视下的危险驾驶罪[J].中国法律评论,2022,46(4):154-175.
- [15] 段蓓.微罪附随后果的检视与出路[J].北京理工大学学报(社会科学版),2024,26(1):159-166.
- [16] [美]哈特.惩罚与责任[M].王勇,等,译.北京:华夏出版社,1989:9-11.