

刑法中从业禁止的具体适用

欧阳爱辉¹, 谭泽林²

(1.南华大学 文法学院, 湖南 衡阳 421001; 2.湖南省沅陵县人民检察院, 湖南 沅陵 419600)

摘要:从业禁止是我国刑法典中新规定的一种非刑罚处罚措施。它的司法适用存在不少困惑,因此从利用职务便利、违背职业要求特定义务、适用阶段和具体实施要求三方面出发对其具体适用进行分析具有现实意义。在利用职务便利上,它必须是工作内所具备的主管、管理、经手本单位财物的权利;在违背职业要求特定义务上,它可以带有平等性且必须做狭义界定;在适用阶段和具体实施要求上,它不包括死刑和无期徒刑、终身监禁,且必须确保禁止的是与其利用职务便利或违背职业要求特定义务最密切联系的相关职业。

关键词:刑法;从业禁止;职务便利;特定义务;预防犯罪

中图分类号:D924

文献标志码:A

文章编号:1674-2494(2016)01-0028-04

一、概述

所谓刑法中的从业禁止,即人民法院根据犯罪具体情况和预防再次犯罪的需要,对利用职务便利或实施违背职业要求特定义务的犯罪行为人,从刑罚执行完毕或假释之日起禁止其若干年内从事特定职业的非刑罚化处罚方法。2015年最新颁行的《中华人民共和国刑法修正案(九)》第37条明确规定,“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被判处刑罚的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要,禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业,期限为三年至五年。被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的,由公安机关依法给予处罚;情节严重的,依照本法第三百一十三条的规定定罪处罚。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”。至此,从业禁止作为一项全新制度首次真正载入了我国刑法典。

尽管国内很多学者曾经都将从业禁止视为资格刑的一种主要形态^①,但笔者认为,考虑到广义上禁止从业也是剥夺再犯能力的预防性处分,旨在保护社会公共安全,预防有前科者二次利用职业实施

收稿日期:2015-12-05

基金项目:湖南省人民检察院检察理论研究一般项目“社区矫正法律监督机制完善研究”(XJ2015C43);南华大学国社科预研项目“大数据时代的反贪侦查模式研究”(2014XGY07);衡阳市社科基金项目“大数据时代的衡阳市反腐倡廉机制创新研究”(2014D125)的阶段性成果

作者简介:欧阳爱辉(1979-),男,湖南宁远人,副教授,法学博士,硕士生导师,主要研究方向为刑事法学。

^①持这种观点的学者有很多,具体可分别参见黄明儒主编:《刑法总论》,北京大学出版社2014年版,第379页;房金玲:《资格刑改革论要——以适用于我国公民犯罪的资格刑为中心》,载《北京政法职业学院学报》2009年第2期;黄焯:《宽严相济刑事政策背景下我国资格刑的新解读》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期。

相关犯罪^[1],且2015年最新修订的《中华人民共和国刑法》在法条表述上已明确将从业禁止列为“第三十七条之一”(非刑罚处罚措施),故刑法中的从业禁止应更多视作一种非刑罚处罚措施。对于从业禁止的刑事法律责任,虽然2015年以前我国刑法典并未作任何明确规定,但其他法律规范在此一直都有着相应要求。如现行《中华人民共和国律师法》第7条便指出“申请人有下列情形之一的,不予颁发律师执业证书:……(二)受过刑事处罚的,但过失犯罪的除外……”,现行《中华人民共和国注册会计师法》第10条规定“有下列情形之一的,受理申请的注册会计师协会不予注册:……(二)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……”不过这些法律法规都不是刑事法律规范,此类从业禁止的责任追究便谈不上刑事法律责任。为实现刑事法律责任体系的完善化,2015年最新修订的《中华人民共和国刑法》便将从业禁止纳入到了非刑罚处罚措施中来。它的出现,无疑能使职务犯罪和实施违背职业要求特定义务的犯罪得到进一步有效遏制。不过因从业禁止尚属首次真正载入我国刑法典,具体实践操作就不免处于“摸着石头过河”的初期探索层面,故我们实有必要就其适用的相关疑难问题进行探讨。

二、刑法从业禁止中的“利用职务便利”

根据现行刑法典第37条规定适用从业禁止的,首先应明确犯罪行为人必须是利用职务便利实施犯罪或者实施了违背职业要求的特定义务的犯罪。若根本没有利用职务便利或并未实施违背职业要求的特定义务的犯罪,则不适用于从业禁止。那么,这里出现的第一个难题便是究竟何为“利用职务便利”?实质上,对于“利用职务便利”,我国学界曾长期存在不同看法,可谓人言人殊。其中较具有代表性的不外乎如下几种观点:第一种观点认为“职务便利”乃犯罪行为人工作内所具备的主管、管理、经手本单位财物的权利,它包括公务活动和劳务活动两部分^[2]。第二种观点则指出,“职务便利”应当是犯罪行为人在管理本单位经营、生产活动内行使的领导、监督、指挥等职权^[3]。第三种观点主张,“职务便利”系犯罪行为人在自身职务范围内凭借职权与地位形成的于己有利之条件或一类便利^[4]。第四种观点则认为“职务便利”系犯罪行为人由于自己工作或业务需要而合法持有、管理、支配、控制本单位财产的方便^[5]。

对这几种传统观点来说,笔者认为第一种应该较准确。因为第二种观点将“职务便利”解释成管理过程内形成的职权,这可以说是把“职务便利”草率界定成了“公务便利”,毕竟既然构成“管理”那理当属于是公共事务而不得囊括私人劳务。可这般做法,就势必会造成“劳务”被完全排斥在“职务”外,人为缩小了“职务”概念的外延。第三种观点把“职务便利”视作犯罪行为人在自己职务范围内凭借职权和地位形成的于己有利条件或一类便利,应该说它认识到“职务便利”的基本特征,不过概念指代仍很含糊,究竟什么才能算作自己职务范围中凭借职权和地位形成的于己有利条件或一类便利呢?最后一种观点坚称“职务便利”应当是犯罪行为人由于自己工作或业务需要而合法持有、管理、支配、控制本单位财产的方便,或许这较前述观点一定程度具体化了,将“职务便利”视作自己工作、业务需要产生之合法持有、管理、支配、控制本单位财产的方便。不过在最广泛理解意义上,“工作”已经包容着“业务”,显然它们彼此概念发生了交叉。更何况简单从“工作”范畴来论,这对“职务”的限定也不免太泛化。相比较下来,第一种观点认为“职务”涵盖着公务和劳务两大内容,它便更符合传统语境对“职务”之界定,而且“职务便利”具体表述为犯罪行为人工作内所具备的主管、管理、经手本单位财物的权利,利用“主管”“管理”“经手”三个语词对它有着较严谨限定,就更一目了然地揭示了职务被利用的程度。

三、刑法从业禁止中的“违背职业要求特定义务”

从最广义而言,职业要求特定义务也属于职务的一种。因为职务乃“职位规定应该担任的工作”^[6],而职业要求特定的义务同样也属于本职业(职位)必须完成的工作。但具体来说,违背职业要求特定义

务又远远不同于一般的职务。第一,职务带有着很强的纵向管理色彩,职业要求的特定义务则不一定具备了此等纵向管理色彩而很可能更多体现出相关人员交往中的平等性^①;第二,利用职务便利系一种积极的作为,违背职业要求特定义务则是一种消极的不作为。前者必须是犯罪行为利用了自身职务上主管、管理、经手某项具体工作的相关便利条件。即便并非本人直接拥有的职务权力,但本人可利用自身地位所形成的特殊条件巧借他人职权牟利的行为,只要它并不远离自己职权、地位所产生的控制力和影响力,就仍可谓是一种“间接职务”,理当等同视为利用职务之便。后者界定起来则没有如此广泛,往往是较狭义之理解。譬如律师职业要求的律师保守国家秘密、商业秘密、不得泄露当事人隐私等特定义务,会计师职业要求的不得做假账等特定义务,餐饮业要求的食品安全卫生等特定义务,这些通常都是本行业最基本的要求,一般不宜作广义解释。因此,在违背职业要求特定义务界定上,要远比利用职务便利谨慎得多。

四、刑法从业禁止的适用阶段与具体实施要求

根据现行刑法典第37条的规定,人民法院启用从业禁止这种非刑罚处罚措施是根据犯罪情况和预防再次犯罪的需要。换言之,若犯罪情节极其严重或者根本无法起到预防再次犯罪的作用,则没必要使用该非刑罚处罚措施。而且对于它的使用人民法院拥有较大自主裁量权,即是“可以”使用并非“一定”或“必须”使用。另外,它是禁止犯罪行为自刑罚执行完毕之日或假释之日起从事相关职业,处罚力度在3~5年之间。若其他法律、行政法规对从事相关职业另有禁止或限制性规定的,则根据其他法律、行政法规进行处罚,不适用本非刑罚处罚措施。但由于该法条上述规定过于抽象空泛,就可能令司法实践中产生从业禁止究竟该何时与如何适用的困惑。

笔者认为,首先在适用阶段上,按照法条规定从业禁止的实施阶段是从刑罚执行完毕或假释之日起开始,期限为3~5年。不过从法条和逻辑上进行推断,死刑和无期徒刑、终身监禁执行完毕后再适用从业禁止显然是不可能的。死缓减为有期徒刑执行完毕、无期徒刑假释或者有期徒刑、拘役、管制、单处附加刑执行完毕或假释之日起都可适用从业禁止^②。其次在具体实施过程中,我们对于禁止从事相关职业必须作严格限定,毕竟“相关职业”这一语词带有较大不确定性。若界定过于广泛,就难免背离了罪责刑相适应的基本原则,反之又有可能根本起不到预防犯罪的作用。所以笔者主张,人民法院启用从业禁止的非刑罚处罚措施时,必须确保禁止的是与其利用职务便利或违背职业要求特定义务最密切联系的相关职业。譬如餐饮业人士因故意不履行餐饮卫生特定义务而构成了生产、销售不符合卫生标准的食品罪,课以拘役刑罚执行完毕后人民法院可以禁止他3~5年内从事餐饮、食品业,但不得于最广义层面禁止其从事商业经营。此外,在3~5年从业禁止期限的裁量标准上,尽管现行刑法典未作明确规定,但人民法院理当根据比例原则对其犯罪事实、具体情节、危害程度等进行公正合理评判,从而妥善使用该非刑罚处罚措施。若其他法律、行政法规另有禁止或限制性规定,则从其规定^③。

总之,从业禁止是我国现行刑法典中新增设的一类非刑罚处罚措施,作为传统刑罚手段的重要替代与补充,它既能更好体现社会报复和道义报应相统一要求,又可节约紧张稀缺的国家司法资源。不

①当然这并不意味着该特定义务不会带有某些强制意味。例如护士根据医护人员特定义务给患者实施强行药物注射等等。

②对此国内有学者持不同观点。如陈山先生便认为从业禁止适用不包括管制,因为管制是我国刑罚体系中最轻的主刑,现行刑法典第39条规定“对于被判处管制的犯罪分子,在劳动中应当同工同酬”。不过笔者认为,管制尽管系我国刑罚体系中最轻的主刑,可刑法典毕竟没有明文规定管制不适用从业禁止,且刑法典第39条也仅是说“在劳动中应当同工同酬”。易言之,即刑法典允许其参加劳动同等获取报酬,“允许”并不是指“一定”或者“必须”。所以,虽鉴于管制本身刑罚力度很轻,司法实践中对课以管制刑罚的犯罪人还施加从业禁止非刑罚处罚措施的必然相对较鲜见,但这并不意味着理论上不存在,它仍可适用从业禁止。相关国内不同理论观点,具体可参见陈山:《“职业禁止”中的“刑罚”如何理解》,载 http://news.jrb.com/jxsw/201509/t20150907_1543117.html,2015年9月7日访问。

③以前述为例,若餐饮业人士构成了生产、销售不符合卫生标准的食品罪被处以有期徒刑,因现行《中华人民共和国食品安全法》第135条明确指出“因食品安全犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的,终身不得从事食品生产经营管理工作,也不得担任食品生产经营企业食品安全管理人员”,则理当依照《中华人民共和国食品安全法》来进行从业禁止处罚。

过正因为其尚属新创,带来的司法实践困惑也不少。必须加强对其具体适用的研究探索,以促使它获得更大用武之地。

参考文献:

- [1]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.
- [2]冯江菊.职务侵占罪中“利用职务上的便利”之界定[J].重庆科技学院学报:社会科学版,2009(2):62-63.
- [3]张翔飞.论职务侵占罪的几个问题[J].现代法学,1997(4):73-75.
- [4]王剑飞,薛洁松.对职务侵占罪中“利用职务上的便利”的理解与认定[J].山西省政法管理干部学院学报,2011(3):54-56.
- [5]卢建平,邢永杰.职务侵占罪“利用职务上的便利”认定中的若干争议问题[J].黑龙江社会科学,2012(2):97-104.
- [6]中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典[Z].北京:商务印书馆,2007:1750.

The Concrete Application of Occupation Prohibition in the Criminal Law

Ouyang Aihui¹, Tan Zelin²

(1.Literature and Law School, Nanhua University, Hengyang, Hunan 421001, China;

2.The People's Procuratorate of Yuanling County Hunan Province, Yuanling, Hunan 419600, China)

Abstract: The occupation prohibition is a new non-criminal punishment measure in criminal law code of our country. It's judicial application exists a lot of puzzles. By analyzing its concrete application at three aspects: using the post convenient, violating the special responsibility of professional demand, apply stage and concrete apply demands. From the aspect of using the post convenient, it is a power for managing, controlling and administering own unit properties. From the aspect for violating the special responsibility of professional demand, it should have some equality and defining narrowly. From the aspect of apply stage and concrete apply demands, it doesn't apply the death penalty, life imprisonment and sentence to life. We must ensure forbid the correlate profession has the most closely relationship to using the post convenient and violating the special responsibility of professional demand.

Key words: criminal law; occupation prohibition; post convenient; special responsibility; avoid crime

(责任编辑 张春生)

本 刊 声 明

本刊已许可中国学术期刊(光盘版)电子杂志社在中国知网及其系列数据库产品以及其他数据库以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文。作者向本刊提交文章发表的行为即视为同意我刊上述声明。