

摘要：从业禁止制度建立之前，刑法很难实现对性侵儿童犯罪的有效规制。《刑法修正案（九）》明确规定了从业禁止制度，弥补了这一空缺，从业禁止制度中的预防本位可以实现对性侵者的特殊预防。在适用过程中，对于性侵者应当优先考虑适用从业禁止，但亦应注意对性侵者的人身危险性进行科学考量，同时配合犯罪矫治，以实现对性侵者的全方位规制。

刑法从业禁止制度在性侵未成年人案件中的适用研究(下)

□闵行区人民检察院课题组

2016 年 7 月 28 日，闵行公安分局接报案人称，其女儿在教师林某家补课时，被其采用强吻、摸胸部等方式猥亵。闵行区检察院在办理该案中首次引入了从业禁止制度，在对被告教师进行起诉的同时，建议法院对被告人处以一定年限的从业禁止，最终法院也采纳了这一意见，以强制猥亵罪判处林某两年六个月有期徒刑，并自刑罚执行完毕之日起三年内禁止从事教育及相关工作。该案作为上海市首例性侵类从业禁止案件而引发了社会的广泛关注。

从业禁止制度是《刑法修正案（九）》确立的一项非刑罚处罚措施，其主要目的在于防止犯罪分子利用其职业和职务之便再次犯罪，是刑法对法律后果的完善。但一直以来，从业禁止制度存在法律定性、适用前提等方面的争议，再加上出台时间较近，因而司法判决中适用从业禁止的判例并不多见。虽然闵行区的教师从业禁止判决具有开创性意义，但如何在性侵害未成年人案件中准确适用从业禁止制度，为未成年人提供更全面的司法保护，司法实践中仍有待进一步地探讨。

从业禁止制度与性侵害未成年人案件的契合

2015 年 8 月 29 日通过的《刑法修正案（九）》将“从业禁止”写入刑法：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。由此可见，从业禁止制度与禁止令制度既不冲突，又能互补，就像有学者所提到的那样，“‘从业禁止’与‘禁止令’、‘前科制度’在预防犯罪、保障社会层面存在诸多相通之处，在体系化的预防犯罪人再次犯罪的机制之中，它们共同构成了一个三位一体双轨制并行的职业资格限制体系”。

（一）从业禁止之定位

对从业禁止制度进行司法适用前首先应对其性质进行定位。从非刑罚处遇的角度来看，从业禁止类似于国外的保安处分。保安处分，是指由法院按照司法程序并依据刑法，对于实施了危害行为的具有社会危险性的特殊对象，旨在预防犯罪而采取的，与被适用者的社会危险性相适应的、不定期的矫治改善或者监禁隔离的安全措施。虽然有学者对此予以反驳，认为从业禁止制度属于刑罚处遇措施中的资格刑，而非保安处分，但是从从业禁止制度在刑法条文中的位置，及其特性、设立目的、判定依据等方面来看，从业禁止制度应当被定义为一种保安处分措施。

从从业禁止的条文位置来看，在《刑法修正案（九）》颁布后，便将其规定在《刑法》第 37 条之一。由于第 37 条是有关训诫、责令悔过等非刑罚性处置措施，将从业禁止规定作为第 37 条之一，显然是将其作为非刑罚性处置措施加入的。此外，《刑法》第 33 条和第 34 条规定了主刑和附加刑的种类，《刑法修正案（九）》并未对其进行修改。可见，从业禁止并非刑法修正新增的刑种，而是非刑罚的处遇措施。

（二）从业禁止的预防本位

从业禁止作为一种非刑罚的处遇措施，其不同于刑罚的最本质特征，就在于适用上的强制性。刑罚是犯罪

人因其犯罪行为而受到的苦痛，从而体现社会对犯罪人及其人格的否定评价。在罪刑法定原则的指引下，罚当其罪是量刑的基本原则：当犯罪分子的行为达到适用刑罚的程度时，就应当予以刑事处罚，以实现罪责刑相适应；但对于从业禁止等非刑罚处遇措施来说，其适用是非强制性的，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，也就是说，法官也可以在量刑时不适用从业禁止，从而实现对个案的灵活处理。

从刑罚的目的看，刑罚的正当化根据是报应的正当性与预防犯罪目的的合理性，即所谓的报应刑和预防刑。根据报应刑的观点，刑罚应当与罪行的轻重成正比，单纯的报应论只重视客观层面的罪刑相当，不考虑行为人的的人身危险性和再犯可能性，因而无法实现真正的刑罚效果，这就要求预防刑的介入。预防刑主张，刑罚本身并没有什么意义，它并不是对既成之罪的消极报应，而是对将来犯罪的预防。因此，在综合运用责任刑和预防刑的理念时，量刑是法官在行为人的责任范围内，根据行为人的的人身危险性和再犯可能性所作出的最终裁决。

但对于从业禁止制度来说，其是否需要附加适用，适用的年限都与行为人本身的责任无关联。根据《刑法》第 37 条之一的规定，从业禁止的适用应当从促进犯罪分子教育矫正，有效维护社会秩序的角度出发。从这一角度来说，从业禁止无疑是与预防刑的理念相契合的。最高人民法院副院长张军在谈到适用刑法禁止令的问题时也指出，“对罪行虽然比较严重，但是几乎没有再犯可能的，就不需要，也不应当决定适用禁止令。”因此，从业禁止制度有助于实现刑罚的特殊预防目的，对于具有再犯可能的犯罪人产生威慑力。

（三）从业禁止与性侵害未成年人案件的契合

从法定刑的角度来说，我国刑法对性侵者的惩罚力度不可谓不够：不同于世界绝大多数国家，我国在强奸罪中依然保留死刑，且将强奸行为作为拐卖妇女、儿童罪以及强迫卖淫罪

的加重情节，从而加大对性侵害类犯罪的惩罚力度。在嫖宿幼女罪尚未被废除时，该罪 5 年有期徒刑的起点刑使其成为我国刑法中起刑点最高的几个罪名之一，由此可见立法者打击性侵害儿童犯罪的决心。但在重刑主义之下，性侵害未成年人案件一直没有得到有效控制，依然呈现高发趋势，再犯率也居高不下。我们不得不进行反思：一味的加重处罚能够达到控制犯罪的目的吗？

答案是否定的。性侵害儿童的犯罪者多有变态心理。在犯罪人群中，有的是通过向社会弱势群体实施侵害以满足自己卑劣的内心需求，他们不单单对儿童实施侵害，而且还有诸多怪异的嗜好；而另一类则完全以儿童作为侵害对象，他们在与成年人的接触中遭遇挫折或对成年人之间的正常交往失去兴趣后，就容易对儿童产生某种特殊而怪异的嗜好，进而实施性侵害行为。因此，单纯的绳以刑法难以实现对性侵者的防控，对性侵害行为的预防才是更为有效的防控方式。

从这一角度出发，从业禁止制度无疑可以为儿童撑起保护伞。如前所述，从业禁止制度是在刑罚实施完毕以后，对罪犯采取的禁止从业的非刑罚措施。对于教师等利用职业便利实施犯罪的人来说，禁止其从事职业并非剥夺他们择业的权利，而是由于其利用职权实施的犯罪行为所表现出的人身危险性，这一情节也说明其完全具备再犯可能性。因此，从业禁止制度可以剥夺犯罪者的条件，从而最大程度上起到预防再次犯罪的目的。例如，在闵行区检察院办理的首例性侵害类从业禁止案件中，钱某是民办学校教师，如果没有从业禁止制度，其被判处有期徒刑以上刑事处罚后，虽然自动丧失教师资格，但并未丧失从事培训等活动的权利，他依然可以通过各种途径进行私人教学性质的培训辅导，从而为再次实施提供可乘之机。而《刑法修正案（九）》颁布以后，法官在对其适用从业禁止时，禁止的职业范围从教师职业扩展到相关职业，从而剥夺了性犯罪者的再犯机会，起到禁止令以及前科制度都难以达到的社会效果。

从业禁止制度在性侵害

未成年人案件中的适用准则

未成年被害人遭受性侵害的案件中，我们应当重点防范的是利用职业便利实施性侵害的人员。对此，职业应当与性侵害行为具有一定的因果联系，法官出于让违法犯罪分子远离未成年人的考虑，才对其适用从业禁止。因此，在具体适用从业禁止时应当注意以下几点：

（一）从业禁止制度的积极适用规则

界定从业禁止制度的预防本位，可以为该制度的适用提供正当化依据。正是由于特定职业人所从事的职业，赋予了从业者更多的责任和义务，但他们不但没有履行义务，反而利用职业实施了犯罪。也就是说，特定职业犯罪人的违法表征体现为两方面：作为和不作为。以利用教师职业实施性侵害的犯罪人为例，作为教师理应引领社会道德风尚、提升社会文化精神、培养优秀接班人，但性侵害者严重违背师德，实施违法犯罪行为，亵渎了教师职业的操守，因而属于不作为的违背师德的行为。更重要的是，性侵害者将教师行业作为自己违法犯罪的工具，这种作为方式的犯罪行为更为人所不齿。因此，对于利用职业实施犯罪行为的，完全可以适用从业禁止。

从业禁止的适用对象包括生产伪劣产品的生产商、做假账的会计从业人员、散布内幕交易信息的证券从业人员。但如前所述，相比于上述从业人员，性侵害未成年人的教师更易于再次实施犯罪。因此，对于此类性侵害者，应当优先考虑适用从业禁止，从而实现对少年儿童性权利的保护。

（二）对性侵者的人身危险性进行充分考量

根据《刑法》的规定，法官对利用便利实施犯罪的人员适用从业禁止的依据在于犯罪情况和预防再犯罪的需要。在这里，责任刑和预防刑都是重要的考量因素，但如前所述，对性侵害未成年人案件来说，预防刑的理念应当是最需要贯彻和执行的。因此，对于性侵者的人身危险性，应当进行充分考量。对此，我国学者也大多认为人身危险性是应当进行评估的，但至于评估的方法，却显得五花八门，甚至有学者提出，“当前我国司法工作者对人身危险性的评估，只是根据法律规定和自己的经验来进行，即所谓的‘直觉法’”。而“直觉法”的弊端也是显而易见的，不同的法官具有不同的理性标准，其个人直觉也是因人而异的，因而容易造成同案不

同判的情形。因此，对性侵者的人身危险性考量，应当具有一套更为健全、科学的机制。

课题组认为，对于行为人身危险性的考量阶段，既应当包括犯罪前阶段，同时还应包括犯罪后阶段。前者是对行为人犯罪行为所表现出的人身危险性，而在这段时间，考量范围应当主要包括行为人的基本特征、犯罪动机、犯罪目的、犯罪实施过程的相关情况，并借助这些情况综合考量行为的法益侵害程度以及对法秩序的反抗程度，从而为量刑提供依据。后者则是对行为人悔罪态度的度量，包括是否采取道歉、赔偿损失等补救措施，有无自首、立功、坦白、配合调查等行为。对于上述两个阶段进行综合考量后，才能对性侵者的从业禁止适用提供正确的参照。

（三）从业禁止应当与犯罪矫治并举

刑罚的功能主要在于惩治，因而无法起到非刑罚处遇措施所具有的预防和矫治功能。针对性侵者，特别是专门以未成年人为对象的性侵害者，一味地加大惩罚力度并非良策，再加上从业禁止制度适用时间有限，性侵者很可能再次回到教育机构，因而应当通过犯罪矫治弥补从业禁止制度适用上的缺陷。但是在我国当前司法实践中，对于性罪犯的社区矫正几乎处于空白状态，且大多需要借鉴域外和国外的做法。在我国台湾地区，就有强化性罪犯假释出狱前之过渡服务与保护，在社区支持网络研习及个案咨询服务，使得受刑人出狱后处在社区居民监督之下。

综上，将从业禁止制度与犯罪矫治加以结合具有其优越性。对于性罪犯来说，心理、生理方面的缺陷严重影响了他们的自由意志，存在很多罪犯自己也无法原谅自己的恶行，却因为自身缺陷而再次走上犯罪道路。因此，必要的矫正措施也有助于帮助他们恢复人格；对于社会公众来说，性侵害儿童是世界各地暴力犯罪中最悲剧的一种形式，也是公众最为难以忍受的犯罪方式，此类犯罪对公众道德底线的挑战甚至超过了故意杀人、抢劫等严重暴力犯罪。性罪犯往往难以回归到社会，即使通过监狱内的改造，也难以再次为公众所接受。因此，从业禁止还应当与社会矫治相结合，以更好实现预防与改造的综合效果。

（课题组长：张晨；课题组成员：吴允锋、杨珍、毕明茜、纪康。执笔者：纪康。）