

《行政处罚法》中限制从业罚的解释与适用

陈国栋*

摘要：宜将新修《行政处罚法》中的“限制从业”罚理解为以预防再次违法为主要目的的预防性处罚而不是制裁既有违法行为的制裁性处罚。将其归为制裁性行政处罚，既不能得到刑法与其他单行法的支持，还有违背责任主义原则与信用惩戒原理之嫌，难以称得上社会治理手段的创新。从其目的与构成要件来说，限制从业是在基于行政相对人过往违法信息及其他信息而认定其再次违法风险比较高的情况下，为避免这种情况的发生而限制其特定行为能力与自由的预防性措施。如此认定既能实现所有规定这一措施的法律的统一，也符合修改《行政处罚法》以适应风险社会、信息社会的目的，构成了治理手段的革新，还有利于保障被限制从业的行政相对人的权利。根据其预防性措施的属性，我们必须合理设定、规定限制从业的时限，必须坚持关联原则与全面评估原则，并配套相应的正当程序。

关键词：限制从业；行政处罚；制裁性；预防性；再犯风险；预防性管制措施

DOI:10.13519/b.cnki.nulr.2021.04.007

一、问题的提出

相较于1996年制定实施的《行政处罚法》，2021年年初修订通过的《行政处罚法》的一大修改之处就是将“限制从业”引入处罚体系，归入行政处罚之畴。所谓限制从业，顾名思义就是不允许从事特定行业、职业或岗位。^[1]此次修法将其纳入行政处罚范围，可视为立法者对长期以来的理论争议与实践问题的立法回应，即实践中广泛存在的不允许申请许可、不允许从事某种职业等管制措施是否为行政处罚以及如何法治化。的确，类似规定在《行政许可法》《破产法》《公司法》《药品管理法》《安全生产法》《广告法》《特种设备安全法》《旅游法》《保险法》《道路交通安全法》《民用航空法》《证券法》《资产评估法》《中医药法》《食品法》《职业病

* 大连海事大学法学院教授，北京大学法学博士。本文系中央高校基本科研业务费重点项目“社会信用惩戒的法治化建构研究”(DUT20RW201)阶段性成果。

[1] 在实践中，限制从业范围广泛、名目繁多，包括“不得申领有关执照和证书”“终身不予注册”“不得从事某某生产、经营活动”“不得再次参加某资格考试”等诸多形式，这些实际上都会导致某个相对人不得从事某种职业、行业或岗位。或许正是要避免与“限制从业”重复，最终修改通过的《行政处罚法》没有一审稿中的“不许申请许可”。

防治法》与《律师法》《公证法》《检察官法》《法官法》《教师法》《公务员法》等法律中一再出现,在实践中频频得以适用,对公民的权益造成了日益广泛的影响,但对其是否为行政处罚、该如何规制以保障公民权利却缺乏明确而系统的规定。^[2]因此,以行政处罚框架来规范之,在实践上具有一定正面意义。

然而,在将限制从业这样一种为大量立法所规定但没有明确其性质的措施一揽子纳入行政处罚时,我们不能满足于以行政处罚体系来规范它们的层次,而是必须深入细致地考虑如何理解、适用这样一种以往没有得到认真探讨的行政措施。因为,这种措施和传统的、狭义的以行政制裁为目的的制裁性行政处罚有所不同,它主要作为预防性措施而运作。王贵松教授在认为其属于行政处罚时也承认,“很多资格类、限制或禁止类处罚都有预防目的,诸如吊销许可证、责令停产停业,不仅使相对人失去或暂时失去从事一定活动的资格,还要防止其利用这个资格危害社会。如果在防御危险之外也有惩罚目的,仍可视作行政处罚。即纯以制裁为目的,或兼有制裁的目的,均为行政处罚”^[3]。李洪雷教授在论及限制从业的性质时更是明确指出,“我国法律体系中的行政处罚概念比其他法域要宽泛许多,其中不仅包括以惩罚过去违法行为为主要目的的行政措施(狭义行政处罚),也包括以危险防御或者危害排除为主要目的、同时兼具处罚目的的行政措施(管制罚)。长期以来,无论立法还是实践中……而不考虑其目的是惩罚违法还是危险防御”^[4]。就此而言,行政处罚兼具制裁与预防两种目的,最理想的处理方式是根据这种目的上的主次之分,即哪种目的是主要的而为之设立相应规则来规范、适用这种处罚,而不是统一将之作为以制裁、惩戒为目的的行政处罚。概言之,目的决定手段,手段服务于目的,不同目的导向下的行政处罚肯定各自有别、不可混淆。^[5]更进一步说,预防论与制裁论下的行政处罚或刑罚,在价值追求、惩罚正当性、制度构造、适用原则、运作技术、历史背景以及客观效果上都大相径庭,不仅难以有机融合反而在某些方面截然对立,^[6]刑法学界关于预防论与制裁论的论争即反映了这一点。^[7]因此,既然行政处罚具有制裁与预防的两重面向,可分为制裁性行政处罚与预防性行政处罚,那我们在理解各种行政处罚时必须注意该种行政处罚是预防性的还是制裁性的,并按照相应逻辑来建构相应的适用规则。但遗憾的是,此次修订《行政处罚法》时并没有注意这一问题并通过区分制裁性与预

[2] 对于限制从业是否行政处罚,此前学界讨论不多,也未有明确结论。尽管胡建森教授很早就系统地探讨了其他行政处罚是否真属行政处罚的问题,而且他也将规定期限内不得申领有关执照和证书、降低资质等级、终身不予注册、不得从事药品生产、经营活动、不得再次参加教师资格考试等限制从业措施列入探讨范围,但其在之后的探讨中并未明确指出这些措施是否行政处罚。参见胡建森:《“其他行政处罚”若干问题研究》,载《法学研究》2005年第1期。

[3] 王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期,第22页。

[4] 李洪雷:《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法(修订草案)〉》,载《法商研究》2020年第6期,第6页。

[5] 我国刑法修正案(九)第一条所确立的“从业禁止”被立法者明确规定为预防性非刑罚措施,在体系上独立于各种刑罚,即体现了预防论与制裁论的分立。

[6] 有论者业已指出,为应对恐怖主义而扩张的刑法预防主义会修正传统制裁论刑法的宪法基础。See Manuel Cancio Meliá, Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 14, No. 1 (Winter 2011), pp. 108-122.

[7] 关于刑罚领域的预防论与制裁论,参见刘晓山:《报应论与预防论的融合与分配——刑罚正当化根据新论》,《法学评论》2011年第1期,第55页以下;关于这两者的论争及刑法学界对预防论的批判,参见黎宏:《预防论刑法观的问题及其克服》,《南大法学》2020年第4期,第1页以下。

防性行政处罚来解决,所以,将之纳入行政处罚框架,一方面解决了这种措施的定性问题,另一方面也带来了更为复杂的适用层面的问题。

因此,尽管此次修法将限制从业归为行政处罚有历史惯性和一定的现实合理性,但我们不能再如以往那样不考虑“其目的是惩罚违法还是危险防御”,就直接按制裁性行政处罚的逻辑来理解、建构和运用这一措施。这样恐怕不仅不能满足立法者所欲达成的应对风险社会、信用社会之需求,^[8]反而有碍于相对人权利之保障与社会治理手段之革新。在《行政处罚法》短期内不可能再次大修的当下,为今之计,只能是根据制裁性与预防性的二分法,将行政处罚分为制裁性行政处罚与预防性行政处罚,进而根据预防性处罚的逻辑为限制从业建构独立的适用规则。为此,本文先阐述将限制从业理解为制裁性行政处罚会面临哪些问题,由此扭转当下对限制从业的错误定性,再论证其预防性行政措施的本质及如此理解的合理性,进而根据这一本质建构相应的适用规则,以期更好地实现该措施的治理功能。

二、限制从业不是制裁性行政处罚

限制从业当然具有制裁效果,毕竟其限制了个体的最起码的消极意义上的劳动自由(使用自身禀赋获得财产的自由)与经营自由——比如禁止发行债券,剥夺了公民基本权利,给公民施加了不利处分。同时,这种限制一般是因为相对人违反了某一行政管理法律规范,所以对其进行行政制裁性行政处罚顺理成章。故此,在《行政处罚法》修改之前,如熊樟林、宋华琳等学者,还有立法部门同志如黄海华处长等纷纷撰文主张要将这样的措施归为行政处罚,因为它以相对人的违法行为为前提,是对违法行为人施加的额外的利益剥夺,以惩戒为目的。^[9]从限制从业进入行政处罚体系来看,这是当下关于限制从业的主流认知。

然而,基于如下原因,限制从业乃制裁性行政处罚说并不合理。

(一) 制裁说难以得到现行诸多法律的支撑

其一,制裁说得不到刑法的支撑。如果我们认同刑法与行政法在管制公民的层面上只有程度之差而无实质之别且两者的目的都是维护社会公益的话,^[10]那《刑法》关于从业禁止的界定是明确不支持此论的。《刑法修正案(九)》亦即《刑法》第三十七条之一【禁业规定】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。……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。时任全国人大常委会法工委刑法室副主任的臧铁伟对此明确指出:

[8] 参见黄海华:《行政处罚的重新定义与分类配置》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

[9] 参见熊樟林:《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》,载《政治与法律》2020年第3期;宋华琳:《禁入的法律性质及设定之道》,载《华东政法大学学报》2020年第4期;参见前注[8],黄海华文。

[10] 虽然德国有学者认为行政法与刑法不同,但这在德国并非主流观点,且我国主流观点是行政法与刑法是统一的。有学者通过实证考察我国法制,发现我国行政法与刑法关于违法性的界定并不存在质的区别。参见王莹:《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》,载《河北法学》2008年第10期。

《刑法修正案(九)》第1条之规定并非新刑种的增设,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^[11]。刑法学界虽然对此措施之名各有见解,但都没有否定其非刑罚措施亦即非制裁措施之属性。^[12]当然,也有行政法学者认为刑法上的从业禁止与行政法上的禁入并非同一回事,比如两者目的不同、实施主体不同、年限不同等等,^[13]但刑法学者认为这些不同并不能说明两者有何本质区别。^[14]

其二,制裁说得不到《破产法》《公司法》等私法性法律的支撑。一般情况下,单行法而非刑法中限制从业条款往往附随于行政、刑事制裁条款,但也有独立于这类条款的情形。如《破产法》第一百二十五条规定:企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。有前款规定情形的人员,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。《公司法》第一百四十六条所规定:有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:(一)无民事行为能力或者限制民事行为能力;(二)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;(三)担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年;(四)担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年;(五)个人所负数额较大的债务到期未清偿……毫无疑问,这两个条款所设定的限制从业肯定不是为了制裁,而是出于预防目的。制裁以行为违法为前提,而该措施适用的前提是高管未尽合理勤勉义务以致企业破产,且未尽合理义务在未触犯《刑法》第一百六十九条之一规定的“背信损害上市公司利益罪”的情况下,充其量只是民法上的违约行为,而不属于行政法上违反行政管理秩序的行为。也正因为未尽勤勉义务不属于行政违法行为,所以立法者在《破产法》《公司法》中规定限制从业措施时,并没有如同其他法律中那样,设置行政、刑事制裁措施与之配套。

其三,制裁说得不到其他法律的明确支撑。除《破产法》《公司法》以及《刑法》外,其他法律中的限制从业是否属于行政制裁,也有待讨论。对此,我们可以从如下三种类型出发展开分析。

第一类,在《教师法》《法官法》《检察官法》《公务员法》《拍卖法》等法律中,限制从业条款并非处于法律责任栏目,而是处于任职资格部分。从其所处的位置来看,与其将其视为行政制裁措施,毋宁说立法者是为了维护教师、法官、检察官与公务员等广义上公职人员的公信力,通过这种资格限制措施将那些可能对该公职有负面影响者排除在外,以免他们玷污这些

[11] 刘茸、李婧:《臧铁伟:“禁止从事相关职业三到五年”不是新刑种》,载人大新闻网 <http://npc.people.com.cn/n/2015/0829/c14576-27531225.html>。

[12] 时延安明确认为驾照申请限制等从业禁止措施属于保安处分,于志刚认为从业禁止从广义上说属于保安处分也无不可。陈兴良虽然认为资格剥夺属于资格刑,但目的不是报应犯人的犯罪行为,而是基于社会保安的需要,因此,其实质上是将资格限制归为保安处分。参见时延安:《劳动教养制度的终止与保安处分的法治化》,载《中国法学》2013年第1期;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》,载《法学评论》2016年第1期;陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第724页。

[13] 参见前注[9],宋华琳文。

[14] 参见卢建平、孙本雄:《刑法职业禁止令的性质及司法适用探析》,载《法学杂志》2016年第2期。

公职的声誉,影响国家公信。同时,也是避免这些有前科者利用公职机会违法犯罪,在侵害公民权益的同时给公务造成更为负面的影响。

第二类,在诸如《旅游法》等多数法律中,限制从业条款处于法律责任部分,但这一位置并不能证明它们就是追究法律责任的制裁措施。其一,正如胡建淼教授早年指出的,一种行为是否属于实施制裁的行政处罚,不可仅以此为准。^[15]其二,其基本都附属于各种规定罚款、吊销证照的处罚条款之后,从未有先于这些处罚条款之前的情形,而且其实施也都在罚款、拘留等处罚措施之后,基本不被作为独立的行政制裁措施而实施。其三,限制从业是这些法律直接设定的效果,而不是行政机关在作出行政处罚后另行作出的行政决定。如《旅游法》第一百零三条规定:违反本法规定被吊销导游证的导游、领队和受到吊销旅行社业务经营许可证处罚的旅行社的有关管理人员,自处罚之日起未逾三年的,不得重新申请导游证或者从事旅行社业务。这种情况下从业资格限制的生成过程类似于《教师法》等前述第一类法律中资格条款部分的情形,即受过刑罚或行政罚后相对人自动失去从事相关职业的资格,而不是这些职业的主管机关根据刑罚或行政罚这一结果或是根据其违法行为而作出的制裁性决定。进一步说,在这种情况下既不需要行政机关有剥夺违法相对人一定期限内从业资格的意图,也不需要行政机关通过行政行为来表达这样的意图,法律自动生成这样的法律效果。故有的刑法学者称之为刑罚的附随效果,即刑罚之后自动生成资格限制之效果。^[16]而正如前述刑法修正案(九)第一条所宣示的,这种措施也应当属于非刑罚措施亦即非制裁措施。

第三类,在诸如《证券法》等少数法律中,限制从业身处法律责任栏目,由行政机关作出决定。如《证券法》第二百三十三条规定:违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的规定,情节严重的,国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施。在这种情况下,资格限制是行政机关单方行政行为设定的法律效果。我们可以理解为,在这样的法律中,立法者并不直接限制相关情形中相对人的从业资格,而是把这种权力授予了行政机关。但是,其是否为行政制裁也存在争论。

宋华琳教授认为证券监管领域的市场禁入是制裁措施,为此其特地以曾任美国证券交易委员会主席的路易斯·阿基里尔(Luis Aguilar)的一番话语为例加以证明:“在我出任主席的四年里,我注意到被告是多么努力去避免高级职员和董事被禁入。这是他们最害怕的制裁,正因如此,使得禁入成为一种可行的、最有效的制裁。”^[17]笔者不否定禁入的制裁效果,但不能因此就认为其本质上属于制裁措施。正如胡建淼教授在研究美国行政处罚制度后指出的,因为在美国不存在我国行政法意义上的“行政处罚”与“行政强制措施”之分,导致他们将所有对行政相对人不利的措施都归为制裁,^[18]所以禁入虽有制裁效用,但因此就认为禁入属于我国行政法上的处罚并不合宜。因此,关于证券领域限制从业的性质,不如参考一下美国政府合同领域的市场禁入的性质。美国联邦法院明确将其分为两种:基于交易风险预防目的的禁入与基于制裁目的的禁入。联邦法院认为,如果市场禁入是出于惩罚目的而实施的,且禁入

[15] 胡建淼质疑说,“难道只要‘立法者’表明某一行为属于行政处罚,或者列于‘罚则’或‘法律责任’章目之下,就能不加区分地将它们确定为‘其他行政处罚’,不论这一行为是否具有‘行政处罚’的‘本性’”。同前注[2],胡建淼文。

[16] 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。

[17] 参见前注[9],宋华琳文。

[18] 参见前注[2],胡建淼文。

不是基于联邦立法而是基于联邦政府法令的,就属非法。换言之,联邦政府法令所设定的禁入只能基于交易风险预防目的而不是制裁目的。^[19]因此,在这里,是主观目的而不是客观的制裁效用决定了禁入是以制裁为主还是以预防为主。

实务部门也不认同禁入的制裁性质。如2002年中国证监会在《关于进一步完善中国证券监督管理委员会行政处罚体制的通知》中,提出了“非行政处罚性监管措施”的概念,^[20]其中就包括了市场禁入。^[21]在2005年我国修订《证券法》时,这一措施被立法者纳入,由第二百三十三条加以规定。鉴于证监会在《证券法》修订过程中的地位,在没有有力反证的情况下,我们可以大胆推测,彼时立法者和证监会一样将市场禁入视为非制裁性监管措施。这一点也可以从证监会的网站上得到印证。截至目前,证监会网站一直将“行政处罚”与“市场禁入”“行政许可”“行政复议”分为四个不同的栏目,相关网页分别公布相应的《行政处罚决定书》与《市场禁入决定书》。^[22]可以想象,若是《证券法》修订时立法者认为市场禁入乃制裁性行政处罚,全程参与修法过程的证监会应该是不会堂而皇之地长期将市场禁入排除在行政处罚之外的。

面对实务部门将市场禁入归为非制裁性监管措施的做法,宋华琳教授认为主要是为了简化程序、提高效率、规避责任,所以实务部门才如此定性以图规避《行政处罚法》关于处罚依据、处罚设定权、处罚程序的要求。但这一理由可能并不成立。实际上,随着《立法法》于2015年的修改,这种做法纵使规避“《行政处罚法》关于处罚依据、处罚设定权、处罚程序的要求”,也不能规避《立法法》第八十条,即“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”。换言之,即使实务部门能够通过非处罚性监管措施的名义规避《行政处罚法》的约束,也无法逃脱《立法法》的限制,无法自主设定这种减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。而且,根据《立法法》第七十二条,地方只能在不抵触上位法的情况下,对有关城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规,而不能自主制定超出这些范围的减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。因此,将之归为对处罚法的规避,可能是对实务部门理性认识与禁入本质的误解。换言之,实务部门之所以不将之列入制裁性行政处罚,可能确实是因为他们并不是出于制裁目的而是出于预防目的来实施这种措施的。

(二) 制裁说有违责任主义与过罚相当原则

制裁的目的是对违法行为予以报应,因而要贯彻罪刑均衡、过罚相当原则来确保报应与制裁的正当性,以正当的事后报应为威慑的边界。这是制裁的责任主义的当然要求,即惩罚

[19] Kate M. Manuel. Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments, Order Code RL34753. November 19, 2008.

[20] 根据前述李洪雷教授所述的以制裁为目的的狭义行政处罚与以预防危险为目的的管制罚之分,这里的“非行政处罚性监管措施”就是本文所提出的不以制裁为目的而以预防危险为目的的预防性行政处罚。

[21] 有论者查阅了《证券法》《公司法》《股票发行与交易管理暂行条例》以及中国证监会颁布的规章和其他规范性文件,归纳出了29项所谓的非处罚性监管措施,其中市场禁入为第28项。柯湘:《中国证监会非行政处罚性监管措施研究》,载《政法学刊》2008年第2期。

[22] 中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/>。

必须对应责任主体所造成的损害,必须对应责任主体的主观意志,体现出对其错误意志的归责。^[23]因此,将从业限制作为行政制裁措施,就是在认为违法主体应当为其违法承担相应的报应性责任的前提下,将从业资格限制设为报应性制裁措施。然而,这一认定违背了惩罚、报应的均衡原则与责任主义,有失公平。

一方面,如果是出于制裁目的而限制相对人今后的从业资格,构成对一事不二罚原则的违背,造就过度制裁与责任。如门中敬指出,将已因其违法违规行而受过实体处罚的个人或组织再次列入黑名单,承受诸如限制从业之类的信用惩戒,违反了“一事不再罚”的原则。^[24]当然,戴昕指出,从威慑角度出发,在一种处罚威慑效用不够的情况下,不是不可以对同一违法行为再施加一种或多种惩罚。^[25]但是,从威慑出发加以制裁和从报应出发加以制裁是两回事,有的措施有威慑效用但并不是制裁与报应,因此戴昕的主张有忽略制裁的报应色彩与规范性要素之嫌。另一方面,将限制从业理解为行政处罚有违法律面前人人平等原则。目前刑法与行政法上限制从业(从业禁止)的一大共性就是,只有对具有特定职业、技能特征或是特定职业岗位的违法犯罪人才施加从业限制,^[26]反之则不可以。因此,如果将从业限制视为制裁,那么给人的直接印象就是因为行为人具有特定职业身份或处于特定岗位而被附加适用了较之无职业身份者更多的制裁。既然在遵守法律义务方面有职业身份的人并不比无职业身份的人负有更多的义务,在实施同样违法犯罪之举的情况下,有职业身份的人并不比无职业身份的人实施同样行为具有程度更高的危害后果或不同的法益侵害,那么,将限制从业理解为制裁,就与宪法所确认的法律面前人人平等原则并不相容。进言之,不能因为行为人具有职业身份就认为其具有更严重的罪过,从而需要通过设立从业限制这种额外的制裁来实现罪责均衡、过罚相当。

(三) 制裁说不符合信用惩戒本质

时代的变迁与发展需要创新的规制手段。也正是因为这一需求,信用惩戒、信用规制才得以在这个大数据时代、市场经济时代应运而生、扶摇直上。为此,也有不少专家、学者呼吁修改《行政处罚法》时将信用惩戒纳入行政处罚体系。如熊樟林指出,“对于特定的违法行为,在现有处罚种类中简单地通过增加处罚数量(如提高罚款数额)或变更处罚种类(如由罚款变为吊销执照),效果往往十分有限,因此需要适用诸如违法事实公布、黑名单、信用惩戒等新的处罚手段,以适应风险社会和信息社会的现实需求”^[27]。立法部门同志也指出,“名誉罚更能适应市场经济和信用社会的特点,资格罚和行为罚通过对违法行为人行为能力的限制,从机制上减少违法行为,有效降低社会风险。名誉罚、资格罚、行为罚从行政处罚的‘洼地’成为新的重要增长点,也就水到渠成、顺理成章了”^[28]。当然,《行政处罚法》并没有如上述学者、专家所建议的那样将黑名单和信用惩戒等所谓的名誉罚纳入行政处罚体系,只是将目前地方与

[23] 参见熊樟林:《行政处罚责任主义立场证立》,载《比较法研究》2020年第3期。

[24] 参见门中敬:《失信联合惩戒之污名及其法律控制》,载《法学论坛》2019年第6期。

[25] 戴昕:《理解社会信用体系建设的整体视角:法治分散、德治集中与规制强化》,载《中外法学》2019年第6期。

[26] 参见前注[14],卢建平、孙本雄文。

[27] 参见前注[9],熊樟林文。

[28] 参见前注[8],黄海华文。

部委信用立法中常见的限制从业类信用惩戒纳入了行政处罚种类,^[29]从而为信用惩戒进入行政处罚开了一个口子。

也正因为限制从业在当前信用立法中被广泛作为信用惩戒的类型之一,因此,基于这种限制从业与信用惩戒的亲及性及其信用治理工具之属性,我们的确需要从信用治理与信用社会原理出发来理解限制从业的本质。不过,真从信用惩戒的角度出发,那就更不应该将限制从业理解为行政制裁了。

一方面,这种观点无法填补一个被那些将信用惩戒当成制裁性行政处罚并主张通过修改《行政处罚法》实现其合法化、规范化的学者视而不见的理论鸿沟:信用惩戒到底是制裁失信,还是制裁违法?须知,信用惩戒惩戒的是失信,而不是违法,行政处罚制裁的是违法,而不是失信,除非违法与失信互通,违法就是失信,失信也是违法。但是,失信和违法在什么意义上能够共通以至惩罚失信就是惩罚违法、惩罚违法等于惩戒失信呢?^[30]如果失信与违法不能互通,基于失信惩戒的理由而将之归为行政处罚的正当性何在?而如果是为了惩罚违法而将之归入行政处罚,那么这和信用社会、信用惩戒又有何关联?

另一方面,真正从信用治理出发,就会发现,作为信用惩戒形式的限制从业并非制裁性行政处罚,本质上是客观上具有制裁效果但主观上是为了预防、规避交易风险的信用工具,即通过对交易方的信用进行评价来判定交易的风险,并据此安排的相应风险防范措施。限于篇幅与主旨,本文不打算详述信用惩戒与信用治理的本质,只是结合本文主题稍加阐释。作为滥觞于市场经济体系的制度,失信惩戒本质上不是一种强制性的惩罚而是交易主体为规避交易风险而采取的风险规避措施,其形式就是不与失信主体交易以免身陷交易失败之风险,而因失信失去交易机会的失信主体就在这个意义上被“惩戒”。概言之,为了确保自己的生命财产安全,市场主体需要鉴别与他人的交易是否安全,基于这种考虑,此前存在违约、违法情形的主体往往容易被认为不具有相应的履约、守法的能力与品行、信誉,因而不被信任,故市场主体往往不与其往来、交易,失信主体由此难以获得交易机会乃至资源,陷入“一处失信、处处受限”的窘境。^[31]因此,其体现的正是“前事不忘,后事之师”的逻辑,贯彻的正是“以过去评估未来”的信用工具理性。市场经济乃信用经济之说由此而来。就此而言,信用惩戒给人带来的利益损害就是失去交易机会,或为获得交易机会而要付出更高的担保成本以便让交易主体安心,而不是权利丧失。这就是所谓的“利用信息社会中的不利信息的传播达到制裁违法者的效果”^[32]的声誉罚之所以具有制裁效果以及声誉罚在何种意义上构成制裁的实质。因

[29] 如《上海市社会信用条例》第三十一条规定,对严重失信主体,行政机关应当严格依照法律、行政法规的规定,就相关联的事项采取以下惩戒措施:(一)限制进入相关市场;(二)限制进入相关行业;(三)限制相关任职资格;(四)限制开展相关金融业务。

[30] 也正因为没有在法理上有力地解决违法与失信之间的关联,所以多有学者认为在大多数违法行为不具有违约属性的情况下,对违法行为施加失信惩戒没有正当性。参见沈毅龙:《论失信的行政联合惩戒及其法律控制》,载《法学家》2019年第4期;沈焱:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期。

[31] 参见李新庚:《社会信用体系运行机制研究》,中国社会科学出版社2017年版,第58—63页。

[32] 章志远、鲍燕娇:《作为声誉罚的行政违法事实公布》,载《行政法学研究》2014年第1期,第49页。需要指出,将其认为是声誉罚而不认为是保障社会公益乃至个体利益不受非法侵犯的预防性非处罚手段,正是因为没有注意到该管制措施的预防维度,没有注意到该管制措施其实处理的不是行政机关与违法相对人的关系,而是违法相对人与其他社会大众之间的利益平衡关系。

此,不说经济学学界、管理学学界,法学界内认为信用惩戒与行政制裁泾渭分明、不属于制裁性行政处罚者不在少数。^[33]而立法者之所以在诸多单行法中设立限制从业,强制性地限制、剥夺特定违法、违约主体的从业资格与从业范围,也正是为了避免其将来借此再次违法、违约侵害社会公益与广大人民群众的生命财产安全或是影响国家公职的公信力,就是要通过强制性手段来保障社会主体之间的交易安全(资源配置安全)。^[34]

(四) 制裁说难以满足治理需要,也不构成治理方式之创新

如上所述,将限制从业作为行政处罚违背了信用惩戒的本质与目的,也就不能符合其作为创新性治理手段之定位,还有碍于行政违法现象的有效治理。

从逻辑上说,将从业限制视为新的制裁方式的实质就是认为加重制裁、加大威慑能够解决违法犯罪问题,如果一种制裁不能解决问题,那就再加上一种;如果两种不能解决,那就加上第三种。但是,有些违法犯罪之所以不能避免,不是因为制裁的力度不够,而是再怎么加大制裁力度也不能从根本上改变违法犯罪人之所以违法犯罪的内外环境,因此难以有效减少违法犯罪。正如有论者就未成年人猥亵案件中加害人之预防所指出的,此类犯罪分子因为心理或者生理的特殊原因,自控能力较差,再犯率较高,仅靠刑罚和教育很难预防再犯,因此有效阻断犯罪人和潜在被害人的接触是预防再犯的有效办法。^[35]因此,如果只是从加大制裁而不是预防、阻断违法的角度出发,那么这种加大制裁的思维既不能被视为创新治理思维与治理手段,也无法真正有效地减少违法犯罪行为。

一方面,因为其依然是在传统的以制裁所形成的威慑、报应手段来预防违法犯罪的框架之内,其以这样一个经不起推敲、在理论上已经被推翻的预设为前提,即加大制裁能够有效地预防违法犯罪,而违法犯罪不能有效得到预防就是因为制裁手段不够新、不够严厉,所以并无创新之处。

另一方面,从行政制裁的角度理解信用惩戒与限制从业,认为“名誉罚更能适应市场经济和信用社会的特点,资格罚和行为罚通过对违法行为人行为能力的限制,从机制上减少违法行为,有效降低社会风险”^[36],并不能真正应对风险社会需求,只会将风险防控导入歧途。概言之,风险社会下的社会治理所追求的首先是控制风险,而不是制裁与矫正违法犯罪,惩罚违法犯罪毋宁说是为控制风险服务,因此如果能有一种手段比制裁能更好地控制风险且实施成本更低,那么即便其不是制裁,也应该得到适用。事实上,风险社会的发展在相当大的程度上使得传统的以制裁为后盾的社会治理机制捉襟见肘,社会治理机制才从制裁、矫正转向了风险预防,作为社会治理最后手段的刑罚也由此走向了服务于社会安全和秩序的风险管控,实

[33] 参见张守文:《经济法原理》,北京大学出版社2013年版,第216页;刘俊海:《信用责任:正在生长中的第四大法律责任》,载《法学论坛》2019年第6期;李振宁:《信用惩戒的特性及对地方立法的启示》,载《中共南京市委党校学报》2018年第2期。

[34] 在这一点上,从行为类型化角度来说,其与行政许可行为更具相似性。根据《行政许可法》第一条、第十二条,国家之所以设立许可剥夺特定相对人的营业自由、劳动自由、财产使用自由,使其没有相关交易资格,就是为了保障大众交易安全。因此,政府实施的从业限制,更像是行政许可的一种变种,可以从行政许可的角度来理解、规范。

[35] 陈庆安:《我国〈刑法〉中从业禁止适用程序研究》,载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期。

[36] 参见前注[8],黄海华文。

现了自我的革新。^[37] 刑法中出现的大量诸如禁止令与从业禁止的非刑罚性质的预防措施即这一趋势的体现。这足以说明,行政管理要应对风险社会,不能再寄希望于制裁强度的加大与制裁手段的叠加,而是要预防违法、隔离违法、避免违法,毕竟行政管理机关而不是司法机关才是社会风险的首要管控者。而信用工具这一原本发轫于市场经济的风险规避工具被引入行政管理领域,信用监管由此兴起,也正是传统行政管理手段面对新时代新需要捉襟见肘而不得不革新之故。^[38] 因此,将限制从业这种信用惩戒形式视为制裁而非预防性措施,正好是与这一趋势、这一理念、这一要求背道而驰的。相应的,从制裁的角度而不是从违法风险防范的角度出发去理解并设计限制从业的适用规则,就难免误用、滥用限制从业,进而影响对各种风险的应对。

三、限制从业是预防性行政处罚

既然将限制从业归为制裁性行政处罚面临上述重重问题,那么我们该如何给它安家落户呢?笔者认为,从其目的与构成要件来说,将其归为预防性行政处罚更为合理。从实践角度来说,如此定位不仅能更好地实现整个社会主义法律体系内限制从业的体系化、统一化,而且能满足信用社会与风险社会之需要,还能更好地保障被限制主体的权益。

(一) 限制从业本质上属于预防性管制措施

目的决定手段,因此欲了解一个事物的本质,从其目的出发加以鉴别是一个有效手段。而目的本身,也是制裁性行政处罚的构成要件之一。不仅如此,目的还统领着法律制裁构成要件的另外两个要件:违法性要件与惩戒手段要件。正是为了惩戒,同时也为了保障惩戒的正当性,我们才需要对行为进行规范评价意义上的违法性判断,才需要为之设置额外的利益损害机制作为惩戒手段以实现对其的制裁。^[39] 进言之,违法性判断为制裁而服务,要从制裁的角度来理解、设置。而正是从处罚的目的是制裁出发,多有学者认为被《行政处罚法》明文规定为处罚类型的责令停产停业在很多时候不是处罚,因为其目的不在于制裁,其虽然施加了额外的负担,但这种负担性处分是为了消除、限制违法后果。^[40] 因此,欲了解限制从业的本质属性,有必要分析一下其目的,进而从其目的出发来识别其是否为制裁,其构成要件是什么。

正如宋华琳教授指出的,法律之所以要限制特定行为主体的证券市场从业资格,“某种意义上是基于对相对人资质、能力与信誉的已有评价,即因为相对人曾有严重违法行为,或有事实证明相对人不具备从事特定业务或活动所需的资质、能力和信誉,因此禁止其未来从事特定业务或活动,以更好保护公众的生命、自由、身体和财产”,因此,“暂扣或者吊销许可证照某种意义上是‘向后看’的,是对行政许可法律状态的变更,更多强调对‘过去违法行为的惩戒’,而

[37] 参见李川:《基于风险管控刑事政策的刑罚机制之展开》,载《法学评论》2020年第4期。

[38] 参见王瑞雪:《公法视野下的信用联合奖惩措施》,载《行政法学研究》2020年第3期。

[39] 参见王贵松:《论行政处罚的责任主义》,载《政治与法律》2020年第6期;同前注[23],熊樟林文。

[40] 参见黄锴:《行政执法中责令改正的法理特质与行为结构》,载《浙江学刊》2019年第2期。

禁入某种意义是‘向前看’的,更多强调对未来违法行为的预防”^[41]。由此可见,限制从业的目的主要是更好地保护公众的生命、自由、身体和财产;而为了更好地保护公众的生命、自由、身体和财产,就需要秉承“以过往为来者师的思路”,基于违法信息的收集与评估,来决定相对人是否具备“资质、能力与信誉”,进而决定是否实施限制从业。

从这一目的出发我们可以发现,违法行为在此不是作为实施制裁的归责理由与规范性要件,而是证明相对人不具备从事特定业务或活动所需的资质、能力和信誉的客观事实,是禁止其未来从事特定业务或活动以免其违法,从而更好地保护公众的生命、自由、身体和财产的客观依据之一。一言以蔽之,限制从业不是“针对”违法行为,而是“基于”违法行为,当然,也不仅仅“基于”违法行为。相反,若是基于违法预防目的而将违法性归为归责要素,反而与限制从业的目的不相容的,不能导出限制从业的正当性与必要性。因此,将此处违法性归为归责要素进而认定从业禁止是行政制裁,是在混淆主观目的与手段,因为在行政制裁中剥夺权利或自由本身就是目的,而不是手段,而从业限制的目的恰恰不是制裁而是通过限制来预防将来的违法犯罪行为。

限制从业中违法性的要件属性提醒我们,相对人行为的违法性具有双重属性:一是行为的主观性、规范性属性,它是归责的规范性基础,指向的是制裁之应否;二是行为的客观信息属性,其是风险评估的基础,即由此来判断行为人的品性与能力,指向的是限制违法人将来行为自由的必要性。而正是基于这两种属性,现代法律发展出来两种互不隶属的对违法的规制手段:一个是基于报应逻辑的制裁,另一个是基于预防逻辑的资格限制。也正是因为如此,我们可以看到,从业限制看起来附随于罚款等制裁,实际上是独立于行政制裁的,是立法者用来避免下一次违法行为的手段而已。立法者之所以将其附随于制裁之后,是因为立法者不仅要制裁违法行为,还要基于违法信息来预防违法行为。就此而言,将其定性为预防性措施,分立于制裁,才能解释为何一个违法行为导致了双重剥夺,却又不构成对“一事不二罚”原则与“责任主义”的违背:基于制裁的对既有财产与资格的剥夺,与基于预防的对将来资格与自由的剥夺。这两种剥夺都是法律设定的后果,但作为制裁的剥夺,其根据是行为人因违法犯罪而承担法律责任,而产生资格剥夺效果的限制从业的根据则是相对人具有相当的违法犯罪危险。^[42]相应的,限制从业与制裁性行政处罚的对象不同:限制从业并不是为了制裁业已违法犯罪的相对人,而是预防将来可能违法犯罪的主体;换言之,其作用的对象不是已经违法犯罪的主体,而是潜在的违法主体。随之而来的是,其适用条件和制裁性行政处罚也有所不同:制裁性行政处罚的适用条件是相对人违反了特定法律义务,因此处罚必然要以一个设定了义务的前规范为前提;而限制从业并不以某种设定义务的前规范为前提,而以相对人被认为有违法犯罪的风险且此种风险能通过资格限制来预防为条件。当然,对潜在的违法主体的确定往往是基于对其过往违法信息的分析与评估。在这里,违法性及其情节不是作为处罚的要件,而是作为评估、判断再次违法犯罪可能性的要件以及是否限制资格、限制多久的判断基础。也正因为限制从业往往以相对人违法行为信息为主要评估依据,故限制从业虽然独立于行政制裁,但在单行法中往往附随于制裁违法行为的行政处罚之后,展现出依附于行政制裁、和行政制裁一样以违法为要件景象。

[41] 参见前注[9],宋华琳文。

[42] 刑法学者对预防性措施的系统法理探讨,参见时延安:《隐性双轨制:刑法中保安处分的教义学阐释》,载《法学研究》2013年第3期。

也正因为限制从业往往以被限制对象既往违法信息为基础,所以它是对被判为有更高违法可能性主体的定点预防措施。更进一步说,如果说制裁性行政处罚是通过报应式制裁来实施无差别、广撒网的威慑式预防,那么限制从业则是通过定向管制来实现个别化、隔离式预防,^[43]同时基于其客观的制裁效果实现附带的威慑及无差别预防。因此,其正当性不需要从报应、制裁中获取。比如,只要是出于保护消费者、规避消费风险的需要,且消费者权益保护的必要性与意义大过被限制资格主体的特定职业或行业自由,同时其既往违约、违法信息又足以证明被限制主体无能力或无品性以致难以遵纪守法不侵犯消费者权益的可能性较大,那就可以对其实施经营范围限制或限制从业。而也正是因为这种定点预防性,其能够有效节省执法资源,实现执法资源的高效配置,构成了治理理论、思路与方法上的创新。

总之,将限制从业归为制裁性行政处罚并不符合制裁性行政处罚构成要件中的违法性要件与目的要件,因为其既不是为了制裁,也不以违法为要件。违法性在这里不是为了归责,不是为了进行规范性判断,而是为了客观的风险评判。相反,限制从业的目的在于对违法犯罪行为的预防,而不是制裁,其构成要件就是:违法预防之规范目的,作为违法性预防之事实要件的违法事实及其他可用于资格判断的事实,作为预防手段的资格限制。

当然,虽然限制从业以预防为目的,但并不意味着其没有制裁功能,毕竟其管制和剥夺了相对人的特定经营自由或职业自由,任何个体如果不想因为违法犯罪而被认定为不宜从事特定行业,都会因此而有意识地避免违法犯罪。但是,这种制裁效果是依附于限制措施的,是第二位的,衍生的,不是主要的,因此从主次之分来说不能证明限制从业禁止属于制裁性行政处罚。诚如法国学者所言:“很多情况下,采取各种禁止措施的目的主要不是对当事人实行制裁,而是为了保护公众免受该个人所作所为的侵害,避免该个人重新实行犯罪。”^[44]也正因为制裁效果并非其主要目的,所以在很多情况下,这种制裁效果并不强烈。^[45]

(二) 预防说更适应信用社会与风险社会之需求

如前所述,风险社会理论对社会治理的一大触动就是将社会治理的目标从以往的通过制裁与矫正来降低社会风险,转向通过预防而不仅仅是制裁与矫正来管控风险。而“随着风险社会的来临,必然意味着现实社会的法是预防性的法”^[46]。为此,刑法率先转型,在“少数人犯了大多数犯罪”与风险“大数据法则”的基础之上,通过参考保险学和会计精算学中风险管理评估的方式在刑罚体系内设立标准化和规范化的犯罪人风险评估体系来明确犯罪的具体风险的方法,明确风险有无及状态判断,以在这种风险判断的基础上进一步进行科学有效的风险管控。与之相应的,就是对那些经过系统评估更容易违法犯罪者通过限制其犯罪机会、犯罪能力来进行预防,使其没有机会、没有能力违法犯罪,从而实现社会风险的降低乃至消除。刑罚处遇的主要机能应从内在矫正恢复犯罪人的合社会性道德理念(corrections)向外在控制剥夺罪犯风险制造能力(incapacitation)转型,处遇技术逻辑从个人责任追究与人身危

[43] 参见前注[12],陈兴良书。

[44] [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505—506页。

[45] 陈新良指出,在刑法中限制资格的资格刑具有虚无性,对犯罪人与不稳定分子缺乏威慑力。需要注意的是,陈新良此处所指的资格刑,即为其后文指出的基于社会保安需要的资格刑,亦即刑法学者所称的保安处分与本文所称的限制从业措施。参见前注[12],陈兴良书。

[46] 何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,载《法学研究》2017年第4期,第143页。

险矫治转变为犯罪人风险标定与分级监管。^[47]

毋庸讳言,传统的制裁性行政处罚乃至刑罚也具有预防功能,但这种预防是基于制裁与威慑的预防,是广撒网、无差别的,因此存在效率不高、成本过高的问题,难以精确实现风险管控。而在单位制解体^[48]、城镇化狂飙突进、人口密集频繁大范围流动而社会日益利益多元、价值多元因而传统的控制手段越发不敷使用的情况下,行政机关作为普遍性的、各个领域的社会风险管控机关而且是首要的风险应对机关——刑法的谦抑性与刑法作为社会管控最后一道防线的性质决定了风险管控主要是行政机关的任务——同样也需要根据风险管控理论,运用风险大数据法则,广泛而细致地运用预防式方法来实现精准防控。

而限制从业之所以更加贴合风险社会和信息社会的治理需求,就是因为风险社会下人们所面临的风险更多、更密,需要更多手段来识别、规避风险,而信息社会的兴起则为此提供了可行手段,能满足风险管控的大数据需要。在信息社会中,通过对社会主体过往违法、违约信息的大数据化、专业化收集、共享、分析和计算,人们与行政机关可以更为精准地判断市场主体是否在品性上或是在能力上不被信任,不宜与之往来交易。而这,也是黑名单、违法事实公布等新型管制手段的创新之处。行政机关基于对违法、违约者过去违法、违约信息的收集与分析,认为与其交易存在风险,故通过设置黑名单或公布违法事实广而告之的方式告诉广大公民与其交易往来存在较高风险,而在广大公民不与之往来或提高交往警惕性的情况下,违法犯罪者就缺乏了违法犯罪的客观环境,自然能降低违法犯罪率,自然能够更好地实现社会公序的维系。也就是说,黑名单或公布违法事实和从业限制同样基于“以过往为来者师”的思路和方法。但黑名单与违法事实公布并没有剥夺市场主体的行为(交易)资格,只是把是否交易的选择权交给了社会公众,限制从业则不仅告诉公众被限制从业者有违法犯罪的风险,还直接剥夺了被限制从业者与社会公众交易的资格,使得被限制资格者继续从事交易被判定为是违法有责的,因此限制从业阻断违法、预防违法的效果更强。因此,运用信用评价机制并根据评价结果剥夺、限制特定个体将来交易资格的限制从业,既是为了满足人们与行政机关的风险规避需求,也能因此而获得限制特定市场主体自由的正当性,同时也具有风险评估上的技术正当性,从而真正构成治理手段的创新。

也正是从信用社会、风险社会的理论预设与管控机制的角度出发,将限制从业理解为预防性处罚而不是制裁性处罚,对很有可能产生的违法行为用预防来隔离而不是用制裁来威慑,才不至于产生有违过罚相当原则与责任主义原则的悖论:让一个人为自己还没有做出的可能发生的违法行为而承担制裁。进言之,只有在风险管控与信用惩戒语境下,让一个人为其还没有犯下的罪行而被施加从业限制这一信用惩戒措施才说得通,因为失信主体由于过去的行为而让人无法信任,让人不愿意给其交易机会。

(三) 预防说更能实现法律体系的统一性

在社会主义法律体系业已建成的大背景下,不仅司法与执法应当追求统一,立法者在制定、修改法律时也应当尽量实现与其他法律的一致,从而增进社会主义法律体系的统一性。如前所述,将限制从业理解为制裁性行政处罚,难以实现和《刑法》《破产法》《公司法》《公

[47] 参见前注[37],李川文。

[48] 1996年《行政处罚法》制定时,我国的单位制才刚开始解体,这种趋势尚未对《行政处罚法》的制定有什么触动,是以当时还有通报批评这种适用于单位制下也只能适用于单位制下的处罚措施。

务员法》《证券法》等诸多公、私法律规范的统一,有碍社会主义法律体系的圆贯通融。而将之理解为预防性管制性措施,则可以实现这一目标。因为上述各种法律中的资格限制措施都具有相同的构成要件:目的上都是预防被规制主体对特定社会主体利益的侵害,其依据都是被规制主体此前的违法犯罪、违约信息以及其他可以用来评估再犯风险的信息,这些信息使得执法者或立法者有理由相信其侵害他人利益的危险系数高,从而需要实施从业限制以剥夺其再次违法、违约的能力与机会。

而且,将《行政处罚法》中限制从业理解为预防性措施,能够填补这一预防性法律体系的漏洞。如前所述,不仅诸多单行法如《证券法》《药品管理法》规定了限制从业,而且《刑法》也规定了限制从业。但这一体系也存在两个漏洞:第一,有些单行法的规定不够完整。比如,《教师法》只规定了有违师德的教师的限制从业,但利用职业便利侵犯学生权益的可能不止于教师,还包括在学校这个封闭的环境中与学生同样交往频繁的校车司机、保安、厨师等人员。如果对这些人不实施限制从业,允许其承担行政、刑事责任后再次进入校园工作,那么他们还有可能利用工作环境再次将黑手伸向学生。因此,在单行法没有明确规定之处,行政机关可以根据《行政处罚法》规定的限制从业来实施预防。在这个意义上,《行政处罚法》的规定实际上能够补充单行法明确性有余但开放性、抽象性不足的弊端,将单行法中没有列入但实质上也能够利用职业条件再犯的个体纳入资格限制的管控范围。就此而言,在违法预防上,《行政处罚法》既是一般法,也是补充法。在单行法自有限制从业的情况下,行政机关实施限制从业或根据法律设定的要件自动发生限制效果;在没有特别法规定限制从业的情况下,行政机关可以基于《行政处罚法》的限制从业条款,根据实质标准扩张限制从业的适用范围,从而不受限于单行法。第二,虽然《刑法》第九条规定了限制从业,且这一条款也能如上述《行政处罚法》中限制从业条款一样弥补单行法的不足,但法院只能在判决刑事制裁的情况下实施从业限制。因此,在法院不能作出限制从业判决时,行政机关在必要情况下可以根据《行政处罚法》实施限制从业,从而无须指望法院。

(四) 预防说更有利于保障被限制相对人的权利

相较于将限制从业理解为行政制裁,作为预防措施的从业限制对相对人权益的限制更少,更有利于保障被限制相对人的权利。一方面,两者对权益影响的强度与直接性不同。正如刑法学者所指出,相比于传统的刑罚威慑式预防,从业限制这种预防性措施更具有“柔软”特性。^[49] 陈兴良也指出,限制公民资格的措施,“不像生命刑、自由刑与财产刑那样给犯罪人造成直接的有形的物质的损失”。^[50] 当然,刑法上的惩罚本身也比行政制裁要严厉得多,就此而言,行政处罚视角下从业限制的制裁效果相较于行政处罚的制裁效果来说,不如刑罚视角下资格限制与刑事处罚的差距那么大。纵使如此,就直接有形物质的损失而言,其与行政拘留、吊销证照、罚款而言还是不能相比。另一方面,两者限制、剥夺公民权益的逻辑不同。作为预防措施,限制从业的逻辑在于通过剥夺能力与机会而强制性地将有较大再次违法犯罪可能性的相对人与第三人隔离开来,使他们不能合法交易,而不在于通过制裁来震慑其使其不敢违法犯罪,所以,这一措施关注的是隔离、隔离的必要性与隔离的时限,而不是作为隔离

[49] 参见前注[42],时延安文。

[50] 参见前注[12],陈兴良书。

措施的资格限制的制裁性,自然也不追求其制裁性。据此逻辑,若有证据标明相对人再犯可能性低,就不能实施限制从业;或者,若有其他侵益度更低的手段来降低其再犯风险,也同样不能实施限制从业。相反,若是从制裁的目的出发去设计,难免会因制裁效果不足而觉得应当强化其制裁效果,故加大限制的范围与时限,从而没必要地加大了对被防范主体权利的限制。

四、预防论视角下限制从业的适用

综上所述,相较于将限制从业理解为制裁性行政处罚,将其作为预防性处罚要合理得多。但《行政处罚法》仅仅规定了这一措施,没有根据其预防性属性建构相应的适用细则,因此,为了避免其适用不自觉地受制于以往一直存在的“不区分制裁性处罚与预防性处罚”的惯性,我们需要进一步探讨如何具体适用这一预防性处罚。

(一) 合理设定、规定限制从业的时限

如前所述,限制从业关联着违约、违法犯罪者的特定行为自由与大众的生命财产利益,正是他们之间的交易安全问题决定了法律必须设置限制从业。但这并不意味着一旦被施加限制从业,就永远或是长期不能恢复从业自由。如前所述,从信用工具的角度来说,限制从业的本质不是制裁,而是基于信用评估的结果预防违法违约。因此,一旦其经过一段时间的限制之后不再被评估为违法违约可能性高,能够满足社会对交易安全的需要,那么国家机关就没有必要过度限制相对人的从业自由。否则,超越预防需要的限制从业就从预防措施彻底变成了制裁措施。因此,立法者(包括行政立法机关,下同)在立法设定、规定限制从业时,要积极而全面准确地监测、统计、评估限制从业的效果,根据实现交易安全、隔离再次违法违约风险的效果来设定限制从业期限,并规定进一步的细则来评估相对人在经历了一定时间的限制从业后是否满足了交易安全要求,从而可以缩短其限制从业的期限,使其提早重返社会。

根据这一精神,全国人大及其常委会在单行法中尽量不要设定无期限的限制从业;国务院与地方人大在根据《行政处罚法》与单行上位法规定限制从业时,除非上位法有明确规定,否则不能实施无期限限制从业;在没有上位法律明确规定限制从业期限的情况下,国务院与地方人大设定限制从业期限不要超过五年。因为系统性规定从业禁止的《刑法》第三十七条将禁止从事相关职业的时间限定为三年至五年,而刑法又属于基本性法律,所以如果没有其他特别法规定了更长期限,那么国务院、地方人大、地方政府与国务院部委在设定、规定限制从业时就不能突破这一规定。有些地方性信用法规即体现了这一精神。如《浙江省公共信用信息管理条例》第十六条规定:不良信息的保存和披露期限为五年,自不良行为或者事件认定之日起计算,但依法被判处剥夺人身自由的刑罚的,自该刑罚执行完毕之日起计算。这其实意味着,如果没有其他上位法的规定,五年之后就不能再实施限制从业了,因为不良信息已经消除了,基于不良信息的限制从业就成为无根之木。

根据这一精神,在上位法规定的限制从业期限内,地方人大、地方政府与国务院部委也应该积极主动地实施动态评估,并根据动态评估的结构来调整从业禁止的期限,并出台更为细致的规定,以便执法者在实践中调整具体个案中的限制从业的实施期限,而不是一律遵循上

位法规定的期限；对于主观恶性不强、不是主动有意地蔑视、违背法律义务者，不宜设定限制从业或是设定时间较长的限制从业。

（二）坚持合理关联原则

立法者在设定、规定限制从业时必须将其与特定职业、专长、岗位关联起来。就目前来看，在《刑法》《破产法》《公司法》《公务员法》以及其他行政管理单行法中，限制从业都针对特定的职业、行业或工作岗位。限制从业的这种专门性、行业性、特定性并非偶然。一方面，对违法、违约再犯风险的评估只能基于其已经实施的行为，只能从这种行为来判断他在这一领域、这一岗位上是否容易再犯，职业、专长要素能提供据以推断再犯可能性的比较充足合理的依据。而在没有职业特征的情况下，我们没有理由去断定违约、违法主体在其他领域也同样会违反相关法律侵害公私利益，进而因此对其在其他领域实施限制从业。进一步说，我们有理由根据违法、违约信息推断相对人或是不愿意遵从或是没有能力践行该职业、岗位所要求的职务义务，但我们不能因此推定其也同样会违背其他职位的法律义务。这种缺乏合理关联的推论，违背了限制从业的信用工具本质，还违背了平等原则，等于是彻底的污名化，不利于违法者再融入社会。另一方面，如果脱离职业特性，那么资格限制必将无边无际，失去了个别化、定向化的特点，对相对人来说限制范围过宽过大，超出了防控风险的必要限度，也不利于其重返社会。

因此，立法机关在设定、规定限制从业时必须坚持合理关联原则。为贯彻这一原则，立法者在设定或规定限制从业罚时，应该参考《刑法》“利用职业便利实施违法行为，或者实施违背职业要求的特定义务”的规定，将类似规定作为资格限制的实质要件，不得因为一处违法犯罪或失信，就要求各部门、各政府联合起来实施无差别、全覆盖的全行业限制从业。比如对在食品、药品行业实施违法犯罪行为的相对人，可以在一定期限内限制其不得在食药领域从事管理职位，但不得因此限制其在该行业从业。实际上，我国虽说是想建构一个“一处失信、处处受限”的信用社会，但现在各部委在制定限制从业类信用惩戒时都在有意识地贯彻关联原则，相关信用惩戒规范性文件甚至会详细规定由哪个部门针对哪种失信行为可以实施何种行业的限制从业，而没有各部门一拥而上一齐实施。^[51]从根本上说，这是因为在不同行业 and 不同领域，信用维度各有差异……信用的分级分类由用信主体依据用信场景，运用不同的算法自主确定，是唯一科学的做法。即便是政府，不同部门的信用需求也不相同……^[52]因此，立法者（包括行政立法机关）应当要求同时也应允许各行政部门对与自己所监管的领域相关的违法犯罪者，才适用限制从业，而不是将其适用于与自己监管领域不相干的违法犯罪者身上。同时，立法者应当对现有的限制从业类信用惩戒法规、规章进行梳理、清理，修改或废止那些其前置条件与限制从业无合理关联的规定。

（三）坚持全面评估原则

作为交易风险预防的手段，限制从业建立在行政机关对违法相对人是否会再次违法的评估之上，如果相对人无此可能性或可能性低，那么行政机关就没有对其实施限制从业的正当

[51] 参见国家发展和改革委员会、原国家工商行政管理总局、中央精神文明建设委员会等 36 个部委联合最高人民法院制定的《失信企业协同监管和联合惩戒合作备忘录》（发改财经〔2015〕2045 号）。

[52] 罗培新：《社会信用法：原理·规则·案例》，北京大学出版社 2019 年版，第 43 页。

性。因此,这种评估必须建立在对相对人品性、能力的综合判断之上的,必须尽可能精确,否则就会不正当地侵犯相对人权利。而相对人是否会再次违法,不仅要考虑其此前违法的各种情节,还要考虑与相对人品性、能力有关的其他信息,毕竟,相对人是否会再次违法,难以仅凭一次违法就能准确判断。进言之,除非一旦违法对公共利益的损害很大,以至于社会不能承受这种违法风险因而不得不通过绝对化的“一票否决制”来根除这种风险,否则就不能仅凭一次违法就实施限制从业。这就意味着,行政机关在实施限制从业时,不仅要基于其违法信息,还要基于其他可以判断其是否会再次违法的信息。除了违法信息,失德信息也是行政机关评估的基础;^[53]不仅要基于其负面信息,也要基于其正面信息。^[54]这是信用治理这种建立在传统信用评分机制与大数据基础上的治理工具的必然要求,^[55]大数据就是把数学算法运用到海量数据上来预测事情发生的可能性,^[56]因此信息越全面、越充分,这种评估就越趋向正确。为此,行政机关在决定是否实施限制从业时,必须同样遵循正当程序原则,面向相对人公开其决定的基础,并在全面、客观地听取当事人意见、尊重当事人提供的信息的基础上作出决定。根据这一逻辑,立法者还应当设定或规定相应的提前解除限制的标准及其程序。毕竟,这一手段内含着信用治理逻辑,就必须配套信用修复机制,而随着信用的修复,再继续资格限制也就没有必要,否则难以给被限制主体提供修复信用、重返社会的积极性。

五、代结语:目的论导向下《行政处罚法》的理解与适用

毋庸讳言,当前社会治理所面对的情况与问题和20世纪90年代中期大为不同。面对新时代、新问题,彼时《行政处罚法》所设定的处罚手段确已不敷使用,因此行政管理实践中不断涌现的、不能为《行政处罚法》所容纳的新型管制手段既有其历史合理性也有创新层面的正当性,本文所探讨的限制从业即其中一例。这些新型行政管制措施在解决了新问题的同时也面临如何进一步规范化、法治化的问题,因此,在行政程序法付之阙如从而不能将各种行政规制手段、行政行为工具纳入一部法律协调处理的背景下,乘《行政处罚法》修改之东风将限制从业这样具有制裁效果的措施纳入行政处罚框架也算是一种便宜之举。但如果不考虑各种措施的目的及相应的治理逻辑、构成要件而将它们统一理解为制裁,不可避免地会导致这些新举措不仅不能有效发挥功效,反而会阻碍人权保障与法治发展。因此,我们不能囿于传统行政处罚概念与思维,必须从措施的目的出发,遵循目的决定手段的逻辑去理解、建构和适用各类行政处罚形式,从而尽可能地在《行政处罚法》内形成一个严密的、整体的、统一的而又功能分化、相互配合的限制、剥夺公民自由与权利的行政处罚体系。进一步说,对限制从业罚应当

[53] 刑法学者亦指出,预防论的刑法“必然会将悖德、行政违法行为上升为犯罪行为”。黎宏:《预防刑法观的问题及其克服》,《南大法学》2020年第4期,第5页。这一点就说明预防决定的评估基础不限于既往犯罪信息,还包括其他一切有助于司法机关评估犯罪人再犯风险的信息。

[54] 信用修复建立在以正面信息对冲、平衡负面信息的基础上,因此,信息修复必然意味着对相对人的信用评估必须建立在对其正面、负面信息的全面评估基础之上。关于以正面信息修复信用及其逻辑,参见戴昕:《声誉如何修复》,载《中国法律评论》2021年第1期,第13—139页。

[55] See Nathan Cortez, Regulation by Database, University of Colorado Law Review, 89(1), 1—92.

[56] [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2—13年版,第16页。

如此,对其他行政处罚形式也应当从目的出发,秉持“审视之、慎思之、明辨之”的态度来理解、建构与适用。如此,才能在真正高效、准确回应风险社会时代社会治理需要的同时,实现“学术的体系性、严整性与规范、救济的便宜性的合理协调”,^[57]避免陷入“理论缺失与立法混乱两者互为因果的恶性循环”。^[58]

Interpretation and Application of Employment Prohibition Under Administrative Penalties Law

Chen Guodong

Abstract: The Employment Prohibition in the newly revised “Administrative Penalties Law” should be understood as a preventive measure with the main purpose of preventing reoffending rather than a sanction for existing violations. However, to classify it as administrative punishment cannot be supported by criminal law and other laws, and it violates the principle of responsibility and the principle of credit punishment, so it is hardly called the innovation of social governance means. In terms of its purpose and constitutive requirements, employment prohibition is a preventive regulation measure that restricts the specific capacity and freedom of administrative counterparts in order to avoid the occurrence of such a situation, under the circumstance that the risk of their re-breach illegal or criminal behavior is relatively high based on their past illegal and criminal behavior. Moreover, such identification can not only effectively realize the unification and coordination of all laws that stipulate this measure, but also accord with the purpose of adapting to the needs of risk society and information society pursued by amending the “Administrative Penalties Law”, which constitutes the innovation of governance means and is conducive to the protection of the rights of the restricted administrative counterparts. According to the nature of prevention, we must set and stipulate the time limit of employment prohibition reasonably, adhere to the principle of relevance and comprehensive evaluation, and support the corresponding due process.

Key Words: Employment Prohibition; Administrative Penalty; Punitive; Preventive; Risk of Re-breach; Preventive Regulation Measure

(编辑:张慰)

[57] 参见前注[3],王贵松文。

[58] 参见前注[40],黄锴文。