

未成年人保护从业禁止的价值根据与规范适用^{〔*〕}

陈伟

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

〔摘要〕贯彻落实未成年人权益保护需要具体化的制度保障,这是从抽象的“保护理念”到可操作性“制度落实”的法治体现。《未成年人保护法》中从业禁止的制度设置蕴涵了最有利于未成年人的理念遵循,是对侵害未成年人权益行为背后的社会原因进行深入剖析的反映,具有从规范层面进行风险防范与前置保护的价值彰显。立足未成年人保护的从业禁止制度是预防性理念和价值权衡的产物,需结合宪法基本权利与未成年权益进行综合评判。在现有的制度规范中,对从业禁止的查询主体、已入职者是否从业禁止、严重侵害程度的判断、密切接触的范围划定、从业禁止的期限、未成年人主体是否适用等问题需要进一步厘清,以保证立法宗旨的深入贯彻与实践操作的规范贯通,从而把立足未成年人保护立场的从业禁止这一“制度优势”切切实实地转化为“实践效能”。

〔关键词〕未成年人保护;从业禁止;密切接触;权益衡量;规范适用

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2023.03.008

未成年人保护涉及未成年人生活轨迹与社会关系网络中的诸多事项,伴随新时代面临的新问题进行立法调整是其重要体现。第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议修订了《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》),并在落实有效保护层面作了多方努力。就现有立法的内容来看,为了更好地体现对未成年人的特殊保护,立法设置中创设了诸多新条款,从而把保护未成年人权益的理念通过制度规范的方式予以明文确立,其中创新性的一大亮点就是在未成年人保护中增设了

“从业禁止制度”。2022年11月10日,最高人民法院会同最高人民检察院、教育部联合发布《关于落实从业禁止制度的意见》(法发〔2022〕32号),为保障从业禁止制度的实践适用与多部门衔接进行了具体细化。理论澄清是确保实践适用的前提,“从业禁止制度”的价值根据、适用条件、规则合理性、具体适用面临的争论点等问题,均值得学界关注和研究。因此,结合《未成年人保护法》对“从业禁止”的制度规定,笔者对其进行全面审视,期许能够释清其中的部分困惑,并且有益于实践层面的规范适用和制度落实。

作者简介:陈伟,法学博士,西南政法大学教授、博士生导师,重庆市新型犯罪研究中心执行主任。

〔*〕本文系西南政法大学2021年度重点项目“积极主义刑法观与刑法教义适用研究”(2021XZNDJDZD-04)的阶段性成果。

一、未成年人保护法中的从业禁止制度

在美国国会通过“梅根法案”并实践运行的前提下,通过利益权衡之后的社会法实施成为国际社会普遍关注的事实。众所周知,“梅根法案”的核心内容是公开性侵害犯罪前科行为人的个人信息,以提醒居住在社区中的公众,通过事前的信息知悉与个人防范而达到有效预防的效果。^[1]“梅根法案”的背后反映的是国家所面对的伦理选择与基于社会防卫理论,寻求个人权利与公共安全之间的平衡。^[2]基于对未成年人权益保障的立足点,呼吁中国梅根法案的呼声一直客观存在。^[3]2016年6月,我国浙江省慈溪市率先在全国试行了性侵害犯罪人的信息公开制度,通过地方制度的实施来保护未成年人的人身权利免遭侵害。^[4]尽管我国现有的《未成年人保护法》并不是完整意义上的“梅根法案”,但是,在制度价值层面确实具有“梅根法案”的内在因子。毕竟,如何有效降低有违法犯罪前科行为人的加害风险,是未成年人权益保护中尤其值得关注的重要内容。

《未成年人保护法》第六十二条^[5]、第一百二十六条^[6]、第一百三十一条^[7]是本次修订的新增内容,这三个条文综合起来即本文所言的“从业禁止制度”。从《未成年人保护法》的第六十二条来看,系对密切接触未成年人的用人单位的义务要求,即需要用人单位义务查询或者定期核查被录用者是否存在“严重侵害未成年人的违法犯罪记录”,并在此基础上对相关人员不予录用或者予以解聘;第一百二十六条系责任后果条款,其规定了密切接触未成年人的用人单位违反前述规定,需要对此承担的法律后果,并对“双罚制”的处罚责任予以了规定层面的立法明确;第一百三十一条系对“密切接触未成年人的单位”的立法释义,从而在内涵明确的基础上更好地把握边界。因而,通过这三条的立法规定,在立法层面较为完整地确定了保障未成年人权益的“从业禁止制度”。

在法律明文规定的基础上,“从业禁止制度”被纳入到《未成年人保护法》的法律规范之中,从而需要我们进一步梳理其背后的价值根据,并对该制度的合理性与正当性有一更加清晰的认识,为该制度的实践运行与效能转化提供坚实的基础。除此之外,值得探究的是该制度之内的规范要件及其衍生出的现实困惑问题,因为要真正把“从业禁止制度”的价值功能和制度创新转化为客观存在的实践效能,必须通过对具体问题的梳理与释清予以保障。基于此,需要我们对《未成年人保护法》中的“从业禁止制度”的价值基础予以揭示,对该制度的合理根据予以阐述,并在此前提下对该制度具体适用中的查询主体、已入职者是否从业禁止、密切接触的范围、严重侵害程度的把握、从业禁止的期限设置、未成年人从业者是否适用等方面的问题予以一一回应。

二、创设未成年人保护从业禁止的价值根据

(一)深度契合最有利于未成年人权益原则

《儿童权利公约》第三条第一款规定了“儿童权益最大化原则”。^[8]就现有“从业禁止制度”的设计来看,其立法初衷在于保护未成年人的利益,并以具体化的制度来实现“最有利于未成年人”的立法原则。^[9]《未成年人保护法》在确立“最有利于未成年人”宏观原则的框架下,把未成年人的特殊保护与优先保护、保护未成年人隐私权和个人信息、听取未成年人意见三项内容明确纳入到具体的保护范畴之中。“青少年是家庭的未来和希望,更是国家的未来和希望。”^[10]党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央对未成年人保护工作多次作出重要指示、批示和决策部署,对完善未成年人保护相关法律制度、改进未成年人保护工作等提出明确要求。^[11]因而,如何深化未成年人保护工作,既是党中央和国家极其关注的重大事项,也是当前社会亟待解决的现实问题。需要面对的是,保护未成年人合法权益作为一项原则性要求,如何具体化地贯彻落实并产生实质效果,不可避免地需要把抽象化的原则变

为可操作的实践运用,因而“应当通过加强立法,发挥立法对未成年人保护工作的引领和指导价值”。^[12]基于此,为了更好地保护未成年人利益,针对实践中密切接触未成年人行业存在的侵害未成年人权益现象,创新性地设置了该制度。

“未成年人权益最大化”又称为“未成年人最佳利益”(The Child's Best Interests),作为保护未成年人的政策要求,是未成年人制度设计与规范完善的核心所在。姚建龙教授直接呼吁:“有必要确立国家亲权原则和儿童最大利益原则,并以此作为我国未成年人保护制度的理论基础与指导思想。”^[13]未成年人作为特殊的社会类群需要格外呵护,需要在营造出来的良好氛围中身心愉悦地健康成长,需要在社会关爱和制度庇护之下隔离社会化过程中可能对他们的伤害。“密切接触未成年人行业”的从业者,因其所处的主体身份与时空场域,较之于其他人有更多接触这些未成年人的机会,加之前期违法犯罪行为及其人格使然,因此也存在着更多伤害未成年人的现实可能。^[14]如果对其中的不良行为人不加防范,潜在的危险就一直客观存在,内心的不安感与焦虑感就无法摆脱,实践中也无法避免侵害性实然情形的出现,从而致使未成年人的权益保障停留于口号而得不到落实。

(二) 预防未成年人权益侵害的功利价值

违法犯罪是社会有机体的一部分,这些现象是社会发展过程中难以摆脱的客观存在。因而理性地说,我们只能最大程度地预防或者减少违法犯罪,而不可能杜绝违法犯罪的发生。就菲利提出的“犯罪饱和论”来看,在外在的犯罪原因未曾发生变化的前提下,犯罪总是会呈现出一定的饱和度,而且在相当程度上犯罪与国民生产总值一样具有规律性。^[15]来自美国、英国、荷兰和澳大利亚的“社区关怀”项目也发现,行为人青少年时期的经历会导致他持久性犯罪和其他社交困难。^[16]但是,我们并不能因此而认为违法犯罪就是必然的,也不能据此认为对违法犯罪就不能进行有效的预防。毕竟,“饱和”的前提

是外在的犯罪原因未发生实质变化,换言之,如果外在的条件并不是“定量”而是“变量”,此时的“饱和”也仅仅是现有条件下的有限程度,违法犯罪的下降同样能够变为现实。

因此,虽然违法犯罪不能彻底消除,但是并不代表违法犯罪不能有效控制。在违法犯罪可控性的前提下,我们应当进行动态化的原因抑制以有效防范违法犯罪的发生,这也是有效预防论之所以被提出且被认可的根据所在。“防患于未然不仅合乎成本效益,而且能带来得益,因为健康儿童和青少年将成长为有生产力的人。”^[17]“密切接触未成年人行业”的从业人员,因其前期有过侵害未成年人的不当行为,作为一种不良品行和人格的反映,在后期密切接触未成年人的过程中,就有进一步实施该类行为的极大可能。^[18]从业禁止具有极强的预防性,在于消除再次违法犯罪的条件。^[19]因而,在现有的从业禁止制度中,基于危险人格的视角出发,较多学者对其性质得出了保安处分分类措施的结论。^[20]保安处分措施是基于前期行为而做好风险防范,与特定行为人的危险性直接相关。^[21]在潜在风险客观存在而预防必须有效进行的前提下,我们就不能被动性地等待违法犯罪的发生,而是需要基于原因发生的可能而采取应对策略。“就各国应对风险的法治实践而言,以立法应对风险,是一个共同的经验选择。”^[22]《未成年人保护法》需要从“事后保护”走向“事前保护”,“将《未成年人保护法》的立法重心定位为主要保护‘困境儿童’和未成年人的‘受保护权’,既与该法的名称相符,也与我国目前未成年人保护领域的问题导向相符”。^[23]基于此,预防此类行为发生的现实需要被提上议事日程,需要我们基于有效预防的法治理念,对“密切接触未成年人行业”的从业者进行相应的限定,以防止重复出现针对未成年人的违法犯罪行为。^[24]

而且,就实践运行情形来看,由于违法犯罪行为的人格情形与后期行为具有较为紧密的关联性,因而通过行为人前期的违法犯罪进行相

应的预测并不是空中楼阁。《未成年人保护法》的宗旨在于加强对未成年人的“保护”，即通过事前预防而进行良好的制度设置，在抽象危险尚未实现之前进行制度防护，以隔绝可能对未成年人权益带来的现实侵害，这是基于功利性考量而进行制度设置的动因所在。基于此，在行为人前期存在侵害未成年人权益的事实，而且在违法犯犯罪行为的可重复性不能忽视的情形下，为了预防未成年人受到再次侵害，因而对此予以有效防范有其逻辑根据。

（三）剥夺从业资格系权益衡量的慎重抉择

在《未成年人保护法》中设置“从业禁止制度”，潜在的疑虑仍然客观存在，因为这一制度背后必然会带来对从业者就业权的实质影响。我国《宪法》第四十二条规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”从业禁止制度的适用，明显属于限制职业自由权的措施。^[25]严格来说，宪法赋予了公民的劳动权，我们应尽力保障该权利的实现而不是反向性的克减。宪法作为根本大法，宪法的精神与原则具有统领地位与指引功能，作为子法的下位法不能直接与其抵触或者冲突。因而，在宪法赋予了劳动权与就业权的前提下，宪法之下的未成年人保护法不仅没有创设就业机会、赋予平等就业的条件，反而对就业机会予以制度限缩，在此情形下，宪法与未成年人保护法在形式层面就存在一定的“对立性”，因而在是否违宪的问题上就值得我们关注。针对这一困惑，笔者认为，需要我们在价值理念层面予以重新释清，并为该从业禁止的制度设置提供合宪性根据。

尽管任何人均有平等对待或者平等就业的权利，但是这一权利的享有并不是毫无限制的。“权利不是个人的特权；其本性就是普通性和社会性。”^[26]而且，“劳动权并不是一项具有具体意义的权利，而是一种抽象权利，即任何一个公民均不能直接依据宪法第四十二条的规定而直接

向国家提出提供就业或就业机会的请求。”^[27]对前期有不良表现的行为人进行从业禁止，是基于利益权衡的结果，因为对这一部分将从事密切接触未成年人的从业者来说，一端是普通社会主体平等就业权的保障，另一端是未成年人合法权益的保障，此时究竟以何者为重，不能不作慎重的利益衡量。尤其需要注意的是，权利保障本身就是多方权衡之下的结果，在从业资格和就业机会与未成年人权益保障存在一定的抵牾之时，必然会涉及价值比较后的取舍。原因在于，我国《宪法》第四十九条规定了儿童受国家保护的权益原则，因而在他人就业权与未成年人权益保护存在一定程度的不一致时，需要根据宪法的合比例原则予以取舍，以符合功利原则与利益权衡的价值抉择，从而实现未成年人权益保障的最大化。比例原则“在确保行政行为合法性的基础上，进一步把人权保障作为其主要目的，对人权的保护更为有力”。^[28]由宪法比例原则可知，对相关权益的限定具有必要性。“必要原则是要求立法者在数种可能达到限制宪法权利目的的措施中选择最低限度的限制措施。必要原则是最早确立的比例原则。”^[29]因而，从“最有利于未成年人权益”的原则出发，要求我们把原则确立转化为制度落实，需要协调不同利益之间的关系并把未成年人的权益保障精神贯彻到底，不能因为基本法规定的平等就业权而无视未成年人权益保障，而且在权益之间有所冲突时，要对相关权益予以减让或限制。

尤其需要指出的是，剥夺曾经实施过严重违法犯罪行为的行为人从事“密切接触未成年人行业”的从业资格，并不是歧视对待或者对其就业权的不尊重，实则是行为人自身前期行为展现出来的一种未然风险使然。^[30]从业禁止并不是基于报应的需要，其实质是行为人的自身危险性。^[31]就实践层面反馈的数据来看，性侵害犯罪具有自身的特征，“一是熟人犯罪比例相对较高；二是有性犯罪前科者再次犯罪比例相对较高；三是因犯罪未被及时发现，受害人往往被侵害的次数多、时间

长”。^[32]由于行为人在前期有过性侵、虐待、暴力伤害未成年人的恶性行为,说明行为人对未成年人权益不具有相应的保障意识,也由此说明了行为人对法律规制的敌视或者蔑视。“在基本权利竞合的问题中,无论是在法理上还是在实践中,儿童优先与儿童最大利益原则的立场不应当成为争议。”^[33]就此而论,对此类人员的不安全感或者焦虑感无法完全消除。如果让其在从业过程中密切接触未成年人,则其极有可能会重蹈覆辙,实施类似的违法犯罪行为,甚至在就业权的庇护下实施更为严重的法益侵害行为。因此,对曾经针对未成年人实施过严重违法犯罪的行为人进行从业资格上的限定,并不违反宪法精神及其原则。在宪法提倡和保护的权利存在一定冲突之时,我们应当在宪法认可的比例原则之下合理地权衡与抉择,而不是无视其他更大利益的存在。

(四)为从业禁止的规范运行提供坚实的法律保障

未成年人权益保障单纯依赖道德自律,并不能发挥理想作用。“在这个转型社会,传统道德规范作为一种非正式的制度固然可以起某些作用,但作用可能有限,也应当有限;道德教育应当坚持,但不能指望太高。”^[34]基于对未成年人权益保护和从业禁止制度的价值认可,实践层面已经率先予以展开。在全国人大没有制定相应法律规定之前,地方性立法的工作已率先启动,并在实践中予以实施。比如,上海市在此方面率先进行实践,并在2019年4月由16家单位会签并出台了《关于建立涉性侵害违法犯罪人员从业限制制度的意见》,从该意见的具体内容来看,对从业禁止的适用范围、入职审查、从业限制、执行机制等八个方面进行了细化规定,以保证该制度的具体落实。^[35]除此之外,还有浙江慈溪模式、江苏淮安模式等类型,他们在信息公开或者信息查询方面各有所侧重。^[36]就当下实施的“涉性侵害违法犯罪人员从业限制”来看,正是基于实践层面不断出现的重复性性侵害行为而采取的应对措施。

从实践情形来看,上述由多部门联合签发的

意见确实能够适用于相应的会签单位,并且依照现有的规范性制度及其条件设置,可以针对性地在从业禁止方面发挥现实作用。因而,地方性试行及其规范性意见的出台,在相当程度上可以保证从业禁止的规范性适用,对未成年人权益保障与相关从业者的就业限制提供规范依据,以避免权利限制过程中的不当适用及其规范性缺失问题。^[37]但是,如果仅仅局限于地方性多部门联合会签的文件,其弊端仍然客观存在。一方面,规范文件的效力等级不高,实践运行中具有约束力相对有限。由于地方性文件的效力仅限于本地域范畴,发挥的规范效力难以与全国性的法律规范相抗衡,地方性制度实施背后的功能作用难以真正地发挥出来。直白地说,则是通过“有组织反应”的社会控制对越轨行为的程度尚有力所不逮之处。^[38]另一方面,规范文件的实际功能难以充分发挥,多部门的衔接机制难以有效构建。由于从业查询与从业禁止涉及多机关与多部门的配合,受之于地方性规则的效力层级与约束力,在缺乏一般性法律规范效力的前提下,要求关联性机关与部门的积极协作存在诸多现实障碍,运转不顺畅的现实必然致使这一制度的价值受到贬损。

因而,通过最高权力机关颁行法律制度规范具有积极意义,在现有制度的法律规范属性得以提升的前提下,极大程度地彰显了对密切接触未成年人的从业者从业禁止制度的价值意义,保证了该制度在全国范围内一体化的遵循。与此同时,也为从业查询与从业禁止规范化的现实运行提供了制度救济,为涉及多部门之间的衔接协调赋予了制度约束力,能够保证在一体化的实践运行中焕发该制度的内在活力。

三、从业禁止制度立法设置引发的适用困惑

(一)查询主体限定为用人单位是否合适

就现有的制度设计来看,要求“用人单位应当向公安机关查询应聘者是否具有性侵害、虐待、暴力伤害等严重侵害未成年人的违法犯罪记

录”,遵照这一制度的条件设置就不难看出,其对“用人单位”提出了更高的义务要求。而且,用人单位未认真履行“从业禁止”义务规范的,还将面临相应的责任后果。就该制度框架下的义务主体来说,现有制度的实际执行存在最为关键的两个方面的问题:其一,用人单位是否具有进行查询的主观意愿;其二,用人单位是否具备这一查询能力。

就用人单位来说,其关注的核心往往是录用者的从业能力或者聘用成本等方面的内容,因为这直接涉及到相关人员工作岗位的职责胜任与否,而且也牵涉到人力成本支出之后经济效益的核算问题。就客观层面来说,从理性经济人的角色与立场来看,对即将聘用者前期是否具有违法犯罪记录必然不是其首先需要考虑的,甚至压根不在用人单位需要综合考量的范畴之内。在此情形下,如果用人单位在主观上不愿意进行从业者的违法犯罪记录查询,就必然会影响到该项制度在实际操作中的查询主动性与积极性,影响到该制度实际运行的客观效果,这一制度的实际实施就必然面临着瓶颈制约。

与此同时,就用人单位的查询能力来说,也是受到极大程度的限制的。原因在于,在流动人口数量与频率不断增加的社会背景下,用人单位能否尽其所能地对非本地人口的违法犯罪记录进行客观查询,也是制度适用中应予理性审视的问题。由于人员流动是市场经济社会的常态情形,如何对外来人口进行有效查询必然是一个较为棘手的事情。如果违法犯罪记录需要到即将聘用者原户籍所在地的司法机关才能查询,而用人单位一般并不具有这样的客观能力,如此一来,必然会影响到用人单位对该制度的执行效力。

(二)已入职者如何保证从业禁止的实际执行为保障未成年人权益而对密切接触者从业禁止,其中确实涉及到利益权衡问题。正如学者所言:“坚持适度的社会公共利益优先原则,在此,并不否定和降低个体利益所固有的社会存在意义。”^[39]在价值多元的权衡之下,正义原则不

能完全无视处于制度约束和权利受限的相对方。“对于现代宪法中的人来说,就是要注意维护、增进‘处于弱势而需要帮助的人’的利益。”^[40]对已经入职的正从事密切接触未成年行业的人员,在现有的制度规范中是否一视同仁地适用该制度,同样是一个现实问题。在《未成年人保护法》正式出台之前的草案内容之中,只要求用人单位“招聘”时向公安机关予以查询,对正在从业者的查询是由“密切接触未成年行业的各类组织”来完成核查义务。但是,在正式颁布实施的法律条文中对此进行了调整,明确规定每年定期核查的义务由用人单位完成。

但是,问题仍然在如下两个方面客观存在:一方面,如果相关单位没有核查或者辅助核查的义务,则单方面由用人单位予以核查,用人单位是否能够顺利完成则有待商榷。毕竟,《未成年人保护法》第六十二条第二款规定了“查询或者其他方式”,这里自然包括了从业者转换岗位之前的其他单位。在此情形下,如果受聘者并无在案的违法犯罪记录,用人单位通过公安或检察机关的查询就无从实现,此时需要通过其他用人单位或组织提供的相关信息来进行查询,甚至需要通过实地走访或者一对一多方面线索的核查来进行。然而,在其他单位没有义务或者配合不到位的情形下,单纯依靠用人单位的核查往往不具有现实可行性,在此方面投入极其繁重的工作量也不具有可行性。另一方面,已经入职的人员已长期从事该类工作,尽管之前存在侵害未成年人权益的违法犯罪情形,但是在相当长时间范围内并未实施任何新的违法犯罪情形的前提下,是否不论其从业期间的表现如何,也要一律对其进行从业禁止呢?毫无疑问的是,既然从业禁止作为法律明文禁止的义务事项,是否需要不区分从业者的个别化情形而一律强制适用,对已经从业者有无排他性适用的现实空间,必然是值得我们思考的另一现实问题。

(三)严重侵害程度的限制及其实践判定

法律制度规范用语的明确性是该制度能够

得以实际适用的最基本前提,欠缺明确内涵所指之时,必然会影响到该制度射程范围的模糊性。在法律规定的具体适用下,法律语言仍因边缘地带的存在而带来不确定性。^[41]《未成年人保护法》第六十二条规定从业者“具有性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录”的,应当对其从业禁止。^[42]问题是,对这些违法犯罪是否需要“严重侵害”的程度?是只要行为人具有“性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等”情形就属于“严重侵害”?还是需要对上述列举的情形另行审查与判断呢?从该制度的立法表达上来看,采用的是非完全列举的方式,即在现有“性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害”之外还加了“等”这一模糊性表述。在此情形下,这一非明确性的“等”应当涵盖哪些情形,需要进一步的明确。

值得关注的问题是,违法犯罪本身是一个笼统性的称谓,而且严格意义上的“违法”与“犯罪”并不是一回事。在需要程度限定的情形下,“严重侵害”是要求达到犯罪程度,还是要求达到违法程度即可?如果应聘者仅为针对他人的一般违法行为,就径行一律从业禁止是否具有正当根据,是我们在适用该制度时需要思考的现实问题。另外,由于违法犯罪手段、行为人的主观恶性、危害后果的轻重程度、行为人前期承担的责任后果等,均能不同程度地反映出“严重侵害”的轻重大小。但是,这一评价并不是简单化的量化累加或者公式计算,而是涉及到价值判断与经验判断。因而,基于该情形,尽管正式条文中取消了“严重侵害”的立法表述,但是因为“违法犯罪”自身包含着程度限定的内在指向,因而如何对其更好地契合法律旨趣评价及其适用,必不可少地需要立法理念与技术评价指标体系的辅助。反之,如果欠缺较好的辅助性标准,实践适用中的具体可操作性必然存在疑虑,必然存在着条件过苛或者操作失范的内在隐忧。

(四) 密切接触未成年人的范围如何合理划定

从整体上来说,“密切接触未成年人行业的从业人员”是一个大的模糊性种类,尽管现有的

规定进行了一定程度的列举,但是,由于行业的种类过于多样化,所以仍然无法列举完全,不可避免地存在着未列举详尽的可能。正是基于此,在《未成年人保护法》第一百三十条第一项的规定中用了“等”这一模糊性表述。“人们必须谨慎,不能通过以理想化的但是陌生的术语误解某人关于权利存在的陈述。”^[43]“预防无必要,从业禁止则禁止。”^[44]因而,我们首先应当明确何谓“密切接触未成年人的单位”的范畴,并在该基础上根据现有的列举来合理推定难以一一详尽的行业门类。“仅仅把规范视为事实(即实际的行业期望)对于法律系统来说是不能接受。”^[45]从根本上来说,不仅密切接触未成年人的行业具有多样性,而且在某一特定行业内部的工作岗位也具有多样性,因而这一“密切接触未成年人的单位”不仅涉及行业种类问题,也涉及具体行业的具体工作岗位问题。

另外,在解释或者补充这一“等”的内涵或者在理解现有列举的单位范畴时,需要我们明确的是究竟什么是“密切接触”,如果对这一较为特定的内涵不甚明了,要相对准确地划定其外延,则要么过于宽泛,要么过于狭窄。具体到对这一“密切接触”的内涵辨析时,究竟是由行业本身的特性来决定,还是应当根据行为人在具体行业中从事的事项来决定,需要认真反思并加以明确。简言之,如果该行业虽然是密切涉及未成年人的行业,但是行为人所涉及的岗位并不是密切性的工作岗位,是否一概性地予以排除,需要我们在适用该制度的过程中予以明晰。

(五) 从业禁止的时间期限是否需要限定

就《未成年人保护法》的现有规定来看,并没有对受聘者从业禁止的期限进行任何限定。这样一来,在现有的法律规定之下,如果遵照严格的形式层面的法律规定,在法律并无明确规定的情形下,则会把这一禁业期作为终身期限予以对待。从制度设置及其权益保护的立场来看,这样的理解和适用确实会对未成年人的保护更为有利,但是对有从业需求或者从业机会的行为人

来说,是否过于严苛或者从业者的权益是否难以兼顾则又必然值得我们予以思考。^[46]“限制基本权利并非国家的‘任务’,而是国家在调整个人与国家、个人与个人之间关系时的一种不得已的宪法措施。”^[47]就业劳动权作为宪法上的基本权利,从业禁止不能加剧其被社会所排斥。^[48]尤其是就刑法修正案(九)中设置的“从业禁止制度”来看,在《刑法》第三十七条之一明确规定了“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”。既然作为最严厉的刑法设置的从业禁止尚且具有相对明确的禁业期限,那么,《未成年人保护法》中的从业禁止是否应当具有期限限制,在关联性法律的衔接与对照之下必然会有相应的疑虑。

与此同时,就现有的从业禁止的期限来说,如果行为人前期存在的违法犯罪情形并不区分“违法”还是“犯罪”,则在违法与犯罪共同存在的前提下,对“违法”或者“犯罪”一视同仁地予以对待,并不因此而区别禁止期,似乎有欠妥当。毕竟,违法与犯罪的危害程度具有实质差异,由于在比例性原则之下的禁业期限牵涉到权利剥夺的程度,因而是从业禁止制度适用时客观存在的现实问题。毕竟,基于“违法”与“犯罪”两类完全不同的行为性质,其侵害未成年人权益的程度显然是不同的,违法种类与有责类型也是存在显著差异的。在此基础上,如果在禁业期限上毫无差异化地对待,是否违背宪法所要求的比例性原则、是否过于加重了从业者的义务负担、是否有欠考虑行为人社会化回归的现实等,仍应当对此予以重视并加以回应。

(六)未成年主体是否适用从业禁止的特殊考量

就《未成年人保护法》的现有规定来看,对受聘者的主体类型并没有作任何限定。必须指出的是,在未成年主体的从业禁止适用与否的问题上,具有较大层面的特殊性。比如,《刑事诉讼法》第二百八十六条规定了犯罪记录封存制度,该制度核心指定的对象为未成年犯罪人。^[49]未

成年人犯罪记录封存制度的存在,仍然延续了对该类特殊主体的保护性刑事政策,贯彻体现了少年司法提倡的未成年人权益优先原则。^[50]作为未成年人犯罪人能够享受此种待遇,背后显然是“未成年罪犯利益与公共安全的权衡”。^[51]除此之外,《刑法》第一百条规定了前科报告义务,但是对未成年人规定了特定情形的免除义务。^[52]未成年人前科报告义务的免除,系弱化犯罪记录公开与犯罪标签效应而带来的负面影响。^[53]在此情形下,由于对未成年人犯罪的记录封存制度和前科免除义务客观存在,此时如果义务性地要求用人单位或者组织对未成年人实施的违法犯罪进行查询或者核查,受制于前述的条件限制,能否顺利完成操作是一客观存在的现实问题。

由此可见,刑事诉讼法中的未成年人犯罪记录封存制度、刑法中的未成年人免除前科报告义务,均是为了防止前期刑罚对未成年犯罪人带来的不良影响,是为了更好社会化的立场进行的制度设计。而且,刑法与刑事诉讼法规定的均是“犯罪的时候不满十八周岁”,即无论行为人在从业时是否已满十八周岁,上述条文的效力并不受其影响。因而,在《未成年人保护法》倡导最有利于未成年人原则的前提下,对未成年人的禁业对象如何予以遵循并体现,是否需要对未成年人的保护原则贯彻到底,这些困惑同样是针对未成年人特殊主体进行从业查询与从业禁止时需要认真考量的重要问题。

四、未成年人保护从业禁止制度的规范适用

“从业禁止制度”的价值内涵要得以真正贯彻实施,需要把静态层面的制度规范转化为实践运行,并通过实践运行发挥规则内在的功能价值。“如果法定后得不到有效实施,立法就失去了意义。所以,要实现科学立法,就须重视法的可执行性。”^[54]而且,“科学立法”作为永无止境的不懈追求需要实践智慧予以填充与完善。同时应当承认,“由于对法律认知上的偏差,立法本身也会存在瑕疵和不周延性”。^[55]毕竟,所有

法律制度都有特殊的制度利益,每一项法律制度也均存在“合理边界”。^[56]基于这一视角,我们需要对上述困惑予以一一释清,以解决《未成年人保护法》中“从业禁止制度”在实际操作中的诸多症结性问题。

(一)用人单位的查询主体具有现实必要性

“未成年人保护法律体系的完善涉及未成年人保护的各个领域,同时也涉及各个机关的职能与责任,是一个庞大的系统工程。”^[57]从客观上来说,对用人单位作为查询主体是否适格的疑虑主要是基于主观意愿与能力胜任层面。正如前述,作为市场经济主体的用人单位从经济利益最大化的立场出发,确实会存在着基于成本付出考量而不积极主动进行受聘者违法犯罪记录查询的内心动因。但是,作为一种法律责任的承担,并不能单纯以用人单位主观意愿的强弱而作为主体适格与否的评判标准。从根本上来说,由于记录查询是为了从业禁止的适用而提供前提基础,在《未成年人保护法》对用人单位作出义务性要求之后,怠于履行法律义务必然要承担相应的责任后果。“未能有效识别、监督和惩罚错误和机会主义行为的制度或秩序,则不具有合乎理性或正义性。”^[58]就此,《未成年人保护法》的第一百二十六条规定,如果违反该制度,教育、人力资源和社会保障、市场监督管理等部门可以要求用人单位限期改正、停业整顿、吊销营业执照、吊销相关许可证、并处罚款等处罚。

因而,要求用人单位进行事前查询,是作为法律适用的义务性要求,而与义务主体主观上情愿与否并不直接对应。如果用人单位不具有积极性,与之伴随的则是行政处罚措施,用人单位需要承担相应的责任后果,这些对用人单位来说都是需要综合考量的成本付出。基于此,在成本与收益的权衡比较之中,用人单位理当会把主观上的不情愿转化为法律义务的积极履行。而且,在“用人单位—受聘者—用人单位管理部门”的三元关系中,受聘者自己查询报告显然不具有合理性。无论如何,权利受限的禁业对象与

查询主体不能合二为一;用人单位管理部门是以行业监管者的身份而存在的,因而由其来作为日常查询主体与该主体内在的监督管理职责明显不对应。基于此,在现有的比较与权衡之中,这一查询职责只能落在用人单位的身上。

另外,关于用人单位有无查询能力的问题,需要辅之以其他有效措施,这是在查询主体身份适格前提下的另一层面的审视。就前述笔者指出的问题来看,在法律赋予了用人单位查询资格的前提下,相关部门理当为其履行这一义务予以配合与协作。即使在从业者为异地户籍的情形下,通过本地司法机关与受聘者所在地司法机关或者曾经居所地司法机关之间的信息沟通及其结果反馈,同样能够保障及时有效查询受聘者前期违法犯罪记录的实践所需。尤其是随着公民个人信息全国公安机关网络连接与共享机制的不断完善,这一表面上颇费周折或者难以逾越的屏障同样可以迎刃而解。^[59]因此,在用人单位查询违法犯罪记录的能力操作上,并不是委之于用人单位独立完成,并不需要额外提升用人单位在此方面的技能,而是要依赖网络智能与协作机制来增强实践可操作性。

(二)已入职者需要有区别的筛查与排除

对已入职者来说,既然相关的法律系其入职之后才颁布生效实施,如果让事后法对其予以适用,是否存在违反“从旧兼从轻原则”。对此问题,需要我们重新厘清该原则的内涵,防范原则泛化带来的外延模糊。“从旧兼从轻”是处罚时涉及多个规则原则的原则适用,并不是不加利益考量的一律从宽。“从旧兼从轻原则需要在权益保障与处罚妥当之间予以兼顾,不能以追求最终的从宽处罚作为其适用的惟一衡量标准”。^[60]从现有法律规定来看,尽管现有的《未成年人保护法》第六十二条第一款之中确实是以“受聘者”进行的从业查询与禁业制度。但是,综合现有法律制度的体系性解读来看,并未直接排除已入职者绝对不适用该制度。^[61]毕竟在第六十二条第二款之中又明确规定了用人单位定期核查制度,

在核查过程中发现相关从业者存在第一款中规定的禁业情形的,应当及时解聘。由此可见,即使是已经入职的相关人员,同样有适用从业禁止的可能。

对应这一制度的实践可适用性,结合《未成年人保护法》现有条款的综合意旨来看,对已入职者仍然需要用人单位的“自主排查”与密切接触未成年人单位的监管部门的“职责监管”予以具体落实。从根本上来说,用人单位对受聘者的自主排查应当更大程度地占据前置主导作用,因为无论是对已入职者的熟悉了解程度还是个人信息掌握的全面性,用人单位都具有相当程度的便利性与实际可行性。而且,既然用人单位系入职前的受聘者的适格查询主体,那么具体到已经入职人员的排查义务层面,内在的理由仍然具有同一性与妥当性。更为重要的是,考虑到密切接触未成年人单位监管部门的事后核查很难常态化地进行,因为受聘人员的变动性与流动性客观存在,所以相应的日常核查与事后核查很难及时性地密切伴随,因而单纯依赖相关部门的核查同样不具有现实性。

再者,对已入职并已经从事了相当期限的人员,是否一概“禁止其继续从业”应当作个别化考察。因为违法犯罪记录与人身危险性并不是直接等同关系,不能因为有前科记录而完全否定教育改造的可能性。^[62]换言之,如果已入职者前期存在针对他人的侵害行为,但是在后期较长时间的从业过程中,一直未有类似的违法犯罪行为,并且单位同事及相关人员的评价均不错,此时经过综合评估之后,我们需要个别化的审查之后对其予以备案在册,并不需要绝对化的一律禁止其继续从业。^[63]毕竟,从业禁止是基于风险防范而设置的预防制度,在行为人的风险明显较小而无实质防范必要的情形下,我们需要实质性地解释该制度并予以公正化适用,而不是机械性地把该制度置于所有从业者之上。

(三)严重侵害程度需要综合考量和全面审视在用人单位自主查询并获得相关信息之后,

需要对受聘者或者已入职者前期的违法犯罪行为进行自主性评价,即行为人前期实施的违法犯罪行为究竟是否属于“严重侵害”程度的违法犯罪情形。但通过公安机关、检察机关的信息系统查询到相关行为人的违法犯罪记录是一回事,违法犯罪记录是否属于“严重侵害”程度的违法犯罪之范畴又是另一回事。用人单位通过查询获得的记录需要进行双向维度的细致考量,一方面需要查询行为人前期是否存在违法犯罪行为,这主要涉及有无层面的事实判断;另一方面需要审视这些违法犯罪是否属于“严重侵害”程度,这需要根据事实进行价值评判。从本质上来说,“严重侵害”的程度判断不仅是一个“量”的问题,同时也有“质”的评价标准问题,需要就现有的违法事实要素综合性地全面审视。

比如,就禁业范围类型中的“性侵害”而言,既涉及违背幼女意志的强奸又包括了双方和意之下的性行为,同时还包括了现实空间的猥亵行为或者网络空间的猥亵等行为。^[64]由于不同的行为表现形态,加之行为人不同的主观恶性等方面的内容,行为背后的危害程度显然是不一样的。再如,就多人实施的共同犯罪或者有组织犯罪来说,不同行为人的参与程度不一样,事后的悔罪表现及其醒悟态度也不一样,反映出来的危害程度与危险性也存在明显差异。何况,由于违法和犯罪的性质不同,对二者简单化地等而视之也不合时宜。“从方法论的角度看,我们也可以说,法学的‘个别化的方法’,就是‘情境思维’(situational thinking, situative Denkweise)的方法。”^[65]因而,为了更好地规范化适用,我们需要结合行为性质、行为次数、行为发生的场合、导致的危害结果、行为人的主观恶性、行为人参与程度、造成的恶劣社会影响等综合评价。^[66]

笔者认为,在具体识别是否属于严重侵害程度的具体操作中,需要与从业禁止的预防必要予以对应,即应通过对前期“严重侵害”的综合判断与违法犯罪的“预防必要性”建立起内在关联。“严重侵害”与否的判断是“个别化考察”的

方法论省视,是个案行为发生过程“情境思维”的回溯性运用。如果前期违法犯罪记录尚未达到对其予以从业禁止的现实必要,同样可以反向说明现有行为不符合“严重侵害”的程度。在行为性质的轻微程度清晰易辨的情形下,用人单位应自主陈述理由并向行业的相关部门予以说明或者备案,如果存在争议情形的应提交给行业监管部门,由其综合评判后予以确定。

(四)禁止从业的范围以“密切接触”为限

尽管《未成年人保护法》第一百三十条第一项对“密切接触未成年人的单位”进行了立法释义,但整体上仍然是以行业类型来进行的划分。从现有的规定来看,这些行业类型主要限定于教育机构、技能训练机构、安置或救助机构、校外托管或临时看护机构、医疗机构等。^[67]这些行业所在的区域均以未成年人较为集中聚集或者频繁出入的地方为主要特征,也是未成年人容易遭受侵害的空间场所。由于现有规定并不是完全性列举,因而如何理解规定中“等”的范围,理应结合“密切接触”这一核心特质进行限定。

法律只能在该介入的地方介入,否则法律干预会对法律自身造成伤害。^[68]在笔者看来,“密切接触”需要注意两个层面的条件:其一,需要符合“密切”的要件要求。我们一般所言的“密切”是指关系密切,其包括了情感层面与血缘层面的。但是,这里的“密切”并不以此为内涵,而是指与未成年人接触的频繁性和交往的可能性。只有在工作与生活中与未成年人有反复多次接触,行为人与未成年人之间的“密切”关系才能客观存在,这一“密切”要件才能相应具备。其二,需要有实质“交往”的现实可能。理所应当的,这一“交往”指的不是一般意义上身体层面的“肢体接触”,强调的是彼此之间的紧密往来,是日常相处中的“交集”,而不是在日常生活中经常看到或者偶尔碰到。当然,这里的“密切”与“接触”并不是孤立的存在,而是需要整体理解,仅有“密切”而无“接触”或者仅有“接触”而无“密切”均不符合立法的本意。

在此前提下,我们才能合理填补未完全列举所留下的“立法空缺”,以填充社会生活中与未成年人种类多样化的其他行业,比如以未成年人为主题的各类游乐场所、以未成年人为主要对象的亲子活动等。与此同时,我们也才能合理划定各类行业之下的不同工种,对其是否受《未成年人保护法》“从业禁止”的限定有一清晰认知,比如教育机构与托管机构之中的保安、清洁工或者司机等。尽管其不属于这些机构中的核心从业者,但是无论是从“密切”还是“接触”两个视角来看,其均符合上述所言的内涵要件,因而在前期已经有严重违法记录的前提下,有对其适用该制度予以特殊预防的现实必要。

(五)有区别地设置禁业期限和风险评估

在现有《未成年人保护法》的条款规定中,对从业者的禁业义务并没有设置相应的禁业期限,而是直接规定了“不得录用”“应当及时解聘”的规范后果。从严格适用的立场来看,这一从业禁止显然是终身性的不录用,即在禁业期限上是没有任何限定的。然而,笔者认为,这一完全不考虑从业禁止期限的做法,仍有进一步完善之必要。尽管行为人前期存在违法犯罪记录,但是行为人已经对其过错承担了相应的责任后果,是否还要在此之外另行无期限地背负从业禁止的负担,在权利义务的审视之中同样存在另行斟酌的空间与可能。尤其是就业权作为宪法性基本权利,我们在基于未成年人权益保障目的进行限制时,仍然必须符合比例原则。^[69]尤其是比例原则中的“必要性原则”,更是强调以最少侵害的方式来实现法律目的。^[70]正如学者所言:“假如我们认为只要目的正当(但事实上也可能并不正当)可以不择手段的话,那么,对于法治秩序的真正形成,倒反而可能是一种损害了。”^[71]

“对于违法历史的考察是人身危险性评估的最主要内容,……违法历史也是实施保安处分的最基本根据”。^[72]基于受聘者人身危险性的视角,应当根据行为人违法犯罪的不同程度设置相应的禁业期限,以体现既对未成年人权益保护的

内在精神,也对部分从业人员提供相应的发展空间。如果行为人违法犯罪的程度较严重,其禁业期限应当相应的越长,反之亦然。^[73]同时,为了更好地对行为人从业风险有一良性控制,在行为人禁业期限到期之后,应当由专业的第三方评估机构对行为人的人身危险性进行相应评估,经评估之后认定其已经没有侵害风险的,方可准许行为人从事与未成年人有关的职业。^[74]不忽视对禁止对象的权益恢复,也是制度规范与价值理性的重要内容。^[75]评估作为必要程序是基于权利救济的需要,此时需要评估监督机制的审慎而行。^[76]通过此方式,既可以为从业者留下从事某类行业的可能,同时又可以极大程度地防范侵害未成年人权益的现实风险,把保护未成年人权益与保障从业者的就业权予以协调兼顾。

(六)未成年人主体的从业禁止适用具有特殊性

遵循现有法律规范的立法精神,在具体制度的规范适用中,我们就不能单纯以习惯固化的思维为限,因为涉及未成年人“双向保护”的适用问题,^[77]在具体制度的理解及适用中,我们仍然应当从未成年人的特殊性与利益最大化的立场出发,基于未成年人保护性政策的视角予以细致考量。比如,在从业者系未成年人时,如果在其未成年阶段有过虐待或者暴力伤害的违法犯罪记录,此时一律硬性地适用从业禁止制度就有欠妥当。主要原因在于,基于未成年阶段的心智不成熟性,在年幼阶段所犯的过错,存在极大程度的宽宥性与可谅解性。《未成年人保护法》本身的旨趣在于保护未成年人的权益,并把未成年人引入健康成长与合乎社会预期的轨道上来,而不是置其于更加不利的窘境。因而,如何让曾经有过触法行为的未成年人更好地回归社会,不至于被社会所排斥或者抛弃,同样是该部法律的核心追求所在。^[78]

因而,鉴于因未成年人时期的违法犯罪予以从业禁止与未成年人权益保护的原则不相一致,在具体适用时就应当进行特殊性的再考量。有

学者直接指出:“对未成年犯适用从业禁止制度不利于少年司法理念和少年司法制度践行,不契合从业禁止制度价值理念,未成年犯主体应当排除适用从业禁止制度。”^[79]更明确地说,《未成年人保护法》对“从业禁止”的制度设计,原本并不是针对未成年人而进行的。因而,如果禁业对象为当下的未成年人,则该制度原则上不应得以适用;另外,如果从业者的违法犯罪系未成年人时发生,但受聘时已经为成年人,基于前期违法犯罪的客观事实和教育悔改的情况,需综合评估其人身危险性之后,另行慎重地作出抉择。

2021年12月31日施行的《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》第十条第三款规定了对犯罪时未成年且被判处五年以下有期徒刑刑罚的,受理单位出具《查询告知函》应“载明查询对象无犯罪记录。法律另有规定的,从其规定”。尽管该规定并未针对从业禁止进行明确规定,但是防范未成年犯罪前科影响的实践努力仍然清晰可见。因而,“有期限的从业禁止在未成年人主体上应当慎重适用”。^[80]面对未成年人的禁业主体,这一问题解决的核心在于如何最大程度地进行权益保护和价值权衡。未成年人作为特殊的主体类群需要更为特殊性的政策保护,这决定了规范适用时不能直接套用现成的制度。《未成年人保护法》的宗旨是为了保护未成年人的利益,在从业者为未成年人或违法犯罪发生时为未成年人时,这一原则同样不可偏废地需要坚守。需要指出的是,在具体适用时关键在于个别化考察和审慎排查,由于未成年主体同样存在可能重复实施违法犯罪的风险,^[81]因而一律宽纵仍有置潜在被害人权益于不顾的现实弊端。

对此,笔者认为,我们需要考虑把未成年人主体(包括违法犯罪时为未成年人)纳入从业禁止对象的特殊性,在适用《未成年人保护法》的从业禁止时根据对象的不同进行审慎性界分。如果能够评估推定出行为人(包括违法犯罪时为未成年人)仍然存在严重侵害未成年人权益的现实风险时,禁止其从事或者继续从事密切接触未

成年人的行业具有合理性。反之,如果经过科学评估与综合考察,有过违法犯罪记录的未成年人欠缺现实危险或者违法犯罪行为已经超出了禁业期限,则从业禁止的限定理当予以解除。

注释:

[1]“梅根法案”(Megan's Law)指的是美国的《犯罪登记和社区公告法》(The Registration and Community Notification Laws, RCNL),旨在通过登记和社区公告的制度对暴力性侵犯者加以控制,美国国会于1996年通过该法案。

[2][33]参见姚建龙、刘昊:《“梅根法案”的中国实践:争议与法理——以慈溪市〈性侵害未成年人犯罪人员信息公开实施办法〉为分析视角》,《青少年犯罪问题》2017年第2期。

[3][32]史洪举:《呼唤中国版“梅根法案”》,《人民法院报》2017年12月7日。

[4]参见屠春技、岑瑾:《浙江慈溪:公开性侵未成年人犯罪人员信息》,最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/djcdt/201606/t20160613_119788.shtml。

[5]《未成年人保护法》第六十二条规定:“密切接触未成年人的单位招聘工作人员时,应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具有性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录;发现其具有前述行为记录的,不得录用。密切接触未成年人的单位应当每年定期对工作人员是否具有上述违法犯罪记录进行查询。通过查询或者其他方式发现其工作人员具有上述行为的,应当及时解聘。”

[6]《未成年人保护法》第一百二十六条规定:“密切接触未成年人的单位违反本法第六十二条规定,未履行查询义务,或者雇用、继续聘用具有相关违法犯罪记录人员的,由教育、人力资源和社会保障、市场监督管理等部门按照职责分工责令限期改正,给予警告,并处五万元以下罚款;拒不改正或者造成严重后果的,责令停业整顿或者吊销营业执照、吊销相关许可证,并处五万元以上五十万元以下罚款,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”

[7]《未成年人保护法》第一百三十条第一项规定:“密切接触未成年人的单位,是指学校、幼儿园等教育机构;校外培训机构;未成年人救助保护机构、儿童福利机构等未成年人安置、救助机构;婴幼儿照护服务机构、早期教育服务机构;校外托管、临时看护机构;家政服务机构;为未成年人提供医疗服务的医疗机构;其他对未成年人负有教育、培训、监护、救助、看护、医疗等职责的企业事业单位、社会组织等。”

[8]《儿童权利公约》(Convention on the Rights of the Child)系联合国1989年11月20日第44届联合国大会第25号决议通过,是第一部有关保障儿童权利的国际性约定,于1990年9月2日生效。我国于1991年12月29日第七届全国人民代表大会常务委员会第23次会议批准了《儿童权利公约》。《儿童权利公约》第三条第一款规定:“关于儿童的一切行动,不论是由公私社

会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”

[9]《未成年人保护法》第四条规定:“保护未成年人,应当坚持最有利于未成年人的原则。处理涉及未成年人事项,应当符合下列要求:(一)给予未成年人特殊、优先保护;(二)尊重未成年人人格尊严;(三)保护未成年人隐私权和个人信息;(四)适应未成年人身心健康发展的规律和特点;(五)听取未成年人的意见;(六)保护与教育相结合。”

[10]《习近平谈治国理政》第二卷,北京:外文出版社,2017年,第354页。

[11]《习近平总书记关心未成年人健康成长大事记》,人民网,http://politics.people.com.cn/n/2015/0107/c1001-26344669.html。

[12]田相夏:《未成年人保护工作仍需从基础抓起》,《社会科学报》2017年12月21日。

[13]姚建龙:《未成年人保护需要“空间扩容”》,《人民日报》2014年5月5日。

[14]基于司法案件的统计分析可以发现,密切接触未成年人的性犯罪比较高,而且性犯罪者的再犯率也较高。参见上海市闵行区人民检察院课题组:《刑法从业禁止制度在性侵害未成年人案件中的适用》,《山西省政法管理干部学院学报》2018年第2期。

[15]“犯罪饱和论”系犯罪社会学家菲利在他的《犯罪社会学》中提出的核心论点,菲利认为犯罪是多种原因综合之后的结果呈现,这些原因包括了个人的、地理的和社会的三个方面,当从社会中孕育的这些犯罪原因达到一定量的时候,也会发生一定量的犯罪,这就是著名的“犯罪饱和法则”(law of criminal saturation)。

[16][17]参见[加]欧文·沃勒:《有效的犯罪预防——公共安全战略的科学设计》,蒋文军译,北京:中国人民公安大学出版社,2011年,第165、174页。

[18]“基本权利的客观价值秩序功能要求国家机关必须尽到人民基本权利之义务,使人民的权利免遭公权力或第三人的侵害,基本权利的国家义务由此而产生。”夏正林:《从基本权利到宪法权利》,北京:法律出版社,2018年,第181页。

[19]参见张馨文:《从业禁止作为资格刑的正当性论证》,《晋中学院学报》2019年第4期。

[20][31]参见童策:《刑法中从业禁止的性质及其适用》,《华东政法大学学报》2016年第4期。

[21]参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京:北京大学出版社,2015年,第18页。

[22]何跃军:《风险社会立法机制研究》,北京:中国社会科学出版社,2013年,第56页。

[23]姚建龙:《未成年人法的困境与出路——论〈未成年人保护法〉与〈预防未成年人犯罪法〉的修改》,《青年研究》2019年第1期。

[24]“‘预防主义’理念着重于风险预防,强调未成年人保护工作的提前规划,主张通过形成防止虐待儿童的长效工作机

制来实现虐待儿童的风险防控,有利于提高未成年人保护工作质量。”陈苇、王巍:《未成年人保护制度的改革与完善——以预防和惩治虐童行为为中心》,《新疆社会科学》2018年第6期。

[25]参见李兰英、熊亚文:《刑事从业禁止制度的合宪性调控》,《法学》2018年第10期。

[26]张高:《公民权利的正当性研究》,北京:人民出版社,2017年,第153页。

[27]林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,北京:商务印书馆,2017年,第229页。

[28]杨登峰:《从合理原则走向统一的比例原则》,《中国法学》2016年第3期。

[29]范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018年第5期。

[30]“我们之所以投入成本来阻止犯罪,并不是因为犯罪的收益是先天性地不道德的,而是因为罪犯在追求自己的收益的时候,对他人和社会引起了更大的损害。”沈海平:《寻求有效率的惩罚——对犯罪刑罚问题的经济分析》,北京:中国人民公安大学出版社,2009年,第349页。

[31]苏力:《制度是如何形成的》,北京:北京大学出版社,2007年,第63页。

[32]参见《上海出台“涉性侵害违法犯罪人员从业限制制度”半年已有多人被处置》,新华社网,http://www.gov.cn/xinwen/2019-10/20/content_5442544.htm。

[33]参见上海市闵行区人民检察院课题组:《性侵害未成年人违法犯罪人员从业禁止机制研究》,《上海公安学院学报》2019年第5期。

[34]“我国迄今没有少年司法法,三十多年来的少年司法改革,其成功经验从来都是自下而上的,都是由地方实践先行探索,后来总结并上升为全国性的制度规定,即先有少年司法实践后有少年法的肯定和确认,这是我国当前少年司法改革的逻辑路径。”姚建龙、吴昊:《“梅根法案”的中国实践:争议与法理——以慈溪市〈性侵害未成年人犯罪人员信息公开实施办法〉为分析视角》,《青少年犯罪问题》2017年第2期。

[35]参见[英]马丁·因尼斯:《解读社会控制——越轨行为、犯罪与社会秩序》,陈天本译,北京:中国人民公安大学出版社,2009年,第3页。

[36]戴剑波:《权利正义论:基于法哲学与法社会学立场的权利制度正义理论》,北京:法律出版社,2007年,第88页。

[37]喻中:《宪法社会学》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第145页。

[38]参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第135页。

[39]《未成年人保护法》在正式颁布前的草案内容与正式的文本仍有其相应差异,正式颁布前的草案(第五十四条)规定:“招聘密切接触未成年人行业的从业人员时,用人单位应当向公安机关查询应聘者是否具有性侵害、虐待、暴力伤害等严重侵害未成年人的违法犯罪记录;查询发现其具有前述行为记录的,不

得录用。”对比草案与正式条文的内容可以发现,正式条文中不仅增加了“拐卖”行为,同时也去掉了“严重侵害未成年人”的对象限定。

[40][美]卡尔·威尔曼:《真正的权利》,刘作翔译,北京:商务印书馆,2015年,第277页。

[41]贾文超:《我国从业禁止制度的性质定位辨析——从〈关于建立涉性侵害违法犯罪人员从业限制制度的意见〉谈起》,《预防青少年犯罪研究》2019年第6期。

[42][德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,北京:人民出版社,2009年,第264页。

[43]“从就业者的角度看,不充分就业伴随的风险同独立处置自己生活而获得的局部的自由和自主处于一种相互竞争的状态。……没有社会保障体系的发展未来就会受到贫穷的威胁。”[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,南京:凤凰出版传媒集团、译林出版社,2003年,第148-149页。

[44]于文豪:《基本权利》,南京:江苏人民出版社,2016年,第116页。

[45]参见叶小琴:《公民就业权视域下劳动者前科报告义务的体系解释——以美国雇员案犯罪记录争议为切入》,《法学评论》2019年第2期。

[46]《刑事诉讼法》第二百八十六条规定:“犯罪的时候不满十八周岁,被判处五年有期徒刑以下刑罚的,应当对相关犯罪记录予以封存。犯罪记录被封存的,不得向任何单位和个人提供,但司法机关为办案需要或者有关单位根据国家规定进行查询的除外。依法进行查询的单位,应当对被封存的犯罪记录的情况予以保密。”

[47]参见孙倩:《未成年人犯罪记录封存制度的理论重构及现实思考》,《刑法论丛》2020年第3卷。

[48]罗世龙:《我国未成年人犯罪记录封存制度之反思与完善》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第2期。

[49]《刑法》第一百条规定:“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。犯罪的时候不满十八周岁被判处五年有期徒刑以下刑罚的人,免除前款规定的报告义务。”

[50]参见贾楠:《论〈刑法修正案(八)〉之“未成年人前科报告义务的免除”》,《青少年犯罪问题》2011年第6期。

[51]刘松山:《中国立法问题研究》,北京:知识产权出版社,2016年,第153页。

[52]王爱声:《立法过程:制度选择的进路》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第255页。

[53][68]参见梁上上:《利益衡量论》,北京:北京大学出版社,2021年,第178、272页。

[54]田相夏、张少男:《未成年人保护立法现状与未来发展——未成年人法律体系的构建与完善研讨会观点述要》,《人民检察》2015年第19期。

[55]杨冠琼:《国家治理体系与能力现代化研究》,北京:经济管理出版社,2018年,第434页。

[59]《未成年人保护法》第九十八条规定：“国家建立性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪人员信息查询系统，向密切接触未成年人的单位提供免费查询服务。”只有建立了全国范围的违法犯罪人员的信息查询系统，并且保证线上查询系统的良好运行，现有的从业查询与从业禁止才有现实可能。

[60]陈伟：《刑事追诉时效的实质与从旧兼从轻原则的适用》，《政法论坛》2022年第4期。

[61]“解释是法律上的意义诠释(rechtliche Sinndeutung)，它须遵从制定法的规定，就此而言是法律适用，而不是涵摄。”[德]卡尔·拉伦茨：《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》，范雪飞、吴祥译，北京：法律出版社，2018年，第12页。

[62]参见陈伟：《教育刑与刑罚的教育功能》，《法学研究》2011年第6期。

[63]“尽管改革得到社会认可可能会比较勉强，执行中法律可能也有缺陷，但是要收集数据，让数据说话，保证从国内外贡献者那里获得经济、技术和道义方面的支持，这点非常关键。”国际刑罚改革协会：《制定有成效的法律和政策——法律、政策制定者的刑事司法改革和刑罚立法、政策及实践手册》，冯建军、张红玲译，杭州：浙江工商大学出版社，2014年，第58页。

[64]参见邵守刚：《猥亵儿童犯罪的网络化演变与刑法应对——以2017-2019年间的网络猥亵儿童案例为分析样本》，《预防青少年犯罪研究》2020年第3期。

[65]舒国滢：《法哲学：立场与方法》，北京：北京大学出版社，2010年，第85页。

[66]这一因人而异的评价不是要进行所谓的“选择性执法”，而实则是实质公正性价值选择的必然要求。在现有的规范条件上“严重程度”是以“量”的形态而表述的，但是，在具体适用中这一“量”的判断与“质”的效应息息相关，因此需要我们根据个案的表现形态而差异化地判断“量”，并基于此而规范化对应“质效”上的适用。

[67]由于未成年人活动的地域范围有限，因而强调未成年人之外的他方主体“密切接触”有其必要性。比如在性侵未成年人的实证调查方面，其显性化的特征为“熟人作案特点明显，案发于监护缺位期间”。郭佳、郭一帆：《性侵未成年人刑事案件高发类型及预防机制实证研究——以北京市某区人民检察院案件办理为样本》，《北京政法职业学院学报》2019年第4期。在性侵未成年人的加害人与被害人关系层面，“在性侵未成年人案件中，相较于陌生人作案，熟人作案的比例较高”。陈伟、金晓杰：《性侵未成年人案现状、原因与对策一体化研究》，《青少年犯罪问题》2016年第4期。

[69]“在基本权利限制问题上，比例原则的核心意思是：立法机关限制基本权利的手段必须与限制的目的相适应，不能不择手段地限制基本权利。”张翔：《基本权利的规范建构（增订版）》，北京：法律出版社，2017年，第135页。

[70]参见夏正林：《从基本权利到宪法权利》，北京：法律出版社，2018年，第110页。

[71]舒国滢：《在法律的边缘》，北京：中国法制出版社，2016年，第20页。

[72]文姬：《人身危险性评估方法研究》，北京：中国政法大学出版社，2014年，第153页。

[73]在刑事从业禁止的期限上，有学者也直接指出应当在类型上分为终身型从业禁止与一定期限的从业禁止，并把一定期限的从业禁止通过司法解释的方式予以确立。参见袁彬：《从业禁止制度的结构性矛盾及其改革》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2017年第3期。

[74]“从业禁止的适用也应该关注行为人的再犯可能性，必须以行为人可能具有的再犯可能性作为基础，以避免其可能带来的对行为人生存造成不必要影响的消极后果。”袁彬：《从业禁止制度的结构性矛盾及其改革》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2017年第3期。

[75]参见张晨、纪康：《适用从业禁止全方位规制对未成年人性侵害者》，《检察日报》2018年9月17日。

[76]参见魏立艳：《浅谈我国的从业禁止制度——从“上海携程亲子园虐童案”说起》，《北京政法职业学院学报》2019年第3期。

[77]笔者认为，“双向保护”具有特定语境下的现实内涵，如果不作主体类型上的限定，“双向保护”指的是未成年人权益保护与社会利益保护的双向兼顾。如有学者所言的：“‘双向保护原则’是未成年人司法中的重要准则，体现出对未成年人个人权利及社会公众权利的双向保护。”邓泉洋、汪鸿波：《我国未成年人“双向保护原则”的实践困境及破解之策》，《中国青年研究》2020年第5期。如果针对未成年人保护而言，显然也是保护未成年加害者与未成年人被害者的统一，这是狭义层面的“双向保护”。笔者在此所言的“双向保护”，是就后者意义而言的。

[78]正是基于此，法益保护目的与比例原则之间存在着紧密关系。正如张明楷教授指出的：“事实上，不考虑法益保护目的，是不可能贯彻比例原则的。”张明楷：《法益保护与比例原则》，《中国社会科学》2017年第7期。

[79]余丽、张凯骏：《未成年犯排除适用从业禁止制度的实证性研究》，《预防青少年犯罪研究》2019年第1期。

[80]陈伟：《有限期从业禁止的性质与内涵辨析——以〈刑法修正案（九）〉第37条之一为中心》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2018年第4期。

[81]参见陈伟：《刑事一体化视野中的未成年人罪刑研究》，北京：中国检察出版社，2020年，第22页。

[责任编辑：邹秋淑]