

Ответственность за нарушения авторских и смежных прав

从业禁止在侵犯知识产权犯罪中的适用 Профессиональный запрет, применяемый в расследовании преступлений, связанных с нарушением прав интеллектуальной собственности The Occupational Prohibition Applied in the Crimes of infringing on Intellectual Property Rights

刘夏

河南大学法学院/知识产权学院副教授，法学博士
pangdongmei71@163.com

Лю Ся,

доктор юридических наук, доцент Юридического института,
Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР
pangdongmei71@163.com

Liu Xia,

Associate professor of law School / Intellectual Property School, Henan University, S.J.D.

© Лю Ся, 2020

摘要: 根据侵犯知识产权犯罪的特征与现状，以及从业禁止的目的与价值，从业禁止在这类犯罪中理应得到日益广泛的重视与更为普遍的适用，以克服当前适用极少的困境。在适用从业禁止时，需要把握基本适用性、必要性与合比例性三大基本原则，着重审查侵犯知识产权犯罪行为与行为人职业之间的关联性，即行为人是否利用职业便利实施侵犯知识产权犯罪，或是实施了违背职业要求的特定义务的侵犯知识产权犯罪。

关键词：侵犯知识产权犯罪；从业禁止；职业；关联性。

Abstract. According to the characteristics and current situation of the crimes of infringing intellectual property rights, as well as the purpose and value of occupational prohibition, the occupational prohibition should be paid more attention and applied more generally in such crimes to overcome the current dilemma. When applying the occupational prohibition, we need to grasp the three basic principles of applicability, necessity and proportionality. We should focus on examining the relationship between the crime of infringing on intellectual property rights and the actor's occupation, that is, whether the crime was committed by taking advantage of the actor's occupation or the crime was committed in violation of the specific obligations required by the actor's occupation.

Keywords: Crimes of Infringing on Intellectual Property Rights; Occupational prohibition; Occupation; Relevance.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.038-043

Article: 37A of the Chinese criminal law stipulates: “Whoever is given a penalty due to a crime committed by taking advantage of his or her profession or a crime committed in violation of the specific obligations required by his or her profession may be prohibited by the people’s court from engaging in the relevant profession for three to five years from the date when the penalty ends or the date when the person

is released on parole in light of the circumstances of the crime committed and the need for preventing the commission of any other crime.” Article 38 and Article 72 of the Chinese criminal law stipulate: a convict sentenced to control, or When probation is announced, the convict may also be prohibited from engaging in certain activities. The establishment of occupational prohibition will promote the realization of penalty

effect, reduce judicial costs, and deprive criminals' abilities of committing crimes again. According to the characteristics and current situation of the crime of infringing intellectual property rights, the occupational prohibition should be paid more attention and applied more generally in this kind of crime.

1. The necessity of the occupational prohibition applied in the crimes of infringing on intellectual property rights

First, the regulations about the occupational prohibition of the illegal actions of the encroachment upon intellectual property in administrative law is not comprehensive, nor are these regulations forbid to engage in occupations with low thresholds. For example, most of the offenders who had counterfeited registered trademarks do not have legitimate employment so that they will not be deprived of occupational qualifications by administrations and can be only punished by the occupational prohibition in criminal law.

Second, no matter from the point of view of the deterrence to the public or the enforceability of the applicable methods, the occupational prohibition in criminal law is better for achieving the preventive effect. As an example, under the Chinese company law, a perpetrator who had committed a crime of infringing on business secrets is not allowed to serve as a company executive when the enforcement of his penalty was less than five years; but except for the dismissal, there will be no punishment even if the perpetrator violates the regulation. However, there will be a different result where the occupational prohibition in criminal law was applied, an illegal practitioner will get administrative punishment and even can be judged as a criminal.

Third, in criminal law, the regulations about occupational prohibition are more targeted and comprehensive. For instance, in accordance with the Chinese company law, a criminal who had infringed business secrets will be only prohibited from serving as a director, supervisor or senior executive of the company. But if the occupational prohibition was prohibited, the criminal will not be able to continue to engage in this field whatever his identity is.

Fourth, from the perspective of applied procedures, since occupational prohibition was formulated by people's court in accordance with judicial procedures, it has higher neutrality, authority and transparency and can be more effectively supervised and redressed.

2. Basic principles of the application of occupational prohibition

The principle of suitability in German law can be used for reference, which means that we can define it as

the basis of a justified and legitimate security measure which consists of the occupational prohibition. Principle of suitability mainly consists of three parts: applicability, necessity and proportionality.

2.1. Principle of applicability

If the perpetrator's personal danger is high, then the possibility of implementing crimes related to occupation in the future is also extremely high, then a punishment with occupational prohibition will match the principle of applicability properly. For example, Fan Zengke, a man once committed a crime of selling illegally manufactured registered trademarks. After releasing from prison, he committed the same act, which indicates that he was so familiar with the criminal chain from illegally printing to selling illegally manufactured trademarks that he has many conveniences of committing such crimes, which also means the personal danger of him is also very high. He should be occupationally prohibited.

2.2. Principle of necessity

The perpetrator's possibility of committing related crimes again should be emphatically considered into the judgement with occupational prohibition. In the case of "Hu Xiaochun's encroachment upon Copyright", the defendant sold some infringing illegal publications for one and a half years, with a total of more than 40,000 copies, the amount of illegal operations was more than 1.35 million yuan. The defendant has been committing crimes for a long time and making it as his only occupation. It is not difficult to conjecture that he is very likely to continue this kind of tort in the future. And it is necessary to prohibit him from the operating activities of publications for a certain period of time.

2.3. Principle of proportionality

For the criminals of infringing upon intellectual property rights who were sentenced to less than three years in prison, criminal detention, single fines or probation, in order to avoid increasing the burden of their future life, the occupational prohibition shall not be added to. In addition, the scope of occupational prohibition should be limited to the scope of the occupational activities in which the related crimes may occur. For example, if one produces or processes a kind of dumpling with counterfeit brand and constitutes the crime of counterfeiting the registered trademark, the court only needs to prohibit him from engaging in the operating activities such as the dumpling's production, processing and sales. And it is not necessary to expand the scope to all food industries.

3. The identification of crimes of infringing on intellectual property rights and occupational relevance

Under the Criminal Law, the precondition for the perpetrator to be sentenced to occupational prohibition is the correlation between crime and his occupation, which assumes taking advantage

of occupational convenience to commit crimes, or committing crimes that violate particular obligation of professional requirements. In the identification of crimes of infringing on intellectual property rights and occupational relevance, the following issues need more attention:

3.1. The concept and scope of occupation

Occupation should be understood as a kind of work which based on one's social status, continuing and repeating to maintain his social life, it is compliant with the requirements of division of labor in society and is an important means of subsistence. It includes both full-time job and part-time job, legitimate and illegal works. For instance, someone who works in the company during the day and operates a bookstore to sell the encroaching repetitions in the night, his part-time operating activities are also a part of his occupations.

3.2. The essential relationships between behavior and occupation

Perpetrator's behavior must have an internal and close relation to the occupational requirements and characteristics, not just for the platform, convenience

es and opportunities provided by the occupation. For example, Li and Cai run a store whose business mainly consists of hair and beauty supplies, they purchased 5,000 counterfeit "Philips" hair clippers and sold these clippers online, the amount they had earned up to 125,000 yuan. Obviously, there is no relevance between their behavior of selling commodities whose registered trademark is counterfeit and their management behavior. So the judge should prohibit these two defendants from engaging in the related operation online, not prohibit them from engaging in the operation of the beauty and hair store.

3.3. The facticity of occupation

The perpetrator's occupation must be real, it can't be false, counterfeit or subjectively imaged, but this doesn't mean that it must meet all the qualifications required by law. However, if one does not have a business license and still produce and sell foods whose registered trademarks are counterfeit for a long time, then he should be judged as "using occupational convenience" and can be sentenced to be prohibited from engaging in the production and operation of relevant foods.

《刑法修正案（八）》规定了对判处管制、缓刑的犯罪分子，可以同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动从业禁止。《刑法修正案（九）》也新增了刑法第三十七条之一：“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。”这些规定共同构筑起我国刑法上的从业禁止制度。毫无疑问，从业禁止的设立将有利于促进刑罚效果的实现，降低司法成本，并能在极大程度上剥夺部分犯罪人的再犯能力，甚至对其产生比刑罚更大的威慑力。近年来，从业禁止得到了较为广泛地适用，侵犯知识产权犯罪亦不例外。2016年5月24日，郑州中院审理的“范增科非法制造、销售非法制造的注册商标标识案”是河南省首次对监禁刑的被告人适用从业禁止。被告人范增科因非法印刷标有“好想你”注册商标的包装袋，情节严重，除了以销售非法制造的注册商标标识罪被判处有期徒刑三年，还被禁止自刑罚执行完毕或者假释之日起五年内从事与印刷业及制造、销售商标标识有关的职业。该案入选了河南省2016年知识产权司法保护十大典型案例，对今后从业禁止在侵犯知识产权犯罪案件中的适用起到了指导与借鉴作用。笔者认为，根据侵犯知识产权犯罪的特征与现状，从业禁止在这类犯罪中应当得到日益广泛的重视与更为普遍的适用。

一、侵犯知识产权犯罪适用从业禁止的必要性

当前多数学者认为，从业禁止并非刑罚，而是一种特殊的保安处分措施。其是从预防犯罪、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，有选择性地剥夺了犯罪人的犯罪能力，目的是为了预防犯罪者继续从事原职业所可能对社会导致的巨大的潜在危险，适用基础是行为人的自身危险性而非罪责，更侧重于矫治预防而非惩罚非难。¹笔者认为，在侵犯知识产权犯罪中适用从业禁止具有高度的必要性与诸多优势，兹简述如下：

第一，我国行政法律法规中缺乏对实施知识产权违法行为的从业禁止规定，不足以预防行为人再犯。当前，尽管我国有20余部行政法律规定了剥夺从业资格或执业资格之类的处罚，但涵盖的范围仍不全面，还有相当多的职业游离于处罚范围之外，难以得到有效规制。而刑法中的从业禁止规定则摆脱了具体职业的限制，既包括只有满足特定资格、得到官方许可方可准入的职业，也包括任何人都允许进入的行业；²而行政法通常只能剥夺行为人从事与自己知识专长和特殊技能相关的职业资格，却难以禁止其从事低门槛的职业或营业。³事实上，多数实施侵犯知识产权犯罪，尤其是假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品的行为人并没有正当职业，他们在实施违法犯罪行为时大多没有相关资质，更不需要得到行政机关的许可或审批。如果不对其适用从业禁止，其在刑满释放后即使重操旧业，也不会受到行政机关的有效监管。因此，从业禁止可以有效填补相关行政规范的空白，降低行为人的再犯可能性。

第二，刑法中的从业禁止无论从社会的否定评价程度、对公众的威慑力、还是适用方法的强制性，都更有利于一般预防与特殊预防效果的实现。有的行政法律虽然规定了侵犯知识产权违法犯罪行为的从业禁

¹ 参见叶良芳，应家赞：《论有前科者从业禁止及其适用》，《华北水利水电大学学报（社会科学版）》2015年第4期。

² gl. Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München: C.H.Beck, 2014, § 70, Rn.4.

³ 参见汤友洪、詹向民、张松涛：《论剥夺职业资格之刑罚》，《法学》1994年第10期。

止措施,但缺乏违反相关规定的后果和处理方式,容易导致操作中的无所适用与处罚上的漏洞。例如,《公司法》第一百四十六条规定,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,被判处有期徒刑,执行期满未逾五年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾五年的人,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。如果公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。因此,侵犯商业秘密罪的行为人在刑罚执行未逾五年时,不得担任公司高管;但即使其违规担任的,最差的处理情况也不过是聘任无效而已,本人不会受到任何处罚。故而,该规定对行为人的威慑力非常有限,即使违背也不会承担额外的负担。但是,如果适用刑法的从业禁止则不然,行为人在从业禁止期间违规从事相关公司行业的,将由公安机关依法给予处罚;情节严重的,甚至还可能构成拒不执行判决、裁定罪。

第三,刑法中从业禁止的立足点在于行为人利用自己职业的再犯可能性,规定更具针对性与全面性。例如,从业禁止不仅应禁止行为人本人从事特定职业,还应禁止其为他人、或者指示其从属人员为自己从事该职业。而行政法中的从业禁止面对某一行业的幕后“黑手”或普通参与者,则难免显得有些束手无策。例如根据之前提到的《公司法》相关规定,侵犯商业秘密的犯罪人只被禁止担任公司的董事、监事或者聘任高级管理人员,而没有禁止以一般管理人员或普通员工身份继续从事该行业。再如根据《网络出版服务管理规定》,网络出版服务单位违反本规定被处以吊销许可证行政处罚的,其法定代表人或者主要负责人自许可证被吊销之日起10年内不得担任网络出版服务单位的法定代表人或者主要负责人;同样也没有禁止其在幕后或以普通专业技术人员的身份实施网络侵犯著作权的行为。而一旦在刑法中对其适用从业禁止,就可以限制其以任何形式继续从事该行业——无论是负责人还是一般参与人,亦或是幕后指挥者。

第四,从适用程序上看,由于从业禁止系由人民法院依照司法程序予以决定的,具有较高的中立性、权威性与透明性,可以避免由行政主管部门适用资格罚时所可能存在的肆意性,且更能得到有效的监督。此外,被司法机关禁止从事特定职业者也更容易寻求救济的渠道。

二、适用从业禁止的基本原则

尽管从业禁止能够起到较好的特殊预防效果,但却对犯罪人重返社会造成了明显阻碍,有悖于改造犯罪人的初衷,只能被作为一种“被允许的恶害”。因此,如何协调惩罚犯罪与保障人权之间的平衡,将这种恶害的程度限制到最低,一直以来都是理论与实务界关注的焦点与关键问题。笔者认为,可以借鉴德国的适当性原则,将其作为包括从业禁止在内的保安处分正当化、合法化的依据,扮演罪责原则在刑罚适用中的重要角色。德国刑法学界的通说认为,只有当某一保安处分对于行为人而言是“适当的”抑或“合比例的”时,方可被法院判处——“如果它超出了行为人所实施的行为的意义,以及与可期待的行为和由其造成的危险等级不相称的时候”,是不允许被规定或判处的。⁴而适当性原则主要由适用性、必要性与合比例性等三部分所组成。相应的,在侵犯知识产权犯罪中适用从业禁止也必须满足下列三大基本原则:

(一) 适用性原则

适用性原则具体表现为:保安处分措施必须能够达到立法者设计这项制度的初衷——“监管具有持续危险的人”。至于所期待的结果在事后能否达成,则并非需要着重考量的因素。具体到从业禁止,则要求行为人必须具有利用自己职业再次从事犯罪的危险。如果行为人的危险程度很大,今后实施与职业相关犯罪的可能性也极高,对其判处从业禁止就满足适用性原则。以“范增科非法制造、销售非法制造的注册商标标识案”为例,法院在判决书中明确指出:“范增科于2011年因犯销售非法制造的注册商标标识罪被判处有期徒刑,本次犯罪依然涉及非法制造注册商标标识,前罪和后罪涉及的罪名表明范增科对非法印制、销售非法制造的注册商标标识犯罪链条相当熟悉,其从事此类犯罪具有一定的便利条件。为强化对其有效监管,以预防其再犯罪,决定对被告人范增科适用禁止令。”⁵

(二) 必要性原则

必要性原则亦被称为从属性原则,具体表现为法官在适用保安处分措施时必须考虑以下因素:对行为人施加这一处分是否是必不可少的?是否不存在其他更加有效,或者更为轻缓的选择方案?⁶只有答案是肯定时方可决定适用。由于教化的效果因个案情况而有不同,痛改前非的人有之,一错再错的人亦不在少数,故对从业禁止而言,首先应当判断是否确有禁止行为人从事特定职业的必要性。根据刑法规定,判断标准体现为犯罪情况和预防再犯罪的需要这两方面。在分析犯罪情况时,应主要从该行为造成的损害结果、次数、频率、方式等角度出发对犯罪的严重性加以判断。⁷但是,犯罪行为的严重程度绝非适用从业禁止的正当化依据,其核心功能是为行为人今后可能实施的危害行为提供一个参考或指示作用。⁸行为人预期再次实施相关犯罪行为的可能性,以及对其进行特殊预防的必要性,才是判决从业禁止时所需要着重考虑的因素。因此,法官在考量行为人的犯罪情况时,最关键的是那些能够为行为人今后可能实施的危害行为提供判断资料的因素,如行为人是偶然为之还是持续为之,是无意之失还是明知故犯,是情境诱发还是蓄谋实施等等。⁹如在“胡晓春侵犯著作权案”中,被告人于自2013年年底至2015年3月的长时间内,一直在销售

⁴ 参见[德]罗克辛著,王世洲译:《德国犯罪学总论》(第1卷),法律出版社2005年版,第52页。

⁵ 参见(2016)豫01刑初49号刑事判决书。

⁶ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2013, § 62, Rn.7.

⁷ Vgl. BGHSt 20, 233; BGH StV 1992, 571.

⁸ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2013, § 62, Rn.10.

⁹ 参见刘夏:《德国保安处分制度中的适当性原则研究及启示》,《法商研究》2014年第2期。

侵权非法出版物，总数多达40152册，非法经营数额高达135万余元。¹⁰由此可见，被告人明知故犯，长期持续实施犯罪行为，并以此为自己的唯一职业，不难推断出其今后继续实施该行为的可能性较高，有必要在一定时间内禁止其从事出版物的经营活动。

其次，如果其他更为缓和的措施足已达到立法者所期望的效果，就不应判处从业禁止。例如，倘若行政法上的相关资格罚足以有效剥夺行为人的再犯能力，法官就没有必要对其适用从业禁止这一更为严格的措施。

（三）合比例性原则

所谓合比例性原则，系指具体的保安处分措施与法官希望达到的效果之间必须符合“手段——目的”之间的比例关系。¹¹法官在做出决定时，必须在全面掌握犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质、犯罪手段、犯罪后的悔罪表现、个人一贯表现等情况的基础上，结合保安处分措施对行为人权利的侵害程度与时间长短等因素进行综合衡量，厘清保安处分与对公民个人权利不当侵害之间的界限，务必不能使其成为行为人过于沉重的负担。

以从业禁止为例，笔者认为：首先，从业禁止的期限应当符合比例原则，即预防行为人利用职业便利再次实施犯罪的必要性越大，期限就越长；反之亦然。

其次，对行为人被判处的刑罚种类或执行方式也应当有所限制。如果行为人被判处的刑罚很轻，却因此承受较长期限的从业禁止时，这一判决就是不合比例的。例如，行为人仅被判处单处附加刑、管制、拘役或短期有期徒刑，足以说明其犯罪情节轻微、危害不大；相应的，其再犯可能性与预防必要性也很难达到足以适用刑法第三十七条之一的程度。根据法律规定，侵犯知识产权罪均可判处三年以下有期徒刑、拘役或单处罚金，因此，我们应当将刑罚处于上述幅度的犯罪排除于刑法第三十七条之一的适用范围之外，以避免尚不严重的犯罪行为成为判处较为严重的保安处分措施的形式要件。此外，如果行为人被适用缓刑，就表明其已经满足了“没有再犯罪的危险”这一实质条件。倘若此时还要禁止其从事特定职业，无疑又表明法官认为具有预防再犯犯罪的需要，这岂不是自相矛盾吗？从文理解释的角度出发，从业禁止的起始时间为“刑罚执行完毕之日或者假释之日起”，而缓刑考验合格的法律效果是“原判刑罚不再执行”，二者存在明显差异。因此，无论从合比例性原则出发，还是根据条文的字面表述，只需对执行缓刑者适用禁止令即可，而无需在刑罚执行完毕后再予以限制。¹²

最后，适用从业禁止应当具有针对性，范围应局限于可能导致相关犯罪的职业活动范围，而不能随意扩张其界限，以免给行为人的自由造成额外障碍。如有必要，应当将“职业”进一步细化，限制解释为与犯罪具有最直接关系的“职业分支”或“子行业”。德国判例甚至指出，若是一名教师因授课时猥亵男孩而被法院判处禁止执业，则此措施禁止的只是他为男孩授课，而不能当然剥夺其作为女孩或者成年人教师的资格。¹³与之类似，倘若一位医生仅针对女性患者实施性侵犯的话，也不能以此为禁止其对男性患者进行诊疗。¹⁴即使我们不需要像德国这么细化，至少也要对禁止从业的范围予以限定，尽量将其限制在与行为人关联最密切的领域。例如，行为人违反与某公司的保密协议，使用其所掌握技术信息，向其他多家公司销售其研发的管理信息系统，构成侵犯商业秘密罪的，法院可以根据这些公司所处的行业、保密协议的内容及软件性质，禁止其在一定时间内从事相关行业的企业管理信息系统的开发、销售及实施，而不应禁止其从事所有行业管理系统的研发。¹⁵再如，行为人未经商标所有人许可，生产、加工假冒“三全凌”牌黑芝麻汤圆，构成假冒注册商标罪的，法院也没有必要禁止其从事所有的食品加工、销售行业，只需禁止其从事汤圆食品的生产、加工、销售等经营活动就足够了。¹⁶

三、侵犯知识产权犯罪与职业关联性的认定

根据刑法规定，行为人被适用从业禁止的前提条件是犯罪与职业之间的关联性，表现为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。所谓利用职业便利，是指利用行为人职业所赋予的地位、资格、权利与方便条件，如董事管理、编辑出版、记者采访、律师辩护等。而违背职业要求的特定义务，则指违反某一职业根据法律、行业准则、职业道德或职业信誉而产生的、要求全体从业者所应尽的责任。这些义务的来源与种类多种多样，具有鲜明的职业特点。例如，内幕信息知情人在内幕信息公开前负有保密义务，董事、监事、高级管理人员对公司具有忠实和勤勉义务，等等。在多数情况下，利用职业便利与违反职业义务是紧密交织、彼此重合的，没有必要进行明确区分。例如，公司的高级管理人员在管理公司过程中擅自披露其掌握的商业秘密的，既滥用了自己的职业之便，也违反了对公司的忠实义务。笔者认为，在对侵犯知识产权犯罪与职业关联性的认定中，应当重点注意以下问题：

（一）职业的概念与范围

¹⁰ 参见（2016）豫01刑初159号刑事判决书。

¹¹ Vgl. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München: C.H.Beck, 2010, § 62, Rn.2. BVerfG v. 20. 6. 1984 - 1 BvR 1494/78.

¹² 参见王彬：《我国限制有前科公民就业资格的立法例考察》，《法学》2009年第10期。

¹³ Vgl. BGH 2 StR 13/95.

¹⁴ Vgl. BGH 3 StR 454/02.

¹⁵ 参见《最高检发布2016年度检察机关保护知识产权十大典型案例》，http://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201704/t20170425_188983_4.shtml，2017年7月9日访问。

¹⁶ 参见（2014）郑知刑初字第9号刑事判决书。

有学者认为,职业不同于行业——“在某一行业中又包含着不同的职业分工,而相同的职业也可能从事不同的行业。”¹⁷笔者认为,对职业应当作广义理解,不应将行业排除在外。尽管职业与行业确实存在一定差异,国外部分立法也将二者并称,¹⁸但无论行为人系利用自己特殊身份形成的有利条件,还是违背了规范该行业的法律制度,都将构成对自己工作便利的滥用或特定义务的违反;无论从事的是职业还是行业,行为人都都具有反复、继续从事该行为的可能性。因此,可以借鉴刑法中的“业务”概念,将职业理解为行为人基于社会地位,为维持社会生活而反复、继续从事的工作,符合社会分工的要求,是行为人谋生的重要手段。职业既包括全职职业,也包括兼职职业,既包括合法职业,也包括违法职业。只要满足这一性质,或者行为人有长期、反复从事的意思,即使行为人第一天从事该职业,也应认定为其职业。例如,行为人以销售牟利为目的,在自己生产的白酒上贴上“茅台”商标,即使尚未售出即被查获的,也属于从事白酒销售职业。¹⁹再如,行为人白天在公司上班,利用晚上的业余时间经营网店,销售侵权复制图书的,兼职经营亦属于其职业之一。

(二) 行为与职业的内在关联

行为人实施的行为必须与职业要求、职业特征具有内在的密切关系,其在从事该职业时显著的不可靠与不安全性直接导致了危害结果的发生,而不能仅因为该职业为自己提供了实施犯罪行为的平台、便利与机会。²⁰德国有判例指出:行为人身为一名牙医,涉嫌多次诈骗被捕(其中有部分是他的病人)。但是,诈骗和牙医的职业规范与职业义务并无直接关联,牙医这一职业仅为其提供了实施诈骗犯罪的可能性——通过这该工作,行为人能够接触到被害人并与之建立联系;但即使其不具有这一身份,也完全可能在私下里实施诈骗行为。因此,不能单纯基于医生诈骗了病人这一理由而对其判处禁止执业。²¹当然,如果该行为与医生职业紧密相关,如妇科医生利用身体检查之机强制猥亵他人的、主治医师以是否认真诊疗为要挟,敲诈勒索患者财物的、医生利用给患者开处方的机会,强制销售假药、劣药等情形的,则可以满足犯罪的职业关联性要求。

我国也有类似案例,如在“李某、蔡某等销售假冒注册商标的商品案”中,被告人李某、蔡某夫妻二人在自己经营的台州市椒江区和平路²²-26号沙龙美容美发用品商行内,以每个人民币65元左右不等的价格购得假冒的philips理发器5000个,先后雇佣被告人鲍某和冯某、毛某,一起以每个人民币90元左右的价格在淘宝网上进行销售,直至同年9月25日被查,共获利125000余元。²²毫无疑问,本案中两名被告构成销售假冒注册商标的商品罪;但该行为是否与其所从事的理发行业有紧密关联?可能有人 would 认为,如果其未经营美容美发用品店,就不会销售假冒他人注册商标的理发器,从这个角度而言,侵权物品与其从事职业有内在关联。但与德国判例类似,两人实施侵犯注册商标专用权的行为是在淘宝网上销售商品,而非在美容美发店中销售商品。经营美容美发用品店充其量为其提供了接触侵权商品的渠道;即使其不从事该行业,也可以在网销售相关商品。故在本案中,其销售假冒注册商标商品的行为与经营美发店的行业之间不符合关联性的要求。法官不应禁止两名被告从事美容美发用品店的经营,而应禁止其在网从事相关物品的经营。

(三) 职业的真实性

行为人的职业必须真实,而不能是其谎称、冒充或主观臆造的。但需要注意的是,具有真实职业并不意味着行为人必须满足法律所要求的全部执业资格。如果除了是否满足必要的行政许可等形式要件外,行为人所客观从事的行为在本质、特征与外在表现上均与特定职业行为没有差别时,就应当被认为是其职业。因此,行为人虽未依法获得营业执照,却仍然长期生产、销售假冒他人注册商标的食品的,由于其在事实上从事了食品生产经营活动,也应认为利用了职业之便,可以被禁止从事相关食品的生产经营。与之相关,笔者经查阅判决书发现了一个有趣的现象,部分法官在判决书中会根据行为人的所从事的职业是否具有相关资质来阐述其身份——如果有相关资质,如具有营业执照却销售假冒他人注册商标的酒水,则身份是“个体户”等;如果无照销售侵犯知识产权商品的,身份就是“无业”。显然,这里的“无业”并不意味着行为人没有真实职业,更不意味着不能对其适用从业禁止。

¹⁷ 陈烨:《从食品安全犯罪的视角看资格刑的完善》,《华北电力大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

¹⁸ 如德国刑法第70条禁止执业的规定中,同时列举了职业(Berufs)与行业(Gewerbes)。

¹⁹ 参见(2014)遵市法知刑初字第1号刑事判决书。

²⁰ Vgl. BGH 2 StR 182/07.

²¹ Vgl. BGH, 2 StR 175/83.

²² 参见(2015)台椒刑初字第144号刑事判决书。