

# 当下中国刑事立法应当如何谦抑？

## ——以恶意欠薪行为入罪为例之批判性分析

刘艳红

**内容提要:**晚近以来我国刑事立法未能有效地实现刑法谦抑主义。在吸收密尔(Mill)损害原则、帕克(Packer)的刑事制裁界限理论及德日法益理论等合理内核基础之上,可以考虑从如下消极层面回答当下中国刑事立法如何实现刑法谦抑主义的问题,即刑法不应成为替代政府管理职能的“社会管理法”;防范和治理严重社会危害行为的“危害防治法”;缺乏公众认同仅体现立法者意志的“立法者的法”;未穷尽其他措施即予启动的“最先保障法”以及难以有效执行的“纸面上的法”。恶意欠薪行为的入罪最为典型地违背了上述标准,其入罪的正当性合理性值得深刻反省。其入罪后存在的难以启动司法程序等实际问题极有可能使之成为无助于解决薪酬支付纠纷的“稻草人”罪名。

**关键词:**谦抑主义 除罪化 恶意欠薪 刑事制裁界限 薪酬支付

刘艳红,东南大学法学院教授。

2011年2月25日通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称《修八》)颁布并施行之后,现行刑法罪名已由1997年的414个增加至452个。新增的38个罪名典型地表明了刑事立法犯罪化的进程。此外,还有很多罪名不典型地体现了刑事立法犯罪化取向。一些罪名历经八部刑法修正案修改后,入罪门槛降低,打击范围扩大,比如盗窃罪、内幕交易、敲诈勒索罪等,还将以往不是犯罪的行为也实施了犯罪化。如果从1979年我国第一部刑法典颁行之日起算,迄今为止,我国刑事立法犯罪化已经进行了32年;冷静下来分析当下中国刑事立法是否遵循了刑法谦抑主义,以及如何在未来刑事立法中有效贯彻刑法的谦抑性,恐怕是刑事立法者以及刑法理论界和实务界共同需要思考的问题。当下中国刑事立法应当如何谦抑,这一看似简单的命题实则隐含着如下几个问题:当下中国刑事立法的现状是什么?当下中国刑事立法是否需要坚持刑法的谦抑主义?如果答案是肯定的,接下来的问题才是,未来我国刑事立法应当如何谦抑?鉴于前两个问题笔者已在他文中予以解决,<sup>[1]</sup>为此,本文只围绕我国刑事立法应当如何谦抑这一问题展开探讨。

[1] 参见刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,载《法商研究》2011年第4期;刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》2011年第11期。

—

联系当今泛风险化时代下刑法处罚的便宜化,鉴于我国刑法晚近以来的犯罪化,英国哲学家哈特的刑罚哲学之问就显得特别具有时代意义。哈特的问题是:“为什么要处罚?”“为什么要处罚这些行为人?”<sup>[2]</sup>除却老生常谈地从报应与预防刑罚目的的角度回答哈特的“为什么”之外,从可操作性的刑事立法层面回答这两个为什么则更具有本土语境下的迫切性。这两个问题提出了刑事立法上令谦抑主义者倍感煎熬的难题,即如果主张刑法谦抑原则,对哪些行为规定为犯罪才是谦抑的?对此宏大且事关刑事立法正当性这一重要问题,纵观欧美刑法学界,大致有三种理论予以回答:一种方案是英国学者密尔的“损害原则”理论;二是美国学者帕克的刑事制裁的界限理论;三是德日刑法学中的法益理论。这三种学说出发点不同,但试图解决的问题却是一致的,即为刑事立法划定合理的范围。

密尔“损害原则”的核心是,一个人的行为只有在有害地影响到他人利益时,社会才对他有裁判权,也才可以适用刑法这样强制性的法律;但是当一个人的行为并不影响自己以外的任何人的利益,或者除非他们愿意就不需要影响到他们时,那就根本没有蕴含任何这类问题的余地。<sup>[3]</sup>帕克基于对“刑事制裁的界限”的探讨,指出只有同时满足以下几项标准的行为才能被刑法规定为犯罪:“(1)行为须是在大多数人看来有显著的社会危害性的行为,且不专属于任何意义的社会阶层。(2)将该行为纳入刑事制裁不会违背惩罚目的。(3)抑制该行为不会约束人们合乎社会需要的行为。(4)须通过公平且不歧视的执行来处理。(5)通过刑事程序来控制该行为,不会使该程序面临严重的定性或定量的负担。(6)没有合理的刑事制裁替代措施来处理该行为。”<sup>[4]</sup>法益理论则认为,法律所保护的利益即为法益,刑法的目的是为了保护法益,只有侵害或者威胁法益的行为才是犯罪。法益概念在刑法上具有决定刑罚必要性之有无以及处刑规定之合理性的重要功能,在刑事立法上,法益与刑法的最后手段性特征相结合,为刑法法律秩序的建立发挥着重要的功效。<sup>[5]</sup>

损害原则要求“有害地影响到他人利益”的行为才能被定为犯罪,而权力的正当性在于防止对他人的损害。<sup>[6]</sup>这里的利益,其实也就是指法律所保护的利益即法益;这里对他人的损害,显然是指侵害或者威胁他人利益的行为。正因如此,美国学者才认为,根据密尔的损害原则,“自我损害、思想以及没有造成任何损害的行为,即使它们也许也应受到谴责,社会也不会与之斗争。”<sup>[7]</sup>通读密尔的《论自由》,其对损害原则并无详尽分析。对他人造成损害的行为可以被规定为犯罪,这样的标准只是从价值层面指出了犯罪对他人的侵害性,但是,损害他人的行为不但范围广泛,而且对于什么是损害更是缺乏客观判断的标准。正如赫

[2] [英]哈特:《惩罚与责任》,转引自[美]马库斯·德克·达博:《积极的一般预防与法益理论——一个美国人眼里德国刑法学的两个重要成就》,杨萌译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(2007年第2卷·总第21卷),北京大学出版社2007年版,第444页。

[3] [英]约翰·斯图亚特·密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1996年版,第82页。

[4] [美]哈伯特 L. 帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第293-294页。

[5] 参见陈志龙:《法益与刑事立法》,台湾大学丛书编辑委员会1992年版,引言第3页。

[6] [英]约翰·斯图亚特·密尔:《论自由》,于庆生译,中国法制出版社2009年版,第14页。

[7] [美]马库斯·德克·达博:《积极的一般预防与法益理论》,第453页。

尔希指出,损害原则的核心是“损失”,但是什么是“损失”却缺乏明确解释。<sup>[8]</sup> 损害原则的抽象性令人无法明白损害行为的真正内涵,这正是损害原则的重大缺陷。

法益理论更是如此。风险刑法处罚早期化等问题导致法益的概念日益抽象模糊,法益越来越变得模棱两可,这使得法益概念迄今为止仍然“属于刑法中最不精确地得到说明的基础问题”,<sup>[9]</sup>法益概念实体内容的缺乏导致了法益反对论者对法益的批判和攻击,也导致了很多人行为是否侵害了法益难以判断,侵害的法益是什么也难回答。而且,“由于从法益方向的讨论是与立法紧密联系的,而在实际的立法过程中,对于应当把什么行为看成足够严重以至于必须使用刑罚手段,是由立法者自己判断的”,<sup>[10]</sup>“当不能确定轻微的手段(例如单纯的民事惩罚)是否足以充分保障结果的时候,立法者还享有对此行使自行评价的特权。”<sup>[11]</sup>由此,何种情况下侵犯正义的行为是不得已必须受到刑法惩罚实际上取决于立法者的评判,法益对于立法者至此也只能具有象征性指导作用,而很难真正发挥实效。基于以上原因,法益在划定刑法界限问题上的功效实际并不理想,以之作为回答何为“不得已”动用刑罚惩处的问题总有些心有余而力不足。

较之损害原则和法益理论,帕克的六原则无疑相对具体。但是,六原则似乎更多地只是表述的具体而非实质内容的具体,更不表明它们具有可操作性。有的指标例如第五、六项比较具体且较易操作;有的指标如第一、二、三项则欠缺可操作性。比如,具体选取哪些是大多数人看来具有显著社会危害性的行为,就极有争议。将某行为纳入刑事制裁是否违背惩罚目的,以及抑制某种行为是否会约束人们合乎社会需要的行为,这两个问题如同某一行为是否具有显著的社会危害性一样,因评判主体及标准等不同而同样极富争议。而且,它们涉及到刑法设立时公民自由与国家权力之间博弈关系之根本,涉及的刑事立法正当性的根基问题,是刑事立法需要努力实现的目标,而不应该是犯罪化的标准。至于第四项,某种行为纳入刑事制裁体系之后是否具有可操作性显然才是需要更多关注的,这决定了犯罪化的实际可能效果。但是,这与“公平且不受歧视的执行”显然不是一个层面的问题,后者更像一个刑事执行法领域的问题,而不应该是刑事立法正当性所关心的问题。

我国目前刑法理论对于刑事立法标准的探讨都是基于法益理论而提出的。有学者提出,我国刑法犯罪化的标准应该是,“对于直接侵害法益、并诱发其他犯罪且容易发现的行为,应当实行犯罪化”,“对于严重侵害、威胁重大法益的犯罪,实行刑罚处罚的早期化”。<sup>[12]</sup>另有学者则认为,我国刑法非犯罪化的标准应该是“法益不明”和“恶性轻微”,对于这两类犯罪应该实行非犯罪化,前者如聚众淫乱罪、盗窃、侮辱尸体罪、赌博罪、容留卖淫罪等,后者如部分预备犯、部分未遂犯、部分中止犯、安乐死、窝藏包庇罪、重婚罪等。<sup>[13]</sup>很显然,目前我国学界提出的刑事立法标准——无论是入罪还是出罪,都是以德日刑法法益理论为出发点;而前述法益理论本身存在的问题决定了这两种出入罪的标准所具有的先天不足。

[8] 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(2009年第1卷·总第24卷),北京大学出版社2009年版,第192页。

[9] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第一卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第26页。

[10] 王世洲:《刑法的辅助原则与谦抑原则的概念》,载《河北法学》2008年第10期,第10页。

[11] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第一卷),第24页。

[12] 张明楷:《刑事立法的发展方向》,载《中国法学》2006年第4期,第23-24页。

[13] 参见贾学胜:《非犯罪化与中国刑法》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(2007年第2卷·总第21卷),北京大学出版社2007年版,第515-523页。

很显然,根据损害原则、帕克的六项原则以及法益理论,都难以有效地从正面回答对哪些行为才应该规定为犯罪,以及对哪些行为规定为犯罪才是谦抑的问题。所以,与犯罪行为本身的特性不无关联。犯罪是对一种恶的行为之评价,它不但涉及性质的价值评判——即犯罪必须是一种“恶”,还涉及对这种“恶”的程度的评价,并且基于共建一个和谐的法律体系的要求,还需要考虑刑法与其他法律的衔接问题等等。法学的特性天生就不可能满足人们对科学提出的严格要求,作为法学研究对象的法律的价值选择性,决定了它不可能如同科学一样精确无误而又实实在在。<sup>[14]</sup>

## 二

既然如此,我们不妨更换一下思路,从反面来回答刑事立法应该如何实现刑法的谦抑性。正如罗克辛指出,“目前的刑法学研究虽然还不能完全肯定地提出,在什么情况下国家刑罚的干涉是必要的,但是,借助辅助原则,人们却能够说明在什么情况下适用刑罚是不必要的。”<sup>[15]</sup>而且,前已述及,处罚哪些行为和行为人,并不仅仅是立法技术层面的问题,而是刑法对惩罚正当性的哲学追问。“哲学的精神永远是探究、怀疑、发问、沉思,而不是提供现成答案。”<sup>[16]</sup>这也从一个侧面说明了,从正面提出更具操作性的立法原则是多么不切实际。

为此,笔者拟结合上述三种理论的具体内容,从反面展开对我国刑事立法应当如何实现刑法谦抑性进行分析;由于前述帕克六原则中的第五、六项原则的可操作性,下文提出的第四和第五个标准从某种程度上实际反映了帕克的第五和第六项原则。同时,以下标准更多地只是基于刑事立法现状的总结,却不表明其在实现刑事立法谦抑性问题上的绝对正确性或唯一性。为了使这一分析不至于泛化或者流于抽象的理论,下文的探讨将以《修八》的恶意欠薪行为入罪为线索展开。<sup>[17]</sup>

### (一) 刑法不应成为替代政府管理职能的“社会管理法”

从某种程度上,当前我国刑事立法似乎在某种程度上患上了“刑法依赖综合症”。任何层面力有不逮时,设立新罪、刑法登场总会成为最终的选择。在这些场合,刑法似乎既不是犯罪人的大宪章也不是被害人的大宪章,而成为政府管理部门逃避管理失职或不当等问题的避雷针。“企图多利用刑罚权的政权是虚弱的政权。”<sup>[18]</sup>以恶意欠薪、组织领导传销等行为入罪化为代表的一些罪名,充分反映出我国政府在社会转型时期治理社会失范行为的乏力,可以说是政府社会管理能力虚弱的体现及后果。认为凭借刑杖的威严以管理一切社会失范行为,是当前我国立法者存在的不切实际的幻想;由此导致的刑法肥大不但会限制公民的自由还会导致刑法本身的威严受到损害。“更为严重的是,在犯罪化和重刑化这种带有背水一战的冒险性质的犯罪对策之后,如果其抑制犯罪效果仍不明显的话,下一步还能有什么样的犯罪对策呢?人们自然会有这种疑问和担心。”<sup>[19]</sup>为了确保刑罚的有效性,面对新的

[14] [德] J. H. 冯·贝尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

[15] [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第一卷),第23页。

[16] 宋希孟:《走在哲学的林中小路上》,载《读书》2001年第6期,生活·读书·新知三联书店,第103页。

[17] 《修八》第41条规定,以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,数额较大,经政府有关部门责令支付仍不支付的,构成拒不支付劳动报酬罪。

[18] [日] 西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2004年,第45页。

[19] 黎宏:《日本近年来的刑事实体立法动向及其评价》,载《中国刑事法杂志》2006年第6期,第107页。

违法犯罪行为，立法者应当三思而后立，要再三思考国家制定刑法的必要性，防止刑法由法律体系中最为严厉的法一变而成为调整因政府管理不当而致的失范行为的“社会管理法”。恶意欠薪行为的入罪，是最为典型的将刑法当作社会管理法的例证。

在中国经济以超乎想象的速度发展的背景之下，在中国 GDP 似乎已经跻身为世界强国的经济实力下，用人单位与劳动者之间的紧张关系通过薪酬支付得到最明显的体现，拖欠劳动者工资成为社会关注的问题。一时间，劳动者罢工或者跳楼或使用暴力手段“强令”企业主支付薪酬成为最引人注目的社会新闻。为了解决这一问题，全国总工会反复呼吁，将恶意欠薪行为入罪，打击企业主，保障劳动者的权利。<sup>[20]</sup>“刑事立法打击恶意欠薪，能震慑无良老板，向劳动者提供公权救济，也有助于缓解社会矛盾”。<sup>[21]</sup>至于入罪之后在该罪的追诉上，又有观点认为，“在开庭审理前支付劳动者劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，就可以不追究刑事责任”。<sup>[22]</sup>这表明，立法者并非真正想惩处恶意欠薪者，而是意在用刑法威慑欠薪者，达到使其支付劳动者薪酬的目的，解决日益激烈的劳资纠纷。在此，刑法被当作恐吓欠薪单位的武器，通过高悬的“刑罚”达摩克利斯之剑来威吓以使之履行薪酬支付的义务；刑法被作为管理社会的手段，而不是伸张正义的利器。

如果仅仅将恶意欠薪这一事关社会用工制度、薪酬制度、劳动者与用人单位之间的阶层歧视等各类敏感且重大的社会问题，通过刑法定罪量刑固然可以将欠薪者投入监牢，然而这对于根治社会顽疾无异于剪箭疗伤，实乃治标不治本之术，甚至连治标的可能性都无法实现。管理政策当属可行，但管理立法不宜提倡；其他部门法的管理立法也许可行，尤其是行政法领域，但通过增设新罪的方式应对社会管理危机，当属功利立法的短视之举。如果不从劳资关系入手根治欠薪顽疾，恐怕类似的社会问题一旦出现，立法者就会再次陷入头痛医头脚痛医脚的“危机—立法—新的危机—新的立法”这样的循环往复之中了。

在当前我国建设社会主义市场经济的转型时期，民营企业飞速发展，国有企业仍处于垄断地位，个体经营户等私企仍需国家的扶持，而欠薪者往往都是民企和私企，国企及事业单位基本不存在欠薪问题。较之国企，民企与私企在其发展过程中，在资金流量、产品销售、生产成本、税收等众多方面，所享受到的优惠非常有限。因此，在实践中，欠薪的民企与私企原因异常复杂，不分原因，一律以刑法绳之，不但做法简单粗暴，而且对我国民企私企的健康发展极为不利，最终会阻碍我国市场经济秩序的良性发展。以建筑行业为例，建筑业的惯例是，建筑项目开工之前，建筑项目所有单位只划拨很少一部分启动资金，建筑项目的承包业主必须要先行垫付项目建设所需大部分资金，后续资金必须待项目完成至一定比例之后才能陆续且按比例划拨到位；同时，建筑项目所有单位往往还会留置很大一部分项目款，待建筑项目全部完工验收合格后方能支付给承包业主。但是，实践中拖欠承包业主工程项目进度款以及尾款的情况极为平常，以至于不拖欠工程款的事情在建筑行业几乎很难看到。在这种情况下，承包业主既要想办法垫付项目建设的必要资金，又要垫付工地民工的工资；在资金链发生断裂，现金流跟不上的情况下，拖欠建材费、工人工资，可以说就非常容易理解了。

[20] 《全总建议立法机关将“恶意欠薪罪纳入刑法”》，载《民主与法制》2010年第19期，第63页。

[21] 张伟玉：《“恶意欠薪”入罪有坚实的民意基础》，载《时代风采》2010年第4期，第21页。

[22] 记者宋径径：《恶意欠薪拟入罪引发热议可能造成刑法和民法冲突》，载《检察日报》2010年8月27日第3版。

如果对源头不加以治理,仅仅因为用人单位欠薪就要予以定罪量刑,这相当于将社会管理的问题由企业主承担;将国家在市场经济建设不力、人力资源的开发与管理不善等问题,推脱给欠薪者承担。尤其是,在中国式金融垄断致温州中小企业“跑路潮”的社会背景之下,江浙地区很多中小企业资金链断裂,工资无法及时发放,企业主“跑路”盛行,此时以拒不支付劳动报酬罪对企业主定罪,无疑也是将政府金融管理不当的责任转嫁给企业主。恶意欠薪只是标,经济管理体制的巨大漏洞和失范才是本。对于经济发达地区民企私企频频发生的欠薪行为,当务之急是改革经济金融体制,抓紧完善民事、行政法律法规,建立薪酬预防保障与事后应急措施等。总之,欠薪问题本质上是经济问题或经济利益纠纷,让“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”,经济问题就该由经济管理手段来解决,刑法不应被降格为“社会管理法”。遇到问题即动用刑法,不但国家与政府管理社会的能力难以提高,刑罚也将因被过度使用而最终使国家、社会及公民三受其害。

## (二) 刑法不应成为“危害防治法”

“罪行是一种罪恶,在于以言行犯法律之所禁,或不为法律之所令。所以每一种罪行都是一种罪恶,但却不能说每一种罪恶都是一种罪行。”<sup>[23]</sup>刑法中所有的犯罪行为都是具有恶害亦即社会危害性的行为,但是,却不能说每一种具有社会危害性的行为都是刑法中的犯罪;刑事立法如果仅仅考虑行为的社会危害性而将之入罪,而不考虑其产生的政治经济社会原因,不考虑入罪后可能的效果,那么,这样的入罪化只能说体现了立法者的任意性。而社会危害性概念自身的模糊性则成为任意立法的助推器。

《修八》第 4 条明确指出,“对一些社会危害严重,人民群众反响强烈……的违法行为,建议规定为犯罪。主要是……不支付劳动报酬的犯罪”等。很显然,立法者主张欠薪入罪的重要理由是该种行为具有严重的社会危害性。这与主张恶意欠薪行为入罪论者的看法如出一辙。“欠薪直接侵害了劳动者的财产权,恶化了他们的生存环境,对他们及其家人的生存造成了巨大的威胁;欠薪致使劳资双方严重对立甚至发生直接冲突,造成严重的信用危机;欠薪加剧了贫富差距,激化了社会矛盾,严重影响了社会的和谐稳定。恶意欠薪不是一般的劳动争议,而是严重违法行为并成为许多违法犯罪行为的诱因,具有严重的社会危害性。”<sup>[24]</sup>换言之,这种观点的要义在于,恶意欠薪虽然也属于劳动争议,但由于其社会危害性严重,因此不是一般的劳资间的民事经济纠纷,有必要通过刑法予以打击。因此,恶意欠薪行为入罪也就顺理成章了。

上述立法理由和入罪论者的主张存在疑问。“法律(特别是刑法)的创制是保护社会成员免受社会危害的理性手段。根据这种观点,犯罪对社会是有害的。这是一种受到最广泛接受且最为流行的理论,但同时也是关于立法的最为简单的理论。”<sup>[25]</sup>的确,正是由于主张欠薪入罪的危害性论看法过于简单,使得该行为入罪缺乏令人信服的根基。根据某种行为社会危害性严重与否决定其应否入罪虽然看似很具说服力,然而,“犯罪的严重性并不是一种理论上的标准。当然,理论家们喜欢将其兴趣限定在‘严重的’事情上,这并不是偶然的。这反映了一种错误的信念,即现象的重要性在一定的程度上可以说明理论的重要性。实际

[23] [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆 1985 年版,第 226 页。

[24] 张伟玉:《“恶意欠薪”入罪有坚实的民意基础》,第 21 页。

[25] [美]史蒂文·瓦戈:《法律与社会》,梁坤、邢朝国译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 164 页。

上,某种现象的重要性或者严重性往往很难进行评估。”<sup>[26]</sup>这表明,一方面,社会危害性严重与否,只是某种行为入罪或出罪最基本的前提条件,而不是充足条件。普通的民事违法行政违法也具有严重的社会危害性,不能仅仅因此就将之擢升为刑法中的犯罪。认为恶意欠薪有着严重的社会危害所以“已不仅仅是劳资间的民事经济纠纷”就属于这类逻辑混乱的看法,其意在于,似乎民法中的违法行为并不具有严重的社会危害性。事实上,民事中的很多违法行为可能具有极其严重的社会危害性,比如侵权债务久拖不履行,而导致债务人生活困顿而自杀的,其社会危害性就不可谓不严重。然而,并不会因此而将此类侵权债务纠纷上升为刑法中的犯罪。恶意欠薪行为固然具有严重的社会危害性,但这并不能改变其本身属于劳资纠纷这一事实,不能改变其属于民事违法的本质属性。另一方面,何谓严重的社会危害性,这从来都是刑法中的“好望角”。作为民事违法行为中的严重社会危害性与刑事犯罪的严重社会危害性,它们之间的量的区分难以找到,而所谓质的区分,通常都是借助于刑法中对某一行为作为犯罪的性质的确认,换言之,刑法中严重的社会危害性与其他法律中严重的社会危害性从来都不可能得到透彻界分,而只能佐以是否已经入罪加以证明。如果已经入罪,则证明该种行为社会危害性的确严重。可见,就刑事立法的角度而言,某种行为是否具有严重的社会危害性,不是一个自证的问题,而是必须通过是否具有刑事违法性来“他证”的问题。这也说明了,在某一行为的危害性是否严重的问题上,在恶意欠薪行为自身那里是找不到答案的;在该行为进入刑法之前,以之为理由作为入罪的正当化根据,存在着严重的逻辑错误。

如果认为某种行为具有严重的社会危害性是其犯罪化的正当化根据,很多违法行为就都应规定为刑法中的犯罪了。比如,强制拆迁行为,“近年来,一些地方三天两头出现暴力拆迁、野蛮拆迁的事件,甚至引发自焚、暴力冲突或群体性事件。”<sup>[27]</sup>实践中广为人知的因强制拆迁而造成的命案可谓数不胜数,“连续不断地出现这类悲剧”不正是表明强制拆迁行为的社会危害性也极其严重吗?较之恶意欠薪行为为近年所引发的悲剧,强制拆迁的社会影响更坏,群众反响更强烈,涉及面更广,后果也往往更严重,如果只是因为社会危害性严重就可上升为犯罪并追究其刑事责任,那么,刑法中是否应增设强制拆迁罪?然而,如果没有政府部门对土地的管制及随之而来的高价出让,如果没有房地产市场带来的惊人经济利益,没有政府管理部门对强制拆迁以不作为形式的变向纵容,强制拆迁何以频繁发生;将其入罪,只是将冲击在一线的拆迁工作人员入刑,对于变强制拆迁为非强制拆迁并无助益。

某一行为能否进入刑法成为犯罪,除了考虑社会危害性严重与否,还应综合考量其他因素,譬如,行为人自身因素,被害人因素,社会、政治、经济、文化、道德等因素,入罪后能否有效地化解相关问题、新罪名适用的可行性难度等多种因素。而当下我国刑事立法的误区恰恰在于,习惯以严重的社会危害性为核心思考问题,某种行为具有严重的社会危害性动辄成为立法者和主张某种行为入罪者最首当其冲的理由。刑法被当作是防治具有严重社会危害行为的法律,而不是兼具实体上的严重社会危害性与违法性,程序上的诉讼可能性的法律。正是这种逻辑思考方式,才会有社会上各种团体、各类人员动辄提出要求刑法增设新罪的立

[26] [美]迈克尔·哥特弗里德森、特拉维斯·赫希:《犯罪的一般理论》,吴宗宪、苏明月译,中国人民公安大学出版社2009年版,第112页。

[27] 姜明安:《用法治平衡原则规范拆迁行为》,载《法制日报》2010年10月20日第10版。

法建议,前述所谓的各种“新”罪名,其提议者无不是以某种行为具有严重的社会危害性为由而产生的。这种做法,使得刑法成为了一般意义上的“危害防治法”,因为任何法律都是对有害于社会行为的防范和治理,这样泛化的做法只会使刑法日益丧失其规范性特征。当然,之所以如此,与我国刑法社会危害性概念的语焉不详具有极大关系。

### (三) 刑法不应成为“立法者的法”

“法律首先产生于习俗和人民的信仰,其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的。”<sup>[28]</sup> 某一行为是否有必要动用刑罚,必须具备一定的公众认同之基础。“社会成员平均具有的信仰和感情的总和,构成了他们自身明确的生活体系,我们可以称之为集体意识或共同意识。”<sup>[29]</sup> 而刑法其实就是对于这种集体意识的认同,这种认同,可以称之为公众认同。“刑法表达了长期存在的、得到广泛认同的价值观”,它“表达了一个社会的‘集体意识’,即社会成员所共有的信仰和感情的集合体。”<sup>[30]</sup> 这表明,任何一种行为如果需要动用刑罚,必须是社会广泛认同此种行为应成立为犯罪。比如故意杀人,社会成员普遍强烈反对此种行为;在互联网时代,对于非法侵入他人计算机信息系统的行为,人们也普遍持反对态度,对于其中危害性严重的,则普遍认为可以动用刑罚。任何一种行为如果要进入刑法的领地,必须以普遍的社会认同为基础,唯此,才能具备立法的正当性和合法性;缺乏犯罪认同的犯罪行为,即便强行进入刑法的体系,也难以得到公众的信赖,从而势必影响法律的施行。但是,对于恶意欠薪行为入罪,缺乏普遍的公众认同。

恶意欠薪本质上属于民法中的债务履行问题,将之入刑定罪首先就遭到了民法学者的反对。梁慧星教授就明确反对欠薪入罪。他认为,轻易采取刑法手段打击欠薪行为并不妥当,“把老板判几年刑,工厂垮了,劳动者又会失去工作”,因此应在法律理论和体系框架内设计出有效的方案;他建议将劳动者工资债权作为特殊债权处理,优先国家税收受偿,把拖欠工资的诉讼时效延长至 10 年,同时将拖欠工资比照中国人民银行同期贷款利率实行法定强制利息。<sup>[31]</sup> 其次将恶意欠薪行为入罪也遭到了刑法学者们的反对,刑法学者普遍认为,造成严重恶意欠薪情形的原因不是法律制度短缺,而是现有的劳动行政法律法规没有得到切实的执行;贸然将之入罪,并不一定能实现设立本罪的初衷,并不能解决根本问题;对于欠薪者而言,绳之以刑法只会使被欠薪的薪金利益更难得到保障,等等。<sup>[32]</sup> 恶意欠薪行为入罪也遭到了社会其他各界人士的反对。

虽然有报道认为“‘恶意欠薪’入罪有坚实的民意基础”,<sup>[33]</sup> 甚至认为“全国人大将恶意欠薪纳入《刑法》,全国人民拍手叫好”,<sup>[34]</sup> 但是,民意何在? 对此,相关报道既无论据也无说明,显然民意似乎只体现在标题里或者根本就是作者以己意代替了民意。我国没有如同

[28] [德]卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 11 页。

[29] [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,第 42 页。

[30] [美]埃德温·萨瑟兰:《犯罪学原理》(第 11 版),吴宗宪译,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 41 页。

[31] 《应不应该将欠薪罪写入刑法》,生活新报网 <http://www.shxb.net/html/20100313-231119.shtml>,访问日期:2010 年 10 月 29 日。

[32] 参见黎宏:《欠薪行为入罪应当慎重》,中国普法网 [http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-03/18/content\\_2088706.htm](http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-03/18/content_2088706.htm),访问日期:2011 年 11 月 9 日。

[33] 张伟玉:《“恶意欠薪”入罪有坚实的民意基础》,第 21 页。

[34] 郭正杰:《恶意欠薪:不能仅靠道德谴责》,中国公民新闻网 <http://www.citizennews.com.cn/shownews.asp?News=27735>,访问日期:2010 年 10 月 29 日。



美国的盖普洛、哈里斯等发达的民意调查机构对民意进行实证性的调查统计,因此,以“民意”之名认为立法有据,更多的只是一种猜测。种种证据表明,“恶意欠薪是否入罪已不是第一次被提及。多年以前,就有人大代表、学者甚至人民法院都发出过这种呼吁。但是,从以往的情况来看,反对呼声似乎更强、理由也更加充分一些。”<sup>[35]</sup>事实的确如此,在恶意欠薪行为真正入刑后,据极有影响力的报刊分析指出,“刑法的介入,能否调整中国扭曲的劳动关系?在恶意欠薪入罪时,学界就颇多争议。”<sup>[36]</sup>显然,将恶意欠薪入罪只是“立法者的法”。虽然的确有赞成将恶意欠薪行为入罪者,但是,反对的声音从未停止过;遗憾的是,立法者不但对此视而不见,而且显然也没有看到,“在没有解决欠薪问题的社会症结之所在的大前提下,即便将欠薪行为入罪,也仍然无济于事,应当慎行。”<sup>[37]</sup>希望通过将恶意欠薪行为入罪而简单地一劳永逸地解决劳资纠纷,是立法者的主观臆断;“如果一个立法者用臆想来代替事情的本质,那么,我们就应该责备他极端任性。”<sup>[38]</sup>

总之,将恶意欠薪行为入罪缺乏公众认同之基础,它更接近于“法律制定者专断意志所孕就”而不是普罗大众所欲求的法,它只是“立法者的法”,它不具备入刑设罪的必要性。恶意欠薪行为入罪体现了我国刑事立法的不成熟与冒进。“立法者的法”往往并不能解决立法者的问题,既如此,莫如遵循刑法产生的自然规律,在有正义受到侵害之处设立刑法,在仅仅只是侵权行为的领域则让刑法远离。

#### (四) 刑法不能成为“最先保障法”

刑法是所有部门法的保障法,只有在其他法律不足以惩治恶意欠薪行为时才能动用刑法。在立法阶段,能使用其他制裁手段的不要使用刑法;入罪化的罪名尽量明确化,以减少法官的自由裁量权。然而,恶意欠薪行为入罪并没有做到这一点。至少在现有阶段,解决恶意欠薪行为尚有很多的私法手段与行政法手段,而立法者却舍轻求重、舍近求远,置民法行政法等手段于不顾,直接动用了作为所有部门法的最后保障法即刑法。

恶意欠薪行为能否在入罪之前动用别的手段予以解决?从既已入罪的事实分析,立法者当然是认为“原来”的“行政管理手段或者民事手段”不足以调整此类纠纷,无法有效处理此类矛盾,所以才会在《修八》中规定为犯罪。事实也的确如此。现有我国涉及调整薪酬纠纷的法律法规以及司法解释大致有五部。<sup>[39]</sup>遍览这些法律文件的规定,在用人单位不能及时支付劳动者报酬时,劳动者所能够使用的民事法律手段主要是申请仲裁和申请支付令。关于前者,《劳动争议调解仲裁法》第5条规定,因劳动报酬发生的争议,劳动者“可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁”;关于后者,《劳动合同法》第30条与《劳动争议调解仲裁法》第16条均规定,用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令,人民法院应当依法发出支付令。而所谓的行政法律手段,根据这些法律文件的规定,在用人单位拖欠劳动者报酬时,劳动者“可以向劳动行政部门投诉”,《劳动保障监

[35] 参见黎宏:《欠薪行为入罪应当慎重》,中国普法网。

[36] 记者黄秀丽:《刑法能治职业病?》,载《南方周末》2011年6月2日第A3版。

[37] 参见黎宏:《欠薪行为入罪应当慎重》,中国普法网。

[38] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第183页。

[39] 它们是:2004年11月1日国务院颁发的《劳动保障监察条例》,2007年12月29日《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》,2007年6月29日《中华人民共和国劳动合同法》,2010年7月12日最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》,2009年7月6日最高人民法院《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》。

察条例》规定劳动保障行政部门则可“责令限期支付劳动者的工资报酬”或者“向劳动者加付赔偿金”。分析上述规定,作为劳动者权利保护的部门虽然尚且清楚,比如仲裁机构、劳动保障行政部门或者法院,对于劳动者薪酬支付也算重视,同时也有一定的救济渠道,如申请仲裁或支付令或投诉或获得赔偿金,但关键点在于,上述这些规定无一命中薪酬支付中的“痛点”。其一,在劳动者薪酬未得到及时支付时,无论向行政部门投诉或申请仲裁或法院下发支付令,无一不耗费时日,对于急需薪酬的劳动者来说,这非但不能解决燃眉之急,且易将薪酬支付问题激化。其二,在用人单位不执行有关行政部门的处理结论或仲裁意见或支付令的内容时,缺乏行之有效的法律措施。例如,当行政保障部门责令用人单位限期支付,而用人单位却置若罔闻;当仲裁裁决生效后,用人单位不予执行;当支付令下达后,用人单位也不支付。在此情形下,目前的民事行政法律规定的唯一的制裁性措施是加付赔偿金,然而,在薪酬支付且难以执行之时,赔偿金的执行似乎更不可行。换言之,目前的民事行政法律根本没有规定在用人单位对相关处理决定不予执行之时该如何解决。上述两个问题意味着,既有的民事行政法律法规的确无法有效解决欠薪问题!

然而,这只是反映出了现有民行法律法规的规定救济手段单一制裁措施乏力,而不能据此宣告民事行政法律治理欠薪纠纷的整体失败;而欠薪入罪恰恰是这种以偏概全的认识之结果。从一些市场经济发达国家和地区薪金保障制度的情况看,大多走民事行政立法的路线。1972 年丹麦制定了《工资保障基金法案》,1992 年瑞典制定了《工资保障法案》,1985 年我国香港地区制定了《破产欠薪保障条例》,我国台湾地区 1985 年公布了“劳动基准法”,这些法律对于欠薪问题均建立了富有实效的保障制度。以我国港台地区的规定为例,香港地区建立有欠薪保障基金,基金会强制性收缴企业年费作为资金来源,一旦雇员薪酬得不到及时支付,由该基金先行代为发放给雇员,事后再从用工企业追偿;台湾地区则建立有积欠工资垫偿制度,工资垫偿基金来源于劳工保险金的按比例提缴,而雇主所欠员工的工资,如经员工请求仍未获清偿的,由积欠工资垫偿基金垫偿,事后再从用工企业追偿。<sup>[40]</sup>我国港台两地通过第三方及时垫付劳动者所欠薪酬的做法,迅速化解了劳动者由于追欠薪所带来的心理和社会矛盾,避免了劳动者陷入漫长无止境的纠纷之中,极为有效地保障了劳动者的报酬权。较之我国大陆地区投诉无用或仲裁裁决缺乏制裁力或者空有支付令却难以执行等现有民事行政手段,港台两地的做法无疑值得借鉴。

为此,在刑法干预之前,作为可资借鉴惩治欠薪行为的民事行政法律手段至少有如下几种。一是进一步完善和明确《劳动合同法》等法律法规及相关司法解释中的具体内容,赋予劳动行政部门更大的监督职权。二是建立薪酬保证制度。在企业成立之时,即向劳动保障监察机构缴纳工资保证金,通过工资保证金制度,以有效保证劳动者的薪酬得到及时支付。效仿香港地区的做法,深圳市就已制定了诸如建筑行业工资保证金等制度,规定建设施工单位在每一个工程项目施工之前,办理《施工许可证》等证件时,就应当向有关主管部门按照工程款的相应比例缴纳一定的工资保证金,保障员工取得劳动报酬的合法权益。此外,北京、广西、黑龙江、河南、上海等地根据工程总造价,强制相关企业预存一定数量的保证金,如

[40] 参见周贤日:《我国港台地区欠薪保障基金制度比较研究》,载《比较法研究》2010 年第 6 期,第 75-76 页。

果企业不能如期支付工资,则可动用保证金,确保员工领到工钱。<sup>[41]</sup> 三是建立劳动者自力救济制度。比如增加宪法对罢工自由的规定,在劳动者薪酬得不到及时支付时,应确立劳动者罢工的权利和自由,以使用人单位高度重视欠薪问题并最终切实解决。四是通过实名企业注册等级制度,对欠薪企业予以监督。比如,2009年广东省劳动保障厅下发《关于积极稳妥处理当前企业经营者逃匿欠薪垫付问题的意见》,要求各地对欠薪企业实行社会公布制度,此即欠薪逃匿企业黑名单制度。欠薪企业的声誉受损,必然会累及其生意信誉,因此,这一制度对于遏制欠薪行为有一定作用。不过,该项“意见”也有需要完善之处。比如,实践中很多企业的经营者与注册登记者是不同的主体,为了避免名实不符而难以使黑名单制度发挥实效,建立企业的实名登记制度当属可行之举。

因此,在我国现有民事行政法律笼统而抽象的规定不足以解决薪酬支付的劳资纠纷情况之下,应借鉴世界不同国家或地区的有效做法,及时颁布新的有关此类问题的民事行政立法,制定切实可行的薪酬支付保障措施。“恶意欠薪本质上是违约行为,而在私法领域我们可以利用的手段还远远没有用尽,我们在《劳动合同法》的实施和社会保障体系及工会系统建设上仍大有可为。刑法的过早介入,不仅会破坏现有的私法关系,也可能阻断当事人通过私法手段获得救济的可能性。”<sup>[42]</sup> 这种不负责任的做法不但放弃了民事行政立法可以解决薪酬支付问题的机会,加大了薪酬支付问题的解决成本和难以解决的可能性,而且使本该作为最后保障法的刑法一跃而超前于民事行政立法之前,成为了“最先保障法”。联合国1966年12月通过的《公民权利和政治权利国际公约》第11条规定,“任何人不得仅仅由于无力履行约定义务而被监禁”,既然如此,刑法就不应该在未有效采取民事行政法律措施之前就积极地干预薪酬支付问题将欠薪人予以定罪量刑;更何况,薪酬支付的关键就是要使被拖欠的薪酬得以及时支付,而不是将欠薪人予以监禁。

### (五) 刑法不能仅仅是“纸面上的法”

法律的威信来源于其效力,法律的效力来源于其被有效地执行。法典中的条文规定是“纸面上的法”,运用于司法实务以解决现存问题才能将这种纸面上的法转化为“行动中的法”。立法过程中,将立法者的意志或者代表少数团体利益的意志通过立法者手中的立法权而上升为法律固然容易,但是,如何将新的法律付诸实施,则是一项新的法律产生之后显然更为重要的问题,因为,现代法理学理论一致认为,“法律的应用和实施在现代法律科学中被认为是核心的问题”。<sup>[43]</sup> 恶意欠薪行为虽然得以入罪,但在其最重要的实施问题上,却存在很大问题。

首先,本罪客观行为难以认定,启动司法程序困难重重。欠薪行为构成犯罪的行为是以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,经政府有关部门责令支付仍不支付。对于上述行为,存在操作上的困难。一是是否实施了转移财产、逃匿等方法逃避支付的行为难以查处。用人单位实施转移财产等行为时,必须借助银行等金融机构的监控,但如果用人单位逃避银行监控,进行现金与资产的悄悄转移,则并非随时可为外界所知,更惶论事后立案查处时的司法机关了;而且,在当前我国企业

[41] 参见记者常慧忠:《农民工讨薪路上我们齐努力》,《山西晚报》2006年1月24日,转引自新浪新闻中心 <http://news.sina.com.cn/c/2006-01-25/03438073590s.shtml>, 访问日期:2011年11月9日。

[42] 记者杨帆:《“恶意欠薪”入刑:能否一劳永逸》,载《人民法院报》2011年1月9日第7版。

[43] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐宏宏等译,法律出版社2001年版,第93页。

注册制度普遍存在挂名法人代表的情况下,在用人单位实施银行转账等方式逃避支付薪酬时,银行账面显示企业与注册挂名企业之间的不一致,也很容易使用人单位为其财产转移进行辩解。这些情况都决定了司法机关如何就企业财产转移取证存在困难。二是如果采用逃匿的方式,譬如用人单位负责人逃跑藏匿一躲了之,虽然在证据上取证相对容易,不过,如何区分逃匿是为了不支付薪酬还是正常的出差公干,未必不存在疑问。三是客观上难以认定用人单位与劳动者之间的用工关系。既然拒不支付劳动报酬,其所拒绝支付的对象,当然是本用人单位之内的劳动者。但在实践中,诸如保险代理人与保险公司、实习生与实习单位、超市导购员与超市等之间的关系是否属于用工关系,就有相当的争议;很多情况下用人单位不积极配合律师或司法机关的调查取证,劳动者又难以提供有效证据证明用工关系存在,这导致恶意欠薪虽然入刑,但实际能进入司法程序的很少,原因在于劳动者证明劳动关系存在的难度非常大。四是认定本罪客观行为成立最大的障碍,是“经政府有关部门责令支付仍不支付”这一必备要件。根据前述《劳动保障监察条例》规定,这里的“有关部门”是指劳动保障行政部门,在我国应该是指劳动保障局。用人单位作为欠薪一方,不可能主动向劳动保障局汇报其欠薪事项,只可能由被欠薪方即劳动者向劳动保障局申请,劳动保障局才可能知晓纠纷的存在并才可能责令用人单位支付薪酬。问题是,实践中被拖欠薪酬的一方绝大多数以农民工为主体,他们一般并不清楚如果要追究用人单位的刑事责任,还必须要自身先申请“政府有关部门责令支付”,因此,该项客观条件的设置无疑是将司法机关的责任转嫁给了农民工;而如果不主张农民工在被拖欠薪酬后积极向劳动保障局申请责令用人单位支付,那就意味着,必须由劳动保障局对所管辖企业等用人单位的薪酬支付现状时刻保持关注,并随时对未及时支付薪酬的单位责令其支付,问题是,“现实生活中劳动部门行政不作为严重,根本不去责令企业支付”;如此情况,“仅仅靠一个劳动者维权,怎么可能启动刑事司法程序?”<sup>[44]</sup>果如此,就说明拒不支付劳动报酬罪在事实上很难操作实施,其被虚置也许难以逆转。

其次,本罪的主观故意难以认定。因为过失而拖欠发放或者漏发少发劳动者工资,当然不能构成犯罪,只有欠薪者出于故意的罪过拒不支付劳动报酬,才能构成犯罪。所谓故意,在本罪中应当指,欠薪者明知已经到发放薪水的时间却没有及时支付劳动者劳动报酬,行为人不仅对违法性事实有认识,而且对该行为的危害性也有认识。根据《修八》的规定,本罪故意能否成立,必须根据客观事实来进行刑事证明推定。这可从两方面进行,一方面从是否实施了逃避支付的行为来推定,另一方面从是否有能力支付而拒绝支付来推定。问题是,根据行为人客观上转移财产、逃匿等行为是否可以推定其主观上具有不支付劳动报酬的故意?如果其转移财产、逃匿等行为是因为用人企业的债务纠纷或者投资转移或者逃避破产清算等引起,换言之,恰好在应该支付劳动报酬的时间点,行为人没有支付,而此时因种种原因发生了转移财产等行为,此时该如何判定行为人是否有拒不支付劳动报酬的故意?至于从是否有能力支付而拒绝支付来判定主观上是否有故意难度更大。有无支付劳动报酬的能力其实是个相对概念。有的用人单位效益不佳或者财政拨款未到位或者建筑企业甲方未及时支付乙方即用人单位的工程款,但是,也许仍有一定财力支付工资,也许该项钱款恰好可以支付水电费场地租费等费用却最终未能支付劳动者报酬,换言之,在用人单位仅剩有限的资金

[44] 记者黄秀丽:《刑法能治职业病?》,第 A3 版。

情况下,在支付劳动报酬与支付其他费用相冲突的情况下,究竟应该认定为有能力支付还是无能力支付?这说明,如何以及由谁来认定用人单位是否有能力支付,有能力支付与无能力支付之间如何划清界限,有能力究竟是绝对的有能力还是相对的有能力等,这些问题都不是仅仅从单位财务状况可以得出结论的。再如,仅仅是发放工资的时间已到,而用人单位没有发放工资,究竟是玩忽职守的过失行为,还是有意不发放工资的故意行为,这其中并非没有争议。总之,虽然本条罪名最终被确定为拒不支付劳动报酬罪,而不是恶意欠薪罪,但事实上,类似于理论与实务界此前所困惑的“如何认定恶意欠薪罪之恶意”的问题一样,如何认定拒不支付劳动报酬罪中的故意,也是一个相当令人困惑的难题。

最后,本罪的设立难以取得改善劳资关系薪酬支付纠纷这一实际效果。“刑法的介入,能否调整中国扭曲的劳动关系?在恶意欠薪入罪时,学界就颇多争议。”<sup>[45]</sup>通过将恶意欠薪行为入罪,立法者无疑是企图“借助公权力机关的介入来平衡劳资双方悬殊的地位差异,改善劳动者的弱势情况。”但是,“‘恶意欠薪’入刑不仅无益于改善劳动者的弱势地位,还有可能让他们的处境进一步恶化。”<sup>[46]</sup>因为,如果将企业主判处拒不支付劳动报酬罪并投入监牢,非但以往拖欠劳动者的工资无法有效发还,而且会导致企业在后续经营中因缺乏负责人和受到刑罚惩处而难以为继,最终受到损害的其实仍然是劳动者。而且,这种做法会催生很多企业破产,很多企业主为了逃避惩处必然动用合理破产的做法,对于我国市场经济的发展也极为不利。另外,将恶意欠薪入罪,拉紧了用人单位与劳动者之间的对立关系,这对于构建良性的劳资关系极为不利,对于敦促用人单位及时支付劳动者薪酬也许会起到反方向的作用。对于劳动者来说,即或费时费力将拖欠其薪酬的用人单位告上了法庭,即或其最终取得了用人单位支付的所欠薪酬,但同时也会造成其经济和精力上的巨大损失。因此,劳动者是否愿意或者积极主动通过司法定罪的诉讼途径来取得其薪酬,其实是令人生疑的。

恶意欠薪行为入罪后众多的难以操作性,其实早在《刑法修正案(八)草案》提交讨论之时,即已有“反对者认为,该规定操作性不强,将来很有可能难以执行。”<sup>[47]</sup>纵然立法者采用强力将该种行为入刑,但上述分析的种种问题似乎预测了拒不支付劳动报酬罪的司法适用道路上的曲折未来。无怪乎有律师认为,“事实上,与热闹非凡的‘醉驾入刑’相比,‘恶意欠薪罪’的激活就远比普通人估计的复杂和艰难。”<sup>[48]</sup>“法律的施行恰恰要求最大可能精确地界定其域限”,“法律的精确性取决于法律之获得有效执行。”<sup>[49]</sup>如果恶意欠薪行为入罪并不能取得预想中的付诸实行的实践效果,而是因其难以操作成为“纸面上的法”,难以转化为“行动中的法”。这样的罪名也只能是个“稻草人”;这样的立法,最终将会伤害到法律自身的权威性;它与帕克所说的“通过刑事程序来控制该行为,不会使该程序面临严重的定性或定量的负担”可谓相去甚远。

学者梁治平指出,假如《劳动法》真的有效地执行了,种种侵害劳动者合法权益的事情即使不可能完全杜绝,也肯定不会成为严重的社会问题。这说明,《劳动法》用意虽好,但是执行法律的机制有问题。总之,劳动者合法权益屡屡遭受侵害的情况,并不是没有法律,也

[45] 记者黄秀丽:《刑法能治职业病?》,第 A3 版。

[46] 记者杨帆:《“恶意欠薪”入刑:能否一劳永逸》,第 7 版。

[47] 记者宋识径:《恶意欠薪拟入罪引发热议 可能造成刑法和民法冲突》,第 1 版。

[48] 记者黄秀丽:《刑法能治职业病?》,第 A3 版。

[49] [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,第 14、16 页。

主要不是因为法律内容不够“先进”，而是因为法律无法落在实处。这意味着，要切实解决劳动者权益问题，第一要紧的，不是制定更多的法律，制定更高的标准，而是找到更加合理可行的办法，使法律具有实效。否则，再好的法律也不过是画饼充饥，不解决实际问题，倒可能成为新问题之源。<sup>[50]</sup>可以说，恶意欠薪行为入罪正是我国 1994 年和 2006 年先后两部劳动合同法执行不力所致；不检讨过往的民事行政法律机制为何未能发挥实效，而是轻率将恶意欠薪行为纳入刑事制裁体系，其入罪后存在的难以启动司法程序等实际问题极有可能带来更多的新问题。

时至今日，恶意欠薪行为入罪还导致了负面辐射效应。比如，由于恶意欠薪行为入罪的辐射效应，对于职业病的防范也有人提出对相关行为实行犯罪化以解决问题。有论点指出，“为什么不能像追究恶意欠薪罪一样，以重大职业病事故罪惩治黑心老板？”<sup>[51]</sup>实际上，劳动合同法、职业病防治法、《尘肺病防治条例》等法律法规都规定了职业病防护方面劳动者的权利、雇主的责任，当然，都“基本上停留在法律口头上的规定，并没有相关的机制。”<sup>[52]</sup>但为何不建立落实相关机制，而随便动用刑法作为最后治理手段？如果仅仅因为刑法是最严厉的法，认为可以使用刑棍使恶意欠薪人或者不注重职业病防范的工业企业主有效重视并解决这一问题，那说明，社会的管理手段急需创新以因应时代的需求。

### 三

刑法不应成为社会管理法、危害防治法、立法者的法、最先保障法和纸面上的法，以上从消极侧面所提出的标准更多地只是当今我国刑事立法中的犯罪化而言。分析八部刑法修正案中的新罪名，违背了刑事立法上述标准的不在少数。比如，刑法作为“社会管理法”的另一个有效例证是《刑法修正案（六）》增设的组织残疾人、儿童乞讨罪。但是，此种行为如果通过公安行政部门的治理是可以得到有效控制的，然而，由于“行政机关一方面因法律依据不足，另一方面因这种管理不具有收益性质而不愿进行管理，于是……干脆来个犯罪化，并以威慑这类犯罪为借口使其犯罪化得以正当化。”<sup>[53]</sup>在此，如果侵害了残疾人或者未成年人人身自由或者或生命健康法益，利用他们乞讨的行为本可定非法拘禁罪、故意伤害罪或者故意杀人罪，可见，本罪中的组织残疾人或儿童乞讨属于并未侵犯上述法益，本罪也因此成为实际上的“危害防治法”。在没有充分动用行政管理手段就将此种行为纳入刑法，则违背了刑法不得作为“最先保障法”的原则，并且也因此使本罪成为“立法者的法”而不是民众的法。刑法中类似罪名还有不少，比如组织未成年人违反治安管理罪，出售、非法提供公民个人信息罪，组织、领导传销活动罪，大型群众性活动重大安全事故罪等，由于篇幅原因在此不一一分析。

此外，实现刑法谦抑性的刑事立法，还有一些刑法常常提及的标准。比如，其一，所谓无被害人犯罪不应该入刑。此乃密尔所说的自我损害行为，它们也许有社会危害性，但是，并

[50] 梁治平：《立法何为？——对〈劳动合同法的几点观察〉》，载梁治平：《法治十年观察》，上海人民出版社 2009 年版，第 253 页。

[51] 记者黄秀丽：《刑法能治职业病？》，第 A3 版。

[52] 记者黄秀丽：《刑法能治职业病？》，第 A3 版。

[53] 姜涛：《诉讼社会视野下中国刑法的现代转型》，载《刑事法学》2011 年第 3 期，第 59 页。

没有侵害任何他人的法益,如果仅仅因为社会危害性就当做犯罪行为加以对待,事实上也是将刑法作为“危害防治法”的典型例证。为此,聚众淫乱、吸毒、嫖娼、卖淫等行为,应排除在刑法的处罚范围之外。按此标准,《刑法修正案(六)》第18条第2款新增的开设赌场罪就应除罪化。如果说在我国保留赌博罪尚属立法遗留问题或者刑法传统或者是人们的犯罪观使然,那么,在此之外,又新增开设赌场罪,就与刑法的法益理论相去更远了。因为这些无被害人的犯罪在法益的侵犯上至少是不明确的。其二,有其他罪名可以适用的行为不应独立成罪入刑,比如,《修八》第29条第2款新设的对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。在适用中国国内法的意义上,外国公职人员和国际公共组织官员不属于我国国家工作人员,对其行贿完全可以适用刑法第164条第1款对非国家工作人员行贿罪,而没有必要设立本罪。事实上,这属于立法上的叠床架屋,多此一举。

刑事立法的谦抑性,在当下中国是一个严肃的必须认真思考的问题;反省刑法中所有的已设之罪,是否需要继续保留那些可以除罪化的罪名,而不是继续设立新罪入刑,恐怕是当前及今后一段时间内刑事立法者和刑法理论研究者应予持续探讨的问题。如果仅仅因为使用刑法更为方便,却不考虑由此带来的刑法膨胀、动辄入罪的负效应,将会使刑法“以法的形式损害法本身”,<sup>[54]</sup>从而会导致刑法的滥用和消解;如果某一行为的入罪化果真解决了某些重大社会问题,那同样也值得我们反思,“一个国家只有使用棍棒才能够让人们做些事情,还能有什么荣誉可说呢?”<sup>[55]</sup>不停歇的犯罪化,将刑法看作自足且强大的治理工具,是国家高估了运用刑法治理社会的能力;因为刑法的过度运用,正如死刑的滥用一样,会导致人们心灵麻木、耻感递减,对刑罚的感受力日益减弱,最终导致刑至无刑。

---

[Abstract] In recent years, the virtue of restraint has not been effectively practiced in criminal legislation in China. On the basis of drawing essence from Mill's rule of harm, Packer's theory of boundary of criminal sanctions and legal interest theory upheld by German and Japanese scholars, questions relating to the restraint that should be exercised by criminal legislation nowadays may be answered from the following negative angles. That is, criminal law should not become "social administration law" with government's role in administration being replaced, "harms prevention law" aiming at prevention and control of acts seriously harming society, "legislators' law" that lack of the public's acknowledgement while demonstrating the will of legislators only, "the first law" that being relied upon without exhausting other measures and "law on paper" with no effective implementation at all. Criminalization of act of malicious back pay serves as the most typical example in which all the above-mentioned tests have been violated, the justification of its criminalization, therefore, does warrant our in-depth introspection. Further, several practical problems, such as the difficulty to initiate judicial proceeding after the criminalization of the act, may turn it into "scarecrow" crime without any help to resolve disputes over back pay.

---

(责任编辑:王雪梅)

[54] [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,胡宝海译,中国法制出版社2004年版,第94页。

[55] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第127页。