

劳动刑法：西方经验与中国建构

姜 涛

内容提要：把劳动刑法作为刑法学分支学科进行研究，乃是一个正在发生的事件。西方国家的劳动刑法之成长模式体现出附属刑法优先、倾斜保护劳动者，以及其建构过程中体现出的现代主义与后现代主义对话共进的特性。中国劳动刑法的建构应从中吸取有益经验，有必要突出以下三点：确立倾斜保护劳动者的刑法立场；以相对强制性规范引领刑法进步，确立新型的罪刑结构；把劳动刑法从刑法大一统模式中分离出来，采用以附属刑法为主的立法模式。

关键词：劳动刑法 附属刑法 倾斜保护 相对强制性规范

姜涛，南京师范大学博士研究生，江苏大学法学院副教授。

近代以来，有感于“刑法前进一小步，社会将前进一大步”的哲理，以及对“体面的劳动”的渴求，^{〔1〕}在西方国家，劳动刑法被作为一个刑法学分支学科进行研究。在国内，刑法对于侵犯劳动法益犯罪的规范与评价作用也受到一定程度的关注。但是，劳动刑法研究在中国还是一个全新的领域，如何建构中国特色的劳动刑法，进而发挥其在创造和谐、稳定的劳动关系中的“王牌法”作用，是一个具有理论意义与现实价值的课题。那么，应如何认识劳动刑法的西方实践以及如何汲取其成功经验，劳动刑法的理论根据以及中国劳动刑法实践所引发的立法建构问题，在全球化背景下，应当对这些问题给予特别的关注。

一 劳动刑法的西方经验

从历史的视角，不难看出，西方国家的劳动刑法是从法治国、福利国和社会法的社会理念和方法进入法学和刑法学开始的，^{〔2〕}它集中表达了对于人类劳动状况的不安和焦虑，以及对“集体维权行动”合理性、合法性的渴求。尤其是进入20世纪中期以后，法、美、英、日、德等国家都相继颁布了劳动法典或劳动法律，一方面，以附属刑法为主的立法模式加强了对

〔1〕 “体面的劳动”是一个具有全球意义的国际性口号，旨在促进广大劳动者在“自由、公正、安全与具备人格尊严”的条件下，获得体面的、生产性的工作机会；也包括在法律全球化的过程中，给劳动者以安全、有效的法律保障，彰显法律“人道的面孔”。具体内容参见国际劳工局新任局长胡安·索马维亚于1999年举行的第87届国际劳工大会上所做的《体面的劳动》报告。

〔2〕 关于西方国家的劳动刑法形成之“理论基础”的论述，详见姜涛：《劳动刑法：概念框架与立论基础》，载《政治与法律》2008年第10期。

劳动法益的保护力度;另一方面,改变对雇佣者倾斜保护的立法传统,转而采用对劳动者倾斜保护的刑法立场,从而建立起符合劳动法治要求的劳动刑法体系。历经大半个世纪,劳动刑法已在西方主要发达国家走上了制度化道路。

(一)主要国家的立法实践

从全球化的视角,以理性的态度,此处将对西方国家的劳动刑法制度进行历史考察。鉴于篇幅所限,兹选择三个典型,简要论述。

1. 法国。法国现行《刑法典》对侵犯劳动法益的犯罪的规定,主要是以附属刑法模式规定在劳动法律之中。在西方国家的劳动刑法理念与制度的后续发展之中,堪为典范。透过《法国劳动法典》,也让我们看到了法国在劳动刑法制度建构上所取得的成就。

这个“成就”主要体现在:一方面,“与法国刑法学界近年来出现的一种‘去刑法化’的思想相反,法国在基本劳动权利的刑法保护方面没有减弱,在某些方面反而有所加强”。“刑罚在法国劳动法中的分量很重,在涉及对雇员基本劳动权利的各个方面都有相应的具体刑事制裁。”^[3]这彰显出法国劳动刑法对雇佣者侵犯劳动者基本劳动权利犯罪“严”的一面。另一方面,在关于集体劳动争议的处理问题上,《法国劳动法典》在第 4 卷中确认了罢工权原则,对于正当的集体维权行动所造成的危害(危险或实害)规定了“刑事免责”原则。这体现出劳动刑法对劳动者维权行动“宽”的一面。更为重要的是,《法国劳动法典》在第 L481-2 条至第 L486-1 条中规定了各种侵犯工会、企业委员会、机构委员会以及员工代表行使工会权利的行为,刑期最高达到“两年监禁”,由此确立起劳动刑法之“二元背反”的罪刑结构,并以其科学性、人文性昭示,劳动刑法是刑法介入劳动关系的规律性呈现,是劳动法治延伸至刑法领域的一部分。

2. 美国。美国作为西方市场经济最发达的国家,并没有刑法典,在制定法为主要表现形式的单行刑法中,基本上也没有涉及劳动法益保护的刑罚规定。除了部分判例法对劳动犯罪有所指涉之外,美国的劳动刑法绝大部分是以附属刑法的形式“隐含”在劳动法律之中。自 20 世纪以来,经过长期的修改和完善,美国针对劳动领域有很多立法。透过这些劳动法律,可以看出美国的劳动刑法所保护的劳动法益包含了工资待遇、人身保障、公平劳动标准、职业安全卫生、社会保障等多方面的内容,从而发挥了劳动刑法在劳动法益保护中的“安全阀”作用。

在这些附属刑法规范中,涉及大量侵犯劳动法益犯罪的规定。比如,《美国劳工管理关系法》第 3.2(d) 条规定:“凡是蓄意违反本条规定的人,得判处犯有不法行为的罪,并得课以不超过 1 万美元的罚款,或不超过 1 年的监禁,或二者并处。”与此同时,《国家劳动关系法》第 302 条规定了“雇员为了合法的目的而进行和平罢工或怠工的权利,包括改善工资和工作条件的目的,即为了促进集体谈判的实现,规定了劳资双方采取罢工、闭厂等经济行为的权利。”^[4]还规定了雇佣者等违反该条的处罚问题,比如,《国家劳动关系法》第 302 条(d) 规定:“凡是蓄意违反本条规定的人,判处轻罪,并处以不超过 1 万美元的罚金或不超过 1 年的监禁,或者并处。”而且随着经济和社会的重大变迁,美国近年来增强了刑法在劳动领域总体规制的性质,加强了对劳动歧视行为、非法解雇行为、工作场所安全和卫生保障不力

[3] 郑爱青:《法国劳动刑法对劳动权利的保护》,载《工人日报》2005 年 7 月 18 日。

[4] [美]丹尼尔·奎因·米尔斯:《劳工关系》,李丽林、李俊霞等译,机械工业出版社 2000 年版,第 297 页。

行为等的刑法规制。^[5]

3. 日本。日本现行《刑法典》几乎没有涉及侵犯劳动法益的犯罪,其有关劳动刑法的规范亦“隐含”在劳动法律之中。

二战后,在盟国占领军的推动下,日本才开始把劳动制度建立在现代民主与法制的基础上。但在体系的表现形式上,日本并没有制定一部统一的劳动法典,而是以一系列单项法律为框架。1946年日本首先颁布了《劳动关系调整法》(1976年修改),规定了集体劳资纠纷的刑法规制。次年又颁布了《劳动标准法》和《职业安定法》等法律,规定了劳动标准与安全的刑法保护问题。1949年颁布的《工会法》加强了工会的谈判地位和集体行动权。此后的几十年间,日本又相继颁布了《最低工资法》(1959年)、《职业安定法》(1969年)、《劳动安全卫生法》(1972年)等劳动基本法律,涉及大量侵犯雇员工资待遇、妨碍稳定就业、雇佣未成年人、非法买卖劳动力、妨害劳动安全、恶化劳动环境、滥用解雇权等侵犯劳动法益的犯罪行为。

综上,由法国肇始,美国、日本等接踵光大的劳动刑法制度,成为20世纪刑法现代化的重要选择。事实上,法、美、日等国一再高扬“倾斜保护”、“社会公正”之旗帜,用意之一就是能够最大限度地保存一点刑法关怀人性之“活性”,而不至于使其完全的工具化,以满足人们内心深处的保护社会弱势群体的愿望。

(二) 实践经验的简要总结

由上可见,虽然不同国家的劳动刑法之内容项目及保护重点尚不一致,但劳动刑法作为保护劳动法益的刑法学分支,发挥了重要作用。同时,西方国家的劳动刑法是伴随着劳动法治的进程,逐步形成了一套完整的劳动刑法理论体系和健全的劳动刑法规范体系,实现了刑法对劳动法益之保护由“弱”到“强”的转变。现如今,劳动刑法已经被当成了“无须思考”的当然。然而,这种探索的真正意义,还在于挖掘西方国家劳动刑法实践的成功经验,以转化为我国劳动刑法制度的发展动力。如果对西方国家劳动刑法的制度实践沿着由具体到抽象的路向进一步分析,我们便会有这样的发现:

1. “倾斜保护”的刑法立场。“倾斜保护”是指当劳动者权利与资本者权利发生冲突时,倾斜保护劳动者。可以说,刑法的科学化、专业化是20世纪刑法科学发展的产物,如果将此延伸到劳动关系领域,必然涉及一个基本的法律问题,即刑法如何介入劳动关系?或者说,刑法在涉及劳动冲突问题时应采用何种原则?

历史发展的经验表明,在市场经济初期阶段,刑法在劳动关系调整中的作用主要是控制工人的反抗和斗争。由于这种方法并无益于劳动关系的和谐与经济、社会的稳定发展,所以对工人的刑事制裁引起了公众的批评,1842年著名的联邦诉亨特(Commonwealth v. Hunt)案标志着管制工会运动的手段从刑事责任变成民事责任。

到第二次世界大战前后,“刑法在劳动关系法律调整中的作用已经转变为保护劳动者的权利,特别是劳动者的基本人权,诸如劳动者的生命健康权、人身自由权、人格权、自由结社权以及集体行动权等。雇主侵害工人的这些权利是要承担刑事责任的。在对待劳资争议中的劳方责任问题上,如合法的集体行动所造成的经济后果和社会后果,则是在劳动者基本

[5] 参见丹尼尔·伏特:《美国劳动法的放松规制》,杜钢建等译,载《国家行政学院学报》2001年第5期。

权利保护的前提下,采取民事免责和刑事免责的法律原则。”^[6]比如,美国1914年颁布的《克莱顿法》第20条就列举了传统的一致行动,如罢工、设置纠查以及联合抵制等,是不能受到禁止的。此后颁布的《瓦格纳法》、《美国劳工管理关系法》等,更加肯定了这一立场。这里提出了一个重要的理念,即在调整劳动关系时,刑法应当倾斜于保护劳动者的利益,而不应保持中立。目前,对劳动者的权利予以特别的保护,已经成了西方各国劳动刑法的重要内容之一。不少国家基本上形成了以宪法为依据、以劳动法律为躯干、并以劳动刑法为后盾的法律倾斜保护体系。如此方式,对于把刑法典“做大”、“做强”虽起不了多大的作用,但对劳动刑法的科学发 展却大有裨益。

2. 以附属刑法为主的立法模式。我们并不否认,一些国家的劳动刑法规范在刑法典中有所体现,比如,《瑞士联邦刑法典》第159条关于“滥扣工资罪”的规定;《德国刑法典》第266条a款关于“截留和侵占劳动报酬罪”的规定;《西班牙刑法典》第311条至第318条关于“侵犯劳动者权利罪”的规定;《芬兰刑法典》第47章关于“雇佣犯罪”的规定。但在劳动法益的刑法保护上,附属刑法在西方国家的劳动刑法体系中仍居于优先地位,刑法典或单行刑法则成为一种补充。

归纳而言,西方国家主要是以“散在型立法模式”规定劳动刑法,^[7]而这种散在型立法模式也有两种表现形式:一是对于侵犯劳动法益的犯罪主要以“独立性”的散在型立法模式为主要形式,比如,《法国劳动法典》第L364-3号条款规定:“任何违反第L341-6号条款第1节规定的都将被处以3年监禁和3万法郎的罚金。凡涉及外国人的,每次都处以罚金。”等等。二是对于劳动者集体维权而实施的行为,则以概括式的“依附性”散在型立法模式为主要形式,即在附属刑法规范中仅概括地规定对某一种或某几种犯罪行为“依法处罚”、“依法追究刑事责任”或“不追究刑事责任”,至于如何追究刑事责任或不追究,则要依附于刑法典或单行刑法的有关规定加以确立。劳动刑法与刑法典的“互相补充”,以及劳动刑法难以兼容于刑法典的情形,由此可见一斑。

3. 交织着现代主义与后现代主义思潮的冲撞。劳动刑法的这些特点不是孤立的现象,它受到整个社会的“关怀弱势群体”浪潮的推动。

在现代主义思潮的引领下,围绕劳动刑法的内容体系,西方学者主要有下列论点:(1)构成劳动刑法规范的核心是原理与技术的定位。对此,我们必须以现代主义视角下的劳动法治为理论基础加以阐释、定位。(2)劳动刑法调整范围的明确化、合理化问题。劳动刑法的调整范围同其他刑法学分支相比,由于来自劳动刑法自身的“社会性”的制约和支配劳动刑法建设的劳动法治的要求,侵犯劳动法益犯罪圈的划定只能基于有效地保护劳动法益。以劳动法益为纽带,就可以划分劳动刑法的调整范围,并论证这种范围的合理性。很显然,劳动法益是一个现代主义的知识性命题。(3)劳动刑法的刑罚配置问题。劳动刑法的刑罚配置直接关系到劳动刑法的有效性与合法性。对此,需要紧扣劳动法治和劳动法益的

[6] 常凯:《劳动争议法治化亟须建立劳动刑法学》,载《工人日报》2005年7月18日。

[7] “散在型立法模式”是指在经济法规、行政法规等非刑事法律中直接规定有关犯罪和刑罚条款的立法方式。又可分为“依附性”的散在型立法方式和“独立性”的散在型立法方式两种。前者是指附属刑法规范不直接规定出关于犯罪和刑罚的完整内容,而是对刑法典或单行刑法有一定依附关系的立法方式。后者是指在附属刑法规范中直接规定的有关犯罪和刑罚的内容不依附于任何其他法律的立法方式。参见郝守才:《附属刑法立法模式的比较与优化》,载《现代法学》1996年第4期。

特殊性做出“轻轻、重重”的刑罚结构安排,以满足劳动刑法制度的现代价值诉求。这些论点以现代主义视野界定了劳动刑法的规范内容、犯罪结构以及刑罚结构,从而为劳动刑法的立法建构和发展完善提供了思想基础。

其实,剖开更深一层的原因,西方国家劳动刑法的诞生与发展也体现着另一套话语系统——后现代主义的若干主张。在后现代主义者看来,基于产业社会的刑法制度不过是把人当作“工具”来塑造的、冷冰冰的、甚至是毁灭人性的装置,是以技术主义、操作主义和功利主义为特征的;而劳动刑法不过是风险社会中单纯的甄别调整的装置罢了。后现代主义主张刑法应高举“人权保障”、“社会公正”旗帜,因而是一种充满人性关怀和社会正义实现的理念。它要求打破狭隘的刑法典概念,强调刑法作为“其他法律保障法”的创造性侧面。换言之,刑法不再是以刑法典为代表,不再是以一种工具的姿态在社会中宣传、运用以及调整。刑法权威不过是一种权力控制,必须以法律知识为中介予以解构。与此同时,后现代刑法必须使民众有更多的机会参与解构劳动刑法的理论发展与实践求证。也就是说,后现代民众不再仅仅是刑法规制的对象,其自身也是一个解构者,并在解构过程中与立法者共同参与劳动刑法制度的建构与再建构。这样,对于过去以立法为依据的刑法理论、规范和实践,都必须重新加以探讨。唯有如此,才能为刑法倾斜保护劳动者提供生成的空间,也才有机会使劳动刑法由理想变为现实。

要强调的是,这种“成功经验”是通过各种制度安排而渗透和嵌入了刑法典或劳动法律之中,并成为我们建构中国劳动刑法制度的必然选择。显然,由此形成的劳动刑法制度反过来又不断强化着它所依凭的西方模式。而我们从中得到的教益:一是我国现行刑法对劳动关系的调整还存在着诸多问题,其合法性与有效性都受到了学术界与民众的质疑。对此,必须加以改变,才能适应劳动法治发展的要求;二是现行刑法框定的罪刑结构是可以改变的,劳动刑法制度建构便是改变这种罪刑结构的现实存在与价值意义的途径,它可以为劳动法益的保护开拓更加广阔的制度空间。缺乏这些认识,劳动刑法制度的建构就会发生某些偏差和障碍,但社会现实的压力仍会发挥作用。因此,劳动法益的保护要达到构建和谐劳动关系之目标要求,必须在稳定、有序的框架中借鉴西方国家的成功经验,理性地建构我国劳动刑法制度。

二 劳动刑法的中国建构

当把“接受问题”计算在内,“对待”也就变成了“建构”。对此,我们必须意识到,西方国家的实践经验就是我国建构劳动刑法的逻辑动力,而“建构”是一个相当长的刑法“社会化”过程。这是因为,劳动刑法的中国建构,不能脱离其制度流变的特质,也不能忽略其发展接纳的特性。在这样一个演进的过程里,劳动刑法处在一个可讨论、可变化、可塑造的不断完善的过程中。其依据一方面,劳动刑法不仅尚未达到其自身发展的高峰,也尚未奠定其自身在刑法学上的位置。就现行刑法的规定而言,劳动刑法的内容和形式,尚有推陈出新和完善的余地和空间。另一方面,与目前面临的相当突出的侵犯劳动法益的犯罪现象相较,现行劳动刑法的理论定位和制度形态存在着明显的缺憾;劳动刑法流变的特质在带来学术活力的同时,也制约了对自身精神气质把握的深入;劳动刑法虽形成了强大的发散力与作用力,但与其他刑法学分支学科相对而言,它并非是一种强势规范,还没有沉淀出一种博大厚

重。因此,我国劳动刑法还需自我建构、自我完善。

需要指出的是,只有寻找到新的理论形态,才能使劳动刑法得以新生;只有劳动法益的刑法保护从刑法典中脱离出来,才能使劳动刑法学成为刑法学分支学科;只有在刑法规范摆脱现实劳动关系协调中的尴尬处境,才能使劳动刑法焕发出巨大的制度绩效。因此,劳动刑法的理论定位和制度建构不过是实现劳动刑法专业化、分支化的一种机制和保障。然而,在劳动刑法的中国建构中,理论定位常常比制度建构更重要,因为理论定位始于对制度建构的解答,这种解答主要依赖于对建构路向的提出及其论证,只有经过对建构路向予以理性定位与论证之后,才可能有效地进行制度建构。基于上述对西方国家劳动刑法的实践经验之理论定位,我们已经逐渐开放出了劳动刑法之中国建构的空间和路向,即确立对劳动者倾斜保护的基本原则;以相对强制性规范引领刑法进步;采用以附属刑法为主的立法模式。

(一)基本原则的量定:确立对劳动者倾斜保护的立场

在劳动刑法的建构中,刑法更应该代表劳动关系的哪方?这是我们必须慎重思考的问题。如前所述,劳动刑法是社会经济矛盾,特别是劳资关系矛盾的产物,依法保护劳动法益是劳动刑法的最基本功能。正所谓劳动刑法产生于劳动维权,劳动维权是劳动刑法的天然使命。在劳动关系中,“劳动者处于明显的弱势地位,因此,需要对雇佣者的优势地位进行制约,以保障雇佣公平、约定合理和促进社会公正”。^{〔8〕}在西方的劳动刑法理论中,基于劳动者是劳动关系中的弱者的前提判断,断言劳动刑法的宗旨和使命就是倾斜保护劳动者利益。于此,“倾斜保护”就成了劳动刑法的基本原则。

就内涵而言,“倾斜保护”作为劳动刑法的基本原则,由“倾斜立法”和“保护弱者”两方面构成。其中,“倾斜立法”是将倾斜保护限定在立法上,有两层含义:一是立法上可以在法律维护的利益上有所倾斜,但在司法上却仍是“法律面前人人平等”,必须严守平等的原则;二是倾斜保护原则是将保护弱者的方式限定在倾斜立法上,在立法的层面上对法律保护的利益进行重整,将一部分个别利益提升为社会利益,并予以特别的关注。就“保护弱者”而言,劳动刑法是以一种特殊的标准衡量劳动关系主体的地位及分配利益。这些特殊的标准源于社会弱者的“身份”认定,是以特殊身份来决定利益的分配,使这种分配结果有利于具有“弱势身份”的一方。^{〔9〕}因此,劳动刑法其实是实行了一种针对不同劳动关系主体的“不平等”的“区别对待”,但这种“不平等”其实源自于劳动者与雇佣者本身存在的不平等,保护弱者的劳动刑法规范正是通过适当的“倾斜”来矫正这种失衡的劳动关系,弥补这种实质上的不平等,以满足劳动刑法追求社会公平的价值诉求。

就劳动刑法的中国建构来说,“倾斜保护”是一种颇为妥切的刑法规范安排,这是因为,一方面,它相当深刻地揭示了刑法所隐含的一种对劳动法益保护的独立品格;另一方面,它也在一定程度上反映了中国刑法在劳动法益保护限度内有了相当发展的事实。而且在社会转型的过程中,强调劳动刑法的倾斜保护原则,对于形成稳定、协调的劳动关系以及凝聚利益共同体的内部合力具有一定的观念导引作用,而且也有助于在劳动刑法的建构过程中准

〔8〕 吴宏洛:《转型期的和谐劳动关系》,社会科学文献出版社2007年版,第298页。

〔9〕 参见董保华:《社会基准法与相对强制性规范——对第三法域的探索》,载《法学》2001年第4期。

确把握尺度,避免过于理想化和片面追求保护性而使劳动刑法失去现实性。^[10] 中国劳动刑法内在超越的精神方向,即应奠基于此。

由此来看,“倾斜保护”主要在于规范雇佣者的行为,它通过规范雇佣者的行为来调节劳动关系主体间的相互关系,并承担“限制劳动冲突、增强劳动合作”的职责。当“倾斜保护”变成刑法基本原则并予以实施时,它就成为一种规范雇佣者的行为和调节劳动关系的“工具”或“手段”。凭借这一“工具”或“手段”,劳动关系主体得以保持他们自身在互动过程中的稳定和秩序,从而确立起对和谐劳动关系的建设具有极大影响的特定刑法规范安排。^[11] 同时,我们必须意识到,“倾斜保护”虽然是劳动刑法的一个核心理念,但劳动刑法的规范基础乃是相对强制性规范,而不是单纯劳动政策意义上的“区别对待”,这里的“倾斜保护”可以被称为是规范意义上的倾斜保护。因此,劳动刑法最终是以规范意义上的倾斜保护为旨趣,而并不仅仅专注于政策性的实践建构。

(二)规范形态的定位:以相对强制性规范引领刑法进步

规范形态的定位也是劳动刑法建构中的主题,其产生的原因众所周知,无需赘言。从微观上看,劳动刑法为了体现倾斜保护劳动者的原则而出现了一类特殊的刑法规范——相对强制性规范,它实际上是强制性规范(禁止性规范和命令性规范)与自治性规范融合后的表现形态。从理论上说,相对强制性规范可表述为一种刑法规范,它由劳动刑法所规定,人们必须按照劳动刑法规定去做,如果不这样做,会根据不同群体的行为选择而产生两种截然相反的法律后果。由于现代劳动刑法对劳工保护之特别强调,因此在强行法被违反时,仍需视其结果是否对劳工有利而定其效果,如果对劳工不利时,当然无效;对劳工有利者,则为有效。^[12] 或者说,如果有利于劳动者的,国家会不制裁或减轻制裁;如果不利于劳动者的,则制裁甚至加重制裁。这是体现劳动刑法中的“倾斜保护原则”的典型规范形式。笔者曾论及,“‘均衡’的特性标志着劳动刑法规范不再属于强制性或命令性规范的范畴,而是属于相对强制性规范的范畴。相对强制性规范是劳动刑法的细胞形态,也是劳动刑法规范的存在形态”。^[13]

在相对强制性规范之下,劳动刑法的罪刑关系应是一种“二元背反”罪刑结构安排,即对雇佣者侵犯劳动者合法权益的犯罪加重处罚,而对劳动者为维护自己合法权益而实施的集体行动予以有限制的非犯罪化处理。对此,可以简称为“轻轻、重重”的罪刑结构。从理论上分析,进入劳动刑法视野的犯罪并不是一个简单的概念,而是一个逻辑紧密的概念群,大致有以下四个种类:(1)雇佣者侵犯劳动法益的犯罪,即雇佣者以各种手段侵犯劳动者的人身、财产等劳动权益所构成的犯罪,或雇佣者采用非法手段限制或剥夺工会集体维权行动导致的犯罪。对此,强调“重重”的罪刑模式;(2)单纯型劳动者犯罪,即劳动者非出于维权的目的是实施的侵犯雇佣者法益或社会法益的犯罪行为,对此,须以正常的法定刑定罪判刑;(3)维权过当型劳动者犯罪,即劳动者为了维护自己的劳动权益实施单独的或集体的维权行动而触犯更重要法益的,对此,强调“轻轻”的罪刑模式;(4)维权正当型劳动者犯罪,即劳动者为了维护自己的劳动权益实施的正当的、合法的集体维权行动,对此,强调刑事免责

[10] 参见冯彦君:《劳动权的多重意蕴》,载《当代法学》2004年第2期。

[11] 参见鲁鹏:《制度与发展关系论纲》,载《中国社会科学》2002年第3期。

[12] 参见黄越钦:《劳动法论》,台湾国立政治大学劳工研究所1993年版,第12-13页。

[13] 姜涛:《论劳动刑法的建构及其法理》,载《中国刑事法杂志》2007年第5期。

原则。这四种不同的犯罪类型及刑法奠基于此的类型化处理,正是劳动刑法建构的罪刑结构。

很显然,在“轻轻、重重”的罪刑结构中,劳动者集体维权行动的刑事免责及其限制规定,已然成为了一个关键问题,有给予特别解释的必要。不难看出,劳动者集体维权行动的刑事责任问题仍是我国刑法中的一大空白,因而造成了司法实践中的适用混乱现象。正如黄京平教授所揭示的,“我国刑法的四个要件理论,没有给此类行为确立一个理论解释基础。而且在我国,往往是事件出现后,政府行为马上介入,并对其进行合法性、正当性判断,动用了政府强制性手段,影响了问题的解决”。^[14]事实的确如此,不过黄京平教授论及的只是问题的一端,还有更为严重的问题是,司法实践中也有将这种行为定性为“破坏生产经营罪、扰乱社会秩序罪或扰乱公共秩序罪”进行处理的案例,这严重阻碍甚至是破坏了刑法的人权保障机能的发挥。

而正是基于这一点,西方不少国家已经将劳动者集体维权行动经常化、制度化,比如,日本的“春斗”,^[15]德国的“共决权”制度,^[16]等等。根据西方国家的劳动刑法之规定,判断罢工行为是否违法(指刑事违法),必须根据劳动法原理和原则。一般而言,只要劳动争议等行为具有合法性,就是正当的,并非刑事违法性受到阻却。只有在劳动者的罢工行为侵害了整体的劳动法秩序时,才能将这种罢工行为认定为犯罪,而且要十分慎重。而在判断是否侵害了“整体的劳动法秩序”时,不仅要考虑法益的侵害程度,而且要根据具体案情来确定。其中,对于工会组织的交涉活动,只要不是出于政治目的,而是为了提高劳动者的经济地位,其活动就是合法的。

将劳动者集体维权行动视为我国刑法上的“违法阻却事由”,并规定在刑法总论中“排除性犯罪行为”部分比较可行。但这里的“刑事免责”只具有相对性,即劳动者在为维护自己的劳动权益而实施集体行动时,不能侵害比所要保护的法益更重要之法益,比如生命权、健康权、公共安全等。否则,行为人需要承担侵害更重要法益所构成犯罪的刑事责任,但可以从轻处理。当然,这种“轻轻”的罪刑安排并不包括劳动者严重侵犯雇佣者法益或社会法益而构成犯罪的情况,比如,劳动者跳槽后泄露原单位商业秘密信息,或者擅自使用原单位享有知识产权的技术等,都有可能在引起劳动纠纷的同时,又产生刑事责任问题。再比如,劳动者利用职务之便收受贿赂的,仍需构成单位人员受贿罪;危害公共安全也以危害公共安全罪定罪,等等。

(三)立法模式的选择:采用以附属刑法为主的立法模式

劳动刑法的建构不仅是基本原则的量定与规范形态的定位问题,也是一个立法模式的选择问题。鉴于“劳动刑法对象之特异性和刑法解释之倾向性,它既非通常意义上的‘普通刑法’,也非完全意义上的‘特别刑法’,而是自成一家,独具一格”。^[17]因此,在立法模式的选择上,应在劳动法与刑法之间进行“一体化”的综合考量。

如前所述,西方国家多采取附属刑法为主的立法模式,而这正是我国劳动刑法的立法模

[14] 黄京平:《劳动刑法的成熟需要学界的努力》,载《工人日报》2005年7月18日。

[15] “春斗”,即集体工资春季谈判。自1954年以来,团体交涉就在春天举行,并形成制度。

[16] 在劳资共决政策框架内,德国建立起了“共决权”制度,指的是德国法律的规定,即在所有企业中建立的雇员有权与雇主共同决定企业事务的制度。

[17] [日]庄子邦雄:《劳动刑法(总论)》(日文版),有斐阁昭和五十年,第68页。

式之应有选择。正如陈步雷教授所总结的,“基础刑法涉及社会生活的常见问题或基本利益,是常见罪名,数量较少;附属刑法则分布于社会实践的各大领域,在该领域中具有严重社会危害性的行为,可较灵活地由权威司法机关予以定罪追究。因劳动关系具有复杂性和多变性,我国劳动刑法的建构,在与罪刑法定原则相协调的情况下,可以借鉴这种模式”。^[18]虽然我国的刑法渊源包括刑法典、单行刑法与附属刑法,但附属刑法却具有其他两种刑法立法模式无法替代的作用。“人们对法律是否尊敬,不仅有赖于它所规定的人们的行为的种类,而且取决于法律本身所采取的形式。”^[19]事实的确如此,劳动刑法的立法模式不仅具有形式意义,还具有实质意义,即事关劳动刑法与其他刑法规范、劳动法律规范的关系,甚至是劳动刑法规范的内部关系。^[20]附属刑法因可以在最广泛的领域内,较及时和有效地解决刑法的滞后性问题,适应劳动关系调整以及与劳动犯罪作斗争的客观要求,因而成了西方国家劳动刑法的主要渊源。其重要性正如学者们所指出的那样,“这种创制性立法……是在废止类推制度坚持罪刑法定原则的条件下,解决刑法典的相对滞后与社会生活绝对发展变化之间的矛盾和原则与现实之间冲突的有效途径”。^[21]

在中国,刑事立法更强调以《刑法典》及其修正案的方式,来维持其权威性。比如,刑法典规定的重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪等,《刑法修正案》规定的不报、谎报事故罪、雇用童工从事危重劳动罪等。当然,我国劳动法律对侵犯劳动法益的犯罪也有规定。比如,《劳动法》第93条规定:“用人单位强令劳动者违章冒险作业,发生重大伤亡事故,造成严重后果的,对责任人员依法追究刑事责任。”《工会法》第51条第2款规定:“对依法履行职责的工会工作人员进行侮辱、诽谤或者进行人身伤害,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚未构成犯罪的,由公安机关依照《治安管理处罚条例》的规定处罚。”这实质上是通过附属刑法的形式,对用人单位及其有关工作人员的犯罪行为进行规范,以达到保护劳动者的劳动权益的目的。这些都属于援引式的附属刑法。

但是,这样的规定明显是少了,今后应该予以加强。这是因为:第一,劳动刑法规范化的需要。附属刑法规定的刑事责任可以和其所附属的相关法律规定的行政责任、民事责任和经济责任等相互衔接和照应,体现了刑法作为社会最后一道保护屏障的作用,从而使人们很清楚地看到违反本法的相关规定达到一个什么程度就要承担刑事责任。第二,劳动刑法分支化的需要。不同单行的劳动法律都是为了适应调整不同性质和范围的劳动关系而产生的,它们调整的劳动关系具有明显的行业性、专业性的特点。基于强化该规范效力的需要,隐于劳动法律中的劳动犯罪及其刑事责任的条款,也最大化地凸显了劳动刑法的行业性、专业性之特点。第三,立法模式理性化的需要。附属刑法的立法模式与传统的刑法典模式相比,无论是对待劳动刑法的态度,抑或规定劳动刑法的方法,还是学术视野的开拓,所显现出来的“跳跃”,甚或某种“断裂”感,都是传统刑法发生了现代转型之后的巨大震荡所致,也是劳动刑法应对时代之挑战所做出的重大调整,契合了劳动刑法立法的理性。

[18] 陈步雷:《劳动刑法具有相对独立的地位》,载《工人日报》2005年7月18日。

[19] 韩智力:《劳动关系经受经济转型关键期大考》,载《中国劳动保障报》2005年12月20日。

[20] 参见刘远、赵玮:《论金融刑法的立法模式》,载张智辉、刘远主编:《金融犯罪与金融刑法新论》,山东大学出版社2006年版,第61页。

[21] 青锋:《附属刑法规范的创制性立法问题》,载《法学研究》1998年第3期。

三 简单的结语

在全球化和法制现代化的社会环境下,面对劳动法益的刑法保护对原有传统边界的超越、刑法规范的扩充与蔓延、新的侵犯劳动法益的犯罪形态的产生与出现及其严重危害性与扩大化倾向、劳动刑法及其认同的理性化与实质化趋向等法律现象的挑战,刑法学要科学而理性地做出回应,就需要一种完整、深刻又富有制度实践性的劳动刑法学作为支撑和保证。显然,透过隐含于劳动法律之中的各种有关劳动法益及其刑法规制的西方劳动刑法的理论定位和制度实践,我们发现了一种通过“经验”带动“改革”而建构中国劳动刑法的基本路向。无疑,劳动刑法的建构还是一次提升劳动刑法学学科品质的基本工程,我们期待劳动刑法学在吸取西方经验的基础上,真正地走自己的路。因此,本文只能将劳动刑法学作为一个等待思想和行动来做出回答的理论问题陈述于此,并只把建构中国劳动刑法的设想作为某种预设性的思路整理出来。同时,笔者深深地感觉到,我们对劳动刑法的理论思考远未终结。

[Abstract] The study on labor criminal law as a branch of criminal law is right under way today. The development pattern of labor criminal law in western countries has reflected mainly three characteristics: the priority of accessory criminal law, a preferential policy towards protection of workers and the dialogue between modernism and post-modernism in the course of the development of labor criminal law. The construction of labor criminal law in China may draw useful experience from western countries while highlight the following three aspects: to advocate concerns over human nature, and establish an approach of favoring the protection of workers by criminal law; to adopt a legislative model putting emphasis on accessory criminal law by separating labor criminal law from the all-embracing model of criminal law; and to guide the progress of criminal law on the basis of relatively mandatory norms while establish a new structure of crime and punishment.

(责任编辑:王雪梅)