

论恶意欠薪行为的刑法规制

——对拒不支付劳动报酬罪犯罪构成的思考

杨 俊

内容提要 拒不支付劳动报酬罪是2011年《刑法修正案(八)》新增设的一项罪名,旨在对恶意欠薪这一具有严重社会危害性的行为作出相应的刑法规制。然而,由于对该罪构成的规定较为抽象笼统,容易产生理解上的分歧,影响了其应有的立法价值和预期的实践效果。有鉴于此,本文将对拒不支付劳动报酬罪的犯罪构成作出进一步的阐述。

关键词 恶意欠薪 刑法规制 拒不支付劳动报酬罪 犯罪构成

杨 俊,苏州大学王健法学院副教授 215006

一、问题的提出

2011年2月25日,第十一届全国人大常委会第十九次会议通过了《刑法修正案(八)》,其第41条规定在《刑法》第276条之后增加一条,作为第276条之一^[1]。该条罪名被正式确定为拒不支付劳动报酬罪,这是将恶意欠薪行为这一社会顽疾正式入罪。

基于对恶意欠薪行为严重社会危害性的现实考量,《刑法修正案(八)》将其纳入刑法调整的范围当属适时之举,完全具有正当性和必要性。然而我们也要看到,对恶意欠薪行为的追责在司法实践中也难免会遭遇因行刑衔接、民刑交叉的纠葛而导致诸多问题。因为相关法条的规定有不少模糊之处,定罪量刑亦欠缺细化而具体的标准,导致《刑法修正案(八)》出台的这几年中遭遇到了执行不畅的问题,其威慑力也大大减弱。正如有学者指出,恶意欠薪行为虽然得以入罪,但在其最重要的实施层面

本文为江苏省高校区域法治发展协同创新中心项目的研究成果之一。

[1]《刑法》第276条之一规定:“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,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。有前两款行为,尚未造成严重后果,在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以减轻或者免除处罚。”

上,却存在很大问题,主要表现在该罪的客观方面和主观方面等都难以认定,因此很可能成为“纸面上的法”而无法转化为“行动中的法”^[1]。

为了破解司法实践中遭遇的困境与尴尬,2013年1月16日最高人民法院就颁布了《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),这是对恶意欠薪的刑事立法在司法适用上的回应。不过,《解释》的颁布是否就真正解决了拒不支付劳动报酬罪在立法与司法相互衔接方面的困惑,恐怕仍然存疑。笔者认为,运用刑法手段规制恶意欠薪行为最重要的还是应当严格把握该罪的人罪标准,在认真梳理该罪犯罪构成的基础上对其正确地加以适用,从而在实践中发挥其效用。

二、特殊劳动关系中拒不支付劳动报酬罪犯罪主体的认定

一般而言,拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体是指拒不向劳动者支付劳动报酬的用人者。所谓用人者,是指依法招用和管理劳动者,并按法律规定或合同约定向劳动者提供劳动条件、劳动保护及支付劳动报酬的一方主体^[2]。就我国劳动法中所言的用人者,主要强调的还是与劳动者直接建立了具有从属性的劳动关系的用人者。

通常来说,所谓直接建立的劳动关系乃是用人者和劳动者之间所形成的“一对一”的关系,即用人者同劳动者直接订立了劳动合同,在这种关系中认定责任主体比较简单,如果劳动者被恶意拖欠劳动报酬,则相对方用人者当然地就作为该罪主体被追究刑事责任。但是,实践中的劳动关系其实是相当复杂的,既有如上这种标准的劳动关系,又有劳务派遣和转包、分包等特殊的劳动关系。正因为如此,也就决定了在不同类型劳动关系中认定拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体具有复杂性。

首先,劳务派遣关系是一种相对复杂的用工关系,其特点是“雇者不用,用者不雇”,此种用工形式的实质是劳动力的雇用和使用相分离,即劳务派遣单位与劳动者签订劳动合同,与用工单位订立劳务派遣协议并约定劳动报酬等相关事宜,并将劳动者派遣至用工单位,让其在用工单位的指挥监督下从事劳动。而根据《劳动合同法》的规定,劳务派遣单位被称为用人单位^[3]。这样就形成了用人单位、用工单位和劳动者的三角用工关系。在这种用工关系中,如果劳动者遭遇了拒不支付劳动报酬的情形,那么承担刑事责任的主体究竟应该是用人单位还是用工单位?有学者认为,在劳务派遣的情况下,只要按照劳务派遣协议,用人单位应当支付劳动报酬的,就可以成为此罪的犯罪主体,而不论欠薪是否为实际用工方。如果在劳务派遣协议之外,接受劳务派遣形式的用工单位对其所应承担的劳动报酬恶意欠薪的,则由用工单位对此负责^[4]。从此观点来看,似乎基于劳务派遣协议的约束,一般只承认用人单位是该罪主体,因为根据劳动法的相关规定,在劳务派遣关系中,承担劳动者的劳动报酬支付义务的应该是用人单位,用工单位除在形式上接收被派遣劳动者的劳务外,并不与劳动者发生直接关系,所谓的劳动报酬也是用工单位和用人单位之间结算的,并不直接发放给劳动者。即使用工单位有能力支付劳动报酬而拒不支付,用人单位也不能以此为理由拒绝支付劳动者的报酬,毕竟,相对于劳

[1]参见刘艳红:《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》,〔北京〕《环球法律评论》2012年第2期。

[2]参见郭捷主编:《劳动法学》,〔北京〕中国政法大学出版社2007年版,第60页。

[3]《劳动合同法》第58条第1款规定:“劳务派遣单位是本法所称用人单位,应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同,除应当载明本法第十七条规定的事项外,还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。”

[4]参见魏东:《〈刑法修正案(八)〉若干新规的诠释与适用》,〔杭州〕《法治研究》2011年第5期。

劳动者来说,用人单位与用工单位的关系更加平等,其完全可以通过提起民事诉讼的方式来维护自己的合法权益。至于用工单位,只有在劳务派遣协议之外用工又恶意欠薪的才有可能成为该罪之主体。如上观点看似无可厚非,但笔者认为,在劳务派遣关系中一概否定用工单位作为该罪的犯罪主体恐怕不妥,毕竟当劳动者被派遣到用工单位后,劳动者与用工单位不仅存在管理和被管理的从属关系,而且劳动者的劳动力还与用工单位的生产资料相结合,实现了劳动过程,符合劳动关系的一般判断标准^[1]。因此,即使存在劳务派遣协议,但劳动报酬的支付主体并不仅仅是用人单位,用工单位同样负有支付义务,这不仅在于有着劳动合同法的明确规定^[2],更主要的是,用工单位乃是劳动报酬的实际来源方,也即虽然劳动报酬的直接支付者是用人单位,但在终端上却是由用工单位支付的,所以用工单位是不能逃避其支付义务的。况且,如果用工单位实施了恶意欠薪行为,很可能也会影响到用人单位对劳动者劳动报酬的支付,在此情况下用人单位可能并无犯罪意思,却要让其承担刑事责任,而真正造成劳动者无法获得劳动报酬的用工单位却可以因之逃脱法律制裁,这是极不公正的。有鉴于此,《解释》第8条规定:“用工单位的实际控制人实施拒不支付劳动报酬行为,构成犯罪的,应当依照刑法第二百七十六条之一的规定追究刑事责任。”这充分表明了司法机关已认识到在劳务派遣关系中,劳动者虽然形式上隶属于用人单位,但实质上却为用工单位所控制,因此,用工单位完全符合《解释》中的实际控制人的概念。当然,不能排除在实践中有的用人单位和用工单位事先共谋、恶意串通,在有能力支付的情况下,却以不法手段拒不支付劳动报酬,那么对两者还可按该罪之共犯论处。综上可见,在劳务派遣关系中,不论具体情形如何,用人单位和用工单位均有可能被认定为拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体。

其次,在建筑工程、餐饮住宿等行业中,通常存在转包、分包等民事法律关系,在这些关系中,如何认定拒不支付劳动报酬罪的主体就颇为困惑。以建筑工程领域为例,有时候发包方将工程转包或分包给承包方,让承包方与劳动者建立直接的用工关系,发包方却并不出面,但实际上承包方所需支付的劳动报酬真正来源却是发包方。针对这种状况,有学者认为,只有与从事劳动并以自己的劳动收入为生活资料主要来源的劳动者直接产生用工关系的一方才能成为拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体,如果不是直接与劳动者直接产生用工关系的一方不能成为该罪的犯罪主体,如果故意不履行义务,导致用工方无法支付劳动者劳动报酬的,可以通过民事诉讼途径解决^[3]。对此观点,笔者实在不敢苟同。虽然承包方直接与劳动者建立了用工关系,但并不是只有直接与劳动者发生用工关系的主体才能成为该罪的主体,而是只要与劳动者形成劳动关系的主体就能成为该罪的犯罪主体^[4]。当然,判断此处的劳动关系就涉及到对劳动关系的从属性特征的精准理解。有学者认为,劳动法上的所谓劳动,乃是劳动力所有者在与资本所有者订立用工契约让渡自己劳动力使用权的前提下,按照契约约定或资方及其代理人的管理指令所从事的具有人身隶属性性和协作分工性质的相关工作或活动^[5]。既然如此,依照从属性的标准,劳动关系就具有三个基本要素:劳动者的人身从属性(受谁管理);劳动者提供劳动之义务(为谁工作);用人者给付报酬之义务(工资谁发)。而在转包、分包关系中,显然劳动者

[1]刘焱白:《论劳务派遣中劳动报酬的支付》,〔长沙〕《湖南大学学报(社会科学版)》2008年第3期。

[2]《劳动合同法》第62条规定:“用工单位应当履行下列义务:……;(三)支付加班费、绩效奖金,提供与工作岗位相关的福利待遇;……。”该法条中所列举的加班费、绩效奖金以及与工作岗位相关的福利待遇等均应属于劳动报酬之范畴。而且从文义理解,该义务显然是用工单位对被派遣的劳动者的义务,而非对用人单位的义务。

[3]孟传香:《拒不支付劳动报酬罪法律适用问题研究》,〔长春〕《行政与法》2011年第10期。

[4]参见李瑞生:《论拒不支付劳动报酬罪的行为构成》,〔烟台〕《鲁东大学学报》(哲学社会科学版)2013年第5期。

[5]秦国荣:《法律上的劳动概念:法理逻辑与内涵界定》,〔南京〕《江苏社会科学》2008年第3期。

所提供的劳动是发包方业务的组成部分(为谁工作),而且其劳动报酬来源于发包方而不是承包方(工资谁发),那么他们之间自然有着人身上的从属性(受谁管理)。因此,确定劳动关系是否存在以及劳动者所从属的对象,可能是拨开表象而确认用工关系之性质的核心依据。从表面上看,承包方所招用的劳动者从属于承包方,但当承包方不具备用人主体资格且发包方对此亦是明知时,为了不让劳动者的权益落空,发包方必须承担相应的责任。由此可见,承包方对其招用的劳动者的控制可视为“直接控制”,而发包方对劳动者的控制则不妨视为是一种“间接控制”^[1]。基于如上分析,在发包方恶意拖欠致使承包方不能支付劳动报酬的情形下,应排除承包方成为该罪主体。对此可以用刑法理论中的期待可能性原理来解释。所谓期待可能性,即指在行为人当时的具体情况下,能期待行为人作出合法行为的可能性。这里的合法行为,通常也称为适法行为。当然,更确切地说,是期待行为人不实施一定的犯罪行为的可能性^[2]。也就是说,如果有期待可能性,即能够期待行为人在行为时实施合法行为,行为人违反此期待实施了不法行为,就能产生刑事责任;如果无期待可能性,即行为人在行为时只能实施不法行为,不能期待其实施合法行为,则行为人不负刑事责任。可见,期待可能性正是借助于行为之际的行为人内部和外部情形的结合,生动地解释犯罪发生的原因,进而说明行为选择的可能性及其大小,完整地反映行为人的责任^[3]。应当说,期待可能性的中心思想就在于“法律不强人所难”,如果强行让一个根本就没有实施合法行为可能性的人承担刑事责任,无疑是与法律本应具有的正当性价值和人性化要求背道而驰的。所以,期待可能性体现了对人性的关怀和对建立在常理、常情之上的人之弱点的考量,使罪责建立在更为公正的基础上,使刑法的正义性基石更加巩固^[4]。很显然在上述情形中,正因为承包方无法从发包方那里获得包括劳动报酬在内的工程款项,所以不能期待他们实施按期支付的合法行为。虽然承包方不支付劳动报酬的行为亦是违法的,但此种情形下他们实属“迫不得已”,是恶意欠薪行为的受害者而非制造者,所以并无期待可能性可言,无须为此承担刑事责任。当然,在转包、分包关系中,有时是发包方按合同要求以及劳务工程量进度将劳动报酬交付给了承包方,但承包方却私自以转移财产、携款逃匿等方法逃避支付或直接拒绝支付劳动报酬,那么发包方与劳动者的被欠薪状态已被承包方的行为切断而无直接的因果关系,此时自然应当追究承包方的刑事责任而与发包方无涉。综上所述,在转包、分包关系中,最重要的当然是“揭开欠薪者的面纱”,查明欠薪的最终环节,从源头上判定劳动报酬的真正拖欠者。发包方和承包方都有可能成为该罪的犯罪主体,只是依据具体欠薪环节及形成原因的不同,在主体的适格性上有所区分。

三、拒不支付劳动报酬罪客观方面的实质理解

从《刑法》第276条之一的表述来看,拒不支付劳动报酬罪应当属于典型的不作为犯罪,即其客观行为具体表现为两方面的内容:一是行为人以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者劳动报酬的行为,这是一种积极的不作为方式^[5];二是行为人有能力支付而不支付劳动者劳动报酬,数额较大,且经

[1]参见钱叶芳著:《企业劳动关系稳定的法律问题研究》,〔北京〕中国法制出版社2012年版,第205-207页。

[2]陈兴良:《期待可能性问题研究》,〔西安〕《法律科学(西北政法学院学报)》2006年第3期。

[3]童德华著:《刑法中的期待可能性论》,〔北京〕法律出版社2015年版,第114页。

[4]参见唐稷尧、詹坚强:《本源、价值与借鉴——评期待可能性理论》,〔成都〕《四川师范大学学报(社会科学版)》2004年第6期。

[5]或许有人会认为,行为人转移财产、逃匿等表现出的是积极、主动的身体举动,似乎应当属于作为的行为方式,并不是不作为。这其实是对行为模式的一种偏颇理解。事实上,不能从自然意义上理解不作为行为,即认定不作为行为并不是单纯看行为有无身体举动,最关键的还是看其行为表现是否违背了某一犯罪构成要件中法定的作为义务。诚然,法规范所规定的不作为,并非单纯的“无的、静止的状态”,而是以某种作为义务为前提,不实行该义务,即不为命

政府有关部门责令支付仍不支付的行为,这是一种消极的不作为方式。

首先,行为人逃避支付劳动报酬的行为主要是通过转移财产和逃匿的方式来实施的。转移财产就是行为人为了不支付劳动者的劳动报酬,通过赠与、抛弃、恶意低价转让、虚假破产、虚构债务等方式掩饰、隐瞒其财产的行为^[1]。行为人转移财产的行为目的在于故意逃避支付义务,而劳动者又无法知晓其真实财产状况,从而难以通过正常途径要求行为人支付劳动报酬。实际上用人者在经营过程中资金流动很正常,劳动者很难证明其是否是为了逃避支付劳动者的劳动报酬而转移的财产。对此,从简化问题的角度看,只要用人者有资金的流动并导致无法及时支付劳动报酬,都可能涉嫌转移财产,除非与劳动者先行沟通或者有证据表明有资金短期流动之必要和迅速回笼资金之可能^[2]。可见,用人者转移财产的情形千差万别,不宜一律直接认定为恶意,但如果从用人者行为后的态度上看,由于其没有为支付劳动报酬作出任何行动上的努力,则足以表明其缺乏履行法定义务的诚意,客观上也确实造成劳动者无法获得劳动报酬,那么就可推定用人者主观上具有此种恶意。毕竟,用人者不能以牺牲劳动者的利益来维持自身的经营,即不能将自身的风险转移到劳动者身上,使其失去获取劳动报酬的权利。至于逃匿,根据《解释》第2条第(二)项之规定,即指行为人逃跑和藏匿,具体来说,就是行为人为逃避支付劳动报酬或者为了逃避行政机关或司法机关的追究而逃离当地或躲藏起来^[3]。显而易见,逃匿行为直接体现了行为人对于履行支付劳动报酬这一义务所持有的排斥和否定的态度,使得劳动管理部门丧失了责令整改、处罚的对象,也让被拖欠报酬的劳动者无从找到其下落,在主张权利上出现困难。所以,逃匿和转移财产一样,都是较为恶劣的恶意欠薪手段。

其次,关于行为人有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,这应当理解为行为人不采用任何逃避手段而直接、明确地拒不支付的行为。这种行为类型的核心前提在于“有能力支付”。须知,生活中的欠薪情形大致可以分为困难型欠薪、纠纷型欠薪以及背信型欠薪三种类型,而刑法重点打击的是第三种,即违背诚信有能力支付报酬而不支付的情形^[4]。因此,需要对欠薪行为进行区分,对那种有能力支付而恶意欠薪的行为应作出刑法上的规制,否则刑法也就丧失了作为法律的“保障法”的地位^[5]。不过,在实践中究竟如何具体判断行为人是否“有能力支付”,这在复杂多变的经济形势中,始终是一个聚讼盈庭的难点问题。

行为人的支付能力主要是以其实际拥有的财产为基础来衡量的。但是,是否要将用人者所有的财产都归入到有能力支付的财产范畴呢?笔者认为亦不尽然,如果用人者是单位,那么有些属于单位或经济组织进行正常生产经营必不可少的财物就应该排除在外,例如厂房、机器设备、生产线等,这些都是用人单位正常存在和经营的必备物质条件,而且用人单位正是通过开展经营活动产生的经济利润来维持自身的支付能力的,因此除非有破产情形,如果将这些财产也作为有能力支付的财产范畴,很可能给用人单位的经营带来很大的风险,甚至会减损其实际的支付能力,这对劳动者权利的保护是

令规范所命令的行为,其不作为应为行为的一种。不作为中行为人可能存在一定的静止,但这种静止并非身体的物理意义上的绝对静止,而是没有履行特定法律义务所要求的行为,是一种相对于特定义务要求产生的相对静止。所以,法律义务是区分作为和不作为的标准。(参见栾莉著:《刑法作为义务论》,〔北京〕中国人民公安大学出版社2007年版,第13页。)因此,行为人转移财产、逃匿等行为实际上是违背了必须及时、全额支付劳动报酬这一法定义务的命令性规范,因而完全符合了不作为犯的本质特征。

[1]赵秉志主编:《刑法修正案(八)理解与适用》,〔北京〕中国法制出版社2011年版,第341页。

[2]参见谢天长:《拒不支付劳动报酬罪的法律适用问题探讨》,〔北京〕《中国刑事法杂志》2011年第11期。

[3]黄太云:《刑法修正案(八)解读(二)》,〔北京〕《人民检察》2011年第7期。

[4]王海军:《拒不支付劳动报酬罪的规范性解读——基于“双重法益”的新立场》,〔武汉〕《法学评论》2013年第5期。

[5]参见孙燕山:《劳动关系法律调整中的刑事责任问题研究》,〔北京〕中国人民公安大学出版社2011年版,第244页。

不利的。如果用人者是个人,有观点认为,除了弄清其是否有经济能力外,还要看其是否竭尽其一切能力的问题,诸如变卖家产、抵押贷款、借款等^[1]。笔者认为此观点欠妥,其公正性令人质疑。事实上,对于用人者维持其个人及家庭基本生活所必需的财产,也不应该作为有能力支付的财产范畴,因为如果一定要将这部分财产用于支付劳动报酬的话,就无异于剥夺了用人者及其家庭的生存权,这是和刑法的人权保障机能相违背的。对此,我国刑法中的没收财产之相关规定颇值得借鉴,即没收全部财产时,应该考虑人道主义原则,必须为犯罪人个人及其抚养的家属保留必要的生活费用,不至于将欠薪者“逼至绝境”。当然,当一旦查明用人者有超出上述财产部分以外的其他财产时,就应当认为其拥有可供执行之财产,那么显然应视作其具有了支付能力,必须优先用于支付劳动报酬。

对于“有能力支付”的理解,还有一个至关重要的问题,就是必须考察影响用人者支付能力的实质原因。在有的情况下,用人者现实拥有的财产状况已使其无力支付劳动报酬,特别是有的用人单位在经营过程中出现了资金周转困难或经营状况恶化等情形时,就可能没有可供执行的财产了。对此,有学者认为,对这种情况下的用人者应当排除在恶意欠薪之外,因为企业作为市场经济发展中的主体,适者生存、优胜劣汰,这是市场经济发展中的必然现象。那些被市场竞争淘汰的企业,就可能实施拖欠劳动报酬的行为,企业中劳动者必须承担的风险。对此,用人者不应承担任何责任^[2]。笔者认为该观点有一定道理,但需商榷,至少其没有区分导致用人单位没有能力支付劳动报酬的不同原因。事实上,如果确实存在上述情形的,并且是用人者事先无法预见的,不妨给予用人者一定的宽限期或者选择民事、行政等其他法律途径解决,不能据此就认定其有能力支付而不支付,进而追究刑事责任。但除此之外,如果用人者以积极或消极的方式不当地处分、处置财产,导致财产不应有地损失的,仍应将其列入用人者的支付能力的判断范围^[3]。否则的话,对劳动者是不公平的。另外,如果用人单位确因经营不善等原因进入到破产清算阶段以后,即使是其拥有的财产只有前述的厂房、机器设备、生产线等,此时也需要将这部分财产作为破产财产用于支付劳动者的劳动报酬。因为劳动报酬请求权具有法定的优先性,即便是破产的企业在进入破产还债程序后,也应优先支付职工的工资,这是法律根据劳动报酬具有生活保障作用所赋予的优先于一般债权获得清偿的属性^[4]。毕竟当用人单位进入到破产清算阶段后,显然无法再维系正常的生产经营活动,那部分财产自然就转化为可供支付劳动报酬的财产。对于个体的用人者而言,当其有现实存在的财产或财产性利益的情况下,依然不支付劳动报酬的,可视为“有能力支付而不支付”。除非用人者从事正当的经营活动,却由于客观风险而导致的资金周转困难等原因使得其缺乏即刻支付的能力,此时若一定认定其有支付能力,恐怕确属强人所难。不过,假如用人者使自己陷入一种无支付能力的状态是由于自身肆意挥霍或不当投资等所致,也即人为地改变自己的财产状况,制造出不能支付的假象,那么笔者认为,此时完全可以认定其为有能力支付而不支付。

至于如何证明用人者的支付能力,这显然涉及到举证责任到底由谁来承担这一关键问题。笔者认为,不应由劳动者来承担举证责任,因为从所掌控的资源角度看,劳动者调查取证的能力明显不足,信息掌握上也相当有限,让其来证明用人者是否具备支付能力几乎是无法实现的;况且从法理上说,劳动者只要证明用人者未按合同履行支付义务即完成举证义务,不必对其是否具有支付能力再进行

[1]参见谢天长:《拒不支付劳动报酬罪的法律适用问题探讨》,〔北京〕《中国刑事法杂志》2011年第11期。

[2]参见姜涛:《恶意欠薪罪若干问题探究》,〔济南〕《法学论坛》2012年第1期。

[3]参见赵秉志、张伟珂:《拒不支付劳动报酬罪立法研究》,〔天津〕《南开学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

[4]参见孙燕山:《劳动关系法律调整中的刑事责任问题研究》,〔北京〕中国人民公安大学出版社2011年版,第135页。

举证。就该罪的举证责任承担方面,应由具有侦查权的公安司法机关来证明用人者是否具有支付能力,也即用人者的财产及经营状况或者行踪走向等应当由公安司法机关主动依职权进行调查、核实。此外,亦有学者主张,对用人者是否具有支付劳动报酬的能力的证明责任,应像“巨额财产来源不明罪”一样,实行举证责任倒置,如果用人者不能证明自己没有能力支付劳动报酬的,就视为其有能力^[1]。笔者认为,这不失为完善该罪举证责任方面的一项可行方案,用人者否认自己有支付能力的,就应当提交单位或个人的资产负债表、损益表、现金流量表、财务状况变动表等各种财务报表,表明自身的财产状况,据以证明其不具有案发时支付劳动报酬的财产条件,若不能证明,则推定其具有支付能力。

再次,关于“经政府有关部门责令支付仍不支付”,这亦是拒不支付劳动报酬罪客观方面认定中又一个备受争议的问题。《刑法》第276条之一规定这一要件,就意味着在认定拒不支付劳动报酬罪的成立方面设置了一项前置程序。然而,对于该前置程序,有否定的意见认为,对于这样的规定,看似为限制该罪的适用范围,实则很难操作,由于缺乏拒不支付劳动报酬罪时间条件的限制,政府有关部门应当在多长时间内做出责令无法把握,并且政府有关部门做出责令后用人者应当在什么期限内支付劳动报酬也无法认定,这样就为用人者拒付劳动报酬“赢得”了时间,使其有更多时间转移、隐匿财产;如果政府有关部门行政不作为,根本不去责令用人者去支付,而立法既然规定了这一要件又是构成该罪的必备条件,如果没有经过这一前置程序的话,公安机关不能立案,这就意味着劳动者期望寻求刑事程序为自己追讨劳动报酬的司法途径可能会行之不通,使得设立该罪保护劳动者权益的作用大打折扣^[2]。然而,大多观点还是主张该前置程序有相当合理性,例如认为“经政府有关部门责令支付仍不支付”是构成该罪的必要条件,这是该罪具有行政法性质的突出体现,即该罪是在必须违反行政法及行政命令之后,才可能成立。同时,这个行政程序性条件的设置,也符合刑法谦抑原则的要求^[3]。

两相比较,笔者认为,在立法上设置该前置程序还是利大于弊的,一方面,法条中设置了前置程序,无疑在规制欠薪行为上增加了一道“关口”,即刑事司法程序启动之前先由政府有关部门介入,把行政法律规范的适用置于刑法规范之前,这样使得刑法与其他部门法能够有效结合,就更加凸显了刑法作为最后保障法的重要地位,也有利于实现两种责任的有效协调^[4];另一方面,有了前置程序的规定,可以缩小刑法的适用范围,也即如果在政府有关部门责令之后,用人者能够及时支付劳动者的劳动报酬,用人者与劳动者之间的劳资纠纷得到化解,用人者的主观恶性较小,社会危害性不大,可以将其欠薪行为排除在犯罪圈之外,这样不但节约了司法成本,而且不至于和刑法的谦抑性发生冲突。只有用人者在被责令支付时仍不支付的,才表明其主观恶性达到了相当的程度,有必要动用刑罚处罚,所以前置程序正是行为人主观恶性的重要体现。如此看来,前置程序的设置,使得拒不支付劳动报酬罪的人罪门槛被抬高,大量的一般欠薪行为在刑事法网中得到了过滤,从而体现了“法官不理睬琐碎之事”^[5];此外,把前置程序作为该罪适用的前提条件,还有利于劳动者劳动报酬权的全面保护,因为对行为人来说,前置程序可以给予其一次改过自新、免受刑罚处罚的机会,寻求刑罚效益的最大化,毕竟,刑法设置该罪的目的是为了维护劳动者的劳动报酬权,而不是一味的追究行为人的刑事责任。同时这对劳动者来说,也是得到了一次降低讨薪成本,从而更加及时便捷地获取劳动报酬的机会。

[1]康均心、吴凤:《对〈刑法修正案(八)〉新增的“拒不支付劳动报酬罪”若干问题探讨》,〔长沙〕《时代法学》2011年第5期。

[2]庄乾龙:《拒不支付报酬犯罪比较研究》,〔武汉〕《法商研究》2012年第2期。

[3]参见魏东:《〈刑法修正案(八)〉若干新规的诠释与适用》,〔杭州〕《法治研究》2011年第5期。

[4]参见赵秉志、张伟珂:《拒不支付劳动报酬罪立法研究》,〔天津〕《南开学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

[5]张明楷:《刑法格言的展开》,〔北京〕法律出版社1998年版,第129页。

不过,立法在增设拒不支付劳动报酬罪之初,对该前置程序中的“政府有关部门”规定得较为笼统,以至于出现了适用的困境。《解释》第4条第1款对责令支付的主体明确规定^[1]为人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门。“人力资源社会保障部门”指向清楚,而对于何为“政府其他有关部门”,学术界始终看法不一。有学者认为,“政府有关部门”不限于政府部门,除了人力资源和社会保障部门外,还应包括法院和仲裁部门^[2]。还有学者则认为,对“政府有关部门”应当作广义的解释,既包括了隶属于政府的工会组织,也包括其他一切政府部门^[3]。笔者认为,对“政府其他有关部门”恐怕还不宜做出过于宽泛的理解,法院和仲裁部门不宜归入“政府有关部门”的范畴,因为从“政府有关部门”这一用语中可以看出,“有关”修饰的是“政府”,是与政府有关的部门即可,即应该限制在政府系统范围内。而法院属于司法机关,是与行政机关并列的国家机关,仲裁部门则属于国家授权的处理劳动争议的准司法性的专门机构,其本身也独立于行政机关。而且根据现行法律规定,劳动者在被拖欠劳动报酬的情况下,向法院提起民事诉讼或申请劳动仲裁都是其寻求救济的途径,那么当法院或仲裁部门针对劳动争议作出了生效的判决或裁定后,其本身就具有强制执行力,如果用人者仍然拒付劳动报酬的话,完全可以按照拒不执行判决、裁定罪来处理,而不必认定用人者构成拒不支付劳动报酬罪。当然,不加区分地把所有行政机关都纳入“政府有关部门”亦是欠妥的。笔者认为,还是要考察行政机关的具体职能,主要看其是否属于拥有行政执法的监督职能,同时能够对劳动者的权益加以保护并对劳动争议具有一定裁决权和保障权的行政机关,申言之,其工作内容都直接负有和谐劳动关系、稳定劳动秩序之职责。

至于政府有关部门的责令方式和内容,《解释》第4条亦已做出详尽的规定。依据该解释,认定“经政府有关部门责令支付仍不支付”就有一些显性的标志,即政府有关部门依法以限期整改指令书、行政处理决定书等文书责令用人者支付劳动报酬。如此看来,似乎责令只能以书面形式进行,这样能体现责令的正式性,而且法条中好像也并未规定其他责令方式,但笔者认为,只要客观上有通知到用人者的可能性的责令方式都应具有法律效力,而不必拘泥于书面形式,所以应该包括口头责令、电话责令、短信责令等方式,甚至可以通过广播、电视、报刊、网络媒体等多种渠道进行责令。假如仅将支付令限定于书面方式,可能会出现行为人逃匿的情形,由于行为人逃匿而事实上导致支付令无法送达的,也属于“经政府有关部门责令支付仍不支付”^[4]。有鉴于此,针对行为人逃匿的情形,《解释》第4条第2款就专门对公告送达、留置送达等作出规定^[5]。笔者认为这是极其可取的,这样不仅有利于处理重大异常的情况,不至于使前置程序的规定被架空,而且维护了司法权威,对行为人起到了应有的震慑作用。如此看来,《解释》的规定很好地避免了刑事程序无法启动的后果。另外,从《解释》的表述来

[1]《解释》第4条第1款规定:“经人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门依法以限期整改指令书、行政处理决定书等文书责令支付劳动者的劳动报酬后,在指定的期限内仍不支付的,应当认定为刑法第二百七十六条之一第一款规定的‘经政府有关部门责令支付仍不支付’,但有证据证明行为人有正当理由未知悉责令支付或者未及时支付劳动报酬的除外。”可见,责令支付的主体就是人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门。

[2]孟传香:《拒不支付劳动报酬罪法律适用问题研究》,〔长春〕《行政与法》2011年第10期。

[3]李瑞生:《论拒不支付劳动报酬罪的行为构成》,〔烟台〕《鲁东大学学报》(哲学社会科学版)2013年第5期。

[4]参见黄继坤:《论拒不支付劳动报酬罪的几个重要问题——对〈刑法修正案(八)〉的解读》,〔长春〕《当代法学》2012年第3期。

[5]《解释》第4条第2款规定:“行为人逃匿,无法将责令支付文书送交其本人、同住成年家属或者所在单位负责收件的人的,如果有关部门已通过在行为人的住所地、生产经营场所等地张贴责令支付文书等方式责令支付,并采用拍照、录像等方式记录的,应当视为‘经政府有关部门责令支付。’”从中所表述的“拍照、录像等方式”足以表明目前已对责令方式的多样化予以认可。

看,经责令后行为人在指定期限内仍不支付的,必须对其作出刑事追究的处理,显然其中不仅有责令支付的期限要求,而且直接影响着犯罪的成立,但《解释》并没有明确的期限规定,这不能不说是该解释的疏漏之处,这会影响到前置程序的执行效果。实际上,对行为人而言,明确的期限限制将有利于其对后续行为进行预测。对劳动者而言,因有期限条件的明确指引,其权利性保障变得清晰可见。对司法机关而言,期限条件的明确大大增加了司法可操作性^[1]。至于具体期限的长短,一般应在综合考虑我国的地域差别限制、用人者的用工情况及经济条件、劳动者的收入水平和日常生活需要等诸多因素的基础上才能确定。

四、拒不支付劳动报酬罪中行为人主观恶意的实质判断

拒不支付劳动报酬罪是故意犯罪,这是不言而喻的。但是,并非所有的故意欠薪行为都要纳入该罪的评价范围。通常来说,欠薪行为可以分为恶意欠薪和非恶意欠薪两种,而只有“恶意”的欠薪行为才是犯罪,达到恶意的程度,就是刑法上的禁止恶,是严重危害社会秩序的犯罪行为,理应是刑法的惩处对象^[2]。诚然,故意和恶意并不是天然地划上等号的,如前所述,只有基于恶意的背信型欠薪行为才是犯罪行为,拒不支付劳动报酬罪也正是专门针对此种行为所增设的罪名。至于非恶意的故意欠薪行为,虽然也是不被法律所允许的,但可通过民事或行政手段予以解决。由此可见,如何判断该罪中行为人的主观恶意就成为了一个核心问题。

首先,在行为人逃避支付劳动报酬的情形中,不论行为人实施的是转移财产还是逃匿抑或其他行为方式,其主观上往往都是为了实现对劳动者劳动报酬终局的、永久的控制,实际体现的就是一种非法占有的目的。从《刑法》第276条之一以及《解释》第2条的立法本意来看,该罪主要规制的对象就是以永久非法占有劳动报酬为目的的行为人^[3]。因此,能够推断出基于非法占有目的而逃避支付的行为人在主观上具有着相当明显的恶意。当然,有的行为人逃避支付时并无非法占有之目的,而是确实由于不可抗力或重大意外事件等客观原因所致,并且行为人暂时性的逃避并未影响其采取如筹措资金等方面的补救措施,此时就应当排除其恶意,这也符合了现代责任主义的原则^[4]。诚然,在实践中需要具体情况具体分析,“欲付而无力付”和“能付而不欲付”显然是两种不同的主观心理态度,不宜简单地统划到恶意的范畴,否则势必导致滥用刑法的后果。当然,有时要证明行为人在实施逃避支付行为时具有非法占有目的这一主观恶意确实有一定难度,但却不可因之而予以回避,所以笔者认为,在行为人逃避支付的场合,对其是否具有恶意不妨结合拖欠的次数、频率和时间长短以及行为实施的客观环境条件等诸多因素通盘考察,从而做出恰当的认定。

其次,在行为人有能力支付而不支付劳动报酬的情形中,正如前述,判断行为人有无恶意主要还是看导致其处于没有能力支付的状态究竟是何原因,如果确系客观自然原因使得行为人无力支付的,就属“情有可原”的情况,那么就和上述逃避支付行为一样,不能推断其主观上有恶意。反之,如果行

[1]庄乾龙:《拒不支付报酬犯罪比较研究》,〔武汉〕《法商研究》2012年第2期。

[2]高铭暄、陈璐:《〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉解读与思考》,〔北京〕中国人民大学出版社2011年版,第110页。

[3]有学者认为,拒不支付劳动报酬罪不要求必须具有非法所有的目的,不是目的犯,因为在实际的欠薪现象中,欠薪者的目的、动机多种多样,将劳动报酬非法占为己有只是其中一种情形,而不是全部。(参见王海军:《拒不支付劳动报酬罪的规范性解读——基于“双重法益”的新立场》,〔武汉〕《法学评论》2013年第5期。)笔者认为,该观点不能说没有道理,但是,在行为人逃避支付劳动报酬的场合,还是应当确定刑法打击的重点是行为人基于非法占有目的而实施的逃避行为,否则就会造成恶意的认定过于泛化,刑法的适用也会失去其针对性。

[4]参见姜涛:《恶意欠薪罪若干问题探究》,〔济南〕《法学论坛》2012年第1期。

为人的无力支付是由于其主观故意为之所造成的,那么认定其为恶意欠薪当然是没有问题的。另外,在肯定行为人具有支付能力的前提下,从其拒付的手段上就更能判断出恶意的存在了,其不支付劳动者劳动报酬的行为主要就是公然地拒绝支付。当然,“公然”的表现形式是多种多样的,有的行为人公开地声明表示其就是不支付劳动者的劳动报酬,甚至当劳动者来讨薪时对其直接采取威胁或暴力方式,迫使劳动者因惧怕而不敢也不能向其讨要劳动报酬;有的行为人虽不采取暴力方式,但可能采用欺骗方式蒙蔽劳动者以达到拒付劳动报酬的目的,例如做出马上支付的虚假承诺但却无从兑现,捏造债权债务纠纷制造自身财产状况难以支付的假象欺骗劳动者,以及指称劳动报酬的支付者另为他人,等等;还有的行为人面对劳动者的讨薪行为既不逃避也不躲藏,然而却置之不理、不闻不问、视而不见等,以耍赖方式予以拒付。应当说,行为人有能力支付却拒不支付劳动报酬的行为方式可谓不一而足,但其最终都是使得劳动者劳动报酬权的主张难以实现,而且如上种种拒付手段无不说明行为人在主观思想上是真正想逃避支付劳动者劳动报酬的,这是最危险的也是最应该受到惩罚的。

再次,行为人在经过政府部门的责令以后仍不支付,是其主观恶意的极端体现,而正如前述,立法设置前置程序的用意之一就在于征表行为人的此种主观恶意,这也是之所以将该罪称为“拒不支付劳动报酬罪”而不是“不支付劳动报酬罪”的原因所在。申言之,行为人主观方面不仅存在侵害劳动者合法权益的故意,而且存在藐视政府有关部门的命令之恶性^[1]。“仍不支付”足以说明行为人有拒绝支付的意思表示或者以实际行动表明拒绝支付,显示了他们对政府部门的责令具有很强烈的排斥性和抗拒性,而且政府部门既然做出了责令,说明其已然明确了行为人具有支付能力这一前提条件。由此可见,行为人此时的拒付行为不仅具有拖欠劳动报酬的心理状态(一次故意),更是建立在拒不执行政府部门要求其支付劳动报酬的责令(二次故意)之上的^[2]。基于此,在这种情形中行为人不但具备了主观恶意,而且和其他一般的欠薪行为相比,其恶性程度可能更大,由此引起的客观违法程度也可能更高,所以对行为人的处罚理应更重一些。

[责任编辑:钱继秋]

On the Criminal Regulation of Malicious Payment in Arrears — the Thought on the Crime Constitution of the Crime of Refusing to Pay Labor Remuneration

Yang Jun

Abstract: The crime of refusing to pay labor remuneration is a newly-added crime in 2011, aiming at the criminal regulation of such behavior of great social harmfulness as malicious payment in arrears. However, the provision on the crime constitution is relatively abstract and general, which affects its due legislative value and expected practical effect. For this reason, the paper attempts to elaborate further on the crime constitution of the crime refusing to pay labor remuneration.

Keywords: malicious payment in arrears; criminal regulation; crime of refusing to pay labor remuneration; crime constitution

[1]王志祥主编:《刑法修正案(八)》解读与评析,〔北京〕中国人民公安大学出版社2012年版,第403页。

[2]参见姜涛:《恶意欠薪罪若干问题探究》,〔济南〕《法学论坛》2012年第1期。