

集体劳资争议与聚众扰乱社会秩序罪的关系*

姜 涛

内容提要:为避免刑罚权滥用,刑法理论应当建构集体劳资争议的基本教义:以犯罪论体系的构造判断,正当的集体劳资争议,应当属于刑法中超法规的违法阻却事由,并从目的正当性、法益均衡性、手段正当性、主体适格性和程序合法性五大条件建构其判断标准;从刑法的限缩机能出发,通过识别和阐述可罚的违法性与集体劳资争议之违法性判断的关联,从而把不具有需罚性的行为排除在犯罪圈之外。由上述教义出发,集体劳资争议与聚众扰乱社会秩序罪两者之间界限分明,司法实践中把集体劳资争议以“聚众扰乱社会秩序”的罪名予以惩治,本身即属于“莫须有”。

关键词:劳资争议 扰乱社会秩序罪 可罚的违法性 违法阻却事由 正当集体争议

姜涛,南京师范大学法学院副教授。

一 问题的提出

随着雇佣社会成为当前社会发展的基本形态,劳资争议成为现代法律关注的时代主题。其中,集体劳资争议是原子化的劳动者以工会为组织形式与雇佣者之间发生的利益纠纷。^[1]劳资争议往往带来社会冲突,影响社会稳定,无论是劳动者以罢工、怠工对抗雇佣者,抑或雇佣者以锁厂、解雇、拖欠工资、强迫劳工、阻碍工会活动等行为,都不仅会危及到国家的法秩序,而且导致企业倒闭、停产、劳动者失业等社会问题。

为合理地组织对劳资争议的反应,20世纪20年代以来,美、英、德、法、日等国家都相继借助于实定法或判例法,主要以附属刑法的形式,加强了对劳动权的保护力度。尽管各国立法模式不同,但无一例外地把刑法介入劳资关系大致区分为两大版块——集体劳资关系和个体劳资关系,一方面,在个体劳资关系上,以刑法严厉打击雇佣者严重侵害劳动者之劳动

* 项目资助:“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)资助,教育部人文社会科学研究青年项目“劳动法治视域下的劳动刑法制度研究”(项目编号:09YJC820046)。

[1] 本文意义上的集体劳资争议是指以罢工、怠工、联合抵制、纠察、恶名单为手段,以工资报酬、安全保障等为内容的劳动者群体或多数人与雇佣者之间发生的利益争议,在中国,这种争议一般被称为劳动群体性事件或群体性事件。

权的犯罪,并以刑法规范彰显现代社会对劳动者之社会保护的追求;另一方面,在集体劳资关系上,强调刑法对正当的集体争议的刑事免责和不正当的集体争议的刑事干预。^[2]其中,有不少国家把正当的集体争议视为刑法中的正当化事由。比如,现行《日本劳动组合法》第1条第2款规定:“工会的团体协商,或其他的行为系为达成前项所揭之目的而为正当者,则适用刑法(明治40年法律第45号)第35条的规定。但在任何情况下,暴力的行使均不得解释成为正当的集体争议。”而美国在1921年 *Commonwealth v. Carlisle* 案中,吉布森(Gibson)法官即认为对于劳动者以罢工为手段来争取自己的合法权益并不具有违法性,非但不应给予刑事处罚,其目的还是值得称赞的。^[3]1973年在伊门斯一案(*United State v Enmons*)中,美国联邦最高法院认为个别劳动者在劳资争议中所实施的轻微纠察侵害,并非福布斯刑罚令(*Hobbs Act*)起诉的对象。而1981年在松德生案(*United State v Thordarsons*)中,也认定劳动者在劳资争议中发生的轻微伤害行为,不是刑法的调整对象。^[4]在德国,虽然德国劳动法并没有规定正当的集体争议属于刑法中的正当事由,但德国学界一般认为,罢工等集体争议源自于《基本法》第9条第3项所规定的“同盟自由”,其下蕴含的“协约自治”被认为包含着不可或缺的集体争议权。^[5]实务界亦认为,正当的集体争议在德国被视为是劳资关系的暂时中止,因此,不属于刑法管制的范畴。^[6]

中国刑法及劳动法对此一直没有明确,这就带来了司法实践中的诸多问题。其中,如何处理劳动者的集体争议与聚众扰乱社会秩序罪之间的关系,就是刑事司法实践中面临的突出问题,其关键点在于,集体争议的劳动者有被以聚众扰乱社会秩序罪追究刑事责任的风险。两则现实中的普通案例证明这种风险的客观存在。

案例一:陈先贵聚众扰乱社会秩序案。1997年10月17日,在科威特,做完朝拜回项目工地的陈先贵与吕治兵策划以工资收入低、生活待遇差等为由,组织工人与雇佣方争取利益。18日至25日工人集体争议期间,陈先贵非法成立工会,自任工会主席,吕治兵任工会代表。陈先贵多次组织工人开会,煽动工人继续坚持不复工,砸烂小食堂的财物,后又对公司总部的公开信作歪曲解释,散布过激言论,阻挠工人复工。陈先贵还与吕治兵策划、起草、撰写了歪曲事实的申诉书,组织工人签名。金堂县人民法院认为:被告人陈先贵为发泄自己对公司经理部的不满,积极参与组织工人集体争议,致使企业生产秩序被扰乱,造成了严重的经济损失和恶劣的影响,其行为已构成聚众扰乱社会秩序罪。^[7]

案例二:钱林胜等六人聚众扰乱社会秩序案。2008年6月23日7时许,湖北省恩施天然气加气站因停电停止供气,致使许多出租车滞留加气站。被告人钱林胜、田延菊、刘守坤以此为由,与数十名出租车司机到恩施市人民政府上访,提出调高出租车起步价和里程价等问题。因对政府的答复不满意,钱林胜等人与其他出租车司机又返回加气站,在已恢复供气,煽动出租车司机拒绝加气,并用出租车将加气站及周边道路堵塞。同时,钱林胜、田延菊、刘守坤与皮磊、谭军、陈明等人将仍在营运的部分出租车强行拦截到加气站,对不愿

[2] 参见姜涛:《劳动刑法:西方经验与中国建构》,《环球法律评论》2009年第2期。

[3] 参见 Francis B. Sayre, *Criminal Conspiracy*, 35 *Hav. L. Rev.*, 1922, pp. 403, 413-415.

[4] 参见 Donald R. Gitto, *Strike Violence: the NLRB'S Reluctance to Wield it's Board Remedial Power*, 150 *Fordham L. Rev.* (1982), pp. 1396-1397.

[5] Däubler Wolfgang, *Der Streik im Öffentlichen Dienst*, 2. Aufl., 1971, S. 186ff.

[6] BAG, AP nr. 1, 43, zu, Art. 9GG, Arbeitskampf.

[7] 四川省金堂县人民法院(1999)金堂刑初字第149号刑事判决书。

意参与堵塞加气站的出租车司机进行威胁,砸坏和扣押部分车辆,致使加气站不能营业、周边道路交通受阻长达30多小时,公共汽车因无法加气不能正常营运,部分不愿参加闹事的出租车司机不敢上路营运,造成严重损失,危害后果十分严重。6月24日晚,钱林胜等人被公安机关抓获后,刘守坤等人又煽动出租车司机集体争议,并要求政府释放被抓获的人员。一审法院审理认为,被告人钱林胜、田延菊、刘守坤、皮磊、谭军、陈明聚众扰乱社会秩序,致使加气站、公汽公司不能正常营业,的士不敢上路,恩施城区交通一度瘫痪,造成严重损失,情节严重,其行为均已构成聚众扰乱社会秩序罪,依法应该追究刑事责任。^[8]

针对上述集体劳资争议的存在,我们函待理性反思:(1)正当的集体争议的判断标准是什么?(2)刑法介入不正当的集体争议是否需要借鉴可罚的违法性理论,以保持公权力介入的谦抑性?以及(3)劳动者的罢工等集体争议是否触犯我国刑法第290条规定的“聚众扰乱社会秩序罪”?本文力图解决上述问题。

二 比较法视野的考察:正当集体争议的判断标准

为避免集体争议被以聚众扰乱社会秩序罪、妨害公务罪等追究刑事责任,尚需把问题的思考向前延伸,以日本、德国、美国为中心进行一番实证分析,以明确正当的集体争议的判断标准。这基本上构成了“集体争议与聚众扰乱社会秩序罪认定”研究的“前理解”。

(一)把正当的集体争议作为刑法中的违法阻却事由

日本刑法中强制罪、暴行罪和威力妨害业务罪等与劳动者以罢工为手段的集体争议有关,那么,劳动者的集体争议是否按上述犯罪追究刑事责任呢?依据《日本劳动组合法》第1条第2款的规定,工会的团体协商或其他的行为系为达成前项所揭之目的而为正当者,适用刑法第35条的规定,而《日本刑法》第35条规定:“依法令或正当业务的行为,不处罚。”这就明确把正当的集体争议视为刑法中的违法阻却事由。

问题的关键在于:《日本劳动组合法》第1条第2款的规定属于法律中的注意规定,如何认定集体争议之正当性,尚需结合宪法、刑法及劳动法的有关规定予以认定。关于正当的集体争议的判断标准,笔者曾论及日本法院在实务中形成了主体正当性、目的正当性、程序正当性和手段正当性的基本判断框架。^[9]在这些判断基准中,目的的正当性与手段的正当性最为重要。在市民刑法理论原理下,劳动者的罢工等集体争议被视为违反契约的行为,这就是早期劳动者的集体争议被压制的原因。后来随着劳动法理论的提倡以及弱势平等理念的兴起,劳动者与雇佣者之间的先天不平等也被学者们不断揭示。为了维护劳动者的合法权益,也出于社会财富均衡分配的考虑,劳动者逐步被法律赋予采取争议手段显示自己力量,进而与雇佣者之间达到势力均衡的权利,这集中体现在日本《宪法》第28条“劳动者的团结权、团体协商权及团体行动权,应该予以保障”的规定之中。同时基于《日本劳动组合法》第1条第1款“本法藉由团结权之保障及团体协商权之保护组成,以谋求劳工地位的提

[8] 湖北省恩施市中级人民法院(2008)恩刑初字第147号刑事判决书。

[9] 参见姜涛:《集体劳资争议的刑事责任研究——以日本〈劳动组合法〉第1条第2款为中心》,《浙江社会科学》2011年第10期。

而否定为了政治目的而实施集体争议。就集体争议的手段而言,日本判例特别强调,争议行为应该采取和平的争议手段,不允许使用暴力,一旦争议行为该当暴行罪、强制罪或威力妨害业务罪等的构成要件,则排除刑法第 35 条的适用。这一解释还具有比较法基础,比如,在 *Milk Wagon Drivers Local 753 v. Meadowmoor Dairies, Inc.* (U. S. 1941) 一案中,工会会员实施了砸玻璃、爆炸、放火、毁坏汽车、射击以及殴打等暴力行为,对此行为的违法性恰如联邦最高法院所陈述:在保障言论自由的背后是我们相信通过一切和平手段借助于说理的力量会做出理智的选择。正是为了防止对理性的交流方式施加限制会导致暴力和爆炸,言论自由的保障被赋予一个非常广的范围。但是在暴力的背景下发表言论会失去其诉诸理性的意义,这样的言论并不是宪法意图要保护的。^[10]

在德国,联邦劳工法院的判例认为,劳动者正当的罢工等集体争议应当符合以下条件:^[11] (1) 罢工必须由工会所发动,罢工虽然为基本法所保障的合宪权利,但罢工又会对国民经济造成破坏,为社会所不乐见,因此,野猫罢工为法律所禁止。(2) 罢工必须得以实现团体契约所规范的目标,罢工只是实现团体契约而对雇佣者施加的压力,因此只能局限于劳资争议所涉及的事项。换言之,罢工行动只能在争议标的所涉及的团体协约之法规效力范围时,才具有合法性。(3) 发动罢工不得违背团体协约有关和平义务的规定。所谓“和平义务”,即团体协商的当事人或其所属会员,在团体协约的存续期间,就协约内容在发生争议时不得进行罢工等的约定。假如罢工行动针对的并非团体协约约定的事项,自然不在和平义务的范畴。(4) 罢工必须符合比例原则。罢工不仅应该作为最后手段,即在包括调解在内的其他手段都穷尽后方得行使,而且罢工必须以适当方式为之,不得以暴力、胁迫等方式进行,否则就违背了比例原则。按照德国实务界的说法,一个具有合法性的罢工,就是一个具有社会相当性的罢工,因而不应当承担任何民事与刑事责任。^[12]

与此同时,学界也对集体争议之正当性进行了教义分析,并且一般是从目的正当性与手段正当性去建构集体争议之正当性的判断基准。比如,木村龟二教授认为,《劳动组合法》第 1 条乃是典型的注意规定,有关集体争议之正当性的判断,应该结合《宪法》第 28 条、《日本劳动组合法》第 1 条和《刑法》第 35 条进行体系解释。其中,《劳动组合法》第 1 条第 2 款仅是规定了具体的判断基准,即为了达成《劳动组合法》第 1 条第 1 款规定之目的,并且把暴力行使的集体争议排除在外。而这种目的如何判断以及何种暴力行为应该被排除在外,则需要结合《宪法》第 28 条之规定及刑法中的实质违法性理论进行判断。就此而言,集体争议之正当性应该从目的正当性与手段正当性两个方面进行判断,为达成正当目的且手段具有相当性时,就是正当的集体争议。^[13] 川端博教授也从目的与手段两个维度,认为应从法秩序精神的角度判断为正当,即可阻却违法性。其中,所谓法秩序精神应考虑一般的基本

[10] 参见 Gorman, Robert A, *Basic Text on Labor Law: Unionization and Collective Bargaining*, West Publishing Co, 1976, p. 215。

[11] 理论上的讨论请参见 Erbguth, Jan, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts zum Grundsatz der Parität im Arbeitskampfrecht*, 2010. Löwisch, Manfred, *Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht*, 1989. Groggert, Christian, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Arbeitskampfrecht*, 1990; 实务见解详见 BAG, AP nr. 1, 6, 32, 33, 34, 41, 51, 58, zu, Art. 9GG, Arbeitskampf; NZA, 1988. 883。

[12] BAG, AP nr. 32, 34, zu, Art. 9GG, Arbeitskampf.

[13] 参见[日]木村龟二:《刑法总论》,有斐阁 1959 年版,第 292 - 295 页。

人权和劳动者的权利之间的平衡关系。^[14] 而前田雅英则认为,首先,在目的上应该限定在《劳动组合法》第1条第1款规定的经济地位之提升,不允许为了政治目的而实施集体争议;其次,在手段上应该采用“考虑各种情况”的实质解释方法对手段的正当性进行判断,并考虑处罚的必要性。^[15] 上述学者的共同努力是:通过法教义的理性建构,从而为劳动者实施正当的集体争议开辟刑法通道,这对于维护劳资关系领域中的协约自治和实现劳资利益均衡具有重要意义。正如德国学者所言,如果劳动者没有享有罢工自由权的保障,那么协约自治对其而言,无异于乞丐在路上集体行乞,协约自治将无法健康运作。同时,德国基本法所称的“社会自治”在劳动生活中也将无从实现。^[16]

如上考察,无论是德国联邦劳工法院形成判断劳资争议行为正当与否的判断基准;抑或日本理论界对罢工等集体争议性质的探讨;抑或日本法院形成的“主体正当性”等判断正当劳资争议行为的标准等,都是从判断标准上,从逻辑与实证、理性与经验、国家与社会等视角对正当的集体争议的论证。这对我们具有重要的启发意义。但另一方面,德日理论与判例对“正当性”的刑法教义或劳动法教义,是以德国、日本的法规范体系为依托而展开的精细构思。由于我国刑法与德国、日本存在重大差异,所以我们只能从德日法教义分析的方法中获得经验,但却不能也不应该照搬其法教义分析得出的结论。举例来说,日本的通论与判例都将集体争议权赋予工会,东京高院的判决就认为,即使集体争议的目的具有正当性,其手段方法如果逾越正当性的范围,该集体争议就不能阻却违法性。^[17] 当然,也有法院以刑法中的期待可能性理论来阻却其责任。^[18] 把焦距拉到中国现实,由于我国宪法没有明确劳动者的集体争议权,而企业工会又因为雇佣者的限制而“无法行动”,因而发生在中国境内的“集体争议”基本上是“野猫罢工”。如果采用日本学者的法教义分析结论,则必然导致参与集体争议的劳动者都应该被认定为不正当的集体争议,都应该被追究刑事责任。因此,我们应该建构符合中国现实的判断标准。

不难看出,德日学者对“正当性”判断的见解大同小异,呈现出一种大致相似的思考脉络:首先,学者们大都是从违法阻却事由的角度进行正当性“为何”的分析;其次,以社会相当性理论为分析框架,从目的和手段两个基本向度论证“具备何种条件为正当”;最后,一般是从法益权衡的方法,考量法秩序、自由权和劳动权之间的博弈。不难看出,这种思考是合理的,大致符合正当性判断的基本思路。立足于上述的分析,笔者认为,正当的集体争议应被视为一种超法规的违法阻却事由,并从如下维度判断集体争议的正当性:(1)目的正当性。即劳动者必须是以经济利益的维持或劳动安全的保障等为目的,不允许为政治目的而实施集体争议。(2)手段正当性。集体争议应该以非暴力方式为争议手段,不许以任何暴力方式实施集体争议,但轻微的暴力行为除外。(3)法益均衡性。劳动者以集体争议方式所争取的法益,应该大于其给雇佣者、第三人或社会带来的法益损失。对此,可以具体参酌紧急避险的法理予以认定。(4)主体适格性。公务员以及关系国民经济命脉或国家安全等企业(电力、供水、军工等)的劳动者不允许以集体争议的方式维护自己的权益。(5)程序合

[14] 参见[日]川端博:《刑法总论讲义》,成文堂1995年版,第299-300页。

[15] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第3版),东京大学出版会1998年版,第218-219页。

[16] Vgl. Gamillscheg, Das Kollektive Arbeitsrecht, Bd. 1, 1997, S. 1013.

[17] 参见东京高裁昭和23·9·25号判决(刑事裁判资料55号),第57页。

[18] 参见福岡高裁24·3·17号判决。

法性。劳动者在进行集体争议之前,首先应该和雇佣者之间就欲争取的利益或权利进行充分集体协商,协商不成才能进行集体争议,或者说集体争议应该具有最后性。

总之,明确正当的集体争议在刑法评价上的定位,并建构上述集体争议之正当性的基准,具有十分重要的意义,一方面,为劳动者与雇佣者之间的集体协商与利益分割提供了一个“游戏规则”,以免出现更大的法益侵害;另一方面,在正当与不正当的分割中,为劳动者集体争议开辟了正当的通道。

(二)把可罚的违法性作为不正当的集体争议的否定基准

在界定不正当与正当的集体争议的边界时,还涉及一个基本问题是:刑法意义上的不正当的集体争议的违法性如何判断?中国刑法采用的是定性定量相结合的犯罪认定模式,违法性判断不仅有质的判断,而且还涉及量的积累。因此,在司法实践中判断不正当的集体争议时,大陆法系学者所首倡的“可罚的违法性”理论可资镜鉴,并把可罚的违法性作为不正当的集体争议是否构成犯罪的判断标准。

可罚的违法性起源于德国,而发展和兴盛于日本。^[19]在日本,就学说发展来说,可罚的违法性理论是昭和 30 年代以后,由佐伯千仁教授所完成。佐伯千仁在《刑法讲义(总论)》明确指出:“所谓可罚的违法性,指的是行为的违法性须以刑罚这一强力的对策为必要,并且必须具有与此相对应的质与量。”^[20]其实,违法性在质与量分离的前提下,区分出可罚的违法性与不可罚的违法性,这不仅是刑法教义学细密化、科学化的体现,而且是刑法彰显其人本主义精神、强化其自由保障机能和维护刑事法治的必然要求。以至于当前,尽管可罚的违法性在犯罪论中如何归位还存在着争议,但可罚的违法性学说以其实质与形式并存、定罪机制与免罪机制同在、目的正当性与手段必要性相映,成为了刑法教义学中自成体系的法理论,并对具体生动的司法实践起着重要指导作用。

从域外发展来看,随着社会频繁发生治安事件和劳动事件,可罚的违法性理论的适用对象也发生了变化,由之前单一适用于轻微案件,逐步转向劳动刑事案件,并带来了日本劳动犯罪的判断标准的革命性变化。比如,昭和 46 年京都地院 4 号刑事判决书称:“表面上符合集体暴行罪的构成要件的行为,其实是基于行使宪法第 28 条之集体团结权的行为,其目的正当,在手段上也无特别的恶劣性和粗暴性,应属于欠缺可罚的违法性。”^[21]详而言之,正当的集体争议是一种典型的违法阻却事由,它阻却行为违法性的原因,不在于它没有造成法益侵害,比如造成企业停产给企业带来经济损失,轻微的毁坏企业财产的行为等,而在于将以非暴力的方式实施的劳资争议规定为犯罪,显然违反了比例原则的要求。这是因为:以非暴力的方式实施的劳资争议,其侵害的法益是企业的经营权和财产权,获得的则是劳动者应得的正当权益,两相权衡,后者为大。更有甚者,不正当的集体争议会妨害社会秩序。同时我们很难认定非暴力实施的集体争议,就必然会对社会秩序法所保护的法益造成损害,相反,国家公权力尤其是警察权对此强行干预,则可能会演化成为暴力冲突。由此还不难看出,日本学者一般是从刑法的限缩机能出发,首先在区分可罚的违法性与需罚的违法性之前提下,主张前者在规范上判断,后者要进行具体判断,并且这种具体判断,必须从法目的出发,结合

[19] 参见[日]木村龟二:《刑法基本问题》,第 175-196 页。

[20] [日]立石二六:《刑法总论》(上卷),成文堂 1998 年版,第 90 页。

[21] 《日本国宪法判例译本》,台湾“司法院”1984 年版,第 232-237 页。

刑法谦抑性等进行综合判断。而一旦论及“可罚的违法性与劳动治安案件”这一主题,必然涉及集体争议中的“正当”与“不正当”的区分问题,或说,必然要界定何为正当,何为不正当。因为如果缺乏这种界分,司法者在面对集体争议时,就可能以双面孔出现,忽而认定为犯罪,忽而强化刑事免责。为避免公权力对劳动者滥用刑罚,则需要从刑法教义上明确刑法对集体争议进行干预的理性标准。

一个基本思路是,立法者如果采用刑罚手段对其进行制裁,则必须在刑事违法性的判断上以考察可罚性与需罚性为前提,确保刑事不法与行政不法的合理分流,确保罪与刑之间的衡平。其中,“可罚性”是一种法规范上的强硬判断,即对其处罚并没有法规范意义上的违法阻却事由;而“需罚性”则在具有违法性判断的基础上,进一步考量这种违法性的程度,违法性应当基于全体法秩序来进行考察,但必须对基于违法性程度上的不同法领域在目的上的相对性予以承认。^[22]因此,一些违法程度没有达到犯罪界限的行为,归由行政法等进行调整。值得一提的是,这种判断更加符合现代刑事法治的基本精神,即入罪时强调合法,出罪时则更加强调整合理。

结合本文讨论的主题,不正当的集体争议中的“不正当”如何断定,也应该从可罚性与需罚性角度,进行一番小心谨慎的求证。在考虑集体争议正当与否的判断基准时,必须重视“可罚的违法性”与劳动者的集体争议之间的“复杂勾连”,从而把劳动者不正当的集体争议压缩在狭小空间。以此反观中国,法规范当前并没有正当的集体争议之刑事免责的规定,但却在刑法中设置了可以包摄这种行为的聚众扰乱社会秩序罪等,并且实践中也有不少参与集体争议的劳动者,因上述罪名被追究刑事责任。同时,在我国目前有关犯罪的刑法教义学中,具有严重的社会危害性,刑事违法性与应受刑罚惩罚性,是犯罪的三大基本特征,^[23]这是疑难案件尤其是处于罪与非罪临界点的刑事案件中确证犯罪成立与否的三大基本标准。在这里,社会危害性的严重程度,刑罚的启动是否必要,其实都指向了刑事违法性的判断,使得刑事违法性的判断并不是粗糙地依据法规范判断案件事实与刑法文本之间是否对接即可,而是要从“需罚性”角度来判断行为的社会危害性程度和刑罚启动是否必要,这其实就是一个可罚的违法性判断问题。当然,这一认定除了具有理论依据之外,法规范对此也有明示,中国《刑法》第13条的规定:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”因此,把可罚的违法性理论切换到中国刑法理论体系之中,则主要是一个刑事违法性与应受惩罚性的运用问题,它们直接指向大量处于罪与非罪之临界点的疑难案件的犯罪成立判断。这些疑难案件体现在劳资关系领域,主要涉及的是集体争议的实质违法性判断。

而在可罚的违法性判断上,主要是将一些符合刑法规定,但又不值得处罚的行为排除在犯罪之外。至于排除的理由,在日本,由于《劳动组合法》第1条第2款明确了正当的集体争议的刑事免责性,并且把“暴力为之”的行为排除在刑法第35条的“正当化事由”之外,因此,以暴力实施的集体争议自然具有了可罚性,但理论界与实务界对这种行为的违法性又从“法秩序精神”角度,进行了细微考量,把不可罚的行为排除在犯罪之外,^[24]正如同山田刚业所事件判决称:“何种争议行为具有正当性,需要具体针对个别争议行为之目的与手段等两

[22] 参见[日]立石二六:《刑法总论》(上卷),第95页。

[23] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第46-49页。

[24] 参见[日]庄子邦雄:《劳动刑法》(总论),有斐阁1975年版,第158-181页。

个面向,就其与现行法秩序之整体关联来决定。”^[25]因此,法官判断一个行为的刑事违法性,就必须经过两道基本“工序”:首先判断是否具有形式违法性;其次,从实质上判断其是否具有需罚性。如此一来,就明确了不正当的集体争议之违法性的判断基准。

更进一步,劳动者的集体争议带来社会秩序混乱的或雇佣者一定的经营损失的,是否具有刑事违法性,这就需要结合刑法生活予以展开。首先,劳动者以集体争议手段维护自己的合法权益,必须要给雇佣者造成必要的压力,才能达成经济状况改善的目的,这已经成为社会共识。其次,集体争议必然会发生群情激动,造成一定程度的社会秩序、交通秩序混乱等,也会给无辜第三人带来不便,民众也能容忍或理解这种必要的“麻烦”。再次,体现在现实中的各种集体争议,一般不涉及社会核心理念,劳动者的要求大多是合情合理合法的,并不具有政治目的,应极力避免被贴上“对抗政府”的标签,所以一般属于根本利益一致基础上的人民内部矛盾。^[26]最后,刑法将正当防卫、紧急避险等行为,规定为刑法中的违法阻却事由,这本身就说明了对于目的正当但手段侵害法益的行为,也会以例外的情形被民众所接受,进而被刑法规范承认。在这种认定之下,就应该从可罚的违法性理论出发,并结合刑法第 13 条的规定,正确判断集体争议在刑法上的违法性,进而判断集体争议与聚众扰乱社会秩序罪等普通刑事犯罪之间的关系,把那些不值得处罚的行为,拒绝在刑法大门之外。

至此问题就清楚了,在刑法介入集体争议之时,需要直面三个方面的罪刑规范建构:(1)肯定正当的集体争议的刑事免责性,这是不应该动摇的基本立场。(2)把正当的集体争议作为刑法中违法阻却事由,并以可罚的违法性理论为指导,“从严”把握该行为的刑事违法性。(3)刑法对于不正当的集体争议不能放任不管,如果涉嫌刑法中相关的普通刑事犯罪,则应该追究刑事责任。于此要追问的是,劳动者的罢工等集体争议是否构成刑法中的聚众扰乱社会秩序罪呢?

三 刑法教义的分析:集体争议应排除构成聚众扰乱社会秩序罪

依据《刑法》第 290 条的规定,只要行为人聚众扰乱社会秩序的行为情节严重,致使企事业单位、社会团体等工作、生产、营业和教学、科研无法进行,造成严重损失的,就构成了聚众扰乱社会秩序罪。如果从客观上判断,劳动者的集体争议必然会危及到企业的生产与营业,并往往给企业带来了严重的经济损失,应当构成聚众扰乱社会秩序罪无疑。然而,从实质上进行分析,这样的认定也存在着巨大的风险:首先,集体争议的动机并非扰乱社会秩序,在工作场所停止工作的行为也并不构成聚众扰乱社会秩序。集体争议本就是情绪化的行动。观察者指出,集体争议既是感性的也是理性的行动,^[27]集体争议的后果会造成工作生产无法进行,否则就不叫集体争议。因为就集体劳动争议而言,如果仅仅是个别劳动者退出职场,则社会影响极小,不会对雇佣者的经营造成必要压力,因此,集体争议最大的目的在于透过集体退出职场,瘫痪雇佣者的经营,对雇佣者造成经济压力,以迫使雇佣者妥协。从性

[25] 最大判昭和 25 年(1950)11 月 15 日刑集 4 卷 11 号,第 2257 页。

[26] 参见肖文涛:《治理群体性事件与加强基层政府应对能力建设》,《中国行政管理》2009 年第 6 期。

[27] 参见[美]丹尼尔·奎因·米尔斯:《劳工关系》(第 5 版),李丽林、李俊霞译,机械工业出版社 2000 年版,第 287 页。

质上分析,这种劳资纠纷就其性质而言属于一种劳动权的行使,属于劳动关系的一种特殊形态,并不涉及社会秩序。当然,如果集体争议涉及公共部门直接影响社会秩序或安全,如供水供电、公共交通等部门的集体争议则属例外。其次,《刑法》290条规定缺乏严谨性。对于性质为劳资之间私的关系的集体争议行为,如同雇佣者的闭厂一样,都只是一种经济手段,并不会对一国的政治秩序造成危害,本应由劳资双方自行谈判解决,但如果以公权力直接干涉并由政府出面提起公诉,其做法本身即有“公权私用”之嫌疑。这种以刑法对待集体争议工人的做法,尚属原始积累时期警察国家压制工人反抗的一种手段,现今早被法治国家所摒弃。^[28]最后,把集体争议作为聚众扰乱社会秩序罪对待,这是刑法教义学无法摆脱的隐痛,它使刑法学在面对民意的冲击和正义的游离而无奈地捍卫着规范的“尊严”,因此当这种刑法教义学及其依赖的法规范在面临民意和正义的双重诘难时,它也就走到了尽头。随之而来的是,把正当争议行为纳入到刑事免责的范畴,只把不正当的争议行为继续交由聚众扰乱社会秩序罪“管辖”,以实现刑法的“驯化企图”。

比如,在前述的“陈先贵聚众扰乱社会秩序”一案中,争议的焦点并不是陈先贵有无组织工人的预谋、策划,也不是被告人有无散布过激言论、阻挠工人复工等行为,而是一个对集体争议与刑法调整的关系如何定位的问题。四川省金堂县人民法院对陈先贵判决的理由是有问题的。其一,以行为人的行为“致使企业生产秩序被扰乱,生产无法进行,造成了严重的经济损失和恶劣的影响”为由,对行为人以聚众扰乱社会秩序罪定罪处罚,这是一种客观定罪逻辑,而没有关注到行为人实行该行为的目的。在刑法意义上,主客观相统一是犯罪构成的基本特征,即认定行为人是否构成犯罪不仅要看行为所造成的法益侵害,而且要立足于现代责任主义原则辨明行为人在行为时的主观心理态度。正像因保护自己合法权益而实施正当防卫、紧急避险被刑法评价为违法阻却事由一样,劳动者为维护自己的合法权益而以正当方式实施罢工,也应当被视为刑法中的违法阻却事由。其二,在宪法刑法学的视野中,刑法解释必须立足于宪法的精神与意旨进行。我国现行宪法虽然没有把罢工视为公民的基本权利或自由,但宪法也没有禁止罢工。在现代宪政意义上分析,宪法乃是处理国家权力与公民权利之间关系的契约,凡是法律没有禁止,公民都可以为,而凡是法律没有授予的,国家都不可为。立基于此,劳动者为维护自己的合法权益而实施罢工等集体争议,乃是行使公民自由的范畴,并没有违反宪法中的禁止性规范,当然也不属于“无理取闹”。其三,正像正当防卫会造成侵害者伤亡、紧急避险会造成第三人合法权益受侵害一样,劳动者为维护自己的合法权益而实施的集体争议也必然会给经营者带来不便甚至是经济损失,这是集体争议过程中的合理损失,并不属于犯罪。更何况,作为原子化的劳动者相对于雇佣者来说,本就势单力薄,他们也只能以联合起来的方式与强大的雇佣者之间形成“力量抗衡”。

法教义学分析背后往往是不同学者之间的价值性考量。拉伦茨指出,“法律家的工作通常不是始于就既存的案件事实作法律上的判断,毋宁在——必须由他作出法律判断的——案件事实时,就已经开始了。”“为了能与法定的构成要件要素相比较,判断者必须将其对已发生之案件事实的想象表达出来,并且要能配合法律用语。”^[29]固然,法律解释不能离开法律文本,但更为重要的是要找出解决案件的合理方案,实现案件事实与法律文本之

[28] 参见常凯:《关于罢工合法性的法律分析——以南海本田罢工为案例的研究》,《战略与管理》2010年第4期。

[29] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第160页。

间的有效对接。对此,法官应该站在司法者的立场上,变抽象正义为具体正义,变法律规定为司法应用,注重法律解释的法律效果与社会效果之间的有机统一。刑法学何尝不是如此。陈兴良教授在研究刑法教义学时指出:“刑法中的论证,主要是指对罪之有无的论证。在更多情况下,是对有罪的论证。一个人的行为是否有罪,当然是以犯罪构成为根据加以认定的。但犯罪构成只是一种法律标准,行为是否符合犯罪构成仍然是一个需要论证的问题。……当然,刑法论证决不仅仅是一个逻辑的问题,在更大程度上是一个政策问题与情理问题。”^[30]不能否认,国家对罢工权的承认与规范,只是为了贯彻劳工政策的合目的性而做出的无奈选择罢了,因为当政者明白:既然罢工无可避免,不如以政策承认它的存在,然后设定一系列游戏规则作为新秩序建构的手段,这种政策意图,日本学者将其称之为“反抗之法的内在化”。^[31]在这里,刑法的这种框架引导功能表征的不仅是劳工政策与刑法之间的“珠联璧合”,而且是日趋增多的集体劳资对正统刑法带来的新挑战,刑法作为调整劳资关系的控制工具,不能再以暴力镇压的形象介入其中,而是应该以维护劳资关系和谐为重任,以关系性规范建构所具有的行为规制机能,有效地规范劳动者的集体争议,以使其沿着合法化或正当化的轨道运行。那么,从法教义学上如何论证集体争议呢?无疑,集体争议代表着原子化劳动者团结起来对雇佣者实施的联合反抗,为的是谋取自己的合法权益,而刑法中的聚众扰乱社会秩序罪代表着国家对社会秩序的维持,意味着对聚众性犯罪的规范。当劳动者的集体争议与聚众扰乱社会秩序罪在实现对接的过程中,我们不能只考虑刑法文本的规定,而是更应基于集体争议之社会或政策意义的考虑:劳动者之所以联合起来对抗雇佣者,乃是出于维护自己合法权益之目的,与正当防卫具有近似逻辑,这和一般意义上的聚众扰乱社会秩序罪不可同日而语,因为聚众扰乱社会秩序罪的行为人是企图通过这种扰乱活动,制造事端,给机关、单位与团体施加压力,以实现自己的某种无理要求或者借机发泄不满情绪。所以,如何认定劳动者的集体争议与聚众扰乱社会秩序罪之间的关系,我们必须从法教义上强化一种倾斜保护劳动者利益的限制解释,从而为原子化的劳动者的集体争议开辟一条绿色刑法通道。

在这种宏观的解释之下,一些微观问题也应该引起我们的重视。其一,集体争议是否属于“聚众”?通常认为,聚众是指首要分子纠集特定或者不特定之多数人于一定地点,而成为可以从事共同行为的一群人。^[32]能否将原子化的劳动者团结起来实施的集体争议理解为聚众?从文义解释上显然无法将其囊括其中。这是因为:一方面,分权与合法性原则要求法院在法律适用中应当认真遵守现行刑法规定,因此,司法者应当首先接受刑法条文字面含义的约束。^[33]另一方面,对刑法概念理解上的诸多困难有些是根源于这些概念的本质,而不仅仅是源于描述这些概念的语言。^[34]既然如此,那种试图以一种文义解释来解决聚众与集体争议之间的关联,就只能是缘木求鱼。表面看来,集体争议是一个关于“聚众”的语义学争论,但实际上并非如此,而是正当的集体争议是否属于刑法制裁范围的刑事政策判断,也是国家把正当的集体争议作为聚众扰乱社会秩序罪在民主法治化时代能否为民众所接受

[30] 陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005年第2期。

[31] [日]沼田稻次郎:《劳资争议概论》(著作集第4卷),劳动旬报社1976年版,第15页。

[32] 参见林山田:《刑法各罪论》,作者发行1999年增订2版,第123页。

[33] 参见[瑞士]菲利普·马斯托拉蒂:《法律思维》,高家伟译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(六),中国政法大学出版社2003年版,第7页。

[34] 参见[美]劳伦斯·M·索兰:《法官语言》,张清等译,法律出版社2007年版,第169页。

的社群基础判断。后者则是一个法律生活意义上的判断,即从常识、常理、常情分析这种解释是否符合国情民意。当然,在刑事政策判断缺乏的前提下,社群基础判断就必须发挥作用。从法律文本并结合法律生活进行分析,劳动者正当的集体争议显然不是为了聚众闹事,更不是为了扰乱社会秩序,而是为了实现自己的合法权益,并且这是劳动者争取自己合法权益的客观必须。此外,在当代罪刑法定主义之下,扩张解释一般应仅限于对被告有利的,对被告不利的扩张解释,应当十分慎重。^[35] 所以,即使从实质解释的立场出发,也不能得出集体争议即为聚众的结论。

其二,如果不正当的集体争议造成了人员伤亡或其他法益侵害的情况,这种情况已经不属于聚众扰乱社会秩序罪的范畴,而是单独成立了故意伤害(致人死亡)罪或过失杀人罪等。理由如下:(1)根据通说,尽管聚众扰乱社会秩序罪不要求各个成员之间具有共同的意思联络,但形成聚众的意思,是指具有使众人纠集在一起的故意,^[36]这并不是造成他人重伤或死亡的故意。那种在集体争议中造成人员伤亡的行为已经超出了聚众扰乱社会秩序罪的故意内容。(2)从文义上解释,集体争议中造成的人员伤亡也不能被刑法第 290 条中的“造成严重损失”所包含。从本条逻辑结构来看,此处所讲的“造成严重损失”,应该是工作、生产、营业和教学、科研中的损失,而不包括对人身权利的伤害。(3)把现行刑法中的聚众扰乱社会秩序罪适用于集体争议过程中造成人员伤亡(尤其是因暴力造成伤亡)的情况,恐难实现罪刑均衡。依据现行刑法第 290 条的规定,聚众扰乱社会秩序罪并不存在结果加重犯或转化犯(转化为故意杀人罪或故意伤害罪)的情形。其中,情节严重,致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行,且造成严重损失的,对首要分子和积极参加者,最高可判处 7 年有期徒刑。很显然,这对于在集体争议中故意杀人等犯罪人来说,可谓“鞭长莫及”。

从宏观与微观的规范分析表明,集体争议与刑法第 290 条规定的聚众扰乱社会秩序罪之间属于“井水不犯河水”的关系,因此,那种以聚众扰乱社会秩序罪追究集体争议者的刑事责任的刑事司法,还是警察国家的基本逻辑。当然,上述认定并不排除的情况是,劳动者以不正当的集体争议维护自己的权益,比如,以暴力的方式维护自己的合法权益或公共部门以集体争议的手段维护自己的合法权益,乃有可能构成刑法意义上的其他犯罪。只是,在判断这种行为的刑事违法性之时,应该以可罚的违法性理论为依循,对“不正当”集体争议的范围强化一种限制解释和对“正当”集体争议的范围强化一种扩大解释,从而在罢工等集体争议的刑法规制上走出了一条明显的去刑法管制化路线,并且这一路线已经成为当代劳动刑法实践的基本趋势。就此而言,我国司法机关以聚众扰乱社会秩序罪追究参与集体争议之劳动者的刑事责任,是极其错误的,这是一种不考虑劳动者维权行动与扰乱社会秩序之间重大区别的可悲错误。

劳动者的集体争议经常被置放于市民刑法的体系中给予诠释。市民刑法是以社会契约论为理论基础建构起来的一种刑法范式,它是以自由主义为导向,以平等主义为旗帜,强调罪刑法定、罪刑均衡与刑法平等的契约化刑法。在这一分析范式下,劳动者的罢工等集体争议就是一种违反社会契约的行为,或者像美国法院早期所称的“占着岗位不工作的卡特尔行为”,在这一认定之下,我国司法实践以“聚众扰乱社会秩序罪”追究其刑事责任也自然具

[35] 参见[法]卡斯东·斯特法尼主编:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 138 页。

[36] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》(第 3 版),有斐阁 1996 年版,第 363 页。

有理论依据。问题是,这是市民刑法的基本逻辑,但却背离了劳动刑法的基本教义,它会造
成法治国与社会国命定的矛盾。这是因为:在劳资关系中原子化的劳动者天然弱小,而雇佣
者又天然强大,在市场竞争这场马拉松比赛中,强者必然会跑在前面,也会占用更多的社会
资源,而弱者则面临低工资、被奴役等恶劣生活环境,这显然不符合当代社会国家、福利国家
的发展目标。怎么办?这就需要建构一门独特的刑法学分支学科——劳动刑法,并运用其
指导司法实践。从理论上分析,劳动刑法是一种从契约到身份的“复归”,它依附于倾斜保
护劳动者的原则,运用关系性规范为劳动者的集体争议提供框架引导,即现代刑法必须为原
子化的劳动者联合起来对抗雇佣者开辟一条刑法通道,而不是相反。为此,它还从刑法教义
学上设计出劳动者的罢工等集体争议的活动边界——正当与不正当,对正当的集体争议实
行刑事免责,而对不正当的集体争议以刑法中的暴行罪、威力妨害业务罪等追究责任。如前
所述,以劳动刑法为分析范式,以聚众扰乱社会秩序罪追究参与集体争议之劳动者的刑事责
任就属于错误司法,应当予以纠正。

[Abstract] In order to avoid abusing of criminal penalty power, the basic doctrine of col-
lective labor disputes in the theory of criminal law should be constructed from the perspective of
the system of the theory of crime, legitimate collective labor disputes should be a reason to hinder
the illegality, and its judging criteria includes the justification of purpose, balancing of interests,
legitimacy of means, qualification of the subjects and legitimacy of procedures; Under the limiting
function of the criminal law, the behaviors which should not be punished should be excluded out of
crime by identification and elaboration of the association between substantial illegality and illegal
criteria of collective labor disputes. In the light of the doctrine above, the boundary between the
collective labor disputes and the crime of gathering to disturb social order is clear; In addition, it is
an unwarranted charge that regarding the collective labor dispute as the crime of gathering to dis-
turb social order.

(责任编辑:王雪梅)