

强迫劳动罪的实质法基础与教义学阐释

邓卓行^{*}

Substantive Law Foundation and Doctrine Interpretation of Forced Labor Crime

Deng Zhuoxing

内容摘要:我国《刑法》第 244 条强迫劳动罪,在当下中国刑法学界研究甚少,以至于司法实务在处理具体案件时因理论支撑不足而显得左支右绌。目前有两大问题亟待解决:一是本罪的法益;二是实行行为的认定。从实质法的角度出发,通过康德的权利哲学,深化强迫劳动罪的规范内涵,可以较为明快地得出问题的答案。详言之,强迫劳动罪的法益本质是选择劳动或者选择不劳动的自由。只有彻底剥夺这一自由的行为,才是强迫劳动罪的实行行为。在判断强迫行为是否压制被害人反抗时,应以客观说为准,但应注意的是,行为人的特别认知也是客观说的判断依据之一。在判断不作为威胁是否符合强迫的构成要件时,标准是行为有没有剥夺被威胁者选择的自由。在监狱劳动中,倘若执行者偏离了监狱劳动的特殊预防目的或者违反了公法的比例原则,将会构成强迫劳动罪。

关键词:强迫劳动 劳动自由 权利哲学 不作为威胁 监狱劳动

^{*} 北京大学法学院刑法学博士研究生,德国慕尼黑大学联合培养博士研究生。

一、前言

劳动权是人的重要权利,任何国家、单位及个人均不得非法剥夺,国际社会对此已达成基本共识。比如,国际劳工组织于1930年和1957年先后通过《关于强迫劳动的公约》和《废止强迫劳动公约》,要求批准公约的各成员国在最短时间内制止国内的强迫劳动。随后,联合国于1966年将“禁止强迫劳动”纳入《公民权利与政治权利国际公约》,公约第8条第3款甲项规定“任何人不应被要求从事强迫或强制劳动”。自此,禁止强迫劳动在国际法上获得了坚实的法理与道义基础,凡以法治为根基的国家或地区,无论是否批准公约,都有禁止强迫劳动的法律与道德义务。^{〔1〕}

2009年12月26日第十一届全国人大常委会第十二次会议决定,我国加入《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》,该议定书要求缔约国须采取必要措施,将以强迫劳动、奴役、劳役为目的,而通过暴力、威胁或者其他形式的胁迫、招募、运送、转移、窝藏或接收人员的行为规定为刑事犯罪。为此,

一些全国人大代表、执法机关和社会公众都强烈呼吁对相关立法进行修改,以严厉打击强迫他人劳动犯罪……针对实践中出现的新情况,出于保护公民权利和履行《补充议定书》的缔约国义务,严厉打击这类践踏劳动者人权的犯罪行为的需要,立法机关在深入研究的基础上,对相关条文进行了修改完善。^{〔2〕}

修改后的相关条文即为我国《刑法》第244条强迫劳动罪。凡强迫他人劳动者,都应以本罪论处。但是,本罪的适用却还存在一些问题,其中尤以法益的确定和实行行为压制程度的认定最为棘手,如何理解,事关强迫劳动罪的成立标准、适用范围以及具体问题的解决。因此,本文拟立足于刑法教义学,同时兼用法哲学的分析方法,深化强迫劳动罪的理论根基,以期为理论与司法适用做出贡献。

二、强迫劳动罪的两大疑点

我国《刑法》第244条强迫劳动罪分为三款,第1款是基本构成要件与法律后果,规定“以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的,处3年以

〔1〕 我国作为国际劳工组织的创始成员国,尽管目前由于相关制度原因尚未批准《关于强迫劳动的公约》和《废止强迫劳动公约》,但一直旗帜鲜明地禁止各种形式的强迫劳动。参见刘静坤、袁亦力:《强迫劳动罪的立法修改与司法适用》,载《中国检察官》2011年第23期,第17页。

〔2〕 黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(三)》,载《人民检察》2011年第8期,第49页。

下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金”。第2款是有关共犯量刑的特殊规定,“明知他人实施前款行为,为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的,依照前款的规定处罚”。第3款是有关单位犯罪的规定,“单位犯前两款罪的,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第1款的规定处罚”。显而易见,第2款与第3款都是依附于第1款而存在的。第1款解决的是定罪和基本量刑问题。第2款“表面上是帮助犯的正犯化,但实际上只是帮助犯的量刑规则(或只是量刑的正犯化)。换言之,成立这一类型的犯罪仍以被害人被他人强迫劳动为前提。如果行为人以欺骗、利诱等方法将被害人招募、运送至特定地点,但被害人没有被他人强迫劳动的,由于没有侵害被害人的人身自由,不应认定为犯罪”。^{〔3〕}而第3款属《刑法》第30条、第31条规定的单位犯罪问题,与强迫劳动罪的适用并无直接关联。只要妥善解决第1款中的疑难,则第2款与第3款自然能够得到较好适用。因此,必须处理好以下两个问题:第一,本罪法益的确定;第二,暴力、威胁或者限制人身自由须达到的程度。第一个问题涉及强迫劳动罪的结果不法;第二个问题涉及强迫劳动罪的行为不法。德国学者认为,行为不法与结果不法一并建构了犯罪的不法基础^{〔4〕},唯有妥善解决这两个问题,才能在理论与实务中正确把握强迫劳动罪。

(一) 法益的含混

我国一些学者在论述强迫劳动罪时,虽然基本一致认为劳动权是强迫劳动罪的法益,但却从未详细阐释过劳动权的实质内容。^{〔5〕}事实上,劳动权的内容不仅影响着本罪法益是否受到侵害的判断,而且也左右着构成要件的具体适用。

首先,劳动权在文献中具有多义性,无统一标准。有学者认为,“劳动权是公民的宪法权利,受到诸多部门法的调整。严重的强迫劳动,不仅严重侵犯了劳动者的人身权利,而且损害了公共秩序和善良风俗,应当纳入刑法的调整对象,同时民法也为被强迫的劳动者提供救济保障”。^{〔6〕}刑法学界有观点认为,强迫劳动罪的法益是国民的人身自由权和劳动权^{〔7〕};亦有学者认为,强迫劳动

〔3〕 张明楷:《刑法学》(第5版)(下),法律出版社2016年版,第904页。

〔4〕 Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., 2016, S. 9.

〔5〕 参见同前注〔3〕,第904页;周光权:《刑法各论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第54页;高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第475页。

〔6〕 最高人民法院刑事审判庭主编:《刑事审判参考》(总第92集),法律出版社2014年版,第77页。

〔7〕 参见王志祥、韩雪:《论〈刑法修正案(八)〉中的强迫劳动罪》,载《法治研究》2011年第8期,第25页。

罪的法益是“劳动者的休息权、健康权和人身自由权利”〔8〕。关于第一种观点,与其说人身自由权与劳动权是并列关系,不如说劳动权是人身自由权的内容之一。第二种观点虽然将本罪法益一分为三,但除人身自由权外,这一观点却将劳动权强行分解为休息权和健康权,还不如第一种观点可取。不过总体而言,我国学界通常认为,劳动权至少是强迫劳动罪的法益之一,但也必须承认,在刑法学中单独完成对劳动权的定义是不可能的,而是必须放眼于宪法、劳动法等其他法领域。资料所及,有关劳动权的学说有很多种。〔9〕体系定位上,有学者认为“各项劳动权均应从属于劳动法的范畴,即它们必须是在劳动法调控和保障范围内的权利”〔10〕;有学者则认为,劳动权与劳动权利是两个概念,前者是宪法上的公权利,后者是劳动法上的私权利〔11〕。权利主体上,有学者认为,只有劳动法规定的劳动者才享有劳动权〔12〕;有学者则认为,劳动权不仅保护正在从事劳动的人,也保护即将参加劳动的人〔13〕。依宪法与劳动法的研究成果来确定强迫劳动罪的法益,原本顺理成章,但时至今日,劳动权的界定在宪法与劳动法学界也是众说纷纭〔14〕,这便使得刑法研究的“取经之路”困难重重,甚至进退维谷。

其次,如果生搬硬套劳动法的观点,那么将有可能严重背离《刑法》第244条的规范目的。这是因为,其一,劳动法的劳动概念过于狭窄,仅指劳方和资方之间通过订立劳动合同而达成用工协议的行为。〔15〕若以此限定强迫劳动罪的适用范围,则那些发生在劳动法所确定的劳动关系之外的强迫劳动行为,将一概得不到规制。其二,

根据我国劳动法、劳动合同法的有关规定,“劳动者”是一个非常狭义的概念,指的是受我国劳动法所调整的、处于劳动雇佣关系中的受雇佣者或者雇工。如果把这种意义上的“劳动者”作为我国宪法劳动权的主体,首

〔8〕 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第7版),同前注〔5〕,第475页。

〔9〕 参见许建宇:《劳动权的界定》,载《浙江社会科学》2005年第2期,第60—62页。

〔10〕 许建宇:《社会法视野中的劳动权》,载林嘉主编:《劳动法评论》(第1卷),中国人民大学出版社2005年版,第78、80页。

〔11〕 参见徐钢、方立新:《论劳动权在我国宪法上的定位》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007年第4期,第51页。

〔12〕 参见同前注〔10〕,第80页。

〔13〕 参见王锴:《论我国宪法上的劳动权与劳动义务》,载《法学家》2008年第4期,第57页。

〔14〕 参见秦国荣:《劳动权的权利属性及其内涵》,载《环球法律评论》2010年第1期,第59—68页;参见同前注〔13〕,第56—64页;参见同前注〔11〕,第49—58页;参见王旭:《劳动、政治承认与国家伦理——对我国〈宪法〉劳动权规范的一种阐释》,载《中国法学》2010年第3期,第76—89页。

〔15〕 参见秦国荣:《法律上的劳动概念:法理逻辑与内涵界定》,载《江苏社会科学》2008年第3期,第91页。

先就会把非由劳动法所调整,而是由公务员法、律师法、法官法等所调整的例如公务员、律师、法官、医师等合法职业或者工作排斥在宪法权利保护之外。^{〔16〕}

倘若认为只有劳动法、劳动合同法中的劳动者才享有劳动权,那么强迫劳动罪的行为对象就只限于二法所承认的劳动者,而受公务员法、律师法等调整的主体则不再受刑法的保护。以上两点显然与强迫劳动罪扩大处罚范围的修法初衷不符。^{〔17〕}

再次,倘以劳动法的规定为基准来适用《刑法》第244条,将会造成法体系的不协调。从部门法之间的关系看,《劳动法》第96条第1项规定,用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的,由公安机关对责任人员处以15日以下拘留、罚款或者警告;构成犯罪的,对责任人员依法追究刑事责任,也就是由《刑法》第244条强迫劳动罪加以衔接。既然两部法律存在承继关系,就应该采取相同的解释路径,即强迫劳动罪的行为主体应仅指用人单位,但根据《刑法》第244条的规定,强迫者和被强迫者之间却不必存在雇佣关系。对此,可以从立法沿革的角度加以分析。《刑法修正案(八)》之前的强迫职工劳动罪的确与《劳动法》第96条第1项一脉相承,也就是将行为主体限定为违反劳动管理法规的用人单位。但是,《刑法修正案(八)》却已经取消行为主体的限定,使一般主体均可构成强迫劳动罪,若仍然依《劳动法》来认定强迫劳动罪的主体,则反倒违背了修法目的。

复次,过分拘泥于劳动关系的合法性,会造成司法裁判的混乱。在司法实践中,劳动权的认定遇到的最大困难是,劳动关系是否以合法为前提?换言之,国家不承认的劳动关系是不是也可以纳入强迫劳动罪的调整范围?否定说认为,强迫劳动罪中的“劳动”不必以合法为前提,即便是为国家所不承认的劳动关系,也可称之为“劳动”。例如,在“赵毛毛、赵留建案”中,被告人以限制人身自由的方式控制十多名未成年人,逼迫她们到KTV从事陪侍服务,赚取“坐台费”。虽然庭审中控辩双方均认为,从事营利性陪侍服务是《娱乐场所管理条例》禁止的行为,不能认定为强迫劳动罪中的“劳动”,但一审法院却认为:

本案中被告人……既侵犯了被害人的人身自由、通信自由权利,又侵犯了被害人自由选择劳动,拒绝从事违法劳动等权利,符合强迫劳动罪的本质特征……被告人强迫被害人提供上述陪侍服务,以此获取报酬,这种营利性的陪侍服务虽然被相关行政法规所禁止,但根据举轻明重的刑法解释方式,被告人的这种行为表现出的主观恶性更为恶劣,社会危害性亦更

〔16〕 王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,载《中国法学》2014年第3期,第75页。

〔17〕 参见同前注〔2〕,第49页。

大,不应由于其逼迫从事的劳动违反了相关的行政法规,反而减轻了对被告人的刑罚或者使得被告人出罪。^{〔18〕}

与此相反,肯定说则认为,强迫劳动罪中的“劳动”必须以合法为前提。本案的二审法院即持此说,认为“虽然我国刑法条文和司法解释并未明确规定强迫劳动罪中‘劳动’的含义,但可以明确的是我国法律所保护的‘劳动’应是合法形式的劳动,合法性是劳动的应有之义……营利性陪侍是一种违背社会公序良俗的行为,系违法行为,不应属于强迫劳动罪中‘劳动’的范畴”。^{〔19〕}

相同的事实,一审和二审法院得出的却是完全相反的结论。一审法院的逻辑是,既然连合法的工作都能构成强迫劳动罪,那么违法的工作就更能构成强迫劳动罪。与此相对,二审法院的推论却是,违反劳动法的行为自始就不是劳动,既然如此,无论法益侵害程度多么严重,都不构成强迫劳动罪。而如果强迫劳动罪中的“劳动”必须以符合劳动法为前提,那么这种理解并不符合立法本意。比如近些年来“黑砖窑”“黑煤窑”事件频发,从法理上看,毫无疑问这些事件中的行为都是不受劳动法保护的,但它们却是典型的强迫劳动。^{〔20〕}司法实践也认为,“《刑法修正案(八)》施行后,司法实践中常见的不具有合法地位的单位或者自然人实施的强迫劳动犯罪行为,例如山西省洪洞县广胜寺镇曹生村王兵兵黑砖窑案,均可以强迫劳动罪定罪处罚”。^{〔21〕}

最后,就算直接以我国《宪法》第42条作为强迫劳动罪的法益,也不可行,因为宪法中的劳动权本身就有待充实,径直采用会产生法益泛化的危险。宪法规定的劳动权是一般标准,具体保护还需要部门法跟进。诚然,“宪法要求刑法保护的利益,应当成为刑法上的利益”^{〔22〕},“刑法的内容以及解释,必须遵循宪法的理念和宗旨”^{〔23〕}。但是,刑法保护宪法承认的利益与刑法直接采用宪法的概念却不是一回事。根据宪法理论,“劳动者并非一个固定的概念,它的范围是动态可变的。比如现在不劳动的人未来可能参加劳动,所以毋宁每个公民都有可能成为劳动者。同时,从劳动权的内涵来看,它不仅保护正在从事劳动的人,也保护即将参加劳动的人”。^{〔24〕}从宪法学上看,可以说该论证毫无疑义,但若原封不动地将之移植到强迫劳动罪的法益中,结果将是灾难性的,因为这样的法益内容过于泛化,根本无法彰显强迫劳动罪的独特性。换言之,故意杀人、故

〔18〕 浙江省乐清市人民法院(2014)温乐刑初字第1524号刑事判决书。

〔19〕 浙江省温州市中级人民法院(2015)浙温刑终字第889号刑事判决书。

〔20〕 参见同前注〔2〕,第49页。

〔21〕 同前注〔1〕,第18页。

〔22〕 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第167页。

〔23〕 曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第222页。

〔24〕 同前注〔13〕,第56页。

意伤害、非法拘禁等众多不法行为,均可以说侵犯了他人的劳动权。如此一来,法益的解释构成要件和划定入罪界限的功能必将完全落空。^{〔25〕}

(二) 实行行为的迷失

强迫劳动罪的实行行为可分为两种:一为直接强迫劳动,即“以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动”;二为协助强迫劳动,即“明知他人以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动,而为其招募、运送人员或者以其他方式协助强迫他人劳动”。^{〔26〕} 本文只研究直接强迫劳动。这里的问题是,本罪实行行为的认定,是否应当以完全压制被害人的反抗为前提? 张明楷教授和周光权教授认为,不必达到使被害人不能反抗的程度(简称“缓和说”)。张明楷教授论述道:

暴力,是指广义的暴力,只要求暴力针对被害人实施,而不要求直接针对被害人的身体实施,也不要求达到压制被害人反抗的程度。威胁,是指广义的胁迫,包括以恶害相通告的一切行为;恶害的内容、性质,通告的方法没有限制,也不要求达到压制被害人反抗的程度。^{〔27〕}

与之相反,黄太云先生却认为,“所谓‘暴力’是指犯罪分子直接对劳动者实施殴打、伤害等危及人身安全的行为,使其不能反抗、逃跑。‘威胁’是指犯罪分子对劳动者施以恫吓、进行精神强制,使其不敢反抗、逃跑”(简称“压制说”)。^{〔28〕} 这两种观点的差异暂且不论,但关键在于,二者均未给出理由。

首先,这一问题在实务中也并非无关痛痒。在“科长菊强迫劳动案”中,被告人“以管吃住并许以一定标准工资的方式招募工人到其厂内从事高强度作业,并对工人进行辱骂、殴打,工人忍受不了准备离开时,又采用扣发工资、扣留身份证件等手段限制工人人身自由,强迫工人劳动”。^{〔29〕} 法院最后认定行为人构成强迫劳动罪。显而易见的是,行为人的辱骂、殴打并未压制工人的反抗,否则工人根本不可能作出离开的决定。同时,由于身份证可以挂失补办,工资可以走行政与民事渠道索回,因此单纯地扣留身份证和扣发工资并不足以限制被害人的自由。在这种情况下,若想认定行为人构成强迫劳动罪,就只能采用缓和说,可见缓和说更容易为司法实务所采纳。

〔25〕 参见许恒达:《法益保护与行为刑法》,台湾元照出版公司2016年版,第2页。

〔26〕 同前注〔3〕,第904页。

〔27〕 同前注〔3〕,第904页。类似表述,参见周光权:《刑法各论》(第3版),同前注〔5〕,第54页。

〔28〕 同前注〔2〕,第50页。高铭喧、马克昌主编的教科书的相关定义与黄文观点相同,但多了一句“上述手段是否达到其效果,在所不问”的表述。问题是,没有效果的强迫还是强迫吗? 因此,还是应以教科书中的直接定义即“压制说”为准。参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),同前注〔5〕,第475页。

〔29〕 河南省郑州航空港经济综合实验区人民法院(2016)豫0192刑初301号刑事判决书。

仔细梳理我国有关强迫劳动罪的司法解释,会发现缓和说与压制说其实一直并存。2008年6月25日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第31条第2项规定,“采用殴打、胁迫、扣发工资、扣留身份证件等手段限制人身自由,强迫他人劳动的”,应予立案追诉,从而明确了扣发工资、扣留身份证件等手段可以成为强迫劳动行为,学理上应属缓和说。但是,2017年4月27日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)的补充规定》却大幅修改了2008年的立案追诉标准,将之前繁杂的规定简约为“以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的,应予立案追诉。明知他人以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动,为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的,应予立案追诉”。由此,诸如单纯扣发工资、扣留身份证件等行为,就不再属于强迫劳动之列,学理上应属压制说。既然该《补充规定》不再以单纯扣发工资、扣留身份证件等手段认定本罪,可以认为,2017年4月27日以后的判决理由也应当随之改变。但事实却不是这样。在2017年5月17日的“刘红喜强迫劳动案”中,行为人“分别采用扣留身份证、扣发工资、言语威胁”等方式,“强迫上述被害人从事服装加工工作”^[30],法院因而认定行为人构成强迫劳动罪。^[31]可见,司法解释的修改并未使司法实践发生任何转变。或许可以认为,前述司法解释的发布主体是最高人民检察院和公安部,效力不及于法院,但这种观点无法解释为何检察院还要起诉这类案件。综上,缓和说与压制说的争论绝非咬文嚼字的游戏,而是深刻影响着强迫劳动罪司法认定的标准。

其次,缓和说会模糊强迫劳动与正当劳动要求之间的界限。无论是正当的劳动,还是不法的强迫劳动,都发生在双方之间。一旦建立雇佣关系,就会出现相应的劳动权利与劳动义务,劳动者不可能只享有劳动权利,不履行劳动义务。

劳动关系虽然是当事人经自由合意缔结契约所产生的社会关系,却也使得劳动契约成为劳资双方当事人形成人格从属关系的前提,劳动者在劳动契约关系中从属于雇主,并未拥有完全的自由和自主决定权。虽然雇主维护劳工利益和尊重劳工人格的义务已显著增多,但劳工同样对雇主负有忠诚等人格性附随义务。^[32]

申言之,虽然在确认劳动关系前,任何人都不得剥夺他人选择职业的自由,在确认劳动关系后,雇主亦不能无条件支配雇工,但这并不意味着当雇工不履

[30] 江苏省常熟市人民法院(2017)苏0581刑初644号刑事判决书。

[31] 类似的判决,参见黑龙江省尚志市人民法院(2017)黑0183刑初67号刑事判决书;参见浙江省绍兴市中级人民法院(2017)浙06刑终277号刑事判决书。

[32] 冯彦君、张颖慧:《“劳动关系”判定标准的反思与重构》,载《当代法学》2011年第6期,第93页。

行劳动义务时,雇主不能采取适当的手段要求其履行劳动义务。缓和说的的问题也正在于此,即如何划定雇主合理要求雇工履行劳动义务与雇主非法强迫雇工劳动之间的界限?雇工甲消极怠工,饱食终日,无所用心,雇主乙遂以扣发工资相威胁,迫使甲不情愿地继续工作。根据缓和说,雇主便有构成强迫劳动罪之嫌。反驳者或许可以说,只要雇主在合法范围内强迫雇工劳动,便不构成强迫劳动罪,但问题是,如何界定雇主的“强迫”到底是合法还是非法?按照通说,根本找不到一个明确标准。如果再将“强迫手段是否达到效果,在所不问”的观点考虑进来^[33],问题就更加复杂,因为如果没有“效果”作为限制,就算轻微干预也有可能构成强迫劳动罪。

再次,缓和说不仅会造成法规范适用的混乱,而且还会引起实行行为内部的紊乱。放眼整个法领域,试图规制强迫劳动行为的不止刑法一家。《劳动法》第96条第1项规定,用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的,由公安机关对责任人员处以15日以下拘留、罚款或警告。《劳动合同法》第38条第2款规定,用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的,劳动者可以立即解除劳动合同,不需事先告知用人单位。《治安管理处罚法》第40条第2项规定,以暴力、威胁或者其他手段强迫他人劳动的,处10日以上15日以下拘留,并处500元以上1000元以下罚款;情节较轻的,处5日以上10日以下拘留,并处200元以上500元以下罚款。强迫劳动在《劳动合同法》中的法效果是合同解除权,属于民事纠纷的解决方式,不必纳入讨论。而《刑法》第244条、《治安管理处罚法》第40条第2项及《劳动法》第96条第1项三者之间的关系可作如下理解:第一,《刑法》作为制裁最严厉的法规范,应当基于谦抑性,在《治安管理处罚法》与《劳动法》不足以遏制强迫劳动行为时才出场。第二,《治安管理处罚法》第40条第2项和《劳动法》第96条第1项之间,应当属于一般规定与特别规定的关系。“当某一个犯罪的构成要件包含另外一个犯罪的全部构成要件,并且至少又多一个构成要件,那么我们就说前者是后者的特别法。”^[34]两部法的规范内容有两点不同:一是《劳动法》第96条限定的主体是用人单位,而《治安管理处罚法》第40条却没有限制主体的范围;二是行为方式除暴力、威胁相同外,《劳动法》第96条第1项另规定“非法限制人身自由”,而《治安管理处罚法》规定的却是“其他手段”。显而易见,无论是主体还是行为方式,《劳动法》的构成要件要素的数量都更多更具体,因此在规制强迫劳动时,二者的适用顺序应当是《劳动法》在先,《治安管理处罚法》在后。三法的适用顺序应当是《劳动法》第96条第1项优先,《治安管理处罚法》第40

[33] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),同前注[5],第475页。

[34] 黄荣坚:《基础刑法学》(上),台湾元照出版公司2012年版,第8页。

条第2项次之,《刑法》第244条殿后。这种排序不仅体现了法体系的协调,而且也彰显了《刑法》的谦抑性。

但是,当采用缓和说时,如此顺畅的安排便会瞬间崩溃,因为就连轻微干预劳动自由的行为都有可能纳入《刑法》的处罚范围,当某个强迫劳动案件发生时,公安机关可能不再考虑优先适用《劳动法》和《治安管理处罚法》,而是直接启动刑事程序。当下就有观点认为:

劳动合同法、劳动法、治安管理处罚法的相关规定均早于刑法对强迫劳动罪的规定,而且1997年刑法规定的强迫职工劳动罪要求强迫劳动情节严重的才构成犯罪,而刑法修正案(八)规定的强迫劳动罪在罪状上取消了“情节严重”的规定……只要实施了强迫劳动的行为,就应当对行为人定罪处罚,而无须围绕情节是否严重进行审查。^{〔35〕}

该观点正是依缓和说才能推导出的结论。虽然有实务者反驳道,“对刑法分则规定的强迫劳动罪,不能脱离罪量的考察,以刑法在罪状中没有明文规定‘情节严重’为由,主张对强迫劳动无须考察罪量的观点,无疑忽视了‘但书’的规定精神,割裂了刑法总则与刑法分则的内在联系”^{〔36〕},但不可否认的是,当下被缓和说支配的司法实践,确有绕过《治安管理处罚法》与《劳动法》而直接适用《刑法》的大趋势。不仅如此,缓和说的采纳也会造成实行行为内部的紊乱。详言之,本罪的实行行为类型有三:暴力、威胁与限制人身自由。缓和说认为,暴力和威胁都不必达到压制被害人反抗的程度,但又同时表示,

限制人身自由的方法,是指将他人的人身自由控制在一定范围、一定限度内的方法,如不准他人外出,不准他人参加社交活动等。如果采取剥夺人身自由的方法(如将他人长时间关闭在车间里),则成立非法拘禁罪与本罪的想象竞合。^{〔37〕}

可是,如果以剥夺人身自由的方式强迫劳动,就必然会以达到压制被害人反抗的程度为必要条件,这便违背了缓和说的基本立场。因此,在缓和说内部,暴力、威胁与限制人身自由在压制被害人反抗这一点上是相互矛盾的。

最后,压制说可能产生处罚漏洞。缓和说的提出自有其合理的出发点,该说要解决的问题是,通过解释论保护那些反抗尚未被完全压制,但劳动自由却已受到妨碍的被害人。例如行为人以克扣工资、扣留身份证相威胁,要求被害人劳动,而被害人至少自以为除去听话工作之外,不存在其他救济手段。此时,

〔35〕 同前注〔6〕,第77页。

〔36〕 同前注〔6〕,第77—78页。

〔37〕 同前注〔3〕,第904页。类似表述,参见周光权:《刑法各论》(第3版),同前注〔5〕,第54页。

被害人虽然受到了心理上的压制,但客观上并未完全失去反抗能力。根据缓和说,由于威胁程度不需要达到压制被害人反抗的程度,因此可以认定行为人构成强迫劳动罪;而根据压制说,由于单纯以克扣工资、扣留身份证相威胁的行为根本无法完全压制被害人的反抗,被害人依然有选择离开的自由,因此不能构成强迫劳动罪。由此,缓和说与压制说之间就产生了巨大分歧。有司法实务人士给出一种判断标准:

区分强迫劳动犯罪行为与一般行政违法行为的关键在于,从社会一般观念、伦理道德角度考察,行为人实施的强迫行为是否足以使他人陷入无法或者难以抗拒和自由选择,而不得不进行劳动的境地。具体而言,可以从“强迫手段与社会一般观念相背离的程度”和“劳动者非自愿性的程度”两个角度,判断强迫行为是否足以使劳动者陷入不能自由选择的境地而需要刑法介入和干预的程度。对于强迫劳动情节显著轻微,刑法干预的必要性不强的,则宜采用非刑罚制裁方式处理。^{〔38〕}

但是,这一标准太过模糊,质言之,究竟什么才是社会一般观念,就很难说清。压制说产生处罚漏洞的具体表现是,由于我国《刑法》没有强制罪或者妨害自由罪的规定,因此在处罚强迫劳动时,一旦强迫劳动罪无法构成,就只剩下第238条非法拘禁罪可以适用。可是,非法拘禁罪的实行行为仅能处置以限制人身自由强迫劳动的情形,如果行为人以暴力或者威胁强迫劳动,则非法拘禁罪就没有适用余地。加之故意伤害罪以轻伤以上为入罪条件,倘若行为人的暴力只造成了被害人的轻微伤甚至未造成伤害,该如何处理?以精神威胁方式强迫劳动的,又该以何罪衔接?总之,从反对者的视角看,压制说的认定标准比较明确,但却过分限缩了本罪的成立范围,无法广泛保障劳动者利益。

三、强迫劳动罪的实质法重构

一个刑法实践问题的妥当答案,须以实质法基础或曰法哲学基础为根本。“哲学的真正本质就在于彻底检验我们眼前及周围的一切”,因为“在我们的整个理智生活中,有许多我们轻易从生活和科学中借用来的未经检验的预设和观念”。^{〔39〕}这一预设经哲学检验之后,人们将会知晓该如何选择,并获得选择的理由,确立行动的信念,法哲学亦不例外。通过法哲学的探究,可以从更高层面上获悉,在现象中哪种选择是可靠的,哪种选择是不妥的。同理,强迫劳动罪的学说之争作为一种法现象,也只有站在法哲学的视角才能知晓,究竟哪种学说

〔38〕 同前注〔6〕,第78页。

〔39〕 文德尔班:《文德尔班哲学导论》,施璇译,北京联合出版公司2016年版,第13页。

才是妥当的。^{〔40〕}换言之,如上所述,过去对于强迫劳动罪法益的讨论大多流于形式,在看似合理的观点背后,其实隐藏着不可化解的矛盾,比如劳动法中的劳动权过于狭窄,劳动的认定前后不一,直接引入宪法中的劳动权容易导致法益泛化等,这些问题都是由于对劳动权的认识不清所致。之所以如此,并不是因为劳动权的概念本身出了问题,既然宪法明确了劳动权的地位,那么刑法便没有任何理由放弃这个概念,真正的原因是,就目前的司法实践和学术研究而言,强迫劳动罪的法益即劳动权背后,缺少更为实质的法哲学理论作为支撑,也就是说,没有一套有说服力的普遍理论为劳动权奠定基础。由此一来,便导致司法者在认定劳动权是否受到侵害时无章可循,无法准确认定劳动权是否受到侵害。因此,有必要从法哲学的方面入手,为劳动权是否受到侵害找到实质的认定标准。在众多法哲学理论中,康德法哲学可以说是最具有明确性与实践性的理论之一,因此,笔者拟以康德法哲学为基础,为劳动权的认定寻求实质化的基础。

(一) 实质法重构的一般标准:以康德的权利哲学为路标

“人的本质并不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上,它是一切社会关系的总和。”^{〔41〕}

既然是社会关系的总和,人也就无时不与他人产生各种各样的关系,法律关系则是这些关系的重要组成部分。……法律关系不外是法律秩序的实质内容,也就是法所规律的人与人间生活关系。……法律对社会生活加以规律才产生各种各样的法律关系,所以法律关系具有法律所赋予的效果,这种效果之主要部分,就是权利与义务,乃法律关系之核心。^{〔42〕}

劳动作为法律关系的重要内容之一,必然产生劳动权利与劳动义务,这既是理论推理,也是实证法的规定。在平稳的法律关系中,凡从事或欲从事劳动者,在劳动的选择上均具有充分的自由,不受他人干预,承担的义务也仅限于从事劳动时所约定的内容。但当劳动关系异化,也就是劳动者仅承担义务而不享有权利时,劳动者就遭受了侵犯。施行法治保障人权的国家,必须消灭这种异化关系,恢复劳动关系的应有状态。不过,只有找到强迫劳动罪应然构造的实质法根据,才能真正理解法益与实行行为的内涵,使之可以在现实中合乎理性地适用。这便是康德哲学思想中的“用普遍(规则)去统摄特殊(事例)”。^{〔43〕}以康德的权利哲学为路标,有助于释明强迫劳动罪的实质法根基,因为刑法所保

〔40〕 参见迪特玛尔:《法哲学导论》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第42页。

〔41〕 马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集》(第一卷)(上),中央编译局译,人民出版社1972年版,第18页。

〔42〕 韩忠谟:《法学绪论》,北京大学出版社2009年版,第134页、第136页。

〔43〕 康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社2017年版,中译本序第3页。

护的人身权利与民主权利,与以自由为起点的康德权利哲学之间有着天然的亲和性。

1. 权利的普遍法则

在阐释法伦理时,康德的解释路径与他的义务论的伦理学一脉相承,他在名著《道德形而上学》一书^[44]中曾这样解释权利的普遍法则:“如果我的行为或我的状况,根据一条普遍法则,能够和其他任何一个人的自由并存,那么,任何人妨碍我完成这个行为,或者妨碍我保持这种状况,他就是侵犯了我,因为根据普遍原则,这种妨碍或阻力不能和自由并存。”^[45]康德预设的前提是,要成为你自己的主人,无须从属于他人的任意,不要变为他人的手段。在这一前提下,每个人都是独立的个体,都可以充分行使自己的意志,设定自己的目的,选择实现目的的手段。但是,这样的自由会受到权利普遍法则的限制,也就是,如果个人行使的自由剥夺了他人行使自由的可能,或者让他人从属于自己的任意时,该自由的行使便无法与他人自由的行使并存,也就不能获得法秩序的承认。在制度层面,违背权利普遍法则的典型制度莫过于奴隶制——“奴隶的问题就在于他从属于主人的任意:主人决定使用奴隶做什么以及奴隶要做什么。奴隶并不为自己设定目的,他只是他人设定的目的的手段”。^[46]在刑法中,亦随处可见违背权利普遍法则的行为,比如,非法拘禁罪的目的是为了防止他人的行动自由遭到剥夺,强奸罪的目的是为了防止妇女的性自主决定自由遭到妨碍,抢劫罪的目的是为了防止他人的财产处分自由受到侵犯等。倘若以康德的权利普遍法则公式检验这些刑法禁止的行为,则可以发现它们的共同之处都在于,这些行为使他人行使自由的可能遭到剥夺,并让他人从属于自己的意志,使之不再成为独立的人格。换言之,诸如行动、性自主决定、财产处分等行为,倘若以之作为准则并扩展至每个主体,则它们必定能通过实践理性的检验,即“要这样行动,使得你的意志的准则任何时候都能同时被看作一个普遍立法的原则”。^[47]这是因为,只有如此,“无论是你的人格中的人性,还是其他任何一个人的人格中的人性,你在任何时候都同时当做目的,绝不仅仅当做手段来使用”。^[48]一旦这些行为的自由遭到剥夺,那么该主体就不再被视为目的,而是

[44] “确定康德法哲学最重要方法论的系统性著作,便是康德的《道德形而上学》的第一部分——法的形而上学基础。”Vgl. Höffe, Immanuel Kant, 2018, S. 217.

[45] 康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆2002年版,第41页。

[46] 李普斯坦:《强力与自由——康德的法哲学与政治哲学》,毛安翼译,知识产权出版社2016年版,第39页。

[47] 康德:《实践理性批判》,邓晓芒译、杨祖陶校,人民出版社2016年版,第37页。

[48] 康德:《道德形而上学的奠基(注释本)》,李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第50页。

被当作手段看待。为了避免这种情况的出现,权利的普遍法则限制才应运而生。综上,根据康德的法哲学,权利的核心是独立于他人强制的自由,权利的普遍法则是每个人行使自由时都必须与人行使的自由相协调。据此,康德就将他的一般伦理学和法伦理学统一起来。详言之,该法则所设定的是一个人可进行自由选择的范围,在这个范围内,无论这个人如何行使自己的意志,都是正当的。^[49]

2. 禁止支配他人的含义

若想充分理解禁止支配他人的含义,即究竟在何种情况下,受他人干预的个体不再被视为目的,而是被作为手段来看待,那么就必須厘清两个问题:第一,康德权利普遍法则中的权利与其不断提及的自由之间到底是何种关系?亦即,在康德法哲学的语境下,权利是否能够等同于自由,并可以互换使用?第二,在第一个问题的基础上,该如何确立认定支配他人的一般标准,并使其能在实践中发挥作用?

(1) 劳动权利与劳动自由的关系

关于第一个问题,应当认为,在康德法哲学的语境下,自由与权利可以在同等意义上使用。首先,“权利的来源决定了权利的地位”^[50],同时也决定了权利的内容。康德的权利以自由为基础,自由是权利的内容,权利是自由的外在形式。依德国法哲学家科殷的总结:

康德把法作为“外在的立法”,把自由作为法的普遍的原则:“自由是这种唯一的、原始的、赋予每一个人根据其人性而享有的权利。”由它产生出一切其他的、自然的权利。因此他把法界定为这样一些“条件的整体,在这些条件下,一个人的随心所欲与另一个人的随心所欲,可以根据自由的一条普遍的规律结合在一起。”^[51]

由此可见,康德的权利全部来源于自由,只有个人可以充分行使自由,才能认为其享有权利。同时,也只有在权利的框架中,自由才能获得保障。

其次,之所以说只有在康德法哲学的意义上才能认为自由与权利可以互换,是因为作为法律概念的权的范围显然小于自由,有一些个人认为应当自由行使的事法律并不承认,还有一些涉及自由的问题与法律没有直接关系,比如意志自由问题就不仅是一个法律问题,而且还是一个哲学问题或者自然科学问题。但是,如果只在康德的法哲学领域中使用自由与权利,那么就完全可以

[49] 参见吴彦:《法、自由与强制力:康德法哲学导论》,商务印书馆2016年版,第150页。

[50] 艾伦·德肖维茨:《你的权利从哪里来?》,黄煜文译,北京大学出版社2014年版,第15页。

[51] H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第26页。

将二者等同起来。这是因为,“人们不可能有一种不是自由权的权利,因为权利可以理解为包含着作为组成部分的自由权……如果我有权利去做 X,我必须也有自由权去做 X。权利对自由权所增加的因素乃是别人不能加以干预的义务”。^[52]换言之,“如果你有权做某事,那么,任何其他他人就必定有义务不得阻止你行为,不得在你行为时进行干涉,以及不得使你因行为而陷于不利或遭受困扰”。^[53]一言以蔽之,有做某事的权利即意味着有做某事的自由,有做某事的自由即意味着有做某事的权利。

最后,倘若将目光限制在康德法哲学中,并从侵犯权利与妨碍自由的角度观察,则可发现,其实二者所描述的内容是一样的。所谓权利的侵犯,无非是指权利享有者有实现自己某种目的的自由,如果他想实现这一目的,而别人不许其这么做,那么就意味着他的权利受到了侵犯。比如,甲想从小屋中离开,而乙却不允许他离开,这时乙就侵犯了甲的行动权,亦即妨碍了甲的行动自由。反观自由,虽然在一般意义上不能认为只要存在自由干预就意味着权利受到侵犯,因为如果自由不以法所认可的权利的形式表现出来,那么当其受到妨碍时,受妨碍者就没有主张恢复自由的资格,但是倘若在法律意义上思考,却完全可以承认对自由的干预就是对权利的侵犯,这是因为,在法领域中,法律以确认权利的形式伸张自由,自由在法律的领域中通过权利的形式呈现。只有为法律所明示或默示承认的自由,才是个人享有的真正的自由。为法律所承认的自由在现实中通过具体的权利呈现出来,当其受到妨碍时,享有权利者将有资格向法律寻求救济。没有救济就没有权利,没有权利的地方就没有自由。法不承认的自由乃个人行为的禁区,一旦踏入将受到惩罚,这意味着在法律看来,个人不具有做该种事情的自由。

综上所述,应当认为,自由与权利在康德法哲学中可以互换使用。详言之,按照权利的普遍法则,所谓权利,其实就是个人行使自由的边界,只有在边界以内,才可以不受干预“为所欲为”。反之,当有人侵犯他人的自由边界,干预他人的行动,则被干预者就可主张排除妨碍,这也就是通常所说的主张权利。每个人自由行使意志的边界,都止于他人行使自由的可能。换言之,不能以剥夺他人自由行使意志的可能为代价来实现自己的目的,否则受剥夺者将不再是作为目的的人,而是作为手段的物。“每个人只有权按照某些方式运用他或她的手段,这些方式是与其他人在普遍法则之下使用他们的手段相协调的”。^[54]以此

^[52] J. 范伯格:《自由、权利和社会正义》,王守昌、戴栩译,贵州人民出版社 1998 年版,第 82 页。

^[53] 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 113 页。

^[54] 同前注[46],第 45 页。

为前提,就可推出这条普遍法则的禁令,亦即不得支配他人使之成为达到自己目的的手段。

按照康德的法哲学,既然在法领域中,自由与权利可以在同等意义上使用,那么就应当认为,所谓劳动权,其实就是指劳动的自由。劳动自由的行使,意味着个人可以在不受他人干预的情况下选择劳动,创造价值,这对应着劳动权利的行使;劳动自由的放弃,意味着个人可以在不受他人强迫的情况下选择不劳动,赋闲在家,这对应着劳动权利的放弃。劳动自由和劳动权利的关系,是实质与形式的关系。劳动权利是劳动自由的实定法表现形式,劳动自由是劳动权利的本质内容。没有劳动权利这一形式,劳动者就没有法定的资格向裁判者伸张正义;缺少劳动自由这一本质,裁判者便无从判断劳动权利是否受到侵害。一言以蔽之,应当认为,劳动自由与劳动权利是一体两面的关系,二者可以在同等意义上使用。

(2) 支配他人的认定

接下来的问题是,该如何认定对他人的支配?亦即,在何种情况下,受支配的个人不再被视为目的,而只能被作为他人的手段?在法的意义上,对他人的支配表现为对权利的侵犯,但是由于权利的形式特征,难以作实质判断,因此只有通过确认自由是否受到妨碍才能妥当认定支配的存在。职是之故,什么是对自由的妨碍?^[55]就是对个人是否受到支配的追问。依据康德法哲学,当行为人为人剥夺他人行使自由的可能,且行使该自由的准则能够同时上升为可供普遍遵循的法则时,就意味着被剥夺自由者正受到行为人的支配,不再成为目的,而仅仅是行为人为人用以实现目的的手段。不过,虽然每个人都可以自由行使意志,设定自己欲达成的目标,并选择实现目标的手段,但却可能遭受失败。因为每个人可以自由操控的仅仅是自己的身体及可资利用的外物,而诸多不可利用之物与难以预料之事却可能使目的落空,并迫使目标设定者另谋出路或者放弃目标。但在这种情况下,他无论如何都没有失去自由。详言之,当某人的失败缘于别人对外在条件的改变时,不能认为别人的行为妨碍了他的自由意志,因为他并没有丧失再次行使自由意志的可能。例如,甲乙相邻经营餐馆,甲的餐馆无人问津,乙的餐馆座无虚席,此时不能认为甲受到了乙的强制,原因在于甲并未丧失意志自由;相反,如果甲为竞争而破坏了乙的经营,那就是在剥夺乙设定目的时所选择的手段,就应当认为甲对乙实施了不被允许的支配。美国哲学家乔尔·范伯格也举过类似事例,从反面说明了禁止支配他人的内涵:A和B都看到人行道上的百元钞票,两人都有自由将其据为己有,但只有那个更快跑到

^[55] 参见吴彦主编:《康德法哲学及其起源》,汤沛丰等译,知识产权出版社2015年版,第198页。

钞票处的人才能实现这个自由。也就是说,在某人选择做某行为时,可能别人负有不干涉的义务,但在竞争状态下,有时只能有一人如愿以偿。^[56] 因此应当认为,所谓禁止支配他人,是指不得剥夺他人行使意志的自由,而不仅仅是使他人的目的落空。

(二) 法益的实质化:劳动自由说的提倡

依康德法哲学,即根据在法领域中权利的本质即自由,自由的外化即权利这一前提,可为强迫劳动罪的法益即劳动权下一个简明而有力的定义:劳动权是指选择劳动还是选择不劳动的自由。以该定义为前提,可反面推出一条禁令:不得剥夺他人选择劳动还是选择不劳动的自由。换言之,剥夺他人选择不劳动的自由或选择具体从事哪项劳动的自由,都是侵犯强迫劳动罪法益的行为。每个人既可以在不妨碍他人的前提下选择劳动,也可以选择 not 劳动。至于选择劳动还是不劳动的动机,如挣钱养家、实现自我价值、感到厌烦等,法律在所不问。法律关心的仅仅是每个人选择劳动还是选择不劳动的自由有没有受到剥夺,一旦某人强迫他人劳动,受强迫者同时也就失去了任意设定目的、实现目标的可能,丧失了独立于他人意志的地位,完全物化为他人的手段,从属于他人的任意。“传统的奴隶制度在全球已遭废除,今日可能不再有实际问题,所以,现代所理解的奴役应是指将人‘物化’。‘物化’的形式范围,从人口贩卖、透过强制工作之经济剥夺,一直到连续强制性交的长期剥夺自由均有可能。”^[57] 对此,法秩序必须强力回应,使受强迫者重获选择劳动还是选择不劳动的自由,让被物化的个体恢复人的地位。在德国即有观点认为,强迫劳动罪的首要规范目的,就是确保国民在职业上与经济上的行动自由。^[58] 英国刑法学者威廉姆·威尔逊也对这一法益的基本立场表示赞同,认为“行为被规定为犯罪,并不是简单地因为它们是不道德的行为,而是因为窃贼或侵犯者在寻求增加自己生活选择时,减少了被害人的相同选择”。^[59] 为了恢复被害人的相同选择,必须动用法规予以制裁。将该理念植入强迫劳动罪的法益中,同样可以得出以劳动自由为核心的法益结论。以选择劳动还是选择不劳动的自由作为强迫劳动罪的法益(简称“劳动自由说”),可以妥善解决上文指出的问题。

其一,劳动自由说可以作为劳动权的本质,整合所有实证法中的劳动权概

[56] 乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆 2013 年版,第 6 页。

[57] Helmut Satzger:《国际刑法与欧洲刑法》,王士帆译,台湾元照出版公司 2014 年版,第 494 页。

[58] Vgl. Renzikowski, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Aufl., 2017, § 232b, Rdn 1.

[59] 威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原等译,中国人民大学出版社 2015 年版,第 20 页。

念,并明确强迫劳动罪的法益,提出行之有效的标准。通说支持者不曾真正阐述过劳动权的本质,以致强迫劳动罪的法益内容不明、适用标准混乱,且处罚范围过小,其标准既无坚实的实质法根基,也与扩大处罚范围的修法目的不协调。采纳劳动自由说,则可改变混乱状态,避免法益泛化的危险。以劳动自由说为法益,标准可谓再明确不过,法益的构成要件解释和划定处罚范围的功能都可得到充分发挥,不必受所谓“法感情”的左右,颠倒定罪逻辑,甚至突破罪刑法定。其二,劳动自由说可以终结“劳动”合法与否的争论。在前述“赵毛毛、赵留建案”中,一审和二审法院的争论在于,是否只有合法的“劳动”才有构成强迫劳动罪的可能?这里的合法,取决于强迫行为发生前建立的劳动关系是否为实证法所认可。可以说,这将是一场永无休止的争论。依劳动自由说,所谓“劳动”是否为实证法所认可其实根本无关紧要,关键仅在于行为人是否剥夺了被害人选择劳动还是选择不劳动的自由,而不在于行为人与被害人先前有没有建立符合实证法的劳动关系。即使劳动关系非法,也不能否认强迫劳动行为的存在。“如果我强迫你为我工作,那么我就因使用你的人格而侵犯了你,这样一来,据说我还因此占有了你的劳动。然而更准确地说,因为我使用你而侵犯了你——我使你的人格从属于我的任意,这与你的独立于其他任何私人之任意的内在法权是相悖的。”^{〔60〕}劳动是一个先于实证法的概念,不能说没有劳动法的原始社会就没有劳动。因此,关键在于行为人有没有因支配被害人的人格而使之从属于行为人的任意,也就是有没有剥夺被害人选择劳动还是选择不劳动的自由。

以此为前提,“赵毛毛、赵留建案”中,行为人逼迫被害人陪侍,无疑构成强迫劳动罪,因为被害人只能选择陪侍,而不能再选择其他的工作或者选择不工作,人格已经从属于行为人的任意。同理,诸如“黑煤窑”“黑砖窑”等事件,被害人除挖煤、烧砖外,已丧失了选择其他工作或者选择不工作的自由。由劳动自由说推出的这一结论,与《刑法修正案(八)》的修改初衷不谋而合。在修法之前,

根据罪刑法定原则,强迫职工劳动罪的主体应该是用人单位。当自然人“以限制人身自由方法强迫职工劳动”,但没有触犯其他罪名的情况下,最终只能作无罪处理,也影响了对强迫劳动犯罪的打击。发生在山西的黑煤窑场的强迫农民工劳动案件,很少以强迫职工劳动罪追究刑事责任的,大多以其他罪定罪处罚。^{〔61〕}

经过《刑法修正案(八)》的修改,此前强迫职工劳动罪的困境迎刃而解,适用强迫劳动罪时,只看行为是否剥夺了被害人选择劳动还是不劳动的自由,而

〔60〕 同前注〔46〕,第110页。

〔61〕 同前注〔2〕,第49页。

不必再纠结于劳动关系的合法性。

（三）实行行为的规范化：压制说的必然选择

明确了强迫劳动罪的法益，实行行为便能清晰勾勒出来。所谓实行行为，“是指与既遂结果发生的具体性危险即未遂结果之间具有相当因果关系的行为”。^{〔62〕}在具体认定时，必须依靠行为对构成要件保护法益的威胁程度来判断。被害人选择劳动还是选择不劳动的自由，受到何种程度的剥夺才能认定为法益遭受侵害？这一问题成为认定本罪实行行为的关键：只有剥夺了被害人劳动选择自由的行为，才是强迫劳动罪的实行行为。这便是所谓压制说的真义。

根据我国《刑法》的规定，强迫劳动罪中的压制行为可分为暴力、威胁以及限制人身自由三种情况。暴力是指，行为人通过物理力量即有形力使被害人丧失反抗的可能性，逼迫其去完成行为人所要求的劳动任务。

刑法意义上的暴力可以被区分为绝对的暴力和相对的暴力两种类型。在绝对暴力的场合，行为人完全排除了被害人的自由意志。……相对的暴力则并未完全排除被害人的意志自由，而是旨在强迫被害人进行特定的意志决定。……认定相对的暴力并不要求被害人无法反抗或者无法逃脱行为人的影响，而只需要相应的暴力行为可能使被害人屈服即可。^{〔63〕}

威胁类似于心理暴力，是指“行为人为了动摇被害人而向其宣示将来的恶害，并且宣称自己可以影响这种恶害是否发生”^{〔64〕}。基于这种恶害的宣示，被害人陷入意志被压制的状态，无法自主作出决定并作出相应行为。威胁的成立，必须以告知的恶害能够立即实现为前提，倘若只是对未来某种尚不确定的恶害的宣示，则不能认定为威胁。限制人身自由的方法较为广泛，应当认为，凡是能够排除被害人行动自由的行为都属于限制人身自由。应当注意的是，仅有限制人身自由的行为还不足以成立强迫劳动罪，完全存在人身自由虽然受限，但劳动选择自由却没有被剥夺的情况。因此，只有当限制人身自由与劳动之间存在必然关系时，才能成立以限制人身自由为手段的强迫劳动罪；如若不然，就只能视情况构成非法拘禁罪。

以此为前提，前文中的问题都将获得妥当的答案。首先，司法实践中将诸如扣发工资、扣留身份证、轻微殴打等行为认定为强迫劳动罪的案例简直不胜枚举，即使追诉标准已经修改，境况也未改变。但是，从强迫劳动罪的法益看，这些行为能否成为本罪的实行行为不可一概而论，关键还是要看它们有没有剥

〔62〕 西田典之：《日本刑法总论》（第2版），王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第69页。

〔63〕 王钢：《德国判例刑法（分则）》，北京大学出版社2016年版，第103—104页。

〔64〕 同前注〔63〕，第104页。

夺被害人选择劳动还是选择不劳动的自由。倘劳动者被扣发工资、扣留身份证或者遭受轻微殴打,但他还有诉至法院、到公安机关报案或者其他出路,那么由于该劳动者的劳动自由尚未遭到剥夺,就不能认定行为人构成强迫劳动罪。反之,如果受周遭环境所限,只要劳动者的身份证或工资被扣留、扣发,该劳动者就无法脱身,那么便可以认定行为人构成强迫劳动罪。总之,依修改后的追诉标准,并不是扣工资等行为都不构成强迫劳动罪,而是在认定时必须判断被害人的劳动自由是否遭到剥夺。

其次,压制说可理清《刑法》第244条、《治安管理处罚法》第40条第2项及《劳动法》第96条第1项之间的关系。《刑法》第244条强迫劳动罪的实行行为采压制说,《治安管理处罚法》第40条第2项与《劳动法》第96条第1项的实行行为同采缓和说,后两者的关系为一般法与特别法的关系,因为《劳动法》的适用范围仅限于雇主与雇工间,而《治安管理处罚法》却未有此限制。如此一来,三者的关系就一如前述,《劳动法》适用优先,《治安管理处罚法》次之,《刑法》殿后。之所以如此安排,是因为《刑法》与《治安管理处罚法》和《劳动法》的立法目的不尽相同。《刑法》是犯罪人的大宪章,重在贯彻罪刑法定,保障脆弱的个人免受国家无端的侵害,因此在适用时必须进行严格解释,明确法益内涵,谴责对象仅限于行为。相反,《治安管理处罚法》与《劳动法》中的罚则,却更加注重社会秩序的保障与个人利益的保护,为了最大限度地发挥这种作用,就必须进行缓和解释。

再次,从体系解释上看,采纳压制说也可以使强迫劳动罪与类似犯罪的关系更为协调。以《刑法》第236条强奸罪为例,强奸者的手段必须足以压制被害人的反抗,方能认定为违背妇女意志。^[65]依1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》第2条^[66],暴力手段是指犯罪分子直接对被害妇女采用殴打、捆绑、卡脖子、按倒等危害人身安全或者人身自由,使妇女不能反抗的手段;胁迫手段是指,犯罪分子对被害妇女威胁、恫吓,达到精神上的强制的手段;其他手段是指,犯罪分子用暴力、胁迫以外的手段,使被害妇女无法抗拒。又如《刑法》第263条抢劫罪,不仅在理论上,抢劫罪的实行行为须达到压制被害人反抗的程度^[67],而且该标准也是区分抢劫罪与寻衅滋事罪的关键。根据2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第9

[65] 参见马克昌主编:《百罪通论》(上卷),北京大学出版社2014年版,第535页。

[66] 该司法解释已被2013年1月4日最高人民法院、最高人民检察院《关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间制发的部分司法解释和司法解释性质的文件的规定》(法释[2013]1号)废止。但是,其关于强奸罪实行行为的学理解释,仍可沿用。

[67] 参见陈兴良主编:《刑法各论精释》(上),人民法院出版社2015年版,第311—312页。

条第4款,强拿硬要的寻衅滋事行为与抢劫罪的区别之一在于,“前者行为入客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物,而后者行为人则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段”。由上可见,强奸罪与抢劫罪的实行行为的认定,无疑必须采纳压制说。除强奸罪与抢劫罪外,还有《刑法》第121条劫持航空器罪,第122条劫持船只、汽车罪,第237条第1款强制猥亵、侮辱罪等,它们的实行行为内容均与强迫劳动罪相同,而且在理论上也都采纳压制说,因此,如果强迫劳动罪的实行行为采纳缓和说,就会在体系上产生不协调。

最后,该如何面对压制说会造成处罚漏洞的质疑?其实,以处罚漏洞作为批评理由,本就十分吊诡。刑法处罚的不完整性是刑法教科书的必写内容^[68],是刑法初学者的必背条目,是罪刑法定的必然选择。处罚漏洞是刑法的正常现象,甚至可以说是法治国家刑法的优越所在,唯有直面处罚漏洞的存在,才能限制国家恣意发动权力。有观点认为,“刑法学的任务并不是设定漏洞,而是合理地填补漏洞”。^[69]诚然,刑法学的任务不是刻意设定漏洞,但也不是在发现漏洞时不顾一切地进行填补。相反,刑法学的任务是指出刑法的漏洞,并告诫司法者不得恣意处罚“钻漏洞”的人,如果想处罚,就应当依靠立法。以正义之名解释刑法的前提,是解释者持有正义,而人作为偶在的个体,谁又能自诩是正义的化身?难道我们这么快就忘记了贝卡里亚那振聋发聩的警告:“‘法律的精神需要探询’,再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理,等于放弃了堤坝,让位给汹涌的歧见。”^[70]在正义不易把握的现世,康德的权利理论是值得提倡的,因其关注的重心,只在于个人在社会中能不能自由地发展。压制说或许不能穷尽处罚,但至少是有助于限制国家恣意、保障个人自由发展的。如果说在压制说的语境下,会出现不合法条文意而无法处罚的情况,那并不是压制说出了问题,而是整个立法布局出了问题,因此应当认为,所谓以处罚漏洞作为批评的理由,并不妥适。

四、强迫劳动罪的特别问题

为了防止精心构建的体系与实际情况脱节,从而忽视具体个案的特殊性^[71],就应当在重构强迫劳动罪的规范内涵之后,将目光转移到本罪具体问题

[68] 参见同前注[3],第20页。

[69] 张明楷:《刑法分则的解释原理》(第2版)(上),中国人民大学出版社2011年版,第216页。

[70] 贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》(增编本),黄风译,北京大学出版社2014年版,第17页。

[71] 参见克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第6—7页;参见平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第194页。

的分析上。以下三个问题需要详细加以分析:第一,被害人特殊原因介入下强迫劳动行为的认定;第二,不作为强迫劳动的应对;第三,监狱中的强迫劳动。

(一) 被害人特殊原因介入下的强迫劳动:强迫行为的判断标准

被害人特殊原因介入下的强迫劳动可分为两种:第一种是行为人在客观上不存在强迫劳动行为,而“被害人”却误认为自己受到了强迫;第二种是行为人的强迫行为一般而言具有压制效果,但由于被害人怯懦等原因,本应起到压制效果的强迫行为却对被害人没有起到任何作用,或者行为人的强迫行为一般而言不具有压制效果,但由于被害人特别顽强等原因,本来无法起到压制作用的行为却对被害人产生了压制效果。第一种情况根本不符合强迫劳动罪的构成要件,不必考察。第二种情况的问题在于,被害人自身的因素和行为人对被害人特殊情况的认识是否会影响强迫行为的认定?对此,理论上存在主观说、折中说与客观说三种学说,在被害人特别怯懦或特别顽强时会产生处理结果的不同。^[72] 主观说认为,在现实中以玩具手枪即可压制被害人反抗的,行为人如已预见到这一点而行动,就成立强迫劳动罪。但主观说的疑问在于,玩具枪在客观上根本无法产生危险,因此不能将手持玩具枪威胁他人的行为认定为强迫。折中说认为,

原则上应按通常一般人所能抗拒的程度参酌认定,若行为人的行为在客观上虽堪认足使他人不能抗拒,但被害人并不因之发生畏惧或丧失抵抗力,而加抗拒者,则该行为仍可认定为该当本罪的强制行为;至若被害人的抵抗力虽未及通常的标准,但就其年龄、性别、性格、体能等因素,加以综合判断,足认其抵抗显有困难者,则行为人的行为虽在客观上并不足以使人不能抗拒,但亦可认定为该当本罪的行为。^[73]

折中说的问题在于标准不统一,为何在被害人反抗力弱时以个人为准,而在被害人反抗力强时却以一般人为准?在具体案件中,如若被害人的反抗能力高于一般人,通常的强迫行为自是无法达到压制反抗的效果。既然没有效果,又因为压制效果是本罪既遂的必要条件,就不能认为行为人构成强迫劳动罪既遂。因此,理论上普遍采纳客观说,即应当客观判断强迫行为是否压制了被害人的反抗,而无须考虑行为人对压制反抗程度的认识或者被害人自身的感受。^[74] 详言之,“是否达到了足以压制被害人的反抗的程度,取决于按照社会一般观念是否达到了该程度这一客观标准,而不应以具体案件中的被害人的主

[72] 参见黎宏:《日本刑法精义》(第2版),法律出版社2008年版,第419页。

[73] 林山田:《刑法各罪论》(修订5版)(上),北京大学出版社2012年版,第262—263页。

[74] 参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开 I》(第2版),中国人民大学出版社2015年版,第478页。

观为标准来判断”。^{〔75〕}

然而,这种通过社会一般判断来取代个案具体判断的主张,在特定情形下也不免存在疑问,首先,若就被害人而言,强迫行为确实未压制其反抗的,还能否顺利认定为既遂?其次,倘若行为人对被害人的怯懦存在特殊认知,明知只要用玩具枪即可压制其反抗,且在个案中也确实压制了被害人反抗的,为何不能认定为既遂?山口厚教授认为,第一种情况下,应当认定行为人成立犯罪未遂,因为被害人的反抗是否被压制本身就是客观说所考量的要素之一;第二种情况下,根据结果无价值的立场,行为人的主观不得影响实行行为的判断,因此只是故意的问题。“总之,暴行或者胁迫是否能压制被害人的反抗,判断时必须也考虑被害人的情况,行为人对这种情况的认识,与暴行或者胁迫本身是否具有压制反抗的性质这种判断无关,而是关系到行为人有无该认识。”^{〔76〕}前田雅英教授从实行行为定型性的角度认为,是否存在暴力、胁迫行为应客观认定。即使有充分的故意,但手段欠缺定型性之轻度暴力与胁迫的,也不能认为符合构成要件。不过,如以客观的、一般的形式考虑被害人方面的情状,就要考虑被害人是否怯懦。^{〔77〕}

本文赞同客观说对第一种情况的处理,即认定行为人构成未遂,反对客观说处理第二种情况的结论。换言之,应当认为行为人的特殊认知对于实行行为的判断至关重要,这与伤害血友病患者时行为人的主观认知是否重要的问题如出一辙。

其实,只要区分出一般的客观判断标准和具体(个别)的客观判断,答案即很明显。当行为人不知道被害人为血友病患者时,所谓的一般经验法则,即是一般而言,伤及腿部是否足以致死这个经验法则,但当行为人知道被害人为血友病患者时,据以判断因果关系的法则,即为一般而言,伤及血友病患者腿部,是否足以致死亡结果。所谓行为人的主观认知,是界定判断对象的要件之一,而不是判断的标准。^{〔78〕}

同理,当行为人不知道被害人的怯懦或顽强等特别因素时,判断压制反抗与否的对象是不具有怯懦或顽强等因素的一般人,但是,当行为人知道被害人的特别因素时,判断压制反抗与否的对象就变成具有怯懦或顽强等因素的一般人。对象不同,结论当然不同。详言之,“强暴等行为方式的令人不能抗拒,是

〔75〕 同前注〔62〕,第172页。

〔76〕 山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第255页。

〔77〕 参见前田雅英:《日本刑法各论》,董璠舆译,台湾五南图书出版公司2000年版,第199页。

〔78〕 许玉秀:《主观与客观之间》,1997年自版,第10页。

因为这种手段对于生理与心理状态的瓦解能量太巨大”^{〔79〕},当行为人特别认识到,只要通过更为轻度的行为就能瓦解被害人的生理与心理状态,从而选择社会一般认为不能压制反抗的手段,并在现实上压制了被害人的反抗时,当然能够承认这是一种强迫行为,因为这时被害人的因素已成为判断材料之一。综上,在判断强迫手段的压制程度时,原则上应以客观说为准。需要特别指出的是,行为人的特殊认知内容其实并不是主观恣意对客观判断的渗透,而只是客观判断的材料之一,因此,当行为人存在特殊认知时,应当将其纳入强制程度判断的考量之中。

(二) 以不作为威胁实现强迫劳动罪的认定

所谓不作为的威胁,是指行为人通过不作为威胁的方式,实现对被害人的压制。详言之,倘若行为人完成某行为,则被害人的处境将变得更好;反之,倘若行为人不为该行为,则被害人的处境将向负面方向发展,行为人就是借此来威胁被害人,使其做自己所欲之事。比如,警察威胁已获得取保候审资格的被害人,若其不为自己做家务,那么就不给她办理取保候审手续。根据德国刑法学教授亨吉尔(Rengier)的总结,以不作为威胁实现构成要件的情况可分为三种:第一,行为人以不为法律要求的行为相威胁。亦即,行为人有义务为法律要求的相应行为,但却以不为该行为相威胁,从而强迫被害人做自己所欲之事。比如,警察有义务抓捕犯罪者,但其却跟被害人说,如果不为其洗衣做饭,就不去实行抓捕。第二,行为人以不为法律允许的行为相威胁。换言之,行为人本没有做某种事的义务,但是如果做的话,将使被害人的境况好转。比如,学生甲为了申请某个岗位,需要一封知名教授乙的推荐信,而且也只有乙的推荐信才能起到作用,但是乙教授却威胁说,只有甲帮他完成课题,他才给甲写推荐信。在此,乙教授本没有给甲写推荐信的义务,但却可以通过写推荐信改善甲的境况,同时,乙教授写推荐信或者不写推荐信也都是为法律所允许的行为。第三,根据现状,行为人的不作为威胁并不会使被害人当前的利益丧失,倘若被害人拒绝,则不会发生任何不利之事。比如,出租车司机对还未上车的女乘客说,如果不帮他开车,那么就不会将她送到目的地。此时,如果乘客拒绝,最多只是不乘坐该出租车而已,她的境况并未因此变得更糟。^{〔80〕}

对第一种情况而言,应当认为,这种行为符合威胁的构成要件。这是因为,行为人有义务为某种行为而不为,这已经属于违法行为。此外,被害人也有要求行为人履行义务的权利;倘若行为人不作为,则会使被害人本应享有的权利落空,从而导致其自由受到限制。举例言之,法律赋予每个人要求警察侦破犯

〔79〕 林东茂:《刑法综览》(第8版),台湾一品文化出版社2016年版,刑法分则第137页。

〔80〕 Vgl. Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 18. Aufl., 2017, § 23. Rdn. 47ff.

罪、抓捕嫌疑人的权利,只有警察履行该义务,才能保证每个人的自由空间不受限缩;一旦警察拒绝履行该义务,那么每个人的自由将不受保障,在很多方面也就不再享有自由。同理,当行为人以不为有义务之事相威胁时,其实就是以侵犯被害人的权利相威胁,背后体现的是对自由的剥夺。因此,倘若以不为法律要求之事相威胁,从而强迫被害人劳动的,应当符合强迫劳动罪的构成要件。

第二种情况在德国理论上素有争议,于我国也有相当大的借鉴意义。详言之,

一部分司法判例与学者认为,只有当胁迫者有义务实施行为时,其以相应的不作为进行胁迫才能构成强制罪。因为若胁迫者原本就没有义务实施特定行为的话,被胁迫者也无权要求其实施该行为。此时胁迫者以不实施该行为相“胁迫”,无异于为被胁迫者提供了一种额外的选择可能性:被胁迫者可以选择遵从胁迫者的意志,从而让胁迫者实施自己本无权要求其实施的行为。这里的“胁迫”没有干涉被胁迫者的意志自由,反而是扩大了其选择的余地与自由空间。^{〔81〕}

与之相反,

较新的司法判例与另一部分学者则主张,只要行为人以不实施某种行为为内容的要挟足以驱使被害人遵从其意志,就应当构成胁迫。至于行为人是否有义务实施相应行为,则在所不问。因为究竟是以作为还是不作为相要挟,经常只是取决于行为人所采用的表述方式,二者间不应存在本质区别。^{〔82〕}

应当认为,后一种观点是妥当的。这是因为,威胁行为的认定,应当以被害人具体的选择自由是否被剥夺为准。即使不作为的威胁不受法律的禁止,也不能成为剥夺他人选择自由的手段。比如,行为人威胁盗窃者,倘若为其做家务,就不再向警察告发。此时,虽然报案合法,但是行为人依然构成强迫劳动罪,因为其行为无论如何都剥夺了盗窃者选择劳动或者选择不劳动的自由。在这里,盗窃者的自由空间与选择余地并没有扩大,虽然可能增加了不被警察抓捕这一选项,但是劳动选择的空间却相应缩小。在强迫劳动罪的判断中,不能以其他方面自由空间的增加来否定劳动选择空间的缩小。同理,以告官相威胁强迫犯罪者劳动的,也同样构成强迫劳动罪。不能认为,行为人因使被害人获得了逃脱抓捕的机会,就可以理所当然地限制其选择劳动与不劳动的自由。换言之,不得将不同领域中的自由问题混为一谈,在判断自由是否遭到剥夺时应当逐个

〔81〕 同前注〔63〕,第105页。

〔82〕 同前注〔63〕,第105页。

进行。

就第三种情况而言,应当否定此种威胁行为属于强迫,判断标准依然是行为有没有剥夺被害人的选择自由。仔细观察可以发现,如果被威胁者拒绝威胁者的要求而不会发生任何不利后果,那么就意味着被威胁者的选择自由并未遭到剥夺。比如在前文所举的出租车案中,即使女乘客拒绝出租车司机的开车要求,其选择到达目的地方式的自由也并未遭到剥夺。^{〔83〕}再比如,行为人甲威胁同学乙,如果乙不帮甲送包裹,那么就不给他拷贝他想得到的文献。此时,不能认为甲构成强迫劳动,因为他的威胁行为根本没有剥夺乙选择劳动与选择不劳动的自由。即使乙拒绝为甲送包裹,也不会丧失获得文献的自由,他完全可以通过其他途径达到这一目的。因此,对于第三种情况,行为人的行为不符合强迫劳动罪的构成要件。

(三) 监狱中罪犯的劳动:刑罚执行的特殊预防目的与比例原则的限制

“监狱劳动,既是徒刑的内容,也是和服刑人的改造自新以及顺利重返社会所必要的改造指导、课程指导并列的矫正处遇的重要一环。”^{〔84〕}我国《刑法》第46条规定:“凡有劳动能力的,都应当参加劳动,接受教育和改造。”《监狱法》第69条规定:“有劳动能力的罪犯,必须参加劳动。”第70条规定:“监狱根据罪犯的个人情况,合理组织劳动,使其矫正恶习,养成劳动习惯,学会生产技能,并为释放后就业创造条件。”另外,《监狱法》第71条至第73条还规定了罪犯从事监狱劳动的权益。从以上各条中,可以总结出以下几点:第一,劳动是监狱中罪犯的义务;第二,监狱劳动的目的是矫正罪犯,实现特殊预防;第三,罪犯劳动时的利益受到国家相关规定的保护。倘若仔细观察,即可发现罪犯的劳动与自由人的劳动主要有两点不同:其一,自由人有选择劳动还是选择不劳动的自由,而罪犯除特殊情况外,必须参加劳动,没有选择不劳动的自由;其二,自由人劳动的目的是换取生活资料,实现自我价值,但罪犯劳动的目的并不是换取生活资料,而是实现自我矫正。^{〔85〕}详言之,自由人遭到强迫劳动的本质是选择劳动还是选择不劳动的自由受到了剥夺,但由于劳动本就是罪犯的义务,因此罪犯自始就没有选择劳动还是选择不劳动的自由,而只能根据命令进行特定生产劳动。

如此一来,监狱劳动就与强迫劳动并无差别,前者其实就是公权力实行的强制劳动,然而为何强迫劳动罪在此却不适用于监狱中的监管者?一言以蔽之,就是由于正当化事由的存在。“在各种特定条件下允许犯罪的构成要件实现的诸个规范,则是正当化事由。正当化事由规定了(例外地)容许符合构成要

〔83〕 当然,倘若出租车司机将女乘客载至荒郊野岭处再提出要求,此时由于女乘客已经没有选择其他交通工具的自由,因此应当认定出租车司机的行为构成强迫。

〔84〕 大谷实:《刑事政策学》(新版),黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第244页。

〔85〕 有关监狱劳动的目的的各种学说,参见同前注〔84〕,第244—245页。

件的举止的各种情形。”^{〔86〕}这里的正当化事由就是法令行为。“这是基于法秩序一致性而来的阻却违法事由,如果其他法令已经容许了某个行为,在制裁最为严厉的刑法,也应将其评价为合法的行为。”^{〔87〕}在监狱中,监狱管理者代表国家看管与矫正罪犯,背靠公权力依法执行各种监狱事务,监狱法则是强迫罪犯劳动的主要法源。如果监狱管理者滥用或者逾越了法律,那么就有可能构成强迫劳动罪,因为此时的执行者已经丧失了要求罪犯劳动的法律基础。以德国为例,德国《基本法》第12条第3项规定:“强制劳动仅于法院命令剥夺自由时,始得准许。”据此,“任何其他形态的劳动,无论本身就是刑罚或是以刑罚为基础,就很难依据宪法的文义加以正当化。因为,《基本法》第12条第3项也只提到‘剥夺自由’时始许可强制工作。依一般法学见解,设施外的劳动根本上就不是剥夺自由,至多是‘限制自由’”。^{〔88〕}虽然在德国亦有观点认为,应当对《基本法》第12条第3项作目的解释,即“在限制自由的劳动正好能避免受判决人入狱时,不剥夺自由的劳动刑罚,‘更是’被宪法所准许”^{〔89〕},但必须承认的是,无论如何理解《基本法》第12条第3项,都不得无视该规定而径行强迫犯罪者劳动。

在具体执行监狱法关于劳动的规定时,与其他法令行为相同,执行者必须受到特殊预防目的与比例原则的双重限制,如若不然,将有构成强迫劳动罪的可能,因为突破法令限制的行为并不具有合法性基础,也就不能作为违法阻却事由使执行者出罪。

第一,监狱管理者强制罪犯履行劳动义务的目的必须是为了矫正罪犯,从而实现特殊预防,使之重返社会时能够有一技之长。^{〔90〕}我国古代的刑罚中虽然也有劳动的内容,如秦汉时的城旦舂,受刑者“昼日伺寇虏,夜幕筑长城”^{〔91〕},但是这种劳动即是刑罚的制度其实并不包含矫正的内容,只是为惩罚而惩罚。晚近以来,在德国刑法学家李斯特的倡导下,目的刑思想进入了刑罚制度的视野^{〔92〕},至今已成为现代刑事法治社会的标志之一。^{〔93〕}目的刑又分为一般预防

〔86〕 乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第152页。

〔87〕 林钰雄:《新刑法总则》(第5版),台湾元照出版公司2016年版,第275页。

〔88〕 Kerner:《德国刑事追诉与制裁》,许泽天、薛智仁译,台湾元照出版公司2008年版,第87页。

〔89〕 同前注〔88〕,第87页。

〔90〕 参见鲁辛·摩林主编:《论监狱教育》,李引、徐学渠译,黑龙江教育出版社1990年版,第37页。

〔91〕 (清)沈家本:《历代刑法考》,邓经元、骈宇騫点校,中华书局1985年版,第289页。

〔92〕 参见李斯特:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版,第1—41页。

〔93〕 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第44页。

与特殊预防,劳动矫正即属于后者,因为“囚犯参与劳动的本身并非是为了目的。它应该是为囚犯一旦重获自由之后的生活作这种准备……不应把囚犯参与劳动作为惩罚,或者是为了降低监狱开支费用;应该视囚犯参与劳动是他们重返社会的一种因素”。^{〔94〕}可见,监狱劳动的正当化根据应在于实现对罪犯的特殊预防,使之未来能够更好地回归社会,我国《监狱法》第70条的思想即来源于此。相反,如果监狱劳动的目的不是特殊预防,而是为了经济收益、折磨罪犯或为管理者“做私活”,那么就不仅背离了矫正目的,而且也会违反实证法的规定。

第二,监狱劳动应符合比例原则,手段不得超出特殊预防的目的。既然监狱劳动的正当化来源是法令行为,行使的是国家的公权力,那就应当符合公法中的比例原则。所谓比例原则,是指在公权力行为的手段与目的之间,应存在一定的比例关系,在达到目的的所有手段中,应选择最缓和的手段,并以侵犯权利最小的方式为之。^{〔95〕}比例原则又可分为三个子原则,即适当性、必要性与均衡性。^{〔96〕}所谓适当性,是指手段的选择必须能实现欲达到的目的。比如在挪威,“许多监狱,特别是老旧的监狱,给予囚犯的工作大多毫无意义,如将广告传单装入信封,或是折叠烟草盒子”。^{〔97〕}这样的劳动除纯粹消耗罪犯的精力外,根本无法矫正罪犯,故不符合适当性原则。所谓必要性原则,是指权力的行使以达到目的为限,不得过分侵犯执行对象的权利。比如,由于每个罪犯的情况千差万别,不可一概而论,因此根据矫正的个别化原则^{〔98〕},应当针对每个罪犯的具体情况,分别制定最妥当的矫正方式。^{〔99〕}只有在个别化的前提下,才能真正符合必要性原则,因为必要性原则是在每一次个别的权力行使中发挥作用的。所谓均衡性原则,是指公权力行使时所产生的侵害,不得超过欲达到的目的的价值。比如,就罪犯甲的情况而言,每日劳动6小时即为已足,但执行者却想“揠苗助长”,强行让甲每日劳动10小时,终致甲积劳成疾,久治不愈。此时,监狱劳动的手段与目的就产生了不均衡。由此可见,倘若监狱劳动的手段违背了比例原则,那么执行者就将丧失执行法令行为出罪的合法性基础,从而有可能构成强迫劳动罪。

〔94〕 汉斯·约阿希姆·施奈德:《犯罪学》,吴鑫涛、马君玉译,中国人民公安大学出版社1990年版,第911页。

〔95〕 参见陈新民:《行政法学总论》(修订7版),2000年自版,第81页。

〔96〕 同前注〔95〕,第82页。

〔97〕 托马斯·马蒂森:《受审判的监狱》,胡菀如译,北京大学出版社2014年版,第25页。

〔98〕 犯罪教育的不同形式,参见郭明:《中国监狱学史纲》,中国方正出版社2005年版,第277页。

〔99〕 参见川出敏裕、金光旭:《刑事政策》,钱叶六等译,中国政法大学出版社2016年版,第131页。

五、结语

在汗牛充栋的刑法文献里,强迫劳动罪的地位或许微乎其微,就算在德国,该罪在司法实践中也只是扮演着边缘角色,起的更多是象征作用^{〔100〕},但这一微小的罪名所牵涉的刑法学问题,甚至法哲学问题,却纷繁复杂。仅拿法益来说,所谓劳动自由或劳动权,与其说是一个刑法问题,不如说是一个宪法问题、劳动法问题、国际法问题,甚至是一个法哲学问题。从司法实践以观,或许在大数据上,强迫劳动的判决相较于盗窃、诈骗等可谓少之又少,但若将目光聚焦于活生生的个体,是否那些以强迫劳动罪起诉的被告就那么不值一顾?据中国裁判文书网的数据显示,从2005年1月到2018年11月,有关强迫劳动罪的一审案件共有139起^{〔101〕},由于共同犯罪,涉案者更是不止139人,裁判标准哪怕稍加变动,出入罪者就会随之不同。

当务之急是强迫劳动罪法益的确定和实行行为的认定。在法益的重构过程中,采纳以康德权利理论为哲学根基的劳动自由说,可以为劳动权寻得坚实的实质法基础,又可以使之在司法适用中发挥刑法理论应有的功用。由于劳动自由说对法益的重构,可以当然推出,唯有完全剥夺被害人选择劳动还是选择不劳动的自由的行为,才是强迫劳动罪的实行行为,亦即,只有压制说才是本罪实行行为的归宿,从而满足法治国家刑法的诉求。缓和说的价值基础在于防卫社会,而非人权保障,因此在以预防为目的的《治安管理处罚法》或《劳动法》的相关规定中,可以得到提倡。在实践层面上,在判断强迫行为是否压制被害人反抗时,应以客观说为准,但应注意的是,行为人的特别认知也是客观说的判断材料之一。在判断不作为威胁是否符合强迫的构成要件时,应当分情况进行处理,根本标准依然在于,行为有没有剥夺被威胁者选择的自由。在监狱劳动中,罪犯的劳动义务本身就是公权力实行的一种强迫劳动,之所以执行者不为罪,是因为作为违法阻却事由的法令行为的存在。然而,倘若执行者在执行法令的过程中,偏离了监狱劳动的特殊预防目的或者违反了公法的比例原则,那么就会丧失执行法令行为的合法性基础,从而将会构成强迫劳动罪。

(审校编辑 邵博文)

〔100〕 Vgl. Renzikowski, (Fn. 58), § 232b Rn. 6.

〔101〕 全文检索:强迫劳动罪, <http://wenshu.court.gov.cn>, 最后访问日期:2018年11月7日。