

[优秀论文]：试论刑法视野中的欠薪逃避罪 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__5B_E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_c122_485014.htm

“农民工”最初是指进入城镇企业的农民，后来主要指众多的从农村外出就业、进城市务工的人员。农民工进城务工能够促进城乡经济双向发展。但是，由于行业违规操作，监督不力，法律法规不够完善，农民工自身权利意识不强等原因，侵犯农民工问题层出不穷。其中，以欠薪问题最为突出。拖欠民工薪金现象引起了部分学者的关注，他们举行了讨论并就是否纳入刑法的调整范围展开了激烈的争论。概括起来，有三派主张。一派是否定派，认为将欠薪逃避行为规定为犯罪是小题大做，是将民事行为刑事化，不具有实际的可操作性，会引起内部结构的不协调和紊乱。一派是赞成派，该派秉持着正义、良知和强烈的防患于未然的责任心，以和谐稳定、同情弱者，维护人权为基调，大力倡导将欠薪逃避行为纳入刑法的调整范围之内。一派是中间派，主张将欠薪逃避行为规定为犯罪，但是要严格其适用条件，要谨慎，“摸着石头过河”。笔者认为，我国刑法设立欠薪逃避罪，是大势所趋，宜早不宜迟。

一、欠薪逃避罪难以进入刑法视野的原因

1. 惯性化的行政推动和处理思维模式。对拖欠民工薪金问题，各级政府都成立了专项整治小组，可谓是搞得轰轰烈烈，有声有色。可是，实践中，刚清偿完旧账，又欠新账，甚至是以新还旧，拖欠农民工薪金现象成了一个久治不愈的顽疾，让人有一丝刚下眉头，又上心头的困惑和苦恼。行政化整治和专项清理活动并未达到“标本”兼治的效果。因为行政机关是一种

多种利益的代表体，特别是对强势利益的代表更为明显，行政手段和自由裁量权的运用，弹性太大，干扰力量太强，实践中很难达到震慑效果。

2. 对弱势群体关注力度不够。农民工，是社会主义事业的建设者，在工业文明和城市化建设中，一幢幢钢筋大厦的建立，都洒下了农民工辛勤劳作的汗水，农民工每年的收入也仅仅是够维持其基本的生存状态。试想，立法机关里，有几个是农民工出身的？警察遭人袭击，有人提出袭警罪。但是，作为弱势群体的农民工，又有几人提出了欠薪逃避罪和农民工权益保护法呢？胡锦涛总书记说过，群众利益无小事。情为民所系，权为民所用，利为民所谋。我们的立法机构和学者应该积极起来，将立法的视野和焦点转移到农民工权益保护上来。

3. 利益群体的怠慢和思想意识的不统一是造成农民工问题久治不愈的一个重要原因。拖欠农民工工资问题，牵涉面太大，将政府部门、开发商、承包商、层层分包商等牵涉在内。因此，立法的推动力量相对而言比较单薄。在需不需要用刑法手段来打击欠薪逃避的行为上，人们的思想意识尚未统一。许多人认为这只是一个民事行为，用不着小题大做。况且，治理拖欠、克扣、卷逃工程款的行为，是一个综合治理的过程。还有人认为刑法将其纳入到犯罪中，就要相应的制定和修改其它法律，立法成本太高，实践中不具有可操作性。

4. 立法意识和技术上的弊端，我国的立法常常具有滞后性，前瞻性立法并不多见，实践中，都是发生了严重的社会后果，或有强势力量的推动方才考虑立法，尚未见一部有着理性、正义、力求完美的与实践紧密结合的法律出世。农民工问题，特别是欠薪问题，常常引起集体上访和群体闹事，引发局部地区的动

荡和不稳定。因此，学界和政府力量应该积极推动，努力促成。

二、设立欠薪逃避罪的必要性

1. 是建立和谐社会的需要。社会和谐稳定，大同自然是一种理想化的境界和政治架构。中国封建社会占主导地位的儒家文化，强调“礼”，就是要构建一个人人各安其分，各尽其责的和谐社会。儒教三经中之《中庸》第一章中讲到：喜怒哀乐之未发，谓之中；发而皆中节，谓之和；中也者，天下之本地；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。从这里，我们知道，中极，是普天之下的最大根本。和谐，是普天之下的通达之道。现在，中共第四代领导人所提倡的和谐社会，要求人与自然环境之间的和谐，更重要的是人与人之间的和谐。它是一种多种价值观、多种利益的融合，是一种多层次、宽领域、多角度的政治和社会构架。在这种架构中，要照顾方方面面的利益，平衡和整合各方面的关系，从而让最大多数人安享最大化的幸福。和谐社会崇尚德治。依靠道德、良知理性、公序良俗来感化人们。但是，当某一问题非常严重，危及社会和谐乃至政府基础时，国家会毫不犹豫地去启动刑罚权，以求恢复、平衡和安稳社会秩序。因此，刑法是社会和谐的最低保障。在现实社会中，农民工作为一种优势人数群体，却有着一种不对称的权利弱势地位。拖欠民工薪金现象有着严重的社会危害性。每到年终岁末，望着家人一双双渴求的眼睛，讨薪无望的农民兄弟，在愤怒之余，除以伤害自己身体、自杀等方式相威胁以外，甚至采取极端的非法手段来解决问题。如聚众堵塞交通；毁坏雇佣方厂房、设备；抢劫、绑架包工头等类似案件时有发生，有的甚至大规模的集体上访和群体闹事，这些都严重影响了我国安定团结的政

治格局，值得我们高度重视。2. 是尊重和保障人权的需要。人权就是人作为人应当享有的权利。人权理论源于17-18世纪启蒙学者所提出的“天赋人权”“自然权利”和“社会契约”理论，认为人拥有与生俱来的根乎于人性的固有权利。人权的核心价值是优先权利和人性权利，是在自然状态下的伦理化的人性体现，主张人人生而平等。它以上帝般的仁爱之心传递着人文化的终极关怀。在此时，阶级、种族、政治待遇、经济状况及是否犯罪等社会化烙印被尽悉褪去，还人一个自然状态下的伸展和发展空间。尊重和保障人权是国际化潮流，是一种不可逆转的趋势。马克思主义的人权观与西方人权观在理论基础上有根本分歧，但马克思主义并不否定人权，而是旗帜鲜明地高举人权大旗，中共十五、十六大报告中明确指出“尊重和保障人权”，并将其写入宪法修正案中。当前，对人权的侵犯主要来自于强大的公权力，因此，如何遏制日益膨胀的行政权力，建立“有限政府”，保护个体权利是人权保护中的重中之重。党和国家领导人高度重视农民工问题。但是，立法者却未将其纳入刑法视野，这不能不说是一种遗憾和中国法治建设的悲哀！国际人权标准中有一些硬的指标，其中就包括对弱者权利的保护上，如果不重视对农民工的权利保护，就容易为西方国家攻击中国人权状况落下口实。3. 欠薪逃避行为有着严重的社会危害性，应纳入刑法的调整范围。是否由刑法来调整，是否规定为犯罪，必须同时满足三个条件：即刑法明确规定性，严重的社会危害性和应受刑罚处罚性。对于立法者来说，主要应当考察有否严重的社会危害性。而严重的社会危害性的构成标准，主要在于其侵犯客体的重要性，拖欠数额的巨大性，及主观

恶意程度，情节恶劣及危害结果等方面来综合考虑。农民工主要在饮食、旅馆、建筑业打工，因此，从侵犯的客体来说，是一种特殊群体的财产权和市场经济秩序。其侵犯的客体是双重的。从拖欠的数额来看，由于农民工在经济上的弱势地位，其侵犯数额的标准应以该标准在农民工的生活支出中的比重作为衡量标准，因此，起刑点数额不应太高。从主观方面来说，应该是故意，过失不构成犯罪。从犯罪情节来看，一般构成该罪的情节都比较严重，故意克扣甚至卷款而逃。从危害结果上来看，往往造成比较大的物质和精神损害。综上所述，欠薪逃避罪有严重的社会危害性，应该纳入刑法的调整范围。

4. 设立欠薪逃避罪符合立法目的，具有实践上的可操作性。有些学者认为，欠薪行为是民事案件，把欠薪逃避行为上升到刑事案件是小题大做，实践操作起来很困难。况且，欠薪原因很复杂，把欠薪逃避行为规定为犯罪涉及到相关类似行为的协调和整改问题，动作不好会引起内部紊乱和失衡。笔者认为，法律的立、改、废应该因时而变，顺势而动。刑法的立法目的，最主要考虑的就是合理适当地分配权利与义务，保护法益，遏制和消除社会危害性。这个大目的定好了，其次才会深入考虑立法技术问题和内部逻辑结构的协调和一致的问题。立法技术上的繁琐和改动成本的问题，不应成为不立法的理由。毕竟而言，数以亿计的农民工朋友的权益和法益才是最为重要的。再者，设立欠薪逃避罪具有实践上具有可操作性，这主要体现在以下几个方面，

（一）可以明确和相对固定其适用范围。并不是所有欠薪的民事案件都可以适用欠薪逃避罪处理，只有那些达到起刑点的恶意逃薪行为，情节严重的方可以适用刑法处理。（二）

依据情节和危害结果，采用量刑档次主义，层次规定，（三）明确规定罪与非罪的界限，对于未达到犯罪但违法的案件，依据行政处罚法，劳动合同法等其它法律进行处理，（四）制定修改配套法律法规，以求内部和谐统一，从而达到从源头上赌住欠薪现象，具体来说，操作难度并不大，主要制定和修改以下几部法律，a.制定劳动合同法。针对有些农民工权利意识不强，不主动要求签订劳动合同，欠薪后处理起来难度大的情况，应制定一部《劳动合同法》，规定雇佣农民工必须签订书面的雇佣合同。合同中应明确规定报酬、支付方式、双方的权利、义务及违法责任承担等。b.修改建筑法，规定实行工资储备金制度。新开工的建设工程应按造价的3%-5%向建委交纳工资储备金，不交纳的建设委员会不予发放工程施工许可证，规定承包商与开发商实行连带责任，实行工程项目和审批联动条款，c.规定工资支付条例。一般的，最多半年支付一次，小型工程和特别困难的农民工，可要求每月或每周支付一次，d.修改地方立法，实行执法保障，建立失信企业个人，“黑名单”制度。建立被执行人财产奖励举报制度，将对农民工的关注作为官员考核的一个综合性的指标。

5. 不能被其它罪所包含，有单独成立该罪的需要。一些学者认为，欠薪逃避罪可以依据情况分别定诈骗罪、职务侵占罪，没有单独规定欠薪逃避罪的必要，这种认识是不科学的。诚然，欠薪逃避罪与诈骗罪、职务侵占罪有许多相似相同的地方，但是两者之间又有很大的区别。欠薪逃避罪与诈骗罪、职务侵占罪都是以非法占有为目的，三者犯罪主体、行为方式上有相同的地方，但是三者又有明显的区别。首先，欠薪逃避罪与诈骗罪的区别表现在：a.前者可

以由单位构成；而后者只能是自然人构成。b.前者的客体是农民工的财产权利和市场经济秩序，而后者的客体只是财产权。c.从客观方面来看，前者不仅仅采用虚构事实、隐瞒真相的方法进行，还可以秘密窃取、行政处罚质变等，d.犯罪对象上看，前者是农民工的薪金，是特定的，而后者是不特定人的财物等，e.前者是结果犯，情节犯或行政处罚质变犯，而后者只能是结果犯或数额犯，欠薪逃避罪与职务侵占罪的区别在于：前者的犯罪主体包括个人，而后者的犯罪主体是非国有的企、事业单位。b.前者可以由单位构成，而后者不构成单位犯罪。c.两者在犯罪客体，犯罪对象和犯罪客观方面都有区别。

三、关于设立欠薪逃避罪的刑罚构想（一）、欠薪逃避罪的定义和特征

欠薪逃避罪就是以非法占有为目的，以拖欠不还、克扣和卷逃等方式使农民工丧失其薪金，数额较大或情节严重的行为；或者是正常欠薪后给予一定催告期仍不支付的行为或者说一年内因连续欠薪被行政机关三次处罚的行为。单位构成该罪的，实行双罚制。欠薪逃避罪有以下几点特征：

1. 犯罪主体：年满16周岁具有刑事责任能力的自然人和法人单位。
2. 犯罪主观方面：是直接故意，并且以非法占有为目的。
3. 犯罪客观方面：第一种情况是拖欠不还、克扣和卷逃方式，第二种情况是正常欠薪给予一定催告期仍不支付，第三种是一年内三次连续欠薪被行政机关处罚的行为。
4. 客体上：是双重客体，既侵犯农民工的财产权，又侵犯社会主义市场经济秩序。

（二）、理论上值得探讨的几个问题：

1. 主观方面应不应该包括间接故意？间接故意是明知危害结果可能发生，并且放任其发生的主观心态，间接故意的主观恶性比直接故意小。因此，其为结果

犯，由于农民工与雇佣方双方存在着合同关系或雇佣关系，因此，基本上靠出卖劳动力为生的农民工在讨薪上是积极的，主动的。雇佣方不可能是放任的主观心态，其要欠薪逃避，应该是积极的、主动追求的，其故意心态只能是直接故意，我国司法实践在推定主观心态时，是结合客观来推定主观。从欠薪逃避罪的客观方面来说，拖欠不还、克扣、卷逃本身就表明了积极追求的心态，给予催告期仍拒不给予的和行政处罚质变的都表明了主动追求的心态。

2. 该罪构不构成单位犯罪？是采用单罚制还是双罚制？算不算共同犯罪？区不区分主从犯？是否构成单位犯罪，必须同时满足以下几个要件：第一，法定性。并不是任何犯罪都能够构成单位犯罪的，必须由法律的规定为单位犯罪的方可构成。一般在侵犯财产罪一章中，很少有单位构成犯罪的。但是，考虑到欠薪逃避罪中侵犯权益的特殊性和保护主体的弱势性，可以明确规定为单位犯罪，第二，为了单位的利益，一般来说，是为了单位的利益，如果不是为了单位的利益，而是为了少数人和极少数人的利益这时，不构成单位犯罪，第三，以单位的名义。第四，由单位领导人集体研究决定。对于欠薪逃避罪，构成单位犯罪后，是采用单罚制还是双罚制呢？笔者认为，应采用双罚制为宜，因为双罚制的处罚力度更强些，除了处罚直接责任人员和主管人员外，对单位判处罚金。至于对多个责任人员判处刑罚时算不算共同犯罪？区不区分主从犯问题？一般认为构成共同犯罪，但不用区分主从犯。但由于欠薪逃避罪的特殊性，笔者认为，规定主、从犯可起到打击要骨干，同时分化，瓦解犯罪团伙的作用。

3. 为实施其它犯罪而实行欠薪逃避行为的，是按牵连犯择一重罪处断还

是实行数罪并罚？牵连犯的处断原则比较特殊，有择一重罪处罚、加重处罚和实行数罪并罪。一般实行数罪并罚的都是在法律分则中明确规定的。主要考虑的是保护权益的重要性和处罚力度的厚重性。农民工权益是一种重要权益。因此，刑法应明确规定，为实施其它犯罪而实施欠薪逃避行为的，按数罪并罚处理。

4. 是设立一个口袋罪还是分解为几个具体罪名？量刑上是统一模式还是具体档次区分模式？将欠薪逃避罪分解为几个小罪名，明确具体，便于操作，但是却极不现实。因为立法上的事例基础和经验积累上都较为薄弱，规定起来与现实脱节，改动起来难度较大。因此，成熟国家在新法刚立时基本上是采纳概括模式和弹性模式。比如说流氓罪，经过18年的经验积累后才于1997年被分解为寻衅滋事罪，聚众斗殴罪、强制猥亵、侮辱妇女罪，在量刑档次上，可以区分为以下几点：a.犯欠薪逃避罪，处2年以下有期徒刑、管制、拘役或单处罚金，情节严重或数额巨大的，处2年以上10年以下有期徒刑，数额特别巨大或者造成严重的后果时，处10年以上有期徒刑、无期徒刑。为实施其它犯罪而实行欠薪逃避的，按数罪并罚原则处理。

5. 对共同犯罪中停止形态的认定问题。犯罪的预备、未遂、中止、既遂等停止形态，只能存在于直接故意之中，对于共同犯罪停止形态的认定上，尤显复杂，笔者认为，对于简单共同犯罪，比较好区分，实行一人完成停止形态，及于其它共同犯罪人的原则。而对于复杂的共同犯罪，则要区分组织犯、实行犯和从犯、胁从犯的情况。对于组织犯，由于在犯罪中起主要作用和决策作用，则组织犯的中止，要阻断和阻隔自己的原因力，要对实行犯和从犯、胁从犯进行阻止和防止危害结果的发生

，方成立中止。而未对别人的行为产生原因力和控制力的犯罪份子，一旦停止形态成立，则及于自身。自己本着“关怀、服务、卓越”的理念，在办理大量农民工维权案件中，深感国家刑事力量介入之必要性。故作以上论，以作抛砖引玉之效。愿以上见解，为国家刑罚权的启动尽到牵引和发动的绵薄之力。（作者：朱代恒，原野律师事务所。本文被评为第七届中国律师论坛优秀论文。）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com