

科研人员的刑法定位:从宪法教义学视域的思考

姜 涛*

内容提要 作为国家工作人员认定之实质标准的“公务”,是一个与公权力相关且体现行为的违法与责任程度的范畴。在宪法教义学视野下,权利与权力之间是互斥关系,解释者不能把公民行使宪法规定的基本权利的行为解释为犯罪,也不得将公民行使基本权利的行为界定为公权力。科研活动作为宪法规定的公民的基本权利,属于和公权力无关的范畴,公民使用科研经费即使与国家财产权的保护之间存在价值冲突,也不能因科研经费姓“公”而将科研人员的科研活动解释为从事公务,进而将科研人员认定为刑法意义上的国家工作人员。

关键词 科研人员 国家工作人员 公务 职务犯罪

一、面临的问题

贪污罪以行为人具有国家工作人员这一身份为主体要件,如果行为人不具有国家工作人员身份,则不能以贪污罪定罪处罚。但是,由于《刑法》第93条有关国家工作人员定义本身的不明确以及解释者在价值选择上的混乱,^①司法实践对国家工作人员的认定存在较大分歧,这在当前海峡两岸惩治科研人员贪污罪的判决中体现得最为明显。

2009年11月底,台湾地区彰化地检署以《贪污治罪条例》第5、6条起诉了中正大学林昭任教授,嘉义“地方法院”审理认为,被告林昭任作为中正大学化学工程系教授,属于授权公务员,依法应构成贪污罪。^②后台湾“高等法院”台南分院2010年度上诉字第459号刑事判决书同样认定,林昭任属“刑法”第10条第2项第2款后段之“授权公务员”。此案引起学界巨大震惊,理论界亦有学者认为科研人员非授权公务员。^③随后,台

* 南京师范大学法学院教授,中国法制现代化研究院研究员。本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)和国家社科基金重点项目“建设社会主义法治文化研究”(项目批准号:14AZD144)资助。

① 这就会导致司法的积极或消极,即法院在制度功能层面的激进或退缩,也可以是指法官在解释方法上的开放与封闭,还可以是指法官在实体价值立场上的保守与自由。

② 参见台湾“嘉义地方法院”2010年度诉字第430号刑事判决书。

③ 参见程明修:《授权公务员是如何被授权?——评最高法院100年度台上字第459号刑事判决对刑法公务员定义之谬误诠释》,载《台湾法学杂志》2012年第199期。

湾地区“最高法院”102年度(公元2013年)台上字第1448号判决没有延续100年度(公元2011年)台上字第459号判决的立场,转而采纳公立大学教授请领国科会经费办理采购事项之并非台湾地区“刑法”第10条所称“授权公务员”的见解,改变对林昭任定贪污罪判断,从而否定了科研人员属于刑法中的“公务员”的基本认定。

在我国大陆,违规使用科研经费的案件不断以贪污罪的有罪判决结案,比如,2013年3月19日,杭州市中级人民法院对陈英旭贪污科研经费案开庭审理。一审法院认为,陈英旭身为国有事业单位中从事公务的人员,利用国家科技重大专项苕溪课题总负责人的职务便利,采用编制虚假预算、虚假发票冲账、编制虚假账目等手段,将国家拨付的科研经费900余万元冲账套取,为己所控,其行为已构成贪污罪。2014年1月7日,杭州市中级人民法院做出一审判决,以贪污罪判处陈英旭有期徒刑10年,并处没收财产共计人民币20万元。^④此外,中国农业学院院士李宁贪污案^⑤、中国科学院地球深部重点实验室主任段振豪贪污案^⑥、山东大学刘兆平教授贪污案^⑦、北京航空航天大学数学与系统科学学院孟江涛贪污、挪用案^⑧等,也说明科研人员被以贪污罪追诉并不鲜见。据两会期间政协委员向媒体透露,北京市检察系统在2011年至2013年三年间,共办理与高校职务犯罪相关的案件38件,涉案人数共40人。其中科研经费使用出现问题的案件为14件共涉及17人,涉案金额总计达2000多万元。行为主体有教师和科研人员,其中不乏知名专家学者。涉及刑法中的罪名主要有贪污、挪用公款和受贿。^⑨这些案件之所以被定为贪污罪,乃以科研人员属于受委托从事公务的国家工作人员为前提。

两岸司法实践有关科研人员的不同定位,给当代中国刑法学提出了新问题:科研人员是否属于刑法意义上的国家工作人员?进而当代刑法教义学又应如何正确对待科研人员?不难看出,陈英旭案被认定为贪污罪的前提,是把科研人员界定为事业单位中从事公务的国家工作人员,相反,台湾地区“最高法院”102年度(公元2013年)台上字第1448号判决,则否定科研人员属于刑法意义上的授权公务员。这种不同处理的背后涉及的是:国家工作人员的认定标准是什么?遗憾的是,法学界对国家工作人员的认定标准虽有研究,但基本上是从刑法视域进行思考,并无立足于宪法学视域关注国家工作人员认定的宪法根据,这就不能对国家工作人员的认定依据作出体系解释,从而导致刑法对科研人员的认定偏误。

立足于宪法教义学视域,宪法中公民的基本权利,作为客观的法秩序的重要部分,为刑法教义学提供前在的价值判断与规范边界,公民的基本权利对刑法中国家工作人员的身份认定具有制约意义。为解决刑法教义学自身有关科研人员认定的偏误,我们

④ 参见陈英旭贪污罪一审刑事判决书,(2013)浙杭刑初字第36号。

⑤ 参见潘珊珊:《农大教授李宁被停止院士资格》,载《京华时报》2015年1月18日。

⑥ 参见田享华:《候选院士段振豪涉嫌贪污被刑拘社会争议科研经费可见度》,载《第一财经日报》2011年7月22日。

⑦ 参见徐鹏:《山东大学一主任贪污科研经费获刑》,载《法制日报》2015年6月11日。

⑧ 参见张媛:《北航主任贪污挪用260万科研费炒期货获刑10年》,载《新京报》2013年7月1日。

⑨ 参见韩娜:《80后科研人员犯罪率上升》,载《北京晨报》2014年3月8日。

需要立足于法秩序的一致性,打通宪法学与刑法学的“任督二脉”,为刑法中的体系解释注入宪法规范基因,即把宪法上有关公民的基本权利的规定,纳入到刑法有关入罪解释的标准之中,重视宪法规范对主体身份认定的制约意义,凝练刑法对待科研人员的基本理性。立基于此,科研人员在解释论上并不属于国家工作人员,司法实践对侵占科研经费的案件以贪污罪处理是不合理的。为把上述观点说清楚,本文划分为逻辑相关的四个部分:(1)“公务”作为国家工作人员认定的实质标准,是一个与国家公权力相关的范畴。(2)在宪法教义学视域下,国家公权力与基本权利是一种互斥关系,刑法解释不可以把公民行使基本权利的行为解释为行使国家公权力的行为。(3)科研人员从事的科研活动虽有科研合同之私法约束,但整体上仍属于科研自由的范畴,属于和国家公权力无关的领域,并非从事公务。(4)当刑法在面临科研自由与公共财产权保护之价值冲突时,应当尊重科研自由,正视科研规律及我国科研体制目前所存在的严重问题,绝不可以把公共财产权的保护凌驾于科研自由之上。

二、作为国家工作人员认定标准的“公务”

科研人员是否构成贪污罪,涉及一个前提性问题:判定国家工作人员的基本标准是什么,并需依据这种判断标准来判断科研人员所从事科研活动的性质。

(一)刑法有关国家工作人员的规定及其实质标准

我国《刑法》第93条规定:“本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其它依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。”这是一个集合定义:首先以例示性的规定定义国家工作人员——“国家机关中从事公务的人员”以及准国家工作人员——“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员”和“国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员”,然后,又以兜底条款“其它依照法律从事公务的人员”定义准国家工作人员的其他类型。

立足于我国《刑法》第93条的规定不难看出,国家工作人员作为一种法定身份犯,本质上乃是从事公务,着重于行为人的职务行为是否为公务而定,至于是否有取得行政法上之国家工作人员资格、职位等则非所问。即使不具有国家工作人员身份,但从事公务的也属于国家工作人员。相反,具有国家工作人员身份,但从事的是机械性的或肉体性的劳务,则不属于国家工作人员。关键是如何理解“公务”,这是一个理论与实践难题。如果刑事立法有关国家工作人员的认定标准上存在模糊、抽象问题,而刑法解释理论也无结合国家工作人员犯罪的本质合理诠释这种定义,那么国家工作人员定义在具体适用上经常会造成不合理现象:在一个刑法不想谦抑、规范目的也没有明确法理支撑

的情况下,立法上充满混沌的定义,就可能会导致实践中国家工作人员范围扩张^⑩。

(二)“公务”的法教义学界定

当我们在认定刑法中的国家工作人员时,应把是否行使公权力作为公务界定的实质标准,从事公务的本质是享有或执行公权力,这种公权力是由国家机关或其他法定的公共机构或公共团体组织或者安排的,具有裁量性、判断性、决定性,且关系到多数人或不定人的利益的权力。公权力具有三个特征:一是关系到多数人或不定人的利益,仅与特定个别人或少数人相关的私经济行为并非公权力;二是具有裁量性、判断性、决定性,单纯的机械性、体力性的活动不是公权力;三是由国家机关或其他法定的公共机构或公共团体组织安排。显然,公民自发从事的抢险、救灾等公益性活动不属于公权力。行为人如果没有执行公权力,则不会侵犯到国家法益,则不是刑法意义上的国家工作人员。上述对公务的界定不仅是立足个罪所保护的法益进行的判断,而且也是由职务犯罪的违法与责任程度所决定,同时,也与国家对职务犯罪实行的加重刑事政策有关。

1. 符合刑法惩罚职务犯罪所保护的法益

回归刑法对于国家工作人员犯罪加重处罚之立法目的,学说不外乎是由保护国家利益、公务员忠诚关系、政府的威信与政府的统治机能、国家内部秩序、国家工作人员执行职务的廉洁与公正、人民的合法权益与对国家之信赖等方面探讨,概因国家工作人员代表的是国家实行公权力,与一般侵害人民生命、身体、财产等犯罪及其它损害国家、社会法益之犯罪存有特别的身份关系,国家工作人员若不具有国家赋予的特别权力,依法执行具有国家任务之公共事务,侵害的将不是前述法益,而与一般人民犯罪既无差别,当然亦无须以加重的刑事责任相绳。同时,国家工作人员掌握公权力,执行国家任务,这就会形成社会大众与国家之间的特别期待或信赖关系,民众会期待国家工作人员忠诚、廉洁、敬业、公正、效能,如若国家工作人员怠于促进国家任务立完成或以权谋私,就会出现国家信任危机。这是非国家工作人员犯罪所不具有的特征,也是对国家工作人员实施的职务犯罪科以较高罪责的内在根据。由此决定,作为国家工作人员的实质要素所要描述的是:受到国家功能与权限托付的国家工作人员,且因而取得以在社会中取得特殊权力地位者,不应只是承担一般的功能,而是以行使公权力为内容,并且这种特殊权力,足以使大众对其具有较高的服从性、信赖性,因为“公民的权利让渡(部分的而非全部的)是公共权力的来源和基础,也是公共权力正当、有效实施的责任来源。”^⑪否则,根据社会的评价,就不足以认定该主体属于国家工作人员。由此决定,贪污、受贿等职务犯罪具有一个共通的本质,即是一种利用国家授予或委托的公权力实施的犯罪。

2. 符合职务犯罪的违法与责任程度

刑法惩治贪污贿赂犯罪保护的法益乃是公权力的规范运行及公务人员职务行为的

^⑩ 参见前引③,程明修文。

^⑪ 万俊人:《政治如何进入哲学》,载《中国社会科学》2008年第2期。

非私利性,公权力设定的目的乃是为了增进公共利益,这种权力来自于一般民众的让与。如果行使公权力的国家工作人员利用该权力为自己谋取非法利益,这就背离了公权力存在的价值,降低了国家机关的威信,因而具有了特殊的违法性。同时,刑法之所以对国家工作人员作为特殊犯罪主体加以规定,则是因为国家工作人员与非国家工作人员实施同样的犯罪在责任程度上有所差异,一般会在责任程度上认为,国家工作人员实施犯罪的责任程度,比非国家工作人员实施犯罪的责任程度要高。可见,刑法对这种特殊身份予以加重处罚的内在根据在于:一方面,国家工作人员是利用公权力实施犯罪,会严重降低国家机关的威信,它具有不同于一般犯罪的特殊违法性。另一方面,国家工作人员乃国家手足,代表国家履行公共事务,如其实施违法犯罪,则责任程度比一般民众高。其中,是否接受国家授权或委托行使公权力,则是判断的关键要素。

3. 符合职务犯罪加重处罚的刑事政策

当代国家之存在,无不以保障国民权利和提供国家服务为主要任务,由于国家工作人员承担国家任务,其职务履行与否、好坏,对公民权利的实现具有重大影响。为保障公民权利和维护社会公益,也基于国家工作人员职务犯罪有碍国家任务之实现,各国刑法均以加重处罚之刑事政策,以预防国家工作人员不忠诚或不廉洁执行职务行为。国家工作人员实施的贪污贿赂犯罪的法定刑重于非国家工作人员实施的职务犯罪,这是立法的常态,利用国家工作人员身份实施贪污贿赂犯罪,在刑法中往往设置了比非国家工作人员更重的法定刑;此外,刑法也把国家工作人员(限国家机关工作人员)身份作为刑罚加重处罚理由,比如,《刑法》第243条第1款规定了诬告陷害罪的构成要件后,随即以第2款规定:“国家机关工作人员犯本罪的,从重处罚。”以体现从严治吏的刑事政策。既然如此,我们就要从量刑刑事政策上思考,何种意义上的人员具有刑法加重处罚的刑事政策依据。职务犯罪的不法内涵不仅包括违背国家工作人员应恪守的义务,而且会伤害到一般民众对国家的信赖关系。立法对国家工作人员定义的原因在于它对犯罪构成判断、量刑能够发生本质性制约,需要明确国家工作人员犯罪的本质,即利用其享有的国家法律授予的公权力谋取私人利益,这才是公务的应有内涵。

问题的关键在于:如果一种行为属于公民基本权利的范畴,那么刑法能否将其评价为与国家公权力有关的公务,进而依此认定其为国家工作人员?如前所述,国内法院认定科研人员属于国家工作人员的基本依据是,科研人员的科研活动属于从事公务,这明显只关注科研经费的公共属性,而没有关注贪污等职务犯罪要求的“利用职位上的便利”所代表的国家公权力与公民的基本权利之间的关系。正基于此,本文立足于“宪法教义学视域下权利与权力之间的互斥关系”这一全新的理论建构,重新诠释刑法应如何面对科研人员。

三、宪法教义学视域下权利与权力之间的互斥关系

如何依据国家公权力与公民基本权利之间的互斥关系去判断国家工作人员之定义

标准,这是一个宪法教义学的基础命题,也构成了刑法如何定位科研人员的理论内核。

(一) 权利与权力之间的互斥关系:宪法教义学的拓展命题

“从事公务”作为国家工作人员认定的实质标准,是与国家公权力相关的范畴。在犯罪认定中,国家公权力与基本权利是一种互斥关系,如果一种行为属于公民行使基本权利的行为,则不能解释为行使国家公权力的行为,自然也不存在“从事公务”的问题。

1. 权利与权力的互斥关系

权利与权力之间的关系一直是刑法哲学的主题,也是宪法教义学的基础命题。从法治本身的要求来看,法治所解决的主要是运用法治思维和法治方式来处理国家公权力与公民私权利之间的关系。^⑫ 权力来自于权利的让予,以权利限制权力和以权力保障权利,就是这种关系处理中的重要方面,并在理论界基本上达成了共识。

然而,权利与权力之间的互斥关系至今并没有引起应有关注,有给予理论拓展的必要。从理论渊源上说,互斥关系是法律逻辑的基本范畴,在语句逻辑的范畴中,有择一的连结,择一关系要表达的意思是“非 A 即 B”,换句话说,若 A 为真,则 B 为假,两者并不具有同时为真或同时为假的可能性。互斥关系经常被运用在概念的二分上,正是受这种互斥关系的影响,我们在分析某一概念的内涵时,它在语义上必须和另一个概念互不相融,比如,刑法中的故意和过失、既遂与未遂,它们都属于排他性互斥关系。^⑬ 当一个行为人的行为是基于故意而完成的话,我们就不能又认定其行为属于过失。

其实,在宪法教义学的视野中,国家公权力与公民的基本权利之间也存在一种互斥关系,这种互斥关系具体体现有二:(1)属于公民的基本权利的范畴,则国家有义务采取积极措施去保障这种权利的实现,而不是动辄利用刑罚等国家公权力去限制公民的基本权利,也不能无视公民的基本权利,把性质上属于合法行使基本权利的行为解释为犯罪,也包括被认定为责任主体。(2)不可以把公民的基本权利与国家公权力混为一谈,如果一种行为属于公民的基本权利的范畴,则不能将其理解为属于国家公权力的范畴,这会影响到刑法教义学上“公务”的认定,进而会影响到贪污罪等的成立。

2. 权利与权力之间的互斥关系对犯罪认定的意义

宪法乃刑法的依据法,宪法有关公民基本权利的规定,构成了刑法意义上犯罪认定的基准。在犯罪认定问题上,权利与权力之间是互斥关系,基本权利既是对国家未来生活的形塑,也是对既有法整体价值秩序解释的基础,解释者决不可以把公民行使宪法基本权利的行为解释为犯罪,从而使法秩序犹如金字塔,上下井然有序。就此而言,刑法意义上个罪的法益评判需要纳入权利与权力之间互斥关系的衡量。而权利与权力之间的互斥关系,就是从宪法教义学上分析犯罪设定的内在根据是什么,并通过对刑法意义上的犯罪认定进行合目的性判断,把属于公民基本权利的行为排除在犯罪大门之外,以体现刑法的人权保障机能。毕竟现代刑法兼具人权保障与惩罚犯罪的双重功能,刑法

^⑫ 参见莫纪宏:《发挥地方法治建设积极作用》,载《人民日报》2013年11月25日。

^⑬ 参见蔡圣伟:《刑法问题研究》(二),元照出版公司2013年版,第30-33页。

不仅消极地约束国家刑罚权力,以履行国家保护公民的基本权利的公益义务,而且具有积极创设国家刑罚权力的功能,而产生过度干预公民的基本权利,从而抵牾宪法的问题。^⑭反过来,在犯罪认定中纳入宪法教义分析则有助于避免刑法过度扩张。

犯罪认定从刑法层面是一个不法、有责的判断问题,而从宪法层面则是一个国家公权力与公民的基本权利的关系处理命题。宪法教义学的任务在于明确权利与权力各自的边界,以免权力对权利形成过度限制,包括警惕过度扩张的犯罪化,因而对刑法教义分析具有补强作用。毕竟法教义学意义上的“法”乃是一国现行实在法体系,其非局限于某一特定部门法。如果我们将目光由刑法扩展至现行整体的实在法秩序,法教义学的解答方案会有不同。许多法律问题就必须脱出部门法教义学的范围,在整体的法教义学空间中才可能获得理解和解答,在这个过程中,宪法教义学将扮演合目的性论证的重要角色。单就刑法教义学与宪法教义学的关系而言,当刑法教义学面临困境之时,宪法教义学可以提供解答方案,因为刑法教义学是通过罪刑法定原则等约束刑罚权扩张,是一种刑法规范内部的教义分析,宪法教义学则是通过国家公权力与公民的基本权利之间的规范分析,以公民的基本权利约束立法、司法、执法等各项国家公权力,因而更加富有操作性,也有助于确保法秩序的一致性,西方国家违宪审查制度的实践,就可以证明这一点。事实上,当代刑法教义学往往会形成法的安全性、与合目的性之间的“拉锯战”,形式解释论与实质解释论之间的争议概源于此。^⑮问题的关键在于,犯罪认定意义上的合目的性标准并不能恣意为之,而是需要寻求具有更高法律效力的宪法根据。从法秩序内部的一致性来说,既然宪法是刑法制定与适用的法律依据,两者之间存在着功能性位阶关系,那么宪法教义学意义上的权利与权力的关系认定,自然构成了评判刑法教义学上犯罪认定之合目的性的标准。

关于这一主张的进一步理由是:权利与权力之间的互斥关系,看似与刑法中的法益评判无关,其实不然,它是公权力犯罪认定中法益判断的核心。一如我们所知,刑法的目的在于保护法益,法益乃法律所保护的合法利益,这就与公民的基本权利密切相关,基本权利在法益评判中的作用主要不是表达“什么是法益”问题,而是“什么不是法益”问题。法益侵害说的最大约束力来自于法益定义的价值面向,这虽然留给司法者填空,但司法者又必须对宪法有关公民的基本权利的条款予以必要尊重。^⑯就本文关心的问题来说,一种行为本身属于科研自由的范畴,则不可以把这种行使科研自由的行为解释为“利用职务上的便利”。毕竟贪污罪的本质是一种利用公权力实施的犯罪,如果行为人为人利用的公权力根本就不存在,相反是一种公民行使基本权利的范畴,把这种行为解释为“利用职务上的便利”就是错误的。就此而言,我们把贪污罪不法内涵解释为“利用

^⑭ 参见许泽天:《刑法规范的基本审查权》,载黄舒苒主编:《宪法解释之理论与实务(第七辑)》,新学林出版股份有限公司2010年版,第264页。

^⑮ 关于这一问题的争议详情请参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期;陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

^⑯ 参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版公司2012年版,第226页。

职务上的便利侵吞公共财物”还不够,而是需要立足于宪法教义学意义上的权利与权力的互斥关系,正确定位行为人“利用职务上的便利”的边界,以免造成犯罪的不当扩张。

(二) 权利与权力之间互斥关系的两种体现:以犯罪认定为中心

权利与权力之间的互斥关系对刑法、行政法、经济法等均具有解释论意义。本部分以刑法意义上的犯罪认定为中心,分析权利与权力之间互斥关系的两种具体体现。

1. 第一种体现:刑法不得将公民合法行使基本权利的行为解释为犯罪

在解释论上,公民的基本权利构成了入罪解释的实质性限制,^⑭权利与权力的互斥关系,确立了公民的基本权利与刑法意义上的犯罪标准之间的关系建构,明确刑法不得把属于公民合法行使基本权利的行为解释为犯罪。上述认定对刑法解释的意义是重大的,如果解释者没有正确处理公民的基本权利与公共利益、公共秩序等之间的关系,则意味着基本权利的防御功能被忽视,会导致国家公权力的不当扩张,毕竟刑法作为承载基本权利之客观价值秩序的最重要载体,如果忽略国家权力意义上的入罪与基本权利意义上的出罪之间的关系辩证,则会带来破坏刑事法治风险。

不同的基本权利涉及不同的社会生活领域,在各个领域中,公民藉由基本权利保护个人免受国家的侵害,或要求国家帮助或保护。宪法上的规范多具有行为规范与裁判规范的性格,刑法用于维护人类和平共同生活的基本条件,共同生活又是为了个人的自我实现(人格自由发展),所以法益便是个人自我实现的基本条件。就此而言,我们可以说,基本权利在刑法领域已经被理论化为法益内容之一。当刑法中的犯罪规定与宪法中公民的基本权利发生冲突时,必然需要运用宪法有关公民的基本权利的规定,去重新诠释外在的刑法规定或某种解释结论是否具有内在的合理性,正确把握个罪解释中宽、严的界限,以探寻整体法价值秩序,这是合宪性解释的应有之义,比如,对于政治性言论是否侵犯公共利益,这不仅要求公共利益属于“重大迫切利益”,而且要求这种言论具有“明显而立即危险”。^⑮在这种解释中,不仅是借助于体系解释把宪法性法益运用于刑法解释的过程,而且也是运用宪法有关基本权利的规定判断刑法法益的过程,因而是一个宪法教义学的核心命题。

权利与权力之间的这种互斥关系,对本文讨论科研人员侵占科研经费是否属于从事公务具有突破性理论价值,它给我们提供了一个分析视角,即从对于科研活动这种涉及科研自由与科研经费管理的复合行为来说,我们以什么为标准界定科研人员的行为属性。立足于上述理论,当我们在界定刑法意义上的公务之时,应该以科研活动是否属于公民的基本权利为标准,而不是以是否对科研经费具有使用权限为标准。毕竟,科研人员在承担课题过程中对课题经费的使用,只是实现科研自由的必要手段,因为公民的科研自由是一种典型的社会权,课题经费保障是公民科研自由的必要组成部分,即使科

^⑭ 参见姜涛:《刑法立法阻却事由的理论界定与制度前景》,载《中国法学》2015年第2期。

^⑮ 参见黄昭元:《宪法权利限制的司法审查标准:美国类型化多元标准模式的比较分析》,载《台大法学论丛》第33卷第3期。

研手段违法(比如以虚假发票报销等),但并不能因此否定法律保障公民科研自由的立法目的,如果我们以对公共财产的保护否定公民的科研自由,则会使公民的科研自由变成一种科研义务,这等于是在科研自由与科研经费保护两个法益冲突时,我们把手段置于比目的更重要的位置,这不仅不符合科研自由属于社会权的属性,而且严重违反了宪法意义上的比例原则。对此,本文将在第五部分结合科研自由与公共财产保护的价值选择问题进一步论证。

2. 第二种体现:公民的基本权利与国家公权力之间不可混淆

尽管国家公权力与公民的基本权利共寓于法律当中,国家公权力来源于公民的基本权利,国家公权力对公民的基本权利的实现具有“助推”和保障作用,但却与公民的基本权利具有不同的功能与属性,强调法无授权不可为,两者之间不能等同。更重要的是,法律上并没有既属于国家公权力又属于公民的基本权利的情况,一种行为如果属于公民的基本权利,则与国家公权力无关,在法律评价上具有不同意义。

就“国家工作人员”这一真正的身份犯的认定而言,行为人的行为属于行使国家公权力抑或公民的基本权利的范畴,这是公务判断的深层结构,对这种深层结构的法理学思考,尤其是对国家公权力与公民的基本权利之间互斥关系的辨析,对正确判断“从事公务”的内容,进而对科研人员做出理性定位具有十分重要的意义。如前所述,公务是一个与国家公权力相关的范畴,科研自由属于公民的基本权利,两者之间不具有交叉。就此而言,解释者不可以把公民合法行使基本权利的行为解释为犯罪,包括也不可以把属于公民的基本权利的行为解释为刑法中从事公务的国家工作人员。

这是一个有益的尝试,即借助于宪法学有关基本权利释义学的理论与方法重新诠释基本权利与国家公权力之间的关系。毕竟部分基本权利(如受教育权、科研自由等)在宪法层面不仅是一种主观权利,在于防止国家对公民自由的侵害,而且也是一种客观价值秩序,国家负有义务保障公民的基本权利的实现。由此决定,基本权利在刑法任务中具有双重意义:一方面,基本权利的保障需要刑法介入,从而使公民之基本权利的实现有最坚强后盾,以刑法保障公民在秩序的框架下能够顺利、安全地实现自身的基本权利,另一方面,刑法介入的方法与限度又受到宪法意义上公民的基本权利的制约,以避免刑法的不当扩张所带来公民的基本权利的萎缩,因为尽管刑法具有保障公民的基本权利不被国家、社会组织与他人侵犯的任务,但是,如果缺乏公民的基本权利的制约,刑法中有关犯罪或刑罚的设定有可能违反宪法,反而出现侵犯基本权利的现象。西方国家的违宪审查制度就基本上是立足于这种理论建构来运作的,它涉及的乃是国家公权力与公民的基本权利之间的关系问题,以在法官的入罪解释面前构筑一道预防公民的基本权利被公权力侵犯的“防火墙”。

(三)打通宪法学与刑法学的“任督二脉”:体系解释的应有之义

从理论上分析,立足于刑法与宪法之间的位阶关系,重视权利与权力之间的互斥关系对刑法意义上犯罪认定的制约意义,把属于公民基本权利的行为解释为与国家公权力(包括从事公务)无关的行为,强调刑法教义学决不可以把属于公民基本权利的行为

解释为犯罪,这有利于打通宪法学与刑法学的“任督二脉”,也是体系解释的应有之义。

长期以来,刑法学理论一般把体系解释定位在刑法总论与刑法分论条款之间、刑法不同条文之间及同一条文的不同条款之间,并没有关注宪法与刑法之间的体系性关系建构,从而剥离了宪法与刑法之间的“母子关系”,这就带来了刑法解释论证中的“顾此失彼”现象。笔者认为,上述体系解释属于狭义的体系解释的命题。其实,体系解释也包括运用宪法中有关基本权利的条款,诠释刑法中有关犯罪的入罪标准、处罚标准和责任主体认定等,这是广义的体系解释的范畴。比如,超出言论自由的限度并以“实际恶意”行使言论自由权利,是否符合诽谤罪的构成要件,这就涉及到宪法上对言论自由的界定问题;再比如,对盗窃金融机构的财产适用加重处罚条款,这就涉及宪法上的平等原则对刑法条款的约束力问题。为何需要重视这种广义的体系解释,则是由我国刑法与宪法之间的功能性位阶关系所决定的。我国《刑法》第1条规定基本上明确了宪法与刑法之间的位阶关系,宪法与刑法之间的位阶差异,意味着刑法必须尊重宪法的意旨与精神。这在理论上并无障碍,一方面,刑法与宪法作为公法,都是以限制国家权力的行使为重心,刑法是限制国家刑罚权力的行使,是宪法的实施法,宪法则是约束包括刑罚在内的所有国家公权力,属于刑法的依据法;另一方面,从法秩序一致性的观点出发,宪法与刑法都是国家整体法秩序的组成部分,依据宪法进行教义分析能够确保法教义学的“整体有效性”和“无排他性”。

就本文关注的问题而言,如果把大学教授从事的科研活动与我国宪法上的科研自由结合起来,则涉及科研活动是否属于公务的判断。实践表明,公民在行使基本权利的过程中,其手段可能具有违法性,同时,公民的基本权利也有可能直接与刑法中的犯罪相冲突,如劳动者的罢工与刑法中的聚众扰乱社会秩序罪之间就形成了冲突。面对这一问题,单纯从刑法条文出发,劳动者的罢工无疑会符合刑法中的聚众扰乱社会秩序罪,但如此定罪,却严重地侵犯了宪法对公民罢工自由的保障性规定,是一种违背宪法规定的错误解释。

在重视宪法实施的当下,这种广义的体系解释具有重要的意义。不可否认,中国并没有违宪审查制度,长期以来也不重视刑法与部门法的关系,宪法与刑法之间的关系建构也只停留在“母子关系”这一口号式的宣教层面。这一现状必须改变,我国台湾地区学者指出,“所有的法规所形成的法秩序应该有其一贯性,并服膺宪法之规定及理念,因此一个法律必须由宪法的基本理念来检讨及补充。”^⑩笔者赞同这种观点,并认为正确处理宪法与刑法学的关系需要重视一种立足于宪法的精神与意旨的合宪性解释,这是体系解释的应有之义。“如果说法学是整个人文社会科学中的‘工程学科’,那么宪法学则在这一学科中担负着‘顶层设计’的重要使命。”“在民主宪政已蔚为时代潮流之当今世界,宪法规范早已不仅仅是形式意义上的所谓‘根本法’,它更是对于部门法秩序极具

^⑩ 陈新民:《法治国公法学原理与实践》(上),中国政法大学出版社2007年版,第435页。

实际整合效力的‘高级法’。”^②刑法有关犯罪、量刑的规定及解释,均不得侵犯公民的基本权利,这是刑事法治的应有之义。

当代刑法理论发展的难点与重点在于,如何在惩罚犯罪与保障人权之间寻求一个最佳平衡点。其中,正确对待权利与权力在公务认定中的互斥原理,就是追寻这种平衡点的努力尝试:公民的基本权利属于有效法秩序赖以为基础的深层结构,通常表达了法秩序的深层基本价值内涵,公民的基本权利将影响、形塑、决定刑法规范的实质内容,当然,也构成了刑法解释的实质标准。当公民的基本权利与其他法益等发生冲突时,除非出于保护重要公益的需要,刑法绝不可以把其他法益置于比公民的基本权利更重要的位置,同时,如果一种行为属于公民的基本权利的范畴,就与国家公权力无关,刑法不可以把其解释为公务。

四、科研自由对刑法上“从事公务”的排除

(一) 司法实务忽视科研自由带来的认定偏差

不难看出,目前国内法院普遍对科研人员以欺骗手段套取科研经费的行为认定为贪污罪的基本理由是:把科研人员所从事的活动理解为国家委托从事的公共事务,认定科研人员为从事公务的国家工作人员,进而得出构成贪污罪的结论。笔者认为,这种解释结论存在偏差。就科研人员这一真正身份犯而言,国家工作人员身份有无直接决定犯罪成立与否,如果我们不把科研自由纳入该身份界定的实质判断标准之中,就难以对从事科研活动的科研人员的身份属性作出正确定位,会把科研人员对科研经费的管理解释为“从事公务”,进而把科研人员解释成为刑法中的国家工作人员。而之所以会出现这一问题,主要是缺乏对国家公权力与基本权利之间的互斥关系原理的把握,导致解释者不仅没有正确对待公民的科研自由对出罪解释的意义,而且也没有辩证处理科研自由与科研活动属性、科研经费使用、科研人员是否对公共财产的保证人义务等之间的关系。相反,解释者基于保护公共财产的考虑,漠视科研自由,把科研人员的科研活动错误地解释为“从事公务”。

从我国《宪法》第20条,第47条规定都可以看出,科研自由是宪法明确规定的公民的基本权利。从属性上分析,科研自由又属于社会权,即不仅是一种免于国家干预的防御权,而且需要国家以其积极义务的履行来保障这一权利的实现。这是由基本权利作为“客观法”的属性所决定的,科研自由的实现当然首先要求国家不要干预,但是科研自由要想真正落实,却往往需要国家提供科研经费和制度条件,国家对于科研自由不但负有不侵犯的消极义务,同时还负有帮助和促进的积极义务,这种义务在德国法上被称为国家的“保护义务”(Schutzpflicht),《宪法》第20条等规定即是这种国家义务的体现。

就科研自由与科研活动的性质之间的关系而言,我国学者指出,“自由,是科学研究

^② 冉富强:《公债的宪法控制》,中国政法大学出版社2012年版,总序部分第1-2页。

中最需要被尊重的品质,也是创新者不可或缺的环境,给思想自由的天空,才可能站在科技创新的最前沿。在我国,只有将项目合同纳入私法契约,才能够真正给予研究者自由的空间,实现科技创新管理制度的突破。”^②这一观点是客观的,把项目合同纳入私法契约,不仅强调科研活动的私法属性,而且强调科研经费的私法属性。而这一理论定性则是科研自由的必要保障,因为没有科研经费保障的科研自由是虚拟的。同时,科研自由是目的,科研经费是手段,依据“目的决定手段、手段服务于目的”的法理,科研经费也不具有单独评价的规范意义,应当依附于科研自由。

(二) 科研人员从事科研活动并非公务

基于国家公权力与基本权利之间互斥关系的法理以及科研自由的权利属性所决定,科研人员的科研活动就是一种与公权力无关的领域。我们应当在刑法教义学上明确:科研活动属于技术性劳务,并没有组织、协调、监督和管理等权力性管理,至于其对科研计划、人员分工、时间进度等的管理,也不是以公权力为内容,而是一种事务性管理,科研人员从事科研活动的行为,不可以被解释成为“公务”。

1. 科研自由的属性决定课题经费使用属于与公权力无关的范畴

尽管在我国当前的科研体制下,大部分研究者的科研经费来自于国家财政拨款。但是,这并不意味着科研人员就是国家的附庸,国家应当在法律层面保障公民科研自由的实现。从前述“公务”界定的标准出发,课题招标、评标等事关公共事务,属于公权力的范畴,但课题中标之后,科研人员与课题委托机关之间则属于一种私法行为,科研人员对课题经费的管理与使用,与其他简单体现为命令与服从关系的公权力性管理行为是存在差别的。虽然国家以招标等方式发布课题之后,课题委托机关与科研人员就形成了一种委托关系,课题经费使用需要按照合同约定使用,但是,对于科研经费的使用行为,则属于科研人员与课题委托机关、机构或个人之间的一种私法行为,即属于契约的范畴,对违反契约约定而使用科研经费的行为,即使是一种违法行为,也不可以被评价为犯罪。换言之,由于科研的对象为私主体所有的科研自由及依约享有的合理使用科研经费的支配性权利,故而科研行为的命令与服从关系便应受到私权保护的制约,从而体现出一定的平等协商性质。因此,法学理论应将委托承担课题视为民事法律关系,当委托人与受托人因违约使用科研经费或无法按照合同约定履行科研任务时,可以向法院提起民事诉讼解决。

2. 科研自由的属性决定科研活动是与公权力无关的领域

科研活动是利用科研手段和设备,为了认识客观事物的内在本质和运动、发展规律,为创造发明新产品、新技术提供理论依据而进行的调查、分析、实验、试制等一系列创造性的活动,其最基本的任务就是探索、认识未知。科研活动虽然往往需要借助于政府资助才能完成,但却是与公权力无关的领域,这是因为:(1)从权利与权力区分的法理,权利是法无禁止皆自由,而权力是法无授权不可为,法若授权则必须为,既然科研活

^② 谭启平、朱涛:《论国家科技计划项目合同的私法属性及制度构建》,载《现代法学》2013年第2期。

动属于公民的基本权利的范畴,那么将从事科研活动视为公共事务就存在逻辑上的混乱;(2)科研自由必须以课题经费为物质保障,这是实现科研自由的必要手段,没有经费支持的科研自由是虚拟的,这也决定科研人员对科研经费的支配与使用系科研自由的必要组成部分,在法律上并不具有独立的规范意义。(3)科研经费是国家对科学研究活动的一种支持,而不是让科研人员代表“国家”对研究对象展开研究,这是由科研自由之社会权的属性所决定的,社会权之客观价值秩序要求国家履行该种国家义务。虽然根据科研课题协议的不同约定,科研成果以及由此形成的知识产权可能属于科研人员个人,可能属于科研单位,也可能属于国家,但无论科研成果的归属如何,科学研究活动本身都具有独立性,并且这项活动是科研人员个人与研究对象的互动,具有非权力性,这一属性从中共中央办公厅、国务院办公厅2016年11月印发的《关于实行以增加知识价值为导向分配政策的若干意见》(以下简称《意见》)中可窥一斑。《意见》旨在加大对科研人员的激励力度,不仅允许科研人员和教师依法依规适度兼职兼薪,而且明确指出要发挥财政科研项目资金在知识价值分配中的激励作用,项目承担单位应在国家政策框架内,建立健全符合自身特点的劳务费、间接经费管理方式。同时,对符合条件的智库项目,探索采用政府购买服务制度,项目资金由项目承担单位按照服务合同约定管理使用。此外,中共中央办公厅、国务院办公厅2016年7月印发的《关于进一步完善中央财政科研项目资金管理等政策的若干意见》明确提出,提高间接费用比重,加大绩效激励力度,是改进中央财政科研项目资金管理的重要举措。这些政策的出台,不仅是为激励科研人员从事科研活动,形成责、权、利相统一的科研体制,而且是在逐步改变把科研活动定位为公共权力的法律偏误,实现科研从义务到权利的转变。事实上,无论是建构间接经费管理制度,还是完善政府购买服务制度,抑或扩大间接费用的比例,都意味着科研经费可以通过劳务转化为个人收入,科研人员的科研活动是一种劳务,并不是从事公务。

3. 科研自由的属性决定科研人员并不承担对公共财产的保证人义务

刑法理论如何对公务的定义,这并不是一个词语搭建问题,而是一个与国家工作人员的职务权限正相关的问题,因为国家工作人员作为法定身份犯具有一定的期限,且以特定职务为内容的特殊身份犯。这就使刑法中国家工作人员的认定与贪污、受贿等职务犯罪的客观方面互为纠缠在一起,行为人是否是从事公务,需要从行为人的职权范围、职责等做出综合判断。就贪污罪而言,国内学界一般认为,贪污罪属于真正的身份犯,且侵害的法益乃是国家工作人员职务行为的廉洁性。真正身份犯的规范意义在于,当行为人具备某种身份时,这是评价其特殊法益侵害能力或特殊义务违反的标准,从而涉及刑事责任有无和程度的判断。而这种身份判断是一个法益判断过程,刑法分则中国家工作人员定义的界定,主要还应该结合具体个罪之法益保护而确定,刑法分则条文规定原则上为各种法益保护类型化的结果,其规范本身提供了判断具体个罪成立与否

的构成要件。^② 总体来看,对于这种廉洁性的判断,涉及国家工作人员作为国家的代理人,在行使国家公权力的过程中,是否会利用这种公权力以权谋私,损害国家形象和降低民众对国家的信任。具体而言,这种廉洁性又与其从事的公共事务管理职权有关,有无从事的公共事务管理职权,决定行为人是否从事公务,进而决定其是否属于刑法意义上的国家工作人员。

在具体认定贪污罪中利用“职务上的便利”时,可以遵循以下两个步骤:一是判定行为人是否具有公共事务管理职权从而具有了控制或支配公共财物的地位,即判定行为人是否处于公共财产的保证人地位;二是判定行为人是否利用了控制、支配公共财物的地位将公共财物非法据为己有,这是判断行为人是否利用了保证人的地位做出了背离保证人“廉洁”、“奉公”义务的行为。如果行为人处于公共财产的保证人地位,并利用了保证人的地位,做出了背离保证人“廉洁”、“奉公”义务的行为,则可以认定行为人具有“职务上的便利”,属于从事公务。在科研活动中,科研经费由科研人员所在单位进行管理,科研人员只是按照合同约定以发票报销等方式在单位的监督下使用科研经费,且科研经费从某种意义上应属对科研人员劳务付出的补贴,或实现科研自由的物质保障,科研人员对科研经费并不具有监督、管理的职责,因此,也并不具有公共财产的保证人地位。同时,科研经费本就是科研自由的题中之义,没有科研经费保障,科研自由往往难以实现,因此行为人即使违规使用科研经费,也不能认定行为人是利用了保证人的地位,作出了背离保证人“廉洁”、“奉公”义务的行为。

从法治意义上说,科研人员不应该成为法外公民,但科研人员应该在何种层面被刑法规则,这需要流露出“小心求证”的谨慎。国内法院把科研人员从事的科研活动解释为从事公务,进而认定其属于国家工作人员,并以贪污罪定罪处罚,说明该问题在解释论上没有很好解决。其中,一个重要原因还在于,缺乏对科研自由与国家财产权之间辩证关系的正确理解,错误地把国家财产权的保护凌驾于科研自由之上。

五、科研自由与国家财产权冲突时的价值选择

(一) 科研自由与国家财产权保护之间的冲突及其评价依据

我国《刑法》第382条第2款规定:“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员,利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的,以贪污论。”这是一种法律拟制,以突出刑法对公共财产的保护。不难看出,国内法院对科研人员侵吞科研经费行为定贪污罪的另一个基本考虑是,科研经费属于公共财产,即使这种财产以合同方式划拨到科研人员所在单位的账户上由科研人员使用,但不仅有项目经费预算的约定,而且课题委托机关对项目经费仍然具有监督权限,项目经费系科研人员直接使用的财产,科研人员的行为属于从事公务。

^② 参见张明伟:《刑法上公务员概念之研究——与美国法制之比较》,载《台北法学论丛》2013年第85期。

问题在于:在刑法教义学上能否因科研人员具有使用科研经费的权限而认定其从事公务,进而认定其属于国家工作人员?这就会涉及国家财产权与科研自由冲突之时的价值选择问题,也是一个需要借助于宪法规定的公民基本权利进行的体系解释问题。作为问题的必要重复,立足于社会权的属性,国家以课题方式委托公民从事科研,并给予项目经费资助,这是科研自由的题中之义。我们并不能因为科研经费资助而使科研自由成为一种科研义务,正像公民的受教育权一样,如果国家只是规定公民享有受教育的权利,但并没有提供相应的教育机会、教育场所、师资及其相应的物质保障,公民的受教育权也只能是一种空泛的权利。同理,法律对科研活动的规范,这是科学技术进步的软件,然而,如果法律对科研的规范制约了科研者的手脚,那么科研活动就成了一种“计划科研”,这就严重背离了宪法中科研自由的本质,不仅会成为科学技术进步的束缚,而且也意味着我们并没有从法律上正确认识科研人员的属性,这就会使刑法有关国家工作人员的认定出现犯罪化扩张错误。

把公民权利置于比国家公权力更重要的位置,这是古典主义的传统,比如,公民享有受教育权,则国家就必须承担实施教育的责任。同理,当公民有科研自由之后,国家就必须承担保障这一权利实现的责任,而不是动辄以管理者的面貌出现,随心所欲地决定科研的方式或内容。对于公民的基本权利限制或取消,只能由宪法做出规定,由行政法、刑法等予以进一步明确,并给予保障。从我国宪法来看,宪法赋予公民的基本权利的同时,也在第51条笼统地规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”那么,对违规使用科研经费的科研人员是否因为其侵占科研经费,而被认定为贪污罪?这表面上是一个刑法教义学的事实与规范对接问题,但在面对这种罪与非罪之临界点的争议时,其实质上涉及规范意义上的科研自由与公共财产保护之间的价值选择问题。

其中,国家以财政保障的科研经费则属于公共财产的范畴。详而言之,国家以课题方式委托科研人员进行某个问题的研究,这是一种把公共财产支付给单位,以资助个人或团队进行科研的活动。科研经费属于公共财产,依据《刑法》第382条的规定,国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的是贪污罪;受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员,利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的,以贪污论。可见,公共财产与贪污罪的认定具有密切关系,贪污罪侵犯的对象是公共财产。由此,我们是否可以得出科研人员是受委托管理、经营国有财产的人员,因而属于“授权型”国家工作人员?在公共财产保护作为立法保护重点的价值选择下,把科研人员按照授权型国家工作人员认定,进而把侵占科研经费的科研人员认定为贪污并不存在重大问题。显然,这是一种以财产属性来决定管理或使用这一财产之人员的身份的逻辑。

然而,这种立法的价值判断明显忽略了更为重要的方面,并没有认真对待立法或司法赖以存在的更为重要的价值选择,刑法惩罚侵占科研经费的行为,必须正确处理规范意义上的公民的科研自由与公共财产权保护之间的价值判断问题,而这种价值判断依

赖于它所存在的事实基础。当利益发生冲突时,解释者需要平衡两种不同的法益,并以重建规范的方式作出妥当解释。而这种选择的前提是,正确判断立法在价值选择中赖以存在的社会现实。刑法保护的法益,必须在规范上具有意义或在价值秩序上具有真实性。比如,假如A湖边上栖息有B类珍稀类鸟类,这种鸟类被视为具有保护价值,因此法律规定,在每年的特定时期,禁止人类在湖面、湖边及湖内从事任何活动,此规范保护的的价值是B类鸟的生存。假如这项禁令行之有年且持续存在,然而此类鸟已经灭绝或迁徙了,此类规范的存在一点意义也没有。^②同理,如果我们所处的时代,已经对秘密进行的多人之间性行为已经表示接受,那么,聚众淫乱罪所保护的“社会风化”这一价值所赖以存在的真实性,也就不存在了。这种规范依赖的真实性,主要是通过法律规范的事实还原来实现的。

众所周知,所有法律规范都是对诸多相近社会事实的类型化命名和处理,从而成为具有涵盖性、明确性的抽象条文,而法官所面对的所有案件事实,哪怕它属于某种法律规范的调整领域,也会和该规范所调整的其他社会事实具有“家族相似性”外,还存在法律规范赖以存在的社会事实是否存在的问题,由此决定,刑法教义学在规范适用中需要进行事实还原,刑法教义分析就是把刑法代入充满个性的案件事实中,并以之来检视抽象的刑法对具象的事实之适应程度,发现刑法面对案件事实时的适用或者不适用的过程。刑法规范在事实还原中,除非刑法规范的抽象性能够完全涵摄案件事实的具体内容,否则,只要刑法规范不能完全涵摄案件事实的具体内容,那么,就必然给法官在司法中重构裁判规范留下了空间和条件。^③同理,对于侵占科研经费的行为是否可以认定行为人具有国家工作人员身份,进而以贪污罪论处,则需要深层追问,以此惩罚侵占科研经费的行为,其赖以存在的事实是什么?公共财产保护?抑或科研自由?并依此为事实基础进行教义分析。

(二) 科研自由具有刑法保护的优先性

国家现代化的基础是科技现代化,宪法把科研自由作为公民的基本权利,这从立法目的上在于鼓励公民从事科研活动,这是科技现代化的重要保障。而科研自由作为一种典型的社会权,是一种“经由国家的自由”,它不仅意味着公民自由地对科学领域的问题进行探讨的权利,不允许任何机关、团体和个人进行干预,公民有通过各种形式发表自己的科研成果,而且意味着国家有义务提供必要的物质条件与保障措施,也应该积极创造条件,鼓励与奖励科研人员,保护科研成果。据科技部透漏,早在2007年,中国科技人力资源总量已达约为3500万人,世界第一,中国已成为名副其实的科技人力资源大国,但是,我们与科技强国还有很大差距。^④伴随着科学研究规模的扩大和从业人员的增长,科研活动的资金需求也呈几何式地增长。科研活动所必须的实验耗材和实验

^② 参见前引①,钟宏彬书,第180页。

^③ 参见谢晖:《法律规范的事实还原与司法中法律知识的生成》,载《法律科学》2015年第4期。

^④ 参见王清:《科技人力资源世界第一》,载《21世纪经济报道》2007年9月28日。

仪器都需要巨大的财力支持。基础研究的研究成果不能直接投入生产使用,因而很大程度上依赖官方的资助。应用类的研究致力于解决实际生产问题,因而资金很多来源于企业。但无论是官方拨款,还是企业资助,现代科研活动都需要源源不断的资金保障,这是公民现实地享有科研自由的物质基础。因此,我们需要正确对待科研自由的社会权属性,强化国家对科研的保障义务,同时,这也构成了解释者对“科研人员是否属于国家工作人员”解释的事实基础。

这种事实基础还包括:科研资助存在不合理之处。根据财政部、国家自然科学基金委员会联合发布的《国家自然科学基金项目资助经费管理办法》的相关规定,在科研课题中能够用来列支的项目一般包括图书资料购置费、复印费、出版资助费、问卷调查费、小型会议费、国内调研差旅费、国际合作与交流费、劳务费、专家咨询费、计算机耗材及上网等通讯电话费、设备费、成果鉴定费等。在人员相关列支的费用项目只有劳务费和专家咨询费两项。劳务费是在课题研究开发过程中支付给直接参加项目研究的研究生、博士后等没有工资性收入的相关人员和课题组临时聘用人员的劳务性费用。专家咨询费是在课题研究开发过程中支付给课题外临时聘请的咨询专家的费用。除了这两项人员费用可以列支以外,在科研课题的人员费用中没有能够为科研院所的正式在编人员的劳动列支的项目,而可以列支的这两项人员费用所面向的都不是在科研院所中有正式编制的课题工作人员,这里面包括为科研课题付出最多的课题主持人。这种不合理科研经费分配体制,^②与国家鼓励科学研究,提倡科技创新、智力创造的精神是背道而驰的。在这种不合理的科研经费分配体制下,科研人员使用并没有实际产生于科研活动中的发票来报销一部分科研经费,以实现对自己智力劳动的物质补偿,这是十分常见的行为,也并不具有期待可能性。

如果说在刑法工具本位主义的时代,刑法可以为保护公共财产的考虑而将代为保管公共财产的人视为刑法中的国家工作人员,目的在于把国家或集体所有的财产置于比公民的基本权利更为重要的地位。然而,随着近十几年来,刑法权利本位主义观念的兴起以及非公有制财产平等保护理念的深入人心,虽然公共财产保护的必要性仍然存在,但当公民的基本权利与公共财产保护发生冲突时,刑法应如何选择,则成为一个需要重新定位的问题。笔者认为,由上述“科技现代化需要科研自由”、“科研自由需要国家课题经费支持”、“科研经费资助极其不合理”等事实所决定,我们必须正确对待科研自由的社会权属性,在价值选择上把科研自由置于比公共财产保护更优先的位置,把科研经费使用与支配解释为公民科研自由的范畴,并在规范解释上实现刑法对科研经费的去管制化,毕竟刑法的基本职能是通过其所垄断的刑罚权,以维护人类共同生活的基本条件,从而使国家得到良性和理性的治理。刑法应对科研活动给予必要的包容,除非

^② 事实上,主管部门已经意识到这一问题,并做出了动态微调,财政部、国家自然科学基金委员会2015年颁布的《国家自然科学基金项目资助经费管理办法》,修订了关于科研经费的使用办法。财政部、全国哲学社会科学规划领导小组2016年颁布的《国家社会科学基金项目资金管理办法》也建立、健全了间接成本补偿机制和科研激励机制,并扩大了劳务费的开支范围。

这种科研活动会带来紧迫与严重的现实危险。这是判断科研人员的科研活动与作为国家工作人员界定标准的“公务”之间内在关联的价值前提。

从比较法角度看,美国是当今世界第一的科技强国,其实,这与美国法律对科研自由的保障有关,国家机构在美国的科研活动中非常注意维护研究人员的学术自由,强调学术界的独立自治和学术研究的独立自主,不轻易受外界因素干扰。这是因为:保护科学研究的自主性和科研人员的学术自由,是科学共同体的天然目标,也是科学发展的内在要求。此举极大地激活了美国的科研潜力,奠定了美国作为世界第一科技大国的基础。^② 而在中国,科研人员从事科研活动虽然被宪法规定为科研自由,但因科研经费使用有太多限制,科研人员从事科研活动并不能获取劳动报酬,也面临着财务报销上的诸多束缚,这就使部分科研人员以侵占方式补贴自己的劳务付出,这是司法者如何看待科研人员侵占科研经费行为并作出价值选择的事实前提。鉴于科研自由的实现需要国家履行科研经费资助的保障义务,且不能对科研经费使用有太多限制,也因为科研自由之社会权的属性,要求把科研经费使用视为科研自由不可剥离的组成部分,因此,解释者需要确立一个基本的刑法教义学立场:在面临公民的基本权利与公共财产保护的冲突之时,我们应强化一种符合公民的基本权利要求的刑法解释结论。

立足于上述价值判断,即使科研人员以欺骗等手段侵吞科研经费,也并不符合职务犯罪所应该具有的法益侵害性,充其量只算作是一种私法意义上的违约行为,我们决不能因科研经费的公共财产属性,而想当然地认定科研活动属于从使公务,进而把科研人员解释为刑法中受委托从事公务的国家工作人员。毕竟,自法益侵害说被学界普遍接受后,犯罪处罚的合理化基础变成了法益侵害或危险,单纯的违反义务但并不具有法益侵害或危险的行为不再具有处罚的合理化根据。从理论上分析,科研人员以虚假发票等套取科研经费,尽管违反项目经费使用管理办法的行为,但并不具有法益侵害或危险:一方面,从本质上分析,科研经费就是对科研人员智力投资及其形成成果的一种物质回报,或者说科研经费是国家有关部门核定的,作为科研人员付出智力劳动成果的回报,也就是说,只要科研人员按照科研合同约定完成了科研任务,科研经费的所有权就应归属科研人员,至于其如何使用科研经费则属于科研人员的科研自由范畴,国家并不具有干预的正当性;另一方面,在目前的科研体制下,科研人员为完成课题付出的劳动最多,承担的责任最重,但是对科研经费却没有劳务费支付的项目,这就带来了科研人员虚假报销等现实问题。从责任上判断,即使行为人采用虚假手段套取科研经费,但在结果上并不具有职务犯罪意义上的法益侵害,因为这并不涉及国家与一般民众之间的信赖关系,相反,民众会支持这一行为,原因在于,科研人员为科研付出了艰辛的智力劳动,但最终却不可以获得劳动报酬。^③ 忽视公民的科研自由,以贪污罪追究侵占科研经

^② 参见王键:《美国科研体制对中国的启示》,载《科学文化评论》2006年第6期。

^③ 笔者曾就这一问题以问卷方式进行调查,在一般民众中发放问卷1200份,收回1158份,其中,认为科研经费可以交由科研人员自由支配的支持意见为918份,占79.27%,认为科研经费属于科研人员劳动报酬的比例更高,达1087份,占93.87%。其他不支持者中,也主要是对科研性质不了解的中立者。

费的行为,其实只是源于科研环节中太多的研究造假和难以监控的制度漏洞,使得管理者寄望借助于刑法的威慑力,以预防科研乱象。但其背后却因科研过程管理水平低下和科研经费使用不合理,导致刑法的公众认同危机,这并不具有正当性。

结 语

立法不可能尽善尽美,司法者须勇担解释重任。然而,如果刑法解释与宪法脱了节,那么可能就没有触及刑法解释最炽热的岩浆。当前司法实践有关科研人员属于国家工作人员的认定,即是如此。在认定科研人员是否属于刑法意义上的国家工作人员时,法官必须要立足于宪法有关科研自由的规定,并厘清从事公务的实质判断标准。公务是一个与国家公权力相关的概念,与公民的基本权利“水火不容”。科研自由属于一种需要排除国家权力干预并以国家的义务作为保障的公民的基本权利,科研经费就是这种国家的义务一个方面,它是科研自由不可剥离的重要方面。刑法决不可以把属于公民的基本权利的行为解释为犯罪,包括也不可以把科研人员的科研活动解释为“从事公务”。就此而言,立足于宪法教义学意义上国家公权力与公民的基本权利之间的互斥法理,明确科研人员从事的科研活动属于科研自由的范畴,与国家公权力无关,并非从事公务,科研人员也非刑法规范上的国家工作人员,其侵占科研经费的行为不成立贪污罪,这就是刑法面对科研人员时的基本立场。

Abstract: The official business, as an essential standard to identify national staffs, is a category related to the public right which embodies the behavior's degree of illegality and responsibility. From the perspective of constitutional dogmatics, right and power are mutually exclusive, and citizens' action to exercise the basic right stipulated in the Constitution cannot be explained as the crime or public right. As citizens' basic right stipulated in the Constitution, scientific research activities have no relationship with the public right. Even if citizen's scientific research fund has value conflicts with the protection of national property right, researchers' scientific research activities cannot be explained as doing official business just because the fund is official, and the scientific researchers also cannot be identified as national staffs from the aspect of Criminal Law.

(责任编辑 白岫云)