

单位固有刑事责任的提倡 及其教义学形塑

耿佳宁*

摘要 出于刑事政策的需要引入刑事合规理念,并不必然导致单位犯罪归责模式的转变。放弃以自然人为中介的单位代位责任,必须先放弃存在意义的犯罪主体论。犯罪主体论导致我国单位犯罪制度的实然效能明显低于应然效能,而在有限的实然效能之内,又可能因个人犯罪株连无辜单位,因单位犯罪株连无辜个人。犯罪只能由自然人实施,单位固有责任属于组织责任,其教义学构建自始便区别于自然人犯罪的行为责任、道义责任。应当部分放弃存在意义的罪责观念,将单位刑事归责的核心锚定在客观,主观归责仅具有消极意义。对于犯罪的发生,若单位自身存在以不容许的管理缺陷为根据的组织过失,单位应受归责,除非其无法预见单位成员会恶意规避本单位体制进行犯罪;若单位业已制定并落实了适当的合规计划,单位无论如何都不受归责。

关键词 犯罪主体 代位责任 固有责任 组织过失 预见可能性

一、问题的缘起

2019年是我国企业犯罪^{〔1〕}治理模式转变的分水岭。此前,只有极少数学者将企业

* 中国政法大学刑事司法学院讲师。本文受中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(项目编号:19CXTD02)的资助,同时系2020年度国家社科基金青年项目“个人信息有序共享的刑民一体化保护研究”(项目编号:20CFX027)的阶段性成果。

〔1〕 在本文的语境中,无论“企业”“单位”还是“法人”,都更注重其作为组织体的特征,因而,并未对“企业犯罪”“单位犯罪”和“法人犯罪”的称谓做实质区分,基本在同等意义上使用。

合规管理与企业犯罪预防联系起来。^{〔2〕}2019年,孙国祥、石磊、韩轶、张远煌等学者明确提出在企业犯罪预防中引入刑事合规理念。“为避免因企业或企业员工相关行为给企业带来的刑事责任,国家通过刑事政策上的正向激励和责任归咎,推动企业以刑事法律的标准来识别、评估和预防公司的刑事风险,制定并实施遵守刑事法律的计划和措施。”^{〔3〕}在刑事政策层面对企业犯罪预防私人化及刑法评价机能情景化的提倡,为教义学层面重构单位的刑事归责体系提供了契机。因为以刑事政策上的正向激励和责任归咎推动单位制定并落实合规计划,意味着赋予合规与不合规以确定的刑法意义,如此一来,单位的组织管理特征可能影响其自身的刑事责任。然而,目前的疑问在于,合规与不合规可以被赋予怎样的刑法意义?这关乎单位自身的组织管理特征能否以及如何切入单位犯罪的归责体系。

从域外法的经验来看,美国作为刑事合规理念的制度性首倡国,其联邦法院判例主张:“企业合规计划可作为判断企业职员行为是否在其职权范围内的资料之一,但并非认定企业刑事责任的独立要件。”^{〔4〕}所以,适当的合规管理不能直接排除企业责任。联邦法院早年判例通常采取如下表述:“企业为其职员在职权范围内的犯罪行为负责,即便上述行为有违企业整体的政策和章程”,^{〔5〕}或者“当职员在其职权范围内实施违法行为时,企业的合规计划不能使企业免责”。^{〔6〕}虽然不能影响企业定罪,但联邦法院一直将企业业已采取的适当的合规计划(涵盖事前预防和事后补救)作为重要的量刑因素予以考虑。1991年颁布的《联邦组织体量刑指南》^{〔7〕}也明确规定,如果企业因其代理人的违法行为而被起诉和定罪,适当的合规管理可以减轻企业罚金。^{〔8〕}

〔2〕 参见李本灿:“企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴”,《中国法学》2015年第5期,第186—192页;周振杰:“企业适法计划与企业犯罪预防”,《法治研究》2012年第4期,第35—36页。对于刑事合规在犯罪预防语境中的重要地位,域外学者已有提示,具体参见(德)埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第504页;(德)乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,第263—264页。

〔3〕 孙国祥:“刑事合规的理念、机能和中国的构建”,《中国刑事法杂志》2019年第2期,第7页。其他学者的类似主张,参见韩轶:“刑事合规视阈下的企业腐败犯罪风险防控”,《江西社会科学》2019年第5期,第194页;张远煌、龚红卫:“合作预防模式下民营企业腐败犯罪的自我预防”,《政法论丛》2019年第1期,第119—120页;石磊:“刑事合规:最优企业犯罪预防方法”,载《检察日报》2019年1月26日,第3版。

〔4〕 United States v. Ionia Management S.A., 555 F.3d 303, 310 (2d Cir. 1998).

〔5〕 United States v. Hilton Hotels Corp., 467 F.2d 1000, 1006 (9th Cir. 1972); City of Vernon v. Southern California Edison Co., 955 F.2d 656, 660 (2d Cir. 1989).

〔6〕 United States v. Twentieth Century Fox Film Corp., 882 F.2d 656, 661 (2d Cir. 1989).

〔7〕 需要说明的是,1987年《联邦量刑指南》中并没有规定法人等组织体的量刑事项,1991年美国联邦量刑委员会才新增第8章作为《组织体量刑指南》。

〔8〕 U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5(f) (2010). 此外,企业合规管理还可以影响检察官的起诉决定。例如,1999年《联邦起诉商业组织准则》规定,检察官在决定是否起诉法人时,应当考虑“犯罪性质和严重程度”“企业合规活动的情况”和“企业内部不当行为的普遍程度”等因素。

为何美国从判例到成文法均规定企业进行适当的合规管理只能影响量刑,无法影响定罪?一般认为,受制于该国企业刑事归责中的上级责任原则和/或同一视原则,依循“违法事实→个人刑事责任→个人与企业的关系→企业刑事责任”的归责路径,企业成员的行为和意思应视为企业的行为和意思,企业自身的组织特征无法决定企业刑事责任的有无。上级责任原则和同一视原则虽然具体内容不同,但都脱胎于民事领域的代位(代理)责任,美国联邦最高法院在作为追究企业刑事责任开端的 *New York Central and Hudson River Railroad Co. v. United States* 案中明确指出:“根据代理原则,如果一个企业能对其成员引起的损害承担民事责任,则法院可以再进一步,要求企业对成员在其职权范围内为企业利益实施的行为承担刑事责任。”〔9〕

通过对美国制度实践的整体考察可以看出,赋予合规与不合规以刑法意义,并不意味着单位刑事责任的归责根据和归责条件必然发生改变。维持单位代位责任,通过单位成员(而非单位自身)的意思和行为来追究单位的刑事责任,与引入刑事合规理念在经验上并不矛盾。因此,即便目前有学者从提升单位犯罪治理效率、转变犯罪预防模式的刑事政策角度,主张引入刑事合规理念,也不能当然证成对单位固有责任的采纳,放弃我国传统的代位责任路径,仍需教义学层面的支撑。

进入 2020 年,单位犯罪的教义学研究也烽火重燃。在面对“为什么单位可以和自然人一样成为犯罪主体、被追究刑事责任”这一经典问题时,组织体(刑事)责任论被重新提起,并成为有力的解释工具。该理论的核心逻辑在于:“不依托作为单位组成人员的自然人,从单位组织体的结构、制度、文化氛围、精神气质等因素中推导出单位自身构成犯罪并承担刑事责任的根据。”〔10〕诚然,区别于以自然人特定为前提的间接归责,这里的组织体责任体现为直接归责,但持此观点的学者未放弃将组织体责任嵌套进自然人犯罪理论体系当中。在认定单位犯罪时,延续自然人犯罪的“行为责任”范式与“道义”罪责观念,或是坚持同一视原则,将单位责任还原为“领导集体责任”;〔11〕或是将单位的政策、制度等组织特征作为推定单位犯罪故意的依据。〔12〕可见,直接归责的结果不一定是固有责任,也可能仍是代位责任。由此还衍生出两个触及体系根基的论题:①单位刑事责任的教义学构建必须受制于自然人犯罪理论吗?②单位的罪过形式是否应当包含故意?

〔9〕 *New York Central and Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909). 类似判例观点,参见 *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.* 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985); *United States v. Basic Construction Corp.*, 711 F.2d 570 (4th Cir. 1983); *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 138 F.3d 961 (D.C. Cir. 1998).

〔10〕 黎宏:“组织体刑事责任论及其应用”,《法学研究》2020年第2期,第81页。

〔11〕 参见李本灿:“单位刑事责任论的反思与重构”,《环球法律评论》2020年第4期,第52—53页。需要说明的是,在该文中,为区别于黎宏的“组织体责任论”,李本灿称自己的主张为“新组织体责任论”。

〔12〕 参见黎宏,见前注〔10〕,第84页;史蔚:“组织体罪责理念下单位故意的认定:以污染环境罪为例”,《政治与法律》2020年第5期,第68—70页。

二、单位代位责任路径之放弃

(一)我国单位代位责任路径之根源:犯罪主体论的思维禁锢

新中国成立初期,理论界普遍认为,不能对法人进行刑事归责。例如,中央政法干校刑法教研室编著的《中华人民共和国刑法总则讲义》中就明确指出:“根据我国刑法,法人在任何条件下都不能成为负担刑事责任的犯罪主体。”^[13]在立法方面,我国早期法律也以法人犯罪否定说为基本取向,但同时又试图兼顾打击与法人有关的犯罪活动的刑事政策需要,最终体现在规范上就是一种妥协折中的方案——仅追究法人特定成员的刑事责任,而不涉及法人自身。例如,1979年《刑法》第127条规定:“违反商标管理法规,工商企业假冒其他企业已经注册的商标的,对直接责任人员,处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”

在计划经济时代,这种调整方案尚可勉强应对。但自上世纪八十年代起,改革开放极大地推动了我国市场经济的发展,相应地,越来越多的严重犯罪开始以法人面目出现,打击犯罪的功利需要促使部分学者开始重新审视有关法人犯罪的命题。1981年李济玲等人在《上海司法》上发文,宣誓性地提出“应当重视对法人违法犯罪的处理”。^[14]随后,徐建在《法人不会犯罪吗?》一文中,首次通过学术论证的方式,在经济犯罪领域肯定“法人具有犯罪能力”。^[15]这些当时的少数派意见点燃了学界关于法人犯罪的论战。

法人究竟能否成为犯罪主体?在论战前期,否定说占据绝对优势地位,其主要理由在于,法人不能像自然人那样思想和行动,无法满足犯罪成立的主客观要件。^[16]犯罪本来是自然人基于精神的肉体活动,而法人自身不可能做出任何有意识的举止(包括犯罪),其所有活动都要依靠自然人才能开展;并且,法人自身无法生成故意或过失的心理状态,对其不能给予刑法要求的道义非难。除了不承认法人的犯罪能力之外,部分否定论者还从“刑罚的目的在法人身上无法实现”“处罚法人有违罪责自负的刑法原则”等角度展开论证。^[17]概言之,无论具体理由为何,法人犯罪否定说的核心都在于强调法人与自然人在存在论上的差异。为回应否定说的上述主张,支持肯定说的学者尝试借助法人中特定自然人人为地构造出法人的思想和行为。例如,针对“法人精神世界空洞,无法形成犯意”这一意见,有学者便回应称:

[13] 中央政法干部学校刑法教研室编:《中华人民共和国刑法总则讲义》,法律出版社1957年版,第108页。

[14] 转引自何秉松主编:《法人犯罪与刑事责任》,中国法制出版社1991年版,第435页。

[15] 参见徐建:“法人不会犯罪吗?”,《法学季刊》1982年第3期,第23—26页。

[16] 参见樊凤林主编:《犯罪构成论》,法律出版社1987年版,第81页;孙谦、何勇:“法人犯罪质疑”,《西北政法学院学报》1987年第3期,第44页;高铭暄、姜伟:“关于‘法人犯罪’的若干问题”,《中国法学》1986年第6期,第19页;张智辉:“法人不能成为犯罪主体”,《学员之家(法律版)》1986年第2期,第32页;郭锋:“法人不能成为犯罪主体——与徐建同志商榷”,《法学季刊》1982年第4期,第16页。

[17] 参见郭锋,见前注[16],第18页。

自然人之所以能成为一般犯罪主体,因其能自己产生犯意,而法人的犯意产生则需借助于作为其成员的自然人的意识。从本源上讲,法人的意识乃是法人创立人的意识,由国家法律所限制,以法人章程和条例的形式表现出来。但这只是法人的初生意识,又过于抽象,不能成立具体的法律行为,故在此基础上,法人机关的意识构成了法人的具体意识,这是法人的次生意识,没有这种意识就没有法人的活动。……如果法人机关的意识不仅违背了法人创立人的意识,而且同时违反刑法规范,即有犯意产生。……法人作为特殊犯罪主体,其犯意产生方式不同于一般犯罪主体而已。^[18]

1987年《海关法》首次正式确立单位走私犯罪,随后颁行的附属刑法、单行刑法中也陆续规定了各种可以由单位构成的犯罪。伴随着实定法对单位犯罪的确认,肯定单位具有犯罪能力、能够成为犯罪主体的呼声日益高涨,在论战前期一直处于优势地位的否定说逐渐成为少数意见。^[19]这一时期,学界研究的主流方向变为,通过驳斥前期否定说的观点,为肯定单位犯罪的立场找到理论依据。驳斥的核心在于,单位与自然人在存在论上的差异可以被弥补。首先,单位通过其负责人或决策机关而具有意思能力,从而单位可以符合犯罪主观方面的要求;^[20]其次,单位通过其负责人或决策机关做出实施犯罪的决定之前,也要权衡利害,从而刑罚目的在单位身上同样能够实现。^[21]

1997年《刑法》在总则中正式规定单位犯罪。从表面上看,这场始于上世纪八十年代的论战以肯定说的胜利告终,^[22]但实际上围绕“单位有无犯罪能力、能否成为犯罪主体”展开争论的思考进路,仍深深地影响着我国1997年以后有关单位刑事责任的理论研究和司法实践。一方面,由于《刑法》第30条明确规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任”,所以,“单位犯罪是单位实施的犯罪”“单位是与自然人并列的一类犯罪主体”等存在论观念在学界的通说地

[18] 徐纯科:“论法人犯罪的犯罪主体”,《吉林大学社会科学学报》1987年第5期,第9页。

[19] 关于论战后期否定说的主张,参见邢芝兰:“论‘法人’不能成为犯罪主体”,《理论探索》1992年第1期,第58页;赵秉志:“关于法人不应成为犯罪主体的思考”,《法学研究》1989年第5期,第58页;周柏森、焦占营:“论法人犯罪的理论与刑事立法问题”,《法律科学》1989年第5期,第9页;高铭暄:《刑法总则要义》,天津人民出版社1988年版,第114页。当然,这一时期也不乏立场发生重大转变者,例如,朱华荣在论战前期明确支持单位犯罪否定说,但在1987年后转向肯定说。参见朱华荣:“刑事案件中法人的责任问题”,《法学》1982年第3期,第19—20页;朱华荣、林建华:“我国法人犯罪的立法及其完善”,《政法论坛》1988年第5期,第26—27页。

[20] 参见崔庆森:“也论法人犯罪”,《法学研究》1990年第5期,第19—20页;李希慧:“法人犯罪刑事立法的反思与重构”,《政法论坛》1994年第2期,第16页;李明良:“法人犯罪立法方式之我见”,《现代法学》1991年第2期,第61页。

[21] 参见崔庆森,见前注[20],第20页。

[22] 事实上,1997年《刑法》修订后仍有学者质疑追究单位刑事责任的正当性与合理性,参见朱建华:“单位犯罪主体之质疑”,《现代法学》2008年第1期,第90—95页;杨兴培:“(法人)单位犯罪立法理论与实践运作的逆向评价”,《华东政法学院学报》2001年第3期,第21—22页。

位得以延续,且愈发巩固。^[23]另一方面,承袭上世纪八十年代论战时期的逻辑预设,为使《刑法》第30条的规定和通说观点正当化,需要让单位获得与自然人一样经验的、心理的、知行合一的犯罪主体身份,于是拟人化方案持续受到青睐:将单位特定成员的意思与行为拟制为单位的意思与行为,从而后者有了头脑和手脚,是类似于自然人的犯罪主体,可以对其给予刑事处罚。通过对单位中自然人的意思与行为的探究来确定单位自身的刑事责任,明显选取了一条代位型的间接归责路径。由此也可以看出,犯罪主体论的思维禁锢正是我国传统单位代位责任路径的根源之所在。

(二)思维禁锢的破除:单位犯罪主体论的方法论谬误与功能性缺陷

1.单位犯罪理论内部逻辑起点的实质丧失

单位犯罪主体论的要义在于,单位和自然人一样,都是法律承认的犯罪主体。在1997年《刑法》之前和之后,我国单位犯罪理论都围绕这一命题展开:一方面我们肯定它,将之作为规范前提,这使得我们不得不追问,单位特定成员为何要对单位实施(而非自己实施)的犯罪承担刑事责任?另一方面,我们又怀疑它,通过拟人的方式来论证其正当性,这使得我们又不得不追问,单位特定成员实施的行为导致危害结果为何能够归属于单位?显然,这里出现了一个闭合的循环,围绕单位犯罪问题,法律规范展开与实质根据追问从相反的方向介入,导致我国单位犯罪理论在体系上缺乏独立的逻辑起点,呈现出简单问题复杂化的倾向,一些本该顺理成章的事情,却成为我国学者和司法机关投入巨大精力专门解释的难点。

参与实施纯正自然人犯罪的单位成员的刑事责任问题即是典例。《刑法》第31条规定:“单位犯罪的,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判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。”一直以来,以该规定为基础,学界通说从单位自身出发来寻求单位成员刑事责任的根据。无论是单位主体组成部分说、^[24]复合主体说、^[25]人格化社会系统责任说、^[26]还是单位责任与个人责任一体化说、^[27]双层犯罪机制说、^[28]刑

[23] 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第134页;朗胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第6版),法律出版社2015年版,第31页;何秉松:《何秉松刑法学文集》,中国民主法制出版社2011年版,第396页。有学者尽管创造性地提出单位刑事责任中行为归责与责任归责的二分体系,却仍未跳出犯罪主体论的窠臼,参见孙道萃:“单位犯罪刑事责任中行为归责与责任归责理论之整合”,《中国刑事法杂志》2012年第8期,第23页。

[24] 参见石磊:《单位犯罪适用》,中国人民公安大学出版社2012年版,第20页。

[25] 参见熊选国、牛克乾:“试论单位犯罪的主体结构——‘新复合主体论’之提倡”,《法学研究》2003年第4期,第96页。

[26] 参见何秉松,见前注[23],第400页。

[27] 参见娄云生:《法人犯罪》,中国政法大学出版社1996年版,第76、84页。

[28] 参见卜维义:“法人犯罪及其双层机制与两罚制”,《经济与法》1991年第6期,第11—12页。

事连带责任说,^[29]甚至是两个犯罪主体说,^[30]都强调单位犯罪是追究自然人责任之前提,之所以处罚单位成员,是因为他们对于单位犯罪有心理上或物理上的贡献。沿着这条思路追问下去,我们就不得不思考:如果单位犯罪因为外部的原因不成立,是否会影响对单位成员的定罪处罚?如所周知,我国《刑法》对单位犯罪的规定模式为“总则+分则”,亦即,对于纯正自然人犯罪(如盗窃、诈骗、故意杀人、非法拘禁、贷款诈骗等),即使单位成员为了本单位利益而实施,基于罪刑法定原则,也不能因该罪追究单位的刑事责任。但是,对单位成员能否按照各本罪追究刑事责任呢?

对此,司法机关的意见分歧较大:①1998年最高人民法院《关于审理拒不执行判决、裁定^[31]案件具体应用法律若干问题的解释》、2002年最高人民检察院《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》均肯定单位成员作为一般自然人的刑事责任;②2012年最高人民检察院《对〈关于单位实施诈骗行为能否以诈骗罪追究其主管人员和其他直接责任人员刑事责任的请示〉的答复》中,肯定上述人员作为“单位成员”的刑事责任,即一方面认为应当以诈骗罪追究单位主要负责人的刑事责任,另一方面又要求在定罪量刑标准的把握上有别于一般自然人实施的诈骗犯罪;③2001年最高人民法院发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》则采取了限制转化的思路,一方面否认单位成员基于该本罪的刑事责任,另一方面又肯定当行为符合其他犯罪的成立条件,且该其他犯罪依照法律规定可以由单位构成时,依后者追究单位及其成员的刑事责任。

类似的分歧在学界也同样存在。否定说者主张,刑法及其他法律规定只处罚自然人的犯罪,单位实施的,既不能追究单位的刑事责任,也不能对单位成员定罪处罚。其核心理由有三:一是罪刑法定原则的遵守;^[32]二是单位成员刑事责任对单位犯罪成立的依附性;^[33]三是罪责刑相适应原则的要求。^[34]肯定说者则认为,在单位实施纯正自然人犯罪时,虽不追究单位的刑事责任,但仍应对单位特定成员定罪处罚。为论证该意见,肯定说者发展出了众多理论,

[29] 参见张文、刘凤桢、秦博勇:“法人犯罪若干问题再研究”,《中国法学》1994年第1期,第66页。

[30] 参见刘骁军:“一个单位犯罪、两个犯罪构成——双罚制理论依据新探”,《政治与法律》2001年第3期,第31页。

[31] 《刑法》第313条拒不执行判决、裁定罪一直是纯正的自然人犯罪,直到2015年《刑法修正案(九)》才增设了处罚单位的规定。

[32] 参见龚培华:“单位犯罪司法解释的理解与适用”,载游伟主编:《华东刑事司法评论》(第5卷),法律出版社2003年版,第215页;陈兴良:“盗窃罪研究”,载陈兴良主编:《刑事法判解》(第1卷),法律出版社1999年版,第36页。

[33] 参见黄祥青:“浅谈刑法有无明文规定的判断标准——兼论刑法没有规定为单位犯罪的单位危害行为的处理”,《法律科学》2003年第1期,第121页;王涛:“增设贷款诈骗罪单位主体的必要性”,《中国刑事法杂志》2004年第4期,第59页。

[34] 参见姜先良、张冬霞:“单位盗窃研究”,《中国人民公安大学学报》2003年第5期,第139页。

包括自然人犯罪说、^[35]修正的犯罪构成说、^[36]行为构成竞合说、^[37]法条竞合说^[38]和单位主体资格否认说^[39]等。

为了定纷止争,2014年4月24日全国人大常委会通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》(以下简称“2014年《立法解释》”)中规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为,刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的,对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。”至此,对此议题的争论才暂告一段落。根据《立法法》第47条,全国人大常委会制定的法律解释与法律具有同等效力,而且,根据《关于加强法律解释工作的决议》之规定,只有法律条文本身需要进一步明确界限或作补充规定时,才会动用立法解释。可见,在罪刑法定原则的框架下,直接解释《刑法》第30条和第31条,无法当然地得出“即使单位犯罪不成立,仍能按照一般自然人犯罪对部分单位成员定罪处罚”这一结论,才需要动用全国人大常委会的立法解释权,来将上述方案合法化。换言之,在立法者看来,这种情况下由单位成员承担刑事责任是不自然的。^[40]但事实上,单位成员的行为无论是否为单位利益而实施,如果其符合某具体犯罪的成立条件,那么,按照自然人犯罪的一般原理认定即可,按理来说无需如此波折。鉴于此,就方法论而言,在评价与单位有关的犯罪时,应当切割单位成员刑事责任与单位刑事责任,^[41]并将前者剥离出单位犯罪理论体系,唯有如此,我国单位犯罪制度才可能获得独立的逻辑起点。

2. 单位犯罪制度应然效能在实然层面的落空

刑法语境下的“制度效能”,是指受该制度调整的违法事实范围。《刑法》分则及其他法律

[35] 参见张明楷,见前注[23],第136页;谢治东:《单位犯罪中个人刑事责任研究》,法律出版社2014年版,第168页;叶良芳:“论单位犯罪的形态结构——兼论单位与单位成员责任分离论”,《中国法学》2008年第6期,第101页;黎宏:“单位犯罪的若干问题新探”,《法商研究》2003年第4期,第50—51页。

[36] 参见王良顺:“论参与实施纯正自然人犯罪的单位成员的刑事责任”,《法商研究》2013年第2期,第93—94页。

[37] 参见欧锦雄:“‘单位主体和自然人主体行为构成竞合论’之提倡”,载李洁、张军、贾宇主编:《和谐社会的刑法现实问题》(上卷),中国人民公安大学出版社2007年版,第78页。

[38] 参见于志刚:《刑法总则的扩张解释》,中国法制出版社2009年版,第80—81页。

[39] 参见张惠芳:“论单位实施纯正自然人犯罪的刑事责任——以单位盗窃、单位诈骗案件的定性分析为视角”,《河北法学》2015年第7期,第92—93页。

[40] 坚持存在意义的单位犯罪主体论的学者,对于此时处罚组织、策划、实施犯罪的自然人可能仍持反对态度,比如,刘艳红认为,2014年《立法解释》只在人身犯罪的场合是正当的,因为单位集体决定派员工实施杀人、强奸等人身犯罪,员工在实施过程中,完全能够意识到这类行为的性质与意义,在此情况下仍然实施的,无论单位是否构成犯罪,根据犯罪构成理论,对组织、策划、实施上述行为的自然人追究刑事责任完全符合罪刑法定原则;而对于非人身犯罪,该解释无视《刑法》第30条和分则的明文规定,通过处罚单位内部的关键人员,变相地将单位犯罪扩大于所有犯罪,导致“规范隐退”和“反教义学化”,严重侵蚀形式法治精神。参见刘艳红:“‘规范隐退论’与‘反教义学化’——以法无明文规定的单位犯罪有罪论为例的批判”,《法制与社会发展》2018年第6期,第103—104、106、109页。

[41] 参见周振杰:“企业刑事责任二元模式研究”,《环球法律评论》2015年第6期,第150—152页;叶良芳,见前注[35],第102页。

规定了可以由单位负刑事责任的犯罪,此即单位犯罪制度的应然效能;与之相对,司法实践中能够据以追究单位刑事责任的犯罪,则属于单位犯罪制度的实然效能。我国单位犯罪制度的应然效能实在层面并未完全落地,换言之,一些法律规定可以由单位构成的犯罪,在司法实践中却很难以之追究单位的刑事责任。

实然层面的效能主要取决于如何界定单位犯罪,如何认识单位犯罪的成立条件。对此,法律没有给出明确答案。学界通说认为,单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为了本单位利益,经单位集体研究决定或经单位决策机关决定或由负责人决定而实施的危害社会、依法应受刑罚处罚的行为。^[42]由此可以提炼出单位犯罪区别于自然人犯罪的实质条件:一是为了单位利益实施犯罪;二是实施犯罪的决定经单位集体研究,或者由决策机关或负责人做出。通说观点鲜明地反映出犯罪主体论的思维惯性,总是试图以自然人犯罪为模板去勾勒单位犯罪的轮廓。这一点在主观方面体现得尤为明显,其强调犯罪决定须经单位集体研究或者由单位决策机关或负责人做出,无非是希望给单位搭建起类似于自然人的精神世界,使之拥有犯罪主体所必需的意思能力。事实上,在上世纪九十年代《刑法》修订研拟过程中,“单位集体决定或负责人决定”^[43]与“为单位谋取非法利益”并列,曾是单位犯罪的两个核心要素。^[44]虽然以上述观点为基础的单位犯罪的规定在1997年第八届全国人大第五次会议上未获通过,但当时给出的修改建议主要针对“为单位谋取非法利益”这一要素,认为“分则规定的单位犯罪中,有的是过失犯罪”,而过失犯罪很难说有非法谋利的目的,^[45]并未明确否定极具拟人色彩的另一要素——经单位集体决定或负责人决定。

我国《刑法》分则规定的单位犯罪实际上包括两种情况:一种是通常由单位集体决定或负责人决定实施的犯罪,例如,资助危害国家安全犯罪活动罪,生产、销售伪劣产品罪,走私普通货物、物品罪,合同诈骗罪,单位行贿罪等;另一种是通常与单位普通员工的业务活动有关而很少由单位集体决定或负责人决定的犯罪,例如,污染环境罪、非法处置进口的固体废物罪、出具证明文件重大失实罪等。上述两种情形都在单位犯罪制度的应然效能内,但显然,若坚持单位意志的存在论维度——集体决定或负责人决定,那么,司法适用上就很难将后一种情况纳入单

[42] 参见何秉松,见前注[23],第397—398页;刘志远:“单位犯罪定义辨析”,《人民检察》2003年第7期,第25页;陈兴良:“单位犯罪:以规范为视角的分析”,《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期,第15页;何泽宏:“单位犯罪研究”,《现代法学》1998年第1期,第51页。近来有观点将可以上升为单位意志的自然人意志从“单位领导机关或负责人决定”扩展到“对单位活动性质有相对独立的决策权的部门或个人决定”,但无论能够上升为单位意志的自然人范围如何扩大,其逻辑起点并未改变,始终认为单位意志的形成过程就是单位犯罪的具体决策过程,在解释进路上仍维持自然的存在论视角。参见席若:“单位犯意的形成形式辩证”,《中国刑事法杂志》2016年第5期,第26、29页。

[43] 1995—1997年间,只有1995年8月8日《刑法总则修改稿》第27条第1款在条文表述上有实质不同:一是要求“经单位决策机构或人员决定实施犯罪”;二是不要求为本单位谋取利益的非法性。参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(第2版),中国人民公安大学出版社2015年版,第418页。

[44] 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第213页。

[45] 高铭喧等,见前注[43],第1099页。

位犯罪的实际调整范围,如此便造成单位犯罪的应然效能在实然层面的不当收缩,使得部分实定法规定形同虚设。以《刑法》第338条污染环境罪为例,很多企业的日常业务内容就包含污染物处置,所以,企业高层一般很少会干预处置的具体环节,往往是普通员工参照操作守则直接执行。“单位集体决定或负责人决定”要件的缺失(或证明困难),使得在司法适用中很难因该罪处罚单位。这种处罚困境在大型单位中体现得更加明显,因为单位规模越大,决策层与具体业务活动的距离就越远,想要证明决策层与具体犯罪之间的联系也就越困难。^[46]

3.有限实然效能内的双重株连之虞

(1)因个人犯罪株连无辜单位。以犯罪主体论为指导,对单位意志存在论维度的强调——集体决定或负责人决定,事实上架空了部分分则条文对单位刑事责任的规定,从而导致单位犯罪制度的实然效能明显低于应然效能。然而,我们还应注意,在实定法能够涵摄到的司法实然效能内,对单位的处罚却又可能走向另一极端——单位犯罪的处罚范围被不当扩大,而且,这种扩大有因单位成员个人犯罪株连无辜单位之虞。

如果某单位在运营过程中业已制定并落实对于预防犯罪而言适当的合规计划,那么,即使单位集体决定或负责人决定实施犯罪,也不宜要求单位承担责任,否则就相当于让单位为其成员的意思和行为负责,与刑法个人责任原则相悖。仍以污染环境罪为例,如果某农药生产企业在日常运营过程中已经遵守法律法规的强制性要求,对污染物的处理方式、流程有明确规定,对违规行为设置了具体的纪律惩戒措施,并安排有专人负责监督,此时,若企业决策机关或负责人仍故意违反本单位规定处理污染物,构成犯罪的,就不应再归责于该企业。

(2)因单位犯罪株连无辜个人。如前所述,我国学界通说从《刑法》第30条确立的“单位犯罪是单位实施的犯罪”观念出发,结合《刑法》第31条的字面含义,坚持由单位犯罪追究到个人刑事责任的进路,使得简单问题复杂化。但其实这种进路的最危险之处尚不在此,而是可能导致因单位犯罪株连无辜个人。^[47]

例如,某煤炭企业超过规定限额储存黑火药数千公斤,构成非法储存爆炸物罪。司法实践中,除了追究直接实施犯罪者的罪责之外,由于成立单位犯罪,通常还会据此追究该企业实际控制人非法储存爆炸物的罪责。又由于该企业超过限额储存的黑火药远超50千克,属于情节严重,根据《刑法》第128条对该实际控制人应判处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。有关判决通过认定企业构成非法储存爆炸物罪,进而直接认定其实际控制人也成立该罪,至于该实际控制人对企业非法储存爆炸物的行为,客观上是否有教唆或帮助、主观上是否有故意都几乎没有考察。如果该企业的爆炸物采购、储存有专人负责,实际控制人既未具体参与这些活动,对此也并不知情,那么,此时处罚实际控制人,就不符合犯罪成立的客观要件和主观要件,实际上是因单位犯罪株连无辜个人,同样违反刑法个人责任原则。

[46] 参见黎宏:“论单位犯罪的刑事责任”,《法律科学》2001年第4期,第67页。

[47] 有学者直接称《刑法》第31条的规定是“连带之罪的标准类型”,参见王晓东、郑永昶:“浅析我国刑法中的连带之罪”,《法制与社会发展》2001年第6期,第31页。

三、观念转变：意大利“法人基于犯罪的责任”归责机制之提示

2001年6月8日，意大利颁布第231号法令（以下简称“2001年法令”），正式在法律体系中引入“法人基于犯罪的行政责任”。虽然从条文字面意思来看，似乎该国的法人责任只是行政性的，但是，欧洲人权法院（CEDU）多个判例明确指出：“在区分行政责任与刑事责任时，不应‘望文生义’，而应进行实质判断，根据处罚所能施加的痛苦程度来决定受处罚者是否应受刑法原则的保护。”^[48]鉴于2001年法令所规定的制裁措施之严厉性不亚于刑罚，所以，意大利学界和实务界均肯定法人基于犯罪的责任之刑事性或“准刑事性”，从而，对法人责任的追究不能突破刑法的保障原则。^[49]

（一）法人不是存在意义的犯罪主体

2001年法令第1条规定，本法调整法人基于犯罪的行政违法责任。法条在这里使用“基于犯罪”一词，而不是“犯某罪”，说明立法者并不希望通过人为创造单位在存在论上“犯某罪”的能力，来达到刑事处罚单位的目的。^[50]该法令之所以这样规定，是因为意大利刑法理论坚信只有自然人有能力“犯”罪，法人不是一般意义的犯罪主体，仅是归责主体。^[51]换言之，刑法追究的不是法人“犯”某罪的刑事责任，而是“基于”某罪的刑事责任。

客观地说，法人在存在论上的确与自然人有着巨大差异，使得它脱离了自然人无法开展任何活动（当然也包括犯罪活动）。然而，从意大利的立法和教义学经验来看，刑法不一定要受这种自然意义的存在论的制约，即不一定要以填补法人与自然人在存在论上的差异为起点来构建整个法人犯罪体系。法人刑事责任的追究也并非以论证法人是“存在论

[48] Cfr. CEDU, Menesheva c. Russia, 9 marzo 2006, n. 59261/00; CEDU, Ezech e Connors c. Regno Unito, 9 ottobre 2003, n. 39665/98; CEDU, Kadubec c. Repubblica Slovacca, 2 settembre 1998, n. 27061/95; CEDU, Öztürk c. Germany, 21 febbraio 1984, n. 8544/79.

[49] Cfr. PREZIOSI S., Criteri di imputazione e struttura dell'illecito dell'ente, in AA.VV., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, Roma, 2018, 82; PALIERO C.E., Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi, in *Rivista delle società*, 2011, 16; VILLANI E., Alle radici del concetto di colpa di organizzazione nell'illecito dell'ente da reato, Napoli, 2011, 193; FIORELLA A., voce Responsabilità da reato degli enti collettivi, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5101; ALESSANDRI A., Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 25.

[50] Cfr. DE SIMONE G., Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali, in *Criminalia*, 2010, 630—631.

[51] Cfr. DE SIMONE G., Il “fatto di connessione” tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 306; ROMANO M., La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali, in *Rivista delle società*, 2002, 405.

意义上与自然人并列的犯罪主体”为必要前提。^[52]

刑法处罚法人主要出于功利目的,旨在预防为了法人利益而实施的犯罪,而非对法人进行道义上的报应,所以无需为其人为添加道义责任赖以生存的意思能力和行为能力。以此为指导,法人犯罪制度的中心应落在归责上,即明确自然人实施的犯罪在何种情况下可以被归属于法人。只要确立的归责条件能够契合刑法个人责任原则的要求,既不株连他人又不对法人进行客观归罪即可。

借鉴民事领域的代理责任,2001年法令首先进行行为归属的判断,旨在将自然人的行为在事实层面与法人联系起来。对此,该法令第5条要求犯罪须由法人成员为了法人利益而实施。但是,代理责任本质上是一种代位责任、转嫁责任,不符合刑法个人责任原则的要求,故而,2001年法令只是将上述行为归属作为整个归责活动的前置环节,随后还规定了其他归责条件,以期在个人责任原则的框架内处罚法人。^[53]

(二)法人只为由自身不容许的组织管理漏洞引起且可能预见的违法事实负责

个人责任原则规定于《意大利宪法》第27条第1款,^[54]对其含义的理解通过意大利最高法院和宪法法院的判例逐渐丰富。目前通说认为,个人责任原则包括两层含义:其一是客观方面的自己责任,即禁止株连,行为人只能为自己行为所导致的事实负责,不能为他人行为所导致的事实负责;其二是主观方面的罪过责任,即禁止客观归罪,对自己行为导致的违法事实,行为人有罪过的才负责,如果行为人根本不可能预见违法事实的发生,则不负责。^[55]可见,意大利判例将对违法事实的预见可能性作为主观归责中罪过责任的底线要求。

具体到法人犯罪领域,首先在客观层面,为贯彻自己责任,归责的第一步便是进行事实层面条件关系的判断,已发生的犯罪须由法人的组织管理缺陷所导致,否则就可能因他人行为所导致的结果株连法人。^[56]

[52] 耿佳宁:“污染环境罪单位刑事责任的客观归责取向及其合理限制:单位固有责任之提倡”,《政治与法律》2018年第9期,第47页。

[53] Cfr. MANNA A., La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme, in *Rivista trimestrale di diritto penale e economia*, 2002, 501; PALIERO C.E., La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI A., Milano, 2002, 49. 当然也有少数意大利学者认为,2001年法令所规定的法人责任实际上还是以自然人为中介的代位责任,参见 DE VERO G., I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 725.

[54] 《意大利宪法》第27条第1款规定:“刑事责任是个人的。”

[55] 参见意大利宪法法院1965年第42号判决,该判决针对《意大利刑法典》第116条关于共同犯罪中实行过限的规定:“如果已实施的犯罪是某一共同犯罪人不希望实施的犯罪,当结果是因其作为或不作为造成时,该人也对该犯罪负责。”宪法法院在判决中对第116条进行了合宪性解释,要求这里的责任承担必须以其其他共同犯罪人对该犯罪的发生有预见可能性为前提,否则就是在追究其他共同犯罪人的客观责任,有违罪过责任原则。在此判决之前,意大利最高法院曾有少数判决要求为该犯罪承担责任的共同犯罪人须现实地预见上述结果,具体参见 Cass., 15 marzo 1948, in *Foro italiano*, 1948, II, 98; Cass., 27 ottobre 1949, in *Archivio penale*, 1950, II, 71.

[56] FIORELLA A., voce Responsabilità da reato degli enti collettivi, cit., 5104.

然而,经过条件说筛选的犯罪事实并非全都应当在刑法意义上被客观地归属于法人,这里还需要一步结果归属的规范判断。2001年法令第6条第1款a项规定,当犯罪由法人中的高层人员实施时,如果在犯罪发生之前,领导机关已经采取并有效落实了相应的组织管理模式,并且,该模式对于预防已发生的这类犯罪是适当的,则法人不負責。当犯罪由法人中的一般从业人员实施时,根据第7条前两款的规定,若犯罪是由于未履行领导或监督义务而发生的,法人负责;但是,若在犯罪发生之前,法人已经采取并有效落实了组织、管理及监控模式,并且,该模式对于预防已发生的这类犯罪是适当的,则不能认为未履行领导或监督义务。

上述两个法条规定的规范判断构成了法人客观方面归责的核心领域,也是该法令的“高光”之处——为法人等组织体划定一个“法所容许的风险圈”。法人等组织体因其存在本身及运行方式,原本就会制造风险。如果从事前视角(*ex ante*)来看,法人业已制定并落实的合规计划对于预防某类犯罪是适当的,那么,即使事后(*ex post*)此类犯罪仍然发生,这种风险也被认为是法所容许的,在客观上法人不受归责;而如果法人预防此类犯罪的措施原本就不健全,则说明其未履行结果回避义务,具有组织过失,应受归责。^[57] 2008年4月9日,意大利颁布关于劳动场所卫生与安全的第81号法令,其中第30条第1款也有类似规定:如果企业为确立和贯彻自身在卫生与安全方面的政策而制定并实施的组织管理模式,足以预防因违反防止工伤条例、劳动卫生保护条例而发生的过失杀人罪、过失人身伤害(致人重伤)罪,则企业不受归责。^[58]

一旦在客观上能够将已发生的犯罪归属于法人,那么就可以进入最后一个环节——主观方面的归责。2001年法令坚持罪过责任的底线要求,在可能预见的情况下未预见,从而主观方面有瑕疵的,才应受到非难。根据该法令第6条第1款c项的规定,如果高层人员是通过诈欺性回避法人业已采取的组织管理模式而实施犯罪,则法人不負責。所谓“诈欺性回避”通俗来讲就是“恶意规避”“钻空子”,总之就是以法人无法预见的方式进行犯罪。在这种情况下,犯罪发生与否完全脱离法人的意志控制,法人主观上无瑕疵,不需答责。^[59]

[57] Cfr. FIORELLA A., VALENZANO A.S., Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato, Roma, 2016, 57; FIORELLA A., La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, cit., 270; PALIERO C. E., PIERGALLINI C., La colpa di organizzazione, in *Responsabilità amministrativa di società ed enti*, 2006(3), 167 ss.

[58] 意大利学者通常认为,2008年第81号法令的结果归属标准较之于2001年法令有所发展,由企业组织管理模式上升到企业政策,具体主张参见 MONGILLO V., Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità penale da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione, in *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla colpa dell'ente*, a cura di STILE A.M., FIORELLA A., MONGILLO V., Napoli, 2014, 40-41.

[59] 关于意大利在法人主观归责层面对“意志归责”范式的坚持,参见 FIORELLA A., VALENZANO A.S., Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato, cit., 58; MANNA A., “Costanti” e “variabili” della responsabilità da reato degli enti nell'era della globalizzazione, in *Archivio penale*, 2014(2), 4.

四、单位固有责任的教义学轮廓

(一) 单位固有责任是组织责任

传统观念坚持以自然人犯罪为蓝本构建单位犯罪论体系,各种学说致力于诠释特定单位成员的意思与行为对于单位的代理性,以期为单位承担刑事责任提供事实根据。但如前所述,这种代位责任路径存在方法论谬误和功能性缺陷,不仅因缺少独立的逻辑起点使得简单问题复杂化,还可能违反个人责任原则,因个人犯罪株连无辜单位,因单位犯罪株连无辜个人。意大利的立法和司法经验提示我们,其实没有必要将传统的自然人犯罪论生搬硬套到单位头上,单位承担刑事责任的根据原本就不是它故意或过失借成员之手为某种具体犯罪行为,而是单位(不合规的)治理方式或运营结构导致其中的自然人实施了刑法规定的危害行为。^[60]

可见,单位刑事责任应当是一种组织责任,与自然人的行为责任、道义责任分属不同范畴。组织责任根植于刑法的积极预防观念,是功能主义与功利主义刑法观的体现。伴随社会的迅猛发展,危险行为明显增多,单位等组织体的运营本身可能就存在侵犯法益的抽象危险。但社会生活离不开单位,其存在极大地推动了社会进步,利明显大于弊,所以,即使单位运营活动所蕴含的风险现实化为对法益的实际损害或具体危险,在一定范围内也应当被法秩序所容许。援用被容许的风险理论,刑法(尤其是过失犯)的处罚范围可能被限缩。当然,法不是随意容许风险,容许的前提是暗含着抽象危险的单位遵守预防性注意义务,以谨慎的态度开展活动。可见,所谓“容许”实质上是附条件地降低对结果回避义务的履行要求,也就是说,为了平衡社会安全与社会发展,刑法并不要求单位履行满分的结果回避义务,只要其采取的结果回避措施达到及格线,即准确识别本单位具体运营中的刑事风险类别,设置并有效落实足以预防上述风险现实化的组织管理模式,就可以认为该单位履行了结果回避义务,不能再将风险现实化的结果归责于它。如果单位根本没有采取预防犯罪的措施或已有措施根本不足以预防犯罪,则这种风险是法所禁止的,可以将风险现实化的结果归责于它。

单位履行结果回避义务的及格线其实就是刑事合规,具体而言,是单位制定并落实适当的合规计划。合规计划的制定和落实是单位内部组织管理体制的外在表现,^[61]如果某单位制定了适当的合规计划并切实贯彻,那么,应当认为该单位本身的组织管理是完善的,没有法所不容许的缺陷,即使单位成员为了单位利益违反单位制度进行犯罪活动,由于没有组织过失,单位也不受归责。如此一来,组织过失就成为单位刑事归责客观方面的规范性要素,而该要素据以存在的事实根据便是“不合规”——单位无合规计划或合规计划不当。

[60] 参见时延安:“合规计划实施与单位的刑事归责”,《法学杂志》2019年第9期,第28页;(日)佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,序第3页。

[61] 参见时延安,见前注[60],第22页。

单位是否能够像自然人那样“犯”某罪,能否因此被定位为犯罪主体,都变得无关紧要。当不合规的组织管理模式表明单位没有履行客观上具体的注意义务,从而制造了法所不容许的风险时,该单位即有组织过失,可以将已发生的违法事实归咎于它。例如,某软件开发公司给每位销售人员一笔固定的“招待费”,规定销售人员使用这笔经费时可不走单位“明账”,只要每季度业绩达标即可,如果不达标则不下拨下一季度的经费。张三在任该公司业务员期间,为了让当地建设厅采购本公司软件,利用该笔经费向负责政府采购的副厅长李四行贿。无论张三的行贿是否由公司高层人员决定或授权,本案都应当因行贿事实追究该软件开发公司的刑事责任,因为张三向国家工作人员行贿客观上是由于该公司的财务管理体制存在缺陷。而且,该缺陷明显严重违反法律规定的公司会计准则,制造了法所不容许的指向行贿的风险。该公司设置并运行这样的制度有组织过失,应受归责。单位自身的组织特征直接决定单位的刑事归责,此即单位固有刑事责任。

(二)单位固有责任不是严格责任

应当注意到,单位固有责任据以存在的组织过失带有鲜明的客观化色彩,^[62]其本质在于单位违反预防性注意规范,未履行结果回避义务,而非单位与具体犯罪事实之间的心理性联系。^[63]由此产生的疑问是,单位固有责任难道是严格责任吗?有学者(以时延安为代表)直接给出肯定答案,认为“单位刑事责任应当是严格责任”;^[64]也有学者(以劳东燕为代表)虽未针对本问题表达意见,但透过其对过失犯归责原理的表述可以看出同样持绝对客观化的立场。

为了回应上述疑问,需要审慎反思以上两种意见。实际上,时延安的本意并非对单位进行纯客观归罪,只是主张“在单位的刑事归责方面……不人为地给单位犯罪构造故意或过失的主观要件”。^[65]笔者完全认同这种观点,因为脱离自然人,单位根本不存在心理意义的罪过,为了所谓的主观归责,牵强地为其拟制出精神内容的做法实不可取。然而,按照规范责任的理念,罪过的基础是意志控制,故意或过失的心理态度只是意志控制的表现形式而已。换言之,并非脱离心理意义的罪过,就是客观归罪、严格责任。

判断单位固有责任究竟是否为严格责任,关键要看是不是只要单位在客观上制造了法所不容许的风险,就一定要因该风险现实化的结果受到非难、谴责。劳东燕提倡的以管辖为基础的过失犯归责原理,几乎无条件地要求创设禁止风险的人对风险现实化的结果负责,而不论其

[62] FIORELLA A., La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale, cit., 271—272.

[63] 关于组织过失的体系地位,意大利2001年法令的立法者似乎将其认为是一种主观归责的要素,试图通过对组织过失的规定,使得单位刑事责任的追究符合宪法对罪过责任的要求。2010年前意大利最高法院的判例也大多采纳主观归责要素说,将组织过失理解为单位与违法事实之间的心理性联系。意大利最高法院的态度转变以2010年第27735号判决为标志。在该判决中,意大利最高法院明确否认2001年法令所规定的“法人基于犯罪的责任”是一种客观责任,强调真正的、独立的主观归责之必要性。Cfr. Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735.

[64] 时延安,见前注[60],第25页。

[65] 时延安,见前注[60],第25页。

是否可能预见具体结果。^{〔66〕}将预防性刑法观和刑法的工具属性推向极致,对于知行合一的自然人,这种观点至少在逻辑上是自洽的。但是,单位本身就存在知行分离的问题,单位成员作为具有能动性的独立存在,其与单位当然可能发生意志上的“错位”。即使单位的组织管理不合规,有组织过失,也不能否认这种“错位”的客观存在。在具体案件中,如果单位确实无法预见单位成员会恶意规避本单位体制进行犯罪,则该单位不应受到非难。此时尽管单位在客观上制造了法所不容许的风险,但由于犯罪完全脱离其意志控制,单位对此没有罪过。例如,某化工企业对污染物的排放、废弃化学品的处理虽有明确的操作规范,却没有专人负责实施,对违规排污也没有内部预警与惩戒机制,但该企业用章管理严格,须经部门负责人申请,由总经理和董事长双签字。该企业环保部主管甲在明知乙无资质处理废弃化工桶的情况下,为节约本部门开支,伪造董事长和总经理的授权签名,申请使用公司章,代表企业与乙签订废弃包装容器委托处置协议,非法倾倒、处置本企业有毒有害危险废物5吨,严重污染环境。本案中,尽管该企业预防污染环境犯罪的内部机制不健全,有组织过失,但由于甲违反企业用章规定属于“钻空子”,企业根本不可能预见甲会为了企业利益而实施前述污染环境行为,故不宜追究企业的刑事责任。^{〔67〕}否则,就相当于变相鼓励员工只要企业组织管理有漏洞就要多“钻空子”实施犯罪。

事实上,我国已有司法解释暗示单位对具体违法事实的预见可能性是单位犯罪的成立条件。2017年最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第21条指出,成立单位犯罪,要求“单位员工主要按照单位的决策实施具体犯罪活动”。从该规定可以看出,首先,最高人民检察院承认单位意志与自然人意志、单位行为与自然人行为之间的“错位”客观存在;其次,最高人民检察院认为,如果自然人脱离单位决策实施犯罪,则不成立单位犯罪。细究该规定背后的法理,其实就是如果自然人实施具体犯罪活动没有按照单位决策,那么单位对于整个违法事实的发生就没有预见可能性,从而缺乏意志控制,此时若仍处罚单位,就突破了罪过责任的底线要求,变成客观归罪,这是我国刑法不能接受的。

对单位的刑事归责至少应在消极意义上维持罪过责任的底线要求——具体的预见可能性。在大多数情况下,单位自身不容许的组织缺陷导致其成员为本单位利益而犯罪的,可以推定单位对上述违法事实具有预见可能性,因此,不要求在每个案件中都积极地证明这一点。除非单位确实有足够的理由相信受其监督的单位成员会遵守规则,此时,即使后者违反规则实施犯罪,也可以否定单位规范意义的预见可能性,从而阻却单位罪过。^{〔68〕}单位成员诈欺性地规避本单位的组织管理体制,恰恰就是单位“有足够理由信赖”的场合,此时应当允许在个案当中

〔66〕 参见劳东燕:“过失犯中预见可能性理论的反思与重构”,《中外法学》2018年第2期,第313页。

〔67〕 当然,由此形成的企业民事责任不受影响。

〔68〕 这里援用了过失犯中的信赖原则,旨在从自然的预见可能性中筛选出规范的预见可能性。关于信赖原则对监督过失成立范围的限缩,参见(日)甲斐克则:《责任原理与过失犯论》,谢佳君译,中国政法大学出版社2016年版,第91—92页。

推翻前述对预见可能性的一般推定。通过截断对预见可能性推定的无限扩张,筛选出真正值得刑法谴责、非难的主观内容。

(三)单位固有责任的预防取向与法治保障的暗合与冲突

单位犯罪制度的出现是预防性刑法观的表现之一。^[69]一般来说,预防刑法本身蕴含着侵蚀自由与法治保障的风险,^[70]因为“各类旨在预防风险现实化的举措或制度本身又会成为新的风险源”。^[71]但是,预防性刑法观可能引发的风险悖论在单位固有责任体系中却不完全成立。以刑法个人责任原则与预防(功利)取向之间的紧张关系为例,按理来说,刑法以责任的个别化为显著标志,原本不是防控社会风险的最佳手段,^[72]但在单位犯罪的治理当中,越有效的预防措施反而越能确保在客观层面单位只承担自己责任。仅依靠国家单向惩罚的传统模式在防治单位犯罪方面收效甚微,因为在单位这种次级体系中,国家通过法律确立的禁止规范可能失效,毕竟“禁止规范在相对自主的次级体系中,只有在它被次级体系吸收并适应次级体系本身之需求时,才能发挥禁止规范的作用”。^[73]所以,可以考虑将国家预防犯罪的职能部分下放到单位,构建国家与单位共治的犯罪预防模式。^[74]为了激励单位加强内部控制,更好地履行预防性注意义务,有必要将单位自身的内部治理情况与单位刑事责任联系起来,一般来说,关联程度越高、联系方式越直接,对单位的激励就越大。^[75]单位固有责任之旨趣就是让单位自身的组织特征(而非他人行为)决定(而非仅仅影响)对单位的刑事归责,因此,正是关联程度最高、联系方式最直接、激励效果最大的方案。预防与自由、功利性与正当性高度统一于

[69] 参见高铭喧、孙道萃:“预防性刑法观及其教义学思考”,《中国法学》2018年第1期,第169页;劳东燕:“公共政策与风险社会的刑法”,《中国社会科学》2007年第3期,第132页。

[70] 参见何荣功:“预防刑法的扩张及其限度”,《法学研究》2017年第4期,第146页。

[71] 劳东燕:“风险社会与功能主义的刑法立法观”,《法学评论》2017年第6期,第18页。类似观点,参见(德)迪特儿·格林:“宪法视野下的预防问题”,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第113—114页。

[72] 参见卢建平:“风险社会的刑事政策与刑法”,《法学论坛》2011年第4期,第25页。

[73] (德)贝恩德·许迺曼:“过失犯在现代工业社会的捉襟见肘——资产清算”,单丽玫译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑事法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年版,第525页。需要特别注意的是,犯罪治理或犯罪预防的部分私人化不等于刑事追诉的私人化,后者可能淡化刑事诉讼中对被告人权利的各种保障性原则,参见希尔根多夫,见前注[2],第509页。

[74] 参见张远煌等,见前注[3],第116—117页;周振杰:“惩治企业贿赂犯罪合作模式之提倡”,《云南社会科学》2016年第4期,第123—124页;李本灿:“企业犯罪预防中国家规制向国家与企业共治转型之提倡”,《政治与法律》2016年第2期,第59页。域外学者的类似观点,参见 FIORELLA A., SELVAGGI N., Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello spazio globale, Torino, 2018, 12—14, 18—19; PIERGALLINI C., Autonormazione e controllo penale: verso la privatizzazione delle fonti, in AA. VV., *La crisi della legalità. il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, 2016, 117—118; GÓMEZ-JARA DIEZ C., La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in JIMÉNEZ, MARTÍN, *Autorregulación y sanciones*, Cizur Menor, 2013, 261.

[75] 参见黎宏:“合规计划与企业刑事责任”,《法学杂志》2019年第9期,第11页;李勇:“‘合规计划’中须有刑法担当”,载《检察日报》2018年5月24日,第3版。

单位固有责任的客观方面。

真正需要警惕的,是刑法完全脱离罪过责任的极端工具化倾向。换言之,单位固有责任对刑法个人责任原则的侵蚀可能发生在主观归责层面。预防性刑法观的输入可能夹带纯粹客观归罪的隐患,一旦单位内部不合规的组织管理模式导致犯罪的发生,单位就再无出罪空间。为了平衡预防与道义,一方面应强化对罪过的规范评价意识,不再将主观心理作为刑法非难的唯一根据;另一方面应维持具体预见可能性这一罪过责任的底线要求,将之作为单位固有责任的消极要素。

五、余论:我国刑法语境下单位固有责任的生存空间

将目光重新转回我国刑法,单位固有责任论本土化的问题无法回避。我们不禁要问,这种单位犯罪归责模式能否与我国现行刑法的相关规定相互协调?事实上,就具体条文而言,《刑法》第31条和2014年《立法解释》与单位固有责任论没有明显矛盾。

首先,《刑法》第31条规定的双罚单位和自然人的处罚原则与单位固有责任的理论取向大体一致。因为如果认为单位刑事责任是代位责任或转嫁责任,则当实施了犯罪的自然人的责任被完全转嫁到单位身上时,再处罚单位成员就有重复评价之嫌;而从单位固有责任的立场出发,单位责任与自然人责任在归责原理上存在差异,因此,对第31条的解释也应当贯彻二分的方案,^[76]对处罚单位与处罚单位特定成员做不同解释,即,处罚单位主要是因其客观上有组织过失,主观上有预见可能性;而处罚自然人则是因其行为符合具体犯罪的成立条件。在归责上“单位与单位成员”二分的观念,其实早在《刑事审判参考》指导案例第251号“北京匡达制药厂偷税案”中就有所反映。该案裁判理由强调,不能无条件地因单位犯罪而对单位法定代表人进行刑事归责,其应否承担刑事责任,仍需视其是否具体介入了单位犯罪行为,在单位犯罪过程中是否起到了组织、指挥、决策作用而定。^[77]

其次,2014年《立法解释》规定,单位实施刑法规定的危害社会的行为,分则或其他法律未规定追究单位刑事责任的,对组织、策划、实施该危害行为的人依法追究刑事责任,恰好也暗合

[76] 本文的观点虽然在外观上与叶良芳所提倡的“单位与单位成员责任分离论”有相似之处,但实质内容却大相径庭。本文虽也认同单位责任与单位成员责任的分离,但本文所提倡的单位刑事责任是单位自身固有的责任,因为单位存在值得刑法评价的组织缺陷,并且该组织缺陷导致了法益侵害行为的发生,而单位对该行为又有预见可能性,所以应将违法事实归责给单位;而在叶良芳的主张中,单位犯罪是拟制的概念,单位责任从根本上来源于单位成员的行为,是立法者将单位成员的行为上升为单位行为的结果,参见叶良芳,见前注[35],第101、103页。但是应当注意,如果要协调学说与中国现行刑法规范,则本文和叶良芳都会面临一个难题:《刑法》分则个别条款规定,对单位判处罚金,但对单位成员配置了较一般自然人犯罪轻的法定刑,这样一来,难免会让人怀疑对单位成员犯罪评价的独立性。

[77] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(总第33集),法律出版社2003年版,第5页。

了切割单位责任与单位成员责任的方案。其中,对于“单位实施刑法规定的危害社会的行为”之表述,可以认为,所谓“单位实施”,只是在事实层面将刑法规定的危害社会的行为与单位联系起来。如前所述,《刑法》分则规定某罪处罚单位主要是为了更有效预防犯罪,追究哪些犯罪的单位责任,是立法者基于刑事政策的需要所做的功利选择。因此,即使可以在事实层面将分则规定的危害行为与单位联系起来,原本也不意味着法律必须处罚单位。而无论法律是否处罚单位,都不会影响自然人刑事责任的追究。对于组织、策划、实施分则规定的危害社会的行为者,根据分则各本条及总则共同犯罪的规定定罪处罚即可。

按照这种思路推演下去,作为《刑法》第31条中例外存在的单罚制,^[78]也可以解释为立法者出于刑事政策等功利性考虑不追究单位刑事责任的例外情形。亦即,将之与前述纯正的自然人犯罪做相似理解,而不是把它当作转嫁制的体现。无论单罚还是双罚,刑法对单位中直接负责的主管人员和其他直接责任人员的处罚,都应做与单位自身的固有责任相分离的考虑,处罚单位特定成员只是因为其行为符合具体犯罪的成立条件,而非像有些学者担心的那样,在单罚单位成员时,明明是单位自身的犯罪,却让与单位属于不同人格主体的自然人承担刑事责任。^[79]

讨论至此,尚未发现单位固有责任论与我国现行刑法规定之间存在明显抵牾。实际上,此二者之间真正的紧张关系主要来自于《刑法》第30条以及分则各本条追究单位刑事责任的款项。比如,王志远认为,如果将单位是否存在监督、选任方面的过失作为追究单位刑事责任的关键性要素,则无法与我国现行的单位犯罪立法相互协调。基于此,他提出两条修法建议:其一,将《刑法》第30条修改为“因公司、企业、事业单位、机关、团体的监督、选任过失而造成其成员在其职责业务范围内构成犯罪的,依照法律规定负刑事责任”;其二,在分则应当追究单位刑事责任的各具体罪名当中,不再采取“单位犯本条之罪”的规定方式,而是修改为“本条追究单位刑事责任”。^[80]

对于王志远的主张,首先要说明一点,所谓单位“监督、选任过失”并不等同于本文所提出的组织过失,后者作为单位固有责任客观归责的核心要素,其内涵和外延都更为丰富,也更符合单位固有责任的归责原理。其次,本文认为,如果具体归责条件(要素)的确定可以不依赖于刑法条文本身,那么未尝不能将《刑法》第30条的规定仅当作追究单位刑事责任的宣誓性条款,或者解释为“单位负刑事责任的外部范围”,即《刑法》第13条在单位犯罪领域的确证——单位应当为危害社会的、依法应受刑罚惩罚的行为负刑事责任。至于法条中出现的“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为”之规定,则可以理解为单位刑事归责的前

[78] 关于“单位犯罪单罚制”这一提法本身的证伪,参见张明楷,见前注[23],第137页。

[79] 参见孙道萃,见前注[23],第29页;石磊,见前注[24],第26页;黎宏:“完善我国单位犯罪处罚制度的思考”,《法商研究》2011年第1期,第83页。

[80] 王志远:“环境犯罪视野下我国单位犯罪理念批判”,《当代法学》2010年第5期,第79页。

提——行为归属。换言之,法条中的这种表述只是表明,要追究单位刑事责任,则至少要在事实层面上能够将危害社会的行为与单位联系起来。

诚然,最为理想的情况是像意大利2001年法令第5条至第7条那样,法律对每项归责要素均有明确规定,从而,教义学层面的工作就仅限于将这些归责要素体系化。但这并不意味着未规定全部归责条件的法律体系就排斥单位固有责任的追究,只不过此时需要解释者承担更多的任务,根据刑法责任主义的基本原则来进行归责体系的具体构建。至于分则各本条中出现的“单位犯前款罪”之规定,本文认为,同样可以做如上解释。理想的情况确实是如王志远建议的那样,将其修改为“本条追究单位刑事责任”,但在维持分则规定不变的情况下,仍可以将之解释为对单位进行归责的前提——行为归属,其存在仅表明法律允许因该罪对单位开展归责活动,亦即,单位有承担刑事责任的可能。至于最终能否将特定犯罪事实归咎于它,还要根据客观归责与主观归责的标准依次检验。

Abstract: The introduction of criminal compliance for the needs of criminal policy does not necessarily lead to a shift in the imputation model of corporate liability. To abandon the vicarious liability with natural persons as intermediaries, we must first remove the attention on the question “who is the subject of crime”. This approach makes the judicial effectiveness of corporate crime system in China lower than the effectiveness that the law should have had. And within the limited judicial effectiveness, it may lead to the corporate and the individual being found guilty together. In fact, it is no longer necessary to prove that the corporate was ontologically considered as subject of crime if corporate liability is to be established. The corporate can be objectively ascribed for its negligence in organization. However, the criminal liability will be excluded when the corporate could not predict the crimes committed by its members in violation of the organizational management system. If the corporate has formulated and implemented an appropriate compliance program, it shall not be found guilty.

Key Words: Subject of Crime; Vicarious Liability; Inherent Liability; Negligence in Organization; Predictability

(责任编辑:车 浩)