

单位刑事责任论的反思与重构

李本灿

内容提要:单位刑事责任论的研究近年来呈现出显著的规范性。与此同时,基于预防需要,纯粹自然进路的代位责任理论也在悄然复归。从《刑法》第30条、第31条出发,单位是在为自身行为负责,而非为他人行为负责;自然人责任是单位责任的构成要素。这意味着,纯规范进路的系统责任论与自然进路的代位责任论都不可取。组织体责任论契合了责任主义原则,在大方向上是正确的。组织体的另一个自我是领导集体,^[1]组织责任系领导集体责任。不具有决策权的职员仅是组织体责任的“观察对象”或“参考资料”,其以共同正犯或个人过失的形式与单位犯罪发生关联。基于“参考资料”的功能定位,不具有决策权者不需要具体确证,或者完全充足构成要件,从职员的合法行为中亦有可能推导出组织体罪责。“组织体责任=领导集体责任”关系的确立以法定为限,在“单位实施非单位犯罪”的情形,对自然人的处罚并非“规范隐退”或“反教义学化”,而是对其他教义规则的遵守。单位责任论教义规则的建构不仅有利于区分单位犯罪与自然人犯罪,对于“以单位为犯罪对象”情形下的罪与非罪、此罪与彼罪的区分亦具有重要理论价值。

关键词:单位犯罪 代位责任 系统责任论 新组织体责任论

李本灿,山东大学法学院副教授。

单位刑事责任理论是公司刑法中的基础性问题。围绕这个问题,在单位犯罪立法前后的不同时期都曾展开过较为广泛的讨论。然而,现有的讨论并未合理解决什么是单位责任的基础命题,因而并未对司法实践提供有益指导。反过来,由于缺乏理论上的营养补给,司法实践也并未形成关于单位犯罪的典型案例反哺理论研究。本文正是着眼于此,从问题出发,通过对单位刑事责任理论的学术史考察,结合我国的相关立法,反思并重构单位刑事责任理论。

[1] 本文的研究主要针对集体负责,内部关系相对复杂的单位犯罪,行文中多使用“领导集体”之类的表述。对于个人负责,内部关系简单的单位,本文的结论也可比照适用。

一 现象描述与问题提取

(一) 单位犯罪司法实践的现象描述

本文的问题意识源自于单位犯罪司法实践中的两种现象：

现象一：“本案系单位犯罪，而非自然人犯罪”成为常见的辩理由。刑事审判工作中，被告人或其辩护人经常以“本案系单位犯罪”作为辩理由。比如李某生等集资诈骗、虚报注册资本案^{〔2〕}、马某等集资诈骗、非法吸收公众存款案^{〔3〕}等都体现了这一点。

现象二：个案认定中存在逻辑矛盾：单位领导人责任与单位责任的割裂。在某公司走私案中，法院认为，被告单位某水产公司伙同某食品公司为谋取非法利益，逃避海关监管，采取绕关方式走私普通货物，其行为构成走私普通货物物品罪。两家公司的法定代表人李某明并未直接积极参与，不承担刑事责任。对于公司辩护人提出的，既然主要领导无参与，则不构成单位犯罪的辩护意见，法院未予回应。^{〔4〕}在北京某制药厂偷税案中，法院认为，法定代表人作为单位最主要的领导人员，在单位里对重要问题的决定起着至关重要作用，在单位实施犯罪的情况下，是否均需对犯罪负责不能一概而论，应视其是否具体介入了犯罪行为，在犯罪过程中是否起到了组织、指挥、决策作用而定。如主持单位领导层集体研究、决定或者依职权个人决定实施单位犯罪的情况下，当属“直接负责的主管人员”；反之，在单位其他领导决定、指挥、组织实施单位犯罪的情况下，则不应以直接负责的主管人员追究其刑事责任。据此认定，本案中的法定代表人王某林并无直接参与单位犯罪，不应承担刑事责任。^{〔5〕}

(二) 现象分析与问题提取

上文的现象一源于自然人与法人犯罪分立的立法体系。在英美法系国家，刑法中的“人”不仅包括自然人，也包括法人，即法人犯罪与自然人犯罪一体化处理；我国采取的是分立的立法体例，在入罪或量刑标准上，部分罪名显著低于自然人犯罪。^{〔6〕}分立式立法决定，区分自然人犯罪与单位犯罪具有重要意义。然而，由于我国《刑法》第 30 条、第 31 条的立法过于简单，并未给单位犯罪司法提供有益指导，因而尤其需要单位刑事责任论的教义学建构。

传统观点认为，“单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为单位谋取利益或者以单位名义，经单位集体研究决定或者由负责人决定，故意或者过失实施的犯罪。”^{〔7〕}如果强调单位犯罪意志的整体性或者领导在单位意志中的决定性，在上述两个案例中，合

〔2〕 参见湖南省高级人民法院(2017)湘刑终 462 号刑事裁定书。

〔3〕 参见河南省高级人民法院(2017)豫刑终 8 号刑事裁定书。

〔4〕 参见山东省高级人民法院(2019)鲁刑终 173 号判决书。

〔5〕 参见《北京匡达制药厂偷税案——如何认定单位犯罪直接负责的主管人员》，载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编《刑事审判参考》(2003 年第 4 辑，总第 33 辑)，法律出版社 2003 年版，第 1-6 页。

〔6〕 例如，票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪自然人与单位入罪标准差异巨大；自然人受贿、行贿与单位受贿、行贿法定刑差异巨大。

〔7〕 陈兴良著：《规范刑法学》(上册)(第四版)，中国人民大学出版社 2017 年版，第 256 页。

乎逻辑的结论就是：如果认定构成单位犯罪，则必然涉及到主要领导的责任（故意或过失）；如果事实证明，单位主要领导对于犯罪无参与、授意，不知情，就应当否定单位犯罪的成立。而现实的情况是既认定单位犯罪，又没有追究单位主要领导的责任，出现逻辑上的矛盾。这种逻辑矛盾源自于司法实务对传统观点的错误理解。对于何为“集体研究”，何为“负责人决定”这样的问题，传统观点并不明确，因而导致司法实务对单位犯罪的随意解读：公司总经理当然可能属于“负责人”；废水组的负责人当然也可能被理解为“负责人”。然而，既然公司“一把手”不知情、无参与，单位意志何以体现？如何处理这种情况下的“单位犯罪”与罪责自负原则之间的关系？如果坚持这种观点，单位领导人员只需要“把头埋在沙土里”，就可以阻断责任，造成距离具体业务越远（职权越大），责任越小的不合理现象。上述两个案例，就是这种不合理现象的集中体现。

以上问题的原因在于我们对单位犯罪的认识不足，所以当务之急，是通过教义学方法建构单位责任论的框架，解决单位责任与罪责自负之间的紧张关系；建构一条自上而下，没有断裂的责任链条，避免有组织不負責任或者责任归属错误的不合理现象。在研究方法上，以时间轴为线索，可以清晰地看到单位责任论的规范化趋势：人的“影像”在单位责任认定中逐步虚化，从最开始的代位责任（极端路径之前端）到以卢曼（Niklas Luhmann）的系统论为理论工具的系统责任论（极端路径之后端）；中间还存在形形色色的中间责任形态。本文的主旨在于，对不同的研究范式进行梳理与反思，以我国《刑法》第30条、第31条为中心，建构单位责任论的基本教义规则。

二 极端路径之前端：代位责任之否定

（一）代位责任的历史发展及其内涵

弗里希（Wolfgang Frisch）和梯德曼（Klaus Tiedemann）都曾对“法人不能犯罪”这一古罗马法格言的真实性提出过质疑。^[8]事实上，至少从中世纪开始法人刑事责任就在英美法系和大陆法系国家被广泛接受，在1800年之前的英国和1800年之后的德国都没有完全否认法人刑事责任。^[9]然而，法人犯罪始终面临着可谴责性问题，即法人没有可以谴责的灵魂和肉体，无受刑能力。^[10]所以，如何实现对法人犯罪的归责成为理论上的焦点。

对于单位的责任认定问题，实践中最初采取的是回避态度，即认为单位犯罪无需故意或过失，应当承担严格责任。^[11]犯罪故意第一次被归属于公司，是在1908年的纽约

[8] Vgl. Wolfgang Frisch, in: Georg Freund/Frauke Rostalski (Hrsg.), *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Produktgefahren*, Peter Lang, 2015, S. 156; Klaus Tiedemann, *NJW* 1988, S. 1169.

[9] See Markus D. Dubber, *The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability*, *New Criminal Law Review*, Vol. 16, 2013, p. 204.

[10] See John C. Coffee, “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, *Michigan Law Review*, Vol. 79, 1981, p. 386.

[11] See Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation*, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 60, 1982, p. 410.

中央和哈德逊河铁路公司诉美国案,美国联邦最高法院在该案件中表示,经法律授权的代理人的认识和目的能够归属于法人。^[12] 也就是说,在公司犯罪案件中,可以适用代位责任原则解决公司责任问题。联邦最高法院的态度明确后,大量州法院开始效仿,将代位责任原则引入州法律系统。直到现在,《联邦量刑指南》(*Federal Sentencing Guidelines*)仍然坚持代位责任原则:组织只能通过其代理人实施行为并对其代理人实施的犯罪承担责任。^[13]

(二)我国学者对代位责任理论的提倡

我国支持引入代位责任理论的学者主要有以下观点:首先,从犯罪主体角度分析,法人犯罪中的犯罪法人与卷入其中应负刑事责任的自然人既不是共犯关系,亦非双重主体,而是一体化的关系;法人与自然人在法人犯罪中融为一体,结合为一个犯罪主体并共同承担刑事责任,这其中包含三层含义:第一,法人与其中直接负责的主管人员和主要责任人员在法人犯罪中是一个犯罪主体;第二,法人犯罪主体是由法人团体和作为法人团体构成因素的有关人员彼此异质的两部分组成的复合体;第三,组成法人犯罪主体的两个部分在法人犯罪中不是分工的关系,而是彼此融合和互为表现的关系。也就是说,法人组织中的有关自然人将犯罪法人化,而法人组织则通过有关的自然人来实施犯罪。^[14] 其次,从公司与其内部的自然人之间存在独立性与从属性的二重性特征分析,从公司自身角度看,它是以一个整体的形象出现,公司要为其内部自然人的行为承担责任,即责任的转化,这是从属性的一面;从内部结构来考察,公司与内部自然人之间的意志具有独立性,自然人也要对自己的行为承担责任。在看到中美两国公司犯罪归责模式相似性的同时,该论者还主张借鉴美国模式,因为其更为详细和明确。^[15] 最后,还有学者从社会秩序维护角度阐明引入替代责任的必要性,比如有学者指出,替代责任并不破坏罪刑法定与罪刑相适应的基本原则;替代责任与主客观相一致的精神并不背逆;因为企业违法对于社会影响巨大,因此有必要通过替代责任原则促使企业主履行监管职责。^[16] 也有学者基于环境犯罪治理^[17]或企业犯罪治理的效率^[18]的考量,主张引入替代责任。

(三)代位责任之否定

将代位(替代)责任理论作为单位刑事责任的根据,虽然充分展示了预防刑法特征,实践中也更易于操作,但该理论存在如下问题,为本文所不采。

首先,方法论上的错误。替代责任制度来源于罗马法的准私犯和法国法的准侵权行为,即替代责任是侵权法中的特殊侵权责任。不同于一般侵权责任,特殊侵权责任是为他人行为负责,这与传统的责任自负原则存在冲突。然而,基于以下原因,替代责任具有民

[12] See *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U. S. 481.

[13] See U. S. Sentencing Commission Guideline Manual, Chapter 8, Introductory Commentary (2018).

[14] 参见娄云生著:《法人犯罪》,中国政法大学出版社1996年版,第75-76页。

[15] 参见卢林著:《公司犯罪论——以中美公司犯罪比较研究为视角》,法律出版社2010年版,第204-207页。

[16] 参见童德华:《刑事替代责任制度研究》,《中国刑事法杂志》2002年第1期,第35-36页。

[17] 参见侯艳芳:《单位环境资源犯罪的刑事责任:甄别基准与具体认定》,《政治与法律》2017年第8期,第92页。

[18] 参见万方:《企业合规刑事化的发展及启示》,《中国刑事法杂志》2019年第2期,第64-65页。

事法上的正当性:其一,民事责任的财产性质决定了侵权赔偿责任可以替代;其二,权利义务相一致原则是特殊侵权责任的基础,行为人享受第三人行为所带来利益的同时,也应当承担相应的义务;其三,公平责任是特殊侵权替代责任的另一个基础;其四,加重社会责任理论为特殊侵权替代责任提供了新的理论依据。^[19]由此可见,代位责任的理论根据在于,通过责任扩张,更有利于对受害人赔偿的实现,民事责任的财产性也使得责任扩张成为可能。不同于侵权法,刑法的主要目标在于威慑与报应;这两个“孪生目标”具有相互依赖性,除非行为人亲自参与或者通过授权、指导参与了不法行为,仅以威慑之目的难以使刑罚正当化,因为刑法的适用以道义责任为基础;侵权法的赔偿目的与刑法的目的完全不同,不加鉴别地将前者的原则适用于后者,让人无法接受。^[20]

其次,代位责任与责任主义原则存在冲突。现代刑法以责任主义为原则,这一点从我国《刑法》第14条、第15条及第30条可以得出。单位犯罪是单位自身的犯罪,以故意或过失为必要;尽管单位犯罪也必须通过员工实施,但员工的行为未必是单位的行为,单位责任的认定亦应接受责任主义原则的检视。然而,源自于侵权法的代位责任造成“雇佣人实际上系无过失责任”。^[21]其政策价值在于,以此促进雇主进行严格监督,预防员工违规。然而,预防价值的实现不能逾越责任主义原则,在缺乏激励机制或者激励不够的情况下,单位可能更愿意承担损害赔偿而非高额的监督成本,制度初衷可能难以实现。

最后,代位责任还可能造成犯罪认定“过度概括”与“不够概括”的缺陷。所谓过度概括,主要是指对于公司责任的认定过于宽泛,“使公司负担罪责并不需要诉诸公司本身任何的特质,只要有员工的犯罪便已足够”。这一点实际就是严格责任问题。所谓不够概括,是指在部分场合,难以认定公司犯罪,导致犯罪认定不周全的现象。原因在于,公司责任由个人责任触发,个人责任难以认定时亦难以认定公司犯罪。在某些案例中,尽管是公司的政策或程序而造成的犯罪,但由于无法辨认出组织体内个别员工或数个员工以便将犯罪结果归责于某特定的行为入,因此最终无法让公司对员工的行为负责。^[22]

三 极端路径之后端:系统责任论之否定

(一)以系统论为理论工具的法人责任论

1. 功能系统的组织支配理论

该理论的典型代表是海涅(Günter Heine)。在其教授资格论文《公司的刑事责任》一书中,海涅教授首先区分了一组概念,即个人行为人与系统行为人。个人行为人适用传统个人刑法;在组织结构清晰,信息以及决策权集中于最高领导人员,核心人员的指示权以最短、最直接的路径向下传递并得到有效执行的小型公司内,传统个人刑法的归责原则仍

[19] 参见杨立新著:《侵权法总则》,人民法院出版社2009年版,第557-566页。

[20] See Philip A. Lacovara, David P. Nicoli, Vicarious Criminal Liability of Organizations: RICO as an Example of a Flawed Principle in Practice, *St. John's Law Review*, Vol. 64, 1990, pp. 736-738.

[21] 参见王泽鉴著:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第452页。

[22] 参见李文伟著:《法人刑事责任比较研究》,中国检察出版社2006年版,第69页。

可以适用;然而,大型公司内部去中心化以及权力分化特征明显,企业的行动能力最终只能通过不同的、在每个部门中或多或少独立展开的工作任务(例如产品研发、产生以及销售)之间的协作而获得。在大型组织的功能要素背后,个体的支配能力减弱,企业内部自我答责的行为减少,整体系统的组织结构中并不具有的全体性的权能也就自然消失了。^[23] 传统刑法假定信息控制、决策权以及执行权集中于单一个体,然而,现代企业组织体中的去中心化与功能分化使个体的作用难以确定;线性结构越少,功能分化越多,对个体行为人的确定越困难;大型企业并非通过在特定地点和时间内完成的单一决策展开活动,企业活动往往通过或多或少具有独立性的多个经济部门之间的协作完成,这就容易产生有组织的不负责任。除此之外,传统以个人责任为联结的公司罪责模式将不可避免地造成威慑与预防漏洞:由于大型组织体的内部复杂性,对责任人员的确证存在很大困难,即使可以顺利找到责任个体,也仅是职位较低的公司员工,难以由此确证公司责任;底层员工在公司内部仅发挥了有限功能,对他们难以施加较重刑罚,如果仅仅处以罚金,则由于罚金的个别化裁量原则,显得意义有限,尤其是在公司补偿制度广泛存在的情况下。^[24] 基于以上原因,海涅认为,在潜在的系统行为人中,是否能确定个人需要为错误的决策承担刑事责任并非没有疑问,有必要根据内部复杂性,区分适用个人刑法与公司刑法。

海涅所构建的独立的公司责任理论的核心在于,放弃传统以个人责任为媒介来认定公司责任的观点,构建原初的社团责任。原初的社团责任建立在通过功能一系统性组织支配而进行的企业程序引导与控制之上;责任产生于执行功能一系统性组织支配过程中的畸变,因为这种畸变,失去了及时予以回转的机会;如果开始存在机会能够将企业潜能予以激发,对企业的子系统进行组织,对于企业的运行予以控制,进而使得企业风险能够随时得到合理控制,但企业并未能对组织系统进行改进,使得对于紧迫的风险不再有可能采取补救措施,并且使得企业的回转过于迟延,这就会产生企业责任。^[25] 简单讲,企业责任源自于企业自身有缺陷的组织运营。^[26]

2. 建构主义的公司责任理论

该理论的代表者是迪兹(Carlos Gómez-Jara Díez)。在系统性阐释自己理论设想的论著中,迪兹首先总结性陈述了研究范式转换的问题。他主张,在公司刑事责任问题上,应当运用自创生社会系统论进行研究范式的转换。按照这种观点,现实是被建构的,系统论的世界里不存在现实,系统自身建构了环境;不仅仅公司被作为自创生社会系统予以观察,甚至连我们研究的法律、人自身都是自创生再生产的结果;法律、公司以及人都是自创生系统。^[27]

在解决了理论工具问题之后,迪兹从“刑法上的人作为刑法系统的建构物”“公司的

[23] Vgl. Günter Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Nomos, 1995, S. 27 – 31.

[24] See Günter Heine, New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, pp. 176 – 177.

[25] Vgl. Günter Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Nomos, 1995, S. 249, 287.

[26] See Günter Heine, New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, p. 186.

[27] Vgl. Carlos Gómez-Jara Díez, ZStW 2007, S. 294 – 295.

组织权能”“公司刑法中人的可归责性”三个方面入手对“公司作为积极的刑法上的人”的命题进行论证。在这一部分,迪兹实际上解决了法人的主体性问题。在他看来,刑法上的人是建构物,本身并不包含来源于自然意义、政治意义或者经济、宗教意义的信息,仅仅是能够进行沟通的人造物。所有的人,包括自然意义的人与法人,都是法规范的造物,相比于法人,自然人并不具有更高的实在性,或者说,两者具有相同的实在性或者拟制性。具体到公司的可罚性问题,刑法上的人格获得,需要满足两个前提条件:第一,在人这一“面具”之后的系统需要显示出以充分的自身复杂性为基础的特定的自我指涉性;第二,刑法上的人要具有忠诚于法规范的能力,即能够合理关照法规范。这一点具有两个结果:首先,公司必须能够支持法规范效力,这一点可以通过适当的公司文化得以实现;其次,不忠诚于法规范的公司文化的创设,将被视为缺乏法规范忠诚态度,象征性表现出公司罪责。简言之,刑法上的人需要具备两种能力,即保护规范效用的能力以及使得规范成为问题的能力,而这两个方面的能力分别朝相反的方向发展,即权能与可归责性。^[28]

在公司的权能问题上,传统理论存在循环论证的死结:传统刑法以自然人为对象进行建构,公司不是刑法上的人,因此公司不能犯罪。海涅通过“功能—系统性组织支配”的概念解决了这个问题;兰珀(Ernst-Joachim Lampe)通过“社会人”这一上位概念解决了这一问题;迪兹则通过将法人与自然人同置于积极的刑法上的“人”这一概念之下解决了这一问题。他认为,从规范的立场看,组织体自身具有自我组织权能,这种权能应当保证没有不被允许的风险从自己管辖的领域内流出,相应地,每个人都应当为从自辖领域内流出风险承担刑事责任。在可归责性问题上,迪兹认为,公司与自然人一样,只有部分可以被归责,界分标准是,公司是否具有反射潜能,或者说是自我观察能力。自我观察能力与系统自身复杂性相关;满足可归责性的自我观察需要足够的系统复杂性,也就是说,只有具有足够内部复杂性的系统才可能成为积极的刑法上的人,因为只有在这样的系统才具备真正的能为刑罚奠定基础的自律性。^[29]

(二)我国的类似观点

海涅和迪兹观点的形成深受卢曼系统论的影响。卢曼认为,有机体由“细胞”构成,心理由“思想”构成,社会系统由“沟通”构成,沟通与主体意识截然分离,是由信息、告知、理解三阶段构成的社会过程;沟通不是人的沟通,而是系统自身的沟通,“沟通纯粹是社会系统自身选择性运作的产物,虽然沟通以环境中至少存在两个心理系统为前提,但与主体意识以及主体间共识无直接关系。此种概念界定抽象地构造出‘空无一人的社会’,作为有机体和心理系统的‘人’被归诸环境”。^[30]海涅和迪兹共同的观点是,作为传统刑法上唯一适格主体的“人”的形象被虚化,在犯罪与责任认定中,人并无意义。在我国学者的论著也能找到相似观点。

周振杰教授提出了企业刑事责任“二元模式”的概念,即区分个人刑事责任与企业刑

[28] Vgl. Carlos Gómez-Jara Díez, ZStW 2007, S. 308 – 309.

[29] Vgl. Carlos Gómez-Jara Díez, ZStW 2007, S. 310 – 314.

[30] 参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学:一种理解现代法律的新思路》,《政法论坛》2014年第4期,第155–156页。

事责任,在此基础上,未来的立法应当按照如下方向重构:第一,犯罪故意与过失条款中增加如下规定:“单位存在鼓励、纵容或者默认违法行为发生的管理缺陷或者单位文化的,推定单位存在故意”;“因单位未充分履行预防违法行为的义务而导致危害结果发生的,推定单位存在过失”。第二,在单位犯罪及其刑罚相关条款中增加如下规定:“认定单位刑事责任,不以个人行为构成犯罪为前提。个人行为构成犯罪的,根据分则的相应规定定罪处罚”;“单位犯罪的,对单位判处罚金。单位积极制定并有效实施内部犯罪预防措施的,可以从轻、减轻或者免除处罚。”^[31]上述观点试图构建单位责任与个人责任的二元体系,强调两者在认定基础、逻辑以及程序上的独立性;个人责任认定遵从传统方法,强调道义责任,单位刑事责任则具有客观性,应当以是否履行单位自身的犯罪控制义务为中心进行考察,不以个人责任为前提。从单位责任的独立性与客观性,隔断与个人责任的关联性这一点上,周振杰的观点与系统责任论异曲同工。

(三)系统责任论之否定

相比于传统法人责任理论,系统责任论进行了研究范式的转化,具有方法上的新颖性;从结论上看,只要承认罪责自负原则,单位就只能对自身的行为负责,这一点也并无异议。然而,基于以下几个原因,系统责任论为本文所不采:

1. 方法论上的问题:方法的不妥当性、结论的不确定性与片面性

从刑法教义学的视角,许乃曼(Bernd Schünemann)对系统论在公司刑法中的适用问题进行批判:从内部系统视角看,这个概念最大的失败在于公司明知问题。按照美国法的传统观点,如果单个团体代理人并不具备对于避免法益侵害所必须的认识,而多个片段性认识的集合可以满足认知条件,则公司责任仍可以被肯定。此处,组织体缺陷存在于有缺陷的沟通行为,然而,从系统论的角度讲,组织体仅能以一种寄生的方式使沟通行为与那些在结构上与组织体耦合在一起的个体发生联系。尽管人们可以将这种沟通行为称为组织体有缺陷的法忠诚,但不可改变的是,这种组织体缺陷与那种并非在系统论上所拟制,而是在自然意义上存在的自然人的行为能力有本质差异。而且,自然人的法忠诚与组织体的法忠诚在规范的深层结构上也有着本质差异。对于法规范的要求,企业仅会自发生产利益导向的沟通行为,即为了避免金钱上的惩罚而避免法损害,而不是真正认同法律的内在价值;与此相对,自然人的意识中,内在的法效力可能会被重复生产,原因是多样的,可能源自于宗教原因,可能源自于绝对命令、黄金法则或者其他内在认同的原则。正是在这个意义上,系统论视角的企业并不能作为独立的参与者参加到法规范的内在价值及其效力的讨论,其也并不具有承载自我责任的能力。源自于美国的“良好企业公民”或者“企业伦理”的概念与自创生系统论并不具有可对比性,试图构建能够适用于自然人与组织体的统一罪责与刑罚概念的做法也必然会失败。总结起来说,将自创生系统论通过反身法(reflexives Recht)运用到传统的规制法领域的做法毫无意义,并且具有误导性,也是对刑法的狭隘解读。^[32]道斯(John Christina Dous)也对毫无保留地将系统论适用于公司

[31] 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157页。

[32] Vgl. Bernd Schünemann, ZIS 2014, S. 5-6.

责任领域的做法表达了质疑：系统论仅仅是一个理论，系统责任论者对于传统刑法可能进行了过度改造；不加批判地接受系统论的做法充分显示出社会科学和刑法学知识转换中的问题。^[33] 提倡系统责任论的海涅实际上也表达了对该理论的方法论基础的隐忧。^[34]

方法的误用也产生了结论的不确定性以及片段性问题。这一点在迪兹、道斯、海涅的论述中均有所提及。迪兹认为，“以什么为标准来界定积极的刑法上的人”是一个有待解决的问题，对此可以从两个方向来认识：一方面，消极到积极的刑法上的人的过度是规范界限问题，它可能因为社会与历史原因而有所改变；另一方面，就像个人刑法中的精神系统一样，公司刑法中组织体的精神基础具有重要意义。尽管提出了两个方向，问题仍没有得到解决，最终还是回到了另一个模糊的标准，即内部复杂性。原因在于，只有在具有足够内部复杂性的组织系统内才存在为刑罚奠定基础的自律性，才存在自我观察能力。在此意义上，因为儿童以及信箱公司(Briefkastenfirmen)不存在足够的内部(精神或者系统)复杂性，因而并不是真正的值得刑罚处罚的刑法上的人。^[35] 就此而言，建构主义的公司责任论就不适合我们国家，因为一人公司的刑事可罚性已经在我国得到普遍承认。^[36] 系统责任论脱离公司法的前置基础，构建了自身独立的标准，某种意义上说，是对罪刑法定原则的背离。此外，迪兹还使用了“公司文化”这样的词汇来论证公司罪责，这本身就是缺乏客观标准的概念，与刑法所要求的明确性相去甚远。道斯也指出，以系统论为方法来认定公司刑事责任的做法，难以提供刑法所必须的明确性。^[37]

海涅的理论体系建立在区分小型企业与复杂的大型企业的基础之上，然而，对于如何区分“大”与“小”，其并未提出明确标准。因而，作者自己都不得不承认理论本身有明确性与可预测性的缺陷，^[38] 除此之外，海涅的论著中还透露出以卢曼系统论为工具的系统责任论的共同缺点：“无论如何，企业自身必须扮演对于所有运营风险的监督者保证人的角色。”^[39] 这种观点存在两个问题：首先是物的风险与人的“风险”等同视之的问题，这一点超出本文范畴，将另作讨论；其次，人为割裂了作为犯与不作为犯，即单位只能以不作为的方式实施犯罪。^[40] 这种观点造成了单位犯罪处罚显著的片段性，不为本文所接受。

2. 理论内部的观点分裂

近些年来，随着法学研究范式的转变，借用系统论方法建构人格化的系统责任论的观

[33] Vgl. John Christina Dous, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in Unternehmen*, Peter Lang, 2009, S. 33.

[34] See Günter Heine, *New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?*, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, p. 188.

[35] Vgl. Carlos Gómez-Jara Díez, *ZStW* 2007, S. 309, 314.

[36] 参见《上海新客派信息技术有限公司、王志强虚开增值税专用发票案——依法成立的一人公司能否成为单位犯罪主体》，载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编《刑事审判参考》(2011年第5集，总第82集)，法律出版社2011年版，第1-2页。

[37] Vgl. John Christina Dous, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in Unternehmen*, Peter Lang, 2009, S. 33.

[38] Vgl. Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, 1995, S. 215; See Günter Heine, *New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?*, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, p. 183.

[39] See Günter Heine, *New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?*, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, p. 188.

[40] Vgl. Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, 1995, S. 287.

点在国内也得到了部分学者的倡导：

实例一：人格化社会系统论。该理论包括以下几个关联要点：第一，法人是人格化的社会系统，法人的刑事责任就是人格化社会系统的刑事责任；第二，法人是作为系统整体实施犯罪的，因而其刑事责任是整体责任；第三，法人是一个由自然人组成的有机整体，法人的活动是通过自然人的自觉活动实现的；第四，在法人犯罪中，实际上是一个犯罪，两个犯罪主体和两个刑罚主体（两罚制）或者一个刑罚主体（单罚制）；第五，在法人整体犯罪中，法人成员是否负刑事责任，不是追究法人刑事责任的必要条件，恰恰相反，法人构成犯罪，是追究法人内部成员刑事责任的前提。^[41]

实例二：组织体正犯理论。我国台湾地区学者蔡蕙芳以“组织体之犯罪支配”为核心，建构了组织体正犯理论。该论者认为，“组织体之犯罪支配性是强调法人组织阶层结构运作下之犯罪支配性；组织体之客观化制度运作，性质上属于‘结构’与‘体制’对‘人’的‘功能体制上之组织支配’，有别于组织体内之上级对下属之‘人’对‘人’的犯罪支配性。”^[42] 该论者在强调组织体罪责整体性，组织体政策、决策结构、运作程序、组织体文化、习性等因素对组织体罪责推定的决定性意义的同时，并未否认自然人的意义与责任。在组织体正犯理论中，自然人的故意或过失是单位罪责的“参考资料”；追究法人正犯罪责之外，仍应追究自然人之罪责，两种责任相互配合，始能符合罪责原则与发挥刑法之预防作用。^[43]

上述两种观点，尤其是蔡蕙芳在“功能体制上之组织支配”概念之下建构的组织体正犯理论，与海涅等人的系统罪责理论具有理论工具上的相同或相似性，然而，在系统责任是否以自然人为媒介，系统责任应实行双罚制亦或单罚制等问题上，却推导出了截然相反的结论。这也足以说明，系统论在法人刑事责任研究中的工具性价值存在疑问。

3. 缺乏实在法根据

我国《刑法》第 31 条明确规定了单位犯罪的处罚原则：“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。”作为单位处罚的统领性条款，“并”字说明了一点，即单位刑事责任是一个整体，包含了两个并列组成部分，自然人责任产生于单位整体责任。按照基本的刑法教义，责任产生于刑事义务的违反，人作为要素实质性参与到了单位犯罪之中。与此相对，卢曼的社会系统论主张，社会系统由沟通组成，沟通是最基本的构成；此处的沟通不是人的沟通，人的心理系统是不可见的，人与人之间无法沟通，只能由沟通自己沟通，“沟通进行沟通，而不进行思考；意识进行思考，而不进行沟通”^[44] 由此可见，无论是自然人在单位犯罪中的形象问题上，还是在单位犯罪的处罚制度上，以卢曼社会系统理论为工具而推导出的系统责任理论，都与我国基本的单位处罚制度格格不入。

[41] 参见何秉松主编：《法人犯罪与刑事责任》，中国法制出版社 1991 年版，第 485 - 486 页。

[42] 参见蔡蕙芳：《“我国”法人犯罪立法之检视与理论建构》，我国台湾地区《东吴法律学报》2017 年第 4 期，第 44 页。

[43] 参见蔡蕙芳：《“我国”法人犯罪立法之检视与理论建构》，我国台湾地区《东吴法律学报》2017 年第 4 期，第 45 - 63 页。

[44] [德] Armin Nassehi & George Kneer 著：《卢曼社会系统理论导引》，鲁贵显译，我国台湾地区巨流图书公司 2000 年版，第 93 页。

四 中间路径:组织体责任论与同一视理论的整合

(一)国内学说的组织体责任属性的本质叙说

1. 我国《刑法》第30条、第31条语境下的单位犯罪认定逻辑

学界存在一种普遍的认识,即第30条并没无实际意义,“既没有解决何谓单位犯罪的问题,也没有给出单位犯罪的概念,只是明确了哪些主体可以构成单位犯罪。”^[45]在本文看来,这种观点存在偏颇:《刑法》第30条的功能在于,它确定了单位犯罪的定罪原则,完成了从个人一元主体到个人与法人二元主体的刑法嬗变。^[46]第30条说明,单位犯罪是单位作为独立刑法主体的自身的犯罪,而不是单位的各个成员的犯罪之集合,也不是所有成员的共同犯罪。^[47]与第30条相似,第31条实际也不仅仅宣示了单位犯罪的双罚制原则,“其实,本条还隐含了单位犯罪案件中的责任认定与处理逻辑,即出现危害结果之后,首先认定单位责任,处罚单位,然后处罚个人;立法强调的是单位犯罪,个人处罚不过是单位处罚的附带后果,并非单位处罚的前提和基础”。^[48]

单位犯罪的认定逻辑,可以归结为两个相反的方向:由人到单位的逆向归责和由单位到人的正向归责。前一种方法存在两个问题:第一,有违背责任主义原则的嫌疑,这一点前文已述,不再展开;第二,无法合理说明处罚范围的合理性问题,即为何在处罚直接行为人之外,也要处罚可能仅仅表现为不作为的主管人员的责任。尤其是在直接行为人具有完全的自我答责能力的情况下,单位主管人员为何要为他人行为负责?此外,人的行为也可能被双重评价,即单位责任以人的责任为根据,除此之外人还需要承担独立责任。如果脱离了单位犯罪的语境,遵循“由人到单位”的逻辑顺序认定责任,这些问题都无法得到圆满解答。再结合上文对第30条、第31条的解读,可以得出结论,单位犯罪的归责只能遵循“由单位到人”的逻辑顺序,单位责任是单位自身犯罪需承担的责任,即组织体责任。

2. 作为联结点的“人”的必要性

在传统代位责任模式下,人的责任是单位责任的发生根据,可以说,自然意义上的人是公司的全部。在作为中间路径的组织体责任论中,一方面,单位是在为自己的行为承担责任,而非代他人受罚;另一方面,单位所实施的危害社会的行为,是通过作为单位组成人员的自然人所实施的。^[49]在研究范式转换后的系统责任论中,自然人亦未丧失作为联结点的作用。

第一,重读迪兹与海涅。上文已经提到,迪兹认为,刑法上的人需要具备保护规范效用的能力以及使得规范成为问题的能力。然而,不可否认的是,系统自身无法进行效用反

[45] 参见聂立泽著:《单位犯罪新论》,法律出版社2018年版,第24页。

[46] 参见陈兴良著:《规范刑法学》(上册)(第四版),中国人民大学出版社2017年版,第257页。

[47] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第135页。

[48] 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157页。

[49] 参见黎宏著:《单位刑事责任论》,清华大学出版社2001年版,第327页;参见李本灿:《自然人刑事责任、公司刑事责任与机器人刑事责任》,《当代法学》2020年第3期,第107-109页。

思,只有人类才具有效用反思能力。^[50] 如果认为,随着刑法上确立单位的主体地位就等于认可了单位的效用反思能力,那么,这里存在一个隐含的前提,即公司等组织体的效用反思能力是通过自然人获得的,即使强调人的整体性,亦不能否认自然人具有联结点的作用。在海涅看来,公司刑事责任的根据在于有缺陷的组织运营。事实上,风靡全球的刑事合规制度也只不过是组织体责任的另一种表达,其制度初衷在于通过刑事责任推动公司领导履行组织体的合理塑造义务。恰恰是人在组织体塑造或者有缺陷的组织运营中的作用,在学理上才出现了对合规制度的质疑:它的有效运行依赖于领导人的德性,这是与其经济人本性相悖的,因而,“当鸡圈由狐狸把守时,鸡的安全将无以保证”。^[51] 即使在无单位犯罪制度的德国,学理上也从“不履行对组织体的减小风险的塑造义务”出发,推导出了公司领导基于先行行为的监督者保证人义务。^[52]

海涅大量援引了国外的立法例来印证其观点的合理性,例如英国、加拿大、澳大利亚在公司不作为犯上的归责模式;^[53] 瑞士的公司罪责模式等。^[54] 英国的立法主要指《反贿赂法案》第 7 条的“商业组织预防贿赂失职罪”,然而值得注意的是:该条款以“相关职员”的行贿为联结点;适当程序可以作为抗辩事由,适当程序的 6 条规则中包含“高层践行”要求。^[55] 加拿大法中,法人犯罪将犯罪因素分散在成员之中,亦即,当犯罪行为与犯罪意思发生主体分离时,应整体看待,追究法人刑事责任;澳大利亚刑法典的突出贡献是,继续承认替代责任、同一原则和集合原则,但又向前跨了一步,引入了法人文化概念。^[56] 瑞士刑法则区分了真正的公司罪责(限于部分犯罪)与一般的附属公司罪责。在后一种类型中,如果由于组织体缺陷而无法对自然人进行归责,则公司应当被归责;公司责任产生于组织体缺陷,但仍以行为的发生为必要前提,而此处的行为可能是无责任的具有构成要件符合性与违法性的行为。^[57] 简言之,海涅所列举的立法例,尽管强调组织体因有缺陷的内部结构而需要承担刑事责任,但是,自然人的联结点作用仍属必要。

第二,回归经典文献中“人”的形象。单位刑事责任问题的研究,绕不开两本经典,即恩斯特·哈夫特(Ernst Haften)与理查德·布希(Richard Busch)的著作。哈夫特专门讨论了社团罪责与直接行为人罪责的关系,其基本观点是:在有组织的社团不法行为中,总是存在两种有责的意志,即社团意志与体现并执行社团意志的个体意志;社团意志通过自然人个体得以执行,自然人总是扮演直接行为人的角色。^[58] 布希认为,在心理的、自然意义上说,社团不能实施行为,也没有理由承担责任,然而,它是否要为作为直接行为人的自然

[50] Vgl. Friedrich v. Freier, Kritik der Verbandsstrafe, Duncker & Humblot, 1998, S. 137.

[51] See Charles Barnes, S. J., Why Compliance Program Fail: Economics, Ethics and the Role of Leadership, *HEC Forum*, 2007, pp. 112 - 113, 121 - 122.

[52] Vgl. Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, Nomos, 2002, S. 219.

[53] See Günter Heine, Criminal Liability of Enterprises and New Risks—International Developments—National Consequences, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 2, 1995, p. 118.

[54] See Günter Heine, New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, p. 189.

[55] See Ministry of Justice, The Bribery Act 2010-Guidance, p. 15, 23.

[56] 参见李文伟著:《法人刑事责任比较研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 37、40 页。

[57] Vgl. Martin Böse, ZStW 2014, S. 139.

[58] Vgl. Ernst Haften, Delikts und Straffähigkeit der Personenverbände, Julius Springer, 1903, S. 103 - 104.

人的行为负责存在争议,对此,应当予以肯定,即社团行为存在于个体行为中,是个人行为延伸的结果。^[59] 除此之外,弗里希和梯德曼的观点也具有代表性:弗里希认为,在传统观点看来,责任与人的行为能力难以割裂,只有自然人具有传统意义上的行为能力;然而,法人为能力可以通过间接方式加以建构,因为在间接或者转义意义上说,法人通过其机关成员获得了法规范遵循能力。^[60] 在公司罪责问题上,梯德曼是组织体罪责的倡导者。然而,在最新的教科书中,其提出了以“混合模式”作为未来改革方向的建议:“未来的改革,应采取混合模式,在有责的个人行为与无责但危险的个人行为之外,将为机构成员和代理人的行为替代性归责的企业刑罚可罚性作为刑法的第三条轨道;对企业员工行为的替代性归责可以得到组织缺陷和监督缺陷中集体要素的补强。如果企业为了阻止犯罪实施或者为了给犯罪设立障碍,而采取了必要、可期待的措施,则应当认为,不存在组织体缺陷。”^[61] 实际上,梯德曼教授将传统代位责任与组织体责任进行了理论整合,个人责任是基础,在此基础上,需要考察组织体自身的罪责,即其为防止犯罪发生采取了什么措施,以此推断组织体罪责。

通过梳理不难发现,无论是早期的自然进路,还是现代的规范研究进路,自然人都扮演了单位罪责的联结点作用。

第三,回到《刑法》第31条。上述两点从理论上阐释了自然人在单位责任认定中的不可或缺性,而我国《刑法》第31条也体现了这一点。无论是双罚制规定,还是单罚制规定中,自然人都需要承担刑事责任。结合刑法中的自我责任原则,可以得出基本的结论,即自然人并非为单位承担转嫁责任,而是为自己的行为负责。进一步推论,自然人的自我责任是单位责任的一部分,与单位罚金“并”列为单位刑罚的基本要素。这也就意味着,自然人犯罪以某种形式被包含进单位犯罪之中,亦即,单位责任以自然人责任为媒介,人的联结点作用不可缺少。

3. 国内学说的梳理:组织体责任属性的本质叙说

《刑法》第30条、第31条的解释结论是,我国刑法中的单位责任以自然人责任为联结点,然而,自然人责任不绝对是单位责任;单位责任的判断需结合自然人与单位自身两方面的因素。也就是说,组织体责任是我国《刑法》第30条、第31条的应有之意。尽管组织体责任论得到越来越多的提倡,然而,在本文看来,国内各种各样的学说多具有组织体责任的内涵,本质上应当归属于组织体责任。例如,陈兴良教授的“双层次理论”认为,“法人不同于个人,法人是一个组织体,它通过法人组织中的自然人实施某种行为;这种行为虽然是由自然人实施的,之所以能够视为法人行为,主要是因为它符合法人意志。法人犯罪具有双重机制:表层是代表人的犯罪行为,当这一行为是由法人做出的决策或者获得法人认可时,就触及了深层的法人的犯罪行为。”^[62] 这一理论中的“深层”考察,体现出了组织体责任的色彩。再比如,张文教授很早之前就提出,“法人犯罪必须是在法人意志支配

[59] Vgl. Richard Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Theodor Weicher, 1933, S. 69 – 70.

[60] Vgl. Wolfgang Frisch, in: Mark A. Zöller, Hans Hilger, Wilfried Küper und Claus Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension-Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Duncker & Humblot, 2013, S. 363 – 364.

[61] Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Verlag Franz Vahlen GmbH, 2017, S. 181, Rn. 449.

[62] 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17页。

下实施的,这是法人犯罪的主观根据。法人成员的行为,只有当它是在法人犯罪意志支配下实施时,才能成为法人犯罪行为的组成部分。否则,是法人成员(自然人)个人犯罪,而不是法人犯罪。”^[63]张文教授“强调应冲破自然人犯罪的传统理论羁绊,从法人是个社会有机体的实际情况出发”,亦体现出组织体责任论的内涵。此外,王作富教授、^[64]何秉松教授^[65]的观点也是组织体责任论的另一种表达。

(二)组织体的另一个自我:同一视理论的本体责任属性

上文已经论证了由我国《刑法》第30条、第31条出发,组织体责任论是应有之意。疑问是,“组织体”是什么?或者说,在承认自然人的联结点作用的前提下,哪些人能够代表单位?陈兴良教授认为,“法人成员的行为只要是为法人利益实施的职务行为,均应视为法人行为。”^[66]由此,单位代表、主管人员、直接责任人员、其他单位成员都是能够代表单位的主体。在这种理论的指导下,前文“现象二”中,以部分员工(非公司负责人)犯罪而认定构成单位犯罪就不足为奇。然而,这不仅造成了逻辑上的分裂,而且与我国《民法通则》第38条(以作者观点提出时对应的民法规则为准)的基本规定存在冲突。基于以下原因,本文认为,只有领导集体能够代表单位,或者说,组织体的另一个自我是领导集体。

1.《公司法》对于公司职权的层次性分配

公司机构设置中,具有决策权限的是公司股东会和董事会,尤其是董事会,起到联结股东会和执行机构的作用,对于公司具体政策制定和执行引导起到决定性作用。我国《公司法》第37条、第46条分别规定了股东会和董事会的相关职权。股东会系公司权力机关,主要负责公司总的方针政策事宜,因为其非常设性,对于公司的实质性参与度较低;董事会作为常设性机构,对股东会负责,对于公司中观层面的事务起决策作用。应当说,在不同层次的事务中,股东会和董事会对公司实际运营起到主导作用,体现单位意志,对单位行为起到支配作用。这一切不但具有事实根据,在《公司法》中亦有章可循。

2.单位监督管理责任的实质解读

一般认为,刑事责任因刑事义务违反而引起,“对于刑事责任的认定来说,首要之点就是确定行为人是否负有不实施或者实施某行为以防止危害结果发生的刑事义务。”^[67]对于单位犯罪而言,每一个条款都可谓一项刑事义务,其内容为,保证不从单位内部输出风险。正是在这个意义上,学界普遍认为,“单位对其所属成员负有监督管理的义务”;^[68]“无论如何,企业自身必须扮演监督者保证人角色,防止运营风险发生”^[69]问题是,这是否与监督者保证人义务的理论内涵相符合。一般认为,监督者保证人义务的形成根据在

[63] 张文、刘凤楨、秦博勇:《法人犯罪若干问题再研究》,《中国法学》1994年第1期,第64页。

[64] 参见王作富著:《刑事实体法学》,群众出版社2000年版,第160页以下。

[65] 参见何秉松著:《法人犯罪与刑事责任》,中国法制出版社1991年版,第470页以下。尽管人格化社会系统论体现出组织体责任论的特征,值得赞许,但其“一个犯罪,两个犯罪主体”的观点为本文所不取。

[66] 参见陈兴良著:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,第459页。

[67] 冯军著:《刑事责任论》,社会科学文献出版社2017年版,第17页。

[68] 杜文俊著:《单位人格刑事责任研究》,黑龙江人民出版社2008年版,第117页。

[69] Günter Heine, New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, p. 188.

于,风险升高,法益保护的必要性增强,因而需要扩展责任范围,使第三人为他人的行为负责。^[70] 监督者保证人是在某种联结点的作用下(例如危险前行为)为他人的行为负责,而非为自己的行为负责。回到公司刑法,我们所说的“单位的监督管理义务”不可能是组织体自身的义务:单位无非是人和物的集合,而作为管理对象的也是公司职员与危险物品,也就是说,监督主体与监督对象发生重合,在“单位的监督管理义务”的命题下,实际上是自我管理,与监督者保证人义务的理论内涵并不兼容。问题并非出自监督者保证人义务理论,而在于“单位的监督管理义务”的表述自身,因而需要对“单位的监督管理责任”的命题进行重新解读。在本文看来,所谓的“单位的监督管理责任”无非是“单位领导集体的监督管理责任”的另一种表达,这一点也得到国内相关学者的印证。^[71] 另一个事实也从侧面印证了本文的观点:国外的相关文献都是在“公司领导人责任”的概念下讨论公司对于人的犯罪危险与物的危险的监督者保证人义务;^[72] “功能/决策承担者”之类的表述在公司刑事责任的文献或者立法中也随处可见。^[73]

单位领导集体监督管理义务来自于与自由相对的责任,即自由的另一面就是答责。公司法赋予了领导集体开设公司的自由,同时也赋予了其特定义务:《公司法》第147条规定了董事及高级管理人员的忠实义务与勤勉义务,这两种义务可以具体化为领导人对公司业务的注意与监督义务。^[74] 注意和监督义务是公司领导的集体责任,具有不可转委托性。^[75] 刑事立法上单位犯罪条款的设立,实质上是对公司法上义务的确认,即领导集体具有监督管理义务。

“单位=具有决策权的领导集体”关系的建构也说明:同一视理论不同于代位责任,具备了单位本体责任属性。^[76] 正因如此,有学者认为我国采取了同一视理论;^[77] 有学者认为,“我国刑法关于单位犯罪的规定,是同一视理论与组织模式理论的结合”;^[78] 本文从

[70] Vgl. Johannes Sebastian Blass, Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten, Peter Lang, 2017, S. 340f.

[71] 参见黎宏:《单位犯罪的若干问题新探》,《法商研究》2003年第4期,第45页;石磊著:《单位犯罪关系论》,山东大学出版社2005年版,第134页。

[72] Vgl. Yü-hsü Hsi, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, Centaurus Verlagsgesellschaft, 1986, S. 1ff; Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung: Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener, Verlag Dr. Kovač, 2009, S. 1ff.

[73] Vgl. Heiner Alwart, ZStW 1993, S. 763; Marianne Johanna Hilf, ZStW 2014, S. 83ff.

[74] 朱锦清著:《公司法学》(下),清华大学出版社2017年版,第59页以下。

[75] Vgl. Husson, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, Verlag C. H. Beck, 2007, § 7 Rn. 2ff.

[76] 对于“同一视理论”的含义,理论上存在争议,争论核心在于,哪些人可以与法人等同视之?如果用广义和狭义进行区分,那么,狭义的“同一视”是将法人机关(例如,全体股东大会、董事会)与法人自身等同视之,这种观点具有公司法和公司章程的根据;广义的“同一视”从更宽泛的意义上理解法人机关,即便在个别领域具有代表法人的权力,也可视为法人自身,例如投资经理在其职权范围内的行为与意思应与法人等同视之。具体参见李文伟:《法人刑事责任比较研究》,中国检察出版社2006年版,第23-29页。国内部分学者将同一视理论与代位责任等同视之,他们所说的同一视理论应当是指广义上的同一视理论,即坚持从个体行为人中推导法人责任。从这个意义上讲,将其与代位责任等同看待也具有一定合理性。将两者等同看待的观点有卢建平、杨昕宇:《法人犯罪的刑事责任理论》,《浙江学刊》2004年第3期,第95页;张克文著:《法人刑事责任的初步反思》,中国政法大学出版社2010年版,第67页;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149-150页。需要特别说明的是,本文从作为前置法的《公司法》出发,坚持狭义的同一视理论。

[77] 参见吴天云:《大陆处罚法人犯罪规定的问题点》,我国台湾地区《展望与探索》2012年第6期,第32页。

[78] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社2016年版,第138页。实际上,对于“结合论”中的同一视理论,张明楷教授自己也认为,“对此问题还可以进一步研究”。参见张明楷著:《刑法学》,第138页,注释63。

我国《刑法》第 30 条、第 31 条中推导出了组织体责任模式。以上不同观点出现的实质原因在于,同一视理论将单位领导层视同单位自身,与组织体责任论具有内在一致性。

(三)“人”的形象的虚与实

1. 人的形象的虚化:作为“参考资料”的直接行为人责任确证的非必要性

人作为联结点在单位责任认定中具有必要性,有争议的是,作为“参考资料”的直接行为人的责任是否需要确证? 现有的研究有两种不同观点:一种观点认为单位责任源于人的责任,直接行为的责任应当确证;^[79] 单位内部自然人之间系共犯关系的观点^[80] 也应归属于这一类。另一种观点认为,作为“参考资料”的直接行为人的责任即使难以确证,也可以认定单位责任。^[81] 在本文看来,基于以下原因,作为“参考资料”的直接行为人的责任无需确证。

首先,直接行为人仅是单位犯罪的观察对象,具有参考作用,并非单位犯罪中的行为人。作为非犯罪主体,直接行为人的责任当然不需要确证。其次,现代企业运营模式下,作为“参考资料”的直接行为人责任确证存在困难,过于强调其责任,可能造成有组织不负责任。随着大型企业的去中心化与功能分化,公司并非基于在某一特定时间和地点做出的行政决定而实施行为,而是通过不同的、承担独立责任的多个经济部门的协作而实施公司行为。分工合作已经常态化,没有人能独立实施全部行为,以至于难以正确找出符合犯罪构成要件的行为人;或者因为业务的片段性,个人无法拥有完整认识,以至于经常难以确定具体构成要件故意的行为人;或者在法人整体运作失灵,许多较轻程度的过失集合成集体过失时,并没有单独的组织成员可完整负责。^[82] 最后,在部分场合,即使单个直接行为人难以确证,或者难以充足全部构成要件,或者每个单独的行为均是合规行为,亦可能存在单位自身责任。第一种情况的例子是,在集体行为中,客观危害结果多次发生,但难以确定具体行为人,公司也未能及时完善内部控制机制,那么,公司至少可能承担一定限度的监督管理过失责任;第二种情况的典型案例是美国的新英格兰银行案:^[83] 三个职员的行为在缺乏意思联络的情况下分别充足了部分构成要件,但单独都不够罪,这种情况下,美国法院采取了“集合认知”的处理方法,肯定了银行的责任。尽管这种处理方法不值得赞同,但本文认为,对于错误地维持了内部沟通系统的行为,银行应当承担管理过失责任。第三种情况的典型案例如:按照公司授意,某化工公司员工甲、乙、丙三人每日各排放污水 4000 立方米,而甲公司的合规排放标准为每日 10000 立方米。这种情况下,如果甲、乙、丙三人之间并无犯意联络,对彼此间的行为也并不知道,分别来看,三人的行为都

[79] 参见黎宏著:《单位刑事责任》,清华大学出版社 2001 年版,第 326 页;[日]佐伯仁志著:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社 2018 年版,第 162 页。

[80] 参见董玉庭:《论单位实施非单位犯罪问题》,《环球法律评论》2006 年第 6 期,第 703、705 页;张克文:《拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归》,《法学研究》2009 年第 3 期,第 48 页。

[81] 参见蔡蕙芳:《“我国”法人犯罪立法之检视与理论建构》,我国台湾地区《东吴法律学报》2017 年第 4 期,第 15、45 页;Günter Heine, New development in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience or Vice Versa?, *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, Vol. 1998, 1998, pp. 176 - 178.

[82] 蔡蕙芳:《“我国”法人犯罪立法之检视与理论建构》,我国台湾地区《东吴法律学报》2017 年第 4 期,第 15 页。

[83] *United States v. Bank of New England* (821 F.2d 844, 854, 855, 856).

是合规行为,但公司存在组织体支配,需对整个排污行为承担故意责任。

2. 人的形象的具体化:作为“行为人”与“监督者”的领导集体责任确证的必要性

我国传统刑法强调单位意志的独立性与整体性。^[84] 上文也已经论证,单位整体并非其他,而是那些对于单位决策起到决定性作用的领导集体。既然立法确立了单位的犯罪主体地位,并且通过《刑法》第14条、第15条明确了责任主义原则,那么,作为单位另一个自我的领导集体的责任就必须得到确证,否则就是对责任主义原则的违背。概括起来说,公司领导可能作为“行为人”与“监督者”两种身份承担责任。前者主要是领导参与员工行为中的情形,包括组织、实施、指使、授意等形式;后者主要是领导故意或过失不予管理的情形。需要特别说明的是,保障单位合规运营的责任是整体性责任,尽管在领导层内存在水平授权,在领导层下存在垂直授权,但是授权不改变义务或责任归属,因此,任何个人,甚至是公司董事长,都不能完全代表公司。责任确证的方式有如下两种。

其一,垂直方向。以普通员工行为作为“观察对象”或“参考资料”,确证主管领导的故意或过失。概括起来,可能存在如下形式:员工行为合规,主管领导故意(将员工作为无认知的工具的场合);员工犯罪故意,主管领导故意或监管过失;员工犯罪过失,主管领导过失或故意(将员工作为无认知的工具的场合)。

其二,水平方向。以主管领导的行为作为“观察对象”,确证公司的整体性认知。概括起来,可能存在如下形式:主管领导故意,其他领导默认,则公司存在故意;主管领导故意,其他领导对于主管领导存在选任、监督过失,则公司存在过失,若无选任、监督过失,则公司无过失;主管领导过失,其他领导对于主管领导存在选任、监督过失,则公司存在过失,若无选任、监督过失,则公司无过失。为了合理控制处罚范围,需要对监督管理的方式方法加以限定,即监督措施(包括垂直和水平监督)需具有适宜性、必要性与可期待性。也就是说,监督措施必须是达成防止职员违法所必须(如仔细选任职员、监督者、合理的任务分工、足够的监督控制、法令教导、工作抽检、适当制裁等),但亦不应苛求单位使用不合比例的花费,或严重影响企业运作功能,或破坏对于职工工作信赖的监督措施。^[85] 在“双重过失”或“多重过失”竞合的场合,也应当通过《刑法》第13条的“但书规定”合理控制处罚范围。

(四) 理论整合:新组织体责任论的构建

通过以上论述可以得出基本结论:在大的方向上,应当坚持组织体责任论,坚持由组织体到责任人,而非由责任人到组织体的认定方法。尽管黎宏教授在20世纪90年代就明确提出了组织体责任论,但本文在以下三个方面与黎宏教授的组织体责任论存在不同,因而自称为“新组织体责任论”。

1. 单位意志的问题

黎宏教授认为,单位自身意志的内容是,“单位代表或机关成员在单位的业务活动上所做出的决定”。^[86] 对于“直接负责的主管人员”的概念,黎宏教授指出:“负领导责任的

[84] 参见李桂红:《单位犯罪中单位行为与单位意志的认定》,《当代法学》2006年第4期,第53页。

[85] 参见许泽天:《从行政罚法相关规定看法人与法人之代表及法人之职员的不法归责——建构法人刑法的核心问题》,我国台湾地区《月旦刑事评论》2018年第8期,第140-141页;Dennis Bock, ZIS 2009, S. 74-76。

[86] 黎宏著:《单位刑事责任》,清华大学出版社2001年版,第328页。

人员不一定是单位的主要领导,但他必须是领导机构中的成员,其中大多是主管某方面工作或某些部门的领导。领导机构和单位犯罪没有直接关系的其他领导成员,不应当让其承担单位犯罪的刑事责任。”^[87]结合这两点可知,所谓的“单位代表或机关成员”,是指单位分管领导,而非领导集体;相应地,分管领导的意志可以认定为单位自身意志。然而,如果放到公司犯罪背景下,这种观点与《公司法》第 37 条、第 46 条的基本规定存在冲突,为本文所不取。在本文看来,单位的合法性义务依存于领导集体,是一种集体责任,领导集体内部水平方向上的授权并不改变义务归属,而仅改变义务的履行方式,即从直接合法性义务转变为对主管负责人的选任、监督义务。

2. 单位一般人员是否能代表单位的问题

黎宏教授认为,因为单位自身并不能像自然人一样亲自做出某种身体上的动作,因而“单位所实施的危害社会的行为,是通过作为单位组成人员的自然人——不论是单位代表或机关的组成人员还是最底层的从业人员——所实施的。”^[88]然而,如若认为最底层的从业人员的行为也可能是单位的行为,那么,势必存在处罚范围过宽的问题,于是,黎宏教授又使用了“业务关联要件”加以限制,传统理论上则添加了“利益归属”要件加以限制。然而,为了纠正处罚范围过宽而附加的条件又产生了新的问题,例如,处罚范围过窄,即利益归属要件使得单位无法构成过失犯罪,部分不以利益要件为必要的犯罪,单位也无法构成;^[89]处罚范围过宽,即仅具有业务关联性,可能造成单位承担结果责任。例如,主观上为了单位利益,或者为博取单位领导好感,一般员工自掏腰包行贿以获取订单的行为,显然不能认定为单位行为。^[90]正是看到了“业务关联性”在限制单位犯罪范围上的局限性,黎宏教授又用“实质要件”加以限制,即进一步判断“单位组成人员的行为是否是单位组织体自身意志的真实反映”。^[91]然而,既然组织体自身意志是处罚单位的实质根据,单位一般人员的行为与意志就不具有决定意义,实际上,单位一般人员仅仅是单位责任判断的“观察对象”或“参考资料”。尽管可以认为一般人员经过授权取得了代表单位的资格,与单位领导集体形成“同心异体”的共犯关系,但是,在过失犯罪中则不能得出这样的结论。在过失犯罪中,普通员工的过失不意味着单位过失;普通员工与单位领导不存在共犯关系,只能分开、独立判断,亦即,员工是员工,单位(领导集体)是单位。因为我国《刑法》第 30 条、第 31 条并未区分单位故意犯罪与单位过失犯罪,因而,两者的教义规则应当统一。据此,只能得出如下结论:“单位领导集体故意 = 单位故意”(以法定为限,否则为自然人犯罪);“单位领导集体过失 = 单位过失”(以法定为限,否则为自然人犯罪);普通员工仅得以共同正犯或单独过失加以处罚。^[92]

[87] 黎宏:《论单位犯罪中“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”》,《法学评论》2000 年第 4 期,第 67 页。

[88] 黎宏著:《单位刑事责任》,清华大学出版社 2001 年版,第 327 页。

[89] 参见李翔:《论单位犯罪主体归责二重性》,《法学》2010 年第 10 期,第 145 页。

[90] 孙某受贿、行贿案([2017]粤刑终 491 号)中,韩某林自掏腰包行贿 50 万元的行为,就不能以具有“业务关联性”为由,认定为单位行贿行为。

[91] 黎宏著:《单位刑事责任》,清华大学出版社 2001 年版,第 328 页。

[92] 相似观点参见吴天云:《大陆处罚法人犯罪规定的问题点》,我国台湾地区《展望与探索》2012 年第 6 期,第 31 - 44 页。

3. 个人是否需要确证或完全充足构成要件的问题

对于日本学者板仓宏教授的“法人固有的刑事责任论”中虚化人的形象,黎宏教授提出了如下质疑:“即便没有特定具体的行为人也能对法人予以处罚,这就确实会让人怀疑,该学说实际上不是在主张对法人科处绝对责任吗?……不得不叫人觉得有只要发生了违法行为就得负结果责任之嫌的感觉。”^[93]对此,上文也已经分析,作为直接行为人的—般员工,其仅仅是单位责任的“观察对象”或“参考资料”,其责任不需要确证。

五 新组织体责任论对现实的合理关照

(一)对《刑法》第31条的重新解释

在单位领导有分工的情况下,第31条文本中“直接负责的主管人员”可理解为“分管领导”。^[94]这一点并无争议。对于“其他直接责任人员”,传统观点理解为直接实施法人犯罪的行为,具体完成法人犯罪计划的人。^[95]然而,这种理解与本文“单位责任=领导集体责任”的结论并不一致,因此,有必要对第31条进行重新解读。在“单位责任=领导集体责任”的观点下,责任并非单一依存于某个人,即便发生领导内部的分工,亦不能改变责任的整体性;缺乏整体责任,则仅仅是主管人员的自身责任,与单位无关。基于这种认识,第31条中“其他直接责任人员”可以理解为“领导集体中其他负有责任的人员”。例如,故意犯罪中对于主管领导积极组织职务关联性犯罪视而不见,不履行监督义务者,不能因为没有积极参与而不承担责任;过失犯罪中对于直接主管人员存在选任过失(明知不胜任而予以选用的情况)、监督过失(对主管领导的业务不管不问的情况),不能因为不具体分管而不承担责任。当然,监督管理措施只须满足适当、必要、可期待性即可,不可无限扩大责任链条。对于“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”的理解,不仅具有文义解释的根据,还可以保证单位责任的整体性,不发生责任流失,因而具有可取性。

(二)对“法无明文规定的单位犯罪”情形的合理解释

单位实施“法无明文规定的单位犯罪”的情况,历来是单位犯罪解释论中有争议的问题。陈兴良教授坚持认为,在单位盗窃的情形,不能处罚单位及其中的自然人。^[96]张明楷教授则认为,单位实施非单位犯罪,不能追究单位责任,亦不能否认自然人罪责。^[97]司法解释在这个问题上观点反复,且存在互相冲突的解释结论,并未为该问题的解决提供有益参考。2014年全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》(下称“《解释》”)解决了这个问题,即肯定了自然人的有罪论,却遭受了学者的批判。例如,刘艳红教授认为,“有罪论既是对刑法规范的消解,也是对刑法教义学奉行刑法规范为主臬之主旨的违背,它破坏了形式法治的安定性,迁就了功利主义却抛弃了规则主义,满足

[93] 黎宏著:《单位刑事责任》,清华大学出版社2001年版,第326页。

[94] 参见沙君俊著:《单位犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2002年版,第126页。

[95] 参见娄云生著:《法人犯罪》,法律出版社1996年版,第82页;刘家琛主编:《新刑法新问题新罪名通释》,人民法院出版社1998年版,第196页。

[96] 参见陈兴良:《盗窃罪研究》,载陈兴良主编《刑事法判解》(第1卷),法律出版社2000年版,第36页。

[97] 参见张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第364页。

了实用主义但违背了法实证主义。”^[98]在本文看来,刘艳红教授过分强调了罪刑法定的教义,却忽视了另一个教义,同时存在对单位犯罪的误读。

1. 单位领导的行为责任与监督者保证人责任

“单位责任 = 领导集体责任”关系的成立以单位自身责任存在为前提,换言之,以单位犯罪的主体资格存在为前提。由此推论,当单位不能成为适格犯罪主体时(法无规定、被撤销、注销、吊销营业执照或宣告破产),单位自身责任与领导集体责任的对等关系就不复存在;此时,领导集体并不承担因单位犯罪而产生的刑事责任,但这绝不意味着对领导人责任的全盘否定,抑或者说,对源自于单位犯罪的责任的否定并不意味着对单位领导建立在另一个联结点上的责任的否定。《解释》的教义学根据在于,抛开单位犯罪背景,单位领导需要为自身的积极行为产生的责任负责,这是自我答责的自然之义;除此之外,单位领导还具有监督者保证人义务,保证单位内部的人或物不对外输出风险。在法定的单位犯罪条款,可以认为,刑事立法设定了单位(权力机构)义务;^[99]法定义务并非对非单位犯罪情形下领导人义务的否定,只不过义务来源不同而已。^[100]从这个意义上讲,《解释》存在缺憾,即仅规定了对“组织、策划、实施”者的处罚,而忽略了对具有监督者保证人义务的领导者的处罚。

2. 单位普通员工的共同正犯责任

上文已经分析,单位普通员工并不能代表单位,其外在于单位犯罪,仅作为“观察对象”或“参考资料”而存在。据此,对单位整体责任的否定,并不当然及于对单位普通员工责任的否定,其仍然应当承担以共同正犯形式对单位犯罪的参与责任。从这个意义上讲,《解释》也是合理的。

(三) 逆向思考:作为被害人的单位意志的认定

以往的研究多围绕单位犯罪及其责任展开,然而,逆向来看,单位意志的认定在针对单位的犯罪中也有意义。例如,如果否认单位意志的存在,原本对单位行贿的犯罪可能构成行贿罪;如果否认单位知情,原本非骗取行为可能构成骗取贷款罪。以单位为对象的犯罪中,是否体现单位意志,对于罪与非罪、此罪与彼罪的区分,具有重要意义。此处仅以骗取贷款罪为例加以说明。

在银行的放贷过程中,存在一种普遍现象,即银行工作人员为了开展业务而指导、帮助贷款人提供虚假资料。也就是说,放贷员对于虚假材料存在明知,那么,客户的行为是否充足“骗取贷款”的构成要件就不无疑问。骗取贷款罪的司法实践中,“银行知情,没有

[98] 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95页。

[99] 参见蒋熙辉:《论公司犯罪的刑事责任构造》,《中国法学》2005年第2期,第161页。

[100] 许乃曼教授从“领导对员工的支配”中推导出了监督者保证人义务。Vgl. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, S. 102ff. Roxin 和 Brammsen 从“整体危险源”概念出发,推导出了领导对于作为危险源的人的监督者保证人义务。参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第32节,边码137(人的危险与物的危险具有不可区分性的观点);Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, Duncker & Humblot, 1986, S. 232f, 277。(没有必要区分人的危险与物的危险的观点);作者本人更倾向于从“不履行对组织体的减小风险的塑造义务”出发,从先行行为中推导领导人的监督者保证人义务。Vgl. Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, Nomos, 2002, S. 219.

被骗”成为重要的辩解事由。对此,司法机关存在两种相反的观点:一种观点认为,银行工作人员没有被骗,不等于银行没有被骗,亦即,对工作人员与单位进行了切割处理;^[101]一种观点认为,银行工作人员知情即银行知情,银行被骗事实并不存在,骗取贷款罪不能成立。^[102]在这个问题上,孙国祥教授认为:“银行最初审核环节的工作人员以银行名义实施的行为属于职务行为,对外代表银行等金融机构,其业务活动的结果应归属于银行等金融机构;不能赞同这种将银行最终决定者与不具有最终决策权的银行工作人员截然分开的观点。”^[103]在本文看来,完全切割工作人员与单位的做法不值得赞同,将工作人员与单位完全等同视之的观点亦不值得肯定。无论是单位作为犯罪主体,还是作为犯罪对象,关注焦点都是单位本身,工作人员仅是单位认知的“参考资料”。事实上,孙国祥教授的如下观点也暗含了这一点:“在借款人事先与金融机构个别工作人员串通、提供虚假资料给银行以骗取相关的决策人员发放贷款的情况下,实际上是一个内外勾结的共同欺骗行为,个别工作人员站在借款人的立场上,其行为实际上已经不再代表银行,这种情况应构成骗取贷款罪。”^[104]由此可见,并非所有的职务行为都代表单位,工作人员站在客户的立场上的行为不能反映单位意志;相反,站在单位立场上的职务行为有可能反映出单位意志。重要的是,通过工作人员的行为考察单位意志。具体来说,以银行职员职务行为为观察对象,考察其协助客户提供虚假资料是否符合单位意志。在考察过程中,单位不成文的贷款政策、内部文化、内部控制机制具有重要参考价值。如果在该金融机构内普遍存在指导客户造假现象,单位领导对此存在知情、容忍甚至鼓励,则可以认定单位存在明知,并未受到欺骗,相应地,“骗贷行为”不能构成骗取贷款罪;相反,单位存在严格的内部控制机制,骗贷行为系银行职员站在客户立场上的“诈欺性的规避行为”,则银行职员与客户构成骗取贷款罪的共犯。

六 结 语

刑事立法并未终结对单位归责模式的讨论,在企业合规浪潮席卷全球,民营经济保护上升为国家政策的大背景下,加强对单位归责问题的研究,具有基础性价值。单位刑事责任理论的研究经历了由自然向规范进路的转型,与此同时,纯粹的自然研究进路也在个别领域悄然复归。我们既要拒绝纯粹自然进路中照搬民法中法人归责模式,以及基于预防刑法理念而复归代位责任的学术观点,也要拒绝对单位的过度规范化处理。合适的方法是,不过度突破传统个人刑法的基本原则,结合组织行为论与传统个人刑法,构建新的组织体责任论。我国《刑法》第30条、第31条规定了单位犯罪与单位归责的基本方向,即只能选择由单位到个人的逻辑顺序。在这一点上,新组织体责任论与传统组织责任论具有一致性,然而,在自然人的法学“影像”上,新组织体责任论主张虚实结合。具体来说,当自然人系非领导人员时,其仅仅是单位责任的“观察对象”或“参考资料”,具体自然人难

[101] 参见山东省巨野县人民法院(2014)巨刑初字第149号刑事判决书;认为“银行工作人员知情”仅影响量刑的观点事实上亦属于此类,参见吉林省梅河口市人民法院(2014)梅刑初字第27号刑事判决书。

[102] 参见浙江省富阳市人民法院(2014)杭富刑初字第835号刑事判决书。

[103] 孙国祥:《骗取贷款罪司法认定的误区与匡正》,《法商研究》2016年第5期,第51页。

[104] 孙国祥:《骗取贷款罪司法认定的误区与匡正》,《法商研究》2016年第5期,第52页。

以确定,或者单个自然人不能完全充足犯罪构成要件,或者单个自然人的行为系合规行为,都不能完全排除单位责任;单位的另一个自我是领导集体,单位责任的实质是领导集体责任,水平和垂直授权仅改变义务履行方式,但不改变义务归属。领导集体责任包括行为责任与监督管理责任,亦即,领导集体不仅自身不能实施犯罪行为,也要保障单位内的其他人或物不对外输出风险。单位犯罪意义上的领导责任与单位自身责任关系的等置以法有明文规定为限,当法无明文规定,或者单位由于某种原因而消亡,单位责任就无从谈起,但这绝不意味着对领导集体责任的否定。这种情况下,领导责任的内容不变,改变的是义务来源。本文的观点不仅可以合理解释“法无明文规定的单位犯罪”情形下自然人的责任根据,也为单位被害案件中单位意志的认定提供了合理根据。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金青年项目“全球性合规风险背景下刑事合规制度建构的方法及其边界研究”(19CFX039)的研究成果。]

[**Abstract**] In recent years, the research on unit criminal liability has demonstrated prominent characteristics of normalization. Meanwhile, the theory of vicarious liability has been quietly reintroduced on the basis of the need to prevent unit crimes. From the perspective of articles 30 and 31 of the Chinese Criminal Law, a unit should be responsible for its own acts, rather than the acts of others. The liability of a natural person is a constitutive element of unit liability. This means that neither the system liability theory based on the normalized approach nor the vicarious liability theory based on the natural approach is desirable. The organizational liability theory is correct in the general direction, as it conforms to the responsibility-principle. The organization here equals to the collective leadership and the organizational liability is the liability of the collective leadership. Employees with no decision-making power are only objects of observation or reference materials of the organizational liability, who associate themselves with a unit crime in the form of joint principal offender or individual negligence. Based on the functional orientation of “reference material”, organizational liability can be deduced from lawful act of employees without the need to identify employees with no decision-making power or to determine whether their acts have met the constitutive requirement of a crime. The equation of “organizational liability = collective leadership liability” can be established only within the scope prescribed by law. Under the condition that a unit commits a non-unit crime, the punishment of the natural person does not constitute retrogression of legal norms or anti-dogmatics, but is in conformity with other dogmatic rules. The construction of dogmatic rules of unit criminal liability can not only benefit the distinction between unit crime and natural person crime, but is also of important theoretical value to the distinctions between crimes and none-crimes and between different kinds of crimes under the condition where “a unit is taken as the crime object”.

(责任编辑:贾元)