

论我国单位犯罪的主体 范围及其本质回归

周德金

【提要】法人犯罪本质上仅是一种观念上的犯罪。法人犯罪成立与否,在于对法人失范行为的管理与惩治模式的选择。比较域外法人犯罪制度,可发现我国单位犯罪制度在惩罚依据、罪责模式、归责原则等基础性问题存在诸多相互抵牾之处。我国单位犯罪制度在矛盾和混乱之中走上主体扩张道路,但其表面的扩张带来了更多司法失衡问题。我们应在符合刑法体系结构及满足刑法自身逻辑的前提下,以理性主义为思想基调,以法人人格为归责依据,坚持单位与其成员刑事责任相对独立,使得两元主体分别回归本体责任。

【关键词】单位犯罪 部门意志 法人人格 惩罚依据

〔中图分类号〕D914 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2019)04-0080-011

一、问题与抵牾:我国单位犯罪主体扩张的司法现状与困境

从上世纪80年代起,我国刑法理论有关单位犯罪与法人犯罪两者的关系及衍生的主体范围、主观故意、共同犯罪形态、刑事责任等问题的争论就没有停止过。尤其是在司法实践中,不少问题涉及罪与非罪及罪轻罪重的问题。例如被告人王某受贿案,^①被告人王某在担任杭州市江干区某医院社区卫生服务站负责人期间,利用其负责服务站全面医疗、进药用药工作的职务便利,非法收受药品回扣款共计人民币31万余元,王某后将部分款项分发给服务站的医护人员。王某及其辩护人提出王某将回扣分发给服务站的其他人员,属于单位受贿。在审理中,区级医院下属的社区服务站能否成为单位犯罪的主体成为争议的问题。又如被告人汪某某滥伐林木案,^②被告人汪某某代表村委会组织本村村民采伐林木时,因未采取有力监管措施控制数量,村民超伐杉木66.632立方米。该案中,村民的行为能否归责于村民委员会,以及村民委员会能否构成单位犯罪,监管过失是否可以由村民委员会承担责任等问题,存在不少争议。

^① 参见《浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭刑终字第20号刑事裁定书》。

^② 参见《浙江省开化县人民法院(2011)衢开刑初字第163号刑事判决书》。

虽然，单位犯罪制度自其诞生以来即充满矛盾、备受争议，但令人奇怪的现象却是单位犯罪主体范围在争议中不断扩张。我国《刑法》第30条规定了公司、企业、事业单位、机关、团体等五类主体。由于我国刑法理论在宏观上对单位犯罪的价值定位、刑事责任、惩罚依据等基本立场问题的彷徨迷失，导致其在规范的微观层面上态度暧昧，立场摇摆。单位内部机构、职能部门、村民委员会、村民小组、工程队、筹备组等，成为是否构成单位犯罪主体的争议对象。

在1997年刑法修订后，刑法学界对私营企业、单位的分支机构和内设机构是否可成为单位犯罪主体展开了探讨，存在肯定说、否定说和折中说。^①其中，学界对私营企业、单位分支机构可为单位犯罪主体意见比较一致。^②但对于单位的内设机构、职能部门能否成为单位犯罪主体，分歧较大。主流观点认为，企业法人的下属职能部门与企业法人的分支机构不同，它不具有独立的人格，所从事的一切活动均受命于法人，不是法人（单位）犯罪的主体。^③但2001年1月最高人民法院在《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中指出：“以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得主要归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪”。此即明确了单位的分支机构、内设机构、部门可成为单位犯罪的主体。

2008年，最高人民法院和最高人民检察院发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）。其中第二条规定：“刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的‘其他单位’，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织。”由于《刑法》第164条同时出现了“其他单位”及“单位犯前款罪的”，实务部门普遍认为此处“单位”即指的是单位犯罪主体。

然而，究竟“其他单位”是否包括村民委员会和居民委员会呢？一种观点认为，公安部在给内蒙古自治区公安厅《关于村支书、村主任以村委会的名义实施犯罪可否构成单位犯罪的请示》的答复中指出：“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，不属于《刑法》第30条列举的范围。因此，对以村民委员会名义实施犯罪的，不应以单位犯罪论，可以依法追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。”公安部的答复虽不是司法解释，但该答复代表了公安部的意见，而且说理清楚，值得肯定。另外一种观点认为，《意见》已经将村民委员会列为“其他单位”，其属于单位犯罪的主体范围。同时，《单位犯罪司法解释》及《金融犯罪座谈会纪要》规定，违法所得归单位所有，是判断单位犯罪的主要标准。而村委会犯罪的案件，一般情况下违法所得均归全体村民分享，依据此评价标准更有充分理由认定村委会可成为单位犯罪主体。一些地方司法机关出台指导性意见，肯定村委会可以作为单位犯罪主体的意见，如浙江省公检法三家联合发文规定：“村委会等村基层组织以单位名义实施的为本单位谋取非法利益的行为，法律规定为单位犯罪的，以单位犯罪追究刑事责任。”

在村委会属于单位犯罪主体的观念占据主流之际，一些地方司法机关由“两高”《意见》进一步

① 参见李希慧：《论单位犯罪的主体》，《法学论坛》2004年第3期，第67～71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15～22页。

② 参见赵秉志主编：《犯罪总论问题探索》，法律出版社2003年版，第173～174页；陈兴良：《刑法适用总论》上卷，法律出版社1999年版，第592～600页。

③ 《刑法适用总论》上卷，第592～600页。

引申,认为既然村委会、居委会可成为单位犯罪主体,那么,村民小组及体育赛事筹委会、工程承包队均可成为单位犯罪的主体。2015年4月,最高人民法院研究室发布意见,认为《刑法》第272条规定的“其他单位”包括村民小组,村民小组组长可以成为挪用资金罪的犯罪主体。该意见确立了村民小组作为单位犯罪的主体地位。

单位犯罪的主体从我国《刑法》第30条规定的公司、企业、事业单位、机关、团体等五类主体扩张到单位内设机构、职能部门、村民小组,表面上归纳其是从法人主体向非法人主体扩张,但是这一步的跨越涉及一个本质的问题——非法人的单位犯罪是否需要单位的意志。如果需要单位意志,内设机构、职能部门和村民小组等非法人主体如何形成单位意志,如果不需要单位意志,惩罚单位的依据何在?

单位意志显然不能简单地等同于单位成员的意志的集合。正如有学者指出,“单位与其成员是两个独立的社会主体,各自具有独立的人格,如果我们仅从单位成员的行为来认定单位犯罪,那么实际上是否认了单位的独立性,从而否认了惩罚单位犯罪的必要性”。^①单位的组织结构决定了单位具有相对稳固的组织程序、议事程序、决策程序。虽然在单位内部机构、职能部门中存在一定的组织性,部门负责人具有一定职权范围的决策权,部门与部门成员之间具有一定的隶属关系,成员对部门决策具有一定的服从性,然而从整体而言,将部门作为单位犯罪主体,必定与单位本身存在矛盾。其一,必定出现两个“意志”。一是单位意志,二是所谓的“部门意志”。司法实务中有关部门实施单位犯罪的案件较为普遍地存在一个尴尬的局面——单位对裁判的抗议。例如,某机关单位的部门实施了集体贿赂行为,但是,机关本身并无集体受贿之念,相反天天警钟长鸣。机关单位本身和其他成员均难以接受单位受贿的认定。其二,在单位的结构上,部门成员具有遵守单位规章制度的组织性要求,部门成员完全具有反对部门违法行为而遵守单位规章制度的选择权。假如刑法认为部门成员由于受到部门内部的组织性制约从而存在意志选择障碍,需要给予从宽惩罚,那么,就可能造成对单位主体自身利益的忽视。

另外,具有组织性并非一定具有“意志性”。现实中存在具有组织性的主体非常之多,任何形式的小组、委员会、联席办等都可能具有组织性。具有组织性仍旧只有在人格性的前提上才有评价意义,否则其组织性在社会评价上并无积极意义。但是,如果将这些主体均纳入单位犯罪范畴,一则过于宽泛,二则对组织性的识别也并非容易的事,必定存在争议。而如此宽泛的主体范围,对于刑法本身而言,惩罚的意义也是微乎其微的。

值得关注的问题还有,《单位犯罪司法解释》确立了单位人格否认制度。如高铭暄教授指出,最高司法机关发布的《单位犯罪司法解释》于特定的情形中否认单位主体的独立人格,直接追究单位背后的滥用单位主体独立人格的行为人的刑事责任,其也体现了公平、正义的法理念。由此我们可以看出,《单位犯罪司法解释》契合了公司法人人格否认制度,二者都是在单位人格独立的前提下,于特定的情形中否认单位的独立人格,从而使法律责任的承担者发生变更,最大限度地体现了公平、正义的法理念。^②该规定出台以后,不少涉及单位犯罪案件因“人格否认制度”被认定为自然人犯罪。然而,单位内设机构、职能部门是否可以适用法人人格否认制度呢?我国《民法总则》第58条

^① 参见石磊:《单位犯罪意志研究》,《法商研究》2009年第2期,第67~74页。

^② 参见高铭暄、王剑波:《单位犯罪主体人格否认制度的构建——从单位犯罪相关司法解释谈起》,《江汉论坛》2008年第1期,第122~126页。

规定，法人应当依法成立，有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。而单位内设机构和职能部门不具有法人资格，一般情况下不具有必要的财产或者经费，也不能够独立承担民事责任。如果其本身就没有人格，何来否定呢？这就是一个自相矛盾的问题。

众所周知，绝大多数情况下，单位犯罪对个人的处罚比自然人犯罪处罚要轻。单位成员犯罪与自然人犯罪刑罚的差异，甚至使得一些人认为，单位犯罪是列为自首和立功之后的第三种“法定量刑情节”。我国刑法规定，单位行贿罪，单位责任人员最高法定刑为五年有期徒刑，而普通行贿罪，自然人主体最高法定刑为无期徒刑。走私普通货物、物品罪，自然人主体最高法定刑为无期徒刑，而单位犯罪的最高法定刑为有期徒刑十五年。此外，大量罪名在自然人和单位犯罪数额标准上有不同的规定。司法实践中，案件是否成立单位犯罪可能导致量刑的巨大变化。虽然说法律争议亦属正常，但分歧过大，法院判决不一致，却可能伤害司法权威和司法公正。在分歧没有统一前，将单位内部机构、村民小组、工程承包队等组织，纳入单位犯罪主体范围，无异将法律适用差异扩大，加剧自然人犯罪与单位犯罪之间的刑罚失衡现象。

二、返本与清源：单位（法人）犯罪制度的发展历程及借鉴

（一）法人犯罪制度的域外发展

我国单位犯罪即为西方国家的法人犯罪，最早发源于英美国家，其中最典型代表为美国和英国，后逐渐向欧洲国家延伸，历经融合发展，形成了肯定、否定与折中三种不同的立场。

在 19 世纪中期，英国基于反对公害的考虑，规定将道路、运河、桥梁的保养和维修义务归于一些企业。当这些企业没有积极履行这种义务，因而给公众造成危害时，英国法院决定判决法人承担刑事责任。这种与反对公害有关的犯罪被称为“公共福祉犯”（public welfare offense）。检察官在起诉此类犯罪时不需要证明被告人在主观上有故意或过失，只要法人的从业人员客观上实施了此类违法行为，便不问法人的意志，一律追究法人的刑事责任，此种原则被称为严格责任原则。然而，随着公共福祉内容发展愈来愈广，严格责任制度受到不少批评，不少学者认为，公共福祉犯罪并不是真正的犯罪，虽然其被当做刑法问题而依据刑事诉讼程序进行，但应该认为其属于行政法内的一环，只是部分适用了传统刑法的基本原则。^①

1909 年，美国联邦最高法院在严格责任制度发展 60 余年后，率先在哈得孙铁路公司案中确定了法人犯罪的主观构成要件，认为法人可以通过其代理人的动机和意图，形成犯意。这种由代理人的行为和犯意直接作为追究法人犯罪的刑事责任模式被称为雇主责任或上级责任原则。按照雇主责任的规则，法官不需要判断法人的主观过错，只要公司的员工实施了相关犯罪并具有犯意就可以认定公司具有犯罪主观意图。但学者认为，雇主责任原则理论上存在过度概括（over inclusiveness）和不够概括（under inclusiveness）的缺陷。前者在于，即使公司员工实施的行为只是形式上与公司职务关联，但与其公司本身的特质和政策无关，仍可以将该员工的犯罪行为归责于公司。后者在于，尽管是公司的政策与程序造成的犯罪，但由于无法辨别出公司个别员工已将犯罪结果归责于特定的行为人，公司最终无法对员工的行为负责。^② Beale 教授还指出，既然雇主责任不要求法人有任何过错

^① Douglas N. Husak, *Philosophy of Criminal Law*, New Jersey: Rowman & Littlefield, 1987, p. 38.

^② 参见蔡蕙芳：《组织体犯罪与组织体罪责——美国刑法上组织体罪责理论的介绍与评析》，（台）《逢甲人文社会学报》2000 年第 1 期，第 340 页。

的证据,那么,将一个组织体责任定义成如此宽泛不但不明智而且从根本上讲是不公平的。^①

1962年,基于公众对严格责任原则和雇主责任原则的批评,《美国模范刑法典》对法人归责原则作出修正,确定了管理行为瑕疵责任模式。《美国模范刑法典》第2.07条规定,如果法人的代理人,包括高级职员或者普通职员,在职责或雇佣范围内代表法人实施了违警罪或者其他制定法明确规定的犯罪,应当认定法人犯罪,但如果作为法人中负有监管职责的部门或人员已经为防止该罪的发生给予了适当的注意,可以成为法人的抗辩事由。^②该规定改变了雇主责任在美国法人犯罪责任原则中的主导地位,体现了模范刑法典的进步。有学者认为,《美国模范刑法典》新的规定意味着那些违反公司监督者命令的员工的犯罪行为再也不用由公司背黑锅了。^③但是,美国法学界与实务部门仍旧认为组织体管理瑕疵理论不能概括现实的全部情形。如美国学者 Moore 指出,“美国模范刑法典组织体罪责概念仍旧过于狭窄,如果在犯罪事实上没有高级管理人员的直接参与、授权或容忍,公司也能在其规则、政策、结构或组织下,以一种较不具有直接性、更细致的方式鼓励员工从事犯罪行为”。因此提出应当直接追究公司的罪责的意见。^④在众多学者的推动下,美国自20世纪末又逐渐形成组织体过错责任原则。组织体自身过错责任理论认为,法人(组织体)具有结构形式、运行程序、宗旨目标以及文化习俗等等,其可以在公司内部形成管理和控制。法人固定运作模式呈现了法人的意愿和期望,如果法人在政策和运行上具有瑕疵,足以直接追究法人本身的罪责。目前来看,这种新的责任模式在美国等国已经逐渐占据优势。

与英美法系不同,多数大陆法系国家奉行法人不能犯罪的立场,如作为成文法最杰出代表的德国以及俄罗斯、韩国、瑞士、西班牙、希腊、巴西、越南等,坚持否认法人犯罪。德国刑法通说认为,刑罚中存在的社会伦理非难对法人没有意义,剥夺社团的犯罪行为所得财产利益,可以以刑罚以外的其他方式(没收、追缴、剥夺额外收入)来实现。如果自然人作为社团等组织的成员,实施犯罪行为或违犯秩序行为,可以依照德国《违反秩序法》的规定对社团科处罚款。

但是受英美两国的影响,自20世纪70年代以来,欧洲不少学者认为,追究法人犯罪刑事责任成为不可避免的时代趋势。欧洲大陆法系国家有的开始接受法人犯罪理论,有的由部分承认法人犯罪扩展至全面承认法人犯罪。1976年,荷兰在欧洲大陆法系国家中第一个立法调整法人犯罪,将法人犯罪从先前局限于经济犯罪扩张为全部犯罪,同时采用了雇主责任原则,规定对于法人犯罪既可以同时追究法人和个人的刑事责任,也可以择一追究法人或个人的刑事责任。2002年,丹麦颁布了新的刑法典,对法人责任作了两个方面的重要修订,其一是将雇主责任扩展至所有为了公司利益的官员(高级管理人员)和一般雇员。其二是在判断法人犯罪时并不需要鉴别法人犯罪中的具体行为人。另外,丹麦刑法还明确了法人必须具有故意或者过失的主观犯意。值得注意的是,大陆法系最重要成员之一法国也改变了关于法人犯罪的立场。法国自1810年《拿破仑法典》以来一直否认法人犯罪。1994年法国新刑法典生效,明确规定除了政府以外,法人应当对他的机构和代表的犯罪行为承担刑事责任。法国新刑法典规定法人犯罪的特征有三个方面,其一是法人所触犯必须是立

① Sara Sun Beale, Is Corporate Criminal Liability Unique? *Am. Crim. L. Rev.*, Vol 44, 2007, p 1510.

② 参见《美国模范刑法典及其评注》,刘仁文等译,法律出版社2005年版,第34~37页。

③ 参见蔡蕙芳:《组织体犯罪与组织体罪责——美国刑法上组织体罪责理论的介绍与评析》,(台)《逢甲人文社会学报》2000年第1期,第339~340页。

④ Jennifer Moore, Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines, *Ariz. L. Rev.*, Vol 34, 1992, p 767.

法已经明确规定的犯罪。其二是应当由法人的代表或机构所实施的犯罪行为。其三是必须为了公司的利益。按照《法国刑法典》第 121—2 条的规定，法人的代表是指公司的高级管理人员、法人机构或者由法人代表授权而代表公司的雇员。公司的低级别的雇员实施的行为不能代表公司，因而不能认定为法人犯罪。而法人机构是指法国公司法所正式认同的公司之内的机构，包括股东会和董事会。法国刑法还通过 2000 年的修正，增加了法人的过失犯罪，通过 2001 年的修订，将法人犯罪责任范围扩展至商业侵权、劳动违法，甚至包括由公司人员引起的谋杀、强奸等行为。法国对法人犯罪的全面承认，对西欧国家建立法人犯罪制度有着重要的意义。在法国的影响下，欧洲共同体等组织向成员国推荐了法人犯罪和准法人犯罪制度。

面对法人犯罪的扩张态势，有的大陆法系国家采取了折中态度。如《日本刑法典》至今仍否认法人犯罪，但其又在特别刑法和行政刑法中承认了法人犯罪。日本刑法理论通说认为，法人不具有犯罪能力是一贯的刑法原则。如果可以处罚担当法人职务的自然人，就无处罚法人的必要。但到 20 世纪末，日本肯定法人犯罪能力的学说变得普遍。如大塚仁、木村龟二等认为，作为法人机关的自然人所进行的违法行为，在从社会观念上可以看成法人本身的犯罪行为时，对该行为就能在刑法上非难法人，追究其责任。^①

值得注意的是，在法人犯罪理论全球扩张的同时，英美国内却出现了一股反对法人犯罪的浪潮。20 世纪后期以来，英美等国大量巨型公司被指控法人犯罪，其中不乏世界 500 强企业。以美国为例，美国能源巨头安然公司（Enron Inc.）、戴那基公司（Dynergy Inc.），通讯巨头世界通讯公司（Worldcom Inc.）、环球公司（Global Crossing Inc.），美国最大的医疗公司南方保健公司（Healthsouth Inc.）等等都被指控法人犯罪。法人被控犯罪给美国造成了巨大的经济损失，尤其是股票市值的损失。如安然公司内幕交易被判法人犯罪，造成了将近 1000 亿美元市值损失，最后导致公司破产；南方保健公司因财务舞弊被控法人犯罪，造成 46 亿美元的损失。惩罚法人犯罪造成巨大的经济损失引起西方社会广泛争议，不少学者对法人犯罪提出了批评和质疑，如美国法学教授 Albert W. Alschuler、Pamela H. Bucy、Jennifer Arlen 等。其中，保守学者主张对法人犯罪作出修订或者限制，激进学者主张全盘推翻法人犯罪制度。^② 法人犯罪否定论者认为，法人犯罪制度并不能有效制止法人的不法行为，其过于严厉、有失公平、多余惩罚，有时还将不当惩罚成本施加于公司、公司官员、公司雇员和股东。支持法人犯罪制度企图使法人声誉受到耻辱的目的是多余的、没有必要的。^③ Alschuler 教授还认为，美国的法人犯罪制度，类似于英国古代的赎罪奉献物（Deodand）和连保制（Frankpledge），将无罪的关联人加以惩罚，实际上是伤及无辜和迁怒他人。^④

从法人犯罪制度的发展历程，我们可以看出以下几种趋势：其一，愈来愈注重法人（组织体）自身的过错。法人犯罪制度发源于英美，并从严格责任原则发展到组织体自身过错原则。这种发展变化实际上反映了一个核心思想，即不能过于宽泛地增加公司法人的责任和负担，否则，就可能破坏公司法人制度。其二，两大法系出现融合，大陆法系中尤其是受到英美两国政治和经济影

① [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 125～127 页。

② Sara Sun Beale, A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability, *Am. Crim. L. Rev.*, Vol 46, 2009, pp 1481—1500; Albert W. Alschuler, Two Ways to Think About the Punishment of Corporations, *Am. Crim. L. Rev.* Vol 46, 2009, p 1359.

③ Sara sun Beale, Is Corporate Criminal Liability Unique? *Am. Crim. L. Rev.*, Vol 44, 2008, pp 1503—1504.

④ Albert W. Alschuler, Two Ways to Think About the Punishment of Corporations, *Am. Crim. L. Rev.*, Vol 46, 2009, p 1373.

响较深的小国容易接受法人犯罪制度，但德国、俄罗斯等法律文化渊源深厚的国家并不轻易改变立场。而日本也只是在立法技术上作了一些小的调整，在行政刑法上增加了法人犯罪。尽管日本刑法学者提出承认法人犯罪能力的意见，但必须强调，学者观点仅主张具有人格形象的法人才有法人犯罪能力，非法人不具有法人犯罪能力。同时，在20世纪70年代欧洲大陆一番修法高潮过后，各国对建立法人犯罪制度的热情已趋于平淡。其三，法人犯罪制度的负面效应受到了更多的关注。尤其是美国本土，按照美国刑法，大型公司非常容易触犯法人犯罪，但打击法人犯罪带来的犯罪预防效果并不理想，大型公司可能因员工轻微犯罪造成不成比例的损失，对经济发展有不少的负面效应。法人犯罪制度的国际趋势，值得我国刑法关注，尤其是当法人犯罪制度的扩张出现回潮时，我们更应当保持冷静思考。而当多数法治比较成熟的国家要么拒绝承认法人犯罪制度，要么将法人犯罪的主体仅仅限定在法人范围之内时，我国刑法却将单位犯罪的主体扩张至非法人主体，这是更加值得思考的问题。

（二）法人犯罪制度的理论依据

英美法人犯罪制度脱胎于民事侵权责任制度，发展变化亦与民事侵权责任制度发展变化密不可分。如严格责任原则，英国法律基于反对公害的考虑将道路、运河、桥梁的保养和维修义务归于企业。当这些企业没有积极履行这种义务而给公众造成了危害时，便不问其主观状态，要求其承担刑事责任。实际上，在大陆法系的侵权责任法中，均广泛规定了与公共福祉相关的侵权责任制度，例如大气污染、水污染、产品质量、医疗事故等的侵权责任。我国侵权责任法中亦明确规定了环境污染、产品质量瑕疵等情况下的严格责任制度。严格责任在英美法系国家与大陆法系国家中尽管责任承担的领域、诉讼方式、责任形式有所不同，但归责基础及归责原则并无实质区别。

雇主责任是民法上代位责任的一种形式。如我国《侵权责任法》第34条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。”雇主责任在侵权法中更多具有责任分配的意义——即使雇员存在过失，也更合适将责任分配给雇主，从而“将劳动者从赔偿责任中解放出来”。^① 但其在法人犯罪理论中更多地具有责任归属的意义，即法人无论如何抗辩其对法人成员的行为并无认知，但终究对其法人成员的行为存在管理瑕疵、过失，有时甚至是放任或者积极追求。这正是“高级管理人员是法人的大脑，低级员工是法人的手足”的理论。按照代位责任，法官不需要判断法人的主观过错，只要公司的员工实施了相关犯罪并具有犯意就可以认定公司具有犯罪的主观意图。

从英美法人犯罪制度发展历程可见，英美两国之所以创设法人犯罪制度，其原因之一是其成文法不发达。由于判例法的特征，英美国家以遵照先例的形式进行法律适用，缺乏发达的部门法，缺乏逻辑清楚、条理明晰的分类架构，导致民事、行政、刑事责任的区分并不严格；其二是英美两国实用主义和功利主义盛行。如美国实用主义大师詹姆士在《实用主义》一文中就指出，“理性主义只盯住逻辑和天界。经验主义只盯住外在的感觉。实用主义愿意采纳任何东西，既遵从逻辑，也遵从感觉，并重视最卑微、最具个人性质的经验……假如在私人的事实的灰土堆里可以找到上帝的话，实用主义也愿意接受一位住在灰土堆里的上帝。实用主义检验或然真理的唯一标准，就是看哪个能给予我们最有效的引导，哪个最能适合于生活的各个部分……”。^② 实用主义对包括法律思想在内的

^① 参见班天可：《雇主责任的归责原则与劳动者解放》，《法学研究》2012年第3期，第105页。

^② 参见[美]威廉·詹姆士：《实用主义》，李步楼译，商务印书馆2014年版，第47页。

社会哲学思想产生了巨大的影响。在建立刑事严格责任时，学者就提倡“法院的良知为个人带来了某些法律犯罪的危险，这种危险表达了社会的需要。这样的法律的目的并不是处罚邪恶，而仅仅是对那些粗心者和无效率者施加压力，使他们尽全力履行维护公共健康、安全和道德利益的义务”。^①在实用主义指引下，惩罚法人曾经起到良好的社会管理效果。即使法人并非真正的“人”，即使其是“灰土堆里的上帝”，美国人显然是可以接受的。当然，对于治理法人的社会失范行为而言，在惩治法人成员的同时惩治法人，实现惩罚一体化，从而不再依据其他程序另行对法人惩治，确实不失为一种经济有效的方法。

但对于成文法发达、部门法划分明晰、法律理性主义盛行的德国而言，法人犯罪几无生存空间。惩罚法人必须从理论上解决法人的犯罪主观和主体可罚性问题。“法人没有受责之灵魂，没有受责之肉体”是肇始于罗马法的铁律。只是在拉德布鲁赫、考夫曼等法学大师的倡导下，出现了“法人拟制说”、“法人实在说”等理论，学界才认识到法人具有类推的人格特征。法人具有“人格”（并非物格）的学说逐渐占据通说地位，乃至今日在民事领域形成绝对主流学说。^②但是，即使法人人格说解决了“法人有受责之灵魂”的问题，而迄今仍无法解决“法人有受责之肉体”的问题。从根本上讲，惩罚法人只具有功利主义的意义，或者说，惩罚法人实质上并不具有刑罚的自我功能与意义。从惩罚法人的手段来看，所有对于法人的刑罚手段与行政法处罚或者民事责任并无实质区分。如对法人的罚金与行政法的罚款都属于经济制裁，无非是标签不同。

三、选择与路径：我国单位犯罪制度的模式选择及调整思路

（一）法人犯罪制度的自身适应性

英美两国确定法人犯罪制度后，不断地扩张法人犯罪的成立范围，由最初的公共福祉犯罪扩展至经济、金融等领域的白领犯罪和安全、环境领域的过失犯罪，最后又扩张至谋杀、强奸等纯粹的自然犯罪。一些国家甚至立法规定，法人可以成立任何犯罪，如《澳大利亚联邦刑法典》第12.1条规定：“本刑法典以其适用于自然人的方式适用于法人。法人可以构成任何犯罪，包括应处以监禁的犯罪。”包括强奸、杀人等犯罪在内的自然犯罪可以追究法人的刑事责任，这在我国刑法理论中是绝难解释的。我国刑法断然否定杀人、强奸、抢劫、普通诈骗等犯罪可以追究单位刑事责任。我国刑法对此问题与英美刑法迥然不同，正是两者刑法哲学根基差异的集中体现。但是，英美国家如此规定的背后逻辑恰恰充分说明：其一，扩张法人犯罪罪名范围的目的在于在更广范围内治理法人的失范行为。其二，惩治法人并不伤及惩治自然人之刑法根本，与刑法的思想逻辑并不冲突。绝大部分英美法系国家的刑法规定，法人与法人成员之间彼此独立，法人成员不因执行法人命令而得以从轻或减轻处罚。例如，《美国模范刑法典》第2.07条规定，“以法人或者非法人团体的名义或者代表其实施行为或者促使该行为实施时，行为人在法律上应承担相当于行为是以自己的名义或者为了自己实施时一样的责任”。美国量刑指南指出，“根据联邦刑法的规定，组织只能通过其代理人实施行为

^① 转引自 [英] J. C. 史密斯、B. 霍根：《英国刑法》，马国升等译，法律出版社 2000 年版，第 135 页。

^② 如考夫曼指出，法人既非与自然人相同，具有人的实际结构，也非只是拟制，缺乏真实性，而是一个真正的实体物，其与人类比较，具有类推意义的人格特征，法人在法律秩序上是一个承认的有组织的独立权利主体。拉伦茨指出，法人具有法律技术上及形式上的意义，类推有自然人的权利能力，而赋予人格，使其得为权利义务的主体，而满足社会生活的需要。而今，法人人格说（法人实在说）在民商法领域已占据绝对主导。参见 [德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 160~162 页。

并对其代理人实施的行为承担责任。同时代理人对他们自己的犯罪行为负责。因此对于犯罪组织的联邦指控经常将个人和组织列为共同被告。对于组织中被定罪的代理人根据前章的指南和政策说明进行量刑。”^①只有个别国家如挪威的刑法规定，为法人利益实施犯罪，法人承担责任。实施犯罪的个人可不受处罚。^②

法人犯罪制度肇始于实用主义（功利主义）。就实用主义而言，责任更多在于分配的正义。分配正义的演绎，乃至没有主观过错的企业都应该无条件地承担社会公共福祉方面的严格责任（刑事责任）。如果按照这种思路，将责任分配给不具有法人资格的团体并无疑问，只要非法人团体具有自己的名称以及承担罚金等制裁措施的能力，便可承担刑事责任，从而成为法人犯罪（组织体犯罪）的主体。但是，就理性主义而言，让法人承担刑事责任已有很大的争议，而进一步将刑事责任分配给非法人团体更是不能容许的问题。尽管“法人没有受责之灵魂”之信条在法人人格论的挑战下变得模糊。但非法人团体却是绝对不可能形成人格，非法人团体绝无“受责之灵魂”，更不要说“受责之肉体”的问题，这是迄今为止学界的通说。无论是法人拟制说还是法人实在说，都无法将非法人团体视同于法人而进一步将其纳入法人犯罪主体范围。即使是在法系融合背景下转变立场接受法人犯罪理论的法国，也坚持非法人团体不能成为法人犯罪的主体。

英美两国在法人人格论的影响下，形成了组织体过错理论。组织体过错理论的目的在于修正英美刑法中无过错责任以及代位责任对“无过错即无犯罪”刑法基本理论的偏离。过错理论的基点在于法人拟制的、抽象的人格，亦即法人拟制的思维、拟制的犯意和拟制的主观恶性。其前提是法人犯罪的主体必须是“人”——自然人或者拟制的法人。尽管美国刑法传统上规定非法人团体也可以构成法人（准法人）犯罪，但当组织过错理论形成时，非法人团体构成法人（准法人）犯罪主体的传统立场就受到强烈的冲击。但是，由于美国刑法中法人及法人成员罪责彼此独立，互不干涉，非法人主体构成法人犯罪的矛盾并非那么突出。其中的区别无非是罚款与罚金的问题以及犯罪标签的问题。但是，在我国刑法中，单位成员的罪责极大地受到单位主体的影响，这是不得不认真考虑的问题。

在成熟的法人制度中，法人依据章程，依照程序和议事制度，形成独立于任何法人成员乃至抽象地专属于法人利益的决定，而法人成员在理论上必须不折不扣地执行法人的决定，从而形成“法人高级管理人员是法人的大脑，法人低级成员是法人的手足”的建构性的连贯。尽管这种连贯可能经常被打破，但是在知识论上人们赋予其标签化的意义。而在非法人的团体中，尽管某种情况下，其也可以依据某种目标，依照某种程序和议事方式形成决定。例如，村民小组经过集体认真激烈讨论而决定私分救灾款。但非法人团体缺乏了“人格”的实定性，即使其暂时形成非常紧密的意思趋同和井然有序的利益分配，也无法抹去其松散的、各自为政的个体独立本质，一旦利益目标消失，其又曲终人散，无法形成稳定的“人格—大脑—手足”这种建构的、拟制的“智识”形象，也就缺乏了最基本的“受责之灵魂”的要件。因此村民小组、工程队、赛事筹备小组从根本上来讲都缺乏抽象的、独立的过错形成机制，而仍旧停留在自然人共同犯罪的层次上。

（二）我国单位犯罪制度的调整路径

法人犯罪成立与否，就其实质而言，只是一种惩罚程式的差异，其既可以纳入刑法范畴“管理”

^① 有学者将美国刑法中法人及法人成员罪责彼此独立、互不干涉的模式，称为“法人（单位）与法人（单位）成员罪责分离”模式。参见叶良芳：《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92~105页。

^② 《挪威一般公民刑法典》，马松建译，北京大学出版社2005年版，第13页。

（如同英美模式），也可以纳入行政法范畴“管理”（如同德日模式）；其既可以限于对法人的管理（如同法国模式），也可以包括对所有形式的组织体的管理（如美国、丹麦、葡萄牙）。但是，对法人的惩罚并不增损法人成员的刑事责任，除法律另有明确规定。所有国家的刑法规定都始终保持与体现了刑法的公正性与一致性，不因刑法理论和立法导致刑法内部的非公正性——自然人犯罪与法人成员犯罪刑罚的差异，此罪与彼罪在际遇法人犯罪时的差异。

法人犯罪的最终本质仍旧在于自然人犯罪，即某些人按照某种行为逻辑和决策模式而实施的犯罪。但是这种犯罪披着法人面纱或者组织体的外衣，因而产生标签化的涵义，从而形成观念上的惩罚的必要性。这种惩罚颇有宣告、警示性色彩。从法人犯罪的本质而言，无论是定位为组织体犯罪还是法人犯罪，我们都不能仅从法律借鉴上批评其是否合适。但是，法律移植和法律借鉴必须尊重法律自身的体系性及重视法律的本土化。从理论上说，我国刑法可以选择英美国家的模式，将非法人团体纳入法人犯罪范畴。但是，自宏观而言，我国刑法典通篇都接近于大陆法系，唯在法人犯罪制度上，主要借鉴了英美刑法。这种借鉴也可以说是基于历史条件的选择——我国并无单独的法人惩罚法。但法人犯罪制度的强烈的实用主义色彩是值得我国刑法重视的问题，尤其是我国刑法与美国刑法比较具有以下特点：其一，美国刑法采取了法人成员与法人罪责分离的模式。但是我国采取的是双罚制，单位成员的刑罚深受单位的影响。其二，我国刑法更加重视过错责任，而美国原本只强调社会责任分配，现在也转向过错责任制度。在这种情况下，我国刑法根本没有必要将单位犯罪的主体从法人扩展到非法人，何况 21 世纪后美国刑法出现法人犯罪制度回潮的情况，而我国却走向单位主体的扩张，这并不理智。其三，我国整个刑法体系基于意志自由与人格独立而对行为人进行非难。针对单位犯罪，如果我们不以法人人格性作为惩罚的基础，与自然人犯罪形成不同体例，难免会导致整个刑法体系分裂。故笔者认为，在我国刑法现有框架下应当从法人人格性出发构建法人犯罪惩罚制度。

如果我国基于法人人格性惩罚犯罪，就必须将非法人团体从单位主体范围予以排除。首先，单位内部机构与职能部门往往并不具备正常的议事程序，不具有独立的意思表示能力和对外承担责任的能力，更不具有独立的法人人格特征。不少情况下单位内部机构和职能部门的决定并不代表单位意志，有时甚至完全违背单位本身的意志。这种情况下，不应将此作为单位犯罪处理。只有在职能部门、内设机构代表单位意志时，方可将其归为单位犯罪。此外，如果单位已对职能部门和内设机构进行授权。在授权范围内，部门负责人从事职务行为，亦是执行法人的意志，其从事的职务行为归为单位行为。其次，村委会与村民小组不能成为单位犯罪的主体。村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。其既非公司、企事业单位，又非机关、团体，其系村民基于地域、宗族、文化等因素形成的管理和服组织。其既没有形成法人的机关组织，也没有统一的法人利益格局，每一名村民在经济利益上都是独立的个体，不存在受制于村委会的情况，不能作为单位犯罪处理。而村民小组，更非我国《刑法》第 30 条所列的主体对象，亦非单位的职能部门和内设机构，更不能成为单位犯罪的主体。另外，在将来的立法修订中，应当借鉴世界各国的普遍做法，将法人犯罪的归责基础、处罚原则、惩罚措施等在刑法总则中作出专章规定，无需在刑法分则中一一另行规定。惩罚法人是一种普遍的管理性措施。任何法人在开展经济社会活动中，疏于管理、自身存在过失或者故意为之，构成刑法分则规定的各种犯罪（包括盗窃、诈骗、杀人），均应接受刑法管制。

在法人的结构体系下，还需要讨论两个问题，一是个人的团体服从性，二是为法人谋取利益的道义评价。在现代工业时代，高度集中的企业管理使得个人往往表现出“社会性的服从”。个人往往会丧失部分意志立场而服从于企业的决策。但这种服从性毕竟出于个人自由意志的选择，并不能因为这种利益上的趋利避害而豁免其刑事责任。如果处于从属地位的法人成员由于胁迫或者期待不可能性的原因实施犯罪，可以依据共同犯罪理论予以全面考虑。按照传统的道义评价，为单位谋取利益似乎比为个人谋取利益值得同情，一些学者也提出，“为单位谋利虽然是一个个体的善良行动依据，但是它毕竟比为个人谋利要善良，所以值得在法规范上认真地将其作为从轻处罚的情节来对待。”^①然而，“为单位谋利”的人要比“为个人谋利”的人善良仅是一种感性认识，并不能得出必然的结论。谁也不能肯定通过法人实施合同诈骗的行为必然比实施普通诈骗行为的人善良。人的善良与否并不能与行为危害性关联在一起，更不能整体纳入刑法作刚性评价，亦不能作为一种普遍性从轻处罚的理由。尤其是在一人公司中，法人与股东利益几乎完全混同，不可能得出此种情况下股东比自然人犯罪要品质善良的结论。现实中狡猾的人利用公司包装犯罪的情形并不少见。谋取利益对象不同充其量只能在司法时予以个体性的柔性关注，并不能作为一种规范予以普遍适用。

本文作者：浙江省高级人民法院三级高级法官

责任编辑：龚赛红

The Subject Scope of Unit Crime and Its Return to Essence

Zhou Dejin

Abstract: Corporate crime is essentially a conceptual crime. The establishment of corporate crime rests with the choices of the management and punishment modes of corporate misconducts. Compared with foreign judicial system for corporate crime, Chinese judicial system for corporate crime contains many conflicts on the basic issues of punishment basis, guilt patterns and imputation principles. In contradictions and confusions, Chinese judicial system has embarked on a road of subject expansion, but the superficial expansion has brought much more judicial misbalances. Under the premise of according with the criminal law system structure and fitting the logic of criminal law, we should take rationalism as ideological keynote, and corporate personality as the basis of imputation. In addition, we should insist on the relative independence of the criminal responsibility of the unit from that of its members in order to make the two main parts return to their ontological responsibilities.

Keywords: unit crime; departmental will; corporate personality; basic of punishment

^① 冯军：《新刑法中的单位犯罪》，《刑法论丛》第9卷，法律出版社2005年版，第125页。