

国际 DOI 编码: 10.15958/j.cnki.gdxbshb.2023.03.04

# 企业合规视域下单位犯罪的刑事责任根据、 形态结构及立法修正

谢治东

(浙江工商大学法学院 浙江 杭州 310018)

**摘要:** 单位刑事责任根据从代理人责任转嫁论向组织体责任论的现代转型,使企业刑事合规的生成及发展具有立论基础。在单位犯罪形态结构的认知上,要纠正传统的单位一元主体论,单位构成犯罪是责任人承担刑事责任前提的立场,提倡单位和责任人二元主体论,单位和责任人分离入罪、分离出罪、分离追诉的认知模式。据此,本文建议对单位犯罪立法予以修改,总则增设单位犯罪成立条件,确立责任人的独立主体资格,明确对责任人按自然人犯罪追究刑事责任的原则,分则全部删除责任人具体刑事责任条款。同时,增设单位的刑罚种类和刑罚制度,以及单位事前合规出罪和事后合规从宽处罚条款。

**关键词:** 企业合规; 单位犯罪; 刑事责任根据; 形态结构; 立法修正

**中图分类号:** DF639    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1000-5099(2023)03-0034-10

为避免或减轻因刑事追诉给企业带来的负面外部效应,多维度推进企业内部的合规建设,有效地预防企业犯罪,近年来司法机关积极推行企业犯罪合规不起诉的重大刑事司法改革实践和制度创新。迄今为止,该项改革实践已全面铺开并初见成效,受到企业界的欢迎和法学界的普遍肯定,认为目前司法机关践行宽缓刑事政策立场,对涉罪企业“手下留情”合规不起诉,既有现实基础和合理性,也有上位政策依据<sup>[1]</sup>。同时,企业合规出罪或暂缓起诉也被大量主流国家的立法和司法实践所采用,其有效性已获得世界普遍性认可,成为全球企业犯罪治理的重要方式<sup>[2]</sup>。然而,无可否认的是,目前我国这种企业刑事合规的改革实践,更多只是基于刑事政策的要求,是为了尽可能避免或减少刑罚“水波效应”负面影响及实现最优预防企业犯罪治理模式的功利要求体现。诸多有关企业合规指导性文件的产生,本身只是刑事政策驱动的结果,并非源于刑事法的规定和刑法理论的归结。“合规是一个崭新的、非法定的概念,因此在定义以及如何适用传统法教义学理论方面产生了困难”<sup>[3]</sup>。然而,企业刑事合规制度必须“以行为主义、罪刑法定主义、责任主义等基本原则为前提”<sup>[4]</sup>,应当接受传统刑法教义学的检视。因此,在刑法理论上,如何厘清企业承担刑事责任根据及企业合规出罪或从宽处罚的正当性依据?在我国现行实体法对企业刑事合规规定缺位的情形下,企业合规出罪或不起诉的刑事政策无疑蕴藏与罪刑法定原则及传统刑法教义学的挑战和抵牾。为了克服这种挑战和抵牾,现行刑法有关单位犯罪的立法模式如何修正?这些对于刑法理论和刑事立法都是一个无法回避的问题。因此,在当下我国企业刑事合规改革实践正步入深度探索、法治建构的关键时期,重新从理论的视角检视单位刑事责任根据和单位犯罪形态结构,更多地为企业刑事合规的立法及司法改革实践的建构提供理论指导与法理框架,无疑具有重大意义。

## 一、单位刑事责任根据的现代转型

在单位犯罪中,被认定为责任人的单位成员和单位通常都需要被刑事追责。但是,责任人和单位被刑

收稿日期: 2023-02-12

基金项目: 国家社会科学基金青年项目“数字时代支付结算犯罪认定模式转型研究”(22CFX014)。

作者简介: 谢治东,男,湖南衡阳人,博士,浙江工商大学法学院副教授,硕士生导师。

事追责的根据何在?特别是单位本身既无可受谴责的肉体和灵魂,也无受刑能力,只是法律拟制体,为何还要对其追究刑事责任?单位究竟是因单位成员(代理人)的行为和意志的转嫁而被追责,还是因单位自身的行为和意志而承担刑事责任,一直是刑法学领域充满争议的问题,被视为“法人刑法理论中最黑暗的黑洞”<sup>[5]</sup>。实际上,英美法系从承认法人犯罪之时起就一直努力寻找法人刑事责任的根据,从法人归责理论的学术史来看,英美刑法理论经历了一个从代理人责任转嫁论向组织体责任论的现代转型过程。

### 1. 代理人责任转嫁论的消退

在英美法系,刑法理论对法人的刑事追责,虽然注意到了法人犯罪的特殊性,但在很长时期里都沿袭传统自然人犯罪追责模式,采用代理人责任转嫁论,即认为法人的职员皆为法人单位之“手足”或“大脑”,据此将法人单位职员的行为和意志转嫁为法人整体行为和意志,并以此作为对法人刑事追责的根据,其主要有替代责任原则和同一视原理。

替代责任原则,最早可溯源到古侵权法中“仆人过错,主人负责”原则,后被刑法理论运用到法人犯罪中,作为追究法人刑事责任的依据。依据替代责任原则,法人的职员,无论其职务是否确定,也无需考虑其职务的高低,即便是像销售员、货车司机、保安等身居公司最底层的行为,只要其所实施的行为与公司业务存在一定的关联性,属于公司对其雇佣范围内,便应视为公司业务活动的一环,则可将该职员行为视为公司行为,公司应对该职员行为承担责任。美国刑法理论在替代责任原则改造的基础上,提出了“同一视原理”,根据“同一视原理”,在一个公司中,能代表公司只能是董事和经理之类的高级管理人员,而非所有的员工。因为,在一定意义上,公司的高级管理人员类似于公司的大脑和神经,他们主导公司的意志和行为,可以视为公司的“另一个自我”。因此,这些高级管理人员实施的行为,应当被“同一视”为公司行为。除公司高级管理人员之外的执行具体业务的普通员工,则只能视为公司的手脚,他们的行为和意志不能视为公司的行为和意志。因此,对公司的高级管理人员所实施行为,公司应当承担责任,而其他普通员工所实施违法行为,则只能由其本人承担责任,并不能将责任转嫁给公司。

在代理人责任转嫁论中,替代责任原则和同一视原理尽管在“谁的意志和行为可以被视为法人的意志和行为”这一问题上存在分歧,但二者对法人的刑事归责都沿袭传统自然人追责模式,强调法人罪责对其单位成员的从属性,将单位成员的责任转嫁为法人责任。应该来说,代理人责任转嫁论通过将单位中特定职员行为视为单位行为,其在一定程度上符合当今单位业务活动的现实,也缓解了单位犯罪长期以来所面临的来自传统自然人刑法的责任原则方面的诘难。因而,这是承认单位犯罪的国家在对单位适用自然人刑法时的惯常做法<sup>[6]</sup>。

在代理人责任转嫁论中,在认定单位成员的行为和犯意是否可传导至单位时,无论替代责任和同一视原理均肯定,若企业成员在职务范围内的违法行为,是为了企业谋取利益,则应该将其个人行为推定为单位行为,单位须要对此承担刑事责任,而不考虑单位自身是否已经切实履行了必要注意义务,是否存在过错。然而,在完全不考虑单位本身是否存在过错的情况下,将单位成员为单位利益而实施的行为完全归责于单位,让单位对员工行为承担绝对责任,在一定意义上,这种责任类型就是严格责任。但是,在传统刑法教义学看来,这种不问过错,扩大单位承担刑事责任范围的做法,无疑是与责任主义原则相背离的<sup>[7]</sup>。同时,代理人责任转嫁论也有可能限制单位承担刑事责任的范围,如按照“同一视原理”,只有那些高级董事和经理的意志与行为才可归于公司,如此一来,公司普通员工在从事公司业务过程中实施了违法犯罪行为,即使完全可归咎于公司管理制度上的缺陷,也不能追究公司的刑事责任。最后,可能导致单位个别成员利用责任转嫁原理故意加害单位的现象出现。如单位成员故意在业务活动中实施行贿受贿、生产销售伪劣产品的行为,并通过让单位承担刑事责任的方式来达到加害单位的目的。

## 2. 组织体责任论的兴起

面对代理人责任转嫁论的缺陷,在独立考察法人自身罪责思潮的影响下,摆脱代理人转嫁责任,而强调组织体自身罪责的组织体责任理论开始蓬勃发展。与代理人责任转嫁论的归责原理不同,20世纪70年代以后在美国形成的组织体责任论主要围绕如何判断法人自身罪责予以展开。

在组织体责任论看来,法人犯罪的产生,表面上似乎是由于法人内的部分成员个体决定而引发的,但背后深层次原因在于单位固有的管理体制或组织结构的缺陷而导致的。因此,应从法人的宗旨、规章、运行体制、程序等组织特征是否对法人代理人实施犯罪具有刺激、诱导作用,从法人事前是否已制定和实施有效的预防犯罪措施及犯罪发生后的善后措施的有效性等方面,判定其管理体制或组织结构是否存在缺陷。对于单位管理体制或组织结构上的缺陷而引起单位成员违法犯罪行为,如果不追究单位整体刑事责任,仅追究其成员个人刑事责任的话,就很难对相关涉罪单位产生太大的惩戒、教育效应。由此,法人承担刑事责任的实质,不在于职员的犯罪行为是否是“以企业的名义”并“为企业的整体利益”而计划或实施的,而在于法人在单位管理体制和组织结构上未能履行必要的完善措施,以确保公司员工行为符合法律规范。因此,当单位成员所实施的犯罪行为可归责于该单位管理体制或组织结构的缺陷时,则该单位具备刑事追责的依据;反之,当单位成员所实施的犯罪行为并不能归责于单位管理体制或组织结构的缺陷时,则单位不具备刑事归责的基础,仅应追究单位成员的个人刑事责任。以此为基础,判断公司是否违反刑事义务的事实依据在于其合规治理体系的构建。如果公司建立并实施了符合基本标准的有效合规计划,并得以切实的执行,那么可以认为公司的治理体系、管理流程、运营方式是健全的,对单位的归责路径就被合规计划阻断<sup>[8]20-33</sup>。如此一来,企业事前合规具有切割单位责任的功能,从而阻却企业的刑事责任。同样,如果企业犯罪后,企业能及时合规整改,修复单位管理体制完善或组织结构中的缺陷,建立健全合规管理体系,则具有从宽事由。因此,单位刑事责任根据的现代转型,不但使刑事合规的生成及发展具有立论基础,更能激励和促进企业合规计划的普遍实行及有效实施。

## 二、单位犯罪形态结构的纠偏

### 1. 单位一元主体关系论的反思

在单位犯罪的主体关系结构问题上,单位一元主体论在很长时期曾是我国刑法理论和司法实践中占主导地位的观点。单位一元主体论认为,在单位犯罪中,只有单位才是唯一主体,责任人作为单位成员,只是单位主体的要素或组成部分,就好像单位之手脚,本身不具有独立的主体资格,仅只是刑事责任的承担者或者受刑对象而已<sup>[9]</sup>。在单位犯罪中,单位一元主体论论证单位和责任人刑事责任的司法思维路径是:

首先,单位犯罪只能是单位自身的犯罪。单位虽然是既无肉体、也无灵魂的组织体,但有其独立的人格,具有其自身整体意志和行为。在单位犯罪中,责任人作为单位成员,个人的行为和意志经过一定程序和形式上升为单位整体行为和意志,其行为和意志不再具有个体性,只能视为单位整体行为和意志的组成部分。

其次,单位承担刑事责任,是责任人承担刑事责任的前提。在单位一元主体论的认知模式下,责任人之所以要承担刑事责任并非是他单位犯罪中具有独立的主体资格,而是作为单位的要素分担单位整体刑事责任。因此,单位构成犯罪是责任人承担刑事责任的前提,“法人构成犯罪,才是追究法人内部成员(自然人)刑事责任的依据和必要前提。”<sup>[10]486</sup>“单位不构成犯罪,不承担刑事责任,当然不存在单位中的主管人员和直接责任人员作为个人承担刑事责任的问题<sup>[11]</sup>”。

再次, 责任人只是对单位整体刑事责任的分担。因为责任人作为单位的要素为单位分担刑事责任, 在单位已承担部分刑事责任的情形下, 责任人只能承担单位剩余的刑事责任。因此, 在单位犯罪中, 与相同情形下的自然人犯罪相比, 责任人的刑事责任自然要轻。在已对单位判处罚金的情形下, 则对责任人不可再适用罚金<sup>[12]32-36</sup>。

最后, 责任人之间不成立共同犯罪, 在故意犯罪停止形态、罪数形态、累犯、自首、立功的认定上也不同于自然人犯罪。由于责任人在单位犯罪中不具有独立的主体资格, 只是作为单位主体的要素而存在。因此, 数个责任人之间不能成立共同犯罪, 对责任人也不存在进行共犯分类, 进而区分主、从犯的问题。同时, 责任人的犯罪停止形态、罪数形态的认定, 必须依附于单位整体的犯罪停止形态和罪数形态的认定。此外, 在单位犯罪中, 责任人是否成立累犯、自首、立功, 须依附于单位整体是否成立累犯、自首和立功。同理, 如果单位能成立自首、立功, 其效果也可及于所有的责任人<sup>[12]32-36</sup>。

单位一元主体论强调单位在单位犯罪中的主体唯一性, 否定责任人在单位犯罪中的主体资格, 并以此为基础建构“单位构成犯罪是追究责任人刑事责任的前提, 责任人作为单位要素分担单位刑事责任”单位犯罪认知模式。然而, 这种单位一元主体论在理论上难以为责任人的刑事责任根据提供合理说明; 在司法实践中也不具有可行性, 无法对我国目前单位犯罪的司法现状给予合理的解释<sup>[13]</sup>。

第一, 始终难以对责任人为何要承担刑事责任作出合理说明。

根据单位一元主体论的观点, 在单位犯罪中, 责任人虽不具有主体资格, 但也须承担刑事责任。那么, 其刑事责任的根据从何而来? 对此, 单位一元主体论通常从以下角度予以解决。(1) 从连带刑事责任角度解决, 认为责任人之所以承担刑事责任, 是因为他们与单位犯罪有关联, 因此要承担连带责任。然而, 连带责任以存在两个独立主体为前提, 不承认责任人的主体性, 当然就不存在所谓的连带责任问题。同时, 将民事法律中以补偿救济为目的的连带责任运用到刑法中, 作为责任人的刑事追责依据, 则明显违背了刑法罪责自负的基本原则。(2) 从功利主义角度解决, 认为对单位犯罪中的责任人进行处罚, 尽管存在“双重处罚”的嫌疑, 但为了保证制裁和预防单位犯罪的实际效果, 只能顾此失彼<sup>[14]</sup>。然而, 这种从保证刑罚效果的角度论证责任人承担刑事责任根据, 则明显违背了传统刑法一直坚持的行为责任、罪过责任基本原则。根据行为责任、罪过责任原则, 任何人承担刑事责任, 都是因为行为人在自己意志支配下选择了犯罪, 即客观上有行为, 主观上存在罪过, 而不能因为有利于预防犯罪而惩罚任何人。(3) 从单位要素角度解决, 认为责任人只是作为单位的要素而承担刑事责任。按照此观点, 在单位犯罪中, 作为单位要素的所有单位成员都应该承担刑事责任才对, 而并不应该只局限于责任人范围之内。对此, 一元主体论又认为, 只有那些主观上存在罪过, 客观上实施了违法行为的单位成员才承担刑事责任, 排除其他单位成员承担刑事责任的可能。如此一来, 责任人承担刑事责任的根据并非是单位的要素, 而只能是自身的违法行为和主观罪过。因此, “如果只将单位本身作为犯罪主体, 而将单位的有关责任人员排除在单位犯罪的主体之外, 将否定我国刑法学界提出的有关犯罪构成是刑事责任的基础或根据的理论学说, 从而对单位犯罪追究有关责任人员的刑事责任丧失了理论根据。”<sup>[15]</sup>

第二, 无法对单位犯罪的司法现状给予合理地解释。

“凡是现实的都是合理的, 凡是合理的都是现实的。”理论源自于实践, 又必须服务实践, 一种正确的理论必须能很好地诠释并服务于实践需要, 当一种理论不能实现上述目标时, 修正的只能是理论, 而不是实践。在当今单位犯罪司法实践中, 对刑法明确规定了单位刑事责任的单位犯罪, 在相当多的案件中, 司法机关也不认定为单位犯罪, 仅只追究相关责任人的刑事责任, 而不追究单位整体刑事责任。根据全国人大常委会的立法解释, 对单位实施刑法没有规定单位犯罪的行为, 也应当追究责任人的刑事责任。根据相

关司法解释,即使涉嫌犯罪的单位因被撤销、注销而不存在,也应当对责任人追究刑事责任。对单位犯罪案件,在诉讼程序上可以对单位和责任人实行分离追诉。如果坚持单位是单位犯罪的唯一主体,否认责任人的独立主体资格,强调其对单位刑事责任的依附性,那么对当前单位犯罪司法实践现状则无法解释。

## 2. 个人和单位刑事责任分离认知模式的提倡

近现代社会以来,由于法人社会影响力的日益增强及其给社会带来的威胁,为了应对和惩治日益增多的法人违法行为,以英美国家为代表的英美法系,在追究法人代理人的自然人刑事责任的基础上,创设了法人刑事责任,让法人这个既无肉体、也无灵魂的组织体承担刑事责任。因此,从法人刑事责任的产生和发展史来看,法人刑事责任的出现更多的是源于近现代社会法人犯罪日益严重的刑事政策应对,基于强烈的现实主义和实用主义的需要,而并非源于理性主义和刑法逻辑自治。正如英国著名的刑法学者威廉斯所说“法人刑事责任是功利主义理论应用于刑法的一个典型,它不是以公正的理论为基础,而是基于遏制犯罪的需要。”<sup>[10]54</sup>但是,这种基于实用和功利主义的立法及司法,无疑与传统的自然人行为责任、罪过责任的刑法原理存在抵触。因此,法人这种组织体尽管早已获得民法上的承认,但由于它本身“既无可谴责的灵魂,也无可处罚的身躯”,一直被认为与近代刑法基本原理不可兼容,而被排除在刑法调整范围之外。从法人犯罪的概念诞生之日起,如何从犯罪论和刑罚论两个层面肯定法人犯罪的正当性,为追究法人整体刑事责任寻找根据,一直是阻挠法人犯罪正当化难以逾越的理论障碍,也成为刑法理论所要解决的难题。然而,在国外有关法人犯罪的刑法理论研究中,不管是代理人责任转嫁论还是组织体责任论,均是聚焦于如何为法人承担刑事责任寻找根据和方法,本身都不涉及具体实施犯罪行为法人的代理人或其他成员的刑事责任问题。因为,法人代理人等法人成员的行为是否构成犯罪,理应遵循传统自然人的行为责任、罪过责任原则,如其行为本身具备构成要件符合性、有责性,则该代理人须以自然人犯罪承担刑事责任。无论在代理人责任转嫁论还是组织体责任论看来,这都是一个很自然、顺理成章的,无须在理论上加以特别论证的事情。

因此,在单位犯罪中,单位整体刑事责任的承认,并不意味着要否认作为单位成员的责任人的独立主体地位资格。也不像传统观点所认为的,单位刑事责任与责任人的个人刑事责任是一个不可分割的整体,责任人的刑事责任必须依附于单位的整体刑事责任。实际上,刑事立法和刑法理论中的“单位犯罪”,更应当理解为单位成员的自然人犯罪和单位拟制犯罪相聚合而成的特殊犯罪形态,在这种特殊犯罪形态中,“自然人”和“单位”作为两种不同性质犯罪主体和刑事责任主体同时存在<sup>[16]</sup>。在单位犯罪中,单位刑事责任与责任人的个人刑事责任尽管联系密切,但却是一种可相分离的独立刑事责任,它们各自归责依据并不相同。其中,责任人归责依据是其自身的行为和主观罪过,对此应当遵循传统自然人行为责任、罪过责任原则。单位归责依据则是其管理体制的不完善或组织结构上的缺陷。因此,在涉及单位犯罪案件中,应当将单位犯罪视为两个犯罪主体、两个刑罚主体的聚合性犯罪。在单位和责任人刑事责任的追究上,应当实行分离入罪、分离出罪、分离追诉,而并非是相互捆绑,一损俱损的不可分离紧密体<sup>[17]</sup>。因此,在企业刑事合规视域下,在单位犯罪案件中,其司法思维路径应该是:

首先,依据传统行为责任和罪过责任的归责原则,考察单位成员的行为是否构成犯罪。单位成员是否应被追究刑事责任关键在于其所实施的行为是否具备构成要件符合性、有责性,即使公司、企业实施了刑法没有规定为单位犯罪的行为,依据罪法定原则,单位无需承担刑事责任,但相关责任人的行为如果具备了构成要件符合性、有责性,也应当依法承担刑事责任。

其次,考察单位是否应该承担刑事责任,单位本身是否被刑法规定为犯罪主体。在这里,主要考察单位成员所实施的行为是否体现了单位自身存在固有的管理体制不完善和组织结构上的缺陷。在通常情况

下,单位成员所实施的犯罪行为发生在其业务范围内,或者是以单位名义、为单位利益、违法所得归单位所有,则该犯罪行为通常体现了该用人单位固有的管理体制不完善或组织结构中存在某种缺陷,原则上单位就具备刑事归责的基础。因此,从表面上看,单位承担刑事责任与单位成员实施社会危害行为紧密相关,似乎是单位成员刑事责任的转嫁,但实际上却是为单位自身固有的管理体制不完善和组织结构中存在的缺陷买单,其承担的是一种合规责任。但是,单位如果有充分证据证明,单位成员所实施的行为完全是其个人行为,与单位毫无关联性,单位已经充分履行了监督管理义务,单位就可以免除刑事责任。同样,单位涉嫌犯罪后,在刑事诉讼过程中,单位承诺认罪,配合调查,与检察机关达成和解协议,积极建立合规管理体系,并得以有效执行,则可以获得从宽处罚。

最后,责任人和单位的刑事责任可以分离追诉。由于单位犯罪实质上是一种特殊形态的聚合犯罪,犯罪主体及刑事责任主体本身可相互分离,因此,在刑事诉讼过程中,责任人和单位的刑事责任可以实行分离追诉,并非一定要将二者捆绑在一起,同时进行。

### 三、我国单位犯罪的立法修正

“法律必须稳定,但又不能静止不变。”<sup>[18]</sup>因此,为及时应对社会变化,作为犯罪治理核心机制的刑法,须保持相对灵活性和动态性,我国刑事法律规范已进入频繁变动期<sup>[19]</sup>。我国现行单位犯罪的立法不当,强调单位刑事责任的整体性和责任人对单位刑事责任的依附性,否定责任人的独立主体资格,不能为当前企业刑事合规的司法实践提供法律依据等。因此,针对我国单位犯罪立法存在的问题,有必要借鉴国外法人犯罪的立法经验,结合我国目前企业刑事合规的司法实践改革进行系统性的修改,使之更加科学和完善。

#### 1. 明确单位犯罪的成立条件,确立责任人的独立主体资格

我国刑法第30条尽管对单位犯罪及刑事责任追究作了原则性规定,但由于对单位犯罪实质性内涵缺乏具体性规定,因此,该条规定对单位犯罪的司法认定根本不具备指导的功能。刑法理论和司法实践对单位犯罪的界定缺乏一个明确、清晰而又法定的标准,由此产生了职务或业务范围说、单位名义说、为单位利益说、单位批准、决策说等各种标准。同时,我国对单位犯罪的表述方式为“单位犯XX罪的”,从文理角度来解释,在单位犯罪中,其主体毫无疑问应该只是单位本身,责任人不具有独立的主体资格。因此,我国刑法理论和司法实践在单位犯罪和责任人的刑事责任问题上,长期占主导地位的观点是单位犯罪只是单位实施犯罪,其犯罪主体只能是单位,作为单位成员的责任人只是单位整体的要素,其在单位犯罪中不具有独立的主体资格,只是为单位分担刑事责任。

反观国外有关法人犯罪的立法,大凡肯定法人犯罪和法人刑事责任的国家,即使在立法和司法实践中引入刑事合规制度,大多对法人犯罪的成立条件都有明确的规定,并同时肯定了责任人在法人犯罪中的独立主体资格。如合规理论和实践源起地的美国,其1962年制定的《模范刑法典》中明确规定,如法人代理人的犯罪行为是在其业务范围之内,或是以法人的名义进行的,或得到法人最高决策机构的批准或者默许,可认定为法人犯罪。英国1968年的贸易说明法第20条规定“由法人团体实施的本法规定的犯罪,如果证明是在该法人的董事、经理、部长或其他相类似的法人高级官员以及任何声称行使此权利的人同意或默许下实施的,或者可归因于上述人员的过失的,则此人以及法人团体均犯此罪。”在大陆法系,法国是最早承认法人犯罪的国家,其在2016年通过《萨宾第二法案》正式引入了刑事合规制度,但在1994年刑法典中同样明确了法人犯罪的成立条件,并肯定了责任人的独立主体资格,该法典第121.2条规定“除国家之外,法人依第121.4条至第121.7条所定之区分,且在法律或条例有规定之场合,对其机关或代表为其利

益实行的犯罪负刑事责任。”上述立法都对法人犯罪进行了比较明确的定义,并对法人犯罪的成立条件作了界定。从国外法人犯罪立法经验来看,一般是将法人的代理人或其他成员以法人名义实施的,在其业务范围实施的,行为得到法人最高决策机构的批准或默许,或者为法人谋利益而实施的行为,作为法人犯罪成立的条件。但是,法人犯罪和法人刑事责任在立法上的确认并不影响责任人的行为主体资格。相反,都特别明确肯定责任人在法人犯罪中独立主体资格,并且大多采用责任人作为自然人犯罪及刑事责任在前,法人刑事责任在后的立法模式。如日本的《水质污染防治法》第34条规定“法人的代表人、法人或个人的代理人或雇员,因从事该法人或个人的业务活动时而犯有前4条所规定的违法行为时,除惩罚行为外,应同时向该法人或个人科处各该条规定的罚金。”正是由于立法明确了责任人在法人犯罪中的主体资格,所以,在国外有关法人犯罪的理论研究中,根本不存在法人犯罪究竟是法人一个主体还是法人和自然人两个主体的争论。

因此,笔者建议修改现行刑法第30条,肯定责任人在单位犯罪中的独立主体资格,明确单位犯罪的成立条件。借鉴国外经验并结合中国司法实践,建议在立法中将单位犯罪具体表述为“公司、企业、事业单位、团体的代理人或者其他成员在其职务、业务范围内,或为了单位利益,故意或过失实施本法所规定的犯罪行为,该行为人和其所在单位均应当承担本法所规定的刑事责任。单位承担刑事责任不得影响实施此犯罪的自然人的刑事责任。”同时,删除刑法分则对单位犯罪成立范围的限制性规定,从而使单位犯罪定义对刑法分则任何罪名均具有普遍性指导作用。换言之,只要一种行为符合总则有关单位犯罪成立条件,原则都可认定为单位犯罪,对单位追究整体刑事责任,从而使单位犯罪适用分则中全部罪名。

## 2. 确立单位承担刑事责任不影响自然人刑事责任原则

与纯粹的自然人犯罪相比较,对单位犯罪中责任人刑事责任配置,我国刑法分则存在同等责任和差异责任两个不同的原则。应该来说,同等原则对单位犯罪中的责任人按自然人犯罪同罪同罚,实际肯定了责任人在单位犯罪中刑事责任的独立性,符合国外和国际公约有关法人刑事责任不影响自然人刑事责任承担的原则。但令人遗憾的是,相同的表述在涉嫌单位犯罪的每个罪名中都不必要地重复,损耗了宝贵的立法资源,影响刑法本身的简洁性,使刑法显得臃肿。差异原则对单位犯罪中责任人设置了轻于同一情形自然人犯罪的法定刑,体现了责任人作为单位要素对单位整体刑事责任分担的理念。然而,如前所述,在单位犯罪中,责任人并非是对单位整体刑事责任的分担,而只是对自身的行为和罪过而承担的自然人刑事责任,单位承担刑事责任其本身不影响责任人作为自然人犯罪的刑事责任。

考察国外和国际条约相关法人犯罪立法,其刑法分则从未出现对法人犯罪中的责任人独立配置刑事责任的立法例。与之相反,其总则都特别地申明法人承担刑事责任不得影响自然人刑事责任。如法国《刑法典》第121.2条规定,“法人负刑事责任不排除作为同一犯罪行为之正犯或共犯的自然人的刑事责任。”在联合国通过的《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》《联合国反腐败公约》等相关国际公约中都特别指出,法人责任不应影响实施此种犯罪的自然人的刑事责任。基于上述考虑,在单位犯罪的立法上有必要废止分则中有关责任人的刑事责任条款。同时,在总则中明确规定,单位承担刑事责任不得影响实施此犯罪的自然人的刑事责任。

## 3. 增设针对单位的刑罚种类和刑罚制度

在单位犯罪中,责任人承担的只是自身的个人刑事责任,并非是替单位刑事责任的分担。因此,有必要针对单位特质设置特别的刑罚方法,才能达到刑法设立单位犯罪的目的。在我国刑法中,单位适用的刑罚种类只能是罚金,刑种单一。而且,在司法实践中,由于单位犯罪大多是经济犯罪,通常已由行政执法机关先行给予行政处罚。按照相关法律规定,行政处罚所判处的罚款在刑事判决中应当折抵罚金。因此,在

行政执法已对单位作出行政处罚处罚的情况下,司法机关也觉得对单位追究刑事责任已失去必要性,从而大多放弃了对单位犯罪的认定。对犯罪单位而言,既然这种罚金的惩罚力度显然不足,又何必大费周章,耗时耗力去搞合规呢?考察国外有关法人犯罪的立法,在承认法人犯罪,并推行企业合规的国家,通常设立了对法人本身的刑罚体系和合规激励体系。如美国的《模范刑法典》《组织体量刑指南》规定,对法人自身的方法主要有补偿、缓刑监督和罚金三类。在补偿中又包括恢复原状、补救措施和社区服务。法国作为第一个在刑法典规定法人犯罪的国家,在其刑法典中专门规定了“适用法人之刑罚”:在法人犯重罪或轻罪的情况下,法人的刑罚方法有财产刑和资格刑罚两类。其中,财产刑包括罚金和没收;资格刑包括解散法人、禁止从事职业性或社会性的活动、关闭企业机构、司法监督、禁止参与公共工程、禁止公开募集资金、禁止签发支票或使用信用证或公布裁判决定 8 种刑罚方法。法人犯违警罪,对法人处罚的刑罚方法有罚金、剥夺或者限制权利和附加刑没收<sup>[20]</sup>。目前,日本刑事立法正在酝酿完善对法人的刑罚种类,准备创设适用于法人特点的多样化制裁方式,建议在刑法典中新设针对法人处罚的规定,即除罚金外,新设法人解散命令、在一定期间内停止营业命令、吊销营业执照、公布违反法律的企业名字、禁止在一定期间内与政府或地方公共团体缔结合同等。

鉴于我国针对单位刑种单一的缺陷,我国刑法有必要借鉴国外立法的有益经验,在保留现有罚金刑的基础上,进一步增设对单位本身的刑罚种类,如责令停业整顿、禁止某类营业活动、责令解散、吊销许可证和执照等。在此基础上,建立与单位犯罪的刑罚体系相适应的刑罚制度,如单位犯罪的累犯、缓刑、减刑、复权等制度。

#### 4. 增设单位事前合规出罪和事后合规从宽处罚条款

企业合规出罪或暂缓起诉政策已被大量主流国家的立法和司法实践所采用,其有效性已获得世界普遍性认可。纵观各国的企业刑事合规实践,不论是遵从判例的英美法系国家还是成文法的大陆法系国家,均通过立法的方式确立“合规计划”的法律地位、刑事法地位。如意大利 2001 年颁布的第 231 号法令第 6 条规定,如果公司能证明在犯罪行为发生之前,已确立旨在防止该类犯罪行为的管理体制并且该体制得以有效运行,则公司可以免于承担责任。但公司管理体制足以免除其责任的证明责任由公司来承担<sup>[21]</sup>。美国的《联邦量刑指南》第八章《组织量刑指南》也明确规定,在发生企业犯罪行为之际,若其内部存在有效合规计划,可据之减轻其刑事责任。在英国,《2010 年贿赂罪法》第 7 条(2)的规定,如果商业组织能够证明本身存在防止与之相关的个人实施贿赂行为的适当程序,则构成辩护理由,免于承担刑事责任<sup>[22]</sup>。相关国家正是通过立法的方式,确立合规计划的内容,设定合规计划的法律义务,明确与合规计划相关的定罪与量刑问题等。

然而,我国司法机关积极推行企业犯罪合规不起诉或者从宽处罚的重大刑事司法改革实践和制度创新,虽然已出台相应的合规指引性质的文件,但是,如果从法律层面来看,刑事合规并非刑法定法所认可的概念,也不直接表现为对刑事法的遵从<sup>[8]20-33</sup>。在我国现行刑法中,企业合规既非法定的犯罪阻却事由,也不是法定的刑罚减免情节,从法理上讲,充其量只能作为酌定从轻处罚情节。因此,在现行立法体系下,企业合规出罪或不起诉的司法改革实践不可避免地蕴藏与罪刑法定原则及传统刑法教义学的挑战和抵牾的嫌疑。

罪刑法定要求刑事司法必须以尊重现行实定法为前提,在现行法秩序框架之内,对刑事实体法的规定加以具体落实。为克服目前企业犯罪合规不起诉或者从宽处罚的法律依据不足,存在与罪刑法定原则抵牾的嫌疑,笔者建议增设单位事前合规出罪和事后合规从宽处罚条款。可具体表述为:公司涉嫌犯罪时,有充分证据表明其在先前已经建构合规体系并得以有效实施,可以排除公司的刑事责任。公司涉嫌犯罪



后,在刑事诉讼过程中,公司承诺认罪、配合调查,与检察机关达成和解协议,积极建立合规管理体系,并得以有效执行,可以从轻、减轻或者免除处罚。

#### 四、结语

在当下我国企业刑事合规改革实践正步入深度探索、法治建构的关键时期,从理论的视角重新检视单位刑事责任根据和单位犯罪形态结构,更多地为企业刑事合规的立法及司法改革实践的建构提供理论指导与法理框架,无疑具有重大意义。从法人刑事责任的产生和发展史来看,法人刑事责任的出现更多地是源于近现代社会法人犯罪日益严重的刑事政策应对,基于强烈的现实主义和实用主义的需要,而非源于理性主义和刑法逻辑自洽。我国刑事立法和刑法理论中的“单位犯罪”,应当理解为责任人的自然人犯罪和单位拟制犯罪相聚合而成的特殊犯罪形态,在这种特殊犯罪形态中,“责任人”和“单位”作为两种不同性质犯罪主体和刑事责任主体同时存在。在单位犯罪中,单位刑事责任与责任人的个人刑事责任是一种可相分离的独立刑事责任,它们各自归责依据并不相同。对责任人的刑事追责应当遵循传统自然人行为责任、罪过责任原则,单位刑事责任根据则在于其管理体制的不完善或组织结构上的缺陷。在单位犯罪中,单位整体刑事责任的承认,并不意味着要否认作为单位成员的责任人的独立主体地位资格。因此,在单位犯罪的案件中,在单位和责任人刑事责任的追究上,应当实行分离入罪、分离出罪、分离追诉。我国现行单位犯罪的立法不当地强调单位刑事责任的整体性和责任人对单位刑事责任的依附性,否定责任人的独立主体资格,不能为当前企业刑事合规的司法实践提供法律依据等。针对我国单位犯罪立法存在的问题,有必要借鉴国外法人犯罪的立法经验,结合我国目前企业刑事合规的司法实践改革进行系统性的修改,确立责任人的独立主体资格,明确对责任人按自然人犯罪追究刑事责任的原则。同时,增设单位事前合规出罪和事后合规从宽处罚条款。

#### 参考文献:

- [1]孙国祥.单位犯罪的刑事政策转型与企业合规改革[J].上海政法学院学报(法治论丛) 2021(6):21-38.
- [2]毛逸潇.合规在中国的引入与理论调适——企业合规研究述评[J].浙江工商大学学报 2021(2):149-160.
- [3]丹尼斯·伯克.作为比较法研究对象的刑事合规[M].李本灿,译.北京:中国政法大学出版社 2018:1.
- [4]甲斐克则.企业的合规文化.计划与刑事制裁[A]//谢佳君,译.李本灿.合规与刑法:全球视野的考察.北京:中国政法大学出版社 2018:67.
- [5]佐伯仁志.制裁论[M].丁胜明,译.北京:北京大学出版社 2018:148.
- [6]黎宏.组织体刑事责任论及其应用[J].法学研究 2020(2):71-88.
- [7]孙国祥.刑事合规的刑法教义学思考[J].东方法学 2020(5):20-31.
- [8]时延安.合规计划实施与单位的刑事归责[J].法学杂志 2019(9).
- [9]石磊.单位犯罪关系论[M].济南:山东大学出版社 2005:24-26.
- [10]何秉松.法人犯罪与刑事责任[M].北京:中国法制出版社 2000.
- [11]张军,姜伟,郎胜,等.刑法纵横谈:总则部分[M].北京:北京大学出版社 2008:311-312.
- [12]薛进展.单位犯罪刑罚的适应与思考[J].法学 2002(9).
- [13]谢治东.单位犯罪中个人刑事责任根据之检讨——走出我国传统单位犯罪理论之迷思[J].刑法论丛 2011(4):47-68.
- [14]黎宏.单位刑事责任论[M].北京:清华大学出版社 2001:284.
- [15]邱兴隆,杨凯.刑法总论研究[M].北京:中国检察出版社 2005:293-294.
- [16]叶良芳.单位犯罪责任构造的反思与检讨[J].现代法学 2008(1):96-109.
- [17]刘艳红.企业合规不起诉改革的刑法教义学根基[J].中国刑事法杂志 2022(1):107-123.

- [18] 罗科斯·庞德. 法律史解释[M]. 沈宗灵译. 北京: 华夏出版社, 1989: 1.
- [19] 曹波, 方雅琦. 犯罪化路径选择与罪刑法定原则的当代坚守——兼评《刑法修正案(十一)》[J]. 贵州大学学报(社会科学版) 2021(3): 67-78+122.
- [20] 法国刑法典刑事诉讼法典[M]. 罗结珍译. 北京: 国际文化出版公司, 1997: 28-31.
- [21] 范红旗. 意大利法人犯罪制度及评析[J]. 刑法论丛 2008(3): 294-306.
- [22] 周振杰. 英国《2010年贿赂罪法》评介[A]//赵秉志. 刑法评论. 北京: 法律出版社 2013: 312.

(责任编辑: 蒲应秋)

## The Foundation of Criminal Responsibility , Morphological Structure and Legislative Amendment of Unit Crime in the Perspective of Enterprise Compliance

XIE Zhidong

( School of Law , Zhejiang Gongshang University , Hangzhou , Zhejiang , China , 310018)

**Abstract:** The foundation of unit criminal responsibility shifts from the theory of agent responsibility to the modern theory of organizational responsibility , which builds a theoretical basis for the generation and development of enterprise criminal compliance. In terms of the morphological structure of unit crime , we should correct the idea of traditional unitary subject of unit crime , clarify that unit crime is the premise for responsible person to undertake crime responsibility , and advocate the notion of duality subject of the concerned unit and responsible person with the cognition mode of separate procedure of conviction , innocent sentence , and prosecution. Therefore , it is suggested that amendment for the legislation of unit crime should be made: in the General Provisions of the Criminal Law , conditions for the establishment of unit crimes should be added , the independent subject qualification of responsible persons should be established , and the principle of holding the responsible person criminally liable as natural persons for crimes committed; besides , all the provisions on specific criminal responsibility of the person responsible in the Specific Provisions of the Criminal Law should be deleted. Meanwhile , the new categories and penalty system for the unit crime shall be added , and the provisions concerning ex ante compliance innocent sentence and ex post compliance lenient punishment for unit shall be added.

**Key words:** enterprise compliance; the unit crime; the foundation of unit criminal responsibility; morphological structure; legislative amendments