

组织体刑事责任论及其应用

黎 宏 *

内容提要：在我国刑法明文规定了单位犯罪及其处罚的情况下，再提倡单位犯罪否定论，意义不大。就单位犯罪研究而言，现在面临的重大问题是，如何在自然人刑法之下，合理认定刑法第30条、第31条所规定的单位犯罪及其处罚。单位是由人和物复杂结合而成的法律实体，具有自己独特的制度特征、文化气质和环境氛围，这些要素能够对单位中的自然人的思想和行为产生影响。在我国刑法的规定之下，单位犯罪的认定和处罚，首先应考虑单位组成人员在业务活动中实施的侵害法益行为或结果，其次必须甄别作为单位“手足”的自然人的行为是否体现单位意思。只有在单位组成人员的行为体现了单位意思时，才能处罚单位自身。在判断单位意思时，必须依据单位的结构、制度、宗旨，单位高级管理人员的决定乃至单位的政策等客观要素进行推定。在单位业务活动中出现违法结果时，应首先考虑成立自然人犯罪，之后再考虑成立单位犯罪。

关键词：单位犯罪 单位意思 组织体刑事责任

一、问题意识

我国的单位犯罪领域在实践、理论、立法与司法等各个方面，皆呈现出巨大反差。一方面，企业走私、偷税漏税、生产销售伪劣产品、行贿受贿、破坏环境等新闻经常见诸报端，情势触目惊心；同时，刑法第30条、第31条明确规定了单位犯罪及其处罚，刑法分则当中也有160多个处罚单位的罪名，占有罪名的三分之一。但另一方面，在司法实践中，最终受罚的单位犯罪案件却极为少见，几乎不到同期刑事裁判的千分之一。^{〔1〕}一方面，单

* 清华大学法学院教授。

本文为清华大学自主科研计划“企业合规与企业犯罪预防”（2019THZWYX02）的阶段性成果。

〔1〕 为了呈现我国刑事裁判中以单位犯罪定罪处罚的比例，笔者以“威科先行”法律信息库中的裁判文书数据库（全国范围）为依据进行统计。具体方法和步骤为：先以“单位犯罪”为关键词进行搜索，发现大部分案件属于辩护人认为是单位犯罪但法院认为是自然人犯罪的情形；在此基础上，笔者再在结果中搜索“被告单位”，此时筛查出的几乎都是以单位犯罪定罪处罚的裁判文书。所得数据为：2019年共有1240637件刑事裁判文书，其中以单位犯罪论处的有1136件，占比为0.092%；2018年的相应数据分别为1505684件、1588件、0.105%；2017年的相应数据分别为1502086件、1347件、0.090%。另据王匡正对四川、山东、山西自1997年到2012年共16年间各自法院系统单位犯罪判决的统计，四川处理的单位犯罪案件数仅占同期所有刑事案件总数的0.05%，山西为0.03%，山东为0.07%。参见王匡正：《单位犯罪的现状与反思》，西南财经大学2013年博士学位论文，第53页以下。

单位犯罪一直是学界的热门话题,仅在1997年现行刑法明文规定单位犯罪及其处罚之后,有关单位犯罪的专著就有近20本,^[2]另有大量论文和研究报告。^[3]但另一方面,上世纪末已经偃旗息鼓的单位犯罪否定论,又改头换面以单位(法人)犯罪拟制论^[4]的形式悄然回归;而单位犯罪肯定论对单位犯罪的一些基本问题,如作为拟制人格的单位如何实施犯罪,单位犯罪到底是单位自身的犯罪还是将单位组成人员的犯罪转嫁给单位自身,至今没有形成定论。^[5]这种情况是我国对单位犯罪的认定和处罚无所适从的如实反映,从中能窥见司法机关在单位犯罪的处理上进退失据的窘境。

出现这种情况,恐怕和我们选择的单位犯罪及其处罚的研究模式有关。从方法论的角度看,单位犯罪研究有两种模式:一是单位犯罪模式,一是单位追责模式。前者以单位犯罪是单位自身犯罪为前提,强调在事前,从刑事立法的角度,规范地探讨单位犯罪的定义、成立要件及处罚范围;后者则从单位犯罪由作为其组成人员的个人实施,单位犯罪表现为其中的个人犯罪的前提出发,强调在事后,从司法追责的角度,探讨单位在什么条件下对其业务活动中出现的违法行为和结果担责。从我国目前的单位犯罪研究以及实务情况看,立法以及学界主流观点倾向于单位犯罪模式,这从刑法第30条的规定模式就可以看出。该条虽强调单位犯罪是公司等实施的危害社会的行为,却刻意回避单位如何实施犯罪这一关键问题。相反,司法实践倾向于单位追责模式,这从相关司法解释的规定可以看出。尽管司法解释对何谓单位犯罪未予明确,但其从正反两方面列举说明何种情形不属于单位犯罪、何种情形属于单位犯罪:个人为进行违法犯罪活动而设立的单位实施犯罪的,或者单位设立之后主要实施犯罪的,不是单位犯罪;盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,不是单位犯罪;^[6]以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,^[7]或者单位员工实施由单位决策的犯罪活动,违法所得归单位所有的,是单位犯罪。^[8]

[2] 例如何秉松主编:《法人犯罪与刑事责任》,中国法制出版社2000年版;陈泽宪主编:《新刑法单位犯罪的认定与处罚——单位犯罪新论》,中国检察出版社1998年版;黎宏:《单位刑事责任论》,清华大学出版社2001年版;田宏杰主编:《单位犯罪适用中疑难问题研究》,吉林人民出版社2001年版;沙君俊:《单位犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2002年版;赵秉志主编:《单位犯罪比较研究》,法律出版社2004年版;田承春:《单位犯罪的构成与诉讼》,中国民主法制出版社2005年版;蒋熙辉:《单位犯罪刑事责任探究与认定》,人民法院出版社2005年版;李文伟:《法人刑事责任比较研究》,中国检察出版社2006年版;陈鹏展:《单位犯罪司法实务问题释疑》,中国法制出版社2007年版;王良顺:《单位犯罪论》,中国人民公安大学出版社2008年版;程丽天:《单位犯罪刑事责任研究》,中国法制出版社2010年版;丁英华、季境:《公司犯罪论》,中国检察出版社2011年版;石磊:《单位犯罪适用》,中国人民公安大学出版社2012年版;周振杰:《比较法视野中的单位犯罪》,中国人民公安大学出版社2012年版;谢治东:《单位犯罪中的个人刑事责任研究》,法律出版社2014年版。

[3] 在中国知网(CNKI)输入主题“单位犯罪”查询,出现8474条结果;输入主题“法人犯罪”查询,出现1431条结果。最后查询时间:2020年1月9日。

[4] 提倡单位(法人)犯罪拟制论的代表性论文有叶良芳:《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;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。

[5] 参见徐岱、郭磊:《单位犯罪刑事责任实现的困境和出路》,《社会科学战线》2010年第11期,第148页;黄晓亮:《论我国“单位犯罪”概念的摒弃——以域外比较为切入点》,《政治与法律》2015年第3期,第32页;邹玉祥:《单位犯罪的困境与出路——单位固有责任论之提倡》,《北京社会科学》2019年第9期,第116页以下。

[6] 1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第2条、第3条。

[7] 2001年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》。

[8] 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》。

依单位犯罪模式来研究单位犯罪，自然要预先定义单位犯罪，然后以此为依据将单位业务活动中的违法行为一网打尽。这一思路固然理想，但实现起来并非易事。且不说将单位业务活动中的违法行为一律作为单位犯罪予以刑罚处罚在世界范围内尚未成为共识，即便在英美等单位处罚历史悠久的国家，有关何谓单位犯罪、如何处罚单位的看法，近期也一再发生变化，导致处罚效果备受质疑，^{〔9〕}更不用说本来就没有处罚单位犯罪传统的我国了。这一点，从现行刑法有关单位犯罪规定的制定过程就能看出。当初，刑法修改草案中是有单位犯罪定义的，但在大会审议时，有代表提出，该定义的规定不够全面，不能包括分则规定的所有单位犯罪，因此该定义被删除而改用了现在的写法。^{〔10〕}尽管如此，原草案中单位犯罪的核心内容，即“经单位集体决定或负责人决定实施的危害社会的行为”是单位犯罪的见解，至今一直受到学界和实务主流见解的青睐。但是，且不说将一个在立法时被摒弃的见解奉为圭臬，本身就值得商榷，更何况，将单位负责人的决定视为单位意思，也已经为一些司法裁判所不采。实务中不少司法裁判认为，即便是单位领导决定的行为，也不一定能够认定为单位犯罪，还要考虑该决定是否经过了“单位决策机构按照公司章程规定的决策程序”。^{〔11〕}更有甚者，有司法裁判认为，即便是经过了单位决策程序的决定，还要看该决定的内容是不是在“单位业务范围之内”。^{〔12〕}这样说来，在单位意思的判断上，司法裁判并不完全只考虑单位领导的个人意志，还考虑到了单位的决策程序、业务范围等单位自身的要素，而现行通说以及相关司法解释却没有注意到司法裁判的这一做法。

本文认为，在刑法第30条、第31条只是宣示性地规定了单位犯罪及其处罚，但何谓单位犯罪又言之不清的情况下，应当将单位追责模式和单位犯罪模式结合起来，借鉴司法解释的相关做法，在单位追责模式下考虑单位犯罪模式。具体而言，在单位业务活动中出现了违法结果的场合，首先从单位从业人员个人犯罪的视角启动调查，在这种调查中，如果能够查明该个人行为背后存在单位的支配或者操纵，再将其作为单位犯罪追究单位自身的责任。因为，虽然从理念上讲，单位犯罪是单位业务活动中的违法行为，但单位业务活动中单位从业人员的违法行为并不都能归咎于单位自身，不排除单位从业人员擅自做主、假公济私的可能。而且，我国刑法总体上以自然人的犯罪行为为适用对象，处罚单位犯罪属

〔9〕 英美法系国家有关单位（法人）犯罪的处理情况，参见前引〔4〕，张克文文。

〔10〕 参见薛驹：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉、〈中华人民共和国国防法（草案）〉和〈中华人民共和国香港特别行政区选举第九届全国人民代表大会代表的办法（草案）〉审议结果的报告》。

〔11〕 如在蔡继俊、肖林、余世琼等非法转让、倒卖土地使用权案中，法院认为：作为村干部的蔡继俊等人非法转让土地使用权的行为，没有上级批准，也没有得到三分之二以上村民授权，其犯罪行为均未体现单位意志；蔡继俊等人实施的预先给蔡美全开票350万元、给蔡美全按每亩提取好处费、私下在茶楼碰面谈判、签合同、只收取现金、所有现金不入公账、随意要求蔡美全、江世军提取现金供蔡继俊使用并送他人等行为，也不符合公权力行使的规则，不能代表单位意志，故蔡继俊提出的成立单位犯罪的上诉理由及辩护意见不能成立（参见四川省成都市中级人民法院（2019）川01刑终383号刑事裁定书）。在苏旭华虚开增值税专用发票、骗取出口退税案的裁判文书中，有类似的表述：上诉人苏旭华等人为自己经营的两家公司虚开增值税专用发票，并未经过单位决策机构研究决定，均由其个人谋划、个人实施，没有体现单位意志，不宜认定为单位犯罪，故上诉人苏旭华及其辩护人提出的上诉理由及辩护意见不能成立（参见湖北省荆门市中级人民法院（2019）鄂08刑终253号刑事裁定书）。

〔12〕 如魏某非法吸收公众存款案一审刑事判决书指出：山东扬速电子商务集团有限公司企业信息、法定代表人信息及企业变更情况材料证实，扬速公司的经营范围不包括吸收公众存款业务，其吸收资金的行为未经有关部门依法批准。参见山东省临沂市兰山区人民法院（2019）鲁1302刑初1651号刑事判决书。

于例外,^[13]因此,将单位业务活动中出现的违法行为首先考虑为个人犯罪,也合乎这种立法精神。特别是,和单位犯罪相比,刑法有关个人犯罪的判断标准和处罚尺度相对明确,司法实践经验的积累也相对丰富,处理起来比较容易。

以下基于上述宗旨,首先对我国有关单位犯罪的主要见解进行分析、评价,据此探讨单位犯罪的本质和特征;然后以组织体刑事责任论为重点,说明单位犯罪的成立条件和认定方式;最后,按照实务中采用的单位追责模式的思路,对刑法第30条、第31条的适用进行分类探讨。

二、单位犯罪论的立场分歧及其评析

现行刑法在1997年明确规定单位犯罪及其处罚之后,有关单位犯罪的主流见解从否定论转变为肯定论,^[14]单位犯罪的研究也从单位有无犯罪能力之争转变为对刑法第30条、第31条的解释适用之争。即便如此,无论从哪一个角度对单位犯罪条文进行司法适用上的解释,最终还是无法回避单位犯罪模式中的基本论题,即作为拟制人格的单位是如何获得刑法上的犯罪主体能力的。特别是在以单位犯罪否定论为基础的单位(法人)犯罪拟制论出现之后,这个问题似乎又重新进入人们的视野,因此有必要重新讨论。以下对我国单位犯罪基础理论的代表性见解进行述评。

(一) 单位决策机构或者单位集体决定论

本见解从自然人犯罪的立场出发,将单位的决策机构类比为自然人的大脑和神经中枢,认为单位犯罪就是单位决策机构故意或者过失造成危害社会的结果的行为。^[15]这种观点在我国学界和实务界具有重大影响。如《刑事审判参考》刊登的指导案例第305号的法官解说部分就明确指出,单位犯罪是在单位意志支配下实施的,单位意志由单位决策机构或者有权决策人员通过一定程序加以体现。^[16]换言之,通过一定程序的单位决策人员或者单位负责人的意志,就是单位意志;在这种人的意志支配下实施的行为,就是单位行为。^[17]

将单位中特定人的思想和行为视为单位自身的思想和行为,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,其在一定程度上符合单位业务活动的现实,也缓解了单位犯罪所面临的来自自然人刑法的责任原则方面的诘难。但遗憾的是,这种做法存在

[13] 本文之所以认为单位犯罪只能是处罚上的例外,还有一个理由,即单位处罚隐含有“殃及无辜”的天然缺陷。包括我国在内的各国刑法对单位几乎都采用罚金即剥夺单位财产的刑罚方式。这种财产刑所针对的往往是单位现在即裁判时的财产,其直接后果是使得企业现在的股东所持有的股票价值缩水。但单位犯罪往往发生在裁判之前,当时犯罪的人往往已经通过单位违法行为获得了利益,当时的股东也已经获得了收益。这样一来,就会出现受罚的没有犯罪而犯罪的没有受罚的情况。特别是,在现代公司制度之下,公司的控制权实际掌握在专业经理人手上,他们往往是公司犯罪的直接行为人,而一旦公司被确定犯罪,直接受损的却是未参与公司运营管理的股东特别是小股东,这使得单位犯罪及其处罚必然有违反责任原则的嫌疑。对于一项有违反责任原则嫌疑的处罚制度,当然应谨慎适用。

[14] 当然,否定论依然有力。参见杨兴培:《(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19页以下;前引〔1〕,王匡正文,第58页以下。

[15] 参见陈广君:《论单位犯罪的几个问题》,《中国法学》1986年第6期,第4页。

[16] 参见《马汝方等贷款诈骗、违法发放贷款、挪用资金案——单位与自然人共同实施贷款诈骗行为的罪名适用》,载人民法院出版社编:《最高人民法院司法观点集成·刑事卷》,人民法院出版社2017年版,第119页。

[17] 参见黄明儒主编:《刑法总则典型疑难问题适用与指导》,中国法制出版社2011年版,第198页。

以下问题：一是解决不了单位高层人员将单位作为工具实现个人犯罪的问题。虽说单位决策机构是单位的中枢，其组成人员是单位意志的重要来源，但其毕竟也是具有独立人格的主体，并非其所有的意思都能归于单位，更不能排除其中有些人将单位作为犯罪工具来利用。^{〔18〕}二是无法适用于现实中的很多单位，特别是一些建立有现代管理制度的大中型单位。现实中，许多业务活动都由单位下层人员按照业务惯例实施，并不一定要通过决策程序即“单位集体决定或者单位负责人决定”。同时，大中型单位多实行部门负责制，侦查机关事后很难证明单位高层领导参与了单位下层人员某一具体违法犯罪行为的谋划。按照上述见解，结果只会是，越是层级简单的小型单位越容易构成单位犯罪，而层级多、决策程序复杂的大中型单位则几乎没有构成单位犯罪的可能。这显然不符合刑法规定单位犯罪的初衷。^{〔19〕}三是有违背罪责自负原则之嫌。既然单位意思来自单位的决策机构成员或者单位领导人，那么单位犯罪的场合，只处罚犯罪的决策者即单位领导人即可，又为何在处罚单位领导之外，还要处罚单位？这岂不是有双重处罚之嫌？四是单位的犯罪能力和犯罪意思来自单位决策机构成员的见解，实际上是在为主张单位犯罪实际上是单位中的自然人犯罪的单位犯罪否定论提供佐证。因此，上述见解尽管盛行，但并不值得倡导。

（二）单位组织决定论

本见解正视单位作为组织体与作为其组成人员的自然人之间的差别，从单位作为一个整体——依照一定理念和制度建立起来的组织体——所具有的特征来探讨单位犯罪。其中，代表性见解有如下几种。

1. 人格化社会系统责任论

这种见解认为，单位是人格化的社会系统整体，单位整体性的特性决定了任何单位成员的犯罪只能是单位整体的犯罪，而不是单位成员个人自身的犯罪；单位主管人员在单位（犯罪）意志支配下，以单位名义，为了单位利益，故意或者过失实施的依法应受惩罚的危害社会行为，是单位犯罪；单位与其成员之间是整体与部分的关系，而非共同犯罪关系。^{〔20〕}针对为何在处罚单位之外还要处罚其中的自然人的问题，本见解认为，由单位系统整体结构的特殊性和复杂性所决定，单位犯罪是一个犯罪（单位整体犯罪），但有两个犯罪主体（单位和其中的自然人）和两个刑罚主体（两罚制）。单位成员是否犯罪，不是追究单位犯罪的必要条件，相反地，单位构成犯罪才是追究其内部成员（自然人）刑事责任的依据和前提。^{〔21〕}

“人格化社会系统责任论”堪称我国学界单位自身犯罪论的开先河之论，对之后单位犯罪论的发展具有重要影响。但毋庸讳言，该学说的局限性也非常明显。甚至可以说，我国迄今为止的单位犯罪论之所以问题重重，与本学说的倡导有一定关系。

本学说开宗明义，说单位是一个“人格化的社会系统整体”，有自己的整体意志和行

〔18〕 参见万志尧：《单位犯罪宜更审慎认定——从“单位意志”与“责任人”入手》，《法律适用》2019年第4期，第56页以下。

〔19〕 参见李冠煜：《单位犯罪处罚原理新论——以主观推定与客观归责之关联性构建为中心》，《政治与法律》2015年第5期，第34页。

〔20〕 参见何秉松：《单位（法人）犯罪的概念及其理论根据——兼评刑事连带责任论》，《法学研究》1998年第2期，第97页。

〔21〕 参见前引〔2〕，何秉松主编书，第485页。

为,不能把单位整体的意志和行为归结为任何个人,也不能把单位犯罪归结为个人犯罪,由此推导出单位犯罪是“一个犯罪、两个犯罪主体”的结论。但本见解在未对“单位为何是独立于其组成人员的实体”作出有说服力的说明之前,就得出“单位犯罪是一个犯罪、两个主体”的结论,逻辑跨越太大,令人难以信服。如果说单位犯罪是单位自身的整体犯罪,则其主体只能是单位自身,单位中的自然人只是单位的“手足”,绝不可能出现两个主体。这一点也是其同时代学者所诟病的,认为其违背人格化社会系统责任论的本意。^[22]同时,“单位构成犯罪才是追究单位成员刑事责任的前提和依据”的说法,也与该说提倡的“单位成员‘在单位意志支配下,为了单位利益、以单位名义,故意或者过失实施的危害行为’是单位犯罪”的说法,^[23]有循环论证之嫌。

本说之所以存在前述问题,根本原因在于,该见解在展开过程中并未将“单位犯罪的独自性来源于单位本身的系统性和复杂性”这一核心宗旨贯彻到底。如本见解在论述单位中的自然人对单位犯罪承担刑事责任的根据时指出,这是因为他们“在单位整体犯罪中的主观罪过和客观行为以及由此决定的他们在单位犯罪中所起的作用和应负的责任”。^[24]这岂不是说,单位犯罪的主观罪过和客观行为还是来自单位中的自然人吗?作为人格化社会系统整体的单位所独有的系统性和复杂性从何体现?特别是,本说所谓的组织体模式,也仅立足于“单位是超越单个自然人的集合的存在”的认识基础之上,但对如何超越却未作进一步论证。若说单位是个人的简单集合,则难以避免这样的结局:单位内部的个人行为越清楚,单位处罚的范围就越窄;侦查机关对单位犯罪的调查越成功,处罚单位整体就越不可能。因为出现单位成员业务活动中的违法行为时,总能找到为这种行为背书的自然人,从而将该行为认定为个人犯罪。这种结局显然与本见解的初衷——应对大规模单位活动所导致的犯罪——大相径庭。由此看来,本见解虽然给单位犯罪贴上了“社会系统整体犯罪”的标签,骨子里却没有摆脱单位犯罪是其组成人员的自然人犯罪的本质。

2. 单位犯罪嵌套责任论

与人格化社会系统责任论类似的见解是近年来有学者提倡的“单位犯罪嵌套责任论”。这种见解认为,单位不是自然人的集合体,而是可替代的自然人所拥有的职位和财物的集合体。单位中的自然人以其在单位中所拥有的职位或者职务——而非其自身的独立人格——为单位要素,因此,单位成员与单位之间不是部分与整体的关系,而是“嵌”与“套”的关系。即自然人以其自身资源为出资进入单位内的某个职位,借助单位维持生计,而单位借助个人提供的资源得以运转。在单位内,个人履行单位职务行为的意志和能力由其在单位的职务所决定,此即“单位成员的从属性”。但是,单位成员与单位之间的嵌套关系并不会影响单位成员在法律上独立的主体地位,此即“单位成员的独立性”。^[25]

与人格化社会系统责任论不同,单位犯罪嵌套责任论借助美国社会学者科尔曼的法人

[22] 这是因为,按照上述理解,单位犯罪的主体只能是某个单位组织,其成员的行为只是单位犯罪的有机组成部分,没有它们的存在,也就没有单位犯罪可言。因此,不能将单位和单位成员并列为单位犯罪的主体。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64页。

[23] 前引[20],何秉松文,第96页。

[24] 同上文,第97页。

[25] 参见陈忠林、席若:《单位犯罪的“嵌套责任论”》,《现代法学》2017年第2期,第114页。

超越说,^[26]将单位理解为“可替代的自然人所拥有的职位和财物的集合体”,离开作为其组成人员的自然人,单位就是一个空壳;而单位一旦与自然人形成嵌套关系,就具有了生命,还能反过来决定和影响其中的自然人的意志和行为。这样就比较合理地解决了人格化社会系统责任论没有说清的系统性和复杂性问题。而且,与人格化社会系统责任论不同,本见解明确肯定,在单位犯罪的场合,单位与其组成人员之间是共犯关系。即单位犯罪不是单纯以单位为主体的单一犯罪,而是单位与单位中的自然人为主体共同构成的嵌套式共同犯罪。^[27]但遗憾的是,这种结论从何而来,上述见解只是点到为止,没有进一步展开。更为重要的是,单位犯罪嵌套责任论对单位犯罪该如何构成、单位成员的行为如何转化为单位自身犯罪等核心内容,只有原理上的提示,而没有可操作的具体说明。不仅如此,从“单位和单位成员的独立行为责任又是对单位犯罪刑事责任分担的结果”的结论中,^[28]能隐约看到人格化社会系统责任论所主张的“单位犯罪中同时存在两个犯罪主体和两个刑罚主体”的痕迹。从此意义上讲,单位犯罪嵌套责任论和人格化社会系统责任论有异曲同工之处。

3. 组织体刑事责任论

在人格化社会系统责任论之后登场的单位固有犯罪论的见解是“组织体刑事责任论”。这种见解认为,现代社会中的单位已不是传统意义上人或物的集合,而是有其内在运营机制,并通过业务范围、政策规定、防范措施、利润目标以及组织结构等要素,让作为其组成人员的自然人丧失个性而仅仅成为单位运转过程中一个微不足道的组成部分的组织体。在组织体中,单位成员和单位之间呈现出一种互动关系:一方面,单位成员可以将单位作为工具,操纵、支配或者影响其业务活动,以实现自己的个人目的(包括犯罪目的);另一方面,身处单位之内的成员在行动和思考时,不得不受单位整体的目标、政策等的支配。因此,单位犯罪就是单位组织体的制度、宗旨以及组成机构成员综合导致的犯罪。^[29]

组织体刑事责任论的主要宗旨是,从单位自身的固有要素即组织体的制度政策、精神文化等要素中寻找单位犯罪的处罚根据,以摆脱传统学说只能借助单位中的自然人的思想和行为来说明单位犯罪的片面性。在该种见解之下,单位是有别于其组成人员个人的独立存在,单位的构成人员会发生进入退出、职位升降等变化,但组织体会一直存在。新加入单位的人,被单位的氛围所同化,会按照单位先入职成员的行为方式行事,或者事实上被强制如此行动。在这里,单位的制度、氛围或者说气质,若容许或默认犯罪的发生,或者在防止犯罪方面措施不力,便可将其作为引致该单位成员犯罪的条件或者原因,此种场合下的单位成员个人犯罪可以被视为单位自身的犯罪。此时,单位组成人员中的任何一个人犯罪,实际上都能看作单位组织体制度、文化氛围的必然结果,故在处罚单位之际,没有必要将其中的个人加以特定。这样,单位犯罪就真正成为有别于单位中的自然人犯罪的名副其实的单位犯罪,单位组成人员的个人犯罪只是单位犯罪的外在体现而已。相较于过往

[26] 科尔曼的法人超越说认为,法人之所以成为一个独立的行动系统,不是源自传统理论所说的法律授权,而是因为法人有一种独立于其成员的目标。参见[美]科尔曼:《社会理论的基础》,邓方译,社会科学文献出版社1990年版,第492页。

[27] 参见前引[25],陈忠林等文,第110页。

[28] 同上文,第120页。

[29] 参见前引[2],黎宏书,第214页。

的单位犯罪学说,这种见解不仅因其在内容和研究方法上独具一格而引人注目,^[30]而且对我国单位犯罪的司法实践也产生了实际影响。^[31]

组织体刑事责任论的问题是,以单位的行为规范、制度设计、文化精神等要素为素材判断单位自身犯罪的想法,在我国尚处在观念提出阶段,需要进一步深化。一是理论上还有不明之处。一方面,单位业务活动中的某种犯罪结果,是否就是该单位制度、文化等的产物,只能在依据单位组成人员行为时的事实进行个别、具体的调查之后,才能搞清楚。但如何开展这种调查,上述见解没有给出可行的操作标准。另一方面,即便说单位中存在默许、促使甚至鼓励单位组成人员实施违法犯罪的文化氛围,但其一旦作为单位制度而存在,就可以说其为单位的“另一个我”即单位决策机构成员的个人乃至集体所认可,此时的单位意思和单位中的个人意志如何区分,也不十分清楚。二是上述观点如何与我国刑法规定相吻合,需要进一步明确。比如,既然说单位犯罪是单位自身的犯罪,那么为何在处罚上,除了处罚单位,还要处罚其中的个人?特别是在明确单位是导致其中的自然人犯罪的支配因素时,如何与既处罚单位又处罚单位成员的双罚制相衔接,成为问题。因此,批判意见认为,总体上看,单位固有责任论和现实刑事立法之间还不够完全契合,带有务虚和前瞻的性质,不宜直接用来解释法律和指导司法实践。^[32]

(三) 单位(法人)犯罪拟制论

或许是不满于单位犯罪处罚不温不火的现状,单位犯罪否定论又以“单位(法人)犯罪拟制论”的面目卷土重来。该见解主张,单位犯罪实际上是其组成人员即自然人的犯罪,处罚单位是单位为其组成人员承担转嫁责任。

单位(法人)犯罪拟制论认为,法人刑事责任问题不是一个理论问题,而是政策问题。法人是自然人谋利的手段和工具,不具有独立的自我目的;法人行为实际上是法人内部的自然人个人行为,是符合法人内部秩序的自然人行为对法人的归属;法人犯罪实质上是自然人个人犯罪,法人刑事责任实质上是对自然人个人刑事责任的拟制和分担,唯有坚持个

[30] 理论上,不少人基于这种观点而提倡单位固有责任论(参见前引〔5〕,邹玉祥文,第121页)。还有学者提议根据组织体刑事责任论修改我国刑法中单位犯罪的相关规定(参见周振杰、胡圣鑫:《晚近二十年单位犯罪立法修改的回顾与前瞻》,载卢建平主编:《京师法学》第12卷,中国法制出版社2019年版,第234页)。

[31] 在雀巢(中国)有限公司西北区婴儿营养部经理郑某、杨某等被诉侵犯公民个人信息罪一案中,被告人辩称自己的行为属于公司行为,应当属于单位犯罪。但法院根据经过当庭质证的雀巢公司DR的概念、目标任务、与DR有关的信息获取方式等,认为DR的任务目标不是收集消费者的个人信息。特别是,雀巢公司在《雀巢指示》《关于与保健系统关系的图文指引》等文件中明确规定,“对医务专业人员不得进行金钱、物质引诱”。对于这些规定、要求,雀巢公司要求所有营养专员都要接受培训,并签署承诺函。并且,本案被告人郑某、杨某、李某某、杜某某、杨某某、孙某均参加了雀巢公司不允许营养专员向医务人员支付费用以获取公民个人信息的培训和测试。另外,雀巢公司的政策与指示、相关文件均证实雀巢公司遵守世界卫生组织《国家母乳代用品销售守则》及卫生部门的规定,禁止员工向母亲发放婴儿配方奶粉免费样品,禁止向医务人员提供金钱或物质奖励以引诱其推销婴儿配方奶粉等。基于上述理由,2016年10月31日,一审法院判决雀巢公司郑某、杨某、孙某等九人的行为均已构成侵犯公民个人信息罪(甘肃省兰州市城关区人民法院(2016)甘102刑初605号刑事判决书)。一审法院宣判后,各被告人均提起上诉。2017年5月31日,甘肃省兰州市中级人民法院经过不开庭审理后认为:“单位犯罪是为本单位谋取非法利益之目的,在客观上实施了由本单位集体决定或者由负责人决定的行为。雀巢公司手册、员工行为规范等证据证实,雀巢公司禁止员工从事侵犯公民个人信息的违法犯罪行为,各上诉人违反公司管理规定,为提升个人业绩而实施的犯罪为个人行为。”据此,法院裁定驳回上诉,维持原判(甘肃省兰州市中级人民法院(2017)甘01刑终89号刑事裁定书)。

[32] 参见杨国章:《我国单位犯罪研究30年的回顾与反思》,《中南大学学报(社会科学版)》2009年第2期,第214页。

人责任原则才能避免罚及无辜，有效实现对法人违法犯罪行为的惩治。^[33] 依照这种见解，法人犯罪形式上是以法人为主体的犯罪，但实质上是法人内部的个人犯罪，而且主要是个人之间的共同犯罪。

从即便是单位犯罪也适用以自然人为适用对象的刑法的角度看，说单位犯罪本质上是拟制犯罪，也似无可厚非。毕竟，刑事责任是以实施了犯罪行为为由对自然人的法律谴责，是为了防止自然人再犯同种犯罪而认可的概念。在自然人的处罚上，必须遵循责任原则。据此，任何人只能对自己行为所引起的危害后果承担刑事责任，这便是行为责任原则的要求；即便是在例外地要求对他人的行为承担连带责任的场合，也要求自己与他人的行为存在某种关系（如引起或者促进他人的行为）。就单位犯罪而言，由于单位自身是一种拟制，不通过作为其组成人员的自然人，就不可能实施侵害法益的行为，所以，单位犯罪的核心问题是，作为单位组成人员的自然人造成了侵害或者威胁法益的结果时，是否可以将该结果归属于单位自身。从此意义上讲，说单位犯罪本质上是拟制犯罪，实际上是单位中的自然人犯罪，也有一定道理。另外，这种理解也有一定的实践意义。实务当中，任何司法裁判都是在侵害结果发生之后进行的，其中必然伴随有将所发生的结果归属于谁的问题。由于单位业务活动中发生的侵害后果是由单位中具有双重身份的自然人引起的，所以，将单位业务活动中发生的违法结果归咎于该自然人或者有关的上级主管，作为自然人犯罪来认定和处罚，在操作上并没有太大困难。

但是，在现行刑法规定之下，主张单位犯罪本质上是拟制犯罪，不合时宜。首先，刑法第30条明确规定，单位犯罪是“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为”，上述主张有违反罪刑法定原则之嫌。不仅如此，由于刑法对单位犯罪采取双罚制，即一旦确定为单位犯罪，单位就必须为单位成员的行为担责。由于拟制责任的本质是依循“仆人犯错，主人担责”的转嫁责任或者代位责任原理，将其应用于单位犯罪，必然会导致单位组成人员的任何违法犯罪行为都会无条件地转嫁给单位，这样会无限扩大单位承担刑事责任的范围。其次，难以避免单位中的自然人利用拟制责任原理故意加害单位的现象出现。如单位中的自然人完全可能有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。实务当中，一些行贿人千方百计将个人行贿行为辩称为单位行为，就是其体现。最后，否定单位自身责任，无视单位处罚的独到机能，会造成单位业务活动处罚上的漏洞。现代社会中的单位业务活动多采用类似生产线流水作业的方式，每个单位成员只承担业务链条上的部分工作，而不用从头到尾承担全部业务。这样一来，难免出现如下状况，即单位业务活动中发生了刑法规定为犯罪的严重后果，若从个人犯罪的角度追究单位责任，可能会出现因个人参与程度较低而没有达到违法程度，或者因其没有预见或者预见程度较低而无法追究刑事责任的情况，这会导致对单位业务活动所引起的危害结果“集体不负责”。

[33] 参见前引[4]，张克文文，第50页，第52页。持类似见解的学者认为，单位责任归根结底源自单位成员的行为，是立法者将单位成员的行为上升为单位行为的结果。从这个角度讲，单位责任本质上是一种替代责任，即单位成员在对其个人行为承担完全责任的情况下，单位仍然要对单位成员的行为另行承担刑事责任。这是因为，此时单位成员的行为具有双面性，一方面是个人的行为，另一方面又是单位的行为。依照这种观点，即便是作为单位“手足”的最底层雇员的行为和过错，也可以归于单位，也是认定单位犯罪的依据。参见前引[4]，叶良芳文，第92页以下。

对于上述处罚漏洞,单位(法人)犯罪拟制论或许会说,可以共同犯罪追究相关单位成员的刑事责任。但是,对单位中的众多个人广泛追责,会导致刑事责任过度扩张,而单位犯罪概念正好可以化解这种不合理。按照单位刑事责任论,在上述场合,单位是将众多自然人活动集合在一起的连结点,并通过其“组织体的影响力”,将即便是最底层从业人员的分散行为也聚集起来向一个方向发力。因此,即便不能处罚单位中的个人,也可以对处于单位行为核心地位的单位自身进行处罚,从而间接实现对未被处罚的单位内部的自然人进行制裁和抑制的效果。^[34]如此说来,单位犯罪和单位处罚,并非如单位(法人)犯罪拟制论所言,“理论根基上存在根本性缺陷”,“从一开始就注定了失败的命运”。^[35]

(四) 小结

前述三类单位犯罪论,体现了三种研究路径:(1)依据“仆人行为,主人担责”的转嫁责任原理,将单位成员业务活动中的违法犯罪行为直接认定为单位犯罪。单位(法人)犯罪拟制论是其代表。(2)着眼于单位自身的因素,将单位成员受此影响而在业务活动中实施的违法犯罪行为认定为单位犯罪。组织体刑事责任论是其代表。(3)将单位决策机构或者单位全体成员的决定作为单位意思的来源,将此种意思决定之下的单位组成人员的违法犯罪行为视为单位犯罪。单位决策机构或者单位集体决定论是其代表。

上述三类见解分别立足于两种理论基础:单位犯罪否定论和单位犯罪肯定论。单位(法人)犯罪拟制论属于单位犯罪否定论,这毋庸赘述。其实,即便是肯定单位犯罪的单位决策机构或者单位集体决定论,其本质上与单位犯罪否定论也相差无几。因为,这种观点的潜台词是,单位的意思和行为来自于单位中的特定自然人,按照这种思路,自然会得出单位犯罪实际上是单位组成人员犯罪的结论。这也是我国实务当中,单位犯罪和单位成员个人犯罪常常分不清楚的根本原因。由此看来,单位犯罪论的关键是,是否存在由于单位自身的原因而引起的单位违法犯罪行为。换言之,单位自身的制度、结构、独特的文化氛围和精神气质,是否会对作为其组成人员的自然人的意思和行为产生影响?若答案是肯定的,则单位犯罪是公司、企业等自身实施的危害社会的行为,否则,刑法第30条有关“单位犯罪是单位自身犯罪”的规定就是自欺欺人。

三、单位刑事责任论的发展与整合

如前所述,处罚单位的前提是单位自身实施了犯罪。但传统观点认为,单位是一种拟制人格,其如何能够实施刑法上所要求的自由意志支配下的犯罪行为?这一问题直接关系到“单位犯罪是否单位自身犯罪”的本质,是所有单位犯罪理论不能回避的必答题。尽管组织体刑事责任论的回答是,单位自身的体制中内含有默许或者促使其成员犯罪的特质,故单位必须对其成员业务活动中的违法行为担责。但如前所述,批评意见认为,这种见解尚停留在理念层面,如何将其转化为实务中可操作的指导原则,尚需进一步检讨。以下针对这一批判意见进行探讨。

[34] 参见[日]川崎友巳:《企業に対する刑事規制のあり方》,载[日]甲斐克则编:《企業活動と刑事規制》,日本評論社2008年版,第221页。

[35] 前引[4],张克文文,第56页。

（一）组织体刑事责任论的发展

组织体刑事责任论的出发点是，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。^[36]就我国目前主要依托作为单位组成人员的自然人的意志和行为来认定单位犯罪的现状而言，本见解至少具有以下几方面的现实意义：

一是能够说明单位的独立实体特征。人们很早就发现，现代社会中的企业等单位是独立于其组成人员的人格化实体，这种实体具有自己的类似于自然人的思想、人格之类的特征；身处其中的自然人，在企业文化、场景或者氛围的感染下，其有意识的人格会被群体所淹没，其无意识的人格将占据主导地位。换言之，群体中的个体已并非自己，而成为不受自己意志支配的“提线木偶”。^[37]现在，人们越来越意识到，单位活动的影响力因单位的组织构造、规模、永续性等因素而远超作为其构成人员的自然人的总和。换言之，单位不只是自然人的集合体，而是兼具“复杂性（complexity）”特征的实体。无视单位的这一重要特征，将单位责任还原为单位中各个自然人的责任的做法，不仅是对单位犯罪本质的严重误判，也是导致人格化社会系统责任论等见解经不起推敲的重要原因。

二是具有超越自然人处罚的独到价值。众所周知，现代社会中的单位，特别是企业中建立的岗位制度和科层制度，使得其中的个人表现出一种“社会性服从”，单位中的自然人因为“容易被其他类似资格的人取代”而丧失了个人人格；加之单位中决策链条的冗长和决策程序的复杂，使得单位违法活动很难被追溯或者具体化到某一个单位成员。^[38]在这种情况下，当单位业务活动引起了违法结果时，若仅着眼于单位中个别成员的行为，则常常会因其参与程度或认识程度微弱、无法达到刑法所要求的违法程度或者责任程度而陷入无法追责的境地。此时，若将每个单位成员程度微弱的违法或者责任集合起来，只要能够得出单位整体具有重大违法或者严重责任的结论，就可以据此认定单位自身的犯罪并对其予以处罚。^[39]如此处理，总要强过对自然人造成的法益侵害要予以处罚却对作为自然人复杂集合的单位造成同样甚至更严重法益侵害无力追责。

三是有助于妥当理解单位与作为其成员的自然人之间的关系。在单位犯罪的场合，单位与作为其成员的自然人之间处于何种关系，直接涉及单位犯罪中单位负刑事责任的根据问题。对此，我国刑法学说众说纷纭，莫衷一是，有单位成员非单位犯罪主体论、两个犯罪主体论、双层机制论、连带责任论、单位责任与个人责任一体化论、双重主体论等观点。^[40]上述争议的焦点是，并非具体行为人的单位，为何要对作为具体行为人的单位成员的侵害行为承担刑事责任？如果说单位不是一个真正的人而是拟制人格，必然会得出如下结论：单位之所以担责，是因为单位所承担的是代位责任或转嫁责任。但如前所述，这种说法有

[36] 参见前引〔2〕，黎宏书，第214页。

[37] 参见〔法〕古斯塔夫·勒庞：《乌合之众——大众心理研究》，法律出版社2011年版，第14页。

[38] 参见李鄂贤：《法人刑事责任的本质转变与法人犯罪立法的未来变革》，《法学杂志》2019年第5期，第58页。

[39] 这种见解在英美法中被称为“集合责任原则”，即“如果多个公司成员分散的意识与行为可以集合于公司一身，则集合后的意识可以视为由公司掌控，行为由公司行使，据此可以追究公司的刑事责任”。参见〔英〕戴维·米勒、韦农·波格丹诺主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，邓正来译，中国政法大学出版社2002年版，第283页。

[40] 参见前引〔2〕，黎宏书，第275页以下；前引〔25〕，陈忠林等文，第111页。

违反罪刑法定原则之嫌。若按照组织体刑事责任论,这个问题便可迎刃而解。单位之所以要对作为其组成人员的自然人的违法行为担责,是因为单位成员在单位业务活动中的违法行为,与单位自身的制度、措施、精神文化等具有千丝万缕的关系,单位鼓励、促进、默许或者疏忽了其成员的犯罪,即单位作为一个实体参与了其组成人员的犯罪,故单位要对其组成人员的违法行为承担行为责任或者监督责任。如此说来,在单位犯罪的场合,单位和其组成人员之间可以成立共犯关系。^[41]

(二) 组织体刑事责任论与自然人刑法理论的整合

问题是,虽说单位是独立于其组成人员的实体,单位犯罪是单位组织体自身的犯罪,但我国并未因此另外单独制定一部“单位刑法”或者“组织体犯罪法”,而是将其规定在传统上以自然人为适用对象的现行刑法中,而且,现行刑法对单位犯罪及其处罚只作了宣言式的规定,并未就其成立条件等作详细规定。这就意味着,在立法者眼中,单位犯罪只是现行刑法所规定的犯罪中的一种,在单位犯罪的认定和处罚上,必须依照现行刑法的相关规定,参照自然人犯罪的成立要件来进行。这一点,从我国主流学说将单位犯罪多放在“犯罪主体”部分加以论述就可以看出。这表明,在多数学者看来,单位犯罪和自然人犯罪仅是主体上不同,其他方面没有多大差别。^[42]

就自然人犯罪的成立要件而言,尽管我国现在有三阶层说与四要件说之争,但不管哪一种学说,都承认任何自然人犯罪都不可缺少两个方面的要件,即客观要件和主观要件;前者说明犯罪的违法性即社会危害性,后者说明犯罪的有责性即可谴责性。因此,本文也试从这两个方面探讨单位组织体刑事责任论下单位犯罪的成立要件。

1. 客观方面:单位组成人员在单位业务活动中实施了违法犯罪行为

单位固然具有实体性特征,是刑法上与自然人并列的犯罪主体,但单位还是有别于自然人,其没有像自然人一样的手足、血肉和思想,其活动只能通过作为其组成人员的自然人的行为来体现。换言之,单位组成人员就是单位的“手足”。这样,在说到单位犯罪的客观要件时,首先可以肯定的是,单位行为只能通过作为其组成人员的自然人的行为来体现。^[43]只是,在将作为单位“手足”的自然人的违法犯罪行为认定为单位犯罪时,必须注意以下几点:

一是作为单位组成人员的自然人不限于单位的代表人或者决策机构的组成人员,即便

[41] 参见前引〔4〕,叶良芳文,第101页以下。我国的司法实践也是这么理解的。如2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第283条规定,对应当认定为单位犯罪的案件,检察院只作为自然人犯罪起诉的,法院应当建议检察院对犯罪单位补充起诉;第286条规定,审判期间,被告单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的,对单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当继续审理。可见,在司法实践中,单位是作为与其组成人员相并列的犯罪主体被看待的,否则,就不会出现追加单位与其组成人员共同起诉的情况,也不会出现在被告单位“死亡”之后继续追究其组成人员的刑事责任的情况。

[42] 我国通说认为,单位犯罪是相对自然人犯罪而言的一个范畴,二者之间的差别仅在于主体有别(参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第102页)。相似的理解参见张明楷:《刑法学》上,法律出版社2016年版,第134页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第161页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第98页。

[43] 这一点已经为学界所公认,只是,有学者将法人犯罪的具体行为表现,根据法人各级雇员或职员地位的不同分为三类:低级雇员或雇工在雇佣范围之内为法人利益实施不法行为或造成危害结果;在授权范围内享有决策权的部门经理等中层职员的职务行为;董事会成员等作为法人机关的高级职员的职务行为(参见前引〔4〕,张克文文,第46页)。从单位组织体责任的角度看,上述分类确实没有必要。不管是最高层的管理人员还是最底层的从业人员,只要是单位组成人员,其在单位业务活动中实施的危害行为,都可以看作单位自身的行为,绝对不会因为身份、地位不同而在行为性质上有别。

是单位最底层的从业人员的侵害法益行为，只要发生在单位业务活动中，均可被规范地评价为单位自身的行为。换言之，所有单位组成人员的行为，只要发生在单位业务活动范围之内或者单位业务活动过程中，均可视为单位的实行行为。这是因为，虽然说单位的代表人、决策机构的组成人员与下级从业人员在单位意思的形成方面会存在分工上的不同，并非所有组成人员的意思都能看作单位的意思，但就作为单位意思的外在表现即违法行为而言，评价则是一样的。所有单位成员——不管是单位最高层级的决策机构成员，还是最低层级的一般从业人员——在单位业务活动中实施的与业务活动有关的行为，都可以评价为单位行为。

二是只要有一个人的行为满足了具体犯罪的法益侵害要素，即可说符合了单位犯罪的客观要件。这是因为，在单位的业务活动中，自然人实施违法行为时，与共同犯罪的场合相似，每个单位组成人员之间存在相互利用、相互补充，共同指向单位特定活动目标，完成单位任务的关系。此时，每个成员的行为既是其他成员行为的一部分，又都将其他成员的行为作为自己行为的组成部分，呈现出“你中有我、我中有你，相互交融”的状态。或许存在每个单位成员分工不同、作用大小不同，以致行为效果不一样的情况，但无论如何，只要单位中某个人的行为满足了刑法分则具体犯罪的客观构成要件，就可以说单位整体上满足了单位犯罪的客观要件，而每一个参与单位业务活动的成员的行为都与这种单位活动结果有关。

三是任何个人的行为均未达到刑法分则具体犯罪的法益侵害程度要求，但将全体人员的行为集合起来作整体评价时却能达到法益侵害程度要求的，也可以说满足了具体单位犯罪的客观要件。这是因为，单位犯罪是单位自身的犯罪，包括但不要求单位中的个人行为一定达到具体犯罪的法益侵害程度要求。如在以非法排放、倾倒、处置危险废物的方式污染环境场合，就单个单位成员看，没有一个人排放、倾倒或者处置危险废物达到3吨以上的数量要求，但是，将全体单位成员的行为集合起来看，结果累积达到3吨以上的场合，就可以说满足了“严重污染环境”的结果要件，据此便可追究单位自身污染环境罪的刑事责任。^[44]

2. 责任方面：单位必须具有主观罪过，即具体犯罪所要求的故意、过失乃至特定目的

单位不具有像自然人一样的思想，因此在单位犯罪的认定上，如何判断单位自身的主观意思，至关重要。对此，理论上不同见解。有的认为，应当将单位最高决策机关的单位领导或者其授权的人的主观意思作为单位自身的意志；有的认为，单位所有组成人员，即便是最底层从业人员的认识和过错也应当归属于单位。^[45]如前所述，在我国实务中，也是持与上述类似的观点，将单位集体领导或者负责人代表本单位策划、决定作为单位犯罪的特征之一。但这些观点，或者因为在决策人员范围的认定上有不同理解而难以操作，或者因为会导致单位对其为数众多的组成人员的过错皆负责从而承担绝对责任，没有被普遍认可。更主要的是，上述见解骨子里是单位替代责任论，忽视了单位作为组织体所固有的特征对单位罪过形成的影响，因而难免持论偏颇。

[44] 根据刑法第338条、第346条的规定，污染环境罪的主体可以是单位。按照2016年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条的规定，非法排放、倾倒、处置危险废物3吨以上的，才能认定为“严重污染环境”。

[45] 参见前引〔4〕，张克文文，第47页。

依照本文主张的组织体刑事责任论,即便说单位组成人员的意志表现为单位意志,也必须注意到,单位组成人员的这种意志并非凭空而来,其也是受到单位自身的政策、制度、业务范围和目标、精神文化等诸多因素的制约而产生的。换言之,单位组成人员的意思并不完全是其个人的自主意思,某种意义上讲,其也是单位自身意思的体现。如此说来,虽然单位自身因为没有和自然人一模一样的意思形成能力、表达能力而难以从其“言行”中窥见其真实意图,但从单位自身的存在形式、决策机构成员的决定乃至单位的政策决定、整体的文化氛围等客观要素中,还是可以推定单位是否具备刑法所规定的犯罪主观要素。^[46]而且,根据单位自身特征来推定单位罪过的做法,在国外已经有立法规定。如英国2007年《法人杀人法》规定,构成法人杀人罪的条件是法人对受害人负有注意义务;判断法人是否违反注意义务,取决于法人管理人员的组织或者管理法人的方式。澳大利亚刑法典在“法人的刑事责任”部分规定,在法人主观要件的认定上,除了考虑法人的代表机关及高级管理人员的参与之外,还得考虑法人的文化即“法人在整体或部分上所具有的态度、政策、规范、行为及业务方针”。^[47]因此,以推定的方式辅助判断单位自身的罪过是具有可行性的。以下对此作详细说明。

一是单位决策人员或者经其授权的人,在其职务范围之内,决定实施某种违法行为的,推定单位具有故意。之所以这么理解,主要是因为,单位决策人员或者经其授权的人,是最能领会和理解单位设立目的、宗旨、文化、政策的人,甚至可以说,其是在单位宗旨和文化等形成过程中发挥重要作用的人。正因为如此,包括我国学者在内,学者们多主张,以单位主要领导为代表的一定范围的自然人的意思就是单位自身的意思(同一视原理)。^[48]这种见解固然不错,但采用这种见解的前提是,单位领导身居其位之后,依照单位自身的业务宗旨、精神文化等,秉承、延续或者说发展了单位自身的意思,而不是相反,说单位领导自身的意思直接转化为单位意思。这样说来,即便是单位领导,如果其制定或者通过的方针政策、业务规划不在单位业务范围之内,或者违反了单位的相关政策,则该政策、决定即便出自单位领导,也不能视为单位自身的意志。这一点,在我国相关司法解释中也有体现。1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第2条后段规定,公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。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》明确指出,单位设立后专门从事违法犯罪活动的,应当以自然人犯罪追究刑事责任。合法成立的单位,之后脱离其经过主管机关批准的业务经营范围,专门从事违法犯罪的,即便构成犯罪,也不是单位自身的犯罪,而是其中的个人即主要领导的犯罪。从前述推定论的角度看,这是理所当然的结论。因为,经过合法程序设立的单位,从其业务范围、

[46] 学界也有人主张,从有无合规计划以及有无有效实施合规计划这种客观事实来推定单位是否应当承担刑事责任。参见前引〔38〕,李鄂贤文,第64页。

[47] 英国法人杀人罪的相关规定,参见 David Ormerod & Karl Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14th ed., Oxford University Press, 2015, pp. 647 - 662。澳大利亚刑法典中的相关规定,参见《澳大利亚联邦刑法典》,张旭等译,北京大学出版社2006年版,第16页。澳大利亚有关法人犯罪的近期进展,参见宋颐阳:《企业合规计划有效性及举报人保护制度之构建——澳大利亚路径及其对中国的启示》,《比较法研究》2019年第4期。

[48] 参见前引〔19〕,李冠煜文,第33页。

设立宗旨等来看,不可能以专门或者主要从事犯罪活动为业,之后之所以如此,只能说是该单位领导人员擅自改变单位业务活动范围的结果,当然应当作为单位领导个人犯罪处理。

二是在单位的营业目标、政策方针、科层结构、处罚措施中,有鼓励、纵容或者默许其组成人员违法犯罪的内容时,推定单位具有故意。故意犯罪是行为人藐视法秩序的最极端、最明显体现。依照规范责任论,如果对符合构成要件的客观事实有认识,一般人就有机会知道自己的行为是法律所不允许的,据此法规范会希望行为人产生放弃该犯罪行为的动机。在行为人辜负了这种期待,做出“不放弃”的错误选择并付诸实施时,对于行为人的该种错误意思决定,刑法规范就要将其作为故意犯罪予以最严厉的谴责。这是责任原则的当然结论。在单位犯罪的场合,尽管单位本身不能像自然人一样供认其对事实有无认识,但从单位自身对业务目标的设定、对违法行为的奖惩措施、对单位文化的建设等客观事实中,还是能够比较清晰地推断出单位对其组成人员的违法行为的认识和态度的。诸如在单位的生产计划中设定不通过违法手段就难以实现的目标;单位的奖惩措施中存在鼓励或者默许其员工实施违法行为的成分;对于通过违法手段获得业绩的员工不仅不处罚,反而予以奖励;单位员工实施违法行为之后,单位不闻不问,或者仅予轻微处理,放任其继续此种行为等之类,都是推定单位犯罪故意的重要依据。这一点,在前文提及的雀巢(中国)有限公司西北区婴儿营养部经理郑某、杨某等被诉侵犯公民个人信息罪一案的裁判中,已经有所体现。

三是单位选任不恰当的岗位人选,采用有先天缺陷的工艺操作流程,或者应当建立相关制度而没有建立,或者尽管建立了相关制度却疏于执行的场合,可以推定单位具有过失。^[49]与故意犯是行为人“有意而为”不同,过失犯则属于行为人“无意而为”。即在当时的情况下,行为人只要稍加注意,就能够认识到或者预见到犯罪事实,从而有机会意识到自己的行为违法,并在此基础上形成停止违法行为的反对动机,选择实施避免犯罪结果的行为,但由于行为人没有尽到其应尽的注意义务,对可能发生的犯罪事实没有认识或者预见,因而未能避免结果发生。从此意义上讲,过失犯是应当预见并且也能够预见犯罪事实,却由于不注意而没有预见,以致引起危害结果的犯罪类型。因此,过失犯罪中的过失,可以从行为人是否履行了相关义务、是否遵守了相关规定的角度来推定。就单位犯罪的场合而言,在单位业务活动中引起了具体犯罪的法益侵害结果时,只要看单位是否选择了恰当的人选、是否建立了完善的避免该结果发生的制度、措施,单位成员在单位业务活动中是不是遵循了有关法律、规章、制度,即可判断单位对其组成人员造成的侵害结果是不是要承担过失

[49] 单位犯罪中有无过失犯罪,理论上存在争议。早期有力说认为,过失犯罪不应当有单位犯罪(参见高铭喧:《试论我国刑法改革的几个问题》,《中国法学》1996年第5期,第14页)。但从现行刑法的规定看,单位过失犯罪尽管为数不多却并非没有。如刑法第363条第2款规定,“为他人提供书号,出版淫秽书刊的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的,依照前款的规定处罚”。根据上述规定的后段,可推断该款前段仅指过失提供书号的情形。依照刑法第366条的规定,单位犯第363条规定之罪的,对单位判处罚金。可见,为他人提供书号出版淫秽书刊罪存在单位过失犯罪。另外,刑法第229条第3款出具证明文件重大失实罪、第330条妨害传染病防治罪、第332条妨害国境卫生检疫罪、第334条第2款采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪、第337条妨害动植物防疫、检疫罪、第338条污染环境罪、第339条非法处置进口的固体废物罪、擅自进口固体废物罪等罪都存在单位过失犯罪。

责任。^[50]从此意义上讲,近期流行的依据合规计划来判断单位刑事责任的讨论,从认定单位过失犯罪的角度看,具有实际意义。^[51]单位建立了足够有效的防止其内部成员违法犯罪的制度、措施即合规计划,即表明单位自身并不想实施犯罪,并且也在竭力防止单位成员违法犯罪。这些举措可以为认定单位业务活动中的行为是否构成单位过失犯罪提供有价值的素材。

四是可以通过客观外在要素的变化来推定单位是否具备具体犯罪所要求的特定目的。有些单位犯罪是目的犯,如集资诈骗罪,按照刑法第192条、第200条的规定,包括单位在内的行为人在使用诈骗方法非法集资时,必须“以非法占有为目的”。所谓目的,是指行为人希望通过实施特定行为来实现某种危害结果的心理态度,属于自然人特有的超过的主观要素。那么,在单位犯罪的场合,该如何认定单位具有非法占有目的这一自然人所特有的心理要素?本文认为,可以通过客观要素来推定。非法占有目的,本质上讲,是作为使集资诈骗这种法益侵害行为的危险性增大的指标要素而发挥作用的。从理论上讲,使用诈骗方法非法集资,如果没有非法占有目的,最多只能构成刑法第176条规定的扰乱金融秩序的非法吸收公众存款罪,但在行为人“以非法占有为目的”而吸收公众存款的场合,意味着行为人不仅有非法吸收公众存款的行为,而且有不返还存款从而导致被害人遭受财产损失的危险。换言之,非法占有目的使得非法吸收公众存款行为的危险性大增,让本为破坏金融秩序的犯罪一跃而为在破坏金融秩序之外还具有侵犯他人财产危险的财产犯罪。这样,非法占有目的因具有为法益侵害危险奠定基础的特性而成为违法要素。^[52]既然为法益侵害危险奠定基础本身属于一种客观事实,则特定目的要素的有无完全可以从有无侵犯财产危险的变化中推断出来。这一点,从有关集资诈骗罪的司法解释对非法占有目的的认定均采用根据客观事实加以推定的方式,即可得到佐证。因此,正如相关司法解释所言,在单位实施非法吸收公众存款行为之后,将募集来的资金不用于生产经营活动,或者用于生产经营活动的资金规模与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能返还的;肆意挥霍集资款,致使集资款不能返还的;携带集资款逃匿的,均可以推定单位具有非法占有目的。^[53]

结 论

单位是由人和物复杂结合而成的法律实体,具有自己独特的组织制度、文化气质和环境氛围,这些要素反过来能够对作为单位组成人员的自然人的意思形成和行为举止产生影响,所谓单位犯罪正是其表现之一。只是,单位是由自然人组成的组织,其思想和行为也

[50] 参见杜邈:《论单位犯罪过失的特殊性》,《云南大学学报(法学版)》2007年第1期,第42页。实际上,在实务中,是不是选用合适的从业者,已经成为判断单位犯罪的重要依据。如在江苏省宿迁市永盛精细化工有限公司、杨某犯污染环境罪一案的判决中,法院认为,被告单位永盛公司违反国家规定,明知他人没有相关资质,仍委托其处置有害物质,致使公私财产遭受重大损失的行为,构成污染环境罪。参见江苏省宿迁市宿城区人民法院(2015)宿城生刑初字第00010号刑事判决书。

[51] 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;李永升、杨攀:《合规计划对单位犯罪理论的冲击与重构》,《河北法学》2019年第10期。

[52] 参见[日]山口厚:《刑法总论(第3版)》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第97页。

[53] 2010年最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条。

是由人或者人所制定的制度、政策来体现和实施的，因此，在单位犯罪的认定上，首先必须有单位组成人员在业务活动中造成的危害结果，这是认定单位犯罪的事实基础。但仅此还不够。单位成员身份的二重性决定了其行为及其结果的二重性。只有在作为单位“手足”的单位成员在业务活动中的行为体现了单位意思时，才能让单位承担刑事责任，否则，该组成人员的行为就是个人行为，单位不承担责任。可见，单位和其组成人员之间并非铁板一块，而是存在分分合合的关系。^[54] 这样说来，在刑法第30条、第31条规定的单位犯罪的认定和处罚上，必须区分不同情况，作类型化处理。

1. 单位组成人员在业务活动中引起了法益侵害结果，如果这种结果是在单位的鼓励、教唆、纵容、默许之下引起的，单位和该组成人员之间成立共同犯罪，适用双罚制。这种情形是典型的单位犯罪。单位对其组成人员的支配、鼓励、教唆、纵容、默许，可以通过单位领导等管理人员进行，也可以通过单位的制度、文化等体现。这种形式的单位犯罪通常表现为故意犯。

2. 单位组成人员在业务活动中引起了法益侵害结果，如果这种结果不是单位教唆、鼓励、默许的结果，而是单位疏于管理的结果，则组成人员构成故意犯或者过失犯，单位对于其组成人员的行为承担过失犯（监督过失）的刑事责任。这种过失犯责任的承担，以刑法有规定为前提。

3. 单位组成人员在业务活动中引起了法益侵害结果，如果这种结果既不是单位教唆、鼓励、默许的结果，也不是单位疏于管理的结果，则单位自身不承担刑事责任，由其组成人员个人负责。但是，在查明单位管理人员对该下级成员的危害行为疏于履行监督义务的场所，该管理人员有可能要承担过失犯的刑事责任。

4. 单位组成人员在业务活动中引起了法益侵害结果，如果这种结果是在单位的操纵、支配甚至是胁迫下造成的，该组成人员可以缺乏期待可能性为由，不承担刑事责任或者减免刑事责任。^[55] 但要注意的是，在单位组成人员因缺乏期待可能性不构成犯罪或者不承担刑事责任时，单位自身并不能免责，有可能被判处有期徒刑。^[56]

5. 单位下级组成人员在业务活动中引起了危害结果，事后查明，这种结果是在单位高级管理人员的命令、指使、教唆或者纵容下引起的，但该管理人员的命令、指使、教唆或者纵容违反了单位的相关政策和制度，不能视为单位意思的体现时，该从业人员的危害行

[54] 这样说来，那种认为“在单位犯罪中，直接责任人的刑事责任和单位刑事责任是相互分离的”观点是正确的，但据此就认为“单位刑事责任是对直接责任人刑事责任的补充”的观点则不妥（参见谢治东：《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》，载赵秉志主编：《刑法论丛》2011年第4卷，法律出版社2011年版，第47页以下）。单位责任不是对自然人责任的补充，而是单位自身的行为责任或者参与责任。

[55] 司法实践中也是这样理解的。比如，根据2001年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》，在单位犯罪的场合，对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员，一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。

[56] 这一观点可能会引起争论。依照刑法第30条的规定，单位犯罪就是单位自身的犯罪，其中当然会存在如下所谓“纯粹单位犯罪”的情况：单位业务活动中发生了法益侵害结果，但查不清到底是哪一个自然人实施了违法犯罪，或者单个自然人的违法或者责任轻微，达不到对其追责的程度，故只能追究单位自身责任。但是，依照刑法第31条的规定，单位犯罪时，单位与作为其组成人员的自然人之间似乎要承担连带责任，不存在只处罚一方的情况。因此，在现行刑法的规定之下，对于单位犯罪，是否可以只处罚单位而不处罚其中的自然人，确实难以确定。这种单位犯罪处罚上的漏洞，只有修改法律才能弥补。

为不能视为单位行为，单位对此不承担责任。该具体实施的单位下级组成人员与该高级管理人员要成立共犯，不过，该下级人员有可能因缺乏期待可能性而免责。

按照上述理解，在实务中，对于单位成员在业务活动中的违法犯罪行为，真正被作为单位犯罪处理的情况可能并不会很多，多数情形被归为自然人犯罪。这也符合目前司法实践的实际情况。笔者在先前的调查中已经说明，当笔者以“单位犯罪”为关键词在有关裁判文书数据库中搜索时发现，大部分情况属于辩护律师一厢情愿地认为该案属于单位犯罪，而法院却认定是自然人犯罪。这意味着，在实务中，法官们对单位犯罪抱着一种敬而远之的态度，可判可不判的尽量不判。这样说来，本文开头提及的奇特现象——尽管我国现实中伴随单位业务活动发生的违法犯罪行为很多，但最终作为单位犯罪处理的司法裁判却极为少见——的成因便不言自明。

Abstract: Under the premise that Chinese Criminal Law clearly stipulates unit crime and its punishment principle, it is of little significance to promote the negation theory of unit crime. In terms of the study of unit crime, an important issue faced by Chinese scholars is how to reasonably identify the unit crime and its punishment principle stipulated in Article 30 and Article 31 of Chinese Criminal Law under the natural person crime system. A unit is a legal entity formed by the complex combination of people and objects and has its own unique cultural temperament and environmental atmosphere, which can influence the thinking and behavior of natural persons in the unit. In the identification and punishment of unit crime under the Chinese Criminal Law, two factors must be considered. Firstly, whether the members of the unit have committed the act or caused consequence of infringement of legal interests in the course of duty activities. Secondly, whether the behavior of the members of the unit embodies the intention of the unit itself, and only the fact that the behavior does embody the intention of the unit can result in the undertaking of criminal responsibility by the unit. In the judgement of the unit's intention, the method of presumption based on objective factors must be adopted, and such factors as the purposes and structures, the decisions of the senior executives, and even the policies of the units must be taken into consideration. When unit business activities produce illegal results, the constitution of the crime of the natural person should be considered first and the constitution of unit crime could be considered afterwards.

Key Words: unit crime, intention of the unit, criminal liability of organization
