

单位归责之组织责任论的应用

路纪平

华东政法大学, 刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年1月28日; 录用日期: 2023年3月7日; 发布日期: 2023年3月16日

摘要

要进一步发挥以企业自我组织管理和风险防控为核心的合规计划的激励作用, 在于赋予其影响企业刑事责任的法律意义, 采组织责任模式可以较好地兼容评价刑事合规计划, 从而成为变革我国单位犯罪制度的契机。然而, 我国单位犯罪理论和制度存在的缺陷以及单位犯罪认定中面临的困境才是改革我国单位犯罪归责模式的内在动力和根本原因, 组织责任模式相对完善的理论体系和制度优势可提供外在助力。应该构建区别于以往的从自然人责任到单位责任的归责路径, 致力探求单位承担独立责任的基础所在; 其次对单位犯罪仍应当坚持主客观统一的归责模式, 且应当在具体规则的构建上不断细化, 体现出单位归责独有的特征。

关键词

刑事合规, 单位犯罪, 归责组织责任, 主客观统一

Application of Organizational Responsibility Theory of Unit Criminal Responsibility

Jiping Lu

College of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 28th, 2023; accepted: Mar. 7th, 2023; published: Mar. 16th, 2023

Abstract

To further give play to the incentive role of the compliance plan centered on the enterprise's self-organization management and risk prevention and control, it is to endow it with legal significance to affect the criminal liability of enterprises. The adoption of the organizational responsibility model can be better compatible with the evaluation of the criminal compliance plan, thus becoming an opportunity to reform the unit crime system in China. However, the defects in the theory and system of unit crime in China and the difficulties faced in the identification of unit crime are the internal motivation and fundamental reasons for reforming the imputation model of

unit crime in China. The relatively perfect theoretical system and institutional advantages of the organizational responsibility model can provide external assistance. Different from the previous imputation path from personal responsibility to unit responsibility, the organizational responsibility model is committed to exploring the basis for the unit to assume independent responsibility; Secondly, the unit crime should still adhere to the unified subjective and objective imputation mode, and should be constantly refined in the construction of specific rules, reflecting the unique characteristics of unit imputation.

Keywords

Criminal Compliance, Unit Crime, Imputation Organizational Responsibilities, The Unity of Subjective and Objective

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

刑事合规理念在单位犯罪预防中的引入以及刑事合规计划在实践中的落地生根和纵深发展，将单位犯罪研究推向了新的高潮。“为避免企业或企业员工相关行为给企业带来的刑事责任，国家通过刑事政策上的正向激励和责任归咎，推动企业以刑事法律的标准和来识别、评估和预防公司的刑事风险，制定并实施遵守刑事法律的计划和措施。” [1]本质上讲，刑事合规就是一种针对企业的“胡萝卜加大棒”的刑事政策。然而，“刑事政策遵循合法性要求是必需的，尤其是在刑事司法领域，政策是难以法治化的，合法性要求才是最有力的规则约束” [2]，即单位犯罪的刑事政策在施行中同样蕴含着立法与司法相互抵牾的风险。出路在于，政策上的激励若要发挥进一步的作用，就要赋予合规计划以刑事法律上的意义，进而言之，合规计划的核心内容——单位的自我组织管理和风险防控将会影响到单位的刑事责任，学界也基本达成了共识：“事前建立的合规计划是影响责任刑的要素，事后建立的合规计划是影响预防刑的要素” [3]。由此，以刑事合规为契机，改革我国单位犯罪理论和制度中存在的问题受到了诸多学者的关注。单位犯罪理论改革的核心之一便是单位犯罪归责理论的重塑，重塑的目标之一，便是将合规计划嵌入到单位犯罪的归责体系当中。从域外经验来看，美国对单位犯罪采用的是替代责任，替代责任为企业划定的责任范围极其宽泛，于是有学者认为以合规计划为核心的刑事合规制度是对替代责任的纠偏之举，刑事合规制度的重要基础之一就是替代责任原则 [4]。但事实上，在严格的替代责任下，根本没有合规计划生存和解释的空间。“在严格责任下，联邦法院在法人刑事责任认定中考虑合规管理机制的态度是非常消极的，因为，一旦将合规管理制度认定为有关‘合理注意义务’的抗辩有效，就会与从前的判例认为的企业法人须对职员违法行为负有无过错责任的一般看法抵触。” [5]换言之，合规计划并不天然也不必然和替代责任捆绑在一起。另外，从域外各国推行合规计划的手段来看，也不尽相同：美国采取的是量刑激励的方法；法国则通过立法正式引入合规制度，将合规计划的构建义务作为法定义务，不履行合规计划的构建义务或者阻碍该义务的履行将会构成刑事犯罪 [6]；在德国，尽管并没有规定单位犯罪制度，但是特定的业务活动领域也存在法定的组织义务，使用合规模式控制公司犯罪的问题最晚也在 2007 年以来的西门子腐败调查案中为公众所了解 [7]；意大利则是将有效的合规制度作为阻却犯罪成立的法定事由。¹

¹意大利 2001 年 6 月 8 日颁布第 231 号法令第 6 条规定，如果公司能够证明在犯罪行为发生之前业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，公司可以免于承担责任。

可见，刑事合规并不和特定的单位归责模式相关联，作为手段的刑事合规更加多种多样。换言之，刑事合规的推进成为我们反思我国单位犯罪制度和实践的一个契机，但并不能为我国的单位犯罪归责模式的转变提供正当性基础。单位归责模式的转变仍需要从内部找寻改革的动力，还需要教义学层面的支撑。本文旨在进一步反思我国单位归责模式的问题的基础上，探寻组织责任模式的必要性和正当性，并为该模式下如何运用具体规则提出一些个人见解。

2. “转嫁责任”归责模式之舍弃

关于我国的单位犯罪概括规定在《刑法》的第 30 条、31 条，这被认为是我国独立考察单位刑事责任的证据，换言之，从这两条看来，单位是为自身的行为负责，与单位组成人员的刑事责任存在区别。²但是，理论和实践上却仍然遵循一种从自然人责任衍生出单位责任的路径，即转嫁责任模式——默认为单位转嫁的是来自自然人的刑事责任，且表现在诸多方面。

2.1. 理论上囿于个人到单位的归责路径

关于法人能否成为犯罪主体的争论主要集中在 1997 年《刑法》颁布之前。法人犯罪否定论主张法人不像自然人那样具有天然的犯罪意识和意志，谈不上罪过，基于罪责自负的原则也只能追究相关自然人的刑事责任；其次，法人不存在主观恶性，对法人适用刑罚，难以达到刑罚目的。否定论的论据主要集中在法人和自然人存在先天上的差异，传统的以处罚自然人为主的刑法理论无法为单位犯罪提供生存的空间。针对否定说，肯定说给出了针锋相对的理由，首先，只要是通过决策机关做出的决策就相当于给予了法人犯罪的主观要件；其次，把法人作为犯罪主体不会使得刑事责任落到无辜者头上，这是一种特殊形式的罪责自负，符合刑法原则；再次，把法人作为犯罪主体给予刑罚处罚，可以使得社会主义社会关系的法律保护网更加严密，同时起到预防法人犯罪的作用，符合刑罚目的。可见肯定说是针对否定说进行了同路径的驳斥，双方争论的焦点在于单位与自然人之间的差异是否可以通过一定的路径进行弥补，从而适用以自然人犯罪为基础建构的刑法理论体系。

1997 年《刑法》将单位犯罪纳入刑法规制的范畴，这一论战以肯定论的胜利而告终。根据第 30 条和第 31 条的规定，隐含的逻辑在于只有构成单位犯罪之后，才可以对相关的直接责任人员和主管人员进行处罚。然而“从我国追究单位刑事责任双罚制与单罚制都要求以自然人刑事责任为出发点，可以认为我国仍属于以个人责任为前提的法人刑事责任一元模式。”^[8]即单位刑事责任实质上还是一种来自于个人责任的转嫁，这显然与第 30 条和 31 条的逻辑是相悖的。这种相悖的逻辑在有关单位犯罪的诸多理论中都有迹可循，学界长期存在的单位犯罪主体二元论就是显著反映。“二元主体论的代表有双层犯罪机制论，人格化社会系统责任论，一个单位犯罪、两个犯罪构成论，单位责任与单位成员责任分理论，刑事责任分担论，系统矛盾论以及嵌套责任论为代表，其认为单位犯罪中，单位和单位成员是两个独立的主体，单位成员是因其自身行为和罪过承担刑事责任。”^[9]详见之，例如人格化系统责任论承认了单位的独立人格，但是认为在一个单位犯罪中，单位和单位成员都是犯罪主体^[10]；嵌套责任论则认为单位和单位成员的独立行为责任是对单位犯罪刑事责任分担的结果^[11]。

由此看出，在论及法人的刑事责任的时候，学界始终致力于探索单位和单位内部的自然人犯罪之间的联系，甚至“法人犯罪否定论”被重提^[12]。粗略考察我国单位犯罪制度的设立过程，无论是单位犯罪的肯定论和否定论之争，还是单位犯罪入刑之后相关理论的完善，单位的刑事归责始终囿于自然人责任到单位责任的路径。而这一理论上的桎梏在于始终无法找到单位独立承担刑事责任的根基。

²该观点的详细论证包括但不限于：“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。”以及“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。”

2.2. 实践中单位犯罪面临接踵而至的矛盾与难题

1) 单位与单位成员责任相互“牵连”

对于单位成员而言，也可能因单位的刑事责任而受到无辜的牵连。在司法实践中，一旦被定性为单位犯罪，具有特殊职务的主管人员即使没直接参与决策或者实施，也可能仅仅因为其身份地位被一同追责。即使认为主管人员和直接负责人员承担的是监督不力的责任，也至多勉强解释单位过失犯罪的问题，而无法说明故意犯罪中单位刑事责任的来源。另一无法回避的问题是，我国对单位犯罪采用法定的方式，在单位实施了刑法分则规定的只能由自然人才可以构成的犯罪行为时如何认定？基于罪刑法定原则，此时单位不构成犯罪，当然不能对单位追究刑事责任，但这种情形下是否要追究实施犯罪行为的单位成员的刑事责任存在争议。肯定论多从保护法益、打击和预防犯罪的角度出发，认为《刑法》虽正向规定了单位犯罪应承担刑事责任，但是并未明确规定不追究参与实施纯正自然人犯罪的单位成员的刑事责任[13]。一系列司法解释和立法解释的出台也表明了其支持肯定说的立场。³然而，来自否定说的疑虑从未消除：对单位内部有关人员的处罚以单位构成犯罪为前提，法无明文规定的情况下，单位犯罪不能成立，则不能追究相关人员的刑事责任。“从根本上看，有罪论是反规范主义与反教义学化的，它从功利主义、实用主义出发，以处罚的合理性和打击单位犯罪的现实需要消解刑法规范乃至形式法治的意义。”[14]事实上，以上两种观点都可以从《刑法》规定的第30条和第31条中找到依据，本质上还是涉及单位刑事责任和个人刑事责任之间的关系。

而个人的刑事责任有时也会不当牵连到单位。一方面，对于同一犯罪，单位的犯罪门槛明显要高于自然人；⁴即使构成单位犯罪，对于单位内相关成员的责任追究会比一般情况下自然人单独构成该罪的刑事追责更为轻缓。⁵如此，能够对单位犯罪成立发挥较大影响的某些自然人成员，可能会努力将自己的犯罪行为“转化”为单位犯罪从而谋求个人责任的不当宽缓，这也成为实践中辩护人时常采取的辩护策略之一。另一方面，由于《刑法》中认定单位犯罪成立的方式导致单位责任和个人责任之间暧昧不清：即使企业成员的行为完全超出了企业的经营范围抑或是背离了企业的宗旨，甚至是违反了企业相关的规定，也会转嫁给单位自身。因此，受到单位内部成员个人责任的波及，单位犯罪的成立范围面临泛化的风险。

2) 未能真正达到单位犯罪治理的效能

改革开放前后，市场主体逐渐丰富发展起来，各种类型的国有企业和民营企业的发展一片欣欣向荣，同样带来的还有层出不穷的犯罪问题。以1987年的《海关法》中规定单位可以构成走私罪为肇始，1997年《刑法》规定大量单位犯罪，单位犯罪制度从设立开始就注定承担着惩治和预防单位犯罪发生、化解单位犯罪的使命[15]。但是现有的单位犯罪制度确背离了最初的立法目的。正如有学者言：“无论单位本身还是其内部与犯罪有关的自然人真正受到严厉打击的程度与立法初衷和理论要求也是大相径庭的”[16]。

最突出的表现在于长期以来对单位犯罪设立的唯一刑罚是罚金，惩罚性有余而预防性不足。如果认

³例如，2013年最高人民法院、最高人民检察院联合颁布了《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》，第13条规定“单位组织、指使盗窃，符合刑法第二百六十四条及本解释有关规定的，以盗窃追究组织者、指使者、直接实施者的刑事责任”。2014年，第十二届全国人大常委会第八次会议通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》，规定“公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会的行为人依法追究性质责任”。

⁴例如2001年，最高检和公安部联合印发的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》中，在对公司、企业人员行贿罪，非法出具金融票证罪，集资诈骗罪，票据诈骗罪，金融凭证诈骗罪，保险诈骗罪，合同诈骗罪等罪中，对单位和单位内的自然人采取了不同的追诉标准，同一罪名，单位构成犯罪的金额是自然人构成该罪的5~10倍。

⁵例如《刑法》规定自然人犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，最高可判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；在单位行贿案件中，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，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金，两者存在较大差异。

为给予单位罚金处罚会给单位和单位内自然人以“利益受损”的痛苦，那么在行政法、经济法上给予单位制裁就可以达到相应的效果为何又要动用刑法对其规制呢？于是，有学者得出的结论是，刑法通过对单位内部的领导人员和决策人员的刑罚处罚达到抑制单位犯罪的效果。对中小微企业来讲，生产经营和管理深度依赖于企业家个人，企业家和单位“一荣俱荣、一损俱损”，这或许有一定的合理性。但这一论断马上面临新的诘问，即在这种情形下直接处罚涉事的自然人既可，为何又要“舍近求远”将其定行为单位犯罪，而且无论是在入罪门槛还是刑罚力度上，认定为单位犯罪后再对相关人员进行处罚反而减轻了这部分责任人员的刑事责任？那么，到底应该如何实现单位犯罪制度立法的初衷和目标？

重新审视这一问题，就不得不回归到企业犯罪的根本原因上来。企业犯罪的原因通常不是对刑法制裁后果缺乏认识，而是其组织管理结构中存在犯罪“基因”，致使在生产经营活动中涉嫌单位犯罪。即使直接实施犯罪的自然人已经被作为单位犯罪的责任人受到制裁，企业也付出了经济代价，但若企业内部导致犯罪发生的管理因素和企业文化氛围仍然存在，还有可能有其他人员实施相似的行为，再犯的风险仍然较高。因此，单位犯罪制度产生的实际效能令人怀疑。

3. 组织责任论之阐释

3.1. 组织责任论的基本思路

之所以处罚单位，是为了认定单位的行为以及因此产生的侵害法益的后果并对引起该后果的单位本身进行非难。同时，也期通过处罚，遏制该单位以及其他单位产生同样的违法后果。从这一目的出发，大体存在两种路径，一种是从个人到单位的归责路径，一种是单位到个人的路径。⁶通过上文的论证，我们会发现，我国单位犯罪制度无论是在理论上还是司法实践中都未脱离从个人责任到单位责任的归责路径的桎梏。⁷个人行为结果归责于单位的这种路径在民法领域由来已久，雇主的替代责任通过责任扩张的形式来实现对受害人的保护，符合民法侧重于利益的分配与平衡的基本理念。而且民事责任的财产性也使得责任扩张成为可能^[17]。不同于民法，刑法的主要目标是威慑与报应，刑罚侧重于对人身基本权利的限制与剥夺，替代责任在刑法中的正当性面临挑战。事实上，即便是民法理论可以平行迁移至刑法当中，个人责任归责到单位的这种路径也显得已经“过时”了。因为，民法领域已经出现将雇主责任视为独立的组织侵权责任潮流趋势——雇主对单位在组织管理和风险控制上的失策是企业责任的本质，侵权行为发生时，企业责任的基础是组织过错或者纯粹的企业过失^[18]。

近年来，显然我国不少学者已经开始尝试另一条路径的探索，组织责任模式是其中的集大成者。“以法人为典型的单位是组织结构和系统运作下的行为，法人有其独特运营方式”^[19]，法人独特的运行方式注定了其与自然人承担刑事责任存在本质区别，应当独立考察单位固有的刑事责任基础。犯罪学上的研究也在强化这一认识：“属于组织性犯罪的单位犯罪，其犯罪原因除体制机制、社会环境等宏观原因外，主要是由于企业内控合规及企业文化等组织性因素的欠缺，这些内部致罪因素具有当前性和可控性。”^[20]而组织体罪责的基础要义就在于，不仅仅在形式上倡导单位所固有的刑事责任，更是在实质上致力于探求单位承担独立责任的基础所在；单位的责任也不同于自然人的道义责任，单位的责任的判断基础在于法人的管理组织模式和风险防控。

3.2. 组织责任模式的优势及对相关质疑的回应

自从上世纪八十年代我国推行市场经济体制改革以来，市场中单位的独立主体地位不断强化，同时，

⁶在有的理论当中，也作抑制个人模式和抑制单位模式。在抑制个人模式当中，还可以分为代位责任论与同一视论；抑制单位模式则注重单位的精神和文化，认可以法人为代表的单位是独立于个人的存在。参见前引（30），「日」今井猛嘉文，第231页以下。

⁷当然也有论者认为：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。

单位内部的单一科层组织、领导人决策模式向多层次相互制约的组织决策模式转变，单位独立性和自主性的发展态势对相关的法律制度提出了新的挑战。在刑法中，从单位组织体自身出发认定单位犯罪的组织体模式能为我国的单位犯罪制度提供新的出路。

第一，组织责任模式有利于厘清单位犯罪和单位内部自然人犯罪的归责基础，有利于避免单位和个人的责任株连及刑罚不公正。“单位决策论”存在违反禁止双重评价原则的嫌疑，且在“双罚制”的处罚模式下，自然人容易受到来源于单位的责任牵连。在组织模式下，单位承担刑事责任的基础不再来源于自然人责任的转嫁，而是独立的组织责任。在追究单位刑事责任的时候完全依照组织模式，单位内的自然人仍然按照自然人的犯罪构成体系来，二者轨道平行，互相不再纠缠，上述问题便可以迎刃而解。第二，组织责任模式也有利于解决单位内自然人不构成罪而导致企业无责的现象。组织体模式只要明确单位的决策系统和监管系统存在漏洞和缺陷，也可以追究单位的刑事责任，这样就能够避免因企业规模大小而导致的处罚漏洞或者不公正。第三，组织责任模式的也有利于推动我国企业刑事合规计划的建设，积极整合企业治理中的外部资源和内部资源。在合规改革之前，对企业的治理主要依靠自上而下、由外到内的国家规范。不同于自然人，以法人为典型的单位是一个系统性的组织，除了受到外部的国家规范的调整，企业内部还有一套以公司章程、规章制度、行为准则等为核心的运行机制规范，合规改革正是从企业内部治理入手，“提供了国家规范被企业内部规章制度所吸收的途径，企业可以依据自身组织状况、经营范围、规模等因素，结合法律规定，设立一套违法及犯罪行为的监督、预防、发现及报告机制”[21]。由于单位才是刑事合规的应然主体，在个人到组织的归责路径中，无论是定罪还是量刑中，都无法将企业实施合规管理以有效减少企业犯罪可能性的努力予以适当的评价；而在组织模式中，以规范企业运营、旨在减少企业犯罪为核心的企业合规管理可以成为有效的抗辩事由，从而正向激励企业自主积极进行合规计划。

对相关质疑的回应

对组织责任模式的质疑者认为：法人意志的形成和行为的实现离不开自然人，其宏观的法人文化和管理结构同样需要借助于相关管理人员的具体行为逐渐形成，所以不能仅仅从法人的本身去寻找法人的刑事责任根据[22]。从单位的组成、运行和自然人的关系来看，的确如此，但是这仅仅在事实层面无法将两者区分开，不能就此否认规范意义上将单位责任剥离开来的可能性。至于为何从单位的组织性特征出发去用刑法规制单位犯罪，则更多属于犯罪学上要讨论的问题，不在本文讨论范围之内。而且，组织责任论同样尊重单位和自然人之间的这种客观关联，因为组织体存在恶意的授权、默许犯罪发生的企业文化和氛围或者存在的监督管理上的过失的只是一种潜在的危险，离最终的危害社会的结果的发生还有一段“距离”，只有通过自然人的行为才能将这种危险或者说是风险现实化，可见，考察单位成员的行为仍然是认定单位犯罪事实的起点。与转嫁责任的根本区别在于，转嫁责任是以自然人构成犯罪为前提，自然人的犯罪带来的刑事责任转嫁给了单位；组织责任中，自然人的行为，不论是否是犯罪行为，客观意义上只是认定单位刑事责任的起点。

组织责任论面临的另一挑战是实操性的欠缺。组织责任论的宗旨在于“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”[23]，即使独立考察单位固有责任这一观念逐渐被接受，但是在具体规则的构建与细化仍然是个难题。值得庆幸的是，随着合规计划的推行，该理论受到了越来越多的学者的关注，加上对域外法研究的盛行，相关研究已经颇有建树。本文接下来的也将重点在具体规则的阐释方面着墨。

3.3. 组织责任模式中仍然应该坚持主客观相统一

在组织责任模式的构建中，大体有两种思路。一种是坚持主客观相统一的理论，持该论者认为，单位犯罪规定在《刑法》当中，必须依照刑法的理论和规定，参照自然人犯罪的成立要件来进行；一种是

单纯的客观化归责的路径，即抛弃掉传统的以自然人为核心构建的主客观相统一的犯罪构成，放弃单位犯罪的主观罪过，面对危害行为及结果，只考察单位内部管理构架及实施情况等客观要素来判断是否要对单位归责。

1) 纯客观化归责路径之否定

正如客观归责路径的提出者所担心的那样，客观化的归责路径所面临的第一个质疑便是“违反责任主义原则”，而他们给出的回应是对单位客观化地归责可以构成责任主义原则的例外^[24]。值得关注的是，因为刑法理论体系基本要求之一——内部价值一致，要求作为刑法体系之价值基础的，如罪刑法定原则、罪责原则应贯穿于企业归责过程，所以对单位的客观化归责能否构成责任主义的例外不无疑问。在具体路径的设计上，客观化的单位归责路径也难以让人满意。从赞成该论者的定义来看，“客观化”主要表现在祛除单位犯罪认定中的主观罪过要件，将满足一定条件的自然人的行为客观地归责于单位；行为的判断还是依据单位内自然人是否以单位的名义实施，是否为了单位利益。虽然在故意是罪责要件要素还是构成要件要素的问题上还存在有争论，但是这些目的、意图性质很强的要素无论怎么看都很难认为是客观要件的内容^[25]；从前文的论述也可以看出，目前的司法实践中也是将“以单位名义”、“为了单位利益”这些要素作为单位意志的考察内容，如此看来，除了形式上强行与单位的组织管理缺陷相关联之外，客观化的归责路径与替代责任下的个人归责路径没有多大的差别。此外，在该理论下，单位归责的基础是“单位的组织管理缺陷”，归责的关键在于“组织管理缺陷与犯罪行为之间具有实质的因果联系”，论证的时候中间有穿插期待可能性、结果避免可能性理论的运用，也很难说这是一条完全“客观化”的归责路径。客观化归责这种理论构建确实具有一定的创新性，但是无论是命名上，⁸还是具体规则的构建上都缺少了一些明确性和可行性。

如果说上述理论通过将满足一定条件的自然人的行为和结果“客观化”地归责给单位的这条路径不够客观的话，另一条路径某种程度上具有一定的进步意义。客观的中心归责理论主张，企业因未建立合规计划，未加强风险管理创设了法所不容许的风险而入罪，企业合规计划也可以阻断对单位主体的归责^[26]。然而，目前看来，合规计划是一种组织管理构造和文化治理，很难成为一种企业刑事义务。而且从不构建合规计划这一消极作为与单位通过积极行为造成法益侵害的结果来看，两者很难等价。另外，前置法尚未对合规作出规定，更未形成比较统一的合规标准，也不适合赋予单位刑事合规的义务^[27]。至此，笔者认为，刑事合规目前只能成为刑事违法判断前提的刑事外的义务。

2) 主客观相统一的归责模式之肯定

对单位犯罪主客观相统一的模式的批评主要在于：单位作为一种组织体，在组织体模式下，拟制的单位犯罪意志所考察的内容已经替换为单位的组织管理缺陷等客观因素，并不具备自然人犯罪的主观心理事实，也不适用基于对人的理性和价值的尊重而提出的罪责主义。并由此主张在自然人犯罪论体系之外构造相对独立的单位犯罪论体系。“客观化归责论”主张因为“单位意志”是“虚构”的，或者说这种虚构的单位意志的判断在司法实践中面临困难就放弃单位犯罪中的罪过要件是无法令人信服的。

首先，在《刑法》明确单位可以成为法律上的主体的那一刻起，就是对法人“人格”的法律承认，既然单位的法律主体地位已经得到承认，没有理由不承认单位存在独立的“单位意志”。⁹而对于单位意

⁸例如，客观归责理论一般来说已经具有了比较明确的含义。对于刑法这样一门要求严谨规范的学科来说，无论是概念上还是理论上都要有明确性的要求。与肇始于德国的客观归责理论相比，对单位“客观化归责”这一提法显然不满足这样的要求，容易让人产生歧义。

⁹纯粹法学派的创始人凯尔森则严格区分自然科学意义中的人(manor human being)和法律意义上的“人”(person)，简而言之法律上的“人”(person)只是思维的辅助工具，它们是权利和义务人格化的统一体。由于权利和义务就是法律规范本身，法律主体便是对规范整体的拟人化，法人和自然人都是法律规范综合的人格化。虽然时至今日，过分强调“纯粹性”的纯粹法学受到诸多诟病，但是凯尔森提出法人和自然人的“规范论”仍十分具有参考价值。

志的认定仍需要还原到客观层面上更是无可厚非，自然人的犯罪意图需要借助于行为方式、结果、时间、地点等客观因素来认定，而单位的犯罪意图要借助单位的管理模式、等级结构、决策程序、监督追责程序、规章制度等要素来综合判断。

其次，对单位主观要件的坚持也是规范责任论的应有之义。“在事实层面，‘所有社会事实的客观性都是通过内心确信建构起来的’，单位在人们观念中已经被演化为具有意思能力和责任能力的社会实体；在规范层面，仅仅基于功利主义考量，不在单位意志支配下的行为并不具有可控性，规范效力无从维护。”[28]换言之，只有被规范者认识到自己的行为的性质以及其行为的危害性时才能指导自身的行为，从而产生法规范的指引作用。强调法人犯罪认定中的犯意要素，不仅是对基本法理“行为与责任同在”的遵循，也是防止立法上法人犯罪风险泛化的重要举措。

再次，不同的主观心态也影响着不同的量刑，故意和过失不可能产生同样的刑罚效果。总而言之，单位的主观犯意仍然是单位犯罪的构成要件之一，区分单位的故意与过失仍十分有必要。

4. 组织责任模式下具体规则之阐明

通过上文的论述，笔者赞同在组织体责任模式下，对单位的归责应该坚持主客观相统一的模式，且结合我国单位犯罪的相关规定以及组织体模式的理论，试图阐释单位犯罪的认定要点。

4.1. 单位行为的认定

与自然人犯罪论体系一样，单位犯罪的形式也应当包括作为和不作为，有人称之为行为责任和监督责任。就作为来讲，单位的行为是单位内部的组成人员在其业务范围内的行为；单位的不作为犯罪，是单位消极地不履行刑法上特定的义务导致危害结果发生的行为。

组织责任模式下单位是独立的个体，但是区别于自然人，单位是独立的组织体。单位的活动是通过作为其组成人员的行动来实现的。所以，将行为刑法的原则贯彻到底，就不得不将单位的行为还原为自然人的行为，这一点是无可争议的，在学术界也取得了一定共识[29]。但不同于转嫁责任中自然人的刑事责任是单位的性质责任的前提，在组织责任论中，作为联结点的是自然人的“行为”，单位犯罪的成立不需要自然人的刑事责任的确证。另外需要注意的是有必要对单位内的自然人依据职位进行分类。笔者认为，在将单位内部成员的行为认定为单位行为的时候，不必对成员的身份进行分类和限定，换言之，只要是单位内的成员在其职务范围内的行为造成了危害社会的结果，都可以认定为单位的行为。一方面，虽然都是以单位内部的自然人为中介，但是不同于代位责任，组织体模式中只是单位行为的转化，这里并不会不当地加重单位的刑事责任，因为仅仅是在行为要素上以自然人的行为为桥梁，在违法阶层和责任阶层仍要进行严格的筛选；另一方面，从组织责任论的主张来看，单位内部的自然人只要是在执行业务的过程当中，就必然会产生基于单位的管理制度和企业文化的客观“连接”。所以，通常只要单位内部的成员只要在其业务范围内的行为都可以评价为单位的行为。而且，这里的单位内部成员的行为可以是单个的人的行为，也有可能是多数人的集合行为，两种情况都是可以评价为单位行为。

4.2. 单位故意的明确

在探究单位刑事责任的过程中，有观点认为：个人模式理论中的法人责任是一种行为责任，罪过形式包括故意和过失，而组织模式论中的法人责任是一种监督责任，只能由过失构成[30]。因为组织模式中的“组织故意”这一要件的具体内容是什么并不明确，而且规定组织故意到底有何用处也是个问题。笔者难以赞同：“无论是故意犯还是过失犯，都是以违反行为规范的方式给法益造成损害或者损害危险的行为”[31]，但是故意和过失违反规范的方式存在巨大差别。故意是行为人在有能力通过遵守规范避免法

益侵害结果发生的情况下，有意地以违背规范的方式引起法益侵害；但是过失的行为人却是在对行为的法益侵害危险缺乏认知的情况下引起损害结果。

那单位的故意具体如何构造？有学者主张我国的单位犯罪采取的是复合模式论，且借鉴了日本的“统合说”，所以单位的故意仍然是以同一视原理为依据，即单位故意是指为谋取单位利益，单位决策机构或负责人明知自己的决定会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的心理态度，以组织体模式论为基础，应该结合单位自身状况和成员犯罪情况来推定单位的间接故意和单位过失^[32]。可见，虽然越来越多的学者已经赞成组织模式论，但是在论及单位罪过的时候，又滑向了同一视理论。同一视理论和转嫁责任理论面临同样的难题，上述对单位故意的阐释也只是在自然人刑法理论和现有《刑法》规范中来回打转，既无法契合组织体模式的真义也不具有实操性。有学者借鉴哲学领域集体意向自上而下和整体主义研究思路构造出了单位故意——单位故意是个体在单位内的决策机制或默认规则之作用下最终形成的意志，是主、客观混合的产物，单位的决策机制越集中、默认规则越完备，对单位故意的影响就越大；基于此，该论者还设计出了具体的判断原则，核心在于任何个体的故意都不足以反映单位故意，必须结合单位的决策机制和默认规则整体考察。当然有学者给出了较为明确的内涵：“企业故意犯罪包括企业直接决策、要求或批准企业代理人实施违法行为(直接故意)，以及违反企业的企业政策、文化对违法行为的默认和放纵(间接故意)。企业过失指企业可以合理预见企业实践和政策将导致企业代理人违反法律”。

应当说，上述的观点对于我们判定法人的主观故意都具有极大的借鉴意义。

笔者认为，在吸收上述观点的优势——正向判断单位内是否有直接决策、批准、默认、放纵甚至是鼓励代理人实施违法行为的故意外，还要反向检验和排除一些不代表单位意志的行为，例如，单位内成员恶意实施的违反单位内规章制度、决策程序等实施的不法行为不能说单位主观上具有故意。之所以要正反两方面来检验认定单位的犯罪故意是基于单位主观罪过的特殊表现形式，正向检验是组织责任模式下单位固有责任的表现，只有单位本身具有非难可能性也就是故意才有承担刑事责任的基础；反向检验则是避免了将单位内成员的意志全部归属于单位，从而再次落入替代责任的窠臼。另外，单位是否有违法犯罪前科，在单位犯罪后是否能及时采取相关措施、赔偿措施以及能否及时展开单位内部纠察等来侧面认定单位的主观意图。

4.3. 单位过失的限定

在单位过失的认定中，监督过失理论和不作为犯罪理论无疑是最重要的理论。监督过失理论肇始于日本，是为了减少重大事故的发生，督促公务人员、行政人员勤勉履职而扩大化地追究其刑事责任的一种构造，但是刑法中本来就处罚故意犯罪为主，以处罚过失犯罪为例外，而监督过失理论更是过失犯罪扩大化的产物，并不符合近代以来限制过失犯成立范围的理念。因此，对监督过失的适用应当有较为严格的限制，在单位过失的认定中尤其应当注意：第一，当单位已经尽到了必要的监督义务的场合应当排除单位监督过失。组织体责任模式下单位承担刑事责任是基于其组织管理上的漏洞，当单位已经通过其严密的规章制度、政策规定等尽到了其监督义务的时候，表明其对结果的发生不具有可预见性，难以认定其具有过失。第二，被监督者恶意突破规则实施犯罪行为的场合应该排除单位监督过失。这种限制的正当性在于，一方面，监督者在尽到了自己的监督管理义务之后，有理由信赖被监督者会适当遵守相关的管理制度并使自己的行为合法合规；另一方面，即使在监督者的监督行为中存在一定的漏洞，创设了一定的风险，但是这种风险并未转化成现实的危害结果，换言之，此时被监督者的恶意行为才是危害结果发生的最大的原因力。当然有学者提出了质疑：“只是主张在故意犯罪的场合排除监督过失也存在合理区分的弊端，即不去判断被监督者的故意与监督者的职权是否具有支配关系，而一概否定这种监督

过失”[33]。笔者认为这种质疑不无道理。此时,应该增加的一个判断在于,被监督者的恶意行为是否是与管理者的管理漏洞存在关联,例如是否存在被监督者利用单位管理、规章制度的漏洞的情形。

5. 结语

通过对我国单位犯罪制度的综合考察,不难发现我国单位犯罪理论和实践中所遵从的都是将个人的刑事责任归责于单位的路径,这一路径在理论上存在诸多龃龉,实践中我国的单位犯罪制度也未能发挥其真正的效能。以我国正在进行的刑事合规改革为契机,组织责任论应该被进一步提倡,并在此基础上,注重该模式下具体规则的构建。对单位应该坚持主客观相统一的归责模式,以自然人的行为作为考察单位犯罪的起点并不意味着要将自然人的一切行为造成的危害结果归责于单位,还应该在此基础上进一步考察单位成员的行为是否是企业默许、允诺甚至是授意的行为,抑或是单位组织体中存在相关管理漏洞,而这正是考察单位组织体主观方面是否存在罪过的意义所在。由于单位犯罪的认定和单位成员的行为之间存在不可避免的客观关联,所以在正向判断单位是否有主观罪过之后,还应该进行进一步反向检验——为了避免在企业已经进行了合理必要的监督管理之后,仍然有单位成员恶意利用单位的监管漏洞实施犯罪的行为归罪于单位,这并不符合刑法处罚过失犯罪的基本原理,也不利于平衡市场主体进行经济活动所必需的自由与来自企业责任的约束。

参考文献

- [1] 孙国祥. 刑事合规的理念、机能和中国的建构[J]. 中国刑事法杂志, 2019(2): 7.
- [2] 孙万怀. 刑事政策司法化的内在道德[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 194.
- [3] 李本灿. 刑事合规立法的实体方案[J]. 政治与法律, 2022(7): 68.
- [4] 田宏杰. 刑事合规的反思[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 2020, 57(2): 120.
- [5] 李本灿. 合规与刑法——全球视野的考察[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021: 49.
- [6] 李本灿. 刑事合规的制度史考察: 以美国法为切入点[J]. 上海政法学院学报(政法论丛), 2021, 36(6): 50.
- [7] 「德」乌尔里希·齐白. 打击积极犯罪的刑法及其替代模式[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012: 237.
- [8] 周振杰. 企业刑事责任二元模式研究[J]. 环球评论, 2015(6): 156.
- [9] 李洁. 单位主体制裁体系的碎片化缺陷及其修复[J]. 西南政法大学学报, 2017, 19(2): 33.
- [10] 何秉松. 人格化社会系统责任论——论法人刑事责任的理论基础[J]. 中国法学, 1992(6): 70.
- [11] 陈忠林, 席若. 单位犯罪的“嵌套责任论”[J]. 现代法学, 2017, 39(2): 110.
- [12] 张克文. 拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归[J]. 法学研究, 2009, 31(3): 39.
- [13] 王良顺. 论参与实施纯正自然人犯罪的单位成员的刑事责任[J]. 法商研究, 2013(2): 92.
- [14] 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[J]. 法制与社会发展, 2018, 24(6): 103.
- [15] 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[J]. 京师法学, 2019(1): 226-240.
- [16] 杨兴培. (法人)单位犯罪立法理论与实践运作的逆向评价[J]. 华东政法学院学报, 2001(3): 20.
- [17] 李本灿. 单位刑事责任论的反思与重构[J]. 环球法律评论, 2020, 42(4): 43.
- [18] 班天可. 雇主责任的归责原则与劳动者解放[J]. 法学研究, 2012(3): 105-125.
- [19] 时延安. 合规计划实施与单位的刑事归责[J]. 法学杂志, 2019, 40(9): 33.
- [20] 赵赤. 企业刑事合规视野下的单位犯罪构造及其出罪路径[J]. 政法论坛, 2022(5): 105.
- [21] 蔡仙. 组织进化视野下对企业刑事责任归责模式的反思[J]. 政治与法律, 2021(3): 67.
- [22] 陈忠林, 席若. 单位犯罪的嵌套责任论[J]. 现代法学, 2017, 39(2): 112.
- [23] 黎宏. 组织体刑事责任论及其应用[J]. 法学研究, 2020, 42(2): 77.

-
- [24] 姜悦. 单位犯罪刑事归责模式的应然转向[J]. 湖北社会科学, 2022(2): 138.
- [25] 江溯. 论犯罪故意在三阶层体系中的定位[J]. 法学论坛, 2022(1): 67.
- [26] 李鄂贤. 法人刑事责任的本质转变与法人犯罪立法的未来改革[J]. 法学杂志, 2019, 40(5): 64.
- [27] 李本灿. 刑事合规立法的实体法方案[J]. 政治与法律, 2022(7): 76-77.
- [28] 张静雅. 二元分离模式下单位刑事责任之重构[J]. 国家检察官学院学报, 2022, 30(4): 127.
- [29] 李本灿. 自然人刑事责任、公司刑事责任与机器人刑事责任[J]. 当代法学, 2020, 34(3): 107-109.
- [30] 吴玉梅. 德国刑法中的客观归责研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007: 135-253.
- [31] 陈璇. 注意义务的规范本质与判断标准[J]. 法学研究, 2019, 41(1): 137.
- [32] 史蔚. 组织体罪责理念下单位故意的认定: 以污染环境罪为例[J]. 政治与法律, 2020(5): 36-38.
- [33] 姜涛. 监督过失的限缩适用方案[J]. 清华法学, 2021, 15(6): 42-50.