

上海市教委规划项目最终研究成果



李翔/著

单位犯罪 司法实证研究

我国单位犯罪制度的检视与重构

上海人民出版社

上海市教委规划项目最终研究成果



李翔/著

单位犯罪 司法实证研究

我国单位犯罪制度的检视与重构



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

单位犯罪司法实证研究:我国单位犯罪制度的检视
与重构/李翔著. —上海:上海人民出版社, 2016
ISBN 978-7-208-14108-7

I. ①单… II. ①李… III. ①法人-刑事犯罪-研究-
中国 IV. ①D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 237537 号

责任编辑 龙 敏 夏红梅
封面装帧 王斯佳

单位犯罪司法实证研究

——我国单位犯罪制度的检视与重构

李 翔 著

世 纪 出 版 集 团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 15 插页 4 字数 212,000

2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14108-7/D·2934

定价 48.00 元

“上海市教委规划项目最终研究成果”（项目编号：13ZS113）

本项目的调研得到了上海市人民检察院以及原中纪委第十室主任，现山东省委常委、纪委书记陈辐宽、上海市人民检察院副检察长周永年、上海市人民检察院副检察长龚培华、上海市人民检察院副检察长徐燕平、上海市人民检察院检察委员会专职委员李宁、上海市人民检察院检察委员会专职委员居广鉴、上海市人民检察院公诉一处处长顾晓敏、上海市浦东新区人民检察院检察长杨玉俊、上海市金山区人民检察院检察长陶建平的大力支持，特此鸣谢！

目 录

导 论:域外学说与立法模式的比较分析	001
一、英美为代表的法人犯罪学说及立法模式	001
(一) 英国的法人犯罪学说及立法模式	001
(二) 美国的法人犯罪学说及立法模式	005
二、德日为代表的法人犯罪学说及立法模式	013
(一) 德国的法人犯罪学说及立法模式	013
(二) 日本的法人犯罪学说及立法模式	018
三、意大利为代表的法人犯罪学说及立法模式	022
 第一章 解构视角一:犯罪论	025
一、立法评述与学说争议	025
(一) 我国单位犯罪论层面的立法评述	025
(二) 我国单位犯罪论层面的学说争议	028
二、单位犯罪法官释法的理性选择	032
(一) 基于司法解释的实证考察	032
(二) 基于司法问卷的实证考察	034
三、聚焦案件——单位犯罪的真实反映	040
(一) 基于单位犯罪刑事判决的综合考察	040
(二) 理性分析:严格遵循或灵活变通	041
 第二章 解构视角二:刑罚论	047
一、量刑制度	047
(一) 单位犯罪量刑制度的缺位与困境	047

(二) 制度缺位背景下的单位犯罪量刑考察	048
(三) 坚守与暧昧:立法量刑制度缺位背景下的司法实践 ...	055
二、刑罚种类	058
(一) 刑罚种类的思辨分析	058
(二) 逻辑假设:以上述思辨分析内容为要素	059
(三) 实证检验	062
第三章 解构视角三:罪刑各论	093
一、实然维度单位犯罪犯罪圈的量化分析	093
(一) 规范文本的法条集合	093
(二) 立法背后的政策导向探寻	111
二、应然维度单位犯罪犯罪圈的量化分析	114
(一) 单位实施纯正自然人犯罪案件介绍与司法对策	114
(二) 司法背后的政策导向探寻	119
三、立法解释的出台及司法适用	120
(一) 立法解释与两个司法解释的关系	121
(二) 立法解释与《会议纪要》关系	122
第四章 解构视角四:刑事程序	125
一、刑事程序文本规范分析	125
(一) 刑事程序文本的法条集合	125
(二) 刑事程序文本规范分析	131
二、刑事司法困境实证考察	132
(一) 关于单罚制单位犯罪诉讼主体的确定	132
(二) 关于被告单位诉讼代表人	133
(三) 关于单位犯罪案件附带民事诉讼问题	138
(四) 关于单位犯罪案件辩护权的行使	142
第五章 解构视角五:犯罪学论	147
一、单位犯罪现象统计划分——以司法案例为样本	147

(一) 作为单位犯罪的基数——单位犯罪潜在主体的 划分和集中	147
(二) 单位犯罪现象的司法现状统计	148
二、趋势与问题	149
(一) 单位犯罪总体数量持续增长	149
(二) 单位犯罪类型集中	151
(三) 单位犯罪社会危害性程度增大	152
三、分析与对策	153
(一) 单位犯罪现象成因分析	153
(二) 单位犯罪预防政策现状	156
(三) 单位犯罪预防对策	159

第六章 解构视角六：司法对于立法扬弃的反思 168

一、影响单位犯罪司法现状的因素探寻	168
(一) 单位犯罪的概念不明确	168
(二) 单位犯罪主体不妥当	171
(三) 单位犯罪刑罚体系不合理	174
二、单位犯罪司法现实的理性反思	178
(一) 单位犯罪的应然范围界定不明	179
(二) 单位犯罪中自然人的应然定位	181
(三) 定罪量刑标准不明确导致法官适法过程中解释 难度大	182

第七章 单位犯罪的重构——基于实证与思辨的双重视角 184

一、路径一：立法层面的重构方案	184
(一) 单位犯罪存在的应然范围	184
(二) 单位犯罪主体的重构	186
(三) 单位犯罪刑罚体系的完善	187
(四) 单位犯罪刑事程序的完善	189
二、路径二：司法层面的重构方案	190

(一) 当前单位犯罪存在的实然范围	190
(二) 单位犯罪行为的认定	191
(三) 单位主体变更与消灭后的刑事责任认定	192
(四) 单位犯罪未遂的成立条件	193
(五) 单位犯罪中的共同犯罪问题	194
(六) 单位犯罪的诉讼程序	196
三、我国单位犯罪重构方案的应然选择	197
(一) 单位犯罪重构的目标	197
(二) 单位犯罪重构的路径	199

附录:单位犯罪司法实证问题研究报告——以上海

2010—2012 年为样本的分析	200
-------------------------	-----

导论：

域外学说与立法模式的比较分析

世界范围法人犯罪在刑事立法上的确立已经成为了一种趋势，但是法人犯罪仍然是一个具有争议的问题。对于整个世界来说，法人犯罪立法与否及其相关理论，会随着法系的差异，国家的差异而发生分歧。所以，我国若要对单位犯罪展开深入透彻的研究，那么研究其他法系、其他国家的法人犯罪理论是十分必要的，也是有巨大意义的。我国可将对其他法系和国家该理论的研究，作为我国范围内确定立法和单位犯罪理论的参考依据。但是理论总是在不断地发展，对于国外法人犯罪的理论也在不断地更新，因此有必要对于其重新进行梳理比较。

一、英美为代表的法人犯罪学说及立法模式

（一）英国的法人犯罪学说及立法模式

在早期，法人犯罪模式和相应的刑事责任承担方式在英法法系的刑法中就得到了普遍化的规定，这是和大陆法系存在差异的地方。英国的法人概念在中世纪时期就已经非常明确，其理论主要在罗马法中社团概念的影响下诞生。尽管英国首先规定了法人犯罪，但在一开始其相应的刑事责任理论并未受到肯定，发展可谓是一波三折。法人犯罪得到承认、法人制度的出现都是 19 世纪以后的事，而在早期法人并不是刑法的规制范围。主要原因是当时并不存在法人这个概念，因此就算法人存在犯罪行为，并被提起诉讼，但这个诉讼的对象也主要是个人而非法人。这一状况直到 19 世纪中期才得到改变。英国的法人犯罪经过长久的发展，除那些少数的犯罪行为只能由自然人完成之外，其他大多数犯罪都可以对法人追究刑事责任。

1. 替代责任理论(vicarious liability)

“仆人犯错主人负责”是早期的民事侵权原则之一,是替代责任论的理论基础。^①该原则认为,法人承担刑事责任的原因,是其雇佣的仆人有了犯罪行为,而不是法人自身犯罪。这时,法人是承担了仆人的刑事责任罢了。也就是说,根据替代责任理论,假如被雇佣者,在法人雇佣范围内,实施犯罪行为,则该被雇佣者的刑事责任,就该由法人承担。该理论在客观上并不要求法人具有罪过,只要雇员犯罪就承担责任。对于雇员的要求也并不非常严格,对于其职位高低、处于什么职位并没有特殊的要求,只要是公司雇员就满足这一理论的要求。基于以上原因可见,在司法实践中,替代责任理论有着与众不同的优势,即适用性高,存在一个全面的体系来判定法人的责任,这也使判决法人犯罪变得容易许多。

依据替代责任理论,判定法人的责任时要满足两个条件:一是被法人所雇佣的雇员实施了犯罪;二是该雇员的犯罪行为在法人雇佣范围里。这两个条件在司法实践过程中并没有什么难点和异议,因此操作起来较为容易。但是这一理论也有其自有的缺陷:并不能很好地解释法人犯罪的刑事责任。第一,替代责任论对法人进行归责时,并没有阐明法人具有罪过,对其归罪具有结果主义的嫌疑。第二,在有些情形时,会导致法人的范围变小。该理论的条件之一是被法人所雇佣的雇员实施了犯罪。但如果法人是一个巨大的团体,且无法肯定实施犯罪的雇员是谁,就不能对法人进行归责。在这样的情形下,法人就可能无需承担其刑事责任,逃避了法律的制裁。

2. 同一视论(identification doctrine)

同一视论指的是,把公司里级别高地位高的雇员,看作公司的代理人,他们的犯罪行为应该被看作公司的犯罪行为。瑞德认为:“公司必须通过自然人来行为,虽然并不总是通过同一个人。因此,行为人就是代表公司去说去做。这些雇员实施的行为来自公司的指导思想,代表

① 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。

了公司，所以公司需要承担相应的责任，这是毫无疑问的。实施行为的人不仅仅是一个奴仆，而是公司对外的代表。这样说，他实施的行为其实就是公司行为的具象表达。也就是说，在其合适的范围之内，其言行均为公司的言行，其思想即为公司的思想，因此，其犯罪行为也就是公司的犯罪行为。”^①但是，对于哪些雇员才是上述包括的雇员，其能够代表公司的言行呢？瑞德并没有给出相应的意见，只是说要根据相关法律的规定。根据司法判例以及相关的司法实践来看，该雇员主要限定在法定代表人当中，包括公司的董事、经理以及监事等高级雇员。只有这些雇员的行为和犯意才能代表公司的行为和犯意。但是这在理论上具有很大的争议，在如何确定法人的犯罪意图上，出现了很多观点。首先是实际控制说，持该观点的学者认为代表公司犯意的人应该是那些实际控制公司的人。其次是董事经理说，顾名思义就是董事和经理的犯意才能代表公司的犯意。但是这一说法带来的弊端就是范围过于宽泛，是一个不明确的说法。最后是控制公司的管理者说。英国对于这一概念并没有达成一个共识。

同一视论和替代责任理论比较而言，前者并未回避法人所犯的罪行，更拥有理论上的优势。它将被法人雇佣的雇员的犯意，看法人自身的犯意。法人自身拥有犯罪意图和犯罪行为，得到了同一视论的肯定，因此能对法人进行归责处理。其弥补了替代责任论对于违反责任注意的缺点，缩小了法人犯罪可能成立的范围。

3. 集合理论(agggregation theory)

由于同一视论无法肯定法人具有犯意，因此为了解决这一问题诞生了集合理论。集合理论的观点是，如果一家公司中若干名雇员的犯行和犯意加起来，能够形成足够程度的犯行以及犯意，则就算这若干名雇员单个来看并未形成足够的犯意，雇佣这些雇员的公司依旧可能受到法院的归罪。举例来说，一个高管知道一个设备的某一部分已经出现了问题，没有达到合格标准，另一个高管知道这一设备以前在生产过程中出现过问题，还有一个高管知道该公司使用的防护服有问题而该

^① Gary Slapper, Steve Tombs: 《Corporatate Crime》, Person Education Limited, 1999: 29.

公司的员工并没有穿防护服。如果该设备在使用过程中导致了一个员工的死亡,虽然将三个高管独立看待都没有一个完成的犯意,但是集合上述三个高管各自所知道的内容,对于该公司来说就足以构成一个过失杀人罪。

集合理论受到理论界的大力支持,但在司法实务展开过程中却不尽如人意。^①由于刑法规定,无法以自然人集合的犯意为依据来判定罪责,因此这在法人犯罪中也是适用的。那么,根据目前的法律,要判决法人有罪,就得有一个可以作为法人思想代表的高级管理人员,才能判定该法人存在犯罪意图。^②

4. 相互作用理论(complementary approach)

相互作用理论来源于美国费西教授的反应责任理论。以此为依据,通过在法人刑事责任基础的政策,甚至是政策缺陷中,寻找责任根据的理论。^③不同于其他理论需要证明法人在日常运行过程中具有过失,以至于需要花费大量的资源以及时间,相互作用理论是对于特定法人造成侵害结果后的补偿政策以及救济政策或者救济的效果上来推定该法人是否具有过失。

上述四种理论均为英国法人犯罪的相关理论,就现在而言,在理论界对法人犯罪的争议仍持续不断,甚至有极少数学者对法人犯罪这一概念持否定态度,表示大众提到的法人犯罪,仅仅处罚实际实施犯罪的自然人就可以了。

英国对于法人犯罪的研究是世界上最早的,可以说法人犯罪就是英国开始规定随后再传到其他国家的,在相当早的时期,英国的立法部门就将法人犯罪纳入本国的法律。不同于现在的公司,在17世纪时期,某些英国的公司在社会公共方面具有一定的义务,比如修复公路或者桥梁等。但是在实际操作过程中有些公司为了节省人力物力并不遵循这样的义

① 在 *Rv. HM Coroner for East Kent ex p Spooner* 一案中,集合理论遭到一致的否决。根据《代理人的一般参考》(Attorney-General's Reference)1990年第2期,该案对于集合理论的否定判决得到上诉法院的支持。

② 参见[英]乔纳森·赫本:《刑法》,法律出版社2003年版,第119页。

③ 参见[日]松原久利等:《诸外国法人处罚的动向》,日本《刑法杂志》第41卷第1号。

务,这就导致英国很多路面以及桥梁年久失修,为了改变这一局面,对这些不履行的公司,法院会追究其一定的刑事责任。^①英国对于法人的责任的规定涉及的范围较为广泛,在行政法以及经济法中,对法人犯罪也有相关的规定。^②英国对于法人犯罪的规定呈现两个方面的内容,一方面将法人犯罪纳入立法,将犯罪主体的范围从自然人扩大到自然人和法人;另一方面,法人犯罪虽然纳入刑法的规制中,但是其并没有完全参照自然人犯罪,将其中的盗窃罪等只能由自然人犯罪的没有规定到法人中。从上述内容不难看出,英国对于法人犯罪的规定起步较早,对于法人犯罪的研究也具有其独有的特色:首先,对于法人犯罪最开始只能由不作为犯罪构成,但是随着理论研究的进步,将作为的行为也慢慢纳入其中,适用范围进一步扩大;其次,主观方面从原来的严格责任扩大到了一般犯罪,外延进一步扩大;最后,责任性质从替代责任发展到行为责任。

(二) 美国的法人犯罪学说及立法模式

美国的法律承袭英国,因此有关法人犯罪的规定也跟英国具有相似之处,两者都是英美法系的典型代表。通过对美国法人犯罪进行初步的研究分析之后我们不难发现,美国法人犯罪大多还是集中在经济犯罪中,与经济犯罪的关系十分密切。这一现象的出现要归功于美国刑法学家萨兰瑟所著的《白领犯罪》一书,在书中,萨兰瑟教授提出一个观点,认为白领虽然在社会上所处的阶层较高,但是其仍然可能构成犯罪。在提出这一前提后,其对于原来的白领犯罪理论进行了自我完善,认为白领犯罪主要包含五个基本要件。^③该理论一经提出,就引起广泛

① 1827年《关于进一步改善刑事案件的处罚法令》第14条就进行了相关规定:在此类刑事案件中,所谓的“人”应当包括“法人”。1889年《解释法》第2条也明确指出:在本法生效前或者生效后颁布的任何关于可诉罪或简易罪的法律中所讲的“人”,除非有相关规定,均包括法人团体在内。

② 在1968年颁布执行的《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、部长或者其他相类似的法人高级官员以及任何声称行使此种权利的人的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。

③ 这五个要件是:第一,白领的行为是犯罪行为;第二,行为人在社会上具有很高的地位;第三,行为人具有较高的社会地位;第四,行为人是在其工作的过程中实施的该行为;第五,行为人的行为侵害的客体是一种由于该行为人所在的较高的社会地位而产生的对其信任的关系。

的回响,许多在研究法人犯罪领域的学者对该理论进行讨论,由此产生的影响就是美国对于法人犯罪的研究开始不断重视并且研究得越来越深入,极大地促进了法人犯罪在理论方面的发展。在这波研究高潮中,有学者从实证角度对大量的案件进行研究,认为法人犯罪有三种主要的类型:第一类是法人对其内部的员工进行侵犯的犯罪,比如对其中的妇女给予不工作的待遇等等;第二类是法人侵害购买其产品的消费者的犯罪,比如通过广告夸大其产品没有的功能等;第三类是对社会公共集体安全的侵害,比如随意排放高污染的废水造成严重的环境污染等。^①

目前美国对于法人犯罪的理论主要有两个:上级责任理论(the doctrine of respondent superior)和同一视论。美国法院对于法人犯罪的判决其理论依据主要就是上面两个原理,但是不同的法院对于其适用哪一个原理有其不同的取向。在美国联邦法院判定法人犯罪时,主要通过上级责任理论;各州法院与联邦法院不同,认定法人犯罪时并无显著特点和偏好,其理论更显多样化。美国由于承袭与英国的法律,因此同作为英美法系的典型代表,其在法学理论中总有相似之处,在法人犯罪领域也不例外。同一视论的大致内容英美两国并无显著差异,所以美国的同一视论在本文就不过多叙述,这里主要描述的是在美国的法人犯罪理论中,和英国法人犯罪理论存在差异的上级责任理论。

美国法人犯罪领域对上级责任理论进行了广泛的运用,包括联邦法院的法人犯罪、14个州法院和1个司法特区法院的法人犯罪都使用了该原理。其他州使用的是《美国模范刑法典》中的理论。可以看到,该理论占据着法人犯罪领域的显著地位。上级责任理论是说,不管级别高低,只要该雇员能代表法人,且在其实施职务中,出于法人的利益考虑而主观地实施犯罪行为,则该代表涉及的刑事责任均归责于法人。

通过上述概念的阐述可以发现,上级责任理论主要有三个特征:第一,该代理人所实施的行为必须是违法的行为。实施违法行为是上级责任理论在适用于法人犯罪时的前提,假如该代理人并未实施犯罪行为

^① 参见[美]艾资恩:《犯罪学》,群众出版社1988年版,第312页。

为，法人犯罪也就不存在了。在这里面，代理人的范围是根据 1987 年颁布的《联邦量刑指南》里面的规定来看的，主要包括法人代表、高级管理人员、普通员工以及将法人业务外包给其他独立承包人在内的为了法人的利益而进行活动的人。在法人犯罪发展的初期，根据上级责任理论代理人的范围是确定的，就是《联邦量刑指南》规定的这几类人，而在法人犯罪不断发展的过程中，代理人包括的范围也越来越大，在司法审判时，有时无法认定具体的某个代理人，但也可以判定法人犯罪。由此可见，由当初的必须依赖代理人的状况已经开始发生改变。第二，代理人实施的违法行为是在其自身的职务或者权限范围内。与代理人范围的处境一样，随着法人犯罪的发展，这一条件也没有开始那么严格，必须严格限定在代理人的职务范围之内。根据目前美国各法院的判决来看，现在只要代理人实施的违法行为与其职务有关就可以将其归责于法人犯罪。第三，代理人出于法人的利益考虑才实施的犯罪行为。就现在的判例而言，法人如果不是被非法渠道骗取手续费的，或是被贪污的受害人，那么，代理人的行为就均符合“为了法人的利益”的特点。^①

就实质而言，上述的上级责任理论是替代责任论的一种，也就是说，它也具备替代责任论所存在的劣势。在现在的法人犯罪研究中，该劣势会被放大得更为显著。表现在对那些大型法人的犯罪进行责任追究时会碰到障碍，因为大型法人结构复杂人员众多，有时难以确定是哪些员工实施的违法行为，这就对那些本应该归责于法人的犯罪由于无法确定具体实施的员工而导致无法归责，而现在美国的企业又有向大企业发展的趋势，因此这一缺陷在目前表现得尤为突出。因此在司法实践过程中难以直接适用该原则，美国法院为了弥补这一不足，采取放宽构成要件的成立要求，包括主观上的和客观上的构成要件。比如即使公司的员工由于其行为没有罪过而免于起诉，但是其法人也可能被追究刑事责任；可以将数量较多的员工的行为进行结合，对于结合以后的总体对单位进行归责。这种完善后的上级责任理论，由于其修正了原有的缺陷，使得法院在认定单位犯罪上面变得更为简便。

① 参见[日]松原久利等：《诸外国法人处罚的动向》，日本《刑法杂志》第 41 卷第 1 号。

上级责任理论虽然承袭于替代责任论,但是其较于替代责任论又更加的灵活,避免了替代责任论在司法适用上的僵化,因此,上级责任理论的优势就体现在其司法适用性上。在司法实践中,运用上级责任理论进行归责比较容易操作并且十分有效。但是上级责任理论也有其自身的局限性,并不是一套非常完美的理论。首先,其虽然在一定程度上完善了替代责任论,但是其并没有解决替代责任论与责任主义的对立关系。其次,由于其在主观和客观方面的缓和,导致其在认定法人犯罪的范围上进行了扩大,把本不是法人犯罪的行为也规制到法人犯罪中来。最后,上级责任理论由于过分重视雇员的责任,反而忽视了法人自身的要素,阻碍了法人的自我规制。

随着美国法人犯罪领域研究的不断深入,各种新的理论层出不穷,除了上述两个主要的理论之外,具有代表性还有以下几种学说:

1. 预防的法人过错论(proactive corporate fault)

预防的法人过错论的产生是为了对替代责任论进行批判。持这一理论的学者认为,替代责任论将公司员工的责任转嫁给公司是在没有过失的情况下,这就存在很大的漏洞。因为按照如果无过失的情况下就能转嫁,那么替代责任论难以达到遏制犯罪的目的,同时与报应论的观点也相左。所以在此基础上,预防的法人过错论就认为,当公司的员工在其职务范围内实施违法犯罪行为时,如果有证据能够证明该员工所处的公司在预防本公司员工犯罪做出了合理的努力,那么这种情况下该公司就不能被认为具有过错,也就不能对其进行刑事上的归责。这一理论在替代责任论的基础上提出了一个法人“合理的努力”这一概念,因此该理论的核心就在于如何界定合理的努力。预防的法人过错论的支持者表示,“合理的努力”包括:一是法人有无就雇员犯罪行为预防而制定相关规定;二是法人有无明确地对犯罪行为进行禁止。

预防的法人过错理论一经提出,就引起了人们深刻的反思,由此对法人犯罪的相关理论发展带来了巨大的帮助,具有很高的历史地位。但是该理论也有其不足之处:由于该理论对于法人犯罪的抗辩是需要追责人去进行证明的,而追责人对于相关法人是否制定有相关措施以及是否有明确的禁止的意思表示并不知晓,想要对其进行证明具有较