

张明楷
编

刑事

疑案探究

清华大学出版社

张明楷编

⋮

刑事

疑案探究

⋮

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书在坚持刑法客观主义的立场上,秉持正义理念,以案例研讨的方式,对刑法理论颇富争论的问题,进行仔细深入的研究;既重新思考传统问题,又深入探讨新课题;既使具体个案得到妥善解决,又注意完善刑法理论;在以目的解释为指导,综合运用各种解释方法的同时,充分借鉴国外刑法理论与审判实践,将问题置于世界刑法学之林思考。主要包括:作为与不作的关系、因果关系的判断、客观归责理论、被害人承诺、故意的认定、过失的判断、中止与未遂的区分、正犯与共犯的区分、间接正犯的认定、罪数的判断、教唆与帮助自杀的性质、绑架罪的认定、信用卡犯罪的认定、诈骗罪的认定、受贿罪的认定等。

本书具有重要的实践意义与学术价值,不仅适用于司法实践,而且适合法律研习者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

刑事疑案探究 / 张明楷编. —北京:清华大学出版社,2012.7
ISBN 978-7-302-29335-4

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事犯罪—案例—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 147413 号

责任编辑:方 洁
责任校对:宋玉莲
责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮编:100084

社总机:010-62770175 邮购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:26.5 字数:405千字

版 次:2012年7月第1版

印次:2012年7月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:42.00元

产品编号:047981-01

前 言

本书收录的 22 篇案例分析论文,是清华大学法学院 2008 级和 2009 级本科生选修我开设的“刑法研讨与案例分析”课程的最终成果。

本课程采取的方式如下:在上课前,我准备了多于学生数量的疑难案例。其中,既有真实案件,也有国外教材的课堂设例,还有一些并非真实但完全可能发生的案例。第一次上课时,以抽签方式确定每位学生所要分析的案例。前几周,我就学生选定的案例逐一讲解“焦点问题”和“分析方法”。随后的十几周是案例讨论阶段。每小节课讨论一个疑难案例。首先由学生在讲台上发表自己对案例的分析意见(一般不超过 20 分钟),随后由其他学生提问、发表者回答,最后我会作一些归纳和总结,指出学生的论文初稿存在的问题与修改的要点。遗憾的是,由于时间关系,对每个案例的讨论并不十分充分。

本书所收录的论文,都由选课的学生撰写。在出版前,先由博士生王永茜、丁慧敏分别对每篇论文作了一些技术性、文字性处理。随后,我审阅了全书,既作了一些文字修改,也规范了不少注释,还删除了部分内容,但基本上没有修改论文的基本观点与处理结论(当然,不少学生在写作过程中,就案例的处理结论征求过我的意见)。尽管每篇论文都经过了学生们的反复修改,但结论不当、论证不周、表述不畅等问题依然存在于部分论文中。不过,这些疑难案例本身都具有讨论价值,编辑出版本书的主要目的,是期待读者对这些案例展开深入讨论,并对本书提出宝贵意见。

由于出版篇幅所限,部分学生的论文未能收录本书,在此,我只能向这些学生表示歉意!

张明楷

2012 年 4 月 12 日于清华明理楼

目 录

1. 单位犯罪的认定/任婕	1
2. 不真正不作为犯的探讨/杨彦威	23
3. 作为与不作为的关系/王然	48
4. 存在介入因素时因果关系的判定/马腾	70
5. 因果关系中断与抢劫致人伤亡的对象/侯嘉斌	92
6. 共犯过剩的研究/黄诗雅	107
7. 共犯错误时结果过剩的责任/杨颖琛	133
8. 片面的共同犯罪/肖瑞	155
9. 教唆、帮助自杀共犯之认定/魏青松	178
10. 故意伤害(致死)罪与虐待罪的关系/罗潇潇	198
11. 抢劫财产性利益案件的问题/冯旭	215
12. 抢劫信用卡并使用的罪数认定/陈南西	228
13. 使用欺骗手段将人和财物一并控制在行驶的交通工具上 的行为性质/李汀洁	239
14. 敲诈勒索罪与抢劫罪、绑架罪之辨析/王鑫	258
15. 盗开国有公交车的行为性质/赵书文	275
16. 盗窃欠条并出卖的行为性质/赖悦	291
17. 挂失借记卡并领取他人存款的行为性质/曹美竹	309
18. 破坏计算机信息系统并收取“审车”、“消分”费用的行为 性质/江子昂	328
19. 欺骗行为与财产损失的认定标准/陈建伟	344
20. 诈骗罪中被害人的处分意识之探讨/王博闻	362
21. 贩卖毒品罪的犯罪形态/何冰玉	376
22. 受贿罪的主体范围与既遂标准/兰潇	400



单位犯罪的认定

任 婕

一、基本案情

犯罪嫌疑人 A1,为 A 公司国际销售部经理;犯罪嫌疑人 A2,为 A 公司国际销售部业务员。

2006 年 5 月间,F(因走私制毒物品罪被判处有期徒刑五年)通过国际互联网结识了墨西哥人瑞卡多,瑞卡多让 F 帮助其在中国境内购买麻黄浸膏粉并运输出境。F 遂通过电话与 A2 取得联系,欲从 A 公司大量购买麻黄浸膏粉。A2 遂向 A1 作了汇报。为了规避国家有关易制毒化学品出口须申领出口许可证的规定,A1 经与 A2 商讨,决定以“复方减肥冲剂”的方式将麻黄浸膏粉出口墨西哥。后 A2 与 F 通过电子邮件等方式进行了多次磋商,商定以混合物的方式将麻黄浸膏粉出口墨西哥,将品名定为“绿茶减肥冲剂”,售价为每千克 14 美元,出口数量为 1000 千克。但犯罪嫌疑人 A1、A2 向 A 公司有关人员谎称对外售价为每千克 7 美元。

后 A 公司生产部门按照该公司国际销售部下达的“需货报告”，开始组织生产。后由犯罪嫌疑人 A1 主管、犯罪嫌疑人 A2 具体负责，在以 A 公司名义向某食品药品监督管理局申请办理“接受境外制药厂商委托加工药品备案”未获批准的情况下，逃避海关监管，将货品先后定为“复方减肥冲剂”、“绿茶减肥冲剂”，以 A 公司的名义，在北京首都机场海关分 7 批将共计 1075 千克含有麻黄浸膏粉的混合物（麻黄浸膏粉含量为 500 余千克）申报出口墨西哥并办结通关手续。案发后，其中 375 千克被北京海关缉私局在首都机场查获，其余已运至墨西哥的 700 千克中，有 350 千克被追回。

证据显示，A 公司法定代表人、公司其他董事以及总经理等人事先均不明知上述走私犯罪事实，而 A 公司主管生产的副总经理以及主管销售的总经理助理等人虽然知道公司为墨西哥方生产含有麻黄浸膏粉的混合物并出口的事实，但现有证据无法证实事先明知上述混合物系采用瞒报方法报关出口的具体情况，即“走私”的具体经过。

二、争议问题

本案涉及单位犯罪和职务侵占罪的认定两个问题。

关于单位犯罪的认定，首先要界定单位犯罪的主体范围，本案涉及的主要问题是，“二级单位”能否成为单位犯罪的主体？其次，案中的走私行为在性质上应为单位行为还是实施者的个人行为也有待探讨，亦即单位行为的认定标准问题。最后考虑单位犯罪的主观罪过形式，在可以证实单位法人代表、董事及总经理等负责人事先并不明知的情况下，是否仍可将违法行为归责于单位自身？

本案还存在另一个争议点，即职务侵占罪的客体的认定。犯罪嫌疑人 A1、A2 是在犯罪过程中实施的职务侵占行为，其所侵占的所谓“本单位财物”属于违法财物，那么，违法所得的“本单位财物”能否受刑法保护呢？

三、单位犯罪的认定

(一) 概说

“社团不能犯罪”(Societas Delinquere Non Potest)是罗马法的一项基本原则,在17世纪前曾经被世界上几乎所有的国家所认可。然而,“随着近代经济的发展,法人组织在整体上早已成为非常完备的经营社会生活的实体。法人在合理有效地为社会积蓄财富、创造财富的同时,为追逐超额利润而不择手段,造成人命伤亡或极大财产损失的情况也屡见不鲜。这种由于法人的业务活动而引起的行为,在犯罪学上习惯地称之为‘法人犯罪’。”^①各国历来都是依靠民事法律、行政法规或行业规范来规制法人行为的,但是,当这些规范仍不能遏制与应对法人犯罪的产生和发展时,刑事法律就必须发挥其后盾作用,以刑法规范对法人犯罪规定刑事责任以求得对法人犯罪的有效控制。

我国1979年刑法没有关于“单位犯罪”的规范,这主要是因为当时计划经济的模式下,单位尚不存在自身的独立经济利益,不存在单位犯罪现象,也就没有规制的必要。此后,随着从计划经济体制向市场经济体制的转换,尤其是企业制度的改革促使单位犯罪现象从无到有,因而,我国1987年《海关法》开单位犯罪立法之先河,^②1988年全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》中第一次以单行刑法的形式确立了单位犯罪,而1997年刑法采取总则与分则相结合的立法模式确认了单位犯罪的刑事责任,标志着我国刑法的惩治对象由个人的单一对象到单位的双重对象的进展。^③但是,直至今日,关于单位犯罪的一些基础性问题还没有得到充分说明和讨论,无论在理论研究上还是实务操作中还存在许多不足。

^① 黎宏:《单位刑事责任论》,1页,北京,清华大学出版社,2004。

^② 1987年颁布的《海关法》第47条第4款明确规定:“企业事业单位、国家机关、社会团体犯走私罪的,由司法机关对其主管人员依法追究刑事责任;对该单位判处罚金,判处没收走私货物、物品、走私工具和违法所得。”

^③ 参见陈兴良:《单位犯罪:以规范为视角的分析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2003(1)。

（二）客观构成要件

1. 单位犯罪主体的范围

在单位犯罪能力的问题上,由于受大陆法的影响,我国传统学说历来对单位犯罪持否定态度,但现行刑法的颁布实施即以立法的形式表明了肯定单位犯罪的立场。^①“从外延方面讲,我国的‘单位犯罪’不同于外国刑法中的法人犯罪或公司犯罪、企业犯罪,因为它的主体范围很宽泛,既包括法人(企业法人和非企业法人、事业单位法人、社会团体法人)犯罪,也包括非法人的企业、事业单位、社会团体、国家机关等的犯罪。”^②虽然从我国刑法明文规定上看,单位犯罪的主体是“公司、企业、事业单位、机关、团体”,但是,在司法实践中,这些概念的界定仍然不明确。本案中存在公司内部的职能部门能否作为单位犯罪主体的争议,以下笔者将探讨二级单位犯罪的问题。探讨的思路是,先解决二级单位自身能否成为单位犯罪中的“单位”。若不能,再进一步考虑二级单位所实施的符合犯罪形式的行为能否被认定为上级单位本身的行为?

“二级单位”是对具有犯罪主体资格的单位的下属单位的统称,包括两类机构:一是单位的分支机构;二是单位内部的职能部门,如本案中A公司的国际销售部和生产部。应当认为,具有独立刑事责任能力的单位才符合单位犯罪的主体条件,才可以成为单位犯罪主体的“单位”。目前,我国刑法学界一般认为,单位犯罪主体具有合法性、组织性、独立性等特征。也就是说,只有相对独立的单位才能成为单位行为的主体。最高人民法院2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》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,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没

^① 我国现行《刑法》第30条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”第31条规定:“单位犯罪的,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判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。”

^② 张文、贾爱英:《关于单位犯罪的几个问题》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版),2001(3)。

有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。”但张明楷教授认为:“不加区别地一概将单位的内设机构、部门认定为单位犯罪的主体,一方面,完全可能将普通共同犯罪认定为单位犯罪;另一方面,不考虑有无可供执行罚金的财产也会导致单位犯罪的认定丧失意义。”^①因此,判断单位是否具有相对独立性就显得相当关键。“判断时不能仅看单位有无自己的名称、机构与场所,更重要的是看其有无独立的财产与经费,有无独立的行为能力,能否以自己的名义承担责任;从处罚单位犯罪的目的与效果来看,是否独立的核算单位,乃是衡量是否相对独立单位的最重要标准。”^②本文认为,所谓“相对独立性”之“相对”,是在有权决策事项的范围内而言的,并非表明决策权行使的程度。换言之,相对于上级单位对任何事项都具有“绝对”的决策权而言,二级单位仅对部分与之相关的事项可进行独立决策;而不是说,在有权决策的事项范围内,二级单位仍然仅有不完整的决策权。以下根据二级单位的不同分类分别讨论。

(1) 分公司。二级单位中的单位分支机构包括分公司、子公司。我国《公司法》第13条第1款规定:“公司可以设立分公司,分公司不具有企业法人资格,其民事责任由公司承担。”分公司是公司的分支机构,是由总公司依法定程序设立并隶属于总公司的,具有不独立营业资格的非法人经济组织。民商法理论认为,“从一定意义上讲,分公司即是总公司的不独立的当然代理人。在分公司的经营业务致他人受损失的场合,总公司不得以未授权为理由对受损的他人的索赔请求行使抗辩权,即使分公司的某一业务活动超出了总公司的营业范围,也无例外。”^③从以上表述来看,分公司实际上相当于公司的代理人,因此,在分公司实施了犯罪行为时,如果能查明该犯罪行为是总公司决定、授意或批准的,便可认为是总公司自身的犯罪。^④但是,在总公司能够证明其已采取了最为妥善的措施来制止违法犯罪行为时,由于可以判明总公司本身不具有犯罪意图,就不能认定总公司犯罪。此时能否认定分公司犯罪呢?本文认为,

① 张明楷:《刑法学》,4版,142页,北京,法律出版社,2011。

② 张明楷:《刑法学》,4版,142页,北京,法律出版社,2011。

③ 甘培忠:《企业与公司法学》,428页,北京,北京大学出版社,1998。

④ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,261页,北京,清华大学出版社,2004。

分公司虽不具有法人资格,但单位犯罪并不要求一定是“法人”犯罪,分公司既然符合上述独立性的要求,就应当认为其具有单位犯罪主体资格,在这种情况下应当认定分公司犯罪。

(2) 子公司。我国《公司法》第 13 条第 2 款规定:“公司可以设立子公司,子公司具有企业法人资格,依法独立承担民事责任。”虽然母公司控有子公司一定比例的资本股份,或与子公司订有支配关系合同,但这并不影响子公司在法律上的独立性,其法人地位依然成立,也就当然地可以成为单位犯罪的主体。但是,“子公司对母公司而言,具有从属性,通常要执行母公司的指示,以使其业务活动符合母公司的要求和集团公司的利益,若基于这种特殊关系,应根据具体情况,按共同犯罪的情况处理。”^①

(3) 职能部门。单位的职能部门从形式上看没有自己的名称而只能附属于上级单位(如本案中的 A 公司国际销售部),机构的设置上也隶属于上级单位,其行使职权时多是以上级单位的名义,而非独立进行活动,同时,职能部门一般也不具有独立的核算单位。单位的各职能部门之间保持着一种相辅相成密不可分的关系,各自依自己的职能作为上级单位的一部分而存在,各个部门的独立程度很低。“但是,也存在个别例外情况,在当前的社会生活中,单位的内设机构也有独立对外活动的,在这种情况下,如果不将其视为单位犯罪的主体,无论是将其作为所在单位的犯罪还是个人犯罪,都有不妥之处。在这种情况下,我们主张单位的内设机构可以成为单位犯罪的主体。”^②

本案情况并不属于上述的例外。虽然 A 公司国际销售部可能在国际销售事务方面享有决定交易对象、交易方式、数量等方面的权利,但是,在工作方针、年度目标等要务方面的策划和决定仍需符合 A 公司的整体意志。案例中言及的“需货报告”体现出 A 公司各部门之间紧密的工作联系,一个对外活动的最终成立须经过内部部门的各个环节。无论是 A 公司国际销售部还是生产部门,都是作为 A 公司这个

^① 杨敦先等主编:《新刑法施行疑难问题研究与适用》,191 页,北京,中国检察出版社,1999。

^② 陈兴良:《单位犯罪:以规范为视角的分析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2003(1)。

有机组织体的一个职能部门, 附属于 A 公司而进行活动的, 它们分别负责处理不同方面的事务。因此, 无论哪个部门都不具有地位上的独立性, 不具备单位犯罪主体资格。

既然单位职能部门一般不作为单位犯罪的主体, 那么, 其所实施的具有犯罪外观的行为能否被认定为公司自身的犯罪行为呢? 如前所述, 职能部门在公司整体意志的指导下各自行使职能范围内的经营管理决策等权利, 对外以公司名义从事活动, 公司作为法律意义上的行为主体, 职能部门的职务行为应当都由公司负责, 其所实施的具有犯罪形式的行为也应当被认定公司的行为。

2. 单位行为的认定

对于自然人而言, 判断其是否应负刑事责任的依据是该人实行的事实上的行为(作为或不作为)以及行为所具备的主观要件。但是, 对于单位则无法采取这一标准, 因为单位都是通过自然人的行为来从事活动的, 并且, 只有当自然人有“放弃”的行为时单位才可能有“不作为”。因此, 认定自然人行为和认定单位行为的标准应当有所不同。

单位行为的认定在单位犯罪研究中十分重要, 正确区分一个行为属于单位行为还是自然人行为, 是认定单位犯罪或自然人犯罪的关键。概言之, 关于单位行为的认定所要解决的问题是, 如何判定什么行为以及什么成员实施的行为应认定为单位的犯罪行为。

(1) 国外的法人犯罪责任理论。英国关于法人犯罪的刑事责任理论包括替代责任理论(vicarious liability)和“另一个我论”责任理论(personal liability)。刑事替代责任来源于“仆人过错主人负责”的古老侵权赔偿法原理, 在客观上不需要有罪过。该理论认为, 法人作为一个组织严密的体系, 如果不确认法人责任则可能无法追究真正的责任人, 因此必须寻求法人犯罪的替代主体。^① 到了 20 世纪中叶, 这种追究法人代位责任的情况有了变化, 1944 年, 英国王室法院根据同一视原理(the principle of identification)——法人内的一定管理职员意图和行为在法律上是和法人自身的意图和行为是同一的——认为即便在以行为人的主观意图为必要要件的犯罪中, 法人也不是替其从

^① 参见童德华:《刑事代理责任理论介评》,载《法学评论》,2000(3)。

业人员的行为负替代责任,而是根据一定条件,对自己的行动负行为责任。从同一视原理所体现出来的、将形成法人组织的人格特征的高层管理人员(superior officer)的行为和意图(acts and state of mind)视为法人组织体自身的行为和意图,认为法人犯罪是法人组织自身实施犯罪,法人对该行为应以行为人的身份负行为责任的宗旨来看,很明显,它是法院所拟制的一种理论,但它所体现的思想,与作为成文法的解释的归结所认可的法人处罚不同,也与以各个从业人员的违法行为为基础而形成的代位或转嫁责任不一致,应当说,在这一点上它是具有划时代意义的理论。现在,同一视原理在英国的法人处罚原理中处于不可动摇的地位。^①

早期的美国判例是以上述长年形成的英国法的一般见解为基础的,也经历了和英国法中的法人处罚史相类似的过程。联邦最高法院在1909年的New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States案件中所确立的、将法人的高级管理人员或包括法人最下级成员在内的代理人在其职务范围内为了法人利益的行为和主观要素,均毫无例外地归于法人自身的上级责任原理(doctrine of respondent superior),以后被众多的联邦法院所引用,在美国,现在已成为处理以犯意为要件的法人犯罪的一般原则。另外,美国律师协会于1962年制定的《模范刑法典》中,与采用上级责任原理的联邦法院的立场相异,提倡同一视原理(identification doctrine)。据此原理,只有与法人代理人的犯罪行为有实质关系的法人董事会成员及其他高级管理人员的主观意思才能归于法人自身。尽管许多州的刑法典导入了这一原理的规定,但其中大半只是扩大了成为追究法人刑事责任基础的高级管理人员的范围,使具有管理权和其他监督权的下级从业人员也包括在内。这两种原理实质上是以法人从业人员或代理人的意思和行为为要件追究法人的绝对责任,学者们强调认为,在法人犯罪的审判中,只有在法人构成人员的行为确实反映了法人自身的意志时,法人才能对该行为负责任。近年来的代表性学说有如下四种:^②

① 参见黎宏:《单位刑事责任论》,20~21页,北京,清华大学出版社,2004。

② 参见黎宏:《单位刑事责任论》,53~66页,北京,清华大学出版社,2004。

①法人反应责任论(reactive corporate fault)认为,法人的明示或暗示的政策可以表示法人的意思乃至犯罪意图,因此,由法人组织的政策在事前或事后所体现出来的犯罪意思就是法人的策略性的犯罪意思,应根据法人对违法行为预防或善后的对策来判断法人的刑事责任;②法人文化论(corporate ethos theory)的基本主张是,在能够确认法人中存在促进法人成员的犯罪行为的法人文化时,便可认定法人的犯罪意图。^① 这里的“法人文化”包括了法人的等级结构、目标和政策、赔偿措施以及对从业人员教育监督措施等综合因素;③结构性的法人责任论(constructive corporate culpability)认为,法人的刑事责任,只有在存在法人的结构性的违法行为,并且同该违法行为相对应的法人结构性的犯罪意思同时存在的情况下,才能认定。^② 该理论试图通过对法人的构造、性质等的考察来判明法人自身的责任,并且引入以一般的、理性的法人为判断基准;^③ ④将法人的守法规则(compliance program)作为抗辩理由的见解认为,即便从业人员实施了违法行为,但在证明法人具有明确有效的守法政策,且法人从业人员的行为是违反法人政策的场合,可以据此免除法人的代位责任。^④ “这四种理论所提出的基本观念不仅可以消除上级责任原理和同一视原理所具有的不当的扩大或缩小法人刑事责任范围的弊端,更重要的是它还可以使对法人刑事责任的追究同近代刑法中所强调的自己责任(而不是替代责任)的基本理念相一致。”^⑤

在日本,历来的判例和学说均否认法人具有犯罪能力。但目前日本的学者普遍认为,在法人犯罪和处罚的问题上,法人是否具有犯罪能力已不是问题,问题在于怎样才能合理地追究法人的刑事责任。日

① See Bucy P H. Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability. Minnesota L. Rev., 1991, 75: 1121.

② See Laufer W S. Corporate Bodies and Guilty Minds. Emory L. J., 1994, 43: 682.

③ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,61页,北京,清华大学出版社,2004。

④ See Walsh C J, Pyrch A. Corporate Compliance Programs as A Defense to Criminal Liability; Can A Corporation Save Its Soul? Rutgers L. Rev., 1995, 47: 676~677.

⑤ 黎宏:《单位刑事责任论》,66页,北京,清华大学出版社,2004。

本的立法在相当广的范围内以“两罚规定”^①的形式规定了包括法人在内的业主处罚规定,即在立法上认可了法人的犯罪和处罚。现行的“两罚规定”,通常采用“法人代表人及法人或人的代理人及其他从业人员,在法人的业务及财产方面,实施了违反某某条的违法行为时,除处罚该行为人之外,对该法人或人也处以各本条所规定的罚金”的形式。^②根据“两罚规定”,为了使行为人的行为被看做法人的行为,行为人的行为必须符合以下几个条件:①该违法行为必须在外形上和一般意义上属于业主的业务,因为业主有注意、监督的义务;②该违法行为包括作为业主的业务活动的一环而实施的情况,而不仅仅局限于行为人担当的职务及与该职务有密切关系的职务范围之内,因为行为人的超出业务范围说明了业主疏于监督;③该违法行为只要在客观外形上和业主的业务有关,就可以认为行为人是在该业主的业务范围内所实施的,并不要求其具有“为了业主的利益”的主观意图。^③

日本的法人处罚几乎都是按照经济法法规及其他行政法规中所规定的业主处罚规定进行的。由于这种以行政管制为主要目的而设计的业主处罚规定在程序及实体两个方面都存在许多问题,从20世纪50年代开始,学者们从法人犯罪否定论和肯定论的立场,分别提出不同的新的法人处罚立法论。^④从法人犯罪肯定论的立场展开论述的见解中,“法人独立行为责任论”^⑤由藤木英雄教授提出,该观点认为法人自身具有犯罪能力,可以不用考虑法人代表人的主观意思而直接独立地把握法人的犯罪行为,它是完全从法人自身的犯罪的观点来把握法人犯罪的见解。只要能判定存在客观的违反义务的事实,便可以肯定法人的违反义务的行为。^⑥

① 《日本防止不正当竞争法》第5条之二:“法人的代表人或法人和个人的代理人雇用人或其他工作人员,在有关该法人或个人的业务上实施了前条的违法行为时,除了应当处罚行为人以外对该法人或个人也应科处同条所规定的罚金刑。”

② 参见黎宏:《单位刑事责任论》,74页,北京,清华大学出版社,2004。

③ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,77页,北京,清华大学出版社,2004。

④ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,93~95页,北京,清华大学出版社,2004。

⑤ 提倡这种学说的是藤木英雄教授,由于他没有给自己的学说命名,本文引用大谷实教授的提法。转引自黎宏:《单位刑事责任论》,98页,北京,清华大学出版社,2004。

⑥ 转引自黎宏:《单位刑事责任论》,98页,北京,清华大学出版社,2004。

另外,在继承法人独立性为责任论的基础上,还出现了探讨法人固有责任的所谓“企业组织体责任论”的见解。这种见解有早期见解和晚期见解之分。早期见解从根据刑法积极保护社会弱者,即居民、消费者等一般市民,免受法人企业的公害等违法活动的立场出发,关注企业活动的实际情况,认为既然企业能够以个人为中介,作为组织体而展开活动,那么,就可以认为其具有独自的意思和活动能力,因此,应当肯定企业法人的犯罪能力。按照这种见解,对于企业组织,能够在行为人之外,独立地追究其责任。晚期见解继承了早期见解所主张的法人有其自身刑事责任的基本立场,但在说理上则有了进一步的完善。如有的学者将法人行为和法人责任的判断区别开来,认为即便实施法人行为的自然人具有故意、过失,但要追究法人责任的话,仅此还不够,法人自身还必须具有实施其他合法行为的可能性。在法人尽力履行了其防止违法行为的组织制度措施的义务的场合,就可以不承担任何责任;^①还有学者以“同一视原理”为基础,认为除了将法人代表的责任认定为法人自身的责任之外,就一般从业人员的违法行为而言,还应当将不能还原为法人中的自然人的企业体系或者组织结构方面的“企业结构过失”也作为问题加以考虑,具体来说,企业如果能够证明自己妥当地采取了防止违法行为发生的守法机制,在制度上尽到了足以防止其从业人员的违法行为所必要的注意义务的时候,就可以排除对企业的过失责任的推定,免除其责任。^②

这种新的法人自身责任的见解,尽管在和传统刑法学理论如何衔接的这一点上存在问题,但可以说是值得瞩目的新见解。“因为法人等企业是作为组织体进行活动的,法人组织中的自然人的行为,同时又是组织体活动的一环,是该企业自身的活动或行为的基本要素之一,因此,在追究法人责任时,不能单独追究法人代表人、中层管理者及最底层的从业人员的行为责任或监督责任,而应将从法人代表人到最底层的所有的行为人的行为作为一个整体,并按此来把握法人的行

① 转引自黎宏:《日本刑法精义》,2版,104页,北京,法律出版社,2008。

② 转引自黎宏:《日本刑法精义》,2版,105页,北京,法律出版社,2008。

为责任。”^①法定代表人的行为当然就不用说了，“即便是大企业的分厂厂长，分公司经理，甚至是最底层的从业人员的行为，只要该行为客观上和法人的业务有关，能够看做是企业组织体活动的一环，便应看成是企业组织体自身的行为。”^②

在法国，现代刑法理论均倾向于赞成法人应负刑事责任。法国《新刑法典》第121—2条指明，法人对其“机关”或“代表”“为其利益”所实行的犯罪负刑事责任。所谓法人的“机关”是指法人的法定代表（董事长、经理管理人）以及董事会、股东大会或全体成员的全体大会；所谓“代表”是指拥有“以法人的名义”开展活动之权力（法定的权力或章程规定的权力）的自然人。“代表”可能是“唯一的总经理”（无董事长的公司内）、经理管理人、董事会的董事长，也可以是临时管理人或法定管理人。由于法律没有具体指明法人的“事实上的领导人”是否属于“法人的代表”，所以，有法国学者认为，法人的“事实上的领导人”不能使法人承担刑事责任。并且，法人的薪金雇员或职员，以及具有特别权利或得到委托授权的人，都不包括在法人的领导人之列。所以，某一工厂或车间的经理的行为就不一定会引起法人本身的刑事责任，因为，这些工厂或车间的经理仍然属于法人的薪金雇员或职员，并不具有法人代表之权力。另一方面，所谓“为其利益”，意味着“为法人的领导人”本人的利益，或者“为另一人的利益”完成的行为不会引起法人自身的刑事责任；也就是说，是“为法人的利益”或“为法人获利”而实现的行为。“获利”就意味着实现“经济上的利益”。^③

相比之下，我国在单位犯罪方面的立法规范非常简略，但是，在相关的司法解释中也确定了以单位名义和违法所得的去向为认定单位

① 转引自黎宏：《单位刑事责任论》，101页，北京，清华大学出版社，2004。

② 转引自黎宏：《单位刑事责任论》，102页，北京，清华大学出版社，2004。

③ [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，295页，北京，中国政法大学出版社，1998。