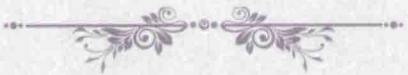


教育部人文社会科学研究青年基金项目资助



公司、企业领导人 刑事责任原理

The Basic Theory of Criminal Liability for the Leaders
in Company or Enterprise



李山河 著

南开大学出版社

教育部人文社会科学研究青年基金项目“公司、企业领导人
刑事责任研究”(08JC820005)最终成果

公司、企业领导人 刑事责任原理

The Basic Theory of Criminal Liability for the Leaders
in Company or Enterprise

李山河 著

南开大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公司、企业领导人刑事责任原理 / 李山河著. 一天
津: 南开大学出版社, 2014. 12

ISBN 978-7-310-04704-8

I. ①公… II. ①李… III. ①公司—管理人员—刑事
事责任—研究—中国 IV. ①D924.04



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第 271989 号

版权所有 侵权必究

南开大学出版社出版发行

出版人:孙克强

地址:天津市南开区卫津路 94 号 邮政编码:300071

营销部电话:(022)23508339 23500755

营销部传真:(022)23508542 邮购部电话:(022)23502200

*

河北昌黎太阳红彩色印刷有限责任公司印刷

全国各地新华书店经销

*

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

230×160 毫米 16 开本 24.375 印张 2 插页 348 千字

定价:46.00 元

如遇图书印装质量问题,请与本社营销部联系调换,电话:(022)23507125

序

卢建平*

年前拿到山河给我的一摞书稿,是他在2007年博士学位论文基础上经多年修改而成的《公司、企业领导人刑事责任原理》。作为他昔日的导师和今天的同事,重读这本书稿,实在是感慨良多。

公司制度和刑法一直是我研究和实践的领域。也许是机缘巧合或命中注定,我1979年上大学读法律就恰好赶上了新中国法治重建的时代,而在此之前,中国其实并没有太多可以称得上是法律的文本,唯一的1978年宪法因为夹带着太多的“文革”遗风而被我们冷落一旁。1979年的第五届全国人大第二次会议一下子通过了七部法律,其中的《刑法》、《刑事诉讼法》成为我今生的职业铁饭碗,而另外一部当时并不怎么被我看好的《中外合资经营企业法》竟然阴差阳错地一度成为我宝贵的金饭碗。之所以有刑法铁饭碗一说,是因为我大学毕业的时候就考了刑法专业的研究生,以后还远赴法国攻读了刑法专业的硕士与博士,回国以后虽然想法很多,也有过几次试图改行的未遂之举,但几乎都在专事刑法或刑事科学方面的教学研究与实务工作,一直到现在。而金饭碗一说的缘由在于,1988年我从法国留学归来以后,受当时改革开放大好形势的感召,特别是邓小平同志1992年南巡讲话的

* 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会理事,中国刑法学研究会副会长,国际犯罪学会理事暨中国犯罪学研究会副会长,国际刑法学协会副秘书长、执行委员暨中国分会常务副主席,兼任最高人民法院刑三庭副庭长。曾入选“全国十大杰出青年法学家”。

鼓舞，我在教学研究之余也成立过自己的律师事务所，利用外语和法律方面的优势，专业代理外商投资、国际贸易案件，不仅为数量可观的外商以及台商港商在浙江、上海一带投资兴业提供了良好的法律服务，而且也通过“在战争中学习战争”的方式学习了外商投资法、公司法、知识产权法、国际贸易法、仲裁法等刑法以外的知识，积累了较为丰富的公司法务实践经验，得到了业界比较一致的肯定，曾经受聘担任多家上市或非上市公司的独立董事、法律顾问。因为这种颇为独特的从业经历，我长期关注着公司法和刑法之间的跨学科（interdisciplinary）或跨界别（inter-professional）问题，特别是我国市场经济发展过程中愈演愈烈的各类公司企业领导人违法犯罪及其刑事责任问题。李山河当年博士论文的选题，其实就是我给他的命题。

为什么要研究公司企业领导人的刑事责任问题呢？这个选题首先来源于我的个人实践。在我为时不长的执业律师生涯和相对更长的教学研究过程中，我接触过各式各样的犯罪企业家（国企老总、外企经理、私企老板）。他们的违法犯罪情形虽然五花八门，但总体可以概括，或与他们的身份权势有关，或取决于他们的个人经历与禀性，或受制于中国经济社会发展特殊阶段的体制机制等制度因素（特别针对很多民营企业犯罪而言）；尽管主观动机和目的各异，客观上他们均违反了忠实义务、勤勉义务与社会责任。一言以蔽之，他们既违反了公司法，又触犯了刑法。但我们对于企业家犯罪的研究极为薄弱，相关知识的普及传播就更为欠缺。而在法治发达国家（自然也是经济发达、公司兴旺的国家），白领犯罪的研究也非常深入，都有一门比较成熟、十分吃香的公司刑法。中国的市场经济正在形成和发展的过程中，公司法的研究取得了一定的成就，但相对而言，公司刑法的研究仍在起步阶段，缺陷也较为明显，表现为学术研究与公司实践的脱节，以及刑法学家与公司法学家、企业家的隔阂。如果说我们的刑法学家与企业家有较多接触和交流机会的话，恐怕很不幸，都是在企业家沦为“阶下囚”的时候了。所以，当年我在浙江大学经济学院任教时，常常告诫那些前来学习经济、投资、贸易、金融等专业知识的已然成名的企业家或渴望创立宏图伟业的莘莘学子要多学习法律尤其是刑法知识，

可惜这样的提醒或者被当成了耳旁风，或者被视为恶意的诅咒和灾星而遭到拒斥。每每听闻我昔日教授过的学生或者我所熟悉的企业家锒铛入狱的消息，我的心里总是非常的内疚和感伤，觉得是我没有尽责所致。

关注公司企业领导人的刑事责任问题当然不纯粹是因为个人的职业特点或专业背景，更主要是因为这个选题的社会意义和时代意义。就我个人的见识，中国的改革开放和社会主义现代化建设事业需要企业的发展，需要大量的企业家，尤其需要一种精神，那就是企业家精神（entrepreneur spirit）。爱尔兰裔法国人理查德·坎蒂侖（Richard Cantillon, 1680~1734）最先使用了企业家（entrepreneur）这个概念，他认为，企业家的活动本质就是冒险，企业家是企业活动或社会经济活动的风险承担者。而 20 世纪伟大的经济学家熊彼特（Joseph Alois Schumpeter, 1883~1950）进一步发展了企业家理论，并将创新或“创造性破坏”（creative destruction）概括为企业家精神的核心。熊彼特认为，创新就是建立一种新的生产函数，也就是说，把一种从来没有过的关于生产要素和生产条件的新组合引入生产体系，由此实现的新组合称为企业，而以实现新组合为基本职能的人就是企业家。所谓的企业家精神，更主要地来源于个人实现的心理，具体包括：（1）建立私人王国；（2）对胜利的热情；（3）创造的喜悦；（4）坚强的意志。而阻碍企业家创新的因素有：第一是信息不充分条件下许多事情处于不可知的状态，第二是人的惰性，第三是社会环境的反作用。这种反作用首先表现为法律或政治障碍，其次是受到创新威胁的各个利益集团的反应，再次是难于找到必要的合作者，最后是难以赢得消费者和市场。企业、企业家和企业家精神在近代中国社会发展历程中的历史贡献已经得到确认（如实业救国），而其在现代中国社会转型过程中的历史地位和重要价值则有待于我们去重新发现和认识。中国的改革开放是一项前所未有的伟大事业，如果离开了企业、企业家和企业家精神，是根本无法实现的。

党的十八届三中全会做出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》部署了全方位的经济体制、政治体制、文化体制、社

会体制、生态文明体制和党的建设制度的深入改革，并强调经济体制改革是全面深化改革的重点，突出公有制经济与非公有制经济的平等地位，鼓励构建现代企业制度和公司法人治理结构，建立公平开放透明的市场规则，通过降低公司门槛等制度变革支持更多的公司成为市场竞争和经济发展的活跃主体，为社会创造更多的财富，实现公司利益、投资人利益、社会和国家利益的均衡增长。这既为中国公司企业的发展创造了前所未有的历史机遇，也为公司企业的投资人和领导层提出了前所未有的挑战。经济体制改革的核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用和更好地发挥政府作用。因此在未来中国改革的进程中，政府如何优化企业管理，如何服务好企业家这个意义非凡的社会群体，如何培育和保护企业家精神，将是一个全新的课题。而企业和企业家如何应对日渐完备的法治环境，如何适应法律责任特别是刑事责任日趋严格的形势要求，同样决定着中国企业发展乃至整个改革开放的成败。企业的未来就是中国的未来，培育以打破均衡为核心的企业家精神应该是我们的文化教育研究的重心所在，而探讨公司企业领导人的刑事责任问题也是我们法律人特别是刑法人应尽的社会责任。

李山河博士正是基于这样的历史使命，构建了一个公司企业领导人刑事责任研究的基本理论体系，创新性地将公司企业领导人违反社会责任与违反忠实义务、勤勉义务一并作为其承担刑事责任的基础，并力图打通学科藩篱，实现制度体制、刑法和公司法规范、道德伦理、文化精神的有机融合。这样的努力旨在改变刑法为“用刑之法”和打击惩罚的传统形象，强调刑法的启蒙、教化与规训的功能，突出了刑法“保障法”、“最后法”的特性和积极的一般预防作用，理当予以肯定和支持。当然，在这里也可以对本书提出一点批评意见，即对于公司企业领导人的刑事责任与民事责任、行政责任之间的关系应设专章进行探讨，以突显刑事责任的最后性。因为公司企业领导人违反忠实义务、勤勉义务及社会责任的后果首先是非刑事性的民事和行政责任，只有在严重违反上述义务、触犯刑律的情况下才可能承担刑事责任，刑法为企业或企业家的行为确定边界和最后底线。以忠实义务、勤勉

义务和社会责任为基础，以民事责任、行政责任和刑事责任为主体，由此也为企业家精神增添责任意识、守法意识的新内涵，以求实现企业家精神的再创新。

最后，我诚恳地希望本书能够成为公司企业领导人的枕边书，尤其是无数有志创业的有为青年的人生必读书，而不仅仅是一本刑法学或公司刑法研究的专著。

是为序。

卢建平

2014年元月5日于时雨园

目 录

导 论	1
一、范畴说明	1
二、选题意义	2
三、研究现状	4
四、研究方法	10
五、创新与不足之处	12
第一章 公司、企业领导人刑事责任论纲	15
第一节 公司、企业领导人刑事责任研究体系的构建思路	16
一、从对基本概念、范畴的分析中开启思路	16
二、以问题意识调整思路	25
三、从刑法立法情况检视思路	26
四、以刑法基本理论疏导思路	26
第二节 公司、企业领导人刑事责任研究体系的框架内容	27
一、忠实义务、勤勉义务、社会责任之担当是公司、企业领导人刑事责任研究的逻辑起点	27
二、忠实义务、勤勉义务、社会责任之违反是公司、企业领导人刑事责任研究的逻辑重心	28
三、忠实义务、勤勉义务、社会责任之履行与担当是公司、企业领导人刑事责任研究的逻辑终点	29
第三节 以忠实义务、勤勉义务、社会责任为中心构建研究体系的意义	30
一、科学地实现了从公司、企业刑事责任到公司、企业	

公司、企业领导人刑事责任原理

领导人刑事责任研究视角的转换·····	30
二、为公司、企业领导人刑事责任研究提供了有力的分析工具·····	31
三、能够促进公司、企业领导人刑事责任之刑法立法与刑事司法的发展·····	32
四、能够聚合多种学科的理论及知识推动公司、企业领导人刑事责任研究的发展·····	32
五、实现了法律与道德要求、制度与文化建设的密切结合·····	34
第二章 公司、企业领导人：社会角色与责任主体 ·····	36
第一节 公司、企业领导人所系属的社会组织——公司、企业·····	37
一、企业的法律形态：公司企业、独资企业和合伙企业·····	38
二、企业的所有制形态：全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业、混合所有制企业·····	44
三、公司、企业法意义上的公司、企业与刑法意义上的公司、企业·····	47
第二节 作为社会角色的公司、企业领导人——从公司、企业法层面·····	49
一、公司治理机制、结构与公司领导人的范围·····	49
二、非公司制企业治理结构及其领导人范围·····	51
三、公司、企业法层面的公司、企业领导人范围的厘定·····	52
第三节 作为刑事责任主体的公司、企业领导人——从刑法层面·····	58
一、关于公司、企业领导人主体的刑法立法·····	58
二、直接责任人员·····	60
三、公司、企业领导人中的国家工作人员·····	65
第三章 忠实义务、勤勉义务、社会责任：角色义务与刑事义务 ·····	72
第一节 公司、企业领导人角色义务之产生·····	74
一、公司、企业治理理论视野中的公司、企业领导人与	

公司、企业以及社会之关系	74
二、忠实义务、勤勉义务之产生——公司、企业领导人与公司、企业的关系	77
三、社会责任之产生——公司、企业领导人与社会的关系	81
四、作为角色义务的忠实义务、勤勉义务、社会责任之间的关系	83
第二节 公司、企业领导人的角色义务之一：忠实义务	87
一、忠实义务的含义	87
二、公司、企业法关于忠实义务的规范内容	88
第三节 公司、企业领导人的角色义务之二：勤勉义务	93
一、勤勉义务的含义	94
二、公司、企业法律法规关于勤勉义务的规范内容	95
三、勤勉义务的判断规则	98
第四节 公司、企业领导人的角色义务之三：社会责任	102
一、社会责任的概念和分类	102
二、强化公司、企业社会责任的理论依据	106
三、公司、企业法律法规关于社会责任的规范内容	107
第五节 公司、企业领导人的刑事义务与刑事责任	109
一、公司、企业领导人的刑事义务	109
二、公司、企业领导人刑事责任的分 类	112
三、公司、企业领导人刑事责任的边界	115
第四章 公司、企业领导人违反忠实义务的刑事责任	118
第一节 公司、企业领导人违反忠实义务犯罪概述	120
一、公司、企业领导人违反忠实义务犯罪的概念、特征	120
二、公司、企业领导人违反忠实义务犯罪的分类	121
三、违反忠实义务犯罪的刑法立法概况	123
第二节 违反忠实义务犯罪的共同构成特征	127
一、客观方面要件——背信的行为	128
二、客体要件	135

公司、企业领导人刑事责任原理

三、主体要件	140
四、主观方面要件	142
第三节 违反忠实义务犯罪的刑事处罚	143
一、违反忠实义务犯罪的法定刑	143
二、违反忠实义务犯罪刑事处罚的特点	144
第四节 违反忠实义务犯罪个罪问题研究	145
一、“经济受贿”刑法规范解读	145
二、背信损害上市公司利益罪辨析	153
第五章 公司、企业领导人违反勤勉义务的刑事责任	161
第一节 公司、企业领导人违反勤勉义务犯罪概述	162
一、公司、企业领导人违反勤勉义务犯罪的概念、特征	162
二、公司、企业领导人违反勤勉义务犯罪的分类	163
三、公司、企业领导人违反勤勉义务犯罪的刑法立法概况	165
第二节 违反勤勉义务犯罪的共同构成特征	170
一、客观方面要件——严重违反勤勉义务的行为	170
二、客体要件——公共安全、经济秩序	174
三、主体要件	176
四、主观方面要件——注意能力、注意义务、监督过失	178
第三节 违反勤勉义务犯罪的刑事处罚	191
一、违反勤勉义务犯罪的法定刑	191
二、违反勤勉义务犯罪刑事处罚的特点	192
第四节 违反勤勉义务犯罪个罪问题研究	193
一、监督过失视角下的交通肇事罪问题	193
二、重大责任事故罪与其他违反勤勉义务事故类犯罪的界限	198
三、签订、履行合同失职被骗罪“严重不负责任”的认定	202
四、国有公司、企业人员失职罪与相邻罪的界限	202

第六章 公司、企业领导人违反社会责任的刑事责任	204
第一节 公司、企业领导人违反社会责任犯罪概述	205
一、违反社会责任犯罪的概念、特征	205
二、违反社会责任犯罪的分类	206
三、违反社会责任犯罪的刑法立法概况	207
第二节 违反社会责任犯罪的共同构成特征	218
一、客观方面要件——严重违反社会责任的行为	218
二、客体要件——利益相关者的利益	220
三、主体要件——公司、企业与公司、企业领导人	220
四、主观要件——故意与过失	221
第三节 违反社会责任犯罪的刑事处罚	221
一、违反社会责任犯罪的法定刑	221
二、处罚原则问题	222
三、直接责任人员与自然人同等与区分处罚问题	224
第四节 违反社会责任犯罪个罪问题研究	226
一、社会责任强化与假冒伪劣犯罪惩防	226
二、生态文明建设与环境犯罪惩防	230
三、公司、企业资本制度与公司、企业领导人资本犯罪	236
四、信息披露制度与违规披露、不披露重要信息罪	239
五、税收犯罪问题	243
第七章 公司、企业领导人的刑事责任与公司、企业的刑事责任	249
第一节 公司、企业领导人的刑事责任与公司、企业的刑事 责任界分的基础	251
第二节 公司、企业领导人的刑事责任与公司、企业的刑事 责任界分的关键点	252
第三节 公司企业领导人的刑事责任与公司、企业的刑事责 任界分的理论争议	254
一、争议观点	254
二、公司、企业意志的判断	256
第四节 公司、企业领导人的刑事责任与公司、企业的刑事	

公司、企业领导人刑事责任原理

责任界分的具体问题	261
一、单位犯罪主体资格否认下的公司、企业刑事责任与 公司、企业领导人刑事责任	261
二、一人公司中的公司刑事责任与公司领导人刑事责任	263
三、单位实施只能由自然人构成之犯罪情形下的公司、 企业刑事责任与公司、企业领导人刑事责任	265
第八章 公司、企业领导人的刑事责任与刑事政策	274
第一节 刑法谦抑精神的坚守	276
第二节 宽严相济刑事政策的贯彻	279
第三节 政企治理的刑事政策意义	282
一、公司、企业内部治理机制的问题与改进	283
二、公司、企业外部政商关系的异化与改进	285
第四节 以人为本的刑事政策意义	294
一、尊重敬畏生命, 严格限制并最终废除公司、企业领 导人违反自身义务犯罪的死刑	294
二、重视具有人道性且具针对性、有效性的刑事手段的 运用	297
三、大力促进刑罚的人道化改革	297
第五节 社会正义的刑事政策意义	299
一、追缴犯罪所得, 挽回被害人损失	300
二、关注刑事损害赔偿或者补偿, 补偿被害人损害	301
三、搞好社会正义的制度建设	303
第九章 公司、企业领导人刑事责任之完善	305
第一节 公司、企业领导人刑事责任完善的意义	306
一、刑法与公司、企业等法律之间存在不协调之处	306
二、公司、企业领导人犯罪刑法立法本身存在漏洞	308
三、存在不平等保护的问题	308
四、公司、企业领导人犯罪的惩治力度、方式等存在问 题	309
第二节 公司、企业领导人刑事责任完善的原则	313

一、协调性原则	313
二、严密性原则	314
三、平等性原则	317
四、合理性原则	317
五、文明人道原则	319
第三节 公司、企业领导人刑事责任的立法完善	319
一、严密法网, 设置公司、企业人员背信罪与公司、企业人员失职罪	320
二、进一步修改完善其他公司、企业领导人违反义务犯罪的刑法立法	326
三、刑罚种类完善	331
四、刑罚强度完善	331
第四节 公司、企业领导人刑事责任的司法完善	335
一、刑事司法应自觉运用忠实义务、勤勉义务、社会责任相关理论	335
二、刑事司法应重视与把握现代公司、企业治理的知识、理念与实际运行的情况	336
三、刑事司法应重视经济规律, 善待正常的经济活动	337
四、刑事司法应切实保障公司、企业领导人人权	337
结语 忠实义务、勤勉义务、社会责任之担当	339
参考文献	341
永远地抒写“人”——代后记	366

导 论

一、范畴说明

“企业”：本书在广狭两义上使用“企业”的概念。狭义的“企业”是指除公司形式之外的营利性组织。广义的企业是包含了公司以及狭义的企业在内的概念。

“公司、企业领导人”^①：是指在公司、企业中处于领导职位、行使领导职权的人员。从公司、企业法律规范与理论分析，公司、企业领导人的范围包括公司或企业董事、监事、高级管理人员、厂长、副厂长、财务负责人、发起人、实际行使经营管理职权的控股股东或实际控制人。由于公司法强调公司自治原则，其高级管理人员还可以是除法律规定之外的公司章程规定的人员，这就需要在认定高级管理人员时结合公司的章程加以认定。一般来讲，董事长助理、总经理助理、部门经理、总法律顾问、总会计师等，都可以是公司、企业章程载明

① “公司、企业领导人”本身有不同的称谓，我国台湾地区公司、企业法学界称“受任人”，我国大陆地区学界有称为“负责人”的，有称为“高管”的，也有称“企业家”的，就称谓问题，笔者曾向王保树教授当面请教，他倾向于“负责人”的称谓。考虑到中国的语境等因素，笔者暂时仍采用“公司、企业领导人”的称谓。

的公司、企业领导人。另外，在中国，公司、企业中遍布中共组织，^①从现代公司、企业治理机制角度，在公司、企业法层面，笔者虽不赞成其作为公司、企业领导人，但在刑法层面又不否认许多情况下使其作为公司、企业领导人刑事责任主体的合理性。

“刑事责任”：是指行为人因为违反刑事义务而须承担的刑法上的不利后果，即须承担犯罪的否定性评价以及刑事处罚的惩罚性后果，是涵括了犯罪、刑罚等范畴从而构成这些范畴上位概念的一个范畴，而犯罪、犯罪人、刑罚、量刑、行刑等概念则是刑事责任的下位概念。^②

“公司、企业领导人刑事责任”：是指公司、企业领导人因其违反作为该类人员所应负的职责和义务的行为而须承担的刑法上的不利后果，即须承担因严重违反忠实义务、勤勉义务和社会责任而为刑法所规定的犯罪与刑罚的否定性评价和负担。

二、选题意义

公司、企业领导人是现代社会的一个重要群体。这一群体之所以重要，首先源自于公司、企业领导人所系属的组织——公司、企业在现代社会的重要性。“现代公司”是一种巨型商事企业，它是权力库，是我们所处的社会中非政府性权力的最大中心。^③“公司本身是一种举足轻重的政治机构，因为在这些公司内部，就像在一个正常的民主环境下所可能做到的那样，人们相互服从并服务于共同的目标；此外，从公司经常地在某种程度上参与国家政治活动而言，公司已具有政治

① 截止到2012年底，中国公有制企业党组织覆盖面达到99.98%；147.5万个非公有制企业建立党组织，占具备建立党组织条件的非公有制企业数的99.95%。参见《中共党员总数突破8500万名》，载《京华时报》2013年7月1日第6版。

② 有研究者认为，刑法在法律体系中处于保障法的地位，其基本价值在于归责和制裁，因此与其说刑法是犯罪法或刑罚法，不如说是刑事责任法，刑事责任是刑法的核心概念。参见徐启明：《法人刑事责任研究》，吉林大学2010年博士学位论文，第4页。

③ Regulation at p3. The Free Press. 1984，转引自梅慎实著：《现代公司治理结构规范运作论》（修订版），中国法制出版社2002年版，第112页。