

Criminal Law and Criminal Justice

刑法与刑事司法



2013年第1卷

总第2卷

感谢语 / 李晓明

刑事法学教授论坛

论我国公司犯罪立法中资格刑的完善 / 陈泽宪 周维明

中国社区矫正立法若干问题探讨 / 吴宗宪

刑罚及其特质 / [英]William Wilson 谢望原 罗灿 王波译

交通肇事罪相关问题研究 / 张天虹

“期待可能性”批判 / 张成敏

论不真正作为犯的保证人地位 / [德]贝恩德·许内曼 陈晰译

共谋共同正犯 / [日]松宫孝明 孙文译

刑事司法界

台湾组织犯罪实体面及其侦查策略之探讨 / 郑林在

暗夜中的哭声 / 刘磊

试论沉默权在职务犯罪刑事诉讼中的例外 / 缪军

论检察官参与未成年人刑事案件社会调查之进路

/ 薛培 杨辉刚

我国未成年人司法保护制度的再研究 / 武汝廷

刍议逮捕必要性审查机制 / 汪薇

新刑事诉讼法和解制度的若干问题思考 / 谭文元

【刑事司法界风采录】

苏州市相城区人民检察院 / 《刑法与刑事司法》编辑部

常州市中级人民法院 / 《刑法与刑事司法》编辑部

《刑法与刑事司法》编辑部

刑事法·科学·文化

【CLCJ笔谈&死刑自由谈】

质疑废死论的废死论也是一种学术可能（笔谈案语） / 张成敏

基于渐进决策模式：死刑政策的分析与展望（特约） / 党建军

倡导人性宽容是废除死刑的根本途径 / 熊红文

多元视角下的死刑的逐步废止 / 杨盛达

死还是缓死，这是个问题 / 陈长均

死刑的边际效益考量 / 张训

死刑观：本是同根生 相煎在何处？ / 王怡

我国死刑执行平等的困境 / 吴情树

从“被害者学”运动的发展审视我国死刑废止 / 蒋寻

个罪与实体法

冒名骗赔行为的定性 / 杨俊

从刑法教义学的视角反思和重构我国的规则观 / 何群

非数额型盗窃行为的解读 / 邓毅丞 李勇

【金融犯罪专题】

民间金融规范发展的法制原则 / 吴弘

论非法吸收公众存款罪中“公众”的范围 / 孙万怀 王鲁峰

民间融资涉罪行为刑事控制实践反思与规则完善建议

/ 张建 谢杰

国际刑法与区际刑法

重罪而非轻罪：关系对不安全食品生产的遏制

ia Steinzor 朱嘉璐译

urity and Cyber Crimes in China: Data and Trends

ig



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Criminal Law and Criminal Justice

刑法与刑事司法



2013年第1卷

总第2卷

《刑法与刑事司法》编辑部



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法与刑事司法. 2013 年. 第 1 卷: 总第 2 卷/李晓
明主编. —北京: 法律出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5662 - 3

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑法—研究—中国②刑
事诉讼法—研究—中国 IV. ①D924. 04②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 272735 号

刑法与刑事司法(2013 年第 1 卷·总第 2 卷)

李晓明 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2013 年 12 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印刷厂

印张 19.25 字数 491 千
印次 2013 年 12 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5662 - 3

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编：李晓明

副 主 编：张成敏

编 务：朱 壹

网络编务：陈培培

英文翻译：朱嘉珺

英文审校：焦艳鹏

编辑部地址

苏州市十梓街1号

苏州大学王健法学院 (215006)

Kenneth Wang Law School,

Soochow University

编辑部电子信箱

clcj99@163.com

编辑部官方博客：

<http://clcj.fyfz.cn/>

感谢语

《刑法与刑事司法》自去年发刊以来,得到了许多同行和社会上的大力支持!在此对这些朋友、同仁及许多无名英雄们表示由衷的感谢!

说实话,为这个刊物我们筹备了近五年的时间。记得刚从美国回来时,我同我的同事李洪欣老师在一次学院组织的游园活动中提及此事,又同后来调入中国人民大学的李立众老师进行交流,以及和张成敏教授的具体谋划,均得到了他们的赞许、认同和鼎力支持。之后的几年由于种种原因,虽然一直没能付诸实施,但我们自始至终没有放弃。加之后来新调来几位同事的帮助,特别是彭文华教授、钱叶六教授的新近调入,不仅对我们刚刚立足的刑法学二级学科博士点是一个重要支撑,更是对我们这支刑事法律与刑事科学研究队伍及力量的充实和加强。彭文华教授自去年就开始参与对此项筹备工作,钱叶六教授去年下半年报到后更是利用自己在学界广泛结识和交往,百忙之中抽出时间联系同仁和参与,并受到大家的一致赞许。2010级、2011级刑法点和刑事诉讼法点的硕士研究生,2010级和2011级的博士生和博士后研究人员等,特别是朱壹、陈培培、朱嘉璐、帅红兰等,都是广泛参与、努力工作!

作为一个定期连续刊物的发行,在这里我要感谢很多的人。首先感谢为刊物的筹备与出版予以鼎力支持的无锡市开发区人民检察院和苏州市相城区人民检察院,是他们的真诚合作和远见卓识为学界的同仁和司法实务的同事们提供了这一平台和接下来的精神美餐。接下来要感谢长此既往大力支持我们刑法学和刑事诉讼法学学科建设的最高人民法院刑事审判庭和政策研究室的同仁们、最高人民检察院各有关刑事检察业务部门的同仁们、公安部各有关司局的同仁们、司法部司法研究所(研究室)的同仁们!感谢全国高校刑事法学和刑事科学学科的同仁们!感谢全国省、市、自治区及各级地市县的公、检、法、司、政法委和法学会等业务和工作上的大力支持!感谢江苏省及各级地市县的公、检、法、司、政法委和法学会等业务和工作上的大力支持!特别感谢张家港市法院、太仓市检察院、原平江区检察院、射阳县检察院等基层院的长期业务合作与支持!

同时,我们也借此机会再次感谢中国法学会、中国刑法学研究会、中国犯罪学研究会、中国社会科学院法学研究所、中国人民大学刑事法律科学研究中心、中国政法大学刑事司法学院、北京师范大学刑事法律科学研究院、北京大学法学院、清华大学法学院、复旦大学法学院、厦门大学法学院、华东政法大学法学院、西南政法大学法学院、西北政法大学法学院、四川大学法学院、四川省社科院法学研究所、重庆大学法学院、中国青年政治学院法律系、南京大学法学院、河海大学法学院、上海政法学院、湖南商学院法学院、长沙理工大学文法学院、广西民族大学法学院、广西政法管理干部学院、扬州大学法学院、河北大学法学院、河北经贸大学法学院、河北政法职业学院,以及《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》、《法学》、《法律科学》、《法学家》、《现代法学》、《法商研究》、《法律评

论》、《当代法学》、《政法论坛》、《中国刑事法杂志》《刑法论丛》、《刑事法评论》、《河北法学》、《法治研究》、《东吴法学》和《苏州大学学报》等国内刊物的关心与技术支持! 特别感谢多年来法律出版社、清华大学出版社、中国人民公安大学出版社及人大复印资料编辑部等的大力支持! 感谢苏州大学领导及各职能部门、社会学院、管理学院、商学院、法学院及刑事司法研究中心等领导和同事们长此既往的大力支持!

《刑法和刑事司法》主编:李晓明

2013年10月1日

目 录

感谢语	李晓明(1)
-----------	----------

刑事法学教授论坛

论我国公司犯罪立法中资格刑的完善	陈泽宪 周维明(1)
中国社区矫正立法若干问题探讨	吴宗宪(10)
刑罚及其特质	[英] William Wilson 文 谢望原 罗 灿 王 波译(19)
交通肇事罪相关问题研究	张天虹(42)
“期待可能性”批判	张成敏(51)
论不真正作为犯的保证人地位	[德] 贝恩德·许内曼文 陈 晰译(60)
共谋共同正犯	[日] 松宫孝明文 孙 文译(76)

个罪与实体法

冒名骗赔行为的定性	杨 俊(87)
从刑法教义学的视角反思和重构我国的规则观	何 群(99)
非数额型盗窃行为的解读	邓毅丞 李 勇(108)

【金融犯罪专题】

民间金融规范发展的法制原则	吴 弘(116)
论非法吸收公众存款罪中“公众”的范围	孙万怀 王鲁峰(126)
民间融资涉罪行为刑事控制实践反思与规则完善建议	张 建 谢 杰(135)

刑事司法界

台湾组织犯罪实体面及其侦查策略之探讨	郑林在(144)
暗夜中的哭声	刘 磊(163)
试论沉默权在职务犯罪刑事诉讼中的例外	缪 军(167)
论检察官参与未成年人刑事案件社会调查之进路	薛 培 杨辉刚(174)
我国未成年人司法保护制度的再研究	武汝廷(187)
刍议逮捕必要性审查机制	汪 薇(203)
新刑法刑事和解制度的若干问题思考	谭文元(210)

【刑事司法界风采录】

苏州市相城区人民检察院	CLCJ 编辑部(216)
常州市中级人民法院	CLCJ 编辑部(218)

刑事法·科学·文化

【CLCJ 笔谈 & 死刑自由谈】

质疑废死论的废死论也是一种学术可能(笔谈案语) 张成敏(220)

基于渐进决策模式:死刑政策的分析与展望(特约作者)..... 党建军(225)

倡导人性宽容是废除死刑的根本途径 熊红文(237)

多元视角下的死刑的逐步废止 杨盛达(239)

死还是缓死,这是个问题 陈长均(242)

死刑的边际效益考量 张 训(245)

死刑观:本是同根生 相煎在何处? 王 恰(247)

我国死刑执行平等的困境 吴情树(251)

从“被害者学”运动的发展审视我国死刑废止 蒋 寻(254)

国际刑法与区际刑法

重罪而非轻罪:关系对不安全食品生产的遏制 [美]Rena Steinzor 文 朱嘉璐译(258)

Internet Security and Cyber Crimes in China:Data and Trends Guo Jing(275)

稿约 (287)

English Translation of Abstract and Keywords of Paper CLCJ 编辑部(288)

Contents

Gratitude	Li Xiaoming(1)
-----------------	------------------

The Criminal Law Professors' Forum

On Perfecting Qualification Penalty of the Corporate Crime in China's Penal Code	Chen Zexian,Zhou Weiming(1)
Issues of the Legislation of Community Correction in China	Wu Zongxian(10)
The Penalty and the Feature	William Wilson/Translator;Xie Wangyuan,Luo Can,Wang Bo(19)
Research on Traffic Accident Crimes	Zhang Tianhong(42)
The Critique of the "Anticipated Possibility"	Zhang Chengmin(51)
About the Status of the Guarantor of the Unreal Omission Crime	Bernd Schünemann/Translator;Chen Xi(60)
Plotting Co-Principals	Takaaki Matsumiya/Translator;Sun Wen(76)

Crimes and Substantive Law

Determine the Nature of Impersonation Swindle	Yang Jun(87)
The Reflection and Reconstruction of the Conception of Rules of Our Country from the Viewpoint of Criminal Law Dogmatics	He Qun(99)
Research on Larceny of Non-Amount Type	Deng Yicheng,Li Yong(108)
[Special Subject on Financial Crime]	
The Legal Principle of the Normative Development of Private Financing	Wu Hong(116)
The Scope of the "Public" in the Crime of Illegal Absorbing Public Deposits	Sun Wanhui,Wang Lufeng(126)
Reflection on the Practice of Controls of Private Financing Conducts Suspected to Be Crimes and Suggestions of Improving the Rules	Zhang Jian,Xie Jie(135)

Criminal Justice Circle

Inquire into the Subject of the Organized Crime in Taiwan and the Investigation Strategy	Zheng Linzai(144)
A Cry in the Dark	Liu Lei(163)
A Tentative Study on the Exception of the Right to Silence in the Proceedings of	

Duty Crimes	Miao Jun(167)
The Way of Prosecutors Involved in the Social Surveys of Juvenile Criminal Cases	Xue Pei, Yang Huigang(174)
A Restudy on the Judicial Protection of Minors System	Wu Ruting(187)
A Rustic Opinion of the Review Mechanism of Arrest Necessity	Wang Wei(203)
The Considerations about the Criminal Mediation System under the New Criminal Procedure Law	Tan Wen Yuan(210)
[Elegance in the Criminal Justice Circles]	
The People Procuratorate of Suzhou Xiangcheng Zone	The Editorial Department of CLCJ(216)
Chang Zhou Intermediate People's Court	The Editorial Department of CLCJ(218)

Criminal Law · Science · Culture

[Writings of CLCJ & The Free Topic of Death Penalty]

There is an Academic Possibility to Advocate Abolishing Death Penalty by Questioning Other Arguments of Abolishing Death Penalty	Zhang Chengmin(220)
Based on the Gradual Decision Model: The Analysis and Prospect of the Death Penalty Policy (Contributing authors)	Dang Jianjun(225)
Advocating Human Leniency is the Fundamental Solution to Abolish the Death Penalty	Xiong Hongwen(237)
The Steady Abolition of the Death Penalty in the Multi-perspectives	Yang Shengda(239)
Death or Postponed Death is a Question	Chen Changjun(242)
The Marginal Benefit Consideration of the Death Penalty	Zhang xun(245)
The Views on the Death Penalty: Born in the Same Root, Where to Fight against Each Other?	Wang Qia(247)
The Dilemma of Equality in Executions in China	Wu Qingshu(251)
The Study on the Abolition of the Death Penalty from the Progress of the Victimology Activity	Jiang Xun(254)

International Criminal Law and Interregional Criminal Law

High Crimes, Not Misdemeanors: Deterring the Production of Unsafe Food	Rena Steinzor/Translator: Zhu Jiajun (258)
Internet Security and Cyber Crimes in China: Data and Trends	Guo Jing(275)
Notice To Contributors	(287)
English Translation of Abstract and Keywords of Paper	The Editorial Department of CLCJ(288)

论我国公司犯罪立法中资格刑的完善

陈泽宪 中国社会科学院国际法研究所所长、研究员，
中国刑法学研究会常务副会长

周维明 中国社会科学院研究生院法学系博士研究生

摘 要

我国1997年刑法典虽然承认公司能够成为刑事责任的主体,并针对公司犯罪确立了双罚制,但限制或剥夺公司再犯能力的资格刑却极不完善。本文在分析我国1997年刑法典有关公司犯罪的立法的内容和模式的基础上,指出了其在资格刑方面存在的缺陷与不足;并在论证针对公司犯罪设置新的资格刑的合理性基础上,提出借鉴大陆法系国家尤其是法国的立法经验,进一步完善公司犯罪刑事责任规定的

关键词

刑法 公司犯罪 资格刑

目次

- 一、绪论
- 二、我国1997年刑法典中公司犯罪的立法内容和模式
- 三、1997年刑法典有关公司犯罪的立法的缺陷
- 四、我国法律中类似资格刑的措施尚不足弥补资格刑不完善的缺陷
- 五、在我国刑法典中针对公司犯罪创设新的资格刑的必要性
- 六、大陆法系的立法经验对我国的启示
- 七、完善我国公司犯罪立法中资格刑的具体构思

一、绪论

在现代市场经济社会中,企业既是市场经营的主体,又是市场经济发展的基础;而公司则是最适应市场经济发展的典型的企业形态。^① 对公司在现代市场经济中的地位和作用,无论做何种褒扬均不过分。然而,作为公司这一经济现象的副产品——公司犯罪,也如附骨之蛆一般挥之不去。公司犯罪不仅使公司这一市场经济最重要的主体的组织性质异化,而且对国家和社会危害之烈,远胜一般的自然人犯罪。在经济全球化的背景下,公司犯罪更是呈现出跨国性和国际化的新特点,腐蚀着全世界的政治和市场。^② 公司犯罪已经成为普遍困扰现代世界各国的一种犯罪现象,对我国法制也提出了严重的挑战。因此,如何有效地预防和抑制公司犯罪,保障我国社会

① 参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》(第3版),社会科学文献出版社2006年版,第34页。

② See Jeffrey D. Sachs, The Global Economy's Corporate Crime Wave, <http://www.project-syndicate.org/commentary/the-global-economy-s-corporate-crime-wave>.

市场经济的正常运行,已经成为中国法制理论与实践所面临的一项重大而艰巨的任务。^①

二、我国1997年刑法典中公司犯罪的立法内容和模式

(一)1997年刑法典颁行前公司犯罪立法概览

我国1979年刑法典并没有涉及公司犯罪,在刑法分则所规定的犯罪中,只追究直接责任人员的刑事责任。^②这主要是因为,公司犯罪是作为商品经济单位的公司的特殊利益与社会整体利益发生冲突或破裂的产物。^③而在当时的计划经济模式下,公司的经营自主权在很大程度上受到限制,往往沦为行政权的附庸,没有或很少有自己独立的经济利益,因此公司犯罪并不十分突出。但随着我国经济体制由计划经济向市场经济体制的转换,国有企业有了更大的经营自主权,非国有的公司也如雨后天春笋般不断涌现,公司开始有了自身的特殊利益。在此种社会经济结构变迁和社会利益分配调整的时代背景下,公司犯罪开始大量涌现。为应对这种新的犯罪现象,1987年《海关法》首开公司犯罪立法之先河,明确规定了对包括公司犯罪在内的单位犯罪主体判处罚金,对直接责任人员判处刑罚的双罚制。^④1988年全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》则第一次以单行刑法的形式确立了此类单位犯罪。^⑤此后,由于公司犯罪等单位犯罪的情形越来越多,我国不得不以单行刑法与附属刑法的形式对其继续加以应对,至1997年刑法典颁

① 参见陈泽宪主编:《新刑法单位犯罪的认定与处罚——法人犯罪新论》,中国检察出版社1997年版,前言第1页。

② 如1979年《刑法》第121条规定:“违反税收法规,偷税、抗税,情节严重的,除按照税收法规补税并且可以罚款外,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役。”

③ 参见阴家宝主编:《新中国犯罪学研究综述:1949—1995》,中国民主法制出版社1997年版,第175页。

④ 1987年《海关法》第47条规定:“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和直接责任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、走私运输工具和违法所得。”

⑤ 1988年全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》第5条规定:“企业事业单位、机关、团体走私本规定第一条至第三条规定的货物、物品的,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,依照本规定对个人犯走私罪的规定处罚。企业事业单位、机关、团体走私本规定第一条至第三条规定以外的货物、物品,价值在三十万元以上的,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;情节特别严重,使国家利益遭受重大损失的,处五年以上十年以下有期徒刑。”第9条又规定:“全民所有制、集体所有制企业事业单位、机关、团体违反外汇管理法规,在境外取得的外汇,应该调回境内而不调回,或者不存入国家指定的银行,或者把境内的外汇非法转移到境外,或者把国家拨给的外汇非法出售牟利的,由外汇管理机关依照外汇管理法规强制收兑外汇、没收违法所得,可以并处罚款,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分;情节严重的,除依照外汇管理法规强制收兑外汇、没收违法所得外,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。”

行前,此类刑事法规总计达13部之多。^①这一应对模式虽说能及时有效应对公司犯罪的新发展,但是其最大的问题在于突破了1979年刑法典公司不构成犯罪主体的规定,引起了其是否有超越立法权的限制的嫌疑。^②有关公司犯罪的理论和实践,刑法典与单行刑法和附属刑法之间的冲突迫使刑法典在1997年修订时不得不加以应对,作出合乎时代潮流和形势发展需要的规定。

(二)1997年刑法典有关公司犯罪的立法内容与模式

通说认为,我国1997年刑法典对公司犯罪采取了总则和分则相结合的立法模式,规定了公司犯罪的概念、处罚原则、构成要件与法定刑。^③

(1)刑法总则中关于公司犯罪的规定

1997年刑法典的总则第30条规定了公司犯罪:“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条规定了公司犯罪的刑事法律后果,确立了双罚制的原则:“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)刑法分则中关于公司犯罪的规定

据学者研究,1997年刑法典中公司犯罪的内容表现出两方面的特征:一是广泛性,公司犯罪的范围几乎遍及刑法分则的各章各节,罪名达120多个,罪过形式既包括故意又包括过失,以故意为主,过失为例外;二是集中性,即刑法分则中关于公司犯罪的规定主要集中在破坏社会主义市场经济秩序罪和妨害社会管理秩序罪这两章中。^④

(3)评价

1997年刑法典对公司犯罪采用了总则和分则相结合的立法模式:一方面,在刑法总则中设置公司犯罪的共通性条款,规定公司犯罪的一般概念、原则和刑罚机制;另一方面,又在刑法分则中规定了各种类型的公司犯罪的具体构成要件与法定刑。这比起之前的立法论争中所主张的总则说、分则说、二元刑法说等模式来,更为贴近我国当时社会经济发展的实际情况,可以看作我国刑事立法的一大进步。但是,1997年刑法典关于公司犯罪的立法仍有重大缺陷,随着我国社会主义市场经济的进一步发展,这种缺陷就显得

^① 这13部单行刑法分别为:全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》(1988年1月21日)、全国人大常委会《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》(1988年1月21日)、全国人大常委会《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》(1990年12月28日)、全国人大常委会《关于禁毒的决定》(1990年12月28日)、全国人大常委会《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》(1992年9月4日)、全国人大常委会《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》(1993年2月22日)、全国人大常委会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》(1993年7月2日)、全国人大常委会《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》(1994年3月5日)、全国人大常委会《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》(1994年7月5日)、全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(1995年2月28日)、全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(1995年6月30日)、全国人大常委会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》(1995年10月30日)、全国人大常委会通过的《固体废物污染环境防治法》(1995年10月30日)。

^② 参见蒋熙辉:《单位犯罪刑事责任探究与认定》,人民法院出版社2005年版,第178页。

^③ 同上,第190页。

^④ 同上,第203页。

更为突出,亟须弥补。

三、1997年刑法典有关公司犯罪的立法的缺陷

1997年刑法典有关公司犯罪的立法的缺陷,突出表现在资格刑的不完善。

我国1997年刑法典对于公司犯罪的处罚原则采取了双罚制,即对公司判处罚金,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,但并没有对其营业资格作出任何规定。因此,根据法治国的法律保留原则(*der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts*),司法机关无权对犯罪的公司及其直接责任人员的营业资格作出任何刑罚意义上的处分。^①

因此,1997年刑法典对于公司犯罪的处罚原则至少在客观上是基于后瞻性而不是前瞻性的,即偏重于报应而不是预防。公司虽然被处罚金,直接责任人员虽然被判处刑罚,但是公司却能继续存在,其法人资格并没有被否定,某些与犯罪有关的权利并没有受到限制和剥夺,直接责任人员刑满释放后还能重操旧业,公司的特殊经济利益与社会整体之间的冲突和破裂在很大程度上继续存在,甚至还可能因为巨额的罚金而进一步激化,难保公司不再走上犯罪道路。

危害食品安全犯罪就是典型的例子。食品安全事关国计民生,理应对食品安全犯罪进行有效预防和控制。但是1997年刑法典对危害食品安全犯罪并没有规定特殊的资格刑。可适用于实施了危害食品安全犯罪的犯罪人的,也仅仅有剥夺政治权利一种而已,况且,带有浓厚政治色彩的剥夺政治权利对带有浓厚经济利益色彩的危害食品安全犯罪来说并不具有针对性,对实施危害食品安全犯罪的公司更是束手无策,这就严重削弱了刑法在防治危害食品安全犯罪中的作用,淡化了刑罚的法律效果与社会效果的统一。结果就是危害食品安全犯罪屡禁不止甚至愈演愈烈,大案要案层出不穷,社会反应强烈,严重动摇了公众对食品安全的法治保障的信心。

资格刑在我国刑罚体系中属于附加刑,长期以来一直不受重视,因此,资格刑在公司犯罪的立法中很不完善,具体而言:

(1) 适用形式过于单一

我国1997年刑法典的资格刑只有剥夺政治权利一种,而且在刑罚结构中仅处于附加刑的地位,相对他国而言,比较落后,^②在应对公司犯罪方面更是软弱无力。理由很简单:剥夺政治权利带有浓厚的政治色彩,这对以经济犯罪为特性的公司犯罪来说不相适应,说得通俗一点就是驴唇不对马嘴。资格刑适用形式过于单一的后果就是对快速涌现的各类公司犯罪以及再犯有心无力,不能充分发挥防治的社会效果。

(2) 缺乏针对性

公司犯罪在本质上体现为公司的特殊利益与社会整体利益之间的冲突,带有浓厚的经济利益性质。而剥夺政治权利这一我国1997年刑法典仅有的资格刑却着眼于参加国家管理和政治活动权利,带有浓厚的政治色彩。况且,剥夺政治权利只能适用于自然人

^① Vgl. Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Mohr Siebeck, 1997, 107ff.

^② 参见曲伶俐主编:《刑事法治与人权保障》,中国法制出版社2006年版,第91页。

而不能适用于作为法人的公司。因此,剥夺政治权利这种资格刑对公司犯罪缺乏针对性,自然也就不能发挥预防公司犯罪的效果。

(3) 片面性

根据《刑法》第54条第4款的规定,剥夺政治权利也包括剥夺担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。但是这样的规定太过于片面和狭窄,因为犯罪的国有公司的直接责任人员,未必就是领导职务;而且对如今已经成为社会主义市场经济的重要组成部分的非国有公司未作任何规定。这是过分强调刑罚的政治功能,未能很好地与时俱进和实现刑罚的法律效果和社会效果统一。

四、我国法律中类似资格刑的措施尚不足弥补资格刑不完善的缺陷

需要指出的是,在刑法典中针对公司犯罪的资格刑不完善的情况下,在行政法中却存在大量具有资格刑性质的措施。例如,《行政处罚法》第8条就包括了“责令停产停业”、“暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照”等行政处罚措施;《水污染防治法》第77条规定:“违反本法规定,生产、销售、进口或者使用列入禁止生产、销售、进口、使用的严重污染水环境的设备名录中的设备,或者采用列入禁止采用的严重污染水环境的工艺名录中的工艺的,由县级以上人民政府经济综合宏观调控部门责令改正,处五万元以上二十万元以下的罚款;情节严重的,由县级以上人民政府经济综合宏观调控部门提出意见,报请本级人民政府责令停业、关闭。”在这里,“责令停业、关闭”或“吊销执照”对犯罪公司的打击丝毫不比罚金刑逊色,有时甚至更有力。^①但是,就总体而言,从社会的否定评价程度和方法的强制性上看,行政处罚措施与刑罚有着极大的差别。因此,行政法上规定的资格罚并不能取代刑法上的资格刑,这与行政法上的罚款不能取代刑法上的罚金的理论基础如出一辙。^②

2013年5月4日生效的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第18条规定:“对实施本解释规定之犯罪的犯罪分子,应当依照刑法规定的条件严格适用缓刑、免于刑事处罚。根据犯罪事实、情节和悔罪表现,对于符合刑法规定的缓刑适用条件的犯罪分子,可以适用缓刑,但是应当同时宣告禁止令,禁止其在缓刑考验期限内从事食品生产、销售及相关活动。”从表面上看,这样的规定在一定程度上回应了公众的诉求,但该司法解释所规定的措施不过是禁止令而已,在本质上与作为刑罚的资格刑有着天壤之别,尚不足以发挥替代资格刑的作用。

五、在我国刑法典中针对公司犯罪创设新的资格刑的必要性

(一) 创设新的资格刑,是顺应时代潮流,更好地打击防治公司犯罪,确保社会主义市场经济秩序的需要

社会主义市场经济的完善发展离不开良好的经济秩序,而公司犯罪是对社会主义市

^① 参见江维龙:《经济犯罪研究》,广西师范大学出版社2009年版,第101页。

^② 参见吴喆、任文松:《论食品安全的刑法保护——以食品安全犯罪本罪的立法完善为视角》,《中国刑事法杂志》2011年第10期。

场经济秩序破坏最大的犯罪类型。所以,创设新的资格刑,限制甚至剥夺公司的某些与犯罪相关的权利,使其失去再犯的条件,从而达到预防公司犯罪,确保社会主义市场经济秩序的目的。^①

(二)创设新的资格刑,可以促进我国法律体系的进一步完善

如前所述,我国1997年刑法典中没有特别针对公司犯罪的资格刑,而行政法中却大量存在类似于资格刑的行政处罚措施,这就造成了行政处罚与刑罚不相协调的乱象。^②例如,刑法只能对犯罪的公司判处罚金,而行政处罚法却可以对违法的公司(不一定构成犯罪)责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照。若在刑法典中针对公司犯罪创设特别的资格刑,必然有利于协调行政处罚与刑罚的关系,而且还可使适用于公司的刑罚种类构成一个完整的刑罚体系,从而有利于公司犯罪刑事责任的实现,进而促进我国相关法律体系的进一步完善。^③

(三)反对针对公司犯罪创设新的资格刑的理由不能成立

针对公司犯罪创设新的资格刑的一大理论障碍就是,传统的资格刑乃是针对自然人而设计,公司作为拟制的行为主体,不为传统的刑罚体系所容。

我们认为,这种观点可以溯及康德以来的启蒙哲学对刑法学的影响。根据这种哲学人类学的观点,人的知性为自然立法,人的理性为自身立法。人,也只有人,能作为有自由意志的理性主体,具备服从自身的理性立法的道德义务。^④因此,刑事责任体现为自然人的道义责任(moralische Schuld),^⑤自然就没有公司法人的立足之地了,这一点在资格刑中体现得最为明显。

但是,在具备高度复杂性的现代社会中,启蒙哲学的世界观和人类学早已不能适应现实的需要。按照社会学家尼克拉斯·卢曼的观点,现代社会是一个高度功能分化的社会,全社会(Gesellschaft)分化为不同的子系统(System)。法律子系统的功能就在于维持和稳定社会的规范性期待(normative expectation),^⑥进一步说,法律子系统必须摒弃过去的道义责任观,转向确保各种主体之间的沟通(communication)的顺利进行,以维系社会公众的一般性行为期待,降低社会复杂性,从而使社会得以延续的功能主义责任观。^⑦在此种责任观下,法律子系统强调着眼于沟通的顺利实现,对参与沟通过程的主体完全没有限制。因此,公司作为法人,完全有能力参与社会的沟通过程,法律子系统也理所当然地有理由对公司加以规制,这一规制自然也包括对公司参与社会沟通的能力加以限制的

① 参见陈泽宪主编:《新刑法单位犯罪的认定与处罚——法人犯罪新论》,中国检察出版社1997年版,第99页。

② 参见陈兴良:《刑法疏义》,中国人民公安大学出版社1997年版,第117页。

③ 参见陈泽宪主编:《新刑法单位犯罪的认定与处罚——法人犯罪新论》,中国检察出版社1997年版,第99页。

④ 参见李秋零主编:《康德著作全集》第4卷《道德形而上学的奠基》,中国人民大学出版社2005年版,第393页以下。

⑤ Vgl. Agnes Wulff, Die existenziale Schuld; der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht, LIT Verlag Münster, 2008, S. 4.

⑥ See Michael King/Chris Thornhill, Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law, PALGRAVE MACMILLAN, 2003, p. 11.

⑦ Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil; die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 480ff.

资格刑。

从本质上来看,反对针对公司犯罪创造新的资格刑的观点是过去长期存在的否认法人的刑事责任能力观点的一部分。既然我国 1997 年刑法典已经确认了公司能够和自然人一样成为刑事责任的主体,就没有什么理由不将其作为资格刑所能适用的对象。这一做法也符合当今世界针对公司犯罪的刑事立法的潮流。

六、大陆法系的立法经验对我国的启示

在我国的社会社会主义法制建设中,有必要借鉴法制先进国家的立法经验。鉴于我国法律体系具有大陆法系的特征,遵从民法法系的主要原则,所以主要应当借鉴大陆法系国家和地区的立法经验。^①

大陆法系最具代表性的国家就是德国和法国。不过,在针对公司犯罪的资格刑立法方面,德国刑法所能提供的经验恐怕会很少。因为德国刑法秉承罗马法所奉行的“法人不能犯罪”的理念,从理论和实践上都拒绝公司能够实施犯罪行为并成为刑事责任的主体。在德国刑法学看来,法人和社团只是通过其机构方有行为能力,因此法人不能被刑事处罚。对法人进行刑事处罚是与德国刑法的理论结构,以及行为概念和罪责概念不相一致的。^② 不过,德国刑法虽然拒绝对法人的刑事处罚,却又在《违反秩序法》中规定了针对法人的作为行政处罚的秩序罚(Ordnungsstrafen)。

在针对公司犯罪的资格刑方面,法国刑法则为我国提供了良好的教益。法国刑法典在总则部分的第 121 - 2 条规定:“法人,除国家以外,根据第 121 - 4 条与第 121 - 7 条所规定之区别,对其机构和代表为其利益所犯的罪行负责。”,从而实现了自然人的刑事责任与法人的刑事责任的等置。其第 131 - 39 条则针对法人犯罪设置了 11 种以资格刑为主的刑罚:

1. 解散(La dissolution),当法人之设立是为了犯重罪(crime),或法人偏离其经营目的实施重罪或轻罪(délit puni),应处三年以上监禁刑时。
2. 禁令(L'interdiction),永久性或以 5 年为最长期限,禁止职业和社会活动。
3. 监置(Le placement),以 5 年为最长期限,将其处于司法监视之下。
4. 关闭(La fermeture)永久性或以 5 年为最长期限,关闭用于犯罪的企业或其一家或数家机构。
5. 永久性或以 5 年为最长期限,排除其参与公共合同(marchés publics)的权利。
6. 永久性或以 5 年为最长期限,禁止公开募集资金,亦不准其证券在受监管的市场上进行交易。
7. 以 5 年为最长期限,禁止开支票或使用信用卡,但出票人从受票人处或经确认之

^① 这可能一方面是中国于 19 世纪末 20 世纪初开始的法律现代化运动,以德日为代表的大陆法系为取向,而不以英美法系为取向;另一方面也可归因于中国两千年以来的成文法传统。参见青锋、罗伟主编:《法律编纂研究》,中国法制出版社 2005 年版,第 174 页以下。

^② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 278 页以下。