

# 企业刑事责任二元模式研究

周振杰

**内容提要:**在差不多整个 20 世纪近百年的时间里,西方国家一直坚持企业刑事责任一元模式。但一元模式是传统刑法理论与规制企业活动的政策需求相妥协的产物,本身具有重大缺陷。近 20 年来,随着企业适法计划、企业文化等客观情况越来越多地在立法中被考虑作为企业刑事责任的重要情节,企业刑事责任在西方国家呈现出从一元模式向二元模式转变的趋势。二元模式提倡区分个人刑事责任与企业刑事责任,具有刑事责任趋于客观、举证责任倒置以及程序相对独立的特点,能够分散企业犯罪的预防责任、降低企业犯罪的制裁成本、促进企业内部的守法文化,在企业组织管理复杂化、业务行为国际化的形势下,对于预防企业犯罪而言,二元模式是明智的政策选择。

**关键词:**企业犯罪 适法计划 刑事归责 刑事制裁

周振杰,北京师范大学刑事法律科学研究院副教授。

## 一 引言

近十余年来,频繁发生的重大单位犯罪(企业犯罪、法人犯罪)昭示着我国目前的单位犯罪预防政策需要反思。单位犯罪预防政策的核心是单位的刑事责任,而对于单位刑事责任及其面临的现代问题,刑法理论界与实务界一直以来都是从传统刑法理论的角度进行解释,对于其背后的政策需求没有给予充分的关注,以至于出现了处罚范围越来越广,威慑效力却越来越弱的矛盾境况。因此,应该从单位刑事责任开始,对我国单位犯罪预防政策进行整体反思。

自 20 世纪初期以来,就企业刑事责任问题国外立法一直秉承一元模式,以个人刑事责任为企业刑事责任的前提与基础,从传统刑法理论的角度分析与认定企业刑事责任。晚近 20 余年来,随着企业适法计划、企业文化等客观因素越来越多地被西方国家考虑为判断企业刑事责任的重要情节,企业刑事责任的二元模式逐渐形成。本文的目的在于,通过分析西方企业刑事责任从一元模式向二元模式转变过程及其实质,考察在这一转变过

程中追究企业刑事责任的宏观背景及其实践效果,从而为完善我国单位犯罪的刑事立法提供参照。

## 二 追究企业刑事责任:从一元模式到二元模式

企业刑事责任一元模式指以传统刑法理论所阐释的个人刑事责任为基础,以个人与企业间的联系为媒介,认定企业刑事责任的模式。一元模式自20世纪初期企业犯罪从严格责任犯罪阶段发展到普通犯罪阶段就已经存在,并成为各国追究企业刑事责任的主导模式。但是,在一元模式的实践中,其追究企业犯罪范围过于宽泛以及条件过于苛刻的弊端越来越明显,因此,在20世纪末期,追究企业刑事责任的二元模式开始形成。

### (一)一元模式的形成及其缺陷

19世纪之前,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,均没有确定企业有犯罪能力。<sup>[1]</sup> 英美国家对于企业犯罪能力态度的转变,始自于工业革命带来的社会变革。工业革命催生的大量私人企业在推动社会发展的同时,也在环境保护、社会秩序等方面带来大量的违法现象。1842年,英国在 *The Queen v. Birmingham & Gloucester Ry.* 案中首次确认可以对违反法定义务的企业追究刑事责任。<sup>[2]</sup> 但是,在20世纪之前,英美国家的判例都否认企业犯罪的主观罪过,而将其刑事责任限定在违反法定义务、刑事滋扰等需承担严格责任的犯罪中。<sup>[3]</sup> 美国1909年的 *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* 案是判定企业犯罪历史上的里程碑。该案基于代理责任原则,通过肯定1903年《埃尔金斯法案》(*Elkins Act*)中追究企业行贿罪条款的合宪性,将企业刑事责任的范围扩展到了以故意、过失为构成要件要素的重罪。<sup>[4]</sup> 代理责任的要义在于将企业雇员为了企业利益从事职权范围内的行为所产生的权利义务归责于企业。从处罚角度而言,就是以个人刑事责任为前提来确定企业的刑事责任。该案标志着企业刑事责任一元模式在美国的确立。在英国,直到20世纪40年代,法院才在 *DPP v. Kent Sussex Contractors Ltd.* 案、*R v. ICR Haulage Ltd.* 案以及 *Moore v. Bresler Ltd.* 案中提出等同原则。<sup>[5]</sup> 英国法院进而在1957年的 *H. L. Bolton, (Engineering) Co. Ltd v. T. J. Graham & Sons Ltd.* 案中对等同原则做了阐释,认为“代表企业精神与意志、支配企业行为的高级职员的心理状态,就是企业的心理状态……”<sup>[6]</sup> 这些高级职员的行为被视为企业的行为,其实质就是根据个人刑事责任处罚企业。标志着企业刑事责任一元模式在英国的确立。英美两国确立的企业刑事责任一元

[1] 参见 Guy Stessens, *Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, Vol. 43; Leonard Orland and Charles Cachera, *Corporate Crime and Punishment in France: Criminal Responsibility of Legal Entities under the New French Criminal Code*, *Connecticut Journal of International Law*, 1995, Vol. 11; William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 11。

[2] Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation*, *Washington University Law Journal*, 1982, Vol. 60, No. 2, pp. 402 - 403。

[3] Michael J. Allen, *Textbook on Criminal Law*, New York: University of Oxford Press, 2009, p. 250。

[4] Thomas J. Bernard, *The Historical Development of Corporate Criminal Liability*, *Criminology*, 1984, Vol. 22, No. 2。

[5] (1944) 2 All E. R. 119, 515, 691 (KBD)。

[6] Michael J. Allen, *Textbook on Criminal Law*, New York: University of Oxford Press, 2009, p. 251。

模式于 20 世纪上半叶很快进入了加拿大、澳大利亚等普通法系国家的刑事立法。

在一元模式下,企业刑事责任的认定逻辑过程是:出现危害结果或者危害行为、认定个人刑事责任、确认个人-企业关系、判断企业刑事责任。因为危害结果与危害行为是客观前提,企业刑事责任是最后结果,所以在这一逻辑过程中发挥决定作用的是认定个人刑事责任与确认个人-企业关系这两个阶段。个人刑事责任是严格根据传统刑法原理认定的,坚持了传统刑法的立场。个人-企业间关系是立法者为了满足规制企业行为的政策需求将个人责任转嫁给企业的桥梁,体现了立法者的政策选择。可见,一元模式在实质上是传统刑法立场与近代企业规制需求妥协的产物。正因如此,一元模式的实践存在处罚范围过于宽泛和处罚条件过于严苛的缺陷。处罚范围过于宽泛的情形主要发生在代理责任的考量中。代理责任近似于严格责任,可以根据任何员工的行为追究企业的刑事责任。<sup>[7]</sup>显然,代理责任不可避免地带来企业掩盖罪责、阻碍调查的负面效应,从而削弱企业的预防能力。<sup>[8]</sup>处罚条件过于严苛主要发生于等同原则的适用中,根据该原则,追究企业刑事责任的根据是能够代表企业意志的高层管理人员的行为与心理,而在 20 世纪 90 年代之后,企业规模越来越大,决策过程越来越复杂,业务程序越来越分散,责任分担者也越来越多,这一条件越来越难以满足。例如,近几十年来发生在英国的企业重大伤亡事故以及劳动灾难,<sup>[9]</sup>引起了强烈的社会反响,要求以“过失致人死亡罪”严惩涉事企业的呼声越来越高,<sup>[10]</sup>但是,追究企业过失刑事责任必须首先要有引起过失致人死亡且能够代表企业意志的行为人,还须证明行为人对现场的危险具有认识,但是,由于企业高层通常不在具体业务活动现场,这种认识存在的可能性非常小。因此,以个人责任为前提追究企业刑事责任的一元模式在遏制企业犯罪、激励企业采取措施预防犯罪等方面的效果非常有限。正如论者所言:“即使对企业官员的控诉得以成功,也很难对企业的行为方式产生影响。对一个企业而言,其组织结构的缺陷不会因为一个成员被审判而消失。”<sup>[11]</sup>另外,如果发生企业高管为了个人利益而利用企业管理漏洞或滥用职权做出损害企业利益的情形,仍然还要追究企业的刑事责任,也是不公平的。<sup>[12]</sup>基于一元模式的诸多缺陷,自 20 世纪 90 年代以来,越来越多的国家开始接受具有企业责任独立化特征的二元模式。

## (二)二元模式的出现及其特征

企业刑事责任的二元模式指在企业犯罪的案件中,根据独立的标准与基础对个人刑事责任与企业刑事责任进行单独判断的模式。在这一模式之下,当发生危害行为或者危害结果之后,将通过两条独立的路径认定企业的刑事责任:一是根据传统刑法理论认定个

[7] J. Arlen and R. Kraakman, Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes, *New York University Law Review*, 1997, Vol. 72, No. 4, p. 717.

[8] A. Weissmann and D. Newman, Rethinking Criminal Corporate Liability, *Indiana Law Journal*, 2007, Vol. 82, p. 412.

[9] Jacqueline Martin & Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, London: Hodder Education, 2007, p. 191.

[10] 参见[日]川崎友巳著:《企业的刑事责任》,成文堂 2004 年版,第 353 页。

[11] Guy Stessens, Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, Vol. 43, pp. 518 - 519.

[12] *DPP v. Kent and Sussex Contractors* [1944] KB 146; J. Clough and C. Mulher, *The Prosecution of Corporations*, Melbourne: University of Oxford Press, 2002, p. 115.

人刑事责任的过程；二是根据企业文化、经营管理以及经营活动中的缺陷来认定企业刑事责任的过程。

二元模式萌芽出现于 20 世纪 70 年代的美国。1974 年美国联邦司法机关通过 *United States v. T. I. M. E-D. C., Inc.* 案<sup>[13]</sup> 确立了新的企业刑事责任原则——集合责任原则。根据该原则，“如果多个企业成员的意志与行为可以集合于企业本身，则可以认定企业具备了集合后的意志与行为，可据此评价企业的刑事责任”。<sup>[14]</sup> 集合责任原则主要着眼于企业整体运作来认定企业的刑事责任，初步具备了二元模式的特征。但是其仍然以企业雇员个人的行为与主观意识为要件，并没有完全摆脱传统刑事责任论的影响。首次在立法上确认完整意义上二元模式的是澳大利亚 1995 年的《联邦刑法典》。该法规定可以根据如下两种事实判断企业主观方面是否存在授权或允许特定犯罪行为的犯意：（1）企业内部存在着引导、鼓励、容忍或者导致不遵守法律规定的企业文化，或者（2）企业未能建立并保持要求遵守法律的企业文化。<sup>[15]</sup> 显然，判断企业是否存在犯罪故意或者过失的基础不再是企业雇员个人的意志或者行为，而是体现企业文化的具体管理活动。个人刑事责任与企业刑事责任有了不同的判断基础与认定逻辑，二者被彻底区分开来。进入 21 世纪后，二元模式被更多西方国家的立法所接受。例如，英国 2007 年的《企业过失致人死亡罪法》（*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*）规定，如果某一企业的业务管理、组织方式导致了死亡结果，且严重违反该企业对被害人所承担的相关义务，则可以追究企业过失致人死亡的刑事责任；英国《贿赂罪法案》（*Bribery Act 2010*）也规定，如果商业组织怠于履行预防义务，未制定与实施预防贿赂行为的相关规定，而致使相关人员为达到特定目的实施了贿赂犯罪行为，应该承担刑事责任。目前，瑞士、加拿大、意大利、俄罗斯等国家的立法也有相似规定。<sup>[16]</sup>

企业刑事责任二元模式呈现出三个鲜明特征：第一，刑事责任趋于客观。在二元模式下，司法机关主要根据危害结果或危害行为与被告企业组织管理、经营活动中的缺陷或者负面企业文化的关联来判断企业的刑事责任，其判断的主要根据：（1）被告企业是否合理履行了法定义务或者（2）被告企业是否采取了预防犯罪的适当措施或程序。<sup>[17]</sup> 因为作为责任前提的危害结果与危害行为，与被告企业组织管理与经营活动是否存在缺陷以及是否存在滋生犯罪的整体环境的判断标准都是客观的，所以，二元模式下追究企业刑事责任的根据在整体上都呈现出客观化的特征。第二，证明责任倒置。无罪推定是现代刑事诉讼的基石，以此，现代刑事诉讼坚守“谁主张，谁举证”的原则，但是在二元模式之下，企业

[13] 381 F. Supp. 730 (W. D. Va. 1974). 该案大致情况是：被告企业雇员 A 知道企业内部驾驶员健康评估程序存在着严重缺陷，但雇员 B 在不知情的情况下，根据该程序对某患病驾驶员做了健康状况评估，并指派该驾驶员从事洲际商业运输，因而发生事故。法院认为，虽然雇员 A 与雇员 B 二者互不知情，但是当二者行为集合构成企业行为时，企业就具备了犯行与犯意，应该承担故意指派不合格驾驶员罪的刑事责任。

[14] Richard S. Gruner, *Corporate Criminal Liability and Its Prevention*, New York: Law Journal Press, 2009, p. 402.

[15] J. Clough and C. Mulher, *The Prosecution of Corporations*, Melbourne: University of Oxford Press, 2002, pp. 81 - 85.

[16] Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gabrio Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption*, New York: Springer, 2014, pp. 333 - 531.

[17] 参见 J. Clough and C. Mulher, *The Prosecution of Corporations*, Melbourne: University of Oxford Press, 2002, p. 188。

是否有罪的证明责任是倒置的,即如果控诉方可以确定危害行为或者危害结果与被告企业的组织管理、经营活动中的缺陷或者负面企业文化之间的因果关联,就可以推定被告企业有罪,如果企业提出无罪主张,应该承担证明责任,否则,即可追究其刑事责任。第三,诉讼程序相对独立。在二元模式下,个人与企业的刑事责任相互独立,即使根据传统刑法理论无法追究自然人的刑事责任,企业也未必能够免于追责。在程序方面,个人刑事责任与企业刑事责任认定,可以在同一程序中进行也可以在不同程序中进行。

### 三 企业刑事责任二元模式发展的宏观背景与实践效果

企业刑事责任从一元模式向二元模式转变的背后,从微观层面上看是一元模式本身所固有的缺陷所致,在宏观层面则是企业犯罪的发展给国家带来预防犯罪的压力,以及刑法理论对企业刑事责任本质认识的变化。在此背景下产生的二元模式必然给企业刑事责任的认定标准、企业处罚的设置、企业刑罚裁量等带来实质影响,但更重要的是对企业发展产生的政策实践效果。

#### (一) 转向二元模式的宏观背景

企业刑事责任制度的确立在西方国家经过了百年历程,其间,企业有了跨越式的发展,从而也使得企业内部管理与部门分工日趋精细与复杂,“随着企业决定权的分散化、决定自由度的提高,个人责任感就会降低,而出现违法行为增加的趋势。”<sup>[18]</sup> 20 世纪 80 年代以后,企业犯罪越来越呈现隐蔽化、长期化与跨国化的特征。这些新的特征给国家在预防犯罪方面带来了越来越大的压力。一方面,发现企业犯罪的途径要么通过偶然事故,要么通过日常检查。但是,被动地等待事故发生显然不利于预防企业犯罪,减少社会危害。而通过日常检查发现企业犯罪则意味着从潜在的犯罪嫌疑人手中获取证据,其难度之大可想而知。可见,培育并重视企业本身的预防意识与努力应当是遏制企业犯罪的主要方向,诚如论者所言,与单纯的刑法对策相比,企业自我预防犯罪的努力更为有效。<sup>[19]</sup> 另一方面,执法机关在调查跨国企业犯罪中,面临越来越重的经济与人力负担。同时,跨国企业犯罪往往还会出现多个国家都具有管辖权但都难以进行有效制裁的尴尬局面。

在这种情况下,如果能够通过某种机制鼓励企业自我答责,或者通过内部调查收集并向执法与司法机关提供证据,不仅有利于诉讼活动的顺利进行,对塑造健康的企业文化也不无裨益。企业与企业雇员之间是雇佣关系,对于违反法律或者企业内部行为规范的雇员,企业可以直接对其进行内部制裁,不受刑事诉讼法规定的约束。而且,在企业雇员跨国实施违法行为的情形下,企业总部委派内部调查人员到其分支机构进行调查,不受国家主权、刑事管辖权等限制,因为企业内部调查在本质上属于企业内部的管理行为,只要不违反相应分支机构所在国的法律,该国的权力机关无权进行干涉。<sup>[20]</sup> 此外,企业在内部

[18] [日]白石贤著:《企业犯罪与丑闻的法律政策》,成文堂 2007 年版,第 20 页。

[19] 参见[日]甲斐克则、田口守一编:《企业活动与刑事规制的国际动向》,信山社 2008 年版,第 428 页。

[20] Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gabrio Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption*, New York: Springer, 2014, pp. 69 - 74.

调查的基础上,通过提供调查资料、认罪或者主动承担责任与执法机关展开合作,将会大大降低国家的执法成本以及预防犯罪的负担。所以,从有效惩治企业犯罪与降低执法成本的角度出发,寻求企业的充分合作也是必要之举。

那么,怎样才能取得企业在犯罪预防方面的充分合作呢?这正是二元模式所要解决的核心问题,也是其获得越来越多国家立法支持的原因。如上所述,二元模式具有刑事责任趋于客观与举证责任倒置的特征,这意味着一旦发生危害行为或者危害结果,刑事责任将不可避免,对企业而言,刑事处罚成为悬顶之剑。另外,二元模式还为企业提供了极具诱惑力的“胡萝卜”。几乎所有采纳二元模式的国家都允许被告企业提出“合理履行了犯罪预防义务”这一辩护理由,而且就何为“合理履行了犯罪预防义务”规定了非常客观的判断标准,即“制定并且有效实施了企业适法计划”,<sup>[21]</sup>为被告企业留下了脱罪的通道,这是一元模式所没有的。

企业适法计划指“企业为预防、发现违法行为而主动实施的内部机制。基本的构成要素包括正式的行为规则、问责官员以及举报制度”。<sup>[22]</sup>如果“制定并且有效实施了企业适法计划”这一辩护理由成立,被告企业可以被免除刑事责任。例如,英国《贿赂罪法案》(2010年)在规定追究公司刑事责任的同时,还规定如果公司在犯罪实施之前已经制定并积极实施了以预防犯罪为目的的适法计划,可以免除刑事责任。在许多国家,适法计划的有效实施都是从宽处罚的情节。例如,美国《联邦量刑指南》规定,如果被告公司在犯罪实施之前就已经制定执行了适法计划,并且在犯罪实施之后积极与执法机关合作并承担责任,则罚金数额可能被减免95%。相反,如果公司容忍、放任甚至鼓励违法行为,并拒绝与执法机关展开合作,可能会被处以3倍数额的罚金。<sup>[23]</sup>此外,许多国家还将有效的适法计划作为决定是否起诉的参考要素。就此而言,二元模式在提高企业承担刑事责任可能性的同时,将“制定并且有效实施企业适法计划”作为减免情节,在实质上是通过增加外部压力,提高企业自我完善、自我预防与自我控制的动力,将部分预防犯罪的责任从国家向企业分散,在实质上改变了国家独自承担企业犯罪预防责任的局面。

与此同时,为了回答如何在新形势下有效预防企业犯罪的问题,西方国家的刑法理论界也进行了积极探索。目前,在企业犯罪领域,普遍认为企业是具有社会属性的独立个体,企业刑事责任在本质上不再被视为道义或者心理责任,而是一种社会责任。英美国家自不待言,就连一直否定企业犯罪能力的日本刑法理论亦是如此。日本学者明确指出:“可以认为或者说应该认为,在企业犯罪的场合,虽然意识形成与犯罪行为都是自然人进行的,但是作为法律评价对象,行为主体与行为结果的归属对象都是企业这一组织体。作为法人存在的企业,通过组成人员的意志与行为实施活动,享有法律权利,履行法律义务,

[21] 就企业适法计划及其有效性的判断标准,参见周振杰:《企业适法计划与企业犯罪预防》,《法治研究》2012年第4期。

[22] Philip A. Wellner, Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions, *Cardozo Law Review*, 2005, Vol. 27, No. 1, p. 497.

[23] P. Fiorelli and A. M. Tracey, Why Comply? Organizational Guidelines Offer a Safer Harbor in the Storm, *Journal of Corporation Law*, 2007, Spring.

是与承担法律后果的个体成员不同的法律存在。即,与犯罪意识单一的个人犯罪不同,企业的犯罪意识有着组织性与构成性特征,作为行为结果的法律后果归属于企业组织。”<sup>[24]</sup>“如果将责任理解为社会非难可能性,而不是道义的、伦理的非难可能性,通过刑罚对法人加之以法的、社会的非难是可能的,尤其是在违反具有强烈合目的性特征的行政管理法规的犯罪(行政犯、法定犯)场合,肯定法人的犯罪能力更具有合理性”。<sup>[25]</sup> 这里的“社会非难可能性”就是指企业应该承担的社会责任,即“企业在保证产品品质安全性、防止事故、保证公平交易和竞争、保护个人信息以及内部举报人等方面所承担的确立守法体制、保护环境等责任。这一责任包含但不限于经济责任与法律责任”。<sup>[26]</sup> 可见,“社会非难可能性”或者“社会责任”概念本身就包括企业在预防违法行为方面的义务。

对刑事责任本质的不同认识也影响到对企业刑事责任的追诉。传统刑法理论一般认为,刑事责任的基础涉及行为人的故意、过失、期待可能性等,<sup>[27]</sup> 而从企业社会责任这一本质出发,刑事责任的基础被认为是企业是否合理、充分地履行了法定义务,以及是否制定并有效实施了预防违法行为的内部措施。<sup>[28]</sup> 相应地,责任认定变成了“如果认定行为违法,可推定企业有责”的消极过程。简而言之,刑法理论对于企业刑事责任本质认识的变化,也促进了立法机关、司法机关以及社会公众对二元模式的认同。

## (二)二元模式的实践效果

从企业刑事责任二元模式近 20 年的实践看,可以说,在一定程度上产生了预期的社会效果。

首先,通过推动企业实施内部预防措施,减轻了国家预防犯罪的负担。在英美国家,自 20 世纪 90 年代末,尤其是在美国的安然案件与波音公司案件之后,许多批判的观点都认为,“企业适法计划存在根本性的缺陷,因为其前提假设是企业领导人在开展业务中都怀有一颗慈悲之心”,<sup>[29]</sup> 但现实并非如此,企业通过内部审计与调查,监督内部行为的积极性在不断增强。在其他国家,以自我预防为核心的企业适法计划同样获得了决策机关与企业的认同。例如,意大利内部审计协会 2006 年 4 月公开的一项研究显示,在接受调查的 72 家企业中,82% 的企业制定实施了企业适法计划,91% 的企业已经或正在制定专门的行为监督计划。<sup>[30]</sup> 应当指出的是,虽然国外企业积极进行自我预防的原因部分是由于立法中规定了优惠措施,但是从长远来看,适法计划也是有利于企业健康发展的,因为其能够“保证企业严格按照法律规则开展业务,规范雇员的个人行为,使企业和雇员均得

[24] [日]麻生利胜著:《预防企业犯罪的法理》,成文堂 2004 年版,第 180 页。

[25] [日]曾根威彦著:《刑法总论》,弘文堂 2006 年版,第 160 页。

[26] [日]鈴木幸毅、百田义治著:《企业社会责任研究》,中央经济社 2008 年版,第 13 页。

[27] 参见[日]曾根威彦著:《刑法总论》,弘文堂 2006 年版,第 70-71 页。

[28] Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gabrio Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption*, New York: Springer, 2014, pp. 335-341.

[29] Charles Barnes, *Why Compliance Programs Fail: Economics, Ethics and the Role of Leadership*, *HEC Forum*, 2007, Vol. 19, No. 2, p. 109.

[30] Francesca Chiara Bevilacqua, *Corporate Compliance Programs under Italian Law*, 访问地址: [www.ethikosjournal.com](http://www.ethikosjournal.com), 访问日期: 2015 年 5 月 8 日。

受益”。<sup>[31]</sup>

其次,通过促进企业与执法机关合作,降低了企业犯罪的制裁成本。例如,美国证券交易委员会处理的32个企业跨国贿赂案件中,自我披露违法行为的9个(占28%),承认指控的13个(占41%),既不承认也不否认但自愿接受处罚的10个(占31%),后两者加起来高达72%。<sup>[32]</sup>从执法机关的角度而言,对犯罪企业不但实现了刑事制裁的威慑与预防功能,而且还节约了执法资源。当然,从涉案企业的角度来看,通过内部调查、主动认罪等方式与执法机关合作,不但能够获得处罚方面的优待,甚至被免于起诉,而且可以通过加快制裁进程与诚意悔改的表现,尽量减少名誉损失与重拾投资者的信心。就此而言,认为二元模式是一种双赢的制裁模式选择毫不为过。

最后,通过保证内部举报人的合法权益,促进了企业内部的守法文化。对于预防企业犯罪而言,严厉制裁虽然是必要之举,却非长远之计,促进企业内部的守法文化更为重要,这也是许多国家将企业内部文化作为刑事责任基础的原因。而且,“虽然传统的企业管理理论认为,企业管理层的重要职责是保证所有权人的最佳利益,但是当代企业管理理论的观点则是,企业管理层必须以建立良好的企业守法文化为己任,不能够仅仅保证企业守住底线,而应该关注企业持续发展的最佳利益”。<sup>[33]</sup>为了建立并保持良好的守法文化,企业就必须及时发现并制裁违法行为。在实践中,能否发现违法行为在很大程度上依赖于雇员的内部举报。但研究表明,“许多组织都陷入了大多数成员都对组织内部的问题心知肚明却不敢向上级反应的矛盾之中”,<sup>[34]</sup>久而久之,这样的企业就会形成一种犯罪亚文化。二元模式将举报制度列为企业适法计划的核心要素,要求企业充分保护举报人的合法权益,这显然有助于企业及时发现内部违法行为,进而促进企业内部守法文化的形成。这也是采纳二元模式的国家通常会制定法律,就举报人权利、国家保护义务等问题进行详细规定的原因所在。

#### 四 企业刑事责任二元模式对中国立法的可能影响

我国刑法典是以自然人犯罪为基础而建立的,“对单位犯罪的规定本身就是立法回应社会现实的仓促之举,缺乏理论上深入的探讨”,<sup>[35]</sup>对于单位刑事责任的认定逻辑以及个人刑事责任与单位刑事责任之间的关系等具体问题,没有清晰的思路。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,可以认为我国仍然属于

[31] David Axelrod, et al., *Corporate Compliance Programs in the Aftermath of Sarbanes-Oxley: The Time Has Come, the Walrus Said*, ABA Business Section Spring Meeting Materials (Los Angeles, CA, April 4, 2003), pp. 2-3.

[32] The Enforcement Division of the U. S. SEC, *Summaries of FCPA Cases*, 访问地址: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>, 访问日期: 2015年8月5日。

[33] See Thomas Kochan, et al., *The Effects of Diversity on Business Performance*, *Human Resource Management*, 2003, Vol. 42, No. 1.

[34] Elizabeth Wolfe Morrison and Frances J. Milliken, *Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World*, *The Academy of Management Review*, 2000, Vol. 25, No. 4, p. 78.

[35] 赵秉志著:《外向刑法问题》,北京大学出版社2010年版,第40页。



以个人责任为前提的法人刑事责任一元模式。对于企业刑事责任向二元模式发展的趋势,以及这一模式所带来的效益,我们不应当视而不见,至少应当对于二元模式在刑事立法与刑事政策层面可能带来的积极价值有所思考。

在 20 世纪 50 年代至 70 年代,因为我国实行严格的计划经济体制,单位既没有实施犯罪的客观环境,也没有追求经济利益的犯罪动机,同时,当时的中国刑法理论“几乎是全盘照搬了前苏联的刑法理论”,<sup>[36]</sup>而苏联的刑事立法否认企业犯罪,所以,那一时期的中国刑法理论对单位犯罪持否定态度是理所当然的。但是,自 20 世纪 80 年代初开始,我国开始从计划经济向市场经济体制转变,国有企业、集体企业逐渐成为可以追求自身利润的独立经济实体,合资企业、合伙企业等各种形式的经济组织也走上了历史舞台。在利益的驱动下,单位违法行为开始出现并很快呈蔓延之势。为了发挥刑罚在惩罚、预防单位违法行为方面的作用,主张单位有犯罪能力的观点逐渐增多,并最终促使单位犯罪纳入了立法。<sup>[37]</sup>显而易见,单位刑事责任在中国也是政策的选择结果、现实的规制需要与传统刑法理论的妥协,这与国外企业刑事责任的产生背景与性质完全相同。

进入 21 世纪以来,我国在单位犯罪领域面临着内外交困的尴尬局面。在国内,随着社会冲突的增多与经济转型的深入,单位犯罪的范围不断扩大,单位犯罪案件日渐增加,以致执法机关不得不通过采取一些“灰色”措施,用执法优待换取被告单位的合作,以减少越来越重的执法负担。但是,这种做法,一方面容易造成非法利益获得者逃脱刑事制裁,间接放纵甚至鼓励单位犯罪;另一方面,也暴露出司法机关面对明显的犯罪事实却无能为力的现实。而在国外,有关现代企业犯罪的许多刑事立法都已经将管辖范围拓展到了海外,所以,即使中国企业不出国门,只要其业务与这些国家发生了联系,一旦涉嫌违法犯罪,也就难免受到调查与追诉,同样会受到二元化企业刑事责任模式的影响;另外,因为中国对单位犯罪查处的力度不够,许多国外企业在中国肆意实施犯罪行为,在美国证券交易委员会处理的 32 个案件中,有 9 个行贿地包括中国,就很好地说明了这一问题的严重性。<sup>[38]</sup>

从立法角度来看,我国也具备采纳二元模式的空间。一方面,在二元模式下,企业刑事责任的本质是企业社会责任,而企业社会责任早已进入了我国立法。《公司法》第 5 条规定,在开展经营活动之际,企业必须遵守法律、行政法规以及商业道德并承担社会责任。就如何实现企业社会责任,中央政府与地方政府制定了许多相关指导规则。<sup>[39]</sup>另一方面,《刑法》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。学者大多将这一规定的前半部分解释为确定了单位犯罪的双

[36] 张文、何慧新:《二十世纪中国刑法的回顾与展望》,《法政研究》2000 年第 1 期,第 244 页。

[37] 参见陈广君:《论法人犯罪的几个问题》,《中国法学》1986 年第 6 期;刘仁文著:《刑法的结构与视野》,北京大学出版社 2010 年版,第 31 页。

[38] 参见杜萌:《最高检材料显示 70% 举报人曾遭到不同程度打击报复》,《法制日报》2010 年 6 月 8 日,第 4 版。

[39] 例如,国务院国有资产管理委员会 2008 年公布的《中央企业履行社会责任相关指导意见》、上海市质量技术监督局 2008 年发布的《企业社会责任导则》以及浙江省政府 2008 年发布的《推进企业积极履行社会责任若干意见》。

罚制,而将后半部分作为单罚制的法律依据。<sup>[40]</sup> 其实,本条还隐含了单位犯罪案件中的责任认定与处理逻辑,即出现危害结果之后,首先认定单位责任,处罚单位,然后处罚个人。从这一逻辑出发,可以合理地认为立法强调的是单位犯罪,个人处罚不过是单位处罚的附带后果,并非单位处罚的前提与基础。这与二元模式的基本立场有着相似性。

在单位刑事责任的本质与刑法定现有规定并不排斥二元模式的前提下,从提高刑罚威慑力,促进我国企业熟悉国外企业刑事立法,提高其规避刑事风险能力的目的出发,二元模式应该成为我国单位刑事立法与理论的发展方向。建议在理论上转变对单位刑事责任本质、基础与逻辑的认识,并在刑法总则中考虑作如下修改:

第一,在《刑法》第14条与第15条中各增加一款作为第二款,分别规定“单位存在鼓励、纵容或者默认违法行为发生的管理缺陷或者单位文化的,推定单位存在故意”,与“因单位未充分履行预防违法行为的义务而导致危害结果发生的,推定单位存在过失”。修改的意义在于:一是明确认定单位的故意与过失不以个人的预见可能性为前提的立场;二是突出单位刑事责任的客观性,强调单位内部违法行为预防措施的重要性;三是确立推定原则,将证明不存在主观罪责的责任转移给单位,减少司法机关的负担。与此相适应,单位犯罪主观方面的认定应坚持从法人到个人的过程,具体而言,根据单位所承担的社会责任判断危害结果与单位活动的相关性,即二者之间是否存在实质的因果关系。在得出肯定答案之后,根据单位组织状况,判断单位应该负何种刑事责任,如果危害结果的发生是因为单位内部存在鼓励、纵容或者默认违法行为的组织因素,推定单位存在犯罪故意;如果是因为单位没有充分履行法定义务,则推定单位存在犯罪过失。如果单位不能就上述推定提出反证,则认定其应该承担刑事责任。

第二,在《刑法》第30条中增加一款作为第二款,规定:认定单位刑事责任,不以个人行为构成犯罪为前提。个人行为构成犯罪的,根据分则的相应规定定罪处罚。也即,基于上述关于单位犯罪故意与过失的规定,明确单位犯罪的主体只限于单位,区分单位刑事责任与个人刑事责任,二者不仅认定的基础与逻辑相对独立,认定的程序也可以分开进行。

第三,将《刑法》第31条修改为:单位犯罪的,对单位判处罚金。单位积极制定并有效实施内部犯罪预防措施的,可以从轻、减轻或者免除处罚。修改理由在于:当第30条已经规定“个人行为构成犯罪的,根据分则的相应规定定罪处罚”,这里无需再对个人处罚重复规定,此其一;其二,将“单位积极制定并有效实施内部犯罪预防措施”规定为从宽情节,既是对上述第14条与第15条规定的照应,也给单位积极进行犯罪预防提供立法上的动机。

当然,考虑到传统刑法理论观念的深刻影响以及我国单位犯罪的特殊情况,我国立即采纳上述建议还存在很大难度。作为过渡与准备,建议立法和司法机关参考二元模式的基本思路与核心要素,做出如下反应:

一是在单位环境犯罪、单位过失犯罪以及单位贿赂犯罪等执法机关难以取证的刑事

[40] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2007年版,第132页;高铭暄主编:《中国刑法解释》(上卷),中国社会科学出版社2005年版,第564-565页;赵秉志主编:《单位犯罪比较研究》,法律出版社2004年版,第160-161页。

案件中,规定举证责任倒置原则,以此减轻执法机关的证明责任,增加单位处罚的威慑力。无罪推定固然是现代刑事诉讼的基本原则,但西方国家关于二元化企业刑事责任的立法表明,只要不威胁到基本人权,为满足特殊的政策需求,这一原则可以灵活把握。另外,我国《刑法》已经有巨额财产来源不明罪的先例,为了有效预防企业犯罪的政策需要,扩大举证责任倒置原则在刑事法中的适用范围不会过于突兀。

二是对于在调查过程中积极配合并与执法机关合作的单位,规定量刑方面的优待政策。可以通过司法解释,将刑法典中规定的从宽情节适用于单位被告人。最高人民法院、最高人民检察院于 2009 年 3 月 12 日联合发布的《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》已经就单位自首进行了规定。与此类似,也可以将“坦白”与“立功”适用于单位被告人;此外,还可以针对单位被告设定特殊的从宽情节,例如主动履行社会责任、重视员工法制教育、积极制裁内部违法行为等。

三是制定《举报人保护法》,加强举报人保护,推动企业创建积极的单位文化。违法举报不但是执法机关发现犯罪的重要线索,也是企业守法文化的重要组成部分。但在我国,大部分举报人都不同程度地遭受到打击报复或变相打击报复。造成这种局面的原因主要在于两方面:一方面,虽然在刑法与刑事诉讼法中都有关于证人保护的规定,但在刑事诉讼尚未启动之前,并不能为公益举报人提供保护;另一方面,举报人既得不到法律上的保护,也很难得到切实有效的救济。

[本文为 2015 年国家社科基金一般课题“单位贿赂犯罪预防模式研究”(15BFX053)的阶段性成果。]

---

---

[Abstract] Western countries had adhered to the single mode of corporate criminal liability for the most part of the 20th century. However, the single mode, as the result of a compromise between traditional criminal theories and modern regulatory needs, has significant defects in itself. In the past two decades, with objective circumstances such as corporate compliance programs and corporate culture becoming increasingly recognized in legislation as important factors in the determination of corporate criminal liability, the mode of corporate criminal liability in western countries is undergoing a transition from the single mode into a dual mode. The dual model advocates the separation of individual liability from corporate liability, imposes part of the duty of prevention on corporations, and has the potential of reasonably distributing the duty of prevention, reducing the cost of sanction and promoting the culture of compliance within corporations and, therefore, is a wise policy choice.

---

---

(责任编辑:雨 沐)