

单位犯罪被追诉者之确定

刘根菊 史立梅*

在总结单行刑法规定法人犯罪经验的基础上,修订后的刑法(以下简称“刑法”)在总则第四节用两条的篇幅规定了单位犯罪的主体、刑罚的种类等;在分则用 58 条的篇幅规定了单位犯罪如何认定和处罚。对刑法规定的单位犯罪究竟有多少法条,法学界的学者统计不一。其原因是标准不同,如有的人把总则和分则中规定有单位犯罪,并实行双罚制视为单位犯罪的才计算在内;有的主张对分则中只规定对自然人中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员处罚的条款计算在内;也有的把只处罚直接责任人员也计算在内;有的把法条没有明文规定为单位犯罪,但是以单位名义过失实施犯罪的亦计算在内。据笔者了解:有的学者认为,在我国刑法分则中,规定单位犯罪的共 104 条,并规定单位犯罪的罪名 125 个,其中采用双罚制的共有罪名 120 种,采用单罚制的共有罪名 5 种。^①有的认为,新刑法分则规定 113 种单位犯罪。^②有的说,我国刑法对单位犯罪作出 100 多条罪名。^③有的学者认为,我国刑法有七章十五节 106 个条款 111 个罪名规定了单位犯罪。^④由于单位犯罪刑事责任的承担者是犯罪单位、单位犯罪被追诉者(犯罪嫌疑人或者被告人),因此,为使打击、惩罚单位犯罪,使刑罚得以准确的适用,就不得不探讨如何确定单位犯罪被追诉者和与此不可分割的犯罪单位问题。

一、单位犯罪概念的界定

由于研究如何确定单位犯罪被追诉者涉及到单位犯罪的概念,因此,在研究确定单位犯罪被追诉者之前,不得不首先对单位犯罪概念进行探讨。对该概念学界众说纷纭,各持己见。综合观之,主要有以下几种观点:

1. 所谓单位犯罪,是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位获取非法利益,经单位集体决定或者由负责人决定实施的犯罪。^⑤
2. 单位犯罪是指机关、团体或机关团体的一个部门、分支机构在其主要领导人、负责人的

* 刘根菊,中国政法大学教授;史立梅,中国政法大学研究生院研究生。

① 王玉杰:《单位犯罪的刑罚原则》,《中国刑事法杂志》1998 年第 4 期。

② 赵春龙:《单位犯罪及执法中亟待解决的几个问题》,《法制日报》1998 年 8 月 23 日。

③ 刘玫英:《关于单位主体的认定》,1998 年全国刑法学研究会提供的论文。

④ 武效义、任强:《关于单位犯罪认定处罚中一些问题的探讨》,1996 年诉讼法学会年会提供的论文。

⑤ 黄太云、滕炜主编:《中华人民共和国刑法释义与适用指导》,第 39 页,红旗出版社 1997 年 3 月版;蒋传洋:《单位犯罪立案管辖制度探析》,《中国刑警学院学报》1998 年第 2 期。

指挥和策划下,实施刑法禁止的危害社会的行为。^⑥

3. 单位犯罪是指由公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会并且被法律明确规定为单位犯罪应受刑罚处罚的行为。^⑦

4. 单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取不正当利益,经单位集体决定或者由负责人决定实施的犯罪行为。^⑧

5. 单位犯罪是指机关、团体、企业事业单位以及其他合法组织集体研究决定或由负责人决定所实施的危害社会的依法应当受到刑罚处罚的行为。^⑨

6. 单位犯罪是指单位的从业人员或代理人在其他代理权限范围内为单位的利益而实施的刑法所规定的具有严重社会危害性的应受刑罚处罚的行为。^⑩

7. 单位犯罪的实质是法人犯罪,即人格化的社会有机整体的犯罪。^⑪

对上述观点,笔者认为,均有可取之处,但也有可商榷的地方。可取之处是指对单位犯罪概念中应当包括单位的犯罪主体(第1至5、7种观点)、犯意的形成(第1、2、4、5种观点)、犯罪的目的(第1、4种观点)、犯罪的实施人员(第6种观点)、犯罪的危害程度(第2种观点)、犯罪者应受的刑罚(第3、5、6种观点)等内容。但是,有的观点对单位犯罪概念的界定缺乏犯罪目的(如第2、3、5、7种观点),有的缺乏单位犯罪意志形成的内容(第3、6、7种观点),有的缺乏单位犯罪实施的自然人主体(第1至5和第7种观点)。

我们认为,对单位犯罪概念的界定应当遵循三条原则:其一,以刑法总则和分则中有关单位犯罪条款为依据的原则;其二,以刑法理论为指导的原则;其三,以反映司法实践客观情况为基础的原则。据此,笔者试作如下界定:“单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体经单位领导层集体决策或者批准后,由其直接负责的主管人员组织、指挥并由其他直接责任人员共同故意实施刑法所禁止并应受到刑罚处罚的行为。”在此概念中,犯罪主体既包括公司、企业、事业单位、机关、团体,又包括直接负责的主管人员和其他直接责任人员等自然人主体,即双重犯罪主体;行为程度达到了刑法所禁止并应受到刑罚处罚的程度而不是只达到违法程度。

在我们界定的单位犯罪概念中强调了“故意”的心理状态,对此,有些学者并不赞同。笔者之所以主张在单位犯罪案件中,行为人的犯罪心理状态只能是故意而不可能是过失,是因为:首先,单位犯罪案件中,绝大部分是“谋利性”的犯罪,这种“利”,除了主要是不正当的经济利益以外,还包括其他不正当的利益。“谋利”本身就只能是故意,不可能是过失。例如,刑法第182条规定的操纵证券交易价格罪和第164条规定的行贿罪等即是。其次,单位犯罪案件中极少数犯罪虽然不是为了“谋利”,但单位和直接负责的主管人员及其他直接责任人员明知是违法行为而实施,并造成严重后果,这本身就表明行为人持故意(间接)犯罪的心理状态。例如,刑法第332条规定的妨害国境卫生检查罪和第337条规定的逃避动植物检疫罪等,就属此类。在刑法学界,有的学者主张单位犯罪的心理状态存在过失,并以刑法分则中不少条款如第135条(劳动安全事故罪)、第138条(教育设施管理责任事故罪)和第139条(消防管理责任事

⑥ 马永春:《法人犯罪·单位犯罪》,1997年5月12日《检察日报》。

⑦ 前引〔2〕,赵春龙文;康树华、杨方正主编:《新刑法教程》,中国民主与法制出版社1997年版,第120页。

⑧ 韦怡运:《试论单位犯罪》,《广西审判》1998年第1期;周长铸:《浅谈单位犯罪》,《审判研究》(黑龙江省高级人民法院)1998年第4期;张彩虹:《试论单位犯罪》,《山西审判》1998年第2期。

⑨ 李卫红、王秀芳:《论单位犯罪的概念》,《政治学刊》1998年第3期。

⑩ 李邦友:《论单位犯罪的定义》,《法学评论》1998年第5期。

⑪ 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年第12月版,第213页。

故罪)为例予以佐证。¹²也有的学者认为:“单位犯罪的主观罪过形式既有故意,也有过失”,并以第137条规定的“建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位重大安全事故罪就是一种单位过失犯罪。对于单位过失犯罪,我国刑法的处罚原则一般实行代罚制,即不处罚单位,只处罚直接责任人员”为例证。还有的学者认为:“刑法分则规定的单位犯罪,有极少数可以由过失构成,但对这些过失犯罪,基本上只处罚单位直接责任人员(包括直接负责的单位主管人员),除个别罪名外,对单位本身不适用刑罚(罚金)。”¹³还说:单位犯罪“也有可能因意识意志的局限而形成某种错误认识,作出错误决策,而导致危害结果的发生,从而形成过失的心理状态。”¹⁴笔者认为,论者所言属于刑法上认识的错误,它包括对事实上或者对象上认识的错误,也包括犯罪手段或者方法的错误。犯这些刑法上认识错误的人,实施犯罪的心理状态只能是故意不可能是过失。但是,在学界也有的同志认为,单位犯罪行为的主观状态,不包括过失。例如,有的学者认为,我国刑法在关于单位犯罪的近百条规定中,并未规定有“单位过失犯罪”的规定。据此可以认为,新刑法的单位犯罪,仅指故意犯罪,并未包括过失犯罪。笔者认为,虽然刑法在第一编第二章第五节“单位犯罪”中的第31条规定有“……对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……另有规定的,依照规定”,但是,不能以此就认为该条必定适用单位犯罪的条文(如第135条、第138条、第139条就属此类)。有的学者认为,第135条、第138条、第139条规定的犯罪是行为人认识上的过错,因此,可以定过失犯罪,并由此进一步推导出这几种犯罪是过失的单位犯罪。我们认为,这种推理是没有法律依据和逻辑依据的。至于笔者为何不同意将因认识上的错误属于过失,前面已述,故不再重复。也有的学者认为,虽然刑法对第135条、第138条、第139条既未规定是单位犯罪,也未规定是自然人犯罪,“上述三种犯罪是单位为了节省经费或者担心采取整顿措施影响当前的生产、经营等眼前利益,经单位集体研究决定或者由单位负责人员决定,故意违反国家有关安全规定,拖延,敷衍,拒不采取预防、整防措施,因而发生重大事故的,则属于单位犯罪”。¹⁵笔者认为,单位犯罪必须是刑法分则条文既明确规定对犯罪单位判处单位罚金,又规定对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚的才能认定为单位犯罪。如果刑法未规定对单位处罚金而只规定处罚直接责任人员的,就不应认定为单位犯罪。基于此,刑法第135条、第138条、第139条规定的就不属于单位犯罪。虽然这三条规定的犯罪,其行为人是出于过失,但是,由于这三条未规定是单位犯罪,故不能证明单位犯罪案件中存在过失犯罪的情况。

二、关于对单位犯罪中犯罪单位的确定

刑法第31条规定:“单位犯罪的,对单位犯罪判处罚金,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。”从该条规定看,刑法对单位犯罪的处罚实行的双罚制为主,以单罚制为辅的处罚原则。由于单位应由自然人组成的,实施单位犯罪应由他们依托该单位和以该单位名义进行的,因此,研究单位犯罪的被追诉者(单位犯罪的犯罪嫌疑人和被告人)不得不研究构成单位犯罪的犯罪单位。从另一个角度

¹² 前引〔10〕,李邦友文。

¹³ 马长生、胡凤英:《论新刑法对单位犯罪的规定》,《政法论坛》1997年第6期。

¹⁴ 张同:《单位犯罪的理论与实务》,《中国刑事法杂志》1998年第2期。

¹⁵ 前引〔10〕,李邦友文。

讲,如果某个单位不具有法人资格或者准法人资格,承担不起罚金刑,那么,该单位就不构成犯罪单位。该单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员虽然实施了犯罪,也只能是自然人共同犯罪,而不是单位犯罪。行为人只能是自然人犯罪的被追诉者,而不是单位犯罪的被追诉者。有鉴于此,要研究单位犯罪的被追诉者,首先必须研究如何确定犯罪单位。根据刑法第30条规定,单位犯罪中的犯罪单位,即犯罪复合主体之一的单位,包括公司、企业、事业单位、机关、团体。以单位参与民事、经济活动划分,既包括依法定程序,取得法人资格的企业法人、事业单位、机关、团体,又包括不具备企业法人资格的非法人单位。从财产所有权的性质划分,既包括国有、集体所有的单位,又包括“三资”企业以及私有公司、企业等。

笔者认为,公司,既包括国有的和集体所有的有限责任公司、股份有限公司,还包括私有性质的公司。企业,既包括国有的和集体所有的企业,还包括私有性质的企业。事业单位,既包括依照法律或行政命令成立、从事各种社会公益活动的国家事业单位(如国家开办学校、医院、剧团等),又包括集体事业单位(如合作医院等)。机关,既包括国家行政机关,又包括军事机关、党政机关、司法机关等。团体,既包括人民团体(工会、青年团、妇联等)、社会公益团体(消费者协会、各种基金会等),又包括学术团体(学会、研究会等)和文化团体等。

除了法人实施犯罪必定是单位犯罪以外,现就学界对如下单位是否构成单位犯罪试作探讨:

(一) 私营企业是否构成单位犯罪的单位(主体)问题。

有的学者认为,私营企业,包括独资企业、合资企业等,因其性质是私营的,它们的一切活动实质上是个人行为,如果将其作为单位犯罪主体,那么可能就会轻纵犯罪。¹⁶ 也有的学者认为,私营企业因“它属于私有性质,尽管取得了法人资格,并且以法人的名义进行犯罪,在法律性质上亦不属单位犯罪,只能视为个人犯罪”。¹⁷ 还有学者认为,“单位”一词虽然在词典中有多种解释,含义不太确定,但在刑法中,它就是指公司、企业、事业单位、机关、团体。即包括国有、集体所有制的有限责任公司、股份有限公司、企业、事业单位,各级国家权力机关、行政机关、司法机关、军队及依法成立的各类人民团体、社会团体等。私有公司、企业的财产所有权属个人所有,不属于本条中“单位的范畴。”¹⁸ 对上述观点及理由,笔者不愿苟同。我们认为,私营企业应当构成单位犯罪的主体。其理由主要是:第一,刑法总则和分则中,凡是规定单位犯罪的条款,均未规定单位犯罪不包括私营企业为犯罪主体。鉴于此,不能将私营企业排除在单位犯罪主体之外。第二,在私营企业中,财产所有权与经营权相分离。财产权属于私人,但经营权是由私营企业的合伙人或者出资者共同行使。如果私营企业的主要负责人召集合伙人等研究、决策实施犯罪,那么,就构成单位犯罪。第三,私营企业在实施犯罪过程中,也因由领导层集体决策,由直接负责主管的人员组织、指挥,其他直接责任人员实施犯罪行为,具有国有、集体企业实行单位犯罪所具有的“单位整体利益”、“单位整体决策”、“单位整体意志”、“单位整体行为”的特征。第四,私营企业犯罪,有相当多的被规定在刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪和第六章妨碍社会管理秩序罪之中,而私营企业实施的单位犯罪往往是由于它们实施了严重危害税收征管的犯罪行为,扰乱市场秩序的犯罪行为,生产、销售伪劣商品(第

¹⁶ 赵飞:《私有企业能否成为单位犯罪主体》,1997年9月2日《人民法院报》。

¹⁷ 刘金明:《论单位投机倒把罪》,《中国法学》1989年第5期。

¹⁸ 前引〔5〕,黄太云、滕炜主编书,第39页。

140 条、第 148 条) 的行为, 以及破坏资源环境的犯罪行为等等。如果将私营企业实施上述犯罪行为只当作私营企业的个人犯罪处理, 必然造成只能对自然人个人处以刑罚, 而不能对私营企业处以罚金, 使其逃脱了经济上的制裁。这既轻罚了私营企业犯罪, 又不利于对这类单位犯罪予以遏制和预防。从这个角度讲, 应当把私营企业列为单位犯罪的主体。第四, 1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第 11 条规定: “在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济, 是社会主义市场经济的重要组成部分”。 “国家保护个体经济、私营经济的合法权利和利益。” 刑法第 4 条规定, 在“适用法律上一律平等。” 在社会主义市场经济条件下, 宪法规定对私营企业与公有企业在法律上予以同等保护。那么, 对私营企业构成犯罪的, 也应当予以公有企业实施单位犯罪后所受到的同等的处罚。综上所述, 笔者认为, 应当将私有企业列为单位犯罪主体。至于合作企业、合伙单位实施犯罪的, 列为单位犯罪主体的理由当然与将私有企业列为单位犯罪主体相同。实施犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员(以下简称“自然人”) 均能成为单位犯罪的被追诉者。

(二) 关于法人单位, 特别是企业、事业单位哪些分支机构或下属部门可以列为单位犯罪主体问题。

对此, 学界观点不一。有的认为, 不应将其列为犯罪单位, 有的认为应当将其列为犯罪单位。笔者认为, 这要视具体情况而定。对凡是符合国家统计局规定的“产业活动”的法人组织的二级机构或者部门, 甚至二级机构或部门下属的一级结算单位都应当列为单位主体。

关于单位主体划分标准, 国家统计局参照国际上通行的关于基本单位的划分标准, 并结合我国的国情, 在第一次全国基本单位普查中, 将全国的单位划分为两大类:¹⁹

一类是法人单位(institutional unit), 其构成条件与法律规定的法人条件基本相同: 1. 依法成立; 2. 有自己的名称、组织机构和场所; 3. 能独立承担民事责任, 独立拥有和使用(或授权使用) 资产; 4. 有权与其他单位签订合同; 5. 会计上独立核算, 能够编制资产负债表的单位。法人包括企业法人、行政法人、社会团体法人、社区管理型机构法人(街道办事处、乡、镇等) 和其他非营利性机构法人(指各类事业单位) 等。

二类是产业活动单位(establishment), 其构成条件是: 1. 在一个场所从事一种或主要从事一种社会经济活动; 2. 相对独立组织生产或开展业务活动; 3. 能够掌握收入和支出等业务资料的单位。产业活动单位包括: 营利性单位, 行政及党政机关, 社会团体, 事业单位, 社区管理型单位等。

从上述划分单位的第二类标准观之, 将它们运用到单位犯罪中, 凡是具备上述条件又从事单位犯罪的公司、企业、事业单位、机关、团体等法人单位的二级机构或部门, 亦或是法人组织二级机构或部门以下的一级结算单位, 均可成为犯罪单位。例如, 各种银行下属的支行, 各邮电局下属的分局, 各大学的分校, 各种医院下属的分院等。如果实施单位犯罪, 均能成为犯罪单位。实施犯罪的自然人, 均能成为单位犯罪的被追诉者。

(三) 正在筹建中的组织能否构成犯罪单位?

对此, 有的学者认为, “原则上不能构成。理由是单位犯罪作为犯罪主体, 必须是国家法律所认可的组织。单位在其筹建阶段, 尚不能认为它是存在的, 正如人的出生一样, 筹建中的单

¹⁹ 参见《关于第一次全国基本单位普查结果的公报》, 《人民日报》1998 年 3 月 2 日。

位是法律上的主体尚未出生,故不能构成单位犯罪,如有犯罪行为,应由筹建者承担法律责任”。²⁰笔者认为,对正在筹建中的组织是否能成为犯罪单位,既不能一概否定,也不能一概肯定,而应当针对不同筹建组织具体情况进行具体分析。实践中,正在筹建的组织大致有三种类型:1.有专门的筹建组织;2.由主管部门直接筹建的组织;3.有个人筹建的法人组织。现对这种筹建组织能否构成犯罪单位,分别试述如下:1.有专门的筹建组织,如各种类型的“筹建处”等,多见于大中型企业。由于它们是经主管部门批准、依法进行登记成立的实体,具有独立的法人资格,因此,在筹建过程中,由集体进行决策并由直接负责的主管人员和其他直接责任人员实施犯罪,那么,就属于单位犯罪,该组织就自然是犯罪单位;2.由主管部门直接筹建,一般责令某个职能机构或由若干个筹备创建,多见于正在筹建的小型企。如果该类筹建组织实施了犯罪行为,若已经主管部门批准或同意,那么,主管部门承担刑事责任,该主管部门就是犯罪单位,若未经主管部门批准或者同意,而是筹建组织擅自所为,但因不具备准法人地位的单位,(准法人单位,是指依法成立,具有自己的名称和组织机构,有一定的财产能以自己的名义独立进行民事活动,在一定程度上和一定范围内享有民事权利和承担民事义务)故不能成为犯罪单位。其刑事责任只能由实施犯罪行为的自然人承担;3.个人筹建的法人组织,这主要是指私营企业。如果是由私营企业领导层集体组织、决策,由直接负责的主管人员和其他直接责任人员实施犯罪,那么,就构成单位犯罪,该单位就成为犯罪单位。如果是该筹建组织中的一名或数名自然人在筹建过程中,打着筹建组织的旗号实行犯罪,那么,就属于自然人个人犯罪或者共同犯罪,而不能认为是单位犯罪,故不应将该筹建单位认定为犯罪单位。上述凡是构成单位犯罪的单位,实施犯罪的自然人,就属于单位犯罪的被追诉者;否则,则不是。

三、关于对单位犯罪被追诉者确定的原则

单位犯罪是一种新的犯罪类型。从构成犯罪的主客观要件方面讲,它与自然人个人实施的犯罪和与自然人实施的共同犯罪相同。单位犯罪是由单位和其内部人员双重主体实施犯罪,且法律关系复杂,具有自身的特点,所以单位犯罪区别于其他类型的犯罪,其特征有两条:其一是具有单位的整体意志;其二是参与单位犯罪的被追诉者较多,且不易于确定。有鉴于此,在确定单位犯罪被追诉者时,不得不把犯罪单位与自然人参与单位犯罪结合起来进行分析、研究。欲正确确定单位犯罪的被追诉者,我们认为,首先,必须确定四条基本原则,然后,根据这些基本原则,确定哪些人是单位犯罪的被追诉者,哪些人不是。现将确定单位被追诉者的四条基本原则试述如下:

(一)法定性原则

法定性原则,是指依据刑法总则和分则中有关条款规定为单位犯罪的单位和被追诉者才能成为被追诉的单位和被追诉者的原则。就被追诉者而言,只有参与刑法规定为单位犯罪的自然人才能成为单位犯罪的被追诉者。否则,就是实施犯罪的自然人被追诉者。

从刑法总则规定构成单位犯罪和被追诉者的情况看,就是第30条至第32条,特别是第31条规定的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”更显而易见。

从刑法分则规定单位犯罪和被追诉者的条文规定看,大体有如下三种情况:

²⁰ 前引〔9〕,李卫红、王秀芳文。

1. 用一个条文作直接具体的规定。例如,第 190 条:“国有公司、企业或者其他国有单位、违反国家规定,擅自将外汇存放境外,或者将境内的外汇非法转移到境外,情节严重的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。”属于此类条文的共有 6 条。

2. 在一个条文中作依照性的规定。例如,第 176 条第 2 款规定:“单位犯前款罪的,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,依照前款的规定处罚。”作类似此种规定的有第 177 条第 2 款和第 125 条第 3 款等条文共 41 条。

3. 作索引式的规定。只用一条的篇幅,通过索引若干条的规定来规定对单位和直接负责的主管人员及其他直接责任人员的处罚。例如,第 220 条规定:“单位犯本节第 213 条至第 219 条规定之罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照本节各该条的规定处罚。”例如,第 200 条规定:“单位犯本节第 192 条、第 194 条、第 195 条规定之罪的,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,处 5 年以下有期徒刑或拘役”……此种类型的条文共 7 条。

4. 作援引性的规定。例如,第 153 条第 2 款规定:“单位犯前款罪的,对单位处以罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处 3 年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑;情节特别严重的,处 10 年以上有期徒刑。”而第 154 条规定:“下列走私行为,根据本节规定构成犯罪的,依照本法第 153 条的规定定罪处罚。”从第 31 条规定的“本法分则……另有规定的,依照规定”的原则,第 154 条的规定,属于单位犯罪的条文。此类型的条文共有 7 条。

笔者认为,凡是该单位的自然人实施了上述几种类型的犯罪,他们自当是单位犯罪的被追诉者。否则,则不是。

在刑法理论界,有些学者认为,虽然刑法分则条文中未规定单位犯罪,但规定了应当处罚的直接负责的主管人员和其他直接责任人员(如第 161 条规定的财务会计报告诈欺罪和第 396 条规定的私分国有资产罪等共 14 个条文)构成的犯罪,属于单位犯罪。但是,有些学者则认为,这类犯罪不应属于单位犯罪,但可以认定为“直接责任人员”犯罪的犯罪形态。²¹ 笔者赞同这种观点。还有的学者认为,第 135 条、第 137 条、第 138 条和第 139 条规定的事故罪也属于单位犯罪。²² 笔者认为,这几种罪也不属于单位犯罪,因该规定只是对直接责任人员处罚,故属于自然人个人犯罪。同理,第 167 条和第 168 条,虽然也规定了“对国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员”因严重不负责任或者徇私舞弊造成严重损失的,应判处刑罚,然而,这两条规定同样不是单位犯罪而是自然人个人犯罪。有鉴于此,上述几种条文中规定的犯罪中的自然人,不属于单位犯罪的被追诉者。

(二) 犯罪意志的整体性原则

单位是由自然人组成的有机整体,单位犯罪是由自然人共同实施的犯罪行为。单位犯罪与自然人共同犯罪的区别之一,就是犯罪意志和行为的整体性。现对此方面加以研讨。

自然人犯罪的意志,由其个人意志构成;自然人共同犯罪,由参与犯罪的数人的意志构成。单位犯罪的意志,则由单位领导层的数人决策而成。这种意志是经过单位决策层领导共同研

²¹ 前引〔9〕,李卫红、王秀芳文。

²² 何评宏:《单位犯罪研究》,《现代法学》1998 年第 1 期。

究和决定的,因此,具有单位整体性的特征。这种整体性代表整个单位的意志,而不是某个或某几个领导个人意志的简单相加。这种整体的犯罪意志一旦形成,只要交由直接负责的主管人员和其他直接人员去实现,那么,也就变成了整体犯罪意志实现。从这个角度讲,直接负责的主管人员和其他直接人员实施犯罪的意志,也是单位整体犯罪意志的组成部分。

单位犯罪的意志的形成,具有程序性的特点。实践中,依照一定程序形成单位整体意志的形式主要有:其一,是由单位某个领导提出,然后经过单位领导集体讨论、研究后而形成统一的犯罪意志。其二,是由有关人员提出犯罪方案,表达了犯意,然后由单位全体领导人会签。如果,绝大多数领导人签字同意,那么,也就形成了单位的整体犯罪意志。有些学者认为:“单位犯罪的意志形成有三种途径:一是单位决策机构直接作出的犯罪意志决策;二是单位决策个人或直接责任人员的犯罪意志转化为单位的犯罪意志;三是执行人员意志所为,经单位决策在事后认可所形成的单位犯罪意志。”²³ 笔者同意论者所言前两种途径,但对第三种由执行人员先斩后奏,事后征得单位决策者认可(而不是集体研究作出决策)不敢苟同。由于事后认可的因素十分繁杂,因此,难以真实代表单位的整体犯罪意志。基于此,笔者认为,凡是执行人员凭借这种犯罪意志实施的犯罪,不能成为单位犯罪,而只能是自然人个人犯罪,他们不属于单位犯罪的被追诉者,而只是自然人犯罪的被追诉者,只适用相应的刑法条文予以处罚。

还有的学者认为,只要是单位的主管人员形成的犯罪意志,并指挥其他直接负责人员去实施犯罪,那么,也属于单位犯罪。笔者认为,由于主管人员只是单位领导成员中的一分子,他个人的犯罪意志未经单位领导集体决策和同意,因此,不构成单位犯罪的意志,不具有整体性的特点,因此,由他们指使其他直接责任人员实施的犯罪,只属于自然人构成的共同犯罪。因他们属于自然人个人犯罪,不能成为单位犯罪的被追诉者,而只是自然人犯罪被追诉者。

(三) 犯罪行为与犯罪意志的关联性原则

与任何自然人个人犯罪行为的实施必受犯罪意志的支配和指挥相同,单位犯罪行为的实施也必然受单位犯罪意志的支配和指挥。自然人犯罪,其行为只受本人的大脑形成的犯罪意志左右,即使他受到强制、胁迫、教唆、欺诈等外界因素的作用,也只有在其大脑里接受了之后,再形成作为或不作为的犯罪意志之后才支配自己实行或不实施犯罪行为。自然人共同犯罪的犯罪行为与犯罪意志之间的关联关系亦如此,不同的仅仅是这种犯罪意志具有集合性和犯罪行为具有多人分别实施的分散性特点。单位犯罪的实施者与单位犯罪意志之间也具有关联性。与自然人共同犯罪相比,显现出关联性更强、层次性更明显的特点。谓其关联性更强,是因为:单位犯罪意志,是由该单位领导者集体研究和决策之后的整体意志,是以单位作为一级组织、机构为依托形成的意志,对该单位之间的人员来说有一个上级与下级之间的密切联系,还有下级必须服从上级的强制性。自然人共同犯罪,虽然数名主犯形成的犯罪意志会强制其他成员,但其强制性显得较弱。所谓其层次性更明显,是因为:单位犯罪的整体意志形成后,为实施犯罪行为,首先由直接负责的主管人员执行单位的犯罪意志,再由他们将单位的犯罪意志传达给其他直接责任人员,并按单位的整体意志实施犯罪行为。自然人共同犯罪虽然也有分工,但其层次情况没有这样明显。

以犯罪行为与单位犯罪意志是否有关联性为标准,就能确定某人的犯罪是为单位实施犯罪而成为单位犯罪的被追诉者,还是相反。例如,如果自然人是依托单位犯罪的意志实施犯罪

²³ 前引〔9〕,李卫红、王秀芳文。

行为,那么,他就是单位犯罪的被追诉者。否则,就不是,而是自然人犯罪,成为自然人犯罪的被追诉者。实践中,有两种人属此类。其一,有的自然人个人(包括本单位、社会上的个人)冒充某单位实施犯罪,由于他(们)的行为与某单位的整体意志无关联,故只能是自然人犯罪,属于自然人犯罪的被追诉者,而不属于单位犯罪的被追诉者。其二,某单位与某一个或几个自然人(包括某单位的个人和社会上的个人)共同实施的犯罪(不纯正的单位犯罪),由于自然人执行的是某单位与他(们)共同形成的犯罪意志,而不是纯粹某单位的犯罪意志,因此,他(们)也不应当成为单位犯罪的被追诉者而属于自然人犯罪的被追诉者。

若法人组织的法人代表以该单位的名义授意,指使某人或某几个人实施犯罪,这不属于单位犯罪? 法人代表的犯罪意志算不算单位整体意志? 笔者认为,虽然法人代表有权代表法人对外签订合同和开展其他业务,但是,不能以法人代表的个人意志代替未经法人领导层全体负责人集体讨论、研究决策的意志,他(们)授意、指使其他责任人员实施的犯罪,由于他的个人行为与该法人单位的整体意志无关联,故他(们)实施的犯罪只属于自然人实施的共同犯罪,不属于单位犯罪,他(们)不能成为单位犯罪的被追诉者。如果公司企业中的董事长也这样做,法理亦同。

如果某单位的少数领导未经该单位领导层负责人研究、决策而以该单位的名义与另一单位(经过全体领导决策形成整体意志)共同实施犯罪,因属于不纯正的单位犯罪,某单位少数领导及由其授意,指使、参与犯罪的责任人员,不属于单位犯罪的被追诉者,而只属于自然人犯罪的被追诉者。如果甲单位与乙单位各自经本单位领导层负责人研究、决策形成单位犯罪意志,然后两单位共同实施犯罪,笔者认为,这种情况属于单位共同犯罪,不属于自然人实施的共同犯罪。两单位参与犯罪的人员均属于单位犯罪的被追诉者。

(四) 犯罪人员的特定性原则

在单位犯罪的案件中,由于犯罪意志的形成源于单位领导层的集体决策,实施犯罪的人员,既有直接负责的主管人员,又有其他直接责任人员等,那么,在这种复杂的情况下,究竟确定谁为单位犯罪的被追诉者? 这又是一个值得探讨的问题。笔者认为,欲准确确定单位犯罪的被追诉者,还必须遵循犯罪人员的特定性原则。所谓犯罪人员的特定性原则,就是指具备单位犯罪被追诉者的特定准则。它是根据刑法有关规定和情节与犯罪的人员所处的地位和所起的作用为基础确定的准则。根据这条原则,符合下列情形之一者就是单位犯罪的被追诉者。

1. 直接负责的主管人员

刑法总则第 31 条和分则规定单位犯罪的条款已明确要求对直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任,那么,关于“直接负责的主管人员”,究竟是指哪些人? 学界有不同的观点。综观各种看法,大致分为两类:第一,直接负责的重要人员既包括单位的领导人,也包括中层负责人。例如,有的学者认为,是指:“犯罪单位内的犯罪起主要决策作用的主管人员”。“单位的主管人员既参与决策,又组织实施犯罪的,应视为直接负责的主管人员。”²⁴ 按此种观点理解,直接负责的主管人员既包括单位领导层的所有参与决策的负责人,又包括其中组织实施的人员。另有学者认为,所谓直接负责的主管人员,是指对单位的犯罪活动负有直接责任的主要领导人,如厂长、副厂长、经理、部门经理等。²⁵ 从这个界定的范围看,直接负责主

²⁴ 前引〔5〕,黄太云、滕炜主编书,第 41 页;前引〔8〕,韦怡运文。

²⁵ 曹子丹、侯国云:《中华人民共和国刑法精解》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 33 页。

管人员,既包括参与犯罪决策的该单位领导层负责人,还包括部门经理等中层干部。还有的学者认为:“直接负责的人员,是指单位犯罪负有直接责任的单位的代表、领导人及某个分管方面的业务主管人员。”²⁶在笔者看来,此种观点所界定的直接负责的主管人员的范围与第二种观点基本相同。第二,直接负责的主管人员只包括单位的领导人。例如,有些学者认为,“直接负责的主管人员,就是在单位犯罪中负有直接责任的单位领导。也就是说,这类人员首先必须是单位领导;其次,其行为同单位犯罪的危害结果之间必须具有直接因果关系”。他们“可能是一个人也可能是几个人,但不一定是单位的所有领导都对单位犯罪负有直接领导责任。如果某一个或几个领导未参与单位犯罪的策划和决策,事后亦未认可,或者对单位持反对态度,那当然不应当对单位犯罪承担刑事责任。”²⁷这就是说,直接负责的主管人员包括该单位参与并主张单位犯罪的单位领导人。

笔者认为,上述观点都有可取之处,但也有值得商讨的地方。我们认为,作为一个单位来说,单位的第一、第二把手是不是刑法规定的“直接负责的主管人员”,二者究竟有无区别值得研究,单位的第一、二把手是该单位的主管人员,在研究、决策实施单位犯罪的过程中,如果集体决定由他们中某人组织其他直接责任人员实行单位犯罪,那么他们就是“直接负责的主管人员”;如果集体决定由他们以外的其他单位领导人组织、指挥其他直接责任人员实行单位犯罪,那么,他们就不是“直接负责的主管人员”,而被分工去组织、指挥单位犯罪的其他领导人才属于“直接负责”的主管人员。由上可见,对本单位全面工作负主要责任的第一、二把手,与“直接负责的主管人员”有时重合,有时不分离,故不能把二者混为一谈。除此以外,也可能出现这种情况,即由单位领导层的负责人集体研究、决定,责成或指定该单位的某中层负责人去组织指挥单位犯罪,那么,该人也就成为“直接负责的主管人员。”由此可见,“直接负责的主管人员”是指经单位集体研究、决策被责成或者指定组织、指挥直接责任人员实施单位犯罪的人员。由于这些人实施了单位犯罪,故他们应当为单位犯罪的被追诉者。

刑法第30条规定了对单位犯罪应当追究刑事责任。而分则有关条款规定,对单位犯罪的应当判处罚金。总则第31条和分则有关条款对单位犯罪的直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当追究刑事责任。但是,均没有明文规定对犯罪单位的第一、二把手是否应当追究刑事责任。那么,犯罪单位的第一、二把手主持该单位全体领导成员研究、决定实施单位犯罪是否应当承担刑事责任,他们是否应成为被追诉者?我们认为,该单位的第一、二把手中谁主持这种会议,谁就应当对该单位的犯罪承担刑事责任,成为单位犯罪的被追诉者。其所以应当将他们确定为单位犯罪的被追诉者,这是因为:首先,他们是该单位的最主要的领导成员,大权、重权在握,在该单位里对决定重要问题起到关键性的作用;其次,主持研究、决策是否实施单位犯罪,因他在单位领导层中所处的显要地位,他所提出的主张(个人主动提出)和发表的支持或者不支持(别人主动提出)实施单位犯罪的态度具有决定性的作用。有鉴于此,笔者认为,凡是主持该单位领导层的全体负责人研究、决策实施单位犯罪的第一或者第二把手,应当承担刑事责任,属于广义上的“直接负责的主管人员”,理应成为单位犯罪的被追诉者。只有对他们作出这样的认定,才能有效地预防单位犯罪发生。如果该单位的领导成员或者部门负责人提出实施单位犯罪的计划,第一、二把手个人同意或二人均同意(无论是事前或事后同意),但未经领

²⁶ 陈兴良:《刑法疏义》,中国人民公安大学出版社1997年版,第116页。

²⁷ 前引[13],马长生、胡凤英文。

导层全体负责人集体研究、决策后实施,那么、就不构成单位犯罪,而属于自然人共同实施的犯罪,实施犯罪的责任人员,均不能成为单位犯罪的被追诉者。

2. 其他直接责任人员

刑法第31条和分则有关条款规定对单位犯罪中的“直接责任人员”追究刑事责任,也就是说,他们应定为单位犯罪的被追诉者。那么,何为“直接责任人员”?他们的范围究竟多宽?这是一个既重要又比较复杂的问题。谓其重要,是因为它直接关系到打击、惩罚单位犯罪是否能落到实处的问题;谓其复杂,是因为涉及到单位犯罪的除了“直接负责的主管人员”以外,有的是单位中的部门负责人,有的是单位的财会人员,或者工程技术人员,还有的是一般干部、职工等等。如果将“直接责任人员”的范围界定过窄,就会造成打击、惩罚单位犯罪不力;如果将其范围界定过宽,就会扩大打击面,甚至冤枉无辜。有鉴于此,不得不引起高度的重视,并进行深入的研究和探讨。

关于“直接责任人员”的观点,在学界有三类:其一,行为人实施说。有的学者认为,是指在直接负责的主管人员的授意指挥、组织下,积极参与实施犯罪的单位内部的成员。²⁸也有的学者认为,“是指单位犯罪中直接实施犯罪行为的人。”²⁹有些学者认为,“单位犯罪的直接责任人员,就是指执行单位犯罪意图,实施单位犯罪计划的人员。这类人员可能是单位及其所属部门的领导,也可能是一般工作人员;可能人数多次,也可能人数较多。”³⁰其二,是行为人责任说。有的学者认为,“直接负责的主管人员以外,其他对单位犯罪负责任的人员,也就是单位犯罪行为的直接责任者。”³¹其三,行为人实施责任混合说。有的学者认为,“其他直接责任人员”,是指直接实施犯罪行为的人员。一般是在第一线从事生产、经营活动的工人、营业员、业务员以及其他一般工作人员。他们是实施单位犯罪的主要执行人,在单位犯罪决策、具体实施中起了一定的作用,对单位犯罪负有一定责任。³²笔者认为,前述“行为人实施说”和“行为人责任说”虽然并无不当,但对“其他直接责任人员”的范围界定过于笼统,难以确定。“实施与责任说”则把“在第一线从事生产、经营活动的工人、营业员、业务员以及其他一般工作人员”均界定在该范围之内,实属范围太宽,不可取。如果将这些人员列入并确定为单位犯罪的被追诉者,势必造成打击一大片。

我们认为,在确定“其他直接责任人员”的范围时,应当坚持以下两条标准:

第一,与直接负责的主管人员关系最密切。“最密切”,体现刑法规定“其他直接责任人员”中“直接”二字的含义。由于某些人为使单位的犯罪意志和决策得以实现,并按照直接负责的主管人员的组织和指挥的方案去积极地贯彻、执行,所以他们的这种直接负责的主管人员关系最密切的权利行为就决定了他们可以是单位犯罪的直接责任人员,可以成为单位犯罪的被追诉者。此为条件之一。

第二,在单位犯罪过程中起到重大作用。“重大作用”体现刑法规定“其他直接责任人员”中“责任”二字的含义。在单位犯罪案件中,除了直接负责的主管人员以外,涉及到的其他人员很多,可能既有单位下属的部门负责人,可能有财会、工程技术人员,也可能有一般的行政干

²⁸ 前引〔5〕,黄太云、滕炜主编书,第41页。

²⁹ 前引〔27〕,陈兴良书,第116页。

³⁰ 同前引〔13〕。

³¹ 曹子丹、侯国云:《中华人民共和国刑法释义》,中国政法大学出版社1997年3月版,第33页。

³² 前引〔8〕,韦怡运文。

部,还可能有在一线从事生产、经营的工人、职工等等,究竟怎样确定他们中单位犯罪的“其他直接责任人员”?这就要看他们在单位犯罪中所起到的作用大小。他们起到的作用大,所负的责任就应当大;否则就应当小。如果某人或某几个人起到关键性作用或者重大作用,他们就要对自己的行为负重大责任。这也是确定他们是其他直接责任人员和单位犯罪被追诉者的条件之一。如果他们在单位犯罪中所起的作用重大,那么,他们可能是其他直接责任人员,亦可能是单位犯罪的被追诉者。否则,就不是。

笔者认为,凡是参与单位犯罪的自然人,同时具备上述两条,那么,就应当确定其为刑法所规定的“其他责任人员”,自然是单位犯罪的被追诉者。否则,就不是。

实践中,对虽然具备上述两条,但不具备下列情形之一者,笔者认为,不应当将他们列为“其他直接责任人员”和单位犯罪的被追诉者。1. 对单位犯罪曾提出过反对意见但未被采纳而被迫实施随后又向党纪、政纪部门检举、揭发的人。2. 受直接负责的主管人员蒙骗后参与单位犯罪的人。3. 不知道单位犯罪事实真相,只是在单位犯罪过程中,在法定的范围内正常从事本职工作的人员,如一般干部、财会、科技人员和普通工人等。

总而言之,笔者主张确定单位犯罪案件中“其他直接责任人员”和单位犯罪的被追诉者的范围的面宜窄不宜宽,具体而言,在确定单位犯罪的“其他直接责任人员”过程中,对可定可不定的,最好不定,但可交由党纪、政纪部门去处理。