

拟制犯罪和拟制刑事责任

——法人犯罪否定论之回归

张克文^{*}

内容提要：在表面扩张的背后，法人刑事责任始终无法摆脱其内在的矛盾与危机，随着团体责任不良后果的充分显现，美国近年来的法人犯罪执法策略明显向传统的个人责任回归。法人犯罪事实上是自然人个人犯罪，法人的本质只是一种法律拟制，法人犯罪和法人刑事责任的实质是自然人个人犯罪和个人刑事责任对法人的归属，是一种拟制犯罪和拟制刑事责任。法人刑事责任应坚持传统的个人责任主义原则，拟制主体实定化的倾向是法人刑事责任赖以存在的现实基础。

关键词：责任主义 代理行为 法人本质 法律拟制

自产生以来，法人刑事责任就一直处于充满矛盾、备受争议的境地。其中，理性主义和功利主义是影响其法律评价的两大根本要素。理性主义强调坚持传统刑法的责任原则，并注重理论自身的合理性；功利主义则强调预防法人违法犯罪的现实需要和政策考量。由于法人不同于自然人，其本身不可能具有责任能力，因此，在法人承担刑事责任的问题上，两大要素从一开始就注定了其立场上的根本对立和冲突。

在欧美国家，自 20 世纪末、尤其是 21 世纪以来，大量的大型上市公司或跨国集团反垄断、环境损害、金融欺诈等违法犯罪活动的集中爆发及其所带来的罚及无辜的严重不良后果，使得建立在功利主义政策选择之上的法人刑事责任原本脆弱的理论根基愈加岌岌可危。在我国，法人犯罪（单位犯罪）早已成为刑法上的不争事实，但法人违法活动的威胁及其引起的社会关注远不及西方发达国家，因此，功利主义的政策需求并不迫切。理论和实践中的困惑更多地来自于双罚制的理论根据、单位犯罪中责任成员间的关系、机关犯罪、法无明文规定的单位犯罪如单位盗窃等具体问题该如何予以合理解释和处理等问题上。

关于法人刑事责任能否有效应对法人严重违法犯罪的现实，能否或在多大程度上实现其功利主义的目的追求，我们很难甚至不可能作出准确评估。美国自 2001 年“安然公司财务欺诈案”以来的一系列事件及其司法对策实际上作出了否定回答。本文拟从当前法人刑事责任所面临的困境出发，并主要基于理性主义的立场，力图为解决法人刑事责任问题找到一条切实可行的出路。

^{*} 中南财经政法大学法学院讲师。

一、法人刑事责任现状、困境和出路

一般而言,所谓法人犯罪,是指法人代理人为法人利益实施的,以法人作为犯罪主体的犯罪。法人犯罪又称为组织体犯罪,在我国则称为单位犯罪。从传统来看,法人犯罪可谓英美法系国家的独有现象;但在当代社会,追究法人刑事责任几乎成了一种世界性趋势。不仅在传统的英美法系国家,法人刑事责任呈现出进一步的扩张;在一贯反对法人刑事责任的大陆法系各国,也纷纷突破责任主义的原则性障碍,在各自的国内刑法中规定了法人犯罪。在国际社会,以欧盟为代表,各区域性、世界性国际组织的相关规约也对法人刑事责任持普遍接受甚至积极主张的态度。

关于法人刑事责任的归责原理,各国主要表现为两种模式:一是替代责任模式,即以法人内的自然人为中介,通过对自然人个人犯罪的认定,来追究法人刑事责任,包括上级责任原理(狭义的替代责任)和同一视原理。上级责任原理的特征在于即便是作为法人“手足”的最低级雇员的行为和过错也可以归于法人,作为认定法人犯罪的依据;同一视原理则强调只有作为法人“大脑”的高级管理人或可以视为与法人具有“同一性”的人的行为和过错才能归于法人,视为法人犯罪。二是本体责任或组织体责任模式,即抛开法人内的自然人,直接根据法人的制度、结构、政策、文化等组织体特征来认定法人自身(管理)过错和刑事责任。^[1]其中,本体责任模式是一种新型归责原理,目前主要作为替代责任模式的补充,只适用于少数国家,如英国、澳大利亚;同一视原理是各国认定法人过错和追究法人刑事责任的主要标准;美国联邦和大多数州法院系统则主要适用上级责任原理。^[2]

与法人刑事责任的表面扩张形成鲜明对比的是,在大陆法系,德国、意大利、西班牙等对近现代欧陆刑法具有重要影响的国家,却始终坚持“社团不能犯罪”的传统,对法人违法活动,主要通过法人行政制裁和个人刑事责任来加以规制;在英美法系,一向走在法人刑事责任发展最前列的美国,近年来似乎出现了“落伍”甚或“反潮流”的趋势。一方面,审判实践始终坚持依传统的(狭义)替代责任原理来认定法人犯罪,而拒绝适用更为激进的本体责任,组织体管理过错始终只是一个量刑情节,而不是定罪标准;另一方面,自进入21世纪以来,随着以“安然事件”为标志的大量金融和财务欺诈丑闻的爆发,美国对法人违法活动的规制更多地转向了加重个人刑事制裁和加强法人行政管理的大陆法系的传统轨道。如美国国会通过的萨班斯—奥克斯利法(Sarbanes—Oxley Act of 2002)规定了有关公司法人的强制性公开披露制度,旨在实现公司管理的透明化和培育法人守法文化;美国司法部及其执法人员则大量利用暂缓起诉协议和不起诉协议,以撤销对法人的起诉,或以不起诉法人为条件,强迫公司协助检察官起诉犯罪雇员个人,并改革企业内部管理;美国量刑委员会则根据萨班斯—奥克斯利法的规定,极大地提高了对白领犯罪的量刑,有好几类案件都规定了与大额毒品犯罪相同的监禁期间。^[3]与此同时,在法人刑事责任改

[1] “本体责任”的概念是笔者受他人启发提出来的,主要是为了与“替代责任”相对应。See Eli Lederman, *Models for Imposing Corporate Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity*, 4 Buff. Crim. L. R. 641 (2000).

[2] See Andrew Weissmann and David Newman, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, 82 Ind. L. J. 423 (2007).

[3] See Wilson Meeks, *Corporate and White-Collar Crime Enforcement: Should Regulation and Rehabilitation Spell an End to Corporate Criminal Liability?*, 40 Colum. J. L. & Soc. Probs. 77 (2006).事实上,不仅仅是美国,在西欧,对于以 Parmalat (日用食品巨头,意大利第八大工业集团,占意大利国内GDP的0.8%)为典型代表的类似的财务欺诈丑闻,欧盟及其成员国也没有强调法人刑事制裁,而是更多地强调个人刑事责任及法人的民法规定或行政管制,“尤其是更严格的财务和审计标准、更高的财务透明度、更大的股东权利以及董事责任与薪酬的明确标准”。See Sara Sun Beale and Adam G. Safwat, *What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability*, 8 Buff. Crim. L. R. 152 (2004).

革最为彻底的澳大利亚，在刑法领域，其刑法典将组织体过错（法人文化）作为与同一视原理并列的归责标准，但在特别法领域，大量的制定法却在不断限制刑法典的适用，且“越来越倾向于追究企业董事和经理的个人责任，因为指向个人责任会促进他们（对企业）更有效的监管”。〔4〕

在历史上，法人刑事责任最早出现在英国。早在1635年，英国就开始以刑事诉讼的名义强制法人（主要是公法人）履行公共责任。这一时期，这类诉讼并不常见，通常并不被视为是对真正犯罪的起诉；随着法人数量的增加和对商业活动的广泛参与，到19世纪上半叶，大量的、经常性的法人刑事责任开始在英国及其前殖民地——美国出现。这一时期的法人刑事责任仍然主要是作为一种公共执法手段，广泛适用于公共损害领域；20世纪初，法人刑事责任扩展到要求犯罪心态的犯罪。此后，在普通法系，尤其是美国，法人可以构成传统上由自然人实施的几乎所有犯罪；〔5〕在大陆法系，“受法人日益增长的经济影响力，及在消费市场和环境领域不受管制的法人不法行为给社会提出的独特威胁的驱动”，考虑到法人犯罪的巨大危害，法人从中受益，但却因其结构复杂，“责任个人难以认定”，自20世纪70年代晚期开始，在西欧学者及欧盟、欧洲理事会的积极推动下，欧洲各国也纷纷改革国内刑法，引入法人刑事责任。〔6〕

由于传统犯罪和刑事责任是以自然人为对象，基于道义责任而发展起来的，而“法人在法律上只是一种拟制存在……作为一种抽象的东西，它缺乏物理的、精神的和道义的能力去实施不法行为，或接受惩罚。它既不能实施犯罪行为，拥有犯罪意图，也不能被监禁。它没有灵魂，不能被责难。”〔7〕因此，法人刑事责任的适用一开始就存在根本的原则性障碍，但“通过……拟人化的巧妙手法（即将法人机关视为法人“大脑”，将法人雇员视为法人“手足”——笔者注），普通法轻易就将无生命的‘法人’转变为了能实施刑事不法行为并具有犯罪意图的‘人’”；〔8〕也正是通过法律拟制和对法人人格的承认，大陆法系的立法和理论得以突破“社团不能犯罪”的传统。尽管如此，法人固有的团体性特征却使得法人刑事责任始终无法摆脱株连无辜的嫌疑。在美国，“即使法人刑事责任已经被承认近一个世纪了，但当代的学术评论家们却对其合理性提出了质疑，认为它不如其他选择：法人民事责任并且或者法人代理人个人刑事责任。”“尽管有既定的原则指导对法人的刑事指控，但检察官们起诉法人时仍然非常审慎，认为惩罚法人在效果上惩罚了无辜的股东。”进入21世纪以来，以安然公司（美国前第七大最有价值公司）案为开始，美国一系列的金融欺诈丑闻充分证明了法人刑事责任甚或法人犯罪本身累及无辜的严重不良后果。2001年10月，自从披露出安然公司有计划地转移债务和隐藏企业损失后，股东财产损失达约1千亿美元，“在丑闻的余波之中，6500名安然员工失去了工作和养老金，而安然的经理人员在破产申请前给了他们自己超过5500万美元的现金补贴。”“安然的审计公司，安达信会计师事务所（Arthur Anderson LLP），世界最大的财务公司之一，被指控并被判决在与安然有关的活动妨碍司法。安达信会计师事务所随后于2002年8月关闭了其公共审计业务，将其合伙人和雇员从28,000名减少到不足3,000名。”在2004年，美国FBI调查了184起法人欺诈案例，其中最大的18起案例使得投资者损失超过10亿美元；白领犯罪造成美国公众每年损失超过3千亿美元；在

〔4〕 Jennifer Hill, *Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique*, J. B. L. 2003, 1-44.

〔5〕 See Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and An Observation*, 60 Wash. U. L. Q. 393 (1982).

〔6〕 前引〔3〕, Sara Sun Beale and Adam G. Safwat 文, 第108页, 第127页。

〔7〕 前引〔5〕, Kathleen F. Brickey 文, 第396页。

〔8〕 Kathleen F. Brickey, *Rethinking Corporate Liability under the Model Penal Code*, 19 Rutgers L. J. 593 (1988).

世界通信 (Worldcom) 案中, 股东损失估计高达 2 千亿美元。^{〔9〕}

除了英美国家早期的公共执法考虑外, 法人经济社会影响力的增强及其给社会带来的严重威胁, 以及传统个人刑事责任在应对法人违法活动中的不足是现代法人刑事责任兴起的主要原因。由于法人毕竟不同于自然人, 法人作为法律主体仅仅限于观念上的存在, 尽管通过法律拟制, 法人刑事责任在形式上满足了传统刑法责任主义的要求, 但却无法改变法人“没有可谴责的灵魂, 没有可鞭挞的身体”的事实。因此, 追究法人刑事责任在很大程度上是以牺牲理论上的合理性为代价而追求功利主义的政策选择的结果。至少在美国, “几乎每一篇有关这一主题 (法人犯罪) 的学术文章在某种意义上都承认‘法人刑事责任原则的发展没有任何理论上的正当根据’”。^{〔10〕} “直接的法人刑事责任并没有被视为法律构造问题。出于政策考虑, 任何的限制意图都被拒绝了。”^{〔11〕} 但这种功利主义的政策选择, 结果却事与愿违。美国“最近的法人丑闻已经表明通过事后惩罚性的罚金和制裁等传统执法手段规制法人犯罪无助于实现威慑和惩罚的目标”, 尤其是严重累及无辜的问题足以对法人刑事责任的存在根基造成根本性冲击和否定。

既然如此, 现行的法人刑事责任制度该何去何从呢? 是废除当前立法, 彻底回归个人刑事责任的传统, 还是在尊重现状的前提下, 寻求对法人刑事责任的合理解释? 很显然, 在既定事实面前, 完全推翻现状并不是一个明智的选择。在很多国家, 法人犯罪与自然人犯罪二元分立的模式已经融入其刑法典乃至整体刑法观念之中; 在普通法系, 至少是英美两国, 法人刑事责任的存在已经有上百年的历史; 最重要的是, 法人主体的广泛存在以及人类对法人团体的普遍依赖已经成为当今社会的主要特征, 人们似乎已经习惯性地遗忘了法人不是人的问题; 而且, 追究法人刑事责任也并非毫无根据的虚妄。毕竟, 法人刑事责任的存在“依赖于通过高级管理人的行为表现出来的法人政策的破坏性效果的评价”,^{〔12〕} 有其合理的事实根基。因此, 当前可行的做法应该是在尊重事实的基础上为法人刑事责任寻找合理的出路。在这里, 至少有两个问题必须解决: 一是如何界定法人刑事责任在现行刑法中的法律地位; 二是如何克服传统个人刑事责任在应对现代法人违法中的不足。因为作为一种既定的解决方案, 法人刑事责任事实上已经面临着失败的境地。

二、正本清源——法人犯罪的本质

众所周知, 犯罪是刑事责任的前提和事实基础。要解明法人刑事责任的问题, 首要前提是弄清楚法人犯罪的本质。从当前各国通行的观点来看, 法人犯罪与传统犯罪的根本不同在于犯罪主体是法人而不是传统的自然人。这可能正是一切法人刑事责任问题的本源所在。

(一) 法人犯罪的若干否定性法律表象

根据乔治·P·弗莱彻的观点, “在评价由人的团体实施的犯罪中, 存在着两种截然不同的处理方法”, 传统的处理方法是将其作为个人共同犯罪来处理; “另一种方法是集中于将团体作为犯罪的代理人——作为犯罪的‘主体’……经验表明, 团体已经成为产生犯罪危害的主要代理人。只有集团才能展开战争、从事种族大屠杀和种族清洗、实行专政、强制公民‘失踪’、控制毒品交易、发展洗钱系统、以及生产有瑕疵的、危险的和污染环境的产品。这里所说的‘团体’是指

〔9〕 See Kathleen F. Brickey, *The Sarbanes—Oxley Act of 2002: Enron's Legacy*, 8 *Buff. Crim. L. R.* 225 (2004); 前引〔3〕, Sara Sun Beale and Adam G. Safwat 文, 第 92 页; 前引〔3〕, Wilson Meeks 文, 第 78 页, 注 2。

〔10〕 前引〔2〕, Andrew Weissmann and David Newman 文, 第 418 页。

〔11〕 Roland Hefendehl, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2. 07 and the Development in Western Legal Systems*, 4 *Buff. Crim. L. R.* 290 (2000).

〔12〕 同上文, 第 292 页。

从政府到占统治地位的政党，从有组织的犯罪组织到有名望的公司。我们可以把这些组织简单地称为“依法创设的实体。”^{〔13〕}这里的第二种处理方法实际上就是我们所说的法人犯罪。在采取第二种方法，即承认法人犯罪的国家，两种处理方法之间或者说个人共同犯罪与法人犯罪之间是否存在区别，该如何加以区别，似乎很少有人关注。

1. 中国与美、法等国“犯罪性”法人的法律处遇

在美国，《组织体量刑指南》明确规定了有关法人量刑的四个基本原则。其中，有一项原则颇值得关注，即对以犯罪为主要目的的法人，或主要靠犯罪手段运营的组织体，应判处足以剥夺其全部资产的罚金。该原则实际上暗含着一种犯罪归类，即以犯罪为主要目的的法人，其行为归于法人犯罪的范畴。无独有偶，大陆法系的法国刑法典第131—39条也规定：“在法律有规定时，法人犯重罪或轻罪得处下列一种或几种刑罚：如法人之设立即是为实施犯罪行为，或者法人被转移经营目标而实施犯罪行为，其所犯重罪或轻罪对自然人可处五年以上监禁刑者，法人予以解散”。但类似的情况在我国则受到了完全不同的处理。根据最高人民法院1999年6月25日《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定，“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立以后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。”据此，对于上述情况，在我国只能以自然人犯罪，通常是共同犯罪（主要是集团犯罪）处理。

相同的情况，完全不同的处理。两种做法之间孰是孰非、孰对孰错？

在美国，有组织犯罪与法人犯罪或组织体犯罪混同，有组织犯罪按法人犯罪处理恐怕绝非个别现象。除前述《组织体量刑指南》的规定外，其他立法也有类似情况。如1970年通过的反勒索及受贿组织法（Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act）规定，该法中的企业，包括“个人、合伙、公司、联合体或其他合法的实体，以及各种尽管并非合法但确实是由个人组成的事实上的联合或团体”。在这里，合法实体与非法的事实上的团体，二者作为犯罪主体，具有同等的法律地位。前述乔治·P·弗莱彻的观点也有力地印证了这一点。同样，在法国，有组织共同犯罪与法人犯罪之间，区别似乎也不甚明朗，或者人们根本不曾关心过其区别。^{〔14〕}

在我国，立法及司法解释对单位犯罪和集团犯罪作出了明确的规定和区分，理论上也一致认为，单位犯罪主体是依法成立的单位，即具有合法的宗旨和目的，且履行了法定手续而成立的组织。而犯罪集团则是以犯罪为目的的组织。因此，单位犯罪或法人犯罪与集团犯罪之间似乎是界限分明。但这种处理方法却忽视了一个明显的事实，即在合法的单位或法人从事非法行为之际，其行为已经背离了法律所允许的宗旨和目的，此时的单位或法人与犯罪集团实质上又有什么区别呢？事实上，不论是从内部组织结构，还是从实际运作机理而言，合法的单位或法人与非法的事实上的人的联合之间本质上没有任何差异，不同之处仅仅在于前者具有合法的“外衣”，即具有法人或单位的“名义”。而且，现实情况还在于，在现代社会，大量的犯罪集团或组织往往也会披上“合法”的外衣，并且在从事非法活动的同时还从事一些合法经营。

既然如此，那么前述两种处理方法之间究竟是一种同时并存、亦此亦彼的关系，还是不可两立、有此无彼的关系呢？很明显，按照美法等国的处理方法，则法人犯罪和集团犯罪之间并没有绝对的、界限分明的区别；中国的处理方法看似界限分明，但却无法否认一个基本事实，即合法的法人与犯罪组织或犯罪集团之间本质上并没有多大差异。倘若承认凡是存在的都是合理的话，那么是否就意味着两种处理方法都没有什么不妥之处，也就是说，法人犯罪实际上就是一种共同

〔13〕 [美] 乔治·P·弗莱彻：《刑法的基本概念》，蔡爱惠等译，中国政法大学出版社2004年版，第264页。

〔14〕 参见 [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第280页以下。

犯罪呢?

2. 合伙等非法人团体犯罪

在承认法人犯罪的国家,其刑法大都明确将合伙等非法人团体包括在法人犯罪的主体范围之内,如英国、美国、加拿大、荷兰等国。我国前述关于单位犯罪的解释虽然将(个人)合伙等不具有法人资格的独资、私营等企事业单位排除在单位犯罪的主体之外,但立法并没有将单位犯罪的主体限于法人。1997年修订刑法时使用“单位犯罪”而不是“法人犯罪”的概念也说明了这一点。在实践中,单位的分支机构或者内设机构、部门自身也可以构成单位犯罪。^[15]这类非法人团体犯罪的普遍存在无疑对“法人犯罪是独立于自然人犯罪之外的单独犯罪类型”提出了严峻挑战。

自近现代以来,各国民法都确立了自然人和法人的二元权利主体结构。关于企业的组织形式,传统观念将其分为独资企业、合伙企业和公司企业三种。其中,公司具有法人资格,而独资企业、合伙企业本质上是自然人或自然人的联合,它们在法律上并没有创造出新的民事主体——法人。现在,关于合伙企业的法律地位的观念发生了重大变化,如在德国,主张合伙是法人的观点日趋强烈(当然,与之相伴的还有关于法人本质观念的变化);^[16]在法国,其民法典明确承认了商事合伙的法人地位;^[17]在美国,“早期的判例法倾向于将合伙当作一个非正式的个人联合而不是一个独立的实体,但是随着许多合伙规模的不断增大并明显地表现出许多独立实体的特征的情况下,这种观点逐渐开始变化。1994年统一合伙法……明确规定‘合伙是一个区别于其合伙人的实体。’”^[18]尽管如此,传统观念在法律实践中仍然占据着主导地位。如在德国,民事合伙被视为一处特殊的债的关系规定在民法典第二编债务关系法的立法模式并未改变,商事合伙仍然不是法人;法国也并没有承认民事合伙的法人资格;在美英等国,法人有限责任仍然是一个根本原则,传统合伙因其个人无限责任而始终被排斥在法人之外。^[19]

以传统观念而论,合伙的本质是一种共同共有关系,它是自然人或合伙成员之间的联合,本身并不是独立于其成员之外的单一实体。刑法上规定合伙等非法人团体可以构成法人犯罪也正是建立在这种传统民法观念基础之上。既然民法都不承认合伙独立的主体地位,作为二次法或保障法的刑法似乎更没有道理将合伙与法人相提并论了。因此,将合伙视为法人犯罪主体的做法要么意味着法人犯罪,至少是合伙等非法人团体的法人犯罪的实质是自然人共同犯罪,要么意味着对传统民法观念的否定,或者说对合伙也是法人的肯定。从目前的情形来看,二者之间似乎并不冲突。

3. 我国有关单位犯罪的争议性司法解释

在我国,有关单位犯罪的司法解释或解释性文件对几个问题的处理颇让人关注:其一,在单

[15] 参见最高人民法院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》;张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第134页。

[16] 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第14页;[德]托马斯·莱塞尔:《德国民法中的法人制度》,《中外法学》2001年第1期。

[17] 参见龙卫球:《民法总论》,法律出版社2002年版,第415页,第14页。另请注意,在大陆法系,合伙分为民事合伙和商事合伙,并由民法和商法分别加以规范。民事合伙,是“小商人”程度和活动范围的人合组织;商事合伙则是从事某种程度和规模商业活动的,已达到“完全商人”的人合组织,典型形态是无限公司,其组织结构复杂程度已经超出了简单的共同关系,而近似于法人。英美国家则不区分民事合伙和商事合伙。在我国,随着合伙企业法的颁行,有关合伙的规定类似于大陆法系。

[18] [美]罗伯特·汉密尔顿:《美国公司法》,齐东祥等译,法律出版社2008年版,第9页。

[19] 英国于2000年颁行的有限责任合伙法创造出一种赋予所有合伙人有限责任,并赋予合伙独立法人格的合伙组织。但这种组织是否还是传统意义上的合伙,其与有限责任公司之间是否存在区别则不无研究的余地。参见[英]保罗·戴维森:《英国公司法精要》,樊云慧译,法律出版社2007年版,第31页。

位犯罪中，对其中的责任人员，在必要的时候，可以区分为主犯、从犯；其二，对于单位犯罪案件，检察机关坚持只作为自然人犯罪起诉的，人民法院应依法按单位犯罪审理并对自然人追究其作为单位犯罪主管人员或其他直接责任人员的刑事责任；其三，涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或宣告破产的，应当根据刑法关于单位犯罪的规定，对实施犯罪行为的该单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任，对该单位不再追诉。

上述三个解释明显与现行刑法原理相冲突。从立法上看，法人犯罪或单位犯罪作为与自然人犯罪并列的一类犯罪，其犯罪主体是独立于自然人之外的法人或单位。既然如此，在单位犯罪中，又怎么会自然出现自然人作为共同犯罪人的问题？在检察机关不起诉单位主体或单位主体已经不存在或“死亡”的情况下，又何以能追究其中的自然人的刑事责任？很显然，从经验与直觉的角度而言，我们很难否认上述解释本身的合理性。若果真如此，那么这是否又意味着所谓的法人犯罪，其实质就是自然人（共同）犯罪？

（二）法人犯罪的实际构成

从形式上来看，法人犯罪必须存在法人不法行为和法人过错；从实质上来看，这种法人不法行为和法人过错的存在离不开具体的自然人即法人雇员或代理人。不论是传统的替代责任模式还是新型的本体责任模式，这一点概莫能外。在这里，笔者将从法人犯罪构成的具体事实特征着手，进一步探讨法人犯罪的实际构成与本质。

1. 法人犯罪中的代理行为

构成法人犯罪的首要条件是存在“法人不法行为”，即法人在其业务活动中“实施”了某种犯罪行为或“造成”了某种犯罪结果；在实践中，这种法人不法行为具体表现为法人各级代理人包括雇员、高级职员或董事等的职务行为或其结果。因此，所谓的法人行为，实际上是法人代理人的代理行为。在探讨法人犯罪的事实构成之前，有必要首先阐明有关代理的问题。

一般而言，民法上所谓的代理，是指根据双方当事人的合意、法律的拟制或推定，一方代表另一方实施某种事实或法律行为，并由另一方承担该行为的法律后果的情况。其本质是延伸主体自治能力的一种手段。^{〔20〕}

在德国，关于代理的性质，理论上主要有三种观点：一是由萨维尼倡导的本人行为说。根据该说，不仅代理人发出的意思表示的法律效果由被代理人承受，而且从法律上说，被代理人是借助代理人，自己作为本人在发出意思表示。表意人不是代理人，而是被代理人。因此代理行为是被代理人本人的法律行为，而不是代理人的法律行为。二是代理人行为说。该说由温德塞主倡，认为代理与否以及代理的意思表示，完全由代理人决定完成，因此，代理是代理人自己的行为，只不过代理人在自己的行为中表达了为他人的意思而已，代理的法律效果归于本人是因为代理人以代理权为基础及代理人在实施代理行为时表达了代理意思的结果，其实质是意思自治的结果。三是折衷说或共同行为说。德国学者米特斯认为，可以将代理看成是代理人和本人的共同行为。“德国通说和立法原则上采取了代理人行为说：代理人从事代理，原则上是基于自身的价值判断，并以行为当事人的身份自为决定。因此，就代理行为而言，其意思表示瑕疵、知道不知道、行为能力是否欠缺等事由，都以代理人为判断标准。”“但是《德国民法典》同时也坚持……在主体能力和意思表示等问题上，要兼顾本人的授权意思条件和背景。《德国民法典》第165条规定，代理人为限制行为能力人时，不影响代理生效；第166条第2款又规定，代理人依本人所指示的意思而为代理行为，就事实之有无，本人应知或明知时，应依本人的情况而定。”^{〔21〕}

〔20〕 参见徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社2000年版，第8页，第33页；〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第670页。

〔21〕 参见前引〔17〕，龙卫球书，第567页以下；上引梅迪库斯书，第682页。

在笔者看来,上述三说本质上并不冲突。一方面,代理人是在本人授权之下实施代理行为,另一方面,授权范围或代理人受本人控制的程度也存在不同。当代理人在授权范围内作出自由意思决定时,该行为既是代理人自己的行为,同时又因得到本人的承认而应视为本人行为;当代理人受本人控制,仅是单纯执行本人意思时,该代理行为主要应视为本人行为。如购物中心雇佣的司机,其代表购物中心为顾客运送家俱的行为,只要其履行了安全运抵的义务,则该行为的法律后果应完全由购物中心承担,司机无需承担任何责任。

在法人制度中,尽管形式上法人各级雇员,包括法人机关的行为都归于法人,由法人承担责任,但真正意义上的代理只存在于法人机关与下级雇员或职员之间。因为法人根本就不是本来意义上的人,它本身不可能具有意思能力和责任能力,法人内真正的意思主体是法人机关。法人与其各级雇员或代理人之间所谓的代理关系,实质上是法人主体制度自身的功能使然。^[22]

2. 法人犯罪的具体行为表现

在法人犯罪中,各级雇员或职员根据其地位可分为三类:低级雇员或雇工;在授权范围内享有一定决策权的中层管理职员,如部门经理等;作为法人机关的高级管理职员,如董事会、监事会等。相应地,法人犯罪行为也表现为三种可能的情况:

(1) 低级雇员或雇工在雇佣范围内为法人利益实施不法行为或造成危害结果

这里的低级雇员或雇工,是指法人内受他人的领导、管理或执行他人决策的单纯的业务或事务执行人员。这类人员通常不享有法人业务或事务的决策权,仅负有与其自身职责或地位相关的注意义务。对于这类人员而言,其职务行为主要是执行他人决策、实现他人意思的代理行为,该行为的意思表示应归于背后的决策人或管理人。低级雇员或雇工仅在其自身职责范围内成为共同的行为主体,并可能因违反职责而成为共同的责任主体。如前述购物中心的司机,其运送家俱的行为,应视为购物中心的行为,是否实施运送行为完全是由购物中心的决策人决定的,但在将家俱安全运抵目的地的职责范围内,该行为又是司机自身的行为,如果在运输途中因驾驶不当导致交通事故或家俱受损,不仅购物中心可能承担责任,司机自身也要因其过错而承担责任。

(2) 在授权范围内享有决策权的部门经理等中层职员的职务行为

这里的中层职员,是指经上级授权,在自己的职务范围内享有一定的业务决策权的管理人员。若只是完全执行上级指示的职员,则应归入前述低级雇员的范畴。这类职员的职务行为明显具有双重属性,一方面,该行为是行为人在自己决策范围内的、自由意思决定的行为,应视为行为人自己的行为(即前述的代理人行为);另一方面,该行为又是在上级授权之下实施的、得到上级认可的行为,故应视为上级管理人即高层职员的行为(即前述被代理人行为)。

(3) 董事会成员等作为法人机关的高级职员的职务行为

在公司法上,董事会等虽然受到股东大会的制约,不能说是公司最高权力机关,但由于股东大会并不在积极的意义上参与公司的具体业务管理,因此,在法人的日常业务中,董事会(也包括德国的监事会)事实上是法人最高决策机关,其他法人职员或雇员的行为都是执行其决策和意思。

对于董事会(或监事会)成员而言,其根据章程授权作出的职务行为,是在自己的职务范围内自由行使决策权的行为,是作为最高业务决策机关的决策行为,其决策并不受到他人意思的积极制约,因此,该行为是董事自身的个人行为;在实行董事会集体领导的情况下,该决策行为应视为董事会成员的共同行为。

^[22] 对此,笔者后文有关法人本质的论述将会进一步涉及。关于法人机关与法人之间的关系问题,参见前引〔17〕,龙卫球书,第563页,第567页;前引〔20〕,梅迪库斯书,第677页。

3. 法人犯罪的责任构成

对于要求犯罪心态或主观罪过的法人犯罪而言，其实际责任构成如下：

(1) 替代责任模式中的具体责任认定

在替代责任中，上级责任原理强调，对于所有雇员或代理人，即便是最低级雇员或代理人的认识和过错也应当归于法人，以此来认定法人罪过。由于“法人不可能对其可能成千上万的雇员中的每一个人的不法行为负责”，^[23]因此，这种归责原理因几近于严格责任而在美国备受批判。但从有关代理的理论来看，这种归责模式有其内在的合理根据。

低级雇员或代理人的职责是在上级决策者的领导之下执行法人业务，其职务行为体现的是上级决策者的意思；作为上级决策者的代理人，该行为是在上级的领导和授权之下作出的，因此，其基于职务的行为和意思应归于上级决策者，并视为上级决策者自身的行为和意思。在这里，判断某种代理行为是否得到上级的授权和认可，其关键在于该行为是否在上级的决策、领导和监管之下。在仅有授权而无任何行之有效的监管时，应视为在授权范围内的一切代理行为都得到上级的认可。与此同时，低级雇员或代理人在基于自身职责的注意义务的范围内对自己的行为负责，若其因自身过错而违背注意义务，则可能要作为共同行为人与上级一起承担责任；若该过错行为违背了上级的有效监管时，则低级雇员或代理人自己可能要单独承担责任，而不应再归于其上级或法人。另外，由于法人业务可能通过众多的雇员或代理人实施，这些雇员或代理人的行为和认识当然也应归于其上级决策者。由于低级雇员与其上级承担的职责范围不同，故而可能出现低级雇员没有罪过，而其上级因集合了多数雇员的认知而具有罪过的情况（此即美国审判实践中的集体明知原则）。

同一视原则的实质是将法人机关的意思归于法人，以此来认定法人罪过。由于法人机关事实上是法人的最高业务决策机关，其决策完全是自身自由意思决定的结果，因此，法人机关的罪过应完全归于机关成员自身。

(2) 本体责任模式中的责任认定

本体责任模式的归责特征是摆脱了传统的以自然人为中介认定法人罪过的方法，直接根据法人自身特征来认定法人罪过。其典型的立法有两种情况：一是英国法人杀人法。该法规定，组织体构成法人杀人罪的条件是组织体对受害人负有注意义务，但其组织和管理方式却严重违反该注意义务，即存在管理过错，并导致被害人死亡。该法第1(3)条专门规定，是否违反注意义务的实质要素在于高级管理人的组织或管理组织体的方式。二是澳大利亚联邦刑法典的规定。根据该法，判断法人是否授权或许可了犯罪行为，除了直接根据法人董事会或高级职员的意思来认定外，还可以根据法人文化来判断，即法人内是否存在指挥、鼓励、容忍或导致不遵守相关条款的法人文化或法人没有创造和保持一种遵守相关条款所需要的法人文化。在这里，与法人文化相关的要素包括：法人的高级主管是否已经授权实施具备相同的或者相似特征的犯罪；实施犯罪的法人的雇员、代表或者高级职员，是否是基于正当的理由或者合理的期望而确信法人的高级主管会授权或者许可犯罪行为。

从这两类立法来看，所谓的本体责任模式，归根结底，仍然是根据法人高级管理人、雇员或代理人的行为或认识来认定法人罪过；所谓的法人责任，实际上是法人机关或其他高级管理人的责任。这种归责模式实际上类似于替代责任中的同一视原则，只是其判断依据不在于具体个人及其具体行为，而在于较为宏观、抽象的法人制度或文化。

综上所述，所谓的法人犯罪，其事实基础仍然是自然人的行为和和自然人的责任。当法人犯

[23] 前引 [11]，Roland Hefendehl 文，第 295 页；前引 [2]，Andrew Weissmann and David Newman 文，第 432 页。

罪具体表现为低级雇员或代理人的职务行为时,该行为在刑法上相当于(负有决策、管理权的)上级管理人的间接实行行为。在法人内结构复杂、存在着上下级授权决策的情况下,该行为实际上是中层管理人和法人机关的共同行为,这时的法人犯罪实际上是法人内的管理人员的共同犯罪;若法人结构相对简单、不存在上下级授权决策的,该法人犯罪实际上是法人机关成员的犯罪,在法人实行集体领导的情况下,应认定为机关成员的共同犯罪。若低级雇员或代理人的职务行为违背了其自身的职责义务,则低级雇员或代理人可能成为共同的犯罪主体。当然,若该行为违背了法人内部有效的监管制度时,则该行为的过错责任只能由雇员或代理人个人自己承担,而不能归于其上级管理人(当然也不能归于法人,不能认定为法人犯罪)。当法人犯罪由法人内享有决策权的中层管理人实施时,该行为应认定为中层管理人和机关成员的共同犯罪,若该行为违背了法人内部有效的监管制度,则该行为只能归于中层管理人自己(同样也不能归于法人)。当法人犯罪由法人机关决定实施时,该行为实际上是机关成员的个人犯罪,在存在集体领导的情况下,则为机关成员的共同犯罪。

总之,不论是从当前法人刑事责任的立法表象还是从法人犯罪的具体事实构成来看,法人犯罪形式上是法人作为犯罪主体的犯罪,但实质上是法人内的自然人犯罪,主要是自然人共同犯罪。

三、法人作为法律主体——法人刑事责任的技术前提

毫无疑问,法人作为法律主体是法人刑事责任得以产生的首要法律或技术前提。在传统刑法中,犯罪主体和刑事责任主体仅仅限于自然的、伦理的个人;正是由于法人的主体性存在,才使得法人犯罪和法人刑事责任成为可能。由于法人并非本来意义上的人,它缺乏固有的意思和行为能力,但法人主体制度的建立,却使得这种事实上主要由自然人个人结合而成的组织体取得了与自然人个人一样的独立的法律人格,能够以自己的名义独立地享受权利和承担义务。因此,法人何以成为法律主体的问题,或者说法人作为人的本质问题,是解决法人刑事责任的首要前提。

关于法人的本质,传统上主要有两种代表性观点:一是以萨维尼为代表的拟制说。根据萨维尼的观点,“所有法律都是为了道德的、每个个人都具有的自由而存在的”;(社团)法人是“为着纯粹的法律目的而假设其为人”的拟制主体,其法律能力是一种“纯粹推定”;法人人格只具有一种立法技术措施的含义,它与其自身特殊的先法学基础是不相称的。这些推定的或理念中的人必须与作为其成员的自然人进行仔细的区分。它们有所有权能力,但是没有认识、计划和意志的能力。法人及其成员之间的关系是罗马法中的被监护人和监护人的关系。国家不能如同在私法中那样对法人行使司法权,而只能进行行政控制。^[24]二是以吉尔克和米休德(Michoud)为代表的实在说。根据该说,社团具有自己独立的不同于其成员的群体意志或利益,以及实现其意志的机关;“集体和个人一样,它的意志和行动的能力从法律获得一种法律行为能力的性质,但决不是由法律创造出来的。法律所发现的这种能力是在事先就存在的,它不过是承认这种能力并限定这种能力的作用罢了。”因此,法人人格具有实在性,而非法律拟制。^[25]

此外,理论上还有其他诸多学说。如耶林所倡导的真正的人是作为受益者的成员,法人只是指代其成员的一种方便模式的“受益人说”;以普拉尼奥(Planiol)、布林兹为代表,主张法人只

[24] 参见[德]G·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第134页;[美]罗斯科·庞德:《法理学》第四卷,王保民等译,法律出版社2007年版,第178页;[法]莱翁·狄骥:《宪法论》第一卷,钱克新译,商务印书馆1959年版,第346页。

[25] 参见上引狄骥书,第348页,第208页,第352页以下。

是占有财物的一种普遍方式的“所有权形式理论”和法人只是具有特定目的的无主财产的“目的财产说”；主张法人的真正人格是去除了国家赋予的法律人格的实在的群体，法人作为实体而非抽象概念是常识、共同便利和商业实践需要的现实主义的、社会学的“群体人格说”等。^[26]自20世纪30年代以来，美国一些经济学者还提出了有关企业法人的“合同网”模式理论。该理论认为，企业是一个各种投入的集合，其目的是致力于提供产品和服务。其中，雇员提供劳动，债权人提供债务资本，股东或合伙人提供股权资本并承担损失风险等。因此，企业只是一个代表各种投入之间的一套复杂的合同关系的法律拟制，是一个由一些明示或默示的合同组成的网。^[27]

凯尔森的“秩序的人格化的统一体”理论尤其值得关注。根据凯尔森的“纯粹法学”的观点，法作为一种社会技术，是关于人的行为的强制秩序；人因其行为才与法律秩序发生关系，“只有那些有资格作为法律秩序中义务或权利的人的行为和不行为，才是与法律上的人的概念有关的。”“一个人只是在他‘具有’义务和权利时才存在，离开义务和权利，就无所谓人了。”因此，法律上的人是指义务和权利或者说法律规范的人格化的统一体。所谓的自然人，是“调整同一个人的行为规范的人格化”，“自然人并不是自然现实而只是法律思想的构造”，它“其实就是一种‘法人’”；所谓的（狭义的）法人，“是调整有些人行为的秩序的人格化”。“行为和不行为只能是人的行为和不行为”。“作为法人的社团的义务和权利也就一定是个人的义务与权利。”“说社团是一个联合或一个共同体只不过是表示秩序的统一体的另一种方式而已。人们只是在他们的行为受联合‘的’秩序所调整时，才‘属于’这一联合或组成这一联合。”因此，法人“可以说就是对所有那些由秩序所决定的行为提供归责的共同点”，“一个人做或不做的事情，只能在个人的这一行为是由构成法人的部分法律秩序所决定时，才能归责于法人。”^[28]

上述各种法人本质理论，尽管形式各异，但其实质内核并不相互冲突。它们实际上是从不同侧面、不同立场，对法人主体制度所做的不同解释，摒弃了视角、立场上的差异、冲突之后，以社会的实证的眼光来看，各种理论对法人本质的揭示完全可以、也应当“相互并存”、“相互补充”。^[29]

法人拟制说实际上是从个人主义的立场揭示出，与自然人不同，在法人背后并不存在一个具有自我意思、自我目的的客观实体，因此，法人只是一种法律技术的产物，其存在只具有手段性、工具性价值；法人实在说之所以强调社团本身社会存在的实在性，无非是为了实现“对特殊的超个人主义团体目的的保护”。^[30]但所谓的群体意志或集体意志，归根结底是多数人一致达成

[26] 参见前引 [24]，庞德书，第190页以下。

[27] 参见前引 [18]，汉密尔顿书，第39页。

[28] “纯粹法学”是西方分析实证主义法学的一个主要流派。之所以称为“纯粹法学”，是因为凯尔森认为，作为一门科学，法学的“目的在于认识法律而不在于形成法律”，即“旨在从结构上分析实在法，而不是从心理上或经济上去解释它的条件，或从道德上或政治上对它的目的进行评价。”另请注意，这里凯尔森的“法”或“秩序”是一个广义的概念，不仅仅限于通常意义上的具有国家形式或国家名义的法律秩序。根据凯尔森的观点，整个国内（包括国际）法律秩序都是由高级规范和低级规范组成的“诸规范的等级体系”；高级规范决定低级规范的创造和内容，但低级规范却有可能违反高级规范；社团“法”作为一种低级规范，它是在高级规范，即国内法的授权之下，通过“私法行为”或“私人自治”创造形成的；而作为公法人的国家或国家机关，则是直接根据国内法形成的。规范的冲突只是意味着低级规范可以撤销或“创造‘不符合’高级规范的低级规范的那个机关，应受个人制裁”，但在撤销前，该低级规范仍然是有效的。在这里，“违反规范”的规范的创造行为本身，根据高级规范，“可以是一个不法行为并使其创造者受制裁”。参见 [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，作者序，第Ⅱ页，正文第105页以下，第141页以下，第406页。

[29] 参见前引 [16]，莱塞尔文；[法] 萨拉伊：《论法律人格》，1910年版，第663页，转引自前引 [24]，狄骥书，第375页。

[30] 参见前引 [24]，拉德布鲁赫书，第132页以下；前引 [28]，凯尔森书，第208页；[德] 迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第101页。

的“复数意志”，“它所意味的是，个体的意志……因观念的相互影响而改变”，而“并不意味着有一个神秘的、独属于群体的共同意志存在”。〔31〕所谓的集体利益，只不过是成员的共同利益，最终仍然是个人的利益，承认集体本身的利益只是保障个人利益的一种手段而已。因此，社团具有实在的概括意志或独立的集体利益，以避免法律主体拟制的说法，只不过“是用另一项拟制驱逐此项拟制”；〔32〕受益人说、所有权形式理论、目的财产说、群体人格说、“合同网”模式理论都是拟制说的逻辑产物。它们实际上是从目的、功能、财产归属等角度对法人本质的进一步说明；凯尔森的理论则从“纯粹法学”的立场揭示出了法人的内部关系构造。

因此，所谓的法人，实际上是自然人个人实现其利益的一种手段和工具，是自然人利益的集合和“归属载体”；〔33〕作为一种社会性存在，法人本身并不具有独立的自我目的，不是象自然人个人一样的客观实体；所谓的法人行为，实际上是法人内部的自然人个人行为，是符合法人内部秩序的自然人个人行为对法人的归属。作为法律上的人，法人说到底只是一种法律拟制。〔34〕

四、拟制犯罪和拟制刑事责任论——法人刑事责任的重新解读

从法律形式来看，法人犯罪是法人作为犯罪主体的犯罪；从事实基础来看，法人犯罪实质上是自然人（共同）犯罪。在功利主义的政策诉求因无法有效遏制法人违法及法人刑事责任的团体性造成罚及无辜的严重不良后果而失却其合理性时，要为法人刑事责任的存在作出合理定位，离不开法人作为法律主体这一技术前提。

（一）刑法上的拟制论之提出

在刑法上，法人作为拟制主体至少具有以下两层含义：（1）法人作为人或者法律上的人，仅仅止于一种观念上的存在，它只是一种纯粹的法律技术上的假设、虚构或类推。这一点与自然人明显不同。自然人作为人或者法律上的人，即便如凯尔森所说，只是一种法律思想的构造，但在自然人的背后存在一个独立的具有自我目的的客观实体，它与人或个人实质上是同一的。因此，自然人不仅仅是一种法律和观念上的存在，它同时也是一种客观现实。正是在这一意义上，我们说法人只是一种拟制主体，而自然人则是一种实在或实定主体。（2）法人作为一种法律拟制，绝非毫无根据的虚构，其前提和事实基础是自然人个人及其行为，即通过将自然人个人的行为归于法人，以此来满足法人作为法律主体的要求；所谓法人的权利义务，归根结底是自然人个人的权利义务。从这个意义上而言，法人问题的实质是一个归属问题。因此，法人作为法律主体，其与自然人（实定主体）之间实际上不可能是一种同等并列关系，这种关系或许可以不恰当地称为镜像关系，即法人作为法律主体，其实质是自然人这一实定主体在法律和观念上的一种反映，类似于实体与镜像、本来与虚无的关系。

既然如此，则所谓的法人犯罪，其性质也应当是一种拟制犯罪。因为法人根本就不是原来意义上的人，它本身不可能具有独立的自我目的或自我意思，当然就不可能具有责任能力和责任；法人犯罪实际上是符合法人内部秩序的自然人个人犯罪，是自然人犯罪对法人的归属。在这里，作为一种犯罪形态，法人犯罪同样具有以下两层含义：（1）作为一种犯罪现象，法人犯罪仅仅止于一种观念上的存在，它同样也只是一种纯粹的法律技术上的虚构和拟制。因为在现实生活中，

〔31〕 [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第149页。

〔32〕 [美] 约翰·齐普曼·格雷：《法律主体》，《清华法学》2002年第1期。

〔33〕 参见前引〔20〕，梅迪库斯书，第823页。

〔34〕 在实践中，除社团法人外，尚有财团法人、独任法人等法人形式存在。这些法人主体的存在更是“将法律人格的理念（原则类推）发挥到了极致”。参见前引〔24〕，庞德书，第164页。

作为主体的法人根本就不存在，当然也就不存在什么法人犯罪了。相对而言，自然人犯罪则表现为具体现实的行为主体的客观现实的行为或其结果。从这个意义上而言，法人犯罪只是一种虚构的或并不存在的犯罪，而自然人犯罪则是一种真实的或实在的犯罪。(2) 作为一种拟制犯罪，法人犯罪绝非毫无根据的虚构，其前提和事实基础是自然人犯罪，是自然人犯罪对法人的归属，法人犯罪问题的本质是一个归属问题。因此，作为一种犯罪形态，法人犯罪同样不可能与自然人犯罪处于并列、同等的地位。所谓的法人犯罪，实际上是统一于法人名义之下的自然人犯罪，是对某种特定类型的自然人犯罪的习惯性表述。由于犯罪通常是以法人名义或为了法人利益而实施的，因此，人们往往将其归于法人或认定为法人犯罪。作为一种拟制犯罪，法人犯罪与自然人犯罪之间，是一种影像与实体、表象与真相、观念与现实的关系。

由于法人刑事责任以法人犯罪为前提，故法人刑事责任的事实基础当然也是自然人犯罪及其产生的自然人刑事责任。法人刑事责任的问题也是一个归属问题，即法人刑事责任是自然人刑事责任对法人的归属，其性质是一种拟制刑事责任。同样，法人拟制刑事责任也具有两方面的含义：(1) 这种拟制责任根本不同于传统的以主体自身行为和意思为基础的针对主体自身的本体责任或自己责任，从这个意义上而言，它是一种“转嫁”责任或“替代”责任；(2) 由于法人作为人仅仅是一种观念上的存在，因此，这种“转嫁”责任或“替代”责任仅仅是一种名义上或形式上的转嫁或替代责任，而非实在责任或实定责任。

(二) 拟制论与责任主义

在这里，值得关注的问题是自然人的刑事责任如何能归于法人，或法人如何能“转承”自然人的刑事责任。这与法人作为法律主体所具有的功能或价值相关。由于法人本质上是一定的自然人基于特定的秩序联合起来实现其利益的归属载体，因此，尽管形式上法人是一个独立的法律主体，但实质上是附属于自然人的一种工具。所谓的法人利益，实际上是组成法人的自然人的利益，而且，由于其工具性价值，法人的存在本身对自然人而言，就意味着某种利益；另一方面，符合法人内部秩序或受法人内部秩序所决定的行为，实际上是代表法人或其内部成员实现其利益的行为，该行为归于法人，意指行为所取得的利益或行为的客观效果归于法人。因此，通俗而言，法人作为法律主体实际上具有两种功能：“钱袋子”的功能和“挣钱工具”的功能，正是这两种功能的存在，使得自然人的刑事责任能归于法人，或者说法人能“转承”自然人的刑事责任。据此，法人刑事责任有两类不同表现，相应地会产生两种法律效果。

法人主体的第一种功能是作为（狭义的）利益的归属载体，即“钱袋子”的功能，法人罚金就是针对法人的这种功能而施与自然人的惩罚，这种刑事责任的实质是对自然人的财产刑；法人的第二种功能是作为自然人实现其利益的手段，即“挣钱工具”的功能，法国刑法典第131—139条所规定的解散、营业禁止、司法监督等刑罚措施就是针对这种功能所设定的刑罚。这类刑罚的实质是对自然人私权行为或私权活动的限制，其法律性质类似于传统的资格刑。^{〔35〕}

由于法人事实上是某些人基于一定的秩序组成的联合体，法人所代表的是组成这一联合体的所有自然人成员（主要是股东）的利益，而在法人犯罪中，并不是所有成员（股东）都会参与犯罪，因为有的成员（股东）并不直接参与法人决策，即在法人内部秩序中并不享有决定权，这一点在大型股份公司中尤为明显。故法人“承担”刑事责任不可避免地会存在罚及无辜成员（股东）的可能。这就要求我们，在确定和适用法人刑事责任时，必须严格坚持个人责任主义原则。根据前文分析，所谓的法人犯罪，其实质是享有法人业务管理权、决策权或执行权的职员、雇员或代理人在其职权或雇佣范围内基于其自由的意思决定所实施的犯罪。在法人犯罪中，真正的行

〔35〕 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年版，第400页。

为主体和责任主体是对该行为的实施具有业务决策权、监管权或自由的意思决定权的法人职员、雇员或代理人，其他与该行为无关的法人职员、雇员或代理人主观上对该行为不承担任何责任；另一方面，由于该行为的客观效果，即取得的经济利益直接归于法人，故责任的追究还应当及于该利益。因此，在法人犯罪中，责任的内容应当包括两个基本方面，一是对具体责任人的惩罚或非难，二是对犯罪非法所得的剥夺。在具体责任人当中，股东可能会作为决策管理人或监管人而承担责任，也可能根本不参与管理、监督而不是具体责任人。由于法人所承担的刑事责任，其法律效果主要是针对股东的（其他法人内部成员因其利益是通过薪金等劳动合同方式实现的，故通常不视为是法人成员，与法人利益不具有同一性，法人刑事责任的效果通常不直接涉及这些人员^{〔36〕}），因此对于针对法人的第二种功能，即“挣钱工具”的功能所适用的资格刑，原则上应适用于股东人数较少的法人，或者说所有股东都直接参与企业管理或者可能参与犯罪的法人，而对于股份公司或公开公司等股东人数较多或可能存在大量无辜股东的公司，则不宜适用。因为解散、营业禁止等资格刑，其刑罚效果实际上是及于所有股东的，故只有在所有股东都可能参与犯罪的情况下才能适用，否则必然会罚及无辜。同样的道理，对于针对法人的第一种功能，即“钱袋子”的功能适用的财产刑即法人罚金，原则上应限于剥夺犯罪所得，这样就不存在罚及无辜的问题，其性质在很大程度上类似于国外刑法中的（特别）没收（财产刑）；^{〔37〕}只有在所有股东，如有限责任公司或封闭公司的股东都参与犯罪的情况下，才可以扩大处罚范围，使罚金包括对法人合法财产的剥夺（包括没收用于犯罪之物）。另外，考虑到犯罪的严重性和复杂性，对于参与犯罪的股东个人可以判处个人罚金，在其个人财产有限的情况下，可将其在公司持有的股份（即在公司中的个人资产）纳入罚金的计算范围。

（三）拟制论的具体应用

根据笔者观点，所谓法人犯罪，其实质是自然人个人犯罪。因此，对法人违法活动的规制，其对象应该是自然人个人及其行为；所谓的法人刑事责任，其实质是对自然人个人刑事责任的拟制和分担，应坚持个人责任主义。惟其如此，才可能避免罚及无辜，真正实现对法人违法犯罪的有效惩治和预防。这可能正是美国近年来法人犯罪执法变化的内在根据。

在这里，值得注意的是关于法人罚金的适用问题。根据笔者观点，法人罚金的内容首先或主要限于剥夺犯罪所得，这与我国刑法关于罚金的一般规定存在根本不同。根据我国刑法的规定，通常所谓的罚金是指对犯罪人合法财产的剥夺，至于没收犯罪所得、没收用于犯罪之物等都属于一种附带民事或行政处分，而非刑罚措施。对此，笔者以为，美国《组织体量刑指南》关于法人刑事责任的规定颇值得借鉴。根据该指南，法人或组织体承担的刑事责任包括三种：救济、缓刑、罚金。其中，罚金的适用意在威慑和惩罚不法行为、补偿损失、清除不法收益、规制缓刑以及实施其他制定法上的惩罚，如没收、评价起诉成本等。很显然，在美国，剥夺犯罪所得、赔偿损失、没收用于犯罪之物等都可以作为法人罚金或法人刑事责任的内容。事实上，在我国，刑法总则关于罚金的具体制度性规定主要是针对自然人犯罪人而言的，至于单位罚金，刑法基本上没有作出任何原则性规定，刑法分则往往也只是泛泛规定，“单位犯……罪的，对单位处罚金”。这种立法模式为我们寻求对单位（法人）刑事责任的重新解释提供了充足的理论空间。因此，我们完全可以吸收美国（包括一些欧陆国家）的做法，将单位罚金作为与（普通）罚金相对的一种罚金刑，使其包括对犯罪所得的剥夺、甚至损害赔偿在内。

另外，对于我国单位犯罪司法实践中备受争议而又始终悬而未决的诸多具体问题，拟制刑事

〔36〕 参见前引〔19〕，戴维斯书，第7页，第286页。

〔37〕 参见前引〔35〕，张明楷书，第397页；马登民、徐安住：《财产刑研究》，中国检察出版社2004年版，第16页；前引〔14〕，斯特法尼等书，第495页。

责任论都能作出合理解释或处理。如关于法人或单位犯罪双罚制的理论根据,根据笔者观点,其实质是对自然人的单罚制,类似于传统的主刑和附加刑(财产刑或资格刑)制度;由于法人或单位犯罪的实质是自然人犯罪,或首先是自然人犯罪,因此,在单位犯罪中,责任成员之间当然可以构成共同犯罪,在涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或宣告破产,或检察院坚持不起诉单位主体的,法院可以直接追究其中自然人的刑事责任;对于单位盗窃等刑法没有明文规定为单位犯罪的案件,法院可以直接追究其中责任人员盗窃罪等相应自然人犯罪的刑事责任;对于国家机关工作人员的违法行为,由于国家或国家机关的实质是全体国民行为秩序即国内法律秩序的人格化的统一体,因此,该行为不符合构成机关这一公法人的内部秩序,故不应当归于机关,不能视为机关单位犯罪。^[38]

五、对传统的回归与克服

根据笔者观点,所谓的法人犯罪和法人刑事责任,其实质是自然人个人犯罪和个人刑事责任对法人的归属,是一种拟制犯罪和拟制刑事责任。这种观点实际上是对法人犯罪否定论和个人主义传统刑法的回归。要实现这种回归,传统个人主义刑事责任在应对法人违法上的不足和缺陷是必须面对和加以解决的问题。

具体而言,在现代工业社会,传统的个人刑事责任原则主要面临着以下两个问题:一是责任个人和个人责任难以认定。在企业法人集体行为模式之下,个人往往表现出一种“社会性服从”,其本人因“很容易被其他类似资格的人取代”而几乎没有什么个人价值,此外,“由于政治经济领域劳动的分工、信息占有和决策权的分化”所造成的“团体有组织地不负责任”以及组织体结构复杂所固有的不透明性,这些都使得法人违法活动难以追溯到某一具体的个人决策,而更多地是一种体现在团体精神或法人态度中的管理过错。二是“在法人制度下,对个人刑事制裁效果相当有限”。在实践中,即便能够对个人予以起诉和审判,“威慑或预防效果常常也不充分。由于组织体更大的复杂性,其间,个人只起有限作用,以违法的严重性为基础的监禁刑的要求越来越难以满足。而且,对个人施加罚金常常并不能产生想要的结果。首先,刑事制裁严格的人身性原则要求罚金的裁量应根据个人的不同,考虑不法行为的性质和被告的经济状况。因此,相较于企业犯罪的程度,罚金常常并不重。第二,实践中还存在通过法人资金补偿法人管理人所支付的刑事罚金的问题。第三,在某些领域(如海上污染),法人可以通过投保使自己免受罚金影响,哪怕是故意不法行为。”此外,还存在“组织体内替罪羊的可能”。^[39]

对于上述两个方面,现代各国所选择的法人刑事责任并不能从根本上予以解决:一方面,法人替代责任模式使得法人刑事责任的认定最终仍然取决于自然人个人行为,因此,传统刑法的问题在现代法人刑法中仍然存在;另一方面,法人本体责任模式使得法人刑事责任的认定依赖于法人自身的管理过错,但所谓的法人管理过错,最终仍然是法人管理人的过错,而不可能是法人自身的过错。

因此,所谓的法人刑事责任,只是在很大程度上回避了问题,而不可能从根本上解决问题。或许可以认为,法人刑事责任的政策选择从一开始就存在思路上的根本错误,即力图绕开个人主

[38] 限于篇幅,关于拟制论的具体应用问题,笔者将另行撰文详细论述。

[39] 前引[4], Jennifer Hill文,第8页;前引[3], Sara Sun Beale and Adam G. Safwat文,第145页; Gunter Heine, *New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American Experience — or Vice Versa?*, 1998 St. Louis—Warsaw Trans'l 176; Gilbert Geis and Joseph F. Dimento, *Empirical Evidence and the Legal Doctrine of Corporate Criminal Liability*, 29 Am. J. Crim. L. 343 (2002).

义的束缚,直接追究法人的刑事责任,但到头来却发现责任的认定始终无法抛开真正的行为主体——自然人个人。当我们转换思路,以传统视角重新审视法人刑事责任的法律实践时,我们会惊奇地发现,所谓传统个人主义刑法的问题,现代各国刑法事实上已经作出了解答,只不过这种解答有时是在法人刑事责任的名义之下而已。

(一) 理顺本末关系,回归拟制主体的拟制性

在法人刑事责任中,上级责任原理主张法人作为雇主,要对其雇员的行为承担责任,同一视原理主张法人机关(或其成员)的意思归于法人,视为法人意思,本体责任模式则主张根据法人自身的组织体特征直接认定法人管理过错,并以此来追究法人刑事责任。在这里,无生命无意志的拟制的法人要对有生命有意志的自然人的行为负责,或要对“自身的管理过错”负责,这种做法要么意味着法人刑事责任颠倒了本末关系,要么意味着所谓的法人刑事责任根本不是本来意义上的刑事责任,也许只是萨维尼早就说过的一种行政控制手段。但是很显然,世界各国,尤其是欧陆国家,在既有的行政制裁之外专门规定法人刑事责任,而且大多强调法人刑事责任以罪过为要件,这绝不可能意味着法人刑事责任就是一种行政制裁。因此,法人刑事责任尽管在形式上坚持了责任主义的要求,但实质上却本末倒置,根本背离了刑事责任的本来含义。^[40]

从法人拟制主体的本质和应有的本末关系来看,真正要对法人雇员行为或法人管理过错负责的是法人机关或法人高级管理人,上级责任原理、同一视原理和组织体过错原理实际上都是认定法人管理人过错的手段。

(二) 明确代理关系和责任归属

代理关系的实质是代理人在授权范围实施的代理行为,其法律效果归属于被代理人。在法人组织体内,法人机关或其成员、职员、雇员等上下级之间是典型的实质上的代理关系(不同于一般所谓的法人与雇员之间的形式上的代理关系)。法人机关是法人内最高意思决定机构,其他职员、雇员都是执行或经授权执行其业务决策,因此,其他职员或雇员基于其职责范围所为的行为和意思应归于法人机关。相应地,低级雇员与经授权享有决策权的中层职员之间也是一种代理关系。值得注意的是代理关系或职责、雇用范围不仅意味着授予下级业务决策权或执行权,同时也意味着对该授权的监督和限制,如果仅有授权而无任何限制,宜认定为对授权范围内代理行为的一概认可和同意。这实际上是上级责任原理适用的内在依据。

(三) 强化管理层或法人机关的监管责任和团队义务

“传统刑法认为对信息、决策权以及决策执行权的控制是赋予某一单一个人的。然而,在现代法人组织体内,由于职权的分散及其功能的分化,作为犯罪人的个人的作用变得难以认定。企业组织等级结构线状特征越少,职能分化越多,就越难以认定具体犯罪人。现代大企业并不是根据某一特定日期和时间作出的单一决策来采取行动,相反,其行动是通过大量不同的、或多或少独立负责的经济部门的合作来实现的。这种大型的现代企业组织造成了‘个人责任的结构性缺失’现象。”^[41]

上述“有组织的不负责任”现象实际上是现代企业制度之下,法人管理层或机关监管责任或领导团队集体义务缺失的结果。对此,各国法律,不论其是否承认法人刑事责任,事实上已经作出了有效应对,或指明了解决问题的方向。如在美国,《联邦量刑指南》将“有效的守法举措”作为减轻法人刑事责任的主要因素,《模范刑法典》则将类似内容作为有效的责任抗辩事由;2003年加拿大新的刑法修正案则将高级管理人“明知组织体某代理人是或即将是犯罪参与人但

[40] 在国内,有一种很普遍的观点认为,单位犯罪首先是单位作为主体的犯罪,单位成员构成犯罪以单位构成犯罪为前提,这种观点实质上也是本末倒置的一种表现。

[41] 前引[39],Gunter Heine文,第176页以下。

不采取所有合理措施阻止他们成为犯罪人作为法人构成疏忽以外过错犯罪的主要条件之一”。在这里，“所有合理措施”在很大程度上意味着管理团队所有成员之间，不论是高层或中层管理人，都应该相互交流与合作。不论“高级职员是否实际上有权惩戒犯罪代理人，他或她至少应该通知那些对犯罪人享有管理权的人以便他们能够采取措施阻止犯罪行为。”^[42]又如2000年意大利通过的《法人、公司甚或无法律人格的社团行政责任法令》规定，法人行政责任适用于法人负责人、董事、经理等所有处于相关控制地位的人，或没有决策权的下级职员因法人政策或结构性过失，为法人利益实施的，体现法人政策或结构性过失的犯罪。结构性过失的判断标准是法人是否建立了考虑犯罪发生风险的方针政策和控制制度，控制制度必须是具体的适合特定风险的制度，而不是一般的控制制度。如果旨在预防犯罪的控制制度已经建立并在其发生之前正在有效运作，则法人不承担责任。^[43]

（四）强化经济伦理和职业伦理责任，加重对白领犯罪的处罚

对于白领犯罪，即法人犯罪中的个人犯罪而言，根据现有观点，由于犯罪人主观上通常不是为了自己个人利益，而是为了法人或单位“公益”，^[44]而且犯罪行为往往发生在经济、行政领域，社会危害轻，加之法人内集体行为模式和社团压力的影响，犯罪人主观反伦理性较弱，因此，对白领犯罪人的处罚也往往较轻，尤其是相对于自然人同类犯罪而言，这一点可能更为明显。因此，单纯处罚白领犯罪，刑罚的威慑或预防效果可能不充分。

在笔者看来，上述观点至少存在以下三个问题：其一，犯罪的本质是法益侵害，行为人主观上是为了个人私益，还是单位公益，通常不影响对行为的定性；^[45]其二，在法人违法中，形式上行为人通常是为了法人利益，但实质上是为了个人私益，这一点在私法人或企业法人中尤为明显；^[46]其三，自从20世纪90年代以来，在欧洲和北美，一系列大的法人违法活动涉及环境污染、职业安全与健康、经济欺诈等犯罪，尤其是进入21世纪以来，以美国安然公司为代表的一系列财务、金融欺诈犯罪，给广大投资者、雇员及市场信用等造成了严重的经济社会不利后果。这些法人违法活动充分证明了白领犯罪的严重危害性。因此，因白领犯罪发生在经济行政领域而坚持该行为弱的反伦理性明显与时代发展不符。随着经济社会的发达，在经济领域，尤其是与环境保护、职业健康与安全、市场信用等关系人身、财产安全或与传统价值观密切关联的领域，强化职业伦理、经济伦理观念，是社会的必然要求。在美国，自从萨班斯—奥克斯利法颁布以来，白领犯罪的法定刑大幅提高，好几类犯罪都提高到与大额毒品犯罪相当的程度，这无疑是对社会发展趋势的最好反映。

结语：法人刑事责任立法的“非理性”反思

反思法人刑事责任的发展历程，笔者有一种强烈的直觉：法人刑事责任问题其实从来都不是一个理论问题，而是政策问题。它所赖以存在的并不是理性主义和理论逻辑的自洽性与合理性问题，而是功利主义、实证主义和现实的社会需求问题。因为不论人们是否承认或如何评价，法人

[42] Darcy L. Macpherson, *Extending Corporate Criminal Liability?: Some Thoughts on Bill C - 45*, 30 Man. L. J. 263 - 264 (2004).

[43] See Emilia and James Gobert, *Coping with Corporate Criminality - Some Lessons from Italy*, Crim. L. R. 2000, Aug, 623.

[44] See Jonathan R. Macey, *Agency Theory and the Liability of Organizations*, 71 B. U. L. Rev. 339 (1991).

[45] 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第368页。

[46] 前引[44]，Jonathan R. Macey文，第339页。

刑事责任实质上是一种团体责任。毕竟,所谓的法人,说到底是一种主要由人的结合构成的组织体;法人责任的问题实际上是个人行为对作为法人的团体的归属问题。在传统社会,可能是受企业规模的限制,这种团体责任并没有什么不良影响,或者说问题并不突出,但在现代高度工业化、信息化、全球化的发达社会,随着企业规模的无限扩张,尤其是大规模上市公司的广泛发展,这种团体责任的不良后果得以放大和日渐突出,大量的无辜股东,包括可能的成千上万的雇员因法人刑事责任而受到牵连。因个别人的行为而追究团体的责任,这种归责模式因其理论根基的根本性缺陷,从一开始就注定了其失败的命运;除了回避问题和满足一时之需外,这种模式不可能从根本上解决问题。美国近年来的执法变化充分说明了这一点。

从内在根源来看,法人刑事责任的产生实际上是以下几个方面因素共同作用的结果:一是企业法人巨大的经济影响力及其给社会带来的严重威胁。不论在英美法系还是大陆法系,这是各国选择法人刑事责任的首要动力。二是现代法人社会,人类行为模式的团体主义倾向。随着市场经济和市民社会的充分发达,企业法人广泛渗透到经济、文化、社会、政治等人类生活的方方面面,现代社会日渐成为法人社会。人类个体利益的获取和生活需要的满足往往依附于法人,人类个人行为更多地表现为以法人名义、为法人利益的法人行为;个体更多地依赖于法人团体而存在,并不可避免地受到法人内在的团体文化及团体利益所带来的团体压力的影响;社会分工和团体协作,使得个人的价值逐渐湮没于团体的合力之中。这些都使得现代社会更多地呈现出一种团体主义的特征。即便支撑或促成这种团体化倾向的仍然是传统的个人主义的价值追求,但这并不妨碍这种团体化对作为其根基的个人主义的侵蚀和渗透。现代欧陆国家对“社团不能犯罪”传统刑法原则的抛弃,正是这种团体化倾向在法律观念上的反映。三是法人作为法律主体的法律形式主义的做法所带来的拟制主体实定化的倾向及其观念误导。“自然人人格与团体人格在本质上混同的结果是,必然地产生了两个作用刚好相反的理论误区:一是以法人人格的属性去解读自然人人格,使自然人人格所赖以建立的社会政治基础、伦理基础及其表达自然人一般法律地位的重要属性被忽略乃至被抹杀,即‘由于对所有的人的法律人格即权利能力的承认成为民法典的规定从而成为实定法的原理,得到从法律实证主义的立场上的承认,故而其自然法的基础却逐渐被忘却’。二是反过来以自然人人格的属性去解读法人人格,于仅表达团体在私法上之财产主体资格的法人人格中强行注入伦理因素,从而断定团体和自然人一样,也可在伦理生活中充当权利主体”。^[47] 在现实生活中,法人(团体)作为法律主体在简化法律关系、限制个人责任、便利和促进法律交易的同时,却掩盖了法律主体的伦理基础,^[48] 使得固有的责任关系人为地复杂化。久而久之,原本只是形式上作为财产归属和权利义务载体的法人,在人们的观念中却逐渐演化为与传统的自然人同等的具有意思能力和责任能力的伦理意义上的主体,并成为人们自觉不自觉地责任非难的对象。尤其在法人违法极其严重,但却没有具体的责任个人为之负责时,民众更容易将法人作为情感报复的对象;与此同时,人们却与作为近现代社会基石的个人主义、理性主义等观念渐行渐远。此即笔者所谓的拟制主体的实定化倾向。法人刑事责任在很大程度上正是这种倾向发展到极致的结果,本体责任模式更是将这种倾向推进到了无以复加的地步。四是现代工业社会刑法所面临的新任务。“现代刑法政策越来越关注对消极社会趋势的管理,如全球白领犯罪、产品责任、洗钱、环境损害等。其目的是保护大多数人的集体利益,如国内国际经济的平稳运行、消费者安全、生态平衡或银行系统的稳定。(为此,)国家制定大量法律,认为通过刑事制裁的威慑,可以实现对公共利益的保护。然而,由于信息和资源的缺乏,国家日益丧失对战略规划和风

[47] 尹田:《论法人人格权》,《法学研究》2004年第4期。

[48] 参见张翔:《自然人人格的法律构造》,法律出版社2008年版,第235页以下。

险管理的控制。”一方面，由于结社自由和市场需要等，政府“不可能为了保证安全而去限定组织体的结构形式”，另一方面，“人们越来越认识到技术革新常常使得国家对现代风险的长期管理无能为力”，“政府机构没有足够的有关现代化革新风险安全的具体技术知识，因为这些知识只能能够在企业实践中获取”。因此，立法者力图通过“增强企业自身责任以弥补政府监管的不足”。此外，国家及行政法的这种“部分退却”还关系到“限制迅速膨胀的官僚机构和允许市场控制机制发挥更大的作用”的问题。^[49]

问题在于，上述任何因素或全部因素并不会必然导致团体刑事责任，也并不意味着刑法得承担或取代行政法的部分功能。现代企业法人的普遍存在及其广泛的社会影响力，以及由此所伴随的法人严重违法活动，只是意味着应加强对这种企业活动模式的保护、管理、引导和规制，但仅限于此。人类社会生活的团体化实际上是个体利益追求的结果，是当今社会人类个体的一种主要生存方式，它同样也只意味着对团体活动模式和团体利益的保护。现代工业社会，国家对不良社会趋势的管理充其量意味着刑法的扩展和刑法干涉的提前介入，^[50]但绝不应当导致团体的刑事责任。国家应对技术风险的不足应通过增强企业经营者、管理者、参加者而不是企业自身责任的方式来弥补。在笔者看来，其中的关键或许在于，伴随着现代工业社会及其团体主义的倾向所出现的具有极强的经济性、社会性的职业伦理和经济伦理要求对作为近现代社会基石的具有高度人身性、个人性的传统伦理道德观念加以修正，但拟制主体实定化的错误倾向却误导了人们的观念，使得现代刑法转而赋予了无生命的团体以伦理性。因此，在当今世界，尽管法人刑事责任不论在法律层面或观念层面都呈现出扩张之势，但若因此而断言法人刑事责任必将成为各国刑法的必然选择恐怕为时过早。

本文所提出的“拟制犯罪和拟制刑事责任论”的观点实际上是对法人犯罪的否定和对传统刑法的回归，是以否定论为基础来解释肯定论的立法。这种看似矛盾的做法在很大程度上是一种解释论上的妥协和折中。但唯有如此，才可能真正解决法人刑事责任问题。因为法人犯罪说到底就是一种自然人个人犯罪，不认清这一事实基础，就不可能解决由此所派生出来的一切问题，也不可能真正实现对法人违法的有效规制。相较于现实中法人刑事责任的表面扩张，笔者的观点或部分结论或许显得有些武断，实证支持不够充分；法人刑事责任究竟将如何发展，我们恐怕也只能拭目以待。但笔者认为，作为既定事实，法人刑事责任得以继续存在下去的唯一理由，也许只是在于拟制主体实定化这一既定事实和传统，当然，其中也包含了现代社会法人化这一趋势在内。

Abstract: Corporate criminal liability has always been full of contradictions and controversies since its coming into existence. Rationalism and utilitarianism, among others, are the two fundamental elements related to corporate criminal liability. Nowadays, corporate criminal liability has shown a clear tendency to expand around the world, no matter on the level of law or concept, meanwhile its serious adverse consequence of punishing innocent has also been fully confirmed by practice. Therefore reasonable choice of corporate criminal liability at present is to seek an available explanation based on reality.

No matter from the view of the legislative state at present or from the view of its concrete factual construction, corporate crime is in form the crime whose subject is corporation, but sub-

[49] 前引 [39]，Gunter Heine 文，第 178 页以下。

[50] 参见劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，《中国社会科学》2007 年第 3 期。

stantially is natural person's individual crime, mainly joint crime. Corporation is one kind of means and tools for natural persons to get their interest, and is the aggregation of individual interest and the bearer of benefit attribution. The conduct of corporation is in fact the individual conduct of natural person which is attributed to corporation, so corporation as a legal person is only the fiction of law.

Accordingly, corporate crime and corporate criminal liability are also legal fictions, under whose names the individual crime and individual criminal liability are ascribed to corporation. The function of corporate crime and corporate criminal liability amounts to additional property penalties and qualification penalties on individual. Only when we persist in the personal responsibility principle, can criminal law prevent corporate malfeasance efficiently and avoid punishing the innocent.

This article also considers the concrete strategies to prevent corporate misconduct by criminal law and to file up the holes of traditional criminal law from the point view of individual criminal liability. Although there are several factors for the corporate criminal liability to come into existence, the substantiation of fictional subject may be the only reasonable cause for corporate criminal liability to continue to exist.

Key Words: corporate criminal liability, agent act, essence of corporation, legal fiction
