

单位犯罪案件研判的思维路径建构

曹高煜

浙江工商大学法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年3月7日; 录用日期: 2023年5月8日; 发布日期: 2023年5月15日

摘要

由于在单位犯罪诸多极其基础的理论问题上一直存在理解上的偏差, 因此单位犯罪案件研判的思维路径始终难以形成统一的认识。在罪责自负原则与罪责刑关系原理的指导下, 本文强调应当首先肯定单位犯罪案件中自然人和单位的独立刑事主体地位, 而后再以此为前提分别从自然人角度和单位角度对前述理论问题加以回答并论证。从自然人角度而言, 我国刑法分则规定的所有单位犯罪均属于不纯正单位犯罪, 同时“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”是指所有参与实施了单位犯罪且自身成立自然人犯罪的单位成员; 从单位角度而言, 单位的客观危害行为是指满足了形式要求与目的要求的自然人(单位成员)的客观危害行为, 单位的主观罪过是指单位对“单位成员实施的会被上升评价为单位行为的危害行为发生危害结果”的态度, 具体以单位的刑事合规计划的制定和执行情况为依据。除此之外, 单双罚制的创设不仅面临重大理论困境而且存在画蛇添足之嫌, 单位犯罪案件中的刑罚处罚只需严格遵循罪责自负原则与罪责刑关系原理即可。在上述回答和论证的基础上, 本文最终建构了逻辑自洽的单位犯罪案件研判的思维路径。

关键词

单位犯罪, 罪责自负, 罪责刑关系, 刑事合规, 刑罚规则

Construction of Thinking Path of Unit Crime Case Study and Judgment

Gaoyu Cao

Faculty of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou Zhejiang

Received: Mar. 7th, 2023; accepted: May 8th, 2023; published: May 15th, 2023

Abstract

Due to the deviation of understanding on many basic theoretical problems of unit crime, it is dif-

difficult to form a unified understanding of the thinking path of the study of unit crime cases. Under the guidance of the principle of self-responsibility and the principle of the relationship between crime, criminal responsibility and penalty, this paper emphasizes that we should first affirm the independent criminal subject status of natural person and unit in unit crime cases, and then answer and demonstrate the aforementioned theoretical questions from the perspective of natural person and unit respectively on this premise. From the perspective of natural person, all unit crimes stipulated in the provisions of our criminal law are not pure unit crimes. Meanwhile, “directly responsible in charge and other directly responsible personnel” refers to all members of units who participate in the implementation of unit crimes and set up natural person’s crimes. From the perspective of the unit, the objective harmful behavior of the unit refers to the objective harmful behavior of the natural person (unit member) who meets the requirements of form and purpose, while the subjective sin of the unit refers to the attitude of the unit toward “harmful behavior carried out by unit member that will be evaluated as the unit’s behavior will produce harmful results”. It is based on the development and implementation of the criminal compliance plan of the unit. In addition, the creation of odd and double punishment system is not only faced with a great theoretical dilemma, but also exists the suspicion of gilding the lily. The penalty punishment in unit crime cases only needs to strictly follow the principle of self-responsibility and the principle of the relationship between crime, criminal responsibility and penalty. On the basis of the above answers and arguments, this paper finally constructs the logical self-consistent thinking path of unit crime case.

Keywords

Unit Crime, The Principle of Self-Responsibility, The Principle of the Relationship between Crime, Criminal Responsibility and Penalty, Criminal Compliance, The Penalty Rules

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自 1987 年我国首次在《海关法》中将单位的不法行为犯罪化以来，单位犯罪已完全为我国刑事立法所肯定。然而，即便如此，研究判断单位犯罪案件的思维路径却始终难以形成统一的认识，而这归根结底是因为在单位犯罪诸多极其基础的理论问题上仍存在不容忽视的理解上的偏差，诸如自然人与单位在单位犯罪案件中的地位、刑法分则部分具体罪名的性质、“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”(后文简称“直接责任人员”)的含义、单位的客观危害行为与主观罪过的认定以及单位犯罪案件刑罚规则的确立。因此，在本文中，笔者将以罪责自负原则与罪责刑关系原理为基石，首先对单位犯罪案件中自然人与单位的独立刑事主体地位加以明晰，而后对单位犯罪案件中自然人与单位在犯罪与刑罚方面存在的上述诸多理论问题进行回答，最终建构出逻辑自治的单位犯罪案件研判的思维路径。

2. 单位犯罪案件中自然人与单位的地位

2.1. 自然人属于独立刑事主体

刑法中的犯罪，历来是以自然人为主体的[1]，因此自然人在一般犯罪案件中具有独立刑事主体地位毋庸置疑，然而在单位犯罪案件中是否仍然如此却存在着巨大争议。目前中国刑法理论中对该问题持否定态度的诸多观点可以统称为单位一元主体论，该论认为，“从刑法的角度来观察，单位是由单位成员、

单位财产和单位制度三大因素有机组成的组织体。作为单位的组成部分之一，单位成员并不是独立于单位之外的另一个犯罪主体，而是与财产、制度等一起共同构成单位这一单位犯罪主体。因此，在单位犯罪中，只有单位才是单位犯罪的主体，单位成员的地位只是单位的组成因素”[2]。在单位一元主体论看来，单位成员的意志通过单位的一定程序上升为单位的意志后便不再是个人的意志，同时单位成员在单位的意志支配下所实施的行为也将只是单位的行为而不再是个人的行为。基于此，单位一元主体论便可得到两个推论：在单位犯罪案件中，第一，自然人不是也不能以独立刑事主体的地位承担刑事责任，相反只是也只能以单位要素的地位承担刑事责任，或者说，作为单位的组成部分之一的自然人所承担的刑事责任不过只是对单位应承担的整体刑事责任的部分分担而已；第二，自然人承担刑事责任的前提是单位承担刑事责任，换言之，不成立单位犯罪，单位无需承担刑事责任，自然人自然也就不存在承担刑事责任的可能。然而，这种强调单位犯罪案件中单位是唯一独立刑事主体的单位一元主体论所构筑的“单位犯罪是自然人承担刑事责任的前提，自然人作为单位要素分担单位刑事责任”的罪责体系[1]，无论是在理论上还是在实践中都面临着困境。理论上，第一，单位一元主体论始终无法合理解释单位犯罪案件中自然人的刑事责任根据¹；第二，单位一元主体论显然是对罪责刑关系原理的严重背离。实践中，第一，单位一元主体论无法适配当前刑事责任追究程序²；第二，单位一元主体论将会导致大量犯罪行为无法受到刑法的有效规制³。

概言之，否认单位犯罪案件中自然人的独立刑事主体地位的思路是不恰当的。笔者认为，无论是在一般犯罪案件中还是在单位犯罪案件中，自然人都具有独立刑事主体地位，在自己的主观罪过的支配下实施客观危害行为，并因此负有刑事责任，进而可能受到刑罚处罚。

2.2. 单位属于独立刑事主体

与单位一元主体论承认单位犯罪案件中单位的独立刑事主体地位的观点恰恰相反的是，替代责任原则否认了单位犯罪案件中单位的独立刑事主体地位。替代责任原则借鉴民法中的“仆人过错主人担”的原则，认为单位的雇员或代理人在其职权或授权范围内为了单位利益实施的犯罪行为所产生的刑事责任应由单位来承担。这种替代责任原则在美国已经成为联邦法院和绝大多数州法院追究法人刑事责任的一般规则[3]。但显而易见的是，自然人实施犯罪却转由单位承担刑事责任的归责模式必然严重违反了罪责自负原则。

笔者认为，虽然单位的确是一种法律拟制的产物，但其“已经不再是虚拟的实体，而是法律的现实”，其“也有自己的、与其每一个成员的意志有区别的集体意志”[4]，因此单位也应当与自然人一样，能独立地对自己在自己的主观罪过的支配下实施的客观危害行为承担刑事责任，进而独立地可能受到刑罚处

¹对于单位犯罪案件中自然人的刑事责任根据，单位一元主体论通常从以下角度作出解释：1) 连带责任角度，认为自然人与单位承担连带的刑事责任；2) 功利主义角度，认为让自然人承担刑事责任是出于保证制裁犯罪、预防犯罪实际效果的目的；(3)单位要素角度，认为自然人作为单位的组成部分参与分担单位的整体刑事责任理所当然。然而，上述解释均存在漏洞：1) 连带责任是以存在多个独立刑事主体为前提的，否定单位犯罪案件中自然人的独立刑事主体地位就已经失去了谈论责任连带的基础；2) “在刑法面前，国民不是被动的客体，更不是预防他人犯罪的工具”，为实现一般预防目的而将自然人工具化明显是对人权的侵犯、对罪刑法定原则的僭越；3) 如果说自然人是因为属于单位的组成部分从而需要参与单位的刑事责任的分担，那么所有的单位成员都应当参与分担刑事责任，而并非只局限于现行立法规定的“直接责任人员”。参见谢治东：“单位犯罪中个人刑事责任根据之检讨——走出我国传统单位犯罪理论之迷思”，载《刑法论丛》，2011年第4期，第50-51页。

²2002年7月8日《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》规定的“单位和单位的直接责任人员分离追诉程序”、2002年7月9日《最高人民检察院关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》强调的“涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的，对该单位不再追究刑事责任，但仍应当根据刑法相关规定追究直接责任人员的刑事责任”以及2014年4月24日《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》重申的“单位实施未规定为单位犯罪的行为的，对实施该行为的自然人依法追究刑事责任”，所体现出来的价值观念与单位一元主体论恰恰相反，当前刑事责任追究程序均是建立在承认单位犯罪案件中自然人具有独立刑事主体地位的基础上的。

³当单位实施了刑法没有规定为单位犯罪的行为时，或者当外国单位在我国领域外对我国国家、公民犯罪时，均不成立单位犯罪，如果按照单位主体一元论的观点，此时同样也无法追究单位成员的刑事责任，这无疑是在纵容上述犯罪。

罚，而不是消极被动地替自然人“背锅”、为自然人的犯罪“买单”，换言之，应当承认在单位犯罪案件中，单位具有独立刑事主体地位。

综上所述，笔者主张，应肯定在单位犯罪案件中存在着自然人和单位两个独立刑事主体，其各自对各自的客观危害行为和主观罪过负有刑事责任。而这正是后文从自然人角度和单位角度对犯罪与刑罚分别加以分析的根本原因所在。

3. 单位犯罪案件中自然人之犯罪与刑罚

3.1. 客观危害行为构成要件与主观罪过构成要件之确定

正所谓“法律人查明和确认案件事实的过程就不是一个纯粹的事实归结的过程，而是一个在法律规定与事实之间的循环过程，即目光在事实与规范之间来回穿梭”[5]，因此只有在正确认识刑法分则各条规范的性质的基础上，才能保证“目光在事实与规范之间来回穿梭”时不会错过任何一项可能被适用的规范。具体到自然人维度，也可以说，正确认识刑法分则各条规范的性质，尤其是有关单位犯罪的规范的性质，对确定单位犯罪案件中自然人犯罪的客观危害行为构成要件、主观罪过构成要件以及具体罪名发挥着至关重要的作用。

对于单位犯罪，我国刑法分则采用了两类立法模式。第一类立法模式(后文简称“立法模式 I”)为，“①自然人实施某行为的，对自然人判处刑罚。②单位实施同样行为的，对单位判处刑罚，并对自然人判处刑罚。”根据句①与句②在分则中所处的位置关系不同，又可将采用此类立法模式的规范进一步区分为两种：第一种是，将句①与句②置于分则同一条文中，包括但不限于帮助恐怖活动罪、走私淫秽物品罪在内的 79 个罪名；第二种是，将句①与句②置于分则不同条文中，包括但不限于生产、销售伪劣产品罪、妨害药品管理罪在内的 65 个罪名。第二类立法模式(后文简称“立法模式 II”)为，“单位实施某行为的，对单位判处刑罚，并对自然人判处刑罚。”包括但不限于逃汇罪、单位受贿罪、单位行贿罪在内的 8 个罪名采用了此类立法模式。至此，有读者便会发现笔者并未将“单位实施某行为的，对自然人判处刑罚”这一立法模式(后文简称“立法模式 III”)认定为我国刑法分则在单位犯罪上所采用的第三类立法模式，这是因为在笔者看来，采用此类立法模式的罪名，包括但不限于私分国有资产罪、私分罚没财产罪在内的 16 个罪名，根本就不属于单位犯罪而属于纯正自然人犯罪，理由将在后文详述。

根据对实施主体的限制不同，单位犯罪可以分为纯正单位犯罪与不纯正单位犯罪，前者只可由单位构成而不可由自然人构成，后者则既可由单位构成又可由自然人构成。刑法分则中采用立法模式 I 的罪名显而易见地属于不纯正单位犯罪，这一点不存在任何争议；但在采用立法模式 II 的罪名的定性上，笔者持与其他诸多学者(譬如张明楷教授、高铭暄教授等)相反的观点。其他诸多学者认为，采用立法模式 II 的罪名属于纯正单位犯罪，只可由单位构成。但是，笔者认为，若将此类罪名的实施主体限定于单位，那么无论是在立法层面还是在司法层面都会产生无法解决的难题：立法层面。当自然人实施了采用立法模式 II 的罪名所要求的客观危害行为且该客观危害行为可以上升评价为单位的行为时，按照其他诸多学者的观点，由于此类罪名只可由单位构成而不可由自然人构成，因此这种情况下只能认定成立单位犯罪而不能认定成立自然人犯罪，进而基于罪责自负原则、罪刑关系原理，应当由且只能由单位承担刑事责任、受到刑罚处罚。然而，刑法分则针对这些所谓的“纯正单位犯罪”不仅为单位设置了罚金刑还为自然人(直接责任人员)设置了不同的自由刑或罚金刑。由此不难看出，主张采用立法模式 II 的罪名属于纯正单位犯罪的观点与我国现行有效的法律之间存在难以调和的矛盾，除非对前述基本原则与基本原理进行突破，而这肯定是不被允许的；司法层面。根据对中国裁判文书网公开的刑事判决书的归纳整理可以发现，在以采用立法模式 II 的罪名为案由的案件中，检察机关在提起公诉时均指控“被告人(自然人)

犯某罪⁴”或者请求“以某罪追究被告人(自然人)刑事责任”，而审判机关在作出认可检察机关指控的罪名的判决时同样在文书中表述“被告人(自然人)犯某罪”，此外，即使审判机关最终未认可检察机关指控的罪名，往往也都是从事实认定角度或者法律解释角度而非犯罪主体适格与否角度进行分析论证。简言之，在采用立法模式 II 的罪名能否由自然人构成这一问题上，我国司法机关更多表露出的也是肯定态度。如此来看，主张采用立法模式 II 的罪名只可由单位构成的观点，不仅是对司法机关一贯认知的重大挑战，还将使我国大量已决刑事案件沦为“错案”，而这同样肯定是不被允许的。综上所述，将采用立法模式 II 的罪名定性为不纯正单位犯罪，即明确其既可由单位构成又可由自然人构成，于立法、于司法都更具合理性。

有读者此时便会提出，如果认为采用立法模式 II 的罪名亦属于不纯正单位犯罪，那么为何同样是不纯正单位犯罪，刑法分则却采用了立法模式 I 和立法模式 II 两种不同的表述呢？笔者对此解释如下：无论采用立法模式 I 还是采用立法模式 II，对于认定单位犯罪成立与否并无影响，二者的区别在于认定自然人犯罪成立与否上。采用立法模式 I 的罪名以独立条款或条文的形式，即“自然人实施某行为的，对自然人判处刑罚”，对自然人实施此类犯罪单独作了规定，因此只要自然人的行为符合了此独立条款或条文明文规定的罪状即可成立此类犯罪。如此一来，采用立法模式 I 的罪名对单位实施此类犯罪所作的规定中“并对自然人判处刑罚”的表述便属于注意规定，仅起到提示司法人员注意的作用⁵。相反，就采用立法模式 II 的罪名而言，若想成立自然人犯罪，在客观上自然人的行为不仅需要符合此类罪名明文规定的罪状，还需要额外满足形式要求⁶与目的要求⁷以体现此类罪名所采用的立法模式的特殊之处——仅将单位作为分则规定的主语。举例言之，基于《刑法》第 190 条对逃汇罪所作的规定⁸，自然人的行为若想成立逃汇罪，不仅需要自然人“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，数额较大”，还需要该行为满足形式要求与目的要求。此外，考虑到形式要求与目的要求的实质内容，有且仅有单位成员实施的行为才可能同时满足这两项要求，因此进一步可以得出结论：采用立法模式 II 的罪名，当由自然人构成时，属于真正身份犯，即只有具备单位成员这一特殊身份的自然人才能成为此类犯罪的实行犯。

有读者此时还会提出，如果认为采用立法模式 II 的罪名亦属于不纯正单位犯罪，就意味着单位行贿罪、单位受贿罪也可以由自然人构成，然而对于自然人行贿、受贿的情形，分则已经明确设置了行贿罪、受贿罪进行规制与惩罚，那么该如何理解单位行贿罪与行贿罪、单位受贿罪与受贿罪两对罪名之间的关系呢？就自然人犯罪角度而言，在笔者看来，成立单位行贿罪与单位受贿罪所需要的客观危害行为是同时满足了形式要求与目的要求的行贿行为与受贿行为即成立行贿罪与受贿罪所需要的客观危害行为，换言之，触犯单位行贿罪、单位受贿罪必然会触犯行贿罪、受贿罪。因此，在通常情况下，单位行贿罪与

⁴即采用立法模式 II 的罪名，下同。

⁵以下 15 个罪名除外：走私普通货物、物品罪，虚报注册资本罪，虚假出资、抽逃出资罪，高利转贷罪，擅自发行股票、公司、企业债券罪，内幕交易、泄露内幕信息罪，编造并传播证券、期货交易虚假信息罪，诱骗投资者买卖证券、期货合约罪，保险诈骗罪，虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，对有影响力的人行贿罪，票据诈骗罪，金融凭证诈骗罪，信用证诈骗罪。

通常情况下，在采用立法模式 I 的罪名中，“单位实施同样行为”时对自然人设置的刑罚与“自然人实施某行为”时是一致的，法条一般表述为“依照自然人犯罪的规定处罚”，故此时可以认为，采用立法模式 I 的罪名对单位实施此类犯罪所作的规定中“并对自然人判处刑罚”的表述属于注意规定；而例外情况时，在个别采用立法模式 I 的罪名(即上述 15 个罪名)中，“单位实施同样行为”时对自然人设置的刑罚要轻于“自然人实施某行为”时，故此时只能认为，个别采用立法模式 I 的罪名对单位实施此类犯罪所作的规定中“并对自然人判处刑罚”的表述属于新的罪刑规定，不可以忽略。当然，这种新的罪刑规定是否合理，笔者有所怀疑。

⁶形式要求，是指只有当自然人的行为具有能够体现单位意志的形式时，该行为方能上升评价为单位的的行为。具体内容将在后文详述。

⁷目的要求，是指只有当自然人的行为是在为单位本身谋取非法利益时，该行为方能上升评价为单位的的行为。具体内容将在后文详述。

⁸《刑法》第 190 条规定，“公司、企业或者其他单位，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，数额较大的，对单位判处逃汇数额百分之五以上百分之三十以下罚金，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；数额巨大或者有其他严重情节的，对单位判处逃汇数额百分之五以上百分之三十以下罚金，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上有期徒刑。”

行贿罪、单位受贿罪与受贿罪两对罪名之间属于法条竞合关系。而对待法条竞合关系，我国刑法原则上采取“特别法优于一般法”的处理办法，所以，当自然人实施了行贿行为或者受贿行为并且该行为同时满足了形式要求与目的要求时，应当优先认定该行为成立单位行贿罪或者单位受贿罪；但是，考虑到我国现行刑法对这两对罪名所设置的具体法定刑⁹，在特殊情况下，为实现罪刑相适应、契合比例原则，单位行贿罪与行贿罪、单位受贿罪与受贿罪两对罪名之间不宜再认为属于法条竞合关系，而应当认为属于想象竞合关系，“择一重罪论处”。当然，即便对单位行贿罪与行贿罪、单位受贿罪与受贿罪两对罪名之间的关系能够作出上述理解，不可否认的一点是单位行贿罪与单位受贿罪中对自然人设置的法定刑缺乏合理性。正如前文已经论述的，在单位犯罪案件中，自然人承担刑事责任、受到刑罚处罚是因为其作为独立刑事主体实施了犯罪，并非是因为其属于单位的组成部分而被动地分担单位因实施犯罪所需承担的刑事责任，因此，无论自然人实施的客观危害行为是否满足形式要求与目的要求即是否能够上升评价为单位的行為，只要行为内容是相同的，自然人为此需要承担的刑事责任、受到的刑罚处罚最起码就应当是一致的；更何况单位犯罪案件中自然人的行为相较自然人犯罪案件中自然人的行为更具隐蔽性和复杂性¹⁰，法益侵害程度也通常更高。然而，很遗憾的是，在单位行贿罪、单位受贿罪以及15个采用立法模式I的罪名(详见前文脚注)上，现行立法的处理方式却并非如此，仿佛传递出一种“组团”犯罪比“单独”犯罪受到惩罚要轻微的错误信号。

一言以蔽之，我国刑法分则规定的所有单位犯罪均属于不纯正单位犯罪，因此，在确定单位犯罪案件中自然人犯罪的客观危害行为构成要件、主观罪过构成要件以及具体罪名时，目光需要在事实与所有有关单位犯罪的规范之间来回穿梭。

3.2. 刑罚对象之理解

根据刑法总则第三十一条以及分则各具体罪名的规定，在成立单位犯罪的情况下，对且仅对作为直接责任人员的自然人判处一定的刑罚处罚，或生命刑或自由刑或罚金刑或资格刑。因此，正确理解“直接责任人员”的含义对为单位犯罪案件中自然人定罪量刑起着不可或缺的基础理论作用。具体而言，正确理解“直接责任人员”的含义可以对“为何在单位犯罪案件中会出现只有部分单位成员(即直接责任人员)受到刑罚处罚而另一部分单位成员未受到刑罚处罚的现象”这一问题作出合理的回答。

可以明确的一点是，“直接责任人员”并非身份犯中的特殊身份。所谓身份犯中的特殊身份，是指自然人在实施犯罪前便已经具备的特殊资格或者已经形成的特殊地位、特殊状态^[6]，诸如“国家工作人员”“司法工作人员”等等，这种特殊身份会影响犯罪的成立或者刑罚的轻重；然而，基于最高人民法院研究室提出的关于如何理解“直接责任人员”的参考意见¹¹，“直接责任人员”并非自然人在实施犯

⁹单位行贿罪中对自然人设置的法定刑：“……情节严重的……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，并处罚金。”

行贿罪中对自然人设置的法定刑：“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者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，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

单位受贿罪中对自然人设置的法定刑：“……情节严重的……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。”

受贿罪中对自然人设置的法定刑(依照贪污罪的规定处罚)：“根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：(一)数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。(二)数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。(三)数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”

¹⁰所谓“隐蔽性”，是指单位成员一般是在从事合法单位业务活动的同时从事犯罪活动，即以合法活动掩盖非法活动；所谓“复杂性”，是指单位犯罪涉及面广、利害关系复杂，非一个单位成员所能胜任和完成，通常需要依靠由数人、数十人甚至更多的人以决策者、组织指挥者、具体实施者等诸多角色构成的严密组织架构得以实现。参见蔡静：“单位犯罪司法解释瑕疵原因之我见”，载抚州法院网，<http://fzzy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2011/09/id/506012.shtml>。

罪前便已经具备的特殊身份，其与“犯罪集团中的首要分子”“组织、领导、参加黑社会性质组织罪的组织者”一样，都是自然人犯罪的产物，都属于自然人在实施犯罪过程中才获得的身份。既然“直接责任人员”并非能够影响给自然人定罪量刑的特殊身份，那么自然也就不能认为，在单位犯罪案件中另一部分单位成员之所以不会受到刑罚处罚，是因为由于其不具有“直接责任人员”的身份故其行为无法成立犯罪。

根据罪责刑关系原理，在单位犯罪案件中另一部分单位成员之所以不会受到刑罚处罚，无非以下两种可能：第一种，此部分单位成员的行为成立犯罪但司法机关却不予追究此部分单位成员的刑事责任或者司法机关追究其刑事责任却免于、免除其刑罚处罚；第二种，此部分单位成员的行为根本就不成立犯罪。笔者认为，第一种可能属于“空中楼阁”，与现实严重脱节：首先，唯一的“免于刑罚处罚”规定出自刑法总则第三十七条，它强调的是审判人员可以根据具体案情(犯罪情节)视情况决定是否需要对被告人判处刑罚处罚，或者说它体现的是“具体问题具体分析”的哲学理念，而不考虑实际、直接在立法上一律认定不需要对单位犯罪案件中另一部分单位成员判处刑罚处罚的做法明显与“免于刑罚处罚”所体现的哲学理念相悖，因此用前者来论证后者存在逻辑上的巨大错误；其次，目前总共存在2种可以或应当“不予追究刑事责任”以及18种可以或应当“免除刑罚处罚”的情形，但它们无一例外都于刑法总则或分则中被加以明文规定，因此认为在单位犯罪案件中另一部分单位成员之所以不会受到刑罚处罚是因为司法机关不予追究其刑事责任或者被免除了刑罚处罚只不过没有在法律上作明文规定的解释过于牵强。相较之下，在单位犯罪案件中另一部分单位成员之所以不会受到刑罚处罚是因为其行为根本就不成立犯罪的第二种可能就更值得被采纳。基于这种理解，单位犯罪案件中自然人刑罚对象即所谓的“直接责任人员”指的便是所有参与实施了单位犯罪且自身成立自然人犯罪的单位成员。如此一来，在单位犯罪案件中，“只有有罪的部分单位成员(即直接责任人员)会受到刑罚处罚而无罪的另一部分单位成员不会受到刑罚处罚”，正是对罪责自负原则和罪责刑关系原理的严格贯彻。

此时不妨回到《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》¹²(后文简称“《纪要》”)上来。《纪要》提到，“在单位犯罪中，对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员，一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。”笔者认为，此处“一般不宜作为直接责任人员”的单位成员可以理解为客观上“受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为”但主观上不具有罪过的单位成员，也可以理解为客观上“受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为”且主观上具有罪过但不存在期待可能性的单位成员。至于客观上“受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为”且主观上具有罪过并存在期待可能性的单位成员，绝不可能也绝不可以认为“一般不宜作为直接责任人员”而不负刑事责任。当然，对于这类单位成员，量刑时可以视其在单位犯罪案件中的具体地位、作用和犯罪情节，在法定刑幅度内酌情调整刑罚处罚的轻重。

4. 单位犯罪案件中单位之犯罪与刑罚

4.1. 客观危害行为之认定

“法人行为的实行，作为从应然世界转向自然现实的内容，离不开具体人，行为和不行为只能由具体人承担”^[7]，因此在单位犯罪案件中，单位虽然的确是一个独立刑事主体，但其注定无法和自然人一样自行单独实施行为，其行为只能由单位成员来实施，亦或者说其行为根本上就是经过筛选或价值判断的自然人的行为。必须强调的是，在这个筛选或价值判断的过程中应当慎之又慎，因为从国内外打击单

¹¹ 最高人民法院研究室认为：所谓“直接负责的主管人员”，是指在单位犯罪中起决定、决策、指挥作用的人员；所谓“其他直接责任人员”，是指在单位犯罪中具体执行、积极参与、直接实施本单位犯罪行为的人员。参见1994年1月27日《最高人民法院研究室关于如何理解“直接负责的主管人员”和“直接责任人员”问题的复函》。

¹² 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》。

位(法人¹³)犯罪的经验来看,单位(法人)一旦遭到刑事追诉将面临毁灭性打击。譬如,安达信会计师事务所因受美国安然公司财务造假事件牵连被判有罪,不仅被美国休斯敦联邦地区法院处以50万美元罚金还被禁止5年内从事业务。因失去从业资格,安达信会计师事务所最终倒闭并造成28000名职员失业[8]。¹⁴同样在我国,任何一个违反刑法、触犯刑事犯罪的事件都随时可能导致规模以上民营企业倒塌、破产、遭受灭顶之灾[9]。由此可见,如果错误地将自然人的行为上升评价为单位的行为从而使单位为此承担刑事责任、受到刑罚处罚,其所带来的消极后果绝对不仅仅只作用于该单位本身,相反会进一步转化为社会难以承受的就业压力和国家亟需解决的民生问题,甚至可能将危及国家机关的公信力。所以笔者认为,为有效防止这种情况的发生,在将自然人的行为上升评价为单位的行为的筛选或价值判断的过程中应当同样秉持主客观相一致原则,强调只有当自然人的行为“客观上满足形式要求且主观上满足目的要求”时,方能上升评价为单位的行为。

4.1.1. 形式要求

形式要求,即指只有当自然人的行为具有能够体现单位意志的形式时,该行为方能上升评价为单位的行为。具体而言,诸如单位成员的职权行为、单位成员获得了单位决策机构批准、同意或者认可的行为都会被认定为体现了单位意志。与此正好相反,由于不满足形式要求,“单位内部成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施犯罪的,或者单位内部成员实施与其职务活动无关的犯罪行为的,都不属于单位犯罪,应当依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚”[6]。

需要注意的一点是,为了尽可能使单位免受无妄之灾,此处对是否满足形式要求的判断应当探求内在真实,而不能仅仅停留于外在表象。举例言之,“盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的”,之所以不成立单位犯罪¹⁵,是因为此时自然人的行为既不满足目的要求也不满足形式要求从而无法上升评价为单位的行为。

4.1.2. 目的要求

目的要求,即指只有当自然人的行为是在为单位本身谋取非法利益时,该行为方能上升评价为单位的行为。

有观点认为,当自然人的行为是为单位全体成员或多数成员谋取非法利益时,该行为也能上升评价为单位的行为,笔者对此并不认同。诚然,在经济层面上单位成员与单位可以称得上是“命运共同体”,为单位本身谋取非法利益很大概率会一并给单位成员(或全部或多数或少数)带来一定的利益,包括非法利益和合法利益,但不能因此就将“为单位全体成员或多数成员谋取非法利益”作为自然人的行为可以上升评价为单位的行為的标准。如果以此作为唯一评价标准,将会遗漏评价诸多为单位本身直接谋取到非法利益但为单位成员仅间接谋取到合法利益(比如劳动报酬上涨、福利待遇提升等)的行为;如果以此作为共同评价标准,虽不再存在遗漏评价的问题,但却仍无法解决在私分国有资产罪这一罪名上产生的问题。私分国有资产罪的危害行为,是指具有将数额较大的国有资产违反国家规定以单位名义集体私分给个人的可能性的行为。从该危害行为的内容即可清楚地意识到该危害行为一旦被自然人实施,参与私分的单位成员将谋取到非法利益而单位本身将不仅无法谋取到非法利益相反还是该危害行为的损害对象。按照“以此作为共同评价标准”的观点,该自然人的行为仍满足目的要求,再加上其本就满足形式要求(“以单位名义”),故可以上升评价为单位的行为,那么此时不可避免地就会出现一种“单位自己侵害自己利益”的异常现象;而按照笔者的观点,该自然人的行为在任何具体个案中都将不再满足目的要求,无法

¹³我国“单位犯罪”这一概念在国外相对应的是“法人犯罪”这一概念。

¹⁴尽管美国最高法院于2005年推翻了该刑事判决,但安达信会计师事务所倒闭并造成大量职员失业的悲剧已经无法挽回。

¹⁵1999年7月3日《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定,“盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。”

上升评价为单位的行为，自然也就不会出现前述异常现象。所以，只有当自然人的行为是在为单位本身谋取非法利益时，该行为方能上升评价为单位的行为。

有观点认为，“‘为本单位谋取非法利益’……不是任何单位犯罪不可缺少的特征”，换言之，此观点认为自然人的行为上升评价为单位的行为并不需要必须满足目的要求，“一个单位完全可能为其他单位或者个人谋取非法利益而实施犯罪”[6]。然而若采纳此观点，在部分情形下将会得到严重违背罪责自负原则和公平正义理念的结论。举例言之，某公司董事会决议，向官员乙行贿，以便为丙公司谋取非法利益。如果只以形式要求为评价标准，那么无论该例中公司董事会成员为丙公司谋取非法利益的真正意图是什么，其行为都将会被上升评价为单位的行为。但是，正所谓“无利不起早”“天下熙熙皆为利来，天下攘攘皆为利往”，在笔者看来，虽然该例中公司董事会成员不惜承担刑事责任的代价的确为丙公司谋取了非法利益，但毋庸置疑的是这必然绝非其真正意图所在，其最终目的无法跳出以下三种可能：一是，为了凭借谋利行为间接为自己谋取非法利益(譬如丙公司承诺给予其报酬)；二是，为了凭借谋利行为间接为单位本身谋取非法利益(譬如丙公司承诺给予甲公司商业上的优待)；三是，为了凭借谋利行为同时间接为自己与单位本身谋取非法利益。当公司董事会成员的真正意图属于第二种或第三种时，将其行为上升评价为单位的行为，最终使单位负有单位行贿罪的刑事责任，笔者持赞成态度；但当公司董事会成员的真正意图属于第一种时，将其行为上升评价为单位的行为，最终使单位负有单位行贿罪的刑事责任，笔者持反对态度，因为这会使得单位以及相关主体(如单位的普通员工等)遭受池鱼之殃。而为了有效防止这种虽然具有能够体现单位意志的形式但本质上只是自然人用以谋取私利的行为被不合理地、错误地上升评价为单位的行为，最优的解决办法便是将目的要求纳入评价标准。由此也可以看出，笔者坚持以目的要求为评价标准之一并非狭隘地认为，只有当自然人的行为仅为单位本身谋取非法利益时，才有可能上升评价为单位的行为进而成立单位犯罪；而是开放地认为，只要当自然人的行为的出发点包含为单位本身谋取非法利益这一目的时，就有可能上升评价为单位的行为进而成立单位犯罪。

4.2. 主观罪过之认定

主观罪过，是指行为主体对自己的客观危害行为及其客观危害结果所持的态度[10]。这种态度必然以认识判断能力与选择行为或不行为的自由意志为基本前提[11]。因此，单位能否具有主观罪过就取决于单位是否具有这种能力和自由意志。在这一问题上，否定说认为，正如单位没有自然人所具有的眼、耳、鼻、舌、身一样，它也不具有自然人对各种事物的认识和判断能力，不具有选择犯罪与不犯罪的自由意志[12]。笔者对此并不认同，正如肯定说指出的，单位的决策机构调动、指挥着各自所属单位的活动，决定着各自所属单位活动的方向和形式，因此至少可以说单位通过其决策机构的决议具有选择犯罪与不犯罪的自由意志。当然，笔者也仅仅只是借肯定说的观点来反驳否定说的观点，并非意味着全盘认可肯定说所主张的“决策机关的意思表示就是单位的意思表示”。如果说单位的主观罪过仅仅只是决策机关(领导集体)中的单位成员亦或者其他能够代表单位整体利益的单位成员的主观罪过的整合¹⁶，那么就会面临一个十分现实的问题：当上述单位成员的主观罪过并不统一时，即既存在故意又存在过失时，如何给单位的主观罪过即这些单位成员的主观罪过的整合下一个故意或者过失的明确结论呢？毕竟主观罪过是无法量化进而相加、相减的。其实，肯定说与否定说表面上看似针锋相对，但二者从根本上来说立论的前提是完全一致的，即二者都认为，单位不具有与自然人一样的意思形成能力，亦或者说单位不具有独立于自然人的主观罪过，这也正是传统法人刑事责任理论的核心思想。相反，同新型法人刑事责任理论(比如组织体责任论)一样，笔者认为，主张单位具有独立于自然人的主观罪过才是对单位在单位犯罪案件中

¹⁶ 对此，最为经典的表述就是，“单位意志不是单位内部某个成员的意志，也不是各个成员意志的简单相加，而是单位领导集体或者代表单位整体利益的成员在领导、指挥、决策、执行过程中形成的具有单位整体性的意志。”

所具有的独立刑事主体地位的尊重。但是, 相较自然人, 单位对“自己的危害行为发生危害结果”的态度实在是过于虚无缥缈, 因此, 就需要寻求一个既能正确反映单位对“自己的危害行为发生危害结果”的态度同时又相对客观稳定的依据来认定单位犯罪案件中单位独立的主观罪过。鉴于难以直接认定单位对“自己的危害行为发生危害结果”的态度, 笔者建议, 既然单位的危害行为即单位成员实施的满足形式要求与目的要求的危害行为, 那么不妨通过判断单位对“单位成员实施的会被上升评价为单位的行为的危害行为发生危害结果”的态度来间接认定单位对“自己的危害行为发生危害结果”的态度, 而单位对“单位成员实施的会被上升评价为单位的行为的危害行为发生危害结果”的态度在现实中就存在一个十分直观的依据, 那就是单位的刑事合规计划的制定情况和执行情况。

何谓“刑事合规计划”? 在介绍其之前, 必须先对其上位概念“刑事合规制度”的定义加以明确。刑事合规制度是指, 为了防止企业员工的相关行为给企业带来刑事责任, 国家通过刑事政策的正向激励和责任归咎, 推动企业以刑事法律的标准制定并实施遵守刑事法律的计划和措施, 以此来识别、评估和预防企业的刑事风险的制度^[13]。从该定义可以看出, 刑事合规制度实际上由两个要素组成: 一是就企业而言, 企业需要制定并实施能够有效避免和预防企业员工实施会被上升评价为企业的的行为的危害行为以及企业员工实施的该危害行为发生危害结果从而给企业带来刑事责任的计划和措施, 此即为“刑事合规计划”, 其主要内容可简单概括为行为规则、举报机制与制裁制度^[14]; 二是就国家而言, 国家需要建立相应的刑事政策激励机制, 将企业的刑事合规计划的制定情况和执行情况作为企业获得一定法律优惠的根据。因此, 可以说, 刑事合规制度的践行标志着国家单向治理企业犯罪的模式开始逐步转变为了国家与企业共同治理企业犯罪的模式^[14]。这将有助于企业效益、社会效益和国家效益的共同提升。¹⁷由此可见, 刑事合规制度亦可以称为企业刑事合规制度, 仅适用于企业等商事主体。但是, 毕竟该制度源自欧美国家, 而这些国家不存在“单位”这一概念, 并且考虑到该制度的具体要素以及建立意义, 笔者认为在对其本土化的过程中完全可以将适用主体从企业等商事主体扩展到我国所有单位, 因此提出以刑事合规计划的制定情况和执行情况作为认定单位的主观罪过的依据。

至于刑事合规计划的制定情况和执行情况与单位的主观罪过之间的相互对应关系, 笔者的构想如下: 第一, 单位没有制定刑事合规计划或者虽然制定了刑事合规计划但该计划被虚置化的, 意味着单位希望或者放任“单位成员实施的会被上升评价为单位的的行为的危害行为发生危害结果”, 故此时可以认定单位对“自己的危害行为发生危害结果”具有故意的主观罪过; 第二, 单位制定了刑事合规计划并且该计划并未被虚置化, 只不过该计划并不完善全面或者该计划完善全面但执行存在纰漏的, 意味着单位虽然反对“单位成员实施的会被上升评价为单位的的行为的危害行为发生危害结果”但在实际避免和预防时过于自信或者单位因疏忽大意而根本没有预见“单位成员实施的会被上升评价为单位的的行为的危害行为发生危害结果”, 故此时可以认定单位对“自己的危害行为发生危害结果”具有过失的主观罪过; 第三, 单位制定了刑事合规计划并且该计划并未被虚置化, 同时该刑事合规计划完善全面、执行不存在纰漏, 现实发生的情况确实不是单位凭借此计划事前能够预见或者能够避免和预防的, 意味着“单位成员实施的会被上升评价为单位的的行为的危害行为发生危害结果”对于单位而言属于意外事件或者不可抗力, 故此时可以认定单位对“自己的危害行为发生危害结果”不具有任何主观罪过。需要注意的是, 刑事合规计划的制定情况和执行情况的判断都是针对具体个案而言的。举例言之, 当某单位的单位成员实施了会被上升评价为单位的的行为的逃税行为时, 即使该单位关于避免和预防“单位成员实施的会被上升评价为

¹⁷企业效益的提升, 是指企业通过刑事合规计划的制定与实施, 强化了内部监管, 一定程度上降低了企业员工实施会被上升评价为单位的的行为的危害行为从而给单位带来刑事风险的可能性, 实现了企业的长久稳定发展; 社会效益的提升, 是指企业的长久稳定发展能够促进社会的经济发展、能够带来更多的就业岗位、能够营造更好的守法氛围; 国家效益的提升, 是指刑事合规制度允许司法机关对部分严格贯彻落实此制度的企业给予不再追究刑事责任等法律优惠, 不仅减少了企业犯罪, 还极大地节约了司法成本, 促进了司法资源的合理配置。参见丁文勤、李支: “刑法视角下的 P2P 网贷平台合规制度构建”, 载《黑龙江省政法管理干部学院学报》, 2021 年第 1 期, 第 38 页。

单位的行为的逃汇行为发生危害结果”的刑事合规计划的制定或执行存在缺陷，但只要该单位关于避免和预防“单位成员实施的会被上升评价为单位的行为的逃税行为发生危害结果”的刑事合规计划的制定和执行均不存在缺陷，具体个案中发生的情况确实不是单位凭借此计划事前能够预见或者能够避免和预防的，那么就应当认定单位对“自己的危害行为发生危害结果”不具有任何主观罪过。

刘艳红教授指出，“企业合规在我国犯罪论体系中的地位尚不清晰，我国刑法既未将合规规定为刑法义务，也未使合规成为犯罪阻却事由”^[15]，而笔者的构想将初步解决这个问题，并且不同于其他学者动辄修法的提议，仅仅只需要运用刑法解释的方法便可将刑事合规顺利引入单位犯罪之中。

4.3. 刑罚规则之纠正

我国《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。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”据此，学术界不少学者认为，立法已经清楚表明，对于单位犯罪，原则上采用双罚制，即既对单位判处罚金又对自然人(直接责任人员)判处刑罚；但例外时即当刑法分则和其他法律另有规定不采用双罚制而采用单罚制时，只对自然人(直接责任人员)判处刑罚。对于此种解读，笔者认可其提出的该条规定中存在转折逻辑关系(即原则例外关系)的看法，但至于解读的具体内容，笔者不敢苟同。笔者认为，单位犯罪的刑罚规则只有双罚制这一种，换言之，只有采用双罚制的罪名才属于单位犯罪，而所谓采用单罚制的罪名根本就不属于单位犯罪，即前文提到的“采用立法模式 III 的罪名根本就不属于单位犯罪而属于纯正自然人犯罪”。理由如下：

首先，单罚制这种刑罚规则本身就面临重大理论困境。基于罪责自负原则和罪刑关系原理，在单位犯罪案件中，自然人受到刑罚一定是因为其行为而不是单位的行为成立犯罪。那么试问，既然单位的行为也成立犯罪，并且不存在“不予追究刑事责任”“免于刑罚处罚”以及“免除刑罚处罚”的规定，为何刑法没有对单位设置法定刑呢？除非对前述基本原则和基本原理进行突破，认为单罚制下自然人同时也是在就单位所负有的刑事责任而受到刑罚处罚，否则绝对无法走出该理论困境。然而正如前文所言，这种突破根本就不会被也不应该被允许。此时不妨一并对双罚制进行研究。归根结底，双罚制的本质其实就是“自然人和单位两个独立刑事主体各自对各自的客观危害行为和主观罪过承担刑事责任、受到刑罚处罚”，亦或者说双罚制其实就是罪责自负原则和罪刑关系原理的应有之义，并无特殊之处，所以根本没有为此专门创设一个概念的必要，更何况如此创设反而有画蛇添足之嫌。

其次，退一步来讲，即使不考虑单罚制这种刑罚规则本身面临的重大理论困境，主张采用立法模式 III 的罪名属于单位犯罪只不过采用了单罚制这种刑罚规则的学者在刑法为何没有对单位设置法定刑这一问题上所给出的理由^[16]也是漏洞百出：第一，其认为部分单位犯罪采用单罚制是因为这些罪名的设立本就是为了保护单位利益、惩罚借单位名义行损害单位利益之行为，比如私分国有资产罪。然而，既然旨在保护单位利益，还将这些罪名认定为单位犯罪，让单位背负罪名，岂不是南辕北辙？况且将这些罪名认定为自然人犯罪、追究相关自然人的刑事责任就足以起到保护单位利益的作用，实在没有再将其解释为属于采用单罚制的单位犯罪的必要；第二，其认为部分单位犯罪采用单罚制是因为追诉这些犯罪时单位已经不复存在，比如妨害清算罪。然而，既然追诉这些犯罪时单位都已经不复存在，那为什么还要多此一举地将单位纳为这些犯罪的犯罪主体？第三，其认为部分单位犯罪采用单罚制是因为采用双罚制会损害到无辜者的利益，比如违规披露、不披露重要信息罪。然而，所谓“无辜者”之一的公司股东作为市场的参与者，在享受公司经营为自己带来利益的同时就应当对公司的经营、管理行为承担一定的风险，这个风险自然包括公司经营层、管理层的违法犯罪行为所招致的经济损失。此外，公司股东可以通过股东大会等形式监督公司的经营与管理行为，如果其没有很好地履行这份监督义务，承担些许经济损失也理所应当。况且难道在采用双罚制的单位犯罪中，处罚单位就不会损害到无辜者的利益吗？就背

信运用受托财产罪而言，对商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构处罚金，无疑也会使“无辜者”客户或者委托人的利益遭受一定的损失，但刑法因此就不追究单位的刑事责任了吗？^[17]

最后，从自然人的行为上升评价为单位的行为需要满足的要求来看，诸多采用立法模式 III 的罪名所要求的客观危害行为，比如私分国有资产、私分罚没财物、妨害清算等行为，根本上就不是在为单位本身谋取非法利益，因此无论如何自然人实施的这些行为都无法上升评价为单位的行为，换言之，单位永远无法成为这些行为的实施主体。这就意味着诸多采用立法模式 III 的罪名的实施主体只能是自然人，即这些罪名都属于纯正自然人犯罪而不属于所谓的采用单罚制的单位犯罪。

综上所述，既然采用立法模式 III 的罪名根本就不属于单位犯罪而属于纯正自然人犯罪，那么前文对立法模式 III 作出的表述就得相应加以修改，其不应表述为“单位实施某行为的，对自然人判处刑罚”，而应表述为“自然人实施某行为的，对自然人判处刑罚”，这正是刑法分则在自然人犯罪上所采用的最基本的立法模式。就此，有读者可能会提出，既然采用立法模式 III 的罪名属于纯正自然人犯罪，那么如何解释其中个别罪名的分则规定是以单位为主语的呢？笔者认为，这样表述无外乎以下几个原因：第一，为了区分此罪与彼罪，故以单位为主语。比如为了区分私分国有资产罪、私分罚没财物罪与贪污罪；第二，个别罪名从事实来看根本无法由单个自然人实施，故不宜以自然人为主语。比如工程重大安全事故罪等；第三，个别罪名中负有特定义务的主体本就是单位而不是自然人，故不宜以自然人为主语。比如违规披露、不披露重要信息罪和妨害清算罪中负有依法披露义务和清算义务的主体本就是单位而不是自然人^[6]。

再回到《刑法》第 31 条规定上来，在笔者看来，该条规定更多的作用是与《刑法》第 30 条规定¹⁸一起共同为追究单位犯罪案件中单位的刑事责任提供法律依据^[18]，至于其具体内容中存在的转折逻辑关系(即原则例外关系)，可以作如下理解：原则上，单位的行为成立犯罪，自然人(直接责任人员)的行为通常也一并成立犯罪，所以此时同时给予二者以刑罚处罚；例外时，单位的行为成立犯罪，自然人(直接责任人员)的行为依据刑法分则或其他法律却不成立犯罪，那么此时只能给予单位以刑罚处罚。¹⁹

5. 单位犯罪案件研判的思维路径建构结论

在坚持罪责自负原则与罪责刑关系原理的前提下，通过对单位犯罪案件中具有独立刑事主体地位的自然人与单位的犯罪与刑罚的分析，笔者最终建构了如下单位犯罪案件研判的思维路径：

第一步，考察是否成立自然人(单位成员)犯罪。如果自然人(单位成员)的客观危害行为和主观罪过完全符合刑法分则罪名所规定的主客观犯罪构成要件(采用立法模式 II 的罪名还需要该行为额外满足形式要求与目的要求)且不存在犯罪阻却事由，则成立自然人(单位成员)犯罪，并对自然人(单位成员)依法予以追究或不予追究刑事责任、依法给予或免于、免除刑罚处罚；反之则反。

第二步，如果刑法分则规定了相应的单位犯罪罪名，则继续考察是否成立单位犯罪。在此，单位的客观危害行为是指满足了形式要求与目的要求的自然人(单位成员)的客观危害行为，单位的主观罪过则是指单位对“自己的危害行为发生危害结果”的态度，亦即单位对“单位成员实施的会被上升评价为单位的行为的危害行为发生危害结果”的态度，具体以单位的刑事合规计划的制定情况和执行情况为依据。如果单位的客观危害行为和主观罪过完全符合刑法分则罪名所规定的主客观犯罪构成要件且不存在犯罪

¹⁸ 《刑法》第 30 条规定，“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。”

¹⁹ 举例言之，在具体个案中单位具有主观故意而自然人(直接责任人员)只有主观过失，若刑法分则规定，二者所涉嫌触犯的某罪名属于故意犯罪，那么就只能认定成立单位犯罪而不能认定成立自然人犯罪，最终也就只能对单位判处刑罚处罚而不能对自然人(直接责任人员)判处刑罚处罚。

阻却事由，则成立单位犯罪，并对单位依法予以追究或不予追究刑事责任、依法给予或免于、免除刑罚处罚；反之则反。

参考文献

- [1] 谢治东. 单位犯罪中个人刑事责任根据之检讨——走出我国传统单位犯罪理论之迷思[J]. 刑法论丛, 2011(4): 47-68.
- [2] 王良顺. 单位犯罪论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008: 131.
- [3] 黎宏. 单位刑事责任论[M]. 北京: 清华大学出版社, 2001: 27-32.
- [4] [法]卡斯东·斯特法尼. 法国刑法总论精义[M]. 罗洁珍, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 288.
- [5] [德]魏德士. 法理学[M]. 吴越, 丁晓春, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 289.
- [6] 张明楷. 刑法学[M]. 第6版(上). 北京: 法律出版社, 2021: 171-178.
- [7] 江平, 龙卫球. 法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护[J]. 中国法学, 1998(3): 71-79.
- [8] 李会彬. 刑事合规制度与我国刑法的衔接问题研究[J]. 北方法学, 2022(1): 79-89.
- [9] 卢勤忠. 民营企业的刑事合规及刑事风险防范探析[J]. 法学论坛, 2020(4): 127-137.
- [10] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 第九版. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2019: 100.
- [11] 黎宏. 论单位犯罪的主观要件[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 2001(4): 45-54.
- [12] 陆翼德. 试论单位犯罪中刑、民两种性质的交叉关系[J]. 中国法学, 1986(6): 24-29.
- [13] 孙国祥. 刑事合规的理念、机能和中国的构建[J]. 中国刑事法杂志, 2019(2): 3-24.
- [14] 周振杰. 企业合规的刑法立法问题研究[J]. 中国刑事法杂志, 2021(5): 42-54.
- [15] 刘艳红. 企业合规不起诉改革的刑法教义学根基[J]. 中国刑事法杂志, 2022(1): 107-123.
- [16] 赵秉志. 单位犯罪比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 167.
- [17] 周舟. 新视角下的单位犯罪处罚原则研究[J]. 安徽广播电视大学学报, 2011(2): 21-26.
- [18] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 67-72.