

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.03.013

欢迎按以下格式引用:席若.刑法中单位的本质:曲解、质疑与澄清——兼论单位主体资格的认定[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(3):139-151.

Citation Format: XI Ruo. The essence of unit in criminal law: Misunderstanding, questioning and clarification[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2018(3):139-151.

刑法中单位的本质: 曲解、质疑与澄清 ——兼论单位主体资格的认定

席 若

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:完全照搬民法中法人的本质来阐述刑法中单位的本质,进而以民事行为能力,或独立的财产与经费作为认定刑法中单位的依据不可取,只有肃清民法的规范因素,在单位现实存在的基础上,重新融入刑法的价值诉求,才能准确解读刑法中单位的本质。由此,现代刑法必然以内含着过错责任和自我责任的罪责原则为基石,刑法中的单位亦是一个意志载体,其本质是以利益为内在核心,以组织机构为外部保障而形成的团体意志。相应地,判断一个团体拥有犯罪主体资格的标准是:该团体具有相对独立于其成员及上下级单位的意志,即从单位的组织结构入手进行分析,着重考察单位有无权力配置与相应的监督制衡机制。

关键词:单位本质;主体资格;罪责原则;意志;组织结构

中图分类号:D924 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2018)03-0139-13

在刑法领域,关于单位主体的本质问题,从未引起过学界激烈的讨论,除个别学者站在单位犯罪否定论或肯定论的立场上对单位本质予以阐述外,鲜有人论及。但笔者以为,研究单位的本质实属必要:事物的本质是区分事物的根本依据,故对刑法中单位的本质进行分析,运用本质理论将作为犯罪主体的单位与其他社会组织予以区分,可以解决单位主体资格的认定难题。这正是本文研究的原动力。

一、曲解:对单位本质的误读

考虑到单位与法人有相似的外在形式,且外国刑法中只有法人犯罪的概念,没有单位犯罪的规

修回日期:2018-01-01

基金项目:2015年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“国家治理现代化视野中的犯罪治理模式研究(1978-2013)”(15YJC820085)

作者简介:席若(1988—),女,河南新乡人,重庆大学法学院博士研究生,主要从事刑法学研究。

定,在谈及单位主体在刑法中的本质时,学者们常常会借鉴民法中具有相对独立人格的法人的观点。这一路径固然应当被肯定,但忽略刑法与民法的根本差异,完全照搬法人的本质,必然会导致对刑法中单位的误读。

关于法人本质的问题,民法理论中相持不下的有法人拟制说与法人实在说两种学说。在法人拟制说这一早期的法人本质学说之中,人格人被植根于意志与自由的基础之上。所有法律都因道德的、内置于个人的自由而存在。法律主体与人格人的源初含义应当和人的内涵相一致,即每个人,并且只有每个人,才具有权利能力^[1]。基于此,只有自然人才是法律上真正的主体,法人因为不具有意志能力和行为能力,仅是有名无实的主体,其行为必须由成员代为实施,但行为的效果被归属于法人。这样看来,法人无非是实现自然人利益的一种工具^[2],它之所以取得权利能力是法律拟制的结果,是法律为了保护其认可的利益而对意志因素作出的妥协。

与拟制说相比,法人实在说也将人格人的本质归结为人的自由意志,不同的是,实在说将法人作为社会的基本行动单位,能够通过法人机关自主地从事活动,因而被法律赋予了主体资格。但对于法人意志能力的态度,实在说之中的两个流派再次产生了分歧。有机体说的代表学者基尔克坚持将人格人的意志本质贯彻到底,他针对拟制说特别强调,法人的独立意志而非基于利益保护的工具性是其主体性的根本,人类社会生活中存在的诸多结合团体有不同于个人意思总和的团体意思^[3],法人机关之于法人,类似于大脑之于人类,它为法人作出决议,并在该决议的支配下开展行为,因此法人本质上是与生物人一样的有机体^[4]。而组织体说对法人的独立意志并不推崇,该理论的创始者米休德提出:“承认一个团体为合法,这就是承认他所谋取的利益是有资格受到保护的;这也间接承认它的法律人格。”^{[5]354}只是为了摆脱构建类似拟制说的嫌疑,该理论声称自己并未完全放弃民事主体对意志性的要求,其实质是对主体资格要件进行调整,将主体本身的利益要素与意志要素区分开来,利益归属于团体,意志的行使则交由外部机构来完成。纵然放弃了法人自身的意志性的要求,却通过在法人外部设置机关补充了意志性^[6]。

对上述法人本质理论进行分析不难发现,尽管法人拟制说与法人实在说意欲从法律主体的角度对法人本质进行探索,但无论是拟制说关于“法人是实现自然人利益的工具”的表述,还是有机体说“将法人的机关类比为人的大脑”,抑或是组织体说直接指出“团体因其利益有资格受到保护而成为主体”,都说明了法人拟制说和法人实在说并未站在法律规则的基础上进行价值分析,而是站在对法人的实体化认识的基础上进行的事实判断。因而,纵然在法人行为能力、意志能力的存在及由来等方面,法人拟制说与法人实在说看似存在很大的不同,但是,它们最终对法人本质的界定并没有实质上的差别。就法人拟制说而言,虽然该理论确信人格人的本质是人的自由意志,但最终仍基于团体利益之考量而将个人与财产的组合拟制为法律主体,赋予不具有意志能力的团体主体资格。其言外之意是:可以在民事主体中对意志性要素进行修改,只要具有法律认可的利益就可以成为法律主体^[6]。而有机体说试图将意志因素贯穿于自然人与法人主体之中,维护“理性—主体—意志”的理论体系,但它在构建法人独立意志的同时,却将法人成员视为无独立人格的个人,他们执行法人职务,如同“法人的嘴在说话或者手在动一样”^[7]。究其原因,该理论放弃自然人的主体资格无非也是为了保护法律所认可的利益。正如基尔克所呼吁:为什么生活,为什么死亡?热爱整体,甚于热爱你自己^[8]。在团体创造的价值超越或优于其成员时,团体利益当然也应优于成员的个人利益而被法律所认可。组织体说则更无须多言,尽管该理论极力辩解自己与拟制说的种种差异,但它对法

人自身意志性要求予以放弃是既有的事实,该理论近乎无心地揭示了民事主体基础从意志向利益的流变。由此,我们可以说,拟制说和实在说所阐释的法人是“法律规定的、一个能够拥有利益的主体”,其本质是相对独立的团体利益。

只是考虑到民法的价值特征,利益属性在民法中主要被具化为财产。民法的根本任务是对财产加以组合、分割并服务于特殊目的。故在民法中,人仅仅是作为财产的载体而被定义为法律上的主体,当对侵犯人格、非财产侵害、情感利益进行衡量时,并不考虑机体自身感受,却是以货币为单位计量客观的价值,这就使得受法律保护的利益实质上作为交易中的商品而存在,人们以其财产而非人身为此商品付出对价^[7]。相应地,法人被确认为民事主体也绝不是为了在虚无的法律层面创设一种主体,而是为了满足各种交易的需要,它在民法中所从事的一切活动都和财产有关,都是围绕着财产展开的。一方面,只要能够拥有财产并开展交易活动,就可以被确认为法律主体^[9];另一方面,将法人作为交易的主体,有利于简化法人的对外关系,更有利于维护团体自身的利益。因此,虽然法人的属性不仅仅是财产属性,但财产属性确是法人最根本的属性,民法中法人的本质是一个财产承载者,“甚至可进一步地说,法人与财产能力就是同一个意思”^[10]。法人拟制说与法人实在说在意志问题上得以妥协,归根结底也是因为法人或者说民事主体是财产的载体,用法律保护的财产对主体进行界定比意志的界定更为贴切,也更易于解决民法中的相关问题。

由此,当学者们照搬民法中法人的本质来阐述刑法中单位的本质时,单位作为犯罪主体往往亦是作为财产载体而存在的,对于单位而言,意志因素并不重要,甚至可以完全被忽视,这显然与刑法的责任主义原则相背离。因此,中国刑法理论对犯罪单位本质的曲解显而易见,招致质疑也在所难免,只是鉴于事物本质的极度抽象性,这种质疑往往在单位本质理论的运用过程中表现出来。

二、质疑:现有单位本质理论的运用

鉴于刑法中单位的本质是以民法中的法人本质理论加以阐释的,现有的单位本质理论在刑法中运用的结果通常是:(1)以民事行为能力作为单位主体资格判断标准;(2)以独立的财产和经费作为认定刑法中单位的依据。在现有的刑法体系之中,这两种判断准则显然都难以自圆其说。

(一) 以民事行为能力^①作为单位主体资格判断标准

将民法中法人的本质与刑法中单位的本质同一化,似乎就意味民事主体与犯罪主体的混同,民事行为能力与刑事行为能力的混同。基于此,有学者主张,以民事行为能力作为单位主体资格判断标准。较为绝对的观点^②是“从法人有民事行为能力推演出法人也有刑事行为能力,进而得出法人有犯罪能力”^[11]。相对折衷的观点^③是“没有单位犯罪的民事行为能力,就谈不上单位的刑事责任能力。单位具有民事责任能力是单位具备刑事责任能力的前提”^[12]。还有一部分学者并未直接从

^①在中国民法理论中,通说认为民事行为能力与民事责任能力是同一种资格,学者们也大多把民事行为能力与民事责任能力不加区分,混为一谈。本文的论述正是建立在此基础之上。参见李庆海《论民事行为能力与民事责任能力》(《法商研究》1999年第1期69-72页)。

^②杜文俊博士认为:“如果单位的内部组织具有民事行为能力和财产能力,就可以成为单位犯罪的主体。”参见杜文俊《单位人格在单位犯罪中的定罪和处刑功能研究》(《政治与法律》2006年第6期100-104页)。

^③相似表述有“成为单位犯罪主体首要的核心要件的完全法律人格包含两层涵义:一层是首先要有民法、公司法、企业法、经济法、行政法、宪法上的人格;另一层是还要有刑法上的人格。前者是后者的前提和基础”。参见孙光焰《单位犯罪主体论》(《华东政法大学学报》1999年第4期15-21页)。

民事行为能力作出判断,而是将民法中法人的成立条件列明为刑法中单位的成立条件^④,即认为只有依法成立、具有一定组织机构(单位活动的组织保障)、拥有经费或财产并能以自身的名义担责的公司、企业、事业单位、机关、团体,才能成为单位犯罪的主体^[13]。

笔者以为,这种拿来主义的做法固然有其合理之处,毕竟借助于民事行为能力或者法人资格认定刑法中的单位,可以即刻为单位主体的判断提供详尽且可操作的标准;但是,上述观点多建立在民事行为能力—刑事责任能力—刑事责任能力的推理逻辑之上,由于民事主体制度与犯罪主体制度的价值并不相同,民事行为能力制度与犯罪行为能力制度的设计亦不相同,故单位有民事行为能力不能直接推出单位能够实施犯罪行为,其结论便也备受质疑。如上文所述,法人主体、非法人主体和单位主体的设定是为了满足不同的需要。法人制度的出现,是为了满足商品经济中交易的需要,法人因其得以聚集大量的人力与财力从事交易而成为民法中的主体,同时对于获得主体地位的法人,其外部关系被大大地简化,便于交易便捷、顺畅地展开,团体的价值追求也更易于被实现。而非法人团体获得民事主体的地位,同样是为了满足社会经济生活的交易需要,它们以自己的名义与第三人发生民事关系,享受并承担着一一定的权利与义务。与此不同,刑法中单位主体的设定则是为了打击和预防日趋严重的单位自身的犯罪行为,以维护稳定的社会秩序。故而,法人和非法人组织行为能力制度的政策目标是通过限制团体的交易行为范围和方式引导、规范它们有序地开展交易活动,人们没有理由将法人行为能力的厘定锁定于关于意思能力的判断^[14]。然而,为了更好地打击和预防单位犯罪,单位行为能力必须建立在意思能力制度之上,它是单位意思能力的现实化。由此,以民事行为能力推出刑事责任能力,并得出民事责任能力或法人资格是单位主体的判断标准,并不妥当。且从现有的法律规定与司法解释看,刑法中的单位也并不等同于民事主体中的法人或非法人团体。如《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明示单位的内设或分支机构可以成为单位犯罪的主体,而内设机构并未被民法赋予民事主体的资格。相信学者们也正是考虑到这一点,才将民事主体资格转而作为判断单位主体的前提条件,即除了确定单位的民事主体地位外,还要对单位的刑事责任能力加以判断,“单位要成为犯罪主体,必须具备合法性、一定的独立决策性、相当规模性和刑事责任的承担能力等几个条件”^[12]。如此看来,在单位主体资格的判断中,引入民事行为能力、民事责任能力、民事主体资格等在民法理论中尚有争议的概念,除了增加理论上的诸多困惑外,似乎变得毫无意义。

(二) 独立的财产和经费是刑法中单位的判断依据

将民法中法人的本质与刑法中单位的本质同一化,还意味着刑法中的单位同样是作为财产载体而存在的。据此,独立的财产和经费在单位主体资格认定时便显得尤为重要。如有学者提出,对单位的刑事责任能力进行判断,主要是考察单位能否拥有独立的经费,是否为以自身名义承担罚金刑的独立核算的单位^[15]。“具有了独立的财产或经费,单位便能够作为犯罪主体承担刑事责任”^[16]。

从表述上看,该观点并未直接将民事责任能力照搬到刑法之中,而是将刑事责任能力这一犯罪主体独有的特征作为单位的认定准则,看似有相当的合理性。但是它继而将独立的财产和经费作

^④类似的观点参见张文、贾爱英《关于单位犯罪的几个问题》(《北京大学学报(哲学社会科学版)》2001年第3期132-139页);阮方民《论单位犯罪的概念和构成》(《刑法论丛》(第3卷),法律出版社,1999年版第51-54页);王作富《刑法论衡》(法律出版社,2004年版第75-85页)。

为刑事责任能力的重要判断标准,实属回归了民法的财产主导趋势,与现行刑法体系格格不入。详言之,民法中团体人格是基于便利交易、保护团体利益、提升效率等功利主义考量而设置的,故一个社会组织只要能够拥有财产并开展交易活动,就可以被确认为法律主体。将这种财产主导趋势贯彻到刑法之中的结果是:刑法中的单位主体是基于“惩罚日趋严重的团体犯罪的需要”而规定的,故只要一个社会组织有独立的财产和经费,能够承受罚金刑,就可以是刑法中的犯罪主体。显然,这与当下的刑事责任体系相背离。从功能的角度看,学界普遍认为刑事责任以惩罚功能和预防功能为主要特色,不但呈现出浓重的惩罚犯罪人的色彩,而且承担起威慑人们预防犯罪发生之重任^[17]。因而,所谓的犯罪主体不仅仅是能够承受刑罚处罚,而且应是能够被刑罚所威慑的主体。从内容的角度看,刑事责任和刑事责任的承担方式并不相同。刑事责任是客观存在的,要使刑事责任变成现实,必须由国家授权机关依法实施制裁。而所谓的制裁就是刑事责任的实现方式,刑罚也只是众多制裁方式的一种,显然不能将刑事责任与责任者应受到的刑罚或制裁相等同。除此之外,观之刑法对于财产刑判处的规定,“被告人的执行能力不能作为是否判处财产刑的依据。凡法律规定并处罚金或者没收财产的,均应当依法并处”^⑤。由此可见,自然人是否有可执行的财产不能作为是否判处罚金的标准,显然,更不会影响自然人的犯罪主体资格。那么,是否具有实在的财产和经费亦不应作为判断单位主体资格的标准。

需要注意的是,否认刑法的财产主导趋势,并不意味着否认刑法中功利主义思维的存在。“基于惩罚日趋严重的团体犯罪的需要”,这种功利主义的考量在刑法中仍有立锥之地。从利益衡平的角度看,每个部门法都是对利益的比较与取舍,立法者必然会在法律中为了大多数人的较大利益舍弃另一部分利益。在刑法中,每个罪名的设定亦是在全体公民利益与犯罪人利益之间的一次取舍,单位犯罪更是在团体给社会带来严重威胁的情形下的权宜之计。但这并不意味着我们可以打着功利主义的牌子为所欲为,直接将需要被惩罚作为单位主体资格产生的原因。在笔者看来,正确的做法是,通过理论解释使得这些法律中基于功利主义政策而设定的犯罪,尽可能地自洽于现有的刑法体系之中;而不是无视蕴含于刑法之中的精神与价值,将功利主义这个“罐子”一摔到底,让单位犯罪光明正大地成为刑法中的一枚格格不入的例外,这样只会使单位犯罪的适用在功利主义使然、刑事政策使然的光环下,被无限地扩大,立法者可以基于政策的需要随意设定单位的类型及单位犯罪的成立条件,相应地,司法者也可以任意地认定一种单位构成单位犯罪,进而严重地损害现有的法律体系。

三、澄清:刑法中的单位是意志载体

现有的单位本质理论及其运用表明,在刑法理论中完全照搬民法法人的本质,使得对单位本质的分析融入民法的价值成分,是致使该理论被曲解和质疑的根源。因而,只有肃清民法的规范因素,在单位现实存在的基础上,重新融入刑法的价值诉求,才能准确解读刑法中单位的本质。

(一) 单位存在的现实要求:刑法中的单位是意志载体

刑法中单位的本质首先取决于单位现实的存在,故而,对单位本质的论述,应从单位的现实层

^⑤参见《刑法典》第25条及1999年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》。

面入手,进行考量。

如上文所述,法人拟制说和法人实在说并非站在法律规则的基础上进行价值分析,而是站在对法人的实体化认识的基础上进行的事实判断。因而,它们都有意或无意地揭示了法人是“一个能够拥有利益的主体”。这一论断与美国社会学家科尔曼从事实的角度对法人本质作出的分析完全重合。美国社会学家科尔曼曾指出,法人是一个由职位(而非个人)组成的行动系统^[18]。内在于法人系统的各种职位,均以法人最高管理部门根据法人的目标确定的权利与义务为内容,都是法人行动目标的具体体现。因此,法人之所以成为一个独立的行动系统,不是源于传统理论所说的法律授权,而是在于法人自身拥有一种独立于其成员的、外化为权利与义务的目标^{[19]523}。法人的本质是“一组独立的权利和义务及一组资源和利益”^{[19]593}。换言之,法人的事实本质是为社会所认可的团体利益,因为有相对独立的利益才衍生出以利益为核心的权利与义务,进而成为社会中的主体。

笔者以为,这一论断同样适用于刑法中的单位,在现实层面,单位与法人均是作为社会中的组织体而存在的,它们的本质并无差别,只有在事实的基础上融入规范因素后,二者才因为法律价值的不同而产生分歧。因此,与法人相同,单位的事实本质亦是一种为社会所认可的团体利益。正是基于这一点,有学者提出,“利益”在单位犯罪的认定中居于核心的地位,它既是单位犯罪的行为起点,也是其行为过程所围绕的核心,同时也是其行为的最终目标,单位犯罪的一切行为无不围绕着“利益”展开。故以是否具有相对独立的利益作为单位犯罪主体资格判断标准是比较恰当的做法^[20]。上述观点不无值得商榷之处。对于单位犯罪而言,利益确实占据了十分重要的地位。但利益无法孤立地存在于单位之中,利益相对于人的需求或欲望而存在,先有意志才能确定何事物于单位有利,而且离开了单位意志,利益难以被维护和实现,其留存也会变得毫无意义。因而,它通常是以动机与目的(为了谋求自身的利益)的形式,存在于单位的意志之中,构成了单位意志形成的根本动力和单位意志的主要内容,进而成为单位犯罪行为的起点、核心与目标。事实上,单位意志才是单位犯罪的行为起点,是一切单位犯罪行为所围绕的核心,决定了犯罪行为的方向和目标。由此可见,利益并非因为它本身,而是因为蕴育意志之中才成为单位主体资格的认定标准。正因为如此,论者虽以“具有相对独立的利益”作为主体资格认定的标准,但在将该标准付诸于实践时,却不得不将其转化为“犯罪利益归属于单位”的标准。有论者指出,“承包人以被承包经营的企业之名实施的行为,若属于定额承包,因利益归属于个人,则应按自然人犯罪认定;而经营性承包,承包人根据效益按比例提成的,由于从利益的归属上看是为单位谋取利益,则应以单位犯罪论处”^[20]。其推理的逻辑是:根据利益归属于单位可以认定主观上是为单位谋利益,进而肯定单位意志的存在,在单位意志支配下的犯罪行为自然就是单位犯罪。这样看来,论者所谓的“利益”恐怕只能是团体意志的翻版。因此,从单位的事实本质出发,应得出这样的结论:刑法中单位的本质是以维护和实现利益为内容的团体意志。

但值得注意的是,科尔曼教授在对法人的事实本质进行分析时,只是将法人的本质归结为利益,而未予以延伸。笔者以为,这一方面是因为理论与实践的差异。利益本身固然可以在理论上作为法人或单位的本质,实践中,二者的本质却一定是以维护和实现利益为内容的意志。另一方面则是因为法人或单位的特殊性致使法人或单位意志的称谓受到质疑。从事实层面看,法人没有生命力,所谓法人的意志不过是“花言巧语和博取欢心的比喻”^{[5]329}。但在现实生活中,法人意志的概念

已被人们普遍接受。更确切地说,法人在人们的观念中首先被演化为具有意思能力和责任能力的社会实体,并成为人们自觉不自觉的责任非难对象,民事、刑事法律才继而承认法人可以开展有意识的活动^[21]。而“所有社会事实的客观性都是通过内心确信建构起来的”^[4],正如人们对统治阶级意志与国家意志的存在深信不疑一样,在这种意义上,我们也可以说法人或单位意志的存在是一种客观现实。此外,如果暂时离开事实分析的大前提,从事实与规范界分的角度看,法人或单位意志的存在更是毋庸置疑。在法律规范中,所有的概念都蕴含着价值,“法律概念‘不是设计出来描写事实’的,其本质在于‘规范其所存在之社会的行为,而不在于描写其所存在之社会’”^[22]。故而,法人或单位意志并非完全是生理和心理意义上的概念,而是在此基础上基于立法价值的选择而设定的,它们的存在与否与存在形态依赖于规范的评价标准,而不仅仅是纯粹的事实评价。但当下中国学界对法人或单位意志的各种歧见主要是缘于对意志的评判偏重于其事实性,而忽视了其价值性,进而认为其意志归根结底是法人或单位成员的意志。由此便导致一系列的悖论:成员意见不统一时,何以产生单位意志?领导个人的发言,与其代表单位的言论,何以有不同的内容^[4]?团体意志固然体现为有决策权的成员在自身权限范围内作出的决定,它通过单位成员表达出来,却与自发的自然人意志有所不同,也正因为如此,团体意志才在现实生活中被人们所甄别、认可,也在法律中有其单独存在的意义,进而被确认为独立于自然人意志的另一种意志存在。

(二) 刑法规范的价值要求:刑法中的单位是意志载体

作为物理的人的法律主体性与单位的法律主体性各自本身都是规范的、成文法的结构。法人及其他社会组织被设定为民事主体,与民法的价值追求息息相关。单位在刑法中被定义为法律主体,也必须融入到刑法之中,与刑法规范的价值要求一脉相承^[7]。

正如上文所述,民法的根本任务是对财产进行组合、分割并服务于特殊的目的。故在民法中,自然人与法人是作为财产的载体而被定义为法律上的主体,当人们的权益受到侵害时,其对价亦为财产而非人身。因此,在民事主体制度中,对于意志或者过错有无的探讨在一定程度上说没有意义。在民事交易活动中,只要拥有财产就可以成为交易的主体,即使在民事侵权领域中,主体具有侵权责任能力的根本,也仅在于回答何种主体承担责任更能服务于损害赔偿的实质公平要求^[23]。尽管如此,传统民法理论受到康德理性主义哲学思潮的熏陶,通常强调责任的基础在于自然人的意志或认识能力,将过错主义作为侵权责任的主要归责原则。其目的是让自然人形成自我责任这一市民社会中的应有品质^[24]。但无论是“理性—主体—意志”的图式,还是绝对自我责任,注定只能是民法中美好的夙愿^⑥,在财产主导的趋势下,精神病患者、未成年人等不具备或丧失认识能力的自然人当然地被确认为民事主体,法人主体也多被界定为“财产权利的归属者”^[7]。与此同时,精神病患者、未成年人造成他人损害的,只能由监护人承担替代责任,法人成员因执行工作任务造成他人损害的,也可能由完全无过错的法人团体承担替代责任。从这一点可以看出,民法的价值追求决定了其为主体制度极力构建的理性人体系不可能被贯穿于全法之中,毕竟财产特征才是民事主体的

^⑥值得注意的是,财产在民法中体现为财产性的权利(以及义务)——一个以利益为核心的,以当事人实现利益的意志的自由为内容的,以保护当事人意志自由的法律上之力为外壳的抽象综合体。由此可见,财产与利益、意志是紧密相连的,即使不考虑自我责任,民事主体作为财产的载体本也脱不了意志的因素。但这并不意味着民法必然会坚守意志责任或自我责任。参见张力《私法中的“人”——法人体系的序列化思考》(《法律科学》2008年第3期95-106页)。

本质特征。

与此不同,中国刑法第2条明确规定,刑法的根本任务是惩罚一切犯罪行为,以保护国家、社会和公民的利益。可见,与民法构造的“理性人”^⑦形象不同,作为公法,刑法更多考虑的是“有恶性的人”,它竭尽所能地催生守法动机,防止那些“反社会者”所可能造成的危害^[25]。因而,现代刑法必然以内含着过错责任和自我责任的罪责原则为基石。首先,罪责思想为刑法对犯罪人及其行为的否定性评价提供依据。罪责思想建立在意志的基础之上,因为有意志的存在,人才获得了正当性品格,人的行动才有正当与不正当的问题^[26]。具体而言,因为有意志的存在,人可以在认识客观规律的基础上,作出决断并将该决断付诸实践。于是,当人们本能够根据社会普遍的行为规则做出合理的决断,却选择违背规则实施犯罪行为时,他的意愿和行动便有了不正当的属性,相应地,行为人也因此进入刑法的视线,作为有恶性的人或反社会者而存在。这便是人的全部罪责之所在,只有在这一范围内国家刑罚权的发动才是有据可循的。其次,以罪责思想为依据对犯罪人进行否定性评价,可以更好地激励人们实施合法行为。因为只有行为人在意志支配下实施的犯罪行为才有可控性,也只有对这种行为处以刑罚才能对人们的意志产生影响进而遏制犯罪的发生。在行为人付出应有的注意后,仍不能认识到其行为的社会危害性,或者无法选择实施合法行为或避免实施损害行为的情形下,无论对其施加再重的刑罚,也无法促使他将自身的力不能及转变为力所能及,此时的刑罚实质上沦为一种为了惩罚而惩罚的工具。换言之,刑法不像民法那样着眼于平衡主体之间的关系(等量补偿),而是致力于惩罚犯罪的主体、对犯罪主体恶的意志进行压抑和矫正^[27]。凡是不具有罪过的行为都不应纳入刑法规制的范围。基于这一宗旨可以得出,犯罪主体的本质特征就是其意志特征,将无意志的人规定为犯罪主体,必然与刑法的价值追求背道而驰。那么,刑法中的单位作为犯罪的主体,亦应受制于刑法的规定,呈现出强烈的意志主导特征。

但有学者基于风险社会的原理对此提出质疑,认为在当前社会,为了有效控制风险,要实现从责任主义向“负责主义”的转换,而替代责任、严格责任和法人刑事责任等理论的存在,都是为了落实“必须有人负责”的“负责主义”精神,因而不惜处罚主观罪过不明甚至没有过错的风险参与人^[28]。这种观点沿用了罗克辛的机能主义刑法理论,用“负责性”取代了原有的罪责概念,进而撼动了刑法中的罪责根基,得出单位主体可以不具备任何罪过的结论。但实际上,它只是给功利主义披上了机能主义的外衣,其本质为纯粹的功利主义。从表面上看,负责性或许可以解读为“必须有人承担责任”,但罗克辛的负责性其实是“应当负责”这样一种应然的判断,即“以刑事政策和刑法目的的需要来评价罪责”,将罪责的判断重心,“从行为人是否是在具有选择自由的情况下作出不当的行为决意,转移到行为人有没有按照刑法目的或者刑事政策的需要发挥其应该发挥的意志自由能力(包括行为能力和控制能力)”^[29]。从这种意义上讲,负责性概念的出现,并没有消解意志因素或罪过因素,只是要求在其基础上加入刑法的规范性评价。故而,不考虑罪过因素的单位刑事责任,与机能主义无关,它与严格责任一样,完全是基于功利主义需求而被提出的。受民法中法人本质理论的影响,单位刑事责任常常被等同于法人刑事责任,并且忽视刑法正当存在的罪责根基,一味地追

^⑦即便在侵权法领域,民事主体也是作为理性人而存在,而非作为恶人而存在的。首先,人们往往将侵权责任作为其行为的成本予以计算和衡量;其次,过错因素及过错程度,与损害赔偿的效果并无必然联系,故而,与刑事责任不同,民事侵权责任并不是对侵权人的否定性评价。

求功利,随之而来的灾难性后果就是:在个罪层面,刑法中单位的认定变得随意化,单位犯罪的范围被任意扩大,进而严重地损害现有的刑法体系;在法价值层面,国家立场上的刑法工具主义理论被无限强化,阻碍与现代法治精神相契合的刑法理论形成,进而淡化了法治的价值内涵与目的追求^[27]。因此,刑法中必须坚守罪责原则,包括单位在内的犯罪主体之所以成为刑法中的主体,是因为其有意志。综上所述,无论是基于刑法的价值要求,还是基于单位的现实存在,刑法中的单位都是一个意志载体,其本质是以维护和实现团体利益为内容的单位意志。

四、刑法中单位的认定标准:相对独立的意志

如果说刑法中单位的本质是以实现利益为内容的团体意志,那么,判断一个团体拥有犯罪主体资格的标准是,该团体具有相对独立于其成员以及上下级单位的意志。

一般而言,理论界惯于从意志的整体性与程序性来描述单位自身的意志。一是,单位意志应该是为单位这一社会组织谋取利益,融入了整个团体的利益诉求;二是,单位意志的形成有独特的机制,具体表现为单位决策成员或机关遵循相关程序,在职位赋予的权限范围内作出的决定^[30]。为单位谋利益和遵循决策机制的要求,使得无表意肌体的单位的意志与纯粹为了追求个人利益而自发产生的成员意志相区分;单位成员或职位的决策权限要求,使得单位意志与上下级单位的意志得以分辨,决定了单位相对独立意志的存在。据此,我们可以说,单位职位间的权力配置与制衡使得单位意志的产生存在可能,乃单位意志之“形”;团体利益作为单位意志的核心内容,框定了意志的发展方向,乃单位意志之“魂”。但鉴于团体利益通常蕴含于单位职位所限定的权利义务之中,在判断单位主体资格时,只需从单位的组织结构入手进行分析,着重考察单位有无权力配置与相应的规则保障。

以公司为例,有限责任公司和股份有限公司通常采取股东会(股东大会)、董事会(董事)、高级管理人员、监事会(监事)“分权制衡”的组织模式。在这种模式中,公司的所有权与经营管理权发生了分离。一方面,股东会作为公司的权力机关,仅决定公司的经营方针、投资计划以及董事、监事的任免等,不直接参与公司的管理经营。因而,纵使股东们有心将公司作为自己的“私人融资工具”,竭尽所能地实现所有者留存的收益权(转化为股权),却无力控制。这就为有别于股东加总意志的公司意志创造了独立存在的空间。另一方面,对于董事、高级管理人员等拿薪水的管理者,他们基于章程的授权,对外代表公司从事经营活动,对内管理公司的日常运营,实际地控制着公司财产并享有控制利益。当他们遵循章程的目的为公司谋利益,并在章程赋予的权限范围按照既定的程序行使控制权时,公司意志便依托于章程以及自然人特有的生理机能而诞生。因而,有学者称,如果公司的控制权仍掌握在股东手中,公司不过是股东财产的集合,董事则是财产的看护者;当公司的控制权掌握在经理和高管人员手中,公司就具有了不同于股东的独立的意志^[31]。两权分离的组织形式是公司意志得以产生的根本原因^⑧。

^⑧中国企业的发展历程,也印证了“两权分离的组织形式是公司意志得以产生的根本原因”这一论断。自从中共中央于1984年通过了《关于经济体制改革的决定》,主张“所有权与经营权是可以适当分开”,企业开始真正地成为自主经营、自负盈亏的经济实体,非自然人社会组织的刑事责任也应运而生。因为所有权能发生分离,单位才拥有相对独立的占有、使用、处分财产的资格,才产生了相对独立于股东的、维护自身财产等利益的意志,才真正地成为独立于投资者的自主经营的实体,才能相对独立地承担刑事责任。参见黄晓亮《我国刑法中单位犯罪制度的困境与出路——以单位理论为视角的反思》(《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2015年第5期147-156页)。

但是,在实践运作层面,即使公司摆脱了股东的恣意操控,控制群体也并非总是甘于以公司利益的最大化为目标,为公司作出决策。作为公司经营管理者、董事和高管,他们不但是公司利益的表征者与庇护者,而且是自身利益的表征者与庇护者,这两种利益常常是不一致的,甚至是针锋相对的。此时,出于人趋利避害的本性,他们必定会极力冲破权力的边界,“用公司的花费来寻求自己口袋的利益而不是为了公司的利益”^[31]。这便使得刚刚逃出囹圄的公司,又落入控制者的陷阱之中,沦为控制者的“人质”。因而,为了保障公司及其意志的独立性,必须建立相应的机制避免控制群体将其自身的意志强加于公司之上,构造另外一个“权力帝国”。这也正是相互制衡、监督检查的组织形式在公司中存在和发展的重要原因。在这种模式中,经理对董事会负责;董事会对股东会负责,并向股东会报告工作;监事会检查公司财务,对董事与高级管理人员的职务行为予以监督,通过环环相扣的制约机制,有效地遏制了个人或机关凭借手中的控制权对公司的生产经营恣意地作出利己安排,维护了公司及其意志的相对独立性^[32]。由此,我们能够得出这样的结论:所有权和经营管理权相对区别的权力结构,使得公司与股东产生分离,进而带来了社团的独立性以及社团意志的独立性,这是公司意志独立存在的第一个层面;高级管理人员—>董事会—>股东会与监事会这一环环相扣的制衡与监督机制,使得公司和控制群体产生分离,进而维护主体的独立性以及社团意志的独立性,这是公司意志独立存在的第二个层面。公司内部的权力配置及其保障机制确证了公司相对独立意志的存在,进而确证了公司的犯罪主体资格。

基于此,可以解释个人或国有独资企业、一人公司、合伙企业、村委会等不同层面的单位是否具备犯罪主体的资格。

1. 个人或国有独资企业

就个人或国有独资企业而言,个人所有或国家所有的所有制形式并不影响犯罪主体资格的判断,只有“相对独立的单位意志”才是犯罪主体资格的判断标准。从此意义上讲,个人独资企业由一个自然人投资,且出资人享有独资企业的全部控制权,既没有所有权与控制权的分配,也没有相应的监督制衡机制。这种不健全的组织机构,使得个人独资企业与投资人完全混同,难以衍生出企业自身的独立意志,亦难以成为刑法中的单位类型。与此不同,依照《公司法》的规定,国有独资企业设有董事会、监事会以及经理等高级管理人员,虽然没有设置股东会,却由国有资产监督管理机构行使股东会的权力,实质上已形成分权制衡的组织机制,确保了企业独立意志的存在。因而,国有独资企业具有犯罪主体的资格。

2. 一人有限责任公司

继公司法对一人有限责任公司的法人资格予以确认后,其犯罪主体资格似乎也顺理成章地被认可。但相较于其他有限责任公司,一人有限责任公司的权力机构有其特殊性。即一人公司只有一个自然人或法人股东,不设立股东会,亦无须遵循股东会召集、表决的相关规则,极易导致单一股东的独断专权。在实践中,单一股东担当执行董事的现象极易发生,股东不遵守公司法与章程的要求召集董事会,公司账簿不健全等,也普遍存在于一人公司之中。可见,在一人公司的情境下,传统的分权制衡机制出现了缺失,“一人公司股东往往既是公司财产实际的所有人,同时又是公司实际经营管理者或者是实际控制公司经营管理的指挥者”^[33]。而当股东绝对控制公司的经营决策权与财产权时,一人公司往往成了股东的“钱袋子”或“挣钱工具”,无法形成相对独立的意志,所谓的

公司意志仅仅是单一股东意思的表现。这种“公司”犯罪,理应追究背后操控者的刑事责任。因而,对于那些完全由股东控制干预而并未真正执行“两权分离”的一人有限公司,应否定其犯罪主体资格;对于确有组织保障的一人公司,亦应承认其相对独立意志的存在,给予其独立的犯罪主体资格。

3. 合伙企业

合伙企业是指由各合伙人订立合伙协议,共同出资、共享收益、共担风险,并对合伙事务共同执行的营利性组织。但是,随着采取合伙制的企业不断地扩大规模,绝对合伙经营的组织模式已经无法适应企业发展的现状,合伙企业通常按照协议的约定或者经全体合伙人商议,授权一个或数个合伙人执行合伙的事务,以提高企业的运作效率与竞争力。在这种类型的合伙企业中,从形式上看,合伙人和经营管理者似乎是相对分离的。但实质上,如上文所述,两权分离是指所有者的所有权能被一分为二,所有者只留存收益权能,经营管理者享有占有、使用、处分的控制权能。显然,在合伙企业中,无论是合伙人共同经营管理,还是委托个别合伙人经营管理,合伙财产总是为全体合伙人共有,所有权权能并未发生分离。这就决定了合伙企业不存在相对独立于其合伙人的意志,亦不能成为单位犯罪的主体。但值得注意的是,2006年修订的《中华人民共和国合伙企业法》中针对律师事务所、会计事务所等专业服务机构,新增了“特殊的普通合伙企业”这一合伙类型,并规定了部分合伙人的有限责任,即“一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的,应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任”。加之法国等国家已经赋予合伙企业法人的资格,不少学者提出,合伙企业,至少特殊的普通合伙企业是具有犯罪主体资格的,司法实践中也存在合伙企业构成单位犯罪的相关判例(如天柱会计师事务所提供虚假证明罪一审判决)。这一论断显然难以令人信服,暂且不考虑两权分离的组织模式,仅是有故意或重大过失的合伙人的无限连带责任也足以揭示出合伙人人格与合伙企业人格、合伙人意志与合伙企业意志的混同,从某种程度上讲,部分合伙人的有限责任其实是对合伙人共同负责的规则予以变通,更加倾向于追究有过错的合伙人的个人责任。那么,即使是特殊的普通合伙企业亦不能成为单位犯罪的主体。

4. 村民委员会

村民委员会是村民基于自治的需要而选举产生的基层群众性自治组织,属于宪法中规定的国家机构的范畴。对于村民委员会是否具有犯罪主体资格,亦应从其组织机构入手进行具体的分析,而不应根据刑法列举的单位类型笼统地加以判断。根据《村民委员会组织法》的规定:其一,村民委员会依照村民自治章程、村规民约,遵循少数服从多数的民主决策机制,管理本村的公共事务与集体所有的财产。委员会应当实行公开透明的原则,及时公布有关事项,接受村民的监督;应当建立村务档案,向村民会议、村民代表会议负责并报告工作;委员会成员应当接受村民会议或者村民代表会议对其履行职责情况的民主评议,并实行任期和离任经济责任审计。其二,村民通过村民会议制定和修改村民自治章程、村规民约,对村民委员会行使如下权力:评议村委会成员工作,审议村委会年度工作报告;撤销或者变更村委会或村民代表会议不适当的决定。其三,村务监督委员会或者其他形式的村务监督机构,可以列席村民委员会会议监督村务公开等制度的落实,向村民会议和村民代表会议负责。其成员由村民会议或者村民代表会议在村民中推选产生,村民委员会成员及其近亲属不得担任村务监督机构成员。由此可见,作为选举者与集体财产所有者的村民与作为

管理决策者的村委会相分离,且因为村民人数众多、村民的利益诉求千差万别,迫使村委会决策时不能仅仅考虑某一个或某一些村民的利益,进而使得村委会意志与村民意志高度分离,甚至出现了“高墙内的权力”能不能为人民服务的质疑^⑨。因而,建立相应的监督制衡机制至关重要,在村委会中,不但实行了少数服从多数的民主决策机制,还存在着“村委会—>村民(代表)大会”或“村委会—>村务监督机构—>村民(代表)大会”的监督制衡机制,保障了村委会的意志不但独立于村民,而且独立于村委会成员的意志。因而,村委会在管理集体所有的林木、土地的过程中,为了村集体的利益而滥伐林木、非法转让土地的,村委会本身可以构成滥伐林木罪与非法转让土地使用权罪。

参考文献:

- [1] 马俊驹. 法人制度的基本理论和立法问题之探讨(上)[J]. 法学评论, 2004(4): 3-12.
- [2] 张克文. 单位盗窃犯罪深究——法人犯罪拟制论的部分展开[J]. 政治与法律, 2010(5): 62-71.
- [3] 蔡立东. 公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读[J]. 法制与社会发展, 2004(1): 55-70.
- [4] 谢鸿飞. 论民法典法人性质的定位——法律历史社会学于法教义学分析[J]. 中外法学, 2015(6): 1508-1528.
- [5] 莱翁·狄骥. 宪法论(第一卷)[M]. 钱克新, 译. 北京: 商务印书馆, 1962.
- [6] 蒋学跃. 法人本质理论的重新审视与评判[C]//梁慧星. 民商法论丛(第39卷). 北京: 法律出版社, 2008: 233-244.
- [7] 李永军. 民法上的人及其理性基础[J]. 法学研究, 2005(5): 15-26.
- [8] 福尔克·博伊庭. 德国公司法中的代表理论[C]//邵建东, 译. 梁慧星. 民商法论丛(第13卷). 北京: 法律出版社, 2000: 538.
- [9] 张力. 私法中的“人”——法人体系的序列化思考[J]. 法律科学, 2008(3): 95-106.
- [10] 托马斯·莱赛尔. 德国民法中的法人制度[J]. 张双根, 译. 中外法学, 2001(1): 26.
- [11] 孙谦, 何勇. 法人犯罪质疑[J]. 西北政法学院学报, 1987(3): 41-45.
- [12] 傅建平. 单位犯罪刑事责任能力探讨——兼评《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》[C]//游伟. 华东刑事司法评论(第2卷). 北京: 法律出版社, 2002: 164-165.
- [13] 卢方, 费晔. 单位犯罪若干问题的法律适用[J]. 法学, 2007(11): 129-135.
- [14] 蔡立东. 论法人行为能力制度的更生[J]. 中外法学, 2014(6): 1540-1555.
- [15] 陈增宝. 单位犯罪主体资格的司法确认与否定[J]. 中国刑事法杂志, 2006(1): 24-31.
- [16] 高爽. 单位内设机构犯罪主体资格刍议[J]. 政法学刊, 2004(5): 40-42.
- [17] 张旭. 民事责任、行政责任和刑事责任——三者关系的梳理与探究[J]. 吉林大学社会科学学报, 2012(2): 54-60.
- [18] 石磊. 单位犯罪关系论[D]. 北京: 中国人民大学, 2004.
- [19] 詹姆斯·S·科尔曼. 社会理论的基础(上)[M]. 邓方, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 1999.
- [20] 尉琳. 单位犯罪主体资格问题探讨[J]. 法学杂志, 2016(6): 81-91.
- [21] 张克文. 拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归[J]. 法学研究, 2009(3): 39-58.
- [22] 屈茂辉, 张彪. 法人概念的私法性申辩[J]. 法律科学, 2015(5): 95-105.
- [23] 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(下卷)[M]. 张新宝, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 254.
- [24] 蒋学跃. 法人侵权责任能力的理论预设与制度设计——以法人本质理论为线索[J]. 现代法学, 2007(2): 69-74.
- [25] 胡玉鸿. 法律主体概念及其特性[J]. 法学研究, 2008(3): 3-18.

^⑨从这个意义上说,国家机关是最大的“利益相关者”组织,得到的自由裁量权最大,当然可以成为单位犯罪的主体。参见邓峰《作为社团的法人——重构公司理论的一个框架》(《中外法学》2004年第6期742-764页)。

- [26]黄裕生.原罪与自由意志——论奥古斯丁的罪-责伦理学[J].浙江学刊,2003(2):4-14.
- [27]倪德峰.刑法应切中人的意志——“严格责任原则”质论[J].浙江社会科学,1999(6):74-77.
- [28]王立志.风险社会中刑法范式之转换——以隐私权刑法保护切入[J].政法论坛,2010(2):82-93.
- [29]商小平,吴华清.罪责结构的客观化要素之存在[J].律师与法制,2012(10):73-78.
- [30]石磊.单位犯罪意志研究[J].法商研究,2009(2):67-74.
- [31]邓峰.作为社团的法人:重构公司理论的一个框架[J].中外法学,2004(6):742-764.
- [32]庞春祥.法人主体相对性研究[J].北方法学,2014(3):1-17.
- [33]刘伟.一人公司单位犯罪主体资格的否认[J].外国法译评,2007(5):68-77.

The essence of unit in criminal law: Misunderstanding, questioning and clarification

XI Ruo

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: It is inadvisable to copy the essence of legal person in civil law to explain the nature of unit in criminal law, and then identify unit in criminal law on the basis of civil capacity for action or independent property and funds. Only eliminating normative factors in civil law thoroughly, and integrating the value of criminal law into unit's existence in practice, can interpret the nature of unit accurately. Therefore, unit in criminal law is the carrier of will, its essence is the group will, which is formed on interests as the inner core and organizational structure as the external guarantee. Accordingly, the criteria for judging qualification of a unit as criminal subject is: the group has a will relatively independent of its members and upper and lower units. It should start with the analysis of the unit's organizational structure, and focus on the power allocation and supervise balance mechanism of the unit.

Key words: the nature of unit; capacity as a subject; the principle of culpability; will; organizational structure

(责任编辑 胡志平)