

困境与选择:单位经济违法行为的 刑法调控模式反思

唐 稷 尧

(四川师范大学 法学院,成都 610068)

摘要:我国刑法单位犯罪的规定面临效益与公正性之困境。基于单位犯罪立法所具有的功利主义价值取向和行政法律与刑事法律共同调整经济活动的特点,我国对单位经济违法行为的控制模式应当从刑事处罚的双罚制模式转换为对单位实施行政处罚,对单位行为的具体决策、指挥者予以刑罚处罚的二元制裁模式。

关键词:单位犯罪;刑罚;模式

中图分类号:DF62 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2007)05-0012-07

在我国刑法中,单位犯罪的具体罪名并不仅限于刑法分则第三章破坏社会主义经济秩序犯罪,其主体身份不但包括公司企业,还包括其他事业单位、非法人经济组织等。但是,刑法规范中的罪名数量、现实经济活动中的违法行为数量和司法活动中的被定罪数量都向我们昭示:单位为获取超额利益而实施的违法经济行为无疑是单位犯罪最主要的组成部分。从理论上讲,由于长期的、众多的学术论争,包括公司企业经济犯罪在内的单位犯罪已属于老生常谈问题;从实践上看,由于法律的规定,对单位行为是否应当犯罪化问题立法机关也有了最终的选择,一切似乎已经尘埃落定。然而,生活的逻辑却并不以人们的主观选择而改变自己的轨道,在我国刑事司法实践中,单位犯罪问题,特别是有关经济活动中单位犯罪的控制问题所面临的困境,迫使我们不得不对我国目前的单位违法经济行为的刑法调控模式进行深入反思。

一 效益与公正的困境:我国刑法惩罚单位经

济犯罪的现状

从立法进程上看,我国的单位犯罪的立法规定正是在刑法调控违法经济行为的过程中应运而生的,其关注点首先并始终落在市场经济活动中公司的重大违法行为上。在1988年《海关法》有关走私罪的规定中,单位犯罪以附属刑法的形式开始在我国刑法中出现。经过近十年的特别立法,1997年修订后的刑法典大规模地规定了单位犯罪,其中主要集中在分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中,该章94个罪名中,单位可构成犯罪的就有78个,因此,绝大多数的单位犯罪刑法规范都是有关经济犯罪的刑法规范,1997年刑法有关单位犯罪的规定事实上只是在主体范围和发生领域上的扩展^①。然而,与立法的热情相比,我国刑法调控单位经济犯罪的具体实践正面临两个方面的现实困境。

一方面是刑法适用效益上的困境。立法的高投入没有在司法实践中获得相应的效果,真正被适用刑法而定罪的经济组织(单位)事实上相当少。虽

收稿日期:2007-04-28

基金项目:本文系四川省教育厅人文社会科学重点研究基地——四川省犯罪防控研究中心立项资助课题“现代企业制度下的公司犯罪及其控制对策”(项目编号:FZFK04-02)的阶段性成果。

作者简介:唐稷尧(1970—),男,四川乐山人,副教授、硕士生导师,四川省犯罪防控研究中心研究员,刑法学博士。

然由于统计资料的客观局限,笔者无法收集到有关这一问题的全面资料,但通过对一些单位经济犯罪高发领域的统计资料的归纳分析可窥一斑而知全豹。例如,在当今的中国,大量的公司企业制造假帐、虚假陈述早已是一个公开的秘密,证券市场中提供虚假的财会报告也已成为中国股市的一大痼疾,并严重威胁到中国证券市场的健康发展。近6年来,我国证券市场的上市公司中因提供虚假财会报告而被证监会处罚或遭证交所公开谴责的多达数十家,其中的中国昌科、飞龙实业、四川红光、粤海发、猴王、大庆联谊、重庆川仪股份、西藏圣地、海南大东海、湖北张家界、郑百文、银广厦、蓝田股份等企业都存在巨额的造假行为,理论上都已经构成提供虚假财会报告罪,可适用刑法进行处罚^②。但值得注意的是,即便是形式上存在严格监管的上市公司,除“琼民源”、“东方锅炉”、“红光实业”、“大庆联谊”的主要负责人及相关责任人被移交司法机关追究法律责任,并受到相应的刑事处罚等少数特例以外,其余大部分均由中国证监会以一纸行政处理了结,鲜有因制造假帐而获罪的,更不用说其他普通的公司和企业。又如,2001年发生的“亿安科技”案是我国迄今为止最严重的一起操纵证券交易价格案,其交易价格被操纵的幅度为14倍,涉案非法所得为4.49亿元,给中国的股市造成恶劣影响,给广大中小投资者带来巨大的损失和风险,无论从哪一个方面看都是一个堪称“情节严重”可以定罪量刑的案件,但该案最终却以中国证监会的行政处罚而结束(证监罚字[2001]7号处罚决定)^{[1]-2}。此外,大量的生活经验也告诉我们,像类似杨斌的沈阳欧亚实业公司和周正毅的上海农凯集团实施的虚报注册资本行为、类似安徽阜阳劣质奶粉事件和山西假酒事件的生产假冒伪劣商品行为也同样存在着许多依照刑法应当定罪处罚而未处罚的情况。这种现象的存在不仅导致立法资源的浪费,使刑法的运行效益低下,更使得刑法惩罚单位经济犯罪的法律规定丧失了严肃性,成为了“没有牙齿的老虎”。

另一方面,与刑法适用效益困境相关的是刑法适用的公正性困境。虽然刑法对某种单位行为的犯罪成立条件有明确的规定,但在实践中,由于刑法对已经符合规定的单位违法行为采取的是大多数行为不定罪处罚、少数适用刑法的处理方式,从而使刑法对单位经济违法行为的控制呈现出偶尔打击与常态

放纵的状态。更值得注意的是,这种司法现状客观上所形成的刑法对同类行为的不同态度使得公众在司法实践中看到了两种截然不同的处理结果:一方面,以杨斌为首的沈阳欧亚集团、以周正毅为首的上海农凯集团因虚报注册资本而获罪(系自然人犯罪),但另一方面,在上市公司闽福发的大股东福州财政局将1997年配股认购款5000万元打白条的事实十分清楚的情况下,证监会不仅未按《公司法》将该案移送司法机关处理,而且在所作的行政处分中,只给予了警告、责令改正和较轻的罚款;在1999年上市公司中报披露出活力28国有股东荆州市国资局以现金2320万元认购1997年配股400万股的配股股款未到位,ST网点先后有3笔配股款总额达2895万元未到位的事实之前,两上市公司却都在当时的公告中声称“配股资金已全部到达帐户”,并且这些具有单位身份的大股东还早已凭借虚置的资本行使了相应的表决权、分红权,这不仅明显构成对其他股东权益的侵犯,也表现出其对国家法律的蔑视,而我们的刑法对此类行为却仿佛熟视无睹,更不说去追究其刑事责任。与此现象类似的还有本文前面所提到的提供虚假财会报告行为。由此可见,同类型的违法行为却产生不同的刑事法律后果,这种现象不得不使已经受到刑罚处罚者产生不公正感,更会使市场主体形成违法后受到刑罚处罚不是必然结果而是运气不好的公众判断,不但违背了法律面前人人平等的宪法基本原则,损害了刑法的公信力,更割断了犯罪与刑罚的联系,降低了刑罚的不可避免性,最终导致刑法对市场主体的行为规制机能可能完全失去作用。

二 刑法调控单位经济行为的价值取向分析

单位经济犯罪的刑法规范在实践中的困境令我们不得不对这种以刑法来调控单位经济行为的立法选择重新审视和反思。按照美国学者L.H.Leigh的总结,从世界范围的立法和司法实践来看,各国对法人(单位)犯罪的态度大体可以分为三类^③:一是以英国、美国、加拿大、法国为代表的承认法人刑事责任国家;二是例外地承认法人刑事责任的国家(比利时、日本),即在刑法典中没有处罚法人犯罪的明文规定,法院的审判实践也否认法人可以实施刑法典中的犯罪,但刑法典以外的特别刑法和行政刑法的领域事实上存在单位犯罪的规定;三是以德国、意大利刑法为代表,基于刑法的个人责任主义和罗马

法“社团不可能犯罪”的传统原则否定法人刑事责任的存在,只追究其行政责任^{[2]10-11}。从上述对法人犯罪的三种态度来看,英美法系国家大都承认法人犯罪,大陆法系国家除法国(1994《法国刑法典》)以外则普遍以不承认法人犯罪为原则,以处罚法人为例外,而在这种理论分野与实践差异背后隐藏的是实用主义刑法观与伦理性刑法观的对立。

从功利的角度来说,随着工业化时代的到来,公司等法人组织在经济和社会生活中扮演着不可或缺、举足轻重的角色,同时也带来了许多前所未有的社会弊端,作为庞大的人、财、物的聚集体,法人实施违法行为对社会的危害相比自然人而言要大得多。为了有效打击和预防由法人的业务活动所引起的危害巨大的行为,人们首先想到的就是刑法这种对付犯罪行为的有效手段。英美法系国家是规定法人犯罪最早的国家,虽然普通法传统否定法人犯罪,认为法人“是一个法律实体,但不能有身体动作,同时也缺乏心理要件”,“法人没有能力犯叛逆罪、重罪或者其他罪,虽然它的成员有个人能力实施犯罪”^{[3]55},但随着社会经济的发展,“法人(企业)同民众的生活、健康和福利的关系日益密切,企业的非法活动对国计民生造成损害的危险性和可能性也随之增长。为了维护社会安宁和公众的福利,国家需要对企业加强行政管理,提高法人的社会责任感。为此,立法者一方面把不少义务用更严格的民事责任来认可,另一方面把一些更大义务制定为刑法规范,这就出现了法人犯罪的新概念”^{[3]58}。法国是典型的大陆法系国家,但在其1994年新刑法典中却抛弃了刑法中的个人责任主义原则和罗马法“社团不可能犯罪”的传统,在刑法第一百二十一条第二款中明确规定了法人的刑事责任。支持这款规定的法国学者同样也是从功利主义和实用主义角度来解释其立法的意义与价值的。他们认为:“刑罚的作用并不仅仅是‘矫正被判刑人’,刑罚的作用还在于预防犯罪与进行威慑,……现代越来越多的犯罪是由自然人以法人的名义实行的,或者是在法人或公司的掩护下实行的,在这种情况下,如果公司的代表(即可以承担刑事责任的自然人——作者注)没有支付能力,就有必要在他们个人的刑事责任之外,追究法人本身的刑事责任”^{[4]288}。但另一方面,按照18世纪以来形成的刑法责任主义原则,刑罚是对犯罪人自身的道义上的谴责,受刑主体只能是能够理解自

己行为的社会意义并据此而形成打消实施违法行为念头的人。对本来不具有实质意义上的行为能力和意思能力的法人,如何进行以具有意志自由为前提的道义上的谴责是一个无法回避的问题。这种传统刑法所坚持责任主义原则导致了对有关法人犯罪法律规范的不不断质疑。例如,意大利宪法第二十七条规定,“刑事责任只能是个人责任”^④,对此,意大利学者解释说,“(1)刑事责任要求一系列法人不可能具备的生理/心理条件为前提:关于这一点,只要想一下刑事责任能力必须以行为人为行为时的认识能力和控制能力为基础就行了;(2)在整个刑事制裁系统中,绝大部分刑罚和保安处分都直接作用于人的自由,这也不允许非自然人作为犯罪的主体”^{[5]88}。针对世界各国刑法对设置法人犯罪的两种不同价值取向,我国学者总结指出:“在法人犯罪问题上,处罚法人并非刑法的理论归结,而是刑事政策的要求,是方便有效地抑制法人的危害行为的功利要求的体现。”^{[2]140}“无论是对法人犯罪持肯定态度还是持否定态度的国家,在对法人活动的刑法规制问题上,均是抱着一种非常矛盾的心情,在必须以刑法手段对犯罪学上所谓的法人犯罪进行规制的功利考虑和如何坚持近代刑法基本原则之一的责任原则之间踟躇徘徊。”^{[2]142-143}

近十多年来,我国刑法在经济领域大规模地设立单位犯罪同样也体现出一种功利主义和实用主义的倾向。在我国的经济改革和向市场化转轨过程中,单位,尤其是法人,由于积聚了巨大的人、财、物资源,其参与市场活动的深度与广度都是自然人所不可比拟的,随着经济改革的深化和现代企业制度尤其是公司制的建立,以公司法人为主体的企业法人构成当代中国市场经济的支柱已是无可争辩的事实,因此,任何有关市场活动的法律规则都必须获得法人及其他单位的遵守与认同才能真正得以建立。然而,当前经济领域中的违规行为恰恰又大量的的是由单位实施。显然,刑法如此大规模地设立单位经济犯罪,不仅是为了惩罚这种危害市场经济活动的行为,更希望利用刑法的严厉性与强制性来强化市场活动的规则与秩序,增强单位在经济活动中对这些法律规则的认同,减少当前日益上升的单位违规行为,以达到尽快真正建立市场规则、形成健全的市场经济秩序的目的^⑤。例如,我国刑法所设置的第一个单位犯罪——单位走私罪,其基本出发点就是

为了遏制愈演愈烈的单位走私行为,促使参与经济活动的单位遵守经济规则与秩序。1988年,在全国人大常委会公布的《〈关于惩治走私罪的补充规定(草案)〉的说明》中,立法机关明确指出,“这几年走私数量最大、危害最严重的是企事业单位和机关走私。这些案件往往是上级‘点头’的或者单位领导决定的,又打着‘为公不为私’的招牌,所谓‘来源不当,用途正当’,难于追究刑事责任。这次征求意见时,普遍要求对单位走私、套汇的,必须追究责任人员的刑事责任,否则难以制止这类违法犯罪活动”^{[6]366}。这一草案鲜明地揭示出有关单位犯罪立法的功利与实用主义取向,而随着我国经济向市场化转型,这种有关单位犯罪的立法取向在以后刑法的历次补充修订中都可以感受到。但遗憾的是,从目前的司法适用来看,有关单位经济犯罪的规定是宣言大于实效,这一预期目的可以说基本上没有实现。

三 功利性视野下单位经济犯罪立法的必要性

从现代刑法的正当性原则和必要性原则出发,我们认为,被刑法规定为犯罪的经济行为必须是值得刑罚控制和调整的非常态经济行为,它们不仅对社会的基本生存条件造成了危害,为社会公众所不可容忍,同时也是国家穷尽了其他非刑事法律手段所无法有效调整而采取刑罚手段可以有效预防和制止的行为。既然单位经济犯罪的立法主要是基于功利的目的,那么,对单位经济违法行为是否存在动用刑法的必要性就只能从这种制裁手段的有效性、不可替代性、有效益性等方面来解释。

1. 对单位或法人实施刑事处罚的有效性值得怀疑。目前看来,各国对单位犯罪主要采取的是单罚制和双罚制两种处罚机制,其中能够适用于单位或法人的刑种只有罚金刑一种,其他的自由刑或生命刑都无法科处于单位或法人。然而,从实际效果上看,尤其是在经济活动中,单纯对单位适用罚金并不能有效预防和制止单位的违法行为,刑罚效果值得怀疑。这是因为,一方面,这些从事经济活动的单位或法人会将这种罚金通过计入经济成本的方式转嫁给社会,所谓对单位的刑罚处罚实际上最终会变成处罚社会。另一方面,由于现代公司制奉行所有权与经营权分离原则,法人的大多数出资人(股东)常常不参与实际的经营行为,也与法人所实施的违法行为没有直接关系,但对法人的罚金却导致了他们

们所有者权益的实际减少,实际上是刑及无辜。鉴于上述弊端的客观存在,即使是在承认法人刑事责任的英美法系国家,许多学者也不断地对这种刑事立法提出质疑。当代美国学者就指出:“由于‘公司不会实施犯罪行为,而人却会(实施犯罪行为)’,因此,对公司的刑事处罚的威慑效果是值得怀疑的;而由于对公司的刑事处罚实质上是处罚无辜的股东(降低他们持有的股票的价值)和消费者(增加他们购买商品和服务的成本),因此,这种刑罚的报应作用也是令人质疑”^{[7]8}。

2. 对单位或法人的刑事处罚具有可替代性和不经济性。罚金刑是唯一能够适用于法人或单位的刑罚措施,但这种制裁手段与普通的行政处罚款在形式上存在相似性,在剥夺单位的财产这一实质效果上也没有区别,故而具有可替代性。同时,除了财产处罚以外,对单位的经济违法行为还可以采取其他行政处罚措施,如剥夺从业资格的处罚、市场禁入的处罚以及停业整顿、吊销营业执照等手段,这些措施由于事实上造成对单位经济活动能力的限制或剥夺,不仅比单纯的罚金更有威慑力,更能够预防和制止违法行为的发生,而且在实际适用上具有及时、简便、灵活的特点。所以,当代意大利的主流学者指出:“法人构成‘犯罪’的行为,本来就有行政法规调整,而法人中实施犯罪的人,则应受到刑罚处罚。”^{[8]242}相比较而言,追究和认定单位犯罪则要求较高的刑事证明标准,并经过旷日持久的刑事诉讼程序,从使用国家司法资源的经济成本来看,孰多孰少可以说是一目了然。值得注意的是,法国1994年刑法典在有关法人犯罪的条款中除了设置罚金外,还为法人“量身定做”其他刑罚制裁措施,即解散法人、职业禁止、关闭用于实施犯罪的企业、将法人置于司法监督下、禁止参与公共工程、禁止公开募集资金、禁止签发支票或使用信用卡、没收犯罪工具或犯罪所得、公开宣布有罪判决等^{[9]7}。然而,法国新刑法所规定的这些适用于法人的刑罚措施在我国及许多大陆法系国家则是作为行政处罚规定在行政法律规范中,这种为了追究法人的刑事责任而为其“量身定做”的刑罚制裁措施恰恰从反面说明了行政性制裁措施在处罚法人行为方面所存在的替代功能。

从我国的行政执法的现状看,对单位实施的所谓“犯罪行为”并非是缺少法律规定的制裁措施,而是相当部分足以惩治单位严重违法行为的经济行政

法规由于行政监管机关的执法不力、管理失职甚至地方保护而形同虚设。正如公众舆论所指出的,近一两年来,我国发生的安徽“毒奶粉”、广东“毒酒”等食品安全事件的根本原因不在于行政法律规范的缺失,而在于我国的行政监管机构“守土失责”、措施乏力,甚至参与制假^⑥。将这些能够适用行政制裁的行为规定为很少适用刑罚的犯罪行为,充其量只不过是不同法律之间的一种形式上的转换和转移,而刑法对少数的单位经济违法行为的处罚实质上也只是释放社会公众压力的途径而已^⑦。在我国目前国家司法资源有限性与社会治安较严峻的矛盾下,由于大量的司法资源主要用于对严重危害国家安全、社会治安的犯罪行为的打击与控制,如果市场活动中的行政监管问题得不到有效的解决,即使刑法中存在有关单位经济犯罪的规定,这种规定在事实上也无法得到有效适用,注定了在司法活动中被虚置的命运,更遑论遏止相关行为的发生。

3. 刑罚处罚单位中负有责任的个人可以收到预防和制止单位违法行为的效果。虽然我国刑法没有对单位犯罪的概念做出明确规定,但学界和司法界一般都认为,这种犯罪是一种为本单位或本单位全体成员谋取非法利益,由单位的决策机构或代表机关决定的,单位具体责任人员在业务活动中所实施的危害社会的行为^⑧。无独有偶,在法国1994年刑法典第一百二十一条第二款条中,对法人犯罪也存在几乎相同的表述,即“法人……在法律或条例有规定之场合,对其机关或代表为其利益实施的犯罪行为负刑事责任”^{[9]7}。对此,法国总检察长特律什和当代著名法学家戴尔玛斯-马蒂解释说:“只有‘为法人之利益’实施的犯罪才会使法人负刑事责任”,“这一规定所排除的是,在参与违法行动的个人为其自身利益实行犯罪的情况下,对法人提起追究”^{[10]8}。“显然,这里应当同时具备两项条件:只有在法人事实上的领导人为法人的利益而不是为其个人利益进行活动的情况下,才引起法人的责任”^{[10]9}。通过这些法律规范和司法实践,我们可以看出,为单位(法人)或其全体成员的利益和由单位集体研究决定或者由单位的负责人、被授权的其他人员(即由法人机关或代表)决定、同意是这种可能承担刑事责任的单位(法人)行为的不同于纯粹自然人行为的核心特征。

由于单位行为实际上必须依赖和通过自然人的

行为而实现和存在,因此,任何单位行为同样要以自然人行为的状态呈现在现实生活中。根据我国刑法的基本理论和规定,我们会发现,按照单位犯罪的概念和特征,对这种行为即使不规定单位的刑事责任,也完全可以对自然人进行定罪处罚。我国刑法第二条和第十三条规定刑法的基本目的是保护合法权益,而犯罪的本质是对刑法保护的合法权益的侵犯,因此,“犯罪人主观上对利益的追求、客观上所获得的利益,就不是重要问题。定罪和量刑从根本上考虑的是行为对合法权益的侵犯程度,而不是行为人是否获得利益以及获得利益的多少”^{[11]92}。另一方面,在我国刑法关于犯罪成立的主观要件的规定中,无论是故意还是过失的规定也只是强调行为人对其所实施行为社会危害性的认识和态度,而没有其他限制性条件。具体来说,对于单位在经济活动中所实施的违法行为,只要行为人所进行的决策或实施该违法行为是自我选择和决定的,除非存在刑法上的免责事由(如可能导致行为人不具有期待可能性的上级命令),无论其主观动机如何,也无论实际所获得的利益为何人所得,该行为的决策者、指挥者或具体实施者都可能承担刑事责任。因此,单位犯罪概念中的核心特征实际上只是具有特定身份的自然人行为的事实性特征而并不对行为人的刑事可罚性产生实质影响。事实上,对于单位(法人)行为在犯罪成立问题上的这一基本特点,当代法国学者和立法机关都有着深刻的认识,因此,1994年法国刑法典明确规定:“法人负刑事责任不排除作为同一犯罪行为之正犯或共犯的自然人的刑事责任。”^{[9]7}法国刑法学者更是明确指出:“当某一自然人不是为其本人,也不是为其个人利益实行犯罪,而是作为某一机关或某一法人(公司、协会、工会)的代表在履行职责中犯罪时,对这样的实行了犯罪的自然人可以追究刑事责任,在这种情况下,该自然人是个人受到追诉,不是因其‘身份’而受到追诉。”^{[4]287}而有关法人犯罪的规定只是解决“在对为法人的利益,执行法人的意志,实际实行犯罪的法人机关或代表追究刑事责任的同时”,追究该法人本身的刑事责任问题。这实际上也说明,针对单位(法人)行为而对自然人单独追究刑事责任是完全可行的。同时,由于任何单位行为实际上都必须以自然人的行为为体现,刑法处罚自然人既可以避免前述处罚法人的弊端,更能够通过刑罚对自然人的威慑力而使个人在

单位的职务活动中不能、不敢或不愿实施经济违法行为,从而在控制单位违法行为的发生上起到釜底抽薪的作用。

四 我国单位经济违法行为的刑法调控模式选择

根据目前我国法律体系中行政法律与刑事法律共同调整经济活动的基本特点,鉴于刑法对单位经济犯罪的规定既是缺乏效益的,又是可替代的,我们认为,我国应当改变对单位经济违法行为的现行刑法处罚模式,从刑事处罚的双罚制模式转换为对单位的违法行为实施行政处罚,对单位行为的具体决策、指挥者予以刑罚处罚的二元制裁模式。在当代意大利刑法中,对单位实施的违法行为就是采取的这种对法人给予行政处罚而追究有关个人刑事责任的模式。这种二元制裁模式的核心在于,对实施违法行为的单位适用包括罚款在内的各种行政制裁措施,同时,对与该单位行为的实施有关的自然人追究刑事责任,其中,如何确认应当承担刑事责任的自然人是该制裁模式有效运行的关键。

对于为单位行为承担刑事责任自然人的确认,意大利和法国的刑法理论与实践对我国有较强的借鉴意义。意大利刑法理论和司法实践认为,由于刑事责任不能由非自然人承担,刑法分则规范中有关犯罪主体身份属于单位的犯罪则由具体个人承担,而认定具体的责任主体的方法就是:按有关法律规

定确定谁在单位有权(因而也有义务)采取符合刑法要求的措施,谁就应当对这种行为负责。在一般情况下,该人应当是单位的管理人员^{[5]90-91}。在法国刑法中,能够对法人行为承担刑事责任的自然人是指为法人的利益、执行法人的意志、作为法人机关或代表履行职责中实施犯罪行为的个人。“所谓法人的‘机关’是指法人的法定代表(董事长、经理、管理人)以及董事会、股东大会或全体成员的全体大会”,“所谓‘代表’是指拥有‘以法人的名义’开展活动之权力(法定的权力或章程规定的权力)的自然人”^{[4]295}。具体到我国刑法,我们认为,虽然单位行为实质上必然以自然人行为体现出来,但单位行为在行为动机、行为人的对外身份、行为所具有的履行职务、职责的性质等方面与纯粹的个人行为依然存在明显区别,因此,从处罚的正当性角度来说,并非所有参与单位行为的个人(如单纯提供劳务的人员)都要受到刑罚处罚,而应当限于对单位行为的实施具有决定权与指挥权的管理人员。另一方面,从刑罚处罚的有效性角度出发,有效预防和制止单位实施违法行为的关键是对单位的决策机关、执行机关的行为进行控制,使其不敢、不愿实施犯罪,具体来说,对单位行为承担刑事责任的应当是对该行为直接负责的主管人员和其他直接责任人员,主要包括在自己的单位业务权限内进行组织、决策的人和参与决策、指挥活动的其他人员。

注释:

- ①笔者认为,无论是参照当代各国的刑法理论与实践,还是从我国刑法理论的犯罪客体分类法分析,当代市场经济背景下的经济犯罪都只应当是破坏市场经济秩序的犯罪行为。本文正是在此意义上使用经济犯罪这一概念。
- ②这些上市公司的造假行为的具体内容可参见1999年以来中国证监会公布的处罚决定和证交所的谴责公告。
- ③我国的单位犯罪事实上是法人犯罪在主体上的扩展,故在本论文中,将二者在同一意义上使用。
- ④该条的英文原文是:“criminal responsibility is individual.”转引自James Gobert and Emilia Mugnai: Coping with corporate criminality—some lessons from Italy, *Criminal Law Review*, 2002, 624页。
- ⑤关于刑法在我国的市场转型过程中的作用以及市场规则的企业认同问题,可以参见拙文《困境与根源:刑法对经济犯罪的控制》,载《四川师范大学学报》,2001年第1期。
- ⑥参见《如何禁绝“毒食”》,2004年5月20日《南方周末》,第3版;《打假机关造假疑云》,2004年5月27日《南方周末》,第9版。
- ⑦如在重庆虹桥垮塌案和安徽毒奶粉案中,司法机关对单位刑事责任的追究。
- ⑧参见张明楷《刑法学》(法律出版社2003年版),第204页;黎宏《单位刑事责任论》(清华大学出版社2001年版),第224页;最高人民法院、最高人民检察院、海关总署2002年颁布的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第18条的规定。我们认为,虽然这些见解并不能概括我国刑法所规定的所有单位犯罪(例如危害国家安全罪第107条资助危害国家安全犯罪活动罪),但对绝大多数单位犯罪特别是单位经济犯罪是完全适用的。

参考文献:

- [1] 王安异.我国证券刑法之机能性缺陷评析[C]//赵秉志.刑事法判解研究(2002—1).北京:人民法院出版社,2002.
- [2] 黎宏.单位刑事责任论[M].北京:清华大学出版社,2001.
- [3] 储槐植.美国刑法[M].北京:北京大学出版社,1996.
- [4] (法)卡斯东斯特法尼等.法国刑法总论讲义[M].罗结珍译.北京:中国政法大学出版社,1998.
- [5] (意)杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林译.北京:法律出版社,1998.
- [6] 何秉松.法人犯罪与刑事责任[M].北京:中国法制出版社,1991.
- [7] Kathleen F. Brickey. *Corporate and White Collar Crime* [M].北京:中信出版社,2003.
- [8] 陈忠林.意大利刑法纲要[M].北京:中国人民大学出版社,1999.
- [9] 法国刑法典[M].罗结珍译.北京:中国人民公安大学出版社,1995.
- [10] (法)皮埃尔·特律什,米海依尔·戴尔玛斯-马蒂.序——为《刑法典》在中国出版而做[M]//法国刑法典.罗结珍译.北京:中国人民公安大学出版社,1995.
- [11] 张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,1999.

Dilemma and Choice: Criminal Regulation Model of Institutional Economic Law-Violence

TANG Ji-yao

(Law Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068, China)

Abstract: China's criminal law faces a dilemma between efficiency and justice in determining institutional violence of law. Based on the utilitarian orientation of institutional criminal legislation and economic activity co-regulation of administrative law and criminal law, China's criminal regulation model of institutional economic law violence must transform from bipartite punishment system of criminal penalty to dualist penalty of administrative penalty on the institution and criminal penalty on the decision-maker and commander of institutional act.

Key words: institutional law violence; criminal penalty; model

[责任编辑:苏雪梅]