

## 刑事合规的本土化困境 及单位固有责任论的化解思路

潘璐 于改之\*

**【内容提要】** 合规计划与刑事实体法的脱节是我国刑事合规实施的本土化困境之所在，具体表现为规制视角、规制模式及规制策略上的冲突。核心原因归结于传统单位犯罪刑事责任在单位犯罪责任原理、单位犯罪归责路径、单位犯罪责任内容上存在的理论偏差。单位固有责任论放弃存在意义的犯罪主体论，具有组织模式的特征，提倡社会罪责观念。单位固有责任论契合刑事合规事先预防的规制视角，顺应刑事合规的激励模式，保障企业内部管理的有效实施。引入单位固有责任论是化解刑事合规本土化困境必要且可行的方式。单位固有责任论的引入应当满足其应用标准，包括遵循对等原则、坚守单位过失的底线要求及确保量刑结果唯一。

**【关键词】** 刑事合规 单位犯罪 单位固有责任论 组织模式 责任原理

### 一、问题的缘起

刑事合规制度起源于1977年美国国会颁布的《反海外腐败法》，其中规定，应整合企业内部控制与企业外部规制，共同加强对企业腐败犯罪的法律规制。1991年颁布的《联邦组织量刑指南》将刑事合规制度全面引入各领域中，更详细的制度条款可见于1999年《霍尔德备忘录》、2003年《汤普森备忘录》以及2008年《菲利普备忘录》。2002年《萨班斯—奥克斯利法案》将刑事合规制度

---

\* 潘璐——华东政法大学刑事法学院博士研究生，主要研究领域：刑法学。于改之——华东政法大学刑事法学院教授，博士生导师，主要研究领域：刑法学。

的意义进一步放大，即通过立法强制企业实施合规计划，其中上市公司的高管被要求有责任建立以及维持内部控制机制，否则可能面临民事和刑事的双重责任。<sup>1</sup> 2017年澳大利亚颁布的《刑法立法修正案（企业犯罪）》中明文设定了施加于企业的合规刑事责任，用以预防海外贿赂犯罪行为。在我国，自2018年合规元年以来，合规理念也经历了学科分化。2021年4月最高人民检察院下发《关于开展企业合规改革试点工作的方案》，标志着刑事法领域内的第二期合规改革试点工作正式启动。2021年6月3日九部门印发《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》的通知，初步建立第三方监督评估组织，对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察，为人民检察院依法处理单位犯罪案件提供重要参考。

可见，单位犯罪的治理正逐步摆脱思维惯性，刑事合规的制度正逐步渗透。<sup>2</sup> 刑事合规的本土构造在宏观上要求合规计划推动企业犯罪的规制视角由事后规制转向事前预防，聚焦于通过激励而非威慑的规制策略，促使企业犯罪的规制模式从外部规制转向自我管理，引导企业进行自我管理和犯罪预防。<sup>3</sup> 面对刑事合规的本土化实施路径，应重新审视单位犯罪罪责，揭示传统单位犯罪刑事责任理论的不足。然而，既有研究仍以偏向实用主义纬度为常态模式，对基础法理的研究暂付阙如。遂通过理论牵引为刑事合规的实施提供启发，不仅有助于刑事合规的相关研究获得有意义的实质性进展，也对完善单位犯罪制度具有重大意义。

## 二、刑事合规的本土化困境

“刑事合规性”并不是刑法的替代物，而是跨学科认知和系统化推动预防工作的一种新形式。<sup>4</sup> 刑事合规的抽象概念通过合规计划的具体形式予以实现。合规计划的实质是执法机构从外部强制企业实施的一项治理结构与内控机制，以帮助预防、发现或制止潜在的犯罪行为。<sup>5</sup> 在我国，纵然合规计划的实施具有一

---

1 Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. 107-204, § 302, 116 Stat. 745 (2002).

2 各个国家和地区对单位犯罪的提法不尽相同。本文中出现的“企业犯罪”“单位犯罪”“法人犯罪”，在概念上具有同一含义。

3 万方：《合规计划作为预防性法律规则的规制逻辑与实践进路》，载《政法论坛》2021年第6期。

4 [德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京大学出版社2015年版，第504页。

5 Sean J. Griffith, Corporate Governance in an Era of Compliance, 57 William and Mary Law Review 2075 (2016).

定的基础，其成效依旧难以凸显。在实际的实施过程中，现实不断抛出对刑事合规实施效果的存疑，致使合规计划与刑事实体法衔接的病灶不断显现于外，这也正是我国刑事合规的本土化困境之所在。

### （一）合规计划与刑事实体法脱节

刑事合规施行的第一步是寻求单位犯罪归责的实质，这也是我国单位犯罪刑法规范中内部的逻辑起点。然而，合规计划提倡的灵活性与刑事实体法力求的稳定性之间本就相互背离。可以说，合规计划与刑事实体法的脱节是刑事合规本土构造中最根本的实体性冲突，具体体现为规制视角、规制模式及规制策略上的背离。

在规制视角上，合规计划注重事前预防，而刑事实体法依赖事后惩治。刑事合规是合规管理体系在刑法领域的延伸，通过合规计划可以预先对企业进行有针对性的制度纠错和管理修复，提前切断犯罪发生的因果链条，从而建立整体的、全面的和长远的预防犯罪机制。相反，刑法规范则通过刑罚同时达到惩罚犯罪人以及预防犯罪的目的，实践中司法机关也同样聚焦于已发生犯罪的调查、追诉与惩罚等司法活动。因而，无论采用单罚制还是双罚制的处罚原则，都无法消除法人犯罪的内生性因素，无助于企业犯罪的减少，更容易导致单位犯罪治理的应然效能小于实然效能。与此同时，刑法规范强调事后惩治的规制视角在一定程度上也为单位规避刑事责任创造了条件。特别是在网络等典型的危险领域，网络平台服务提供方早已具备独立性和主动性，也正因如此，网络安全保障义务基于物理空间的远程属性而产生诸多不确定因素。网络风险领域较传统领域来说更容易规避组织自身的刑事责任风险。若不引入自主防控法律风险的合规机制，依然等到犯罪后再追责，单位犯罪对社会的危害将更为显著。

在规制模式上，合规计划创制激励模式，而刑法规范侧重威慑模式。具体而言，激励模式的实质是出罪激励，刑事合规旨在将包含业务性质、决策事项的集权方式、管理制度的政策倾向、运营模式、风险发生后的应急机制、默认规则在内的合规计划上升为单位法律义务，以此作为刑法激励模式。德国经济刑法学先驱梯德曼教授先有“前过错”理论，进行有序组织应当成为单位的一种法律义务，后有对高管人员保证人地位的确立，完善了对单位及单位员工违反秩序行为的规制。<sup>6</sup> 合规计划激励模式有利于维护社会公共利益，使之与功能

---

6 [德] 克劳斯·梯德曼著：《德国经济刑法导论》，周遵友译，载北京师范大学刑事法律科学研究院主办：《刑法论丛》（2013年第2卷），法律出版社2013年版，第24页。

性刑法观保持实质平衡。相反，威慑模式的实质是威慑入罪。单位犯罪制度的设立天然地取决于实践的发展经验，进而言之，利用功利主义原理达到威慑犯意的目的。在规范和实践上，单位犯罪入罪标准的扩大化以及司法对单位作为被告时所享有的诉讼权利和诉讼义务的模糊化使得隐忧逐渐显现。单位犯罪严重化趋势似乎并未实现立法者的期待——通过发挥刑法的行为规范指引以及惩罚的威慑效应而得到遏止和缓解。<sup>7</sup>在此前提下，以威慑模式为核心的选择在当下似乎也无法成为控制单位犯罪的最优项。从立法所增设的罪名数量看，2014年《刑法修正案（九）》对单位犯罪罪名的增设的数量一度达到了13个。除了罪名增加外，单位犯罪立法规制范围的扩大也同样体现在定罪标准的调整上。例如，2007年印发的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》规定，单位实施侵犯知识产权的犯罪，依照相应个人犯罪的定罪量刑标准定罪处罚。最高人民检察院和公安部2022年联合发布修订后的《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》在可以由自然人主体和单位主体构成的经济犯罪中也规定，原则上不再区分自然人犯罪和单位犯罪的立案追诉标准，隐含了单位犯罪与自然人犯罪的定罪标准趋向统一化的信号。由此可见，现有刑法规范不能为企业合规理念提供实现路径，亦不利于达成企业非罪化治理模式。可以说，以严格规制主义为核心的威慑模式应为宽缓主义让道，才是对激励模式权力来源的理性回归。

在规制策略上，合规计划实施内部管理，而刑法规范以外部规制。合规计划有两面性和相对性，在考察公司事前是否违反特定义务的同时，也审查事后的内部预警和惩罚机制，都是为加强预防单位犯罪治理而服务。应当说，合规计划的内部管理始终贯穿于刑事合规的全过程。当下，一边刑事合规在不断加速渗透，另一边单位犯罪因果关系链条在不断拉长，企业对社会的话语权和影响力还在不断加深，不可忽视企业文化日益呈现的决定性作用。目前强调若将单位的自身特征、文化氛围和环境气质进行平移，反映的即是行为人的德性和恶。我国刑法所确立的单位犯罪，通常都是通过直接责任人员以积极作为的方式实施的犯罪行为。由于主要是根据直接责任人员的行为和罪错来推论单位的行为和罪错，司法机关难以从单位自身的政策、规章、制度、行为规范等方面，独立确定单位的犯罪意图。准确来说，法条对单位行为的指引仅停留在外部规制，然而，以企业德性为征表的内部管理才能对单位犯罪进行根治。

---

<sup>7</sup> 孙国祥：《单位犯罪的刑事政策转型与企业合规改革》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2021年第6期。

## (二) 传统单位犯罪刑事责任论存在理论偏差

刑事合规在理念上体现了注重事前预防、创制激励模式、实施内部管理的特征，然而实施效果却不尽如人意。刑事合规的理念及制度模式在我国的实体法与程序法中都尚无法可依，上升为企业的法定义务的做法暂时无法根植于我国的法律土壤，制定专门立法的提议无法解决燃眉之急。<sup>8</sup>推表及里，传统单位犯罪刑事责任理论是刑事合规本土化困境的内在诱因，分析考察单位犯罪刑事责任理论既是使刑事合规有效推行的重要动力，也是达成治理目标反哺归责本质的合理途径。总体而言，传统单位犯罪刑事责任理论存在偏差，具体包括单位犯罪责任原理的偏差、单位犯罪归责路径的偏差以及单位犯罪责任内容的偏差。

第一，单位犯罪责任原理存在偏差。阿尔图·考夫曼提出责任原理的绝对性着眼人格性质，从人类存在的本身引导出责任原理，也即伦理性责任、意思责任。然而，这一观点遭到了麦兹格的批判：“刑法上的责任不是伦理意义上的责任，而是法律意义上的责任。”<sup>9</sup>笔者赞同站在单位犯罪的角度，不同于违反社会伦理价值的自然犯，责任原理出处并非违背社会伦理性义务。然而，我国传统单位犯罪刑事责任理论一直未摆脱伦理意义上的责任，成因在于设立单位犯罪制度时的社会背景及经济背景。根据我国早期社会背景，单位行政依附性较强，在市场上的主体地位较弱，单位作为主体缺乏犯罪动机，社会危害性无法确证。同一时期，社会主义市场经济体制正在起步阶段，从公有制到有计划的商品经济体制的跨越，其本身也是经济学中罕见的概念和壮举。因此，早期单位犯罪归责的实质源于内部成员的犯罪行为，单位犯罪的罪过是由单位决策机关指挥员工实施犯罪而形成的。当处于劳动者不能控制自己的劳动环境时，难以在一开始就对单位及单位成员独立进行责任追究和认定。自20世纪90年代末起，企业经济结构不断发生重大调整，在目前经济结构和企业发展的背景下，企业结构呈现多链条的复杂结构，企业高层指派普通员工参照操作守则执行的情况如何认定成为难题，要证明企业高层与末端具体犯罪行为之间的联系越发困难，再沿用伦理意义上的责任来评估单位责任很难构建理想模式。在既有纵向阶层管理也有横向业务分工的单位中，更无法找到决定、纵容或默认犯罪行为的决策机关或个人。

<sup>8</sup> 刘霜：《意大利企业合规制度的全面解读及其启示》，载《法制与社会发展》2022年第1期。

<sup>9</sup> [日] 甲斐克则著：《责任原理与过失犯论》，谢佳君译，中国政法大学出版社2016年版，第10页。

第二，单位犯罪归责路径存在偏差。在经历从法人否定说向法人肯定说的跨越之后，目前的问题并非在于是否可以承认法人的犯罪能力，而是处罚法人如果是必要的，应基于何种理论构造来理解其犯罪能力。<sup>10</sup> 单位犯罪归责路径分为自然人归责路径和单位归责路径，通常说的决策机关反映单位意志，高级职员反映单位意志的做法都是自然人归责路径的典型形式，也是一直以来我国传统单位刑事归责理论的立场。我国单位犯罪的认定采用自然人归责路径的矛盾之处在于立法明确了企业和企业成员两个主体的归责，企业归责适用的是以特定企业内个人犯罪行为为处罚根据的同一视原则。<sup>11</sup> 一方面，单位犯罪归责路径的理论偏差源于单位犯罪定义的模糊。传统单位犯罪刑事责任理论过于强调单位与自然人在犯罪机理上的等价性，对单位主体性缺少规范上的独立评价。<sup>12</sup> 我国《刑法》第30条没有给出单位犯罪的确切定义，单位犯罪的内涵和外延所涉的实质内容缺位，该条款实属宣誓性条款。在我国，单位犯罪概念的法定化虽然经过了整个司法实践流变和刑法理论争鸣的过程，但其内涵至今没有被明确界定。从表象上看，“单位名义”“违法所得归单位”“单位决策”等字眼是基于主客观相统一原则对单位犯罪模式进行了更细化的规定，实质上是将原本就存在的分歧从隐忧变成了明患。另一方面，单位犯罪归责路径的理论偏差源于单位与单位成员关系的相互交织。<sup>13</sup> 值得强调的是，对单位犯罪主体资格、犯罪主体个数、单位犯罪责任依据的讨论，始终都绕不开单位与单位成员关系这一命题。2014年第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过的《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》的规定与《刑法》第30条宣示单位主体的条款存在责任的交织，使单位主体实施刑法规定的危害社会行为但不构成刑法中单位犯罪时是否要追究单位成员责任成为疑问。在这种单位犯罪和自然人犯罪相互交织的模式下，若只运用自然人犯罪的分析判断方法进行阐述和解释，无法达成刑事合规理想的分析判断模式。

第三，单位犯罪责任内容存在偏差。一直以来，我国传统单位犯罪刑事责任理论都强调责任主义的重要性，预防必要性仍然作为一个待解释项。在心理责任概念的前提下，责任内容是对行为人“故意或者过失心理态度”的评价；在人格责任概念的基础上，责任内容的评价对象是行为人“反社会的危险人格倾向”；在规范责任概念的视野下，责任内容又成为对“他行为可能性”的评

10 [日] 佐伯仁志著：《制裁论》，丁胜明译，北京大学出版社2018年版，第125页。

11 蔡仙：《组织进化视野下对企业刑事归责模式的反思》，载《政治与法律》2021年第3期。

12 王志远、邹玉祥：《刑事合规视域下单位犯罪刑事治理的检视与完善》，载《甘肃社会科学》2020年第5期。

13 潘璐：《企业合规对单位刑事归责理论的冲击与回应》，载《中国检察官》2022年第7期。

价。<sup>14</sup>目前,我国传统单位犯罪刑事责任理论贯彻的仍是心理责任学说下的责任主义,要求只有行为人在实施危害时具有个人责任能力,也即具有故意和过失时,行为人才成立犯罪。正因如此,我国单位犯罪刑事责任理论所提倡的单位主观罪过的研究路径是对责任主义的天然贯彻,哪怕是通过拟制的手段来反映单位意志。此举存在主观性的内在倾向,具有一定的利益色彩。承袭早期单位主体否定说的逻辑预设,要摆脱对《刑法》第30条规定和通说观点的质疑,需让单位主体获得与自然人主体一样的物理上的犯罪主体身份,于是单位主体拟人化方案陆续受到追捧。但事实上,单位犯罪拟制论是单位犯罪否定论的另一种形式,对作为拟制人格的单位所实施的行为进行归责。<sup>15</sup>这对评价主体来说是基于不同价值观作出价值判断的过程,最终会影响规范判断。恰恰矛盾的是,刑事合规的制度受预防思想的校正,本质上对单位犯罪心理要素进行了弱化。也就是说,允许一定范围内的行为归责,若能基于因果关系将刑法条文规定的危害行为与单位主体联系起来,就意味着单位可能受到刑罚处罚。从一定意义上说,也是遵从责任与预防相联系的整体性思考方式。

### 三、单位固有责任论之引入

针对传统单位犯罪刑事责任理论的解构与再构,存在两种观念。一种观念坚守古典主义的法治国刑法理念,认为刑事合规不是对刑法教义的颠覆和重构,而是在传统单位刑事归责理论基础上的新发展。<sup>16</sup>而更多的观点提出,企业合规应立足于发展新的刑法理论。<sup>17</sup>对此,笔者同意在刑事合规实施的背景下考虑放弃传统单位犯罪刑事责任理论,即重叠说或者并用说采用的传统单位形式归责理论的旧路难以寄托持续发展的现实构想。在此基础上,单位固有责任论能够矫正理论偏差,是化解刑事合规本土化困境必要且可行的方式。

#### (一) 单位固有责任论的特征

单位固有责任不是犯罪行为时的责任,而是没有采取令人满意的预防和改

---

<sup>14</sup> [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第559页。

<sup>15</sup> 张克文:《单位盗窃犯罪深究——法人犯罪拟制论的部分展开》,载《政治与法律》2010年第5期。

<sup>16</sup> 孙国祥:《刑事合规的刑法教义学思考》,载《东方法学》2020年第5期。

<sup>17</sup> [德] 托马斯·罗什:《合规与刑法:问题、内涵与展望——对所谓的“刑事合规”理论的介绍》,李本灿译,载北京师范大学刑事法律科学研究院主办:《刑法论丛》(2016年第4卷),法律出版社2016年版,第365页。

善措施来应对已发生的犯罪的“应对责任”（reactive corporate fault）。<sup>18</sup> 2001年6月8日，意大利颁布第231号法令，标志着将“法人基于犯罪的行政责任”正式引入法律体系之中。随着理论的发展，单位固有责任论又被赋予了新的概念。单位承担刑事责任的根据原本就不是它故意或过失借成员之手为某种具体犯罪行为，而是单位治理方式或经营结构导致其中的自然人实施了刑法规定的危害行为。<sup>19</sup> 单位固有责任论放弃存在意义的犯罪主体论，具有组织模式的特征，提倡社会罪责观念，单位固有责任论的特征能够纠正传统单位罪责研究的理论偏差。

首先，单位固有责任论放弃存在意义的犯罪主体论。在单位犯罪刑事立法的早期，整体责任论、复合主体论的提倡者都认为单位犯罪只有单位一个犯罪主体，单位成员仅是单位主体的组成部分。单位处罚制度是同一刑事责任根据单位成员在犯罪中所处的地位和作用不同而作的不同分担，是对单位犯罪行为综合性的全面处罚。<sup>20</sup> 后提出引入人格化社会系统责任论、组织体系统责任论、单位嵌套责任论、单位责任分离论的学者都认为单位犯罪存在两个犯罪主体。虽然在主体的数量上判断相同，但对单位主体是否具有存在意义的问题仍然模棱两可。肯定存在意义的单位犯罪主体论或忽视了行为的组织体性，或没有对一个行为分别评价给两个主体的矛盾进行解释。责任意味着非难可能性，如果自由的意思决定的可能性是非难可能性的前提，那么意思决定的自由就成为责任的前提。<sup>21</sup> 凯尔森的中心归责理论提出，考虑某一后果的责任承担能否归属于某个个体，而非一定归属于某人。<sup>22</sup> 在刑事立法活性化的当下，应站在机能主义刑法观的角度和功利主义的视角，承认单位固有责任论不以存在论意义上的犯罪主体为必要前提。单位固有责任论即是将单位主体视作具有独立性的架空存在意义的组织体，自由意志弱化为次要要素，因而责任的评价主要源于法的非难而非源于伦理的非难。从表象看单位与自然人似乎已平等地成为刑法的主体，但是对单位刑事责任的认定不能生搬自然人刑事责任能力的理论。对未成年人、怀孕的妇女、精神病人等设置的特殊条款和特别程序不可能适用于单位主体，单位显然不符合刑法中有关自然人限制或减轻刑事责任能力的规定。换言之，对单位主体而言，只存在绝对化的有刑事责任能力和绝对化的无刑事

---

18 Brent Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, 56 S. Cal. L. Rev. 1141 (1983).

19 时延安：《合规计划实施与单位的刑事归责》，载《法学杂志》2019年第9期。

20 陈兴良著：《刑法适用总论（上卷）》，法律出版社1999年版，第590页。

21 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第392页。

22 [奥]凯尔森著：《纯粹法理论》，张书友译，中国法制出版社2008年版，第392页。

责任能力。唯有提倡放弃存在意义的犯罪主体论才能够厘清法人的本质概念，才能破解单位犯罪责任原理的问题。

其次，单位固有责任论具有组织责任模式的特征。从刑事合规的规制策略上来看，单位犯罪的归责应当抛弃自然人归责路径，以单位组织结构为归责的根本出发点。不同于个人责任模式以自然人为前提的间接归责，组织体责任模式体现为从单位自身出发的直接归责。在此意义上，单位刑事责任应当归属于组织责任，与自然人道义责任不存在重合。作为组织责任模式的开端之论，人格化社会系统责任论将单位的整体性作为决定性因素，首先推导出单位犯罪中存在两个犯罪主体的结论，但并没有说明单位为何能够独立于自然人承担刑事责任。<sup>23</sup> 提倡“单位嵌套责任论”的学者解释，单位犯罪是单位与单位成员共同实施的犯罪，因而单位成员与单位间是一种“嵌”与“套”的关系，呈现的是共同犯罪形态。<sup>24</sup> 但如此解释绕不开与代位责任及同一视理论存在重合的困惑。企业组织体责任论最早由板仓宏教授提出，目的就是克服代位责任、转嫁责任的理论构想，试图构建法人自身的责任。<sup>25</sup> 黎宏教授率先借鉴国外强调单位组织体特征的新观念，可以不以自然人为中介，直接追究单位自身的刑事责任。<sup>26</sup> 组织体责任论将所有与业务具有客观关联性的员工的行为，在只要能够证明法人违反了注意义务的前提下，都视为法人的行为。这么做忽视了具体行为人的不特定性，无法回应绝对责任的质疑，更无从认定法人过错与违法行为之间的因果关系。通过对组织责任模式下的不同理论的分析可以看出，应当以与责任主义相协调的形式来构筑法人本身的固有刑事责任。<sup>27</sup> 单位固有责任论从属于组织责任模式，并修正了前述责任模式中裹藏的缺陷。单位固有责任论否定以自然人为进路的个人责任模式，毋须先考虑成立自然人犯罪，再考虑成立单位犯罪。单位固有责任论不受制于自然人的犯罪理论，不依赖作为单位内部人员的自然人推导单位自身的刑事责任，而是肯定单位行为归属。单位的独立意志通过其自身组织结构、管理制度、经营方式、企业文化等因素体现。在客观行为方面，单位仍旧通过其内部组成人员的行为来体现，在行为的评价上既考虑单位核心成员也考虑单位一般从业人员。

最后，单位固有责任论提倡社会罪责观念。时至今日，刑罚目的早已经走

---

23 李本灿：《单位刑事责任论的反思与重构》，载《环球法律评论》2020年第4期。

24 陈忠林、席若：《单位犯罪的“嵌套责任论”》，载《现代法学》2017年第2期。

25 [日]佐伯仁志著：《制裁论》，丁胜明译，北京大学出版社2018年版，第139页。

26 黎宏著：《单位刑事责任论》，清华大学出版社2001年版，第323页；黎宏著：《组织体刑事责任论及其应用》，载《法学研究》2020年第2期。

27 [日]佐伯仁志著：《制裁论》，丁胜明译，北京大学出版社2018年版，第120页。

过了绝对报应刑的历史，而走向了报应与预防折中的并合主义，刑罚正当化根据应变更为报应的正当性与预防犯罪目的的合理性。<sup>28</sup>一方面，单位固有责任论注重单位主体对法规范的忠诚，单位固有责任论以社会罪责观念占据支配地位。单位固有责任论主张如果单位主体对法规范的态度有所改变，该改变就会成为影响刑事责任大小的根据。这一理念直接反映为将单位的注意义务进行细分以及注重单位的文化气质，以此作为单位主体对法规范态度衡量的标准。值得注意的是，对法规范的忠诚态度不仅是量刑情节，还是一个影响责任的因素，同时适用于犯罪论和刑罚论，确保体系的完整性。澳大利亚1995年《联邦刑法典》中就规定，单位内部存在指引、鼓励、容忍或者导致不遵守法律规定的企业文化以及单位未能建立要求遵守法律的企业文化等事实都可以成为确定单位主观方面的标准。另一方面，单位固有责任论将社会解决冲突的可能性纳入考量范围，单位固有责任论以社会罪责观念占据支配地位。道义责任论或规范责任论在确定刑法罪责时不考虑可能存在的预防性方面的问题，因为预防不能存在于个人伦理性的报应层面，应当通过社会比较的考量来补充罪责概念。<sup>29</sup>将行为主体放入现实语境和时代背景下对责任的内容加以理解，是社会文化和组织体文化的互相渗透。事实上，《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》就提出了办理涉企业、企业家犯罪慎用强制措施。此外，《最高人民检察院关于充分履行检察职能加强产权司法保护的意見》也强调在案件处理时充分考虑经济安全、市场秩序等因素，严格依法把握起诉条件，从经济安全、公共利益、市场秩序等各方面准确认定社会危害性，综合考虑政策调整、经营不善、市场风险等市场主体意志以外的因素，严格贯彻宽严相济的刑事政策。

## （二）引入单位固有责任论化解刑事合规本土化困境

### 1. 引入单位固有责任论确有必要

对企业犯罪形成有效预防是合规计划实施的原始动力，激励机制是合规计划实施的最终目的，影响和改变企业内部治理结构和内控机制是合规计划实施的具体方式。引入单位固有责任论与刑事合规的治理目标相一致，满足刑事合规的实施模式，有助于内部管理的实施，将单位固有责任论作为刑事合规本土化改造的法理依据确有必要。

28 李勇：《“合规计划”中需有刑法担当》，载《检察日报》2018年5月24日，第3版。

29 王钰：《罪责观念中自由和预防维度——以相对意志自由为前提的经验功能责任论之提倡》，载《比较法研究》2015年第2期。

首先，引入单位固有责任论与刑事合规事先预防相契合。刑事合规的理念和重要机能就在于对企业的出罪以及刑罚的弹性减让，相比于寻求较重的刑罚配置来治理企业犯罪而言，刑事合规是为了更有效地抑制单位犯罪。民事上将代表人的行为归属于法人的做法，纯粹是基于交易关系的原则，使行为人与法人形成连带关系从而充分救济被害人，与刑法上的单位责任没有实质关联。支撑单位主体肯定说的实质动因便是通过处罚法人达到预防犯罪、抑制犯罪的目的，放弃存在意义犯罪主体论的单位固有责任论能够通过组织抑制模式预防单位犯罪。由于单位固有责任放弃自然存在意义上的行为能力与意志能力，因此也可以认为组织抑制模式调整的是法人的意思决定过程。从这一点来看，可以作为刑事合规的理论依据。恰恰相反的是，《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》的做法是通过调整单位核心成员的行为来抑制单位犯罪，采取的是个人抑制模式。只把特定自然人的责任当作法人责任的做法，与处罚法人的刑罚目的不协调。为个人谋取利益犯罪可以按普通的自然人犯罪处理，如果接受指派又转化为核心成员的认定前后抵牾，难以贯彻到底。应当说，无论从一般预防还是特别预防相结合角度，都应当采用组织抑制模式。简单而言，对单位犯罪的预防是使其不再实施相同的犯罪，并且督促其采取必要的组织性的改善措施，包括完善经营方针，审视内部惩戒规则等。

其次，引入单位固有责任论能够顺应达成刑事合规的激励模式。美国的《联邦组织体量刑指南》规定实施有效的合规计划可减轻刑罚，以合规计划积极鼓励单位形成内部的预防犯罪、发现犯罪和报告犯罪的机制，属于合规考察免责模式。与之对应，美国单位严格责任不考虑单位主观罪责，只要单位成员在履行职务过程中实施了犯罪行为即承担单位责任的独特设计与合规考察免责模式相互制约，也与该国立法定性拥有自由裁量的特有机能平衡。英国施行的是企业失职入罪模式，以2010年颁布的《反贿赂法案》中明确规定“商业组织预防贿赂失职罪”为代表。企业失职入罪模式强调企业承担刑事责任的基础是企业内部成员在职务范围出于实现企业利益的目的所实施的犯罪行为，总结归纳为替代责任原则和同一性责任原则。略微不同的是，根据代位责任，企业可能对其任一从业人员行为负刑事责任，同一视原则要求企业仅对内部核心成员的行为负刑事责任。<sup>30</sup>可以发现，刑事合规的激励模式以各国的刑事法律制度为参照对象，并且与各国的单位犯罪归责理论相互牵扯。从我国目前的刑事合规实施方向来看，主要采用的是企业通过建立或者实施合规管理体系来证明自己

---

<sup>30</sup> Guy Stessens, *Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, Vol. 43, pp. 496 - 507.

履行了法律规定的监督管理义务，从而免除了自身的刑事责任法定管理义务履行模式。<sup>31</sup> 根据我国刑事合规的本质意义和实施刑事合规的实质初衷，激励的对象只能为企业而非企业家。但在我国企业合规的试点过程中，既松绑了企业也松绑了企业家。虽然将单位中特定人的思想和行为视为单位自身的思想和行为的做法缓解了单位犯罪面临的责任原则方面的诘难，但对刑事合规而言，便是使其法定义务履行模式停摆。根据法定义务履行模式的推导，刑事合规反对单位严格责任以及单位犯罪拟制论，传统的单位犯罪刑事责任理论不足以成为区分单位责任与单位内部员工责任的根据。只有企业的整体意志得到独立的认定，对其刑事责任的追究才有合理性和正当性。<sup>32</sup> 单位的组织体特性使单位成为具有社会实态的法律形式，组织责任的性质，通过发挥责任切割的作用，有利于合规监管部门的工作，能够逃出“放过企业也放过犯罪人”的窠臼。单位固有责任论之旨趣就是让单位自身的组织特征能够决定对单位的刑事归责，通常犯罪行为与组织特征关联程度越低，对单位出罪的激励就越大。以单位内部的治理结构和运营方式为基础可以较好地地区分单位犯罪和自然人犯罪，同时也能够为单位犯罪的成立寻求相对合理的法理根据。

最后，引入单位固有责任论有助于企业内部管理的有效实施。单位固有责任论的社会罪责观念为合规计划的具体化提供制度空间，使单位固有责任论有助于合规计划的实施。建立并有效实施了合规计划的企业，其预防的必要性显著降低，因此有充分理由使其减轻甚至免除刑罚处罚。长此以往，制度合规就能逐步形成合规文化，从而进一步实现刑罚的一般预防目的。具体而言，其一，单位固有责任论帮助企业形成差异化的内控方式。在现阶段的经济体制改革下，组织体在形式、行为能力、责任能力、经营范围等方面差异很大。现今，单位犯罪归责的实质转变为对社会利益的调整，使得单位犯罪刑事责任的正当依据也随之改变，单位刑事责任应当同时包括决策机关指挥的过错以及管理上的过错。引入单位固有责任论有助于合规计划达成差异化的目的，针对不同组织体实施不同的内控方式。其二，单位固有责任论有效防止任意处罚。单位固有责任论的社会罪责观念使刑事归责的过程变得更严格，以防止对单位造成任意处罚，有助于内部管理的有效实施。单位固有责任论所倡导的社会罪责观念在单位刑事归责的认定上体现得更为谨慎，最终能否将特定犯罪事实归咎于单位，需要根据对法规范的忠诚度以及社会治理能力标准依次检验。其三，单位固有责任论使责任主体之间不易产生株连。雀巢员工侵犯公民个人信息案持续纷争

31 陈瑞华：《企业合规出罪的三种模式》，载《比较法研究》2021年第3期。

32 陈瑞华：《合规视野下的企业刑事责任问题》，载《环球法律评论》2020年第1期。

的焦点在于行为归属个人还是单位，一审法院<sup>33</sup>及二审法院<sup>34</sup>都对单位承担责任持否认态度，从司法上避免了株连的发生。单位固有责任论为避免株连提供了正当性注解，按照顺向逻辑，单位固有责任论要求组织责任具体化，防止个人株连单位。按照逆向逻辑，单位固有责任论承认法人的实质精义源于法人的基本形态和本体意义，防止单位株连个人。

## 2. 引入单位固有责任论切实可行

在刑事合规的背景下，对单位犯罪刑事责任理论的筛选无法脱离对域外源流的考察。换言之，唯有在借鉴域外的基础上才能更好地进行本土化适用。综观域外刑事合规的实施模式，典型当属美国所采用的量刑激励模式和考察免责模式。依据《联邦组织量刑指南》的规定，在犯罪行为发生后，若企业已构建和实施了合规计划，可以帮助企业减轻刑罚。<sup>35</sup>与此同时，暂缓起诉协议制度和不起诉协议制度是合规考察免责模式的表现形式，对已经构成犯罪的涉案企业纳入合规考察的对象，根据考察结果确定起诉与否。除此之外，刑事合规程序的主导范式还包括英国的抗辩模式。此外，需要强调的是，在世界企业合规法律体系中占据重要席位的意大利“第231号法令”则将企业人员分为企业高管和企业雇员，并依据职位的不同，分别规定了不同的企业免责条件。详言之，在企业高管实施了犯罪的情况下，如果企业能够证明已经建立了有效的合规计划以及委托监管机构进行持续的监管，企业无须承担责任，除非欺诈性行为或监管机构监管不足。我国的刑事合规制度模式同于意大利的出罪模式，将企业有效的合规行为作为法定出罪事由，直接免除企业的法律责任。

不可否认，刑事合规的制度模式与单位归责理论具有内在关联，各国的单位责任依据的差异化源于企业合规的不同模式。对我国而言，将单位固有责任论作为企业合规本土改造的法理依据切实可行。事实上，出于考察企业出罪的目的，同时为方便作出更清晰的评价，有学者提出在刑事合规的过程中可尝试通过对系统性的单位犯罪与非系统性的单位犯罪区分的方式进行更为精准的评判。然而，该方式有将单位放入行为人刑法的判断框架之嫌，对企业合规而言，正确的做法应当是秉持行为责任原则，并在我国现有的刑法语境下找到单位固有责任论的生存空间。

从实体法上，刑法条文没有明显违背单位固有责任论的理论取向。单位固有责任论将自身监督管理义务上升为刑法义务，提高了企业合规的法律地位，

33 甘肃省兰州市城关区人民法院（2016）甘0102刑初605号刑事判决书。

34 甘肃省兰州市中级人民法院（2017）甘01刑终89号刑事裁定书。

35 U. S. Sentences Guidelines Manual § 8C2. 5 (f) .

《刑法修正案（九）》所增设的拒不履行信息网络安全管理义务罪可以作为合理的例证。单位固有责任论也能够理性解释《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第2条及第3条的规定，该规定绝非对法人人格的否认，更非消灭法人的主体资格。从单位固有责任论的角度，其中，个人为进行违法犯罪活动而设立的公司不存在单位的决策意志和归责，以实施犯罪为主要活动应理解为非职务行为，盗用单位名义实施犯罪等同于诈欺性行为。与此同时，单位固有责任论与刑罚论的规定相互协调，双罚制的处罚原则与单位固有责任论的理论取向一致。在此意义上，目前的代位责任或转嫁责任实质上均构成二重处罚。从程序上，我国《刑事诉讼法》中已设置的针对未成年人犯罪的附条件不起诉制度、认罪认罚从宽制度等与单位固有责任论相辅相成，从整体和特殊上为单位固有责任论提供指导。涉罪企业的合规计划是体现涉罪企业认罪态度和认罚行为的重要载体，一方面顺应因地制宜、因时所需的重要举措，另一方面高效、快速地实现正义。在这样的制度之下，刑事合规不仅作为一种激励机制，更是作为对教育刑的积极回应。若在司法实践中妥善适用合规计划，即等于给特殊预防提供了一种新的可能性，帮助确定犯罪人再犯可能性的高低。单位固有责任论下单位责任和单位成员责任在构成上的各自独立恰巧为司法程序提供了条件，反过来说，我国的程序制度也为单位固有责任论的引入提供了空间。

此处需要指出的是，单位固有责任论的引入应当满足其应用标准。首先，单位固有责任论的应用应当遵循对等原则。相比于在 *US v. Bank of New England* 案中被认可的集合原则<sup>36</sup>，对等原则具有更稳固的理论与实践地位。集合原则存在的主要意义在于当犯意加总时才能满足单位犯罪构成要件の場合，集合原则将元素综合，最终扩展单位主体刑事责任的范围。对等原则将单位的一些成员具体化，能够更好地进行分析和归责，厘清归责链条。

其次，坚守单位过失底线要求，将过失犯的成立限定在一定的合理范围内。因此，对单位过失的底线要求应采用新过失论，对风险的限定也意味着要通过结果回避义务来实现。也就是说，在单位过失责任的认定上，单位主体的注意义务是对结果的回避义务。需要明确的是，只有采取体制过失责任论，单位犯罪论和过失犯罪论才能协调。<sup>37</sup> 因为，从处罚单位犯罪的规范保护目的的角度而言，单位主体不能仅对与单位内部的规章制度、治理结构、企业文化尽忠实

<sup>36</sup> See *US v. Bank of New England*, 821 F.2d 844 (1987).

<sup>37</sup> 聂立泽、胡洋：《单位犯罪中的预见可能性：兼论结果无价值单位过失犯罪论的疑问》，载《贵州民族大学学报》2016年第6期。

义务,更要体现对整体法规范的忠实。此外,从主体的角度而言,单位主体的过失应由单位自身整体能够达到的标准判断。如果沿用旧过失论的绝对具体的预见可能性标准,将会放任单位主体的过失行为。因为单位主体的组织体性特性决定了单位无法满足高度的预见可能性,对单位内部成员的具体行为也难以有具体的预见可能性。新过失论在预见可能性上只要求相对具体的预见可能程度即可,重点关注对结果的回避义务。在运用注意义务的判断标准过程中,应考虑不同单位的个体性要素,使单位主体可以对结果回避义务前提条件明确化的可能性和结果回避义务内容具体化的可能性做注脚。此时单位履行结果回避义务的合格线可以通过合规制度进行考察,具体而言,通过单位制定并落实适当的合规计划进行考察。<sup>38</sup>

最后,确保量刑结果唯一。由于单位组织结构迥然,合规计划的成立与单位固有责任论的引入相当于为单位刑事责任的承担拟定一个不确定的函数关系。正确的做法是,单位固有责任论的引入需要确保对单位自身及内部成员进行类型化处理,保证刑事责任归责结果的唯一性。合规计划使得量刑过程分布进行,以致单位固有责任论使函数关系成立。纵使需要法官葆有公平、正义的观念,也需要有可视化的标准作为辅助。在此基础上,伴随社会结构、经济发展不平衡、犯罪类型等微弱影响因素,也能够使得值域在有限的区间内浮动。对此,组织量刑指南与合规计划是企业合规实施过程中的一体两翼。具体罪责指数可以根据业务性质、决策事项的集权方式、管理制度的政策倾向、运营模式、风险发生后的应急机制、默认规则所决定,这正好也是合规计划的具体内容。组织量刑指南主要对犯罪等级及罪责指数进行规范,犯罪等级根据实体法所规定的罚款金额确定,犯罪等级及有效的合规计划影响具体的罪责指数,最终由罪责指数决定最终的量刑。

## 结语

单位固有责任论在为刑事合规实施提供理论基础的同时,也能够一并弥合立法规范现实困惑,消解对具体问题的争议。单位固有责任论有利于辨清单位主体,完善单位犯罪处罚制度,明确单位过失犯罪的废增,调整单位主体的法定刑和量刑激励机制,帮助实现刑事合规制度的本土化构建。

1. 单位犯罪主体的重构。站在单位固有责任论的立场,单位具备独立的犯罪能力是单位主体承担刑事责任的基础。对应用到立法规范上,对于一人公司而言,其无法满足具有独立于单位成员的决策机制和规则的要求,一人公司不具

---

38 耿佳宁:《单位固有刑事责任的提倡及其教义学形塑》,载《中外法学》2020年第6期。

备独立犯罪能力，不应成为单位犯罪主体。除此之外，单位固有责任论进一步考察单位刑罚适应能力。否则，针对单位主体的罚金刑就无法发挥刑罚预防目的。在此意义上，国家机关、国有公司缺乏刑罚适应能力。因此，仅当相关犯罪行为的犯罪对象为财物、资产、财产性利益时，国家机关及国有公司才能成为实施相关犯罪行为的主体。

2. 单位过失犯罪的废止。传统单位刑事责任理论所采取的理论构造是把自然人的行为和意思直接解释为单位的行为和意思，单位固有责任论的引入意味着单位的过失犯罪是客观监督过失而非主观过失。因而，应考虑将对我国《刑法》分则中的第189条“对违法票据承兑、付款、保证罪”、第363条第2款“为他人提供书号出版淫秽书刊罪”等无监督过失可能性的单位过失犯罪予以废止。

3. 单罚制单位犯罪的纠偏。只处罚单位成员而不处罚单位的单罚制不符合单位犯罪的归责基础，更确切而言，单罚制单位犯罪本质上不是单位犯罪，应当被剔除在单位犯罪的外延之外。单位固有责任论是将单位主体与自然人主体割裂开来，对自然人和法人的行为分别进行独立的判断。单位固有责任论体现的是自然人责任和组织体责任的二元构造，对单位犯罪进行单罚失之偏颇。

4. 法定刑与量刑激励的调整。根据刑事合规的宽缓主义的立场，单位犯罪的成罪标准不应同于自然人，单位作为主体与自然人作为主体的犯罪中法定刑设置、量刑幅度设置、量刑激励机制的设置不应当相同。但是，统一对单位成员和纯正的自然人犯罪的定罪标准和处罚力度则是刑事合规本土化构建的具体体现。