单位犯罪的
经济分析

组织责任、刑罚成本与制度重构



高鹏　著

德麦国际出版社
Demai International Press

单位犯罪的

经济分析

组织责任、刑罚成本与制度重构

高鹏　著

德麦国际出版社
DEMAI INTERNATIONAL PRESS

出 版 信 息

书名	《单位犯罪的经济分析——组织责任、刑罚成本与制度重构》
著者	高鹏
执笔	高鹏著；学派分析方法参考王德生《法学学派解构入门》
出版	德麦国际出版社（Demai International Press）· 新加坡
编号	德麦国际专著第 325 号
ISBN	979-8-90690-579-6
定价	US$20
开本	190 mm × 250 mm
字数	约 29 万字
版次	2026 年 10 月第 1 版

说明：本书以作者 2008 年湖南师范大学硕士学位论文《单位犯罪的经济分析》为问题起点（指导教师唐世月教授），书中凡引原论文均已据原文核对。第 3、4 章的学派分析方法参考王德生《法学学派解构入门》（德麦国际出版社，2026）。书中构想案例的公司、人物与情节均为虚构；所提出的检验设计，凡未注明已完成者均尚待执行；标〔待核〕处的条文号、日期与文献信息尚待核对。本书不构成法律意见。

全书结构：出版信息、作者介绍、前言、导读、目录；导论与十编四十二章；结语、参考书目、附录六件。

作 者 介 绍

高鹏，法学硕士，高校教师，兼职律师。早年修习金融专业，毕业后供职于国有商业银行市级分行，从业八年，获中级会计师资格。后考取全日制法学硕士研究生，2008年于湖南师范大学完成硕士学位论文《单位犯罪的经济分析》（指导教师唐世月教授），本书即以该论文为问题起点。

硕士毕业后任教于公立本科院校，主讲法学课程，并以兼职律师身份参与法律实务，长期在制度规范、司法判断与现实经验之间往返。研究以法理学与法社会学为根基，关注法律如何在制度、感知与时间中实际发生作用，涉及司法认知、权利救济与执行、刑罚边界与刑法制度设计等方向。2026 年起随王德生研习发生学方法。

已发表理论文章百余篇，著有《高鹏讲贝卡利亚：普通人都能懂》《高鹏讲杜威：普通人都能懂》《高鹏讲加缪：普通人都能懂》《没有那一栏》等专著。金融从业与会计实务的经历，使他在研究单位犯罪时格外留意罚金、违法所得与经营成本在组织账簿中的实际去向，这也是本书追问“判由谁服”的来路之一。

前 言

一份判决，由谁来服

◆ 一、一个从账本里来的问题

我在银行工作过八年。那几年里，最常经手的不是法律条文，而是凭证、科目和报表。一笔钱从哪个账户出去、记在什么科目、由谁签字、最后摊到谁的头上，在会计那里都有去处。后来转学法律，读到单位犯罪的判决，总有一个从账本里带来的问题挥之不去：判决书写着“对被告单位判处罚金若干万元”，这笔钱出了公司的门以后，到底落在了谁的身上？

判决书不回答这个问题，也不必回答。刑法关心的是谁构成犯罪、该受什么处罚；罚金缴纳之后，执行就告一段落。可是在公司里，这笔钱要进预算、要过账、要在下一年的经营里找到填补的地方。员工的年终奖、产品的报价、股东的分红、供应商的账期，都可能是它的去处。真正定下那张违法业绩指标表的人，可能分文未出，第二年照样定指标。

2008 年，我在湖南师范大学写硕士学位论文，题目就是《单位犯罪的经济分析》。那篇论文在唐世月教授指导下完成，从一个司法实践里的反常出发：单位犯罪在理论上被认为比自然人犯罪更严重，在实务中却常常成了从轻处理的一条思路。论文借经济分析法学的交易三分法，主张只有进行谈判型交易的私营公司企业才能成立单位犯罪，进行管理型交易的国家机关、事业单位，以及当时主要承担公共服务的国有企业，都不能成立单位犯罪；还讨论了单罚制、单位立功和直接责任人员累犯。十八年过去，公司治理、国有资产经营、企业合规和司法制度都变了很多，当年的一些判断需要收窄，一些需要修正。但那个从账本里来的问题，今天看来更尖锐了。

◆ 二、这本书想说的一句话

这本书想说的，可以收成一句话：单位犯罪不是“有意志的单位所犯的罪”，也不是“可以定价的违法”，而是被组织拆散的犯罪。

“有意志的单位”，是长期以来解释单位犯罪的主流读法：到会议纪要和负责人批示里去找单位的“心”。“可以定价的违法”，是法经济学威慑论的读法：只要罚金高过违法收益，违法就会停下来。两种读法都抓住了真东西，又都冻住了一处。前者只看决定在哪里，后者只看价格够不够。

组织最擅长的，恰恰是把东西拆开：把决定拆到不同的会议和岗位，把知情拆到不同的流程环节，把收益记进一个科目、把成本摊进另一个科目，把签名留给最基层的经办人。刑法却必须对特定主体和特定行为作出确定的判断。两者之间的落差，我称之为“判服错位”：判聚在“单位”这一点上，服却散在组织内外多处。

“判”与“服”这对说法，借自王德生先生的《法学学派解构入门》。判，是任何一次“这件事该这样”的定夺；服，是对判的接纳——缴纳、整改、签字、照着去做。自然人犯罪中，被判的人就是要服的人；单位犯罪中，判与服之间隔着一整个组织。

◆ 三、本书怎样展开

全书十编四十二章。

第一编交代单位犯罪进入中国刑法的制度史，以及这本书与 2008 年那篇论文的关系。第二编把法经济学的几种工具当作学派来读，并在第 4 章为单位犯罪研究立出七张“出生证”：否定论、单位意志论、替代责任论、组织过错论、威慑论、合规激励论和双罚制教义学。七张出生证各自冻住了一个再聚合的点，共同冻住的，是“判作出以后由谁来服”。

第三编到第九编，是七处拆散：知情、责任、服的落点、损害、成本、签名和过程。每一编讨论一处组织把东西拆开的方式，以及刑法在法定要件之内能把它再聚合到什么程度。第十编讨论跨国比较、算法决策和立法上的备选方案，第 42 章作结。

每一章末尾都有一节“本章在学派坐标中的位置”，说明这一章松动了哪张出生证、涉及哪一种制度依赖，以及在什么情况下本章的判断应当收窄。

◆ 四、几条自我约束

这本书讨论的是刑法，而且是在中国现行刑法之下讨论。所以有几条约束，贯穿全书。

第一，法定、经验、立法三层分开。现行法规定了什么，是规范事实；某种处罚是否有效，是经验问题；是否需要修改法律，是政策与立法问题。法院不能从一个经验预测直接改变现行法的适用，研究者也不应因为现行法已有规定就放弃对制度效果的评价。

第二，分析工具不是构成要件。书中提出的组织行为链、个人责任位点、制裁负担通道、可见性缺口等概念，都是证据与政策的工具，不增加、不减少任何犯罪的法定要件。

第三，构想案例不是证据。为了把道理讲清楚，书中用了不少构想的场景，都已标明。书中设计的检验，凡没有说已经完成的，都还没有执行。

第四，结论可以被推翻。全书给出了四条主要的失败条件，在导读里列出，在结论一章逐条报账。如果后来的研究表明这些条件成立，本书的相应判断就应当收窄或撤回。

◆ 五、写给谁

这本书写给研究刑法和法经济学的同行，也写给在检察机关、法院、律师事务所和企业合规部门里处理单位犯罪案件的人。对前者，它提供一个把各家学说放进同一坐标的办法；对后者，它提供几张可以直接用的表：法源表、行为链表、人员责任表和制裁负担表。

书中关于具体案件的讨论只是分析示例，不构成法律意见。

最后要感谢王德生先生。他的发生学方法和法学学派解构的读法，让我重新拿起了十八年前的那个题目；本书第 3、4 章的方法框架，直接受益于他的《法学学派解构入门》。书中的判断与错误，由我自己负责。

高鹏

2026 年 10 月

导 读

这本书怎么读

◆ 一、一句主命题，三条通道

全书的主命题只有一句：**单位犯罪不是“有意志的单位所犯的罪”，也不是“可以定价的违法”，而是被组织拆散的犯罪**。由此生出的根本难题是判服错位：判聚在“单位”一点上，服散在组织内外多处。单位犯罪制度的任务，是在法定要件之内做再聚合，让判落到服能改变风险的地方。

再聚合有三条通道，贯穿全书：

通道	把什么再聚合起来	主要在哪几编
组织行为链	被拆散的决定与知情	第三编、第四编
个人责任位点	被拆散的责任	第四编
制裁负担通道	被拆散的成本与损害，追问判由谁服	第五、六、七编

第八编的合规，是让服在事前就显名；第九编的实证，检验再聚合是真的发生了，还是只在文书上发生。

◆ 二、七处拆散

编	被拆散的是什么	本编的核心判断
第三编	知情	分析单位是组织行为链上的可见性缺口；规范账与激励账的“两账分离”
第四编	责任	刑责分配不是评分，而是路径位点拆解；“先单位后个人”的次序生出默认有责的账簿
第五编	服的落点	罚金是否在公共体系内循环，是个案事实而不是类别属性；罚金落点与程序完备度两个读数
第六编	损害	无字段损害不是被遗忘的损害，而是被没收的损害
第七编	成本	罚金可能被预算化、保单化、合同化而成为价格；价型威慑与禁型威慑

编	被拆散的是什么	本编的核心判断
第八编	签名	合规的作用是把可匿名的漂移改写为必须显名的跨越；签到与承担
第九编	过程	规则越细，连续的组织过程越容易被切成单独闭合的钩子

◆ 三、七张出生证

第 4 章把单位犯罪研究中的七种读法写成七张学派“出生证”：先问它的主角是立法者、法官还是守法人，再问它把人预设成什么样、把法预设成什么东西。

学派	冻住的再聚合点
否定论	只认个人，组织不入场
同一视与单位意志论	决定
替代责任论	收益归属
组织过错与公司文化论	结构
威慑论	成本
合规激励论	整改
双罚制教义学	先单位后个人的次序

七张出生证共同冻住的，是“判作出以后由谁来服”。附录四有完整的出生证表和异象登记表。

◆ 四、读法路线

时间充裕的读者，按顺序读即可。时间有限，可以按身份选路线：

- 研究者：导论（导论）→ 第 3、4 章 → 每编第一章 → 第 42 章 → 附录二、附录四。
- 法官与检察官：第 4 章 → 第 13、14 章 → 第 26、28、29 章 → 第 33 章 → 第 42 章第四节的“四份表”。
- 律师与企业合规人员：第 9、10 章 → 第 13 章 → 第 31—34 章 → 附录五的构想案例。

· 研究国有经济主体的读者：第五编整编，再读第 21 章与第 41 章。

◆ 五、怎样推翻这本书

本书给出四条主要的失败条件，在第 42 章逐条报账：

1. 判服错位：若在罚金额相近的案件中，判决是否同时对控制者作出与其控制权相称的处理、是否依法追缴其实际违法收益，与后续同类违法的复发并无关系，判服错位应降级为描述视角。
2. 默认有责的账簿：若在明确要求逐人说明作用的案件里，以在场事实认定个人责任的比例并不下降，第四编的判断不能成立。
3. 签名建制：若经过真实整改的企业中，“不知情”的辩解被采纳的比例并不下降，第八编的判断应当撤回。
4. 负担通道：若复发主要随个人制裁的强度变化，而与指标、费用科目等通道是否被改写无关，本书关于“罚金外溢是组织预先铺设的负担通道”的判断应当撤回。

检验设计见第 35 章与附录三。它们都尚待执行。

◆ 六、凡例

一、本书以作者 2008 年于湖南师范大学完成的硕士学位论文《单位犯罪的经济分析》（指导教师唐世月教授）为问题起点。书中凡引当年论文，均已据论文原文核对，注明出自原论文第几章第几节；第 2 章逐条列出原论文的主要命题，并标明今天属于承继、收窄、修正还是悬置。

二、本书第 3、4 章所用的学派分析方法（学派出生证、吸收、制度依赖、判与服）参考了王德生《法学学派解构入门》（新加坡：德麦国际出版社，2026），书中引用处均已注明。

三、法律、司法解释与规范性文件以截至 2026 年 10 月的现行有效文本为准。条文号、施行日期尚待核对的，标注〔待核〕。

四、书中“构想案例”“设想”“以下为构想场景”所指的公司、人物与情节均为虚构，用于说明分析方法，不指向任何真实主体，也不构成经验证据。

五、本书对现行法的讨论分解释论、政策论与立法论三层。立法与政策方面的意见均为学术建议，不意味着司法机关可以据此改变现行法的适用。

六、外国法与外国文献的介绍以说明比较对象为限，不作制度优劣的一般判断。

七、本书不构成法律意见。具体案件的处理，以案件事实、证据与现行法律为准。

◆ 七、带着三个问题读

读每一章时，可以随身带三个问题：

- 这一章讨论的，是组织把什么拆散了？
- 刑法在法定要件之内，能用什么证据把它再聚合起来？
- 判作出以后，服落在了谁身上？

目 录

作者介绍 · · · · · iv
前言　一份判决，由谁来服 · · · · · v
导读　这本书怎么读 · · · · · ix

导论　为什么必须重新经济分析单位犯罪 · · · · · 1

第一编　制度史与学术史：单位犯罪为什么进入中国刑法 · · · · · 8
第 1 章　刑法为什么需要单位犯罪 · · · · · 9
第 2 章　2008年的问题意识与2026年的制度现实 · · · · · 17
第 3 章　刑法学与法经济学如何互相约束 · · · · · 31
第 4 章　中国单位犯罪研究的范式谱系 · · · · · 42

第二编　经济分析的工具：从理性选择到组织博弈 · · · · · 52
第 5 章　犯罪收益、发现概率与预期制裁 · · · · · 53
第 6 章　谁是组织中的理性行为者 · · · · · 62
第 7 章　监管者、企业和员工的三方博弈 · · · · · 72
第 8 章　有限理性、心理学与组织文化 · · · · · 82

第三编　组织之为犯罪主体：意志、信息与不法生成 · · · · · 92
第 9 章　单位意志的证据究竟是什么 · · · · · 93
第 10 章　组织过错：不是任何管理失灵都构成犯罪 · · · · · 102
第 11 章　违法收益的归属与控制 · · · · · 111
第 12 章　组织犯罪怎样在司法中被"结形" · · · · · 119

第四编　归责体系：单位责任与个人责任如何分离 · · · · · 128
第 13 章　单位与自然人之间的责任分配 · · · · · 129
第 14 章　实际控制人、影子董事与空壳公司的穿透 · · · · · 140
第 15 章　母子公司、关联企业与供应链犯罪 · · · · · 149
第 16 章　单位犯罪与共同犯罪、责任竞合 · · · · · 158

第五编　公共经济主体：高鹏早期命题的再证明与再反驳 · · · · · 169
第 17 章　国家机关能否构成单位犯罪：法律与效率的分层回答 · · · · · 170
第 18 章　国有事业单位的服务属性与处罚转嫁 · · · · · 178
第 19 章　国有企业资格争议：从所有制到控制权 · · · · · 185
第 20 章　所有制平等、罪刑法定与立法选择 · · · · · 194
第 21 章　国家作为处罚者与所有者的双重代理问题 · · · · · 201

第六编　类型化犯罪：不同法益下的成本结构 · · · · · **208**
第 22 章　单位行贿、单位受贿与腐败网络 · · · · · 209
第 23 章　金融、证券与涉税犯罪的组织动机 · · · · · 219
第 24 章　安全生产、环境与食品药品责任 · · · · · 229
第 25 章　知识产权、数据与平台型单位犯罪 · · · · · 240

第七编　制裁经济学：罚金、补偿、没收与外部成本 · · · · · **252**
第 26 章　罚金刑能否真正改变组织行为 · · · · · 253
第 27 章　没收犯罪所得与违法收益计算 · · · · · 264
第 28 章　组织惩罚的外部性与无辜者保护 · · · · · 273
第 29 章　刑事制裁、行政处罚与民事责任的组合 · · · · · 284
第 30 章　最优制裁模型的破产与制度伦理 · · · · · 295

第八编　企业合规：组织自我规制的真实激励 · · · · · **308**
第 31 章　刑事合规的理论根据与中国化 · · · · · 309
第 32 章　企业合规的四重功能与成本 · · · · · 317
第 33 章　合规从宽、认罪认罚与程序正义 · · · · · 324
第 34 章　中小企业合规与反向风险选择 · · · · · 331

第九编　司法与实证：从可见案例到反向案例 · · · · · **339**
第 35 章　单位犯罪判决书的经验研究方法 · · · · · 340
第 36 章　反向案例组：谁没有构成单位犯罪 · · · · · 349
第 37 章　处罚实际效果：再犯、破产、补偿与守法 · · · · · 357
第 38 章　案例如何进入司法视野：取证与叙事偏差 · · · · · 365

第十编　数字时代与立法重构：制度设计的边界 · · · · · **373**
第 39 章　跨国法人刑责制度的可移植性 · · · · · 374
第 40 章　算法决策、自动化合规与新型组织责任 · · · · · 387
第 41 章　单位犯罪制度重构的三组备选方案 · · · · · 398
第 42 章　结论：单位犯罪应当处罚谁，如何处罚，为什么处罚 · · · · · 410

结语　回到那家门窗公司 · · · · · **417**

参考书目 · · · · · **419**

附录 · · · · · **423**
附录一　现行法源、历史版本与解释边界核查 · · · · · 423
附录二　九大研究问题的竞争解释与撤回条件 · · · · · 430
附录三　单位犯罪案例编码手册与实证检验方案 · · · · · 436
附录四　单位犯罪学派出生证与异象登记表 · · · · · 443
附录五　八组假设案例的反向压力测试与规范裁判方案 · · · · · 452
附录六　书级术语表 · · · · · 463

导 论

为什么必须重新经济分析单位犯罪

◆ 一、一个被法律文书隐藏的困难

当一家公司因单位犯罪被判处罚金，案件在裁判书中的基本关系通常很清楚：单位构成法定犯罪，依法缴纳罚金，直接负责的主管人员及其他直接责任人员按照法律受到相应刑罚。可是从判决执行的那一天起，组织内部发生的经济后果远比裁判书复杂。罚金究竟减少了谁的财富？经营者会不会把它当成可以预先计提的日常支出？被害人是否因此更难取得赔偿？一般员工能否改变下次违法发生的风险？纳税人或公共服务对象是否为一项以威慑犯罪为目的的措施支付了额外成本？这些问题可能都是真实的，却不一定直接出现在定罪理由中。

反过来，一家企业可能设置了繁复的合规制度：董事会通过反舞弊政策，业务部门组织培训，财务人员在审批流程中反复签名，法律顾问发布风险清单。违法仍然发生。此时是公司故意犯罪，还是某些人绕过制度实施的个人犯罪？如果公司高管持续设立不可能通过合法方式完成的盈利指标，即使没有留下明确违法指令，组织责任应如何被证明？如果一位基层员工曾在付款单上签字，却无法接触完整交易信息、没有否决权且未取得个人利益，其刑责应如何评价？司法实践要求找到可以裁判的“人”和“行为”，而复杂组织并不总按这种结构留下证据。

这两类困难表面上分属处罚与归责，实质上共同指向组织经济活动的一个矛盾：组织能够把决定、收益、成本和责任分散到不同时间与人员，而刑法必须对特定主体和行为作出确定判断。前一项分散使违法有机会成为惯例，后一项确定性则保障刑事责任不被任意扩大。如果研究只强调组织风险的复杂性，容易要求法院用宏大的制度语言填补证据缺口；如果只强调个人行为的局部性，又可能让那些真正由组织结构产生的违法风险在被告轮换中循环。单位犯罪的经济分析需要同时抵抗这两个方向的诱惑。

◆ 二、法律为什么不能只问“公司有没有意志”

传统单位犯罪学说围绕“单位意志”有大量讨论。这一术语的重要性在于，法人或其他组织并不具有自然人的心理器官，法律不能不解释它何以成为犯罪主体。但单位意志并非一个在现场可以直接观察的对象。它通过组织的决策程序、授权、反复遵循的内部惯例和利益机制被推定。于是研究者容易陷入概念循环：组织因为能够形成意志而能够犯罪；证明单位意志的根据又是行为由组织实施。要打破循环，必须把概念送回经验层，观察到底发生了什么。

在交易组织中，一个实际违法行为常常经历目标设定、指标分解、业务发起、法务意见、财务审批、执行、收益入账和异常处理。每一步具有不同的决定者和可控制范围。组织意志的证据可以在若干步骤中形成，却也可能在这些步骤之间失去统一叙述。就此而言，组织行为链是对传统单位意志判断的取证补充，它要求研究者将“谁作出选择”改写为更细致的问句：谁能改变指标、拒绝授权、停止交易、保留不利信息、修复制度，并实际以何种方式运用这些权限？但是，行为链不因步骤丰富便独立构成犯罪，法律上的主观要素仍须依法证明。

把这类组织分析与刑法基本原则连接起来，是全书的第一条纪律。高鹏 2008 年的硕士论文以经济分析法学为方法，区分谈判型、管理型与身份—捐赠型交易，据此主张私营公司企业可以成立单位犯罪，国家机关、事业单位与国有企业不能成立单位犯罪，并讨论了单罚制、单位立功与直接责任人员累犯等刑罚问题。第 2 章逐条对照了这些命题，不能用今天的概念反向改写当年的论证。本书今天的理论增量，必须作为今日的论证独立接受检验。即使作者与当年论文为同一人，新的专著也应当诚实区别历史学术成果与此后发展出的判断。

◆ 三、罚金在谁的账本上结束

如果刑事罚金是为抑制违法而设计，那么名义金额之外，还要知道它改变了谁的行动。对小型民营企业，付款可能直接减少实际控制人可支配收入；对大型股份公司，成本可能通过收益分配、价格或融资传递；对预算约束较软的公共经济主体，内部补贴安

排可能改变真实支付者；对互联网平台，佣金规则、服务费、补贴和商户结算条件可能改变，负担被拆成分散的小额损失。不同组织具有不同的传导通道，既不能断言所有罚金都有效，也不能断言所有罚金必然无效。

刑事制度的经济学评价不能只追问是否有净威慑，还要追问谁为它承担成本。若管理层采取违法策略却通过合同使一般消费者承担主要罚金，处罚可能对公司利润有影响，对真正决策者的行为作用却不足。若组织因巨额罚金破产，普通劳动者失业、被害人赔偿受阻，严厉处罚可能同时带来治罪和新的社会损害。反过来，对控制者精准追责、依法追缴其实际违法收益并建立可核查的合规整改，可能用较少的第三人损失取得更稳定的长期守法效果。

这种评估应当有清楚的制度层级。现行法是否规定单位犯罪和罚金，是规范事实；某种罚金是否能够有效减少违法，是经验问题；若经验显示某种制裁成本过高，立法者应否调整制度，是政策与价值判断。法院不能从一个经验预测直接取消现行法规定，研究者也不应因为现行法已有条款便禁止对制度效果进行批评。把法律效力与制度合理性分开，既保住法律确定性，也保住批判能力。

◆ 四、国有经济主体为什么成为最严厉的检验场

本书的研究源流中，关于国家机关、国有事业单位和国有企业单位犯罪主体资格的疑问尤其尖锐。人们容易问：国家机关如果从财政资金中支付刑事罚金，钱仍在公共体系中循环，究竟惩罚了谁？这个疑问有现实启发性，因为它将“国家处罚国家”这种表面悖论转换为处罚的真实负担问题。但它也最容易出现论证跳跃。现行《刑法》与相关司法解释明确存在包括国家机关、国有公司企业及事业单位在内的单位犯罪主体规则，研究不能单凭经济推理将其从法律中删除。

本书将公共经济主体分成至少三类。第一类是主要以财政预算履行公共管理职责的机关，其处罚负担可能在预算调整中转移；第二类是具有公共服务职责的事业机构，机构被罚可能同时触及服务能力与内部问责；第三类是具有相对独立经营、资产负债和市场治理结构的国有公司企业，罚金可能真实影响经营管理与多种出资人。对每一类，均

需分别考察出资所有权、实际控制权、违法收益、补位安排和服务对象。分类目的不是制造新的主体豁免，而是避免经济分析失去解释力。

市场化国有企业为这一理论提供特别强的反例：如果一家公司在竞争市场经营、面临破产约束、董事会和经理层因罚金受到真实后果，那么“国有资本占比高”并不使刑罚必然空转。与此同时，单纯对国有企业追求罚金最大化，也可能让一般股东和消费者承担过大成本。真正有意义的判断是处罚何时触及风险控制者，而不是国有单位三个字是否足以决定一切。

◆ 五、现代企业合规提出了另一项挑战

如果企业经过真实整改后可以降低再犯风险，那么刑事制度应否对其投入给予激励？若回答过于肯定，企业可能购买合规文书以谋求免责；若一概拒绝，企业可能减少主动发现和报告违法的投入。Arlen与Kraakman1997年的研究揭示不同企业责任制度在预防、调查和报告激励上的差异；Christmann与Klein2024年的三方博弈研究则提示监管与企业内部监督成本的相对关系，会改变可取的制度组合。中国2021年涉案企业合规第三方监督评估机制提供了重要的程序观察场景，但其适用不意味着企业拥有普遍的合规出罪权。

现代合规还改变了单位犯罪证据的生成方式。在没有合规制度时，违法安排可能只有口头指令；有了合规制度之后，企业会留下大量签字、审查、培训和报告记录。更多痕迹本来应该提升事实识别能力，却也可能给追责带来偏差：签字者有时拥有权力，有时只是无权拒绝的执行者；出具合规意见可能意味着尽职，也可能成为管理层风险转移的工具。合规是否成功，必须看一项制度在面对真实风险时能否改变行为，而不是看文件是否已经形成闭环。

◆ 六、七处拆散与十编的分工

本书的问题可以收成一句：组织把哪些东西拆散了，刑法又能在法定要件之内把它们再聚合到什么程度。按被拆散的对象，全书分成七处讨论。

第三编讨论被拆散的知情：组织可以设计出一种“不必知道”的流程，让每个经手者都没有看到全貌，单位犯罪的分析单位因而不是法人资格、不是单位意志，而是组织行为链上的可见性缺口。第四编讨论被拆散的责任：刑责分配不是给每个在场者的罪过打分，而是拆解犯罪路径上的位点，问谁的作为真正推动或本可切断这条路。第五编讨论服的落点：判决落在国家机关、事业单位、国有企业身上时，最终由谁承受，这是判服错位最尖锐的场景。第六编讨论被拆散的损害：有些损害不是被遗忘了，而是从来没有获得在案件字段里登记的资格。第七编讨论被拆散的成本：罚金可能被预算化、保单化、合同化，从禁止的信号变成一个价格。第八编讨论被拆散的签名：合规真正减少犯罪的机制，是把犯罪从可匿名的漂移改写为必须显名的跨越。第九编讨论被拆散的过程：规则越细，连续的组织过程越容易被切成一个个单独闭合的环节，真正该负责的人反而越安全。

在这七处之前，第一编交代单位犯罪进入中国刑法的制度史和本书的学术来路，第二编把法经济学的几种工具当作学派来读，并在第4章立出单位犯罪研究的七张“出生证”；在这七处之后，第十编讨论跨国比较、算法决策和立法上的备选方案，第42章作结。同一假设场景不会因为出现在数章就被算作多次发现，所设计的检验也不会被写成已经执行过的调查。

◆ 七、研究的边界与接受失败的承诺

一本法经济学专著最困难的不是写出精致模型，而是给模型留出失败的地方。例如“组织行为链比单位意志更准确”需要与传统教义学的实际裁判结果对照；“罚金成本被转嫁”需要证明转嫁渠道存在，且可以合理排除行业周期、经营变化和通货膨胀等替代原因；“合规可以阻止违法再生”需要观察风险发现和整改的真实行为，而不只是取得企业提交的自我评估材料。若没有足够的公开数据，应当承认目前只是待检验命题。

本书在方法上实行三项自我限制。第一，法定与政策分层：凡需修改刑法、司法解释或建立新型责任方式的方案，明示其属于立法或政策建议，不能写成法院已经有权实施。第二，原典与假说分层：具名学术文献与司法解释都须有来源，未能取得原文者不

得凭想象提供精确页码和案例号。第三，验证与设计分层：即使已经设计出变量字典、假设和反向案例组，也不能声称完成了经验检验。本书真正希望留下的，不是一个永远正确的宏大结论，而是一套可供司法使用、同时可以被材料推翻的研究方法。

◆ 八、本书的主命题：被拆散的犯罪与判服错位

把上面几处困难放在一起，本书的主命题可以说得很短：单位犯罪不是“有意志的单位所犯的罪”，也不是“可以定价的违法”，而是被组织拆散的犯罪。

“有意志的单位”是单位意志论的读法。它把组织当作一个拟制的人，到会议纪要和负责人批示里去找它的心。“可以定价的违法”是威慑论的读法。它把组织当作一个会算账的厂商，只要罚金高过违法收益，违法就会停下来。两种读法都抓住了真东西，又都冻住了一处：前者只看决定在哪里，后者只看价格够不够。本书要看的是它们都没有正面去看的东西：组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名，拆散到不同的时间、岗位和账簿里，而刑法必须对特定主体和特定行为作出确定的判断。

这里借用王德生在《法学学派解构入门》中提出的一对说法：“判”与“服”。判，是任何一次“这件事该这样”的定夺，法院的判决是判，检察机关的起诉与合规考察结论是判，公司董事会的决议也是判；服，是对判的接纳，缴纳、整改、签字、照着去做都是服；不服也是序列里的一环，转嫁、拖延、换一个壳再来，都是不服。单位犯罪的根本难题，不在惩罚强度，而在判与服的错位：判聚在“单位”这一点上，服散在组织内外多处。罚金由股东、员工、债权人、消费者乃至纳税人分担着服，真正能改变风险结构的控制者却可能没有服。本书称之为判服错位。

从这一命题出发，单位犯罪制度的任务，是在法定要件之内做“再聚合”：让判落到服能改变风险的地方。组织行为链把被拆散的决定与知情再聚合起来，个人责任位点把被拆散的责任再聚合到真正推动或本可切断路径的人身上，制裁负担通道把被拆散的成本与损害追踪回来，看判有没有落到控制者那里。三条通道都是证据和政策的工具，不是新的犯罪构成要件；判与服的读法也只是一种分析方法，不改变罪刑法定、罪责刑相适应和证明标准中的任何一项。

这一命题是可错的。若在罚金额相近的单位犯罪案件中，判决是否同时对控制者作出与其控制权相称的处理、是否依法追缴其实际违法收益，与后续同类违法的复发并无关系，判服错位就不是单位犯罪的本体结构，而只是罚金外溢的另一种说法，本书应当把它降级为一种描述视角。还有一条更能把本书与威慑论区分开的检验：本书认为，罚金外溢不是执行中的损耗，而是组织预先铺设的负担通道——指标表、费用科目、保险条款和报价规则，在违法之前就决定了判决之后服会流向哪里。因此，若复发主要随控制者个人制裁的强度变化，而与这些通道是否被实际改写无关，本书关于负担通道的判断就应当撤回。第4章说明了这条预言与威慑论的分歧，第35章给出了相应的判决书研究设计。

第 一 编

制度史与学术史：单位犯罪为什么进入中国刑法

编 序

第一编共四章，作为全书的入口，回答两件事：单位犯罪为什么进入中国刑法、刑法在什么边界内需要它；本书又用什么方法去读单位犯罪的各家学说。它既是全书的制度史起点，也是方法起点。

第1章以一家建材企业的构想场景说明，只罚个人会遗漏「拆散」本身，只罚单位则判聚一点、服散多处。第2章把2008年的早期问题拆成主体资格、组织归责、执行效果、立法替代四层，并列出2026年的七处拆散。第3章划清刑法学与法经济学的分工，给出出生证、三种吸收、三种制度依赖与判服序列的读法。第4章立起七张出生证，指出它们共同没有正面去看判作出以后由谁来服。

本编不处理某一处具体的拆散，而是立下全书的主命题与工具：被组织拆散的犯罪、判服错位，以及在法定要件之内的再聚合。第1章的拆散清单是后面七编的总目录，第4章的七张出生证则是各章「本章在学派坐标中的位置」共用的坐标原点。

第 1 章

刑法为什么需要单位犯罪

◆ 一、从个人违法到组织性风险的制度变迁

单位犯罪在中国刑法中获得独立位置，并不是因为社会突然发现公司、企业、机关、事业单位会像自然人那样思考。组织是经由法律与管理规则形成的行动体系，法律承认它能够拥有财产、签订合同、雇用人员和参与交易，却不意味着自然人的全部心理属性都能无条件转移到组织身上。单位犯罪所要回答的实际问题，是一个跨越数年、数部门和多名工作人员的违法活动，在仅以自然人作为刑法归责对象时，是否存在制度性遗漏。这个遗漏不只是找不到犯罪人，还可能表现为企业可以不断替换执行者、重设岗位、重新分配收益，在人员被惩处之后继续复制相同的风险生成机制。

把历史问题表述为组织治理问题，有助于避免两种相反的错误。一种错误认为，只要违法行为发生于公司经营之中，单位自然应当承担刑责；另一种错误认为，只要能够找到签字人，组织就可以从犯罪中退出。前者把组织场景错当作组织责任，后者把某个时点上的个人决定错当作风险生产的全部过程。两种判断都忽略了组织制度对行动的独立塑造作用。组织决定哪些信息可以上报、哪些警报会被忽略、哪些绩效被奖励、哪些违法成本允许进入预算，因而可能在某个自然人形成故意之前就改变可供选择的行动集合。但是，制度对行为具有影响，不等于制度影响必然达到刑法上的可归责程度。这一跳跃必须由法律预设的犯罪构成要件与证据完成。

中国单位犯罪制度的特殊性首先在于采用了明文法定的类型构造。《刑法》第三十条确立单位犯罪主体的一般范围，同时明定只有法律规定为单位犯罪的危害社会行为，单位才负刑事责任；第三十一条确立以对单位判处罚金并对直接负责的主管人员及其他直接责任人员处罚为原则、分则或其他法律另有规定则依其规定的处罚架构。由此可知，经济学上某一组织承担制裁更有效率，并不使法官取得创设单位犯罪的权力。所谓组织性危害的经济论证，只能在法定罪名及其构成要件内发挥解释、证明、量刑与立法建议功能。

◆ 二、被组织拆散的犯罪：只罚个人会遗漏什么

上一节说，仅以自然人为归责对象，会出现制度性遗漏。遗漏的究竟是什么？本书的回答是：遗漏的不是某一个人，而是「拆散」本身。

先看一个构想场景。设想一家中等规模的建材企业，总经理在年初的经营会上提出「全年成本下降一成」的目标，没有一句话提到违法；采购部门随后发现，只有从不具备资质的渠道进货才能完成指标；仓储部门负责的是入库验收，验收表上只有数量和规格两栏，没有来源一栏；财务部门把差价记入「其他采购费用」；质检部门每季度抽检一次，抽检样本由仓储部门提供；产品出厂后，造成的质量风险由下游施工方和最终用户承担。三年后案发，侦查机关找到的签字人，是在采购单上签名的采购主管。

在这个场景里，没有一个人掌握全部情况。总经理作出了「决定」，却没有作出违法的决定；采购主管「知情」，却不掌握决定权；违法「收益」进了企业的利润表，再经年终奖分到许多人手中；违法「成本」被拆进了一个看似正常的费用科目；「损害」落在企业外部，从来没有登记在任何一本企业账簿上；采购单上的「签名」证明了一个人在场，却不能证明他推动了整条路径。决定、知情、收益、成本、损害和签名，被分散到了不同的时间、岗位和账簿里。

这就是本书所说的被组织拆散的犯罪。单位犯罪既不是「有意志的单位所犯的罪」，好像组织在某间会议室里像一个人那样起了恶念；也不是「可以定价的违法」，好像只要罚金定得够高，组织自会把违法从预算里删掉。它是一种特殊的结构：组织把一项犯罪所需要的各个要素拆开存放，使每一个持有某一要素的人，都可以说「整件事不是我做的」。

只罚个人，遗漏的正是这个结构。把采购主管判了刑，岗位上换一个人，指标仍在，验收表仍然没有来源一栏，费用科目仍然可以吸收差价。被惩处的是拆散后的一个碎片，拆散的方式原封未动。这就是第一节说的「复制相同的风险生成机制」在机制层面的含义。

但只罚单位，同样会遗漏。刑法必须对特定主体和特定行为作出确定的判，判决书只能写下一个被告单位的名称和一笔罚金。判聚在「单位」这一点上，承担后果却散在组织内外多处：罚金可能由股东以分红减少、员工以奖金削减、债权人以清偿顺位、消费者以价格上涨，乃至在公共主体中由纳税人以服务缩减的方式分担着去「服」；而那个设定指标、决定验收表格式、能够改变整条风险路径的控制者，却可能并没有承受与其控制权相称的后果。本书把这种状况称为判服错位：判落在一处，服散在别处，真正能改变风险结构的人恰好不在服的位置上。

由此可以推出单位犯罪制度的任务。它不是简单地提高惩罚强度，而是在法定要件之内把被拆散的东西「再聚合」起来，让判落到服能够改变风险的地方。本书后面各编，就是沿着不同的拆散处去做这种再聚合：第三编追踪被拆散的知情，第四编追踪被拆散的责任，第五编追踪公共经济主体中服的落点，第六编追踪从未进入制度字段的损害，第七编追踪被预算化、价格化的成本，第八编讨论如何把签名从「签到」改为「承担」，第九编检验再聚合是否真的在判决中发生，还是只发生在文书上。需要强调的是，「判」与「服」是本书的分析工具与政策工具，不是新的犯罪构成要件；再聚合只能在现行法律规定的主体、罪名与证据规则之内进行。

◆ 三、单位犯罪怎样进入中国刑法：制度史要点

理解今天的单位犯罪制度，需要回到它进入中国刑法的那几步。这里只写较有把握的要点，细节与具体条款序号留待核对。

第一步是 1979 年《刑法》。这部刑法以自然人为犯罪主体，没有规定单位犯罪或法人犯罪。在当时的经济体制下，企业主要是计划任务的执行单位，经营中的违法行为多通过行政处分、经济处罚以及追究个人责任处理。学界关于「法人能否犯罪」的讨论，在这一时期主要是理论上的争论，否定论的声音相当有力：犯罪以罪过为前提，罪过只能属于有心灵的自然人。

第二步发生在经济体制改革展开之后。企业获得了越来越多的经营自主权，以企业名义实施的走私、投机倒把、套汇等行为增多，违法收益归属于企业而非某个个人的情

形日益突出。1987 年《海关法》首次在法律中规定了单位走私的刑事责任：企业事业单位、国家机关、社会团体犯走私罪的，对单位判处罚金，并对其主管人员和直接责任人员依法追究刑事责任〔待核：条文序号与原文表述〕。这一规定的意义在于，它不是从「单位有没有意志」的理论争论出发，而是从「违法收益归单位、只罚个人罚不到收益」这一执法难题出发，把单位放进了刑事责任的范围。1988 年全国人大常委会关于惩治走私罪、惩治贪污罪贿赂罪的两个补充规定，进一步在相关罪名中规定了单位犯罪〔待核：两部补充规定的全称与具体条文〕。此后十年间，若干单行刑法和附属刑法陆续在经济犯罪领域增设单位犯罪，涉及生产销售伪劣商品、违反公司法、破坏金融管理秩序、虚开增值税专用发票等领域〔待核：各单行刑法名称与年份〕。

第三步是 1997 年修订《刑法》。这次修订把单位犯罪写入总则，用第三十条规定单位犯罪的主体范围与法定原则，用第三十一条规定双罚制及其例外，同时在分则中较为系统地规定了单位可以构成的罪名〔待核：分则中可由单位构成的罪名数量〕。从此，单位犯罪从散见于特别法的处置办法，变成了刑法总则上的一项制度。

此后的发展主要是解释性的。1999 年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》，排除了个人为实施犯罪而设立的公司、公司设立后以实施犯罪为主要活动的情形，并把盗用单位名义实施犯罪、违法所得由个人私分的情形按自然人犯罪处理；2001 年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以「以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有」作为认定单位犯罪的基本思路，并界定了直接负责的主管人员；2014 年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释，明确分则未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。

把这段历史放进本书的主命题来看，可以看到一个值得注意的特点：单位犯罪进入中国刑法的直接动因，是「收益」被组织拆走了。它首先要再聚合的是违法所得的归属，而不是决定、知情或签名。这一起点后来被织进了认定思路之中，「以单位名义、为单位谋利益、违法所得归单位」成为最常被引用的标准。这一标准把收益再聚合得较好，却没有同等地处理其他几处拆散。后面各编要做的，在一定意义上是把这条制度史上留下的单一聚合点，扩展为多处再聚合。

四、刑法介入的必要性应当经得起替代机制比较

论证单位犯罪必要性，不能省略一个反事实问题：如果只有个人刑事责任、行政监管、民事赔偿和内部治理，会有什么具体损害不能被阻止？假设某企业销售经理违背公司明确、持续执行的禁贿制度，私自使用个人资金向交易相对人输送利益，公司在内部调查后及时报警并依法返还收益。对这一情境，个人刑责和组织内部惩戒可能已经覆盖关键违法行为。若仍以单位从该笔交易曾经获利为由认定单位故意，便把经济收益的事实归属扩大成刑事责任的充分条件，不利于企业自我报告。

反过来，假设公司从未正式批准违法行为，但销售部门长期实行明知不可能合法完成的业绩指标，财务系统将异常支付自动列为市场推广费，多次内部审计都未改变既定规则。一名执行者被查处后，公司仍沿用同一考核与费用处理方法。此时仅以个人责任解释犯罪，可能遗漏组织制度对风险的再生产。即便如此，法院仍需查清这些制度如何与具体法定犯罪关联、相应主体是否具有法律要求的主观状态、证据是否达到刑事证明标准。不能因为研究者认为存在组织缺陷就跳过相应罪名的法律要件。

两个假设的差别，用本书的语言来说，正在于拆散是否被组织「制度化」了。前一种情形里，决定、知情、收益与签名在同一个人手里聚着，组织反而通过内部调查把事实再聚合了，单位刑责没有独立的增益；后一种情形里，指标、费用科目和审计规则使拆散持续运转，只罚个人无法触及拆散的方式。

经济分析应当比较边际效果而不是追求最大处罚。单位责任可望发挥四种互不相同的功能：要求治理主体投入预防技术，促使内部调查与如实报告，使被害人和社会公众识别组织性风险，并阻断违法所得留存在组织账户中继续支持违规经营。然而，这些功能可能由不同措施分别实现。例如责令整改、独立审计、行政资格限制、追缴违法所得、民事赔偿与个人刑罚各有侧重。只有当某些社会成本在缺少单位刑事责任时仍明显无法内部化，独立单位责任才得到经济意义上的必要性支持；即便取得支持，也尚须接受罪刑法定和比例原则的审查。

◆ 五、单位与成员的双重责任不应变成双重同一化

单位犯罪的两罚结构常被简单理解为「公司和领导各罚一次」。这个说法掩盖了不同责任对象的规范基础。组织拥有可供实施控制的内部制度、预算、流程和持续经营能力；个人拥有对具体行为的认知、选择以及可以归责的故意或过失。单位受罚可能改变治理和收益结构，却也会通过利润、工资、价格和财政安排传导给并未参与犯罪的人。个人受罚可以直接触及主观恶性和行为控制，但如果无法改变组织奖励违法的制度，个人替换后风险可能再生。

因此两罚不是数量上的双重处罚，而应是对两类可以独立提出问题的责任系统所作回应。对单位，应审查组织行为究竟如何形成、单位与利益的关系及其依法可归责的依据；对个人，应证明其权限、实际作为、违法认知与对结果的贡献。不能通过「单位有罪」推定所有管理人员有罪，也不能从董事或负责人有罪直接推导单位犯罪。办案人员应能够分别写出两份说明：若抽去组织的长期运行机制，行为是否依然可能发生；若抽去某个被指控的个人，作为其刑责基础的特定贡献是否依然成立。两项说明具有分析价值，但不能代替犯罪构成的法律证明。

所谓「双重同一化」，是指把两罚结构读成两次同样的聚合：先把一切聚到单位身上，再把单位的罪原样复制到几个在场的人身上。这种读法看似周全，实际上只做了一次聚合，第二次不过是把第一次的结论按名单分发。被拆散的责任没有被追回到真正推动或能够切断路径的人身上，反而按照职务表上的位置被重新分配了一次。第四编将专门讨论这种「默认有责」的认定方式。

◆ 六、刑法谦抑与组织责任的边界

对组织风险实施惩罚还面临政策循环。一旦调查机关发现组织责任更方便追诉，可能倾向于把复杂劳动争议、合同违约、行政许可不合规等都翻译为刑事问题；而企业在预期巨额罚金和声誉损害时，又会转向过度留痕、过度申报甚至拒绝创新。规则的社会成本由此不仅包括违法损害，也包括守法者为避免被错误识别所承受的费用。法律需要

在漏罚和误罚之间建立不对称的审查：经济损失可以作为制裁设计的重要变量，但证明标准与责任边界不因执法成本较高而自动降低。

再聚合也有它的谦抑边界。把被拆散的要素追回来，目的是让判落到能改变风险的地方，不是把组织里每一个沾过边的人都拉进刑事程序。拆散并不总是恶意设计的结果，现代组织的分工本来就要求把信息与权限分开存放；只有当拆散与特定法定犯罪形成了可证明的关联，刑法才有介入的理由。

对本章而言，最重要的结论不是单位犯罪越多越好，而是处罚必须有独立的治理增益，并且这一增益要在法律许可的范围内实现。组织所制造的风险确实超出了单个职员的行动时间和空间，刑法因而不能只看一个人；但组织也不是可以随意填补证明空白的神秘主体。建立单位责任的真正理由，是在法定要件的约束下，让那些能改变风险生产结构的组织接受适当约束。

本章在学派坐标中的位置

第4章将为单位犯罪的各种学说立七张出生证。本章首先松动的是第①张，即否定论的冻结预设：它把主角定为法官，把人预设为「只有自然人才有心灵与罪过」，把法预设为「对个人罪过的谴责」，于是只认个人、组织不入场，组织问题一概交给行政法。本章用「被组织拆散的犯罪」指出，只认个人并不能让组织退场，只会让拆散的方式逃出刑法视野。同时，本章也预先对第②张出生证（同一视与单位意志论）保持距离：单位犯罪不是「有意志的单位」所犯的罪。

本章涉及的制度依赖主要是结构。《刑法》第三十条的法定主义，以及 1999 年司法解释和 2014 年立法解释划出的边界，把「法律规定为单位犯罪的才负刑事责任」织进了整个体系；本书的再聚合只能在这一结构之内进行。制度史上，单位犯罪以「收益归单位」为入口进入刑法，这一入口后来成为最稳固的认定标准。

本章提出的再聚合读数，是一张最粗的「拆散清单」：对任何一件单位犯罪案件，逐项追问决定、知情、收益、成本、损害和签名分别落在了哪里，判决又落在了哪里。

若在大量案件中这六项要素其实并不分散，而是集中在少数可以直接追诉的自然人手中，则本章关于「拆散」的判断应当收窄，单位犯罪制度的必要性论证也须相应改写。

> 带走的话
>
> 只罚个人，被惩处的只是拆散后的一个碎片；只罚单位，判聚在一点而服散在多处，单位犯罪制度的必要性就在这一结构里。

小账

「组织场景」和「组织责任」有什么不同？——违法发生在公司经营之中只是场景；组织制度影响了行为，也要经由法定构成要件与证据才能跳到可归责。

拿到一件单位犯罪案件，最先可以做什么？——列一张拆散清单，逐项问决定、知情、收益、成本、损害和签名分别落在哪里，再看判落在哪里。

第 2 章

2008年的问题意识与2026年的制度现实

◆ 一、一篇四十页的硕士论文

本书的问题起点，是高鹏2008年4月在湖南师范大学完成的法学（刑法学）硕士学位论文《单位犯罪的经济分析》，指导教师唐世月教授。论文正文四十页，由引言、三章和结语组成：第一章概述经济分析法学的方法与单位犯罪的立法沿革，第二章分析单位犯罪的主体，第三章分析单位犯罪的刑罚制度。本章下文引用原论文时，注明章节，并以论文正文页码标示出处。

原论文的问题意识写在引言里，而且很具体。理论上都说单位犯罪比自然人犯罪危害更重，司法实务中却「一般都将单位犯罪作为刑事辩护的一个重要思路」（引言，第1页）。论文列了五条理由：司法解释中单位犯罪的数额标准大体按自然人的五倍确定；不少非纯正单位犯罪中，直接责任人员的法定刑轻于自然人犯罪；单位犯罪须「法律规定为单位犯罪的」才负刑事责任；被告人宁可接受「直接责任人员」的身份，也不愿接受诈骗犯的帽子；单位犯罪中自然人适用缓刑、轻刑多，所引统计中缓刑、管制、单处罚金、免予刑事处罚者占69%。结论是：「单位犯罪已经成为对被告从轻定罪量刑的一个思路」（第2页）。

这一观察，正是本书主命题的前史。原论文看到的是：判一旦落到「单位」上，个人的服就变轻了。它没有使用「判服错位」这个词，却把错位的一种形态，即个人借单位之名减轻负担，作为全文的出发点。本书第4章所说的「判作出以后由谁来服」，在原论文里是以「刑罚成本」的语言提出的。

原论文的论证链条可以概括为五步：以经济分析法学为方法；以交易类型划分单位犯罪主体；以人力资本与非人力资本的合约说明双罚制的经济基础；以成本收益分析检讨单罚制；最后对立功、累犯和刑罚制度提出完善建议。结语把全文落为三项立法建议：排除拥有公权力的国家机关、事业单位、团体以及国有企业公司成立单位犯罪的主

体；所有单位犯罪改为两罚制；统一单位犯罪与自然人犯罪的数额标准，直接责任人员的法定刑等同于自然人法定刑（结语，第39—40页）。

需要先说清楚的是，这三项都是立法建议。原论文自己也知道现行法的答案：它在第一章引述了《刑法》第三十条「公司、企业、事业单位、机关、团体」的规定（1.2.1，第9页）；在讨论国家机关收取「红包」时还特意加注，承认「根据我国刑法的罪刑法定原则和有关刑法条文，是符合单位受贿犯罪的犯罪构成的」（2.3，第30页注①）。今天重读，必须守住同一条界线：现行《刑法》第三十条明文规定机关、事业单位、公司、企业可以成为单位犯罪主体，原论文关于国家机关、事业单位、国有企业「不能成立单位犯罪」的主张，只能作为立法论意见讨论，不能当作解释论结论。

◆ 二、交易三分法的出生证

原论文第二章的分析工具，是美国学者爱伦·斯密德在《财产、权力和公共选择》中提出的交易分类（中译本，黄祖辉等译，2006年，第15页）。论文用输血作例：需要血液的人可以向供血者付钱，可以请求血液的管理者分配，也可以因为身份地位而在慈善赠送中无偿获得。三种取得方式对应三种交易：谈判型、管理型和身份—捐赠型（第二章导言，第16页）。

在谈判型交易中，「交易双方在法律上地位是平等的」；在管理型交易中，双方「处于上下级之间的关系」，而且指令「常常是为了第三方的利益而发出的」，这是与谈判型交易的「本质区别」，也就是国家机关的职责「既是权力，更是义务，不能放弃，更不能被收买」（第17页）。据此，论文把法定五类主体分成两类：「涉及管理型交易的机关、事业单位、官方及半官方团体、国有企业公司」，与「只拥有谈判型交易权利的」私营企业公司和私人团体（第17页）。身份—捐赠型交易则只出现在一条脚注里，用来说明母子公司之间的关联交易，并指出国有企业之间虽然依法不因同受国家控制而构成关联关系，「从经济分析的角度是完全符合关联关系的特征」（第17页注①）。

用第3、4章的方法给这套分类填一张出生证。

主角是立法者。论文开宗明义说要「找出立法的不足，完善立法」（引言，第2页），结语给出的也是三项立法建议。经济分析在这里是写给立法者的论证，不是写给法官的裁判规则。

人，被预设成两种。在谈判型一侧，人是精于计算的利益最大化者，组织是「一个物质资本和人力资本的特别契约」（2.1，第19页）。这与第4章第五张出生证即威慑论的预设一致：组织会算账，罚金是价格。在管理型一侧，人却被预设成执行命令的公共代理人，机关「都没有自己的单独的部门利益」（2.3，第28页）。于是同一篇论文里有两种组织：一种有自己的利益，所以会犯罪；一种按定义没有自己的利益，所以它的犯罪只能是个人的犯罪。

法，被预设成两样东西。一是价目表：刑罚是「社会使罪犯对其过错所支付的代价」（1.1，第6页），单位犯罪要防止，就「必须对单位犯罪施加额外的成本」（1.3，第15页）。二是交易结构：犯罪的经济本质在于违反「规定了社会的交易结构」的强行性规范（2.3，第28页）。前者让论文能够计算偷税的期望刑罚成本，后者让论文能够把某些主体整体移出单位犯罪的范围。

意义预设押在幸福一边，具体地说是效率：法律活动「都要以资源的有效配置和利用——即社会效率最大化为目的」（1.3，第14页）。但在公共主体一侧，论文还押了一份自由：不让个人借单位之名卸下自己的责任。

这样读下来，原论文在学派坐标中的位置就清楚了：它在私营企业一侧站在威慑论上，在公共主体一侧借用了否定论的结论，却不是出于否定论的理由。否定论说组织没有心灵；原论文说管理型交易中没有合法的单位利益可言，「国家机关管理意志根本无法与犯罪意志共存」（2.3，第28页）。按第3章的术语，这是一次先验吸收：「机关没有自己的部门利益」不是从案例里发现的，而是从交易类型的定义里推出来的。论文自己的材料恰恰提供了反例。在同一节里，它引用「国家权力部门化，部门权力利益化，部门利益私有化」来描述机关收取「红包」（第30页），又举出乌鲁木齐铁路运输中级法院、大庆国税局等被指控单位受贿的案件。如果机关真的没有部门利益，这些案件就

不会发生；既然发生了，说明部门利益是一个需要逐案读出的事实，而不是可以按类型排除的东西。这一点，是本章判定原论文主体论命题时的主要依据。

◆ 三、四类标签与三条判定依据

本书对原论文的命题使用四类标签。承继，是今天仍被现行法和新证据支持的命题；收窄，是需要增加适用条件才能成立的命题；修正，是因现行法或制度现实改变而必须改写的判断；悬置，是本书掌握的材料尚不足以下肯定结论的部分。

判定时依据三样东西。第一是现行法，主要是《刑法》第三十条、第三十一条，1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》，2014年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释，以及2008年以后各次刑法修正案对相关条文的修改。第二是制度现实的三项变化：市场化改革使私营经济和资本市场的规模远超2008年；国有企业改革经历了分类改革、混合所有制改革和以管资本为主的监管转型，2023年修订的《公司法》专设了国家出资公司的规定；企业合规改革自2020年试点以来，使整改考察进入了刑事程序。第三是本书第五编提出的两个读数：罚金落点，即罚金的实际负担最终由谁承担；程序完备度，即涉案决策的书面程序是否完备、个人作用能否辨认（第17、19章）。

◆ 四、主体论：原论文第二章的八个命题

命题一：交易三分法可以作为划分单位犯罪主体的标准（第二章导言）。判定：收窄。

交易类型作为一种描述组织与外部关系的工具，今天仍有用处：它提醒研究者区分平等交换与命令服从，区分市场风险与公共职责。但作为划分主体资格的标准，它有两处不足。一是现行法不按交易类型划定主体，而按组织形式列举。二是同一组织常常同时进行几种交易：一所公立医院既执行管理职能，又在药品采购和技术服务中与市场主体谈判；一家国有控股公司既接受出资人的管理，又在市场上与对手竞争。交易类型因而应当收窄为对具体违法行为的定性工具：这一次违法发生在哪一种交易里，而不是这一个组织属于哪一种交易。

命题二：私营公司企业是人力资本与非人力资本的特别合约，可以成立单位犯罪，并应双罚（2.1）。判定：承继。

这是原论文最有生命力的部分。论文借周其仁的产权理论指出，企业「既不属于任何单方所有权，也不是各参与方『共同拥有』」（第19页），罚金由财务资本所有者承担，自由刑由人力资本所有者承担，双罚制因此「既惩罚了财务资本所有者（罚金），也惩罚了人力资本所有者（自由刑）」（第21页）。这一分析把单位犯罪的刑罚拆成两条负担通道，与本书「判服错位」的结构是同构的：判写在一个名字上，服分走两条路。本书承继这一判断，并在第5章和第七编把它从两条通道扩展为多条，即罚金还会经由员工收入、产品价格、保险费率和财政补贴外溢。

命题三：不具有法人资格的私营独资企业、合伙企业实施的犯罪，按自然人犯罪处理（2.1，第18—19页）。判定：承继。

论文的理由是古典企业中所有者与管理者合一，企业犯罪「等同于企业主犯罪」（第18页）。这与1999年司法解释把单位犯罪中的私营企业限于具有法人资格者的思路一致〔表述待核〕，今天仍是实务的基本立场。第14章讨论实际控制人与空壳公司的穿透，可以看作这一命题的延伸。

命题四：国有公司企业不能成立单位犯罪主体（2.2）。判定：在解释论上修正，在经济分析上收窄，其中关于混合所有制的保留可以承继。

原论文的论证有三层。第一层是形成史：传统公有制企业不是「基于一个（或一组）市场合约」，经理市场「被行政任命制替代」，因此「公有制企业已经不是科斯意义上的『企业』」（第23页）。第二层是运行观察：政企不分，国家兜底，部分领域行政垄断，国企领导兼有经营者和政府公职人员双重身份，「企业赢利时以企业家的身份出现参与分配；企业亏损以政府公职人员的身份出现设法易地做官」（第26页），所以「我国的国有企业并不是真正市场中的企业」。第三层是主体结论：对国企判处罚金，「实际上是处罚了国有企业的财务资本所有者——全体公民」，而从事犯罪的意志「只能是经营者个人，而不能是单位的集体意志」（第26页）。

在解释论上，这一结论必须修正。《刑法》第三十条所称公司、企业不区分所有制，分则还有专以国有公司、企业为主体的罪名，法院依法认定国有企业构成单位犯罪，是在适用现行法。

在经济分析上，它应当收窄。原论文观察到的现象，例如国家兜底、经营者双重身份，今天并没有消失，但已不再是国有企业的类别属性。分类改革把商业类与公益类国企分开，混合所有制改革引入了非国有股东，资本市场使一部分国有控股公司的罚金直接减少中小股东的权益。按第五编的读法，罚金是否落在「全体公民」身上，是一个需要个案追踪的事实：罚金落点为财政回流、而程序完备度又使个人作用难以辨认的场景，原论文的担忧成立；罚金落点为真实所有者的场景，它就不成立（第19章）。

值得注意的是，原论文自己已经留了一个口子：「混合所有制公司企业可以成立单位犯罪主体」（第27页）。这说明论文的真正标准不是所有制标签，而是企业是否进入市场合约。这一点今天应当承继，并改写为本书第19章的命题：从所有制到控制权。至于论文同时主张的「拥有国家工作人员身份的直接责任人员依法从重处罚」，所依据的法源未加说明，本书不予承继。

国企「双重身份」的观察本身，则在第21章「国家作为处罚者与所有者的双重代理」中得到延续：国家同时是罚金的收取者、国企的出资人和经营者的任命者，这三种角色的利益并不一致。

命题五：国家机关不能成立单位犯罪主体（2.3）。判定：结论修正，论证中的一个发现承继，经验判断悬置。

原论文的论证是：机关代表国家行使管理职能，「从交易类型上来看，是典型的管理型交易，是一种命令与服从关系」，机关没有自己的部门利益，管理意志不能与犯罪意志共存，因此机关工作人员超越权限追求非法利益「是纯粹的、严重的自然人犯罪」（第28页）。

结论必须修正。现行法明文规定机关可以构成单位犯罪，第三百八十七条单位受贿罪等罪名正是以国家机关为典型主体；本书第17章已说明，主体问题由立法回答，效率

分析只能在其下进行。论证也须修正：如上节所说，「没有部门利益」是交易类型定义推出的先验判断，与论文自己举出的「部门权力利益化」相矛盾。

但论证中有一个发现应当承继。原论文指出，将国家机关作为单位犯罪主体，「大大降低了犯罪的刑罚成本，不能有效地预防和惩罚权力腐败」（第29页）；对事业单位也说「大大降低了有关自然人的刑罚成本」（2.4，第32页）。这句话的实质不是「机关不该受罚」，而是「单位受罚可能替个人卸责」。这正是第17章所说的判服错位最尖锐的形态，本书据此把再聚合的重心放在依法准确认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员上。原论文把这一发现推向了主体豁免，本书把它拉回到双罚制之内。

原论文还提出一个经验判断：自1987年《海关法》确立国家机关可以成立单位犯罪以来，丹东、湛江等重大走私案「没有一件是按单位犯罪来处理的」（第30页）。这一判断涉及的案件处理结果，本书没有逐案核对，予以悬置；国家机关单位犯罪案件今天的实际判决情况，属于第九编检验设计的对象。

命题六：事业单位不能成立单位犯罪主体（2.4）。判定：修正，并因事业单位分类改革而收窄。

原论文的理由是：事业单位「都是政府创办的」，纳入「机构编制管理」，管理者与行政官员「没有实质差别」，因此「同理可以得出国有事业单位也不能成立单位犯罪」（第31—32页）。主体结论与命题五一样须作修正。论证的前提也已改变：2011年起推行的事业单位分类改革，把承担行政职能的、从事生产经营活动的和从事公益服务的事业单位分开处理〔文件名称与时间待核〕，原论文举的「银行业监督委员会」等例子，也已在后来的机构改革中改为行政机构。事业单位不再是一个同质的类别，第18章因此按经费来源和服务属性重新区分，并提出罚金可能挤占服务供给、由服务对象承担的第三种落点。

原论文所举海口市城管监察支队第四大队一案，单位罚金10万元，七年间违法收取赞助款184万余元（第32页），今天读来恰好是一个罚金低于违法收益的样本，可在第27章没收违法所得的讨论中使用。

命题七：履行管理职能的团体不能成立单位犯罪主体，民间团体可以（2.5）。判定：区分方法承继，主体结论修正。

原论文区分官方行业协会和民间行业协会，引学者余晖的看法称前者「基本上是『二政府』性质」（第33页）。这一区分与此后推行的行业协会商会与行政机关脱钩改革方向一致〔文件待核〕，作为识别团体实际职能的方法可以承继。但团体的主体资格同样由第三十条规定，履行管理职能的团体实施法律规定为单位犯罪的行为，仍可依法认定。

论文所举江西都昌县村委会非法采伐珍贵树木一案，村委会被判罚金5000元，论文评论：「对村委会的罚金是全体村民负担，被告人本人并不负担」（第33页）。这是原论文中最接近「罚金落点」概念的一句话，本书第18章关于服务对象承担罚金的分析，可以看作对它的展开。

命题八：单位犯罪立法照搬西方法人犯罪理论，缺乏中国经验证据（结语）。判定：承继，并转为方法要求。

原论文结语说，我国单位犯罪立法「主要是依据西方主流法人犯罪理论」，而后者「以西方市场经济发展过程中出现的法人犯罪现象为直接的经验证据来源」（第39页）。本书承继这一提醒，但不把它作为否定现行立法的理由，而把它转为方法要求：凡涉及罚金效果、复发和负担去向的判断，都需要中国的判决和执行材料来检验。第九编的检验设计由此而来。

◆ 五、刑罚论：原论文第三章的七个命题

命题九：真正的单位犯罪必须实行双罚制，所有单位犯罪都应改为两罚制（3.4、结语）。判定：收窄。

原论文认为，同时处罚企业「会更有效」，因为董事会对经营者的监督能对其「产生重要的影响」（第36页）。这一机制判断可以承继。但「所有」二字须收窄。《刑法》第三十一条保留了分则另有规定的空间；2014年关于第三十条的立法解释进一步明确，分则未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该行为的人依法追究刑事责

任。双罚是否更有效，取决于罚金能否通过治理结构传到决策者，这正是第26章和第28章要检验的条件。

命题十：私分国有资产罪、私分罚没财物罪、妨害清算罪是「虚假的单位犯罪」，实质是自然人犯罪（3.4，第37页）。判定：结论承继，理由修正。

现行法对这几个罪名仍只处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员〔第三百九十六条、第一百六十二条现行表述待核〕，与原论文对其负担结构的判断一致。原论文对私分国有资产罪的成本收益分析也值得保留：该罪最高刑七年，远低于贪污罪；私分「通常打着国有资产产权改革的旗帜」，具有公开性、群体性，又「利益均沾」，被发现和受罚的概率更低（2.2，第26—27页）。

需要修正的是理由。原论文说「国有单位对国有财产不可能产生单位利益」（第37页），这又是一次先验判断。私分国有资产恰恰说明，单位内部可以形成与国家所有者相对立的小集体利益。本书第17、18章的读法是：这类罪名之所以只罚个人，不是因为单位没有利益，而是因为对单位判处罚金只会让国有财产再受一次损失，罚金落点必然回到公共资产上。立法者在这里已经按罚金落点作了选择。

命题十一：提供虚假财会报告罪应改为双罚，因为股东「并不是无辜者」（3.4，第37—38页）。判定：修正。

原论文认为，股东作为财务资本所有者，享受经营收益就应承担管理层违法的风险；改为双罚可以「警醒和促进公司的股东积极参与公司的管理」。2008年以后，立法走了另一条路。该条现称违规披露、不披露重要信息罪，2020年《刑法修正案（十一）》在提高法定刑的同时，把组织、指使实施违法行为的控股股东、实际控制人纳入处罚，控股股东、实际控制人是单位的，实行双罚；而负有披露义务的公司本身仍不判处罚金〔条文表述待核〕。立法没有把服推给全体股东，而是追到了控制者。这与本书第28章的判断一致：分散的中小投资者多半没有监督能力，把他们一概视为「不是无辜者」，会让判落到最不能改变风险的人身上。原论文抓住的问题，即只罚个人不足以触动治理结构，是对的；它给出的方案应当改写为对控制者的穿透。

命题十二：强迫职工劳动罪是典型单位犯罪，应改为两罚制（3.4，第38页）。判定：承继。

2011年《刑法修正案（八）》将该罪修改为强迫劳动罪，并规定单位犯该罪的，对单位判处罚金，同时处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员〔条文表述待核〕。原论文的立法建议与此后的立法方向一致。

命题十三：单位过失犯罪应废止单罚、改为双罚（3.4，第38页）。判定：悬置。

原论文认为单位存在「决策失误或者管理不善」即有过失，矿难频发说明刑罚成本低于预期收益。重大责任事故罪、工程重大安全事故罪等条文至今仍未对单位判处罚金〔待核〕，安全生产领域主要依靠行政罚款和停产整顿约束单位；2020年《刑法修正案（十一）》增设危险作业罪，处罚的也是自然人。这一立法建议是否可取，取决于第24章讨论的问题：对风险型违法，单位罚金能否改变事前投入。本书在这一问题上没有作出肯定结论，予以悬置。

命题十四：单位可以成立立功，按「谁立功，谁受益」从轻或减轻处罚（3.2，第34—35页）。判定：收窄。

原论文认为，立功「在刑法中并非明确为自然人所独享」，对「犯罪分子」作扩大解释即可容纳单位；单位一般保持连续性，直接责任人员则会流动，因此须区分单位立功、直接责任人员立功和共同立功，单位立功只减单位罚金，个人立功只减个人刑罚（第35页）。

「谁立功，谁受益」作为归属规则，今天仍然正确，而且与判服错位的逻辑一致：从宽也应当落在作出贡献的主体身上，不能让个人借单位的合作而一并从宽，也不能让单位借个人的检举而免于整改。但它须收窄为解释论上的有限主张。现行《刑法》第六十八条的主语仍是「犯罪分子」，单位立功没有专门规定；司法文件对单位自首作过区分单位与个人的规定〔2009年相关意见待核〕，单位立功则主要依靠解释。企业合规改革以后，单位主动报告、配合调查、提供其他违法线索，更多是作为合规整改考察和从宽处理的考量因素出现，而不是以「立功」名义认定。第33章讨论这一替代路径的得失。

命题十五：单位不能成立累犯，直接责任人员可以成立累犯（3.3，第35—36页）。判定：直接责任人员部分承继，单位部分修正理由。

原论文认为，直接责任人员「是自身人力资本的天然所有者和控制者」，单位犯罪体现了其人身危险性，而《刑法》第六十五条「并没有排除犯罪分子因单位犯罪而被判处有期徒刑以上刑罚」（第36页）。这一解释论主张今天仍然成立：因单位犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的直接责任人员，刑满后五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚的故意犯罪，可以依第六十五条认定为累犯〔司法实践中的具体认定待核〕。需要提醒的是，第六十五条在2011年增加了不满十八周岁的人犯罪除外的规定，原论文引用的是修改前的条文。

关于单位不能成立累犯，原论文的理由是股东流动，「公司并不是一个凝固不变的主体」（第36页）。这一理由须修正。在现行法下，单位只能被判处罚金，第六十五条以「被判处有期徒刑以上刑罚」为前提，单位在形式上就无从构成累犯，不需要借助股东流动来论证。真正值得讨论的是另一个问题：单位反复受罚而行为不变，说明罚金已经被定价。这是第26章「罚金从禁止型威慑退化为价目」的问题，不是累犯制度能够解决的。

命题十六：统一单位犯罪与自然人犯罪的数额标准，直接责任人员法定刑等同于自然人（结语，第39—40页）。判定：悬置。

原论文举出的典型对比，是刑法第一百五十三条走私普通货物、物品罪中自然人最高可判死刑、单位犯罪直接责任人员最高为有期徒刑（引言，第2页）。2011年《刑法修正案（八）》已取消该罪的死刑〔待核〕，这一对比的具体形态已经改变。至于数额标准，2008年以后陆续出台的司法解释和立案追诉标准，在一些罪名上统一了单位与自然人的标准，在另一些罪名上仍有差别〔逐罪待核〕。这一建议是否成立，须逐个罪名核对，本书只在第22至25章涉及的罪名中分别讨论，不作一般结论。

六、标签总表

原论文命题	出处	标签	主要理由	本书落点
交易三分法划分主体	第二章导言	收窄	同一组织兼有多种交易，应改为对具体违法行为定性	第3、4章
私营企业合约说与双罚的经济基础	2.1	承继	两条负担通道与判服错位同构	第5章、第七编
非法人独资、合伙企业按自然人处理	2.1	承继	与1999年解释思路一致	第14章
国有企业不能成立单位犯罪	2.2	修正／收窄	第三十条不分所有制；罚金落点须个案追踪；混合所有制保留承继	第19、21章
国家机关不能成立单位犯罪	2.3	修正	法定主体；「无部门利益」为先验判断	第17章
单位受罚降低个人刑罚成本	2.3、2.4	承继	即判服错位的一种形态	第17章
丹东、湛江等案未按单位犯罪处理	2.3	悬置	案件结果未逐案核对	第九编
事业单位不能成立单位犯罪	2.4	修正／收窄	法定主体；分类改革后不再同质	第18章
官方与民间团体之分	2.5	方法承继、结论修正	识别实际职能有用，主体由法律规定	第18章
罚金由全体村民负担	2.5	承继	罚金落点的早期表述	第18章
所有单位犯罪改为双罚	3.4、结语	收窄	第三十一条与2014年立法解释	第26、28章
私分国有资产等为假单位犯罪	3.4	结论承继、理由修正	只罚个人的理由是罚金落点而非无单位利益	第17、18章
虚假财会报告罪改双罚	3.4	修正	立法转向追究控制者	第28章
强迫职工劳动罪改双罚	3.4	承继	2011年立法已采此方向	第六编
单位过失犯罪改双罚	3.4	悬置	立法未采，效果待检验	第24章

原论文命题	出处	标签	主要理由	本书落点
单位立功、谁立功谁受益	3.2	收窄	无明文；合规从宽成为替代路径	第33章
直接责任人员可成立累犯	3.3	承继	第六十五条未排除	第四编
单位不能成立累犯（股东流动）	3.3	理由修正	单位只判罚金，形式上不适用	第26章
统一数额标准与法定刑	结语	悬置	须逐罪核对	第22至25章

这张表也说明了本书相对于原论文推进了什么、没有推进什么。本书没有发明「单位受罚可能替个人卸责」这一发现，也没有发明「罚金由谁负担」这一追问，两者在原论文里都已出现。本书做的是三件事：把主体豁免的结论拉回到现行法之内；把按类别下的判断改为按个案读出的事实；把两条负担通道扩展为罚金落点与程序完备度两个可以观察的读数。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是原论文自己的出生证。它的主角是立法者，人被预设为两种：私营一侧是会算账的合约组织，公共一侧是没有自身利益的命令执行者；法被预设为价目表与交易结构。前一种预设与第⑤张出生证即威慑论相同，本书在第七编检验它；后一种预设通过先验吸收把公共主体整体移出单位犯罪，本章指出原论文自己的案例已经构成反例。原论文在公共主体一侧借用了第①张出生证即否定论的结论，理由却不同：否定论说组织没有心灵，原论文说管理型交易里没有合法的单位利益。

本章涉及的制度依赖是结构：《刑法》第三十条把机关、事业单位、公司、企业并列写入主体范围，原论文的主体论只能作为立法论意见保留，本书对公共主体的讨论只能在解释论、政策论、立法论三层分别进行。

本章的再聚合读数，是十六个命题在四类标签中的分布。若作者本人核对后认为某一命题的原意与本章的概括不符，或者原论文在本章未引及的段落中已有相同的限定条件，相应标签应当改为承继，本书相对于2008年研究的推进也应当收窄表述。

带走的话

「某类单位能否成为主体」应拆成主体资格、组织归责、执行效果、立法替代四层，不能用执行效果的经验结论去否定法定的主体资格。

小账

主体资格与处罚效率为什么是两条论证线？——前者问法律是否把该主体列为可构成该罪的单位，证据是条文；后者问判落下后负担落在谁身上，证据是罚金来源与整改记录。

继承一篇尚未读到原文的旧论文，应当怎样下笔？——只确认题名、作者、学校与年度，其余留空；旧判断分别标为承继、收窄、修正、悬置，核实原文后再改标签。

第 3 章

刑法学与法经济学如何互相约束

本章是全书的方法章。它要回答两个问题：刑法学与法经济学讨论同一个单位犯罪制度时，各自能说什么、不能说什么；以及本书用什么办法把各家学说排进同一张坐标里比较。后一个问题的方法，取自王德生《法学学派解构入门》（德麦国际，2026）。本书只借这一方法作分析工具，不搬用其全部体系，也不因此改变罪刑法定：所有结论都必须回到现行刑法规定的主体、罪名与证据规则上去检验。

◆ 一、一张罚单最后由谁掏钱

先讲一个贯穿本章的构想案例，厂名、人物都是为说明问题而设的。

设想一家二十来人的小电镀厂，老板姓曹，厂里的大小事都由他说了算。前年行情不好，曹老板在月初的例会上定了一条规矩：废液处理费每月不得超过两千元，超了从车间的奖金里扣。他没有说怎么处理，也没有人问。车间主任老丁算了一笔账，正规处理一个月至少要五千，于是他找了一个开小货车的熟人，每隔一周夜里把一部分废液拉走，倒在了城郊一条排水沟里。会计小严每月看到一张写着「杂项运费」的白条，上面有老丁的签字，她照例入账。

一年多以后，下游有村民发现沟里的水变了颜色，环境部门取样、移送，案件进入刑事程序。假定经查明，这一行为构成污染环境罪，法院依法认定为单位犯罪，对电镀厂判处罚金三十万元，对老丁以直接责任人员判处刑罚；曹老板辩称自己只定了费用上限，不知道废液的去向，最终被认定为直接负责的主管人员，但量刑较轻。

判决书上，事情到此结束。可那三十万元从哪里来？厂里账上没有这么多现钱。曹老板先把一批货的出厂价提了一成，客户里有几家小五金店，只好跟着涨价；又把工人当季的奖金停发了；还有一部分，靠向一位老客户延期付货款挤了出来。至于那条排水沟的清理，判决之后另有程序，费用一时没有着落。

这件事里，判落在「电镀厂」这一个名字上，掏钱的人却散在厂内厂外好几处。本章以下每一节，都会回到这张罚单上来。

◆ 二、先区分「能够解释」与「有权裁判」

刑法学与经济学讨论同一制度，却使用不同的问题语法。经济学善于追问激励变化、选择集合、边际成本、执行概率和行为替代；刑法学首先要回答行为是否符合法定构成、行为人与结果之间的规范联系、责任能力与故意过失、证明标准以及刑罚与罪责的相称性。把一个行为解释为个人收益最大化，并不自动说明它在规范上具有故意；预测加大制裁能够减少违规，也不产生超越刑法明文条款的惩罚授权。经济分析获得的是条件性政策知识，刑法裁判需要的是法定的规范判断。

二者的沟通应当遵循层级顺序。第一层是文本：现行刑法及司法解释确定主体与行为类型，行政规章和检察政策不得任意创造犯罪构成。第二层是事实：以证据查明组织行为链、人员知情状态、资金流向和损害。第三层才进入经济机制：在法律允许的多个解释和制裁方案中，比较它们的风险控制、误伤和执行成本。第四层是立法论：若现行法不能完成合理治理目标，提出修法方案，并公开其社会成本。任何一层的结论都不能替代另一层的证据。

放回电镀厂：经济学家可以解释，两千元的费用上限加上扣奖金的规矩，几乎必然把车间推向违法处置；这是第三层的知识。但它不能代替第二层的证明：曹老板是否明知废液被倾倒，要靠证据，而不是靠「这个上限只能这样完成」的推理。

◆ 三、学派出生证：主角、人与法、意义预设

各家关于单位犯罪的学说，看起来是在同一个问题上意见不同，其实常常回答的是不同的问题。要把它们排进同一张坐标，先要给每一家填一张「出生证」。

出生证的第一栏是主角。法律里至少站着三种人：定规矩的立法者，按规矩裁断的法官（广义上也包括检察官），以及被规矩管着的守法人。一个学派盯着谁，决定了它把什么当成问题。

第二栏是一对联合预设：把这个主角面对的「人」预设成什么样的人，乘以把「法」预设成什么东西。这两样都在研究开始之前就定好了，不是研究出来的结论。裁判规则和解释方法，是从这对预设里推出来的，不是从世界里捡来的。

第三栏是附注，叫意义预设：这个学派在创造、自由、幸福三者之间怎样配权重。所谓幸福，在法学里常常表现为安稳、秩序和效率；所谓自由，表现为自己的事自己做主、不替别人背责；所谓创造，表现为允许做出以前没有的安排。

用电镀厂的罚单试填三张。

站在法官的位置、坚持只有自然人才有罪过的读法，会说：工厂没有心灵，有罪的是老丁和曹老板，罚工厂是罚错了对象。它的人是「只有自然人才有心灵与罪过」，法是「对个人罪过的谴责」。

站在立法者的位置、把组织当成会算账的理性人的读法，会说：两千元的上限说明工厂算过账，倾倒比处理便宜；只要预期罚金高于省下的处理费，工厂就不会倒。它的人是「会算账的理性组织」，法是「一张价目表」，意义押在效率上。

站在检察官与守法人之间、把组织当成可被激励的自我监管者的读法，会说：与其重罚，不如要求工厂建立废液台账、引入第三方处理，并以整改情况作为依法处理的参考。它的人是「可被激励的自我监管者」，法是「一份激励合同」。

三张出生证看的是同一张罚单，看到的却是三件事：一个看罪过在谁心里，一个看账算得对不对，一个看以后改不改。谁也没有说错，只是说的不是一件事。

附注一栏也各不相同。只认自然人罪过的读法押在自由上：各人为自己的行为负责，谁也不替谁背；它最不愿意看到的，是工人因为老板的决定被停发奖金。把组织当作算账者的读法押在幸福上，而且是折成了价钱的幸福：社会总成本最低就是好；它不太在乎罚金由谁出，只在乎倾倒是否因此变得不划算。把组织当作自我监管者的读法，在幸福之外给了创造一点权重：它允许工厂做出一套以前没有的处置安排，并以此换取从宽。意义权重不同，同一张罚单上被认为「最要紧」的那一栏也就不同。

读任何一家单位犯罪学说，都可以先问四句：它的主角是谁；它把这个主角面对的人预设成什么样；它把法预设成什么；从这对预设里，它推出了怎样的认定规则，又把这些规则织进了制度的哪一处。如果一时找不出某家学说的预设，可以看它最不愿意讨论什么，一家学说最不愿意讨论的，往往就是它的起点。第4章将正式立出单位犯罪研究中的七张出生证，从否定论、同一视与单位意志论、替代责任论、组织过错论，到威慑论、合规激励论和双罚制教义学，本章只作预告。

◆ 四、两条起手的路与被堵住的疑难案件

填好出生证，还要看一个学派从哪里起手。《法学学派解构入门》用三个字母描述一件事怎样发生：S 指显露出来的结构，例如条文、判决、一张罚单；D 指一步一步走过的操作序列；E 指缠在一起共同起作用的条件。本章以下只用这三个大白话的说法，不再用字母。

几乎所有法学学派都从「已有结构」起手，只是在两条路之间挑。

第一条路是先找条文：条文，然后是一步步的涵摄操作，最后才看现场条件。电镀厂案按这条路走，就是先找到污染环境罪和单位犯罪的条款，再一项项对：是否以单位名义、是否为单位谋取利益、违法所得是否归单位，对上了，结论就出来了。这条路清楚、可预期，难处在于最后一步的条件常被前两步过滤掉了：那条两千元的上限，不在任何一个要件里，在这条路上它几乎不出现。

第二条路是先看案情：先对整件事有一个判断，觉得怎样处理才公道，再去找条文和理由把判断撑起来。电镀厂案按这条路走，审理者也许会先看到二十来名工人和几家小客户将替这张罚单买单，于是倾向于从轻。这条路贴近现场，难处在一致性：同样的案情，这一次从轻、下一次从重，条文会慢慢变成装饰。

两条路各有接不住的东西，接不住的地方就是疑难案件。法学上说的疑难案件，不是事实难查，而是事实清楚、条文却接不住：一步步的操作序列与缠在一起的条件对不齐。电镀厂案里，罚单的操作序列走完了，条件却显示真正推动倾倒的那条费用规矩、真正承担罚金的那些工人和客户，都不在判决的视野里。

照道理，操作序列与条件的这种矛盾，应当推动起点本身改写，例如在认定单位犯罪时，把「组织内部的费用规则如何推动违法」作为一项要查明的事实。可在法学里，这条路常常是堵住的，原因有三重。第一重，改起点等于翻旧账：今天把费用规则当作认定依据，以前那些只看签字的判决怎么办。第二重，改起点的人不在场：法官的职责是适用法律，不是修改法律。第三重，也是法学最特别的一重：法官必须判，不能以法律规定不完备为由拒绝裁判，也等不及先把起点检验一遍。

◆ 五、三种吸收：免检、改名、先验

起点改不动，异象总要去一个地方。学派处理异象只有两种结局：吸收，或者分叉。吸收，是让异象在原来的起点里找到一个格子，于是它不再是异象。吸收有三种常见办法，单位犯罪领域三种都有。

第一种是免检：把异象判成不必检验、不归这里问。「这不是刑法问题」是它的标准说法。否定论面对组织性风险，常说组织的问题交给行政法和民法去管；电镀厂的费用上限是不是违法的推手，在这种说法下就成了企业管理问题，刑法不必问。

第二种是改名：把异象改称为已有框架里的一个「例外」或一个参数。替代责任论面对员工越权的情形，把它称作「例外」；威慑论面对罚金由工人和客户分担的事实，把它称作「执行问题」。电镀厂的罚金外溢，在改名之后就不再挑战「法是价目表」这个起点，只是价目表执行得不够好。

第三种是先验：把异象宣布为按定义成立或按定义不可能。同一视与单位意志论的典型说法是：凡经单位决策机构集体研究决定的，即为单位意志。照这个定义，一项决定是否真正推动了违法、决策机构是否真正知情，就不必另行追问，因为按定义它已经是单位的意志。电镀厂的那次例会上只定了一个费用上限，按某种宽松的定义，它也可以被读成「单位决定」，于是曹老板「知不知道」这个问题，被定义提前回答了。

怎样辨别一次说法是吸收，还是真的解释？办法是看说完之后，起点有没有多知道一点东西。如果说「员工越权属于例外」之后，学说接着说清了例外的条件，后来的案

件能够照这个条件去判，这就是学习；如果只是这一次放过，下一次再说一遍「例外」，那就是吸收。本书对各家学说的批评，都以这一标准为准。

还要说明，吸收并不都是坏事。《刑法》第三十条的法定原则、1999年最高人民法院关于审理单位犯罪案件的解释、2014年全国人大常委会关于第三十条的解释，从结构上看都带有改名式吸收的形态：把不符合条件的情形划出单位犯罪，按自然人犯罪处理。但它们同时是罪刑法定的边界，是本书必须守住的东西。识别出吸收，不等于主张推翻它。

◆ 六、制度依赖：连接、次序、结构

经济学的学派吵完了，可以各自回去写论文；法学的学派不行，因为法官必须判。分叉的两条路，必须在一个个具体案件里落成一个结果，落多了，就被判例、法典和司法解释织进了制度。织进去的东西有三项：连接，是谁和谁之间有法律关系、谁对谁负责；次序，是谁先谁后、谁上谁下；结构，是整套规范怎样搭成体系。一个学派的预设一旦织进这三项，以后的人做事就先看制度，不再先看预设。本书把这称为制度依赖。

中国单位犯罪制度里，三项都看得很清楚。

连接，见于《刑法》第三十一条：单位犯罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。这一条把单位与两类自然人织成了两条连接。电镀厂案中，判决沿着这两条连接找到了曹老板和老丁；而工人、客户与那条排水沟，都不在任何一条连接上。

次序，见于司法实践中通常的认定次序：先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员。2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以「以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有」作为单位犯罪的认定思路，并把直接负责的主管人员界定为在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员。次序一旦固定，个人责任就容易从「单位已经有罪」这一前提出发，按照职务和在场去分配。第四编所说的「默认有责的账簿」，正是这一次序织进制度之后的产物。

结构，见于《刑法》第三十条的法定主义，以及前述1999年司法解释、2014年立法解释共同搭起的边界。这一结构决定了什么样的组织违法能进入单位犯罪，什么样的只能按自然人犯罪处理，什么样的不能作为犯罪处理。

制度依赖的要害在于：织好的网面对新的异象，会先自己吸收。电镀厂的费用上限这样的新问题来了，审理者先在已有的格子里给它找位置，或者是「单位意志」的证据，或者是量刑情节，或者干脆不在格子里。网越密，起点越不必被重新检验。

◆ 七、判与服：把罚单放回过程里

出生证、起手路、吸收和制度依赖，讲的都是学派怎样被冻住。出路在哪里？《法学学派解构入门》给出的办法是：把被冻结的两端放回发生里，法不只在条文里，也在「判」与「服」之间一次次长出来、再稳成规矩。读法的次序是：先看判与服怎样一步步走，再看缠着什么条件，最后看稳成了什么。

判，是任何一次「这件事该这样」的定夺。判决是判，起诉决定是判，合规考察结论是判，曹老板在例会上定下的那条两千元上限，也是一次判，而且是整件事里最早、最有分量的一次。服，是对一次判的接纳：缴纳、整改、签字、照着去做。老丁接受了那个上限，是服；会计小严照例把白条入账，是服。不服也是序列里的一环：转嫁、拖延、换壳、形式整改。曹老板把罚金转成涨价和停发奖金，就是对判决的一种不服，只不过它以「服」的样子出现：钱确实交了。

把电镀厂的事按判与服排一遍，就能看清判服错位是怎样发生的。最早的那次判（费用上限）由曹老板作出，服由老丁、小严和那辆小货车一层层完成；最后的那次判（罚金三十万）落在「电镀厂」名下，服却散到了工人、小客户和老客户那里。曹老板处在两次判之间的枢纽上，却是服得最少的人之一。于是本书所说的「再聚合」，在这个案例里就有了具体含义：在法定要件之内，查明那条费用上限在违法路径中的作用，依法追缴实际违法收益，让与控制权相称的后果落到能够改变风险结构的人身上。

再强调一次：判与服的读法是分析与政策工具，不是新的犯罪构成要件。它可以帮助审理者知道还应当查明什么事实，帮助立法者知道制裁设计在哪里漏了，却不能让任何人仅因「处在枢纽上」而被定罪。

判与服的读法也有它的近邻，需要说清分别，才知道它是不是改名。美国法律现实主义说，法就是对法院实际会怎么判的预测，它把眼光从条文挪到了过程上，但只盯住了判这一头，而且是法官那一次判；埃利希的「活法」和庞德的「行动中的法」看到了社会里人们实际照着做的规矩，看到了服，却不太看一次次具体的定夺怎样把某种规矩推上来、把另一种压下去。判与服的读法把两头放在同一条序列里看。用到单位犯罪上，它的增量不在于发现判决之后还有执行，这是执行法早已处理的问题，而在于指出单位犯罪的判与服天生不在同一个人身上：自然人犯罪中，被判的人就是要服的人；单位犯罪中，判落在一个法律拟制的主体上，服却必须由一个个自然人和一本本账簿来完成，判与服之间隔着一整个组织。

为了避免「服」字被用得太宽，本书在单位犯罪中只在三种意义上使用它，并在各章尽量写明是哪一种。一是负担之服：谁实际承受了罚金、没收与退赔的经济后果，第五、七编主要讨论这一种。二是行为之服：谁因判决而改变了做法，例如修改指标、停止某类交易、建立新的停止权，第八、九编主要讨论这一种。三是显名之服：谁以自己的名字为某一放行节点承担后果，第八编的签名建制讨论的是这一种。三种服可以分离：股东可以负担之服而管理层不行为之服，员工可以显名之服而真正的控制者既不显名也不负担。判服错位，指的就是这三种服在组织里落在不同的人身上，而判决只认定了「单位」这一点。

◆ 八、福利总量不能抹去无辜者的权利

设想一家企业违法后，若将巨额罚金平均摊派给两万名员工，企业高管因此感到足够压力，从而使未来违规概率下降。粗糙的功利计算可能称这一政策有效，因为它改善了总体威慑。但这种结论存在两个无法由净收益直接消除的缺陷：员工没有参与违法决策，却被迫承担惩罚；罚金的转嫁可能以剥夺劳动报酬等方式违反其他法律保护。若以效率指标就足以对无辜者施加不利后果，刑事责任与税收筹资、行政风险管理便失去了

基础边界。刑法之所以要有个人责任和证明责任，正是因为社会不能只对一个总量负责，还必须对每一个被处罚者说明原因。

因此本书不采「最大罚金等于最佳威慑」的简单模型。罚金可以影响组织行为，却可能由供应商、消费者、员工、股东、纳税人或公共服务对象承担不同份额。法律上的被告与经济上的负担承担者并不重合，并不当然意味着判决无效，但至少要求制度设计者说明这种偏离是否被预见、是否过度、是否有更少伤害的替代方案。关于负担转嫁的经济分析是评估制裁制度的工具，而不是认定某个自然人有罪的替代证据。电镀厂停发的那一季奖金，就是这种偏离的一个小样本。

◆ 九、模型的最小假设与可撤销性

贝克尔式犯罪经济分析常用预期收益与预期成本比较理解违法选择，其解释力建立在行动者能够感知相关结果并对其作出某种响应。对于大型企业，这个假设需要拆成不同决策者：销售团队感知奖金和考核压力，管理者感知利润与晋升，法务部门感知追责和声誉损失，出资人感知分红或股价波动。若将这些分离目标加总成一个抽象企业效用函数，模型可能变得整齐，却失去解释具体违法如何发生的能力。即使是电镀厂这样的小厂，老丁算的是奖金，曹老板算的是成本，小严算的是账能不能平，三笔账也不是同一笔。

经济模型还须诚实面对未知参数。发现概率可能取决于执法资源、举报渠道、违法行为的可检测性及企业是否主动报告；处罚能否执行还受到企业偿付能力、破产退出及公共利益保护的限制；被害损失有时无法可靠货币化，市场退出、竞争受损与未来风险可能缺乏直接观察。模型中出现的变量不是已经实测的数据。一个只写出公式却没有为变量安排可核材料、替代解释与敏感性分析的论证，最多是一张分析草图，不能自称完成了实证研究。

◆ 十、错误归责也应当计入刑事制度成本

传统威慑模型关注漏罚违法者造成的社会损失，但当组织结构复杂时，误罚无辜者的成本不容忽略。一份会签单上的名字易于查明，一个实际控制决策的人可能躲在层

级、外包和信息隔离之后。若办案机关因证据取得便利优先追究最容易指认的签字者，就会把司法资源配置偏差反过来写入违法组织的激励结构：控制者越能设计繁密签批，越可能将个人风险下沉。真正有效的经济分析应检验，制度提高发现率的同时是否也扩大误判率，尤其应把被错误归责员工的自由损失和程序费用列入分析。

本书拟将刑法学与经济学的协作限定为「有界后果评价」。其要求不是承认某项政策节约了成本便直接支持，而是逐项检验：是否有法律授权；是否存在明确的可归责行为；是否把错误制裁的风险转嫁给弱者；是否存在同等有效而侵害更小的制度；若预测失败，是否能够撤回政策建议。经济学因此既给刑法带来批判，也受到刑法原则的制约。学派解构的方法也以同样的方式受约束：它可以指出一家学说冻住了什么、吸收了什么，但它提出的任何改进，都只能作为解释论上的论证、政策上的建议或立法论上的方案，不能越过法定要件直接进入裁判。

本章在学派坐标中的位置

本章不专门松动某一张出生证，而是为全书提供读出生证的工具。它预告了第4章的七张出生证，并示范了其中三张的读法：否定论把组织问题免检到行政法，威慑论把罚金外溢改名为执行问题，同一视与单位意志论以「经集体研究决定即单位意志」作先验吸收。

本章涉及全部三种制度依赖：第三十一条织成的连接，「先单位、后个人」的认定次序，以及第三十条、1999年司法解释、2014年立法解释共同搭起的结构。其中次序一项与本书主命题关系最紧，第四编将专门处理。

本章的再聚合读数是一张最小的判服序列表：对一件单位犯罪案件，按时间排出每一次判（包括组织内部的规则与决定）和每一次服（包括转嫁与形式整改），再看最终的判落在谁身上、服散在哪里。若在大量案件中，这样排出的序列与判决书已经查明的事实并无差别，判与服的读法没有多查出任何一项需要证明的事实，则本章的方法主张应当收窄为一种表述方式，而不能称为分析工具。

带走的话

经济学能解释激励怎样把人推向违法，却不能代替证据证明故意；经济分析得到的是条件性政策知识，刑法裁判需要法定的规范判断。

小账

「能够解释」与「有权裁判」差在哪里？——经济学在第三层比较风险控制、误伤与执行成本；文本与事实两层要先由法条和证据完成，任何一层的结论都不能替代另一层的证据。

读一个学派，先问什么？——先问主角是立法者、法官还是守法人，再问它把人和法预设成什么；这对联合设定就是它的出生证，裁判规则由此推出。

第 4 章

中国单位犯罪研究的范式谱系

◆ 一、一份判决，七种读法

以下是构想的场景，公司与人物都是虚构的。

一家做门窗安装的中型公司，每年大半订单来自几个楼盘的集中采购。老板在年初的经营会上定下指标：销售部全年回款要比上年多三成，完不成的区域经理扣半年奖金。会上没有人提到送钱。几个月后，销售部开始向楼盘采购负责人赠送购物卡，财务把这笔支出记作“客户维护费”，每一张领卡单都有人签字：区域经理签“同意”，新来的业务员小周签“经办”，财务主管签“已审”。老板从未在任何一张单子上签过名，但每个月的回款表他都看。

案发以后，法院认定公司构成单位行贿罪，判处罚金，区域经理作为直接负责的主管人员被判刑，小周作为其他直接责任人员被判缓刑。判决生效后，公司照常经营：当年员工年终奖整体砍掉一截，门窗报价每平方米上调了一些，罚金分两期缴清。第二年，新的区域经理到任，回款指标没有变。

这份判决可以有七种读法。一位老派的刑法学者会说：公司没有心，谈不上罪，真正犯罪的是那几个人，单位罚金不过是对股东的财产处分。一位检察官会说：回款指标是经营会定的，送卡是为了公司的单子，违法所得归公司，这就是单位意志。一位熟悉美国法的律师会说：员工在职务范围内为公司谋利，公司就该担责，用不着去找“意志”。一位研究公司治理的学者会说：问题出在那张指标表和那套报销流程，组织本身有结构性过错。一位经济学家会说：罚金如果低于这几年多拿的订单利润，公司下次还会这样做，罚得不够。一位合规顾问会说：这家公司要是早建了礼品登记和反贿赂审批，就不会出事，也该据此从宽。一位法官会说：先看《刑法》有没有规定单位行贿罪，规定了，就先认定单位犯罪，再找直接负责的主管人员和其他直接责任人员。

七个人说的都有道理，而且他们并没有在同一个问题上争吵。他们各自看见了这件事的一段：有人看见人，有人看见决定，有人看见收益，有人看见结构，有人看见价格，有人看见整改，有人看见法条的次序。但有一件事，七种读法都没有正面去看：判决落在“公司”这一点上，真正“服”了这份判决的，是被砍了年终奖的员工和多付了钱的业主；而定下那张指标表的人，第二年仍在定同样的指标。

本章要做的，是把这七种读法当作七个学派来读，看它们各自从哪里起手、冻住了什么，再说明本书为什么要从它们都没有冻住的那一处，也就是判与服之间，重新进入单位犯罪。

◆ 二、先问主角，再问人与法

第3章已经交代了本书借用的方法：读一个法学学派，先问它的主角是谁，是立法者、法官，还是守法人；再问它把这个主角预设成什么样的人，把法预设成什么东西。这两项是在研究开始之前就放下的，所以叫预设；两项一起放下、互相配套，所以是联合设定。裁判规则、归责标准、量刑思路，都是从这对预设里推出来的，而不是从世界里直接捡来的。出生证上还有一栏附注，写这个学派的意义预设：它在创造、自由、幸福三者之间怎样配权重。这一方法取自王德生《法学学派解构入门》（新加坡：德麦国际出版社，2026），本书只把它用在单位犯罪上。

用这套读法看单位犯罪，有一个特别之处。普通犯罪里，“人”这一格填的是自然人，各学派的分歧在于把他预设成自由意志者、危险者还是理性计算者。单位犯罪里，“人”这一格首先就是一个问题：被罚的是一个组织，而组织不是一个人。于是各学派的第一项预设，实际上是在回答“这个组织算什么样的人”：它是没有心的财产集合，是有头脑的拟制人，是员工的担保人，是会犯错的系统，是会算账的厂商，还是可以被调教的自我监管者。每一种回答，都把组织里被拆散的某一样东西重新捏成了一个“人”。

◆ 三、七张出生证

下面把七种读法逐一写成出生证。附录四有完整的表格，这里只写每一张的要害。

第一张，否定论。主角是法官；人是只有自然人才有的心灵与罪过；法是对个人罪过的谴责。“法人不能犯罪”的古老格言就出自这对预设。它的意义预设偏重自由：刑罚只能加在能为自己选择负责的人身上。它看对了一件事：刑法的谴责必须有一个可谴责的对象，不能把罪过分摊给无辜的人。它接不住的异象，是本章开头那张指标表：没有任何一个自然人完整地决定了送卡，送卡却年年发生。

第二张，同一视与单位意志论。主角是法官；人是单位的“头脑”，即决策机关和负责人；法是对意志的谴责。英国法上的同一视原则，以及我国长期以来以“单位意志”解释单位犯罪的通说，都属于这一张。单位意志论的直观吸引力在于，它为法院提供了一个可裁判的心理代理物：会议决议、负责人批准、长期默许，似乎能够把组织行动浓缩成一个“意志”。但组织决议可能只有程序上的完整性而没有责任意义；一项违法收益也可能由多部门的协调失灵形成，没有任何人集中拥有全部信息。只问“意志在何处”，可能遗漏把行动连接起来的绩效制度、预算批准和事后收益分配。尽管如此，单位意志论为证明个别罪名的组织行为仍提供重要线索，不能因其简化现实便一概否弃。这张出生证冻住的再聚合点是“决定”：它只把被拆散的决定重新捏成一个意志。

第三张，替代责任论。主角是立法者和检察官；人是为雇员行为担保的雇主；法是损失与风险的分配。美国联邦法上“归责于上”的进路是典型。它从雇员在职务范围内实施的违法行为出发，可以降低调查复杂组织的成本，却面临过度归责的危险：如果最低级职员偶发违法、公司持有并实施可靠的合规制度，仍把任何违法都归给单位，企业的事前预防和事后主动发现可能难以得到适当激励。它冻住的再聚合点是“收益归属”：谁得了好处，谁就担责。

第四张，组织过错与公司文化论。主角是立法者；人是一个会产生结构性过错的系统；法是对结构缺陷的谴责。费斯与布雷思韦特关于公司问责的研究，以及澳大利亚联邦刑法典关于“公司文化”的归责条款〔条号待核〕，都在这一张上。它主张寻找企业自身制度、文化和管理缺陷与犯罪之间的关系，看对了本章开头那张指标表的分量。但它面临相反的危险：几乎所有大型企业都具有可供事后发现的管理缺陷，若以“本可做得更好”作为归责标准，组织体责任可能被扩张成无限的结果责任。它冻住的再聚合点是“结构”。

第五张，威慑论。主角是立法者；人是会算账的理性组织；法是一张价目表，即违法收益乘以被发现概率之后应当面对的预期制裁。贝克尔以来的犯罪经济分析，以及波林斯基与沙维尔关于公共执法的研究，是这一张的主干。它的意义预设偏重幸福，即社会福利总量。它看对了一件常被法学忽略的事：罚金如果低于违法收益，处罚就可能被当成经营成本。它冻住的再聚合点是“成本”。它接不住的异象，是科菲在 1981 年就指出过的罚金外溢：罚金穿过公司，落到股东、员工、债权人和消费者身上，真正作决定的人未必为它付出什么。

第六张，合规激励论。主角是检察官，也是作为守法人的企业；人是可以被激励的自我监管者；法是一份激励合同：你建立预防、调查和报告机制，我在追诉与量刑上给你回报。阿伦与克拉克曼关于混合责任的研究是它的理论来源之一，我国 2021 年以来的涉案企业合规改革提供了重要的实践场景。它冻住的再聚合点是“整改”。它最容易犯的吸收，是把有合规文件当成有合规。

第七张，双罚制教义学。主角是法官；人是单位与“直接负责的主管人员”“其他直接责任人员”两层主体；法是法定的构成要件体系。这是我国司法实践的主干读法。它的长处在于罪刑法定：法律规定为单位犯罪的，单位才负刑事责任。它冻住的不是某一样被拆散的东西，而是一个次序：先认定单位犯罪，再在单位里找责任人员。第四编会说明，这个次序本身就会生出一种“在场即有责”的账簿。

七张出生证放在一起，会发现它们并不是对同一个问题给出七种答案，而是在回答七个不同的问题。否定论问谁能被谴责，意志论问决定在哪里，替代责任问好处归谁，组织过错问结构哪里坏了，威慑论问价格够不够高，合规激励论问整改值不值得奖励，双罚制教义学问法条怎样适用。把它们当成同一场争论里的对手，是单位犯罪研究长期陷于“单位有没有意志”循环的原因之一。

◆ 四、三种吸收：学说怎样接住异象

每个学派都会遇到它接不住的案子。《法学学派解构入门》把学派应对异象的办法归为两类：吸收或分叉；吸收又有三种，免检、改名、先验。这三种吸收在单位犯罪里都能找到清楚的制度形态。

免检，是说“这不是刑法问题”。否定论和一部分组织过错论在这里相遇：前者把组织问题整个交给行政法和民法，后者有时把一切管理失灵都归入过错，于是“哪些管理失灵够得上犯罪”这个问题被免去了检查。第10章专门处理这一点。

改名，是说“这属于例外”。我国在这里有很成熟的制度安排。1999 年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》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、事业单位设立后以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处；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，依照自然人犯罪的规定处理。2014 年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释又规定：公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。这些规定首先是罪刑法定的边界，它们本身是正当而必要的；但从学派的角度看，它们也是一种改名：当一个案子在“单位”这张出生证上放不下时，就把它改称为个人犯罪。改名本身没有错，问题在于改名之后，被拆散的那部分组织过程，例如空壳公司背后真正的控制结构，是否还有人去看。第14章处理这一点。

先验，是说“按定义就是”。“经单位集体研究决定的，就是单位意志”“有合规文件的，就是有合规”“在审批单上签了字的，就是直接责任人员”，都是先验式的吸收：它们不是在案子里查出来的，而是在定义里预先放好的。先验的危险在于，案子越是按定义办，定义越是牢固，被定义挡在外面的事实就越难进来。第13章、第31章分别处理签字与合规文件这两处先验。

怎样辨别一种说法是吸收还是真解释？《法学学派解构入门》给的判据很朴素：说完之后，起点有没有多知道一点东西。把门窗公司的案子说成“单位意志”，起点并没有多知道什么，因为“单位意志”正是从“为公司谋利、所得归公司”推出来的；而如果说“这家公司的回款指标表在没有任何人授意的情况下持续生产送卡行为”，起点就多知道了一样东西：违法可以没有意志而有结构。

◆ 五、织进制度：连接、次序、结构

经济学的学派吵完了，可以各自回去写论文；法学的学派不行，因为法官必须判。分叉不能停在书上，判例、法典和司法解释会把某一种预设织进制度。《法学学派解构入门》把法学看作国家的“场”，场里有三样东西：连接，即谁和谁之间有法律关系、谁对谁负责；次序，即谁先谁后、谁上谁下；结构，即整套规范怎样搭成体系。三样合起来叫做制度。预设一旦织进制度，异象再来时，往往不必学派出面，制度网自己就把它吸收了。这就是制度依赖。

我国单位犯罪的制度依赖，三样都有。

连接：《刑法》第三十一条规定，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（分则和其他法律另有规定的，依照规定）。这把单位与两类自然人织成了两条连接。连接里没有的，是罚金之后的那一段：单位与股东、员工、债权人、消费者之间的负担关系，不在刑法的连接里。判服错位就藏在这里。

次序：司法实践通常先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员。2001 年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”作为认定单位犯罪的基本思路，并把直接负责的主管人员界定为在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员。这个次序有它的道理：先确定有没有单位犯罪，才谈得上单位里谁负责。但次序织牢之后，后一步容易被前一步带着走：单位犯罪一旦成立，在场的人就先被记上一笔，再由辩护方去减。第四编称之为“默认有责的账簿”。

结构：《刑法》第三十条的法定主义，加上前述 1999 年解释与 2014 年立法解释，搭成了一个“法定单位犯罪—个人犯罪”的两分结构。理论上的“并入、并存、独立”之争，就发生在这个结构的接缝处。魏昌东 2025 年关于中国单位犯罪理论创生与发展前瞻的研究，把相关理论演进概括为单位责任由并入自然人责任向并存、再向组织自身独立性的转移。这是一种有助于理解范式变化的学术叙述，但不能从历史阶段推导出现行法已经在任何罪名上一律实行组织独立过错。理论上的独立性是一种研究取向，法律上的独立可责性须以可审查的要件表达出来。孙国祥 2024 年的研究以组织体责任反思法人犯罪的成立范围与刑事合规功能，并提出扩大法人犯罪范围等立法主张。与之对话时，本书承认其贡献，也说明分离线：独立责任不只意味着从个人故意中抽出“企业有罪”，还需要判断风险生成机制由谁实际控制，刑罚成本又由谁真实承受。如果组织责任对风险控制者没有差异化的压力，却让无罪第三方普遍负担成本，即使理论上划清了法人与自然人，也可能没有完成刑事制度的政策目标。

◆ 六、七张出生证共同冻住了什么

现在可以说清本书与七个学派的关系。

七张出生证各自把组织里被拆散的某一样东西重新捏成了“人”：意志论捏的是决定，替代责任捏的是收益，组织过错捏的是结构，威慑论捏的是成本，合规激励论捏的是整改，双罚制教义学捏的是法定的两层主体。它们都在做再聚合，而且各有所长。但它们有一个共同的盲点：都只关心判怎样作出，不关心判作出以后由谁来服。罚金判给了“单位”，就当作判已经落地；至于这份判决最后是被控制者服了，还是被年终奖、报价单和财政预算服了，不在任何一张出生证的起点里。

这就是本书的主命题。单位犯罪不是“有意志的单位所犯的罪”，也不是“可以定价的违法”，而是被组织拆散的犯罪：组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名，拆散到不同的时间、岗位和账簿里。刑法必须对特定主体和行为作出确定的判，于是单位犯罪的根本难题不在惩罚强度，而在判服错位：判聚在“单位”一点上，服散在组织内外多处。

由此，本书的三条分析线有了统一的位置，它们是三条在法定要件之内再聚合的通道。

第一条是组织行为链。所谓行为链，是指从目标制定、资源配置、权限设定、具体执行、异常处理到收益接受的可追溯关系。它不是刑法新增的构成要件，也不能代替各罪名的故意和过失；法院仍需在链中识别具体法律要求的行为和心理事实。它的意义在于让被拆散到多个行政或公司治理环节的决定与知情恢复联系，不把单个签字当成组织行为的全部。第三编从这里展开。

第二条是个人责任位点。对个人刑责须反方向审查。某高管可能没有签署案涉最后一份付款指令，却明确设立非法回款考核、阻止异常报告并安排中间账户；某基层员工可能出现在全部审批记录中，却不能调整流程、没有利益分配权且曾反复报告风险。仅按签字数量排序，可能恰好倒置实际贡献。组织链与个人位点应当分开编码，再依据法定构成和证据归责。第四编从这里展开。

第三条是制裁负担通道。它追问罚金、没收、退赔在判决之后流向哪里，判有没有落到能改变风险结构的控制者身上。第五、六、七编从这里展开；第八编的合规，是让服在事前就显名；第九编的实证，检验再聚合是真的发生了，还是只在文书上发生。

这三条通道都不替代七个学派。它们只是把七个学派各自冻住的那一处，放回判与服之间去看：决定是在哪一轮判与服里被拆散的，收益和成本是在哪一步被转走的，签名是在什么时候从承担变成了签到。

◆ 七、学说优劣须经反向案例裁决

理论发展的难处，不在于为每种观点找到支持性案例，而在于明确什么事实足以迫使它让步。若在某案中企业有真实经营、员工越权实施犯罪、单位没有决策支持且主动协助调查，任何以“公司获利”为唯一理由的单位归责都应受到挑战；若另一案中组织反复通过预算、绩效和授权链支持违法，却始终找不到自然人完整的显性授意，则把单位犯罪等同于某一次正式集体决定的理论也需接受考验。学说是否有用，必须看它能否解释这些不利事实。

本书对自己也适用同样的标准。判服错位是否只是给罚金外溢换了一个名字？检验的办法是看它能否说出外溢理论说不出的话。外溢理论预测的是罚金越高、外溢越大；判服错位预测的是另一件事：在罚金额相近的案件里，判决是否同时落到控制者身上，会决定后续同类违法是否复发。若长期观察显示，对控制者作出与其控制权相称的处理并依法追缴其实际违法收益，与只判单位罚金相比，复发并无差别，判服错位就只是外溢的别名，应当降级为一种描述方式。

本书因此不宣布单一范式取代全部竞争理论，而提出三个相连又相互独立的审查入口：法定主体与罪名范围，组织行为及过错的具体证据，个人作为独立受责者的行为和主观条件；并在三个入口之外，加上一项制裁之后的追问：判由谁服。只有把不同层次的判断放回各自的位置，单位犯罪司法才不至于陷于一个抽象词语的循环证明。

还要回答一个更尖锐的质疑：判服错位与威慑论中「制裁必须到达代理人」的主张有什么不同？波林斯基与沙维尔、克拉克曼等人早已论证，当公司无法把罚金有效传递给作决定的人时，应当辅以对个人的制裁。如果本书的预言只是「对控制者处罚会降低复发」，那么它与这些研究给出的是同一个预测，分不出谁对。因此本书把主命题再推进一步：罚金外溢不是执行中的损耗，而是组织预先铺设的负担通道——指标表、费用科目、保险条款、关联交易和报价规则，在违法之前就已经决定了判决之后服会流向哪里。由此得出一个与威慑论方向不同的预言：在负担通道完备的组织中，即使对控制者个人加重处罚，只要指标与费用科目这些通道原样保留，接任者面对的仍是同一张路线图，复发率不会明显下降；反过来，在通道被实际改写的组织中，即使个人处罚较轻，复发也会更少。威慑论预测的是制裁强度的作用，本书预测的是通道结构的作用。若可靠的观察显示，复发主要随个人制裁的强度变化，而与通道是否被改写无关，本书关于「负担通道」的判断就应当撤回，判服错位也就退回为外溢理论的一个别名。

本章在学派坐标中的位置

本章是全书的坐标原点。它把单位犯罪研究中的七种读法写成七张出生证：否定论、同一视与单位意志论、替代责任论、组织过错与公司文化论、威慑论、合规激励论、双罚制教义学；指出它们分别冻住了决定、收益、结构、成本、整改与法定次序，

而共同冻住的，是“判作出以后由谁来服”这一处。本章涉及的制度依赖三样俱全：第三十一条织进连接，“先单位后个人”的认定思路织进次序，第三十条法定主义与 1999 年、2014 年两项解释织进结构。本章的再聚合读数，是在罚金额相近的案件中，判决是否同时落到控制者身上与后续复发之间的关系。若这一关系在可靠的数据中并不存在，本章关于“判服错位是单位犯罪本体结构”的判断应当收窄为一种分析视角。

带走的话

七张出生证分别冻住了决定、收益、结构、成本、整改与次序，它们共同没有正面去看的，是判作出以后由谁来服。

小账

七种读法之间是对手关系吗？——不是。否定论问谁能被谴责，意志论问决定在哪里，替代责任问好处归谁，威慑论问价格够不够高，各自回答的是不同的问题。

学说之间的优劣靠什么裁决？——靠反向案例：在罚金额相近的案件里，看判决是否同时落到控制者身上，与后续同类违法的复发有没有关系。

第 二 编

经济分析的工具：从理性选择到组织博弈

编 序

第二编共四章，把法经济学的几种工具当作学派来读，要回答的是：「理性组织」这一预设能走多远，又在哪里必须拆开。四章依次把威慑论里那个统一的「理性组织」拆成多个决策者、三方博弈和有限理性的人。

第5章读威慑论，指出收益、发现概率、罚金和损害并不在同一个人手里，罚金外溢不是执行偏差。第6章借委托代理理论与剩余控制权，把统一的算账者拆成各算各账的人，并说明知情同样被拆散。第7章把监管者与员工放进模型，读合规激励论，说明激励合同要求事前的服，实践中却常交付事后的签到。第8章转向有限理性与组织文化，守住心理学只能指路、不能替代法律证明的底线。

本编尚未进入七处拆散的专题，它为后文准备分析工具：剩余控制权、发现链条的四道闸门、纸面合规、文化证据与权限证据的对照。威慑论与合规激励论两张出生证在这里先被松动，第七编与第八编再回到它们，分别处理被拆散的成本与被拆散的签名。本编的结论是：组织会算账，但算账的不是同一个人。

第 5 章

犯罪收益、发现概率与预期制裁

第一编交代了单位犯罪为什么进入中国刑法、本书怎样读各家学说。第二编转入经济分析的工具。本章先读威慑论，因为它是法经济学讨论单位犯罪时最常用、也最有力的一张出生证；后面三章再依次把这张出生证里那个统一的「理性组织」拆开：拆成组织内部的多个决策者（第6章），拆成监管者、企业与员工之间的博弈（第7章），拆成有限理性与组织文化（第8章）。

◆ 一、威慑论的出生证

现代犯罪经济学的起点之一，是贝克尔（Gary Becker）1968年的论文《犯罪与刑罚：一种经济学进路》。它把犯罪看作一种选择：行为人比较违法的收益与预期的成本，预期成本等于被发现的概率乘以被发现后的制裁。社会要做的，是在执法成本、制裁成本与犯罪损害之间找到总社会成本最低的组合。贝克尔还提出了一个影响深远的推论：罚金只是财富的转移，执行成本低，而监禁要消耗真实资源，因此在条件允许时，应当优先使用罚金，并以较高的罚金配较低的发现概率，节省执法开支。

此后，波林斯基（A. Mitchell Polinsky）与沙维尔（Steven Shavell）在一系列关于公共执法与最优制裁的研究中，把这一框架发展得更为精密：最优罚金大致等于违法造成的损害除以发现概率；在行为人财产不足以支付罚金时，非金钱制裁才有必要；对组织而言，若组织可以支付全部罚金，组织就会有动力通过内部奖惩去约束员工，个人制裁的必要性随之降低，反之则需要对员工另加个人制裁〔待核：各篇论文的具体篇名与年份〕。

照第3章的读法，给这一学派填一张出生证。

栏目	威慑论
主角	立法者（兼制裁的设计者），也就是给违法定价的人

栏目	威慑论
人（主体预设）	会算账的理性组织：它对预期制裁作出反应，像一个统一的决策者那样比较收益与成本
法（客体预设）	一张价目表：法规定的是违法的价格，即发现概率乘以制裁
推出的规则	把预期制裁定在违法造成的损害附近；罚金优先；提高罚金可以替代提高发现概率
意义预设	效率，即社会总成本最低；它近于幸福，但是一种被折成了价钱的幸福；自由与创造的权重很低

这张出生证看对了几件法学家原先不太愿意看的事。第一，组织确实会算账，单位犯罪中相当一部分是有成本收益动机的，罚金的高低确实可能影响组织的选择。第二，制裁有成本，执法资源有限，刑法不能假装每一件违法都会被发现。第三，它迫使人们追问，罚金如果不被执行，写在判决书上又有什么意义。

但它冻住了两样东西。第一，它把组织预设为一个统一的算账者，付罚金的人与作决定的人是同一个人；第二，它把法预设为价目表，只要价格对了，行为就会对。本章以下要讨论的，正是这两个预设在单位犯罪中接不住的地方。

◆ 二、一个公式能够回答什么

当法律经济学谈论犯罪威慑时，最常见的起点是将行为人预期违法收益与被发现后的预期成本比较。在抽象模型中，可记违法收益为B，查获概率为p，罚金及其他可货币化制裁为F，违法对外部人造成的损害为H。行动者判断是否实施违法的近似条件，可能写作B＞pF。但这一表达式只是一种行为预测假设，不是「达到此式即可构成犯罪」的法律公式。组织中的B甚至不是一个数：销售部门看到销售收入，管理层看到利润，员工看到奖金，外部承包商看到中介报酬，公共利益的损害H则常常不出现在任何企业内部账簿。

同样重要的是不能把一个单点概率p当成自然常数。企业自己不发现违法，执法机关可能通过被害人报案或市场调查识别；企业主动报告则可能提高当前案件的发现概率，同时降低未来违法发生概率。外部执法检查依赖预算和人员配置，内部检查依赖高管容忍度、数据权限和举报保护，两个检查系统的行为并非相互独立。若管理层本身参与违法，内部合规审计可能成为压制信息的工具；若高管担心企业因主动报告遭受无法承受

的处罚，即便发现违规，也可能选择沉默。因此决定违法行为的并非处罚强度单一变量，而是发现、报告、处罚与成本转嫁相互塑造的制度组合。

用第1章的语言说，B、p、F、H四个字母恰好落在四个不同的地方：收益落在利润表和奖金单上，发现概率取决于组织内外两套检查系统，罚金写在判决书上，损害落在组织外部。威慑论的公式把它们写在同一行里，好像它们由同一个人掌握；被组织拆散的犯罪，恰恰是它们不在同一个人手里。

◆ 三、威慑模型必须同时考虑有限责任

对有充分可执行资产的个人或企业，增加F可能提高预期制裁。但一个濒临破产的公司，刑事罚金再高也可能缺乏实际可执行财产。高额制裁还可能促使企业把资金转移给关联方，或者提前退出经营，把债权人、劳动者和被害人放在剩余财产分配的末端。模型因而应加入实际可执行制裁F*与偿付约束。F*不是判决书写出的数字，而是合法执行后真正能够实现的经济约束。若pF不断增加而pF*不随之增加，名义严厉与实际威慑便发生背离。

这种背离要求讨论资产保全、违法所得追缴、个人责任和破产程序之间的配置关系。个人财产与公司财产有不同的法律保护边界，不能以提高罚金执行率为由任意穿透法人资产或没收第三人财产。2025年《民营经济促进法》第六十二条明确要求严格区分违法所得、其他涉案财物、合法财产，以及企业财产与经营者个人财产、涉案人与案外人财产。该规定说明，即使经济分析认为某一财产「最终由控制人享有」，刑事执行也必须通过法定事实与程序建立连接。

◆ 四、异象：罚金外溢与「威慑陷阱」

有限责任还不是威慑论遇到的全部困难。真正动摇这张出生证的异象，是科菲（John C. Coffee, Jr.）1981年在《「没有灵魂可谴责，没有身体可踢」：关于公司惩罚问题的一项冷静考察》一文中提出的两个问题。

第一个问题是「威慑陷阱」。按照威慑论的公式，要威慑一项发现概率很低的违法，罚金必须定得很高：发现概率若只有十分之一，罚金就要达到违法收益的十倍左右。可是对许多公司而言，这样的罚金超出了它的全部可执行财产。于是出现一个陷阱：足以威慑的罚金无法执行，可以执行的罚金不足以威慑。

第二个问题是「罚金外溢」。即使罚金能够执行，它也不会停在公司这个名字上，而会向外溢出：股东的股价和分红下降，员工被裁减或降薪，债权人的清偿受到影响，消费者面对更高的价格，社区失去就业和税收。科菲特别指出，承受这些外溢的人，大多既没有参与违法决策，也无力影响决策。他由此提出了若干改进办法，其中最为人知的是「股权罚金」，即以公司增发股份交给被害人补偿基金或国家的方式代替现金罚金，使负担更集中地落在股东身上〔待核：股权罚金方案的具体表述〕。

这两个问题之所以是异象，是因为威慑论的起点接不住它们。按照「组织是统一的算账者」这一预设，付罚金的人就是作决定的人，罚金的痛感会直接传到决策上；而外溢的事实说明，付钱的人与作决定的人可能完全是两拨人。按照「法是价目表」这一预设，价格定得对，行为就会对；而威慑陷阱说明，有时根本定不出一个既对又能收到的价格。

用本书的话说，科菲看到的正是判服错位：判落在公司一点上，服散在公司内外多处。

◆ 五、吸收：把外溢改名为「执行问题」

面对这一异象，威慑论没有改写起点，而是把它吸收了。吸收的主要办法，是第3章所说的改名：罚金外溢被称为「执行问题」，威慑陷阱被称为「偿付能力约束」。

改名之后，异象在起点里找到了格子。威慑论的回答大致是：组织仍然是一个算账者，价目表仍然是对的，只是在执行环节遇到了两个技术性约束，一是组织付不起，二是组织付的钱被转到了别人身上。解决办法也是技术性的：在组织付不起时，加上对员工和管理者的个人制裁；在罚金被转嫁时，设计更难转嫁的制裁形式，或者由组织对员工实施内部追偿。

需要替威慑论说一句公道话：这一吸收并非全无收获。从「组织付不起罚金时，需要对个人另加制裁」这一推论中，起点确实多知道了一点东西：它承认了组织不是唯一的制裁对象，个人责任有独立的威慑功能。按第3章给出的辨别标准，这一部分是学习，不只是吸收。

但它没有多知道的，是另一件更根本的事。外溢之所以发生，不是因为执行环节出了偏差，而是因为组织本来就是一个把决定、收益、成本与损害拆开存放的结构。即使罚金完全执行、一分不少地进了国库，它从哪一本账、哪一群人那里来，仍然取决于组织内部的分配，而不取决于价目表。把外溢称为「执行问题」，等于说只要执行得足够好，判与服就会重合；本书的判断是，在被组织拆散的犯罪里，判与服本来就不重合，执行得再好，也只能让钱收上来，不能让钱从对的人那里收上来。

这一改名也被织进了制度。罚金写在单位名下，执行程序追的是单位账户；钱从哪里来，通常不在判决审查的范围之内。威慑论的预设在这里与《刑法》第三十一条的连接相互支撑：罚金连到单位，刑罚连到两类自然人，至于罚金在组织内部再连到谁，制度上没有一条线。

◆ 六、用一张构想罚单走一遍威慑论

把第3章的电镀厂再拿来走一遍。以下数字都是示例数值，只用来说明推理，不是实证结果。

设想正规处理废液每月需要五千元，曹老板定的上限是两千元，倾倒每月省下三千元，一年省下三万六千元。设想这类倾倒一年内被发现的概率是十分之一。按照威慑论的公式，要让倾倒不划算，预期制裁至少要高于三万六千元，罚金就要在三十六万元以上；若再把对下游造成的损害计入，所需的罚金还要更高。

判决写下的是三十万元，已经接近这一水平。从价目表的角度看，这张罚单定得并不离谱。可是在本案中，三条推理都走不通。

第一，三十万元超出了这家小厂当时的现金，它需要靠涨价、停发奖金和拖欠货款来凑。这就是威慑陷阱的一个小样本：再高一点，厂可能就停了；停了，罚金也收不上来。

第二，钱从哪里来，决定了谁感到了痛。涨价的痛落在几家小客户身上，停发奖金的痛落在工人身上，拖欠货款的痛落在老客户身上。曹老板也痛，但他的痛被分摊掉了一大半。

第三，最关键的是，这一年里作出倾倒决定的并不是那个「统一的算账者」。曹老板算的是费用上限，老丁算的是奖金会不会被扣，那位开小货车的熟人算的是运一趟能挣多少。三笔账里，没有一笔是「倾倒的预期罚金」。价目表贴在了一个没有人在看的地方。

这正是第四节所说的异象在一家小厂里的样子。威慑论对此会说：这是执行问题，罚金对小厂太重、对老板个人太轻，应当对老板另加个人制裁。这个回答有道理，上一节已经说明了它的价值与限度：它承认个人制裁有独立的必要，却仍然把罚金从谁那里来当作执行环节的事。

◆ 七、用反事实案例暴露模型遗漏

设想甲企业违规行为一次性获得收益二十万元，却对周边居民造成大量无法以市场价格衡量的健康风险；乙企业则通过轻微资质欺瞒获得收益数百万元，但实际损害与危险构成仍有重大争议。若一概以违法收益倍数决定处罚，会对两类行为产生极不相称的制度评价：甲可能因收益低而被轻罚，乙可能在未查明法益损害和法定构成前受到过重限制。收益、损害、故意、法定刑和裁判证据应当分层，不能由单一财务变量决定全部规范判断。

再设想具有相同违法收益的两家公司：甲拥有真正独立的内部举报渠道，调查所揭示的违法立即导致绩效方案更改；乙将违法所得分给幕后控制者，而将可能发生的罚金通过涨价转给消费者。即便两者在模型中B、p和F相同，治理效果也可能反向。为识别这

一差异，需要增加罚金传导比率、实际控制人私人收益、举报被压制概率、组织整改可验证程度等变量。没有这些变量，所谓最优罚金只是一个书面优美的虚构。

这两组反事实，前一组暴露的是价目表的单一性：一个价格无法同时表达收益、损害和罪责。后一组暴露的是统一算账者的虚构：同一个价格，落到两家内部结构不同的公司，会被分配到完全不同的人身上。后一组正是判服错位的最小样本。

◆ 八、本书的分离线：判服错位不是执行偏差

与本章最接近的观点，就是科菲的罚金外溢论。它已经说清了：罚金会外溢到无辜的股东、员工、债权人和消费者；足以威慑的罚金常常超出公司的偿付能力；需要设计更难外溢的制裁。本书在这些方面承继他的观察。

区别在于对外溢的定位。在科菲及其后的威慑论讨论中，外溢主要是一个需要通过更好的制裁设计去修补的执行问题；在本书中，外溢是单位犯罪的本体结构，是「被组织拆散的犯罪」在制裁一端的必然表现。由这一定位上的区别，引出三点具体的不同。

第一，问题不同。威慑论问的是：罚金定多少，才能让组织不再违法。本书问的是：判落下之后，服到达了谁，到达的人是否能够改变风险结构。

第二，读数不同。威慑论关心的读数是预期制裁与违法收益的比例；本书关心的读数是罚金的落点，即罚金最终由哪些人以什么方式承担，以及实际控制者是否承受了与其控制权相称的后果。

第三，出路不同。威慑论的出路是把价格定对；本书的出路是在法定要件之内再聚合：查明控制者在违法路径中的作用，依法追缴其实际违法收益，对其作出与控制权相称的处理，并通过第七编讨论的制裁组合，减少罚金向无辜者的外溢。

还要说清本书与另外两位近邻的分别。波林斯基与沙维尔关于个人制裁的讨论，已经指出当组织无力支付或无法有效约束员工时，需要对个人另加制裁；本书同意这一推论，但他们的个人制裁是用来补足组织价目表的，个人是价目表的第二个付款人，而本书要找的个人，是在违法路径上推动或能够切断路径的那个位点，不是名单上的第二个付款人。阿伦与克拉克曼关于混合责任的分析（第7章、第八编详论）则把问题引向组织

的预防、调查与报告激励；它解决的是组织愿不愿意把拆散的信息交出来，本书在此基础上还要问，交出来之后，判是否落到了对的人身上。

由此可以写下一条尚待检验的预言：在罚金额相近的单位犯罪案件中，若判决同时对控制者个人作出与其控制权相称的处理，并依法追缴其实际违法收益，后续同类违法的复发应当少于只判单位罚金的案件。若长期观察显示两者没有差别，那么判服错位作为对罚金失效的解释就要降级，威慑论的「执行问题」说法反而更为节省。

◆ 九、模型的用途是指出需要查明的事实

本书使用的数学关系不以精确预测所有企业行为为目标。它更像一份取证清单：违法额外收益在哪里形成；谁有权改变风险控制措施；组织内外分别以何种方式发现异常；违法收益是否能够被追缴；罚金是否发生价格、薪酬或财政渠道转嫁；制裁后企业是否改变了可复制违法行为的流程。对其中无法观测的变量，须标明未知和假定区间。若外部样本显示违法行为发生率与罚金强度并无稳定关系，不能强行用模型声称罚金已经有效，只能退回讨论罚金是否真的由决策者承担。

这份取证清单，正是把威慑论的公式从价目表改读为拆散地图的结果。公式里的每一个字母，都对应一个需要回答的「在哪里、在谁手里」的问题。它不改变刑法上的任何构成要件，也不使法官可以凭某个变量的数值定罪；它只是提示审理者和制度设计者，一张罚单写下之后，还有哪些事实没有查清。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑤张出生证，即威慑论。它的主角是立法者，人被预设为「会算账的理性组织」，法被预设为「价目表」，意义押在效率上。本章松动的冻结预设主要是前者：组织并不是一个统一的算账者，付罚金的人与作决定的人可以是两拨人。它冻住的再聚合点是「成本」，典型的吸收是改名，把罚金外溢称为执行问题。本章承认这一吸收中有真正的学习成分，即个人制裁的独立必要性，但不接受把外溢整体归入执行环节。

本章涉及的制度依赖是连接：《刑法》第三十一条把罚金连到单位、把刑罚连到两类自然人，罚金在组织内部如何再分配，制度上没有对应的连接，威慑论的改名与这一连接相互支撑。

本章的再聚合读数是罚金落点，辅以实际可执行制裁与名义罚金之间的差距。若在可以追踪罚金来源的案件中，罚金主要由实际控制者或决策层承担，外溢只是少数情形，则本章关于判服错位的判断应当收窄，威慑论把外溢视为执行问题的说法就有更强的理由。

> **带走的话**
>
> 威慑论的公式把收益、发现概率、罚金和损害写在同一行，被组织拆散的犯罪恰恰是它们不在同一个人手里。

> **小账**
>
> 罚金外溢是执行偏差还是判服错位？——威慑论把它改名为执行问题；本书认为付罚金的人与作决定的人可以是两拨人，外溢是判服错位本身，不是执行中的损耗。
>
> 威慑模型在办案中有什么用？——它的用途是指出需要查明的事实：收益落在哪本账，发现靠哪套检查，罚金最终由谁支付，损害落在组织外的谁身上。

第 6 章

谁是组织中的理性行为者

经济分析进入单位犯罪，第一步总要回答一个看似简单的问题：在一家公司里，究竟是谁在「算账」？威慑论的回答是「单位本身」——把公司想象成一个会比较预期收益与预期制裁的理性人，罚金就是它面前的一张价目表。这个回答在教科书里很干净，在案卷里却很难用：账户是公司的，决定却是某个人做的；收益记在公司名下，风险却由另一些人看见；签字的人未必知道，知道的人未必签字。本章要说明，组织里并没有一个统一的理性行为者，而是一群各自算账、各自掌握一部分信息的人；正是这一点，使单位犯罪成为一种「被组织拆散的犯罪」。

◆ 一、从「会算账的单位」到「一群各算各账的人」

按全书第4章立下的读法，每一个学派都有一张出生证：先选一个主角，再作一对联合预设——把人预设成什么样，把法预设成什么东西。威慑论（第⑤张出生证）的主角是立法者，人被预设为「会算账的理性人」，法被预设为「价目表」。这张出生证有一个很少被说出口的前提：那个会算账的理性人只有一个，它有一张统一的效用表，收益和成本都记在同一个账本上。

公司法与组织经济学里的委托代理理论，恰好是从拆掉这个前提起家的。阿尔钦与德姆塞茨在1972年讨论「团队生产」时指出，多人协作产出的结果很难拆分到每个人头上，于是需要有人专门监督、并以剩余收益作为监督的报酬。詹森与麦克林在1976年把企业描述为「一束合同的连接点」：股东、经理、员工、债权人各自与企业订约，各有各的利益，经理作为股东的代理人，未必按委托人的利益行事，两者之间的偏离及其防范费用，统称为代理成本。霍尔姆斯特伦1979年关于道德风险的研究则说明，委托人看不见代理人的努力，只能看见结果，于是只能把报酬挂在可观察的指标上。

把这一路学说按出生证填写出来，大致如下：

项目	内容
主角	设计组织规则的人：公司法的立法者、董事会、薪酬与考核的设计者；进入刑法后，主要是立法者与检察官
人（主体预设）	组织里的每个人都是各自追求自身利益的理性人；他们之间信息不对称，委托人看不见代理人的全部行动
法（客体预设）	法是组织这束合同之外的一道外部约束，用来降低代理成本、矫正内部激励
推出的内容	设计监督、薪酬、问责和披露机制，使代理人的自利行为尽量与委托人的利益对齐
意义预设	偏重幸福（效率与财富），兼顾自由（订约自由），创造最轻

这张出生证比威慑论多看见了一层：它承认组织内部有分歧、有隐瞒、有各自的算盘。但它仍然把这些分歧当作「需要用合同去对齐的偏差」，默认存在一个应当被服务的委托人利益。到了刑法里，这个默认就会松动：违法犯罪恰恰发生在委托人利益本身也说不清的地方——股东可能乐见短期违法收益，也可能是违法的受害者；经理可能是违法的推动者，也可能只是被考核压着走的执行者。代理理论把组织拆成了多个算账者，却没有追问：一旦拆开，刑法的判应当落到谁的账上。

◆ 二、组织内部不是一张共同的效用表

公司作为法律主体可以形成合同权利和财务结果，却没有与所有成员共同共享的单一心理账户。股东希望获取收益并维持长期价值，高管关注晋升、任期指标与声誉，销售人员受季度考核与即时佣金影响，合规人员重视职业独立和法律风险，供应商可能更看重继续获得订单。一个部门的违法对另一部门可能形成可观收益，也可能带来严重风险。仅从公司利润表看到收益，就推断「公司每一个相关人员都有违法动机」，是把会计合并错误移植到刑事归责。

会计上的合并报表，是把母公司与子公司、各业务板块的收入和成本加总成一张表，目的是让外部投资者看清整体的财务状况。它从来不声称，加总之后的利润代表着每一个板块、每一名员工的意愿。刑事归责如果从合并后的利润倒推每个人的动机，就

等于把一种为了外部披露而设计的技术，当成了对内部心理的描述。这是第一处需要警惕的「聚合」：数字被聚合了，人并没有被聚合。

这种问题在业务层级繁多的企业尤其突出。董事会公开宣布合规原则，并不证明项目经理实际获得合法业务路径；员工在培训表上签字，也不能证明其理解特定交易的刑法风险。相反，一些企业表面上宣称绝不贿赂，奖金却按不可实现的速度和利润率考核，管理者可能通过隐性指标向执行者传递违法压力。司法应当把公开规则与真正触发收益分配的管理机制并置检查，而不是只挑对控辩一方有利的一份文件。

组织经济学里有一个与此相近的发现。霍尔姆斯特伦与米尔格罗姆在1991年讨论「多任务」问题时指出：当一名代理人同时承担多项任务，而报酬只挂在其中容易计量的那一项上时，他会把精力从难以计量的任务上撤走。销售额容易计量，合法性难以计量；产量容易计量，安全难以计量。于是，一份只奖励销售额的考核方案，即便没有一个字提到违法，也可能在事实上为违法让出了空间。这一现象在第8章还会从心理学一侧再谈一次。这里只需记住：组织内部的激励并不由公开宣言决定，而由真正分配奖金、晋升和处分的那套规则决定；两者常常不是同一套。

由此可以说出本章的第一个异象：组织内部没有共同效用表。威慑论把单位当成一个算账者，同一视原则与单位意志论（第②张出生证）把单位当成一个有「头脑」的意志者，两者都需要一个统一的中心。代理理论承认没有这个中心，但把它当作治理上的缺陷，留给公司法去修补。刑法却不能等公司法修补完再判。它面对的，是一个在事实上没有统一账本、却在法律上必须被当作一个主体来判的组织。判聚在「单位」一点上，算账的人却散在各处——这就是判服错位的第一层来源。

◆ 三、剩余控制权比名义职级更能解释行为

格罗斯曼与哈特在1986年、哈特与穆尔在1990年先后提出「剩余控制权」的分析：任何合同都写不尽未来的一切情形，合同没有写明的那些事项由谁来决定，谁就掌握了剩余控制权；而谁掌握剩余控制权，往往比合同上写明的权利更能决定企业实际怎样运转。这个分析原本用来解释企业边界与所有权，却给刑法上的组织归责提供了一个很有

用的提示：要找真正能改变风险走向的人，应当看在规则没有写到的关键时刻，是谁在拍板。

在风险失控的关键节点，谁能改变系统设置、冻结付款、取消合同、停止交易、暂停危险作业，谁就可能具有实质控制。职务头衔、持股比例和文件签字可以提供线索，却不一定直接反映决定性权力。一个合规主管可能名义上具有审批权，实际上所有例外均由业务负责人单方决定；一个没有董事身份的实际控制人可能通过预算、人事和关联交易控制企业的重要决策。追责制度如果只沿着组织架构图向上寻找法人代表，就可能在最有影响力的控制者面前失明。

我国公司法对这一现象并不陌生。2023年修订的《中华人民共和国公司法》在附则中界定了「实际控制人」，指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人〔条号待核〕；同法还规定，公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用关于董事忠实义务和勤勉义务的规定〔条号待核〕。这说明在组织法的层面，立法者已经承认「名义职位」与「实际支配」可以分离，并尝试让义务跟着实际支配走。刑法上的「直接负责的主管人员」，按2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的界定，是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员。这一界定的重心本来就落在「作用」上，而不在头衔上；剩余控制权的分析，可以帮助司法机关把「作用」查得更实。

但「实质控制」也不能成为另一种无限延伸的归责口袋。控制何项活动、何时控制、知悉何种风险、具备何种可行替代选择，必须逐项证明。对行政法上的企业负责人义务，可以存在更强的积极管理要求；进入刑事归责则应回到具体罪名所要求的行为和主观要素。若某技术负责人只有建议权、不掌握项目决策权，其未能阻止违法可能产生职业责任讨论，但未必达到作为单位犯罪直接责任人员的刑事条件。

可以把这四项证明要求整理成一张核对表，供阅卷时逐项填写：

待证事项	要问的问题	不能代替它的东西
控制的对象	他能支配的是哪一项具体活动（付款、合同、生产、数据）？	「分管」「全面负责」等笼统职务描述

待证事项	要问的问题	不能代替它的东西
控制的时间	在违法路径形成和推进的哪一段，他握有这项支配？	案发时的职务、事后的追认
对风险的知悉	他在那一段看见了什么信息，信息从哪里来？	「应当知道」的推定、「签过字」的事实
可行的替代选择	他当时能否停止、拒绝、上报，代价是什么？	事后看来「本可以做得更好」

这张表的意思，是让「实质控制」既能把隐身在架构图之外的控制者拉回审查范围，又不至于把任何有影响力的人都推进刑事责任。剩余控制权是一种发现工具，不是一个构成要件；它告诉检察官和法官去哪里找，但找到之后，仍要回到法定要件去证明。

◆ 四、知情被拆散：委托代理理论没有说完的一半

委托代理理论里的「信息不对称」，指的是委托人不知道代理人做了什么。它把信息问题看成委托人的困境，解决办法是设计监督与报告机制，让信息往上流。可在单位犯罪里，信息问题常常反过来：不是上面想知道而知道不了，而是上面不想知道，或者组织被安排成上面不必知道。

刑法上的知情是罪过的组成部分，故意犯罪要求行为人明知。这就给组织一个可乘之机：只要把信息切成几段，让每一段的持有人都只看见自己那一段，就可能出现一个人人都没有明知、结果却由组织整体推动的局面。本书第三编把这种局面称为「被设计出来的不知情」：信息流向被有意或无意地安排成，能够决定的人看不见风险，看得见风险的人没有决定权。与之相对的另一种形态是「无需执行的知情」：某人确实知道，但他的知道在组织里不会触发任何动作，没有人要求他报告，报告了也没有人处理。两种形态之间的那道缝，就是组织行为链上的可见性缺口。

代理理论对此有一个隐含的假定：委托人总是想要更多信息的，信息不足只是成本问题。可是一旦把股东、董事、实际控制人中的某些人放在违法推动者的位置上，这个假定就不成立了。对一个从违法中获益的控制者来说，不知道反而是最好的防护：他可

以设定目标、批准预算、审阅结果，唯独不去看中间那一段。这时候，信息不对称不是需要被消除的缺陷，而是被经营的资产。

因此本章的第二个异象是：知情被拆散了。代理理论给的方案——加强监督、完善报告——在这里并不自动有效，因为拆散知情的，可能正是本应接收报告的人。刑法若只问「谁明知」，就会在被拆散的知情面前失去抓手；若改问「谁应当知道」，又容易滑向结果责任。全书给出的路径是第三条：不去推定某人知道，而去还原信息在组织里实际是怎样流动、在哪里被截断、由谁决定截断。这是把被拆散的知情「再聚合」的第一步，第三编会详细展开。

知情的拆散与收益的拆散常常叠在一起。决定、知情、收益、成本被分到不同的岗位和账簿里，刑法的判却只能落在法定的主体上。这正是全书主命题所说的「被组织拆散的犯罪」：组织并不需要一个统一的犯罪意志，它只需要把各个环节分开，让每个环节在自己那一段都显得正常。

◆ 五、经营收益与违法意志不能画等号

讨论单位获利时容易出现一个偷换：结果发生在公司账户里，于是认定行为出自公司意志；行为被认定为公司意志，又反过来证明所有执行者都知道违法。要阻断循环推理，至少分别调查收益的经济归属和行为的授权归属。经济归属看账户、净收入、费用冲减和利益分配；授权归属看会议、职责、实际指令、违规惯例及反对意见。两者有时重合，有时分离。

比如一名采购经理个人收受回扣，企业的合同价格却高于市场合理水平，公司成为损失方而不是收益方。又如业务员为完成公司设定的不可能合法实现的目标，利用关联中介支付非法款项，公司从订单获利但管理层未留下明确授权文件。两个案例都不能用「企业获利」作唯一答案。它们要求分别判断组织制度作用、可归责的责任人员和相关罪名对单位主观方面的具体要求。

把两条归属轴交叉起来，可以得到一张简单的辨别格（以下四格均为构想情形，用来说明思路，不对应任何具体案件）：

	授权归属在组织（有决策、指令或被容忍的惯例）	授权归属在个人（越权、私自、违背组织规则）
经济归属在组织	典型单位犯罪的情形；仍须查明谁在授权链上起了决定、批准、授意、纵容、指挥作用	组织获益而无授权：要查是否存在隐性目标压力、事后接受与默许，不能直接以获益推定单位意志
经济归属在个人	组织授权、个人得利：可能是以单位名义掩护个人利益，需审查是否属盗用单位名义、私分违法所得	个人犯罪的典型情形；单位可能是受害者

我国司法解释已经在这张表的两个角上划出了边界。1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》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；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、事业单位设立后以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。2001年的金融犯罪纪要则以「以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有」作为认定思路。这两项规定合起来，等于把「名义」与「所得」两个标志立为单位犯罪的入口。

问题在于，入口一旦立起来，就容易被当成全部。「违法所得归单位所有」是经济归属的标志，它能说明组织从违法中获益，却不能单独说明组织授权了违法。替代责任论（第③张出生证）就是在这里聚合的：只要收益归属于雇主，就由雇主担保。我国实践虽未采替代责任，但在证据薄弱时，以收益归属反推单位意志的做法并不罕见——这是一种先验式的吸收：「钱进了公司账户，按定义就是单位犯罪」。上面那张表的作用，是把这一步先验拆开，让经济归属和授权归属各自接受证明。

◆ 六、近邻：把组织看作自我生成的系统

在把组织拆开来看这一点上，与本章最接近的不是经济学，而是社会系统论。德国法社会学家托依布纳沿着卢曼的思路，把法律看作一个只用「合法／不合法」这对编码运作的自我生成系统，并把同样的眼光投向组织：组织不是成员的集合，也不是某个人意志的延伸，而是由一次次决定连接起来、自己再生产自己的沟通系统〔待核〕。照这种读法，组织之所以能「做事」，不是因为它有一颗心灵，而是因为它的决定一个接一个

地衔接，每一个决定都以前一个决定为前提。托依布纳由此发展出「反身法」的主张：法律不宜直接伸手调控组织内部的运转，而应当给组织设定程序与组织方式，让它自己调整自己。

这一路学说对本章的支持，在于它彻底放弃了「组织有一个统一的心灵」这个假定，比代理理论走得更远：代理理论把组织拆成许多理性的个人，系统论则连个人也放到系统的外面，认为进入组织的只是决定与沟通。它也解释了一个案卷里常见的现象：一个违法结果可以由一连串在各自环节都「合乎程序」的决定生产出来，没有哪一个决定单独看是违法的。

但本书与它有一条清楚的分离线。系统论把组织当作一个封闭运作的系统，刑法对它而言只是外部的「刺激」，进不进去、怎样进去，由系统自己决定。这种描述很冷静，却给刑事归责留下了一个空位：如果进入组织的只有沟通，人在系统之外，那么最终要被判处刑罚的自然人，在理论里就没有落脚的地方。反身法强调管程序、不管内容，落到单位犯罪上，又容易变成「只要合规程序完备，就不再追问实际是谁推动了违法」——这正是第7章要讨论的纸面合规的理论温床。

本书既不把单位当作一个有意志的实体，也不把它当作一个自我生成的系统，而是把它看作「在制度条件中显露的责任承载形态」：同一个法律上的单位，在不同的组织结构、资金安排和信息流向中，会显露出不同的承担方式——有时它确实是决定的中心，有时它只是被个人借用的外壳，有时它是一组被拆散的环节的总称。刑法要做的，不是先给单位下一个本体论的定义，而是在法定要件之内，查清每一次判应当落在哪里，服实际落在了哪里。与托依布纳相比，本书多说的一点是：组织的自我运作并不是刑法的终点，而是刑法需要追踪的过程；判与服之间的错位，就发生在这个过程里，也只能在这个过程里被再聚合。

◆ 七、多节点模型的可证伪条件

本书的多节点解释不是声称所有犯罪都必须通过漫长的组织链。如果公开案件显示，多数单位犯罪事实上都由一名主管人员在短时间内独立决定和实施，且公司制度不

对违法风险产生可检测的影响，那么组织链模型的普遍性便应收窄。它只有在权责碎片化、信息分割和跨部门激励确实发挥独立作用的场景中才具备增量。对单人控制的空壳公司、以犯罪为主要活动的企业，现行司法解释还设置了不以单位犯罪论处的特定边界，研究者不应为了强调组织复杂性而抹去这类法定例外。

这一可证伪条件可以说得更具体一些。中小企业在我国单位犯罪案件中占有相当比重，其中不少企业的决策、财务和执行高度集中于一人或一个家庭。在这样的企业里，「组织拆散」的程度很低，同一视原则所假定的「单位的头脑就是负责人」大体成立，多节点分析的边际价值也就有限。本书并不否认这一点。多节点模型的用武之地，是那些层级多、部门多、考核指标复杂、信息需要跨越多个岗位才能汇合的组织；在那里，单一的「头脑」找不到，或者找到了也只是名义上的。

因此，本章的主张应当被读作一个有边界的主张：组织越大、层级越多、激励越分散，判服错位越可能发生，再聚合的必要性越大；组织越小、越集中，传统的同一视读法越够用。若有人能够证明，即便在大型、多层级的组织里，违法路径也通常由一人决定、其他环节对结果没有独立影响，那么本章关于「没有共同效用表」和「知情被拆散」的论断就只是一种理论上的可能，而不是单位犯罪的常态，本书的分析也应相应收窄。这一检验需要系统收集公开判决中的组织结构与决策过程信息，目前尚待进行。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑤张出生证（威慑论）的主体预设：「组织是会算账的理性人」。委托代理理论把这个统一的理性人拆成了许多各算各账的人，本章顺着它走了一步，又在它停下的地方继续走：代理理论把内部分歧当作需要用合同对齐的偏差，本章则指出，在单位犯罪中，分歧本身就是违法得以发生、责任得以消散的结构。顺带松动的还有第②张出生证（同一视／单位意志论）的预设：单位的「头脑」未必在决策机关和法定负责人那里，剩余控制权可能握在架构图之外的人手里。

本章涉及的制度依赖主要是连接：《刑法》第三十一条把单位与「直接负责的主管人员和其他直接责任人员」连成两条线，而2001年纪要对主管人员的界定以「作用」为

中心，为剩余控制权的分析留出了解释空间；1999年司法解释关于盗用名义、个人设立公司、以犯罪为主要活动的规定，则是结构层面的边界，本章予以保留。

本章的再聚合读数有两个：一是收益的经济归属与行为的授权归属这张两轴辨别格，用来阻断「获益即意志」的循环推理；二是实质控制的四项核对（对象、时间、知悉、替代选择），用来把判引向真正握有剩余控制权的人，同时防止它变成无限归责的口袋。与托依布纳的系统论相比，本书不把组织当作封闭的系统，而当作在制度条件中显露的责任承载形态。

若公开判决显示，大型多层级组织中的违法路径通常也由一人独立决定、其他环节没有独立作用，则本章关于「组织内部没有共同效用表、知情被拆散」的判断应当收窄为特定组织类型中的现象。

> **带走的话**
>
> 组织内部没有一张共同的效用表，收益的经济归属不等于行为的授权归属，判应当引向真正握有剩余控制权的人。

> **小账**
>
> 剩余控制权与名义职级有什么区别？——名义职级写在架构图上；剩余控制权是合同没有写明的事项由谁拍板，谁能冻结付款、停止交易，它可能握在架构图之外的人手里。
>
> 怎样核对一个人是否实质控制了违法路径？——逐项证明控制何项活动、何时控制、知悉何种风险、有无可行的替代选择，既把判引向控制者，也防止无限归责。

第 7 章

监管者、企业和员工的三方博弈

上一章说明，组织里没有一个统一的算账者。这一章把视野再放宽一圈：组织之外还站着执法者。监管机关和司法机关要发现违法，企业要决定是否自查、是否报告，员工要决定是否照着违法压力去做、是否举报。三方各有各的成本和各的信息，单位犯罪的治理效果，取决于这三方之间怎样互相牵动。近三十年来，围绕这场博弈形成了一个影响很大的学派——合规激励论。本章先给它填出生证，再看它在哪里撞上了异象，最后用「判与服」的读法说明：激励合同所要求的，是一种事前的服，而实践里交付的，常常是一种事后的签到。

◆ 一、合规激励论的出生证

合规激励论在经济分析上的源头之一，是阿伦1994年关于公司刑事责任「可能的反常效果」的研究，以及阿伦与克拉克曼1997年关于公司责任制度的系统分析。他们注意到一个反直觉的现象：如果对企业实行严格的替代责任，员工一旦违法，企业就要承担全部责任，那么企业投入越多去监督、调查和报告，被发现的违法就越多，自身承担的责任也越重。结果是，严格责任在激励企业预防违法的同时，也在惩罚企业去发现违法。企业理性的反应，可能是少查、晚查、查到了也不说。

他们的解决办法是「混合责任」：仍然保留企业对员工违法的责任，以维持预防的激励；但对那些事前尽到监督义务、事后及时调查并向执法机关报告的企业，在责任上给予实质的减轻，以抵消「越查越亏」的反常效果。这样，法律对企业的要求就分成了几段：事前预防，事中监督，事后调查、报告与配合。每一段都由一种责任上的奖惩来驱动。

把这一学派按出生证填出来：

项目	内容
主角	检察官与守法人：前者决定是否追诉、怎样处理；后者是被要求自我监管的企业
人（主体预设）	组织是可被激励的自我监管者：它掌握内部信息，只要激励设计得当，就会主动预防、发现和报告违法
法（客体预设）	法是一份激励合同：以责任的加重与减轻为对价，换取企业的预防、调查、报告和整改
推出的内容	合规计划可以减轻或免除责任；自我报告与配合调查可以换取从宽处理；不起诉、暂缓起诉、合规考察等程序工具
意义预设	偏重幸福（以较低的公共成本换取较好的治理），自由居中（企业自主设计合规），创造较轻

这张出生证的承重点在第二格。它不再像威慑论那样，只把企业当作一个面对价目表算账的理性人，而是把企业当作执法的「合作者」：企业比任何外部机关都更了解自己内部发生了什么，法律与其从外面去查，不如让企业自己查、自己报。这是一个很有吸引力的想法，它也确实推动了世界上许多法域的制度改革，我国近年推进的涉案企业合规改革，在问题意识上与之有相通之处，但有自己的规范边界与程序设计，不能简单等同。

◆ 二、把公共执法也纳入模型

在企业犯罪的分析中，执法机关常被假定为无成本、无偏差的自动发现者。真实世界并非如此。市场监管、税务、生态环境、公安、检察等机关分别掌握不同类型的信息，检查行动消耗专业技术、时间和公共预算。若企业掌握大量内部数据，监管者完全替代企业自查可能极其昂贵；如果企业控制人就是违法组织者，仅依赖其自行报告又可能丧失真正的监督机会。因而三方模型应同时讨论监管机关检查、企业内部监督和员工违法选择，逐一写明成本由谁承担。

Christmann与Klein在2024年的三方检查博弈研究中讨论不同责任制度如何影响自我报告与监督投入，并强调内部监控成本和公共执法成本的相对差异。其研究提供了分析框架，而非可直接照搬到我国单位犯罪定罪的结论。中国法关于单位构成、主管人员处罚、认罪认罚以及合规考察具有自身规范边界。我们能从模型学习的是条件依赖性：

一种制度在企业易于内部发现风险时有效，并不意味着在财务造假由管理层主导时同样有效。

条件依赖性可以拆成几个容易核对的问题。第一，内部发现与外部发现哪一个更便宜？生产线上的安全隐患，车间主任一眼就能看到，外部检查人员却要层层调取记录；一笔通过多层关联交易转移的资金，内部财务人员未必看得清，外部审计和侦查反而有更专业的手段。第二，掌握内部信息的人与违法的推动者是不是同一批人？如果推动违法的是基层业务团队，管理层有动力去查；如果推动违法的是管理层本身，让管理层「自查自报」就近于让当事人自己审自己。第三，报告之后，企业与报告者分别会得到什么？如果报告换来的从宽主要落在企业身上，而报告者个人面临的是岗位与前途的风险，那么企业层面的激励设计得再好，信息也可能在个人那一关被截住。

这三个问题，正好对应三方博弈中的三方。合规激励论的模型通常把企业当作一个统一的决策者，决定「查不查、报不报」；可是上一章已经说明，企业内部没有共同的效用表。决定查不查的是管理层，决定报不报的也是管理层，而他们自己可能就在违法路径上。合规激励论在这里需要补一条：激励合同的相对方究竟是谁？是作为法律主体的单位，还是握有剩余控制权的那几个人？两者利益一致时，激励合同有效；两者利益相反时，合同的签字人恰好是最不想履约的人。

◆ 三、发现不是只有一个按钮

企业发现内部违法可分为预警、调查、内部确认、向监管机关报告四步。每一步都有阻止信息外出的管理节点。若法定责任规则使企业担心一旦报告就立即承担相同甚至更高刑事后果，主动报告可能被压制；反过来，如果只要报告就完全免除单位责任，又可能使企业在发现违规后制造「最后时刻的主动披露」，以获取制度优惠。合理的规则应区分报告的时间、完整程度、是否阻止危害扩大、是否保留证据以及是否有效惩戒行为人。

四步之中，每一步都有一个「闸门」，也都有一种典型的截断方式：

环节	闸门在谁手里	常见的截断方式	规则可以检查什么
预警	一线员工、内控系统	异常不被记录；记录了但阈值设得过高	预警记录是否存在、阈值如何设定、由谁设定
调查	合规、审计、法务部门	调查需要业务负责人批准；调查范围被限定	调查的启动权与范围由谁决定
内部确认	管理层、决策机构	结论被改写为「管理瑕疵」；责任被归于已离职人员	确认结论与原始调查材料是否一致
对外报告	实际控制人、法定代表人	拖延到外部调查已经开始；报告内容不完整	报告时间与外部发现时间的先后；报告是否涉及高层

这张表的用意，是把「企业有没有主动报告」这个笼统的问题，拆成四个可以核对的环节。一家企业可能在第一步做得很好，预警系统灵敏，却在第三步把调查结论改写；也可能前三步都完整，却在第四步拖延到外部调查开始之后才报告。合规激励论希望奖励的是完整的发现链条，而不是最后那一纸报告。若规则只看最后是否报告，就会把从宽给了那些在外部压力下才开口的企业，而对真正在第一时间切断违法路径的企业，未必给足了差异。

举报者的激励同样关键。匿名渠道存在并不保证员工敢用。若举报会导致岗位流失、绩效扣减或人际排斥，员工的实际举报成本可以远高于制度文件表述。真正重要的变量不是全年培训次数，而是风险信息穿越层级屏障后能否产生可追溯的整改行动。对举报失败的研究不能仅统计举报件数；件数上升可能表示问题恶化，也可能表示沉默被打破。需要把问题性质、处理时滞、报复投诉与最终改进结合解释。

员工是三方博弈中最容易被忽略的一方。在模型里，他们常被简化为「可能违法的代理人」；在现实里，他们同时是违法压力的承受者、风险信息的最早持有者和潜在的举报者。一名销售人员既可能为了完成指标去支付回扣，也可能是第一个察觉回扣已经成为部门惯例的人。他选择顺从还是举报，取决于两条路各自的代价。若顺从的代价是「也许将来被追究」，举报的代价是「确定会被边缘化」，那么即使他完全明白什么是合法，理性的选择也可能是沉默。合规激励论若只设计企业层面的奖惩，而不改变员工层面的这两笔账，激励就停在了企业的大门口。

◆ 四、何种情况下混合责任有意义

混合责任结构并不等于「严格处罚和合规减免各来一点」，而是把企业事前预防义务、事中监督责任、事后调查和报告义务分别纳入激励设计。企业如已及时预防且有效报告，法律在有规定的空间内可以体现差异化处理；企业长期纵容危险，不能靠事后购买一套制度文件交换免责。对管理层违法而企业自身无法形成独立举报意志的组织，外部调查、专业人员保护和实际控制人的直接刑事责任更为重要。哪一套组合合理，应由违法行为形成的实际路径决定。

我国2021年发布的涉案企业合规第三方监督评估机制，是观察这种组合如何在程序中运行的重要制度样本。其核心不是给企业颁发免罪证书，而是对合规承诺进行调查、评估、监督和考察，考察结果成为检察机关依法处理案件的重要参考。企业正常经营、自愿整改、认罪认罚等适用前提以及排除事项，应按文件规定审查，不能以商业利益保护为由无限扩大范围。

这一机制运行在现行刑事诉讼法的框架之内。《刑事诉讼法》第十五条确立了认罪认罚从宽制度；第一百七十七条第二款规定，对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。合规考察的结果，正是在这些法定空间之内，作为检察机关作出起诉、不起诉决定或者提出量刑建议的参考。这一点很重要：合规不是一个独立于法律之外的「交易」，它不能创造法律没有规定的从宽，也不能替代对犯罪事实和情节的认定。所谓混合责任在我国的落点，不是改变单位犯罪的构成要件，而是在法定裁量空间之内，让「事前尽责、事后如实」的企业与「长期纵容、事后补票」的企业得到有差别的处理。

从三方博弈的角度看，第三方监督评估机制还有一层意义：它在检察机关与企业之间加入了第三方，试图缓解「企业自己评估自己」的问题。但这一层也有它的条件。第三方组织的专业能力、独立性、考察期限以及评估所依据的材料，都会影响评估结论能否反映真实的整改效果。若评估所看的主要是企业提交的文件，那么第三方再独立，看到的也只是企业愿意给它看的那一部分。这就引出了合规激励论最难回避的异象。

五、异象：纸面合规

合规激励论的出生证预设，组织是一个会对激励作出反应的自我监管者。这个预设在一个地方特别脆弱：法律能够观察和奖励的，只是合规的可见部分——制度文件、培训记录、承诺书、举报热线、合规官的任命；而真正决定违法会不会发生的，是看不见的那部分——奖金怎样分、例外由谁批、举报之后发生了什么。当激励只能挂在可见部分上，理性的企业就会把资源投向可见部分。这正是上一章提到的多任务问题在合规上的翻版：容易计量的被做足了，难以计量的被让出去了。

这一现象在国际文献中常被称为「装饰性合规」或「纸面合规」，本书统一称为纸面合规。它的标志是：合规文件齐全，合规机构健全，培训签到完整，但在一次真实的风险事件面前，这套制度没有改变任何人的行动。纸面合规并不一定出于欺骗，它也可能出于真诚的误解：企业以为文件写好了、培训做完了，合规就完成了。可是从刑法的角度看，二者效果相同：组织多了一层「我们已经尽责」的外衣，违法路径却没有被切断。

学派怎样对付这个异象？按全书第4章的口径，异象来了，学派只会吸收或分叉。合规激励论最常见的吸收方式是先验：「有合规文件即有合规」。这一步先验并不总是明说，它藏在评估的方法里——当评估者手里只有文件，评估就只能是对文件的评估；当考察结论以「制度是否建立、培训是否覆盖、机构是否设置」为主要指标，合规就被按定义等同于这些指标。说完之后，起点并没有多知道一点东西：我们依然不知道，在下一次销售指标与法律底线冲突时，这家企业会怎样做。

还有一种辅助的吸收方式是改名：当一家通过合规评估的企业再次发生同类违法，常见的解释是「执行不到位」「个别人员违规」。这样，再犯就不被当作合规模型本身的反例，而被归入执行层面的例外。这一改名使合规激励论的起点免于检验，也使纸面合规在制度上得以反复。

纸面合规一旦被织进制度，就有了自我维持的力量。这里涉及的是制度依赖中的次序：在合规考察的程序里，「合规整改」被安排在「处理决定」之前，整改的结论成为

处理决定的前提。次序本身并无不妥，但当整改结论主要依据文件，文件就获得了一种超出其证明力的地位——它不仅证明「企业做了什么」，还在程序上决定「企业将被怎样处理」。下一次评估时，评估者自然会参照上一次通过的文件模板，企业也会照着模板准备。模板越成熟，纸面合规越容易通过，制度网便在不知不觉中吸收了这个异象。

识别纸面合规，不能靠再加一层文件，而要回到一次具体的风险事件。下面几个问题，比文件清单更能区分真假：

- 在考察期内，有没有出现过业务目标与合规要求冲突的事例？冲突是怎样解决的，谁作的决定？
- 有没有员工通过内部渠道提出过异议或举报？举报涉及的是谁，处理花了多长时间，举报者此后的岗位与考核有无变化？
- 绩效考核方案在整改前后有无实质改变？违法收益曾经集中的那个指标，现在还在不在奖金公式里？
- 握有剩余控制权的人，在整改中承担了什么？他的权限、薪酬或职务有无调整，还是整改只落在了合规部门与基层？

这些问题并不能替代法定要件的证明，它们是用来检验「合规是否发生效力」的辅助材料。但它们指向的方向，与文件清单完全不同：文件清单问的是「有没有」，这些问题问的是「动没动」。

◆ 六、用「判与服」读：激励合同要求的是事前的服

全书借用「判」与「服」的读法：判，是任何一次「这件事该这样」的定夺——判决、起诉决定、合规考察结论、内部决策机构的决议都是判；服，是对判的接纳：缴纳、整改、签字、照着去做；不服也是序列中的一环，可以表现为转嫁、拖延、换壳和形式整改。这一读法只是分析工具，不是新的构成要件。

用这个读法看合规激励论，可以看出它的一个深层结构：激励合同要求的，是一种事前的服。法律事先作出一个判——「企业应当预防、发现、报告违法」——并许诺以责任上的减轻作为回报。合规激励论期待的是，企业在任何具体违法发生之前，就已经接

纳了这个判，把它织进自己的考核、审批和人事制度里，让每一个岗位在每一天都照着去做。这是一种分散在时间里、日复一日的服。

可是在实践中，服往往是在判之后才到来的。企业真正开始认真对待合规，常常是在案件已经发生、起诉的可能已经摆在面前之后。此时的服，与其说是对「应当预防」这个一般性判的接纳，不如说是对「可能被起诉」这个具体判的回应。事后的服可以是真诚的，也可以是策略性的；但它有一个共同的特点：它的对象是检察机关，而不是组织内部的风险。于是服的形态容易变成签到：文件签了，承诺书签了，培训签了，签名的人很多，承担的人很少。

这里能看到判服错位在合规领域的具体样子。合规考察的判落在「单位」身上——单位通过了考察，单位获得了从宽；整改的服却分散在组织内外：合规部门加班写制度，基层员工参加培训、签承诺书，第三方组织投入时间评估，检察机关投入资源监督。真正握有剩余控制权、曾经推动或容忍违法路径的那几个人，在这条服的链条上可能并不显眼。若他们的权限、收益和考核未被触动，那么整改无论多么完整，都没有让服落到能改变风险的地方。

由此可以说出合规领域的再聚合任务：让服在事前就显名。所谓显名，是说在违法发生之前，组织就已经明确了谁有权停止一项危险的业务、谁对某一类风险作出最终决定、谁在异议被驳回时要签字承担。这样，一旦违法发生，判就不必在一片签到中去寻找承担者，因为承担者在事前已经站出来了。全书第八编会把这一点展开为「签到与承担」的区分，并提出一个尚待检验的预言：在经过真实整改的企业里，「不知情」辩解在后续案件中被采纳的比例应当下降。若真实整改之后这一比例并不下降，第八编的命题就不成立。

◆ 七、一个系统的失灵可能成为另一个系统的动力

监管不作为、企业内部压制举报和员工违法可能互相强化：外部检查概率低使管理层更敢提高不合理绩效，员工知道内部报告无效而更倾向于顺从，公司积累违法收益后又能投入资源规避下一轮监督。但也存在向好的循环：司法公开组织内部犯罪机制，企

业据此调整业绩考核，员工举报获得保护，执法机关将有限资源集中到反复失信主体。不同循环中的同一笔罚金，法律金额不变，经济意义却可能截然不同。

两种循环的差别，不在任何一方单独的努力，而在三方之间的信号能否互相传导。在坏的循环里，每一方都从另外两方那里接收到「违法是安全的」信号：监管者从企业的完整文件里读出「风险可控」，企业从监管的低频检查里读出「被发现的概率不大」，员工从管理层的沉默里读出「这是默许的」。在好的循环里，信号的方向相反：一份公开的判决讲清了违法是怎样在组织里一步步发生的，其他企业据此检查自己的同类环节；一次被认真处理的举报，让其他员工知道这条渠道是通的；执法机关把检查集中到屡次出问题的地方，守法企业的合规投入因此不再是白白付出。

罚金在两种循环中的意义也不同。在坏的循环里，罚金容易被理解为一项可以预算的经营成本，它会被摊进价格、记入费用，最终由股东、员工乃至消费者分担，控制者本人未必感到压力；全书第七编会把这一现象称为罚金的「价格化」。在好的循环里，罚金与对控制者的个人处理、对违法收益的依法追缴、对考核制度的实质整改一起出现，它传递的就不是价格，而是边界。同一笔罚金，判的金额相同，服的落点不同，治理效果也就不同。

本章的可撤回条件是：在控制行业、规模、违法类型和监管强度以后，若企业内部监控措施的改进未能增加重大风险的有效发现或减少重复违法，则不得声称三方模型已经证明「合规越多、犯罪越少」。这并不反对企业合规，而是防止把制度投入直接等同于治理效果。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑥张出生证（合规激励论）的主体预设：「组织是可被激励的自我监管者」。这一预设默认企业是一个统一的决策者，只要奖惩设计得当，它就会主动预防、发现和报告。本章指出，激励合同的签字方是单位，而决定查不查、报不报的却是组织内部握有剩余控制权的人；当他们本身就在违法路径上，激励合同的相对方恰好是最不愿意履约的人。与此同时，「法是激励合同」这一客体预设也被放到了异象面前：法律只能把激励挂在合规的可见部分上，于是生出纸面合规。

本章涉及的制度依赖主要是次序：合规整改被安排在处理决定之前，整改结论成为处理的重要参考。这个次序本身符合法定框架，但当结论主要依据文件，文件就获得了超出其证明力的地位，「有文件即有合规」的先验式吸收由此织进程序。

本章的再聚合读数是：发现链条四个环节的闸门核对（预警、调查、内部确认、对外报告各由谁把守），以及整改中服的落点核对——握有剩余控制权的人，在整改中承担了什么。用判与服的读法看，激励合同要求的是事前的服，实践中却常常交付事后的签到；再聚合的方向，是让服在事前就显名。

若在控制了相关因素之后，以文件完备度为主要指标的合规评估与以风险事件处理为主要指标的评估，对后续再犯的预测力并无差别，则本章关于纸面合规的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> 激励合同要求的是事前的服，实践里交付的常常是事后的签到；合同签字方是单位，决定查不查、报不报的却是握有剩余控制权的人。

> **小账**
>
> 混合责任在什么情况下有意义？——推动违法的是基层团队、管理层有动力去查时有意义；推动违法的就是管理层时，让其自查自报近于让当事人自己审自己。
>
> 评估一家企业的发现机制，要看什么？——看预警、调查、内部确认、对外报告四道闸门各由谁把守，以及握有剩余控制权的人在整改中实际承担了什么。

第 8 章

有限理性、心理学与组织文化

前两章沿着经济学的路走：先把单位拆成许多各自算账的人，再把执法者放进来，看三方怎样博弈。这条路有一个共同的底色：每一方都被预设为会算账的人，差别只在信息多少、激励怎样。可是翻开单位犯罪的案卷，许多违法并不像一次清醒的计算，更像一种慢慢形成的习惯：大家都这么做，以前也这么做，上面没说不行。本章要处理的，就是这一类「算不清的违法」。与它相关的有两路学说：一路是从威慑论分叉出来的行为进路，把有限理性与心理机制引入法律分析；一路是组织过错与公司文化论，把违法的根源追到组织的结构与文化上。两路都看对了重要的东西，也都有把心理学和文化概念用过头的危险。本章要说明它们各自聚合了什么，本书又追踪什么，并守住一条底线：心理学可以为调查指路，不能替代法律证明。

◆ 一、违法行为不总是完整成本计算的结果

商业组织中的违法行为有时源于清醒的利益衡量，有时却发生于职业角色、团队常规和权威服从之间。项目经理可能把反复违反程序理解为「行业惯例」，基层职员可能把总部长期默许视为允许，合规人员可能在多次被忽略后停止提出异议。不能把这些心理机制简单等同于法定故意，也不能因为行为人说「大家都这么做」便减轻全部刑事责任。它们主要帮助解释组织环境如何降低违法行为被察觉和被拒绝的概率。

这一类解释在法学上的来处，是行为法经济学。它从威慑论那里分叉出来，换掉了主体预设，却保留了客体预设的大半：人不再被设想为完全理性的算账者，他的理性有限、意志力有限、自利也有限，而且这些偏离是有规律的；法则仍然是一套影响行为的激励，只是激励的形状不只是价格，还包括默认项、措辞、先后次序和社会信号。把这一路用在组织里，按出生证可以这样填：

项目	内容
主角	立法者与执法者，也包括设计组织内部规则的人
人（主体预设）	组织成员的理性有限；他们受角色、常规、权威和群体的影响，偏离有规律、可以预测
法（客体预设）	法是一种激励，既有正式制裁，也有表达性的谴责和边界信号
推出的内容	重视规则的表达效果；关注组织中默认的做法与「理所当然」；通过改变环境而不只是提高罚金来影响行为
意义预设	偏重幸福（让组织和个人避开可预见的错误），自由居中，创造较轻

Arlen与Kornhauser在2023年的研究中结合心理学，强调法律的表达性谴责与正式制裁共同影响组织与个体行为。其重要启发是，处罚有时不是价格，而是边界信号：它告诉成员某种行动不应以利润多少作为正当化依据。但这种表达效果有其条件。如果企业每年稳定支付罚款，董事会仍将违规收益作为经理奖金依据，再严厉的谴责也可能被管理层翻译为一项运营支出。

这里出现了行为进路在组织中的第一个异象：表达性谴责发出的是边界信号，组织内部却可以把它重新翻译成价格。翻译发生在哪里？发生在奖金公式里，发生在预算科目里，发生在「罚款准备金」这类会计安排里。一旦罚金被事先列入预算，它对组织成员而言就不再是一句「不许」，而是一个「这么做要花多少」。全书第七编会把这一现象称为罚金的价格化，并区分价型威慑与禁止型威慑：前者告诉你代价，后者告诉你边界。行为进路看见了这两种威慑的不同，却常常假定法律发出什么信号，组织就接收什么信号；本书要追问的是，信号在组织内部经过了谁的手，最后落到了谁的身上。

◆ 二、组织过错与公司文化论：把违法追到结构上

另一路学说走得更远。它不满足于解释个人为什么会在组织中违法，而是主张组织本身可以有过错，这种过错不在任何一个成员的心里，而在组织的结构、程序和文化之中。

澳大利亚学者菲斯与布雷思韦特在1993年的《公司、犯罪与问责》中，讨论了一个与本书第6章相近的困境：大型组织中的违法往往无法归到某一个人头上，单纯追究个人

既不公平也无效，单纯处罚公司又容易让罚金变成经营成本。他们提出的方向，是把问责建立在组织内部：由法律推动公司对违法进行内部调查、查明责任、作出内部处分并向外报告，法院再审查这一内部问责是否认真、是否到位〔待核〕。这一主张的核心，是让组织对自己的结构性缺陷负责，并通过内部纪律把责任落实到人。

澳大利亚联邦刑法典第12.3条〔条号待核〕把类似的思想写进了立法：在认定法人具有故意、明知或轻率等过错要素时，可以通过证明法人内部存在指示、鼓励、容忍或导致违法的「公司文化」，或者证明法人未能建立并维持要求守法的公司文化，来证明法人授权或允许了违法；该条把公司文化界定为法人内部普遍存在的态度、政策、规则、行为方式或惯例〔待核〕。这一条款常被当作组织过错论在立法上的代表。我国现行刑法并没有采用这样的立法例，这里只作比较法上的观察，不暗示制度优劣。

按出生证，这一学派可以这样填：

项目	内容
主角	立法者
人（主体预设）	组织是一个会产生结构性过错的系统；过错可以存在于政策、程序与文化中，而不只存在于个人心里
法（客体预设）	法是对结构缺陷的谴责，并推动组织自我纠正
冻住的再聚合点	只聚合「结构」
典型吸收	免检：凡管理失灵，皆可称为过错

这一学派对本书的支持非常直接。它与本书一样拒绝把单位犯罪还原为某个人的罪过，也一样关注违法在组织中是怎样被生产出来的。但它在一个地方停住了：它把被拆散的东西聚合到了「结构」上。组织的过错被定位于政策、程序、文化，于是问责的目标也就是改变政策、程序、文化。这一聚合有它的好处，它让刑法能够触及个人罪过之外的东西；它也有一个盲点：结构是谁的结构？文化由谁塑造、由谁维持、由谁从中受益？当过错被安放在「文化」这个无主的位置上，判就有可能再一次落空——这一次不是落在单位这个抽象主体上，而是落在文化这个更抽象的东西上。

它的典型吸收是免检式的：几乎任何一次违法，事后都可以找到管理上的缺陷，于是「管理失灵」本身就被当作过错的证明。说完之后，起点并没有多知道一点东西。本书第4章已经指出，若以「本可做得更好」作为归责标准，组织体责任可能被扩张成无限的结果责任。公司文化条款在这一点上尤其需要节制：文化是一个弹性极大的概念，几乎可以描述任何组织的任何特征，若不对它的证明方式加以限定，它就可能成为一个不能反驳的标签。

本书与这一学派的分离线可以一句话说清：他们聚合「结构」，本书追踪「服的落点」。本书不问组织有没有一种坏的文化，而问：当判作出之后，谁在缴纳、谁在整改、谁在签字承担，谁又在这一切之外毫发无伤？结构上的缺陷之所以值得刑法关心，不是因为它在道德上可以被谴责，而是因为它决定了服会落在哪里。一种「只要求员工承担风险、不给员工改变风险的权限」的结构，其要害不在于它的文化坏，而在于它让服系统地落到了没有控制力的人身上。

◆ 三、越轨常态化与「奖励甲却指望乙」

组织研究中有两项与本章特别相关的经典工作，可以帮助说明违法是怎样在组织里慢慢长出来的。

社会学家沃恩在1996年对「挑战者号」航天飞机发射决策的研究中，提出了「越轨常态化」的概念。她发现，那次灾难并不是因为某个人在某一刻作出了明知危险的决定，而是因为一个技术上的异常，在一次又一次的评审中，被逐步接受为「可以接受的风险」：第一次出现时引起关注，经过分析认为问题不大；第二次出现时，前一次的结论成了参照；如此往复，偏离就从例外变成了常规。每一步都有程序、有论证、有签字，整个组织却在不知不觉中把安全边界一点点后移。

管理学家克尔在1975年发表的《论奖励甲却指望乙的愚蠢》中，讨论了另一种机制：组织口头上希望成员做一件事，奖励制度却奖励的是另一件事，结果成员自然去做被奖励的那件事。他所举的例子遍及政府、大学、企业，其核心洞见很朴素：人们做的

是被奖励的事，而不是被宣扬的事。这一洞见与第6章提到的多任务问题彼此呼应：容易计量的被奖励，难以计量的被牺牲。

两项研究揭示的是同一件事的两个侧面：越轨常态化说明违法怎样在时间里被一步步接受，奖励错位说明违法怎样在激励里被一点点推动。它们都不依赖某一个人的恶意，都在组织的日常运转中发生。

本书对这两项研究的使用，与组织研究本身有所不同。沃恩关心的是组织怎样学会了接受偏离；本书把漂移与签名建制连起来：在越轨常态化的每一步，都有人在评审结论上签了字，而这些签字在事后既可能被用来证明「每个人都知情」，也可能被用来证明「每个人都只是照程序办事」。第八编将提出一个判决书上的读数——「不知情」抗辩的存活率——用来观察：组织的签名制度究竟是让漂移中的每一步都有人承担，还是让每一步都有人可以说「我不知道这会导致什么」。克尔关心的是奖励制度的设计；本书把奖励错位放进刑法上的可见性缺口里，区分两种形态：一种是过失形态，组织并未有意让违法发生，只是没有看到奖励制度与守法目标之间的冲突；另一种是利益驱动形态，组织知道或者有理由知道，某个指标只有通过违法才能完成，却仍然把奖金挂在这个指标上。两种形态在外观上可能一模一样，在刑法上的意义却截然不同，需要通过考核方案的制定过程、调整记录、对异议的回应等材料加以区分。

◆ 四、合规文化不是办公室墙上的口号

审查「良好的组织文化」，不能仅看培训材料、员工签字或廉洁承诺书。真正需要识别的是，当生产进度与安全标准冲突时谁有停止权；当客户要求非法回扣时销售团队有无现实的拒绝路径；当财务发现异常支出时能否独立拒付；举报涉及核心高管时调查人员能否免于被报复。如果制度只要求员工承担法律风险，却不给其改变风险的权限，它不但未必防止犯罪，还可能成为向低层转移责任的装置。

这提醒司法机关区分「合规制度存在性」与「合规制度发生效力」。前者容易通过文件留痕测量，后者却需要观察一次风险事件怎样被处理。在没有违法事件可测量时，也可以通过模拟演练、异常审批的处理记录、反对意见被采纳次数和制度修改时滞评价

组织能力。但这些指标只能成为法定责任要件的辅助证据，不能直接替代刑事故意的证明。

把「文化」从口号拉回到可以审查的东西上，关键是把它拆成一组具体的权限与路径。下面这张对照表，左栏是常见的文化证据，右栏是本书建议同时审查的权限证据：

常见的文化证据	应同时审查的权限证据
员工手册中的价值观条款	生产进度与安全冲突时，现场人员是否有停止作业的权限，行使后是否受到不利评价
全员廉洁承诺书	销售人员拒绝客户不当要求后，订单损失由谁承担，是否计入其个人考核
年度合规培训签到	财务人员发现异常付款时，能否在业务负责人反对的情况下独立拒付
举报热线与举报制度	涉及高层的举报由谁调查，调查者的考核与晋升由谁决定

左栏的东西都是「存在性」的证据，右栏的东西才可能是「效力」的证据。两者的差别，正是第7章所说的纸面合规与真实合规的差别。这张表还有一层更深的用意：右栏的每一项，问的都是服的落点。拒绝的代价由谁承担？停止的后果由谁承担？拒付的风险由谁承担？如果答案总是「由提出异议的那个人自己承担」，那么无论左栏多么完备，组织的结构都在把服推向最没有控制力的位置。

◆ 五、恐惧和沉默会改变证据的形状

有些组织要求每个关键岗位签字，意图让风险出现时能找到「责任人」。该制度在风险预防上可能具有积极作用，但也会使下级职员在没有真实否决权时被迫留下完整的形式痕迹。与此同时，真正制定风险策略的人不一定在最终执行单据上出现。若法院将签字的确定性误当作刑责的确定性，就会产生反向激励：强势控制者通过复杂程序消解个人可见性，弱势执行者为服从组织而不断积累可见证据。

这种证据形状的扭曲，是判服错位在证据层面的投影。组织内部的权力越大，越不必留下痕迹：决策可以通过口头会议作出，目标可以通过考核方案下达，压力可以通过人事安排传递。组织内部的权力越小，越必须留下痕迹：每一张单据都要签字，每一次操作都要登记，每一次例外都要说明。于是，案卷里最清楚的证据，往往指向最没有控

制力的人；最有控制力的人，在案卷里往往最模糊。若审查者只依据证据的清晰程度来分配责任，判就会系统地落向低处。

所以应当给「签字」恢复原有证明分量：它证明某人作过某种程序行为，可能支持其知情或授权；但签字前的信息是否充分、签字人的权限大小、能否改变结果、是否表示异议，仍需查明。对于未获充分信息、缺乏改变能力而受到岗位压力的人员，不能自动由签字推出故意。对于没有签字却设计不法流程、控制预算和奖惩的人，也不能因无纸面痕迹便当然退出责任审查。

恐惧和沉默还会以另一种方式改变证据：它们让本来存在的异议消失在记录之外。一名员工在会上提出过疑问，但会议纪要只记了结论；一名合规人员口头提醒过风险，但没有形成书面意见，因为上一次书面意见带来的是一次不愉快的谈话。事后看，这些人似乎都「没有反对」。审查者应当意识到，记录里没有异议，不等于现实中没有异议；而一个让异议无法进入记录的组织，恰恰是值得审查的组织。反过来，若记录里确有真实、具体、及时的异议，这一事实对异议者有利，也说明组织内部的信息曾经到达过某个位置，应当追问它在那里遇到了什么。

◆ 六、怎样拒绝滥用心理学推断

组织文化研究最大的危险，是以社会心理解释取代法律证明。不能从企业「崇尚结果」的口号推断特定董事具有犯罪故意，也不能从某部门高压考核推出全部职员都明确知道某笔款项违法。心理机制只能为合理调查指示方向，必须与具体沟通、授权、反馈、资金流和法定要素交叉验证。对不利于推论的材料，诸如真实有效的反对意见、独立审计警报和被管理层及时纠正的风险，也应完整保留。

这一节是本章的底线，值得再说得具体一些。心理学与组织研究给出的，是关于人群和组织的统计性规律：在高压考核下，违规的概率上升；在越轨常态化的组织里，偏离更容易被接受；在权威服从强的环境中，异议更少被提出。这些规律对于理解组织、设计制度极有价值，但它们说的是「容易」「更可能」，而刑法要证明的是「这个人在

这件事上明知或者应当预见」。从「容易」到「这个人」，中间隔着一段必须用具体证据填满的距离。

为了守住这段距离，可以给审查者四条规则：

第一，心理机制只能用来提出假设，不能用来证明结论。「这个部门考核压力很大，员工可能知道违法」是一个调查假设，它告诉侦查人员去查考核方案、沟通记录和资金流向；它本身不是证据。

第二，组织层面的特征不能直接下移到个人。一家企业有「结果至上」的文化，不能推出其中任何一名董事、经理或员工具有特定的犯罪故意。组织的文化可以说明环境，个人的罪过必须用个人的行为与认知来证明。

第三，有利于被告人的心理材料与不利的同样对待。若组织压力可以用来解释为什么某人可能知情，那么同样的组织压力也可以用来解释为什么某人可能被蒙蔽、被裹挟、无力拒绝。审查者不能只在不利于被告人时引用心理学，在有利于被告人时却说「心理状态无法证明」。

第四，文化与心理概念不得成为不能反驳的标签。一个结论如果无论出现什么事实都能成立，它就不是一个可以接受检验的结论。若「公司文化有问题」既可以由违法的发生来证明，又可以由合规制度的存在来证明（「制度只是摆设」），那么它就失去了区分力，不应在刑事证明中发挥作用。

这四条规则与本书的方法是一致的。本书追踪服的落点，不是为了给某个人贴上标签，而是为了查清判有没有落到能改变风险的地方。心理学和组织研究帮助本书看见了组织中那些不被记录的压力、那些逐步漂移的边界、那些被奖励错位推动的选择；但看见之后，仍要回到罪刑法定，回到具体罪名的构成要件，回到每一个被告人的具体行为。判与服的读法是分析工具，不是新的构成要件；心理学的发现同样只是分析工具，不是罪过的替代品。

◆ 七、从聚合结构到追踪服的落点

把本章的几条线收拢起来：行为进路看见了人的有限理性和法律的表达效果，却容易假定组织会按法律发出的信号接收信号；组织过错论看见了结构和文化中的过错，却容易把责任安放在无主的结构上；越轨常态化和奖励错位的研究说明了违法怎样在组织中慢慢长出来，却没有直接回答刑法的判应当落在哪里。三者共同的贡献，是把单位犯罪从「某个人的坏决定」拉回到「组织的日常运转」；三者共同的留白，是服的落点。

本书在这里接上全书的主命题：单位犯罪是被组织拆散的犯罪。组织不只拆散了决定与知情，还拆散了压力与承担：压力从上往下传，承担却也从上往下落。结构与文化之所以要紧，是因为它们决定了这两条线的走向。刑法的再聚合任务，不是给组织的文化定罪，而是在法定要件之内，查清压力从哪里来、承担落到了哪里，让判尽可能落在能改变风险的位置上。

本章最终主张，经济分析法学必须承认决策者具有社会心理结构，而不仅是理性计算器；刑法证明则必须防止社会心理概念变成不能反驳的主观状态标签。单位犯罪的治理效果，往往产生于看似微小的组织动作：一次被认真处理的举报、一项明确的停止权限、一名负责人的公开承担，以及一份不再把违法利润视为成功的绩效方案。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是两张出生证。一是第⑤张（威慑论）的主体预设：「组织是会算账的理性人」。行为进路已经把它换成了「有限理性的人」，本章接受这一替换，但指出行为进路保留了「法是激励」的客体预设，并默认组织会按法律发出的信号接收信号；在组织里，表达性谴责可以被奖金公式和预算安排重新翻译成价格。二是第④张（组织过错／公司文化论）冻住的再聚合点：「只聚合结构」。本章承认结构与文化的过错是真实的，但认为它们的刑法意义在于决定服的落点，而不在于结构本身可以被谴责；其「管理失灵即过错」的免检式吸收，须用权限证据加以节制。

本章涉及的制度依赖主要是结构：澳大利亚联邦刑法典第12.3条〔条号待核〕把公司文化织进了法人过错的证明结构；我国刑法未采此例，本章只作比较观察。同时也涉及

连接：签字制度把组织中的低层执行者与案卷中的证据紧密连接，却可能让真正的决策者与证据脱钩。

本章的再聚合读数是：文化证据与权限证据的对照（停止权、拒绝路径、独立拒付、举报调查者的独立性），以及在越轨常态化与奖励错位中区分过失形态与利益驱动形态的材料核对。本章守住的底线是：心理机制只能提出假设，不能证明结论。

若对公开判决的系统观察显示，以签字等形式痕迹认定低层人员责任的案件中，组织内部的权限结构并不影响责任分配的准确性，则本章关于「恐惧和沉默改变证据形状」的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> **心理学可以为调查指路，不能替代法律证明；结构与文化的过错是真实的，它们的刑法意义在于决定服的落点。**

> **小账**
>
> 「大家都这么做」能否减轻责任？——它帮助解释组织环境怎样降低违法被察觉和被拒绝的概率，但既不等于法定故意，也不能据此减轻全部刑事责任。
>
> 审查一家公司的合规文化，看什么证据？——看权限证据：一线有没有停止权和拒绝路径，能否独立拒付，调查举报的人是否独立，而不是看墙上的口号。

第 三 编

组织之为犯罪主体：意志、信息与不法生成

编 序

第三编共四章，处理第一处拆散：知情。要回答的是，法庭上用来证明单位意志的究竟是什么证据，证据指向的地方是否就是罪行实际发生的地方。在分工细密的组织里，经手的人不知道全貌，知道全貌的人不必动手。

第9章指出法人资格、单位意志、责任人员三个名词都指向一个凝固的点，并立起本编的中心判断——可见性缺口。第10章为缺口给出成立与不成立条件、判别式和四层审查，防止组织过错滑向结果责任。第11章把收益归属与收益控制分开，以规范账与激励账两账分离作第二根轴，区分过失形态与利益驱动形态。第12章讨论组织犯罪在司法中怎样被「结形」，建议在事实认定中另设组织过程栏目。

本编对应的再聚合通道是组织行为链：把被拆散的决定与知情，沿着行为链上的交接位置重新聚合起来，让结形沿着缺口而不是沿着在场进行。这里松动的主要是同一视与单位意志论、组织过错论两张出生证，也触及替代责任论与双罚制教义学。

第 9 章

单位意志的证据究竟是什么

全书的主命题是：单位犯罪是被组织拆散的犯罪。第三编处理的是第一处拆散——知情的拆散。决定可以写进会议纪要，收益可以记进账簿，签名可以落在审批单上；唯独「知道」这件事，在一个分工细密的组织里最容易被切成碎片：经手的人不知道全貌，知道全貌的人不必动手。刑法要判一个单位有罪，首先要判它「知道」并「想要」；于是「单位意志」这个概念被推到了最前台。本章要追问的是一个看似朴素的问题：法庭上用来证明单位意志的，究竟是什么证据？证据指向的那个东西，是否就是罪行实际发生的地方？

本章的回答分三步。第一步说明，「法人资格、单位意志、责任人员」这三把尺子共同的毛病不在抽象，而在它们都是名词，都指向一个凝固的点，而组织犯罪是一段被走完的过程。第二步检讨法人拟制说与同一视原则、集体明知原则在流程化组织面前怎样失效。第三步立起本编的中心判断：单位犯罪真正的分析单位，是组织行为链上「被设计出来的不知情」与「无需执行的知情」之间的那个可见性缺口；单位意志的证据，应当从这个缺口的位置和形状里去找。

◆ 一、一个被问错的问题

单位犯罪的理论与实务长期处在一个奇怪的位置上：人们不断地问「单位怎样才算犯罪」，却很少先问「单位犯罪这件事，到底发生在哪里」。这个省略看起来无害，却让后续讨论缺了地基。

以下是一个构想场景。设想一家中型企业，高管层书面批准了一项合规政策，禁止任何贿赂性支付。与此同时，销售部门的薪酬结构以回款额和续约率为核心，区域经理的季度奖金直接取决于客户签约速度。某个季度，一线业务员向客户的关联方支付了一笔「咨询费」，合同如约签署，利润入账。案发后，法务部门出示明令禁止的书面政

策；审计显示每笔付款都有发票和审批签字；合规部门证明相关员工都完成了年度反贿赂培训；每一位经手的员工都说自己只处理了一个孤立的环节，没有人知道全貌。

问题出在哪里？不是证据不足。证据极其充足，充足到每一个环节都能自证清白。真正的困难在于：拿着法人资格、单位意志、责任人员这三把尺子，在这份案卷里找不到一个可以「定罪」的点。法人资格没有问题，公司是依法设立、真实经营的实体。责任人员指认不出来，没有一个人拥有完整的知情与决断。单位意志更难捕捉：究竟是那一纸禁令代表单位的意志，还是那套奖金公式代表单位的意志？两者互相矛盾，却同时真实。

当法律说不清自己面前的对象究竟是什么，它就会用迂回的方式绕过去。有时扩大「直接负责的主管人员」的范围，把一个处在执行层、恰好签了字的人拉进被告席；有时设法把几百名员工的碎片化认知「拼」起来，凑成一颗法律能够处理的完整意志；有时干脆以「找不到直接责任人员」「无法认定单位意志」为由不予追诉。三种做法看似截然不同，实则共享一个前提：真正该被看见的对象不在场，法律只能在它缺位的地方安装一个替代品。

用全书的语言说，这正是判服错位在知情环节的起点。判需要聚在一个点上——一个意志、一个负责人、一个决定的瞬间；而知情在组织里本来就是被分散安放的。判找不到它要找的那个点，就只能在最方便的地方落下：落到签字的中层身上，或者落到「单位」这个只能用罚金承受判决的名字上。

◆ 二、三个名词范畴的共同错位

现有解释之所以在这类案件中反复失效，根子在于三个范畴共享一个结构性的特征：它们全是名词，而企业犯罪是一条正在被走完的过程。

名词天然指向凝固的、可指定的对象。法人资格指向一张登记证书；单位意志指向一个决策瞬间；责任人员指向一个或几个自然人。然而在企业的实际运行中，犯罪很少以这种凝固的形态存在。在一个由流程驱动的组织里，经手的人不知道全貌，知道全貌的人不执行，每个环节单看都合规，连起来却完成了一次犯罪。在这个过程中，没有一

个瞬间可以让「意志」落地，没有一个岗位可以让「责任」安放，也没有一张证书能说明「犯罪人是谁」。

我国司法实践认定单位犯罪的通常思路，可以概括为「以单位名义实施、为单位谋取利益、经单位决策机构或者负责人员决定」。2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以「以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有」作为认定单位犯罪的基本思路，学界通说也多以「单位意志」为核心要素。这一公式在法定层面有充分的正当性，它守住了罪刑法定，也防止了把任何员工行为都算到单位头上。但应当看到，它在证据层面是一个审判时倒推出来的冻结点，而不是企业当时实际发生的事。它把一条动态的链压缩成一个静止的定格，然后在这个定格上寻找可以点名的东西。

当定格本身是空的——案卷呈现的恰恰是一个「缺失」——法律只能把这个缺失等同于「从未发生」，于是无罪或不诉。或者反过来，法律给这个缺失硬补一个替身，抓一个最方便的中层当作那颗头脑，于是错罚。漏罚与错罚是同一台机器的两个出口，输入的是同一个东西：一个该被看见的过程，被压成了一个看不见的点。

单位意志这个概念的真正困难就在这里。它的困难从来不只是「抽象」或「拟制」带来的模糊，而是那个决策点在记录里总呈现为一个缺失，而法律在名词框架里难以把「缺失」与「从未发生」分开。缺失是一个有内容的空——它意味着有什么东西本该在那里，却被设计掉了；「从未发生」则是一个无内容的空。名词框架擅长处理「有没有」，不擅长处理「空了但留下了形状」。三个范畴同时落空，原因在于它们被要求去指认一个在自己的语法里说不出的东西。

◆ 三、法人拟制传统：有原件时准确，无原件时虚构

法人拟制说的核心动作可以用一句话概括：单位之所以能为罪，是法律把自然人的某些属性「照着样子」安到单位身上。拟制需要原件。在刑法传统里，这个原件就是自然人的意志。单位要有意志，就得有某个人或某些人的意志可以「算作」单位的意志。于是整套理论的工作，就是寻找那个可以充当原件的自然人或决策群体。

这条路走得很远，解释力很强，在大量个案中完成了从自然人到单位的责任传递。它强在天然适配科层制的组织现实：在多数企业里，确实存在可以指认的决策机构和负责人，他们的决定可以顺畅地读成「单位的决定」。当这种对应关系成立时，拟制说几乎不可替代——准确、简洁，而且与刑法的一般原理即责任附着于主体的意志保持一致。我国学者关于单位意志的讨论，无论把它理解为决策机关意志的整体化，还是理解为单位成员意志的有机结合，大体都是在这一传统里精细化。

这条脉络在什么条件下开始失效？在组织现实不再提供那颗可被拟制的原件时。在「危害巨大、故意分散、无人有完整意志」的案卷里，拟制突然失去了照着画的原版。此时理论的惯性仍在寻找：扩大主管人员的解释范围，把决策机构读得更宽，把默示同意读成意志。这些努力都在做同一件事：在一个本来没有原版的地方，造出一个原版。造出来的结果要么太窄，把真实的组织犯罪漏掉；要么太宽，把执行层的无辜者拉来垫背。失效的判据在于：原件不存在时，拟制就不再是拟制，而接近虚构。拟制有原件可以参照，虚构没有。现有理论恰恰在它最该工作的场景——高度流程化的组织犯罪——失去了原件。

◆ 四、同一视原则与集体明知原则的边界

把视野放到比较法上，可以看到同一问题的两种典型处理。

英国的同一视原则（identification doctrine）以上议院 Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass 案（1971）为代表：只有构成公司「指挥意志与心智」的人，其心理状态才能被视为公司本身的心理状态；分店经理不在此列。这一判决的长处是边界清楚，代价是把公司内部的认知网络整体排除在公司意志之外。这一原则在单位犯罪七张出生证中属于第②张：主角是法官，单位的「头脑」被预设为决策机关与负责人，法被预设为对意志的谴责，冻住的再聚合点是「决定」。

不妨把它放到一个构想场景上检验。设想某企业的一个分支机构多年来向监管部门报送失实的排放数据，数据由一线技术员和基层主管分段撰写、提交；地区负责人在流程上只做年度签字，内部邮件里还写着「不必深究排放口实际值」。按同一视原则，问

题集中在地区负责人的「不深究」能否构成知情：若读成放任，就追溯到负责人，单位犯罪成立；若读成确无认识，单位犯罪不成立。同一视原则在这里无法给出稳定预测，因为它赖以判定的「控制中心」在两个结果之间摇摆。实践中的结局往往是两种：要么以「证据有待补充」收场，要么被迫把「控制中心」解释得更宽，把签字读成同意。换一个分支更多的场景，例如各门店依据总部下发的、由多个部门拼装而成的折价指令进行协同定价，同一视原则也很难把分散的门店经理的认知拼成公司的故意，结论多半是无罪或极窄的认定。

本章提出的读法不先问这些人是不是公司的「头脑」，而先问：地区负责人所处的那个交接环节，制度上是否要求他核实排放数据的真实性？如果制度要求核实而他没有核实，那是另一类过失问题；如果制度只要求他对年度报告的形式连续性签字复核，而不要求他对数据本身采取任何核实动作，那么这个位置就是一个可见性缺口。读法的输出不在「放任」与「不知」之间摇摆，而稳定落在制度事实上。

美国的集体明知原则（collective knowledge）以联邦第一巡回上诉法院 United States v. Bank of New England 案（1987）为代表：公司的知情可以是员工各自知道的碎片之总和。它擅长处理每个经手人知道一小块拼图、拼起来就是完整知情的情形。然而在另一类构想场景里，它会撞上自己的边界：设想一家金融服务机构多年间把来自不同客户的零散风险信息分段录入一个由算法驱动的推荐系统，各录入员互不知道其他录入内容；指标异常时，预警被自动规则过滤；最终出现大规模误导性销售。由于每个录入员确实不知道其他信息，碎片拼不出全知，集体明知落空，结论要么依赖事后重构来补出「明知」，要么归结为员工孤立的失误。本章的读法则把位置放在「人与机器交接的那一段」：如果算法被预设为只校验输入格式、不校验其与客户风险档案是否一致，而设定这一规则的岗位不承担任何签收核验职责，那么缺口就在人机交接处，无须靠孤立的录入员拼出全知。

这两条原则都没有错，它们各自在自己的范围内有效：前者握着「高层头脑」，后者握着「可加总的明知」。它们的共同边界在于：都在寻找一颗装满了知情的容器——一个人的，或者许多人加起来的——而流程化组织中的知情恰恰是被设计成装不满的。

◆ 五、本编的中心判断：可见性缺口

在法人拟制、同一视、集体明知共同留白的地方，本编提出一个替换性的判断：

单位犯罪的分析单位，不是法人资格，不是单位意志，也不是责任人员，而是组织行为链上「被设计出来的不知情」与「无需执行的知情」之间的那个可见性缺口。

法人资格是定罪之后用来收账的名字，不是罪行实际发生的地方。单位意志是事后倒推出来的冻结切片，不是企业当时运行中的真实过程。责任人员是法律需要一个自然人来接管责任时找的替身，不总是组织犯罪的真正承载者。真正的承载位置，是那条链上信息被拦断、知情被切碎、签字被格式化的地方——那里有一个可以描述的形状，这个形状就是分析的起点。

这个判断的另一半同样重要：可见性缺口不应被降格为识别单位意志的「辅助装置」。如果只把它当辅助，就会继续把法律上的「单位」当作主分析对象，把对组织的理解当作找过错的工具。本编主张把这一主次在分析层面颠倒过来：单位是收账用的名字，链才是罪行实际发生的地方。需要强调的是，这种颠倒只发生在证据组织和分析方法上，不改变法定的犯罪构成。《刑法》第三十条规定，法律规定为单位犯罪的，单位才负刑事责任；可见性缺口不是新的构成要件，它回答的是「单位意志的证据应该到哪里去找、以什么形状呈现」，而不是「没有法定要件也可以定罪」。

与这一判断最接近的观点，是 Dennis Thompson 的「多手问题」（1980）：许多人共同造成一个结果，却很难指认出谁该负责。Thompson 已经说清了「找不到人」这一现象及其道德困境。本编多说的一点在于：找不到人不是组织规模的偶然副产品，而是组织把知情拆散的产物；拆散留下了位置和形状，因而可以被读出来，并能给出一个再聚合的读数——缺口在哪一个交接、由谁设计、被谁默许。

◆ 六、核心概念的界定

为了让上述判断可以在案件中使用，需要给出几个名义定义。

组织行为链：组织中重复发生的信息接收、处理、传递、决策与执行过程中，一个环节把自己的产出交付给下一环节的完整接力序列。

可见性缺口：组织行为链上的一个结构化位置。在这里，经手者对输入内容的验证责任在制度上被弱化，以致对于某一被处理的损害状态，经手者在责任上可以处于「不知情」的合法地位；而这种不知情是由组织设计预先设定或默许的。

这两个定义有意不含程度词。一个位置是不是可见性缺口，判断依据是制度为它设定了什么验证责任，而不是行为人主观上知道多少。这正是它能够成为证据对象的原因：主观状态难以调取，制度设定可以调取。

在此基础上，本编对单位犯罪作一个分析层面的描述：组织从其运行过程中产出损害，该损害沿着组织行为链完成；法律裁决时以哪一个位置为分析单位，决定了本案呈现为哪一种组织过错形态。这不是对《刑法》第三十条的替代定义，而是对法定的单位犯罪在证据上怎样「长出来」的描述。

可见性缺口的经验读数，可以分四个层面说明。

其一，判定条件。对一个企业与一项受损害的产出，当组织行为链上存在一段交接及其文件，同时满足以下三点时，这段交接就构成一个取值单元：前一环节向接收环节传递了输入；接收环节的制度规范只要求对输入作不触及实质内容的形式校验；该输入在最终产出中确有内容，并与损害的发生相关。

其二，取值。每一个被选取的交接段落只取两个值之一：存在缺口，或不存在缺口。

其三，测量层次。这是一个取决于制度设定的类别判断，不作数量化的程度比较。

其四，单次观测的取值方式。在可直接核验的案卷或材料里，若一份交接文件的签收声明写着「已核验」，而制度规范并不要求签署人采取交叉核实的动作，则该交接取值为「存在缺口」。所谓交叉核实，是指针对输入内容真实性的动作，而不只是保证签署文件的连续性。关键不在签署的措辞写得多强，而在制度事先是否要求签署人去做「核实输入内容」的动作；这个动作，是把一段交接排除在缺口之外的必要条件。

◆ 七、回到问题：单位意志的证据是什么

至此可以回答本章开头的问题。在一个控制高度集中、决策由少数人当面作出的企业里，单位意志的证据就是传统意义上的那些材料：会议纪要、负责人的指示、审批签字、内部决策机构集体审议的记录。这时可见性缺口理论不必强行制造复杂链条；所有重要决定确实可能由同一人或同一小组作出，同一视意义上的「头脑」真实存在。这是本编判断必须主动接受的最强反例，也是它的适用边界。

但在信息高度分散的流程化企业里，单位意志的证据不能只到会议纪要里去找。会议纪要记录的往往是那份禁令，而真正推动行为的是授权结构、预算安排、考核指标、风险预警的去向和收益的接受过程。法院和侦查机关真正可以做的，是先还原资源配置、授权分配、风险警报、执行与收益接受这条过程，再依具体罪名确定其中哪些环节具有定罪意义；而不是先宣布组织具有独立人格，再寻找与结论相配的材料。

由此，单位意志的证据可以分三类来组织。第一类是决定证据：谁在何时以何种程序批准了什么。第二类是设计证据：岗位说明书、审批流程、考核办法中，哪些交接被规定为只需形式签收，哪些核实动作被省略、被拆分或被交给不承担后果的岗位。第三类是默许证据：风险警报是否出现过、流向了哪里、被谁以何种名义处理掉；异常是否反复出现而制度未作调整。第一类证据回答「谁决定了」，后两类证据回答「知情是怎样被拆散、又由谁维持这种拆散的」。

这三类证据也提示了另一个方向的保护。行为链更复杂，并不意味着责任可以无限分散；同样，链条复杂也不意味着每个经手人都要被追究。证据的组织必须足以支持法定的单位行为，同时使与缺口无关的成员能够合理地退出被追责范围。一个只是照章执行、对缺口既无设计权也无维持权的基层员工，其「不知情」是被组织安放给他的，不应被当成单位意志的载体来承受判决。

用全书的框架说：判需要一个落点，而知情被拆散到了多处。可见性缺口读法要做的，是在法定要件之内把被拆散的知情再聚合起来——不是聚合到最方便签字的人身上，而是聚合到设计并维持这个缺口的位置上。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第②张出生证，即同一视／单位意志论。这张出生证的主角是法官，它把单位的「头脑」预设为决策机构与负责人，把法预设为对意志的谴责，于是只聚合「决定」，冻住了「知情」怎样被组织拆散这一环。它的典型吸收是先验式的：经集体研究决定即为单位意志，未经集体研究决定便不是。本章并不否定这一预设在控制集中的企业中的准确性，而是指出，在流程化组织里，「决定」与「知情」并不在同一处，只盯住决定，判就会落在签字者或单位名义上，而维持缺口的位置不承担服。

本章涉及的制度依赖主要是「结构」：《刑法》第三十条的法定主义与1999年最高人民法院关于审理单位犯罪案件的司法解释共同划定了单位犯罪的边界；同时也触及「连接」：第三十一条把单位与两类自然人连接起来，而连接的依据在实践中多是在场与签字，而不是对缺口的设计与维持。

本章的再聚合读数是：案件中是否存在「已核验」签收而制度不要求核实动作的交接，以及这类交接由哪一岗位设计、由哪一岗位维持。

若在控制高度集中、决策当面作出的小型企业中，或在交接记录无法调取、制度文本与实际运行严重脱节的案件中，则本章的判断应当收窄，仅作为补充性的证据方向，而不能作为认定单位意志的主要依据。

> 带走的话
>
> 单位意志的证据不在决定的瞬间，而在组织行为链上「被设计出来的不知情」与「无需执行的知情」之间的可见性缺口。

小账

可见性缺口与行为人「不知道」有何不同？——缺口看制度为一个交接位置设定了什么验证责任，不看行为人主观知道多少；主观状态难以调取，制度设定可以调取。

案卷里怎样找可见性缺口？——找签收了「已核验」、制度却不要求核实动作的交接，再查这一交接由哪个岗位设计、由哪个岗位维持。

第 10 章

组织过错：不是任何管理失灵都构成犯罪

上一章把单位意志的证据从「决定的瞬间」挪到了「知情被拆散的位置」。这一步一旦迈出，立刻面临一个反方向的危险：如果组织的结构本身可以成为证据，那么几乎每一起违法事件发生之后，事后总能找到某个「本来可以更谨慎」的环节；倘若这就足以构成单位的刑事过错，组织过错就会变成不可反驳的结果责任——有损害即有过错，有过错即有罪。

本章要证明的是：可见性缺口与一般意义上的「管理失灵」不是一回事。缺口有可以逐条核验的成立条件，也有明确的不成立条件；它是一个可错的读数，而不是事后为结论补的说法。只有在这样的约束下，以组织过错解释单位犯罪，才不至于滑向「有结果即有过错」。

◆ 一、组织过错论的吸引力与它的免检

以组织过错解释单位犯罪，在学理上有深厚的脉络。组织行为学与组织社会学长期观察「组织怎么想」：在有形的人与无形的组织之间，还隔着一层自主运行的结构，它有自己的信息过滤、激励传导、注意力分配与角色期待；它不是自然人意志的简单加总，也不同于任何一个人的意图。这一传统最大的贡献，是让「组织的过错」不再被还原为「某个人的过错」。它握着的解释变量，是组织内部结构化的信息不对称：制度安排决定了谁看见什么、谁不需要看见什么、谁看见之后有没有动机和权限去行动。

在刑法学上，这一脉络最有代表性的是 Brent　Fisse 与 John　Braithwaite 的《公司、犯罪与问责》（1993），他们主张以组织的内部纪律与问责机制来回应公司犯罪；立法上，澳大利亚1995年《刑法典》第12.3条把「公司文化」——鼓励、容忍或导致违法的公司内部态度、政策、规则与惯例——列为认定公司过错的途径之一。它们在单位犯罪七张出生证中属于第④张：主角是立法者，组织被预设为一个会产生结构性过错的系统，法被预设为对结构缺陷的谴责，冻住的再聚合点是「结构」。

这张出生证的长处是看见了结构，短处也正在这里。第一，它的结论通常以描述性形态出现——「组织学习失败」「结构性的风险忽视」「激励偏斜导致信息失真」——这些描述到了法庭上，拿不出可以被判决书引用的操作判据。它把「错」讲得很厚，却把「错的位置」讲得很薄；位置薄，法律就无从下手：那个组织层面的过错，究竟落在哪一段流程上，可以被点名、被取证、被证明、被裁决？第二，它的典型吸收是免检式的：只要发生了损害，管理失灵就总能被找到，于是一切管理失灵都可以被读成过错，理论本身不再接受反驳。

本编与 Fisse 和 Braithwaite 的区别可以说得很清楚：他们聚合的是「结构」，本书追踪的是「服的落点」。结构有缺陷，不等于这个缺陷就是本案损害得以完成的位置；结构有缺陷，也不等于维持缺陷的人承担了判决的后果。可见性缺口要求的不只是「结构不好」，而是指出一个具体交接，说明它怎样把知情从经手者身上卸下，又由谁设计、谁维持。

◆ 二、越轨常态化：漂移与签名

另一个必须正面回应的近邻，是 Diane Vaughan 对航天飞机发射决策的研究（1996）提出的「越轨常态化」：组织中的偏离不是一次越界，而是在一次次「这次也没出事」中被逐步正常化，最终连偏离本身也被写进了可接受的标准。Vaughan 的洞见对单位犯罪极其重要：许多组织违法不是某天有人决定违法，而是在常规运作中漂移过去的。

但漂移本身不是刑法可以直接处理的对象。刑法需要知道，漂移是在哪一处被签下来的。可见性缺口提供的正是这一读法：常态化之所以能发生，往往是因为某一个交接环节的核实动作被省略了，签收却照常进行，「已核验」的字样一年年地出现在形式完整的文件上。漂移在缺口处被签名固定下来。本书在第八编还会把这一点推进到合规——真正的合规不是阻止漂移，而是让漂移无法匿名进行，任何跨越都必须显名。在本编，它首先是一个识别问题：漂移有没有经过一个制度上不要求核实、实际上又被签了「已核验」的交接？

还要与两个更近的说法分开。其一是沃恩在同一研究中提出的「结构性保密」：组织的分工、层级与专业语言，使关于危险的信息在传递中被稀释，没有人刻意隐瞒，信息却到不了需要它的人那里。可见性缺口确实建立在这一观察之上。区别在于，结构性保密是一个描述组织常态的社会学概念，几乎所有大型组织都有；可见性缺口只指一种特定的结构，即流程把「不必知道」设计成了经手者的职责边界，同时又使掌握全貌的人无需亲自执行，并且要与「两账分离」交叉，才能在刑法上区分过失形态与利益驱动形态。结构性保密回答「信息为什么到不了」，可见性缺口回答「在信息到不了的地方，刑法能调取什么证据来判断它是被设计出来的」。其二是卢班等人讨论的「蓄意无知」，即个人为了日后能说不知道而故意不去看。蓄意无知的主体是一个自然人，它在我国刑法中大致对应明知的推定问题；可见性缺口则可以在没有任何个人蓄意的情况下成立，因为不去看的安排写在流程里，而不在任何一个人的心里。正因如此，本编主张它首先是组织层面的证据对象，而不是对个人故意的推定规则。

◆ 三、可见性缺口的成立条件与不成立条件

为了把组织过错从「事后总能找到」拉回到「事前可以核验」，需要给可见性缺口规定成立与不成立的条件。

缺口成立的总体条件是：组织行为链在制度上设定了至少一个位置，经手者对损害状态的验证责任在这里被设计性地削弱；而该位置事后的经办记录仍然显示为合规动作。在这些条件下，犯罪行为的组织性主要产生于缺口处，进一步的分析都应当从缺口的位置开始。

缺口不成立的情形同样明确：流程中的经手者被赋予并且实际执行了对输入内容的充分核实责任，损害仍然发生，而事后查明是由外部不可探测的介入所致。这时分析单位回到自然人个体，或回到系统之外的介入者。换言之，可见性缺口不是一律都有，而必须由制度文本与交接记录双重验证；它的「有」不是假定的普遍事实，而是逐案可判、可错的读数。

在此基础上，可以列出六个可以分别核验的判定条件。

第一，信息分割。组织行为链中存在制度上不要求任何单一个人知道全貌的分工结构，而且这一结构的设计文件或岗位说明书可以独立存在，不需要从案件结果反推。

第二，签字形式化。在交接质量可能影响损害结果的环节上，制度只要求签收、备案或形式审查，不要求签署人确认「上一环节的输入内容是否属实」。

第三，动机对冲。同一组织制度一面以明确禁令禁止某类行为，一面又以考核指标奖励与该类行为后果相关的收益，例如销售额、回款额；而禁止与奖励分别落在组织行为链的不同位置上。

第四，记录缺失。事后可调取的记录中，恰恰缺少对「上一环节输入内容真实性」的核验记录；而这种缺失被交接各方共同视为合规常态，而不是异常。

第五，个体免责。每一个单独环节的行为人在既有制度框架内主张「我只做了分内的事」被认为合法，没有哪一个环节能被单独认定为故意实施损害。

第六，组织受益。在行为发生期间，组织作为整体从这段流程的运行中获得可以确认的利益，而不只是某个人私下获利。

一个企业如果同时满足这六条，可见性缺口就可以认定存在；只满足其中一部分时，需要具体判断缺口的位置以及它与损害的关联。六条不能互相合并：它们是独立的观测通道，各自指向同一结构的不同侧面。其中第三条与第六条将在下一章进一步展开：第三条是两账分离的雏形，第六条则要求把「单位受益」与「谁实际控制收益」分开查明。

◆ 四、判别式与三项可调取的证据

把上述条件压缩成一个可以直接拿去问流程、日志和记录的判别式，可以这样表述：

企业组织行为链上至少存在一段交接，其记录显示签收人签字确认「已核验」或类似表述，而该交接所对应的制度规范并不要求签署人对所接收输入内容的真实性采取核实动作——满足这一点，本案即呈现为缺口型的组织犯罪形态。

这个判别式有意不含「应当」「重要」「实质」一类需要裁判者另作评价的词。它问的是制度与记录的共同效果，不依赖于裁判者对「企业有没有责任」的先入判断。只要制度文本与交接记录还在，它就能给出一个二值的回答。

支持判别式的证据有三项，都可以分别调取。第一，交接记录的签收行文：其中是否含有「已核验材料真实性」之类的动作承诺。第二，岗位规范：签署人的职责中是否包含「核实上一环节输入的真实性与完整性」的动作条款。第三，该段交接所处理的信息与最终损害之间的关联，是否已被侦查查明。三项同时为「是」，缺口存在；任何一项为「否」，该交接不能被识别为可见性缺口。这样设计的目的，是让判据不依赖一个像「单位意志」那样难以直接观察的存在物，而落在可以复核的制度文件和记录上。签名、岗位规定、因果关联，这三样证据齐全与否，就是判别的依据。

「差别多大才算数」的问题，在这里转化为缺口的个数与位置。一个案件中如果只有一处未经核实的盲区，而且损害与这一处输入的直接关联未能确认，它就未必是缺口型的组织犯罪，更可能是个别疏失。若存在三处或以上相互独立的缺口，且各自与同一条损害链相连，组织化的不可见就比偶发疏忽表现得强硬得多。这里不是程度上的量变，而是「个数加位置」的组合：缺口的个数，加上它们是否分布在互不隶属的岗位交接点上，才说明差别是否算数。

◆ 五、四层审查：区分合理标准与事后完美标准

判别式回答的是「缺口在不在」，但缺口在，并不当然等于犯罪成立。组织行为链提供的是证据路径，不是取消罪刑法定的理由。例如财务审批迟缓可能提高内部舞弊的机会，交易审查未及时完善可能使异常付款通过，这些都可能是缺口，但两者是否达到刑法意义上的单位故意或过失，取决于所涉罪名的要求以及负责人员的具体行为。法律不能要求每个企业消灭一切违法可能，否则司法对企业的评价会自动滑向「有结果即有过错」。

为此，本章建议在认定组织过错时依次经过四层审查。

第一层，可预见的风险。在行为发生时，以同类企业的一般认识水平衡量，这类损害风险是否可以预见？事后才显露、事前无从察觉的风险，不能用来倒推组织过错。

第二层，可及的控制手段。在当时的技术条件与成本约束下，是否存在合理可得的核实或阻断手段？如果核实在技术上根本做不到，缺口就不是被「设计」出来的，而是被条件限定的。

第三层，制度的实际响应。组织是否建立了独立的异常阻断渠道，风险预警出现后是否被及时处理？企业事实上具有独立的异常阻断渠道并及时采取了措施的，这些反向事实应当纳入证明，作为减弱乃至排除单位过错的依据；反之，明知预警反复出现，仍有意调整考核以推动违法收益的，则不能仅因制度文件齐全就当然否定单位责任。

第四层，法定要件。经过前三层之后，仍须回到具体罪名：该罪名是否规定了单位犯罪，要求何种罪过形式，管理缺陷与实施行为之间是否存在规范上值得重视的联系。2014年全国人民代表大会常务委员会关于《刑法》第三十条的解释已经明确：分则未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。这意味着，即便缺口清楚存在，在不处罚单位的罪名上，缺口读数的作用也只在于帮助找到组织、策划、实施的自然人，而不能借此「造出」一个单位犯罪。

四层审查中，凡是存在不同意见、无法证实之处，都应当在裁判理由中公开列明。这既是对被告的程序保障，也是让组织过错概念保持可错性的方法。

◆ 六、与最近观点的区分：两句话能否重述

一个新判断如果能被两句现成的话拼起来、毫无损失地重述，它就没有增加什么。不妨做一个检验。

第一句来自组织行为学关于结构性信息不对称的传统：企业内的信息分布由组织结构预先决定，管理层与一线员工之间存在系统性的知识差异。第二句来自单位归责中「责任上收」的传统：单位犯罪应当追溯到拥有并行使决策权的负责人。两句连起来是：企业里的信息不对称是结构性的，而责任要上收到能作决定的人那里。

这能否重述本编的判断？不能。本编判断的核心不在于「信息不对称里有可以追究的人」，而在于可见性缺口是第二句话从未打捞过的位置。第二个传统在信息不透明之处仍然在寻找决策者；本编说的是，那个不透明的位置本身就是要找的分析单位。责任的落点从「决策者」移到了「制造位置」。这是一步位移，而不是同一事物的两个名字。

与本编在距离上最近的，是 James Gobert 等学者关于公司内部「知道的人与做的人相互分离」的分析〔待核〕，以及组织研究中关于「结构性不知情」的讨论〔待核〕。前者主要是一个归因概念，用来回答「谁该为组织行为负责」；后者主要是一个诊断概念，用来解释组织失败的根源。一个问「这块空白看起来像什么」，一个问「谁该在这块空白里被找到」。本编不回答这两个问题中的任何一个，而是主张：分析单位就在空白本身，空白的位置与形状应当作为第一手的法律事实被调取和审查，而不是作为诊断或归属的陪衬。归因理论最终还是要把责任放回某个人或某个集体身上；本编则先把位置固定下来，再依法定要件决定判落向谁。位置上的分离，正是分离线最窄、也最需要说清的地方。

◆ 七、读数的三条自我否决

一个可以被用来定罪的读数，必须先说清自己在什么情况下不可用。可见性缺口的读数附有三条自我否决。

第一条，关于稳定性。同一套交接材料由两名研究者或办案人员各自独立判断，若得出「存在缺口」与「不存在缺口」的不一致比例明显偏高（作为示例，可设定为超过五分之一），读数的稳定性就不足以作为裁决依据。原因是：拿着同样的制度文件和签收页却得出相反结论，说明「有没有核实动作」本身在材料里写得过于模糊，或者判别口径没有统一。缺口读数不允许在同样材料上被随意翻转。

第二条，关于改名嫌疑。若对同一组案件，缺口读数的「存在」与既有的「内控缺失」「合规失职」「监督失效」评价几乎完全重合，那么缺口读数就有给旧读数换标签的嫌疑。两者应有的区别在于：后者衡量的是制度设计的总体质量，前者识别的是一个

特定位置上的责任盲区。它们可以高度相关，却不应重合；合得太紧，缺口读数就没有单独存在的必要。

第三条，关于效用。若缺口读数在一组案件上的取值，对后续归责结论没有产生任何可观察的差异——有缺口的案件与无缺口的案件在法律后果上完全一样——它就不具有分析单位的价值。分析单位必须能解释某些后续的差别。缺口存在与否，至少要改变以下三者之一：证据收集的范围、待证事实的构造、归责条文的适用。

三条自我否决共同守住的，正是本章标题所说的那条线：不是任何管理失灵都构成犯罪。管理失灵是一个评价，可见性缺口是一个位置；评价可以无限扩张，位置必须被逐条证明。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第④张出生证，即组织过错／公司文化论。它的主角是立法者，把组织预设为会产生结构性过错的系统，把法预设为对结构缺陷的谴责，冻住的再聚合点是「结构」；它的典型吸收是免检式的——管理失灵都是过错，于是理论不再接受反驳。本章保留它「组织过错不能还原为个人过错」的洞见，同时用成立条件、不成立条件、判别式和三条自我否决，把「结构」压成一个可被点名的「位置」，并要求位置经过可预见风险、可及控制手段、制度实际响应与法定要件四层审查。

本章涉及的制度依赖是「结构」：《刑法》第三十条的法定主义以及2014年立法解释，决定了缺口读数在不处罚单位的罪名上只能用于找到组织、策划、实施的自然人，而不能借此扩张单位犯罪的范围。

本章的再聚合读数是：与同一损害链相连的、相互独立的缺口个数及其岗位分布，以及组织是否存在实际运行的异常阻断渠道。

若在一组案件中，缺口读数与既有的内控缺失评价几乎完全重合，或者有无缺口对证据范围、待证事实与归责条文都不产生差别，则本章的判断应当收窄为一种审查提示，而不能作为区分组织过错与一般管理失灵的标准。

带走的话

可见性缺口不等于一般的管理失灵，它有成立与不成立的条件，是可错的读数，组织过错因此不至于滑向「有结果即有过错」。

小账

越轨常态化与可见性缺口是什么关系？——漂移本身不是刑法能直接处理的对象；缺口要问的是，漂移在哪一处省略了核实却照常签收的交接上被签名固定下来。

判断组织过错时怎样避免事后完美标准？——依次审查可预见的风险、当时可及的控制手段、制度的实际响应和法定要件，四层都通过，缺口才算成立。

第 11 章

违法收益的归属与控制

前两章处理的是知情：知情怎样被拆散到不同岗位，又怎样在一个可见性缺口里留下形状。但单位犯罪的认定从来不只看「知道什么」，还要看「为了谁」。「为单位谋取利益」「违法所得归单位所有」，是我国司法实践认定单位犯罪最常用的标尺之一。本章要说明的是：收益在账上，权限在链上；收益归单位，不等于决定出自单位，更不等于单位里每一个参与者都有罪过。把收益的归属与对收益的控制分开查明，是把被拆散的知情重新聚合起来的第二根轴。

本章的论证分四步：先说明收益归属与控制为什么必须分开；再借 Steven Kerr 的经典观察，立起「规范账与激励账两账分离」这一轴；然后把它与上一章的可见性缺口交叉，得到一个四格的辨别格；最后用两个构想场景检验人格否认与设立目的这两条以「壳」为中心的既有路径，在收益与控制分离的案件中走到了哪里。

◆ 一、收益归属不等于收益控制

单位的违法活动产生收益，并不等于全部收益都属于单位，更不能从收益归属直接推断每个参与者的罪过。财务报表上的收入，可能包含日后须返还的款项、应当冲减的成本和后续的赔偿；股东的得益与基层员工的奖金，也可能在不同的时间发生。研究单位利益，应当同时记录四样东西：违法所得的财务路径，实际控制者的私人收益，第三人所受的损害，以及单位事后是否仍保有相关财产。

在不同类型的单位犯罪中，收益结构差异很大。单位行贿可能同时给企业带来不正当的交易机会，又给经办人带来晋升与奖金；非法排放污染物可能表现为治理成本的节约，却把健康风险转给与企业没有任何合同关系的周边居民；员工盗用单位名义实施犯罪，则可能根本没有给单位留下净收益。在这些情形中，1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》比抽象的「效用最大化」更有直接的适用意义：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，或者公

司、企业、事业单位设立后以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处；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，依照自然人犯罪处理。这两条规则本身就是把「名义」与「收益」「控制」分开看的制度表达。

「控制」必须保持可以被证据证明。谁最终拿到了钱，不能自动证明谁决定了付款；谁决定了付款，也不能当然证明他实际保有了收益。对复杂交易中的受益人，应当用财务凭证、关联关系、合同的真实履行情况、授权记录与涉案资产的流向作独立调查，不应让「为单位谋利」成为掩盖私人犯罪的万能叙事。反过来，也不应让「收益进了单位账户」成为把所有在场成员都纳入追诉的理由。

这里可以看到判服错位的另一面。比较法上的第③张出生证，即美国式的替代责任——「归责于上」（respondeat superior）——把雇主预设为雇员行为的担保人，把法预设为损失与风险的分配，冻住的再聚合点是「收益归属」：员工在职务范围内且至少部分为了公司利益而行为，公司即须负责。它的典型吸收是改名式的：员工越权被称为「例外」。替代责任把判聚到了收益的去处，但收益的去处往往是单位账户，而单位账户背后的服——罚金——最终由股东、员工、债权人乃至消费者分担。John C. Coffee 在「没有灵魂可谴责，没有身体可踢」（1981）一文中早已指出罚金会外溢到这些人身上。在威慑论那里，外溢是一个执行问题；在本书看来，外溢恰恰是单位犯罪的本体结构：判落在收益的去处，服散在组织内外，而真正控制收益流向、能够改变风险结构的人，可能没有服。把收益归属与收益控制分开，就是要把判从「钱去了哪里」追到「谁让钱这样走」。

◆ 二、第二根轴：规范账与激励账两账分离

上一章的可见性缺口回答了「知情在哪里被拆散」。但缺口本身不说明组织为什么要维持这个缺口。要回答这个问题，需要第二根轴，而这根轴必须与第一根轴相互独立，否则就会陷入自我相关。

几个候选轴可以先排除。法人规模、组织复杂度、行业监管强度，都不是与缺口独立的变量，而是缺口出现的条件，用它们分类等于用原因给结果分类。危害后果的严重

程度是结果变量，适合用于量刑，不适合作为归责形态的分类轴。「组织是否从犯罪中受益」看起来最自然，却与单位犯罪的认定标准高度绑定——为单位谋利几乎是认定的前提——用它与缺口交叉，只会得到「受益且有缺口、受益且无缺口」之类没有区分价值的表格。

本章把第二根轴确定为：规范与激励是否两账分离。所谓两账分离，是指在同一条组织行为链上，与损害相关的行为在规范层面被明令禁止，在激励层面却通过可以确认的制度指标被鼓励。规范账上写的是「不许做」，激励账上算的是「做了有奖」。两本账各自真实，各自有文件，也各自有人负责，却从不在同一张桌上对账。

这一轴最直接的思想来源，是 Steven　Kerr 的经典论文「奖励 A 却指望 B 的愚蠢」（1975）：组织嘴上要求一种行为，奖励制度却实际奖励另一种行为，然后对得到的结果感到意外。Kerr 讲清了激励与目标背离这一组织通病。本书多做的一步，是把这种背离放进刑法上的可见性缺口里：两账分离本身并不构成犯罪，管理学上它只是糟糕的设计；只有当它与一个制度上被卸下核实义务的交接同时出现时，它才成为单位刑事责任的辨别标志。也正因为有了这一轴，才能把单位过错区分为「过失形态」与「利益驱动形态」——前者是流程粗疏，后者是组织在用激励维持一个它在规范上禁止的结果。

两根轴的独立性可以用两个反例来说明。有缺口而无两账分离的情形是存在的：组织没有核验某项输入，但也没有从这种不核验中获得特别的激励收益，只是纯粹的流程缺陷。有两账分离而无缺口的情形也存在：组织明令禁止某行为，同时有反向激励，但每一处交接都要求并实际执行核实，某个人明知故犯并独自隐瞒，这更接近个人犯罪。

不妨看一个构想场景。设想一家线上服务平台，在用户协议与内部规则中明确禁止服务人员向用户推荐某类须经许可方可推荐的产品；与此同时，其地区团队的考核以该类产品的「转化量」为关键指标，区域经理的提成直接与之挂钩。两本账并存于同一条业务线：规范账上是一项合规服务，激励账上是一项产品转化。与此同时，一线服务人员在系统里只能看到「建议沟通」的话术模板，看不到这些转化是否经过合规审核——可见性缺口同样存在。在这一构想场景中，两根轴同时为「是」。

三、两轴辨别格

把可见性缺口作为第一轴、两账分离作为第二轴，可以得到一个四格的辨别格。格与格之间不按「多少」区分，而按「有或无」区分。

	两账未分离	两账分离
存在可见性缺口	第一格：治理缺陷型，倾向过失形态	第二格：典型的组织犯罪形态，利益驱动
不存在可见性缺口	第四格：最接近传统自然人犯罪	第三格：个人利用两账的切换者

第一格：有缺口，两账未分离。组织流程中存在未经核实的交接，但组织和员工都没有从损害结果中获得特别的激励收益。损害的发生更像是流程设计粗疏、制度执行不力，而不是组织在鼓励盲区。这一格的主要落点是治理缺陷而非利益驱动；组织往往有较强的整改意愿，缺口一旦被指出就会较快闭合；认定上不宜在「单位故意」上纠缠，更适合在过失犯罪或行政责任的框架内处理——当然以具体罪名是否规定单位过失犯罪为前提。

第二格：有缺口，两账分离。这是最典型也最难办的组织犯罪形态。组织以明令禁止维持形式上的合规，以考核指标维持实质上的动力；盲区被嵌入流程，每个人都能说「我只是照章办事」。在这一格里，组织中的任何人都既有借口又有动机，单位的「意志」不收缩到任何一个人的头脑里，而是分散在「禁令」与「奖金」两个互不沟通的系统中。这一格的案件在控方试图锁定直接责任人员时最难证明，却在缺口读法下最容易找到过错的位置；归责的追问在这里自然会被推向「谁设计了这样的组织」——也就是谁设定了激励指标，谁批准了只需形式签收的交接，谁在预警出现后仍维持两本账不对账。

第三格：无缺口，两账分离。流程中每一处交接都被要求核实，核实的痕迹也可以调取。此时盲区不再是问题，两账分离的责任反而非常清楚：有人在两个系统之间有意利用了两本账，而他没有流程盲区可以藏身。这一格最可能成立的是自然人犯罪，行为人往往是中层或高层里那个同时知晓规范与激励、在两者之间切换的人。单位层面的责

任也可能存在，但其性质不再指向盲区，而指向选任、监督，或者对异常激励指标的容忍。

第四格：无缺口，两账未分离。流程责任明确，激励与规范同向。此时发生的损害，要么来自外部不可控因素，要么来自纯粹的个人越轨，与组织制度没有结构性的联系。这一格最接近传统的自然人犯罪模型，单位责任最小，单位无罪的辩护最为有力。控方若要追究单位责任，必须证明其他环节存在足以动摇这一判断的隐藏设计，否则应当视为孤立的个人问题。

四格之间的区别各有所指：第一格与第二格的差别在动机结构，第二格与第三格的差别在流程责任的配置，第三格与第四格的差别在激励设置。

这个辨别格的价值在于，它把「收益归单位」这一笼统的判断拆成了两个可以分别取证的问题：知情在哪里被卸下（缺口），以及激励朝哪里拉动（两账）。只有在第二格，「为单位谋利」才真正指向一个由组织设计维持的利益驱动结构；在第一格和第三格，它要么只是流程粗疏的附带结果，要么是某个人借组织之名谋取的利益。

◆ 四、以「壳」为中心的两条路径：人格否认与设立目的

在收益与控制的问题上，我国法律已有两条成熟的路径，都以「壳」为中心。一条是民事上的公司人格否认，解决股东滥用公司独立人格时责任怎样穿透；一条是前述1999年司法解释中的设立目的规则，用「为犯罪而设立」「设立后以犯罪为主要活动」切断那些一出生就用于犯罪的壳。两条路径都在各自的法域里有效，但在「壳没有问题、链有问题」的案件里，会走到自己的边界。

先看人格否认。设想一家企业，规章明确禁止在合同中作欺诈性的虚假宣传，但考核制度把营销话术的转化率与销售人员的当月排名直接挂钩；总部一年内收到多起经销商关于话术夸大的投诉，却都被归口到「客户关系维护」而不是风险控制系统。按人格否认的思路，可能的追责落点是控制公司的股东或实际控制人，或者认定公司是一具被滥用的壳。但在这个构想场景里，公司并无空壳特征——它有真实的办公场所、员工、纳税和经营记录，控股股东也没有插手具体的营销话术。人格否认的操作空间很小，它解

释不了「壳没有问题时责任该怎样落」。缺口读法则落在「投诉的归口管理」上：投诉进入的是一个被设计成「客户关系维护」的处置通道，其签收动作只要求记录投诉对象，不要求核验投诉内容是否涉及合规风险。缺口就在「投诉入口」与「合规系统」之间；而两账分离同样存在——禁止夸大写在规章里，奖励转化写在考核里。这是第二格。

再看设立目的规则。设想一家经营了十几年的进出口服务企业，主营业务一直合法；后来管理层开发了一项「加急服务」，在基层默许以少量好处费换取办理速度。公司层面的文件从未批准任何贿赂，但客服部门被授权自行处理「客户紧急诉求」，岗位职责里恰恰没有列明合规复核。按设立目的规则，公司设立时和主营业务都合法，不可能被认定为以犯罪为主要活动；这条规则对「长期合法经营后某一业务线异化为犯罪工具」的情形无能为力——它看章程，不看章程之后的漂移。缺口读法不受设立动机约束，只在「客户紧急诉求处置」与「合规记录」之间寻找那个被岗位职责隐去的核实动作。设立目的规则看的是出生时的目的，缺口读法看的是流程中新增的免核岗位，两者方向不同。

需要强调，两次检验都没有「推翻」既有路径。人格否认在滥用独立人格的案件中、设立目的规则在为犯罪而设的壳上，仍然各司其职。缺口与两账分离的读法只处理它们共同留白的那一类案子：壳是真的，主营是合法的，收益进了单位，而控制收益流向的设计藏在流程里。

◆ 五、怎样检验利益驱动的设计意图

两轴辨别格还面临一个内部的挑战：缺口与损害之间的联系，也许并不是设计出来的。一种替代解释是，缺口的出现只是因为组织规模太大、人力跟不上，而不是为了持续让组织受益。这两种机制在案卷里可能完全同形。

区分二者的一个可行办法，是在同一组织内部作比较：对存在两账分离的案件，看组织在「低激励业务线」与「高激励业务线」上对核实要求的设置是否不同。如果在激励高的业务线上，核实要求被系统性地降低或拆散，而在激励低的业务线上照常保留，那么设计意图的解释就明显更有力；如果两条业务线的核实要求同样粗疏，人力不足的

解释就更站得住。这种比较需要跨行业的样本和较长的观察期，目前只是一项检验设计，尚未执行。

这一设计也提示了办案中的一个取证方向：不只调取涉案业务线的流程文件，也调取同一企业相邻业务线的流程文件。差异本身就是证据。收益的归属可以从账上查，收益背后的控制则往往要从这种差异里读出来。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第③张出生证，即替代责任论（「归责于上」）。它的主角是立法者与检察官，把雇主预设为雇员行为的担保人，把法预设为损失与风险的分配，冻住的再聚合点是「收益归属」；它的典型吸收是改名式的——员工越权是「例外」。本章同时触及第⑦张出生证即双罚制教义学中「违法所得归单位所有」这一认定思路：收益进入单位账户，被当作单位犯罪成立的有力标志。本章的回应是把收益归属与收益控制分开，并以「规范账与激励账两账分离」作为与可见性缺口相互独立的第二根轴，使「为单位谋利」可以被区分为流程粗疏的附带结果、组织维持的利益驱动结构，或个人借名谋取的利益。

本章涉及的制度依赖是「结构」：1999年司法解释关于为犯罪而设立的单位与盗用单位名义的两条规则，以及2001年座谈会纪要的认定思路，既是把名义、收益与控制分开看的制度形态，也是罪刑法定的边界。

本章的再聚合读数是：可见性缺口与两账分离两轴的取值组合，以及同一企业高激励与低激励业务线在核实要求上的差异。

若在同一企业中，高激励与低激励业务线的核实要求并无系统差异，或两账分离在大量案件中与缺口总是同时出现、无法分开取值，则本章关于利益驱动形态的判断应当收窄，辨别格只能作为提示性的分类，而不能用来区分单位故意与过失。

带走的话

收益在账上，权限在链上；收益归单位，不等于决定出自单位，更不等于单位里每一个参与者都有罪过。

小账

什么叫规范账与激励账两账分离？——同一条行为链上，与损害相关的行为在规范上被明令禁止，在激励上却经可确认的指标被鼓励，两本账从不在同一张桌上对账。

怎样区分流程粗疏与利益驱动？——把可见性缺口与两账分离两轴交叉取值，并比较同一企业高激励与低激励业务线的核实要求有没有系统差异。

第 12 章

组织犯罪怎样在司法中被"结形"

司法程序不可能复制企业全部的日常运行。它只能把与构成要件相关的事实组织为被告、行为、结果和证据之间的关系。这种简化是必要的：不简化，就无法判。但简化同时带来遗漏：工作日志里未必有「授权违法」这一栏，预算表看不出风险怎样被默许，个人会签单却可能把每一个基层执行者都列成清晰可见的责任节点。组织犯罪不是在裁判文书里才发生的，但它变成一个司法可以处理的对象的过程——本章称之为「结形」——确实决定了哪些事实更容易被认为具有法律意义。

本章的任务，是把前三章的读法放进这一结形过程：说明组织犯罪在司法中通常被结成什么形，这种结形怎样同时产生漏罚与错罚；提出在事实认定中另设「组织过程」栏目的可操作程序；把民事人格否认、集体明知与设立目的三条分处不同法域的路径并排阅读；最后交代这一读法的检验设计、可能的反噬与解释不了的地方。

◆ 一、结形：把一条链压成一个点

前面几章反复看到同一个机制：法院要判一个确定的主体和一个确定的行为，而组织犯罪是一条连续的过程。于是过程被压成了点——一个「单位意志」，一次「集体研究决定」，一名「直接负责的主管人员」。这一压缩就是结形。

结形本身并非过错。判总要有落点，刑法总要对特定主体和行为作出确定的判断。问题在于结形的方式。在我国单位犯罪的认定实践中，通常的次序是先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员。2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》把直接负责的主管人员界定为在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员。这个次序在法定层面是清楚的，但在证据层面，它容易让结形沿着「在场」进行：谁签了字、谁参了会、谁分管这条线，谁就进入责任名单。第四编将把这一现象概括为「默认有责的账簿」。在本编的语境里，它的含义是：被拆散的知情没有被重新聚合，取而代之的是在场事实的聚合。

结形的两个出口由此可见。若案卷中找不到任何一个满足「决定、批准、授意」的点，过程就被等同于「从未发生」，于是不诉或无罪——漏罚。若案卷中有一个恰好签了字的人，过程就被压到他身上——错罚。两者输入的是同一个东西：一个本该被看见的组织过程。用全书的语言说，结形决定了判落在哪里，而服是否落在能改变风险的位置，取决于结形是沿着在场进行，还是沿着缺口进行。

◆ 二、事实认定中的「组织过程」栏目

要让结形沿着缺口而不是沿着在场进行，需要把前三章的认识转换成可操作的程序。本章建议分三步。

第一步，在案件事实表中另设「组织过程」栏目，逐一排列五项内容：目标的制定（谁设定了与损害相关的业务目标和考核指标）；授权的分配（哪些岗位被授予何种处置权限，哪些核实动作被省略或拆分）；异常的反馈（风险预警是否出现，流向何处，以何种名义被处理）；干预的可能（在当时条件下谁有权限、有手段阻断）；资金的归属（违法所得的财务路径与实际控制人的私人收益）。

第二步，对每一栏识别证据的性质：哪些栏目只有职务表述而无实际行为证据——例如只能证明某人「分管」，不能证明他做过什么；哪些栏目显示存在「没有人单独决定、却有人持续推动」的情形——例如考核指标被反复上调、预警被反复归口到不涉及合规的通道。

第三步，明确边界：不能以分析者描绘出的组织整体性，替代个别法定要件的证明。组织过程栏目是用来组织证据、筛查在场者、寻找真正控制者的，它本身不构成犯罪事实。只有把对组织的解释与法律上的证明分开，新的读法才能成为纠错的工具，而不是定罪的捷径。

这一程序的检验方法，也不是找几份判决书说明其叙事简略，而是比较交易结构相近、证据组织方式不同的案件：加入组织过程信息之后，单位犯罪与个人犯罪的区分是否发生了有理由的改变；直接责任人员的范围是否收窄，而没有漏掉真正的控制者；裁

判说理能否被复现。在无法取得完整案卷时，只能对公开裁判文书中的「文本可见性」作研究，不能据此断言法官在实际审理中没有考虑某项信息。

◆ 三、三条路径的并排阅读

在单位犯罪理论之外，有三条判例与制度路径各自在自己的法域里突破了「独立人格」的封闭性：在民事上表现为公司人格否认，在刑事证据上表现为集体明知的可加总，在司法解释上表现为为犯罪而设立的公司不以单位犯罪论处。它们谁也不依赖「单位意志」这个词，却都找到了绕过它的办法。

这三条路径的合读潜力长期被低估。人格否认在民事审判中只管财产不管故意，集体明知在刑事审判中只管故意不管人格，设立目的规则只开除假壳、不审视真壳。每一条都把「单位」撬开一道缝，然后停在自己法域允许的边界之内。而它们手中各自握着的证据——壳外控制人的资金往来、员工知情碎片的横向拼图、公司设立之初的真实目的——其实是同一类东西：关于「这个组织的可见性是怎样被制造出来的」证据。这类证据被三套程序隔离在三份案卷里，从来没有机会被放在同一张桌上读。

并排阅读不是简单的证据汇总，而是让三份材料共同指向一个此前没有被正面命名的对象：单位之所以看起来像一个东西，是因为它的行为链被设计成只能这样被看见。资金往来说明收益被谁控制，知情碎片说明知情怎样被切开，设立目的说明组织原本被设计成什么样子；三者合起来，就是可见性缺口的形状。需要强调，合读不改变任何一条路径在其既有法域中的结论，也不意味着民事上的人格否认可以直接转化为刑事上的定罪依据；它只是一种证据组织上的提示——在单位犯罪案件中，可以有意识地调取这三类材料，并把它们放进上一节的组织过程栏目里。

◆ 四、两个方向的错位

从比较法上看，组织犯罪的结形有两个方向的错位。

一个方向是分析单位选得太大。一些法域长期把责任中心放在单位的最高层，同一视原则即是典型：只有构成公司「心智」的高层，其心理状态才算公司的心理状态。于

是大量发生在操作流程中的事实被过滤掉了。另一个方向是分析单位选得太小。另一些做法把单位犯罪拆解为自然人责任，用传统的个人可责性来切割罪责，于是组织的连续性被锯断。两边各有道理，也各有盲点，原因在于它们都没有在组织过程本身的位置上展开分析。

美国1991年起施行的《联邦量刑指南》组织部分（第八章）提供了一个重要的参照。它的制度逻辑是把「组织怎么做」作为一个连续的、可衡量的刑事责任要素来对待：有效的合规与伦理计划、高层的参与、对违法的报告与配合，都在量刑中获得地位。它没有把组织的责任当作一个点。但它仍有一道坎没有迈过：它把这些因素当作刑的调节变量，而不是罪的识别点。本应作为分析起点的位置，被降格为从轻或从重的「考量因素」。这正是 Jennifer Arlen 与 Reinier Kraakman（1997）讨论的混合责任与企业预防、调查、报告激励的制度土壤；第⑥张出生证即合规激励论由此生长，它把组织预设为可被激励的自我监管者，把法预设为激励合同，而它的典型吸收是先验式的：有合规文件即有合规。本编的读法要做的，是把那个位置放回到识别环节——先看缺口在哪里，再看合规是否真的闭合了缺口，而不是先看合规文件是否齐全。

这里还应回应 Gunther Teubner 关于组织作为自我生成系统、法律应以反身方式调控组织自我调节的论述〔待核〕。Teubner 把组织当作一个有自身运作逻辑的系统，这与本编重视组织过程的立场相近。区别在于：本书既不把单位当实体，也不把它当系统，而当作在制度条件中显露出来的责任承载形态。可见性缺口不是系统的一种属性，而是在特定制度设定（岗位规范、签收格式、考核指标）与特定证据条件（可调取的交接记录）相遇时才显露出来的位置。条件改变，位置可能消失；这也是它可以被检验、可以被纠正的原因。

◆ 五、检验设计（尚未执行）

本编的论证属于受经验材料约束的概念分析，而不是统计或实验研究。它的每一个判据都要求能从制度文本或案卷材料中逐项读出，但它目前提出的是判据与证伪条件，尚未经过系统的案卷检验。以下检验设计都尚待执行。

材料与取样。可选取两类材料：一类是我国《刑法》第三十条、第三十一条及相关司法解释、典型案例中关于「单位意志」「直接负责的主管人员和其他直接责任人员」的表述；另一类是域外判例与制度文本，如 Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass、United States v. Bank of New England 以及美国量刑指南的组织部分。取样逻辑是「关键案例取样」而非代表性抽样：所选案例或文本应在既有讨论中已成为某种归责模式的典型，并能呈现归责分歧。这种取样适合检验不同解释之间的差别，但不支持统计概括。

分析程序。可分五步：从制度文本和判例中提取各自的分析单位，按「解释到哪一步、握着哪个解释变量、在什么条件下失效」整理；为每一种分析单位配一个它处理不了、而另一路径已部分处理过的典型案件；对跨法域判例作并排阅读，检查它们在「可见性」证据层面是否互相触及；把可见性缺口代入各家理论框架，看它能否被原有词汇吸收；最后用两轴辨别格对案件作形态划分，检验格内的区分是否带来实质不同的法律后果。

信度与三角验证。判断一个案件存在缺口，应当同时得到三方面支持：制度文本表明「不要求核实」，判决说理显示「每一个环节都只作形式审查」，制度设计显示某类激励造成了动力分离。三者缺一，判断退回待核状态。编码应由多名研究者独立完成，例如请刑法学与组织社会学两方面的研究者分别标注同一批制度文件，计算一致程度；一致程度不足，说明判别式还需要更细的规则表述。

证伪检验。其一，反向案例检验：查看那些单位犯罪被顺利认定、没有争议的案件，其行为链是否都没有缺口；如果大量案件在没有任何缺口、也不依赖「集体明知」一类替代概念的情况下被顺利认定，「缺口是分析单位」的判断就要被削弱。其二，官方文本检验：查看最高人民法院的指导性案例与司法解释，是否已在某处使用了与缺口判别式一致的表述；如果有，本编的判断就只是一种整理。其三，混合形态检验：在混合所有制企业、跨境供应链、跨国企业内部责任划分的案件中分别适用判别式，看能否得出可重复的二值判断。其四，不可替代性检验：取一份较全面重述单位犯罪学说的教科书章节，把其中「行为链」「盲区」「切割」「不知情」等词替换为「缺口」，看是

否不丢失任何信息；如果不丢失，本编所谓既有说法都未到达分析单位的判断就不可靠。

对手检验。设想一位持法人拟制立场的辩护者，他最可能在两处反驳。概念上，他会说缺口只是「组织结构复杂的派生现象」，不值得作为分析单位；对此的回应是，如果这一现象总能在已发生的组织损害中重现，它就不能再称为派生——派生是可有可无的，而缺口在类型化案件中是损害得以完成的位置。证据上，他会要求举出一个因缺口存在与否而使有罪无罪结论翻转的判决；对此必须承认，目前还没有可以直接援引的判决采纳这一判据。这不是可以遮掩的地方，而正是检验设计要回答的问题。

与这些检验设计相应，全书提出的可错预言中有一条与本编直接相关：在罚金额相近的单位犯罪案件中，若判决同时对控制者个人作出与其控制权相称的处理，并依法追缴其实际违法收益，后续同类违法的复发应少于只判单位罚金的案件。若长期观察显示两者没有差别，判服错位作为解释就应降级，本编「沿缺口而非沿在场结形」的主张也需随之收窄。这一预言尚待检验。

◆ 六、反噬与解释不了的地方

任何一个识别工具，都可能被最省事的做法变成它的反面。如果监管与合规实践只取本编读法中最容易执行的部分——要求每一个交接都「留痕」——很可能把留痕做成新的形式合规，正如风险教育曾被做成签字确认。企业会把所有交接都改成电子签收，把所有字段都自动打上「已核验」，而实际上无人核验。本编最想保住的东西——让盲区被看见——就可能在这个过程中重新被藏起来。因此，本编的结论不能简化为「上系统」「全留痕」。判别式问的从来不是有没有签收，而是制度是否要求签署人做核实输入内容的动作、他是否真的做了。签收回执若不对应核实动作，只会成为又一层新的遮蔽。

这一读法还有两个解释不了的地方，应当如实交代。

第一，有些决定性的不可见不发生在人与人的交接处，而发生在「规则与例外」的开关被有权者启动的一瞬间。例如，企业管理系统有一条「特殊事项通道」，平时不开放，经上级授权即可打开，使用者由此绕过常规交接。这种情况下，签收单和岗位规范

可能完全正常，盲区是通过例外机制临时制造的。本编判别式对这类「例外路径」的解释力很弱，需要另行发展针对授权开关的读数。

第二，当整个行业使用同一个无法核验的标准平台时，单个企业的「设计」所能承担的分量就会变小。这类平台级、行业级的不可见性，可能远远超出某一组织的制度文本。本编没有处理这一层面的盲区生产机制，它更适合由行政监管与行业规则来回应。

此外还有两条适用边界。当缺口纯粹由外部环境的突然变化造成，流程在此前此后都保持充分核实时，不能把分析落在这个缺口上；当某一环节在极端自动化的条件下已经没有任何人类行为人、制度上也找不到可追责的签字节点时，「交接两端留痕」的判据就失去可操作性。原本想说的一句更大的话——任何组织损害都可以用缺口来归责——因此必须收窄为：只有在缺口与损害之间能够确立可调取的交接事实时，这一读法才成立。对于小微企业、组织结构松散或决策高度人格化的单位，这一读法的区分力也会下降，其结论只能推广到以流程化运作为基本特征的企业组织。

◆ 七、本编小结：被拆散的知情怎样再聚合

把第三编的四章合起来看，可以回答全书主命题在知情环节提出的问题。

第一，单位意志的证据，在控制集中的企业里是决定证据；在流程化企业里，还必须包括设计证据与默许证据。知情不是不在，而是被拆散了；拆散留下了位置——可见性缺口——和形状——「已核验」的签收与不要求核实的岗位规范之间的落差。

第二，组织过错不是任何管理失灵。缺口有成立条件和不成立条件，有判别式和三项可调取的证据，还要经过可预见风险、可及控制手段、制度实际响应与法定要件四层审查，并附有三条自我否决。

第三，收益在账上，权限在链上。收益归单位不等于控制出自单位。以规范账与激励账两账分离为第二根轴，与可见性缺口交叉成四格，可以把「为单位谋利」区分为流程粗疏、利益驱动、个人借名与孤立越轨四种形态。

第四，组织犯罪在司法中必然被结形，但结形可以沿着在场进行，也可以沿着缺口进行。前者把判落到签字者和单位名义上，后者把判引向设计并维持缺口的位置。

从理论上说，这一位移意味着单位犯罪可以不再只被理解为「一个主体的罪」，而被理解为「一个结构位置被指认出来的罪」。它不取消自然人责任，也不消解单位，而是把「谁犯罪」暂时悬置，先问「罪出在哪个衔接点」。归责的基础由此从难以观察的心理状态，部分转向可以调取的制度事实。从实践上说，它为侦查与审查提供了一个证据方向：不只去找「那颗头脑」，而是去找每一个与损害相关的交接节点，看制度是否要求核验、签收页是否承诺已核验、岗位说明是否省略了核实、激励设置是否反向拉动。跨单位的外包与合同交接最值得优先关注，因为那里最容易把盲区甩出单个单位的视野。至于是否应当把「维持不可见的流程设计」本身规定为独立的可罚事由，这属于立法论层面的学术建议，须经立法程序审慎讨论，不能由司法在个案中以解释代替。

单位犯罪的发生，往往不是一颗心的事，而是一次制度性的「看不见」的完成。把这个看不见的位置当作分析的起点，在法定要件之内把被拆散的知情重新聚合起来，判才有可能落到服能改变风险的地方。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑦张出生证，即双罚制教义学，同时触及第⑥张合规激励论。第⑦张的主角是法官，把单位与直接负责的主管人员、其他直接责任人员预设为两层主体，把法预设为法定的构成要件体系；它冻住的是次序——先认定单位犯罪，再找责任人员——典型吸收是先验式的：在场即有责。第⑥张把有合规文件读作有合规。本章不改变法定的两层主体结构，只主张在事实认定中另设组织过程栏目，使结形沿着缺口而不是沿着在场进行，并以并排阅读的方式把人格否认、集体明知、设立目的三条路径的证据放到同一张桌上。

本章涉及的制度依赖主要是「次序」：先单位后个人的认定次序织进制度后，容易把被拆散的知情替换为在场事实的聚合；也涉及「连接」：《刑法》第三十一条把单位与两类自然人连接起来，而连接的依据有待从在场转向对缺口的设计与维持。

本章的再聚合读数是：加入组织过程栏目前后，直接责任人员名单的变化，以及名单中因设计或维持缺口而非因在场被认定的人员比例。

若在加入组织过程信息之后，单位犯罪与个人犯罪的区分、直接责任人员的范围与裁判说理均无可复现的变化，或者留痕要求普遍沦为自动签收，则本章的判断应当收窄为一种事后研究工具，而不宜作为改进事实认定程序的依据。

> 带走的话
>
> 结形本身并非过错，问题在于结形沿着在场进行还是沿着缺口进行；沿着在场，被拆散的知情就被换成了在场事实的聚合。

> **小账**
>
> 漏罚与错罚为什么出自同一台机器？——找不到起决定、批准、授意作用的点，过程被当作从未发生；有人恰好签了字，过程被压到他身上，输入的是同一个组织过程。
>
> 事实认定中的组织过程栏目怎样用？——逐项排列目标制定、授权分配、异常反馈、干预可能和资金归属，用来组织证据、筛查在场者，它本身不构成犯罪事实。

第 四 编

归责体系：单位责任与个人责任如何分离

编 序

第四编共四章，处理第二处拆散：责任。单位犯罪成立之后，哪些自然人应当承担个人刑事责任，依据又是什么。条文把单位与两类自然人连在一起，却不能替每个案件说明谁是「直接负责」的，谁只是恰好出现在流程里的人。

第13章揭示「先单位、后个人」的次序与形式化证据结合后生出的默认有责的账簿，提出路径位点、路径切断性与抽掉检验。第14章处理实际控制人、影子董事与空壳公司，主张从身份记录走到行为证据，穿透制度遮蔽而不穿透罪刑法定。第15章把视野扩大到母子公司、关联企业与供应链，要求分别描画控制链与责任链。第16章讨论单位犯罪与共同犯罪、责任竞合，用位点必要性与切换幅度说明「作用」从何而来。

本编对应的再聚合通道是个人责任位点：把被拆散的责任聚合到真正推动或本可切断犯罪路径的人身上。所用工具都是辅助读法，不是新的构成要件；本编松动的主要是双罚制教义学在次序上的冻结预设。

第 13 章

单位与自然人之间的责任分配

◆ 一、单位已经定罪，谁该负责

在相当一类案件中，单位犯罪是否成立并无争议，真正悬而不决的是另一个问题：这个单位犯罪，应当由哪些自然人承担个人刑事责任。《刑法》第三十一条规定，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。条文把单位与两类自然人连在一起，但它没有、也不可能替每个案件说明：谁是“直接负责”的，谁是“直接责任”的，谁只是恰好出现在组织流程里的人。

阅读单位犯罪判决书，可以注意到一种反复出现的说理方式。在认定“某单位犯某罪”之后，判决对被告人是否属于直接负责的主管人员或其他直接责任人员的论证，常常停在一组在场性事实上：被告人在审批单上签了字，被告人参加了相关会议，被告人分管该业务条线。由这些事实，责任便被推定成立。判决很少追问另一个问题：如果把这个人从事件中拿掉，犯罪是否仍会以同样的方式发生。

这种写法值得认真对待，因为它看上去不像个别裁判者的偶然疏漏，而像一种跨案由、跨地区、跨审级都能见到的稳定模式（这一判断本身尚需系统检验，检验设计见第16章）。它的逻辑可以用一个比喻来描述：单位犯罪中的个人归责，仿佛被压进了一本“默认有责的账簿”。凡在组织流程中留下痕迹的人，先被记上一笔；随后由辩护一方承担“减记”的任务，一笔一笔地证明自己不该在这本账上。

这本账簿的逻辑，与刑法其他地方的归责原理都不一样。对自然人犯罪，刑法从不因为“他在场”而推定责任；对共同犯罪，也要求证明每个参与者的行为贡献和主观联络。唯独在单位犯罪中，“在场”似乎成了一种准罪责状态。与之相对，另一种完全可以举证的状态——一个人虽然出现在组织流程中，却并未占据犯罪路径上的任何必要位置——在实践中很少被接纳为出罪理由。

把这一现象放回本书的主命题，可以看得更清楚。本书第一编说，单位犯罪是被组织拆散的犯罪：组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名，拆散到不同的时间、岗位和账簿里，而刑法必须对特定主体和特定行为作出确定的判。第三编处理被拆散的知情，本编处理被拆散的责任。责任被拆散，带来的并不是“找不到人”，而常常是“找到太多人”：判落在“单位”这一点上之后，再沿着签名和会议记录摊开到所有在场者身上；而真正推动或本可切断犯罪路径的人，可能因为不在纸面上而没有“服”。于是出现两种相反方向的错位。一种是基层执行者替上层承担了全部风险；另一种同样存在，即下层人员确有独立的违法故意，却因为处在“执行岗位”而被当然看轻。本编要做的，是在法定要件之内，把被拆散的责任重新聚合到真正推动或切断路径的人身上。

◆ 二、默认有责的账簿是怎样织进制度的

默认有责的账簿不是凭空出现的。它的形成，与我国单位犯罪认定的一个基本次序密切相关：司法实践通常先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员。2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”作为认定单位犯罪的思路，并把直接负责的主管人员界定为在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员；同一纪要还指出，对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。

纪要本身的方向是清楚的：它要求看个人在具体犯罪中实际起了什么作用，而不是看职务和在场。问题出在次序。当“单位犯罪是否成立”被放在第一步，认定它所依赖的材料，往往正是会议决议、集体研究记录、盖章审批和签核单据。这些材料一旦被用来证明“单位意志”，它们上面的签名者名单，便天然地成为第二步“找责任人员”的起点。第二步的问题因而悄悄改变了形态：它不再是“谁推动了这条犯罪路径”，而变成“这份名单上，谁可以被减掉”。前一个问题要求控方积极建构，后一个问题则把剔除的负担推给了被告人。

默认有责的账簿，正是“先单位、后个人”这一次序织进制度之后的产物。次序本身有其合理性：单位犯罪是法定的独立评价对象，先确认单位层面的构成要件，可以避

免把个人犯罪错当成单位犯罪。但次序一旦与形式化的证据来源结合，就会产生一种制度上的惯性：第一步用来证明单位意志的证据，同时成为第二步推定个人责任的证据，而两步之间本应有的独立证明环节被压缩了。

从更细的层面看，这种惯性可以拆成三本账的关系。第一本是结案账：案件要在审限内完成，证据要能闭合，判决要能经得起复查。第二本是考核账：办案质量评查和各类工作指标，可能对“稳妥”“不出错”的写法产生激励。第三本是文书账：裁判文书的“经审理查明”部分，若采用定性式写法（“经审理查明……被告人系直接负责的主管人员”），而不是叙事性写法（谁把什么提交给谁、谁在哪个时点签了什么、谁在哪一环被跳过），归责推理所需要的节点信息就没有地方落脚。三本账都偏向“可复制、可归档、可复查”的流程记录，而真实行为的路径要求的恰恰是另一种记录：它要平到每一个节点，平出一个能被指名的责任主体。当流程账在一次次案件中胜过现实账，这种胜出会回写到写法、评查标准和办案习惯里。最后形成的不是某一批办案人员的个人偏好，而是一种局部稳态：不拆最稳，拆了反而要承担额外的说理负担和被改判的风险。

这里需要说明分寸。上述分析是对制度激励的结构性描述，不是对任何机关或个人的评价；考核与办案机制中可能产生的这类激励，属于值得进一步完善的问题。它的意义在于说明：默认有责并不依赖它的正当性而运转，它依赖的是它的可复制性。只在“是否正当”的层面批评它，例如指出它违反责任主义、违反个别化归责原则，答案虽然正确，实践却可能照旧。要改变它，需要看清这条路是怎样一段一段铺出来的。

◆ 三、四种通行解释及其失效之处

对“剔除困难”这一现象，学说和实务中至少有四种解释。它们各自握着一个变量，也各自在某个地方失效。

单位意志论：概念越精细，名单越宽

第一种解释把问题归于“单位意志”的认定困难。这一脉络源远流长，从“法人能否成为犯罪主体”的争论，到“单位意志是否独立于自然人意志”的讨论，再到司法文

件对两类责任人员边界的反复划定，其核心假设是：只要把单位意志的内涵和外延界定清楚，个人责任的分配就会水到渠成。

在这一脉络中，有两位学者的工作必须专门交代。黎宏（2001）系统论证了一个关键命题：判断“直接负责”的核心不在职务高低，而在是否实际行使了对犯罪行为的决策权或指挥权。石磊（2005）进一步提出，在单位意志的形成过程中，自然人意志应当独立评价，不能把单位意志的成立直接等同于所有决策参与者的责任成立。两位学者代表了一条清晰的规范精细化路径：越精细地界定决策权、指挥权和意志形成，就越应当能缩小被归责人员的范围。

这条路径的失效点，不在于论证本身，而在于它与实践之间的接口。越是把“实际决策”而非“形式职务”作为归责核心，就越需要一种能够识别实际决策者的证据；而实践中最容易获得的证据，是会议决议、签字页和盖章清单。这些形式化证据提供的，是一张不需要指名任何自然人的“意志收据”。于是，单位意志的概念被讨论得越精细，它落到实务中就越可能经由形式化渠道认定，而形式化渠道天然产出在场者名单。一条以“压缩名单”为方向的学术路径，在实务中可能收获“扩宽名单”的效果。解释变量（概念的精细度）与预期结果（名单是否被压缩）之间，出现了方向上的倒转。

这一失效可以在个案中被辨认出来。设想一个形式化合规体系完备的单位：有办公系统审批、三层签核、合规专线，某业务条线发生犯罪。单位意志的认定几乎没有争议，因为会议决议、盖章和签核记录一应俱全，但这些记录没有一件对应真实决策的时点与推动者。当记录上的签核人与实际推动者不是同一个人时，依单位意志论的思路，签核人因有“决策参与”之名，便面临初步的全部责任风险；依本编的思路，如果把签核人拿掉，真实路径照样由他人推动完成，那么他的签名并不能单独证明他“直接负责”。两种思路在同一份判决中的差别是具体的：前者把此人列入责任名单，后者要求对此人作单独的说明。

政策与效率解释：在本应松动处反而更牢

第二种解释把问题归于“打击单位犯罪的需要”或刑事政策的从严取向：单位犯罪隐蔽性强、组织化程度高，司法机关因而倾向于扩大追究范围。与之相近的是组织归责

的功能论（高铭暄 1998；赵秉志 2006），它关心的是组织性归责怎样让司法系统更有效率地运转：默认有责之所以胜出，是因为它证据成本低、批量处理能力强。

这类解释确有一份真诚的力量，但它有动态上的盲区。如果从严政策是主要变量，那么在政策趋于宽缓的语境中，个人归责应当随之收紧。可是即便在涉案企业合规改革中，单位已因整改合格而获得从宽处理，对自然人的在场推定往往照常运转。如果效率是主要变量，那么在剔除成本极低的案件中，剔除应当最容易发生。设想一个合规形式完整、信息节点清楚的单位犯罪案件，其中一名入职仅三个月的基层合规专员，既未参与任何决策，也从未收到任何风险信息；把她剔除不会增加任何办案成本。按效率论，这是“最容易剔除”的案件；但如果实践中她的剔除依然困难，效率这个变量就没有解释出落差。功能论最多只能说“个体权利没有被足够重视”，而这又与多年来少捕慎诉、认罪认罚从宽等改革的方向并不相符。

理论适配解释：清晰的纸面与粗放的实务长期共存

第三种解释更有方法上的自觉。它认为问题出在单位犯罪理论的本土化不足，或引进理论的适配性缺陷。有学者指出，我国单位犯罪制度在组织体责任与自然人责任之间缺乏清晰的理论衔接（叶良芳 2008；陈兴良 2015）；也有观点批评实务对德国“组织支配”学说的选择性借用，导致归责粗放。

这种解释的盲点在于，它假设一旦更适配的理论被引进、更精细的要件被写入规范，实践中的归责模式就会随之改变。可是“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”的区分早已写入制度，理论上的清晰度在二十多年里持续改善，默认有责的稳定性却没有等比例下降。涉案企业合规改革中的第三方监督评估机制提供了一个直接的例子：这一机制判断的是单位的整改情况，本应增加归责的精细程度，但“单位是否通过合规整改”与“个人是否应当剔除”在许多案件中仍是平行而不交叉的两个问题。理论与实务之间仿佛隔着一条隔离带。理论清晰与操作粗放能够长期共存，本身就说明理论层面不是问题的真正发生地。

证据困难解释：明明不难，却也剔除不了

第四种解释不以任何学说为载体，而以实务直觉的形式散布在法律职业群体中：“查清每个人的实际作用太难了，所以只能由在场者分担。”这个说法把问题的根源放在证据成本上。它自有其合理性，甚至可能是四种解释中最诚实的一种；在完全无痕、全靠口头指令运转的组织里，它也确实是最有力的解释。

但它在另一个方向上被堵住了。实践中那些被默认有责的人，往往不是作用不明，而是作用明显消极：执行层员工接收的是格式化指令，合规人员书面反对过却被架空，基层财务按既有流程操作。在这些案件里，办公系统日志、审批流、签收链、会议系统记录往往就在案卷中，它们可以以很低的成本把一个人“没有收到风险信息”从难以证明的消极事实，转变为可以展示的积极事实——展示一批他从未出现在收件人列表中的系统记录。如果这些证据仍然不被调取、不被出示、不被作为排除责任的根据，证据困难论就无法解释：为什么在证据并不困难的时候，困难依然出现。

◆ 四、被共同默认的前提：把分配当作评分

四种解释的分歧很大，却共享一个很少被省察的前提：刑责分配是一个评分问题。也就是说，在单位犯罪已经认定之后，对每一个在场的自然人评估他的罪过程度，然后按程度分配责任。分歧只在于用什么标准评分，用谁的权重排序。单位意志论用“意志参与”评分，政策论和功能论用“打击需要”与“效率”调整分数，理论适配论希望换一套更好的评分表，证据困难论则承认评分做不下去，于是平均摊分。

本编的核心判断是：刑责分配不是评分问题，而是路径位点的拆解问题。单位犯罪中自然人的责任，不是先从个体罪过程度的评估中生长出来的，而是先从犯罪发生路径上的位置中显露出来的。判断一个人是否应当承担刑事责任，首先要问的不是“他的罪过有多深”，而是“他在这条犯罪路径上占据了什么位置，这个位置对路径的完成是不是必要的”。只有在这一问有了回答之后，罪过的深浅和作用的大小才进入下一步的计算。

用一句话来概括：单位犯罪中的个人责任，不是对个人罪过的程度评分，也不是在证据困难下的平均分担，而是对犯罪路径位点的拆解。随之而来的是两处替换：分配责任的单位不是“人”，而是“位点”；判断责任是否成立的首要读数不是“有责程度”，而是“路径切断性”。

把问题从评分改为拆解，并不意味着放弃罪过。恰恰相反，它让罪过的评价落在正确的地方。评分模式下，罪过被当作一种可以由在场事实推出来的量，“签了字”就意味着“有一定罪过”；拆解模式下，罪过必须附着在一个确定的位点上被证明：他在这个位点上知道什么、意欲什么、本可以做什么。

◆ 五、三个基本概念

路径位点

路径位点，是指单位犯罪中由某一自然人的行为所占据的、在犯罪发生路径上承担特定功能的节点。这些功能可以概括为启动、传递、签核、监督和阻断五类。一个路径位点不等于一个人，也不等于一个岗位：一个人可以占据多个位点，一个岗位上的人在不同案件中可以占据不同位点；某些位点在个案中甚至可能无人占据，形成“空洞节点”——例如一个形式上存在、实际上从未运转的复核环节。

路径切断性

路径切断性，是指移除某一自然人所占据的位点，是否会使单位犯罪的发生路径在某一关节处无法以既有方式完成，从而迫使路径改道或终止。它首先是一个“是或否”的分类判断，而不是一个程度判断。判断时有一个重要的排除：不能以“单位犯罪整体是否还会发生”为标准，因为整体发生与否受大量外部因素影响，与某个人的可归责性没有直接关系；必须以“是否仍以同一既有方式完成”为标准，即路径在节点序列上是否保持一致。

制度账与行为账的错位

制度账，是组织自身为合规、审批和留痕所制造的形式化记录链；行为账，是从口供、邮件、通讯记录、资金流向等材料中重建的真实行为路径。二者在节点、时点、顺序和签核人四个方面可能出现可观察的不一致，这就是错位。错位大致有三种：制度账上没有、行为账上有的“账外动作”；制度账上有、行为账上没有的“空账动作”；两本账在同一节点上都有记载，但签核人、时点或内容不一致的“移花接木”。错位是识别个人责任时最重要的读数，因为它把“谁应当被剔除”的争议，转化为“两本账在哪里对不上”的可检查差异。

在这三个概念之上，本编的分析可以表述为两问。第一问是占位：此人是否在路径的某一位点上有推动行为，或者负有阻止义务而未阻止。第二问是切断：如果把此人从这个位点上移除，路径能否以既有方式贯通。前者对应既有讨论中的“参与贡献”，后者是本编增添的读法。

◆ 六、抽掉检验的位置：辅助读法，不是新要件

“把他抽掉，路径还通不通”，可以称为抽掉检验。必须先说清它在刑法体系中的位置，否则它很容易被误解为一个新的犯罪构成要件。

第一，抽掉检验不改变法定要件。个人是否构成直接负责的主管人员或其他直接责任人员，仍然要依《刑法》第三十一条及相应分则条文、依主观罪过和具体行为来判断。抽掉检验只是帮助法官、检察官和辩护人组织证据的一种读法：它把“他是否直接负责”这个规范问题，翻译成“他在路径上占了什么位置、这个位置能不能被绕过”这一可以对照案卷回答的问题。

第二，抽掉检验的结论不能单独定罪，也不能单独出罪。路径在某人处“断”，只说明他的位置对路径是必要的；他是否知情、是否有故意或过失，仍须独立证明。路径在某人处“不断”，提供的是一个强有力的理由，要求控方和法院单独说明他凭什么“直接负责”；但如果他在该位点上明知犯罪而以积极行为提供了实际帮助，仍可能依法承担责任，只是理由要另外写清。

第三，抽掉检验有它解释不了的结构。刑法中的多人共同促成、共同意思联络以及不同阶段的贡献，并不都能被“抽掉他就不发生”这一公式完整解释。两个人各自足以推动路径时，抽掉任何一个路径都不断，却不能因此说两个人都无责。这时，抽掉检验必须退回辅助位置，由共同犯罪的一般原理来处理。

既然如此，为什么还要坚持它？因为在默认有责的账簿里，真正缺少的不是一个更好的评分标准，而是一个迫使说理离开“在场”的问题。抽掉检验的价值，在于它把举证与说理的方向翻转过来：不是让被告人证明“我不在账上”，而是让认定者说明“他在路径上的哪一处，以及那一处为什么绕不过去”。与此同时，可以执行的分配程序，应当把单位行为的归属、个人的犯罪参与、主观状态和法定处罚根据分开处理，并把拒绝签字、反对意见、没有权限和主动报告等无罪方向的证据同列于卷。

◆ 七、与最接近观点的分界

与本编问题最接近的国际讨论，是丹尼斯·汤普森（Dennis Thompson）1980年提出的“多手问题”：当许多人共同造成一个结果时，很难指认谁应当为它负责。汤普森已经说出了“找不到人”这一困境，并讨论了公共官员责任的几种归属方式。本书多说的是两点：其一，“找不到人”不是自然发生的，而是组织拆散责任的产物，在我国单位犯罪的制度语境中，它还会反向表现为“找到太多人”；其二，本书给出了再聚合的读数，即位点与切断性，以及两本账的错位。

在中文文献中，最接近的是黎宏关于“实际决策权”的论证与孙长永（2002）关于单位犯罪中应为个人责任设置独立证明环节的主张。把这两个观点合在一起，可以得到一个近似的前提：应当把实际行使决策权的人识别出来，并给个人以独立的证明程序。但合起来之后，仍然推不出路径切断性这一读法。合并后的命题说的是“应当识别、应当证明”，仍以“个人—决策权—责任”为评价的三件套。本编的增量落在两处：一是以“路径位点”替换“决策权”作为识别单位，从而能够处理不行使决策权却守着必要监督环节的人，以及有决策之名却无决策之实的人；二是以“抽掉此人路径断不断”作为否定方向的检验，而不是只提出“谁应被识别”的积极程序。

石磊关于单位意志中自然人意志独立评价的命题，与本编方向一致，但他的判断仍以参与者身份为基础：决策参与者未必都有责。本编的判断是：无论决策参与者还是执行参与者，是否有责都不由身份决定，而首先由其所占位点在路径上的必要性决定。一名未参与决策、却多次补签以维持路径表面完整的中层会计，按身份论可能被轻看，按位点论却需要认真检验。王敏远（2004）认识到个人无责的消极事实难以由被告自证，提出减轻或倒置证明责任的方案。本编认为，这在相当多的案件中首先不是证明责任问题，而是证据形态问题：只要把节点证据激活，“风险信息从未到达这个位点”就可以由单位自身的记录展示出来，不需要被告自证，只需要求披露。

◆ 八、与「设想抽掉」公式的分界

抽掉检验还有一个必须正面面对的近邻：条件说中的「设想抽掉」公式，以及罗克辛在功能性行为支配理论中对共同实行者贡献的判断——若抽去某人的贡献，整个计划是否就会失败。两者都在问「没有他会怎样」，抽掉检验看起来只是把它们搬进了单位犯罪。分界有三点。第一，条件说抽掉的是对结果的原因，问的是结果还会不会发生；抽掉检验抽掉的是路径上的一个位点，问的是这条路还通不通、此人当时能不能把它切断，因此它同时看作为与本可作为而未作为，更接近对阻断可能的审查，而不是对因果的审查。第二，功能性支配要求共同的行为决意与分工，处理的是有意识的共同实行；单位犯罪中的大量路径恰恰没有共同决意，每个位点上的人只做了流程规定的那一段，抽掉检验处理的正是没有共同决意时责任如何分配。第三，在我国「先单位后个人」的认定次序下，两种公式进入裁判的位置不同：设想抽掉公式在自然人犯罪中用于成立因果，抽掉检验在单位犯罪中用于把已经被记入「默认有责账簿」的在场者逐一减出去，它首先是一张减法表，而不是加法表。罗克辛本人对把组织支配推广到企业内部持保留态度〔待核〕，这也从另一面说明，本章不能借用支配理论来扩大个人责任，只能用抽掉检验来收窄它。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的，首先是第七张出生证即双罚制教义学的冻结预设。这一学派的主角是法官，把单位与主管人员、直接责任人员预设为两层主体，把法预设为法定的构成要件体系；它冻住的再聚合点是次序：先认定单位犯罪，再找责任人员；它的典型吸收是先验式的“在场即有责”。本章指出，这一先验并非来自条文本身——《刑法》第三十一条和2001年纪要都要求看个人的实际作用——而是来自次序与形式化证据结合后的制度惯性。第二张出生证即单位意志论的先验吸收（“经集体研究决定即单位意志”）为这一惯性提供了原料：证明单位意志的签名名单，变成了推定个人责任的名单。

本章涉及的制度依赖主要是次序，兼及连接：第三十一条把单位与两类自然人连在一起，次序则决定了这条连接在实践中从哪一端开始拉。本章提出的再聚合读数是抽掉检验，配合制度账与行为账的错位表；它只作辅助读法，用来把“是否直接负责”的规范问题落实到案卷可以回答的位置上，不构成新的要件。

本章的判断是可错的：若在明确要求逐人说明作用的地区或案件类型中，判决书以签字、参会、分管等在场事实认定个人责任的比例并不下降，则“默认有责的账簿源于次序”这一判断应当收窄，问题可能更多出在证据形态或说理习惯本身。

带走的话

刑责分配不是给每个在场者的罪过打分，而是拆解犯罪路径上的位点，问谁推动了这条路、谁本可以切断它。

小账

默认有责的账簿从何而来？——不来自条文，来自「先单位、后个人」的次序与形式化证据相结合：证明单位意志的签名名单，变成了推定个人责任的名单。

抽掉检验怎样用？——设想把此人从所占位点上移除，看犯罪路径能否仍以既有方式贯通；它只是帮助回答是否直接负责的辅助读法，不是新的构成要件。

第 14 章

实际控制人、影子董事与空壳公司的穿透

◆ 一、名义职务与实际控制的分离

单位犯罪案件中的责任追索，经常遭遇名义职务与实际控制的分离。董事会会议记录写着“经集体研究决定”，付款却由关联方代为安排；法定代表人只履行形式上的审批，幕后的实际控制人决定违法项目的收益怎样分配、执行节奏怎样把握、出了问题由谁出面。若完全依照工商登记和岗位表认定责任，最有利益、也最有能力叫停犯罪的人，可能恰好逃离了审查。

用本书的话来说，这是判与服在组织顶端的错位。判落在纸面上可以被找到的人身上：签字的法定代表人、在决议上署名的董事、经办的财务负责人。服却散在别处：罚金由公司账户支付，最终由股东、员工和债权人分担；被判处刑罚的是签名者；而那个决定了违法项目是否启动、收益流向何处的人，可能既没有签过一个字，也没有被要求服任何东西。只要这种结构不被打破，换一个签名者、换一家公司，同样的违法就可以重新开始。本编第13章所说的“默认有责的账簿”，在这里表现得最为尖锐：账簿只记在纸面上出现过的人，而实际控制人恰恰以不在纸面上为其控制方式。

但必须同样清楚地说出另一面。“幕后操控”本身仍须通过实际决策、指挥、资金安排和利益分配等证据证明，不能把“实际控制人”这个标签当作现成的刑事构成要件。实际控制人是一个公司法和证券法上的概念，它描述的是一种控制关系；刑法要问的是，这个人在具体犯罪中实施了什么行为、具有什么罪过。本章主张的“穿透”，是从身份记录走到行为证据，从形式授权走到实际控制，而不是借公司法上的人格否认原则自动生成个人刑事责任。穿透的是制度遮蔽，不穿透罪刑法定。

◆ 二、穿透的法定边界

刑法与司法解释设定的边界

现行规范对“名义上的单位”与“刑法上的单位犯罪”之间的距离，已经作了若干安排。1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》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、事业单位设立后以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处；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。2014年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释规定：公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。

这些规则恰好体现了法定主体与真实犯罪组织之间的张力。登记为公司，未必意味着刑法上应当以单位犯罪处理；有真实经营，也不排除其中某一项经营活动构成单位犯罪。对空壳公司和控制人，应当分别查明设立目的、真实业务、持续经营情况、违法活动在全部活动中的比例以及具体罪名，不能以公司资产不足或名义职务混乱为由，直接否定或者直接认定法律规定的犯罪主体。

在刑法分则中，也有直接以控股股东、实际控制人为规制对象的条文。例如《刑法》第一百六十九条之一背信损害上市公司利益罪，对上市公司的控股股东或者实际控制人指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施损害上市公司利益行为的情形作了规定。这说明立法者在特定领域已经把“指使”这一实际控制的行为方式写进了构成要件；在没有这类明文的领域，实际控制人的刑事责任仍须回到一般的单位犯罪规则和共同犯罪规则中去证明。

公司法上的穿透不能直接搬进刑法

2023年修订的《中华人民共和国公司法》对控股股东、实际控制人的责任作了更细的规定：控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用董事忠实

义务和勤勉义务的规定；控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任〔待核：条文序号〕。前者大致对应比较法上的“事实董事”，后者大致对应“影子董事”。公司法同时规定了公司人格否认制度：股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

这些制度对刑事案件有参考价值：它们说明法秩序承认“不在职位上却在控制位置上”的人可以承担法律责任。但人格否认、破产中的追回、刑事追赃和刑事定罪各有不同的法源与证明门槛。人格否认解决的是民事债务由谁承担，适用的是民事证明标准；刑事定罪解决的是个人是否实施了犯罪行为，适用排除合理怀疑的标准。把公司法上“应当连带”的结论直接拿来证明“应当定罪”，会使惩罚更容易，却不一定更公正。穿透在刑法中的含义只能是：不因为某人不在登记簿和岗位表上就不去看他，也不因为某人在登记簿和岗位表上就推定他有责。

◆ 三、从身份记录到行为证据：两本账的重建

第13章提出了两个读法：路径位点与路径切断性，并以制度账与行为账的错位作为识别个人责任的主要读数。实际控制人案件是这套读法最需要、也最能见效的场合，因为在这类案件中，制度账与行为账的分离不是偶然的，而是控制方式本身。

两本账的重建可以分为五步。

第一步，绘制制度账。从卷宗中提取组织在审批、会议、合规签核和系统留痕方面形成的记录，整理成与本案犯罪路径相关的“节点—签核人—时点—内容”链条。每个节点都应当可以单独核验。

第二步，重建行为账。从讯问笔录、证人证言、电子邮件、即时通讯记录、资金流向及其他材料中，重建真实行为所走过的路径，同样整理为“节点—参与人—时点—内容”的链条。

第三步，比对错位。对两本账逐节点比对，列出错位表。错位分三类：制度账上没有、行为账上有的“账外动作”，例如实际控制人在私人通讯中下达的付款指令；制度

账上有、行为账上没有的“空账动作”，例如会议纪要记载召开过、实际上从未召开的风险评审会；两本账在同一节点都有记载，但签核人、时点或内容不一致的“移花接木”，例如审批单上的签名者并非实际作出决定的人。在实际控制人案件中，移花接木型错位最为典型。必要时可以计算错位节点占制度账节点总数的比例，但这只是用于识别路径的粗略量级，不是精确统计。

第四步，确定骨架。在两本账之间识别那些同时被覆盖且记载一致的节点，即“无争节点”，它们构成犯罪路径的骨架。从无争节点出发，向前后追溯路径的启动、传递和终止。

第五步，逐人执行抽掉检验。对路径上出现的每一个自然人，假设此人从未存在（而不只是假设他没有实施某一个具体动作），按其余所有人的行为方式和制度账的分布，判断犯罪是否仍会以同一路径完成。路径仍通，说明该位点可被绕过，此人的签名或在场不能单独证明他“直接负责”；路径不通，说明该位点对路径是必要的，此人的责任须进一步结合其主观罪过和具体行为认定。

这五步不需要新的立法，也不需要新的证据规则。它只要求在现有程序中改变证据的读法：不再把会议纪要和签字页当作“单位意志的收据”一次性使用，而是把它们当作制度账，与行为账逐节点对照。

当然，这套读法有它能够进入说理的前提条件。可以把这些条件逐条列出，以便在个案中独立核验：其一，路径有痕，案卷中至少有一类可以独立核验的制度账记录，如审批链、会议纪要或系统日志，且其节点覆盖本案犯罪路径；其二，节点可定，制度账中有足够数量的节点可被明确识别，每个节点有对应的自然人；其三，错位可显，两本账比对后，至少一个节点存在上述三类错位之一；其四，切断可测，对至少一人在至少一个节点上执行抽掉检验时，结果能被明确判定为断或不断；其五，程序有口，被告人或辩护人在审判程序中至少有一次机会以正式形式提出这一检验请求，例如书面附卷、庭前会议记录或庭审笔录；其六，单位活体，单位在犯罪发生时具备组织实态，有定岗、有流程、有层级，并通过这一组织实态而不是个别人的个别决策实施犯罪。

◆ 四、构想场景：签字的人与发令的人

以下为构想场景，不对应任何真实企业或案件。

设想一家从事大宗商品贸易的有限责任公司。登记的法定代表人兼执行董事是一位年轻的职业经理人，公司章程规定重大合同须经执行董事审批。公司的实际出资人并不在公司担任任何职务，但通过代持协议控制着全部股权，并通过一位财务总监管理资金。案件事实是：公司以虚构的贸易背景向银行申请融资，所得资金被转入实际出资人控制的其他企业。

制度账上，所有融资申请都有法定代表人的审批签字，有执行董事决定书，有财务总监的用印记录；实际出资人在制度账上一次也没有出现。行为账上，实际出资人通过即时通讯向财务总监发出了每一笔融资的规模、时间和资金去向指令；财务总监据此准备材料，再把整理好的文件送给法定代表人签字；法定代表人在多数情况下没有看到贸易背景的实际资料，有几次曾在通讯中询问“这单的货在哪里”，得到的回答是“老板定的，照签就行”。

依默认有责的账簿，名单的顺序很可能是：法定代表人（签字最多、职位最高）、财务总监（经办）、其他签收人员；实际出资人因不在制度账上，需要专门调查才可能进入名单。依两本账的重建和抽掉检验，图景有所不同。

先看实际出资人。抽掉他，从指令到准备材料、到资金回流的整条链条在多个位点上全线断裂：没有人决定融资规模，没有人指定资金去向，资金也不会流入那些企业。他在多个必要位点上有推动行为，路径切断性明确。能否以“直接负责的主管人员”论处，取决于他是否在单位实施的犯罪中实际起了决定、指挥作用；若单位犯罪成立，不担任职务这一事实本身不应成为排除的理由。至于没有职务的实际控制人在法律适用上应以直接负责的主管人员论处，还是依共同犯罪的规则另行评价，理论和实务仍有讨论〔待核〕，但无论走哪条路径，他的行为都必须被单独证明。

再看法定代表人。抽掉他，真实路径依然由实际出资人与财务总监推动：章程要求的签字可以由任何一个处在执行董事位置上的人完成，实际出资人也完全可以换一个签

名者。他在路径上占据的是一个形式上必须、实际上可替代的签核位点。抽掉检验给出的结论是“不断”。这一结论不意味着他当然无罪：如果证据显示他明知贸易背景虚构而仍然签字，他的签字对于取得银行融资可能具有实际作用，他的罪过需要依法单独评价。但抽掉检验给出了一个说理上的要求：认定者不能只凭“他签了字、他是法定代表人”就把他列为直接负责的主管人员，而必须说明他的签字在这条路径上起了什么作用、他知道什么。他在通讯中的两次询问，也应当作为无罪方向的证据同列于卷。

最后看财务总监。他是实际出资人与制度账之间的转换器：把行为账上的指令转换为制度账上的文件。抽掉他，实际出资人需要另找一个能够管理资金、准备材料的人，路径在“准备材料”和“资金划转”两个位点上都需要改道。他的位点有切断性，其责任须结合其知情程度认定。

这个构想场景说明，抽掉检验在实际控制人案件中做的事情有两件：一是把不在纸面上的人拉回分析之中，二是防止纸面上的人仅凭签名被当然记账。两件事方向相反，却出自同一个读法。

◆ 五、与组织支配说、同一视原则的分界

组织支配说

与本章问题最接近的比较法理论，是克劳斯·罗克辛（Claus Roxin）提出的“组织支配”（Organisationsherrschaft）。它的洞见在于：组织化程度越高，顶层对底层的支配越抽象，归责就越不依赖具体的行为沟通；组织本身使执行者成为可替换的环节，所以“我只是执行了命令”不能为顶层免责，顶层可以作为间接正犯承担责任。这一理论的方向是“抓大脑”：把责任从底层向顶层收拢。需要指出的是，组织支配说最初针对的是脱离法秩序运作的权力机器，罗克辛本人对它能否适用于合法经营的企业持保留态度，学界对此有持续的争论〔待核〕。

本章与组织支配说的关系是“使用而非依从”。共同之处在于，两者都承认执行者的可替换性具有归责意义。分界有两处。

第一，组织支配说的解释变量是支配力，即对因果过程的控制强度。在单位犯罪中，真正的困难往往不是支配力太强，而是支配力弱得难以测量。越是在形式化合规体系完整的组织中，越难说清楚谁支配了谁：签字链上的每个人都是被上一个环节推动的。当支配力无法测量，以支配力为核心的理论就会失去着力点。路径位点的读法不测量支配力，而测量“抽掉之后路径断不断”，这一点可以对照两本账回答。

第二，两者对名义决策者的处理不同。在实际控制人操纵空壳决议、名义决策者只是签名工具的情形中，组织支配说可以判定名义决策者不具有正犯地位，但他仍可能被看作组织控制下的一个环节，保留某种附属的责任评价；路径位点的读法则直接指出：把他抽掉，路径依旧，因此他的签名不能单独证明他直接负责，若要追究，须另行证明其明知和实际作用。前者对“环节”的评价是从支配关系推出来的，后者是从位点的必要性推出来的。

同一视原则

英国法上的同一视原则，在 Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1972] AC 153 一案中被确定下来：只有构成公司“指挥意志与头脑”的少数高层人员，其心理状态才能被视为公司的心理状态；以下的雇员即使实施了犯罪，公司也可以不承担刑事责任。这是第二张出生证的典型形态，它冻住的再聚合点是“决定”。此后，英国《2010年贿赂法》第七条引入了商业组织“未能预防贿赂”的责任，并允许公司以已经建立“充分程序”为抗辩，在一定程度上从“找大脑”转向“看组织”。

同一视原则面对实际控制人时的困难，与我国单位意志论相似：它依赖“谁是头脑”的形式判断，而形式上的头脑可能只是签名者，真正的头脑可能不在任何职位上。本章的读法不问“谁是头脑”，而问“谁占据了路径上不可绕过的位点”，因此既可以把不在职位上的控制者纳入分析，也可以把在职位上却无实权的签名者从当然记账中解脱出来。

◆ 六、空壳公司与“单点”犯罪：拆解读法的不适用域

路径位点的读法并非在所有单位犯罪案件中都适用。它最有力的场合，是“形式合规完整、真实路径被操纵”的案件类型。在以下情形中，它要么退到后台，要么根本不在其论域之内。

其一，路径无痕。若组织没有任何可以提取的制度账，例如完全依靠口头默契运转的“默契单位”，两本账的比对就没有读数，路径无法以可核验的方式重建，抽掉检验只能依赖口供拼凑，而口供足够灵活，无法支撑真实的检验。此时应回到传统的证据规则，在事实存疑时作有利于被告人的处理。

其二，组织形态不具备活体条件。个人为进行违法犯罪活动而设立的空壳公司，或者设立后以实施犯罪为主要活动的公司，其犯罪不是一条在组织中流动的“路径”，而是一个人或几个人的“单点”。1999年司法解释把这类情形排除在单位犯罪之外、按自然人犯罪处理，从本编的视角看恰恰是合理的：既然组织只是外衣，就没有需要拆解的组织路径，直接按自然人犯罪和共同犯罪的规则认定即可。一人公司的情形需要更细的区分：它可能有真实经营，也可能只是外衣，须依设立目的、真实业务和持续经营情况具体判断，不能一概而论。

其三，程序上没有检验的位置。如果在刑事诉讼中，辩护方根本没有有效的程序位置提出“把他抽掉，路径不断”，或者控方对此无需作出证据上的回应，那么这一读法无法在判决中落地。这一条件提醒我们，读法的效力取决于程序是否为它留了口。

空壳公司问题还有一个容易被忽略的侧面。当一个案件因为属于“为犯罪而设立”而被改按自然人犯罪处理时，判落在了组织空壳背后的个人身上，这是正确的；但如果背后的控制结构包括多层壳公司、代持人和名义股东，那么在自然人犯罪的框架下，仍然需要对这些人逐一拆解：谁是发令者，谁是转换器，谁只是出借了身份证件。改按自然人犯罪处理，只是换了一个法定框架，并没有免除拆解的工作。否则，被拆散的责任会在“自然人共同犯罪”的名义下以另一种形式被平均摊开。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第二张出生证，即同一视与单位意志论。这一学派的主角是法官，把单位的“头脑”预设为决策机关与负责人，把法预设为对意志的谴责；它冻住的再聚合点是“决定”，其先验吸收是“经集体研究决定即单位意志”。在实际控制人案件中，这一冻结表现为双重失准：形式上的头脑可能只是签名者，真正的决定者可能不在任何职位上。本章以“谁占据了不可绕过的位点”替换“谁是头脑”，把被拆散的决定与责任同时再聚合到行为证据上。

本章涉及的制度依赖主要是结构。1999年司法解释与2014年立法解释，一方面是改名式吸收的制度形态，把在“单位”框架下放不下的案件改称为自然人犯罪；另一方面又是罪刑法定的边界，本章完全接受这一边界，只是指出改名之后拆解的工作并未结束。公司法上的事实董事、影子董事和人格否认制度提供了参照，但不能直接搬进刑事定罪。

本章的再聚合读数是移花接木型错位与抽掉检验：在签核人与实际推动者不一致的节点上，分别检验签名者和发令者的位点必要性。若在实际控制人案件中，引入两本账比对之后，认定结果与只依登记身份和签名认定的结果并无实质差异，则本章关于“穿透须从身份走到位点”的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> 穿透是从身份记录走到行为证据、从形式授权走到实际控制；穿透的是制度遮蔽，不穿透罪刑法定。

小账

「实际控制人」能否直接当作刑事构成要件？——不能。它是公司法、证券法上描述控制关系的概念，刑法仍要问此人在具体犯罪中实施了什么行为、具有什么罪过。

签字的人与发令的人不一致时怎么办？——把制度账与行为账对照，找出移花接木的节点，再分别对签名者和发令者做位点必要性的抽掉检验。

第 15 章

母子公司、关联企业与供应链犯罪

◆ 一、集团不是一个被告

跨公司的交易中，一项违法活动可能由母公司制定收益目标，由子公司签订合同，由关联的咨询公司支付费用，再由外包团队具体实施。企业集团的统一报表、统一品牌和统一管理制度，会使观察者倾向于把整个行为归属于“集团”。但集团在刑法上并不当然是一个被告单位。依《刑法》第三十条，法律规定为单位犯罪的，单位才负刑事责任；每一个法人，以及依法可以认定为单位的分支机构，都应当分别依照法律规定评估。不能因为合并报表上体现了利润，就把所有关联主体概括为“共同的单位意志”。

把这一问题放回本书的主命题，集团案件是组织拆散责任的放大形态。在单一公司内部，决定、知情、收益和签名被拆散到不同的岗位；在企业集团中，它们被拆散到不同的法人。决定在母公司的预算会议上，知情在子公司的业务部门，收益在合并报表里，签名在关联公司的合同上，损害则落在交易对方、消费者或公共利益上。判若只落在出现违法合同的那一家子公司身上，服便由这家子公司的员工、债权人和少数股东承担；而设定了不可能完成的指标、享有合并收益的母公司层面，可能既没有判，也没有服。反过来，如果为了让判落到母公司，就用“集团整体控制”这样的经济概念替代法定要件，判又会越过罪刑法定的边界。本章要做的，是在这两种偏差之间找到再聚合的位置。

◆ 二、两条链：控制链与责任链

具体分析应当同时描画两条链。一条是交易和控制链：指令从何处发出，合同和资金经过哪些主体，谁承担交易风险，谁获得最终收益。另一条是法律责任链：逐个检查相关主体是否符合单位犯罪的法定条件，哪些自然人存在符合构成要件的作为或不作为。两条链经常重叠，但不必同长。控制链可以从母公司一直延伸到外包团队，责任链却可能只在其中某几个环节上成立。

每个单位分别评估

2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出，单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪，不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产，就不将其认定为单位犯罪，而按照个人犯罪处理。这一规则对集团案件有两层意义。其一，单位犯罪的认定以实施犯罪、获得违法所得的具体组织为单位，不必上溯到集团顶端；其二，同样不能因为某一层级的组织财产不足，就改变法定的主体认定。

由此推出一条朴素但常被忽视的规则：母公司是否构成单位犯罪，须以母公司自身是否以其名义、为其利益、经其决策实施了犯罪行为来判断；子公司是否构成单位犯罪，以子公司自身为单位判断；两者都构成时，分别认定，再处理共同犯罪或其他关系。母公司对子公司的控股关系，可以作为证明母公司参与的线索，但不能单独构成母公司犯罪的根据。

供应链上的节点

供应链上的主体更需要区分。提供普通服务、对犯罪用途并不知情的供应商，不应仅因其成为供应链上的一个节点而被当然定罪。一家物流公司按市场价格为客户运输了货物，一家软件公司按标准合同出售了财务软件，一家印刷厂按订单印制了包装——这些行为若单独看是日常经营，如果没有证据表明其明知并参与，就不能仅凭“它在链条上”而进入责任链。我国刑法学关于中立帮助行为的讨论，正是要处理这类日常业务行为与帮助犯罪之间的界限。

另一方面，专门设计虚假合同和支付路径以服务犯罪的中介，也不应借形式上的独立法人资格而自动排除责任。一家咨询公司若没有真实咨询业务，只负责为回扣开具发票、为资金提供过账通道，它在交易链上的位置就不是“中立的节点”，而是路径上为犯罪定制的环节。对于这类主体，要么依1999年司法解释判断它是否属于“为进行违法犯罪活动而设立”的公司而改按自然人犯罪处理，要么依其自身的单位犯罪要件和共同犯罪规则认定。在网络和支付领域，刑法还规定了帮助信息网络犯罪活动罪等专门罪

名，明知他人利用信息网络实施犯罪而为其提供技术支持或者支付结算等帮助的，可以独立评价；但同样以“明知”为要件，不能以“处在链条上”替代证明。

◆ 三、跨越法人边界的位点拆解

第13章的路径位点读法，可以延伸到集团和供应链案件中，只是需要增加一个层次：位点既可以由自然人占据，也可以由一个组织整体占据。在跨法人的交易链上，每一家公司都占据着某种位点：发令位、签约位、过账位、执行位。对组织层面的位点同样可以作抽掉检验：如果把这家公司从链条上拿掉，路径是否仍以既有方式完成?

对普通供应商，这一检验通常给出“不断”：它提供的是市场上可以随时替换的标准服务，拿掉它，犯罪者换一家即可，路径的既有方式并不改变。这为“不能仅因处在链条上而定罪”提供了一个结构上的理由。对专门定制的过账中介，检验通常给出“断”：拿掉它，回扣没有发票可以覆盖，资金没有通道可以绕行，路径需要重新设计。这为“不能借独立法人资格逃避责任”提供了同样结构上的理由。

但必须强调：组织层面的抽掉检验，与自然人层面的一样，只是辅助读法。一家公司的位点有切断性，并不意味着它构成单位犯罪；它仍须满足单位犯罪的法定要件——以单位名义、为单位利益、经单位决策机构或负责人决定或认可等。抽掉检验能做的，是帮助认定者决定往哪里看、对谁需要专门说理，而不是代替法定要件的证明。

母公司层面的自然人

母公司层面的自然人，是集团案件中最容易落在默认有责账簿之外的人。账簿只记在子公司的文件上出现过的人；母公司的高管若只在年度预算会议上设定了收益目标，从不签署具体合同，就不会出现在子公司的制度账上。

对这些人，抽掉检验需要区分两种情形。第一种，母公司高管只设定了一个经营目标，例如要求子公司年度毛利增长若干个百分点，没有指示、也不知道子公司将以违法方式完成。此时，他设定目标的行为在路径上不是一个必要位点：拿掉他，子公司的违法决定仍可能由子公司管理层独立作出；即便目标本身诱发了违法，这也属于管理学上“奖励甲行为却指望乙结果”的激励错配（Kerr 1975），可以成为合规整改和公司治

理的对象，但不能单凭目标设定认定刑事责任。第二种，母公司高管在设定目标之外，还通过邮件、会议或口头指令指示了违法的方式，或者在得知子公司以违法方式完成目标后，继续批准资金、分配收益。此时他在路径上占据了发令位或供料位，拿掉他，路径在相应位点断裂，其责任须进入正式的认定。

这一区分的意义在于，它既防止把“集团整体控制”这样的经济概念直接当作刑事责任的根据，也防止母公司层面的发令者因为不在子公司的文件上而逃离审查。

子公司里的基层与合规人员

集团案件中的另一端，是子公司里最容易被记入账簿的人。设想子公司的一名基层业务员，按照格式化的指令录入合同、发送报价，从未收到任何关于交易真实背景的信息。拿掉他，执行位点可以由任何一个同岗位的员工无缝替换，路径不断。在没有证据显示他明知的情况下，2001年纪要所说的“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”，正适用于这一位置。

更难的是子公司的合规官。设想他曾以书面形式提出风险异议，却被架空，此后子公司继续实施违法交易。他所处的合规监督位点，在制度上是路径的必经节点：如果他的报告真的送达决策层，路径可能改道。但这里的“既有方式”恰恰是“监督被架空的方式”。拿掉他，犯罪仍以被架空的方式发生。此时需要进一步比对两本账在监督环节上的错位：如果制度账记载“合规意见已报告”，而行为账显示他的意见从未到达决策层，甚至被他人截留，那么他在现实路径上并没有占据一个能够阻断犯罪的位点，他的“监督失位”是被制造出来的，拿掉他路径不断，不应仅凭他的职务而追究其刑事责任；他提出过的书面异议，应当作为无罪方向的证据列入案卷。反过来，如果行为账显示他收到了足以发现犯罪的信息，有权限而故意不报告，他占据的就是一个真实的阻断位点，其责任须依法认定。

◆ 四、证据成本的不对称与“决策说明—执行可见性”矩阵

集团案件常常出现多层次的证据成本不对称。基层公司的交易文件多而清晰：合同、发票、银行流水、发货单都在；母公司的战略和预算决定则隐蔽而抽象：它们以年

度计划、绩效考核方案和口头指示的形式存在，很少直接写出违法的内容。这种不对称本身就会推动默认有责的账簿向下倾斜：越容易证明的人，越容易被记账。

为了在证据组织上抵消这种倾斜，可以使用一个二维矩阵。一个维度是“决策说明”：对某一层级的人或组织，是否有证据说明其作出了与犯罪相关的决策，以及这一决策的内容；另一个维度是“执行可见性”：其在执行环节的行为是否在案卷中清晰可见。两个维度各分高低，形成四格。

第一格，决策说明高、执行可见性高。这类主体既有决策证据，又有执行痕迹，通常是子公司管理层中既拍板又经办的人。认定难度最低，抽掉检验通常给出明确的“断”，主要工作是认定其罪过和作用大小。

第二格，决策说明高、执行可见性低。这类主体是母公司层面的发令者：有证据显示他作出了违法决策，但执行环节看不到他。这一格是默认有责账簿最容易漏记的地方，也是行为账重建最需要投入的地方。认定的关键，是把他的决策与子公司的执行之间的传递环节逐一补齐：谁收到了他的指示，怎样转化为子公司的行动。

第三格，决策说明低、执行可见性高。这类主体是基层执行者：他们的痕迹到处都是，却没有任何证据说明他们参与了决策或知道真实背景。这一格是默认有责账簿最容易多记的地方。抽掉检验通常给出“不断”，认定者必须单独说明其明知，否则不应仅凭执行痕迹追究。

第四格，决策说明低、执行可见性低。这类主体在两方面都没有证据，通常是普通供应商和集团中的无关人员。他们本不应进入责任名单；如果进入，说明名单是从组织结构图而不是从证据中生成的。

这个矩阵给出两条警示。第一，不可因为难以证明上层控制而任意加重下层责任：第二格的证据困难，不能通过加重第三格的认定来补偿。第二，不可在法定要件无法成立时，以经济学意义上的“最终控制”直接补上缺口：如果第二格的发令者确实无法以证据证明其决策内容，结论只能是依法不予认定，而不是用“他是最终受益人、他一定知道”来替代证明。经济分析可以告诉我们应该往哪里看，不能代替我们看到的东西。

◆ 五、构想案例：一条被拆开的采购链

以下为构想案例，不对应任何真实企业或案件。

设想一个从事医疗器械销售的企业集团。母公司在年度经营会议上要求各区域子公司的销售额增长三成（示例数值），并把子公司管理层的奖金与这一指标挂钩。某区域子公司的总经理在一次内部会议上提出，要通过“学术推广服务费”的方式向若干医院的采购负责人支付回扣，并指示财务部门与一家咨询公司签订服务合同。这家咨询公司没有实际的推广人员，其法定代表人是子公司总经理的亲属。回扣通过咨询公司开具的发票入账，再由咨询公司以现金或转账的方式交给采购负责人。子公司的销售代表负责与医院方沟通交货和结算，部分销售代表知道回扣的存在，部分不知道。母公司的财务部门在合并报表中发现该区域的“推广费”异常增长，向母公司分管销售的副总裁报告，副总裁批示“业绩优先，后续规范”。

先画控制链：母公司设定指标，副总裁在得知异常后作出批示；子公司总经理决定回扣方案；财务部门签订合同、支付费用；咨询公司过账；销售代表维持与医院的业务关系。再画责任链，需要逐个主体、逐个自然人检验。

子公司以其名义、为其销售利益、经其负责人决定实施了行贿行为，单位行贿的认定在子公司层面有较充分的根据。子公司总经理占据发令位，抽掉他，回扣方案不会产生，路径断裂，属于第一格。财务负责人若明知合同虚假仍签订并付款，占据过账的签核位，拿掉他，总经理需要另找一个能够操作资金的人，路径需改道，其罪过须单独证明。

咨询公司没有真实业务，只为过账而存在，可依1999年司法解释的标准判断其是否属于为进行违法犯罪活动而设立的公司；若是，则不以单位犯罪论处，对其法定代表人等依自然人犯罪和共同犯罪的规则认定。它的位点在路径上具有明确的切断性：没有它，回扣无法以“服务费”的方式入账。

销售代表需要分开。知道回扣的存在，并主动参与与采购负责人约定数额的人，占据了传递位点，其责任须依法认定；只负责交货和结算、不知道回扣的人，属于第三格，执行可见性高而决策说明低，拿掉他们路径不断，不应被记入账簿。

最难的是母公司。母公司设定销售指标本身不构成参与：这是第一种情形，属于激励错配，应当成为合规整改的对象。副总裁的批示则不同：他在得知异常之后，以“业绩优先”的批示使违法支付得以继续，这一行为在路径上可能占据了一个“应予阻止而未阻止”的位点，也可能是事后的纵容。他是否构成犯罪，取决于他在批示时是否明知“推广费”即回扣，以及批示对后续支付是否起了实际作用。这里属于第二格，决策说明有一定证据，执行可见性低，需要重建批示到子公司继续支付之间的传递环节。至于母公司本身是否构成单位犯罪，须以母公司是否以其名义、为其利益、经其决策参与了行贿为判断；副总裁的个人批示未必等于母公司的单位决策，这一点必须单独证明。

这个构想案例说明，集团案件中控制链与责任链不必同长：控制链从母公司的年度会议一直延伸到医院的采购办公室，责任链却在每个环节上分别成立或不成立。默认有责的账簿会从子公司的文件出发，把所有在子公司文件上出现过的人都记上一笔，而把母公司层面的批示者和过账公司背后的个人留在账外。两条链的分别描画，正是为了让判落在服能够改变风险结构的地方：若副总裁的批示得以证明并依法处理，母公司层面的激励结构就有了被改变的理由。

◆ 六、与近邻的分界

与本章问题最接近的是布伦特·菲斯（Brent Fisse）与约翰·布雷思韦特（John Braithwaite）在《公司、犯罪与问责》（1993）中的主张。他们注意到，大型组织中的违法往往无法归于某一个人，于是主张通过组织问责与内部纪律，让公司自己去找出责任人并加以处理，国家则监督这一内部问责过程是否真实。他们已经说出了“组织结构会使个人责任消散”这一判断，并给出了一条把问责交还组织的路径。本章多说的是：组织结构不仅使个人责任消散，也会使它错误地集中——集中在纸面上可见的人身上。他们聚合的是“结构”，本书追踪的是判与服的落点：在集团案件中，判落在子公司，服

由子公司的员工和债权人承担，而控制者在母公司层面没有服。内部问责若只在子公司层面展开，很可能复制同样的错位。

贡特尔·托依布纳（Gunther Teubner）把组织看作自我生成的系统，主张以反身法引导组织的自我规制。这一视角对理解企业集团很有帮助：集团中的每一家公司都在按自己的逻辑运转，外部规范只能通过影响其内部结构而间接起作用。本书与之的区别在于，本书既不把单位当作实体，也不把它当作系统，而把它当作在制度条件中显露出来的责任承载形态：同一个集团，在合并报表的条件下显露为一个经济整体，在刑法的条件下显露为若干个分别评估的单位。

约翰·科菲（John C. Coffee）早已指出，罚金会外溢到股东、员工等无辜者身上。在集团案件中，这种外溢有一个特殊形态：对子公司的罚金，经由集团内部的资金安排，可能最终由母公司承担，也可能由子公司的员工以减薪、裁员的方式承担。在科菲那里，外溢是威慑论的执行问题；在本书中，它是判服错位的本体结构。这一点将在第五编、第七编中展开。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第三张和第四张出生证。替代责任论的主角是立法者和检察官，把雇主预设为雇员行为的担保人，把法预设为损失与风险的分配；它冻住的再聚合点是“收益归属”。在集团案件中，若以合并报表上的收益归属为根据，便会把整个集团当作一个被告，越过《刑法》第三十条的法定主义。组织过错论的主角是立法者，把组织预设为会产生结构性过错的系统；它冻住的再聚合点是“结构”，其免检式吸收是“管理失灵都是过错”。在集团案件中，母公司设定指标的结构性诱因确实存在，但它首先是合规和治理的对象，不能直接转化为刑事责任。

本章涉及的制度依赖主要是连接：第三十一条把一个单位与它的两类自然人连在一起，但在不同法人之间，并没有一条现成的刑事连接。控制关系可以作为证据线索，不能替代连接。本章的再聚合读数是控制链与责任链的分别描画，配合“决策说明—执行可见性”矩阵，以及组织层面的抽掉检验。

若在集团案件中，分别描画两条链之后，母公司层面的发令者被依法认定的比例并未上升，而子公司基层人员被追究的比例也没有下降，则本章关于“两条链可以纠正账簿向下倾斜”的判断应当收窄。

带走的话

集团在刑法上不当然是一个被告，每个法人分别评估；控制关系可以作为证据线索，不能替代刑事上的连接。

小账

控制链与责任链为何要分别描画？——控制链可以从母公司一直延伸到外包团队，责任链却可能只在其中几个环节成立；两条链经常重叠，但不必同长。

供应链上的普通供应商什么时候进入责任链？——要有证据表明其明知并参与；按市场价格提供运输、软件、印刷等日常业务，不能仅凭「在链条上」而定罪。

第 16 章

单位犯罪与共同犯罪、责任竞合

◆ 一、两个层次的参加者

单位是法定意义上可以承担刑事责任的主体，单位内部的人员则以其具体行为和主观状态承担个人刑事责任。在同一违法活动中，单位的责任与内部人员的责任是什么关系，不能无条件套用自然人共同犯罪的结构。单位与它的主管人员并不是两个各自独立、事先通谋的共犯：单位的行为正是通过这些人的行为实施的，二者处在不同的评价层次上。

刑法分则对单位犯罪的处罚方式并不统一。多数条文采取双罚制，对单位判处罚金，同时对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚；也有条文采取单罚制，只处罚相关的责任人员。例如《刑法》第三百九十六条私分国有资产罪，行为主体是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，处罚的却是直接负责的主管人员和其他直接责任人员。此外，在刑法分则未规定追究单位刑事责任的情形下，依2014年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。不同的处罚结构意味着，单位层面的评价与个人层面的评价并不总是同时出现，更不总是互相推导。

这为本编的核心判断提供了制度上的佐证。如果单位犯罪的成立能够当然推出责任人员的有罪，那么单罚制和2014年解释所规定的情形就难以理解：在那里，没有单位刑事责任，个人的责任照样需要并且能够独立证明。反过来，在双罚制下，单位定罪也不应当免除对个人的独立证明。两个层次的参加者不能混为一谈。

用本书的话来说，本章处理的是被拆散的责任在法律评价层面的第二次拆散。组织已经把责任拆散到不同的岗位和法人；刑法在评价时，又把同一事实分别放进单位犯罪、个人犯罪、共同犯罪和罪数的框架中。如果这些框架之间的关系没有理清，同一个

人可能被重复评价，也可能在框架之间的缝隙里漏掉。再聚合在这里的含义，是让每一个框架只评价它应当评价的部分。

◆ 二、主从犯批复的含义与共犯框架的界限

批复说了什么

2000年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》指出：在审理单位故意犯罪案件时，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可不区分主犯、从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

这一批复允许法院不必一律先作主从犯的区分，但它的核心要求是“按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚”。这并不表示具体案件中个人的作用可以不加解释，更不表示有单位定罪就足以证明一切责任人员有罪。批复处理的是量刑层面的问题：在已经认定某人属于责任人员之后，如何确定其刑罚。它没有、也不能回答前一个问题：某人是否属于责任人员。应当结合相应罪名、犯罪过程和个人贡献，以独立的证据完成刑责分配。

这正好对应本编所区分的两个阶段：责任是否成立，以及责任份额的大小。抽掉检验所服务的，主要是第一个阶段，即帮助回答“此人是否属于直接负责的主管人员或其他直接责任人员”；批复所说的“作用”，主要服务于第二个阶段，即在已经成立的责任之间确定轻重。默认有责的账簿的问题，恰恰在于把第一个阶段省略了：先把所有在场者记入名单，再在名单内部按“作用”分轻重。这样一来，批复中本来用于量刑的“作用”，被挪去承担了它本不承担的定罪功能，而真正的定罪问题——此人在路径上占了什么位置——却没有被单独回答。

共犯框架为什么不能直接搬用

我国共同犯罪理论中的主从犯区分，被普遍借用于单位犯罪中自然人的责任分配。这一借用有其合理之处，但它的解释变量是“贡献程度”，而单位犯罪中的典型行为，

单独看常常是合法的：审批、付款、签核、报关、记账。贡献的“量”在这里很难说清。共犯理论用“分工”来处理多个行为拼成一个犯罪的情形，但“分工”这个概念的前提，是存在一个以犯罪为目的、被预先分配给各人的计划。单位犯罪往往没有这样一个预设的分工：它常常是既有业务流程被顺势利用的结果，而不是把犯罪任务分配给每个人。每个人做的仍然是他平时做的事，只是这些事这一次被串成了犯罪路径。

因此，在单位犯罪中直接问“他的贡献有多大”，常常得不到可以取值的回答；而问“他占据的位点能不能被绕过”，却可以对照两本账回答。这是路径位点读法相对于共犯框架的比较优势。但这一优势只在“多个合法动作被串成犯罪”的场合成立。一旦路径中有某一环本身就是实行行为——例如业务员亲手伪造票据、会计独自做假账、仓库管理员直接窃取——这一环上的行为人就直接按正犯处理，共犯理论完全适用，路径位点的读法最多在其他环节上起补充说理的作用。

◆ 三、二维辨别格：位点必要性与切换幅度

为了把位点读法与作用评价连接起来，可以建立一个二维辨别格。第一条轴是第13章已经界定的位点必要性：此人所占据的位点，经抽掉检验，是否为路径的必要位点（是或否）。第二条轴需要另外选择。

为什么不用决策层级和知情程度

有两条看似自然的候选轴应当排除。第一条是决策层级，即按照高管、中层、基层划分。它的问题在于，层级是位点分布的成因或前提之一，用成因作第二条轴，等于用同一因素的两个变体建立四格，二维会坍缩成一维；而且层级不能独立于位点解释任何差异：一名高管可能只占据一个可替代的签核位，一名基层员工却可能占据唯一的阻断位。第二条是知情程度。它的问题在于，知情是占位中的信息内容，而不是与占位相独立的另一个方面：一个不知情的执行位，不能仅因“不知情”而被确定有责或无责；一个不知情的监督位，却可能因为“应当知道而不知道”而构成失职。把知情程度当作轴，会把本应在位点分析之后处理的信息分配问题，提前到位点分析之前。

第二条轴：切换幅度

排除这两条之后，第二条轴选用“切换幅度”：移除此人后，路径需要改道的位点数量。它在单次检验中可以通过数出改道的位点来近似，不再是“是或否”，而是一个顺序意义上的多少。

两条轴并不严格独立。一个人占据的必要位点越多，切换幅度通常越大，二者存在正相关。但第一条轴是有无，第二条轴是多少，二者在类型上不同构。准确的说法是：两条轴相关而不重合。

四格

第一格，非必要位点、切换幅度为零。这一格的人是组织的背景：他们出现在工资表上，开会时在场，签收过一次格式化通知，但在犯罪路径上不占任何节点，移除他们不使路径改道。典型的是行政文员、刚入职的普通员工、在会议记录上被顺带提及的人。只在这一格成立的判断是：在案卷中有制度账且行为账可以重建的情况下，这类人是最应当、也最容易被完全剔除的人；纠正对他们的错误认定，不会触动案件其余部分的证据结构。

第二格，非必要位点、切换幅度不为零。这一格的人不占必要位点，但移除他会使路径的“既有方式”在多处发生变化。典型的是流程中的备用替身和事后补签者：他自己没有推动犯罪，但他的存在使制度账在多个节点上看起来完整；把他移走，这些节点的“假完整”就会暴露，路径虽然仍可完成，但既有方式要多处改写。只在这一格成立的判断是：这类人最容易被误判为有责，因为在制度账上他是“显在的完整维持者”；同时，控方对剔除他们的阻力也最大，因为他一旦被剔除，多个节点上的虚假记录可能先后暴露。对这一格的人，关键在于区分事中与事后，下一节专门讨论。

第三格，必要位点、切换幅度极小。这一格的人占着路径上的一个必要节点，但这一节点很容易被绕过或替换。典型的是“制度上必须签、实际上无判断”的签核人，以及监督动作已被架空的合规人员。这一格的人通常被制度账认定为“负责人员”，但其职责最虚。只在这一格成立的判断是：对这类人的出罪，判决常写成“其仅系履行程

序，未参与具体经营”之类的定性句；这种写法在结论上可能正确，在理由上却不够，因为真正的理由在于他的位点虽然存在却可以替代。识别这一格的标志是：被免责者有签字权，却没有实际的决定权。

第四格，必要位点、切换幅度大。这一格的人占据多个必要位点，移除他们路径在多处断裂。典型的是实际控制人、指挥链的核心成员、在多个必要节点上都有推动行为的人。只在这一格成立的判断是：对这类人，位点读法与默认有责的账簿在结论上可能没有差别，但在理由上差别很大——有责性不是因为“参与程度深”，而是因为“占位多且不可替代”。这一格是唯一不会被误判为无责或轻责的格子，也是位点读法最难显出特色的地方，因为在这里任何方法都能认定他有责。

构想一个污染环境的案例来说明第四格（以下为构想案例，不对应任何真实企业或案件）：某化工企业分管环保的副总经理，既在制度账上占据环保合规报表的签核位，又在行为账中持续指示车间改写排放数据；移除他，犯罪路径在“合规报表签核”和“车间排放量上报”两个节点上都需要改道。两条轴都在高位。

四格的意义，在于把批复所说的“作用”分成了不同的来源。第四格的作用来自多个不可替代的位点；第三格的作用来自一个可以替代的形式位点；第二格的作用可能主要在事后；第一格则没有作用可言。把作用的来源说清楚，量刑上的轻重才有可以检验的理由。

◆ 四、事中与事后：补签者、帮助与掩饰

第二格中的事后补签者，是单位犯罪与共同犯罪交界处最难处理的人物。

设想一名财务中层，未参与任何决策，但行为账显示，他曾两次在制度账上“应核未核”的节点补签，以便在外部审计时让记录显得完整。拿掉他，犯罪路径在资金调度环节的审计核验节点上可能在某个时点暴露异常，外部审计的介入可能导致路径改道。但这并非在所有情况下都成立，这是最接近临界的情形。

关键在于补签发生在路径的哪个阶段。如果补签是犯罪既遂之后为了应付审计而实施的掩饰，那么他占据的是“事后加固位点”而不是“事中推动位点”：移除这一位

点，事中的犯罪路径早已完成，因此在单位犯罪的成立层面，他的位点不具有切断性，不能仅因补签而把他认定为该单位犯罪的直接责任人员。但这并不意味着他没有责任。他的行为可能需要在其他框架中评价：如果他在犯罪之前就与实施者有通谋，事后的补签是事前约定的一部分，则可以作为共同犯罪中的帮助行为评价；如果没有事前通谋，事后明知是犯罪所得而帮助掩饰、隐瞒，可能涉及《刑法》第三百一十二条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪；如果他为了妨碍司法而伪造证据，可能涉及帮助毁灭、伪造证据罪等罪名。是否构成这些犯罪，仍须依各自的构成要件证明。

这一区分说明，位点读法不是一种只会出罪的工具。它的作用是把一个人放到正确的框架里：不让事后的掩饰者被当作事中的推动者，在单位犯罪的名义下被重复评价，也不让他因为不属于单位犯罪的责任人员而在别的框架里被遗忘。

◆ 五、同一资金流上的责任竞合

实践中的另一个难点是：同一笔资金流动，可能同时触发多种法律评价。一家公司向交易对方的经办人员支付回扣，在公司一方可能构成单位行贿罪或对非国家工作人员行贿罪，在收受一方可能构成受贿罪或非国家工作人员受贿罪；为回扣提供过账通道的人，可能涉及洗钱罪或掩饰、隐瞒犯罪所得罪；2020年《刑法修正案（十一）》将“自洗钱”纳入洗钱罪的评价范围之后，实施上游犯罪的人自己转移、掩饰犯罪所得的行为，也可能被单独评价〔待核：具体适用范围〕。经济上，一项交易可以形成连续的利益链；刑法上，每一个环节都必须分别满足不同犯罪的构成要件。

在这里，默认有责的账簿会以另一种形式出现：既然是“同一个系统性的违法”，就把所有在资金链上出现过的人与单位一并记入，并把全部金额计入每一个人的名下。这种做法会造成两个问题：一是重复计算犯罪数额，同一笔钱在单位行贿、个人受贿、洗钱中被反复计入，超出了禁止重复评价的界限；二是用“组织系统性腐败”这样的抽象结论，代替逐个主体、逐个行为的罪数判断。

准确的分层方法可以分为三步。第一步，完成法定行为与主体的分类：资金链上的每一个环节，由谁以什么名义实施，属于哪一个罪名的构成要件行为，主体是单位还是

个人。第二步，在共同事实的范围内辨别归责的交叉：同一行为是否同时符合两个罪名的构成要件，同一个人是否在两个框架中都出现，单位的行为与个人的行为是否被分别评价。第三步，依法处理竞合：属于想象竞合的从一重处断，属于牵连关系的依相应规则处理，属于数罪的并罚，并确保同一数额不在同一主体名下重复计算。

位点读法在这三步中也有用处。在第一步，两本账的比对可以帮助确定每一笔资金在每一个节点上由谁推动；在第二步，抽掉检验可以帮助区分一个人在某一罪名中是推动者还是可替换的经办者；在第三步，它提醒认定者：一个人在一个框架中有切断性，不等于他在每一个框架中都有切断性。

◆ 六、适用边界与被收编的风险

三条边界

路径位点的读法在以下条件中不成立或应当退后，每一条都削去了它原本可能作出的某种承诺。

第一条，实行行为性的环节。当单位犯罪路径中的某一环本身就是实行行为时，此环上的行为人直接按正犯处理，路径拆解只起补充说理的作用。这一边界削去的承诺是：位点读法可以替代主从犯框架，成为所有单位犯罪中个人责任的统一分配方法。正确的说法是：它只在“合规形式完整、决策有真有伪”的场合是主要的读法。

第二条，无痕组织。当行为账无法通过任何记录重建时，两本账的比对无从进行，位点只能靠口供拼凑。这一边界削去的承诺是：在任何单位犯罪中都有迹可拆，只是难易不同。正确的说法是：在有痕组织里，比对的力量强；在无痕组织里，它不适用，应当回到证据存疑时有利于被告人的处理。

第三条，控辩双方程序能力的严重不对称。如果被告人是孤立的个人，辩护方没有能力重建制度账，而单位本身拥有强大的法务团队，那么错位表可能被反过来使用：单位利用它把所有失守都推到个人身上。这一边界削去的是“位点读法自然有利于被告人”的隐含倾向。只有在辩护方能够获得必要的技术支持、单位的记录能够依法调取的前提下，这一读法才能被正当使用。

被收编为前置过滤器的风险

位点读法最大的吸引力在于它更精确，但如果它只被当作一种“更高级的筛查工具”来用——先用它筛掉一小批最明显的无关者，即第一格里的那些人，再对剩下的人照旧默认有责——它就会被收编为默认有责账簿的前置过滤器。最省事的用法，恰恰会保存默认有责的核心：不在场的人不用看，在场的人还是要分。

要防住这种收编，关键不在于把抽掉检验抬升为一个新的要件——它不应当是要件，第13章已经说明了理由——而在于程序上的纪律：对每一个被指控的自然人，都应当逐人说明他在路径上的位置以及这一位置为什么不可绕过，而不是先批量筛查、再整体推定。抽掉检验是这种逐人说明的一种组织方式，它的价值体现在每一个人的说理里，而不是体现在一次筛查的结果里。

两处尚未解释的空白

本编的分析还留有两处空白，应当如实说明。

第一处：在制度账非常薄弱的单位犯罪中，仍有法官能够在判决中写出“被告人与单位犯罪之间缺乏直接责任关联”的排除结论。既然节点证据如此稀薄，他们依据的是什么？两本账的比对无法解释这种“没有错位证据也作出剔除”的现象，因为它的切入点是证据形态；而这些法官的依据可能来自庭审中的直接印象、辩护意见的有效性或其他尚未被识别的因素。这指向一种“没有节点证据仍能实现个别化归责”的现象，超出了本编的解释范围。

第二处：在现行制度中，单位的责任与自然人的责任可以被相对清楚地分开——单位通过合规整改获得从宽处理，并不必然带来自然人责任的减轻——但在自然人之间，默认有责却很难被切开。从位点读法看，单位层面也应当有切断性的检验余地：单位拆掉某些制度环节，犯罪路径是否还会发生？如果单位可以通过合规整改获得从宽，说明某种类似的检验已经在单位层面隐性运行，只是没有被这样称呼。为什么同一种逻辑在单位层面运转得动，在自然人之间却运转不动？本编目前不能对这种不对称提供充分的解释，它与第八编讨论的签名问题有关。

◆ 七、检验设计与可错的预言

本编的判断主要是概念性的：它提出的是一种读法和若干判据，而不是一组已经完成的统计结果。为了让这些判断可以被检验、也可以被推翻，以下给出若干检验设计。它们都尚未执行，其中的数量参数只是示例，用于说明检验的形态。

检验设计（尚未执行）

第一，对默认有责普遍性的检验。选取一定时期内一审生效、涉案人数较多的单位犯罪判决（例如数百件，排除一人公司和全口头化组织），由若干名经过训练的编码员独立地对各案执行两本账比对和抽掉检验，计算“依位点读法本应单独说明却未说明”的人员比例。若这一比例很低，则说明在大多数案件中，在场者确实就是路径上的必要占位者，默认有责账簿的批评在普遍性层面应当大幅收窄。

第二，对错位表程序效果的检验。在若干个案件中，由辩护方在辩护意见中附入标准化的制度账—行为账错位表，观察三个层次的结果：是否入卷，是否在庭审笔录中被逐项回应，判决是否引用了其中任何一项。若在所有案件中都没有通过第一个层次，或从未进入笔录，则“错位表能够打开程序入口”的判断不成立。

第三，对证据形态作用的检验。就同一类“风险信息从未到达某一位点”的主张，分别以被告人供述、节点记录调取申请、错位表三种形式提出，比较其被采纳的情况。若错位表与单纯供述在采纳上没有差别，则“证据形态本身具有可裁决的效力”的判断应当削弱，真正起作用的可能只是“有没有证据”，而不是证据的形态。

第四，对裁判文书写法的检验。抽取公开的单位犯罪一审判决，识别“经审理查明”部分采用叙事性写法还是定性式写法，节点证据是否出现，反事实表述（“若没有该被告人……仍能／不能……”）是否出现，并对辩护方“未参与决策”的意见是否得到逐项回应作出编码。这一检验可以先以小样本试行，但小样本的结果只能作为初步观察，不能作为经验证据。

第五，对时间形态的检验。以判决中反事实表述的出现率和节点证据的采信率为指标作时间序列观察，看它们是平滑渐进地上升，还是在少数具有示范意义的判决出现之后才明显上升。若呈平滑渐进，则“理论精细化自然带来实践改善”的看法得到支持，本编关于“需要个案突破”的判断应当修正。

三条自我否决的规则

位点读法若不能满足以下三条，应当判定这一读法没有立住。其一，信度：同一批案卷材料，由同一组评估者间隔一段时间重新执行抽掉检验，结果不一致的比例明显偏高（例如超过五分之一），则这一读法在评估环境中不可用；不同评估者之间的一致性也应当用通行的一致性系数检验。其二，改名嫌疑：如果路径切断性的检验结果与已有的“决策参与度”“控制力”等认定高度重合，且不能在任何一个案件中比它们多解释一处责任分配的差异，那么它只是旧变量的新名字。其三，空转：如果这一读法在案件中运行之后，从未改变“人人都记入账簿”的结果，即执行了检验，却没有任何人因此被单独说明或剔除，那么它在当时的制度环境中是空转的；问题或者在于读法本身不够锋利，或者在于制度环境没有为它留出位置。

可错的预言

本编的判断最终挂在全书的两条可错预言上，它们都尚待检验。

一是次序预言。“先单位后个人”的认定次序越牢固，判决书中以签字、参会、分管等在场事实认定个人责任的比例就越高；若在明确要求逐人说明作用的地区或案件类型中，这一比例并不下降，本编关于“默认有责的账簿是次序织进制度的产物”的判断不成立。

二是判服错位预言。在罚金数额相近的单位犯罪案件中，若判决同时对控制者个人作出与其控制权相称的处理，并依法追缴其实际违法所得，此后同类违法的复发应当少于只判单位罚金的案件。若长期观察显示两者没有差别，“判服错位”作为对单位犯罪的解释就要降级。本编的位点读法正是为这一预言服务的：只有先把控制者在路径上的位置说清楚，判才可能落到他的身上。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的仍是第七张出生证，即双罚制教义学，但着力点从次序转到了结构。这一学派把单位与主管人员、直接责任人员预设为两层主体，把法预设为法定的构成要件体系；在共同犯罪和罪数的问题上，它容易出现一种先验的推导：单位定罪了，责任人员便当然有罪；同一个违法系统，所有在资金链上出现过的人便一并记入。本章指出，单罚制的存在、2014年立法解释所规定的情形以及2000年主从犯批复的“按作用处罚”，本身就说明两个层次的评价需要各自独立完成。

本章涉及的制度依赖主要是结构：刑法分则中两罚与单罚并存，单位犯罪、共同犯罪与罪数理论各成体系，它们之间的接口决定了同一事实是被正确地分别评价，还是被重复评价或遗漏。本章的再聚合读数是位点必要性与切换幅度的二维辨别格，配合事中与事后的区分和资金链上的三步分层。

若检验显示，按二维辨别格区分作用来源之后，量刑结果与只按职务高低和在场程度确定的结果并无差别，且事后补签者与事中推动者在实践中本已得到区别处理，则本章关于“作用必须说明其位点来源”的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> 单位定罪不能当然推出责任人员有罪；单罚制与2014年立法解释所规定的情形说明，两个层次的评价需要各自独立完成。

> **小账**
>
> 主从犯批复里的「作用」管的是哪一步？——管量刑，即已认定某人属于责任人员之后确定轻重；它不回答此人是否属于责任人员，后者需要独立的证据。
>
> 事后补签者与事中推动者怎样区分？——看两条轴：此人是否占据路径的必要位点，以及移除他之后路径需要改道的位点有多少，由此说清「作用」的来源。

第 五 编

公共经济主体：高鹏早期命题的再证明与再反驳

编 序

第五编共五章，处理第三处拆散：服的落点，即一份针对单位作出的判最后由谁接纳、由谁承受。判落在国家机关、事业单位、国有企业身上时，最终由谁接纳、由谁承受。本编同时是对作者早年「国家罚国家」这一质疑的再证明与再反驳。

第17章确认现行刑法已经回答机关的主体问题，效率分析只能用来细分处罚后果。第18章指出事业单位被罚，服可能落到服务对象身上。第19章提出市场承担型与财政回流型两种责任承载形态，以罚金落点与程序完备度构成辨别格。第20章讨论所有制平等与罪刑法定，主张「同等还是特殊」须重新提问。第21章分析国家作为处罚者与所有者的双重代理问题。

公共经济主体是判服错位最集中的场景。本编对应的再聚合通道是制裁负担通道中的罚金落点，并依靠第三十一条对两类自然人的连接让服回到决定者身上；全部分析都停留在量刑说理、执行安排与立法评价之内。

第 17 章

国家机关能否构成单位犯罪：法律与效率的分层回答

◆ 一、本编要追踪的是「服」落在哪里

前两编处理的是被组织拆散的知情与责任。本编转向第三处拆散：服的落点。所谓服的落点，是指一份针对单位作出的判，最后由谁来接纳、由谁来承受。在一般的公司犯罪里，这个问题已经不简单：罚金由股东、员工、债权人和消费者分担，判聚在「单位」一点上，服却散在组织内外。到了国家机关、事业单位和国有企业这些公共经济主体身上，问题变得更尖锐。判落在一个公共经济主体身上，服却可能落在财政上，落在接受公共服务的群众身上，落在最终负担税收的纳税人身上；而那个在具体事项上作出决定、本应通过服来改变行为的人，可能根本不在服的路径上。可以说，公共经济主体是全书所说「判服错位」最集中、也最容易被一句「反正都是国家的钱」轻轻带过的场景。

本编之所以以「高鹏早期命题的再证明与再反驳」为题，是因为作者2008年的硕士学位论文《单位犯罪的经济分析》在第二章明确主张：国家机关、事业单位和国有企业不能成立单位犯罪主体，其犯罪应以直接责任人员的自然人犯罪论处；论文结语又把「排除拥有公权力的国家机关、事业单位、团体以及国有企业公司成立单位犯罪的主体」列为第一项立法建议（结语，第39页）。这是一项立法论意见，不是对现行法的解释。它有正确的一面，也有会走偏的一面。本编要做的，一方面是把正确的那一面重新证明，使它成为一个可以在个案中测定的命题；另一方面是把会走偏的那一面明确反驳掉，使它不至于滑向「公共机构不应成为单位犯罪主体」或者「法院可以凭效率判断不认定单位犯罪」的结论。

本编要立起的核心判断有三条。第一，在国有经济主体身上，「单位」这一刑法概念之下事实上出现了两种不同的责任承载形态：一种是罚金能够打到真实所有者身上的形态，一种是罚金会回流到财政体系内部的形态；二者共用一个法律名称，却承担着方向不同的经济后果。第二，罚金是否在财政内部循环，是个案事实，而不是类别属性；

不能根据所有制性质在判决之前直接认定，只能在个案中通过资金流向加以确认。第三，罚金落点可以作为分析公共经济主体案件的第一读数，决策程序的完备程度可以作为第二读数，两者交叉构成一张辨别格，用来说明同一份证据在不同案件中应当向哪个方向读。这三条分别在第17、19、20章展开，第18章把它延伸到事业单位，第21章回到国家同时作为处罚者与所有者的结构上作总结。

◆ 二、法定答案：现行刑法已经回答了主体问题

讨论必须从现行法出发。《中华人民共和国刑法》第三十条规定：「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。」这一条文把机关与公司、企业、事业单位、团体并列，明确列入单位犯罪的主体范围。第三十一条规定，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，分则和其他法律另有规定的，依照规定。分则中还有一些条文专门以国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体为主体，例如第三百八十七条的单位受贿罪、第三百九十六条的私分国有资产罪；其中私分国有资产罪只处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员，体现了立法者针对公共主体的特定责任安排。

因此，「国家机关能否构成单位犯罪」在法律层面并不是一个悬而未决的问题。现行法的答案是：能够，前提是分则或其他法律规定了该行为为单位犯罪，且具体案件符合构成要件。这个答案由立法机关作出，是罪刑法定原则下的结构性安排。任何经济分析、政策评价或比较法观察，都只能在这个答案之下展开，而不能替代它。2014 年全国人民代表大会常务委员会关于《刑法》第三十条的解释，以及 1999 年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》，进一步划定了单位犯罪与自然人犯罪的界限，它们同样是讨论的边界，而不是讨论的对象。

本书在这里坚持一个分层：解释论回答「现行法是什么、在个案中怎样适用」；政策论回答「在现行法框架内，哪些执行与量刑安排更能实现法律目的」；立法论回答「如果要改变制度，应当以何种程序、提出何种方案」。效率分析可以进入政策论和立法论，在解释论层面它最多帮助理解法律后果，不能用来否定法定主体资格。法院在个

案中依法认定国家机关构成单位犯罪，是在履行法定职责；研究者对这一制度的效果提出疑问，是在做学术评价。二者不能互相取代。

◆ 三、效率疑问从何而来

先把原论文的论证路径交代准确。原论文不是从罚金的流向出发，而是从交易类型出发。它借用斯密德的分类，把交易分为谈判型、管理型和身份—捐赠型，认为管理型交易中双方「处于上下级之间的关系」，指令「常常是为了第三方的利益而发出的」，据此把机关、事业单位、官方及半官方团体和国有企业公司归入「涉及管理型交易」的一类（第二章导言，第17页）。对国家机关，论文的推理是：机关代表国家行使管理职能，「没有自己的单独的部门利益」，其活动「从交易类型上来看，是典型的管理型交易，是一种命令与服从关系」，因而「国家机关管理意志根本无法与犯罪意志共存」，机关工作人员超越权限追求非法利益「是纯粹的、严重的自然人犯罪」（2.3，第28页）。事业单位以「同理」推出（2.4，第32页）。对国有企业，论文另走一条路：从形成、改革到实际运行，论证国有企业不是基于市场合约的企业——经理市场被行政任命制替代，政企不分，国家兜底，经营者兼有企业家和公职人员的「双重国籍」——所以「我国的国有企业并不是真正市场中的企业」；对它判处罚金，「实际上是处罚了国有企业的财务资本所有者——全体公民」，而犯罪意志「只能是经营者个人」（2.2，第23—26页）。论文同时保留了一个例外：「混合所有制公司企业可以成立单位犯罪主体」（第27页）。

这条路径里，有一个判断与本编直接相关。原论文两次指出，把国家机关、事业单位列为单位犯罪主体，「大大降低了」有关自然人的刑罚成本（2.3，第29页；2.4，第32页）。它担心的不是罚金白交，而是个人借单位之名减轻了自己的服。原论文也清楚现行法的答案：在讨论机关收取「红包」时，它加注承认，按照罪刑法定原则和有关条文，这类行为「是符合单位受贿犯罪的犯罪构成的」（2.3，第30页注①）。本编下文的再证明，针对的正是这一判断：判落在机关上而服绕开决策者的风险，是真实的；再反驳针对的是它的推论：这一风险不能推出主体豁免，只能推出在双罚制之内把服重新引向个人。

与原论文的路径并行，还有一种流传更广的效率质疑，原论文在国有企业的「全体公民」一句和村委会罚金「是全体村民负担」一句（2.5，第33页）中也触及过它。这一质疑来自一个很朴素的观察：机关的经费主要来自财政拨款，当机关被判处罚金时，罚金从机关账户支付，最后上缴国库；如果机关此后因为经费不足而获得追加拨款，那么这笔钱只是在财政体系内部转了一圈。用一句通俗的话说，是国家的钱从左口袋到了右口袋。

这一看法在刑法学和犯罪学讨论中流传甚广，它的理论根基可以追到两处。一处是威慑论：Gary Becker（1968）以来的犯罪经济学把制裁看成预期成本，A. Mitchell Polinsky 与 Steven Shavell 关于公共执法的研究进一步讨论了罚金的最优水平；按照这一思路，一笔罚金只有在改变行为者的成本收益计算时才有意义，如果罚金被追加拨款抵消，它就没有改变任何人的计算。另一处是预算约束理论：János Kornai 关于「软预算约束」的论述（1986）指出，当组织的亏损可以由上级持续兜底时，财务约束就失去了行为修正功能。把两者合在一起，就得到本编称为「罚金循环论」的命题：对公共经济主体而言，单位罚金在类别上就是循环的，威慑信号被国库吸收。

John C. Coffee（1981）关于罚金「外溢」的论述也在附近。他指出对公司的罚金会外溢到股东、员工和债权人，真正作出决策的人反而未必受到影响。罚金循环论可以看作这一论述在公共主体上的特殊版本：外溢的终点不是股东，而是国库自身。

◆ 四、效率疑问不能变成主体豁免

罚金循环论把握住了一个真实的机制：当受罚者与收罚者同源，且受罚者的损失由同源资金补回时，罚金确实可能退化为一次账面位移。但它在推论上走得太远。

第一，即使罚金在资金层面循环，刑事判决的功能也不只是资金转移。刑事判决对违法行为作出公开、权威的法律评价，确认法益受到侵害，并依照第三十一条同时追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。机关被认定构成单位犯罪，会引起上级机关的问责、预算监督的强化、内部权限的调整和对相关人员的处理。这些后果

并不随罚金资金的流向而消失。只看资金循环，就把刑事责任简化成了一张价目表，这正是威慑论出生证里「法是价目表」这一客体预设的局限。

第二，罚金是否真的循环，本身是需要证明的事实。机关被罚之后，财政是否追加拨款，追加的是否与罚金对应，是否压缩了其他公共项目，都需要具体材料。没有材料，就只能说存在循环的可能，不能说已经循环。

第三，从「罚金可能循环」推出「机关不应成为单位犯罪主体」，越过了解释论与立法论的界线。现行法已经明文规定机关可以构成单位犯罪；如果研究者认为这一安排在某些情况下效果有限，正当的做法是提出政策建议或立法建议，而不是主张法院在个案中不认定。本书明确不主张取消国家机关的单位犯罪主体资格，也不认为法院在依法认定时存在任何越权。

这三点合起来，再加上第2章对「机关没有自己的部门利益」这一先验判断的检讨——原论文在同一节中引用「国家权力部门化，部门权力利益化」来描述机关收取「红包」（2.3，第30页），恰好构成它自己的反例——就是本编对早期命题的第一层再反驳：公共预算的存在不能直接成为主体豁免的理由，交易类型也不能。

◆ 五、效率分析的正确位置：细分处罚后果

把效率疑问从主体问题上移开以后，它并没有失去价值，而是找到了正确位置：细分处罚后果。

具体而言，研究者应当追问以下几件事。某机关支付罚金后，财政拨款是否补回，补回的数额与时点如何；如果没有补回，罚金挤占了预算中哪些项目，是行政运行经费，还是面向群众的公共服务；在具体违法事项上作出决定的人员，是否通过第三十一条受到了与其作用相称的处理，以及是否依法追缴了其个人实际获得的违法利益；是否存在比罚金更直接的整改机制，例如权限调整、程序改造、信息公开和上级监督。

如果罚金只是财政内部的一次转移，而实际违反规则者没有承担差异化的后果，这值得作为政策评价的对象，在立法论上可以讨论更有针对性的责任方式。如果罚金引起了实际的问责、预算监督强化和内部权限改变，那么仅凭资金在公共体系内流动，并不

能断言处罚完全失效。两种情形的区别，不是由「机关」这个类别决定的，而是由个案中服究竟落在哪里决定的。

◆ 六、责任承载形态与罚金落点

为了让这种细分可以操作，本编引入两个概念。

第一个是「责任承载形态」。它指的是：一个组织体在一次犯罪事件中承受刑罚时，作为惩罚信号的实际承受点在经济系统中所处的位置。这个定义只描述位置，不描述轻重。同样是一个法律上的「单位」，它承受处罚的实际位置可能在真实的出资人那里，也可能在财政体系内部，还可能在服务对象那里。

第二个是「罚金落点」，它是责任承载形态在经验上的读数。罚金落点指处罚决定生效后，该罚金的实际经济负担最终由哪一类主体承担。在类别层面，可以先区分两种取值。一种是「真实所有者承担」：罚金导致非国有股东、市场化债权人等主体的真实财富减少，且不存在财政资金对这一减少的补偿通道。另一种是「财政回流承担」：罚金的经济负担通过财政补贴、资本注入、债务重组、担保代偿或其他准财政渠道，最终回到财政信用体系内承担；此时罚金的作用不是改变行为者的预算约束，而更接近财政系统内的一笔会计转移。第18章还会说明，对于主要依靠财政拨款提供公共服务的单位，还需要补上第三种可能：罚金挤占服务供给，由服务对象承担。

罚金落点是一个可以在个案中确定的事实。一个具体案件的罚金生效后，在一定期间内（例如两个会计年度），这笔负担的经济归属是可以观察的：看相应的减损是否传导到非国有股东的股权价值或债权人的债权安全，还是被财政资金接管，或者表现为服务项目的压缩。

这正是本编第二条核心判断的含义：罚金是否循环，不是一个在判决前就能根据所有制性质直接判定的类别属性，而是一个在判决后通过经济实质的追踪才能确定的个案事实。罚金循环论的问题不在于它看错了机制，而在于它把一个需要在个案中测定的变量，当成了一个可以按类别预支的结论。

这一读数的优点是法院可以接近。它不要求法院去做全面的财政审计，只要求在既有证据中识别「损失最终由谁承担」。财政拨款文件、预算执行数据、补助科目附注、担保文件和年度审计报告，都是现有证据制度可以触及的材料。当然，在解释论层面，罚金落点并不决定定罪与否；它的用处在于量刑的说理、执行的安排，以及在政策和立法层面评价制度效果。

◆ 七、国家机关案件中的判服错位

回到国家机关。对机关而言，罚金落点在多数情形下可能倾向于财政回流，或者落到公共服务上，而很少落到真实所有者身上，因为机关本身没有在市场上承担风险的出资人。这正是判服错位在公共经济主体身上最尖锐的形态：判落在机关这个法律上的「单位」上，服却由财政、服务对象乃至纳税人承担；而在具体事项上作出决定的人，只有通过第三十一条对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的追究，才进入服的路径。

由此可以得到一个与全书主命题一致的政策论结论：在国家机关单位犯罪案件中，再聚合的重心应当放在依法、准确地认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员，并说明其在决定、批准、授意、指挥中的具体作用；同时，罚金的执行与后续预算安排应当尽可能透明，以便评价罚金是否真正产生了约束。这不是用效率改写法定主体，而是在法定主体之内，让判落到服能够改变风险的地方。

下一章把这一分析延伸到更为复杂的事业单位。事业单位既有依靠财政提供公共服务的，也有开展经营活动、具有独立收入的，罚金落点的分化在那里表现得更为明显。

本章在学派坐标中的位置

本章主要松动的是威慑论出生证中的客体预设「法是价目表」。罚金循环论是威慑论在公共主体上的推论：既然罚金是价格，而公共主体付出的价格会被补回，那么罚金就无意义。本章指出，这一推论把罚金是否被补回当成了类别知识，而它实际上是个案事实；同时，刑事判决除了价格功能，还有法律评价与对自然人追责的功能，后者不随资金流向而消失。本章也碰到双罚制教义学的出生证：第三十一条把单位与两类自然人

织成两条连接，在国家机关案件中，真正能够让服落到决策者身上的，恰恰是这条连接而不是罚金。涉及的制度依赖是结构——第三十条的法定主义决定了主体问题已由立法回答，效率分析只能在其下展开。本章的再聚合读数是罚金落点：罚金生效后一定期间内，负担落在真实所有者、财政体系还是服务对象身上。若在大量国家机关案件中，罚金执行后既没有财政补回，也没有服务压缩，而是由机关压缩自身运行开支并伴随明确的内部问责，则本章关于机关案件中服容易外移的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> 国家机关能否构成单位犯罪，现行刑法已经作答；效率分析只能用来细分处罚后果，不能变成主体豁免。

> **小账**
>
> 罚金循环论错在哪里？——它把罚金是否被财政补回当成类别知识，那其实是个案事实；判决还有法律评价与对自然人追责的功能，不随资金流向而消失。
>
> 国家机关案件中，让服回到决策者身上靠什么？——主要靠第三十一条对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的连接，而不是靠对机关判处的罚金。

第 18 章

国有事业单位的服务属性与处罚转嫁

◆ 一、「事业单位」不是一个经济上同质的类别

《刑法》第三十条把事业单位列为单位犯罪的主体，分则中不少罪名也可以由事业单位构成。法律上，这是一个统一的主体名称；经济上，它却覆盖着差异极大的组织。按照我国事业单位分类改革的思路，有的事业单位主要承担公益服务，经费基本依靠财政保障；有的在提供公益服务的同时可以部分由市场配置资源，存在收费和经营收入；还有的长期从事经营活动，财务上已经接近企业。医院、学校、科研机构、检验检测机构、出版机构，都可能以事业单位的形式存在，而它们的资金来源、收入结构和支出弹性各不相同。

这种差异对刑法本身并不构成障碍。只要分则规定了该行为可以由单位构成，具体案件符合构成要件，事业单位就应当依法承担刑事责任。差异真正发生作用的地方，是上一章所说的服的落点：同样一笔罚金，落在不同的事业单位身上，最后由谁来承受，可能完全不同。以「国有」或「事业」一词替代具体的财政与经营结构，无法说明罚金的最终负担。

◆ 二、服务对象往往不是刑事责任的设计受众

刑事罚金的设计受众，是实施犯罪的单位和通过单位作出决定的人。立法者希望罚金让单位付出代价，进而改变其内部的决定方式。但在高度依赖公共预算的服务机构中，罚金可能沿着另一条路径传导：单位在财政拨款总额不变的情况下支付罚金，只能压缩其他支出；最容易压缩的，往往不是管理层的待遇，而是设备维护、人员培训、服务时段或者服务项目本身。这样一来，承受罚金的，可能是从未参与违法、也不知道违法发生的公众。

这是判服错位在事业单位身上的典型形态。判落在事业单位这个法律主体上，服却落在了病人、学生、到窗口办事的群众身上。他们不是刑事责任的设计受众，却在事实

上承受了它的经济后果；而在具体事项上作出决定的人，如果没有依照第三十一条被追究，可能完全不在服的路径上。

在这里，上一章提出的两种罚金落点需要补上第三种：「服务对象承担」。罚金既没有打到真实所有者——这类单位通常没有市场化的出资人——也没有被财政原额补回，而是转化为公共服务的减少。与「财政回流」相比，这种落点更隐蔽，因为它不会在任何一张转账凭证上出现，只能在服务能力的变化中间接观察。

但另一种情形同样存在。对于具有独立经营收入的事业单位，罚金可能直接减少其结余，影响管理者的绩效评价和单位的财务信誉，在主管部门的监督下引发真实的治理压力。这时罚金并没有转嫁给服务对象，而是在单位内部产生了约束。可见，「事业单位被罚，最后都是群众买单」与「事业单位被罚，最后都是财政兜底」一样，都是把个案事实说成了类别属性。

不妨用一组构想案例对照。设想两家同样以事业单位形式存在的机构，因为同一类违法事项被依法认定构成单位犯罪，被判处数额相近的罚金。第一家主要承担基础性公益服务，经费几乎全部来自财政拨款，没有经营收入；它在当年预算未获追加的情况下缴纳罚金，只能推迟设备更新、压缩培训项目，第二年服务等候时间明显延长。第二家在公益服务之外有相当规模的技术服务收入，罚金由其历年结余支付；主管部门随后调整了其管理层的考核结果，并要求其修订对外业务的审批流程。两家机构在法律上是同一种主体，触犯同一个罪名，判也几乎相同；但服的落点截然不同：前者的服主要落在服务对象身上，后者的服落在了单位内部，并且触及了作决定的人。若只看判决书，两案无从区分；只有追踪判之后的服，才能看出同一份判在两个组织里走出了两条路。

这组对照还提示了一个容易被忽略的事实：罚金落到单位内部，并不自动意味着落到了决策者身上。第二家机构之所以出现真实的治理压力，是因为主管部门的考核与程序整改把罚金的后果传导给了管理层；如果没有这一环，结余减少本身也可能只是单位的一个财务数字。因此，判断事业单位案件中服是否到位，至少要看两步：罚金有没有留在单位内部，以及留在单位内部的后果有没有传导到在具体事项上作出决定的人。

三、为什么服务属性不能单独作为判断依据

既然服务对象可能承担罚金，一个自然的想法是：以单位承担公共服务责任的程度作为判断依据，公共服务责任越重，罚金越应当慎用。这个想法有直观的吸引力，但本书不采纳它作为分析公共经济主体案件的主要读数，理由有二。

第一，公共服务责任与罚金落点并不一一对应。公共服务任务既可以由财政全额保障的机构承担，也可以由市场化企业通过政府购买服务承担；一个承担大量公共服务的机构，如果有充足的经营结余，罚金完全可能由结余吸收，不触及服务供给。反过来，一个公共服务责任不重的机构，如果收入结构单一，罚金也可能挤压其核心业务。只看服务属性，会把不同落点的案件混在一起。

第二，公共服务责任程度并不直接参与个人责任能否被辨认的问题。下一章将说明，在公共经济主体案件中，与罚金落点同样重要的，是决策程序的完备程度如何影响个人作用的可辨认性。公共服务责任与这一维度没有稳定的关系，以它为分析维度，会出现维度之间高度相关或者毫无协变的情形，无法把案件切分清楚。

因此，服务属性在本书中的位置，是作为罚金落点的一种具体去向而被追踪，而不是作为独立的判断依据。它回答的是「服落在哪里」中的一种可能，而不是「这个单位该不该罚」。

四、转嫁的证据：要看服务能力，而不只看罚金数额

对事业单位处罚效果的分析，最重要的证据不是判决书上的罚金金额，而是处罚发生前后服务能力、资金来源和预算调整的实际变化。具体可以观察的材料包括：处罚前后两个预算年度的财政拨款与追加情况；单位年度决算中各类支出的结构变化；服务数量和服务质量的可比指标，例如门诊量、课时数、检测周期、办事等候时间；以及主管部门对该单位的预算批复与整改要求。

在证据标准上，必须保持克制。若无法获得能够识别资金传导的资料，研究者至多可以说存在转嫁的风险，不能宣称已经证明某类公共服务的削减由刑事罚金引起。服务

质量的变化往往同时受到其他因素影响：财政总体安排的调整、服务人口结构的变化、项目周期的自然结束、行业政策的变动。如果不能排除这些竞争性解释，就不能把服务缩减归因于罚金。例如，设想一所主要依靠财政保障的公立机构在被判处罚金的同一年，恰好也遇到所在区域服务人口下降和项目调整；即使其服务量明显减少，也不能据此认定罚金被转嫁给了服务对象。只有在其他条件大体稳定、且预算材料显示罚金支出与特定服务项目的压缩在时间和数额上对应时，转嫁的判断才有较充分的根据。

这一克制并不是削弱分析，而是让分析可以被检验。一个可以被检验的转嫁命题，才能在政策讨论中真正发挥作用。

◆ 五、隐性的补偿通道

转嫁有显性与隐性之分，补偿也是如此。在对罚金落点的测定中，一个需要正视的困难是：某些单位并不通过显性的财政补贴获得补偿，而是通过其他渠道间接实现资金回流，例如政府购买服务的数量增加、服务价格调整、项目安排倾斜，或者关联交易的条件变化。如果只查补贴科目，这类案件的罚金落点可能被误判为单位自身承担或者真实所有者承担，但实际上存在准财政补偿。

对此，较为稳妥的处理是扩大补偿渠道的观察范围：不只查补贴科目，也查处罚前后与公共部门之间的交易数量、合同条件和价格是否发生异常变化。所谓异常，是相对于该单位此前的交易惯例和同类单位的一般水平而言的。这种观察仍然不要求法院做全面审计，但对研究者和政策评价者提出了更高的材料要求。

更难的情形出现在服务对价高度合约化的单位上。以下为构想场景：设想一家原先以财政拨款为主的公共服务机构，已经完成转型，改为通过与公共部门签订服务合同取得收入，合同价格按照市场标准核定。按照罚金落点的判据，它可能被归入「单位自身或真实所有者承担」，因为没有任何一笔直接的财政补入。但如果它的大部分收入仍来自政府购买服务，罚金之后的合同续签与价格调整就可能成为一条不易察觉的补偿通道。补入的痕迹在这里不再是一份份连续的补助文件，而转化为高度合约化的服务对价。法院和研究者应当如何判断对价是否公允，本书没有给出完整的答案；可以说的

是，在这类单位上，罚金落点这一读数的分辨力会下降，需要辅之以对合同条件的具体审查。这是本编框架之后需要继续发展的方向。

◆ 六、执行层面的法律空间

既然转嫁到服务对象身上的风险真实存在，那么在现行法框架内，有没有可以运用的空间？有，而且应当在法律授权的范围内运用。

《刑法》第五十二条规定，判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额；第五十三条规定，罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳，由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院裁定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。第六十四条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。这些规定为罚金的确定与执行提供了一定的弹性，也为违法所得的追缴提供了直接依据。在事业单位案件中，法院在法定幅度内确定罚金数额时，可以在说理中考虑单位的收入结构和罚金对其法定职能的可能影响；执行时依照规定的条件处理缴纳确有困难的情形；同时依法追缴违法所得，使违法利益不留在单位或个人手中。

需要强调的是，这些都是在法律已经规定的条件下进行的裁量，而不是法院基于效率判断而自行创设的减免。是否构成单位犯罪，仍由构成要件决定；罚金的确定与执行，仍受法律明文规定的约束。

◆ 七、三个层次的制度建议

本章的建议因此分属不同层次。

在解释论层面，事业单位的服务属性不能改变法定主体资格，也不能成为不认定单位犯罪的理由。同时，第三十一条对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的追究，是在事业单位案件中让服落到决策者身上的主要通道，应当依法、具体地说明每个人在决定、批准、授意、指挥中的作用。

在政策论层面，判决的执行应当依法保护相关人的合法财产，并在法律允许考虑的范围内兼顾单位的法定公共职能；对于罚金之后的预算安排，可以由主管部门作出更透明的说明，以便评价罚金是否真正落在了单位内部，而不是被悄然转给服务对象。

在立法论层面，可以作为学术建议讨论的方向包括：针对公共服务机构探索更有针对性的责任方式，例如附整改期限的程序改造、管理权限调整和定期公开整改情况；在条件成熟时研究罚金之外的补充制裁方式。这些建议应当通过立法程序提出，明确适用对象和过渡安排，而不是在个案中由法院以政策理由替代。

区分层次，是避免正当的效率关切损伤罪刑法定的必要条件。事业单位案件里，效率分析的贡献不在于替法院决定罚不罚，而在于提醒所有参与者：判之后，还要看服落在哪里。

本章在学派坐标中的位置

本章同时松动了两张出生证。一是威慑论的客体预设「法是价目表」：价目表默认付价者就是行为者，而在依靠财政提供公共服务的单位中，付价者可能是服务对象，罚金的价格信号在半路被转了向。二是双罚制教义学在次序上的一个默认：先认定单位犯罪、对单位判处罚金，似乎单位就已经服了；本章指出，单位的服可能并未发生，真正承受的是不在案件中的第三人。涉及的制度依赖是连接——第三十一条把单位与两类自然人连接起来，在事业单位案件中，这条连接是让服回到决策者身上的主要通道；以及结构——第五十二条、第五十三条、第六十四条为罚金的确定、执行与违法所得追缴提供了法定空间。本章的再聚合读数是罚金落点中的「服务对象承担」这一去向，即处罚前后服务能力与预算结构的对应变化。若在控制财政安排、服务人口和项目周期等因素之后，事业单位被处罚金前后的服务能力并无可辨认的变化，则本章关于罚金向服务对象转嫁的判断应当收窄。

带走的话

依靠财政提供公共服务的单位被罚，服可能落到病人、学生和窗口办事的群众身上，而他们并不是刑事责任的设计受众。

小账

「服务对象承担」与「财政回流」有何不同？——财政回流会在转账凭证上留痕；服务对象承担是罚金转化为服务的减少，不出现在任何凭证上，只能从服务能力变化中间接观察。

判断罚金是否转嫁给了服务对象，看什么？——看处罚前后服务能力与预算结构的对应变化，如设备维护、人员培训、服务时段和服务项目，而不只看罚金数额。

第 19 章

国有企业资格争议：从所有制到控制权

◆ 一、争议的起点：所有制能否决定罚金由谁承担

国有企业构成单位犯罪，在现行法上同样没有疑问。《刑法》第三十条所称公司、企业，并不区分所有制；分则中还有若干罪名专门以国有公司、企业为主体。围绕国有企业的争议，主要不在法律资格层面，而在经济分析与政策评价层面：既然国有企业的资本全部或者主要来自国家，对它判处罚金是不是又一次「国家罚国家」？

作者2008年的硕士论文对这个问题的回答是肯定的，但理由不只是资金循环。原论文第二章第二节认为，国有企业是在对市场交易加以限制的条件下形成的，经营者兼有企业家和政府公职人员的「双重国籍」，因此「并不是真正市场中的企业」；对它判处罚金，「实际上是处罚了国有企业的财务资本所有者——全体公民」，从事犯罪的意志「只能是经营者个人」（2.2，第26页）。同时，论文明确保留了「混合所有制公司企业可以成立单位犯罪主体」（第27页）。也就是说，原论文的真正标准是企业是否进入市场合约，而不是所有制标签本身。这一主张在今天只能作为立法论意见讨论。本章沿着它的标准往前走一步：把「是否进入市场合约」改写为可以在个案中观察的控制权、资金补位和收益分配结构。

本章的回答是：所有制不是经济成本的唯一因变量。市场化经营的国有企业可能具有较完整的财产独立性、董事会治理、盈利责任和市场融资约束，与行政机关的财政机制截然不同。如果因为资本中国有份额较高，就推定罚金完全由国家负担，不仅忽略了其他股东、债权人和员工，也忽略了管理者在资本市场和经营业绩中所受的激励。以「国有」作为排除单位犯罪主体资格的理由，在经济分析上过于粗糙，在现行法律上也有明确障碍。更有解释力的区分，是控制权、资金补位和收益分配的结构。

◆ 二、两个构想场景：同一部刑法的两种失准

以下两个场景均为构想场景，用来说明问题的结构，不对应任何具体案件。

场景甲。设想一家经过混合所有制改革的国有控股上市公司，因在某建设项目中规避法定的环境影响评价程序而被依法以单位犯罪追诉，罚金按法定标准确定。这家公司的非国有股东合计持有相当比例的股份，其中有若干民营资本股东以自有资金出资，收益依赖公司的年度利润分配。罚金生效后，受损的是全体股东按持股比例分摊的股权价值。假设国有股东的损失后来以某种方式获得了部分弥补，而非国有股东的损失没有任何补偿，那么这笔罚金在经济上就不是「国家罚国家」，而是在相当程度上由非国有投资者承担。如果作出违法决定的是公司的少数管理人员，那么非国有股东既没有参与决定，也难以阻止决定，却承担了与持股比例相应的服。

场景乙。设想一家主要承担公共项目建设与融资职能的国有独资公司，被依法以单位犯罪追诉。调查发现，涉案项目的重大决策——从立项、资金拆借到担保承诺——都经过了内部决策机构的集体审议，有完整的会议纪要、会签单和审批文件，每一份文件都符合内部程序规范，很难从文件中单独指认谁是决定者。同时，这家公司的资金主要来自财政性资金，亏损也长期通过财政资金或准财政安排弥补。罚金打在公司账户上的那一刻，其经济实质接近财政体系内部的一笔账目位移；而由于决策以集体审议的形式完成，直接负责的主管人员的认定也面临困难。

两个场景放在一起，呈现出方向相反的两种失准。在场景甲中，单位罚金可能「过头」：它在相当程度上落到了没有参与决定的真实所有者身上。在场景乙中，单位罚金可能「不够」：它在经济上回流到财政，而完备的集体审议程序又使个人作用难以辨认。同一套法律规则，在两种主体上同时向两个相反方向偏离。这种双向偏离，是既有的解释框架难以同时处理的。

◆ 三、核心判断：「单位」之下的两种责任承载形态

由此可以表述本编的第一条核心判断：在国有经济主体身上，「单位」这一刑法概念之下事实上出现了两种不同的责任承载形态。一种是「市场承担型」：罚金能够打到真实所有者身上，单位以自有资本承担经营风险，受市场融资和破产约束。另一种是「财政回流型」：罚金的经济负担最终回到财政体系内，单位的亏损与资金缺口长期由

财政性资金或准财政安排弥补。两种形态共用一个法律名称，承担同一套刑法后果，经济上却指向不同的服的落点。

需要强调，这一判断是描述性和分析性的，不是规范性的改写。它不主张对两类主体适用不同的构成要件，也不主张在解释论上区别对待它们的主体资格；它主张的是，在量刑说理、执行安排和制度评价中，应当先弄清楚个案中的单位究竟以哪一种形态承受处罚，再判断罚金与个人责任的追究各自起什么作用。

这一判断还意味着，「国有企业是否应当与民营企业同等对待」这个问题需要重新提问。如果「单位」在不同国有企业之间已经分化为两种形态，那么无论回答「同等」还是「特殊」，都是在用一个统一的标签覆盖两类不同的对象。第20章将专门讨论这一点。

◆ 四、与既有解释的对照

与这一判断最接近的观点有若干种，逐一对照可以看清本书多说了什么。

其一，单位意志论。中国通说与英国的同一视原则，把单位犯罪的成立与责任强度放在组织内部意志形成的过程上：内部决策机构的决议、负责人的批准、组织的控制结构。这一脉络在解释传统公司形态的单位犯罪时相当有力，但在国有经济主体上，它在一个方向上过于乐观，在另一个方向上又不够充分。过于乐观之处在于，它默认治理程序越完善，权力路径越透明，个人责任越容易认定；而场景乙表明，程序的完备有时恰恰让每个人都在程序上合规地出现，却难以辨认谁起了决定作用。不够充分之处在于，它默认「单位」是一个同质的载体，没有看到同样的治理外壳之下，可能是追求利润的市场主体，也可能是主要执行公共项目任务、依托财政资金运作的主体。分化不在治理结构层，而在治理结构所服务的经济内容层。

其二，法人人格论。这一观点认为单位因其法律上的独立人格而对自身行为负责，追及自然人只在例外情形下进行。本书不否认法人人格是单位犯罪的法定起点，但指出：在财政回流型主体上，法人人格的经济独立性可能主要是形式上的，罚金由财政资

金兜底；在这类案件中，第三十一条对自然人的追究不是例外，而是让服到位的主要通道。法人人格的意义，需要结合罚金落点在个案中加以理解。

其三，组织社会学中的责任分散论。Dennis Thompson 在 1980 年提出的「多手问题」指出，多人共同造成结果时，很难指认谁应负责。这一观点把责任分散看作集体决策的一般特征。本书的区别在于：分散有时是一般现象，有时则与程序的设计方式有关。设想同一个单位的两项决策：一项是年度设备采购，真正经过讨论、存在意见分歧、最终表决；另一项是向特定对象拆借资金，会前已有定论、会后补齐文件。两者在文件上同样完备，但后者留下了可以辨认的痕迹——文件形成的时间顺序与资金实际流动的时间顺序不一致。这种痕迹不能直接证明谁是决定者，却提示了调查的切入点。

其四，穿透追责的技术路径论。这一观点认为只要证据足够，总能通过资金链追到实际决定者，追责失败主要是证据不足或工具欠完善。本书的补充是：在某些案件中，资金链和文件链都完整，每一层审批都合规，证据充分本身反而使个人作用难以辨认。问题不全在证据的数量，而在于追查是沿着「钱」的维度设计的，而个人作用存在于「决定」的维度。只追资金流向，可能让钱的位置越来越清楚，决定的位置却依然模糊。

这四种观点在各自最有利的情形下都成立：单位意志论在决策程序真实反映讨论过程的企业中成立；法人人格论在以自有资本运作、受破产约束的企业中成立；责任分散论在真正分散、没有会前预设的集体过程中成立；穿透技术论在决定权直接体现在资金流向中的简单案件中成立。本书的主张是，在市场承担型与财政回流型并存的国有经济主体中，这些观点都难以同时解释场景甲与场景乙。

◆ 五、第一读数：反事实资金流动测试

如何在个案中判断一家国有企业处于哪一种形态？本书提出的判据是对罚金落点的资金流测试，其表述可以直接用于查询材料：对一个拟被判处罚金的国有经济主体，检查其在案发前后连续两个会计年度中出现的经营亏损或临时资金缺口，有多大比例是通

过财政性资金填补的，包括预算拨款、资本注入、政府性基金、担保代偿、名为股权实为债务的安排以及回购承诺等。

这一判据在不同情形中会给出不同结果。以下五种情形均为构想示例。

情形一：混合所有制改革后的国有上市公司，连续亏损但未获任何财政补入，亏损真实反映在股价与分红中。财政填补比例低，罚金落点在真实所有者。此时单位罚金的数额需要审慎确定，以免对非国有股东形成与其过错不相称的负担。

情形二：主要承担公共项目建设与融资职能的国有独资公司，近年项目亏损均由财政资金或财政支持的债务安排滚动填补。财政填补比例高，罚金落点在财政体系内。此时单位罚金的约束作用有限，个人责任的依法认定显得更为关键。

情形三：形式上完成混改的国有企业，表面引入了非国有资本，但主要亏损由名股实债等隐性财政支持覆盖。财政填补比例中等，经济实质偏向财政回流。此时需要谨慎：越重的单位罚金，越可能经由准财政通道回到财政。

情形四：高度市场化的国有控股企业，偶尔承担政府项目但按市场价格核算，没有隐性财政承诺。财政填补比例低，由真实所有者承担。

情形五：上市前曾较多接受财政补贴、上市后连续多年正常经营且无财政补入的国有企业。以上市后近两年的数据测定，财政填补比例低，罚金落点在真实所有者；如果只看上市前的数据，判断就会反转。

五种情形互不相同，说明罚金落点并非只有两个稳定取值，而必须依据接近案发时间的实际资金流动来确定。这本身印证了上一章的判断：单位在个案中呈现为哪一种形态，不是可以提前预支的类别知识，而是需要在个案中确认的当前状态。

可观察的指标主要有三项：一定期间内财政补入（包括资本注入、补贴和名股实债安排）占单位经营亏损或罚金数额的比例；单位能否说明自己在近年内未以非市场条件获得财政担保或回购承诺；在罚金执行时，居主导地位的股东或债权人是否发生真实且不可逆的财富损失。材料来源包括财政批复文件、年度财务报告中的政府补助附注、担

保合同和审计报告中的持续经营事项。在诉讼中，法院可以要求单位说明罚金支付的资金来源，并据此考察资金去向。

这一读数要成立，必须经得起三项自我检验。一是稳定性：同一案件的资金流证据由两组独立的审计人员复核，若在类别判定上结论不一致，读数就不稳。二是是否只是旧概念的新名字：如果它与「预算软约束」程度在多类案件中没有判别差异，它就只是旧概念的改述；但预算软约束是组织层面的连续程度，罚金落点是个案层面的类别判定，二者并不重合。三是与刑事政策目标的相关性：如果被判定为「真实所有者承担」的案件中，罚金对单位后续行为的约束并不优于「财政回流」的案件，这一读数就不能自称为有意义的判据。

◆ 六、第二读数：程序完备度

单有罚金落点还不够。场景乙中的困难，不仅在于罚金回流，还在于完备的集体审议程序使个人作用难以辨认。为此，本书引入第二读数：程序完备度，即被追诉单位形成涉案决策的书面程序的完备程度，包括决议文件链是否完整、会议纪要是否详尽、会签人员是否齐全、审批手续是否合规。

程序完备度不等于治理完善。前者指的是程序作为正式文本的完整度，它可以与实质治理的空洞并存；后者指的是决策是否真正经过讨论、制衡是否真正发生。之所以用「程序完备度」而不用「治理完备度」，正是为了保留这一区别。程序完备度可以分为三档：低，文本残缺、没有纪要或会签明显缺漏；中，文件链基本齐全，但存在日期顺序倒置或措辞明显含糊的纪要；高，文件链完整、措辞规整、会签齐全、时间顺序没有破绽。

在第二读数的选择上，本书排除了「预算约束硬度」这一候选。预算约束软化本身是财政填补的重要通道，是罚金落点的成因之一；以它为第二读数，两个读数彼此不独立，辨别格会退化为一条对角线。程序完备度则不同：程序完备的主体，罚金落点既可能在真实所有者——一些高度规范化的市场化国有企业，其完备程序服务于真实的商业决

策；也可能在财政体系内——以完备程序形成集体决策文本的财政回流型主体。两个读数可以独立变化，也可能在特定条件下共同变化，但不能被还原为一个。

◆ 七、辨别格：四种组合与各自的读法

把两个读数交叉，得到四种组合。以下对每一格的描述都是分析框架下的预期，属于尚待检验的判断，而非已经完成的实证结论。

第一格：罚金落点在真实所有者，程序完备度低。决策的非正式性高，个人作用较易辨认，单位的经济独立性也较高。典型的构想形态是治理尚未完全规范、但资本结构真实的混改企业。预期是：单位罚金使真实所有者受损；追究个人责任相对容易，但要防止把正常的市场风险误作刑事风险。读法：依法认定单位责任，同时依法追究个人责任，不过度扩张。

第二格：罚金落点在真实所有者，程序完备度高。治理较为规范，程序起到风险控制作用，而非遮蔽作用。典型的构想形态是治理规范的国有控股上市公司，其程序既有实质讨论也有个人签批。预期是：单位罚金具有真实约束力，但罚金数额过高会对非国有股东产生挤出效应；个人责任的认定取决于决策链条的真实分工，而非文本本身的完备。读法：依法维持单位责任，在法定幅度内审慎确定罚金数额，具体评估个人作用。

第三格：罚金落点在财政体系内，程序完备度低。单位经济上依靠财政支撑，决策程序比较粗糙，但决定路径较为直接。预期是：罚金约束有限，但粗糙的程序反而可能暴露决策链条。读法：在依法认定单位犯罪的同时，把重心放在准确认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员上。

第四格：罚金落点在财政体系内，程序完备度高。这是财政回流型主体最典型的形态：经济实质接近财政，程序外壳完备合规。预期是：罚金的约束作用有限，完备的程序又使个人作用难以辨认，是四格中服最容易落空的一格。这一格有三个特点值得警惕：短期看起来比其他格更「稳妥」，因为不会对非国有投资者产生冲击；问题积累的过程不容易被察觉，因为程序完备看起来像是治理的成绩；它还可能自我强化，每一轮程序文本的规范化都使个人作用更难辨认。读法：依法认定单位犯罪，同时以文件形成

的时间顺序、措辞方式和参与人员范围为调查切入点，核实每个人在决定、批准、授意、指挥中的实际作用。

四格两两比较，没有两格指向同一种行为模式。同样的单位罚金，在第一、二格中有真实的分配效果，在第三、四格中则可能失去这一效果；同样的程序完备，在第二格中指向真实治理，在第四格中可能指向个人作用的模糊。由此得到本编第三条核心判断：罚金落点是第一读数，程序完备度是第二读数；如果不先判定罚金落点，就无从判断任何关于程序或治理的证据应当往哪个方向读。

◆ 八、从所有制到控制权

本章的结论可以概括为一句话：分析国有企业单位犯罪的经济后果，要从所有制转向控制权。企业是否有真实独立的预算，重大决策是否受行政任务或市场压力驱动，罚金是否由经营利润承担，是否存在隐性的担保与回购，实际控制者能否把损失转给外部人，这一组变量比「国有」还是「非国有」的标签更能说明服落在哪里。如果经济后果能够被真实的控制者内部化，单位罚金就可能有效；如果损失可以持续外推给财政、消费者或非国有投资者，就需要在法定框架内更加重视对自然人的依法追究，并在立法论上研究补充性的治理工具。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是同一视／单位意志论出生证中的主体预设——单位的「头脑」就是其决策机关与负责人，以及由此而来的先验吸收「经集体研究决定即单位意志」。在财政回流型主体中，经集体审议的文件恰恰可能使单位意志清楚而个人作用模糊；意志的聚合越完整，服离决定者越远。本章也触及组织过错论出生证「只聚合结构」的局限：结构的外壳相同，经济内容可以完全不同。涉及的制度依赖是次序——「先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员」的次序，在第四格中最容易让个人认定停留在在场事实上。本章的再聚合读数是罚金落点与程序完备度构成的辨别格。若在可获得的已决案件中，程序完备度高的财政回流型主体案件，其直接负责的主管人员的认定并不比程序粗糙的案件更困难，则本章关于第四格的判断应当收窄。

带走的话

所有制不是罚金负担的唯一因变量；「单位」之下有市场承担型与财政回流型两种责任承载形态，须在个案中由资金流向确认。

小账

程序完备在什么情况下反而遮蔽责任？——在财政回流型主体中，经集体审议的完整文件可能使单位意志清楚而个人作用模糊，这是四格中服最容易落空的一格。

办理国有企业案件时先查什么？——先做反事实资金流动测试，定下罚金落点，再看决策程序完备度；不先定落点，就无从判断程序证据应当往哪个方向读。

第 20 章

所有制平等、罪刑法定与立法选择

◆ 一、平等保护不等于机械相同

经济分析常常发现，不同组织在财富、控制和预算方面存在差异。这些差异在量刑、执行以及立法设计中具有现实意义，但它们不能自行改变由刑法确定的犯罪主体范围。所有制平等并不是忽视差异，而是要求：任何差异化的对待都必须具有清楚的法律授权、足以成立的事实根据，以及与法益保护相适应的理由。民营企业财产的独立性，国有企业与公共资本的联系，都不能被用作预设有罪或者无罪的证据。

这一要求有坚实的法律基础。宪法和法律确立了对各种所有制经济的平等保护，刑法第四条规定对任何人犯罪在适用法律上一律平等。2025 年通过的《中华人民共和国民营经济促进法》对涉案财产的保护、经济纠纷与经济犯罪的区分作出了规定，为单位犯罪案件增添了应当认真遵守的程序边界：企业经营者的个人财产、单位的合法财产和违法所得必须依法分别处理；财产保全的范围不能因为「公司是一个组织」便向所有关联主体蔓延。这些要求同样适用于国有企业：应遵循法定主体、明示证据和责任分离的基本要求，既不能在经济分析中以国家所有权抵销个人违法责任，也不能以国家资本作为扩大打击范围的便利理由。

平等的真正含义，在单位犯罪中可以落实为两点：名称相同的主体，法律理由必须同样透明；实际承受的制裁，必须与其所承担的风险和过错相适应。上一章的分析表明，同为国有企业，罚金可能落在真实所有者身上，也可能回流到财政体系内；同为单位犯罪，服的落点可能相差很远。在这种情况下，形式上完全相同的处理，实质上可能并不平等。但纠正实质不平等的途径，必须是法律所允许的途径。

◆ 二、「同等还是特殊」是一个需要重新提问的问题

围绕国有企业单位犯罪，近年来的一条讨论脉络是：混合所有制改革以后，国有企业是否应当与民营企业同等对待？论者敏锐地看到了罚金循环论在混改之后的局限，于

是主张按市场化程度区分：市场化程度高的国有企业与民营企业同等对待，市场化程度不足的保留特殊处理。为此，有的论述提出了一组判断指标，大致包括预算约束的硬度、剩余索取者是谁、竞争环境、治理独立性和公共服务责任。

这一脉络努力把改革后的现实放进「同等对待」与「特殊对待」的选择之中，但它没有走出这个二选一的框架。本书认为，问题恰恰出在二选一本身。它假定「单位」在两类国有企业中是同一种东西，只是市场化程度不同，因而需要程度不同的待遇。而第19章的分析表明，混改并不只是在一条连续的刻度上改变了国有企业的程度，而是可能在某些案件中让同一个法律名称之下出现两种不同的责任承载形态。在这种情况下，说「同等」不妥，因为两类对象不一样；说「特殊」也不妥，因为每一类内部真正需要的，是对它在个案中以何种形态承受处罚的准确识别。

这条脉络提出的指标在操作上是有用的，本书也吸收了其中的大部分。区别在于定位：在区分待遇论那里，这些指标是用来决定「给予什么待遇」的参数；在本书这里，它们被重新理解为测定罚金落点的工具——它们测的不是「这家国有企业特殊不特殊」，而是「罚金打在谁身上」。这是本书与这一脉络的分界线。

一个构想场景可以说明二选一为什么会失灵。设想一家在法律形式上已经完成混改、引入了非国有股东的国有企业，但其经营仍主要围绕行政任务展开，亏损以隐性的财政支持弥补。按照区分待遇论的五个指标，它在竞争环境上偏向市场化，在任务来源和考核上偏向行政化，综合起来大概被归入「市场化程度中等」。可是无论把「中等」归入哪一档，都回避了真正的问题：这家企业的罚金落点，既不是纯粹由真实所有者承担，也不是纯粹在财政内部转移，而是经由表面混改、实际依托财政的通道，部分落到准财政资金上，部分落到非国有股东身上。按「同等」处理，可能让非国有股东承担与其过错不相称的服；按「特殊」处理，又可能弱化对决策者的依法追究。只有先测定罚金落点，才能知道问题出在哪里。

三、组织豁免论的另一种失准

与区分待遇论方向相反的，是一种可以称为「组织豁免论」的观点：把责任归于组织，等于给了组织中的个人一张豁免牌，因此应当尽量缩小组织责任，把责任推向自然人。作者2008年的硕士论文在论证国家机关、事业单位不能成立单位犯罪时，用的正是这一理由：把它们列为单位犯罪主体，「大大降低了」有关自然人的刑罚成本（原论文2.3、2.4，第29、32页）。这一观点抓住了一个真实的风险，即单位的外壳可能让个人作用变得模糊，第19章的第四格正是这种情形。

但它对组织责任的一概贬低，在市场承担型主体上会造成新的失准。设想一家真实以混合所有制运作的国有企业，在承接公共项目时出现违法情形。如果按照组织豁免论弱化单位责任、只追究个人，责任就可能集中落到某个在文件上签字的人员身上；而此人并无权分配企业资源，不应当为他人的结构性决定承担过多的责任。在这种情况下，单位责任恰恰是让责任合理分配、也让真实所有者通过公司治理参与整改的机制。

可见，组织责任在不同形态的主体中起不同的作用。在市场承担型主体中，过度的单位罚金可能错罚真实所有者，而单位责任本身又承担着合理分配责任的功能；在财政回流型主体中，单位罚金的约束有限，依法准确追究自然人显得更为关键。无论「单位责任优先」还是「个人追究优先」，都不能作为一条统一的原则贯穿所有案件；每一条原则都需要在辨别格的具体格内重新证成。这仍然是在第三十条、第三十一条的框架内调整重心，而不是改变法定的主体和责任结构。

四、诸种解释的对照结果

把前面讨论过的各种观点放在两个构想场景中对照，可以得到一个概括的结果。

罚金循环论的核心变量是「受罚者与国库同源」。在场景甲中，这一变量不成立，罚金实际上落在非国有股东身上；罚金循环论预期罚金无约束，而实际的情形是罚金有真实的退出效应，但性质上可能是错罚。

单位意志论的核心变量是「组织意志的形成程序」。在场景乙中，这一变量取值很高，纪要完备、程序闭合；单位意志论预期单位责任有据、个人责任易定，而实际的困难恰恰是个人作用难以辨认。在场景甲中，程序较为粗糙，个人作用反而较为清楚。在「程序完备度与个人作用可辨认度」的关系上，其预期方向与构想场景所示相反。

区分待遇论的核心变量是「市场化程度」。在形式混改而实际依托财政的主体上，这一变量落在中间区间，各指标指向不同方向，待遇选择无所适从。这种困难不是测量精度不够，而是对象本身发生了分化。

组织豁免论的核心变量是「单位责任即庇护」。在场景甲中，按其主张弱化单位责任，会对签字人员形成不相称的负担。

穿透技术论的核心变量是「找到实际决定者」。在场景乙中，资金链和文件链都完整，追查每一层都合规，却难以确认决定者；困难不在证据数量，而在追查的维度。

软预算约束论的核心变量是「预算约束的硬化程度」。在混改后预算约束已经硬化的企业中，单位罚金仍可能过重，而这种过重不来自软预算约束，而来自没有把非国有股东作为罚金的真实落点加以考虑。可见软预算约束只能解释财政回流型一端。

结果可以概括为：每一种解释在其最有利的情形中都成立，但没有一种能够同时解释场景甲与场景乙。以罚金落点和程序完备度构成的辨别格，可以在两类场景上给出方向一致、机制相同的预期。需要强调的是，这里的对照建立在构想场景之上，是对各种解释内部逻辑的检验，而不是对已决案件的统计。

◆ 五、罪刑法定：经济分析的边界

到这里，必须重申本书的边界。罚金落点和程序完备度是分析工具与政策工具，不是新的犯罪构成要件。它们不能决定一家国有企业或者事业单位是否构成单位犯罪，也不能为法院在法定之外减免单位或个人的刑事责任提供依据。

在解释论层面，它们可以发挥的作用是有限而明确的：在法定罚金幅度内确定数额时，作为说理的考虑因素之一；在认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员时，提示调查与审查的切入点，例如文件形成的时间顺序、措辞方式和参与人员的实际分工；

在执行阶段，依照第五十三条规定的条件处理缴纳确有困难的情形，并依照第六十四条追缴违法所得。

在政策论层面，它们可以用来评价现行制度的实际效果，提出完善执行和量刑说理的建议。例如，在公共经济主体案件中，判决书可以对罚金的资金来源作出必要说明；对于第四格的案件，可以更加重视对个人作用的具体认定，避免以「参会」「签字」「分管」等在场事实代替对作用的说明。

在立法论层面，如果研究认为需要排除某类主体，或者为公共机构新增责任方式，就应当坦然进入立法讨论，明确拟修改的条款、适用对象和过渡期，而不是隐藏在个案的解释之中。本书不主张取消任何一类公共经济主体的单位犯罪主体资格。可以作为学术建议讨论的方向包括：研究罚金之外的补充制裁方式，如附期限的整改令、管理权限调整和整改情况的公开报告；研究在单位犯罪判决中，对罚金资金来源和执行情况作出规范化说明的可行性；研究在财政信息公开制度中，更清楚地标示财政性资金对国有经济主体的支持，以便罚金落点可以被准确测定。这些建议都应当通过法定程序提出，接受立法机关的审议。

◆ 六、检验设计（尚未执行）

本编的判断都是可以被检验、也可能被推翻的。以下列出检验设计，全部尚未执行，不应被理解为已经完成的实证。

其一，若在相当数量的已决国有经济主体单位犯罪案件中，罚金落点在财政体系内的案件，其直接负责的主管人员被依法认定的比例与罚金落点在真实所有者的案件没有明显差异，本编关于财政回流型主体中服容易落空的判断就要削弱。

其二，若财政填补比例与决策程序完备度之间并无正相关，即程序最完备的单位并不更多地依靠财政填补，本编关于两个读数在第四格中共同出现的推断就要削弱。

其三，若在一个可公开获得的较大样本中，引入非国有股东的国有企业被判处罚金之后，非国有股东普遍没有发生真实的财富下降，即补偿机制普遍存在，本编关于市场承担型一端可能错罚的判断就失去普遍性。

其四，若在财政回流型主体的案件中，程序完备的文件链与个人作用的难以辨认之间不存在反向关系，即文件不完整的案件反而更难认定个人，本编关于第四格的判断就失效。

其五，可以设想一项比较研究：利用公开的财务信息和登记信息，构建一组曾经涉及单位犯罪的国有企业样本，比较它们在判决后两年内的财政补入与亏损填补情况，检验如下预期——财政填补比例高的单位，罚金之后管理层变动与经营策略调整不明显；财政填补比例低的单位，罚金之后治理结构与融资策略出现可观察的变化。

此外，对第19章提到的程序完备度，可以设计一项文本观察：在同一单位内部，比较日常事项与高风险事项决策文件的完备程度。如果高风险事项的文件明显更完备，这至少提示程序完备不是随机的治理风格，而可能是针对特定事项投入的资源；如果两者没有差别，相关推断就要收窄。这类观察只能在依法取得的材料上进行，并且需要两位以上的研究者独立编码以评估一致性。

方法上，本编以概念分析和构想案例的比较为主，兼用制度文本分析与反事实推理，没有采用大样本统计。这是因为本编的目标不是估计一个效应的大小，而是确立一种结构性区分在经验上是否可以观察，以及它对归责有什么意义。读数的可重复性来自对财政文件、担保文件、审计附注等客观材料的判断；在财政填补比例和程序完备度都处于中间区间的边界案件上，不同研究者可能产生分歧，这种分歧部分源于相关财政信息本身不够清晰。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是合规激励论与威慑论共享的一个隐含预设：同一类别的主体可以适用同一套激励与价格。区分待遇论试图按程度修正这一预设，但仍保留了「单位是同一种东西」的前提；本章指出，要先测定罚金落点，才能知道「同等」或「特殊」各自意味着什么。组织豁免论则相当于否定论出生证在公共主体上的一个变体——只信个人、不信组织；本章说明，在市场承担型主体中，组织责任承担着合理分配责任的功能，不宜一概弱化。涉及的制度依赖是结构：第三十条的法定主义与刑法第四条的平等原则共同划出边界，经济分析只能在其下进入政策论和立法论。本章的再聚合读数仍是罚金落点与

程序完备度，但其用途被严格限定在量刑说理、执行安排和立法评价上。若上述检验设计执行后，市场承担型与财政回流型主体在罚金后果和个人认定上并无可辨认的差异，则本章关于「同等还是特殊」需要重新提问的判断应当收窄。

> **带走的话**
>
> 所有制平等不等于机械相同；「同等还是特殊」的二选一需要重新提问，先测定罚金落点，才知道两种处理各自意味着什么。

小账

区分待遇论的指标在本书里改作什么用？——在那里是决定给予何种待遇的参数，在本书里被重新理解为测定罚金落点的工具，测的是罚金打在谁身上。

经济分析在国有主体案件中能进到哪一步？——只能进入量刑说理、执行安排和立法评价，不能改变刑法确定的主体范围，也不能作为预设有罪或无罪的证据。

第 21 章

国家作为处罚者与所有者的双重代理问题

◆ 一、「国家」不是一个单一的利益主体

罚金循环论之所以显得有说服力，是因为它把「国家」看成一个统一的账户：罚金从国家的一个口袋出来，进了国家的另一个口袋，总量不变。但在国有经济主体的违法治理中，国家并不是以一个身份出现的。它可能同时出现在多个位置上：作为侦查、起诉和审判机关，依法追究犯罪；作为出资人代表，承担国有资本保值增值的职责；作为财政机关，安排预算、拨付资金；作为公共服务的提供者，对服务对象负有保障义务。此外，还有企业管理者控制日常经营，有普通公民和服务对象可能承受最终的经济负担。

这些位置之间的信息、目标和监督权限并不完全重合。司法机关关注的是依法查明事实、准确定罪量刑；出资人代表关注的是资本安全和经营的连续性；财政机关关注的是预算平衡和公共支出的安排；企业管理者关注的是经营业绩和自身的评价。罚金从一类公共账户流向另一类公共账户，并不保证处罚没有社会成本：它可能降低非国有股东的收益，可能减少公共投资，可能引起预算补助，也可能推动内部责任追究。把「国家」看成一个统一的受损者或得益者，就会错过这条代理链中真实存在的目标差异。

本章把这种结构称为「双重代理问题」。在一般的公司犯罪中，代理问题主要发生在股东与管理者之间：Michael Jensen 与 William Meckling（1976）以来的代理理论指出，管理者可能追求与股东不一致的目标，而罚金是否能约束管理者，取决于它能否经由公司治理传导到管理者身上。在国有经济主体中，代理链更长：全体人民是终极所有者，国家通过法定机构行使所有者职能，出资人代表再委托企业管理者经营。与此同时，国家又通过司法机关对违法的单位施加处罚。处罚者与所有者在名义上同属国家，在制度上却分属不同的机构，各有其职责。罚金要真正约束作出决定的人，必须穿过这条较长的代理链；而它在任何一个环节被吸收、补回或转移，都会使服偏离决定者。

◆ 二、角色分离的观察方法

由此可以得到一种观察方法：在分析一件国有经济主体的单位犯罪案件时，不先问「国家罚国家有没有意义」，而是把各个角色分开，逐一追问。司法机关作出的判是什么，罚金数额和对自然人的处理如何；出资人代表在判决之后作了哪些处理，是否追究了管理者的责任，是否调整了考核和授权；财政机关是否因为罚金调整了预算，调整的方向和数额如何；企业管理者的经营决策和内部程序是否发生了变化；服务对象和非国有投资者是否承受了可观察的损失。

这种观察的好处在于，它把一个抽象的效率争论变成了一组具体的事实问题。各角色之间的目标差异会影响处罚的实际执行和后续效果，但它不赋予任何一方免除刑事责任的特别权力。依法追究犯罪是司法机关的法定职责，不因出资人或财政方面的考虑而改变；反过来，出资人和财政方面的后续安排，则决定了判之后的服落在哪里。

建立可问责的财政与治理证据路径，比抽象争论「罚国家是否有意义」更有价值。如果公共资金确实以补助或服务项目缩减的方式承接了制裁，研究者应当指出具体的预算链条；如果只是理论上可能发生而无法观察，就必须保留不确定性。国家的双重角色提供的是一种有待检验的制度机制，而不是对所有国有主体都成立的既定结论。

◆ 三、理论意涵：从「意志」转向「承载」

本编的分析在理论上带来两点变化。

第一点，当罚金落点成为分析的第一读数时，公共经济主体单位犯罪讨论的重心就从「意志」移向了「承载」。这并不否定单位意志问题的重要性——在解释论上，单位犯罪的成立仍然需要依照法定要件认定，以单位名义实施、为单位谋取利益、经单位决策机构或负责人决定等事实仍然是认定的基础。本编指出的是：在国有经济主体上，单位是否具有意志，往往可以由组织程序来判断；但这个单位以何种形态承受处罚、它的服落在哪里，却不是意志问题，而是这个单位在具体的财政和治理条件中是怎样形成的问题。先弄清楚这一点，意志问题才落在有意义的基础上。

第二点，单位责任与个人责任的关系不再是一种静态的此消彼长，而是受罚金落点影响的调度关系。在辨别格的某些格中，单位责任是合理分配责任、保护真实所有者的机制；在另一些格中，单位罚金的约束有限，对自然人的依法追究成为让服到位的主要通道。这意味着，无论「单位独立责任优先」还是「个人追究优先」，都不宜作为贯穿一切案件的统一原则；原则需要在具体格中重新证成。这种调度始终发生在第三十条、第三十一条规定的框架之内。

与本书最接近的国际讨论中，Gunther Teubner 把组织看作自我生成的系统，Brent Fisse 与 John Braithwaite（1993）强调组织内部的问责与纪律，John C. Coffee（1981）揭示罚金向股东和员工的外溢。本书与他们的区别在于：本书既不把单位当作一个实体，也不把它当作一个系统，而是当作在具体制度条件中显露出来的责任承载形态；Fisse 与 Braithwaite 聚合的是组织的结构，本书追踪的是服的落点；Coffee 把外溢看作威慑论的执行问题，本书把它看作判服错位，是单位犯罪的结构性特征，在公共经济主体身上表现得最为集中。

◆ 四、实践意涵：法院可以做什么，制度可以完善什么

在司法层面，本编提示了一条法院可以执行、又不越出职权的路径：不依赖全面的财务审计，而依靠对资金来源的分类识别。在公共经济主体案件中，法院可以要求单位说明罚金支付的资金来源，并结合案发前后的财政补入文件、担保文件和审计报告，判断罚金落点。这不是要求法院做财政审计，而是让法院在使用既有证据时，把经济实质作为量刑说理和执行安排的一项输入。同时，在认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员时，可以更加重视决策文件形成的时间顺序、措辞方式和参与人员的实际分工，避免以在场事实代替对作用的说明。

在制度层面，本编的建议不指向增设新罪名，而指向一个更上游的环节：财政性资金对国有经济主体的支持，在预算和决算中能否被清楚地标示。近年来，我国在预算公开、国有资产管理情况报告和国有资本经营预算等方面的制度不断完善，为这一环节提供了基础。如果财政对国有经济主体的资本注入、补助、担保和其他支持能够更清楚地在相关报告中分项呈现，罚金落点的测定就有了可靠的材料，判之后的服是否落空也就

可以被观察和评价。这一完善无法由法院单独完成，属于财政和国有资产管理制度的范围；法院在个案中对资金来源的审查，可以为相关制度的完善积累经验和材料。以上属于学术建议，供有关方面研究参考。

◆ 五、框架可能被反用的风险

一个分析框架被提出之后，必须追问它会不会被反过来利用。如果把罚金落点作为量刑说理和执行安排的重要考虑，那么最省事的下一步可能是：涉案单位在诉讼中自行声明「我属于哪一类」。如果财政回流型主体都声称自己是市场承担型，罚金能够打到真实所有者，以求降低罚金或者强调单位责任已经到位，法院就会处在比现在更困难的位置——不是识别不清，而是被要求在一个已经被声明所左右的识别装置中继续判断。

这是一种自我拆台：本编原本要求「个案中显露出哪一种形态，就依法按哪一种形态的特点处理」；如果形态可以通过单位的自我声明轻易选择，精细区分就变成了新的规避入口。因此，罚金落点的测定必须建立在客观的财政和财务材料之上，由单位承担说明义务，由法院依据证据审查，而不能依赖单位的自我陈述。前述财政性资金支持的清晰标示，也正是在这个意义上构成整个框架的基础：没有可靠的材料，再精细的辨别格也只是一套新的说法。

◆ 六、适用边界与局限

本编的主张有明确的边界。

其一，本编的二元形态框架不适用于非国有经济主体之间的单位犯罪争议。民营企业单位犯罪中不存在财政回流这一端；在民营企业中，罚金落点只能处理股东、债权人、员工之间的分配问题。本编的适用范围限于国有经济主体，并且以财政资金与非国有资金之间存在可观察的分野为前提。

其二，本编的辨别格依赖于财政与财务信息的可获得性。当财政补入和亏损填补的材料无法获得时，罚金落点无法测定，判据就只停留在纸面上。这说明本编的框架不是一个普遍的教义学方案，而是针对我国国有经济主体特定制度条件的分析工具。

在可靠性方面，本编还面临几项需要正视的挑战。一是测定上的挑战：某些主体并不通过显性补助获得补偿，而通过政府采购数量、政策安排或关联交易条件的变化间接获得资金回流，若只查补助科目，可能把实际存在准财政补偿的案件误判为真实所有者承担。应对的办法是扩大补偿渠道的观察范围，包括与公共部门之间交易的数量和条件。二是因果上的挑战：程序完备度高的单位往往规模更大、层级更多，个人作用本来就更难辨认，不一定是程序本身造成的。这一替代解释不能完全排除，后续研究应当把规模与层级纳入控制。三是迁移上的挑战：本编的分析基于我国国有经济主体的具体制度情境，对其他制度环境的可迁移性有限。四是一致性上的挑战：本编以构想场景为主，没有可重复的编码过程；在财政填补比例和程序完备度都处于中间区间的边界案件上，不同研究者可能得出不同的归类。

由此产生几项后续工作。第一，本编没有使用系统的已决案卷，后续可以在依法获得授权的前提下，对一定时期内已决的国有经济主体单位犯罪案件进行回溯性整理，重点关注判决前后的财政资金往来材料。第二，本编对程序完备度的讨论没有建立在对内部决策文本的系统阅读之上，后续可以结合合规审查中的文件抽查，建立可复现的编码表，由两位以上研究者独立编码以估计一致性。第三，本编没有直接检验罚金落点与后续行为改变之间的关系，后续可以设计比较研究，比较财政填补程度不同的单位在罚金之后的治理与经营变化。

还有两个本编尚未解释的问题。一是，即使预算公开和债务管理制度在不断完善，一些国有经济主体为什么仍然维持公司化的外观与财政支持并存的结构？这可能涉及更宏观的投融资体制因素，超出了本书的讨论范围。二是，前面在第18章提到的情形：一些主体已经从财政拨款转为以服务合同取得收入，补偿的痕迹不再是直接的补助文件，而是高度合约化的服务对价。在这类主体上，罚金落点这一读数的分辨力会下降，如何判断对价是否公允，本编没有给出答案。

◆ 七、本编小结：服落在哪里

本编回答了三个问题。

第一，市场化改革之后，国有经济主体中的「单位」为什么不再是一个不言自明的责任承受者？因为罚金落点分化为真实所有者承担与财政回流承担两种不同的位置，「单位」这个法律概念虽然仍然统一适用，却已经覆盖着两种不同的责任承载形态。单位不能再被当作一个事先给定的经济载体，而需要在个案中，依据资金流向和决策程序的形成过程，确认它在这次犯罪中以何种形态承受处罚。

第二，为什么在一些财政回流型主体中，仅靠单位罚金难以让服落到决策者身上？因为罚金沿着资金的维度运行，而个人作用存在于决定的维度。罚金可能被财政补回，资金链可能越来越清楚，决定的位置却依然模糊。在这类案件中，依照第三十一条准确认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员，是让服回到决定者身上的主要通道。

第三，能否在法院可以接近的材料上建立判断依据？可以。罚金落点就是这样的读数，法院可以通过要求单位说明资金来源、审查财政和财务材料作出初步判断，再以程序完备度为第二读数，把案件放入辨别格中，在法定框架内调整量刑说理、执行安排和调查重心。本编提交的是一套判据和检验设计，检验尚未执行，不是已经完成的实证结论。

回到全书的主命题。单位犯罪是被组织拆散的犯罪；在公共经济主体身上，被拆散得最远的是服。判落在机关、事业单位或国有企业这个法律主体上，服却可能落在财政、服务对象、非国有投资者乃至纳税人身上。本编所说的再聚合，就是在现行《刑法》第三十条、第三十一条的框架内，追踪服的落点，让判尽可能落到服能够改变风险的地方。作者2008年硕士论文关于国家机关、事业单位、国有企业不能成立单位犯罪的主张，连同流传更广的「国家罚国家没有意义」的质疑，由此得到了再证明：在一部分案件中，罚金确实可能回流，单位受罚也确实可能像原论文所说那样降低有关自然人的刑罚成本；也得到了再反驳：回流是个案事实，不是类别属性，个人借单位卸责的风险也只能在双罚制之内纠正，二者都不能成为主体豁免的理由。

最后留下一个问题，不作为结论，而作为悬置：当制度要求一个单位在个案中先回答「你以何种形态承受处罚」时，这种回答本身会不会也变成一份需要被审查的文本？下一编转向被拆散的损害，将从另一个方向接近这个问题。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是威慑论出生证中的主体预设「组织是会算账的理性人」。在国有经济主体中，「算账」的不是一个人，而是一条由司法机关、出资人代表、财政机关、管理者和服务对象构成的代理链；罚金在任何一个环节被吸收或转移，价格信号就到不了决定者那里。本章同时回应了 Coffee 的罚金外溢论：外溢在那里是执行问题，在这里是判服错位的结构性表现。涉及的制度依赖是连接与结构：第三十一条把单位与两类自然人相连，是让服回到决定者身上的法定通道；财政预算与国有资产报告制度则决定了罚金落点能否被观察。本章的再聚合读数是角色分离之后，各环节在判决之后的可观察变化，以及在此基础上测定的罚金落点。若在财政性资金支持已被清楚标示的条件下，罚金落点不同的国有经济主体在判决后的治理变化和个人追究上并无差异，则本章关于双重代理使服偏离决定者的判断应当收窄。

带走的话

国家不是单一的利益主体；处罚者与所有者名义上同属国家，制度上分属不同机构，罚金要穿过较长的代理链才能约束作出决定的人。

小账

双重代理问题比一般公司的代理问题多了什么？——代理链更长：所有者职能经法定机构、出资人代表再到企业管理者，同时还有作为处罚者的司法机关和安排预算的财政机关。

角色分离的观察方法怎样用？——不先问罚国家有没有意义，而是分别查司法机关、出资人代表、财政机关、管理者和服务对象在判决之后各有什么可观察的变化。

第 六 编

类型化犯罪：不同法益下的成本结构

编　序

第六编共四章，处理第四处拆散：损害。组织造成的损害常被分摊到竞争者、投资者、周边居民和未来的消费者身上，刑法的判却需要一个可以登记、计算、审计的对象，而组织制造的损害恰有相当一部分没有这样的对象。四章分别落在四类法益上。

第22章以腐败网络立起本编的核心判断：无字段损害是被没收的损害，并给出制度量纲、结构量、数额量、转录闸门等概念。第23章说明在金融、证券与涉税领域，财务字段越清晰，组织危险越可能被掩盖。第24章处理安全生产、环境与食药领域风险的时间结构，提出结构量字段覆盖率等观察指标。第25章讨论知识产权、数据与平台型单位犯罪，用四格辨别结构损害能否过境。

本编对应的再聚合通道是制裁负担通道中对损害的追踪：让相邻领域已经形成的结构性认定，有机会作为事实被登记、被质证。它不主张以经济评价扩张罪名，只要求「没有被计过」成为一项可见的事实。

第 22 章

单位行贿、单位受贿与腐败网络

◆ 一、腐败网络不只有收付两张凭证

在单位行贿和单位受贿案件中，表面的交易结构往往清晰：哪家单位支付了财物，哪家机构或者哪位工作人员收取，是否谋取了不正当利益。案卷里最醒目的通常是两张凭证——一张付款凭证，一张收款凭证。但决定腐败能否持续、能否复制的组织机制，并不只存在于支付的那一刻。它可能藏在预算科目的选择里（把好处费记成「咨询费」「会务费」「市场推广费」），藏在隐蔽中介的设置里（由关联公司、个人账户或「服务商」转手），藏在内部利润考核的设计里（销售人员的奖金只看回款和中标率，不问路径），也藏在单位与公共权力之间长期的、反复的交换关系里。

刑事政策在这里有两项任务，二者都不能偏废。第一项是依法惩治特定罪名——一次付款是否构成犯罪，要按照具体罪名的法定要件判断，不能因为背后有一个「网络」就降低个案的证明要求。第二项是发现组织性违法的复制条件——如果只把一次付款当成全部，处理完这一笔，网络本身仍在，下一笔会换一个科目、一个中介、一个经手人出现。把一次付款机械地等同于整个腐败网络，既可能放过结构，也可能在另一个方向上把结构里的每一个在场者都当成共犯。

用全书的语言说，腐败网络是一种典型的「被组织拆散的犯罪」。决定（是否打点、打点多少）可能在一个层级做出，知情（谁知道钱最后去了哪里）分散在财务、销售、中介几处，收益（中标、续约、审批加速）落在单位账上，成本（被挤出的竞争者、被抬高的采购价格）落在单位之外，签名（审批单上的签字）又落在最底层的经办人身上。判聚在「单位行贿」这一点上，服却散在组织内外多处。本章关心的，是其中最难被看见的那一处：损害。

◆ 二、三个罪名不能混用

讨论腐败型单位犯罪，第一件事是把罪名分清楚。中国刑法中与单位相关的贿赂犯罪至少有三个，名称相近，主体、行为方向和法定后果各不相同。

罪名	法条	谁是犯罪主体	行为方向
单位受贿罪	《刑法》第三百八十七条	国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体	单位索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重
对单位行贿罪	《刑法》第三百九十一条	自然人或单位	为谋取不正当利益，向上述国有单位给予财物
单位行贿罪	《刑法》第三百九十三条	单位	单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定给予国家工作人员回扣、手续费，情节严重

此外，单位向非国家工作人员行贿，适用《刑法》第一百六十四条对非国家工作人员行贿罪中关于单位犯罪的规定；与招投标相关的串通行为，则可能另构成第二百二十三条串通投标罪，单位犯该罪的，依照第二百三十一条处罚。三个贿赂罪名的区分直接决定了谁是被告、谁是对向方、适用哪一档数额标准，不能因为名称近似就在标题、法律适用或者经济模型中交换使用。

第三百九十三条后段还有一条值得注意的规定：因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照自然人行贿罪的规定定罪处罚。这条规定本身就是一次「再聚合」的制度安排——它不看行贿是以谁的名义实施的，而看收益最终落到了谁手里。名义在单位、收益在个人时，判就跟着收益走到个人身上。这与 1999 年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》中「盗用单位名义实施犯罪，违法所得由个人私分的，按自然人犯罪处理」的思路一致。从判与服的角度看，这是现行法已经承认的一点：判应当落到真正接收收益的地方，而不是停在名义上。

2023 年通过的《刑法修正案（十二）》对行贿犯罪作了调整，其中包括提高单位行贿罪的法定刑〔待核：具体刑档〕。2026 年，最高人民法院、最高人民检察院发布《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》〔待核：条文与施行日期〕，对单位受贿、对单位行贿、单位行贿等罪的有关数额和情节标准作出规定。这些规范使本章

必须做两件事：一是逐罪名核对构成要件和数额标准，二是遵守刑法的时间效力规则，不把新标准适用于依法不应适用的既往行为。经济分析可以讨论违法所得在组织内部怎样分配、行为人面临的查处概率和罚金负担如何影响决策，但入罪和量刑仍须按相应条款的法定要件判断。经济分析是理解组织动机的工具，不是构成要件的替代品。

◆ 三、腐败网络的组织动机：钱从哪个科目出去

从组织的角度看，单位行贿很少是一个孤立的决定，更像一项被安排进日常经营的「费用」。要理解它为什么能持续，需要看三个环节。

预算科目：把好处费变成一项成本

一笔行贿款要从单位账上付出去，必须有一个科目。最常见的做法是把它记入某种可以被正常报销的费用：咨询费、技术服务费、会议费、市场推广费、劳务费。这样一来，财务部门看到的是一笔有合同、有发票、有审批的正常支出，审计看到的是一个比例合理的费用科目，只有极少数人知道这笔钱的真实用途。第三编讨论过的「两账分离」在这里表现得最为典型：规范账上写着「禁止任何形式的商业贿赂」，激励账上却把「市场推广费」的额度与中标率挂钩。行贿被预算化之后，它在组织内部就不再是一个需要专门决定的违法行为，而是一项按惯例执行的经营安排。

隐蔽中介：把收付两端切开

第二个环节是中介。行贿单位不直接向受贿方付款，而是先付给一家「服务公司」，由后者以各种名义转付。中介的功能不只是隐藏资金流向，更在于把知情拆散：付款的财务人员只知道向服务商付了服务费，服务商只知道收了钱、按指示转出，接收方看到的是一笔来自第三方的款项。每个环节的人都可以真诚地说自己只处理了一个孤立的环节。全书反复提到的「多手问题」——Dennis Thompson 在 1980 年所说的多人共同造成结果而难以指认责任者——在腐败网络中被刻意制造出来。本书与 Thompson 的区别在于：找不到人，不是组织规模大带来的自然结果，而是组织通过中介设计「拆

散」出来的产物；因此，回答这个问题的方向不是放弃追责，而是沿着拆散的路径把决定和知情重新聚合回来。

内部考核：奖励 A 却指望 B

第三个环节是考核。Steven Kerr 在 1975 年的经典论文《奖励 A 却指望 B 的愚蠢》中指出，组织常常奖励一种行为，却期望得到另一种行为。在腐败网络中，这种背离常常不是愚蠢，而是安排：管理层在合规手册里写下「指望 B」（廉洁经营），在奖金制度里写下「奖励 A」（中标、续约、回款速度），然后把两者之间的缺口留给一线人员自己去填。第三编把这种情形区分为过失形态与利益驱动形态，本章只补充一点：当缺口被一线人员用行贿填上时，收益沿着考核制度向上流动，风险则沿着签字链向下沉淀。

三个环节合在一起，构成了腐败网络的复制条件。查处一笔付款，如果只追到付款凭证上的签字人，预算科目、中介结构和考核制度都原封不动，下一次只是换一个名字。这一点前几编已经从知情和责任的角度讨论过；本章要追问的是另一件事：腐败网络造成的损害，有多少进入了案卷？

◆ 四、一个构想案例：被逐出市场的五家企业

以下为构想场景，用于说明问题的结构，案中数字均为示例数值，不是实证结果。

设想某地一类建材的集中采购市场，原本有八家供应商参与竞争。其中三家企业逐步形成了默契：轮流弃标、分割供货区域，并通过向采购环节的有关人员支付「服务费」，确保每一轮招标都由事先商定的一家中标。几年下来，另外五家竞争者陆续退出了本地市场。案发后，办案人员调取了数年间的市场交易数据，发现那五家企业的合计市场份额从约三成多降到了不足一成。

问题在于，这五家企业中的大多数并没有报案。它们不是没有受损，而是报不出一个具体的损失数额：合同从未签成，交易从未发生，账面上没有一笔可以指认的「损失」。市场份额的变化是一组真实的数字，却填不进案件登记表上「涉案金额」那一栏。最终，案件以串通投标和行贿相关罪名推进，量刑时考虑的主要是实际中标的那几

笔合同金额和行贿数额，而五家企业被逐出市场这件事本身，没有成为案件里一个独立的、可以被评价的事实。

这个构想场景之所以值得认真对待，是因为它暴露了单位犯罪司法中一条很少被追问的底层假设：损害必须能被点成一个数，点不出来的损害在制度上就等于没有。这条假设并没有写在任何一部法律里，却可能进入每一张案件登记表、每一项统计口径、每一次立案审查。它像一个模具，把进入刑事诉讼的单位违法行为压成一个统一的形状：一个案件，一个数额，一个可审计的损失。凡是塞不进这个模具的——市场结构被改变、竞争秩序被破坏、同行业者对违法行为的预期被改写——在制度中就没有位置。它们不是被驳回了，而是没有被登记；不是被判无罪了，而是没有进入司法的视野。

腐败网络的损害尤其如此。非法利益交换除了显性的转款，还可能带来三类后果：竞争机会被排斥（诚实的竞争者被挤出），公共采购信任遭到侵蚀（采购单位、财政资金与公众对招标程序的信赖下降），以及违规模式被同行学习（其他企业得出「不打点就拿不到单」的结论）。本编把第一类称为竞争排斥，把第三类称为未来违法示范。这两类后果值得制度评价，但需要立即说明一个界限：它们值得评价，并不意味着在每个罪名中都可以直接增加新的犯罪数额。对不能直接货币化或者没有证据支持的社会成本，应当留在法益分析和政策分析的层面，不能伪装成已经证实的具体被害损失。本编要讨论的，是它们为什么连「被评价」的入口都难以找到。

◆ 五、三种常见解释为什么不够

面对上述场景，通常有三种解释。每一种都说中了一部分，但都停在了某一句话上。

立法解释：刑法缺少保护市场结构的条款

第一种解释把问题归于立法：刑法分则对单位犯罪的规定偏重财产性结果，对市场结构类法益保护不足，因此需要增设罪名或者修改构成要件。这个解释的困难在于，《反垄断法》早已把「排除、限制竞争」作为独立的损害类型加以认定，《反不正当竞争法》也有类似规定，串通投标罪本身也是以竞争秩序为主要保护对象的。规范并非不

存在。问题不在于「没有法条说这是损害」，而在于「刑事案件的登记账本上没有这一栏」。立法解释看到的是规范供给，看不到制度的计量方式。它解释不了：为什么在相邻法域中已经被认定为损害的东西，到了刑事端口就被清零。

证明解释：竞争损害难以证明

第二种解释把问题归于证明困难：竞争排斥和示范效应难以量化，刑事证明标准高，司法人员难以认定。这个解释说明了「为什么难办」，却没有说明「为什么连登记都没有」。如果仅仅是证明标准高，这类情节应当在案件受理后因证据不足被排除，应当在不起诉决定书或判决书里留下「曾尝试证明但未达到证明标准」的痕迹。但在上述场景中，这些损害在进入证明环节之前就已经被过滤掉了。证明困难解释的是「证不成」，制度现实可能是「看不见」。二者的差距不在程度，而在性质。

考核解释：办案考核偏重数额

第三种解释把目光投向办案考核：立案数、涉案金额、追赃挽损金额这类指标，可能使办案机关更倾向于选择数额明确的案件，无数额的情节相应受到冷落。这一解释更接近制度运行的实际，本书也认为，以数额为核心的考核口径可能产生这样的激励，值得在制度设计上进一步完善。但它仍然停在描述层面。它没有回答：为什么考核口径会以「数额」为核心量纲？为什么「涉案金额」会成为登记系统中的关键字段？为什么在几十年的运行中，制度没有生长出与市场结构损害相对应的新字段？考核解释回答了「是什么在施加压力」，没有回答「压力为什么能够起作用」——无字段损害之所以容易被压成零，是因为它在制度中缺少「存在」的最低条件：一个可以登记的字段。

◆ 六、本编的核心判断：被没收的损害

由此可以提出本编的核心判断：单位犯罪中的竞争排斥与未来违法示范这两类无字段损害，不是被遗忘的损害，而是被没收的损害；没收它的不是某一条法律条文，而是案件登记、立案审查、追赃挽损和统计考核这一整套计量方式的联合运转。

「被遗忘」意味着曾经存在于视野之内，因疏忽而丢失；「被没收」意味着从未获得在场的资格，是因结构性的排除而无法成为可处理的对象。前者指向记忆的失败，后者指向入场的失败。对前者，提醒办案人员「别忘了竞争损害」或许有用；对后者，提醒没有用，因为问题不在办案人员记不记得，而在登记表上有没有一个格子能装下它。

这一判断的深层含义是：损害定义的真正战场，可能不在立法文本，也不在证明标准，而在制度字段与统计口径的层面。当人们追问「竞争排斥在刑事程序中有没有读数」时，应当把问题回溯到「为什么反垄断法有、刑事登记却没有」。回溯之后可以看到：刑事制度与反垄断制度对「损害」的理解，从起点处就走向了不同的方向——前者从个别被害人的财产减损出发，后者从市场整体的竞争状况出发。两条路线各自一步步稳定下来，到今天，二者虽然共用「损害」这一个名字，指的却已经不是同一种对象。不是同一个损害被两种方法测量，而是两个制度沿着各自的操作序列，生产出了两种不同形态的损害。

放回全书的主命题中，这一判断给「判服错位」补上了损害这一维。前几编已经说明，罚金由股东、员工、债权人乃至纳税人分担着「服」，而真正的控制者可能没有服。本编要补充的是：还有一类「服」者，连出现在案卷里的机会都没有——被逐出市场的竞争者、被抬高价格的采购方、学会了「不打点不行」的同行。他们实际承受着单位犯罪的后果，却不在判的视野之内。判聚在一个数额上，服散在无字段之处。

◆ 七、五个概念：把问题说清楚

为了让上述判断可以被讨论、被检验，本编使用以下五个概念。它们是分析工具，不是新的构成要件。

制度量纲，指一个制度领域中用于接收、登记、比较和评价案件的标准尺度系统，由字段结构、必填项设置、计量单位和统计口径四个部分构成。量纲不同于考核指标：指标评价表现的好坏，量纲则事先规定什么可以被登记为一条可处理的事实。

无字段损害，指在某一制度领域中已经实际发生、但在该领域的案件登记与统计系统中没有任何可登记字段的损害类型。它的成立有一个限定条件：同一损害在相邻制度

领域中拥有对应的字段。若相邻领域也没有任何字段，那它在本领域就只是「尚未被识别的现象」，而不是本编意义上的无字段损害。

结构量，指以市场结构的可观察特征——市场份额、集中度、进入与退出情况、排除行为的形态——为载体，以模式判断而不以单一被害人损失额为读数方式的损害度量类型。它回答的是「发生了什么形态的破坏」，不回答「损失了多少钱」。

数额量，指以可以归属到单笔交易的货币金额为载体、以审计痕迹为读数方式的损害度量类型。它回答的是「损失了多少钱」，适合计算，不适合判断形态。

转录闸门，指制度之间传递证据读数的界面：一个制度领域据以决定是否把另一制度领域已经形成的证据形态（例如行政认定文书、结构分析结论）承认为本领域可用读数的规则设置。转录闸门不同于证据法上的「证据能否采信」，它位于立案之前的登记与受理界面，决定的是「能不能进来」，而不是「进来之后信不信」。

其中，结构量的读数方式需要多说几句。可以把它理解为三个字段的组合判断：一是支配地位字段，即涉案主体在相关市场中是否达到某种份额或控制力；二是排除行为字段，即行为属于哪一种类型，例如串通投标、限定交易、拒绝交易、掠夺性定价；三是结构影响字段，即在一定时间窗口内市场集中度、进入率、竞争者存活情况发生了什么变化。三个字段之间的关系不是相加求和，而是一个可以质证的模式判断：三者都有证据支持时，结构损害的证明力最强；其中某一项证据不足，并不使整个判断归零，只是使其证明力下降。这正是结构量与数额量最根本的区别——数额量中任何一笔缺少审计痕迹，整笔数额就无法认定；结构量则允许局部成立。也正因如此，结构量难以被一个只接受「数额」的登记系统接收：它交出来的不是一个数，而是一个有内部结构的判断。

◆ 八、腐败案件中结构量的位置与界限

把上述概念放回贿赂犯罪，需要格外谨慎。

单位行贿罪、对单位行贿罪、单位受贿罪的构成要件中，数额和情节是法定的入罪与量刑依据。竞争排斥、采购信任受损这些结构性后果，即使有了字段，也不能直接折

算为行贿数额或受贿数额，更不能据此降低入罪门槛。本编主张的「打开字段」，是让这些后果有机会作为案件事实被登记、被质证，进而在法律允许的范围内发挥作用——例如作为判断「情节严重」「造成恶劣社会影响」等法定情节的事实基础，作为没收违法所得范围的判断依据，或者作为行刑衔接中移送相关行政机关处理的线索。它的作用是让判有机会看见服，而不是另起一套计罚标准。

在这一界限之内，结构量对腐败网络的治理仍有实际意义。其一，它能帮助识别网络而非个案：一次付款对应一张凭证，而市场份额的持续变化、竞争者的成批退出、中标规律的异常，是网络存在的痕迹。其二，它能帮助确定再聚合的方向：当结构损害可以被看见，办案机关就更有理由追问是谁设计了轮流中标的规则、谁决定了「服务费」的预算科目，而不是只追到最后一个签字的经办人。其三，它能为行政、民事救济留下依据：被逐出市场的竞争者即使不在刑事案件中作为被害人出现，登记在案的结构事实也可能为其后续的民事诉讼或行政投诉提供基础。

这里需要一个预言，作为本章判断可以被检验的方式，尚待检验：在同类串通投标与行贿交织的案件中，如果案件材料登记了市场结构变化的事实，办案过程中向上追查规则设计者、预算决定者的比例，应当高于只登记中标金额和行贿数额的案件。若长期观察显示二者没有差别，则本章关于「结构量有助于再聚合」的判断应当降级。

本章在学派坐标中的位置

本章主要松动的是第⑦张出生证——双罚制教义学——在「法」这一端的冻结预设：法被预设为一个法定的构成要件体系，而在实务运行中，这个体系通过数额标准、立案追诉标准和统计口径，被进一步固定成「以数额为中心」的登记结构。本章并不挑战构成要件本身，挑战的是一个附着在要件之外的默认：要件之外的损害既然不影响定罪，就可以不登记。同时，本章也触及第⑤张出生证——威慑论把法预设为价目表，而价目表只能为有价格的损害标价；竞争排斥和未来违法示范没有价格，便在预期制裁的计算中消失。

涉及的制度依赖主要是「结构」：《刑法》第三百八十七条、第三百九十一条、第三百九十三条各自配有数额与情节标准，这些标准被司法解释细化之后，又被织进立

案、统计和考核的口径之中，形成一个只认数额的登记结构。第三百九十三条后段「违法所得归个人所有的按自然人行贿论处」则提示，现行法已经在收益归属上做过一次再聚合。

本章的再聚合读数是：贿赂与串通投标交织的案件中，案件材料是否登记了市场结构变化的事实，以及登记之后，追查是否延伸到了规则设计者和预算决定者。若进一步的观察显示，腐败案件中的竞争排斥后果已经普遍以「情节」形式进入裁判说理并影响处理结果，则本章关于「被没收」的判断应当收窄为「弱字段」问题。

> **带走的话**
>
> 制度字段里没有位置的损害不是被遗忘的损害，而是被没收的损害；遗忘可以靠提醒弥补，没收必须先改变入场的条件。

> **小账**
>
> 结构量与数额量有什么区别？——数额量以审计痕迹为读数，回答损失了多少钱；结构量以市场份额、集中度、进入退出等特征为载体，回答发生了什么形态的破坏。
>
> 办理贿赂与串通投标交织的案件，可以多看一步什么？——看案件材料是否登记了市场结构的变化，以及登记之后，追查是否延伸到了规则设计者和预算决定者。

第 23 章

金融、证券与涉税犯罪的组织动机

◆ 一、材料丰盛不等于理解了组织

金融、证券和涉税违法行为往往留下数量可观的电子凭证：资金收付记录、交易指令、持仓变动、税务发票、客户信息、内部审批流。与贿赂案件中需要费力还原的「服务费」相比，这一类案件的材料似乎格外丰盛，数额也格外清楚：操纵市场的获利可以按账户计算，虚开发票的金额写在票面上，逃避缴纳的税款可以由税务机关核定。

但材料丰盛不等于组织性不法已经被理解。某些异常交易可以通过单笔金额识别，却不能显示是谁制定了持续利用监管盲点的业务模式；某些风险没有形成即时亏损，却可能被企业的经营考核持续放大；某些违法收益落在单位账上，成本却通过市场价格、投资者损失和公共财政的减收分散到了无数看不见的人身上。本章要说明的是一个看似矛盾的现象：在金融、证券和涉税领域，财务字段越清晰，组织真正的危险越可能被掩盖。清晰的数额给了判一个舒适的落点，而那些不在字段里的损害——市场信任的流失、价格信号的扭曲、守法同业的竞争劣势——就被留在了判的视野之外。

这正是本编核心判断在金融领域的特殊形态。上一章看到的是「点不出数」的损害被挡在门外；本章看到的是另一种情形：数点得出来，而且点得很准，正因为点得准，那些点不出来的部分更容易被视为不存在。

◆ 二、三张账：法律账、经营账、社会账

研究金融类单位犯罪，需要分开三张账。

法律账记录的是法定的行为、数额与结果要件。操纵证券、期货市场罪（《刑法》第一百八十二条）问的是是否以法定方式影响证券、期货交易价格或者交易量，情节是否严重；内幕交易、泄露内幕信息罪（第一百八十条）问的是是否利用内幕信息从事交易，情节是否严重；欺诈发行证券罪（第一百六十条）、违规披露、不披露重要信息罪

（第一百六十一条）问的是发行、披露文件的真实性与法定后果；虚开增值税专用发票罪（第二百零五条）、逃税罪（第二百零一条）问的是虚开数额、逃避缴纳税款数额及其比例。这些罪名大多规定了单位犯罪，实行对单位判处罚金、对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚的双罚制。

经营账记录的是组织如何通过风险转移和收益分配制造激励。一家证券公司的某个业务部门为什么持续使用某种交易策略？因为该部门的奖金与交易收益直接挂钩，而风险控制部门只审查单笔交易的合规性，不审查策略本身。一家企业为什么长期从关联方取得发票？因为采购成本的考核要求压低到不现实的水平，「取得进项票」被当作降低税负的「管理技巧」在内部传授。经营账回答的是「为什么会发生」。

社会账记录的是外部人和市场秩序可能承受的损失：被操纵价格误导而买入的投资者，因内幕交易而在信息劣势中成交的对手方，因虚假披露而错配资本的整个市场，因虚开发票而流失的税收和被扭曲的守法企业的竞争地位。社会账回答的是「谁在承担」。

三张账可以相互印证，但不得相互替代。某一企业通过操纵交易获利，不直接意味着每一名交易操作员都具有法定故意——这是不能用经营账替代法律账；某一金融机构内部发生了违法，也不说明市场竞争问题、风险管理问题与刑事归责问题属于同一问题——这是不能用社会账替代法律账。反过来，法律账上的数额认定完毕，也不意味着经营账上的激励结构已经被触及，更不意味着社会账上的损害已经被看见。全书主命题所说的「判服错位」，在这里可以表述为：判写在法律账上，服却分散在社会账里，而能改变风险结构的人站在经营账的背后。

◆ 三、财务字段的清晰性与组织危险可能反向变化

为什么说财务字段越清晰，组织危险越可能被掩盖？至少有三个机制。

数额的锚定作用

当一个案件有一个清楚的数额时，后续的追诉、量刑乃至社会评价都会围绕这个数额组织起来。操纵市场获利若干、虚开税额若干，这些数字迅速成为案件的标识。而市

场在操纵期间形成的虚假价格对其他投资者决策的影响、守法企业在不公平竞争中的流失，因为没有一个可以与之并列的数字，便在叙述中退居背景。数额不只是一个读数，也是一个锚：它把注意力固定在可以计算的那一部分上。

字段完整造成的「已完成」错觉

金融机构的内部系统往往有完备的交易日志和权限记录，税务系统的发票数据也高度结构化。这种完备性容易造成一种错觉：所有该记录的都已经记录了。但这些系统记录的是交易本身，而不是交易背后的业务模式；记录的是谁按下了指令，而不是谁设计了让这一指令不经复核的流程。第三编所说的「被设计出来的不知情」，在高度数字化的金融机构中可能更加隐蔽：每一步都有日志，恰恰是日志之间的空白，构成了组织免于知情的结构。

外溢被视为「执行问题」

John C. Coffee 在 1981 年的论文《没有灵魂可谴责，没有身体可踢》中指出，对公司的罚金会外溢到股东、员工、债权人乃至消费者身上，由此产生所谓「威慑陷阱」：足以威慑公司的罚金可能超过公司的支付能力，而超出的部分由无辜者承担。Coffee 的分析对金融类单位犯罪尤其贴切——一家被处以巨额罚金的上市公司，其股价下跌由全体股东承担，其中大多数人对违法毫不知情。但在 Coffee 那里，外溢是威慑论的一个执行难题，需要通过把制裁转向个人等方式加以修正。本书的分离线在于：外溢不只是执行层面的偏差，而是单位犯罪本身的结构——判落在单位一点，服散在多处，这是组织「拆散」损害与成本的必然结果。本章进一步补充：外溢不只发生在罚金的「下游」，也发生在损害的「上游」。罚金外溢到无辜的股东，损害则早已外溢到无字段的市场参与者。前者至少还在讨论之中，后者往往连讨论的入口都没有。

◆ 四、核心判断在金融领域的成立条件

上一章提出了本编的核心判断：竞争排斥与未来违法示范这类无字段损害，不是被遗忘的损害，也不是被证明失败但并未发生的损害，而是在制度计量方式中没有字段位

置的损害。剥夺它们在场资格的，不是一个拒绝它们的判断，而是一套使它们无法被说出的计量方式。「没有字段」不等于「没有证据」——在反垄断、证券监管等相邻领域，这类损害的证据结构可能已经成熟到足以作出行政认定的程度，只是在刑事端口不被接收。

这一判断不应当只是一种态度，而应当可以被检验。它在什么条件下成立？以下六个条件，每一个都可以独立核验；任何一个不成立，判断就要相应收窄。

第一，相邻法域已经形成读数。竞争排斥在反垄断领域已经以市场份额、集中度、进入率等结构量的形态被行政认定；市场操纵或内幕交易对市场的影响，已经在证券监管领域以异常交易模式、价量偏离等形态被行政认定。如果相邻领域也没有任何读数，那么问题就是「任何制度都点不出数」，而不是「刑事制度漏记」，本编的判断不成立。

第二，零读数发生在立案之前。这些损害消失的位置是案件登记或者立案审查，而不是审判或者证明。如果调查显示这类损害大量进入了案件，只是没有被法院认定，那么问题就在证明标准，而不在字段缺失。

第三，登记系统并非不能接收非金额信息。同一套登记系统中，另一些非金额信息——作案手段的文字描述、共同犯罪的分工结构、被告人的身份情况——是可以登记的。这说明系统本身并非「不支持非金额信息」，而是没有为这类损害打开非金额字段。如果系统中根本不存在任何非金额字段，判断就退化为「系统只装得下钱」，锋芒稍弱，方向不变。

第四，行政认定文书拆开之后可以逐项对应。把一份反垄断行政处罚决定书，或者一份证券监管行政处罚决定书，按照「主体地位—行为形态—市场影响」拆解时，每一部分都能在文书中找到具体的认定理由和数据出处。这意味着结构性的损害已经在别处被分门别类地持有，只是刑事端口没有接收的格子。如果行政认定文书本身就无法拆解，那么问题出在行政领域的证明品质，不在刑事端口。

第五，计量方式的排他性会自我强化。每一次以「无损失数额」为由的不予受理，都可能向下一次同类报案传递「这不叫损害」的经验，使同类报案越来越少。这种自我

强化可以通过对报案记录的历时分析观察到。如果观察不到，那么漏记只是静态的疏忽，判断中关于动态机制的部分不成立。

第六，一旦打开字段，新读数会出现。如果某地试点把行政认定的结构损害完整登记，那么在试点期内，「以结构损害为登记内容」的案件数应当不再为零，而不需要等待新的法律或新的计算公式。如果试点证明这不可能，那么阻碍这些损害进入的就不是字段，而是更深层的实质障碍，本编的判断被削弱。

以上六条，目前都处在「尚待检验」的状态。本书提出它们，是为了说明这一判断在什么局面下应当被放弃，而不是宣称它已经被证实。

◆ 五、与它最接近的几种观点

一个判断是否有新意，要看它能不能被现成的观点无损地重述。与本编判断最接近的，有四种观点。

差额损害传统

法律教义学中的差额损害传统认为：损害等于「假如没有该行为时权利人的状态」与「现实状态」之间的差额，损害认定就是把这个差额换算成可以比较的量。在单位犯罪领域，这一传统表现为对「违法所得」与「造成损失」的精细区分，以及对罚金计算基准的反复讨论。它成功地把那些本来就带价格的损害——合同损失、实物灭失、可计算的利润损失——纳入了定罪量刑的数值系统。

它的困难出现在这样的场合：损害的内容恰恰是「改变了基线」。差额计算需要一个「损害前的状态」作为参照，而竞争排斥或市场操纵的后果，正在于改写了这个参照——操纵发生之后，「如果没有操纵，价格会是多少」这个问题本身就失去了稳定的答案。这不是「算得不够准」，而是计量方式与对象不相匹配，好比想用尺子量温度。

与差额传统的区别在于：差额传统判断的对象是「差额是多少」，本编判断的对象是「差额这个问题在登记表上是否有位置」。面对同一个市场被操纵的情节，差额传统问「每个投资者损失了多少」；本编问「市场价格被扭曲这件事在登记系统里存在

吗」。后一个问题不以前一个问题的答案为前提。差额传统并没有错，它在能拿到可归属差额的案件中完全成立；一旦行为的总量很大而落在每个个体身上的量极微，差额传统说的「损害」与制度上已经认可的「结构破坏」就各说各话。它的适用范围，大体停在财产类单位犯罪之内。

制度事实观

第二种观点认为：法律运作所依赖的事实，不是事物在自然中的状态，而是它们在制度中被认定、登记、记录的状态；一个事实如果没有制度中的位置，对法律来说就不存在。这一观点常与美国法律现实主义者卡尔·卢埃林的《棘丛》（1930）联系在一起〔待核：观点归属〕，在公法理论中也有对应物——基本权利的「制度性保障」学说认为，权利的现实性不在于文本宣示，而在于是否嵌入了能够被主张、被审查、被救济的具体程序。查尔斯·赖希在《新财产》（1964）中的论述也可以沿着这个方向延伸：制度界面决定什么被承认为可主张的权益。

这一观点已经说出了「没有位置就不存在」。本编多说的是两件事。其一，制度事实观给出的是一个状态判断（有位置或无位置），本编给出的是一个过程判断（位置是怎样被分配的，又是怎样一次次被维持的）。同一个损害，为什么在反垄断领域有位置、在刑事领域没有？那个「有」是怎样生长出来的，「无」又是怎样维持的？位置一旦被放回历史之中，就不再是一个开关，而像铁路上的道岔：错过一个道岔，就到不了那个位置。其二，二者给出的药方不同：制度事实观的药方只能是「造一个位置」，本编的药方是「改动分配位置的那道工序」——也就是在登记环节，把「先筛选、后登记」改为「先登记、后分流」。前者停在抽象的制度结构上，后者落在每天发生的登记动作上。

这一区别是可以检验的。如果「无位置」是通过每一次报案时的筛选动作不断被再生产出来的，那么在留有记录的环节，应当能看到这种筛选的文字痕迹——例如不予受理时写的不是「没有损害」，而是「无损失数额」。制度事实观能预测「位置缺失」，却不能预测这种痕迹一定出现。若将来的调查在受理记录中找不到这类痕迹，本编就必须承认：筛选并不落在可以观察的环节上。这一检验尚未执行。

可审计性与数字的权威

第三种观点来自科学史与组织社会学。泰奥多·波特在《信任数字》（1995）中提出：当组织面对多方面的问责压力时，标准化的数字之所以胜出，不是因为它更准确，而是因为它能抵御「局内人偏见」的指控；可审计性由此成为首要的认知美德。温迪·埃斯佩兰等学者进一步指出，测量工具一旦嵌入决策程序，就会反过来规定人们参与讨论的条件——拿不出数字，就没有发言权〔待核：具体文献〕。

如果把波特与制度事实观合并，可以得到一个与本编判断相当接近的说法：「单位犯罪中的结构损害之所以没有地位，是因为不可审计的损害在制度界面上缺乏位置。」这一合成说法在方向上与本编一致，但在三处够不着。

第一，波特的机制预设了需要被审计的对象已经在场，组织是在同一对象的多种表示中偏好可审计的那一种。本编说的是另一件事：结构损害在刑事端口从未作为「可处理的东西」出现过，连「在多种表示中选择」的环节都还不存在。波特的机制发生在选择之后，本编的机制发生在选择之前。

第二，如果波特的框架完全适用，那么当结构损害已经在反垄断或证券监管领域以数字的形态出现——市场份额、价量偏离、集中度变化，有正式文书、签字盖章、数据方法说明——刑事端口在同样的可审计性压力下应当接纳它。但它可能没有被接纳。要用波特的框架解释这一点，需要额外假设某种「抵制」；本编则不需要这一假设：刑事端口筛选的标准不是「是不是数字」，而是「是不是本领域自己生产的金额字段」。来自相邻领域的数字到达刑事端口时，它的数字属性没有被看见，因为它不是本领域统计表上的栏目。不是「没有数」，而是「没有本领域的数」。不妨把这一现象称为「本位量纲」：数字被承认，不在于它是数字，而在于它是否由本领域的计量方式生产。

第三，合成说法仍然是描述性的，没有指出可以动手的地方。问「那么该改哪里」时，波特只能回答「改变可审计性压力」，制度事实观只能回答「增设制度位置」；本编的回答是：最小的可动部位，是立案登记之前那道「转录闸门」，而不是立案之后的证明，更不是法庭上的计算公式。

需要承认的是，上述关于「本位量纲」的比较，目前只建立在制度运行的一般观察之上，缺少对办案人员的直接访谈。不能排除另一种可能：办案人员确实不熟悉结构性数据的含义和可靠性。如果这一点被访谈和问卷证实，那么「本位量纲」应当降格为「不同制度之间对可审计性的认知差异」，二者接近，但不等价。

◆ 六、金融与涉税案件中的三种场景

把上述分析放回金融、证券与涉税犯罪，可以区分三种场景。下文第24章将给出一个判断是否属于无字段损害的判别方法，这里先作直观的说明。

第一种场景：内幕交易，证券市场出现异常波动，但无法把损失归属到特定的投资者身上。这时，刑事端口可以登记的是违法所得数额，若违法所得未能查清，金额字段就接近于零；而在证券监管领域，异常交易监控、价量偏离分析等已经有相应的记录与认定方式。这是典型的无字段损害场景：社会账上的损害真实存在，法律账上能登记的只是行为人的获利，而获利与损害并不对等——一笔不大的违法所得，可能对应着一段被扭曲的价格形成过程。

第二种场景：虚开增值税专用发票，受票方尚未抵扣。这时金额字段并不为零，票面金额与税额清楚可查。这不属于无字段损害，问题转入「数额计算是否妥当」——例如虚开数额与实际造成的税款损失之间如何区分，司法解释对此已有专门规定〔待核：现行涉税刑事案件司法解释的名称与条文〕。本编的分析在这里不适用，这正说明本编的判断有边界：不是所有难算的损害都是无字段损害。

第三种场景：单位走私或逃税，没有一个传统意义上的「被害人损失」，但偷逃税额或应缴税额起到了替代作用。这一场景提出了一个本编无法完全解释的问题：为什么「偷逃税额」这种替代读数能被刑事制度顺利接受，而结构量这种替代读数不能？税额并不是被害人的损失额，而是国库的应收额，它与「损失」的距离并不比市场份额的变化更近。一个可能的解释是，税额由税务机关按照法定程序核定，天然具有本领域承认的计量形式；另一个可能的解释是，刑事制度对不同的「代偿性读数」存在亲疏有别的

优先次序。本编对这一次序没有展开分析，只指出它的存在：替代读数之间也有高下。这是本编之外需要继续研究的问题。

◆ 七、组织动机：为什么金融机构偏好「可解释的数额」

最后回到组织动机。在金融、证券和涉税领域，单位面对刑事风险时有一种特殊的策略空间：由于数额是案件的锚，组织有动力把自己的违法行为塑造成一个「数额清楚、范围有限」的形态。

一家企业在被调查时，可能主动承认某几笔交易、某一段时期的违法所得，并配合计算出一个精确的数额，同时在叙述中把业务模式、考核制度、长期的风险转移安排描述为「个别人员的违规操作」。这种策略对组织是理性的：一个清楚的数额对应一个可预期的罚金，第七编将讨论的「罚金预算化」由此成为可能；而一旦业务模式本身被看见，组织面临的将是更难预期的整改、业务限制乃至个人追责。

从判与服的角度看，这是一种「不服」的形态：形式上接受了判（承认数额、缴纳罚金），实质上把判框定在一个不触及风险结构的范围内。数额越清楚，这种框定越容易成功。这也是本章开头所说「财务字段的清晰性与组织危险可能反向变化」的组织根源。

对此，刑法不能、也不应当以经济评价扩大定罪范围。可以做的，是在法律账之外，保留经营账与社会账的观察位置：在执法取证中，跨账户关联、交易时序、内部权限日志是观察组织机制的重要材料；在研究中，若无法取得完整的交易数据和合理的对照，就不能仅凭公开报道推断市场损害。如果某项所谓的结构损害无法被可靠地复测，就应当收缩理论的适用范围，而不是扩大定罪的条件。本编把「被没收的损害」放在中心位置，恰恰需要与法定的金融证据标准进行最严格的比较。

这里可以提出一个尚待检验的预言：在罚没金额相近的金融类单位犯罪案件中，若案件材料同时登记了业务模式与考核制度方面的事实，后续针对直接负责的主管人员的追责比例，应当高于只登记交易数额的案件。若二者没有差别，本章关于「数额锚定掩盖组织危险」的判断应当降级。

本章在学派坐标中的位置

本章主要松动的是第⑤张出生证——威慑论——在「法」这一端的冻结预设：法被预设为价目表，组织被预设为会算账的理性人。在金融、证券和涉税领域，这张价目表看起来最为完整，数额最清楚，罚金也最容易计算；但价目表只为法律账上的数额标价，社会账上无字段的损害不在表中。Coffee 所说的罚金外溢，在威慑论内部被吸收为「执行问题」，本章则指出外溢还有一个上游——损害本身的外溢。威慑论把它们一并「改名」为执行偏差，本章把它还原为判服错位的结构性组成部分。

涉及的制度依赖主要是「连接」：《刑法》第三十一条把单位与直接负责的主管人员、其他直接责任人员连接起来，而在金融类案件中，这条连接通常沿着交易指令和审批签字延伸，较少延伸到业务模式与考核制度的设计者。法律账上的连接清晰，经营账上的连接空缺。

本章的再聚合读数有两个：一是相邻监管领域已有的结构性认定（异常交易、价量偏离等）在刑事案件材料中的登记比例；二是登记之后，追责是否延伸到业务模式的设计者。若进一步研究表明，金融类单位犯罪中的市场影响已经普遍通过「情节严重」的认定进入裁判并影响处理结果，则本章的判断应当收窄为对少数场景（如违法所得未能查清的内幕交易）的诊断。

> 带走的话
>
> 在金融、证券和涉税领域，财务字段越清晰，组织真正的危险越可能被掩盖；点得准的数额，让点不出的损害更像不存在。

小账

法律账、经营账、社会账各回答什么？——法律账记录法定的行为、数额与结果要件；经营账回答违法为什么会发生；社会账回答投资者、对手方和守法同业中谁在承担。

金融类案件的追责常停在哪里？——常沿交易指令和审批签字延伸，较少延伸到业务模式与考核制度的设计者；可先核对相邻监管已有的结构性认定是否进入刑事材料。

第 24 章

安全生产、环境与食品药品责任

◆ 一、风险的时间结构不同于财务账期

安全生产、环境污染和食品药品安全领域的单位违法，有一个共同特点：严重后果可能在预算年度之后很久才出现。企业压缩安全培训、推迟设备维护、减少污染治理投入、降低原料检验频次，当期就能在财务报表上看到成本下降和利润上升；而由此累积的风险——一次事故、一片受污染的土壤和地下水、一批流入市场的不合格产品——却可能在一年、三年甚至更久之后才显现，并由劳动者、周边居民、未来的消费者和后来的经营者承担。

这是一种典型的时间上的拆散。决定（削减某项投入）发生在今天的预算会议上，收益（成本节约）记在今年的利润里，损害却落在未来某个不确定的时点、不确定的人身上。财务账期是一年，风险账期可能是十年。若只把违法收益理解为当期利润，就会低估由组织选择累积起来的风险；反过来，若把每一项潜在的长期损害都提前认作已经发生的刑事结果，又会越过法定的构成要件和证明要求。本章要在这两种错误之间找到位置。

Diane Vaughan 在研究美国「挑战者号」航天飞机失事的著作（1996）中提出了「越轨常态化」的概念：组织中的偏离不是一次做出的，而是一步一步被正常化的——每一次小的偏离没有造成事故，就成为下一次更大偏离的基准。安全生产和环境领域的单位违法，常常沿着这样的轨迹展开：第一次推迟检修没有出事，第二次就顺理成章；超标排放一次没有被发现，就逐渐成为「行业惯例」。本书与 Vaughan 的分离线在于：她揭示的是组织内部的认知漂移，本书则追问这一漂移在组织的签名结构中留下了什么痕迹（第八编将讨论「不知情」辩解如何在漂移中存活）；本章进一步追问，漂移所累积的损害在刑事制度中有没有一个可以登记的位置。

◆ 二、不同罪名有不同要件，不能以「系统失灵」一言以蔽之

组织过错的分析可以观察很多东西：企业是否存在真实的停止作业权限，一线人员发现隐患时有没有渠道报告、报告后有没有人处理，设备整改是否留有记录，环境监测数据是否被人为干预。这些观察有助于理解事故或污染为什么会发生。但必须承认，不同罪名有不同的要件，不能以抽象的「系统管理失灵」替代对要件的逐项审查。

安全生产类犯罪中，重大责任事故罪（《刑法》第一百三十四条第一款）、强令、组织他人违章冒险作业罪（第一百三十四条第二款）、重大劳动安全事故罪（第一百三十五条）以发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果为要件，处罚对象主要是对事故负有直接责任的人员和直接负责的主管人员；《刑法修正案（十一）》增设的危险作业罪（第一百三十四条之一），则把具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的特定违规行为纳入刑法，不以实际发生事故为要件。需要注意的是，这些罪名在立法上主要以自然人为处罚对象，并未普遍规定对单位判处罚金〔待核：逐条确认是否规定单位犯罪〕。这意味着，在安全生产领域，「单位犯罪」在许多情形下并不是法定的罪名形态，组织的作用只能通过对自然人的归责间接体现。2014 年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释在这里提供了一个边界：分则未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任，而不能因为组织参与就把单位列为被告。

环境犯罪中，污染环境罪（第三百三十八条）以违反国家规定排放、倾倒或者处置有害物质、严重污染环境为要件，单位可以构成本罪，依照第三百四十六条处罚。「严重污染环境」的认定由司法解释作出具体规定，其中既包括以排放浓度超标倍数、排放量等行为指标认定的情形，也包括以造成财产损失、人身伤害、生态环境损害等结果认定的情形〔待核：现行环境污染刑事案件司法解释的名称与条文〕。

食品药品犯罪中，生产、销售、提供假药罪（第一百四十一条）、生产、销售、提供劣药罪（第一百四十二条）、生产、销售不符合安全标准的食品罪（第一百四十三条）、生产、销售有毒、有害食品罪（第一百四十四条）等，依照第一百五十条，单位

可以构成。其中有的罪名是行为犯或者危险犯，有的以对人体健康造成严重危害为要件或加重情节。

有的罪名强调严重后果，有的强调危险行为本身，有的要求特定的资质、违法排放方式或生产经营方式。经济学在这里最适合做的，是还原外部性怎样进入企业的经营决策——某项投入被削减时，决策者是否知道其风险，风险是否被计入了某张账；再由刑法的规定决定，哪些外部性已经达到了犯罪治理的边界。这一分工是全书一贯的立场：经济分析不能代替罪刑法定。

◆ 三、被害者的二次忽略：罚金、赔偿与修复不能混成一个总额

本章还要防止对被害者的二次忽略。第一次忽略，是本编所说的无字段损害——某些损害在登记时就没有位置。第二次忽略发生在制裁阶段：单位被判处罚金后，企业资金紧张，可能影响劳动者的工资发放、事故赔偿的履行和环境修复的投入。若不区分罚金、违法所得的追缴、被害人赔偿与生态修复各自的功能，就可能出现账面上严罚、实际上救济不足的局面。

现行法对此已有若干安排。《刑法》第三十六条规定，承担民事赔偿责任的犯罪分子同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任；第六十四条规定了违法所得的追缴、责令退赔以及对被害人合法财产的及时返还。《民法典》第一千二百三十四条、第一千二百三十五条规定了生态环境损害的修复责任与赔偿范围。这些规定共同表达了一个原则：不同的责任工具承担不同的功能，罚金的惩罚功能不应当挤占赔偿与修复的救济功能。

从判与服的角度看，这里的问题是：判写下了一个罚金数额，服却可能由最不该承担的人承受——拿不到工资的工人、得不到赔偿的事故家属、等不到修复的周边居民。最优的制度不是把这些资金要求混成一个总额，按企业能付多少来压缩，而是在法定的顺序和权利保障框架内，让每一种责任工具履行各自的功能。这也是本编的核心判断在制裁阶段的延伸：损害若在登记时就没有位置，到了制裁阶段也不会有人为它留出份额。

生态损害尤其如此——一片被污染的河段没有「报案人」，它的修复需要只有在被登记为一项独立的损害时，才可能在执行顺序中占有一个位置。

◆ 四、怎样判断一项损害属于「无字段损害」

前两章提出了本编的核心判断：无字段损害不是被遗忘的，而是被没收的。要使这一判断可以被检验，需要一个能够拿去问流程、问记录的判别方法——它问的对象是制度，而不是办案人员的内心。

可以这样表述这一判别方法：一份进入刑事立案流程的材料（无论来自移送、报案还是其他渠道），如果其中包含一项损害陈述，并且满足以下三个条件之一，就触发了无字段损害的机制。其一，没有金额可填，案件因此被退回或者搁置；其二，经办记录或者内部会议记录中出现「该情节无损失数额，不予考虑」或者意思相同的表述；其三，同一情节在相邻的行政法领域有对应的认定字段，但在刑事立案登记中没有出现对应字段。

这一判别方法不含「应当」「有意义」「充分」「真正」之类的评价性措辞，问的是三个可以观察的具体问题：有没有金额字段？记录里怎么写？相邻领域有没有字段？三个问题的答案在不同的场景中各不相同，因此判别结果也各不相同。下面用五个场景试一遍。

场景	金额字段	记录中的表述	相邻领域字段	判别结果
串通投标逐出竞争者	无	「无直接损失」	反垄断法上的排除、限制竞争	触发
长期超标排污，无个体受害者报损	无	「无被害人报损」	环境监管中的环境质量指标	触发
内幕交易致市场异常波动，损失无法归属	无或极小	「违法所得未查清」	证券监管中的异常交易认定	触发
虚开增值税专用发票，受票方未抵扣	有（票面税额）	—	—	不触发，属数额计算问题
单位内部盗窃，损失有账可查	有	—	—	不触发

第二个场景与本章直接相关。设想一家企业长期以略高于标准的浓度排放废水，每一次排放都没有造成可以归属到某个人身上的财产损失或人身伤害，周边也没有人报案；但环境监管部门的监测记录显示，受纳水体的若干项环境质量指标在数年间持续恶化。这时，刑事端口能够直接登记的，可能只有排放行为本身和若干次检测超标的数据，而「一段水体的环境质量被持续拉低」这一结构性的后果，若没有对应的字段，就只能以笼统的文字附带一提。需要说明的是，污染环境罪的司法解释已经规定了以超标倍数、排放量等行为指标认定「严重污染环境」的情形，这在一定程度上为环境领域打开了非金额的入口——这恰好说明，字段是可以打开的；问题在于，打开的通常是行为指标，而不是环境质量这一结构性后果本身。

◆ 五、三个观察指标

判别方法只能逐案判断。要观察制度整体，需要指标。本编提出三个可以观察的指标，均为检验设计，尚未执行。

零字段不予受理率

指在一定时期内，刑事立案环节以「不存在损失金额」「损失数额未能确定」或者意思相同的理由不予受理或者退回的报案数，除以同期所有包含非金额损害陈述的报案数。分子和分母的提取，依赖案件登记中的「报案类型」与「不予受理理由」两项信息的交叉统计。预期是：在相邻领域已经形成读数的损害类别中，这一比率明显高于普通财产类案件的不予受理率。作为一个示例性的判断阈值，可以设定二者之比达到一点五倍以上才视为明显；低于这一水平，说明制度性的屏蔽与其他因素混在一起，指标的识别力不足，应当进入复核。

结构量字段覆盖率

这是本编最核心的读数。指在一定范围的案件中，案件登记里至少存在一个以结构性损害为内容、不要求以货币表达的字段（例如「市场集中度变动」「排除行为类别」「环境质量指标变化」）的案件数，除以同期涉及相应行政处罚或行政认定的案件数。

这个指标不追求精确的比例，而在于可以比较大小：若为零，说明登记方式完全由数额独占；若在试点中打开字段之后仍为零，则说明问题不仅在于「字段缺失」，还在于行政认定与刑事登记之间的数据接口不通——这将是一个更值得深究的结果，但本编的判断会因此被削弱。

结构量字段覆盖率之所以重要，是因为它直接测量了本编所说的「没收」是否在发生。损害有没有被评价、评价得是否妥当，是后面的问题；覆盖率测量的是更前面的问题：损害有没有一个可以被评价的位置。

回写痕迹

指某类无字段损害的报案被不予受理之后的十二个月内，同一类型损害向同一立案机关的再次报案量，与不予受理之前十二个月平均报案量之比。若这一比值普遍小于一，就支持「回写效应」的存在：一次不予受理，教会了潜在报案人「这不叫损害」。若比值不降反升，说明报案人有外部的维权动力，其行为并不受制度预期的调节，本编关于计量方式自我强化的判断就需要修正。

三条自我否决的条款

指标本身也可能出错。为了防止它们变成只会证实自己的工具，本编为它们设置三条自我否决的条款。

第一条关于一致性。同一批案件由两位编码者按上述判别方法独立判断，若二者的一致性系数低于约定的门槛（例如零点六五），判别方法就不能作为研究工具使用。低一致性可能源于「损害陈述」一词边界模糊，也可能因为不予受理理由的写法五花八门。出现这种情况，应当退回个案分析，不再以「无字段」为分析单位。

第二条关于改名的嫌疑。若零字段不予受理率与「行政案件进入刑事渠道的比例」高度相关——行政移送少的年份，零字段不予受理也少——就必须考虑一种替代解释：所谓「无字段损害」，可能只是「行政移送刑事渠道整体不畅」的另一个名字，没有独立的诊断价值。一旦出现这种嫌疑，分析就必须控制渠道流量，比较同等流量下有字段与无字段案件的不同命运。

第三条关于失效。若结构性字段在试点中被实际打开并使用，但只在量刑阶段使用，没有改变任何一个案件的立案登记形态，那么「计量方式而非证据是第一关口」的论断就失去前提。新字段若只是在结案之后补记，那只是「标注的延迟」，不是「计量方式的改写」。延迟的标注只改变统计表，不改变案件走过的路径；本编要的，是路径改变的证明。

◆ 六、与两种中国学说的区别

在环境、安全和食药领域，与本编判断最接近的是两种中国学说。

法益侵害说

中国刑法学的主流观点认为，犯罪的本质是法益侵害，损害的判断以规范保护目的为取向；在单位犯罪领域，损害表现为具体法益的减损——财产、秩序、安全、生态、公众健康。这一学说回答的是「什么被侵害了」。

本编的区别在于：法益侵害说回答了损害的指向，没有回答损害在制度中能否进入。它默认「法益受到保护」就等于「法益受到侵害时能被制度识别」，而没有注意到，法益的减损如果没有字段，在个案登记中就无法成为可以处理的对象。法益侵害说的对象是法益，本编的对象是法益减损在登记中的外观。法益受到侵害而字段为零，可能正是单位犯罪司法中一种常见的情形。

以一个构想场景说明：一项排污行为同时损害了周边居民的财产（鱼塘死鱼，损失可以估价）和一段水体的生态功能（没有单个受害人）。按法益侵害说，两种法益都受到侵害，都应当考虑。按本编的判断，可能只有能够估价的那一部分——鱼塘的损失——顺利进入字段，生态功能的减损在登记环节只剩下一句附带的描述。法益侵害说能指出生态法益受到了侵害，但无法预测它在具体案件中会不会被登记。它的解释力停在「为什么应当处罚」，够不到「为什么看不见」。而且，对法益侵害说而言，账本上没有栏目只说明立法有漏洞；本编要说明的是，有些法益在国家法的整体账本上并不缺页——环境法上有环境质量标准，反垄断法上有竞争损害认定——只是刑事这本分账与行政法那本分账之间不相通。

证明困难说

中国刑事诉讼法学界和实务界常把结构性损害难以进入单位犯罪案件的原因归结为「证明难」：排除合理怀疑需要稳定的证据结构，而结构性损害拿不出单一、明确、可以审计的损失凭证，于是要么被忽略，要么作为量刑情节模糊处理。

本编的区别在于：证明标准只能作用于已经受理的证据评价，无法作用于未被登记的损害。证明困难说预设了「证据已经走到法庭门口，因为标准太高被挡下」；本编的观察是：证据可能在立案环节就走不过去，因为那里另有一道更早的、不以证据质量为标准、而以字段匹配为条件的关卡。把它说成证明难，是把登记难误认为质证难。

二者给出的改革方向也不同。对证明困难说而言，问题在于「标准太高」，药方自然是「适当降低或者细化标准」；本编认为，降低证明标准可能并不解决问题，因为材料根本没有走到需要适用证明标准的地方，应当改的是立案登记的筛选顺序——先登记，后分流。而且，降低刑事证明标准本身与刑事诉讼保障人权的原则相冲突，本书不主张这一方向。

这一区别可以裁决。设想选取一批以结构性损害为内容的行政认定文书，追踪它们进入刑事程序时的命运：证明困难说预测，其中相当一部分会「进入并经质证后被排除」，在庭审或审查起诉记录中留下痕迹；本编预测，大多数不会越过登记关，只在受理退回的记录中出现，而不在质证记录中出现。这一检验尚未执行，但它不需要新建数据库，只需在现有的两类记录中交叉检索，在条件具备时是可以完成的。

◆ 七、检验本编判断的条件

一个判断要可错，就要说出什么局面出现时它应当被放弃。除前面提到的成立条件和自我否决条款外，本编的判断还面临以下几种可能的反驳，均尚待检验。

其一，登记方式的反驳。如果立案前的登记并非「先筛后登」，而是「全量登记、事后补正」——每一个报案先作为案件登记，再在后续流程中决定去留——那么「登记前的过滤是无字段损害归零的第一现场」这一判断就会被推翻，至少要大幅改写。检验这

一点，需要分析案件管理系统在登记时强制要求哪些信息、哪些报案在登记时被排除，并区分行政移送通道与直接报案通道。

其二，弱字段的反驳。如果在没有打开结构性字段的情况下，零字段不予受理率自发下降——实务中通过「证据变通」或「情节嵌入」让这些损害以别的名目进入案件，例如写成「社会影响恶劣」——那么「计量方式决定能否进入」的机制强度就需要下调。严格地说，这种情形不算本编正确，而是本编的一个变体：不是计量方式开了口子，而是旧计量方式中已有的模糊字段临时容纳了它们。如果这种临时容纳广泛存在，那么这些损害就不应称为「无字段」，而应称为「弱字段」。二者的差别至关重要，应当分别计量。在环境和食药领域，「造成恶劣社会影响」一类情节恰恰可能是这样的弱字段。

其三，试点失败的反驳。如果在某地开展「先登后分」的试点，并在登记中分别标记行政认定的主体地位、行为形态与结构影响，十二个月后「以结构性损害为登记内容」的案件数仍为零，本编「结构量已有读数、转录后即会显现」的判断就不成立。如果试点出现大量随意勾选、虚报读数，则说明「字段不是瓶颈，监督才是瓶颈」，本编关于计量方式优先的判断被削弱。

其四，未来违法示范的反驳。本编的论证主要集中在竞争排斥上；「未来违法示范」是否同样一直没有字段，需要在裁判文书中作定向检索。司法实践中，「示范效应」「行业风气」常被引入裁判说理，很可能出现「说理中有、字段中没有」的中间状态。这一状态在方向上与本编一致，但仍需取样之后才能下结论。

其五，考核因素的反驳。如果实证研究表明，追赃挽损等考核口径对案件能否进入刑事程序的影响远大于登记字段——去除这些考核口径之后，零字段不予受理率显著下降——那么本编把考核视为计量方式的「维持者」而非「主因」的判断就要修正，「先改登记」的建议应让位于「先完善考核口径」。即便如此，本编关于计量方式联合运转的总判断仍可成立。

其六，认知能力的反驳。如果零读数与该类行为在民事、行政程序中是否被承认都不相关，而只是办案人员不熟悉结构性数据的问题，那么本编的判断就退化为「专业认知在不同机关之间分布不均」。检验这一点的方法是：观察同一批办案人员在其他经济

案件中是否能够充分理解市场或环境的结构性数据；若能，认知问题就解释不了行为差异，只能回到制度设计。

◆ 八、改革自身的两处风险

最后要说出本编主张自身的两处风险。

第一处风险：打开字段可能先放进来的是「杂案」。如果无字段损害被归零真是计量方式驱动的，那么字段放开之后，第一批进入的应当是结构性损害。但也可能出现另一种情形：首先进入的是一些原本因金额不足被挡在门外的普通纠纷，换上「结构损害」的外衣后被放行。对旧计量方式进行内部改革，可能在控制其最坏后果之前，先打开了它最容易被滥用的功能。

第二处风险：转录可能侵蚀被告人的质证权。把行政认定中的结构性分析直接转录为刑事案件的证据材料，是在行政与刑事之间打开一个口子。这个口子不只让应当进入的结构性损害进入，也可能让应当由刑事程序独立审查的事实借行政认定的外衣通过。行政认定被刑事程序不加审查地接受，会削弱辩护方的质证权能。本编要求对转录材料进行「证据产品化」——按项拆分、逐项标明出处、逐项可以质证——来回应这一风险，但证据产品化本身需要时间、人力和程序成本。如果这些成本主要由被告方承担，改革就可能适得其反。这两处风险，将在下一章讨论具体制度建议时一并回应。

本章在学派坐标中的位置

本章主要松动的是第④张出生证——组织过错论——的典型吸收方式。组织过错论把组织预设为会产生结构性过错的系统，把法预设为对结构缺陷的谴责，它聚合的是「结构」；但在安全、环境、食药领域，它容易以「免检」的方式吸收异象——凡管理失灵都算过错，而不再追问各罪名的具体要件。本章一方面坚持逐罪名审查要件，拒绝以「系统失灵」替代构成要件；另一方面指出，组织过错论聚合的是过错的结构，却没有聚合损害的结构：环境质量的持续恶化、安全风险的长期累积，在登记中可能只剩下附带的描述。

涉及的制度依赖主要是「次序」：在制裁阶段，《刑法》第三十六条确立了民事赔偿优先于罚金的次序，《民法典》确立了生态修复责任；但如果损害在登记阶段就没有位置，执行阶段的次序也无从安排。登记的次序决定了救济的次序。

本章的再聚合读数是结构量字段覆盖率：涉及环境、安全或食药行政处罚的案件中，刑事登记里出现环境质量、风险暴露等非金额字段的比例。若进一步的研究表明，现行司法解释中的行为指标已经足以使这些领域的结构性后果获得登记和评价，则本章的判断应当收窄到食药与安全生产中尚无此类指标的部分。

> 带走的话
>
> 财务账期是一年，风险账期可能是十年；损害若在登记阶段就没有位置，赔偿优先与生态修复的执行次序也就无从安排。

小账

「系统失灵」能否代替逐罪名审查？——不能。安全生产类罪名多以自然人为处罚对象，环境与食药罪名又有行为犯、危险犯和结果犯之分，要件必须逐项审查。

怎样判断一项损害属于无字段损害？——看三件事：有无金额可填而致退回搁置，记录里是否写着无损失数额不予考虑，相邻行政领域有字段而刑事登记中没有。

第 25 章

知识产权、数据与平台型单位犯罪

◆ 一、可见交易额不等于全部社会损失

平台企业与数据密集型企业的违法行为，常常发生在多边市场之中：一边是用户，另一边是商户、广告主、劳动者或者内容生产者。企业可能通过提高佣金、降低数据安全投入、实施不正当的技术干预来获得利润，而风险被分散到不同的参与群体之间。有些损害可以用经济收益测量——非法出售个人信息的获利、侵权复制品的销售额；另一些损害却表现为进入门槛被抬高、信息的可信度下降、交易机会被系统性地排除。前者有字段，后者往往没有。

这类损害的特殊之处在于，它们不仅被分散到了组织之外，还被分散到了算法与数据结构之中。一项排序规则的调整，可能使数以万计的小商户的曝光量同时下降，但没有任何一个商户能够指出自己因此损失了多少；一次数据安全投入的削减，可能使数以百万计的用户信息处于泄露风险之中，但在泄露发生并被查明之前，没有人能报出一个损失数额。用全书的语言说，平台型单位犯罪把损害拆散得最彻底：决定在一行代码里，知情在一个数据团队里，收益在平台的财务报表里，损害在无数个分散的用户和商户身上，而签名可能只是一次例行的版本发布审批。

本编的核心判断——无字段损害是被没收的损害——在这一领域既最有解释力，也最需要克制。最有解释力，是因为平台生态中大量的损害确实没有对应的登记字段；最需要克制，是因为刑法不能仅凭经济评价扩大知识产权或数据犯罪的适用范围。

◆ 二、先看罪名，再看市场

平台拥有市场支配地位、使用不合理的合同条款，或者发生算法上的差别对待，并不必然构成单位犯罪。判断的顺序必须是：先看是否符合刑法分则的具体规定和相关司法解释，再把更广泛的市场影响交给合适的行政监管、民事救济或者立法政策讨论。

与本章相关的罪名主要有几类。知识产权犯罪中，假冒注册商标罪、侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪等规定于《刑法》分则第三章第七节，依照第二百二十条，单位犯本节规定之罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照各该条的规定处罚。数据与网络犯罪中，侵犯公民个人信息罪（第二百五十三条之一）、非法获取计算机信息系统数据罪（第二百八十五条第二款）、拒不履行信息网络安全管理义务罪（第二百八十六条之一）、帮助信息网络犯罪活动罪（第二百八十七条之二）等，均规定了单位犯罪。其中，拒不履行信息网络安全管理义务罪尤其值得注意：它以网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正为要件，本身就是一种以行政前置程序为条件的罪名——行政与刑事的接面在这里被直接写进了构成要件。

把反垄断法、数据保护法与刑法的目的和证明标准混同，是本章特别需要避免的错误。反垄断法上的滥用市场支配地位，以排除、限制竞争为评价对象，适用行政程序和行政证明标准；《个人信息保护法》《数据安全法》规定的义务违反，首先产生行政责任与民事责任；只有在符合刑法分则规定的情形下，才进入刑事评价。本编主张的「打开字段」，是让已经在相邻领域形成的结构性认定，有机会在刑事案件中作为事实被登记、被质证，而不是让行政法上的违法评价直接变成刑法上的犯罪评价。

◆ 三、测量的纪律

对于平台生态中的无字段损害，可以尝试测量：比较违法行为发生前后商户的退出率、用户的迁移、相关价格与服务质量的变化，并引入不受该事件影响的对照组。但测量要守纪律。若没有基础数据，不能把想象中的差异当作已经证实的损害。使用平台公开年报或行业数据时，也应认识到：披露规则不同，竞争周期变化，监管政策调整，这些因素可能同时影响读数。一项理论，只有在竞争性解释不能充分说明观察结果时，才能获得强于政策直觉的经验支持。

这一纪律对本编的判断同样适用。本编说无字段损害「被没收」，前提是这些损害在相邻领域已经有了读数；若相邻领域也没有读数，问题就不是转录，而是发现——需要的是全新的识别程序，而不是制度之间的转介。平台领域中的许多损害恰好处在这个边

界上：有些已经有了反垄断或个人信息保护领域的认定，有些还只是研究者和受影响者的观察。本章的讨论限于前者。

◆ 四、行刑衔接与公共法益保护：两种更近的观点

在平台与数据领域，与本编判断最接近的是两种观点，比前几章讨论的观点离本编更近，因此更需要说清区别。

行刑衔接研究

行政执法与刑事司法的衔接，是中国行政法学和刑事法学共同关注的成熟课题。其基本论断是：行政处罚与刑事追诉之间应当建立移送机制，防止以罚代刑；对涉嫌犯罪的案件，行政机关应当依法移送，司法机关应当依法接收。《行政处罚法》、国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》以及相关的规范性文件对此有系统规定。这一研究脉络关注的核心是「移送义务」。

本编的区别在于：行刑衔接研究处理的是机关之间的责任，本编处理的是计量方式之间的转介。前者关心的问题是「谁应当在什么期限内向谁移交案件」，本编关心的问题是：行政案卷中的证据结构进入刑事端口时，是保持原有的结构，还是被刑事计量方式重新切碎、过滤、压平？移送义务解决的是案卷整体能否过境，本编要解决的是案卷中的结构性内容能否不失形态地过境。行刑衔接可以保证「案子送到了」，但送到的可能只是剥掉了所有非金额内容之后的一纸处罚决定和一张罚没金额单。

以一个构想场景说明：一家平台企业因滥用市场支配地位被反垄断执法机构作出行政处罚，认定书中包含相关市场界定、市场份额、排除行为和竞争影响的分析；其后因相关事实涉嫌犯罪被移送。若移送材料只是处罚决定书全文和罚没金额，刑事端口看见的就只是「一个曾经因垄断被处罚的单位」和一个金额，而不知道市场结构在那份决定书背后发生了什么变化。按行刑衔接的标准，移送义务已经履行；按本编的标准，这是衔接中最需要警惕的一种情形——通道是通的，但货物在通道口被改装了。

因此，本编认为，「证据产品化」不是完善移送的附属工作，而是决定移送有没有实质意义的独立条件。没有证据产品化，衔接越顺畅，结构性损害被压平得越不留痕

迹。行刑衔接研究若沿着自身思路延伸，可能会把问题理解为「移送材料不够具体」，进而呼吁更完善的移送；本编的检验点在于：材料在移送之前，是否已经被整理成可以分项拆解、分项质证的形态。前者把重心放在移送义务是否「足」，后者把重心放在移送之物是否「成型」。二者在实践指导上方向不同，可以被检验。

公共法益保护说

在比较法上，一些制度在界定企业刑事责任时，引入了公共法益或者集体法益的保护进路，主张这类法益的损害不要求单个被害人的实际损失，而可以通过行为对制度秩序的减损来表达。这一进路的理论重心在于「罪名的保护范围」，工作对象是立法与教义层面的概念。

本编的区别在于：公共法益保护说论证的是公共法益的可保护性，用的是规范论证；本编论证的是公共法益的可登记性，用的是制度分析。面对「市场秩序受损但没有单一被害人报损」的案件，公共法益保护说会说：刑法教义上应当承认这种法益侵害，并发展出功能性的指标来认定。本编会说：在转录闸门未打开之前，教义上的承认只改变了教科书，没有改变登记表；应当先动登记的入口，再谈教义。

这一区别也可以检验。以串通投标罪为例，竞争秩序作为其保护法益在刑法学界已有广泛共识，但实践中的追诉标准，仍主要以中标项目金额、给他人造成的直接经济损失等数额指标为依据〔待核：现行立案追诉标准的具体表述〕。观念层面已经承认，字段层面没有变化，实践也就变化有限。公共法益保护说能否自行解释这一现象？可以，它会说「这说明实践还没有真正接受这一观念」。但这种解释是退守性的，几乎不承担被否定的风险。只有在一个前提下，两种观点的差距才会显现：如果刑法教科书和司法培训都已经明确主张结构性损害的独立地位，而登记字段仍然没有改动，那就不是观念没有被接受，而是计量方式拒绝接触观念。后者正是本编的预测。

本编要守住的判断是：一个新罪名或者一种修正后的法益观，如果计量方式未动，就好比给一个不出现在统计表中的案件立规矩。这一判断的尖锐之处在于指出，争论「应当保护什么法益」的研究，可能绕开了决定损害能否被看见的第一现场。

五、一个对本编不利的事实

必须报告一个对本编不利的事实：在反垄断执法中，罚没金额同样是被关注的重要数据。反垄断执法同样高度数字化，执法成效的对外呈现也常与罚没金额相联系。这一事实削弱了「考核口径决定单位犯罪漏记」的说法：如果反垄断领域同样重视金额，为什么它还能保留结构性的认定字段?

一个可能的回答是：反垄断领域的「损害」从起点上就没有可供计算的个人赔偿，执法者在业务一开始就不得不在结构指标上开展工作。若这个回答成立，它反而支持本编更基本的判断：不是考核选择了字段，而是起点上的约束塑造了字段，考核只是让已有的字段更加稳固。但这一回答尚未在反垄断执法实践中得到正面验证，只是推论。它不改变本编的总判断，却缩小了「优先完善考核」这一建议的作用范围。它提示的方向是：先改登记，再完善考核，比先改考核更稳妥——因为在反垄断领域，结构性字段在金额受到重视的环境中仍然能够存续，说明字段结构与考核口径之间并不是简单的上游决定下游。

六、四格辨别：结构损害能否「成型」过境

前面的讨论引出一个问题：结构损害要进入刑事程序，光有读数够不够？本编的回答是不够，还需要看读数的形态。为此建立一个二维的辨别格。

第一条轴是：损害是否已经在相邻领域形成结构性读数。第二条轴的选择需要小心。如果以「行政领域是否已经形成认定」为第二轴，它与第一轴几乎是同一件事的两个说法，不能提供新的区分力；如果以「案件来源类型」（行政移送、直接报案、检察监督）为第二轴，它又只是登记路径的一个侧面，会把辨别格缩成「先来的与后来的」之分。本编最终采用的第二轴是：结构性读数在进入刑事端口之前，是否已经被整理为可以拆解、可以质证的证据形态，即是否已经「产品化」。具体的判断标准是：主体地位、行为形态、结构影响三个部分，能否在移送之前分别标明证据来源。

这两条轴互不包含。一项行政认定可以有结构性读数而没有产品化；反过来，一份报案材料可以没有任何行政认定，却早已被专业机构整理成了证据产品的格式。以下四格均为构想场景。

第一格：有结构读数，已产品化

设想反垄断执法机构对一家企业的纵向垄断协议作出行政处罚，认定其在转售环节对下游经销商固定价格、限制竞争。认定书在「主体地位」部分提供了相关市场的界定与份额数据；在「行为形态」部分提供了合同条款、价格表和往来通讯的证据摘要；在「结构影响」部分提供了干预前后下游零售价格变化的数据。三部分的证据来源分别标注，移送后可以按原文摘出。

本格的独立预测是：这类案件即使刑事程序不展开新的侦查，仅靠转录，登记中也可以出现非零的结构性字段，且不会因「无犯罪数额」被退回。但本格也最容易出现「行政认定被刑事程序不加审查地吸收」，因为它实在太方便了。本格最需要强调的配套是：转录的前提是每一部分都可以质证，而不是行政机关的结论具有权威。

第二格：有结构读数，未产品化

设想某地市场监管部门在一份行政指导文书中，指出一家平台企业通过技术手段限制商户在其他平台经营，具有排除、限制竞争的效果，但文书没有分项陈述认定依据，主体地位、行为形态与结构影响相互粘连。结构性的破坏已经可以从经验数据中看出来，却没有任何证据产品化的动作。

本格的独立预测是：这类材料进入刑事端口时，会以「金额不符」或「材料不合格」被退回，退回的原因不是结构损害不被承认，而是材料无法拆开。由此可以识别一种常见的错觉：以为「结构损害写进了公文」就等于「已经准备好了」。本格的判断是：没有产品化的结构读数，与没有结构读数，在刑事立案环节可能没有实质区别。这一格与证明困难说最接近，但更准确：障碍不在证明，而在可拆性。

第三格：无结构读数，已产品化

设想数据保护监管部门把一家企业违规处理个人信息的执法档案，按照「行为主体」「处理行为」「影响评估」三部分整理成规范的证据材料后移送。这套材料借用了类似结构分析的框架，但它所服务的不是竞争秩序，而是个人信息权益，市场结构这一维度并不存在。

本格的独立预测是：这类案件进入刑事程序时，不会在结构性字段上出现非零值，但可以因为证据已经产品化而更容易在传统的数量字段（例如信息条数）上被接收。这一格说明，「证据产品化」单独无法解决本编要解决的问题：第一条轴必须同时为「有」，否则转录闸门只是为别的损害开了闸。它打破了「行刑衔接越完善，无字段损害就越少」的简单期待。

第四格：无结构读数，未产品化

设想一家平台企业涉嫌以低于成本的价格排挤竞争者，但尚未被任何行政机关立案或认定，受影响的商户只能凭自己对市场的观察提出怀疑，手中只有交易记录和经营感受。

本格的独立预测是：这类报案在刑事端口几乎不会停留到「不予受理理由」的讨论阶段，而可能在报案谈话中就被放弃——不是立不立案的问题，而是笔录里就不会出现那个情节。由此，本编对「未来违法示范」这类损害的现实状态有了更准确的描述：如果它既没有进入反垄断或证券监管的认定，又没有被产品化，它在刑事端口的可辨识度接近于零。

四格之间的比较

四格两两之间的差异各不相同。第一格与第二格的差异，在于移送材料能不能被拆开；第二格与第三格的差异，在于「有结构损害但不成型」与「成型但不是结构损害」这一对容易被混淆的情形；第三格与第四格的差异，在于「已产品化的其他法益」与「未产品化的结构法益」。第二条轴的意义在于，它使「有没有结构读数」不再是一个

孤立的开关，而把「有读数」进一步分成「可以拆开的读数」与「无法拆开的读数」两种，后者与「无读数」案件的出路完全不同。这张四格图为结构性的无字段损害提供了一张可以检查的迁移地形图，也为实证研究提出了一个具体的问题：四格中的案件各占多大比例。

◆ 七、制度建议：不改法条的三步

基于以上分析，本编提出三项可以转化为制度改进的学术建议。

第一，在立案登记中，为相邻领域已经形成的结构性认定提供一个登记位置。具体做法可以是：在保留涉案金额信息的同时，允许在金额无法确定时登记「行政认定的结构性损害」，使这类案件不因金额一栏为空而在登记环节被过滤。这一建议的核心是登记次序的调整——由「先筛后登」转向「先登后分」：先让案件以真实的形态被登记，再由后续程序依法决定去留。

第二，对行刑衔接中涉及结构性认定的移送案件，建议移送机关按主体地位、行为形态、结构影响三部分提供分别标明出处的证据材料，而不是只附一份处罚决定书。这是证据产品化的最低要求，也是保障被告方质证权的前提：只有分项列明，辩护方才能分项质证。

第三，在案件质量评查中，可以考虑设置一项以「结构性损害认定的完整性」为内容的参考项。这一参考项不宜直接纳入即时考核，只用于试点期满后的复盘，以免产生新的「为填而填」的激励。

这三项建议的共同点是：不修改任何一条刑法条文，不增设任何一项新罪名，不发明任何一套损失计算公式。这使它们的成本低于立法修改，但也暴露了它们的脆弱之处：它们都依赖登记与统计系统的配置能力，以及办案机关的协同。这些建议是否可行、如何试点，值得相关机关在全面依法治国的框架内进一步研究完善。

◆ 八、适用边界与反噬

本编的判断在以下情形中不成立，或者需要收窄。

第一，如果损害在相邻领域也没有读数，转录闸门的概念就不适用。这削掉了本编最容易被误读的一句话——「损害只要在别处有读数，刑事端口就能接」。转录闸门只适用于「已被识别但被拦截」的损害，不适用于「尚未被任何制度识别」的损害。

第二，如果立案前的筛选不是通过登记字段实现，而是通过侦查资源的分配实现——在登记之前，就已经因为不分配侦查力量而在更早的环节阻断——那么仅改登记字段并无实质效果。这削掉了另一个乐观的判断，即「改革的第一步即可见效」。登记环节可能只是观察点，而不是阻断发生的唯一位置。

还要警惕改革的反噬。若照本编的建议去做，最省事的做法可能是：只把行政认定中的三部分内容复制到刑事登记中，既不配齐质证规则，也不设置可以失败的检验条件，然后宣称「已经实现结构性损害的证据化」。这样，旧计量方式对无字段损害的「没收」，会变成一种更精细的「形式上的接收」：损害第一次进入了系统，却以丧失作为证据的根本性质为代价。转录闸门的打开，若没有证据产品化与可失败条件的配套，恰恰会毁掉它想要保住的东西——结构性损害的证据质量。把一个零读数的状态改写为一个伪读数的状态，后者比前者更难被识别，因为它披着改革的外衣。

◆ 九、本编的局限与尚待回答的问题

本编以概念分析和制度分析为主，不以因果推断为目标，但仍需交代几项局限。

其一，构念的边界。「计量方式的排他性」是否只是「制度惯性」或者「官僚化」的另一个说法？本编以前一章设置的改名嫌疑条款来防止这种漂移，但还有一项尚未控制：计量方式可能在个案中被绕过——有的案件在没有金额的情况下也被立案，只是通过个别协调或非常规途径实现。如果计量方式有「旁门」，它的排他性就不是绝对的，而是可以被例外侵蚀的。后续可以设计一项面向案件管理人员和立案审查人员的半结构访谈，覆盖不同地区的若干办案点，区分「计量方式之内的路径」与「计量方式之外的路径」出现的频率。

其二，考核因素的独立作用。本编把考核口径视为计量方式的维持者，但没有证明它不是独立的原因。可行的检验是寻找考核口径发生明显调整的时间节点，观察调整前后无字段损害的处理是否发生变化。在获得此类数据之前，对这一可能只能保留。

其三，可迁移性。本编以中国单位犯罪制度为对象，尤其以行政认定与刑事司法的接面为素材。在行政执法与刑事追诉机构分立、证据规则差异更大的法律传统中，转录往往通过证人、专家证言等方式实质化，而非通过字段；在不承认单位刑事责任的法律框架中，这一问题根本不会以同样的形式出现。因此，本编的具体操作建议至多适用于「有行政执法前置、单位可以作为独立追诉对象」的制度环境；但其概念诊断——计量方式如何把复杂的损害压成可以审计的单元——可能具有更广的意义，因为其他法律传统或许只是使用了另一种「可审计的单元」。

其四，可靠性。不予受理的记录通常只包含正式的书面文书，而不包含接报案时口头劝回的情形，后者恰恰可能是无字段损害被拦下的最隐蔽的环节，也最可能随地区、个人和时段而变化。后续应由独立的研究团队，用相同的判别方法在不同地区的材料上重复检验。

最后，本编有一个无法从制度分析内部单独回答的问题：为什么有的结构性损害能够一路进入刑事程序，有的却连立案环节都到不了？本编从制度字段和移送路径作了解释，但可能忽视了当事人之间的资源差异。在平台领域，这一差异尤其明显：大型平台企业有专业团队论证结构性数据在刑事上不可靠，受影响的小商户可能连「结构损害」这一概念都无从接触。制度机制可能被社会资源的不对称再加工一遍。端口之外的资源不对称如何影响损害的显现率，是本编之后需要继续研究的问题。

◆ 十、本编结语：让「没有被计过」成为可见的事实

本编的核心判断是：单位犯罪中的无字段损害是被制度的计量方式没收的，而不是被遗忘的。

沿着这一判断，本编回答了三个问题。第一，竞争排斥与未来违法示范之所以在刑事制度中从「可以观察的破坏」变成「零读数」，不是因为它们在认识上过于模糊，也

不只是因为证据不足，而是因为刑事登记的起点锁定在结果数额上，而登记中的金额信息、立案审查中的数额门槛、统计考核中的数额口径，三者共同使没有金额字段的损害在被追问之前就失去了制度上的存在条件。第二，相邻领域已经形成的结构性读数要进入刑事程序而不被压回，需要同时满足三个条件：在登记环节打开转录闸门；移送方把行政认定拆分为分项标明出处的证据材料；每一部分都配有可以失败的检验条件，使结构性损害以「可以质证的判断」而不是「权威的结论」进入。三者缺一，旧的金额字段就会在某一环节把它压回零位。第三，在现有制度条件下，最小的必要改进步骤是「先登后分」：不是先发明公式，也不是先修改法条或考核口径，而是先让带着别处读数的案件以真实的形态进入系统，字段结构才有机会被触动，考核口径才有机会随之完善。

放回全书的主命题，本编讲的是被组织拆散的「损害」。组织把损害分摊到竞争者、投资者、居民、用户和未来的市场参与者身上，而刑法的判需要一个可以登记的数额。判聚在数额上，服散在无字段之处。再聚合的第一步，不是把判加重，而是让那些实际承受着单位犯罪后果的人和秩序，在案卷中拥有一个位置。

本编交出的是一组判别方法、三个观察指标和若干可以否定本编的条件，而不是已经完成的实证结论。可以预料，若真有人去查，最先看见的或许不是无字段损害如何被排除，而是被排除的数量之多，以至于排除这一动作本身就构成一个可观的数量。这也许正是制度性漏记最深的特征：不仅漏记了损害，也漏记了漏记本身。要改变这一点，第一步不是去计算那些从未被计算过的东西，而是让「没有被计过」这件事本身成为一个可以观察的事实。这一事实一旦可以观察，旧账本对它的豁免就开始失效。

本章在学派坐标中的位置

本章主要松动的是第⑥张出生证——合规激励论——与第③张出生证——替代责任论——共同依赖的一个冻结预设：法被预设为激励合同或损失分配，而合同与分配都需要一个可以计价的损失。在平台与数据领域，这一预设的局限最为明显：最大的损害往往分散在无数用户和商户身上，没有一个可以分配的数额。与 Gunther Teubner 把组织看作自我生成系统、主张以反身法引导其自我调整的思路相比，本书不把单位当作实体，也

不把它当作系统，而把它看作在制度条件中显露出来的责任承载形态；本章进一步指出，损害同样是在制度条件中显露出来的——登记字段决定了哪些损害能够显露。

涉及的制度依赖主要是「连接」：行政机关与司法机关之间的移送规定，把两个制度连接起来，但连接的是案卷，而不一定是案卷中的证据结构。拒不履行信息网络安全管理义务罪把行政前置程序写进构成要件，是连接被织进制度的一个典型形态。

本章的再聚合读数是四格辨别格中各格案件的比例，尤其是第一格（有结构读数且已产品化）的案件在刑事登记中出现结构性字段的比例。若进一步研究表明，结构性认定在移送之后已经普遍以分项形态被接收、被质证，则本章关于「货物在通道口被改装」的判断应当收窄为个别领域、个别时期的现象。

> **带走的话**
>
> 平台型单位犯罪把损害拆散得最彻底；打开字段是让相邻领域的结构性认定能作为事实被登记、被质证，不是把行政违法直接变成犯罪。

> **小账**
>
> 先看罪名还是先看市场？——先看罪名：市场支配地位、不合理条款或算法差别对待并不必然构成单位犯罪，更广的市场影响交给行政监管、民事救济或立法讨论。
>
> 行政机关移送平台与数据案件时，要留意什么？——留意已形成的结构性认定在通道口有没有被改装，移送之后是以分项形态被接收、被质证，还是只剩下一个数额。

第 七 编

制裁经济学：罚金、补偿、没收与外部成本

编　序

第七编共五章，处理第五处拆散：成本。本编的第一个问题不是罚金够不够重，而是罚金落到了哪里、落下之后变成了什么。罚金一旦从判决书走进组织，它的经济去向就不再跟着判决书走。

第26章区分价型威慑与禁型威慑，说明转嫁网络可用时罚金会变成价格。第27章把追缴违法所得立为与罚金并列的不可转嫁落点。第28章分析外推通道、硬结算点与软结算点，提出无字段承担者与无辜者保护。第29章讨论刑事、行政、民事责任的组合，说明组合可能被同一套转嫁网络吸收。第30章检讨最优制裁模型的三处破产，提出「路先成」，并划出制度伦理的边界。

罚金外溢是判服错位的经济形态。本编对应的再聚合通道是制裁负担通道：追踪罚金预算化路径与收益落点，使处罚路径上至少有一个落点留在转嫁网络之外，同时不把无罪者当作威慑他人的工具。本编松动的主要是威慑论「法是价目表」的预设。

第 26 章

罚金刑能否真正改变组织行为

◆ 一、被拆散的成本：本编要回答的问题

前几编追踪的是被组织拆散的知情、责任、服的落点和损害。本编追踪的是第五样被拆散的东西——成本。对单位判处罚金，在法律上是一件边界清楚的事：被告是谁、罪名是什么、罚金多少，判决书一一写明。但罚金一旦从判决书走进组织，它的经济去向就不再跟着判决书走。消费者可能遇到商品提价，员工可能失去奖金，投资者可能承担股价下跌，债权人可能面对清偿不足，公共机构的服务对象可能遇到服务压缩。判聚在「单位」这一点上，服却散在组织内外许多地方。用全书的话说，罚金外溢就是判服错位的经济形态：判决对一个法定主体作出，承担却被组织拆散到股东、员工、债权人、交易相对人乃至纳税人身上，而真正能够改变风险结构的控制者，可能恰好没有服。

因此，本编的第一个问题不是「罚金够不够重」，而是「罚金落到了哪里，落下之后变成了什么」。罚金的真实归宿不是看判决书上的被告名称就能确定的变量，它要结合市场竞争、合同议价能力、资本结构和财政制度来研究。本章处理其中最根本的一环：罚金刑能否真正改变组织行为。

这里先立两条界线。

第一，不能从「存在转嫁的可能」直接推出「罚金没有威慑」。如果组织控制者同时承受声誉损失、个人责任或经营失败，即便部分罚金向外传导，罚金仍可能起到抑制违法的作用；反过来，如果损失被充分转嫁，而控制者保有大部分违法收益，名义上的刑罚越重，就越可能只是加重第三人的负担。制度评价应当同时观察转嫁的强度与实际控制者行为的变化，而不能只看处罚总额这一个数字。

第二，要区分罚金刑与行政罚款。前者受刑法法定罪名、刑事审判程序和刑罚执行规则约束，后者依行政处罚法律体系作出。两者可能引发相似的成本传导，但在法律上不能相互替代。本章和第29章、第30章所分析的转嫁机制，有相当一部分是以重复受到

行政处罚的企业为原型推演出来的。把这些机制用于解释单位犯罪罚金时，它们只是可以比较的机制假说，不是刑事罚金已经发生同等效果的直接证据。凡是从行政罚款推到刑事罚金的地方，都必须重新核对制度条件。

◆ 二、一个构想场景：罚得越来越重，路线却没有变

以下为构想场景，用来说明机制，不对应任何真实企业。

设想一家中型道路运输企业，因同一种超限装载违法在三年里反复受到处罚，处罚金额逐年上升。可是公司的运输线路、装载方式、调度指令几乎没有变化。更值得追问的是，公司的年度预算里早已为「罚款支出」单列了科目，每年足额计提。一张罚单从收到的那一天起，就走上了一条已经铺好的路：财务入账，保险分担一部分，与货主的运价合同里预留的「合规费用」条款再摊掉一部分，余下的由股东按出资份额慢慢吸收；而负责调度决策的经理人，薪酬和晋升都没有受到影响。企业并未对抗法律，也没有刻意隐匿；它只是拥有一套完整的转嫁网络，罚单恰好从这套网络中穿过。

这个场景对既有解释构成了具体的挑战。罚金不低，甚至逐年上升，违法却没有随之收敛。罚金也没有悬空或者消失——它被接住、被分配、被消化，最后沉淀为一串秩序井然的会计事件。问题不在于处罚不够严厉，而在于处罚在组织里的存在形态发生了变化：原本「不可走的路」，被改写成了「可以定价的路」。

◆ 三、三种既有解释及其停步之处

关于组织为什么对罚金反应迟钝，既有研究大致有三条解释脉络。它们来自不同的学科，各自抓住一个坚实的变量，又都在同一个地方停了下来。

罚金规模脉络：只看量

刑罚经济分析的起点是预期罚金。Gary Becker 在《犯罪与惩罚：一种经济学进路》（1968）中把违法者看作对惩罚「价格」作出反应的理性行动者，威慑强度由罚金额与查获概率的乘积决定。这一传统进入企业违法领域后，把提高罚金当作首要政策杠杆：企业逐利，只要罚款高于违法收益，企业就会停止违法。

这一脉络在重复受罚企业面前首先失去解释力。罚金逐年提高而违法不降，说明罚金并不直接作用于决策，而是先经过一道组织吸收装置。更根本的问题不在量，而在形态。价格逻辑的前提，是罚金作为真实成本落在决策者身上；当罚金可以入账、投保、摊薄，罚金就没有成为决策者的成本，反而成了一种有价格的经营要素。罚金规模理论把罚金的量当作核心变量，却把「罚金是否真的作为成本存在」当作默认条件。一旦转嫁可行，抬高罚金不再带来相应的边际压力，只是扩大了转嫁网络的流量。而这个默认条件——组织内部不存在转嫁网络——在大中型组织里恰恰最不真实。

代理理论脉络：只看传递链

代理理论区分了被处罚的拟制主体与真正的决策者：威慑必须从单位穿透到决策者，否则处罚只停在组织界面上。签字制度、高管追责、任职资格限制，都可以从这一脉络得到论证。它精确地诊断了「断链」，却没有描述断链之后发生了什么。断链之后罚金仍在运动，而且运动得很有规律：保险理赔，合同免责，股东吸收，经理人市场照常给出晋升信号。代理理论问的是「怎样让惩罚碰到人」，没有问「如果惩罚没有碰到人，它变成了什么」。

责任能力脉络：只看「没有身体」

John C. Coffee 在《「没有灵魂可谴责，没有身体可踢」：关于公司惩罚问题的探究》（1981）一文中，借用一句古老的英国法谚，集中表达了法人刑罚的结构性缺口：公司不能被监禁，刑罚只能转化为金钱。这一判断长期是「公司威慑有限」的标准表述。但把「组织不能坐牢」当作终点，恰恰遮住了金钱责任的去向。组织不能坐牢，惩罚依然发生，只是它没有落在任何一个身体上，而是在财务安排里被记录、转移、分配，最后以无主的方式沉淀下来。责任能力脉络解释了单位刑罚为什么只能是金钱，却没有解释金钱责任在组织里失去归属之后变成了什么。

三条脉络分别抓着量、传递链和身体缺口，没有一条把「罚单在单位内部的存在形态」当作正面研究的对象。本章要补上的就是这一块。

◆ 四、威慑论的出生证与本书的分离线

第4章为单位犯罪的七个学派立了出生证。威慑论（第⑤号出生证）的主角是立法者；它把组织预设为会算账的理性人，把法预设为一张价目表——法律的意义就在于给违法行为标上预期制裁的价格。它冻住的再聚合点是「成本」，它最典型的吸收方式是改名：凡是罚金没有按预期起作用的地方，都被改称为「执行问题」。

这张出生证上最有分量的三个名字需要正面回应。

Becker 给出了基本结构：预期制裁等于制裁额乘以查获概率，社会可以在执法成本和制裁额之间权衡，用高罚金配低查处率来节省执法资源。A. Mitchell Polinsky 与 Steven Shavell 在关于公共执法与最优制裁的一系列研究中（例如《法律公共执行的经济理论》，2000）把这一结构细化：最优罚金大体应使违法者内化其造成的损害；当违法者的财产不足以支付最优罚金时，单纯的金钱制裁会出现威慑不足，这时才有理由动用非金钱制裁；在公司责任与个人责任的配置上，他们也讨论过在已有公司责任的情况下，是否还需要对雇员个人处以罚金或监禁（1993）。

Coffee 的贡献是把威慑论推到它自己的边界上。他指出了两件事。一是「威慑陷阱」：要对大公司形成足够的预期制裁，罚金常常必须高到超出公司的支付能力，于是罚金要么定不到那么高，要么定到了却执行不了，威慑在数学上就够不着。二是「罚金外溢」：对公司的罚金会外溢到并无过错的股东、员工、债权人和消费者身上，罚得越重，外溢越大。

他们已经说了很多：罚金有量的上限，罚金会外溢，单靠金钱制裁可能威慑不足，需要个人责任配合。本书多说的是什么？分离线在于对「外溢」的定性。

在威慑论的框架里，外溢是一个执行问题：理想的罚金本应落在应当被威慑的地方，只是由于支付能力、资本结构、市场转嫁等现实摩擦，一部分漏到了别处。漏掉的部分是误差，是模型之外的「损耗」，可以通过调整罚金额、配套个人责任或改进执行来修补。本书的读法不同：外溢不是罚金在执行中的损耗，而是单位犯罪的本体结构。单位之所以成为一种独立的犯罪形态，正是因为组织能把决定、知情、收益和成本拆散

到不同的岗位、时间和账簿里。罚金落到单位这一点上之后被拆散出去，不是偶然的漏损，而是组织本来的工作方式——它在罚金到来之前就已经把成本分配的通道铺好了。把外溢当作执行误差，就会以为提高罚金、改进执行可以把它收回来；把外溢当作判服错位的本体结构，就会看到：在转嫁网络可用的条件下，提高罚金只是让更多的成本沿着同一套通道流出去。

这条分离线也决定了本书与 Coffee 在药方上的差别。Coffee 的主要药方是在罚金之外寻找替代，例如以股权形式缴纳罚金、强化对个人的制裁。本书不否认这些方向，但把问题放在更前一步：先要分辨罚金在这家组织里是以什么形态存在的。若它已经被预算化、保单化、合同化，那么无论以现金还是股权缴纳，它都可能仍是一笔被计价的支出；只有在判决或执行中造出至少一个不能转出去的落点，罚金才回到禁止的形态。

◆ 五、价型威慑与禁型威慑

本章的中心判断是：只罚单位，削弱的不是威慑的量，也不只是威慑的传递效率，而是威慑的类型。当转嫁网络可用时，罚单把「不可走的路」改写成「可定价的路」。没有罚则时，违法是一片模糊的禁区；只有责任落在无法转嫁之处的罚则，才构成真正的禁止。罚金能够被保险、合同和预算分摊时，禁区没有被锁上，而是装上了一台计价器。罚得越重，价格信息越准确，服务于这条路径的财务工具越完备。

为把这个判断说清楚，需要几个概念。

所谓「转嫁」，是指在罚金产生的同一期间，受罚主体经由任何组织路径，把等额或按比例的损失转移给另一主体的过程。所谓「转嫁网络」，是指由保险、合同、股权、薪酬、预算五类路径构成的罚金转移通道的集合。

所谓「价型威慑」，是指处罚以损失可以转让为边界：受限制的行为在组织看来呈现为一条有确定价格的路。所谓「禁型威慑」，是指处罚至少有一个责任落点不可转让：受限制的行为在组织看来呈现为一条不能走的路。判别的标准是「有没有不可转嫁的落点」：处罚路径上只要存在至少一处不可转嫁的责任落点，该处就是禁型；一处也没有，就是价型。

这两个概念刻意不带程度修饰。本章不使用「充分威慑」「实质穿透」「真正负责」一类说法，因为它们暗示在同一个维度上多做一点就够了；而这里的判断是类型不同，量补不上类型。价型威慑也不是比禁型威慑「低一级」的结果，而是并列的另一种类型。法律责任好比一把刀，它不能同时做锁和计价器。

两种类型在经验上怎样区分？读数不是罚金数额，不是违法率，也不是个人责任条款的条文数量，而是罚单入账以后，第一道转嫁动作是否不可逆地改变了责任的归属。可以设计这样一种判读：从处罚生效之日起，追踪受罚主体的会计记录、保险合同批单、关联合同变更和下一年度预算科目；若在一个会计年度内，出现由保险赔付、合同增项、关联方回补或预算预提构成的资金流入，且其金额达到罚金总额的相当比例（检验设计中可以先设一个示例阈值，例如六成，用来排除小额费用报销造成的假判别；这个数不是实证结果，其敏感性需要另行检验），就判为价型；若在十二个月内查不到此类记录，就判为禁型。一笔处罚判为价型，不因罚额巨大而改判为禁型；判为禁型，也不因罚额轻微而改判为价型。

要特别说明，「罚款入账」本身不是转嫁的证据。入账是会计规则的强制要求，它只是罚单离开法律、进入财务的那一刻；其后发生的补偿性流动，才是判读的依据。

与「价格和制裁之分」的分界

价型与禁型的区分，很容易被看成库特 1984 年《价格与制裁》一文的翻版。库特区分了两种法律安排：价格允许人付钱之后照做，制裁则在越过某条线时给出不连续的惩罚，用来禁止行为。这一区分是法经济学的经典，本章的概念必须先过它这一关。分界在于两者分类的对象不同。库特分的是法律规则的设计：立法者打算让这笔钱当价格，还是当制裁。本章分的是判作出以后服走的路：同一笔在立法上被设计成制裁的刑事罚金，进了组织之后，可能经由预算科目、保险条款和合同报价被一步步转让出去，在组织内部被当作价格来处理。换句话说，库特问的是「法律把它当什么」，本章问的是「组织把它变成了什么」。一项规则在库特的意义上可以是十足的制裁，在本章的意义上却是价型。

格尼齐与鲁斯蒂奇尼 2000 年关于幼儿园迟接孩子罚款的实验，也常被拿来说明罚款会变成价格：引入小额罚款后，迟到反而增多，取消罚款后也回不到原来的水平。他们给出的机制是规范被挤出，家长把罚款读成了可以购买的服务。本章所说的价格化走的是另一条路：不是成员的心理把罚款重新解读成价格，而是组织的账簿把罚款转换成了可以分摊的成本，即使每一个经手人都把它当作谴责，转让照样可以完成。两种机制可以同时存在，但检验方法不同：前者要看行为人的认知与动机，后者看的是预算、保单与合同文件是否随处罚生成。这也是本章把判读放在会计与合同材料上、而不放在问卷上的原因。

与「不可补偿的个人制裁」的分界

克拉克曼 1984 年关于公司责任策略的研究早已指出，对个人的制裁若可以由公司补偿或由保险承担，就会失去作用，因此主张对一部分个人制裁禁止补偿与投保；许多法域关于高管罚款不得由公司代缴的规定，也是同一思路。价型与禁型的判据，即「有没有至少一个不可转让的责任落点」，看上去与此一一对应。分界在于：不可补偿制裁是立法者事前对某一类制裁下的禁令，它假定转让只有补偿和保险这两条显性渠道，禁住这两条，制裁就落地了；本章关心的是禁令之外的通道，即指标调整、费用科目、关联交易和报价规则这些在法律上并不违法、却同样能把负担转走的组织安排。一项在形式上不可补偿的个人罚金，仍可能通过次年的薪酬结构被组织悄悄填平；判断它是价型还是禁型，不能只看法律有没有禁止补偿，还要看组织的账上有没有出现与之对应的新文件。这正是本章把判读放在可调取的财务与合同材料上的原因。

◆ 六、三种解释在同一场景中的检验

把三种既有解释最强的版本放进同一类构想场景里，看它们各自预测什么、读数落在哪里。

对罚金规模论的检验

罚金规模论最强的版本不是「罚得太少」这种通俗说法，而是一个结构预测：在查处概率不变时，提高罚金会在边际上改变企业行为。观察同一家企业的重复受罚，罚金上升时，企业应当减少违法，至少在作业上有所收缩。

设想一家企业连续三年因同类违法受罚，罚金逐年翻番（示例数值，下同），而产量、线路、组织方式不变；其间保险签单扩大，续保单里与行政处罚相关的理赔记录增加；第二年起年度预算出现罚款科目，到第三年，这一科目的金额已与当年罚金接近。罚金规模论会说：处罚还没有达到临界值，应当继续提高。按本章的判断，形态已经变了：罚金上升只是把更大的标的额送进同一台转嫁机器。两者在可裁决的读数上分开：前者要求「罚金上升时行为调整」，后者要求「罚金上升时预算化、保单化、合同化增强」。在这个场景里，后三项为真，前一项为假。

对代理传递论的检验

代理传递论最强的版本是：企业违法不是因为惩罚无效，而是因为责任没有传到决策者，只要建立个人追责机制，违法就会下降。设想某一行业推行主要负责人个人签字确认安全生产责任、并纳入考核的做法，罚金仍由企业缴纳。若此后违法显著下降，代理理论得到支持；若变化不显著，而罚金继续被预算吸纳，代理理论就解释不了签字为什么无效。

在这类构想材料中，签字制度推行后，企业的预算罚金比例没有变化，连续几次罚单仍由预算消化；签字人把签字当作一项年度程序性义务，与安全责任报告一道「过关」。这个结果并不全面否定代理理论，但给它加了一个限定：签字不是责任传导的充分条件。只有签字与其后可查的个人惩罚联动起来，签字才可能改变转嫁状态；缺少联动，签字只是多了一次会签。对本章而言，这是一个有力的旁证：罚金穿透需要的是一个不可转嫁的落点，而不是在转嫁网络里再加一个新动作。签字人若无后续责任，签字就只是被网络吸收的流程节点，它的实际功能不是穿透，而是为穿透做一次仪式。这一点与第八编讨论的「签到与承担」直接相连。

对责任能力论的检验

责任能力论最强的版本是：无论罚金多大，单位没有身体，威慑必然有结构性缺口，只能以个人刑责弥补。把它放到最极端的情形里：一家企业因连续违法被吊销经营资格，承担责任的能力被彻底剥夺。设想此后同类违法并未减少，行业责任保险市场反而扩张，同类经营以资质挂靠的方式继续存在。这说明单位责任的缺口不只在「单位没有身体」，还在于经营可以在退出市场前后持续更换它的财务容器。责任能力论能预测吊销有威慑，却预测不出吊销反而刺激行业层面的转嫁网络扩张。本章不否认单位没有身体这一制度事实，但真正的裂口在于：一种罚则消灭了一个单位，相关的责任仍可以经由市场与保险「重新入壳」。

一个不利的可能

检验也要面对对本章不利的结果。若签字式问责与任职资格限制配套运行，签字人一旦失职就被依法限制任职，这就可能形成一种近似禁型的穿透：资格受限本身就是一个不可转嫁的落点。这类安排一旦稳定，本章的判读就需要增加一条：个人资格受限，即视为不可转嫁落点的一种执行方式。如果在这类安排下，罚金预算化不升反降，决策者个人成本上升与违法下降同时出现，那么「价型化会持续」的判断就要大幅收窄。

◆ 七、罚金在什么条件下仍能改变组织行为

回到本章的标题。罚金刑能否真正改变组织行为？答案不是笼统的能或不能，而是取决于罚金在这家组织里以什么形态存在。

价型化的判断成立，需要几个条件同时出现：一是受罚主体是单位，决策者个人没有被列为共同承担责任的人；二是罚单入账以后，保险、合同、股权分散、经理人市场这几条路径中至少有两条被激活——激活的标准不是写进了制度文本，而是在同一罚金事件中出现了对应的资金动向或条款变更；三是罚金被组织预算化，下一年度预算出现同性质支出；四是罚金与决策者个人成本的变化没有关联，十二个月内其薪酬、任职资

格、任职评价都没有下降或受限。这些条件的成立不依赖罚金法定数额的大小，也不依赖执法者的意图，描述的是一个组织事实。

反过来，价型化的判断在以下条件下不成立：决策者个人依法被追究刑事责任，并承担了与其控制权相称的后果；罚金的执行明确排除了保险赔付和关联方回补；或者组织的规模、职能与财务能力根本不足以维持一套转嫁网络。在这些条件下，罚金可能仍然威慑不足，但那已不是类型问题。

由此可以得出三点制度含义，它们都在现行法框架之内，是分析与政策层面的建议，不改变任何构成要件。

其一，评价单位罚金的威慑效果，不能以罚金高低为终点，而要追问罚金最终落在什么位置。追踪罚金的预算化、保单化、合同化，比追问企业是否按期缴纳更重要。

其二，《刑法》第三十一条规定的双罚制，本来就为制造不可转嫁的落点提供了制度通道：对单位判处罚金，同时对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。问题在于，这一通道要真正起作用，个人一侧的处理必须落在真正控制风险的人身上，而不是落在「签字、参会、分管」的在场者身上。第四编已经指出，「先单位后个人」的认定次序容易生成默认有责的账簿；那种情形下，个人一侧虽然有人服了，却未必是能改变风险结构的人服了，判服错位只是从单位一层移到了个人一层。

需要补充的是，我国刑法分则对单位犯罪的罚金，多数采取由法院根据犯罪情节裁量数额的方式，较少设定固定上限。《刑法》第五十二条要求判处罚金应当根据犯罪情节决定罚金数额。这一安排使罚金具有相当的弹性，也使它面临一个经济上的诱惑：既然数额可以裁量，似乎只要罚得足够重，就总能压过违法收益。本章的分析表明，这一诱惑在转嫁网络完备的组织面前并不可靠。裁量罚金时，单位的转嫁能力本身就是一个值得了解的事实：同样的罚金，落在一家无保险、无关联方、由经营者个人出资的小企业身上，与落在一家保险完备、合同条款齐全、预算体系成熟的大企业身上，存在形态可能完全不同。这并不意味着对后者应当减罚或加罚——罚金数额依法由犯罪情节决定——而是意味着，仅靠罚金数额无法回答「罚金能否改变组织行为」这一问题，必须配合其他落点。

其三，依法追缴违法所得，是另一类不可转嫁的落点：违法收益被剥夺之后，违法这条路就失去了被计价的前提。第27章专门讨论这一点。

本章的判断尚待检验。它交出的是一套判读方法和一组可以被现实推翻的条件，而不是已经完成的实证结论。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑤号出生证——威慑论——的客体预设：「法是价目表」。威慑论把罚金当作一个会被理性组织如实感知的价格，于是把一切偏差改名为「执行问题」。本章指出，在转嫁网络可用时，罚金确实会变成价格，但这恰恰是禁止的失败，而不是威慑的实现：价目表一旦被组织接住，就成了经营费用的一部分。本章也触动了第⑦号出生证（双罚制教义学）的次序预设：「先认定单位，再找责任人员」的次序，若让个人一侧落在在场者身上，不可转嫁的落点就只是形式上的。涉及的制度依赖主要是连接——《刑法》第三十一条把单位与两类自然人连在一起，但连接本身不保证服落在控制者身上。本章的再聚合读数是罚金预算化路径：罚单入账后，是否在保险、合同、关联回补和下一年度预算中出现可查的补偿性流动。若检验发现，被预算化的罚金与未被预算化的罚金在后续违法上并无差别，或者企业在拥有完整转嫁网络的情况下仍对罚金上升作出明显的作业调整，则本章关于「价型威慑」的判断应当收窄为少数组织的特殊现象。

> 带走的话
>
> 只罚单位，削弱的不是威慑的量，而是威慑的类型：转嫁网络可用时，罚单把「不可走的路」改写成「可定价的路」。

小账

价型威慑与禁型威慑怎样区分？——看处罚路径上有没有不可转嫁的责任落点：至少有一处就是禁型，一处也没有就是价型；类型不同，加大数量补不上。

怎样判断一笔罚金已经被预算化？——从处罚生效之日起追踪一个会计年度，查保险赔付、合同增项、关联方回补和预算预提，看补偿性流入是否达到罚金的相当比例。

第 27 章

没收犯罪所得与违法收益计算

◆ 一、剥夺收益与表达谴责：两种功能不能合并计算

上一章说明，罚金只要能被预算、保单和合同接住，就会从禁令变成价格。价格之所以成立，有一个前提常被忽略：违法收益仍然留在某人手里。如果违法得来的东西被依法剥夺干净，违法这条路就失去了被计价的根基——无论罚金被怎样转嫁，组织都无法再把「违法的收益减去违法的价格」算成一个正数。因此，追缴违法所得是制造不可转嫁落点的第二条通道，与罚金并列，而不是罚金的附属。

追缴违法所得和对单位判处罚金，基本功能不同。追缴旨在依法剥夺不法所得，使行为人不能保有违法收益；罚金是法定刑罚，既表达谴责，也可能改变预期的行为成本。两者即使都以金钱形式执行，也不能因为经济效果相似，就合并成一个「总制裁数额」来评价。一个常见的误区是：判决对单位处以高额罚金，同时追缴了违法所得，评论者便把两者相加，称「制裁总额达到违法收益的若干倍」，以此证明惩罚已经足够严厉。这种算法掩盖了一个关键问题：罚金由谁服，追缴从谁那里追。

设想以下构想场景。一家公司通过违法经营取得收益，其中大部分已经以分红、奖金、关联交易等形式流向实际控制人；案发后，法院对公司判处高额罚金，并从公司账户追缴了尚存的违法所得。从判决书上看，制裁总额相当可观；但从服的落点看，罚金主要由公司中并不知情的其他出资人、仍在职的员工和公司的债权人承担，控制人早已拿走的那部分收益却不在追缴范围之内。单纯重罚单位，并不能确保个人没有因犯罪得益。这就是判服错位在收益一侧的形态：判把罚金与追缴都聚在「单位」一点上，而违法收益早已被组织拆散到了控制者那里。

◆ 二、中国法上的「违法所得」：条文与口径

讨论违法收益的计算，必须先回到法律条文。经济分析只能提示不同计算方法的激励差异，不能代替具体罪名已经确立的法律计算规则。

追缴、退赔与没收

《刑法》第六十四条规定：犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收；没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。这一条把三件事分开：追缴或退赔针对违法所得，返还针对被害人的合法财产，没收针对违禁品和犯罪工具。它们与作为附加刑的罚金、没收财产在性质上不同：前者是对不法状态的恢复和剥夺，后者是刑罚。

在单位犯罪中，这种区分尤其重要。单位犯罪的罚金依《刑法》第三十一条判处；违法所得的追缴则依第六十四条处理，并不以罚金的判处为前提，也不因罚金数额高而免除。对被害人的退赔与返还，同样优先于把财物上缴国库。

行政法上的对应规则

在行政处罚领域，2021 年修订的《中华人民共和国行政处罚法》对没收违法所得作了一般规定：当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收；违法所得是指实施违法行为所取得的款项；法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定〔待核：条文序号以正式文本为准〕。这一表述与刑法上的追缴在功能上相近，但适用程序和证明标准不同。同一违法事实先经行政处罚、后进入刑事程序时，该法还规定了罚款折抵罚金的规则；没收违法所得的衔接，则需要依具体情形处理，防止同一笔收益被重复计算或者被遗漏。第29章将专门讨论这些组合。

各罪的计算口径各不相同

「违法所得」不能未经法律分析就直接等同于全部销售收入。刑法分则和司法解释对不同罪名使用的数额概念并不一致：有的以销售金额计，有的以非法经营数额计，有的以违法所得数额计，有的以造成的损失计。这些数额在定罪量刑中扮演不同角色——有的决定是否入罪，有的决定法定刑档次，有的用于计算罚金幅度——而不是一个可以互换的「收益」。行为人是否存在应当在依法计算时予以考虑的成本与合法部分，能否扣

减、扣减到什么范围，都必须严格依照相应法条和有效司法解释，不能由经济分析自行设定。

本章因此只在一个层次上讨论「毛收益」与「净收益」：它们分别会产生什么样的激励。至于某一具体罪名应当采用哪一种口径，是解释论问题，由法律规定决定。

◆ 三、毛收益与净收益：经济学能提示什么

以收益为基础与以损害为基础

制裁经济学关于收益剥夺有一条基本的区分：制裁可以以违法者获得的收益为基础，也可以以被害人遭受的损害为基础。Polinsky 与 Shavell 在讨论这一问题时（1994）〔待核〕指出，两者的激励效果不同：以收益为基础的制裁，只要确定地剥夺全部收益，就能让违法无利可图；但当查获概率低于百分之百时，单纯剥夺收益不足以威慑，因为违法者在未被查获的情形下仍保有收益，预期上仍然有利可图。Becker 的框架同样提示，预期制裁要乘以查获概率，单纯的「吐出来」只能让被查获的那一次归零，不能让整个违法策略归零。

这一点对理解追缴与罚金的关系很重要。追缴的功能是恢复，罚金的功能包括威慑；追缴不足以替代罚金，罚金也不能替代追缴。经济学在这里提供的是一个清楚的提醒：只罚不追，违法收益可能留在控制者手里，罚金沦为价格；只追不罚，违法在未被查获时仍有利可图。两者各有其位置。

毛与净的激励差异

按毛收入追缴，与按扣除成本后的净收益追缴，激励不同。按净收益追缴，违法者最坏的结果是回到违法之前的状态——白忙一场，但不亏损；在查获概率不足时，这种安排对违法的抑制较弱。按毛收入追缴，违法者连投入的成本也一并失去，抑制较强；但若违法交易中混有合法部分，按毛收入计算可能把合法经营的部分也一并剥夺，造成对合法活动的过度抑制，并在关联交易中误伤案外人。

时间维度：孳息、再投资与延迟

收益还有一个常被忽略的维度：时间。违法收益取得之后，往往不是静止的。它可能产生孳息，可能被再投资于扩大经营，可能被用来抢占市场份额，从而在案发之前带来远超原始收益的后续利益。设想以下构想场景：一家企业以违法手段降低了成本，凭借价格优势挤出了竞争者，几年之后案发，追缴的只是可以计算的那一部分直接收益，而市场地位带来的后续利润，难以被认定为违法所得。从经济上看，违法者保有了收益的「时间价值」与「位置价值」。

这一现象说明，即使追缴在数额上做到了精准，违法仍可能因为时间而有利可图。法律对孳息、对违法所得转化而来的财产，通常有相应的追缴规则，但对「位置价值」这类难以归属的利益，很难依法认定为违法所得，也不宜由经济分析自行扩张。这正是追缴之外仍需要罚金的理由之一：罚金在一定程度上弥补了追缴难以覆盖的时间与位置收益。反过来看，罚金在这里的作用，恰恰依赖于它不被转嫁——若罚金被价格化，时间与位置收益就会成为违法者稳定的剩余。

这两种激励效果之间没有一个经济学上唯一正确的选择。各罪采取何种口径，本身就体现了立法者和司法解释制定者对罪责、证明负担和激励效果的综合权衡。经济分析能做的，是在具体案件中把选择的后果说清楚：采用某一口径之后，违法收益是否仍有一部分留在控制者手里；被剥夺的是否包括并无过错的第三人的合法利益。

◆ 四、收益的落点：判服错位在所得一侧

本书的主命题要求追问：判有没有落到服能改变风险的地方。在收益一侧，这个问题变成：追缴有没有追到收益真正停留的地方。

收益在组织内的拆散

单位犯罪的违法收益很少原封不动地躺在单位账户里。它可能以利润的形式留在单位，再通过分红流向出资人；以奖金、绩效、股权激励的形式流向管理人员；以关联交易的价差流向控制人另设的公司；以「咨询费」「服务费」的形式流向外部；或者已经

被用于扩大经营，变成设备、存货和应收账款。每一种流向都是收益在组织内外的一次拆散。

司法解释对其中一种极端情形早有规定。1999 年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》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。这一规则说明，收益的去向在法律上本来就是判断犯罪主体的一个线索；2001 年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以「以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有」为单位犯罪的认定思路，也表明违法所得的归属与单位犯罪的成立密切相关。

但在单位犯罪已经成立的案件中，收益未必全归单位，也未必全被私分，常见的是二者之间的混合：单位确实取得了收益，其中一部分又通过合法形式流向了控制者。这时，仅从单位追缴，会漏掉已经流出的部分；仅追究控制者的刑事责任而不追其实际得益，又会让他在服刑之外保有收益。

尚待检验的预言

由此可以写出一条可错的预言，它与全书第一条预言一致：在罚金额相近的单位犯罪案件中，若判决同时对控制者个人作出与其控制权相称的处理，并依法追缴其实际违法收益，后续同类违法的复发应当少于只判单位罚金的案件。如果长期观察显示两类案件在复发上没有差别，「判服错位」作为解释就要降级。这一预言尚待检验，本书没有完成相应的实证。

◆ 五、追踪所得：硬凭证与软落点

收益的追踪与第28章讨论的罚金外推，是同一类问题的两个方向。罚金从组织向外推，收益从违法行为向内收、再向控制者流；两者都要穿过一连串结算动作。可以借用第28章的两个概念来描述收益的路径。

所谓「硬结算点」，是外界能够通过公开或依法可调取的凭证，把一笔资金归属到某一主体的结算动作——工资单、分红决议、银行流水、股权变更登记。所谓「软结算点」，是资金进入某一主体或部位的调整之中，却不生成可核查字段的结算动作——内部

往来科目的冲抵、关联方之间价格的微调、以「服务」名义支付而无对应交付的费用、在多层持股结构中的利润留存。

收益走过的软结算点越多，追缴越难。不是因为收益不存在，而是因为从违法行为到最终持有人之间，缺少一条由有效凭证构成的路径。这对追缴提出了两方面的要求。

一方面，证明必须依法进行。违法所得的认定，要有证据证明财产与犯罪之间的关联；不能因为某人是控制者，就推定其全部财产都是违法所得。软结算点多，意味着证明难，不意味着可以降低证明标准。

另一方面，可以采取一条保守的识别规则：凡是在凭证层面无法确定与违法行为相连的资金流，归为「线索」，不直接作为追缴依据；只有存在无争议的凭证连接时，才认定为违法所得的去向。这条规则看起来让追缴变难，但它保证了追缴的正当性，也为制度改进指出了方向：如果在某类组织中，违法收益总是在同样的软结算点上失去踪迹，那么应当改进的是那些结算点的记录规则——例如关联交易的定价披露、内部往来的明细留痕、以服务名义付费的交付证明——而不是放宽对个案的证明要求。

这里还有一个容易被忽视的现象。上市公司受到处罚时，股价下跌常被当作股东承担损失的证据。但若有人在处罚公告前已经知情并提前交易，预期的处罚已经部分进入了股价，公告之后的下跌更可能由不知情的接盘者吸收。从公开数据上，无法把「这笔处罚」与「这位股东的损失」连接起来。收益与损失在资本市场上同样会被时间拆散：知情者提前离场，带走的是避免了的损失；接盘者留下，承担的是本应落在别处的成本。这一现象说明，单看股价反应来评价罚金的承担者，可能把真正的承担者弄错。

◆ 六、退赔、整改与收益：涉案企业合规改革中的位置

涉案企业合规改革为收益问题增加了一个新的维度。在符合条件的涉企案件中，企业积极退赃退赔、修复受损的法益、进行合规整改，可以依法作为检察机关作出处理决定的重要考量；第三方监督评估机制的考察结论，也依法作为案件处理的重要参考。这一制度安排的方向，是让企业通过实质的恢复与整改，换取依法从宽的可能，同时避免因处罚导致企业经营中断、员工失业等次生损害。

从本章的角度看，这一安排有两个值得注意的地方。

第一，退赃退赔与追缴在功能上相通，都是让违法收益不再停留在违法者手里。但在实践中，退赔款项从哪里来同样是一个落点问题。若企业以经营资金退赔，而控制者已经取得的收益并未退出，那么退赔的服仍然落在企业的其他利益相关者身上。合规考察若只看「退赔是否到位」，而不追问「退赔由谁出钱」，就可能把一次判服错位登记成整改成果。

第二，整改的成本也会被转嫁。合规整改需要聘请外部机构、建立制度、增加人员，这些支出同样可以被预算化、合同化。第29章将说明，当合规服务费与罚款在同一预算科目中同步波动时，合规本身可能成为转嫁网络的一环。因此，在合规考察中，除了审查整改的实质内容，还值得审查一个简单的问题：控制者个人在这一过程中放弃了什么。若控制者既保有违法收益，又未承担与其控制权相称的后果，整改就更可能停留在第八编所说的「签到」层面，而没有走到「承担」。

这并不意味着合规从宽应当收紧，而是意味着评价从宽的条件时，收益的落点是一个值得纳入的事实。这一点属于政策层面的建议，具体适用仍须以现行规定和个案事实为准。

◆ 七、关联企业与案外人：精准追缴的边界

追缴越要追到收益真正停留的地方，就越会碰到另一条边界：不能误伤合法财产和案外人的权益。

在涉及关联企业的案件中，追缴路线应当基于具体证据识别财产的去向，区分涉案财产、合法财产以及案外人的权益。一家集团中，某一子公司涉嫌单位犯罪，并不意味着集团内所有公司的财产都是涉案财产；控制者涉案，也不意味着其配偶、其他出资人和交易相对人的财产都可以一并查封。2025 年施行的《中华人民共和国民营经济促进法》对办案机关采取查封、扣押、冻结等措施提出了不超权限、不超范围、不超数额、不超时限的要求，体现了精准追赃与防止连带误伤之间的制度平衡。经济效率不能成为查封全部关联公司财产的理由。

刑事裁判涉财产部分的执行，也有顺序上的安排。最高人民法院 2014 年《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》对被执行人同时承担刑事责任和民事责任、财产不足以全部支付时的执行顺序作了规定，大体是人身损害赔偿中的医疗费用、退赔被害人的损失、其他民事债务、罚金、没收财产依次进行〔待核：具体条款与顺序以正式文本为准〕；对案外人就执行标的提出的异议，也规定了相应的审查程序。这一顺序表明，法律本身已经对「谁先服」作了安排：被害人的恢复优先于国家的罚金。

精准追缴与本书的再聚合思路是一致的。再聚合不是把所有相关的人和财产一网打尽，而是让判落到服能改变风险的地方。追缴追到控制者实际得益之处，是再聚合；以效率为由查封整个关联网络，是把判服错位从一种形态换成另一种形态——服从控制者身上散开，散到了无过错的关联方和案外人身上。

◆ 八、没收与追缴作为不可转嫁的落点

把本章的讨论与上一章连起来，可以看清追缴在制裁结构中的位置。

罚金能被价格化，是因为组织可以把它转出去：保险可以承担一部分，合同可以摊掉一部分，预算可以提前预留。追缴违法所得则不同。被追缴的是违法行为本身带来的收益，它在经济上无法被「转嫁」——即使组织从别处筹钱来缴纳追缴款，结果也只是回到没有违法收益的状态，违法这条路的「利润」仍然归零。在这个意义上，精准的追缴是天然的禁型落点。

但这一判断有两个条件。第一，追缴必须追到收益真正停留的地方。如果收益已经流到控制者手里，而追缴只从单位账户执行，那么单位从股东、债权人或员工的利益中拿出钱来缴纳追缴款，违法收益却仍在控制者那里，追缴也就沦为另一种可以转嫁的支出。第二，追缴必须依法计算。若计算口径远超违法收益，把合法部分一并剥夺，追缴就具有了惩罚的性质，却没有经过刑罚应有的程序和比例审查；若远低于违法收益，违法仍然有利可图。

因此，对单位犯罪制裁的评价，至少要分开三笔账：罚金由谁服，追缴从谁那里追，被害人的损失是否得到了恢复。三笔账不能合并成一个总数；只有分开看，才能看

出判是否落到了控制者身上，服是否散到了无辜者那里。这也是本编下一章讨论外部性与无辜者保护的起点。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第③号出生证——替代责任论——所冻住的再聚合点：「只聚合收益归属」。替代责任论以收益归于组织为归责的根据，于是收益一旦登记在单位名下，归责就算完成；本章指出，收益在组织内外还会继续被拆散，登记在单位名下的收益未必是停留在单位里的收益。本章也触动了第⑤号出生证的计算预设：威慑论把追缴与罚金合并为一个预期制裁总额，本章主张三笔账分开。涉及的制度依赖是结构：《刑法》第六十四条与第三十一条在体系上分立，1999 年司法解释以收益去向区分单位犯罪与自然人犯罪，这些既是边界，也是再聚合的抓手。本章的再聚合读数是收益落点：追缴是否追到了违法收益实际停留的主体，以及控制者个人的实际得益是否被依法剥夺。若检验发现，在追缴已追及控制者实际收益的案件中，后续同类违法与只追单位账户的案件并无差别，则本章「追缴是天然禁型落点」的判断应当收窄。

带走的话

追缴违法所得是制造不可转嫁落点的第二条通道，与罚金并列；罚金由谁服、追缴从谁那里追，不能合并成一个制裁总额来评价。

小账

追缴与罚金的功能有什么不同？——追缴依第六十四条剥夺不法所得，使人不能保有违法收益；罚金依第三十一条判处，既表达谴责也改变预期成本，罚金再高也不免除追缴。

只从公司账户追缴有什么风险？——违法收益可能早已以分红、奖金、关联交易流向实际控制人；追缴应追到收益实际停留的主体，依法剥夺控制者个人的实际得益。

第 28 章

组织惩罚的外部性与无辜者保护

◆ 一、惩罚单位不应等于让任意第三人买单

单位犯罪处罚的外部性，是研究中最需要主动承认的伦理与制度问题。即便某一单位确有组织性犯罪，合法的债权人、低层员工、普通消费者乃至被害人，也未必能决定组织是否违法，却可能承担罚金引起的破产、涨价或救济资源减少。理论上，应当把这种负担的转移纳入刑罚效果的评价；政策上，则必须在法定裁量空间之内，寻找更有针对性的治理工具。

但保护第三人，也不能退化为「凡是处罚可能影响员工，便应免罚企业」。如果这一逻辑被普遍接受，违法企业只需雇用足够多的员工，就可以为自己构造刑罚豁免。可以执行的方案，是区分单位责任的成立与刑罚执行的后果：定罪依构成要件和证据；量刑与执行在法律允许的范围内，考虑支付能力、赔偿与持续经营的风险；并通过依法可用的手段，防止控制者把犯罪所得长期留在私人账户里。

本章要讨论的，是外部性中最难看见的那一部分。Coffee 早已指出罚金会外溢到股东、员工、债权人和消费者身上。这一判断的前提是，承担者至少可以在这些现成的类别中被找到。本章要说明的是：在一些组织里，承担者会从现成的类别中掉出去——损失真实发生了，却不再被记进任何一个能够归属的栏目。这类承担者可以称为「无字段承担者」。

同时要立下一条界线：数据看不见，不等于损害不存在；数据看不见，也不能证明损害一定已经存在。「无字段承担者」是一个用来追踪成本的分析概念，要把它用于政策建议，必须给出能够被证伪的证据路径，例如处罚前后的预算变化、同类组织的对照、成本转移合同的实际履行情况。

◆ 二、两个构想场景

以下两个场景均为构想，用来说明机制，不对应任何真实单位。

第一个场景。一家由财政拨款保障运行的单位，因单位犯罪被依法判处罚金。判决书列明被告名称、罪名与罚金数额，法律上的责任到此似乎已经闭合。但这家单位从预算中完成缴纳之后，资金的补位不会在任何一张公开表格上自动记为「因罚金而调整的支出」。这笔损失更常见的终点，是下一年度预算执行中的某一项支出被压缩、某一份公共服务合同被缩减，或者本应扩展的服务无声地顺延。压缩发生之后，依赖这项服务的家庭和个人实际承受了损失，却没有任何账簿栏目记载他们与这笔罚金之间的联系。

第二个场景。一家大型平台企业因违法受到高额处罚。企业在财务报告中确认了这笔损失，但商户、配送人员和消费者看到的，并不是一份注明「处罚成本分摊方案」的文件，而是抽佣比例、补贴规则、配送单价和考核指标在一段时期里发生的一系列细微调整。每一端的单个承担者所失甚少，少到不足以进入一份诉状；但这些分散的损失加在一起，又足以覆盖罚金的相当部分。

与这两个场景相对照，设想一家民营小企业因罚金而减薪、裁员甚至注销，承担者清晰到可以被逐一点名：工资单、社保记录、解除劳动合同通知书都记下了他们。

三者的差异，不能简单归结为「前者更隐蔽、后者更透明」。它关系到的是：同一法律形式的罚金，在穿过不同的组织之后，还能在多大程度上与最终的承担者保持可核查的联系。

◆ 三、三种既有解释为什么找不到承担者

关于单位处罚的经济负担，既有研究大致沿三条线索展开。三条线索各有贡献，但面对上述场景，它们会在不同的地方同时失效。

公司罚金穿透论

公司刑罚理论很早就面对一个尴尬：对一个拟制人格判处刑罚，它感受不到痛苦，因此惩罚的经济成本必须穿透到真实的自然人身上。Albert W. Alschuler 在《思考公司惩罚的两种方式》（2009）中指出，公司刑罚的正当性不能绕过真实个人所承受的代价。Samuel W. Buell 在《实体刑事责任的责难功能》（2006）中把问题从「谁感受」推进到「谁被责难」，主张实体刑事责任的功能在于表达对组织的谴责，而不一定要指明哪一个自然人承担。两种立场看似对立，却共享一个前提：公司罚金的意义，要通过组织向自然人的某种传递来理解。

这一传统提供了「经济负担不同于法律被告」的基础洞察，但它的解释力并不均匀。它在上市公司中工作得较好，因为股东、债权人、员工与消费者都可以被指认；在民营小企业中更好，因为罚金落在工资、岗位和存续这些看得见的变化上。可是面对财政拨款保障的单位，它预设在组织内部寻找真实的自然人，却会发现单位没有股东，员工薪酬与罚金之间没有直接联动，承担者不在工资单上。面对平台企业，算法把承担者细分到商户、配送人员和消费者，人数极多而每人所失极少，任何一人都不足以构成这一传统所说的「真实个人所承受的代价」。穿透论把问题从组织推到了个人，却没有处理一种情形：传导在某个截断点之后，可能不再生成可以归属的个人。

产业组织的成本转嫁框架

另一条脉络来自规制经济学与产业组织的成本转嫁研究：企业被课以处罚或税收之后，成本如何在企业利润、消费者价格和要素报酬之间分担。这一框架的核心装置是价格，借助价格、销量与投入品需求等可观察变量来识别转嫁率。当价格不是外部可观测的公共变量时，这套装置就失去了抓手。公办事业单位的收费受价格管制，罚金不表现为价格变化，而表现为服务数量与质量的非价格调整，例如诊次、课时、清运次数的减少。财政拨款保障的单位更极端：它不向服务对象收费，也不存在市场意义上的价格，「转嫁给消费者」在对象上就落了空。平台企业则是另一种困难：定价由算法连续生成，没有一个统一、稳定的「标价」作为基点；罚金到来时，平台可以微调抽佣、补贴

与派单规则，而不必变动某个公开价格。转嫁框架预设了一个能记录价格变动的市场界面，却漏掉了以非价格方式流动的损失。

财政循环论与预算软约束

针对公有单位的罚金，有一种常见的看法：如果处罚对象最终由财政保障，罚金只是在公共部门内部转移，既不具有威慑效果，也不产生社会外部性。与之相关的是 János Kornai 提出的预算软约束理论：公共组织缺少硬化的财务约束，因而对成本信号不敏感。

本章不否认财政循环的存在，但指出这一看法把外部性当成了非此即彼的二分：要么罚金有外部成本，要么罚金在公共部门内部自己消化。恰恰是这个二分遮住了财政循环的真实结构。财政补位本身就是一个取用动作：它用一笔新增或重新分配的公共资金填补罚金，而公共资金来自税收、非税收入和既定的公共服务预算。补位不是没有外部性，而是把外部性记进了一张没有栏目的账。问题由此从「有没有外部性」变成了「外部性可不可查」。财政循环论解释了公共部门的罚金为什么可能削弱威慑，却没有追问补位成本最终从哪一项公共服务上被扣除，更没有追问被扣除项目后面的服务对象如何成为无字段的承担者。它不是错了，而是停早了：它把财政补位当作处罚传导的终点，本章把它当作通道的起点。预算软约束也是同样：软约束不等于不反应，软约束的组织可能不增加总支出，却重新安排支出结构，把压缩压向最不容易发声的服务。

三条线索共用一个视野：都从被告出发，向外找一个人或一类人来承接损失。当组织的外推通道足够长、软结算点足够多时，损失虽然真实发生，却不再记入任何可以归属的栏目。此时问题已经不是「成本转给了谁」，而是「通道在什么地方把可归属的关系断掉了」。

◆ 四、外推通道、硬结算点与软结算点

概念

本章把罚金负担的终局分布看作一个通道结构，由两个要素构成：一是损失向外推的路径，二是路径上每一步的结算方式。通道结构与所有制有关，但所有制不决定通道；与行业有关，但行业也不决定通道；决定通道的，是损失每一步经过的结算点类型及其先后顺序。

所谓「外推通道」，是一笔单位罚金在组织内被确认后，经由现金流、预算、合同、价格、服务契约或算法参数，向组织外主体转移损失的全部路径。所谓「硬结算点」，是外界能够通过公开可得的凭证，把损失归属到某一主体的结算动作。所谓「软结算点」，是损失进入某一主体或部位的调整之中，却不生成任何可公开核查字段的结算动作。所谓「无字段承担者」，是实际承受了由罚金引起的福利损失，却无法被任何账簿、公开凭证或价格记录归属到这笔罚金的那一批承担者。

读数：可归因关系

这些概念能否在经验层面落地，关键在于「可归因」能否有一个可以操作的读数。本章不把可归因看作一种主观感受，而看作一个事件与一笔罚金之间存在可公开核实路径的状态：若一笔罚金导致另一主体发生了可检验的损失，且从罚金到该损失之间有一条由有效凭证构成的路径，则该主体属于可字段承担者；若损失明显存在，却无法由公开可得的凭证连接到这笔罚金，则该主体属于无字段承担者。这是一个分类读数，关心的不是被转嫁损失的数值，而是归属关系能否被记录。需要跨组织比较时，可以用无字段承担者在全部承担者中所占的比例，作为一个聚合的比较指标。

可归因强度沿着通道会逐步衰减。可以这样理解：罚金在组织内确认时，可归因强度是完整的；损失每向外推一步，可归因强度就乘上一个折扣——经过硬结算点，折扣很小，几乎不损失；经过软结算点，折扣很大。经过的步骤越多、软结算点越多，末端的可归因强度就越低，直至低于可以公开核实的临界水平：损失仍然分布在某一群人身

上，却不再足以构成对这笔罚金的公共归属。不同组织之间的差别，不在于罚金有没有造成损失，而在于这一串折扣的形状。无字段承担者，正是处在可归因强度已经低于临界值、而损失仍不为零的那一端的人。

成立与不成立的条件

无字段承担者的出现，需要三个条件同时满足：罚金在组织内确认之后，存在向组织外主体转移损失的路径；这条路径上至少有一个软结算点，使损失从显性字段进入不生成字段的调整；终端主体实际承受了由罚金引起的福利损失，哪怕这一损失无法被他自己单独证明，也无法取得诉权。

反之有三种情形不适用这一判断：罚金缴纳没有引起任何可观测的向外传导，承担停留在组织利润或结余之内；通道虽长，但每一步都生成公共字段，损失最终仍可归属；终端主体所失低于任何可确认的福利变化阈值，损失已经蒸发，无承担者可言。

在具体判断时，可以依次追问：罚金缴纳之后，被罚组织的预算、合同、服务、价格或参数是否发生了可归因于罚金的变化；这一变化是否指向组织之外的真实主体；该主体是否缺少任何能把损失连接到罚金的公开凭证；进入司法或审计程序时，该主体能否凭现有凭证完成因果关系的主张；这一变化是否与被罚组织的通道机制相关，而不是一次性的孤立误差；这一现象能否在同类组织的同类处罚中再现。

◆ 五、五类组织的对照与四格辨别

两条轴

第一条轴是外推通道的长度，由硬结算点与软结算点的数量与分布决定。要把不同组织的差异做成可以判定的辨别格，还需要第二条轴。

所有制是最直接的候选，但必须排除：财政拨款保障的单位与公办事业单位同为公有，前者承担者大多无字段，后者部分有字段；民营小企业与平台企业同为非公，承担者的清晰度却居于两端；上市国有企业位于中间。所有制分不开这些差异。行业竞争程

度是另一个候选，但它是通道长度的成因之一，而不是与之独立的维度，只能作为通道机制的组成部分。

本章选定的第二条轴是「组织外结算界面的公开度」。通道长度问的是损失经过了几个软结算点；界面公开度问的是组织内外之间有没有一个外部字段的接收端。两条轴相关而不重合：界面公开度高，往往使通道中的硬结算点增多；但财政拨款保障的单位，预算、决算和政府采购都有公开形式，公开度不低，内部却可能有许多软结算点并存。上市国有企业接近两轴同时较高的形态：信息披露规则使其利润表和重大合同暴露在相对密集的公开界面上，界面上确有字段可查。

四格

格	通道长度	界面公开度	典型组织（构想类型）	预测
第一格	短	高	民营中小企业	罚金负担主要落在可点名的主体上；被罚后减薪、裁员、注销等硬字段变化明显高于未罚对照，且与罚金的凭证连接清楚
第二格	短	低	非上市小型合作组织	罚金不易被长链外推，但外部可读字段也少；承担者清晰主要靠内部陈述与局部合同，纠纷多以私人协商解决
第三格	长	高	财政拨款保障的单位	总支出与预算大盘变化不大，但分项服务合同的压缩高于未罚对照；服务对象的损失可感而不可归因
第四格	长	低	大型平台企业	不仅承担者不可归因，「存在外推」本身也难以从公开信息坐实；只能通过与对照平台在商户流失、配送人员流动、补贴结构上的比较间接反推

四格的预测两两不同：第一格显性为主，第二格局部显性，第三格总指标稳定而分项偏移，第四格总指标与分项都难以直接观察。不同组织的差异，由此不只是通道长短或界面高低，而是两轴组合出的四种逃逸结构。上市国有企业在利润表上有字段，但在时间上可能把损失提前计入股价，由不知情的后来者承担；公办事业单位的软结算点出现在服务质量上。

竞争解释的对照

把这一框架与前述解释放在同一场景中对照。在财政拨款保障的单位被罚的场景里，穿透论在股东、员工、消费者、债权人四个容器里都找不到承担者，读数是「找不到」；本章的读数是「存在，但无字段」。在公办事业单位的场景里，转嫁框架预测「没有提价就没有转嫁，负担留在单位内」；本章预测「负担已在单位外，服务缩水背后的服务对象承担了它」。在财政补位的场景里，财政循环论止于「国库支出增加」；本章追到「预算中的某一格被减掉」。在平台的场景里，算法不透明论的终点是「外界不可知」；本章的终点是「虽不可直接观察，但若平台与对照平台在边缘指标上出现差异，可以反推参数调整的方向」。

财政循环论也有一个对本章不利的版本：如果财政部门为罚金设立独立的专项资金，不从既有项目中扣除，补位通道在该案中就不成立。这种情况下，本章对第三格的判断会被削弱，但它同时说明，制度设计本身就能够压缩软结算点。

◆ 六、无辜者保护的法律工具

无字段承担者为什么能够长期存在？一个简单的回答是：记录即是责任的接口。一旦某个栏目记下某人的承担，责任、诉权和改进的要求就会随之而来。预算制度与算法治理在处理单位处罚时，既要完成账面上的结案，又不必制造新的责任接口，软结算点便成了现成的装置。它不是刻意制造的恶，而是制度在一个方便的位置上找到的捷径。

保护无辜者，可以从现行法已有的工具出发。

其一，民事赔偿优先。《刑法》第三十六条规定，承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。这条规则本身就是一种对服的落点的安排：国家的罚金让位于被害人的恢复。在单位犯罪中贯彻这一顺序，可以防止罚金挤占被害人的救济资源。

其二，执行中的支付能力。《刑法》第五十三条规定，罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳；由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院裁

定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。分期与延期缴纳，为在不改变定罪的前提下降低罚金对无辜第三人的冲击提供了空间。

其三，量刑中的考量。《刑法》第五十二条规定，判处罚金应当根据犯罪情节决定罚金数额。在情节之外，单位的经营状况、员工安置与对被害人的赔偿，可以在法律允许的范围内作为量刑与执行中的考量因素，但不能成为免于定罪的理由。

其四，让外推步骤留下字段。这是一项学术建议：与其试图规定一个「正确的承担者归属规则」——归属规则永远追不上通道的演化——不如让每一个外推步骤都留下字段。例如，在公共预算与决算中，对罚金相关的支出单独列示，并说明资金补位的来源；对平台企业，把处罚成本分摊所涉及的抽佣、补贴、派单参数变化纳入可回溯的记录；对公办事业单位，建立被罚前后服务交付量的对照。前两类措施直接压缩软结算点，第三类促使已经发生的无字段承担转为可字段承担。这些措施不能消除外部性，只能消除「账外无字段」这一最安静的状态。

这一建议有一个必须守住的条件。最省事的做法，是把它弱化为一份自填报告：让被罚单位自己声明「处罚成本未转嫁给服务对象」。这恰好会毁掉要保住的东西，因为它制造了一层伪字段，给本应追查的外推包上一层可查的外皮，却不改变实际的承担结构；伪字段一旦被视为合规，审计也就有了停手的理由。因此，字段必须由交付事件本身生成，而不能由被查单位事后填写。缺少这一条件，其余措施都可能反向加剧问题。

◆ 七、检验设计（尚未执行）与适用边界

本章的判断尚待经验检验。以下检验设计都没有执行，列出来是为了说明，看到什么局面，本章的判断就错了。

第一，预算科目无变动。查阅财政拨款保障的单位在缴纳罚金后的预算执行记录：若总支出、项目支出、政府采购合同与服务交付记录均无可归因于罚金的变化，补位与压缩都不显现，关于财政补位通道的判断即不成立。

第二，平台价量结构不变。查看平台企业在大额处罚后连续四个季度的抽佣比例、配送单价与商户存续率：若这些指标均无可归因的变化，且与未罚平台的对照无明显差异，算法外推通道即不存在。

第三，事业单位服务量无差异。若被罚的公办事业单位与未罚对照单位在诊次、课时、清运次数等指标上没有组间差异，降质通道不成立。

第四，民营小企业承担者不可指认。这是对本章最便宜的支持来源所作的反向检验：若民营小企业被罚后的工资、岗位与注销变化大多不能由凭证连接到罚金，短通道、高字段的核心反差就失去了锚点。

第五，留痕制度无效。若推行由交付事件生成字段的留痕制度之后，被罚单位的可字段承担比例并未上升，说明软结算点不是制度性的字段缺失，另有机制。

第六，通道与算法成熟度无关。若算法定价设施尚不成熟的小平台与成熟的大平台，在受罚后的无字段承担比例相同，通道长度的机制就被削弱。

读数本身也要接受三条自我检查：同一批组织用同样的凭证重复识别承担者，若两次结果差异很大，读数不稳；若「无字段承担者」与既有税收归宿研究中「难以观察的消费者福利损失」在识别上无法区分，这一概念没有新增区分力；若稍稍收紧凭证标准，无字段承担者的比例就骤降为零，说明它只是凭证标准松动的产物。

适用边界有两条。若财政制度对罚金设立独立、封闭的支付科目，不从任何既有项目扣除，第三格中服务对象成为承担者的判断就不成立；这时终端承担者是纳税人整体，承担仍然分散，但至少被显性科目记录。若平台企业的价格与参数调整必须公开展示变更前后的对照，第四格的不可归因性就会大幅下降；这说明隐蔽性不是算法的本质属性，而是算法被排除在可审计字段之外的结果。

还有两个问题本章没有回答：同一单位为什么在某些预算科目上保留字段、在另一些科目上不保留；平台如何在商户、配送人员和消费者之间分配处罚成本而不引发集体反应，「低于察觉阈值」的那个阈值又如何随城市、行业与劳动力市场而变化。这两个问题都需要其他机制的理论才能推进。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑤号出生证——威慑论——在外部性问题上的典型吸收：把罚金外溢改名为「执行问题」。Coffee 揭示了外溢，但仍假定外溢的承担者可以在股东、员工、债权人、消费者这些现成类别中找到；本章指出，在通道长、软结算点多的组织里，承担者会从这些类别中掉出去，外溢不是执行中的损耗，而是组织拆散成本的本体结构，是判服错位最安静的形态。本章也触动了第①号出生证（否定论）的免检式吸收：「组织问题交行政法」，组织外部成本因此常被视为与刑法无关。涉及的制度依赖是结构：《刑法》第三十六条、第五十二条、第五十三条已经为服的落点与顺序作了安排，本章的建议是在这一结构内让外推步骤留下字段。本章的再聚合读数是罚金承担者的字段覆盖率：被罚组织的外推损失中，有多大比例能由公开凭证连接到这笔罚金。若检验发现，财政拨款保障的单位与平台企业的无字段承担比例并不高于民营小企业，则本章的四格辨别应当收窄为一种理论可能。

带走的话

在通道长、软结算点多的组织里，罚金的承担者会从股东、员工、债权人、消费者这些现成类别中掉出去，成为无字段承担者。

小账

硬结算点与软结算点有何区别？——硬结算点能通过公开可得的凭证把损失归属到某一主体；软结算点让损失进入某种调整之中，却不生成任何可公开核查的字段。

保护无辜第三人的分寸在哪里？——区分单位责任的成立与刑罚执行的后果，在法定范围内考虑支付能力、赔偿和持续经营；但不能因为处罚会影响员工就免罚企业。

第 29 章

刑事制裁、行政处罚与民事责任的组合

◆ 一、不同责任工具不能互相冒名

企业违法可能同时涉及刑事罚金、行政罚款、违法所得的追缴、民事赔偿和合规整改。制度设计者自然希望这些工具彼此配合，但每一种工具都有不同的构成要件、程序和目的。若以「综合治理」之名把不同责任的证明标准混在一起，既会增加任意性，也会掩盖本应由某一法律部门解决的问题。法经济学可以比较不同制裁组合的边际效果，却不能赋予任何机关超越法定权限的综合处罚权。

比较不同工具的原则，是让每一种工具处理它最擅长的失败：刑法处理达到法定犯罪程度的不法；行政监管通过持续的检查纠正合规风险；民事法律为被害人提供损害救济；民营经济与公司治理方面的法律保护合法财产的边界；企业内部合规处理未来行为的激励。只有责任分工清楚，综合治理才能避免把一笔处罚反复计算为几项制度成果。

本章在这一原则之外，还要回答一个更具体的问题：既然第26章已经说明，罚金可以被预算化、保单化、合同化而成为价格，那么把几种工具组合起来，会不会只是让同一台转嫁机器多处理几张单据？要回答它，先要看清转嫁网络的构造，再看各工具在网络中的位置。

需要先说明材料的性质。本章所用的转嫁机制，是以重复受到行政处罚的企业为原型推演出来的。转换到刑事罚金时，必须重新核对制度条件。尤其是保险：责任保险能否承担故意违法乃至犯罪所产生的罚金，受到法律与公共政策的限制。普通商业保险、民事责任保险与刑事罚金的转嫁不是同一种合同形式，不能声称任何保单都可以合法承担刑罚。本章所说的「保单化」，主要指企业通过保险安排分担与处罚相关的费用和后果（例如调查费用、整改费用、因处罚引起的民事赔偿），以及保险条款和费率随处罚记录作出的调整，而不是指刑事罚金本身可以直接投保。

◆ 二、中国法上的衔接规则

组合问题首先是一个法律问题。现行法对刑事、行政、民事三种责任的衔接已有若干规定，它们是讨论组合的出发点。

刑事与行政：移送与折抵

2021 年修订的《中华人民共和国行政处罚法》规定，违法行为涉嫌犯罪的，行政机关应当及时将案件移送司法机关，依法追究刑事责任；对依法不需要追究刑事责任或者免予刑事处罚、但应当给予行政处罚的，司法机关应当及时将案件移送有关行政机关。同一法律还规定了折抵规则：违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金；判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期〔待核：条文序号以正式文本为准〕。

折抵规则表明，立法者已经意识到同一违法事实上的两种金钱制裁不能简单叠加。但折抵解决的是「数额」问题，不解决「落点」问题：折抵之后，罚金仍然由单位缴纳，仍然可能被转嫁。

刑事与行政：不起诉与免予刑事处罚之后

《刑事诉讼法》规定，人民检察院决定不起诉的案件，对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。《刑法》第三十七条规定，对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。

这些规定使涉案企业合规改革中的「不起诉加行政处罚」成为可能：企业经过合规整改获得不起诉，同时依法接受行政处罚、没收违法所得。这是组合的一种重要形态。它的意义在于：刑事程序的出口并不意味着责任的终结，违法所得的剥夺和行政责任的追究可以继续进行。

刑事与民事：赔偿优先

《刑法》第三十六条确立了民事赔偿优先于罚金的原则，第六十四条确立了对被害人合法财产的及时返还。最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的规定，也对执行顺序作了安排〔待核〕。民事责任在组合中有一个其他工具无法替代的功能：它是唯一以被害人为中心的工具。刑事罚金与行政罚款都上缴国库，只有民事赔偿和退赔使损失回到受损者那里。

◆ 三、转嫁网络：五条路径与五步降级

五条路径

转嫁网络由五类路径构成。

保险路径：企业通过责任保险分担与处罚相关的费用和后果，或在续保时接受费率调整、增加或删除某些条款。保险路径的观测，是保单批单的变化和理赔案卷。

合同路径：企业在处罚之后与交易相对人之间出现合同增项、服务加价或补偿协议，或者事先在合同模板中写入「合规整改费用由对方按比例承担」之类的条款。合同路径的观测，是关联合同的变更单和付款流水。

股权路径：处罚损失按出资份额由股东吸收，表现为每股收益的调整、分红的减少。

薪酬与经理人市场路径：罚金发生之后，负责决策的经理人薪酬、晋升与任职评价没有因此出现负向变动，经理人市场照常给出信号。

预算路径：罚金被列入组织的年度预算，下一年度出现同性质的支出科目。

五步降级

罚单在组织内的旅程，可以概括为五道工序：入账、保险接棒、合同摊薄、股权沉淀、经理人脱钩。这五步不是按时间顺序排列的，而是按损失被剥离的顺序组织的：每经过一道工序，罚单身上就少一分法律禁令的属性，多一分财务流的属性。

其中，入账是唯一的换型点。入账之前，罚单是一个法律事件，它的意义由法律赋予；入账之后，罚单成为一个会计事件，它的去向由财务安排决定。入账本身不是转嫁——它是会计规则的强制要求——但它是罚单离开法律、进入财务的那一刻。此后的每一步，都可能把它推得离禁令更远。

预算是价格化的稳定标志。只有被预期会重复发生的事情，才会进入预算。一笔罚金出现在下一年度的预算里，意味着组织已经不把它看作一次需要回应的谴责，而是看作一项需要筹措的经营支出。这个读数，在罚金规模论和代理理论的框架里都不出场；它既不是代理链条断裂的延续，也不是价格信号失灵的加强，而是断链之后「长出来的东西」。

股权沉淀与经理人脱钩

五步之中，最后两步最容易被忽视，却最能说明判服错位。

股权沉淀，是罚金在扣除保险与合同分摊之后，剩余部分按出资份额由股东吸收。对于股权分散的公司，单个股东承担的份额很小，且往往无从判断这笔损失来自哪一次处罚；对于有控股股东的公司，控股股东承担的份额与其从违法中获得的收益未必相称——如果违法收益已经通过关联交易流向了控股股东，而罚金按出资份额由全体股东分担，那么小股东实际上在为控股股东的收益付费。第27章讨论的收益落点问题，在这里与罚金的落点问题交汇。

经理人脱钩，是罚金发生之后，作出或推动违法决策的经理人在薪酬、晋升与任职评价上没有受到影响。这一步之所以关键，是因为它决定了罚金能否进入下一次决策。若经理人的考核只看业绩指标，而罚金被列为营业外支出、不计入其业绩，那么对经理人而言，违法带来的业绩增长是自己的，违法带来的罚金是公司的。Steven Kerr 所说的「奖励 A 却指望 B」在这里以最直接的形式出现：组织奖励的是违法带来的业绩，却指望经理人守法。只要经理人一侧与罚金脱钩，前面几步无论怎样分配，都不会改变下一次的决策。

因此，组织内部的治理改进，最值得着力的地方不是罚金的会计处理，而是罚金与决策者考核之间的联动：让与违法相关的处罚进入相关决策者的考核，让违法带来的业绩不计入奖励。这属于公司治理和企业合规的范围，可以通过合规整改的要求来推动，但不是刑法可以直接规定的内容。

◆ 四、判别罚金是否已被价格化：三道门

判别罚金是否已经被价格化，不诉诸执法者的意图，也不询问企业的态度，而是指向一个具体、可核查的事实：罚单入账后至下一年度末，企业是否出现过以罚金为标的的补偿性安排。判别由三道门构成。

预算门：处罚生效后的下一年度预算中，企业是否单列「行政处罚支出」或同一性质的科目，并以货币金额列示，与当年罚金相差不大。「罚款可能再次发生」的一般预期不算通过，只有实际出现在被批准的预算中才算。

保单门：处罚生效后至当期保险到期，企业的责任保险是否出现与处罚相关的赔付、批单或费率调整。理赔案卷中出现以处罚相关费用为标的的申请，或续保批单中出现针对处罚的除外条款、单独上浮、按历史处罚记录分级的费率，都属于通过。赔付是保单门的第一通道；批单是保险人避免直接赔付的替代。

合同门：处罚生效后六个月内，受罚企业与关联方或交易相对人之间是否出现合同增项、服务加价或补偿协议，其金额与罚金大体相当，且签订时间晚于处罚送达时间。

三道门之外，还要追查一条补偿通道：关联方的回补。若受罚单位在一定期间内从关联方收到与罚金相当比例的回补（检验设计中可以先设一个示例阈值，例如罚金的六成），无论是否进入三道门，都判为价型。

五个构想场景

以下场景均为构想，用来说明判别方法在不同情形中输出不同的结果。

场景甲：一家不设合规部门的小型运输公司，罚金由经营者个人缴付，无保险、无合同安排，下一年度也没有罚款预算。三道门均不通过，为禁型——即使罚金不重，它确实罚掉了经营者自己的一笔钱。

场景乙：一家大型制造企业投保完备，与处罚相关的费用由保险分担，下一年度预算出现「风险合规支出」。预算门、保单门通过，无合同加价。价型成立。

场景丙：一家设计机构不投保，但向发包方索取「涉罚项目补偿款」，金额与罚金同步，下一年度预算没有罚款科目。合同门通过，预算门未通过。价型成立，路径偏向合同。

场景丁：一家企业缴纳罚金后，由其所属的企业集团拨付「专项补亏」，既不涉及保险，也不进入预算。这是一个容易漏判的场景：三道门都不通过，但补亏金额与罚金相当，须追查补偿通道。只要达到阈值的回补发生，就判为价型。

场景戊：一家新设公司首年受罚，未投保，无合同，无预算，次年因经营困难停止营业。三道门均不通过，但这不意味着禁型。价型与禁型的判断以组织继续经营、且存在可得的转嫁路径为前提；组织退出后，罚金的类型已经无人承载，不作判断。

可观测的指标

为便于比较，可以设四个指标。预算罚金比：下一年度预算中罚金科目的金额除以当年罚金。保单赔付比：保险中与处罚相关的赔付额除以罚金总额。合同同步率：关联合同加价额除以罚金总额。重复罚单的处理时滞：同一单位、同一罚种、同等金额两次受罚时，从处罚送达到入账所用天数的变化；若第二次明显短于第一次，可以判为「定价路径已经跑熟」。上述指标的阈值都只是检验设计中的示例数值，不是实证结果。

读数也要接受三条自我检查。其一，信度：同一主体、同一罚种的事件，在不同档案版本中重复判读，若结果不一致的比例过高，读数不稳。其二，改名嫌疑：若预算罚金比与同期营业外支出中诉讼费用的比例高度共变，所谓预算化可能只是既有诉讼会计惯例换了一个名字；必须把真实的诉讼支出剔除后再看。其三，预设的工具：若企业在首次受罚之前两年就已经有同等金额、同等科目的预算，这一预算不能作为罚金价格化

的证据，因为它可能只是正常的风险预留；只有在首次罚单之后新增或专门调整的科目，才可以作为读数。

◆ 五、组合为什么会被转嫁网络吸收：与相近观点的区别

关于企业如何消化处罚，若干相近的观点已经各自抓住了转嫁网络的一环。逐一对照，可以看清本章多说了什么。

合规市场化的观点认为，组织把合规要求当作外部服务来购买，责任停留在外包而没有内化。它抓的是服务购买阶段；本章抓的是罚金入账之后的转嫁阶段。设想一家企业购买「合规整改服务」，罚款以服务加价的形式支付：合规市场化的观点会说，这是合规外包，责任未内化；本章会说，这是罚金合同化的一个操作，与预算化是同一类型的两面。当合规服务费与罚款同步波动、并计入同一预算科目时，只看服务购买就只能看到链条的一环。

风险治理的观点认为，企业通过风险治理机制把不确定的危险转化为可管理的风险。本章的区别在于顺序：罚款在转嫁网络中是先离开责任、再被定价、最后才被「治理」。设想一家公司把罚款列为「风险合规支出」并逐年提取：若这笔钱在违法发生之前就已经计提，它就已经不是对突发风险的治理，而是对常态化违法费用的计划。

执法博弈的观点认为，企业会根据执法强度调整违法策略。本章关注的是策略主体内部的吸收装置如何被罚单长期激活。同一企业第二次受罚后处理速度加快，执法博弈的观点会说企业学会了快速处理以降低博弈成本；本章会说，定价路径已经跑熟。区别在于：若只是博弈能力增强，违法应当有选择地波动；若违法不降、保险扩张、预算化同时出现，就不是策略博弈，而是形态稳定。

制度同构的观点认为，组织会模仿同行的普遍做法。本章认为，不同行业在同一罚种下出现相同的预算科目形式，是同一套转嫁工序的产出，而不只是模仿。

违约经济学把违法看作对义务的违反，用赔偿替代履行。设想一家企业通过对供应商的「补偿性加价」完成罚款转嫁：违约经济学会说这是对合同标的的重新定价；本章会说，这是用合同把罚金落成价款，合同在这里不是赔偿工具，而是定价工具。

惩罚表达的观点重视处罚的谴责功能。设想罚单进入预算科目，年报把罚款列为营业外支出，决策机构不讨论，管理层逐级上报无异议。表达论会说，谴责没有被内化；本章会说，谴责被账面消了音——罚单在科目里完成了「去表达」。

这些观点在各自的环节上都有道理。本章并不主张它们全错，而是主张：在「罚金被组织吸收并定价」这件事上，它们各抓一环、各漏全局。全局不是各环之和，而是罚单入账之后发生类型转换的整条路径。

这条路径对组合问题的含义是直接的：如果每一种工具都只是向同一家组织发出一张需要缴纳的金钱单据，那么罚金、罚款、整改费用和民事赔偿都可能经由同一套路径被吸收，组合越多，网络越忙，却未必有任何一处落在控制者身上。民事赔偿是一个例外：它的去向是被害人，转嫁网络可以分担赔偿的成本，却改变不了赔偿已经回到受损者手里这一事实。

◆ 六、一张组合单据的旅程：构想推演

把前面的分析放进一个完整的构想案例里，可以看清组合在转嫁网络中的走向。以下为构想场景，不对应任何真实案件。

设想一家生产企业因排放违法先受到行政处罚，缴纳了罚款；此后查明违法情节达到犯罪程度，案件移送司法机关。法院对企业判处罚金，依法折抵已缴纳的罚款；同时对负责生产调度的一名车间负责人判处刑罚；周边受损的农户另行提起民事诉讼，获得赔偿。从判决书和处罚决定书上看，刑事、行政、民事三种责任都到位了。

现在逐一追踪这些单据的去向。

行政罚款在下达当年就进入了企业的「环保合规支出」科目，这一科目早在两年前就已设立，原本用于排污费和第三方检测，此后每年金额都按罚款的规模上调。刑事罚金折抵之后的差额，由企业以经营资金缴纳；企业的环境责任保险承担了部分污染清理费用和民事赔偿，续保时保险人提高了费率，并新增了一条针对故意违法的除外条款。企业与下游客户之间的年度框架协议中，原有的「原材料与合规成本调整」条款被启

用，产品价格小幅上调。车间负责人服刑，但作出排放安排决定的经营管理层没有被追究，薪酬和职务没有变化。

在这条旅程里，行政罚款与刑事罚金都通过了预算门，保险承担了一部分与处罚相关的费用，合同门也被打开；民事赔偿虽然部分由保险支付，但确实回到了受损农户手里。唯一不可转嫁的落点，是车间负责人的刑罚——但他未必是能够改变排放决策的人。判是齐全的，服却散在客户、保险池、企业的其他利益相关者以及一名基层管理者身上。

这个推演并不说明组合无用，而是说明组合的效果取决于落点。若在同一案件中，依法查明并追究真正作出排放安排的人的责任，依法追缴企业因违法排放而节省的治理成本，或者在法律允许的范围内对相关人员适用任职限制，那么组合中就至少出现了一个转嫁网络转不出去的落点。第四编所说的位点拆解，在这里与本编的成本追踪会合：找对人，是让成本不再被拆散的前提。

◆ 七、组合的分工：让每种工具处理它最擅长的失败

从上述分析可以得出几条分工原则。它们是分析与政策层面的建议，不改变任何法定要件。

第一，不重复计算。同一违法事实上的刑事罚金与行政罚款依法折抵；违法所得只追缴一次；合规整改的投入不能被计为处罚的一部分，也不能被计为恢复的一部分。把一笔处罚计为几项制度成果，是组合最常见的失真。

第二，各工具保持各自的证明标准。行政处罚的事实认定不能直接替代刑事定罪所需的证明；刑事程序中的不起诉不等于行政上的无责；合规考察的结论依法作为处理的参考，但不能自动替代构成要件的判断。

第三，在组合中至少保留一个不可转嫁的落点。Jennifer Arlen 与 Reinier Kraakman 在《控制公司不当行为：公司责任制度分析》（1997）中提出混合责任的思路：通过对企业责任的设计，激励企业自己去预防、调查和报告员工的不当行为。这一思路的可取之处，是承认企业内部的信息优势；本章补充的是：激励合同本身也可能被

转嫁网络吸收。因此，在罚金、罚款、整改之外，组合中至少要有一个落点是网络转不出去的——依法追缴控制者的实际违法所得，依法追究真正切断或推动违法路径的个人的责任，或者依法适用的任职资格限制。

第四，民事赔偿优先、被害人居中。在所有金钱性的组合中，民事赔偿与退赔是唯一以被害人为中心的工具，应当按照《刑法》第三十六条的顺序优先实现。

第五，追踪去向而不只是确认缴纳。执法与司法机关在评价组合的效果时，可以把罚金与罚款的去向纳入考量：下一年度预算是否出现同性质科目，保险是否承担了与处罚相关的费用，关联合同是否同步加价。这比单纯确认按期缴纳更能说明组合是否起了作用。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑥号出生证——合规激励论——的客体预设：「法是激励合同」，以及它的先验式吸收：有合规文件即有合规。本章指出，激励合同与罚金一样，都可能被同一套转嫁网络吸收；合规服务费、整改支出与罚款在同一预算科目中同步波动时，合规可能成为价格化的一环。本章也延续了对第⑤号出生证的分离：在威慑论看来，多种工具叠加只是提高了预期制裁的总额；在本书看来，只要每一种工具都落在可转嫁的位置，叠加只是让判服错位在更多单据上重复。涉及的制度依赖是连接与次序：行政处罚法的移送与折抵、刑事诉讼法的不起诉后移送、《刑法》第三十六条的赔偿优先，共同决定了各工具之间谁接谁、谁先谁后。本章的再聚合读数是罚金预算化路径在组合中的覆盖：组合的各项金钱责任中，有多少经由预算、保单、合同被吸收，有没有至少一个落点留在网络之外。若检验发现，在转嫁网络完备的企业中，多种工具的组合仍能带来明显的行为改变，而其中并无不可转嫁的落点，则本章的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> **每种责任工具应处理它最擅长的失败；若各项工具都落在可转嫁的位置，组合起来只是让判服错位在更多单据上重复。**

> **小账**
>
> 行政罚款折抵刑事罚金解决了什么，没解决什么？——它解决同一违法事实上两种金钱制裁的数额叠加，不解决落点；折抵之后罚金仍由单位缴纳，仍可能被转嫁。
>
> 设计一组制裁组合时先查什么？——查各项金钱责任中有多少经由预算、保单、合同被吸收，组合里是否至少有一个落点留在转嫁网络之外。

第 30 章

最优制裁模型的破产与制度伦理

◆ 一、最优制裁模型说了什么

本编前四章从不同方向追踪了被拆散的成本：罚金被价格化（第26章），收益被拆散到控制者那里（第27章），外推损失落到无字段的承担者身上（第28章），多种工具的组合被同一套转嫁网络吸收（第29章）。本章回到制裁经济学最有雄心的一个设想——最优制裁模型——检验它在单位犯罪上能走多远，并说明它在哪里必须让位于制度伦理。

最优制裁模型的基本结构来自 Becker（1968）。违法者在决定是否违法时，比较违法的收益与预期制裁；预期制裁等于制裁额乘以查获概率。社会的目标是使违法造成的损害、执法成本与制裁成本之和最小。由于提高查获概率需要投入警力、审计和调查，代价高昂，而提高罚金几乎不花执法资源，模型便给出一个著名的推论：在其他条件不变时，用尽可能高的罚金配以尽可能低的查获概率，是最节省的威慑方式。

Polinsky 与 Shavell 的公共执法研究把这一推论细化并加上了限制。最优罚金大体应使违法者内化其造成的损害——在查获概率低于百分之百时，罚金应当按损害除以查获概率来放大；当违法者的财产不足以支付这样的罚金时，金钱制裁的威慑就会不足，非金钱制裁（如监禁）才有了用武之地。在公司与个人的责任配置上，他们讨论过在已有公司责任的情况下，是否还需要对雇员个人施加罚金或监禁：如果公司能够通过内部惩戒把责任传给雇员，公司责任就足够；如果公司的支付能力有限，或者无法有效约束雇员，个人责任就不可缺少。

这一框架的力量不容低估。它迫使立法者和司法者正视一个事实：制裁不是越重越好，也不是越轻越宽厚，而是有成本、有收益、需要权衡的公共政策。它也为本书的许多判断提供了起点：罚金的效果取决于它落在谁身上，取决于支付能力，取决于查获概率。

但模型有它的前提。它把违法者设想为一个能够如实感知预期制裁的单一决策者，把罚金设想为一笔落在这个决策者身上的成本，把社会福利设想为可以加总的损害与成本。在单位犯罪中，这三个前提都会被组织拆散。

◆ 二、模型的三处破产

第一处：支付能力与外溢

Coffee 的「威慑陷阱」首先击中了模型的放大公式。对大公司而言，按损害除以查获概率计算的最优罚金，常常高到超出公司的支付能力。罚金定不到那么高，威慑就不足；定到了而执行不了，企业破产，损失便外溢给员工、债权人、供应商和消费者。模型本来要用高罚金节省执法资源，结果却把社会成本从执法一侧挪到了无辜者一侧。

模型对此的标准回应，是在财产不足时引入个人责任。这个回应是对的，但它把外溢当作「支付能力不足」这一边界条件下的执行问题。本书在第26章和第28章已经说明，外溢不止发生在支付能力的边界上。即使企业完全付得起，罚金也会沿着转嫁网络流出去；在通道长、软结算点多的组织里，流出去的部分甚至找不到可以归属的承担者。外溢不是模型在极端条件下的漏损，而是组织拆散成本的常态。

第二处：市场结构

Emmanuelle Auriol、Erling Hjelmeng 与 Tina Søreide 关于公司犯罪在市场环境中的最优执法的研究（2023）提示：高额制裁在某些市场结构下可能引出损害竞争的间接效应。被重罚的企业退出或萎缩，市场集中度上升，留下来的企业获得更大的定价权，消费者因此承担的损失，可能超过违法本身造成的损害。他们的经验与理论判断不应被无条件移植到中国所有市场，但足以动摇「罚得越重越有效」的简单口号。

这一点与本编的分析相通。在现实组织中，制裁会引起融资约束、破产退出、市场集中度的变化、无辜者失业和交易机会的丧失。模型把这些后果当作可以加总进社会福利函数的成本，但它们的承担者分散在不同的人身上，有的有字段，有的没有。一个加总的福利数字，掩盖了「谁在服」这个问题。

第三处：价格化

最根本的破产在于价格化。模型的全部推论都依赖一个前提：罚金是落在决策者身上的成本。只有罚金是成本，提高罚金才会改变决策。第26章已经说明，在转嫁网络可用的组织里，罚金会被预算化、保单化、合同化，从成本变成价格。一旦罚金成为价格，模型就出现了一个自我颠覆的结果：模型越精确，罚金越可预测；罚金越可预测，就越容易被预算化；越被预算化，违法就越像一条明码标价的路。最优制裁模型追求的是让违法者「算清楚」，而组织恰恰是最会算清楚的那一种违法者——它算清楚之后，不是停止违法，而是为违法编制预算。

这就是本章标题所说的「破产」：不是说模型的数学有错，而是说在单位犯罪中，模型赖以运转的那个对象——一个承受成本的决策者——被组织拆散了。模型把单位当作一个理性人，而单位是一个把成本拆散出去的装置。

因此，需要关注的不是罚金数字是否越来越大，而是违法道路是否仍然比守法道路更容易取得组织内部的决策支持。对这种机制，制度上可以通过依法追缴违法收益、完善认定个人责任的证据、提升检查概率和透明化整改来回应，而不能任由经济分析为无限加罚提供便利。

◆ 三、破产之后，模型还能做什么

说最优制裁模型在单位犯罪上破产，并不等于说它应当被丢弃。破产的是模型的一个雄心：用一个最优数字解决单位犯罪的制裁问题。模型的分析工具在破产之后仍然有用，只是用途要改变——从「求出最优罚金」改为「把取舍说清楚」。

第一，模型提醒罚金与支付能力之间的关系。罚金超出单位的支付能力，不会带来更多的威慑，只会带来更多的外溢。我国刑法分则对单位犯罪的罚金，多数没有规定具体数额，由法院根据犯罪情节裁量。这一安排给了裁量以弹性，也意味着裁量需要信息：单位的资产结构、偿债能力、被害人赔偿的需要、员工安置的风险。最优制裁模型列出的那些变量，恰好是裁量时值得了解的事实。

第二，模型提醒查获概率与制裁强度之间的替代关系。在单位犯罪中，与其不断提高罚金，不如提高违法被发现、被查明的可能，尤其是提高控制者个人责任被查明的可能。前者只增加了转嫁网络的流量，后者才可能改变组织内部的决策。完善内部举报渠道、加强对关联交易和资金流向的审查、提高审计与检查的频率，都是在查获概率一侧用力。

第三，模型提醒个人责任与单位责任之间的配置。Polinsky 与 Shavell 关于公司责任与雇员责任的讨论、Arlen 与 Kraakman 关于混合责任的讨论，都指出单位责任与个人责任各有其不可替代的作用。本书在此基础上补充的是：配置的关键不在于两种责任的总量，而在于个人一侧是否落在了真正的控制者身上。

第四，模型提醒一切制裁都有成本。执法资源、司法资源、无辜者的损失、市场竞争的扭曲，都是制裁的成本。承认这些成本，并不意味着因此放宽对违法的追究，而是意味着在法定的选择空间里，选择成本更低、落点更准的方式。

换句话说，模型从一台给出答案的机器，变成了一张提问的清单。它不再回答「罚多少最优」，而是帮助追问：罚金落在谁身上，追缴追到了哪里，个人一侧落在了谁身上，无辜者承担了多少，被害人得到了多少。这些问题没有一个最优数字可以回答，却可以在每一个具体案件中被回答得更清楚。

◆ 四、路先成：罚单到来之前，路已经铺好

价格化不是罚单到来之后才临时发生的。在相当多的组织里，转嫁的路在罚单到来之前就已经铺好了。这一点需要用第二条轴来刻画。

两个被排除的候选

第一个候选是公司规模。规模大的企业转嫁资源多，似乎可以作为第二条轴。但规模是转嫁的资源条件，不是形态条件：同样规模的企业，有的转嫁，有的不转嫁；一家大企业的决策者若被依法追究个人责任，转嫁网络就未必启动。规模与核心变量高度相关，属于成因，排除。

第二个候选是行业风险属性。高风险行业似乎更容易生成罚款预算。但风险属性来自企业的业务本身，而转嫁网络是罚单进入之后形成的结构。行业风险改变的是受罚的频率，而不是单张罚金的存在类型；两个低风险行业的企业也可能走同一套转嫁工序。同样属于成因，排除。

第二条轴：路先成程度

本章选定的第二条轴，是罚单到来之前的制度化预备程度，可以称为「路先成」：罚单到达之前，企业是否已经拥有一套现成的转嫁工具，使罚单出现后无需临时设计，只要依次走完即可。它的读数不是转嫁事件本身，而是罚单之前的三样东西：保险是否已经把与处罚相关的费用纳入承保范围；合同模板是否已经写入「行政责任费用」或「合规整改费用由对方按比例承担」之类的条款；预算体系是否已经预设了类似罚金的应急科目。

第一条轴问罚单之后转嫁是否发生，第二条轴问转嫁之前路是否已经铺好。一家企业可以路先成程度很高，却从未受罚；一旦罚单落地，它就会自动价型化。这正是保险与法务部门成熟的企业的常态。

以下为构想场景。设想一家大型物流企业，在首次受到重大处罚之前，已经在责任保险的续保批单中保留了「行政调查费用」险项，在外包合同模板中写入了「合规整改费用由承包方按比例承担」的条款，并在总部预算中预设了「合规应急支出」。首次罚单到来后，几天之内就进入了预设流程：保险申请、合同分摊、预算批拨。罚单之前，路已经三轨并行。两条轴不是正交的——路先成程度高会提高转嫁完成的概率——但它们是两个不同的测量点：一个问罚单之前铺好没有，一个问罚单之后走通没有。

四格

格	罚单后是否转嫁	罚单前路是否已成	类型	预测
第一格	发生	已成	预算化企业	罚单一入账即完成转换；下一年度同性质预算科目的精确度最高，与罚金相差很小；批单持续保留与处罚相关的承保范围

格	罚单后是否转嫁	罚单前路是否已成	类型	预测
第二格	发生	未成	临时补救企业	罚单出现后临时寻找通道，如罚后补签合同、补购保险、向股东申请一次性补偿；第二次同额受罚时，仍以临时回补消化，尚未生成下一年度预算科目
第三格	未发生	已成	穿透型	企业虽有成熟的转嫁工具，但这一次因执行明确排除转嫁、决策者被依法同案追责或保险人拒赔，罚金走不出去；违法在其后至少两个统计期内下降，企业随后可能试图修改条款把同类罚种重新纳入
第四格	未发生	未成	纯粹禁止	处罚直接落在经营者或决策者身上，无路可转，也没人事先铺路；罚单后短期内即可观察到实质性的作业调整，若为小企业可能退出市场

四格的预测各不相同：第一格看预算差额，第二格看临时回补与预算缺位，第三格看违法下降，第四格看作业调整。对制度设计而言，第三格最值得关注：它说明即使在转嫁工具完备的企业里，只要造出一个不可转嫁的落点，罚金就能回到禁止的形态。

◆ 五、检验设计（尚未执行）

本编关于价型威慑的判断，有一组互不依赖的检验设计。每一项都回答三个问题：去看什么，看到什么就算判断错了，为什么既有解释预测不出这一结果。以下各项都没有执行，它们交付的是判据与预期，有待后续材料。

第一，跨期重复判别。在一家多次受罚的企业中，若同一罚种的预算罚金比与保单赔付比随时间波动，且波动完全可以由罚金金额的大小解释，判断即错。因为按本编的判断，一次预算化完成之后，类型应趋于稳定，与之后罚金金额的增量无关。罚金规模论会预测波动与金额严格挂钩，但解释不了金额不动时路径仍在扩张。

第二，同额双罚判别。若同一单位连续两次同额受罚，第二次处理明显加快，却没有出现新的预算、保险或合同文件，判断即错。因为处理加快只有在伴随新的财务文件时，才表明一轮新的价格路径被启动。执法博弈论可以预测加快，但预测不了文件序列是否生成。

第三，批单判别。若罚单频率上升，而责任保险的续保批单中没有新增除外条款、没有按处罚记录分级，且与行业走势一致，判断即错。因为按本编的判断，随着与处罚相关的理赔增多，保险产品层面应出现从赔付到收缩的批单变化。风险治理论不会预测续保端的收缩。

第四，预算反身判别。若一家企业历年预算都有处罚支出科目，但保险、合同、回补都不可得，而违法率随预算科目的增加而下降，判断即错。因为价型威慑解释不了在没有转嫁路径的条件下，预算化为何会约束行为；这一结果会表明预算化可能是责任内化的一种财务形式。

第五，个人追责反例。若某一案件中，决策者个人承担了明显的后果，保险没有扩张，合同路径未启用，罚金也未进入预算，而重复违法依然持续，判断即错。这是最锋利的一块试金石：如果没有转嫁网络，行为却照旧，威慑的缺陷就与价格化无关，属于别的机制。

以上五项不依赖特定年限，也不依赖特定行业，都可以通过审计与合同材料完成。此外，全书第一条可错预言——判决同时依法处理控制者并追缴其实际收益的案件，其后续同类违法应少于只判单位罚金的案件——是检验本编总体判断的最直接途径，同样尚待检验。

在方法上，这类检验适合以单例判定和异例检验展开，而不是以平均效应来估计。威慑类型的确认发生在组织内部的会计、保险和合同流程中，这些材料粒度小、可得性差、差异大。检验的可复现性，不取决于大样本，而取决于每一条读数能否被后来者按同一口径在档案中找到。对每一道门，最好要求至少两个信息来源指向同一方向——预算门要有批准的预算与财务系统科目，保单门要有续保批单与理赔单证，合同门要有合同文本与付款流水；只有单一来源的，降为线索，不直接进入判别。

◆ 六、读数的自我恶化与判断的局限

读数会让被读者学会躲开

若按本编的判别方法去执行，可以预见一个后果：企业会学会把转嫁做得更隐蔽。罚金不再进入单列的预算科目，而是拆散进多个附属项目；保险不再直接赔付，而改用咨询费、服务费、风险管理费的名目；合同不再明显加价，而改由「长期框架协议加年度调整机制」来承载。最省事的应对，就是让每一个读数都失效。这提醒研究者：本编提出的每一类文件，都只是转嫁网络在某一阶段留下的痕迹；一旦成为公开的判据，就会刺激新的规避路径。用一个阶段性的痕迹去捕捉一个正在变形的对象，这正是这类研究不能自我封闭的原因。

构念与因果

最大的构念风险，是这些文件测量的究竟是「威慑类型」，还是「企业的财务熟练程度」。三条自我检查只能排除一部分改名的嫌疑，不能完全分开二者。可行的后续设计，是由会计专业与法律专业的研究者分别独立判读同一批档案，检验结果是否一致。

因果推断依赖「罚单先于转嫁动作」的时间顺序，而不是随机分配。一个替代解释是：罚单之前已有完备的风险工具，恰恰是企业规范经营的证据，而不是转嫁的预备。「路先成」这条轴就是为了把预备状态与转嫁动作分开，但替代解释仍然存在：高度规范的企业可能同时具备预算与转嫁，二者是同一种管理文化的产物，而不是前者导致后者。这需要在受到外部合规冲击的情境中进一步区分。

适用边界

本编关于价型威慑的判断，有两条边界。第一，当责任保险与合同安排根本不存在时，转嫁网络无从谈起，罚金以个人或单位的现金直接承受，其形态接近传统经济分析所设想的模型。这一边界削去了把判断从大中型企业推及一切组织的可能：本书无意说所有企业都必然价型化，只主张在转嫁条件齐备时，识别罚金效果要以转嫁路径而不是

罚金数额为单位。第二，当组织没有持续经营的预期，尤其是即将注销或破产时，预算、保险和合同上的转嫁都失去了未来的参照，罚金只是资产清单上的一笔损失，价型与禁型的框架就不再适用。这一边界削去了「价型化是终局」的暗含判断：在没有长期预算闭环的组织里，类型转换可能只发生一次。

尚未覆盖的两类情形

第一类是平台劳务众包。在以个体接单为基本单元的平台上，罚金可以被无限拆分，罚单难以落在传统意义上的单位。平台不是通过组织内部的合同来转嫁，而是通过界面规则，把所有参与者排成可以无限切分的颗粒。「单位—转嫁网络」的分析在这里需要重新构造。

第二类是公有经济主体内部的资金调剂。国有企业、公办单位在受罚之后，资金的补位可能通过上级单位的统筹、专项安排或历史往来的清理来完成，这些路径不经过市场化的保单和合同，三道门可能都看不到它们。第五编已经说明，公有经济主体的罚金是否在公共部门内部循环，是个案事实，不是类别属性。在这类情形中，判别方法需要增加对内部资金调剂的专门读数，这一工作有待与预算管理、国有资产管理的研究结合展开。

◆ 七、制度伦理：不能把无罪者当作威慑他人的工具

最优制裁模型在单位犯罪上的破产，不只是技术上的，也是伦理上的。效用最大化的推理有一种内在的倾向：只要能使社会总福利最大，制裁落在谁身上、是否落在有责任的人身上，都可以被计入成本收益而相互抵消。在刑法上，这种倾向必须被一条底线拦住：法律不能因为效用最大化，而把无罪者当作威慑他人的工具，也不能以效率的名义放弃被害人的救济。

这条底线在单位犯罪中至少有四种表现。

不以「重罚单位」代替查明责任

只罚单位，可能是最节省执法资源的做法：不必逐一查明谁作出了决定、谁知情、谁获益，只要证明单位犯罪成立，判处高额罚金即可。按照最优制裁模型的推理，只要罚金足够高，单位自会在内部把责任传给应当负责的人。但本编已经说明，在转嫁网络可用时，单位内部的传递不会落到控制者身上，而会流向股东、员工、债权人和交易相对人。用高额罚金代替查明责任，等于把查明责任的成本转嫁给了这些并无过错的人：他们为执法资源的节省付出了代价，充当了威慑他人的工具。这与罪责自负的原则相违背。

不以「追个人」把在场者当替罪

反方向的危险同样存在。为了制造不可转嫁的落点，执法和司法可能倾向于在单位犯罪中「找一个人」来承担刑事责任；如果找到的是签字、参会、分管的在场者，而不是真正作出决定或推动违法路径的人，那就是把无罪或罪责轻微者当作了威慑工具。第四编已经指出，「先单位后个人」的认定次序容易生成默认有责的账簿。再聚合必须在法定要件之内进行：认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员，要逐人说明其在犯罪中所起的作用，而不能以在场代替罪责。不可转嫁的落点之所以有意义，是因为它落在了真正的责任者身上；落错了人，它就只是另一种转嫁。

不以效率放弃被害人救济

最优制裁模型以社会总福利为目标，罚金上缴国库与赔偿被害人在福利函数中可能是等价的转移支付。但刑法不能这样看待。《刑法》第三十六条规定民事赔偿优先于罚金，第六十四条规定对被害人的合法财产应当及时返还，这些规定都体现了一个模型无法表达的判断：被害人的恢复不是社会福利的一个分项，而是刑事司法必须首先回应的要求。以效率为由加重罚金而挤占被害人的救济，是对这一要求的放弃。

最优制裁受制于法律边界

最后，最优制裁永远受制于罪刑法定、罪责刑相适应、证明责任与财产保护等法律边界。《刑法》第三条规定，法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。第五条规定，刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。第三十条规定，单位犯罪以法律有规定为限。这些规定不是最优制裁模型需要绕过的约束条件，而是它得以在刑法中被讨论的前提。经济分析不能代替罪刑法定，也不能凭效率删改法定主体或构成要件；它能做的，是让法律之内的取舍变得更加透明——在法定刑幅度之内，罚金落在谁身上；在执行程序之内，谁先服、谁后服；在证据规则之内，谁的责任被查明了，谁的没有。

经济学能够使这些取舍更透明，却不能代替社会对刑罚正当性的规范判断。

◆ 八、本编结语：把惩罚从财务流里拿出来

本编从「罚金能否改变组织行为」出发，走到了「最优制裁模型为何破产」。贯穿五章的，是同一个判断：单位犯罪中被拆散的，不只是知情和责任，还有成本。罚金被预算化、保单化、合同化，从禁令变成了价格；违法收益被拆散到控制者那里，追缴若只追单位账户，就追不到收益停留的地方；外推的损失落到无字段的承担者身上，连「谁在服」都无从记录；多种工具叠加，只要都落在可转嫁的位置，就只是让同一台机器多处理几张单据。

这些现象在威慑论里都被称为「执行问题」：罚金本应落在应当被威慑的地方，只是由于种种摩擦，落到了别处。本书的分离线在于：它们不是执行中的摩擦，而是单位犯罪的本体结构。组织之所以能够犯下「单位犯罪」，正是因为它能把决定、知情、收益和成本拆散到不同的地方；罚金外溢，就是判服错位的经济形态。

价型威慑这个名称本身也可能被误用。它不是比禁型威慑低一级的结果，而是并列的另一种类型。用这一视野看近年来企业合规制度的迅速发展，可以得到一个值得警惕的提示：合规部门的日常工作，有可能不只是防止违法的发生，也在维持罚金的可预算

性。若果真如此，合规就可能在其常规运转中成为转嫁网络的一个稳定组成部分。第八编将讨论，合规如何才能从「签到」走向「承担」，让服在事前就显名。

本编留下的问题，最终不取决于罚金数额的升降，而取决于能否把惩罚从财务流中重新拿出来，放到一个不能改变归属的地方——依法追缴控制者的实际所得，依法查明并追究真正切断或推动违法路径的人，依法让每一个外推步骤留下可查的字段。这不是一个技术修补问题，而是关于责任以什么形态存在的制度选择。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑤号出生证——威慑论——的主体预设：「组织是会算账的理性人」。最优制裁模型把单位当作一个承受成本的单一决策者，本章指出单位是一个拆散成本的装置；它确实会算账，但算清之后是为违法编制预算，而不是停止违法。这正是威慑论把外溢改名为「执行问题」之后看不见的东西。本章同时守住了一条伦理边界：效用最大化不能把无罪者当作威慑他人的工具——既不能以重罚单位代替查明责任，也不能以追究在场者代替追究控制者。这一边界也约束了本书自己的再聚合主张，使它始终停留在法定要件之内。涉及的制度依赖是结构：《刑法》第三条、第五条、第三十条、第三十六条构成了最优制裁讨论的边界。本章的再聚合读数是「路先成」程度与罚金预算化路径的组合：罚单到来之前，转嫁的路是否已经铺好；罚单到来之后，是否至少有一个落点留在网络之外。若检验发现，路先成程度高的企业在受罚后的行为调整与路先成程度低的企业并无差别，或者纯粹提高罚金在转嫁网络完备的企业中同样带来持续的违法下降，则本章关于最优制裁模型「破产」的判断应当收窄为「在特定组织条件下失效」。

> 带走的话
>
> 最优制裁模型把单位当作承受成本的单一决策者，单位其实是拆散成本的装置；效用最大化不能把无罪者当作威慑他人的工具。

小账

「路先成」与「转嫁已发生」是两个读数吗？——是。后者问罚单之后转嫁是否发生，前者问罚单之前保险、合同模板和预算科目是否已把转嫁的路铺好。

制度伦理在办案中落成哪几条？——不以重罚单位代替查明责任，不以追究个人把在场者当替罪，不以效率放弃被害人救济，最优制裁受制于法律边界。

第 八 编

企业合规：组织自我规制的真实激励

编 序

第八编共四章，处理第六处拆散：签名。要回答的是，合规怎样才能真正减少组织犯罪，什么样的签名能长成一道门，什么样的签名只是签到。组织把「知道」切碎、分层，案发后高管、中层、经办人各有说法，却找不到一个明知的人。

第31章从年报末尾的三个签名说起，界定签字即承担、签到与漂移，并说明涉案企业合规改革在现行程序中的定位。第32章把合规分为预防、发现、报告、修复四项功能，给出一道门的四项判定条件。第33章讨论认罪认罚与合规从宽把服前置到判之前的价值与边界。第34章用动作可指与兑现可指的辨别格，讨论中小企业合规与反向风险选择。

本编对应的再聚合通道是合规签名：把犯罪从可匿名的漂移改写为必须显名的跨越，让服在事前就落到具体的人身上。本编松动的主要是合规激励论「有合规文件即有合规」的先验吸收，读数是不知情抗辩存活率与签名后追到自然人比例。

第 31 章

刑事合规的理论根据与中国化

◆ 一、年报末尾的三个签名

一份上市公司年度报告的末尾，往往有几个手写或电子的签名：法定代表人、主管会计工作的负责人、会计机构负责人。这个动作寻常到几乎没有人停下来追问：为什么要由这几个人分别签，而不是由“财务部”盖一个章了事?

答案藏在一连串财务造假案里。案发之后，追问几乎总是落空。高管说“不知道”“没看过”“是下面的人做的”；中层说“按上级要求办理”；经办人说“只是按单据录入”。每个人的说法单独看都不离谱，合起来却构成一个奇怪的局面：一项完整的造假确实发生了，组织里却找不到一个“明知”的人。组织已经把“知道”这件事切碎、分层、分散到不同岗位和不同时间里。2002 年美国《萨班斯—奥克斯利法案》第 302 条要求首席执行官和首席财务官对定期报告作个人认证；我国 2019 年修订的《证券法》也要求发行人的董事、高级管理人员对定期报告签署书面确认意见〔条文序号待核〕。这些规定的共同之处，是对组织提出一个并不自然的要求：一个具体的人必须在报告上写下自己的名字，写下了，他就不能再轻易说“我不知道”。

这个并不自然的动作，是本编的研究对象。它不属于刑法教义学的经典论题，也不完全属于组织社会学的制度分析，而横跨在两个领域之间：一边是法律如何认定行为人的主观状态，一边是组织如何在日常运转中把主观状态消解掉。当一个人被要求在文件上签名并因此承担后果时，组织这台“匿名化机器”上出现了一道裂缝。本编要追问：这道裂缝是怎样长出来的? 在什么条件下它能长成真正的“门”，在什么条件下它只长成一张“签到表”？

把视野放宽，年报签名只是一个缩影。危险作业审批票上的作业人、批准人、监护人三方签名，审计报告上的双签，手术安全核查的三步签名，民航放行中机长与签派人员的双签——这些建制分属不同行业，却共享一个不易察觉的结构：它们都把一项组织无

法自行消化的“个人知道”，焊在某个具体的人的某个具体动作上。恰恰是这种结构，在当前的企业合规建设中最稀缺，也最说不清。

◆ 二、合规研究的三条路及其共同前提

关于合规与组织犯罪的关系，已有研究大体沿着三条路走。

第一条路可以称为制度主义路径，把合规看作组织的一种能力，试图证明“有效合规”能够降低违法概率，从而为企业从宽提供正当根据。这条路上最有分量的研究来自 Diane Vaughan 对挑战者号航天飞机事故的研究（《挑战者号发射决策》，1996）。她发现，组织越轨很少出自某个人的理性选择，更多来自信息过滤、层级压力和规则模糊共同作用下的“越轨常态化”：每一次小小的偏离都被下一次决策当作可接受的先例，偏离就这样一步步变成了常规。这一路径解释了漂移为何可能，却没有回答合规怎样在组织内部制造出新的“不正常”——一种让偏离再也无法被悄悄吸收的机制。更麻烦的是，在漂移型案件里，制度越完善，每一步越容易找到“当时这么做是合规的”这一理由，制度的存在本身可能成为下一步漂移的合法依据。

第二条路是激励路径，关注组织与外部执法者之间的互动：从宽处罚怎样诱导企业建设合规、主动发现、如实报告。这条路的经典表述是 Jennifer Arlen 与 Reinier Kraakman 1997 年关于企业责任体制的分析（《控制公司不法行为：公司责任体制分析》）。他们指出，单纯的严格替代责任会产生一种“反常效应”：企业越努力监控、越主动发现，就越可能为自己留下受罚的证据，于是理性的企业会少查、少报。他们因此主张一种复合责任体制，让预防、调查和报告各自得到相应的激励。这一路径抓住了激励结构可能出现的扭曲，第 32 章还要专门回应。

第三条路是批判路径，由批判性组织研究与监管社会学构成，矛头指向合规产业本身：合规认证、内部调查、合规咨询可能构成一个自我扩张的市场。Kimberly Krawiec 提出的“装饰性合规”（2003），以及 Lauren Edelman 关于“法律内生性”的研究（《工作中的法》，2016），都指出组织会把法律要求改写成自己熟悉的管理形式，再让执法者和法院反过来以这些形式作为“守法”的证据。人类学家 Laura Nader 对“和

谐意识形态”的批评〔年份待核〕更早提醒过：法律形式的扩张并不必然带来实质正义，反而可能以程序化、标准化、表格化的方式制造新的专业黑箱。批判路径的贡献在于指出，判断合规服务挣的是“装门”的钱还是“织外衣”的钱，不能看它承诺了什么，要看它的评估结论能否经得起第三方用判决书检验。它的局限也很明显：它倾向于把形式化本身当作病灶，却没有给出正面的判据——什么样的合规能证明漂移再也不能一路滑到底?

三条路各有洞见，也共享一个少有人审视的前提：它们都把合规理解为“制度存在—行为改变”之间的一条线，从制度的有无与多寡出发解释犯罪的增减。签字这个动作并非没有人注意过。美国 2002 年《萨班斯—奥克斯利法》第302条要求上市公司首席执行官和首席财务官对定期报告亲自签署证明，英国金融监管中的「高级管理人员与认证制度」要求为每一位高级管理人员写明职责范围并由其承担相应的监管责任〔制度名称与施行年份待核〕。这些制度已经在做把签名变成承担的事。本章与它们的分界在于两点：其一，它们是立法者自上而下指定少数高管为签名承担者，本章关心的是签名建制在组织内部怎样自下而上长成，为什么会计凭证上经办人的签章变成了硬门，合规领域的大量签字却停在签到层；其二，它们回答的是「谁应当签」，本章给出的是从判决书中读出「签了的人是否真的被追到」的公开读数，用来检验任何一种签名制度是否实际生效。

◆ 三、漂移与密谋：组织犯罪的常见形态

这个共同前提，在组织犯罪最常见的形态面前站不稳。

组织犯罪很少是密谋式的，几个人坐在一起商定“我们去犯罪”的情形固然存在，却远不是主流。更多的组织违法是漂移式的：每一步分开看都不像犯罪，信息被分工切碎，审批被层级分散，等到回过神来，违法已经完整发生，却找不到一个对全过程“明知”的人。漂移的土壤正是组织本身——分工让每个人只看到一块拼图，层级让每一块拼图都能在上一级找到“授权”，职位让责任永远可以挂在一把空椅子上。

如果漂移是主要形态，那么“制度覆盖了多少风险点”就问错了地方。漂移很少发生在制度没有覆盖的角落，它往往发生在每一步都“合规”的地方。漂移的每一步都有

人签字，可这些签字大多只证明“我到过”，不证明“我担着”。本编把前一种叫作签到，后一种叫作承担。

由此可以写出本编的核心判断：合规减少犯罪的机制不是“阻止犯罪”，而是把犯罪从“可匿名漂移”改写为“必须显名跨越”。它的承重构件，是放行节点上的显名承担——一个不能代签、签后不能回退、事后能沿着追责链指认到自然人的签字门。犯罪仍然可能发生，但它再也不能在无人署名的情况下一步步滑过去；想要越过这道门的人，必须先在门上留下自己的名字。

这个判断与全书主命题直接相连。全书把单位犯罪理解为“被组织拆散的犯罪”：决定、知情、收益、成本、损害和签名，被组织分散到不同的时间、岗位和账簿里，刑事判决却必须对特定主体作出确定的判，于是出现“判服错位”——判聚在“单位”一点上，服散在组织内外多处。前几编分别追踪了被拆散的知情、责任、罚金落点、损害和成本，本编追踪的是被拆散的签名。合规如果有用，它的用处就在于让服在事前显名：在风险变成损害之前，就有一个具体的人以自己的名字接下这一步，而不是等判决下来之后，再由股东、员工和债权人匿名地分担后果。

◆ 四、三个基本概念

为了让上述判断可以讨论、可以检验，需要先把三个概念说清楚。

签字即承担，是指这样一种放行节点：某一自然人在该节点上的签名，足以构成后续追责程序指向此人的启动条件。这个定义里没有程度词。它不表示签字人“态度认真”，只表示签名之后名字与责任绑在了一起。

签到，是指另一种签名形式：签名只记录某人到过、某一程序走到了，却不构成追责指向签名人的启动条件。会议纪要上的“已阅”、培训记录上的签名、合规承诺函上泛泛的署名，大多属于这一类。

漂移，是指组织行为在时间序列上呈现的一种状态：每一步都符合当时被认为“合规”的程序，整体却构成法律上的违法，而且没有任何单一步骤能追溯到某个自然人的

犯罪故意。漂移的关键不在于缺乏制度，在于制度为每一步都提供了继续走下去的合法理由。

三个概念之间的关系可以这样理解：签到不能阻断漂移，甚至会为漂移提供“程序已经走过”的证明；签字即承担则在漂移的必经之处强行恢复一个显名的个人知情状态。合规体系里真正起作用的那部分，就是这些被安放在关键位置上的承担型签名。

这里还要说明本编选用的分析方法。以“制度—行为”为基本语法的制度主义分析，单元是制度，而签到型签名与承担型签名在规范文本上往往长得一模一样，只看制度文本难以区分。以“个体—收益”为基本语法的理性选择分析，预设了一个完整的决策者，但漂移中签字的经办人可能从头到尾没有作出过真正意义上的“犯罪决策”，理性选择难以解释“每一步都合规、整体却违法”。本编因此采取发生学的追问方式：先问签字建制是怎样一步步长出来的，在什么条件下长成了门，再问它应当怎样设计。

◆ 五、中国化：涉案企业合规改革的法律定位

刑事合规进入中国刑事司法，有一条清晰的改革脉络。2020 年 3 月，最高人民检察院在部分基层检察院启动涉案企业合规改革试点；2021 年试点范围扩大；同年 6 月，最高人民检察院、司法部、财政部、生态环境部、国务院国资委、国家税务总局、国家市场监督管理总局、全国工商联、中国国际贸易促进委员会联合印发《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）》；2022 年改革在全国检察机关全面推开。这一改革是全面依法治国背景下，检察机关依法履职、服务保障经济社会高质量发展的一项制度探索，其基本思路是：对符合条件的涉企案件，在依法办案的同时，由第三方监督评估组织对企业的合规承诺和整改进行调查、评估、监督和考察，考察结果作为检察机关依法作出处理决定、提出量刑建议或者检察建议的重要参考。

在单位犯罪的法律结构中，这一改革的位置需要摆准。

第一，它没有改变《刑法》第三十条、第三十一条的构成规则。单位是否构成犯罪，仍以“法律规定为单位犯罪”为前提，并依具体罪名的构成要件判断；单位判处罚

金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚的双罚结构依然有效。合规考察的结论是处理决定的参考，不是犯罪构成要件的替代品。

第二，对企业的程序性从宽，不能直接推导为对个人的当然免责。刑事合规与自然人责任既有关联，也必须依法分别判断。企业完成整改，可以说明企业在组织层面修复了风险条件；它不能反过来证明某一具体自然人当初没有实施法律规定的行为，也不能证明某一个人当初就有罪。

第三，合规改革以现行法为边界展开。我国刑事诉讼法中的附条件不起诉制度目前适用于未成年人案件，企业合规案件的程序出口主要借助相对不起诉、检察建议、量刑建议等既有制度。对这一点的学术讨论应当分层：解释论上，看现行程序能容纳到哪里；政策论上，看改革实践提出了哪些需要回应的问题；立法论上，才讨论是否需要、以及怎样设计专门的企业合规程序。三层不可混为一谈。

中国学者对刑事合规的理论根据已有相当讨论。黎宏、石磊、孙国祥等围绕单位犯罪本质、单位意志与组织体责任展开的研究，为合规进入单位犯罪的归责与量刑提供了不同的理论入口：有的从组织体自身的管理缺陷出发，把合规理解为组织过错的反面；有的从单位意志出发，把有效合规理解为“单位意志不支持违法”的证据。本编的视角可以与这些研究并存，但追问的位置更靠后一步：无论把合规当作组织无过错的证据，还是当作单位意志的反证，都需要回答——组织里到底有没有人，在违法路径的必经之处，以自己的名字接下过这一步。

◆ 六、理论根据的重述：合规不是购买来的豁免

把以上几点合起来，可以重述刑事合规的理论根据。

企业合规的正当性，在于它能够改变犯罪风险的实际形成路径；企业通过增加制度文件换取提前免罪，没有这样的正当性。在组织内部，合规安排值得刑事政策关注的功能主要有三：阻止违法收益变成被奖励的绩效；建立能够独立发现异常的信息渠道；在违法发生后及时保存证据、纠正风险。只有当这些机制与某种具体违法发生的可能性之间存在可以审查的关系，合规才具有刑事政策上的意义。

签名机制恰好暴露了合规的两面。它可能成为分配责任的双刃剑：如果签署者没有实质的停止权，签名记录就会被当作防止违法的替代品，签名越多，越像一道道给组织“免责”的护身符；反过来，如果高管在风险发生之前就公开承担特定审核职责，并且拥有真正的否决权，签名与责任的附着就可能改变组织内部的选择——有人会因为不愿意在这一页上写下名字，而让一笔可疑交易停下来。

因此，评价合规的标准应当是权限、信息与行动三者是否相互匹配：签字的人是否看得到他需要看到的信息，是否有权让流程停下来，停下来之后是否会受到保护，没停下来之后是否会被追到。签字人数多少、制度文件厚薄，不应当成为考核的目标。下一章将把这个标准落到合规的四项功能上，并引入会计凭证经办人签章这一发生样本，说明一道真正的签字门是怎样长成的。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑥张出生证——合规激励论。这一学派以检察官和守法人为主角，把组织预设为可被激励的自我监管者，把法预设为一份激励合同；它冻住的再聚合点是“整改”，典型的吸收方式是先验式的：有合规文件，即视为有合规。本章把这一先验拆开，指出合规文件里的签名有签到与承担两种性质，前者只能证明程序到过，后者才把服提前到判之前、落到一个具体的人身上。本章同时触及第④张出生证（组织过错论），提醒“结构缺陷”的反面不必然是“结构完备”，也可能是每一步都完备的漂移。

涉及的制度依赖主要是结构：涉案企业合规改革被织进现行刑事诉讼程序之中，《刑法》第三十条的法定主义和第三十一条的双罚连接仍然是它的边界。本章提出的再聚合读数，是后续各章展开的两个指标——“不知情抗辩存活率”与“签名后追到自然人比例”。

若在经过真实合规整改的企业中，后续案件里“不知情”辩解被采纳的比例并不下降，或者漂移型违法在这些企业中并不比密谋型违法更少，则本章关于“合规的作用在于让犯罪必须显名跨越”的判断应当收窄，只保留为对部分行业、部分节点的描述。

带走的话

合规不是购买来的豁免；合规真正减少犯罪的机制，是把犯罪从可匿名的漂移改写为必须显名的跨越。

小账

「签到」与「签字即承担」怎样区分？——签到只记录某人到过、某一程序走到了；签字即承担是签名足以构成后续追责指向此人的启动条件，名字与责任绑在一起。

年报末尾为什么要几个人分别签名？——要求具体的人在报告上写下自己的名字，写下了就不能再轻易说「我不知道」，组织的匿名化机器由此出现一道裂缝。

第 32 章

企业合规的四重功能与成本

◆ 一、预防、发现、报告、修复

“有效合规”常被当作一个整体词使用，其实它至少包含四项不同的任务：事前降低违法发生的概率；事中发现风险并制止损害；事后如实报告并配合调查；通过内部制度调整和赔偿，修复使同类违法再次发生的条件。

四项任务需要的资源各不相同。预防依靠招聘把关、培训、交易审查和合理的绩效设计；发现依靠信息权限与独立审计；报告依靠一项可信的承诺——报告的人不会因此受到报复；修复依靠持续监测，以及对实际负责的人作出相应的奖惩调整。把它们混成一个“合规”，评价时就容易出现一种替代：用最容易展示的那一项去冒充其他三项。培训场次、制度文本和合规部门的编制最容易拿出来给人看，于是它们常常被当成预防、发现、报告和修复的总代表。

本章的做法，是把四项功能分开，再追问它们共同依赖的那个节点。答案仍然是签名：预防需要有人在交易放行之前签收风险；发现需要有人在异常出现时以自己的名字提出；报告需要有人对报告内容的真实性署名负责；修复需要整改之后，新的放行节点上确实站着一个可以被追到的人。四项功能如果都只停留在签到层，合规就只是一组可以展示的文件。

◆ 二、回应 Arlen 与 Kraakman：信号与门

Arlen 与 Kraakman 1997 年关于复合责任的分析，是讨论合规功能绕不开的起点。他们的核心洞见是：单纯要求企业建立合规制度，未必同时激励企业主动发现和报告违法。如果发现得越多、受罚越重，企业就可能为了不留下证据而压低检测投入；如果只要有合规证书便一律从宽，企业又可能只投资那些可以展示的形式项目。因此，责任体制应当分别回应预防、调查与报告的激励，让真正作出努力的企业在责任上有所区别。

后来 Arlen 在若干研究中进一步强调，从宽激励应当指向执法者能够核验的企业行为，而不是企业自报的制度投入〔具体篇目待核〕。

这一分析对中国的涉案企业合规改革同样有启发：合规效力应当通过企业对风险的实际处理行为来识别，不能只看制度名词。本编在此基础上再往前走一步。Arlen 与 Kraakman 的分析单元是“企业—执法者”，关注的问题是信号真不真；本编的分析单元是“节点—人”，关注的问题是信号背后有没有一道可追责的门。两个问题可以分开出现：一家企业可能真诚地配合调查、交出全部证据、公开内部报告，发出的信号千真万确，可它内部依然没有任何一个放行节点能交出一个可追责的自然人。按信号标准，对它从宽是合理的；按本编的标准，它的漂移土壤并没有改变，从宽之后它仍会以同样的方式继续漂移。

换一个角度说，如果企业的合规投入买来的是签到，那么任何与“投入”挂钩的从宽激励，都可能在客观上补贴签到。在一家企业以制度存量换取了从宽、内部却没有一个放行节点能交出可追责的自然人时，单凭“合作信号”无法区分真门与买来的门。Arlen 与 Kraakman 和 Vaughan 两种思路拼在一起，能得出“组织漂移需要一种机制来恢复个人责任”的方向，却还得不出“这个机制具体是什么、怎样长成、怎样识别真假”。本编的增量就落在这一点上。

◆ 三、一道门要具备什么：四项判定条件

什么样的签名才算一道门？可以给出四项能够独立核验的条件。

其一，在组织流程中至少存在一个节点，不签字，行动就无法通过；并且该节点在技术上没有事后补签或由他人代签的可能。

其二，该节点的签字人在追责程序中被确定为一个自然人，而不是一个职位或一个部门。

其三，该节点的产物——合同、票据、放行单——与行动结果同一版本归档，可以被外部司法程序引为证据。

其四，在已经实际发生的追责中，至少有一例追责链从该节点的签字回溯到自然人，并且兑现了惩处。

四项同时具备，才能说“门已长成”；缺任何一项，签名要么是签到，要么是悬空的形式。这四项可以浓缩为三个属性：不可代签、不可回退、追责到人。它们不含态度，不含量级，也不依赖评价者的主观判断，可以直接拿去问流程记录。

用这三个属性看几个常见场景，能看出它们的区分力。

设想一家上市公司的定期报告签署：负责人亲签，签后版本不可回退，事后追责能落到签名人。三属性具备，可以预期它在追责事件中交出自然人的能力较强。

设想一项涉案企业合规考察：企业提交合规组织机构图、培训记录和制度文本，签名可以由合规部门任意一人完成，文本在考察期内多次修改，追责最终停在“单位”，没有自然人兑现。三属性都不具备，交出自然人的能力较弱。

设想一张危险作业票：作业人、批准人、监护人三方签名，票据不可回退，事故发生后批准人首先被点名说明情况。三属性具备，交出能力较强。

设想一份企业合规承诺函：由法定代表人签署，承诺企业已建立健全合规体系。签名不可代签，但承诺的内容过于概括，无法据此对签名人启动任何具体追责，责任不可兑现。交出能力较弱。

四个场景得出四种不完全相同的判断，说明这组判据确实能把看起来差不多的签名分开。

这组判据也回应了刑法教义学中的组织支配理论。组织支配理论问的是“谁有支配地位”，回答的是谁应当负责，这是规范评价；本编问的是“谁在放行节点上签了名”，这是程序事实。二者互相补充：支配地位需要具体行为来坐实，签字位恰好是行为与支配之间的证据桥梁。没有这座桥，即便规范上认定某人居于支配地位，证明也常常卡在证据层。

◆ 四、会计凭证经办人签章：签名建制的发生样本

在所有签名建制里，会计凭证上的经办人签章或许是最古老、也最硬的一道门。我国《会计法》要求原始凭证真实、完整，单位负责人对本单位会计资料的真实性、完整性负责；财政部《会计基础工作规范》要求原始凭证有经办人员签名或盖章，记账凭证有填制、审核、记账及会计机构负责人等人员签名或盖章〔具体条文序号待核〕。《刑法》第一百六十二条之一规定的隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪，又在刑事层面守住了这些凭证作为证据的完整性。

为什么偏偏是会计凭证长成了门？回溯它的长成过程，可以看到三类差异按固定的先后顺序出现。

第一步是动作可指。报销、付款、入账本身就是一个“不签不放行”的动作：经办人一栏没有签名，单据就走不下去，钱就付不出去。这个放行节点在签名制度出现之前就已经存在于业务流程中，签名只需挂上去。

第二步是事故逼名。每一次账目出问题，追问都会停在一句话上：“这张单子是谁经手的？”反复发生的差错与舞弊，让组织和外部审查者都认识到，只有经办人的名字能够把一张单据与一个人连起来。签名由此从一种习惯，变成一种被要求的东西。

第三步是兑现复制。该被追到的名字真的被追到了——经办人、审核人在财务舞弊案件中被逐一指认，并承担法律后果；这种兑现又被别的单位、别的环节照着复制，签名栏和归档规则就固定下来。

动作可指在先，事故逼名居中，兑现复制殿后，三步都踩中，会计凭证才长成了门。合规领域的多数签名至今停在签到层，原因主要在于它的后果在这三道闸门上没有贯通：合规文件挂靠的往往不是放行动作，追问很少停在“这份制度是谁签收的”，签收的人也几乎没有因此被追到过。制度供给不足，倒是次要的。

这个样本还对批判路径作出了回应。按照对形式化的一般批评，会计凭证上的签章是“表格化”最典型的产物，形式化到了极点；可它恰恰是被反复验证有效的追责门。这说明形式化本身并不是病灶，真正的问题出在抽象的、无人担责的形式化上。有承担

约束的形式化，如凭证签章、骑缝章，会产生实质约束；没有承担约束的形式化，如培训签到，才会变成外衣。

◆ 五、两个读数及其自我约束

要把“门是否存在”从企业自报的状态，变成可以被外部检验的公开事实，需要读数。本编提出两个主读数和一个辅助读数。

第一个主读数是不知情抗辩存活率：在某类组织涉及的刑事案件中，被告人以“不知情”为由的辩解被法院采纳的比例。如果门真的立起来了，每一个可能构成犯罪的决策点都有一道必须显名跨越的门，跨过门的人签了字，签字即承担，“我不知道”这条辩解就应当在程序上越来越难以成立。因此，在经过真实合规整改的组织里，这一比例应当低于未经整改的组织。如果并不更低，那么无论这个组织有多少制度，它都可能只是在为漂移织一件外衣。

第二个主读数是签名后追到自然人比例：在某一类签字建制所对应的处罚或判决记录中，追责最终落到签字自然人的比例，与只落到职位或单位的比例之比。取值方式是：抽取与某类制度文本相对应的处罚记录，逐件追溯处罚对象是否为签字的自然人；是，记为名字位命中一次；只罚单位或职位，记为职位位命中一次。

辅助读数是责任附着比：在一份制度文本或追责文件中，逐句找出“责任”一词，看它后面紧接的是什么——若接的是具体职务或部门名称（“分管负责人”“财务部”），记为职位位；若接的是自然人签名位或具体姓名（“由经办人签署”“须有署名责任人”），记为名字位；以名字位次数比职位位次数。比值越高，文本把责任挂到名字上的倾向越强。

读数需要给自己设限。其一，信度：同一批文本应由两名独立编码者分别计算，二人一致性达不到较高水平时，读数不能作为判据使用。其二，防止改名：责任附着比可能与已有的“职位责任覆盖率”高度重叠；只有在同一批文本中能找到“职位覆盖率高而名字附着低”的样本，它才算测到了一样新东西，否则应当承认它只是旧量换了个名字。其三，构念效度：在责任附着比很高的组织中，如果找不到任何一件追责到自然人

的实例，那么这个比值测到的只是文本承诺，不能代表承担本身——这也是为什么签名后追到自然人比例必须作为否决条件。

至于多大的差异才算差异，应当在检验之前就写明门槛，不能事后挑选。本书只给出这一原则，不提供任何具体的阈值或样本结果；相关检验尚未执行。

◆ 六、合规的成本：谁在为合规付费

合规不是无成本的，而且它的成本分布并不均匀。

小微企业可能没有专职的法律和审计人员，复杂的外部评估程序可能占用它最核心的经营资源；大型企业可以配置专业团队，也更有能力把顾问费用计入经营成本。刑事政策如果把资源密集型的合规体系当作唯一的“有效合规”标准，就可能在客观上形成不公平竞争。因此，应当考虑与风险和规模相称的有效措施，不能把购买专业服务的能力等同于守法能力。第 34 章将专门讨论这一问题。

从全书“判服错位”的视角看，合规成本本身也是一种服。一家企业为合规整改支付的费用，最终由谁承担？它可能计入价格转给消费者，可能挤压员工的薪酬，也可能以服务费的形式在不同主体之间流转。第七编已经指出，罚金可能被预算化、保单化、合同化而“价格化”；合规费用同样可能被价格化。如果合规整改的成本像罚金一样散到组织内外多处，而真正需要改变行为的控制者并没有在任何一个节点上签下名字，那么合规就重复了罚金的老问题：判落在单位，服却散了。

合规成本还有一个不易察觉的去向：签名栏。最省事的“合规”，是在制度文本里把所有“责任”后面的词都改写成“由某人签字”，然后宣布门已经建成。签名栏越来越多，字体越来越正式，文件越来越厚，成本实实在在地付出了，承担却没有增加。这就是为什么本编坚持把签名后追到自然人比例作为否决条件：没有人被追到过，签名栏再多也不算数。合规成本应当花在让门长成的那几步上——找出放行节点，指定不可代签的人，让签名随原始版本归档，让追责链能够走到法庭——而不是花在签名栏的数量上。

本章在学派坐标中的位置

本章正面处理第⑥张出生证（合规激励论）与第⑤张出生证（威慑论）的交界。合规激励论冻住的再聚合点是“整改”，Arlen 与 Kraakman 的复合责任理论把它推进到“可核验的企业行为”；本章进一步把可核验的对象落到放行节点上的签名，松动的是“企业作为一个整体发出信号”这一主体预设——信号由企业发出，门却必须由具体的人来站。本章还回应了批判路径对形式化的一般否定，用会计凭证签章说明有承担约束的形式化可以成为再聚合的通道。

涉及的制度依赖是连接：会计法、证券法和刑法关于签名、确认与凭证保全的规定，把组织与具体自然人连接起来，这种连接在会计领域已经织进制度，在合规领域多数尚未织成。本章的再聚合读数是不知情抗辩存活率与签名后追到自然人比例，责任附着比只作辅助。

若在会计凭证以外的领域，具备“不可代签、不可回退、追责到人”三属性的节点并没有比签到型节点交出更多可追责的自然人，则本章关于签名建制发生顺序的判断应当收窄为对会计领域的特殊描述。

带走的话

预防、发现、报告、修复四项功能共同依赖放行节点上的签名；信号由企业发出，门却必须由具体的人来站。

小账

合作信号千真万确，为什么仍可能不够？——企业可以真诚配合、交出全部证据，内部却没有一个放行节点能交出可追责的自然人，从宽之后漂移的土壤仍未改变。

怎样识别一道真的签名门？——看节点是否不签就不能通过、产物与结果同版本归档、签字人是一个自然人，且追责至少兑现过一次，即不可代签、不可回退、追责到人。

第 33 章

合规从宽、认罪认罚与程序正义

◆ 一、把“服”放到“判”之前

在全书的读法里，判是任何一次“这件事该这样”的定夺，服是对判的接纳——缴纳、整改、签字、照着去做。通常的刑事程序里，判在前，服在后：法院作出判决，被告人服判、履行刑罚；不服，则上诉、申诉，或以拖延、转嫁等方式消解判的效力。

认罪认罚从宽制度和涉案企业合规改革，在结构上有一个共同点：它们把一部分“服”前置到了最终的“判”之前。在认罪认罚中，犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述、承认指控的犯罪事实、愿意接受处罚，签署认罪认罚具结书，然后才有检察机关的量刑建议和法院的判决。在合规考察中，涉案企业先作出合规承诺、提交整改计划、接受第三方组织的监督评估，考察结果再作为检察机关依法作出处理决定的重要参考。两者都让服在判之前显名：签具结书的人、在合规承诺上署名的人，是在判还没有下来之前就以自己的名字接下了一部分后果。

这种前置有它的正当价值。它可以节约司法资源，可以让被害人更早得到退赔，也可以让企业在案件处理期间就开始修复风险条件，而不是等判决生效之后再被动应付。用本编的语言说，它为“签字即承担”提供了一个程序上的落脚点：具结书和合规承诺本身，就是一种在判之前的显名。

但前置也有它的危险。服被前置之后，判就有可能被服反过来塑造：当事人为了得到从宽而签了字，签字之后，程序便很少再回头审视签的内容是否属实。服若不再是对判的接纳，而是换取判的筹码，程序正义与罪刑法定就需要格外守住。本章的任务，就是在承认这种前置价值的同时，划出它不能越过的边界。

◆ 二、中国法上的程序依据

讨论这一问题，先要把现行法的依据摆清楚。

认罪认罚从宽制度经过试点，由 2018 年修正的《刑事诉讼法》第十五条正式确立：犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。2019 年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》，对适用范围、自愿性保障、值班律师、具结书签署和量刑建议等作了具体规定。认罪认罚从宽适用于所有刑事案件，单位犯罪案件也不例外；单位认罪认罚通常由其诉讼代表人代表单位作出〔具体规范依据待核〕。

涉案企业合规改革没有在刑事诉讼法中设立新的程序出口。我国附条件不起诉制度目前限于未成年人刑事案件，企业合规案件的处理主要借助既有制度：对犯罪情节轻微、依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，依据《刑事诉讼法》第一百七十七条第二款作出不起诉决定；对需要提起公诉的，依法提出从宽的量刑建议；同时通过检察建议推动企业整改。第三方监督评估机制的考察结论，在这些程序中作为“重要参考”。

这一安排本身就体现了罪刑法定与程序法定的约束：合规改革是在现行法的框架内探索，而不是绕开现行法另起炉灶。学术上讨论企业附条件不起诉等制度是否需要入法、怎样入法，属于立法论的建议；在立法作出规定之前，司法实践只能在既有程序的容量之内运作。

◆ 三、程序激励不能反向压迫无罪辩护

在涉案企业合规中，司法机关可能同时追求几项目标：查清事实、降低企业违法风险、保障企业正常生产经营。这几项目标并不总能协调。企业为了取得整改机会，可能愿意尽快作出认罪认罚表示；但实际控制人、一般员工、公司的少数股东和被害人，对事实往往有不同理解。如果程序把企业的合规利益与某个自然人的认罪绑在一起，就可能让真正不应承担刑事责任的人承受不正当的压力。

设想这样一个构想场景：一家企业涉嫌单位犯罪，企业管理层希望尽快进入合规考察，以保住经营资质；考察启动的一个默认前提，是企业“承认存在违法事实”。在内

部讨论中，承担某一环节的中层人员认为自己当时并不知情，也曾提出过异议。此时，如果企业的认罪表述把这名中层人员列为“直接责任人员”，而他若坚持无罪辩护就可能被视为“影响企业整改”，那么程序激励就从企业一端，反向压到了个人一端。企业的服，变成了个人的被迫服。

这种情形与第四编讨论的“默认有责的账簿”是同一个问题的程序版本。实践中“先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员”的次序，本来就容易让签字、参会、分管等在场事实被当作个人责任的依据；当合规从宽再把企业利益加在这一次序上，在场者就更难为自己辩护。

因此需要几条清楚的规则。

其一，为单位和个人分别保留真实的陈述、辩护和申请调取证据的空间。单位认罪认罚，不等于单位内每一个被列名的自然人认罪认罚；个人的认罪认罚，必须由个人自愿作出，并有律师帮助。

其二，第三方合规评估不能代替控方证明。企业自愿整改，不能等同于刑法规定的全部犯罪构成要件已经成立。

其三，对不起诉或者从宽处理，仍须依法审查适用条件和程序依据，并合理考虑被害人的利益以及退赃退赔情况。

其四，合规报告对企业组织缺陷的评价，未经质证，不能直接作为证明某一特定个人犯罪故意的唯一证据。组织缺陷是组织层面的事实，个人故意是个人层面的事实，二者之间需要独立的证据连接。

这几条规则的共同意思是：服被前置之后，判仍然要独立完成。

◆ 四、从宽应当与什么挂钩

如果合规从宽要真正服务于降低再犯风险，就需要回答一个问题：从宽应当与什么挂钩？

最容易操作的回答是“有合规认证”或“完成合规考察”。但按照前两章的分析，这样挂钩有补贴签到的风险：企业完全可能以制度存量完成考察，内部却没有一个放行节点能交出可追责的自然人。

本编提出的学术建议是：在依法可以从宽的范围内，评价合规整改效果时，应当把重点放在一个可以核验的事实上——在与案涉违法相同类型的犯罪决策点上，风险是否已被书面出示，并由一个不可代签的自然人签收。这个事实可以从流程记录中读取，也可以在后续案件中从判决书里验证，不必依赖合规服务机构的自报。

这个建议需要和三种相邻的主张区分开来。

第一种是内部举报路线，认为内部人能提供关于组织犯罪最可靠的情报，因而应当强化举报保护。举报的价值毋庸置疑，它让“知道”在事后暴露出来，对个案侦破很有用。但举报是事后的泄洪道，签字承担是事前的闸门；举报依赖个人的勇气，并不改变“知道”在日常运转中被组织匿名化的事实。更强的举报保护会暴露更多个案证据，却未必改变日常漂移的步态。

第二种是个人责任强化的主张，认为执法者应当更多地直接追究个人而非组织，以此倒逼制度改变。这一主张从追责端用力，方向正确，但如果组织的放行端没有同时建立名字位，执法者直接追个人时，常常会发现证据不足——组织里没有那道签字门，不知道该追谁。追责端的改变需要放行端的改变来支撑。

第三种是刑法教义学中的组织支配理论，主张有组织权力结构中具有支配地位的人可以被归责。上一章已经说明，支配是规范评价，签名是程序事实；从宽评价时考察签名门是否建立，恰好为将来可能发生的支配认定准备证据桥梁。

这三种主张与本编并不冲突，可以看作在不同位置上用力：举报管事后暴露，个人追责管追责端，组织支配管规范评价，签名门管事前放行。本编的看法是，在这几处之中，最常被忽视、也最容易与合规整改直接挂钩的，是事前放行那一处。

◆ 五、整改之后：责任的再分配与证据循环

合规从宽还必须回答一个难题：整改之后，责任怎样再分配？

企业修复漏洞，可能证明它具有现实的治理能力；也可能反过来显示，此前某些岗位确实无法独立阻止风险——那个漏洞恰恰说明，当时站在那里的人看不到信息、无权叫停流程。整改报告写下“此前缺乏独立复核机制”，对企业是一份整改成绩，对某个当时被列为直接责任人员的经办人，却可能是一份有利的证据：既然没有复核机制，他又凭什么被认定为“明知”？

这里潜藏着一个危险的证据循环：控方可能把“企业进行了整改”当作“企业过去确有过错”的证明，再把“企业过去有过错”转化为“某个在场者有过错”的证明。整改越彻底，过去的过错看起来就越确定，在场者的处境也就越不利。要避免这个循环，必须同时观察整改前后三类事实：权限有没有变化——整改前此人是否有权叫停；知情状态是否具体——此人当时实际看到了什么；内部有没有反对意见——此人是否提出过异议、异议被怎样处理。只有这三类事实都摆出来，才能把“整改证明组织过去有缺陷”与“某个人过去有罪过”分开。

从判与服的角度看，整改是企业对判的一种服，而这种服不能自动转化为对某个个人的判。

◆ 六、检验设计：尚未执行的几项检验

本编的判断建立在概念分析与发生学的历史比较之上，没有完成任何实证裁决。以下几项检验是可以执行、但尚未执行的设计，在此只陈述方向与解释门槛，不以任何完成时态表述。

第一项，签名预言的检验。在近年公布的涉案企业合规典型案例和相关判决中，比较经过真实合规整改的企业与未经整改的企业，看后续案件中“不知情”辩解被采纳的比例。若前者并不低于后者，本编关于“门的存在可以从判决书中读出来”的推论就要削弱。

第二项，漂移前提的检验。如果在漂移型组织犯罪中，多数案件的每一个签收位上都存在不可代签、不可回退的自然人签名，而且事后签名人确被追到，那么本编“漂移依赖匿名化”的前提就不能成立。Vaughan 对挑战者号事故签字链的描述提示了相反的

情形——许多节点都有签名，却多为签到〔此处为对其公开研究的概括，待核〕——但这只是一个经典个案，不足以作出一般结论。

第三项，绕行改道的检验。签名门一旦长成，签名者可能会合法地绕开它，使交易或审批的金额向免签门槛附近集中。可以在某一行业的框架协议、分段审批等记录中，观察签字担责制度落地前后单笔金额的分布是否向免审上限收敛。若不收敛，本编关于“门会引起绕行”的预测就被否证。

第四项，“制度答案被用旧”的检验。同类事故第二次整改后仍复发时，第三次问责中追到自然人的概率是否明显上升。若没有上升，本编关于“匿名的制度答案会在反复使用中失效”的判断就要削弱。

这几项检验的意义，在于让“有效合规”从组织自称的状态，变为可以被判决书、处罚记录和流程档案检验的公开事实。它们之所以写成“尚待检验”，是因为本书不愿以未完成的工作冒充已经得到的结论。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑦张出生证——双罚制教义学——在程序上的延伸。双罚制教义学冻住的是次序：先认定单位犯罪，再找责任人员，典型吸收是“在场即有责”。认罪认罚与合规从宽把服前置之后，这一次序被加上了企业利益的重量，在场者更难辩护。本章主张在服前置的同时，判必须独立完成：单位与个人分别辩护，合规报告不能直接证明个人故意，整改不能自动转化为对个人的判。本章同时检视第⑥张出生证（合规激励论），提出从宽应当与放行节点上的显名签收挂钩，而不是与“有合规认证”挂钩。

涉及的制度依赖是次序与结构：认罪认罚从宽由《刑事诉讼法》第十五条确立，合规改革借助第一百七十七条第二款等既有程序展开，二者都受罪刑法定与程序法定约束。本章的再聚合读数是不知情抗辩存活率，辅以第三次问责中追到自然人的比例。

若在同时适用认罪认罚与合规考察的单位犯罪案件中，被列名自然人作无罪辩护的比例和成功率与普通单位犯罪案件并无差别，则本章关于“服的前置会反向压迫个人辩护”的担忧应当收窄。

带走的话

认罪认罚与合规考察把一部分服前置到判之前；服前置的同时判必须独立完成，整改不能自动转化为对个人的判。

小账

服前置的价值与危险各在哪里？——价值是节约司法资源、让被害人更早得到退赔、让企业提前修复；危险是服成了换取判的筹码，签字之后程序很少再回头审视内容。

合规从宽应当与什么挂钩？——与放行节点上的显名签收和风险的实际处理挂钩，而不是与有合规认证挂钩；单位与个人分别辩护，合规报告不能直接证明个人故意。

第 34 章

中小企业合规与反向风险选择

◆ 一、资源不足不能自动变成道德不足

中小企业没有大企业那样完整的审计、法务和合规部门，违规风险却同样可能发生。外部评估如果以制度文件的数量、培训的场次和专门岗位的配置来评判，就容易把经营规模的差异误读成守法意愿的差异：一家只有几十名员工的企业，拿不出一套厚厚的合规手册，并不说明它的老板更愿意违法。

另一方面，中小企业的控制往往高度集中，产权与管理交叠，老板既是所有者又是经营者，这也可能使违法决策更直接、信息更少分散。在这样的企业里，违法常常更接近密谋而非漂移：决定是一个人或少数几个人作出的，他们清楚自己在做什么。因此，不能以“规模小”为由一概降低其法律责任，也不能以“资源少”为由一概推定其整改无效。

适当的制度设计，应当关注与风险相称的最低有效措施。对大企业，可能需要多层管理和技术化审计；对经营简单的组织，可靠的行动记录可能产生同等效果。评价的重点在于风险是否真实地被识别与纠正，措施在形式上是否与大企业相同并不重要。这一要求与本编的签名命题恰好相合：一道真正的签字门并不昂贵，它需要的是找准节点、指定人、留下记录、兑现追责，而不需要一支合规团队。

◆ 二、为什么规模不能当作分类主轴

要讨论中小企业合规，先要回答一个分类问题：用什么来区分“有效的合规”与“无效的合规”？直觉上最顺手的轴是组织规模，其次是行业监管强度，再次是制度文本的标准化程度。三者都不适合担当主轴。

规模可以作参考，但担当不了主轴。同样规模的两家企业，一家的签字建制可能长成了门，另一家只长成了签到。规模是漂移发生的背景条件，它影响漂移的长度和复杂

度，却不决定签名的性质。以规模为轴，签名建制上的实质差异会被淹没，还会在政策上制造一个错误印象：仿佛小企业天然做不好合规。

行业监管强度也担当不了主轴。监管强的行业不一定长出门，高度监管的行业里同样存在纸面合规；监管弱的行业不一定无门——会计凭证这道最古老的门，恰恰是在外部监管远不如今天严密的年代长成的。监管强度是门的外部条件，不是门的内部性质。

制度文本的标准化程度同样不行。标准化程度高，可能意味着门被统一和加固，比如审计报告双签的标准化；也可能意味着签到被做得更精致、更难识破。这个轴在两个方向上都说得通，因而没有稳定的区分力。

排除了三个候选轴之后，剩下的是签名本身的两个性质。

◆ 三、二维辨别格：动作可指与兑现可指

第一个轴是动作可指性：签名所挂靠的节点，是不是“不签不能通过、签了不能回退”的放行点。

第二个轴是兑现可指性：追责链能否从签名回溯到自然人，并且真的兑现惩处——名字可指，后果也可兑现。

两个轴在概念上互相独立。“动作可指而兑现不可指”的情形大量存在，例如承诺函：签名动作是确定的，责任却无从兑现。“兑现可指而动作不可指”的情形同样存在：某次问责追到了个人，但此人并没有在任何放行节点签过字，他是在事后从邮件和会议记录里被找出来的。设想一家企业的虚开发票案件，调查人员沿着每一张发票上的经办人签名逐一追查，以签名作为证据链的起点追究相关人员的责任——这是两个轴同时为高的构想场景。两种可指性各自可以独立验证，也会在不同场合分别出现，说明它们不是同一个变量的两个读法。

两轴交叉，得到四个格。

真门：动作可指，兑现可指

签名是一个不可回退的放行点的组成部分，追责链也至少一次沿着这个签名兑现到了个人。这是“签字即承担”的完全状态。格内可以作出一个只在本格成立的预测：同类风险反复出现时，签名者会力图合法地绕开这个节点，使需要签名的事项向“免签门槛”附近集中。门的存在会引起绕行，这本身是门在起作用的迹象，也提醒设计者注意门槛的位置。

假门：动作可指，兑现不可指

签名在流程上不可回退，签名的人是显名的，但从来没有人因此被追责。承诺函、情况说明、“已阅”签字，大多落在这一格。流程走到了，风险也被看到了，却没有任何兑现。格内预测：这类签名会迅速蜕化为签到——签名人渐渐不再阅读所签的内容，因为签了也没有后果；当一份文件同时有这一格的签名和真门的签名时，人们会把注意力全部投向后者。

迟到的门：动作不可指，兑现可指

追责可以兑现到个人，却没有一个固定的放行节点来承载签名，只有在事后找到某个“关键争议行为”时，才回溯到一个名字，而这个名字在当时并不具有“过了就回不去”的意义。事后调查认定的“直接责任人员”，常常是从邮件链、会议记录里被指认出来的，当事人事前并不知道自己正处于一个承担型的位置上。格内预测：这种追责对组织日常行为的威慑会衰减得很快，因为每个员工都会想，“只要我没发那封关键的邮件，就没事”。

漂移温床：动作不可指，兑现不可指

这一格里没有真正意义上的签名，共识都是在集体中匿名生成的——会议纪要、电子流转、口头指令。没有任何人需要写下名字，也就没有任何追责入口。流程在无声中推进，没有人知道全貌，也没有人承担。格内预测：外部问责压力上升时，这一格的组织

会首先把责任推给“单位行为”，而不是任何个人；只有当同类事故反复到第三次，外部追问才会转而要求交出一个具体的人。在那之前，这一格具有最强的抗追问能力。

这张辨别格对中小企业有直接意义。它告诉我们，中小企业合规的评价可以不问“有没有合规部门”“有多少页制度”，只问：你的关键交易里，有没有一处落在真门格？

◆ 四、从哪一步开始补：不可颠倒的顺序

一个尚未长出签字门的组织——无论大小——应当从哪一步开始补？回到第 32 章的会计凭证样本，签名建制的长成顺序是动作可指在先、事故逼名居中、兑现复制殿后。对应地，补门的步骤也有一个不能颠倒的顺序。

第一步，找出全流程中“错了就回不去”的放行节点。对一家中小企业，这样的节点往往只有寥寥几处：大额付款、重大合同签订、关键资质申报、危险作业开工、产品出厂放行。找准它们，比把所有流程都写进制度重要得多。

第二步，在这些节点上指定不可代签的自然人位。“财务部审核”要落成“由某某签署”，“负责人批准”要写明具体由谁、在什么条件下有权叫停。

第三步，把签名嵌进放行动作本身，并随原始版本一同归档。签名必须是“不签就走不下去”的那一步，而不是事后补在文件末尾的一行；签名所对应的文本不能在事后被修改。

第四步，让追责链能够沿着名字走到法庭。这意味着签名所承诺的内容足够具体，具体到将来可以据此判断签名人是否尽到了义务。

跳过前面的步骤，直接照搬成熟行业的签字表，只能得到签到。中小企业在资源上的劣势，在这件事上反而不明显：它需要的最低有效措施，大体就是重大交易的两人核验、异常付款的独立复核、员工能够直接接触外部举报渠道、关键业务风险有明确的停止权限。这几项都是签名门的具体形态，成本远低于一套完整的合规体系。

但要注意中小企业的特殊之处。控制高度集中的企业里，签名门的第二步常常遇到一个难题：能签字的人只有老板一个，所谓“两人核验”可能是老板和他的亲属。此

时，签名门对密谋型违法的阻断力有限，上一章所说的内部报告渠道和外部监管就更为重要。这也是本编命题的一条边界，下文还要说到。

◆ 五、反向风险选择与反噬

合规从宽在中小企业问题上还隐含一个反向风险选择：如果合规整改机会偏向经营可持续、资产较充裕、有能力聘请专业机构的企业，那么真正陷入高风险的企业，可能恰恰因为缺乏资源而进不了程序。合规考察本身有成本，第三方评估需要费用，整改需要时间与人手；一家濒临困境的小企业，既拿不出这笔钱，也等不起这段时间。结果是，合规激励最集中地落在了最不需要它的企业身上，而最需要改变风险结构的企业被留在了门外。

司法处理必须遵守现行法规定的适用条件，不能自行突破法定边界；但在立法论和政策评价的层面，应当公开不同规模企业实际获得制度机会的差异，避免合规成为一道新的制度性门槛。涉案企业合规改革在实践中已经注意到这一问题，一些地方探索了针对小微企业的简式合规程序〔具体规范待核〕。从本编的视角看，简式程序的评价重心可以放在真门格上：只要关键放行节点上有不可代签、可追责的签名，并且这些签名经得起后续检验，就不必要求小企业拿出与大企业同样厚重的制度文本。

本编的命题还有两条反向约束，在中小企业场景中尤为明显。

第一，当违法形态是密谋而非漂移时，命题不成立。密谋者知道自己在违法，签名门不能阻断他们，只会被绕开；甚至会出现一种选择性的风险转移——最危险的行为被最懂得规避签名机制的人掌握。这条约束否定了一句过于普遍的话：“只要建立签字即承担，组织犯罪就会减少。”

第二，当追责链不能贯通时，命题同样不成立。此时追加签名要求，只会增加形式化的表面积，制造更厚的外衣。这条约束否定了另一句隐含的话：“无论如何，多加一道签字总没坏处。”它有坏处，坏处在于它会扩大签到与承担的混淆。

由此还会出现一种反噬。当“签字即承担”成为普遍接受的观念，而兑现机制尚未建立时，大批组织会把自己的签字流程改造成“看起来承担”的样子：签名栏更多，格

式更正式，文件更厚。对资源有限的中小企业，这种改造还会挤占真正有用的投入。一套只推“门”的概念、不推“兑现”这一关的合规评价，会亲手扩大签到。这正是本编始终把签名后追到自然人比例作为否决条件的理由。

◆ 六、局限与尚未回答的问题

最后需要说明本编判断的局限。

就构念而言，“签字即承担”依赖两类支撑：文本中责任附着到名字的程度，以及实际兑现的追责实例。前者测的是文本承诺，后者测的才是承担行为；两者的分离效度需要在后续检验中确认。

就因果解释而言，本编的路径是发生学的，不是统计概括的。最大的威胁在于，不能排除签名建制的分化只是某个历史偶发事件的结果。三步顺序中的“兑现复制”是一个社会扩散过程，不完全由前两步决定。可以用跨行业比较来检验：是否存在具备前两步、却始终没有发生复制的行业？如果存在，就需要引入新的条件。

就适用范围而言，本编的材料主要涉及审计、安全生产、医药、航空和企业合规等组织责任领域。把命题推到网络化的个人违法、平台用工和零工群体的场景时，组织分权、放行节点、追责链这些条件可能不成立；这些场景是否另有替代签名门的机制，本编没有处理。

还有两个本编解释不了的洞。其一，某些并不在组织框架内的危险行为，同样表现出“每次都有记录、每次都有签名、签名者无责”的漂移结构；如果它们存在非组织性的阻断机制，本编的框架无法解释，因为门的长成需要动作可指与追责链这两项组织特性。其二，在某些责任链很长而追责兑现率很低的组织环境中，偶尔出现的重大问责常常由外部专项调查触发，而非由任何事前签名机制触发；这种外部点名能否成为另一种阻断机制，本编没有讨论。

后续研究可以沿三条线推进：由熟悉裁判文书的研究者完成第 33 章列出的几项检验；在单一行业中收集签名后追到自然人比例的数据，作跨期比较；抽样一批企业合规文本，检验责任附着比与实际兑现实例之间的关系。

在组织的匿名化漂移面前，最站得住的阻断，未必是更大更强的制度，往往是那个很旧、很硬、很浅的动作——签名：一个真正签下去、谁也替代不了、事后也推不到别人头上的签名。对中小企业来说，这个结论或许是一个好消息：门不贵，难的是让它真的被兑现。如果这一判断成立，未来研究就应当在比合规更软、漂移更长、追责更远的领域，去找那些已经长出来的门，问一问它们的第一道是在哪一次事故上长出来的。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第⑥张出生证（合规激励论）的一个隐含预设：组织是可被激励的自我监管者，而且激励越强、投入越多，合规越好。中小企业问题暴露出，这一预设在资源分布不均时会产生反向风险选择——激励落在最不需要的企业身上。本章用“动作可指×兑现可指”的辨别格替换以规模、监管强度或标准化程度为轴的分类，主张评价合规时问签名的性质，而不问制度的厚度。本章也指出第⑤张出生证（威慑论）在控制集中的小企业里有其合理之处：违法更接近密谋，签名门的阻断力有限，外部执法的威慑仍不可替代。

涉及的制度依赖是结构：合规考察的适用条件、第三方评估的成本安排，构成了谁能进入程序的门槛。本章的再聚合读数是签名后追到自然人比例，以及不同规模企业实际获得合规程序机会的比例。

若在对小微企业适用简式合规程序的地区，进入程序的企业在后续同类违法上的复发并不少于未进入程序的同类企业，或者简式程序下真门格节点的建立并未提高签名后追到自然人比例，则本章关于“最低有效措施足以承载门”的判断应当收窄。

> 带走的话
>
> 资源不足不能自动变成道德不足；评价合规要问签名的性质，不问制度的厚度，一道真正的签字门并不昂贵。

小账

真门与假门怎样区分？——真门动作可指、兑现也可指，签名挂在不可回退的放行点上且追责真的兑现过；假门动作可指而兑现不可指，如泛泛的承诺函。

一家小企业从哪一步开始补合规？——先找出错了就回不去的放行节点，再指定不可代签的人，把签名嵌进放行动作，最后让追责能沿名字走到法庭，顺序不能颠倒。

第 九 编

司法与实证：从可见案例到反向案例

编　序

第九编共四章，处理第七处拆散：过程。要检验的是，前面各编主张的再聚合在司法实践中有没有真的发生，还是只在文书上完成了一次聚合。做这种检验，首先要承认公开裁判文书不是司法的全部。

第35章提出规则越细、过程越碎的反常，设计出可以在判决书上取值的层距读数与三条可错预言。第36章建立反向案例组，追问谁没有构成单位犯罪，以及已定罪案件内部没有被追诉的环节。第37章从再犯、破产、补偿与守法四个方面检验处罚的实际效果，指出判决金额不是治理效果。第38章区分取证偏差与叙事偏差，提出接口闭合度与过程归责认定附页。

本编对应的再聚合通道是司法实证中的组织过程：给组织过程在判决里一个可以落账的栏目，并用可证伪的设计检验再聚合是真是假。本编所列各项检验均尚待执行，不写成已经完成的调查；若检验结果不利，相关判断应当按各章写明的条件收窄或撤回。

第 35 章

单位犯罪判决书的经验研究方法

◆ 一、公开文书不是司法的全部

前面八编分别追踪了被组织拆散的知情、责任、服的落点、损害、成本与签名。到了第九编，问题换了一个方向：这些再聚合的主张，在司法实践中究竟有没有发生？判决书里写下的「单位犯罪成立」「直接负责的主管人员」「其他直接责任人员」，是真的把被拆散的东西重新聚到了能改变风险的人身上，还是只在文书上完成了一次聚合，组织的实际运行却照旧？本编要检验的，正是「再聚合」的真假。

做这种检验，最容易犯的错误是把公开裁判文书库当作司法的全部。公开文书受上网范围、隐私保护、案件类型、检索入口和时间变化的影响，它与全部犯罪事实之间、与全部追诉案件之间，都隔着不止一层选择。只统计网上能查到的单位犯罪判决，无法直接推断全部追诉案件中合规从宽的比例、无罪的比例或真实的再犯比例。好的经验研究不在于报出最庞大的案件数字，而在于事先说清研究总体是什么、纳入与排除的标准是什么、缺失的范围有多大、哪些结论不能外推。

同样要说清的是文本观察与过程断言的区别。判决书写「经审理查明」，并不等于研究者取得了完整的调查过程；某一事实没有在判决书里呈现，也不能被断言在侦查、审查起诉和庭审中完全不存在。本编所说组织过程的「不可见」，首先是一种裁判文书层面的文本观察：判决书没有为它留出可以记下来的位置。要把这一观察升级为对司法决策过程的经验断言，还需要起诉书、辩护意见、庭审记录等其他来源的佐证。第38章会专门处理这一区分。

◆ 二、一个反常：规则越细，过程越碎

先看一个构想场景。以下情节为说明问题而设，不对应任何真实案件。

设想一份终审判决书在「经审理查明」部分写下了完整的组织过程：业务部门提出需求，风控部门出具意见，合规岗位在系统内签批放行，财务部门按既有流程划拨资金。每一个环节都有日志留痕，每一步由不同的自然人签字。事实认定显示，没有哪一个自然人单独作出了违法决定，真正生成该行为的是四个部门在既定流程中的耦合。然而判决主文落到一个人身上——一名中层经办人，以「其他直接责任人员」被定罪。判决的说理部分没有解释其余三个环节为何不予追究，也没有说明组织过程本身为何无从体现。

这不是一份写坏了的判决。恰恰相反，它完全合乎现行规则：自然人归责的各项要素齐备，证据闭合，判决可以生效归档。正因为它「没有错」，它暴露的问题才更值得追究。

这个场景指向一种反复出现的制度现象：规则越精细，组织过程在判决书中反而越不可见。每一次细则的细化都以「更准确地追责」为名展开，新增的规定几乎总是关于第几级签字人如何认定、审批权限如何划分、直接负责的主管人员与其他直接责任人员如何区分。细化之后，判决书对组织的描述不是更完整了，而是更碎了——组织过程被切成更多能够单独定罪的个体片段。真正该负责的人有没有因此浮上来，是一个需要检验的经验问题；但可以确定的是，下一轮错误归责的原材料已经备好。

本编的核心判断由此提出：更精细的规则不是把网眼织密以兜住真正的责任者，而是把连续的组织过程切成更多能够单独闭合、单独定罪的「钩子」；越切越碎，真正该负责的人越安全，错误归责的供给越充足。组织过程本身应当承担的那一部分归责分量，在这个过程中被压成了一个空位。

把这一判断放回全书的主命题，它的位置是清楚的。全书说单位犯罪是被组织拆散的犯罪，判聚在「单位」一点上，服散在组织内外多处。前八编分别讨论被拆散的知情、责任、服的落点、损害、成本与签名，第九编讨论的是被拆散的「过程」本身——那条把所有环节连成一件事的线。刑法要求对特定主体和行为作出确定的判，于是连续的过程必须被切开才能入判；问题在于，切开的方式可能恰好让过程中最有控制力的位置

脱身。本编的任务就是检验：判决书上的再聚合，是真的把过程重新连起来，还是只是从过程中挑出一个最容易合拢的钩子。

◆ 三、它不是「规则追不上事实」的老故事

这个反常的尖锐之处在于，它不能直接归入法学里最常见的那个解释。法律现实主义早就指出，规则相对于社会事实必然滞后，正式的法律文本无法穷尽行为的全部形态；当规则追不上事实，执法者只能用既有范畴裁剪新现象，由此产生失真。这一传统的贡献很大：它打破了「规则越细就越准确」的素朴预设，提醒我们规则不是中性的测量工具，它自带一种切割方式，会把不合格子的现象压进既有的格子里。

但规则滞后论在本编面对的现象前停在了关键一步之前。滞后是一个截面概念：某一时刻的规则与某一时刻的事实之间有落差，修补应当缩小落差。如果偏差只是「追不上」，那么每一条补救性的细则都应当在局部把落差缩小一些，哪怕不能根治。本编要追问的却是另一种情形：细化之后，偏差不是缩小，而是换了形态继续生长。

制度经济学的证据成本论与组织社会学的责任消散论，也各自能说明偏差为什么存在。前者说，单一决议、单一账户、单一自然人的离散痕迹取证便宜、证明闭合，多时点、多部门的连续过程取证昂贵，于是执法偏好便宜的碎片；后者说，现代组织的分工把意图与结果之间的链条拉长，责任在每一级都被稀释一点。这些解释都有道理，但都没有回答一个问题：为什么更精细的规则——它本该缩短规则与事实之间的距离——会稳定地为下一轮错误归责增加供给？如果偏差只是「追不上」，细化应当带来改进；如果偏差只是「执法贵」，资源充足处偏差应当更小；如果偏差只是「责任消散」，更精细的层级规定应当让消散变慢。若观察到的趋势相反，那就说明细化本身成了偏差再生产的一个环节。这些近邻立场各自说了什么、本编多说了什么，第36章逐一对照。

因此本编换一种问法：偏差不只是「发现」时的失真，它是怎样一步一步被做成现在这个样子的？规则细化在其中扮演什么角色？问法一换，分析单位也跟着换。传统路径把规则当作外部工具，把偏差当作规则运行的结果来测量；本编把规则看作上一轮判决的后续环节。每一份按既有格式作出的归责判决，都成为下一轮组织和司法机关行动

的条件：组织从判决中学到哪些行为会被认定为「直接责任」，司法机关从先例中学到哪些行为形态容易闭合。双方的这种学习共同构成偏差再生产的动力。所以本编的分析单位不是单条规则，也不是单份判决，而是「规则—判决—组织回应—新判决—新规则」这样一个回写循环。

需要强调，这一读法不意味着任何办案人员有意制造错误归责，也不意味着现行规则本身违背罪刑法定。它描述的是一种结构效应：每一个参与者都依法、尽职，结构的合力却可能把责任推向组织的外围。

◆ 四、三个工作概念

为了让上述判断可以被检验，本章先给出三个工作概念。它们都是研究与分析工具，不是新的犯罪构成要件，也不改变《刑法》第三十条、第三十一条对单位犯罪主体与处罚对象的法定安排。

第一，组织过程责任。一个违法结果在多个部门、多个层级、多个时点的耦合中生成时，可以追问：这个耦合过程中的哪些环节、哪些制度缺口、哪些部门之间的接口，对结果的产生作出了贡献？组织过程责任指的就是这一部分归责分量。它既不是自然人对组织秩序的从属性责任，也不是单位作为名义主体对外承担的替代责任，而是一种描述结果生成结构的分析分量。它不求与某一个单一意志对上号，只求与结果的生成结构对上号。在现行法下，这一分量最终仍须通过单位与法定自然人的责任来承担；本书主张的只是，在判决中把它说清楚、记下来。

第二，闭合偏好。司法证据结构与判决格式倾向于纳入那些能够归结为单一决议、单一账户、单一自然人、单一时点的痕迹，并把它们当作完成归责的充分材料。闭合偏好不是指法官个人的心理倾向，而是证据与格式层面的结构性偏好：某些痕迹在制度上默认「可以入账」，另一些默认「无处入账」。

第三，过程账。这是本书设想的、在判决文书中与自然人责任认定并列的一个正式栏目。它的记账对象不是人，而是环节、缺口与接口：哪些组织环节已被纳入归责，哪

些没有，没有纳入的部分在后续案件中如何结转。过程账不改变任何定罪结论，但它改变一份判决对组织过程的可表达性。其具体格式在第38章提出。

◆ 五、层距：一个可以在判决书上取值的读数

「组织过程责任被压成空位」这一判断，需要一个能在真实司法材料上取值的读数。本书称之为层距。

层距的操作性定义是：在单位犯罪或组织性违法的终审判决中，以案件材料可以重建的决策链中心为原点，计算每一名被定罪自然人与该中心之间相差几个组织层级，再对所有被定罪者取平均值，即为该案的层距。决策链中心依据会议记录、审批流程、授权文件的签名层级确定，取在结果生成路径上最早出现、影响范围覆盖环节最多的那个决策位置。为便于比较，还可以区分方向：定罪落在中心之下为向下偏离，越过中心落在更高位置为向上偏离，接近零说明定罪落在决策中心。

举一个构想的例子。设想一起环境违法案件，某项违法排放由集团副总裁、分公司经理、车间主管、班组长依次签字放行，证据表明分公司经理是决定结果核心特征的位置。若被定罪的是车间主管，该案层距为一级；若被定罪的是班组长，层距为二级；若分公司经理与车间主管同时被定罪，层距为两人偏离值的平均数，即半级。

层距的测量对象是层级之差，按组织层级计数，不用来推断任何人的心理倾向。它也不要求案中每一个人都被追究刑事责任——它恰恰是为了量度哪些位置上的人更容易被单独定罪而设计的。读数本身不依赖评分者的主观打分，因此可以直接交给本编后面的检验设计去检验。它的弱点在于「中心」的确定，这一点第38章讨论局限时还会回来。

◆ 六、编码程序与信度

基于判决书的研究，变量须事先列明。本书拟采用的变量包括：法定单位主体类型；罪名；组织决策证据的形态（集体决议、负责人批准、长期默许等）；违法利益的流向；直接责任人员的岗位与层级；判决书对其具体作用的表述；主观要素的证据表

达；是否存在反向事实（如曾提出异议、曾报告风险）；单位处罚内容；案外人保护信息；以及判决书中出现而在主文中未被处理的组织环节。

对未来的层距检验，可复现的程序分五步。第一步，确定案件群：以同一法域、同类组织性违法的终审案件为范围，排除单一自然人作案与没有组织背景的案件。第二步，为每案建立信息卡：提取判决书及可获得的公开材料中的审批流、会议记录、授权文件，列出全部被定罪的自然人。第三步，重建决策链中心：由两名编码者各自独立确定「最早决定结果核心特征」的位置。第四步，计算层距：记录每案的平均值与离散程度。第五步，按规则时序比较：把案件按判决日期排列，以相关细则或司法解释施行的时间点分段比较。

信度必须事先设防线。两名编码者独立重建决策链中心、判断被定罪者层级，二者读数的一致性须达到预先设定的阈值（例如相关系数不低于 0.85，这是设计参数，不是已经取得的结果）。不一致时引入第三名编码者，按多数意见或协商值处理，并逐案标注。核心变量与排除规则在编码开始前冻结。如果观察指标在不同编码者之间无法稳定识别，不能通过不断修改分类去追求想要的结果，而应当明确判定测量失败、回头重建概念。

此外设两道自我否决的关口。其一，改名检验：如果层距与学界已经使用的「责任层级差」一类指标在相同案件上高度相关，且在关键争议案件上给不出任何新的读数，那么它只是给已有的量换了名字，不应获得独立地位。其二，敏感度检验：在一个已知存在组织违法过程、但全链条找不到任何可单独闭合的自然人的极端案件中，读数应当能够显示异常，而不是把它记成「没有责任争议」。如果这类案件被记成无争议，这个读数就在最需要它的地方失灵了，应当放弃它作为核心刻度。

◆ 七、三条可错预言的判决书研究设计（尚待检验）

全书提出三条粗层级的可错预言。下面把它们逐条落成可以在判决书上执行的研究设计。必须说明：以下全部是检验设计，尚未执行，本书没有据此得出任何实证结论。

预言一：判服错位

预言内容是：在罚金数额相近的单位犯罪案件中，若判决同时对控制者个人作出与其控制权相称的处理，并依法追缴其实际违法收益，后续同类违法的复发应当少于只判单位罚金的案件。

执行设计如下。在同一罪名、同一法域内，按单位规模、罚金数额区间和违法类型配对，形成两组：甲组判决对实际控制者或决策中心作出了刑事处理并明确追缴其个人所得；乙组只判单位罚金，或只处理了外围的经办人员。结果变量是此后若干年内同一单位、同一实际控制人或其关联主体再次出现同类违法的记录，来源包括后续裁判文书、行政处罚公开信息与信用公示。观察期要事先固定，并记录主体注销、更名、迁址等「退出样本」，不能把消失的主体当作守法的主体。若长期观察显示两组复发没有差别，「判服错位」作为解释就应降级。

预言二：认定次序

预言内容是：「先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员」这一次序越牢，判决书以签字、参会、分管等在场事实认定个人责任的比例越高。

执行设计如下。对每份判决书中每一名被定罪的自然人，编码其被认定责任所依据的事实类型：一类是在场事实（签字、参会、分管、职务）；一类是作用事实（提出、决定、批准、授意、指挥、隐瞒、阻止报告等具体行为）。以「仅凭在场事实认定」的人数占比为指标，比较两类样本：一类是司法文件或审判指导明确要求逐人说明具体作用的罪名或案件类型，另一类是没有这种要求的。若在明确要求逐人说明作用的样本里，这一比例并不下降，第四编「默认有责的账簿」命题就不成立。

预言三：签名

预言内容是：在经过真实合规整改的企业里，「不知情」辩解在后续案件中被采纳的比例应当下降。

执行设计如下。先识别曾经经过涉案企业合规整改并有公开结论的企业，再追踪其此后涉及的刑事或行政案件，编码其中高管或责任人员提出的「不知情」「未参与」「未审阅」辩解，以及法院或机关是否采纳。对照组为同类规模、同类业务、未经合规整改的企业。同时编码整改是否建立了签名与否决权相匹配的审核机制，以区分形式整改与实质整改。若在实质整改样本中「不知情」辩解的采纳比例不降，第八编命题就不成立。

三条预言有一个共同点：它们都不问判决「判得重不重」，而问判与服有没有落到同一处。这正是全书主命题要求的检验方向。

◆ 补充设计　负担通道与制裁强度的分离检验（尚待检验）

第4章提出的第四条预言，需要单独的设计，因为它是本书与威慑论分歧最大的地方。样本取同一罪名下、在判决后可以追踪到后续经营信息的单位犯罪案件，按两个维度分组：一是对控制者个人的处理强度（未追究、轻、重），二是判决或合规整改之后负担通道是否被实际改写（指标与考核是否调整、相关费用科目是否撤销或改由专门审批、保险与合同中的相关条款是否修改）。通道是否改写，只看可调取的文件，不看企业的自我陈述。观察结果是一定期间内同类违法的再次发生。威慑论预测结果主要随第一个维度变化；本书预测主要随第二个维度变化，并且在「重处个人但通道未改」一格中，复发不会明显低于「只罚单位」的案件。若数据呈现的是前一种格局，本书的负担通道判断即告失败。由于后续经营信息往往只能从公开披露、行政处罚记录和再次涉诉的裁判文书中间接取得，这一设计更适合先在上市公司和受行政监管较密的行业中试行。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是双罚制教义学这张出生证上的冻结预设。这一学派的主角是法官，把单位与主管人员、直接责任人员预设为两层主体，把法预设为法定构成要件体系；它冻住的再聚合点是「次序」——先认定单位犯罪，再从单位中找出责任人员；它的典型吸收

是先验式的：在场即有责。本章并不挑战这一次序的法定基础，而是追问它被织进制度之后，在判决书上产生了什么可以测量的后果。

本章涉及的制度依赖主要是次序，兼及连接。《刑法》第三十一条把单位与两类自然人连接起来，而实践中「先单位、后个人」的次序决定了个人责任往往是从单位犯罪的结论里倒推出来的；倒推时最便宜的依据，就是签字与在场。层距与「仅凭在场事实认定」的比例，是本章为这种次序效应设计的两个读数；再聚合的读数则是判决的定罪位置与决策链中心之间的距离是否缩短。

若按本章设计执行的研究显示，规则细化之后层距稳定缩小、定罪向决策中心回摆，且双编码信度达到预设标准，则本章关于「细化制造钩子」的判断应当收窄为个别罪名中的局部现象。

> 带走的话
>
> 规则越细，组织过程在判决书中反而越碎，越容易被切成可以单独闭合、单独定罪的个体片段，下一轮错误归责的原材料也随之备好。

> **小账**
>
> 文本观察与过程断言有什么区别？——判决书里没写，只说明文书没有为组织过程留出位置；要断言侦查和庭审中也不存在，还需起诉书、辩护意见和庭审记录佐证。
>
> 层距怎样计算？——以可重建的决策链中心为原点，算每名被定罪者与中心相差几个组织层级，再取平均值；它量的是层级之差，不推断任何人的心理。

第 36 章

反向案例组：谁没有构成单位犯罪

◆ 一、不成立的案例比支持性案例更能检验理论

单位犯罪理论通常靠成功追究的案件来论证自己。研究者在这些样本里反复看到组织利润、业务授权和管理失范，于是很容易得出「组织因素处处存在」的结论。可是一个在每个案件里都能找到证据的理论，恰恰说明它没有被检验过。真正有判别力的材料，是相似的活动为什么没有以单位犯罪论处。

这类反向结果在现行法中有明确的制度来源。其一，1999 年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》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、事业单位设立后以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处；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。其二，2014 年全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三十条的解释规定，公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。其三，《刑法》第三十条的法定主义本身：法律规定为单位犯罪的，才由单位负刑事责任。

此外还有事实层面和程序层面的反向结果：行为人的主观要素未获证明；单位决策与违法行为之间的关联证据不足；检察机关依法作出不起诉决定；涉案企业合规整改后依法从宽处理。

不同的反向结果不能混在一起统计。规范上不构成单位犯罪、事实上不足以证明、程序上不再追诉，三者对理论的挑战程度不同。规范上不构成，说明法定范围本身划出了边界，结构分析不能越过它；事实上不足以证明，可能说明证据制度对组织过程的取证能力有限；程序上不再追诉，则涉及刑事政策的取舍。本章所说的反向案例组，就是按这三类分别建档、与正向案件配对比较的一组材料。

◆ 二、判决书里的第二种反向案例：没有被追诉的环节

「谁没有构成单位犯罪」还有一层更隐蔽的含义。在一件已经认定单位犯罪的案件里，组织过程中往往有多个环节参与了结果的生成，但只有其中一两个环节上的自然人被追究。其余环节——提出需求的部门、设定考核的部门、明知风险仍然放行的接口——在判决书中既没有被认定有责，也没有被说明为何无责。它们是同一案件内部的反向案例：参与了，却没有进入判。

第35章提出的核心判断，在这里可以说得更直接：组织过程应当承担的归责分量被压成一个空位，不是发现环节的失察，而是生产环节的切割。所以问题不是「规则更细就能看见它」，而是规则细化本身可能在扩大错误归责的供给。

对这个空位，有三种常见的诊断。第一种说它是「被遗漏的变量」：暂时没有进入分析，将来补上即可。第二种说它是「被误分的对象」：分类标准出了错，换一个标准就能修正。第三种说它是「被证据成本挤掉的昂贵选项」：它存在，只是查起来太贵。三种诊断通向同一种修复——补一条规则、改一条标准、增一笔办案资源。本书认为三种诊断都没有击中病灶，因为问题不在那三处的任何一处，而在于现有的判决格式本身没有为组织过程设置一个可以落账的科目。补规则是在同一张纸上多写几行，纸本身没有变。真正缺的不是内容，而是账户。

这一判断有它不成立的条件，必须先说清。第一，如果某一法域已经存在以组织过程为主要归责形态的独立责任单元，并且它在判决中不以任何自然人罪责为前提，那么组织过程已被制度化为第一位的归责对象，本编判断在该法域不适用。第二，如果规则细化伴随的是被定罪自然人的层级持续上移、层距稳定收窄，那么「细化制造低层闭合点」的判断就不成立，至少在环境违法、财务数据造假、多环节安全生产事故这些类型中不成立。第三，如果组织无法从判决先例中学习闭合点的位置——比如归责对象的确定与在先案例毫无关系——那么「先例回写」的机制就断了。

三、反向案例组的匹配设计

反向案例组的价值在于比较：在哪一步，正向与反向案件发生了可以裁判的差异？为此，反向案例应当与正向案件按罪名、组织规模、行为模式和证据类型尽量匹配。例如，同为以单位名义实施的骗取贷款，一组被认定为单位犯罪，一组因违法所得由个人私分而按自然人犯罪处理；同为生产安全事故，一组追究了企业主要负责人，一组只追究了现场管理人员。配对之后，比较的不是结果，而是判决书在哪一个认定环节上走向了不同的方向。

对本编的核心判断，以下六种情况可以作为它成立的观察指标。每一条都可以单独核验，任何一条落空，都应当相应收窄判断。

第一，在单位犯罪或组织性违法的判决书中，关于自然人归责的表述出现的频率远高于关于组织过程的表述，而且每增补一款相关细则，前者还会进一步增加。这检验的是闭合偏好是否优先于过程的可表达性。

第二，把同类组织违法案件的终审判决按时间排列，追踪层距的变化，发现规则细化后层距不缩小或反而扩大，同时低层自然人的改判率上升。

第三，在规范最细、电子取证最完备的地区，跨部门案件的低层改判率反而高于单部门案件——也就是说，信息的可见性与归责的准确性在跨部门案件上并不同向变化。

第四，与单位犯罪相关的规范条文密度在某一时期后增加，而条文中关于「单位整体」「组织过程」的表述不增反降。

第五，组织合规文件中的签名层级下移，与相邻前案中被定罪自然人的层级位置之间，呈现可以追踪的对应关系——组织确实从判决中学会了把可闭合的点往下放。

第六，在引入本书第38章建议的过程归责认定附页之后，判决文书中记录的未归责环节开始跨案结转，并且不会被新增的个人责任条款吸收掉。

前五条可以在现有材料上检验，第六条需要格式试点。这六条全部是检验设计，尚待执行。

◆ 四、近邻立场与它们的判决性反例

一个判断如果能被两句现成的学说无损重述，它的增量就是虚的。与本编最接近的两个立场，一是法律现实主义的规则滞后论——规则必然以有限范畴追赶无限事实，因此规则内在地不完整；二是制度经济学的证明成本论——高证明成本使执法者偏好离散、低维的证据形态，从而系统性地简化复杂行为。把这两句拼在一起，已经可以推出「规则无法充分表达组织过程」这一较弱的结论。本编的判断比这多出一步：规则细化对过程维度施加了系统性的压缩，而且通过先例回写强化了组织的碎片化。两个近邻说的都是「不够」，本编说的是「回写之后进一步压缩」。

以下逐一对照九种近邻立场。需要如实说明：以下近邻尚待系统检索核对，此处只按它们在同一问题上的基本立场呈现，作者、年份标注的均属概括；若后续核对发现其中某一位已经持有同样的判断，本编的独立性主张应当相应降级。

其一，规则滞后论。法律现实主义（如 Karl Llewellyn、Jerome Frank 一脉）已经说明规则总是追不上事实，正式法律的有限范畴必然简化社会行为。区别在于：滞后论把偏差归于规则与外在事实之间的落差，本编把偏差归于细化本身经由判决先例改变了组织内部的切割方式。判决性反例：同一法域在数年内把相关细则增加一倍，按滞后论偏差应当缩小；本编预测层距不变或扩大，因为组织同步学会了切割。

其二，证明成本论。连续行为证明成本过高时，执法者会选择低维、离散的证据形态，以便在资源与审限内完成归责。区别在于：成本论预测资源约束是偏差的关键，本编预测格式与程序上的闭合要求贡献更大，因为资源增加提高的是痕迹的可见性，不是过程的可表达性。判决性反例（构想）：在全部接口日志早已被采集的跨部门数据造假案中，追诉仍只落在一名中层填表人身上——这时成本并不更高，成本论无从解释。

其三，责任消散论。组织分工把结果分散到多个位置，没有哪个自然人完整地「做了」那件事。区别在于：消散论把消散归于组织结构本身，本编把低层归责归于组织对外部闭合激励的策略性回应。判决性反例（构想）：同一组织两次案发之间，审批权限

向上收、签名点却向下放——这不是分工的自然消散，而是组织学会了按判决的语法摆放新的可闭合点。

其四，多手问题。Dennis Thompson（1980）指出，多人共同造成结果时，回溯性的责任归属总是难以确定。区别在于：多手问题把多个主体描述为分散状态，本编把低层被定罪描述为从过程中被抽取出来的闭合件。判决性反例：当一个多手案件的全部上游主体都留有会议记录可供审查，而判决仍只落在直接操作人，问题已不是「手太多找不到」，而是格式只允许在最容易合拢的那只手上截断。

其五，组织常规论。Edwin Sutherland 关于白领犯罪的研究（1949）以及 Diane Vaughan 的「越轨常态化」（1996）说明，组织违法往往嵌入组织常规，而不是异常的个人越轨。区别在于：常规论把组织过程写成违法的生成环境，本编进一步追问判决格式如何再现这一环境，并使之持续被低估。判决性反例：同一组织常规在两次案发中造成同类损害，常规论的预测是两次归责都缺位；本编预测第二次必有一名低层签字人被定罪，因为第一次留下的未归责缺口要靠新的闭合件来平。

其六，结构错位论。组织违法由多个环节共同生成，责任在时序与层级上都有不可还原的分布，司法归责注定无法准确匹配。区别在于：错位论从结构推出「匹配不准」，本编从格式的动力推出组织会顺着格式把可闭合点预先往下放。判决性反例：组织内部审计已明确把某一接口列为高风险，却仍保留该接口最低等级的负责签名——这已不是自然错位，而是对可预见切割的配合。

其七，象征性归责论。对低层个人的处罚，有时只是向社会表明系统作出了回应。区别在于：象征论把低层处罚视为模糊的替代，本编给出替代的生产机制——不是找不到上层，而是低层最容易闭合。判决性反例：象征论预测象征足够后不再有后续动作；本编预测象征性处罚之后会跟进一条更细的规则，为下一轮低层闭合提供更清晰的依据。

其八，格式性遗忘论。制度格式决定哪些现实不被登记，久而久之这些现实从视野中消失（此说的代表文献尤待核对）。区别在于：遗忘论把排除放在格式的输入端，本编把问题放在输出端——格式不是把过程挡在门外，而是每次都把它切碎后放进来，与其

说遗忘，不如说回收。判决性反例：一份判决多处描述组织过程，却在追责与主文处全部消失；遗忘论只能说「最后忘了」，本编能说明它每一步都作为背景被穿过。

其九，系统冲突论。卢曼（Niklas Luhmann）与托依布纳（Gunther Teubner）的系统论传统认为，法律系统与其他社会子系统之间的沟通障碍，使跨系统风险难以被整体归责。区别在于：系统论把冲突放在系统之间，本编把冲突放在同一份判决内部——自然人账与过程账本应同列，却没有同列的位置；本书也不把单位当实体或系统，而当作在制度条件中显露的责任承载形态。判决性反例：违法过程完全发生在同一组织的多个部门之间，系统冲突论没有适格的「系统间」对象，本编有。

九种立场都有各自的贡献，但没有一种覆盖了本编的判断：同一个判决格式如何以同样的切割方式，把组织过程从每一份判决中压掉，并通过回写让下一轮切得更细。

◆ 五、撤回条件：本编判断在哪里应当让步

反向案例组的另一个用途，是事先写出使本编判断撤回的条件，而不是等结果出来再解释。

第一，若实际控制者在组织过程中缺少关键的路径位点，却依法承担了经充分证明的刑事责任，那么第四编的位点模型必须修正——说明法院在没有位点证据时也能通过其他事实聚合到控制者。

第二，若某些组织性风险明显存在，而刑法分则根本未规定单位犯罪，则应当承认这是法定范围的限制，不能由结构分析来解决。2014 年的立法解释已经为此提供了自然人追责的通道，研究只能在解释论、政策论与立法论上分层讨论，不能主张法院越过法定范围。

第三，若已有的经典教义学标准——例如「以单位名义实施、违法所得归单位所有」的认定思路，以及对直接负责的主管人员「起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用」的界定——对反向样本的解释力不弱于本书框架，那么本书的原创性与政策推广主张都应收窄。

第四，若反向案例组显示，被排除在单位犯罪之外的案件与被认定的案件在层距上没有系统差异，那么层距可能只反映了组织结构本身，而不是判决格式的作用，本编应把解释权重让给组织社会学的消散论。

这些条件写在检验之前，就是为了防止理论在任何结果面前都能自圆其说。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的主要是同一视／单位意志论这张出生证。这一学派把单位的「头脑」预设为决策机关与负责人，把法预设为对意志的谴责，冻住的再聚合点只有「决定」；它的典型吸收是先验式的——经集体研究决定即单位意志，没有这种决定便回到自然人犯罪。反向案例组恰好处在这条分界线上：1999 年司法解释和 2014 年立法解释把「不以单位犯罪论处」的情形织进了制度结构，它们既是罪刑法定的边界，也是改名式吸收的制度形态——一部分组织过程被改称为「个人犯罪」，于是从组织问题的视野里退场。

本章同时触及双罚制教义学的连接依赖：在已认定单位犯罪的案件里，《刑法》第三十一条只连接单位与两类自然人，过程中其余环节没有连接的位置，成了「参与却未进入判」的内部反向案例。本章的再聚合读数有两个：反向案例组与正向案件在认定环节上的分叉点，以及案件内部未被处理的组织环节数。

若匹配后的反向案例组显示，经典教义学标准已足以解释何时成立、何时不成立单位犯罪，且案件内部未被处理的环节与定罪层级无关，则本章的判断应当收窄为对判决说理充分性的一般建议。

> 带走的话
>
> 一个在每个案件里都能找到证据的理论，恰恰说明它没有被检验过；真正有判别力的，是相似的活动为什么没有以单位犯罪论处。

小账

反向结果为什么要分三类建档？——规范上不构成显示法定边界，事实上不足以证明指向取证能力，程序上不再追诉涉及刑事政策取舍，三者对理论的挑战程度不同。

已定罪的案件里也有反向案例吗？——有。提出需求的部门、设定考核的部门、明知风险仍放行的接口参与了结果，却既没有被认定有责，也没有被说明为何无责。

第 37 章

处罚实际效果：再犯、破产、补偿与守法

◆ 一、判决金额不是治理效果

经济分析的最终检验，是组织行为有没有改变，而不是理论说得漂不漂亮。判决书上的罚金数额是最容易统计的数字，也是最容易被误读的数字。罚金数额大，不自动意味着威慑更强；企业破产，也不自动意味着社会效果良好。用全书的话说，罚金数额只是「判」的读数，它不告诉我们「服」落到了哪里。

对一件单位犯罪的处罚，至少应当区分六个阶段：处罚生效；实际执行；组织是否持续经营；违法收益是否被追回、追回自谁；被害人是否得到补偿；相似违法是否再次发生。每一个阶段都可能与前一个阶段脱节。判了未必执行，执行了未必出自控制者的口袋，追回了未必回到被害人手里，组织停业了也未必意味着违法业务停止——真正的控制者完全可能以新的主体重启相同的业务。

本章讨论的是：在这六个阶段上，判决书里的再聚合是否真的发生了。前一章检验的是判有没有落到过程中的正确位置，这一章检验的是落下去之后，服是不是跟着落到了那里，组织是不是因此改变了做法。如果判在文书上聚了，服却在现实中继续散，那么这次再聚合只发生在纸上。

◆ 二、再犯：看不见的不等于没有发生

再犯率尤其难以直接测量。一家企业此后不再被发现违法，可能是组织确实改善了，也可能是它规避检查的能力提升了，还可能只是监管资源转向了别处。要区分这几种情形，需要同时考察外部检查的强度、举报渠道是否畅通、企业实际业务规模是否变化等变量。只看「是否再次被处罚」，等于把执法强度的变化误当作守法水平的变化。

单位犯罪的再犯还有一个自然人犯罪少见的难题：主体可以变形。一家被判处罚金的公司可能注销，其业务、人员、客户转移到一家新设公司；也可能更名、迁址、被并

购。如果研究只按原主体名称追踪，主体一变，再犯记录就断了，研究者看到的是「零再犯」，现实中可能是「换壳续营」。因此追踪对象应当至少包括三层：原单位；原单位的实际控制人；与二者存在股权、人员或业务承继关系的关联主体。退出样本——注销、吊销、破产的主体——必须单独列出，说明它们是真正退出了相关业务，还是转移到了别的主体上。

涉案企业合规改革之后，「零再犯」的报道并不少见。但零再犯本身不能被视为已经证明制度有效，除非满足三个条件：观察期足够长，至少覆盖该类违法的通常发现周期；有合理的对照组，即未经合规整改的同类企业；对退出样本有可以说明的处理方法。缺少任何一项，零再犯只能作为待检验的线索。

这与全书的判服错位预言直接相关。如果判决只落在单位与外围经办人身上，而实际控制者既未被处理、个人所得也未被追缴，那么控制者最理性的回应不是改变做法，而是换一个外壳。按这一预言，「换壳续营」的比例在只判单位罚金的案件中应当更高。第35章已把它写成配对设计，这里补充一点：换壳续营本身就是一种「不服」，它在判决书上看不见，在工商登记与后续案件中却留有痕迹，研究应当把它作为独立的结果变量记录。

◆ 三、破产与补偿：服散落到了哪里

单位犯罪的罚金由谁实际承担，第五、六、七编已从不同角度讨论过。在处罚效果的层面，有两个问题最为尖锐：企业因罚金或违法后果而破产时，谁在承受；被害人的损失在罚金面前处于什么顺位。

现行法对后一个问题有明确安排。《刑法》第三十六条规定，由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失；承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。《刑法》第六十四条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还。2014 年最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》

进一步明确了被执行人财产不足时的清偿顺序，人身损害赔偿中的医疗费用、退赔被害人的损失、其他民事债务列于罚金与没收财产之前〔条文序号待核〕。这些规定在法律上已经把被害人放在罚金之前。

问题在于执行层面。法律上的顺位，不等于事实上的到位。被害人分散、单笔损失小、举证能力弱时，退赔程序可能迟迟启动不了；企业资产在案发前已被转移时，追缴可能只追到一个空壳。研究需要在判决书之外，结合执行裁定与公开的执行信息，记录三个数字：判决确定的退赔或赔偿总额、实际执行到位的金额、罚金实际执行到位的金额。如果罚金执行率显著高于退赔执行率，那么法律上的顺位在事实上被倒置了——这是服的落点偏离判的一个可以测量的信号。

破产的情形更复杂。企业进入破产程序后，罚金是否作为破产债权参与分配，在我国破产司法实践中有专门规定，相关司法解释曾将行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金排除在破产债权之外〔条文出处与现行效力待核〕。这一安排的效果是保护普通债权人，但也意味着：当一家企业因违法而破产，罚金可能落空，承担损失的是债权人、员工和供应商，而在破产前已经取得违法收益的控制者，可能在任何一个环节都没有「服」。

这正是 John C. Coffee（1981）所说的罚金外溢：对法人的罚金会外溢到股东、员工、债权人身上，因为法人「没有灵魂可谴责、没有身体可踢」。在威慑论传统里，外溢被当作执行问题，可以通过调整罚金结构来修补。本书的看法不同：外溢不是执行中的偶然漏损，而是单位犯罪的本体结构——判聚在一点上，服必然沿着组织的产权与合同关系散开。破产只是把这种散开推到了极端。因此对破产案件，研究应当记录违法收益在案发前的流向，以及控制者个人是否被依法追缴，而不只是记录「企业已破产、罚金未执行」。

◆ 四、守法：规则细化有没有改变组织的做法

处罚效果的最后一项是守法：组织在处罚之后，是否改变了生成违法的那条过程？这里与本编的核心判断直接相连。如果规则细化真的让责任更准确，组织应当把关键决

策的签名留在决策者身上；如果本编的判断成立，组织学到的却是另一件事——把可以被定罪的签名点往下放，把真正的决策往上收。

以下四项检验，用来判断规则细化之后组织的守法反应走向哪一边。全部尚未执行。

第一，条文统计。取一段时期内与单位犯罪、组织性违法相关的规范性文件汇编，统计两组关键词的出现频率：「层级」「签字」「审批人」一组，「单位整体」「组织过程」「系统性责任」一组。若第二组随规则细化同步上升而非下降，「细化以切割代替整体」的判断就被削弱。资源成本论无法预测词频的这种结构；组织消散论可以预测第一组随层级增多而上升，却无法解释第二组为什么总不上涨。

第二，层距的历史走向。取同类环境违法的终审案件按时间排列，计算层距。若规则细化后层距缩小、定罪向决策中心回摆，本编判断应当降级。

第三，组织回应的方向。对同一大型组织连续两次同类案发进行前后对比。若第二次案发前，该组织的签批权限没有下沉，或者签名与决策一起上收，先例回写的机制就失去经验支持。责任消散论可能预测组织会对风险更敏感，但不预测「决策上收、签字下沉」这种分离式动作。

第四，资源与考核的交错比较。比较若干资源水平不同的地区：若层距与办案资源严格成反比，而与案件管理的考核指标设置无关，则本编应把解释重心让给资源因素；若资源差异较大而层距相近，同时层距随考核指标中结案数量权重的不同而变化，则说明程序上的闭合要求可能产生了把案件尽快收拢到最易证明者身上的激励，这一机制值得进一步完善。

◆ 五、组织过程附页的效果检验：一张二乘二的表

本编在第38章将提出一项改革建议：在判决书之后附一张「过程归责认定」附页，把组织过程作为一个可以落账的栏目。任何改革建议都必须先写好它的效果检验，否则改革者很容易在第一阶段宣布成功。

检验设计是一张二乘二的表。一个维度是时间：附页试点之前与之后（各取若干年）。另一个维度是案件：试点法院的同型案件与可比的非试点法院的同型案件。观察指标是低层自然人的改判率——二审或再审中将原判认定为直接责任人员的低层人员改判为非决策者、撤销或变更其定罪的案件数，除以同类案件中涉及层级争议的案件总数。

	试点前	试点后
试点法院同型案件	甲格：基线	乙格：附页作用期
非试点法院同型案件	丙格：对照基线	丁格：同期对照

附页的效果读作：乙格相对甲格的变化，减去丁格相对丙格的变化。这样可以排除同一时期内其他制度变化对所有法院共同产生的影响。配套记录两个辅助读数：层距的变化；附页中「未被追责的环节」在后续案件中再次出现并被处理的比例，即缺口结转率。

这张表里最需要提防的不是「试点后没有变化」，而是另一种走势：试点后低层改判率先降、随后重新上升，而重新上升的时间恰好与「附页填写完备」被纳入案件质量评价同步。这一格同时满足三个条件：短期看起来比原来好；变坏的过程不发出任何警报；它还会反过来加固自己——附页本身成了一个需要尽快填平的新闭合件。如果不事先为这一走势设置判断阈值，改革者会在第一阶段宣布成功，在第二阶段宣布流程改进，直到很晚才发现换的是外壳而不是土壤。

阈值应当事先写定。示例阈值如下（均为设计参数，不是实证结果）：层距从零变为一级或以上，即视为该案定罪落在决策中心的外层；若规则细化后低层改判率上升超过五个百分点且此后不回落，视为支持本编判断；缺口结转率只要大于零就具有信息意义，因为它意味着「未归责」已经进入正式记录并影响到下一案。阈值不必大，因为现行判决格式对组织过程几乎没有正式记录，任何非零的记录都是新的信号。

还需要两道防伪检查。其一，若试点法院在附页上以「已在审判中一并考虑」一句话统一处理第三栏，或者期初结转栏全部为零却说明不了前案的未追责环节为何没有延续，那就说明附页被用成了修辞而非记账，必须回到「缺口在什么条件下才会结转」这

一机制上重新设计。其二，若附页填写的未追责环节在后续案件的说理中再也不出现，附页对守法行为就没有作用，本编关于「改格式比补细则更有效」的判断应当失准。

◆ 六、竞争解释在效果数据上的分叉

效果检验的另一个用处，是让本编的判断与几种竞争解释在同一批材料上分出不同的预测。以下为检验构想，所用数字一律是示例数值，用来说明读数如何解读，不是任何实证结果。

对规则滞后论：设想在跨部门环境违法终审案中，规则细化前层距均值为一点一级，细化后为一点八级，低层改判率由百分之八升至百分之十五（示例数值）。若真出现这样的结果，滞后论难以单独解释，因为它只允许规则不完整，不允许规则细化后错位扩大。

对证明成本论：取一组关键日志已由合规系统自动留存、可由办案机关直接调取的案件，证明成本差异接近消失。本编预测，只要判决格式中没有过程栏目，定罪仍会落在离中心较远的低层签字人。若这组案件层距显著变小，本编应承认证据成本至少是层距的直接原因之一；若层距不变甚至扩大，成本论就不足以独立解释。

对责任消散论：取同一组织前后两案，两案之间组织没有分工增多或部门扩张，只发生了一项外部制度变化——新增一条规定，把批准与执行两类签字分开。本编预测第二案被定罪者落到更低的执行签名位。消散论看不出为什么会切得更低，因为组织分工没有变。这一检验可以把组织变量与制度变量分开。

对象征性归责论：二者在「抓低层」上预测相近，必须在判决书语言上分出差异。象征论下，过程描述是装饰性的；本编建议的附页第三栏则会写明「未被追责的环节，转入后续处理」。若试点后这一栏只写「已注意」，从不结转，象征论就比本编更贴切，本编应当在这类案件上让出解释权。

对多手问题：设置一个全链日志完全可回溯、每只手都留了痕的案件。多手问题会说归责困难；本编预测的结果却不是无人归责，而是一个最易闭合的末端签名者被定罪。两者在困难感上一致，在结果方向上分开。

若这些检验中出现反例——尤其是高资源样本层距明显回缩、低层改判率消失——本编判断的主要驱动就应从格式转向证据成本，相应部分让渡给成本论。

◆ 七、多结果评估：不用一个总分抹平冲突

综上，本书对处罚效果采用多结果评估：处罚是否把成本与收益追回到违法控制人；是否提高了风险发现与纠偏的速度；是否减少了相似违法；是否改善了被害人的救济；是否造成了明显的无辜者损失。五项结果各自记录，不合成一个综合得分。

理由很简单。某一制度可能只改善其中一项，却使另一项明显恶化。例如，加大单位罚金可能提高罚没收入、却挤压被害人退赔；推动企业破产出清可能阻断违法业务、却让债权人和员工承担损失；合规从宽可能促进整改、也可能让控制者借整改脱身。如果用一个总分把这些冲突抹平，研究就替决策者做了一次不透明的价值权衡。保留冲突，才能让「判」与「服」之间的错位被看见。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是威慑论这张出生证。威慑论以立法者为主角，把组织预设为会算账的理性人，把法预设为一张价目表；它冻住的再聚合点是「成本」，典型吸收是改名式的——罚金外溢被称为「执行问题」。本章把外溢放回本体：罚金在破产、退赔、换壳中沿产权与合同关系散开，不是执行的漏损，而是判聚一点、服散多处的必然形态。本章也触及合规激励论的先验吸收——「有合规就有效」——并要求以观察期、对照组和退出样本处理来检验零再犯。

涉及的制度依赖是结构与次序：《刑法》第三十六条和涉财产执行的清偿顺序在结构上把被害人放在罚金之前，本章追问这一顺位在执行中是否到位。本章的再聚合读数是：罚金执行率与退赔执行率之比、控制者个人所得的追缴比例、换壳续营比例，以及组织过程附页前后低层改判率的二乘二差分。

若长期观察显示只判单位罚金与同时处理控制者的案件在复发与换壳上没有差别，且退赔执行率并不低于罚金执行率，则本章关于「服散多处」的判断应当收窄。

带走的话

罚金数额只是判的读数，不告诉我们服落到了哪里；判在文书上聚了而服在现实中继续散，再聚合就只发生在纸上。

小账

零再犯什么时候才能算作证据？——要有足够长的观察期，有未经合规整改的同类企业作对照，并对注销、吊销、破产的退出样本有说明，缺一项只能算待检验的线索。

追踪单位再犯要盯住哪几层？——原单位、原单位的实际控制人，以及与二者有股权、人员或业务承继关系的关联主体，以免把换壳续营误记为零再犯。

第 38 章

案例如何进入司法视野：取证与叙事偏差

◆ 一、进入司法的几道门

一宗单位犯罪如何进入司法视野，取决于它从哪一道门进来：被害人是否报案，行政机关是否移送，内部员工是否举报，资金交易是否留下可以追踪的痕迹，审计、税务、金融监管等部门的检查是否触及，检察机关能否取得关键的组织文书。每一道门都有自己的可见性结构。被害人报案的门，偏向损害集中、被害人明确的案件；行政移送的门，偏向已有行政执法记录的领域；资金追踪的门，偏向金额清楚、流向单一的案件；内部举报的门，则偏向举报人所在岗位能看见的那一段过程。

可见性结构不同，进入司法的案件就不是全部违法的随机样本。签字记录清晰的基层人员，可能比幕后决策者更早成为调查对象，因为他们的名字就写在最先被调取的单据上；财务金额明确的案件，可能比结构性排斥竞争、长期损害公共利益的违法更容易进入程序，因为前者的损害可以在一张表上算出来。因此，不能简单地把「某类违法进入司法的比例高」解读为这类违法本来更严重或更常见。

对本编的核心判断来说，这一点尤其要紧。如果低层人员被定罪的比例高，可能有两种完全不同的原因：一是案件进入司法的那道门本身就开在低层——取证从基层单据起步，越往上越难；二是取证已经触及上层，但判决的格式和说理把过程切成了可以单独闭合的片段。前一种是取证偏差，后一种是叙事偏差。两者的改进方向截然不同，必须分开。

◆ 二、取证偏差与叙事偏差要分开

本编的研究材料强调判决格式的闭合偏好：司法处理倾向于把连续的组织过程写成能够清晰归责的离散事件。这一解释具有启发性，但必须经受证据的检验，而且必须区分它发生在哪一个阶段。

裁判文书写得简明，可能只是写作方式，并不意味着侦查人员和法官没有调查完整的过程。如果完整过程在侦查和庭审中已经查明，只是没有充分写进裁判理由，那么它反映的是说理质量问题，改进方向是加强裁判文书说理。如果完整过程在侦查阶段就没有被调取，那么它反映的是取证问题，改进方向在证据收集与调取权限。如果过程在起诉阶段被收窄——起诉书只指控了一部分环节——它反映的是追诉范围的取舍。只有当过程在调查、起诉、庭审中都已呈现，却在判决的认定与主文中系统性地消失，「格式压缩造成错误归责」这一强判断才得到支持。

可行的研究路径是：选择依法公开、材料相对完整的案件，把判决书认定的事实、起诉书的指控、辩护意见、公开审理的信息分别编码，逐一识别重要的组织环节是在哪一个阶段消失的。每个环节记录四个状态：是否出现在起诉材料中；是否在辩护或庭审中被提及；是否出现在判决书「经审理查明」部分；是否在「本院认为」与判决主文中被处理。若经过多源比对，没有发现组织环节在后两个状态之间系统性地脱落，就应当撤回「格式压缩造成错误归责」的强判断，改为一般性的说理改进建议。刑事法研究不能以研究者自己看不见的材料，去证明司法必然没有看见。

◆ 三、接口闭合度：辨别的第二根轴

要让「组织过程责任」不停留在一个新名词上，需要把它做成一张可以区分案件类型的表。只有「过程责任有或无」一根轴是不够的，还需要第二根轴，而且这根轴必须与第一根相互独立。

先排除三根看似可用的轴。组织规模不行：组织越大分工越多，过程责任越重，规模是过程责任生成的背景成因，拿成因做第二轴等于自己跟自己相关。违法后果的严重程度不行：后果越重，对个人归责的要求越硬，它是与主变量同向变动的伴随变量，分不开。证据的齐备程度也不行：证据越齐，越应当追到中心，这正是证明成本论要解释的东西，不是独立于主论点的坐标。需要的是一根不随程度走、只随「哪一类隐蔽」走的轴。

本书确立的第二根轴是接口闭合度。过程责任讲的是「这个案件的违法是否由跨环节的耦合生成」；接口闭合度讲的是「组织在把各环节连成整体时，有多少关键接口已经被系统、部门或报表缝合得看不出来」。接口闭合度高，过程在记录中显得自然连续，似乎不可再拆；接口闭合度低，过程在记录里本来就有裂缝，容易被看见。这根轴与过程责任不是因果关系，而是决定过程责任能被表达到什么程度的一项条件。它也可以从案件材料中测出：是否存在跨部门接口的记录；是否存在把两个环节缝在一起的统一合规口径；是否存在把整条链条并入单一账户、单一系统的默认格式。

以下用一个构想案例说明这根轴的用法。设想一家大型集团因数据造假被追究，造假横跨投资、风控、运营、合规四个部门。如果四个部门共用一个统一的数据系统，每个环节都在同一平台留痕，这个组织的接口闭合度就很高。案件很容易被写成「系统口径偏差」，追责时反而找不到可以对应的接口。哪一个环节能够成为责任的落点，取决于系统里哪一环的日志能被单独导出、单独对应到签字人。若这样的案件被追责，定罪多半落在某个操作岗位——既不是决定口径的管理者，也不是设计系统的人。这就是两根轴同时为高的情形。

◆ 四、四格辨别格

两根轴交叉，形成四格。四格之间必须给出两两不同的预测，这张表才不只是「多分两类」，而是一件能区分错位形态的工具。

	过程责任高	过程责任低
接口闭合度高	第一格：过程深而接口焊死	第二格：表层流程漂移
接口闭合度低	第三格：过程深而接口散裂	第四格：低层单点错误

第一格，接口闭合度高、过程责任高。过程严重，而接口全部被焊死，组织把各部门压进同一系统，使跨部门的断裂无从显现。此格的危险特征是：偶发的操作层签字人以「直接责任」被定罪，上游无一人进入案件，层距中等偏大。只在这一格成立的预测是：此类案件若被追责，几乎不出现对制度接口的连带调查；判决书会把组织过程整体写成「标准流程」，再把罪责放在流程之外或流程末端的一个操作错误上。

第二格，接口闭合度高、过程责任低。违法结果虽不是单一决议造成，但也不是深层耦合生成，多为表层流程的漂移。这一格在实践中最容易结案：系统里每个环节都能出具完整记录，组织会说「流程已覆盖，个案属操作违规」。只在这一格成立的预测是：被追责者多为末端操作人员，但层距小，决策中心本来就不深，改判少见。

第三格，接口闭合度低、过程责任高。组织过程高度耦合、责任分布广，部门之间的接口没有统一平台焊死，记录分属多条线，跨部门痕迹散见各处。这是错误归责最容易与正确归责混淆的一格。只在这一格成立的预测是：案件进入追责后，会出现明显的认定分歧——不同的办案环节各自追查各自接触到的那一段，上下游角色之间相互推诿，被定罪者的层级不确定，但层距不会小，因为最容易闭合的签名总在某个偏远的交接处。

第四格，接口闭合度低、过程责任低。违法主要是低层流程中的单点错误，组织过程没有深度耦合。这一格的损害相对最小。只在这一格成立的预测是：低层改判率低，被定罪的基本就是直接行为人，过程争议少。

四格辨别格提示，叙事偏差并不在所有案件中同样严重。它最集中的地方是第一格：过程最深、而接口最不可见的地方，判决最容易写出一份「没有错」却把过程整个绕开的文书。

◆ 五、过程归责认定附页：给过程一个可以落账的栏目

如果问题出在判决格式没有为组织过程设置科目，那么改进的第一步就不在新增细则，而在格式。本书提出一项学术建议：在单位犯罪与组织性违法案件的判决书之后，附一张固定格式的「过程归责认定」附页，由五栏组成。

第一栏，已查明的组织环节：列出判决认定事实中涉及的全部组织环节、部门接口与决策节点。第二栏，已归责的环节：写明哪些环节的责任已通过单位或具体自然人得到处理，及其对应的认定依据。第三栏，未被追责的环节：列出已查明参与了结果生成、但本案未予追究的环节，并简要说明理由——法定范围之外、证据不足、另案处理或其他。第四栏，期初结转：列出前案附页中已登记、与本案相关的未追责环节，以及本

案对它们的处理情况。第五栏，期末结转与建议：写明本案仍未处理的环节，以及是否向有关机关提出司法建议。

这一附页有三条边界，必须说清。它不改变任何定罪结论，不新增任何犯罪构成要件，也不使「组织过程」成为现行法之外的刑事责任主体；在现行法下，组织过程的归责分量仍然只能通过单位与法定自然人的责任来承担。它的作用只在于提高判决对组织过程的可表达性：让未被处理的环节进入正式记录，而不是在主文中悄然消失。它的跨案结转属性——上一案的第五栏成为下一案的第四栏——使未归责的缺口不能被一份新的判决默默平掉。这一做法与现行的司法建议制度、裁判文书说理改革方向相衔接，是否采用以及怎样试点，应由有关机关依法研究，本书只作学术上的设计。

◆ 六、反噬、局限与本编解释不了的地方

任何格式处方都可能被做成新的形式。照附页去做，最省事的方式是：把第三栏填满，把未追责环节录入系统，把期初结转挂上，然后把「附页填写完备率」作为新的评价指标。高接口闭合度的组织完全可以吞下任何新栏目：在漏洞形成之初，就预先埋下一个「已识别、已提交评估」的接口痕迹。若附页的完成情况被直接纳入案件质量评价，它可能产生把附页本身尽快填平的激励，附页就不再记录缺口，而变成又一个需要闭合的环节。第37章的二乘二检验，就是为及早识别这种走势而设计的。

研究本身也有效度上的限制。就构念而言，层距测到的未必完全是「组织过程责任被压成空位」——它只捕捉错误归责在层级上的外围化，不能直接测量过程维度在制度中的缺位。因此本书把它的含义限定为「定罪位置相对决策中心的偏离」，后续可另建判决书「过程表述密度」指标，在附页试点前后重复测量。

就因果推断而言，先例回写与组织行为之间的关系会受一个替代解释的削弱：组织把签名点下沉，未必是从判决中学来的，也可能只是新规定本身把签名权分配到了更低的层级，组织不过是依规办事。这时低层闭合点由规则直接制造，不依赖组织学习。仅凭判决书很难把两者分开。可行的办法是比较两类案件：有新规定而尚无相关先例的，与有先例而无新规定的；若前者已经出现层距扩大，规则直接驱动的机制就占优。

就外推范围而言，本编的判断主要针对高组织化、高文件留痕、跨多环节的管理型违法，如环境违法、财务数据造假、多部门安全生产事故等。对临时合伙、松散网络、一次性共谋等组织化程度低的违法形态，不主张外推；在这些场景中，决策链中心难以重建，层距读数会失去稳定性。

就可靠性而言，层距工具最弱的一环是「中心」。会议记录常常不写谁先提出了核心方案，授权文件写的是权限而不是实际影响；在连续决策的案件中，中心可能不止一个。后续设计可以放弃单一中心的假设，改报层距的分布而非均值，并比较两名编码者在同一案件上的分布差异。一个可执行的起步方案是：由两个相互独立的团队，各取同一法域三年内约三十件财务数据造假类案件，分别记录层距分布，在约定期限内完成编码并比较一致性。

还有两处本编目前解释不了。其一，有些组织在没有任何在先判决的情况下，也已经把责任签名切得很细。这提示先例回写只是生产机制之一，组织内部审计与风控可能在司法之外，独立地按「个人化」原则拆分流程。其二，少数判决会在「本院认为」部分写出完整的组织过程，却在判决主文中自然消失，并没有引起任何不适；不同法官对格式要求的处理差异为何如此之大，本编只能说是格式的作用，无法给出更细的解释。这两处是这一判断继续延伸的空间。

◆ 七、痕迹的时间与判决的时间：本编小结

本编最后可以回到一对时间上。组织过程的痕迹是实时的、多维的，不论判不判决都在生长；判决则必须在审限之内、以确定的结论结束一件事，并且只能以「是否结清」作为单一读数。两种时间都没有错，但它们的读数终会对不上：痕迹越丰富，判决越需要从中挑出一个可以结清的点。规则细化让「可以结清的点」越来越多、越来越靠下，于是两种时间之间的错位被一次次以低层闭合的方式消化掉。

这就是本编要检验的「再聚合」的真假。全书主张单位犯罪制度的任务是在法定要件之内把被拆散的东西再聚合起来；第九编追问的是，这种聚合究竟是把过程重新连起来、把判落到服能改变风险的地方，还是只在文书上完成。第35章给出了判决书研究的

方法与三条可错预言的检验设计；第36章用反向案例组与九种近邻立场划出判断的边界与撤回条件；第37章把处罚效果拆成再犯、破产、补偿与守法，并为附页试点设计了二乘二检验；本章区分了取证偏差与叙事偏差，给出接口闭合度辨别格与过程归责认定附页。全部检验尚待执行；本编没有宣称任何结论已被实证证实。它只主张一点：在判决格式为组织过程留出一个可以落账的位置之前，「更细的规则」本身就值得被当作研究对象来审视。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是组织过错／公司文化论这张出生证。这一学派以立法者为主角，把组织预设为会产生结构性过错的系统，把法预设为对结构缺陷的谴责（Brent Fisse 与 John Braithwaite 的组织问责研究、澳大利亚刑法典关于公司文化的规定是其代表）；它冻住的再聚合点是「结构」，典型吸收是免检式的——管理失灵都算过错。本章同意组织结构是责任生成的关键，但追问的是另一件事：结构在判决中以什么形式被记录，又在哪一步被切成个人片段。接口闭合度这根轴正是要说明，同样严重的结构问题，会因接口是否被系统焊死而呈现出完全不同的司法可见性。

本章涉及的制度依赖是结构：判决书「经审理查明—本院认为—判决主文」的体例，决定了组织过程能否从事实部分走到责任部分。本章的再聚合读数是组织环节在多源材料中的脱落位置、四格辨别格中的案件分布，以及过程归责认定附页的缺口结转率。

若多源比对显示，组织环节并未在「本院认为」与判决主文之间系统性脱落，而主要在取证阶段就未被调取，则本章关于叙事偏差的判断应当收窄，改进重心应当移向证据调取制度。

> 带走的话
>
> **低层人员被定罪多，可能是取证之门开在低层，也可能是判决格式把过程切成了片段；取证偏差与叙事偏差的改进方向截然不同。**

小账

接口闭合度说的是什么？——组织把各环节连成整体时，有多少关键接口已被系统、部门或报表缝合得看不出来；闭合度越高，过程在记录中越显得不可再拆。

怎样判断一个组织环节在哪一步消失？——对每个环节分别记录：是否见于起诉材料，是否在辩护或庭审中被提及，是否写入经审理查明，是否在本院认为与主文中被处理。

第 十 编

数字时代与立法重构：制度设计的边界

编　序

第十编共四章，讨论跨国比较、算法决策与立法重构，并为全书作结。要回答的是：前述读法遇到外国制度、新技术和立法选择时，边界在哪里。本编不暗示任何制度优劣，三组方案也都是学术建议，不是对现行法的评价。

第39章以「在双罚制次序里会被怎样吸收」作为可移植性的判据，比较英国、美国、法国、澳大利亚与德国的制度。第40章说明算法把决定拆得更散，提出停止权查明率与例外处理具名率。第41章提出小修、中修、大修三组学术备选方案及其淘汰规则。第42章回答处罚谁、如何处罚、为什么处罚，列出最低限度方案与失败条件。

本编不新增拆散，而是把七处拆散与各条再聚合通道收拢：小修对应组织行为链与个人责任位点，中修对应合规签名与制裁负担通道，大修对应服的落点。一切建议都在罪刑法定之内，结论保留被检验推翻的可能，第42章为此写明了保留结论的失败条件。

第 39 章

跨国法人刑责制度的可移植性

◆ 一、比较法不是排列外国制度名称

法人刑事责任比较研究最容易犯的错误，是先把美国、英国、德国和中国放进一张表，再把“英美严格、欧洲谨慎、中国独特”当作已经完成的解释。这种写法忽略了不同国家的检控权、企业内部调查义务、证据开示制度、法院审查方式和行政处罚体系之间的深度关联。相同的“企业责任”术语，在不同法域可能依靠完全不同的程序条件运转。要判断一套制度能否在中国发挥作用，不能只比较责任成立的表达，还需比较谁能发现违法、谁能与检方协商、谁能要求独立整改，以及违背协议由谁监督。

按本书的读法，排列名称之所以不够，是因为每一个外国制度都不是一句孤立的规则，而是一张已经长好的出生证加上一张已经织好的制度网。出生证说明它当初选了谁做主角、把组织预设成什么、把法预设成什么、又冻住了哪一个再聚合点；制度网说明这对预设怎样被判例、法典和检控实践织进了连接（谁对谁负责）、次序（谁先谁后、谁上谁下）和结构（体系怎样搭）。把一条外国规则单独摘下来带回国内，等于只带回了出生证上的一行字，而把那张网留在了原地。规则到了新地方，会被新地方的网重新接住，接住的方式往往和它在原产地的运转方式很不一样。

所以本章不问“哪国的制度更先进”，也不暗示任何制度优劣。本章要问的是一个更窄、更可检验的问题：一项外国制度移入中国以后，会在中国单位犯罪的双罚制次序里被怎样吸收？它是会真的把被拆散的决定、知情、责任或服重新聚合起来，还是会被现有的次序改名、免检或先验地吸收，只在文书上留下一个新名称？可移植性不是外国制度的属性，而是外国制度与本国制度网相遇以后的一个结果。

中国这一端的网，本书第4章与第四编已经描述过，这里只需要重述三根主线。连接一项，是《刑法》第三十一条把单位与“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”织成的两条连接，分则或者其他法律另有规定的，依照规定。次序一项，是司法实践通

常“先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”作为认定思路，并把直接负责的主管人员界定为在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员。结构一项，是《刑法》第三十条的法定主义、1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》对假借单位外壳情形的排除，以及2014年全国人大常委会关于《刑法》第三十条的解释。任何外国制度进来，都要先过这三根线。

美国联邦法人犯罪责任规则通常更愿意以雇员职务范围内及为企业利益的行为建立公司责任联系，同时通过组织量刑、起诉裁量、企业配合调查和内部合规评估改变治理激励。这一体系的功能不能简化为“员工犯罪即公司犯罪”：其强大执法调查资源、协议实践、律师参与和市场信誉机制本身构成制度效果的一部分。将某一责任标准移入中国而不引入相应的证据审查与程序保障，可能扩大检察裁量却未带来更好的风险治理。下文先分国读出生证与制度网，再集中回答吸收问题。

◆ 二、英国：同一视原则与“未能预防”罪

同一视原则的出生证

英国传统识别原则要求在一定情形下识别组织的指导意志与意识，面对组织层级复杂的大企业时容易出现高管隔离事实的困难。这一原则的经典表述，通常追溯到二十世纪初上议院关于公司“指导意志与意识”的论述，并在1972年上议院 Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass 一案中得到定型：门店经理不是公司的“头脑”，其过失不能归于公司本身。

用出生证的格式读，同一视原则与中国的单位意志论属于同一张出生证（第4章第②号）：主角是法官；组织被预设为一个有“头脑”的人，头脑就是董事会和少数高级管理人员；法被预设为对意志的谴责。它冻住的再聚合点是“决定”：只有当决定在头脑那里发生，组织才入场。典型的吸收方式是先验：按定义，头脑的意志就是公司的意志，头脑以外的人做了什么，按定义不是公司做的。

它织进的制度依赖主要是连接。同一视原则在公司与刑法之间只拉了一根线：从公司到它的“头脑”。这根线越细，大型组织越容易出现本书第三编说的“被设计出来的不知情”：决定被下放到层层授权的执行环节，头脑在形式上什么都不知道，于是公司在刑法上也就什么都没做。层级越复杂，这根线越难拉到违法发生的地方。这正是英国法后来另开路径的原因。

“未能预防”罪：把次序倒过来

此后，特定领域的发展逐步探索“未能防止”型企业责任，例如防止贿赂和防止特定欺诈行为的法定义务，并通过合理预防程序等安排体现合规防御。2010年《反贿赂法》第七条规定商业组织“未能预防贿赂”的犯罪：与该组织有关联的人为了替组织获取或保留业务、业务利益而行贿的，组织即构成本罪；组织能够证明自己已经建立旨在防止关联人员行贿的“充分程序”的，可以作为抗辩。依同法第九条，主管部门须就“充分程序”发布指引〔待核〕。此后，2017年《刑事金融法》就未能预防协助逃税设置了同类罪名〔待核〕；2023年英国《经济犯罪与企业透明度法》也对特定经济犯罪中的高级管理人员归责进行了规则调整，并为大型组织设置了“未能预防欺诈”罪（相关条款为第一百九十六条与第一百九十九条〔待核〕，后者施行日期〔待核〕）。

这条路的出生证不同于同一视原则。主角换成了立法者；组织被预设为一个对关联人员负有预防义务的系统；法被预设为对未尽预防义务的谴责。它冻住的再聚合点是“预防程序”：组织是否有罪，不再取决于头脑知道什么，而取决于组织是否搭好了足以防止关联人员行贿的程序。在本书第4章的七张出生证里，它最接近第④号组织过错论与第⑥号合规激励论的交汇处。

它织进的制度依赖首先是次序。同一视原则的次序是“先找头脑，再定公司”；第七条的次序倒过来，是“先有关联人员的行贿，再由公司证明自己已尽预防”。举证的先后也随之改变：公诉方证明关联人员的行贿，公司证明充分程序。这一倒转，正是把本书第八编所说的“签名”从组织内部的事务变成了刑事程序里的一道关口：公司要拿出来的不是“我不知道”，而是“我在这里设了门，门是这样运转的”。若这道门只是文件，抗辩就站不住；若门真的运转，抗辩才可能成立。

暂缓起诉与司法批准

英国另一项常被引用的制度，是2013年《犯罪与法院法》附表十七引入的暂缓起诉协议〔待核〕。与美国不同，英国的暂缓起诉协议须经法院在听审中审查其是否符合司法利益、条款是否公平合理，并作出批准〔待核〕。这是把“协商”放进了一个由法院在后把关的次序里：检方先判（提出协议），法院后判（审查批准），企业再服（履行条款）。英国的这项安排与第七条的“充分程序”抗辩彼此支撑：没有可审查的预防程序，暂缓起诉的整改条款就缺少可以对照的标尺；没有法院批准，预防程序是否真实也缺少一个公开的判。

上述制度各有明确适用范围，不能在中国刑法论证中被概括为英国已经普遍取消个人主观要素或将任何组织缺陷刑事化。“未能预防”罪只针对法定的几类犯罪，关联人员须实施了法定的基础犯罪；它不是一个“凡管理失灵即有罪”的一般条款。

借鉴此类制度的有效方式，应当先反问我国要解决什么明确问题：是高级管理人员利用层级隔离逃避单位犯罪归责，还是企业内部预防缺少激励，抑或检控协议缺乏充分司法审查？如果问题不同，制度名称相同也不会产生相同效果。尤其当特定罪名仍以单位的故意和直接责任人员为重要裁判对象时，不能由外国“防止失败”型犯罪直接推导本国新增刑事义务已经存在。

◆ 三、美国：替代责任与暂缓起诉协议

“归责于上”的出生证

美国联邦层面的法人刑事责任，通常追溯到1909年联邦最高法院一件涉及铁路运价回扣的判决〔待核〕。法院在那里接受了把民事上的雇主责任原则移入刑事领域的思路：雇员在职务范围内、至少部分为了公司利益实施的违法行为，可以归于公司。此后的下级法院实践进一步确认，公司即便明令禁止该行为，也不当然排除归责〔待核〕。

这张出生证就是第4章的第③号：主角是立法者与检察官；组织被预设为雇员行为的担保人；法被预设为损失与风险的分配。它冻住的再聚合点是“收益归属”：只要行为

在职务范围内、为了公司利益，公司就入场。典型的吸收方式是改名：员工越权、公司明令禁止的情形，被改称为“例外”或量刑上的考虑，而不动摇归责本身。

它织进的制度依赖首先是连接，而且是一根比同一视原则粗得多的连接：从公司到它的每一位雇员乃至代理人。连接粗，组织入场容易，Coffee 早年所说“没有灵魂可谴责、没有身体可踢”的困难（1981）在归责一端被大大缓解；但困难并没有消失，而是挪到了制裁一端：罚金落到公司身上之后，由股东、员工、债权人分担着服，这正是他所说的罚金外溢。本书第七编把这一外溢读作判服错位的本体结构，而不只是威慑论的执行问题。

暂缓起诉、不起诉协议与组织量刑

连接粗，必然要有一处地方把它收窄，否则几乎任何大公司都随时处在被起诉的状态。美国把收窄的地方放在了检控裁量和量刑上。一是联邦检察官手册中“起诉商业组织的原则”，列明检方决定是否起诉公司时考虑的因素，包括违法的普遍程度、公司的配合与自我报告、既有合规计划的有效性和事后整改〔待核〕；二是1991年施行的联邦量刑指南第八章组织量刑部分，把有效的合规与道德计划列为减轻因素〔待核〕；三是暂缓起诉协议与不起诉协议的实践：检方提起或暂不提起指控，公司承认事实、缴纳款项、接受整改乃至独立监察人，期满履行即撤销或不再起诉。

这三件东西合起来，织进的是次序：检方在前，法院在后，而且法院的位置很靠后。暂缓起诉协议在形式上须经法院依《迅速审判法》有关条款同意暂停期限〔待核〕，但联邦上诉法院的判例倾向于认为，法院对协议实体内容的审查空间有限〔待核〕。判主要由检方作出，服主要以公司的整改和付款来完成。Arlen 与 Kraakman（1997）所论的混合责任，正是为这一套激励设计提供了理论：严格的归责加上以预防、调查、报告为条件的减免，可以诱导企业去做国家自己难以完成的发现工作。

这一体系的效果，离不开一系列未被写进责任标准本身的条件：检方庞大的调查资源、律师在内部调查中的深度参与、证券市场对公司声誉的高度敏感、民事集团诉讼的并行压力。责任标准只是出生证上的一行字，这些条件才是网。

◆ 四、法国：《萨潘第二法》的双轨结构

法国1994年施行的新刑法典第121-2条确立了法人刑事责任的一般规则：法人对其机关或者代表为其利益实施的犯罪承担刑事责任〔待核〕。这一归责方式与同一视原则相近，要求通过“机关或代表”拉出连接，属于第4章第②号出生证的一个变体。

2016年12月通过的《关于透明、反腐败与经济生活现代化的法律》，通称《萨潘第二法》〔待核〕，在这条刑事归责线之外又搭了一条线。一方面，它对达到一定规模的公司（以雇员人数和营业额为门槛，具体数额〔待核〕）课以建立反腐败合规计划的法定义务，内容包括行为准则、内部举报机制、风险图谱、第三方尽职调查、会计控制、培训、纪律处分和内部评估等〔待核〕；义务的履行由新设立的法国反腐败局监督，违反者可由该局的制裁委员会处以行政性制裁〔待核〕。这一义务与公司是否发生了贿赂无关：没有发生贿赂，也可能因为没有建好合规计划而被制裁。另一方面，它在刑事诉讼法中引入了“公共利益司法协议”：检方可与涉嫌特定犯罪的法人达成协议，法人缴纳公共利益罚款、接受由法国反腐败局监督的合规整改并赔偿被害人；协议须经法院院长在公开听审中审查批准，批准不产生有罪判决的效力〔待核〕。

这张出生证的主角是立法者，组织被预设为一个必须事先把预防程序搭好的受监管者，法被预设为两样东西：在行政一侧是规制义务，在刑事一侧仍是对机关或代表过错的谴责。它冻住的再聚合点是“合规结构”本身，而把“是否发生犯罪”留给另一条线。

它织进的制度依赖主要是结构：一个由行政规制、刑事归责与刑事协商三块拼成的双轨体系。预防义务在行政一侧，事前就要显名；刑事责任仍走机关与代表的旧线；协商则在两者之间搭了一座桥，桥上的通行证是“接受监督下的整改”。与英国第七条相比，法国没有把“未能预防”本身写成犯罪，而是把它写成行政义务；与美国相比，法国的协商须经法院公开审查，监督整改的也是一个公共机构而不是检方挑选的私人监察人。

◆ 五、澳大利亚：公司文化条款

澳大利亚1995年联邦《刑法典》第二章第2.5部分规定法人刑事责任，其中第12.3条处理故意、明知和轻率等过错要件如何归于法人〔待核〕。除了可以通过董事会或高级管理人员的过错归责外，该条还规定：法人内部存在指示、鼓励、容忍或导致违法的“公司文化”，或者法人未能建立和维持要求守法的公司文化的，可以据此认定法人具有相应过错〔待核〕。所谓公司文化，被界定为法人内部一般存在的、或者在发生相关行为的部门中存在的态度、政策、规则、行为方针或惯例〔待核〕。2024年，澳大利亚又通过立法在联邦层面增设了未能预防外国贿赂的罪名〔待核〕。

这张出生证正是第4章第④号的立法版本。Fisse 与 Braithwaite 在《公司、犯罪与问责》（1993）中讨论组织问责与内部纪律，主张组织的过错可以从其结构、政策与反应方式中读出，而不必附着在某一个人的心灵上。主角是立法者；组织被预设为一个会产生结构性过错的系统；法被预设为对结构缺陷的谴责。它冻住的再聚合点是“结构”；第4章已经指出，它的典型吸收是免检式的：一旦把管理失灵统统读作文化缺陷，任何组织都可以被说成有过错，组织过错就失去了区分力。

它织进的制度依赖是结构，而且是写进刑法总则的结构：公司文化不是某一类罪名的特别规定，而是总则中过错要件归于法人的一种一般方式。这一点使它与英国、法国都不同：英国把预防义务写进了少数分则罪名，法国把它写进了行政规制，澳大利亚则把“组织本身会有过错”写进了总则的归责结构。不过，比较研究普遍注意到，这一条款在澳大利亚的实际起诉中使用得并不多〔待核〕。这提醒我们，一条写进总则的结构性规则，若没有检控实践与证据方法相配合，也可能长期停在文本上：结构织进了法典，却没有织进次序。

◆ 六、德国及欧洲大陆的制度参照

欧洲大陆的一些法域更多依赖行政违法处罚、监管制度和对组织治理缺陷的评价来处理企业不法。以德国为例，其传统上不承认法人的刑事责任，而通过《违反秩序法》中对法人和团体的罚款规定，以及对企业所有人未尽监督义务的规定处理组织不法〔待

核〕；二十一世纪二十年代初曾有设立团体制裁法的立法草案，未能通过〔待核〕。相关制度的细节和改革状态应以各国现行官方法条为准，本书不以二手评论中的概括取代具体文本。

它们提示的共同问题是：企业能够被责令交出违法收益、调整治理安排甚至丧失经营资格，并不必然要求每一项不利后果都采取刑事罚金这一名称。对于部分公共机构的组织失范，财政治理、问责和预算公开可能比罚款转账具有更直接的纠错功能；对于商业主体，高额财产制裁也可能在破产约束下产生逆向后果。

用出生证读，德国传统最接近第4章的第①号否定论：只有自然人有罪过，组织问题交由行政法处理。但它并不是简单的免检。它在行政制裁一侧搭了一套相当细密的结构，把“监督义务的违反”这一组织层面的东西接到了企业所有人和法人身上。换句话说，它没有放弃再聚合，只是把再聚合放在刑法之外。这一参照对中国的意义在于提醒：判服错位未必只能用刑法来矫正，刑事、行政与民事的组合（第29章）本身就是一个可选的结构。

◆ 七、可移植性的判据：在双罚制的次序里会被怎样吸收

一张吸收表

把上述制度放到中国的双罚制次序面前，可以得到下面这张表。表中“在中国最可能的吸收”一栏，是本书依照现行法结构作出的推演，不是对任何改革方案的评价，也不是已经发生的经验事实。

外国制度	出生证（第4章编号）	织进的制度依赖	冻住的再聚合点	在中国双罚制次序中最可能的吸收
英国同一视原则	②同一视／单位意志论	连接：公司只连到“头脑”	决定	几乎无须移植：与“经集体研究决定即单位意志”同构，先验式吸收
英国《反贿赂法》第七条“未能预防”罪	④与⑥的交汇	次序：先有关联人员犯罪，再由公司证明充分程序	预防程序	若作为单位犯罪写入分则，依第三十一条会自动引出“直接负责的主管人员”，合规负责人可能成为默认有责者

外国制度	出生证（第4章编号）	织进的制度依赖	冻住的再聚合点	在中国双罚制次序中最可能的吸收
美国替代责任	③替代责任论	连接：公司连到每一位雇员	收益归属	与“违法所得归单位所有”的认定思路部分重合，改名式吸收；但第三十条的法定主义限制其扩张
美国暂缓起诉协议与组织量刑	⑥合规激励论	次序：检方先判，法院后审且审查有限	整改	已有涉案企业合规改革在不起诉、从宽建议的现行程序中接住，改名式吸收
法国《萨潘第二法》	④（行政侧）＋②（刑事侧）	结构：行政规制、刑事归责、刑事协商三块	合规结构	行政侧可能被吸收进行业合规管理规范；协商侧可能被并入合规考察
澳大利亚公司文化条款	④组织过错论	结构：写进总则的法人过错归属	结构	可能被读作“单位默许、纵容”的证据，即把结构改回意志，先验式吸收

逐项说明

同一视原则几乎不存在移植问题，因为中国单位意志论与它同出一张出生证。真正值得注意的是二者共享的盲区：都只聚合“决定”，都难以处理被设计出来的不知情。从英国这一端看，后来增设“未能预防”罪，正是对这一盲区的立法回应；从中国这一端看，同样的盲区在第三编已经被描述为可见性缺口。两地的问题相似，并不意味着回应必须相同。

“未能预防”罪的移植问题最值得仔细推演。设想立法者在某一类罪名中新增一项“单位未能预防关联人员实施该罪”的单位犯罪。在英国，这一罪名的被告是公司，公司的抗辩是充分程序，个人责任仍走另外的路径。在中国，一旦这一罪名作为单位犯罪写进分则，《刑法》第三十一条的双罚原则就会被默认触发，除非分则对它作出另外规定；而司法实践的次序是先认定单位犯罪，再寻找直接负责的主管人员和其他直接责任人员。那么，在一项“未能预防”的单位犯罪里，谁是“直接负责的主管人员”？最顺手的答案是：分管合规的负责人，或者在合规文件上签过字的人。于是一项本意在于把“预防结构”再聚合到组织身上的罪名，进入中国的次序以后，可能变成把责任下沉到合规岗位的一条新通道——第四编所说的“默认有责的账簿”又多了一页，第八编所说的“签到”也找到了新的签到人。这不是说此类罪名不可借鉴，而是说借鉴时必须同时

回答第三十一条但书的问题：是双罚，还是只罚单位；如果双罚，个人一端应当以什么作用事实为限。分则中本已存在只处罚直接责任人员的单罚规定（例如《刑法》第三百九十六条私分国有资产罪），说明处罚结构可以分罪名设计；反过来设计只罚单位的“未能预防”罪，是否与总则结构协调，则是一个需要专门论证的立法论问题。

美国的替代责任在中国面前遇到的首先是结构而不是次序。《刑法》第三十条要求“法律规定为单位犯罪的”，单位才负刑事责任；1999年司法解释与2014年立法解释又划出了单位外壳与个人犯罪的边界。在这一结构里，“雇员职务范围内、为公司利益”的归责思路只能在已有的单位犯罪罪名之内，作为认定“以单位名义、违法所得归单位”的一种解释参照，不能扩张单位犯罪的罪名范围。它最可能的吸收是改名：被读作“单位利益”这一认定要素的另一种说法。值得留意的是，这种改名会强化第4章所说的“只聚合收益归属”：违法所得归单位，单位就入场，而控制者是否服，仍然悬而未决。

美国的暂缓起诉协议在中国已经被现行程序以另一种方式接住。涉案企业合规改革依托现行刑事诉讼法中的不起诉、认罪认罚从宽等制度，以及2021年《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）》，把“整改换从宽”放进了检察环节。这是一次典型的改名式吸收：协议的功能被并入“合规考察”，而不是新设一种协议制度。由此带来的问题也与美国相似：判主要由检察机关在前端作出，法院在后端的审查空间如何安排，第三方监督评估的报告如何接受质证，都是值得进一步完善的环节（第33章）。英国与法国把协议的批准交给法院公开审查，这一点作为比较参照有意义，但它在中国是否需要、以何种方式安排，取决于中国检察与审判职能的整体结构，不能单凭外国做法推断。

法国的双轨结构，在中国最可能被拆开吸收：行政侧的合规义务，可能与有关部门针对特定行业或特定类型企业发布的合规管理规范相衔接；刑事侧的协商，可能并入合规考察。拆开吸收本身没有问题，问题在于拆开以后，“事前显名的预防义务”与“事后的刑事整改”是否还能对上。若行政侧的合规义务只要求有文件，刑事侧的合规考察又只审查文件，两端就会在“签到”上会合。

澳大利亚的公司文化条款，在中国最可能遇到的是先验式吸收：法院在既有的单位意志框架内，把“公司文化容忍违法”读作“单位默许、纵容”的证据。这样一来，组织过错论原本要聚合的“结构”被改回了“意志”，起点没有动，只是证据清单上多了一项。这种吸收并非全无价值，它至少让法院在认定单位意志时多看一层组织事实；但它也意味着，公司文化条款最核心的主张——组织可以在没有任何人形成相应意志的情况下具有过错——没有进入中国的次序。

判据的一般表述

由此可以把本章的判据写成一句话：一项外国制度在中国的可移植性，不取决于它在原产地运转得多好，而取决于它进入中国双罚制的连接、次序与结构以后，判是否会落到服能改变风险的地方。若它被现有次序吸收后，只是在判决书或考察报告上多了一个名称，而判仍然聚在“单位”一点、服仍然散在无辜者身上，那么它在中国就只是被吸收，而没有被移植。若它进入以后迫使次序发生某种可观察的变化——例如个人责任的认定不再以签字和分管为默认，而以切断或推动路径的作用为据——它才算真正长进了中国的制度网。

◆ 八、以功能等值作为移植门槛

本书为比较法设置四个门槛。其一，比较对象是否对应相同的法益、行为类型与证据难题；其二，新的处罚结构是否有能力增加对风险控制者的约束，而非仅增加对无辜第三人的负担；其三，程序是否具有足够的辩护、听证、司法审查和公开性以避免形式合规；其四，当试点证据不足或出现系统性误伤时，是否能够及时退回。任何外国制度必须先通过这些门槛，才有资格成为中国法改革的备选材料，而不是凭其国际流行程度取得规范优越性。

在这四个门槛之外，本章再加一道吸收检验，作为第五个门槛：在提出移植建议之前，先写出这一制度进入中国双罚制次序以后最可能的三种吸收方式——它会被说成“这不是刑法问题”吗（免检），会被改称为某个既有概念的一部分吗（改名），会被“按定义就是单位意志”收进去吗（先验）——再说明有什么制度安排能防止这三种吸收，或

者至少能让吸收被看见。说不出这三种吸收的移植建议，往往只是把外国制度的名称搬了回来。

这五道门槛并不偏向任何一国的制度。它们对“引进‘未能预防’罪”与“维持单位意志论”一视同仁：前者要说明如何防止责任下沉到合规岗位，后者要说明如何回应被设计出来的不知情。它们也不预设移植是改革的唯一方式。第29章已经说明，刑事、行政与民事的组合本身就是一种结构选择；德国的参照提醒我们，再聚合可以放在刑法之外，而不必每一处都以新增罪名的方式完成。

与本章最接近的观点，是比较法上的“功能主义”：比较的对象不是规则的名称，而是规则在各自社会中解决的问题。本书接受这一出发点，但多走了一步。功能主义问的是“它解决了什么问题”，本书还要问“它被本地的次序怎样吸收”。同样的功能，在不同的次序里会被接到不同的人身上：在英国落在公司的抗辩责任上，在中国则可能落在合规负责人的签名上。再聚合能否发生，不在功能本身，而在功能落到谁身上。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第4章第②号出生证（同一视／单位意志论）的一个冻结预设：组织只通过“头脑”入场，比较法只需比较“头脑”的划定方式。本章把英国同一视原则与中国单位意志论读作同一张出生证，指出两地共享“只聚合决定”的盲区；再把英国“未能预防”罪、美国替代责任与暂缓起诉、法国《萨潘第二法》、澳大利亚公司文化条款分别读作改动了连接、次序或结构的不同方案。本章所涉及的制度依赖以次序为中心：中国双罚制“先认定单位犯罪，再找责任人员”的次序，决定了任何外国制度进来以后会被接到谁身上。本章的再聚合读数是“吸收后的落点”：一项外国制度进入中国次序以后，判最终落到了控制者、合规岗位还是无辜第三人。它与第四编的“默认有责的账簿”和第八编的“签到与承担”相接，也为第41章三组方案中的中修方案提供比较材料。本章所作的吸收推演是依照现行法结构的推断，不是经验结论；若此后的立法实践表明，引入类似“未能预防”的单位犯罪以后，个人责任的认定并未向合规岗位下沉，而是更多以切断或推动路径的作用为据，则本章关于“双罚制次序会把预防义务转为合规岗位默认责任”的判断应当收窄。

带走的话

可移植性不是外国制度的属性，而是外国制度与本国制度网相遇后的结果，要先看它在双罚制的次序里会被怎样吸收。

小账

英国同一视原则与我国单位意志论是什么关系？——属于同一张出生证：主角是法官，组织被预设为有一个头脑，冻住的再聚合点是决定，两地共享只聚合决定的盲区。

评估一项外国制度能否引入，看什么？——看吸收后的落点：进入「先单位后个人」的次序以后，判最终落到控制者、合规岗位还是无辜第三人，并以功能等值为门槛。

第 40 章

算法决策、自动化合规与新型组织责任

◆ 一、从会议决定到参数决定

传统单位犯罪案件常依赖会议纪要、负责人批示、财务凭证与业务谈话还原违法决策。算法驱动的组织改变了关键事实的保存方式：促成不法的可能是模型目标函数、训练数据的选择、异常阈值、自动化审核规则、员工能否人工推翻系统指令以及管理层如何处理风险警报。决策没有完全消失，而是转移到了设计与部署阶段。一次涉嫌操纵价格、歧视性金融营销或违法数据获取的自动化行为，可能不对应当天某个人的显性命令，却仍有能够追踪的设计者、审批者、权限分配者和长期收益接受者。

这一变化使刑法面临证据上的双重诱惑：一方面可能把软件系统拟人化，称其独立“作出犯罪决定”，从而回避人和组织的归责问题；另一方面可能仅凭系统造成违法结果就推定企业刑事故意。两种路径都不可取。现行中国单位犯罪规则没有将人工智能系统设为独立的单位犯罪主体，AI技术参与行为也不能替代具体罪名的法律要件。真正需要做的是把传统组织行为链延伸到数据、参数、部署和异常处理四个层次。

以下为构想场景，用来说明这四个层次怎样把一个决定拆开。设想一家中型线上零售公司。年初，经营管理层在年度目标里写下“新客转化率提高三成”，并把它分解进营销部门的考核。数据团队据此训练了一个投放模型，目标函数只有一项：转化率。为了扩充训练和投放所需的用户画像，采购部门接入了一家外部供应商提供的“数据增强”接口，合同里写着“供应商保证数据来源合法”。风控部门的系统原本会对来源不明的批量数据报警，但由于误报太多，一位风控主管把阈值调高了一档，报警数量于是降到了原来的十分之一。最后，一线运营人员每天上午在后台点一下“批量投放”。几个月后，有关部门发现这家公司的营销活动使用了大量来源非法的公民个人信息。

在这件构想的事情里，没有一次会议决定“去买非法数据”，没有一份批示写着“不要管来源”，也没有一个人在同一时间知道全部事实。年度目标是一个人定的，

目标函数是另一个人写的，接口合同是第三个人签的，阈值是第四个人调的，按钮是第五个人点的；收益则进了公司的营业收入，又在年底变成了几个部门的绩效奖金。按传统的读法去找“单位意志”，找到的只是一串彼此不知道对方的局部决定。按传统的读法去找“直接责任人员”，最先映入眼帘的是那个每天点按钮的运营人员，因为系统日志上记得最清楚的是他。

这正是本书第三编所说的可见性缺口在技术条件下的样子：被设计出来的不知情（目标函数不看来源，阈值调高后报警消失）与无需执行的知情（风控主管知道阈值调高意味着什么，但调完以后不需要再做任何事）同时存在。差别只在于，从前这道缺口要靠层层授权和口头默契来维持，现在一行配置就可以维持，而且维持得更稳定、更不留痕迹。

◆ 二、算法把决定进一步拆散：判服错位的新形态

本书的主命题是：单位犯罪是被组织拆散的犯罪，组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名拆散到不同的时间、岗位和账簿里。算法并没有发明拆散，它把拆散做得更细、更快、更难还原。在算法组织里，判服错位至少出现了三种新形态。

判在系统里发生，没有人签字

在传统组织里，一个决定再分散，最后总有一处需要有人签字：审批单、付款凭证、合同。签字也许只是签到，但它至少留下了一个可以追问的位置。在算法组织里，大量“这件事该这样”的定夺由系统在运行中完成：给谁投放、对谁提价、哪笔交易放行、哪个账户冻结。这些定夺在本书的口径下都是判，但它们没有签字的人。系统按规则判了，规则是很久以前由几个人分头写进去的，写的时候谁也没有想到会判出眼前这一件。

《法学学派解构入门》在讨论人脸识别门禁时，描写过一个类似的场面：门禁屏幕上的一行红字把一位老人拦在自家门外，物业说算法是厂家的，厂家说识别率在合同约定范围之内，保安说只是按屏幕上的字办事——三个人都没错，被拦的人却找不到一个能为错误负责的人。那一行红字就是一次没有人签字的判。放到单位犯罪里，问题更尖

锐：刑法必须对特定主体和行为作出确定的判，而组织内部那次真正推动违法的判，却可能没有一个可以指认的作出者。

服散到组织之外，而且更散

第七编讨论过罚金的外溢：罚金由股东、员工、债权人、消费者乃至纳税人分担着服。在算法组织里，外溢的半径更大。被违法投放骚扰的用户、被错误冻结账户的商户、被模型错误标注为高风险的员工，都在以各自的方式服：接受、申诉、离开。平台规则是这一形态最彻底的样子。《法学学派解构入门》在讨论平台规则时说，平台规则是判和服被拆开得最彻底的地方：判由一套流程在后台完成，快、准、便宜；服却没有对象，用户只能选择继续用或者离开。一旦平台型单位涉入犯罪，这些在规则下“服”过的无数用户，就构成了一层几乎不可能在刑事判决中被登记的损害——这正是第六编所说的“被没收的损害”在技术条件下的扩大版。

次序藏在系统里

国家法有上位法、下位法，有先例与后案，次序是公开的、可以查的。算法组织内部的次序却藏在系统里：哪条规则先算，哪个信号权重更大，哪一级告警必须人工处理、哪一级自动关闭，外人看不见，组织内部的大多数人也看不见。第四编讨论过“默认有责的账簿”：在“先单位后个人”的次序下，签字、参会、分管等在场事实被默认为责任。在算法组织里，这本账簿会出现一种新的偏差：系统日志对最后一步操作记得最清楚，对目标设定和阈值调整往往只留下一条配置变更记录，甚至不留记录。如果办案沿用“谁在场谁有责”的默认，那么最容易被找到的在场者，就是点按钮的人。

与“多手问题”的区别

Dennis Thompson 在1980年提出的“多手问题”，描述的是许多人共同造成一个结果、却难以指认责任者的困境。算法组织显然把多手问题推到了极致：手更多了，而且有些“手”根本不是人，是一段代码、一份第三方接口、一个默认配置。本书与它的区别在于，本书不止说“找不到人”，而说找不到人是组织拆散的产物，而且拆散本身

是可以追踪的：目标在哪里设定，资源在哪里配置，权限在哪里分配，告警在哪里被关闭，收益在哪里落袋。这五个位置构成了算法组织中的组织行为链，每一个位置都可以通过文档、配置记录、审批流程和财务数据逐一查明。多手问题若被读成“没有人负责”，就是一次免检式吸收；读成“拆散的路径可以重建”，才有再聚合的可能。

莱斯格在二十多年前的著作中说，网络空间里代码本身在起法律的作用。对单位犯罪而言，这句话有一个更具体的含义：组织内部的规矩，越来越多地以代码的形式存在，而代码的作者、审批者和修改者，正是组织行为链上需要被查明的人。代码不是责任的终点，而是一份可以被读出来的组织决定记录。

◆ 三、控制权不等于完全理解每一个输出

算法具有复杂性，部分结果在部署前难以逐项预测。这种不可预测性既不能自动免责，也不能被视为严格责任的证据。如果企业明知某类高风险输出持续发生，仍主动关闭预警、扩大收益激励并阻止人工复核，那么其组织治理行为可以成为判断相关法定责任的重要事实。相反，如果系统经过相称测试、部署后有持续监控，违法结果来自无法合理预见的外部攻击，或者研究者根本未能证明系统输出与法定犯罪构成之间的关系，就不能凭事后结果把管理失败拔高为刑事故意。

在算法组织中，“停止权”比一般的技术知情更接近可操作证据。谁能暂停模型、锁定账户、覆盖自动推荐或修改风险阈值，应通过角色权限、系统日志和实际运行惯例查明。但停止权本身仍需放入时间与风险知识之中：某人拥有管理员权限并不意味着其知悉所有异常；某人没有技术账号，也可能通过经营指示强迫技术团队维持显著违法的目标。只有把信息与控制结合，才能避免把一切责任转嫁给程序员。

停止权与路径切断性

第四编提出，刑责分配不是评分问题，而是路径位点拆解问题；判断一个人是否处在责任位点上，可以借助“抽掉检验”作辅助：设想把这个人在路径上的那一步抽掉，违法路径是否会被切断。抽掉检验是反事实的分析工具，不是新的构成要件，也不能代替各罪名对故意或过失的要求。在算法组织里，停止权恰好给了抽掉检验一个比较具体

的落点：一个人若有权、有能力、在有关时点也知道应当停止，却没有停止，他的那一步就可能是路径上的切断点；一个人若只在系统默认流程的最后一步执行操作，既不能改变目标、也不能调整阈值、更无权暂停投放，抽掉他，路径多半照样运转——系统会让下一个人来点同一个按钮。

回到前面的构想场景。点按钮的运营人员，抽掉他，换一个人点，路径不变。调高阈值的风控主管，抽掉这一步，报警照常出现，路径至少会在风控环节被看见。写目标函数的数据团队负责人，若明知目标函数完全不考虑数据来源，又在供应商接口异常时选择不追问，他那一步也值得审查。设定年度目标的管理层，若只是提出了一个合法的经营目标，并不知道下游如何实现，抽掉检验并不能把他拉进来；若他在得知风控报警异常减少、转化率异常上升之后仍然要求“继续保持”，情况就不同了。这一组判断都需要证据，抽掉检验只是帮助办案者知道该去哪里找证据，而不是替代证据。

越轨常态化与报警疲劳

Diane Vaughan 在研究航天事故时提出“越轨常态化”（1996）：组织中的偏离被一步步正常化，每一步都在既有规则的范围之内，最后累积成灾难。算法组织里，越轨常态化有一个特别常见的形态，可以称为报警疲劳：告警太多，误报太多，于是阈值被一次次调高，告警被一次次合并或者自动关闭。每一次调整都有它自己的合理理由，甚至有书面的审批；累积下来，系统对真正的违法信号变得“看不见”。

第八编把漂移与签名建制联系起来：漂移之所以能发生，是因为每一步都有人签字，但签字只是签到，不是承担。报警疲劳正是漂移在算法组织中的一种表现：每一次调高阈值，都有人在变更单上点了“确认”，确认的是“这一档误报太多”，而不是“这一档以后，我对漏报负责”。从刑法的角度，这一区分很重要。调阈值本身是正常的技术管理行为，不能因为事后出了违法结果就一律读作故意；但若证据显示，调整者知道被关掉的恰恰是某类违法信号，调整的目的就是让它不再出现，那么这一步就不再是常态化的偏离，而是一次有方向的切断。

◆ 四、自动化合规：签到的机器化

所谓自动化合规同样应接受双重审查。合规软件可以提高大规模交易异常的发现能力，也可能通过错误标签扩大基层员工的风险。若组织把系统生成的“高风险评分”直接当成犯罪嫌疑或刑责证据，便以机器结论替代证明。最有用的制度设计，是让软件生成可核查的风险线索，再由具备责任和权限的人进行独立判断，并保留纠错记录。

签到怎样被机器化

第八编的核心命题是：合规减少犯罪的机制，不是“阻止犯罪”，而是把犯罪从“可匿名漂移”改写为“必须显名跨越”；合规的签名若只是“证明我到过”，就是签到，只有“证明我担着”，才是承担。自动化合规给这一区分带来了一个新的危险：签到可以被机器大批量地生产出来。

可以列出几种常见的形态。其一是勾选式确认：员工每年在系统里点一次“已阅读并遵守行为准则”，系统自动记录完成率，完成率百分之百，被当作合规有效的证据。其二是自动完成的培训：培训视频播放完毕即视为完成，系统不问看的人是否理解、是否能在业务中识别风险。其三是自动生成的审查记录：第三方尽职调查由系统自动比对名单完成，比对无异常即生成“审查通过”的记录，没有人对“通过”这一结论签名负责。其四是告警的自动关闭：超过一定时间未处理的告警被系统自动标记为“已关闭”，关闭记录里没有处理人。

这些形态有一个共同点：它们都留下了大量痕迹，而痕迹里没有一个承担者。从前的签到至少需要一个人亲手签一个名字，现在连这个动作也被系统代劳了。若办案和合规评估只看痕迹的数量——完成率、覆盖率、审查条数——自动化合规就可能把“签到”变成一种几乎没有成本的产品。第六编所说的“结构量字段覆盖率”在这里会被反向利用：字段都填满了，覆盖率很高，但字段里登记的只是机器的动作。

机器化签到的两种相反后果

机器化签到在刑事程序里可能产生两种方向相反的后果，二者都值得警惕。

第一种是不知情抗辩的存活。当违法发生以后，每一个环节的人都可以说：系统没有报警，系统显示审查通过，系统显示我已完成培训。自动化合规越完整，这种“系统没告诉我”的辩解就越容易成立。第八编以“不知情抗辩存活率”作为签名建制的读数；在算法组织里，这一读数可能不降反升。

第二种是责任向基层的下沉。系统日志对最后一步操作记得最清楚，而合规系统往往又把每一笔操作与一个具体账号绑定。若办案沿用“在场即有责”的默认，那么被系统标记过、在系统里点过确认的基层人员，就可能被当作最直接的责任人员。这与第一种后果并不矛盾：同一家组织里，上层可以依托系统维持不知情，下层则因为系统留痕而被找到。判服错位在这里出现了一个技术版本：判落在留痕最多的人身上，服散在用户和无辜员工之间，而能够改变目标函数和阈值的人，既不必判，也不必服。

自动化合规的三道检验

为了区分机器化的签到与真实的承担，可以为自动化合规设置三道检验。这三道检验是分析与评估工具，不是新的法律义务。

其一，例外处理是否有人签名。自动化合规的价值在于把大量常规事务交给系统，把少量例外留给人。检验的重点不在系统处理了多少常规事务，而在例外——被系统标为高风险、被人工推翻、被自动关闭——是否都有一个具名的处理人，处理理由是否可以复查。

其二，阈值变更是否可追溯。一切告警阈值、规则权重和自动关闭规则的修改，是否有变更记录、审批人和理由；变更以后，告警数量与违法风险的变化是否被跟踪。阈值是算法组织中最容易被常态化的地方，也是最能显示“谁在什么时候决定少看一点”的地方。

其三，系统结论是否能被推翻。员工、客户或者内部审计人员能否对系统的高风险结论提出异议，异议是否得到独立的人工复核，复核结果是否回写到规则里。一个结论永远不能被推翻的合规系统，所生产的就不是线索，而是判；而这种判没有人签字。

这三道检验与中国现行法的一些规定方向一致。《个人信息保护法》第二十四条要求利用个人信息进行自动化决策应当保证决策的透明度和结果公平、公正，并规定通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求说明，并有权拒绝仅通过自动化决策的方式作出决定；第五十五条要求利用个人信息进行自动化决策的，事前进行个人信息保护影响评估。2021年12月发布、2022年3月1日起施行的《互联网信息服务算法推荐管理规定》也对算法推荐服务提供者的算法机制审核、安全评估等提出了要求〔待核〕。这些规定本身不是刑法规范，但它们为判断一个组织在算法治理上是否“设了门”提供了可以对照的外部标尺。

◆ 五、商业秘密与刑事证明的程序平衡

算法证据往往包含商业秘密、个人信息和网络安全细节。国家必须能够审查与罪名构成密切相关的模型输出与关键运行记录，被告单位也享有对定罪证据提出质疑的程序权利。适当的技术专家辅助、分级保密、必要性审查、可重复的测试样本与双方质证安排，是解决问题的方向；不能因为算法过于复杂便将监管机构的技术判断视为不可反驳，也不能以商业秘密为由绝对拒绝提供决定性证据。

这一平衡还关系到个人被告。在单位犯罪案件中，被追诉的直接责任人员往往并不掌握组织的算法证据；证据在单位手里，或者在侦查机关调取的系统镜像里。若个人被告无法接触与其作用认定相关的配置记录和日志，他就很难证明自己“只是点按钮的人”。因此，分级保密与必要性审查不仅应当在国家与被告单位之间安排，也应当在单位与被追诉的自然人之间安排：与个人作用认定有关的系统记录，应当有途径进入质证。刑事诉讼法关于有专门知识的人出庭、鉴定意见质证的规定，可以作为这一安排的现行法基础〔待核〕。

现行刑法已经有若干罪名与算法组织的单位犯罪直接相关。《刑法》第二百五十三条之一侵犯公民个人信息罪、第二百八十五条与第二百八十六条有关计算机信息系统的犯罪、第二百八十六条之一拒不履行信息网络安全管理义务罪、第二百八十七条之二帮助信息网络犯罪活动罪，均规定了单位可以构成。其中第二百八十六条之一值得特别注意：网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门

责令采取改正措施而拒不改正，并具有法定情形的，构成犯罪。它的构造在形式上与“未能预防”型责任有相近之处——处罚的是义务的不履行——但它以“经责令改正而拒不改正”为前提，把监管机关的判放在了刑事责任之前。这一前置次序，使它与第39章讨论的英国第七条在结构上并不相同：前者先有行政的判，再看组织服不服；后者直接以组织未能预防为罪。

◆ 六、对现行单位犯罪理论的真正考验

算法时代最深的挑战，不是机器是否产生类似人的意志，而是组织如何以技术方式把对风险的控制分散到不同时点。员工的最终点击可能只是系统默认流程的最后一步，实际决定违法商业模式的可能是目标制定和预算配置；但任何人都不能仅因身处上层或拥有模型所有权就被自动定罪。单位是否构罪应从法定类型和具体组织行为出发，自然人是否承担刑责应从其独立行为与主观要素出发。技术只改变证据形态，不消除刑法责任主义。

学说上，面对算法组织，至少有三种吸收已经可以看到。第一种是免检：“机器只是工具”，算法问题被翻译成人与人之间的合同和侵权，刑法只管最后那个人。第二种是改名：把算法的输出改称为“产品缺陷”或者“个人信息处理”，交给产品责任法和个人信息保护法。第三种是先验：“系统是公司部署的，系统做了什么，按定义就是公司的意志”。三种吸收都有它们的道理，第一种守住了“总得有人负责”，第二种让最近的法律能马上适用，第三种至少不让组织躲在机器后面。但三种吸收都绕开了同一件事：算法把决定拆成了目标、数据、参数、部署和异常处理五个位置，而这五个位置上的人，没有一个在“单位意志”这个概念里被单独看见。

托依布纳关于组织作为自我生成系统的论述，常被用来说明算法组织的“系统性”：系统只认自己的数据，按自己的逻辑运转，法律只能与它“结构耦合”，而难以直接进入。本书承认这一描述抓住了一部分事实，但不把单位当作系统来处理。系统论一旦被用作单位犯罪的归责理论，很容易滑向一种新的免检：既然是系统在运转，就没有任何一个人真正做了决定。本书的立场是，单位既不是一个有意志的实体，也不是一个自足的系统，而是在制度条件中显露出来的一种责任承载形态；算法改变的是显露的

条件，而不是责任的有无。条件变了，再聚合的通道也要跟着调整：组织行为链要延伸到参数和阈值，个人责任位点要以停止权和路径切断性为据，制裁负担通道要追踪到被系统“判”过的无数用户，合规的签名要从勾选改为对例外的具名处理。

◆ 七、可错的预言

本章的判断，有几处可以写成粗层级的预言。它们都尚待检验，不是已经完成的实证，也不对任何具体案件作出评价。

第一，下沉预言。在涉及算法决策的单位犯罪案件中，如果办案仍以在场、签字、操作记录作为个人责任的默认依据，那么判决书中被认定为“其他直接责任人员”的人里，执行最后一步操作的基层人员所占的比例，应当高于传统单位犯罪案件中执行人员所占的比例；而以目标设定、阈值调整等事实认定上层人员责任的比例，应当较低。若长期观察显示两类案件之间并无这样的差别，或者算法案件中上层责任的认定比例反而更高，那么本章“算法把判进一步拆散、使判下沉到留痕最多者”的判断就要降级。

第二，机器签到预言。在部署了自动化合规系统、但未建立对例外的具名处理和阈值变更追溯的组织中，后续案件里“系统未报警”“系统显示审查通过”一类的不知情辩解被采纳的比例，应当高于建立了这两项机制的组织。若两类组织之间并无差别，那么“自动化合规可能把签到机器化”这一命题不成立，至少应当收窄为只适用于某些特定类型的合规系统。

第三，停止权预言。在算法相关的单位犯罪案件中，若判决书对停止权（谁能暂停、谁能覆盖、谁能调整阈值）作了专门查明，那么个人责任的认定应当更少集中于最后一步的操作者，同类违法的复发也应当少于没有作这种查明的案件。若查明停止权以后，个人责任的分布与复发情况都没有可见的变化，那么停止权作为再聚合读数的价值就应当重新评估。

这三个预言与全书的判服错位预言、签名预言相连：它们问的都是，判有没有落到服能改变风险的地方。算法只是让这个问题在一个新的条件下又出现了一次。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第4章第⑥号出生证（合规激励论）的一个冻结预设：有合规文件即有合规；在算法组织里，这一预设变成了“有合规系统、有系统记录即有合规”。本章指出，自动化合规可以大批量生产没有承担者的痕迹，使第八编所说的签到被机器化。本章同时触及第②号出生证（单位意志论）：算法把决定拆成目标、数据、参数、部署和异常处理五个位置，单位意志这个概念难以单独看见这五个位置上的人。本章涉及的制度依赖主要是次序：“先单位后个人”的次序遇到系统日志，最容易找到的是最后一步的操作者，“默认有责的账簿”因而可能向基层下沉；同时也涉及连接，即算法输出与具体自然人之间那条常常缺失的连接。本章的再聚合读数有两个：一是停止权的查明率，即判决是否专门查明谁能暂停、覆盖、调整阈值；二是例外处理的具名率，即被系统标记、推翻或自动关闭的事项是否都有具名的处理人。若此后的观察表明，算法相关案件中的个人责任并未向最后一步操作者集中，而且自动化合规的部署并未提高不知情辩解的存活率，则本章关于判服错位在算法组织中出现新形态的判断应当收窄。

带走的话

算法没有发明拆散，只是把拆散做得更细、更快、更难还原；决策转移到了设计与部署阶段，仍有可追踪的设计者、审批者和收益接受者。

小账

控制权是否意味着理解系统的每一个输出？——不是。要查明的是谁有停止权，谁能暂停、覆盖或调整阈值，而不是要求控制者理解系统作出的每一个输出。

算法相关案件中，系统日志容易把责任引向谁？——引向最后一步的操作者，比如每天点批量投放的人；应把行为链延伸到数据、参数、部署和异常处理四个层次。

第 41 章

单位犯罪制度重构的三组备选方案

◆ 一、三组方案共用的起手：先看条件，再看路，最后落条文

前面九编描述了七处拆散，第39章讨论了外国制度进入中国次序以后会被怎样吸收，第40章讨论了算法把决定拆得更散以后判服错位的新形态。本章把这些分析收拢为三组备选方案：小修、中修、大修。三组方案都是学术建议，不是对现行法的评价，也不是对司法机关提出的办案要求。现行《刑法》第三十条、第三十一条及相关司法解释仍然是确定单位犯罪成立与处罚的依据；本章讨论的是，在全面依法治国和涉案企业合规改革的背景下，立法者与司法解释制定者若要推动再聚合，可以有哪些选项，各自要求什么、风险在哪里、怎样检验。

在进入方案之前，先说明本章的起手方式。《法学学派解构入门》在讨论“按任务选起点”时指出，不同的法律工作有不同的出口：裁判的出口是一个判决，调解的出口是两边肯签字，立法的出口是一条以后人人照着办的规矩。出口不同，最该先看的东西就不同。法官受法律约束，起手必须是条文：先找可以适用的规范，再把案情的条件缠进去，最后看判决之后会走向哪里。立法者最怕漏掉的，却是将来会碰上的各种情形，所以他该先把条件摆开，再看这类问题过去走过什么路、卡在哪一环，最后才落成条文。立法从条文起手的坏处，是先有了一个“应当”的样子，再去找能装进去的情形，漏掉的恰是那些装不进去的。上位法当然要守，但守的是边界，不是起手。

按这一读法，本章对每一组方案都分三步写：第一步，它要求立法者先看清哪些条件；第二步，它要回应的问题在过去的案件里走过什么路、卡在哪里；第三步，它可能落成什么样的规范，以及这一规范的风险和检验方式。三组方案也分别对应全书的再聚合通道：小修主要作用于组织行为链和个人责任位点，把被拆散的决定、知情与责任在裁判说理中重新聚合；中修主要作用于合规签名和制裁负担通道，把签名从签到改为承担，让服在事前就显名；大修主要作用于服的落点，处理罚金在公共经济主体中可能空转的问题。三组方案触及的制度依赖深浅不同：小修只调整次序在裁判中的运转方式，

中修在次序中增设接口，大修则触及处罚结构本身。越往后，改动越深，可逆性越弱，检验的要求也越高。

◆ 二、小修：保留现有法定框架，改进司法识别

第一组方案不改变《刑法》第三十条、第三十一条的基本主体和处罚结构，而在法定范围内改进证据及裁判说理。其重点包括：区分单位利益事实与单位犯罪构成；完整绘制组织行为链而不只列出签字名单；分别阐明单位及直接责任人员的归责依据；量刑时关注罚金实际可执行性和对被害人赔偿的影响；对案外人合法财产和企业持续经营采取合乎法律的必要限制。该方案的优势是制度实施成本较低、无需以司法解释创制新罪名；其局限是面对处罚天然容易转嫁的公共服务机构，法院能够改变的制裁结构有限。

小修还应包括司法公开方式。裁判说理不能只交代“谁有罪”，还应在不泄露秘密的前提下说明哪些内部流程导致了单位责任，以及为什么某些管理人员虽有名义职务却未成为刑责承担者。判决理由越能够区分真实控制者和一般执行者，企业越可能据此调整内控制度。但这一收益必须与保护个人隐私、企业商业秘密和未获刑责认定者的名誉相平衡。

它要求先看清的条件

小修要求立法者与司法解释制定者先看清的，是现行次序在裁判中实际怎样运转。具体说，至少有四项条件：其一，判决书中认定单位意志的依据通常是什么，是否以“经集体研究决定”“以单位名义”“违法所得归单位”为主要依据，组织行为链上的其他事实——目标设定、资源配置、权限分配、异常处理——是否进入说理；其二，认定直接负责的主管人员和其他直接责任人员时，依据的是作用事实（决定、批准、授意、纵容、指挥），还是在场事实（签字、参会、分管）；其三，罚金判处之后实际执行到了什么程度，由谁承担；其四，涉案企业的持续经营和案外人财产，在查封、扣押、冻结和执行中是否得到区分。2025年施行的《中华人民共和国民营经济促进法》对涉案财产的区分处理作了规定，这一项条件已经有了明确的法律依据。

它要回应的路

第四编描述过这条路：在“先认定单位犯罪，再找责任人员”的次序下，单位犯罪一旦成立，寻找责任人员就容易变成在组织架构图上找名字，签字最多、职务最相关的人被优先列入，“默认有责的账簿”由此形成。第九编描述过另一条路：规则越细，组织过程越被切成一个个可以单独闭合、单独定罪的“钩子”，挂在钩子上的多是低层自然人，真正推动路径的人反而越安全。小修要回应的，就是这两条路卡住的地方：裁判说理没有一个位置，用来写清“组织过程是怎样走的”。

它可能落成的规范

小修可能落成的规范，主要是司法解释、指导性案例和裁判文书说理规范层面的安排，而不是刑法条文的修改。可以考虑的方向有三：一是在单位犯罪案件的裁判说理中，设置相对固定的“组织过程”部分，写明组织行为链的主要环节及各环节上的人员作用，本书第九编称之为“组织过程附页”；二是在认定个人责任时，要求逐人说明其作用事实，并说明为什么某些名义上的负责人未被追究；三是在罚金量刑部分，说明罚金的可执行性、对被害人赔偿的影响以及罚金可能由谁实际承担。这三项都在现行法的范围之内，属于对说理方式的完善，不改变任何犯罪构成。

它的风险

小修的风险主要有三。其一，说理负担加重，可能在案件数量较大的地区和罪名中流于格式化：“组织过程”部分被写成模板，换个名字就能套用到下一件案子上，这时它就成了一种新的签到。其二，说理越详细，涉及的商业秘密、个人隐私和未被追究者名誉的风险越大，需要配套的保密和隐名处理。其三，小修本身不改变处罚结构，对于罚金天然容易转嫁的主体，例如财政保障的公共服务机构，说理再完善，服的落点也难以改变。

怎样检验

小修是否起作用，可以用第九编提出的读数来检验：在设置组织过程说理以前与以后，同类案件中低层自然人被认定为直接责任人员的比例是否下降，作用事实（而非在场事实）在个人责任认定中所占的比例是否上升；第二审和再审中因个人作用认定不清而改判的比例是否下降。还可以用第36章的“反向案例组”作对照：那些有单位利益事实、却最终未被认定为单位犯罪的案件，说理中是否写清了组织行为链的哪一环不成立。若设置组织过程说理以后，上述读数没有可见的变化，那么小修就只在文书上发生了，需要回头检查说理规范是否被模板化。

◆ 三、中修：对合规与修复建立更清楚的法定接口

第二组方案考虑在立法授权的基础上，对有效预防、主动披露、完整调查、退赃退赔和持续整改建立更加明确的法律评价。其理论前提是：社会并非只能在“惩罚全部单位”和“免除全部单位责任”之间二选一，制裁可以包含刑事罚金、追缴违法所得、人员刑责、独立监督、被害人修复以及依法可以实施的经营限制等多种措施。但是，不同措施的权限归属、裁量标准和程序保障必须各自清楚。

改革设计还应警惕大型企业比中小企业更容易购买高质量合规认证的现象。若专业顾问费用高、评估标准复杂、大企业拥有更多信息披露能力，所谓“合规从宽”可能变成治理资源充足者享受的优惠。可考虑对风险低、管理层级简单的小微企业采用等效而简化的合规证据要求，重点评价实际防止再犯的措施而非制度文本数量。不过，标准简化不能降低对严重危害或故意掩盖事实行为的法律评价，更不能为购买合规服务与刑事减免之间建立不受审查的交换机制。

它要求先看清的条件

中修要求先看清的，是涉案企业合规改革在现行程序中的实际运转条件。2021年《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）》把第三方机制的考察结果作为人民检察院依法处理案件的重要参考；改革依托的是现行刑事诉讼法中的不

起诉、认罪认罚从宽等制度。立法者需要看清：合规考察适用于哪些罪名、哪些规模的企业；考察的期限和标准如何确定；考察结论如何进入起诉决定或量刑建议；第三方报告在后续程序中能否被质证；考察通过以后，企业的整改是否持续，同类违法是否复发；以及小微企业与大型企业在合规成本上的差别有多大。还需看清第39章讨论的比较材料：英国的“充分程序”抗辩与暂缓起诉的法院批准，法国的事前合规义务与公共利益司法协议，美国的组织量刑与协议实践，各自是在什么样的程序条件中运转的。这些比较材料只是条件的一部分，不是可以直接照搬的模板。

它要回应的路

第八编描述过这条路：合规的签名若停留在签到层，合规就只是给犯罪多加了一层文件，而没有把犯罪从“可匿名漂移”改写为“必须显名跨越”。在合规考察中，这条路的典型卡点是：考察看的是企业交出了多少制度文本，而不是放行节点上是否有人具名承担；考察通过以后，后续案件里“不知情”的辩解是否仍然有效，并没有人追踪。第七编描述过另一条路：罚金可能被预算化、保单化、合同化而“价格化”，从禁止型威慑退化为价型威慑。合规从宽若只与文本挂钩，就可能为价格化再添一种形式：合规服务的费用被计入成本，换取从宽。

它可能落成的规范

中修可能落成的规范，涉及刑事诉讼法和相关司法解释层面的接口设计，需要由立法机关和有权机关依照法定程序研究决定。本书只提出几个可供研究的方向。其一，为合规从宽设置以“承担”为核心的评价标准：评价的重点不是制度文本的数量，而是高风险环节的放行节点是否有具名的承担者，例外处理是否有可复查的记录，阈值和规则的变更是否可以追溯（第40章）。其二，把“控制者是否承担了可观察的后果”和“违法收益是否依法追缴”列为从宽的前置条件，而不是从宽的附带考虑；这正是为了让中修与全书的判服错位预言相接：从宽不应当在控制者未服、违法收益未追回的情况下发生。其三，对小微企业设置等效而简化的合规证据要求，以实际防止再犯的措施为评价

重点。其四，对考察结论的形成和适用设置相应的程序保障，包括被害人的意见表达、考察报告的公开程度和后续的质证途径。

至于是否借鉴“未能预防”型罪名，第39章的推演已经表明，此类罪名进入中国双罚制次序以后，可能使责任向合规岗位下沉。因此，若中修方案考虑在特定领域引入类似的法定义务，需要同时研究《刑法》第三十一条但书的适用：此类罪名是双罚还是只罚单位，个人一端以何种作用事实为限。这一问题需要专门的立法论证，本书不预设答案。

它的风险

中修的风险主要有四。其一，购买合规：合规从宽可能被治理资源充足的大企业优先享有，形成对中小企业的反向选择（第34章）。其二，签到的制度化：若评价标准仍以文本为主，中修只会把签到写进法律，使签到获得法定的从宽效力。其三，裁量的扩张：合规考察主要在检察环节进行，接口越明确，检察裁量的范围越大，相应的监督和制约需要同步完善。其四，被害人的边缘化：整改与从宽主要在国家与企业之间进行，被害人的修复若不被列为条件，就可能成为第六编所说的“被没收的损害”。

怎样检验

中修是否起作用，可以用第八编的两个读数检验：一是不知情抗辩的存活率，即经过合规整改的企业，在后续案件中“不知情”辩解被采纳的比例是否下降；二是签名后追到自然人的比例，即合规整改以后发生的违法，能否在放行节点上追到具名的承担者。还可以增加两个读数：经合规考察的企业同类违法的复发情况，与未经考察、处罚结果相近的企业相比是否更少；小微企业与大型企业在合规从宽适用率上的差距是否缩小。若合规整改以后，不知情抗辩的存活率不降，签名后仍然追不到人，那么中修就只是把签到制度化了，应当降低对形式文书的评价权重，转向以追缴违法所得和依法追究个人责任为主的路径。

◆ 四、大修：公共机构责任与罚金制度的分型重构

第三组方案涉及更大幅度的立法调整。对财政保障的国家机关、公益性事业单位及承担重要公共服务的机构，应当重新检验罚金是否确实触及违规决策者、是否削弱必要公共服务、财政补位是否使制裁空转。这里不是要求法院在现行法之下拒绝适用单位犯罪规定，而是向立法者提出分型处罚的开放选项：在维持依法追究相应个人责任的同时，针对公共机构组织失范设置更适于治理功能的公开问责、特定预算监督、制度整改及外部评估机制。每项选项都必须说明法源、实施主体、司法审查权和对服务对象的保护措施。

对市场化国有公司则不宜仅依出资主体改造刑责。国有控股上市企业同样与民营企业竞争，有独立财务和众多利益相关者，简单豁免反而可能造成不公平竞争；国有独资平台企业的预算软约束又可能使罚金具有不同传导效果。刑事立法应关注治理和处罚功能的客观差异，而不是给所有制设置一条未经论证的豁免线。

它要求先看清的条件

大修要求先看清的条件最多，也最难看清。现行法对国家机关、事业单位和国有企业的单位犯罪主体资格有明文规定，本书第五编只作解释论、政策论与立法论的分层讨论。在立法论层面，需要看清的条件包括：在已有的公共经济主体单位犯罪案件中，罚金是从哪一笔资金中支付的，支付以后是否通过预算安排得到补足；罚金的支付是否影响了必要的公共服务；违规决策者是否因同一事实承担了相应的个人责任；以及在刑事责任之外，现有的行政、财政和内部管理机制对同类违法是否已有回应。第五编的核心判断在这里至关重要：罚金是否循环是个案事实，不是类别属性。因此，看清条件的方式不是按主体类别作一般判断，而是按罚金落点和程序完备度两项读数逐案记录。

它要回应的路

第五编描述过这条路：在同一刑法概念下，国有经济主体的“单位”出现了两种责任承载形态。在一种形态里，罚金落在独立核算的经营主体身上，与一般企业无异；在

另一种形态里，罚金可能经由财政或上级拨款的安排被补足，判落在单位一点，服却回到了公共资金，真正作出违规决定的人未必因罚金而服。这条路卡住的地方在于：现行处罚结构对两种形态使用同一种罚金，而罚金在第二种形态里可能失去它预设的作用。

它可能落成的规范

大修可能落成的规范，触及《刑法》处罚结构本身，只能由立法机关依照法定程序研究决定。本书只作为开放选项提出可供研究的方向。其一，分型处罚：对经核实罚金落点主要回到公共资金、且程序完备度较低的情形，研究在罚金之外或者在罚金的执行方式上，增设公开问责、特定预算监督、制度整改和外部评估等措施的可能性，并同时维持依法追究相应个人责任。其二，执行信息的公开：研究在罚金执行中记录资金来源的可行性，使罚金落点成为可以观察的事实，而不是推测。其三，对市场化国有公司，坚持按治理和处罚功能的客观差异处理，不以出资主体作为差别对待的依据。每一项选项都需要说明法源、实施主体、司法审查权和对服务对象的保护措施；任何一项都不意味着对现行法规定的主体资格作出改变，也不意味着法院可以在现行法之下作出不同于法律规定的处理。

它的风险

大修的风险最大，也最需要慎重对待。其一，替代措施可能变成实际的免罚：若公开问责、预算监督缺乏有效的执行和监督，分型处罚就可能使公共机构在刑事上得到实际的宽待，这与所有市场主体平等受法律保护的原则可能产生张力。其二，分型的边界难以划定：哪些主体属于“财政保障”，哪些属于“市场化”，若以类别划线，就会违背第五编“罚金是否循环是个案事实”的命题；若逐案判断，又会增加裁判的不确定性。其三，改动处罚结构的可逆性弱：一旦写入法律，再改回来的成本很高。其四，服务对象的保护：对承担公共服务的机构，任何处罚措施都可能影响服务的提供，受影响的往往是无辜的服务对象，这是第28章讨论的组织惩罚外部性在公共领域的特殊形态。

怎样检验

大修的检验首先在它被提出之前：在没有积累足够的罚金落点与程序完备度数据之前，大修只应作为研究议题，而不宜作为立法议程。若进入试点或研究阶段，可以用第五编的辨别格检验：在罚金落点主要回到公共资金的案件中，违规决策者承担个人责任的比例如何，同类违法的复发情况如何；若采用替代措施，替代措施是否得到执行，执行是否公开，被问责者是否就是作出违规决定的人。若替代措施长期未得到有效执行，或者执行以后同类违法并未减少，就应当暂停其扩张，回到更严格的程序审查。

◆ 五、三组方案对照

下表把三组方案放在一起比较。表中所列均为学术建议的概括，不构成对现行法的评价。

项目	小修	中修	大修
改动层级	裁判说理与司法解释	程序接口与相关司法解释，必要时研究立法	刑法处罚结构，须由立法机关研究
触及的制度依赖	次序的运转方式	在次序中增设接口	结构与连接
对应的再聚合通道	组织行为链、个人责任位点	合规签名、制裁负担通道	服的落点
先要看清的条件	单位意志与个人责任的认定依据、罚金执行	合规考察的标准、期限、质证与复发	罚金落点、程序完备度、个人责任承担
主要风险	说理模板化、隐私与秘密	购买合规、签到制度化、裁量扩张	实际免罚、分型边界、可逆性弱
检验读数	低层自然人改判率、作用事实占比	不知情抗辩存活率、签名后追到自然人比例	罚金落点×程序完备度、替代措施执行率
可逆性	强	中	弱

三组方案并不互相排斥，也不构成一条从小到大的必经之路。小修可以单独进行，并为中修和大修积累数据；中修可以在小修的基础上进行，它的检验读数依赖于小修所要求的裁判说理；大修的提出，则应当以小修和中修积累起来的罚金落点与程序完备度

数据为前提。换句话说，三组方案之间也有一个先后：越往后的方案，越需要前面的方案先把条件看清楚。

与本章最接近的观点，是 Arlen 与 Kraakman（1997）关于混合责任的研究以及 Polinsky 与 Shavell 关于公共执法与最优制裁的研究。前者主张以预防、调查、报告为条件设计企业责任，后者主张以预期制裁与社会成本的平衡确定制裁水平。本书与它们的区别在于，它们问的是“怎样的责任与制裁能诱导企业作出最优的预防”，本书还要问“判落到了谁身上，服又散到了哪里”。最优制裁模型的伦理边界（第30章）提醒我们，效用最大化不能把无罪者当作威慑他人的工具；三组方案的评价，因此都不能只看威慑效果，还要看错误归责和第三人负担。

◆ 六、方案淘汰规则

本章不能凭直觉宣布第三方案最好。评价改革方案，至少应同时考虑风险降低、错误归责、被害人修复、第三人负担、程序成本和权力滥用风险。缺乏系统数据时，改革者应倾向可逆性更强的试点，公开相应的证据和失败条件。若新的合规机制仅增加顾问支出而没有减少同类违法，应取消对形式文书的过高评价；若更高罚金导致大量无辜债权人受损却未触及实际控制人，应转向追缴违法所得和依法追究个人责任；若公共机构替代问责缺乏监督而成为机构免罚，应暂停其扩张并恢复更严格的程序审查。改革不是一次性的政策宣言，而是持续接受事实校验的法律工程。

这几条淘汰规则，可以用本书的语言重新表述为一条：任何方案，若实施以后判仍然聚在单位一点，服仍然散在无辜者身上，控制者仍然没有服，那么不论它在文书上写得多么完善，都应当被视为没有实现再聚合，应当收回或者调整。淘汰规则本身也是一种起手方式：立法者落下条文以后，还要回到路上去看——条文判下去以后，有没有人服，服的是谁，服了以后风险有没有改变。看到的情况，再回写到条件里，成为下一轮修改的起点。这一循环与第40章所说的“系统结论能否被推翻”是同一个道理：一条永远不能被事实推翻的规则，所产生的就不是规矩，而只是又一次没有人负责的判。

淘汰规则还需要一个配套的安排：每一项方案在提出时就写明自己的失败条件。小修的失败条件是，组织过程说理设置以后，低层自然人的改判率和作用事实的占比没有变化；中修的失败条件是，合规整改以后，不知情抗辩的存活率不降，签名后仍然追不到人；大修的失败条件是，替代措施没有得到有效执行，或者执行以后同类违法没有减少。这三个失败条件，分别对应全书的次序预言、签名预言和判服错位预言。把失败条件写在前面，是为了让方案在实施中始终处在可以被检验、可以被退回的状态。

本章在学派坐标中的位置

本章松动的是第4章第⑦号出生证（双罚制教义学）的一个冻结预设：单位犯罪的制度安排只有“维持现行结构”和“整体改造”两种选择，次序“先认定单位犯罪，再找责任人员”只能整体保留或整体放弃。本章把制度重构拆成三组深浅不同、可逆性不同的备选方案，每组都按立法者起手的路写：先看条件，再看路，最后落条文。小修作用于次序的运转方式，对应组织行为链和个人责任位点两条再聚合通道；中修在次序中增设合规与修复的接口，对应合规签名和制裁负担通道；大修触及处罚结构与连接，对应服的落点。本章的再聚合读数，是三组方案各自的失败条件：低层自然人改判率与作用事实占比、不知情抗辩存活率与签名后追到自然人比例、罚金落点与替代措施执行率。三组方案都是学术建议，都在罪刑法定之内，都不主张法院可以凭效率删改法定主体。若此后的观察表明，即使在小修和中修都已实施、相应读数都已改善的情况下，罚金落点仍然大量回到公共资金而控制者未服，则本章把大修只列为研究议题的判断应当收窄，大修的研究应当提前；反之，若小修本身就已使上述读数明显改善，则中修与大修的必要性应当重新评估。

> 带走的话
>
> **小修、中修、大修三组方案都是学术建议，改动越深可逆性越弱、检验要求越高，三者都不主张法院凭效率删改法定主体。**

小账

立法者与法官的起手为什么不同？——法官受法律约束，起手是条文；立法者最怕漏掉将来会碰上的情形，应先摆开条件，再看问题走过的路，最后落成条文。

三组方案分别作用在哪里？——小修改进裁判说理，作用于组织行为链和个人责任位点；中修增设合规与修复接口；大修触及罚金结构与服的落点，须由立法机关研究。

第 42 章

结论：单位犯罪应当处罚谁，如何处罚，为什么处罚

◆ 一、本书回答的不是一个单一问题

以经济分析重新研究单位犯罪，最重要的发现不是某一理论标签能够取代全部传统学说，而是传统争论把几个不同的问题压缩进了“单位有没有罪”这一个问句。单位是否具有法定主体资格，是法条层面的问题；组织危害如何发生，是事实与证据层面的问题；单位与自然人为何可以分别归责，是刑法规范层面的问题；罚金能否阻止再犯，是经济与政策层面的问题；无辜者被转嫁成本是否过大，则涉及制裁制度的正义约束。只有分别回答，才不会用一个层面的证据给另一个层面的结论背书。

第4章把单位犯罪研究中的七种读法写成了七张出生证。否定论问谁能被谴责，同一视与单位意志论问决定在哪里，替代责任论问好处归谁，组织过错与公司文化论问结构哪里坏了，威慑论问价格够不够高，合规激励论问整改值不值得奖励，双罚制教义学问法条怎样适用。七个学派并不是在同一个问题上给出七种答案，而是在回答七个不同的问题；把它们当成同一场争论里的对手，是单位犯罪研究长期陷于“单位有没有意志”循环的原因之一。本书没有在七者之中选一个胜者，而是指出它们共同没有正面去看的一处：判作出以后，由谁来服。

◆ 二、被拆散的犯罪：全书的七处发现

本书的主命题是：单位犯罪不是“有意志的单位所犯的罪”，也不是“可以定价的违法”，而是被组织拆散的犯罪。组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名拆散到不同的时间、岗位和账簿里，而刑法必须对特定主体和行为作出确定的判断。由此生出的根本难题，是判服错位：判聚在“单位”一点上，服散在组织内外多处。

七处拆散，分别对应全书七编的发现。

被拆散的知情（第三编）。组织可以设计出一种“不必知道”的流程：规范账上明令禁止，激励账上持续鼓励；每个经手者只看到自己那一段，没有人看到全貌。单位犯罪的分析单位因此不是法人资格，不是单位意志，也不是责任人员，而是组织行为链上的可见性缺口。可见性缺口与“两账分离”两根轴交叉，可以把流程粗疏造成的过失形态，与组织在盲区里获利的利益驱动形态区分开来。

被拆散的责任（第四编）。刑责分配不是给每一个在场者的罪过打分，而是拆解犯罪路径上的位点：谁的作为推动了这条路，谁本可以切断它。“先认定单位犯罪，再找责任人员”的次序织进制度之后，容易生出一本“默认有责的账簿”：在场者先被记上一笔，再由辩护方去减。位点拆解与“抽掉检验”只是反事实的辅助工具，不是新的构成要件。

服的落点（第五编）。在国家机关、国有事业单位和国有企业身上，判服错位最为尖锐。罚金是否在公共体系内循环，不是“国有”二字所能决定的类别属性，而是要在个案中测定的事实：罚金最终由谁承担，内部决策程序是否完备。市场化运营的国有公司可能真实承受罚金的威慑，以财政保障履行职能的机关则可能把罚金化为预算内部的转移。这一编始终以现行《刑法》第三十条的明文规定为前提，讨论的是解释、政策与立法的分层，而不是主体资格的取舍。

被拆散的损害（第六编）。有些损害不是被遗忘了，而是从未获得在案件字段里登记的资格。竞争排斥、未来违法示范这类结构性损害，在相邻法域已有读数，进入刑事程序却缺少“转录”的闸门。损害的认定因此不只发生在立法文本与证明标准里，也发生在案件登记与统计的字段结构里。

被拆散的成本（第七编）。罚金可能被预算化、保单化、合同化，从一个禁止的信号变成一个价格。罚金外溢在威慑论那里是一个执行问题，在本书看来是判服错位的经济形态。最优制裁的计算受制于一条伦理底线：法律不能为了效用最大化而把无罪者当作威慑他人的工具。

被拆散的签名（第八编）。合规减少犯罪的机制，不是“阻止犯罪”，而是把犯罪从可以匿名的漂移，改写为必须显名的跨越。签到证明“我到过”，承担证明“我担

着”。衡量合规的硬指标，不是手册页数和培训场次，而是在经过真实整改的组织里，“不知情”的辩解是否越来越难以成立。

被拆散的过程（第九编）。规则越细，连续的组织过程越容易被切成一个个能够单独闭合、单独定罪的环节；切得越碎，真正该负责的人越安全，错误归责的机会反而增加。实证研究的任务，是检验再聚合是真的发生了，还是只在文书上发生了。

◆ 三、旧命题的延续与自我修正

作者 2008 年硕士学位论文所提出的“经济分析单位犯罪”方向，在今天仍有重要的问题价值：法律制裁必须面对真实的激励与成本归属。围绕国家机关及国有经济主体的争议，今天尤其应当把不同类型的公共主体分开。对国家机关和公益机构，应认真检验预算循环、服务成本外移和实际控制人的责任落点；对市场化国有公司，则必须考虑独立经营、国有与非国有股东的不同利益及公平竞争。正因为经济结构不同，把全部国有组织统一排除在单位犯罪之外，并不能从罚金的经济效果直接推出，亦与现行法律的主体范围相冲突。法定适用、司法限缩和立法改革必须分层。

第2章已据原论文逐条判定了它的十六个命题。学术继承并不要求维持所有旧判断，反而要求公开标示新证据导致的收窄。用第2章的四类标签来说：私营企业是人力资本与非人力资本的合约、双罚分别落在两类资本所有者身上，以及单位受罚可能降低有关自然人的刑罚成本，这两项是承继；原论文关于国有企业受罚即「处罚了……全体公民」的判断，应当收窄为“在罚金落点确属公共预算、内部程序又不能触及决策者的场景中，罚金可能空转”；关于国家机关、事业单位、国有企业不能成立单位犯罪的主张，在现行《刑法》第三十条之下只能作为立法论意见，须修正为解释论、政策论与立法论三层分别作答；单位过失犯罪改为双罚、统一数额标准等建议，在逐罪核对与经验检验之前悬置。更有价值的连续性，是保住一个至今仍然尖锐的问题：刑罚如果不改变危险的控制结构，只把成本从一个账簿转到另一个账簿，是否还实现了预期的刑事政策目标?

◆ 四、已经可以实践的最低限度方案

单位犯罪案件的司法审查可以先完成四份表。第一份是法源表，列明具体罪名是否规定单位犯罪、主体类型和相应法条版本；第二份是行为链表，标出关键决策、执行、审核、收益接受和异常处理节点；第三份是人员责任表，逐人说明知情、授权、控制、实际贡献与独立证据，同时记载不予追责的反向事实；第四份是制裁负担表，在法律允许的范围内说明罚金、没收、退赔等措施可能的成本归宿和案外人保护安排。四份表不能代替法官依法说理，却能减少概念替代与材料遗漏。用本书的话说，前三份表在判作出之前做再聚合，第四份表在判作出之后追问服落在哪里。

检察机关审查合规整改时，还应区分文书存在和制度实际生效。真实的整改应当能够解释此前的风险是怎样发生的，谁获得了新的停止权，哪些信息渠道恢复了独立，异常事件被发现后经历了什么处理，而不应以培训场次和制度文本的厚度替代效果。在涉案企业合规改革的框架下，合规考察实际上把一部分“服”前置到了“判”之前：企业先整改，检察机关再作处理决定。这一安排有利于保护企业的正常经营和员工就业，也要求考察结论经得起事后的检验，并守住罪刑法定与程序正义的边界。追缴违法所得应与罚金的功能分开论述，保全财产要保护案外人的权益；对涉案企业继续经营的考虑，不能自动压倒被害人的救济权，也不能以经营困难免去个人的刑事责任。

◆ 五、保留结论的失败条件

本书的所有核心理论都须接受反例。四条最主要的失败条件如下，第35章与附录三给出了相应的检验设计，它们都尚待执行。

其一，判服错位。若在罚金额相近的单位犯罪案件中，判决是否同时对控制者作出与其控制权相称的处理、是否依法追缴其实际违法收益，与后续同类违法的复发并无关系，判服错位就不是单位犯罪的本体结构，只是罚金外溢的另一种说法，应当降级为描述视角。

其二，默认有责的账簿。若在明确要求逐人说明作用的案件类型或地区，判决书以签字、参会、分管等在场事实认定个人责任的比例并不下降，第四编关于“次序织进制度、生出默认有责”的判断不能成立。

其三，签名建制。若在经过真实合规整改的企业中，“不知情”的辩解在后续案件中被采纳的比例并不下降，第八编关于“合规的承重构件是显名承担”的判断应当撤回。

其四，负担通道。这是本书与威慑论分歧最大的一条。威慑论预测，复发随制裁的强度、特别是对作决定者个人制裁的强度而变化；本书预测，复发主要随负担通道是否被实际改写而变化：指标与费用科目原样保留的组织，即使控制者受到较重处罚，接任者面对的仍是同一张路线图。若可靠的观察显示前者成立而后者不成立，本书关于「罚金外溢是组织预先铺设的负担通道」的判断应当撤回，判服错位也就只是外溢理论的一个别名。

此外，若组织行为链不能比传统的单一负责人模式更准确地区分单位犯罪与个人犯罪，就应将其降级为部分复杂案件的辅助方法；若“个人责任位点”在经过盲编码后无法形成可重复的判断，便不能把它当成实体归责的标准；若公开资料无法证明罚金成本按所称通道转嫁，应撤回已转嫁的经验结论，仅保留可能性分析；若有效合规的变量与再犯风险之间在控制其他因素后不存在独立关系，应停止把合规程序视为当然的治理成功。

还有一个更严格的自我约束：倘若后续文献核验发现，前人已经以相同对象、机制和判别方法提出本书所称的新命题，相应的原创性主张必须撤回，即使观点在事实层面依然成立。本书已在相关章节交代了与多手问题、公司问责理论、罚金外溢理论、越轨常态化理论之间的分离线；这些分离线是否站得住，同样交给后来的研究检验。研究不能通过更换名称来制造独创，也不能把一次未经执行的实证设计说成已经完成的经验检验。

◆ 六、处罚谁，如何处罚，为什么处罚

回到书名中的三个问题。

处罚谁？处罚法律规定为单位犯罪的单位，以及在犯罪路径上起决定、批准、授意、纵容、指挥或者具体实施作用、并具备法定主观要件的自然人。本书补充的只是一点：在法定要件之内，司法审查应当问清楚判最终由谁来服，并在法律允许的范围内，使那些定下风险结构的人不能置身于服之外。

如何处罚？以罚金、没收违法所得、退赔、责令整改和对自然人的刑罚相互配合，按各自的功能分别论证，不用一种措施的数额替代另一种措施的功能；在量刑与执行中追踪负担的去向，保护无辜的第三人。

为什么处罚？单位犯罪之所以值得作为一个独立的制度存在，不是因为法律需要一个更大的被告，而是因为有些危险是由能够持续存在的组织结构生产的，不能仅靠处罚一名员工来改变；单位犯罪之所以必须接受经济分析，不是因为效率可以取代罪责，而是因为如果不追踪刑罚的真实成本和行为激励，法定的处罚可能只完成了形式上的归责。

本书的最终立场是：刑法应以明确的法定边界识别组织之恶，以可证据化的控制责任分配个人负担，以审慎的综合制裁阻止风险再生，并使未参与犯罪的人免受不必要的处罚外溢。法不只在条文里，也在一次次判与服之间长出来、再稳成规矩。单位犯罪制度能否让判落到真正改变风险的地方，是它可以追求、也必须接受实践检验的有限目标。

本章在学派坐标中的位置

本章收束全书。七张出生证各自冻住的再聚合点，被放回判与服之间：意志论的“决定”、替代责任的“收益”、组织过错的“结构”、威慑论的“成本”、合规激励论的“整改”和双罚制教义学的“次序”，都不被否定，只被安放在同一条路上的不同位置。本章涉及的制度依赖，主要是连接：刑法第三十一条织进的是单位与两类自然

人的连接，罚金之后的负担关系不在其中，本书建议在量刑与执行环节以“制裁负担表”补上这一段。本章的再聚合读数，就是第五节的三条失败条件。若三条均在可靠的检验中落空，本书的主命题应当收窄为对单位犯罪的一种解读视角，而不是对其结构的判断。

> **带走的话**
>
> 传统争论把几个不同的问题压进了「单位有没有罪」一个问句；处罚谁、如何处罚、为什么处罚须分层回答，不用一层的证据为另一层背书。

> **小账**
>
> 本书对「处罚谁」补充了什么？——只补一点：在法定要件之内，司法审查应当问清判最终由谁来服，使那些定下风险结构的人不能置身于服之外。
>
> 现在就能在案件审查中做的是什么？——完成四份表：法源表、行为链表、人员责任表和制裁负担表；它们不能代替法官依法说理，却能让说理有可以核对的落点。

结 语

回到那家门窗公司

◆ 一、再看一遍那份判决

第 4 章开头的门窗公司，是构想的场景。老板在年初定下回款指标，销售部给楼盘采购负责人送购物卡，财务记作“客户维护费”，每张领卡单都有人签字，老板一张也没签。案发后，公司被判单位行贿，区域经理被判刑，业务员小周被判缓刑。第二年，员工的年终奖少了一截，门窗报价涨了一点，新的区域经理到任，回款指标没有变。

读完全书，再看这份判决，可以把它拆成几个问题来问。

决定在哪里？没有哪一次会议决定送卡，但那张指标表决定了不送卡就完不成任务。这是第三编说的可见性缺口与两账分离：规范账上禁止行贿，激励账上奖励回款。

责任在哪里？在审批单上签字的人都被记了一笔，可是小周这个位点抽掉，送卡照样发生；老板那张指标表抽掉，送卡就失去了理由。这是第四编说的路径位点：刑法要问的不是谁在场，而是谁推动了这条路、谁本可以把它切断。当然，指标表本身不是犯罪，老板是否构成直接负责的主管人员，仍要依照法定要件和证据来认定。

服落在了哪里？罚金落在了员工的年终奖和业主多付的报价上。这是第五、七编说的负担通道：那张指标表、那个“客户维护费”科目、那套报价规则，在违法之前就已经决定了判决之后服会流向哪里。

这份判决有没有再聚合？只聚合了一部分。它把决定聚到了区域经理身上，把签名聚到了小周身上，却让负担通道原样保留。按本书的预言，这家公司复发的可能并不会因为这份判决而明显降低，因为接任的区域经理面对的是同一张路线图。

◆ 二、四条失败条件，再报一次账

第 42 章已经逐条交代了四条失败条件。这里只说一句：它们现在都还没有被检验。判服错位、默认有责的账簿、签名建制和负担通道，是本书提出的判断，不是已经被证

实的结论。第 35 章和附录三给出了检验的办法，希望有人去做；做出来的结果如果与本书相反，本书应当收窄或撤回。

三、三个问题

回到导读里那三个随身带着的问题。读一份单位犯罪的判决，可以问：组织把什么拆散了？刑法在法定要件之内，能用什么证据把它再聚合起来？判作出以后，服落在了谁身上？

十八年前那个从账本里来的问题——罚金出了公司的门以后落在谁身上——到这里有了一个初步的回答：落在哪里，在违法之前就由组织铺好了；刑法能做的，是在罪刑法定的边界之内，让判落到真正能改变那条路的地方。

参 考 书 目

一、法律与司法规范

《中华人民共和国刑法》（1997年修订，其后历次修正），尤其第三十条、第三十一条及分则有关罪名。

《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》，2014年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过。

《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》，法释〔1999〕14号，1999年7月3日起施行。

《最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》，法释〔2000〕31号。

《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》，最高人民法院，2001年〔文号待核〕。

《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）》，最高人民检察院等九部门，2021年6月3日。

《中华人民共和国民营经济促进法》，2025年4月30日第十四届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过，2025年5月20日起施行。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》，法释〔2026〕6号，2026年5月1日起施行。

二、比较法规范与判例

Criminal Code Act 1995 (Cth)（澳大利亚《1995年刑法典法》），附件第2.5部分，第12.3条（公司文化与公司过错）。

Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1972] AC 153（英国上议院，同一视原则）。

New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909)（美国联邦最高法院，公司刑事责任与归责于上）。

三、中文著述

高鹏：《单位犯罪的经济分析》，湖南师范大学硕士学位论文（指导教师唐世月），2008年4月。

黎宏：《论单位犯罪中“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”》，2001年〔刊载期刊待核〕。

石磊：《单位犯罪适用》，2005年〔出版社待核〕。

叶良芳：关于单位犯罪责任构造的研究，2008年〔篇名待核〕。

陈兴良：关于单位犯罪理论衔接的论述，2015年〔篇名待核〕。

孙国祥：《刑事合规与单位犯罪立法的完善》，《北京社会科学》2024年第1期，第65—70、91页。

魏昌东：《中国单位犯罪的理论创生与发展前瞻》，《法学杂志》2025年第2期，第18—33页。

王德生：《法学学派解构入门》，新加坡：德麦国际出版社，2026年。

四、外文文献

Arlen, Jennifer, and Lewis A. Kornhauser. “Battle for Our Souls: A Psychological Justification for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct.” University of Illinois Law Review, 2023.

Arlen, Jennifer, and Reinier Kraakman. “Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes.” New York University Law Review 72 (1997).

Auriol, Emmanuelle, Erling Hjelmeng, and Tina Søreide. “Corporate Criminals in a Market Context: Enforcement and Optimal Sanctions.” European Journal of Law and Economics 56 (2023).

Becker, Gary S. “Crime and Punishment: An Economic Approach.” Journal of Political Economy 76, no. 2 (1968).

Christmann, Robin, and Dennis Klein. “Game Theory, Compliance, and Corporate Criminal Liability: Insights from a Three-Player Inspection Game.” Decision Analytics Journal 11 (2024).

Coffee, John C., Jr. “ ‘No Soul to Damn: No Body to Kick’ : An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment.” Michigan Law Review 79, no. 3 (1981).

Fisse, Brent, and John Braithwaite. Corporations, Crime and Accountability. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

Kerr, Steven. “On the Folly of Rewarding A, While Hoping for B.” Academy of Management Journal 18, no. 4 (1975).

Polinsky, A. Mitchell, and Steven Shavell. “The Economic Theory of Public Enforcement of Law.” Journal of Economic Literature 38, no. 1 (2000).

Teubner, Gunther. “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law.” Law & Society Review 17, no. 2 (1983).

Teubner, Gunther. Law as an Autopoietic System. Oxford: Blackwell, 1993.

Thompson, Dennis F. “Moral Responsibility of Public Officials: The Problem of Many Hands.” American Political Science Review 74, no. 4 (1980).

Vaughan, Diane. The Challenger Launch Decision: Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

五、文献核验说明

本书所列法律与司法规范，均以全国人民代表大会及其常务委员会、最高人民法院、最高人民检察院等机关的正式公布文本为准；标注〔待核〕者，表示写作时尚未逐字核对至原始公布文件，正式引用时以官方文本为准。中文期刊论文已核至期刊信息；黎宏、石磊、叶良芳、陈兴良诸条依正文引述登记，具体篇名、刊期或出版信息尚待核对。外文文献只列作者、篇名或书名、刊物与年份，不列引文页码，具体论点以原文为准。高鹏2008年硕士学位论文已据论文原文（知网全文本）核对，书中引用注明原论文章节与正文页码；原论文所引数据与案例，本书只作为原论文的论据转述，未另行核实其原始来源。本书写作过程中参考的研究材料里，凡没有公开案号或可核来源的案例，均已改为明确标注的构想案例；没有来源的百分比、样本数、访谈和准实验结果，均已删除或改为示例数值，不作为本书的证据；以学说名称代替作者署名、无法追溯出处的文献条目，一律不予收录。

附 录

附录一　现行法源、历史版本与解释边界核查

◆ 一、法源核查是单位犯罪研究的第一项工作

单位犯罪研究不同于一般的公司治理评论，其每一项规范判断都要先回答适用时点与法律层级。一个案件发生在2017年、起诉在2025年、裁判在2026年，研究者不能只找到一个最新版法规就断言全部条文可以直接适用。刑法修正、司法解释施行与刑法从旧兼从轻等规则有其独立的适用逻辑。比较不同年份的定罪量刑标准，必须分别记载行为发生、案件处理、规范施行、法律是否另有时间效力规定以及相关解释是否变更。缺少这些信息的法条罗列，对学术史和司法适用都构成误导。

对每一法律文件，本书建立五栏核验记录：准确名称和制定机关、正式公布来源、施行日期、与单位犯罪有关的具体条款、当前核验边界。例如《刑法》第三十条和第三十一条的作用不同：前者决定一般单位犯罪的主体范围和明文规定要求，后者规定单位犯罪原则上的处罚模式。分则还要对具体罪名作独立筛选。不能先认定“所有法人均应受罚”，再用第三十一条推导处罚；亦不能因第三十一条已有双罚规定，就推断分则未明文规定单位犯罪的罪名可以被扩张适用于单位。

下表是本书正文反复使用的法源总表。凡标〔待核〕者，表示本书写作时尚未逐字核对至原始公布文本，引用时以官方公布版本为准。

法律文件	制定机关	文号或通过时间	施行时间	与单位犯罪相关的内容	核验边界
《中华人民共和国刑法》	全国人民代表大会	1997年3月14日修订，其后多次修正	1997年10月1日	第三十条（单位犯罪的法定主义）、第三十一条（单位犯罪的处罚原则）及分则相关罪名	条文历史版本须逐案核对行为时与裁判时

法律文件	制定机关	文号或通过时间	施行时间	与单位犯罪相关的内容	核验边界
《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》	最高人民法院	法释〔1999〕14号	1999年7月3日	单位的范围；为违法犯罪设立或设立后以犯罪为主要活动的公司不以单位犯罪论；盗用单位名义、违法所得由个人私分的按自然人犯罪处理	已核至主要条款，个案引用应复核原文
《最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》	最高人民法院	法释〔2000〕31号	2000年〔待核具体日期〕	直接负责的主管人员与其他直接责任人员可按其作用判处刑罚，不必一律区分主从犯	已核至公开规范文本
《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》	最高人民法院	2001年〔文号待核〕	印发之日	单位犯罪的认定思路；直接负责的主管人员与其他直接责任人员的界定	属司法规范性文件，非司法解释；正式引用须核对原始文件
《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》	全国人民代表大会常务委员会	2014年4月24日通过	公布之日	分则未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任	属立法解释，与刑法具有同等效力
《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）》	最高人民检察院等九部门	2021年6月3日	印发之日	第三方组织对涉案企业合规承诺的调查、评估、监督和考察	已核至部门正式转载文本
《中华人民共和国民营经济促进法》	全国人民代表大会常务委员会	2025年4月30日通过	2025年5月20日	第六十二至六十四条：涉案财产区分、经济纠纷与经济犯罪界分	已核相关条款
《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》	最高人民法院、最高人民检察院	法释〔2026〕6号	2026年5月1日	单位受贿、对单位行贿、单位行贿等定罪量刑标准	已核至公布原文与施行日期

◆ 二、1999年司法解释：单位主体的外边界

1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》，是本书讨论单位主体边界时的核心规范之一。其第一条解释公司、企业和事业单位在不同所有制与设立形式下的范围；第二条规定，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、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处；第三条规定，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。

研究者必须逐条理解其功能，不能把它概括成“任何企业都可构成单位犯罪”，也不能因该解释设有排除情形，就把具有真实业务的企业一概视为不能犯罪。该解释排除某些假借单位外壳的犯罪情形，提示不能把形式上注册为公司作为一切犯罪活动的归责主体。判断“以实施犯罪为主要活动”需要事实证据，不应仅根据行为次数或案件金额单独推断，更不能因企业规模小、股权集中便当然认定为个人犯罪。实际经营活动、设立目的、犯罪活动在总体经营中的位置、违法所得的实际流向等，均可成为评价线索，但每一要素的法律权重仍需从适用规范及具体裁判规则中推导。

从本书的分析框架看，这一解释是“改名式吸收”在制度中的典型形态：空壳公司、盗用名义、个人私分这些不合单位意志论的情形，被明确改归自然人犯罪处理。它同时也是罪刑法定的边界——研究可以讨论这种改归在经济上造成了什么，却不能凭经济分析推翻这一规范安排。

◆ 三、单位主体资格与特定罪名的主体范围

一项常见错误是把“根据刑法总则可以成为单位犯罪主体”与“可以成为某一具体单位犯罪的行为主体”相混。总则给出了法定主体的一般类型，分则则通过具体罪名规定谁可以实施何种犯罪。例如某些腐败犯罪的单位主体具有特别的公共属性，另一些商业领域罪名可能适用不同范围的公司、企业和其他组织。分析国家机关、国有公司或事业单位是否构成具体犯罪，应当先核对该罪名自身的身份条件，不能仅凭总则列有机关就认定任何机关在一切单位犯罪中都具备特定主体资格。

对国家机关、国有企业和事业单位的单位犯罪主体资格，现行法有明文规定。本书第五编及相关附录只在解释论、政策论与立法论三个层次上分层讨论这一问题：解释论回答现行法下如何适用，政策论讨论不同制裁工具的可能后果，立法论则以学术建议的形式提出可供研究的方案。三者不得互相冒名。

◆ 四、2014年立法解释：分则未规定单位犯罪时的处理

2014年4月24日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》。其核心内容是：公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。

这一立法解释同时回答了两个问题。第一，它重申了第三十条的法定主义：分则没有规定单位犯罪的罪名，单位本身不负刑事责任，不能以“组织性很强”“危害很大”为由将单位纳入追诉。第二，它堵住了另一端的漏洞：单位不负刑事责任，并不意味着组织、策划、实施该行为的自然人也随之免责。法定主义因此不是对组织性违法的放任，而是把追责通道从单位一端转回自然人一端。

对本书而言，这一解释的意义在于：它是“判”在法定主体不在场时如何重新落点的制度安排。经济分析可以观察这种落点是否让真正的控制者承担了后果，却无权在分则规定之外另造单位犯罪。本书正文凡讨论“单位犯罪名单之外的组织性违法”，均以这一解释为规范前提。

◆ 五、直接责任人员与自然人的独立罪责

《刑法》第三十一条规定的直接负责的主管人员与其他直接责任人员，不是行政管理意义上的全部负责人或全部执行人。司法实践和最高人民法院相关规范性文件强调对作用和贡献的判断，不能仅凭名义职务确定个人刑责。2000年最高人民法院关于单位故意犯罪中直接负责的主管人员、其他直接责任人员是否区分主犯从犯的批复，允许根据其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚，而不必一律先区分主从犯。其核心意义不是减少证明义务，而是避免在单位犯罪结构中机械套用自然人共同犯罪的标签。

2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》以“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”作为单位犯罪的认定思路，并把直接负责的主管人员界定为在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员；对其他直接责任人员，则以在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用为标准，并提示受单位领导指派或奉命参与实施一定犯罪行为的人员，一般不宜当然追究刑事责任。对这一文件的引用须承认其是特定审判领域的司法规范性文件，不能不加说明地当作修改刑法文本的法律。该纪要可以帮助观察裁判方法，但最终仍需根据具体罪名和现行有效规范完成解释。

在司法实践中，认定次序通常是先认定单位犯罪，再确定直接负责的主管人员和其他直接责任人员。本书第四编所说的“默认有责的账簿”，正是这一次序织进制度之后可能产生的副作用：一旦单位犯罪成立，在场、签字、分管等事实容易被直接读作个人作用。本书对此只作制度分析和改进建议，不否认这一次序在证明组织结构上的正当功能。

单位责任与个人责任的分离还要求区分证明对象。有的证据足以证明款项从公司账户支出，但不能证明某名员工知道款项被用于行贿；有的证据表明实际控制人设计了非法交易，但公司是否成立法定的单位犯罪仍需独立判断。要用刑事司法保护经济秩序，就不能借复杂组织之名放弃对个别被告人罪过的证明。反向证据包括反对违法的报告、实际的权限限制、可靠的内部调查记录、对违法收益的拒绝和与案涉犯罪无关的职务事实，均应被认真记录。

◆ 六、2026年贪污贿赂新解释的专门意义

2026年4月10日，最高人民法院和最高人民检察院公布法释〔2026〕6号《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》，明确自2026年5月1日起施行。该解释涉及单位受贿、对单位行贿、单位行贿等定罪量刑标准，亦包含关联职务犯罪领域的规则。研究单位犯罪必须将“单位受贿罪”“对单位行贿罪”“单位行贿罪”写成彼此不同的罪名，而不能在标题、法律文本或经济模型中因名称近似就交换使用其主体、行为和数额标准。

以该解释的公布文本为例，第一条对单位受贿罪规定了有关数额与情节标准，第四条涉及单位行贿罪“情节严重”的认定，第二条对对单位行贿罪分别规定了个人行贿数额与单位行贿数额的不同处理条件。单位成为行贿一方与成为受贿一方，组织内部的收益分配、责任人员和社会危害机制可能大不相同。将全部腐败类单位犯罪压缩为一个“购买权力的企业”模型，会在最需要精确区分之处丢失法定构造。

对这份解释还必须区分具体司法适用与政策评价。新规定的数额要件不能被经济学模型替换，经济学也无法自行增加法条未有的犯罪类型；但研究者可以评价不同数额与情节标准是否影响企业主动报告、内部风险识别和被害人补偿。经验数据不足时，应将此评价保留为预测而不是写成已经发生的效果。2026年之后的案件样本尚未形成充分观察期，尤其不能用发布后短期的举报数量直接推断再犯率和长期威慑效果。

◆ 七、企业合规第三方监督评估的地位

2021年《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）》，在涉案企业合规改革中具有制度方法上的意义。它借助第三方机制，对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察，并将考察结果作为人民检察院依法处理案件的重要参考。研究者不能把“重要参考”误写成“具有当然免罪效力”，也不能因为有第三方组织参与就认为其报告成为司法上不可质证的结论。

企业合规制度与单位犯罪之间有两种方向相反的关系。真实合规可能降低组织促成违法的概率，提高违法发现能力，并为依法从宽处理提供政策理由；纸面合规则可能产生新的证据遮蔽，使责任层层下移。评价合规有效性须问：高风险交易是否被实际阻止，发现违法后采取了什么调查措施，控制者是否承担了可以观察的后果，违规收益是否依法处理，整改是否持续。为了在经济评价中建立可对照的变量，不能仅以企业聘请了多少律师、制定了多少条制度或举行了多少次培训作为“风险下降”的直接代理物。

◆ 八、民营经济促进法的程序边界

2025年施行的《中华人民共和国民营经济促进法》为企业涉案财产保护与刑民界分提供了重要规范。第六十二条要求采取查封、扣押、冻结措施时依法区分违法所得、其

他涉案财物与合法财产，区分企业与经营者、涉案人与案外人的财产，并防止超权限、超范围、超数额和超时限采取措施；第六十三条要求区分经济纠纷与经济犯罪，并明确证据不足、依法不追责时的程序处理。此类规则并不否定依法追究真实的单位犯罪，恰恰保障刑法在明确界限内运行。

本书在讨论罚金、追缴、经营保护和公司财产时，将该法作为程序和权利保障的独立来源。经济学上认为某种财产“最终属于利益集团”，并不能直接证明法律上可查封、没收或执行；企业涉案更不等于经营者所有私人财产均可用于支付公司罚金。对于涉及多个关联法人的交易，追缴违法所得应按照证据和法源逐项确定归属，不能利用公司集团结构消除案外人权利。

◆ 九、强制法源与理论解释分栏记载

资料来源存在明确的强弱层级。全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和立法解释、最高司法机关公开发布的司法解释，是确定现行规范的基本材料；司法规范性文件需要标注法源层级和适用范围；学术论文与比较法资料可用于解释和批评；构想场景及未公开材料，不能未经核查充当真实案例。法经济学模型是检验制度可能后果的工具，不是能够直接推翻法定构成的规范来源。

本书各章所使用的刑法条文、立法解释、司法解释、行政法规以及公司法、民事法律规则，均按本附录的五栏记录核对。凡引用法律原文，以官方正式公布版本为准；凡写出数额门槛与法定刑，注明适用时点并核查修订；凡涉及单位受贿与单位行贿等相似罪名，均作一一对应的罪名区分。未能完成核对的事实和规范，在正文中以〔待核〕标示，不以语言润色掩盖。

附录二　九大研究问题的竞争解释与撤回条件

◆ 一、关于分析单位的“是什么”问题

问题一：单位犯罪究竟在何处发生？传统个人行为论把自然人的主观故意和实施行为作为中心；单位意志论借会议、负责人授权或持续决策赋予组织行为归属；组织过错理论强调长期治理制度的失败；经济学委托代理理论则从分散激励和信息不对称解释实际行为。这些解释分别占有重要的问题位置，不可仅因本书提出“组织行为链”就宣布无人研究过组织犯罪的过程。新框架能提出的不同之处，应是对证据错位的具体测量：在控制传统个人责任和组织意志证据之后，组织行为链能否独立改善对单位犯罪与个人犯罪的区分。

本题的初步判定单位不是法人登记记录，而是被依法指控的具体组织行为。观察材料以正式判决及可公开的起诉书、检察机关说明、规范文件为来源，编码目标、权限、执行、反馈和收益五类节点。若绝大多数案件的单位归责完全可以由既有教义学证据解释，增加行为链指标并不提升准确性，所谓新分析单位应降级为取证图示；若已有更早研究提出同一对象、同一机制与同一辨别预测，本书相应的原创性主张应当撤回。

◆ 二、关于真实负担的“是什么”问题

问题二：罚金最终由谁承担？公司法上的人格独立解释财产归属，财政理论处理公共预算安排，产业组织理论解释价格和成本转移，公司金融理论观察股价、债务和资本市场反应。法学中的比例原则与第三人保护又限制了以总量最大化压倒个体权利的政策方式。本书不能据此宣称前人没有认识到处罚的外部性。可供检验的不同问题，是在何种组织和会计结构中，罚金的法定受罚者与实际负担者之间存在可持续且难以在公开资料中识别的分离。

量具可以以处罚前后的净利润、员工报酬、产品定价、股息、债权清偿及公共预算变化为候选指标，同时控制需求变化、行业价格周期和其他司法风险。观察者不能把时

间先后直接等同于因果关系。若企业被罚之后的价格或工资变化与同类未受处罚企业无显著差异，便不能继续认定该类成本已被转嫁。若相关因果效应存在，但最终承受者正是掌握违法控制权的投资人或高管，则不能把它与对无辜第三人的误伤混为一谈。

◆ 三、关于损害认定的“是什么”问题

问题三：未进入制度字段的社会损害能否被可靠识别？公共安全、金融市场、反垄断和生态环境制度早已承认不同于当期财产损失的风险与法益；传统制度经济学也关注价格机制遗漏的外部性。本书相关章节（第六编）使用“无字段损害”一词，其增量不在于首次发现非财产性损害，而在于追问一项社会后果如何在法定要件、证据表格和行政管理中被转译成不可见，特别是能否为后来的诉讼提出可核查的机制解释。

一个严格的量具不能只统计多少文章谈论某种损害，而应在相关法域允许的范围内观察行政处罚、司法说理和可获得的市场数据对同一问题给出何种不同识别。如果所谓“漏记”只意味着无法货币化，而制度实际上已经以风险、严重情节或法益侵害的方式作出评价，那么关于制度全面忽略的主张就应撤销。即使确有结构性损害，是否可纳入刑事犯罪数额仍然是另一项独立的法律问题，不能从经济上的存在直接推出司法上的可计量。

◆ 四、关于刑责分配的“怎样”问题

问题四：如何把单位责任与自然人责任分开？传统直接责任人员理论、共同犯罪理论和职务犯罪中的实际控制理论，各自提供了主体和行为的判断工具。本书相关章节（第四编）关于路径位点的论证强调，不应将签字、在场和领取一般绩效视为个人承担刑责的当然理由。其最强的竞争观点是：刑法已经要求评价责任人员在具体犯罪中的作用，根本不需要增设一个实体位点标准。本书承认这一路径已有教义学支持，其贡献只能在证据操作化，而不在创设新的定罪要件。

首轮检验可利用依法公开的单位犯罪裁判文书建立正反案例编码。对同一事实由两位研究者独立标注法律上的直接作用、实际停止权限、违法知识与不利于归责的反向材料，再比较以传统规则和路径分析得出的责任人员范围。若新方法不仅无法减少误归

责，反而因抽象的“控制力”扩大追诉对象，应主动限制其适用；若两位编码者无法达成可靠一致，说明位点的定义需要重建。

◆ 五、关于制裁设计的“怎样”问题

问题五：什么样的单位制裁既有威慑力又能降低误伤？经典最优威慑理论从处罚强度与发现概率出发，产业组织经济学提醒大额处罚可能改变市场结构，刑罚理论强调罪责和比例原则，公司金融关注破产与债权人损失。这些理论不是互相排斥的竞争方案，而是在不同层级上各有其适用条件。新方案必须解释，为什么不能仅以提高罚金、强化个人刑责或扩大行政监管中的任意一种方式完成同样的风险治理。

经验检验不能把刑法改革效果测为“法院判罚金额提高”。应区分单位裁判中的罚金、违法所得追缴、民事赔偿和持续经营结果，在允许获取的资料中追踪被害人的实际补偿、关联单位的经营和后续违法线索。若更复杂的制裁组合显著增加执行成本，却未对危险控制者产生额外约束，也没有改善被害救济，应淘汰其超额设计。任何制度方案若需要改变法定处罚方式，须明确属于立法建议，不可假装现行法已授权法官创造替代刑罚。

◆ 六、关于合规效果的“怎样”问题

问题六：怎样判定合规已从纸面进入行动？一份完整的制度文件可能与实际执行效果脱节，一套简约的内部核验流程也可能在具体业务上具有真实的保护功能。组织管理理论已关注内部控制有效性，企业合规研究已讨论程序与治理激励，经济学模型已说明主动报告奖励的正反效果。本书需要做的不是再发明“实质合规”一词，而是将风险事件的处理路径编码为可比较的行动记录。

备选读数包括风险识别至纠正的时滞、被阻止的异常交易比例、违规警报是否到达有停止权的岗位、举报人遭报复的投诉以及对同类制度漏洞的持续修复。比较必须考虑企业规模、行业监管与经营风险的差异。若合规改造后风险报告数量上升，不能直接解释为违法更严重，也可能恰恰是沉默被打破。若系统记录显示问题多被发现却不能进入

真实整改，仍不可声称治理成功。本题应在能取得公开合规案例材料的范围内先检验编码方法，再决定是否提出制度因果效果。

◆ 七、关于单位罚金威慑形态的“为什么”问题

问题七：为什么只罚单位可能不改变违法选择？传统经济分析侧重罚金强度是否足以抑制收益，委托代理理论关注违法控制人能否承担实际后果，处罚转嫁理论解释成本由谁负担。本书相关章节（第七编）关于“罚单被当作价格”的判断有其解释力，但部分材料讨论的是行政处罚，且有关保险支付和金额阈值并未得到原始数据证实。因此，在单位刑事罚金领域只能把它设为竞争性假说：有些组织可能把受罚概率与经营收益一并计价，导致更高的名义罚金未必改变风险生产路径。

本题需要对违法收益是否仍由实际控制者享有、罚金是否存在法律上可行的转嫁渠道、企业是否被重复查处等材料分层。若在严格控制违法类型及监管强度后，罚金提高已经显著降低相似组织的违法，而且决策者没有发现成本转嫁途径，价型威慑的主张应限缩。法律的表达性谴责不应被轻率等同于一个价格；是否被实际定价，必须由具体行为和文书记录证明。

◆ 八、关于公共经济主体的“为什么”问题

问题八：为什么国家机关、事业单位和市场化国有企业不能按一套经济模型处理？“国有组织罚金空转”是一个容易理解却可能过度一般化的命题。公共预算理论、公司治理与软预算约束研究均指出，不同公共主体的财政纪律与决策权安排存在差异。新论证的独立性只能建立在更精细的可观察区分之上，而不是把所有制重新包装为新名词。

可以分别观察财政预算的补位记录、事业单位的公共服务支出结构以及市场化国有企业的资产负债、利润、分红和经营限制。若同一所有制类型内部的差异远大于类型之间的差异，便应放弃仅以国有和非国有划线的解释；若财政补位不存在、罚金真实压缩了管理者可得的资源，所谓公共预算完全循环的假说亦须收窄。最重要的是，法律上的主体资格仍由《刑法》及其有效解释决定，经验分析不是排除法定主体的法源。

◆ 九、关于规则越细、错误归责越多的“为什么”问题

问题九：为什么更精细的组织规则反而可能增加错误归责？法律现实主义关注规则与事实之间的距离，组织社会学研究责任分散，证据经济学关注可得证据的偏差。本书相关章节（第九编）认为，裁判格式可能偏好由单一决议、签字和责任人构成的闭合叙事，使连续过程中的治理因素在文书中弱化。这一说法的独立性必须通过真实材料验证，不能仅凭修辞成立。

检验方法应在一定时期与罪名范围内收集依法公开的裁判文书，将重要行为节点是否被事实部分记录、是否进入归责说理、是否与人员责任相联系分别编码。若判决书仅因行文精简而省略某些过程，不得推断法院审理中一定不存在对应证据。可以通过公开裁判文书与检察机关通报等多源材料对照，判断遗漏发生在取证、诉讼主张还是裁判文书写作阶段。若新的格式并未提高对真实控制人的识别，且显著拉长程序、增加误判，应撤回以其替代现行裁判结构的改革主张。

◆ 十、九题之间的同族检验

九个问题表面上都涉及责任，但它们不能因此共用一个判断标准。“是什么”类的第一题，判定对象是组织违法发生的位置，判据是增加组织行为链信息能否改善归责；第二题的对象是制裁负担，判据是经济成本是否沿可观察渠道传导；第三题的对象是损害的证据化，判据是非财产性或结构性后果是否被制度可靠识别。三题的资料和反例不同，不得互相挪用对方的检验结果。

“怎样”类的第一题以人员刑责分配为对象，依据是个人作用证据与反向材料；第二题处理不同制裁组合，依据是长期风险、赔偿和执行成本；第三题处理组织治理机制，依据是风险事件的处理行为。“为什么”类的第一题解释制裁形态的变化，第二题解释公共经济主体之间的预算和治理差异，第三题解释司法记录格式与实际组织过程之间的偏离。即使本书使用“控制”“负担”“记录”三个共同关键词，也须让每题拥有独立的失败条件。

若某两个问题在经验研究中采用完全相同的指标且给出同样的预测，应考虑合并理论论证，或者明确将一题降级为另一题的制度应用。本书不会仅凭章节标题不同便宣称九题彼此独立；各题的外部独立评价与系统的国际文献检索仍有待完成，本附录的自我说明不能替代外部评价。

附录三　单位犯罪案例编码手册与实证检验方案

◆ 一、研究总体与样本来源的限定

实证工作首先必须清楚说出研究对象。我国公开的刑事裁判文书可以用于研究某些可见的单位犯罪司法说理，但不能未经修正便代表全部刑事立案、全部不起诉或全部涉企违法。文书是否公开，可能受案件类型、时间、审判层级和隐私规则影响；以“单位犯罪”为关键词检索，也可能错过标题或正文以具体罪名为中心的案件。研究者若忽略选择机制，所得“正例比例”和“法院做法”均可能存在严重偏差。因此，本书拟将实证研究的总体限定为特定时间窗中、在明确说明的公开平台可获取且满足事先标准的单位犯罪相关文书；对其余司法活动只作规范研究，不以样本比例外推。

样本抽取应先决定研究任务。若为了理解组织行为链是否改善裁判解释，宜选择判决事实部分较完整、具有可见管理层级和争议性责任人员的案件；若为了检验罚金的经济负担，只有判决文书还不够，还需要依法公开的财务报告、证券信息披露或财政决算；若为了检验企业合规的实际效果，必须取得程序公开文件及足够的事后观察期资料。不同任务不能因为偏爱“大数据”便硬性并表：组织过错论证需要的个案细节，与长期再犯研究需要的可追踪主体信息，可能正好存在张力。

一个可重复的公开文书检索流程应记录检索平台、检索日期、关键词、法院层级、罪名、裁判年份和剔除规则。去重不能只按单位名称：同一案件可能包含一审、二审、再审和相关人员的另案处理；也不能将同一集团下的不同子公司自动当作同一个单位。对于文书可能被撤回、链接变化或匿名化程度不同的情况，保存原始文书的合法可存储版本、来源时间和文本校验值，并建立不公开个人敏感信息的研究编号。

◆ 二、核心变量的分层编码

在法定构成层，变量应包括具体罪名、法条及版本、涉案单位在总则和分则中的法定身份、犯罪时间、行为方式、涉及的主观或结果要件、裁判认定的单位行为。对每一

变量要避免“看起来差不多”的填法。例如受贿与行贿不能统称“腐败类犯罪”后直接对比数额门槛；单位作为对国家工作人员行贿者，与作为向国家机关行贿的行为主体，法律上的罪名可能明显不同。每一个规范变量都应能够追溯到对应法条。

在组织行为层，记录是否存在明确的业务目标、内部批准流程、预算来源、执行人员、异常警报、否决权限、财务复核、持续获益和事后整改。缺失编码须明确区分“文书未提及”“文书明确记载不存在”“材料不足以判断”三种状态。尤其不能把判决书没有写出公司合规制度直接编码为“公司不存在合规”。这一区分决定了研究是否会把公开文本的写作选择错误地解释为真实的制度状况。

在个人责任层，至少分开记录名义职务、实际决策权限、具体指挥行为、实施行为、主观故意的证据、个人违法利益、是否提出反对、是否曾举报和法院最终的责任评价。不能仅依据某人被判刑就反向编码其“具有控制权”，否则研究会用结论解释结论。应优先从裁判事实中提取可观察行为，再由另一轮编码记录裁判结论，比较两者关系。

在制裁层，将单位罚金、追缴违法所得、责令退赔、行政处罚、民事赔偿和实际支付或执行情况分别标注。对只记载判决金额而没有执行信息的文书，不能自动编码为“已执行”；罚金与犯罪所得亦不能相加后称为“实际被剥夺的收益”。若能够结合公开年报和执行资料识别真实支付，还要说明支付时间、账户主体以及是否涉及第三人的合法财产。

在反向证据层，记录单位缺少法定构成、成立目的具有个人犯罪属性、违法所得由个人私分、管理层明确反对、当事人缺少知情和控制、行为具有独立的个人收益等信息。特别要将检察机关因事实不清而不起诉与法院因不构成犯罪而宣告无罪分开：后者对规范命题的检验可能更直接，前者也可能仅反映证据取得的困难。

◆ 三、双人编码与一致性审查

两名编码者应接受同一份规则说明，在不知晓对方结果的情况下独立编码预先抽出的训练样本。训练阶段允许讨论歧义和修订变量定义，但正式评估前须冻结修订版本和

日期，保留全部变更记录。用于验证的保留样本不得再被随意修改分类以提高一致性。对类别变量可采用Cohen's κ或其他适用的一致性统计量，但需要同时记录类别分布，避免在某一结果出现概率极低时对κ值作过度解释。

为便于第一轮方法审查，可以预设最低可接受的一致性边界，并事先写明未达到边界时的处置。例如对“有实质停止权”“单位获益证据存在”和“员工明确反对”等重要变量，如果κ值未达到预先确定的可靠性要求，应返回概念定义及培训程序，不能直接发布将其视为确定事实的比例。方法学上，一个未通过一致性检验的统计图，不会因为样本更多便自动成为可靠证据。

编码完成后，研究者需要保留原始变量、修订记录、数据清洗、排除原因及最终模型代码。若受到公开文书的版权、个人隐私和数据库使用协议限制，可以公开代码与变量字典，不强行传播受限制的原始文本。合法保存的原始证据与可复现的实施步骤，应在不违反数据保护义务的前提下接受独立核查。

◆ 四、单位与个人责任模型的反向检验

为了识别新理论是否真正优于传统说明，至少应设置两套相互竞争的分类模型。模型甲以传统教义学已经承认的授权、批准、指挥、实际实施和罪名构成要件为主要输入；模型乙在其基础上增加组织行为链中的权限断点、控制方式与风险反馈等变量。比较不是看模型乙能否拟合更多已知的定罪结果，而是看它能否改善对保留样本中依法有理由的责任区分，同时不显著扩大对无辜执行者的误分类。

假设有两件情境相似的案件，一件存在明确的违法指令与公司获益，另一件只有执行者单独违法且公司及时报告。若新模型在两案中一律认定组织责任，说明其缺乏区分能力；若以“组织一定存在隐形激励”为由解释每一个反例，则其核心命题没有可撤销性。同理，在人员责任中，谁签字更多并不必然意味着谁有罪；若模型仅重现签字数量对定罪的预测，很可能是在复刻司法文书的形式性偏差，而不是纠正它。

反事实测试还应承认法律责任与因果解释有不同标准。某人在一个长期违法网络中可能只是众多可替代执行者之一，抽去此人犯罪仍可能发生；但如果他明知并独立实施

了法定犯罪，其是否承担刑责不能单靠“可替代性”否定。路径位点只能帮助找到应予调查的事实，不宜取代法定罪过和行为归责的既有标准。

◆ 五、罚金真实负担的检验方案

罚金负担研究需要比裁判文书更多的经济材料。对上市企业，可尝试收集依法公开的处罚公告、利润表、现金流量表、费用说明、年度工资总额、股东分红和相关市场信息；对国家机关和事业单位，需要审查依法公开的预算、决算与公共服务项目资金变化；对非上市企业，公开资料可能不足，应如实限定可以观察的范围。把可得性不同的群体混为一谈，容易得出“民营企业承担者清楚、公共机构承担者不可见”的结论，但这种差异至少部分可能来自披露制度的不同，而非真实经济负担的不同。

研究中可区分直接支付、财务转移和最终经济负担。直接支付指哪个账户依法缴纳罚金，财务转移指组织如何调整内部费用与预算，最终经济负担指若不存在该项处罚，相关个人或群体的经济状况会有何不同。第三项是反事实而不是简单的会计读数，往往需要同类企业对照、事件前后的变化和对竞争性原因的讨论。企业被罚后价格上涨，不足以证明罚金被转嫁；只有在需求、成本和行业价格变动得到相当控制后，仍能观察到特定差异，才可能提出有限的因果解释。

即使研究发现罚金降低了企业利润，还要进一步追问违法决策者是否承受了对应的负担。控制人可能提前取得私下收益，普通股东和员工却承担罚金损失；反之，高管因违法被撤职并失去职业声誉，即使企业将部分财务成本转给市场，个人仍可能承受显著威慑。理论要解释的是收益、责任和成本是否错位，而不是将所有公司成本笼统称为“无辜者买单”。

◆ 六、企业合规效果的经验检验

合规制度研究应明确区分投入、过程和结果三层。投入包括人员、系统和制度培训；过程包括风险发现、异常阻断、调查与报告；结果包括同类违法减少、被害人损害降低和反复出现的风险得到修复。投入增加不自动意味着过程有效，过程有效也不保证

短期内查获的违法案件减少。恰恰相反，真实的举报制度可能使初期发现数量增加；若只以“零案件”作为考核指标，就可能错误地奖励隐藏风险的企业。

一种成本较低的首轮方法，是对公开发布的涉案企业合规典型案例进行结构化文本编码，标记每个案例有无公开可核的制度变更、具体的风险阻断和整改复评材料。由于公开案例通常偏向正面典型，不能由此估计全部企业的平均效果。其价值首先在于检验编码手册是否可用、资料是否足以区分真实措施与泛泛表述，之后才谈更强的因果识别。

若后续能够取得充分的行政公开数据和企业年报，才可以考虑以整改前后的相似风险事件、检查结果或处罚记录作为观察指标，并设置合适的对照；同时要防止合规机会的自我选择偏差。愿意接受第三方监督评估的企业可能原本治理能力较强，观察到其后违法减少，未必都是合规制度的结果。对这种选择偏差的处理，不能通过在结论里加一句“已控制相关因素”便自动完成，而应公开模型与实际可得的变量。

◆ 七、规则细化导致错误归责的验证路径

本书第九编提出一个容易引起注意的反常现象：法律和内部合规规则越多，可能越容易出现可见的签字人，却越难还原违法决策的实际过程。它有批判力量，但也容易被过度概括。更细的规则在某些情形下恰好改善了证据保存，使幕后控制者更难逃避。理论要比较这两种相反的可能，而不是预设新规则必然扩大误判。

初步验证可在明确的罪名与年份范围内，比较裁判文书是否写出上层实际控制的证据、基层人员独立知情的证据以及反对意见。若制度变更使电子审批记录数量大幅增加，同时责任人员范围未发生变化或反而更准确，则“规则细化必然有害”不能成立。若法院公开的资料不足以说明事实的取得过程，也不能把“判决没有写到”直接解释为“司法机关没有调查”。本研究必须区分事实生产、证据提交、裁判评价和判决书写作四个阶段可能出现的不同偏差。

更稳健的方法是将若干制度变更前后的案件进行对照，同时关注负面控制变量：例如与该规则无关的证据类型是否也出现了同幅度的变化。若所有材料都受到同一时期裁

判文书改革的影响，便不能把变化专门归因于某项单位犯罪规则。只有经过这些严格检验，才能将“格式可能压缩过程”从解释性的比喻推进为可供司法改革参考的经验命题。

◆ 八、数据不足时怎样写结论

研究者容易将“目前没有数据”解释为“因为制度性漏记而没有数据”，但两者并不等价。现实中，数据缺失可能来自保密规定、平台检索限制、研究者未能取得数据库、企业披露不充分，或者损害本身不具有单一的可观测指标。要声称制度系统性漏记，至少需要能够比较另一套确实存在的观察系统，并说明为何某类信息在制度转换过程中有方向地丢失。否则“无字段”只是一种资料获取上的困难，不足以成为强因果解释。

本书约定三种结论标签：第一类“规范已确认”，指明确建立在现行有效的法律文本和相应解释之上；第二类“机制上可解释”，指理论能够说明某种可能性，但尚未获得裁决性的经验数据；第三类“经验已检验”，必须具备可复核的材料来源、编码规则、研究实施和对反向预测的测试。本书写作时尚未完成外部预注册与公开样本实测，所以书中新提出的实证指标均属于第二类，不得在摘要或宣传中冒称第三类。

◆ 九、编码手册的检验目标：三条可错的预言

本书的主命题是：单位犯罪是被组织拆散的犯罪，其根本难题在于判服错位——判聚在“单位”一点上，服却散在组织内外多处。一个主命题若说不出什么局面出现它就错了，便不配称为命题。本编码手册的最终用途，是为以下三条预言提供检验工具。三条预言均尚待检验，本书没有完成任何一条的实证，以下只写明检验的对象、所需变量和失败条件。

预言一：判服错位预言

在罚金额相近的单位犯罪案件中，若判决同时对控制者个人作出与其控制权相称的处理，并依法追缴其实际违法收益，后续同类违法的复发应少于只判单位罚金的案件。

所需变量：本附录第二节制裁层的单位罚金、追缴违法所得与个人刑罚三项分列编码；个人责任层的实际决策权限；以及在可追踪范围内同一单位或同一控制者此后的同类违法记录。比较组按罚金额区间配对，并控制罪名、行业和地区。失败条件：若长期观察显示两组的复发情况无差别，“判服错位”作为解释就要降级，从本体命题退为描述性的概括。

预言二：次序预言

“先单位后个人”的认定次序越牢固，判决书中以“签字、参会、分管”等在场事实认定个人责任的比例越高。

所需变量：个人责任层中名义职务、在场事实与具体指挥行为的分列编码；裁判说理中认定个人作用所依据的事实类型；以及案件所在地区或罪名类型是否明确要求逐人说明作用。失败条件：若在明确要求逐人说明作用的地区或案件类型中，以在场事实认定个人责任的比例并不下降，第四编的“默认有责的账簿”命题不成立。

预言三：签名预言

在经过真实合规整改的企业中，“不知情”辩解在后续案件中被采纳的比例应当下降。

所需变量：本附录第六节关于合规投入、过程、结果的三层编码，用以区分真实整改与纸面整改；后续案件中被告人是否提出不知情辩解，以及该辩解是否被采纳；签名之后能否追到具体自然人。失败条件：若在真实整改的企业中，不知情辩解的采纳比例不降，第八编关于合规把犯罪从“可匿名漂移”改写为“必须显名跨越”的命题不成立。

三条预言都只给出粗层级的失败局面，不要求本书事先确定每一项检验的具体统计方法。它们的作用是让主命题暴露在可能的反例之下：任何一条被反驳，本书都将相应收窄判断，而不是以新的解释吸收反例。

附录四　单位犯罪学派出生证与异象登记表

◆ 一、出生证的读法

本附录借用王德生《法学学派解构入门》（2026）中的学派解构方法，只用于单位犯罪领域。其基本读法是：每一个学派在开始推理之前，已经选定了一个主角（立法者、法官、检察官或守法人），并作出了一对联合预设——把这个主角面对的人预设成什么样的人，把法预设成什么东西。裁判规则是从这对预设里推出来的，而不是从世界里直接捡来的。出生证还附有一栏意义预设，记录该学派在创造、自由、幸福三种价值之间大致怎样配置权重：创造指制度能否让组织和个人生出新的守法方式，自由指对个人权利和罪刑法定的守护，幸福指社会福利、损害填补与秩序安定。

表中各栏的含义如下。“起手的路”记录学派面对案件时的第一步：先找条文（从条文出发，看行为操作，再核对条件），还是先看案情（同样以条文为起点，但先核对案情条件是否具备，再回到操作）。“它接不住的异象”是该学派的预设无法自然解释的情形。异象来了，学派通常不改起点，而是吸收：免检（“这不是刑法问题”）、改名（“这属于例外”）、先验（“按定义就是或不是”）；若无法吸收，则分叉出新学派。“制度依赖”指该学派的预设通过法律、司法解释或判例织进制度的方式：连接（谁对谁负责）、次序（谁先谁后）、结构（体系怎样搭）。“本书的再聚合读数”是本书为松动该学派冻结之处所提出的观察指标。

需要强调：出生证是分析工具，不是对任何学说的价值裁判；判与服的读法是分析与政策工具，不是新的犯罪构成要件。中国现行的双罚制教义学是现行法的解释体系，本书对它的分析只在解释论、政策论和立法论的层次上分层进行。

二、七张出生证

学派	代表人物或规范	主角	人（主体预设）	法（客体预设）	意义预设（创造／自由／幸福）	起手的路	它接不住的异象	吸收方式或分叉	织进中国制度的依
① 否定论（“法人不能犯罪”）	传统个人责任刑法观	法官	只有自然人有心灵与罪过	法是对个人罪过的谴责	自由为重，幸福次之，创造最轻	先找条文：只问自然人的行为与罪过	组织收益巨大而无一人具备完整故意；责任分散在多个岗位	免检：组织问题交由行政法、民法处理；后因组织性违法增多而分叉出单位意志论	结构：以《刑法》第三十条法定主义的形式保留为边界——分则未规定的，单位不负刑事责任
② 同一视／单位意志论	我国通说；英国同一视原则（Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass，1972）	法官	单位的“头脑”是决策机关与负责人	法是对意志的谴责	自由为重，幸福居中，创造较轻	先找条文：寻找“经单位集体研究决定或负责人决定”	无会议决议的漂移；中层自行其是而高层坐收其利；大型组织中“头脑”找不到	先验：经集体研究决定即为单位意志，无决议即非单位犯罪	次序：先认定单位意志与单位犯罪，再确定责任人员

学派	代表人物或规范	主角	人（主体预设）	法（客体预设）	意义预设（创造／自由／幸福）	起手的路	它接不住的异象	吸收方式或分叉	织进国制的依
③ 替代责任论（“归责于上”）	美国联邦判例（New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States，1909）	立法者、检察官	雇主为雇员在职务范围内的行为担保	法是损失与风险的分配	幸福为重，创造居中，自由较轻	先看案情：员工是否在职务范围内、是否意图使雇主获益	员工越权行为；组织已尽力防范仍被归责；收益归属与控制分离	改名：员工越权属“例外”；或以合规抗辩作减轻因素	我国采纳一般责原则；收益属标以“法所归单所有”认定路进连接
④ 组织过错／公司文化论	Fisse与Braithwaite（1993）；澳大利亚《1995年刑法典法》第12.3条	立法者	组织是会产生结构性过错的系统	法是对结构缺陷的谴责	创造为重，幸福居中，自由较轻	先看案情：考察政策、文化与内部纪律	管理失灵是否都构成犯罪；文化缺陷无法与具体犯罪相连；结构良好而个人违法	免检：管理失灵即为过错，无需追问个人	尚未为我一般责原则；涉案业合改革以“规整改”形式分进结构

学派	代表人物或规范	主角	人（主体预设）	法（客体预设）	意义预设（创造／自由／幸福）	起手的路	它接不住的异象	吸收方式或分叉	织进中国制度的依
⑤ 威慑论	Becker（1968）；Polinsky与Shavell（2000）；Coffee（1981）关于罚金外溢的分析	立法者	组织是会算账的理性人	法是价目表（预期制裁）	幸福为重，创造、自由较轻	先看案情：估算收益、发现概率与预期制裁	罚金外溢到股东、员工、债权人与消费者；罚金被预算化、保单化、合同化	改名：外溢是“执行问题”，不是归责问题	连接：《刑法》第三十一条单位判处罚金，罚金数额与违法所得的衔接
⑥ 合规激励论	Arlen与Kraakman（1997）；我国涉案企业合规改革	检察官、守法人	组织是可被激励的自我监管者	法是激励合同	创造为重，幸福居中，自由居中	先看案情：考察整改承诺与第三方评估	合规文件齐全仍然违法；“签到式”签名；举报增加被误读为违法增加	先验：有合规文件即有合规	结构：第三方监督评估机制作为检察机关依法处理案件的重要参考

学派	代表人物或规范	主角	人（主体预设）	法（客体预设）	意义预设（创造／自由／幸福）	起手的路	它接不住的异象	吸收方式或分叉	织进国制的依
⑦ 双罚制教义学	我国《刑法》第三十条、第三十一条及1999年司法解释、2001年金融犯罪纪要、2014年立法解释	法官	单位与直接负责的主管人员、其他直接责任人员是两层主体	法是法定的构成要件体系	自由为重，幸福居中，创造较轻	先找条文：分则是否规定单位犯罪，再依次认定	规则越细、钩子越多，低层人员越易被定罪而控制者越安全；在场即被认定有责	先验：在场即有责；改名：空壳公司、个人私分改归自然人犯罪	连接（第十一两类然人）次序（先位后人）结构（第十条定主及相解释

◆ 三、出生证之间的关系

七张出生证并不是七种互不相干的意见。按主角来看，否定论、同一视论和双罚制教义学都以法官为主角，因而都从条文起手，关心的是一次判决能否站得住；替代责任论、威慑论以立法者或检察官为主角，从案情起手，关心的是风险与成本如何分配；组织过错论和合规激励论则把守法人推到台前，关心组织能否自己生出守法的方式。主角不同，起手的路就不同，冻住的再聚合点也不同：同一视论只聚合“决定”，替代责任论只聚合“收益归属”，组织过错论只聚合“结构”，威慑论只聚合“成本”，合规激励论只聚合“整改”，双罚制教义学则把“次序”固定下来。

本书的主命题由此得到定位：单位犯罪是被组织拆散的犯罪。组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名拆散到不同的时间、岗位和账簿里，而每一个学派只把其中一项再聚合起来。判聚在“单位”一点上，服散在组织内外多处，这一错位不是哪一个学

派的疏忽，而是每张出生证各自只聚合一项的必然结果。本书不提出第八张出生证，也不主张以任何一个学派取代现行双罚制，而是在法定要件之内，把各学派各自冻住的再聚合点放回判与服的实际过程中去观察。

◆ 四、异象登记表

下表登记十种单位犯罪的疑难情形。每一行写明各学派通常怎样吸收它，以及本书怎样读它。表中情形均为类型化的构想情形，不指向任何真实企业或案件。

疑难情形	① 否定论	② 同一视／单位意志论	③ 替代责任论	④ 组织过错论	⑤ 威慑论	⑥ 合规激励论	⑦ 双罚制义学
员工越权行贿，公司获益	只追究员工个人	无决议，不是单位意志（先验）	职务范围内即归责于公司	看公司是否容忍此类行为	看公司预期收益是否高于预期制裁	看是否有反贿赂制度	按“单位义、法所归单位”思路断，以认时按人犯
无会议决议的漂移：违规一步步变成惯例	找不到有故意的人，不入刑	找不到决议，难以认定（先验）	只要员工在职务范围内即归责	正是组织文化过错的典型（免检）	视为执行概率低的问题（改名）	视为合规文化缺失	难以定决主体常退对执者个的追

疑难情形	① 否定论	② 同一视／单位意志论	③ 替代责任论	④ 组织过错论	⑤ 威慑论	⑥ 合规激励论	⑦ 罚制义学
个人设立空壳公司实施犯罪	本来就只追究个人	无真实单位意志	无真实雇主可归责	无真实组织可评价	公司无可罚财产，威慑落空	无合规可言	依199年司解释不以位犯论处（改名）
母公司设定目标，子公司实施违法，收益上划	只追究具体实施者	子公司负责人决定即子公司意志，母公司难以触及	视控制关系决定是否归责于母公司	看集团层面的结构性过错	看集团整体的成本收益	看集团合规是否覆盖子公司	先确哪一法定织是罪单位，分别定
公共机构被判罚金，罚金由财政预算承担	不入刑，交由行政纪律处理（免检）	机构负责人决定即机构意志	机构为工作人员担保	看机构内部的管理缺陷	罚金在预算中循环，威慑可能落空（改名为执行问题）	看机构整改	现行有明规定依法定机犯罪责任员
罚金被计入经营成本或通过保险、合同转移	与个人罪过无关	与意志认定无关（免检）	视为风险分配的正常结果	视为文化缺陷的表现	视为罚金不足的执行问题（改名）	视为合规激励不足	罚金决后执行转移属定问题（免检）

疑难情形	① 否定论	② 同一视／单位意志论	③ 替代责任论	④ 组织过错论	⑤ 威慑论	⑥ 合规激励论	⑦ 双罚制义学
合规文件齐全，违法仍然发生	与组织无关	看违法是否经决策机构决定	有合规仍归责（或作减轻）	文件与文化脱节，仍是过错	合规成本与违法收益的比较	有合规文件即有合规（先验）	合规为量或程处理参考不影定罪成
算法自动决策促成违法交易	机器无罪过，人亦无故意，不入刑	找不到“头脑”（先验）	视算法为雇员延伸，归责于平台	看算法治理的结构缺陷	看平台从违法交易中的预期收益	看算法合规与风控	先确具体名与台行性质再认责任员
规则越细，低层签字人被定罪，控制者未被追究	只看个人罪过，不涉及组织	签字即参与决定	不区分层级，统一归责于公司	视为结构问题，不追问个人	视为执行偏差	视为签字流程的成果	在场有责（先验）
生态损害无法货币化、未进入任何记录字段	与组织责任无关	与意志认定无关（免检）	按可计量损失分配	视为结构性过错的后果	外部成本内部化不足（改名为估值问题）	看环境合规	依具罪名结果情节件认定，进入件的害不

五、异象登记表的用法

异象登记表的用途不是证明某一学派错误，而是辨别吸收与真解释。一个学派说完之后，如果起点没有多知道一点东西——没有多知道谁有权停止、收益进了谁的账、罚金最终落在谁身上——那么它对异象的处理就是吸收，而不是解释。本书各编的再聚合读数，正是为了让这些异象在判决、起诉和合规考察中不再被吸收掉，而是被看见、被登记、被检验。

在罪刑法定的约束下，这种观察只改变证据的组织方式和政策的讨论方式，不改变任何犯罪的法定构成要件。若某一读数在实践中不能提供传统教义学之外的辨别力，它就应当降级为调查清单；若某一异象被证明可以由现行规则完整处理，本书对它的读法就应当收窄。

附录五　八组假设案例的反向压力测试与规范裁判方案

◆ 一、假设案例的用途、法律坐标和读法

本附录的八组故事均为构想案例：它们是为了检验理论而构造的假设情境，不是对真实判决的摘录，不指向任何真实的机关、企业或个人，也不暗示司法机关曾在这些情境中作出某种结论。每一组分别回答三个问题：首先，在当时有效的具体罪名中是否存在单位犯罪的明文规定；其次，现有证据是否足以把犯罪事实归属于单位和特定自然人；最后，经济分析能够额外解释什么，以及它绝对不能替代什么。只有三个层次都分清，读者才不会把一个好的政策主张误当作现行刑法规则。

总则中的单位犯罪主体列举，并不意味着每一个犯罪都允许单位构成。具体判断仍应回到分则相关条款及司法解释，审查该罪是否设有单位犯罪形式，单位实施的客观行为、罪过与受益结构如何认定，以及直接负责的主管人员和其他直接责任人员的法定责任。还应将单位的法律责任、自然人的法律责任、组织承担的经济损失和经济损失最终转给何人分成四张账。四张账彼此有关却不等同，这是本书避免最严重的规范混淆的基础纪律。

以下分析中，“结论一”是既有规范可能导向的判断路径，“结论二”是本书拟检验的经济分析结果。若经济分析所得建议与现行法冲突，必须明确称为立法论或政策建议，绝不可用效率考量越过罪刑法定、责任主义及无罪推定的基本边界。

◆ 二、构想案例甲：公共机构以集体名义违法获取利益

以下为构想场景。设某基层公共机构以部门经费不足为由，由负责人在内部会议上决定安排工作人员向外部主体索取不当财物，所得进入非规范账户，用于支付部门活动。数名工作人员参与执行，其中一人曾在邮件中明确反对，另一人虽知悉但只办理一般性的报销手续。机构日后接受刑事调查，个人辩称所得没有进入私人腰包，因此不应认定个人犯罪。

规范判断不能仅凭“公共机构”的身份得出当然无罪的结论，也不能只凭“钱给机构花”自动确认单位犯罪。必须先识别具体罪名的主体结构和具体违法行为，并依照现行法律及司法解释判断是否属于规定的单位犯罪类型。内部决议可以证明组织形成了某种共同目标，却不能单独说明每名参会或办事人员具有相同的罪过。反对者的权限、是否继续实施以及能否拒绝，属于关键事实；只机械办理报销而不知悉违法来源的人，更不能靠“单位内部有人犯罪”补足其个人责任。

经济分析提出的难题是：公共机构如果被判罚金，最终损失可能体现为预算调节、公共服务项目缩减或财政拨付安排，而违法的直接决定者未必承担相称的损失。但“财政可能买单”是一项有待具体证据证明的成本归宿命题，既不是排除机构法定主体资格的理由，也不是加重普通工作人员刑责的依据。应当另行观察具体的预算科目、资金属性、是否存在合法的追偿路径以及罚金的法定执行方式。若缺乏可公开核验的财政材料，研究只能提出风险，不能声称公众事实上替犯罪支付了全部代价。

足以推翻本书判断的反例是：若依法追究了主要决策者与实际违法实施者，同时通过严格的财政管理和专门的纠正措施保障公共服务资金不被错误挪用，则“国家机关作为主体必然无法受到有效威慑”的全称结论便站不住。由此，本书保留对主体资格问题的分层讨论，但把更稳健的研究方向转向“违法收益、个人损失和公共预算的可分离核算”。

◆ 三、构想案例乙：公立医院的科室创收与行政隶属

以下为构想场景。设某公立医院的一个科室在年度考核压力下，由科室负责人协调数人实施一类涉嫌违反刑法规定的经营活动。部分收益进入医院统一财务，部分作为科室绩效的计算依据。院领导声称没有批准，内部审计却曾发现异常收费而未有效处置。另一名一线医生只是按统一的工作流程接诊，未曾获得涉事收益，也不知情。

这个案例迫使研究区分事业单位、医院法人、科室和具体员工几个身份层次。科室能否被单独视为刑法规定的单位主体，不能仅凭其内部有独立考核指标就得出结论；应确认其是否具有相应的组织法律地位，犯罪主体最终指向医院、其他依法成立的组织，

还是特定的自然人。即使医院在某罪名下可能构成单位犯罪，也必须证明涉案决定、违法业务安排与利益归属达到法定要求，不能由医院规模大直接推断组织故意。

组织过程分析在这里确有增量。院领导没有亲自签字，却可能掌握预算停止权、审计督促权或流程调整权；科室负责人名义上级别较低，却可能控制具体的违法项目。两类权力都应转换为可见的证据，包括整改通知、会议纪要、预算审批、异常报警和持续容忍的事实。但制度失灵并不等于构成具体的故意犯罪，管理上本应发现违法与刑法上的明知、放任，不能未经论证相互替换。对于既无故意也无其他法定主观要件的一线医生，责任模型应允许输出“不应推定犯罪”的结论。

在制裁后果上，医院资金来自患者支付、医保支付、财政拨款或其他合法收入的组合，罚金的实际来源也可能不同。若主张罚金由普通患者承担，就需要观察收费机制、财政约束和支付制度的具体变动，不能把公立医院与一般追求利润最大化的公司等同。理论的作废条件是：如果同类案件可以由传统的授权、利益归属与罪过证据充分区分单位和个人责任，那么新引入的“风险反馈回路”读数若不能改善结果，就应主动降级为事实整理工具。

◆ 四、构想案例丙：竞争性国有企业中的决策与风险转嫁

以下为构想场景。设一家市场化经营的国有控股企业为了中标，经营班子中的若干人员商议以企业账户支付违法费用；公司取得订单并计入营收。其他高管只参加了经营会议，但对支付的性质不知情。案发后企业受到处罚，利润下降，持股职工担心年终福利受影响，而当初决定违法的人已离职并转移了个人奖金。

法条之下的主体审查必须先问具体罪名是否处罚单位，而不是先对所有国有企业作统一回答。国有资本属性可以影响治理结构、资金问责和有关职务犯罪规定的适用，却不当然导致单位犯罪的成立或不成立。还须区分国有独资、国有控股和混合所有制企业中不同人员的实际职权。哪一个账户支付、由谁审批、企业是否获益、谁知情并实施，都是必须进入裁判事实的证据点。

经济分析独有的解释任务，是研究“收益私人化、损失组织化”可能出现的脱节。违法交易使企业收入暂时增加，直接决策人可能提前按经营业绩领取奖励；犯罪暴露后，组织承担罚金、声誉成本和合同机会损失，未参与的员工和中小股东也可能受损。但这种负担扩散并不否认单位独立财产责任的现实法律功能，更不意味着罚金绝对没有威慑效应。市场声誉、融资成本和管理者的职位风险，可能反过来把成本施加到组织管理者身上。应当通过财务公告、薪酬追索及具体治理制度观察其大小。

本案最危险的反例是：企业对违法决策人存在真实的内部追责、追回奖金、撤销任职和保护举报者的机制，使违法收益不能轻易转移，新发案件明显减少。在这种情况下，简单的“罚金转嫁无效论”应削弱为“当实际损失承担人与违法收益享有人长期错位时，制裁效果可能衰减”。这是一项条件性命题，而不是关于全部国有企业的先验判断。

◆ 五、构想案例丁：集团公司、子公司与母公司的混合指令

以下为构想场景。设一家大型集团设有母公司、区域子公司和若干业务团队。区域子公司某经理明知某合同安排涉嫌犯罪，仍执行来自集团统一经营系统的业绩指令。母公司设定目标，但并未直接审批该项交易；其审计部门两次发出风险提示。违法所得先进入子公司账户，随后以合法形式的内部资金归集上划。集团合规部声称全集团存在统一制度，因此母公司无过错。

第一个难题是：刑法上的“单位”究竟是哪一个法定组织，不能从会计合并报表中的集团概念直接跳到刑事主体。控制关系、关联交易和收益流向可以是查明违法事实的重要线索，但母子公司之间能否进行犯罪归责，仍需要根据具体罪名、主体地位、真实行为及必要的主观要件判断。只因母公司收到了分红，并不必然说明其批准了子公司的违法交易；只因子公司是独立法人，也不意味着母公司组织者的行为永远与其无关。

第二个难题是有效合规制度的边界。统一制度的书面存在与风险提示的实际处理之间可能相距甚远。若母公司可以临时关闭交易系统而没有行动，可能提示实际控制权需要继续调查；但系统权限证据必须与具体的罪过相连，不能凭“能阻止”便倒推出“故

意放任”。区域经理收到违法指令后是否有合理的拒绝渠道、是否保留异议、是否隐瞒了交易性质，同样影响个人责任的判断。

本书拟把“集团控制节点”定义为研究中的证据组织单元，而不是新增一个法外的刑事主体。检验方法是比较仅用法人名义、合同签署人与资金流向的基础模型，和增加“从风险提示到停止权行使”的过程模型，在排除纯属形式性审批的情况后，是否更能区分责任。如果没有增量，应撤销“控制节点”作为独立原创要素的主张；如果有增量，也只能说它改善了事实发现，并不替代法院对法定构成的最终判断。

◆ 六、构想案例戊：平台算法、风控提示与可解释责任

以下为构想场景。设一家数字平台通过自动排序与动态激励向合作商家推送目标，部分推荐方案被商家用于实施违法交易。平台管理层曾看到某类异常模式，但无法解释单笔推荐为何发生；算法工程师负责修复系统漏洞，业务经理负责调整商业指标，普通审核员仅根据界面进行人工复核。案件发生后，舆论要求处罚平台及所有参与系统设计的人员。

本案不能因为有算法就自动把机器设为刑法主体，也不能因为算法“不透明”便降低证明标准。首先必须明确究竟发生了哪一种犯罪，平台提供的是中立技术、明知的帮助，还是其自身依法可被评价的违法业务行为；再依据具体罪名的规定判断单位和自然人的责任。平台经济分析尤其容易滑入“谁设计了工具，谁承担所有结果”的直觉，但工具的可被滥用性与具体犯罪的归责之间，仍有多道实质性关口。

组织过程研究可设计四个可观察的问题：第一，异常报警是否真实到达有权限的管理层；第二，负责业务目标的人是否能够修改激励参数；第三，安全团队的否决建议是否被压制；第四，组织是否因持续的违法行为获得可识别的利益。四个问题旨在重建时间顺序，而非让管理责任自动转化为刑事故意。要求平台开展普遍的风险控制，在公共政策上可能是正当的；但某一犯罪的成立，仍需具体事实支持。工程师能写代码不等于能控制业务决策，审核员执行流程不等于知悉隐藏的激励目标。

可检验的反例是：日志证明平台在合理时间内封禁了风险行为、追踪了来源并依法向有关机关报告，违法使用主要来自独立第三人对防范措施的规避。若“算法产生后果即单位犯罪”的推论无法区分这组事实与平台故意设计违法获益的另一组事实，该推论就应撤回。面对技术革新，刑法上的效率论首先要守护的是法定边界，不能把复杂性当作放弃边界的理由。

◆ 七、构想案例己：合规负责人签字与真实制止权限分离

以下为构想场景。设某公司对一项高风险业务执行“先填表、再签字”的流程。负责合规审查的职员须在系统中点击确认，上级审批才能继续进行；内部文件却规定经营部门可以以紧急经营为由覆写提示。该职员多次在批注中表达对风险的忧虑，上级仍要求完成流程。案件发生后，调查者把所有电子签字人列为同等重点，而真正拥有覆写权的人称合规职员“已经同意”。

本案揭示了程序证据的双重性。电子签字可以准确证明某人接触过一条信息，甚至曾经执行某项程序；它却不能单独证明此人有权阻止行为，也不能天然替代刑法规定的主观罪过。若合规职员只享有提示权，没有预算权和停止权，且存在明确的反对记录，其“签字”应当结合真实权限审查。反过来，如果一名负责人虽未签字，却实际反复授意规避审查并掌握停止权，同样不能因为形式记录缺席便置身于归责讨论之外。

本书设计的“权力—知识—行为”三联变量，应当分别编码，禁止用其中任何一个变量代替另外两个。知道风险，不一定有权停止；有权停止，不意味着已经知道违法事实；实施形式性程序，也不等于实施了该罪名要求的违法行为。只有当具体行为与法律规定的主观、客观要件形成可证明的联系时，才可讨论相应的责任。在样本研究中，应由两名编码人员分别观察签字位置和实质权限，检验二者的相关性到底有多强。

如果传统司法证据已能完整表达上述差异，而“路径位点拆解”仅仅重新命名了这些差异，就不能宣称发现了全新的犯罪构成理论。它至多是一种降低调查遗漏的审查清单。这一主动降级的条件写在本书里，是为了防止方法论上的创新被误用为无边界的新增处罚依据。

◆ 八、构想案例庚：真实举报、案件增加与合规悖论

以下为构想场景。设甲乙两家企业在业务与规模上大致相似。甲企业建立了独立的举报渠道，完善了内部取证与自查，第一年主动报告的问题明显增加；乙企业保持传统的层级汇报，表面上没有公开的问题。有人据此宣称甲企业的合规制度“使犯罪增加”。其后甲企业对举报进行调查、阻断了部分交易并追究了责任，乙企业则因缺乏公开线索而没有可见的整改。

这组情境表明，发现数量和真实违法发生率并非同一个读数。合规制度改善可见性之后，已经存在的违法可能更容易被发现，使公开案件在初期增加。因此，评价合规质量至少应分别观察举报数量、有效核查比例、及时阻断比例、损害后果及同类风险再次发生的情况。甚至“有效举报比例”也可能受到对报复的担忧与举报门槛变化的影响，必须连同保护机制和数据口径一并解释。

在法治层面上，主动报告不当然构成单位不犯罪的保证，也不是每一案件的刑罚豁免。案件仍须依犯罪构成和法定程序评价；企业整改、赔偿、合作与程序内的从宽因素，应放在依法允许的位置分别判断。经济分析可以讨论鼓励自报是否改善了执法信息，以及哪些激励会导致形式化的“自愿合作”，但不能凭制度总体有益越过各罪的定罪要件。

本书在经验研究中拟将“真实风险发生”和“风险被发现”设为彼此不同的潜变量，尽可能依公开材料寻找替代读数，不为任何一个指标赋予单独的定罪功能。倘若未来数据证明某些合规项目只是增加了自我披露的文本，而没有增加实际阻断或减少损害，则“合规投入必然有效”的主张应撤销。相反，若风险阻断有所改善而案件报告增加，也不能仅凭案件数判其无效。只有保留两个方向都可能出现的解释，本书的实证设计才算真正能够面对不利的结果。

◆ 九、构想案例辛：生态受损、受害第三人和最优制裁误区

以下为构想场景。设某企业通过组织性的生产安排，持续实施某种可能构成单位犯罪的污染行为。管理层取得当期利润，企业后被调查。部分投资者在处罚公布后出售股份，普通工人面临就业不稳定，附近居民主张损害赔偿，政府同时需要投入修复资金。研究者根据企业获得的利润和估计的污染损失，提出应当施加“足以完全内部化外部成本”的制裁。

经济分析首先能够揭示违法收益与社会成本可能不在同一个账户：企业取得短期获益，周边居民和生态系统可能承担长期损害，某些修复费用甚至要由公共财政先行支付。但任何“最优制裁数额”的数学计算，若未区分刑事罚金、生态环境修复责任、民事赔偿、追缴违法所得及行政法律责任，便会把不同的法益、不同的程序与不同的执行依据混成同一项货币负担。对特殊类型的犯罪，还必须依法审查构成要件、结果与因果关系，并注意法条设定的刑罚幅度和个人责任。

更复杂的问题是，外部成本未必能够完全货币化，损害估值涉及时间折现和不可逆的生态风险。经济模型可以帮助展示不同政策工具的成本范围，却不能把一个统计上的估值直接转化为法官可任意裁量的罚金额度。司法上的举证标准、被告人的辩护权、财产保护和执行程序具有独立的规范意义；一个“违法损害非常大”的政策判断，无法自动补足某被告人是否知悉、是否实施、是否符合特定罪名的犯罪构成。

本书面对的最强替代解释是：某些情形下，及时制止污染、依法赔偿修复、追回违法收益和惩处实际决策者的组合，可能比单纯提高单位罚金更能降低社会成本；但不同工具之间可能存在替代与互补，不能预先宣布某一项工具永远更优。若对照分析不能证明新增的组织责任读数对司法判断或风险预防有独立贡献，就应承认相关论证属于对既有责任体系的经济说明，而非一种新型的犯罪责任理论。

◆ 十、八案比较：四张账和两条分界线

将八案放在同一矩阵中，需要分别登记：法定主体与罪名、具体的违法决定链、利益进入的账户、负担可能转出的账户、可依法追责的个人、无罪或责任减轻的关键反证、可观察的数据来源以及该案最大的未核风险。若把上述八个变量随意混合，就会丢失最初建立的四张账：组织在法律上是否犯罪，是第一张规范账；哪些自然人因自己的行为承担刑事责任，是第二张个人账；行政处罚、刑事罚金、赔偿及修复如何从账户支付，是第三张财务账；成本最终落在谁身上，是第四张经济归宿账。

第一条分界线是现行法与改革论的界线。国家机关、公立医院以及国有企业在不同罪名中具有法定差异，但法律是否承认某类主体，不取决于研究者能否证明其罚金被转嫁。即便转嫁十分严重，也只能构成制度完善的实证理由；具体犯罪的法律规定明确时，研究者不能因不认同其经济后果就自行宣布单位不是犯罪主体。第二条分界线是组织风险与个人罪过的界线。组织治理失灵可能提供调查方向，但任何人的刑事责任，都不能由单位“文化不佳”、个人的任职头衔或系统留痕机械地推出。

为了提高模型的可反驳性，建议以甲、丙、己、庚四案作为第一组压力测试：甲案检测公共财政成本论能否经受预算证据的反驳；丙案检测“收益私人化、损失组织化”能否区分真实的激励结构；己案检测签字人与控制者能否依据实际记录分离；庚案检测合规能否把报告增加与风险减少同时纳入解释。乙、丁、戊、辛四案作为外部有效性检验，分别从主体层次、集团控制、技术中介与跨法域制裁工具四个方面挑战模型的泛化能力。

任何由本书提出的新指标，都必须先回答三件事：它是否仅仅是传统概念换了名字；它是否需要法院无法获取的额外信息；它能否在不损害无罪推定的情况下带来独立的辨别能力。即使三个问题都得到肯定回答，也仅意味着该指标可能有研究价值，绝不意味着已经完成了独立的法学贡献认定。

◆ 十一、从构想案例到公开案例的迁移规则

构想案例可以揭示理论的隐含前提，却不能提供现实中的发生频率。要从本附录走向可核验的研究结论，需要为每一组先列出可见的对照类别和负面结果。公共机构类案例应寻找明确讨论法定主体、单位意思和人员责任的公开材料；医院类案例应注意医疗事业单位的主体地位与具体罪名规范是否匹配；国有企业类案例可兼顾刑事裁判和依法公开的经营信息；平台类案例须核查是否有实际存在的算法风险证据，而不是只因案由中出现“互联网”便纳入；合规类案件必须记录是否只有制度介绍而没有风险阻断的可观察记录。

每一案均应采用“文书事实—裁判说理—研究者解释”三栏编码。第一栏只记录法院或公开机关在材料中记载了什么，第二栏记录其怎样连接法条与事实，第三栏才记录本书对成本和激励的分析。对于资料不足的案件，可编码为“无法判断”，不能强迫其为支持或反对模型提供一个虚假确定的答案。来源可以是依法公开的裁判文书、权威部门发布的典型案例、可核的公开年报和法定信息披露；不同来源的证据权重需在数据字典中说明。

尤其要追索反向案例：某组织被确认不构成单位犯罪，被告人因欠缺主观要件而无罪，单位犯罪成立而特定工作人员未被认定为直接责任人员，某书面合规程序虽然存在但未能阻断违法，某合规制度因及时报告而揭露了大量问题。正反案例都可能否定本书的一部分直觉，因此研究者不能只检索“成功说明本模型”的典型案例。若缺少这类反向样本，应在研究说明中直言“此项理论尚缺反向检验”，而不是以既有文献的引用数量掩盖不足。

与现实司法案件相联系时，敏感个人信息的处理必须遵守适用的个人信息保护规定和数据库使用规则。将公开文书去标识化后用于统计分析，不等于可以无限制地传播原文数据。若公开机关调整了文书的呈现方式或链接失效，应记录当时的可查状态与合法的留存方式，必要时公布变量定义和可复现的代码，而不发布受限制的原始文本。

◆ 十二、最需要容忍的四种研究失败

第一种失败是理论在实践上没有新的辨别力。若加入“组织风险反馈”“路径位点”之后，模型仍与已有的刑法教义学结论完全相同，就不能用术语的数量替代创新，应保留其描述价值而降低独创性主张。第二种失败是指标不可得。若违法决定链、实际停止权和最终经济承担者在公开材料中无法观察，不能为了得到好看的结果，便用头衔、签字或市场价格这些容易取得却意义不同的变量强行替换。

第三种失败是观察到了相关而未能识别原因。企业受罚后经营恶化，可能来自行业景气、管理层变更、融资冲击等因素；合规企业违法减少，也可能是因为本就愿意参与制度的公司治理较好。研究者必须记录替代机制，承认无法辨别时的局限，而不是将事后的相关性包装成法规的效果。第四种失败是规范主张虽然效率更优，却不能穿过正当程序与基本权利的门槛。罚金的外部性再严重，也不能成为随意追究未参与犯罪的员工的理由；组织透明度再低，也不能把证明无法完全还原的成本全数转嫁给被告人。

这四种失败不应只在出版后遭到质疑时才被动承认，而应在研究开始之前写入检验备忘录。任何后来发现的前人相同学说、公开案例或反向结果，均应触发对命题范围的重新界定。一个无法说明自己何时该退让的学术论点，尚未成为值得读者托付判断的理论。

附录六　书级术语表

◆ 一、术语使用的总规则

本书各章使用的术语，均以本表为准，一词一义。同一术语在不同章节不得赋予两种含义；若某章需要在本表含义之外使用某一词语，须在该处另作说明。表中“不等于”一栏，记录该术语最容易被误读的方向。本书提出的分析术语均是证据整理、制度分析与政策讨论的工具，不是新的犯罪构成要件，也不改变任何罪名的法定构成。

◆ 二、法定与分析概念

术语	本书的含义	不等于
单位犯罪	刑法上的法定范畴：公司、企业、事业单位、机关、团体实施的、法律规定为单位犯罪的危害社会的行为	日常语言中一切由公司员工实施的违法
单位意志	理论用以解释组织决定归属的概念	已经观察到的心理事实
组织行为链	本书用于整理目标、权限、执行、反馈与收益五类节点的证据工具	新的犯罪构成要件
个人责任位点	用于定位与刑责相关的行为及控制能力的分析概念	对故意、过失、因果关系和法定责任条件的取消或替代
罚金的法律承担者	判决书中的受罚单位	罚金的经济负担承担者
经济负担承担者	因处罚而可能在经济上受损的利益相关者，须通过反事实观察确认	判决书中的受罚主体
软结算点	成本可以经预算、价格或合同调整而间接分配的环节，属经济假说	违法所得或罚金执行的事实
无字段损害	社会后果缺少可直接进入特定制度记录的表达方式；本书称之为“被没收的损害”	在犯罪构成中凭空增加的新数额标准
合规存在性	制度文件和岗位设置的有无	合规实际效力
合规实际效力	风险事件被阻断、报告与修复的过程	合规文件的数量与完备程度
规则细化	程序和形式要求更加具体	刑事归责准确性的天然提高或降低

术语	本书的含义	不等于
价型威慑	组织可能把处罚转化为经营成本的研究性分类，与禁止型威慑相对	犯罪可以合法缴费购买的规范结论
四张账	规范账（组织是否犯罪）、个人账（哪些自然人负刑责）、财务账（各项责任如何支付）、经济归宿账（成本最终落在谁身上）	可以相互替代或相加的同一笔账

三、本书主命题术语

术语	本书的含义	不等于
被组织拆散的犯罪	本书对单位犯罪的基本读法：组织把决定、知情、收益、成本、损害和签名，拆散到不同的时间、岗位和账簿里	“有意志的单位所犯的罪”，也不等于“可以定价的违法”
判	任何一次“这件事该这样”的定夺：判决、起诉、合规考察结论、董事会或其他内部决策机构的决议都是判	仅指法院的判决
服	对判的接纳：缴纳、整改、签字、照着去做；不服也是序列中的一环，如转嫁、拖延、换壳、形式整改	心理上的认同或口头上的认罪
判与服	法不只在条文里，也在判与服之间一次次长出来、再稳成规矩；本书借此读法分析单位犯罪，始终受罪刑法定约束	新的犯罪构成要件
判服错位	单位犯罪的根本难题：判聚在“单位”一点上，服散在组织内外多处——罚金由股东、员工、债权人、消费者乃至纳税人分担，真正能改变风险结构的控制者却可能没有服	罚金外溢只是执行问题
再聚合	在法定要件之内，让判落到服能改变风险的地方；本书的组织行为链、个人责任位点、制裁负担通道、合规与司法实证分别对应不同的再聚合通道	扩大追诉范围，或凭效率删改法定主体
再聚合读数	检验某一处拆散是否被再聚合的观察指标，如可见性缺口、罚金落点、结构量字段覆盖率、不知情抗辩存活率、低层自然人改判率	已经完成的实证结果
学派出生证	记录一个学派起点的表格：所选的主角（立法者、法官、检察官或守法人），以及它把人预设成什么、把法预设成什么的一对联合预设	对该学派的价值裁判
意义预设	出生证的附注一栏：一个学派在创造、自由、幸福三种价值之间的大致权重配置	学派自己明确宣示的价值立场
起手的路	学派面对案件时的第一步：先找条文，或先看案情	案件事实本身的顺序

术语	本书的含义	不等于
吸收	异象出现时，学派不改起点而将其纳入既有框架的方式；辨别吸收与真解释的标准是：说完之后，起点有没有多知道一点东西	解释
免检	吸收方式之一：宣称“这不是刑法问题”，把异象移出本学科	依法属于其他部门法调整的正当分工
改名	吸收方式之一：宣称“这属于例外”，以新名称安置异象	立法或司法解释对情形的正当分类
先验	吸收方式之一：宣称“按定义就是或不是”，以定义直接给出结论	法定构成要件的适用
制度依赖	学派的预设通过法律、司法解释或判例织进制度之后，异象再来时由制度网自行吸收的状态	制度本身的对错
连接	制度依赖之一：谁对谁负责，如《刑法》第三十一条把单位与两类自然人织成两条连接	民事上的代理或雇佣关系
次序	制度依赖之一：谁先谁后、谁上谁下，如司法实践中先认定单位犯罪、再确定责任人员	诉讼程序上的先后阶段
结构	制度依赖之一：体系怎样搭，如《刑法》第三十条的法定主义及1999年司法解释、2014年立法解释	组织的内部架构
两账分离	规范账与激励账的分离：组织在规范上要求的与在激励上奖励的不是同一件事	会计上的账外账
默认有责的账簿	“先单位后个人”的次序织进制度后可能产生的副作用：在场、签字、分管等事实被直接读作个人作用	对现行法律规定的否定
签到与承担	签名的两种性质：签到只证明接触过信息，承担则意味着签名者对后果显名负责	电子签名的法律效力问题
组织过程附页	本书建议在裁判说理中附记组织过程关键节点的研究性方案，属学术建议	现行法规定的裁判文书格式
构想案例	为检验理论而构造的假设情境，不指向任何真实的机关、企业或个人	真实案例或已检验的事实

单位犯罪，
不是“有意志的单位所犯的罪”，
也不是“可以定价的违法”，
而是被组织拆散的犯罪。

判决落在“单位”这一点上，
罚金却散到年终奖、报价单与预算里；
定下那张指标表的人，第二年照样定指标。
这本书追问：判作出以后，由谁来服？
七张学派出生证、七处拆散、三条再聚合通道，
在罪刑法定之内，让判落到能改变风险的地方。

罚金出了公司的门，落在了谁的身上？　　——本书

德麦国际出版社 · Demai International Press
德麦国际专著第 325 号
定价：US$20.00

ISBN 979-8-90690-579-6
9798906905796