

单位行政违法双罚制的规范建构

谭冰霖

【摘要】为强化对单位违法的威慑力,现代行政处罚逐步引入双罚制。双罚制是指对于单位行政违法行为,同时给予单位及相关责任成员行政处罚的法律责任制度。作为一种新的处罚制度,双罚制应从立法政策、构成要件、法律责任三个维度进行规范建构。在立法政策层面,双罚制应采“法有特别规定才适用”的局部适用模式;在构成要件层面,应准确认识单位违法的双重构造,从单位和成员两个维度、客观和主观两个方面确立双罚制的特殊构成要件;在法律责任层面,应基于组织抑制的合规思路补强单位自身的处罚责任,并对成员应受处罚的身份范围及责任进行适当限缩。

【关键词】政府规制;单位违法;行政处罚;双罚制

【作者简介】谭冰霖,中南财经政法大学社会科学院。

【原文出处】《法学》(沪),2020.8.127~142

【基金项目】本文是国家社会科学基金青年项目“行政处罚数额设定的法理标准与制度设计研究”(项目编号:19CFX027)的阶段性成果。

进入工业社会以来,以企业法人为代表的单位组织盲目追逐经济利益而罔顾社会福祉的活动,成为引发环境、健康、安全等公共风险的重要源头。作为政府规制的重要工具,行政处罚亦围绕单位行政违法行为(以下简称“单位违法”)编织了庞大而细密的法网。传统上对单位违法的行政处罚主要针对单位本身,不涉及决定或实施违法行为的单位成员。这在一定程度上导致违法责任主体与行为主体分离,阻滞了行政处罚的威慑效果。对此,现代法律在处罚单位的基础上,将负有责任的单位成员一并纳入处罚范围。这在理论上被称为“双罚制”。^①

尽管《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)尚未对单位违法的处罚制度作出统一规定,^②但诸如生态环境、食品药品、公共安全等一些特别法领域已经引入双罚制来提升行政处罚的威慑力度。例如,2019年10月11日修订的《中华人民共和国食品安全法实施条例》(以下简称《食品安全法实施条例》)引入“处罚到人”的立法思路,通过第75条规定了附条件的双罚制,强化了食品生产经营者的主体责任。2020年4月修订的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》也突出强化了单位违法中有关成员的个人责任。^③

面对单位违法双罚制的丰富实践,相较于刑法学对单位犯罪的系统研究,^④行政法学有关成果并不多见,既有研究虽不乏启发,但尚未形成体系化的认识。^⑤这间接导致立法和执法中出现困惑:(1)在立法政策层面,究竟应当对所有单位违法行为普遍适用双罚制,还是仅对部分单位违法行为局部适用双罚制?(2)在构成要件层面,单位违法过程涉及单位和成员两个行为主体,双罚制的成立是只需统一考察单位维度的构成要件,还是应当对单位和成员的构成要件分别判断?二者的要件内容为何?(3)在法律责任层面,对单位以传统财产罚为主的责任模式能否有效抑制单位再犯?对成员处罚的责任边界何在?本文拟从规范角度对这些问题提出探讨。

一、双罚制立法政策之选择

不同于“以处罚自然人个人为原则”的刑罚,^⑥规制各类市场主体在社会生活中“有组织的不负责任”所造成的社会负外部性,是现代公共行政的重要任务,故立法者理所当然地将单位和自然人一道作为行政处罚的固有责任主体。^⑦也就是说,对单位违法而言,在处罚单位这一固有责任主体的同时处罚成员,并非行政处罚法的逻辑必然,而是基于法律威慑的政策考量。对此,立法者拥有选择余地。

(一)立法政策之分歧

基于这种逻辑,理论和实践中对单位违法双罚制形成了“普遍适用”和“局部适用”两种不同的立法政策:

1. 普遍适用模式,即除法律另有规定之外,凡是单位违法行为均实行双罚制。例如,我国台湾地区“行政罚法”第15条规定,“私法人之董事或其他有代表权之人,因执行其职务或为私法人之利益为行为,致使私法人违反行政法上义务应受处罚者,该行为人如有故意或重大过失时,除法律或自治条例另有规定外,应并受同一规定罚鍰之处罚。”相似的立法例还有《德国违反秩序法》第30条。

2. 局部适用模式,即仅针对部分单位违法行为设定双罚制;如法律无特别规定,其他一般性的单位违法行为仍以单罚制为原则。^⑩例如,2017年公布的《中华人民共和国治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)》第17条拟规定,“单位违反治安管理的,对单位及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照本法的规定处罚。本法没有规定,其他法律、行政法规对同一行为规定给予单位处罚的,依照其规定处罚。”^⑪这实际上是肯定了治安管理处罚法之外实行单罚的立法政策。我国刑法对单位犯罪的设定和处罚也采用此种模式,根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第30、31条的规定,单位实施危害社会行为的,法律规定为单位犯罪的才负刑事责任,对单位处罚金,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。那么,在这两种模式之间应当如何取舍?

(二)局部适用模式之提倡

从责任基础和体系协调两方面分析,笔者认为单位违法双罚制的立法政策采局部适用模式更为妥当。

1. 就责任基础而言,随着法人拟制说的式微和法人实在说得到普遍认可,单位已在行政法上被法律赋予完整的行为能力和责任能力,自然人并非单位违法中的必要责任主体。如果要突破法律的一般框架将自然人(单位成员)一并作为单位违法行为的责任主体,就需要更强的论证理由。在刑罚领域,立法者否定单位犯罪全面实行双罚制的理由是:“由于单位犯罪的复杂性,其社会危害程度差别很大,一律适用双罚制的原则,尚不能全面准确地体现罪刑相适应的原则和对单位犯罪起到足以警戒的作用。”^⑫行政违法行为作为受到法律责难的行为,其本质也是具有相当社会危害性并破坏法秩序的行为,处罚设定之根本目的

在于预防或制裁具有社会危害性的行为。^⑬由此,就可罚性而言,实行双罚制的正当理由应定位于法益侵害的严重性,亦即对于部分社会危害程度极高的单位违法行为,才有必要通过双罚制强化威慑;否则,单独处罚单位即可。治安管理处罚领域即是未实行双罚制的一个典型。《治安管理处罚法》与《刑法》具有同质性,二者所规范的社会关系、行为性质存在一定重合。^⑭但为何《治安管理处罚法》未沿用《刑法》第31条确立的双罚原则,而是反其道对单位违法实行单罚制?理由或许在于:“与单位犯罪相比,单位违反治安管理行为所造成的后果较小,大多数甚至没有实际危害后果,只是有发生危害后果的潜在危险性。”^⑮

2. 从我国现行法律体系观察,双罚制目前主要存在于生态环境、食品药品、公共安全、金融监管等部分立法领域,^⑯“宏观来看,我国大部分行政领域对单位违法仍然将单罚制作为基本的处罚方式,并未规定双罚”。^⑰相反的如,《中华人民共和国税收征收管理法》对单位违法行为一般情况下只处罚单位。即便在同一部法律内部,也有不少立法对一些单位违法行为实行双罚制,而对另一些单位违法行为实行单罚制。例如,《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第205条对证券公司违法为客户买卖证券提供融资融券的行为规定双罚制,同法第210条却对证券公司违背客户委托买卖证券、办理交易事项的行为规定单罚制。这表明,我国实证法已在很大程度上采用局部适用的双罚制模式。若在行政处罚中重构普遍适用的双罚制模式,必将牵一发而动全身,不仅将消耗巨量立法成本,还会损及法律秩序的稳定性。

二、双罚制构成要件之解构

确定立法政策后,双罚制适用的关键就在于构成要件的涵摄。但所谓“双”罚,究竟是一个抑或两个构成要件?其构成要件的规范构造又包括哪些内容?对这些问题的认识,理论和实务上都处于模糊或分歧的状态,须基于单位违法的形态结构加以分析。

(一)双罚制构成要件的规范模式辨析

单位违法涉及单位和成员两个主体及其实施行为。在规范上如何评价这两个主体和行为,形塑了单位违法双罚制构成要件的规范模式。

1. 在实证法上,我国对双罚制构成要件的立法规定呈现两种模式。(1)“重合模式”。即立法对单位和成员规定统一的行政法义务,二者应受处罚行为的成立共享一个构成要件。例如,根据《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)第118条的规

定,生产、销售假药的,除依照该法第116条处罚单位之外,还要对有关成员没收违法收入、罚款、终身禁止从业或行政拘留的处罚。在这个条款中,单位和成员应受处罚行为的构成要件完全一致,即“生产、销售假药”。诸如此类的立法例还包括《证券法》第181~185条、《中华人民共和国反恐怖主义法》第83~84条,等等。(2)“复合模式”。即立法对单位和成员规定的行政法义务不完全相同,二者应受处罚行为的成立要件仅部分重合,除符合单位违法的一般构成要件外,成员应受处罚行为的成立还须满足其他附加要件。相较于重合模式,复合模式的立法例目前较少,代表之一如《食品安全法实施条例》第75条规定,对于单位食品安全违法行为,有关成员“故意实施违法行为”“违法行为性质恶劣”或“违法行为造成严重后果”的,一并处以罚款。

2. 双罚制构成要件不同模式的背后,是对单位违法形态结构的认识分歧。(1)重合模式对应单位违法形态结构的“单一构造论”。持该论者主张,尽管单位违法表面上存在单位和自然人两个应受行政处罚的主体,“但自然人成员所应负的行政违法责任的根据,仍是法人违法,而并非其自身独立的违法行为,他们是作为法人的有机组成部分参与实施违法的”,^⑩即一个违法行为、两个违法主体。还有学者走得更远,认为“单位违反治安管理行为的主体只能是单位本身,单位负责人或其他人员的行为是单位违反治安管理行为的有机组成部分,因此不应成为与单位并列的违反治安管理行为主体”。^⑪这实际上否定了单位成员的违法主体资格及法律责任能力。基于这种认识,立法不加区分地对单位违法中的单位和成员规定同一构成要件。(2)复合模式是单位违法“双重构造论”的实践映射。持该论者认为,单位违法的形态结构表现为两个违法主体、两个违法行为以及内容不同的主观过错。在构成论上,单位违法存在两个构成要件,单位责任与成员责任应适当分离,彼此独立,是否追究单位的责任并不影响对成员责任的追究,反之亦然。^⑫

3. “单一构造论”为单位违法的处罚提供了一个简明模型,具有减轻思维负担的优势,但其缺陷也显而易见。(1)在功能层面,无论根据法人实在说还是法人拟制说,单位之权利享有与义务履行,必须由特定的机关来实现,而机关在实现单位目的时,仍要依赖于自然人,^⑬“自然人在法人的活动中仍处于主导地位”。^⑭公司法学者也指出,“现代公司法理论的依据

是把公司经营者视为公司所有者本人即股东的代理人的代理理论,在此背景下,如何监管、监督经营者这个公司治理问题成为公司法中的中心课题”。^⑮从特别预防的角度,“单一构造论”忽略成员能动地位及其行为作用的主张失之片面,不利于威慑和抑制单位违法。(2)在规范层面,根据行政处罚法上的“自己行为责任主义”,相对人仅因自己违法且有责行为而受到处罚,法律不得规定相对人为他人的违法行为承担行政责任。^⑯“单一构造论”认为,成员在单位违法中仅作为单位的组成部分参与实施违法,不具有自身独立的违法行为。在此情况下实行双罚制,实际上是在否定成员违法主体资格的同时,又令其为单位的违法行为承担责任,有违自己责任主义。而且,根据包容于单位的同一违法行为及构成要件,分别给予单位和成员两次行政处罚,也有违一事不二罚原则。此外,“单一构造论”认为,成员与单位一道对单位违法行为承担连带责任的主张也存在逻辑矛盾。^⑰从法理上讲,连带责任具有给付的同一性、消灭的整体性、主体的多数性和平等性等本质属性。一方面,给付的同一性和消灭的整体性固然契合单位作为不可分割整体之单一构造特质。但另一方面,单一构造论认为单位违法行为中只有一个违法主体即单位,成员仅作为单位之手足参与实施违法行为,这与连带责任的主体多数性和平等性之间存在不可调和的矛盾。

4. 相较之下,“双重构造论”有助于避免“单一构造论”的缺陷,科学揭示单位违法的形态结构。首先,它客观反映了成员在单位违法中的独立地位和能动作用,有助于从源头上预防和抑制单位违法。其次,它能够有效克服单一构造论对自己责任主义及一事不再罚等行政处罚基本原则的违拗,从根本上解决成员“代人受过”和对一个违法行为两次课罚的理论困境。

但应指出,双重构造论关于“单位责任与成员责任彼此独立”的主张不能成立。不难发现,此论源于单位犯罪研究中的“单位责任与单位成员责任分离论”,^⑱二者内容几乎如出一辙。但将之套用于单位违法中,则是一种误区。在单位犯罪中,单位与成员的刑事责任分离的理论基础是法人拟制说,自然人才是刑罚的固有责任对象。在这种情况下,单位犯罪中的自然人当然能够脱离单位独立实施违法行为并承担刑事责任。而行政法则恰好相反,除了传统的治安管理违法等少数违法行为外,大部分单位违法行为必须由成员和单位结合完成。譬如,在排污、制药、消防、

证券、网络等领域,^⑤从事相关经营必须以单位名义获得行政许可或行政认可,因而这些领域的许多违法行为属于纯正的单位违法,成员的违法行为依附于单位,在法律行为意义上不可能以个人名义实施。正因如此,诸如《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)第61条、《中华人民共和国消防法》(以下简称《消防法》)第69条、《证券法》第184条等针对单位违法的双罚制条款,均冠以“网络运营者”“消防技术服务机构”“证券公司”等主体名称,这表明很多时候追究成员责任须以单位责任的成立为前提。

综上,单位违法的形态结构应为双重构造。在单位违法的场合,双罚制的成立包含单位和成员两个层面的构成要件。其中,单位应受处罚行为的构成要件属于一般要件,成员应受处罚行为的构成要件属于特殊要件。并且,成员的违法行为依附于单位,对成员责任的追究以单位责任的成立为前提,成员应受处罚行为的构成要件是单位构成要件的逻辑延伸,其规范结构表现为“单位一般要件+成员特殊要件”的复合形态。

(二)单位维度构成要件的展开

由于我国现行《行政处罚法》对应受行政处罚行为的成立缺乏总则性界定,其构成要件体系主要借自刑法学。刑法学关于犯罪构成的主流学说主要包括二阶层、三阶层和四阶层三种见解。^⑥基于行政违法行为的特点,本文采二阶层构成要件体系,即犯罪行为(actus reus)和犯罪意图(mens rea),下称客观要件和主观要件。

1. 客观要件。在实证法上,单位应受处罚行为的客观要件一般表现为违反法定的行政法义务,按照规制法学的一般理论,这些义务可提炼为3类:(1)基于技术或措施的行政法义务,即规定单位应当采用或禁止采用的技术标准或行为措施。如《中华人民共和国大气污染防治法》(以下简称《大气污染防治法》)第101条禁止单位采用国家综合性产业政策目录中禁止的工艺。(2)基于绩效或结果的行政法义务,即规定单位在末端必须达到的产出目标或不得超过的风险阈值。如《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第124条规定食品污染物以及其他危害人体健康的物质含量不得超过食品安全标准的限量。(3)基于内部管理的行政法义务,即要求单位结合规制目标,制定适合自身的内部经营计划、管理流程及决策规则等。如《药品管理法》第126条要求相关药品单位遵守药品生产、药品经营、药物非临床研究、药物临床

试验等方面的内部质量管理规范。这些行政法义务大多属于纯正的单位行政义务,客观上也只能以单位名义实施。

2. 主观要件。单位人格由法律赋予,并无生物意义上的思想。那么,在符合客观要件的基础上,单位应受处罚行为的成立是否还需要满足主观要件?组织社会学认为,现代社会中的单位已不是单纯的资合或人合团体,而是具有独立意志的“由职位(而不是由个人)组成的行动系统”,^⑦存在具有自身特点的管理制度和组织文化。日本刑法学者藤木英雄指出,单位自身具有犯罪(违法)能力,可以不用考虑单位代表人的主观意思而直接独立地把握单位的犯罪(违法)行为。^⑧由此,除了符合构成要件的该当性之外,单位应受处罚行为的成立也须考察单位的主观状态,这既是责任主义原则的规范诫命,也是清除组织违法土壤的功能诉求。目前,单位违法的行政法学研究鲜有论及单位应受处罚行为的主观方面,显然不够全面。

参考刑法学的有关研究,美国学者布伦特·费希(Brent Fisse)曾对单位犯罪主观要件提出开创性探讨。他将单位犯罪的主观要件提炼为4种类型:(1)“管理性犯意”(Managerial Mens Rea),即把代表组织的高级管理人员的主观状态作为单位的犯意。(2)“复合性犯意”(Composite Mens Rea),即把相关单位成员所掌握的知识集中起来,组成一个复合的犯意结构。(3)“策略性犯意”(Strategic Mens Rea),即单位通过其明示或暗示的政策所表现出来的意图。(4)“反应性犯意”(Reactive Mens Rea),即单位在犯罪行为发生后未能采取令人满意的纠正或预防措施,以应对成员的犯罪行为。^⑨此后的相关见解,多少都能归入这四类。

费希的分类在刑事政策上具有重要价值,但在单位违法中能否以及如何转换适用,尚须仔细辨析。其中,管理性犯意和复合性犯意其实都建立在已被摒弃的法人拟制说之上,其本质是将单位的主观状态诉诸成员意志,否定了单位的独立法律人格,并非本来意义上的单位主观过错。而且,简单地把部分特定成员的意志归咎于单位,不考虑单位作为组织体为阻止行政违法作出的制度努力,也有失公允。相较而言,策略性犯意和反应性犯意将单位意志从成员的主观状态中剥离出来,从不同维度构建了单位的固有责任,值得提倡和借鉴。但二者也存在一定缺陷,将之引入单位违法时须加以必要改造。

(1)策略性犯意基于“政策”判定单位主观状态的依据在于,“法人为了实现自己的既定目标,会通过一

定方法,在制定正式规则的同时,还会用增加报酬、晋升职称或官职等巧妙刺激自然人的目标”。^④但其缺陷是,“要求控方在犯罪行为发生之时或之前证明公司存在犯罪性质的政策是极端困难的。几乎没有公司会付诸明确的政策来支持犯罪行为。”^⑤在单位违法语境下,适用策略性犯意的修正方案是,不将其作为单位应受处罚行为的积极要件,而是将之作为单位反证自己没有主观过错的消极要件:如果单位能够证明其在违法行为发生前已制定政策明确禁止有关行为,那么单位成员违反政策所实施违法行为的,应视为成员个人行为,不以单位违法论处。这也与《中华人民共和国行政处罚法(修订草案)》(以下简称“草案”)第30条第3款关于过错推定与允许反证的思路相契合。实践中,单位犯罪领域已经出现运用策略性犯意的判例,可资行政处罚借鉴。例如,在“雀巢公司员工非法获取公民个人信息案”^⑥中,鉴于雀巢公司的政策指示、雀巢宪章及有关图文指引证实,公司从不允许营养师向医务人员支付费用以获取公民信息,法院认为涉案员工非法获取公民个人信息系“违反公司管理规定,为提升个人业绩而实施的犯罪为个人行为”,其辩称属于单位犯罪的主张不能成立。

(2)反应性犯意认识到对社会有害行为的反应才是对单位加以责难的普遍基础,其根据是单位从事了不正当的有害或危险的行为后,没有以负责任的方式作出反应。^⑦但其不足在于,“将行为发生之后的事情作为犯罪成立的要件放进责任之中进行考虑,的确叫人难以理解,因为它有违反英美法中传统的‘犯罪的成立,以行为的主观要件和客观要件同时存在为必要’的基本原则之嫌”。^⑧从合规理念出发,单位的这种反应责任应主要定位于事前责任,而不是待违法行为发生之后再“亡羊补牢”。因此,反应性犯意作为单位应受处罚的主观过错,其内容应当修正为:单位尽管可以采取监督、纠正或预防自身及成员违法行为的合规措施,却没有采取而给社会造成危害的,在主观上具有可责难性。以《网络安全法》第47、68条的解释为例。该法第47条规定网络运营者发现违法信息后应当立即处置,第68条规定对违反第47条者处警告、没收违法所得和罚款。由此反推,如果网络运营者已尽到信息管理的合理注意义务,仍未能发现并处置违法信息的,应视为不具有反应性犯意而免除或减轻处罚。至于此处信息管理义务的法律标准,可采用所谓“技术安全港”模式,即限于符合最佳可得标准的技术过滤措施(如关键词过滤、基于统一资源定位符的过

滤、基于智能内容分析的识别处理等),而非不计成本的全人工审查。^⑨此外,在客观构成要件方面违反技术措施义务或内部管理义务的单位,可直接推定为具有反应性犯意。因为适用法定的技术措施或内部管理制度,本身即是单位应当采取而未采取的反应方式。

(三)成员维度构成要件的展开

在单位违法的双重构造下,成员应受处罚行为的构成要件既独立于单位应受处罚行为的构成要件,又与单位行为具有密切的因果关系。这就是,有关单位成员明知自己的行为会使单位陷入违法境地,却希望、追求或放任该结果的发生。^⑩在此,成员应受处罚行为的主观要件和客观要件呈现出一体两面的对合关系,两者相互依存、彼此映证:^⑪(1)有关成员违法作出指令或参与形成违法决策,既是一种客观的意思表示行为,也表明其具有违法的主观故意;(2)有关成员事前疏于管理或事后整改不力,既是一种客观的不作为行为,也表明其具有疏忽大意的主观过错;(3)在单位内部的科层制结构下,成员受单位本身或上级主管意志影响而被迫作出的违法行为,即便具有主观故意或过失,亦因缺乏期待可能性而得以免责。

1. 故意行为:意思决定违法。成员作出的违法意思决定,既是直接促成单位违法的客观行为,也是体现其间接故意的主观状态。违法的意思决定大致包括两种情形:(1)直接指令。单位内部享有命令权的高级管理人员,可以单方直接指示下属员工执行相关业务操作。按照权责统一的理念,其应当对违法的指令行为承担法律责任。例如,1986年原《治安管理处罚条例》第15条曾规定:“机关、团体、企业、事业单位违反治安管理的,处罚直接责任人员;单位主管人员指使的,同时处罚该主管人员。”(2)参与决议。决议行为是一个团体法概念,其根本特征在于采取多数决的意思表示形成机制,决议结果对单位及全体成员具有法律约束力。^⑫因此,如果决议行为导致单位违法,参与决议的部分单位成员就应该为此承担法律责任。但课责应受两方面的限制,一方面,决议中每位参与人有权根据自己的意思单独行使权利,故在违法决议中投反对票的成员,因不具有违法故意而无责任;另一方面,基于法不责众的考虑,单位高级管理人员之外的决议参与者,无论投赞成或反对票,也可豁免责任,典型如股东会决议中非单位员工身份的小股东。

2. 过失行为:疏于监督管理。所谓疏于监督管理,是指负有监管职责的有关单位成员未妥善采取有

效的防范措施而导致单位违法。疏于监督管理作为成员应受处罚行为构成要件的依据在于,其间接造成或放任单位违法行为的发生,正是成员主观过失的客观表现。

具体而言,监督管理不力包括两种情形:(1)事前未尽审慎管理义务。例如,《德国违反秩序法》第130(1)条规定:“作为经营场所的所有人,故意或过失不采取为在经营场所或企业中防止产生违背义务行为而必要的监督措施,并且此种监督义务是作为所有人应当履行的、倘若违背即应受到刑罚或罚款处罚的,则在应为之监督下本可防止的违背义务行为发生时,上述违背监督义务的行为即为违反秩序行为。任命、谨慎挑选监察监督人员也属于必要的监督措施。”^⑧又如,根据《网络安全法》第21、59条的规定,直接负责的主管人员不履行网络安全等级保护制度的,可处罚款。这里的网络安全等级保护制度即属法定的审慎管理标准。^⑨(2)事后整改不力。对于预防单位违法而言,最根本有效的方法是通过督促负责人采取避免再犯所必要的组织架构、管理制度、决策程序等,使其不再实施类似的违法行为。因此,如果有关负责成员在单位违法后未积极整改或采取必要的合规措施,则可能再次陷单位于违法境地,从而具有可罚性。

关于如何判定整改合规的妥适性,有学者建议采取二阶推定:第一阶段,处罚单位时并明确告知负责人要求其采取措施监督单位纠正违法行为;第二阶段,若再次查获单位违法时,其负责人应被视为具有故意或重大过失而该当处罚。^⑩这是一种比较公正且务实的思路,并与实证法规定有所契合。例如,《消防法》第65条第2款规定,使用不合0.5万~5万元罚款,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处500~2000元罚款。类似的立法例还有《中华人民共和国安全生产法》第94条、《网络安全法》第59条等。

3. 合法抗辩:期待可能性。所谓期待可能性,是指即使认定行为人具有故意、过失的心理事实,也存在不能给予非难的情形。这是因为,法律规定责任后果,目的是使行为人对违法产生反对动机。虽然一般来说,具有故意、过失就应当或者能够产生反对动机,但在诸如紧急避险等没有行为选择余地的特殊场合,反对动机的设定便失去意义,因为对没有期待可能性的行为给予处罚,不可能收到预防的效果。^⑪对于单位而言,其本身就是形成意志并付诸执行的组织体,其在行为过程中可以自负其责地产生反对动机,因而考察期待可能性的意义不大。但是,对依附并服从单

位的成员而言却未必如此,其反对动机的形成可能受制于单位的组织体制,故在判断其是否成立应受处罚行为时,应对是否具有期待可能性进行专门考察。

单位作为一个具有独立意志的社会子系统,为了实现自身目标,会通过内部的价值观念、行为规范及奖惩规则来影响单位成员的行动,强制或激励其按照单位的意图行事。^⑫基于此,单位成员在单位意志影响下不得已而为之的行为,即使造成单位违法并具有故意或过失的主观状态,也可能因缺乏期待可能性而产生责任阻却。基于单位内部的科层结构,要对成员进行非难,一般要排除以下两类不具有期待可能性的情形:(1)单位制定的内部规则(如政策、规章等)违背法律禁止性规范,成员依照内部规则行事导致违法。但两种情况除外,一是成员违反法律命令性规范不作为的,不得以内部规则未重申法律规定而主张不具有期待可能性;二是成员基于单位制定的绩效奖励、职位晋升方面的激励性规则而实施违法行为的,非属无期待可能性。这两种情况下,成员完全存在守法的选择余地。(2)因执行上级不合法的指令而导致违法。基于科层制的组织逻辑,可以借鉴《中华人民共和国公务员法》第60条进行制度设计,即执行上级主管人员指令时,有关成员认为上级指令违法的,有权向上级提出改正或撤销指令的意见,上级坚持不改变指令而要求执行导致单位违法的,可以认为该成员不具有合法行为的期待可能性而免责。但是,执行重大且明显之违法决定或命令的,不得以无期待可能性抗辩。

三、双罚制法律责任之完善

基于单位违法的双重构造和构成要件,单位和成员应当分别独立承担不同的处罚责任。但从立法现状来看,目前单位违法中针对单位和成员的处责设置均存不足,亟需结合单位违法的行为特征加以完善。

(一)单位处罚责任的补强

综观实证法对单位违法的责任配置,对单位本身的处罚措施以罚款为主,并存在少量诸如责令停产停业、吊销许可证或执照等资格罚。^⑬尽管罚款具有易于掌握、责任明确的优点,但在单位违法情境下也存在固有缺陷:(1)威慑困境。罚款效果受到相对人财富的限制。就自然人违法而言,罚款的威慑性的财富瓶颈不会造成严重问题,因为法律仍可通过行政拘留乃至刑罚监禁的方式予以威慑补充。但对于没有肉身且仅承担有限责任的单位而言,如果罚款超过其资产阈值,就无法实现充足的威慑。^⑭(2)溢出效应。单位违法涉及相对复杂的社会关系,罚款的后果可能从两

个方向溢出单位自身界限而造成负外部性。一是,内部溢出,罚款造成的损失可以被单位内部转嫁、消化,让没有实质参与违法的公司投资者、基层成员、单位股东等无辜主体为损失买单。二是,外部溢出,对单位处以巨额罚款可能导致员工失业、物价上涨、供应链障碍等社会后果,^⑥某些公共产品供应单位一旦因罚款而倒闭还可能造成关键物资的短缺。^⑦(3)价值虚化。单一的罚款容易被视为“企业违法行为的许可费用”,^⑧给单位造成只要缴纳罚款就能违法的错觉,甚至直接把罚款纳入成本收益核算,从而无法体现行政处罚非难违法行为的伦理价值。

除上述外,罚款责任的根本缺陷在于对单位缺乏针对性,不完全符合组织抑制的理念。与自然人违法不同,单位是具有远超自然人集合的影响力和复杂性的组织体,拥有一套在长期经营管理过程中形成的价值观念及管理规则。这些因素是导致单位违法犯罪的重要内因。^⑨但罚款责任只能消极体现单位违法的法律后果,未针对单位内部操作规程或合规政策的缺陷,指引或敦促其采取改进措施,因而对单位违法的抑制机制并不明确。这样一来,即便单位被处以罚款,但是导致单位违法的体制根源却未革除。可见,单纯依赖罚款是一种治标不治本的责任设计。正如日本刑法学者佐伯仁志所指出的,处罚单位的目的是“通过影响法人组织体的意思决定过程来抑制犯罪……处罚法人的依据不是个人抑制模式,而应该是组织抑制模式”。^⑩由此,单位处罚责任的改进方向应当是遵循组织抑制的处罚思路,在罚款基础上设置体系化的合规责任。

1. 合规指令。所谓合规指令,是指责令单位建立并实行有效合规体系的处罚责任方式。其作为一种法律责任,源于单位犯罪的刑罚措施。较早的实证法层面将实行合规体系作为一种法律责任的是法国2016年通过的萨宾第二法案,它将实施合规体系作为法定的刑事处罚,法人一旦被认定构成腐败犯罪的,就必须在5年内执行专门的反腐败合规计划。^⑪刑法毕竟只是法律规制的最后手段,在行政执法中及早介入单位的组织管理,责令其根据自身实际和违法漏洞建立合规体系,契合处罚与教育相结合的原则,应成为单位行政处罚责任的重要内容和发展方向。这具体包括合规体系的制定和执行两个方面。

合规体系又称合规计划,“是指企业或者其他组织体在法定框架内,结合组织体自身的组织文化、组织性质以及组织规模等特殊因素,设立一套违法及犯

罪行为的预防、发现及报告机制”。^⑫在规则制定层面,合规体系可作广义和狭义之分:(1)广义的合规标准泛指以一般性违法预防为目的,不针对特定组织、特定领域或特定目标的合规体系。广义的合规体系几乎适用于所有类型的合规场合,对合规管理不提出具体要求,只提供建立合规管理体系的基本环节和建议做法。国家标准化管理委员会制定的《合规管理体系指南》(GB/T 35770-2017)、国资委颁布的《中央企业合规管理指引》(试行)和国家发改委等七部委联合发布的《企业境外经营合规管理指引》,就是广义合规体系的典型。一般而言,广义合规体系应涵盖“策划”“支持”“运行”“绩效评价”“改进”等基本要素。(2)狭义的合规标准特指行政法上内部管理型规制(management-based regulation)的要求,系针对特定领域的行政目标和预防违法要求,按照法定的框架、要素或技术标准制定的合规体系。^⑬比较典型的如欧盟理事会第1836/93号条例规定的“生态管理与审核体系”(Eco-Management and Audit Scheme)、我国《食品安全法》第48条规定的食品安全“危害分析与关键控制点体系”、《网络安全法》第21条规定的“网络安全等级保护制度”,等等。单位在制定合规体系时,既可遵循广义的合规标准,也可采取狭义的合规标准;但若该领域已有法定的狭义合规标准,则合规体系必须将之纳入。

在规则执行层面,欲使合规体系真正内化为单位经营管理机制的一部分,还须课予单位相应的组织保障义务,通过建立或改组专门的合规机构,保障合规体系的有效实施。组织保障义务的建制形式复杂多样,就广义的合规标准而言,实践中已涌现出合规管理委员会、首席合规官、合规部、合规专员等四大机构。^⑭就狭义的合规标准而言,立法一般会要求单位设置特定业务领域的内部管理专员负责合规体系的实施,如《欧盟一般数据保护条例》第37条规定的“数据保护官”、我国《网络安全法》第21条规定的“网络安全负责人”等。一般情况下,单位对组织保障义务的履行方式拥有自主决定权,合规机构由单位自行设置,合规人员属于单位内部雇员。但在单位违法情节严重,且行政机关认为单位无力实施良好合规体系的情况下,法律可以授权行政机关直接介入单位内部的组织事务。

当然,基于“人身罚”“财产罚”“行为罚”“警示罚”“荣誉罚”的传统分类,以及行政处罚通常的制裁性标准,合规指令能否作为行政处罚可能引发争议。对此可简要回应如下:首先,就实质而言,面对迅速变迁的

现代社会环境,试图在总则中以完全闭合的类型体系,涵盖各个规制领域的处罚措施创新,无异于“刻舟求剑”。事实上,“草案”第9条拟增设的“责令停止行为”“责令作出行为”等处罚种类,就已经超出五分法的涵摄范围。就形式而言,《行政处罚法》第8条的兜底规定也已经授权法律、行政法规规定的其他行政处罚种类。其次,尽管经济利益是单位(主要是企业法人)追逐的重要价值,但并非唯一价值。组织学和经济学的实证研究已经表明,管理自主权对组织体而言是一种重要的非经济利益,有时甚至比经济利益更重要。^⑤因此,旨在干预单位内部管理的合规指令是一种具有明显制裁特征的处罚责任,而不同于一般的责令改正措施。

最后,鉴于合规指令对行政机关和单位而言都有不菲的执行成本,其适用至少应满足以下条件之一:(1)累犯,反映出单位内部存在违法漏洞或具有再犯的主观故意;(2)违法行为涉及生态环境、食品药品、安全生产、卫生防疫等重大公共利益的领域,需要透过合规体系力避再犯;(3)行政机关有证据表明单位的内部管理环节存在明显违法隐患。

2. 合规激励。除了把合规指令直接作为一种处罚责任方式外,还可将合规作为一种行政处罚的激励机制,进一步强化单位推行合规管理的内生动力。这具体包括两种情形:(1)单位违法时已经建立必要的合规体系的,可以作为免于或减轻/从轻处罚的裁量情节。例如,美国1995年制定的《自我管理激励政策:发现、披露、纠正和防止违法行为》规定,如果企业建立符合本法规定条件的环境管理制度,并在60日内主动发现、披露和纠正违法行为,环保署将对其免除“基于违法严重性的处罚”(gravity-based penalties)或减少该类处罚数额的75%。^⑥《美国联邦量刑指南》的“组织量刑指南”章节也把有效合规体系的建设作为减轻刑罚的重要情节,减轻幅度最高可达95%。^⑦之所以将具备合规体系作为免除或减轻单位处罚责任的依据,是因它是单位尽到合理注意义务的一种标识,而是否尽到注意义务是区分违法以及责任大小的重要标准。^⑧(2)单位违法时未建立合规体系或合规体系存在重大漏洞的,若单位承诺在一定期限内建立有效的合规体系,也可作为减轻/从轻处罚的裁量情节;但行政机关须对其进行跟踪监控,若期限届满单位仍未建立有效合规体系的,可加重处罚。这不仅与当下事中事后监管改革的精神暗合,^⑨而且实践中也不乏先例。例如,在震惊证券界的“司度案”^⑩中,由于事实不能完

全查清而以行政和解结案,涉事企业承诺采取“必要措施加强公司的内控管理”,中国证监会则依据《行政和解试点实施办法》将原拟作出的40多亿元罚款替代为6.7亿元的行政和解金。^⑪从法理上讲,基于单位的合规承诺,并通过在考验期内实施的合规报告和合规监督机制,弥补了单位违法的管理漏洞和组织缺陷,已足以部分实现行政处罚的威慑和矫正目的,从而使单位的可罚性降低。

(二)成员处罚责任的改进

在成员层面,目前双罚制的责任范围并不清晰,相关责任的配置也欠科学,需要进一步改进。

1. 责任范围的限缩。基于法不责众和责任主义的考虑,单位违法中对成员的处罚必须严格限定范围,并非所有单位成员都要与单位“连坐”担责。因此,除了符合单位违法中成员应受处罚的一般构成要件外,处罚政策上还应从身份层面对应受处罚的成员范围予以限缩,以免牵连过广。但何为相关责任人员,仍待从立法论和解释论上廓清。

在立法论层面,对应受处罚成员的限缩范围有两种观点:(1)将应受处罚成员的范围限缩为单位的“代表权人”——依公司法、社会组织法等社团法律规范可以代表单位意思和行为的成员,不具有代表权的参与或实施单位违法行为的其他成员被一律排除在外。^⑫我国台湾地区“行政罚法”第15条的规定就是典型之一,该条将单位违法一并处罚的成员范围严格限定为“私法人之董事或其他有代表权之人”。(2)在代表权人的基础上,将应受处罚成员的范围扩展至在单位业务上负有重要职权的其他责任人员。我国目前关于单位违法的责任规定基本循此思路,《治安管理处罚法》《证券法》《食品安全法》《网络安全法》等单行法几乎均将单位违法中应受处罚的成员身份界定为“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”。从脉络上考察,仅处罚代表权人的做法是以对外交易关系为前提的民法观念为基础,并未完全体现行政处罚的制度逻辑。在现代单位业务分工日益深化的背景下,诸如职能机构主管、业务总监等中层管理人员被授予大幅度的裁量权,代表权人很多时候只是确定基本的方针,并不直接指挥和监督具体的业务。^⑬因此,从责任主义和特别威慑的角度,立法应当与时俱进地采取第二种观点,同时追究代表权人和其他责任人员的处罚责任。

在解释论层面,主要任务是阐明“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”的规范内涵,防止行

政裁量权滥用导致处罚范围不当扩张。具体而言:(1)关于“直接负责的主管人员”的认定,理论和实务上争议不大,基本都将其限定为单位的法定代表人。在“罗大红、中山市安全生产监督管理局案行政处罚案”^④、“许金福与福州市城乡建设委员会行政处罚案”^⑤、“杨雄胜与中国证券监督管理委员会行政处罚案”^⑥等案件中,法院均认可这一规则。(2)关于“其他直接责任人员”的认定,刑法学者一般将其界定为奉上级指令具体实施或参与违法行为的单位雇员。^⑦笔者认为这种认定过于宽泛,因为奉命行事的一般雇员实际上仅为单位之手足,其行为并非完全出于自己的意思决定,虽然其对于单位的违法结果有所预见,却并无防止违法行为的权限和能力,故即便其满足违法构成要件,也不应成为行政处罚法的评价对象。从责任主义和比例原则的角度,其他直接责任人员应当定位于单位内部具有决策权或业务领导权的中高层成员,并采取严格的职责标准限制其范围。我国目前的执法和司法实践也基本持此立场。例如,在“张凌兴与中国证券监督管理委员会行政处罚案”^⑧中,法院认为公司的董事、监事、高级管理人员属于违法行为的其他直接责任人员。在邯郸市公安局峰峰矿区分局(2015)0104号行政处罚决定书中,行政机关查明违法企业地面除尘站存在夜间不正常运行的情况,并认为地面除尘站主任刘某属于其他直接责任人员。此外,当其他直接责任人员的范围涉及多人时,应当秉持个人的可归责性原则,处罚对象的认定应以单位内部的业务分配或表决意见为准,不得以共同经营或集体决策为由随意扩大处罚范围。

2. 责任设置的优化。梳理实证法对单位违法中成员处罚责任的规定,主要包括罚款、限制或禁止从业、行政拘留。其中,罚款责任和限制或禁止从业的责任尚有较大优化空间。

(1)关于罚款责任。从立法实践看,单位违法中成员罚款责任的设置存在立法模式和设定标准的分歧,且未将成员的主观状态纳入考量,需要在澄清分歧的基础上予以完善。

第一,从立法模式上看,相对于单位的罚款责任,对成员罚款责任的规定应采取一体模式还是区分模式?所谓统一模式,即对单位和成员设置同等数额的罚款。我国台湾地区“行政罚法”即采此种模式,该法第15条规定,“私法人之董事或其他有代表权之人,因执行其职务或为私法人之利益为行为,致使私法人违反行政法上义务应受处罚者……应并受同一规定罚

缓之处罚。”所谓区分模式,即对单位和个人分别设置不同数额的罚款,对成员设置的罚款数额一般低于单位。如《证券法》第197条规定,信息披露义务人未依法披露信息的,处50万~500万元的罚款,对直接负责的主管人员和其他直接责任人并处以20万~200万元的罚款。

相比之下,区分模式更为可取。有刑法学者论及单位犯罪的罚金时主张采取一体模式,核心理由是“不管是单位还是自然人,在实施相同犯罪行为时,对法益的侵犯程度是相同的”。^⑨但法益侵害性只是决定行为可罚性的一个因素,成员和单位可罚性的区分还受到其他因素的影响。首先,单位违法的形态结构是一种单位和成员行为相对分离的双重构造,对二者一并规定法律责任或设置相同的法律责任,在形式上并不妥当。其次,单位违法中虽然存在单位和成员两个违法行为,但成员行为对单位行为具有一定的依附性,且不同于刑罚的是,单位本身即是违法行为的固有责任主体。故从可归责性上讲,对单位的罚款应当适度重于成员。最后,较单位而言,成员的法律身份只是单位内部工资再分配的受雇主体,并非单位违法的直接获益者,且成员财产较单位也相对有限。就此而言,对成员的罚款责任设置也应低于单位。

第二,从设定方式上看,成员罚款责任的数额设定存在数值和倍率两种方式的分歧。前者如《网络安全法》第59条规定对直接负责的主管人员处0.5万~5万元罚款,类似规定还有《证券法》第180~185条等;后者如《中华人民共和国水污染防治法》(以下简称《水污染防治法》)第94条规定对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处上一年度从本单位取得的收入50%以下的罚款,类似规定还有《大气污染防治法》第122条、《中华人民共和国疫苗管理法》(以下简称《疫苗管理法》)第80条等。

面对上述分歧,笔者认为立法对成员罚款数额的设定应统一采倍率方式。理由是:首先,由于数值方式上下限闭合的静态化特点,极易对成员造成威慑不足或威慑过度。对于收入不菲的单位高管来讲,区区数万罚款可能无关痛痒,无法保证罚款高于违法所得;对于收入较低的普通员工而言,数值式罚款又恐过于严厉。其次,单位违法深嵌于市场环境中,单位的盈利状况、股价涨跌以及成员收入都处于不断变化中,数值式罚款难以因经济指数的变化而无法确保动态正义。事实上,单位违法中成员不法行为的根本动机是从单位获得收入分配,倍率式罚款以成员所得收

入作为罚基,使罚款数额直接与违法成员的财产状况挂钩,更有利于实现精准威慑。

运用倍率式罚款时应注意,根据威慑原理,罚款设定须足以剥夺行为人从违法行为中获取之利益,才能使其无利可图而放弃违法;同时,在执法的查处概率小于100%的现实条件下,罚款必须大于违法所得,才能使预期的惩罚成本等于社会成本,以消除违法者侥幸逃脱处罚的“漏网之鱼”心理。所以,对成员设置的罚款倍率系数原则上应当大于1。就此而论,诸如《水污染防治法》第94条规定的“处上一年度从本单位取得的收入50%以下的罚款”就可能威慑不足。相比之下,《食品安全法实施条例》第75条对有关责任成员处以其上一年度从本单位取得收入的1~10倍罚款的规定更为合理。

第三,实证法在规定成员的罚款责任时,普遍采用客观归责或过错推定,未区分故意或过失违法的情形,并不适合单位违法中的成员责任。如前所述,单位违法中成员承担责任的根据是以自身行为陷单位于违法境地,其中既包括故意行为也包括过失行为,二者的可罚性程度显然不同,应当在罚款责任上有所区分,否则不利于过罚相当原则及处罚教育目的的实现。对此,在立法论上应区分成员的故意和过失行为并设置不同档次及幅度的罚款责任;在解释论上,立足现行法律框架,可借鉴《德国违反秩序法》第17(2)条的规定,^⑨在执法中确立如下裁量基准:相关责任成员因过失行为导致单位违法的,可按照法定罚(推定故意)的罚款数额减半量罚。

(2)关于限制或禁止从业的责任。限制或禁止从业责任的典型如,《药品管理法》第118条规定的“终身禁止从事药品生产经营活动”、《疫苗管理法》第82条规定的“10年内直至终身禁止从事药品生产经营活动”等。限制或禁止从业属于资格罚范畴,相对于罚款和行政拘留,其对单位成员而言更为严厉,威慑力也更强。但从实质合法的角度,限制或禁止从业责任涉及公民的职业自由权和劳动权两项基本权利,需要接受“妥当性”“必要性”“均衡性”三阶段的比例原则检验。具体分析如下:

第一,妥当性阶段:限制措施应有助于行政目的的实现。限制或禁止从业措施属于典型的违法能力剥夺措施,无疑能够杜绝预防再犯,符合预防违法的法益保护目的。

第二,必要性阶段:必须在能够实现目的的手段中选择最温和的手段,亦即对基本权利损害最小的手

段。首先,限制或禁止从业措施是否属于最小损益手段无法抽象判断,而应结合当事人的人身危险性和威慑必要性进行综合考虑。如果无视人身危险因素,对某类单位违法的责任成员“一刀切”地规定限制或禁止从业,无法确保通过必要性要求的检验。相对而言,《刑法》第37条规定禁止从业措施应“根据犯罪情况和预防再犯罪的需要”,显得更为审慎。其次,目前单位违法中限制或禁止从业责任甚至明显重于《刑法》第37条禁业3~5年的刑罚处遇措施。“行政处罚与刑罚处罚在性质上有所不同,由于行政不法的不法内涵较低,其立法反映也就较之刑事不法要缓和一些。”^⑩就性质相近的违法和犯罪行为而言,行政责任不宜重于刑事责任,这就如同行政拘留的期限无论如何也不应超过最短的有期徒刑一样。否则,就不属于对当事人损益最小的手段而有违必要性原则。^⑪

第三,均衡性阶段:应在基本权利限制与该限制手段所欲保护的法益之间进行权衡,只有所欲保护的法益位阶明显高于被限制法益时,这种限制才是正当的。一般来讲,生命健康、公共卫生等法益位阶的确高于职业自由和劳动权,可以据此对基本权利予以一定限制。但根据“基本权利核心内容不得侵犯”的宪法原则,^⑫适用终身禁止从业的法律责任因涉及基本权利的彻底剥夺,故需要更强的限制理由,一般应当仅限于造成严重危害后果的情形。

综上,笔者建议对限制或禁止从业的责任作如下修正:其一,对于限期从业的处罚责任,可以借鉴《刑法》第37条的立法技术,根据违法情节和预防再次违法的需要,明确列举具体的适用条件,主要包括重复违法、故意违法、危害后果严重等情形;首次违法、过失违法、危害后果轻微或当事人积极退赔等场合不宜适用从业禁止。而不宜像《药品管理法》第118条、《疫苗管理法》第82条那样仅抽象规定“情节严重”,以免留给行政机关过宽的裁量空间。同时,限制从业责任的期限原则上不应超过《刑法》第37条规定的3~5年,以保持最小侵害。其二,对于终身禁止从业的处罚责任,应仅限于在诸如食品药品、安全生产等涉及人体健康和生命安全的领域设定,不能随意拓展至其他行业领域,以平衡权利限制的成本收益;同时,终身禁止从业责任的适用应当限于造成实际损害的情形,如造成食品安全事故、导致不良药品反应等。

四、结语

传统行政处罚法由治安管理领域发展而来,以调整自然人的秩序违反行为为主旨。伴随国家角色从

自由法治国到社会法治国、再到风险法治国的变迁轨迹,调整单位违法以规制市场失灵和社会风险,在现代行政处罚中占据日益重要的地位。在此背景下,行政处罚的制度设计应当与时俱进地引入双罚制,从排除个人违法行为的秩序法向预防组织违法行为的规制法发展。从规范角度,单位违法双罚制应采用法有特别规定才处罚的局部适用政策,基于双重构造论分别规定单位维度和成员维度的构成要件,并基于组织抑制的合规理念合理分配单位及成员的法律责任。

注释:

①参见刘晓军:《一个单位犯罪、两个犯罪构成——双罚制理论依据新探》,载《政治与法律》2001年第1期,第29页;喻少如:《论单位违法责任的处罚模式及其〈行政处罚法〉的完善》,载《南京社会科学》2017年第4期,第89页。

②值得注意的是,全国人大常委会法制工作委员会2019年10月12日印发的《中华人民共和国行政处罚法(修正草案)》(征求意见稿)第15条曾规定对生态环境、食品药品等领域的单位违法行为实行双罚制;遗憾的是,全国人大常委会2020年7月3日正式向社会公布的《中华人民共和国行政处罚法(修订草案)》删除了该条款。参见《行政处罚法(修订草案)征求意见稿》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/flcaw/userIndex.html?lid=ff80808172b5f6e30173138b64742c98&from=timeline>, 2020年7月3日访问。

③参见王玮:《新固废法新在哪里?》,载《中国环境报》2020年5月8日。

④代表性成果,参见何秉松:《人格化社会系统责任论——论法人刑事责任的理论基础》,载《中国法学》1992年第6期,第70-72页;黎宏:《单位刑事责任论》,清华大学出版社2001年版;熊选国、牛克乾:《试论单位犯罪的主体结构——“新复合主体论”之提倡》,载《法学研究》2003年第4期,第90-97页;蒋熙辉:《论公司犯罪的刑事责任构造》,载《中国法学》2005年第2期,第160-167页;叶良芳:《论单位犯罪的形态结构》,载《中国法学》2008年第6期,第92-105页。

⑤参见杨解君:《对法人行政违法的“两罚”处罚》,载《中南政法学院学报》1994年第1期,第38-43页;同前注①,喻少如文,第88-97页。

⑥李惠宗:《行政罚法之理论与案例》,元照出版有限公司2005年版,第12-13页。

⑦《刑法》第30条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”《行政处罚法》第3条规定:“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的程序实施。”

⑧同前注①,喻少如文,第88-90页。

⑨《公安部关于〈中华人民共和国治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)〉公开征求意见的公告》,载北大法宝数据库, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=protocol&Gid=76821c2d3e94dd2a1f9529c77068d6bbdbf, 2020年7月1日访问。

⑩胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2004年版,第36页。

⑪参见周海源:《危害性评价应纳入行政处罚制度的基本范畴》,载《法学》2020年第6期。

⑫例如,《治安管理处罚法》第2条规定:“扰乱公共秩序,妨害公共安全,侵犯人身权利、财产权利,妨害社会管理,具有社会危害性,依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚。”在刑法理论上,扰乱公共秩序、妨害公共安全、侵犯人身财产权利、妨害社会管理等行为也被视为典型的行政犯和违警罪。

⑬王宏君:《论单位违反治安管理行为》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2011年第4期,第50页。

⑭如《水污染防治法》第92、94条,《固体废物污染环境防治法》第108、118条,《食品安全法》第123、135、139、141条,《药品管理法》第118、119、122、123、124、125、126、135、141条,《反恐主义法》第83~88条,《消防法》第65、67、69条,《网络安全法》第61~69条,《商业银行法》第89条,《证券法》第180~185条,《反洗钱法》第32条,《保险法》第84、87条。

⑮同前注①,喻少如文,第88页。

⑯同前注⑤,杨解君文,第41页。

⑰同前注⑬,王宏君文,第48页。

⑱同前注①,喻少如文,第91、95页。

⑲参见朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第45页。

⑳同前注④,黎宏书,第215页。

㉑[日]佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第140页。

㉒参见陈清秀:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第76页。

㉓同前注⑬,王宏君文,第51页。

㉔同前注④,叶良芳文,第102页。

㉕参见《大气污染防治法》第19条、《药品管理法》第6条、《消防产品监督管理规定》第9条、《证券法》第119条、《互联网信息服务管理办法》第4条。

㉖参见陈兴良:《犯罪构成的体系性思考》,载《法制与社会发展》2000年第3期,第53-60页。

㉗参见[美]科尔曼:《社会理论的基础》,邓方译,社会科学文献出版社1990年版,第492页。

㉘转引自黎宏:《论单位犯罪的主观要件》,载《法商研究》2001年第4期,第54页。

㉙See Brent Fisse, Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions, 56S. Cal. L. Rev. 1186-1204(1983).

㉚黎宏:《论单位犯罪的刑事责任》,载《法律科学(西北政

法大学学报》2001年第4期,第68页。

③同前注②, Brent Fisse 文, 第1191页。

④参见兰州市中级人民法院(2017)甘01刑终89号刑事裁定书。

⑤同前注②, Brent Fisse 文, 第1197页。

⑥同前注③, 黎宏文, 第47页。

⑦参见姚志伟:《技术性审查:网络服务提供者公法审查义务困境之破解》,载《法商研究》2019年第1期,第37-38页。

⑧同前注①, 刘晓军文, 第31-32页。

⑨双层次的犯罪构成体系理论也认为,“犯罪是一个整体,将犯罪分为客观要件与主观要件是一种理论上的需要。因而,犯罪客观要件与犯罪主观要件是一个事物的两个侧面,是对犯罪进行分析的结果。”同前注⑥, 陈兴良文, 第59-60页。

⑩参见王雷:《论民法中的决议行为从农民集体决议、业主管理规约到公司决议》,载《中外法学》2015年第1期,第79-81页。

⑪《德国违反秩序法(续完)》,郑冲译,载《行政法学研究》1995年第4期,第91页。

⑫参见《信息安全技术网络安全等级保护基本要求》(GB/T 22239-2019)。

⑬同前注②, 陈清秀书, 第187页。

⑭参见张明楷:《期待可能性理论的梳理》,载《法学研究》2009年第1期,第68-69页。

⑮同前注③, 黎宏文, 第49页。

⑯典型的立法例,参见《水污染防治法》第92、94条,《食品安全法》第123、135、138、139条,《药品管理法》第122-126条,《反恐怖主义法》83-88条,《消防法》第65、69条,《网络安全法》第61-69条,《税收征收管理法》第73条,《证券法》第180-185条,《保险法》第160条以及我国台湾地区“行政处罚法”第15条。

⑰See Coffee, “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 MICH. L. REV. 390(1981).

⑱同前注②, Brent Fisse 文, 第1219-1220页。

⑲例如,2018年的疫苗事件中长春长生公司被罚款91亿而宣告破产,从公众感情上看该企业固然罪有应得;但有关疾控中心工作人员称,2019年百白破疫苗、麻风疫苗等疫苗出现全国性缺货也与长春长生停产有关。参见朱萍、陶凯伦、肖苗:《百白破等疫苗缺货调查》,载《21世纪经济报道》2019年7月19日。

⑳See United States v. Wise, 370 U. S. 409(1962).

㉑同前注③, 黎宏文, 第68页。

㉒同前注①, 佐伯仁志书, 第134页。

㉓参见陈瑞华:《合规视野下的企业刑事责任问题》,载《环球法律评论》2020年第1期,第30页。

㉔李本灿:《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》,载《中国法学》2015年第5期,第177页。

㉕参见谭冰霖:《论政府对企业的内部管理型规制》,载

《法学家》2019年第6期,第75页。

㉖参见陈瑞华:《企业合规的基本问题》,载《中国法律评论》2020年第1期,第184页。

㉗See Robert Aaron Gordon, Business Leadership in the Large Corporation, Washington, D. C.: The Brookings Institution, 1945, p. 305; John Kenneth Galbraith, The New Industrial State, Houghton Mifflin Company, 1967, p. 77.

㉘See Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations, in Federal Register/Vol. 60, No. 246/Friday, December 22, 1995/Notices, pp. 66710-66712.

㉙See U. S. Sentencing Guideline Manual, §8C2. 6. (2015).

㉚同前注②, 李本灿文, 第194页。

㉛参见卢超:《事中事后监管改革:理论、实践及反思》,载《中外法学》2020年第3期,第783-800页。

㉜参见《中国证券监督管理委员会公告》(2020)1号,载中国证券监督管理委员会网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/zjh/202001/t20200120_370183.htm, 2020年3月15日访问。

㉝本案虽以行政和解的方式结案,但企业缴纳的和解金大大低于拟处的罚款数额,因而与减轻处罚具有一定的同构性,具有参照意义。

㉞参见陈敏:《行政法总论》(第8版),新学林股份有限公司2013年版,第747页。

㉟同前注①, 佐伯仁志书, 第131页。

㊱参见广东省中山市中级人民法院(2017)粤20行终162号行政判决书。

㊲参见福建省福州市中级人民法院(2016)闽01行终465号行政判决书。

㊳参见北京市第一中级人民法院(2018)京01行初887号行政判决书。

㊴参见黎宏:《论单位犯罪中“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”》,载《法学评论》2000年第4期,第69页。

㊵参见北京市第一中级人民法院(2017)京01行初1372号行政判决书。

㊶张明楷:《犯罪论体系的思考》,载《政法论坛》2003年第6期,第30页。

㊷同前注②, 郑冲文, 第89页。

㊸陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,载《中国法学》1992年第4期,第28页。

㊹当然,《刑法》第37条第3款已作兜底规定:“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的,从其规定。”从形式合法意义上讲,行政法设置更严的限制执业措施并无障碍。这里主要是从实质正义角度探讨其是否符合必要性原则的最小损害要求。

㊺参见吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2005年版,第165页。