

# 共同证券、期货犯罪疑难问题探析

刘宪权

[内容摘要] 现代社会中证券、期货犯罪以共同犯罪形态出现较为普遍,其中不乏值得探讨的疑难问题存在。本文着重就共同证券、期货犯罪中自然人与自然人、自然人与单位以及单位与单位所形成共同犯罪认定中的难点问题从理论上提出解决的方法和意见。

[关键词] 证券 期货犯罪 共同犯罪 自然人 单位

由于现行刑法明确规定犯罪主体既包括自然人也包括单位,因此,共同犯罪中的“二人以上”理应包括有自然人共同犯罪和单位共同犯罪等情况。应该看到,现行刑法中对有关证券、期货犯罪均在规定自然犯罪主体的基础上专门规定了单位可以成为犯罪主体,这一方面足以说明立法者对单位证券、期货犯罪打击的重视程度,另一方面也足以说明单位证券、期货犯罪既能以单独犯罪的形态出现,也能以共同犯罪的形态出现。根据刑法的有关规定,共同证券、期货犯罪主体结构应有三种形式:其一为自然人共同证券、期货犯罪,即二个以上的自然人所形成的共同证券、期货犯罪;其二为自然人与单位共同证券、期货犯罪;其三为单位共同证券、期货犯罪,即二个以上的单位所形成的共同证券、期货犯罪。

## 一、自然人与自然人共同证券、期货犯罪

在自然人与自然人共同证券、期货犯罪中有一个问题很值得研究,即同一单位内部的自然人与自然人共同实施证券、期货犯罪是按照单位证券、期货犯罪处理?还是按照共同证券、期货犯罪处理?对此问题,理论上有不同的观点:

有的学者认为,单位内部中的自然人可以构成共同犯罪。“法人共同犯罪是指在法人犯罪情况下,由法人组织的自然人构成的共同犯罪。在这种情况下,法人是单独犯罪,而法人组织中的自然人是共同犯罪”。“在我国刑法中,应当根据职权相关原则来认定法人共同犯罪。根据职权相关原则,可以构成法人共同犯罪的,应该是以下两种人:一是直接负责的主管人员。在刑法理论上,法人犯罪中的直接负责的主管人员,通常是指对法人犯罪负有主管责任的人员。这种人员相当于英美刑法法人共同犯罪中的间接实行者,通常是上级部门负有领导责任的人员,他们对下属的犯罪行为暗中默许、放任不管,甚至公开支持,因而根据职权相关原则,应当追究刑事责任。二是其他直接责任人员。在刑法理论上,法人犯罪中的其

他直接责任人员是指对法人犯罪行为负有决定、策划、组织或者主要实施作用的人员。这种人员相当于英美刑法法人的共同犯罪中的直接行为者,通常是法人组织内部具有决策权的人员。应该指出,对于具体实行法人犯罪行为的人,是否构成共同犯罪,不可一概而论。根据职权相关原则,只有那些在法人组织中具有相关职权的人实施具体法人犯罪行为的,才构成犯罪。如果法人决策机构经过讨论决定实施某一行为,授权法人组织中的某个一般成员去具体实施,这个法人成员具有执行公务性质,在不知情的情况下当然不构成犯罪;在知情的情况下一般也不构成犯罪,只有知情而且在具体实施中起了主要作用的人才构成。”<sup>①</sup>

也有持相同观点者认为,“在单位犯罪中,由于单位有关人员之间形成共同犯意,其行为也是指向同一目标,所以他们之间能构成共犯犯罪关系”。<sup>②</sup>“对于犯罪单位内部的主管人员和其他直接责任人员之间可以成立自然人之间的共同犯罪,但他们与单位并非是共同犯罪的关系。判定一种行为是否为共同犯罪的依据就是共同犯罪的成立条件。而在这种情况下,犯罪单位的直接责任人员之间具有犯意联络,客观上实施了共同的犯罪行为(这种行为包括策划、组织以及具体实施,虽然他们之间的分工不同,但无妨共同犯罪的成立),因而完全符合自然人之间共同犯罪的成立条件,而且有助于合理地量刑。我们知道,在单位犯罪为故意犯罪且直接责任人员为数人时,如果不按共同犯罪来处理,则其中的主犯、从犯也就无从区分,但他们在单位犯罪中的具体作用也是有所不同的,有的起主要作用,有的则起次要作用,如果对他们都判处同样的刑罚,显非妥当”。<sup>③</sup>“除单位负责人自己一人决定一人实施的单位犯罪外,在其他的单位故意犯罪中,直接责任人员之间是存在共同犯罪关系的。”<sup>④</sup>

笔者认为,对于同一单位内部的自然人与自然人共同实施证券、期货犯罪是按照单位证券、期货犯罪处理抑或按照共同证券、期货犯罪处理的问题,关键要看这些内部人员实施的犯罪是否在一个统一单位意志支配之下。单位内部的自然人之间共谋实施与单位无关的证券、期货犯罪,如他们既不是以单位名义进行,违法所得也不归单位所有,这种情况已经完全不存在有所谓单位证券、期货犯罪问题了,相关内部人员当然可以构成共同证券、期货犯罪。相反,如果这些内部人员实施的证券、期货犯罪是在单位的统一意志支配下共同进行,且违法所得也归单位所有的,就属于单位犯罪,而不能构成共同证券、期货犯罪。上述有关在承认单位犯罪前提下肯定了单位内部人员可以构成共同犯罪的观点,显然值得商榷。因为单位内部的主管人员和其他直接责任人员都是在单位统一意志支配下而实施犯罪的,他们的行为都只是单位整体行为中的一个组成部分。这种犯罪的主体只有一个,即是单位。虽然在两罚制的情况下,单位内部的主管人员和其他直接责任人员也须承担刑事责任,但他们作为自然人本身并非是犯罪主体。也即在成立单位证券、期货犯罪的情况下,单位中内部人员不能作为犯罪主体,他们之间也不应该存在有共同证券、期货犯罪问题。

正因为单位内部人员共同实施的行为都只是单位行为的一个组织部分,他们的行为没有独立性,所以,单位内部人员共同实施行为时就不必区分主犯和从犯。2000年9月28日最高人民法院通过的《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

① 陈兴良著:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社1992年版,第336页、第338页。

② 陈康伯、程亮生:《单位犯罪的刑事责任》,载杨敦先等主编:《新刑法施行疑难问题研究与适用》,中国检察出版社1999年版,第208页。

③ 阴建峰、周加海主编:《共同犯罪适用中疑难问题研究》,吉林人民出版社2001年版,第94页。

④ 刘志远:《单位犯罪研究述评》,载《刑法问题与争鸣》(第3辑),中国方正出版社1999年版,第32页。

员是否区分主犯、从犯问题的批复》中指出：“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。”当然，笔者认为，是否区分主从关系与共同犯罪并无必然联系，因为在单位犯罪中我们同样也可以区分主从关系。如2001年1月21日最高人民法院颁发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中指出：“对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节，分别处以相应的刑罚。主管人员与直接责任人员，在个案中不是当然的主、从犯关系，有的案件主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的，可不分主、从犯。但在具体案件可以分清主、从犯，且不清主、从犯，在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的，应当分清主、从犯，依法处罚。”笔者认为，尽管最高人民法院的座谈会纪要中的有些提法值得商榷，例如规定中明显混淆了“主从关系”和共同犯罪中的“主、从犯”这两种不同提法的内容，因为在共同犯罪中，具有主从关系的共犯成员并非一定可以分为主犯或从犯。但是，我们还是应该注意到，最高人民法院在这里明确地指出，对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员是根据其在“单位犯罪中”的地位、作用和犯罪情节来决定主从关系，而不是根据其在“共同犯罪中”的地位、作用和犯罪情节来决定主从关系。当然是否可以区分主从关系应根据具体案情而定，对于主从关系明确的单位犯罪案件，对其内部人员仍可以区分主从关系，但是这种主从关系是指在单位犯罪中起主要作用与起次要作用的关系，而绝对不是共同犯罪中的主犯、从犯关系。

另外一个值得研究的问题是，在共同证券、期货犯罪中，非特殊主体能否犯刑法规定要求是特殊主体的证券、期货犯罪？大家知道，刑法中的犯罪主体有一般主体和特殊主体之分。理论上一般认为，只要达到法定年龄并具有刑事责任能力就可以构成犯罪的主体为一般主体；而刑法中构成某些犯罪除具一般主体条件之外，还须具备特定的身份才能构成，这个特定的身份，在我国刑法理论中称之为特殊主体，在国外刑法理论中通常称作为“身份犯”。这种情况在证券、期货犯罪中同样也存在，有些证券、期货犯罪刑法明确对行为人主体身份有特殊的要求，也即要构成这些犯罪除行为人达到法定年龄、具有刑事责任能力外，还必须具有一定的法律所规定的身份。例如，内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪主体必须是证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，也即理论上所称的“内幕人”和“非内幕人”；诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的犯罪主体则必须是证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司的从业人员，证券业协会、期货业协会或者证券、期货监督管理部门的工作人员。

某些犯罪由于刑法规定只能由具有特定身份的人才能构成，因此，在单独犯罪中不具有特定身份的人不能单独构成该罪，这在刑法理论上早已有了定论。但是，在共同犯罪中非特殊主体能否构成要求是特殊主体的罪？这则是刑法理论上和实践中有共同犯罪（包括证券、期货共同犯罪）的一个重要研究课题。刑法理论上通说认为，非特殊主体可以构成要求是特殊主体的犯罪的共犯。<sup>①</sup>但也有学者从应然角度提出相反的看法，认为无特定身份者不应该成为有特定身份要求的犯罪的共犯。处在不同社会地位的人，只要有法律规则的规定，总是有着不同的权利和义务，权利和义务总要向一致的要求尽量靠拢。于是在刑法上，

① 杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社2001年版，第97页。

特殊的主体资格从普通的主体资格中裂变出来,特殊主体所享受的权利,普通主体不能去分得一杯羹;特殊主体所承受的义务,普通主体也不能去平分秋色。特殊主体当然可以构成任何一个普通主体可以构成的犯罪,但因权利使然,命其承受从重处罚的义务。而普通主体却不能构成只有特殊主体才能构成的犯罪,同样又是义务使然。在以特殊主体为基础的共同犯罪中,如果缺少特殊主体的资格同样可以构成,那么这种特殊主体的资格条件已变得毫无作用,剩下的只是刑法需要禁止和惩罚某种行为,而不是禁止和惩罚利用某种身份而实施的这种行为。<sup>①</sup>

笔者赞同上述通说的观点,即认为无特定身份者可构成有特定身份要求的证券、期货犯罪的共犯。理由主要有:

其一,无特定身份者可构成有特定身份要求的证券、期货犯罪的共犯具有一定的法律依据。尽管这种情况在有关证券、期货犯罪的刑法规定中没有专门的规定,但在刑法其他有关条文中则有反映。例如,我国《刑法》第198条第4款规定:“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗的共犯论处。”分析这一条文,我们不难发现,保险诈骗罪的主体只有投保人、被保险人和受益人才能构成,保险事故的鉴定人、证明人和财产评估人不符合保险诈骗特殊主体的身份要求,但刑法明确规定,只要他们故意提供虚假的证明文件,就可以构成保险诈骗罪的共犯。类似的情况在《刑法》第382条第3款贪污罪的规定中也有体现:“与前两款所列人员勾结、伙同贪污的,以共犯论处。”由于刑法在贪污罪的规定中明确指出其主体只能是国家工作人员,非国家工作人员不能成为贪污罪的主体,但是,在共同犯罪中,非国家工作人员则可能犯要求是国家工作人员才能构成的贪污罪。另外,这种情况在相关的刑法司法解释中也有明确规定。例如,最高人民法院2000年7月8日颁布的《审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》中规定:不具有国家工作人员身份的“行为人与国家工作人员勾结、利用国家工作人员的职务便利,共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,以贪污罪共犯论处。”笔者认为,上述刑法以及司法解释的规定无疑提供了无特定身份者可构成有特定身份要求的证券、期货犯罪的共犯的依据,在处理证券、期货共同犯罪案件中,我们完全可以按照这些规定的精神执行。

其二,无特定身份者构成有特定身份要求证券、期货犯罪的共犯没有违背权利义务的一致性原则。笔者认为,上述否定说中的主要观点是,无特定身份者既然未曾享受到特定身份者的权利,当然就不该承担相应的义务;即对无特定身份者以有特定身份才能构成的犯罪论处就是让他们承担了额外的义务。就这一观点进行分析,我们不难发现其尽管在强调权利义务一致性上有一定的道理,但这一看法中存在的片面性也是相当清楚的。最明显的是,这一观点实际上是站在单独犯罪的角度来分析共同犯罪的情况,由此得出的结论就很难做到能够全面完整。权利义务的一致性是我们的要求所在,但是在共同犯罪和单独犯罪中这一要求内容是不完全一样的。就单独犯罪而言,无特定身份者既然不能享受有特定身份者的权利,当然也就不能去承担有特定身份者才能承担的义务,也即无特定身份者不能构成要求是特定身份才能构成的犯罪。但是,共同犯罪较单独犯罪而言有其特殊性,集中表现为共同犯罪的整体性特征,也即虽然共同犯罪是由“二人以上”实施的,但由于数个行为人所具有的

① 杨兴培、何萍:《非特殊身份人员能否构成贪污罪的共犯》,载《法学》2001年第12期。

“共同故意”就把他们实施的“共同行为”聚合成一个整体行为。在一个整体行为中,无特定身份者与有特定身份者在共同实施犯罪行为时,可以说已经享受了原只能由有特定身份者才能享受的利益,或者说他事实上已经享受了权利,让其承担相应的义务也是理所当然的。例如,在非国家工作人员与国家工作人员构成的共同贪污罪中,非国家工作人员与国家工作人员勾结、利用国家工作人员的职务便利,共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物,其中非国家工作人员实际上已经享受到了其单独犯罪时所不可能取得的利益(即利用职务便利占有财物的利益)。所以刑法规定与国家工作人员勾结、伙同贪污的,以共犯论处,是完全符合刑法基本理论的,并不会有如上述否定说所讲的那种违背了权利与义务的一致性情况存在。

由此可见,在共同证券、期货犯罪中,无特定身份者完全可能构成要求特定身份才能构成的证券、期货犯罪。

## 二、自然人与单位共同证券、期货犯罪

在自然人与单位形成的共同证券、期货犯罪中,一般是指一个或者数个单位与该单位以外的一个或者数个自然人相勾结而实行的共同证券、期货犯罪。这里有一个值得研究的问题是:单位与其内部成员能否构成共同证券、期货犯罪?例如,某证券公司的业务人员为获取不正当利益,与本公司领导商定利用公司和自己的资金优势,实施联合或者连续买卖的行为,以操纵某一股票的交易价格,获利后双方根据事先的约定按比例分成。对此应如何处理?理论和实践中有不同意见。

有人认为,该单位成员一方面作为单位犯罪的直接责任人员,其行为具有单位犯罪的特征,同时,其具有为自己牟利的目的,其主观方面及其行为均超出了单位犯罪的要素,具有相对独立性,对此可按单位犯罪的共犯处理。<sup>①</sup>

有人则不同意上述看法,认为上述看法“一方面认为其行为属于单位犯罪的性质,另一方面又认为由于其具有为自己牟利的目的,具有独立性,可按共犯处理,那么究竟如何处理为好?而且依该观点,为单位牟利的部分属于单位犯罪,为自己牟利的部分则属于自然人的犯罪,这便人为地割裂了单位犯罪直接负责人员行为的整体性。另外,司法实践中,单位主管人员和其他直接责任人员实施单位犯罪的同时,为自己谋取利益的情况是广泛存在的。这也是单位犯罪中的一种常见现象,如果将这种情况都认定为自然人与单位之间的共同犯罪,是不切实际的。这种处理方式违背了刑法上‘禁止重复评价’的原则”。<sup>②</sup>

笔者认为,单位与其内部成员也可能构成共同证券、期货犯罪。理由是:尽管在一般情况下,单位内部成员尤其是对单位犯罪负直接责任的主管人员不会与本单位构成共犯,但并非单位内部的所有成员均不能与本单位构成共犯。有时单位内部的自然人不是以其单位内部成员的身份而是以独立的个人身份而与单位共同实施某种证券、期货犯罪。此时,单位内部人员的身份往往具有双重性,他既代表单位实施证券、期货犯罪,属于单位行为的一部分,又代表个人实施证券、期货犯罪行为,且与单位一起分取获得的利益,理应属于个人行为。这种情况理应属于单位和其内部人员构成的共同证券、期货犯罪。正是由于单位内部人员

① 喻伟、聂立泽:《单位犯罪若干问题研究》,载《浙江社会科学》2000年第4期。

② 阴建峰、周如海主编:《共同犯罪适用中疑难问题研究》,吉林人民出版社2001年版,第97页。

这种双重身份的特性,足以表明对单位和其内部人员以共同证券、期货犯罪处理并没有违背“禁止重复评价”的原则。对其代表单位实施的证券、期货犯罪行为,按单位犯罪追究其刑事责任,而对其代表个人实施的证券、期货犯罪行为,则当然应该按自然人犯罪追究其刑事责任。上述认为这样处理方式违背了刑法上“禁止重复评价”原则的观点,实际上是站在对人评价的角度讨论这一问题的,从而得出了这种情况是对一个人作两次评价的结论。但是,事实上刑法中的评价对象主要针对人的行为而并非针对人,单位中的内部成员所实施的行为中有单位行为也有个人行为,对同一人的不同的行为分别进行评价不仅不是重复评价,而且完全符合罪责刑相适应的原则。由此可见,单位与其内部成员构成共同证券、期货犯罪不仅是完全可能的,而且也不违背刑法原则的。

应该承认,从现有刑法规定中进行分析,自然人与单位可能构成的共同证券、期货犯罪,这已经不存在有什么障碍了。但是,对于自然人与单位形成的共同证券、期货犯罪的处理时应该以什么数额作为起刑和量刑的标准?这是一个重要并亟需研究和解决的问题。由于在我国刑法中在规定自然人成为犯罪主体规定的基础上,对主要的证券、期货犯罪均规定单位可以成为犯罪主体,所以在证券、期货犯罪中自然人与单位可以形成共同证券、期货犯罪。但是,应该注意的是,刑法对于各有关证券、期货犯罪单位犯罪主体和自然人犯罪主体所规定的法定刑标准并不完全一样。例如,自然人犯内幕交易、泄露内幕信息罪的,情节严重的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金;情节特别严重的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处违法所得1倍以上5倍以下罚金;而单位犯内幕交易、泄露内幕信息罪,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,处5年以下有期徒刑或者拘役。由这一规定分析,我们不难发现,刑法对于自然人和单位犯内幕交易、泄露内幕信息罪规定了完全不同的法定刑。而且参考其他有关经济犯罪司法解释规定,对于自然人犯罪与单位犯罪的起刑点和量刑标准也有很大差别,大多数经济犯罪单位犯罪的起刑点和量刑标准要比自然人犯罪高5倍左右。这样就必然会引出一个问题,即当自然人与单位构成共同证券、期货犯罪时,对这一共同证券、期货犯罪中的单位和自然人是否要统一按照刑法的规定以及司法解释中的一个标准作为起刑点和量刑的标准?如果有统一标准的,那么应该以自然人犯罪抑或以单位犯罪的法定刑以及起刑点和量刑数额为标准?

笔者认为,对于自然人与单位形成的共同证券、期货犯罪的处理时,不宜按照统一标准对有关自然人和单位进行量刑,而应该采用不同的法定刑以及按各自的标准分别进行定罪和量刑。也即对于共同证券、期货犯罪中的自然人应按自然人证券、期货犯罪的法定刑以及起刑点和量刑数额处理,而对于共同证券、期货犯罪中的单位则应按单位证券、期货犯罪的法定刑以及起刑点和量刑数额处理。理由是:

首先,对共同证券、期货犯罪中的自然人与单位采用不同的法定刑以及起刑点和量刑数额标准并不违背刑法中共同犯罪的基本原理。在自然人与单位形成的共同证券、期货犯罪中,尽管自然人和单位有共同的故意和共同的行为,但是,这种共同的故意和共同的行为均只是针对犯罪而言的,而就利益归属分析,则自然人与单位各有自己的利益追求,也即共同证券、期货犯罪中的自然人在共同犯罪中所追求的是自己个人的利益,而单位则是追求本单位的利益,虽然自然人和单位的利益由于共同故意的存在具有许多相同的内容,但是在共同证券、期货犯罪中,各共犯成员所追求的利益事实上具有相当程度的可分割性特征。正是因

为这一点, 尽管是共同证券、期货犯罪, 但是其中的自然人和单位实际上均有自己各自的利益归属。在证券、期货犯罪的定罪和量刑中, 利益的归属无疑是至关重要并具有决定意义的内容之一。所以, 对共同证券、期货犯罪中的自然人和单位采用不同的法定刑以及起刑点和量刑数额标准是完全符合刑法原理的。

其次, 对共同证券、期货犯罪中的自然人和单位采用不同的法定刑以及起刑点和量刑数额标准完全符合我国刑法确立的罪责刑相适应的原则。所谓罪责刑相适应的原则是指, 犯罪社会危害性程度的大小, 是决定刑罚轻重的重要依据, 犯多大的罪就处多重的刑, 做到重罪重罚、轻罪轻罚, 罪刑相当、罚当其罪。从我国刑法以及有关司法解释的规定看, 对于证券、期货犯罪的单位和自然人实际上均采用了不同的法定刑以及起刑点和量刑数额标准, 这种不同的标准显然体现了罪责刑相适应原则的要求, 因为单位犯罪毕竟不同于自然人犯罪, 其对社会所造成的危害性并不完全相同。正因为如此, 在自然人与单位形成的共同证券、期货犯罪中理应包含有自然人犯罪的成份和单位犯罪的成份, 也即这是自然人犯罪与单位犯罪的结合, 其中既具备自然人犯罪的特征, 也具备单位犯罪的特征。而对于其中的自然人按自然人犯罪的标准定罪量刑, 对于其中的单位按单位犯罪的标准定罪量刑, 则完全符合罪责刑相适应的原则。如果对于共同证券、期货犯罪中的自然人统一按照单位的法定刑以及起刑点和量刑数额标准追究刑事责任, 则完全可能出现重罪轻罚的结果, 并由此产生在同样的犯罪结果下, 自然人单独犯罪的处罚比自然人与单位共同犯罪的处罚要轻很多的情况。同样, 如果对于共同证券、期货犯罪中的单位统一按照自然人的法定刑以及起刑点和量刑数额标准追究刑事责任, 则完全可能出现轻罪重罚的结果。无论如何, 这些做法显然都与罪责刑相适应的原则相悖的。

需要指出, 在司法实践中可能会出现有些证券、期货犯罪的结果对自然人构成犯罪, 而对单位则可能尚未达到犯罪的标准的情况, 对此应如何处理? 笔者认为, 我们仍然应该按照上述提出的原则进行处理, 即对于构成犯罪的自然人追究刑事责任, 而对于尚未达到犯罪标准的单位不追究刑事责任。事实上以此为标准也并没有违背有关刑法原理和基本原则。

### 三、单位与单位共同证券、期货犯罪

与自然人证券、期货犯罪一样, 单位证券、期货犯罪也有一般主体和特殊主体之分, 也即有些单位证券、期货犯罪的主体也存在是否需要具有一定身份才能构成的问题。应该看到, 对于刑法规定的单位犯罪中是否存在特殊主体问题, 时下刑法理论中并没有很多的讨论, 这主要是因为大多数单位可以成为犯罪的主体的犯罪中, 刑法条文并没有对单位主体身份作出如自然人主体身份这样明确的规定。通常的情况下的刑法条文往往只是在规定自然人犯罪后, 另分一款专门规定: 单位犯前款罪的, 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相应的刑罚。从这种刑法规定单位犯罪的模式分析, 我们不难发现, 我国刑法有关单位犯罪的一般主体和特殊主体的规定在条文上并没有很直接的表述, 这就产生了对于单位犯罪的特殊主体应该如何判定的问题? 依笔者之见, 从刑法原理分析, 既然自然人犯罪有一般主体和特殊主体之分, 那么单位犯罪也同样应该有这种区分。在一般情况下, 对于单位犯罪的特殊主体应该以刑法规定自然人犯罪的特殊主体为认定依据, 也即当刑法分则条文规定该罪自然人犯罪主体为特殊主体时, 那么该罪的单位犯罪主体也应该是特殊主体。例如, 《刑法》第 181 条规定的诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的自然人犯罪

主体为特殊主体,即本罪的主体为证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司的从业人员,证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门的工作人员。因此,构成本罪的单位就应该是证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司以及证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门。笔者之所以持这种观点,一方面是因为刑法分则把大多数单位犯罪均与自然人犯罪放在一起加以规定,这表明立法者对于自然人犯罪和单位犯罪的主体身份认同;另一方面在同一条文中的单位犯罪和自然人犯罪一般均成立同一罪名,而同一罪名对主体身份的要求通常又应该具有一致性;再一方面刑法分则在规定单位犯罪时所表述的“犯前款罪”也实际上提出了单位应具有前款罪中自然人犯罪主体身份的要求。

既然单位证券、期货犯罪也存在有一般主体和特殊主体,那么在单位与单位形成的共同证券、期货犯罪中就同样可能存在非特殊主体的单位是否可以犯要求是特殊主体单位之罪的问题。根据刑法基本原理,笔者认为,在单位单独证券、期货犯罪中,非特殊主体的单位不能构成要求是特殊主体的证券、期货犯罪,如在单独证券、期货犯罪中,一般的单位不可能单独构成诱骗投资者买卖证券、期货合约罪;而在单位共同证券、期货犯罪中,非特殊主体的共犯成员则完全可能构成要求是特殊主体的证券、期货犯罪,如在单位共同证券、期货犯罪中,一般的单位完全可能与证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司以及证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门一起构成诱骗投资者买卖证券、期货合约罪。理由在上述自然人共同证券、期货犯罪的论述中已经阐明,在此就不再赘述了。

需要指出的是,在认定和处理单位与单位构成的共同证券、期货犯罪中,应注意以下几种情况:有的自然人与其他自然人相互以单位名义实施共同证券、期货犯罪,但犯罪所得归个人所有;还有些自然人以单位名义与其他单位实施共同证券、期货犯罪,并将其中部分犯罪所得归个人所有。笔者认为,上述这些情况均不能以单位与单位共同证券、期货犯罪认定和处理。因为,在自然人犯罪与单位犯罪的区别中,最大的界限无疑是利益的归属问题。如果犯罪所得归个人所有的,即使是以单位名义实施的也不能视为单位证券、期货犯罪,由此而形成的共同证券、期货犯罪当然也就不可能是单位与单位共同证券、期货犯罪了。另外,有些自然人与其他自然人为进行证券、期货违法犯罪活动而专门设立单位并以此单位名义共同实施证券、期货犯罪;还有些自然人为进行证券、期货违法犯罪活动而专门设立单位并以此单位名义与其他单位共同实施证券、期货犯罪。对于这些情况也不应视为单位与单位共同证券、期货犯罪。因为,自然人为进行证券、期货违法犯罪活动而设立的单位所实施的证券、期货犯罪,理应属于自然人实施的证券、期货犯罪,不能作为单位实施的证券、期货犯罪处理。同样,自然人设立单位后,以实施证券、期货犯罪为主要活动的,也不能以单位实施的证券、期货犯罪处理,以此进行共同证券、期货犯罪的也不能视为单位与单位共同证券、期货犯罪。这些内容均已经在相关的刑法司法解释中有了规定,我们在处理单位与单位构成的共同证券、期货犯罪中理应贯彻这些规定的精神。

(作者单位:华东政法学院;责任编辑:国维)