

# 民营企业产权刑法保护问题及其根源与对策

## ——兼评《刑法修正案(十一)》相关条文

陈金林

**摘要** 从最终利益享有者、产权内容、侵权形式及其保护对刑法的依赖程度等四个维度解析民营企业产权,而非简单地将其理解为企业的财产权,有助于更全面地把握影响罪刑设置的因素。通过对典型案例的统计分析可知,民营企业产权面临的主要威胁是纵向侵权、新型侵权和非物质产权侵权;预防内部侵权和传统侵权的条文,多被当成纵向侵权的通道。其制度原因是,当前刑事立法对非物质产权、新型侵权介入程度不足,部分条文有被滥用的危险,刑法对权力的节制程度不够。其思想根源在于,以传统社会为背景发展出的刑法理论与现代市场经济之间存在严重的错位。为防止纵向侵权,有必要放宽滥用职权罪的入罪条件,在管制性条文中引入实质的不法内容,贯彻立法明确性优先于公正的原则;为应对横向侵权,应根据非合作情形下的均衡保护原则、合作情形下的损害原则、持续合作情形下的“不告不理”原则调整刑法规定。《刑法修正案(十一)》的部分条文回应了民营企业产权保护的需要,但有关企业内部犯罪的规定与立法目的之间存在错位;部分值得推广的理念遗憾地停留在现象层面,民营企业产权保护的制度环境未获得体系性改善。

**关键词** 民营企业产权;平等保护;纵向侵权;非物质产权侵权;刑法谦抑性

**中图分类号** D914 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2022)03-0161-11

**基金项目** 国家社会科学基金项目(18BFX097)

近年来,加强民营企业产权保护、优化营商环境,已成为党和政府、司法机关、市场主体、学界以及国民的共识。《刑法修正案(十一)》对此作出了回应,包括:提高单位内部犯罪的法定刑,为挪用资金罪增设退赃从宽的规定;修改骗取贷款、票据承兑、金融票证罪(以下简称“骗取贷款罪”)的入罪条件;调整侵犯知识产权犯罪的成立条件,提高其法定刑;完善破坏金融秩序类犯罪的规定,提高资本市场违法成本。根据“草案说明”<sup>[1]</sup>,《刑法修正案(十一)》有关企业产权保护的修订依据有两类:一是“平等保护精神”“系统性、完整性、协调性”等理论逻辑,对应着理论型立法;二是“案件经验”“实际状况”等经验性事实,对应着现象立法<sup>[2]</sup>(P470)。理论型立法有助于实现立法的体系性、稳定性,但容易忽视规制对象的特殊性,机械地套用已难以适应新形势的理论模型,导致条文(如加重民营企业内部犯罪的法定刑)与立法目的(如实现产权平等保护)之间出现错位,难以回应现实的需要;现象立法能及时回应社会需求,却受制于具体现象,不能以点带面、体系性地改善民营企业的处境。

科学地立法,既不能只描述现象,也不能机械地套用既有的理论逻辑,而应全面观察并精准地把握现象,提炼出一般性原理,对既有理论进行调试或更新,并以此指导立法。为有效保护民营企业产权,立法者应厘清与企业产权相关的主体及其利益关系,重视企业活动的场域(即市场)及其规律,融合经济学和法学的视角,更新、细化罪刑设定的理论模型,从多个维度剖析企业产权的法律属性,精准定位其权利主体、内容、面临的侵权形式及其保护对刑法的依赖程度,以实证数据为基础分析民营企业产权保护的

现实状况,探寻其制度与思想根源,有针对性地确立刑法介入市场领域的原则,并以此为指导设计罪刑规范。

## 一、问题:民营企业产权的客观构造及其面临的现实威胁

准确定位问题是制度建构的前提。民营企业产权的刑法保护,涉及两个层面的问题:一是民营企业产权自身的客观构造,即该概念包含的所有可能影响罪刑设置的维度及其构成要素;二是民营企业产权面临的现实威胁。

### (一) 民营企业产权的客观构造

民营企业产权的刑法保护,涉及要不要针对影响它的特定行为方式设置刑罚以及设置何种程度的刑罚。罪与刑之间并没有绝对的量的转化标准,只能以均衡为原则,将待决问题与认同度高的罪刑规范作横向对比。而横向对比的前提是将所有可能影响可罚性及其程度的因素都纳入比较的范围,并赋予其适当的权重。犯罪的本质是法益侵害,法益是影响罪刑设置的核心因素之一。当前理论界对法益的分析停留在一维的、观念的层面。这种模糊的法益观念很难成为精细的分析工具,容易遮蔽法益所涉事实的多样性。根据德国刑法学家海因里希提出的“三阶段模型”,可以从刑法究竟是在保护“谁的”“什么利益”“免受何种侵犯”这三个层面将法益理念具体化<sup>[3]</sup>(P148)。此外,基于刑法谦抑性原则,还应当将法益保护对刑法的依赖程度纳入分析框架<sup>[4]</sup>(P45)。这样一来,就可以构筑一个四维的分析框架,以对“民营企业产权”这一概念中影响罪刑设置的因素作更精细的分析。

1. 企业的契约属性及企业产权的主体。当前,刑法理论界通行的做法是直接挪用民法的结论,将企业本身作为法益主体<sup>[5]</sup>(P514)<sup>[6]</sup>(P1020),不追问企业利益的最终归属,也不对企业作类型化处理。有学者明确反对以企业类型为基础作罪刑区分,主张缩小民营企业内部犯罪与公有制企业内部犯罪的法定刑差距,并将《刑法》第165至第169条国有企业渎职类犯罪的规定扩张至非国有企业<sup>[7]</sup>(P195-200)。不过,民法之所以将企业(法人)视为规范意义上的法律主体,是为了降低对外交易的成本<sup>[8]</sup>(P418),企业产权在事实上的归属、企业内部成员之间的利益关系及其决策与行动能力等影响罪刑设置的因素,并不在前述民法结论的考虑范围内。

经济学对企业性质以及企业产权的研究,能更细致地反映事实上的利益关系。根据科斯等提出并经格罗斯曼和哈特完善的现代企业理论,企业是一系列契约的组合,是个人之间交易产权的一种方式,是“不完备的契约”。根据布莱尔提出的状态依存所有权理论,企业产权的最终归属取决于企业所处的不同状态:如果企业总收入大于或等于应支付的工人工资和对外债务之和,股东是所有者;如果企业总收入大于或等于工人工资但小于工人工资和对外债务之和,债权人是所有者;如果企业收入小于工人工资,则工人是所有者<sup>[9]</sup>(P5-9)。既然如此,企业产权就应当是不同状态下的最终利益享有者以“契约”约定的方式共同享有的财产利益。

将前述结论引入刑法,有助于更精细地解析企业产权:首先,可根据具体侵权类型所涉的典型状态,勾勒出更清晰的被害人形象,防止将股东、工人、债权人等形象以含混的方式掺杂在“企业”这一概念中,避免权利归属模糊不清、罪刑设置判断基准不明。其次,揭示企业的“契约”属性,有助于法益内容的精细化:企业内部侵权的本质是“违约”,只是对相对权的侵犯;而外部侵权既可能涉及相对权,也可能涉及绝对权。最后,由于“只有个体才有决策和行动能力”<sup>[10]</sup>(P9),将被害人具体到最终利益归属者层面,可以更精确地分析不同情形下被害人或被害人组合的行动能力,为刑法从属性的判断腾出空间。

2. 企业产权的内容。一维的观察模式将民营企业产权视为企业的财产权,这一结论与平等保护原则结合,就会催生同等处罚公有制、民营企业内部犯罪的立法主张。而侵犯知识产权犯罪、内幕交易类犯罪等遵循现象立法逻辑的立法,则采用了与传统财产犯罪完全不同的罪刑设置模式。究竟是平等处罚还是差异化立法,在很大程度上取决于对企业产权内容的多维度解析。

根据企业产权所涉权利的效力范围,可将其分为绝对权与相对权<sup>[81]</sup>(P512)。满足合作基本前提的侵权,多是对相对权的侵犯,如企业内部侵权、高利转贷、非法吸收公众存款等;未满足合作基本前提的侵权,多是对绝对权的侵犯,例如侵犯知识产权、盗窃或诈骗类犯罪<sup>①</sup>。总体而言,在保护绝对权时,刑法只关注具体财产遭受的侵犯,其介入强度高,受到的限制少,如盗窃罪;相对权的保护范围和强度则受到了更多限制,刑法会考虑双方的整体利益关系,犯罪的成立通常以整体财产的减少为前提,其法定刑也更低,如拒不支付劳动报酬罪。

根据权利的实现程度,又可以将产权区分为既有利益和预期利益,其中前者是完整的主体性权利,后者则是作为主体性权利前阶段的、有望获得的利益<sup>[11]</sup>(Rn241)。在市场合作中,相关主体会放弃对既有财产的控制以追求预期利益,因此,尽管预期利益比既有利益更不确定,为了促成合作,在满足交易基本前提的情形下,刑法不得为了保护既有利益而牺牲预期利益。非合作的情形下,刑法的主要任务应是保护既有利益。

根据企业产权的存在形态,可将其分为物质产权与非物质产权(包括知识产权、商品信誉、商业声誉等),两者在支配形式上有所不同<sup>[12]</sup>(P4-8),这又会进一步影响其保护对刑法的依赖程度。

3. 企业产权面临的侵权形式。根据法益主体、内容以及刑法从属性程度的不同,考虑到实践中常见的事实类型和制度建构的需要,可依如下方式搭建企业产权侵权形式的体系:

根据侵权是否动用公权力,可以将民营企业产权侵权划分为纵向侵权和横向侵权。根据侵权方式是否借用既有的刑法条文,又可以将纵向侵权分为刑法滥用和刑法保护缺位两种情形。其中,刑法滥用又可以分为过度的外部管制和过度的内部介入两种情形。过度的外部管制是指市场准入、金融、税收等关键领域基于秩序维护、非对称保护甚至道德管理等理由,借非法经营、骗取贷款、合同诈骗、非法吸收公众存款、虚开增值税专用发票、行贿等罪名过度适用刑罚或刑事强制措施;过度的内部介入是指公权力滥用涉企业内部关系的罪名(包括非国家工作人员受贿、职务侵占、挪用资金、拒不支付劳动报酬等)实施的纵向侵权。刑法保护缺位,是指与现行刑法条文滥用没有直接关联的纵向侵权。横向侵权可以分为内部侵权和外部侵权,前者是企业内部成员实施的广义的背信类犯罪;后者是其他平等主体对企业产权的侵犯。根据产权内容的不同,又可以将外部侵权分为非物质产权侵权和物质产权侵权。物质产权侵权又可以进一步分为新型侵权和传统侵权,其中的新型侵权是指通过破坏现代经济形式<sup>②[13]</sup>(P85)的制度基础而实现的侵权,如内幕交易,虚假破产,拒不执行判决、裁定等。由此,可形成如下的侵权形式系谱图:

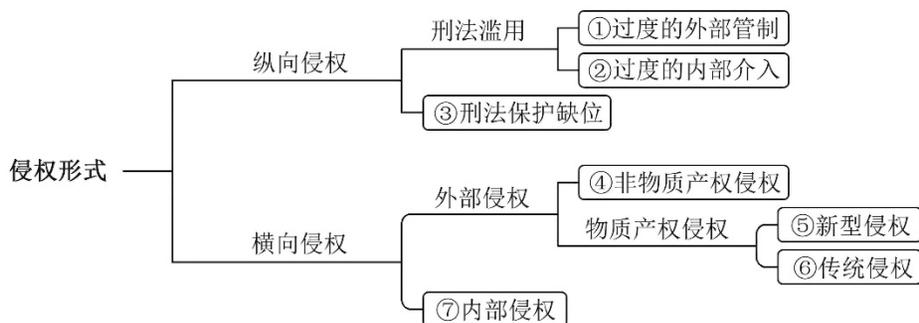


图1 侵权形式系谱图

4. 企业产权保护对刑法的依赖程度。为了确保刑法的谦抑性,有必要在加害—被害关系中分析法

① 非法占有目的表明行为人并无合作的真实意图,因此合同诈骗罪仅有合作(“合同”)的外表,属于非合作类侵权。

② 经济学认为传统的制造业对制度资本依赖程度低,现代服务业(尤其是金融服务)对其依赖程度高,其原因在于两者所涉信息浑浊程度不同。不过,信息浑浊程度高的,不限于现代服务业。

益保护对刑法的依赖程度。就民营企业产权保护,应从加害的角度考虑的因素是侵权人侵犯产权的一般能力及具体情形下的侵权方式;在被害层面,除了考虑民法、行政法等救济手段之外,还需要分析被害人的自我保护能力<sup>[14]</sup>(P25),尤其是通过市场机制自我保护的可能性,因为“市场通常是组织经济活动的一种好方法”,它能在“看不见的手”的引导之下实现整个社会福利的最大化<sup>[15]</sup>(P10-11),而刑法不仅不能创造价值,还有严重的副作用。考虑到这些因素,可将企业产权保护对刑法的依赖程度分为以下几个层次:

第一,零依赖型,对应于市场机制正常运行的条件已完全满足但交易结果对一方不利的情形。这种情形下也存在财产损失,不过,任何交易都有风险,所有市场参与者都应当按照法定或约定的方式承担风险。满足市场交易有效前提的“失败”,是市场运行的正常结果,也是一种信号机制,能给市场主体提供行动方向。在这里,需提防以“结果公正”为由的惩罚。就此,哈耶克指出,“在经济竞赛中,正义者只可能是参与者的行为而不可能是竞赛的结果”<sup>[16]</sup>(P127),只要交易的前提是公平的,刑法就不应介入。

第二,低度依赖型,对应于传统市场机制存在失灵的可能性、但已存在有效市场应对机制的情形,如通常情形下的内部侵权。内部侵权的根本原因是激励不相容和信息不对称,在这种典型重复博弈的情形下,可通过产权安排(如管理层或员工持股)降低激励不相容的程度,通过信誉和内部监督机制(如财务账簿)降低道德风险,刑法只需在例外的情形之下以较低的程度介入,以辅助市场机制运行。

第三,中度依赖型,对应于加害—被害双方满足合作的基本前提、但存在市场失灵的可能性且尚无有效市场应对机制的情形。该种情形具有通过合作实现帕累托最优的可能性。不过,由于通常的市场机制可能失灵且没有足以避免后果发生的市场机制创新,其对法律制度的依赖程度就会更高。存在信息不对称的单次博弈(如非法吸收公众存款)、存在外部性的重复博弈(如公有制或上市公司等股权高度分散的企业的内部侵权),属于这种类型。因此,应区分一般民营企业、上市公司、金融机构、公众资金管理机构、国有企业的内部侵权,因为其最终利益归属者的分散程度、行动能力存在明显的不同<sup>[17]</sup>(P10)<sup>[18]</sup>(P115)。总体而言,前述单位内部侵权对刑法的依赖程度依次递增。也正因如此,不应“平等处罚”民营企业与公有制企业的内部犯罪。为公有制企业、上市公司设置特别的渎职犯罪条款(《刑法》第165条至第169条之一的规定),区分民营企业和国有企业内部犯罪的法定刑,看似违反“平等保护”原则,实则符合经济学和刑法学的基本原理。

第四,高度依赖型,对应着不以合作为目的的横向侵权。市场的基本逻辑是通过人与人之间的合作实现共赢,其前提是自由和私人产权<sup>[19]</sup>(P13)。那些完全违反权利人意愿的侵权(如知识产权侵权)或仅以合作为幌子的侵权(如合同诈骗罪、内幕交易罪、虚假破产罪),因为没有满足自由交易的基本前提,市场机制没有发挥作用的可能性,对刑法的依赖程度高。

第五,极度依赖型,对应着纵向侵权。纵向侵权以履行公职的名义侵犯企业产权,对此,被害人既难以救济,也无法回避。这一结论也得到了经济学的佐证。研究显示,有坚实的证据表明“产权制度”(与“纵向侵权”对应)会对长期的经济增长、投资和金融发展产生重要影响,而“契约制度”(与“横向侵权”对应)虽然能影响金融中介的形式,对经济增长、投资和信贷总量的影响则更为有限<sup>[20]</sup>(P988)。

通过前述分析不难发现,在确立妥当的罪刑分析框架并将所有重要的影响因素纳入其中之前,建立在罪刑横向对比之上的立法主张,无论是平等保护还是区别对待,都可能是一种武断。与一维的观察模式相比,四维的法益分析框架能更全面地覆盖对民营企业产权刑法保护具有重要意义的因素,如企业产权的最终享有者及其行动能力,侵权来自内部还是外部,是否卷入公权力,加害—被害双方是否满足交易的基本前提,法益主体通过市场机制创新保护法益的可能性等。明确这些被一维的观察方式遮蔽的多样性,有助于更精准、全面地发现民营企业产权刑法保护的缺位、不足、过度或不必要之处。

## (二) 民营企业产权面临的现实威胁

关于民营企业产权的现实境遇,有两种不同的观察方式。一种以民营企业及民营企业触犯罪名

的频率为标准,认为适用频率高意味着刑法保护不力。据统计,2014-2018年,民营企业适用频率最高的前十个罪名依次是非法吸收公众存款罪、虚开增值税专用发票罪、职务侵占罪、合同诈骗罪、单位行贿罪、挪用资金罪、拒不支付劳动报酬罪、行贿罪、骗取贷款罪、非国家工作人员受贿罪<sup>[21]</sup>(P27-28)。《刑法修正案(十一)》加重非法吸收公众存款罪、企业内部犯罪的法定刑与此不无关联。不过,罪名适用频率这一“标量”难以准确反映民营企业产权面临的现实威胁,不能为立法提供规范性指向:罪名适用频率高未必是因为威慑不足,也可能是因为罪名被滥用;适用频率低未必是刑法保护已足够充分,也可能是因为执行不力;没有相关的判决也不表明没有侵权发生,而可能是因为没有对应的保护性条文。

能如实反映民营企业产权面临现实威胁的实证数据,必须具有规范性“向量”的特征。鉴于此,可通过最高司法机关发布的涉民营企业保护的案例探索制度的应然走向,因为典型案例既能反映民营企业产权的事实遭遇,又附有入选理由,因此能反映“应然”,是一种“向量”。本文将能反映最高司法机关立场的49个典型案例作为分析对象<sup>①</sup>,整理出57个样本<sup>②</sup>,并对其涉及的侵权形式进行统计<sup>③</sup>,结果如下:

表1 侵权形式频次分布表

侵权类型		样本(个)	占比(%)
纵向侵权	过度的外部管制	14	24.56
	过度的内部介入	5	8.77
	刑法保护缺位	14	24.56
横向侵权	非物质产权侵权	7	12.28
	新型侵权	15	26.32
	内部侵权	2	3.51
总计		57	100.00

可见,依照严重程度递减的顺序,民营企业产权面临的主要威胁依次是新型侵权(26.32%)、过度的外部管制(24.56%)、刑法保护缺位(24.56%)、非物质产权侵权(12.28%)、过度的内部介入(8.77%)和内部侵权(3.51%)。从宏观层面观察,纵向侵权占57.89%,横向侵权占42.11%。由此可知:第一,民营企业产权面临的主要威胁是纵向侵权;第二,威胁企业产权的横向侵权形式主要是新型侵权和非物质产权侵权;第三,传统侵权和内部侵权并非民营企业面临的重大挑战,这类罪名在样本中多被用作纵向侵权的通道,如四川省高级人民法院赔偿委员会(2016)川委赔32号国家赔偿决定书所示<sup>④</sup>。

① 包括最高人民法院分三批发布的保护产权和企业家合法权益典型案例(共计20个),最高人民法院司法案例研究院发布的依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例(10个),最高人民检察院发布的涉民营企业司法保护典型案例(4个)和以“涉非公经济立案监督”为主题的第二十四批指导性案例(3个),最高人民检察院与证监会联合发布的证券违法犯罪典型案例(12个)。

② 原则上,一个典型案例计为一个样本;如果同一案例涉及同案处理的数个罪名,则依照罪名数计为数个样本(如张文中诈骗、单位行贿、挪用公款再审改判无罪案计作3个样本);同一案件的多重规范评价(如商标侵权同时涉及不正当竞争),不影响样本数的计算,统计时依照特殊法条优于普通法条的规则对其进行取值。

③ 样本的取值范围是前文“侵权形式系谱图”中带圈序号所示的七种具体侵权形式。取值规则如下:第一,根据典型案例发布主体对权力介入持消极态度(如作无罪或罪轻改判、解除强制措施、肯定国家赔偿、要求权力拥有者履行职责或合同、不予起诉、以和解替代破产清算程序等)还是积极态度(如有罪判决、立案监督、提起公诉、肯定民事赔偿等),将样本归入纵向侵权和横向侵权两个大类。第二,在纵向侵权中,如涉及具体罪名的追诉(包括以此为目的的强制措施的适用),则根据罪名是关涉企业与外部的关系(如逃税、单位行贿、虚开发票或诈骗等)还是仅涉及企业内部(如广义的背信犯罪与拒不支付劳动报酬),分别取值为“过度的外部管制”与“过度的内部介入”;如果不涉及具体罪名的追诉(包括罪刑适用无争议时的违法财产扣押,如北鹏公司申请刑事违法扣押赔偿案),取值为“刑法保护缺位”(如因滥用行政强制、刑事诉讼措施、涉案财产处置、保全措施等引发的国家赔偿,以公权力拥有者为主体的民事违约)。第三,在横向侵权中,如只涉及企业内部关系,取值为“内部侵权”,其余的归入“外部侵权”;“外部侵权”中,如保护的对象是非物质性的,取值为“非物质产权侵权”;如保护的对象是物质性的,则根据其是否高度依赖现代交易制度,分别取值为“新型侵权”(如证券市场内的违法犯罪,出具证明文件重大失实,拒不执行判决、裁定等)和“传统侵权”。

④ 该案中,赔偿义务人、原办案机关将挪用资金罪的涉案资金没收,而未退还给被害人。

## 二、根源:以管制为重心的刑法及其理论基础

民营企业产权保护的现状,有着制度、思想层面的原因。分析这些原因,有助于精准地进行制度改造。

### (一) 制度原因:保护不力与管制过度的规范结构

在制度层面,民营企业产权保护的现状有以下三方面的原因:

1. 刑法对非物质产权保护不力,对新型侵权应对不足。整体而言,刑法对非物质产权的保护力度明显弱于物质产权。《刑法修正案(十一)》生效之前,侵犯商标、著作权、商业秘密的法定最高刑都是七年有期徒刑,假冒专利罪的法定最高刑只有三年,损害商业信誉、商品声誉罪的法定最高刑仅为两年;而传统财产犯罪的法定最高刑多为无期徒刑。在司法层面,针对非物质产权的定罪量刑标准多是传统财产犯罪的十倍甚至百倍以上。同样,刑法对新型侵权的介入程度明显更弱。例如,内幕交易、泄露内幕信息罪和利用未公开信息交易罪,本质上是利用现代金融交易体系窃取其他交易者的财产,但其法定最高刑只有十年,远低于盗窃等传统财产犯罪。虚假破产罪、妨害清算罪的法定最高刑只有五年,拒不执行判决、裁定罪的法定最高刑也只有七年。在罪刑设置的分析框架中,找不到非物质产权侵权、新型侵权刑法介入强度更低的根据。非物质产权的价值并不低于物质产权,而且,由于非物质产权缺乏物理管理的可能性,其保护对刑法的依赖程度更高;新型侵权所涉的经济形式对法律制度的依赖程度也很高。

2. 刑法条文存在被滥用的空间。过度的外部管制和过度的内部介入的制度性原因在于,当前刑法设置的可罚性条件不够严谨,致使这类条文容易被滥用。管制性条文是必要的,不过,不少条文的罪状设置方式使其可能脱离正当性根据运行。例如,市场准入的限制在一定条件下是合理的,因为放开某些特殊商品或服务的准入限制,在特殊的社会背景之下可能造成对关键资源或服务的垄断,由此危及国计民生等重要利益。但《刑法》第225条为该罪设置的实质条件是“市场秩序”,这一“中间法益”未能触及设置该罪的深层目的,难以起到实质意义上的过滤作用。当经济、社会条件发生重大转变,诸如未获得许可收购玉米之类的行为已不具有危及国计民生的可能性之时,司法机关依然可能以“扰乱市场秩序”为由维持对这类行为的处罚。又如,为了保护金融机构资金的安全,设置骗取贷款罪是合理的,但《刑法修正案(十一)》生效之前的“其他严重情节”这一入罪通道让该罪的适用部分偏离了金融机构资金安全的保护,转而维护“贷款时不得欺诈”的禁忌。与企业内部治理相关的罪刑规范原本是为了保护最终利益享有者(通常情形下是股东)的利益,但立法的罪状表述却过度关注行为无价值,而不是聚焦于整体财产损失。基于历史和现实的原因,我国企业在合规层面还有大幅提升的空间。在这一现实背景之下,如果过度强调行为无价值,只是单向地过滤出企业财产向个人流动的部分,不看整体的财产关系,也不尊重“受害人”的意见,就会导致这类条文成为纵向侵权的通道,“反噬”法益主体的利益。

3. 渎职类犯罪的结构性失衡。即便管制性条文有被滥用的可能、保护性条文具有“反噬”的危险,只要能在一般意义上制约权力,也能有效防控纵向侵权。纵向侵犯民营企业产权的典型行为模式是滥用职权,而根据现行刑法,滥用职权罪以“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”为前提条件。民营企业的财产损失不属于“公共财产”,也难以归入“国家和人民利益”。因此,即便是在获得最高司法机关关注的典型案例中,纵向侵权的应对方案也仅限于国家赔偿,而国家赔偿显然不具有充分的惩罚—预防效果。同时,《刑法》分则第九章“渎职罪”通过大量具体罪名威慑对市场限制或管制不足的行为,如涉及市场准入的滥用管理公司、证券职权罪(处罚给予准入许可的行为);涉及税收的徇私舞弊不征、少征税款罪,徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪,违法提供出口退税凭证罪;涉及交易过程的国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪;涉及关键资源的非法批准征收、征用、占用土地罪,非法低价出让国有土地使用权罪;涉及终端管制的放纵制售伪劣商品犯罪行为罪以及食品、药品监管渎职罪等。一面是对滥用权力侵犯民营企业产权的处罚漏洞,一面是对公权力介入市场不足的密集刑法威慑,这种失

衡的刑法结构,正是纵向侵权泛滥的制度根源。

## (二) 思想根源:传统刑法理论与市场经济的错位

民营经济是社会主义市场经济的重要组成部分,对我国经济的发展做出了卓越的贡献,宪法也已完全承认市场经济的独立地位。不过,刑法理论与社会现实、宪法理念之间往往存在“时滞”,在社会现实因为民营经济的快速发展而产生剧变之时,刑法理论未能同步更新,只是策略性地用现象立法点对点地回应某些迫切的需求。这种与市场经济错位的刑法理论,是民营企业产权保护现状的思想根源。

1. 与市场经济错位的财产观。不同的社会发展阶段有不同的经济目标,对应着不同的财产观。在传统的生产型社会,生产能力有限,人类长期在温饱边缘挣扎,社会的主要任务是满足生存的需要,价值主要靠生产能直接满足需求的东西来体现。而在财富型社会,产品生产已足以满足人类生存之所需,社会的主要任务是提供财产保值、增值的载体,新的价值主要靠提高资产的配置效率、提高个人经济安全、拓展个人的人生体验来创造<sup>[13]</sup>(P49-54)。中国已开始向财富型社会转变,而在刑法学领域居于统治性地位的,依然是与生产型社会契合的传统财产观。当前民营企业产权刑法保护的缺憾,与此不无关联。

第一,非物质产权保护不力,是因为受农耕时代财产观的影响。基于对农耕时代的经验性感知,传统财产观认为非物质财产更多是个人灵光一现的产物,没有与物质财产相当的劳动密度,也不能直接满足物质生存的需要,且非物质产权侵权未排除原权利人的支配,因而将其归入较轻的犯罪类型。而根据主观、动态的财产理论,财产的价值与其生产过程无关,非物质产权对作为典型“经济人”的企业经济价值,绝不低于物质产权;尽管非物质产权侵权并不排除法益主体的支配,却会挤占其利润空间,使其遭受巨额的预期利益损失。

第二,新型侵权的法定刑偏低,是受传统财产观的影响。传统财产观不以促成合作为宗旨,其目的在于维护财物的利用价值,因此以财产支配的破坏程度为指标测量不法程度。而新型侵权发生在交易过程中,不涉及对支配权的侵犯,因此传统财产观认为其不法程度更低。正因如此,除了诈骗罪这一古老的犯罪之外,其他具有交易外观、实则未满足交易基本前提的新型侵权,法定刑往往远低于传统的财产犯罪。实际上,新型侵权造成的损害并不轻于传统侵权,且其对制度的依赖远高于传统侵权,刑法应以更高的力度介入。

第三,符合合作基本前提情形下的刑法过度介入,也与传统财产观有关。如前所述,传统的财产观关注行为表现多于财产损失,容易偏向行为无价值论,走向道德伦理化的过程管理,如挪用资金罪、高利转贷罪等。在真实的交易环境中,整体财产的增减才是合作双方关注的焦点。由于能否增值受诸多因素的影响,且涉及对未来的判断,没有人能确保增值、保值的实现,因此,适应市场经济的刑法理论应将重点放在交易条件之上,只要交易前提和过程无可指摘,就不应承认财产犯罪,因为在市场经济中,“需要尊重的是每个人的平等权利,而不是每个人的利益”<sup>[22]</sup>(代序P19)。此外,只要交易的基本条件已得到满足,即便存在影响交易公正性的因素,也不宜以个别财产的损失为依据介入市场行为,刑法应当着眼于整体财产状况的变化,以契合财富型社会保值、增值的目的。

2. 权利主体的错位与刑法的执行偏差。刑法的滥用主要是因为法益主体不清晰,由此导致罪刑规范保护目的不明,法律运行实际效果与立法目的错位。如骗取贷款罪、高利转贷罪偏离保护金融机构资金安全的立法目的,转而维持“不得欺骗金融机构”的禁忌。同样,在企业的内部治理上,立法者也并未从产权最终享有者的角度设计相关制度,而是直接照搬国有企业的相关规定,而后者又套用了国家机关的管理模式,其罪状与财产损失的关联程度远低于道德—伦理上的可谴责程度<sup>①</sup>。用介入国有单位的方式介入民营企业的内部治理,实际上是在否认股东对民营企业的控制权,进而用刑法对民营企业工作人员进行道德管理。只要站在最终利益享有者的立场上,就不难认识到民营企业面临的不平等是税费负

① 以挪用资金罪为例,个人使用、进行营利活动、进行非法活动三种行为方式,与道德—伦理可谴责性的吻合程度高于对财产的侵害。

担、融资条件、可享受的公共服务、产业和市场准入等竞争性条件的不平等<sup>[23]</sup>(P42),就会通过刑事立法在这些方面为企业争取可能的自由空间,而不会主张通过企业内部犯罪的平等“处罚”实现平等“保护”。

### 三、对策:市场服务刑法观的确立及其立法贯彻

既然问题的根源在于对权力的过度信任以及对现代市场经济的适应不足,立法的修订就应以权力限制为核心,推动该领域的立法从市场管制刑法向市场服务刑法过渡。

#### (一) 限制权力及其立法贯彻

首先,为了预防纵向侵权,必须为其设置专门的惩罚性条文。为此,有必要将滥用职权或玩忽职守导致民营企业财产遭受重大损失作为应予以追诉的情形之一。因此,应将《刑法》第397条的“公共财产、国家和人民利益”修改为“公私财产、国家和人民利益”。

其次,为了防止公权力借市场管制之名侵犯产权,有必要对管制增加外在的约束。为此,应当以对他人利益的损害或威胁作为刑法介入的实质条件,在市场领域贯彻“违规≠违法”的观念。市场管制是一种公共产品,其宗旨是服务于而不是限制市场发展。既然如此,这类法规就应当具有“可塑性”<sup>[19]</sup>(P11),给市场更多的自由空间。宽容“无害的违规”,不仅能促进经济发展,也能反过来推动制度的变革。因此,有必要摒弃文本层面的洁癖,哪怕具体的做法并不完全合规,只要它并不损害或危及他人的利益,就不宜动用刑法。《刑法修正案(十一)》第7条在妨害药品管理罪中增加“足以严重危害人体健康”这一要件,符合这一要求,但立法者未能将其拓展至非法经营罪、虚开增值税专用发票罪等犯罪之上。

最后,市场领域的刑法应确立明确性优先的原则。从营商环境的角度考虑,政策稳定、透明的重要性高于政策的合理性及其执行状况<sup>[24]</sup>(P61)。正是在这种意义上,经济学家索维尔指出,虽然公正是法律的一个重要特性,但是如果歧视的特例已经提前明确,而不是表现为不可预期的偏见或腐败决定,那么即使是歧视性的法律也仍然会促进经济的发展<sup>[25]</sup>(P374)。既然如此,就有必要尽可能地维持规范的明确性,将其作为政策制定的首要原则,为此甚至可以在一定程度上牺牲包括公正在内的其他法律价值。为贯彻该原则,有必要作以下推动:第一,将重心从事后救济转向事前保障。民营企业家的平反、特赦<sup>[26]</sup>(P13-21)等事后救济机制也有一定的积极价值,但不具有稳定预期的作用,刑事立法则能于事前确立产权保护规则。第二,将政策或者已经在一定范围内推行的实践上升为立法,使其获得更普遍、确定的适用。第三,尽可能地压缩自由裁量权,排除模糊空间。“可以”型的规定、多后果的情节、酌定不起诉等措施依赖于适用者的自由裁量,难以起到“定心丸”的作用,因此应以应然型单功能情节,如“不予追诉”“不认为是犯罪”“应当免除处罚”等,替代弹性过大的条款。为维持明确的预期,可以在一定程度上容忍实体上的不合理。《刑法修正案(十一)》第12条(非法吸收公众存款积极退赃退赔,减少损害结果发生的)、第30条(退还挪用资金)设置从宽情节的模式显然不符合明确性的要求。

#### (二) 尊重市场及其立法体现

刑法介入市场的目的应该是服务于而不是阻碍经济的发展,既然如此,刑法就必须尊重市场的客观规律与市场主体的意愿。根据市场的基本逻辑、市场起作用的条件与范围、被害人与侵害人之间利益的一致性程度,可以根据不同情形确立刑法介入市场的原则。

1. 非合作情形下的均衡保护原则。在未满足市场基本前提、不符合市场基本逻辑的情形下,市场机制不能发挥作用,被害人与行为人不具有利益上的一致性,应以与财产犯罪相当的条文规制民营企业产权侵权,实现均衡保护。为了贯彻这一原则,首先应提高非物质产权侵权的惩罚力度。《刑法修正案(十一)》提高侵犯著作权、商标、商业秘密类犯罪的法定刑,拓展其处罚范围,促进了知识产权与物质产权刑法保护的均衡性。不过,还需要将这种观念拓展至专利等其他非物质产权之上,例如,有必要在假冒专利罪之外增设非法实施专利罪,法定刑设置为三年以下有期徒刑与三至七年有期徒刑两档;有必要为侵犯商业信誉、商品声誉罪增设加重的法定刑档次,即三年以上七年以下有期徒刑。此外,为了适应非物

质产权的特性,有必要删除侵犯著作权犯罪中的“以营利为目的”,并将“违法所得数额”替换为以损失为中心的犯罪情节。其次,应提高新型侵权的刑罚威慑。对破坏新型交易基础性条件的犯罪,如欺诈发行证券罪等,《刑法修正案(十一)》提高了其法定刑。不过,对新型侵权本身,如内幕交易、泄露内幕信息罪,利用未公开信息交易罪,操纵证券、期货市场罪,《刑法修正案(十一)》却并未作出调整。为实现均衡保护,应为这三个罪名设置第三档次的法定刑,即十年以上有期徒刑或者无期徒刑。对于虚假破产罪、妨害清算罪,也应增加第二档次的法定刑,即造成特别严重的经济损失的,处五年以上有期徒刑;拒不执行判决、裁定罪的法定最高刑,也可以提高到十年有期徒刑<sup>①</sup>。

2. 合作类侵权的损害原则。如果市场合作的基本前提已满足,哪怕交易在事前看来并不完美,“加害人”和“被害人”仍可能实现共赢。此时,刑法应当保持克制,否则,“加害人”和“被害人”可能会同时反对刑法。为了避免这种局面,刑法介入应以现实的利益损害为前提。其实,部分以现象立法的方式产生的条文已采用该模式,以造成损失或不能赔偿的损失为追诉的前提,如为亲友非法牟利罪,国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪,背信损害上市公司利益罪,违法发放贷款罪,拒不支付劳动报酬罪。这些行为方式呈现出的反道德—伦理程度并不低,可见,行为无价值不是实害犯化的障碍。《刑法修正案(十一)》修改骗取贷款罪的入罪条件,将其限定为实害犯,并在妨害药品管理罪中增加“足以严重危害人体健康”的要件,都符合损害原则的要求。该原则可以而且应该被推广至其他类似情形,如高利转贷罪,欺诈发行证券罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪,挪用资金罪。非法吸收公众存款罪的处罚范围也应大幅压缩,如果有证据证明行为人在吸收存款时对存款的风险、用途等重要内容作了如实、充分的说明且资金的使用并未违反该说明,或者被追诉前能还本付息,不应追究刑事责任。《刑法修正案(十一)》加重其法定刑,将导致它与集资诈骗罪产生不均衡;尽管《刑法修正案(十一)》规定“积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或减轻处罚”,但该规定明确性不足,未提供确定的预期,难以有效限制处罚范围。当然,合作类侵权的损害原则应容许有可靠依据的例外。例如,由于行为与损害之间的因果关联难以证明,且通常的法益保护或救济模式难以奏效,专用发票类、提供虚假证明文件类犯罪可以例外地以法益损害的危险为可罚性的基础;因为非法经营罪可能对国计民生造成难以挽回的重大影响,可以例外地将可罚性建立在可累积出重大威胁的行为之上。

3. 持续合作情形下的“不告不理”原则。如果双方的合作关系还在持续,为促进交易与合作,刑法对既有利益的保护不得妨碍当事人对预期利益的追求。通常而言,每个人都是自己利益的最好判断者。这种情形下,刑法是否介入应尊重被害人的意愿。其实,当前立法也已经零星地体现了这一原理。例如,由于税收利益的享有者(国家)与纳税人、劳动者与用人单位长远利益的一致性,逃税罪和拒不支付劳动报酬罪都以难以挽回的损失为入罪的条件。该原理应当被拓展至所有短期利益存在冲突但长远利益一致的情形,包括内部侵权。因此,原则上,内部侵权应被改造为亲告罪,被害人应享有追诉否决权,这是对抗过度的内部介入的有效方式。《刑法修正案(十一)》提高职务侵占罪和挪用资金罪的法定刑,是违背罪刑设置一般原理的罪刑攀比。根据前述原理,没有必要调整其法定刑,反而应将挪用资金罪、职务侵占罪改造为实害犯,并将其设置为亲告罪,增加“被害人告诉的才处理,但严重侵害国家或社会利益的除外”的规定。

通过前文的分析可以得出以下结论:当前,亟须刑事立法回应的侵权形式主要是纵向侵权和横向侵权中的新型侵权与非物质产权侵权,因为当前刑法对非物质产权侵权和新型侵权介入程度不够,部分管制性条文存在被滥用的空间,渎职类犯罪的结构性失衡使立法难以预防公权力对民营企业产权的侵犯。这样的制度又源自与现代市场经济严重错位的刑法理念,包括以农耕社会为背景的财产观、对市场主体的尊重程度不够以及对市场作用的低估等。为应对纵向侵权,需从限制权力着手,将纵向侵权纳入滥用

<sup>①</sup> 因为破产、清算属于强制性的程序,判决、裁定的执行有法院介入,因此其对刑法的依赖程度有所减弱,法定刑可低于普通财产犯罪。

职权罪的范围,将“违规≠违法”的理念条文化,为滥用危险性高的条文增加实质的可罚性要件,并尽可能地提高刑事立法的可预期性。为合理应对横向侵权,应区分非合作、合作和持续性合作三种情形,分别在均衡保护原则、损害原则和“不告不理”原则的指导下,普遍性地提高非物质产权侵权和新型侵权的介入力度,将合作情形下的侵权规定为实害犯,将持续合作情形下的侵权规定为亲告罪。

《刑法修正案(十一)》基于对具体现象的认知,对部分不合理的规定进行了调整,但它未能从碎片化的现象中抽象出适应现代市场经济的一般理论,未能系统性地回应民营企业产权保护的需求,这是现象立法的遗憾。受已经难以适应现代市场经济的理论的影响,《刑法修正案(十一)》误判了民营企业内部犯罪高发的原因,在“平等保护”理念的指引下加重其法定刑,将源自经验法则且符合经济学原理的差别化立法,作了与立法目的和现实状况相悖的调整,这是错位的理论型立法引发的后果。相比之下,不合时宜的理论型立法问题更严重,也更为隐蔽。当然,这并不意味着我们可以满足于现象立法。抽象理论或具体现象本身,都不足以确保立法的科学性。对社会科学而言,理论只不过是提出者对其所熟知的经验事实的概括,是抽象程度更高的“现象”,并不是放之四海而皆准的真理;反过来,现象也是延伸到个案的“理论”。科学的立法,一方面应尽可能全面地归纳、准确地认知经验事实,对其作理论提升;另一方面又必须持续性地根据经验世界的发展变化调整既有的理论。这是一个没有绝对起点和终点的螺旋式向前的过程,是法律人永恒的使命。

#### 参考文献

- [1] 李宁. 关于《中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案)》的说明. 中国人大网, 2020-12-28. [2021-01-12] <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/f16fedb673644b35936580d25287a564.shtml>.
- [2] 陈金林. 现象立法的理论应对. 中外法学, 2020, (2)
- [3] M. Heinrich. Strafrecht als Rechtsgüterschutz: ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas//M. Heinrich u. a. *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Berlin, Newyork: de Gruyter, 2011.*
- [4] C. Roxin. *Strafrecht, AT, Band I.* München: C. H. Beck, 2006.
- [5] 高铭喧, 马克昌. 刑法学. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2017.
- [6] 张明楷. 刑法学. 北京: 法律出版社, 2016.
- [7] 张军. 非公有制经济刑法规制与保护论纲. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.
- [8] 朱庆育. 民法总论. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [9] 张维迎. 所有制、治理结构及委托—代理关系——兼评崔之元和周其仁的一些观点. 经济研究, 1996, (9).
- [10] 张维迎. 经济学原理. 西安: 西北大学出版社, 2015.
- [11] U. Kindhäuser. § 263 Betrug//U. Kindhäuser, U. Neumann, H. Paefgen. *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch.* Baden-Baden: Nomos, 2017.
- [12] 王迁. 知识产权法教程. 北京: 中国人民大学出版社, 2019.
- [13] 陈志武. 财富的逻辑(1): 为什么中国人勤劳而不富有. 上海: 上海三联书店, 2018.
- [14] R. Hassemer. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB.* Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- [15] 曼昆. 经济学原理. 梁小民, 梁砾译. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [16] 弗里德里希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由. 邓正来、张守东、李静冰译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000.
- [17] 张维迎. 公有制经济中的委托人—代理人关系: 理论分析和政策含义. 吴有昌、马捷译. 经济研究, 1995, (4).
- [18] 余明桂, 李文贵, 潘红波. 民营化、产权保护与企业风险承担. 经济研究, 2013, (9).
- [19] 张维迎. 市场的逻辑. 上海: 上海人民出版社, 2012.
- [20] D. Acemoglu, S. Johnson. Unbundling Institutions. *Journal of Political Economy*, 2005, 113(5).
- [21] 北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心. 企业家刑事风险分析报告(2014-2018). 河南警察学院学报, 2019, (4).
- [22] 冯兴元, 朱海就, 黄春兴. 经济学通识课. 海口: 海南出版社, 2020.
- [23] 刘志彪. 平等竞争: 中国民营企业营商环境优化之本. 社会科学战线, 2019, (4).

[24] 张威. 我国营商环境存在的问题及优化建议. 理论学刊, 2017, (5).

[25] 托马斯·索维尔. 经济学的思维方式. 吴建新译. 成都: 四川人民出版社, 2018.

[26] 高铭喧, 赵秉志, 阴建峰. 关于在建党百年之际再次实行特赦之研讨. 法学评论, 2021, (1).

## Protection of Private Enterprise Property Through Criminal Law: Problems, Causes and Solutions

A Commentary on Relevant Articles of Amendment XI to Penal Code of China

*Chen Jinlin* (Wuhan University)

**Abstract** Enterprise property should not be simply taken as "property owned by enterprise". It can be analyzed from 4 angles: Whose? What interest? Against what kind of infringement? How dependent on criminal law? Such an analysis is helpful to cover all the impact factors of criminalization. According to the statistical analysis of typical cases, the main threats to the property of private enterprises are infringement by public power, new-type infringement and infringement of intellectual property. In the sample, the norms for the prevention of inside infringement and traditional infringement are mainly applied for infringements by public authorities. The institutional cause is that the current criminal legislation is insufficient to prevent infringement of intellectual property and new-type infringement, and the restraint of criminal legislature on power is not enough. Its theoretical basis is the serious dislocation between criminal theories, which are customized to the traditional society, and the modern market economy. To prevent the infringement by power, it is necessary to expand the scope of clause on abuse of power, to introduce the substantive contents in the regulatory provisions, as well as to guarantee the legislating principle of clarity-prior-to-justice. To prevent private infringements, criminal norms should be adjusted in accordance with the proportional protection principle under non-cooperative situation, harm principle under one-time cooperative situation and principle of "no trail without complaint" under the repeated cooperative situation. Some clauses in Amendment XI to Penal Code respond to the needs of property protection of private enterprises, but some are incompatible with the legislative intent. Some ideas worth promoting remain at the level of phenomena, and thus we miss the opportunity to improve the institutional environment of the property protection systematically.

**Key words** property of private enterprises; equal protection; infringement by public power; infringement of intellectual property; modesty principle of criminal law

---

■ 收稿日期 2021-06-23

■ 作者简介 陈金林, 法学博士, 武汉大学法学院副教授; 湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛