

# 非法经营同类营业罪的修法变化与考量

于改之

2023年12月29日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过了《刑法修正案（十二）》，并将于2024年3月1日起施行。相较于“草案”，《刑法修正案（十二）》对“非法经营同类营业罪”作出立法调整。

## 为促进民营经济发展修法

2023年7月，《中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》发布，文件强调：“民营经济是推进中国式现代化的生力军，是高质量发展的重要基础。”同时指出，“健全对各类所有制经济平等保护的法治环境，为民营经济发展营造良好稳定的预期。”党中央始终高度重视民营企业发展工作，要求从制度和法律层面落实平等对待。

目前，我国民营企业在企业总量中的占比已超过90%，民营经济在社会发展中发挥着越来越重要的作用，促进民营经济发展壮大，需要法律制度层面的保障。

长久以来，非法经营同类营业罪的主体限于“国有企业的董事、经理”，未将民营企业纳入调整范围。此次《刑法修正案（十二）》对于非法经营同类营业、为亲友非法牟利和徇私舞弊低价折股、出售资产等罪名的修改，正是在保护民营企业权益、落实民营企业平等保护的背景下展开的，为民营企业惩治内部犯罪行为提供了法律手段。

同时，《刑法修正案（十二）》区分了国有公司、企业和民营企业中成立非法经营同类营业罪的构成要件，第二款的构成要件在第一款的基础上，增加了空白罪状和“致使公司、企业利益遭受重大损失”的条件，但又规定了与第一款相同的法定刑。这既符合《宪法》中对国有经济和非公有制经济的区分规定，体现国家对国有经济的巩固和发展，对非公有制经济合法的权利和利益的保护。相同的法定刑又体现了对于“社会主义的公共财产”和“公民的合法的私有财产”的平等保护。

非法经营同类营业罪的设立初衷是为打击国有公司、企业中故意“损公肥私”，实施竞业经营的行为。此类行为大多与企业内部腐败问题相关，严重影响国有企业的利益。

随着经济不断发展，民营企业内部的腐败问题也频繁发生，关键岗位人员以权谋私、侵害企业利益情况突出。从头部互联网企业公开发布的企业内部反腐年报看，2022年腾讯查处案件70余起，辞退100余人，移送公安机关10余人；美团查处刑事案件41起，移送司法机关107人，其中涉及内部员工47人。

民营企业内部腐败案件多发，不仅不利于企业经营，容易导致商业秘密泄露、竞争力降低，还会对整体营商环境造成负面影响，不利于促进民营经济的发展壮大。对此，需要完善相应法律规范，尤其是作为保障法的

- 《刑法修正案（十二）》对“非法经营同类营业罪”的调整，既符合《宪法》中对国有经济和非公有制经济的区分规定，相同的法定刑又体现了对于“社会主义的公共财产”和“公民的合法的私有财产”的平等保护。
- 《刑法修正案（十二）》，采纳草案二次审议稿的大部分意见，不同的是在第二款中增加了“违反法律、行政法规规定”的条件，而没有增加“违反公司、企业章程规定”的条件。
- 在《刑法修正案（十二）》未对第一款其他构成要件进行调整的情况下，是否继续对国有公司、企业中的同类营业行为采取绝对禁止态度？由于同样受到《公司法》调整，如无特殊规定，基于刑法的相对从属性，符合《公司法》规定的同类营业行为，不宜认定为犯罪。
- “致使公司、企业利益遭受重大损失”的条件设立，有利于把握犯罪成立和处理刑民交叉等问题。准确把握非法经营同类营业罪处罚范围，还需完善对应的司法解释和确立立案追诉标准。

刑法，严厉打击民营企业腐败问题，推动企业内部治理。

## 罪名的立法变化

非法经营同类营业罪在1997年《刑法》修订后，一直未经调整。2023年7月，《刑法修正案（十二）》（草案）首次亮相并公开征求意见，将该罪的主体扩大至“其他公司、企业的董事、经理”，调整范围扩大至民营企业。

同年12月，根据各方面意见，草案的二次审议稿拟对非法经营同类营业罪再次调整：一是在第二款中增加“违反法律、行政法规或者公司、企业章程规定”的条件；二是完善非法经营同类营业罪规定，将犯罪主体由“董事、经理”修改为“董事、监事、高级管理人员”；增加“致使公司、企业利益遭受重大损失”作为犯罪成立条件。

2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议审议通过《刑法修正案（十二）》，采纳草案二次审议稿的大部分意见，不同的是在第二款中增加了“违反法律、行政法规规定”的条件，而没有增加“违反公司、企业章程规定”的条件。

## 衔接《公司法》等前置规范

1994年《公司法》规定了董事、经理的竞业禁止义务，具体体现为：“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。”

对于同类营业行为采取绝对禁止的模式，作为与《公司法》的衔接，1997年《刑法》增设了非法经营同类营业罪，该罪为特殊主体，延续《公司法》中对同类营业行为的绝对禁止态度。

此后，《公司法》中竞业禁止义务的内容和主体也多次调整。

2005年修订中，将无条件禁止

从事竞业活动的绝对模式修改为“经股东会或者股东大会同意”的有条件许可模式，并将主体由“董事、经理”修改为“董事、高级管理人员”。

2023年修订中，竞业禁止义务的主体范围扩大至“董事、监事、高级管理人员”，并对竞业禁止义务作了新的规定，具体体现为：“未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务”。也即，扩大了主体范围，同时增加了“经董事会决议通过”的许可条件。

为了与新修订的《公司法》衔接，《刑法修正案（十二）》修改了非法经营同类营业罪的犯罪主体，从原有的“董事、经理”扩大为“董事、监事、高级管理人员”。第二款针对民营企业的规定中，增加了“违反法律、行政法规规定”，排除了符合规定的同类营业和有关关联交易，形成与《公司法》的有效衔接。而第一款针对国有公司、企业的规定中，扩大了犯罪主体，与《公司法》规定的竞业禁止主体实现了统一，其他构成要件继续沿用1997年《刑法》的规定。

值得注意的是，1997年《刑法》规定该罪时，《公司法》对同类营业行为仍是绝对禁止的态度，在《刑法修正案（十二）》未对第一款其他构成要件进行调整的情况下，是否继续对国有公司、企业中的同类营业行为采取绝对禁止态度？由于国有公司、企业同样受到《公司法》的调整，如无特殊规定，基于刑法的相对从属性，符合《公司法》规定的同类营业行为，不宜认定为犯罪。

## 准确把握本罪处罚范围

《刑法修正案（十二）》在第二款中增加了“违反法律、行政法规规定”的条件，而没有采纳二审稿的增加“违反法律、行政法规或者公司、企业章程规定”的条件。主要原因在于空白罪状

是通过援引其他法律、法规的规定来确定构成要件的要素内容，由于公司、企业的章程具有不确定性，不宜用来作为刑法中的构成要件要素。

另一方面，仅根据法律、行政法规规定确定处罚范围，亦不会造成处罚不当的情况。因为公司、企业章程的制定本身需要遵守《公司法》的规定，在《公司法》明确规定同类营业行为的有条件许可后，公司章程的制定也只能在《公司法》规定条件中选择，因此没有增加“违反公司、企业章程规定”作为前提的必要性。

除了需要满足“违反法律、行政法规规定”的前提外，《刑法修正案（十二）》还增加了“致使公司、企业利益遭受重大损失”的条件，本质上是指企业内部人员利用职务便利，实施的“损企肥私”的行为。

这些构成要件最初并没有规定在“草案”中，而是在二次审议稿中进行增加，体现了对于民营经济的保护，也有利于准确把握本罪的处罚范围。

非法经营同类营业罪被规定于破坏社会主义市场经济秩序罪中，该罪属于背信罪，是指为他人处理事务的人，违背其所接受的委托，致使委托人的财产受到损失的情形。这也与《公司法》中规定的董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务相对应。背信罪也被认为是社会发展到一定阶段后出现的类似诈骗罪、盗窃罪的一种财产犯罪。“致使公司、企业利益遭受重大损失”的条件设立，有利于把握犯罪成立和处理刑民交叉等问题。

准确把握本罪处罚范围，还需完善对应的司法解释和确立立案追诉标准。《立案追诉标准的规定（二）》曾明确：“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额在十万元以上的，应予立案追诉。”

在2022年修订的“追诉标准（二）”中，删除了监察机关专属管辖的罪名，因此目前没有与该罪配套的司法解释和追诉标准。《刑法修正案（十二）》扩大该罪的主体后，可能会产生监察机关与公安机关管辖权竞合的问题，或是只涉及民营企业内部腐败时由公安机关管辖，故仍需要制度层面的统一标准。

此外，在部分民营企业，如家族企业中，存在企业结构和治理不规范的问题。应当准确理解本罪的构成要件内容，如董事、监事、高级管理人员的认定，同类营业的范围，获取非法利益和利用职务便利的判断等；把握本罪的处罚范围，如犯罪数额认定和追诉标准确立等，避免刑法过度干预民商事行为，切实保护民营企业利益。

（作者系上海交通大学凯原法学院教授、博导，中国刑法学研究会副会长）



扫描左侧二维码关注