

■本期嘉宾

金泽刚 同济大学法学院教授、博士生导师
高 胜 上海公安局法制总队四支队教导员
曹 坚 上海市人民检察院检察官
李小文 上海市人民检察院检察官
李长坤 上海市高级人民法院刑庭副庭长

近年来，民营经济在我国经济社会发展中发挥着越来越重要的作用。今年 3 月 1 日起实施的《刑法修正案（十二）》（以下简称《刑修（十二）》）对刑法第 165 条、166 条、169 条进行了修订，将发生在民营企业内部的非法经营同类营业、为亲友非法牟利和徇私舞弊低价折股、出售资产等三类行为规定为犯罪，实现民营企业与国有企业财产在刑法上的同等保护。

这一修订有着怎样的背景意义？在执法司法中又有哪些需要注意的地方呢？

《刑修(十二)》的背景

金泽刚：1979 年刑法把国企工作人员当作国家工作人员，因此对于国企的犯罪主要通过贪污受贿这类罪名打击。后来国企犯罪还有其他形式，所以在 1997 年刑法增加了三个罪名，就是现在的《刑法》第 165 条、166 条、169 条。

伴随市场经济发展，上市公司占有比重越来越大，2006 年《刑修（六）》增加了背信损害上市公司利益罪。

近年来，民营企业比重越来越大，民营企业的地位越来越高，对于民营企业保护有了不一

样的要求，对于民营企业有关人员的严重背信行为也要作为犯罪惩治，以此保护民营企业的发展。

高胜：近年来，民企内部腐败问题易发、频发，相关案件数量不断增长，尤其是非法经营同类营业、为亲友非法牟利等违法行为比较突出。有的企业内部人员法治意识淡薄，错误地认为在国有企业拿国家财产是犯罪，在民营企业拿老板的钱是小事。

这些企业内部治理不规范，缺乏有效监督，需要加强这方面的规制。

推动民营企业治理完善

曹坚：企业犯罪规制是企业治理体系的一部分，应当高质量办理涉民营企业背信犯罪案件，依法充分运用司法、行政等综合手段，推动民营企业治理完善。

李小文：办理涉民企背信犯罪案件很重要的一点是治理，企业合规是重要的手段之一。根据最高检的意见，企业合规主要针对单位犯罪，但这三个罪名有其特殊性，并不是单位犯罪，单位是受害主体，能不能对被害企业启动合规？我认为不能一概而论，绝大部分情况下是不对被害企业启动合规意义上的合规考察和合规整改的。但从社会治理的角度，被害企业可能存在内控机制等方面的问题，企业的治理结构和风控机制上存在不完善的地方，我们可以从社会治理检察建议的角度帮

助企业去完善合规。

综合来说，一方面治罪，一方面治理，两条路径去更好地保护民营企业的发展。检察机关要做到“有所为”和“有所不为”，既避免越俎代庖、外行指导内行，也要充分发挥特殊预防功能、注重行业监管和企业内控机制的长远性。

金泽刚：推动现代化企业治理体系的完善，除了刑事打击之外，也应充分用好企业合规制度。在对涉案企业适用合规制度时要注意几点：一是在宏观理念上，应当摆脱单独依赖刑法的治理观念；二是在制度转型上，应当构建依法治国的现代企业制度；三是在司法探索上，应当贯彻宽严相济的刑事政策；四是在立法设计上，应当对单位犯罪配置更多种类的刑罚，并对合规改造效果良好的企业设立从宽处罚规定。

从《刑修(十二)》看民企保护



资料图片

贯彻宽严相济原则 避免机械执法司法

李长坤：首先，在刑事处罚方面，对民营企业与国有企业内部腐败犯罪的刑事制裁不能单纯追求“均等化”，因为对民营企业及企业家的刑事责任追究可能意味着涉案企业市场信誉的严重受损甚至被市场淘汰。差异化刑事处罚模式的存在，其实是对民营企业的实质平等保护，避免因追求与国有企业内部腐败犯罪刑事制裁的均等化而给民营经济发展带来过多消极影响。

其次，在定罪方面，民营企业与国有企业内部腐败犯罪的人罪标准不一定是完全等同的。从实质上看，两者涉及的相关罪名的保护法益性质和内容存在差别。在相关罪名中，国有企业董事、经理背信行为所侵犯的主要客体并不是财产权，或者说不是刑法所保护的重点法益，而在于国家工作人员的廉洁性。与之不同，民营企业董事、经理背信行为不仅严重损害企业产权利益，也会扰乱公平竞争市场秩序，其侵犯经济秩序法益的性质

更为突出。两者的社会危害性及其程度是存在差异的，这也决定了刑法对两类罪名的人罪门槛不可能完全相同，这符合实质公平原则。

李小文：《刑修（十二）》目的是加强对民营企业的保护，而不是打击，不是增加企业的负担，而是通过对企业关键岗位、关键人员强化管理，来保护企业合法经营的财产。因此，要判断入罪的必要性以及尊重公司自治。

《刑修（十二）》涉及的三个主要罪名本质上是“损公肥私”，入罪时一定要把握实质要件。

民营企业的经营状况是非常复杂的，我们不能一杆尺子去衡量所有企业，也不能一杆尺子把国有企业、上市公司的标准运用到民营企业里面，在入罪时应当考虑公司治理结构。办案中如果公司内部有和解意愿，可以继续正常经营，我觉得公权力可以适当参与进来。

金泽刚：在司法实践中，我认为要适当地放弃追究刑责，一是要承认立法会存在漏洞；二是对极少数可能偶然发生的危害行为，要适当放弃。

在贯彻宽严相济原则上尤其要注意犯罪主体的范围界定，主体与行为应当是对应的，要与职责、实行的危害行为的特点相关，要避免打击面过大。