

# 民营企业的刑法保护

## ——兼评《刑法修正案(十二)》

储 陈 城\*

**摘 要:**《中华人民共和国刑法修正案(十二)》对非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的修改在保护民营企业中的功能定位,需要通过研究民营企业刑法保护与刑法修正之间的互动关系加以确定。民营企业刑法保护的生成与我国社会主义所有制形态的变化有关,而具体方式则根据民营企业的发展需求通过刑法修正不断更迭。这使得我国民营企业刑法保护从无到有,与民营企业有关的刑法修正从管控走向保护,从刑法的积极保护转换到消极保护,进而形成了严密管控体系、积极保护方式和消极保护模式并存的局面。未来刑法修正应对民营企业的发展,宜坚持从管控向保护的立场转变,一方面拓宽刑法消极保护的内容,另一方面通过刑法积极保护促成民营企业平等保护的实现。

**关键词:**民营企业 刑法积极保护 刑法消极保护 企业合规

2023年12月29日由十四届全国人大常委会第七次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(十二)》[以下简称《刑法修正案(十二)》]<sup>①</sup>对刑法分则进行修改的内容之一是妨害对公司、企业的管理秩序类犯罪。近年来,“保护民营企业”已经成为促使我国各个部门法进行调整的重要驱动力。在刑法语境中,“保护民营企业”则被具体化为通过刑法保护民营企业,可以将其简称为“民营企业刑法保护”。<sup>②</sup>此次修正案的主要任务之一就是落实党中央提出的“民营企业平等保护”战略部署。<sup>③</sup>具体而言,《刑法修正案(十二)》主要修改3个罪名:非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪,将犯罪的主体从原本仅限于国有公司、企业的相关工作人员扩展到涵盖其他公司、企业(即民营企业)的相关工作人员。

\* 安徽大学法学院副教授

① 本文将多次涉及刑法修正案,为节省篇幅,后续表述均简化为“《刑法修正案(X)》”。

② 也有学者将其称为“民营经济刑法保护”。参见周振杰:《民营经济刑法平等保护的体系化思考》,《政法论丛》2019年第1期;张勇:《秉持实质公平理念 强化民营经济刑法保护》,《检察日报》2023年9月4日。

③ 参见元玉昆:《全国人大常委会法工委刑法室负责人就刑法修正案(十二)草案答记者问》,《人民日报》2023年7月26日。

但是,令人疑惑的是这3个罪名在刑法中的存在感非常低。从理论研究的角度来看,这3个罪名长期遭到刑法学研究的冷遇,以其为主题的研究成果寥寥无几。究其原因,是这3个罪名在司法实践中案件量极少,几乎可以被称为“僵尸罪名”。<sup>①</sup>刑法修正作为我国重要的立法活动,《刑法修正案(十二)》仅仅修改3个“僵尸罪名”来凸显国家对民营企业的平等保护,难免让人产生“形式大于内容”的质疑。正因如此,也许只有将《刑法修正案(十二)》落实“民营企业平等保护”的前因后果进行系统性考察,才能正确解读出其对上述3个罪名进行修正的真正用意。既然通过刑法来贯彻“民营企业平等保护”是“民营企业刑法保护”的组成部分之一,那么本文就以“民营企业刑法保护”为主线,追问其生成的制度背景为何?在这样的前提之下,目前的刑法修正如何推进“民营企业刑法保护”的?以及刑法修正要如何进一步落实“民营企业刑法保护”?对这些问题的层层解答,才能看到我国“民营企业刑法保护”的整体图景。

## 一、民营企业刑法保护之生成的政策背景

“任何事物,一孤立起来看,便显得狭隘而有局限,其所取得的意义与价值即由于它是从属于全体的……每一阶段尚须努力向前进展以求达到全体。”<sup>②</sup>如前所述,如果我们仅将研究的目光聚焦在《刑法修正案(十二)》对3个罪名的修改内容上,那么难免会对“民营企业刑法保护”产生碎片化的认识,以及存在“不识庐山真面目”的困惑。因此,要解读《刑法修正案(十二)》的立法用意,进而观察“民营企业刑法保护”的全貌,就首先需要将观测的层次提升到我国经济发展脉络的维度上,如此方能更为系统地梳理出刑法如何在不断修正完善的过程中逐渐落实“民营企业刑法保护”这一重要任务。

### (一)民营企业发展的政策收缩与刑法受制期

“民营企业刑法保护”不是无中生有的话题,这一主题的提出与我国社会主义所有制的历史变迁有着密切的关联。从1949年中华人民共和国成立开始,我国以苏联模式为蓝本,进行了全面的“一化三改”,其中“三改”的目标是,把农民手工业者的个体私有制改造为社会主义的集体所有制,把资本主义的私有制改造为社会主义的全民所有制。到1956年社会主义三大改造基本完成,彼时私营工业和个体工业仅占全国工业经济的1%左右。自此之后的十年内,尽管我国也出现了苏联模式的质疑,<sup>③</sup>然而,经过“一化三改”的所有制结构并没有发生大的变化。由此可见,在中华人民共和国成立初期,基于国家整体经济发展的战略,民营企业的发展空间被挤压,“民营企业的(刑法)保护”更是无从谈起。在这样的所有制背景之下,甚至连转手批发和长途贩运等正常的市场经济行为,也会被认为是投机倒把行为,予以严令禁止。

1978年党的十一届三中全会确立了将全党的工作重心转移到社会主义现代化建设上来,开启了引入境外资本发展非公有制经济。改革开放以后,我国一方面通过利用境外资本,另一方面通过在内部孕育多种新型的所有制成分,来打破1949年以来所确立的、单一的公有制经济结构。

<sup>①</sup> 参见刘艳红:《以科学立法促进刑法话语体系发展》,《学术月刊》2019年第4期。

<sup>②</sup> [德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,商务印书馆2011年版,第425~426页。

<sup>③</sup> 参见陈元:《陈云留给我们的宝贵精神财富——纪念陈云诞辰110周年》,《毛泽东邓小平理论研究》2015年第7期。

遗憾的是,1979年制定的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)仍然延续了对非公有制经济的生存空间予以压缩的立场。在破坏社会主义市场经济秩序类犯罪中,1979年《刑法》从第117条到119条均规定了打击投机倒把行为的罪名。与此同时,1982年《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》出台,其中开头便指出:“鉴于当前……投机倒把牟取暴利……等经济犯罪活动猖獗……有必要对《中华人民共和国刑法》的一些有关条款作相应的补充和修改”,并将第118条中投机倒把行为的法定刑增加一项:“情节特别严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产”。尽管1979年《刑法》在破坏社会主义市场经济秩序罪一章中只有15个条文、14个罪名,但是其一方面将投机倒把行为入罪,另一方面又允许类推解释,如此二者相互结合,就已经让民营企业的生存难以实现,更遑论刑法之保护。

### (二)民营企业发展的政策松绑与刑法束缚并存期

1984年10月党的十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》指出:“我国现在的个体经济……是社会主义经济必要的有益的补充,是从属于社会主义经济的。”这确立了非公有制经济在我国的合法地位,民营企业逐步获得发展的机会。1993年党的十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》以及2003年党的十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出“鼓励个体、私营、外资经济发展”“国家依法保护法人和居民的一切合法收入和财产”“大力发展和积极引导非公有制经济”等相关政策,给非公有制经济和民营企业的发展注入了巨大的动力。

在这一背景之下,随着计划经济向社会主义市场经济的发展,1997年修订的《刑法》将所有“投机倒把”的表述从刑法中彻底删除,“投机倒把”入罪从此走入历史的尘埃。但是,非法经营罪取而代之成为新的口袋罪名且单位可以成为犯罪主体。在司法实践中,民营企业因为经营业务而被认定为构成本罪的案例亦不胜枚举。除此之外,1997年《刑法》在破坏社会主义市场经济秩序类犯罪的罪名设计以及历次刑法修正案对这一章节的修改上,其主基调仍然是给参与社会主义市场经济的民营企业设置更多、更为严厉的刑事红线,编织严密的管控法网。

然而,需要注意的是,在这一时期,强调加强对民营企业相关权利的保障以及让民营企业享有与国有企业同等的法律保障的立法、司法建议开始屡屡出现。例如,2007年10月22日《全国人大财政经济委员会关于第十届全国人民代表大会第五次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》就显示,不少代表指出民营企业是我国经济发展中的重要力量,但民营企业在法律地位、权益保障和相关待遇等方面与其实际地位、作用和发展前景差距较大,不利于民营企业发展,建议制定“民营企业法”来保护民营企业的合法权益。又如,2010年6月29日《最高人民法院关于为加快经济发展方式转变提供司法保障和服务的若干意见》也指出:“依法妥善处理涉及中小企业的案件,促进中小企业健康发展。准确把握民事纠纷与经济犯罪的界限,依法稳妥处理相关刑事案件”。

### (三)民营企业发展的政策鼓励与刑法保护启动期

中国特色社会主义进入新时代后,2013年党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),把“公有制为主体、多种所有制经济共同发展”确定为我国的基本经济制度,非公有制经济被确认为社会主义基本经济制度的“制度内”组成部分。在党的十五大提出混合所有制概念的基础上,《决定》提出“必须毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展,激发非公有制经济活力和创造力”。此后,2019年党的十九届四中全会进一

步把我国社会主义基本经济制度概括为“社会主义公有制为主体、多种所有制经济共同发展,按劳分配为主体、多种分配方式并存,社会主义市场经济体制”,标志着对我国所有制结构和社会主义基本经济制度的认识更加成熟、更加完善。<sup>①</sup> 2022年党的二十大报告在重申《决定》精神的同时,特别强调要“优化民营企业发展环境,依法保护民营企业产权和企业家权益,促进民营经济发展壮大”。

在这一背景之下,“民营企业刑法保护”问题也正式走向台前。2013年12月28日全国人民代表大会法律委员会发布的《关于第十二届全国人民代表大会第一次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》就显示:有不少人大代表建议“刑法应平等保护民营企业问题”。而2014年12月26日,该委员会发布《关于第十二届全国人民代表大会第二次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》再次显示,有不少人大代表进一步提出具体的立法修改建议,以加强“民营企业刑法保护”。其中有代表性的观点是“修改完善关于破坏社会主义市场经济秩序罪的条款”,以“加大刑法对民营企业的保护力度,将非法经营同类营业罪、签订履行合同失职被骗罪、国有公司、企业、事业单位人员失职罪、滥用职权罪的适用范围扩大至民营企业”。于是,2016年11月4日《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》(以下简称《保护产权的意见》)就提出要“加强各种所有制经济产权保护”“完善平等保护产权的法律制度”“加大知识产权保护力度”“营造全社会重视和支持产权保护的良好环境”。相关的政策很快就传导到司法机关,2016年《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的若干意见》和2017年《最高人民检察院关于充分履行检察职能加强产权司法保护的若干意见》通过具体的条文规定,来落实2016年《保护产权的意见》的要求。于司法机关而言,与“民营企业刑法保护”关联密切的另外一个举措是最高人民检察院力推的涉案企业合规。自2020年3月起,最高人民检察院开始首批试点至今,“共办理相关案件5150件,已有1498家企业整改合格,3051名责任人被依法不起诉”。<sup>②</sup> 涉案企业合规所针对的犯罪单位几乎都是民营企业,这彰显了国家对于民营企业的“严管厚爱”,是“民营企业刑法保护”的重要组成部分。

然而,刑法立法体现出对民营企业进一步保护的動作总是相对延后的。尽管我国刑法修正案在2013年前的相关调整在客观上也有对民营企业松绑的部分内容,但从整体上来说,2021年《刑法修正案(十一)》才算正式拉开了“民营企业刑法保护”的大幕。2023年《刑法修正案(十二)》彰显民营企业与国有企业的“平等”待遇,则应被视为开启“民营企业刑法保护”的重要组成部分。“民营企业刑法保护”之路正在徐徐推进、不断展开。

## 二、民营企业刑法保护在刑法修正中的具体展开

刑法修正案涉及民营企业的内容包括刑法管控和刑法保护两个方面,而“民营企业刑法保护”又分为两种模式:一是积极保护,即通过刑法介入来保护民营企业的合法权益,反映了刑法积极化的趋势;二是消极保护,即通过限制刑法的入罪与重刑,避免民营企业可能遭受的不合理刑事风险。在《刑法修正案(七)》出台之前,刑法对民营企业主要采取的是管控立场,即积极编织涉

<sup>①</sup> 参见方福前:《中国特色社会主义所有制结构的百年变迁》,《中国社会科学报》2021年7月14日。

<sup>②</sup> 徐日丹:《张军作最高人民检察院工作报告》,《检察日报》2023年3月8日。

民营企业犯罪的法网。在《刑法修正案(七)》之后,刑法对民营企业在转向积极保护立场的同时,也出现了消极保护模式的迹象。《刑法修正案(十一)》则是通过修改一系列罪名,实现对民营企业积极保护和消极保护的齐头并进,民营企业刑法保护的基本模式初步形成。

#### (一)民营企业刑法保护的两种模式

“民营企业刑法保护”与其他权利或主体的刑法保护,在方式上存有差别。一般而言,在刑法领域中提及对某类主体的某种权利予以刑法保护,主要是通过扩张刑法的适用范围提升刑罚打击力度的方式进行。例如,为了保护未成年少女的身心健康成长不受性交行为的妨碍,《刑法修正案(十一)》将强奸罪中第3款第3项“在公共场所当众强奸妇女的”改成“在公众场所当众强奸妇女、奸淫幼女的”,在第3款中增加一项作为第5项:“奸淫不满十周岁的幼女或者造成幼女伤害的”,同时新增了负有照护职责人员性侵罪。这些都是通过积极犯罪化、严厉刑罚化等方式来保护未成年少女上述权利的举措。

与之相对应,“民营企业刑法保护”并没有规范的限定性内涵。我们理解“民营企业刑法保护”时不宜受词语表达惯性的限制,认为只有当民营企业的相关法益受到犯罪侵害时,刑法积极介入对其进行保护才能称之为“民营企业刑法保护”。笔者认为,“民营企业刑法保护”是“民营企业保护”或“民营经济保护”的项下概念。保护民营企业是为了保障民营企业生存,促进民营企业发展,进而推动民营经济的繁荣。在刑法领域,只要是通过刑法的调整来实现上述目标的,就都可以被纳入“民营企业刑法保护”的内涵范围。“民营企业刑法保护”之本质,应该是通过刑法的调整、完善以及进退有度来保障与促进民营企业的活力。由此,“民营企业刑法保护”就包括两个方面:第一是通过刑法的积极介入来保护民营企业的合法利益,即刑法保护作为被害人的民营企业,这是“民营企业刑法保护”的典型模式,不仅与“刑法保护”的表面语义相契合,而且与我国积极的刑法立法立场相一致(以下简称这种模式为“民营企业刑法积极保护”);第二则是让刑法保持克制来防止民营企业入罪的泛化,即刑法给作为犯罪主体的民营企业适当松绑(以下简称这种模式为“民营企业刑法消极保护”),有学者将这种保护模式称为“基于营商环境的优化而产生的对民营企业的特殊保护”,当前我国最能彰显这种民营企业刑法保护方式的就是涉案企业合规。<sup>①</sup> 2023年7月31日最高人民法院发布的《人民法院依法保护民营企业产权和企业家权益典型案例》(以下简称《典型案例》)就体现了这种对于“民营企业刑法保护”内涵的全面理解。例如,在《典型案例》的案例9中,“被告人刘某利用职务便利,隐瞒公司商铺、场地等资产出租的事实,通过不与租户签订租赁合同,私自截留租金和保证金的方式,严重侵害了被害单位财产权益。人民法院坚持依法从严查处,通过严厉打击企业高管利用职务便利将企业财产占为己有的犯罪行为,多措并举及时追赃挽损,既为企业挽回了经济损失,守护了民营企业财产权益,又促进了民营企业健康发展”。<sup>②</sup> 这便是“民营企业刑法积极保护”的体现。相反,在《典型案例》的案例8中,“大通公司是老河口市支柱型民营企业。企业实际控制人因法律意识淡薄,授意员工伪造相关资料涉嫌犯罪。案发后,法院联合检察院开展刑事涉案企业合规审查,最终判决被告人免于刑事处罚,在依法追究刑事责任的同时,给予涉案企业改过自新的机会,促进企业合规守法经营”。<sup>③</sup> 这

<sup>①</sup> 参见刘艳红:《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》,《中国刑事法杂志》2022年第1期。

<sup>②</sup> 参见《人民法院依法保护民营企业产权和企业家权益典型案例》,《人民法院报》2023年8月1日。

<sup>③</sup> 参见《人民法院依法保护民营企业产权和企业家权益典型案例》,《人民法院报》2023年8月1日。

则体现了“民营企业刑法消极保护”的效果。

受到积极刑法立法的强大影响,刑法修正案中与民营企业相关的条文修改均体现出刑法积极扩张的烙印,即以对民营企业进行刑法管控为核心内容。在这一整体趋势之下,实现民营企业刑法保护的立法工作也在慢慢推进,“民营企业刑法积极保护”首先出现,并占据保护模式的主流,其后开始显现“民营企业刑法消极保护”模式的迹象。

## (二)通过刑法修正管控民营企业为主的阶段

如前文所言,1997年《刑法》在破坏社会主义市场经济秩序类犯罪的罪名设计,几乎是给民营企业划定构成犯罪的红线。以此为原点,从1999年《刑法修正案》到2006年《刑法修正案(六)》,涉及民营企业相关内容的修正只体现在破坏社会主义市场经济秩序类犯罪这一章,而相关修改内容的目标几乎都是进一步地为民营企业披枷带锁,零星地出现了“民营企业刑法积极保护”的影子。

1999年《刑法修正案》对刑法进行补充完善,可以说是吹响了加强对民营企业刑法管控的号角。<sup>①</sup>此次刑法修正涉及8个罪名,其中7个罪名均与民营企业的经营规范有关。依照罪名的条文顺序依次表现为:增设隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪,增加擅自设立金融机构罪和内幕交易、泄露内幕信息罪的行为对象,将编造并传播证券交易虚假信息罪、诱骗投资者买卖证券罪改为编造并传播证券、期货交易虚假信息罪和诱骗投资者买卖证券、期货合约罪,把操纵证券交易价格罪改为操纵证券、期货交易价格罪,扩充非法经营罪的行为类型。在《刑法修正案》新增或者修改的7个罪名中,单位都可以成为犯罪主体,这使得民营企业的刑法风险大为增加。与此同时,因民营企业一般很难成为这7个犯罪的被害人,故《刑法修正案》通过积极介入这一章节,并不包含保护民营企业法益的元素,而是纯粹对民营企业参与市场经济行为进行的严格管控。

在2002年《刑法修正案(四)》和2006年《刑法修正案(六)》中,刑法继续在民营企业经营上增加规制的砝码。这一趋势在《刑法修正案(四)》中的具体表现为:一方面加大对民营企业生产、销售伪劣商品类犯罪的打击,即将生产、销售不符合标准的卫生器材罪从结果犯调整为危险犯,同时调整其法定刑,规定“对人体健康造成严重损害的”情形,并加重处罚;另一方面提升对民营企业走私犯罪的打击力度,如在走私淫秽物品罪中增加一款,设置走私废物罪这一新罪。

《刑法修正案(六)》修改的20个条文中,超过一半的内容都是关于破坏社会主义市场经济秩序罪的。此次修正案一方面对妨害公司、企业的管理秩序类犯罪进行了规制上的全面升级,对相关条文进行了大修,增加了民营企业入罪的可能性。例如,将提供虚假财会报告罪修改为违规披露、不披露重要信息罪,扩充了犯罪主体、增加了行为方式以及模糊化了入罪标准。另一方面,《刑法修正案(六)》严密破坏金融管理秩序类犯罪的法网,加强对民营企业可能涉及的金融犯罪进行控制。例如,对操纵证券、期货交易价格罪的罪状和法定刑做了调整,罪名改成操纵证券、期货市场罪;又如,将洗钱罪的上游犯罪范围、犯罪对象和行为方式均予以扩张。另外,增加了3个新罪:骗取贷款、票据承兑、金融票证罪和背信运用受托财产罪、违法运用资金罪。

值得注意的是,《刑法修正案(六)》也有保护民营企业的局部体现,即新增背信损害上市公司利益罪。其背景是当时“一些上市公司的管理人员、控股股东、实际控制人,以无偿占用或者明显

<sup>①</sup> 参见朱启昌、卢有学:《略论我国第一个〈刑法修正案〉》,《西南政法大学学报》2000年第4期。

不公允的关联交易等非法手段,侵占上市公司资产,严重损害上市公司和公众投资者的合法权益”。<sup>①</sup>当然,这一罪名从一制定出来开始就在刑法中的存在感不高,在司法实践中并没有出现太多的裁判案例,也成了名副其实的“僵尸罪名”。<sup>②</sup>

### (三)通过刑法修正呈现出保护民营企业趋势的阶段

从2009年《刑法修正案(七)》到2023年《刑法修正案(十二)》,我国刑法修正中涉及民营企业的内容开始分化为3种样态:(1)仍然有着大量约束民营企业行为的规范,(2)开始出现不少体现“民营企业刑法积极保护”内容的条文,(3)也出现了部分彰显“民营企业刑法消极保护”的相关条款。

以《刑法修正案(七)》为分水岭,我国刑法修正案中涉民营企业的内容与以往相比出现了较大的变化。如果说《刑法修正案(七)》之前的刑法修正更加注重的是刑法对民营企业的“严管”,那么《刑法修正案(七)》之后的相关修改则越来越凸显出刑法对民营企业予以“厚爱”的迹象。

尽管《刑法修正案(七)》仍然设置了大量规制企业经营行为的条款,如对非法经营罪进行第二次修改,将“非法从事资金支付结算业务”列入第3项的行为类型中。但是,此次修正案中一个引起广泛关注的变动是对偷税罪的修改,这是“民营企业刑法消极保护”的首次露面。民营企业在经营过程中最为重要的刑事风险就是涉税问题。根据中国裁判文书网所显示的数据,破坏社会主义市场经济秩序类犯罪是民营企业最容易触犯的一类罪名,而妨害税收征管类犯罪则占据其中一半以上的比例。由此可见,涉税务类犯罪给民营企业带来了巨大的刑法隐患。《刑法修正案(七)》对第201条的调整体现为将“偷税罪”改为“逃税罪”并简化了本罪的罪状。更为重要的是,这次修正为逃税罪设置了消极的客观处罚条件,即对构成犯罪不予追究刑事责任作出特殊规定。逃税罪处罚阻却事由的增设,大幅度降低了民营企业的刑事风险。以美国的经验为例,由于大多数逃税案件都采取非刑罚性的经济解决办法来解决,因此自1913年制定所得税法以来至20世纪70年代末,因逃税被判刑的人数平均每年不足1000人。<sup>③</sup>我国当前的司法实践也表明,自《刑法修正案(七)》之后,因逃避缴纳税款行为而入罪的比率大大降低,逃税罪的适用率也已经远远低于其他破坏社会主义市场经济秩序类犯罪。逃税罪已经不再成为困扰民营企业发展的主要刑事枷锁。

《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》对破坏社会主义市场经济秩序类犯罪采取去重刑化的立场,将本章节罪名中的死刑条款几乎删除殆尽。尽管废除经济类犯罪死刑设置,在立法原意上是为了彰显我国“少杀慎杀”的死刑政策,并且死刑仅适用于自然人,但是考虑到这些犯罪都可以由民营企业构成,而我国民营企业尤其是家族型民营企业中,直接责任人员与企业之间联系密切,对于直接责任人员刑罚予以宽缓化,间接上也防止民营企业运营过程中出现大的波动。

如果说,从《刑法修正案(七)》到《刑法修正案(九)》体现出来的“民营企业刑法保护”的迹象还不是那么明显,那么《刑法修正案(十一)》则较为显著地展现了刑法整体保护民营企业的态势。

尽管《刑法修正案(十一)》也仍然有不少积极约束民营企业行为的内容,如对欺诈发行证券罪,违规披露、不披露重要信息罪,操纵证券、期货市场罪等条文的修改,但是,此次刑法修正案开

<sup>①</sup> 朗胜:《我国刑法的新发展》,《中国法学》2017年第5期。

<sup>②</sup> 参见王鹏祥:《背信损害上市公司利益罪的理解与适用》,《河北法学》2018年第11期。

<sup>③</sup> 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社2005年第3版,第219页。

始同时通过“民营企业刑法积极保护”和“民营企业刑法消极保护”修改了多个关键罪名,克服了民营企业经营过程中的实际困难。

此次刑法修正最能体现“民营企业刑法积极保护”的当数刑法对民营企业产权保护的相关内容。2016年《保护产权的意见》就曾指出:“产权制度是社会主义市场经济的基石,保护产权是坚持社会主义基本经济制度的必然要求……利用公权力侵害私有产权……现象时有发生;知识产权保护不力,侵权易发多发。解决这些问题,必须加快完善产权保护制度。”2017年《中华人民共和国中小企业促进法》第50条更是明确规定:“国家保护中小企业及其出资人的财产权和其他合法权益。任何单位和个人不得侵犯中小企业财产及其合法收益。”在这样的背景下,《刑法修正案(十一)》对破坏社会主义市场经济秩序类犯罪一章中侵犯知识产权类罪名进行了整体修改,提升几乎所有本节罪名的法定刑,新增可以构成知识产权犯罪的行为类型,将可以构成犯罪的结果要素予以扩张,增设全新的知识产权罪名等。<sup>①</sup> 尽管本节罪名单位都可以成为犯罪主体,似乎也提升了民营企业的刑事风险,但是民营企业的注册商标、著作权、专利权和商业秘密等都是关乎民营企业生死存亡的核心利益,也都是极易遭受犯罪侵害的对象。可见,《刑法修正案(十一)》在本章节增加刑法的供给,是实现“民营企业刑法积极保护”之重要举措。

《刑法修正案(十一)》还通过积极介入侵犯财产类的犯罪来彰显对民营企业产权的保护力度。这具体体现为提升了职务侵占罪和挪用资金罪的法定刑。有学者认为,对于直接侵犯民营企业财产法益的犯罪行为,在具体的司法过程中可以贯彻“穿透式思维”,进行法律容许的扩大解释,更加精准地对违法性予以认定,从而最大力度地对民营企业进行刑法保护。<sup>②</sup>

特别值得注意的是,在《刑法修正案(十一)》中呈现出不少体现“民营企业刑法消极保护”的内容,如对生产、销售假药罪和骗取贷款罪两个罪名的调整。《刑法修正案(十一)》通过对假药范围的调整,使得药品行业的民营企业构成涉药品类犯罪的概率降低。得益于“陆勇案”<sup>③</sup>的社会影响,2019年《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)的修订对2015年《药品管理法》进行了全面修改。其中,最为核心的变化就是对“假药”的界定。2015年《药品管理法》将假药分为“功能性假药”与“按假药论的假药”。而2019年《药品管理法》则基本将“按假药论的假药”从假药的目录中删除,缩小了假药的认定范围。如此,在刑法中生产、销售假药罪的成立机会就大幅减少了。尽管《刑法修正案(十一)》又制定了妨害药品管理罪,但是此罪的成立要满足“足以严重危害人体健康”的条件,这一标志性表述表明该罪属于具体危险犯,<sup>④</sup>需要经过司法的实质判断。<sup>⑤</sup> 这便使得药品行业的民营企业无论是构成生产、销售假药罪,还是面临妨害药品管理罪指控的空间都受到限缩。

《刑法修正案(十一)》通过对骗取贷款罪定罪标准的更改,使得民营企业向银行贷款中可能产生的刑事风险下降。在此之前,一度被逐步扩大适用进而大幅增加企业运营风险的骗取贷款罪有口袋化的趋势。<sup>⑥</sup> 例如,“片面地看重加害人提供不真实的申请贷款材料之欺骗行为,片面

① 参见刘湘廉:《我国知识产权刑法的最新修正及其适用》,《重庆大学学报》(社会科学版)2022年第2期。

② 参见刘艳红:《保护民营企业视角下职务侵占罪的司法适用研究》,《现代法学》2023年第3期。

③ 参见《2015年度检察机关十大法律监督案例》,《检察日报》2016年2月1日。

④ 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,《政法论坛》2023年第1期。

⑤ 参见赵运锋:《妨害药品管理罪中“足以严重危害人体健康”研究》,《法学论坛》2023年第4期。

⑥ 参见孙国祥:《骗取贷款罪司法认定的误识与匡正》,《法商研究》2016年第5期。



地强调申请贷款的手续“圣洁化”<sup>①</sup>。究其原因是对本罪法益理解的抽象化,即认为本罪所侵害的法益是金融管理秩序。但是,随着法益理论对刑法立法和刑事司法影响的逐步深入,将法益嵌入犯罪评价以指导刑法解释,在刑法理论上已达成共识,<sup>②</sup>秩序法益理论越来越缺乏支持,“刑法的法益保护主义,不是对法益的泛化,而是对法益作为脱胎于自由主义法治国理念人权保障机能的核心之固守”。<sup>③</sup>刑法立法和司法有逐步限制秩序法益泛化的趋势。骗取贷款罪所要保护的法益应该是金融机构的贷款安全,由于“其他严重情节”在实务的具体把握中容易偏离骗取贷款罪所保护的这一法益,因此《刑法修正案(十一)》直接将“其他严重情节”这一入罪情节删除,换言之,只有给银行或者其他金融机构造成重大损失的骗取贷款行为才能构成本罪。这便将民营企业向银行贷款时可能产生的不合理刑事风险予以消解。

《刑法修正案(十二)》对于非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪进行修改,以彰显民营企业与国有企业同等的法律地位,所沿用的仍然是“民营企业刑法积极保护”方式,即通过积极入罪化来保护民营企业的财产法益。“民营企业刑法消极保护”方式在这一次修正案中并没有得到延续。<sup>④</sup>

### 三、民营企业刑法保护的再展望

刑罚与公民、国家和社会的自由度成反比,<sup>⑤</sup>刑法所带来的负面影响对民营企业发展可能会产生致命伤害。尽管当前我国刑法修正后,已经形成对民营企业严密管控、积极保护和消极保护三足鼎立的规制和保护并存模式,但是该模式仍然有待完善。

#### (一)民营企业刑法保护仍有拓展空间

根据2023年7月14日发布的《中共中央国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》精神,民营企业要做大做强,进而推进我国社会主义市场经济的高质量发展,从刑法的角度看可以从两个方面实现:一是民营企业要“通过自身改革发展、合规经营”,二是要“优化民营经济发展环境,依法保护民营企业”。前者需要刑法对民营企业进行管控,而后者则需要刑法对民营企业进行保护。通过12部刑法修正案的调整,可以说我国刑法修正中关涉民营企业的内容,已经初步形成三足鼎立的局面:即同时存在刑法积极管控民营企业的条文、“民营企业刑法积极保护”的规定和“民营企业刑法消极保护”的条款。客观来说,在12部刑法修正案中,刑法积极管控民营企业的内容占据绝对主要比例,已经日臻完善;“民营企业刑法积极保护”的条文越来越多,羽翼逐步丰满;而“民营企业刑法消极保护”的立法设计还仅仅是处在起步阶段,尚需要不断培育。“民营企业刑法积极保护”相关条文的功能在于防止企业的产权——知识产权和财产权——被侵害,但是

<sup>①</sup> 王新:《骗取贷款罪的适用问题和教义学解析》,《政治与法律》2019年第10期。

<sup>②</sup> 参见夏伟:《法益概念解释功能的教义学形塑》,《苏州大学学报(法学版)》2023年第2期。

<sup>③</sup> 刘艳红:《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》,《比较法研究》2019年第1期。

<sup>④</sup> 参见张明楷:《刑法修正的原则与技术——评〈刑法修正案(十二)〉(草案)》,《中国刑事法杂志》2023年第5期。

<sup>⑤</sup> 参见杨昆鹏:《孟德斯鸠“宽和”的自由主义法律思想——以〈论法的精神〉为中心的阐释》,《东南法学》2022年第2期。

在这些权利的保护上,民营企业 and 国有企业仍有差距。“民营企业刑法消极保护”的内容主要包括:《刑法修正案(七)》对偷税罪的修改,《刑法修正案(十一)》对生产、销售假药罪的修正以及对骗取贷款罪的完善。针对偷税罪的修改是为了缓解民营企业在税务领域中遇到的困境;对于骗取贷款罪的完善则是为了给民营企业的融资贷款行为松绑;因为生产、销售假药罪的修正给民营企业带来刑事成本的降低并不是立法者的本意,而是“陆勇案”所带来的附随性效果,与此同时,该罪对于实现民营企业刑法保护的目的地不具有普适性价值。由此可以说,虽然我国刑法修正案已经通过内部条文的动态调整,不断填充着民营企业刑法保护的版图,但是涉及民营企业刑法保护的刑法修正仍然有进一步拓展的空间。<sup>①</sup>

具体而言,未来我国继续通过刑法修正案来促进民营企业刑法保护,可以沿着两个方向来实现:一是以扩充“民营企业刑法消极保护”方式,给民营企业的发展提供更为宽松的环境;二是依循《刑法修正案(十二)》的模式,完善民营企业平等保护,填补“民营企业刑法积极保护”板块的缺漏。

当然,刑法通过修正相关条文来实现“民营企业刑法保护”,应该以破解企业在经营发展过程中的困境为目标。当前我国民营企业的发展遇到的困境主要包括但不限于刑事犯罪成本较高、税费负担重、融资难融资贵、民营企业的地位不高等。<sup>②</sup>为此,未来的刑法修正可以通过灵活组合两种保护模式来加以纾解。

#### (二)通过完善“民营企业刑法消极保护”进一步为企业松绑

“民营企业刑法保护”的方式具有特殊性,既可以通过刑法积极介入的方式来保护民营企业的法益,如《刑法修正案(十一)》对于职务侵占罪法定刑的提升,来保护民营企业财产法益,也可以通过启动刑法适度退出的机制,来防止民营企业陷入刑事犯罪的旋涡,降低民营企业刑事犯罪风险。纵观我国历次刑法修正案,“民营企业刑法消极保护”还仅仅是例外的立法现象,这便导致此种保护方式在保障民营企业和促进市场经济上的功效,尚没有完全发挥出来。这是因为“民营企业刑法消极保护”是通过限制刑法扩张的方式来实现的,需要刑法修正案设置更多的出罪事由、废除相关罪名或入罪条件、提升犯罪成立标准、降低法定刑等,而这些措施都与前述我国刑法修正的整体趋势相悖。民营企业当然需要规范自身的经营行为,但是如果民营企业运营中出现的刑事风险过于密集,那么其带来的“水波效应”对于市场经济就极具损伤性。例如,在美国,安达信事件发生后,美国联邦检察官对安达信会计师事务所提起刑事诉讼,法院判处该会计师事务所50万美金的罚金,最终让这家在全球85个国家和地区曾设有390个分支机构、雇员总数达到85000人、全球营业额达到93.4亿美元的巨头公司一夜之间轰然倒塌。一起刑事诉讼就足以摧毁一家公司,“起诉法人就相当于判处其死刑”。这是起诉企业带来严重后果的典型案列。<sup>③</sup>近年来涉案企业合规的开展,已经显现出我国要打开“民营企业刑法消极保护”这条保持民营企业活力的新路径。根据2023年最高人民检察院工作报告显示,通过涉案企业合规的开展,“某网络公司非法爬取一外卖平台数据涉嫌犯罪”后,通过涉案企业合规,“检察机关依法不起诉。结案当

<sup>①</sup> 参见刘雅玲:《依法平等保护原则指导下对民营经济的刑法保障》,《法学》2023年第1期。

<sup>②</sup> 参见李义平:《当前我国民营企业发展面临的机遇与挑战》,《人民日报》2018年11月28日。

<sup>③</sup> 参见陈瑞华:《安然和安达信事件》,《中国律师》2020年第4期。

年,公司新增员工 700 余人,营收增加 1.6 亿元,纳税增加 1 000 万余元。惩治促矫治,企业获新生”。<sup>①</sup> 由刑罚的严厉性所决定,刑法过早、过多介入对民营企业发展的影响是致命的。刑法立法要充分考虑民营经济、民营企业发展和内部治理的实际情况,利用刑事政策,适当降低民营企业、民营企业家的“原罪”风险。在这一背景之下,近年来热度不减的涉案企业合规通过刑法修正案在刑法总则修正时获得一席之地,为“民营企业刑法消极保护”提供制度上的支撑和保障,尤为值得期待。

除了可以通过涉案企业合规来实现“民营企业刑法消极保护”之外,在刑法分则中,困扰民营企业发展的诸多罪名也有值得通过修正来实现给企业营造宽松营商环境的目标,其中包括但不限于非法吸收公众存款罪、虚开增值税专用发票罪以及非法经营罪等。限于篇幅,在此仅以非法吸收公众存款罪为例适当展开。民营企业融资难的问题亟须解决,“中小民营企业由于外部支持少、自身能力弱,在经营发展中会遭遇很多问题,其中融资困难问题尤为突出”。<sup>②</sup> 在民营企业的成长过程遭遇的诸多瓶颈中,“融资难是制约民营企业发展的关键因素”,<sup>③</sup>“世界银行投资环境调查显示,75%的中国民营企业把融资约束视为企业发展的主要障碍”。<sup>④</sup> 正因如此,民营企业通过向社会公开吸收存款就成为迫不得已的融资选择,从而导致非法吸收公众存款罪也就成为围绕在民营企业头顶上无法被驱除的魔咒。<sup>⑤</sup> 《刑法修正案(十一)》在修正本罪时,一方面提升了法定刑,另一方面则增加一款规定:“在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”。这样的修改对于民营企业而言,前者体现出刑法修正对民营企业的管控;后者则可以被认为是对“民营企业刑法消极保护”。问题是,非法吸收公众存款罪中“民营企业刑法消极保护”的内容并没有触及本罪之于民营企业保护中的核心症结。一直以来,非法吸收公众存款罪所保护的法益被抽象地理解为国家金融管理秩序,<sup>⑥</sup>这使得司法机关对于法益的理解出现泛化,进而导致罪名适用范围被扩大。例如,在“四川炫锋房地产开发有限公司非法吸收公众存款罪案”<sup>⑦</sup>中,人民法院对于被告单位提出的“虽然有非法吸收公众存款的行为,但涉案资金全部用于正常的生产经营活动”的辩解理由,作出了如下回应:“公诉机关并未指控涉案资金用于其他非正常生产经营”,最后依然认定四川炫锋房地产开发有限公司非法吸收公众存款罪成立。

对此,有学者认为,如果按照上述内容理解非法吸收公众存款罪,就会导致民营企业融资借贷受挫,不利于经济发展。只有当民营企业非法吸收公众存款之后,又将这些款项用于诸如放贷等资本运营时,才有成立本罪的空间,因为本罪保护的是合法金融机构正常发放贷款这一业务所带来的利益。民营企业必须是将吸收的存款用于信贷目的,即吸收存款后再发放贷款,才会对合法金融机构的前述利益产生竞争和冲击。<sup>⑧</sup> 如此,民营企业如果向社会公众非法吸收了存款,但

① 参见徐日丹:《张军作最高人民检察院工作报告》,《检察日报》2023年3月8日。

② 卜振兴:《从融资角度解析中小民营企业发展困境》,《当代经济管理》2019年第4期。

③ 罗党论、甄丽明:《民营控制、政治关系与企业融资约束——基于中国民营上市公司的经验证据》,《金融研究》2008年第12期。

④ 于蔚、汪淼军、金祥荣:《政治关联和融资约束:信息效应与资源效应》,《经济研究》2012年第9期。

⑤ 参见卢勤忠:《民营企业的刑事合规及刑事法风险防范探析》,《法学论坛》2020年第4期。

⑥ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2022年第10版,第405页。

⑦ 参见四川省巴中市中级人民法院(2019)川19刑终138号刑事裁定书。

⑧ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第1000页。

是若将这些资金全部用于自身的经营活动,则没有侵害本罪所保护法益的可能,故而不能构成本罪。实际上,《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)的相关条文为非法吸收公众存款罪的限缩理解提供了解释空间,其中2010年《解释》第3条和2022年修订的《解释》第6条存在共通性规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活动……可以免于刑事处罚;情节显著轻微的,不作为犯罪处理”。笔者认为,根据这一司法解释的内容,可以作出这样的反对解释,即民营企业向不特定的人吸收公众存款后,将主要的资金用于正常生产经营活动,虽然可以免于刑事处罚,但仍然具有违法性,而违法性产生的原因就是有一部分资金被用于资本运营。而其中“情节显著轻微,不作为犯罪处理”的情形,应该是民营企业向社会吸收存款后,将全部资金都用于正常的生产经营,故而没有侵害本罪所要保护的法益,不具备本罪的违法性,自然可以通过“但书”出罪。但是由于《解释》的内容并没有上升到在刑法中加以明确,因此对于降低民营企业在融资领域的刑事风险并没有太大的功能。“法律是治国之重器,良法是善治之前提。”<sup>①</sup>未来刑法修正时,要通过“民营企业刑法消极保护”的方式为民营企业生产经营性融资消除不合理的刑事风险,可以考虑在非法吸收公众存款罪中增加如下内容:“非法吸收或者变相吸收公众存款,全部用于正常的生产经营活动的,不认为构成本罪”。

### (三)通过进一步扩大刑法修正来落实对民营企业的平等保护

虽然《刑法修正案(十二)》对非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪进行的调整,是在民营企业平等保护的名义之下进行的,这种修改所采用的模式归根结底仍然是属于“民营企业刑法积极保护”,但需要指出的是,《刑法修正案(十二)》对民营企业平等保护落实得并不彻底。

从我国刑法分则的条文设计来看,刑法中但凡有对民营企业予以保护的条文,就有对应保护国有企业的条文。例如,《刑法修正案(六)》增设的背信损害上市公司利益罪,既保护民营上市公司也保护国有上市公司;有职务侵占罪、挪用资金罪就有贪污罪、挪用公款罪与之对应。反过来看则并不尽然。例如,与《刑法修正案(十二)》所修改的3个罪名相邻的另外两个条文,仍然只保护国有企业相关利益,而未涵盖民营企业。1997年《刑法》第167条的签订、履行合同失职被骗罪只惩罚国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员,在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的行为;第168条的国有公司、企业、事业单位人员失职罪和国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪,只针对国有公司、企业的工作人员由于严重不负责任或者滥用职权,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的案件。不仅如此,甚至于在刑法分则其他章节中,也存在国有企业和民营企业保护力度不一的现象。例如,在妨害社会管理秩序罪一章中,1997年《刑法》第327条的非法出售、私赠文物藏品罪仅保护国有博物馆、图书馆等单位的文物藏品;第329条的抢夺、窃取国有档案罪和擅自出卖、转让国有档案罪,并不保护民营企业所管理的档案材料。又如,在贪污贿赂犯罪一章中,1997年《刑法》第396条只对国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,将国有资产集体私分给个人,数额较大的行为予以规制等。因此,《刑法修正案(十二)》在贯彻民营企业平等保护上仍然留有缺漏,需要后续的刑法修正案加以补足完善。

<sup>①</sup> 周佑勇:《大变局下中国式民主的制度优势与宪法保障》,《中国法学》2023年第1期。

需要解释的是,《刑法修正案(十二)》将这3个罪名的犯罪主体从国有企业的相关人员扩展到民营企业,以及笔者主张刑法应通过后续的修正更彻底地落实民营企业的平等保护,并不意味着要通过积极的刑事司法来实现入罪的后果。《刑法修正案(十二)》对这3个罪名犯罪主体的扩充,与其说具有实际的惩治功能,倒不如说更具有象征性意义,是一种特殊的象征性立法。当然,晚近以来消极刑法立法与积极刑法立法的观点交锋异常激烈,<sup>①</sup>其中积极刑法立法饱受诟病的就是导致大量的象征性立法现象。因此,有必要指明通过贯彻民营企业平等保护所产生的象征性立法与典型的积极刑法所衍生出的象征性立法之间的关系,进而证成通过刑法修正实现民营企业平等保护的正当性。实际上,二者既有相似之处,又有不同的地方。相似之处在于:(1)二者都是刑法积极化的产物,“民营企业刑法积极保护”的方式和积极刑法立法所产生的客观结果具有一致性,都是在立法上扩张犯罪的成立范围或者提升法定刑。(2)二者往往都是备而不用,积极刑法立法所带来的象征性立法,由于缺乏实际的效用,难以有效规制预设的治理对象,因此不具有司法适用的空间。而《刑法修正案(十二)》所产生的象征性立法恰恰关联的是刑法中的“僵尸罪名”,自然也不能引发司法的积极化。而二者存在的不同之处表现在:(1)二者所追求的价值目标不一样。由积极刑法立法所产生象征性立法(较为典型的如部分恐怖主义犯罪立法、网络犯罪立法以及环境犯罪立法等<sup>②</sup>)的目的在于安抚民众的不安情绪。而由民营企业刑法保护所带来的象征性立法,是通过彰显刑法在法益保护的范围和程度上对国有企业与民营企业一视同仁来推进其他部门法领域实现国有企业和民营企业平等对待。(2)二者备而不用的动机不一样。尽管两种象征性立法往往都是备而不用的,但是积极主义刑法所带来的象征性立法难以有用武之地,因为诸如恐怖主义犯罪分子和涉嫌网络犯罪的行为人,往往都难以被抓获归案,相关罪名自然无法被大量适用;而民营企业刑法保护所产生的象征性立法是有意保持的克制,因为“我国民营企业发展不平衡,情况还比较复杂,很多企业治理结构和日常管理不规范,有的还是家族企业,在案件处理上要充分考虑企业实际情况。特别是对于涉及企业内部股东之间的矛盾纠纷,要注意把握好犯罪界限和民刑交叉法律问题,防止利用刑事手段干涉企业正常生产经营活动”。<sup>③</sup>

民营企业的平等保护,意味着民营企业与国有企业的“权利平等、机会平等、规则平等”,通过刑法贯彻民营企业的平等保护与以往的积极刑法立法存在差别,具有正当性基础。后续的刑法修正案可以秉持《刑法修正案(十二)》的精神,继续扩大相关罪名在民营企业权利保障中的象征性功能。

## 四、结 语

民营企业已经成为推动我国社会主义市场经济发展的主力军,优化营商环境,保护民营企

<sup>①</sup> 参见张明楷:《增设新罪观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期;刘艳红:《化解积极刑法观正当性危机的有效立法——〈刑法修正案(十一)〉生物安全犯罪立法总置评》,《政治与法律》2021年第7期;等等。

<sup>②</sup> 参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,《政治与法律》2017年第3期。

<sup>③</sup> 蒲晓磊:《全国人大常委会法工委刑法室负责人就刑法修正案(十二)草案答记者问》,《法治日报》2023年7月26日。

业,有百利而无一害。刑法通过内部资源的调整,为民营企业保驾护航,是当前我国保障经济建设而产生的国家治理任务中的重要一环。对于民营企业,刑法通过修正不宜总以管控、规制的面孔出现而继续走以积极刑法立法束缚民营企业为主的老路。刑法立法采取积极介入的立场,防止民营企业法益受损的保护模式,已经趋于成熟。刑法修正过程中产生的“民营企业刑法消极保护”这一新兴模式,符合当前民营企业发展中的利益诉求,可以继续寻找空间加以拓展。《刑法修正案(十二)》落实民营企业平等保护而产生的保护方式,则具有重要的象征性主义,是“民营企业刑法积极保护”的组成部分,仍然可以在后续的修正过程中加以补充完善。

---

**Abstract:** The Amendment (XII) to the Criminal Law has made some amendments to the crime of illegal operation of similar kind of business, the crime of illegal profit making for relatives and friends, and the crime of malpractices for personal gain in discounting shares at a low price and selling assets of state-owned companies and enterprises. In order to determine the function of the amendments in the whole criminal law protection system of private enterprises, we need to study the interactive relationship between the criminal law protection of private enterprises and the criminal law amendment. The formation of criminal law protection for private enterprises is related to the change of the socialist ownership form in our country, and the specific way is constantly evolving through criminal law amendment according to the interests of private enterprises. This in turn makes the criminal law protection of private enterprises in our country from scratch to existence, the amendment of criminal law related to private enterprises from control to protection, from active criminal law protection to negative criminal law protection, and the formation of strict control system for private enterprises, multiple positive protection methods and emerging negative protection mode. In response to the development of private enterprises in the future, the revision of criminal law should adhere to the change from the position of control to protection, on the one hand, expand the content of negative protection of private enterprises in criminal law, on the other hand, improve the goal of equal protection of private enterprises through active protection of private enterprises in criminal law.

**Key Words:** private enterprise, active criminal law protection, negative criminal law protection, enterprise compliance

---

责任编辑 田国宝