

# 论非法经营同类营业罪的不法

魏 东\*

**摘要:**现行《中华人民共和国刑法》第 165 条规定的非法经营同类营业罪,可以分为“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪与“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪两种规范类型。非法经营同类营业罪保护的法益是公司、企业高管职务行为的公正性和竞争性经营收益的财产权;实施不法行为的主体是“公司、企业高管”,包括“国有公司、企业高管”及“其他公司、企业高管”;不法行为定型包括“公司、企业高管”实施非法经营同类营业的行为要素和结果要素,“其他公司、企业高管”不法行为定型中的结果要素同时包含获利结果和损失结果。在“公司、企业高管”的行为同时构成非法经营同类营业罪和受贿罪(或非国家工作人员受贿罪)时,应依法进行数罪并罚;在“公司、企业高管”的行为同时构成非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪或者侵犯商业秘密罪时,应按照想象竞合犯的处断原则——“从一重处断”原则——定罪处罚。

**关键词:**非法经营同类营业罪 引证罪状 获利结果 损失结果

## 一、问题的提出

《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)》]对 1997 年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 165 条规定的非法经营同类营业罪进行了两个方面的修正:其一,将非法经营同类营业罪的“国有公司、企业的董事、经理”修改为“国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员”(以下简称“国有公司、企业高管”),将“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪这一规范类型及其法定刑的规定作为该条第 1 款;其二,增加规定“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员”(以下简称“其他公司、企业高管”)非法经营同类营业罪这一规范类型,并将这一规范类型及其援引法定刑的规定作为该条第 2 款。因此,现行《刑法》第 165 条规定的非法

\* 四川大学法学院教授  
基金项目:四川省哲学社会科学规划项目(SC23FZ017)

经营同类营业罪包括两种不法规范类型:<sup>①</sup>一是“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪,二是“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪。

基于对《刑法修正案(十二)》的立法论分析可知,非法经营同类营业罪不法的内涵和外延都有明显的变化,即非法经营同类营业罪,是指“国有公司、企业高管”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,数额巨大的行为,或者“其他公司、企业高管”违反法律、行政法规的规定,实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的行为。

我国刑法学界一致认为,对1997年《刑法》第165条的修正,既是实现宪法价值目标的中国法治建设所必需,又是建设现代企业制度的中国经济增长所必需,还是优化投资营商环境的中国国际竞争力提升所必需,<sup>②</sup>深刻体现了刑法平等保护民营企业、企业和国有公司、企业的合法权益、公平竞争与共同发展,促进公司、企业治理现代化这一立法发展方向。因此,对非法经营同类营业罪不法的规范判断和正确适用具有重大的现实意义。鉴于此前我国刑法学界对“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪不法问题的研究较多,而对“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪不法问题的研究刚起步,对许多新情况、新问题尚缺乏深入研讨,笔者选取《刑法》第165条修正后非法经营同类营业罪不法的实质、内容以及竞合3个问题进行法理新诠释。

## 二、非法经营同类营业罪不法的实质

非法经营同类营业罪保护的法益是双重法益,包括公司、企业高管职务行为的公正性和公司、企业竞争性经营收益的财产权(以下简称“双重保护法益”)。非法经营同类营业罪的“双重保护法益”表明,该罪同时具有渎职犯罪和经济犯罪的双重属性:一方面,该罪具有渎职犯罪的属性,其不法实质是侵害了公司、企业高管的职务行为的公正性(即值得社会大众信赖的职务行为公正性<sup>③</sup>),包括国有公司、企业高管职务行为的公正性(现行《刑法》第165条第1款)和其他公司、企业高管职务行为的公正性(现行《刑法》第165条第2款);另一方面,该罪具有经济犯罪的属性,其不法实质是侵害了公司、企业竞争性经营收益的财产权,包括国有公司、企业竞争性经营收益财产权(现行《刑法》第165条第1款)和其他公司、企业竞争性经营收益财产权(现行《刑法》第165条第2款)。因此,将该罪片面地归属于经济犯罪(或者背信犯罪)而忽视职务犯罪的观点并不具有合理性。

关于国有公司、企业高管非法经营同类营业罪保护的法益(不法实质),我国刑法学界提出的

---

<sup>①</sup> 由于本文专题讨论非法经营同类营业罪的不法,因此,笔者在本文中所称犯罪、犯罪类型主要是指不法意义上的“犯罪”“犯罪类型”,仅在特别语境下包含不法且有责意义上的“犯罪”“犯罪类型”。

<sup>②</sup> 参见田宏杰:《企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

<sup>③</sup> 需要特别说明的是:笔者在本文中所称公司、企业高管职务行为的公正性,是指值得社会大众信赖的公司、企业高管职务行为的公正性。因此,笔者的观点不同于德、日刑法学的通说,后者仅在讨论作为典型渎职犯罪之“贿赂罪”保护的法益时,提出了“信赖保护说”(社会大众对职务行为公正性的信赖)“纯粹性说”(职务行为的公正性)“国家管理权威说”“不可收买性说”(职务行为的不可收买性)“折中说”等多种学说;并且认为公司人员实施的背信犯罪侵犯的法益只包含财产法益,并不包含其他附加法益。参见[日]西田典之:《日本刑法各论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版,第536~537页。

传统观点是“国家利益”“国家对公司、企业的管理秩序”<sup>①</sup>以及“国有公司、企业的正常管理秩序”。<sup>②</sup>不难看出,我国刑法学界的传统观点在实质上是将国有公司、企业高管非法经营同类营业罪作为国家工作人员渎职犯罪来确定其保护法益的,只不过其所称“国家利益”“国家对公司、企业的管理秩序”“国有公司、企业的正常管理秩序”比较笼统、模糊,因此应该进一步具体化和规范化。笔者认为,所有国家工作人员“渎职犯罪”都必然侵害国家工作人员职务行为的公正性(即值得社会大众信赖的职务行为的公正性),所有国家工作人员“渎职侵财犯罪”都必然同时侵害国家工作人员职务行为的公正性和相关财产法益,其中,相关财产法益可能表现为公私财产所有权或者经营财产收益权等多种具体的财产法益形态,如国有公司、企业竞争性经营收益的财产权就属于一种具体的财产法益形态。因此,笔者认为,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益(不法实质),是“国有公司、企业高管”职务行为的公正性和“国有公司、企业”竞争性经营收益的财产权(双重保护法益),在基本立场上与我国刑法学界的传统立场保持一致,是对传统立场“国家利益”“国家对公司、企业的管理秩序”“国有公司、企业的正常管理秩序”的具体化、规范化,有利于规范限缩该罪的成立范围。

关于“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益(不法实质),我国刑法学界有不同的看法。有学者认为,该罪仍属于市场经济领域内的经济犯罪,其侵犯的法益主要是民营企业的产权利益、公平竞争的市场秩序和信赖利益(信任关系),从而区别于作为职务犯罪的“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪,后者侵犯的法益是国家工作人员职务行为的公正性和公有财产权。<sup>③</sup>也有学者认为,应从检讨公司、企业的高级管理人员(简称“公司、企业高管”)与公司关系论的基础法理出发,以“机关职责说”取代传统“信义义务说”和“委托关系说”,将“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益规范阐释为我国公司法等法律规范保护的公司利益和关联的公私利益。<sup>④</sup>上述观点,对于深刻认识“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的保护法益问题,无疑具有启发性。例如,立足于“机关职责说”和“公司、企业内部人员腐败犯罪系职务犯罪而非传统的背信罪”的理据,有利于证成笔者主张的观点——非法经营同类营业罪同时具有渎职犯罪和经济犯罪的双重属性。但是,上述观点也有值得反思之处:对作为同一个罪名的非法经营同类营业罪保护法益的分析,通常不宜只做这种“分裂式”的、彼此孤立的分析,而应进一步进行整体判断,这是坚持刑法解释体系性和融贯性的要求;尽管基于类型化规范判断的需要,可以对非法经营同类营业罪保护的法益进行规范类型化阐释,如针对“国有公司、企业高管”非法

① 冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第2卷),北京大学出版社2023年版,第1546~1556页。需要说明的是:该书作者将国有公司、企业高管非法经营同类营业罪的犯罪客体界定为国家对公司、企业的管理秩序,将同属于国有公司、企业人员渎职犯罪类型的为亲友非法牟利罪,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的犯罪客体均界定为国家利益。

② 魏东主编:《妨害对公司、企业的管理秩序罪立案追诉标准与司法认定实务》,中国人民公安大学出版社2010年版,第144页。

③ 参见刘仁文:《刑法强化民营企业内部反腐的最新发展与司法适用》,《政法论坛》2024年第2期;黄明儒:《论刑法平等保护民营企业的多重意蕴——兼评〈刑法修正案(十二)〉相关条文》,《政法论坛》2024年第2期;时延安:《民营企业管理者背信犯罪的解释原理及认定要点——〈刑法修正案(十二)〉相关条款分析》,《法律科学》(西北政法大学学报)2024年第3期。

④ 参见田宏杰:《企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

经营同类营业罪与“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益进行类型化判断,却仍然应该以整体分析判断非法经营同类营业罪保护的法益为基础,确保整体内部的各种类型化规范判断之间具有底层逻辑上的体系一致性。

那么,对非法经营同类营业罪保护的法益到底应该如何认识,除了“分裂式”解释外,是否可以整体论解释?如果可以整体论解释,那么应该如何进行整体论解释?对此,笔者认为,阐释具体罪名保护的法益,应当遵循刑法法益论的法教义学原理和法解释学融贯性原理,只有这样,以建构论为目标进行的解构论分析才具有意义。

#### (一)“双重保护法益论”的法教义学原理

根据刑法教义学理论,所谓保护法益,是指由宪法规定和宪法精神所确认的、根据刑法规定所抽象出来的、需要由刑法加以保护的价值和利益。<sup>①</sup>只认识到“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益是国家工作人员职务行为的公正性和公有财产权,“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益是民企利益和关联的公私利益,既缺乏底层逻辑上的体系一致性,也缺乏理论深刻性;非法经营同类营业罪保护的法益,就是“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益和“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益的简单相加,即公有财产权、国家工作人员职务行为的公正性、民企利益、关联的公私利益四项法益吗?显然,这种“四项法益相加论”和“分裂式法益论”,缺乏底层逻辑上的体系一致性和理论深刻性,不符合刑法法益教义学原理所要求的规范抽象性特质。

结合现行《刑法》第165条的规定,“四项法益相加论”和“分裂式法益论”的具体内容可以进行如下规范化抽象:非法经营同类营业罪在整体上和底层逻辑上,都侵害了“公司、企业高管”职务行为的公正性和公司、企业竞争性经营收益的财产权,该两项法益可以概括为“公司、企业高管职务行为的公正性和竞争性经营收益的财产权”。

首先,“公司、企业高管职务行为的公正性”,既包括“国有公司、企业高管”职务行为的公正性,也包括“其他公司、企业高管”职务行为的公正性,抽象概括并且充分体现了该罪作为渎职犯罪的不法实质。有德国刑法学者认为,公司人员利用业务便利实施的背信犯罪侵犯的法益只包含财产法益,并不包含其他附加法益;<sup>②</sup>日本刑法学界将“业务侵占罪”“侵害商业秘密罪”“背信罪”“盗窃罪”等犯罪均纳入针对财产的犯罪(属于针对个人法益的犯罪),其中“背信罪以整体财产的减少为必要,是针对整体财产的犯罪,而除此之外的其他财产犯则是针对各个财物、各个债权等个别财产的犯罪”。<sup>③</sup>但是,在法理上不能简单地将德、日刑法学理论直接套用于我国刑法学理论之中,否则,会造成我国刑法学理论中犯罪类型论和保护法益论的体系性混乱。我国刑法学界存在一种现象,就是在“破坏社会主义市场经济秩序罪”的研究中,盲目引进德、日刑法学理论并与我国传统犯罪理论简单地杂糅在一起,将“破坏社会主义市场经济秩序罪”分别纳入渎职犯罪、背信犯罪、经济犯罪、普通侵财罪之中进行讨论,明显缺乏体系性。例如,在中国语境下,简

<sup>①</sup> 我国有学者认为“价值观本身不是法益”,但不否定“价值”本身可以成为法益。参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年第6版,第78页。

<sup>②</sup> Vgl. Lenckner, Schönke—Schröder, St. GB, 266, 1. 转引自黄明儒:《论刑法平等保护民营企业的双重意蕴——兼评〈刑法修正案(十二)〉相关条文》,《政法论坛》2024年第2期。

<sup>③</sup> [日]西田典之:《日本刑法各论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版,第153~155页。

单地引入德、日刑法学理论中的背信犯罪概念,并以背信犯罪概念涵摄我国经济刑法学理论中的渎职犯罪概念,就必然出现理论上不能区分、也无法区分“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的渎职犯罪与背信犯罪的状况,而这种状况并不完全符合我国刑法学理论中的犯罪论体系。在犯罪类型论上,“德国将背信罪分为‘滥用权限型’与‘违背信任型’,将越权代理归入后者”,<sup>①</sup>以此为标准,“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的渎职犯罪(职务犯罪)似乎无一例外都可以归属于背信犯罪,并且相当多的非渎职犯罪似乎也可以归属于背信犯罪,从而“背信罪也被认为是社会发展一定阶段后出现的类似诈骗罪、盗窃罪的一种财产犯罪”;<sup>②</sup>在保护法益论上,认为“背信犯罪的目的型法益是财产,手段型法益是信任”,<sup>③</sup>主张“‘利用职务上的便利’指行为人利用非公有制单位给予自己的信赖”,<sup>④</sup>以此为标准,渎职犯罪保护的法益“职务行为的公正性”似乎可以涵摄于背信犯罪“手段型法益”(信任)之中,如此一来,渎职犯罪与背信犯罪的界限难以区分。因此,将非法经营同类营业罪(国家工作人员)受贿罪、非国家工作人员受贿罪、贪污罪、职务侵占罪等渎职犯罪侵犯的法益(简称“渎职犯罪侵犯的法益论”)简单地等同于背信犯罪侵犯的法益(简称“背信犯罪侵犯的法益论”),就存在“认识论错误”。同理,将非法经营同类营业罪等渎职犯罪侵犯的法益简单地等同于经济犯罪侵犯的法益(简称“经济犯罪侵犯的法益论”)也不妥当,因为“经济犯罪侵犯的法益论”也不具有“渎职犯罪侵犯的法益论”的精准性和规范性。即便承认非法经营同类营业罪在一定意义上也具有背信犯罪和经济犯罪的部分属性,可以引入背信犯罪和经济犯罪的概念“在一定意义上”阐释非法经营同类营业罪的不法内涵,那也应该将非法经营同类营业罪进一步限定为“以渎职犯罪为根本特征的背信犯罪和经济犯罪”,由此才可能精准地排除那些不属于“以渎职犯罪为根本特征的背信犯罪和经济犯罪”的情形,如此一来,仍然应该回归到该罪“根本特征”这一原点:仍然应强调该罪的根本特征是渎职犯罪,侵害了公司、企业高管“职务行为公正性”为其不法实质。这是现行《刑法》第165条第1款规定“利用职务便利”构成要素的原因,也是现行《刑法》第165条第2款“实施前款行为”应该解释为包括“利用职务便利”构成要素的理由,因为只有这样,才能将该罪的不法限定为侵害公司、企业高管职务行为的公正性的渎职犯罪。

其次,“竞争性经营收益的财产权”,既包括“国有公司、企业”竞争性经营收益的财产权,也包括“其他公司、企业”竞争性经营收益的财产权,抽象概括并且充分体现了该罪作为不正当竞争犯罪(经济犯罪)的不法实质。强调公司、企业竞争性经营收益的财产权,规范而具体地限定了该罪的经济犯罪(侵财)行为性质和范围,既与该罪保护的法益“公司、企业高管”职务行为的公正性相关联,又与该罪构成行为即非法经营同类营业的行为要素相关联。反之,“公司、企业高管”实施的其他侵财行为,如利用职务便利实施的“直接”窃取、侵吞、骗取本单位财物的行为(即与非法经营同类营业行为要素无关),或者没有利用职务便利实施的“直接”窃取、侵吞、骗取本单位财物的

<sup>①</sup> 柏浪涛:《我国背信犯罪的教义学阐释——以〈刑法修正案(十二)〉为起点》,《苏州大学学报(法学版)》2024年第2期。

<sup>②</sup> 于改之:《非法经营同类营业罪的修法变化与考量》,《上海法治报》2024年1月29日。

<sup>③</sup> 柏浪涛:《我国背信犯罪的教义学阐释——以〈刑法修正案(十二)〉为起点》,《苏州大学学报(法学版)》2024年第2期。

<sup>④</sup> 王若思:《职务侵占罪法益观的重塑——以信赖利益的刑法保护为出发点》,《法制与社会发展》2023年第2期。

行为(既与“公司、企业高管职务行为的公正性”无关,也与非法经营同类营业行为要素无关),均不能构成该罪,其原因在于这些行为所侵害的财产权不属于公司、企业竞争性经营收益的财产权。值得注意的是,“公司、企业高管职务行为的公正性”是该罪的根本特征,行为人只有在侵害“公司、企业高管职务行为的公正性”的前提下才能侵害“公司、企业竞争性经营收益的财产权”,由此限定了该罪所具有的“背信失职渎职”犯罪属性。

可见,非法经营同类营业罪保护的法益比较全面、规范地概括了非法经营同类营业罪作为渎职犯罪和不正当竞争犯罪的不法实质。因此,从整体上看,非法经营同类营业罪保护的法益,是公司、企业高管职务行为的公正性和竞争性经营收益的财产权;在类型化规范判断上,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益,是“国有公司、企业高管”职务行为的公正性和“国有公司、企业”竞争性经营收益的财产权,“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益,是“其他公司、企业高管”职务行为的公正性和“其他公司、企业”竞争性经营收益的财产权。如此阐释非法经营同类营业罪保护的法益,才具有法益论底层逻辑上的体系一致性和理论深刻性,能够在整体上和类型上完全符合法益论的刑法教义学原理。

## (二)“双重保护法益”论的法解释学融贯性

根据刑法解释学融贯性原理,刑法解释的融贯性,是指刑法解释必须基于整体法秩序统一性要求,坚持协调一致的刑法解释原则、目标、立场和方法,确保刑法内部各要素之间、刑法与宪法及其他各部门法之间的逻辑协调一致性和信念相互证立性,而不至于出现解释过程和解释结论方面无法解决的矛盾。<sup>①</sup>可见,刑法解释的融贯性是建立在逻辑和信念(价值)两个层面的整合命题:一是具有法理逻辑协调一致性(“一致性论”),消弭众多法理间的断裂和隔阂;二是具有信念相互证立性(“相互证立性论”),贯通信念间的价值融合和可解释性循环。此命题可谓刑法解释的融贯性——“一致性与相互证立性整合论”与“逻辑和信念贯通整合论”。由此命题可以类型化地阐释和验证刑法解释的融贯性问题:当部分刑法教义学法理间阐释缺乏协调一致性时(一致性存疑时),应当重点运用“一致性论”原理进行融贯性审查;当部分裁判结果背离刑法整体法理与意识形态时(相互证立性存疑时),应当重点运用“相互证立性论”原理进行融贯性审查;当刑法解释同时出现一致性存疑和相互证立性存疑的问题时,应从刑法解释的融贯性“一致性与相互证立性整合论”问题意识出发,全面审查刑法解释结论整体有效性和实践正确性,经由“一致性与相互证立性整合论”确保刑法解释的融贯性实现。

根据刑法解释的融贯性要求,对非法经营同类营业罪保护的法益,既需要进行一体化的整体判断,也需要进行类型化的具体判断,并且能够确保整体判断与类型化的具体判断之间具有“一致性与相互证立性”。一方面,在整体论上,非法经营同类营业罪保护的法益,是公司、企业高管职务行为的公正性和竞争性经营收益的财产权;另一方面,在内部结构论上,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪以“国有公司、企业高管”职务行为的公正性和“国有公司、企业”竞争性经营收益的财产权为保护的法益,“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪以“其他公司、企业高管”职务行为的公正性和“其他公司、企业”竞争性经营收益的财产权为保护的法益。

首先,整体论与内部结构论(类型化的具体判断)之间的“一致性”。这种“一致性”主要体现在以下3个方面:其一,在整体论上“公司、企业高管”职务行为的公正性,与内部结构论上“国有

<sup>①</sup> 参见魏东:《中国刑法解释学理论体系的本土化构建》,中国社会科学出版社2022年版,第283页。

公司、企业高管”职务行为的公正性和“其他公司、企业高管”职务行为的公正性的整合论相协调一致。其二,在整体论上“公司、企业”竞争性经营收益的财产权,与内部结构论上“国有公司、企业”竞争性经营收益的财产权和“其他公司、企业”竞争性经营收益的财产权的整合论相协调一致。其三,在整体论上非法经营同类营业罪双重保护的法益(“公司、企业高管”职务行为的公正性和“公司、企业”竞争性经营收益的财产权),也与内部结构论上“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪双重保护的法益和“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪双重保护的法益的整合论相协调一致,完全符合整体论与内部结构论之间的“一致性”要求。

其次,整体论与内部结构论之间的“相互证立性”。这种“相互证立性”主要体现在以下3个方面:其一,在整体论上,非法经营同类营业罪保护的法益“公司、企业高管”职务行为公正性的规范判断,系基于公司、企业高管“机关职责说”,对作为“公司、企业高管”职务犯罪的非法经营同类营业罪保护的法益的规范判断,与内部结构论上“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益,以及“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益的规范判断——同样系基于公司、企业高管“机关职责说”,分别对“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益与“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益的规范判断——之间具有“相互证立性”。其二,在整体论上,非法经营同类营业罪保护的法益“公司、企业”竞争性经营收益的财产权的规范判断,系对作为不正当竞争犯罪(经济犯罪)的非法经营同类营业罪保护的法益的规范判断,与内部结构论上“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益,以及“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益的规范判断——同样系基于不正当竞争犯罪(经济犯罪)的不法实质论分别对“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益与“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪保护的法益的规范判断——之间具有“相互证立性”。其三,在整体论上非法经营同类营业罪双重保护的法益,与内部结构论上“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪双重保护的法益和“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪双重保护的法益之间,能够形成“相互证立性”。

综上所述,非法经营同类营业罪“公司、企业高管职务行为的公正性和竞争性经营收益的财产权”双重保护的法益论,既符合保护法益论在整体上体系一致性和理论深刻性的要求,也符合保护法益论在内部结构上规范类型化的要求,还符合保护法益论在整体上与内部结构上的融贯性“一致性与相互证立性整合论”的要求。

### 三、非法经营同类营业罪不法的内容

在规范上,非法经营同类营业罪不法的内容,应依照现行《刑法》第165条第1款和第2款的规定进行判断。其中,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪不法的内容,完整规定在现行《刑法》第165条第1款“国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员,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,数额巨大的”这一叙明罪状中;“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪不法的内容,完整体现在现行《刑法》第165条第2款“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定,实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”之规定中,综合采用了参见罪状和引证罪状的刑法规范援引技术。

从法理上讲,该罪不法的内容具体涉及以下诸方面刑法教义学原理解释适用:其一,行为

主体要素;其二,行为内容要素(行为不法),其中“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的行为内容要素中涉及前置法要素(参见罪状要素)、引证罪状要素等特殊问题;其三,结果要素(结果不法),其中“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的结果要素论中涉及显性结果要素和隐性结果要素等特殊问题。应当说,该罪不法的上述诸方面内容均值得认真研究,尤其是其中“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪所涉上述“特殊问题”还存在较多理论争议,需要深入研讨。因此,这里重点讨论下列3个问题:一是行为主体要素的认定,二是参见罪状的解释适用,三是引证罪状的内涵阐释。

### (一)行为主体要素的认定

现行《刑法》第165条第1款规定的行为主体是“国有公司、企业高管”,第2款规定的行为主体是“其他公司、企业高管”,两者在行为主体的职务形式上保持了高度一致,与2023年12月修订的公司法规定的相关内容也保持了一致性。但是,“公司、企业高管”具体范围的准确认定,以及“国有公司、企业高管”与“其他公司、企业高管”具体范围的准确区分,还需要进一步明确。

#### 1.“公司、企业高管”的实质解释

全国人大常委会法工委刑法室的同志认为,对该罪中的高级管理人员的具体范围应当结合我国公司法的有关规定和其他法律的相关规定进行认定,总体范围应当定性为公司、企业的有关主管人员和重要管理人员,对此将来在司法适用中可作进一步明确,同时强调“本条规定的‘高级管理人员’是一个相对开放的概念,可以涵盖企业章程规定的其他有关重要管理人员,实践中有一定扩展空间,范围比较适当”。<sup>①</sup>尤其是“高级管理人员”(即“公司、企业高管”)的具体范围如何限定,法律的规定和司法解释都不是很明确,可能成为司法实践中重要的争议点。从理论上讲,对“公司、企业高管”的认定主要存在以下两点争议。

(1)“经理”以及“副经理”等能否成为该罪的主体。我国法学界对此问题的认识存在分歧。按照《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第265条的规定,“经理”是公司的高级管理人员一般没有争议,但对于“经理”的具体认定是应作严格解释还是应作扩大解释,如对“副经理”是否可以解释为该罪的主体,目前我国法学界存在两种不同的学说。一种学说是“严格解释论”,认为公司法规定了经理的核心地位、明确的职权和严格的选拔程序,而这与现实中副经理的地位和职能是完全不同的,因此副经理不属于法定竞业主体;<sup>②</sup>另一种学说是“扩张解释论”,认为不能将经理理解为仅指在本公司担任主要行政领导职务的经理,而应扩大解释为包括公司、企业的其他领导人,如副总经理、总裁、厂长、副总裁、副厂长等,但部门经理、项目经理等非高级管理人员不能成为该罪的主体。<sup>③</sup>

笔者赞同“扩张解释论”,公司的“经理”“副经理”等人员属于作为该罪主体的“高级管理人员”。正如有的学者所言:凡是具体掌握所任职公司、企业生产、销售、采购等重要环节的重要职权,对外可以在公司授权范围内代表公司进行商业活动,拥有从事竞业行为的能力,在客观上又利用职务之便,经营了与公司同类营业的人员,可以将其认定为实质意义上的“高级管理人员”,

<sup>①</sup> 张义健:《〈刑法修正案(十二)〉的理解与适用》,《法律适用》2024年第2期。

<sup>②</sup> 参见叶海艳:《论竞业禁止的制度构建》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2008年增刊。

<sup>③</sup> 参见王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社2016年版,第305页。

因而能够成为非法经营同类营业罪的犯罪主体。<sup>①</sup> 对于“部门经理、项目经理”等组织体内部中间层级部门的负责人,由于无论是采用文义解释还是采用目的解释的方法,依法均不能被解释为“高级管理人员”,因此不能成为该罪的主体。

(2)“事实董事”能否成为该罪的主体。关于“事实董事”能否成为该罪的主体,我国有学者持否定意见,认为根据严格的罪刑法定原则的要求,“事实董事”不能成为该罪的主体;只有当“事实董事”与董事合谋共同实施非法经营同类营业行为时,才可以按照共同正犯或共犯追究刑事责任。<sup>②</sup> 但是,笔者不赞同这种否定意见。

“事实董事”依法应当解释为该罪主体。其理由是:其一,现行《公司法》第180条规定了董事的忠实义务和勤勉义务(第1款和第2款),该条第3款明确规定了事实董事的相关义务,即“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的,适用前两款规定”。应当认为,这里严格限定的“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的”,实质上正是对事实董事的明确规定,因此,事实董事依法成为该罪主体具有公司法依据,当然符合刑法上的不法主体(以及责任主体)的要求。其二,从域外国家的相关规定看,英美法系国家和大陆法系国家都有“事实董事”(以及“影子董事”“隐名董事”)的规定,都承认“事实董事”的同等责任(如英国和日本)。<sup>③</sup> 其三,对照前述对经理等高级管理人员的实质解释,结合该罪保护的法益进行规范目的判断,对“董事”应作实质解释,将“事实董事”纳入该罪主体的范畴才更具实质合理性,也不违背罪刑法定原则的要求。

## 2.“国有公司、企业高管”与“其他公司、企业高管”的准确区分

“国有公司、企业高管”具体包括以下两种人员:一是国有独资、全资公司、企业高管,他们都是“国家工作人员”;二是国有控股、参股公司、企业高管中的国家工作人员。例如,2024年5月28日通过并颁布的《国有企业管理人员处分条例》第2条规定:“本条例所称国有企业管理人员,是指国家出资企业中的下列公职人员:(1)在国有独资、全资公司、企业中履行组织、领导、管理、监督等职责的人员;(2)经党组织或者国家机关,国有独资、全资公司、企业,事业单位提名、推荐、任命、批准等,在国有控股、参股公司及其分支机构中履行组织、领导、管理、监督等职责的人员;(3)经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定,代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、管理、监督等工作的人员”。该条例将国有企业管理人员限定为“公职人员”——国有独资、全资公司、企业中的“公职人员”以及国有控股、参股公司及其分支机构中的“公职人员”,这两种情形的“公职人员”的实质内涵是“国家工作人员”。因此,对“国有公司、企业高管”应进行目的限缩解释,只能将国有独资、全资公司、企业高管以及国有控股、参股公司、企业高管中的国家工作人员解释为“国有公司、企业高管”;国有控股、参股公司、企业高管中的非国家工作人员,依法不属于“国有公司、企业高管”,而属于“其他公司、企业高管”。有学者认为,国有公司、企业,是指国有独资的公司、企业,不包括国家参股的混合公司或企业,即使是由国有资本绝对控股,也不能因此改变财产混合所有制的性质,从而主张“国有公司、

<sup>①</sup> 参见田宏杰:《企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

<sup>②</sup> 参见田宏杰:《企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

<sup>③</sup> 参见田宏杰:《企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

企业高管”只包括国有独资公司、企业的高管。<sup>①</sup>这种将国有控股、参股公司、企业高管中的国家工作人员排除在“国有公司、企业高管”之外的观点,过度限缩了“国有公司、企业高管”的范围,不符合我国相关法律的规定。

“其他公司、企业高管”具体包括以下两种人员:一是除国有公司、企业外“其他公司、企业”中的高管;二是国有资本控股、参股公司、企业高管中的非国家工作人员。因此,应对“其他公司、企业高管”作实质解释。“其他公司、企业高管”并非仅限于“其他公司、企业”中的高管,如集体资本独资、全资子公司、企业中的高管,民营资本独资、全资子公司、企业中的高管,集体资本和民营资本共同全资投资公司、企业中的高管,当然属于“其他公司、企业高管”;同时,“其他公司、企业高管”也包括“国有资本控股、参股公司、企业”高管中的非国家工作人员。此外,国家工作人员被选派到集体资本独资、全资子公司、企业中担任高管,或者被选派到民营资本独资、全资子公司、企业中担任高管,或者被选派到集体资本和民营资本共同全资投资公司、企业中担任高管,这几种情形的公司、企业高管,由于均不属于国有控股、参股公司、企业高管中的国家工作人员,因此均应依法解释为“其他公司、企业高管”。

## (二)参见罪状的解释适用

“违反法律、行政法规规定”是现行《刑法》第165条第2款的特别规定,而该条第1款没有这个规定。可见,“违反法律、行政法规规定”,是“其他公司、企业高管”构成非法经营同类营业罪的一个构成要件要素、前置法要素,采用了参见罪状的刑法规范援引技术,主要指违反我国公司法、合伙企业法、反不正当竞争法等法律、行政法规的规定,应当运用参见罪状理论和前置法上的违法性判断理论进行法理阐释。对此,有论者指出:“增加该规定的主要考虑是,经营同类营业并非一概属于违法,《公司法》等对符合规定的同类营业作了规定,经公司、企业同意的同类营业不作为本罪处理。2023年修订的《公司法》第184条规定:‘董事、监事、高级管理人员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’,也就是说经过公司同意的经营同类营业是符合规定的……本条强调规定了这一构成要件。根据该规定,实践中对以下情况不作为本罪处理:一是公司、企业同意的经营同类营业,如上述按照《公司法》规定,向公司董事会或者股东会报告并取得决议通过的;二是企业老板决定另外设立或者投资企业的”。<sup>②</sup>因此,可以认为“违反法律、行政法规规定”这一规范性构成要件要素,实质上具有通过前置法上的违法性判断来限缩该罪不法范围的功能,值得重视。

还有一种特殊情形可能影响刑法上的不法判断。例如,公司股东会或者董事会的事后追认权行使行为(简称“事后追认行为”)以及事后和解权行使行为(简称“事后和解行为”)是否影响前置法上的违法性判断以及刑法上的不法判断?对此,有学者认为,无论是按照公司法的基本理论,还是在司法实践的判例中,股东都有实际上的事后追认权。并且,“既然在民商事法律中,股东的事后追认可以让无效的法律行为变得有效,那么刑法也必须尊重前置法的规定,对于民营企业工作人员所实施的背信行为,股东大会事后的追认也应豁免其罪责。在入罪问题上,刑法必须坚持其补充性,对于民法、商法、行政法等前置法认为合法的行为,不应追究刑事责任,否则刑法

<sup>①</sup> 参见冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第2卷),北京大学出版社2023年版,第1547页。

<sup>②</sup> 张义健:《〈刑法修正案(十二)〉的理解与适用》,《法律适用》2024年第2期。

也就丧失了其作为最后法、补充法的意义。因此,既然此类犯罪侵犯的是民营企业也就是股东的财产权,应当赋予股东事后和解的权利,防止公权力过度干涉股东的意思自治。如果股东告诉之后,选择和解,那就不能再追究行为人的刑事责任”。<sup>①</sup> 笔者基本赞同这种观点,同时应考虑公司股东会(以及董事会)作出“事后追认行为”“事后和解行为”的适当时间节点。因此,在一般情况下,“其他公司、企业高管”在“违反法律、行政法规规定”及其前置法上的违法性判断成立后,通常可以认定其“实施前款行为”(并具有相应的法定后果时)依法构成非法经营同类营业罪的不法;但是,考虑到应当依法尊重公司股东会(以及董事会)的事后追认权与事后和解权,以及有利于适当限缩该罪的成立范围,在人民法院生效判决作出之前,只要公司股东会(以及董事会)对“其他公司、企业高管”“实施前款行为”予以事后追认或者事后和解,就应当承认前置法上的违法性阻却以及刑法上的不法阻却。

### (三)引证罪状的内涵阐释

在现行《刑法》第165条第2款规定的“实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”罪状中,“实施前款行为”是引证罪状,“致使公司、企业利益遭受重大损失的”是该款明示规定的结果要素(损失结果要素)。由于该款将引证罪状和损失结果要素结合在一起规定,并且引证罪状“实施前款行为”中也有获利结果要素(即现行《刑法》第165条第1款“获取非法利益,数额巨大的”),因此,笔者在解释引证罪状“实施前款行为”时,一并对现行《刑法》第165条第2款“实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”之规范含义进行解释说明。

#### 1.引证罪状“实施前款行为”中隐含的获利结果要素

一般认为,引证罪状是指需引用刑法分则的其他条款来说明和确定某一犯罪构成要件的情形,其特点是条文简练,能够避免不必要的重复。引证罪状的具体规定方式主要有两种:一是采用“犯前款罪”(以及“过失犯前款罪”)的规定方式,这种“犯前款罪式引证罪状”在刑法典中出现较多;二是采用“实施前款行为”的规定方式,这种“实施前款行为式引证罪状”在刑法典中出现较少,仅在现行《刑法》第165条第2款、第166条第2款、第169条之一第2款、第244条第2款、第293条第2款、第388条之一第2款、第403条第2款等条文中出现。<sup>②</sup> 相应地,我国刑法学界对“犯前款罪”(以及“过失犯前款罪”)的引证罪状规定方式有较多的专门论述,但对“实施前款行为”的引证罪状规定方式很少专门论及,需要专门进行研讨。

当引证罪状中规定有结果要素(以及情节要素)时,是否应当将该结果要素(以及情节要素)包括在引证罪状的解释结论之中?对此问题,由于引证罪状的具体规定方式不同,因此学者们的认识可能存在差异:(1)在“犯前款罪式引证罪状”的场合,学术界通常都认可“肯定论”,即认为当引证罪状中规定有结果要素(以及情节要素)时,应当将该结果要素(以及情节要素)包括在引证罪状的解释结论之中(即“广义的援引行为论”),可谓“引证罪状全面援引论”。(2)在“实施前款行为式引证罪状”的场合,学术界就难免存在“肯定论”与“否定论”的分歧。持“肯定论”者认为,

<sup>①</sup> 罗翔:《技艺和程序:刑法修正的检视——〈刑法修正案(十二)〉新增民企工作人员犯罪条款的展开》,《法学评论》2024年第1期。

<sup>②</sup> 此外,在现行《中华人民共和国刑法》第122条第2款、第308条之一第2款、第333条第2款等10余个条文中出现了“有前款行为”的用语,但是,这些条文中“有前款行为”并不属于基本罪状的描述方式,而是表达“同时构成其他罪的”情形时的罪名适用规则。

当引证罪状中规定有结果要素(以及情节要素)时,既然“犯前款罪式引证罪状”应当将该结果要素(以及情节要素)包括在引证罪状的解释结论之中,那么同属于引证罪状的“实施前款行为式引证罪状”理所当然地应当将该结果要素(以及情节要素)包括在引证罪状的解释结论之中;持“否定论”者认为,当引证罪状中规定有结果要素(以及情节要素)时,“实施前款行为式引证罪状”应当将该结果要素(以及情节要素)排除在引证罪状的解释结论之外,从而只援引引证罪状中狭义的、单纯的行为要素(即“狭义的援引行为论”),可谓“引证罪状部分援引论”。<sup>①</sup>

因此,争议的问题集中在“实施前款行为式引证罪状”的解释论上。对于“实施前款行为”形式的引证罪状(即“实施前款行为式引证罪状”),实质上可谓一种“援引行为”,在解释论上到底应该如何确定其具体内容可能存在以下争议问题:“实施前款行为”到底是指只援引前款罪状规定中狭义的、单纯的行为(即“狭义的援引行为论”),还是指既包括援引前款罪状中狭义的行为又包括援引前款罪状中的行为结果与情节等关联要素(即“广义的援引行为论”)?

笔者认为,作为“实施前款行为”形式的引证罪状(即“实施前款行为式引证罪状”),在法理上应当坚持“引证罪状全面援引论”和“广义的援引行为论”的“肯定论”,即包括援引前款罪状中狭义的行为、行为结果与情节等关联要素(在前款罪状中有行为结果与情节等关联要素时)。根据引证罪状的法教义学,将“实施前款行为”作为引证罪状的一种形式看,“引证罪状全面援引论”(以及“广义的援引行为论”)通常更符合引证罪状的形式特征与规范要求,更具有合理性。由此可见,正如法理上“法定刑的援引,是全部援引而非部分援引的结论”<sup>②</sup>一样,包括“实施前款行为式引证罪状”在内的引证罪状的法教义学也应采用“全部援引而非部分援引的结论”,全部援引“实施前款行为”内含的不法行为定型要素——具体的行为要素和行为结果要素,才能充分体现全部援引“实施前款行为”与全部援引法定刑之间的罪刑均衡关系。正如法理上“犯前款罪式引证罪状”应当将该结果要素(以及情节要素)包括在引证罪状的解释结论之中一样,同属于引证罪状的“实施前款行为式引证罪状”,理所当然地应当将该结果要素(以及情节要素)包括在引证罪状的解释结论之中。正如法理上““……的,”所表述的内容为罪状(假定条件)”<sup>③</sup>的内在逻辑一样,“实施前款行为式引证罪状”中“……的,”所表述的内容应当全面援引才符合引证罪状的内在逻辑。例如,现行《刑法》第403条第2款规定的“上级部门强令登记机关及其工作人员实施前款行为的”,从解释论上讲,其中“实施前款行为”应当将前款(同条第1款)的结果要素“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的”包括在该“实施前款行为式引证罪状”的解释结论之中,才符合充分体现全部援引“实施前款行为”与全部援引法定刑之间的罪刑均衡关系法理、“犯前款罪式引证罪状”和“实施前款行为式引证罪状”的统一解释论法理、““……的,”所表述的内容为罪状(假定条件)”的教义学法理,才能真正实现刑法教义学和解释学在“法理”逻辑上的一致性。

因此,解释现行《刑法》第165条第2款“实施前款行为”(属于“实施前款行为式引证罪状”),需要全面援引现行《刑法》第165条第1款规定的罪状中的行为要素及其相关的获利结果要素(即全面援引“实施前款行为”)。在现行《刑法》第165条第1款“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,数额巨大的”罪状中,“……的,”所标

① 参见田宏杰:《罪状结构的开放性与罪状类型化的反思》,《法商研究》2023年第2期。

② 孙谦:《援引法定刑的刑法解释——以马乐利用未公开信息交易案为例》,《法学研究》2016年第1期。

③ 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2021年第6版,第853页。

识的行为要素(及其相关的结果要素)才是引证罪状的全部内容,因此,应当将“获取非法利益,数额巨大的”(获利结果要素)包含在“实施前款行为”之中。

## 2.引证罪状“实施前款行为”规范关联的损失结果要素

如前所述,引证罪状“实施前款行为”中包含获利结果要素。该获利结果要素由于不是显性地规定在现行《刑法》第165条第2款之中,而是隐含在引证罪状“实施前款行为”之中,因此,该获利结果要素可谓“隐性的结果要素”(即“隐性的获利结果要素”)。相应地,现行《刑法》第165条第2款显性地规定了“致使公司、企业利益遭受重大损失的”这一损失结果要素,可谓“显性的结果要素”(即“显性的损失结果要素”)。显然,该“显性的损失结果要素”必须以引证罪状“实施前款行为”为基础并具有规范的因果关联。因此,应当认为现行《刑法》第165条第2款“实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”,包含隐性的获利结果要素和显性的损失结果要素(“二结果要素论”)。

有些学者在解释现行《刑法》第165条第2款规定的“实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”之不法行为内容时,将其概括为:“其他公司、企业高管”损企肥私。<sup>①</sup>可以认为,论者在解释现行《刑法》第165条第2款规定的引证罪状“实施前款行为”时,全面援引了同条第1款的规范内容,其中包含获利结果要素。但是,也有学者在具体分析“其他公司、企业高管”损企肥私行为时,只强调“损企”(损失结果要素)而忽略“肥私”(获利结果要素),<sup>②</sup>实质上不同于前述“损企肥私”的解释结论,否定获利结果要素,只承认单一的损失结果要素(“单一结果要素论”),显然是不妥当的。

因此,基于现行《刑法》第165条第2款规定的“实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”包含两个结果要素的判断,可以得出以下结论:“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪是二结果犯(“二结果犯论”“二结果要素论”),同时具有“获取非法利益,数额巨大的”这一获利结果要素和“致使公司、企业利益遭受重大损失的”这一损失结果要素。相应地,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪是单一结果犯(“单一结果犯论”“单一结果要素论”),只有“获取非法利益,数额巨大的”这一获利结果要素。这种结果要素的类型差异性,体现了“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪与“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪在规范目的与不法判断上的差异性,有利于合理限缩“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的成立范围。

“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪的结果要素只有获利要素(“单一结果要素论”),而“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的结果要素同时包含获利要素和损失要素(“二结果要素论”),表明非法经营同类营业罪内部(“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪与“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪)的结果要素存在复杂情况。两者存在相同的结果要素(获利要素),都具有“获取非法利益,数额巨大的”这一获利要素,但“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪所要求的这一获利要素是隐性的、隐藏的,具体隐藏于现行《刑法》第165条第2款规定的“实施前款行为”之中,必须结合同条第1款的规定才能有效发现。因此,“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的不法行为整体,必须同时包含获利要素和损失要素,充分注意“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪和“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪的结果要素所

<sup>①</sup> 参见于改之:《非法经营同类营业罪的修法变化与考量》,《上海法治报》2024年1月29日。

<sup>②</sup> 参见张义健:《〈刑法修正案(十二)〉的理解与适用》,《法律适用》2024年第2期。

存在的复杂差异性,以及相应的刑法规范目的的差异性,才能准确解释“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的不法实质,规范而有效地限缩犯罪成立范围;否则,可能得出以下不当的解释结论:“公司、企业高管”实施现行《刑法》第165条所规定的行为,只出现损失要素这一结果,如果行为主体是“国有公司、企业高管”,那么依法不能构成非法经营同类营业罪;如果行为主体是“其他公司、企业高管”,那么反而构成“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪。

### 3.引证罪状及其关联结果要素的解释结论

基于“实施前款行为式引证罪状论”和“二结果要素论”,现行《刑法》第165条第2款规定的“实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的”的解释结论是:“其他公司、企业高管”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,数额巨大,致使公司、企业利益遭受重大损失的行为。

第一,“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”的含义。“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪中的“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”,是指自己亲自出面另设公司、企业或者其他机构,或者自己受聘于其他公司、企业或者其他机构,经营与其所任职公司、企业同类营业的行为。其中,对“同类的营业”的判断标准,目前我国刑法学界主要有“形式标准说”与“实质标准说”的争议。持“形式标准说”者,强调以公司企业的营业执照所载明的营业范围为限;持“实质标准说”者,主张以公司企业所实际从事的、不违反国家禁止性规定的营业范围为依据,行为人非法经营同类营业的,仍可能构成非法经营同类营业罪。<sup>①</sup>笔者认为,为适当限缩刑法的打击范围,应当以营业执照可涵盖的营业范围同类为标准来认定“同类的营业”。我们既不能笼统地以公司、企业实际从事的营业范围为标准,也不能狭隘地以营业执照可涵盖的营业范围同种为标准,而应当以营业执照可涵盖的营业范围同类为标准来认定“同类的营业”,可谓“营业执照可涵盖的营业范围同类说”标准。

第二,二结果要素的具体认定。根据“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪“二结果要素论”,应当分别结合现行《刑法》第165条第1款和第2款的规定,规范认定获利结果要素和损失结果要素的具体内容,在此基础上进行规范不法判断。其一,获利结果要素。有学者指出:现行《刑法》第165条第1款关于国有公司、企业人员非法经营同类营业犯罪门槛规定的是“获取非法利益,数额巨大”,而关于“获取非法利益”的认定,在司法实践中一般以当事人获取的利益为标准,包括在同类营业公司担任职务的工资收入等,认定范围和标准较为宽泛;根据2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖案件立案追诉标准(二)》(以下简称“2010年立案追诉标准(二)”)的规定,非法获取利益10万元以上,应当追诉;国家监察体制改革后该罪管辖变更,在实践中监察办案仍继续参照2010年的标准。<sup>②</sup>其二,损失结果要素。其具体内容是指,因行为人利用同类营业非法转移原公司、企业利益,截取客户资源、商业机会等,造成原公司、企业利益损失的情况。有学者指出,将“致使公司、企业利益遭受重大损失”作为犯罪的门槛,主要是考虑到非法经营同类营业罪的本质是行为人利用同类营业非法转移原公司、企业利益,截取客户资源、商业机会等,造成原公司、企业利益损失。<sup>③</sup>损失结果要素的具体标准等内容仍值得深入研究。

<sup>①</sup> 参见田宏杰:《企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善》,《中国刑事法杂志》2024年第1期。

<sup>②</sup> 参见张义健:《〈刑法修正案(十二)〉的理解与适用》,《法律适用》2024年第2期。

<sup>③</sup> 参见张义健:《〈刑法修正案(十二)〉的理解与适用》,《法律适用》2024年第2期。

笔者建议,在新的司法解释出台前,可以参照“2010年立案追诉标准(二)”规定的为亲友非法牟利罪的损失结果标准,即造成公司、企业直接经济损失数额在10万元以上的,或者自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业而获利20万元以上的(而不是指“其他公司、企业高管”本人获利数额20万元以上的),或者造成所任职公司、企业破产、停业、停产6个月以上的。

#### 四、非法经营同类营业罪不法的竞合

从规范论看,作为“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪构成要件要素的单一结果要素(获利结果要素),以及作为“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪构成要件要素的二结果要素(获利结果要素和损失结果要素),均具有规范内涵。同时,从存在论看,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪也必然存在损失结果,只是法律没有将损失结果明文规定为构成要件要素而已,这种立法规定不影响在解释论上合理认定和评价“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪所包含的(客观存在的)损失结果。因此,可根据非法经营同类营业罪的获利结果要素和损失结果要素,回溯解释行为不法的实质内涵与具体样态。如果二结果要素超出该罪犯罪构成的规范内涵,如获利结果要素、损失结果要素中出现了超出非法经营同类营业罪所对应的竞争性收益,通过结果要素回溯行为的规范审查,发现“国有公司、企业高管”和“其他公司、企业高管”还有额外的收受贿赂行为、侵犯商业秘密行为、为亲友非法牟利行为,即可以成立非法经营同类营业罪与受贿罪(或者非国家工作人员受贿罪)、侵犯商业秘密罪、为亲友非法牟利罪的不法竞合。

##### (一)与受贿罪(或者非国家工作人员受贿罪)不法的竞合

如果非法经营同类营业罪要求的“获取非法利益,数额巨大的”的获利属于“公司、企业高管”通过利用职务便利,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,所获得的对应的竞争性收益,当然只能构成本罪(其中“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪还必须具有损失要素)。但是,如果查明该获利远远超出其对应的竞争性收益,而是因为有关合作方(包括作为该罪共犯的“他人”以及作为“公司、企业高管”所任职公司、企业的业务合作方的其他人)额外给予的财产性利益,那么“公司、企业高管”(行为人)的行为就可能同时构成本罪和受贿罪(或者非国家工作人员受贿罪),属于实质数罪,依法应当进行数罪并罚。

因此,当出现“获取非法利益,数额巨大的”这一获利结果要素时,应当审查该获利结果要素是否属于该罪犯罪构成内的结果要素(即对应的竞争性收益),如果结论是肯定的,那么就不必再回溯行为(及其结果)是否构成新的不法,只需依法认定为非法经营同类营业罪一罪即可。这一法理也说明,将“获取非法利益,数额巨大的”这一获利结果要素同时作为“其他公司、企业高管”和“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪的构成要素是合理的,也是必要的。如果不将“获取非法利益,数额巨大的”这一获利结果要素作为“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的构成要素,那么就会出现“获取非法利益,数额巨大的”这一获利结果要素的不法评价难题:“其他公司、企业高管”的获利结果要素一律单独评价为非国家工作人员受贿罪,而“国有公司、企业高管”的获利结果要素通常不单独评价为受贿罪。这是一个难以合理解释的问题。

##### (二)与为亲友非法牟利罪、侵犯商业秘密罪不法的竞合

“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪“致使公司、企业利益遭受重大损失的”(损失结果要素),如果单纯是因为“其他公司、企业高管”通过利用职务便利,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,使得“其他公司、企业高管”所任职公司、企业遭受了对应的竞争性收益方面的重大损失,那么只可能构成本罪(同时还必须具有获利结果要素才能构成该罪)。但是,如果在同一案件中“其他公司、企业高管”既实施了非法经营同类营业的行为,又实施了侵犯商业秘密的行为,如“其他公司、企业高管”违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密,情节严重的行为,同时构成“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪和侵犯商业秘密罪,应按照想象竞合犯处罚原则——“从一重处断”原则——进行处罚,即按照侵犯商业秘密罪(其法定最高刑为10年有期徒刑)定罪处罚。

如果在同一案件中“其他公司、企业高管”既实施了非法经营同类营业的行为,又实施了利用职务便利将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的行为,或者以明显高于市场的价格从自己的亲友经营管理的单位采购商品、接受服务或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品、提供服务的,或者从自己的亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务的,致使公司、企业利益遭受重大损失的行为,那么由于该两种行为具有交织一体的整体性,应按照一个整体行为进行规范评价。并且即便该两种交织一体的行为可以同时构成“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪,也应按照想象竞合犯的处罚原则——“从一重处断”原则——进行处罚。由于“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪的法定刑相同,同时考虑到定非法经营同类营业罪更具有典型意义,因此在司法实践中比较常见的做法是以非法经营同类营业罪定罪处罚。<sup>①</sup>

同理,“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪在客观上也必然存在损失结果。因此,如果在同一案件中“国有公司、企业高管”既实施了非法经营同类营业的行为,又实施了侵犯商业秘密的行为,同时构成“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪和侵犯商业秘密罪,那么应按照想象竞合犯的处罚原则——“从一重处断”原则——进行处罚(即按照侵犯商业秘密罪定罪处罚);如果“国有公司、企业高管”既实施了非法经营同类营业的行为,又实施了为亲友非法牟利的行为,同时构成“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪,那么也应按照想象竞合犯的处罚原则——“从一重处断”原则——进行定罪处罚(即按照非法经营同类营业罪定罪处罚)。其中,对于后者,我国刑法学界有学者主张以非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪实行数罪并罚,<sup>②</sup>但是,这种观点忽略了在同一案件中两犯罪行为具有交织一体的整体性,应按照一个整体行为进行规范评价,依法不应实行数罪并罚,而应按照想象竞合犯的处罚原则——“从一重处断”原则——进行处罚。

## 五、结 语

法典化时代,在立法论上需要重视研究“刑法再法典化”理论创新及其规范技术方法论,在司法论上需要重视研究刑法教义学理论创新及其解释方法论,后者尤为重要和紧迫。以现行《刑法》第165条规定的非法经营同类营业罪为例,笔者针对非法经营同类营业罪提出的“国有公司、

<sup>①</sup> 参见喻海松编著:《实务刑法评注》,北京大学出版社2024年第2版,第734页。

<sup>②</sup> 参见冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第2卷),北京大学出版社2023年版,第1551页;魏东主编:《妨害对公司、企业的管理秩序罪立案追诉标准与司法认定实务》,中国人民公安大学出版社2010年版,第153页。

企业高管”非法经营同类营业罪与“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪的类型化法教义学思考,以及“犯前款罪式引证罪状”与“实施前款行为式引证罪状”之引证罪状二规范类型论、获利结果要素与损失结果要素二结果要素论、结果要素回溯行为的不法竞合论、刑法解释的融贯性理论等命题,在一定程度上体现了刑法教义学和解释学互动创新发展的学术旨趣。尽管其中还有不少理论问题值得深入研究和进一步完善,但是不可否认,前述范畴论和命题论思考对于具体罪名的解释适用研究,以及相关刑法教义学理论和解释论的理论创新发展研究,均具有一定的启示意义。

---

**Abstract:** The crime of unlawful operation of similar businesses as stipulated in Article 165 of the Criminal Law of P.R.C. can be divided into two normative types: the crime of unlawful operation of similar businesses by “executives of state-owned companies and enterprises” and by “executives of other companies and enterprises”. The protected legal interest of the crime of unlawful operation of similar businesses is the fairness and competitiveness of the executive actions of companies and enterprises, as well as the property rights of the profits from competitive business operations. The subject of the illegal act is “executives of companies and enterprises”, which includes two normative types: “executives of state-owned companies and enterprises”, “executives of other companies and enterprises”. The typology of the illegal act includes the behavioral and result elements of “executives of companies and enterprises” engaging in the unlawful operation of similar businesses, and the result elements in the typology of the illegal act for “executives of other companies and enterprises” also include both profit and loss outcomes. When the actions of “executives of companies and enterprises” constitute both the crime of unlawful operation of similar businesses and the crime of bribery (or the crime of bribery by non-state personnel), multiple crimes should be punished according to law; when the actions of “executives of companies and enterprises” constitute both the crime of unlawful operation of similar businesses and the crime of illegal profit-making for relatives and friends or the crime of infringement of trade secrets, the principle of “punishing the most severe crime” in the imaginary concurrence of crimes should be applied for conviction and punishment.

**Key Words:** crime of unlawful operation of similar businesses, referenced offense, gain result, loss result

---