

论刑法对非公有制经济的不平等保护

万志鹏

摘要: 中国刑法中存在一系列根据所有制形式定罪量刑的不平等现象。重视公有制经济、轻视非公有制经济是其中突出的表现,具体反映在:侵犯国有经济利益为罪,侵犯非国有经济利益不为罪;侵犯国有经济利益易入罪,侵犯非国有经济利益难入罪;侵犯国有经济利益罪重,侵犯非国有经济利益罪轻;侵犯国有经济利益从重量刑,侵犯非国有经济利益从宽量刑。这严重违背刑法的平等原则,也不利于市场经济的健康发展。

关键词: 刑法;公有制;非公有制;国有经济;平等

作者简介: 万志鹏,法学博士,湘潭大学法学院副教授。

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“非公经济组织腐败犯罪统计调查与合作预防模式研究”(16AFX010)。

中图分类号: D924.3 **文献标识码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2017.03.005

近年来,非公有制性质的经营实体和个人屡屡陷入刑事风险,被不当剥夺、限制人身、财产权益的事例引起了社会各界的广泛关注。与国有企业相比,非国有企业尤其是国内民营企业具有某种“天然缺陷”,抗击刑事风险能力显著弱于国有企业。其中的缘由,既有实践中公权力机关的错误执法、社会大众对企业家阶层某些根深蒂固的意识偏见,又有立法上的重要缺陷。企业是创造社会财富的源泉,非公有制企业是我国经济发展的重要力量,如果非公有制经济得不到与公有制经济同样的刑法保护,则会极易形成包括民营企业家在内的广大非公有制经济工作者的不安全感。如果这部分“体制外”群体时刻感到财产、资格、自由甚至生命都得不到安全保障,必然会迫使一部分精英分子时刻准备将资产转移出境,或者力图短期内攫取最大利益,“捞一把走人”。“体制外”经济群体的缺乏社会责任感最终损害的将是整个中国社会的发展,从而必将使“体制内”经济的健康发展无以为继。所幸的是,国家高层已经意识到非公有制经济在刑事立法和司法活动中的不平等待遇问题,并作出了积极回应。2016年11月,中共中央、国务院发布的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》指出:“……公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯”。《意见》还专门提到,要“加大对非公有财产的刑法保护力度”。然而,我国刑法中依然存在对非公有制经济的不平等保护问题^①,这种“身份立法”的状况并没

^① 如果严格按照所有制形式来划分,集体所有制经济应当划入公有制经济。但是,目前在刑法中,集体所有制经济并未获得与全民所有制(国有制)经济同等的地位,而基本处于与私营所有制等非公有制经济相同的地位。这在刑法中屡屡出现“国有”而非“公有”的概念有所明证。而众所周知,“国有”只是“公有”形式之一。是否将来仍然有必要维系全民、集体和其他所有制成分的划分,已超出本文讨论范围。本文探讨的重点在于,刑法对非公有制经济(包括集体所有制经济)和国有经济的保护在何种程度上不平等。

有随着非公有制经济的日益壮大而彻底改变。

刑法通过惩罚犯罪而保护法益。刑法对什么行为在什么情况下构成犯罪做出了规定,鲜明反映立法者希望在何种场合动用刑罚遏制这种行为。调整现有经济秩序的行为,如果被立法者认为很严重,就可能被犯罪化而成为经济犯罪。现行刑法关于经济犯罪主要规定在分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中,该章罪名众多(共108个罪名),多数带有法定犯的性质,强烈体现了立法者选择性犯罪化的倾向,其中反映的对公、私所有制经济不均衡保护的色彩明显。当然,由于刑法对犯罪的分类并非与犯罪学上的分类相同,在其他章节(如侵犯财产罪、贪污贿赂罪等)中也存在广义的经济犯罪,对非公有制经济的不平等对待在其他章节中也存在。

一、侵犯国有经济利益为罪、侵犯非国有经济利益不为罪

由于行政犯是典型的“国家主导型”立法,道德伦理色彩较弱,因此,在选择何种行为入罪的标准上必然较多体现了行政理念和行政需要。在执政理念上,由于传统思维惯性,公共利益优先、国家利益至上的观念不可避免地反映到刑法中来。在刑法分则,罪与非罪的区别在国有、非公有制经济中表现尤为明显。

《刑法》第165条规定的非法经营同类营业罪,仅能由“国有公司、企业的董事、经理”构成。据此,非国有性质的公司、企业(包括所谓集体企业)的董事、经理违背任职忠诚义务,利用职务之便非法经营同类营业从而损害所任职公司、企业利益的,不能作为犯罪处理,充其量只能依照《公司法》等商事、经济、行政法律的有关规定追究责任。

《刑法》第166条规定的为亲友非法牟利罪也具有相似问题。该罪的犯罪主体为“国有公司、企业、事业单位的工作人员”,虽然主体扩大到了事业单位的工作人员,且不限于领导职务,但单位所有制性质仍然限定为国有,且罪状中明确表示“使国家利益遭受重大损失的”是客观方面的要求,其保护的法益十分鲜明。那么,如果行为人是非国有性质单位的工作人员,采取了《刑法》第166条所描述的三种行为之一^①,损害的只是集体或者其他所有制形式单位经济利益的,不能构成本罪。按照罪刑法定原则,《刑法》中无其他具体罪名可以规制,只能作为无罪处理,同样只能按照其他法律法规的有关规定追究非刑事责任。

又如,《刑法》第167条规定的签订、履行合同失职被骗罪,法条规定的犯罪主体是“国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员”,其犯罪主体范围宽于第165条、窄于第166条,但关键仍然是限定了“国有”性质。换言之,集体的、私营的、中外合资的、中外合作的、外商独资的这些非国有所有制单位的主管人员即使因严重不负责造成单位遭受重大损失,也不是“致使国家利益遭受重大损失”,因而不可能构成本罪。这同样反映了立法者如此思维定势:国有企业利益=国家利益;非国有企业利益≠国家利益。然而这一思维是有问题的。

^① 即:(1)将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的;(2)以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品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的;(3)向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。

《刑法》第 168 条规定了两个彼此相关的罪名：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。这两个罪名，不过是与《刑法》第 397 条规定的玩忽职守罪和滥用职权罪遥相呼应罢了。分则第九章整体上规定的国家机关工作人员（严格意义上的公务员）的渎职罪行，而把国有公司、企业、事业单位从事公务的人员（准公务员）的渎职罪行置于第三章之中。实际上，所有使国家利益受到损害的公务人员的渎职罪行，其侵犯的法益都是双重法益：一方面是损害了国家经济、政治、名誉等利益，一方面是破坏了公众对公职人员奉公守法、勤勉廉洁的期待。这就表明，《刑法》第 168 条与渎职罪一章有本质上、内在的联系。如果是非国有性质的公司、企业、事业单位（不存在非国有性质的国家机关）的工作人员玩忽职守或者滥用职权造成本单位破产或者其他严重损失，不可能按照本罪追究刑事责任。这再次表明，立法者仍然认为非国有性质的单位的利益不是国家利益，不值得动用刑罚保护。

《刑法》第 169 条规定的徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪所规定的主体也是“国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员”，其身份都是准公务员或者公务员，构成犯罪的的前提也是“致使国家利益遭受重大损失的”。该罪设置的主要原因是国有企业改制过程中出现了严重的腐败现象，从而引发了严重社会问题。其腐败表现主要是原国有企业的主要负责人或者主管部门的领导通过将国有资产低价折股、低价出售而损公肥私，使大量国有资产流失。通过刑法设置具体罪名打击此类腐败行为，是党和国家反腐倡廉的要求，从刑事政策上看是值得肯定的。但是，在相反情况下，即在非公有制公司、企业国有化的过程中，如果公务人员徇私舞弊，将本属于私人的、外商的资产低价折股或者出售给国有企业，从而造成私人利益或者外商利益重大损失的，该如何处理？显然，不可能按照《刑法》第 169 条定罪，也不符合滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的要求^①。

二、侵犯国有经济利益入罪门槛低，侵犯非国有经济利益入罪门槛高

在立法者设想侵犯国有、非国有经济利益都应当构成犯罪的情况下，对于入罪的“门槛”却也设置了高低不同的标准，这从另一个方面反映出立法者希望通过刑法优先保护“国”字号利益，而对非“国”字号的经济利益不予平等对待。

比如，在非国家工作人员受贿罪中，刑法对客观方面行为的描述是“……索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，……”在受贿罪中，刑法对客观方面行为的描述是“……索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，……”这两种表述存在细微差别，但却是重要差别。刑法理论通常认为，对于非国家工作人员受贿罪，“无论是利用职务上的便利主动索取他人财物，还是被动收受他人财物，都要求有为他人谋取利益的行为，

^① 该罪中描述的“人民利益”究竟是何种涵义，值得深入研究。“人民”主要是政治用语，与“敌人”相对立。但我国宪法和法律又常常出现“人民”一词，因而何谓“人民利益”关系到法益的确定。笔者认为，刑法中描述的“人民利益”，并非指公民个人的利益，也不是一般的单位利益、群体利益，而是与“国家利益”等同的另一种表述。因此，在刑法上，无法将损害民营企业家和外商的利益认定为损害“人民利益”，更何况外国人从法律上也不属于我国“人民”的范畴。

才能构成本罪。”^{[1]237}而在受贿罪中,“索取贿赂只需要利用职务上的便利便成立犯罪,不要求为他人谋取利益。”^{[1]479}如此看来,则在索贿的情况下,成立受贿罪的“门槛”明显比成立非国家工作人员受贿罪要低,因为成立受贿者并不需要“为他人谋取利益”这一要件。众所周知,刑法理论上对“为他人谋取利益”究竟属于客观方面要件还是主观方面要求,以及究竟如何理解这一要件一直有争议。司法解释的出台在一定程度上回应了这一争议,但并未完全平息争议。如果除去“为他人谋取利益”这一颇为模糊的限定,则受贿罪显然更容易成立。

又比如,在成立非国家工作人员行贿罪中,刑法要求“数额较大”,而成立行贿罪却没有数额要求。当然,实际上,司法解释使成立行贿罪不仅有数额要求,而且数额要求更高^①。但是这一解释是否具有实质合理性,则值得商榷。刑法对某罪的成立要求“数额较大”,对另一类似罪名的成立并没有数额要求,至少反映了立法者在入罪难易程度上的倾向。

三、侵害国有经济利益罪重,侵害非国有经济利益罪轻

某些情况下,刑法对侵害所有类型经济利益、妨害国家对市场经济秩序管理的行为都规定为犯罪,但是对国有与非国有经济利益的侵犯,刑法设置了轻重不同的罪名,体现了保护的差别。

比如,《刑法》第163条第1、2款规定了非国家工作人员受贿罪,第3款却规定:“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的,依照本法第385条、第386条的规定定罪处罚。”在构成犯罪的客观方面、主观方面完全相同的情况下,人为根据犯罪的主体身份区别出非国有工作人员受贿罪和受贿罪这两个罪名,而这两个罪名的法定刑差异悬殊(前者最高刑为15年有期徒刑,后者最高刑为死刑),明显体现出“身份量刑”的特点。刑法对非国家工作人员受贿行为的处罚远轻于对国家工作人员受贿行为的处罚,一方面可以说是从严治吏的要求,另一方面也反映了对非国有经济利益的轻视。然而,既是从严治吏的需要也不一定非要通过刑法上设置差别罪名的方式体现,这样只会破坏刑法的平等原则,给刑法的法益保护和人权保障机能之外再增加义务维持的机能,或者使人们感官犯罪的本质除了侵犯法益还有违反义务,特别是徒增了人们对国家利益的义务约束。实际上,刑法一厢情愿地偏重保护国有利益,在实践中并不能贯彻到底,因为中国社会的变革之快早已超出立法者当初的设想,有些人究竟是否属于国家工作人员,以及有些利益是否属于国有利益,已经不是那么简单地可以判断。司法解释对非国家工作人员

^① 2016年4月18日起实施的“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定,成立行贿罪要求行贿数额在3万元以上。行贿数额在1万元以上不满3万元的,如果满足“向三人以上行贿”“将违法所得用于行贿”等六种情形之一的,也应追究刑事责任。而对非国家工作人员行贿罪的行贿数额标准,适用的依然是2010年5月7日最高检和公安部印发的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》,其规定是:“……个人行贿数额在一万元以上的,单位行贿数额在二十万元以上的,应予立案追诉。”由此可见,新司法解释的出台使得成立行贿罪的门槛相比非国家工作人员行贿罪而言更高而不是更低了。

员受贿罪的进一步阐述，反映了分清“国有”与“非国有”利益有时候是困难的^①。

类似的问题，还存在于下列情况：（1）对非国家工作人员行贿罪与行贿罪的比较：前者最高刑为10年有期徒刑，后者最高刑为无期徒刑。（2）职务侵占罪与贪污罪的比较：前者最高刑为15年有期徒刑，后者最高刑为死刑。（3）挪用资金罪与挪用公款罪的比较：前者最高刑为10年有期徒刑，后者最高刑为无期徒刑。

四、侵害国有经济利益从重量刑，侵害非国有经济利益从宽量刑

从重量刑或者从宽量刑，从另一个侧面反映了立法保护的不平等。对于侵害经济利益或者管理秩序的行为，在构成犯罪的情况下，刑法对侵害国有经济利益的犯罪行为设置了较多从重量刑情节，而对侵害非国有经济利益的犯罪行为设置了较多从宽量刑情节。

刑法在量刑情节上的偏差还反映在同等情节下，对侵犯国有利益犯罪的从宽幅度不及侵犯非国有利益的犯罪。如《刑法》第164条第3款规定：“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。”而《刑法》第390条第2款的规定是：“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”这表明，在构成对非国家工作人员行贿罪情况下，行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，原则上都可以减轻或者免除处罚。但是，在构成行贿罪的情况下，由于行贿的对象是国家工作人员，立法者认为侵犯了国家利益，在相同情况下行贿人只能获得“从轻或者减轻处罚”的待遇。显然，前者获得的待遇比后者优厚。只有在“犯罪较轻”“对侦破重大案件起关键作用”或者“有重大立功表现”情况下，行贿者才可以获得“减轻或者免除处罚”的待遇。对于“犯罪较轻”“对侦破重大案件起关键作用”以及“有重大立功表现”三者之间是何种关系，笔者认为，根据法条的描述，宜认为是选择关系。即行贿人只要具有这三种情形之一即可。但无论如何，刑法对行贿罪的从宽把握要求比对非国家工作人员严格得多。

五、其他“公”“私”不平等的刑法现象

除上述反映出的刑法对“公”“私”区别对待以外，还存在其他值得反思的地方。

为了保护具有历史、艺术、科学价值的各类文物，惩治破坏、盗掘、倒卖文物等犯罪行为，

^① 如2008年11月20日“两高”发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第3条规定：“刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的‘公司、企业或者其他单位的工作人员’，包括国有公司、企业以及其他国有单位中的非国家工作人员。”可见，侵犯国有单位利益的受贿行为也可能被认定为非国家工作人员受贿罪。《意见》第5条：“……学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受……，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。”可见，具有国家工作人员身份的教师（比如公办学校的编制内教师）实施受贿行为也可能构成非国家工作人员受贿罪。

刑法分则在第六章设“妨害文物管理罪”专节。由于这类犯罪的法益是国家对文物的管理制度、管理秩序,因而带有较强的法定犯色彩。这其中,存在对“公”“私”性质的行为对象区别对待的现象。比如,根据《刑法》第327条的规定,国有博物馆、图书馆等单位将文物藏品出售或者私赠给非国有单位或者个人的,构成非法出售、私赠文物藏品罪。显然,该罪被设置成纯正的特殊单位犯罪,犯罪主体只能是国有博物馆、图书馆等国有文物收藏单位。该罪是1997年刑法修订时新增加的罪名,为的是与《文物保护法》的相关规定衔接^[2]。但是,一方面,刑法虽然是各部门法的保障法,但刑法也有公认的谦抑原则,完全没必要、也没有可能根据各部门法的禁止性事项设置罪名。《文物保护法》虽然禁止国有文物收藏单位向非国有单位和私人出售和赠送文物,但是否有必要制定刑罚法则大可质疑。另一方面,按照现行刑法的规定,即使国有博物馆、图书馆等单位将文物出售、赠送给安保措施、管理水平比国有单位有过之而无不及的民间博物馆、图书馆,文物未受任何损失或者威胁,也应当构成犯罪。这是值得质疑的。本罪属于行为犯而非结果犯,对出售、赠送的文物也未做任何数量和级别上的要求。显然这样的规定是对民间文物爱好者、民间文物收藏机构的极端不信任,这是刑法重“公”轻“私”的又一表现。

《刑法》第329条也体现了这一点。该条规定了两个罪名:抢夺、窃取国有档案罪和擅自出卖、转让国有档案罪。两个罪名中,行为对象都是“国家所有的档案”。国有档案固然重要,但非国有档案譬如私自藏有的文件资料也有可能具有重要的历史研究价值。如果抢夺、窃取国有档案有单独设置罪名的必要,为何抢夺、窃取具有重要历史价值的私人档案不可以单独设置罪名?要知道,在私人档案本身财产价值不大、行为人又不是多次抢夺和盗窃的情况下,抢夺、盗窃行为难以构成抢夺罪和盗窃罪。同理,擅自出卖、转让非国有档案,也可能造成具有历史文化价值的文献资料流失、毁灭或者其他无法挽回的损失。若刑法平等保护所有具有历史价值的档案,《刑法》第329条就应当体现对国有和非国有档案一视同仁的特殊保护态度。

六、结语

追求刑法的平等保护是法治思维的要求。“法治思维是在对法治的基本理念、精神、原则和基本要求形成正确的理解和认识的基础上形成的一种思维习惯和程式。”^[3]法治的重要内容是良法之治,而是否属于良法,公平正义是核心。正如美国法理学家博登海默所指出,“为正义而斗争,在许多情形下都是为了消除一种法律上的或为习惯所赞同的不平等安排而展开的,因为这种不平等安排既没有事实上的基础也缺乏理性。”^[4]对非国有经济成分的歧视性刑事立法,既没有尊重非国有经济在财富创造和社会进步方面的重要贡献,也违反法治所要求的平等精神。在我国刑法明文将平等原则作为基本原则的情况下,立法上出现的一系列重“公”轻“私”的现象是难以容忍的。我国学者早已指出:“因国有单位与非国有单位性质的差异而在类似罪名法定刑的配置上表现出巨大差别是不合理的,它严重有悖于刑法平等精神”^[5]。“刑法面前人人平等原则的内在要求与市场经济的内在需求具有一致性,没有对非公有制经济的平等保护,刑法面前人人平等原则就不完整,这也有违宪法的平等精神。”^[6]笔者认为,刑法对非公有制经济的不平等保护,部分根源

在于宪法的规定。众所周知，宪法对公有制经济和非公有制经济的规定是有所差别的，或者说，宪法区分“公有”“非公有”本身就是一种差别对待。而刑法第1条就明文宣告，它是“根据宪法”制定的。若要改变刑法对公有制经济和非公有制经济的不平等对待，首先必须修改宪法的不平等规定，将私有财产和公有财产、私有经济和公有经济置于同等“神圣”的法律地位。

参考文献：

- [1] 周光全. 刑法各论 [M]. 3 版. 北京：中国人民大学出版社，2016.
- [2] 高铭喧. 中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善 [M]. 北京：北京大学出版社，2012：552.
- [3] 高国梁. 法治思维的承载主体与实路径分析 [J]. 常州大学学报（社会科学版），2014，15（5）：14-17.
- [4] E·博登海默. 法理学：法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来，译. 北京：中国政法大学出版社，1998：315.
- [5] 赖早兴. 刑法平等论 [M]. 北京：法律出版社，2006：170.
- [6] 卢建平，陈宝友. 应加强刑法对非公有制经济的保护 [J]. 法学家，2005（3）：24-27.

Criminal Law's Inequitable Protection of Non-public Economy

Wan Zhipeng

Abstract: There are inequalities of conviction and sentencing according to the form of ownership in China's criminal law. The prominent reflection is to give more importance to public economy than non-public economy. Specifically, it is very different between infringing state-owned economic interests and infringing non-state-owned economic interests. The former might be a crime, but the latter might be innocent. The former might constitute a crime more easily than the latter. The former might constitute a more serious crime than the latter. The former might get a heavy sentencing but the latter might get a light one. It's serious violation of the principle of equality in criminal law. In the meanwhile, it's an obstacle to the development of market economy.

Key words: criminal law; public ownership; non-public ownership; state-owned economy; equality

（收稿日期：2017-04-17；责任编辑：晏小敏）