

# 民营经济刑事法制保护的 政策目标及实现

时延安 敖 博

**〔摘要〕**新时代民营经济刑事法制保护的政策目标，就是健全支持民营经济发展的刑事法治环境，为民营企业提供同等的刑事法制保护。实现这一目标，应完善相应的刑事法律制度 and 机制。在完善刑事法制过程中，要充分认识既有的体制和制度上的约束性条件，进而在预防、刑事追究和救助三个方面补足法律制度和机制上的短板。民营经济保护刑事法制的完善，有利于实现国家治理体系和治理能力现代化的总体目标，能够为民营企业健康发展提供更好的制度保障。

**〔关键词〕** 民营经济；政策目标；刑事法制；犯罪预防

中共中央《关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》（以下简称《“十四五”规划和2035年远景目标建议》）提出，要优化民营经济发展环境，促进非公有制经济健康发展和非公有制经济人士健康成长，依法平等保护民营企业产权和企业家权益，完善促进中小微企业和个体工商户发展的法律环境和政策体系。为实现这一发展目标，我国社会主义法治建设应当在营造有利于民营经济发展的法治环境方面大有作为，刑事法制也应相应加以完善，以在制度和机制的法律“供给”方面形成有利于民营经济健康发展的局面。

政策目标的实现依赖于完善的法律制度和正确的法律实施。我国现行刑事法律制度及机制仍有不适应政策要求的部分，如现行刑法对不同所有制经济主体存在差异性保护，刑事追诉手段不当介入经济纠纷的情形仍在发生，缺乏对涉刑案企业及职工的救助机制，预防针对民营企业犯罪、民营企业及其内部人员犯罪的法律制度和机制欠缺，等等。已有研究成果针对这些问题提出了一些有益的解决方案，但总体偏向政策建议，而在具体制度、机制构建方面的可行性建议相对不足，仍需对民营经济刑事法制保护进行系统研究。本文的目的即在于，对完善保护民营经济的刑事制度和机制进行系统研究，以当前民营经济刑事法制保护政策及其目标为根据，建议在民营企业犯罪预防方面建立“合规建设与行政规制和谐促进”的法律机制，促进涉刑案民营企业守法经营。

---

**作者：**时延安，中国人民大学刑事法律科学研究中心主任，教授，shiyanan698@263.net；敖博，中国人民大学刑事法律科学研究中心博士研究生，aobo0106@163.com。

\* 本文系国家社会科学基金重大项目“健全支持民营经济发展的刑事法治研究”（20&ZD198）阶段性成果。

## 一、民营经济刑事法制保护政策目标的形成与具体内容

根据《“十四五”规划和2035远景目标建议》，民营经济刑事法制保护的政策目标就是健全支持民营经济发展的刑事法治环境，为民营企业提供同等的刑事法制保护。实现这一目标对刑事法制的完善提出了多方面的具体要求。

### （一）民营经济基本政策对基本法律制度和刑事政策的影响

刑事政策和刑事法制受国家基本制度和政策的直接影响。民营经济在国民经济中的地位变化以及国家对民营经济的基本政策，决定了民营经济刑事法制的政策目标，并在刑事法制及实践中相应表现出来。

#### 1. 民营经济基本政策对基本法律制度的影响

从一定意义上讲，我国经济体制演变的历史几乎就是民营经济在国民经济中地位变化的历史，并具体经历了“保护、改造—否定—逐步放开—认可—同等保护”的过程。<sup>①</sup>（1）新中国成立后，在新民主主义向社会主义过渡期的前半段，国家对私营经济采取保护政策<sup>②</sup>；进入这一时期的后半段，国家开始对私营经济进行社会主义改造，非公有制经济不再为基本制度所认可。<sup>③</sup>这一时期，破坏公有制经济的行为可能构成违法和犯罪，投机倒把等明显带有计划经济色彩的犯罪成为经济犯罪的主要类型。（2）改革开放初期，国家对非公有制经济开始“松绑”<sup>④</sup>，并出台了《关于建国以来党的若干历史问题的决议》《中共中央关于经济体制改革的决定》等文件，对个体经济、私营经济的地位进行界定。1988年，《宪法修正案》第1条对私营经济的基本法律地位予以确认，国务院也发布了《中华人民共和国私营企业暂行条例》。（3）1992年邓小平“南方谈话”后，党的十四大明确提出建设社会主义市场经济体制，此后，基本政策对民营经济所采取的立场越来越积极<sup>⑤</sup>，并以宪法修正案的形式予以确认，包括《公司法》《合同法》《物权法》在内的、服务于社会主义市场经济体制的法律、行政法规也不断出台。（4）党的十八大报告明确提出：“毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护。”<sup>⑥</sup>党的十九大进一步提出：“清理废除妨碍统一市场和公平竞争的各种规定和做法，支持民营企业发展，激发各类市场主体活力。”<sup>⑦</sup>这一时期，相关文件反复提及平等保护非公有制经济、健全支持民营经济发展的法治环境等基本政策。<sup>⑧</sup>上述政策对基本法律制度的影响，最具代表性事例就是《中华人民共和国民法典》于2020年5月28日通过并于2021年1月1日施行。

① 参见郑有贵主编：《中华人民共和国经济史》，北京，当代中国出版社，2019。

② 1949年9月29日颁布的《中国人民政治协商会议共同纲领》第3条即提出保护小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产。

③ 不过，在这一阶段，政策上还是严格区分违法的小商、小贩、手工业者和违法的资本家。参见《部分省、市法院一九五四年工作总结综合摘要》，载《法院工作简报》，1955（7）。

④ 1979年11月12日，中共中央批转中央统战部等六部门《关于把原工商业者中的劳动者区别出来问题的请示报告》。

⑤ 例如，党的十五大强调“非公有制经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分。对个体、私营等非公有制经济要继续鼓励、引导，使之健康发展”，并且提出“要健全财产法律制度，依法保护各类企业的合法权益和公平竞争，并对它们进行监督管理”。

⑥ 《十八大以来重要文献选编》（上），16页，北京，中央文献出版社，2014。

⑦ 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，33-34页，北京，人民出版社，2017。

⑧ 如《关于全面深化改革若干重大问题的决定》《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》《关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》《“十四五”规划和2035远景目标建议》等。

基于以上扼要回顾，可以得出以下认识：（1）民营经济在国民经济中的地位曾经历了一定曲折，自改革开放后，其地位不断上升，实现了从“公有制经济的补充”“社会主义市场经济的重要组成部分”到“平等保护”的跨越。（2）民营经济在国民经济和国家法治中的地位最终确定于国家进入新时代这一历史时期，中共中央、国务院通过出台一系列重要文件明晰了关于民营经济保护的基本政策。（3）民营经济基本政策的调整会直接影响宪法有关基本经济制度规范的修改，也会带动经济、民商事领域法律的修改和完善。（4）民营经济基本政策的落实依靠健全的法治环境，为此需要对法律制度和机制进行积极调整。

## 2. 民营经济基本政策对刑事政策及制度的影响

国家对经济体制及基本政策的调整会直接影响到国家基本法律制度的修改与完善，相应地也会带动刑事政策的调整和刑事法律制度的“立改废”。（1）改革开放初期，经济犯罪和财产犯罪<sup>①</sup>一度高发，国家对破坏经济的犯罪采取严厉打击的态度<sup>②</sup>，但政策上已强调要严格区分两类不同性质的矛盾。<sup>③</sup>随着对内改革的推进，各类严重经济问题不断出现。以公司制度建立为例，20世纪80年代中后期，由于有关法律法规未及时出台，加之出现了大量以公司名义实施的扰乱经济建设的行为，中共中央、国务院先后颁布了《关于清理整顿公司的决定》《关于进一步清理整顿公司的决定》，要求重点打击“官倒”式投机倒把以及其他经济犯罪行为<sup>④</sup>；1988年年初，全国人大常委会颁布了两个单行刑法，其精神也是“一手抓改革、开放、搞活，一手抓打击经济犯罪”，单位也开始被作为犯罪主体看待。<sup>⑤</sup>（2）1992年，社会主义市场经济体制正式确立。社会主义市场经济是法治经济，在构建这一基本经济体制的过程中，刑法立法进入活跃期，其中大量规定均与打击经济犯罪有关。<sup>⑥</sup>在这期间，在服务市场经济体制发展、维护非公有制经济主体利益方面，刑法立法也进行了相应调整，如1997年修订后的《刑法》明确删除了投机倒把罪这一与市场经济不相吻合的犯罪。<sup>⑦</sup>此外，《公司法》对注册资本制度的调整使刑法中虚报注册资本等犯罪的调整范围被限缩，

① 本文中的经济犯罪范围相当于刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪，财产犯罪的范围相当于刑法分则第五章侵犯财产罪。

② 1982年3月8日，第五届全国人民代表大会常务委员会第22次会议通过了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，将走私、投机倒把、套汇罪的法定刑提升到死刑。

③ 1982年4月13日，中共中央、国务院《关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》指出：“划清走私贩私、贪污受贿、投机诈骗同实行对外开放、对外搞活经济政策中由于某些制度、办法不完善而发生的问题的界限。”

④ 1989年3月15日，最高人民法院、最高人民检察院《关于印发〈关于当前处理企业事业单位、机关、团体投机倒把犯罪案件的规定〉的通知》规定：“私营企业或者个人非法成立的经济组织投机倒把构成犯罪的，应按个人投机倒把认定。”

⑤ 王汉斌：《关于惩治走私罪和惩治贪污罪贿赂罪两个补充规定（草案）的说明》，参见 [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1987-11/17/content\\_1481045.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1987-11/17/content_1481045.htm)。两个单行刑法就是《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》和《关于惩治走私罪的补充规定》。后一单行刑法规定了单位犯罪。

⑥ 1997年刑法修订之前出台的9个单行刑法中有7个是针对经济犯罪做出规定，即《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》；出台63部法律中26部中规定了经济犯罪条款，包括《专利法》《产品质量法》《商标法》《农业法》《经济合同法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《注册会计师法》《公司法》《会计法》《对外贸易法》《劳动法》《城市房地产管理法》《审计法》《广告法》《税收征收管理法》《中国人民银行法》《票据法》《商业银行法》《保险法》《食品卫生法》《矿产资源法》《煤炭法》《合伙企业法》《建筑法》《价格法》。这一趋势在1997年刑法修正后得以延续，如1998年《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》和之后的八个刑法修正案新增罪名共25个，其中经济犯罪占了10个；八个修正案共有111条，其中涉及经济犯罪的占了33条（包括删除的条文）。

⑦ 王汉斌：《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》，参见 [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/07/content\\_5003708.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/07/content_5003708.htm)。

在一定程度上化解了民营企业家的“原罪”问题<sup>①</sup>；《刑事诉讼法》也进行了两次全面修改，尤其是2012年修改后的《刑事诉讼法》对涉案财产的扣押、冻结等做了更为严格的规定，防止侦查措施滥用侵犯犯罪嫌疑人和单位的财产权。<sup>②</sup>（3）进入新时代以来，国家对民营经济的基本政策越来越明晰，相应地，中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院也出台政策性文件，阐明对民营企业及民营企业家进行保护的具体政策和措施。

从以上回顾可以看出，国家民营经济基本政策对刑事政策及制度的影响十分显著：（1）刑事政策直接受国家基本经济政策影响，刑事法制是落实国家基本经济政策的具体路径之一。（2）经济体制变化对刑事法律和司法政策产生影响；经济体制过渡期间会形成特殊类型犯罪，为维护经济体制平稳过渡，刑事法制会对这类经济犯罪给予严厉打击。<sup>③</sup>（3）刑法立法对经济犯罪的废改立，目的是维护市场经济秩序。（4）民营经济保护的刑事政策适应民营经济基本政策比较快，而刑事法律制度及司法实践调整存在一定滞后性，而这必然会影响到民营经济基本政策目标的实现。

## （二）民营经济保护刑事政策的主要内容

围绕民营经济基本政策及其目标，有关保护民营企业及民营企业家的刑事政策也相继出台，其内容主要包括以下三个方面。

### 1. 为非公有制经济主体提供平等刑事保护

为贯彻十八届三中、四中全会精神，最高人民法院《关于依法平等保护非公有制经济 促进非公有制经济健康发展的意见》强调“严格执行刑事法律和相关司法解释，确保非公有制经济主体受到平等刑事保护”，并要求各级审判机关要平等适用刑法，坚持罪刑法定，严格办案程序；最高人民检察院《关于充分发挥检察职能 依法保障和促进非公有制经济健康发展的意见》也提出，依法打击侵犯非公有制企业权益和非公有制经济人士的各类犯罪，“强化对涉及非公有制企业和非公有制经济人士诉讼活动的法律监督，维护非公有制企业合法权益和司法公正”。随着民营经济保护基本政策目标的进一步明确，司法机关对民营企业给予平等刑事保护的刑事政策也更为清晰。

### 2. 保护非公有主体产权

1993年《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》即提出“国家依法保护法人和居民的一切合法收入和财产”，这一政策在之后的中央相关文件中均予以强调。2016年11月中共中央、国务院《关于完善产权保护制度 依法保护产权的意见》提出，对各种所有制经济采取平等保护、全面保护和依法保护的原则，加强对非公有主体的产权保护，并特别提到“加大对非公有财产的刑法保护力度”。为贯彻这一文件的精神，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意見》、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意見》、最高人民法院《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》等相继出台，对保护非公有制经济主体产权、妥善处理历史形成的产权案件等做了细化规定。2017年1月9日，最高人民检察院还发布了9起检察机关加强产权司法保护的典型案例。

① 有关“原罪”的讨论发生在21世纪初，刑事法学界的讨论主要是围绕“孙大午非法集资案”等案展开，涉及的罪名主要有虚报注册资本、抽逃注册资金、行贿、非法集资等。参见龙宗智：《论我国转型期规制经济的刑事政策》，载《法学》，2005（1）。

② 王兆国：《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案（草案）〉的说明》，参见[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/pc/11\\_5/2012-03/09/content\\_1714648.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/pc/11_5/2012-03/09/content_1714648.htm)。

③ 20世纪80年代出现的“计划—市场”双轨制而滋生的投机倒把犯罪，就是一个典型的例子。再如，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》提出，一般小型国有企业可以出售给集体或个人。然而，这在实践中导致了很多问题的出现。



### 3. 保护民营企业家的合法权益

民营企业家合法权益的保障是市场经济健康发展的基本条件。中共中央、国务院《关于营造企业家健康成长环境 弘扬优秀企业家精神 更好发挥企业家作用的意见》提出，要营造依法保护企业家合法权益的法治环境，依法保护企业家财产权、创新权益及自主经营权。此后，最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用 为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》、最高人民检察院《关于充分发挥职能作用 营造保护企业家合法权益的法治环境 支持企业家创新创业的通知》为贯彻这一刑事政策提出了具体要求。2018 年中央政法工作会议要求，要抓紧甄别纠正一批社会反映强烈的产权纠纷案件，进一步稳定社会预期、增强企业家信心。<sup>①</sup> 2019 年 1 月 17 日，最高人民检察院发布首批涉民营企业司法保护典型案例；2019 年 5 月 16 日，最高人民法院发布“依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例”，对“张文中诈骗、单位行贿、挪用公款案”等有影响力案件予以纠正。

## 二、民营经济保护刑事政策目标实现的约束条件

现行刑事法制总体上能够对民营经济发展提供有效保障，但必须看到，还有一些制度和机制上的因素影响了民营经济保护刑事政策目标的实现，可将其概括为三个约束条件。

### （一）对不同所有制经济主体的差异化治理格局

1988 年《宪法修正案》出台后，就有学者提出了私营经济的刑法保护问题。<sup>②</sup> 随着社会主义市场经济体制的不断发展，许多论者都提出了对非公有制经济予以平等刑法保护的观点<sup>③</sup>，其核心在于对国有企业和非国有企业在“制罪”和“制刑”两方面同等对待。<sup>④</sup> 客观地讲，现行刑法在不同所有制经济的对待上确实存在明显差异：（1）行为性质相同的犯罪入罪标准存在差异、法定刑存在差异，如贪污罪和职务侵占罪的行为性质相同，但因为行为主体身份、侵犯财产权性质存在差异，刑法及相关司法解释为其配置了不同的最高法定刑与定罪数额。（2）刑法分则第三章规定的一些背信类犯罪<sup>⑤</sup>主体（如非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪）和一些涉及失职、滥用职权犯罪主体限于国有公司、企业的工作人员，而对实践中民营企业“内鬼”危害公司利益的行为，现行刑法存在供给不足的问题。

从更深层次分析，这种区分对待反映了对国有经济主体和非国有经济主体不同的治理结构和风险应对能力。具体而言：（1）在应对腐败犯罪方面，国有公司、企业有着相对健全的内控机制，由于其经营、管理国有财产，政府会进行行政监督管理，纪检、监察部门也会发挥外部监督作用。民营企业，尤其是中小企业，内控机制相对薄弱，机制化的外部监督机制则几乎缺失。（2）在应对市场风险方面，与国有单位相比，民营企业在抵御市场风险方面较弱。2008 年全球金融危机之后，沿海许多中小企业生存困难，而银行不愿向非国有单位贷款，导致这些企业饮鸩止渴地向地下钱庄借款，有的企业甚至非法集资。（3）在应对社会风险方面，民营企业的应对能力同样较弱。2018

<sup>①</sup> 刘奕湛等：《推动新时代政法工作有新气象新作为——十九大后首次中央政法工作会议传递六大新信号》，参见司法部网站，[http://www.moj.gov.cn/subject/content/2018-01/24/149\\_14005.html](http://www.moj.gov.cn/subject/content/2018-01/24/149_14005.html)。

<sup>②</sup> 参见王鼎藩：《试论对私营经济的刑法保护问题》，载《贵州民族学院学报》，1989（2）。

<sup>③</sup> 例如，张军：《非公有制经济法律地位的变迁及其启示》，载《中国法学》，2007（4）；邓又天、李永升：《论加强对非公有制的经济刑法保护》，载《云南法学》，1996（4）；张天虹：《论〈刑法〉对公有、非公有经济的平等保护》，载《山西大学学报》（哲学社会科学版），2004（3）；李邦友：《对非公有制经济刑法平等保护的思考》，载《人民检察》，2006（23）；莫洪宪、郭玉川：《论刑法对非国有经济的保护——谈平等保护与区别保护的冲突与协调》，载《湖北社会科学》，2008（2）。

<sup>④</sup> 参见李希慧：《刑法应平等保护非公有制经济》，载《人民检察》，2006（23）。

<sup>⑤</sup> 背信犯罪是指公司企业的工作人员违背公司信托义务，危害本公司利益的行为。职务侵占罪也可以归入这一类。

年1月扫黑除恶专项斗争开展以来,司法实践中发现一些民营企业存在“涉黑”和“染黑”的情况,一些地方存在竞争关系的民营企业相互举报对方是黑恶势力的案例也时有所闻。这些现象在国有企业中是看不到的。

## (二) 以自然人为中心的刑事法制

虽然早在1987年,《海关法》就将单位规定为犯罪主体,但迄今为止,以自然人为中心构建的刑事法制并没有进行全面的适应性调整,主要表现在四个方面:(1)刑法及司法解释对单位犯罪的界定始终处于模糊状态,在司法实践中更是简单化处理,往往以单位是否实际获益作为刑事追究的根据。<sup>①</sup>由于目前主流刑法理论基本上倾向于德日理论,因而有关单位犯罪的教义学研究始终步履蹒跚,在单位犯罪与自然人共同犯罪的区分、单位与自然人刑事归责的差异等一些重要而关键问题上没有提供有效的判断标准。规范和理论的供给不足造成对很多单位刑事案件的处理模棱两可,一些案件则是久拖不决,出现所谓“挂案”现象。(2)现有刑事诉讼制度也没有为单位诉讼做出符合组织体特点的详细规定,单位参与刑事诉讼实际上仍是附从于自然人诉讼。如此,便会形成“捆绑效应”,即单位经营者涉嫌犯罪,单位直接受到牵连。这在中小型民营企业涉嫌刑事案件时最为明显,集中表现为:在办理民营企业家涉刑事案件时,侦查机关对企业采取“查冻扣”措施,即便企业不构成犯罪。(3)缺乏对涉嫌犯罪单位的法律救济机制。对自然人而言,刑事法律提供了较全面的救济机制,如刑事和解、附条件不起诉、认罪认罚从宽等;但对单位而言,并没有确立符合单位特点的类似制度与“退出”机制。<sup>②</sup>(4)缺乏犯罪后的矫正、救助机制。刑事法制对自然人犯罪后乃至服刑后的教育、矫正和救助问题予以充分考量,而对犯罪单位,尤其是民营企业犯罪缺乏类似的措施与机制。

值得注意的是,以自然人为中心的刑事法制,容易导致刑事法律实践更关注人身和财产犯罪,而对经济犯罪应对缺乏系统考量和充分、有说服力的法理支持。<sup>③</sup>然而,市场经济环境下单位犯罪造成损害后果的原因要比自然人财产犯罪复杂得多,因而在归责原则上要区分考虑,以免“误伤”企业及其经营者。迄今为止,刑事法制的完善都没有充分考虑单位的市场属性、组织体属性和文化属性<sup>④</sup>来构建单位犯罪的惩罚与预防制度,这显然是需要反思的。

## (三) 对单位惩罚的“双轨制”

如何区分行政违法行为和犯罪行为是我国法律实践中的一个难题,这在认定单位法律责任中同样存在。就民营企业来讲,当其实施经济类违法行为后,究竟是由主管行政机关给予行政处罚,还是由公安、司法机关追究刑事责任?从实践来看,这一界限并不清晰,其原因有二:(1)法律层面的原因。在经济领域,立法对同一类型违法行为多是根据程度区分为行政违法行为和犯罪行为,即对构成要件相同或相似的违法行为,根据其危害程度(量的差异)判断处以何种处罚。然而,这种危害程度是否达到应予刑事追究的程度,有时难以量化和证明,实践中并不容易清晰界定。在处理生产销售伪劣商品、非法经营、损害商业信誉、商品声誉等行为时都存在类似问题。(2)法理层面

<sup>①</sup> 参见时延安:《合规计划实施与单位的刑事归责》,载《法学杂志》,2019(9)。

<sup>②</sup> 不过,目前司法实践中,也有将刑事和解和认罪认罚从宽制度用于单位犯罪的做法。例如,广东省高级人民法院刑事判决书(2019)粤刑终9号,辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院刑事判决书(2019)辽0111刑初434号,吉林省敦化市人民法院刑事判决书(2018)吉2403刑初120号。

<sup>③</sup> 早在1990年,最高人民检察院《关于不得以检察机关的名义为当地追款讨债的通知》就提出检察机关不要介入经济纠纷。

<sup>④</sup> 黎宏教授认为,可以将包括企业合规建设在内的企业文化建设作为判断企业刑事责任的依据。参见黎宏:《合规计划与企业刑事责任》,载《法学杂志》,2019(9)。

的原因。有关经济领域中行政违法与经济犯罪区分的主流学说，目前仍是“量的区别说”，有学者将这种情形归纳为“前置法定性+刑事法定量”<sup>①</sup>。这种学说的背后则是刑法的谦抑性理论。不过，这种理论不能有效说明行政处罚和刑事惩罚的目的差异，也不能厘清行政规制与刑事责任追究的关系。同时，这种学说没有注意到司法实务中事实认定的难题，如在“毒豆芽”案件处理中，科学证据无法说明食用含有毒性物质的豆芽达到多大数量才能导致人身健康损害，因而当法律政策趋严时，这类案件大量被作为刑事案件处理，进而造成很多小型企业和个体工商户彻底丧失经营资格。<sup>②</sup>

行政处罚与刑事惩罚的调整范围界限不清，给民营企业及民营企业权益保护带来很多不确定因素。一方面，在民营企业及民营企业不能很好把握风险程度的情况下，在选择对经营行为进行“纠偏”时，可能形成错误认识进而陷入难以挽回的境地。另一方面，在法律实践中，“行刑衔接不畅”也为一些执法、司法工作人员工作的任意性提供了可能，进而造成同类案件处理上的不平等。政策上，“可抓可不抓不抓，可判可不判不判”这类提法对执法、司法工作人员把握尺度具有指导意义，但在法律适用上，必须有清晰、可操作的适用标准，以确保法律的平等、准确适用。

### 三、以治理的思想完善民营企业刑事法制

完善民营经济保护的刑事法律制度和机制要秉持治理的思想。习近平总书记指出：“治理和管理一字之差，体现的是系统治理、依法治理、源头治理、综合施策。”<sup>③</sup>具体到实践中，就是要在提高公安、司法机关工作人员认识、发挥现有司法措施优势的同时，从预防、追究和救助三方面完善相应的法律制度和机制。

#### （一）民营企业刑事风险预防：合规建设与反有组织犯罪

完善防范民营企业刑事风险的法律制度和机制，应从以下两个方面着手。

##### 1. 加强民营企业合规建设与政府监管

我国民营经济发展历史较短，大多数中小企业在内部管理，如单位公章和财务章管理、产品质量管控机制等方面很不规范，为刑事风险发酵留下了空间。民营企业的刑事风险防控，既是企业自身要解决的问题，也是刑事法制要解决的问题。最近几年，学界与行业界的共识是，民营企业应通过加强合规建设来防范腐败以及其他类型的内部刑事风险，同时发挥行业监督和律师专业服务的作用。这一治理民营企业内生违法犯罪的思路主要源自美国等市场经济起步较早的国家。<sup>④</sup>合规建设并不完全是企业的内部事务，政府主管部门应给予必要指导，但是，对大量的中小企业而言，目前还缺乏明确而详细的合规指引，尤其是在应对企业内部刑事风险方面。因此，为防范民营企业内部刑事风险，要通过外部监督督促其制定完善的合规计划并予以实施，就如会计制度和内部审计制度的建立一样。

比较复杂的是，如何发挥政府主管部门的作用对企业合规建设进行监督？言其复杂，主要有两方面担心：一是是否会由此导致政府对企业经营的不当干预？二是是否为主管部门工作人员形成新

<sup>①</sup> 田宏杰：《以前置法定性与刑事法定量原则判断行为性质》，载《检察日报》，2019-05-24。

<sup>②</sup> 参见符向军：《“毒豆芽案”无罪判决是尊重科学》，载《法制日报》，2015-07-29。

<sup>③</sup> 《习近平关于全面建成小康社会论述摘编》，142页，北京，中央文献出版社，2016。

<sup>④</sup> 川崎友巳：《合规管理制度的产生与发展》，载李本灿等译：《合规与刑法》，5页，北京，中国政法大学出版社，2018。

的“寻租空间”?<sup>①</sup>这种担心并非多余。不过,在监督企业合规建设方面,政府监管部门的作用是不可或缺的,只不过监管方式要改变。例如,对企业合规计划是否符合现行法律、行业标准、职业伦理等,可委托专业法律机构进行审查;对企业合规建设是否落实,也可委托市场调查机构进行评估。也就是说,对民营企业防范刑事风险的“体检”应由市场化的第三方机构进行,而政府主管部门只根据“体检报告”对企业提出整改措施乃至予以行政处罚。

## 2. 制定防范有组织犯罪侵犯民营企业的法律制度

民营企业的外部刑事风险来源具有多样性,从目前看,最具威胁力的无疑是来自有组织犯罪的威胁和侵害。2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第31条提出,缔约国应“利用适当的立法、行政或其他措施努力减少有组织犯罪集团在利用犯罪所得参与合法市场方面的现有或未来机会”,要防止有组织犯罪集团对法人作不正当利用。我国目前开展的“扫黑除恶”斗争对净化市场环境、维护民营企业尤其是中小型企业利益具有十分重要的意义。不过,现代社会中有组织犯罪与市场经济存在紧密关系,因而其滋生、发展是有土壤的,国家通过定期打击的方式很难彻底解决有组织犯罪的周期性生长态势。从市场(而不仅仅是从社会)的角度思考有组织犯罪问题,就需要补足市场经济法律制度的短板,从市场准入、资格审查等方面建立负面清单,将一些有黑恶势力背景的人排除于合法的市场秩序之外。<sup>②</sup>具体来说,重点要建立四种机制:(1)对曾实施有组织犯罪活动的人,在市场准入方面给予严格控制,只有经充分有效评估后,才能从事市场经营活动;对这类人员未经许可从事市场经营活动的,要给予必要的行政处罚。<sup>③</sup>在建筑业、运输业等容易受有组织犯罪影响的行业,对曾实施有组织犯罪的人要长期禁止其进入。(2)单位纵容、默许工作人员在市场活动中使用暴力、以暴力威胁以及寻衅滋事手段的,对该单位应予以整顿乃至清除出市场。(3)完善针对有组织犯罪侵害的举报制度,尤其要保障举报人的人身安全。(4)建立有组织犯罪风险提示机制,行政机关、司法机关发现辖区及周围地区存在有组织犯罪风险的,应及时通报辖区内企业并采取相应措施。

## (二) 涉及民营企业刑事案件的处理:最低干预经济活动原则

实践中引发争议的民营企业刑事案件,主要涉及罪与非罪标准、涉案财产查封、扣押、冻结以及执行问题。最高人民法院、最高人民检察院公布的典型案例,主要也针对这两方面问题“纠偏”。从维护民营企业利益出发,对涉民营企业刑事案件应采取“最低干预经济活动原则”,并主要解决以下两方面问题。

### 1. 合理且正当地解决民营企业刑事责任问题

目前,刑事法制着重解决的是,如何清晰地划分其与行政法制间的界限,以合理限缩刑事法制调整民营企业及企业家经济违法行为的范围。对此,应主要厘清三个基础性问题。

其一,刑法不具有规制市场经济行为的功能。从比较法上看,主张刑法具有对市场经济行为的规制功能,似乎来自美国法律实践。早在20世纪,美国就通过创设大量的行政机关、出台大量的规制性法律来规制公司行为,并在进入70年代后越来越依靠刑事惩罚手段。<sup>④</sup>这种做法受到一定

<sup>①</sup> 聂辉华:《进入管制、腐败与反腐败政策》,载《世界经济》,2017(8)。

<sup>②</sup> 由于现行公司法降低了公司设立的“门槛”,在实践中出现了操纵大量空壳公司从事民间借贷、操纵股价、洗钱等违法犯罪活动的现象。如果堵住公司制度中的这个“漏洞”,也需要在市场准入和监管上寻找解决方案。

<sup>③</sup> 现行《企业法人法定代表人登记管理规定》等行政规章对有犯罪前科人的市场准入有一些限制性规定,但还没有专门对曾实施有组织犯罪的人进行专项规定。

<sup>④</sup> Developments in the Law. “Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior through Criminal Sanctions”. *Harvard Law Review*, 1979, 92: 1227.



质疑。有英国学者认为，规制违反在任何意义上都不能等同于犯罪或“准犯罪”。一加拿大法官也提出：“违反规制的行为实质上具有民法属性且也可以看作是行政法的一个分支，因为在这里传统刑法的（内容）只是有限的适用。”<sup>①</sup>在美国等国家，所谓“规制性犯罪”（regulatory offenses）绝大多数相当于我国的行政违法行为。如果按照美国的思路，则目前大量的行政违法行为会被纳入刑法当中，在经济犯罪立法上会呈现暴增的现象，这不仅与目前我国民营经济治理政策严重不符，而且也给民营企业及企业家带来更大的刑事负担。从文化差异来看，中国社会历来对犯罪人持很强的否定态度，对于单位犯罪也是如此，若企业因违反政府经济规制而被追究刑事责任，将给企业带来致命影响。所以，我国对市场经济的刑事立法不能照搬美国等国家的实践，对市场经济行为的规制应主要依靠国家的行政管理力量，对违反经济规制但未造成明显损害的，应通过行政处罚予以纠偏并通过行政手段施以整改措施。“经济规制的主导模式是事前预防式的”，其“基本目标是使得经济组织去遵从他们应遵从的规则和法律，原则上说，就是管理他们的行为”。<sup>②</sup>只有对那些故意对抗行政处罚和整改的，或者因经济违法行为造成严重损失的，才宜作为犯罪予以追究。

其二，应明确刑罚权参与市场经济治理的角色。从目前实践来看，对民营企业及企业家的刑事追究基本上意味着涉刑案企业市场信誉的严重受损甚至被市场彻底淘汰，即便行政机关不给予其吊销营业执照的行政处罚。刑罚权参与市场经济治理应充分考虑这一现实后果，坚守其辅助手段、最后手段的定位，并确立以下两项规则：（1）要将对民营企业的刑事追究与行政处罚中具有排斥于市场之外功能的类型（责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照）联系起来，据以对民营企业刑事定罪的行为应同时达到可施以这类行政处罚的程度，这是将行政处罚与刑罚做纵向比例性判断后所得出的当然结论。（2）区分行政不法和刑事不法不能仅考量经营数额、数量等量的因素，还应考虑由此是否可能给消费者或其他市场主体造成财产、人身损失。如果仅仅违反政府的经济规制，应以行政处罚对待；只有当行政规制活动无效且经济违法行为可能造成财产乃至人身损失时，刑罚权才有干预的必要性和合理性。

其三，应合理适用单位犯罪条款。从理论上讲，当下学界倾向于用英美法人犯罪学说来解释中国单位犯罪的刑法规定<sup>③</sup>，但总是难以自洽并集中表现为如何理解单位犯罪的罪责问题，在实践中也越来越表现出对单位犯罪采严格责任的倾向，即主要从是否以单位名义和是否获得利益的角度进行判断。从政策上看，我国单位犯罪立法在政策上也不够清晰：除对单位犯罪罪行进行报应之外，对犯罪单位的特殊预防如何实现，并没有给予特别的考虑。对犯罪单位不施加外力影响，仅仅靠惩罚是无法督促其“改恶向善”的；相反，适用刑罚所带来的否定性负担只会导致单位迅速被市场彻底淘汰。针对上述问题，基于国家有关民营经济保护的基本政策，在适用单位犯罪条款时应把握三个方面：（1）严格区分自然人利用单位名义实施犯罪与单位犯罪，将单位内部治理结构和运营方式存在重大缺陷作为刑事归责的基础，而不能仅仅将以单位名义或者单位获利作为刑事追究的根据。（2）对单位仅仅违反一般经济规制的行为不作为犯罪予以追究，只有当这一行为对个体性法益至少造成抽象危险时，才应作为犯罪处理。（3）要充分考虑刑罚适用的特殊预防功能。如果单位违法行为造成某一罪刑规范所规定的后果或者达到了一定的情节程度，但该单位能够及时弥补损失、对自身进行整改并主动要求行政机关对其整改，则对其没有特殊预防必要性，可考虑通过设置针对单位的附条件不起诉制度来防止刑事追诉可能带来的不利影响。此外，在适用单位犯罪条款时，应综合

<sup>①</sup> 参见安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，82页，北京，中国人民大学出版社，2008。

<sup>②</sup> 马丁·因尼斯：《解读社会控制：越轨行为、犯罪与社会秩序》，168-173页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

<sup>③</sup> 参见张明楷：《刑法学》（上），第5版，137页，北京，法律出版社，2016。

考虑涉刑案民营企业的特点以确保法律适用无误且符合民营企业保护刑事政策。<sup>①</sup>

## 2. 为涉案民营企业产权设立法律程序保障机制

近年来,在涉及民营企业及企业家的案件中,滥用、误用查封、扣押、冻结侦查手段和刑事执行环节中保护民营企业及企业家不力的情况时有发生,尤其是在涉及反腐、“扫黑除恶”、网络信息类犯罪的案件中,一些基层公安、司法机关对民营企业产权保护不力并造成企业生产经营陷入困难。为此,中央出台多个政策性文件要求加强对民营企业的产权保护。<sup>②</sup> 为进一步加强对民营企业产权的程序保障,可重点加强以下两个方面的工作。

其一,厘清证据与违法所得的关系。我国现行刑事诉讼法有关查封、冻结、扣押证据的规定中涵盖了查封、冻结、扣押违法所得,从一般意义上讲,由于有关违法所得的证据可用以证明犯罪事实、后果等要素,故而对违法所得进行“查冻扣”并无不妥。但这种做法恰恰是实践中导致民营企业财产受损的一个重要因素,因为一些地方的侦查机关在侦查时以保全证据为由,将涉案企业甚至案外企业的大部分资产进行“查冻扣”,直接导致企业生产、经营中断。从证明犯罪的角度来讲,一些证据对证明犯罪成立没有直接意义,只对追赃具有意义。为应对类似现象,应主要从两个方面将“查冻扣”违法所得从证据保全中区隔出来<sup>③</sup>:(1)在证据形式上,对涉及证明犯罪事实、情节方面的证据,应以书证、视听资料形式为主;对属于财产性的、数量大的物证,可用视听资料形式转换,经转换后可不对用于生产、经营的相关财产再行查封、扣押。(2)在证明目的上,对与证明犯罪成立没有直接关联、只对追赃具有意义的财产,在当事人提供必要担保的情况下,可不予“查冻扣”;案外企业无过错取得涉案财产的,原则上不予“查冻扣”,所涉法律纠纷在审判环节一并解决。至于是否会影响事后追缴以及赔偿问题,可从程序层面解决,如对涉案企业银行账户中款项支出用于正常生产经营的,侦查机关可采取事前审批的方式决定同意与否,而不是彻底冻结财产,让企业坐以待毙。

其二,对侦查活动中的查封、扣押、冻结财产确立必要性审查机制。近几年,在中央有关民营企业产权保护政策的引导下,中央政法机关出台的涉案款物“查冻扣”规定完善了相应程序。不过,现有规定并没有完全实现宪法所要求的公检法三机关“互相制约”的要求。在“查扣冻”措施适用上形成“互相制约”,就是由检察机关对公安机关的活动进行监督,审判机关对审前诉讼活动中“查扣冻”措施适用的合法性进行审查,其中最为重要的是,检察机关通过侦查监督来审查“查扣冻”措施适用的合法性和必要性。从目前来看,检察机关将重点放在了合法性监督上,而对这类活动的必要性关注不够。<sup>④</sup> 引入涉案财产“查冻扣”措施适用的必要性审查,对维护民营企业产权

<sup>①</sup> 对此,可以参考美国的做法。《美国联邦检察官手册》中有关针对商业公司的起诉原则中,提到检察官在起诉时应考虑九个方面:(1)罪行的性质和严重程度;(2)公司不法行为的影响范围;(3)公司类似不当行为的历史;(4)公司是否及时、自愿披露不法行为以及是否愿意与调查机关合作;(5)公司之前合规项目的状况及效果;(6)公司的补偿行动;(7)对公司内外造成的后果;(8)对就公司不法行为承担责任的个人进行起诉是否足够;(9)诸如民事或行政执行等救济是否足够。See Kathleen F. Brickery, *Corporate and White Collar Crime*, New York: Wolter Kulewer Law & Business, 2011, pp. 12-13.

<sup>②</sup> 如《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》《公安机关涉案财物管理若干规定》等。

<sup>③</sup> 这一思路与普通法早期采用的“单纯证据原则”有一定相似之处,就是基于财产权保护理论。这一原则要求,不是犯罪所得、犯罪工具、违禁物,虽然有起诉或判罪价值,也不得扣押;单纯证据必须由大陪审团或法院签发的命令才能取得,所有权人自行将“单纯证据”带至陪审团或法院,而不是由警察执行。参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,129-130页,台北,元照法律出版公司,2007。

<sup>④</sup> 如有的地方公安机关在查处相关案件时,不考虑有无必要、是否会给企业生产经营带来不利影响,在完全可以及时而全面地将企业电子数据固定并用于侦查的情况下,将企业所有办公用电脑主机扣押进行侦查。这类做法很难说缺乏合法性,虽然具有形式上的合法性,但必要性却明显不足。

具有积极意义，并应主要考虑以下三个方面的问题：（1）只涉及犯罪嫌疑人或单位生产、生活所必需的财产。（2）审查申请由财产所有人或利益相关人提出，检察机关可以相对“超脱”地听取侦查机关和财产所有人或利益相关人的意见。（3）财产所有人或利益相关人需提供必要担保或保证，确保在刑事诉讼期间财产不会转移或流失。创建这一机制的思路类似于“羁押必要性”审查，是检察机关主动发挥检察监督职能的具体表现。

### （三）涉刑案民营企业<sup>①</sup>的救助：恢复性司法理念的“借用”

民营企业的生存发展不仅涉及企业投资人和上下游企业的利益，更涉及企业员工的切身利益，甚至影响局部社会稳定，因此涉刑案民营企业的权益同样需要保障。实践中，除大型且内部治理结构比较完善的企业外，多数民营企业一旦构成单位犯罪或其经营者构成犯罪，企业很快便陷入停滞状态，随之陷入财务危机甚至生存危机。迄今为止，我国市场经济法律中还没有对涉刑案民营企业进行救助、扶助其再生的法律制度，但一些地方曾尝试过此类做法，如北京市检察机关曾对涉案企业采取“涉案资本盘活方案”，聘请有资质的公司进行托管。<sup>②</sup>这类做法有利于维护企业、相关权利人和企业员工的利益，但并未形成普遍经验为地方司法机关效仿；由于缺乏充分的制度根据以及相应的实体和程序规定，实践中也存在实行托管后反倒造成企业更大损失的情形。<sup>③</sup>

解决涉刑案民营企业“止损”问题，需要在民营经济刑事法制保护中融入“救助”的理念和相应的制度、机制。这对刑事法制的要求更高，不仅要求刑事司法通过追诉犯罪实现惩罚目的，还要通过有效机制救助涉刑案企业实现“福利”目标。<sup>④</sup>实现后一目标的思路，可以借用“恢复性司法”的理念来解决涉刑案民营企业的救助问题。恢复性司法的倡导者托尼·马歇尔认为，恢复性司法是一个特定犯罪相关当事人据以共同决定如何处理犯罪之后果及其今后影响的过程。<sup>⑤</sup>从这一定义来看，在涉刑案民营企业和受害人之间是可以适用这一思路的。迄今，国内外涉及恢复性司法的实践，都是在自然人当事人之间适用，而没有在犯罪单位与被害人之间适用；2000年联合国提出的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》也着眼于在罪犯与被害人之间进行和解。不过，如果我们对恢复性司法的基本理念进行重新思考，会认为这些理念同样可以适用于涉刑案民营企业。这些理念可以在两个层面适用：（1）在被害人层面，有利于化解因犯罪而产生的社会冲突，为被害人提供更有力的权利恢复途径。<sup>⑥</sup>在许多案件中，如果涉刑案民营企业因刑事追究而破产，会直接影响上下游企业的利益，被害人的损失会彻底无法弥补；反之，如果为民营企业提供生存机会，则民营企业可以更好地弥补其犯罪所造成的损失。（2）在犯罪人层面，可以促使犯罪人积极悔过、重返社会。<sup>⑦</sup>对民营企业来说，通过与被害人达成和解而放松对其刑事责任追究，有利于企业重新融入市场和社会。当然，将恢复性司法的理念用于涉刑案民营企业的救助，并不意味着这种做

① 这里的“涉刑案民营企业”，指被刑事追究的民营企业和主要负责人被刑事追究的民营企业。

② 侯莎莎：《涉案企业将由政府托管经营》，载《北京日报》，2009-12-05。

③ 参见周远征：《重庆“涉黑资产”归途坎坷》，载《中国经营报》，2013-10-12。

④ “刑罚—福利主义”是西方著名犯罪学家 David Garland 教授对 19 世纪末之后受复归思想影响的刑事司法的一种理论归纳。恢复性司法模式也被视为一种面向被害人的“福利模式”。参见詹姆斯·迪南：《解读被害人与恢复性司法》，41 页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

⑤ See Tony F. Marshall. *Restorative Justice: An Overview*. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999.

⑥ John Braithwaite. “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”. *Crime and Justice*, 1999, 25: 79-102.

⑦ 洛德·瓦格瑞吾：《适用恢复性司法而非施以痛苦》，载《国家检察官学院学报》，2009（4）；康均心、胡春莉：《恢复性司法的价值取向探析》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版），2007（4）。



法符合目前有关恢复性司法实践的全部特征,显然,它不具有恢复性司法实践根植于社区的性质。

在涉刑案民营企业救助中引入恢复性司法的理念,可从以下三个方面加以考虑。

### 1. 在单位经济犯罪刑事诉讼中引入和解程序

我国现行刑事和解制度受到恢复性司法理念的一定影响,对维护被害人利益具有积极意义,但目前还不适用于民营企业实施经济犯罪等情形。<sup>①</sup>无论是有效恢复被害人利益,还是为涉刑案民营企业提供一个自新的机会,在单位刑事诉讼中引入和解程序都是必要的。处理涉及经济领域的案件,仅仅考虑刑事责任追究是不够的,更要解决因犯罪所带来的社会问题。对被害人而言,在大多数情况下更希望能及时挽回损失,这在集资类、传销类案件中最为明显。如果涉案民营企业能够及时、全力挽回损失,主动取得被害人谅解并达成意思一致,就应当认可当事人之间的这种合意,进而在刑事诉讼活动中给予充分考量。在单位犯罪刑事诉讼中引入和解程序,还应考虑两个具体问题:(1)单位与被害人的和解,不应直接适用于单位中的自然人犯罪嫌疑人或被告人。单位与单位中的自然人是不同的诉讼主体,两者在诉讼中的意思表示不能混同。(2)单位做出和解承诺,必须有充分的事实根据以证明其具有履行和解协议的能力。如果检察机关做出不起诉决定,应当监督和解协议的落实情况。

### 2. 设置以促进合规建设为内容的附条件不起诉制度

有观点认为,我国应引入源自美国的暂缓起诉协议制度。<sup>②</sup>引入这种制度,对促进涉嫌犯罪的企业认罪悔罪、积极整饬内部治理结构乃至积极挽回给他人造成的经济损失都具有重要意义。不过,考虑到我国检察机关作为法律监督机关的性质,以及刑事诉讼法已有的立法例(即对未成年人的附条件不起诉制度),在我国刑事法制中规定针对单位的附条件不起诉制度更为合适。<sup>③</sup>具体而言,在制度设计上应重点解决三个问题:(1)为单位设置暂缓起诉应附加何种条件?目前学界给出的答案,就是要求涉刑案企业制定合规计划并予以全面落实。促进涉刑案企业自新,就是要积极促进其改革内部治理结构,进而确保企业依法开展经济活动,因而将合规建设作为暂缓起诉的条件是正确的。此外,也应考虑企业在挽回他人经济损失方面的具体计划和实施能力。(2)谁来监督单位实施合规计划?从目前看,应由检察机关决定是否适用附条件不起诉,并由行政主管部门进行监督考察,必要时聘请第三方专业人士给予协助。监督内容包括合规计划制定、实施情况以及是否取得应有效果<sup>④</sup>,同时,还应考虑挽回他人经济损失方面的承诺是否兑现。(3)如果单位在一定期限内未履行合规建设承诺应如何处理?对此,检察机关应当提起公诉,并建议法院在量刑时考虑该单位未能履行合规建设承诺的情节。

### 3. 为涉刑案民营企业设立托管

针对企业负责人被刑事追究而造成企业无法正常经营的情形,对企业设立托管有利于促进涉刑案民营企业重新回归市场和社会,是一个相对比较理性的选择。设立托管的目的是改变企业内部治

<sup>①</sup> 《刑事诉讼法》第288条规定,适用刑事和解的案件有两个类型:(1)因民间纠纷引起,涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件,可能判处三年有期徒刑以下刑罚的;(2)除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。

<sup>②</sup> 参见陈瑞华:《企业合规视野下暂缓起诉协议制度》,载《比较法研究》,2020(1);李玉华:《我国企业合规的刑事诉讼激励》,载《比较法研究》,2020(1)。

<sup>③</sup> 参见时延安:《单位刑事案件的附条件不起诉与企业治理理论探讨》,载《中国刑事法杂志》,2020(3)。

<sup>④</sup> 美国联邦司法部刑事部门有关“法人合规计划评估”中提到,合规评估应着眼于三个问题:是否制定了良好的公司合规计划?该计划是否谨慎而真诚地实施?公司合规计划是否有效? See U. S. Department of Justice Criminal Division. “Evaluation of Corporate Compliance Programs”, official website of U. S. Department of Justice, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.



理结构，进而使其遵从法律及其他市场规则；言其“相对”，则是因为托管活动容易受到腐败行为侵蚀，以往不成功的经验往往在于“所托非人”。对涉刑案民营企业设立托管，带有对企业民事行为能力限制的性质，会在企业的产权管理等方面介入企业外的因素，因此必须遵循法定原则。在制度设计上，主要应考虑五个方面：（1）在刑事诉讼法或刑事特别法中赋予法院决定对涉刑案企业进行托管的权力，法院根据涉刑案民营企业实际需要决定是否对该企业进行托管。（2）法院依职权确定是否进行托管，但应事先征求投资人的意见；投资人也可以向法院提出申请，由法院进行裁决。对托管事项存在争议的，法院应当主持听证会加以解决。（3）法院根据企业的行业特征指定或邀请具有资质的单位对该企业进行托管，托管人具有保护被托管企业产权等利益不受侵犯的义务；必要时，法院也可以和政府主管部门共同指定托管人。（4）托管人应定期向法院提交托管情况报告，法院发现托管人不能有效管理涉刑案企业的，应及时更换托管人。（5）法院应确定托管时间，根据当时企业状况决定是否继续设置托管或者更换托管人。如此设计托管制度，使得刑事法制与公司治理得以结合起来，有利于民营企业渡过因涉及刑事案件而遇到的生存危机，并借由托管机制以外力改变内部治理结构。

中共中央《关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》提出“健全支持民营经济发展的法治环境”的政策目标，就是为了更好地为民营经济发展提供充分的制度保障，改革和完善影响民营企业发展的制度和机制。将这一政策目标在刑事法制中予以贯彻，就是要健全支持民营经济发展的刑事法治环境，为民营企业提供同等的刑事法制保护。为实现这一刑事政策目标，需要对现有制度和机制中存在的问题进行认真梳理并在制度和机制层面加以解决。为民营企业提供全面而充分的刑事法制保障，需要在准确明晰刑事法约束条件的前提下，合目标性地调整制度和机制，用法治的思维来营造民营经济健康发展的刑事法治环境；同时，还要用治理的思想来看待涉及民营企业的刑事案件，对这类案件，不仅要解决刑事责任追究问题，更要解决民营企业的生存发展问题。

## The Objective and Realization of the Policy to Protect the Private Sector in the Criminal Legal System

SHI Yan'an, AO Bo

(School of Law, Renmin University of China)

**Abstract:** The objective of the policy to protect the private sector in the criminal legal system in the new era is to perfect the environment of the criminal legal system in order to provide legal protection for non-state-owned economy. To achieve this objective, we need to improve corresponding criminal laws and the mechanism to carry them out. In this process, we shall fully recognize and remedy the deficiencies of the current system from the following three aspects: prevention, execution, and salvation. To improve current legal system to protect private sector, it is necessary to reach the overall goal of realizing the modernization of the system and capacity of national governance, and to better guarantee a healthy development of non-state-owned economy.

**Key words:** Private economy; Policy objective; Criminal justice; Criminal prevention

(责任编辑 李 理)