

为亲友非法牟利罪的规范新解与司法适用

李兰英

内容提要: 鉴于民营企业内部为亲友非法牟利的职务背信行为在司法实践中有所增多,《刑法修正案(十二)》对《刑法》第166条作出积极修正,使得为亲友非法牟利罪的适格主体从国有企业扩张到民营企业的工作人员。在法网日益严密的同时,应当厘清本罪保护涵盖公司、企业、事业单位的管理秩序、单位工作人员职务的廉洁性以及公私财产权在内的复合法益,并重新对“亲友”“非法牟利”“违反法律、行政法规规定”“致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失”等犯罪构成要件要素作出妥善的解释。实现此罪与彼罪的区分,还应明确本罪在行为外观上破坏了公司、企业、事业单位中的信任关系,且须限于真实的社会主义市场经济经营活动中,在主观层面具有显著的利他性。此外,需要秉持以法定性为中心的适法逻辑、以谦抑为中心的慎刑理念和以实质为中心的不法甄别,促使本罪规范适用的效能充分发挥,有效打击为亲友非法牟利的犯罪行径,从而切实优化法治化营商环境、为非公有制经济健康发展保驾护航。

关键词: 《刑法修正案(十二)》 为亲友非法牟利罪 背信犯罪 复合法益

李兰英,厦门大学法学院教授。

一 问题的提出

自《刑法修正案(十二)》颁行以来,民营企业的平等保护愈发成为我国刑事法学界关注的热点问题。本次修法的一大亮点是将《刑法》第166条规定的为亲友非法牟利罪等罪名的犯罪主体从“国有公司、企业、事业单位的工作人员”延拓至“其他公司、企业的工作人员”,并对条文中的个别措辞做出优化,在维持原有规范稳定性的同时实现了立法完善,从而对民营企业内部造成重大利益损失的背信行为予以苛责,贯彻了党中央关于民营企业平等保护的政策要求,顺应了持续优化营商环境的时代趋势。^[1]

[1] 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,第18页。

当前,为亲友非法牟利罪包括“国有公司、企业、事业单位的工作人员,利用职务便利为亲友非法牟利,致使国家利益遭受重大损失的”及“其他公司、企业的工作人员违反法律、行政法规规定,利用职务便利为亲友非法牟利,致使公司、企业利益遭受重大损失的”两种不法行为类型。

然而,长期以来,为亲友非法牟利罪中的“亲友”“遭受重大损失”等构成要件要素在司法实践中作何理解一直存在困惑和分歧。尤要注意,本次修法将民营企业的工作人员纳入犯罪主体,而民营企业数量庞大、企业间的相互关系错综复杂,面对其中家族企业、兄弟企业广泛存在的现状,准确认定行为人与利益输送对象间是否存在亲友关系成为新的释法重点。同时,本次修法增设了“违反法律、行政法规规定”的行政前置性要件,如何在法秩序统一性背景下实现刑法与前置法的有序衔接,也成为理论上亟待回应的问题。另外,现有关于本罪法益的论断具有片面性,难以触及行为本质。

鉴于此,本文结合为亲友非法牟利罪的规范保护目的,对其复合法益和行为特性予以厘清,在规范构造层面对前述构成要件要素作出教义学阐释,并从三个方面提出实践运用的规则,以期为本罪的妥善理解和适用提供新的思路。

二 为亲友非法牟利罪的规范重塑

在设置为亲友非法牟利罪之初,国有性质的机关单位工作人员利用职务之便靠企吃企、损公肥私等行为是立法者意图规制的重点。^[2]随着非公有制经济不断发展,立法者逐渐意识到既往刑法规范无法满足实践需要,在此背景下,《刑法修正案(十二)》对《刑法》第 166 条进行了积极的修正。

(一) 扩充犯罪主体

此前,国有公司、企业、事业单位的工作人员在对国有资产经营、管理时以权谋私是为亲友非法牟利罪规制的重点。本次修法在原有条文的基础上增设第 2 款,将其他公司、企业的工作人员纳入本罪的规制范畴,实现了犯罪主体的扩充。

作为背信犯罪,本罪的行为主体须基于法律规定或者合同约定而代他人处理财产性事务,在规范层面被具象为一定的职责身份关系。^[3]在《刑法修正案(十二)》颁布以前,由于本罪的犯罪主体范围严格限缩于国有公司、企业、事业单位的工作人员,未能对民营企业平等关照,因此在理论上一直饱受诟病。例如,“实质缺陷说”主张该罪名“存在保护不公平的实质缺陷”;^[4]再如,“违背规则说”声称刑法区别对待国有公司、企业人员与民营企业工作人员,违背了世界贸易组织的非歧视性原则。^[5]在社会主义市场经济蓬勃发展的语境下,民营经济日益成为中国特色社会主义经济体系的重要组成部分,与此同时,

[2] 参见高铭喧著:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》(精编本),北京大学出版社 2020 年版,第 214 页。

[3] 参见黎宏:《论我国刑法中的背信犯罪》,《东方法学》2024 年第 4 期,第 171 页。

[4] 张明楷:《刑法修正的原则与技术——兼论〈刑法修正案(十二)〉(草案)的完善》,《中国刑事法杂志》2023 年第 5 期,第 5 页。

[5] 参见陈洪兵、安文录:《背信行为的刑法探究》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2005 年第 5 期,第 79 页。

民营企业内部发生腐败活动的情况不断涌现,亟需“从制度和法律上把对国企民企平等对待的要求落实下来”。〔6〕

2023年7月,中共中央、国务院发布《关于促进民营经济发展壮大的意见》,要求“健全对各类所有制经济平等保护的法治环境”。同月,最高人民检察院颁布《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》,要求各地基层人民检察院在检察工作中依法严惩影响民营企业健康发展的民营企业内部人员犯罪,并确切指出对民营企业内部人员利用职务便利为亲友非法牟利等行为要依法处理。这一规定贯彻了《关于促进民营经济发展壮大的意见》的要求,充分体现出现在优化民营经济发展环境进程中高质效检察履职的法治担当。但值得注意的是,当时刑法并未对为亲友非法牟利罪的犯罪主体作出调整,鉴于以国有企业为代表的公有制经济与以民营企业为代表的非公有制经济在我国社会主义市场经济中的性质不同、比重有别,用于界定社会组织体性质的“民营”已经超过了“国有”语义的最大射程,故而尚且无法通过教义学解释的方式将犯罪主体扩大至民营企业工作人员。在此背景下,本次修法在原有犯罪主体的基础上将“其他公司、企业的工作人员”纳入犯罪圈,实现了对不同所有制经济组织体在主体维度的全面保护。

同时还应注意到,有观点认为修法前后本罪的构成要件要素与法定刑均未发生变化,出于法律用语简洁性的考量,可直接删除条文中“国有公司、企业、事业单位”中的“国有”。不过,此说认为两种行为主体实施犯罪时“法益侵犯的种类与程度没有差异”的观点,存在将刑法对民营企业的平等保护误读为形式平等之虞。《刑法修正案(十二)》为《刑法》第166条增设的第2款,并非简单、机械地将民营企业的工作人员同原有犯罪主体相并列,而是在保持客观行为表现稳定性的同时,要求只有违反法律、行政法规规定实施前款行为并“致使公司、企业利益遭受重大损失的”才能够予以非难,从而以一种较为缓和的立场完成对于犯罪主体的扩充,在严密刑事法网的同时对罪名的适用范围作出一定限制,防止犯罪圈的不当扩张。

(二) 补正行为类型

本次修法在不正当买卖商品的基础上,将“通过接受和提供服务的方式为亲友非法牟利”补充为本罪的客观表现。此前,《刑法》第166条已明确列举了为亲友非法牟利罪三类行为表征,其中后两种指的是行为人在与亲友经营管理的单位从事商业往来时,“以明显不合理的价格采购或销售商品”及“采购不合格商品”。但实际上,无论采购、销售商品,还是接受、提供服务,都是社会主义市场经济行为的基本表现形式,将商品扩张解释为包含服务的结论在实务工作中已经得到普遍承认和运用。〔7〕近些年来,我国在规范经济行为的立法实践中,已形成将“接受、提供服务”与“买卖商品”共同纳入调整范畴的立法惯例。例如,我国《刑法》也早已关注到买卖商品与提供或接受服务的同质性,在第222条、第226条等条文中就曾将二者并列提出。

〔6〕 许永安:《我国历次刑法修正案总述评》,《中国法律评论》2024年第2期,第196页。

〔7〕 参见王勇:《民营企业内部腐败案件实务疑难问题研究》,《中国法律评论》2024年第4期,第84页。

同理,无论非法采取何种市场行为,行为人超越或滥用代理权为亲友牟利的行为本质没有变化。^[8]那么,刑法介入社会主义市场经济秩序,当然也需要在规范设置的维度对各式交易行为予以覆盖,《刑法修正案(十二)》将行为人为亲友非法牟利的事项在原有的“买卖商品”之外新增“接受、提供服务”,使得法条规范的具体行为类型得以充实,条文设置也更加贴合实践中的打击需要。

(三) 优化条文措辞

本次修法针对条文的两处表述进行调整,使得措辞更加精准、规范。一方面,“使国家利益遭受重大损失的”中的“使”被更替为“致使”,相较于修法前,更加清晰地刻画了本罪犯罪构成中“为亲友非法牟利行为”与“单位组织体遭受重大损失”之间的因果关系。另一方面,在条文列举本罪的后两类具体情形中,《刑法修正案(十二)》把商品采购与接受服务的方式状语“向自己的亲友经营管理的单位”中的“向”修改为“从”,凸显出对危害行为不法来源的关照,反映出非法牟利行为之所以给本单位利益造成负面影响,是源于行为人将利益非法给予亲友经营管理的单位,从而与为自己非法牟利的贪污行为做出有效区分,并实现了同此次新增的“接受服务”的良好搭配。

三 为亲友非法牟利罪规范构造的教义学阐释

保护法益是刑法目的的体现,具体犯罪保护的法益需要通过刑法对构成要件的具体规定推导。^[9]部分传统学说历来主张某一刑法规范中法益保护的单一性,而多元法益论认为,在某一刑法法规中存在若干法益并存的情形。^[10]在《刑法修正案(十二)》的修法背景下,要实现为亲友非法牟利罪的规范适用,有必要基于规范保护目的率先论证其复合法益结构,并在此基础上明确本罪的构造特征与行为向度,从而于内部和外部两个层面把握其不法性质。

(一) 为亲友非法牟利罪的复合法益

当前,我国刑法学界关于为亲友非法牟利罪的法益存在着不同的认识。其中,“法益一元论”着眼于本罪对特定利益的保护,呈现出单一、排他的特征。但是,近年来刑法教义学研究关于为亲友非法牟利罪法益保护的认识凸现出更为显著的复合性。综合既有研究,笔者认为,为亲友非法牟利行为侵犯的法益兼备公司、企业、事业单位的管理秩序,职务行为的廉洁性和以公私财产权为主的公私利益三个方面。结合规范违反的不同位阶,可作如下区分:公司、企业、事业单位的管理秩序和单位工作人员职务行为的廉洁性是本罪侵犯的秩序类法益,而公私财产权则是本罪在实体性层面保护的现实具象。

1. 法益之一:公司、企业、事业单位的管理秩序

经《刑法修正案(十二)》调整的为亲友非法牟利罪,非法经营同类营业罪以及徇私舞

[8] 参见柏浪涛:《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,第42页。

[9] 参见孙国祥:《受贿罪的保护法益及其实践意义》,《法律科学》2018年第2期,第134页。

[10] 参见[日]关哲夫:《法益概念与多元的保护法益论》,王充译,《吉林大学社会科学学报》2006年第3期,第72页。

弊低价折股、出售公司、企业资产罪,均为单位内部的工作人员利用职务之便非法输送本单位利益的行为。“只有当某一行为满足了一定的条件时,我们才能认为该行为有责地违反了行为规范,这些条件应当根据刑罚的目的来加以确定。”^[11]从我国刑法条文体系的排布情况来看,前述罪名被规定在刑法分则的第三章第三节,足以表明立法者设置为亲友非法牟利罪等罪名的规范性考量主要系相关行为对社会主义市场经济秩序项下公司、企业管理秩序的侵犯。

与此同时,亦可从学理层面对之给出注解。具言之,在对单位施加管理的过程中,包括刑法在内的一系列公私规范通过权利义务的配置共同建立起单位的稳固组织体系与稳定运行状态,形成了公司、企业、事业单位开展各种活动的基本秩序。为亲友非法牟利的行为主体滥用职权,蓄意干预组织体决策,影响了单位原有的业务安排和财产配置,扰乱了单位原有运行秩序的安定与衡平,对单位管理秩序造成了显著危害。

鉴于“公司、企业”的语义射程可容纳修法前后“国有公司、企业”与“其他公司、企业”国有及民营的双重性质,而条文中原有的“事业单位”无法为之吸收,因此可将本罪的法益之一合并为“公司、企业、事业单位的管理秩序”。

2. 法益之二:单位工作人员职务的廉洁性

《刑法》第166条明确为亲友非法牟利罪的犯罪主体为身份犯,构成本罪要求公司、企业、事业单位的工作人员利用职务上的便利条件。为了明确国家工作人员实施部分犯罪的具体认定标准,最高人民检察院曾在1999年专门出台《人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》,并将“利用职务上的便利”阐释为“利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件”。基于本罪修法前与这类犯罪的主体具有一致性,因此该解释对本罪的法益识别有一定的借鉴意义。具言之,本罪的主体并非单位中从事一般性劳务的普通工作人员,而是拥有一定职位级别或掌握一定权力的人员,拥有经营、管理、监督等职责,至少具备为亲友非法牟利所必须的职务便利。

单位工作人员职务的廉洁性要求相关主体在履职尽责时明确单位赋予的职责义务,遵规守纪,做到清正用权、洁身自好。同时,其所做出的职务行为应当反映单位意志、代表单位利益且对单位负责,故而理应在工作过程中守住亲情关、友情关,严格自律以维护职务行使的公正高效。

在本罪中,行为主体在客观上利用职务便利实施的背职经营行为主要包括以下类型:其一,借助其自身在单位购销活动中的决策能力,结合商业规律和市场行情,将本单位盈利的业务交给亲友经营,实现利益从本单位向亲友所在单位的实质让渡与转移。其二,严重干涉或影响所在单位自由参与市场活动的意志,违背经济规律从事购销活动,以明显高于市场合理价格从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合理价格销售商品、提供服务,充当亲友经营管理单位的代理人。其三,无视亲友经营管理的单位中商品和服务的质量瑕疵,放任本单位利益受损,故意从亲友所在单位采购不合格商

[11] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《法益保护与规范效力的保障:论刑法的目的》,陈璇译,《中外法学》2015年第2期,第550页。

品、接受不合格服务,帮助亲友经营管理的单位转嫁损失、消解风险。

上述行为充分反映了行为人在单位组织体内部具备权力行使的优势地位和便利条件,即便行为人本人并未从为亲友牟利的活动中获利,但是这一行为本质具有非法性,具体可表现为权力寻租、以权谋私,将单位组织体赋予的公权力变成为个人亲友圈子谋取私利的工具,严重侵犯了公司、企业、事业单位工作人员职务的廉洁性。

虽然民营企业内部的一般背信行为此前并非刑法专门规制的对象,但立法者将“公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益”的行为借助非国家工作人员受贿罪展开评价。在刑法分则中,为亲友非法牟利罪与非国家工作人员受贿罪同属妨害对公司、企业的管理秩序罪,二者均侵犯公司、企业、事业单位内部工作人员职务廉洁性。在为亲友非法牟利罪中,“利用职务便利为亲友非法牟利”破坏了职务行为的公正性与不可收买性,而这正是侵犯公司、企业、事业单位内部工作人员职务廉洁性的具体表现。

3. 法益之三:公私财产权

众所周知,刑法法益是刑法所保护的,客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。^[12] 在我国刑法分则中,大量存在为了保护背后层法益而保护阻挡层法益的立法现象。^[13] 在关注到本罪侵犯秩序类法益的同时,对于其所侵犯实体性法益的事实亦不可偏废。与秩序类法益相比,实体类法益是更为显见、具象的生活利益。

就作为实害犯的本罪而言,“致使国家利益遭受重大损失”和“致使公司、企业利益遭受重大损失”既是行为人为亲友非法牟利造成严重危害后果的客观描述,亦是本罪必备的构成要件要素。其中,前者对应国有公司、企业、事业单位的实体性损失,具有公性质;后者对应其他公司、企业的实体性损失,具有私性质。两种组织体受损的公利益与私利益,均为本罪侵犯的实体性生活利益,对应的法益内容即其所在组织体的财产权。

虽然公私利益损失一般表现为行为人在为亲友非法牟利的过程中直接侵犯了单位组织体的财产所有权,但并无将其进一步具化为公私财产所有权的必要。2010 年出台的《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》将“造成有关单位破产,停业、停产六个月以上,或者被吊销许可证和营业执照、责令关闭、撤销、解散的”以及“其他致使国家利益遭受重大损失的情形”作为立案追诉的条件,这两种情形尽管最终会体现为单位财产所有权层面的变动,但本质上并非行为直接导致财物损失或形成对财产所有权的褫夺。其中前一种情形着重反映行为对单位营业和盈利状态的破坏,后一种情形则为“利益”保留了超出公私财产所有权范畴的解释空间,从而为实践中出现的难以通过货币计量利益损失的行为提供了入罪可能性。概言之,避免非必要的法益限缩有助于在认定公私利益损失时保持灵活和机动,满足实践中打击复杂犯罪的需要。

公私财产权之所以无法为公司、企业、事业单位的管理秩序所涵摄,是因为任何非公

[12] 参见张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 167 页。

[13] 参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定方法》,《现代法学》2024 年第 1 期,第 10 页。

益性经济组织体的存在与发展,皆以在法定许可的范围内以本单位的利益最大化实现为导向,而单位组织体的管理秩序主要反映在其经营运转过程中工作人员职务履行的规范性和有序性,以组织体内部的信赖利益为承载。也正因为本罪在犯罪构成上要求危害后果的现实存在,因此公私财产权遭受重大损失是本罪在客观方面的必然表现。当然,本罪还可造成单位信誉受损等内容,法益如何涵盖这一特征?笔者认为,首先,鉴于本罪的适格主体包括事业单位的工作人员,此类组织具有社会公益属性,并不具有在市场经营活动中与公司、企业相当的商业信誉;其次,即便认为事业单位可在一定情况下承担国有资产的部分管理经营工作、参与部分经济活动,但其中蕴含的“信誉”并非本罪必然侵犯的内容;最后,在个案中,信誉损失也可为公私财产权利和单位管理秩序予以吸收。综上,在描述本罪法益时,应该将公私财产权的保护作为本罪法益重要的内涵之一。

(二) 犯罪构成要件要素的规范解释

在办理为亲友非法牟利刑事疑难案件时,“亲友”“违反法律、行政法规规定”及“致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失”等犯罪构成要件要素是司法人员甄别罪与非罪的重点与难点,有必要在教义学层面一一作出规范解释。

1. “亲友”的范围界定

“亲友”作为本罪犯罪主体非法牟利行为指向的对象,具有限制犯罪构成的重要机能。当客观上行为人与获利对象之间不存在亲友关系时,就在构成要件符合性层面阻却了相应行为的刑事违法性。在我国传统文化影响下,企业形成与发展的过程中客观存在感情、信任等情感成分,亲友关系构筑起商业活动的差序格局。出于自身抵御外部风险和谋求更多商业机会的需要,民营企业互利共赢成为安身立命的常见现象。

关于本罪中的“亲友”如何认定,学界争讼不一,当前主要存在影响力说、共同利益关系说与密切关系说三种代表性观点:其一,影响力说从利益保护的角度出发,主张亲友应当扩大解释为“有一定交往或交流,能影响职务行为的决定的人”;^[14]其二,共同利益关系说结合受贿类刑事案件中“特定关系人”的定义,持“亲友”可扩大解释为“具有共同利益关系的人”的观点;^[15]其三,密切关系说从缩小解释的立场出发,将亲友阐述为“具有密切关系,彼此有交情的人”,^[16]或将朋友界定为“有一定缘由引起(如同学、战友、老乡、邻居等),经过较长时间交往而形成相对固定关系的人”。^[17]这些学说均具有一定合理性,但也存在一定缺憾。首先,根据影响力说,无论行为对象与行为人之间的关系是否熟络、彼此是否相互信任,均不影响亲友的认定。然而,若不以平时的来往是否频繁、密切为标准,只要行为人将本单位的盈利业务交由其经营,就认定为亲友,虽有利于适用本罪保护法益,但亦具有混淆“亲友”与“他人”的风险。而共同利益关系说的瑕疵在于,正确理解“具有共同利益关系的人”离不开对“利益”二字的准确认知,“利益”不仅是形容后者的关键定语,又是承载本罪危害后果的重要介质。它与“亲友”均属为亲友非法牟利罪中

[14] 张亚平:《为亲友非法牟利罪适用中的争议问题》,《河南警察学院学报》2019年第2期,第77页。

[15] 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,第25页。

[16] 张兆松:《论为亲友非法牟利罪的若干问题》,《人民检察》2003年第1期,第21页。

[17] 鲜铁可、谭庆之:《为亲友非法牟利罪中的两个疑难问题》,《中国检察官》2011年第16期,第22页。

不同的构成要件要素,以前者解释后者只不过是在本罪的统摄下用不同构成要件要素进行相互解释、循环论证,无法从实质上揭示语义本体;另外,“有共同利益关系”的含义也不易把握,且存在泛化“亲友”的风险:一方面,一旦司法人员发现案件中具有为亲友非法牟利的事实,那么行为主体与其亲友之间就一定至少存在情感上的共同利益关系;另一方面,在纯正的经济往来中也可以存在共同的利益关系,以之论证参与经济活动的双方当事人之间具有亲友关系未免过于牵强。综上,采用共同利益关系说认定“亲友”范围同样丧失了限制犯罪圈的机能。

事实上,从语词构造的角度看,“亲友”即“亲”与“友”的集合,可平义解释为亲属与朋友。根据《民法典》第 1045 条,配偶、血亲和姻亲均为亲属,其中血亲又包括自然血亲和拟制血亲,即无论基于自然生育产生的血缘关系,还是经法律拟制确认的与自然血亲享有同等权利义务的法定亲缘关系,均属于“亲属”的范围。而“朋友”在我国法律规范中缺乏确切的定义,即便《民法典》第 1107 条中援引了“朋友”的说法,并将其同“亲属”相并列,但却并未对其具体含义予以说明。由此可见,本罪中认定“亲友”的难处主要在于对“友”的界定。在本罪中,应以密切关系说为基底,从时间特征、行为特征以及关系特征三方面出发,将“友”精细化地理解为案发前与行为人在一定期限内有着社交往来,并形成具有信任基础或共同利益稳定关系的人。

首先,需要区分“朋友”与“他人”。与“他人”显著不同的是,亲友之间具有关系特征,即存在因亲缘或情谊塑造的亲密关系,这为其在心理上构建了互相信任的基础。互相之间行事默契、利益捆绑,为双方从事利益输送违法犯罪提供了良好心理基础。这从共犯理论中也可发现一些相似之处,行为之间心理性的帮助行为有助于增强犯意、提供精神帮助和犯意支撑。^[18]即便“友”并未提供物质上的帮助或形成财物上的交换,也为行为人为之牟利提供动机。结合体系解释的原则以及刑法安定性的要求,修法前后的“亲友”应当保持语义的稳定性。而“亲友”与“他人”在规范表述上的区分,实质上正反映出相互之间关系和情谊的亲疏远近有别,相互之间不宜替换。

其次,在现代社会任何经济交往活动必定蕴含着一定缘由,部分学说中的“较长时间”缺乏明确的界限,将“友”的认定限定在案发前的一定期限内,可以避免将此前不认识,仅在某一次经济交往中相识的情况认定构成本罪的可能,从时间特征出发,可以防止解释范围的不断扩张,违背刑法的谦抑性。

最后,将具有信任基础或共同利益稳定关系作为“友”的认定标准,可以有效祛除行为人滥用职权肆意支配本单位财产权的情形,而相应行为可以借助滥用职权罪等罪名或通过前置法在市场中实现更为有效的自发性调节。

2. “非法牟利”的性质分析

行为人利用职务便利促使亲友牟取不正当利益是构成本罪的客观行为表现,那么,能否准确把握“非法牟利”的不法行为性质就成为决定本罪成立与否的关键。从《刑法》第 166 条规定的为亲友非法牟利的三种具体情形看,后两种行为分别致使本单位以明显

[18] 参见陈兴良著:《共同犯罪论(上册)》(第四版),中国人民大学出版社 2023 年版,第 299 页。

不合理的价格参与市场经济活动,或者接受不合格的商品或服务,显然违反了《反不正当竞争法》第2条要求经营者在生产经营活动中应当遵循的自愿、平等、公平、诚信四项原则,悖逆了市场运行和商业运作的规律,动摇了商事活动中公平交易的根基,降低了市场资源配置的效率,甚至给本单位直接造成严重的经济损失,非法性较为突出。然而,第一种情形“将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的”违法性色彩似乎并不鲜明,尤其是相关主体在单位中往往拥有一定的权力和职务,在自身没有非法占有单位财物的情况下向亲友输送利益较为隐蔽、难以识别,因此,如何识别这种情形下的“非法牟利”往往是实践办案中的重点与难点。

在该情形下,如果以减损其他经营者参与市场经济活动机会的均等性为由,主张相关行为依然违反反不正当竞争法,容易招致追问:民商事活动强调意思自治原则,将有概率盈利的项目交由亲友参与并不违反法律的强制性规定;另外,将预期可盈利的项目交给亲友经营管理的单位,一旦经营不力给本单位造成经济损失,就追究行为主体的刑事责任,是否会陷入结果主义归罪的陷阱?

应当承认,招揽亲友经营管理的企业一同参与商业活动,有利于形成资本的集聚效应,优化生产经营的资源配置。在相互信任的心理基础上互利互惠、共同盈利,可有效抵御外部风险,增强企业自身存续和发展的韧性,而这也是我国广大家族企业繁荣发展的现实经验。从历史发展的视角看,家族式企业也是我国企业发展正式化转型的必经之路。^[19]因此,司法上对于本罪“非法牟利”的认定不应流于形式、过于僵化,闻“亲友”“损失”而色变。在评估案件能否认定为为亲友非法牟利罪时,对于非法牟利的性质甄别,首先,应当充分尊重民商事主体商业决策的自主性,避免因同亲友合作招致经济受损就倒向结果主义归罪的裁判倾向;其次,有必要区分前置法意义上的“非法牟利”和“为亲友非法牟利罪”中的“非法牟利”,在形式上违反前置法的为亲友牟利行为最终能否受到刑法的评价,依赖于司法人员独立的刑事违法性判断,当前置法与刑法的规范保护目的无法有效对应的前提下,不宜将前置法中的非法性与为亲友非法牟利罪中的非法性相混同;最后,“非法牟利”的认定应当依托于单位工作人员基于“委托—代理”关系形成的受托义务,违背对单位的忠实义务是认定刑法意义上“非法牟利”的重要判断要素。^[20]

另外,值得思考的是,刑法意义上的“牟利”和“谋取利益”有何区别?理论上认为,谋利通常指谋划、图谋利益,“谋取利益”是一个中性词,行为范围更广,可以通过正当或非正当手段获取利益,不一定涉及非法性的判断。而“牟利”在通常意义上,具有明显的贬义色彩,是指通过不正当甚至非法手段获取利益。换言之,“牟利”在法律上通常与违法行为联系在一起,特别是在刑法中,牟利行为常被视为具有社会危害性的行为。而且,牟利通常指“实际上已经获得了利益,强调现实结果的非法性”,所以,“牟利”的法律否定评价比“谋取利益”更为严重。通过比较可以发现,为亲友非法牟利罪是结果犯或实害犯,

[19] 参见马骏:《家族企业治理正式化转型:研究综述与展望》,《财贸研究》2023年第1期,第67页。

[20] 参见时延安:《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》2024年第3期,第141页。

不是行为犯和危险犯,在实务认定中,其更加强调“重大损失”所具有的现实性和客观存在的特征。

3. “违反法律、行政法规规定”的含义解读

根据二次性违法理论,只有经前置法评价为不法的行为,才能够进入刑事评判的环节。^[21] 在办理为亲友非法牟利罪尤其是第 2 款新增的涉民营企业犯罪时,应当澄清条文中增设的“违反法律、行政法规规定”的含义。

首先,不必将工作人员限定为“董监高”或合伙人。尽管我国《公司法》第 22 条、第 183 条和《合伙企业法》第 32 条等涉及为亲友非法牟利的条文规范并未将一般工作人员规定在内,仅仅将主体限定为董事、监事、高级管理人员或者合伙人,但这并不意味着本罪的主体必须在单位中具有上述特定的身份。理由如下:其一,部分公司、企业本身就没有设置“董监高”的岗位,合伙企业也仅为企业组织的一种类型,以此限定犯罪主体,将致使本罪调整主体的限缩,实质上悖逆了立法者扩充本罪犯罪主体的初衷;其二,刑法与前置法的规范保护目的不同。前置法以规范公司、企业的组织和行为为基本目的,也正是为了实现该目的,故而公司法及合伙企业法等前置性部门法在公司、企业正常运转的过程中给“董监高”及合伙人提出了更高的要求。实际上,刑法意在规范市场经营活动中的背信行为,而诚实信用是民法典和劳动合同法赋予一般工作人员的基本行为要求,此处“违反法律、行政法规规定”可理解为对于《民法典》第 7 条和《劳动合同法》第 3 条的违反,此时前置法评价对象并不局限于“董监高”或合伙人;其三,如果能够利用职务之便为亲友非法牟利,至少证明相关工作人员所处岗位的特殊性以及在单位运行、决策中具有的影响力,机械地把“工作人员”限定为“董监高”、合伙人,不利于有效打击民营企业内部为亲友非法牟利的背信行为。

其次,前置法规定的除外情形可以阻却刑事责任的成立。有论者指出,本次修法之所以增加“违反法律、行政法规规定”这一犯罪构成前提条件,是因为相应行为并非一概违法。^[22] 在刑法日益关注民生保障问题的当下,适用罪刑法定原则的隘口是在不违反法律禁止性规定的情形下,充分尊重民事活动中的意思自治原则。《公司法》第 183 条等规定中的除外情形,体现了公司意思的高度自治。申言之,在复杂的社会主义市场经济活动中,经公司、企业内部认可的关联交易行为,可能是其出于即时利益与预期利益的综合性判断,做出最符合公司利益的资源配置,属于其自主经营活动的范畴,此时刑法没有必要介入。换言之,在前置法免责条款的作用下,公司、企业对于工作人员为亲友牟利的行为同意,就意味着单位意志对相应行为的肯认与支持,单位运转是有序、流畅的,即便确实造成了一定的财产损失,但对单位管理秩序的侵犯依然无从谈起,也就不宜作为犯罪处理。

最后,个人独资企业中的工作人员是本罪的适格犯罪主体。《个人独资企业法》第 17

[21] 参见杨兴培、田然:《刑法介入刑民交叉案件的条件——以犯罪的二次性违法理论为切入点》,《人民检察》2015 年第 15 期,第 24 页。

[22] 许永安:《我国历次刑法修正案总述评》,《中国法律评论》2024 年第 2 期,第 196 页。

条明确了投资人在其企业内部的财产所有权,并享有依法转让或继承的权利,在个人独资企业中具有决定性的影响力。由此可见,个人独资企业的财产所有权归属于投资人个人,企业利益与投资人的个人利益高度绑定,故而个人独资企业中的投资人不宜作为本罪的行为主体。然而,《个人独资企业法》第20条规定管理个人独资企业事务的相关主体不能未经投资人同意就肆意同本企业订立合同或者进行交易;该法第40条进一步指出,投资人委托或者聘用的人员违反本法第20条规定,侵犯个人独资企业财产权益且构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。同时,在个人独资企业中签订劳动合同的工作人员也受到劳动合同法的调整,因此但凡实施了损害企业利益的背信行为,就产生了前置法上的违法性依据,可以进入刑事法二次评价的视野。

4. “致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失”的边界厘清

正如我国学者的洞察,尽管本次修法积极扩充了为亲友非法牟利罪的犯罪主体,但在司法适用层面,本罪的入罪标准有所欠缺的问题却并未得到解决。^[23] 在2022年之前,关于如何认定“致使国家利益遭受重大损失”一直为规范性文件所关注。2001年《最高人民检察院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第11条就曾明确“造成国家直接经济损失数额在十万元以上的”“致使有关单位停产、破产的”及“造成恶劣影响的”,应当以《刑法》第166条展开追诉。然而,“致使有关单位停产、破产的”在司法实践中不能充分涵盖致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失的全部情形,且“停产”时限并未得到清晰划定,“造成恶劣影响的”用语也较为模糊,存在为本罪兜底、无序扩大犯罪圈的嫌疑。总之,这一追诉标准在执行过程中容易被误用、滥用。为了适应新时期打击经济犯罪案件的现实需要,2010年出台的《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第13条对上述规定作出修订,并在第92条作出废除2001年《最高人民检察院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》的决议。此后,2022年新修订的《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》出台,其第85条又明确废除2010年的旧有规定。但遗憾的是,新规并未再涉及《刑法》第166条。即便接下来可能通过出台司法解释的方式分别明确两类主体具体如何入罪,但目前为亲友非法牟利罪追诉标准在事实上存在空白已是不争的事实。而不容忽视的是,本罪的“重大损失”这个关键词具化在实务中就是评价是否构罪的重要前提。

理论指导实践,本文试图从理论上对“致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失”的评价标准进行剖析和论证。

首先,本罪中的重大利益损失不仅包括现实利益,还应包括预期利益。应当指出,预期利益的本质是公司、企业、事业单位基于其所经营管理的财产,在正常的市场环境和经济波动下预计如期实现的财产增值。有观点指出,本罪的危害后果包括已有利益的损失与应得利益的不能实现。^[24] 作为刑法中的财产性利益,预期利益具有可预见性、稳健性

[23] 参见刘宪权:《〈刑法修正案(十二)〉修正内容之规范解读与思考》,《财经法学》2024年第3期,第130页。

[24] 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1550页。

等典型特征。^[25] 目前,我国刑事司法实务中在计算犯罪数额时,也采取将预期利益纳入总额的做法。例如,2025 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第 28 条指出,“销售金额”是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,出售侵权产品后所得和应得的全部违法收入。其中,“应得的”就是结合具体行为情状能够推定的可预期部分。结合体系解释可知,为亲友非法牟利罪是实害犯、结果犯,但其危害结果包含“现在和未来”“已经与即将”双重含义,且这与国家利益遭受重大损失的现实性特点并不违背,当然,判断的前提还是要借助同行专家客观专业的预测和评估。

其次,应当坚持整体性思维,把握财产损失的判断时点,充分评价单位利益受损情况的全貌。从经济和法律的角度介入评价,背信罪财产损失的内容是“因行为人的行为而使得本人的财产价值减少或者本应增加而未能增加”^[26] 的部分。依据抵消原则(Saldierungsprinzip),应当根据为亲友非法牟利行为实施前后单位的财产状况变化,判断是否产生利益受损,以及产生怎样的利益受损。^[27] 在商业往来中,公司买卖商品、接受或提供服务动作的结束并不总是同利益现实取得的时点相重合。基于社会组织体的运作机制、商业习惯,无论是已经签订但未履行的合同所蕴含的经济利益,抑或达成实质性合意但尚未在形式上签订合同所蕴含的经济利益,再或是其他形式“可以预期的必然盈利”和“正常应盈利”,均属于本罪利益的范畴。即便最终亲友经营管理的单位因特定原因未能实现本应实现的盈利,也不会导致对预期利益的判定发生变动。“单位利益遭受重大损失”的时点判断,需要在此基础上进行衡量。实践中出现了因对“时间节点”的认识不同而影响公平合理判断的情况。诸如,以“为亲友非法牟利”行为完成时计算,难以涵盖商事活动仍在持续、利益损失难以准确衡量的情况;以“亲友获利”的时间计算,不仅无法适用于亲友未能获利的情况,也给多次或持续获利的结束时点判断带来困惑。本文认为,以“为亲友非法牟利”后的一段时间作为判断期间相对合理,具体多长时间则有待司法解释统一规定。在具体把握时,应当综合考察市场因素波动的影响,例如影响价格的原材料供应及其价格、季节性因素、市场供需变化等,以及资金、商品、服务或者其他资产的价格变动周期带来的多方面影响。^[28]

最后,需要秉持有限性思维,严格控制受损利益的范围,对于单位利益遭受“重大损失”的认定不得盲目扩大,其认定标准应与现实实现的概率大小紧密相关。在个案中,需要结合具体案情,就是否存在取得现实利益的可能性或者预期利益的盖然性进行评估和判断,只有高概率发生的现实利益损失,才能够计入“重大损失”的范围。同时,计算预期利益损失应当关注单位自身经营能力的大小,不能将亲友实际获利的数额与行为人让渡的单位利益直接相提并论,也不能无视不同单位组织体在市场竞争与资源整合上的差异,

[25] 参见王志鹏、刘涛:《刑法中预期财产性利益研究》,《湖南师范大学社会科学学报》2024 年第 4 期,第 94 页。

[26] [日]桥爪隆:《论背信罪的成立要件(2)》,王昭武译,《法治现代化研究》2021 年第 2 期,第 153 页。

[27] 参见袁国何:《平等保护视角下的非法经营同类营业罪》,《中国法律评论》2024 年第 4 期,第 69 页。

[28] 参见时延安:《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》2024 年第 3 期,第 147-148 页。

以明显高于或低于受损单位常规盈利水平的情况作为核算依据。再有,“重大损失”须直接依附于背信行为的义务违反,该损失后果与为亲友非法牟利行为之间具备刑法意义上的因果关系。间接形成的单位利益减损,不得纳入行为人造成损害的范畴。

(三)为亲友非法牟利罪的行为向度

在司法实践中,为亲友非法牟利罪并非多发、频发罪名。造成这一现象的原因,除了过去受到主体适用范围限定的影响外,还存在此罪与彼罪边界模糊的问题。在《刑法修正案(十二)》的语境下,除针对为亲友非法牟利行为做出罪责适应的评价,还需要对本罪的行为外观与内在特点予以厘清。

1. 破坏公司、企业、事业单位中的信任关系

在新时代“劳动观”的塑造过程中,诚实信用是促进劳动关系和谐的重要路径。^[29]本罪的犯罪主体作为经济组织体的工作人员,本应严格遵循和践行诚实信用原则,因为它不仅属于《民法典》第7条明确规定的基本原则,也是《劳动合同法》第3条要求的在劳动合同履行过程中应遵循的行为准则。另外,《公司法》第180条、《合伙企业法》第5条也分别赋予了“董监高”忠实、勤勉的义务以及合伙人诚实信用的要求。“在法律上的特别关联领域中,行为人须顾及相关人利益。”^[30]公司、企业、事业单位的工作人员在行使职务时,应以公司的最大利益为履职尽责过程中合理注意的事项。

为亲友非法牟利的行为系相关主体违背承诺、违反诚实义务,化公为私、损公肥私的背信行为,行为人蓄意实现公私利益的不正当输送。针对背信行为,域外有刑事立法进行专门规制。例如,德国刑法分则专设“诈欺与背信犯罪”一章,其中第266条规定了背信罪,把“滥用法律、官方委托或法律行为所授予的处分他人财产或让他人承担义务的权力,或违反法律、官方委托或法律行为所施加的代理他人财产利益的义务,因此使其照管的他人财产利益遭受损失”^[31]的行为认定为背信犯罪。尽管背信行为并未作为独立罪名被我国刑法所规制,但是《刑法修正案(十二)》深刻表明立法者越发关注到社会主义市场经济中企业背信行为严重的社会危害性,因而在过去的背信损害上市公司利益罪等罪名的基础上进一步扩充背信行为的打击目标,通过对为亲友非法牟利罪等具体背信行为进行非难的方式实现责任归结,从而有效捍卫单位组织体运转运营中应然蕴含的信任关系。

2. 须限缩于社会主义市场经济经营活动中

由于行为主体和部分行为方式有所重合,因此为亲友非法牟利罪与《刑法》第382条规定的贪污罪等罪名存在一定程度的竞合,实践中也确有行为人借助为亲友牟利的外观变相实现贪污公款的目的。不过,行为的特定条件或状况可以成为区分此罪与彼罪的互斥性要素。^[32]根据相关行为是否发生在真实的社会主义市场经济经营活动中,可以实现对行

[29] 参见李雄:《新时代我国劳动关系治理的重大转型》,《学术界》2020年第8期,第65页。

[30] 于飞:《基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》,《中国法学》2021年第4期,第34页。

[31] 《德国刑法典》,周维明译,法律出版社2025年版,第181页。

[32] 参见沈志民:《犯罪之间的界限与区分问题探究》,《学术论坛》2016年第2期,第68页。

为性质的有效甄别。

为亲友非法牟利罪是发生在市场经济范畴内的经营行为,行为人和亲友在经济往来的过程中均付出了一定的经营性劳动,其外观表现为在商业活动中非法输送利益、优亲厚友,这与以经营行为为外观的贪污行为具有质的差别。^[33] 贪污罪被规定在我国刑法分则第八章贪污贿赂罪中,此类犯罪的共同之处在于对国家廉政制度的僭越,损害国家公务行为的公正性和廉洁性。在贪污罪中,行为人以非法占有为目的,利用职务提供的主管、管理和经手公共财物的便利条件,以侵吞、窃取、骗取或其他具有相当性的手段将公共财物据为己有。根据 2003 年最高人民法院印发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的规定,国有公司、企业、事业单位的工作人员及前述单位委派到民营企业中从事组织、领导、监督、管理等工作的都可以认定为贪污罪的犯罪主体。由此可见,贪污罪也可以发生在经营活动中。不过即便如此,该特征也主要反映行为人“利用职务便利”,这一目的行为显然并不受限于市场经营活动。而从《刑法》第 166 条第 1 款具体规定的三项情形可知,为亲友非法牟利行为须发生在与亲友经营管理的单位进行业务合作或经济往来时,行为人往往付出了一定的劳动、支配了资金付出,真实地参与经营活动。

3. 利益输送在主观上具有利他性

在主观罪错方面,行为人存在为亲友非法牟利并造成公司、企业、事业单位利益遭受重大损失的认识和意志因素当无疑问。而为亲友非法牟利罪犯罪构造的特殊之处在于,行为人在利益输送方面表现为内心意思上的利他性,即为他人的公司、企业处理事务,而非为自己处理事务。^[34] 具言之,本罪中的利益输送是单向的,行为人利用职务便利,在促成单位组织体资源分配法益侵害现实化之时,仅追求将本单位的利益输出至亲友方,而不要求亲友给予任何形式的回报。

在司法实践中,利益指向亲友、本人或他人对于犯罪构成并不总是产生影响。例如在挪用公款罪中,“国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款归个人使用”是该罪客观层面的基本特征。罪状中的“归个人使用”就囊括了将公款供本人、亲友或者其他自然人使用三类情形。再如,贪污罪等罪名中非法占有目的中的“占有”,既包括据为己有,也包括使第三者占有。但在为亲友非法牟利罪中,须对本罪中的利益输送进行合目的性限缩,即相应行为至少具有使亲友获利的可能,而排斥行为人独自得利的效果。例如,在《刑事审判参考》第 1494 号案例刘晓宇为亲友非法牟利案中,“在案证据不能证明牟取的利益归被告人刘晓宇个人所有是证成行为人刘晓宇构成为亲友非法牟利罪而非贪污罪的重要依据”。^[35]

同时,为亲友非法牟利罪与《刑法》第 271 条规定的职务侵占罪在外观上也存在一定相似性,这也容易导致两罪之间发生混淆。从罪名构造上看,两罪的犯罪主体高度重叠,

[33] 参见万国海:《论刑法的体系解释》,《南京社会科学》2009 年第 7 期,第 118 页。

[34] 参见柏浪涛:《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,第 47 页。

[35] 周颖佳:《刘晓宇为亲友非法牟利案——如何认定为亲友非法牟利罪》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编《刑事审判参考》(总第 133 辑),人民法院出版社 2023 年版,第 25 页。

且均要求行为人客观利用了职务上的便利,另外二者也都损害了其所在单位的利益。在实务中甄别两罪时应注意,如前文所述,为亲友非法牟利罪须发生在市场经营活动中,强调行为人对于其所在单位参与市场经营活动的决策权和影响力,从而能够使得本单位同自己亲友经营管理的单位从事商业往来;而职务侵占罪则强调行为主体对单位财物形成有效的支配或者控制,从而为其窃取、骗取、侵占本单位财物创造可能,并不要求发生在真实的经营活动中。但较为棘手的是,若行为人借助参加经营活动的方式输送利益,则无法通过上述标准予以区分。此时仍应回归主观层面,从行为自利性和利他性的特征实现区分。职务侵占罪要求行为人以非法占有为目的,对本单位现存的财物以及确定的收益直接据为己有,反观为亲友非法牟利罪的成立则从根本上排斥行为人个人得利。简言之,在区分为亲友非法牟利罪与相关相近罪名时,主观层面的利他性是甄别本罪的关键锚点。

四 为亲友非法牟利罪司法适用的维度

《刑法修正案(十二)》对为亲友非法牟利罪的修订,是强化民营经济发展法治保障的重要举措,有利于在法治环境的塑造中推动各种所有制经济平等使用生产要素、同等受到法律保护。一方面要注意避免陷入僵化、激进以及流于形式的司法误区,另一方面要恪守法定、谦抑和实质三个司法适用的维度,从而使本罪的司法适用能更好地体现立法初衷,实现政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。

(一) 从政策导向走向法律规范:以法定性为中心的适法逻辑

为亲友非法牟利罪的刑事治理以法律文本作为基础的规范性支撑,罪刑法定原则是本罪适用的铁则。罗尔斯曾指出,平等的前提是规则的正义,而这由法则和先例所确定。^[36]近年来,加强保护民营企业的相关文件和报告接连出台,我国立法和司法实践经历了从无到有,从政策指引到法律规制的机能主义转向。党的二十大报告明确指出,“构建高水平社会主义市场经济体制”“毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展”。2025年4月,《中华人民共和国民营经济促进法》颁布,其第3条第3款明确使用了“民营经济组织与其他各类经济组织享有平等的法律地位、市场机会和发展权利”等措辞。

聚焦为亲友非法牟利的活动,行为人所属单位在经济地位上的差异无法推导出刑事法律调整对象的选择性,相反,“国有财产不受背信犯罪的侵犯,而集体财产、私有财产则可以受背信犯罪的侵犯……这种差异缺乏实质依据”。^[37]疏于对民营企业、企业中的工作人员进行调整,反而是对非公有制经济保护不周、存在入罪不公平缺陷的表现。《宪法》第12条和第13条分别指出,社会主义的公共财产和公民合法的私有财产不可侵犯,实际上已经清晰彰显了我国法律对于保护公私财产一致性的基本立场,故而对于经营活动中不同主体的权益保护均不得缺位。实际上,在本次修法前,早有声音呼吁祛除《刑

[36] 参见[美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第491页。

[37] 张明楷:《刑法修正的原则与技术——兼论〈刑法修正案(十二)〉(草案)的完善》,《中国刑事法杂志》2023年第5期,第7页。

法》第 165 条至第 169 条罪名中犯罪主体的“国有”性质,将行为人的工作单位扩充为全部公司和企业。但是由于彼时我国民营企业发展不均衡、建设不规范等原因,此前的刑法修正秉持了“谦抑”“慎重”的立场。如今对本罪规制范围的调整经修法确认并最终落地,使得民营企业内部为亲友非法牟利案件的刑事规制有法可依。

在罪刑法定视域下,为亲友非法牟利案件的办理须密切结合《刑法》第 166 条尤其是《刑法修正案(十二)》的修订之处,把握本罪的秩序性与实体性法益之内核,紧扣犯罪构成要件甄别行为性质。特别要注意,为亲友非法牟利罪与非罪的识别,需要着重关注相关行为特征是否符合全部犯罪构成要件要素。譬如在某地装修案中,甲利用职务便利事先获知其所在公司的相关装修信息和预算标准,秘密告知了其在装修公司做负责人的丈夫乙从而使其顺利中标。事后发现本案装修公司的盈利并未超过正常的获利区间范围,但其因竞标报价最低而中标,那么,此时能否认定甲的行为“致使公司遭受重大损失”就成为案件定性的焦点。在本案中,虽然甲乙的行为违反了招标投标法,但装修工程本身质量合格且装修公司并未从中牟取明显高于市场获利区间的利益,若竞标数额并未明显低于市场报价,那么基于专业、公平、客观的标准就不能认定给公司造成了重大损失,也就无法用本罪展开评价。

实际上,“亲友”“违反法律、行政法规规定”以及“致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失”在犯罪构成的维度上具有内在逻辑和紧密关联,三者均属刑法条文示明的必要犯罪构成要件要素,它们分别从行为对象、行为性质以及行为后果三个方面对本罪构成范围作出限缩、缺一不可,同时“违反法律、行政法规规定”与“致使公司、企业、事业单位利益遭受重大损失”之间具有直接的因果关系。司法机关应当严格依法判断相关行为是否完全符合为亲友非法牟利罪的犯罪构成特征,也不得只因亲友关系的客观存在就不当否定合理的商业行为;对于仅符合部分犯罪构成要件要素的行为,应当根据案件情节通过行政法规或者其他罪名予以规制。申言之,为亲友非法牟利行为的性质界定需要在罪刑法定的框架内严格展开,以彰显刑法评价的严谨和精密。

(二)从“不闻不问”到“适度介入”:以谦抑为中心的慎刑理念

在社会主义市场经济中,相较于国有公司、企业、事业单位,民营企业受到地缘主义和亲缘主义的影响更加显著。而且,民营企业规模庞大、组织繁杂,家族式、关联式的企业集群并不少见,工作人员之间包括亲友关系在内的各种关系缠绕交织。实践中,有以家族式企业为起点的“晋江经验”,它反映出合力实现范围经济的内在优势,^[38]同时折射出公司、企业生存和发展相互之间存在复杂关联的现实。基于以家族式企业为代表的企业协作互助释放全链路经济价值的面向,公司、企业可以按照内部章程开展业务,经济往来和商业合作属于其自治范畴。

在我国,不得非法干预经济纠纷是一项严格的执法规范。公安部在 20 世纪末就先后出台了《公安机关不得非法越权干预经济纠纷案件处理的通知》和《关于严禁越权干预经济纠

[38] 参见任力、何苏燕:《习近平关于民营经济重要论述的理论贡献与实践意义——基于“晋江经验”的分析》,《中国经济问题》2024 年第 1 期,第 10 页。

纷的通知》，禁止公安机关越权插手干预经济纠纷，避免混淆经济纠纷与诈骗案件的界限。

对于民营企业中亲友之间在意思自治范围内的相互让利，刑法不宜介入，否则反而容易造成关联企业“一损俱损”的境况。况且民营企业中的部分关联性交易可能出自扩大业务体量或是给企业进行融资的考量，此类活动对企业利益的利害关系有时并非泾渭分明。^[39] 所以，即便在向亲友主管经营的单位输送利益时发生经济纠纷，也应准确区分犯罪与违法的边界，恪守刑法的谦抑。在对本罪进行认定时，应当充分关注到我国民营企业中客观存在的以家族亲缘等为纽带的复杂关系，注重把握公权力介入的广度与深度，构建亲清统一的新型政商关系。

对于民营企业中具有严重社会危害性的为亲友非法牟利行为进行打击，与保护民营企业、尊重刑法的谦抑性并不矛盾。在既往实践中，正是由于立法者长期以来对于民营经济中背信行为的忽视，导致民营企业内部滋生腐败、背信的情况屡见不鲜。在严谨认定民营企业工作人员是否实施了具备本罪构成要件行为的基础上，应恪守罪刑法定原则的要求，从而实现对民营企业的长效保护，祛除和化解民营企业经济往来中劣币驱逐良币的风险，惩戒真正危害企业存续、经济发展的行为，切实优化民营经济的法治环境。另外，在未来有必要将本罪定位成我国刑法分则中新类型的亲告罪。过去，我国刑法出于对家庭法制传统的尊重，以及基于诉讼经济原则的考虑，在社会利益本位下设置了亲告罪。^[40] 当前，我国民营经济已经形成相当大的规模，推动民营经济高质量发展已经具备了坚实的基础。在此背景下，《刑法修正案（十二）》将为亲友非法牟利罪的适格主体扩充至民营，虽然有利于消灭民营经济发展中的不安定因素，但也应认识到，民营企业以参加商业活动为存续的基本表征，在意思自治的原则下有序发展，更符合非公有制经济发展的现实需要。出于对民营经济发展和企业自主性意志的考量，在民营企业工作人员实施为亲友非法牟利罪，非法经营同类营业罪以及徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪这三种民营企业内部特殊背信犯罪的情形下，可在未来的修法中增设“告诉的才处理”条款，通过定位于亲告罪的方式实现对罪名追诉标准的调控与重构。当然，在现阶段，出于对成文立法规范法安定感的维护，可在严守法定性、谦抑性、实质性的前提下，通过“目的性限缩”的方式在司法中实现对追诉权再分配的方案，防止追诉犯罪反噬被害人的利益。^[41]

（三）从外在对等到内在差异：以实质为中心的不法甄别

首先，增设为亲友非法牟利罪对民营企业的平等保护不是与国有性质单位刑法保护在形式外观上的机械平等，而是要固守立法精神的一致性，对不同主体犯罪构成要件作实质性、差异化的认定。这是因为，“由于形式正义只保证一种原则上的公正平等，所以不可能在每种结果上都是正义的”。^[42] 因此，平等保护的实质侧面是高水平的、更符合现今

[39] 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，第33页。

[40] 参见陈璇：《论亲告罪的立法意旨——刑法在社会利益本位原则下的灵活应变》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2005年第6期，第85-86页。

[41] 参见陈金林：《犯罪预防、被害人保护与犯罪追诉权配置——以〈刑法修正案（十二）〉为背景》，《苏州大学学报（法学版）》2024年第2期，第68-70页。

[42] 王立：《平等的双重维度：形式平等和实质平等》，《理论探讨》2011年第2期，第60页。

社会主义经济发展需要的平等。

其次,基于体系解释的立场,应当认识到不同罪名对于法定刑配置的差异,以及背后所蕴含的立法者对于犯罪行为实质的考量。“考虑到当前对不同所有制主体治理结构上的差异,也不能简单地在刑法中将涉及两种不同所有制的犯罪简单拉平,否则反倒不利于非公有制经济的发展。”^[43]在我国既往的立法实践中,犯罪主体是否具有国有性质是犯罪数额认定的关键性区分要素。^[44]而在《刑法修正案(十二)》的制定过程中,之所以保持《刑法》第 166 条两款分立,是力求保留原有表述以充分彰显和惩治国有公司、企业和事业单位,^[45]这一立法体例也为不同性质单位组织体的刑法规制之力度差异提供了参考佐证。我国传统法律文化中素有“从严治吏”的倾向,前述规定表明司法解释对于国有性质主体犯罪持更为严厉的态度,对于民间罪错则持相对缓和、宽容的态度。根据这一法律文化和司法规范中蕴含精神的一致性可知,对于为亲友非法牟利罪中两款不同主体犯罪的数额认定标准允许有差异,这与刑法对不同主体的平等保护互不冲突。

最后,在犯罪主体国有性质认定时,应坚持实质主义立场。随着社会主义市场经济的蓬勃发展,社会组织体公私性质设定日趋复杂,个人在具体工作中的分工亦有所差异,在本罪罪状示明的犯罪主体“国有公司、企业、事业单位的工作人员”之外,又衍生出国有性质单位委派到非国有性质单位组织体中从事公务的人员的犯罪主体适格问题,以及国有公司、企业是否仅限于国有独资、全资类型的问题。

一般认为,国有公司、企业委派到国有控股、参股公司从事公务的人员,亦可担当本罪的犯罪主体,该说有力的规范性依据系最高人民法院于 2005 年 8 月颁布施行的《最高人民法院关于如何认定国有控股、参股股份有限公司中的国有公司、企业人员的解释》,文件关注到刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪第三节妨害对公司、企业的管理秩序罪中的非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪等罪名在实践中关于犯罪主体“国有公司、企业”的认定疑难,明确指出“国有公司、企业委派到国有控股、参股公司从事公务的人员,以国有公司、企业人员论”。此外,《刑法》第 93 条也将“委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员”拟制为与“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员”相当的国家工作人员,反映出非国有组织体中从事国有性质公务行为与国有组织体中工作行为的同质性,彰显了立法者对组织体国有性质认定的实质主义立场。

[本文为作者参与的 2023 年度国家社会科学基金重大项目“传承中华优秀传统文化法律文化研究”(23ZDA079)的研究成果。]

[43] 时延安:《中国刑法的宪法根据及其约束力》,《中国刑事法杂志》2023 年第 2 期,第 17 页。

[44] 例如,2016 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》将非国家工作人员受贿罪及职务侵占罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点,按照受贿罪、贪污罪相对应的数额标准规定的二倍、五倍执行;将挪用资金罪中的“数额较大”“数额巨大”以及“进行非法活动”情形的数额起点,按照挪用公款罪“数额较大”“情节严重”以及“进行非法活动”的数额标准规定的二倍执行;将对非国家工作人员行贿罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点,按照行贿罪的数额标准规定的二倍执行。

[45] 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,第 78 页。

New Interpretation and Judicial Application of the Crime of Illegal Profit-Making for Relatives or Friends

[**Abstract**] In view of the increase in the number of acts of breach of trust within private enterprises that involve illegal profit-making for relatives and friends in judicial practice, Amendment (XII) to the Criminal Law added one paragraph to Article 166 of the Law, expanding the scope of the eligible subjects for the crime of illegal profit-making for relatives and friends from employees of state-owned enterprises to those in private enterprises. At the same time, this amendment adds the act of “accepting and providing services” to the unreasonable sale and purchase of goods, and optimizes the wording of the original provision. With the arm of law becoming longer and longer, we should, in light of the normative protection purpose of the crime of illegal profit-making for relatives and friends, clarify the compound legal interests protected by this crime, and, on this basis, re-examine the meanings of the relevant elements of the crime to make a proper interpretation of them. In judicial practice, to distinguish between this crime and other crimes, we should also make it clear that the crime of illegal profit-making for relatives and friends undermines the relationship of trust formed on the basis of the labor concept of the new era in companies, enterprises, and institutions. The crime shall be strictly limited to the real socialist market business activities. At the subjective level, the crime does not require the perpetrator himself to unlawfully take possession of property, but to have an obvious purpose of profiting others. Based on the doctrinal interpretation of the norms of the crime of illegal profit-making for relatives and friends, there are three approaches to applying this crime in judicial practice. Firstly, to review the evolution of this crime from policy orientation to legal norms and adhere to the legality-centered logic of application. Secondly, to summarize the regulatory paradigm shift of the criminal law from indifference to moderate intervention and strictly adhere to the concept of modesty-centered prudent punishment. Thirdly, to summarize the evolution of equal protection for entities of different natures and organizations from the external formal protection to the attention to the intrinsic differences of the two and practice the substance-centered screening of unlawfulness. In the process of understanding and applying this crime, on the one hand, we should be alert to the phenomenon that the criminal legislation in the past has long neglected the illegal behaviors of profit-making for friends and relatives in private enterprises and rectify the abnormally inadequate protection of private enterprises by the criminal law. On the other hand, it is necessary to avoid improperly intervention by the criminal law in economic disputes between entities exercising the autonomy of will, and to grasp the strength and limit of the intervention by the public power.

(责任编辑:董 坤)