

浅析背信罪主体扩大的合理性

——基于《刑法修正案(十二)》的重大修订

杨思懿

西南科技大学法学院, 四川 绵阳

收稿日期: 2024年4月23日; 录用日期: 2024年7月16日; 发布日期: 2024年7月25日

摘要

《刑法修正案(十二)》扩大了相关几个特殊背信罪的主体范围, 对民营企业、企业的董事、监事、高级管理人员的背信行为予以规制。此举不仅回应了对民营企业的平等保护, 更是促进国民经济高质量发展的重要举措。但出于对背信罪保护的法益不同, 相关主体判处相同的罪名和相同的量刑情节需要进一步探讨论证。从背信罪的本质出发分析背信行为的刑法规制合理性, 探索建立保护民营企业合法权益机制和有效打击背信行为的法律解决机制。

关键词

《刑法修正案(十二)》, 背信罪, 民营企业

An Analysis of the Rationality of Expanding the Subject of the Crime of Trust

—Based on the Major Amendment of *The 12th Amendment to the Criminal Law*

Siyi Yang

Law School, Southwest University of Science and Technology, Mianyang Sichuan

Received: Apr. 23rd, 2024; accepted: Jul. 16th, 2024; published: Jul. 25th, 2024

Abstract

The 12th Amendment to the Criminal Law expands the subject scope of several special crimes of trust, regulating the crime of trust of directors, supervisors and senior managers of private com-

panies and enterprises. This not only responds to the equal protection of private enterprises, but is also an important measure to promote the high-quality development of the national economy. However, due to the different legal interests of the protection of crime of trust, the same charges and the same sentencing circumstances of relevant subjects need to be further explored and proved. From the essence of the crime of trust to analyze the rationality of the criminal regulation of crime of trust, explore the establishment of the mechanism to protect the legitimate rights and interests of private enterprises and effectively combat the legal settlement mechanism of crime of trust.

Keywords

The 12th Amendment to the Criminal Law, Crime of Trust, Private Enterprises

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

《刑法修正案(十二)》针对部分背信类犯罪主体做出了重大修订,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 165 条非法经营同类营业罪、第 166 条为亲友非法牟利罪、第 169 条徇私舞弊低价折股、出售公司、企业国有资产罪将民营企业的董事、监事、高级管理人员纳入犯罪主体。《刑法修正案(十二)》无疑是扩大了背信罪的刑法打击范围。

值得注意的是,刑法作为社会治理的最后手段,需要保持一定的谦抑性,要充分考虑刑法介入的必要性和合理性。国有企业的董事、监事、高级管理人员是基于法律规定忠实勤勉义务以及防止国有财产、资产流失的义务,将其上升到刑法规制。其侵犯的法益不仅包括国有公司、企业的财产所有权还包括公职人员的职务廉洁性。对于民营企业而言,董事、监事、高级管理人员对于企业负有忠实勤勉义务是毋庸置疑的,问题在于其侵犯的法益仅是私人财产所有权,且没有侵害公职人员的职务廉洁性。《刑法修正案(十二)》将民营企业内部的背信行为与国有企业内部的背信行为规定为同一罪名,罪责刑是否相适应值得深思。

2. 背信罪的本质

所谓背信罪,是指依法律、公务机关命令或法律行为为他人处理事务的人,违背其业务,致使他人财产受损失的行为[1]。关于背信罪的理论基础,包括滥用权限说、背信说以及背信的滥用权限说。

滥用权限说认为背信罪的实质是行为人在具备合法有效的代理权基础上,与第三人实施导致公司财产权受到损失的行为。此说的观点要求背信罪的成立需要存在有效的代理权,即在代理权失效后,虽然代理人仍对财产占有保管,但其实施的背信行为不能以背信罪论处。在此种情形下,即使法律规定代理人对财产保管拥有妥善保管义务,也无法以背信罪定罪处罚。此外,滥用权限说要求行为人的行为方式仅包括“滥用”代理权,而不包括“越权”行为等情形。

背信说,又称信用义务说,其认为背信罪的本质在于违背他人的信任以及忠实信用义务进而侵害其财产的行为。一般来说,民事法律主体间意思自治仅能衍生出私法意义上的权利及义务,因而与此相对应的义务违反或权利滥用也仅可落入民事责任的范畴内。但是,当双方之间存在一个超然于一般契约关系的特殊信任关系时,则可例外地允许刑法对于损毁此等信任关系而致财产损害的犯行予以调控[2]。

背信的滥用权限说则认为背信罪的基础是诚实信用义务，但只有滥用对他人财产的管理权限或事务上的处理权限，从而违反诚实信用义务的行为才是背信行为。这意味着行为人是基于法律规定或约定而产生的代为保管他人财产利益的义务，并且因为这个义务必须为或不为的行为。行为人基于上述义务具有处分财产的权利即具备了侵害财产的可能性，将这种可能性变为现实的行为即为背信罪。

综上所述，笔者认为滥用权限说对背信罪的范围设定过窄，不利于保护信赖利益和公民的财产所有权；背信说对背信罪设定的范围设定过宽，极大地扩张了背信行为的范围，将一些社会危害性较轻的行为纳入刑法打击范围，不符合刑法作为最后手段的原则。背信的权限滥用说设定的背信犯罪的范围相对适应我国的实际情况并且与我国刑法背信罪的内容相匹配。

3. 《刑法修正案(十二)》扩大背信罪主体的积极意义

3.1. 落实民营企业、企业平等保护的需求

《中华人民共和国宪法》第6条规定了我国的经济制度，即实行的是以公有制经济为主体、多种所有制经济共同发展的经济制度。公有制经济作为我国经济制度中的主体，无论是其在国民经济结构中的体量还是发挥的作用，与民营经济均不可等量齐观。但这并不意味着，两者的法律地位不同，就如同在公司、企业的股东股权比例不同一般，但具有相同的股东地位^[3]。在社会主义市场经济中，无论是国有、集体还是私有，都需要在市场中公平竞争，公平竞争的前提是公平保护。本次《刑法修正案(十二)》也是对宪法平等保护私有经济的强力回应。

民营企业作为国家经济的一个重要部分，但其法人权利在法律上却不能像国有企业一样受到平等的保护。在我国，长期以来，刑事立法对私营企业的背信行为缺乏有效的规制。针对这一点，民营企业强烈要求刑法对民营公司、企业内部人员的背叛行为给予与国企员工同样的保护。我国现行刑法对违反忠实义务，损害公司内部治理结构，损害企业合法权益等方面仍有不足，相应的刑事制裁措施也不尽人意。为此，不少私营企业主多次在各种场合要求刑事立法应重视、严厉打击这类犯罪，以保护自己的正当权利。

最高人民法院院长周强向十三届全国人大三次会议作最高法工作报告时指出：“全国各级人民法院要加强产权司法保护。坚持各类市场主体一律平等，对国企民企、内资外资、大中小微企业一视同仁。”周强还表示，“对司法解释进行清理，废除一切对民营企业的平等规定。”

民营公司、企业作为我国社会主义市场经济的重要组成部分，如图1所示，根据中国统计年鉴的数据，截止2022年12月，私人控股法人人数达31,491,401个，占国有控股、集体控股、私人控股法人人数的98%以上。民营公司、企业在经济发展、税收贡献、保障就业、科技创新中起到不可忽视的作用。

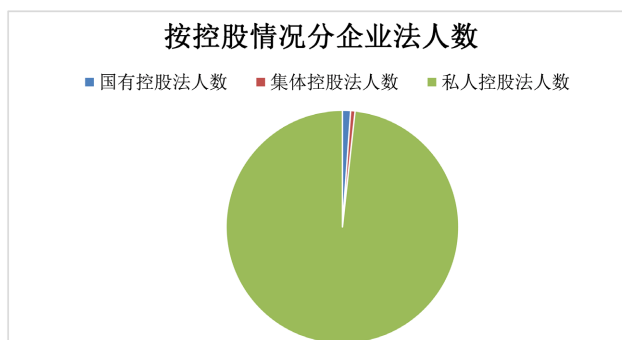


Figure 1. The number of legal persons classified by the holding situation
图1. 按股份情况分企业法人人数

3.2. 民营企业内部犯罪的现实需要

伴随着经济的飞速发展，民营企业的数量也越来越多。企业不断发展，摆脱了早期的单一模式。企业高管通常只参与企业的策略决定，对于具体的经营事务则不可避免地下放决策权，由此形成了以董事、监事、高管为权力中心的经理人。它们控制着公司的核心竞争力，例如资源配置，商业秘密等。在实践中，他们有可能对公司的利益造成损害。

近年来，公司、企业的内部犯罪频发，如图 2 所示，将正常会给企业带来利润的交易转给他人、进行故意的不当关联交易等背信行为呈现损失和案件比较大的特征。这说明，背信行为的案件数量虽然不如贿赂、侵占案件多，但其单独行为导致公司、企业的损失远远大于单独的贿赂、侵占案件。更为重要的是，民营公司、企业内部人员的背信行为会造成市场的恶性竞争，扰乱市场秩序，严重的更会造成众多民营企业对未来预期的降低，从而减少科技创新、产品创新行为，导致市场活力大幅降低。

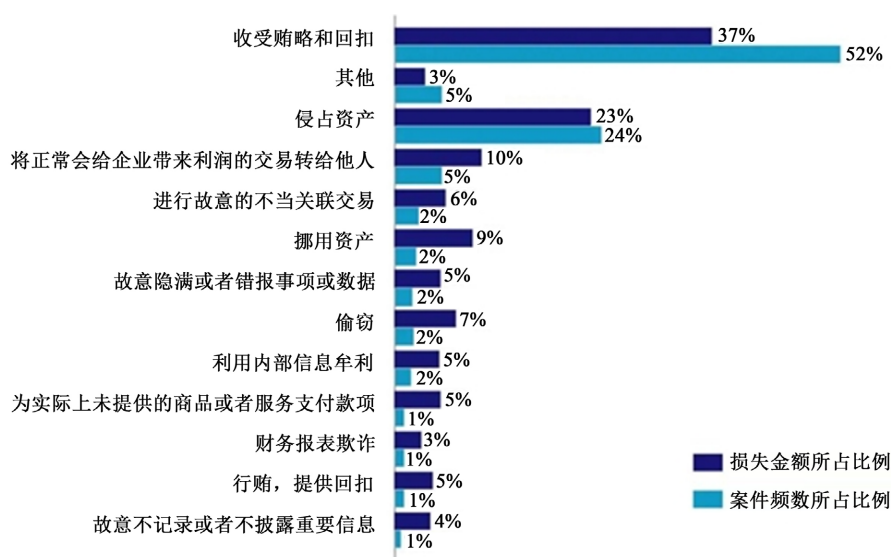


Figure 2. The proportion chart of internal crimes and losses in private enterprises
图 2. 民营企业内部犯罪和损失比例图

3.3. 促进国民经济高质量发展

在党的二十大中，习近平总书记做出我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段的重大论断，明确了今后的经济发展趋势是高质量发展。民营企业作为我国的经济发展的关键一环，是促进国民经济高质量发展的关键一环。

《中共中央国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》(以下简称《意见》)指出民营经济是推进中国式现代化的生力军，是高质量发展的重要基础，是推动我国全面建成社会主义现代化强国、实现第二个百年奋斗目标的重要力量。《意见》明确强调要强化民营经济发展法治保障，其中最重要的就是构建民营企业源头防范和治理腐败的体制机制。

4. 背信罪主体扩大的理论不足和实践缺陷

4.1. 法益侵害说的角度

从《刑法》体系来看，背信罪被规定在《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的第三节妨害公司、企业的管理秩序罪。可见其侵犯的客体是国家对公司、企业的管理秩序。从不同性质的公司、企业来看，

民营企业内部的背信罪所保护的法益是公司的财产利益，公司的利益即为股东的利益所组成，笔者更倾向于其保护的法益是个人财产的所有权；国有公司、企业事业单位人员的背信罪侵犯的不仅是国有财产的所有权，更侵犯了公职人员的职务廉洁性，属于复杂法益。我们应当充分考虑到由于公司性质不同，其行为的社会危害性也会有所不同。刑法最重要的原则之一就是罪责刑相适应原则，如果背信罪仅针对背信行为损害的财产利益给予保护，那么对于侵害公职人员的职务廉洁性如何评价。如此一来，《刑法修正案(十二)》对民营公司、企业的平等保护仅表现为形式上的平等保护而非实质上的平等保护。

4.2. 犯罪主体的覆盖面不全面

从犯罪的类型来看《刑法》第 165 条非法经营同类营业罪、第 166 条为亲友非法牟利罪、第 169 条徇私舞弊低价折股、出售公司、企业国有资产罪均属于身份犯，即具备一定职务身份的人才能构成该犯罪的犯罪主体。《刑法修正案(十二)》最为显著的修订就是将背信类犯罪主体扩大至民营企业的董事、监事以及高级管理人员。其表述为公司、企业的董事、监事、高级管理人员。对于上述增加主体的范围，我们主要参照《公司法》的相关规定。

那么需要注意的是，对于普通员工的背信行为我们能否通过刑法规制呢？在实践中，除了上述主体以外，往往还存在着普通员工参与到公司的核心事务从而掌握公司的商业秘密等，普通员工利用自己非法获取的商业秘密等实行背信行为，对公司、企业造成的损失也是无法估量的。刑法制裁需要保持一定的谦抑性，但在《刑法修正案(十二)》的背景下，这种谦抑性会导致实质上的犯罪行为没有受到刑法的规制。

从比较法视域来看，域外立法大多设有背信罪，例如德国现行《德国刑法典》第 266 条规定：“行为人滥用其依据法律、官方委托、或法律行为所取得的处分他人财产或使他人负有义务的权限，或者违反其依据法律、官方委托、法律行为及因信托关系而负有的管理他人财产利益的义务，致委托人财产的利益遭受损害的，处五年以下自由刑或罚金刑。”日本以及中国台湾地区均设有普通背信罪以打击背信行为。在这些国家和地区，背信罪的主体也并非纯正身份犯，而是针对具有委托代理的义务产生的刑事责任。

4.3. 民营企业背信罪导致市场活力不足

在轻罪治理的当下，过度的犯罪化处理，会导致社会矛盾激化，民营企业尤其是中小企业，其经营特点具备一定的灵活度，轻微的背信行为对企业的危害性不大，将之犯罪化处理不仅影响企业的正常经营更会造成一些轻微犯罪的人员受到刑事处罚带来的高成本的犯罪附随后果。

在刑法中，只有当一种行为的量持续累积，直至产生了严重的社会危害，从而导致了行为的内在结构发生了质变，才能对其进行刑法的评价。而认定一件行为是否具有严重的社会危害性，则要看刑法所保护的法益有没有被侵犯或者危及到。惩罚不是目的，规范市场、保护企业合法利益才是背信罪的社会目标。

5. 打击背信行为的未来展望

5.1. 区别对待各主体的背信行为

如前所述，《刑法修正案(十二)》修改的背信罪主体实施的背信行为侵犯的法益有所不同，我们可以通过司法解释对侵犯复杂客体的国家工作人员的背信行为予以加重处罚或者通过对民营企业、企业的董事、监事、高级管理人员减轻处罚来进行区别对待。这种区别对待实质上是一种平等原则的体现，平等原则要求实质上的平等，非公企业工作人员不同，国家工作人员实施相关犯罪除了侵犯财产法益外，还

侵犯了公职行为所特有的法益。其法益侵害性明显强于非公企业工作人员所实施的相关犯罪。立法者绝不能忽视这种差异性，否则造成形式上的平等，实质上是加深了对民营企业的不平等待遇。

另外，对于民营公司、企业董事、监事、高级管理人员的解释是否需要进一步限定。由于公司法的相关规定，并没有涉及到合伙企业的组织架构以及对于很多公司内部的核心部门的员工。虽然只有公司的董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实勤勉义务，但一般员工如利用职务便利实施背信行为，刑法无法对其进行制裁。所以对于民营企业的董事监事高级管理人员的界定，刑法及其相关司法解释需要进一步考虑到司法实践的需要。

5.2. 完善背信罪的刑法规范体系

从立法沿革上看，我国刑事立法主张对背信行为扩大打击面，不断提高背信罪的覆盖范围，但出于维护法律秩序和刑法内部逻辑稳定的目的，我们并没有采取域外立法的模式增设一般背信罪。一般的背信罪在立法上和司法上都过于昂贵，而我国现有的刑事立法中又有许多专门的背信罪，若再增设一般的背信罪，则会造成法律关系上的混乱。从法条竞合和想象竞合两个角度对背信罪竞合进行分析，势必造成司法上的困惑。值得注意的是，设立一般背信罪后，我们要考虑到一般背信罪的构成要件是否会很轻易使得一些犯罪情节显著轻微的行为纳入刑法打击范围，形成一个口袋罪，一方面会造成对司法权力的滥用，另一方面过度地依靠刑法打击会造成社会主义市场经济的活力不足，对民营企业的健康发展产生不利的影响。

我国刑事立法虽然未设立一般背信罪，但考虑到市场经济的蓬勃发展，在未来社会中的诚信体系建设的重要性，我们的立法逐渐在特殊的背信罪上一直完善，走适合中国国情的新时代中国特色社会主义法治道路。

5.3. 加强背信行为行刑衔接机制

当下我国犯罪治理已进入轻罪时代，然而，十二部刑法修正案表明，轻罪时代我国刑事立法一直存在泛刑化与重刑化的趋势。加强对民营企业的保护与治理单位贿赂犯罪应从企业内部推动其依法合规经营，轻罪时代的犯罪治理不能延续传统泛刑化与重刑化的方式，刑事立法应谨慎进行犯罪化，刑罚配置应尽量轻缓[4]。加强对企业内部背信犯罪的控制，不能单纯依靠事后刑法的改进，而前置法缺乏对企业内部违法行为的评估和处罚力度的欠缺，是造成企业涉足犯罪的上游因素。对于这一问题，我们应该遵循“先犯穷尽”的原则，即只有在“前法”没有明确规定的情况下，才能将“犯罪化”。将违反“忠实义务”的背信行为纳入行政法的调节范围，通过行政罚款等方式与公司内部章程规定相结合对行为人进行惩治，达到治理与惩罚并重的效果[5]。

笔者认为，可以适当对民营公司、企业的背信行为通过刑事政策放宽刑事制裁标准，通过行政法介入背信行为，对社会危害性不大的背信行为不以刑事犯罪论处。由此，首先可以充分保障民营公司、企业的竞争活力，不过度干预市场，另外在轻罪治理的当下，过度的犯罪化处理，会导致社会矛盾激化，先通过行政法手段审查，没有达到刑事犯罪标准就予以行政制裁，一方面可以及时保护公司、企业的合法利益，另一方面大部分行为人通过接受行政制裁已经无法涉足之前行业，但并不至于影响行为人改过自新，从事其他行业。惩罚不是目的，规范市场、保护企业合法利益才是背信罪的社会目标。

6. 结语

《刑法修正案(十二)》对背信罪主体扩大是一个具有里程碑意义的事件，对于民营企业的保护越来越得到法律的重视。民营企业同国有企业平等地受到刑法层面的保护。一方面，回应了《宪法》对私有经济的平等保护，解决了民营公司、企业内部犯罪治理的问题，另一方面在新时代新征程中，赋予民营公司、企业更多的力量加快国民经济高质量发展。但其侵害法益明显有所差别，对于侵犯不同法益，我们

不能简单地就形式上给予平等保护，要遵循罪责刑相适应原则，探索建立一套适合新时代中国特色社会主义道路的背影罪立法模式。通过刑事政策以及司法解释的方法对《刑法修正案(十二)》给予更精细化、科学化、合理化的运用，以期望司法实践中可以达到政治效果、社会效果、法律效果相统一的成果。

参考文献

- [1] 张明楷. 外国刑法学纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 621.
- [2] 张梓弦. 背信罪: 源起、流变及现状[J]. 荆楚法学, 2023(6): 135-148.
- [3] 田宏杰. 企业内部人员职务犯罪的刑事治理完善[J]. 中国刑事法杂志, 2024(1): 97-112.
- [4] 刘艳红. 轻罪时代刑事立法泛刑化与重刑化之理性反思——以《刑法修正案(十二)》为视角[J]. 法学评论, 2024, 42(2): 11-22.
- [5] 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[J]. 政法论坛, 2024, 42(2): 30-41.