

非法经营同类营业罪中“重大损失”的认定标准研究

蒋 建

杭州电子科技大学数字媒体与文法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2026年8月24日; 录用日期: 2026年9月20日; 发布日期: 2026年10月27日

摘 要

《刑法修正案(十二)》在《刑法》第165条中增加第2款, 将非法经营同类营业罪的主体扩展至民营企业人员, 并以“致使公司、企业利益遭受重大损失”作为入罪条件, 但该要件目前缺少配套司法解释, 认定标准尚不明确, 亟须厘清“重大损失”的判断前提、范围界定与计算规则。运用刑法教义学分析方法, 从行为人获利与公司损失、义务违反与结果要件的区分入手, 确立损失应独立认定的前提, 并选取现实财产减损、营业利润损失、纯粹商业机会丧失三种典型利益减损形态逐一进行类型化分析。行为人的获利不能直接反推公司损失, 义务违反也不能替代损失的实质认定, “重大损失”应通过考察公司财产状况的实际变化来独立判断。现实财产减损应纳入损失范围, 营业利润损失在满足严格归因条件后可有条件地认定, 纯粹商业机会的丧失原则上不应纳入; 在计算上应遵循整体财产说下的抵销原则, 剔除市场波动等非行为因素的影响; 对于股权高度集中的企业, 应区分法人独立性是否实质存在来分别处理。上述方案在尊重“致使重大损失”独立限缩功能的前提下, 为“重大损失”的范围界定和数额计算提供了具有可操作性的分析框架, 有助于《刑法修正案(十二)》平等保护民营企业立法目标的实现。

关键词

《刑法修正案(十二)》, 非法经营同类营业罪, 民营企业, 重大损失

A Study on the Standard for Determining “Significant Loss” in the Crime of Illegally Operating a Competing Business

Jian Jiang

School of Digital Media and Humanities, Hangzhou Dianzi University, Hangzhou Zhejiang

Received: August 24, 2026; accepted: September 20, 2026; published: October 27, 2026

Abstract

The *Criminal Law Amendment (XII)* added a second paragraph to Article 165 of the *Criminal Law*, extending the scope of the crime of illegally operating a competing business to include personnel of private enterprises, with “causing significant loss to the interests of the company or enterprise” established as a prerequisite for criminal liability. This element currently lacks supporting judicial interpretations, and the standard for its determination remains unclear, making it necessary to clarify the premise, scope, and calculation rules for “significant loss”. Adopting a doctrinal analysis of criminal law, this study distinguishes the perpetrator’s profit and the breach of the non-compete obligation from the result element of loss to establish that loss must be independently assessed, and then classifies and examines three typical forms of diminished interests: actual property loss, operating profit loss, and the loss of purely speculative business opportunities. The profits obtained by the perpetrator cannot be directly equated with the losses suffered by the company, nor can a breach of the non-compete obligation substitute for a substantive determination of loss; “significant loss” should be independently assessed by examining the actual changes in the company’s financial condition. Actual property losses should be included within the scope of loss, operating profit losses may be conditionally recognized upon satisfaction of strict attribution requirements, and the loss of purely speculative business opportunities should in principle not be included. In terms of calculation, the set-off principle under the aggregate property doctrine should be applied, excluding non-conduct-related factors such as market fluctuations. For enterprises with highly concentrated equity structures, the determination should distinguish between cases where the independence of corporate legal personality substantively exists and cases where it does not. This framework, while respecting the independent restrictive function of the “causing significant loss” element, provides an operable analytical approach for defining the scope of loss and calculating its amount, thereby serving the legislative goal of the *Criminal Law Amendment (XII)* to equally protect private enterprises.

Keywords

Criminal Law Amendment (XII), Crime of Illegally Operating a Competing Business, Private Enterprises, Significant Loss

Copyright © 2026 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. 引言

2023 年 12 月 29 日,《中华人民共和国刑法修正案(十二)》¹(后文简称《刑法修正案(十二)》),在《中华人民共和国刑法》²(后文简称《刑法》)第 165 条非法经营同类营业罪中增加第 2 款,将犯罪主体从国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员扩展到其他公司、企业的相应人员。这一修正旨在加强对民营企业的平等保护,弥补此前刑法仅将国有企业人员背信行为纳入规制范围所形成的保护缺口。

与第 1 款以“获取非法利益,数额巨大”作为入罪门槛不同,第 2 款设置了更高的入罪条件,行为入不仅要违反法律、行政法规规定,还须致使公司、企业利益遭受重大损失。该要件是第 2 款在司法适用中不可避免的核心问题,然而截至目前,既没有配套的司法解释对重大损失的认定标准作出具体规定,

¹https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202312/content_6923386.htm

²http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lftz/rlzs/2008-08/21/content_1882895.htm

也鲜少有相关公开判例可供参照。虽然学界在讨论《刑法修正案(十二)》时在各自的论文中不同程度地触及了这一问题,但大多停留在附带讨论的层面,缺少对重大损失要件的专题研究。

重大损失的认定在操作层面面临若干难题,涉及损失的判断前提、范围界定与计算规则等方面。这些问题不解决,第2款就很难在司法实践中得到准确、统一的适用。

本文尝试围绕《刑法》第165条第2款中的“致使公司、企业利益遭受重大损失”这一结果要件展开教义学分析,在确立损失必须独立认定的基础上,选取非法经营同类营业罪中三种典型的利益减损形态,逐一讨论其能否纳入“重大损失”的认定范围,并就数额标准、因果关系、整体财产结算等计算规则以及股权集中企业、刑民衔接等特殊情形的认定规则进行讨论,力图为未来的司法适用提供参考。

2. 重大损失的判断前提

《刑法》第165条第2款以“致使公司、企业利益遭受重大损失”作为入罪条件,条文本身已明确判断对象是公司的损失。但在实践中,由于损失的认定远比获利的认定复杂,很可能出现两种替代方案:一是用行为人的获利数额来反推公司的损失数额,二是从行为人违反竞业禁止义务这一事实直接推导出公司受到了损失。如果接受这两种做法,很大程度上就会消解重大损失这一要件的独立功能。因此,有必要在进入具体的损失范围和数额讨论之前先对其加以辨析。

(一) 行为人获利与公司损失之间的关系

关于行为人获利能否用于认定公司损失,学界存在明显的分歧。

一种观点认为二者可以互换。由于非法经营同类营业罪的特殊性,获取非法利益与致使公司、企业利益遭受重大损失实际上是一体两面的关系,第2款的入罪标准可以参照第1款“获取非法利益,数额在10万元以上”的追诉标准^[1]。这一思路在操作上确实简便,查清行为人经营同类营业赚了多少钱,就等于查清了公司损失了多少钱,省去了损失认定中最麻烦的因果关系和数额计算问题。2010年施行的《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)》³(后简称《追诉标准(二)》)第13条在解释为亲友非法牟利罪的“遭受重大损失”时,曾采用过类似的技术,将“造成国家直接经济损失数额在十万元以上”和“使其亲友非法获利数额在二十万元以上”作为并列的入罪标准,以2:1的比例建立了获利与损失之间的换算关系(该条在2022年修订版中已被删除)。

不过,也有学者对此提出了不同看法。以非法获利判断重大损失虽然简便,但容易造成罪刑不均衡^[2]。为说明这一问题,可考虑如下假设案例:A是B公司的董事,在B公司注册地之外设立了经营同类业务的C公司,C公司第一年获利100万元,但A从未从B公司引流过任何客户,C公司完全独立于B公司经营。假定行为要件已经满足,仅就结果要件而言,按照一体两面的逻辑,C公司的100万元获利可以换算为B公司的损失,但事实上B公司的客户没有流失,营收没有减少,财产状况并未因A的竞业行为发生任何恶化。

可见,获利与损失之间的对应关系并不像“一体两面说”所预设的那样稳定,在特定情形下二者可能出现明显的脱节。行为人获利是从行为人的角度出发,考察他通过竞业行为得到了什么;公司损失则是从公司的角度出发,考察公司的财产状况因竞业行为发生了什么变化。二者虽然在很多情形下会重叠,如行为人挖走了公司的客户,获利与损失大致对应,但也存在脱节的场景。如果忽略这种情况的存在,一律用获利来推定损失,就可能在个案中将并未受到财产损害的企业认定为被害人,这在逻辑上难以成立。

此外,从条文表述来看,第2款的入罪条件是“致使公司、企业利益遭受重大损失”,不是“获取非法利益或者致使重大损失”,立法者没有为行为人获利设置替代损失的通道。如果允许用获利直接反推损失,第2款单独设定这一入罪门槛的规范意义就很难得到体现,沿用第1款的获取非法利益,数额

³<https://www.mps.gov.cn/n6557558/c8323176/content.html>

巨大即可，而无需再另设标准。

需要说明的是，本文否定的不是获利数据在损失认定中的一切参考价值，而是否定将获利数额直接等同于损失数额、从而绕开对公司财产状况实际变化的考察这一做法。

(二) 义务违反与损失认定应当分别判断

实践中还可能出现另一种倾向，即行为人违反了竞业禁止义务，就直接认定公司利益受损。这种推理在构成要件的层面上存在疑问。违反法律、行政法规规定经营同类营业，属于第2款的行为要件；致使公司、企业利益遭受重大损失，属于第2款的结果要件。二者是两个独立的构成要件要素，各有各的判断对象和判断标准。行为人确实违反了竞业禁止义务，只意味着行为要件得到满足，并不能自动推导出结果要件的成立。公司的财产状况有没有因此恶化、恶化到什么程度，仍然需要另行查证。

在办理此类案件时，应对相关背信行为是否造成了重大损失进行实质判断，重点考察市场主体意愿，谨防以单纯的义务违反或者破坏公司、企业管理秩序为由，动用刑法对民营企业内部人员进行道德管理[3]。实践中，公司管理人员常常会基于业务分类、区域分类、扩大业务体量等正当原因而经营与本公司业务具有竞争关系的同类营业，这类行为未必会对公司财产权造成损失。如果仅凭义务违反就认定重大损失，实际上是将管理秩序层面的问题等同于财产损失层面的问题，把两种不同性质的法益侵害混为一谈。

在民营企业的语境下，这个区分尤其需要坚持。市场竞争是多方参与的动态过程，一个新的竞争者进入市场，不一定导致原有企业的利益减损。只有当行为人的竞业行为与公司的财产减损之间存在具体的因果关系时，才能认定重大损失。否则，刑法就会变成管理企业内部秩序的工具，任何违反竞业禁止义务的行为都可能被当作犯罪处理，这不符合刑法谦抑性的要求，也违背了《刑法修正案(十二)》保护民营企业的立法初衷[4]。

3. 重大损失的范围界定

明确了损失必须独立认定的前提之后，接下来就须厘清什么样的利益减损可以被计入“重大损失”。本文选取非法经营同类营业罪中三种典型的利益减损形态，逐一讨论其能否纳入“重大损失”的认定范围。

3.1. 现实的财产减损

公司已经实际投入的人力、物力、资金等成本，因行为人的竞业行为而无法回收的部分，属于确定的现实损失，应当纳入重大损失的范围。

现实的积极财产减损是最典型的财产损失形态。其典型场景包括：公司为争取某个项目已经投入了前期费用(如差旅费、方案设计费、人工成本等)，行为人利用职务便利将相关客户信息或竞争优势转移到自己的公司，导致原公司的前期投入丧失了回收的可能。此时，原公司实际支出的可量化费用，就是确定的现实损失。当然，要将这笔费用认定为损失，仍然需要证明它与行为人的竞业行为之间存在因果关系，即如果不是行为人的竞业行为介入，公司本来有合理的可能收回这些前期投入。

现实的财产减损不仅包括资金的直接流出，也包括公司已有财产的价值贬损。比如行为人系统性地利用公司的客户数据发展自己的公司，即便原公司没有支出任何额外费用，其客户资源作为一种无形资产的经济价值也已被实质削弱。不过，要将客户资源的价值贬损认定为损失，需要有可量化的评估依据，不能停留在抽象的客户关系受损层面。在这方面，侵犯商业秘密罪的司法实践提供了可供参考的量化思路：通过权利人实际利润的减少来量化无形资产的价值减损⁴。这一思路对客户资源价值贬损的评估同样

⁴《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》(以下简称《知产刑案解释》)第18条针对不同类型的侵犯商业秘密行为规定了损失数额的认定方式，包括以合理许可使用费确定、以权利人因被侵权造成利润的损失确定、以商业秘密的商业价值确定等。在利润损失的具体计算上，该条第2项至第4项规定的权利人因被侵权造成利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成产品销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定；产品销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定。参考链接：<https://www.fu-ip.com/static/upload/file/20260323/1774256275176930.pdf>。

具有借鉴意义。

3.2. 可以确定归因于竞业行为的营业利润损失

3.2.1. 问题的提出

仅凭前述现实的财产减损认定重大损失,适用范围会过于狭窄。公司为争取某个项目而投入的前期费用通常数额有限,很难达到重大损失的数额门槛。而非法经营同类营业罪中最常见的损害模式,并不是公司的某一笔支出打了水漂,而是行为人利用在原公司获取的竞争优势(客户信息、报价策略、技术方案、供应商渠道等),与原公司争夺同一批客户,导致原公司的营收和利润出现可观察的下降。如果这种损害完全不能被评价为重大损失,第2款的适用空间就会被不当压缩,与立法者设置这一入罪条件的目的不符。

对于预期利益是否可以纳入损失范围,学界存在分歧。一种立场倾向于否定,认为预期利益在民法上往往都很难判定,在刑法上更不宜作为定罪的重要标准,应将直接经济损失作为重大损失的唯一判断标准[5]。另一种立场持宽泛肯定态度,认为预期利益具有可预见性和稳健性,应当纳入损失范围[6]。第三种立场介于两者之间,以确定性为标尺进行区分[7]。

本文的立场与第三种接近,但在判断标准上做了调整。在非法经营同类营业罪的语境下,预期利益减损最主要的表现形态就是公司因竞业行为导致的营业利润下降,因此下文围绕这一形态展开讨论。本文主张以“因果关系的可证明程度”作为营业利润损失能否纳入重大损失的判断标准。

3.2.2. 归因标准

具体而言,如果以下几项事实要素能够同时得到证明,公司因竞业行为导致的营业利润下降可以被认定为“重大损失”。

第一,行为人的公司与原公司在同一细分市场上存在直接竞争关系,经营的业务具有实质重合。第二,原公司在行为人竞业期间的营收或订单量出现了可以量化的下降。第三,这种下降在排除了行业周期、宏观经济波动、政策调整等外部因素之后,仍然可以在合理范围内归因于行为人的竞业行为。第四,行为人在竞业过程中利用了其在原公司获取的信息或资源优势,而非完全依靠自身独立的市场竞争能力。这四项要素中,第三项和第四项是关键:只有当公司的营收下降在排除外部因素后仍然存在,且行为人确有利用原公司信息或资源优势的情节时,因果关系链条才足够完整,足以支撑重大损失的认定。

其中第四项在操作上最难把握。行为人在原公司工作多年,积累了行业经验、客户关系、市场判断力,这些能力中有多少来自原公司的信息和资源,有多少属于行为人个人的职业积累,在很多情况下难以精确区分。但这一条件仍然有保留的必要,因为它划定了本罪的规制边界:非法经营同类营业罪处罚的是“利用职务便利”的竞业行为,而不是所有的竞业行为。在操作层面上,可以从以下角度判断行为人是否利用了原公司的信息或资源优势:其经营的公司所服务的客户群与原公司是否存在高度重合;是否在短时间内获取了与其在原公司接触的客户名单高度吻合的客户资源;在产品设计、报价策略、技术方案等方面是否呈现出与原公司高度相似的特征。这些间接证据虽然不能单独定案,但综合起来可以为第四项要素的认定提供支撑。

3.2.3. 计算方法与举证路径

在计算方法上,需要先交代一个理论前提。财产犯罪中判断被害人是否遭受财产损失,存在个别财产说与整体财产说两种立场,前者着眼于具体财产权利是否受到侵害,后者则将被害人的全部财产作为整体来考察,看其总量在行为前后是否减少,如果一方面有减损、另一方面又有增加,则需相抵后确定最终损失数额。本文采取整体财产说的立场。第2款以“致使公司、企业利益遭受重大损失”为结果要

件,“公司、企业利益”指向的是公司财产的整体状况,而非某一项具体权利。因此,在计算本罪损失时应当遵循抵销原则,将行为前后公司的整体财产状况进行比较,以相抵后的差额为最终的财产损失,而不是孤立地看某一项财产的变动。

具体到营业利润损失,营收下降并不直接等于财产减少。业务流失的同时,原本投入的原材料、人工、场地租赁等成本也相应节省,按照抵销原则应从营收下降额中扣除。扣除节省的成本后,余额即为净利润层面的损失。但节省的成本在实务中难以逐项核算,因此通常直接以营收下降额乘以合理利润率得出该余额。这里的营收下降,指的是排除外部因素后可归因于竞业行为的部分。

上海市首例民营企业高管非法经营同类营业案的办案实践印证了这一计算逻辑。该案中,行为人将任职公司的客户订单转移至自己设立的公司,后者累计实现销售额 3700 余万元。检察机关没有将销售额直接认定为损失数额,而是以被害单位向税务机关申报的毛利率为核算依据,最终认定经济损失为 200 余万元^[8]。这一核算过程体现了对经营成本的扣除,与整体财产说下抵销原则的逻辑方向一致;以税务申报数据作为利润率的确定依据,也为“合理利润率”的认定提供了一种具有客观性的实务路径。所谓合理利润率,原则上应以公司在竞业行为发生前的实际经营利润率为准,具体可以参照公司近两到三年经审计的财务报表中的营业利润率来确定。如果该数据不可得或者存在异常波动,可以参照同行业、同地区、同规模企业的平均利润率。这一做法在侵犯商业秘密罪的损失认定中已有实践先例,《知产刑案解释》第 18 条第 2 款规定的“权利人每件产品的合理利润”在司法实务中也是按照类似的方法来确认的。

在举证路径上,要将公司的营收变化分解为“可归因于竞业行为的部分”和“市场正常波动的部分”,通常需要借助司法会计鉴定等专业手段。前述侵犯商业秘密罪的实践中,法院即委托会计师事务所对权利人的财务数据进行审计分析,剥离市场波动的影响后确定可归因于侵权行为的损失,可作为参照。

民事领域的裁判经验亦可参照。根据《中华人民共和国公司法》⁵(后文简称《公司法》)第 186 条的规定,董监高违反竞业禁止义务所获得的收入,公司有权将其收归己有,学理上称之为“归入权”。归入权诉讼中法院对“收入”的计算方式,虽然解决的是民事责任问题,但其计算逻辑与刑法上“重大损失”的数额认定存在方法论上的关联,可以为后者提供参考。不过,民事裁判在归入权的计算口径上并未形成统一立场。上海市第一中级人民法院在悠疆环保案中,以“合同金额 × 利润率 × 持股比例”计算归入权数额,实质上是以扣除成本后的利润作为计算基础⁶。北京市第一中级人民法院在志远数存案中则明确,归入权的对象是违反忠实义务利用职务之便所得的“收入”,而非扣除成本后的净利润⁷。在刑法框架下,基于整体财产说下抵销原则的要求,应当采取更为严格的标准,以扣除经营成本后的净利润作为损失计算的基础。这一选择不仅与本文主张的“营收下降 × 合理利润率”的计算方法在逻辑上保持一致,也体现了刑法在认定犯罪数额时应当比民事赔偿更为审慎的基本立场。

应当坦承,这一层次的证明门槛确实很高。但这恰恰与第 2 款的立法定位相匹配:“致使重大损失”作为入罪条件,其功能本身就是将大部分竞业行为排除在刑法的规制范围之外,只有确实造成了可以证明的实质损害的行为才能进入刑事追诉,这和刑事诉讼“排除合理怀疑”的证明标准是一致的。

3.3. 纯粹的商业机会丧失

尚处于磋商、询价阶段的客户关系,不具有法律上的确定性,原则上不应纳入重大损失的范围。

⁵https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202312/content_6923395.htm

⁶上海悠疆环保能源科技有限公司诉李雪松损害公司利益责任纠纷,上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民四(商)终字第 2317 号民事判决书。

⁷北京志远数存科技有限公司诉王健伟、北京智存融远科技有限公司损害公司利益责任纠纷案,北京市第一中级人民法院(2018)京 01 民终 8010 号。

从整体财产说的逻辑出发,纯粹的商业机会不属于财产。一个正在接洽但尚未签约的客户,公司对其不享有任何法律上的请求权,也无法合理预期该客户最终一定会与公司签约。价格波动、竞争对手介入、客户自身需求变化等市场交易中存在的大量不确定性因素都可能导致交易最终不成立。将这种高度不确定的期望纳入损失,等于把市场竞争中的正常风险转化为了刑法上的犯罪结果。

进一步看,由于竞业行为在客观上几乎都会对公司的潜在业务产生某种程度的影响,如果将纯粹商业机会的丧失也纳入重大损失的认定范围,“致使重大损失”这个要件就会丧失其限缩入罪范围的功能。而且,《公司法》第 184 条本身并不绝对禁止董监高经营同类营业,而是在充分披露的前提下将对上述人员能否经营同类营业的决定权交给企业自身^[9]。在公司法已经为企业的意思自治留出空间的背景下,刑法对商业机会丧失的认定更应保持克制。

从证据层面考量,商业机会丧失的因果关系在通常情形下也难以证明。例如,行为人将所任职甲公司的意向客户引导至自己的乙公司,而这些客户大多尚处于询价阶段,与甲公司之间并无合同关系^[10]。此时,即便不要求证明客户必然与甲公司签约,而仅要求证明该交易在正常商业进程中具有相当程度的实现可能,也缺乏可供量化的客观基准:既无报价与磋商的确切内容,亦无历史成交率等可资参照的数据。勉强认定,将导致犯罪数额建立在推测之上,不符合刑事诉讼的证明标准。

4. 重大损失的计算规则

确定了损失的范围之后,随之而来的问题是如何计算。数额标准定多少,因果关系怎么把握,计算过程中要不要做整体结算,这些技术性问题直接关系到第 2 款在司法实践中的可操作性。

4.1. 数额标准的设定

目前第 165 条第 2 款没有配套的追诉标准,重大损失对应的具体数额处于空白状态。2010 年施行的《追诉标准(二)》曾规定非法经营同类营业罪获取非法利益,数额在 10 万元以上的应予追诉,但 2022 年修订时已将这一条删除。

关于追诉数额,是否需要区分民企与国企分别设定有待讨论^[11]。本文认为不必区分。除了非法经营同类营业罪,《刑法修正案(十二)》同步修改的第 166 条(为亲友非法牟利罪)和第 169 条(徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪)新增的第 2 款均以“致使公司、企业利益遭受重大损失”为入罪条件,均规定“依照前款的规定处罚”。三个条文在立法技术上的一致性表明,立法者对国企条款和民企条款之间刑罚力度的平等是有意为之的。如果在追诉数额标准上刻意区分国企与民企,就会在立法者已经统一了法定刑的框架内人为制造差异,与立法意图不符。因此,在基本入罪门槛上可以参照原追诉标准中“直接经济损失 10 万元”的标准来设定,不必另行提高。由于第 2 款本身已经通过致使重大损失这个比获取非法利益更高的证明门槛实现了实质限缩,即使追诉数额相同,民企人员被追诉的概率也会显著低于国企人员。

不过,绝对数额标准存在一个明显的局限:10 万元的损失对一家年营收上亿的企业微不足道,对一家年营收几十万的小微企业却可能是致命打击。“重大”本身就是一个带有相对性的概念,同一个数额标准适用于所有企业,会在个案中产生不公平的结果。侵犯商业秘密罪的司法解释在这方面提供了一种可参考的立法技术:同时设置绝对数额和相对比例两个标准,择一适用。借鉴这一思路,未来的司法解释可以考虑在绝对数额之外,增设损失占企业净资产一定比例作为辅助评价指标。

如果引入比例标准,需要解决一个技术问题,即净资产的计算以什么时点的财务数据为准?企业的净资产随经营状况不断变动,以行为发生时为准可能遗漏竞业行为对企业财务状况的持续影响,以立案时为准又可能因为时间间隔过长而失真。一个相对合理的选择是以损失结果显现时的财务数据为基准,因为这一时点最能反映竞业行为对企业实质生存能力的影响。

4.2. 因果关系的把握

行为与损失之间必须具有直接的因果关系。这一要求在本罪中具有特殊的操作意义，因为企业的经营状况受到多种因素的共同影响，并非所有的利益减损都可以归因于行为人的竞业行为。

比较典型的因果关系判断难题出现在以下场景中：甲公司的董事在外设立了经营同类业务的乙公司，甲公司当年的营收同比下降了 200 万元。但同期该行业整体处于下行周期，与乙公司无关的同业企业营收也普遍下降。此时这 200 万元的营收下降中有多少源于行业下行、有多少源于竞业行为，就需要做精细的剥离。行业整体下滑时，把全部营收下降归咎于董事的竞业行为显然不合理。

在操作层面上，可以采用“同行业对比法”来剥离外部因素的影响：将原公司在竞业期间的营收变化与同行业、同地区可比企业同期的营收变化进行对比。如果可比企业同期营收平均下降了 15%，而原公司下降了 30%，那么与行业平均水平持平的 15%可以归因于市场整体波动，超出部分则需进一步考察是否与竞业行为存在关联的部分。该方法不要求对外部因素做绝对精确的量化，而是通过横向对比来建立参照基准，将明显属于市场共性因素造成的营收变动从损失总额中排除。如果同期不存在可比企业，也可以将原公司竞业期间的财务数据与其自身在竞业行为发生前相同时间长度内的历史数据做纵向对比，以此判断营收变化是否偏离了公司此前的正常经营轨迹。这类分析通常需要借助司法会计鉴定来完成。控方举证时不仅要证明公司在行为人竞业期间确实发生了财产减损，还要证明该减损与竞业行为之间存在排除了其他合理原因之后的因果联系。辩方如能提供行业下行、政策变动等方面的证据，控方则需要进一步说明即便排除这些外部因素，竞业行为仍会导致相应损失的发生，或者说明损失在多大程度上超出了正常市场波动的范围。

4.3. 整体财产的结算方法

在确定了损失的范围和因果关系之后，损失的最终数额还需要按前述抵销原则作一次整体结算，将行为前后公司的整体财产状况进行对比，损失与收益相抵后的差额才是最终的损失数额。关于成本的扣除，前文已作说明，此处不再赘述。

这里需要补充讨论的是结算的时间跨度问题。从整体财产说的逻辑出发，如果在一个合理的经营周期内，公司的财产状况因补救措施而恢复，那么从整体上看就不存在重大损失。但这个合理的经营周期不能无限延伸，否则任何损失都可能在足够长的时间内被市场波动所消化，重大损失这一要件就会名存实亡。对于结算时间跨度的确定，可以参照相关行业的平均经营周期或合同履行周期来合理划定。

5. 特殊情形下的认定规则

前文围绕损失的范围和计算规则展开了一般性的讨论，但民营企业的组织形态和治理结构多样，在某些特殊情形下，上述一般规则的适用需要做出调整。以下就股权高度集中企业中的损失认定以及刑民衔接中的退赃退赔问题分别加以讨论。

5.1. 股权高度集中企业中的损失认定

民营企业的股权结构千差万别。在股权分散的企业中，行为人竞业行为损害的是公司作为独立法人的财产利益，认定重大损失的逻辑与前述三层次方案一致。但在股权高度集中的企业中，行为人往往同时也是公司的股东，公司的损失在经济效果上有一部分由行为人自己承担，由此产生了犯罪数额是否应当扣减的问题。

处理这一问题的基本原则是：公司是独立于股东的法人主体，公司的财产与股东的个人财产在法律上相互分离。“致使公司、企业利益遭受重大损失”这一要件考察的是公司法人的财产有没有减少，而

不是各个股东的个人财产有没有减少。因此,在行为人持有公司部分股权的情况下,犯罪数额应当按公司损失的全额计算,不宜按行为人的持股比例扣除。公司法人层面的损失是确定的,不会因股东结构的不同而发生变化。如果允许按持股比例扣除犯罪数额,实际上是将公司的损失拆解为各个股东各自承受的损失,等于刺破了法人的独立人格,缺乏规范依据。行为人在经济效果上自己承受的那部分损失,可以作为量刑情节予以考虑。

不过,当股权集中到极端程度时,上述原则需要做例外处理。一人公司就是典型的情形。公司的唯一股东同时也是董事或高级管理人员,该股东经营同类营业损害了公司利益,在这种情况下,公司的全部股权由一人持有,法人的独立性在经济实质上已经被架空,股东利益和公司利益高度一致[12]。如果仍然机械地坚持“公司损失就是公司损失”,就会脱离经济实质,仅凭法人形式来认定一个实际上并不存在的法益侵害。

因此,对此不能一概而论,而应当根据公司的实际经营状况分情形讨论。按照状态依存所有权理论,公司所有权的实际归属取决于公司所处的经营状态[13]。假设 X 为企业总收入, Y 为应付工人工资, Z 为对债权人的债务。当 $X \geq Y + Z$ 时,公司的剩余价值归属于股东,此时股东利益与公司利益在实质上具有同一性。股东对“自己的财产”实施背信行为,刑法无介入必要。但当公司经营状况恶化,出现 $Y \leq X < Y + Z$ 甚至 $X < Y$ 的情形时,公司的财产在事实上已经归属于债权人或工人,股东利益与公司利益发生了分离。此时股东实施竞业行为损害公司财产,实质上侵害的是债权人或工人的利益,具有独立的违法性,可以成立本罪。

之所以对一人公司做这种穿透法人形式的实质判断,而对部分持股的情况则坚持法人独立性原则,是因为当公司还有其他股东时,法人的独立主体地位在实质上是存在的,公司利益不等于任何一个股东的个人利益,按法人层面的损失全额计算有其正当性。但当公司的全部股权集中于行为人一人时,法人的独立性在经济上已经名存实亡,继续坚持形式上的法人独立性来认定重大损失,就失去了实质根据。

5.2. 刑民衔接与退赃退赔

在民营企业的背景下,刑事追诉之后的利益修复同样是一个需要关注的问题。

实践中,行为人在案发后通过民事和解、退赃退赔等方式弥补公司损失的情形并不少见。对于这种事后弥补,刑法应当给予积极回应。《刑法》第176条非法吸收公众存款罪第3款规定,在提起公诉前积极退赃退赔、减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚;第272条挪用资金罪也存在类似的激励条款。这些规定背后的逻辑是:当行为人能够通过补救行为恢复被侵害的法益时,刑罚的必要性相应降低,刑法应当为法益修复提供制度空间[14]。

将这一逻辑适用于民企人员非法经营同类营业罪,可以得出以下推论:行为人在案发后积极退赃退赔、弥补公司损失的,应当在量刑时给予从宽处理。对于犯罪情节较轻且在提起公诉前已经全部弥补损失的情形,可以考虑适用相对不起诉或者免于刑事处罚。这种处理方式与《刑法修正案(十二)》保护民营企业的立法目的相契合。对于民营企业而言,追究行为人刑事责任固然能实现一般预防的效果,但如果能够通过退赃退赔先行挽回企业的经济损失、恢复企业的正常经营,这一结果对企业自身的意义往往更为直接[15]。在构建退赃退赔的激励机制时,也有必要明确一点:公司事后通过民事诉讼或和解追回的损失,应当在量刑时予以考虑,但不宜直接从重大损失的既遂数额中扣减。重大损失作为入罪要件,其认定时点应当是损失结果客观显现之时,事后的补救行为影响的是量刑而非定罪。

6. 结论

第165条第2款以“致使公司、企业利益遭受重大损失”作为入罪条件,这一要件具有独立的规范

功能：它要求司法机关考察公司财产状况的实际变化，既不能以行为人的获利数额进行替代，也不能从行为人违反竞业禁止义务这一事实中直接推导。

在损失范围的界定上，本文提出了三层次方案。一是现实的财产减损，包括已支出且无法收回的成本以及公司已有财产的价值贬损，应当纳入重大损失的范围。二是可以确定归因于竞业行为的营业利润损失，即原公司在排除市场波动等外部因素后，因行为人利用其在原公司获取的信息或资源优势开展竞业行为而遭受的营收下降(按合理利润率折算)，可以有条件地认定为损失，但在举证上需要同时满足直接竞争关系、量化的营收下降、排除外部因素后的可归因性以及利用原公司信息或资源优势等要素，证明难度较高，这与第2款“致使重大损失”作为入罪限缩条件的功能定位相匹配。三是纯粹的商业机会丧失，由于不具备因果关系上的可证明性，原则上不应纳入重大损失的范围，但为争取该机会已经实际支出的费用仍可作为第一层次的现实损失来评价。在计算规则层面，基本入罪门槛不必刻意区分国企与民企，可以参照原追诉标准中直接经济损失10万元的规格来设定，同时引入损失占企业净资产比例作为辅助评价指标以回应企业规模的差异。因果关系的认定应当严格把握，需要剔除市场波动、行业周期等非行为因素对损失的贡献。整体财产的结算应当在合理的经营周期内完成，将公司因竞业行为减少的预期成本支出以及通过补救措施获得的替代性收益一并纳入考量。

对于股权高度集中的企业，损失认定应当从法益是否存在的角度进行实质判断。在一人公司中，当公司经营状况良好、股东利益与公司利益实质同一时，不存在需要刑法保护的独立法益，不应认定重大损失。但当公司资不抵债、财产在事实上已归属于债权人或工人时，股东的竞业行为仍具有独立的违法性，可以成立本罪。在行为人持有部分股权的情况下，损失应全额计算，行为人自己承受的部分可以在量刑阶段作为从宽情节予以考虑。对于案发后积极退赃退赔、弥补公司损失的情形，应当在量刑时给予从宽处理，以体现刑法对法益修复行为的积极评价。

当然，本文的分析框架存在明显的局限。由于第165条第2款尚无公开判例，本文提出的方案尤其是营业利润损失的归因标准，完全是在教义学层面推演得出的，其在司法实践中是否具有足够的可操作性，仍然有待个案的检验。此外，本文仅围绕第165条展开讨论，但《刑法修正案(十二)》同步修改的第166条和第169条也以“致使公司、企业利益遭受重大损失”为入罪条件。三个罪名的行为类型不同，损失的表现形态也会有差异，本文的分析框架在多大程度上可以扩展适用于其他两个罪名，是未来值得进一步研究的问题。

参考文献

- [1] 刘宪权. 《刑法修正案(十二)》修正内容之规范解读与思考[J]. 财经法学, 2024(3): 129-144.
- [2] 金泽刚. 背信损害公司利益犯罪的修正理路与理解适用——兼评《刑法修正案(十二)》中的背信罪条文[J]. 政治与法律, 2024(9): 70-83.
- [3] 胡东飞, 郑博文. 实质平等保护视角下民营企业内部人员背信犯罪的司法认定——以《刑法修正案(十二)》相关条文展开[J]. 法治研究, 2024(4): 98-109.
- [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] 司冰岩. 损害商业信誉、商品声誉罪中重大损失的司法认定[J]. 法律适用, 2022(10): 139-147.
- [6] 李兰英. 为亲友非法牟利罪的规范新解与司法适用[J]. 环球法律评论, 2025, 47(3): 87-105.
- [7] 袁国何. 平等保护视角下的非法经营同类营业罪[J]. 中国法律评论, 2024(4): 56-69.
- [8] 上海市嘉定区人民检察院. 上海首例民企高管非法经营同类营业案宣判[J]. 人民检察, 2025(24): 78-80.
- [9] 黄伟庆. 民营经济的刑法平等保护: 发展脉络、理念转型及实现路径[J]. 社会科学家, 2025(5): 142-149.
- [10] 王勇. 民营企业内部腐败案件实务疑难问题研究[J]. 中国法律评论, 2024(4): 70-86.

- [11] 储陈城. 民营企业平等保护中的刑事差异化制度设计[J]. 政法论坛, 2026, 44(1): 108-123.
- [12] 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[J]. 苏州大学学报(法学版), 2024, 11(2): 47.
- [13] 范伟红. 论公司强制债转股——基于债权人双重保护机制的视角[J]. 广东社会科学, 2011(2): 246-252.
- [14] 张二军, 刘威. 民营企业高管人员背信犯罪行为的治理路径——基于《刑法修正案(十二)》相关修订条文[J]. 征信, 2025, 43(2): 30-38.
- [15] 何燕华, 张睿琳. 民营经济的刑法保护: 规范演进、现实问题与完善路径[J]. 吉首大学学报(社会科学版), 2025, 46(1): 105-115.