

《刑法修正案（十二）》修正内容之规范解读与思考

刘宪权*

内容提要：《刑法修正案（十二）》的内容主要涉及贿赂犯罪和民营企业内部人员背信犯罪两个方面。相关背信犯罪的犯罪主体由公领域（国有单位工作人员）向私领域（民营企业内部人员）延伸。对于相同或者相似的背信行为，我们不能仅因为受损企业所有权性质的不同而对相关行为作刑法上的区别对待。《刑法修正案（十二）》在非法经营同类营业罪等背信犯罪中对不同犯罪主体实施相同背信行为的规制体现了横向对称立法方式。《刑法修正案（十二）》调整单位受贿罪等贿赂犯罪的法定刑，体现了纵向对称立法方式。修正条文增加的全新罪状不能溯及既往，调整整个罪法定刑等内容在特定情况下可以溯及既往。“司法消极”根本无法消除“立法积极”所引发的法律后果。在保护法益与保障人权之间不断寻求动态平衡的同时，应当在修正刑法条文时继续反思非对称性立法等问题。

关键词：背信犯罪 贿赂犯罪 适用标准 立法反思 《刑法修正案（十二）》

当前，提升刑事治理现代化水平，乃各国应对日益严峻的犯罪形势之关键所在。^{〔1〕} 2021年9月，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，明确指出“坚持受贿行贿一起查，是党的十九大作出的重要决策部署，是坚定不移深化反腐败斗争、一体推进不敢腐、不能腐、不想腐的必然要求”^{〔2〕}。2023年7月14日，中共中央、国务院发布《关于促进民营经济发展壮大的意见》，第11条明确规定：“构建民营企业源头防范和治理腐败的体制机制。出台司法解释，依法加大对民营企业工作人员职务侵占、挪用资金、受贿等腐败行为的惩处力度……强化民营企业腐

* 刘宪权，华东政法大学功勋教授、“经天学者”讲席教授、刑事法学院教授。

本文为国家社会科学基金重大项目“网络时代的社会治理与刑法体系的理论创新”（20&ZD199）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见彭文华、董文凯：《我国核准追诉制度的条件及其完善——以“南医大奸杀案”的追诉时效为视角》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第5期。

〔2〕 《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，载 https://www.ccdi.gov.cn/toutiaon/202109/t20210908_146938.html，最后访问时间：2024年1月1日。

败源头治理……”〔3〕在“受贿行贿一起查”与“强化民营企业内部腐败治理”的政策背景下，全国人大迅速开展修正现行《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）的相关工作。2023年7月25日，《中华人民共和国刑法修正案（十二）（草案）》首次提请十四届全国人大常委会第四次会议审议。2023年12月25日，十四届全国人大常委会第七次会议对《中华人民共和国刑法修正案（十二）（草案）》进行二审。2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议正式审议通过《中华人民共和国刑法修正案（十二）》（下文简称“最新修正案”）。最新修正案共计八条内容，主要涉及民营企业内部人员背信犯罪和贿赂犯罪两个方面。具体而言，最新修正案的前三条内容主要从犯罪主体方面对相关背信犯罪进行了修正，具体涉及《刑法》第165条非法经营同类营业罪、《刑法》第166条为亲友非法牟利罪和《刑法》第169条徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪；最新修正案的4条至第7条内容主要从法定刑幅度和从重处罚情节等方面对部分贿赂犯罪进行了修正，涉及《刑法》第387条单位受贿罪、《刑法》第390条行贿罪、《刑法》第391条对单位行贿罪和《刑法》第393条单位行贿罪。

通过梳理最新修正案的主要内容，我们不难发现，在国家机关、国有单位和民营企业等公私领域开展全覆盖式的反腐败斗争是本次刑法修正案的鲜明特色。刑法对贿赂犯罪的惩治力度不断加大，同时将相关背信犯罪的惩治对象由公领域（国有单位工作人员）向私领域（民营企业内部人员）延伸。笔者认为，在刑法层面惩治民营企业内部人员的腐败行为虽然有利于实现对民营企业的平等保护，但是，《刑法》的修正也必将引发新的法律适用问题。最新修正案通过在《刑法》第165条、第166条和第169条中增设第二款的方式，将上述罪名的犯罪主体由国有公司等国有单位的工作人员扩大至民营企业的工作人员。应该看到，最新修正案的相关内容主要侧重于增加犯罪主体，而对民营企业工作人员实施相关犯罪的行为类型和入罪标准等规定则有所欠缺。由此可见，如何进一步明确民营企业内部人员构成非法经营同类营业罪等相关犯罪的入罪标准就是一个由《刑法》修正所引发的新问题。除此之外，最新修正案是继《中华人民共和国刑法修正案（九）》之后对贿赂犯罪的又一次重大修改，而对贿赂犯罪的立法目的与具体修正内容都直接影响着司法实践中相关案件的最终裁判结果。因此，我们有必要对最新修正案的法律适用标准以及由此引发的相关疑难问题进行深入研究。基于此，本文拟从最新修正案修正内容的要点解读、法律适用以及立法反思等方面展开具体讨论和研究。

一、《刑法修正案（十二）》修正内容的要点解读

在最新修正案的八条规定中，除第8条是对最新修正案的施行时间进行规定外，其余七条均是对刑法条文的实质内容进行修正。在此，我们有必要对最新修正案中有实质性修正内容的条文进行刑法规范意义上的解读。

（一）民营企业内部人员背信犯罪的修正内容解读

其一，最新修正案的1条内容扩大了非法经营同类营业罪的犯罪主体范围。最新修正案将

〔3〕《中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》，载 https://www.gov.cn/govweb/gongbao/2023/issue_10626/202308/content_6897070.html，最后访问时间：2024年1月1日。

《刑法》第165条非法经营同类营业罪第1款中的“董事、经理”修改为“董事、监事、高级管理人员”；同时增加第2款，具体内容为“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚”。

在过去，“认定某种行为是否构成非法经营同类营业罪，主要看行为人是否为国有公司、企业的董事、经理，是否利用了职务便利，是否经营了同类营业，是否获取了数额巨大的非法利益”〔4〕。在最新修正案修正之前，非法经营同类营业罪的相关刑法规定只保护国有公司、企业的财产法益，而不保护集体经济或民营经济的财产法益，这与我国平等保护公有制经济与非公有制经济的理念不相符。无论是具有最高法律地位的《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》），还是《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）等其他部门法，都有平等保护国有财产、集体财产和私有财产的相关规定。例如，《宪法》第11条规定“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益”；《民法典》第207条规定“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护，任何组织或者个人不得侵犯”。因此，刑法也应当尽可能赋予国有财产、集体财产和私有财产平等保护的地位。最新修正案将非法经营同类营业罪的犯罪主体从国有公司、企业的相关人员扩大至民营企业内部人员的立法动向，有利于在刑法上平等规制民营企业内部人员的背信行为，从而达到对民营企业平等保护之目的。

其二，最新修正案的第2条内容增加了为亲友非法牟利罪的行为类型，并且扩大了犯罪主体范围。最新修正案在《刑法》第166条为亲友非法牟利罪第1款第二项中增加了“接受服务”和“提供服务”的犯罪行为类型，在第1款第三项中增加了“接受不合格商品、服务”的犯罪行为类型；同时增加第2款规定扩大了犯罪主体范围，具体内容为“其他公司、企业的工作人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚”。

为亲友非法牟利罪在本质上属于背信犯罪，其犯罪构成要件中“亲友”“国家利益遭受重大损失”“本单位的盈利业务”等内容的判断标准在理论上一直存在争议。〔5〕最新修正案将为亲友非法牟利罪的犯罪主体从“国有公司、企业、事业单位的工作人员”扩大至“其他公司、企业的工作人员”，这一修正彰显了刑法对民营企业进行平等保护的立法目的。但是，其他公司、企业的工作人员构成为亲友非法牟利罪的条件似乎仍需进一步明确和厘清。例如，“违反法律、行政法规规定”所指的具体规范性法律文件包括哪些？“实施前款行为”是否必须与前款列举的行为类型完全一致？“致使公司、企业利益遭受重大损失”是否与前款规定中“致使国家利益遭受重大损失”的判断标准保持一致？这些问题都有待明确。由此可见，最新修正案增加了为亲友非法牟利罪的行为类型并且扩大了犯罪主体范围，必将引发一系列新的法律适用问题。

其三，最新修正案的第3条内容扩大了徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪（经司法解释修改后的罪名，本文以下均以修改后罪名表述）〔6〕的犯罪主体范围。最新修正案在《刑法》第169条徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中增加第2款，具体内容为“其他公司、企

〔4〕 罗开卷：《论非法经营同类营业罪的认定及其与近似犯罪的界限》，载《政治与法律》2009年第5期，第45页。

〔5〕 参见张亚平：《为亲友非法牟利罪适用中的争议问题》，载《河南警察学院学报》2019年第2期。

〔6〕 根据最高人民法院、最高人民检察院2024年1月30日联合发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（八）》规定，原“徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪”罪名修改为“徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪”。

业直接负责的主管人员，徇私舞弊，将公司、企业资产低价折股或者低价出售，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚”。

在此之前，刑法有关徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的规定可能存在对非国有单位财产的刑法保护歧视。^{〔7〕}因为无论是国有公司还是民营企业，将企业资产低价折股或者低价出售等徇私舞弊的行为都可能导致企业遭受重大损失。最新修正案将徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪的犯罪主体从“国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员”扩大至“其他公司、企业直接负责的主管人员”的相关修正，有利于在刑法上平等保护国有单位财产和非国有单位财产。

综上所述，刑法中非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪都属于背信犯罪的范畴。无论是国有公司还是民营企业，内部人员的背信行为都可能造成严重侵害企业利益的危害结果。在国家大力推动非公有制经济发展的改革开放时代浪潮下，我国部分民营企业的经济体量已经可以媲美甚至超过大部分国有公司，例如京东集团（2023年营业收入突破1万亿元）等等。上市公司等大型民营企业内部人员背信行为的社会危害性完全可能超过国有企业内部人员背信行为的社会危害性。对于相同或者相似的背信行为，我们不能仅因为受损企业所有权性质的不同而对相关行为作刑法上的区别对待。换言之，在对企业内部人员背信行为的刑事治理中，刑法不能仅仅保护国有财产而不保护集体财产或私有财产。因此，刑法理应对发生在国有公司和民营企业内部的背信行为进行平等的刑法规制。最新修正案对上述三个罪名的犯罪主体进行扩充，不仅高度契合“强化民营企业内部腐败治理”的党中央政策要求，也彰显着平等保护国有财产、集体财产和私有财产的宪法理念。

（二）贿赂犯罪的修正内容解读

其一，最新修正案的第4条内容修正了单位受贿罪的法定刑幅度。《刑法》第387条单位受贿罪在修正前仅有一档法定刑，即“五年以下有期徒刑或者拘役”。最新修正案将单位受贿罪的第一档法定刑修改为“三年以下有期徒刑或者拘役”，同时增加了第二档法定刑，内容为“情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑”。

众所周知，受贿罪的法定刑是依照《刑法》第383条贪污罪的规定处罚。就主刑而言，受贿罪共有“三年以下有期徒刑或者拘役”“三年以上十年以下有期徒刑”“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”和“无期徒刑或者死刑”四档。因为单位受贿罪也属于受贿类犯罪的一种，所以最新修正案有意将单位受贿罪的法定刑向受贿罪靠近。考虑到单位受贿罪的社会危害性小于自然人受贿，因此最新修正案仅将单位受贿罪的法定刑由一档变为两档，同时将单位受贿罪的两档法定刑与受贿罪的前两档法定刑（在主刑设置上）保持完全一致。经过最新修正案的修正，受贿罪、非国家工作人员受贿罪和单位受贿罪等多个受贿类犯罪法定刑档次中的幅度划分标准得到了相对统一。虽然上述三个罪名的法定刑档次不尽相同（受贿罪有四个法定刑档次，非国家工作人员受贿罪有三个法定刑档次，单位受贿罪有两个法定刑档次），但是上述罪名都是以“十年有期徒刑”作为第二档法定最高刑。值得注意的是，《刑法》第388条之一利用影响力受贿罪（在主刑设置

〔7〕 参见黄国盛：《以交易形式损害本单位利益行为性质辨析》，载《中国刑事法杂志》2014年第2期。

上)的第一档法定刑为“三年以下有期徒刑或者拘役”,第二档法定刑为“三年以上七年以下有期徒刑”,第三档法定刑为“七年以上有期徒刑”。可见,利用影响力受贿罪第二档法定最高刑为七年有期徒刑,这与其他受贿类犯罪以十年有期徒刑作为第二档法定最高刑的通例不相一致。因此,在之后的《刑法》修正中似乎可以使利用影响力受贿罪的法定刑与其他受贿犯罪保持一致,以十年有期徒刑作为第二档法定最高刑加以规定。

其二,最新修正案的第5条内容修正了行贿罪的法定刑并且增加了从重处罚情形。在《刑法》修正前,《刑法》第390条行贿罪的第一档法定刑为“五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”,第二档法定刑为“五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”。最新修正案将行贿罪的第一档法定刑修正为“三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”,将第二档法定刑修正为“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”。笔者认为,最新修正案调整行贿罪法定刑的立法目的是将行贿罪与受贿罪的法定刑尽可能靠近。在刑法理论上,行贿犯罪和受贿犯罪是典型的对合犯,所谓“无行贿即无受贿”,就此而言,行贿犯罪与受贿犯罪的法定刑似乎应该相同。但是,大多数国家的刑法在法定刑的设置模式上都对行贿犯罪和受贿犯罪进行区别对待,也即行贿犯罪的法定刑普遍低于受贿犯罪的法定刑。“眼下社会上形形色色的行贿具有被塑造的性质,权力与生俱来的滥用性动机决定了国家应当将对受贿行为的预防和惩治置于刑事政策的中心地位。”〔8〕我国刑法也采取“重受贿而轻行贿”的刑事立法准则,长期以来,立法上受贿罪的法定刑也明显高于行贿罪。应该看到,《刑法修正案(九)》对《刑法》第383条贪污罪(受贿罪依照该条规定处罚)的法定刑进行了调整,但却没有对行贿罪的法定刑进行同步修正。《刑法修正案(九)》的相关调整导致受贿罪的第一档法定刑为“三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”,而行贿罪的第一档法定刑则是“五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”。上述法定刑上的差异明显倒置了行贿罪和受贿罪的处罚轻重,不具有合理性。笔者认为,不论是从社会危害性大小的角度考虑,抑或是从在对合犯中所起作用大小的角度考虑,行贿罪的法定刑都应当轻于(最起码不应当重于)受贿罪。最新修正案重视到这一法定刑规定倒置的现象并适时作出了调整,经修正后行贿罪的三档法定刑与受贿罪的前三档法定刑(除第四档法定刑“无期徒刑或者死刑”外)在主刑设置上已经完全一致。由此可见,最新修正案拉平行贿罪和受贿罪的法定刑幅度不仅是对《刑法修正案(九)》的查漏补缺,也是对“受贿行贿一起查”以及“受贿行贿并重惩治”等政策理念的贯彻落实。值得注意的是,最新修正案并未提高行贿罪的法定最高刑,而只是对行贿罪第一、二档法定刑的划分标准进行了微调。最新修正案的上述调整再次反映出行贿罪与受贿罪的社会危害性并不完全一致,理论上一味强调“受贿行贿并重惩治”的观点并不可行。事实上,“受贿行贿一起查”并不意味着必须要达到“受贿行贿并重惩治”的效果。因为行贿行为的社会危害性低于受贿行为,所以将行贿罪的法定最高刑提高至死刑(与受贿罪的法定最高刑保持一致)的观点显然并不可取。就法定刑的调整而言,因为最新修正案降低了行贿罪第一档法定刑中的最高刑以及第二档法定刑中的最低刑,所以最新修正案的相关修正对行贿人的法定刑适用似乎更为有利。具体而言,相较于“五年以下有期徒刑或者拘役”,显然“三年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑更轻;

〔8〕何荣功：《“行贿与受贿并重惩罚”的法治逻辑悖论》，载《法学》2015年第10期，第158页。

相较于“五年以上十年以下有期徒刑”，显然“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑更轻。因此，最新修正案对行贿罪法定刑的调整既满足“受贿行贿一起查”的政策要求，同时也对原《刑法》中“受贿行贿法定刑规定倒置”的不合理现象进行了修正。

除了调整行贿罪的法定刑之外，最新修正案还在《刑法》第390条第2款中增设了七种自然人行贿的从重处罚情形，具体内容为“有下列情形之一的，从重处罚：（一）多次行贿或者向多人行贿的；（二）国家工作人员行贿的；（三）在国家重点工程、重大项目中行贿的；（四）为谋取职务、职级晋升、调整行贿的；（五）对监察、行政执法、司法工作人员行贿的；（六）在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗等领域行贿，实施违法犯罪活动的；（七）将违法所得用于行贿的”。从最新修正案增加大量行贿罪从重处罚情节可以看出，刑法对行贿罪的惩治力度正在不断增强。继《刑法修正案（九）》削弱行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的从宽处罚力度之后，最新修正案的相关内容再次表明我国“重受贿而轻行贿”的理念已经发生了彻底改变。另外，在《刑法》第390条原第2款“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为”的特殊从宽量刑情节中，最新修正案将“对侦破重大案件起关键作用的”修改为“对调查突破、侦破重大案件起关键作用的”。上述修正增加了将行贿人认定为“在被追诉前主动交待行贿行为”的法定环节，这也在一定程度上放宽了对行贿人适用特殊从宽量刑情节的条件。

其三，最新修正案的第6条内容在对单位行贿罪中增加了一档法定刑。《刑法》在修正之前，对单位行贿罪仅有一档法定刑，即“三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”。在此基础上，最新修正案又增加了一档法定刑，具体内容为“三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”。值得注意的是，对单位行贿罪与单位受贿罪是相互对应的对合犯，但是，经修正后对单位行贿罪的法定最高刑是七年有期徒刑，而单位受贿罪的法定最高刑则是十年有期徒刑。笔者认为，对单位行贿罪法定最高刑低于单位受贿罪法定最高刑的立法规定具有一定的合理性。在行受贿关系中，受贿人往往占据优势主导地位且在行受贿关系中所起的作用也往往大于行贿人。因此，受贿犯罪的法定刑应当高于（至少不能低于）对应的行贿犯罪，即单位受贿罪法定最高刑高于对单位行贿罪法定最高刑的《刑法》修正具有一定的合理性。

其四，最新修正案的第7条内容修正了单位行贿罪的法定刑。最新修正案将《刑法》第393条单位行贿罪的第一档法定刑由“处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”修正为“处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”。同时，最新修正案在单位行贿罪中增加了一档法定刑，具体内容为“处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。笔者认为，最新修正案提高单位行贿罪的法定最高刑，是对全面从严打击行贿犯罪政策精神的具体落实。值得注意的是，单位行贿罪的法定最高刑在修正之后仍然远远低于自然人行贿的法定最高刑。有观点认为：“为了更好地实现单位犯罪立法目的，亦宜统一单位犯罪与自然人犯罪的法定刑配置。”〔9〕持该论者认为，刑法应当将单位行贿罪的法定最高刑提高至无期徒刑（与行贿罪的法定最高刑相同）。笔者认为，现行《刑法》中自然人犯罪的刑罚普遍偏重，而单位犯罪就如同一个缓解严刑的平台，通过为单位犯

〔9〕 赵能文：《单位犯罪与自然人犯罪的处罚标准宜统一》，载《法学》2015年第1期，第142页。

罪与自然人犯罪设置不同的法定刑和起刑点，我们可以在较大程度上实现刑法谦抑性和轻刑化的目标。^{〔10〕}因此，刑法不宜完全统一单位犯罪与自然人犯罪的法定刑配置。最新修正案对《刑法》第393条单位行贿罪的法定刑调整具有一定的科学性和合理性。

二、《刑法修正案（十二）》修正内容的法律适用

最新修正案对原刑法条文中个罪的修正必然引发一系列新的刑法适用问题。笔者认为，在刑事立法愈发活跃的当下，我们更应突出强调在刑事司法中贯彻“刑法谦抑性”原则。具体可以从最新修正案的溯及力、法定刑、犯罪主体以及从重处罚情节等内容展开研究。

（一）最新修正案修正内容的溯及力问题

刑法修正案的每次颁布，都会涉及修正后的刑法条文与原有刑法条文的选择适用（即刑法的溯及力）问题。^{〔11〕}众所周知，“从旧兼从轻”原则是我国《刑法》第12条明文规定的溯及力原则。尽管“从旧兼从轻”原则已经在刑法理论和司法实践中得到了公认，但是其在实践中的具体适用依旧可能引发诸多争议。最新修正案涉及的溯及力问题主要集中在个罪罪状和法定刑两个方面。笔者认为，最新修正案增加的全新罪状不具有溯及既往的效力。同时，最新修正案调整个罪法定刑的相关内容是否具有溯及力则需要根据处刑轻重进行具体判断。

其一，最新修正案增加的全新罪状不能溯及既往。罪状是指刑法分则条文对犯罪具体状况的规定和描述，其内容通常是对犯罪构成条件的说明。^{〔12〕}具体而言，罪状可以分为两大类：一类是对具体犯罪成立条件的描述（基本罪状），另一类是对加重或减轻法定刑的适用条件的描述（加重、减轻罪状）。^{〔13〕}最新修正案在非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中增加犯罪主体的相关内容，属于增加个罪的犯罪构成要件要素；最新修正案在为亲友非法牟利罪中增加“接受服务”“提供服务”等内容属于在原先罪状中增加新的行为类型；最新修正案在行贿罪中增加七种从重处罚情形属于增加新的从重处罚罪状。笔者认为，最新修正案增加的上述三种罪状都不能溯及既往。理由是，在《刑法》修正之前，只有国有单位中的相关人员才能构成非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪。其他公司、企业等民营企业内部的人员实施上述背信行为依照原刑法条文的规定均不能构成犯罪。按照“从旧兼从轻”原则，最新修正案在非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中增加犯罪主体的相关内容当然不能溯及既往。同理，为亲友非法牟利罪原有的犯罪行为类型中并不包括“接受服务”“提供服务”等内容。依照原刑法条文的规定，无论是国有单位的工作人员还是民营企业的内部人员，实施“接受服务”“提供服务”型的背信行为都不能构成为亲友非法牟利罪。按照“从旧兼从轻”原则，最新修正案在为亲友非法牟利罪中增加“接受服务”“提供服务”的相关内容不能溯及既往。此

〔10〕 参见刘宪权：《刑法学名师讲演录》（第3版），上海人民出版社2021年版，第191页。

〔11〕 参见刘宪权：《刑法个罪修正条文具体适用的溯及力问题研究》，载《法商研究》2022年第2期。

〔12〕 参见刘宪权：《刑法学名师讲演录》（第3版），上海人民出版社2021年版，第392页。

〔13〕 参见刘宪权：《刑法个罪修正条文具体适用的溯及力问题研究》，载《法商研究》2022年第2期。

外，最新修正案在行贿罪中增加的七种从重处罚情形也全部属于原有个罪下的新增罪状。同样按照“从旧兼从轻”原则，最新修正案在行贿罪中增加的七种从重处罚情形也不能溯及既往。需要加以说明的是，这里所述的“不能溯及既往”，具体是指对于最新修正案生效以前发生的还没有审判或者判决还没有确定的行为，不可以适用最新修正案的相关内容。

其二，最新修正案调整个罪法定刑等内容是否具有溯及力需要在处刑轻重上进行具体判断。根据1997年12月31日公布的《最高人民法院关于适用刑法第十二条几个问题的解释》规定：“处刑较轻”是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻；而法定刑较轻是指法定最高刑较轻，如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。原则上，我们在比较法定刑的轻重时应当同时兼顾主刑和附加刑的比较。但是，最新修正案只对相关罪名的主刑进行了调整，因此仅比较主刑的轻重即可得出新法是否“处刑较轻”的结论。在法定刑档次的数量上，最新修正案将单位受贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪的法定刑档次由一个增加为两个，上述三个罪名的法定最高刑也均被相应提高。或许有人会认为，在比较单位受贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪在修法前后的处刑轻重时，应当对原相关罪名中唯一一档法定刑的最高刑与《刑法》修正后相关罪名的第一档法定最高刑进行比较。按照上述比较处刑轻重的观点，因为经修正后单位受贿罪和单位行贿罪的第一档法定最高刑（三年有期徒刑）低于原来的法定最高刑（五年有期徒刑），所以最新修正案关于单位受贿罪和单位行贿罪第一档法定刑的修正内容可以溯及既往。但是，笔者认为，在比较修正前后的单位受贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪“处刑轻重”时，我们不能简单地在形式上将原相关罪名的法定最高刑与经修正后相关罪名的第一档法定最高刑进行比较，从而得出《刑法》修正之后相关罪名第一档法定刑“处刑较轻”的结论。事实上，我们应当先将修正后相关罪名的两档法定刑进行合并，再与原相关罪名的法定最高刑进行比较，进而得出新法是否处刑较轻的结论。理由如下：虽然单位受贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪在《刑法》修正前只有一档法定刑，但是其处罚范围在实质上与修正后相关罪名的处罚范围完全相同。例如，原单位受贿罪以“情节严重”为入罪标准，修正之后的单位受贿罪第一档法定刑仍然以“情节严重”为具体适用标准，而该罪的第二档法定刑则以“情节特别严重”为具体适用标准。根据举轻以明重的法律适用原则，既然符合“情节严重”的情节在修正前就已经可以构成单位受贿罪，那么符合“情节特别严重”的情节就更应当构成单位受贿罪。换言之，尽管修正前单位受贿罪没有规定“情节特别严重”的情节，但这种情节肯定客观存在，只是当然包含在修正前“情节严重”的情节中而已。最新修正案增加的第二档法定刑在本质上是原来一档法定刑中的一部分情节划分出来，规定了更高的法定刑。据此，我们不能仅仅在形式上关注修正后相关罪名第一档法定最高刑与修正前法定最高刑之间的比较，而是应当在实质上先将修正后两档法定刑进行合并后再与原相关罪名中的法定最高刑进行比较。最新修正案明显提高了相关罪名的法定最高刑，因此，经修正后的单位受贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪的刑法规定不能溯及既往。需要指出的是，经修正的行贿罪仍然保留三档法定刑，但是，第一档法定最高刑由五年有期徒刑降为三年有期徒刑，所以修正后行贿罪的第一档法定刑可以溯及既往。同时，修正前后行贿罪的第二档法定最高刑没有变化（均是十年有

期徒刑)，但是第二档法定最低刑由五年有期徒刑降为三年有期徒刑，所以修正后行贿罪的第二档法定刑可以溯及既往。

（二）最新修正案对相关背信犯罪修正内容的刑法适用问题

为了强化对民营企业内部腐败的刑事治理，同时在刑法上平等保护民营经济，最新修正案在非法经营同类营业罪（第165条）、为亲友非法牟利罪（第166条）和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪（第169条）中增加了国有单位工作人员以外的犯罪主体。但是，最新修正案在上述三个罪名中新增犯罪主体的文字表述并不完全一致。为了有效限制犯罪圈的不合理扩张以及准确适用最新修正案的相关内容，我们应当对新增犯罪主体的范围进行厘定，从而避免将一般民营企业中社会危害性较低的背信行为认定为犯罪。

1. “其他公司、企业”的理解与适用

伴随着改革开放的不断深化，我国经济体制中市场主体和社会组织的结构也发生了巨大变化。除了国有和集体所有的公司和企业之外，还出现了大量个体私营、外商独资、中外合资等非公有制的企业和民办非企业单位。^[14]以所有权形式作为划分标准，依照《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）合法设立公司、企业的所有权可以分别归属于国家、集体和私人，分别对应国有经济、集体经济和私有经济。在《刑法》第165条、第166条和第169条中，“其他公司、企业”是一个与“国有公司、企业”相对应的概念。按照最新修正案的立法原意，除“国有公司、企业”以外的公司、企业都属于“其他公司、企业”的范畴。因此，“其他公司、企业”具体包括集体和私人所有的公司、企业。需要特别强调的是，在经过所有权与经营权分离的国有企业改革之后，我国出现了大量国有资本控股或者参股的公司、企业。如果国有控股或者国有参股企业的内部人员实施相关背信行为，究竟按照《刑法》第165条、第166条和第169条中各自的第1款内容进行规制，还是按照上述条文的第2款内容进行规制？由此可见，国有控股或者国有参股企业是否属于“其他公司、企业”的定性问题，直接关乎司法实践中的具体法律适用，亟须加以明确。

关于国有控股和国有参股企业的定性问题一直存在争议。目前，已经形成了“独资说”“参股说”和“控股说”三种主要观点。“独资说”认为“国有公司、企业”只能由依照《公司法》成立的由国家授权投资的机构或授权的部门作为唯一股东全资设立。^[15]“参股说”认为凡有国有资本投入的企业，无论企业中国有资本（或股份）占多大比重，均应被认定为“国有公司、企业”。^[16]“控股说”观点又分为“绝对控制说”和“相对控制说”。“绝对控制说”认为，在国有资本和其他所有制资本共同经营的混合所有制公司或企业中，只有国有资产占据50%以上比例（不含50%）的公司或企业才属于“国有公司、企业”；“相对控制说”则认为只要国有资产占据30%以上比例的公司或企业就属于“国有公司、企业”。^[17]笔者较为赞同“参股说”。理由如下：

[14] 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2021年版，第157页。

[15] 参见李春鹏：《国家出资企业中“国有公司、企业的工作人员”的认定》，载《法律适用》2023年第2期。

[16] 参见赖早兴、潘旭：《“国有企业”概念辨析——兼谈我国刑法中的“国有公司、企业”》，载《商业研究》2004年第21期。

[17] 参见李春鹏：《国家出资企业中“国有公司、企业的工作人员”的认定》，载《法律适用》2023年第2期。

在国家大力推动经济体制改革的大背景下，国有资本和其他所有制资本共同经营的混合所有制经济必然是大势所趋。从相关历史沿革来看，我国《宪法》对公有制经济的相关定义历经“国营企业”“全民所有制企业”和“国有企业”等多次修改。由此可见，在不同历史发展阶段，公有制经济的具体表现形式也会发生一定变化。在计划经济时代，“国有公司、企业”当然仅包括国有资本独资企业。在市场经济时代，“国有公司、企业”的范围应当随着国有资本的活跃而有所扩张。笔者认为，“国有公司、企业”应当包括国家独资或参与出资的所有公司或企业。需要强调的是，最新修正案已经通过“国有公司、企业”和“其他公司、企业”的相关规定完整覆盖了全部所有制形式的公司和企业。无论是“国有公司、企业”，还是“其他公司、企业”，其内部人员实施相关背信行为都可能构成非法经营同类营业罪等背信犯罪。因为相关背信犯罪造成的经济损失在实质上是由公司、企业背后的所有权主体承担，所以只要有国有资本出资的企业都有可能使相关国家利益遭受损失。因此，在非法经营同类营业罪等背信犯罪中，将国有独资企业、国有参股企业和国有控股企业认定为“国有公司、企业”并无不妥。除了“国有公司、企业”以外的其他公司和企业都属于“其他公司、企业”的范畴。另外，虽然最新修正案增加了“其他公司、企业”内部人员刑事责任的相关规定，但是，在法定刑的设置上则与“国有公司、企业”内部人员刑事责任完全一致。就此而言，以“参股说”框定这些罪名中“国有公司、企业”的范围，不会带来量刑不平衡的问题。

综上所述，“国有公司、企业”是指所有国有独资企业、国有参股企业和国有控股企业，最新修正案在非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中增加的“其他公司、企业”，仅包括集体企业和私营企业等没有任何国有资本出资的公司、企业。

2. “违反法律、行政法规规定”的理解与适用

在法定犯规模不断扩张的背景下，刑法条文已经难以通过叙明罪状将前置法的规定内容全部加以描述，而只能在分则的个罪罪状中大量增设“违反国家规定”“违反国家有关规定”“违反法律、行政法规规定”等构成要件要素。《刑法》第96条仅对“违反国家规定”作出了准确定义，即本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。理论上一般认为，“国家有关规定”不局限于法律、行政法规，还可以包括地方性法规、部门规章和地方政府规章。只要部门规章同相关法律、行政法规不相抵触，就可以视为“国家有关规定”。^[18]笔者认为，刑法中“违反国家规定”“违反国家有关规定”“违反法律、行政法规规定”的内涵并不完全相同，否则刑法不可能作不同的表述。以“违反国家规定”为比较基准，“违反国家有关规定”比“违反国家规定”的范围要大，而“违反法律、行政法规规定”比“违反国家规定”的范围要小。为了区分“违反国家规定”与“违反法律、行政法规规定”，我们应当对“法律、行政法规规定”采用最狭义的概念认定。因此，“违反法律、行政法规规定”仅指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规，而不包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的决定、国务院规定的行政措施以及发布的决定和命令。

[18] 参见张勇：《APP个人信息的刑法保护：以知情同意为视角》，载《法学》2020年第8期。

3. “致使公司、企业利益遭受重大损失”的理解与适用

目前，还没有出台与最新修正案相关罪名配套的具体适用标准的司法解释文件。最新修正案在非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中增设的第2款内容，都以“致使公司、企业利益遭受重大损失”为犯罪构成要件。也即“其他公司、企业”的相关人员必须在满足“致使公司、企业利益遭受重大损失”的条件时才可能构成上述犯罪。对“致使公司、企业利益遭受重大损失”的适用标准，我们可以从以下两个方面加以确定：一方面，“致使公司、企业利益遭受重大损失”的入罪标准能否直接参照“致使国家利益遭受重大损失”的相关标准；另一方面，“致使公司、企业利益遭受重大损失”中具体损失数额的计算方法能否直接参照国有单位工作人员实施相关背信行为的损失数额计算方法。

笔者认为，“致使公司、企业利益遭受重大损失”的入罪标准可以直接参照“致使国家利益遭受重大损失”的相关规定。在计划经济时代和改革开放初期，国有单位的规模和经济体量无疑都远远大于私营企业。但是，在深化落实改革开放四十余年的当下，民营企业等非公有制经济已经取得了历史性发展。国有单位的规模和经济体量已经不再占据绝对优势，难以在宏观上断言国有单位的规模和经济体量一定优于私营企业。因为公有制、私有制和混合所有制经济的生产模式和经营优势各不相同，所以多种所有制经济正呈现齐头并进的发展势头。在背信行为造成损失数额一致的情况下，相关行为对国有单位或者私营企业造成的经济损失也必然一致，其社会危害性大小也应该趋于一致，使相关入罪标准保持一致并无不当。我们不能仅根据企业所有制的不同而对造成相同经济损失的背信行为作罪与非罪和罪轻罪重上的区别对待。既然最新修正案修正相关罪名的立法目的是平等保护民营经济，那么我们就应当在刑法解释和适用过程中对这一立法目的进行贯彻。值得注意的是，《刑法》第165条第1款规定非法经营同类营业罪的入罪标准是“获取非法利益，数额较大”，而最新修正案在第165条第2款中规定的入罪标准则是“致使公司、企业利益遭受重大损失”。一般而言，行为人获取的非法利益并不能等同于公司、企业遭受的经济损失。但是，囿于非法经营同类营业罪的特殊性，刑法只能以“获取非法利益”来描述国有单位内部人员实施背信行为所造成的客观损害。实际上“获取非法利益”与“致使公司、企业利益遭受重大损失”是一体两面的关系。《刑法》第165条第1款规定的“获取非法利益，数额较大”，在本质上与《刑法》第166条第1款和第169条第1款规定的“致使国家利益遭受重大损失”相同。因此，在非法经营同类营业罪中，“致使公司、企业利益遭受重大损失”的入罪标准可以参照“获取非法利益，数额较大”的入罪标准。具体而言，根据《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》：非法经营同类营业罪中行为人“获取非法利益，数额在10万元以上的，应予立案追诉”；为亲友非法牟利罪中行为人“造成国家直接经济损失数额在10万元以上的”，应予立案追诉；徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中行为人“造成国家直接经济损失数额在30万元以上的”，应予立案追诉。综上所述，在非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪中，行为人造成公司、企业直接经济损失数额在10万元以上的，应予立案追诉；在徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中，行为人造成公司、企业直接经济损失数额在30万元以上的，应予立案追诉。除此之外，民营企业内部人员实施相关背信行为“致使公司、企业利益遭受重大损失”具体损失数额的计算方式，也可以直接参照国有单位工作人员实施相关背信行

为损失数额计算方法的已有规定。

（三）最新修正案增加行贿罪从重处罚情节的刑法适用问题

最新修正案在行贿罪中增加了七种从重处罚情形。众所周知，根据《刑法》第62条规定，应当对具有从重处罚情节的犯罪分子在法定刑的限度以内判处刑罚（不能超过应当判处法定刑幅度中的最高刑）。在此基础上，我们还应当进一步明确行贿罪七种从重处罚情形的具体适用标准。

第一种从重处罚情节“多次行贿或者向多人行贿”的理解与适用。现行《刑法》规定了大量以“多次”违法犯罪行为作为犯罪构成要件要素或者加重处罚情节的罪名，同时也规定了大量以“多人”作为犯罪对象的罪名。例如，“强奸妇女、奸淫幼女多人”（第236条）、“猥亵儿童多人或者多次”（第237条）、“多次抢劫”（第263条）、“多次盗窃”（第264条）、“多次抢夺”（第267条）、“多次敲诈勒索”（第274条）、“多次扰乱国家机关工作秩序”“多次组织、资助他人非法聚集”（第290条）、“多次聚众斗殴”（第292条）、“多次参加”聚众淫乱活动（第301条）、“多次组织他人偷越国（边）境”（第318条）等等。由此可见，多次犯不是一个偶然的和孤立的立法现象，而是具有一定普遍性的立法实践。^[19]因为现行《刑法》规定了大量多次犯的内容，所以司法实践对多次犯的认定标准也不尽相同。关于“多次”的认定标准，相关司法解释一般以“时间+次数”或者“次数”的形式加以规定。例如，“多次盗窃”是指2年内盗窃3次以上，而“多次抢劫”是指抢劫3次以上。通过梳理刑法条文和相关司法解释，我们不难发现，司法实践中对“多次”的认定标准一般是“1年内2次”（猥亵儿童罪等）、“2年内3次”（盗窃罪、敲诈勒索罪等）以及“3次”（抢劫罪等）。同时，司法实践中对“多人”的认定标准一般是“2人或2人以上”以及“3人或3人以上”。笔者认为，我们对“多次行贿”采取“时间+次数”的认定模式，以“2年内行贿3次以上”作为“多次行贿”的具体认定标准。同时，“向多人行贿”应当是指“向3人或3人以上行贿”。如前所述，行贿罪和受贿罪的社会危害性并不相同，行贿罪的法定刑应当低于对应的受贿罪。在最新修正案已经加重行贿罪刑罚处罚力度的前提下，我们应当尽可能限缩行贿罪从重处罚情节的适用范围。司法解释等规范性法律文件应当同时在时间和次数上对“多次行贿”的认定标准加以限制，并且在次数上对“向多人行贿”的认定标准加以限制。

第二种从重处罚情节“国家工作人员行贿”的理解与适用。因为《刑法》第93条明确规定了“国家工作人员”的范围，所以理论上和实践中对本项内容的分歧较小。^[20]笔者认为，对“国家工作人员行贿”的理解，直接依照《刑法》第93条的规定进行适用即可。

第三种从重处罚情节“在国家重点工程、重大项目中行贿”的理解与适用。刑法以及其他部门法中并没有对国家重点工程和重大项目进行权威定义。在《国家重大工程档案》等文献资料中，我国首次对改革开放以来国民经济和社会发展主要领域的重大工程进行了全面梳理。因此，上述文献资料可以成为在刑法上认定“国家重点工程”的重要参考依据。此外，“国家重大项目”

[19] 参见刘军：《多次犯中的行为危险及预防性惩罚》，载《政治与法律》2023年第9期。

[20] 《刑法》第93条规定：“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、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，以国家工作人员论。”

的外延极广，几乎所有涉及投资、开发、建设等领域的活动都可能属于项目建设的范畴。但是，相关项目可以分为国家级项目（由国家全部投资或者参与投资）和地方重大项目（由地方政府或民间投资）。笔者认为，“国家重点工程、重大项目”应当仅包括国家级的工程和项目，而不包括地方重大工程和项目。上述认定标准符合“国家重点工程、重大项目”的文义。

第四种从重处罚情节“为谋取职务、职级晋升、调整行賄”的理解与适用。公务员晋升、调整职务职级应当严格遵循《中华人民共和国公务员法》及其配套法规规定。笔者认为，应当将“为谋取职务、职级晋升、调整行賄”的范围限定为谋取国家工作人员的职务、职级晋升、调整。

第五种从重处罚情节“对监察、行政执法、司法工作人员行賄”的理解与适用。笔者认为，“监察、行政执法、司法工作人员”是指在监察机关、行政执法机关和司法机关中从事公务的公务员，而不包括上述机关中不具有公务员身份而从事辅助工作的相关人员。例如，警察属于司法工作人员，而辅警则不属于司法工作人员。“在我国《公务员法》等相关立法中使用‘公务员’的概念，其他行政立法中使用行政机关工作人员、行政执法人员等概念，行政组织立法与行政行为立法之间缺乏有效的衔接与配合直接导致对法律的解释与机械法条主义之间的矛盾。”^[21]因此，行政执法人员等概念应当与“公务员”的概念协调一致。

第六种从重处罚情节“在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗等领域行賄，实施违法犯罪活动”的理解与适用。本项内容主要可能涉及以下两个方面的争议：一是“等”字是否属于兜底规定，二是“实施违法犯罪活动”的内涵及功能如何加以明确。笔者认为，“生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗”所代表的八大领域实际上已经对政治、经济、民生等主要领域进行了较为全面的覆盖，刑法没有必要在本项内容中作兜底规定。同时，如果将“等”理解为兜底规定，那么该兜底规定的具体内容也将难以明确。此外，“实施违法犯罪活动”不仅是适用本项内容所必须满足的构成要件，而且其内容应当特指实施行賄罪以外的其他违法犯罪活动。否则，只要是在上述八大领域实施行賄的行为人就要被从重处罚，这必然导致本项规定的适用范围过大。因此，我们要通过“实施违法犯罪活动”这一规定来限缩本项内容的适用范围。只有同时符合在上述八大领域行賄和实施行賄罪以外的违法犯罪活动的才能适用本项规定。

第七种从重处罚情节“将违法所得用于行賄”的理解与适用。有观点认为，刑法中“犯罪所得”与“违法所得”的表述虽有差别，但其内涵应当一致，即都是达到犯罪程度的违法行为之所得。^[22]持该观点者进一步主张，犯罪分子的违法所得具体包括犯罪收益、犯罪报酬和犯罪所生之物。^[23]笔者认为，我们应当在刑法上对“违法所得”“犯罪所得”和“违纪所得”进行区分。从字面含义来看，“违法所得”既包括违反民法等前置法以及行政法规行为之所得，也包括违反刑法实施犯罪行为之所得；“犯罪所得”仅指违反刑法实施犯罪行为之所得；“违纪所得”是指实施违反党纪政纪行为之所得。在刑法上，存在将“犯罪所得”与“违法所得”进行通用的现象。例如，《刑法》第64条规定，犯罪违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。在理解与

[21] 刘东辉：《论行政辅助人职务侵权赔偿责任》，载《社会科学家》2022年第4期，第132页。

[22] 参见黄旭巍：《论经济犯罪所得之没收》，载《法学评论》2021年第5期。

[23] 参见万志鹏：《论犯罪所得之没收》，载《法商研究》2018年第3期。

适用“将违法所得用于行贿”时，我们应当使用狭义的“违法所得”概念（即与“犯罪所得”概念相等同）。将“违法所得”理解为“犯罪所得”，不仅高度契合刑法惩罚犯罪之宗旨，还可以有效限缩本项内容的适用范围。因此，我们可以把“将违法所得用于行贿”理解为将犯罪收益、犯罪报酬和犯罪所生之物等犯罪所得用于行贿的情形。

三、《刑法修正案（十二）》修正内容引发的立法与司法思考

随着刑法修正案的陆续出台，积极刑法观和刑法功能扩张为我国犯罪治理提供了全新路径，但也带来了诸如轻罪治理与刑事制裁重刑化等新挑战。^[24]自《刑法修正案（八）》以来，积极刑法观就已经开始在我国刑事立法活动中得以确认。^[25]积极刑法观中所指的积极立法，不仅表现在罪名设置上，也体现于刑罚配置中，即立法者倾向于采取重刑化的手段来强化公民的守法意识。^[26]因此，最新修正案增加非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪等犯罪主体（部分犯罪还增加了行为类型）的相关内容，以及提高贿赂犯罪法定刑的相关内容都可以看作是对积极刑法观的具体践行。有观点认为，积极刑法观不仅要在立法层面积极推进犯罪化，而且在刑事司法层面也必须通过各种解释原理尽可能消解规范供给不足的问题。^[27]也有不同观点认为，“积极”的立场仅限于在立法上积极地扩张犯罪圈，而不包括在司法层面积极扩张罪名的适用范围。^[28]还有观点认为，虽然可以在立法层面积极地设立新罪，但需要通过司法实践来限制罪名的适用（立法积极，司法消极）。^[29]笔者认为，积极刑法观应当仅限于刑事立法活动，在刑事司法活动中，我们应当确立科学合理的刑法适用标准，但是，不应带有偏向性地有意限制相关罪名适用范围（即“司法消极”）。不可否认的是，虽然积极刑法观有违背刑法谦抑性原则之嫌，但实际上积极刑法观已然成为一种可以同时贯彻刑事立法与刑事司法活动始终的观念。所谓“立法积极，司法消极”的观点只是一种美好的愿景，这种愿景在实践上缺乏实现的可能性。因为在罪刑法定原则的要求下，刑事司法活动不能违背刑法条文的规定而将已经构成犯罪的行为进行出罪。一旦最新修正案扩张了相关个罪的处罚范围，那么在刑事司法活动中便不可能将最新修正案已经扩张的处罚范围进行反向限缩，否则就是违背罪刑法定原则。以非法经营同类营业罪为例，最新修正案在将非法经营同类营业罪的犯罪主体扩大至“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员”之后，犯罪圈的扩张就已经实现。但是，犯罪圈的扩张终究无法取代或消除罪与非罪的判断。在刑事司法层面，我们只能在犯罪圈扩张的基础上尽量以符合刑法基本原理的标准来完成罪与非罪的判断，而不能对已经构成本罪的“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员”进行出罪。因此，只要刑事立法扩大了犯罪圈，那么刑事司法就

[24] 参见戚永福、曹瑞璇：《轻罪治理的中国面向：内涵廓清、实践检视及路径选择》，载《青少年犯罪问题》2023年第5期。

[25] 参见吴宗宪、燕永辉：《微罪的概念补正与现实批判》，载《河北法学》2023年第2期。

[26] 参见王俊：《积极刑法观的反思与批判》，载《法学》2022年第2期。

[27] 参见付立庆：《积极刑法观及其展开》，中国人民大学出版社2020年版，第86-87页。

[28] 参见周光权：《积极刑法立法观在中国的确立》，载《法学研究》2016年第4期。

[29] 参见黎宏：《预防刑法观的问题及其克服》，载《南大法学》2020年第4期。

只能按照罪刑法定原则对其进行落实。所谓“司法消极”根本无法消除“立法积极”扩张犯罪圈所带来的法律后果。换言之，在“立法积极”已经扩张犯罪圈的前提下，所谓“司法消极”根本无法起到限缩犯罪圈的实际效果。事实上，我国的刑事司法活动不仅不能主动限缩相关罪名的适用范围，甚至往往会以更加积极的态度扩张相关罪名的适用范围。因此，为了限制刑事处罚范围的过度扩张，避免刑事制裁手段过度冲击公民的基本自由，我们应当从刑事立法角度对最新修正案的相关内容进行反思。

在刑事立法层面，最新修正案的相关内容主要体现出刑法对民营企业内部人员背信犯罪以及行贿犯罪的从严惩治态度。在刑事司法层面，司法实务部门必然会依据最新立法动向加大对民营企业内部人员背信犯罪以及行贿犯罪的打击力度。笔者认为，矫枉不能过正，我们应当通过司法解释等规范性法律文件对最新修正案的相关内容划定科学合理的适用标准。笔者认为，司法工作人员应当在审理案件的过程中保持客观中立，而不能带有积极入罪或消极出罪的主观偏向性。同时，司法工作人员在适用刑法时应当严格遵循刑法谦抑性原则和比例原则，在一般情况下尽量不使用扩大解释来扩张刑法的适用范围。刑法谦抑性原则和比例原则的本质在于限制国家权力，对国家权力和个人基本权利进行合理分配，体现出人权保障和权力制约的法治思想。^{〔30〕}很多情况下，司法裁判之所以给人以不公正的感觉，主要原因在于没有真正理解、领悟刑法规定之根本目的和宗旨，而是过于形式化地解读刑法规定，乃至背离社会公众的情感需求和基本的社会伦理规则，有违刑法的实质正义。^{〔31〕}因此，我们应当不断在刑法积极扩张犯罪圈和人权保障之间寻找新的平衡点。具体而言，我们可以从刑事立法和刑事司法两个方面实现打击犯罪与人权保障的平衡。在刑事立法层面，国家可以适当放缓刑法修正案的出台与施行。在最近几次刑法修正案中，情绪立法与现象立法的趋势逐渐凸显。大量轻罪的增设导致刑法对行为不法的评价发生从以“侵害性”“严重危害性”为标准到以“风险”或“侵害可能性”为标准的转变。^{〔32〕}在积极刑法观占据主流地位的当下，唯有降低刑事立法活跃度才能从根本上杜绝因权力过度扩张而损害公民自由的现象。在刑事司法层面，最高人民法院和最高人民检察院应当根据客观现实制定科学合理的刑法适用标准。同时，各级司法机关工作人员应当摒弃积极入罪或消极出罪的主观偏向，以客观中立的态度审慎理解适用刑法条文。

除了在保护法益与保障人权之间寻求平衡之外，我们还应当在刑法条文内部反思非对称性立法的问题。“非对称性刑法立法是指刑法对相同或者相似情形作不相同或者不相似的规定，包括在罪责刑关系上的纵向不对称立法和横向不对称立法。”^{〔33〕}值得注意的是，最新修正案的前七条内容全部涉及对非对称性刑法立法的调整。如前文所述，最新修正案在非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪中增加了国有单位以外的犯罪主体，这是将国有单位工作人员和民营企业内部人员实施相同背信行为进行对称性入罪的体现（实

〔30〕 参见于改之：《比例原则刑法适用的限度》，载《中国社会科学报》2023年7月18日，第005版。

〔31〕 参见董文凯：《“假药”认定标准的行刑分立及其应用》，载《青少年犯罪问题》2023年第4期。

〔32〕 参见姜敏：《积极刑法观之面相、根据和实践限度的教义学分析——以〈刑法修正案（十一）〉为分析文本》，载《法学评论》2022年第6期。

〔33〕 袁彬：《反思非对称性刑法立法——以〈刑法修正案（十二）（草案）〉为契机》，载《中国刑事法杂志》2023年第5期，第21页。

现横向对称立法)。此外,最新修正案调整了单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪的法定刑,这是对行贿受贿类犯罪法定刑幅度进行对称性立法的体现(实现纵向对称立法)。实际上,对称性立法背后所强调的是对法益的平等保护。应该看到,现行《刑法》中仍然存在其他非对称性立法现象。例如,《刑法》分则第九章渎职罪的犯罪主体全部是“国家机关工作人员”“司法工作人员”“行政执法人员”等国家工作人员,而不包括其他非国家工作人员。但是,在电力等民生领域以及银行等金融领域,非公有制经济已经占据一定的市场份额。如果上述民生、金融等主要领域的民营企业内部人员滥用职权或玩忽职守,也极有可能导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。因此,在对国家和人民利益的对称性保护上,在重要领域工作的非国家工作人员似乎也可以成为渎职类犯罪的犯罪主体。总之,刑法立法和司法活动应当始终坚持中国特色社会主义法治道路,以人民为中心,不断进行反思与修正。^[34]因此,在今后的《刑法》修正工作中,刑法应当继续着力避免出现相同或者相似情形作不相同或者不相似处罚的非对称性立法现象。

Abstract: The content of the Criminal Law Amendment (12) mainly involves the crime of bribery and the crime of breach of trust by insiders of private enterprises. The criminal subjects of related breach of trust crimes extend from the public domain (staff of state-owned units) to the private domain (internal personnel of private enterprises). For the same or similar breach of trust, we cannot treat the relevant behaviors differently in criminal law just because of the different nature of the ownership of the damaged enterprise. The Criminal Law Amendment (12) reflects the horizontally symmetrical legislative approach in regulating the same breach of trust committed by different criminal subjects in the crime of illegally operating similar businesses and other breach of trust crimes. The Criminal Law Amendment (12) adjusts the statutory penalties for bribery crimes such as unit bribery, reflecting the vertically symmetrical legislative approach. The new crimes added by the revised provisions cannot be retroactive, and adjustments to individual crime laws and sentencing can be retroactive under certain circumstances. “Judicial passivity” simply cannot eliminate the legal consequences caused by “legislative positivity”. While constantly seeking a dynamic balance between protecting legal interests and safeguarding human rights, we should continue to reflect on issues such as asymmetric legislation when amending criminal law provisions.

Key Words: crime of breach of trust, bribery crime, applicable standards, legislative reflection, Criminal Law Amendment (12)

(责任编辑:简爱)

[34] 参见陆锋:《习近平法治思想指导下“三性”犯罪论体系的初构》,载《青少年犯罪问题》2023年第6期。