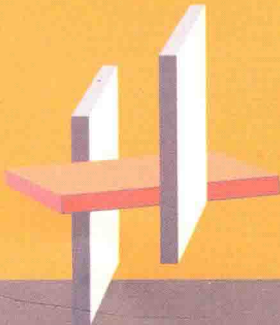


法学家 茶座

主编 何家弘



Teahouse
For Jurists

2015.3

总第47辑

【前沿聚焦】

- 张远煌 企业家犯罪的解读与反思：人性恶抑或制度恶
赵 军 政商交易“6.0时代”的刑事困局
李 斌 民营企业家的罪与泪

【法治漫谈】

- 王新清 防范冤错案件的两件“利器”
戴玉忠 罪刑法定原则遭遇“口袋罪名”的法律困惑与出路
党建军 “死刑冤案”辨
柳经纬 集体土地入市改革还须有宪法意识
龙宗智 由性侵杀人案想到“以审判为中心”

山东人民出版社

主 管 山东出版传媒股份有限公司

出 版 山东人民出版社

编 辑 《法学家茶座》编辑部

主 编 何家弘

副主编 廖 明 张君周

主编助理 杨锦璈 张 晶 何 然

责任编辑 麻素光

电脑制作 谢润蒨

投稿邮箱 fxjchazuo@126.com

网 址 <http://www.sd-book.com.cn>

社 址 济南市胜利大街 39 号

邮 编 250001

编辑部电话 0531-82098903

购书电话 0531-82098021

邮发代号 24-193

图书在版编目 (CIP) 数据

法学家茶座 . 第 47 辑 / 何家弘主编

济南: 山东人民出版社, 2015.11

ISBN 978-7-209-09319-4

I. ①法... II. ①何... III. ①法学—文集 IV. ① D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 274381 号

山东临沂新华印刷物流集团印装

16 开本 (172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

定价: 18.00 元

茶客风采



王新清

中国青年政治学院（中央团校）
常务副校长、党委副书记

河南南阳人，法学博士、教授。中国青年政治学院（中央团校）常务副校长、党委副书记。兼任教育部高等学校法学类专业教学指导委员会委员、中国刑事诉讼法学研究会常务理事，团中央青少年专业教师系列高级专业技术职务评审委员会主任，中国人民大学法学院教授、博士生导师。

曾在中国人民大学法学院学习，先后获得法学学士、硕士和博士学位。历任中国人民大学法学院讲师、副教授、教授，博士生导师，中国人民大学党委副书记、纪委书记。

主要研究方向是刑事诉讼法学、律师学。曾经获得宝钢教育奖、全国普通高校优秀教材一等奖，被授予“北京市青年教师”“中国人民大学十大教学标兵”荣誉称号。享受国务院政府特殊津贴。

撰写法学著作 20 余部，发表论文 70 余篇。

目 录

| 卷首语 |

何家弘 中国式民主之路 / 001

| 前沿聚焦 |

张远煌 企业家犯罪的解读与反思：人性恶抑或制度恶 / 005

赵 军 政商交易“6.0时代”的刑事困局
——以刘汉案为切入看企业家贿赂犯罪的升级 / 013

李 斌 民营企业家的罪与泪 / 019

| 三言拍案 |

张 晶 校园暴力法眼观 / 026

张鸿巍 校园暴力防控的实效与实证评估 / 029

刘引玲 对校园暴力行为零容忍 / 033

| 法治漫谈 |

王新清 防范冤错案件的两件“利器”
——从庭审的证据审查功能展开分析 / 037

戴玉忠 罪刑法定原则遭遇“口袋罪名”的法律困惑与出路
——兼谈醉驾致人死亡犯罪案件的法律适用 / 042

党建军 “死刑冤案”辨 / 048

柳经纬 集体土地入市改革还须有宪法意识 / 052

龙宗智 由性侵杀人案想到“以审判为中心” / 055

| 法学札记 |

刘作翔 民间法研究中的几个问题 / 058

王进喜 论我国法律职业共同体建设所亟须解决的问题
——以法律职业行为法的建设为着眼点 / 063

杨兴培 法学需要哲学的引领和助推 / 070

朱伟一 硕士论文选题的考证 / 074

雷小政 当实证研究宠爱少年司法 / 080

| 身边法事 |

常纪文 三个第一次：亲历国家和北京市的首次立法协商 / 084

乔新生 我所亲历的电视问政 / 090

丛立先 “带刀飞行”的困惑 / 095

| 法苑随笔 |

米 健 为什么总有影影绰绰的形式主义
——从“权力清单”和“人格权独立成编”之困惑说起 / 100

史彤彪 丹东的随意 / 105

施正文 做一名创造历史和坚守使命的税务律师 / 110

汤啸天 花鼠、灰鼠该由哪只猫抓 / 115

| 域外法制 |

陈 兵 19 世纪美国城镇化进程中的财税法治 / 119

郭 烁 同性婚姻全美合法，一起读读判决 / 123

| 史海钩沉 |

侯欣一 伍廷芳的身价 / 130

刘昕杰 李祖庆与璧山法院的司法改良 / 134

| 名师剪影 |

彭 伶 回忆刘家兴老师二三事 / 138

| 聊斋闲话 |

周 详 我的恋爱故事
——在“反腐败的国际经验与中国实践”国际论坛上的发言 / 143

王文生 从田垄到圣殿
——一个法律人的成长之道 / 148

| 书城夜话 |

林来梵 回归中国立场的宪法学 / 155

中国式民主之路

在当今世界，“民主”是一个非常时髦的语词。于是，真懂民主的人与不真懂民主的人，真爱民主的人与不真爱民主的人都会高喊“民主”的口号。然而，在不同人的口中，“民主”的含义并非尽同。例如，西方人讲的“民主”是公民按照“多数决”的方式行使政治决定权；而中国人讲的“民主”是人民当家作主。也许，西方人注重程序公正，因此其民主一定要有反对党和全民普选；中国人注重实质正义，因此只要是人民当家作主，就不一定非有反对党和全民普选。

其实，中国古代就有“民主”一词，其含义是“民之主宰者”，指帝王君主；但是在现代汉语中，“民主”的含义是以民为主，由民作主。旧意“民主”的本质是“官为民主”；新意“民主”的本质是“民为官主”。汉语实在是一种非常奇妙的语言，同一语词竟然有如此相反的含义。不过，这种差异并非仅存于语词。当下中国官员讲的“民主”应该都是新意，但是在某些官员的潜意识中可能还存有旧意。口中说的是“民为官主”，但行为习惯还是“官为民主”。

中国不可能在一夜之间就实现民主，只能采取渐进的方式。诚然，公民对于选举领导人等重大事项享有投票权是民主的重要保障，但目前在中国尚难实现。相对而言，公民对国家重大事项决策的知情权较易推进，应该先行。换言之，人民现在还不能决定谁当领导人等重大事项，但是应该有权知道领导人是怎么产生的，重要事务是怎么决策的。由此推知，中国民主的进路应该是保障公民对政府权力运行的知情权，或曰构建“阳光政府”。

阳光政府之要义是消除政府决策的封闭性和神秘性，而且要从政府信息公开走向政府决策公开。例如，政府高级官员的家庭财产要向民众公示，公民可以按照一定程序查阅；政府主要干部的选任要举行公开的听证会，公民可以凭身份证入场旁听；各级人大常委会讨论人事任免等重要事项的会议过程也可以电视直播，感兴趣的公民都可以在家中观看。倘能如此，中国式民主则非空谈矣！

何家弘

写于北京世纪城痴醒斋

主 管 山东出版传媒股份有限公司

出 版 山东人民出版社

编 辑 《法学家茶座》编辑部

主 编 何家弘

副主编 廖 明 张君周

主编助理 杨锦璈 张 晶 何 然

责任编辑 麻素光

电脑制作 谢润蒨

投稿邮箱 fxjchazuo@126.com

网 址 <http://www.sd-book.com.cn>

社 址 济南市胜利大街 39 号

邮 编 250001

编辑部电话 0531-82098903

购书电话 0531-82098021

邮发代号 24-193

图书在版编目 (CIP) 数据

法学家茶座 . 第 47 辑 / 何家弘主编

济南: 山东人民出版社, 2015.11

ISBN 978-7-209-09319-4

I. ①法... II. ①何... III. ①法学—文集 IV. ① D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 274381 号

山东临沂新华印刷物流集团印装

16 开本 (172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

定价: 18.00 元

目 录

| 卷首语 |

何家弘 中国式民主之路 / 001

| 前沿聚焦 |

张远煌 企业家犯罪的解读与反思：人性恶抑或制度恶 / 005

赵 军 政商交易“6.0时代”的刑事困局
——以刘汉案为切入看企业家贿赂犯罪的升级 / 013

李 斌 民营企业家的罪与泪 / 019

| 三言拍案 |

张 晶 校园暴力法眼观 / 026

张鸿巍 校园暴力防控的实效与实证评估 / 029

刘引玲 对校园暴力行为零容忍 / 033

| 法治漫谈 |

王新清 防范冤错案件的两件“利器”
——从庭审的证据审查功能展开分析 / 037

戴玉忠 罪刑法定原则遭遇“口袋罪名”的法律困惑与出路
——兼谈醉驾致人死亡犯罪案件的法律适用 / 042

党建军 “死刑冤案”辨 / 048

柳经纬 集体土地入市改革还须有宪法意识 / 052

龙宗智 由性侵杀人案想到“以审判为中心” / 055

| 法学札记 |

刘作翔 民间法研究中的几个问题 / 058

王进喜 论我国法律职业共同体建设所亟须解决的问题
——以法律职业行为法的建设为着眼点 / 063

杨兴培 法学需要哲学的引领和助推 / 070

朱伟一 硕士论文选题的考证 / 074

雷小政 当实证研究宠爱少年司法 / 080

| 身边法事 |

常纪文 三个第一次：亲历国家和北京市的首次立法协商 / 084

乔新生 我所亲历的电视问政 / 090

丛立先 “带刀飞行”的困惑 / 095

| 法苑随笔 |

米 健 为什么总有影影绰绰的形式主义
——从“权力清单”和“人格权独立成编”之困惑说起 / 100

史彤彪 丹东的随意 / 105

施正文 做一名创造历史和坚守使命的税务律师 / 110

汤啸天 花鼠、灰鼠该由哪只猫抓 / 115

| 域外法制 |

陈 兵 19 世纪美国城镇化进程中的财税法治 / 119

郭 烁 同性婚姻全美合法，一起读读判决 / 123

| 史海钩沉 |

侯欣一 伍廷芳的身价 / 130

刘昕杰 李祖庆与璧山法院的司法改良 / 134

| 名师剪影 |

彭 伶 回忆刘家兴老师二三事 / 138

| 聊斋闲话 |

周 详 我的恋爱故事
——在“反腐败的国际经验与中国实践”国际论坛上的发言 / 143

王文生 从田垆到圣殿
——一个法律人的成长之道 / 148

| 书城夜话 |

林来梵 回归中国立场的宪法学 / 155

企业家犯罪的解读与反思： 人性恶抑或制度恶

张远煌*

对作为“白领犯罪”高端形态的企业家犯罪，人们可能并不十分熟悉。长期以来，我们的思维、理论、法律，习惯于把犯罪主要看成是社会下层人员的问题；我们关心、担忧和讨论的，往往是有关盗窃、诈骗、抢劫、强奸、伤害之类的“街头犯罪”。对社会多元条件下富裕者阶层或管理者阶层的犯罪，除了其惹人眼球的新闻价值和成为人们茶余饭后的谈资外，真正关注并着力应对的很少。

现阶段，当作为财富创造者和“体面者阶层”的企业家，每年数以千计地落入刑事法网时，强烈的观念反差使我们充满了种种困惑与迷茫：作为社会精英群体的企业家为何会出现犯罪的高发现象？企业家犯罪的多发，能否再简单地归因于“唯利是图”“无奸不商”之类的主体性因素？或者，这种主观恶的解释倾向，是否有掩耳盗铃或推卸社会治理责任之嫌？

当带着些许的“为富不仁”的敌意，动辄“快意恩仇”地使用刑法手段制裁违规犯禁的企业家时，我们可曾意识到由此带来的社会代价？作为稀缺管理资源的企业家的内耗，关乎着企业家身后的企业发展，关乎着企业职工的就业与福利，关乎着关联企业的利益，以及时常因此激发的群体性事件……

当企业家将其累积的财富和技能用于犯罪时，破坏能量远超“街头犯罪”，而理论与实践却偏好于后者；在包括企业家犯罪在内的犯罪治理上，

* 作者为北京师范大学刑事法律科学研究院教授。

我们痴迷于事后制裁方案的设计而在事前防控方面无所作为。这种理论和实践导向的正当性究竟何在？其正能量又如何充分发挥？

面对上述种种困惑与不解，出于学术研究的反思本能，也基于“事情总得有人来做”的责任意识，北师大“中国企业家犯罪预防研究中心”于2012年以来，基于相关统计资料的悉心收集、甄别和分析，连续发布《中国企业家犯罪年度报告》和出版《企业家犯罪分析与刑事风险防控报告》（下称《报告》）。随着实证素材的积累和研究的逐步展开，一些规律性的东西开始显露，引发了“有话要说”的催促。于此，借《法学家茶座》这方休闲宝地，对所思所想略书一二。

二

企业家，作为财富的化身或代名词，不仅致力于物质财富的创造，也是精神文明的重要创造者与推动者。回顾近代以来的历史，我们不得不承认，那些已经转化为维系现代社会根基的价值追求，如契约精神、自治精神、创新精神、平等意识等，无不是最先从企业家的财富创业实践中激发或衍生出来的。

企业家群体于经济社会发展的独特功能，正如19世纪初首次提出“企业家”概念的法国经济学家让·巴蒂斯特指出的那样：正是企业家使经济资源的效率得以提高。也正是基于这一基本功能的发挥，企业家成为市场经济活动中最为活跃和富有创新力的要素。

在我国，企业家是伴随着改革开放与市场化进程催生的新生社会群体。尽管这一群体尚处于初级发展阶段，30余年来粗放式经济发展的大环境与自身草根性的生发历程，决定了他们整体上距离“富贵兼备”的社会期待尚有距离，但他们对中国经济的腾飞功不可没，并且大抵代表着与政府相对应的社会力量。

但现阶段企业家犯罪不断呈现，以至成为“犯罪高发群体”的现实，呼唤着我们正视并积极应对这一问题。

应该说，任何阶层的人犯罪都不足为奇。因为，犯罪是社会无法消除的常规现象。犯罪作为一种文化标定，产生于人类欲望的无限扩张性与

限制欲望满足限度的社会规则之间的永恒冲突之中。人不能没有欲望，社会不能没有规则。有规则就必然有犯罪之标定。由此，犯罪都是社会因素与个人因素相互作用的结果，便成为颠扑不破的真理。对于企业家犯罪而言，其生成机理同样如此。

然而，不同社会阶层的人犯罪，社会因素与个人因素作用的性质、方式与强度却是有差异的。遵循这一重要逻辑前提，才有助于把准不同犯罪类型的脉，做到对症下药。

作为社会成员，不得杀人放火、不得奸淫掳掠、不得偷盗欺诈之类的社会意识，是不需要经过后天的特别教化就应当具有的。因为，这些冒犯人类道德情感底线的行为，几乎是与人类古老禁忌相伴而生的基本意识。无视生命价值和他人痛苦的行为之所以会发生，固然可以在更广泛的范围内寻找无限的因果联系，但行为人自身道德感的严重退化与同情心和怜悯心的严重缺失，无疑是基本诱因。也正是行为的性质表征了犯罪者的道德意识和自律能力已经降低到绝大多数国民水准之下，犯罪之实施在相当程度上可归因于个人欲望的恶意放纵，于是行为人自身便具有了较强烈的可谴责性。理论上的“自然犯”概念与社会中“犯罪人可恶”的印象，多半就是据此形成的。

相对于传统的“街头犯罪”，作为市场主体和财富精英的企业家身份与社会角色决定了其犯罪现象的多寡与结构会更更多地与法律制度的设置状况相联系。人们常说市场经济是法治经济，一个重要的事实就在于：正是法律制度在建构着企业家追求利润和创造财富的可能路径与方式。在这种意义上，企业家犯罪可以还原为：企业家追逐利润的天性与旨在限制实现利润的限度与手段的制度设置之间的直接碰撞和冲突。随着这种碰撞和冲突的激烈程度与范围的不同，企业家犯罪的形态与规模也相应不同。

透过企业家犯罪现象，仍然可以看到人性恶的方面（如追求利润天性被无限放大后的贪婪），但更可以洞察出制度设置的理性程度。当企业家犯罪已不是个别的偶然现象时，企业家犯罪本质上应当被视为背离市场规律的非理性制度约束与市场主体力图挣脱约束之间激烈冲突的结果。

江山易改，本性难移。不断创造财富是企业家存在的根据，追逐利润是其无可厚非的天职。由此，减少企业家犯罪现象的努力，虽然离不开企

企业家精神的社会培育与自我修炼，但最重要的是检讨和反思强力维护市场秩序的刑事制度是否存在越位、是否公平以及是否明事理的问题。

如果既想搞活市场经济，又要设置诸多与之不相符的许可、准入和审批程序捆绑住市场主体的手脚，并且为了强化这种限制和捆绑效果，不惜轻易动用“便捷而有效”的刑法手段予以保障，其直接结果除了会严重抑制企业和企业家的活力，危及经济发展外，还会因市场主体与非理性的制度约束之间的冲突加剧而诱发更多的犯罪。当然，这还会给那些林林总总的掌控着市场管制权力的官员们，提供大好的权力向资本市场转化的机会，引发大面积的腐败现象。

立于积极的社会改革立场，只有正视企业家犯罪趋于突出的原因的特殊指向性，在观念上克服“犯罪是犯罪者的责任”这种习惯思维，把企业家犯罪的多发、频发，与现实的制度性缺陷联系在一起，才有助于看清问题的实质或主要方面，也才利于通过理性的制度完善，达成社会层面的秩序维护与企业家层面的活力激发之间的平衡。如此，方能在从根本上减少企业家犯罪的同时，为企业家的财富创造活动提供尽可能宽松与宽容的空间，促进经济社会可持续的良性发展。

三

企业家犯罪作为检视犯罪的制度性成因的范例，由近三年的《报告》所揭示的企业家犯罪的罪名结构与高频率罪名，便可见一斑。

一方面，与不同所有制的国企和民企相对应，企业家也有国企企业家与民营企业之分。这种所有制形成的身份差异，在罪名结构上也得到充分反映。

在国企企业家触犯的 30 个罪名总数中，最突出的是以非规范或非公共目的行使权力为特征的腐败犯罪，居前三位的受贿、贪污和挪用公款三个罪名罪（集中于刑法分则第八章），占了国企企业家全部罪名的 65%。

与国企企业家的罪名结构形成对照，在民营企业所触犯的 73 个罪名总数中，多数为破坏市场经济秩序罪（集中于刑法分则第三章），并且居首位的是融资类犯罪。

从上述事实中不难发现：一方面，民营企业家在经营活动中面临的刑事风险，整体上要高于国有企业家。即使不考虑司法实践中的偏好，民营企业面临的由73个较常见罪名所形成的法网，无论如何要比国有企业面对的30个罪名形成的法网更大；另一方面，基于维护市场经济秩序而设立的各种罪名，立法初衷无疑针对所有市场主体的，但这类罪名在适用层面主要都落在了民营身份的市场主体上，以至不少罪名几乎成为民营企业家的“专利”，如非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法经营罪、合同诈骗罪、偷逃注册资金罪等。

这种因主体身份不同而出现的刑事风险概率与罪名结构上的显著差异，显然难以再用个人素质的高低、法律意识的强弱等个体性因素作出有说服力的解释，而必须聚焦于相关的制度性安排。

就市场经济的正道或基本法则而言，市场经济讲究的是公平竞争、适者生存。但在现有体制下，参与市场活动的国有企业却可以游离于市场法则之外。国企享受着各种政策性保护或特殊的优惠待遇，如同温室中的花朵，虽然天生缺乏应对市场竞争的能力，但凭借与生俱来的合法而不合理的垄断性资源或优势地位，大可绕开公平竞争的洗礼而获得丰厚的利润。民企虽然是市场力量的真正代表，但如路边的野花，只能在风吹雨淋的市场竞争中自生自灭，只能通过产品或服务的不断创新求生存、求发展。

这种背离市场规律要求的不同身份市场主体制度安排上的不平等，加上刑法规制存在着反市场化倾向（实质为维护计划经济体制的惯性意识）与轻率介入（崇尚刑法压制功能的反映），导致了国有企业与民营企业罪名结构的显著差异，并使后者在市场活动中遭受着更多的刚性制约，承受着更宽泛的刑事风险。

另一方面，对比国有企业与民营企业家在高频率罪名方面的差异，制度性缺陷的犯罪诱发功能更清晰可见。

国有企业之所以成为腐败犯罪的高发群体，主要不在于敬业精神和公仆意识的不强，而在于其“官商一体”的制度安排，在于国企高管们手中的权力得不到有效制约。这与政府官员腐败现象严峻的主因具有同质性。不仅如此，国企高管腐败犯罪的几率，要比政府官员更高。因为，国企的主人原本是包括你、我、他在内的全体人民，国企负责人的本来身份只是

政府委派到企业的“打工者”，但因这种委托代理制度设计不良、运行不佳，致使“打工者”很容易就变成了老板。一旦能够以企业老板自居，既掌握着巨大的经济资源，又处于内外监督机制较之政府官员更弱的环境中，滥用权力中饱私囊的现象如果不高发、频发，反而不符合规律了。

对民营企业而言，融资类犯罪高居首位，成为区别于国有企业家的标志性犯罪类型。面对为维护金融垄断而设置的重刑罪名的威慑，民营企业为何还频频犯禁？症结仍然不在于民营企业家的自由意志和功利权衡，而在于现行融资制度的歧视性安排。

在市场经济条件下，融资本是一种惯常的商业行为，也是任何企业正常运行的基本条件。为市场主体提供公平、便捷的融资渠道，是政府的重要职责。但对民营企业而言，恰恰在这方面却遭遇着制度性瓶颈与不公平对待。

面对难以撼动的以银行贷款为主导的严格监管和高度集中的金融体制，以及以服务于大中型国有企业为初衷建立起来的股票市场，留给民营企业的合法融资空间相当有限。繁琐的审批程序、高标准的融资门槛，使大量民营企业先天性地被排除于“一行三会”格局之外，法定融资资源分配不公，使合法融资方式几乎沦为国有企业的特权。

既然合法的融资渠道严重受阻，企业的生存和发展又必须融资，对民营企业的经营者而言，大致就两条路可选：要么老实巴交地看着商机流失、企业萎缩甚至死亡，要么铤而走险，进行交易成本更高并暗藏着巨大刑事风险的民间融资。

墨守成规向来不是企业家的秉性，何况面对的又是显失公平的制度设计。于是，民营企业因为融资问题“前赴后继”地身陷囹圄甚至丢掉生命的现象无法避免：从早期的沈太福，到之后的孙大午、唐万新，再到吴英，直至近年来被执行死刑的曾成杰。

面对不合理的制度约束，曾为中国五百强私营企业的大午农牧集团董事长孙大午，在接受媒体采访，回顾自己被判非法吸收公众存款罪的经历时，所表现出的感叹与无奈值得再现：“当年我被定罪，到现在都很不解。当时我的企业固定资产是 1.1 亿，负债额只有 2600 多万，资产是优质的。政府说我‘非法吸收’公众存款 1380 万。对一个固定资产一个多亿的企业来说，

银行不应该贷给我 3000 万吗？可我贷不出来。因为我在农村，我们这些中小企业没有金融政策保护，中小企业提供了就业，但得不到政策保障。”

2003 年孙大午被定罪时，曾在社会上乃至理论界引起广泛争议。抛开个案处理是否公正不说，继孙大午之后直至今日，民营企业家在融资环节不断“触雷”的严酷现实，使得我们不得不将诱发这类犯罪的主因转向制度安排之恶：社会中民营企业家融资类犯罪的高发，正是垄断性的金融制度安排与不明智的刑法介入惹的祸！

审视企业家融资类犯罪的频繁发生，主要看到的不应是民营企业家的不守规矩，而是现行制度安排的严重缺陷。一种制度如果强人所难，以至于到了遵守就干不了事、干不成事甚至要“死掉”的地步，那么，冒犯这种制度的行为，虽然形式上被称为犯罪，实质上可称之为“破坏式创新”。

除了融资类犯罪所反映的现行金融体制严重不合时宜的弊端外，面对仅仅非法吸收公众存款罪、非法经营罪与合同诈骗罪三个罪名，就占了民营企业家所触犯全部罪名的三分之一的事实，我们不得不警示我国刑法在调整市场经济活动中前冲太快、介入过深的泛化倾向。

实践中，上述罪名大多是因为经济或民事纠纷被“受害人”报案而形成刑事案件的，一般都存在着是犯罪还是合法融资行为或正当经营行为的争论，都存在着政策与法律界限的把握问题。在这种背景下，如果刑法适用把关不严，很容易滥施刑法。而立法上对这些行为类型又唯恐规定不足，为了防止出现挂一漏万的情形，往往配以“变相吸收公众存款”或“其他非法经营行为”之类的兜底性规定，客观上为迫于某种压力或外在形势需要扩大打击面提供了制度上的便利。在前述罪名的司法认定中，兜底条款的引用率竟然超过明示条款的情况，便是一种明证。

可以说，正是相关的体制性诱因、刑法制度的设计缺陷与运用越位诸方面结合形成的“组合拳”，决定了国企企业家与民营企业家罪名结构与刑事风险范围的差异，也注定了民营企业家会成为包括融资类、经营类等犯罪形式在内的“破坏市场经济秩序罪”的高发群体。

企业家犯罪的特点使其如同一面高倍反光镜，有助于我们更加清晰地看到包括社会治理理念和法律制度设置在内的系列社会深层问题。这些问题的解决固然需要耐心和多方面的合力，但透过林林总总的企业家犯罪现

象，至少对于法学人而言，应当形成这样的共识与呐喊：

其一，克服法律文化中的抑商观念与偏见，为激发企业家尤其是民营企业家的活力营造尽可能宽容的环境。企业家活了，企业就有活力；企业有活力，经济发展才有指望，人民生活的持续改善才有依靠。这应该是于国于民皆有利的大实话。

其二，尽力通过比较透彻的讲事实、摆道理，启迪和推动那些还不大明确事理或担当意识不强的决策者们，将学界老生常谈的基本事理落到实处：在社会治理方面，预防性制度胜于制裁性制度；凡是能用民事手段、商事手段、行政手段防治的问题，就不应动用刑事手段。

其三，“重要的话要说三遍”。在目前政府和市场的边界还很不清晰的情况下，对涉及市场经济领域中的不规范行为和新生现象，应特别强调刑法的慎用和缓用，要抱着再看一看、再等一等的信念，切实坚守刑法最后保障法的本分。即使刑法必须介入，也应努力在维护基本秩序与保持市场活力和激发企业家创新精神之间达成不失水准的平衡。否则，刑事制度阻碍经济社会发展之恶就会现实地表现出来。