

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

武汉大学刑法博士文丛 (3)

# 非公有制经济 刑法规制与保护论纲

FEIGONGYOUZHIJINGJI XINGFAGUIZHUYUBAOHU LUNGANG

◎张 军·著



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛(3)

# 非公有制经济 刑法规制与保护论纲

张 军 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

**图书在版编目 (CIP) 数据**

非公有制经济刑法规制与保护论纲/张军著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 4

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 710 - 8

I. 非… II. 张… III. 刑法—研究—中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 056743 号

**非公有制经济  
刑法规制与保护论纲**

FEIGONGYOUZHJINGJI  
XINGFAGUIZHI YU BAOHU LUNANG

张 军 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

---

版 次: 2007 年 7 月第 1 版

印 次: 2007 年 7 月第 1 次

印 张: 7.875

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 212 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

---

ISBN 978 - 7 - 81109 - 710 - 8/D · 670

定 价: 20.00 元

---

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

[www.phcpps.com.cn](http://www.phcpps.com.cn)

[www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)



张军，最高人民法院副院长、二级大法官。2003年9月至2005年7月，曾任司法部副部长。1982年7月吉林大学本科毕业，1985年7月中国人民大学刑法学专业研究生毕业。2006年12月获刑法学专业法学博士学位。曾作为最高人民法院代表参与1996年《刑事诉讼法》、1997年《刑法》的修订工作，主持或参与制定了有关司法解释。著有《刑事错案研究》、《刑事审判中法官的自由裁量权》，主编《刑法罪名精释》等，合著《刑事诉讼：控·辩·审三人谈》、《刑法纵横谈：理论·立法·司法》（总论部分）等，在《法学研究》、《中国法学》等期刊上发表论文40余篇。

## 内容摘要

本书对非公有制经济的刑法规制与保护问题作了较深入和系统的研究。本书认为,在经济、社会发展的现阶段,鉴于非公有制经济对于促进经济繁荣、推动社会进步所具有的重要作用,基于发展社会主义市场经济所必须的市场主体资格平等、发展与竞争条件相似的客观要求,依照现行宪法关于非公有制经济是社会主义市场经济重要组成部分的法律定位,根据国家鼓励、支持和引导非公有制经济发展的政策精神,应当在刑法上对非公有制经济予以平等的一体规制与保护。而现行刑法对非公有制经济规制欠缺、保护尤其不足。本书分析了刑事立法与司法在规制与保护非公有制经济方面存在的主要问题,以及对非公有制经济实行差别待遇的弊害,探讨了平等规制与保护社会主义市场经济、完善相关刑事立法的思路、原则和具体方案。

## Abstract

This essay makes an in-depth and systemic study on regulation and protection for non-State-owned economy by criminal law. It raises the point that, according to the great important role non-State-owned economy have played in promoting economic boom and furthering social development, for the reason of objective requirements that equal qualification of market subjects and similar conditions between development and competition which are needed for developing socialist market economy, in accordance with the legal status of non-State-owned economy prescribed by the Constitution that non-State-owned economy are important component of socialist market economy, on the basis of Chinese policies for encouraging, supporting and guiding non-State-owned economy, criminal law should take an equally integrative regulation and protection for non-State-owned economy during present economic and social development stage. However, the absence of regulation and insufficiency of protection for non-State-owned economy can be found in effective Criminal Law. The essay analyzes some major matters that arise from criminal legislation and justice in the field of regulating and protecting non-State-owned economy, and the disadvantages result from this kind of discrimination. Finally the essay will study thoughts, principles, and concrete schemes for regulating, protecting socialist market economy equally and perfecting relevant criminal legislation.

# 武汉大学刑法博士文丛

## 编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

# 总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以后，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分，精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从1987年开始招收博士生。在将近20年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。而如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法博士文丛》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法

## **非公有制经济刑法规制与保护论纲**

学博士论文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法博士文丛》由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。《武汉大学刑法博士文丛》的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生，能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科大力的支持，《武汉大学刑法博士文丛》的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

# 序一

自改革开放以来，特别是实行社会主义市场经济体制以来，在我国经济社会生活中，非公有制经济经历了一个从无到有、由小到大、由弱到强的渐进发展过程。如今，非公有制经济已成为我国社会主义市场经济的重要组成部分。统计表明，截至2005年2月25日国务院《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（以下简称《若干意见》）发布前夕，仅就个体私营经济而言，其占国内生产总值的比重已由1979年的不足1%，增长到1/3强；自20世纪90年代以来，个体私营企业平均每年净增工作岗位500万至600万个，占城镇新增就业岗位的3/4左右。<sup>①</sup>另外，在行业分布、企业规模、经济结构、产业布局、地区分布、市场分布等方面，非公有制经济也呈现出蓬勃发展的态势。

与此同时，非公有制经济的政策、法律地位也经历了一个不断提高的过程。仅从国家根本大法的规定看，1982年宪法颁行至今，先后进行了4次修正，其中3次修正涉及第11条，直接指向非公有制经济的地位、权益及发展政策问题。1982年12月4日第五届全国人大第五次会议通过的宪法只是在第11条对城乡劳动者个体经济的相关问题作出了明确规定：“在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济，是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的

---

① 《推动非公有制经济跨入历史发展新阶段》（社论），载《人民日报》2005年2月25日第1版。

## 非公有制经济刑法规制与保护论纲

合法的权利和利益。”“国家通过行政管理，指导、帮助和监督个体经济。”1988年4月12日第七届全国人大第一次会议通过的宪法修正案首次提出了“私营经济”的概念，其第1条对1982年宪法第11条增加规定：“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。”1993年3月29日第八届全国人大第一次会议通过的宪法修正案虽然没有直接涉及非公有制经济的相关问题，但其第7条却确立了“国家实行社会主义市场经济”的重要原则，为非公有制经济的发展提供了广阔的空间。1999年3月15日第九届全国人大第二次会议通过的宪法修正案首次引入了非公有制经济的概念，而且非公有制经济首次在国家基本经济制度中获占一席之地。该修正案第16条将宪法原第11条修改为：“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。”“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”第14条则在宪法原第6条有关社会主义所有制制度和分配制度规定的基础上增加规定：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”2004年3月14日第十届全国人大第二次会议通过的宪法修正案则将党的十六大报告确立的“两个毫不动摇”和“一个统一”政策，<sup>①</sup>以根本大法的形式固定下来，进一步表明了国家坚定促进非公有制经济健康快速发展的决心。该修正案第21条将宪法原11条第2款进一步修改为“国家保护个体经济、私营

---

<sup>①</sup> 即必须毫不动摇地巩固和发展公有制经济；必须毫不动摇地鼓励、支持和引导非公有制经济发展；坚持公有制为主导，促进非公有制经济发展，统一于社会主义现代化建设的进程中。参见江泽民同志在中国共产党第十六次全国代表大会上的报告：《全面建设小康社会，开创中国特色社会主义事业新局面》，载《江泽民文选》第三卷，人民出版社2006年版，第547～548页。

经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”

稍有历史常识的人都知道，非公有制经济能取得今天这样的发展局面，确实来之不易，其中经历了一个艰难的实践和认识过程。说其艰难，一方面是因为，非公有制经济的存在和发展，在社会主义中国，不单纯是一个经济、法律问题，更是一个到底什么是社会主义、如何建设社会主义的思想认识问题。有人指出，如果把党的十一届三中全会以来个体、私营等非公有制经济产生和发展的过程用坐标曲线来描述的话，就会发现，这个曲线同我们对社会主义初级阶段的认识深化程度是重叠在一起的。<sup>①</sup> 确实如此。非公有制经济的每一步发展，都首先取决于我们对什么是社会主义、如何建设社会主义这一根本问题的认识和实践取得的新突破。

另一方面，虽然非公有制经济已经为我们整个经济社会的发展作出如此巨大的贡献，虽然鼓励、支持和引导非公有制经济发展已经为国家根本大法 and 党的重要文件所明确，但时至今日，围绕要不要继续大力发展非公有制经济，以及如何进一步推动非公有制经济健康快速发展，仍然是一个不乏争论，甚至是较为敏感的问题，其中《物权法》制定过程中有关方面所出现的激烈交锋、尖锐对立，<sup>②</sup> 就很清楚地说明了这一点。

在我看来，对于非公有制经济的存在和发展问题，与对待改革过程中出现的其他问题一样，仍然要、也只能依据“实践是检验

① 原全国工商联副主席、中国民（私）营经济研究会会长保育钧同志语。参见《确立经济地位的 27 年——中国非公经济发展备忘录》，载《中国工商时报》2005 年 3 月 16 日。

② 《物权法》出台前夕，有学者发表公开信，批评拟定中的《物权法》草案“实质上妄图用‘私有财产神圣不可侵犯’的精神和原则”取代宪法规定的“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”原则，认为“这是一部背离社会主义原则，开历史倒车的物权法。”公开信发表后，不少民法学者强烈质疑。这场争论引起了社会各界的普遍关注。参见《民法学者对物权法草案质疑北大教授公开信》，载《中国青年报》2006 年 2 月 28 日。

## 非公有制经济刑法规制与保护论纲

真理的唯一标准”这一唯物主义的观点作出判断。如果能在这一点上取得共识，相信有关要不要继续大力发展非公有制经济的问题就不应该还会有什么争论。改革开放近30年来，非公有制经济对于繁荣城乡经济、增加财政收入，扩大社会就业、改善人民生活，优化经济结构、促进经济发展，全面建设小康社会和加快社会主义现代化进程所具有的重大战略意义、<sup>①</sup>所作出的重大贡献，应当已足以让人们作出理性判断。

如何进一步推动非公有制经济健康快速发展，也许才是更为现实、更应关注、更加复杂的问题。我以为，这一问题的解决，关键取决于如何在相关部门立法，特别是在经济发展、司法实践中，将宪法有关“鼓励、支持和引导非公有制经济”的规定真正落到实处。对此，《若干意见》为我们指明了方向：“鼓励、支持和引导非公有制经济发展，要以邓小平理论和‘三个代表’重要思想为指导，全面落实科学发展观，认真贯彻中央确定的方针政策，进一步解放思想，深化改革，消除影响非公有制经济发展的体制性障碍，确立平等的市场主体地位，实现公平竞争；进一步完善国家法律法规和政策，依法保护非公有制企业和职工的合法权益；进一步加强和改进政府监督管理和服务，为非公有制经济发展创造良好环境；进一步引导非公有制企业依法经营、诚实守信、健全管理，不断提高自身素质，促进非公有制经济持续健康发展。”从法治角度来看，我认为，《若干意见》上述内容的核心可归结于“平等”二字，即要为非公有制经济确立平等的市场主体地位，创造平等的竞争环境，平等保护非公有制经济的合法权益，平等规制非公有制经济中出现的违法犯罪行为。

在此问题上，尤其需要正确认识不同所有制经济在国民经济中的不同地位、作用以及对其所采取的不同发展政策，与平等保护各

---

<sup>①</sup> 国务院《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（2005年2月25日）。

种所有制经济合法权益、促进其共同发展之间的关系问题。对此，王兆国副委员长在《关于〈中华人民共和国物权法草案〉的说明》中作了很好的阐释：“公平竞争、平等保护、优胜劣汰是市场经济的基本法则。在社会主义市场经济条件下，各种所有制经济形成的市场主体都在统一的市场上运作并发生相互关系，各种市场主体都处于平等地位，享有相同权利，遵守相同规则，承担相同责任。如果对各种市场主体不给予平等保护，解决纠纷的办法、承担的法律 responsibility 不一样，就不可能发展社会主义市场经济，也不可能坚持和完善社会主义基本经济制度。”“平等保护不是说不同所有制经济在国民经济中的地位和作用是相同的。依据宪法规定，公有制经济是主体，国有经济是主导力量，非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分，他们在国民经济中的地位和作用是不同的。这主要体现在国家宏观调控、公共资源配置、市场准入等方面，在关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域，必须确保国有经济的控制力，而这些是由经济法、行政法予以规定的。”<sup>①</sup>

应当说，非公有制经济的平等保护与规制问题，在宪法层面、党的政策层面已得到很好的解决，在民商法、经济法等部门法中也已得到进一步落实，但在刑法中，无论是刑法立法还是相关司法实践，则还存在一些需要进一步完善之处。

宪法的根本规定也需要在刑法中加以落实，刑法是其他部门法的保障法、后盾法。对刑法平等保护与规制非公有制经济的问题进行研究，对进一步促进非公有制经济，乃至整个经济社会的健康快速和谐发展，所具有的重要意义是不言而喻的。近年来，这一问题已逐渐受到学界的关注，但也也许是因为从事这方面研究不仅需要刑法功底、法学功底，还需要掌握经济学方面的知识，需要对相关

---

<sup>①</sup> 王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法草案〉的说明》，载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，法律出版社2007年版，第6~7页。

## **非公有制经济刑法规制与保护论纲**

历史、社会以及现实国情等有较为深刻的了解，相关的论文，无论从篇幅还是内容看，大多还有所局限。

很高兴看到张军同志能把这一问题作为他的博士论文选题。张军同志的扎实理论功底，特别是其丰富的司法实践经验和阅历，以及博士论文的内容、深度，为他能承担起这一颇具挑战性的研究课题创造了条件。事实上，他也较好地完成了这一任务。在我们现在看到的这篇论文中，张军同志综合运用历史研究、比较研究、案例研究等方法，对非公有制经济的刑法规制与保护问题作了较为系统深入、很多地方颇具创新意义的研究。论文从非公有制经济对于促进经济繁荣、推动社会进步所具有的重要作用，发展社会主义市场经济客观要求，贯彻落实宪法规定等多个角度，充分地、有说服力地论证了刑法对非公有制经济应给予平等地一体规制与保护的必要性，实事求是地指出现行刑法对非公有制经济上存在规制欠缺、保护尤其不足的问题，并具体分析了刑事立法与司法在规制与保护非公有制经济方面存在的主要问题，以及对非公有制经济实行差别待遇的弊害。最后，又提出平等规制与保护社会主义市场经济、完善相关刑事立法的思路、原则和具体方案。

我主持了张军同志的博士学位论文答辩。在有七位教授参加的答辩会上，各位老师并没有因为张军同志在司法实务部门工作多年并担任领导职务而“手下留情”，共向他提出了二、三十个问题，有的还非常具体。对这些问题，在认真准备后，他都一一作了比较圆满的回答。这从一个方面说明，对文章所论及的方方面面的问题，他确实是作了长期、深入的思考和研究。综合论文的质量和答辩表现，各答辩委员一致认为，张军同志的论文是一篇优秀的博士学位论文。

为主持答辩、撰写序言，我仔细阅读了张军同志的这篇论文。前面所谈到的一些有关非公有制经济的认识，既有我较长时期以来的思考，也有不少是在审阅张军同志论文过程中的感触。我相信，广大读者，尤其是有志于非公有制经济研究和促进其更好发展的同

志，在阅读本书后，也会和我一样有所获益。

祝贺张军同志在学业上取得新的进步！期待他能为国家法治事业贡献更多智慧和力量！

是为序。

高铭暄

二〇〇七年六月

## 序二

二十多年前，从1982年到1985年，张军同志在中国人民大学法律系攻读刑法学专业硕士研究生时，我是他的指导老师。至今还清楚地记得他的硕士论文题目是《形势与定罪量刑》，这是一个与社会实践、立法、司法实务联系得非常紧密的选题。强调理论与实践相结合，理论服务实践，是中国人民大学的一贯教风、学风，也是本人在数十年的教学、研究工作中一直坚持的指导思想。而在我的印象中，关注现实问题，重视学以致用，在当时已有一定社会阅历的张军同志身上体现得十分明显。

张军同志从中国人民大学毕业到最高法院工作以后，无论是在研究室从事具体的司法解释起草制定工作，还是在刑事审判庭执掌生杀予夺的审判权力，还常常和我联系，听取我对一些实务问题的看法、意见。这时，他的另一方面特点，即从不就案谈案、就事论事，而是特别注重以科学理论指导实际问题的解决，注重探寻、总结解决形形色色实际问题的根本指导思想和一般规律，注重通过司法实践反思相关法学理论并推动其进一步深化或完善，又给我留下了比较深刻的印象。我很高兴见到学生这方面能力的培养和提高。一是因为理论与实际的联系从来都是两方面的。一方面，理论要关注实践，注意总结、吸取实务部门的实践经验，并把这些经验上升为理论，反过来又为实践服务；另一方面，实践离不开理论的指导，特别是应当注意在实践过程中验证和反思理论，推动理论的不断发展和创新。这样，理论才能有生命力，实践才会有科学性，理

## 非公有制经济刑法规制与保护论纲

论与实践才能真正做到紧密联系，都能实现与时俱进。二是因为张军同志在最高人民法院任职。最高法院负有监督、指导全国审判业务的职责，身为最高法院的法官，不应当是只知道如何操作法律的“工匠”，还必须有思想，应当在办理具体案件、解决具体问题过程中，始终保有从政治、政策、社会、法律等多方位进行深入思考的习惯，最终形成自己对各种各样具体问题的规律性认识。

因工作需要，2003年7月，张军同志奉调到司法部任职。随后两年多时间，暂时地离开了审判岗位。但是，他并没有放下法律业务和钻研法律的兴趣。也许是有了相对从容的时间，他萌生了报考马克昌先生博士生的想法。马老是我的老友。当张军同志告诉我，想师从马老，攻读博士学位时，我很高兴，积极鼓励、支持。我深信，根据张军同志现有的理论功底、丰富的实践经验，以及求真务实的学术品格，利用读博，特别是撰写博士论文的时机，对一些理论与实际问题进行系统梳理和更加深入地思考，使其理论水平上升一个更高的档次，是完全可能的，而且这对进一步密切理论界与实务界的联系来说，也是有意义的。

读博期间，出于对非公有制经济相关法律问题的关注和兴趣，经导师马克昌先生首肯，张军同志决定以《非公有制经济刑法规制与保护》为题撰写博士学位论文。论文初稿写出后，曾送给我看。后来，在参加他的论文答辩前又仔细看了一遍。我感觉，这篇论文虽然篇幅不是很长，但所涉问题十分重要、论证也较为系统深入，是一篇力作。最后经专家评阅和答辩，该论文被评为优秀博士论文。现在奉献给读者的这部专著，就是张军同志对其博士论文作进一步修改、完善而成，我认为值得一读。

首先是选题很好。随着改革开放的不断深入，特别是社会主义市场经济体制的建立健全，非公有制经济经历了一个从无到有、由少到多、由弱渐强的发展过程，在经济社会发展中所起的作用越来越重要。但是，围绕非公有制经济，比如，要不要继续大力发展非公有制经济？如何保障非公有制经济的健康快速发展，等等，也一