

武汉大学刑法博士文丛（獠）

非公有制经济 刑法规制与保护论纲

张摇军摇著

中国人民公安大学出版社

· 北摇京 ·

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，2004.12

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 7-5653-0444-4

I. 援非… II. 援张… III. 援刑法—研究—中国 IV. 援D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 123456 号

非公有制经济 刑法规制与保护论纲

张军著

张军著 张军著 张军著 张军著 张军著

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：100045

经销：新华书店

印刷：

版次：2004 年 12 月第 1 版

印次：2004 年 12 月第 1 次

印张：12

开本：16 毫米 16 毫米 16 毫米

字数：100 千字

印数：1000 册

张军著 张军著 张军著 张军著 张军著

定价：10.00 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) 62541400

版权所有 侵权必究

张军著 张军著 张军著 张军著 张军著

张军著 张军著 张军著 张军著 张军著

武汉大学刑法博士文丛

编摇委摇会

摇摇顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪摇林亚刚摇康均心摇许发民

刘艳红摇皮摇勇摇陈家林

总摇摇序

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 1984 年开始招收博士生。在将近 30 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

二〇〇五年夏于珞珈山

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 9 月 10 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 1978 年的不足 1%，增长到 1999 年 12.1%；自 20 世纪 80 年代以来，个体私营企业平均每年净增工作岗位 100 万至 150 万个，占城镇新增就业岗位的 70% 左右。^① 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 3 次修正，其中 1988 年修正涉及第 11 条，直接指向非公有制经济的地位、权益及发展政策问题。1999 年 9 月 15 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 9 月 10 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。”1982年9月5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11条对1980年宪法第13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27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18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19条则在宪法原第15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15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，^①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20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

^① 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226—227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。^① 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和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，^② 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《确立经济地位的里程碑——中国非公经济发展备忘录》，载《中国工商时报》1998年10月15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》1999年10月18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、^① 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

^① 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》（国发〔2005〕3号）。

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。”^①

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发展和谐，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，但也许是因为从事这方面研究不仅需要有刑法功底、法学功底，还需要掌握经济学方面的知识，需要对相关

^① 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28-29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，以及博士论文的容量、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。

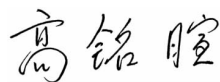
我主持了张军同志的博士学位论文答辩。在有七位教授参加的答辩会上，各位老师并没有因为张军同志在司法实务部门工作多年并担任领导职务而“手下留情”，共向他提出了二、三十个问题，有的还非常具体。对这些问题，在认真准备后，他都一一作了比较圆满的回答。这从一个方面说明，对文章所论及的方方面面的问题，他确实是作了长期、深入的思考和研究。综合论文的质量和答辩表现，各答辩委员一致认为，张军同志的论文是一篇优秀的博士学位论文。

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。

Handwritten signature in black ink, reading '高铭暄' (Gao Mingxiang).

二〇〇七年六月

序二

二十多年前，从1984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，~~1994~~1995年 苑月，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

直存在争论。市场经济是法治经济。依法治国已被宪法确立为我们的治国方略。有关非公有制经济发展的种种问题，不单纯是一个经济问题，同时也是一个法律问题，是一个与国计民生密切相关的重要宪政问题。结合自己的专业，以刑法规制与保护为切入点，对有关非公有制经济的发展问题进行系统、深入的研究，无疑具有重要的理论价值和实践意义。此外，非公有制经济的刑法规制与保护，与《形势与定罪量刑》一样，也是一个密切关注当下经济社会发展实践、法治实践的选题，选此为题撰写博士论文，也体现了张军同志一贯的务实学风。

其次是理论联系实际的特点鲜明。无论是在研究是否应当对非公有制经济给予平等的刑法规制与保护等宏观性问题时，还是在探讨对非公有制经济给予平等刑法规制与保护的具体方案时，都不只是从抽象的理论展开，而是注意同时立足于实践，立足于非公有制经济的发展实践，立足于宪法与法律的立法和司法实践。这样的论证，无疑更有启迪性和说服力。

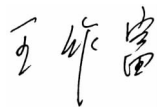
再次是论证系统深入。这几年来，非公有制经济的有关法律问题、包括刑法问题，逐渐进入了人们的研究视野，陆陆续续出现不少探讨这方面问题的文章，但也许是受篇幅的限制，相关文章大多专注于某一方面的研究。以博士学位论文的形式专门探讨非公有制经济的刑法规制与保护问题，这是第一篇。博士学位论文的容量，为这一问题的系统深入研究提供了可能；事实上，张军同志也较好地完成了这一使命。其论文不仅对一些诸如是否应当给予非公有制经济平等规制与保护、平等规制与保护非公有制经济的刑法观念与原则等宏观问题作了探讨，还就完善有关社会主义市场经济一体规制与保护的刑事立法的方案提出了具体设想。

此外，文章还提出了不少具有观念更新意义的观点，值得关注。例如，有关非公有制经济的社会属性问题。文章认为，两人以上的共有财产、合伙企业财产，特别是股份制经济、混合所有制经济，虽然谈不上是公有经济，但从总体上看，其对经济、社会发展

非公有制经济刑法规制与保护论纲

所起的作用、所作的贡献，与集体经济，甚至国有经济，在某些方面、某种程度上并无根本差异。这是对传统认识的突破。这种观点的提出，对于激发人们对非公经济性质、功能作进一步地深入思考、论辩，对于鼓励、支持和引导非公有制经济发展的宪法规定的进一步落实，对于为非公有制经济发展争取到真正平等的、符合经济社会发展规律的政策法律待遇，具有重要意义。再如，对民营企业经营者“原罪”问题的分析，对“国家工作人员”认定标准的研究，对非公有制公司、企业与混合所有制公司、企业中国家工作人员与其他管理人员共同职务犯罪定性问题的探讨，等等，也都很有新意。当然，对这些问题，还存在不同认识，有待进一步研究，但张军同志能提出他自己的观点并加以充分论证，对于引发人们就此展开进一步地深入思考、研究和争鸣，无疑是有价值的。

作为张军同志曾经的导师，我为他在繁忙工作之余，能在学业上取得新的成绩，能写出这样一篇具有较高学术质量和实践价值的著作，感到非常高兴。受邀写下这篇更类似于随笔的序言，既是对本书的推荐，也是对我们师生情谊的回忆。



二〇〇七年六月

目 录

序一	(员)
序二	(员)
引言	(员)
第一章 非公有制经济法律地位的变迁	
第一节 非公有制经济的社会发展考察	(圆)
一、私有制与保护私有制的产生	(圆)
二、公有制与保护公有制国家与法的发展	(缘)
三、基本所有制下的不同所有制共存与互补	(园)
第二节 非公有制经济宪法地位的变迁	(员)
一、员缘年宪法：承认与限制私有经济阶段	(员)
二、员缘年宪法：彻底否定私有经济阶段	(员)
三、员年宪法：承认、保护、发展非公有制 经济阶段	(员)
第三节 非公有制经济民商法地位的变迁	(圆)
第四节 非公有制经济刑法地位的变迁	(猿)
一、加重对非法经济行为的惩处	(猿)
二、对非公有制经济作出保护性规定	(源)
三、突出对国有经济的特殊保护	(源)
四、平等规制与保护国有与非国有制经济	(源)