

## 单位犯罪与企业家刑事司法保护

梁治平：

各位下午好，欢迎大家参加今天洪范的研讨会！今天这个研讨会是一次比较特别的安排，它不是洪范独家的一个研讨会，是我们和中国企业研究所联合举办的。今天的主报告人谢彤律师做这个题目已经很长时间了，是中国企业研究所支持做的一个专项研究，我们也对这个题目非常感兴趣，所以两家合作召开这个研讨会。今天除了报告人作报告之外，我们还有很资深的评议人，既有法律界的，也有对民营企业非常了解的朋友，当然主要是法律界的，一位是北京师范大学的左坚卫教授，一位是四川大学法学院的陈界融教授，还有国际关系学院的马民革教授。另外一位是王忠明，他是全国工商联的副秘书长，他对民营企业的情况非常了解，所以在这个题目上应该有很多话语。我们本来还有一位评议人，是做企业研究的，但他今天临时有事来不了。我们的大概安排就是主报告一个小时，每个评议人10-15分钟的时间，在主报告和评议的环节进行之后是自由讨论，大家可以自由发言，但时间要控制一下，会议5点钟结束，一共3个小时的时间，现在就请谢彤作主报告。

谢彤：

谢谢主持人！首先介绍一下这个课题研究的背景：一个机缘巧合我结识了非常睿智、非常敬业的唐大杰先生，他经常跟我提到民营企业家刑事法律保护的问题，因为我现在在做专职律师，刚好我手头无一例外全部都是民营企业家涉案的案件，所以我们两人就开始讨论这个问题。当时唐大杰先生提议梳理一下经济刑法中的一些恶法，比如非法吸收公众存款、非法经营罪、虚开增值税发票等犯罪，我和他商量后觉得做一个调研报告，要把这么多的罪名全部搁在一块不太现实，还不如干脆做一个单位犯罪的调研，因为我觉得很多的民营企业家涉案都牵涉到单位犯罪的问题，只是在司法实践中有很多没有按单位犯罪案来处理，所以我们经过商量，就把这个题目确定为“单位犯罪的立法修改与完善”，其实主要是涉及到民营企业家的的问题，只是带了“单位犯罪”的帽子而已，这是一个背景。我个人的想法是，现阶段单位犯罪在刑法上，定罪起点与自然人犯罪并没有做普遍的区别，如果能在刑法上区别单位犯罪与个人犯罪的定罪起点，也就是提高单位犯罪的定罪起点，就能避免单位一不小心就步入雷区，可以大幅度降低单位犯罪的数量，从而对民营企业在实体法上起到较大的保护作用。

再一个需要说明的是，我们这个课题组本来是五个成员，是他们在做调研报告，我主要负责组稿、协调的工作，这五个成员里面有一个出国去了，有一个享受二胎政策生孩子去了，还有三个是毕业的研究生，他们来不了。就是说这个课题有一些观点并不一定和我的观点完全吻合，它是课题组的观点，不一定是我的观点，如果各位专家以及嘉宾有意见的话，我们可以进行协商。

我的主题报告主要是三部分的内容：1、非公有制经济的实体法保护——单位犯罪的立法完善与修改。2、非公有制经济的程序法保护。我认为这个问题现在特别严重，要犯人协助调查，突然之间一个公司老总就不见了、失联了，但几天以

后又出来了，这到底规不规范，还是其他的问题？呆会再展开。3、个案介绍。我知道今天来了一些媒体的朋友，我希望大家特别关注一个案件，就是原光明集团总裁冯永明所谓的贪污案件。大家可能会讲：“民营企业家为什么会是贪污”？等会儿我会介绍这个案件。因为时间有限，我会把三个部分尤其是第一部分很快讲完，因为第一部分大家手上都有材料，大家浏览一下后就可以作一个简单的交流。

追究单位犯罪的历史并不悠久。原因：1.单位犯罪作为一个单位的危害行为应该是很早就有了，但是把它作为犯罪对待的历史并不是很悠久，因为以前生产力不够发达，各种组织尤其是经济组织还不够完备，力量还不够强大，其客观危害相对而言比较小。2.单位犯罪往往是经济犯罪比较多，这种智能犯罪是“静悄悄”地进行，很难被察觉，或者察觉以后往往追究自然人的责任了事。3.传统的刑法理论认为，犯罪只能是自然人的行为，单位不可能构成犯罪。比如无论是英国的一些学者，像法官霍尔特，还是法学家布莱克斯通，他们的观点都是不能追究公司的刑事责任，但是可以追究其中特定个人的刑事责任。英国著名的法学家布莱克斯通认为：“公司不能以公司的资格犯叛国罪、重罪或者其他罪，然而，其成员可以以他们特定的个人资格犯这些罪。”在以前的司法实践中或者理论界都认为单位不可能构成犯罪，这种理论无疑阻碍了对单位犯罪的立法或者是对单位犯罪的追究。

在进入资本主义时代尤其是两次工业革命以后，生产力有了飞跃的提高，企业在数量、规模上也有相当大的发展，那么企业除了自己盈利以外，它应当承担一定的社会义务，比如维护社会的发展。但是，随着生产力的发展，企业规模越来越大，企业里面确实出现了很多的问题，比如恶性竞争、环境污染、盘剥员工等等。立法的缺失必然会引发社会秩序问题，英国在1827年就颁布了《进一步改善刑事案的处罚的法令》。大家知道，英国是一个判例法国家，英国法官在“伯明翰与格芳赛特公司案件”的判例里面判公司犯罪，里面讲“法人在民法和刑法上都应该像自然人一样承担刑事责任”。在1845年英国议会颁布了《铁路联合法》等，之后还颁布了一系列的法律比如《煤气厂法》、《城市改善法》、《自来水厂法》等等。在英国，无论是在它的制定法或者是判例法里面都已经确定了“单位犯罪”。由于英国是一个判例法国家的代表，所以它的立法和实践对于判例法国家、非成文法系的国家有很重大的影响。

美国接受了英国法的一些传统，但是它同英国法不太一样，美国公司犯罪适用范围庞大，除重婚、强奸等少数罪名公司不能构成以外，其他罪名公司都可以构成。这和我们的立法模式不一样，呆会再介绍。美国法院根据两种不同的原则予以追究单位犯罪：雇主原则与同一原则。所谓雇主原则就是：代理人在职务范围内为了法人的利益所实施的犯罪应当归责于法人。同一原则就是：具有法人地位的董事、经理、高级管理人员是法人的组成部分，这些人所施的行为就直接被认为是法人犯罪。美国1991年《联邦组织体量刑指南》，对法人规定了三种处罚措施：刑事赔偿、罚金和缓刑。需要说明的是刑事赔偿本身不是一种刑事责任，而是对被害人的一种民事赔偿。真正具有刑罚意义的是罚金和缓刑。对法人判处缓刑，他的缓刑同我们平时理解的对自然人的缓刑是不一样的，这种缓刑的内容主要是对法人判处5年以下的保护观察。这个观察的内容大概是：1.要求或者限制法人变更其活动，以防止将来的犯罪；2.强化对法人外部活动的监督，命令法人分析

其过去的犯罪原因并将结果公布于众。3.促进其他量刑目的的保护的观察。这其实就是我们大陆刑罚里面讲的是一种特殊的役法，就是对法人的刑罚有罚金或者缓刑。

作为大陆法系的典型代表法国拥有很成熟的刑法理论，让他们突破以前的单位犯罪的传统是相当困难的，所以法国的“法人犯罪”一直在 1992 年才出现。法国的“法人犯罪”的几个特点是：1. 法人犯罪的主体范围。它也是比较广泛的，但是除国家以外的一切私法人、公法人包括政党、政治团体、行业工会、职工代表机构等都可以成为承担刑事责任的法人主体。2. 法人构成犯罪的一般条件。是否为了法人的利益是区分自然人犯罪与法人犯罪的根本标准，即突出了犯罪的目的在法人犯罪构成中的核心地位。3. 对法人犯罪实行“两罚制”的处罚原则。这个基本上是共通的原则，就不展开了。4.法人承担刑事责任的范围。大家知道，法国的犯罪有违警罪、轻罪和重罪，违警罪在我们看来是比较轻的犯罪，法国把法人轻微的危害行为排除在犯罪圈之外，就是说法人不可能构成违警罪，目的就是提高单位或者公司定罪的起点。5. 《法国刑法典》专门规定了“适用法人之刑罚”，包括：罚金；对法人中的自然人处以 5 年以上监禁，法人予以解散等等。它的措施很多，比如还有禁止法人从事某一种或者几种职业生活的社会性活动，将法人置于司法监督之下。排除参与公共的工程、禁止公开募集资金等等一系列的措施。这就同我国“单位犯罪”中的唯一的“罚金”有重大的区别。6. 关于法人犯罪适用罚金的一般原则。适用于法人的罚金的最高数额等于自然人的罚金最高数额的 5 倍。这就可以限制法官恣意为，也符合罪刑法定原则的要求。

那么再看中国的单位犯罪。中国 1979 年刑法没有规定单位犯罪。在学界，对于单位是否可以构成犯罪有肯定和否定两种意见。记得我在人大参加博士面试的时候，高铭暄教授问到我这么一个问题：“你认为单位可以构成犯罪，尤其是国家机关可以构成犯罪吗？”我当时的观点是认为不太合适，没想到同高老师的观点不谋而合，至少高老先生以前的观点是认为“单位尤其是机关作为犯罪不大合适”。当然，肯定的意见也有。但是，在理论问题没有解决的情况下，立法先行了一步，1987 年《海关法》率先在部门法中规定了单位犯罪的刑事责任，不过它主要是规定走私犯罪。因为在 80 年代中后期走私犯罪相当猖獗，很多国家机关也办企业并参与走私，所以在《海关法》里面就首先规定了单位犯罪。当时的规定是：“企业、事业单位、国家机关、社会团体犯走私罪的，由司法机关对其主管人员和直接责任人员依法追究刑事责任，对该单位判处罚金，判处没收走私货物、物品、走私运输工具和违法所得。”之后，全国人大常委会陆续颁布的一些单行刑法以及刑法修改补充规定里面又增加了一些罪名。1997 年修订后的《刑法》，第三十条对单位犯罪做出了专门规定。该法第三十一条则规定了单位犯罪的处罚原则。后来又陆续出台了 9 个刑法修正案。现在我国的“单位犯罪”罪名大概是 160 个左右，我们课题组统计了好长时间，因为太乱了，怎么也算不清楚到底有多少个，大概就是 160 个左右其中包括 12 个“单位过失犯罪”罪名，“单位犯罪”罪名占刑法全部罪名的大约 1/3。

我国单位犯罪立法的特点是什么？

1. 刑法总则并未给单位犯罪下一个明确的定义，刑法只是简单地说：“公司、企

业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”就是说法律规定它是单位犯罪，那么它就是单位犯罪。我考虑没有下明确定义的原因就是：当时的立法者因为没有强大的理论支撑，在当时这种情况下要给单位犯罪下一个明确的定义估计也比较难。因为没有有一个明确的定义，就造成了一个什么状况呢？就是很多人对“到底什么是单位犯罪？”不是很清楚。比如单位犯罪是不是为了单位的利益而实施的犯罪？为了单位的利益是不是包含非法的利益，还是包含合法的利益，还是所有的利益都在里面？单位犯罪是不是一定要在单位经营的业务范围之内？这些都不是太清楚。总之，我国的刑法没有给单位犯罪下一个明确的定义。

2. 单位犯罪主体较为广泛，有公司、企业、事业单位、机关团体。当然对公司的理解问题不大，但是最高人民法院通过后来的司法解释规定：“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。”这个司法解释出台当然有其一定的道理，但在司法实践中我们往往发现单位犯罪比较少，往往以这个为理由判很多人非法经营罪，就把它放在这个“口袋罪”里面去了，这是一个很大的问题。就是说，在单位犯罪的主体里面，可能问题最严重的是把“机关”作为犯罪的主体，在立法是否妥当？首先更多的学者是反对将“机关”作为犯罪的主体，其理由大概有以下几点：(1)一个国家机关怎么可能犯罪？一个国家机关不需要产生犯罪的意识、动机和可能性，国家机关是代表国家行使管理职权的机关，它体现了国家意志，国家意志怎么可能是犯罪呢？(2)司法操作层面上的困难。因为你追究“单位犯罪”就是一个“罚金”，国家机关的罚金从何而来，不都是国家财政上面来的吗？等于国家把钱掏出来交了罚金，后来财政又补贴给你，你让国家机关自己出这个钱是不可能的，因为它的财政拨款是为了维护国家机关正常的运转，所以他觉得在司法操作层面上有困难。那么有识之士认为国家机关当然可以构成犯罪，比如 87 年《海关法》实施的时候，《海关法》里面就将走私列为单位犯罪，不也可以吗？再一个，在司法实践中确实出现过将国家机关作为犯罪的一些案例。比如 2006 年，新疆乌鲁木齐铁路运输中级法院因为涉嫌单位受贿罪接受新疆昌吉回族自治州中级人民法院的审判，这个案件不仅开了中国司法界的先河，也开了世界司法史的先河，堂堂一个法院居然作为一个刑事被告！2006 年 7 月新疆中级法院第一次开庭审理，公诉机关的起诉书里也是把乌鲁木齐铁路运输中级法院作为刑事被告，他的指控主要是乌鲁木齐铁路运输中级法院收取费用、谋取利益、单位受贿。后来检察院又撤回了这份起诉，放弃了对乌鲁木齐铁路运输中级法院的指控，法院仅仅是对乌鲁木齐铁路运输法院的几个主要负责人作为自然人犯罪来进行处理。这也凸显了把国家机关作为一个犯罪主体的尴尬，我们想想，如果铁路法院是犯罪主体，它还有什么资格审判其他的案件？公安机关本来是打击犯罪的，你这个公安机关成了一个犯罪的单位，你还有什么资格来行使这种职权？还有一个问题，假设被告单位是最高人民法院，那么谁有权来审判最高人民法院？其实国家机关是可以实施这种犯罪的，但是有没有必要把它作为犯罪主体或者立法上规定为犯罪？这是两码事，因为本来犯罪不是一个客观的东西，犯罪是立法者主观选择的一个东西，就是我把哪些行为标定为犯罪，哪怕那些行为再难、社会危害性再大，只要立法没有把它标定、没有把它纳入到犯罪圈里面，它就不是一个犯罪行为。这就是我的一个看法。就是说，国家机关当然是可以实施犯罪行为的，但是立法是不是有必要？我讲的这个犯罪行为是犯罪学意义上的，是危害社会的行为。立法上、刑法上是不是一定把它纳入

犯罪圈里面？这还值得考虑，个人觉得不太妥当。

3. 单位犯罪中既有故意犯罪，又有过失犯罪。

4. 刑法对单位犯罪原则上适用双罚制，某些情况下则适用单罚制。适用单罚制的情况就是只追究单位主管人或者其他直接责任人的责任，而对单位不作处罚。对这种立法模式我是有个人看法的，呆会同大家进行分享。

5. 对于单位中的两类自然人如何追究刑事责任，则有两种不同的规定：第一种方式是为绝大多数：单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照前款规定处罚。在这种模式下我们可以看到，单位犯罪中的两类人员就是直接负责的主管人和其他责任人员按照前款规定的处罚，也就是说法律在犯罪起点的设立上，单位犯罪中两类人的处罚与自然人的设置是完全一致的，至少从立法上看不出什么区别。比如单位犯罪了，单位犯罪同自然人犯罪在定罪上面、起点上面有什么样的区别？看不出来，至少从我们的刑法典上面是看不出来有什么区别的。第二种立法方式是：直接区分单位犯罪与自然人犯罪的刑事责任。如刑法第 386 条、387 条规定的单位受贿罪。这种立法的特点就是在前面加个单位人，它的区别就是自然人单纯的受贿罪，但这种立法的方式也只是在单位犯罪的量刑上与自然人犯罪有不同，但在犯罪定罪起点上并没有做具体区分。这样做有什么样的问题呢？对自然人定罪的起点至少从立法上面来看，和单位犯罪定罪的起点是一样的，这就很有可能造成大量的企业家因为单位犯罪而身陷囹圄。

6. 罪名分布较为广泛。在十大类犯罪中，单位犯罪则占据了其中的八大类，除了渎职罪以及军人违法职责罪没有设置单位犯罪之外，其他八大类犯罪均有单位犯罪。

中外单位犯罪的简单比较：

立法之共通：

1. 法人犯罪的主体不仅限于公司法人，还包括其他非法人单位的企业，团体等等。如法国新刑法典除国家以外的一切公法人、私法人。

2. 都规定了单位故意犯罪或过失犯罪两种形态。

那么它们的差别可能是最主要的：

1. 对单位犯罪或者法人犯罪是否有明确的定义上的不同。在我们中国，法律规定为犯罪的就属于犯罪，但是法律为什么把这个规定为犯罪是不讲理由的。

2. 是否以谋取单位利益规定的不同：我国单位犯罪构成并不要求法人犯罪或者单位犯罪以谋取利益，没有这个规定，而有些国家限定单位犯罪将谋取单位利益作为构成犯罪的必备条件。

3. 犯罪类型设置上的不同：我国刑法规定只有法律规定的某些犯罪才可能构成单位犯罪，对于单位犯罪，刑法分则一一标明。而在国外，一些国家在罪名的设置上并不严格区分单位犯罪还是个人犯罪，这种方式具有很强的普适性。比如美国没有像中国一样在刑法分则下面标明这个单位如果构成犯罪要怎么样，它就是一个笼统的东西，由法官进行裁量。比如说是不是所有的犯罪都可以由单位构成？比如说像强奸罪其首犯是不会作为单位犯罪来处理的。

4. 法人承担刑事责任的范围不同：我国没有区分单位犯罪与个人犯罪起点，虽然一些司法解释对于某些罪名的单位犯罪和个人犯罪做了一定的区分，但这种区

分并不具有普适性。现在可能司法机关也觉得把单位犯罪的起点和个人犯罪的起点规定为一致不合适，所以陆续地颁布了一些司法解释，提高了其中某些单位犯罪的起点，比如关于走私犯罪，单位犯罪起点就高一些，但是有些罪名则没有，比如虚开增值税发票，个人犯罪和单位犯罪是一样的。

5. 适用刑罚种类上的区别。比如我国的刑法就是规定了单一的罚金刑，种类特别单一，而其他的一些国家对法人犯罪判处罚金以外，还有其他的刑罚种类可以适用。

6. 法人适用罚金的一般原则方面的差别。就是说有些国家有明确的规定是多少，比如说是 5 倍。

我们的报告第二部分是主要内容，我们是一个基于调研的报告，因为我们课题组进行了一些实证的调查研究，这里面有一些数据，这个 PPT 是我自己做的，急急忙忙的，做得不好看，大家看起来会比较累，抱歉！比如 2010 年-2012 年上海地区检察院共受理刑事案件 63000 多件，其中单位犯罪 1750 件，单位犯罪占全部犯罪受案总数的 2.7%，比例相当低。其中 2010 年、2011 年单位犯罪受案数分别占全年受案数的 1.29% 和 1.16%，比例极低。但是 2012 年突然大幅度增加了，增加到 4.58%，其原因是什么？不是单位犯罪突然之间数量多了，而是在 2012 年的时候上海地区开展了打击发票违法犯罪的专项整治活动，所以就把一些以前没有作单位犯罪的，现在全部作了单位犯罪处理，这样的话，使得单位犯罪的数量突然之间就增加了，主要是这个原因。另外一个原因就是上海地区 2012 年把单位犯罪追诉的起点定为自然人犯罪起点的 5 倍，这是上海地区自己做的这种东西，它提高了单位犯罪定罪的起点。这样的话，使得一些单位犯罪行为没有作为单位犯罪。2012 年最高人民法院颁布了司法解释，比如说虚开增值税发票，没有把单位犯罪的起点和个人犯罪的起点作区分。上海有地方性的规定，这也使得单位犯罪的数额增加了一些。这就出现了第一个特点：1. 单位犯罪占全部犯罪的比比较低。

2. 单位犯罪罪名十分集中。最为突出的单位犯罪案件：涉税类犯罪，其中尤其是虚开增值税发票特别多，再就是走私犯罪、侵犯知识产权的单位犯罪、贪污贿赂犯罪、诈骗类犯罪、非法吸收公众存款犯罪。课题组还从网络上找了一些资料，对 2010 年-2014 年期间在人民网、新华网、新浪网、搜狐网、网易等媒体上面公开报道的单位犯罪进行了统计，其中有单位犯罪 112 件，涉案单位 278 个。这里面主要是非法吸收公众存款、非法经营、合同诈骗、虚开增值税发票、走私犯罪、集资诈骗、生产销售伪劣商品等等，犯罪罪名十分集中。

3. 被追究的单位犯罪中，极少有国有单位。国有单位犯罪往往没有做单位犯罪处理。比如在上海市的单位犯罪中，涉案的单位犯罪一共有 1700 多个，其中非国有单位占 98% 多，国有公司或企业只有 5 个，占 0.28%，就是说国有单位基本上没有作单位犯罪处理。从中国企业家犯罪预防研究中心的报告中披露的情况来看，对国企的企业家犯罪是追究贪污、受贿、挪用公款罪等等，把一个国有单位作为犯罪单位来进行追究的情况很少。从《法制日报》、《法人杂志》和北师大中国企业家预防犯罪研究中心评选的“2012 年中国企业家犯罪案件”来看，其实有很多的国有企业单位涉嫌单位犯罪，譬如“罗金宝涉嫌受贿案”，把它评选为“十大典型案例”里面提到：“作为‘铁道部窝案’，受贿金额相对较低者，罗金宝案件折射出当前政商生态的严峻。罗金宝所收受的贿赂绝大部分来自于国企，甚至是同一系统的国企，这其中囊括了中铁十二局、中铁隧道局、中铁建、中铁

二十一局、中铁二十二局、中铁十局、中铁十一局、中铁一局等十余家‘铁字头’重量级国企。”从罪刑法定的原则来讲，如果要追究它们的责任，这些国企无一例外都是构成单位行贿罪，但是没有一个是作为“单位犯罪”来进行处理。《北京晨报》2016年1月5日报道：中纪委在2013年-2015年，用了两年多的时间完成了对中管央企的巡视全覆盖，发现有55家央企存在权力寻租、腐败等严重问题，但是我们也没有看到把这些央企作为犯罪单位来追究其责任。在我自己经办的一些案例中也是这样，比如虚开增值税发票，在同样的情况下，对国有单位是不追究的，只把一些民营企业作为犯罪来处理。以上是实证研究的结论。

我国单位犯罪立法存在的缺陷及分析：

- 1.由于单位犯罪立法缺乏指导思想，导致立法相当混乱、体系非常复杂。为什么刑法分则把有些作为单位犯罪，而有些犯罪又不作为单位犯罪？说不清理由。譬如说单位可不可以构成单位盗窃罪？现在立法里面盗窃罪是没有单位犯罪的，但单位可不可以构成盗窃？其实在司法解释里面有一个含糊的回答：不作为单位犯罪来进行处理，但是可以直接追究两类人的责任。所以，立法相当混乱。
- 2.虽然刑法总则规定了单位犯罪，但何谓单位犯罪并不明确，这也导致了司法实务中，对于单位犯罪的掌握标准并不一致，有损于司法的公平和统一。
- 3.单位犯罪的主体范围确定上存在的问题。最主要的是机关是否合适的问题。
- 4.单位犯罪刑罚裁量模式设计上存在的问题。
- 5.定罪起点上，刑法总则并没有区分单位犯罪与自然人犯罪。我认为由于一个单位体量特别大，比如行贿，一般个人行贿拿2万元，这2万元对我来说是很大一个数目，而一个单位给别人2万元，别人会认为“这是怎么回事？”如果定罪起点将单位和个人完全设置一致，很容易使单位陷入犯罪。因此，我个人的意见就是要提高单位犯罪的定罪起点。
- 6.单位犯罪单罚制以及单一罚金刑存在的问题。刚才已经介绍其他国家的情况了，它除了罚金以外，还有很多其他的处罚措施。单位犯罪单罚制主要是对自然人的一种处罚，我觉得既然是单位犯罪，你放纵了作为犯罪主体的单位，这样的立法模式是否合适？我认为是不合适的，违反“罪责自负”的原则。
- 7.我国单位犯罪刑罚裁量制度粗疏。主要是有没有自首、立功、累犯等等。

课题组总体的思路就是应该在我国的刑法中单独设立一章，对单位犯罪的概念、单位犯罪的定罪量刑原则等基本问题作出一个统一规定。具体包括：

- (1) 单位犯罪应当是由单位决策机构或有决定权负责人决策组织实施。
- (2) 单位的犯罪定罪起点，原则上应当高于自然人犯罪。
- (3) 实行单位和个人犯罪一体化，即取消在刑法分则中，逐个对某些罪名设立单位犯罪的做法。
- (4) 在单位构成犯罪的情况下，对于单位的直接主管人员和其他直接责任人可以较自然人犯罪从轻处罚。为什么？由于时间关系，简单讲一下，因为单位犯罪的主体就是单位，而自然人只不过是承担单位犯罪的一部分，总的来说，在同样体量的情况下，单位犯罪的危害性应当小于自然人犯罪，那么其责任相对而言，可以设置得比单纯的自然人犯罪要轻一些。
- (5) 对于单位内部的直接负责的主管人员和其他直接责任人，可以根据其在单位犯罪中作用的大小比照主、从犯的规定处罚。

- (6) 对单位犯罪，除罚金刑外，增加其他可适用刑罚。
- (7) 应当建立单位犯罪的自首立功制度、数罪并罚制度等刑罚裁量制度。
- (8) 对于单位再犯的，作为特别累犯从重处罚。

对于单位犯罪立法的一些具体修改方案我就不多讲了，大家的稿子里面都有，其实我比较关心的是第二个方面的问题，特别希望就这些问题跟大家进行交流。我知道陈界融教授是刑法的专家。梁教授，我也希望听听您的高见。

## 非公有制经济的刑事司法保护——程序法部分

### 1. 司法的现状是什么？

(1) 司法严重不公——公有经济和非公有经济差别对待。刚才我已经简单地提了一些，譬如在同样的情况下，不追究国有企业，只追究民营企业。在有明显证据证明国有企业涉嫌犯罪的情况下，但它不作为单位犯罪来进行处理。也就是说，只对非公有制经济主体进行追究，而放任公有经济。即便是追究国企的话，也只是追究国企的一些自然人，而不把国有企业本身作为一个犯罪主体来进行对待，这就没有体现对公有经济和非公有经济的平等保护。

(2) 司法强制措施滥用。有个说法是“民营企业不是在监狱，就在在通往监狱的路上。”这真是一个实际情况，今天上午我接到一个公司老总的妻子打给我的电话，说他丈夫被抓了。司法的强制措施被滥用就是对这些人往往是拘留、逮捕、审判、判刑。一个民营企业涉案后往往公司被查封，公司的法人账、财务账、合同账全部被扣住，实际上在法院定罪之前公安机关就已经判了这个公司的死刑，这是严重违反“罪刑法定”原则的，这种做法就导致民营企业家一旦涉案他的公司就随时要倒闭了。但这时候他可能还不是一个罪犯之身，也许他作为一个无罪的人出来后，他的公司已经没有了，这是很可悲的情况。

(3) 法外协助调查的滥用。到底什么是协助调查？它的法律依据到底在什么地方？突然之间某个公司的老板不见了、失联了，这种法外调查是不是应该？

(4) 正当侦查活动的运用方式不当。比如公司的业务很繁忙，但公安、检察院的一帮人一下就到你的公司来了，把别人都吓跑了，这就影响了公司的一些商业活动。并且反反复复，一下把公司的法人代表或者是高层带去，并且经常通知你去，影响公司的正常经营，也影响公司的商誉。

(5) 民营企业家大量被采取强制措施——公司无法正常运转。最主要是针对看守所的一些问题，有的看守所甚至规定：你一旦进去以后，只字片纸都出不来。而这个公司的老板就说：我对公司有什么样的指令，全部都不行了，运转失灵了，我只能蹲在看守所干着急。另外，他作为一个法人，没有他的亲笔签字公司怎么进行运营呢？没有办法进行正常的经营！我认为看守所的这种做法其实是一种法外之地的措施。当然看守所有其特殊的环境，但无论怎样，也要在保证刑事诉讼顺利进行的同时，多为企业家考虑，多为企业的生存考虑。

从法律层面来看，现在很多的做法是违反“无罪推定”的原则要求的。从强制措施本身的性质来说，它本来是针对犯罪嫌疑人而适用的，是一种为了保障刑事诉讼能够顺利进行的措施，而不是一种处罚手段。但是，现在这种滥用的强制措施实质上相当于刑法以外的一种刑罚，这样大规模的适用是很不妥当。从政策和规范性文件层面上来看，十八大以及四届、五届全会都特别强调对非公有制经济的

保护问题。我们很高兴地看到比如广东省人民检察院、海南省人民检察院、内蒙古高级人民法院等等出台了一系列保障民营企业的措施。

我个人一直比较消极，我把自己的观念提出来与大家进行分享：我觉得大家特别喜欢看文件，特别关注新出台了一个什么样的文件包括一个什么样的新提法，我觉得出台一个报告，哪怕出台一个法律法规都是相当容易的事情，但是难就难在执行。制定得再好的东西得不到执行，那只是一纸空文，那种东西又有什么用呢？已经明明有刑事诉讼法在的地方，何必还要出台这么一些政策，出台这么多规范性文件？法律的效力不应该是更高的吗？我们的法律有一些缺陷，没错，但是只要你认真严格的执行这套法律，企业家的生存状况应该相当好。现在最大的问题不是怎么样修法或者出台一个规范性文件的问题，而是对已经存在的法律如何认真执行的问题。

再一个看法也希望能够同大家交流、互动。有的人讲：“这是观念的不行，要树立正确的理念。”我一直认为“理念”一词之中有很虚的东西在里面，我刚才在会议正式开始之前跟主持人梁教授也谈了，现在公检法很多都是我们的学生，而这个学生不听老师的话，你说他没有正确的理念？跟他私下聊的时候，他是相当优秀的，他有很先进的理念，但是一旦他纳入到这个体制内，他就是“屁股决定思维”了，所以理念里面有很虚的东西。我记得以前高铭暄教授、王作富教授也提到一件事，他们说：法院的院长或者什么，都是我们的学生，对我们倒是相当的客气、相当有礼貌，但是我们提出的观念，他一到他单位去后，你根本看不到执行。这就是说明“体制”这个东西的力量太强大了！当然这种强大如果是树立在正确执法观念上倒是没有问题，尤其是作为一个从事实务的司法工作者来说，我们就觉得在执业的过程中遇到很多的困惑，理念和行为是断裂的，叫人好无奈。针对这个问题，我自己的想法是什么呢？我们对执法的要求不高，什么先进的理念，那是很虚的东西，我们只要求公检法机关认认真真的对照法条来办事，作为一个国家的公权力机关，你应该带头遵守国家的法律。而我们现在差的就是这一块，现在我们的公权力机关是肆意践踏法律，置法律于不顾，我们的司法环境特别差。

## 个案介绍

第三部分放了一点自己的私活，我想用几分钟的时间介绍冯永明贪污的案件。讲到民营企业家不得不提冯永明，冯永明的案件特别复杂，他是一个什么样的人？我简单介绍一下：他是原光明集团股份有限公司的董事长、总经理，他以前在中国富豪排行榜上大概上排到 1000 多名，他的贪污案号称“中国第一贪”，现在是不是“中国第一贪”的案件，不知道。但是在当时号称中国贪污第一大案，被判决认定的贪污数额接近 8 个亿。那么冯永明案到底是怎么来的？到底他的光明集团里面是否有国有资产？这里面纠缠不清，因为他的公司设立得很早，改革开放初期，个体经济和私营经济都受歧视，那时候大部分的民营企业家都希望给自己戴个“红帽子”，明明没有国家的任何资产投入，但是为了享受国家的比如工商登记、在税务或者是在贷款方面有优惠，他往往千方百计戴个“帽子”，通过一些手段把它登记为国有公司或者全民所有制企业，这样就戴上了“红帽子”，但实际上这里面并没有国有资产。但后来国家开始注意到这个问题，就是产权的

问题，这个时候戴着“红帽子”的民营企业要摘掉这个“红帽子”已经很不容易了，因此，这里面是否有国有资产就存在纠纷。冯永明认为光明集团公司没有国家任何投入，它就是由民间资本组成的公司，不含有国家资产。当时的市委书记许兆君是一个特别坏的人，现在已经被逮捕了，冯永明认为他的公司不含有国有资产，他说：如果政府认为一定含国有资产也行，我就把你认定有国有资产的那一块送给政府，我不要了，我要跟政府撇清关系。但是当时的黑龙江伊春市委、市政府的文件说：这个资产本来是国有的，是不是国有我们也无所谓，我们可以把这部分国有资产送给光明集团。就是说，双方都不要了。冯有明也说：“你说有国有资产，那好，这部分我不要了，给你，免得你以后纠缠。”而市政府说：“这部分资产是国有的，但是我们可以送给光明集团，你不再算国有企业。”双方发生了这种争执。最后大家可能要问：“为什么冯永明不接受市政府的条件？”因为如果他接受以后，那就涉及到要给许多人好处，要给这个市委书记很多好处，而这个市委书记是个贪得无厌的人，他想从冯永明那里得到一些耕地，好让自己家族的公司从事房地产开发。冯永明担心这个问题，所以他坚决拒绝了，他觉得天上不会掉馅饼。

另外，贪污罪的构成要件。因为判决认定冯永明是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托经营管理国有财产的人，那么冯永明的身份又是一个谜，他到底有没有这个身份？他的身份我给大家介绍一下：为什么把他定为贪污？冯永明在 1985 年给自己戴“红帽子”（全民所有制企业）的时候，他自己任命自己为负责人，不是厂长，因为当时的市委、市政府都没有任命他为厂长，他自己在工商登记里面自认为是一个负责人。后来，伊春市委组织部有任命冯永明担任光明集团公司的总经理、董事长的文书，但是这个文书很蹊跷，没有组织部的公章。尤其奇怪的是，这些公司往往是在成立之前几个月任命书就已经下去了，这一般违反经营的法制，一般你要任命一个国企负责人的话，至少应该是公司成立的同时或者成立以后再任命，但他不是这样的，往往是公司还没有成立，几个月之前就已经作了任命。这都还是次要的，尤其是冯永明的身份，冯永明在 1989 年还被伊春市委组织部任命为伊春市工商联副主任委员，但是都是兼职的。冯永明在 1993 年还当选为中华全国工商联第七届代表大会的代表。直到他被抓之前（他是 2008 年被抓的），他还是黑龙江工商联第八届执委委员、黑龙江省工商联的副会长。而根据全国工商联章程的规定，伊春市委组织的任命有矛盾，一方面有一个没有盖公章的任命书，一方面又任命他为工商联的主任或者副主任委员。因为工商联的章程指出：“工商联是中国共产党领导的面向工商界，以非公有制企业和非公有制经济人士为主体的人民团体和商会的组织。”那么只有非公有制企业的主要出资人和经营者、个体工商户等等才有资格申请入会，并得到批准后成为会员。就是说他的工商联的职务和伊春市委组织部给他的国企之任命之间存在矛盾。冯永明是在 2011 年被判处死刑缓期两年执行的，我现在作了他的申诉代理人，之前很多的律师都参与过辩护像浦志强律师、李小林律师等等，这个案件特别奇怪，即便最后法院的判决都认定他为光明股份有限公司的董事长，但这个董事长到底是谁任命的？是董事会选举的，还是伊春市国资委进行任命的？不清楚，稀里糊涂，身份不明。

因为时间关系的问题我就简单地介绍一下，我希望大家多多关注这个民营企业家，也希望大家特别关注一下这个个案。如果有兴趣的朋友，可以跟我进行联系，大

家也可以在新浪微博上看“光明家具创始人女儿”的新浪微博，那里面有很详细的资料。谢谢大家！

### 梁治平：

谢谢谢彤！时间确实比较短，我倒觉得你前面的部分缩短了一点，我估计大家也和我一样，对国内的部分，比如法律的实体、程序、现状，特别是你们调查里面的一些数据分布的情况以及企业家保护面临的问题到底有多严重、涉及面有多广，可能我们对这些问题更为关注。当然，我们一会儿还有机会讨论那些问题。涉及到刑法的理论上的问题比如法系之间的比较，这些问题如果有时间可以作一些更深入的学术性讨论。现在我们进入评议的环节，好几位评议人都是刑法、刑事訴訟法的专家，所以我想我们可以把这个话题继续深入一下。我们就按照上面安排的顺序来进行，首先有请左教授。

### 左坚卫：

好的，时间超了就请指出来，马上改正。梁老师、今天参会的各位同仁，下午好！非常高兴有机会来听谢彤教授发表这个理论和实践相结合的专题报告！相比较而言，我觉得参加这种小型的报告会的收获可能比参加那些位高权重、名家大腕云集的大型会议的收获会更多一些。我参加那些会议经常听不懂他们在说什么，也没有什么互动交流的机会，浪费了我的时间，所以我现在一般不怎么参加那种会议了。但这种小型报告会最好的一点就是能够听到比较深入、全面、具体的专题阐述。今天谢彤教授就单位犯罪的来龙去脉、中外的立法现状还有目前我们国家关于单位犯罪的规定、单位犯罪的处罚原则以及单位犯罪的司法现状，特别是司法现状跟我们的企业家的刑事司法保护之间的关联性作了比较深入地阐述。我觉得收获最大的是两个方面：

第一，通过这个报告，我们可以看到我们国家单位犯罪的早期理论准备的不足对我们国家单位犯罪的立法所带来的不良后果。日本、德国等国外至今还在为“单位犯罪”到底是否应该设立而争论不休，而我们国家早已跨越了这个阶段。我们是后来居上，我们不再讨论单位犯罪是否有立法存在的必要性的问题，而是在讨论怎样完善我们的单位犯罪立法。其实这里面有一个课没有补上或者说我们没有先把这个课上好，就是到底有没有必要规定单位犯罪？单位犯罪到底应该怎么规定？专门规定单位犯罪目的何在？只有搞清楚这些问题，我们才能正确界定单位犯罪的概念，才能对刑法分则中的单位犯罪作出适当的立法配置和处罚原则。如果立法目的不清楚，立法指向不明确，最后就会出现立法本身混乱。这种混乱我们可以在刑法分则中看到。从单位犯罪的主体范围没有什么必要、也没有道理地扩展到国家机关，到单位犯罪处罚原则混乱，有的是跟个人犯罪同等处罚，有的是进行区分处罚，有的甚至根本就不处罚单位，只处罚个人，这种单位犯罪的立法模式到底理由何在？为什么会出现这些混乱的情况？刑法学界恐怕也没有搞得很清楚，至少我是不清楚为什么要这样规定。刚才谢彤教授也说：“明明规定是单位犯罪，你不处罚单位，只处罚个人，到底合理性何在？”我赞同他的观点，认为这样规定是不合理的。因为你要设定单位犯罪，肯定它是基于一个单位意志决定之下的犯罪行为，它的主体就是单位，而你现在把单位责任完全归咎到个人头上，变成只处罚个人，你一边说是单位犯罪，一边只处罚个人，那么这个单位

犯罪到底是不是单位犯罪？如果按照处罚结果看，它就不是一个单位犯罪了。所以，我国单位犯罪的刑罚配置、处罚原则在我看来也是存在不适合之处的。实际上，单位犯罪的立法缺陷除了在处罚原则上存在问题以外，其立法本身对单位犯罪的界定不清楚也是一个很大的问题。刚才谢彤教授也说到，现在我们的立法里面对于单位犯罪到底是一个什么样的犯罪类型根本没有做出实质性的规定，完全是一种形式规定——“单位实施危害社会的行为”，到底什么是“单位实施危害社会的行为”？它根本没有对具体、实质内容进行界定，这就导致对单位犯罪的认定出现很多问题。我认为，单位犯罪立法从定罪到量刑中的不科学、不明确、不规范的状态，是不能让我们感到满意的，这是因为理论准备不足而造成的后果。我记得，在早期反对立法中规定“单位犯罪”的学者中，高铭暄教授是比较有代表性的，政法大学的何秉松教授则是主张规定单位犯罪的主要学者之一。遗憾的是，立法机关匆忙地接受了何秉松教授那一派的观点，草率地把“单位犯罪”规定下来，于是留下了这么多隐患和问题。

第二，关于单位犯罪的立法跟企业家刑事司法保护之间的关联性。这是谢彤教授今天报告里面的一个实务部分，跟实践结合很紧密。通过刚才谢彤介绍的光明集团前老总冯永明的遭遇，我们看到刑事司法中某些不正常的现状。单位犯罪跟企业家特别是民营企业家的刑事司法保护到底有什么关联性？我认为这种关联性是非常密切的，密切在哪里呢？谢彤教授的报告中有个数据显示，在进入刑事司法程序的单位犯罪中，国有企业很少。这并不是因为国有企业真的就很少有单位犯罪，而是即便它存在单位犯罪，我们司法机关也经常不予以追究。从立法到司法都非常清楚地显示出这样一种态度。我们知道，国有企业更可能实施的一个单位犯罪（犯罪学意义上的单位犯罪）是贷款诈骗，因为民营企业或者其他非国有企业很难从我们的银行贷到款，你要贷款也可能是抵押贷款，是要求特别严格的。比较容易贷到款的往往是国有企业，但我们的立法机关至今不肯规定贷款诈骗罪的单位犯罪。刑法修正案都颁布到九了，还是没有对贷款诈骗罪规定单位犯罪。为什么？因为规定贷款诈骗的单位犯罪的话，恐怕很多的国有企业就会卷进去，因为它们更容易在银行贷到款，而且可能采用一些欺骗手段。这不是我对国有企业有偏见，事实上如果我们去进行一些考察的话，我们就会看到这种现象。另外，为什么立法会出现刚才所说的规定了单位犯罪却只处罚个人的情况呢？我们去查下条款就会发现，这些单位犯罪往往主要是由国有单位实施。我刚才找了一个法条，关于违法运用资金罪，主体是社会保障基金管理机构、住房公积金管理机构以及其他一些国有单位，违反国家规定运用资金的行为，这其实是一个典型的单位实施的违法行为，刑法怎么处理的呢？只规定对直接负责的主管人员和其他责任人员进行处罚，就是说只处罚这些负责人和直接责任人，不处罚单位。立法的这种态度在司法上更为明显。有些单位犯罪可能会涉及国有企业，比如说虚开增值税发票罪；还有些单位犯罪只涉及国有单位，例如单位受贿罪。但是我们可以看到很少有对国有企业实施的虚开增值税发票和单位受贿罪进行制裁、进行定罪处罚。为什么单位行贿罪经常被适用？因为单位行贿很多都是民营企业干的事情，处罚起来就比较好办。单位受贿犯罪国有单位做得恐怕也不少，却很少得到惩罚。从人们对立现有立法的态度也可以看得到。关于单位受贿的立法规定最高对责任人员处以5年以下有期徒刑，单位行贿罪的最高刑也是5年，现在司法实务中还有一个不良倾向，认为单位行贿这个法定刑配置得太低，要赶快修改、赶快提高，否则会严重放纵单位行贿的犯罪分子。但是从来没有人说单位受贿罪

最高刑只有 5 年不妥，为什么它就没有人进行关注？因为这个罪根本就没有怎么适用，看不到这个罪的法定刑配置有什么问题。所以，这是一种区别对待的表现。其实从单位犯罪的立法到单位犯罪的司法都可以非常明显的看到我们的立法机关和我们的司法机关对国有企业和民营企业的区别对待的态度，这种区别对待的态度在我们看来是不大合适的，需要我们进行深刻地反思。你这样搞下去民营企业家哪里还有从事经营活动的积极性？这样的法治环境，人心惶惶，他们怎么能好好地开展正常的经营活动呢？为什么民营企业家老想着赚了钱就移民，就把资产转移到海外去？我们要深刻地反思一下这些敏感的问题后面的司法环境和立法环境。

第三，还有一种倾向也非常值得我们警惕，本来立法、司法就已经非常不公平了，现在却还有这样一种观点：加大对民营企业家涉嫌犯罪的处罚力度。比如我们刚才说单位行贿，他们认为法律规定对民营企业或者是对企业家单位行贿的责任人进行了一定程度的保护，所以法定刑配置得这么低。因此，现在提高对单位行贿罪的法定刑的呼声越来越高。还有一种现象也是值得我们关注的，就是有的企业家本来根本就不构成犯罪。例如，有个民营企业家被迫给一个市委书记送钱，有好几千万。这个钱是市委书记向他索要的，他根本就没有向市委书记要过任何不正当好处，没有要他帮过任何忙，也就是说他没有“谋取不正当利益”的内容，但是钱确实在市委书记的要求下送了。按照单位行贿罪的立法规定，是不构成犯罪的，因为单位行贿罪要求是“为谋取不正当利益”而去送钱财，而他什么利益也没谋。检察机关在指控这个案件时，列举了六项所谓谋利的事实，没有一项是能够成立的，即便成立也根本不是“谋取不正当利益”。可是，为了走完司法程序，就给他硬安了一个单位行贿罪。开始的时候甚至说是个人行贿，后来觉得个人行贿太过了，就改为单位行贿。并且说：“这个事已经很照顾你这个企业家了，你就不要再吵吵闹闹了。”这样的司法环境，还说是照顾了民营企业。我觉得这些问题都是在我们的单位犯罪司法实践里面存在的一些现实问题。总之，这个专题报告会是非常好的，我觉得今天很有收获。

### 陈界融：

梁老师好，各位好！梁老师刚才说了我是来自最远的地方。我跟谢彤教授、左教授三个读博士时是同班同学，我们三个经常在我们那个圈里面讨论问题。

客观地说谢教授这个研究专题我是外行，所以站在外行的角度，我是看热闹。我们左教授这么一点评，我觉得这个话题。还是可以说的。因为中国这个大环境，无论是经济制度也好，还是政治制度也好，它就把我们的党和政府在法律上架构成一个公司实体，所以我们的民营企业在发展的过程中就相当于跟政府抢市场、抢财产。我们的公检法也好、财政税务也好，这些行政权能就是政府手中的一张牌，他如果想用工商税务整你，他就把工商税务这张牌甩出去；他如果想用公检法整你，他就把公检法这张牌甩出去。所以，民营企业家就是案板上的一块肉，想怎么剁就怎么剁，这是一个客观现实。企业家创业时候的艰辛没人能看得到，但是你一旦把这个企业做大做强，那么它就不是你的了，政府哪天想要，找你一个机会还不容易吗？所以谢彤教授刚才讲的光明集团的例子我是很理解的，因为这种现象在中国大地很普遍，核心问题就是政府是市场主体。中国经济十年一个

周期，把民营企业放开，民营企业给市场充满活力，经济就搞上去了，然后，国进民退，经济又下滑了，正如任志强所说“民营企业就是一夜壶”，尿急了，把它拉出来，用这完了，往床底下一扔。所以，当市场不行的时候，希望民营企业发展。但等市场做大了，政府就把民营企业拿到自己腰包里去了。每次都是十年一周期，都是一个资产的重新组合，就是民营企业的投资财富就是国家的，国家的又成了别的，这是一个宏观的环境。因此，我希望咱们研究刑法的不要单单就刑法论刑法。中国的刑法跟国外的刑法不具有可比性，我是搞民商的，因为我博士论文跟着我的老师写的是证据法，但是因为我大学毕业在基层干了这么多年，也了解国内的具体情况，我们国家的刑法是非常非常庞大的，我觉得中国的刑法应该瘦身。刑法太胖，刑法管的事太多了，管得老百姓都不敢犯罪了，都整到这个程度了，因为有些犯罪对社会也有促进作用，起码扰乱市场秩序罪也好，我觉得不要搞那么多的罪，因为大家都是为了创造财富，为了进行交易，按照马克思的观点“发生空间位置的转移，就能产生价值”，交易能增加人的商业禀赋，能让福利增加。因此，政府应该鼓励市场、培育市场、公平社会，这是政府应该干的事，而不是整这么多的罪，这也不能做，那也不能干或者这也抓监狱，那也枪毙，搞得大家都不敢创业了。如果刑法成了一个杀精英的工具、道具，把社会精英都关到监狱里面去，就留些像我们这样的人渣在社会上晃荡，这个社会怎么发展？所以我对刑法学者提出这种思想让我们的刑法学家考虑考虑。

以上是我宏观的说说，下面我微观的说几点：1.我本人不主张单位犯罪，甚至我很鄙视单位犯罪。咱们就倒着来说，单位犯罪惩罚，你对单位处罚金也好，单位给你吊销也好，惩罚的谁呀？惩罚的是股东，惩罚的是债权人，因为你对单位处罚金也好，吊销也好，其实是股东受罪，股东的投资不见了，罚得倾家荡产了，债权人的债权得不到保障，因而单位犯罪倒着说就是处罚股东、处罚债权人，就像株连一样，所以这是一个很粗劣的制度。至于你说的这几个表现形式，无论是国家机关犯罪也好，还是什么犯罪也好，比如说去年黑龙江法院判了一个县政府、党委犯单位行贿罪，就是招商引资行贿。假如这个单位是一个民营企业或者是一个其他企业，你处它罚金不就是股东承担责任吗？我投资到这个地方是为了赚钱，因为董事、高级人员他们利用职权把公司的职能用歪了，你却让我们股东承担责任。这个问题确实应当思考思考，不要让股东受损，不要搞株连。再说一个问题，当然你要硬给他定一个罪，我刚才说的刑法瘦身，就是国家机关也好，事业单位也好，它们单位犯罪了，你可以按滥用职权罪追究直接责任人的责任，没必要让单位承担，公司里面你可以追究董、监、高滥用公司法人的地位，你可以整这样的罪，就是直接处罚实施具体犯罪行为的那个人。就是说，法律规定你这个职权不应该受贿，你却受贿了，不应该单位受贿你却单位受贿了，不应该偷税你却偷税了，不应该组织干什么你却组织干什么去了。

报告人最后谈到这个案子，像诸如此类的案子，我们真的很表示悲哀，也很痛心。企业家应该是撑起一个国家、一个民族希望的栋梁，或者一个经济支柱，遗憾的就是现在我们的企业家却像谢彤教授说的“要么在监狱蹲着，要么在通往监狱的大路上”。这句话好像是马云说的一句话，我自己也做股东，我也深深地感受到中国的企业家是中国最最弱势的群体。你们说农民工弱势，我觉得企业家最弱势。民营企业比农民工还要辛苦、还要危险。农民工没给工资，还追究公司的欠薪罪；你不交税，还要追究你的偷税罪；你不行贿、不进贡，他又出动；你不走动，

他又行动。在这种政治体制之下，公司经常头痛得厉害。一到过节大领导都跑了，为什么跑了？这些领导都到公司里来看望大家，来走动了，来关心你了。你难道不给他吗？你不给他的话，他就会置你于死地。我就说北京的两个案子：一个红木家具厂的案子，派出所所长经常找那个老板要手珠手串，有一天他想要一个海南黄花梨手珠，这个老板就跟他说：“老总，我这里最好的就是大红梭枝手珠，不做海南黄花梨，咱们做不起。”于是这个所长就走了。所长派两个人蹲守了几天，突然有一个小木匠出来上厕所，点了支烟在抽，马上就被抓了，说他违法消防法，因为木材厂是重点消防单位，因此罚款 50 万，拘留 10 天。北京还有一家经营葡萄酒的公司，4 月 26 日开股东会时，有股东对公司负责人说：“一年送走 100 多万，市场又不好，咱们没赚钱，还让干部拿酒？以后咱们不送了。”“好，不送了。”股东们纷纷同意。29 日领导对酒厂的人说：“你们拿了三箱酒过来，我五一节送领导。”酒厂的人说：“唉哟，我们公司决定了，再不能拿了。”领导说：“好，我知道了。”11 点多就把这个公司的库房查封了，一直到现在。刚开始查封时说：“你是非法经营”，当你把合法经营证拿出来时，他又说：“你异地经营”，现在又指控说是“制造销售假冒伪劣产品”。酒厂负责人说：“这是进口的酒啊，什么检验都合格，怎么会是假冒伪劣产品？”于是又安一个“非法经营罪”。哪有酒类有非法经营罪的？反正他就这样折腾你，从 5 月 3 日折腾到现在，每天都让公司老总去汇报。所以，在中国，你别看企业家吃饭、喝酒一顿吃掉一、两万，其实他们很可怜。你别看他牛，说不定哪天就“啪”地被枪毙掉了，所以中国企业家是最弱、最可怜！具体就是光明集团的案子，以前我作检察官的时候，他说的那个挂靠企业，就是当时的市场经济鼓励民营企业大胆干，但是民营企业不敢做，因为之前你有过“国有化”，为什么斗资本家、斗地主？大家都害怕，都要挂靠到国有企业，搞个国有企业的帽子戴上，想起保护作用，如果政治上有什么动向，觉得有个退路。结果这个企业做大了，就出问题了，政府就要了。你没做起来，政府绝对不管。你做大了，政府就下文件任命张三、李四为董事长、厂长、经理，就把你踢出去了。踢出去后你怎么办？心想：“唉，不该登记是国有的。”怎么办？公安部、最高检察院、最高法院、国家工商总局等五部委下达的“甄别集体企业性质”的文件，这是哪一年的？我忘记了，就是根据“谁投资、谁经营管理，谁享受分配”来确定这个企业的性质。你国有企业有没有国有资本投入？没有，这是一个。第二，创业阶段到现在谁经营管理？是国家、政府在管理吗？没管。第三，收入有没有交到财政局，还是你自己分了？就根据这三项来甄别这个企业的性质。至于后来改成股份制企业，它是不是代表国有股东的权利？如果没有，当然也不能构成这个罪。所以说我们中国企业家正走在最危险的边缘。

刚才左教授说企业家往外逃，为什么？从 2013 年到现在，企业家不仅资金、财产外逃，而且企业家的移民风潮非常非常大，我所认识的企业家基本上 8、90% 都移民了，没移民的也在想方设法移民。你想想，一个国家的政治精英的领导干部，都要裸官，其家属移民，财产转移到国外；市场精英的企业家，也都这样移民，转移财产，你让我们老百姓怎么活啊？怎么过啊？为什么？有些企业家不是随便找个借口，找个罪就被枪毙掉了吗？说资产不是你的就不是你的了，所以他们都害怕。法律是保护人的一个防火墙，保护权利的堡垒，但现在这个堡垒不复存在了，所以在法律层面我建议我们的刑法学家或者刑事诉讼法学家，你们考虑考虑，能不能把现在的这种法律制度改一改？如果不能做到所有的犯罪嫌疑人的拘留逮捕，都要由公安检察向法院申请拘留逮捕令状，先拘留逮捕这个企业家、

股东、经营管理者，这个决定权能不能移交到法院？就是说公安、检察院要逮捕这些人，要先有法院的逮捕令。虽然你把逮捕令整到法院，法院的工作量增加了，但是这个可以有一个防火墙的作用，因为法院相对来说比公安、检察院要稍稍独立一点。就是说不要让公安检察直接决定拘留逮捕，按经济学原理，他都是积极执法者，他不是一个司法机关，而法院是一个消极执法者，法院是司法机关，他消极，这个案子破与不破跟法院没有多大关系，但是跟公安、检察院关系就大了，所以一般都是先把人抓了再找证据，先把你的财产查封、扣押了，再找你的犯罪线索，这种现象比比皆是。如果能迈出这第一步，就是拘留逮捕由法院来决定，检察院和公安你只有 24 小时的滞留期，24 小时到了必须要送到法院去过堂。我觉得这是让社会公正，保护人权，让大家都有安全感首先要做或者能够做成的一件事情。毕竟，独立之人格，自由之思想，平等之精神，这是每个人之所以成为人的要件，否则，就不是法律上的人。我就说这么多，不正确的批评，谢谢！

### 马民革：

感谢洪范法律研究所邀请我来参加这个研讨会，并且做谢教授这个报告的评议人！听了这个报告后，我想谈一点我的思考：刚才左教授和陈教授就谢教授的报告发表了很好的评论，今天我一看题目是“单位犯罪与企业家刑事司法保护”，单位犯罪谢教授应当讲得比较多、研究得比较深刻，我对单位犯罪研究得不多，今天看了以后大受启发，学到了很多。但是你对企业家的刑事司法保护讲得不多。

### 谢彤：

我最主要的意思是说大幅度提高单位犯罪定罪的起点，这样可以对企业家进行保护，这是大体思路。

我还讲一个背景，这本来是作为一个调研，要向全国“两会”提交的议案，所以你不能老讲单位犯罪就是要保护民营企业，这不合适。

### 马民革：

今天我听了谢教授的报告后很受启发，我谈谈我的两点思考，和大家一起分享：首先是关于单位犯罪与企业家刑事司法保护的问题。从实践的层面来看，从立法到司法上来说，咱们国家的立法环节根本就没有平等的观念，我们叫国有单位和私营企业，这在这个观念上就是不平等的。当然，这是有其历史渊源的，因为新中国成立以后，社会主义改造完成以后，就是以公有制为主体，我们形成了保护公有制的国有公司的观念，这是刑法的一个主要任务。你说这错了吗？在当时的历史条件下是不错的，但随着社会的发展，随着改革开放的深入，形势发生了改变，私有企业，就是非公有制经济在国民经济中所占的比重越来越大了，而且它的地位也在逐渐提高。我们看，宪法修正案对非公有制经济在国民经济中的地位是越来越重要，一开始是“补充”，后来是“重要组成部分”，按地位来看，它发生了变化。宪法是国家的根本大法，确定了非公有制经济也是私有制经济的法律地位，可是我们的观念还没有跟上，在立法上把公有制和私有制分别叫作国有和私企，可见在立法上是不平等的。那么要改革，这东西怎么改？观念要改变。过

去提“观念”我总觉它是挺虚的东西。过去中央开务虚会议，我想：“怎么老说务虚？要务实呀！”上面管的是虚，下面管的是实，你落实的时候是下面的事，是执法层面上的事。但是，立法层面上、虚在观念上必须要有平等的观念，没有平等的观念，你保护企业家这都是一纸空文。在刑法的规定中国有公司、企业经理犯罪都有规定，但是私人企业没有这样的规定，为什么？这就是观念上没有平等保护。10 几年前我在检察院工作的时候，我们那时候跟高院搞了一个课题——非公有制的法律保护问题。如果在观念上没有平等观念，那么在立法上当然就对私人企业或者非公有制经济采取一种歧视的态度。怎么改变这种状况？就是必须改变观念，在立法上就要有这样的机制。现在在执法层面上更是这样，对国企和私企在执法上还不是平等的，没有平等的观念，对一个国企的大老总和一个小私企的老总感觉是不一样的。在司法的协助调查过程中，一般国有公司的大老总对小警察是不尿你的，你私企的行吗？不行！因为他要找你茬，找你个茬你就受不了。前些年我听了个讲座，说私企在中国生存下来有两大法宝：一是行贿，二是逃税。如果你不行贿，你什么事也干不成。这就是逼良为娼！前一段时间，马云说“不行贿、不逃税、不欠薪”，提出“三不”，对于马云这样的人能做到，但对于绝大部分的中小企业来说是非常艰难的，它的生存也困难。那么怎么办？要改变观念，在立法、在司法上对国企和私企一视同仁，不能有歧视。当然，改变这种观念是很慢的事情，它不可能一下子就改过来。如果这样的事在实践中经常发生怎么办？那么就要进行制度建设，在制度上把它建设好。以前我们讲反腐败要先治标，然后再治本，同样，在这件事上我们先治标，治了标以后再搞制度建设，这就是一个很好的例子。现在改变观念不容易、非常慢，那么我们怎么办？我们进行制度建设。刚才谢教授讲，虽然他把你提出去叫你协助调查，你说：“我就不去，我又没犯法。”你不去行不行？好多协助调查的失联了、找不着了，现在失联这个词常用，好长时间找不着，这个问题非常非常严重。这个问题大多和人权保障联系起来，一个没有违法犯罪的公民随意被提撸走了，找不着了，被谁提撸走了呢？提撸到哪里去了呢？不知道，报案也没用。像这样人身安全没有保障，那么国家的人民生活能正常进行吗？这是非常大的问题。这个问题你把它和人权保障联系起来的话，你看宪法、刑事诉讼法，刑事诉讼法虽然是打击犯罪的，但同时它也得保障人权，保障没有犯罪的人的人权，即使是犯罪人你也要把他作为人来对待。但是，在我们执法的过程中，我们没有依照法律来做，所以我们要搞制度建设，使这种状况没法发生、不能发生，让知法者不敢妄动。现在国家在进行司法改革，司法改革怎样保证企业家的利益、企业家的人身权利能够得到很好的保护？一个是立法层面，一个是执法层面，那么首先要改变观念，在改变观念的漫长过程中，我们要进行制度建设，在制度上约束他。像逮捕这个措施，当然我们不是说对企业家要网开一面，而是说要严格依法来办。好多的案件是把人带走以后，不告诉家属，所以才失联。刑事诉讼法明确规定你带走人以后必须通知家属。

### 谢彤：

我觉得这里面特别重要的就是要怎样善意、真诚的理解执行法律的问题。你说 24 小时没有通知，他还拿出公安的可以拿出的东西，说：“为什么 24 小时之内？”他明明知道所谓犯罪嫌疑人的家属的联系方式，一个电话就可以通知到，但他不通知，他偏要用挂号信的方式慢慢地辗转到黑龙江省那个地方那个村里面，寄半

个月。他们就是这样来执行法律的，就是不善意、不真诚的来执行法律，他不知道 24 小时内意义是什么？

### 马民革：

所以要进行制度建设，在制度上堵住我们法律规定的漏洞。

### 王忠明：

刚才听了谢律师的介绍之后，我很受启发。并且参加这么一个会，让我很受感动，因为我能够感受到法学界、法律界的良知。上个星期我参加国家发改委、工信部组织的一个座谈会，评估其起草的有关民营企业建立健全现代企业制度的文件。听了之后，我提出意见，认为没有必要出台，因为现在的民营经济、民营企业所面临的突出问题不是建立现代企业制度的问题，而是营商环境的问题。营商环境包括社会环境、政策环境、市场环境、法律环境。中国发展民营经济这么些年下来，它对整个国家面貌的变化包括综合国力的提升起到了不可替代的作用。但是由于各种各样的原因，它实际上不是能够非常舒展地去发展，它经常被随意性支配。我在前不久写了一本书，叫《新动力》，前言的题目就叫“发展民营经济是一个国家的良知”。从刚才举到的那些例子中，可以看出有些司法人员以及相关部門哪有良知啊？典型的公权力私用！人性作恶到这种程度，不给送酒、送烟，就可以把你的人身自由给废了，这实在是太可怕了！刚才民革讲最基本的作为一个公民的人身自由权利得不到保障了，那还谈什么民营经济发展呢？所以我觉得咱们今天召开这么一个研讨会，来关注民营经济的生存状况，这让我感觉到社会在进步、良知在呈现，我们应该回归到人性层面，不要随意地拿人们的生命、自由、财产不当回事。因此，我觉得这个会是非常有意义的。

“单位犯罪”虽是非常专业的东西，我听来也很真切。企业家如何在刑事司法保护方面更加有利，这也是我们非常关注的问题。十八大以来，反腐倡廉应该说确实确实对于扫荡我们社会当中的污浊是有意义的，是为非公经济的健康发展扫平道路。现在民营企业也不用送那么多礼了，也不用逢年过节费心思去琢磨怎么拉关系了，这都是非常好的现象。但是，这还远远不够。据苏州市工商联统计，近 10 多年从中央到地方所发的关于民营经济发展的文件有 170 多个，加起来有 1500 多页，但民营企业依然没有获得感，依然没有确实确实的保障，依然没有像 1992 年小平南巡讲话后的那种热气腾腾、朝气蓬勃的市场活力。我觉得经济下行不可怕，市场经济的斗志、企业家精神下滑才可怕。包括资本外流、移民这些问题，反映出来的都是深层次的问题，其中一个环节就是在立法层面、司法层面上怎么真正为企业家伸张正义，怎么把公义层面上的价值观真正地彰显出来，这是非常重要的。否定，不仅对企业家的不尊重，也是对法治的不尊重，太随意了。所以，我觉得谢律师搞这么一个研究非常了不起，中国企业研究所搞这么一个会，是非常令人敬重的。现在，民营经济的严峻表现在“三心二意”上，“揪心、伤心、灰心”，原来或许送个红包、吃个饭，事情说不定就办完了。但今天一般的人不见了，一般的礼不收了，当然一般的事也不办了，就是“不贪不占也不办。”原来乱作为，随意寻租受贿，今天高压反腐，都不作为了，无异于“僵尸行政”，让人感觉不死不活的。原来一些都已经打点得差不多了，勾肩搭背，但现在是背

靠背，看见你像看见瘟神、艾滋病人一样的，于是就很“失意”，很有失落感，有的干脆就萌生“去意”，一走了之。这么一种状态如何扭转过来？其中很重要的就是法治环境的优化。应该说法治环境的优化是有基础的，在我们这样的政治体制下，只要顶层能够真正下决心，法治环境可能比其他环境都会见效快，因为它是底线性的，是硬环境。

今天为了对冲经济下行压力，提倡“大众创业，万众创新”，每天新生企业一万多家，他们的生命周期怎么能够提高一点？生存质量怎么能够提高一点？对于他们的生存环境怎么能够更加温暖一点？一个有温度的政府，一个服务型政府就应该着力去做。其中，如果能够在法治环境方面有更多的优化，这不仅对民营经济的发展，而且对我们整个社会、整个国家走向更加健康、更加和谐，都是非常有意义的。我很感谢梁所长邀请我来参加这个会，我学到了很多，也感受到了一些正能量。谢谢！

### 梁治平：

谢谢！字字沉痛，句句实情。我们四位评议人都已经作了评议，我们现在就进入自由讨论环节，大家可以提问、短评，最后报告人会有一个回应。

我想利用这个机会提一个问题，我觉得刚才我们四位评议人的评议里面，有一点点跟我的预期不太一样，因为我们三位是刑法学家，那么这里面讨论的很多问题首先是从刑法、单位犯罪的学理上来讲的，涉及到一些实践中的问题，但是我们的评论里面其实讨论的很多问题不是在学理层面，不是在刑法尤其是单位犯罪的相关学理上面展开的，更多是直接讨论民营企业的生存状况及面临的问题，比如刚才王秘书长讲的就是法律环境、社会环境、政商环境等方面的问题。这里面我觉得有一个问题，我和大杰讨论确定这个报告主题的时候，一个就是说单位犯罪，之前我也看了一下这个报告，它是一个比较专门性的调研，但关注点最后是落在民营企业的刑事司法保护上面的，那么这两者之间怎么结合？是希望比如说通过一个政策性的建议，通过人大修法来改善我们关注的这个问题？民营企业的刑事司法保护问题和他们的生存环境问题，这之间的关联到底有多大？其实我觉得在刚才的讨论里面这个问题就提出来了，因为绝大部分的问题，比如单位犯罪不是专门针对民营企业，只是在执行过程中有一些被用来恶化了民营企业家的生存环境，但是这种恶化是这个法律本身造成的吗？还是其他的原因造成的？可能答案比较明显，主要是其他的原因造成的。谢彤也讲到，很多事不是法律规定得不好，法律如果严格的执行，再加上更高一点的标准——善意的执行、真诚的执行，民营企业家的危机就不会如此的深重，他们就不会面临如此多的困境。但是，更重要的是还有很多其他的问题，比如说协助调查的问题、强制措施的问题，这些问题其实跟单位犯罪罪名没有直接关联。确实单位犯罪这个罪名本身在学理上不够清楚，没有定义，如果我们把定义都弄清楚了，它就会涉及到许多单位包括国营单位。如果是划一的来看，他也不是针对民营的问题，如果说国营企业在这里面碰到了很大的问题，觉得这个法律太严苛了。他们就会施加很大的院外压力，使得这个法律会调整得比较合理，或者比较松动，而不会标准显得那么严苛。但恰恰是因为它不能平等适用，给企业家造成了很多的困难。他往往是随便找一个法律的理由或非法律的理由，政策的理由或非政策的理由，甚至随便找一个微不足道的事由，不明不白的把你弄进去，让你的企业瘫痪掉或者把你的资产冻结了。

之后，把你放了，说没事了，但你的企业也垮了。诸如此类，所以我就在想：如果这两个问题可能只有一点关联，那么我们在策略上面来讲，是不是一个非常有效的策略？你花了很多的资源，做了这样的调研，提出这种建议并推动立法、修法，不管最后能否推动，但推动出来是不是你想看到的结果？最后它对于解决企业家的问题和改善他的环境到底有多大帮助？我想这是一个很大的问题。

### 谢彤：

我现在回应一下，其实关于“单位犯罪同企业家的保护到底有什么样的关系？”开始马民革师兄也提到这个问题，我觉得民营企业家的保护应当是从两个方面着手：实体上和程序上的保护。现在实体保护总的思路是什么？现在立法把单位犯罪的起点和个人犯罪的起点定得基本一致，这样就很容易使单位构成犯罪。如果单位构成犯罪，一样的把民营企业给逮进去了。我的意思是通过单位犯罪的调查研究，建议把单位犯罪定罪的起点提高，要远远高于个人犯罪的起点。这样的话，就可以使一些民营企业少涉案，我的大体思路是这样的。

### 梁治平：

对，其实刚才你也讲了要有所区别，要提高门槛。但有一个问题就是：你投入多少？因为你想要推动修法，这个投入是非常大的。当然，我不否认假定这个法修改以后，可能是有所贡献。但其实我们看到，因为企业家的法律环境、政策环境、政治环境，政治环境是意识形态，比如社会主义就是要坚持公有制经济或者说为主导，但这个主导是很原则性的，主导可以说比如几万亿投进去了，就给国营企业，就变成一个“国进民退”，然后政策上一系列的差别性待遇。还有，政策上虽然好了，但实际上它根本落实不下来，法律上的问题大家谈了很多，是说整个法律没有独立性，所以这个问题变成一个法律本身的问题，而不是说涉及到民营企业的问题。当然，我非常能理解，在这种环境下，我们一下子又不能改变这种大的结构性问题，那么我能够做点什么？技术性的操作在哪些方面能够展开？这毫无疑问是很有价值的问题。洪范的很多会议都涉及到这种问题，有时候大家会批评，说：你的这个方案如何如何，解决不了什么大问题。当然我们会说：解决不了大问题，我们也不能什么都不做。所以，做是应该的，但是要确实衡量一下投入和产出背后之间的关联性。

### 唐大杰：

我回应一下，梁老师提出的这件事情刚好是我们最困惑的事情，其实在各位专家的点评中也说到对民营企业的歧视是系统性的，有的是理念的东西，有的是制度建设的東西，它在制度的根子上就是从那儿起家的，理念和意识形态导致了这种东西的存在，再加上这个国家 30 多年改革开放，形成了一定的利益集团、利益主体，他要固守自己的东西，那么这些东西交织在一起就形成了对民营企业方方面面的歧视、打压、不公平。就是说，你要去保护民营企业似乎是什么事情都得干，比如现在反腐，反腐之后的确地方上大一点的官是收敛了，刚才王先生也说他的确是不作为了，但是那些小官、小喽啰、小公务员还是那样，他该伸手要的还是一样要，那些问题始终没有解决，这是一种系统性的东西，这是我们在做课

题之前特别困惑的地方。当然，我们做了三年，我们也在坚持不懈的往下做，最早是从推动废除死刑以及让死刑轻刑化开始，然后还做一些相对微观的推动。所以，就像您说的，我们系统性可能暂时还不知道从哪个方面去做，那么我们先从个别的地方做，总得做一些事情。做一些事情往往可能推开一扇小门或者一个门缝，甚至有可能会撑开一个大门。今天有一个非常黑色幽默的事情发生，因为今天是父亲节，曾成杰的女儿给我发了一个祝贺，祝我父亲节快乐！我非常兴奋，我说：“好孩子！”这件事情非常让人难受，但总得往前走。我看她女儿曾姗也是一个很乐观的孩子，我们最近在金融博物馆做了一个有关非法集资罪的展览，其中曾成杰是重要的一章，我跟曾姗还有些互动。多的话我也不说了，反正借此机会也祝大家父亲节快乐！

### 梁治平：

现在大家可以提问，薛峰你在一线，能不能站在你的角度谈谈？

### 薛峰：

梁老师点了我的名，那么我就说两句。我觉得这个报告很有意义，几位点评人从制度层面谈的比较多，我也是搞研究出身，经过实践以后发现制度和实践两张皮，所以我们这个社会很混乱和我们搞法律的有很大的关系。我们想用这个说，就拿这个说；想用那个说，就拿出那个说；哪个都不想说，两张皮都放下；哪个都想说，然后都举起来，就出现四种情况，直接把自己搅乱了。就这个课题来说，我想从两个层面上说一下：一个层面，对企业家来说，都应该法律面前人人平等。这个企业被定为单位犯罪以后，老总被抓走了，这个企业就完了，那么对这个企业自身有损失，对这个社会也有损失，对私人来讲是更大的损失。在这种情况下，我们是不是应该反思这几个方面？一个方面是这个企业自身成长的制度。另外，到一定年龄的人都知道，企业的成长在中国前几十年，不管是民营企业，还是国有企业，都很疯狂，在一定程度上都有这样那样的大环境不好，都有这样那样的各种邪力存在，现在要肃清机制，就可能引起大家的恐慌，因为原来都是这样做的，都这样子犯罪，只有这样做才能求得更好的发展，所以现在一查，可能就带来各方面的不适应。因此，企业要发展，一方面企业自身要检讨；另一方面，我们在国家法律制度方面也确实应该有一定的思考。讲个小的事情，比如说企业因为单位犯罪，没人管，在美国也一样，在这种经济犯罪的时候，企业法人当被追查的时候，为了更好地侦查，也为了更好地保护资源的有效性，我知道他们的做法是国家直接接管。这点可能跟谢老师说的法院没有定罪，不能处理财产的观点有点相左。美国的接管是托管给一个机构，让它来继续维持这个企业的经营，因为你侦查了不知道他犯没犯罪，到了法院才能说。但是，像这种经济犯罪，如果不从经济上切断他的根源的话，后面司法侦查的成本会越来越大。因为你这边在侦查，他那边在拿着钱继续犯罪，因为他是控制这个公司的，所以美国的做法是出现这种情况就接管了。但是，如果搞错了，在一定程度上国家是有一定补偿的，免得出现企业家进去了，几十亿的企业被搞垮的现象，上下游有多少员工啊，确实是个大事！因此，我觉得在操作制度上必须完善。打击犯罪也是为了维护社会的稳定，但是不能因打击犯罪造成更大的损失，要能够全面兼顾。这是一个细微层面的做法。

另外，今天的题目是“单位犯罪和企业家刑事司法保护”，挺好的一个题目，听了几位专家的点评后，我觉得……。其实我们在司法的过程中，在前线作战也很困惑，刚才几个教授说：“我们培养出来的人在我这儿说人话，到那儿就不说人话，都是本科生、研究生，可学历越高越不说人话，写出来的东西欺骗性越来越强。我们的教育没有把我们搞法律的人真正培养出人性来，到了司法实践……。”你看美国的法治进程，它也就是一个案件一个案件往前推进的，今天说黑白人共同上学是违反宪法的，不得同校同车，但经过 50 年以后就合法了。都是法制，那么你说前面是法制，还是后面是法制？但美国宾夕法尼亚联邦最高法院判处黑白人同校以后，就是有 8 个黑白人同校，国民自卫队出动 1 万多人拦截这 8 个人，闹了半年，结果美国总统下令空降 101 师把这 1 万多个国民自卫队缴械后，硬是强执推进。一样，任何一个国家都一样，因为法制是对政府而言的，都有自己的私利。另外，在具体的事情上，每个案件的推进，比如说这个案件，你要是补齐了企业家的权利，那另一方面又漏了，它是一个太细锁的事。当然要做好，但我觉得在制度层面我们现在已经有太多的制度，不用再添加太多，核心的问题是在我们执法的过程中，怎样把宪法中的精神能在每一次的具体行动中体现出来，这才是最关键的。否则，公、检、法、司、老师五个人坐在一块，五个立场，对一句话理解如果没有一个社会平台进行统一思想的话，它就会出现五种意思。在五种意思下去执行可能产生出 15 种意思，所以必须要把宪法精神贯彻到具体的每一个行动中。宪法是个很实在的事，今天诸位说的都是违反宪法的事，但是他做的时候为什么觉得做得振振有词？失联了还正大光明的讲，为啥？他没有认为这是侵犯别人的人权，没有认为是违法的行为。他认为“我是为了破案，我是为了维护公共秩序，为了打击犯罪。”他从这个角度解释法律的规定，他不是持平等的观念：“哦，他也是个人，也应该享有宪法赋予的权利。按照心理学的理论，改天换个角度，他要对我执法的时候，这样行不行？”实际上宪法应该指点我们生活的点点滴滴，我们现在一到 12 月 4 日就宣誓，只有 12 月 4 日才知道宪法的存在。总之，依法治国首先是依宪治国。而且我们还提出了“全民要学会运用宪法，运用法律解决问题”，因为刑法涵盖不了所有的司法，刑法和刑诉解决不了所有的刑事司法，有很大一块，比如对被告人的态度，我们可能就会从不同的角度有不同的解释。比如刚才谢教授说明明可以打电话告之，但他就是给你发挂号信，这就是对人权的不尊重，可他捉弄你了，你还说不得，这就是刚才谢教授说的恶意执法。因为他的观念不正确，对人不尊重，他就会找各种理由把法律条文理解去理解来，所以就导致了现在司法混乱的局面。其实公检法司几家关系也很紧张，那个律师的裤子不是被搞掉了吗？现在大家都知道法警在法院内将律师的裤子搞掉了，当然法院做得对不对是另外一回事。我也处理个这样的事情，他随便跟你说这个案件怎么怎么了，你也有很重的责任，你不能在法官面前胡说呀！法官又没看到你录没录音。你说我录音了，怎么怎么了。如果在法庭里面是不允许录音的，那怎么查呀？录像什么的都没有。我们现在有录像这个要求，没录像的话，作为律师也是有一个更重的责任，对自己说话要负责任。当然，你对案件的发表意见是可以免责的，但对其他的一些行为都是有法律责任的。我说这话的意思就是说，公检法司都是一体的人，都是法律人，都应秉持用宪法精神来适用法律，来保护人。中央的文件有公有制、私有制要平等保护，而且由市场来配置资源。老马也说，其实什么都有了，关键是我们如何把现有的制度用好的问题。阿历克谢说过一句话：现有的制度如果没有跟上先进的思想，那么这个制度都会

被糟踏得一无是处。因为他给你解释到一边去了。咱们搞法治的，宪法叫宪法，民法就叫民法，诉讼法就叫诉讼法，就是说在司法的层面也要提倡依宪法、法律司法。中央也提出“依法治国，依宪治国”，在司法中如果我们真正执行这一点，司法就必然合法了，也就没有那么多冤案了。我不是学宪法的，我是学民法的，但是我呼吁我们要把宪法落实在具体的司法行动中。为什么？必须的。刚才我讲到刑法、刑诉涵盖不了整个司法，那么空余处怎么办？只能靠宪法来讨论。对待当事人的态度，对待被告人的态度、在研究案件时的态度；有当事人是什么态度，没有当事人是什么态度；在法院对待上级是什么态度，等等。就是说你得有个人品，得有个做人的底线，否则，别人说啥你说啥，办案人云亦云。而且现在这样做风险很大，你也是终身责任制，所以一定要清楚一个理念：这样做自己最终也是受害人，因此我要把宪法的精神认真贯彻落实下去。但我不是说要建违宪审查制度，实际上刑诉、民诉、行政诉讼三大诉讼上我们就贯彻得不好，如果我们再有个违宪审查，我不相信它一出台就能把这三个搞好。如果观念不变，什么都一样！只有把这三个法里面的东西理解好了，能够尊重人权，平等适用法律，国有民营平等保护，才能解决当前存在的问题。其实中央政策都有了，但落实不到位。毛主席说纲举目张，有了正确的理念没有人没有枪，人也会来枪也会来；如果没有正确的理念，即便有枪有人，也打不了仗，人也会跑。我觉得不要局限于具体的部门法，核心是把宪法的理念推广到每个具体的行动中，实施法律的时候，不管哪个部门。只有这样做，我们才不会今天讨论完全这个，明天那边还缺一个，而把那边补完，这边又……。就是说，我们要从根本上解决问题。我也一直在思考：怎么上学出来以后就变了呢？学历都很高，都是名牌大学的。我说：“你们怎么上的学？上课的时候老师怎么讲的？怎么一到用的时候全都走样了？”

### 谢彤：

其实我开始讲程序的时候就特别提到，刚才马民革也提到，他说理念这个东西是观念的问题，我觉得这个观念是撕裂的。你刚才说“都是名牌大学出来的，……。”其实不光是学生，甚至包括一些很大牌的教授，他们在公检法部门兼职的时候，突然之间同他的学术观念就不一样了。理念这个东西是可以培养的，但是一旦人纳入这个体制，手里有这个东西后，他就是这个体制的卫士，就改变了他的理念。但是，他离开这个岗位以后，他正常谈的是相当先进的理念。所以，理念到底能够起什么样的作用？我觉得它在体制面前不堪一击。

### 薛峰：

我在这个体制里干了 30 年了，我去年管刑事。每个人都要做出自己的努力，都躺在那儿让别人努力，搭便车，可能不太行。因为我们现在很多学生出来他不会用，学宪法是宪法的，学专门法是专门法的，他不会用，怎么体现中国人权？不会用。就说咱们学校老师，有几个能把宪法运用到具体部门？宪法出来是研究宪法出来的，刑法出来是研究刑法出来的，民法出来是研究民法出来的。为什么把这个定成是犯罪，把那个又不定成犯罪？宪法怎么体现？我问过很多人包括法院、公安局、检察院的，我说：“你们在办案的时候想过宪法没有？”大家先是困惑地看看我，完了摇摇头，不知道怎么用。包括在座的律师，你办案的时候上升到

宪法层次去讲案件了吗？

**梁治平：**

好，现在还有点时间，大家可以继续发言。

**陈界融：**

的的确确这个社会是让每个人都不断地努力，而且一辈子都努力，努力到死的时候才发现：“我为什么要这么努力，我为什么不享受生活呢？”这种制度设计就是让你努力找工作，努力挣钱买房子、车子等等。就是说国家应当承担责任，你的医疗保险、养老保险。我们现在是什么保险都没有，完全让你自己解决。而你自己的话，其结果就是你疲于奔命，没有公平、正义的价值理念。所以，大家动不动就是：“唉，大家都这样了，我就是追求了真理能有什么作用呢？能有什么意义呢？到头来我又成一个被边缘化的人了。”所以这是一个大的环境，但是核心问题还是教育问题，就是开启民智的问题。我们法学院现在没有承担起传播法治的精神，没有承担起传授公平、正义理念的责任。大学里面法理学院也好、法制史也好、宪法行政法也好，这都是被边缘化的学科，如果要教，基本上全都教成政策教育了。我听过好多届宪法课堂，就是研究生的课，我也听过法理学的，都成政策解读了，没有把公平、正义、人权精神传播进去。比如现在的暴力执法，乱打滥杀，那个惨烈呀！对女同志打，对老人、孩子打，那个暴力你看了简直觉得不是人干的，这就是我们法学院毕业的学生干的，“屁股决定脑袋”。他警服一穿，警棍一拎就不是人了，就不是学生了，所以这是教育和信仰的问题。就是说，你的宗教信仰也好，你的法治教育也好，你的人权教育也好，人员间的互相尊重教育也好，都是匮乏的。换句话说就是开启民智没有开启好。教育的失败就导致我们今天乱抓、乱杀、乱做。就包括我，我也没有什么法治精神，人家枪口对准你了，你还敢讲什么公平正义、讲什么法治？你愿意怎么办就怎么办，谁有枪就谁说了算吧，谁有铐子谁说了算吧！你只能低头。

**薛峰：**

我插一句，合议庭、审委会他们的决定，那都是制度的问题，你可以坚持你自己的认识，你不能别人一说啥你就是啥，你连自己的认识都没有。比如说诉讼法规定你要服从审委会，你可以说你的意见，没有任何问题，但你不能揣摸别人的意思后发表你的意见，这是不对的。你有意见可以说，领导不见得都是坏人，他会判断的。如果你现在揣摸着他的意思说话，这就把自己的原则搞乱了。我听说公安大学为雷洋这个事，从一个班挑选穿警服的和穿不穿警服的分成两派辩论，结果意见完全不同，虽然是同一个班、同一个老师带出来的。其实你只要把宪法具体的规定落实、贯彻到具体的每一个条文里面去，贯彻到你每一次司法的细节、每一个司法的行为中就行了，而不在于高大上。高大上老出现好几层皮，没法弄。我们就一点一点往下推，一点一点形成这种认识——务实，这就很好了。我刚才说的不见得成熟，就简单地说这么多。

**王忠明：**

其实我觉得那些问题都不是司法界的问题，不是法学界的问题，从整个社会来讲，它有一个综合治理的问题。经济学界不也一样吗？真正有多少人为正义而战？你有为正义而战的资格吗？人家说“依宪治国”，那么谁带头啊？总书记、总理带头。你真正允许言论自由吗？在我们这个体制下，无法追究任何一个部门的责任，哪个部门今天是你老师的问题？不见得。当然，老师本身可能也有问题，我们今天有多少知识分子真正称得上知识分子的？真正的知识分子是能够对权力说“不”的人，今天你能对权力说“不”吗？你还活不活？所以这个东西是一个国家治理的问题，是一个从顶层带头做起的问题。你能不能容忍异己意见？能不能宽容一切出于善意的言论？你看任志强那个发言，我看了以后，觉得他没有说什么反党，什么特别偏激的话，但你也不让人说，你连最基本的自由都没有。你只有拥有自由，才能够去追求真理，才能够去追求极致。你什么自由都没有，根本什么都谈不上。我们还是又回到了最基本的文明成果上面来，我们今天讨论是为了法治，我们这么一个国家在人类文明方面是没有原创贡献的，自由不是你的创造，民主也不是你的创造，法治也不是你的创造，平等也不是你的创造。哪个是中华民族的原创？没有。我们还不断地走到对立面，对普世价值还有这样那样的一些非议。我觉得这都是一个历史进程，所以我今天只能说我真看到了我们法律界人士的良知，但是这个良知是局限性的，而且是微弱的。讲得积极一点，就是要一点点来做而已。你根本怪罪不了教育，怪罪不了我们的学生，怪罪不了法学界，也怪罪不了经济学界，你不能怪罪什么，所以我觉得不是那么轻松就是了。

### 听众(女):

我提一个问题，我对法律方面了解得也不深，我想向老师请教几个问题：第一，一方面各位老师讲到民营企业处于一个弱势地位，处于被索贿而获罪的处境；另一方面，我们在很多案子中也看到，贪官落马了，但是行贿人并没有取保候审。这两个现象之间是否矛盾？第二，我们在为民营企业做各种呼吁的同时，有时候与公权力联合的民营企业可能对其他弱势的民营企业的伤害比公权力更大。那么会不会出现一种现象，我们把民营企业保护起来了，官员去下海，变成一个民营企业的壳，然后来达成他其实用公权力运作的一些事情，那么最后我们保护民营企业会不会是保护的一些下海的官员？各位老师怎么看民营企业这个壳的问题？

### 谢彤:

我想首先回应一个问题，就是你讲的行贿的问题，有的人确实是给了钱，但是在更多的情况下是被索贿，他是没有办法的。比如我们办的一个案子，工程款有几千万，要了一年没有要回来。他实在是没有办法了，于是就办了一张卡给相关领导，很快几千万在两个月全部到位。那么在这个情况下，你能够追究他犯罪吗？至于你刚才提到的第二个问题，是什么？（梁治平：会不会保护了一些不该保护的人？）我觉得只要他是一个民营企业的老总，就是说无论是民营企业还是国有企业，都应该平等保护。他现在的身份已经不是官员了，不能因为这个人以前有一些资源在这个地方就差别对待。为什么要差别对待？是不是因为这个人曾经是个官员，他就不是一个白手起家的民营企业家？他就不应该得到平等保护？你是

不是有这个想法在里面？

听众(女):

对，平等对待这是一个关键。

谢彤:

现在政府鼓励“大众创业，万众创新”，很多人都下海创业去了，你说官员有很多关系，不够平等保护，我觉得这样也不公平。

听众(女):

现实中有一些案例他并不是被索贿的。

谢彤:

那就是在执法过程中存在的问题，其实我刚才特别同意王秘书长的观点，就是它不是教育失败的问题。教育不失败，它最终还是一个体制的问题。刚才已经提到穿警服和不穿警服的同学的考试的题目都是一样，大家想法都是一样，但是你一旦到了这个体制里面，穿上警服后做法就不一样了，其实他的观念还是撕裂的。

陈界融:

每个人如果你有独立的精神、公平正义的价值，你在做的时候起码不会超越底线。

谢彤:

这个特别困难。

陈界融:

这个不困难。我作法官的时候，起码我把审计报告写得好好的，我把我的意见提出来。

谢彤:

每个人基本上都有正确的观念，但是他一旦融入体制，他的行为就违背了他的理念。现在我就讲最低的要求，不要说什么理念，我觉得它特别的虚，每个人按照法条来办事就完了。谈理念要求就太高，我现在不作任何高的要求，按照法条办就行。

梁治平:

非常感谢谢彤的报告或者研究以及大家的参与！讨论的问题其实非常重要，我最

后有个建议，就是开始我提的那个问题有没有可能这样的，当然，大杰他们也有这个力量来支持，就是说我们去把民营企业怎么面临法律上的困难作一个梳理，然后分出轻重缓急，看在法律上哪些问题是……

谢彤：

以前大杰他们有这个想法，就是说把好多罪名做一个单独的调研的话太大了。

梁治平：

对，其实也不光是罪名，还包括那些问题，刚才薛峰也讲到比如说接管的方法，以此来保证一个企业在进入调查的时候能够比较好地运作。这个在中国其实也是一个很普遍的问题，往往一个企业的老总一出事，这些企业基本上就停止运转了。而且还有很多东西其实是有人故意的，甚至把你的财产拍卖了，到最后你也没办法。就是说类似这样的情况，它不一定是个罪名，它是执行上的一些问题，而且它造成了很多的社会振荡，那么能不能用一些制度把这些非常明显的、不合理的现象给堵住？比如说就业的问题、经济秩序的问题。这样的话，你可以拿到很多好的资源，大家来考虑，来支持，我觉得是这样的。当然，这是一个建议，如果能这样做一些梳理，然后有计划的来支持一些研究，可能也会是比较有效率的。

今天的研讨会我们超过了时间，大家最后就变成自由谈了。谢谢各位！