



海峡两岸职务侵占罪比较研究

赵秉志 田宏杰

职务侵占罪是一种常见的犯罪行为。它既具有侵占罪的共同特征，即合法持有他人财物而非法占有，同时又有其特殊性，与一般的侵占罪有区别。因海峡两岸刑法典均将职务侵占罪与侵占罪分别加以规定，在量刑上也略有差异，为促进两岸关于职务侵占罪的刑事法制交流，本文拟对两岸职务侵占罪作一比较研究。

一、两岸职务侵占罪立法概况

(一) 中国大陆(以下均简称大陆)职务侵占罪立法概览

大陆现行刑法第271条规定：“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”这就是大陆刑法中的职务侵占罪及其处罚的规定。

该条的规定实际上是由1995年全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(以下简称《决定》)所规定的公司、企业人员侵占本单位财物罪拓展演化而来的。《决定》第10条规定：“公司董事、监事或者职工利用职务或者工作上的便利，侵占本公司财物，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”《决定》第12条规定，国家工作人员实施上述行为的，依照1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》关于贪污罪的规定处罚。《决定》第14条规定，有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有《决定》第10条规定的犯罪行为的，适用《决定》。大陆现行刑法第271条就是根据《决定》第10条、第12条和第14条的规定及其精神，在第1款设立职务侵占罪的新罪名，将犯罪主体范围由原来《决定》规定的公司、企业人员扩展到各种单位的人员；在第2款明确了国有单位中从事公务的人员，以及国有单位委派到非国有单位从事公务的人员利用职务上的便利侵占单位财物的，以贪污罪定罪处罚。在法定刑方面，对职务侵占罪则完全沿用《决定》第10条的规定。职务侵占罪的确立，弥补了大陆1979年刑法对职务侵占罪未作规定的不足，使大陆的刑事立法更加趋于完善，不仅为惩治外资企业、私有企业以及所有制性质不明的企业中的职工利用职务上的便利，非法占有本企业财物的行为，提供了法律依据，弥补了1979年刑法的不足，而且，如有的学者所指出的，使原有的贪污罪的法律规定在一定范围内更加科学化，贯彻和体现了“从严治吏”的政策思想。参见王作富、韩耀元：“论侵占罪”，载《法律科学》1996年第3期。

根据大陆刑法典第271条的规定，职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位中除国家工作人员以外的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

(二) 台湾地区(以下均简称台湾地区)刑法典职务侵占罪立法概览

台湾地区现行刑法即颁布于1935年的原《中华民国刑法》，其关于职务侵占罪的规定基本沿袭了我国历史上关于侵占罪的立法，只是这部刑法又将职务侵占与公务侵占分别予以规定。除此之外，并无大的变化。具体说来，台湾地区现行刑法典对职务侵占罪的规定如下：

1. 公务或公益侵占罪

公务或公益侵占罪，是指行为人意图为自己或第三人不法所有，而侵占对于公务上或因公益而持有的他人财物的行为。本罪为特别犯与实害犯，是侵占罪的加重犯。

本罪主体为特殊主体，包括两种：公务侵占罪乃侵占出于公务上的原因而持有的他人财物的犯罪，自然以

行为主体具有公务员的身份为必要条件。并且，这一身份不以侵占行为实施当时具有为限，关键在于行为人对他人财物的持有关系形成时必须具备，此其一。其二，公益侵占罪的成立，要求行为主体持有公益之物时具有处理公益事务的身份，或受处理公益事务者的委托而能够代为处理公益事务的身份。否则，纵使客观上实施了侵占行为，也不能成为本罪的主体。

本罪在主观方面必须出于故意，且具有为自己或第三人不法所有的意图。

本罪的犯罪对象包括公务上所持有的他人财物或因公益而持有的他人财物。作为公务侵占罪所侵犯的对象，并不以公物为限，但须是行为人基于执行公务的原因而持有的他人财物。至于公益侵占罪的犯罪对象，自然是行为人因执行公益事务之故而持有的财物。故行为人所持有的财物，虽有关公益事务，但行为人却是因执行公务而持有该物，则仍应成立公务侵占罪而非公益侵占罪。

本罪在客观方面的行为表现与普通侵占罪相同，也是侵占行为。

根据我国台湾地区“刑法”分则第336条第1项的规定，犯本罪者，处1年以上7年以下有期徒刑，得并科5000元以下罚金。

2. 业务侵占罪

业务侵占罪，是指行为人意图为自己或第三人不法所有，而侵占对于业务上所持有的他人财物的行为。本罪为特别犯与实害犯，是侵占罪的加重犯。

本罪的构成要件与公务或公益侵占罪基本相同，所不同的主要在于两个方面：第一，本罪的主体也是特殊主体，以从事某种业务的行为人为限。所谓业务，是就社会公众经常经营从事的事务而言，若仅偶尔从事，则不得谓为业务。不过，只要是从事一定业务的人，均有可能成为本罪的主体，并不以行为人具有某种特殊技能，或经政府认可颁发许可证为必要；第二，本罪的犯罪对象必须是行为人基于执行业务的原因而持有他人财物。

根据我国台湾地区“刑法”分则第336条第2项的规定，犯本罪者，处6个月以上5年以下有期徒刑，得并科3000元以下罚金。

(三) 两岸职务侵占罪立法之比较

根据上述两岸职务侵占罪的立法规定情况来看，两岸规定的共同之处是：均将职务侵占罪作为一种独立于普通侵占罪以外的犯罪加以规定，各有其不同于普通侵占罪的罪状和法定刑。所不同的是，大陆刑法典中的职务侵占罪是从贪污罪中分离出来的，而台湾地区“刑法典”对于业务侵占罪和公务侵占罪向来是分别予以规定的。由于台湾地区“刑法典”中的公务侵占罪，实际上是大陆刑法典中的贪污罪，因此，与大陆现行刑法第271条规定的作为侵犯财产罪犯罪类型之一的职务侵占罪相对应的，在台湾地区“刑法典”中实际上仅是第336条第2项所规定的业务侵占罪。所以，本文也就只对上述两罪进行分析比较。

二、两岸职务侵占罪构成特征之比较

(一) 主体特征之比较

对于职务侵占罪的主体，两岸刑法典都将其规定为是特殊主体，即除达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力这些一般主体都具有的条件外，还必须具备某种特定的身份或者资格的自然人，才能成为职务侵占罪的犯罪主体。但具体说来，两岸刑法典对于职务侵占罪这一特殊身份的要求又有所不同。大陆现行刑法典第271条规定，职务侵占罪的主体应当是公司、企业或者其他单位的人员。这里的公司人员，是指有限责任公司、股份有限公司的董事、监事、职工。这里的企业人员，是指除上述公司以外的其他企业的职工。这里的其他单位的人员，是指除公司、企业以外的其他单位，例如事业单位、社会团体的人员。

与大陆刑法典的上述规定相异的是，台湾地区“刑法典”所规定的业务侵占罪的主体是从事业务之人。这里的“业务”，根据台湾地区学者的解释，与职务或职业有别，举凡本其社会上之地位所反复或继续经营之事务均属之，并不以之为职务或营业，藉以维持其生活者为必要。其仅偶然从事者，不得谓为业务。如一时受委任或雇佣等关系，不能即认其从事于某项业务。至其业务之系基于法令、契约或惯例均可。且经营此项事务之目的，是否在取得报酬或其他利益及其性质是否适法，亦非所问。其事务，系为自己，抑为他人，即不计其系本于自己之权限独立经营之事务，抑系补助他人所经营之事务而使用他业务者或为其辅助机关而执行某种事务者，既系反复继续从事于其事务者也包括在内。受他人委托经营之业务，系特定人委托，抑系不特定之多数人委托并无不可。且其内容，固有属于公企业者，有属于私企业者，除系因公务或公益而持有者，属于第336条第1项之范围外，均包括在内。若非因执行业务而基于其他委任关系持有他人所有物，即与业务侵占罪之构成要件不符，只能以普通侵占罪论科。参见陈朴生著：《实用刑法》，台湾地区三民书局1993年7月重订再版，第837页；王振兴著：《刑法分则实用》（全3册增修本），台湾地区三民书局1994年6月再版，第579页；赵琛著：《刑法分则实用》（下册），台湾地区1979年10月作者自版，第890页。可见，台湾地区刑法中的“业务”，具有以下两个特点：其一，业务是一种持续从事的工作，短期

内的偶尔为之的工作不能称之为业务；其二，行为人所从事的这种工作决定了他在社会生活中的地位。不能决定行为人在社会生活中地位的工作不能称之为业务。

显然，台湾地区“刑法典”中的业务侵占罪的主体范围比大陆刑法所规定的职务侵占罪的主体范围宽泛。按照台湾地区“刑法典”的规定，个体职业者因其从事了一定的业务，也可算作业务侵占罪的主体；而若按照大陆刑法典的规定，个体职业者因其不是某个单位的工作人员，因而，也就不能成为职务侵占罪的主体。那么，两种不同的规定，哪一种更合理呢？笔者赞同大陆刑法典的规定。因为，立法上在普通侵占罪之外，又单独设立职务或者业务侵占罪的目的，是因这种行为与行为人的职务或者业务有关，违背了职务或者业务应当诚实信用的原则，因而，其罪质和社会危害程度较普通侵占罪更甚，有予以严惩的必要。而个体职业者所实施的侵占行为，在一定程度上也是一种背信行为，但这种行为完全可以为普通侵占罪的内涵所涵盖，与普通侵占罪的罪质没有什么区别，根据不同的罪名应有不同罪质的刑法学基本原理，这种行为就没有必要在职务侵占罪中再加以规定，否则，将导致立法上的重复规定，与当今世界各国所倡导的刑事立法应当“经济性”的发展潮流相悖。所以，笔者认为，台湾地区“刑法典”对于业务侵占罪主体范围过于宽泛，似有待于修订完善。

（二）主观特征之比较

两岸刑法典均要求，职务侵占罪在主观方面必须出于直接故意，且行为人在主观上应具有一定的犯罪目的。但对于职务侵占罪主观目的的内容，两岸看法又有差异。大陆刑法学界认为，职务侵占罪的主观目的是“非法占有”；而台湾地区刑法学界从台湾地区“刑法典”的规定出发，主张业务侵占罪的目的应是“意图为自己或第三人不法所有”。从职务侵占的本质特征出发，笔者认为，由于职务侵占罪的本质特征在于，行为人将基于职务或者业务上的关系而已经持有的他人财物非法变为所有，也就是说，职务侵占罪或者说业务侵占罪的犯罪对象与其他财产罪不同，在行为人实施职务侵占行为或者业务侵占行为之前，已经在行为人持有之中，这一持有当然包括占有的情形在内，既然如此，行为人还会出于“非法占有”的目的，实施侵占行为吗？答案当然是否定的。因此，将职务侵占罪的犯罪目的界定为“以非法占有为目的”，难以准确地反映出职务侵占罪的本质特征，容易使人产生困惑。所以，笔者认为，台湾地区刑法学界将业务侵占罪的主观目的界定为“意图为自己或第三人非法所有”，较之大陆学界的看法更为合理。

（三）客观特征之比较

对于职务侵占罪的客观特征，两岸刑法典的规定及学界的看法相同的是，都要求职务侵占罪或者业务侵占罪的成立，在客观方面必须具备一定的前提条件。这一前提条件，大陆刑法典的规定是“利用职务上的便利”；台湾地区刑法学界根据台湾地区“刑法典”的规定，认为业务侵占罪所持有的他人之物，必须是基于业务关系而发生。如持有并非基于业务关系而发生，则纵以该物供业务上使用，仍不能认为业务上之侵占。例如运货汽车之司机，中途私卖客票，既非属于业务内容之行为，尚难论以业务上之侵占罪。参见赵琛著：《刑法分则实用》（下册），台湾地区1979年10月作者自版3版，第890页；王振兴著：《刑法分则实用》（全3册增修本），台湾地区三民书局1994年6月再版，第579页；蔡墩铭著：《刑法各论》，台湾地区三民书局1995年10月再修订再版，第204页。笔者认为，两岸对于职务侵占罪成立的这一客观前提条件的规定，是符合职务侵占罪的实质特征的。这是因为，两岸刑法典之所以在普通侵占罪之外，又单独规定职务侵占罪，就是因为职务侵占罪中行为人持有他人财物的原因不同。行为人将出于职务或者业务上的原因而持有的他人财物非法变为所有的行为，与行为人将出于一般的委托、租赁等关系而持有他人财物非法变为所有的行为相比，两者尽管在表现形式上相同，都是“侵占”，但在犯罪客体以及给社会所造成的危害程度上有差异。后者仅对财物所有人的财产所有权构成了侵犯，而前者则不仅侵犯了财产所有权，更为严重的是，还侵犯了职务或者业务所要求的忠诚义务，也即是说，前者的社会危害性远远大于后者，正是基于此，两岸刑法典才将职务侵占罪或者业务侵占罪作为独立于侵占罪之外的犯罪予以单独规定。显然，两岸的这一做法是符合罪责刑相适应原则的要求的。

不过，应当注意的是，两岸刑法虽然都将职务或者业务侵占罪的客观特征规定为“侵占”，但这里的“侵占”的含义，两岸学界的观点差异很大。台湾地区学者认为，业务侵占罪的行为与普通侵占罪的客观行为表现形式相同，都是侵占。至于“侵占”的含义，台湾地区学者明确指出：“侵占罪乃出于不法之取得意图而侵占自己原已持有他人之物之财产罪，系所有财产犯罪中最具一般性之取得罪。本罪之行为人无须破坏他人对物之持有支配关系，亦即无须如盗窃罪之行为人取走他人持有之物，方能取得他人之物。因此，他人之物必须在侵占行为之前，业已在行为人持有之中，方能构成本罪，此为侵占罪之特质。”林山田著：《刑法特论》（上册），台湾地区三民书局1985年4月修订初版，第289、308页。

而大陆刑法典对于职务侵占罪的客观特征即侵占行为，条文只将其表述为占为己有，但对于占有的方式并未限制。由于大陆现行刑法典第271条所规定的职务侵占罪是从贪污罪中分离出来的，因此，大陆刑法学界

一般认为凡是实施贪污罪的手段，原则上都可以成为职务侵占罪的行为方式，最高人民法院也通过司法解释(法发[1995]23号)对此予以了确认。这样，大陆刑法职务侵占罪中的“侵占”一词，也就与贪污的内涵相同，而与侵占罪的“侵占”的内涵有异，正如我国有的教科书所指出的：“应当说明的是，本罪名(即职务侵占罪——笔者注)所用‘侵占’一词与刑法第270条侵占罪中的侵占一词，具有不完全相同的含义。可以说，后者是狭义的，即仅指非法占有本人业已合法持有的财物，而前者是广义的，即非法占有的意思，并不以合法持有为前提。其侵占的手段有多种，包括利用职务之便窃取财物(监守自盗)；以涂改帐目、伪造单据等方法骗取财物，以及因执行职务而经手财物，应上交的不上交，加以侵吞，等等。”高铭喧主编：《新编中国刑法学》(下册)，中国人民大学出版社1998年12月版，第796页。

可见，大陆刑法中的职务侵占罪的客观特征即侵占行为的含义，与侵占的本来含义以及台湾地区“刑法典”中的业务侵占罪的客观特征的表现已经相去甚远。之所以会出现这样的差异，原因就在于大陆刑法典中的职务侵占罪发生在职务领域之中；而台湾地区“刑法典”中的业务侵占罪的侵占行为所发生的范围则不以职务范围为限，而是扩大到了一般的业务范畴。

(四) 客体特征之比较

对于职务侵占罪的犯罪客体，两岸刑法学界共同的观点是，都认为职务侵占行为的实施侵犯了财产所有权。参见褚剑鸿：《刑法分则释论》(下册)，台湾地区三民书局1995年12月2次增订版，第1208页；高铭喧主编：《新编中国刑法学》(下册)，中国人民大学出版社1998年12月版，第795页。但近年来，台湾地区有学者认为，职务侵占罪除侵犯财产所有权以外，还侵犯了业务行为中的诚信原则。笔者认为，这一见解很有道理。因为，在商业日益发达的今日社会，诚信原则是一个公司、企业或者其他单位乃至商业交往的纽带，如果违背业务或者职务上的要求，侵吞公司、企业或者其他单位的财产，侵犯的不仅是财产所有权，而且还必然侵犯现代市场经济的健康发展以及公司、企业或者其他生产经营组织正常运转所必需的诚信原则。这也正是两岸刑法典在普通侵占罪之外，另外单独设置职务或者业务侵占罪的根本原因所在。与职务侵占罪的客体紧密相连的还有一个问题，那就是犯罪对象。对于业务侵占罪的犯罪对象，台湾地区学者仅指出，本罪之行为客体以行为主体因从事业务所持有之物为限，如果行为主体虽为从事业务之人，但其所侵占之物并非其因从事业务而持有者，则非本罪而只能成立普通侵占罪。参见林山田著：《刑法特论》(上册)，台湾地区三民书局1985年4月修订初版，第289、308页。至于这一客体是动产，还是不动产；是有形财产，还是无形财产，则在所不问。

与台湾地区“刑法典”的规定不同的是，大陆地区刑法典要求职务侵占罪的犯罪对象只能是公司、企业或者其他单位的财物，包括有体物与无体物；已在单位控制之中的财物与应归单位收回的财物，后者例如单位在银行存款应得的利息。在本单位管理、使用或者运输中的私人财物，应以本单位财产论，也属于本罪的对象。参见高铭喧主编：《新编中国刑法学》(下册)，中国人民大学出版社1998年12月版，第796页。由此不难看出，两岸关于职务侵占罪的犯罪对象的见解是有区别的。对于台湾地区“刑法典”所规定的业务侵占罪来说，只要是因业务关系所持有的他人之物，不管这一财物是本单位的财物，还是与行为人有着业务往来的其他单位的财物，不管这一财物属于单位，还是属于私人所有，均在所不问；而大陆刑法典所规定的职务侵占罪的犯罪对象则必须是行为人所在单位的财物。可见，台湾地区刑法中的业务侵占罪的对象范围比大陆刑法中的职务侵占罪的对象宽泛，这是由大陆刑法典将职务侵占罪设立为一种职务型犯罪，而台湾地区“刑法典”中的业务侵占罪并非职务型犯罪，而仅仅是发生在业务领域中的犯罪所造成的。关于职务侵占罪的犯罪对象，值得讨论的一个问题是：技术成果能否成为职务侵占罪的犯罪对象？台湾地区学界对此鲜有涉及。大陆学界对此则有不同的认识。笔者认为，技术成果可以成为职务侵占罪的犯罪对象。这是因为：

第一，技术成果是一种商品，具有使用价值和价值。它可以通过市场交换实现其价值，其给权利人所带来的经济效益，有时甚至是有形财产所难以匹及的，因而，随着商品经济的发达，技术成果的商品性日益得到社会的公认。

第二，1992年12月11日，大陆“两高”在《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》中，将重要技术成果明确解释为盗窃罪对象。1994年6月17日最高人民检察院、国家科学技术委员会在《关于办理科技活动中经济犯罪案件的意见》中重申：“对非法窃取技术秘密，情节严重的，以盗窃罪追究刑事责任。”并将职务技术成果解释为贪污罪对象。既然技术成果可以成为盗窃罪的对象、贪污罪的对象，它显然也可以成为职务侵占罪的对象。因为大陆刑法中的职务侵占罪是从贪污罪中分离出来的，其与贪污罪相比，除了主体不同之外，并无其他重要区别。

第三，这是保护本单位技术成果的需要。随着市场经济的发展，技术成果对于公司、企业及其他单位的作用越来越大，其创造的价值也愈来愈大。如果对侵占技术成果的行为听之任之，对于情节严重、社会危害

性较大的不作为犯罪追究，在一定程度上将会阻碍科学技术的进步，干扰社会主义市场经济的健康有序发展。

综上所述，笔者认为，单位的技术成果也可以成为职务侵占罪的犯罪对象。但这就出现了这样一个问题，由于大陆刑法中规定的职务侵占罪是数额犯，大陆学者将以一定的数额作为犯罪要件的，称为数额犯。具体参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第556页。那么侵占技术成果的数额应当如何计算呢？

笔者认为，对于侵占技术成果的计算标准，应根据1985年10月1日国务院《关于技术成果转让的暂行规定》第2条规定的“技术商品的价格，实行市场调节，由双方协调确定”的原则处理。根据这一原则，大致可分为三种情况：第一，如果被侵占的技术成果曾出售或转让过，应参照市场交换的价格认定该成果经济价值数额；第二，如果被侵占的技术成果已投入使用，但未转让或出售过，应根据开发投入费用、使用时间长短、技术进步情况和已取得的经济效益情况，综合分析认定一个合理的数额；第三，如果侵占的技术成果既未投入使用，也未出售转让，那么，应参照开发投入费用认定数额。不论何种情况，在认定数额时，只计直接损失，不计间接损失，间接损失可作为量刑情节考虑。认定数额时应请专家进行评估，最好能请鉴定部门进行鉴定。参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（下卷），河南人民出版社1997年版，第375页。

三、两岸职务侵占罪既遂与未遂区分标准之比较

对于职务侵占罪既遂与未遂形态的区分，大陆学者少有论述，台湾地区刑法学者则认为：“本罪（即业务侵占罪）之未遂行为，第366条第3项设有处罚之规定。关于既遂与未遂之区分问题与普通侵占罪同，在此不赘。判例上认为行为人以处分行为表现其变持有为所有之意思时，即为既遂，并不以处分行为完成为必要，如行为人已将承运之盐持向盐店售卖，虽在过秤交接之际，即被查获，则仅系侵占后之赃物未经销去，要难谓为侵占行为尚未完成，而论以未遂罪刑。此外，实例上并认为本罪系即成犯，凡对自己持有之他人所有物，有变易持有为所有之意思时，即应构成犯罪，纵事后侵占之物设法归还，亦无解于罪名之成立。”林山田著：《刑法各罪论》，台湾地区1995年9月作者自版，第757页。也就是说，业务侵占罪既遂与未遂，应以行为人的行为是否表现出其变持有为所有的意思为标准，如果行为人就其持有中之业务上所有物表现其变所有之意思而成为既遂。至于其未遂，乃行为人表现其变所有之意思而未达其目的之情形。参见蔡墩铭著：《刑法各论》，台湾地区三民书局1995年10月再修订再版，第206页。

笔者认为，台湾地区学界对于业务侵占罪既遂与未遂所提出的上述区分标准，在理论上是自相矛盾的，因为，台湾地区学者一方面主张业务侵占罪是即成犯，另一方面，又认为业务侵占罪存在着未遂形态，而众所周知，即成犯是不存在犯罪未遂形态的。台湾地区刑法理论在业务侵占罪的未遂问题上之所以会陷于不能自圆其说的尴尬境地，根本原因就在于台湾地区“刑法典”的规定存在着缺陷，将业务侵占罪规定成了即成犯。所以，要解决这一问题，台湾地区“刑法典”必须对业务侵占罪的构成要件进行相应的修改。

至于大陆刑法典所规定的职务侵占罪既遂与未遂的区分标准，因为大陆刑法中的职务侵占罪是结果犯，根据结果犯以法定犯罪结果的发生作为犯罪成立和犯罪既遂标志的刑法学基本原理，大陆刑法中的职务侵占罪的既遂与未遂的区分，应以行为人是否已将公司、企业或者其他单位的财物非法据为己有为标准。如果行为人已将公司、企业或者其他单位的财物非法据为己有，则为职务侵占罪的既遂；反之，如果行为人虽然已经着手实施侵占行为，但由于行为人意志以外的原因，最终未能将公司、企业或者其他单位的财物非法据为己有的，则应属于职务侵占罪的未遂。

四、两岸职务侵占罪处罚之比较

根据大陆刑法典第271条的规定，犯职务侵占罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

根据台湾地区“刑法典”第336条的规定，犯业务侵占罪的，处6个月以上5年以下有期徒刑，得并科3000元以下罚金。又本罪之行为人若与本罪之直接被害人具有第324条所定之亲属关系者，则得免除其刑或须告诉乃论。

可见，两岸关于职务侵占罪的处罚有着较大的差异：第一，大陆刑法典对于职务侵占罪设置了两个量刑幅度，而台湾地区“刑法典”对业务侵占罪却只规定了一个量刑幅度。从司法实践中的具体情况来看，同是职务侵占罪的行为，由于行为人所侵犯的财产数额不同，或者行为人侵占行为所采取的手段有异等种种原因所决定，不同的职务侵占案件所表现出来的社会危害性的确存在着很大程度上的不同。大陆刑法典对职务侵占罪设置两个量刑幅度，无疑有利于司法人员根据案件的具体情况，判处与行为人所犯的罪行以及应当承担的刑事责任相适应的刑罚；而台湾地区“刑法典”由于对业务侵占罪的法定刑只规定了一个量刑幅度，因此，当行为人所实施的业务侵占行为所造成的社会危害已经远远超出这一量刑幅度所能涵盖的程度

之时，因法律规定的局限性，司法人员仍然只能对其判处轻于其所犯罪行的刑罚，必然有违刑法的公正，客观上将起到放纵犯罪分子的副作用。所以，笔者认为，台湾地区“刑法典”对于业务侵占罪的法定刑规定，应从司法实践的需要出发，进行适当的修改。第二，台湾地区“刑法典”对于有特定亲属关系的人之间所实施的业务侵占罪，有免除处罚或者告诉乃论的规定；而大陆刑法典则只将普通侵占罪设定为亲告罪，对于职务侵占罪，仍然是作为公诉罪对待的。笔者认为，由于职务侵占罪或者说业务侵占罪侵犯的客体不仅是财产的所有权，而且还包括交往中的诚信原则，因此，从保证现代市场经济健康发展的角度出发，对于职务侵占罪或者说业务侵占罪来说，不宜规定特殊的免刑或者追诉条件，否则，有违刑事立法单独设立职务侵占罪或者业务侵占罪的初衷。第三，大陆刑法典对于职务侵占罪所规定的第一个量刑幅度，没有规定财产刑，笔者认为，这是大陆刑事立法在职务侵占罪刑罚设置中的一个疏漏之处。因为，职务侵占罪在主观方面必须出于非法据为己有的目的，也就是说，职务侵占罪是一种贪利型的犯罪，对于贪利型的犯罪来说，财产刑的适用不仅可以剥夺犯罪分子的再犯能力，而且可以收到“以毒攻毒”的作用，使犯罪分子和社会上的虞犯者感到得不偿失，从而打消再犯和实施此种犯罪的念头，刑罚预防犯罪的作用因而得以发挥。而大陆刑法典关于职务侵占罪的第一个量刑幅度的规定，却忽略了这一点，这不能不说是大陆刑法的一个不足之处，有待于今后的修改完善。

（赵秉志系北师大刑科院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会常务副主席）

更新日期：2007-1-20

阅读次数：881

上篇文章：中国内地与澳门地区刑法中妨害司法活动犯罪之比较研究

下篇文章：中国内地和澳门刑法中渎职罪比较研究

 打印 |  关闭

 TOP