

民营企业平等保护视角下非法经营同类营业罪与职务侵占罪的界分研究

吴晓雨

宁波大学马克思主义学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2025年3月3日; 录用日期: 2025年3月20日; 发布日期: 2025年4月17日

摘要

《刑法修正案(十二)》将非法经营同类营业罪的主体范围扩展至民营企业管理人员, 为刑法保护民营经济提供了更加完善的规制手段。然而, 这一扩展在理论乃至实践中加剧了非法经营同类营业罪与职务侵占罪的界限模糊问题。文章以法益保护为核心逻辑, 解构两罪在构成要件、行为链条及主观故意层面的理论竞合, 揭示单一法益论与静态竞合犯理论在应对现代经济犯罪中的局限性。创新性提出“复合法益分层评价 - 行为独立性测试 - 损害动态量化”的三阶界分路径, 同时通过量化市场损害评估与裁判规则细化, 为相关司法适用提供理论支撑与实践指引。

关键词

非法经营同类营业罪, 职务侵占罪, 《刑法修正案(十二)》, 法益保护

Research on the Distinction between the Crime of Illegal Business Operation of Same Kind and the Crime of Duty-Related Embezzlement from the Perspective of Equal Protection of Private Enterprises

Xiaoyu Wu

School of Marxism Studies, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 3rd, 2025; accepted: Mar. 20th, 2025; published: Apr. 17th, 2025

Abstract

The "Criminal Law Amendment (XII)" has expanded the scope of the subject of the crime of illegally

文章引用: 吴晓雨. 民营企业平等保护视角下非法经营同类营业罪与职务侵占罪的界分研究[J]. 法学, 2025, 13(4): 632-641. DOI: 10.12677/ojls.2025.134092

engaging in competing business operations to include managers of private enterprises, providing a more complete regulatory means for the criminal law to protect the private economy. However, this expansion has exacerbated the problem of blurred boundaries between the crime of illegally engaging in competing business operations and the crime of duty-related embezzlement in both theory and practice. Taking the protection of legal interests as the core logic, this paper deconstructs the theoretical concurrence of the two crimes in terms of constitutive elements, behavioral chains, and subjective intent, revealing the limitations of the single legal interest theory and the theory of static concurrent offenses in dealing with modern economic crimes. It innovatively proposes a three-stage demarcation path of “stratified evaluation of composite legal interests-behavioral independence test-dynamic quantification of damages.” At the same time, through the quantification of market damage assessment and the refinement of adjudication rules, it provides theoretical support and practical guidance for the relevant judicial application.

Keywords

Crime of Illegally Engaging in Competing Business Operation, Crime of Duty-Related Embezzlement, “Criminal Law Amendment (XII)”, Protection of Legal Interests

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

民营企业作为经济发展的中坚力量,不仅在促进共同富裕方面扮演着关键角色,而且在多个关键领域发挥着至关重要的作用。习总书记指出:“民营经济是我国经济制度的内在要素,民营企业和民营企业家是我们自己人。”数据显示,中国民营经济贡献了五成以上的税收、六成以上的国内生产总值、七成以上的科技创新成果以及八成以上的城镇劳动就业。^[1]然而,民营企业中的内部腐败因缺少刑法的有效规制而猖獗不衰。2023年中国上市公司遭受的刑事侵害大致可以归纳为两类,一类是来源于内部侵害(合计占比71%),主要是职务侵占、挪用资金及背信损害上市公司利益罪;还一类是来源于外部侵害(合计占比29%),主要是合同诈骗及侵犯商业秘密¹。

为保护民营企业,落实党中央提出的“民营企业平等保护”战略部署。^[2]《刑法修正案(十二)》增加了惩治民营企业内部腐败相关犯罪的规定。使第165条罪名在主体上适应公司法的最新修改,将现行“国有公司、企业的董事、经理”修改成“国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员”,并将该罪的主体范围扩展到新增第2款的“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员”²。与此同时,第165条“非法经营同类营业罪”第2款还增加了“违反法律、行政法规规定”的内容。³此外,与第1款规定国有公司、企业特定主体非法经营同类营业需要满足“获取非法利益,数额巨大”的条件不同,第2款针对民营公司、企业规定的是“致使公司、企业利益遭受重大损失”的条件。这种修改势必会造成职务侵占罪

¹ 威科先行法律信息库。2023年度中国上市公司及高管刑事犯罪研究报告。据该报告显示,统计2023年上市公司刑事侵害类型,指出内部侵害职务侵占、挪用资金等占71%,外部侵害合同诈骗、侵犯商业秘密占29%。

<https://law.wkinfo.com.cn/professional-articles/detail/NjAwMDAyMjY4MDI%3D>

² 《刑法》第一百六十五条(非法经营同类营业罪)修订后内容《刑法修正案(十二)》:国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员,利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额特别巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。

³ 《刑法》第一百六十五条(非法经营同类营业罪)修订后内容《刑法修正案(十二)》第二款:其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员,违反法律、行政法规规定,实施前款行为,致使公司、企业利益遭受重大损失的,依照前款的规定处罚。

与非法经营同类营业罪难以界定与区分。⁴如何避免非法经营同类营业罪与职务侵占罪的适用混同，将会成为未来研究的热点以及难点。文章从《刑法修正案(十二)》文本出发研究两罪的理论交叉，以及从司法案例中探求司法实务中有关两罪的争议疑难，从而探求二者界分的实现路径。

2. 两罪的理论争议

职务侵占罪与非法经营同类营业罪虽然在刑法体系中分别以保护财产权和经营秩序为目标，但两罪的行为实施方式和犯罪结果在实践中逐渐表现出交织性。两罪的重合性不仅源于法益本身的相互依赖，更与行为链条的复杂性以及经济犯罪的新型表现密切相关。以下从行为构成、法益保护、主观故意和结果表现等多个层面，进一步剖析两罪在理论界难以区分的争议焦点。

2.1. 行为构成：从“工具性”到“结果性”的行为扩展

2.1.1. “工具性”行为导致构成要件的模糊

职务侵占罪与非法经营同类营业罪的行为构成并非相互独立，某些行为在犯罪过程中可能同时具有“工具性”和“结果性”。若高管通过经营同类营业转移企业财产(如挪用资金设立竞业公司)，可能同时触犯两罪。此时就需要分析竞业行为是手段(为侵占财产创造条件)还是独立目的？是否仅侵害财产权(职务侵占罪)或同时破坏竞争秩序(非法经营同类营业罪)？若构成牵连犯，按“从一重罪处断”原则处理，职务侵占罪刑罚更重，但需注意《刑法修正案(十二)》对民企的特殊保护可能影响裁判倾向。

2.1.2. “结果性”行为的“链条化”效应

行为的“结果性”与“链条化”进一步加剧了两罪的重合性。在现代企业管理中，行为人往往通过一系列连续性行为完成犯罪目的。举个例子：某行为人首先通过虚假采购合同侵占单位资金(职务侵占罪)，随后利用该资金投入设立与单位竞争的公司(非法经营同类营业罪)。这类行为链条的起点、中间环节和终点分别符合不同罪名的构成要件，如何从整体上评价该行为的本质，是理论争议的核心问题之一。传统刑法理论倾向于将行为整体性纳入评价，但面对这种跨罪名的行为链条，单一罪名的适用无法完整涵盖行为的全部性质。毋庸讳言，这一问题的本质仍然是牵连犯与吸收犯的认定难题。

2.2. 法益保护：财产权与经营秩序的相互依存

2.2.1. 法益的“层级性”冲突

职务侵占罪以单位财产权[3]-[6]为核心保护法益，非法经营同类营业罪则强调对单位经营秩序的维护。然而，在实际案件中，这两种法益并非彼此独立，而是表现出“层级性”冲突。其具体表现有如下两种，一是从财产权到经营秩序的递进侵害——某行为人非法获取单位的核心客户资源，并通过此资源与单位形成市场竞争关系。客户资源的转移既直接侵害了单位的财产权益，又通过削弱单位的市场地位破坏了经营秩序。此时，财产权与经营秩序的侵害呈现出“先后关联”的层级性——财产权侵害是经营秩序侵害的前提，而经营秩序侵害又加剧了财产损失的后果。二是从经营秩序到财产权的反向侵害——某行为人以关联公司名义抢占原单位市场份额，导致原单位订单量大幅下降，最终引发企业收入和资产价值的缩水。在这种情形中，经营秩序的侵害先于财产权的损害，且对后者起到加速或放大作用。在这种关系中，经营秩序的侵害成为主要法益，但其与财产权的损害又紧密关联，这种循环性和递进性进一步加大了罪名选择的难度。

⁴《刑法》第二百七十一条(职务侵占罪)：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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

2.2.2. 经济犯罪中“法益单一性”的弱化

传统刑法理论基于法益的单一性^[7]来划分罪名，即每种犯罪的行为及其后果仅指向一种核心法益。现今理论学界对于非法经营同类营业罪的法益保护有两种对立学说，分别为财产权说^{[8]-[10]}和交易信用与经济秩序说。前者主张本罪保护企业财产权，尤其针对《刑法修正案(十二)》新增的民营企业家主体条款(以“重大损失”为结果要件)。但该说法无法解释国企条款中“获取非法利益”与民企条款中“重大损失”的差异，且难以涵盖商业机会等非实体财产利益。^[11]后者认为本罪保护法益是“交易信用、企业信赖关系与公司、企业的管理秩序”，强调国家对企业治理的宏观管控。但该观点被批评为过于抽象，可能导致公权力过度干预私企自治，且难以解释两罪刑罚差异(非法经营同类营业罪最高判刑7年，职务侵占罪最高判刑15年)。^[12]这两种学说设定的前提是，犯罪行为的侵害对象在逻辑上具有明确性与排他性。诚然，随着现代经济活动的复杂化，尤其在企业内部经济犯罪中，行为所指向的法益已呈现出“复合性”甚至“混同性”的特征，也即出现复合法益的双重侵害表现，这不仅涉及对财产权的保护，还涉及刑法对市场秩序、商业信赖关系等社会法益的间接维护。这种双重侵害的特征决定了传统以单一法益为中心的罪名划分方法在经济犯罪中的适用局限。职务侵占罪与非法经营同类营业罪虽然分别保护财产权与经营秩序，但在交叉行为中，二者的保护范围出现明显重叠，尤其在侵占行为对单位市场地位的间接影响上。这一现象表明，单一法益理论难以涵盖复杂犯罪行为的全貌。^[13]

2.3. 主观故意：多重目的与行为统一性的张力

2.3.1. 犯罪故意的“混合性”表现

职务侵占罪与非法经营同类营业罪的主观故意分别指向非法占有单位财产和获取非法经营利益。但是，在具体情境下，行为人的主观故意往往并非如此单一，而是表现为多重目的的混合。例如：某行为人以非法占有单位设备为起点，将设备用于个人企业的生产经营。该行为既符合非法占有故意，又体现了通过竞争获取利益的故意。主观故意的混合性直接导致了两罪界限的模糊化。刑法理论通常采用“主观客观一致性”原则来解决多重故意的冲突。然而，在上述例子中，行为人的故意并非单一导向，而是动态变化的，这使得传统理论难以在主观层面明确区分两罪。

2.3.2. “利益归属”视角下的故意分层

为更准确界定多重故意行为的性质，“利益归属”视角^[14]提供了一种更具操作性的分析方法。此视角下，犯罪故意的判断不仅考虑行为人的目的，还需结合行为所指向的利益归属，以确定故意的层次和重心。在复杂犯罪行为中，行为人的故意往往涉及单位利益与个人利益的交错。例如，某行为人将单位资金挪用设立新公司，声称其目的是为单位开辟新业务渠道，但实际收益全部进入个人账户。这种行为表面上具有促进单位利益的动机，但实际上更多表现为谋取个人利益的意图。

从利益归属的角度来看，该行为人的故意可以分为两个层次：第一层是表面的单位利益指向，行为人以开辟新业务为理由掩盖其真实目的；第二层是实际的个人利益指向，即通过挪用单位资金获取私人收益。这种双重利益导向导致其主观故意在“单位利益”和“个人利益”之间不断摇摆，难以单纯通过传统理论加以界定。

2.4. 结果表现：复合损害与“主次分离”的挑战

2.4.1. 直接后果与间接后果的交织

从刑法的法益保护视角来看，职务侵占罪主要关注单位财产的直接损失，而非法经营同类营业罪则注重对单位经营秩序的实质性损害。但在行为交叉的情境中，直接后果与间接后果往往难以严格区分。

若行为人泄露单位的技术资料并将其用于个人企业的经营中，直接导致单位技术产权的流失，但此行为同时通过削弱单位的市场竞争力，间接导致了其市场地位的下降。在这种情况下，行为的后果呈现出交织性。传统“核心法益归类法”忽视间接损害的独立性价值，亟待通过“损害权重评估模型”来重构评价体系。

2.4.2. 损害结果的“时间性”差异

职务侵占罪与非法经营同类营业罪的犯罪后果还可能在时间维度上表现出显著差异。职务侵占罪的财产损失通常是即时的，即行为完成之时，单位的财产权即受到侵害；而非法经营同类营业罪对单位经营秩序的损害往往具有长期性和逐步显现的特点。这一“时间性”差异带来的理论问题包括：一是在行为完成的时点，职务侵占罪的犯罪后果已经发生，而非法经营同类营业罪的犯罪后果可能尚未完全显现。在这种情况下，行为人的犯罪性质应当以即时结果为基础，还是结合长期结果进行综合评估？二是行为人在犯罪时，对结果的主观认知是否具有一致性。

3. 修正案十二实施后两罪适用的司法挑战

《刑法修正案(十二)》实施前，两罪的司法适用往往不会出现争议，其因为主体范围差异而不考虑适用非法经营同类营业罪。如陈佳、周晓颖职务侵占一案中，因被告人陈佳尚不符合该罪主体要件，故而对于其非法经营同类营业的行为没有定罪。⁵《刑法修正案(十二)》的实施，宣告了立法者对职务侵占罪的限制适用态度，明示了职务侵占行为与非法经营同类营业行为区分界限将会成为司法者在刑法修正后的审查重点。^[15]但也会引发职务侵占罪与非法经营同类营业罪的界限模糊问题。二者在主体身份、行为模式、后果表现以及故意认定上的交叉，会导致罪名适用的复杂性大幅增加。由于暂未检索到最新的案件，故而从主体范围、行为构成、结果评价和法律适用四个维度展开论证，以揭示修正案十二实施后两罪适用的司法挑战。

3.1. 主体范围扩展后的界限模糊问题

3.1.1. “高级管理人员”的司法认定复杂化

其他公司、企业治理的多样性挑战传统认定标准。国有企业内部通常具备较为规范的职务体系，“高级管理人员”的身份较易界定。而民营企业由于治理结构的灵活性，其“高级管理人员”范围可能涵盖股东、高管、委托代理人，甚至部分持股比例较大的员工^[16]。囿于相关司法解释尚未出台，该罪在司法适用过程中存在如何界定“高级管理人员”范围及认定标准的困难。虽然公司法将“高级管理人员”分为经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书这些特定人员和公司章程规定的“其他人员”⁶。^[17]但是民营企业中的“高级管理人员”的认定还需要进一步明确。

3.1.2. 民营企业财产属性的归责难题

股东以及高管的双重身份会导致财产归属不明。民营企业中，高管往往同时持有企业股权，这种双重身份可能使其行为既被视为个人合法经营活动，也可能构成对企业整体利益的侵害。高管以个人身份成立关联企业并从事类似经营活动，是否构成非法经营同类营业罪，需综合考量该行为是否损害了企业整体利益或超出了其股东身份所享有的权利。司法认定中可能需要细化股东与管理者的身份界限。但毫无疑问地是无权利的股东将会被排除在外。

⁵ 浙江省杭州市钱塘区人民法院(2016)浙0191刑初248号刑事案件——陈佳、周晓颖职务侵占案，被告人陈佳因不符合当时非法经营同类营业罪的主体要件(民营企业高管未纳入该罪主体范围)，其非法经营同类营业行为未被定罪，最终以职务侵占罪论处。

⁶ 《公司法》第二百一十六条：高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

3.1.3. 法益保护目标的多元化冲突

刑法保护目标的多重性会导致主体认定分歧。国有企业中的犯罪行为往往直接侵害国家财产和经济秩序，法益保护指向较为明确。而在民营企业中，行为可能仅涉及企业内部利益冲突，是否值得以刑罚介入成为争议点。对民营企业管理人员适用非法经营同类营业罪是否超出了刑法谦抑性原则的范围，需要进一步明确。

3.2. 行为构成的交叉与罪名适用难题

职务侵占罪和非法经营同类营业罪在行为构成上具有一定的重合性，这种交叉性在《刑法修正案(十二)》后被进一步放大。

3.2.1. “利用职务便利”要件的模糊化

职务侵占罪和非法经营同类营业罪都强调行为人“利用职务便利”。关于职务侵占罪，理论上的通说主张：“职务上的便利”是利用自己在职务上所具有的主管、管理或者经手本单位财物的便利条件。
[18]对于非法经营同类营业罪中的“利用职务便利”，在民营企业中，管理人员的职务行为可能同时具有个人性和企业性的双重属性。如高管泄露技术资料用于关联企业经营，这种行为既可能被视为对企业财产的侵占(职务侵占罪)，也可能被视为不正当竞争(非法经营同类营业罪)。司法实践中如何区分行为的“主观目的”与“客观后果”，直接决定罪名适用。

3.2.2. 关联交易与职务便利的混淆

某些民营企业允许高管通过关联交易从事类似业务，在此情境下，管理人员的行为是否超越合法职权范围，可能因单位内部规定而出现不一致的司法认定。典型如高管设立关联公司并从事类似经营，虽然可能获得企业股东会议批准，但如果该行为对企业市场地位造成重大损害，是否构成非法经营同类营业罪仍需进一步分析。
[19]

3.2.3. 重大损失结果量化的缺失

重大损失的设置原本为区分第1款与第2款的入罪标准。从立法目的上来看，主要是考虑到如果只要进行同类营业，违反禁止性义务，即使没有非法转移利益，造成原公司、企业损害的，也都追究刑事责任，扩展到民营企业后，犯罪门槛过低，也不符合民营企业中非法经营同类营业的本质特征，这一点与第1款对国有公司、企业人员的廉洁从严要求有所不同。
[20]但由于现今没有出台对于该罪重大损失的认定标准，此外，非法经营同类营业罪最高刑为7年，职务侵占罪最高刑为15年。面对刑期差异如此巨大的两罪，尽快出台相关司法解释襄助意义重大。

3.2.4. 后果的时间跨度与动态性

非法经营同类营业罪的市场损害可能在行为完成后较长时间内才逐步显现，而职务侵占罪的财产损失通常是即时的。这种时间跨度上的差异要求司法机关在罪名适用中对后果的显现时间、程度及对企业影响的动态变化进行综合评估。

3.3. 主观故意与利益界限的冲突

3.3.1. 行为人故意的多重性与动态性

主导故意难以认定。行为人在实施犯罪时可能同时具有多重故意。例如，高管侵占企业资金用于设立竞争性企业，其初衷可能是非法占有财产，但随着经营行为的展开，逐渐以获取市场利益为主。这种动态故意的表现形式使得司法机关需综合行为动机、阶段性目的和最终结果来认定主导故意。

3.3.2. 单位利益与个人利益的纠缠

利益混合行为在司法认定时将成为一大难点，行为人在犯罪中可能声称其行为是为了企业利益服务。设立关联企业可能被解释为“开辟新业务”，从而导致单位利益和个人利益在形式上出现重叠。司法实践中如何判断行为对单位整体利益的真实影响，成为认定犯罪的重要难点。

3.3.3. 公司、企业利益内涵不清楚

《刑法》未对“公司、企业利益”做出认定。在公司法层面，“公司利益”的内涵及体系定位占据重要的地位。公司利益是公司这一独立主体所享有的法律予以认可的权利以及其他法益的综合。^[21]公司利益并不能简单等同于公司财产，公司利益的内涵较之公司财产权更广，预期利益属于公司利益的重要组成部分。但是预期利益中有确定的预期利益以及不确定的纯粹的利益期望(交易机会等)。^[22]

3.4. 法律适用的不统一与实践困境

《刑法修正案(十二)》的实施尚未伴随相应的司法解释出台，使得实践中对两罪界限的把握更为困难。没有权威解释的情况下，法官的自由裁量权可能被过度放大，增加了法律适用的不确定性。指导性案例能够在一定程度上规范司法实践，帮助法官厘清法律适用中的各类问题。然而，修订后的非法经营同类营业罪施行初期，相关判例稀少，使得法官在审理此类案件时缺乏可依赖的参照标准。此外，即使有个别判例，其适用范围和法律适用的逻辑未必被广泛认可，进一步加剧了法律适用的不一致性。

因不同地区在经济发展水平及经济结构上存在显著差异，司法机关在实际操作中对这两种罪名的适用可能有所不同。在经济较为活跃的地区，法院可能更倾向于对职务侵占罪持严格态度，以维护市场秩序；而在经济相对落后的地区，可能更倾向于运用职务侵占罪来保护企业财产，甚至过度解释和适用。这种地域性差异在无形中造成了对相同案件不同处理结果的出现，与法律适用的一般应然性相悖，给企业及其管理人员的经营行为带来了不可预见的法律风险。

4. 界分路径探求

《刑法修正案(十二)》的实施进一步丰富了非法经营同类营业罪的适用内容，但在与职务侵占罪的交叉行为中，罪名界分的复杂性依然未能完全消除。两罪在构成要件、法益保护、犯罪结果及适用规则上的交织，使得司法实践面临罪名适用的模糊性，影响刑法对经济犯罪的精准规制。本文提出以法益保护为核心逻辑，结合行为独立性测试、主观故意动态分析及裁判规则的细化，从理论与实践层面构建系统化的解决路径，确保罪责刑相适应原则的实现。

4.1. 法益保护体系的重构与双层评估

4.1.1. 从单一法益到复合法益：明确界分的法益逻辑

职务侵占罪以单位财产权为核心法益，非法经营同类营业罪则聚焦于经营秩序的保护。这一法益划分在理论上具有清晰性，但在交叉行为中，行为往往同时侵害两种法益，使得罪名选择变得复杂。单一法益保护理论难以有效解释此类行为的全貌，必须引入“复合法益”视角。所谓复合法益是指特定犯罪行为同时侵害两种以上的法益，通过分析行为对不同法益的侵害程度，确定主导法益和次要法益，以此指导罪名选择，有助于解决交叉行为中因法益重叠导致的界分困境。

4.1.2. 双层法益评估：动态权衡保护重点

在具体案件中，行为对财产权与经营秩序的侵害可能具有动态性和阶段性。例如，在非法经营行为中，客户资源的转移既可能表现为直接的财产损失，也可能对市场地位造成长期影响。对此，双层法益评估可以提供更具针对性的分析框架：

第一层：量化法益损害。通过评估行为的直接后果(如资金流失或设备损坏)及间接后果(如市场份额下降或竞争力削弱)，确定主要损害方向。可以通过“损害贡献度模型”量化两法益的侵害比例，也即：财产权损害权重(W_p)= 直接财产损失/(直接财产损失 + 预期利益损失 + 市场份额损失直接财产损失)×100%，再以得出的财产权损害权重的比重来确定具体罪名。若 $W_p \geq 60\%$ ，则优先适用职务侵占罪；若 $W_p \leq 40\%$ ，则以非法经营同类营业罪定罪；若在此之间，可以数罪并罚处之或者从一重罪。

第二层：动态调整保护重点。结合行为对企业长远利益的实际影响，在财产与秩序保护之间进行动态调整。对于市场损害的滞后性(如技术泄露两年后显现竞争力下降)，我们可以引入一个量化指标——损害显性化系数(λ)，其计算公式为： $\lambda = 1 - \frac{\text{损害潜伏期}}{\text{行业技术更新周期}} \times \frac{\text{损害潜伏期}}{\text{行业技术更新周期}}$ ，当 $\lambda \geq 0.5$ 时，将潜在损害纳入既遂犯评价范围。

4.2. 行为独立性测试与构成要件的细化

4.2.1. 行为独立性测试：解决交叉行为的逻辑模糊

在交叉行为中，侵占财产与从事同类营业的行为可能同时存在，司法实践需要明确两种行为的独立性。若行为人通过截留资金从事同类竞争，但侵占行为与经营行为具有明确分离性，则应分别定罪。若侵占行为仅为非法经营的手段或附属环节，则应将两种行为视为整体，以非法经营同类营业罪吸收职务侵占罪。质言之，若挪用资金与后续经营行为在时间、空间及资源利用上可分离(如资金挪用三个月后才设立企业)，则符合“数行为数罪”标准，应数罪并罚。若挪用行为系经营的必要前提(如挪用资金直接用于竞争企业注册)，则构成牵连犯，按“从一重处断”原则选择刑罚较重的罪名。

4.2.2. 细化“同类营业”的认定要素

《刑法修正案(十二)》虽明确了非法经营同类营业罪的“同类营业”概念，但其具体内涵仍需细化。建议从以下要素入手进行精准认定：

一是判断行为人设立的企业与原单位主营业务是否存在实质性重合。二是分析行为是否直接利用了原单位的客户、供应商或技术资源，从而形成不正当竞争。三是通过评估市场份额变化或客户流失情况，明确行为对原单位市场地位的实际破坏程度。

4.3. 主观故意的动态解析与匹配性分析

4.3.1. 主观故意的分阶段认定

经济犯罪中的主观故意通常表现为动态性。例如，行为人可能初期以非法占有财产为目的，后续转向从事同类营业活动。这种故意的动态变化应在认定中予以充分考量：

首先以行为起始阶段的主要意图为依据，确定行为的核心性质。其次结合行为发展的实际后果，判断是否出现经营性目的的主导转变。

4.3.2. 故意与结果的匹配性分析

主观故意的认定还需结合犯罪结果进行匹配性分析。当行为的主要后果与行为人的核心意图一致时，罪名选择的逻辑更为清晰。若行为直接导致财产损失，且未表现出显著的市场影响时，优先适用职务侵占罪。行为对市场秩序造成显著破坏，财产流失仅为附带结果时，适用非法经营同类营业罪更为合理。

4.4. 裁判规则的完善与适用路径的创新

4.4.1. 罪名适用的优先性规则

为避免罪名竞合的适用混乱，应明确优先适用规则：

主导后果规则：根据犯罪行为的主要后果选择罪名。若行为的主要后果为企业客户资源流失，应优

先适用非法经营同类营业罪；若表现为资金截留，应优先适用职务侵占罪。吸收原则与并罚原则结合：当行为表现为多个独立环节时，适用并罚原则；当行为整体以非法经营为目的时，适用吸收原则。

4.4.2. 量化市场损害评估标准

针对非法经营同类营业罪的“重大损失”认定，应引入量化评估机制，通过专业机构对市场份额、客户流失及竞争力下降进行数据分析，从而提供明确的量化依据。

5. 结语

本文立足于《刑法修正案(十二)》的立法扩张背景，回应了非法经营同类营业罪与职务侵占罪的界分难题。研究揭示，两罪的竞合性根植于经济犯罪行为的复合法益侵害特征——财产权与经营竞争秩序的层级性渗透、工具性行为与结果性行为的链条化叠加、动态故意与利益归属的复杂性交织。藉由构建“复合法益分层-行为独立-量化评估”的三阶路径，提出了具体的界分方案，期待为两罪界分提供有益建议。

在未来司法实践中，需重点关注以下方向：第一，通过司法解释明确“高级管理人员”的限缩范围与“重大损失”的量化阈值，避免主体泛化与裁判恣意；第二，建立指导性案例库，统一地域性司法偏差；第三，强化刑法与公司法的衔接，对未实质侵害复合法益的内部纠纷(如股东利益冲突)，优先适用民事救济而非刑事制裁。唯有以精准化规制替代粗放式打击，方能实现《刑法修正案(十二)》“保护民营企业”的立法初衷，在惩治犯罪与保障市场活力之间达致理性平衡。

参考文献

- [1] 胡金炎. 扎实推进民营经济健康发展、高质量发展[N]. 光明日报, 2023-04-11(11).
- [2] 亓玉昆. 全国人大常委会法工委刑法室负责人就刑法修正案(十二)草案答记者问[N]. 人民日报, 2023-07-26(4).
- [3] 王作富. 刑法分则实务研究(中)[M]. 北京: 中国方正出版社, 2013.
- [4] 阮齐林. 刑法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2008.
- [5] 齐文远. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [6] 黎宏. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [7] 周啸天.“职务侵占罪中利用职务上的便利”要件之再解读——以单一法益论与侵占手段单一说为立场[J]. 政治与法律, 2016(7): 36-48.
- [8] 张义健. 《刑法修正案(十二)》的理解与适用[J]. 法律适用, 2024(2): 72-73.
- [9] 王海军. 涉民营企业背信犯罪的立法拓展与司法限定——以《刑法修正案(十二)》为中心[J]. 法学杂志, 2024, 45(3): 39-55.
- [10] 夏伟. 涉民营企业产权犯罪的解释方向与规范限度——以《刑法修正案(十二)》为分析重点[J]. 法学评论, 2024, 42(5): 173-183.
- [11] 魏东. 论非法经营同类营业罪的不法[J]. 法商研究, 2024, 41(5): 154-155.
- [12] 罗翔. 技艺和程序: 刑法修正的检视——《刑法修正案(十二)》新增民企工作人员犯罪条款的展开[J]. 法学评论, 2024, 42(1): 174-177.
- [13] 刘伟琦.“利用职务上的便利”的司法误区与规范性解读——基于职务侵占罪双重法益的立场[J]. 政治与法律, 2015(1): 50-59.
- [14] 秦雪娜. 论利益归属对犯罪参与类型界分的影响——以财产性犯罪为中心[J]. 中外法学, 2022, 34(1): 222-241.
- [15] 金以豪. 民营企业产权的刑法保护向度——以职务侵占罪为视角[C]//上海市法学会. 《法律研究》集刊 2024 年第 1 卷——贸易强国制度构建研究文集. 2024: 279-286.
- [16] 时延安. 民营公司管理者背信犯罪的解释原理及认定要点——《刑法修正案(十二)》相关条款分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2024, 42(3): 139-148.
- [17] 刘仁文. 刑法强化民营企业内部反腐的最新发展与司法适用[J]. 政法论坛, 2024, 42(2): 18-29.

-
- [18] 王爱立. 中华人民共和国刑法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2021.
 - [19] 罗翔. 技艺和程序: 刑法修正的检视——《刑法修正案(十二)》新增民企工作人员犯罪条款的展开[J]. 法学评论, 2024, 42(1): 173-184.
 - [20] 张义健. 《刑法修正案(十二)》的理解与适用[J]. 法律适用, 2024(2): 72-73.
 - [21] 万国华, 张崇胜. 公司利益类型界定与保护法律问题研究[J]. 南开学报(哲学社会科学版), 2019(3): 100-108.
 - [22] 袁国何. 平等保护视角下的非法经营同类营业罪[J]. 中国法律评论, 2024(4): 56-69.