

论职务侵占罪的主体范围

兰力波 匡 慧*

On the Scope of the Subject of Official Encroachment Crime

Lan Libo Kuang Hui

摘 要: 为了准确认定职务侵占罪的主体, 本文从争议较大的职务侵占罪主体中的“单位”和“人员”进行剖析, 从职务侵占罪的立法本意出发, 应扩大职务侵占罪主体的范围, 只要与单位存在劳动关系的员工利用职务便利, 侵占了单位财产, 就可成为职务侵占罪的主体。

关键词: 职务侵占罪 单位 人员 职务

Abstract: In order to accurately identify the subject of official encroachment crime, this article carries on an analysis from the controversial “unit” and “staff” from the subject of official encroachment crime. On the original intention of legislation of official encroachment crime, the scope of the subject of official encroachment crime should be extended. As long as employees took take advantage of the labor relations to encroach the property of the unit, the employee can become the subject of official encroachment crime.

Key words: Official Encroachment Crime Unit Staff Duty

* 作者简介: 兰力波 (1972—), 男, 湖南望城人, 湖南通程律师事务所律师, 执行主任, 湘潭大学法律硕士; 匡慧 (1987—), 女, 湖南沅江人, 湖南通程律师事务所律师。

随着经济的发展，职务侵占案件数量呈现居高不下的趋势。虽然《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第 271 条第 1 款将职务侵占罪的主体限定为公司、企业或者其他单位的工作人员，但由于刑法条文及司法解释没有明确“单位”的范围、性质及“人员”的界限，理论界对该罪名主体的理解仁者见仁，智者见智。主要有以下四种观点：第一种观点认为，职务侵占罪的主体是非国有公司、企业或者其他单位中从事职务的人员，“委派从事公务的人员”除外^①；第二种观点认为，职务侵占罪的主体是指公司、企业或者其他非国有单位的人员^②；第三种观点认为，职务侵占罪的主体是国有和非国有公司、企业或者其他单位的公务和劳务人员，国家工作人员除外^③；第四种观点认为，只要行为人事事实上从事的是公司、企业或者其他单位员工所从事的事务，那么原则上就可以认定为职务侵占罪的主体。^④可见，我国理论界对职务侵占罪主体争议较大，笔者拟通过界定职务侵占罪主体中的“单位”及“人员”，试图还原职务侵占罪的立法意图。

一、职务侵占罪主体中“单位”的界定

职务侵占罪属于经济类型的犯罪，法律的相关规定往往随着经济的发展而呈现滞后的特征。根据《刑法》第 271 条第 1 款的规定，职务侵占罪主体涉及的单位包含公司、企业及其他单位。因法律未明确职务侵占罪主体中“单位”的含义及范围，对此，理论界主要有以下两种观点：

一种观点认为，职务侵占罪主体中的“单位”必须是“非国有公司、企业、单位”^⑤，国有公司、企业或者其他单位不能成为职务侵占罪主体中的单位。也就是“单位”的所有制性质决定该“单位”是否可成为职务侵占罪的主体。

另一种观点认为，职务侵占罪主体中的单位与“单位犯罪”中的“单位”范围一致，即“单位”包含国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等

① 张翔飞：《论职务侵占罪的几个问题》，载《现代法学》1997年第4期，第73页。

② 顾家栋：《职务侵占罪主体研究》，载《中国司法》2002年第4期，第34页。

③ 王作富、韩跃元：《论侵占罪》，载《法律科学》1996年第3期，第56页。

④ 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第7页。

⑤ 毕志强、肖介清：《职务侵占罪研究》，人民法院出版社2001年版，第15页。

公司、企业、事业单位。^①

笔者不赞同以上两种观点，第一种观点将职务侵占罪主体中的“单位”限定为非国有性质的单位，排除了国有性质单位成为职务侵占罪主体的可能性，况且，我国刑法并没有限制职务侵占罪主体中“单位”的所有制性质，同时也没有相关的司法解释对该“单位”进行缩小解释。根据《刑法》第27条第2款“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，以贪污罪定罪处罚”的规定，国有公司、企业或其他国有单位从事公务的人员和国有公司、企业或其他国有单位委派到非国有公司、企业及其他单位从事公务的人员，应当从职务侵占罪主体中排除出去，而对于国有单位中从事非公务的工作人员实施上述行为，《刑法》条文虽没有作出明确规定，但也没有明确该类主体不能成为职务侵占罪的主体。因而，第一种观点过于绝对，其忽视了国有单位中从事非公务的人员也可成为职务侵占罪的主体。

另外，如果职务侵占罪主体中的“单位”特指非国有单位，那么在国有单位中从事非公务的人员，利用职务便利侵占单位财物的行为，将不构成职务侵占罪。由于这些人员不具备国家工作人员的身份，也不可能按贪污罪定罪处罚，但他们实施的行为与常见的侵犯财产型犯罪又有很大的差别，导致这类职务犯罪行为无论是在理论上还是在实务中都很难处置，显然与立法者的意图相违背。

至于第二种观点，其认为职务侵占罪主体中的“单位”与单位犯罪中的“单位”范围一致，即职务侵占罪主体中的“单位”限定为法人型单位。笔者认为该观点也存在问题，首先，单位犯罪主体中的单位之所以界定为“公司、企业、事业单位、机关、团体”等法人型企业，是由单位犯罪的主体特殊性决定的。^②因单位犯罪的目的是为单位全体成员谋取非法利益，并且由单位承担相应的法律责任，决定了单位必须有独立的财产及独立的人格，可独立承担民事或刑事责任。而职务侵占罪考虑的是单位职工利用职务

^① 参见李红：《职务侵占罪主体关联法律问题探究》，载《北京人民警察学院学报》2010年1月第1期，第15页。

^② 宋执剑：《论职务侵占罪的犯罪主体》，湖南师范大学刑法学专业2009年硕士学位论文，第10页。

之便非法占有单位的财物，着眼点在于保护单位的财产权，因而职务侵占罪主体中的“单位”作为被侵害对象出现时，该认定范围可以适当宽于单位犯罪中的“单位”，所以两者的范围可以不一致。其次，《刑法》第30条实质上是对犯罪主体入罪所作的规定。“对于作为犯罪主体的单位的认定，理应从严把握，否则所有大大小小的单位一律都认可具有作为单位的主体资格，就会把一些自然人犯罪，作为单位犯罪论处，不仅放纵了罪犯，且有失公平”。^①另外，刑法是社会正义最后的防线，其惩罚手段最为严厉、使用成本高昂，故“从刑法的谦抑性以及刑法与经济发展保持相对张力的角度，对单位犯罪的单位的认定也应从严把握”。^②最后，将职务侵占罪主体中的“单位”等同于单位犯罪中的“单位”，也就是将职务侵占罪主体中的“单位”限定为法人型单位，那么非法人型单位员工利用职务之便侵占单位财物，将不构成职务侵占罪，但他们实施的行为与常见的侵犯财产型案件又有很大的差别，如对其行为以盗窃罪、侵占罪等论处，否定员工利用职务便利的特点，有点失当，也与职务侵占罪的立法意图相违背。

因此，职务侵占罪主体中的“单位”，并非特指非国有单位，也与单位犯罪中的“单位”范围不一致，无论是国有性质的单位还是非国有性质的单位，无论是法人型单位还是非法人型单位，其员工都可成为职务侵占罪的主体。

二、职务侵占罪主体中“人员”的界定

根据《刑法》第271条第1款的规定，职务侵占罪是公司、企业或其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位的财物非法占为己有的行为。因《刑法》只规定了“公司、企业或者其他单位的人员”是职务侵占罪的主体，但“人员”的范围没有进一步规定，也没有相关的司法解释作为依据。理论界主要存在两种观点：一种观点认为，职务侵占罪主体中的人员仅为从事公务的人员，即从事组织、领导、监督或管理性工作的人员，^①如公司的董事、监事、总经理，企业中的厂长，社团中的法定代表人；另一种观

^① 何秉松：《试论我国刑法上的单位犯罪主体》，载《刑法问题与争鸣》第1辑，中国方正出版社1999年版，第267页。

^② 郭泽强：《关于职务侵占罪主体问题的思考——以对“利用职务上的便利”之理解为基点》，载《法学评论》（双月刊）2008年第6期，第150页。

^① 赵秉志：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社1998年版，第346页。

点认为，职务侵占罪主体中的人员除了从事公务的人员外，还包含从事劳务的人员，即从事生产性、经营性、社会服务性活动的人员，如一般职员和工人。^①以上两种观点对职务侵占罪主体中的“人员”界定是否清晰呢？

笔者认为，学者之所以对职务侵占罪主体中的“人员”有不同的认识，根源于对“职务”一词的不同认识。因而如何正确理解职务侵占罪法律语境中“职务”一词的含义，触及职务侵占罪主体中“人员”界定的核心。笔者梳理了一下，关于“职务”的观点主要有如下几种：一，将职务理解为“职权”，即行为人必须具有决定、办理或处置某事务的权力；二，“职务的取得需得到单位的授权或委托，或者给予约定而取得，从而使之具有合法性”^②；三，按照《现代汉语词典》的解释，职务是指“职位规定应该担任的工作”^③；四，从刑法解释角度看，“职务”应是指职位规定应当担任的工作，是职位或者岗位要求必须做的事情，也即事务。^④

以上四种观点从不同角度解释“职务”，但均未完整阐述“职务”的含义。笔者认为，首先，职务侵占罪中的“职务”侧重点在于“务”，也就是工作，并且这种“务”由“职”来规制。因“职”有公职和私职之分，所以“职务”的范畴包含公务和劳务。其次，“职务”应具有稳定性，是由单位依据一定的分工分配给行为人在相当一段时间内持续地、反复地从事的工作。^⑤如果是非持续性、在一定时间内反复地、固定地从事某项工作，则不能认定为“职务”。最后，“职务”的范围不宜扩大，应被限定为“主管、管理、经手”单位财物等情形。而根据最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》中的规定，“主管”是行为人对单位的财物享有调拨、安排、使用具有决定权；“管理”是行为人对单位财物直接负有保管、处理、使用的职责；“经手”是行为人对虽不负有管理、处置单位财物的职权，但因工作需要，在特定时间和空间内对单位财物具有临时控制权。因此，如果行为人并非利用“主管、管理、经手”单

① 娄从英：《职务侵占罪主体探析》，载《今日湖北》2013年第9期。

② 于世忠：《职务侵占罪探微》，载《法制与社会发展》2000年第1期，第134页。

③ 《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第1616页。

④ 冯向军：《职务侵占罪主体范围辨析》，载《天津市政法管理干部学院学报》2009年增刊，第165页。

⑤ 刘明祥：《财产犯罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第370页。

位财物便利实施侵占行为，则行为人不能成为职务侵占罪主体中的“人员”。

明确了与“人员”存在密切关系的“职务”的含义后，那么职务侵占罪主体中的“人员”，应是在单位固定从事公务性或劳务性工作，享有主管、管理和经手单位财物的职权；并利用该职权侵占单位财物的人员。而第一种观点将职务侵占罪的人员限定为从事公务的人员，忽视了从事劳务的人员也可成为职务侵占罪的主体。至于第二种观点，虽将从事劳务的人员纳入职务侵占罪主体中“人员”的范畴，但如果该人员并非在一定时间内固定从事某项工作，或没有利用“主管、管理、经手”单位财物的便利，仅仅是因工作原因而熟悉单位环境或凭工作人员身份比较容易接近单位财物的便利，而实施侵占行为，则该“人员”不能成为职务侵占罪主体中的“人员”，更不能以职务侵占罪定罪处罚^①，如符合其他财产犯罪的构成要件，应以其他罪定罪处罚。

三、几种特殊人员的分析

（一）村民委员会工作人员

村民委员会作为基层群众性自治组织，为农村经济发展作出了巨大贡献，同时在村级组织中也扮演着重要角色。无论是处理民间纠纷、向政府反映村民意见等村中事务，还是协助政府发放补偿款、经济补贴等，都离不开村民委员会的参与。当村民委员会处理村中事务时，如其工作人员侵占村集体财产，数额较大，以职务侵占罪论处，无论是理论界还是实务界对此都不存在争议。但当村民委员会协助政府发放补偿款、经济补贴时，其工作人员侵占补偿款、经济补贴结余款时，对这种行为该如何定性呢？理论界存在以下两种观点：

一种观点认为，根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第93条第2款的解释》，村民委员会工作人员协助人民政府发放补偿款、经济补贴时，具备国家工作人员的身份，其利用职务上的便利，非法占有补偿款、经济补贴结余款时，应以贪污罪论处。^①

^① 肖芸：《职务侵占罪主体研究》，载《安庆师范学院学报（社会科学版）》2008年7月第27卷第7期，第88页。

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第907页。

另一种观点认为，当村民委员会工作人员参与国家财政补贴或补偿款的发放时，利用职务上的便利，侵占结余款项，应认定为职务侵占罪。^①

之所以出现两种截然不同的观点，争议的焦点在于“补贴资金结余款项”的定性问题。第一种观点之所以将侵占补贴资金结余款项的行为认定为贪污罪，除了其国家工作人员的身份外，更主要的是其将补贴资金结余款项认定为国家财政资金，即公共财产。而第二种观点之所以将侵占补贴资金结余款项的行为认定为职务侵占罪，其侧重于将补贴资金结余款项型认定为集体财产。也就是说，两种观点将补贴资金认定为国家公共财产是无异议的，只是对于补贴资金发放给村民后的结余款项存在异议，第一种观点倾向于将该结余款项定性为国家财产，第二种观点则将该结余款项定性为集体财产。笔者倾向于第二种观点，即村民委员会工作人员参与经济补贴、补偿款的发放时，利用职务之便，侵占结余款项的行为，应以职务侵占罪论处。理由在于，村民委员会工作人员是否成为职务侵占罪的主体，不能仅从村民委员会工作人员所从事的工作性质判定，应综合考虑其所侵占的财产性质，如该财产属于国家公共财产，其就可能构成贪污罪，如该财产属于集体财产，就应以职务侵占罪论处。补偿款、经济补贴等资金，在没有发放到村民手上时，该款项仍由村民委员会支配，其性质为国家公共财产，如村民委员会工作人员侵吞该款项，就应以贪污罪论处。而补偿款、经济补贴等资金发放结束后，所剩余的款项成为村级经济组织的积累，应为村集体财产，如村民委员会工作人员侵占该剩余款项，应以职务侵占罪论处。

所以，不管村民委员会工作人员处理本村事务，还是协助政府从事行政管理事务，都可能成为职务侵占罪的主体。

（二）个体工商户员工

个体工商户作为市场经济的主体之一，为经济发展和活跃市场作出了贡献，但其与其他经济组织一样，仍存在财物被员工侵占的现象。因法律的不完善，导致与个体工商户存在劳动关系的员工，利用职务之便侵占个体工商户财物的行为，对此该如何定性，在理论界存在较大争议。

一种观点认为，个体工商户员工利用工作便利占有雇主财物的，不构成

^① 刘德权：《最高人民法院司法观点集成6》（刑事卷），人民法院出版社2011年版，第1006页。

职务侵占罪，但可构成《刑法》第270条规定的侵占罪主体。^①根据《个体工商户条例》第2条“有经营能力的公民，依照本条例规定经工商行政管理部门登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以个人经营，也可以家庭经营”的规定，个体工商户以个人所有的或者家庭所有的财产对外承担责任，行为人实施非法占有财物的行为不是对单位财物的侵犯，侵犯的是个人财产利益。也就是说，个体工商户的法律地位相当于自然人，不具有单位的性质，其雇佣的员工利用工作便利占有个体工商户财物的，不应构成职务侵占罪。^②

另一种观点认为，个体工商户应被认定为《刑法》第271条第1款规定的“其他单位”，如其员工侵占个体工商户财物，其员工可构成职务侵占罪。理由在于，个体工商户与员工之间具有劳动关系。^③根据《中华人民共和国合同法》第2条“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法”的规定，该用人单位中肯定包含了个体工商户，并且《个体工商户条例》第20条“个体工商户应当依法与招用的从业人员订立劳动合同，履行法律、行政法规规定和合同约定的义务，不得侵害从业人员的合法权益”的规定中，也明确了个体工商户应与员工签订劳动合同，双方之间存在劳动关系，员工享有法律赋予的劳动者的权利，个体工商户履行用人单位应承担的义务，完全符合职务侵占罪主体中的单位。因此，个体工商户员工利用职务之便，侵占个体工商户财物的行为，应构成职务侵占罪。

笔者认为，第二种观点具有一定的合理性，但个体工商户员工之所以能成为职务侵占罪的主体，除了个体工商户与员工存在劳动关系、履行用人单位的义务外，还存在以下四个方面的理由：一，随着经济的发展及完善，个体工商户在决策模式、组织体系、资金规模以及运转机制等方面与公司或企业无较大差别，个体工商户已经不只是最初的夫妻店或者家庭作坊，有些个体工商户已经具有一定的规模，在从业人数、经营规模、管理架构、纳税能

① 王作富：《刑法分则实务研究》，中国方正出版社2001年版，第1189-1190页。

② 参见谢立新：《职务侵占罪主体认定问题探微》，载《广西社会主义学院学报》2011年2月第22卷第1期，第85页。

③ 刘德利：《职务侵占罪主体研究》，载《甘肃警察职业学院学报》2009年3月第7卷第1期，第42页。

论职务侵占罪的主体范围

力等方面与小型公司没有差别,完全符合“单位”的要求。二,虽然个体工商户的财产属于个人所有,个体工商户不存在独立的财产,但无论是在立法上还是司法实践中,都没有否认个体工商户的财产权。况且,根据《中华人民共和国个人独资企业》的相关规定,个人独资企业的财产也属于投资人个人所有,但其员工利用职务之便侵占企业财产,却构成职务侵占罪,因而财产的非独立性,不能成为将个体工商户员工排除在职务侵占罪主体范围外的理由。三,发展到一定规模的个体工商户,其雇员已经不仅提供劳务,还具有了一定的经营管理职权。四,侵占罪属自诉案件,如将个体工商户员工侵占组织体财物的行为定性为侵占罪,则需要个体工商户提供证据证明员工的侵占行为,而个体工商户往往因缺乏搜集证据的手段,导致其无法追究员工的法律责任;并且,侵占罪的对象是代为保管的他人财物、遗忘物和埋藏物,如果将员工侵占个体工商户财物的行为定性为侵占罪,就意味着员工有代个体工商户保管财物的职责^①,该结论显然不成立。

因此,从保护个体工商户等非法人组织财产权的现实要求出发,个体工商户的员工不应成为侵占罪的主体;但只要其利用了职务上的便利,侵占了个体工商户的财产,就应成为职务侵占罪的主体。

(三) 个人合伙员工

个人合伙作为市场经济的主体,与其他经济组织一样,避免不了其合伙组织财产被员工侵占的现象。根据《中华人民共和国民法通则》第30条的规定,个人合伙是两个以上的公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。同时,第32条规定,合伙人投入的财产,由合伙人统一管理和使用,合伙经营积累的财产,归合伙人共有。第35条规定,合伙人对合伙的债务承担连带责任。因个人合伙财产属于合伙组织,且各合伙人对合伙债务负无限连带责任,不具备“单位”财产独立、责任独立的属性。因而,有学者认为,个人合伙组织员工不能成为职务侵占罪的主体,如其利用职务便利,侵占个人合伙组织的财物,不能构成职务侵占罪。^②

笔者不赞同该学者的观点,个人合伙组织的员工仍可成为职务侵占罪的

^① 参见谢立新:《职务侵占罪主体认定问题探微》,载《广西社会主义学院学报》2011年2月第22卷第1期,第86页。

^② 参见谢立新:《职务侵占罪主体认定问题探微》,载《广西社会主义学院学报》2011年2月第22卷第1期,第86页。

主体,理由如下:一,个人合伙与个体工商户一样,其规模、资金数额已与企业无异,甚至可能超过企业,并且个人合伙组织内部存在明确的分工,管理已呈现企业化趋势;二,个人合伙已与其聘用的员工签订了劳动合同,个人合伙组织履行法律规定的用人单位的义务,员工享受劳动者的权利,其完全符合职务侵占罪主体中“单位”的属性;三,个人合伙与个人合伙企业在成立条件、运作模式、责任承担方面并无实质区别,个人合伙企业的从业人员可以成为职务侵占罪的主体没有争议,而如果成立时没有登记为个人合伙企业而是登记为个人合伙,仅仅因为登记的原因而导致其员工不能成为职务侵占罪的主体,造成刑法保护上的不平等;四,个人合伙企业虽然不具有法人地位,也没有独立的财产,但没有独立的财产与没有财产是两个不同的概念,毕竟职务侵占罪的立法宗旨在于保护经济组织体的财产,如将其员工侵占个人合伙组织的财产的行为不以职务侵占罪论处,将不利于保护个人合伙组织的财产权益。因此,个人合伙也应成为职务侵占罪主体中的单位,如其员工利用职务之便侵占个人合伙组织的财物,应按职务侵占罪追究其法律责任。

(四) 公司股东

公司股东利用职务之便侵占公司财产的现象,在实践中普遍发生。股东们侵占公司财产的方式多种多样,包括通过虚列开支、不公平的关联交易、操纵股利分配、违规担保或抵押等方式对公司财产进行侵占,对于该侵占行为如何定性,理论界和实务界均存在争议,主要有以下两种观点:

第一种观点认为,如果该公司股东在公司、企业中任职,利用职务便利侵占单位财产,符合职务侵占罪的构成要件,可以职务侵占罪论处。^①

第二种观点认为,如果该公司股东在公司、企业中任职,利用职务之便,在出资数额范围内将公司财产据为己有的行为,系抽逃出资行为,行为人承担抽逃出资的法律责任,不应以职务侵占罪来追究。^②

之所以有两种不同的观点,聚焦点在于“公司财产”的定性,第一种观点之所以认定为职务侵占罪,其侧重于将“公司财产”定性为单位财产,而第二种观点侧重于将“公司财产”定性为公司注册资本。笔者倾向于第

^① 肖芸:《职务侵占罪主体研究》,载《安庆师范学院学报(社会科学版)》2008年7月第27卷第7期,第89页。

^② 李永宁:《职务侵占罪研究》,中国政法大学2008年硕士论文,第19页。

一种观点,理由如下:一,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第12条关于认定股东抽逃出资的规定,抽逃出资的行为在实践中很难被认定。并且根据《刑法》第159条的规定,公司发起人、股东违反公司法的规定……虚假出资,或者在公司成立后又抽逃出资的,数额巨大、后果严重或者具有其他严重情节的,处……及《公司法》第27条规定,股东可以以货币出资,也可以用实物、知识产权……可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资……的相关规定,股东抽逃出资必须是抽逃自己缴纳的出资额。因股东的财产一旦投入公司,就独立于股东本人的财产而成为公司的财产,公司对该财产拥有所有权。而且对于被股东侵占的财产,很难区分是公司的注册资本还是公司的其他财产。二,股东利用职务便利,不管通过何种方式占有公司财产,均完全符合职务侵占罪的构成要件。同时,将股东利用职务便利侵占公司财物的行为定性为职务侵占罪,也有利于保护公司的合法权益。因此,公司股东也可成为职务侵占罪的主体,将股东利用职务之便侵占公司财物的行为,以职务侵占罪论处,符合职务侵占罪的立法宗旨。

(五) 临时工

在经济高速发展的同时,单位的用工制度并未随着经济的发展而加以完善,其中最典型的就单位大量聘用不与其签订劳动合同的临时工。对于与企业签订了书面劳动合同的合同工,能成为职务侵占罪的主体,无论是理论界还是实务界,都不存在异议,但对于临时工能否从成为职务侵占罪的主体,则有以下三种主要观点:

一种观点认为,职务侵占罪的主体必须是公司、企业聘用并办理了合法手续的人员;另一种观点认为,职务侵占罪的主体必须是依法与公司、企业签订了劳动合同的人员;第三种观点认为,职务侵占罪的主体是从事管理、经营等与业务有关的人员,包括正式职工、合同工、临时工。正式职工即公司或企业根据法律规定,办理正式合法手续并长期录用的人员。合同工即公司、企业与之签订劳动合同,存在劳动关系的人员。临时工是公司、企业雇佣的短期的非正式的职工,不属于企业的在编人员。^①

第一种观点及第二种观点侧重于将职务侵占罪的主体认定为与用人单位

^① 乔军:《试论侵占罪与其它犯罪的区别》,载《人民司法》1997年第4期,第78页。

办理了合法手续的正式职工和合同工，第三种观点则认为，职务侵占罪的主体与职工“身份”没有太大关系，只要职工从事管理、经营等与业务有关的工作，就可成为职务侵占罪的主体。几种观点的差异在于，职工的“身份”是否是构成职务侵占罪的必要条件。笔者认为，是否构成职务侵占罪，与职工所在的用人单位身份没有关系，临时工也可成为职务侵占罪的主体。原因在于：1. 临时工与正式职工一样，在单位的安排下从事工作，遵守单位的管理制度，接受单位的监督与管理，履行自己在单位内的职责，虽然单位与临时工之间没有签订书面的劳动合同，但实际上，双方之间已形成了确定的权利义务关系，因而临时工不应与签订书面劳动合同、办理了合法手续的员工有所区别。2. 临时工虽然待遇与正式职工存在一定差别，但也是在单位的管理下，取得了利用职务便利的条件，履行着相应的职责，其非法占有单位财物的行为与正式职工的侵占行为没有本质的区别。并且职务侵占罪区别于盗窃罪、诈骗罪等其他侵犯财产犯罪的主要特征在于，行为人是否利用了职务上的便利，而判断是否利用职务上的便利关键在于是否履行单位的职责。正如有学者所述：“诸如正式职工、或者临时工这种单纯的身份事项，一般并无刑法意义；只有与一定的工作职责相联系的身份事实，才有作为犯罪构成之主体要素来规定的必要性^①。”3. 《刑法》第271条第1款的规定中，只明确为“其他单位的人员”，刑法条文及司法解释并没有明确“其他单位的人员”只能是与单位形成固定长久的劳动关系的人员。在未明确“其他单位的人员”范围的情形下，临时工并没有被排除在职务侵占罪的主体之外。如将临时工排除在职务侵占罪的主体外，将导致许多利用职务之便侵占单位财物的人员逃脱法律的追究。^② 并且是否正式职工，对侵占行为的实施，甚至社会危害性都没有太大的影响，也就是说并没有实际的刑法意义。^③ 因此，可以借鉴我国台湾地区对职务侵占罪主体的认定精髓，只要职工持续、反复地从事单位赋予的工作职责，即使是临时的人员在履行职务

^① 黄祥青：《职务侵占罪的立法分析与司法认定》，载《法学评论》2005年第1期，第109页。

^② 程木英：《对公司业务员低价抛售公司财产的法律研究》，载《辽宁警专学报》2003年第6期，第127页。

^③ 马松建主编：《侵占罪专题整理》，中国人民公安大学出版社2007年版，第438页。

工作期间的侵占、盗窃或诈骗也只定职务侵占罪。^①

四、结语

综上所述,虽然刑法条文及司法解释没有明确“单位”的范围、性质及“人员”的界限,但我们不能限制职务侵占罪主体中“单位”的性质,更不能随意扩大或缩小“单位”或“人员”的范围,只要与单位存在事实上劳动关系的员工,利用主管、管理和经手单位财物的职务便利,侵占单位的财物,就应成为职务侵占罪的主体。

^① 赵秉志、田宏杰:《海峡两岸职务侵占罪比较研究》,载《政法论坛》1999年第6期,第32页。