

国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY



GRANDWAY

2022 年第 8 期

总第 672 期

2022/03/11



北京国枫律师事务所（北京 - 上海 - 深圳 - 成都 - 西安 - 香港）

Grandway Law Offices (Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hong Kong)

地址：北京市东城区建国门内大街 26 号新闻大厦 7 层

Address: 7/F, Beijing News Plaza, NO.26 Jianguomenneidajie,

邮编：100005

Dongcheng District, Beijing, China, 100005

电话：010-66090088/88004488

Tel: 86-10-6609-0088/8800-4488

传真：010-66090016

Fax: 86-10-6609-0016

网址：www.grandwaylaw.com

Website: www.grandwaylaw.com

（本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用）

目录 CONTENTS

国枫动态 GRANDWAYLAW NEWS

- ◆ 国枫荣誉 | 国枫合伙人黄晓静律师入选 LEGALBAND“客户首选 中国女律师”15 强榜单01
Grandway Law Offices' partner, Lawyer Huang Xiaojing, was selected into the top 15 list of "customer first choice: Chinese female lawyers" of LEGALBAND
- ◆ 国枫业绩 | 国枫提供法律服务的联特科技 IPO 项目通过深圳证券交易所审核02
Grandway Law Offices provide legal services for the IPO project of Liantech technology, which was approved by Shenzhen Stock Exchange
- ◆ 国枫业绩 | 国枫助力广电运通旗下运通数达成功增资 2000 万 数字人民币业务乘势而上03
Grandway Law Offices helped Yuntong Shuda Technology Co., Ltd under GRGBanking to reach a successful capital increase of 20 million, with its Digital RMB business taking advantage of the trend
- ◆ 国枫业绩 | 国枫提供法律服务的北京凯德石英股份有限公司在北京证券交易所成功上市04
Grandway Law Offices provide legal services for Beijing Kaide quartz Co., which was successfully listed on the Beijing stock exchange

法制动态 SECURITIES INDUSTRY NEWS

- ◆ 全国股转公司发布《全国中小企业股份转让系统分层管理办法》05
The national stock transfer corporation issued the Measures for the Hierarchical Management of the National Share Transfer System of Small and Medium-sized Enterprises
- ◆ 市场监管总局印发《全国商业秘密保护创新试点工作方案》05
The State Administration of Market Supervision issued the National Pilot Work Plan for Trade Secret Protection and Innovation
- ◆ 市场监管总局发布《外商投资企业授权登记管理办法》05
The State Administration of Market Supervision issued the Measures for the Administration of Authorized Registration of Enterprises with Foreign Investment
- ◆ 财政部、税务总局发布《关于进一步实施小微企业“六税两费”减免政策的公告》06
The Ministry of Finance and the State Administration of Taxation issued the Announcement on Further Implementing the "Six Taxes and Two Fees" Reduction and Exemption Policy for Small and Micro Enterprises

专题研究 RESEARCH ON CURRENT ISSUES

- ◆ 职务侵占罪中“利用职务上的便利”的认定——以双重法益说为立场07
Determination of "Using the Convenience of the Position" in the Crime of Official Embezzlement—— Take the double legal benefit theory as the standpoint

律所人文 GRANDWAY COMMUNITY

- ◆ 法律能为妇女做些什么13
What can the law do for women

◆ 国枫荣誉 | 国枫合伙人黄晓静律师入选 LEGALBAND “客户首选：中国女律师” 15 强榜单
Grandway Law Offices' partner, Lawyer Huang Xiaojing, was selected into the top 15 list of "customer first choice: Chinese female lawyers" of LEGALBAND



黄晓静
合伙人
业务专长
公司证券业务
企业常年法律顾问业务

个人简介：

黄晓静律师毕业于中国政法大学，现为北京国枫律师事务所合伙人，致力于公司证券法律业务，在企业首发上市、再融资、并购重组等资本市场相关领域有着深厚的专业积淀，并担任多家上市公司常年法律顾问。黄晓静律师从业十余年来始终立足于合规，以企业的日常及资本运作法律风险防范为己任，既擅长经验运用，凭借涉猎广泛的项目历练融会贯通，更注重应变之道，以前瞻视角解决个案特性问题，重视客户利益、陪伴客户成长、助力客户成功，使命必达，不负所托。

上榜理由：

黄晓静律师在境内资本市场领域拥有不俗的实力，近年来取得了颇为亮眼的成绩，其曾协助明冠新材料股份有限公司、江西沃格光电股份有限公司、南京寒锐钴业股份有限公司、江苏久吾高科技股份有限公司等企业成功完成 A 股 IPO，并主办了深圳市英唐智能控制股份有限公司、深圳浩宁达仪表股份有限公司、深圳市科陆电子科技股份有限公司、珠海英搏尔电气股份有限公司等上市公司至关重要的资产收购、出售、债务重组等交易及各类再融资项目。凭借丰富的实操经验和对资本市场业务的独到见解，黄律师还担任多家公众公司的常年法律顾问，为其提供专业、高效的法律服务。“黄律师能够提供有价值的法律建议，体现在她不只是简单援引法律规定提示风险，而是告诉客户该怎样做，才能合法合规地确保目标达成。”

LEGALBAND 是国际媒体公司 AccuraMedia 旗下的专业法律评级机构，总部位于香港，其每年会发布多类法律评级报告，旨在为企业客户选聘律所提供权威指南。在长达一个多月的调研期内，

LEGALBAND 细致参考了各大律所的推荐材料、律师自荐材料以及客户反馈信息等内容，同时结合 LEGALBAND 中国区驻地调研团队对中国女律师群体的长期关注与洞察，最终选拔出了中国大陆地区最受客户青睐的十五位女律师。

国枫汇聚了一大批素质优良、兼具理想与热情、学术功底扎实、经验丰富并勇于实践的专业法律人才。未来，国枫将始终以客户需求为导向，致力于客户愿景的达成，精益求精地为客户提供全方位、多层次的法律解决方案和专业的法律服务。

◆ 国枫业绩 | 国枫提供法律服务的联特科技 IPO 项目通过深圳证券交易所审核

Grandway Law Offices provide legal services for the IPO project of Liantel technology, which was approved by Shenzhen Stock Exchange



2022 年 3 月 10 日，武汉联特科技股份有限公司（以下简称“联特科技”）首次公开发行股票并在创业板上市项目获得深圳证券交易所创业板 2022 年第 11 次上市委员会审核通过。

联特科技以成为全球领先的光通信模块供应商为愿景，自成立以来专注于光通信模块的研发、生产和销售。公司产品是数据中心和 5G 通信应用领域的上游关键部件，是我国新一代战略性新兴产业技术产业基础建设的重要支撑。联特科技在光电芯片集成、光器件和光模块设计以及生产工艺方面掌握一系列关键技术，形成了较为完整的光模块产业链。

联特科技本次首次公开发行拟募集资金 59,992 万元，用于高速光模块及 5G 通信光模块建设项目等，将进一步增强公司的综合实力。

北京国枫律师事务所作为联特科技创业板 IPO 项目的发行人律师，为其提供了专业优质的法律服务。本项目由合伙人胡琪律师领衔，项目组成员还包括董一平律师、许桓铭律师、杨雨晴。

感谢联特科技对国枫的信任，感谢保荐机构海通证券股份有限公司、审计机构大信会计师事务所（特殊普通合伙）与国枫工作的密切配合、通力合作，也感谢为本项目辛勤付出的每一位国枫同事。祝贺联特科技顺利通过深圳证券交易所审核。



胡琪 北京国枫律师事务所 合伙人
业务专长
公司收购与兼并业务、公司证券业务、金融业务



董一平 北京国枫（上海）律师事务所 合伙人
业务专长
公司证券业务



许恒铭 北京国枫律师事务所 合伙人
业务专长
公司收购与兼并业务、公司证券业务

◆ 国枫业绩 | 国枫助力广电运通旗下运通数达成功增资 2000 万 数字人民币业务乘势而上
Grandway Law Offices helped Yuntong Shuda Technology Co., Ltd under GRGBanking to reach a successful capital increase of 20 million,with its Digital RMB business taking advantage of the trend

国枫接受广州广电运通金融电子股份有限公司（证券代码：002152，以下简称“广电运通”）的委托，就其子公司广州运通数达科技有限公司（以下简称“运通数达”）增资扩股项目提供专项法律服务。

3月7日，运通数达股东广州纳斯特盈冠股权投资合伙企业（有限合伙）以每1元注册资本20元的认购价格，认购运通数达新增的注册资本100万元。本次增资，运通数达募集资金2,000万元，成功完成首轮增资。

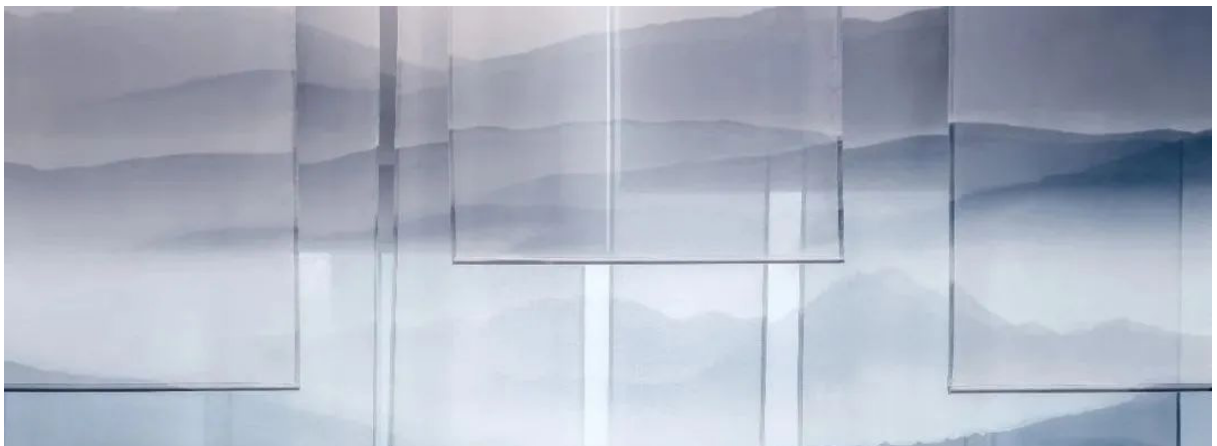


运通数达成立于 2021 年，公司积极响应国家对数字人民币生态建设的要求，专注于为自营及第三方商业生态合作伙伴提供数字人民币应用接入服务，通过智能合约或数字化内容辅助生态级客户优化营销流程，建设新的营销方式，为生态中的线上及线下终端提供基础的、刚需的、轻量化和创新的 SaaS 服务。目前，运通数达与多家银行基于智能金融实验室联合开发围绕数字人民币生态建设的应用场景与产品，开发数字人民币相关软、硬件产品等。

此次成功增资为运通数达深化业务拓展、强化数字人民币场景落地提供了强有力的资本支撑。据悉，增资资金主要用于市场拓展、数字人民币相关产品研发以及围绕数字人民币应用场景建设等方面，加速推动数字人民币生态建设解决方案的落地，助力运通数达成为数字化金融生态建设的服务提供商。

本项目由合伙人陈军律师领衔，项目组成员包括李丹律师、罗颖诗律师、陈俊业实习律师等。同时，感谢广电运通的支持与信任，祝贺本项目的顺利实施。

◆ 国枫业绩 | 国枫提供法律服务的北京凯德石英股份有限公司在北京证券交易所成功上市
Grandway Grandway Law Offices provide legal services for Beijing Kaide quartz Co., which was successfully listed on the Beijing stock exchange



2022年3月4日，由北京国枫律师事务所提供法律服务的北京凯德石英股份有限公司（以下简称“凯德石英”或“公司”）于北京证券交易所上市。凯德石英本次公开发行股票1,500万股，股票代码835179。

凯德石英成立于1997年，公司主营业务为石英仪器、石英管道、等石英玻璃制品的研发、生产和销售。公司产品作为下游企业的生产耗材，广泛应用于半导体集成电路芯片领域、光伏太阳能行业领域及其他领域。在高端石英制品的研发制造上，公司已于2020年1月通过中芯国际12英寸核心零部件石英晶舟认证，是国内第一家通过中芯国际12英寸零部件认证的集成电路工艺用石英零部件生产企业。

公司长期服务于国内知名半导体设备制造企业北方华创（002371.SZ）、光伏设备制造企业捷佳伟创（300724.SZ）、功率半导体器件制造企业华微电子（600360.SH）等客户，并长期为昆明物理研究所、中国电子科技集团公司第十一、十三研究所等科研院所提供产品，与上述客户合作关系稳定，能最大程度满足下游客户对于各类型石英制品的需求。

北京国枫律师事务所作为凯德石英IPO项目法律顾问，全程提供了专业优质的法律服务。本项目由郭昕律师团队承办，签字律师为郭昕律师、杨惠然律师，项目组成员还包括张福兰律师。

感谢凯德石英对国枫的信任和支持，同时感谢保荐机构天风证券股份有限公司、审计机构容诚会计师事务所（特殊普通合伙）对国枫工作的通力配合，祝贺凯德石英在北京证券交易所成功上市。



郭昕 北京国枫律师事务所 合伙人
业务专长
公司证券业务、公司收购与兼并业务、金融业务



杨惠然 北京国枫律师事务所 律师
业务专长
公司证券业务、公司收购与兼并业务、金融业务

◆ 全国股转公司发布《全国中小企业股份转让系统分层管理办法》

The national stock transfer corporation issued the Measures for the Hierarchical Management of the National Share Transfer System of Small and Medium-sized Enterprises

3月4日，全国中小企业股份转让系统有限责任公司发布修订后的《全国中小企业股份转让系统分层管理办法》以及配套修订的《全国中小企业股份转让系统分层调整业务指南》，相关规则自2022年3月4日起发布实施。本次修订内容主要包括五个方面：1. 优化进层财务条件，促进创新层公司质量提升；2. 调整非财务条件，契合“层层递进”的市场格局；3. 优化进层频次，引导企业合理安排融资发展规划；4. 强化规范要求，压实各方责任；5. 严格降层安排，及时调出不适合在创新层挂牌的公司。

◆ 市场监管总局印发《全国商业秘密保护创新试点工作方案》

The State Administration of Market Supervision issued the National Pilot Work Plan for Trade Secret Protection and Innovation

3月2日，国家市场监督管理总局印发《全国商业秘密保护创新试点工作方案》，决定开展全国商业秘密保护创新试点工作。本次创新试点以市、县（区）为单位开展，由地方政府提出申请，并上报创新试点工作方案。市场监管总局将组织专家对创新试点工作方案进行评估论证，选择15—20个地区，作为第一批创新试点地区，于2022年6月底前公布。创新试点地区于2022年7月全面启动试点工作，试点周期为3年。

◆ 市场监管总局发布《外商投资企业授权登记管理办法》

The State Administration of Market Supervision issued the Measures for the Administration of Authorized Registration of Enterprises with Foreign Investment

3月1日，国家市场监督管理总局发布修订后的《外商投资企业授权登记管理办法》，并将于2022年4月1日起正式施行。《办法》主要修订以下内容：1. 明确《办法》具体制定依据和管理范围；2. 强调外商投资企业的授权管理制度和登记机关；3. 简化申请外商投资企业登记管理授权的条件材料；4. 强化被授权市场监管部门的登记审查、授权变更等责任。

◆ 财政部、税务总局发布《关于进一步实施小微企业“六税两费”减免政策的公告》

The Ministry of Finance and the State Administration of Taxation issued the Announcement on Further Implementing the "Six Taxes and Two Fees" Reduction and Exemption Policy for Small and Micro Enterprises

3月1日，财政部与税务总局发布《关于进一步实施小微企业“六税两费”减免政策的公告》，执行期限为2022年1月1日至2024年12月31日。《公告》规定，省级政府根据地区实际情况对增值税小规模纳税人、小型微利企业和个体工商户可以在50%的税额幅度内减征资源税、城市维护建设税、房产税、城镇土地使用税、印花税（不含证券交易印花税）、耕地占用税和教育费附加、地方教育附加。已依法享受相关税收优惠的纳税人可以叠加享受上述优惠政策。

◆ 职务侵占罪中“利用职务上的便利”的认定——以双重法益说为立场 Determination of "Using the Convenience of the Position" in the Crime of Official Embezzlement——Take the double legal benefit theory as the standpoint

刘华英 杭程

一、问题的提出

对职务侵占罪中“利用职务上的便利”的理解与认定问题，虽然学界已经取得了一定的共识，但是在对该概念进行精准适用时仍产生了分歧。在司法实践中比较有代表性的案例是“李某职务侵占案”，笔者将试以本案说明司法工作人员对“利用职务上的便利”理解的分歧。本案的基本案情是：被告人李某等3人根据公司要求运送一批货物。途中，3人密谋从货车内取出一箱价值16万余元的纪念币进行瓜分。^①检察院以盗窃罪进行指控，理由是被告人不具有拿取货箱内纪念金币的权限，超越职务权限的行为意味着没有利用职务上的便利，李某实施秘密窃取的行为实际上利用的是工作上的便利，应以盗窃罪进行认定。

然而，经过两次审判，法院仍认定李某构成职务侵占罪，理由是职务侵占罪不要求行为人按照职务权限的规定行事。相反，行为人采用侵吞、盗窃、诈骗等非法手段实施职务侵占行为时往往违反职务权限的规定。虽然李某在运输途中没有私自开箱的权利，开箱取货绝不是其职务权限，但无法否认李某在窃取纪念金币时利用了自己运输、保管货物的职务便利，故检察院的观点不能成立。概括来说，检察院认为“利用职务上的便利”必须是利用职务权限内便利，对于超出自身职权的行为不能够被认为是利用职务上的便利；法院则认为既包括利用自身职务的权限，也包括利用超出自身职务权限的便利。

学界与实务界对“利用职务上的便利”存在诸多不同观点，但这些观点均存在一定的疑问。笔者认为，“利用职务上的便利”是指行为人履职过程中违背单位赋予的职权与职责，利用该履职事项所形成的便利条件，而这种利用需具有侵犯职务行为廉洁的可能性。

^①参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2009年第8期，第44页。

二、职务侵占罪保护的法益

对职务侵占罪构成要件的解释需要依靠职务侵占罪所保护的法益进行指引，这是因为法益的理解与把握将直接影响构成要件要素的理解与认定。^②传统观点赞成单一法益说，认为公司、企业或其他单位的财物所有权是本罪保护的法益。^③周光权教授认为除了单位的财物所有权以外，还包括单位对财产的占有关系。^④但不论如何，持该说观点的学者认为本罪只保护单位的财产权。双重法益说则认为，本罪除了保护单位的财产权以外，还包括职务行为的廉洁性。^⑤两种不同观点产生的原因，归根到底是因为前者是以侵占罪为基础理解职务侵占罪，而后者是贪污罪为基础理解职务侵占罪。

我国目前主流观点是单一法益说，理由主要有以下几点：首先，职务侵占罪属于刑法分则第五章侵犯财产罪的罪名，其保护的法益毫无疑问囊括财产权。单位给予行为人一定的权力是为了便于管理，目的是为了能够更好地保护单位资产以及使其增长。换言之，所谓的职务行为的廉洁性，其本身都是为了财产才诞生的概念。职务行为的廉洁性只不过是保护单位财产的一种手段形式，双重法益论将其上升至与财产权同等保护的地位属于多此一举。其次，侵犯法益的数量会导致法定刑的不同。例如抢劫罪保护两个法益，其法定刑重于盗窃罪。因为职务侵占罪只保护财产权，贪污罪保护财产权和国家工作人员职务的廉洁性两个法益，因而前者处罚整体低于后者，这与单一法益说的观点是相匹配的。然而，职务侵占罪与盗窃罪同为财产犯罪，但前者处罚却轻于后者，这与双重法益说的观点是相矛盾的。最后，保护双重法益的罪名中，两个法益之间各自独立，二者并无手段与目的之间的联系，如前述抢劫罪与贪污罪。^⑥笔者认为，上述理由并不能够成立。

第一种理由无视了职务侵占罪所侵犯的职务行为廉洁性法益。首先，从上述梳理职务侵占罪的罪名渊源可以看出，职务侵占罪就是由贪污罪演变而来的，两罪最主要的区别就是主体的不同，其他要件相同或非常相似。贪污罪与职务侵占罪均系利用职务上的便利侵占财产，只不过前者是利用公务的便利，侵犯了公务行为的廉洁性，而后者是利用非公务的便利，侵犯职务行为的廉洁性。不

^② 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第216页。

^③ 参见前引[3]，高铭暄，马克昌书，第509-510页。

^④ 参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2016年版，第143页。

^⑤ 参见刘伟琦：《“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》，《政治与法律》2015年第1期，第50-59页。

^⑥ 参见周啸天：《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》，《政治与法律》2016年第7期，第36-48页。

论公务抑或非公务，均要求做到廉洁。单一法益说错误理解立法目的，同时也与这类行为侵犯双重法益的事实不符。为了业务经营与正常发展，单位必须给予员工以一定权力，要求其履行一定职务，员工履行职务的过程便是实现单位意志的过程。随着社会主义市场经济的不断发展，公司、企业等单位的经济主体地位越来越重要，在社会运行中扮演的角色也越来越重要。单位的生死存亡深刻地影响着众多员工的利益，这也是为什么在司法实践中检察院对企业负责人的批捕慎之又慎的原因。正因为如此，这种来源于单位的权力理应受到法律保护，正如来源于国家的公权力受到法律保护一样。这两种权力虽然性质不一样，但一旦其廉洁性受到侵犯，均会造成社会危害性。其次，认为将职务行为廉洁性上升至与财产权同等保护的地位并无必要的观点将会导致职务侵占罪的保护法益与行为要件不协调的情况。将某种侵害法益的行为类型性地规定为犯罪构成要件是刑事立法的原理。事实上，对于同在刑法分则第五章的抢劫罪就能说明该问题。抢劫罪是一个保护双重法益的罪名，包括财产权利与人身权利。刑法将抢劫罪的行为要件规定为“以暴力、胁迫或者其他方法”和“抢劫公私财物”，前者侵犯的是人身权利，后者侵犯的是财产权利。所以，抢劫罪的双重法益能够与其行为要件互相匹配。

对于第二种理由，在《刑法修正案（十一）》出台之前，应当说是比较有力反驳双重法益说的观点。但是，《刑法修正案（十一）》将职务侵占罪的法定刑调整为“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”三档，修改后的法定最高刑已达无期徒刑，与盗窃罪、诈骗罪法定最高刑一致。该理由不再能够成立。此外，修改后的职务侵占罪除不能判处死刑以外与贪污罪的法定刑配置基本一致，这种比照贪污罪的规定来设置刑罚的做法更加凸显出立法者的意图，即职务侵占罪实际上是参照贪污罪进行设计。除了《刑法修正案（十一）》以外，过往的司法解释也反映了职务侵占罪与贪污罪的密切关系。例如，2016年两高颁布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》规定：职务侵占罪“数额较大”、“数额巨大”的标准按照贪污罪相应数额标准规定的两倍、五倍执行。不论是从该司法解释的名称抑或具体规定皆可得出两高就是以贪污罪为参考系考察职务侵占罪的结论。

第三种理由显然不够成立，因为我国刑法中也存在一个罪名保护两个并不互相独立法益的情况。例如，通说认为刑法分则第三章规定的生产、销售假药罪的保护法益包括人身权利与药品管理秩序。

⑦这里的人身权利具体是指生命健康权，而药品管理秩序显然是为了保障公民的生命健康权。由此

⑦参见前引[3]，高铭暄、马克昌书，第370页。

一来，药品管理秩序是为了保护生命健康权，前者是手段而后者是目的，但通说依旧认为本罪保护双重法益。其次，如果采用单一法益说，那么本罪的设置似乎显得有些多余。原因是职务侵占罪的行为手段包括侵占、窃取、骗取或者其他非法手段，而这些行为分别都存在着侵占罪、盗窃罪、诈骗罪等罪名予以规制，如果仅是保护财产权利的话用这些罪名予以规制即可，立法者何必多此一举，增加立法成本多设一个罪名？立法者显然是出于保护职务行为廉洁性的考量而设置本罪。

综上所述，单一法益说批判双重法益说的理由并不能成立，单一法益说系对职务侵占罪背后所反映的立法精神的误解。不论是从职务侵占罪产生的历史沿革，抑或近些年出台的司法解释，再或是2021年施行的《刑法修正案（十一）》，都能看得出立法者与两高均系以贪污罪为参考系考察职务侵占罪，职务侵占罪保护的法益应当包括职务行为廉洁性。

三、“利用职务上的便利”的认定标准

（一）“职务”认定之误区

“职务”的认定主要存在两种观点。第一种观点认为，“职务”是指从事管理工作的岗位。^⑧第二种观点认为，“职务”既包括从事管理工作的岗位，也包括从事劳务活动的岗位，但这两种岗位的工作人员均需要与被侵害单位建立劳动关系。^⑨

笔者对以上两种观点均不认同。首先，对于第一种观点，职务侵占罪中的职务不能够狭义地限于管理性活动，而应该既包括管理行为，也包括普通业务行为。如果将职务的范围仅限于管理性活动，将会不当地缩小了处罚范围。例如在文首提到的李某职务侵占案中，李某的职务是货运司机，进一步说其职务是将货物安全地运输到公司指定的目的地，货运正是其应当要做的事，也是其所在职位主要从事的工作。但显然货车司机并不属于管理类的职位，其也并不会从事管理性的活动，其在事实上占有、控制着单位财物，在货运过程中负有妥善保管、运输货物的职责。李某以货车司机的身份运输货物属于履行单位职务。因此，第一种观点不当地缩小了职务的范围。

第二种观点则以偏概全，即这是典型的职务侵占的情形，但并非实践中的所有情形。实务中还

^⑧参见李抒闻：《从司法认定角度分析职务侵占罪》，《大庆社会科学》2021年第1期，第85-90页。

^⑨参见钱立春：《职务侵占罪认定法律问题探讨》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2015年第1期，第14-22页。

有许多行为人与被侵害单位不存在劳动关系，而是利用劳务派遣的机会侵害单位财物的情况。按照第二种观点的理解，由于劳务派遣的员工与被侵害的单位（接受劳务派遣的单位）之间不存在劳动关系，所以该员工就无法被以职务侵占罪追究刑事责任。不论单位员工是否属于劳务派遣，其从事的工作均是单位交办的业务，体现公司的意志，他们均受到单位的管理、指挥。在这个意义上来看，劳务派遣的员工与普通员工在进行业务活动时并无区别。一旦他们实施了侵占单位财产的行为，对于单位的财产权利与管理制度的侵害并无不同。

如此一来，不论是否从事管理业务，也不论员工与单位之间是否建立劳动关系，都有可能利用控制、支配单位财物的地位侵占单位财物，这在侵犯单位财产权与职务行为廉洁性上没有区别。

（二）有无侵犯职务行为廉洁性是认定“利用职务上的便利”的标准

对构成要件的解释应以法益作为指导原则。职务侵占罪保护的法益包括单位的财产权利与职务行为廉洁性，而“职务”实际上涉及到后者。所以，对“职务”的解释，应以是否能够侵犯职务行为廉洁性作为前提。如果没有这种侵犯的可能性，则该种事务或工作不能作为职务侵占罪的评价对象。不管是利用不具有管理内容的普通业务形成的便利侵占单位财产，还是利用从事不具有劳动关系的劳务派遣员工、临时工等形成的便利侵占单位财产，都具有侵犯职务行为廉洁性的可能性。以上两种学说将具有侵犯职务行为廉洁性可能性的情形排除在“职务”范围之外，并不妥当。

那么，基于侵犯职务行为廉洁性的可能性考量，“利用职务上的便利”即是指行为人在完成单位交代的任务过程中，违背单位赋予其的职权与职责，利用该履职事项所形成的便利条件。例如，单位业务员因工作产生费用，按照公司规定可以凭发票报销，业务员利用该机会以假发票骗取报销款，侵犯了职务行为的廉洁性，应当成立职务侵占罪。如果行为人在完成单位交代的任务过程中虽然能够接触单位财产，但其履职过程却并不涉及到该财物本身，即便其侵占了单位的财产，但由于其对职务行为的廉洁性并未造成侵害，因此不能构成职务侵占罪，而是应以其他财产罪予以规制。例如，单位清洁工在打扫财务室的过程中窃取单位现金，虽然打扫卫生的工作系由单位分配给清洁工，但清洁工无论如何也不具有与该现金相关的任何职权跟职责，此处清洁工的工作不属于本罪所称“职务”的范畴，尽管其行为虽然侵犯了单位的财产权，但不成立职务侵占罪。

四、结语

职务侵占罪的保护法益应当包括单位的财产权利与职务行为廉洁性，而后者是认定“利用职务的便利”的标准。“利用职务上的便利”是指行为人履职过程中违背单位赋予其的职权与职责，利用该履职事项所形成的便利条件，而这种利用需具有侵犯职务行为廉洁的可能性。在文首提到的李某职务侵占案中，李某身为货车司机，其职责是妥善保管纪念币，并将纪念币安全、准时运送到目的地。但李某利用对纪念币的合法支配地位而将其据为己有，违背了对单位奉公的义务，侵犯了职务的廉洁性，构成职务侵占罪。

◆ 法律能为妇女做些什么
What can the law do for women

尊重，而非剥削和利用，才是处理两性关系的破局之道——罗翔

我从2003年做博士论文的时候，就开始从事“性侵犯罪中的同意问题”研究，迄今已快20年。当时为什么会选择这个题目呢？因为那段时间社会上出现了一系列跟性侵有关的热点案件，社会公众跟法律界之间产生了巨大的割裂，于是这就让我开始去反思，随着研究的深入，我接触到了女权主义法学的一些观念，这些观念让我感到非常震撼，甚至可以用振聋发聩来形容。

1984年，女权主义法学家麦金农说过这样一句话，“人类一切两性关系之间的性行为都是强奸”，因为在男女不平等的情况下，女性根本无法给予自主的同意，一切的同意都不过是虚与委蛇。这句话真的太刺耳了，但是刺耳让我开始反思自己对于性侵犯罪是否存在偏见。我们每个人都生活在偏见之中，我们有出身的偏见，种族的偏见，地域的偏见、性别的偏见，而法律的一个重要功能，就是在各种偏见中寻找一种平衡之道，在各种对立的利益中寻找出一种合乎中道的恰如其分。

我认为在刑法中，我们应该使用更为规范的概念“不同意”，而不要再使用心理学上的概念“违背意志”。因为在人类的生活中，比如说在大量的这种性交易案件中，性工作者在接客的时候似乎也是违背意志的，但是在法律中它依然是同意的。各位会发现，同意不是一个单纯的事实问题，它是一个价值判断问题。我们在理解不同意问题的时候，一定要开启女性视野，法律不能用男性的标准来要求女性。虽然男女有别，但是合理的区别对待，也是法律正义的一种表达。

当然法律解决不了所有的社会问题，法律只是对人最低的道德要求，更为重要的是人内心的道德法则。我们依然需要聆听康德的伟大教导，我们依然要去思考什么是我们所敬畏的，我们是不是依然能够像康德那样，始终对两件事情保持敬畏，一是头顶璀璨的星空，二是心中神圣的道德法则。在当前的社会，我们会发现，虽然法律极力倡导男女平等，但是不得不承认，女性依然在很多时刻处于弱势地位。所以，法律应该给予女性更多的关心和更多的关爱，在男女交往的过程中，最重要的功课就是要学会尊重，要真正地想一想我们能不能发自内心地去尊重他人。“人只能是目的，不能是纯粹的手段”，一个尊重别人的人，就不会把他人当作玩物；一个尊重人性的人，同样也能尊重自己，而不会沉溺于这些败坏低级的趣味之中。

无论如何，在解决两性关系的问题上，尊重，而非剥削和利用，才是处理两性关系的破局之道，希望我们在座每一个人都能够尊重他人，尊重自己。