

731经典案例刑法4 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/203/2021_2022_731_E7_BB_8F_E5_85_B8_E6_c80_203411.htm [案情] 2002年8月至10月间，

时任某国有公司过磅员的杜某某，为赚取运费，让自己家的“东风”货车并入到李某某承包的从煤矿往公司运煤业务中运煤。后来杜某某发现有机可乘，便与其公爹武某某商量，决定偷卖煤。于是，杜某某便让其公爹在随司机将煤从煤矿拉出后，中途私自将煤拉往别处卖掉，而后杜某某利用其过磅员的职务之便，私自填写“进料单”，并摹仿煤质人员的签名，计入进料帐，先后共计10车，101.9吨，价值18342元，杜某某将卖煤得款自肥。 [评议] 对本案的定性，有三种不同意见。第一种意见：盗窃罪。理由：杜某某和武某某在商定后，将从煤矿拉出的煤秘密从半途中窃取，并销赃自肥，其行为符合以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，销赃自肥的特征。煤未拉到公司，与杜某某的职务并未有关系，杜私填“进料单”的行为，意在为掩盖其盗窃行为，而在此前，盗窃行为已经成立。故对杜某某，武某某应以盗窃罪定罪处罚。第二种意见：职务侵占罪。理由：一、杜某某的行为是职务行为，其为过磅员，正是基于此身份，方才决定中途截煤，而截煤之后，其行为并未完成，而是又私填“进料单”将帐走平，意在让公司与煤矿结算，至此，她的行为方才完成。二、因为杜某某是一名国有企业的司磅员，所从事的工作仅是过磅收料，不具有对国有财物的支配权，仅是过磅计量，不符合公务行为所指的代表国家履行行政管理，或者代表国有单位对企业国有资产进行监督、管理。也不符合负责

某项工作对国有资产合理使用、增值、保值等职权的特征。仅是劳务性质，所以，以前“一”种理由，杜某某的行为是职务侵占，而非盗窃，以第“二”种理由，杜某某的行为仍为职务侵占行为，而非贪污。第三种意见：贪污罪。理由：杜某某的身份符合《刑法》第九十三条第二款所规定的准国家工作人员的特征。其作为过磅员，具有管理、经手国有财产的权力，而其利用这一职务之便，窃取占有了国有财物，即把本应有气化厂所有的煤炭窃为己有，同时又私填进料单将帐走平，最后造成气化厂与杨村矿的结算，是一种变相行为，所以应认定其行为是贪污。笔者同意第三种意见，杜某某与武某某共同构成贪污罪。理由：第一种意见，笔者认为是把案件的全过程割裂开来，单纯从取得赃物的方式方法上来界定，而没有从全案事实即从商定截煤到最后私填“进料单”予以掩盖的职务行为综合考虑，所以，单纯地以案件的前半部分认定为盗窃罪有管中窥豹之嫌，故不能同意。可讨论的是第二、第三种意见。二者的分歧焦点其实就是杜某某的行为是公务行为还是劳务行为，也就是其作为过磅员的检磅进料工作是公务还是劳务。我国刑法第三百八十二条，第九十三条，对贪污罪主体类型的规定有两种：一是国家工作人员，二是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员。其中，国家工作人员包括：1、国家机关中从事公务的人员；2、国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员；3、国家机关、国有公司、企业、事业单位、社会团体委派到非国有公司、企业、事业单位从事公务的人员。从上述规定可以看出是否是国家工作人员的界定是以是否从事公务作为标准来确认的。

从事公务是刑法规定的国家工作人员的本质特征。公务主要表现为职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职责。过去，我们一般在界定某个人是否是国家工作人员时，主要看其是否是国家机关任命的干部身份，并将此认定为刑法规定的贪污罪主体条件。随着社会的发展，国企用人机制的改革，干部和工人的界限已经打破，因此，判断是否属于从事公务，不再以其是否是具备干部身份为标准，也不以其是按照何种从事管理序列编制为标准，主要看其实际从事的工作是否属于公务性质。公务不同于劳务，公务具有职权性质，而劳务却不具备职权所赋予的自主性、支配性。判断国企人员所从事的是否是公务，主要看是否对国有财物是否具有管理支配性。本案中，被告人杜某某身为国有企业的工作人员，其司磅收进煤炭，填写“进料单”报帐，即具有一定的管理支配权，在多与少、好与坏等材料的收购上有一定判断、决定权，而其所经手的是国有财产，故应认定其对国有资产负有管理职责的公务活动，与一般活动的服务性的劳务活动有着根本的区别。所以，应认定被告人杜某某具备贪污罪的主体资格。其行为符合《刑法》第三百八十二条、第三百八十三条第（三）项的规定，构成贪污罪。其为主犯，作为共同犯罪的武某某，其行为也应认定构成贪污罪。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com