

掀开本案看缺憾 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_8E_80_E5_BC_80_E6_9C_AC_E6_c122_479472.htm 一九九八年里在本旗县境内影响一时的五金交化公司班子成员集体贪污、职务侵占、挪用资金案，可以说是还有许多值得商榷的地方，经过近一年的审理仍未最终定案，一审法院第一次审结后有三人上诉，二案发还重审后，全案五被告均提出了上诉，接受本案第五被告人王某家人的委托，我担任了王某的辩护人参加了庭审，提出的部分辩护意见虽被重审采纳，但在本案定性方面还有可谈之处。

一、控辩双方不谋而合，审判法庭改变定性。起诉书是依据>第271条职务侵占罪提出指控的，案件由来及事实的认定各方均没有异议，涉案五被告系五金交电化工公司的董事长、经理、副经理、会计、监事长、现金，也是公司的班子集体。自98年3月份至2000年8月份，利用职务之便利采取“小进大出”的手段将公司法人资产从单位小金库支出，并以奖金方式平均分取，累计28万元，人均取利5.7万元。罪案发源于职工举报，纪委查办，查清后移交检察部门，虽说是涉案标的不大，但案件的发生使班子集体成员无一漏网，就感到影响不小，情节虽简单，但紧接着涉及到定性定罪，又使得当地司法界，包括检、法及律师各有不同判断认识，到后来的审判中也真是出现了“控而不判，判而无控”的现象。公诉方以职务侵占罪为指控，理由是从该公司的性质上看，公司经过九四年的改制，国有参股(34%)、职工入股(60%)组成，是特殊时期组成的股份合作制公司，而改制方案及政府主管部门的批复中明确“国有股”是以固定资产折旧注入，逐年计取资产占用费，不收股利，十年

后全部资产撤出。自九四年改制后至二000年年末,公司均按方案如数缴纳资产占用费,做为国有股体现的固定资产完好无损,五被告只利用职务之便将公司小金库资金以奖金方式集体均分,因而控告方按职务侵占罪提出公诉。案件在第一次初审后,按照“职务侵占罪”下判,五被告中有三人以量刑较重为由提出上诉,二审审查后认为没有查清主体身份而发还重审,案件焦点再次转移到被告人主体身份方面,原因是在公司改制的一九九四年,其主管部门 - 商业局给公司法定代表人(第一被告)及监事长(第五被告)出过一份“委托书”,委托代管公司内的国有资产部分。重审时控方仍旧依据>第271条确定罪名,再次按职务侵占提起公诉,做为本案被告的各辩方,根据全案事实也以控方定性正确,有部分辩方附以主、从犯认定有异议做二层辩护,另三位辩护人量刑情节及有自首行为为由做从轻辩护。第二次庭审之后法院以集体“贪污罪”改变了定性,提高了刑期,加重了处罚,五被告及其辩护人均提出上诉。二、“贪污”“侵占”似是而非,细辩案情确认定性。按照《刑法》规定的各罪的成罪要件,辩护人依然坚持职务侵占罪的定性较为准确。我国《刑法》把“贪污”与“侵占”分别列入不同的侵害客体类罪,就“贪污”而言又有“典型的贪污罪”与“特殊转化的贪污罪”,《刑法》第382条是典型的贪污罪,从主体构成、主观要件、客观要件、成罪客体四方面均有清晰明了的规定,而该案主要针对的是“特殊类型的转化型贪污”,依据是《刑法》第271条二款的规定。根据罪行法定的原则及法无明文不定罪,法无明文不处罚的审判实践,确认罪名应追求准确无误,排除似是而非,该案中主要是看五被告是不是“以国家工作人员论”的特殊主体,具体可见,涉案中公司的性

质是“国有参股”，并不是国有公司，被告人虽有国家机关“委托”，但被告主体身份也并非是被委托到非国有公司的“国家工作人员”。而《刑法》条文表明：“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”是特列贪污罪的构成主体。《刑法》第271条二款取用“委派”、“从事公务”，并未包含“委托”行为，而《刑法》第382条二款则采用“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，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或以其他方式非法占有国有财物的，以贪污论”。由此可见，《刑法》条文对“委托”、“委派”的含义和性质是有不同区分的，“委托”主要针对的是国有财物，重在客体指向，以保护国有财物和被委托主体的廉洁为要。全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪决定》第十条、第十四条对公司人员侵占公司财物罪做过明确规定，而本案中被占资产并不是“国有”资产，客体对象方面与典型贪污罪不尽相同。也曾有不少的刑法学理论教材中把“国有财物”含在“法人财物”内容中，不作区分。但最高院2000年2月16日“关于对委托管理、经营国有财产的人员挪用国有资金的行为如何定性”以及2001年5月23日“关于在国有控股参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务之便非法占有本公司财物如何定罪问题的批复”，这两个批复意见从成罪要件的主体、客体两方面加以明确，以司法解释的方式把“国有财物”、“法人财物”、“委托”、“委派”、“国有参股主体”做了具体规定，对特殊历史条件下产生的，原有法人代表被继续任命到改制后的国有独资公司中任职的，也做过纪要性说明。具体到本案，被告虽有被委托的事实，但国有财物未受到侵害，从刑法保护的

特殊客体看不具备贪污罪的构成要件,笔者倾向应定为职务侵占罪。 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