

我对试卷二第18题参考答案有异议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_AF\\_B9\\_E8\\_AF\\_95\\_E5\\_c36\\_480242.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_88_91_E5_AF_B9_E8_AF_95_E5_c36_480242.htm) 罪刑法定的身份犯----

贪污罪 试卷二第18题：甲为非国家工作人员，是国有公司控股的股份有限公司主管财务的副总经理；乙为国家工作人员，是该公司财务部主管。甲与乙勾结，分别利用各自的职务便利，共同侵吞了本单位的财物100万元。对甲、乙两人应当如何定性？ A.甲定职务侵占罪，乙定贪污罪，两人不是共同犯罪 B.甲定职务侵占罪，乙定贪污罪，但两人是共同犯罪 C.甲定职务侵占罪，乙定共犯，也定职务侵占罪 D.乙定贪污罪，甲是共犯，也定贪污罪 本试题由司法部公布的参考答案

为C。对此异议最多的就是选项D。由此引发我们对“两个或两个以上具有不同特定身份的人，相互勾结，并利用各自的职务便利，共同侵吞所在单位财物的”行为，该如何定罪问题的特别关注。其探讨与争鸣，或可为司法审判实践作理论参考。先看下面的法律规定：刑法第三百八十二条：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”“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、骗取或者以其他手段非法占有国有财物，以贪污论。”“与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”首先，从上述刑法规定可知：只要“与国家工作人员勾结，伙同贪污的”，不论该共犯人是何种身份，都以贪污罪的共犯论处。应当看到，本条三款规定，属于强制性规范，具有排他性，即凡“与前

两款所列人员勾结，伙同贪污的”人，其身份如何，在所不问；即便是任职公司、企业的高级主管，均不在考察之列。显然，我国刑法作此刚性规定的目的，应在于最大限度地保护国有财产，尤其是公务行为的廉洁，通过扩大严惩贪污犯罪的主体范围??包括与之勾结、伙同贪污的任何非国家工作人员而概莫能外，以最大程度的维护国家机关与政府的形象免于遭受损害。在此，为刑法所保护的国家利益必然高于其他任何单位利益。其次，最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释（法释[2000]15号）第3条：“公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。”应当认为本司法解释虽为区分贪污与职务侵占案件作出了界定，但不能因此就以该解释改变了刑法第三百八十二条规定的本义和宗旨，从而阻却或拒绝刑法的明文规定在司法审判实践中的具体运用。果真如此，就有违反罪刑法定原则、罪刑相适应原则之嫌，使得诸如本案的定罪量刑所认定的事实、所适用的法律依据都难以做到“坚不可摧、攻不可破”成为“铁案”，可经得起历史的检验。当然，这其中还涉及到法律与司法解释的适用效力问题，其优先性不言自明。再次，本案中，甲虽身为公司副总，却因其与国家工作人员乙勾结，伙同贪污，依照前述规定，甲的身份在本案中先行失去刑法上身份犯的意义，已不能影响对其“以（贪污罪）共犯论处”的结果和命运了。更何况，对甲、乙两人谁为主犯的认定尚有一争（比如，若本案中的乙先行谋划、主动勾结甲，利用自身为该公司财务主管之便利，伪造财会资

料等，亲自施以窃取、骗取、侵吞等手段，以达非法占有之目的，而甲不过是被乙所利诱动了贪心，违法审批而分赃，此时乙当为主犯无疑。而之所以会有此情形推定，皆因本案所给条件不充分，难以明确认定谁为主犯罢了)。最后，本案甲、乙共同侵吞了本单位财物100万元，数额特别巨大，情节严重，依法应加重处罚。而对贪污罪的处罚显然重于职务侵占罪，根据罪刑相适应原则，对乙及甲认定为贪污罪也是罚当其罪的。综上，按照罪刑法定原则和罪刑相适应原则，本案对甲、乙二人应当定性为“乙定贪污罪，甲是共犯，也定贪污罪”，即选项D应是正确的答案。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](http://www.100test.com)