

刑法学前沿

— 周其华◎著 —

GUO AN YU JIU ZHENG

错案与纠正



本书收集了近几年来专家论证的刑事、民事、行政疑难案件，将案件处理过程，原原本本作了介绍，对案件处理过程中反映出来的疑难问题和分歧意见进行了分析研究，得出比较确切的结论性意见，具有一定权威性、理论性和实用性。

中国方正出版社

错案  纠正

周其华 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

错案与纠正/周其华著. -北京:中国方正出版社, 2005. 12

ISBN 7-80107-867-5

I. 错… II. 周… III. 错案-纠正-研究 IV. D922.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 0745610 号

错案与纠正

周其华 著

责任编辑: 陈悦

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560938 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63094520 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: cy.law@163.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市梦宇印务有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 13

字 数: 310 千字

版 次: 2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月北京第 2 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-867-5

定价: 27.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

前言

错案 ⑤ 纠正

近几年来，我国司法机关依法处理了一大批刑事、民事、行政诉讼案件，绝大部分案件的处理符合法律的规定，实现了依法公正办案，达到了惩罚犯罪、保护人民、公平、公正处理民事、行政纠纷，稳定社会秩序的目的。但是，在司法过程中也出现了许多疑难的问题，涉案各方面认识不一致，意见分歧很大，形成了一批疑难案件。对于这些疑难案件，有的经过几次反复，最后得到了纠正，作了比较符合法律规定的处理，有的处理意见至今各方面还在争论。认真分析研究这些案件的处理过程，分析各种分歧意见，从中总结出经验教训，上升到理论高度去认识，对司法机关依法办案实现司法公正，提高办案质量，纠正错案；对公民依法办事，正确维护自己的合法权益；对犯罪者正确认识自己的犯罪行为，认罪服判；对立法机关修改、解释、完善法律规定，都具有十分重要的意义。

本书是作者在其主编的《刑事错案评析》出版后，受到读者热烈欢迎的鼓舞下，又收集了近几年来专家论证的刑事、民事、行政疑难案件，将案

件处理过程原原本本地作了介绍，对案件处理过程中反映出来的疑难问题和分歧意见进行了分析研究，得出比较确切的结论性意见，具有一定权威性、理论性和实用性。多数意见已被司法机关和立法机关所采纳；有的意见虽然暂时没有被采纳，也具有理论研究价值和司法参考价值。本书的各种研究结论是一种学术研究成果，只具有学术研究价值，不具有法律效力。为了研究方便，在本书编写过程中将真实的姓名、地址、单位名称隐去，以某机关、某单位、某地、张某、李某等代替，与实际案件无雷同关系。

本书中所收集的案件，是从众多疑难案件中精选出来的，都是司法实践中多发的、常见的案例，具有典型性和借鉴意义。对案件的研究包括：案件的处理、疑难问题与分歧意见、适用与研究等三个组成部分。每一案件的分析研究对司法实践和理论研究都有参考价值。

本书在编写的过程中得到了中国政法大学疑难案件研究中心、中国行为法学会法联重大疑难案件研究中心、中国法律文化研究中心、北京正仁律师事务所等单位及其邀请的专家、教授、司法工作者和律师提供的大量案件材料和研究意见。在此一并表示衷心的感谢！

周其华于北京
2005年10月26日

目 录

错案 ⑤ 纠正

1. 个人决定以单位名义将公款供其他单位使用的，不能构成挪用公款罪…… (1)
2. 行为时和审判时的法律都认为是犯罪的，适用从旧兼从轻的原则…… (11)
3. 对证人实行看管措施，就是非法拘禁他人…… (28)
4. 有犯罪事实，需要追究刑事责任的，应当立案…… (37)
5. 共同犯罪主犯必须实施主要犯罪行为…… (45)
6. 应准确认定黑社会性质组织的犯罪… (56)
7. 借贷关系存续期间，还不能认定造成贷款损失…… (73)
8. 侵占本单位财物的行为，才有可能构成职务侵占罪…… (86)
9. 利用职务之便借用公款归个人使用，不构成挪用公款罪…… (95)
10. 私分国有资产罪与贪污罪的界限… (113)

11. 抵押反担保合同有效期间，还不能认定造成贷款损失 … (121)
12. 确定侵犯财产的性质，应以行为时财产所有权性质为准
..... (133)
13. 非法占有单位的存款单，应是犯罪预备的行为 (150)
14. 犯罪人的行为与犯罪结果之间没有因果关系，不构成犯罪
..... (164)
15. 共同犯罪中的伤害致死的准确认定 (175)
16. 集体经济组织的工作人员，不再属于国家工作人员 (190)
17. 组织卖淫罪和容留卖淫罪的界限 (202)
18. 利用职务上的便利，将单位的股权转让给自己，不构成
贪污罪 (213)
19. 国有企业改制前的偷税行为，应否追究刑事责任 (237)
20. 认定组织、领导黑社会性质组织罪必须依照国家法律规定
..... (256)
21. 以暴力相要挟，勒索他人财物的行为，是敲诈勒索行为
..... (285)
22. 人民法院直接受理的重婚案件证据不足的，应当依法移送
公安机关侦查 (305)
23. 证据确实充分，没有排他性的犯罪事实才能认定为犯罪
..... (321)
24. 故意杀人罪在主观上必须具有杀人的故意 (335)
25. 公司在清产期间，原法人代表不能再行使法人代理权 … (349)
26. 以虚假的主体与他人签订建筑合同应属无效 (364)
27. 民事诉讼中发现有犯罪嫌疑的，应移送有关机关立案侦查
..... (375)
28. 工程质量不合格，施工单位应负全部责任 (395)

个人决定以单位名义将 公款供其他单位使用的， 不能构成挪用公款罪

我国刑法第384条规定，国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用的，构成挪用公款罪。何为“归个人使用”，司法实践中有不同认识，最高司法解释机关曾将“挪用公款归私营公司、私营企业使用的”，解释为属于挪用公款“归个人使用”。这种司法解释与刑法对单位犯罪的规定相矛盾，刑法第30条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”这说明“私营公司、私营企业”也是单位，也可以构成单位犯罪。全国人大常委会在《关于中华人民共和国刑法第三百八十四条第一款的解释》中，将挪用公款“归个人使用”的含义问题，解释为：“（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；

(二) 以个人名义将公款供其他单位使用的；(三) 个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的”。因此，在一般情况下，挪用公款归单位使用，包括私营单位使用，不构成挪用公款罪，只有以个人名义将公款供其他单位使用或者个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的才构成挪用公款罪。李某个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，没有谋取任何个人利益，也不能构成挪用公款罪。

▶ 一、案件的审理

1. 受理、调查、侦查

2004年3月，某市检察机关接到举报，举报该市某市农业发展银行信贷部副主任李某挪用公款100万元。某市人民检察院经初查认为，李某有挪用公款重大犯罪嫌疑，随立案进行侦查，并于2004年3月31日以涉嫌挪用公款罪将李某刑事拘留，经侦查，李某犯罪事实清楚，并于同年4月6日对李某改为取保候审的刑事强制措施。调查、侦查人员获取了有关的银行划款的金融凭证和证人证言并依此认定，李某有挪用公款犯罪嫌疑。

2. 侦查终结

人民检察院侦查终结，认定李某有以下犯罪行为：2004年3月9日中午，李某给某粮库主任宋某打电话说：“我行借款100万元，用几天就还”，宋某当即表示同意。次日，宋某派会计杨某、出纳刘某到中国农业发展银行某市分行找到李某，并于下午15时30分按李某提供的某市惠源房屋拆除公司户名及账号转出100万元，当即将100万元落入李某提供的账户上。当日，傍晚七、八点钟，李某觉得这样做不妥，是违背银行规定的行为，并亲自到本单位行长李某某家自首，全面说明情况。李行长当即说：“先把款追回，听候处理”。2004年3月9日，某市惠源房屋拆除公司的陈某将该款用于注册公司验资，取得了营业执照。检察机关在侦查中，通知某市工商部门将该营业执照注销。3月12日上午10点，李某将100万元全部追回。

在人民检察院侦查期间，李某所在单位中国农业发展银行某市支行致函某市人民检察院，请求人民检察院对李某不起诉，由单位自行处理。理由是：李某以前从未违法乱纪，工作业绩突出，多次被评为

先进工作者，其负责的部、室曾多次被授予总行、省、地《青年文明号》先进集体称号。本次挪用公款仅一天多时间就全部归还，未造成损失，并具有在挪用公款的当天就向行长自首等从轻处罚情节。

某市人民检察院侦查部门经侦查认为，李某涉嫌挪用公款罪，但犯罪以后自动投案，如实供述自己的犯罪行为，是自首，可以从轻或者减轻处罚；同时，李某的犯罪情节较轻可以免除处罚。特别是李某挪用公款后，在一天多的时间内就主动追回全部公款，未造成损失。在侦查终结时提出不起诉的建议。

3. 专家论证意见

2004年6月2日，中国行为法学会法联重大疑难案件研究中心，应李某的申请，邀请有关的专家、教授对李某涉嫌挪用公款罪一案进行了专家论证。

专家们认真地审阅了某省政协法制委2004年5月23日《关于李某挪用公款一案的情况说明》、中国农业发展银行某市支行2004年5月20日致某市人民检察院的函，听取了李某的律师刘某对案件情况的介绍。在此基础上，专家们认真地进行了分析研究和反复论证，一致认为：根据某省政协法制委介绍的事实和全国人大关于“挪用公款归个人使用含义问题”的解释，李某的行为不构成挪用公款罪。具体论证如下：

（一）李某的行为不符合挪用公款归个人使用的法律规定，不构成挪用公款罪

据介绍：李某于2004年3月9日，将某粮库在其所任职的中国农业发展银行某市支行的存款100万元，个人决定以银行的名义提供给正在成立的某市惠源房屋拆除公司（私营）使用。当晚，李某亲自到银行行长家向行长自首，说明情况。3月12日上午，李某将100万元全部追回。3月31日，某市人民检察院根据群众举报，以李某涉嫌挪用公款罪将其刑事拘留，4月6日，对李某取保候审。

根据我国刑法第384条对挪用公款罪的规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的，是挪用公款罪。”又根据2002年4月28日全国人大常委会

会《关于中华人民共和国刑法第三百八十四条第一款的解释》中，挪用公款“归个人使用”的含义问题，解释如下：有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；（二）以个人名义将公款供其他单位使用的；（三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。

根据上述事实和法律、立法解释的规定，专家们认为，李某的行为不构成挪用公款罪。理由是：

（1）李某的行为是个人决定以单位的名义将公款供其他单位使用，但没有谋取个人利益。因此，李某的行为不属于全国人大常委会关于“挪用公款归个人使用”的三种情形之一的情形，不具有挪用公款“归个人使用”的犯罪构成要件。因此，不构成挪用公款罪。

（2）李某将公款供给私营公司使用，也是“归单位使用”，不是“归个人使用”。最高人民法院曾将“挪用公款归私营公司、私营企业使用”解释为属于“归个人使用”。这种解释不符合刑法对单位的规定，私营公司、私营企业也是单位，因此，全国人大常委会对上述立法解释给予了纠正。因此，单纯将公款供给私营公司、私营企业使用，不属于挪用公款归个人使用，不构成挪用公款罪。

（3）李某将公款供给正在成立的公司使用，也是“归单位使用”，不是“归个人使用”。最高人民检察院 2000 年 10 月 11 日，《关于挪用尚未注册成立公司资金的适用法律问题的批复》中解释“筹建公司的工作人员在公司登记注册前，利用职务上的便利，挪用准备设立公司的公款在银行开设的临时账户上的资金，归个人使用或者借贷给他人”“应当根据刑法第 272 条的规定，追究刑事责任”。这说明，该司法解释将“正在成立的公司”，尽管没有取得营业执照也作为单位，不是“个人”。事实上，我国刑法中规定的单位，不一定都有《营业执照》。因此，李某将公款供给正在注册的私营公司使用，也是供“单位使用”，不是归“个人使用，”不构成挪用公款罪。

（二）李某挪用公款行为情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪

李某将公款挪出以后，当日就向单位领导交代了全部事实，并按领导指示在不到三天的时间内将公款全部追回，没有给国家和有关单

位造成经济损失，是挪用公款的一般违法行为，根据刑法第13条规定，李某的行为，情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪。

▶ 二、疑难问题及分歧意见

李某挪用公款一案在审理过程中，司法机关与专家教授在认识上存在着严重的意见分歧，从有罪到无罪、从自首从轻处罚到数额巨大从重处罚，说明案件疑难程度大。主要疑难问题和分歧意见有：

1. 李某挪用公款归私营公司使用，是否可以构成挪用公款罪有不同的意见。李某挪用公款案在处理过程中，一方面，司法机关认为，挪用公款归私营公司、私营企业使用，实际上是挪用公款归个人使用，符合刑法规定的挪用公款归个人使用的特征，可以构成挪用公款罪，因此，对李某的行为立案、侦查并提出相对不起诉的处理意见；另一方面，专家们认为，私营公司、私营企业也是单位，单纯将公款供给私营公司、私营企业使用，是挪用公款归单位使用，不属于挪用公款归个人使用，不构成挪用公款罪。笔者认为，根据我国刑法第30条规定，私营公司、私营企业可以构成单位犯罪，既然是单位犯罪，其主体必须是单位。因此，私营公司、私营企业也是单位，单纯挪用公款归私营公司、私营企业使用，原则上不构成挪用公款罪。如果挪用公款以个人名义供其他单位使用的，或者个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的，虽然公款归单位使用，其实质是挪用公款归个人使用。如果单位集体决定以单位的名义将公款供其他单位使用，也不构成挪用公款罪，如果集体决定挪用公款归单位使用，而个人从中谋取利益的，也不构成挪用公款罪，但可以构成受贿罪等。

2. 李某挪用公款归正在注册的公司使用，是挪用公款归单位使

用还是归个人使用有不同意见。有一种意见认为，正在注册的公司或者正在成立的公司是没有取得公司资格的公司，还不能称为单位，这时的公司应视为是“个人”。因此，挪用公款“归正在成立或者正在注册的公司”使用，可以构成挪用公款罪。另一种意见认为，正在注册的公司或者正在成立的公司，也是公司，只是还不具备公司某些职能，但已是一个单位，具备单位的全部特征，即：有单位的名称、组织、资金、账户，能以自己的名义行使相应的权利和义务。其与个人有着本质的区别。因此，挪用公款归正在注册或者正在成立的公司使用，属于挪用公款归单位使用，在一般情况下不构成挪用公款罪。笔者同意后一种意见，我国刑法规定的“单位”，不一定是注册单位，也不一定都有《营业执照》，只是从事生产、经营的单位必须在工商部门注册，领取《营业执照》，才能开展生产、经营活动，其他单位只要是依法成立，能以单位的名义行使权利，承担义务的组织即可。按上述单位定义的规定，正在成立的公司或者正在注册的公司基本上符合单位的特征，应视为单位。特别是最高人民检察院2000年10月11日，《关于挪用尚未注册成立公司资金的适用法律问题的批复》中解释“筹建公司的工作人员在公司登记注册前，利用职务上的便利，挪用准备设立公司的公款在银行开设的临时账户上的资金，归个人使用或者借贷给他人”“应当根据刑法第272条的规定，追究刑事责任”，即依照挪用本单位资金犯罪追究刑事责任。这说明，该司法解释将“正在成立的公司或者尚未注册成立的公司”视为“单位”，而不是视为“个人”。因此，挪用公款归正在成立或者正在注册的公司使用的，应属于挪用公款归单位使用。

3. 李某挪用公款后向本单位领导说明情况是否属于自首有不同意见。一种意见认为，李某挪用公款后，当日即向本单位领导说明实情，单位领导指示：“先把款追回，听候处理，”但并没有向司法机关投案或者报案，而是有人举报，司法机关才掌握了有关挪用公款的犯罪嫌疑，立案侦查，李某到案后如实地进行了交代，因此，李某的行为不属于自首行为，应属坦白行为。另一种意见认为，李某挪用公款的当天晚上就亲自找本单位领导交代了全部事实，并听候处理。虽然单位领导没有向司法机关报案，但仍然符合我国刑法第67条规定，

“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首”的规定，应认定为自首。至于本单位领导没有向司法机关报案的责任，不能由李某承担。笔者认为，自首是犯罪后的行为，前提条件是行为人的行为构成犯罪，犯罪后自首的可以从轻处罚。李某的行为根本不构成犯罪，不存在自首的问题。李某自认为是犯罪，向本单位领导投案自首，如实交代自己的罪行，这是一种对违法行为的悔改表现，属于刑法上对自己行为性质上的认识错误，应依照法律规定认定不构成犯罪，不能依照行为人的错误认识认定为犯罪，按自首处理。

▶ 三、适用与研究

我国刑法规定，挪用公款归个人使用的才可以构成挪用公款罪，在适用时，应特别注意准确认定挪用公款归个人使用的研究与适用。我国刑法第384条规定：“挪用公款归个人使用的”构成挪用公款罪。如何理解“归个人使用”，曾有不同意见。最高人民法院于1998年5月9日《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第2款规定：“挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用”。2000年3月14日《最高人民法院关于挪用公款给私有公司、私有企业使用行为的法律适用问题的批复》中也规定：“挪用公款给私有公司、私有企业使用的行为，无论发生在刑法修订前后，均可构成挪用公款罪。至于具体行为的法律适用问题，应根据行为发生的时间，依照刑法及1989年11月6日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》和1998年5月9日最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定办理。”最高人民法院《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》

中解释：“第一条，国家工作人员利用职务上的便利，以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的，属于挪用公款归个人使用。第二条，国家工作人员利用职务上的便利，为谋取个人利益，以个人名义将公款借给其他单位使用的，属于挪用公款归个人使用。第三条，本解释施行后，我院此前发布的司法解释的有关内容与本解释不一致的，不再适用”。笔者认为，上述司法解释与法律规定不相一致。挪用公款归私有公司、私有企业使用也是给单位使用，按照我国刑法第30条关于单位犯罪的规定，私有公司、私有企业也是单位，也可以构成单位犯罪，因此，将私有公司、私有企业解释为“个人”不符合法律规定。最高人民法院解释中将公款借给“不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的，属于挪用公款归个人使用”，也不确切。不具有法人资格的单位也是单位，挪用公款归单位使用应属于单位与单位之间的资金拆借行为，不应构成挪用公款罪。2002年4月28日全国人大常委会《关于中华人民共和国刑法第384条第1款的解释》对挪用公款归个人使用作了立法解释：有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；（二）以个人名义将公款供其他单位使用的；（三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。根据上述规定，挪用公款归个人使用并不包括单位使用。挪用公款归私有公司、私有企业使用，也不构成挪用公款罪，除非是以个人的名义将公款供其他单位使用，或者个人决定以单位的名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的行为，才能构成挪用公款罪，因为上述情况实质上是挪用公款归个人使用。

在司法实践中，对于将公款供其他单位使用的，认定是否属于“以个人名义”，不能只看形式，要从实质上把握。对于行为人逃避财务监管，或者与使用人约定以个人名义进行，或者借款、还款都以个人名义进行，将公款给其他单位使用的，应认定为“以个人名义”。“个人决定”既包括行为人在职权范围内决定，也包括超越职权范围决定。“谋取个人利益”既包括行为人与使用人事先约定谋取个人利益实际尚未获取的情况，也包括虽未事先约定但实际已获取了

个人利益的情况。其中的“个人利益”，既包括不正当利益，也包括正当利益；既包括财产性利益，也包括非财产性利益，但这种非财产性利益应当是具体的实际利益，如升学、就业等。挪用金融凭证、有价证券用于质押，使公款处于风险之中，与挪用公款供他人提供担保没有实质的区别，符合刑法关于挪用公款罪规定的，以挪用公款罪定罪处罚，挪用公款数额以实际或者可能承担的风险数额认定。^①

实践中，对挪用公款尚未投入实际使用的，只要同时具备“数额较大”和“超过三个月未还”的构成要件，应当认定为挪用公款罪，但可以酌情从轻处罚。

^① 《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第6期，第5页。