

第一部分

疑难案例精析

第一篇 总则

第一章 新旧刑法的适用

1. 从旧兼从轻原则使有罪变无罪

【基本案情】

被告人李×,男, B市供电局工人,退休后受聘为该市宏大电力工程队(集体企业)经理。

1995年上半年, B市一玻璃钢制品厂欲与外方合资,需增加电容量,便通过谢××找到李×联系此事。1995年3月,玻璃钢制品厂收到供电方案实施通知,要求该厂缴纳330余万元的供电贴费,后经李×交涉,将贴费降为254.1万元,1995年8月21日,玻璃钢制品厂与宏大电力工程队正式签订委托书,由宏大电力工程队施工2座10KV配电室。

在双方签订委托书时,玻璃钢制品厂给李×一张120万元转账支票,由其缴纳供电费,在收款单位一栏中写“B市供电局”。李×将该120万元支票拿走,找到某农村信用社的王×(宏大电力工程队在该信用社开有账户),让王×将支票入到自己的账上,王×在支票上收款人一栏中加上了“宏大电力工程队”字样,并将钱入账(账中原仅余不足1万元)。随后,李×从账户中转出37万元购得奔驰车1辆,并将车过户到自己儿子名下。

1995年9月,谢××从玻璃钢制品厂又领出134.1万元支票,并让李×与其一起去交供电贴费,于是李×携带从别处借的25万元,及自己账上一张95万元支票与谢××一起去交费,同年9月

7 日，银行以李 × 95 万元支票上大写金额不规范为由退票。李 × 又陆续将款提走并放在其家中，后被盜。

据李 × 供述，谢 × × 想把工程承包给别人再从中赚一笔，故其扣住了这 95 万元以要求玻璃钢制品厂继续履行协议。而谢 × × 与玻璃钢制品厂证明：交款后从供电局取回 254.1 万元收据，以后再找不到李 ×。到 1995 年底，供电方案一直没批下来，供电局答复尚有 95 万元未缴齐。后谢 × × 于 1996 年 1 月报案。

【分歧意见】

李 × 的行为是否构成犯罪、构成何罪在审理过程中，存在多种意见：

1. 票据诈骗罪。李 × 伙同王 × 将本应入到供电局账户上的 120 万元转到自己的账上，并将钱取出为其儿子买车，其是采用变造支票的手段进行诈骗活动。

2. 诈骗罪，李 × 在银行退票后未及时补上 95 万元，也未及时通知玻璃钢制品厂，到谢 × × 报案之时长达 4 个月，足以认定李 × 有非法占有的目的和诈骗故意。其次，李 × 通过不规范填写支票的手段，并虚构为玻璃钢制品厂申请减免供电贴费的事实，利用供电局出具的 254.1 万元的供电贴费发票，占有被退票的 95 万元。

3. 职务侵占罪。（1）李 × 具有非法占有的故意和行为表现，在银行退票之后，李 × 将钱提现。（2）李 × 作为集体企业的经理，具有职务侵占罪的主体身份。（3）李 × 利用经理的职务之便，从工程队账户上划款，侵吞本单位的资金，侵犯了集体财产所有权。

4. 侵占罪。李 × 侵占的是玻璃钢制品厂的财产所有权，玻璃钢制品厂委托李 × 办理电力增容等事项，交给其 120 万元，但未转移所有权。李 × 在此期间，对款项负有保管义务，在银行退票后，李 × 将 95 万元占为己有，拒不退还，符合侵占罪的客观特征。

5. 李 × 的行为不构成犯罪。李 × 与玻璃钢制品厂签订有正式的协议，李 × 将 120 万元入到自己账上后，玻璃钢制品厂也未表示反对，而后李 × 有交钱的事实，说明李 × 没有非法占有的故意。此

后李×扣住钱，要求继续履行合同，应属于经济纠纷。故李×的行为不构成犯罪。

【法理提示】

1. 李×的行为不构成票据诈骗罪，李×尽管将钱入到自己账上，但从以后其筹款补交供电贴费的事实说明其变造支票时，李×不具备占为己有的故意。

2. 李×的行为不构成诈骗罪，李×并非以交费为名，行诈骗为实，其未虚构减免供电贴费的事实。

3. 李×的行为不构成职务侵占罪，李×从其账上提现 95 万元，但这 95 万元的所有权并不属于“宏大电力工程队”，而是属于玻璃钢制品厂。

4. 李×的行为符合侵占罪的构成要件。李×的行为发生在 1997 年新刑法颁布之前，依照 1988 年《全国人大常委会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第三项，李×挪用 35 万元购车的行为应定挪用公款罪，而对 95 万元定贪污罪。新刑法颁布后，李×的行为符合侵占罪：李×在银行退票后长达 4 个月的时间里，并未通知对方履行协议，故李×自我辩解说，扣钱是为了要挟对方履行合同没有理由，李×明显具有非法占有的故意。而这 95 万元实质上是玻璃钢制品厂委托其向供电局代交的款项，财产的所有权属于玻璃钢制品厂。依照从旧兼从轻的原则，对李×应当适用新刑法。但从程序上来看，侵占罪是告诉才处理的案件，人民法院不应受理公诉机关的起诉。而应在玻璃钢制品厂起诉后再依照侵占罪定罪量刑。

（邱波）

2. 林××职务侵占案

【基本案情】

被告人林××，男，40岁，浙江××县人。在1994年至1996年间，任××县五交化百货总公司副总经理，并兼任家电分公司经理（内部机构，非独立核算单位）。2000年4月12日，因涉嫌贪

污 20 万元回扣款被逮捕。

2000 年 6 月 9 日，××县检察院侦查终结后，认定被告人林××在担任××县五交化百货总公司家电分公司经理期间，利用职务上便利，于 1994 年 12 月间收受大连××集团销售公司以销售奖励为名义的回扣款 10 万元，将其中的 8.89 万元占为己有。1995 年 6 月间，再次收受大连××集团公司销售公司以销售奖励为名义的回扣款 10 万元。收受后将其中的 4 万元以个人名义借给该销售公司经理朱××。将 3 万元上交公司总经理章×。检察院认为被告人林××身为国家工作人员，违反国家规定，收受回扣款 20 万元后隐瞒不报，不上交公司入账，将其中的 15.89 万元占为己有，已触犯刑法第 385 条第 2 款规定，构成受贿罪。林××辩称没有贪污事实：1994 年 12 月间收到大连××集团销售公司的 10 万元销售资金时，该公司的经理朱××从中取去 2 万元，交给他的只有 8 万元。经与总经理章×研究决定后，奖励给××集团销售公司浙江经理秦××奖金 5 000 元；奖励给青田客户程××2.4 万元；奖励给宁波客户汪××1 万元（此款转手职工李×送交）。作为家电公司职工支出 1.21 万元（包括其本人分到的 1 000 元），1995 年 1 月份失窃 1.2 万元。经总经理批准为工作需要购买手机款 14 778 元。其余的 2 122 元，用于手机通话费支付。

【分歧意见】

在案件的审理过程中有三种不同意见：第一种意见认为被告人林××的行为构成贪污罪；第二种意见认为被告人林××的行为构成职务侵占罪。第三种意见认为被告人林××构成受贿罪。××县人民法院经审理后判决被告人构成职务侵占罪。

【法理提示】

在如何认定被告人行为性质问题上，笔者认为，法院判决书认定为职务侵占，无疑是正确的。在本案中，被告人的行为发生在 1994 年至 1995 年间，在 2000 年追诉时，应当按从旧兼从轻原则予以追诉。1995 年颁发的公司法及《关于惩治违反公司法的

犯罪的决定》第 10 条，对公司董事、监事或职工利用职务上的便利，侵占本公司财物的犯罪行为，规定为职务侵占罪。最高人民法院对于这一类案件被告人犯罪性质问题的有关司法解释，以被告人身份性质是职工还是行政干部区别定性。本案被告人虽是公司副总经理，但其身份仍是职工而未转为行政干部。故法院定性是正确的。移送起诉意见书与起诉书，对被告人行为性质分别认定为受贿与贪污，显然不当。

（陈秀迪）

3. 赵××等盗窃型贪污案的法律适用

【基本案情】

被告人赵××，男，30岁，浙江省××县××乡农民。

被告人齐××，男，29岁，浙江省××县蔬菜公司仓库保管员。

被告人张××，男，1981年5月28日生，浙江省××县××乡农民。

赵××多次找齐××协商，表示要利用齐××担任蔬菜公司仓库保管员的便利条件，共同偷盗齐××保管的库糖牟利。因齐××胆小，赵××均被拒绝。1997年5月10日，赵××趁齐××岳父病故家中缺钱之机，再次上门劝说。齐××被打动后，二人当晚达成共谋。5月12日，齐××按计划私自配置了和自己一同看守仓库的保管员王××的仓库钥匙。5月15日至5月25日，赵××拉上其外甥张××，由张××开车，齐××打开库门，采取夜晚秘密开车入库装货的方式，分3次偷运出白砂糖4吨，红砂糖2吨。每次作案完毕，三人均共同将库糖存放于赵××无人居住的旧宅之中。1997年6月3日，三人共同开车到邻县将库糖低价出售，共得赃款1.2万元。其中，赵××分得6000元，齐××4000元，张××2000元。事后，齐××装作无事，仍担任仓库保管员工作，直至1997年10月23日案发。

【分歧意见】

本案在认定过程中，存有以下四种不同意见：

第一种意见认为：三人系共同犯罪，且赵××为主犯，应依主犯身份将本案定为盗窃罪。理由是：依据1985年7月18日两院所作的司法解释，如果共同犯罪中主犯犯罪的基本特征是盗窃，同案犯中的国家工作人员不论是否利用职务上的便利，应以盗窃罪的共犯论处。因张××满16周岁后仍继续从事该共同犯罪活动，故其也应承担刑事责任。

第二种意见认为：三人系共同犯罪，应认定为贪污罪，赵××为主犯。理由是：本案审理之时新刑法已生效，应依《刑法》第382条第3款的规定，没有身份的人伙同贪污的，以共犯论处。张××应承担刑事责任，理由与第一种观点同。

第三种意见认为：赵××和齐××构成盗窃罪，张××因其偷盗库糖时尚不满16周岁，故只能认定为转移、销售赃物罪。

第四种意见认为：赵××和齐××构成贪污罪，张××构成销售赃物罪。

【法理提示】

本案涉及刑法与司法解释的时间效力、身份犯罪、共同犯罪、未成年人犯罪等诸多刑法问题，较为复杂。笔者倾向于最后一种观点。

刑法的时间效力，是指刑法在时间上的适用范围，即刑法的生效时间、失效时间以及对刑法生效前的行为是否适用即是否具有溯及力。我国刑法奉行从旧兼从新原则。因新刑法较旧刑法在犯罪数额的把握及未成年人刑事责任的承担上均有利于行为人，故本案应适用新刑法。司法解释是最高人民法院、最高人民检察院对审判、检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释。笔者认为，既然是对法律适用的解释，司法解释应对法律具有依附性。新刑法生效后，针对旧刑法所作的司法解释，若与新刑法意旨相悖，当然无效。因此，若齐××构成贪污罪，则将本案认定为盗窃罪的

观点，其所依据的司法解释与新《刑法》第 382 条第 3 款规定相背离，不予采纳。

贪污罪，是指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行为。××县蔬菜公司属国有企业。本案中，齐××身为国有企业的仓库保管员，具有管理、从事公务的职责，依《刑法》第 93 条第 2 款的规定，符合贪污罪的主体要求。且其以非法占有为目的，伙同他人，利用职务便利窃取公共财物，亦符合贪污罪客体、客观方面、主观方面要件，故应认定为贪污罪。依据《刑法》第 382 条第 3 款规定，赵××与齐××相勾结，伙同贪污，虽系主犯，仍应以本罪共犯论处。窝藏、销售库糖是二人贪污罪之事后行为，不构成独立犯罪。

共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。犯罪主体可以是自然人或法人。但是，无论是自然人或法人，都必须具备法定的犯罪主体资格。

张××在伙同窃取库糖之时，将满 16 周岁，依旧《刑法》第 14 条第 2 款存在合致犯罪主体要件的余地。但新《刑法》第 17 条第 2 款规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。贪污罪不在上述八种罪名之列。根据从旧兼从轻原则，张××因不具备犯罪主体资格，不能因伙同窃取库糖的行为构成犯罪，这是罪刑法定原则的必然要求。前两种观点认为三人构成共同犯罪，这是不正确的，但 1997 年 2 月 6 日三人驱车赴邻县销赃之时，张××已年满 16 周岁，故应对销赃行为承担刑责。第三种观点认为张××协同将库糖运往邻县的行为还构成转移赃物罪，这是对转移、销售赃物罪客观行为的机械理解。转移赃物罪是指在他人犯罪既遂后，将他人实施犯罪所得赃物由一地搬运至另一地，其目的仍是为了隐匿赃物，本案中开车运糖只是销售行为的一部分，不具独立意义，故只需认定为销售赃物罪即可。销售赃物罪是在他人犯罪获取赃物之后实施的，如果事前有通谋，作案后

帮助销赃的，构成共同犯罪。但在本案中张××虽一直参与实施犯罪行为，但实施先行为时因其不具备刑事责任能力，故在认定上，只能视其为事先不知情。这种场合，在刑法上有意义的仅是法律评价而非事实认定。综上所述，本案中赵××和齐××构成贪污罪，张××构成销售赃物罪。

本案在讨论中，就犯罪数额如何确定也存在争议。有观点认为张××窃取的那部分库糖是无刑事责任能力人所得，不应计入犯罪总额。笔者认为，只要取得财物的行为从客观属性上衡量已经具备了刑法分则条文所规定的共同特征，并具备应受刑界处罚的社会危害性，即可将其所得认定为赃物，且在本案中，依间接正犯理论，亦可将张××窃取的库糖纳入赵××、齐××贪污犯罪总额。至于张××，其销赃总额亦应为全部赃物，因赃物被低价出售，故犯罪数额，应以库糖市值计。

第二章 罪与非罪

1. 郎×宣传法轮功情节显著轻微不是犯罪

【基本案情】

2001年1月上旬，被告人郎×将“法轮大法好”的黑体字标语用复写纸描成空心字贴在三合板上后用刻刀刻出，后自己购买油漆并在某市小井峪村及迎泽大街闰家沟铁道桥等处喷涂“法轮大法好”的油漆标语。之后，郎×将用完的油漆空桶及刻板等作案工具丢弃。2001年1月9日凌晨，被告人郎×在其住处用刻刀制造宣传“法轮功”的模具时被当场抓获，并从其住处查获大量宣传“法轮功”邪教的传单、磁带和印有“法轮功”内容的大量字幅。

【分歧意见】

本案处理过程中有两种意见：

第一种意见认为，郎×的行为已构成利用邪教组织破坏法律实施罪。理由是：《中华人民共和国刑法》（以下简称刑法）第300条第1款规定，组织和利用会、道、门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、行政法规实施的，处3年以上7年以下有期徒刑。本案的主体限于自然人，多为邪教组织的组织者、骨干分子和一贯从事迷信活动的人。客体是社会管理秩序和国家的法律秩序，主观方面由故意构成并且有煽动、蛊惑他人抗拒国家法律、法规实施的目的，客观方面表现为利用邪教宣扬、灌输异端学说，迷惑、愚弄他人破坏国家法律、法规实施的行为。本案中郎×的行为完全符合《刑法》第300条第1款的规定，在其主观故意的支配下实施宣传邪教破坏法律、法规实施的行为，应构成利用邪教破坏法律实施罪。

第二种意见认为，郎×的行为尽管符合《刑法》第300条第1

款的规定，但他的行为并未带来多大的社会危害性，也未造成恶劣的社会影响，应属于《刑法》第 13 条但书的规定，即情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪。

【法理提示】

笔者认为本案中郎 × 的行为符合《刑法》第 13 条但书的规定，不应认定为犯罪，依照《刑法》第 13 条的规定，一切危害国家主权、领土完整和安全……以及其他危害社会的行为，依照法律应当受到刑罚处罚的，都是犯罪。但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。社会危害性是犯罪的本质特征，也是区分罪与非罪的最重要的标准。但是，并非一切有危害性的行为都是犯罪行为，只是社会危害性达到一定程度，才可能被认为是犯罪，对于“情节显著轻微危害不大的”，不能认为是犯罪，也就不能作为犯罪论处。所谓情节显著轻微的“情节”是指影响行为危害程度的行为人主客观方面的多种情况。如行为人的行为意图、行为动机和目的、行为的起因、行为的方式方法以及行为所引起的社会影响等。所谓显著轻微是指行为人所实施的行为产生的社会危害性很小，其主观恶性较小，行为的方式、手段等不是很恶劣。“危害不大”主要是指危害后果不大，对客体造成损害不大，其危害程度尚未达到法定危害结果的标准，因而不构成犯罪。《刑法》第 13 条但书这一例外规定是对我国犯罪概念的补充，是犯罪概念的组成部分。这个规定既强调了行为的情节，又强调了对社会的危害程度。所谓不认为是犯罪，是指刑法认为不构成犯罪，不能理解为已经构成犯罪，而不作为犯罪来处理。显而易见，郎 × 的目的是想借此宣传邪教法轮功，以使广大人民群众相信“法轮大法好”，从而破坏国家关于取缔邪教组织法轮功的决定的顺利实施。其行为已经违反法律，具有一定的社会危害性。但是分析其行为和结果，郎 × 的行为本身并未在社会上引起很大的不良影响和轰动，其在某市的行为是个人偷偷的进行，并未组织多人进行邪教宣传，社会危害性显著轻微。另一方面，组织利用

邪教破坏法律实施的犯罪主体多为邪教组织的组织、领导者，骨干成员和一贯从事邪教活动的人。本案中，郎×只是个人从事宣传活动，而且也并非一贯从事邪教活动，社会危害性比较小。因此，笔者认为，郎×的行为符合《刑法》第13条关于但书的规定。不构成犯罪，但可以由公安机关依据《治安管理处罚条例》的规定，对其进行拘留或罚款处罚。

(马启华)

2. 李××被控贪污，因犯罪构成要件不符不以犯罪论处

【基本案情】

被告人李××，男，1951年7月3日出生，原××地方电力公司××镇供电所所长。李××1997年4月至1999年12月承包××镇供电所任所长期间，于1997年3月25日代表乙方××镇供电所与甲方××县地方电力公司签订了××县地方电力公司供电所经营承包合同。按照合同规定，承包期内该所应上交县电力公司电费2184670.67元。合同期满时该所上交电费1972389.17元，下余款12281.50元，于1999年元月交清。在此期间，李××使用“××县(乡、镇)供电站电费专用发票”收取了××镇化工厂电费49730元；收取××镇小化工厂电费5467.64元；收取××中学电费200元，共计55397.64元。这些电费都开出了收据，但未即时收取。移交时，李××把情况告诉了本所出纳员许××，说自己身上还有一笔钱以后结清了再调走。李××收取电费后于1998年元月5日以李××名义，存入××镇邮电局2.2万元，1998年1月17日存入县工商银行1万元；1998年元月17日，以其妻蒋××名义存入县农业银行4000元。

另查明，县地方电力公司与供电所经营合同第七项规定，承包期内，乙方电费收入扣除合同规定上缴甲方总承包费后，人均自留收入每月超过800元以上的(分别以1997年、1998年计算)，甲方与乙方五五分成，乙方上缴甲方50%。1997年××镇供电所个人每月收入400元，1998年人平均月收入560元。

还查明，李××在承包××镇供电所期间，按照县地方电力公司的内部规定，凡在基层供电所工作的人员，人平均月收入可以高出公司机关人员的35%。

【分歧意见】

在人民法院审理中，有以下不同意见：

第一种意见认为，李××的行为构成贪污罪。理由是：被告李××作为国家工作人员利用职务之便，侵吞公款，据为己有，其行为构成贪污罪。

第二种意见认为，被告李××的行为不构成犯罪，理由是：1997年4月至1999年12月承包××镇供电所期间，按照与县电力公司签订的合同规定，供电所应该上交的承包费已全部交足，人均自留收入每月又未超过800元，更没有高出公司机关人员的35%，其该所员工收入不存在与县地方电力公司五五分成。但被告人使用不正当的发票收取电费，并将合同期满后收取的55397.60元电费未及时记账，虽有客观原因，但仍属财务违纪行为。

【法理提示】

本案中，县地方电力公司采用承包方式与供电所签订经营合同符合法律规定，双方均应遵守。依据合同规定，总收入中除去上交的承包费外，剩余部分属于该所人员共同所有，用于发工资等开支。同时若该所人均工资超过800元，超出部分由县地方电力公司与供电所按五五分成。实际上，供电所1997年、1998年人均工资分别为400元和560元，加上李××持有的55397.60元电费，该所人均工资仍不足800元，依照合同规定没有达到与县地方电力公司分成条件，即县地方电力公司对55397.60元不持有50%的所有权。该笔款应为××镇供电所职工承包收入，由其全体职工共有，用于弥补该所职工工资等。因此，李××持有的55397.60元不是公共财物。李××没有侵犯公共财产的所有权，不具备贪污罪的客体要件。

贪污罪主观方面必须是故意，并具有非法占有的目的。从本案

来讲，李××在开具 55 397.60 元的发票时，这些款都未及时收取，李××后来才陆续将这笔款予以收回。值得特别注意的是，李××在调离供电所时，曾将上述情况告诉了本所出纳员许××，也就是说，李××主观上并没有非法占有这笔款的主观故意，事实上，李××也没有将这笔款据为己有。因此，李××不构成贪污罪。

3. 杨×被控挪用公款是否为罪

【基本案情】

1997 年 10 月，×市被告人杨×利用其为工商银行兴华街支行职工的便利，在工行号召抓存揽储之际，为完成存储任务，便找到其在省银行学校干训科工作的弟弟杨×× 要求帮助存 10 万元公款。拿到 10 万元后，因从别的单位揽到的储蓄款也陆续到位，如再将这 10 万元存入将超额完成任务。在这种情况下，杨×将从其弟弟处拿到的 10 万元存到×× 证券交易营业部其爱人的股票账户上，用于个人炒股 后此款于 1998 年 5 月至 1999 年 3 月间陆续归还，该案于 2001 年 10 月 3 日立案，侦查终结后，检察院认定杨×挪用 10 万元的行为构成挪用公款罪，并依法提起公诉。一审法院以挪用公款罪判处原审被告杨×有期徒刑 3 年 缓刑 3 年 杨×不服，以不构成犯罪为由，提出上诉，××市中级人民法院审理后，判决杨×无罪。×区检察院认为该判决程序合法、事实清楚，但适用法律错误，向×市中级人民法院提起抗诉。

【分歧意见】

在该案审理过程中，就杨×的行为是否构成犯罪，是否应支持区检察院提起的抗诉请求在讨论中存在很大分歧，并形成了三种意见。

第一种意见认为，杨×的行为构成挪用公款罪。理由是：在挪用公款的犯罪构成中，并没有明确地指出所挪用的款项必须是本单位的公款。在本案中，该 10 万元系银行学校的公款杨×是明知的，并且其利用银行工作人员的身份，在抓存揽储之际，将自己经手的

公款用于个人营利活动。在这一过程中，杨×的行为也符合“利用职务上的便利。”因此，他的行为显然是一种挪用公款的犯罪行为。

第二种观点认为，杨×的行为不构成挪用公款罪。理由是：该 10 万元没有进入银行，银行也未出具任何进账手续，故不能认定该款系银行公款。《刑法》第 185 条规定：国有金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或客户资金的构成挪用公款罪，本条中的客户资金是指金融机构通过吸收客户的存款，并使用它进行业务经营的流动资本。同时《刑法》第 187 条规定，银行或者其他金融机构的工作人员以谋利为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借，发放贷款，造成重大损失的，构成挪用账外资金非法拆借、发放贷款罪。从这两条规定中可以看出，储户的资金是否进入银行账户，在立法上是有所不同的，在实践中应划清界线，区别对待。本案中杨×所用 10 万元资金由于未入银行账，故不能视为本单位资金或客户资金，因此不能认定为犯罪。所以中级法院不应支持检察院提起的抗诉。

第三种意见认为，如果把杨×视为该 10 万元公款的使用人，则杨×的行为不单独构成挪用公款罪（理由与第二种意见相同）。但杨×的行为已构成挪用公款的共犯。在该案中，杨×以为单位揽储的名义从其弟弟杨××处拿取公款 10 万元之后，作为单位公款保管者的杨××，擅自将公款借出，又不积极地向杨×索要存单体现出主观上具有放任的故意。在挪用公款的犯罪构成中，犯罪的主观方面表现为故意。故意有直接故意和间接故意，法律上并未限定挪用公款罪的故意内容，因此，间接故意也可视为挪用公款罪的主观表现形式之一。并且杨××在将公款借出 1 个多月以后就已得知其哥哥将公款用于炒股，在这种情况下仍不积极追索，使得杨×使用该公款的时间长达 1 年半，他的这种主观故意就更加明显，同时他的这种行为也严重地侵害了国家公职人员的廉洁性和国家对公共财务的所有权。因此，杨××的行为构成挪用公款罪，应首先依法对其进行追诉。而杨×在明知此 10 万元是公款的情况下而将其用于个人营

利使用，且符合使用人指使挪用人取得挪用款的条件，构成挪用公款的共犯，所以应以挪用公款罪的共犯对杨×提起抗诉。

【法理提示】

笔者认为本案所论述的行为不构成犯罪，理由如下：

1. 被告人杨×挪用的10万元不是本单位的公款，不可能利用职务上的便利进行挪用，因此不符合挪用公款罪客观方面的构成特征。

2. 被告人杨×也不能构成挪用公款罪的共犯。其弟从单位拿出10万元交给被告人，在主观上是进行储蓄，没有挪用公款给杨×使用的故意，将其以后发现被告人杨×没有将10万元存入银行而是进行炒股未及时追回，视为间接故意放任被告人挪用公款的理由不能成立。犯罪构成理论是主观要件与客观要件相统一的犯罪构成理论，挪用公款的间接故意即使成立，也不能与挪用公款的行为相一致。因此，被告人之弟的行为不能构成挪用公款罪。被告人也就不能构成挪用公款罪的共犯。

综上所述，笔者认为二审法院改判杨×无罪的意见是正确的。

4. 谢××被控交通肇事罪不负主要责任无罪案

【基本案情】

2001年9月13日，个体司机何××驾驶无牌照农用车拉了一车黄泥欲卖给××水泥厂，该厂以黄泥太黑为由拒收，何××便将黄泥倒在水泥厂门前的公路上，人为制造了一个长5米，宽3.3米，高0.77米的路障。2000年10月2日凌晨4时50分，被告人陈××驾驶一辆三东牌卧铺大客车经过此路段，在行驶中绕过路障后，没有及时回复己方行驶路线继续侵占对方行驶路线，与个体司机谢××驾驶的无牌照拼装东风货车会车时相刮撞，造成卧铺车上乘客4人死亡，9人受伤，直接经济损失达30余万元的特大交通事故。经交警大队认定，在这次事故中，陈××负主要责任，谢××负次要责任。