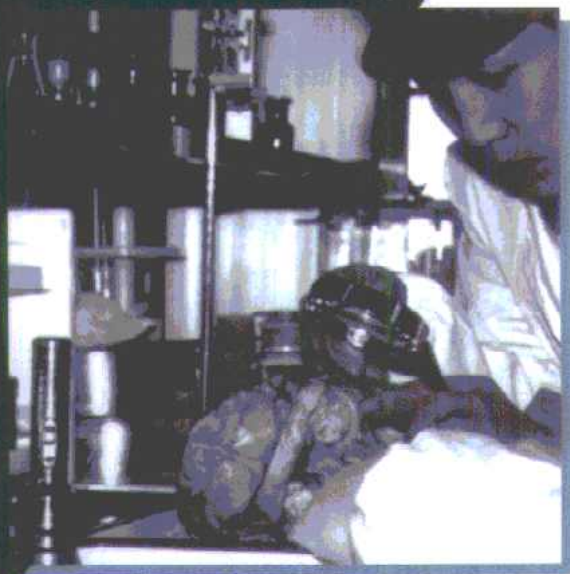


检察机关直接受理 立案侦查案件 罪名认定与处罚



杨迎泽 单荣敏 著

中国检察出版社
China Procuratorial Press

检察机关直接受理立案侦查案件 罪名认定与处罚

杨迎泽 单荣敏 著

中国检察出版社

京新登字 109 号

图书在版编目(CIP)数据

检察机关直接受理立案侦查案件罪名认定与处罚 / 单荣敏, 杨迎泽著. - 北京: 中国检察出版社, 2000. 1

ISBN 7-80086-709-9

I. 检… II. ①单…②杨… III. ①罪名-裁定-刑法-研究-中国②犯罪-处罚-刑法-研究-中国 IV. D924.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 70793 号

**检察机关直接受理立案侦查案件
罪名认定与处罚**

杨迎泽 单荣敏 著

中国检察出版社出版发行

北京市东城区东总布胡同 10 号

新华书店经销

铁十六局材料总厂印刷厂

850×1168 毫米 32 开 9.5 印张 244 千字

2000 年 1 月第一版 2000 年 6 月第 2 次印刷

印数: 5001-8000 册

ISBN 7-80086-709-9 / D·710

定价: 18.00 元

第一编 贪污贿赂罪

(一) 贪污罪

1. 贪污罪的概念和特征

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。本罪的主要特征是:

(1)犯罪主体是国家工作人员。根据刑法总则规定,“国家工作人员”的含义和包括的内容有:①在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、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。④其他依照法律从事公务的人员。根据刑法 382 条第二款,本罪主体还应包括: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。“受委托管理、经营国有财产”是指因承包、租赁、聘用等而管理、经营国有财产。

“从事公务”是本罪主体的一个特征,从事公务是指从事组织、监督、管理公共事务性质的活动,主要是公有制单位中工作人员所进行的职务活动。它不同于私人事务和纯粹劳务性质的活动。本罪“从事公务”表现为主管、经手、管理公共财物的特征。注意,从事纯劳务性质工作的人员如单位勤杂人员、司机、或直接从事生产的人员不是本罪主体。例如:储蓄所清洁工利用熟悉地形便利,窃取储蓄所现金的属盗窃罪。还应注意,带有从事公务特征的半劳

务人员可能构成本罪。例如：公共交通工具上的售票员，某些国有性质商场的兼有收款职能的售货员等，这些人具有从事劳务和受委托从事公务两重性质，如果利用职务上的便利，将售票款、售货款侵吞、窃取、骗取或以其他手段非法占有的，以贪污论。

另外，根据刑法 382 条第三款规定，上列人员以外的人，如果与上述人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处，即可以构成本罪。

(2)犯罪主观方面表现为故意，并且具有非法占有公共财物的目的。将公共财物占为己有，是贪污罪在主观方面区别于挪用公款罪的重要特征。行为人的目的在于非法占有公共财物，进而实际控制并最终转移公共财物的所有权，使所有权的真正享有者永久性地丧失行使所有权的占有、使用、收益、处分四项权能的可能。

(3)犯罪客体为复杂客体，即公共财产所有权和国家工作人员职务行为的廉洁性。

(4)犯罪客观方面表现为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。另外，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的，也视为贪污行为。

①“利用职务上的便利”，根据最高人民检察院 1999 年 8 月 6 日通过的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》规定，是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件。其中：一是“主管”，指具有调拨、使用、处分或者以其他方式支配公共财物、全面管理的职权。“经手”指具有领取、支出等经办公共财物的职权。“管理”指具有保护、保管公共财物等职权。二是行为人在自己的职权范围内或者利用本人地位所形成的便利条件，假借合法形式实施贪污行为。

②有侵吞、窃取、骗取或以其他手段非法占有公共财物的行为。“侵吞”指将自己合法主管、管理、经手、使用的公共财物直接占为己有或非法转归他人所有。“窃取”指将自己或自己与他人共

同经手、管理的公共财物秘密地据为己有,即“监守自盗”。“骗取”指采用虚构事实、隐瞒真相的欺骗方法,非法占有公共财物。骗取的对象一般是他人经手、管理的公共财物。例如:私填空白单据而虚报冒领公款,以及涂改报销凭据而增大报销数额且非法占有多报公款。“其他手段”指以上三种手段以外的方法。如公款私存坐吃利息。又如:巧立名目,非法占有公共财物。例如:某信用社主任及会计、出纳五人,巧立名目,收取所谓“手续费”,向贷款人或其他储户收取人民币计五十二万余元。并以“首许飞”名义私存,后分期分批将该项公款占为己有。该行为就是以“其他手段”构成的贪污罪。

③本罪的犯罪对象是公共财产。根据刑法第91条规定,公共财产指国有财产、劳动群众集体所有的财产、用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。另外,在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用、运输中的私人财产也以公共财产论。如:公民个人私人款物交由邮政部门寄递过程中,该财产以公共财产论,如果邮政部门从事公务的人员,利用职务上的便利予以侵吞的,以贪污论。

应注意,以上三点必须同时具备,才能认定符合贪污罪客观方面的构成要件,缺一不可。例如:银行工作人员某甲,利用出入方便、熟悉地形等条件之便,将同一储蓄所另一出纳某乙保管的现金二万元窃取后挥霍。这一例中,甲没有在客观上“利用职务上便利”的特征,行为与自己的职务行为形成的便利条件无关,仅利用了熟悉作案环境、方便出入的工作条件,不构成贪污罪,而应以盗窃罪论。又例如:工人某丙在医院收费处窃得已盖章空白报销单据若干张,自己擅自填写数额后时隔一月“报销”一次,分三次“报销”获得现金五千余元,后案发。这一例中,某丙虽骗取了本厂公款五千余元,但在客观上没有利用自己主管、经手、管理公共财产以及自己地位形成的便利条件,而是利用公费医疗的政策,虚构事实(无病、无就医却伪造假报销凭证)、隐瞒真象(隐瞒了未去就医

等事实),并骗取公款五千元,应以诈骗罪论(注意不是盗窃罪)。以上例子均说明,客观方面缺少三点中的一点则不符合贪污罪的客观特征,不能以贪污罪认定。

还应注意,根据刑法第394条规定,国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,依照国家规定应当交公而不交公,数额较大的以贪污罪论。例如:原北京市市委书记陈希同一案,则是陈在担任北京市市委书记期间,在从事国内公务及对外交往中接受价值五十余万元的礼品,依照规定应当交公而不交公,且由其子带回家中非法占有,该行为被认定构成了贪污罪。这一行为不是受贿犯罪,与利用职务上的便利,索取他人财物的,或非法接受他人财物,为他人谋取利益的受贿犯罪有本质区别。

2. 贪污罪的认定

(1) 贪污罪与非罪的界限

①严格掌握贪污罪的犯罪构成特征。例如,村民小组长不具备贪污罪主体特征,因此,村民小组长利用职务上的便利将村集体财产据为己有的,应以职务侵占罪论。又如,不符合上面所说的贪污罪的客观方面三要素的行为,也不能认定构成贪污罪。

②分析认定贪污罪与一般贪污行为的界限。根据贪污数额和其他情节轻重,可以把贪污行为区分为贪污违法行为和贪污犯罪行为。根据刑法和1999年最高人民检察院制定的立案标准,个人贪污数额在5千元以上的,或者个人贪污数额不满5千元,但具有贪污救灾、抢险、防汛、防疫、优抚、扶贫、移民、救济款物及募捐款物、赃款赃物、罚没款物、暂扣款物,以及贪污手段恶劣、毁灭证据、转移赃物等情节的,应当立案查处;个人贪污数额不满5千元,情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分,即属于贪污违法行为。当然,应注意“个人贪污”数额的认定,对共同犯罪的,应按其实际取得数额计;对多次贪污的则要累计计算。

③分析认定贪污罪与公务活动中接受礼物不交公的一般违法行为的界限。根据刑法394条和最高人民检察院立案标准,国家

工作人员在国内公务活动和对外交往中接受礼物,依照国家规定应当交公而不交公,数额在 5 千元以上的,以贪污罪论,不足 5 千元应按违法论,视其情节轻重作行政纪律处分。

④严格分析认定公司、企业等单位经理、厂长承包经营中的贪污犯罪行为与合理合法获取提成、报酬、奖金的界限。这些提成、报酬、奖金如果是根据承包合同规定取得的即使合同有失公平也不能认定构成贪污犯罪。反之,如果借承包经营之机大肆侵吞、窃取、骗取或以其他手段非法占有公共财产的,应以贪污罪论。例如:被告人杨某,男,31 岁,原系某市某采石场场长。杨某原为采石个体户,后与该市人武部联营开办了采石场。双方商定,杨某将自己原有采石机械设备、办公室作价 12 万元作为个人投资,人武部投资人民币 8 万元,并报经工商管理部门审批核定为集体所有制企业,领取营业执照,由杨某任场长并主管全面业务(包括财务工作)。联营后人武部贷款 26 万元作为双方共同投资,并双方签订杨某承包 5 年的合同。合同规定采石场独立核算,以营利款偿还贷款后,双方按杨某与人武部四六比例分成。同年时隔半年某日,杨以自己妹妹婚嫁为由分两次经出纳员陈某从本采石场销售石料款中拿走 11600 元,没出具任何手续。事后杨对陈说:“你把那两本票据(指两次拿钱涉及的销售石料记帐凭证)给我,这些收入(销售石料款)别下帐了。”杨将两本记帐凭证拿走私存至案发开庭才交出。杨将两次拿走的现金用于妹妹婚嫁和偿还个人欠款,案发后被追缴。对这一案件在查办过程中有分歧。因为杨某辩称销售出的石料中有 800 立方米是联营前自己存放在采石场内的个人所有财产,后与联营后石料混在一起了,并且销售出去了(经查证属实)。这 800 立方石料价值与两次擅自拿走的 11600 元现金大致相等。对此,有人认为,杨某有 12 万元股金投资于石料场,确有 800 立方米石料属联营前杨某私人财产并混入采石场石料中,杨某拿走的 11600 元现金应视为 800 立方石料销售所得,即 11600 元不是公共财产而是杨某个人财产。我们认为,这种观点

是错误的,理由是:第一,双方联营中人武部的投资、贷款交由杨某经营、管理,性质属公共财产,另外刑法第 91 条规定:“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财产,以公共财产论。”因此杨某 12 万元投资也属公共财产(采石场属集体所有制)。第二,杨某在任场长承包经营期间利用主管财务的便利,侵吞(直接将自己主管的公共财物占为己有)销售石料款 11600 元,并且拿走了有关销售记帐凭证,指示陈某不要将该销售款项下帐,有侵吞公款的主观故意。应按贪污罪论处。第三,至于杨某联营前存在采石场的 800 立方石料混入采石场石料中销出,不能以此抵销联营中杨某侵吞并非法占有的公款,这是两个没有联系的事实。石料同出一地,性质、种类完全相同,杨某联营前的 800 立方石料未投资入石料场,他随时可以将其拉走或卖掉,不存在非混入联营石料场石料中销售的理由。以 800 立方石料抵销贪污 11600 元的犯罪事实是犯罪后企图逃避法律制裁的借口,不能就此掩盖其犯罪事实。但根据案情杨某确有个人投资及退赃及时、退赃数额完整等情节,可以酌定从轻处罚。

(2) 贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的界限

本罪与后两罪主体不同,本罪为国家工作人员或前面提到的各种情况。而后两罪不要求具有这一身份,是一般主体。例如:私营个体企业经营者个人聘请的会计人员窃取或骗取自己代管的款项的,以盗窃罪、诈骗罪论。又如前面讲过,国家机关等国有单位中纯劳务人员不具备贪污罪主体资格,如果利用熟悉地形,便于出入条件盗窃公共财物的以盗窃论。在客观方面,贪污罪有利用职务上便利,侵吞、窃取、骗取以及以其他手段非法占有公共财产的行为。而后两罪在客观上行为实施盗窃、诈骗犯罪时没有利用职务上的便利这一特征。如:国家工作人员某甲利用国家工作人员某乙外出未锁好公款保险柜之机盗窃公款五万元。则某甲虽是国家工作人员(也可能主管、经手、管理公款),但他未利用职务上的便利窃取公款,而是利用某乙失职和自己与乙同在一办公室的

便利条件窃取,因此,该行为与“职务上的便利”无关,属盗窃罪。另外,盗窃、诈骗罪的犯罪对象不仅包括公共财物还包括私人财物,而贪污罪仅包括公共财物。除此外贪污罪与后两罪在主观故意内容上和犯罪客体上也不同。

(3)贪污罪与职务侵占罪的界限

两罪相似之处在于都是故意犯罪,都有非法占有的目的,且占有行为皆利用了掌管财物的便利条件。但两罪差别明显,犯罪主体不同,前罪是国家工作人员,后罪为非国有公司、企业或其他单位的人员。犯罪手段不完全相同。前罪是利用职务上的便利侵吞、窃取、骗取或以其他方式非法占有公共财物;后罪是利用职务或工作上的便利将本单位财物非法占为己有。除此外,两罪在犯罪对象、犯罪客体上的差别也较大。

应当注意,在刑法 271 条规定职务侵占罪的同时,在第二款规定“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”即以贪污罪论处。这种情况在表面上与职务侵占行为很相似,但却符合贪污罪的犯罪构成特征,因此,刑法规定应以贪污罪定罪处罚。

(4)贪污罪与挪用公款罪的界限(见挪用公款罪)。贪污罪与受贿罪的界限(见受贿罪)。

3. 贪污罪的处罚

根据刑法第三百八十三条规定,对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:

(一)个人贪污数额在十万元以上的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。

(二)个人贪污数额在五万元以上不满十万元的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处无期徒刑,并处

没收财产。

(三)个人贪污数额在五千元以上不满五万元的,处一年以上七年以下有期徒刑;情节严重的,处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免于刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

(四)个人贪污数额不满五千元,情节较重的,处二年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。

其中,应注意如下几个问题:①贪污数额大小是定罪与量刑的主要依据,但不是唯一的依据,应当注意衡量行为的社会危害性大小的其他条件。②要严格把握贪污犯罪中死刑的适用条件。“个人贪污数额在十万元以上的,……;情节特别严重的,处死刑,并没收财产。”其中,“情节特别严重”要结合贪污罪及总则中死刑的规定综合分析。应认定包含两个含义,其一是数额特别巨大,其二是数额以外的其他情节具备“罪行极其严重”(参见刑法总则第48条),主要包括贪污手段极其恶劣;贪污的公款公物属救灾、防汛、优抚、防疫、移民、抢险、扶贫等急需特定款物;犯罪后尤其是案发后毁灭罪证、转移赃款赃物、与有关人员或共同犯罪人订立攻守同盟;采用恶劣手段导致公款公物无法追回,以及其他严重的社会危害和恶劣的政治影响的。而不能只看数额是否特别巨大。③对多次贪污的数额应累计计算,但已受过刑罚处罚的贪污行为,不再将其数额累计在内。

4. 贪污罪认定与处罚的法律依据

(1)刑法对贪污罪的有关规定

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的,以贪污论。

与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。

刑法〔第三百八十三条〕 对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:

(一)个人贪污数额在十万元以上的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产;

(二)个人贪污数额在五万元以上不满十万元的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处无期徒刑,并处没收财产;

(三)个人贪污数额在五千元以上不满五万元的,处一年以上七年以下有期徒刑;情节严重的,处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免于刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

(四)个人贪污数额不满五千元,情节较重的,处二年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。

刑法〔第一百八十三条〕 保险公司的工作人员利用职务上的便利,故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔,骗取保险金归自己所有的,依照本法第二百七十一条的规定定罪处罚。

国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

刑法〔第二百七十一条〕 公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可

以并处没收财产。

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

刑法〔第三百九十四条〕 国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

(2) 最高人民法院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》摘录：

一、贪污贿赂犯罪案件

(一) 贪污案(第 382 条、第 383 条，第 183 条第 2 款，第 271 条第 2 款，第 394 条)

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。

“利用职务上的便利”是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件。

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的，以贪污罪追究其刑事责任。

“受委托管理、经营国有财产”是指因承包、租赁、聘用等而管理、经营国有财产。

国有保险公司的工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员利用职务上便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以贪污罪追究刑事责任。

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他非国有单位从事公务的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法

占为己有的,以贪污罪追究刑事责任。

国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,依照国家规定应当交公而不交公,数额较大的,以贪污罪追究刑事责任。

涉嫌下列情形之一的,应予立案:

1. 个人贪污数额在 5 千元以上的;
2. 个人贪污数额不满 5 千元,但具有贪污救灾、抢险、防汛、防疫、优抚、扶贫、移民、救济款物及募捐款物、赃款赃物、罚没款物、暂扣款物,以及贪污手段恶劣、毁灭证据、转移赃物等情节的。

(二) 挪用公款罪

1. 挪用公款罪的概念和特征

挪用公款罪是指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,或者挪用公款数额较大,进行营利性活动的,或者挪用公款数额较大,超过三个月未还的行为。它的特征有:

(1) 犯罪主体是国家工作人员。国家工作人员的含义在总则第 93 条规定的较明确,即指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。另外,挪用公款给他人使用,使用人与挪用人共谋,指使或参与策划取得挪用款的,以挪用公款罪的共犯定罪处罚。

(2) 犯罪主观方面表现为故意。表现为行为人明知是公款而故意非法占用,但是准备以后归还。没有永久占有公款的意图,这点是贪污罪与挪用公款罪的重要差别。

(3) 犯罪客体是复杂客体。即公款的占有权、使用权、收益权以及国家工作人员职务行为的廉洁性。

(4)犯罪客观方面表现为利用职务上的便利,挪用公款归个人使用的行为。根据1998年4月6日最高人民法院审判委员会第972次会议通过的最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》和1999年8月6日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》,应注意以下几点:①“挪用公款归个人使用”的含义,包括挪用者本人使用或者给他人使用。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。②挪用公款犯罪行为有三种不同情况。第一种是“超期型”:挪用公款归个人使用,数额较大,超过三个月未还的。“超过三个月未还”是指案发前(被司法机关、所在单位或者有关部门发现以前)未还。挪用正在生息或者需要支付利息的公款归个人使用,数额较大,超过三个月但在案发前全部归还本金的,可以从轻处罚或者免除处罚。给国家、集体造成的利息损失应予追缴。挪用公款数额巨大,超过三个月,案发前全部归还的,可以酌情从轻处罚。第二种是“营利型”:挪用公款数额较大,归个人进行营利活动的,构成挪用公款罪,不受挪用时间和是否归还的限制。该行为中挪用公款营利所得利息、收益属应追缴的违法所得,但不计入挪用公款数额。第三种是“非法活动型”:挪用公款归个人使用,进行非法活动的行为。根据高检司法解释,“非法活动”既包括犯罪活动、也包括其他违法活动。即泛指赌博、走私等违法、犯罪活动,其中非法活动构成其他犯罪的,依照数罪并罚原则处罚。这种情况不受挪用数额和时间的限制。其中,如果挪用公款行为人挪用给他人使用,不知道使用人用于非法活动、营利活动的,按第一种情况“挪用公款归个人使用,数额较大、超过三个月未还”规定处理,反之,如果挪用人明知,则按挪用人挪用进行营利活动、非法活动论。③多次挪用公款不还,挪用公款数额累计计算。多次挪用公款,并以后次挪用的归还前次挪用的,数额以案发时未还的实际数额认定。④根据1999年8月6日最高人民检察院公布适用的立案标准,挪用公款归个人使用,数额在1万元至3万元

以上,超过3个月未还的和挪用公款数额在1万元至3万元以上,归个人进行营利活动的,应予立案。挪用公款归个人使用,数额在5千元至1万元以上,进行非法活动的,应予立案。⑤根据刑法第185条第二款、第272条第二款规定,国有金融机构工作人员及其委派到非国有金融机构从事公务人员,利用职务上的便利,挪用本单位或者客户资金的,以及国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员及其委派到非国有公司、企业、其他单位从事公务的人员挪用该单位资金归个人使用或者借贷给他人,数额较大、超过三个月未还的,或者虽未超过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的。这两种情况不按挪用资金罪处理,而是按照刑法384条挪用公款罪论处。⑥根据最高人民法院1997年10月13日《关于挪用国库券如何定性问题的批复》,挪用的犯罪对象即公款应包括“公有或本单位的国库券。”因此,国家工作人员利用职务上的便利,挪用公有或本单位国库券的行为以挪用公款论,符合刑法第384条、272条2款情形构成犯罪的,以挪用公款罪论处。

2. 挪用公款罪的认定

(1) 挪用公款罪与非罪的界限

①挪用公款一般违法行为与挪用公款罪应加以区别。区分两者要考虑行为的社会危害性大小及刑法规定和司法解释。具体应从三点入手,一是挪用的数额。“超期型”和“营利型”挪用公款犯罪以“数额较大”为必要要件。另外两高的司法解释对挪用公款罪中的三种客观行为表现分别规定了立案标准,在认定数额较大及社会危害性大小时要参照这些法律依据。当然,这些司法解释关于数额标准的规定并不是定罪量刑的唯一根据,而是立案的标准和定罪量刑的一般指导性规定,除此外还要结合案件其他情况认定。比如:省级人民检察院在高检立案标准范围内作的本地区执行的具体数额标准(报高检备案的)。二是挪用公款的时间,在认定“超期型”挪用公款罪时有决定犯罪与非犯罪的作

用。即必须确认挪用公款数额较大，归个人使用且“超过三个月未还”，才能认定符合“超期型”的特征。如果案发时挪用了数额较大的公款超过三个月，但已归还的，不符合该种挪用的犯罪构成特征，不认为是犯罪，而是违反财经纪律及相关法规的违法违纪行为。当然，如果挪用的是正在生息或者需要支付利息的公款或者挪用了数额巨大的公款的，则在案发前超过三个月且已归还的（前种情况指归还了本金），也应按犯罪立案查处（参见1998年4月6日最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体适用法律若干问题的解释》第二条）。第三是对“非法型”挪用公款犯罪的认定，要结合法律规定与司法解释。其中，首先是刑法分则384条规定，其次是两高的司法解释，再次是在前两者的基础上根据刑法总则第13条犯罪的规定和“但书”的规定。单纯依照分则384条规定，并没有对“非法型”挪用公款罪规定数额标准，那么容易混淆罪与非罪界限。只有同时根据司法解释和高检立案数额标准，即“非法型”应具备挪用归个人使用进行违法或犯罪活动，并且挪用公款数额在5千元至1万元以上，才能立案查处。除此外，还必须根据刑法总则13条规定，对“情节显著轻微，危害不大”的不认为是犯罪，即以违法违纪论。例如：黄某为某银行出纳员，下班后夜晚约三人一起在其办公室玩麻将牌，并且以此作为赌博形式。黄某将钱包内二百余元输光后便打开单位保险柜，将自己管理的公款取出二十元用于打麻将的赌注。黄某钱又输光了，第二天一大早上班后黄借钱偷偷将前天取出的二十元公款归还，经人举报案发。该案中，黄某的行为虽然属于国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的行为，按刑法第三百八十四条规定，符合刑法挪用公款罪的特征。但是，黄某的行为不构成犯罪，是违法行为。因为第一，黄某的行为仅挪用了二十元公款，虽然根据刑法第三百八十四条规定没有规定挪用公款归个人使用进行非法行为需以数额多少为犯罪与否的标准。但1998年4月6日最高人民法院通