

# 挪用公款罪转化为贪污罪的条件

郑 厚 勇

(湖北咸宁学院,湖北 咸宁 437005)

[作者简介] 郑厚勇(1963-),男,湖北嘉鱼人,湖北咸宁学院法学教研室副教授,武汉大学法学院访问学者,主要从事刑法学研究。

[摘 要] 1997 年刑法修改前,司法解释将挪用公款不退还的情形规定以贪污论处,在当时被理论界批评为客观归罪,有悖定罪的主、客观相统一原则。1998 年司法解释将挪用公款后客观上有能力退还主观上不想退还的情形排除在挪用公款罪之外,转而以贪污论处,是以不退还、拒绝退还等客观结果推定贪污目的的存在,仍然是一种客观归罪。能够证明挪用公款主观目的向贪污公款主观目的转化的事实,不是非法占有公款的客观结果,而是非法占有公款的行为和过程。

[关键词] 挪用公款;贪污;转化;客观条件

[中图分类号] DF636 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)04-0555-05

1997 年刑法修改前,单行刑事法律和司法解释将挪用公款不退还的情形规定以贪污论处,在当时被理论界认为是客观归罪,有悖定罪的主、客观相统一原则。1998 年司法解释将刑法第 384 条“挪用公款数额巨大不退还”解释为“因客观原因在一审判决前不能归还”,将挪用公款后主观上不想退还客观上没有退还的情形排除在挪用公款罪之外,转而以贪污罪论处。理论界对此的学理解释是挪用公款罪向贪污罪的转化,并认为符合刑法的立法精神。笔者认为这种规定和解释仍然是客观归罪。行为人挪用公款后,究竟在怎样的情况下转为贪污罪,不能单方面地采用客观标准或者主观标准来认定。在挪用公款罪转化为贪污罪的问题上,以前的司法解释有时强调挪用公款不退还的客观结果,有时强调挪用公款不退还的主观意向。理论界对此也意见不一,争论不止。为了廓清挪用公款罪向贪污罪转化的争论问题,笔者首先对以前的司法解释和有关学理解释作一番分析和评述后,再阐述自己的见解。

## 一、挪用公款罪转化为贪污罪的立法和司法解释规定之分析

1985 年 7 月,最高人民法院和最高人民检察院(以下简称“两高”)联合发布了《关于当前办理经济案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》,其中规定:“关于挪用公款归个人使用的问题,首先应区别是否归还。如果归还了,则性质是挪用,除按刑法第 126 条规定应判刑的外,一般按违反财经纪律,应由主管部门给予行政处分。如果不归还,在性质上则是将国家和集体所有的公共财产转变为私人所有,可以视为贪污。”这是最早将挪用公款不退还按贪污罪论处的规定。当时的刑法没有规定一般的挪用公款罪,司法解释将一般的挪用公款行为分两种具体情况进行类推:如果挪用的公款归还了,就类推为第 126 条挪用特定款物罪;如果挪用的公款不归还,就类推为贪污罪。这种类推虽然违反犯罪构成的一般原理,但符合当时刑法关于类推的规定。当时的司法解释是为了打击日益频繁的挪用公款犯罪而

做出如此规定的,它作为一种应急措施,在一定程度解决了挪用公款行为人的刑事责任问题,维护了国家和集体利益,但在实践和理论上存在的问题是:将挪用公款行为以贪污罪论处是不科学的,两者无论在犯罪主观方面还是犯罪客观方面,都存在显而易见的差异。所以,对挪用公款行为以贪污罪论处,不仅难以满足司法实践惩治挪用公款现象的需要,而且不符合犯罪构成的一般原理<sup>[1]</sup>(第 378 页)。1988 年 1 月全国人大常委会通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称“补充规定”)设立了挪用公款罪,并规定挪用公款数额较大不退还的,以贪污罪论处。全国人大常委会的这一立法举措,基本上是沿袭上述司法解释的规定,仍将挪用公款不退还的情形按贪污罪论处。根据规定,只要挪用公款的行为人存在不退还所挪用公款的客观结果,不论有无能力退还,还是主观上是否愿意归还,挪用公款行为都转化为贪污罪。1989 年 11 月“两高”发布的《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》,也是如此解释的,即“不退还,既包括主观上不想还的,也包括客观上不能还的”。这一解释虽然符合“补充规定”条文的含义,但被理论界批评为客观归罪,有悖定罪的主客观相统一的原则。

1997 年修改后的刑法第 384 条克服了“补充规定”和相关司法解释的缺陷,在规定挪用公款罪时,将“挪用公款数额巨大不退还”规定为挪用公款罪的一个加重处罚情节,仍以挪用公款罪处罚。从条文的字句上分析,挪用公款罪的行为不存在转化为贪污罪的问题,也不需要“不退还”进行解释,因为“不退还”是明确和具体的,就是指挪用公款不退还的一种客观实在状态,也是挪用公款后的一种危害结果。如果“不退还”是指在某种情形的不退还,刑法一定会进行明确规定的。也许这样规定不符合犯罪构成的一般原理,但它是刑法的明文规定,我们必须遵照执行,再说,刑法中不符合犯罪构成一般原理的条文也不只这一个。关于挪用公款罪转化为贪污罪的问题,是不需要用司法解释来进行特别规定的,只要行为人挪用公款后,在客观行为和主观意识方面发生了变化,这种变化的结果符合贪污罪的犯罪构成,自然就按重罪——贪污罪处理。但是,我们的司法解释还是对“不退还”规定了限制性情形。1998 年 4 月,最高人民法院发布了《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》,将“挪用公款数额巨大不退还”,解释为“因客观原因在一审判决前不能归还”。为此,行为人主观上不想退因客观上有能力退还的情形被排除在挪用公款罪之外,转而以贪污罪论处。1985 年“两高”在刑法没有规定挪用公款罪的情况下,将挪用公款不退还的行为规定以贪污罪论处,这种做法虽有越权立法之嫌,但符合刑法关于类推的规定。如今,最高人民法院仍然采用以前的做法,改变刑法规定的含义,对刑法条文增加限制性条件,那就不妥了。因为如今的刑法规定了罪刑法定原则,即使有些刑法条文不符合犯罪构成的一般原理,满足不了司法实践的需要,最高人民法院也不能像以前允许类推时那样,对其进行修改和补充。否则,就是违反罪刑法定原则和越权解释刑法。这一司法解释发布后,司法实践就抛弃了刑法规定,转而依照司法解释,对挪用公款后主观上不想退还客观上有能力退还的行为以贪污罪论处。

## 二、挪用公款罪转化为贪污罪的学理解释之评述

在理论界,对“挪用公款数额巨大不退还”的司法解释持赞成观点的人士居多,认为解释符合刑法的立法精神和犯罪构成的一般原理。

观点之一:刑法第 384 条第 1 款中作为挪用公款罪加重处罚情节——“挪用公款数额巨大不退还”,只限于因客观原因无法退还的情形,如果行为人有能力归还却不退还,则在主观上发生了转化,对被挪用的未退还部分产生了非法占有的目的,符合贪污罪的构成,对行为人应以贪污罪定罪处罚。该观点以挪用公款的行为人有能力归还而不退还的客观事实,来证明其主观上产生了非法占有的目的,行为人对挪用的公款产生了非法占有的目的,就符合贪污罪的构成。这一推理论证,是用不退还来证明行为人主观目的发生了变化,这种不退还的客观结果与贪污罪的结果相符,即非法占有公款。但是,客观结果虽符合贪污罪的特点,客观行为却仍然是挪用公款罪的行为,行为人占有公款的行为方式没有发生变化,这种行为方式还是挪用公款罪的行为方式,而不是贪污罪的侵吞、盗窃、骗取等行为方式。因此,以行为

人有能力归还而不退还的客观事实来证明符合贪污罪的构成,显然证明不充分。

观点之二:行为人挪用公款主观上不想还,客观上无能力还,或者客观上有能力退还而主观上不想退还而未还的,应以贪污论处。这在理论上属于一种犯罪转化,就像刑法第269条规定盗窃、诈骗、抢夺等罪向抢劫罪的转化<sup>[2]</sup>(第12页)。这种观点概括了挪用公款罪向贪污罪转化的两种情形,但归根到底还是以主观上不想退还客观上没有还的事实来论证符合贪污罪的构成,并将挪用公款罪向贪污罪的这种转化等同于刑法第269条盗窃、诈骗、抢夺等罪向抢劫罪的转化。笔者认为,刑法第269条规定的犯罪转化不同于挪用公款罪向贪污罪的转化。行为人盗窃、诈骗、抢夺后,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者暴力相威胁,其目的是为了非法占有盗窃、诈骗或者抢夺来的公私财物。窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证则是为非法占有目的服务的,是保证达到非法占有目的的行为,在实施这些保证达到非法占有目的的行为时实施了暴力、暴力相威胁,就完全符合抢劫罪的特征,即行为人为了非法占有公私财物,首先采取了盗窃、诈骗或者抢夺的方法,后又采取了暴力、暴力相威胁的方法,这就从盗窃、诈骗或者抢夺完成了向抢劫的转化。挪用公款的行为人虽然主观上产生了非法占有公款的目的,客观上也存在没有归还公款的结果,但是其占有公款的行为方式仍然是挪用公款的方式,不是贪污罪的侵吞、盗窃、骗取等行为方式。刑法第269条规定的犯罪转化是一犯罪构成向另一犯罪构成的转化,行为人的行为完全符合两种不同的犯罪构成,前文司法解释和学理解释所论及的挪用公款罪向贪污罪的转化,则是主观方面的转化(暂时占有转化为不想退还,并不能完全证明有非法占有的目的)和部分客观事实(非法占有公款)的变化,挪用公款的行为方式和特征没有转化。因此,二者不能等同。

观点之三:从挪用公款的去向、用途,分析其犯罪的目的,判断其是否有退还的意图。例如,行为人挪用公款后,向境外转移存款和赃款的;在司法机关追缴时,转移、隐匿财产的以及采取其他方式拒不退还的等等,就说明行为人产生永久非法占有公款的目的<sup>[3]</sup>(第37页)。该观点用一些具体的事实来证明行为人挪用公款后主观上发生了变化,但这些事实并不能完全证明行为人由暂时非法占有向永久非法占有的转化。在这些事实发生的情况下,行为人主观上并非一定都是永久非法占有公款的意图。例如,将挪用的公款向境外转移,在司法机关追缴时转移、隐匿财产,等等事实,都不能完全说明行为人只有永久非法占有公款的惟一意图,不能排除行为人还存在其他的目的和意图。如果凭此认定行为人有永久非法占有公款的意图,那只能是推定<sup>[4]</sup>(第1257页),这种推定在法律上是不成立的。不管行为人挪用公款后怎样使用公款,本单位账目上仍然清楚地表明其负有归还公款的责任,这就如同行为人通过正常手续借用公款后肆意使用公款,或者有能力和归还借款而拒不归还借款一样,本单位账目上仍然清楚地表明其负有归还公款的责任,不能因为其向境外转移财产,或者单位起诉后法院追缴借款时,行为隐匿财产而对其以贪污论处。挪用公款与借用公款在单位账目上的归还责任是一样清楚的,只是挪用公款是没有经过批准,借用公款经过了批准,但二者行为人归还公款的责任始终是清楚明了的。贪污罪却不同,行为人贪污公款后,一般情况下本单位是不知情的,在财务账目上也不是清楚明了的。因此,不能以行为人有能力归还而不归还擅自挪用的公款的结果来推定其主观上具有贪污的目的,如此这般,行为人借用公款后到期有能力归还而拒绝归还经批准借用的公款的情形,也符合贪污罪的构成。显然,这种推定是不成立的。

还有的观点采用列举案例的方法,证明行为人主观上具有永久非占有公款的直接故意和间接故意,以此论述挪用公款罪向贪污罪的转化。例如,行为人挪用公款后将公款挥霍殆尽,如果行为人明知没有还款的可能,仍然按计划使用公款,就可判明其具有非法占有公款的目的,主观上对不能归还的结果是直接故意;行为人挪用公款后进行豪赌,行为人明知这样使用公款存在高风险,却抱着能还则还,不能还则不还的心态,从而造成不能退还公款的,在主观上对不能归还的结果是间接故意。对这两种情形都应按贪污罪论处<sup>[4]</sup>(第1218页)。这种观点也是一味强调主观条件和客观结果,忽视客观行为,没有抓住挪用公款罪向贪污罪转化的本质要件,用来证明的事实不能证明出行为人由暂时非法占有变为非法永久占有意图的惟一性,并且证明的事实不符合贪污罪的行为特征。只有挪用公款的行为事实和特征转化

为贪污的行为事实和特征,才能证明行为人挪用公款的意图和目的转化为贪污的意图和目的。

### 三、挪用公款罪转化为贪污罪之我见

挪用公款罪向贪污罪的转化,司法解释和学理解释都是以行为人对公款暂时非法占有的目的向永久非法占有的目的转化为标志,这个转化标志有两方面的客观事实证明:第一,以客观上有能力归还公款而不归还公款的客观事实来证明(上述观点之一、二);第二,以所挪用公款的用途、去向来证明(上述观点之二、三)。笔者认为,如此认定挪用公款罪向贪污罪的转化,从表面看是以行为人具有永久非法占有公款的贪污目的为标准,犯罪目的在认定挪用公款罪向贪污罪的转化中起主导作用。从实质上看,是行为人不归还公款以及使用公款的客观事实起主导作用,这还是一种客观归罪,与理论界认为的 1989 年司法解释造成的客观归罪结果是同一性质的问题。1989 年司法解释规定,只要行为人挪用公款后不退还的,以贪污论处。这就是以不归还的客观事实来证明行为人暂时非法占有公款的目的向永久非法占有公款目的转化,从而证明挪用公款罪向贪污罪的转化。1998 年的司法解释规定,“不退还,是指因客观原因在一审判决前不退还”,就等于认可了因主观原因不退还的情形不是挪用公款罪的情形,而是挪用公款罪向贪污罪转化的情形。在这里,主观原因也以不退还的客观事实来说明的。前文谈及的有关学理解释在分析 1998 年司法解释后认为,行为人客观上有能力归还挪用的公款而不归还的,或者行为人明知按计划使用公款或者转移公款日后不能归还的,就表明其挪用公款的主观目的向贪污罪的主观目的转化,从而符合贪污罪的构成。因此,1998 年司法解释与 1989 年司法解释一样,都造成了客观归罪的结果,只是 1989 年司法解释在允许类推时下造成的客观归罪结果,有其存在的合法性,而 1998 年司法解释在罪刑法定原则确定后造成的这种客观归罪结果就失去了其存在的合法性。

解决挪用公款罪向贪污罪转化的问题,其实并不难,也不需要司法解释来加以特别说明。刑法第 382 条规定的贪污罪,其本质特征是贪污行为的特定性,只要贪污行为存在,就说明行为人贪污目的的存在。在挪用公款罪转化为贪污罪的问题上,只要行为人挪用公款后的行为发生了变化,符合刑法第 382 条规定的关于贪污罪的构成条件,刑法适用者就可以对行为人以贪污罪处罚。但是,以行为人不归还挪用的公款,或者以所挪用公款去向、用途来证明其主观目的由暂时非法占有转化为永久非法占有,是不充分的,这些事实只是证明行为人的主观目的有可能由暂时非法占有向永久非法占有转化,而不是一定要非法占有,此时行为人的主观目的还有其他情形的可能性。再者,对公款非法占有等事实也不是贪污罪在客观方面的完整构成因素,贪污罪在客观方面的完整构成因素包括利用职务之便实施的侵吞、盗窃、骗取等行为和非法占有数额较大的公款或者其他情节严重的结果。贪污罪的主观目的是由客观方面的因素来说明的,而直接说明行为人具有贪污公款目的的客观因素是以侵吞、盗窃、骗取等行为方式非法占有公款,而不是行为人非法占有公款的结果。至此,挪用公款罪向贪污罪转化的标志就是行为方式转化,即挪用公款的行为转化为贪污的行为。行为人利用职务之便利以侵吞、盗窃、骗取等方式非法占有公款,具体地表现为行为人在非法占有公款时不会留下对证实贪污有关键意义的证据,即占有公款行为具有秘密性。行为人挪用公款的行为,则是半公开性的,在财务帐上都会留下挪用的痕迹,只要通过一般的财务核对方法就能确认和追究行为人的责任。如果行为人挪用公款后,想方设法将半公开性的只需一般财务核对就能确认责任人的挪用手段,改变成秘密性的未留任何明显挪用证据的贪污方法,就说明行为人不归还公款的主观目的是永久非法占有公款。此时的情节是:有确凿而充分的证据(将挪用方法该为贪污方法)证明行为人挪用公款后的主观目的由暂时非法占有已向永久非法占有转化,这种确凿而充分的证据所表现的具体行为(侵吞、骗取等)也符合贪污罪的行为特征,再加上行为人不归还公款的结果,就完全符合贪污罪的构成。

在司法实践中,这种转化的情节一般表现为两种形式:第一,行为人挪用公款后,想方设法从账面上消除挪用的痕迹,将原来只要一经财务核对就能发现挪用行为和责任人的财务会计资料改变成具有贪

污特征的虚假的财务会计资料,从而逃避归还所挪用公款的责任,这是挪用行为转化成侵吞方法的贪污行为;第二,行为人挪用公款后,采取虚报开支的手段,用假发票冲抵所挪用的公款,从而逃避归还所挪用公款的责任,这是挪用公款行为转化成骗取方法的贪污行为。只有上述两种行为出现后才能完全证明挪用公款罪转化为贪污罪,这两种行为完全能说明行为人暂时非法占有公款的主观故意转变成永久非法占有公款的主观故意。

### [参 考 文 献]

- [1] 赵秉志. 侵犯财产罪研究[M]. 北京:中国法制出版社,1998.
- [2] 魏 刚. 对挪用公款不退还的理解[J]. 人民检察,1998,(5).
- [3] 杜国强. 挪用公款不退还的司法适用[J]. 国家检察官学院学报,2002,(6).
- [4] 高铭暄,马克昌. 刑法热点疑难问题探讨:下[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2002.

(责任编辑 车 英)

## The Conditions for the Transformation from Appropriation to Corruption

ZHENG Hou-yong

(Xianning College, Xianning 437005, Hubei, China)

**Biography:** ZHENG Hou-yong (1963-), male, Associate professor, Xianning College, Visiting scholar, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

**Abstract:** Before criminal law was revised in 1997, the judicial explanation would stipulate and punish the situation of appropriating public funds for personal use not returned as corruption. The theory circle criticized it as objective imputation at that time, because it went against the principle of declaring guilty subjectively and objectively. In 1998, the judicial explanation excluded the situation that those had the ability to return the public funds objectively but not wanted to return it subjectively, from the crime of appropriating public funds for personal use, but criminated it as corruption. This is still a means of objective imputation because the existence of corruption purpose is deduced from the objective results of not returning or refusing to return, etc. Whereas, the fact, which can prove the transformation of the subjective purpose from that in appropriating public funds for personal use to that in corrupting the public money, is not the objective result in occupying the public funds illegally, but the illegal behavior and course.

**Key words:** appropriating public funds; corruption; transformation; objective condition