



挪用资金罪若干问题探讨

郭理蓉

挪用资金罪是1997年修订刑法新增加的罪名。根据刑法第272条第1款的规定，挪用资金罪是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本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行为。本文拟就挪用资金罪司法认定中的几个问题略作探讨。

一、私营企业业主能否构成挪用资金罪

根据刑法规定，挪用资金罪的主体是公司、企业或者其他单位中不具有国家工作人员身份的人。由于在实践中有些私营企业的业主或投资者也直接参与企业的经营管理活动，由此便引发了一个问题：这些私营企业业主或投资者利用职务之便挪用本企业资金，数额较大、超过三个月未还的，或者挪用资金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，能否成立挪用资金罪？

对此，理论界有肯定和否定两种观点。持肯定观点的学者认为：首先，根据刑法第272条的规定，本罪主体是公司、企业或者其他单位的工作人员，私营企业的业主或投资者直接参与企业经营管理活动的，应认为其也属于企业的“工作人员”，自然可以成为本罪主体。其次，业主或投资者的资金一旦注册成为企业的资本后，就不再是业主或投资者的个人资金而是企业的资金了。以公司为例，在公司的财务报表中有资产、负债及所有者权益三项。股东的钱进入公司后是作为公司的资产和所有者权益的形式存在的。除非公司有利润分配给他，除非公司破产，除非他退出股份，否则，他只拥有公司股份，而不直接占有或拥有公司的资金。因此，私营企业业主或者私营公司股东挪用本企业或公司资金的，就侵犯了企业或公司的财产权，可构成挪用资金罪。否定观点则认为，从我国现行刑法的规定来看，挪用资金罪属于侵犯财产权的犯罪，私营企业的资金属业主所有，因此业主挪用本企业资金的，不过是所有者对其所有的资金的一种支配或处分行为，不存在侵犯财产权的问题，自然不构成犯罪。

笔者认为，对这一问题不可一概而论，而要分析具体情况。由于挪用资金罪属于侵犯财产权的犯罪，要认定私营企业业主或投资者挪用企业资金的行为是否构成挪用资金罪，关键是要确定业主或投资者与企业的财产之间是否具有直接的所有与被所有的关系以及挪用资金的行为是否对财产所有权构成了侵犯。

私营企业（这里所说的“企业”是广义上的企业概念，即包括公司在内的企业概念）从责任形式上，可分为两类：一类是依法取得法人资格的私营企业（主要是公司）。在这类企业中，投资者对企业的投资就成为企业的资产，企业的资金支配必须以法人的名义进行，投资者的个人财产与企业资产是相分离的。投资者只享有所有者权益，而对其所投入企业的资金没有直接的所有权。企业法人以其全部资产对企业的债务承担有限责任。因此，在这类企业中，企业业主或者投资者挪用企业资金的行为无疑侵犯了企业的财产权，可构成挪用资金罪。第二类是非法人的私营企业。具体又可以分为两类：个人独资企业与非独资企业。我国《个人独资企业法》第2条规定，“个人独资企业是指依照本法在中国境内设立的，由一个自然人

投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。”就个人独资企业而言,业主对企业全部资产享有直接的所有权。因此,业主挪用企业资金并不涉及侵犯财产所有权的问题,因而不构成挪用资金罪。就非独资企业来说,多表现为合伙。我国《合伙企业法》第2条规定,“合伙企业是指依照本法在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议,共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。”该法还规定,“合伙企业的财产由全体合伙人依照本法共同管理和使用。”对合伙财产的支配和处分须经全体合伙人的同意。合伙事务执行人未经其他合伙人的同意而擅自挪用合伙企业的资金的,就可能侵犯整个合伙企业的财产所有权,因而构成挪用资金罪;但如果是全体合伙人经过协商,同意将合伙企业的一部分资金挪作他用,则属于合伙企业对合伙财产的处分行为,不存在侵犯合伙财产所有权的问题,也就不构成挪用资金罪。因此,就非独资的私营企业而言,关键是看业主或投资者挪用资金的行为是否对企业的财产所有权构成了侵犯,这一原则对其他形式的非独资企业也同样适用。

值得注意的是,有人认为,私营企业业主或者投资者挪用资金的行为虽然在某些情况下并未侵犯财产所有者的所有权,但可能导致债权人的利益受到损害即全部或部分债权得不到实现,从而间接侵犯了债权人的财产所有权,因此这种情形应构成挪用资金罪。笔者认为,这种观点有失妥当。如前所述,私营企业业主或者投资者擅自挪用资金但未侵犯财产所有权的情形只可能存在于该企业是非法人的情况下,而就这种情况而言,无论是个人独资企业还是合伙等非独资企业,业主或投资者对企业债务都承担无限责任(合伙人承担无限连带责任),如果企业资产不足以清偿债务,业主或投资者应以其个人财产清偿(合伙企业则由各合伙人的个人财产清偿)。债权人的利益一般来说不会因此受到实质性的损害。再者,债权和所有权是性质不同的两个概念,即便债权人的债权因为该挪用资金的行为而不能得到全部的实现,也只是债务的追偿问题,而非所有权纠纷,不可将二者混为一谈。

二、挪用资金罪客观方面的两个问题

挪用资金罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利,挪用本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行为。关于本罪客观方面的特征,有以下几个问题值得讨论:

(一)如何理解并认定“超过三个月未还”中的“未还”?

根据刑法第272条第1款的规定,挪用本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,构成挪用资金罪。这是挪用资金罪的行为表现之一。如何理解“超过三个月未还”?我国刑法理论界存在两种观点:一种观点认为,“超过三个月未还”是指从挪用之日起三个月内没有归还挪用款项。具体包括案发时尚未归还挪用款项并且时间已经超过三个月,和案发时已经归还、但归还时已经超过三个月这样两种情况。至于挪用资金超过三个月但在案发时已经归还的,只能作为影响量刑、相对从宽的一种情节。另一种观点则认为,“超过三个月未还”仅仅是指挪用时间已经超过三个月而在案发时又尚未归还这一种情况。如果挪用数额较大的本单位资金虽在三个月内未归还,但是在案发前已归还了,不宜作为犯罪处理。因为,如果认为挪用数额较大的本单位资金超过三个月即构成犯罪,那么,法条中的“未还”二字就纯属多余,应写为“超过三个月”即可。

笔者赞同第一种观点。理由在于:首先,第一种观点比较符合法条的字面含义。从“超过三个月未还”的字面含义来理解,应是指行为人挪用资金的时间超过三个月而仍没有归还,即在三个月内一直都没有归还资金。至于说用“超过三个月未还”而不用“超过三个月”的表述,其实只是表述习惯问题。其次,从行为的客观危害来说,挪用资金罪所侵犯的是单位资金的所有权和单位的资金管理制度,只要行为人挪用本单位资金归个人使用,超过三个月,就已经对法益造成了侵害,而其是否在案发前归还,都不应该影响犯罪的成立,至多只是量刑时应予考虑的一个情节。况且,案发时间有早有晚,假定某甲挪用本单位资金1万元,三个月后尚未来得及归还即案发,依法被定罪处刑;而某乙挪用本单位资金5万元,历经数年都未被发现,在案发前归还,依上述第二种观点,对某乙不应定罪处罚。这显然有失妥当,违背了罪刑相适应原则。第三,就某些司法解释的规定来看,也并未将案发前是否归还作为区分罪与非罪的界限。例如,1998年4月6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》第2条规定,“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。……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。……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,……在案发前部分或者全部归还本息的,可以从轻处罚;情节轻微的,可以免除处罚。”这一规定说明,行为人是否在案发前归还挪用的

款项，只影响量刑而不影响定罪。虽然该规定不是专门针对挪用资金罪的，但挪用公款罪与挪用资金罪在行为方式上有很多相似之处，该解释对于挪用资金罪的认定无疑具有重要的参考意义。第四，有的学者认为第一种观点有打击面过宽之嫌，而第二种观点缩小了打击面，比较符合司法实践的需要。事实上，立法者没有将挪用本单位资金归个人使用的行为一律规定为犯罪，而是在数额和时间上作出一定的限定，应该是已经考虑到了缩小打击面的问题。而且，依照认定犯罪的一般原理和步骤，在认定挪用数额较大的单位资金归个人使用，超过三个月未还的行为是否以犯罪论处的问题上，不仅要依据刑法第272条第1款的规定，同时还要结合刑法第13条“但书”的具体规定，对于那些情节显著轻微、危害不大的挪用资金行为，不以犯罪论处。而支持第二种观点的学者在主张“‘超过三个月未还’仅指挪用时间超过三个月而在案发时尚未归还的情况”的同时又认为，情节严重、危害巨大的挪用行为，即使案发前已经归还本息，也可以追究刑事责任。这不仅在定罪逻辑上是混乱的、倒错的，而且有任意入罪之嫌。所以，笔者认为，对于“超过三个月未还”中的“未还”应理解为从挪用之日起三个月内没有归还所挪用的资金。挪用数额较大的单位资金归个人使用，超过三个月的，无论在案发前是否归还，都应依法构成犯罪；如果行为人在案发前全部归还的，可以从轻处罚或者免除处罚；但是，情节显著轻微、危害不大的，可以不作为犯罪论处。

（二）如何区分“营利活动”与“非法活动”？

我们知道，营利活动与非法活动之间存在着一定的交叉，营利活动有合法与非法之分，非法活动又有营利与非营利之别。某些活动从其本身的性质来看是合法的，但如果某些主体从事这一活动，则是违法的，如，正当的营业活动是合法的，但如果国有公司、企业的高级管理人员自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，则是违法的。那么，国有公司、企业的高级管理人员挪用本单位的资金，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业的，应认定为挪用本单位资金进行营利活动还是非法活动？

根据刑法规定，挪用本单位资金后的具体用途不同，其定罪处刑的条件也就有所不同，因此正确区分营利活动与非法活动的界限，就关系到挪用资金罪的定罪量刑问题。所谓“营利活动”，是指通过一定的投入而谋取利润或其他货币收益的活动。包括为了实现谋取利润的目标所进行的一切生产、经营活动，如挪用本单位资金存入银行、用于集资、私人放贷、购买股票、国债或者兴办企业、从事生产经营等等，而且，为这些活动服务的活动，如购买生产用的原材料、机器设备等，也都属于这里所说的“营利活动”的范畴。应当注意的是，这里的“营利活动”仅指合法的营利活动。而所谓“非法活动”，不仅包括违反工商、海关、税收、治安等经济、行政管理法律、法规的一般违法活动，如挪用资金进行无证经营、放高利贷、嫖娼等，还包括各类犯罪活动，如走私犯罪、贿赂犯罪、毒品犯罪等。“非法活动”是就该活动本身的性质来说是非法的，是法律所不允许的、禁止任何人从事的活动。因此，凡是挪用资金进行非法活动的，无论营利与否，一律都应当按照“挪用本单位资金进行非法活动”的情形处理。

法律禁止国有公司、企业的高级管理人员自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，但是，就此类营业活动本身来说，是合法的经营活动，只是法律不允许具有某种特定身份的人从事这种营业活动而已。因此，国有公司、企业的高级管理人员，挪用本公司或企业的资金，经营与本公司或企业同类的营业的，其行为不属于“挪用本单位资金进行非法活动”，而应按“挪用本单位资金进行营利活动”的情形予以处理。

三、关于受委托管理、经营国有资产的国有工作人员挪用国有资金的行为的认定

受委托管理、经营国有资产的国有工作人员挪用国有资金的行为如何认定？理论上曾存在争议，争议的焦点主要在于受委托管理、经营国有财产的人员是否属于国家工作人员。我国现行刑法第382条第2款规定，受国家机关、国有公司、企业等国有单位委托管理、经营国有财产的人员可以构成贪污罪，也就是说，这类人员可以作为贪污罪的主体。于是有学者把这部分人员归入刑法第93条第2款的“其他依照法律从事公务的人员”，即视为“准国家工作人员”。也有学者提出异议，认为，这一规定是仅适用于贪污罪的特殊规定，不能认为上述人员都属于准国家工作人员，因而也可以成为以国家工作人员为主体的其他犯罪的主体。2000年2月13日最高人民法院《关于对受委托管理、经营国有财产人员挪用国有资金行为如何定罪问题的批复》规定，“对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定（即挪用资金罪——笔者注）定罪处罚。”可见，该司法解释与前述第二种观点的立场是一致的，即认为上述受委托人员并不因其受委托经营、管理国有财产就以国家工作人员论，除了贪污罪以外，其不能成为以国家工作人员为主体的其他犯罪的主体。

值得注意的是，上述司法解释与刑法第382条第2款的规定实际上是相矛盾的。因为，如果说受委托管理、经营国有财产的非国家工作人员挪用国有资金的行为构成挪用资金罪的话，那么，基于同样的道理，对于受国家机关、国有公司、企、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，将国有财物非法占为己有的，应以职务侵占罪论处。而这恰恰违背了刑法第382条第2款的规定。事实上，关于刑法第382条第2款规定的合理性，理论界也存在争议。从实践情况来看，委托的具体方式有许多种，有授权性的委托如行政委托，也有平等主体之间的民事委托。在行政委托等授权性委托的情况下，被委托人因该授权而享有一定的管理与经营国有财产的职权和职责，在委托期间，被委托人与委托单位之间具有行政隶属关系或监督关系。在这种情况下，将被委托人作为国家工作人员对待，尚可说得过去。但在平等主体间民事委托的情况下，被委托人与委托单位之间只是基于委托合同而产生一般的民事权利义务关系，并不具有行政上的隶属关系或监督关系。在这种情况下，对被委托人的行为按国家工作人员所实施的犯罪论处，显然是不合理的。刑法第382条第2款对各种委托方式及其相互之间的差别不予区分而一概将受委托管理、经营国有财产的人员作为贪污罪的主体，实在是欠妥当。但这一立法缺陷的彻底解决和完善，只能期待未来的刑法修订工作。至于上述最高人民法院的批复，也存在同样的问题。因此，出于合理性的考虑，笔者认为，对该批复中的“委托”应理解为非授权性质的委托。如果是基于授权性质的委托而管理、经营国有财产的人员挪用国有资金的，应认定为挪用公款罪。

四、挪用资金罪的数额计算

在行为人只实施了一次挪用行为的情况下，挪用资金的数额计算是比较简单的，但是在司法实践中经常出现行为人多次挪用本单位资金的情况，这时，挪用资金的数额计算相对比较复杂，这就要根据案件的具体情况进行分析和处理。具体来说，主要有以下几种情形：其一，行为人多次挪用本单位资金，用于除营利活动、非法活动以外的其他一般合法性活动的，如果每次挪用都在三个月以内归还的，自然不成立犯罪，也就不涉及犯罪数额的计算；但如果是连续挪用，即用后一次挪用的资金归还前一次挪用的资金，则其数额应以最后一次未归还的实际数额计算。至于挪用时间，由于这一系列的挪用行为构成一个有机的整体，因而应当从第一次挪用时起算。其二，行为人多次挪用本单位资金，用于除营利活动、非法活动以外的其他一般合法性活动的，应将其多次挪用的数额相加来认定行为人挪用资金的数额，但其中挪用时间未超过三个月的，挪用数额不相加。至于挪用的时间，应按照各次挪用的时间计算。其三，行为人多次挪用本单位资金，进行营利活动或者非法活动的，由于这两种情形在犯罪的成立上没有挪用时间的限制，因此，应当分别将多次挪用的数额相加来计算挪用数额。其四，行为人多次挪用本单位资金，并将挪用的资金用于刑法第272条第1款所规定的两种以上的用途的，如果其中只有一种行为构成了犯罪，则应以构成犯罪的该次挪用的数额来认定犯罪数额，其他的作为量刑情节予以考虑；如果几种行为都构成了犯罪，则依照同种数罪的处罚原则，认定成立一罪，但应将各次挪用的数额相加来认定其挪用资金的数额。例如，某甲挪用本单位资金7万元用于自家盖房，三个月后，又挪用了8万元用于购买股票，如果在第二次挪用之前某甲已将第一次挪用的7万元归还的，则仅就其第二次挪用8万元（数额较大）从事营利活动的行为追究刑事责任，根据刑法的规定，应处3年以下有期徒刑或者拘役，其第一次挪用资金的行为可以作为量刑时考虑的一个情节；如果在第二次挪用之前，某甲一直未归还挪用第一次挪用的资金的，则其前后两次挪用行为均构成了犯罪，对某甲应认定成立挪用资金罪一罪，但其挪用数额应为15万元，已达“数额巨大”，根据刑法的规定，应在3年以上10年以下有期徒刑这一量刑幅度内判处刑罚。

五、挪用资金罪的共同犯罪的认定

挪用资金罪的主体是特殊主体，即仅限于公司、企业或者其他单位中不具有国家工作人员身份的人。非公司、企业或者其他单位的人员虽然不能单独成为挪用资金罪的主体，但却可以和公司、企业或者其他单位的工作人员共同构成挪用资金罪。关于挪用资金罪的共同犯罪，主要有以下几个问题需要探讨：

（一）挪用本单位资金给他人使用的，使用人是否必然与挪用人共同构成挪用资金罪？

如前所述，非公司、企业或者其他单位的人员可以成为挪用资金罪的共犯，但前提是这些人员与挪用资金罪的特殊主体之间要有共同犯罪的故意和行为。共同故意是指使用人与挪用人均明知是挪用人本单位的资金而有意挪用，通常情况下，使用人与挪用人之间存在共谋，如在挪用人已有犯意的情况下，使用人参与策划，或者在挪用人尚无犯意时，由使用人指使、唆使或者胁迫要挟等，促使挪用人产生犯罪故意。如果使用人与挪用人之间没有共同的故意，挪用人擅自挪用本单位的资金给使用人使用，使用人对此并不

知情的，则因不具备共同的故意，不成立共同犯罪，挪用人构成挪用资金罪，而使用人不构成该罪的共犯。

(二)挪用资金给他人使用，但挪用人与使用人对所挪用资金的具体用途认识不同的，如何认定？

现行刑法将挪用资金归个人使用的三种不同的用途作为不同情形的挪用资金行为成立犯罪的必备要件，因而行为人对资金的具体用途的认识就关系到挪用资金罪的认定。在挪用人与使用人不是同一人，而他们对所挪用的资金的具体用途认识又不一致的情况下，应当以挪用人认识，还是以资金的实际用途作为认定共同犯罪的标准？笔者认为，应当从案件的具体情况出发，根据共同犯罪的原理予以不同的处理：其一，如果使用人故意隐瞒自己使用资金的真实用途，以其他个人用途为由，指使、唆使、参与策划挪用资金，而后却将资金用于非法活动或营利活动，挪用人一直处于被蒙蔽状态而不知晓实情的，对挪用人应以“挪用资金数额较大，超过三个月未还”的要件来认定犯罪的成立；而对使用人则应以“挪用资金数额较大，进行营利活动”或者“挪用资金进行非法活动”的要件来认定其是否构成犯罪。其二，如果使用人故意隐瞒自己使用资金的真实用途，以其他个人用途为由，指使、唆使、参与策划挪用资金，而后将资金用于非法活动或营利活动，挪用人事后知道却表示同意或默许的，则挪用人与使用人一样，均应以“挪用资金数额较大，进行营利活动”或者“挪用资金进行非法活动”的要件来认定是否成立犯罪。其三，如果挪用人与使用人对于挪用后的资金的具体用途虽没有明确的认识，但有着共同的概括的认识，则对挪用人和使用人均应以挪用后资金的实际用途所对应的要件来认定是否成立犯罪。

在认定挪用资金罪的共同犯罪时，还应注意的，可与公司、企业或者其他单位的工作人员构成挪用资金罪的共犯的不仅限于使用人，使用人以外的其他人也可以与公司、企业或者其他单位的工作人员构成挪用资金罪的共犯。如教唆行为人挪用资金、为行为人挪用资金出谋划策的，等等。只要其与行为人共谋，参与策划并积极帮助行为人挪用资金归个人使用的，即使其本人并未使用该笔资金，也应当以挪用资金罪定罪处罚。

(三)公司、企业或其他单位中不具有国家工作人员身份的人与具有国家工作人员身份的人共同挪用本单位资金的，如何认定？

如，陈某是某非国有企业的出纳，齐某为某国有单位委派到该企业的人员。陈某与齐某合谋，利用陈某主管资金的便利，挪用该企业的资金6万元用于炒股，所得收益二人平分。陈、齐二人无疑已构成犯罪，但应定何罪，则不无争议。有的主张二人都构成挪用资金罪；有的主张由于齐某具有国家工作人员身份，因此陈某应和齐某共同构成挪用公款罪；还有的主张依行为人各自的身份定罪即陈某构成挪用资金罪、而齐某则认定为挪用公款罪。

笔者认为上述第二种主张的结论是正确的，但对其理由不能苟同。在该案中，共同犯罪人之间虽有不同的分工，但他们的行为已经结合成不可分割的统一体，该行为整体同时触犯了挪用资金罪和挪用公款罪，对于各行为人而言，他们互为共犯，因此都构成想象竞合犯，依据想象竞合犯的处断原则，应当从一重罪处断，所以对陈、齐二人均应以挪用公款罪定罪处罚。

(作者系北师大法学院、刑科院讲师、法学博士)

更新日期：2006-7-11

阅读次数：797

上篇文章：浅析妨害传染病防治罪司法认定及其立法完善

下篇文章：抢劫罪司法实务中若干疑难问题探讨

 打印 |  关闭

 TOP