朱某受贿、挪用资金案

——对仅存部分讯问录音录像的案件如何结合讯问录音录像审査判断讯问笔录的证据能力——影响“如实供述”的辩护实务

### 案情简介

（一）受贿

2007年至2014年，被告人朱某先后利用其主管的技师学院基建项目、担任市技师学院基建处处长职务、协助市民政局工会主席吕某某管理民政局基建项目的职务便利，非法收受、索取他人财物折合人民币共计102.9164万元，为他人谋取利益，具体事实如下：

1. 2009年，被告人朱某利用协助市民政局党委委员、工会主席吕某某管理民政局阳光花园基建项目的职务便利，为某公司在承揽混凝土业务方面提供帮助。2010年下半年，朱某与吕某某、阳光花园基金项目工作人员许某收受该公司负责人殷某混凝土回扣款人民币37万元，朱某分得人民币20万元。朱某在得知被调查之后，互相串供，欲用交到淄博某房地产开发有限公司财务的电梯款提成混淆本次涉案事实，以对抗调查。
2. 2007年，被告人朱某利用主管市技师学院基建项目建设的职务便利，与许某向某混凝土公司负责人殷某索要一辆大众宝来轿车给市技师学院阳光花园基金项目部使用，后约定该车辆顶7万元混凝土回扣款。2011年6月许某与登记车主殷某签订了车辆转让协议。经鉴定，涉案打众宝来轿车价值为人民币7.5164万元。
3. 2010年，被告人朱某利用主管市技师学院基建项目建设的职务便利，应某混凝土公司负责人殷某的请求，将市技师学院抵顶给山东某建工股份有限公司的一套房子，转顶给某公司，抵顶价格为35.11881万元。2012年10月，朱某以59万元的价格将该套房子出售，将其中35万元转给某公司，某公司负责人殷某将房屋差价人民币24万元作为好处费送给朱某。
4. 2009年，被告人朱某利用主管市技师学院基建项目建设的职务便利，以处理项目费为由，向时任某建工公司淄博分公司经理许某索要现金人民币20万元。
5. 2009年，被告人朱某利用主管市技师学院基建项目建设的职务便利，为行某建工淄博分公司在工程款拨付等方面提供帮助，先后两次收受该公司经理许某、项目部负责人付某米藕所送现金人民币1.5万元。
6. 2008年，被告人朱某利用主管市技师学院基建项目建设的职务便利，为淄博市某工贸有限公司在承揽市技师学院阳光花园基建项目外保温墙保温工程方面提供帮助。2009年收受该公司负责人朱某所送现金3万元。

（二）挪用资金罪

2010年下半年，被告人朱某与许某利用管理市民政局阳关花园基建项目账户资金的便利，从该账户挪用人民币60万元用于购买淄博一诺房地产公司开发的一套商铺。2013年，许某将该商铺出售后返还挪用的60万元，并与朱某将商铺收益27.9798万元平分，朱某分得13.9899万元。

### 辩护思路

（一）启动非法证据排除程序

被告人多次说明被刑讯逼供，侦查人员以抓捕其妻子相威胁，并拍了视频给被告人看，迫使被告人认罪，自书认罪材料，依据《刑事诉讼法》第一百二十三条的规定，侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像。录音或者录像应当全程进行，保持完整性。最高人民法院关于适用《刑事诉讼法》的规定，必须同步录音录像，辩护人要求查看全部录音录像，结果录音录像不完整，且录音录像内容与书面供述材料不一致；自书材料程序违法，依据法律规定应当在自书材料第一页右上角注明接收时间及两名侦查人员签字，本案均不符合这些条件，且不能做出合理说明。根据上述司法解释，如果导致不能排除属于《刑事诉讼法》第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当依法排除；导致有关证据的真实性无法确认的，不得作为定案的根据。

1. 关于起诉书指控的第一起事实。

朱某收受殷某的好处，将市民政局阳光花园混凝土项目交给其承揽，该行为并非属于“利用职务之便”。我国《刑法》第三百八十五条规定，国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知第三条第一款规定，刑法第三百八十五条第一款规定的“利用职务上的便利”是指利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权以及利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。也就是说，权力是“职务便利”的必要条件。受贿罪保护的法益是公职的不可谋私利性。受贿罪的本质是国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取不正当利益，这种“便利”特指与职务具有必然的直接关系的“便利”。有职权，才有便利；没有职权，则没有便利。有权力，利用权力，谋取不正当利益。只有这样，才可以体现受贿罪“权钱交易”的本质，否则就不能成立受贿罪。

2009年，市民政局在阳光花园建设职工住房，经时任淄博市民政局局长宫某，时任淄博市技师学院工会主席、党委委员邵某某，民政局工会主席、项目部负责人吕某某口头约定让朱某到市民政局项目部协助工作。即没有通过淄博市技师学院、淄博市民政局党委会或办公室研究，也没有正式的书面文件和相关手续。（邵某某询问笔录：我们单位党委会应该没有集体研究，如果党委会研究的话，我应该知道。宫某（时任淄博市民政局局长）询问笔录：没有正式的文件或者手续，都是口头商定的。吕某某讯问笔录：这个事情就是宫某定的，没有通过市民政局会议研究，也没有向淄博市技师学院出具聘书之类的书面文件。）

由于委派朱某到市民政局项目部协助工作是几个人在私下商量决定的，那么此种行为实际上属于几个私人主体之间的民事委托行为。朱某将市民政局阳光花园混凝土项目交给殷某承揽并非利用其职务，而是行使宫某、邵某某、吕某某委托朱某负责市民政局项目工作的事务，该行为并非属于“利用职务之便”，而是“利用委托代理关系之便”。如果把与职务无关的民事行为认定为“利用职务之便”的公务行为，仅凭行为人具有的国家公职人员身份即认定其“利用职务便利”，显然是对“利用职务上的便利”作出的扩大解释甚至是类推解释，这与我国《刑法》解释原理相违背。因此，不能认定朱某有受贿事实。

1. 起诉书指控的第二起事实。

殷某提供宝来汽车（车牌号鲁CEE439）的对象并非朱某。我国《刑法》第三百八十五条规定，国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。无论是索取他人财物还是非法收受他人财物，都要求客观上行为人接受了他人财物。受贿罪打击的是钱权交易的行为，只有权，没有钱，不能成立受贿罪。

2007年，殷某通过朱某和许某的帮助，承接了技师学院阳光花园建设职工住房项目混凝土供应，殷某赠与了一辆宝来汽车（车牌号鲁CEE439）以顶7万元的感谢费，但是自始至终朱某都没有收受该车辆，而这辆车一直是由许某使用。直到2011年6月8日，许某与该车车主殷某签订了车辆转让协议，名义上约定车辆按照68000元的价格卖给了许某，但是许某并没有支付相应的费用。（朱某讯问笔录： “……许某跟我说殷某提供给市技师学院阳光花园职工住房项目部使用的大众宝来汽车他已经和殷某说好了，签了个协议，现在归他了，我答应说知道了。”殷某询问笔录： “……殷某和许某写了个协议，名义约定以68000元的价格把我们之前送给许某的那辆车卖给了许某，我弟弟殷某给许某打了个收条，实际上许某没有给钱，许某要求签这个协议实际是为了掩盖我们公司给他送车这个事。”朱某第四卷第127页：殷某与许某签订的汽车购买协议。朱某第四卷第128页：殷某出具的收到许某68000元购车款收条。）事实上车辆就是提供给许某的。朱某不存在收受他人财物的事实，卷宗的证据也无法形成完整的证据链证明宝来汽车是朱某的受贿财物，那么朱某何谈受贿行为。

1. 起诉书指控的第三起事实。

朱某帮助殷某追回35万元混凝土款，该行为并非属于为他人谋取利益。依据我国《刑法》第三百八十五条的规定，受贿罪的客观要件要求为他人谋取利益；依据三百八十八条的规定，受贿罪还要求为他人谋取不正当利益。那么何为利益？张三借给李四十块钱，王五帮助张三从李四处要回了十块钱，这叫张三获得了利益了么？张三何来的利益？十块钱本来就应该属于张三的。我们可以认为如果王五帮助张三从李四那里要回了11块钱，那1块钱算是张三获得的利益。同样的道理，殷某找到朱某寻求帮助：“王主席，你能不能帮帮忙，新城建工欠我们淄博浩天有限公司100多万元的混凝土款好多年了，一直要不上来，……你在给新城建工拨付工程款的时候，能不能扣她们公司一部分工程款还给我们公司？”（朱某第四卷殷某询问笔录第19页）很明显，殷某为新城建工提供了价值35万元的混凝土，殷某理应拿到这35万元，朱某对殷某的帮助是合法的、正当的，请问这里朱某为殷某谋取到了什么利益呢？既然朱某没有为他人谋取利益，那此处认定朱某的受贿事实显然是不符合法律规定的。

淄博技师学院阳光花园职工项目住房部给山东某建工股份有限公司发了一份《交房通知》，约定将市技师学院阳光花园8号楼西单元14层西南户（面积112平方米，即8号楼2单元1403）及配套储藏室转给浩天混凝土公司，以抵偿351188.1元混凝土款。后殷某委托朱某帮其出售该房产，朱某、殷某在笔录中不约而同地明确说明卖房款多余的24万元是给朱某帮忙要回混凝土款的好处费。种种证据表明朱某与殷某之间形成了有偿委托法律关系，属于民法调整范围。新城建工欠浩天混凝土有限公司100多万有好多年了，殷某一直都没有要回来，委托朱某帮他要回拖欠款项，就连殷某自己也说是朱某帮了自己很大的一个忙，自己应有的权益被朱某争取回来，将卖房款多余的24万元作为殷某给朱某的委托费用是当事人之间意思自治的结果，不应认定为受贿事实。

1. 起诉书指控的第五起事实。

朱某先后两次收受许某、付某某1.5万元不应认定受贿事实。首先我们看许某、付某某交给朱某这1.5万元，都是在一个特定的情形下进行的：

（1）朱某的建业花园的住房正在装修，付某某（山东某建工有限公司项目经理）、李跃伟表示自己也帮不上忙，交给朱某一个10000元现金让其买点家具；

（2）2009年下半年，朱某的母亲病重，付某某、许某探望老人看病时给了朱某5000元现金作为老人看病用的花销。

朱某、许某、付某某三人从2007年认识就开始一同共事，我们试想一下，在我们身边的同事，对方家里有婚丧嫁娶、乔迁之喜之时，我们也会自然地送上我们的心意，这是人之常情。许某、付某某在朱某母亲病重的时候送去五千元钱以表对老人的敬重；在朱某住房装修之时送去一万元以表对朱某的祝贺。这区区一万五千元对于一个掌握整个基建项目部工作大权的人来说又算的了什么呢？在当时的那种特定情形下，把许某、付某某给朱某这1.5万元理解为一种行贿行为，倒不如说它是表达一种心意的行为更贴切。

如果我们硬要把朱某收受这1.5万元当作是受贿行为，关于朱某先后两次收受许某、付某某1.5万元的事实是否能够认定朱某有为他人谋取利益的行为？我们需要注意的是许某、付某某给朱某1.5万元的目的是可以及时得到工程款，工程款是许某、付某某本应得到的款项。对此问题辩护人与检察院起诉书中认定的第三起事实的意见一致（并非是为许某、付某某谋取利益），故在这里不再赘述。

（六）关于朱某不构成挪用资金罪的辩护意见

辩护人对公诉机关起诉书中指控被告人挪用资金罪的事实和罪名有异议，本案不构成挪用资金罪。我国《刑法》第二百七十二条规定，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，处三年以下有期徒刑或者拘役。本案中，挪用的资金是圣亚房地产尾号2024帐户的资金，朱某、许某并不是挪用本单位的资金，不构成挪用资金罪，从卷宗的证据来看是许某写借据借用圣亚房地产的钱，并不是挪用资金。另外，许某挪用在先，朱某签字在后，朱某对许某挪用资金并不知情，而是后补的借据，朱某没有参与挪用资金犯罪。况且，圣亚房地产尾号2024帐户，不是共管帐户，只有圣亚房地产控制使用这个帐户。因此，朱某不构成挪用资金罪。

### 案件结果

被告人朱某犯受贿罪判处有期徒刑五年，并处罚金人民币三十万元；犯挪用资金罪，判处有期徒刑十个月，决定执行有期徒刑五年六个月，并处罚金三十万元。

### 案件评析

《意见》第九条第一款所规定的“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿”仅限于国家工作人员客观上虽然收受了他人财物，但主观上没有受贿故意的情形。在司法实务中，以下几种情形不构成受贿：一、国家工作人员明确拒绝请托人给付的财物，请托人放下财物立即走人，来不及推掉，国家工作人员事后及时退还或者上交，这类情形，足以说明其没有受贿故意。二、在请托人给付财物时，因为客观原因不能拒绝，事后及时退还或者上交，三、请托人在国家工作人员不知情的情况下，比较隐蔽的将财物置于国家工作人员支配的场所，国家工作人员发现后及时退还或者上交。比如，逢年过节收到茶叶、礼品盒，事后打开看全是现金或金条。

《意见》第九条第一款所规定的情形仅限于国家工作人员没有受贿故意的情形，所以只能从行为人主观上是否具有受贿故意来判断是否及时退还，不能一刀切。国家工作人员发现请托人给付财物后在合理的时间内退还一般能够表明国家工作人员没有受贿故意，都属于《意见》第九条第一款的“及时”。国家工作人员收受财物很久以后，听到风声或东窗事发后再退还，这种行为是犯罪既遂后的事后行为，完全符合《意见》第九条第一款与第二款的规定，当然具备受贿的故意。而国家工作人员是否具有受贿故意，又不能仅凭退还或者上交的时间作出判断；国家工作人员在什么状态下客观收受了请托人的财物，也是重要的判断依据。而且，在不同的案件中，收受请托人财物的具体情况与退还或者上交的时间，对判断国家工作人员是否具有受贿故意所起的作用可能并不完全相同。

要准确认定对退还的财物是否从受贿数额中扣除，还要对《意见》第九条第一款与第二款的关系作进一步分析。《意见》第九条第二款规定：“国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪。”《意见》 第九条第一款只是为了说明客观上收受他人财物，但主观上没有受贿故意的，不成立犯罪。《意见》第九条第二款规定，只是对常见的行为人具有受贿故意应当以受贿罪论处的一种列举。因此，只要行为人客观上利用职务上的便利收受了他人财物，主观上具有受贿故意，即使不符合《意见》第九条第二款的规定，也要直接根据刑法第三百八十五条的规定认定为受贿既遂。概言之，《意见》第九条第一款与第二款所规定的并不是 A 与非 A 的关系，或者说不是完全的对立关系。属于《意见》第九条第二款规定的情形的，当然应认定为受贿罪。然而，虽然不属于《意见》第九条第二款规定的情形，但基于非法占有的目的收受贿赂既遂后退还的，也应认定为受贿罪

受贿、行贿、涉毒案件一般都比较隐蔽，客观性证据比较少甚至没有，这种情况下，被告人供述显得尤为重要，为准确打击犯罪、保障被告人合法权益，《最高人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》(2014 年修订) 第二条规定：“讯问犯罪嫌疑人时，应当对每一次讯问的全过程实施不间断的录音、录像。讯问录音、录像是人民检察院在直接受理侦查职务犯罪案件工作中规范讯问行为、保证讯问 活动合法性的重要手段。讯问录音、录像应当保持完整，不得选择性录制，不得剪接、删改。”在办案过程中，经常听当事人说，笔录中有些话不是自己说的，有些是被迫说的。比如，以抓被告人的家属或者继续查其他问题为威胁，强迫被告人签字，笔录的内容不让看，让签就得签，不签当时就过不去。后来阅卷发现，笔录的内容和录音录像内容不一致，有些内容差别很大，辩护律师要求播放录音录像，办案单位找各种理由不提供，或仅提交部分讯问录音录像，此种情况下，辩护律师须依法启动排非程序。本案中有一细节，侦查人员要求被告自书认罪材料，播放了被告人家属的录音录像，以此威胁被告人，如果不写立即把被告人的老婆抓起来，这种情况，一个正常的人为了保护家人，都会选择妥协，这种压力超出了人的正常承受范围，很容易导致被告人违背客观事实违心的供述，这样的证据必须依法排除，不得作为定罪量刑的依据。辩护实务中，审查讯问笔录的证据资格，《刑事审判参考》【第 1166 号】王平受贿案中有个非常细致的总结：“讯问是否在刑事立案之后进行；讯问笔录是否明确载明讯问时间地点；讯问是否违反规定较长时间持续进行；讯问过程中是否保证犯罪嫌疑人饮食和必要的休息时间； 讯问场所是否符合法律规定；讯问人员是否符合法律规定；讯问时是否告知如实陈述自己罪 行可以从轻或者减轻处罚的法律规定；讯问笔录是否交犯罪嫌疑人核对或者向其宣读；讯问笔录是否由犯罪嫌疑人签名捺指印；讯问过程是否进行录音录像，等等”。 如果存在刑讯逼供则一定排出；如果是在被威胁下做的供述，只有可能严重影响其如实供述的情况下才能排出，不是所有在威胁的情况下都能排出。

依据《最高人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》第二条的规定，在朱某对此提出质疑的情况下，无法确保讯问笔录的合法性，亦无法确保讯问笔录内容的真实性，故不得作为定案的根据。朱某辩称遭到刑讯逼供，并提供了相关线索，办案单位不能提供证据证明取证合法性，又不能提供讯问录音录像，由于相关供述不能排除以非法方法收集的情形，应当作为非法证据予以排除。此外，基于重复性供述排除规则，除了要依法排除未对讯问录音录像的供述外，后续的重复性供述可能要予以排除。

2017 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、 国家安全部、司法部联合出台的《关于办理刑事橐件严格排除非法证据若干问题的规定》第五条规定：“采用刑讯遇供方法使犯罪嫌疑人、被告人作出供述，之后犯罪嫌疑人、被告人受该刑讯逼供行为影响而作出的与该供述相同的重复性供述，应当一并排除，但下列情形除外：(一)侦查期间，根据控告、举报或者自已发现等，侦查机关确认或者不能排除以非法方法收集证据而更换侦查人员，其他侦查人员再次讯间时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人自愿供述的；(二)审查逮捕、审査起诉和审判期间，检察人员、审判人员讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人、被告人自愿供述的。”通过播放审讯时的录音录像，我们发现讯问笔录与讯问录音录像的内容有重大实质性差异的，该讯问笔录相关内容被排除。

 (二)如何把握疲劳讯问的认定标准

关于讯问时间，刑事诉讼法未作专门规定，但刑事诉讼法第一百一十七条第二款规定，“传唤、拘传持续的时间不得超过 12 小时，特殊情况不得超过 24 小时”。每个人的承受能力都有一定的极限，超过极限，任何人都无法承受，连续不断的疲劳讯问很显然是一种变相刑讯逼供。2013年最高人民法院印发的《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第八条将疲劳讯问明确规定为非法取证方法。但是没有明确规定多长时间算疲劳审讯，这给辩护带来很大的困难，明明被告人被疲劳审讯，但是苦于没有具体的时间规定，导致犯罪嫌疑人的不利供述不能被排除。尽管法律没有对讯问问持续的时间作出明确规定，但如果长时间连续讯问超出合理的限度，一般认为每次讯问不得超过4小时，没有为犯罪嫌疑人、被告人提供必要的休息间，使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出供述，就应当认定为疲劳讯问，并依法排除有关供述。

近几年，非法证据排除较更早之前有明显的进步，但是实践中，还是经常听被告人反应，遭遇不同程度的刑讯逼供，打、饿、困、冻等手段层出不穷。因为嫌疑人在看守所，一切都是侦查机关掌握，很难提供证据线索，个别极端的情况，侦查人员为规避看守所的监控录像，把犯罪嫌疑人转所，在转所途中进行刑讯逼供，这种情况要求嫌疑人提供证据无异于与虎谋皮。实践中，非法证据排除非常困难，我们一直有重实体轻程序的思维传统，认为刑讯逼供逼对了就没错，只有刑讯逼供逼错了，造成严重后果才予以纠正。法秩序对我们每个人都很重要，因为我们每个人都是潜在的犯罪嫌疑人，只有当自己成为被刑讯逼供的对象时才知道程序正义的珍贵，云南“杜培武案件”、河南“赵作海案”等案件都历历在目。

同时，手握权柄者对法律必须有敬畏之心，不能认为自己身居高位一切都能搞定，一切都在掌控之中。殊不知，权力是个双刃剑，是有边界的，一旦越界，前方可能就是万丈深渊。

承办律师：彭坤 高同武