

【业务综述】深圳律协职辩委“职务犯罪法律适用探讨”第九次案例研讨活动

2024年3月8日，由深圳市律师协会职务犯罪辩护委员会举办的第九次案例研讨活动采用线上线下同时进行的方式在广东君言律师事务所举办。与往期案例研讨活动一样，这次活动也吸引了众多职辩委同仁和各界人士的关注与参与。

活动伊始，主持人职辩委委员兼主任助理莫丽冰律师开场致辞。首先，莫律师向主讲嘉宾和与谈嘉宾以及线上线下的参与者表示欢迎与感谢。随后，莫律师介绍职辩委案例研讨会的主旨与目标，指出案例研讨就各位职辩委同仁在办案过程中遇到的疑难复杂、新颖另类的案件，分享办案经验体会、总结办案过程与收获，充分展现同仁们最新的思考与研究成果。最后，莫律师提出欢迎各位委员多多展示自己办理的优秀案例，平等交流、畅快分享，让案例研讨会起到业务和工作“加油站”、“档案库”的作用。

一、案例分享

主讲嘉宾王晓晖律师分享的题目是：职务犯罪法律适用探讨。王律师以四个职务犯罪方面的案例进行分析。

【案例一】 斡旋受贿案

案情简介

王某系某市劳动能力鉴定委员会工作人员，经人介绍与在医院实习的黄某、谢某相识。王某利用工作中与甲医院院长和乙医院院长相熟，分别向二位院长推荐黄某和谢某参加招聘考试，二位院长分别答应会照顾但要按照程序办理。黄某和谢某分别被甲医院和乙医院录用为护士。介绍人给王某六万元钱。

进入诉讼后，甲、乙两医院院长分别作证称，王某是劳鉴委工作人员，有工作关系，她提出来自然应该照顾，但是招聘确实按照规定进行，医院欢迎熟人介绍应聘者。甲、乙两医院人事科分别出具书面证词称，黄某和谢某与前来应聘的所有人都通过考试被录用，没有不被不被录用的人，未证实院长有过关照。王某在侦查阶段承认收到介绍人给的六万元钱，审查起诉阶段称给钱的时间有误，应该在介绍人所称时间之前二年。在审判阶段称，介绍人与其有民事诉讼，介绍人到检察院举报将其拘留，致使该案二审时无法及时举证出庭而败诉，且介绍人与其多有民事经济来往，无法确定收到指控的六万元与介绍李某和张某应聘有关。一审法院认为王某构成受贿罪，依据刑法第388条判处王某有期徒刑二年缓期执行三年，二审维持原判。王某申诉分别被省法院、省检察院、最高检察院均驳回申诉。到最高法院申诉后，某市中级人民法院裁定进入再审。

问题：如果您作为王某申诉代理人，您以什么理由申诉？请讲申述的

法律依据。

结合法律进行分析：

最高检察院认为，王某自己供述，如果不是其帮忙，黄、谢二人连考试的机会都没有。谢某作证称，其 2012 年 7、8 月份曾经投简历到龙岗人民医院没有任何消息，2013 年春节后其父让她再投一份简历到龙岗区人民医院，约两周后得到面试通知。该证言与证人谢某二证言相印证，万某亦证实，（在录用谢某上）王某的推荐应该有一定作用。是基于王某的请托，考虑到王某和医院的关系，而优先考虑王某推荐的人选。认为优先录用谢某，破坏竞争公平性。王某收受贿赂构成犯罪，驳回申诉。省法院和省检察院持有相同观点。

诉讼逻辑大前提，分析刑法第 388 条罪状，确定构成本罪的事实条件。

刑法第三百八十八条 【斡旋受贿罪】国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。

立法者认为，斡旋受贿行为，是指国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。

根据上述对斡旋受贿罪的定义，我们可以得出如下构成条件：

1、被追诉人及接受其请托的人都必须是国家工作人员；2、被追诉人与实际实施对请托人有益行为的国家工作人员者之间具有职权或者地位形成的便利条件而形成的关系；3、被追诉人通过其他国家工作人员职务上的行为为请托人谋取不正当利益；4、被追诉人索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。这四个构成本罪的事实条件缺一不可，与受贿罪的构成条件是不同的。

最高检察院及省法院省检察院的上述论证，违反刑诉法及其司法解释对证据的认证原则。目前所有司法活动都以法院刑诉法及其司法解释的证据标准为准，检察院没有自己的一套证据标准。都应该按照《刑诉法》第五十五条规定和《刑诉法司法解释》对证据审查认证的规定，来认证证据。王某关于如果不是其帮忙，黄、谢二人连考试的机会都没有的供述。必须有两位院长或医院人事科经办人等的证实，没有王某的推荐黄、谢二人不能得到考试机会。现实的证据却没有这样的证据，相反医院欢迎熟人推荐。院长万某没有证实优先录用谢某，更没有证实王某向其请托违反法律或者政策规定录用推荐人选。王某的上述供述没有证据证实，该供述依法不得作为定案依据。

谢某、黄某的证言没有指向是王某为其获得优先录用的利益。目前没有证据证明王某推荐人选违反法律或政策规定，认定事实是否成立，必须有证据证明，不得推定。况且，推定事实必须是没有直接证据证明，间接证据没有疑义且可以

形成证据链条才可以。只用王某的供述、谢某、谢某父亲没有明确指向的证言，万某只说自己的想法，并非王某的请托，这部分证据不能形成闭合证据链条。驳回申诉通知明显违反《刑诉法》第五十五条及《刑诉法司法解释》第一百三十九条对证据的真实性，应当综合全案证据进行审查。对证据的证明力，应当根据具体情况，从证据与案件事实的关联程度、证据之间的联系等方面进行审查判断的规定。驳回通知书观点依法不能成立。

对本案事实试做分析：

1、王某和两位院长都是国家工作人员没有异议，符合斡旋受贿罪第一个构成条件；

2、王某为谢某、黄某应聘护士职位，请二位院长帮忙也没有异议，符合斡旋受贿罪此国家工作人员请托彼国家工作人员的构成条件；

3、尽管王某对收受六万元的性质和时间有辩解，但是，对收受此款没有异议。符合斡旋受贿罪第四个构成条件

4、王某在劳鉴委工作与两个医院有工作关系，也没有异议。符合斡旋受贿罪第三个构成条件。王某请托两位院长帮忙并收受六万元的事实成立，一般认为对其定罪处罚没有问题。某市中级人民法院经院长发现审委会决定对此案进行再审理由和法律依据是什么？第三个斡旋受贿罪构成条件：被追诉人通过其他国家工作人员职务上的行为为请托人谋取不正当利益。

这四个构成本罪的事实条件缺一不可，与受贿罪的构成条件是不同的。

争议焦点：王某请托两位院长是否谋取不正当利益

中级法院接到王某的信访申诉后，对王某提交两个医院人事科关于全部应聘者都通过考试等程序予以录用，不存在优先录用黄某、谢某的证明，劳鉴委对王某与两个医院没有管理权限的证明等材料，交由原审法院符合，经复核无误。审委会决定此案进入再审。

立法者认为，《刑法》第三百八十八条所说的“谋取不正当利益”，是指根据法律及有关政策规定不应得到的利益（《刑法释义》第858页至第859页）。立法者接受最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条规定，“谋取不正当利益”，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件的观点。并未接受该司法解释第十二条第二款：“违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势的，应当认定为“谋取不正当利益”的观点。立法者与司法解释不一致，应当按照立法原意认识，才符合罪刑法定的原则。众所周知，行

贿受贿是对偶犯罪，在对行贿犯罪中规定的“谋取不正当利益”，同样应当适用在特殊受贿犯罪审理认定。

根据王某的陈述和现有证据证明，王某对请求二位院长帮助黄某、谢某安排工作一节，没有异议。但是，从未请求二位院长违反法律法规和相关政策规定，帮助黄某、谢某安排工作。万某、张某的证言可以证明王某没有请二位院长违反法律法规和相关政策规定，为黄、谢二人安排工作。两家医院的人事科及其工作人员均未有证明二位院长有违反法律法规和政策规定，为黄、谢二人安排工作。两家医院人事科分别出具证明称：根据医院招聘流程，经过理论和实践考核后全部予以录用，黄某、谢某分别符合条件，入职流程符合本院入职规定。请注意，这里面说的是通过理论和实践考试者全部被录用，并不存在破坏竞争的事实。王某没有为请托人谋取不正当利益的意图，两位院长也没有为请托人谋取了不正当利益的行为。原审法院认为王某之行为“破坏了竞争的公平性，谋取了不正当利益”没有任何证据证明，王某向两位院长推荐人选，不违反任何法律法规和政策规定，原审法院的观点没有事实根据和法律依据。

【案例二】 非国家工作人员受贿罪

案情简介

甲公司的小股东丙公司董事会任命林某为甲公司董事长兼总经理、法定代表人，市场监督管理局公示此信息。甲公司某分公司接受乙公司授权代理乙公司出租房产，该分公司分别与黄某、李某等数人签订房产租赁合同。案涉房产有旧改可能，某分公司中断部分上述租赁合同。甲公司举报林某涉嫌非国家工作人员受贿罪。

原审法院认定：承租人黄某为继续租赁房屋，给林某 90 万元，请林某代为说服业主或分公司继续租赁房屋。承租人李某在与林某洽谈履行租赁合同期间，借款给林某 371 万余元进入林某之子提供的银行账户，林某之子给李某出具部分借条。期间，林某之子与黄某有合资公司，林某之子以转让股权形式归还黄某 90 万元。

法院认为，林某利用职务便利收受他人财物，林某借款没有约定利息和还款时间，多年没有还款，借款人也没有催讨借款，是以合法形式掩盖非法目的。其行为构成非国家工作人员受贿罪，依据刑法第 163 条规定，判处林某有期徒刑十五年。

问题：一、您作为林某的二审辩护人，在上述案情中看到什么查证线索？二、如果有需要查证的，应该提出什么查证申请？三、应该任何提出上诉理由，请讲明法律依据和逻辑关系。四、如何认定被告人具有刑法规定的职权？五、如何认定被告人利用职权实施了依法应当被追究刑事责任的行为？

案件分析：

经查阅判决书可知，原审认定林某为甲公司董事长的证据为：

《甲投资集团有限公司人事任命书》：深圳市甲投资集团有限公司（下称“甲投资公司”）于2015年3月16日任命林某为甲公司董事长兼总经理，全面负责甲公司的日常管理工作。任命期限为一年，自任命函签发之日生效执行。

《情况说明》：甲公司于2022年11月16日出具的《情况说明》称“林某的人事任命书只有2015年3月16日这一份，后续一直担任该职务，未再发布任命文件”、“给林某每月41000元的报酬一直在发”。

甲公司在深圳市市场监督管理局的企业公示信息显示，林某自2015年10月至2021年9月期间担任该公司董事长。

证人刘某、杨某证实甲公司是甲投资公司的下属单位，负责管理甲投资公司的物业。2015年10月至2021年9月甲公司的负责人和董事长是林某。陈某、廖某证实商业楼的物业管理是由林某统筹管理，管理处主任熊某具体落实执行，林某在深圳市甲管理有限公司龙岗分公司有个人办公室办公，有召开过员工会议。

被告人林某供述称其于2013年接任甲公司董事长直到2021年9月。

依照相关法律规定，上述证据均不得作为认定林某为甲公司董事长兼总经理的定案依据。

首先，深圳市市场监督管理局的企业公示信息，经查证不属实，依照刑诉法规定，不得作为定案依据。

经查阅甲公司在深圳市市场监督管理局的企业公示信息，林某自2015年10月至2021年9月期间担任该公司董事长。经本案承办法官同意，辩护人到深圳市市场监督管理局调取甲公司的企业内档。甲公司由甲投资公司、深圳市乙房地产开发有限公司（下称“乙公司”）出资组成，经与深圳市市场监督管理局反复核实，确定没有甲投资公司和乙公司召开股东会选举林某为甲公司董事的决议，没有甲公司董事会选举林某为董事长的任何材料，没有甲公司申请变更林某为董事长的任何资料，没有留存甲投资公司任命林某为甲公司董事长的任命文件。由此可以认定，深圳市市场监督管理局公示的林某自2015年10月至2021年9月期间担任甲公司董事长的信息，没有任何事实根据和法律依据。因此，深圳市市场监督管理局公示的林某自2015年10月至2021年9月期间担任甲公司董事长的信息，不具有真实性和合法性。不能查证属实的公示信息，依法不得作为对林某认定构成犯罪的定案依据。

其次，甲投资公司认定林某为甲公司董事长的任书，违反《公司法》和甲公司章程，依法不得作为定案依据。

根据《公司法》第三十七条第二项规定，有限责任公司由股东会选举产生的董事组成董事会，依据《公司法》第一百零九条和甲公司《章程》规定，由董事会选

举董事长。根据《公司法》第四十九条规定，有限责任公司由董事会决定聘任或者解聘经理。根据《公司法》的上述规定，甲投资公司作为甲公司的股东之一，无权任命林某为甲公司的董事长兼总经理。违法的民事行为自始不能产生法律效力，依照上述法律规定，甲投资公司任命林某为甲公司董事长的任命书，绝不可以作为认定林某为甲公司董事长的定案依据。

第三，证人证言不得作为认定林某担任甲公司董事长的定案依据。

根据《公司法》第三十七条第二项、第四十九条、第一百零九条和甲公司的《章程》规定，董事组成董事会是股东会的选举权利，董事长须由董事会选举产生。从本案事实看，这是甲投资公司和乙房地产公司两个法人的民事行为，只有这两个法人组成董事会，才会间接产生任命董事长。依照法律规定和本案实际，董事长的产生是法人的民事行为，而不是任何自然人的民事行为。

从刑诉法关于证人的规定看，证人只能证明其亲历的事实，上述证人均非甲公司董事，不能看亲历董事长的产生。即使是甲公司的董事，由于没有召开董事会，他也不可能作出无中生有证言。这部分证人关于林某担任董事长的证言，是在其看到一些情况后的推测，根据《刑诉法司法解释》第七十五条第二款之规定，证人的猜测性、评论性、推断性的证言，不得作为证据使用，但根据一般生活经验判断符合事实的除外。如上说述，何人为甲公司董事长兼总经理的事实，须由相关会议决议证明。董事长产生是一个民事法律问题，不是生活经验判断的事实，任何证人证明林某为甲公司董事长的证言，均无合法董事长产生的法定民事行为佐证。对证言与法定民事行为之间的冲突，应该以法律规定为依据。原审法院判决书中采纳证人证言的证人均非董事长与总经理合法产生的亲历者，其证言不具有真实性。因此，依照《公司法》和《刑事诉讼法》的规定，这部分证言均不得作为认定林某为甲公司的董事长兼总经理的定案依据。

第四，林某关于自己担任甲公司董事长的供述，依法不得作为定案依据。

根据《刑事诉讼法》第五十五条之规定，被告人供述没有证据证明的，不得认定相关事实。无论林某是否供述自己是甲公司的董事长兼总经理，都必须有证据证明林某被甲公司董事会合法选举为董事长及被甲公司董事会聘任为总经理的证据证明，没有这些证据证明，林某的供述不得作为定案依据。

第五，原审认定林某获得公司董事长报酬的事实，没有查证属实，依法不得作为定案依据。

根据《公司法》第三十七条第二项规定，董事长或总经理的报酬须经股东大会决议。经查阅本案证据材料，甲公司声称的给付报酬，没有甲公司股东会关于给付林某董事长或总经理报酬的决议，无法确定给林某的钱是董事长或总经理的报酬，还是其它的什么款项。没有甲公司的财务账目，无法确定资金来源和支付目的，经查阅林某收款账户，所谓案涉款均来自于个人银行账户，在本案中

这个账户持有人的证言，也没有该账户与甲公司之间是什么关系的证据，基本事实不清、证据不足，收钱一事本身不能得出林某为涉案公司董事长的唯一结论。

综上，原审法院判决书采纳关于林某为董事长兼总经理的证据，明确违反《刑法》和《公司法》的相关规定，没有合法证据证明林某为涉案公司的董事长兼总经理，证据链条具有明显断环，没有达到《刑事诉讼法》第五十五条规定的证据确实充分的证明标准，原审法院认定林某担任甲公司董事长兼总经理的事实不清、证据不足，认定事实没有合法证据体系支持，认定事实错误。

检察院认为：即使没有证据证明林某为公司董事长兼总经理，相关证人可以证明其以董事长兼总经理的身份，与其洽谈租赁合同，就是在履行董事长兼总经理的职务，仍可以认定利用职务便利。

检察院的观点没有法律依据，依法不能成立。

1、原审法院认定林某利用总公司职务便利在分公司租赁活动中收受贿赂，混淆分总公司法律地位的概念，违反《民法典》规定，认定事实违法错误。

立法者在刑法第一百六十三条释义中认为，关于公司、企业或者其他单位的工作人员受贿犯罪及其处罚的规定。本款有三层含义：（1）明确了犯罪的主体范围，即“公司、企业或者其他单位的工作人员”，包括非国有公司、企业、事业单位或者其他组织的工作人员。（2）明确了犯罪的行为特征，即行为人必须实施利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物为他人谋取利益的行为。所谓“利用职务上的便利”，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用自己职务上组织、领导、监管、主管、经管、负责某项工作的便利条件。“索取他人财物”，主要是指公司、企业或者其他单位的工作人员以为他人谋取利益为条件，向他人索取财物。“非法收受他人财物”，主要是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用其职务上的便利或权力，接受他人主动送予的财物。（全国人大法工委刑法室编著《刑法释义》第331页）

根据立法者对非国家工作人员利用职务便利受贿犯罪释义的文意，我们必须搞清楚这里的公司是哪个公司。从本案看，涉及甲投资公司、甲公司、甲龙岗分公司。原审法院认定甲公司为被害单位，甲龙岗分公司不是被害单位。同时，原审法院认定林某利用在甲公司担任董事长兼总经理的职务便利，在物业租赁过程中收受贿赂。这里出现一个明显的错位，即租赁关系是在龙岗分公司与承租人之间建立的，而不是与甲公司签订的租赁合同。从案件事实看，给林某钱的各位承租人均是与甲龙岗分公司签订的租赁合同，他们与甲公司没有任何法律关系。各位承租人证词虽然说是与甲公司签订租赁合同，书证证明他们的这一证词没有事实根据和法律依据。

2、以本案承租人认为林某有权与其签订租赁合同为由，认为林某在实际履行职务，在履行职务中收受贿赂，仍可以构成非国家工作人员受贿罪的观点，没

有法律依据，依法不能成立。

如上所述，《民法典》第七十四条规定，分总公司分别以自己的名义进行经营活动，即依照法律规定分总公司各自行使相应职权，总公司工作人员无权行使分公司的职权。

本案涉案物业是由业主单位授权给龙岗分公司的，甲公司无权行使相关物业的出租权，分公司也没有转授权该甲公司，甲公司实际也从未行使相关物业的出租权。因此，涉案物业出租不是甲公司的职务行为。

假定林某与承租人洽谈过物业出租，其法律地位既不是出租单位的工作人员，也不是甲公司董事长兼总经理的职务行为。鉴于分公司没有授权甲公司代理物业出租，也没有授权林某个人代理出租相关物业。承租人认为林某有权代表分公司出租物业，在法律上只能成立表见代理，表见代理人只能推定为林某个人，与其在甲公司职务没有事实关系。

熊某保管分公司印章并行使最终确认合同盖章的职权，从另外一个角度，可以证明林某是在扮演代理人的角色。

《民法典》第一百七十一条对表见代理做出了规定，根据民法常识，代理人与被代理人无论是法人还是自然人，都是两个不同的民事主体，分别各自行使自己的民事权利。鉴于这样的基础事实，不具有认定林某以行使甲公司董事长兼总经理职务便利收受贿赂的事实基础。

综上所述，本案证据不能证明林某是甲公司董事长兼总经理，也不能证明甲公司代理其分公司行使物业出租，原审法院认定林某利用甲公司董事长兼总经理职务便利收受贿赂，其认定基本事实没有合法证据证明。非国家工作人员受贿罪的前提必须是利用职务便利，本案证据既然不能证明林某利用职务便利，确定其非国家工作人员受贿犯罪就没有事实根据和法律依据。这一事实必须要有证据证明，法律没有规定可以推定。况且现有事实也不能推出林某利用职务便利的事实。

原审法院已经确定，林某收取玖拾万元是为了斡旋当事人续订租赁合同，与其自身职务便利无关，且未实际去请托他人。涉案款项已经归还，不具有非法占有的主观故意和事实。现行法律中没有非国家工作人员斡旋受贿或有利用影响力受贿的法律规定，这部分事实认定林某犯罪，没有法律依据，依法应当宣告无罪。

原审法院认定林某以借为名索要 371 万余元，构成非国家工作人员受贿犯罪，认定事实缺少证据支持，违反法律适用原则，适用法律确有错误。

原审法院认为：辩护人提出林某与陈某之间的 371.285 万元是正常的借贷关系。经查，自 2017 年起林某多次向陈某“借款”共计 371.285 万元，双方未约定利息及借款期限，林某至今一分未还，陈某亦未有催收，两人的“借贷”有悖于常理，且陈某证实其之所以支付巨额资金给林某，主要是因为林某在出租购物

中心时给予其租金和租期等优惠。由此可见，林某向陈某“借款”371.285万元是以合法名义掩盖非法目的，故本院对林某辩护人提出的该点辩护意见不予采纳。原审法院的观点依法不能成立。

首先，必须要明确以借为名收受他人财物非国家工作人员受贿犯罪的法律依据。法律规定是入罪逻辑的大前提，只有明确这个大前提，才能找到构成犯罪事实条件，即找到入罪逻辑的小前提。只有大小前提周延，才能做出有罪的裁判。因此确定控方主张的法律依据和一审法院的裁判依据，是二审法院必须要解决的问题。

根据最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》（法释〔2009〕14号，以下简称《引用规定》）第三条 刑事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。第六条 对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。

根据上述规定，原审法院应当在判决书中明确引用据以对林某以借为名索取他人钱款定罪的法律依据。遗憾的是原审公诉机关没有阐明以借为名构成犯罪的法律依据，原审法院在审判活动中，没有组织对以借为名构成犯罪的法律依据进行辩论，原审法院判决书中也没有引用与之相关的法律规定或司法解释，上诉人无从知晓自己是如何构成犯罪的。事实上剥夺了上诉人在一审中对法律适用进行辩论的诉讼权利。在原审判决书中没有明确据以定罪的法律依据，上诉人无法在二审诉讼中针对原审判决表达自己的观点，事实上严重妨碍了上诉人在二审中的辩论权利。

根据原审判决书论理部分分析，原审法院应该是适用了最高人民法院 最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2007〕22号，以下简称《两高受贿意见》）第八条和最高法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第六条（以下简称《经济案件会议纪要》）之规定。原审法院应当依照《引用规定》第三条规定，在论理部分使用《两高受贿意见》和《经济案件会议纪要》，论释法论证构成犯罪的观点。但是在原审判决书中没有引用上述规定作为裁判说理的依据。原审法院明确违反《引用规定》，让上诉人无从知晓裁判依据，侵害上诉人的诉讼权利，违反法定程序。

原审法院适用上述意见和会议纪要违反法律适用原则，不能作为定案的法律依据。

上述意见和会议纪要是规定受贿罪的，不是规定非国家工作人员受贿罪的。刑法第三条明确规定罪刑法定原则，对此罪的规定是不能适用到彼罪的。原审法院将关于受贿罪的上述意见和会议纪要适用到非国家工作人员受贿罪，无疑是类推行为，违反了罪刑法定原则，适用法律确有错误，二审法院应当依法纠正。

第三，《两高受贿意见》虽为司法解释，但是，其第八条规定的是，关于收受贿赂物品未办理权属变更问题，并不涉及钱款借贷问题，与本案争议的钱款借贷没有关联性。因此，根据罪刑法定原则，《两高受贿意见》不得作为对林某借款定罪的法律依据。

第四，《经济案件会议纪要》规定以借为名的受贿犯罪，扩大了受贿犯罪的客观方面，属于全国人大常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》（以下简称《司法解释决议》）规定，法律应当明确或者补充的内容，至少也应该由司法解释做出规定，《经济案件会议纪要》作出相关规定，违反《司法解释决议》第一条规定，不具有合法性。《经济案件会议纪要》不是司法解释，不具有定罪量刑的法律依据地位，依法不得作为对林某定罪的法律依据。《引用规定》第六条规定，对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。如上所述，《经济案件会议纪要》（六）与《关于加强法律解释工作的决议》相关规定相悖，不具有合法性。根据《引用规定》第六条合法的规范性文件才能引用的规定，《经济案件会议纪要》第六条依法不得作为对林某定罪的法律依据。

第五，《经济案件会议纪要》不是司法解释，未经最高法院审委会讨论通过，不具有类司法解释的法律地位，依法不得作为定案依据。

根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》第六条 司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。《经济犯罪纪要》不是最高人民法院的司法解释，最高人民法院党组成员、副院长、审判委员会委员、第二巡回法庭分党组书记、庭长、胡云腾二级大法官在 2022 年第四期的《中国应用法学》上发了《体系化思维对民事裁判统一性的内在约束——以〈民法典〉适用为视角》一文认为，最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号，以下简称“九民纪要”）性质上就是司法政策，是规范性文件，其对法律的补充就属于抽象补充。但最高人民法院各庭室包括第二巡回法庭法官会议形成的“法官会议纪要”，与公报案例等性质基本相同，意在通过个案分析提炼出一般性规则，总体上近于个案补充。

需要指出的是，“九民纪要”等司法政策，是最高人民法院审判委员会讨论通过的，尽管不能作为裁判依据直接援引，但各级法院在遇到相关问题时，应当在裁判文书的“本院认为”部分将其作为说理依据。裁判文书未将其作为说理依据的，很可能会以法律适用错误为由被上级法院改判。可见，此种纪要具有“类司法解释”的强制适用效力。《经济犯罪纪要》未经最高人民法院审判委员会讨论通过，不具有“类司法解释”的强制适用效力，不得在裁判文书的“本院认为”部分将其作为说理依据。

第六，原审法院以林某以合法形式掩盖非法目的为由，认定林某以借为名索取钱款，构成非国家工作人员受贿罪的观点，没有法律依据，依法不能成立。

原合同法第五十二条第一款第三项规定的“以合法形式掩盖非法目的”的情形，不再作为认定合同无效的事由。合同法第五十二条第三项规定，“以合法形式掩盖非法目的”签订的合同无效，此次民法典编纂时，在认定合同无效的事由中已经没有这一事由。即使按照《民法典》第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条、第一百五十五条之规定，确定陈石文与林某之间的借贷关系无效的或者被撤销，其民事法律行为自始没有法律约束力。这也是民事法律对民事行为效力的评价，不是定罪量刑的法律规定。原审法院混淆了民事法律和刑事法律的界限，适用法律确有错误。

第七，《经济案件会议纪要》规定了认定以借为名受贿必须要查明的七个事实，原审法院没有查明，作出定罪裁判缺少事实根据。

《经济案件会议纪要》规定，以借款为名索取或者非法收受财物行为的认定。具体认定时，不能仅仅看是否有书面借款手续，应当根据以下因素综合判定：（1）有无正当、合理的借款事由；（2）款项的去向；（3）双方平时关系如何、有无经济往来；（4）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（5）借款后是否有归还的意思表示及行为；（6）是否有归还的能力；（7）未归还的原因；等等。在原审法院判决书采纳的证据中，对这七个事实都没有相关证据。例如，原审法院认定，陈石文亦未有催收。在本案卷四第陈石文的证词中没有相关内容，原审法院认定事实没有证据支持，认定事实有误。

第八，以借为名认定受贿的法律依据不够充分，以此认定非国家工作人员受贿罪没有法律依据。

以借为名受贿不是明确的法律规定，而是一种对被告人不利的事实推定。由于借款的事实已经确定，被告人并不承认借贷的目的是受贿，这就出现了刑法中的主观故意的推定。众所周知，主观故意是犯罪构成的重要组成部分，须有控方举证证明。只有法律规定无法举证的情形下，才可以推定主观故意，但是，必须有充足的法律依据。例如持有一定数量的毒品，对持有的毒品，又不能做出合理的解释，推定其构成持有毒品罪，这是法律规定的推定。又如毒品案件中主观故意的推定，是有两高司法解释为依据的。如上所述，以借为名推定受贿相关规定的规制对象是受贿罪，而不是非国家工作人员受贿罪，且该规定仅仅是最高人民法院的会议纪要，既不是司法解释，也不是法律规定，以此认定非国家工作人员受贿罪没有法律依据。

综上，原审法院认定林某以借为名索取 371.285 万元，构成非国家工作人员受贿罪，明确违反刑法规定罪刑法定原则，其适用的《两高受贿意见》中没有明确与本案事实相关的法律规定，不具有关联性。《经济案件会议纪要》规定的内容属于《关于加强法律解释工作的决议》规定，应当由全国人大常委会规定的内容，越权违法，不具有合法效力。因此，原审法院用以对林某借款定罪的法律依据均不能合法适用。认定事实缺少证据支持，对此部分应当依法宣告无罪。

【案例三】 挪用资金罪、挪用公款罪

案情简介：

吴某系甲公司（民企）实控人，赵某是乙公司（国企）董事长兼总经理，赵某和吴某商议用甲乙个企业及其他实控企业搞循环交易，以完成乙企业的年终业绩。为此，在甲乙个企业及其他实控企业搞循环交易之间开具增值税专用发票虚增业绩十亿元，所述款项及合同签订均按照乙公司法人治理结构完成审批。期间，部分企业资金出现问题，乙公司给这部分公司开发票，但没有及时收到二亿元回款。

在循环交易期间，甲乙两公司合资成立丙公司，乙公司为大股东，赵某为董事长，吴某为总经理。吴某为完成业绩，在丙公司与吴某控制的部分公司之间也分数笔进行了循环交易，所述款项及合同签订均按照乙公司法人治理结构完成审批，涉及交易八亿元。期间，部分企业资金出现问题，丙公司给这部分公司开发票，但没有及时收到八千万元回款。监察委和检察院认为，接受发票的都是吴某实控的民企，赵某将国企的资金以此途径交给吴某进行营利活动，提高公司业绩获得奖金谋取个人利益，构成挪用资金罪。吴某协助赵某犯罪，且为涉案款项的实际使用人，构成挪用公款共同犯罪。吴某利用职务便利，挪用丙公司资金给自己实控的公司进行营利活动，构成挪用资金罪。法院认同公诉机关的指控，分别判处赵某和吴某有期徒刑九年和三年。

问题：一、在给出的案情中看到什么问题？在案卷中找什么材料判断问题是否存在？二、您作为吴某二审辩护人如何提出上诉意见，您意见的逻辑和法律依据任何阐述。

案件分析：

刑法第三百八十四条第一款 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，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪

全国人民代表大会常务委员会讨论了刑法第三百八十四条第一款规定的国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款“归个人使用”的含义问题，解释如下：

有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：

- （一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；
- （二）以个人名义将公款供其他单位使用的；
- （三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。

立法者认为：挪用公款归个人使用，按照立法解释理解，即具有“（一）将

公款供本人、亲友或者其他自然人使用的;(二)以个人名义将公款供其他单位使用的;

(三)个人决定以单位名义将公款供其他单位使用,谋取个人利益的。“进行非法活动的”,是指违反犯罪活动,进行营利活动的,是指进行经商办企业、投资股市、放贷等经营性活动。

循环贸易本身都合法开具发票,虽然真实交易,但依法纳税,不能认定为虚开增值税发票,故非违反犯罪活动。”进行营利活动“是指挪用人进行经营活动,本案没有这一事实。只剩下挪用公款归个人使用是否成立。

如上事实证明,一、没有将公款供任何自然人使用;二、案涉各个公司之间都记载是贸易项下的资金流转,非以个人名义将公款供其他单位使用。因此重点在于是否具有“个人决定以单位名义将公款供其他单位使用,谋取个人利益的”行为。

对此焦点应当审查:一、案涉资金流转是否符合乙公司法人治理结构的规定,即审查是否个人决定;二、审查挪用人是否谋取个人利益。

我们需要注意,刑法第三百八十四条第一款中“非法活动,进行营利活动,或者挪用公款数额较大、超过三个月未还,都是在挪用公款归个人使用项下的几种情形。

“挪用公款归个人使用”在挪用公款罪中是一个纲,纲举目张,必须要正确认识“挪用公款归个人使用”的立法原意。按照全国人大常委会对刑法第384条“挪用公款归个人使用”的立法解释,结合本案应当聚焦查明如下事实:

一、案涉资金流转是否符合乙公司法人治理结构的规定,确定是否为挪用人个人决定;二、挪用人是否谋取个人利益。

经审查本案证据,案涉资金流转都符合乙公司法人治理结构的规定,虽然各位副总、财务总监等相关人都说是总裁决定的,根据乙公司法人治理结构规定,非经相关副总、财务总监签字同意,案涉资金是不能转出的。各位副总、财务总监等相关人已经按照规定签字确认,完成了法人治理结构的流程,不能确定为挪用人个人决定。

空转贸易实际增加了乙公司的业绩,年终增加了全公司的奖金,被追诉人自然获得了相应的奖金,这是为全公司的人谋取利益,并非为被追诉人个人谋取利用。不符合立法解释的规定。

吴某作为挪用公款罪的共犯和从犯,主犯依法不能构成挪用公款犯罪,吴某自然不能构成挪用公款犯罪。

关于丙公司进行空转贸易的主要证据:

一、吴某自认其有权在二千万元以下决定公司的经营活动，案涉贸易每一笔均在二千万元以下，吴某认为自己有权决定；

二、大股东派驻的副总和财务总监证实，这些都是吴总决定的；

三、案涉资金相关的合同审批单、资金支出单都有大股东派驻的副总和财务总监签字确认；

四、配合丙公司空转贸易的各个公司均为吴某控制的私营公司。

五、空转贸易的各个公司之间都如实计入财务账，并如实开具发票。

请问，如上证据是否可以认定吴某挪用资金犯罪？

挪用资金最为重要的构成犯罪事实条件是利用职务便利，如上证据是否可以确定吴某利用了职务便利挪用资金归个人使用？

何为职务便利？

职务便利的根基是职权，丙公司进行空转贸易是否为吴某的职权行为？

公司经营管理人员的职务权限来自于股东会或董事会。

经审查发现，丙公司股东大会通过的法人治理结构明确规定，经营管理权被赋予总经理部，总经理部由吴某和大股东派驻的副总、财务总监共同组成。吴某并无经营管理权限。

鉴于吴某和大股东派驻的副总、财务总监均在案涉交易相关的审批单上签字确认，认定吴某个人决定没有证据证明。

是否谋取个人利益？

案涉资金均流转于公司之间，没有吴某个人利益可言。根据公司法 and 民法典之规定，吴某控制的公司财产与吴某个人财产是不同概念，吴某控制的公司盈利不能等于吴某谋取个人利益。

《最高人民法院关于如何理解刑法第二百七十二条规定的“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”问题的批复》提及“你院新高法〔1998〕193号《关于对刑法第二百七十二条“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”的规定应如何理解的请示》收悉。经研究，答复如下：

公司、企业或者其他单位的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位，构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定定罪处罚。”

本案证据证明，案涉资金均在相关公司之间流转，不存在挪用本单位资金归

本人或者其他自然人使用的事实，案涉资金在相关公司之间均记载与交易对手公司的往来，不存在挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位的事实。

【案例四】 挪用资金罪

案情简介：

朱某为 A 公司（民企）大股东和实控人，A 公司与某市开发区管委会合资成立 B 公司，管委会不派人参与经营，朱某担任 B 公司董事长兼总经理。朱某与其妻合资成立的 C 公司欲参加某市土地招标需要保证金，朱某吩咐时任 A 公司及若干朱某实控公司总经理的王某，筹措保证金。案发后查明，A 公司以借款为由转款三千万元到 B 公司，同日 B 公司以借款为由将二千八百万元转到 C 公司，此款被 C 公司用于土地保证金，经招拍挂获得相应土地使用权。

检方指控朱某未经 B 公司股东会议将公司资金转给自己夫妻成立的 C 公司用于营利活动，构成挪用资金罪。

朱某辩称，我只是交代下属办理，具体怎么办的我不清楚。再说这笔钱的实际来源是我的钱，怎么会是挪用资金？

本案的争议焦点：

- 一、本案诉争的法律基础规范是什么？
- 二、检方指控朱某挪用 B 公司资金的证据？
- 三、案涉资金流入朱某夫妻出资成立的公司是否可以被认定为归个人使用？
- 四、案涉资金来自于朱某个人控制的私营公司，是否认定为 B 公司资金？

案件分析：

本案诉争的法律基础规范

- 一、刑法第二百七十二條；
- 二、全国人大常委会对刑法第三百八十四条“归个人使用”的解释；
- 三、最高检察院、公安部《立案标准二》第八十五条第二款；

四、全国人大常委会法工委刑法室给公安部经侦局关于刑法第二百七十二條中的“归个人使用”与刑法的三百八十四条中的“归个人使用”基本一致的答复。

对于正确理解“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”，目前对这个问题有着不同的理解。许多司法人员认为，应当适用全国人大常委会对刑法第三百八十四条的解释（以下简称《人大解释》）、最高人民检察院、公安部 2022 年

4月29日联合发布修订后的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《立案标准二》）第八十五条第二款第二款、全国人大常委会法制工作委员会刑法室关于挪用资金罪有关问题的答复（法工委刑发[2004]第28号，以下简称《刑法室答复》）之规定，与挪用公款罪的相关构成条件保持一致。王爱立主编《刑法释义》也持此观点。

上述观点有悖与立法法等法律规定，依法不能成立，具体论证如下：

《人大解释》是明确刑法第三百八十四条第一款具体法律含义的立法解释，该解释从未明确可以适用到其他法律规定。根据刑法第三条规定的罪刑法定原则，该《人大解释》不得作为对朱某认定挪用资金罪的法律依据。

《立案标准二》依法不得作为挪用资金罪定案的法律依据

《人大解释》明确刑法第三百八十四条第一款具体法律含义后，在挪用资金罪中是否可以适用《人大解释》，明确属于法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的法定情形，依法应当由全国人大常委会作出解释。《立案标准二》将人大解释适用到对挪用资金罪的立案标准中，违反《立法法》和《关于加强法律解释工作的决议》明确规定，依法不得将《立案标准二》第八十五条第二款条作为，对朱某追究刑事责任的立法依据。具体阐述如下：

首先，《立案标准二》不是法律规定，而是部门规章，依照法律规定不得作为定案依据。

《立案标准二》是最高人民检察院与公安部联署，公安部是行政机关是没有争议的。根据《立法法》第七条、第八条 犯罪和刑罚只能制定法律，制定刑法的权利归属于全国人大。根据《国务院组织法》第三条，国务院行使宪法第八十九条规定的职权。《宪法》第八十九条规定，国务院根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；《立法法》第七十一条规定，国务院各部会可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。根据上述法律规定，公安部既无权制定法律，也无权制定行政法规，其出台规定的法律性质只能是部门规章。而部门规章是不能作为追究犯罪的法律依据的，这是所有法律人的常识。基于此，《立案标准二》第八十五条规定不得作为对朱某定罪的定案依据。

其次，《立案标准二》第八十五条第二款规定与最高人民法院相关司法解释不一致，依照法律规定，必须要执行最高人民法院的司法解释。

《立案标准二》第八十五条第二款规定，与最高人民法院《关于如何理解刑法第二百七十二规定的“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”问题的批复》（以下简称《批复》）不一致。根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》第六条上述批复是最高人民法院的司法解释，具有法律效力。从法律的分类上看，该《立案标准二》应当属于部门规章，不属于司法解释或者立法解

释的范畴。根据《立法法》第九十九条规定，法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章，因此，《立案标准二》不得作为定案依据。

第三，《立案标准二》八十五条第二款之规定，违反《立法法》第四十八条和全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第一条规定。

《立法法》第四十八条 法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：

(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的；

(二)法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。

全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第一条规定，凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。

《立案标准二》对挪用资金罪的“归个人使用”的规定，属于全国人大常委会解释的范围。最高检察院、公安部都无权作出解释，该立案标准相关规定，违反《立法法》第四十八条、《关于加强法律解释工作的决议》第一条的明确规定，确定属于越权违法的规定，依法不得作为本案的定案依据。

全国人大常委会法工委刑法室给公安部经侦局答复（2004年9月8日 法工委刑发[2004]第28号《刑法室答复》）称，“刑法第二百七十二条规定的挪用资金罪中的“归个人使用”与刑法第三百八十四条规定的挪用公款罪中的“归个人使用”的含义基本相同。”

法律明确规定，立法权和立法解释权归全国人大及其常委会，司法解释权归两高，但不得超出法律立法原意的范围，行政机关无权解释法律，无权改变法律的立法原意。全国人大常委会法工委刑法室是全国人大常委会王法工委的内设机构，其无权对法律适用做出任何规定，因此，法工委刑发[2004]第28号《刑法室答复》不得作为对朱某的定案依据。

综上，《人大解释》、《立案标准二》）八十五条第二款、《刑法室答复》都不能作为对朱某追究挪用资金罪的法律依据，如何理解“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”，就只有最高人民法院相关批复作为本案的定案法律依据。

《最高法院批复》规定：公司、企业或者其他单位的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位，构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定定罪处罚。此后至今，没有新的立法或司法解释。

基于这个批复，控方应当遵照《刑诉法》第五十五条之规定，举证证明朱某挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者朱某以个人名义将所挪用的资

金借给其他自然人和单位。如上讨论是为了明确本案诉讼是否入罪的逻辑大前提，只有逻辑大前提明确，才好审查证据证明的事实是否符合大前提，才能得出是否入罪的结论。

控方认为 C 公司是夫妻出资成立的公司，可以认为是个人独资公司，个人独资公司的股东对公司债务承担无限连带责任，故 C 公司应当认定为个人。

关于朱某夫妻出资成立的 C 公司是否可以认定为个人，必须从法律上论证清楚。这不是一个刑事法庭认定的事实问题，而是一个民法或者公司法的法律问题。在未经商事法庭认定 C 公司为朱某个人的情况下，依照现行法律规定，刑事法庭无权认定 C 公司为朱某个人。这是本案是否将朱某入罪的前提条件之一，必须要依法解决。

首先，夫妻出资的公司是否为一人独资公司，最高法院有着不同的观点，存在诸多不同认识。刑诉法第五十五条规定必须要排除合理怀疑，司法观点不同，无法排除合理怀疑，无法认定夫妻出资公司是个人独资公司，也不能认定个人独资公司就是民法意义上的个人。同时，这是一个须经民商事法庭审理后确定的法律事实，不是刑事法庭可以裁断的法律事实。

观点一：“夫妻公司”属于实质的一人公司

最高人民法院在（2019）最高法民再 372 号民事判决书中认为，《公司法》第五十八条第二款规定：“本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”夫妻二人出资成立的公司，注册资本来源于夫妻共同财产，公司的全部股权属于双方共同共有。即公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，股权主体具有利益的一致性和实质的单一性。在此情况下，该公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，系实质意义上的一人有限责任公司。基于此，应参照《公司法》第六十三条规定，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给作为股东的夫妻二人。

观点二：夫妻公司并不能完全等同于一人公司

最高法院（2020）最高法民申 6688 号民事裁定认为：一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。作为有限责任公司，即使是由股东二人系以夫妻共同财产出资设立，将其定性为“一人有限责任公司”，仍缺乏法律依据。

最高法院（2018）最高法民终 1184 号民事判决认为：公司系夫和妻二人出资设立，公司股东并非一人且均已全面履行出资义务，亦无证据证明夫或妻的财产与公司的公司财产发生混同，主张参照一人公司的相关法律规定追究股东的连带清偿责任，法律依据不足。

观点三：区分夫妻公司是否为实质的一人公司

《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》(2021年版第164-165页)认为：实践中，不仅存在着形式的一人公司，也存在着实质的一人公司。在持股比例过于悬殊的情形下，当公司为大股东提供担保时，判断公司是否为实质的一人公司，显得尤其重要。如：A公司甲持有股权99%，乙持有股权1%，A公司为甲个人的债务提供担保，是否因没有股东会决议而担保合同无效？我们认为，如A公司是一个实质的一人公司，就应适用《民法典担保制度解释》第10条的规定，在认定担保合同有效的同时，为保护公司债权人的利益，明确当公司因承担担保责任而无法清偿公司债务时，公司债权人可请求甲承担连带责任。如此，可保护公司债权人的合法利益。至于乙，因A公司为实质的一人公司，乙只是“挂名”股东，自然无须对乙的利益进行保护。但是，如果A公司并非一个实质上的一人公司，则即使乙的持股比例较低，也应保护乙的交易安全。此时，就不能适用《民法典担保制度解释》第10条，而应适用《公司法》第16条第2款“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议”之规定。当然，此时只有乙有表决权，似无法形成股东会决议，但结合《民法典担保制度解释》第8条第1款第3项，亦不难得出：如果乙签字同意A公司为甲的债务提供担保，则该担保合同有效；如果乙不同意A公司为甲的债务提供担保，则该担保合同无效。可见，判断A公司是否为实质的一人公司，既关系到甲的债权人的保护，也关系到A公司债权人和股东利益的保护。我们认为，如果公司的股东持股比例过于悬殊，不仅存在一个对公司处于绝对控股地位的股东，且股东之间存在近亲属关系，除控股股东外，被担保的债权人有权证据证明其他股东从未参与过公司的经营和管理，则可以推定公司构成实质的一人公司，再将举证责任分配给一人公司，由该公司承担举证证明其不是实质一人公司的责任。

最高人民法院的上述最新解读，是根据公司实际状态判断是否属于实质的一人公司。如果是，则视为一人公司；如果不是，则为普通有限责任公司。这在司法实务中如何判断，还是个“仁者见仁、智者见智”且颇有争议的难点问题。让刑事法庭来做这个判断，确实超出了刑事法官的能力范围。

从事实看，也不能认定挪用资金犯罪。

现有银行交易记录证明1023万元确实在B公司和C两公司之间及C公司与土地交易中心之间完成转移；B公司财务账目记载对C公司应收账款1023万元，C公司财务账目记载对B公司应付账款1023万元。足以证明涉案资金流转不涉及任何自然人，

指控涉案资金在B公司和C公司之间流转，被实际使用到C公司业务中，无证据证明朱某在此交易中获益。不存在挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用的情形。B公司和C公司财务账目记载分别记载应收应付对方贵司账款1023万元，不能证明朱某以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位的情形。

B 公司章程规定，“1000 万元以上投资或资产处置，须有股东会决议”，本案 1023 万元支出属于关联公司之间的往来，不属于章程规定的范围。该公司对关联公司之间往来款支付，没有股东会或董事会决议作出规定，无法认定朱某越权支付相关款项。

鉴于该批复明确，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位，才能构成挪用资金犯罪。

现有证据不能证明朱某挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，也不能证明朱某以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位。假定认定朱某指挥涉案款项流转，鉴于其行为不违反公司章程和公司的所有规定，无法认定朱某越权支付相关款项。涉案资金在 B 公司和 C 公司之间流转，被实际使用到 C 公司业务中，无证据证明朱某在此交易中获益。本案事实证明，朱某不具有刑法第二百七十二条第一款规定的客观事实条件。

综上，现有证据不能证明有挪用资金归个人使用的事实发生，即没有犯罪事实，控方指控朱某挪用资金罪，既无证据支持也无法律依据，其指控不能成立。

小结：

刑事诉讼是人类对历史事件的评断，是一个人类的认识过程，自然是一个运用逻辑思维尽力还原客观真相和予以法律评价的过程，所以，搞清楚法律适用是诉讼思维逻辑的大前提，对于法律适用，不能人云亦云，而应该运用现行法律综合考虑，去伪存真。让我们共同努力为法治建设尽一份微薄之力。

二、监事意见

李斌泉监事现场参加本次研讨会并发表了监事意见。他重温了整个研讨的过程，其称本次活动非常贴切职务犯罪领域，对职务犯罪辩护中的诸多问题进行了深入的分析，对本次活动的成功举办表示高度肯定。