

叶青锐◎著

ZHIWUFANZUI
ZHENGJUXINLUN

职务犯罪证据新论



职务犯罪证据的审查判断
职务犯罪证明 证据规则简介
贪污罪证据解析
受贿罪证据解析
挪用公款罪证据解析

中国检察出版社

职务犯罪证据新论

叶青锐◎著

ZHIWUFANZUI
ZHENGJUXINLUN



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

职务犯罪证据新论 / 叶青锐著. —北京: 中国检察出版社, 2011. 5

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0472 - 2

I. ①职… II. ①叶… III. ①职务犯罪 - 证据 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 063747 号

职务犯罪证据新论

叶青锐 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 9.5 印张

字 数: 262 千字

版 次: 2011 年 7 月第一版 2011 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0472 - 2

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

2010年12月29日国务院新闻办公室发表了《中国的反腐败和廉政建设》白皮书。白皮书指出，反对腐败，加强廉政建设，是中国共产党和中国政府的坚定立场。反腐败和廉政建设关系国家发展全局、关系最广大人民根本利益、关系社会公平正义与和谐稳定。坚决惩治腐败和有效预防腐败，大力加强廉政建设，是中国共产党和中国政府的一贯主张。

2011年1月6日，据中央纪委监察部在北京召开的纪检监察机关查办案件工作情况新闻通气会介绍，2010年纪检监察部门共接受信访举报1427186件（次），处分县处级以上干部5098人，移送司法机关的县处级以上干部804人。单是工程建设领域，截至2010年11月底，全国共受理工程建设领域违纪违法问题举报线索2.96万件，立案查处厅（局）级领导干部64人、县（处）级881人；移送司法机关处理5150人，其中国家机关工作人员2881人。

中共中央总书记胡锦涛2011年1月12日在中国共产党第十七届中央纪律检查委员会第五次全体会议上发表重要讲话。他强调，全党必须正确认识党风廉政建设和反腐败斗争形势，既充分看到反腐倡廉建设已经取得的显著成效，又深刻认识反腐败斗争的长期性、复杂性、艰巨性，以更加坚定的信心、更加坚决的态度、更加有力的措施、更加扎实的工作，坚定不移把党风廉政建设和反腐败斗争推向前进。

腐败是一种社会历史现象，是一个世界性的痼疾，也是社会公

众十分关注的问题。当前，由于中国的经济体制、社会结构、利益格局和人们的思想观念正在发生深刻变化，各种社会矛盾凸显，各方面体制机制还不完善，一些领域的腐败现象仍然易发多发，有的案件涉案金额巨大，违法违纪行为趋于隐蔽化、智能化、复杂化。因此，职务犯罪已经成为严重的社会问题，党和国家不仅从政策层面，而且从法律层面做出了许多决策和规定，这些都为惩治、打击职务犯罪提供了规则依据。但是，职务犯罪是一种高智商犯罪，犯罪人往往具有较高的文化素质和相当丰富的社会经验，有的还具有一定的反侦查能力，犯罪行为更趋于隐蔽化、智能化和复杂化。因此，对于职务犯罪的成功查处，对证据的研究和固定尤为重要。本书正是基于我国当前的反腐败工作形势，通过对职务犯罪证据特点的分析和分类研究，以期对我国反腐败工作略尽绵薄之力。

由于水平有限，书中难免存在着错误和不足之处，恳请专家和读者予以批评指正。谢谢！

叶青锐

2011年3月

目 录

前 言	1
第一章 职务犯罪证据概述	1
第一节 刑事证据的概念与特征	1
第二节 有关证据属性的争议	10
第三节 职务犯罪证据的特点和意义	15
第二章 职务犯罪证据的种类	23
第一节 职务犯罪案件的物证	24
第二节 职务犯罪案件的书证	34
第三节 职务犯罪案件的证人证言	41
第四节 职务犯罪案件的被害人陈述	48
第五节 职务犯罪案件的犯罪嫌疑人供述和辩解	51
第六节 职务犯罪案件的鉴定结论	57
第七节 职务犯罪案件的勘验、检查笔录	64
第八节 职务犯罪案件的视听资料	68
第三章 职务犯罪证据的分类	79
第一节 言词证据与实物证据	79
第二节 原始证据与传来证据	83
第三节 有罪证据与无罪证据	88

第四节 直接证据与间接证据	90
第四章 职务犯罪证据的审查判断	98
第一节 审查判断证据的概念和意义	98
第二节 职务犯罪案件证据审查判断的任务	100
第三节 职务犯罪案件证据审查判断的步骤和方法	106
第五章 职务犯罪证明	119
第一节 职务犯罪证明的概念和意义	119
第二节 职务犯罪的证明对象	121
第三节 职务犯罪的证明责任	127
第四节 职务犯罪的证明标准	134
第六章 证据规则简介	146
第一节 国外主要的证据规则	147
第二节 我国的证据规则	166
第七章 贪污罪证据解析	170
第一节 贪污罪概述	170
第二节 贪污罪证据的特点	174
第三节 贪污罪证据的构成	175
第四节 证明贪污罪犯罪主体的证据	179
第五节 证明贪污罪犯罪行为的证据	182
第六节 证明贪污罪犯罪结果的证据	188
第七节 证明贪污罪犯罪主观方面的证据	190
第八节 证明贪污罪犯罪情节的证据	191
第九节 贪污罪证据的收集	193
第十节 贪污罪证据的审查与运用	197

第八章 受贿罪证据解析	208
第一节 受贿罪概述	208
第二节 受贿罪证据的特点	215
第三节 受贿罪证据的构成	217
第四节 证明受贿罪犯罪主体的证据	219
第五节 证明受贿罪犯罪行为的证据	222
第六节 证明受贿罪犯罪结果的证据	231
第七节 证明受贿罪犯罪主观方面的证据	232
第八节 证明受贿罪犯罪情节的证据	240
第九节 受贿罪证据的收集	243
第十节 受贿罪证据的审查与运用	250
 第九章 挪用公款罪证据解析	256
第一节 挪用公款罪概述	256
第二节 挪用公款罪证据的特点	263
第三节 挪用公款罪证据的构成	265
第四节 证明挪用公款罪犯罪主体的证据	268
第五节 证明挪用公款罪犯罪行为的证据	270
第六节 证明挪用公款罪犯罪结果的证据	274
第七节 证明挪用公款罪犯罪主观方面的证据	276
第八节 证明挪用公款罪犯罪情节的证据	279
第九节 挪用公款罪证据的收集	281
第十节 挪用公款罪证据的审查与运用	285
 参考文献	293

第一章 职务犯罪证据概述

第一节 刑事证据的概念与特征

一、刑事证据的概念

证据的概念，历来是诉讼理论与实践中的一个十分重要的问题。在各国立法上，除苏联等少数国家外，往往对证据概念问题不以成文法形式，而是主要以判例法形式或从诉讼程序的角度来加以规范和界定。但在古今中外的法学著作中，关于证据有各种各样的定义，分别从不同方面阐明其特征，以便揭示证据这一概念的内涵，揭示这一概念所反映的对象本质。在我国现阶段，对于何谓证据，诉讼法学者也认识不一，总结起来主要有三派学说：

1. 事实说。主张事实说者认为证据即能够证明案件真实情况的一切事实，其对证据概念具有代表性的表述是：刑事证据是侦查、检察、审判等人员依法收集和查对核实的，同刑事案件有关并能证明案件真实情况的一切事实。

2. 双重含义说。主张双重含义说者认为证据具有双重含义，它既可以指事实，即能够证明案件真实情况的一切事实都是证据；也可以指证据的表现形式，即证人证言、书证、物证等各个证据

种类。

3. 统一说。主张统一说者认为证据是证据的内容（事实材料）与证据形式（证明手段）的统一，代表性的表述为：证据是以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实。

在上述各种观点中，事实说在我国证据法学研究中影响最大。我国《刑事诉讼法》第42条给“证据”所下的定义为：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。”不少学者都是在“证据是事实”这一基本框架内为诉讼证据进行定义的，诸如“诉讼证据是能够证明案件真实情况的客观事实”。^①“我国刑事诉讼证据是侦查、检察、审判人员依照法定程序收集用以确定或否定犯罪事实，证明被告人有罪或无罪，加重或减轻刑事责任的一切客观事实”。^②我们认为，证据统一说抓住了证据的本质特征，指出证明手段如不包含案情和事实，那就什么都不能证明；反之，如果事实材料不依附于一定的证据形式，就无法存在并进入诉讼的轨道成为裁判的依据。

犯罪事实一旦发生，犹如信息源发出一定的信息，信息必须依附于一定的载体才有可能到达接收者。犯罪事实发生后，有关它的信息将依附于两方载体之上：（1）为人所感知，即案件事实转化为信息依附于人这一载体。作为这一载体的人包括证人、被害人、被告人等，他们都是在案件事实发生过程中或者发生前后感知与案件有关的事实的，这些事实通过人的感觉器官进入人脑并得到记忆。（2）在现场和现场外遗留反映案件事实以及与之相关的事实的痕迹、物品、文字材料，即反映案件事实的信息依附于物这一载体。这一载体包括各种痕迹物品、作案工具、书证等。离开这些载体，反映案件事实的信息就无法被收集和进入诉讼的轨道。所以离开了证据的形式，单纯的“事实”在诉讼中不可能独立存在，也无法发挥证据的作用。

^①江伟主编：《证据法学》，法律出版社1999年版，第206页。

^②张子培等：《刑事证据理论》，群众出版社1982年版，第87页。

值得注意的是，证据存在衍生现象，即证据的内容作为信息可以由一个载体转移到另一个载体上，包括两种情形：一是同一种证据形式之间的转换，例如，某一证人将自己的见闻告知他人而形成传闻证据；二是不同证据形式之间的转化，例如，对犯罪现场进行勘验形成勘验笔录、对物证和书证进行技术鉴定形成鉴定结论等新的证据。这种信息转移而产生新证据的现象，即证据的衍生现象。不过，由于有些证据在衍生过程中并不产生新的有价值的内容，甚至原有的内容还容易发生歪曲，因此对于若干衍生出来的证据，一些国家确立了最佳证据规则和传闻证据规则对采纳这些证据加以限制。

总之，诉讼证据是事实内容与法律形式的统一，即以规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实。在理解证据概念时，需要注意的是法律条文中使用“证据”一词有时含义并不相同。例如，像物证、书证、证人证言等各个种类的“证据”，在未经查证属实之前，仅仅是证据资料，或者叫做证据的原始素材。这些证据资料有可能真实，也可能不真实，需要经过审查判断才能确定。因此，《刑事诉讼法》第42条第3款规定：“以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”经过查证属实的，才能既符合法律规定的表现形式，又具有能够证明案件真实情况的事实内容的证据。通俗地说，就是真正的证据，当然也就能够作为认定案情的依据。如果证据资料经查证不属实，那么它徒有证据之名，不具证据之实，不是真正的证据，而是假证据。应当对证据资料和能够作为定案根据的证据加以区分，不容混淆。

二、刑事证据的属性

“证据能力”和“证明力”是证据法学和法律实践的常用概念，我国当代证据法学本来通常使用“客观性”、“关联性”、“法律性”等概念来概括证据的基本属性，很少使用“证据能力”和“证明力”的概念。实际上，“证据能力”和“证明力”与证据的“客观性”、“关联性”、“法律性”有着密切联系，或者其本身就

表明了证据所具有的上述属性。近年来随着我国证据法学研究的深入,“证据能力”、“证明力”以及与此相关的证据的“关联性”和“可采性”等概念也逐渐被接受。

刑事证据(以下简称证据)的属性,表现在以下两个基本的方面,一是证据的证据能力;二是证据的证明力。

(一) 证据的证据能力

证据能力,又称“证据资格”,指证据资料在法律上能够被允许其作为证据的资格。大陆法系对于证据能力,一般都不作积极的规定,只是消极地对无证据能力或者限制证据能力的情形做出规定。在德国,依据程序禁止和证据禁止的理论对证据能力加以限制。程序禁止是对收集和调查核实证据的程序加以限制,如违背搜查、扣押程序而取得的证物和违背勘验程序所形成的勘验笔录,有时不认为具有证据能力;证据禁止是对允许作为定案根据的证据材料的范围加以限制,如非出于任意性的自白,一般不认为具有证据能力。

总的来说,大陆法系国家为了发挥职权主义的功能,对于证据能力很少加以限制。相比之下,英美法系国家对证据能力的限制较为严格,在英美法系国家的证据法则和证据理论中,证据要能够被允许在诉讼中出示,用以证明争议事实并为法院所采纳,必须既具有关联性(relevancy),又具有可采性(admissibility)。

1. 证据的关联性

证据的关联性,又称相关性,是指证据必须与诉讼中的待证事实有关,从而具有能够证明待证事实的属性。对于关联性,《美国联邦证据规则》定义为:“证据具有某种倾向,使决定某项在诉讼中待确认的争议事实的存在比没有该项证据时更有可能或更无可能。”由此定义可以看出,证据的关联性实质上就是证据的证明性,也就是证明力。关联性强调证据与案件事实之间的联系,而证明性则侧重证据对案件事实的证明作用。两者是一致的,只是看问题的角度不同。

在案件的处理过程中,如果提出的证据与案件的待证事实之间

不存在客观联系，不具有借以判断争议事实的能力，这样的证据就是无关联性的证据。无关联性的证据不能被法庭采纳。在许多国家，禁止采纳无关联性的证据是一项重要的诉讼规则，该规则称为“关联性规则”。该规则要求：证据必须限制在有关争议问题的范围内，与争议事实无关的情况不允许加以证实，包括：（1）相似事实。某人以前曾实施过的同本案中的行为相似的事实通常不能作为证据采纳。（2）品格证据。当事人的个人品格通常不能作为证据，其例外是：在刑事案件中，如果被告人以其品格良好证明不可能犯所指控罪行，控诉方就可以提出该人品德不良的证据加以反驳。与当事人不同的是，关于证人品格的证据是可以采纳的，诸如证人的说谎习惯、证人的偏见、证人先前曾作过矛盾的陈述等。（3）前科。前科事实一般不能作为证据使用。其例外是：在刑事诉讼中，被告人如果根据“一事不再理”原则提出他因同一行为受过审判并被定罪而不应被再次审判，则该被告人的前科便成为系争事实，证明前科的证据便具有证据资格，等等。

我国法律对证据的关联性没有做出明确的规定，在学理上，学者一般认为对证据的关联性可以作如下的理解：

第一，证据的关联性是客观存在的而不是主观想象的，司法人员在办理案件的过程中，必须尊重证据与案件待证事实之间的关系，核实证据与案件待证事实的证明作用，不能将没有客观联系的证据想当然地认为或者硬说成有客观联系的证据。

第二，这种关联性的表现形式是多种多样的，如因果联系、时间联系、空间联系、偶然联系和必然联系、直接联系和间接联系、肯定联系和否定联系等，不一而足。其中因果联系，指的是证据事实是案件主要事实的原因或者结果；时间和空间联系指的是与案件事实有关的时间、地点、环境等事实；必须联系、直接联系和间接联系、肯定联系和否定联系，反映了证据事实与案件事实之间存在偶然的或者必然的、直接的或者间接的、肯定的或者否定的关系。无论存在何种联系，都表明证据反映了与案件有关的事实。

第三，证据与案件事实之间的联系是可以认识的，对证明案件

事实具有实际意义。根据宇宙间事物普遍联系的理论，大千世界，万事万物之间都可能存在某种联系，与案件事实存在某种联系的事实可以说是无穷无尽的。有些可以被我们所认识，有些尚不能被我们所认识。在办案过程中，既无可能，也无必要将它们都作为证据来使用。例如，现场提取的指纹，因非常模糊而无法进行对比分析，从而无法做出确定的鉴定结论，那么在诉讼中便不能作为证据使用。否则，不仅无助于查明案情，相反会使案情更加模糊不清。从证据发展史来看，一件与案件事实有客观联系的事实，都是在它与案件事实的联系及其规律为人们所认识以后，才被用做证据的。将来，随着人类科学的不断发展，认识能力的不断提高，将有越来越多的与案件存在客观联系的事实被人们所发现、所掌握，也就会有更多的事实被作为证据采用。

2. 证据的可采性

在英美法系国家，证据能力称为证据的可采性，指证据必须为法律所允许，可用于证明诉讼中的待证事实。证据的可采性以关联性为前提，即证据是否可以采纳，首先取决于它同诉讼中的待证事实有无关联。凡是可以采纳的证据，都必须具有关联性。但具有关联性的证据，则不一定都可以采纳，仍有可能出于各种利益考虑、由于某种特殊规则而被排除。如《美国联邦证据规则》在第四章“关联性及其限制”中规定：“证据虽然具有关联性，但可能导致不公正的偏见、混淆争议或误导陪审团的危险大于该证据可能具有的价值时，或者考虑到过分拖延、浪费时间或无须出示重复证据时，也可以不采纳。”

现代证据制度，关于证据能力有两大原理：一是必须具有合理的立证价值的事实，才能允许；二是除法律另有特别规定外，凡具有合理立证价值的事实，均应当予以允许。依照第一原理，任何证据制度必须追求合乎理性的目的，要提出某种事实作为证据，必须基于合理性的标准，以求得合理的确信，并应防止事实审判者受情感激动或偏见的影响而作为裁判的基础。此一原理，排除各种不合理的证据方法。以英国为例，宣誓免责的制度，1833年被正式废

除；决斗裁判的方式，1819年遭法律禁止；其他如水审、火审等迷信方法，历史上曾经被认为具有立证价值而予允许，直到19世纪中叶才告绝迹。依照第二原理，法律上的证明，虽然具有特殊的规则，但在理论上与人类生活中的一般理性规则并无不同。因此，对于通常可以合理立证的事实，如果排除作为证据，必须具有政策上的考虑或其他理由。

依照西方证据学家韦莫尔的分类，关于证据能力的限制，也就是关于证据能够采纳或者不能采纳的理由，大致有两类：一类涉及立证资格；另一类出于其他政策。立证资格包括：（1）排除法则，指根据关联性和政策性的理由，对某种证据加以排除，适用最多的就是排除传闻。（2）优先法则，指根据经验之积累，某种证据常常比其他证据更为可信，如可使用，应当先于其他证据而采纳。（3）分析法则，指对于某类证据，必须予以谨慎的审查和分析，以揭露其可能存在的弱点。审查的重要方法，就是法庭上当事人的诘问。（4）预防法则，指为了防止虚伪或者错误的危险，对于某类证据，预见它可能具有的危险，采取预防的方法作为其真实性的保障。例如证人证言，须经宣誓，才能作为证据采纳。（5）定量法则，指对于某种证据之提出，必须达到特定的分量，即需要其他证据或者结合其他证据提出，才能允许。以上法则，均着重证据本身的立证价值，而其他政策则指出于其他政策或特殊利益，宁愿牺牲有用的证据，也要维护该政策或利益。主要有绝对排除法则和附条件排除法则。绝对排除法则，以美国为例，对于违反《联邦宪法修正案》第4条规定，采用非法搜查、扣押得来的证据，不允许采纳。附条件的排除法则，通常指证人证言虽然与待证事实有关联，但因主张拒绝作证的特权，则予排除为证据。

在我国，虽然法律上没有对证据能力问题做出明确规定，但许多证据法学者认为证据应当具备法律性，不具有法律性的证据不应被认为具有证据能力。一般认为，证据的法律性又称为合法性，具体包括以下四方面内容：

1. 证据必须是法定人员依法定程序以合法方法收集的。我国

《刑事诉讼法》对于公安司法人员、当事人及其辩护人、代理人收集或提供证据的权利和义务、方法和手段、程序和途径均作了明确规定。第43条规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”第37条第2款规定：“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”

2. 证据必须具备合法的形式。我国刑事证据的形式就是《刑事诉讼法》第42条第2款规定的七种：物证、书证；证人证言；被害人陈述；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；鉴定结论；勘验、检查笔录；视听资料。一定的事实只有符合这些形式时才能作为诉讼证据。

3. 证据必须具备合法的来源。例如，证人证言必须出自合格的证人；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解必须由犯罪嫌疑人、被告人本人做出；讯问笔录应当由犯罪嫌疑人、被告人签名或者盖章；对精神病的鉴定必须由省级人民政府指定的医院进行，等等。

4. 证据必须经法定程序查证属实。刑事诉讼法规定，一切证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证；物证必须当庭出示，让当事人辨认；未到庭的证人的证言笔录、鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读，听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

需要指出的是，在许多国家，“非法证据”一词，指的是“非法取得的证据”。诉讼中强调证据的法律性，主要涉及的是违法取得的证据能否容许采纳作为裁判依据的问题。对于非法取得的证据，英美法系国家一般严格排除，不得作为证据使用；大陆法系国家，对于非法取证取得的证据，一般允许法官根据取证行为的具体情况加以裁量以决定是否予以排除。

在我国，虽然《刑事诉讼法》第43条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和

以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”而且我国刑法还规定刑讯逼供构成犯罪的应当追究刑事责任，但对于以刑讯逼供等非法方法取得的证据能否作为证据使用，我国刑事诉讼法并未做出规定。值得注意的是，最高人民法院和最高人民检察院在各自的司法解释中规定了以非法方法获取的犯罪嫌疑人、被告人供述、证人证言、被害人陈述，不得作为定案的根据。这表明司法实际部门通过司法解释确立了一定的排除规则。

（二）证据的证明力

证据的证明力是指证据事实对案件事实证明作用之有无和程度。^① 证据的证明力是证据本身所固有的客观属性，它包含证据的客观性和关联性。首先，证据是客观存在的事实。任何犯罪活动，都是在一定的时间、空间和条件下进行的，必然作用于客观世界并引起一定的变化，或者在进行犯罪活动时为人们所察觉、所感知，或者因犯罪行为引起外界事物的某些变化，遗留下某些痕迹和物品，这些就是客观存在并能据以查明客观真实情况的证据。司法人员进行诉讼活动，就是要发现和收集这些客观存在的证据，用来证明犯罪事实，为正确处理案件提供依据。其次，证据与案件事实之间存在着必然的内在联系。证据对案件事实有无证明力，以及证明力的大小，取决于证据与案件事实有无联系，以及联系的紧密、强弱程度。这就是说，证据不仅是客观存在的事实，而且必须是与案件事实存在某种联系的事实，这种联系可以为人们所认识，从而对证明案情具有实际意义。证据与案件事实之间的联系，同样是客观存在的。司法人员对证据与案件事实之间联系的认识，只能是对客观上确实存在的某种联系的正确反映。证据与案件事实之间的联系形式是各种各样的，有的证据反映犯罪发生的原因，有的证据反映犯罪造成的后果，等等。一般来说，证据与案件事实之间的联系紧密，则该证据的证明力较强，在诉讼证明中所起的作用也较大。如目睹犯罪事实的证人证言，被害人指认犯罪分子的陈述以及犯罪嫌

^①江平主编：《中国司法大辞典》，吉林人民出版社1991年版，第248页。