

证据能力：一个不可忽视的辩角

冀祥德

(山东德扬律师事务所, 山东 烟台 264005)

摘要:证据转化为定案证据必须同时具备两个条件:一是证据能力(或曰证明能力),二是证明力。在刑事辩护业务中,律师之辩护意见往往拘泥于案件的定性是否正确,证据数量是否充足,证据内容是否真实,证据内容与案件事实之间有无关联等,即证据的证明力。极少有律师会注意到证据的来源、取得方式、表现形式等是否合法,即证据的证明能力。诉讼实践中,辩护人正可从证据形式瑕疵这一证据能力问题入手,找到控方控诉犯罪证据链的断裂点,从而取得辩护的成功。

关键词:刑事诉讼;刑事辩护;证据能力

中图分类号:D925

文献标识码:B

文章编号:1008-5246(2002)03-0056-04

从诉讼学理论上界定分析,证据与定案根据(或曰定案证据)是两个既有区别又有联系的概念。一般看来,定案根据都是证据,但是,证据却不一定都能成为定案根据。证据学理论通常认为,证据转化为定案证据必须同时具备两个条件:一是证据能力(或曰证明能力),二是证明力。证据能力是指将证据运用于诉讼过程中,其作为定案根据的条件和资格,亦即证据之合法性或法律性,如法律所规定的获取证据的程序要件以及证据表现的形式要件等。证据的证明力是指证据所具有的内在事实对案件事实的证明价值和证明作用,亦即证据之可采性、可靠性和可信性。在传统刑事诉讼运作模式中,无论是控方抑或辩方,多数把案件之视点集中于证据之证明力,而往往对证据之证明能力缺乏重视,致使某些当事人的合法权益不能得到应有的保护。本文试从个案谈起,论及证据能力乃刑事诉讼中一个不可忽视的辩角,以期引起司法实务界之警觉。

一、案情介绍

1994年夏天,被告人焉英春欲购买钢材做对缝生意,从中赚钱。因手头无款,即找到烟台华鑫海产品开发总公司副经理王永堂,向他借空白支票到烟台天力钢铁有限公司(下称钢厂)作抵押(王永堂后不承认知道抵押事项)。焉拿空白支票找到钢厂销售员杜洪胜,告诉杜以支票作抵押,暂时没有支付能力,等10天左右再划款,杜不

敢轻易作主,经请示科长同意后,签字让材料员付洪原给焉开出了6.5型线材13余吨的配货通知单,同时留下了抵押的空白支票。焉拿着配货单联系上了买主烟台轻工纺织品公司的孙明华后,由孙明华付清了钢厂的货款。事隔半个月左右时间,焉又从王永堂处借了一张空白支票,找到钢厂杜洪胜,和第一次一样告知杜洪胜支票的情况,杜请示科长同意后开出了8和6型各20吨线材。约过了一个周时间,焉又找到杜要求将线材全部换成8型40吨,杜领着焉找到付洪原,把配货单上的6的20吨改成8的20吨。焉找到孙明华,通过孙明华联系买主烟台市第四建筑公司二处(下称市建二处)到钢厂提走了39余吨线材,价值12万9千余元,焉分三次从孙明华处提出13万余元。焉将4700元给王永堂作为好处费,9万元被烟台市物资经销公司副经理邹永贵借去。钢厂见焉付款无望,在抵押的支票被顶票后,于1995年上半年,以出票人烟台海产品开发研究所物资供销处为被告向法院提起诉讼,要求支票出票人承担还款责任,法院判决出票人承担还款责任,案件进入执行程序后,抵押人于1996年5月29日以焉诈骗本公司转帐支票为由向公安机关报案。公安机关以涉嫌票据诈骗罪于1999年11月20日将焉刑事拘留,检察机关以涉嫌诈骗罪于同年12月25日批准逮捕。

2000年7月检察机关起诉认为:1994年6月,被告人焉英春以做抵押为由,骗取烟台华鑫海产品开发总公司空头转帐支票一张,同年6月25日持空头支票在烟台天力钢铁有限公司骗走8型线材39.71吨,价值人民币129,393.06元,变卖后,款被其挥霍。公诉机关认为,被告人焉英春隐瞒事实真相,诈骗公司财物,数额巨大,其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第266条之规定,构成诈骗罪。

收稿日期:2002-04-20

作者简介:冀祥德(1964-),男,山东青州人,山东德扬律师事务所律师,烟台大学法学院副教授(兼),北京大学法学院硕士。主要研究方向:刑法学、刑事诉讼法学。

二、辩护意见

笔者依法接受委托,担任被告人焉英春的辩护人,从程序上和实体上,发表如下辩护意见:

(一) 程序问题

本案在许多方面存在程序违法的现象。

1. 本案中,焉英春从1999年11月20日被公安机关刑事拘留,2000年7月10日接到人民检察院起诉书,期间长达7个月20天。根据刑事诉讼法第124条之规定:犯罪嫌疑人被逮捕后的侦查羁押期限一般不超过2个月。案情复杂,期限届满不能终结的案件,可以经上一级人民检察院批准延长一个月。第138条规定:人民检察院对于公安机关移送起诉的案件,应当在一个月以内作出决定,重大、复杂的案件,可以延长半个月。本案既无上一级人民检察院批准延长文件,又无退回公安机关补充侦查的材料,也不属于刑事诉讼法第126、127条规定的情况。对焉英春的侦查羁押期限超过了刑事诉讼法规定的期限,在程序上是违法的。(公诉机关对辩护人的这一问题的提出感到意外,他们称,从来没有辩护人对关于被告人审前羁押期限的问题表示异议)

2. 根据刑事诉讼法第64条规定:拘留后除有碍侦查或无法通知的情形外,应当把拘留的原因和羁押的处所,在24小时以内,通知被拘留人的家属或他的所在单位。第71条规定:逮捕后,除有碍侦查或者无法通知的情形以外,应当把逮捕的原因和羁押的处所,在24小时以内,通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。而焉英春在公安机关的讯问笔录中将其家庭住址及家属情况叙述得非常清楚,不属于无法通知的情形,然而,直到庭审前,焉英春的家属也没有接到焉英春被拘留和被逮捕的通知书。

3. 刑事诉讼法第139条规定:人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托人的意见。公诉机关没有按照刑事诉讼法第139条的规定,直到进入审理程序也未通知本辩护人,未按法律程序征求辩护人的意见。

4. 本案中,公安机关于1996年12月6日对焉英春填写了呈请拘留报告书,同月11日局长批准同意刑事拘留,拘留证填写的时间是1996年12月11日,而向焉英春宣布是1999年11月20日,即时隔三年后才向本人宣布,可谓世界之最。

(二) 实体问题

公诉机关在起诉书中指控:1994年6月,被告人焉英春以做抵押为由,骗取烟台华鑫海产品开发总公司空头转帐支票一张,同年6月25日持空头支票在烟台天力钢铁有限公司骗走8型线材39.71吨,价值129,393.06元,变卖后,款被其挥霍。焉英春的行为构成诈骗罪。辩护人认为,公诉机关的这一指控事实不清,证据不足,不能认定。

1. 公诉机关指控焉英春“以做抵押为由,骗取烟台华鑫海产品总公司空头转帐支票一张”与事实不符。理由如下:公诉机关仅凭所谓王永堂的一份证人证言指控焉英春以作抵押为由,骗取烟台华鑫海产品开发总公司空头转帐

支票一张,而王永堂的这份证言无论从证据的形式上还是内容上都存在重大缺陷,无法采信。

(1) 该证据形式违法。该笔录无讯问时间、地点,无讯问之开始时间和结束时间。该笔录无讯问人、无记录人,是侦查员作的笔录还是某个单位某个人作的笔录皆不清楚。该证据是公诉机关的“证人证言”证据,而证据形式反映的却是“讯问笔录”而不是“询问笔录”,也就是说,公安机关是在将王永堂也作为共同犯罪嫌疑人的情形下,获取此材料的,那么,王永堂则大有可能有推卸责任之嫌。公安机关如果将王永堂作为证人,他可能会更客观地反映问题。综上所述,该证据形式上是不合法的,根据刑事诉讼法的规定,该证据不能作为定案的根据。据此上述三点,辩护人合理怀疑所谓王永堂的证言可能为假证,不能采信。故而要求王永堂出庭作证,但此人查无下落。

(2) 该证据的内容无法作为控诉证据使用,反而可作为辩护证据使用。如果撇开形式,只讲内容,该证人证言不仅不能证明焉英春有罪,反而可证明其无罪:一方面,该证言证明了焉在向王永堂借支票时明确指出是向钢厂作抵押,不是“骗取”而是“借用”。王永堂讯问笔录第33页记载:“我听他(焉)是借支票押在钢厂,就同意借了一张支票给他,他拿走支票5天后,打传呼给我讲支票被顶票,我告诉你你把支票马上送还给我。在1994年10月,钢厂的一姓杜的人找我,他讲你的支票被顶票了,我当时很不高兴,我说我的支票是焉借去作抵押的,你们怎么能划款呢,我帐户上根本就无款。”第35页记载:“他(焉)告诉我去钢厂购钢材,因没有款,钢厂不给开单子,要求给一支票作抵押。”另一方面,该证言证明焉借支票到钢厂作抵押,王永堂是同意和认可的。王永堂作为一个经理,不可能不了解出借支票的后果,既然同意将支票出借给焉,就证明焉与钢厂发生的钢材购销业务由王永堂提供的出票人是烟台海产品开发研究所物资供销处作担保。事实上焉也正是拿了这张支票作抵押,才开出了配货通知单。

2. 公诉机关指控焉于“6月25日持空头支票在烟台天力钢铁有限公司骗走8型线材39.71吨”之事实,不能成立。焉英春供述:“我同他们讲现在手上没钱,先给一张支票,你们晚划个10来天等有钱了再划,钢厂才开的货单。”(1999年11月20日公安讯问笔录第18页)焉还供述:“我去打货单时,跟杜洪胜讲了,帐上暂时没有钱,等过几天帐上有钱了再划款(支票),钢厂杜找他科长同意才开出货单的。”(2000年2月18日公安讯问笔录第30页)焉的两次供述与当庭供述是一致的,就是焉拿支票到钢厂跟杜洪胜讲支票上无钱,等过个十天八天,把钱打在支票上再划款,杜洪胜请示了科长同意后开出的配货通知单。

杜洪胜证明:“焉英春共来我厂买过两次钢材,第一次是焉领两男一女来找我,焉英春说纺织品公司的经理要来我厂生产的线材10来吨,现在带着支票来购货,我即领他们到销售科找付洪原开了配货通知单,我在配货单上签了名字,纺织品公司的人到财务科交了支票,把货提走,这次没有发生什么情况,支票如期到帐付款。第二次是焉英春自己一个人找到我,时间我记不清了,焉拿着一张支票

到我厂找我,说他要买 6 和 8 的各 20 吨,我也没有问他买线材干什么用,就领着他到厂销售科找付洪原开配货单,付洪原开完配货单后,我在备注栏签上了我的名字,然后焉英春交了支票,过了一周,焉英春又找到我,说他还没拉这批货,现在他不要这种 6 的线材,想换成 8 的,我即领着焉英春找到付洪原,把配货单上的 6 的 20 吨改成 8 的 20 吨,这样 8 的共计 40 吨,每吨 3000 多元钱,货值 12 万多元,焉英春就走啦。”(1999 年 11 月 20 日预审询问笔录第 37 页)

杜洪胜的证言与焉的当庭供述相吻合,证明焉没有诈骗的故意,其业务发生是一致的,第一次结清货款,第二次因款被邹永贵借去,没有还清货款,况且,通过杜洪胜的证言里 6 型钢材和 8 型钢材的变化,更证明焉没有诈骗钢材的故意,否则,焉完全可以用空白支票骗取 40 吨钢材后一去不返,而绝不会过了一周,又到钢厂将 6 型钢材换成 8 型钢材,焉的行为根本不符合诈骗犯罪的特征,这又恰恰证明了本案是一起正常的经济纠纷案件。

另外,公诉机关指控焉英春骗取 8 型线材 39.71 吨钢材,但其中 20 吨的来源,这一关键情节未查清。杜洪胜证言证明:“付同意全付 8 是谁写的,我看字体不是我的字,我不知是谁写的。”(1999 年 11 月 20 日预审询问笔录第 40 页)付洪原证言证明:“将原 6 的线材改成 8 的,备注栏内‘付同意全付 8’这两处不是我改的,我不知是谁改的。”(1999 年 11 月 19 日预审询问笔录第 45 页)8 型和 6 型钢材的变化,杜洪胜的证言不能证明,付洪原的证言也不能证明,侦查机关对此也未查清,怎么能证明是焉骗取了 8 的 39.71 吨的钢材呢?

还有,公诉机关提供的 7 月 14 日、7 月 15 日烟台钢厂物资销售发货凭单这一书证,不能证明就是焉英春 6 月 25 日提取的钢材 39.71 吨,因为在时间和数量上都不一致。焉自供经销其钢材的证人孙明华因已经死亡而无法调查,焉自供钢材销往烟台市建二集团物业管理经营处(原市建二处)的经办人林治凤则没有经办过这笔业务。显然公诉机关这一指控除了焉本人的供述,再无其他证据。而根据刑事诉讼法的规定,只有被告人供述,没有其他证据的,是不能认定被告人有罪和处以刑罚的。

3. 公诉机关在起诉书中指控焉骗取的钢材价值为人民币 129,393.06 元,缺乏必要的证据支持。涉案钢材价值未按法定程序交物价机构认定,仅凭受害单位事发后单方出具的一张发票,公诉机关就认定焉英春骗取的钢材价值是 129,393.06 元显然过于草率。

4. 公诉机关提供的证人王永堂、杜洪胜、付洪原、唐淑红与几份书证及焉英春的供述不能相互印证,无法形成证明焉英春构成诈骗罪的证据体系。王永堂的证言存在的问题前已述及,不再重复,并且王永堂的证言与杜洪胜的证言相互矛盾,王永堂讲焉拿走支票 5 天后打传呼给他讲支票被顶票,而杜洪胜讲焉交支票后约过了一个月,财务科通知他支票被顶票,二人所讲顶票时间并不一致。杜洪胜的证言又与事实不符,杜洪胜讲支票一个月后被顶票,而支票上写的日期是 1994 年 7 月 16 日,退票理由通知书

上写的日期是 1994 年 7 月 18 日。更令人疑惑的是焉于 1994 年 6 月 25 日到钢厂交的支票,而这张支票上填写的日期却是 1994 年 7 月 16 日。如此只有一个解释可以尽释疑惑,那就是如焉英春所言,钢厂对于用无款的支票作抵押买卖钢材是明知且认可的。杜洪胜的证言与焉的供述又相矛盾,杜洪胜讲焉英春明确向他讲明,该支票帐户上有钱,而焉英春则多次供述及当庭供述一致,就是他告诉杜洪胜帐户上没有钱,过个十天八天再划款,并且杜洪胜请了他的科长后才开出配货通知单。杜洪胜与本案有利害关系,他曾因此事被扣罚工资,所以他为了保全自我,必将开脱自己的责任,故其证言不能采信。付洪原的证言证明:“可能杜洪胜说支票有钱,具体(焉)是否说支票有钱,记不清了。”可见,付洪原的证言不能证明什么。

公诉机关提供的书证之一退票理由书的户名是“烟台市水产品开发研究所物资经销处”,书证之二即焉所持的到钢厂作抵押的支票的出票人是“烟台海产品研究所物资经销处”,“水产品”与“海产品”、“经销处”与“供销处”显然不是同一单位,两份关键书证却无法相互印证。

5. 案件的关键事实未查清。本案现有的证据表明,焉英春从王永堂处借出两张空白支票,与钢厂发生了两笔购销业务。第一次业务由孙明华提供的另一支票结清,但王永堂提供抵押的空白支票却留在钢厂。时隔不久,焉英春又用从王永堂处借出的空白支票到钢厂抵押购销钢材,其后出现支票顶票等问题,这就出现了一个不容忽视的问题,即究竟是哪一张支票被顶票?哪一张支票抵押出了本案所涉及的 40 吨钢材?侦查机关对这一关键情节未查清。

综上所述,本案中公诉机关指控焉英春构成诈骗罪既没有直接证据可以证明,间接证据之间又相互矛盾,有的证据形式违法,有的证据因提供者与本案有利害关系,无法采信,有的证据本身不能证明什么,有的证据又与事实不符,有的关键事实还未查清。刑事诉讼法第 12 条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”。这是刑事诉讼法修订时关于无罪推定原则的规定。无罪推定原则的法律实质是在没有确实充分的证据证明被告人有罪的情况下,只能推定被告人无罪。本案公诉机关的指控无论从程序上还是实体上都存在重大问题,指控焉英春构成诈骗罪事实不清,证据不足,故请合议庭依法宣告焉英春无罪。

人民法院经过开庭审理之后,欲作无罪判决。公诉机关于 2000 年 10 月 19 日,向法院撤回对焉的起诉,焉英春遂被释放。

三、法律分析

本案是一起极其成功的刑事辩护案件。其成功与可鉴之处主要有三:

其一,从证据形式的瑕疵切入,找到了控方证据链的断裂点。如前所述,证据材料转化为定案证据必须同时具备两个条件:一是证明能力,二是证明力。在刑事辩护业务中,律师之辩护意见往往拘泥于案件的定性是否正确,

证据数量是否充足,证据内容是否真实,证据内容与案件事实之间有无关联等,即证据的证明力;极少律师会注意到证据的来源、取得方式、表现形式等是否合法,即证据的证明能力。王永堂的供述是本案最主要的证据。辩护人正是从这一证据形式的瑕疵切入,找到了控方证据链的断裂点,从而突破了全案。在控方提供的王永堂的证言中,名为“证人证言”,实为“讯问笔录”,而且无询问时间、无询问地点、无询问人、无记录人。在辩护人要求证人出庭作证时,证人又杳无踪影。使得控方陷入了无法改变的被动,进而不得不面对败诉的必然结局而撤诉。

其二,从担保法的视角,论证了本案乃一起经济纠纷。辩护人不仅从刑法学和刑事诉讼法学的视角分析本案,而且能从担保法的视角,论证了本案的性质属于钢材购销合同纠纷。焉英春欲购买钢材作对缝生意,从中赚钱,因手头无款,就找到王永堂向他借空白支票到钢厂作抵押,王永堂因此得到好处,同意抵押,焉英春拿到空白支票后找到钢厂杜洪胜,杜洪胜得知此情况不敢轻易作主,经请示科长同意后,签字让付洪原给焉英春开出了配货单,同时留下了抵押的空白支票。焉拿着配货单联系上了买主孙明华,后由孙明华付清了货款,这是没有发生问题的第一笔业务。本案所涉及的第二笔业务,只是焉英春货款被邹永贵拆借而无力返还,焉英春虽想方设法,但终因经济能力有限而未偿付钢厂之货款,钢厂见焉英春付款无望,被抵押的支票又被顶票后,遂以出票人为被告向芝罘区人民法院提起诉讼,要求支票出票人承担还款责任,法院判决该出票人承担还款责任,案件进入执行程序后,抵押人为

推卸责任,才想起以受害人的面目到公安机关报案,而此时时隔两年之久。这里,焉英春与钢厂之间是购销钢材合同纠纷关系,烟台海产品研究所物资供销处同意借用空白支票作抵押,是对购销合同的担保,从担保性质上看,用支票作抵押如果该支票能够兑现,则属担保质押范畴,如果支票被顶票,则支票出票人所提供的应是信用担保范畴,其法律结果是即当焉英春不能偿还合同货款时,支票出票人烟台海产品研究所物资供销处承担连带还款责任。从法律意义上讲,一个单位同意用盖有公章的空白支票出借给他人作购销合同抵押,无论合同各方当事人是否履行合同,任何一方均不可能构成刑事犯罪意义的诈骗。

其三,注重从程序法上发现问题,分析问题。“重实体,轻程序”的问题,不仅存在于公、检、法三机关,在律师业务领域中,这一现象也同样较普遍的存在。刑事辩护过程中,无论调查、阅卷抑或辩护,对传唤、拘留、逮捕等程序事项,缺乏必要的重视,往往蜻蜓点水,一掠而过,有的律师甚至至于“点”也不点。当事人的合法权益受到侵犯后,当事人自己不懂,律师又不善于发现,致使当事人之合法权益不能得到保护。此现象在不少地区大量存在,以至于成为恶性循环、久治不愈之“顽疾”。

目前,证据立法正在紧锣密鼓的酝酿讨论之中,不仅从客观事实走向法律事实是刑事证明标准新的转变,而且从对证据证明力的关注转向对证据能力的关注,也是证据立法的基本方向。

[责任编辑 张宗亮]

Evidential Capability : A Non - negligible Defense Perspective

Ji Xiang - de

(Deyang Lawyer 's Office of Shandong , Yantai , Shandong ,264005 ,China)

Abstract : There must be two conditions for evidence to become the verdict evidence. One is the evidential capability (or sometimes called proving capability) , the other is proving power. In the criminal defenses , a lawyer 's defense opinions are prone to be limited by the fact whether the determinacy of a case is right or not , the quality of evidence is enough or not ,the content is true and relevant to the fact of case or not , namely the proving power of evidence. Few lawyers give heeds to whether the sources , the obtaining ways , the manifestation of evidence are legal or not , i. e. the proving capability of evidence. In the practice of litigation , it is wholly probable that , from the penetrating point of formal flaws of evidence , i. e. the evidential capability , the cleft point of the evidential chain of a crime accused by the prosecutor can be found for the success of a defense.

Key words : criminal lawsuit ; criminal defense ; evidential capability