

论瑕疵证据

——以“两个《证据规定》”为分析对象

万 毅

(四川大学法学院教授、博士生导师 四川 成都 610064)

摘要：“两个《证据规定》”在证据学上有一个重要的理论创新，即提出了“瑕疵证据”的概念，由此实现了从证据可采性角度对证据类型的“三分法”：“合法证据”、“瑕疵证据”和“无证据能力的证据”。“两个《证据规定》”依据证据效力的不同对证据类型做出的划分，克服了既往证据学研究中将证据简单划分为“合法证据与非法证据”这一研究范式的缺陷，在证据法理上具有一定的合理性。“瑕疵证据”在实践中具有多种典型样态，但其补救方式主要包括补正和合理解释。司法实务中应当注意区分“瑕疵证据”与“非法证据”，注意把握“瑕疵证据”补正的合理限度，正确理解合理解释的“证明度”。

关键词：瑕疵证据 非法证据 无证据能力的证据 补正 合理解释

一、瑕疵证据的语义界定

在我国证据学研究和司法实务中，“瑕疵证据”一词虽然早有人提及，但却长期未能得到“正名”。由于缺乏分析、认识问题的正确范式，一般论著均将“瑕疵证据”混同于“非法证据”，使得这两个概念之间相互纠缠、界限不清。^①2010年6月13日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下分别简称《非法证据排除规定》、《死刑案件证据规定》，两者合称“两个《证据规定》”）。“两个《证据规定》”在证据学上有一个重要的理论创新，即提出了“瑕疵证据”的概念，由此实现了从证据可采性角度对证据类型的“三分法”：“合法证据”、“瑕疵证据”和“无证据能力的证据”。

所谓“合法证据”，是指完全符合法定要件的证据，其自始具有证据能力，具有直接的可采性，可作为定案根据；所谓“无证据能力的证据”，是指欠缺法定构成要素而自始不具有证据能力的证据，其不具有作为证据的资格、不得采信作为定案根据；所谓“瑕疵证据”，是指在法定证据要件上存在轻微违法情节（俗称“瑕疵”或“缺陷”）的证据。瑕疵证据属于证据能力待定的证据，其是否具有证据能力，取决于其瑕疵能否得到补正或合理解释：若能得到补正或合理解释，则该证据即具有证据能力，可继续在后续程序中使用；若无法予以补正或合理解释，该证据即不具有证据能力，不得在后续程序中继续使用。

瑕疵证据的本质特征在于其违法情节的轻微性。因为这种违法情节的轻微性，使得瑕疵证据具有法政策上的可容忍性，即只要能够通过“修补”（补正）或“稀释”（合理解释），消弭其违法性瑕疵，即可挽救该证据，使其具备证据能力。瑕疵证据的这一特征，使其在内涵和外延上迥然有别于“合法证据”、“非法证据”以及“无证据能力的证据”。这种区别具体表现在以下几个方面：

基金项目：教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助项目（NCET-10-0428）

其一,“瑕疵证据”有别于“合法证据”。合法证据自始即具有证据能力和可采性,可直接在刑事诉讼程序中使用;而瑕疵证据因自身之瑕疵,处于证据能力待定状态,不具有直接的可采性,只有经过补正或合理解释后,才能在刑事诉讼程序中使用。

其二,“瑕疵证据”有别于其他“无证据能力的证据”。无证据能力的证据自始不具有证据能力,且这一特性具有不可弥补性,因而要使其具有可采性,必须经过转化或者重新取证;而瑕疵证据并非自始即不具有证据能力,而是处于证据能力待定状态,予以补正或做出合理解释后即可具有证据能力,并可继续使用而无须重新取证。

其三,“瑕疵证据”有别于“非法证据”。(1)在性质上,非法证据系取证程序重大违法,且以侵犯公民宪法性基本权利的方式获取的证据;而瑕疵证据虽然亦系违反法定程序而取得,但却并非重大违法,尤其是并未侵犯公民的宪法性基本人权。(2)在效力上,非法证据一经查证属实,应从程序上予以排除,且不得经转化或重新取证而继续使用;而瑕疵证据虽然因证据能力待定而不得直接在刑事诉讼程序中使用,但却可以经由补正或合理解释后继续使用。

在司法实践中尤其应当注意区分“瑕疵证据”与“非法证据”,切勿将两者混为一谈。“瑕疵证据”与“非法证据”都是存在某种缺陷的证据,两者具有一定的相似性。司法实务中容易混淆两者的区别,误将“瑕疵证据”混作“非法证据”而径直予以排除,或是将“非法证据”视为“瑕疵证据”而允许其一再补正。无论是误将“瑕疵证据”混作“非法证据”而径直予以排除,还是误将“非法证据”视为“瑕疵证据”允许其一再补正后使用,都将在实践中造成比较严重的程序后果:误将“瑕疵证据”混作“非法证据”而径直予以排除,不仅可能导致非法证据排除规则适用范围的不当扩张,而且可能影响案件证据链的形成,进而影响刑事打击和惩罚犯罪的时效性。例如,在何某某强奸一案中,起诉书指控被告人何某某共强奸了两名幼女,其中一名3次、一名1次,但用以支持指控的证据中被奸淫3次的被害幼女的陈述笔录尾部没有完整的侦查人员签名,负责审理该案的法庭认定该证据不合法而不能作为定案依据,结果导致被告人何某某本为奸淫幼女2名但只认定为1名。在该案中,没有完整侦查人员签名的被害人陈述笔录本应属瑕疵证据,经有关办案人员的补正或者做出合理解释后仍可采用,但法院却将其误作为非法证据而径直予以排除,结果导致被告人的全部犯罪行为未能得到完全证明,这在某种意义上可以说是放纵了犯罪。误将“非法证据”视为“瑕疵证据”而允许其一再补正,也可能导致以严重侵犯人权的方式获取的非法证据却被采纳。若被告人因此而被定罪,非法证据排除规则将被架空,侦查机关的违法侦查行为将无法得到遏制,公民的基本人权也将无法得到救济。

二、瑕疵证据概念的提出在证据法上的意义

“瑕疵证据”概念的提出,从证据可采性角度将证据区分为三种类型:“合法证据”、“瑕疵证据”和“无证据能力的证据”。客观地讲,这一“三分法”克服了既往证据学研究中将证据简单划分为“合法证据与非法证据”这一研究范式的缺陷,在证据法理上具有合理性、在证据法实践中具有可操作性。具而言之有四:

1. “三分法”修正了传统证据学“两分法”在逻辑分类上的错误

我国传统证据学理论所坚持的“合法证据与非法证据”两分法,其实是混淆了“非法证据”与“无证据能力的证据”这两个概念。“非法证据”与“无证据能力的证据”在法效力上具有一致性,即证据因不具有证据能力而应在程序上排除其适用。但是,两者又存在重大区别:所谓“非法证据”,仅仅是指以“非法方法取得之证据”,如以法律明确禁止的刑讯方式获取的犯罪嫌疑人、被告人有罪供述,或者违反法定的程序实施搜查、扣押所获取的物证、书证等。“非法证据”之所以不具有证据能力,仅仅是因为其取证手段或程序违法,而非取证主体、证据形式等不合法;而“无证据能力的证据”之所以不具有证据能力,其原因并不一定是因为取证手段违法,而可能是基于其他原因,如不符合法定证据形式(不在法定的7种证据形式之内)、系传闻证据等。例如,证人若不出庭作证,其证言被排除而不具有证据能力,此乃运用传闻证据排除规则所致,而并非因为其非法证据。可见,“非法证据”在概念的内涵和外延上均要小于“无证据能力的证据”。这

两者之间实际上是一种种属关系,后者可包容前者。换言之,“非法证据”必定是“无证据能力的证据”,但“无证据能力的证据”却不一定是“非法证据”。

可见,我国传统证据学理论所坚持的“合法证据与非法证据”的“两分法”,在分类逻辑上是存在问题的。因为“非法证据”与“合法证据”并不在同一个逻辑层次上,在逻辑上与“合法证据”相对应的概念应当是“无证据能力的证据”,而非其种概念——“非法证据”。“三分法”以“无证据能力的证据”取代“非法证据”的概念,修正了“两分法”逻辑分类上的错误。

2. “三分法”克服了传统证据学“两分法”逻辑不周延的缺陷

我国传统证据学所坚持的“合法证据与非法证据”两分法,在逻辑上其实是不周延的。因为这一“两分法”只观察到了证据能力的两种状态:“有证据能力”和“无证据能力”,而忽略了实践中证据能力可能存在的第三种状态,即“证据能力待定”状态。

实践中之所以存在着证据能力的第三种状态,根本原因在于:作为犯罪行为遗留物的证据,在案件查证过程中并非“取之不竭、用之不尽”的资源,相反,由于时空条件的影响以及侦查机关取证能力上的限制,证据属于刑事诉讼中的稀缺资源,发现与取得均属不易,对其自当善加珍惜、充分利用。如非属必要,不应轻易否定其证据能力而径直将其排除。基于刑事诉讼人权保障的目的,如果侦查机关取证程序严重违法抑或证据基本要件等存在重大缺陷,固然不得不“忍痛”将其排除。但是,如果证据仅仅是存在某种轻微违法情节(即“瑕疵”),在法政策上具有某种可容忍性,且其违法性可通过一定方式予以“修补”(补正)或“稀释”(合理解释),则原则上不宜径直将其排除,而是应当基于节约证据资源的目的,待其违法性消弭后再继续使用。当然,如果该证据的违法性经努力后仍无法消除,则应否定其证据能力及其可采性。

提出“三分法”的学者正是敏锐地意识到了这一点,才根据证据能力的三种状态——“有证据能力”、“证据能力待定”、“无证据能力”——将证据三分为“合法证据”、“瑕疵证据”、“无证据能力的证据”,从而在逻辑上弥补了“两分法”可能导致的概念上的不周延。我们可从下表的对比中对此作进一步的说明:

类型		证据能力	合法性	程序处理	程序后果
合法证据		有	合法	采纳	可采
瑕疵证据		待定	轻微违法	补正或合理解释	可采
无证据能力的证据	非法证据	无	严重违法(取证手段或程序违法)	排除	不可采
	其他不具有证据能力的证据	无	严重违法(欠缺法定要素的证据)	转化或重新提取	可采

3. “三分法”的提出契合了世界证据立法和实务发展的潮流

“三分法”以及“瑕疵证据”概念的提出,并非我国证据学理论所独创。实际上,在域外,基于证据资源有限性的原理,证据立法和实务上同样强调对“瑕疵证据”的适度容忍和积极补救。在非法证据排除规则诞生地的美国,判例和理论均认为,尽管非法证据排除规则的适用肇始于警察的程序性违法行为,但创设非法证据排除规则的初衷,却主要是为了抑制警察以侵犯公民宪法性基本权利的方式来取证的严重违法取证行为,而不是针对一般的程序性违法取证行为。换言之,取证过程中的程序瑕疵或违法事由与证据排除之间并不能简单地画等号,取证过程中存在违法事由并不必然导致所获证据被排除。为此,应当区分警察侵犯公民宪法性基本权利的严重违法取证行为与一般程序性违法取证行为,非法证据排除规则仅仅适用于侵犯公民宪法性基本权利的严重违法取证行为。如果警察的取证过程虽然违法,但并未侵犯公民的宪法性基本权利,而仅仅属于违反警察机关的内部规则或一般性的操作程序(技术违法、轻微违法),便未必需要排除该证据。据此,如果“搜查行为仅违背警察之内部规则并未违反宪法规定时,所采取之证据具有容许性。盖因对警察内部规则之违反并未构成对联邦宪法所规定之基本的公正形成侵害”。^②根据警察机关内部规则的规定:“饮酒驾驶的嫌疑者拒绝接受血液中酒精浓度的测试检查时,警察人员必须对其警告,拒绝测试的事实法庭上可能被用作不利证据加以使用。”^③实践中若警察未对嫌疑人进行警告即进行酒精浓度的测试,测试结论无需排除。因为警察的行为仅违背了警察机关内部规则却并未违反法规

定,亦未侵犯公民的宪法性基本人权。

在大陆法系国家存在同样的认识和做法。根据德国证据法理论,在刑事诉讼的整个过程之中都应当遵守关于使用证据的禁止性规定,不论是判决还是先前的决定或者裁定(如提出的指控),都不能建立在不可采纳的证据的基础上。但是,“程序瑕疵与证据禁止,两者固然息息相关,但程序瑕疵,既非证据使用之充分条件,也不是其必要条件。详言之,并非所有的违法取得之证据,都不得为裁判之基础”。^④在实践中,法庭会尽力纠正先前发生的程序错误,从而“挽回”有争议的证据。例如,侦查法官忘记告知被告人的配偶其具有免证特权,审判法庭可以告知其这一内容,之后再从被告人的配偶处获得可以采纳的陈述;法院甚至认为在证人被告知其权利后果后如果征得其同意,在上述情形下可以提交先前的陈述。^⑤可见,在德国证据法理论和司法实务中同样认可通过补充告知权利、征得当事人同意等方式,补正先前取证程序存在瑕疵的证据,从而继续使用而非排除该证据。

4. “三分法”的提出比较符合我国国情

我国当前正处于社会转型时期,经济、社会的急速发展变化,使得各类犯罪处于集中高发期,侦查机关查证打击犯罪的任务相当繁重。但是,一方面侦查机关因为取证技术上(后勤装备、物证鉴定技术、动态侦查技术)的不足,在取证能力上往往表现出某种滞后性,导致证据资源的有限性在我国当前的刑事侦查工作中表现得尤为突出;另一方面,侦查人员的程序法治意识和取证规范意识普遍不强,导致司法实践中侦查机关所取证据在程序上或形式上不完全符合法律要求的现象大量存在。在这种情况下,如果按照传统“合法证据与非法证据”的“两分法”,凡在取证程序或形式上不符合法律要求的证据一概视之为非法证据而予以排除,必将导致司法实践中本来就“供应”有限的证据被大量排除,进而会极大地影响刑事诉讼追诉和打击犯罪的实效性。由此可见,传统的证据“两分法”脱离了我国现阶段的基本国情,不具有现实合理性。而“三分法”及瑕疵证据概念的提出,充分照顾到了现有国情,给侦查机关预留了一定的行为空间,使侦查机关在证据出现瑕疵时,可借“修补”或“稀释”的方式使瑕疵证据“再生”,这在我国当前证据资源相对有限的背景下无疑具有重要的现实意义。

三、瑕疵证据产生的原因

根据实践中瑕疵证据的表现形式,证据产生瑕疵的常见原因主要在于以下几个方面:

1. 证据因性状改变而产生瑕疵

证据尤其是物证、书证往往具有特定的性状,如形状(血液是喷溅型还是浸润型)、形态(固体还是液体)、颜色、数量、体积等。证据的特定性状是证据同一性及其证明力的体现。证据的原有性状一旦发生改变将可能丧失原有的证据能力或证明力。因此,侦查机关在提取证据后应当采用科学合理的方法妥善保管、保存,以保持其原有性状。但是,实践中由于主观责任心和客观条件的影响,侦查机关在侦查环节对证据提取、保存、鉴定不当而改变证据原有性状,从而造成证据产生瑕疵的情况并不鲜见。例如,在一起贩卖毒品案中,公安机关的搜查、扣押笔录中记载现场查获毒品两块,并作为证物密封保存,但检察机关在审查起诉时却发现公安机关随案移送的密封袋中的毒品变成了三块,与扣押清单和提取笔录中的记载明显不符,证据出现了瑕疵。又如,在另一起制造毒品案件中,侦查机关从制毒现场查获大量可疑液体,怀疑是液体状的毒品,因而作为证据予以扣押,但由于工作疏忽,侦查机关在半年后才对其进行毒品含量鉴定。又由于该液态证据在扣押时并未完全密封,在保管过程中有一定程度的挥发,导致所送检的样品与案发时所扣押的物品相比,在质量、体积、形态等物理状态和化学状态方面发生了重大改变,由此导致该毒品含量鉴定产生了瑕疵。^⑥

2. 证据因来源不明而产生瑕疵

对于物证而言,具有证据价值的并不仅仅是孤立的物证本身,还包括其来源即物证存在的场所、位置和状态等。因此,以物证作为证据,不仅需要提取该物证本身,还需要记录提取该物证的过程。例如,在一起凶杀案中,侦查机关在案发现场发现了血衣、凶刀等物证。该血衣、凶刀若要作为物证使用,侦查机关就

应该在提取该物证的同时,制作提取笔录以表明该血衣和凶刀系从案发现场提取。但是,实践中由于工作疏忽等原因,侦查机关在收集物证时可能因为提取不及时、不全面或者固定保存处理方法不当等造成证据的瑕疵。例如,在张某强奸、故意杀人案中,侦查机关在抽取犯罪嫌疑人血液时未制作提取笔录,导致辩方对该检材的真实性存在异议,从而使该证据出现瑕疵。又如,在王某故意伤害案中,现场所提取的作案凶器——断裂的木棒——未逐一拍照、编号;而对于王某作案时手中所握的木棒,侦查机关在提取时既未作特别标明,也没有妥善保管,而是与其他散落在地的木棒混杂在一起,致使后来无法分清王某手持的木棒与其他散落断裂的木棒是否为同一根木棒,使该物证成为瑕疵证据。

实践中,书证的提取存在同样的问题。根据相关司法解释,除法定情形外,对书证都应当提取正本,如不能提取正本的,应当说明原因,在制作副本、复印件时,制作人不得少于两人,并应当注明页数及原件存放于何处,原件持有人和制作人均要署名。但是,实践中一个普遍的问题是,书证的副本、复印件制作往往不符合上述要求,或者未注明来源,或者只有一名侦查员签名,致使书证出现瑕疵。

3. 证据因形式不符而产生瑕疵

为保证取证程序的规范性,刑事诉讼法和相关司法解释一般从取证人员、时间、地点等方面对取证行为做出规定和限制。司法实践中会存在不完全符合上述法律要求的证据。根据《死刑案件证据规定》第 14 条的规定,证人证言的收集程序和方式有下列瑕疵,通过有关办案人员的补正或者做出合理解释的,可以采用:(1)没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名或者询问的起止时间、地点的;(2)询问证人的地点不符合规定的;(3)询问笔录没有记录告知证人应当如实提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负法律责任内容的;(4)询问笔录反映出在同一时间段内、同一询问人员询问不同证人的。据此,实践中常见的没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名或者询问的起止时间、地点等的证人证言、被害人陈述笔录,均属于瑕疵证据。

4. 证据因处于未完成状态而产生瑕疵

在证据审查判断过程中,经常会碰到现场的痕迹物证未及时鉴定、提取的毒品未进行定性定量分析、身份不明的被害人未进行 DNA 检验等情形。这些情形下的证据即因处于未完成状态而属于瑕疵证据,不得直接作为定案根据,而应补正或做出合理解释。例如,在李某故意杀人一案中,侦查机关对死者身份鉴别不仔细,当时虽然提取了检材,但未作 DNA 鉴定,以至于对确认死者身份造成了困难。但是,该证据显然不属非法证据,而是处于未完成状态的瑕疵证据。

5. 证据因取证程序轻微违法而产生瑕疵

瑕疵证据与非法证据的重要区别之一即在于,从合法性角度看,非法证据属于重大程序违法,而瑕疵证据属于轻微程序违法。那么,理论上和实践中应如何区分一项证据是重大程序违法还是轻微程序违法呢?笔者认为,关键还是看该证据是否因程序重大违法而侵犯当事人的基本权利。例如,未取得搜查证即实施搜查,属于重大程序违法。因为“令状主义”是保障公民人身和财产自由的基本程序设置,《中华人民共和国宪法》第 37 条明确规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯……禁止非法搜查公民的身体”,《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第 111 条也规定:“进行搜查,必须向被搜查人出示搜查证。”公民是否受到非法搜查,从程序上审查、判断,关键就是看该搜查是否获得合法授权,而搜查证正是合法授权的依据和标志。因此,侦查机关未取得搜查证而实施搜查,属于违反宪法规定的重大程序违法,所获证据属于非法证据,应予排除。问题在于,如果侦查人员取得了搜查证,在实施搜查时亦向被搜查人出示了搜查证,但却未向被搜查人出示相关证件以表明身份或者出示的是无效证件,那么,该搜查是否构成违法搜查?所获证据是否应予排除?《刑事诉讼法》并未明文规定侦查人员进行搜查应当出示相关证件以表明身份。但是,《刑事诉讼法》第 92 条和第 97 条分别规定,侦查人员在讯问犯罪嫌疑人、询问证人时,应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。《中华人民共和国人民警察法》(以下简称《人民警察法》)第 9 条也明确规定,为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员,经出示相应证件可以当场盘问、检查。从法理上讲,之所以要求侦查人员在实施讯问犯罪嫌疑人、询问证人、盘

查之前先出示证件,主要是为保障程序的合法性,即确保上述侦查行为系由合法主体所实施。由于搜查与讯问犯罪嫌疑人、询问证人、盘查在本质上相同,皆属侦查取证行为,因此,应当类推适用《刑事诉讼法》和《人民警察法》的相关规定,侦查人员在进行搜查时亦应出示相应证件。为此,搜查时未出示证件或出示的是无效证件,虽然也是程序违法,但却并非属于违反宪法规定的重大程序违法,所获证据亦不是非法证据而属瑕疵证据。因为该搜查行为已经获得法律授权,本质上即属合法搜查,虽然侦查人员未向被搜查人出示相关证件以表明身份或者出示的是无效证件,违反了法律的相关规定,但这种违法并不足以否定搜查行为本身的合法性,亦未侵犯被搜查人的任何宪法性基本权利,因而,这种违法仅属技术性、细节性违法,通过该次搜查所获得的证据属于瑕疵证据,而非非法证据。

这类情形在言词证据的取证中同样可能出现。《刑事诉讼法》第91条和第95条分别规定“讯问的时候,侦查人员不得少于2人”、“侦查人员也应当在笔录上签名”。而实践中,如果侦查讯问笔录只有1名侦查人员签名的,该笔录是非法证据还是瑕疵证据?笔者认为,《刑事诉讼法》第91条和第95条的规定,其“规范目的”主要在于防止刑讯逼供等违法审讯的发生以及保护侦查人员的人身安全,而不关涉犯罪嫌疑人的任何基本人权。换言之,“受2名侦查人员的讯问”并非犯罪嫌疑人的基本权利。因而,只有1名侦查人员实施讯问的,虽然违背《刑事诉讼法》的规定,构成违法取证,但却并未侵犯犯罪嫌疑人的任何权利,因而,所获取的讯问笔录仅仅是瑕疵证据而非非法证据。

四、瑕疵证据的补正或合理解释

要确定瑕疵证据的证据能力,通过一定的方式消除其违法情节就显得尤为关键。对此,“两个《证据规定》”明确规定,对瑕疵证据可以通过“补正”或“合理解释”这两种方式予以“挽救”。

1. 瑕疵证据的补正:修补

所谓“补正”,即对瑕疵证据进行补充、纠正,也就是对瑕疵证据的“缺陷”进行某种有针对性的“修补”,以“挽救”该证据。从实践中的情况来看,一般可通过下列方式对瑕疵证据予以补正:

(1)当事人同意。证据存在瑕疵,往往意味着取证过程中当事人权利一定程度的受损,但若当事人对自身权利的受损状态并不介意,反而通过事后追认等方式认可了该证据的有效性,则该瑕疵证据即可据此而“再生”。其原理类似于刑法上的“被害人承诺”,即侦查机关的违法取证行为因当事人的同意而取得了合法性。例如,侦查人员由于疏忽没有告知证人应当如实提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负法律责任,造成证人证言的瑕疵,但如果在后续程序中侦查人员或审判人员补充告知了当事人的相关义务,而当事人对此表示认可的,则该证人证言的瑕疵因得到了补正而具有证据能力,可作为定案的根据。又如,侦查机关未严格按照法律规定在法定地点询问证人,造成该证人证言的瑕疵,但如果证人表示在法定地点接受询问颇为不便,故要求另择地点进行,即侦查机关之所以未在指定地点询问证人系证人自己的主动要求,在这种情形下,该证人证言即可得到补正而具有证据能力。再如,在一起因抢劫手机而杀人的案件中,侦查机关在犯罪嫌疑人指认的销毁证物手机的现场提取了被拆卸埋藏的手机,但侦查机关在提取证物时,未及时制作提取笔录,以至于该证物因来源不明而成为瑕疵证据,但如果被告方在庭审中主动承认该证物系从其指认的现场提取,并对提取过程进行了陈述,该瑕疵证据即可因当事人的同意而具有证据能力。

(2)补强证据。证据因缺失形式要件而产生瑕疵的,侦查机关可另行提供相关证据对其予以补强,从而对其予以补正。例如,搜查笔录中未记载见证人造成证据瑕疵的,侦查机关可采取让该见证人到场陈述搜查过程的方式对搜查笔录予以补正;讯问犯罪嫌疑人的笔录中未记录讯问时间或侦查人员未签名造成口供瑕疵的,侦查机关可提供同步录音、录像对其内容予以补强,从同步录音、录像中显示的时间和画面即可印证该次讯问的时间及参与讯问的侦查人员,据此,则该份讯问笔录的瑕疵即可得到补正;辨认记录过于简单而只有结果没有过程的,可以通过传唤有关办案人员出庭就辨认过程作证的方式补强该证据。例如,在备受社会关注的广东佛山“枪下留人案”中,虽然检方出示的痕迹鉴定结论、DNA鉴定结论证明,现场提取的血袜足迹、血迹确实为被告人所留,但辩方提出,检方出示的DNA鉴定的检材来源不明,鉴定报

告中的5、6号检材无提取笔录、现场勘验笔录及现场照片中均无记录。由于警方笔录中没有详细说明现场提取沾有可疑血迹的纸张,因此,该证据遂成为瑕疵证据并成为本案能否定罪的关键。对此,检方采取了补充证据的方式来对证据的瑕疵进行补正。检方通知参与现场勘验的侦查员和鉴定人到庭作证,对检材来源、登记、DNA鉴定的过程均做出了详细的陈述,并提供了鉴定机关DNA检材流水登记本以及初检的DNA图谱当庭质证,足以证明其来源真实、合法,证据瑕疵得以弥补。^⑦

(3)补充证据。证据处于未完成状态的,若条件允许,侦查机关可补充完善该证据。例如,对于侦查机关只提取了现场痕迹物证却未及时鉴定、仅提取毒品却未进行定性或定量分析,造成证据因处于未完成状态而存在瑕疵的,只要补充鉴定的条件仍在,侦查机关可进行补充鉴定,以对该证据的瑕疵进行补正。

在司法实务中,应当注意把握瑕疵证据补正的合理限度。补正,即补充、纠正,是“两个《证据规定》”明确规定的“挽救”瑕疵证据的方式之一。但是,瑕疵证据的补正应有其内在的限度,即并非所有的瑕疵证据皆可通过补正的方式予以“挽救”,在实践中应切忌认为任何瑕疵证据皆可补正。因为补充证据虽然为补正瑕疵证据的方式之一,但有些证据一旦错过恰当的取证时机而形成瑕疵,即无法通过补充证据的方式补正。例如,在王某等5名被告人故意伤害一案中,公诉机关指控5被告人故意伤害致人死亡的关键证据是县公安机关做出的《法医学鉴定书》——被害人李某的尸体检验报告,但公安机关并未对李某的尸体进行解剖,而仅仅是对尸表进行观察而得出检验结论,这份关键证据显然存在瑕疵。因为按照刑事诉讼法的规定和实践中的办案要求,对死因不明的尸体应当进行解剖;如果应对颅腔、胸腔、腹腔、盆腔及颈部进行检查或发现特殊情况应当全面剖检而没有进行的,尸检报告应说明理由;所有条件具备的尸检均应客观推断死亡原因和时间。但是,在该案中,认定5被告人犯故意伤害致死罪的主要证据即李某尸体检验报告的制作过程不符合上述规定,该证据在法定形式上存在缺陷。虽然后来上级公安机关、法医学鉴定中心做出了《文证审查意见书》予以弥补,但该《文证审查意见书》是依据县公安机关的鉴定书和死者的相关照片做出的,是否客观、科学,是否具有唯一性和排他性难以定论。因此,法院最终对《法医学鉴定书》和《文证审查意见书》均未予采信,而以证据不足、指控的犯罪不能成立宣告5被告人无罪。^⑧

当事人同意是补正瑕疵证据的合法方式之一,但以当事人认可的方式补正证据也存在一定的条件和限制:一是有些证据瑕疵根本就无法通过当事人同意的方式予以补正。例如,侦查人员一人讯问的,即使当事人事后认可当时供述的自愿性,该口供的瑕疵仍无法补正。二是有些证据瑕疵单凭一方当事人的同意无法得以补正。例如,实践中不少报案笔录是破案后补做的,姑且不论其实体内容是否真实,单从形式要件上往往很难符合定案的要求,如有的笔录没有起止时间,有的没有报案人的签名或者按印,更有甚者把报案时间提前到了案发前,等等。对于这种显然是事后补做的笔录,报案人基于追诉的目的当然会同意、认可,但该证据同样涉及被告方的权利,因而,仅有报案人的同意而被告对此持有异议的话,则该证据的瑕疵即不可能通过一方当事人的同意而予以补正。实践中尤其应当警惕的是,侦查机关在发现证据瑕疵后,强迫当事人同意以补正瑕疵证据。因此,司法机关在审查判断瑕疵证据是否可以补正时应当重点查明当事人同意的真实性、自愿性。

除此之外,瑕疵证据的补正还应当以“真实原则”为底限,防止侦查机关为补正瑕疵证据而伪造证据,尤其是应当禁止“倒签时间”、“无中生有的增加侦查人员与见证人”等弄虚作假的行为。^⑨例如,案卷中只有辨认笔录而没有被辨认对象的照片、录像等资料,法庭通知有关办案人员补充提交上述资料,但上述资料实际上已经遗失,根本无法补交,办案人员不得不制造假证以进行所谓的补正。在媒体报道的号称当时安徽省最大贩毒案的“阜阳王胜雨贩毒案”中,被告人的辩护律师指出,该案证据存在重大瑕疵。被告人于2005年2月9日被抓获,当即被决定刑事拘留,依照公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第145条之规定:“对被拘留、逮捕的犯罪嫌疑人、被告人应当立即送看守所羁押”。但是,本案中公安机关却将被告人非法羁押在缉毒大队办公室而并未立即送至看守所,时间长达5天之久,直至2月13日才予以收押。事后,公安人员在明知违反上述规定的情况下,将犯罪嫌疑人、被告人违法羁押期间的多份讯问笔录的讯问地点全部篡改改为看守所,这是典型伪造证据以图补正证据的弄虚作假行为。^⑩

2. 瑕疵证据的合理解释: 稀释

由于时空条件的限制,并非所有的瑕疵证据均有条件进行补正,因此,“两个《证据规定》”同时规定了另一种“挽救”瑕疵证据的方式即“合理解释”。所谓“合理解释”,即通过对证据产生瑕疵的原因进行分析、阐释,排除其为非法取得或不真实的可能。例如,在前述所举毒品案件中,公安机关的搜查、扣押笔录中记载现场查获毒品两块,并作为证物密封保存,但检察机关后来在审查起诉时,却发现公安机关随案移送的密封袋中的毒品变成了三块,证据出现瑕疵。办案检察人员遂要求公安机关做出合理解释。后经比照扣押时的原物照片以及分析研究,发现之所以发生这一情况,是因为密封后塑料袋变干燥,其中一块大的毒品裂变为两块毒品所致。该解释合情合理,据此可以排除该证据系侦查人员恶意栽赃的可能,该瑕疵证据亦经合理解释而重新具备了可采性。又如,在前述违法搜查情形中,侦查机关在获得搜查证实施搜查时未向被搜查人出示相关证件以表明身份或者出示无效证件,以致证据出现瑕疵的,辩方提出异议,检察机关要求办案人员所在的侦查机关对此做出解释。侦查人员则解释为当时因为情况紧急、侦查任务重,出发执行搜查任务时比较匆忙,忘记携带证件,但侦查人员确系本单位在编刑侦人员。该解释合情合理,可以排除侦查人员恶意规避法律实施违法搜查的可能。

实践中,合理解释作为挽救瑕疵证据的合法方式之一,其目的是通过侦查机关的辩解、解释,“稀释”瑕疵证据的违法性,但实务中可能面临的最大问题是,究竟何种解释方能被接受为“合理”,或者说应如何理解合理解释的“证明度”?对此,笔者认为,可从以下两个方面予以把握:

(1)所谓解释的合理性指的是符合经验法则、合乎常情常理。例如,在时某因犯运输毒品罪和非法持有毒品罪而被判死刑的案件中,被告人时某的辩护律师在庭审中指出,检方出示的被告人供述有罪的讯问笔录存在重大瑕疵,因为两份讯问笔录均只有一名侦查人员签名。对此,侦查人员的解释是,其中一名侦查人员因疏忽忘记签名。^①在该案中,一份笔录漏签,可解释为是工作忙而疏忽了,但两份笔录都漏签,都解释为疏忽,就有悖情理了。这样的解释难谓“合理”!

(2)所谓解释的合理性指的是理由充分。具体而言,就是要看通过侦查机关的解释,能否排除该证据系非法取得或虚假的可能。实践中,当证据出现瑕疵,司法机关要求侦查机关做出合理解释时,侦查机关往往会辩称系工作疏忽而“遗漏”或“笔误”。但是,笔者认为这样的解释太过空泛、理由不够充分,关键是仅凭这一解释,难以排除该证据系非法取得或不真实的可能。例如,在汪某某故意伤害一案中,证人询问笔录显示,两名侦查人员在同一个时间段内询问了多位证人并制作了多份询问笔录。对此,虽然侦查机关辩称系笔录记载有误,但综合该案情况而言,并不能完全排除侦查机关违反《刑事诉讼法》关于“询问证人应当个别进行”的规定而采取了对证人“开会取证”的可能。因此,侦查机关的解释并不能视为合理。

注释:

①例如,有学者认为,所谓“瑕疵证据”是指侦查、检察、审判人员违反法律规定的权限、程序或用其他非正当的方法收集的证据。根据这一界定,瑕疵证据在概念上就完全等同于非法证据。参见申夫、石英:《刑事诉讼中“瑕疵证据”的法律效力》,《法学评论》1998年第5期。

②③黄朝义:《论证据排除法则》,载朱朝亮等主编:《刑事诉讼之运作》,台湾五南图书出版公司1997年版,第129页。

④林钰雄:《从基础案例谈证据禁止之理论与发展》,载朱朝亮等主编:《刑事诉讼之运作》,台湾五南图书出版公司1997年版,第6页。

⑤参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第200—201页。

⑥虽然毒品犯罪不以纯度数量作为定罪标准,但因本案数量巨大,且主犯有过两次判刑前科,又是累犯,毒品纯含量对其量刑有重大影响。

⑦参见詹高等:《检察官细说佛山枪下留人案:公安机关从未逼供》,《检察日报》2008年4月27日。

⑧该案例来自于笔者2010年11月22日在四川省人民检察院就课题进行专项调研时一位检察官的即席发言。

⑨参见龙宗智:《进步与问题——评关于刑事证据的两个规定》,《中国法学》2010年第6期。

⑩王亚林:《贩毒死囚枪下留人》,http://www.y-tlaw.com/NewsShow.asp?ID=608,2011-04-10。

⑪参见刘海、吴周茜:《证据有瑕疵,死刑犯能否逃一命》,《上海法治报》2008年12月10日。