

瑕疵证据的补正与合理解释

易延友

内容提要:瑕疵证据补正规则的核心目的在于保证裁判中认定事实的精确性,与保障人权等价值目标并无直接关系,因此排除瑕疵证据的法院裁判也不具有道德谴责和程序制裁的意味,仅仅是为了保证真实的发现。对799个瑕疵证据补正与排除的案例研究表明,司法实务中,瑕疵证据补正规则适用的问题主要集中在三个方面:瑕疵证据与非法证据界限不清,导致两者经常混淆;瑕疵证据规则弹性过大,导致适用不统一;瑕疵证据规范不够精致,导致提出瑕疵证据排除申请和决定是否排除的随意性都比较大。另外,各类笔录瑕疵的大量出现,反映了刑事司法表现出书面化特征。针对以上问题,建议:对非法证据与瑕疵证据作更明确的区分;通过证据规则法典化,对瑕疵证据规则作更加精密的规范,进一步限缩法官对有关证据资格问题的自由裁量权,并实现司法的精细化和庭审实质化。

关键词:瑕疵证据 证据规则 庭审实质化 非法证据

易延友,清华大学法学院教授。

2010年,最高人民法院等五机关颁布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称“《审查判断证据规定》”)和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称“《排除非法证据规定》”)。在这两个规定中,对于执法机关在收集、调取证据过程中存在轻微违法行为的,可以要求控方对有关证据予以“补正”或“作出合理解释”。对于允许补正或作出合理解释的证据,理论上一般称为“瑕疵证据”,其规则称为“瑕疵证据补正规则”^[1]。也有论者称之为“可补正的排除规则”^[2]。本文为方便表述,将这类规统一称为“瑕疵证据补正规则”。

这几年,关于瑕疵证据补正规则的论述日益丰富,但对于瑕疵证据的本质以及瑕疵证

[1] 参见陈瑞华:《论瑕疵证据的补正规则》,《法学家》2012年第2期,第66-84页。

[2] 参见牟绿叶:《论可补正的排除规则》,《中国刑事法杂志》2011年第9期,第43-50页。

据补正规则的功能,理论上仍然有欠深入。对该类规则在实务上的操作,也罕见有资料详细的分析和解读。本文认为,瑕疵证据排除规则的目的在于提升裁判中认定事实的精确性,也就是促进真实的发现,与保障人权的目标并无直接的联系。因此,瑕疵证据排除规则的实施,应当比非法证据排除规则更加少有阻力。瑕疵证据排除的动议,也可能更经常获得法院支持。基于这一假设,本文第一部分首先从瑕疵证据补正规则与非法证据排除规则的差异入手,对该规则的法教义学内涵作出阐释。在此基础上,本文通过对 799 个刑事案例的分析,展示该规则在实务中的实施状况,剖析瑕疵证据补正与合理解释的实质,透视其中的问题及原因,并提出有针对性的解决方案。

一 瑕疵证据补正规则的规范分析

(一) 瑕疵证据补正规则的目的是促进真实的发现

瑕疵证据补正规则主要规定在《审查判断证据规定》中。其核心目的是为了发现真实价值的实现。这一点从瑕疵证据规则的表述可以明白看出。例如,《审查判断证据规定》第 28 条规定:“具有下列情形之一的视听资料,不能作为定案的根据:(一)视听资料经审查或者鉴定无法确定真伪的;(二)对视听资料的制作和取得的时间、地点、方式等有异议,不能作出合理解释或者提供必要证明的。”该条第一项规定“视听资料经审查或者鉴定无法确定真伪”,实际上就是说视听资料的真实性、可靠性、客观性高度存疑。以真实性、可靠性、客观性高度存疑的证据作为定案依据,自然可能导致认定事实失真,从而酿成冤假错案。该条第二项虽然没有明确说对视听资料的真实性存疑,但是,如果视听资料的制作和取得时间、地点和方式有异议,又不能作出合理解释或者提供必要证明,实际上就是说视听资料的真实性、可靠性、客观性没有保证。该规定的第一项是一个结果性的推断,也是一个具体的指导原则。第二项则是过程性审查,是为第一项结果的判断提供具有法律约束力的经验参照。虽然表面上看似乎略有不同,实际上则是一个事物的两个方面。

刑事诉讼法学理论界、实务界都有人认为,瑕疵证据和非法证据的区别在于,非法证据由于取证手段的违法性很可能影响到证据的真实性,而违法情节轻微的瑕疵证据则通常不会影响到事实认定的正确性。^[3] 本文认为,这种说法完全是颠倒的。无论在规范方面还是事实层面,非法证据排除规则都是不考虑证据本身的真实性、可靠性和客观性的。一个证据如果是以侵犯基本权利的方式取得的,即使具有真实性,也必须予以排除;相反,一个证据的取得方式如果不侵犯公民的基本权利,则只有在可能不真实的情况下才应当予以排除。

(二) 瑕疵证据的瑕疵主要是欠缺证据法上的可靠性要求

在英美证据法上,众多证据因为可靠性要求得不到满足而被排除,这些因不满足可靠

[3] 参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社 2010 年版,第 147、183 页;陈瑞华:《论瑕疵证据的补正规则》,《法学家》2012 年第 2 期,第 72 页。

性要求而排除证据的规范,就是证据的可采性规范。其中包括关联性法则、品格证据规则、意见证据规则、传闻法则、最佳证据规则和验真规则^[4]等。我国的《审查判断证据规定》已经在很大程度上吸收了英美证据可采性规则的合理内核,在一定程度上为排除那些不满足关联性法则、意见证据规则、传闻法则、最佳证据规则和验真规则要求的证据提供了规范依据。例如,《审查判断证据规定》第6条第(4)项规定,对于物证、书证,要求必须与案件事实有关联,实际上就是强调关联性法则。第8条规定物证应当是原物,书证应当是原件,就是在强调最佳证据规则。第9条规定“经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证,未附有勘验、检查笔录、搜查笔录,提取笔录,扣押清单,不能证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据”,则属于验真规范。第12条规定,“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用”,实际上就是确立了外行证人的意见证据排除法则。第15条规定,“经依法通知不出庭作证证人的书面证言经质证无法确认的,不能作为定案的根据”,应当理解为在一定程度上确立了传闻法则。

(三)瑕疵证据排除不具有制裁性质

既然瑕疵证据的实质是由于取证过程或证据本身存在一定的瑕疵,而导致其真实性缺乏保障或无从验证,那么,排除瑕疵证据的目的也就是为了过滤掉那些真实性没有保障的证据,从而保证真实的发现。但是,也有学者认为,瑕疵证据的排除是为了实现程序性制裁。^[5]例如,有学者指出:“对于瑕疵证据而言,法院责令办案人员进行程序补正,这本身就带有制裁的性质……对于侦查人员违反法律程序的行为,法院宣告其存在程序瑕疵,这属于对非法侦查行为的一种权威谴责。这与法院宣告侦查人员存在刑讯逼供行为的性质是一样的。”^[6]本文认为,排除瑕疵证据是为了防止将案件事实的认定带入歧途,是为了提高裁判中认定事实的精确性,这种排除是为了消除侦查人员的技术性失误可能给案件事实认定带来的负面影响。对瑕疵证据的宣告和排除虽然也许令人不快,但应当不具有制裁的性质。

美国法著名学者罗伯特·考特(Robert Cooter)在《成本与制裁理论》一文中,将惩戒机制区分为成本型惩罚和制裁型惩罚。成本型惩罚是允许行为人选择造成损害的同时将惩罚作为施害行为的成本而存在,它在道德上是中性的,不具有道德上的可谴责性;制裁型惩罚则包含了对其所制裁的行为在道德上的否定性评价。^[7]依据这一理论,瑕疵证据排除规则最多属于成本型的惩戒机制,因为侦查人员违反的主要是一些技术性规范,例如,讯问笔录忘记签名、询问笔录没有记载询问证人的起止时间等。就如同一位大学教授忘记了自己的上课地点,尽管也有责任心方面的缺陷,但是比起性侵自己学生的行为,前

[4] 验真是一个翻译过来的术语,在英美证据法上对应的单词为 authentication,有的学者翻译为“鉴真”。例见[美]阿维娃·奥伦斯坦著:《证据法要义》,汪诺豪、黄燕妮译,中国政法大学出版社2018年版,第224页。我国台湾学者多将其翻译为“验真”。参见[美]Arthur Best著:《美国证据法入门》,蔡秋明、蔡兆诚、郭乃嘉译,元照出版社2003年版,第278页。本文认为,“验真”更加妥帖。含义是指出示证据的一方应当举出证据证明其所出示的证据就是其意图出示的那个东西。参见 F. R. Evid., Rule 901。

[5] 参见陈瑞华:《瑕疵证据的补正规则》,《法学家》2012年第2期,第76页。

[6] 陈瑞华:《瑕疵证据的补正规则》,《法学家》2012年第2期,第76页。

[7] Robert Cooter, Prices and Sanctions, 84 Colum. L. Rev. 1523 (1984), at 1537.

者显然要轻微得多,在道德上也不至于遭受谴责,后者则显然会遭致道德上的谴责。

二 瑕疵证据补正与合理解释案例的总体情况

为了解瑕疵证据补正规则在实务中的实施状况,发现其中可能的问题,并提出有针对性的建议,本研究以“瑕疵证据”+“补正”和“瑕疵证据”+“合理解释”为关键词,在中国裁判文书数据库进行了检索,检索截止日期为2018年7月12日,剔除重复案例以及明显属于非法证据排除规则适用情形的案例,实际有效样本数为799例。具体情况汇总如下。

(一)瑕疵证据在不同犯罪案件中出现的频率

本研究首先统计了瑕疵证据在各个不同罪名中出现的频率。简略起见,此处仅列表展示罪名出现频率在10次以上的数据(见图1)。

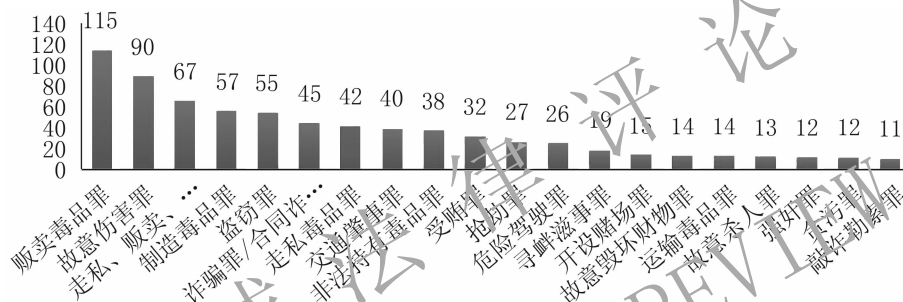


图1 瑕疵证据案例罪名出现频率

在所收集到的全部案例中,瑕疵证据排除申请在贩卖毒品案件中出现的频率最高,达115案次。如果将走私毒品罪、运输毒品罪、制造毒品罪以及非法持有毒品罪等罪名所涉案例数据加起来,则瑕疵证据排除申请在涉毒犯罪中出现的频次达到333次,远高于位居第二的故意伤害罪(90次)。这主要是因为,第一,在所有统计的案件中,毒品犯罪是必然涉及实物证据的犯罪。没有了实物毒品,以及与毒品相关的保管链条,检方的指控在证据链上就会出现中断,且极有可能导致指控不能成立,因此,辩方通常会想方设法从毒品本身以及有关毒品的扣押、保管、鉴定等环节找出侦查行为中存在的瑕疵和漏洞,以便破坏检方的证据链条,达到成功辩护甚至出罪的目的。第二,正是由于实务中对涉毒案件中毒品的提取、保管、鉴定等存在诸多争议,容易引发辩护方的抗议和法院定罪的困难,公安部、最高人民检察院和最高人民法院于2016年发布了《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》,对毒品案件从提取、扣押到称量、送检等程序作了详尽规定。该规定一方面为公安机关办理毒品案件提供了指引,另一方面也为辩护方提出有关毒品证据的瑕疵申请提供了更加明确的依据。

有关非法证据排除规则的研究表明,在提出非法证据排除申请的案例中,受贿罪的案件数量最多,排名第一,远高于其他罪案的案件数。^[8] 在本研究中,受贿罪出现的频率仅

[8] 参见易延友:《非法证据排除规则的中国范式》,《中国社会科学》2016年第1期,第142页。

为32次,排名比较靠后。这主要是因为,瑕疵证据排除规则属于裁量排除规则,排除与不排除,法官拥有很大的自由裁量权。非法证据排除规则尤其是关于供述的规则是强制性的,更加具有可操作性,因此被告人及其辩护人也会更经常地以非法证据排除规则作为其辩护的武器。

(二) 各类瑕疵证据在样本案例中的比例分布

本研究统计了各证据种类在瑕疵证据排除案例中出现的频率(见图2)。本文没有完全按照《刑事诉讼法》第50条关于证据种类的列举,而是按照实务中办案机关对证据的称谓进行统计的。我们当然可以将这些证据归入到刑事诉讼法所作的不同分类中去,但本文认为,实务部门对证据的称谓在分类时更加细致,对于了解实务中的状况也更有利。因此,本文采用了判决书中更常见的称谓来分类。简略起见,图2仅列示出现频率在5次以上的证据。

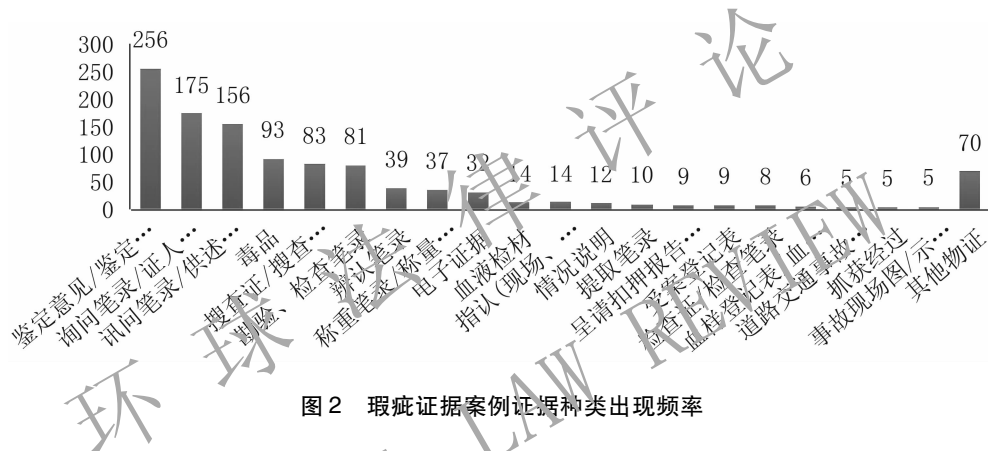


图2 瑕疵证据案例证据种类出现频率

在案例数据中,出现频率最高的是鉴定意见/鉴定结论这一证据种类,有256次。其次是询问笔录,包括询问被害人、证人笔录,175次。再次是讯问笔录,156次。这里想重点说明的是,第一,在非法证据排除规则的实证研究中,讯问笔录的出现频率是最高的,询问笔录/证人证言出现的频率反而比较低。这主要是因为作为排除非法证据的理由,刑讯逼供出现的频率也最高。^[9] 刑讯逼供通常对应的都是讯问笔录。在瑕疵证据补正规则中,讯问笔录的瑕疵虽然也经常出现,但其显著性已经下降,因此其出现的频率低于询问笔录。另外,讯问笔录在瑕疵证据补正规则的语境下只是作为一种影响供述笔录真实性的瑕疵出现,并不一定导致供述被排除,因此其在案件中的重要性也显著降低。第二,以上证据中,只有讯问笔录、询问笔录和鉴定意见属于言词证据,其他证据都属于实物证据,或者属于实物证据的附属证据。把实物证据全部汇总,一共是456次。其实,鉴定意见也是附着在实物证据基础上的。如果加上鉴定意见,就更为可观了。可见,实物证据才是司法实务中被作为瑕疵证据提出加以审查排除的重点。

(三) 瑕疵种类出现的频率

本研究统计了各瑕疵种类出现的频率。根据收集到的案例,本研究将瑕疵种类概括

[9] 参见易延友:《非法证据排除规则的中国范式》,《中国社会科学》2016年第1期,第147页。

为十大类:鉴定意见瑕疵,毒品案件物证收集保管程序瑕疵,其他实物证据搜查、扣押过程及笔录清单瑕疵,勘验检查过程及笔录瑕疵,讯问过程及笔录瑕疵,询问过程及笔录瑕疵,辨认过程及笔录瑕疵,视听资料瑕疵,电子证据瑕疵,其他瑕疵(判决书未载明的瑕疵)(见表1)。

表 1 瑕疵种类出现频率

瑕疵种类	出现频率	备注	
鉴定意见瑕疵	169	鉴定意见/检验报告/鉴定结论缺乏签名/缺乏盖章/未附有鉴定资质证明	42
		鉴定意见检材提取过程不合法/检材来源不明	36
		鉴定人/机构不具备资质	34
		鉴定方式瑕疵/鉴定未采取特定标准/鉴定意见条款引用不当	20
		鉴定意见未送达被告人/未告知被告人(剥夺了被告人重新鉴定的权利)	20
		鉴定日期瑕疵	8
		鉴定意见委托主体瑕疵	3
		鉴定委托书中未列明委托事项/鉴定意见超出委托范围	2
		鉴定对象错误	2
		鉴定意见中毛发没有颜色描述,且长度与本案物证有冲突	1
		鉴定对象有毒物质的所在位置不明确;未对瓶子做指纹鉴定,无法进行同一性认定	1
		《血样提取登记表》、《鉴定委托书》、《鉴定检验报告书》中血样容量记载不一致	1
毒品收集保管移交程序瑕疵	103	毒品缺乏当场称重笔录/毒品未当场封装称量送检/未制作毒品扣押笔录及清单	34
		毒品提取、扣押、称重、取样存在瑕疵	26
		毒品、血液等检材检验时间超过规定时间	12
		毒品称量不见证人/见证人不适格	6
		被告人不在毒品称重现场	5
		无提取笔录	4
		毒品混合称重	3
		扣押的检材数量小于送检的检材数量/侦查机关扣押的毒品数量大于嫌疑人所实际持有的毒品数量/扣押毒品重量与称量毒品数量不一致/扣押毒品与上缴毒品数量不一致	3
		未使用专门器材封装	3
		毒品称重笔录/毒品指认称重照片无毒品持有人签字	2
		毒品照片存在修改	1
		毒品称重无取样笔录	1
		称量笔录中的称量仪器与实际使用的称量仪器的证书编号不一致	1
		不同笔录记载的毒品数量存在冲突	1
同步录音录像无称量毒品画面	1		

(续表)

瑕疵种类	出现频率	备注	
其他物证 搜查扣押 过程及笔 录/清单 瑕疵	57	搜查程序瑕疵(例如,无证搜查、搜查人员不适格等)	11
		扣押清单无见证人签名/见证人不适格	9
		扣押清单/补充扣押清单/扣押决定书无被告人签字	6
		搜查现场无见证人	5
		搜查笔录缺乏见证人签名	4
		扣押清单无侦查人员签名/仅有一人签字	3
		搜查笔录见证人不适格	2
		被告人未在搜查笔录上签字	2
		扣押清单/扣押笔录日期瑕疵	2
		提取笔录信息不全/错误	2
		提取笔录缺少签字	1
		血样登记表缺乏被告人签字	1
		扣押笔录时间进行了修改	1
		血样登记表时间错误	1
		提取笔录见证人不适格	1
		调取证据清单仅由一名侦查人员签署	1
其他情形(此种情形中,判决仅提及了物证搜集过程中存在瑕疵,但并未说明究竟存在何种瑕疵)	5		
勘验检查 过程及笔 录瑕疵	58	勘验笔录缺乏见证人签名	19
		勘验笔录无勘验人员/被告人签字/伪造勘验人员签字	11
		事故现场图/现场照片无当事人签字	9
		勘验笔录见证人不适格	5
		勘验现场无见证人	3
		勘验笔录时间瑕疵	3
		未进行现场勘验	3
		同一案件勘验笔录有两份,且记录人和见证人不同	1
		勘验现场遭到破坏	1
		检查笔录中物品信息不全	1
		勘验现场没有被告人和同案人指认	1
		检查笔录缺乏签字	1
讯问笔录 瑕疵	129	讯问笔录缺少签字	31
		讯问笔录时间瑕疵(例如,无讯问起止时间、与其他笔录相冲突等情形,下同)	28
		讯问笔录地点瑕疵(例如,在派出所办案区等看守所外获取笔录、笔录未注明讯问地点、讯问地点与其他笔录记载的询问地点不一致等情形)	12
		讯问笔录无同步录音录像	11
		同一侦查人员同时讯问多名被告人	10
		讯问同步录音录像无声音/不连贯	7

(续表)

瑕疵种类	出现频率	备注	
讯问笔录瑕疵	129	讯问时仅有一名侦查人员(例如,询问笔录由侦查人员和协警共同制作、讯问过程中部分时段仅有一名侦查人员等)	6
		讯问笔录内容与同步录音录像内容冲突	6
		讯问笔录未交予被告人确认	5
		讯问无(限制)行为能力人未通知法定代理人/相关成年人到场	5
		讯问违反法定程序	2
		讯问笔录记载的侦查人员与录音录像记载侦查人员不一致	1
		提讯证与讯问笔录中侦查人员签名不一致	1
		讯问笔录的地点与拘留决定书的人所时间不一致	1
		讯问期间被告人发病	1
		讯问笔录为复印件	1
		讯问笔录存在明显的粘贴复制	1
询问过程及笔录瑕疵	150	同一侦查人员同时询问多名证人	49
		询问笔录时间瑕疵	24
		询问笔录缺少签字	22
		询问未成年人未通知法定代理人到场	16
		询问/讯问未告知权利和义务/未附有权权利义务告知书	14
		询问时仅有一名侦查人员	8
		询问笔录无制作地点/地点瑕疵	8
		询问笔录/被害人陈述笔录为复印件	4
		没有个别询问	3
		询问笔录中墨迹字体大小不一致	2
辨认/指认过程及笔录瑕疵	23	辨认笔录缺乏见证人/无见证人签名/见证人不适格/笔录所载见证人与签字人名称不符	13
		辨认人在组织辨认前见过辨认对象	3
		辨认笔录时间瑕疵	2
		辨认笔录无同步录音录像	2
		辨认地点系在警车中,且同步录音录像没有记录侦查人员画面	1
		辨认笔录无当事人签字	1
		指认现场笔录正文与被告人签字之间留有大片空白	1
视听资料瑕疵	11	讯问同步录音录像无声音/声音不同步/不连贯	8
		同步录音录像无称量毒品画面	1
		勘验过程录制约一小时的同步录音录像,但侦查机关仅播放五分钟	1
		视听资料为复制件	1
		视听资料缺乏原始载体	1
电子证据瑕疵	6	电子证据存在修改和剪辑	4
		电子数据的提取、固定、送检存在瑕疵	2

(续表)

瑕疵种类	出现频率	备注	
其他瑕疵	15	受案登记表时间瑕疵(与案件发生时间矛盾)	5
		情况说明无制作人签字	4
		抓捕经过无同步录音录像	1
		案件由不具备职权的协警督促嫌疑人尿检	1
		情况说明时间瑕疵	1
		情况说明日期为2014年2月29日,而该年没有29日	1
		入所体检表与同期入所体检表不一致,不排除事后制作可能	1
		抓捕过程缺少签字	1
小计		722	

需要解释的是,第一,表1基本上是按照《刑事诉讼法》规定的证据种类进行分类的,在各个证据种类之下对各种瑕疵进行了二次分类。但由于毒品案件数量较大,表现突出,因此对毒品案件中的物证收集保管程序瑕疵作了单独统计。第二,二次分类并非是按照事先确定好的逻辑顺序进行的整合与分类,而是在提取所有判决对瑕疵的说明后进行的排列组合,所以该表格在逻辑上并非十分严谨。这主要是因为,几乎不存在一个事先设计好的逻辑可以刚好“罩住”司法实践中的各类情形。例如,像“血样登记表时间错误”或“勘验现场无被告人或同案人指认”这样细小的瑕疵,几乎无法以事先确定好的逻辑序列出。并且在实践中诸如“询问笔录墨迹字体大小不一致”这样的瑕疵是无法进行任何归类的。第三,并非所有判决书都对瑕疵种类作了清晰的描述,且分类方法也并非完全相同,因此表1数据与图2数据并非一一对应。

数据显示,判决书有明确记载瑕疵种类的鉴定意见瑕疵169次,其中鉴定意见/检验报告缺乏鉴定人签名/盖章或未附有鉴定资质证明的出现频率为42次,在此类证据瑕疵中高居榜首。其次为鉴定意见检材提取过程不合法/检材来源不明,36次。再次为鉴定人/鉴定机构不具备鉴定资质,34次。毒品收集保管移交程序瑕疵103次,其中最为突出的瑕疵种类为缺乏当场称重笔录/未当场封装送检/未制作扣押笔录清单,出现频率34次。其他物证搜查、扣押程序及笔录清单瑕疵57次,其中搜查程序不合法(例如,无证搜查、搜查人员不适格、被告人不在搜查现场等)11次。勘验、检查过程及笔录瑕疵58次,其中缺乏见证人签名19次。讯问笔录瑕疵129次,其中笔录缺乏签名31次,讯问时间瑕疵28次,讯问地点瑕疵12次。询问(证人、被害人)过程及笔录瑕疵150次,其中同一侦查人员同时询问多名证人出现频率最高,49次。询问笔录时间瑕疵24次。缺少签字22次。辨认、指认过程及笔录瑕疵23次,其中缺乏见证人瑕疵(含见证人不适格/实际见证人与签字人不一致)13次。视听资料瑕疵11次,其中同步录音录像无声音或不连贯出现频率7次。电子证据瑕疵6次,其中电子证据存在修改和剪辑4次。其他瑕疵15次,包括受案登记表时间瑕疵、情况说明缺乏签字、抓捕经过无同步录像等。

绝大多数的证据瑕疵,都属于对证据真实性提出的质疑。例如,在一个贩卖毒品的案例中,搜查和扣押清单上签字的见证人,同一时间出现在不同现场,对不同现场的搜查和

扣押进行了见证。这在目前人类的经验范围内是完全不可能发生的事情。辩护人对此扣押清单提出了质疑,法院也认为辩护方的异议成立,将两份搜查笔录和扣押清单均予以排除。^[10]又如,讯问笔录记载的侦查人员与同步录音录像中出现的侦查人员不一致的情形。常识告诉我们,讯问笔录中的侦查人员姓名必然是假的。在此情况下,讯问笔录的真实性也必然会发生疑问。辩护方对这种讯问笔录提出异议,也就理所当然了。再如,同一侦查人员同时讯问多名被告人,这既不符合法律规定,在经验上也基本没有可能,但这一瑕疵在样本案例中出现了 10 次。另外,在一个案件中,公诉方提供的《情况说明》落款日期为 2014 年 2 月 29 日,但 2014 年没有 2 月 29 日,这份证据显然有问题。

在对证据质疑的案例中,大部分都和验真环节的缺失有关。其中最典型的是物证收集保管程序瑕疵,出现频率 160 次(含毒品),其中涉及的毒品缺乏当场称重笔录、毒品称重无取样笔录等,其实就是实物证据的保管链条问题。一个实物证据的保管链条出现了瑕疵,控方如何还能言之凿凿地确证,其所出示的物证或者照片就是其意图出示的那个物证或照片呢?笔录缺乏见证人,其实也是笔录本身的验真问题。勘验笔录没有见证人,控方如何证明侦查机关勘验的现场就是其所声称的那个现场?在所有证据种类中,笔录缺乏签名的瑕疵出现了 135 次,频率最高。无论讯问笔录还是询问笔录,它们的内容都是言词证据,但笔录只是它们的载体。如果载体的真实性存在疑问,言词的内容自然也就有了疑问。因此,作为言词证据载体的笔录,本身也存在验真的问题。事实上,除了证人亲自到法庭上所作的陈述无须验真以外,其他所有证据都存在验真的问题。也因此,笔录缺乏签名作为瑕疵证据补正规则案例中出现频率最高的瑕疵种类,就不足为奇了。另外,鉴定检材来源不明,也是验真问题。鉴定意见的关联性,是附着于检材的关联性之上的。检材来源不明,就意味着检材的关联性有了疑问。鉴定意见所指向的那份物证,是不是还是出示证据的那一方所声称的物证,自然也就有了疑问。很多针对鉴定意见提出的瑕疵,实际上就是关于物证本身验真环节的瑕疵。

在上述瑕疵中,当然也有一些既涉及权利保障同时也与发现真实有一定关联的瑕疵,例如,讯问笔录未交被告人确认、讯问无行为能力人未通知其法定代理人到场等。

三 瑕疵证据补正与合理解释的主要方法

(一)瑕疵证据补正与合理解释的方法与路径

对于瑕疵证据补正或合理解释的方法与路径,法院更经常的做法是简单指出争议证据已经获得合理解释或补正,至于如何合理解释或补正却语焉不详。总体来看,判决书明确提到瑕疵证据已经获得合理解释的案件为 419 个,明确提到瑕疵证据已获得补正的案件为 286 个。在这 705 个案件中,判决书比较明确地提到了合理解释的理由或补正途径的案件也仅 346 个。其中 274 个案件属于合理解释,72 个属于补正。

在作出合理解释的 274 个案例中,有 69 个“被告人曾表示确认”的案例。具体情形比

[10] 参见王某甲、夏某贩卖毒品案,山东省青岛市李沧区人民法院(2014)李刑初字第 405 号。

如被告人对称量结果表示认可、扣押手续有被告人签字、笔录内容经被告人认可、被告人经庭审质证对证据无异议等。这些案例应当是被告人或者其辩护人一开始对证据提出了质疑,但在之后的法庭审判中,要么是被告人对证据的真实性重新予以了认可,要么是控方以被告人之前曾经签名这一事实来回应辩方对证据提出的质疑。在63个案件中,给出的合理解释是“笔误”。在36个案件中,给出的合理解释是“疏忽大意”,例如,因疏忽而未将权利义务告知书附卷、侦查人员忘记让见证人签字、使用电脑模板时未对相关信息进行更改、讯问人员记错时间等。在33个案件中,给出的合理解释是“条件限制”。例如,被告人处于羁押状态无法到达称重现场、半夜光线差故等到天明才拍照等。在24个案件中,合理解释是“设施原因”,包括电脑系统时间不一致、电脑存在时间差、电池电量耗尽、录音录像设备损坏、网络异常、手表不准、执法仪故障导致数据丢失等。在16个案件中,合理解释是“法律法规及制度原因”,包括监区提讯无需提讯证、初查无需录音录像、案件不属于必须同步录音录像的案件范围等。在11个案件中,合理解释是“拒绝签字”。在7个案件中,合理解释是“情况紧急”。还有3个案件,合理解释是“侦查人员出差”。有2个案件,合理解释是“毒品相互之间发生了化学反应”。另有10个案件,判决书明确提到了合理解释的路径,但无法归类到上述类别,例如,“现场有多名侦查人员但仅一名签字”,“考虑到对强奸案件被害人影响故由辅警担任勘验见证人”,“被害人要求增加一句话致有涂改”等(见表2)。

表2 补正/合理解释的方法与路径出现频率

补正/合理解释的方法或路径		案件数
合理解释	被告人曾表示确认	69
	笔误	63
	疏忽大意	36
	条件限制	33
	设施原因(硬件设备原因和软件系统原因)	24
	法律、法规及制度原因	16
	签名人拒绝签字	11
	情况紧急	7
	签名人出差	3
	化学反应	2
	其他	10
	补正	补充签名或者盖章
重新询问并制作询问笔录		13
提交相关录音、录像、照片予以说明		11
补充鉴定资质		6
提供新的证人证言		5
重新鉴定		4
其他		11

在补正的 72 个案件中,出现频率最高的补正方法是“补充签名或盖章”,22 次。之后依次是“重新询问并制作询问笔录”,13 次;“提交录音录像或照片说明”,11 次;“补充鉴定资质”,6 次。在 5 个案件中,控方重新提供了新的证人证言,实际上相当于重新取证,并以新的证言取代了之前的证人证言。在 4 个案件中,控方以重新鉴定的方式对证据进行了补正。另外有 11 个案件没有归类,包括“补充侦查报告书”,“鉴定意见补正书”,“重新制作搜查笔录、扣押清单并经侦查人员、见证人、持有人签字”,“补充讯问笔录原件”,“补充辨认”,“补充见证人身份信息”,“提交侦查实验报告”等。

(二) 瑕疵证据的补正就是加强争议证据的可信度

如前所述,瑕疵证据补正规则的目的,是为了保障真实的发现。从实务案例来看,瑕疵证据的补正或者合理解释,其实质就是对缺乏真实性保障的证据提供补强。例如,因疏忽而未将权利义务告知书附卷、使用模板时未对相关信息进行修改、讯问笔录使用同一模板导致时间交叉、侦查人员未在电脑系统上点击结束就去讯问另一犯罪嫌疑人等,都属于笔录瑕疵的合理解释,其目的均在于消除对笔录内容真实性的疑问。又如,当一份讯问笔录因属复印件而受到质疑时,举证方举出原件加以补正,实际上就是因为讯问笔录属于复印件而导致其内容的真实性受到挑战,举证方以原件来回应对这种挑战,从而消除法庭对其内容真实性的顾虑。

鉴定意见、检验报告也属于经常受到质疑的证据种类。在一个抢夺案件中,公诉方委托房地产评估公司对被抢夺的报废摩托车价值进行鉴定,辩护方对房地产评估公司能否对摩托车价值进行鉴定提出质疑。公诉方以被害人陈述、被告人供述及证人证言等证明房地产评估公司评估的报废摩托车价值亦有其合理性。^[11] 另外,在一份只有一人签名的检验报告受到质疑时,公安机关出具情况说明,表明另一鉴定人在公休故未签名,现公休已经结束,签名也已经补正。^[12] 这一案例既可以视作是对缺乏鉴定人签名的检验报告的合理解释,其实也存在对检验报告的补正(补充签名)。其目的均在于提升检验报告的真实性和可靠性。

由于实物证据在真实性方面的主要缺陷就是缺乏验真环节,因此瑕疵证据补正与合理解释的方法与路径也主要是补足验真环节。从案例数据来看,在大多数案件中,补正与合理解释的实质,就是将缺失的验真环节予以补足。可以说,通过补足验真环节消除对证据真实性、可靠性的顾虑,在瑕疵证据补正与合理解释的案例中占有显著的地位。例如,在孙洋贩卖毒品案^[13]中,辩护人提出本案毒品没有当场称重,无毒品称量笔录,因此请求排除本案中上缴毒品单据、缴获毒品情况说明、鉴定文书。公安机关一方面出具了六位民警的证言,另一方面以办案分局的名义出具八份情况说明以证明案件中的物证(毒品)从

[11] 参见程某与刘某抢夺案,江苏省南京市雨花台区人民法院,(2013)雨刑二初字第 42 号。尽管法院采用了该份鉴定意见,但最终对被告人作出了较轻的处罚,理由是:“鉴于辩护人认为涉案摩托车没有精确价值鉴定结论且评估机构及评估报告存在瑕疵,应当根据有利于被告人的原则,对两被告人进行量刑同时建议对两被告人判处缓刑,对该建议,公诉机关当庭明确表示同意,故合议庭合议后采纳辩护人要求对两被告人判处缓刑的意见。”

[12] 参见余国青、何福泰运输毒品案,云南省高级人民法院(2016)云刑终 641 号。

[13] 参见河南省平顶山市卫东区人民法院(2017)豫 0403 刑初 30 号。

现场扣押到移交鉴定的过程中,不存在替换或者改变毒品性状的行为。此外,控方还补充了扣押当日的出警现场视频及现场称重录像截图。在提交上述证据后,法官认为,虽然扣押程序存在瑕疵,但已经得到补正,可以作为认定案件事实的依据。该案中,控方补充的证据,实际上就是补足原先缺失的验真环节。

值得说明的是,从案例数据来看,办案机关一般不会通过补充多种证据去补强证据的验真环节。更常见的做法是一方面以民警个人的名义提交证言,另一方面以办案单位的名义出具情况说明,以证明办案过程中不存在违法违规情形,或虽然存在违法违规情形,但是该违法情形不影响证据的真实性。这也说明了为何在样本案例中合理解释和情况说明出现的频率远高于其他方法和路径。本文认为,办案机关当然可以通过补充证人证言的方式对证据的验真环节予以补强。事实上,在验真法则早已确立的英美法系也经常会通过警察所提供的证言对证据进行验真。但是,在办案人员提供证言的同时,其理应到法庭接受控辩双方的交叉询问。不过,在本研究所获取的 799 起案例中,仅有 36 起案例中侦查人员出庭作证并对证据的搜集提取移送过程进行了解释。

四 瑕疵证据排除的主要情形

(一) 瑕疵证据排除的总体情况

全部案例中,法院容许补正或合理解释后将争议证据予以采信的证据数为 706 件,占比 79.33%。因无法补正且没有合理解释或认为解释不合理而导致争议证据最终被排除的证据共 184 件,占比 20.67%。^[14] 比较而言,在以证据存在瑕疵为由申请排除的场合下,争议证据最终被排除的比例还是很高的——远高于以非法证据为由申请排除证据的成功率(大约 9%)^[15](见表 3)。

表 3 容许/排除的比率

争议证据及案件处理情况	出现频率		
容许补正/合理解释后采信	706(证据数)		
无法补正且没有合理解释或认为解释不合理后排除证据(不作为定案依据)	184(证据数)	排除证据后宣告无罪(案件数)	19
		排除证据后部分事实不予认定/按有利于被告的原则确定案件事实/仅采信与事实相符部分(案件数)	20

发现真实在刑事诉讼中的地位决定了瑕疵证据排除的比率必然高于非法证据排除的

[14] 被排除的证据与得到采信的证据总数为 890,大于全部案例数 799,是因为有的案件争议证据不止 1 个,从而出现被排除证据总数与被采信证据总数之和大于全部案例数的情况。

[15] 在现有的研究中,根据非法证据排除规则对证据提出异议从而最终导致争议证据被排除的比例大约为 9%。参见易延友:《非法证据排除规则的中国范式》,《中国社会科学》2016 年第 1 期,第 143 页。

比率。传统上,发现真实毕竟一直是刑事诉讼的最高追求,就此而言,信息越丰富,越有助于真实的发现。正因为如此,才有“排除了证据就排除了正义”这一格言。非法证据排除规则却是为保障人权而设置的,它很多时候会置真相于不顾。因此,当一个证据由于其非法的性质而导致可能被排除时,法官们总是会投鼠忌器,担心由于排除非法证据而排除了真相,从而牺牲了正义。也因此,人们在适用非法证据排除规则时,总是会更加谨小慎微。此外,瑕疵证据排除规则之不同于非法证据排除规则之处,正在于它是为了提高裁判中认定事实的精确性,是为了促进真实的发现。与非法证据相反,当法官面对一个瑕疵证据时,由于证据的真实性、可靠性本身有了疑问,容许瑕疵证据存在恰恰可能会对发现真实的价值造成损害。因此,法官们反而更有动力排除那些在真实性、可靠性上存有疑问的证据。

当然,这并不意味着排除瑕疵证据就不会影响到对被告人的定罪。我们只是说,即使存在这种影响,它更可能的效果也是防止无辜者不被冤枉,而很少会涉及到有罪者能够成功地逃脱惩罚。也就是说,排除非法证据一方面可能有助于实现消极的实体真实主义,另一方面也可能有碍于实现积极的实体真实主义。而排除瑕疵证据对实现积极的实体真实主义其实并无妨害,同时却对消极的实体真实主义有促进作用。这并不是说瑕疵证据排除完全不会造成有罪者逃脱惩罚的情况出现,而是说,在非法证据排除规则之下,可能会出现明知是有罪的被告人,却由于排除非法证据而无法对被告人定罪的情形,例如,在美国的很多案件中,由于警察违反了第四修正案而排除了程序上违法而事实上可靠的证据后,检方不得不撤诉的情形比比皆是。但在瑕疵证据排除规则之下,这种明知被告人有罪而排除证据的可能性几乎是不存在的,因为,当证据的真实性、可靠性发生疑问时,被告人有罪与否,也是不确定的。

本文收集的案例也能证明这一假设。在瑕疵证据被排除的案例中,一共有 19 个案件因为证据存在瑕疵且无法补正与合理解释,导致罪与非罪的关键事实无法认定,最终将被告人宣告无罪。例如,在魏某初、罗某星非法采矿案^[16]中,法院因鉴定人员对检材的取得、保管、送检均无记载,使得检材可靠性存疑。且鉴定测量、取样的地点,是否就是案发现场,提取的检材是否是被告人非法采掘的矿产均不能确定,所以法院将关键证据《矿产资源价值鉴定书》与《非法开采石矿破坏矿产资源价值评估报告书》予以排除。又由于侦查机关没有对非法采矿的现场进行勘察,未制作现场勘察笔录和现场拍照缺失,亦没有从现场提取矿产样本及对现场进行封存。被告人到案后,侦查机关没有组织被告人指认作案现场。因此,本案中不具备重新鉴定的条件。这就意味着无法确定被告人造成矿产资源破坏的实际价值,不能确定本案是否满足非法采矿罪中“情节特别严重”的标准,因此将被告人无罪释放。二审法院也维持了一审法院的无罪判决。又如,在盛业海、张聪文等故意毁坏财物案^[17]中,被告人因厂房分隔问题与他人发生争执,随后纠集多人将对方电

[16] 参见湖南省益阳市中级人民法院(2015)益法刑一终字第 197 号。

[17] 参见安徽省肥东县人民法院(2017)皖 0122 刑初 124 号。

视背景墙毁坏。经鉴定,被毁坏的电视背景墙价值 642800 元。公诉机关提起公诉后,法院经审理认为由于本案现场勘验、检查笔录仅有勘验检查人员与被害人签名,没有见证人到场见证,不满足验真的要求而将勘验、检查笔录排除。值得一提的是,本案中公安机关并非没有对上述情况进行解释。公安机关出具情况说明提出:“周边村民不便参与被告人与被害人两家纠纷,均不愿意作为见证人到场,因此邀请见证人未果。”对此,法院认为该解释无法成立,理由是事发地点并非偏远地带,事发时间亦非深夜,且相关司法解释对见证人的范围规定较为宽泛,因此理应可以寻得见证人。又由于公安机关未能提供相关录像,因此勘验、检查笔录必须予以排除。至于价格鉴定意见,由于公安机关对现场进行勘验检查后,将检材交给了被害人保管长达半年,导致检材真实性存疑。加之鉴定机构的重要鉴定依据——勘验、检查笔录已被排除,因此,法院认定鉴定意见依据不足且无重新鉴定的条件,遂将其排除。由于以上证据的排除,法院最终认定六名被告无罪。

在有些案件中(共 20 例),排除证据后部分事实不予认定,或者按有利于被告的原则确定案件事实,或者仅采信与事实相符部分。这些案件实际上也属于就被告人的相应指控事实被宣告无罪的案件。例如,在徐慧光非法持有毒品案中,被告人被指控非法持有毒品 6 包。法院经审理认为,对于其中的 4 包毒品,因侦查人员补充制作扣押清单时没有出示被扣押物原物,且没有在现场提取时制作相应的提取笔录及提供相应毒品来源的原始记录,扣押程序不合法,不能证明上述毒品系被告人所持有,故该扣押清单不能作为本案定罪证据使用。^[18]

另外还有一些案件,由于证据瑕疵导致量刑证据缺失,使法院对被告人定罪后作出了较轻的处罚。例如,孔某某、马某某贩卖毒品一案,法院经审理后认定:“公安机关未按最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称重、取样和送检程序若干问题的规定》,对涉案毒品称重、取样的过程制作笔录,取证过程存在一定瑕疵,虽不影响对二被告人的定罪,但在量刑时应予考虑,本院对被告人马某某辩护人该辩护意见部分予以采纳。”^[19]

(二)瑕疵证据排除的原因主要是争议证据的真实性无从验证

在 184 个因证据存在瑕疵而被排除的案件中,因物证、电子证据收集、保管链条存在瑕疵而被排除的情形出现的频率为 35 次,笔录或鉴定意见存在签名或盖章瑕疵的出现频率为 28 次,笔录或扣押清单存在时间瑕疵 20 次,侦查人员、见证人签名瑕疵 15 次,同步录音录像瑕疵 15 次,同一侦查人员在同一时间出现在不同地点 13 次,未通知法定代理人或其他适格人员到场 11 次,只有一名侦查人员讯问/询问 7 次,鉴定意见未依法告知被告人 5 次,书证存在修改 5 次,未告知相关权利义务 4 次,笔录形成地点瑕疵 3 次,其他情形 23 次,包括“鉴定人未能在庭审中回应专家辅助人的质证”、“通话记录中缺少部分记录”等(见表 4)。

[18] 参见徐慧光非法持有毒品、盗窃案,浙江省温州市鹿城区人民法院(2016)浙 0302 刑初 196 号。

[19] 参见乌鲁木齐市中级人民法院(2017)新 01 刑初 77 号。

表4 排除各情形出现频率/排除原因分类概括

瑕疵种类	出现频率
物证/电子证据收集、保管链条瑕疵	35
笔录或鉴定意见签名/盖章瑕疵	28
笔录/清单时间瑕疵	20
侦查人员/见证人瑕疵	15
同步录音录像瑕疵	15
同一侦查人员在同一时间出现在不同调查地点	13
未通知法定代理人或其他适格人员到场	11
一人询问/讯问	7
鉴定意见未依法告知被告人	5
书证存在修改	5
询问/讯问未告知相关人员权利义务	4
笔录地点瑕疵	3
其他	23

显而易见,排除瑕疵证据的原因要么是由于缺失的验真环节无法补正,要么是由于其他原因导致瑕疵证据的真实性没有保障。例如,在张某乙故意伤害案中,^[20]公安机关虽然在现场提取了一把菜刀,但是未制作勘查、提取笔录及扣押清单。公诉机关虽然补充了物证提取证明,但是提取见证人为公安协勤人员,不符合见证人资格,因此法院认定该刀的提取过程存在瑕疵,不能作为证据使用。

五 瑕疵证据排除规则的完善

(一) 实务中的主要问题及其原因

首先,瑕疵证据内涵不明确,导致实务中瑕疵证据与非法证据存在混淆。我国相关法律和司法解释没有明确瑕疵证据的定义,更没有明确地将瑕疵证据与非法证据进行区分,这就导致非法证据与瑕疵证据在司法实践中的使用出现混乱。不少案件中辩护人将仅仅存在瑕疵的证据称为非法证据,要求法院适用非法证据排除规则。在有些案件中,法院也确实将本可补正或作出合理解释的瑕疵证据当做非法证据加以排除。例如,在一起故意伤害案中,证人郭某在派出所做笔录时,被告人赵亚兵替其母亲郭某在证言笔录上签字,庭审时被告人要求公诉方出示其母亲郭某的证言笔录,遭到公诉人拒绝,理由是该笔录签名存在瑕疵且无法补正。公诉方的主张获得法庭支持。^[21] 本案中公诉人和法庭关于证据瑕疵的处理,显然是没有道理的。相反,在另一起案件中,法院明确表示丈夫替妻子代

[20] 参见山东省鱼台县人民法院(2015)鱼刑初字第63号。

[21] 参见赵亚兵故意伤害案,苏州市姑苏区人民法院(2017)苏0508刑初240号。

签的证人证言笔录不违反规定。^[22]

更为严重且经常发生的是,法院将本应纳入到非法证据排除规则中处理的证据放到瑕疵证据排除规则之中处理。我国刑事诉讼法所确立的有些制度往往兼具发现真实和保障人权两方面作用。诸如两名适格侦查人员进行讯问、讯问时进行同步录音录像、现场勘验等需要邀请见证人等制度,一方面可以保证发现真实,另一方面可以保障刑事诉讼中被追诉人的人权不受侵犯。相应地,诸如缺乏相关笔录、侦查人员不适格、笔录缺乏相关签字、无同步录音录像或同步录音录像存在剪辑这些在司法实践中经常出现的问题,既可以被认定为侵犯人权的线索,亦可以被认定为可能影响证据真实性的瑕疵。如何对相关“瑕疵”进行定性,将直接影响该“瑕疵”是否允许解释或补正。但遗憾的是,在这一重要问题上法律和司法解释并没有给出明确的规定。因此,法院就经常将非法证据“降格”成瑕疵证据,在公诉机关“补正”或“合理解释”后采信相关证据。例如,在王某某抢劫案中,公安机关没有搜查证即进行了搜查,辩护方对搜查获得的证据提出质疑,法院却认定该案中只是搜查笔录存在瑕疵,经办案人员合理解释该证据可以作为定案的依据。^[23]这显然是混淆了非法证据与瑕疵证据之间的区别。

其次,瑕疵证据规则弹性过大,法官自由裁量权过于宽泛,导致实务中对相关问题的处理不统一。以搜查、扣押清单中的见证人为例,在卓秋坛走私、贩卖、运输、制造毒品案中,扣押清单上见证人仅有严某一人签名,而严某为办案单位的巡防队员,参与了本案的抓捕工作,不是适格的见证人。因此法院将该证据予以排除。法院在判决书中明确指出:“相关法律规定,在物证的提取过程中应当有中立的见证人或者全程录音录像作证。本院认为,这一程序设计的立法本意,就是要在物证等关键证据的提取上,不能仅有公安人员的单方证明,而应有其他客观证据证明取证的合法性和证据的真实性,通过对侦查权的限制和监督最大程度保护人权,防止冤假错案。本案中,整个物证提取过程无物品持有人合法签名,无适格见证人,对相关扣押过程无录像及其他证据证明,即使有再多的公安人员证明,亦不能仅凭公安人员单方面的证言认定物证的合法性和真实性,否则,就违背了这一程序设计的根本目的,难以排除其他合理可能性。”^[24]但在另一些案件中,法官又认为由于巡防队员没有行使刑事诉讼中的职权,因此是适格见证人。在更极端的案件中,即使民警也能充当见证人。例如,在朱金灿假冒注册商标案中,法院认为,见证人林某为边防派出所民警,而行使勘验、检查、搜查、扣押等刑事诉讼的公安人员为公安局经侦大队民警,因此林某没有行使刑事诉讼职权,可以作为见证人。^[25]

最后,《审查判断证据规定》虽然对不能作为定案依据的情形作了明确列举,这些情形本属于证据资格规范,但由于该规定中的其他规范均属于证明力的审查判断规范,本应属于自由心证的范围。将二者合并到一起规定,实际上是将证据资格规范与证明力规范进行了合并,必然导致实务中的混淆和混乱。由于缺乏独立的证据法典,对于证据法上的

[22] 参见吕清哥投放危险物质案,福建省莆田市中级人民法院(2017)闽03刑申20号。

[23] 参见王某某抢劫案,黑龙江省鸡西市恒山区人民法院(2016)黑0303刑初字第82号。

[24] 卓秋坛贩卖毒品案,广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法刑一初字第234号。

[25] 参见福建省仙游县人民法院(2014)仙刑初字第326号。

一些概念没有进行精确的界定,同时又缺少对相关问题举证责任和证明标准的规定,不仅辩护方提出的瑕疵概念五花八门,法官在相关问题心证的形成上也十分随意。就被告方而言,辩护人往往纠缠于一些细枝末节的问题,例如,“提取尿液无见证人”,“笔录中见证人未载明工作单位”,“鉴定意见未描述毛发颜色”,“侦查终结后收集的证据没有合法性”等,使得控方不得不针对这些问题一一解释或补正。就法院而言,对辩护方提出的问题往往无所适从。以出现频率最高的鉴定意见为例,被告方经常以检验方法不当作为证据有瑕疵的理由,但是究竟应当以什么样的方法才算恰当,法律其实并无明文规定,在此情况下,法官也更倾向于采信控方提供的证据。再以证言询问笔录为例,《刑事诉讼法》本身并未要求询问证人应当由两名以上的侦查人员进行。相关司法解释要求询问证人应当由两名或者两名以上侦查人员进行的目的是为了为了保证真实的查明,甚至有时候就是为了让询问笔录更可信,以及在询问笔录发生争议时可以相互为证。但是法院在不同的案件中,对于只有一名侦查人员签名的证言笔录却会作出不同的处理:有的排除,有的采信。例如,在樊某诉方某故意伤害案中^[26],法院就将只有侦查人员一人签名的证言笔录予以排除;而在李兆雄非国家工作人员受贿案^[27]中,对于同样只有侦查人员一人签字的证言笔录,法院则予以采信。

大量的鉴定意见瑕疵、询问笔录瑕疵、讯问笔录瑕疵实际上还暴露了我国刑事审判中的另一问题,那就是法庭审理的书面化,也就是陈瑞华教授所称的“案卷笔录中心主义”。^[28]从本研究收集的案例来看,鉴定意见瑕疵出现 169 次,其中绝大多数问题,例如鉴定人资质问题、鉴定意见缺乏签名问题、鉴定日期瑕疵问题等,都可以通过鉴定人出庭来解决。尤其是所谓鉴定人签名问题,如果鉴定人出庭,这类问题根本就不会出现。询问过程及笔录瑕疵出现 150 次,其中笔录缺少签字出现 22 次,询问时间瑕疵出现 24 次,询问笔录中墨迹字体大小不一致出现 2 次。如果证人出庭,这些问题基本上不会出现,只有在证人当庭证言与之前证言不一致时,上述笔录才可以当作弹劾证言可信度的证据出示,也才有机会展示这些问题。讯问笔录瑕疵出现了 129 次。如果真的实现了庭审实质化,讯问笔录其实也不需要,只有当被告人当庭陈述与其之前所作供述不一致时才会用到讯问笔录以质疑被告人当庭陈述的可信度,但实践中,刑事审判往往是将讯问笔录当作指控犯罪的实质性证据,而不是当作反驳被告人当庭陈述的弹劾性证据使用。所谓刑事审判就是在审理一堆纸,所谓的真实也只是纸上的真实。这实际上是对近年来所推行的庭审实质化的极大讽刺!

(二)瑕疵证据规则的完善建议

针对以上问题,本文提出以下建议。

第一,明确瑕疵证据的正当性基础是为了促进案件真实的发现,它区别于为保障基本人权而设置的非法证据排除规则。后者在适用中不考虑证据的真实性问题,前者在适用

[26] 参见青海省祁连县人民法院(2015)祁刑初字第9号。

[27] 参见江苏省常州市中级人民法院(2016)苏04刑终125号。

[28] 参见陈瑞华著:《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社2008年版,第三章、第四章,第107-196页。

中需要考虑证据的真实性问题。在此基础上,最高人民法院等五机关发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干规定》中关于非法证据排除的部分,应当予以删除,使之彻底区别于《关于办理刑事案件排除非法证据若干规定》。本来,从立法技术而言,《排除非法证据若干规定》已经包含了非法证据排除的实体规范、程序规范和证据规范,是对非法证据排除规则的全面、完整的规定。《审查判断证据若干规定》再对《排除非法证据若干规定》中的实体性规范加以吸收,本身就是叠床架屋,多此一举。实务部门从业人员并不清楚非法证据排除规则和瑕疵证据补正规则的区别,两个规定在技术上作如此处理,进一步加剧了实务人士对两个不同种类的规则的混淆。

第二,瑕疵证据补正规则在实务中表现出来的第二个特征是规则实施的不统一。这既有非法证据排除规则和瑕疵证据补正规则概念混淆的问题,也有瑕疵证据规则本身赋予法官太过宽泛的自由裁量权问题。为解决此问题,需要从根本上对瑕疵证据补正规则重新定位。瑕疵证据补正规则的目的就是为了促进真实的发现。尽管发现真实是刑事诉讼所追求的目标,但是,发现真实也有其必须遵循的自然规则。有些自然规则是不容违反的,有些规则却不能一概而论。对于前者,自然应当设置强制性规范,不容许法官拥有太多的自由裁量权。只是对于后者,才可以赋予法官自由裁量权。然而,我们目前的规则,实际上是将英美法系经过几百年历史检验沉淀下来的证据可采性规则,移植、转化为有关证据证明力审查判断的规则,因而也就在大多数情况下赋予法官宽泛的自由裁量权。这一方面既损害了对于证明力评价应遵循的自由心证原则,另一方面也损害了基于真实发现目的而设置的证据可采性规则的价值。本文认为,《审查判断证据规定》已经完成了移植英美法系证据规则的第一步,它使得对证据真实性的审查判断有了一个基本的规范。再往下,就应当继续完成移植证据可采性规则的第二步,那就是实现概念的精细化,规则的精致化。通过概念的精细化和规则的精细化,限缩法官的自由裁量权,实现司法实务对相关问题处理的统一,也可以促进精细化司法目标的实现。为此,只需要将《审查判断证据规定》进一步修改完善,删除其中有关非法证据排除问题的规定,并升格其法律定位,使其成为单独的证据法典,在这部法典中比较完整地引进英美法系传统上根深蒂固的有关证据可采性的规则。

第三,如果能够将证据规则法典化,限缩法官的自由裁量权,自然也就应当增设证据资格审查程序,明确证据资格问题的举证责任和相应的证明标准,以听证形式对证据资格进行审查,以便当事方就证据可采性问题充分发表意见。法官对证据可采性问题的听证应当庭作出决定,当事方可以就此决定提出上诉。这一改革,既可以有效切断侦查、起诉和审判之间的流水作业模式,实现对控方证据的筛查和过滤,避免将刑事审判变成对一堆纸的审判,真正实现庭审实质化。对于证据证明力问题,则应当由法官自由心证,法律不应就此作太多限制,以免产生不必要的混淆。

六 结 语

无论是瑕疵证据补正规则还是非法证据排除规则,都是人类共同智慧的结晶,也是值

得共同借鉴和相互吸收的司法经验。我们在非法证据排除规则方面已经走在了世界前列,对瑕疵证据补正规则的设计思路也大体正确。只要沿着这个方向继续走下去,实现证据规则的法典化。通过证据规则的法典化,既可以强化瑕疵证据补正规则与非法证据排除规则的区别,也可以实现证据规则的精致化,进一步限缩法官在证据资格方面的自由裁量权,并实现司法的精细化,以及近些年高层和学者们极力倡导的庭审实质化。此外,还可以在证明力问题上解放法官,免得被一些细枝末节的问题束缚手脚。

[本文为作者主持的 2016 年度北京市社会科学基金重点项目“非法证据排除规则实证研究”(16FXA006)的研究成果。]

[**Abstract**] The rule on the exclusion of defective evidence is aimed at ensuring the accuracy of facts-finding in judgments, but not directly relevant to human rights protection. Consequently, exclusion of defective evidence conveys no moral blame. On the contrary, it merely tries to ensure the discovery of the truth. A research on 799 cases finds that, in practice, the rule on the exclusion of defective evidence mainly has the following problems: firstly, the boundary between defective evidence and illegally obtained evidence is blurry, often leading to the confusion of the one with the other; secondly, the rule on the exclusion of defective evidence gives judges too much discretionary power, resulting in the lack of uniformity in application; and thirdly, the rule on the exclusion of defective evidence is not elaborate enough, leading to the arbitrariness of the application for and decision on the exclusion of defective evidence. Moreover, the large number of defects in interrogation records shows that the criminal justice in China is showing the characteristic of justice on paper. In view of the above problems, the author of this paper puts forward the following two suggestions: firstly, making a clearer distinction between defective evidence and illegal evidence and further elaborate on the rule on defective evidence through codification; secondly, further curtailing judges' discretionary power relating to the competency of evidence and realizing the elaboration of administration of justice and the substantiation of the trial process.

(责任编辑:雨 沐)