

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2011.05.012

瑕疵证据之新解读^{*}

丁娟

(浙江工业大学 法学院,浙江 杭州 310023)

摘要:非法证据排除规则一直为我国社会所关注,其所蕴含的人权保障与程序正义理念已成为刑事诉讼的基本价值体现。两个证据规则的出台明确了非法证据排除规则在我国的正式确立,但与非法证据相伴而生的还有瑕疵证据,二者在证据的基本属性上有本质的差异,对其排除与适用规则也有不同规定:非法证据一律排除,瑕疵证据则可以有条件转化适用。

关键词:非法证据;瑕疵证据;证据排除;刑事诉讼;人权保障;程序正义;实体真实

中图分类号:D918 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2011)05-0084-06

一、瑕疵证据的合理界定

从证据的属性上讲,只有满足法律关于证据能力所有要件的事实或者材料,才具有证据的资格,可以成为定案的依据。因此,按照我国的传统观点,只要违反了客观性、关联性、法律性三个基本要件的事实或者材料即应被称为非法证据。但由于违反证据本身固有的客观性、关联性的事实会直接被排除在证据资格之外,所以对非法证据的理解一般指违反有关法律性的证据。证据的法律性要求取得证据的主体合法、取得证据的程序合法、证据的表现形式合法及证据的来源合法等诸方面。在这样的语境下,只要违反上述法律性要求之一的证据就应被称为非法证据。然而,由于上述非法证据违反的法律规定内容不同,其产生的危害性及带来的后果也各具差异,对其不加区别一概否定显然无法满足刑事诉讼目的需要,因此,世界各国一般都将非法证据的表述采用了

最狭义的方式,例如,在美国,非法证据“通常指在取证过程中侵犯了被告人的合法权利而取得的证据”^{[1]2}。证据规则也明确规定,采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述属于非法证据。

瑕疵,意指过失或微小的缺点,用于修饰证据,意指该证据因不符合法律的有关规定而存在一定缺陷,也可称之为“问题”证据、“不规范”证据。广义上讲,瑕疵证据也应包括所有违反上述合法性要求的证据,也应属于非法证据的范畴,但由于涉嫌违法的方式、程度不同,能否被作为证据适用的规定不同,对瑕疵证据与非法证据应有不同的理解。瑕疵证据主要指在收集程序、方式上存在轻微违法、能够通过一定措施予以补救的证据,其与非法证据有明显的区别:

1. 非法取证的表现形式不同。非法证据主要

* [收稿日期]2011-05-15

[作者简介]丁娟(1966—),女,浙江工业大学法学院,副教授,硕士生导师,主要从事刑事訴訟法学、证据法学研究。

指通过刑讯逼供或者其他暴力、威胁等非法方式取得的证据,以严重的暴力性、胁迫性等为表现形式,侵犯的是公民最基本的宪法性权利;瑕疵证据主要指在收集程序、方式上有轻微的违法现象,例如收集调取的物证、书证在勘验、检查笔录上没有侦查人员签名或者物品特征、数量注明不详的等,其以法定程序的遵守不够严密为表现形式,侵犯的是公民一般的程序性权利,二者在违法程度上有明显的轻重差异。

2. 非法取证的后果能否予以补救不同。刑讯、欺骗等非法证据的取证方式决定了其严重的违法后果不可能通过事后补救措施予以弥补或者改变,对公民带来的伤害无法逆转。同时,在这种强外力作用下的证据内容严重失真,直接影响证据的证明力,所以非法证据不应具有证据能力;而瑕疵证据由于违法的程度较低,可以通过事后的补救措施或者合理解释予以补救,使其程序上的违法现象得以纠正。与此同时,这种程序上的轻微违法,一般不会影响到证据内容的真实性,经过对程序瑕疵的补救可以使取证程序转化为合法,进而具有完整的证据能力。

3. 非法取证的行为带给公众的容忍度不同。刑讯逼供、威胁等取证方式已成为社会公众极为痛恨的司法毒瘤,特别是近几年被媒体披露的多起冤假错案都有一个共性,即无一例外都存在着刑讯逼供行为。刑讯逼供造成的严重后果深深地敲击着公众敏感的神经,已远远超出了公民的容忍度,对这样的非法证据绝对排除是社会各界共同的呼声;而随着刑事案件发生率的不断攀升,因为经验不足或者疏忽带来的取证程序上的轻微瑕疵,以及信息资源的有限性和定案的艰巨性,也使公民对瑕疵证据能够保持相对宽容的态度,瑕疵证据的转化适用也就能为公众所接受。

二、瑕疵证据存在原因之考量

按照程序法定原则,刑事诉讼应当依法进行,并对违反法律规定的行为予以惩处。在此理想模式下,作为诉讼推进器的证据,对其运用不应出现违法甚至非法的情形。但刑事案件的繁多复杂导致多种矛盾的纠结存在,也决定了瑕疵证据仍有一定的生存土壤。

(一) 查处案件与取证手段之间的矛盾:瑕疵证据存在的现实土壤

刑事诉讼是在多种矛盾的对抗中进行的,其中表现最突出的为怎样实现惩罚犯罪与保障人权之间的统一,围绕着这一主线,在查明案件事实与如何查明案件事实之间不可避免地存在冲突:

首先,从我国的司法现状看,一方面,刑事案件的发案率不断上升,严峻的社会治安问题迫使司法机关要尽快获取证据,快速结案,实现打击犯罪的职能;另一方面,犯罪的智能化特征愈来愈明显,作案手段的隐蔽性、复杂性进一步扩展,相对滞后的取证手段往往难以赶上复杂多变的犯罪步伐。因此,案件的日趋高发及智能化与取证手段相对滞后带来的取证不能之间的矛盾越来越突出。

其次,长期的司法传统在我国形成了较深厚的追求实体公正的心理,公众普遍渴望了解案件的真相,并把此种愿望完全寄托于司法机关的侦查破案活动,而难以接受案件无法查清的现实结果。这种愿望往往转变成为笼罩在司法机关甚至各级政府机关头上的巨大压力,压力演变的最终结果势必导致办案机关无视对实体结果的追求与认识能力相对性的矛盾,结案就成为惟一的选择,而对取证规范的忽视也在所难免。

再次,我国程序法对取证行为的规范性要求及违法后果的惩处规定较为简单,例如,对犯罪嫌疑人的讯问,法律未明确讯问的时间、地点、每次讯问持续的时间长短等,同时,犯罪嫌疑人既不能沉默,也没有辩护律师在场,对其讯问时的非法行为是否存在实际上就基本依赖于办案人员是否能够获取预期的证据了。同时,由于取证行为主要发生在侦查阶段,而侦查行为相对于审查起诉、审判活动其秘密程度是最高的,是否存在违法行为单靠犯罪嫌疑人自己的能力根本无法实现查证的可能,让人无可奈何的是,“证据”本身在这里又成为非法取证行为的保护伞,“某检察院公诉部门的一位资深检察官则坦言:至少在该院近十几年的审查起诉工作中未发生任何一起因侦查人员通过刑讯逼供逼取犯罪嫌疑人人口供而导致口供被法庭排除的案例。”^{[1]129}因此,在法律对何为非法

取证以及对非法取证行为如何惩处的规定都极为粗疏的情形下,仅靠办案人员的职业道德自律显然是过于理想化的,严密的制度设置与规制才能产生制约的功效,缺乏操作性的立法当然不可能成为司法的楷模。

(二)程序法定与利益权衡之间的冲突:瑕疵证据存在的理性土壤

诉讼的本质是为解决纠纷提供一种更具权威性的途径,但诉讼的进行必然以一定的资源投入为前提,而且由于多诉讼主体的参与,诉讼的进行以及结果还必然要尽可能兼顾多方的利益。刑事诉讼的本质也是在多种利益冲突的过程中对利益进行权衡、分配、取舍的活动。但是,由于刑事诉讼涉及最为严重的纠纷即刑事犯罪问题,从刑事诉讼存在之初惩罚犯罪就毫无争议地成为其首要目的,并一直影响着刑事诉讼的发展。为避免由于目的单一或者突出而带来的诉讼活动的随意,程序法定就成为规范刑事诉讼活动的重要原则。按照程序法定原则,国家首先要制定统一的、规范严密的程序法,对国家追诉机关、审判机关及各诉讼参与人的权利义务、具体诉讼行为的程序等作出明确规定;参与诉讼的各机关必须严格遵守并执行法定的程序,不得违背或者超越;对于违反法定程序的行为要予以制裁。

随着刑事诉讼的现代化进程,对刑事诉讼价值的理解也呈现多元化,从单一的追求惩罚犯罪到要体现自由与秩序、公正与效率等价值目标的平衡与选择已为世界各国所认可。这一发展过程中,围绕着如何实现惩罚犯罪的功能,多种利益不断博弈,诉讼的理念也在转变,对中国公众而言,在经历了一次次触及神经的重大错案以后,对于弱势地位的犯罪嫌疑人、被告人以特别保护的观念已转化成对禁止刑讯逼供、排除非法证据等程序公正的追求,对诉讼程序的严格遵守也继而成为考量司法机关是否公正的指标,因此,公众理想的结果是通过完全合法的程序实现对犯罪严厉而公正的打击。如此一来,诉讼过程与诉讼结果之间的冲突必然会更加明显。从诉讼过程上讲,严格遵守法定程序,切实保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权利,包括取证程序的严密合法是公众的

渴望;从诉讼结果上看,在对公权力的行使进行限制、案件的处理结果有利于对被控犯罪一方的前提下,未能实现对涉嫌犯罪人的定罪和惩罚又是公众难以接受的。这样,公正良好的程序可能导致不公正的结果与不公正的程序却可能产生公正的结果之间的矛盾更加尖锐。但是,正如将公正比作“普洛透斯的脸”^[2]一样,对公正的理解也在不断修正之中,诉讼结构、历史传统、犯罪形势、人权状况和法律文化等诸多因素都会影响人们对价值和利益的判断。当一定价值目标及其利益发生激烈冲突并不能兼得时,依据一定原则和标准加以衡量,并作出选择和取舍才是理性的。

在刑事诉讼中,这种矛盾的结果往往是需要人们在有效地减少犯罪与广泛地保护个人权益之间作出选择,这种选择虽然无奈甚至不愉快,但又是必须的。鉴于中国的现实,高发的刑事案件需要及时、及时的打击犯罪才能满足社会对治安稳定、社会和谐、社会的期盼;对个人权利保护的关注又催生了注重程序公正的非法证据排除规则。但是,任何规则都不可能是僵硬不变的,原则下的灵活是法律能够真正贯彻实施的前提,就像被奉为非法证据排除规则楷模的美国,例外性的规定也随着现实的需要不断产生。因此,既不能为惩罚犯罪无视程序的规定,又不能仅以程序的遵守为目标而放弃惩罚犯罪任务的实现,对涉嫌违法的证据一概排除是不理性的,在当前的中国,为实现惩罚犯罪和保障人权的双重需求,对非法取证行为进行一定的区别和取舍才是明智的。对刑讯逼供等严重侵犯人权的取证行为进行禁止并否定由此取得证据材料的证据能力是基础,但对取证程序有轻微瑕疵并可补救的证据材料赋予证据能力可以满足实现惩罚犯罪任务的现实需求。正是多种利益的博弈、选择,为瑕疵证据的存在提供了理性的土壤。

三、瑕疵证据的证据能力解析

瑕疵证据本身虽带有一定的不合法因素,但因其内容具有真实性又决定了对案件事实的证明作用确实存在,因此,如何对待瑕疵证据也就争论不休,有的主张一概否定其证据能力,有的主张完全采信其证据力,有的主张因言词证据与实物证

据不同而区别对待等等。其实,瑕疵证据是否具有证据能力,既反映了司法理念的差异,更应考虑瑕疵证据本身的特质。证据能力,“指的是某个东西或者材料能否满足诉讼等法律活动对证据的基本要求,是否具备成为证据的能力,是否具备担任证据的资格,因此又称为证据资格。”^[3]因此,对瑕疵证据的争议,其实关注的焦点是其是否具备证据能力。按照我国对证据属性的传统划分,证据能力包括本质属性即客观性、关联性和法律属性即合法性两大方面。

(一)瑕疵证据的本质属性解析

一个材料能否成为证据,首先应当具备的特质就是:它是客观的、与案件事实有一定联系的,进而能够起到证明相关案件事实的作用。证据的客观性归属于存在范畴,虽然人们可以通过诉讼活动发现证据,但不能改变证据的基本内容,它排除一切虚假、不真实的东西成为证据的可能。这也是案件事实能够查清、惩罚犯罪的目的能够实现的基础。瑕疵证据虽在收集程序上有不规范之处,但该瑕疵一般不会对证据的客观内容产生影响甚至导致证据内容的改变或者扭曲,它仍然能够比较客观地反映有关案件事实,例如,询问证人的起始时间未注明的,但该情形并不会动摇证言本身的客观性,证言的内容反映的仍是客观存在的有关案件事实。所以,瑕疵证据的客观性不容置疑。

其次,客观存在着的材料与案件事实有一定的联系才能够对案件事实起到证明作用。关联性是证据最基本的特征,也是客观存在的事物能够成为证据的最本质要求。关联性的存在就成为大千世界中无以数计的客观事物能够成为证据的取舍的标准,也是世界各国对证据能力判断的最基本要求。非法证据内容的不真实,也决定了其与案件事实不可能产生关联性,更不可能如实反映案情,也就失去了证明能力。瑕疵证据由于程序上的违法并不导致证据内容的失实,而且瑕疵证据同指控的犯罪事实是否发生、被指控人是否构成犯罪、犯罪人的罪责轻重如何等都有关联,可以起到证明作用,当然就满足了证据关联性的要求。

(二)瑕疵证据的法律属性解析

证据的法律属性指的证据材料必须符合法律的基本规定和要求。从诉讼制度的发展历程上看,证据的法律属性也是多种利益在诉讼中冲突博弈的结果,它体现了一定法律制度下社会各界对证据的综合要求。作为社会制度赋予证据的属性,法律性实际上成为证据法中证据是否具有可采性的核心内容,世界上多数国家都在不同程度上把法律性作为证据采纳的标准之一。虽然在证据法中用明确的语言对证据应当具备什么样的法律要求作出正面规定的较少,但大多数国家都选择采用证据排除规则的方式从反面对证据不符合法律规定的内容进行明确,例如,英美法中的自白任意性规则,对侦查人员违反犯罪嫌疑人自由意志而获取的供述都视为不合法而不得采纳。对证据法律性的要求反映了证据理论视角的转变,从最初证据只要是客观的,与案件事实有关联就可以具备证据能力的对实质真实追求至上的价值观念,转为如今违法排除观念的形成,也体现了诉讼的价值基础将人权保障上升到与真实发现相同的高度。据此可以知道,非法证据表现的对人权严重侵犯的取证方式,与证据的法律性要求严重抵触,必然要被排除在证据之外。而瑕疵证据在证据收集程序上也有违法之处,反映了其法律属性的瑕疵,这也正是其被称为瑕疵证据而非合法证据的原因。但是,虽然对人权保护的注重已成为世界的共识,但瑕疵证据毕竟有别于非法证据,对于瑕疵证据一概予以排除,就可能忽视了其中蕴含的能够发现案件实体真实的部分,最终导致真正有罪的人逍遥法外而无法满足公众对惩罚犯罪的需要。但如果对其毫无区别地一概加以采用,也有可能导致证据的合法性原则成为一纸空文,程序的正当性不能得到维护。因此,对法律属性有瑕疵的证据如果经过一定的条件转化使其瑕疵得到修补,能够成为合法证据,就可以发挥证明作用。

由此可见,非法证据由于违背了证据的客观性等基本特征没有可补救性而当然不具有证据能力,但瑕疵证据由于符合客观性、关联性的实质而只是在法律性上有一定缺陷,具备了成为证据的

基本要件,而且其法律性上的瑕疵仅限于一般的程序性错误,不涉及被取证人的人身权利侵害等重大问题,通过一定的补救措施可以使取证程序趋于完善,所以,在能够满足法律性的要件之后可以具备证据的能力。

四、瑕疵证据的适用

徘徊在合法与非法之间,使得瑕疵证据成为刑事诉讼中的一种特殊的证据形式。由于世界各国对诉讼价值的选择不一,对于瑕疵证据的界定范围和排除适用也各不相同。虽然英美法系国家对瑕疵证据的范围规定较严格,大陆法系国家对瑕疵证据的范围规定较宽泛,但对瑕疵证据的适用无一例外都有明确的规制。例如,美国在严格适用非法证据排除规则的同时,对于程序有轻微瑕疵兼不损害当事人合法权益的“最终或必然发现”的证据和“善意”取得证据等看作是瑕疵证据可以适用。日本在排除非法收集的证据时要求必须同时具备两个条件:第一,证据物的收集程序有违宪法及刑事诉讼法关于令状主义的重大违法的;第二,从抑制将来的违法侦查的角度看将该证据物作为证据是不适当的。^[4]可见日本是将“重大违法”作为非法证据与瑕疵证据的界点而区别运用的。我国的两个证据规则认可了瑕疵证据的存在和适用,从字面意义上看似乎除了法律明确规定的通过刑讯逼供等取得的证据属于非法证据应予以排除外,其他取证程序上有违法的均可视为瑕疵证据存在适用的可能,但其实两个规则对瑕疵证据的范围和适用也有严格的限定,不得随意扩大转化适用的范围。

(一)对瑕疵证据的判断标准

内容的真实是证据的基本属性,不真实的内容不可能反映真实的案情,所以,两个证据规则对非法证据的排除实际上是按照证据内容的真实性不同进行的判断:影响证据真实性的属于非法证据予以排除,不影响证据内容真实性的属于瑕疵证据,有转化适用的可能。

1. 以严重侵害被取证人合法权益的方式取得的证据:属于严格意义上的非法证据

主要指通过刑讯逼供或者暴力、威胁等严重违反法律的禁止性手段取证的,该证据的内容已

遭取证手段的严重污染而不真实,失去了可以成为证据的基本资格。

2. 取证过程有重大瑕疵的:属于不可转化适用的瑕疵证据,其实属于广义上的非法证据范畴

该程序上的瑕疵已严重影响到证据的真实性,也不能作为定案的根据,例如经搜查提取、扣押的物证、书证,未附有搜查笔录、提取笔录,扣押清单,不能证明物证、书证来源的;或者讯问聋哑人、不通晓当地通用语言、文字的人员时,未提供通晓聋、哑手势的人员或者翻译人员的等,其不仅仅是程序上存在重大瑕疵,更重要的是该行为对公民应当享有的基本权利带来了侵害,其后果又直接会对证据的真实性产生致命影响。因此,在此种情况下的证据本质上也应称为非法证据。

3. 取证程序有轻微瑕疵,能够予以补正或者合理解释:属于可以适用的瑕疵证据

对于取证程序没有重大违法情形,仅有轻微瑕疵的,是否可以适用主要看该瑕疵对证据内容的影响以及是否能够予以补正或者合理解释。一般而言,仅有轻微瑕疵的证据主要因工作的疏漏而造成,对公民权利未带来实质侵害,该程序瑕疵更不会影响证据内容的真实性,如果经过事后补正或者能够作出合理较解释的,可以作为定案的根据。例如首次讯问犯罪嫌疑人时笔录没有记录告知被讯问人诉讼权利内容的,经办案人员事后补正或者合理解释的,如经过事后告知被讯问人有关诉讼权利,被讯问人明确表示知道并认可原笔录内容的,可以采用。这是真正意义上的瑕疵证据,也是最狭义的瑕疵证据。

(二)瑕疵证据的适用

根据两个规则的相关规定可以知道,我国对瑕疵证据的适用因言词证据和实物证据的不同而有区别。

1. 有瑕疵的言词证据:可以转化适用的是取证程序有轻微瑕疵的

对收集程序和方式有轻微瑕疵的言词证据,通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的,可以采用,包括笔录没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名或者询问的起止时间、地点或者填写有误的;询问证人、被害人的地点不符合规定

的;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或者首次讯问没有告知被讯问人诉讼权利内容的;讯问人没有签名的等。

2. 有瑕疵的实物证据:即便取证程序有明显违法、可能影响公正审判的,也给以补正或者作出合理解释后可以适用的可能

规则涉及的实物证据主要包括物证、书证,由于实物证据具有较强的客观性和稳定性,证明力强,而且不易重复取得,因此对涉嫌非法取得的实物证据采取的是有限排除的方式,除了对实物证据内容的真实性有疑问应予以排除外,对于物证、书证的取得即便明显违反法律规定,可能影响公正审判的,也给以经补正或者作出合理解释后适用的可能,例如,收集调取的物证、书证,在勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的;收集调取物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件未注明与原件核对无异,无复制时间、无被收集、调取人(单位)签名(盖章)的;物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件没有制作人关于制作过

程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名的;物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的等。

[参考文献]

- [1] 张智辉. 刑事非法证据排除规则研究[M]. 北京:北京大学出版社,2006.
- [2] E. 博登海默. 法理学,法律哲学与法律方法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:252.
- [3] 何家弘. 证据法学研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007.
- [4] 任华哲,郭寅颖. 论刑事诉讼中的瑕疵证据[J]. 法学评论,2009(4):152.
- [5] 吴延溢. 刑事诉讼中瑕疵证据的界定与排除规则[J]. 广西社会科学,2003(8).
- [6] 包斯琴. 论刑事非法证据排除规则的模式选择及构建[J]. 前沿,2006(12).
- [7] 韩旭. 刑事诉讼中不规范证据的处理[J]. 成都大学学报(社科版),2008(2).
- [8] 陈卫东. 刑事诉讼法学研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2008.

(责任编辑:杨睿)

The New Application of Defective Evidence

DING Juan

(Law School, Zhejiang University of Technology, Zhejiang Hangzhou 310023, China)

Abstract: Exclusionary Rule of Illegally Obtained Evidence which caused wide public concern and which contains human rights protection and procedure justice theory reflects basic value pursuits of the Criminal Action. The two regulations issued by the related department mark the establishment of the Exclusionary Rule of Illegally Obtained Evidence. But the Defective Evidence is essentially different from Illegal Evidence. Exclusionary Rule of Defected Evidence and Rule of Illegally Obtained Evidence have their own application condition. All the Illegal Evidence shall be excluded, but the Defective Evidence in certain condition can be used.

Key words: Illegal Obtained Evidence; Defective Evidence; evidence elimination; penal action; human rights protection; procedure justice; entity authenticity