

刑事诉讼瑕疵证据问题研究

吴鑫

浙江工业大学法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2024年3月6日; 录用日期: 2024年3月15日; 发布日期: 2024年4月18日

摘要

瑕疵证据是极具中国特色的法律概念, 一般指的是以侦查人员为主的司法人员在证据收集和制作过程中存在轻微违法行为而形成的证据。瑕疵证据具备轻微违法性、可补救性以及法律效力待定性等鲜明特征, 是深刻反映我国国情、贴合司法实践的证据类型, 因而我国当前司法实务中对瑕疵证据及其补救表现出较为积极的态度, 瑕疵证据经过补救后恢复证明能力并最终被采用的比例较高。但由于我国瑕疵证据制度尚不完善, 实践过程中存在认定范围不清晰、补救程序不规范等问题, 因此从瑕疵证据基础理论出发, 借助对瑕疵证据制度运用现状的分析, 多角度提出帮助瑕疵证据制度更好发挥其应然作用的可行性建议, 具有极强的现实意义。

关键词

瑕疵证据, 补正, 合理解释

Research on the Problem of Defective Evidence in Criminal Procedure

Xin Wu

School of Law, Zhejiang University of Technology, Hangzhou Zhejiang

Received: Mar. 6th, 2024; accepted: Mar. 15th, 2024; published: Apr. 18th, 2024

Abstract

Defective evidence is a legal concept with Chinese characteristics, which generally refers to the evidence formed by judicial personnel, mainly investigators, who have minor illegal acts in the process of collecting and producing evidence. The defective evidence has the distinct characteristics of slight illegality, redeemability and undetermined legal effect. It is a type of evidence that profoundly reflects China's national conditions and conforms to judicial practice. Therefore, the

current judicial practice in our country shows a more positive attitude towards defective evidence and its remedy, and a higher proportion of defective evidence recovers its proof ability after being remedied and is eventually adopted. However, due to the imperfect evidence system in our country, the scope of identification is not clear and the remedial procedures are not standardized in the practice process, so it is highly realistic to start from the theory of defective evidence base and make feasibility suggestions to help the defective evidence system better play its role by analyzing the application status of the defective evidence system.

Keywords

Defective Evidence, Correction, Reasonable Explanation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 刑事诉讼瑕疵证据的基础理论

1.1. 瑕疵证据的概念

大部分学者从违法性程度入手为瑕疵证据正名, 其主张瑕疵证据的取证行为只有轻微的违法性, 这也是瑕疵证据不得和非法证据混为一谈的一个关键之处, 最根本的表现就是瑕疵证据的违法取证行为并未侵害当事人的基本权利, 只是对一些程序性规定的违反, 因此可以将瑕疵证据理解为虽然违反了法律规定, 但是违法性程度轻微的证据[1]。另有学者则从证据能力的角度阐释什么是瑕疵证据, 指出瑕疵证据不同于非法证据, 是因为瑕疵证据虽然也存在违法情节, 但是该违法情节并不会直接导致瑕疵证据丧失证据能力, 相反, 瑕疵证据可以且有条件通过弥补违法情节带来的缺陷而重新获得完整的证据能力, 这是非法证据所不具备的[2]。2010年《两个证据规定》的出台正式的将瑕疵证据列为和合法证据、非法证据平行的另一证据类别, 完善了我国证据制度体系[3]。根据《死刑案件证据规定》, 结合学者的诸多讨论, 我们可以认为瑕疵证据指的是司法人员通过轻微违法性行为而取得的、虽有瑕疵但是能够恢复证据能力的证据。

1.2. 瑕疵证据补救的价值

1.2.1. 遵循了诉讼经济理念

当前我国依然存在司法工作人员数量不足, 司法技术手段相对落后以及侦查人员专业素养参差不齐的问题, 伴随着信息技术的不断发展, 犯罪的手段、类型和可依赖的工具逐渐多样化和复杂化, 这都给了侦查取证行为极大的挑战。司法人员无法按照过去的诉讼理念继续顺利取证, 此时, 基于打击犯罪行为和维护社会利益的现实需要, 部分取证人员运用一些违反程序的手段显得情有可原。因此, 法律规定对瑕疵证据适用可补救的规则实际上也是在成本问题上做出综合考量后做出的折中处理, 瑕疵证据虽然存在违法性因素, 但是总体而言其蕴含着取证人员一定时间内的工作付出, 且瑕疵证据在客观性和关联性方面并无问题, 因此可以给予取证人员采用规定的方式进行补正或者合理解释以弥补瑕疵, 相比于将其排除并要求取证人员重新取证或者制作证据, 这便是诉讼经济理念的体现[4]。

1.2.2. 体现了诉讼实用主义

过于理想的立法和贴合现实的司法之间的冲突, 如果不加以调节, 一方面势必会让法律的精神得不

到体现，无法有效维护人民群众的合法利益，另一方面也会让司法人员陷入两难的境地——是严格按照法律要求而难以取证，还是违反法律规定取得证据。证据资源是有限的，我们有必要给到瑕疵证据一定的缓冲空间。因此，我国允许对瑕疵证据进行补正和合理解释，实际上就是对诉讼实用主义的体现，更准确地说，是法律对现实状况的妥协与及时反映，以使法律更加契合实际要求，顺应现实需要[5]。

2. 刑事诉讼瑕疵证据的实践现状

本文以中国裁判文书网、北大法宝为检索平台，选定关键词“瑕疵证据”，选定案由为“刑事案有”，案件类型为“刑事案件”，审理程序为“一审”，时间跨度为2018年1月1日至2022年12月31日，检索出的裁判文书数量为226篇，在对其中的重复案件和内容上实际与瑕疵证据无关的案件进行筛选后，文书总数量为162篇，以此为参考进行研究。

2.1. 刑事诉讼瑕疵证据在不同类型案件中的呈现

根据数据显示，162篇文书之中，毒品类的犯罪案件数量最多，达到了45件，占比约27.7%，这其中又以走私、贩卖、运输、制造毒品罪为主。根据文书记录，除了一般情况下案件普遍容易出现的诸如笔录缺少签字、询问地点不符合规定等瑕疵情形，毒品类案件的证据许多瑕疵的发生都和毒品有关，最为集中的就是毒品的现场扣押、毒品的检验以及毒品的称重和保存等，例如常有发生的犯罪嫌疑人事后提出，侦查人员在对毒品进行称重时，未向其出示称重的容器及之上的刻度，也未要求其在该称重笔录上签字，又比如侦查人员在对毒品进行取样以进行纯度检测时，没有见证人在场进行证明，或者见证人不是适格人的情况，另外还有情况则是在对案涉毒品进行封存时，没有与嫌疑人确定毒品数量，导致之后发生扣押的毒品数量和嫌疑人持有的毒品数量不一致。

数量次于毒品类案件的是危险驾驶罪案件，数量为30件，占比18.5%，危险驾驶罪案件中瑕疵证据也来源于办案程序的违法。例如检索的文书中有记载“办案程序严重违法，办案人员出具的情况说明称是交警林某1带领刘某1等人到达现场不属实，实际是刘某1带队并带王某1去抽血检验，刘某1并不具有交通警察身份，违反了查处酒驾及带当事人提取血样须有两名交通警察或者一名交通警察带领两名以上辅警进行处置的程序规定”。¹由于危险驾驶罪常常涉及到对犯罪嫌疑人的血液进行抽样检查，因此很多情况下犯罪嫌疑人会从抽检程序入手，寻找其中的瑕疵。除此之外，盗窃、诈骗、抢劫等财产类犯罪的数量为27件，比例达到了16.6%，其瑕疵证据通常发生在被害人陈述、证人证言以及对涉案财产的数额进行的鉴定意见之中。故意杀人、故意伤害罪案件的数量为17件，占比达到10.49%，其瑕疵证据出现的特殊之处则集中于对被害人的伤情展开的鉴定报告之上，犯罪嫌疑人常会对鉴定报告机构的资质和鉴定的程序提出异议。贪污受贿案件的数量达到14件，占比为8.64%，由于贪污受贿案件的关键在于犯罪嫌疑人自身的供述以及他人对犯罪嫌疑人的指控等，因此瑕疵证据基本出现在被告人的供述以及证人证言中。

2.2. 刑事诉讼瑕疵证据在不同种类证据中的占比

首先是物证与书证，数量为47件，占比约为29%，是本文参考数据中出现瑕疵证据比例最高的证据种类。对于物证，其瑕疵一般表现为以下几种情形，第一是在对物品进行称量、取样、封装时，没有见证人签名或者见证人的身份不符合规定、没有物品持有人的签名等；第二是在对涉案物品进行搜查和扣押之时，没有制作相关的笔录；第三则是在对物品进行搜查、提取以及封存后所做的笔录存在内容上的笔误等。由于物证是对犯罪活动十分重要的定罪证据，因此取证人员需要对获得物证的各个过程保持高

¹参见山东省嘉祥县人民法院(2021)鲁0829刑初404号。

度警惕，避免出现上述的瑕疵情形。对于书证，其瑕疵集中出现在故意伤害和故意杀人案件之中，表现为以下几种情形，第一是提供的被害人的身体状况材料和过往的病历材料出现瑕疵，多为内容上的篡改；第二是书证的复制件未注明必要事项以及未说明和原件内容上的一致性；第三则是有关的程序性文件出现时间上的问题以及缺少当事人签字的瑕疵。

证人证言、被害人陈述以及被告人供述均为言词类证据，本文将对其进行统一讨论。其中，证人证言存在瑕疵的数量为 26 件，占比为 16%；被害人陈述存在瑕疵的数量为 11 件，占比约 6.8%；被告人供述存在瑕疵的数量为 32 件，占比约为 19.75%。言词类证据的瑕疵表现形式较为多样化，主要有以下几种：第一，没有填写或者填写错误询问、讯问的有关时间；第二，不同的询问、讯问笔录显示了询问、讯问时间或者地点上的漏洞；第三，侦查人员或者询问、讯问人未在上述言词类证据中签字；第四，询问、讯问人员未在法律规定的地点和时间内进行询问、讯问，例如为了保证较高的询问效果，询问人员存在短暂超过规定时间而未暂定询问的情况；第五，在询问未成年人时，没有其监护人、代理人等其他适格的成年人在场。综合来看，言词类证据出现瑕疵的概率较书证和物证更高，且表现形式也更加多样化，这与我国侦查活动的取证侧重点相关联。

鉴定意见是为了对专业性事项进行专业性鉴定以辅助查明案件事实而形成的证据，本文的参考案例中，鉴定意见中出现瑕疵的数量为 41 件，占比约为 25.3%。鉴定意见较为特殊，其专业性特点使得鉴定意见主要发生以下几种证据中：第一是毒品类案件中对毒品的纯度等检验形成的意见；第二是故意伤害类案件中对被害人人身损害程度的鉴定意见；第三则是对财产型犯罪之中财产价格认定的鉴定意见。其瑕疵形式表现为：鉴定机构未达到做出鉴定多需要的资质标准；鉴定意见上缺少签订人员的签字或者鉴定机构的盖章；鉴定意见的做出没有足够的事实和材料依据等。

3. 刑事诉讼瑕疵证据存在的问题

3.1. 瑕疵证据认定范围存在的问题

首先，列举式的立法技术无法将现实中可能会出现各种情形全部囊括进去，只能将相对比较常见的情况进行列举，存在不全面性[6]。其次是法律文件之间列举出的瑕疵证据种类不一致，我国《刑事诉讼法》第五十四条对瑕疵证据的规定为“收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除”，²但是《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中规定的瑕疵证据的种类显然更为多样。因此实践中对于应该适用刑事诉讼法还是两个《证据规定》依然会产生一定的争议。

除此之外，法理上的不可具化性也使得认定瑕疵证据的范围存在一定的争议，对于如何把握轻微违法性的尺度，并不能统一下来[7]。很多法官在评价取证行为的违法性时也存在很大的偏差，一部分法官较为保守，认为只要有条件进行补救的证据，其违法程度就较低，就可以视为是瑕疵证据，从而在补救后成为合法证据被采用，这就导致了一些通过侵害当事人基本权利而获得的非法证据被错误的划分了范围，最终严重损害犯罪嫌疑人的合法权益；另外有一些法官则较为激进，即便在当前我国已经规定了瑕疵证据的情况下，还是会很多明显只是轻微的违法取证行为定性为严重的违法取证行为，从而将此行为获得的证据认定为非法证据而排除[4]。

3.2. 瑕疵证据补救程序存在的问题

瑕疵证据补救程序主要存在如下几方面的问题：第一，补救程序的启动主体不明，且现实情况中一

²《刑事诉讼法》第 54 条：“收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”

般情况下的启动主体具有封闭性。我国当前的法律中只规定了对于瑕疵证据可以进行补救，但是对于由谁来启动这一程序却没有详细的规定，实际情况中我国瑕疵证据补救程序的启动主体主要集中在公权力机关这边，呈现出法院与公诉机关联动而被告一方部分参与的态势，被告一方在判决之前甚至不知道哪些证据经过了补救[8]。

第二，我国法律对于侦查机关启动补救后的审查以及审查后该瑕疵证据的瑕疵依然存在的制裁措施都没有相关程序上的规定，这实际上进一步加重了侦查机关取证过程的不严谨程度。刑事诉讼的结果切实的可以影响被告人的人身或者财产权益，其中包括最珍贵的生命权，因此理论上来说应该让被告一方参与到瑕疵证据补救的全过程，让被告充分实施自己对于补救程序的监督权利，从而实现双方在举证质证环节的平等地位，避免被告方在不知情的情况下让原本不会对自己的不利的证据转化为对自己不利的证据，现如今对于补救程序的审查更多的是由人民法院进行，上文已经提及了法院和侦查机关在工作中体现的多为“互相配合”，被告方往往只会作为“被告知一方”。

4. 刑事诉讼瑕疵证据存在问题的应对措施

4.1. 完善瑕疵证据的认定标准

4.1.1. 引进主观认定标准

侦查人员的主观态度将直接影响其取得的证据能否被认定为瑕疵证据以及能否顺利运用补救规则进行补救，如果完全不考虑侦查人员的主观态度，对所有的瑕疵证据均适用补救规则，最直接的结果除了加重对犯罪行为的打击，还会造成冤假错案的发生以及取证行为的乱象不断，这在目前看来是得不偿失的。

但是主观上的认定并不是一项简单的工作，由于主观态度不是实体的事物，理论上来说除了当事人以外，其他任何人都无法对其进行判定。但是我们可以借助社会一般人的认知，来对侦查人员取证时的系列行为进行当然的心理推断。也就是说我们要关注瑕疵证据本身，在确认了取证过程的真实情况之后，我们需要按照常人的理解来看待瑕疵的出现是否具有必然性和非选择性，当我们将自己置身于当时的取证过程中，认为在该情况下要想获取证据就不可避免的会出现一些技术上的瑕疵，且我们本人对于这些瑕疵绝非是有意的，至少不是重大过失，此时就可以推定侦查人员不是有意选择采用一种侵害当事人权益的方式来获取证据，其取证行为是完全善意的，在此情况下才可以认定该证据属于瑕疵证据。相反，如果侦查人员明知自己正在运用违法手段取证、且在当时的情况下还有其他可行的选择时，其主观上就不是善意的，由此获得的证据的也就应归属为非法证据并予以排除。

4.1.2. 完善客观认定标准

首先，要将瑕疵证据特征之一的轻微违法性具体化为违反技术性规则而非实质性规则，依靠此二者更好的理解瑕疵证据的违法程度，从而更好的认定瑕疵证据以及区分非法证据与瑕疵证据。因此，当我们要评价一个证据是否符合瑕疵证据应有的轻微违法性特征时，可以着重审查这一证据中违法因素的造成是因为违反了程序性规则还是违反了实质性规则。例如安徽省十分著名的“阜阳王胜雨贩毒案”中³，被告人被抓后，公安机关当即决定要对其进行刑事拘留，依据《公安机关办理刑事案件程序规定》第126条的规定，⁴该被告人应当立即送往看守所羁押，但是公安机关却将其羁押在办公室内长达五天，事后，公安人员则对此期间制作出的数份对被告人的讯问笔录进行篡改，将讯问的地点全部改成看守所，这严重侵害了被告人的基本权利，因此属于违反了实质性规则所获得的证据，应认定为

³ 参见安徽省阜阳市中级人民法院(2019)皖刑初74号刑事判决。

⁴ 《公安机关办理刑事案件程序规定》第126条：“拘留后，应当立即将被拘留人送看守所羁押，至迟不得超过二十四小时。”

非法证据而非瑕疵证据。

其次,要充分评价瑕疵证据中的瑕疵给证据本身带来的破坏力大小,以及该破坏是否可以修复或者是否存在修复的实际价值[9]。当该瑕疵造成的破坏力较大时,就说明违法因素影响较大,由此取得的证据也就不属于瑕疵证据。以上文提及的“阜阳王胜雨贩毒案”为例,公安机关擅自将被告人羁押在公安局内五天,期间取得证据依靠的手段是在非法地点讯问而来的,这对于证据本身的合法性和真实性带来的破坏力较大,且由于地点的原因无法证明被告人当时的供述是出自其内心真实意思表示,因此后续对该证据的修复或者补救也无法实现对破坏力的消除,因此该证据就不属于瑕疵证据。

4.2. 完善瑕疵证据的补救程序

4.2.1. 丰富瑕疵证据补救程序的启动主体

当某一刑事案件处于审查起诉阶段时,检察院会对侦查机关移送的相关案件卷宗材料加以审阅,当检察院认为侦查机关提供的某一项证据存在瑕疵的,就可以启动瑕疵证据的补救程序,要求侦查机关进行补充侦查或者进行合理解释以补救该证据,从而消除瑕疵。这实际上是检察院作为法律监督机关依法履行自身监督职责的体现。而当某一刑事案件已经进入到审判阶段时,人民法院作为审判机关,也当然的享有对案件所有证据进行审查和发现瑕疵证据后要求侦查机关进行补救的职责,此外当检察院提起瑕疵证据补救的申请时,也是由人民法院决定是否启动该程序,这符合我国不断推动的以审判为中心的诉讼体制改革。

然而,我国法律却并未规定作为案件利害关系人的当事人可以作为瑕疵证据补救程序的启动主体,这是对当事人主体地位保护的缺失,不利于当事人合法权益的维护[10]。首先,瑕疵证据的补救直接影响到了当事人的部分权益,对于被告人而言,瑕疵证据能否启动补救程序有可能直接决定了其是否要面临进入监狱甚至是死亡这种严重损害其人身权益的处罚,因此当事人理应作为瑕疵证据补救程序的启动主体之一,以体现对其权利的尊重。其次,当事人作为瑕疵证据补救程序的启动主体,对于正确认定证据的性质有帮助。当事人作为案件的亲历者,对案情更加熟悉,对于侦查机关取得的某些证据的实际情况也有自己的认知。因此,我国应该将当事人规定为瑕疵证据补救程序的启动主体之一,以实现对其权益的保护。

4.2.2. 确定瑕疵证据补救程序的审查标准

第一,审查补救后的证据是否已经被消除了形式上的瑕疵以及由于瑕疵带来的不良法律后果。证据在形式上的瑕疵被消除是瑕疵证据补救后达到审查标准的最基本要求,对于人民法院而言也是审查工作的最先步骤。例如侦查机关制作的证人证言笔录中未记载其已经告知了证人享有的权利和相关的法律义务,那么在侦查机关进行补救后,人民法院首先就需要审查证据是否已经将该项缺少的内容补充完整,因此这一标准的审查是较为基础和简单的,人民法院只需要做最简单的形式对比即可。在此之后要着重审查证据的瑕疵所造成的不良法律后果是否已被消除,由于瑕疵证据均是通过违法取证手段所获得的,而每一个违法手段都不可避免的造成或轻微或严重的不良法律后果,因此人民法院在对补救后瑕疵证据的审查过程中,要详细审查瑕疵造成的不良法律后果是否已经被完全消除。

第二,要审查侦查机关补救的行为本身是否合法,这是确认证据的瑕疵在形式上已被消除且其不利法律后果也已不复存在后,审查瑕疵证据补救程序十分重要的一步。当前刑事诉讼中瑕疵证据的出现十分常见,相对应的侦查机关进行瑕疵证据补救所需要的人力物力等也比较高,这直接导致侦查人员为了尽快实现对瑕疵的补救,使瑕疵证据可以被顺利采用,会在补救的手段上用尽各种方式,其中包括虚构编造、恶意指控等非法行为。因此,人民法院在审查瑕疵证据补救的程序时,也要注意侦查机关所运用的补救方式。

5. 结语

瑕疵证据是我国刑事诉讼特殊背景下的产物，我们对瑕疵证据的发现和理解也时刻受到了主客观多重因素的影响，注定无法实现全面掌握的程度，因此我们需要承认瑕疵证据存在的必然性，在此基础上对其进行规制。一方面，要允许对瑕疵证据的补救，适应刑事诉讼的现实需求，不断完善对瑕疵证据的认定范围，将瑕疵证据与非法证据进行更加细致的区分；另一方面也要严格规制瑕疵证据的补救行为，考虑到刑事诉讼中对当事人的人权保护，避免不当扩大瑕疵证据范围以及错误运用瑕疵证据补救方式的行为出现，实现打击犯罪和人权保护的有效结合。在将来，我国需要牢牢把握瑕疵证据的显著特征，体现对其补救的独有价值，为瑕疵证据相关制度的存在提供价值支撑，同时也要立足于实际，从案件的具体审判找到更多问题，对瑕疵证据及其补救规则进行多角度的完善。总的来说，瑕疵证据相关制度的存在对于我国刑事诉讼目的的实现具有极大意义，我国应当主要通过立法手段逐步形成一套完备的瑕疵证据规则，使刑事诉讼中对瑕疵证据的认定和补救有法可依。

参考文献

- [1] 吕升运. 瑕疵证据的界定问题[J]. 哈尔滨师范大学社会科学学报, 2013, 4(4): 44-46.
- [2] 李勇. 非法证据与瑕疵证据的界限[J]. 证据科学, 2023, 31(4): 405-416.
- [3] 王颖. 刑事诉讼法典化背景下证据排除规范的体系重构[J]. 华东政法大学学报, 2023, 26(4): 118-128.
- [4] 易延友. 瑕疵证据的补正与合理解释[J]. 环球法律评论, 2019, 41(3): 19-38.
- [5] 李学军, 刘静. 瑕疵证据及其补救规则的适用[J]. 清华法学, 2020, 14(5): 103-118.
- [6] 邓峡. 我国瑕疵证据制度的风险及防范[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2014, 44(5): 89-94.
- [7] 王武强. 刑事瑕疵证据补正规则适用研究[J]. 南方论刊, 2022(11): 58-60.
- [8] 李忠勇. 对于完善刑事瑕疵证据补救制度的思考——以某中级法院普通刑事案件判决为样本[J]. 法律适用, 2013(2): 54-59.
- [9] 胡忠惠, 邓峡. 刑事瑕疵证据的实证研究与理论阐释[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2014.
- [10] 纵博. 刑事诉讼中瑕疵证据补正的若干操作问题研究[J]. 现代法学, 2012, 34(2): 124-129.