

论瑕疵证据补正规则

陈瑞华

摘要 中国 2010 年颁行的两部刑事证据规定，对“非法证据”与“瑕疵证据”作了明确区分，并针对“瑕疵证据”和部分“非法证据”确立了可补正的排除规则。所谓“瑕疵证据”，大都是侦查人员在制作相关证据笔录时存在技术性缺陷的证据。无论是从侵害的法益、违反法律程序的严重程度来看，还是从所造成的消极后果来看，“瑕疵证据”与“非法证据”都具有显著的区别，这也构成了对此类证据予以补正的主要理由。司法解释确立了“瑕疵证据”的范围、补正程序、补正的标准以及补正不能的法律后果。但是，无论是对“瑕疵证据”的界定，还是对此类证据的补正，司法官员都可能存在误读和滥用自由裁量权的问题。因此，对于这一规则的运用，应保持审慎的态度。

关键词 非法证据 瑕疵证据 排除规则 程序补正 补正不能

作者陈瑞华，法学博士，北京大学法学院教授。

引言

2010 年 7 月，最高人民法院、最高人民检察院会同其他三个部门颁布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》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“两个证据规定”，分别简称《非法证据排除规定》和《办理死刑案件证据规定》）。两个证据规定对刑事证据的审查判断问题作出了一系列新的规定，其中尤为引人瞩目的是确立了三种证据排除规则：一是主要针对非法言词证据的“强制性排除”规则；二是适用于非法物证、书证的“自由裁量的排除”规则；三是主要涉及瑕疵证据的证据能力问题的“可补正的排除”规则。^① 对于前两种排除规则的性质及相互间的关系，法学界在认识上并没有原则性的分歧，而主要是对这些排除规则的实施效果表示出了忧虑。但对于“可补正的排除”规则，很多研究者对其正当性提出了质疑。有些人士甚至担心这会导致证据排除规则受到消解、办案人员为补正瑕疵而弄虚作假。^② 尤其是对非法所得的物证、书证的证据能力问题，《非法证据排除规定》本来已经确立了“自由裁量权的排除”规则，却又给予办案人员进行补正或合理解释的机会，对这种可补正的排除规则的滥用，有学者也提出了批评。^③

① 关于三种排除规则的确立以及相互间的关系，参见陈瑞华：《非法证据排除规则的中国模式》，载《中国法学》2010 年第 6 期。

② 参见龙宗智：《两个证据规定的规范与执行若干问题研究》，载《中国法学》2010 年第 6 期。

③ 参见陈光中：《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部〈两个证据规定〉之公布为视角》，载《中国法学》2010 年第 6 期。

对于可补正的排除规则,法学界提出的一些担忧甚或质疑都是可以理解的。毕竟非法证据排除规则在我国的实施一直面临着诸多方面的障碍。如今,仅仅依靠法律位阶并不高的两部司法解释,就要解决这一证据规则的有效实施问题,确实是不容乐观的。^④况且,从两个证据规定施行以来的情况看,法院真正严格按照司法解释的要求排除非法证据的案件,至今仍属凤毛麟角。^⑤至于可补正的排除规则,人们也有理由将其视为两个证据规定的起草者所作的重大妥协,最终可能变成“经过补正后的不排除规则”。

在笔者看来,两个证据规定对可补正的排除规则的确立,意味着一种新型的非法证据排除规则出现在中国刑事法律之中。在西方国家的司法制度中,刑事法庭对于控辩双方有关证据合法性问题的争议,一般都是作出排除或者不排除的裁决。非法证据一经法院排除于法庭之外,公诉方即不得再援引它作为起诉的证据,法院也不得将其作为定罪的依据。而法院一旦作出不予排除的裁决,该证据在英美法庭上就具有了可采性,在大陆法国家的法庭上则具有了证据能力。可以看出,这里存在着一种“非此即彼”的裁判思维,刑事法庭对于非法证据的裁判没有第三种裁判思路。^⑥

透过这种可补正的排除规则的表象,一系列新的证据理论问题逐渐浮出水面,亟待研究者作出解释和分析。例如,究竟什么是“瑕疵证据”?它们与“非法证据”具有怎样的区别和界限?为什么要对“瑕疵证据”和“非法证据”确立不同的程序后果?又如,既然司法解释已经确立了“相对的排除规则”,为什么还要确立一种“可补正的排除规则”?后者是不是前者的一种派生规则?再如,对于“瑕疵证据”,法院既然可以给予办案人员补正的机会,那么,这类证据得到补正、瑕疵得到治愈的标准究竟是什么?法院假如确认某一瑕疵证据“得到补正”,其理由究竟是什么?

本文拟对可补正的排除规则展开一种规范性实证分析,以两个证据规定作为分析的样本,对这一排除规则所涉及的上述问题作出一定的理论解释。

一、“瑕疵证据”的分布和类型

(一)对“瑕疵证据”的分析

迄今为止,中国主流证据法学理论将侦查人员违法获得的所有证据都视为“非法证据”,而不承认“瑕疵证据”的存在,对此展开的理论研究就更谈不上。而一些司法实务界人士倾向于将侦查人员违反法律程序的行为都视为“程序瑕疵”,由此所获得的证据也被称为“瑕疵证据”。不过,这里所说的“瑕疵证据”实际就是“非法证据”的另一种称谓。^⑦

两个刑事证据规定既没有采纳证据法学界的主流观点,也没有接受部分实务界人士的看法,而

^④ 事实上,这种可补正的排除规则得到了2012年刑法修正案的部分吸收,从而为国家基本法律所部分确立。根据修正后的刑事诉讼法第54条的规定,“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”。

^⑤ 参见杨明等:《“非法证据排除”蹒跚起步》,载《瞭望东方周刊》,2010年11月29日。

^⑥ 关于英国、美国、加拿大等国的非法证据排除规则,以及德国的证据禁止制度,可参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第36页以下、55页以下、86页以下、174页以下和180页以下。

^⑦ 参见申夫、石英:《刑事诉讼中“瑕疵证据”的法律效力探讨》,载《法学评论》1998年第5期;王月丹等:《对瑕疵证据不能一刀切》,载《检察日报》,2009年7月13日;王翠云等:《瑕疵证据被排除》,载《检察日报》,2011年5月14日。当然,也有少数研究者注意到侦查人员“违反法律程序”存在着程度上的区别,提出了对部分“瑕疵证据”予以补正或者补救的思路。参见龙国栋:《刑事诉讼中的“瑕疵证据”与“证据的瑕疵”》,载中国法院网<http://www.chinacourt.org/article/detail/id/336739.shtml>,2011年10月20日访问。

是将“瑕疵证据”与“非法证据”作了区分,并对“瑕疵证据”作出了明确的列举。根据这两部刑事证据规定,法院对于非法言词证据和非法实物证据,分别采取“强制性的排除”规则和“自由裁量的排除”规则;而对于大量的“瑕疵证据”,则采取“可补正的排除”规则。由此,“瑕疵证据”就具有“可以补正”或者“经治愈后可以采纳”的性质。当然,按照《非法证据排除规定》所确立的原则,对于非法实物证据,法院在适用自由裁量的排除规则的同时,也给予办案人员进行补正的机会。结果,“非法所得的实物证据”也具有了“可以补正”的特征。

那么,究竟什么是“瑕疵证据”呢?“瑕疵证据”究竟有哪些基本属性?对于此问题,笔者不想沿袭过去的研究思路,即从纯粹思辨的角度为“瑕疵证据”下一个定义。因为这种带有“演绎推理”式的研究思路,要么过多地受到大陆法国家民事行为理论的影响,要么直接从行政行为的瑕疵与治愈的理论中获取灵感,而对于中国刑事证据法中的“瑕疵证据”缺乏令人信服的解释力。至于大陆法国家的刑事诉讼行为无效理论及其制度,尽管存在着“可补正的无效”等方面的制度,但与中国司法解释中的“可补正的排除规则”是不可同日而语的。^⑧其实,要对“瑕疵证据”的性质作出准确的解释,需要对两个证据规定所列举的“瑕疵证据”进行全面的观察和类型化的分析,然后再进行理论上的提炼和总结。这种“先归纳后演绎”的研究思路,更有助于揭示“瑕疵证据”的分布规律和属性。

所谓“瑕疵证据”及其补正规则,主要被确立在《办理死刑案件证据规定》之中。根据这一证据规定,法院在对物证、书证、证人证言、被告人供述、勘验检查笔录、辨认笔录的审查判断过程中,对于那些在收集过程中存在轻微违反法律程序情形的,可以将其视为“瑕疵证据”,并适用可补正的排除规则。

通过对“瑕疵证据”的分布和具体情形的考察,可以对其作出基本的分类。总体上看,“瑕疵证据”大都是侦查人员在制作相关证据笔录时存在技术性缺陷的证据,如笔录记录有错误、笔录遗漏了重要的内容、笔录缺乏相关人员的签名等。当然,对于那些在收集证据过程中存在程序步骤、方式、时间、地点等方面违规的情况,《办理死刑案件证据规定》也将其列入“程序瑕疵”之列。以下依次对这些“瑕疵证据”作出简要的分析。

(二)“瑕疵证据”的类型

1. 证据笔录存在记录上的错误。侦查人员提供的证据笔录存在着记录上的错误,这是刑事诉讼中经常发生的情况。比如,证人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”,这显示出询问笔录记载的时间不合情理,违背基本的经验法则。又如,被告人讯问笔录“填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾”。这尽管对讯问笔录的内容没有直接的影响,却存在着讯问过程方面的记录错误。证据笔录在记录上存在的错误,显示出侦查人员所提供的证据笔录存在着形式上的缺陷。至于侦查人员是否实施了违法侦查行为,从证据笔录本身并无法得到验证。

2. 证据笔录遗漏了重要内容。在侦查过程中,侦查人员由于疏忽大意或者对证据规则的轻视,经常发生没有完整地记载侦查过程的情形。这种形式上的程序违规尽管不一定意味着侦查人员违反了法律程序,却属于不容忽视的证据瑕疵。例如,勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单没有载明物品的特征、数量、质量、名称,物证、书证的复制品没有记载制作人关于制作过程的

^⑧ 参见注⑥,第190页以下;注①。

说明,等等。这种记载上的疏忽,使得法院无法判断物证、书证的真实来源,也无从查明物证、书证收集、提取过程的完整性,以致于无法对这两类证据的“保管链条”作出完整的证明。又如,侦查人员在询问证人过程中没有填写“询问人、记录人、法定代理人姓名”或者“询问的起止时间、地点”,询问笔录“没有记录告知证人应当如实提供证言”等内容。这种记录上的缺失尽管属于形式上的程序违法,但也会令人怀疑询问过程的规范性。再如,侦查人员对被告人的首次讯问笔录“没有记录告知被讯问人诉讼权利内容”。尽管这不一定说明侦查人员没有进行这种权利告知,而是存在着记录上的疏漏,但是,这毕竟属于侦查程序上的明显漏洞,有待侦查人员给出合理的解释或者说明。再如,在组织辨认过程中,侦查人员没有对辨认过程和结果制作辨认笔录,或者辨认笔录“过于简单,只有结果没有过程”,或者“案卷中只有辨认笔录,没有被辨认对象的照片、录像等资料”。这些在辨认笔录记载上存在的缺陷,不一定说明侦查人员的辨认存在严重违反法律程序的情况,却足以令人质疑辨认程序的规范性,并对辨认结果的正确性产生合理的怀疑。

3. 证据笔录缺少有关人员的签名或盖章。在侦查过程中,无论是主持侦查的办案人员、物品持有人、被讯问人、被询问人,还是侦查过程的见证人,都要对有关证据笔录签名或者盖章,这是上述人员确认侦查过程规范性和侦查结果真实性的重要制度保证。一旦缺乏这些人员的签名或者盖章,证据笔录即属于“瑕疵证据”。例如,在收集物证、书证过程中,侦查人员制作的勘验笔录、搜查笔录、提取笔录、扣押清单没有侦查人员、物品持有人、见证人签名;讯问被告人笔录上“讯问人没有签名”;勘验、检查笔录没有勘验、检查人员和见证人签名;辨认笔录没有侦查人员、辨认人、见证人签名或者盖章……这些缺乏相关人员签名或者盖章的证据笔录,一方面属于证据笔录制作上的技术性失误,另一方面也足以令人怀疑侦查过程的合法性、规范性,甚至有关侦查过程是否发生过都可能引起人们的合理怀疑。

4. 侦查活动存在“技术性手续上的违规”。除了在证据笔录的记载上存在瑕疵以外,《办理死刑案件证据规定》所列举的“证据瑕疵”还有一个显著的特征:侦查人员程度不同地存在轻微的程序违规情况,由于违反法律程序的情况并不严重,我们可以称其为“技术性程序上的违规”。例如,询问证人的地点不符合规定。侦查人员将证人传唤到看守所,或者安置在某一使证人丧失人身自由的场所,然后进行询问。这种在询问地点上的违规操作,容易导致证人丧失陈述的自愿性,甚至被迫作出不符合真实情况的事实陈述。又如,勘验、检查过程没有见证人到场参与。这违反了刑事诉讼法有关勘验、检查需要见证人参与的规定,^⑨使得整个勘验、检查过程缺乏中立第三方的监督,其真实性和合法性难以得到保证。再如,在组织辨认过程中,主持辨认的侦查人员少于二人,侦查人员没有向辨认人详细询问辨认对象的具体特征,等等。这些在辨认过程中的违规操作,既违背辨认本身的程序规范,又容易造成辨认人的错误辨认,甚至导致刑事误判现象的出现。

二、“瑕疵证据”与“非法证据”

根据前面的类型化分析,“瑕疵证据”大都属于侦查人员通过轻微违法的方式所获得的证据,在收集证据过程中,侦查人员要么存在笔录记载上的失误,要么在收集证据的时间、地点、步骤、

^⑨ 参见2012年修订后的《刑事诉讼法》,第131条。

方式上存在技术性违规。但是,对“瑕疵证据”的这种初步认识并不是十分准确的。人们可能会进一步地追问:究竟什么是“轻微的程序违法”?判断侦查人员违反法律程序是否严重的标准到底有哪些?特别是与一般意义上的“非法证据”相比,“瑕疵证据”具有哪些显著的特征呢?

《办理死刑案件证据规定》除了对非法言词证据适用强制性的排除规则以外,还对非法实物证据、非法辨认笔录、非法鉴定意见确立了强制性的排除规则。值得注意的是,该证据规定对于物证、书证、证人证言、被告人供述、辨认笔录等证据,分别列举了“非法证据”和“瑕疵证据”的形态,并分别确立了强制性的排除规则和可补正的排除规则。这为观察“非法证据”与“瑕疵证据”的区别提供了难得的样本。^⑩

(一) 取证手段是否侵犯了重大的权益

《办理死刑案件证据规定》对言词证据分别列举了“非法证据”和“瑕疵证据”的各种情形。其中,侦查人员通过刑讯逼供获取的被告人供述以及通过暴力、威胁方法获取的被害人陈述、证人证言被视为典型的“非法证据”,并作为强制性排除规则的适用对象。而那些在记录方面存在错误、遗漏等情况的讯问笔录和询问笔录,则被视为“瑕疵证据”。

只要略微深入地分析一下两类证据的情形,就可以发现规则背后的一个规律:所谓“非法证据”,大都是侦查人员通过严重侵犯被告人合法权益的手段所获取的,而“瑕疵证据”的形成过程,虽然通常会存在着一些技术性的违规情况,却没有发生较为严重的侵权现象。比如说,“刑讯逼供”属于严重践踏被告人的肉体、精神和尊严的行为,令被讯问者产生肉体或精神上的痛苦;侦查人员对“暴力”、“威胁”手段的运用,令被害人、证人产生恐惧和痛苦,并程度不同地剥夺了他们陈述的自愿性;讯问笔录、询问笔录没有经过被告人、证人的核对确认,属于严重剥夺被告人、证人知情权的行为;讯问或询问过程中拒绝提供翻译的行为,使得被告人、证人无法准确了解侦查人员的问题,更无法获知笔录记载的真伪……这里存在着不同程度的侵权现象,侵权行为的发生恰恰构成“非法证据”得以认定的现实基础。

相反,同样是言词证据的取证过程,假如侦查人员仅仅在讯问笔录、询问笔录的记录上存在错误,或者遗漏了时间、地点、讯问人、记录人的签名,这充其量只是一种笔录形成上的缺陷,并没有对被告人造成人身、精神、财产等方面的严重侵害。更何况,有些证据笔录记载上的形式缺陷,有可能是侦查人员记录时的疏忽,而不一定意味着侦查活动本身存在着违法情况,更谈不上对被告人权利的严重侵犯。

很显然,取证手段是否存在严重的侵权行为,可以成为区分“非法证据”和“瑕疵证据”的一项标准。当然,这并不意味着所有“非法证据”都有相同的侵权现象,也不是说“瑕疵证据”就不存在任何侵权问题。准确地说,相对于“非法证据”而言,“瑕疵证据”不存在明显的侵权问题,至多存在技术层面上的违规问题;而“非法证据”则程度不同地存在着明显的侵权问题。至于侵权程度较为严重的“非法证据”与侵权程度较为轻微的“非法证据”在处理上究竟如何区别对待,那就是另一个问题了。

^⑩ 例如,根据《办理死刑案件证据规定》第13条和第14条的规定,“询问证人没有个别进行而取得的证言”属于非法证据,而证言假如存在“询问证人的地点不符合规定的”,则属于“瑕疵证据”;根据该规定第20条和21条的规定,“讯问笔录没有经被告人核对确认”并签名或者盖章的,属于“非法证据”,而“讯问人没有签名的”讯问笔录,则属于“瑕疵证据”;根据该规定第30条的规定,“辨认不是在侦查人员主持下进行的”,则辨认笔录属于“非法证据”,而“主持辨认的侦查人员少于二人的”,则辨认笔录被归入“瑕疵证据”之列,等等。

（二）取证手段是否违反了实质性程序规范

无论是“非法证据”还是“瑕疵证据”，都涉及侦查人员违反法律程序的问题。但是，不同的法律程序在重要程度上存在差异。比如说，那些划分公安机关和检察机关立案管辖权的程序规则，就比那种要求侦查人员制作证据笔录的规则重要得多；那些要求侦查活动有两名侦查人员参与的规则，也比那种仅仅要求侦查人员在笔录上签字的规则更为重要。通常，可将较为重要的法律程序称为“实质性程序”，^①而将不重要的法律程序视为“技术性程序”或者“形式上的手续”。^②

侦查人员一旦违背了“实质性程序”，所获取的证据就属于“非法证据”；相反，假如仅仅违反了一些“技术性程序”或者“形式上的手续”，所获取的证据就具有“瑕疵证据”的性质。

一般而言，所谓“实质性程序”，主要有以下三个方面的特征：一是体现了重要的司法制度、诉讼理念和程序原则；二是保护特定当事人的人身权利和诉讼权利；三是以禁止性规范或者义务性规范的形式，对侦查人员提出了明确的程序要求，并设立了专门的程序性法律后果。侦查人员在收集证据过程中一旦违反这种“实质性程序”规范，就意味着严重违背了相关的司法理念，侵犯了重要的当事人权利，或者违反了法定的禁止性规范，因此构成严重的程序违法。侦查人员由此所获取的证据也就被视为“非法证据”。

《办理死刑案件证据规定》对物证、书证的证据能力所设置的排除性规定，充分说明了“非法证据”的上述特征。根据这一司法解释，物证、书证未附有勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录或者扣押清单，不能证明其真实来源的，属于“非法证据”。这是因为，从勘验、检查笔录，搜查笔录，到提取笔录，扣押清单，都对物证、书证的真实来源起到验证作用。未经上述“笔录类证据”加以印证的物证、书证，属于在“保管链条”的完整性方面存在严重缺陷的实物证据，该证据的真实性和同一性无法得到证明，物证、书证也难以排除被伪造、变造的可能性。这种对实物证据“保管链条”的证明通常被称为“鉴真”。司法解释之所以将那些未附有相关笔录类证据、无法验证真实来源的物证、书证视为“非法证据”，就是因为这种对实物证据的鉴真制度对于鉴别实物证据的真实性和同一性具有至关重要的作用。

相反，“技术性程序”通常属于对特定侦查行为在时间、地点、签名、见证、记录等方面所提出的技术性要求，带有形式上的法律手续的性质。侦查人员即便违反了这类程序规范，一般也未违背重大的诉讼原则，不会侵害当事人的重要权利，更不会违反法律所设置的禁止性规范。例如，根据《办理死刑案件证据规定》，侦查人员收集调取的物证、书证，没有在勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录或者扣押清单上添加侦查人员、物品持有人、见证人的签名，或者未注明物品特征、数量、质量、名称的，一律被视为“瑕疵证据”。这显然是考虑到侦查人员即便在证据笔录上遗漏了相关的签名和注明事项，也属于一些程序环节和步骤上的缺陷，对于物证、书证的“保管链条的证明”不构成实质性的影响。对这类技术性程序的违反，不会带来严重的后果。

（三）采用某一证据是否违背程序正义

在区分“非法证据”和“瑕疵证据”时，除了要考虑取证手段本身违法情节是否严重以外，还应当考虑采纳该证据是否会带来消极的后果。这种后果通常有两个方面：一是是否给司法程序本身

^① 所谓“实质性程序”，要么体现了重要的法律价值、政策或理念，要么体现了对公民基本权益的保障。前者的典型例子是“两名侦查人员进行讯问嫌疑人”的程序要求；后者的典型例子是“严禁刑讯逼供”的程序规则。

^② 所谓“技术性程序”或“形式上的手续”，通常是指不涉及重大法律价值和政策，也不涉及公民权利保护问题的程序规范。

造成了不公正；二是是否可能造成证据的不真实和不可靠。前者属于对程序正义的阻碍程度问题，后者则属于对实体裁判后果的影响问题。我们首先来分析前一个方面的因素。

两个证据规定对非法言词证据所作的列举以及由此所确立的强制性排除规则，显示出程序正义因素在其中起到了重要的影响。毕竟，无论是刑讯逼供所得的被告人供述，还是以暴力、威胁手段获取的证人证言，一旦被法院采纳，就会对司法程序的公正性产生消极的影响。且不说采纳这些证据会不会造成伪证的采纳和刑事误判的发生，单就法院给予这些证据以法庭准入资格本身来说，就说明法院实际成为刑讯逼供的“共犯”甚至“帮凶”，对于被告人遭受刑讯逼供的行为不仅不加以制止，而且还对刑讯逼供的实施者进行了肯定和激励。这显然严重破坏了整个刑事司法的公正形象，使得法院作为司法正义“最后一道堡垒”的作用消失殆尽。^⑬正是考虑到采纳刑讯逼供、暴力、威胁所得的言词证据会带来如此消极的后果，司法解释的制定者才痛下决心，将这些言词证据界定为“非法证据”。

相反，两个证据规定对于“瑕疵证据”的界定，也说明这些证据即便被法院采纳，也不足以对司法程序的公正性造成太大的影响。例如，侦查人员在讯问笔录、询问笔录的制作上存在错误、遗漏或者没有相关签名的，并未构成实质上的程序违法，而至多算作程度不同的技术性违规。对于这些技术层面的程序瑕疵，法院只要责令办案人员给予补正，或者作出合理的解释或说明，就足以弥补原来存在的程序瑕疵，而不至于造成严重后果。

（四）采用某一证据是否影响证据的真实性

一些法官主张将非法言词证据作为非法证据排除规则的主要适用对象，就是考虑到诸如刑讯逼供之类的非法取证手段，可能会造成被告人虚假的有罪供述。而侦查人员即便在收集物证、书证过程中存在违法情形，也通常不会影响物证、书证的真实性。^⑭在两个证据规定中，“非法证据”与“瑕疵证据”的区分，就部分遵循了这一标准。那些在程序违法方面情节严重的“非法证据”，通常都有一个共同的特征：这类证据取证手段的违法性很可能直接影响该证据的真实性，法院一旦采纳它们，就容易作出错误的事实认定。相反，那些被认定为违法情节不严重的“瑕疵证据”，即便为法院采纳，一般也不会造成事实认定上的错误。^⑮

本文前面分析的很多例子都说明了这一区分标准的存在。例如，来源不明的物证、书证之所以被视为“非法证据”，至少是因为这种“来源不明”足以对其来源的真实性产生实质性的影响；而侦查人员在相关证据笔录上存在记录上的错误或者遗漏问题，则对该物证、书证本身的真实性不会产生实质影响。又如，侦查人员通过刑讯逼供、暴力、威胁等手段所获取的言词证据，由于令提供言词证据的人产生了痛苦，因此获得了非自愿的供述或者陈述，很可能会造成供述或陈述的不真实；而讯问笔录缺乏相关人员的签名，这对于讯问笔录的真实性通常不会产生影响。

在辨认笔录的审查判断方面，《办理死刑案件证据规定》列举了10种侦查人员违反法律程序的情形，其中前5种被列为“非法证据”，后5种被归入“瑕疵证据”的范围。究其原因，侦查人员组织辨认的手段会不会影响辨认结果的真实性起到了重要作用。比如说，“辨认不是在侦查人员主持下进行的”，由此所得的辨认记录属于“非法证据”；而“主持辨认的侦查人员少于二人的”，由

^⑬ 参见陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社2010年版，第102页以下。

^⑭ 参见熊选国主编：《刑事诉讼法司法解释释疑》，中国法制出版社2002年版，第51页以下。

^⑮ 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页、183页。

此所得的辨认记录属于“瑕疵证据”。很显然，非侦查人员由于不熟悉辨认的程序和操作规程，所主持的辨认很容易出现错误；而侦查人员少于二人的，至多属于技术上的违规，而对辨认结果的消极影响要小一些。又如，“辨认中给辨认人明显暗示或者明显有指认嫌疑的”，很容易对辨认人造成诱导，导致辨认结果的错误，这就属于法定的“非法证据”。而辨认笔录没有记载被辨认对象资料情况的，虽然属于辨认程序的不规范之处，却不一定对辨认结果的真实性产生负面的影响，因此被列入“瑕疵证据”的范围。

三、可补正的排除与自由裁量的排除

假如接受前面对“非法证据”和“瑕疵证据”的区别标准的话，那么，就很容易提出以下疑问：既然“非法证据”与“瑕疵证据”具有不同的性质，既然对“非法证据”要适用排除规则，而对“瑕疵证据”则适用可补正的排除规则，那么，为什么对那些“非法所得的实物证据”仍然给予办案人员进行程序补正的机会呢？在对非法实物证据的排除方面，司法解释岂不是将“非法证据”与“瑕疵证据”予以混淆了吗？

的确，两个证据规定确立了3种排除规则：一是“强制性的排除规则”，二是“自由裁量的排除规则”，三是“可补正的排除规则”。对于“强制性的排除规则”，司法解释尽管对其适用对象规定得并不清晰，但它与“可补正的排除规则”还是存在着明确的界限。而对于“自由裁量的排除”与“可补正的排除”，司法解释却没有作出彻底的分离，这很容易造成认识上的分歧。最高人民法院的一些法官就指出，所谓“可补正的排除”其实就属于“自由裁量的排除”的一种特殊形态。^⑩

其实，对“自由裁量的排除”与“可补正的排除”之间的关系，首先应当从它们各自适用的对象来进行分析。所谓“自由裁量的排除”，适用的对象是“非法证据”，也就是侦查人员非法获取的物证、书证。相对于“非法言词证据”而言，对这种“非法实物证据”要采取自由裁量的排除规则。相反，“可补正的排除”适用的对象则是“瑕疵证据”，这是一种与“非法证据”有着实质区别的证据。无论是从取证手段的违法程度还是从采纳后的消极后果来看，“瑕疵证据”都明显不同于“非法证据”，即便与“非法实物证据”相比，“瑕疵证据”也明显属于违法程度较弱的一种证据。正因为上述两种排除规则所适用的对象具有实质性的差异，所以，它们应当被视为两种相互独立的排除规则。

那么，“自由裁量的排除”与“可补正的排除”在排除证据方面有无实质区别呢？实际上，所谓“自由裁量的排除”仍然是一种“排除性的证据规则”，法官一旦得出肯定的结论，就意味着作出排除非法证据的裁决。这一点，在英国1984年警察与刑事证据法中有明确的规定。^⑪换言之，“自由裁量的排除”与“强制性的排除”都属于非法证据排除规则的传统形式，法官一经适用，要么作出排除非法证据的裁决，要么作出不排除证据的裁决，几乎没有第三种选择。相反，中国新确立的“可补正的排除规则”，却是一种“附条件的排除规则”。也就是说，法官对于某一法定的“瑕疵证据”，既不作出排除的裁决，也不作出不予排除的裁决，而是责令办案人员进行必要的程序补

^⑩ 参见注⑫，第147页。

^⑪ See John Sprack, *Emmins on Criminal Procedure*, 8th edition, Blackstone Press Limited, 1997, pp.184-185; 另参见注⑥，第47页以下。

正。法官对补正的结果进行审查,然后再作出排除或者不排除的裁决。这样,“可补正的排除规则”就突破了非法证据排除规则的传统形态,给予办案人员进行程序补正以及法官对补正情况进行审查的机会,并将此作为适用排除规则的前提条件。

假如《非法证据排除规定》不对“自由裁量的排除”设置补正程序,那么,上述界定将是十分清楚的,也不会引发任何争议。但令人遗憾的是,司法解释的起草者偏偏为“自由裁量的排除”附加了一项程序补正规则,使得这种排除规则与“可补正的排除规则”产生了不应有的交叉。结果,明明只应对“瑕疵证据”适用的“可补正的排除规则”,却对“非法实物证据”发挥了作用;明明在违法程度上应当更为严重的“非法物证、书证”,却在适用排除规则方面比“瑕疵证据”变得更为困难。事实上,法官一经认定侦查人员在收集物证、书证方面存在明显违反法律程序的情形,并且确认采纳此项非法证据会影响公正审判的,就应当作出“排除非法证据”的裁决,而无须再添加任何形式的“补正程序”。否则,那种存在严重违法、采纳后又会带来严重后果的物证、书证,一经办案人员补正,或者给出合理解释,法官就可以采纳为定案的根据。这就构成了对非法实物证据的纵容。真正应给予补正机会的,不应是“非法证据”,而应仅限于“瑕疵证据”。

那么,“可补正的排除规则”究竟算不算“自由裁量的排除”的一种特殊形态呢?的确,英美证据法只有“强制性的排除”与“自由裁量的排除”这一分类,而不存在“可补正的排除”。同时,法官在适用“可补正的排除规则”方面,也要对相关利益和价值进行必要的权衡和考量。但是,“可补正的排除”本来就是中国司法解释独创的一种新型排除规则;它所适用的对象也主要限于“瑕疵证据”,而本不应是“非法证据”;在适用这一排除规则过程中,法官要责令办案人员进行必要的程序补正,然后对补正的情况进行审查,再作出是否排除的裁决。尤其是在“可补正的排除规则”适用过程中,法官遇有那些法定的“瑕疵证据”,根本不必再去审查侦查人员是否“明显违反法律程序”,也不必审查法官采纳这些证据会不会“影响公正审判”,而是直接责令办案人员进行程序补正,或者作出合理的解释。换言之,法官遇有那些法定的“瑕疵证据”,不再像对待“非法实物证据”那样进行利益权衡和价值考量,而是直接作出了一种推定——侦查人员的违法取证行为不属于“明显违反法律规定”,采纳该证据也不会“影响公正审判”。正因为如此,法官才给予办案人员进行程序补正的机会,使其对该瑕疵证据的缺陷进行必要的补充和纠正,或者给出合理的解释和说明。由此,“可补正的排除规则”的适用,其实主要就是办案人员进行补正以及法官审查补正情况的过程。这就与“自由裁量的排除”产生了实质性的区别。

根据上述分析,可以得出以下结论:“可补正的排除”与“自由裁量的排除”无论是在适用对象还是在适用后果上都具有显著的区别,两者是相互独立的排除规则。中国新近颁行的司法解释对“自由裁量的排除”附加了一种补正条款,使得两种排除规则产生了一定的混淆。其实,假如将“自由裁量的排除”所附加的补正条款予以删除,那么,排除规则就可以大体分为两类:一是针对“非法证据”的排除规则,又称为“不可补正的排除规则”;二是针对“瑕疵证据”的排除规则,又可称为“可补正的排除规则”。至于“不可补正的排除规则”,又可以进一步区分为“强制性的排除规则”与“自由裁量的排除规则”。

四、对瑕疵证据进行补正的正当性

与法学界“同仇敌忾”地进行价值批评的做法相比,实务界更多地对可补正的排除规则进行了

理论上的辩护。究竟为什么要对瑕疵证据确立可补正的排除规则呢？按照最高人民法院一些法官的解释，侦查人员在取证方面存在的瑕疵只是影响到证据取得的合法性，并未在实质上影响证据的真实性，“如果一概予以排除，则不利于案件事实的准确认定”。^⑮ 因此，对于特定的程序瑕疵，如果允许办案人员予以补正或者作出合理解释，该瑕疵证据仍然可以作为证据使用。^⑯

这是我们迄今能够看到的对可补正的排除规则所作的不多的权威解释。保证案件事实的准确认定固然可以成为确立这一排除规则的理由，但是，人们不禁会追问：既然瑕疵证据并不影响案件事实的准确认定，那么，法院为什么不直接将其采纳为定案的根据，而要责令办案人员进行程序补正呢？对于那些没有进行补正或者没有给出合理解释的瑕疵证据，法院为何保留作出排除的权力呢？

其实，要对可补正的排除规则的正当性给出令人信服的解释，我们需要回答 3 个层面的问题：一是究竟为什么不对那些“瑕疵证据”加以排除？二是为什么要对“瑕疵证据”给予程序补正的机会？三是对于办案人员没有进行补正或者没有给出合理解释的“瑕疵证据”，法院为什么仍然保留排除的权力？所谓“保证案件事实的准确认定”之类的说法，可能对于上述第二和第三个问题的解答，有一定的说服力。但对于第一个问题，这种论断则是软弱无力的。

（一）对“瑕疵证据”不适用强制性排除的理论依据

一般而言，非法证据排除规则是一种程序性制裁机制，也就是通过宣告侦查行为无效的方式来确立程序性违法行为的法律后果。之所以要确立这一排除规则，主要是考虑到以下几个方面的因素：一是通过剥夺“违法者违法所得的利益”，来有效地遏制侦查人员的程序性违法行为，督促侦查人员成为遵守法律程序的楷模；二是通过否定非法证据的证据能力，来对那些侦查侵权行为的受害者进行权利救济；三是通过对非法侦查行为作出无效之宣告，法院可避免成为侦查违法行为的“帮凶”或“共犯”，而成为维护司法正义的最后一道堡垒。^⑰

但是，非法证据排除规则的适用并不都会带来积极的效果，而可能带来一些负面后果。如按照卡多佐大法官的批评，“因为警察违法，就放纵犯罪”。^⑱ 侦查人员违反法律程序与法院否定非法证据的合法性，甚至进而导致宣告被告人无罪，两者之间没有必然的因果关系。按照这一逻辑，人们还可以进一步质疑排除规则的正当性：“因为警察违法，就罔顾被害人的诉求”；“因为警察违法，就侵害整个社会的利益”；“因为警察违法，就使可能有罪的被告人获得额外的利益”，等等。^⑲

非法证据排除规则既然会带来积极的效果，也会产生负面的作用，那么，就不能无限制地扩大这一规则的适用范围，而应为其设置一定的边界和范围。通常，排除规则主要被适用于那些存在严重程序违法问题的“非法证据”上面。例如，在美国，非法证据排除规则主要适用于警察通过侵犯公民宪法权利所获取的“非法证据”；在英国，法院对警察通过强迫或者可能影响证据真实性的方法所获得的被告人供述，采取强制性的排除规则；在德国，“非自主性证据使用禁止”主要适用于那些严重剥夺被告人供述自愿性的供述证据，而“自主性证据使用禁止”则被适用于那些涉及侵犯

^⑮ 张军主编：《刑事证据规则理解与适用》，法律出版社 2010 年版，第 149 页。

^⑯ 参见注⑮，第 149、183、239 页。

^⑰ 有关非法证据排除规则的正当性问题，可参见注⑮，第 102 页以下；注⑮，第 56 页以下。

^⑱ 卡多佐大法官的这句名言是美国联邦最高法院在 1967 年的玛普诉俄亥俄案件的判决中援引的。参见 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)。

^⑲ 有关非法证据排除规则适用的负面作用的分析，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 230 页以下。

公民宪法权利的非法定据,等等。^②

按照非法证据排除规则主要被作为解决刑讯逼供问题的制度设计,对于那些严重剥夺陈述自愿性、容易带来虚假陈述的非法言词证据,法院有权适用排除规则。而对于那些存在违反法律程序问题的非法实物证据,则一般不将其排除于法庭之外。^③这显然说明,排除规则适用的前提是存在严重的侦查违法行为。但是,相对于“非法证据”而言,“瑕疵证据”属于侦查人员通过较为轻微的程序违法手段所获取的证据。这些轻微违法行为大都属于在侦查的步骤、方式、记录、签名等方面存在技术性瑕疵的行为,带有程序性违法的性质,既没有对当事人的利益造成严重侵害,也没有违反那些涉及国家基本法律秩序的实质性程序规范,法院即便不排除这些瑕疵证据,也不会影响司法程序的公正性,更不会造成法院采纳证据和认定事实上的错误。正因为如此,对“非法证据”适用排除规则的正当理由,对“瑕疵证据”的处理是不适用的。

假如我们不对侦查违法作出严重程度上的区分,而是对所有“违反法律程序”的行为都予以强制性排除的话,那么,排除规则的负面效应就会显得格外突出。例如,对于“瑕疵证据”动辄采取排除措施,势必会削弱公诉方的证据体系,使得法院的定罪变得困难,甚至出现大量不得不放弃有罪裁决的案例。考虑到侦查人员违反法律程序的情况具有较高的比例,而那些在侦查的技术手续方面存在瑕疵的情况更是带有普遍性,因此,这种不加区别地适用排除规则的做法,可能会使所有程序违法行为都受到一种整齐划一的惩罚。毕竟,将证据排除于法庭之外,属于一种最严厉的程序性制裁措施;而侦查人员违反法律程序的情况又是千差万别的,有着严重程度的差异。这种对不同程度的程序违法行为一律采取最严厉制裁的做法,无疑违背了基本的“比例性原则”。更何况,因为排除规则的适用而造成对有罪被告人的放纵,假如发生在大面积的案件中,几乎肯定会带来社会各界的强烈反应,整个刑事司法系统将会面临“控制犯罪不力”的强烈指责和压力。

(二) 程序补正的正当性

既然“瑕疵证据”不适用排除规则,法院就应对这类“程序瑕疵”不予理会,为何还要“多此一举”的程序补正呢?

要回答这个问题,需要考察“程序补正”的性质,并对补正的独特意义加以分析。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;侦查人员的办案程序虽有一定的瑕疵,但经过补正,只要不影响证据的真实性,就可以承认其证据能力,这显示出一种“实体真实优先”的理念得到遵循;侦查行为即便存在违法情形,法院给予办案人员进行必要程序补救的机会,这说明一种“诉讼经济”的观念得到充分的体现。

应当说,“责令补正”本身带有程序性制裁的性质。所谓“补正”,是法院在侦查行为存在“程序瑕疵”之后,责令公诉方对“瑕疵证据”作出补充和纠正的行为。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。但与“宣告无效”不同的是,法院没有进一步否定该“瑕疵证据”的证据能力,而是责令办案人员对该证据的瑕疵进行程序上的补救。这种补救无论是采取重新制作证据笔录的方式,还是采取作出情况说明的措施,都是法院责令办案人员对其取证程序进行必要的补充和纠正。更何况,法院对这种程序补救拥有进一步审查的权力,并对那些无法补

^② 参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第84页、37页及181页。

^③ 参见熊选国主编:《刑事诉讼法司法解释释疑》,中国法制出版社2002年版,第136页以下。

救的瑕疵证据，保留适用排除规则的权力。可以说，“责令补正”对办案人员不仅有明确的义务要求，而且对拒绝补正的行为确立了消极性的法律后果，这种程序补正的命令当然属于对侦查人员的一种惩罚。只不过，与传统的实体性制裁相比，“责令补正”并不会使办案人员承担直接的民事责任、行政责任或者受到刑事制裁，而带有“弥补过失”、“重新实施诉讼行为”的性质，具有程序性制裁的效力。如果这种“责令补正”措施运用得当的话，那么在一定程度上可以起到惩罚既有违法者，威慑潜在违法者的作用。^⑤

既然“责令补正”本身具有程序性制裁的效用，那么，法院通过“责令补正”，究竟要达到怎样的积极效果呢？法院责令办案人员进行程序补正，一方面要对原来的程序瑕疵进行消除，重新按照规范的法律程序制作证据笔录；另一方面，更是要通过这种补正程序，消除可能的证据错误，避免那些不真实、不可靠的证据转化为法院定案的根据。

一般说来，侦查人员在收集证据的手段、方式、步骤、笔录制作等方面所存在的程序瑕疵，不一定会直接造成证据事实的错误，但仍然有潜在的错误风险。法院通过责令办案人员进行必要的程序补正，可以有效地消除人们对证据真实性的怀疑，也同时避免作出虚假判断的可能性。^⑥例如，勘验、检查过程没有见证人的参与，或者勘验、检查笔录没有见证人的签名。这种程序瑕疵不见得意味着侦查人员伪造了勘验、检查笔录，却仍然存在违规勘验、违法检查的可能性，使得勘验、检查的过程以及勘验、检查所获取的实物证据的真实性受到影响。正因为如此，法院通过责令办案人员对该勘验、检查笔录进行重新制作，或者补充必要的内容，给出合理的解释和说明，来消除人们对该份证据真实性的怀疑。又如，辨认记录过于简单，只有结果没有过程，或者案卷中只有辨认记录，没有被辨认对象的资料，无法获悉辨认的真实情况。这些程序瑕疵也不意味着侦查人员组织辨认的过程肯定会造成不真实的辨认结果，但由于辨认笔录存在着形式上的瑕疵，容易使人怀疑辨认结果的真实性。唯有通过补正，办案人员重新制作辨认笔录，记载辨认的操作过程，或者对被辨认对象的资料给出完整的记载或说明，人们对辨认结果的怀疑才能得到消除。

可以说，程序补正的过程也就是办案人员消除程序隐患、避免证据出现伪造、变造情况的过程。其实，“瑕疵证据”本身就属于因为侦查人员取证方式存在违法情况，使得该证据的真实性受到怀疑。而“瑕疵证据的补正”则是通过程序上的补充和纠正活动，来最终消除程序瑕疵，并保障证据真实性、可靠性的过程。一份曾经存在“程序瑕疵”的证据，经过这种补正过程，最终成功地被治愈成为合法的证据，并被法院采纳为定案的根据，这一过程足以显示出证据的真实性、认定事实的准确性，的确是程序补正制度存在的重要理由。

除了要消除人们对瑕疵证据真实性的怀疑以外，补正程序还体现了“诉讼经济”的理念。按照这一理念，诉讼活动要通过最低限度诉讼成本的投入，来获得最大的诉讼产出。那种动辄排除非法证据的裁判是违背诉讼经济原则的。因为对于公诉方提交的证据，仅仅因为侦查人员在取证手段上存在违反法律程序的情况，就将其排除于法庭之外，这显然导致侦查人员实施了无效的侦查活动，所投入的诉讼成本没有产出所预期的诉讼效果。但这种对非法证据的排除却是不得已的，是法院为了获得更大的诉讼利益，或者为了实现更为重要的诉讼价值，而不得不对诉讼效益作出的一种牺

^⑤ 参见注⑥，第203页以下。

^⑥ 即使在确立了诉讼行为无效制度的大陆法国家，对于那些违法程度较为轻微的程序违法行为，刑事诉讼法也允许对其实施程序享有补救或治愈的机会，而不是采取一味排除的做法。参见注⑥，第203页以下。

性。但是,这种牺牲应当是物有所值的,而不能不考虑所付出的代价与最终收益之间的“性价比”。尤其是对于那种仅仅存在轻微程序违法情形的“瑕疵证据”,法院动辄采取否定其证据能力的裁决,肯定是得不偿失的。因为法院所要制裁的只是一些技术性的违规行为,所付出的代价却是将那些具有证明力的证据排除于法庭之外,并进而可能带来公诉方定罪证据被削弱的问题。

程序补正制度的建立,一方面可以督促办案人员消除原来在侦查程序方面存在的瑕疵和缺陷,另一方面对那些经过补正的瑕疵证据,也避免了排除于法庭之外的结局,维护了公诉方证据体系的完整性。这无论是对于诉讼程序的实施还是准确地惩治犯罪行为,都是一种双赢的结局。至少,法院通过程序补正制度的实施,避免了那种动辄排除控方证据的情况发生,使得侦查人员所收集的有罪证据没有失去用武之地,也使得这些瑕疵证据在真实性方面所存在的隐患得以消除,这其实是符合诉讼效益理念的制度设计。

(三) 对“补正不能”的瑕疵证据予以排除的理由

了解了程序补正制度的正当性,也就容易理解为什么法院对于那些无法得到补正的“瑕疵证据”仍然要予以排除了。所谓“补正不能”,是指在法院发出程序补正的命令之后,办案人员仍然无法对瑕疵证据作出必要的补充和纠正,也无法给出合理的解释和说明。简而言之,“补正不能”意味着程序补正的失败,原有的程序瑕疵对于办案程序和诉讼结果的负面影响仍然存在。^⑦而对于这种“补正不能”的瑕疵证据保留予以排除的权力,是两个证据规定所确立的重要规则。

之所以要排除那些“补正不能”的瑕疵证据,首先是考虑到办案人员没有成功地履程序补正的义务,法院不得不对其实实施一种程序上的制裁。法院一旦责令办案人员对瑕疵证据进行程序补正,实际等于要其承担带有法律后果的程序义务。法院既没有作出排除瑕疵证据的决定,也没有作出采纳该项瑕疵证据的裁决,而是将该证据的证据能力问题押后作出裁决。作为一种附条件的程序决定,“责令补正”等于给了办案人员进行必要补救的机会。但是,假如办案人员没有利用这一机会,甚至抗拒法院的补正命令,即构成对其义务的违反,则要承担相应的法律责任,也就是带有惩罚性的法律后果。排除“补正不能”的瑕疵证据,就是办案人员所要承受的消极后果。没有这种法律后果,任何办案人员都有可能拒绝执行法院的程序命令,那些本有机会加以补正的程序瑕疵也最终无法得到必要的补救。

其次,排除“补正不能”的瑕疵证据,也是为了避免法院采纳错误的公诉证据。既然程序瑕疵经过专门的程序补正仍然无法治愈,这说明原来潜存于瑕疵证据中的隐患并没有得到消除。例如,询问证人的笔录反映出“在同一时间段内,同一询问人员询问不同证人的”,这属于一种典型的瑕疵证据。这里存在着侦查人员伪造证言笔录的较大隐患。对于这种瑕疵证据,办案人员有义务解释这究竟是证据记录上发生了错误,还是询问程序上发生了违法情况。假如在法院提出程序补正的要求后,办案人员拒绝进行任何形式的补正,也不给出合理的解释和说明,或者所进行的补正无法消除人们对多份证言笔录真实性的怀疑,那么,这就足以说明伪造证言笔录的可能性并没有得到排除。对于这种可能存在伪造证据情况的瑕疵证据,法院唯有采取排除措施,才能避免错误采纳证据、错误认定事实的危险。

其实,面对一份瑕疵证据,法院责令办案人员进行程序补正,这本身就说明该证据存在着错误的可能性,但又没有充分的把握确认该项证据的虚假性。对于程序补正的命令,办案人员拒绝执行

^⑦ 参见吴波:《论非法证据的补证效力》,载《证据学论坛》第16卷,法律出版社2011年版。

或者没有成功地履行补正义务的,就说明原来的隐患仍然存在,该瑕疵证据仍处于“真伪难辨”的状态,甚至伪造、变造的可能性仍然不能排除。对“补正不能”的瑕疵证据保留加以排除的权力,意味着法院对于案件的事实真相负有最后的审查责任。“法院的使命是裁断,而不是发现。”这句罗马法的格言也说明,面对是非不明、真伪难辨的瑕疵证据,在经过无效的补正程序之后,法官只有将其排除于法庭之外,才能成为公正的裁判者。

五、程序瑕疵的补正与治愈

在传统刑事诉讼理论中,“程序补正”又称为违法诉讼行为的治愈,是指法院对于那些情节轻微的程序性违法行为,在对其作出无效宣告的同时,允许侦查人员、公诉方或者下级法院重新实施特定的诉讼行为,在纠正原有程序性违法情况的前提下,重新制作相应的诉讼决定。例如,英美法中的“撤销起诉”制度,就允许法官作出“无不利后果的撤销起诉”,也就是法官在作出撤销起诉的裁定之后,允许检察官对公诉程序作出必要的补正,然后继续对被告人的同一行为提起公诉。^②又如,对于初审法院违反法律程序的行为,各国都允许上诉法院作出撤销原判、发回重审的裁定。这里所说的“撤销原判”也就是宣告原审判决无效;而这里的“发回重审”其实就是责令下级法院另行组成合议庭,重新进行初审程序的意思。^③

大陆法中的诉讼行为无效制度,提供了另一类型的程序补正方式。这种程序补正不是通过法院责令侦查人员、公诉方重新实施诉讼行为,也不是以责令下级法院重新审理的方式来展开,而是将当事人在法定期限内未提出无效抗辩、放弃无效抗辩或者当事人因为主动行动致使违法情形失去消极后果等,视为违法行为得到补正或者治愈的标志。^④

两个证据规定确立了瑕疵证据的补正规则。根据这一规则,对于侦查人员存在程序瑕疵的侦查行为,法院责令办案人员进行补正,或者给出合理的解释或说明。经过补正程序,对于那些成功得到补正的瑕疵证据,法院就将其视为程序瑕疵的治愈,可以直接采纳为定案的根据;相反对于那些办案人员拒绝补正或者没有成功补正的瑕疵证据,法院将视之为“没有得到治愈的瑕疵证据”,仍然保留排除的权力。可见,法院所要求的不是侦查人员对某一特定侦查行为进行补正,而是对其存在程序瑕疵的证据进行补充和纠正。法院不是首先作出侦查行为无效的宣告,更不是责令侦查人员重新实施某一侦查行为,而是仅仅要求侦查人员对特定的证据瑕疵进行补充和纠正。程序瑕疵并不以当事人放弃答辩或者接受违法行为的结果作为治愈的标志,而是由办案人员亲自进行补充和纠正的工作,并由法院最终来审查判断瑕疵是否得到了补正。

(一) 补正的方式

《办理死刑案件证据规定》确立了法院责令办案人员进行程序补正的制度,并为此规定了两种程序补正的方式:一是进行必要的补正,二是进行合理的解释或说明。但对于这两种补正的具体方式、方法和手段,则缺乏具体规定。不过,根据诉讼行为补正的基本原理,结合中国的刑事司法实

^② See Andrew L. T. Choo, “Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited”, (1995) Criminal Law Review, p.864; Andrew L. T. Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Procedure*, Clarendon Press, Oxford, 1993. pp.78-118, 148-181.

^③ 参见注⑥,第436页以下。

^④ 参见徐京辉、程立福:《澳门刑事诉讼法》,澳门基金会1999年版,第80页以下。另参见注⑥,第206页以下。

践情况,可以对此作出进一步的解释。

所谓“办案人员补正”,是指办案人员对于存在程序瑕疵的证据进行必要的补充和纠正。具体说来,这种补充和纠正可以有以下两种方式:一是对证据笔录进行必要的修正,包括对笔录内容的增加、删除或者修改;二是重新实施特定的侦查行为,并重新制作笔录。

对证据笔录进行的修正主要适用于那些在记录上遗漏重要内容或者遗漏有关人员签名的情形。办案人员通过对证据笔录作出必要的修改、增加或者删除,尽量对原有的程序瑕疵作出弥补。^⑩例如,勘验、检查笔录没有侦查人员、见证人签名的,法院可以责令办案人员在原勘验、检查笔录上加上侦查人员、见证人的签名;询问证人笔录没有记载询问人、记录人姓名和起止时间、地点的,办案人员也可以重新填写姓名和起止时间和地点;讯问被告人笔录没有讯问人签名的,办案人员也可以增补上类似的签名……需要注意的是,对于这类在记录方面存在瑕疵的证据笔录,办案人员除了在原笔录上作出必要修改和补充之外,也需要就程序补正过程作出必要的说明,以便对程序补正的过程和结果给出解释,以备法院对其补正情况进行审查。

重新实施侦查行为或者重新制作证据笔录的补正方法,适用于证据笔录存在较大错误或者侦查活动存在明显瑕疵的情形。所谓证据笔录存在较大错误的情形,主要是指侦查人员的记录错误已经影响到人们对该证据笔录真实性的信任,而仅仅作出形式上的补充和修改,已经不足以消除人们的合理怀疑。例如,被告人供述笔录没有记录被讯问人诉讼权利内容,假如这种程序瑕疵已经影响到被告人供述的自愿性,并进而危及被告人供述的真实性,那么,法院就不能仅仅责令办案人员对供述笔录作出修改,而应责令其重新进行讯问,重新制作讯问笔录,并将原有的供述笔录予以废弃。又如,对辨认过程没有制作辨认笔录,辨认笔录只有结果没有过程,或者辨认笔录没有被辨认对象的资料记载的,法院也应当责令办案人员重新组织辨认活动,并制作符合规范的辨认笔录。当然,由于客观原因,实在无法重新组织辨认的,法院也可以责令办案人员重新制作辨认笔录,但应交由相关人员予以确认并签名或者盖章。

而对于那些侦查活动存在明显瑕疵的情形,法院仅仅要求办案人员修改证据笔录还是不够的,而应令其重新实施有关侦查行为,以便有效地弥补原有的程序瑕疵。例如,主持辨认的侦查人员少于2人的,明显违背刑事诉讼法有关辨认活动应由2名侦查人员进行的规定。对此程序瑕疵,办案人员无论怎样修改辨认笔录,也不足以弥补原有的程序缺陷,唯有重新组织辨认,方可进行有效的程序补正。又如,侦查人员“没有向辨认人详细询问辨认对象的具体特征的”,很有可能造成辨认结果错误,法院只能责令办案人员重新组织辨认,才有可能将原有的程序瑕疵予以治愈。

所谓“作出合理的解释或说明”,是指办案人员对于原来的程序瑕疵以及进行程序补正的情况作出一定的解释,这可以分为2种情况:一是对于已经进行的程序补正情况进行必要的说明;二是对于那些实在无法补充和纠正的瑕疵证据作出一定的解释。对于前一种情况,本文前面已经作了分析。这主要是指法院在责令办案人员修正证据笔录或者重新实施侦查行为的同时,对其程序补正过程给出必要的说明,以供法院进行审查,并以此来说服法院采纳相关的瑕疵证据。

后一种情况则属于办案人员对那些因为时过境迁而无法补正的瑕疵证据所作的情况说明。特别是那些没有必要重新实施侦查行为,或者重新进行侦查已经不具备现实条件的案件,由办案人员作出合理的解释和说明,就成为一种必要的补正程序。例如,对于询问证人的地点不符合规定的,办

^⑩ 参见牟绿叶:《论可补正的排除规则》,载《中国刑事法杂志》2011年第9期。

案人员假如能够证明询问的方式是合法的，证人的陈述也是自由自愿的，并没有受到任何形式的强迫、暴力、威胁等非法对待，那么，法院责令其作出有关询问情况的说明就可以了。又如，对于询问笔录没有记录告知证人如实提供证言的义务以及有意作伪证的法律责任的，法院假如认为证人所提供的证言是真实的，询问证人的程序也是合法的，就没有必要命令办案人员重新进行该项询问活动，而令其作出合理的解释即可。

（二）补正和治愈的标准

经过上述补正程序，法院判定办案人员成功地对瑕疵证据加以治愈的标准是什么？换言之，经过对瑕疵证据的补正和治愈，法院在什么情况下可以作出采纳证据的裁决？要对这些问题作出解答，需要从程序补正的目的出发来展开分析。

通常说来，之所以对瑕疵证据进行补正，就是考虑到侦查人员违反法律程序的情节较为轻微，没有造成严重的法律后果，因此没有必要采取排除证据这一极端的程序性制裁方式。而法院责令进行程序补正，一方面要给予侦查人员一定的谴责和惩罚，令其承受程序上的不利后果，另一方面也是为了挽救有利于证明案件真实情况的瑕疵证据，使其不因为程序上的瑕疵而被排除于法庭之外。^②正是考虑到程序补正的这种目的，我们才对瑕疵证据治愈的标准作出以下几方面的界定。

一是经过对证据笔录的必要修改，证明侦查程序中存在的缺陷和错误已经得到纠正。例如，证据笔录中错误记载的事项得到修正，遗漏记录的事项得到及时补充，笔录遗漏的签名得到补签，笔录存在的一些技术性错误得到消除……由此，证据笔录在形式上存在的不规范或错误之处，逐一得到补充和纠正。

二是办案人员通过重新实施侦查行为，证明原来的程序瑕疵所带来的法律风险已经消除。^③尤其是因为原来的违规操作带来的影响证据真实性的危险不复存在。例如，通过重新讯问被告人并制作讯问笔录，原来所欠缺的告知被告人诉讼权利的程序环节得到修补；经过重新询问有关证人并制作规范的询问笔录，原来存在的同一侦查人员“在同一时间段内询问不同证人”的问题得到合理的解释，那种伪造或变造证言笔录的可能性得到消除；通过重新组织辨认程序，那种对辨认结果正确性的怀疑也可以得到消除。

三是办案人员作出合理的解释和说明，足以证明原有的程序瑕疵属于一种无害错误，^④也就是说不会导致错误认定事实的技术性违规。例如，经过合理的解释，办案人员证明原来在证据笔录上存在的记录错误、遗漏记录、遗漏签名、操作违规等程序瑕疵，并不会在实质上影响案件事实的准确认定。又如，经过必要的说明，办案人员证明询问笔录对告知证人义务和责任问题的疏于记录，讯问笔录遗漏记录告知被告人诉讼权利的环节，并没有对证人如实作证和被告人自愿供述造成实质上的影响。

四是办案人员经过必要的解释和说明，足以证明原来的程序瑕疵只属于一种疏忽大意的过失，侦查人员违反法律程序的主观恶性并不是很强。例如，侦查人员对同一询问人员在同一时间内询问不同证人的记载，并不是在故意伪造证人证言，而是在证据记录上所发生的无心之失；询问证人的

^② 参见许建丽、王艳萍：《论刑事瑕疵证据补正规则的完善》，载《江西社会科学》2011年第9期。

^③ 参见牟绿叶：《论可补正的排除规则》，载《中国刑事法杂志》2011年第9期。

^④ 所谓“无害错误”，是指那些尽管存在违反法律程序情形但不会造成严重负面后果的程序错误，对此类程序错误，程序法一般不设置绝对无效的制裁后果，而往往确立可补正的宣告无效规则。有关“无害错误”问题的讨论，参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社2005年版，第552页以下。

地点不符合有关规定,也是因为情况紧急而采取的无奈措施;讯问笔录填写的讯问时间、讯问人有误或者存在矛盾,也只是一种记录上的笔误,而不属于讯问程序的实质性错误;辨认过程中发生的违规操作或者记录错误,也属于一种工作上的失误,而不是故意违反辨认程序,等等。

(三) 补正的程序

在明确了补正的方式和瑕疵治愈的标准之后,需要讨论补正的程序问题。考虑到经过1996年的修改,中国刑事诉讼法已经禁止法院在审判阶段将案件退回补充侦查,这就使得法院直接命令侦查人员进行程序补正的做法变得难以实施。^⑤当然,法院还可以裁定准许检察机关撤回起诉,然后再由检察机关将案件退回补充侦查。但是,对于检察机关而言,撤回起诉也是一项艰难的决定,除非案件因为事实不清、证据不足,法院有可能作出无罪的裁决,否则,检察机关一般不会轻易地提出撤回起诉的申请。对于在取证程序上存有一定瑕疵的证据而言,检察机关要是仅仅为了修补这些证据的瑕疵而作出撤回起诉的决定,这既没有先例可循,也有违撤回起诉制度设立的宗旨。既然如此,法院应通过怎样的程序“责令办案人员补正”呢?

根据中国的刑事司法制度,在刑事案件进入法庭审判程序之后,法院是很难直接责令侦查人员进行程序补正的。这主要是因为,侦查人员极少出庭作证,也极少在法庭上支持公诉人的指控活动,当然就没有机会听从法院的命令。不仅如此,法院对侦查人员没有直接的领导和指挥权力。无论负责案件侦查的是检察机关还是公安机关,侦查人员一般不会直接听从法院的命令。真正可行的做法是,法院直接责令公诉方对相关瑕疵证据进行必要的程序补正。这与我国法院多年来实行的法院责令检察机关对侦查人员违法取证问题进行调查核实的惯例,是比较吻合的。

在法院责令公诉方进行程序补正之后,案件可以暂时休庭,公诉方也可以申请延期审理。在此审理程序中止之后,出庭支持公诉的检察官责令侦查人员(即案件的办案人员)进行补正,或者给出合理的解释或说明。而在办案人员程序补正完成之后,公诉方申请恢复法庭审理程序,对有关瑕疵证据补正的情况进行审查。经过审查,法院确认瑕疵已经治愈的,就可以作出采纳有关瑕疵证据的决定。否则,对于那些无法补正或者难以治愈的瑕疵证据,法院可以最终作出将其排除于法庭之外的决定。当然,对公诉方拒绝进行补正,或者经公诉人提出要求后,侦查人员拒绝进行程序补正,也没有给出合理解释或说明的,法院唯有保留直接排除瑕疵证据的权力,才能维持其司法裁判的权威性。

六、几点反思

两个证据规定通过确立“瑕疵证据的补正规则”,试图在有效排除非法证据与挽救瑕疵证据之间探索出一条新的道路。^⑥至于这一规则能否得到有效的实施,对于解决非法取证问题能否发挥积极的效用,确实需要认真的观察和科学的评估。不过,鉴于“可补正的排除规则”本身就是一种制度妥协的产物,司法解释的起草者们将“瑕疵证据”与“非法证据”作了区分,并给予办案人员进行程序补救的机会,这使得侦查人员的违法取证行为受到了区别对待。相对于那种强调对“非法证

^⑤ 关于1996年刑事审判方式改革的问题,参见张军:《关于刑事案件审判方式的若干问题》,载《中国法学》1996年第3期。

^⑥ 有关可补正的排除规则的评价,参见注③;注②;熊秋红:《刑事证据制度发展中的阶段性进步——刑事证据两个规定评析》,载《证据科学》2010年第5期。

据”一律排除的严厉制裁方式而言,这种针对“程序瑕疵”所作的程序补正规定,显得温和而又留有余地,使得公诉方的证据即使在取证方式不规范的情况下也有可能被采纳为定案的根据。这不能不令人担心:一旦这种“补正规则”的适用范围被无限扩大,那么,“非法证据排除规则”的有效实施就将变得困难,甚至可能在部分领域被架空。

本文已经对“瑕疵证据的补正规则”进行了正当性论证,试图说明那种针对“非法证据”的排除规则与针对“瑕疵证据”的补正规则,都有其存在的理由。然而,理论上的分析似乎还不应止于这一步。为避免“瑕疵证据的补正规则”产生负面作用,仍有必要对“程序补正”的适用作出一定的限制,并就此对两个证据规定所确立的相关规则进行反思。

首先,按照前面的分析,对于“非法实物证据”,确立“自由裁量的排除规则”就足够了,没有必要再添加程序补正的要求。司法解释既然已经将“非法所得的物证、书证”视为“非法证据”,并设定了适用排除规则的两项前提条件:取证行为的违法程度和采纳该证据的严重后果,那么,法院对于达到这两项条件的非法实物证据,就应直接作出排除的决定,而不应再给办案人员以程序补正的机会。否则,这些“取证手段严重违法”、“可能造成严重后果”的非法实物证据,在适用排除规则方面将受到与“瑕疵证据”同等的对待。这似乎违背了划分“非法证据”与“瑕疵证据”的制度设置初衷。因此,“可补正的排除规则”的适用范围应被严格限制在“瑕疵证据”上。侦查人员非法所得的实物证据符合“瑕疵证据”条件的,法院仍可对其适用补正规则;而对那些已经达到“非法证据”程度的实物证据,法院应当适用强制性的排除规则或者自由裁量的排除规则,没有必要再给予办案人员进行程序补正的机会。

其次,对于“瑕疵证据”的认定标准,应作严格的限制。“瑕疵证据”应当限制在违法情节较为轻微、危害后果不严重的技术性违法情形,对于那些违法情节较为严重、可能带来严重后果的违法取证,就不应适用“可补正的排除规则”了。尤其是对那些根本不具有补正可能性的程序违法行为,对其进行程序补正纯属流于形式,既不能纠正其中的违法之处,也不能消除对司法公正所造成的潜在影响。^⑨例如,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”,这是中国司法实践中经常发生的程序违规情况。对于这种询问笔录,被告方过去都会提出排除非法证据的申请,也有一些法院对此申请给予过支持。这是因为,这类询问笔录发生伪造的可能性很大,违法情形也非常明显。假如给予办案人员进行程序补正的机会,那么,这种询问笔录的矛盾很容易受到掩盖。又如,勘验、检查没有见证人参与的,属于明显违反刑事诉讼法所确立的勘验、检查程序。假如勘验、检查笔录没有见证人的签字,那么,办案人员作出适当的程序补正,还是比较适当的。但假如侦查人员当初就没有邀请见证人参与勘验、检查活动,那么,这种取证违法仅仅通过补正是难以得到治愈的。再如,“辨认记录过于简单,只有结果没有过程的”,这属于严重的违法辨认,仅通过补正也很难治愈,更无法消除辨认错误的可能性。将这种“违法辨认”归入“程序瑕疵”的范围,恐怕就有些不妥了。

再次,法院仅仅“责令办案人员进行补正”还是不够的,必要情况下应当责令办案人员出庭作

^⑨ 事实上,有关瑕疵证据的争议已经在一些有影响的案件审理中显现出来。在这类案件中,辩护律师申请启动非法证据排除程序,并将侦查人员违法收集的证据视为“非法证据”。但法院却采纳公诉方的意见,将这些“非法证据”认定为“瑕疵证据”,并给予公诉方一定的补正机会,从而规避了非法证据排除程序。这种裁判方式引起了较大争议。参见马竞:《“王朝抢劫案”审判长吴亦涛答疑》,载法制网 <http://www.legaldaily.com.cn/index-article/content/2011-09/11/content-2943437.htm?node=5958>, 2012年2月12日访问。

证。两个证据规定有关法官责令补正的规定,显得过于简单,公诉方和办案人员存在着较大的自由裁量空间。假如检察机关按照司法实践的惯例,仅仅让公安机关的侦查人员提供一份简要的“情况说明”,法院是不是就可以认定原有的程序瑕疵得到“治愈”了?按照前面的分析,法院应当责令公诉方限期进行程序补正,恢复法庭审理程序后,应当由公诉方提供程序补正的过程和结果,并提交办案人员为程序补正所作的情况说明。必要时,还要通知办案人员出庭作证,当庭接受控辩双方的交叉询问。可以说,在具体的补正程序方面,司法解释今后应当确立尽可能具体的规则,使得补正的方式、治愈的标准和补正的具体程序都有明确的规定,使得法院有章可循、控辩双方有规则可供遵守。

最后,两个证据规定对于“补正不能”的后果没有给出明确的规定,使得“可补正的排除规则”对侦查人员的威慑力受到削弱。事实上,“可补正的排除规则”不等于“经过补正的不排除规则”,而只是一种附条件的排除规则。在责令补正之后,公诉方没有进行任何补正,或者只是进行形式上的补充而没有将原有的程序瑕疵予以治愈的,法院仍然保留着排除该项证据的权力。对于这一点,司法解释应当确立明确的规则,以便使“可补正的排除规则”真正对那些“补正不能”的瑕疵证据发挥制裁作用。

【主要参考文献】

1. 龙宗智:《两个证据规定的规范与执行若干问题研究》,载《中国法学》2010年第6期。
2. 陈光中:《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部〈两个证据规定〉之公布为视角》,载《中国法学》2010年第6期。
3. 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版。
4. 陈瑞华:《非法证据排除的中国模式》,载《中国法学》2010年第6期。
5. 陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版。
6. 熊秋红:《刑事证据制度发展中的阶段性进步——刑事证据两个规定评析》,载《证据科学》2010年第5期。
7. 牟绿叶:《论可补正的排除规则》,载《中国刑事法杂志》2011年第9期。
8. Andrew L. T. Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Procedure*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
9. Andrew L. T. Choo, "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", (1995) *Criminal Law Review*.

(责任编辑:刘计划)