

证据种类法定主义的反思与重构

郑 飞^{*}

内容提要 证据种类法定主义是大陆法系法定证据制度的逻辑起点。但由于历史与政治逻辑的时代变迁、程序运行环境的结构性变化和证据法基本原理的深化发展,证据种类法定主义在大陆法系被抛弃,逐渐从法定证据种类限制演变为取证合法性限制。中国的证据种类法定主义的立法表达是一种封闭性的法定证据种类制度,其制度动因在于便利与规范证据的分类审查判断。实践中,我国证据种类法定主义表现为将“取证合法性限制”和“真实可靠性限制”当成了“法定证据种类限制”,存在不能涵盖全部证据形式、不符合现代证据法基本原理、阻碍了法庭认识论功能的实现等问题。未来应在否定证据种类法定主义的基础上,强化法定证据种类规范功能的转向,保持证据分类审查判断的制度优势,从而重构一种半开放式列举的证据实质审查制度,以符合证据法的基本原理和事实认定的基本规律。

关键词 法定证据种类 法定证据制度 自由心证 证据分类 证据审查

目 次

- 一、证据种类法定主义的历史演变
- 二、证据种类法定主义的中国实践
- 三、证据种类法定主义的主要问题
- 四、证据种类法定主义的改革方向

^{*} 北京交通大学法学院副教授,法学博士。

法定证据种类也叫法定证据形式,是指法律规定的证明待证事实之证据材料的各种外在表现形式。^① 由于我国法定证据种类的封闭性,在中国证据立法和实务中一直存在这样一种观点:“不符合法定的证据种类(形式),不能作为定案的根据”,可以称其为“证据种类法定主义”或“证据形式法定主义”。^② 典型的立法表现如《最高人民法院关于 CPS 多道心理测试鉴定结论能否作为诉讼证据使用问题的批复》(高检发研字〔1999〕12号,以下简称《测谎鉴定批复》)明确规定,CPS 多道心理测试(俗称“测谎”)鉴定结论不属于刑事诉讼法规定的证据种类,不能作为证据使用。典型的案例如最高人民法院第 1166 号指导案例“王平受贿案”,该案的裁判理由明确指出,“侦查机关在立案之前对上诉人王平所作的调查笔录,不符合法律规定的证据种类,不能作为诉讼证据使用”^③。

尽管证据种类法定主义的观点在学界和实务界流行已久,甚至成为了诸多主流证据法学和诉讼法学教材的通行观点。^④ 但近年来已有部分学者对其进行了批判,基本立场大致有以下三种:第一种,直接否定证据种类法定主义的基础即法定证据种类。如有学者认为“这种从证据种类出发的思维模式,已经极大地束缚了我国证据法和程序法学理论以及制度建设的进一步发展,法定证据种类是一个应当尽快抛弃的概念”^⑤。第二种,不否定法律可以对证据进行分类,但否定证据种类法定主义即“不符合法定的证据种类(形式),不能作为定案的根据”。如有学者从事实认定规律的角度对证据种类法定主义进行了批判,认为“在证据法中限定证据的法定种类,违背了证据运用的基本规律,将大量有助于证明证据事实的证据载体排除于‘法定证据形式’之外,无助于全面客观地揭示案件的事实真相”^⑥。换句话说,“证据只有具备了法定的表现形式才有可能被采纳,这无异于削足适履”^⑦。第三种,在否定证据种类法定主义之后,进一步建议法定证据种类应由封闭式列举改为开放式列举。因为法定证据种类体系的封闭性无法应对不断产生的新证据形式,因此应赋予法定证据形式体系以足够的开放性,即“对证据的种类没有必要严格规定,对证据能否进入法庭,应当由证据可采性规则来限制,而不应当用证据的表现形式来限制”^⑧。

上述第一种立场对证据种类规范功能的重视是值得肯定的,但其忽视了我 国证据种类立法的新近发展以及法定证据种类对证据分类审查制度的规范意义。第二种立场否定了证据种类法定主义,但却没有提供可行的详细解决方案。第三种立场无疑是正确的,

① 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》(第 7 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2021 年版,第 216 页。

② 参见郑飞:《漂向何方:数字时代证据法的挑战与变革》,载《地方立法研究》2022 年第 3 期,第 8 页。

③ 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第 108 集),法律出版社 2017 年版,第 16 页。

④ 参见前注①,陈光中主编书,第 230 页;樊崇义主编:《证据法学》(第 6 版),法律出版社 2017 年版,第 133 页;卞建林、谭世贵主编:《证据法学》(第 3 版),中国政法大学出版社 2014 年版,第 335 页。

⑤ 孙远:《论法定证据种类概念之无价值》,载《当代法学》2014 年第 2 期,第 99 页。

⑥ 陈瑞华:《证据的概念与法定种类》,载《法律适用》2012 年第 1 期,第 30 页。

⑦ 纪格非:《论民事诉讼证据的合法性》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2005 年第 2 期,第 104 页。

⑧ 毕玉谦、郑旭、刘善春:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社 2003 年版,第 62 页。

但其论证不够深入透彻,既没有从历史演变、实践样态、证据法的基本原理、法庭认识论等多角度全方位地对证据种类法定主义进行系统而彻底的批判和反思,也没有为“非法定证据种类”提供细致的实质审查规范。因此,本文拟从历史渊源出发,对立法和司法中的“证据种类法定主义”进行批判和解构,并试图对解构之后的法定证据种类规则进行重构,建立一种半开放式列举的证据实质审查制度,以符合证据法的基本原理和事实认定的基本规律。

一、证据种类法定主义的历史演变

(一) 证据种类法定主义是法定证据制度的逻辑起点

在经历了公元9—13世纪的繁荣兴盛之后,随着1215年第四次拉特兰宗教会议明令禁止在教会法院审判中使用“神明考验”,神示证据制度在欧洲逐渐开始衰落。尔后,欧洲大陆法系和英美法系走向了不同的道路,两大法系在诉讼模式和证据制度上的分野逐渐形成:英国开始逐渐形成陪审团审判模式,从神示证据制度渐进地发展到了现代自由证明制度,后为英美法系各国所继受;而欧洲大陆法系国家尤其法国则是先逐渐形成法定证据制度,然后再骤变为自由心证制度。欧洲大陆法系国家走向法定证据制度,与民族国家的形成、政府权力的进一步扩张、机械论哲学思潮的影响和纠问式诉讼程序的形成密切相关,^⑨在当时起到了防止法官权力滥用并使法官获得道德慰藉的作用,同时也成为了缓解冲突、维持平衡的主要工具^⑩。

法定证据制度的核心内容有三部分,分别是法定的证据形式(种类)、法定的证明力规则和刑讯的应用。其中,“欧洲各国的立法明确规定了具有证据资格的证据形式,具体包括书证、证人证言、口供、推定、现场调查以及专家鉴定”^⑪。这种封闭式的法定证据种类制度形成了证据种类法定主义,即不符合立法规定的证据形式就没有证据资格,从而构成了整个法定证据制度的逻辑起点。因为法定证据制度所包含的另外两项核心内容即法定的证明力规则和刑讯的应用,都是奠定在证据种类法定主义之上的。

首先,法定的证明力规则把证据分为具有完整证明力的证据和不具有完整证明力的证据,这种证明力区分规则给每一种法定的证据种类(形式)都赋予了预定的证明力。例如,将被告人的自白视为具有完整证明力的证据,两个可靠的证人也是具有完整证明力的证据,有瑕疵的证人则需要四个才能构成一个完整的证明。

其次,尽管刑讯合法在法定证据制度时期的欧洲有各种各样的原因,如侦查能力较低、取证技术粗糙等,但不可否认的是,证据种类法定主义和法定的证明力规则对被告人自白和证人证言的苛求,是刑讯被欧洲大陆各国合法化的重要原因。伯尔曼指出:“形式

^⑨ 参见张保生主编:《证据法学》(第4版),中国政法大学出版社2023年版,第100-104页。

^⑩ 参见左卫民:《为法定证据制度正名?——读达玛斯卡新作有感》,载《读书》2021年第1期,第109页。

^⑪ 施鹏鹏:《法定证据制度辨误——兼及刑事证明力规则的乌托邦》,载《政法论坛》2016年第6期,第116页。

的和理性的两方面证据的刻板僵硬经常使得在刑事案件中确定定罪依据变得十分困难。正是由于这个原因而不是其他什么原因,最终导致了广泛地使用刑讯手段获取证据。”^⑫更直白地说,“犯罪人(the culprit)的供述被认为是‘最佳证明’(queen of proofs),为了获取它,刑讯这种讯问方法被使用”^⑬。由此可见,证据种类法定主义毫无疑问是整个法定证据制度的逻辑起点。

(二) 从法定证据到自由心证: 证据种类法定主义在大陆法系被抛弃

到了公元18世纪,由于法定证据制度固有的弊端,欧洲大陆法系证据制度经历了一场与英美证据制度渐进发展模式不同的骤变。首先是以贝卡利亚为代表的启蒙思想家们对刑讯、职权主义诉讼和法定证据制度展开了猛烈的抨击。最终,在启蒙思想家们的猛烈抨击下,并通过法国大革命的制度骤变,带来了刑事诉讼结构的转变——由纠问制转变为职权主义并引入了陪审团制度,同时也导致了包含证据种类法定主义在内的法定证据制度的整体崩溃,“到18世纪末几乎消失得无影无踪,它的相关遗产也在逐渐消失”^⑭。

法国大革命后,法国立法机关正式宣布拒绝接受法定证据制度,^⑮同时在1808年法国《重罪法典》原第343条中将自由心证制度以法律的形式固定下来^⑯。塞耶曾对这一变革评论到:“先前通过暴力方法或对形式的机械遵从所进行的审判,而今已为理性方法审判所取代。”^⑰由此可见,随着历史与政治逻辑的时代变迁、程序运行环境的结构性变化和证据法基本原理的深化发展,包含证据种类法定主义在内的法定证据制度在欧洲大陆法系被抛弃,而逐渐演变为自由心证制度。

值得注意的是,尽管证据种类法定主义已经被废除,但欧洲大陆法系国家仍然在法律上规定了各种法定证据种类(形式),只是由原来的封闭式法定证据种类演变为半开放式法定证据种类,即刑事诉讼法在规定各种法定证据种类(形式)的同时,也允许采纳法定证据种类之外的其他证据形式。例如,虽然《法国刑事诉讼法典》第323—346条“提出证据与辩论”、第427—457条“提出证据”规定了被告人供述、证人证言、物证、书证等多种证据形式,但第427条第1款也明确规定,“除法律另有规定外,犯罪得以任何证据形式认定,并且法官得依其内心确信作出判决”。^⑱又如,虽然《意大利刑事诉讼法典》第194—243条“证明方式”、第244—271条“收集证据的方法”规定了证人证言、询问当事人、对质、辨认、司法实验、鉴定、文书检查、勘验、搜查、扣押、谈话或通讯窃听等多种证据形式,但第189条也特别规定了“法律未规定的证据”的采纳方法,即“如果需要获取法律未规定的证据,当该证据有助于确保对事实的核查并且不影响关系人的精

⑫ [美] 哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命》,高鸿钧等译,中国大百科全书出版社1993年版,第306页。

⑬ A. Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France*, translated by John Simpson, Little, Brown, and Company, 1913, p.619.

⑭ *Id.*, 630.

⑮ *Id.*, 627.

⑯ 参见前注⑪,施鹏鹏文,第122页。

⑰ [英] 威廉·特文宁:《反思证据:开拓性论著》(第2版),吴洪淇等译,中国人民大学出版社2015年版,第36页。

⑱ 参见《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,中国法制出版社2006年版,第240-246、292-297、292页。

神自由时,法官可以调取该证据。法官在就调取证据的方式问题听取当事人意见后决定采纳该证据”。^{①⑨}

(三) 从法定证据种类限制到取证合法性限制

与法定证据制度相比,自由心证制度也有三个核心内容,分别是证据自由、证据自由评价和判决责任伦理。所谓“证据自由”,是指“在刑事诉讼中,法律及判例原则上不对证据形式作特别要求,犯罪事实可通过各种形式的证据予以证明”^{②⑩}。然而证据自由也是有限度的,早期的绝对自由心证制度赋予了法官在事实认定方面绝对的自由裁量权,但同时也容易造成法官的权力滥用。为限制法官滥用权力,后来便产生了通过对证据调查方法进行限制以控制法官权力的方式。这种限制是“对文明基本价值的尊重”,因为“尽管查明事实真相是刑事诉讼的至关重要的目标,但是我们不能为了查明事实真相而采取任何手段(方法)。对于司法尊严以及应当尊重司法尊严来说,最为重要的是,不能为了查找证据而采用任何有损于人的基本权利或辩护权利的手段”^{②⑪}。于是这就逐渐演变成了现代的相对自由心证制度,也就是说法律已不再限制何种证据种类(形式)才能作为定案的根据,但基于正当程序的要求,需要对证据的取证程序进行限制。

由此可见,至少在欧洲大陆法系,证据种类法定主义早已被扫进了历史的“故纸堆”。^{②⑫}而英美法系采用陪审团审判模式,通过几个世纪的判例积累、理论总结和立法确认,逐渐形成了“以相关性为逻辑主线,以可采性规则为中心”的独特证据制度。该制度仅对证据的可采性进行法律限制,而将证据的证明力评价主要交由陪审团进行自由判断,很少对其施加法律的限制。因此,英美法系也就从未形成法定证据制度,更不存在所谓的证据种类法定主义,只是为了方便审查判断而主要将证据分为言词证据(testimonial evidence)、文书证据(documentary evidence)和实物证据(real evidence)三类,此外还有示意证据(demonstrative evidence)等证据形式,形成了一种开放式的证据种类制度。^{②⑬}也就是说,任何证据信息经过《联邦证据规则》四类证据“暗礁”规则筛选之后,都具有可采性,可以作为陪审团最终事实裁决的证据基础。^{②⑭}而美国作为判例法国家,“‘法官造法’这一传统构成了开放型证据形式体系存在和发展的基础”^{②⑮},法官在采纳各种新

①⑨ 参见《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第68-82、82-92、67页。

②⑩ 施鹏鹏:《“新职权主义”与中国刑事诉讼改革的基本路径》,载《比较法研究》2020年第2期,第84页。

②⑪ [法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》(原书第21版),罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第76页。

②⑫ 例外的是,俄罗斯和爱沙尼亚与我国目前的做法相同。俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》第74条第2款规定,“允许作为证据的有:(1)犯罪嫌疑人、刑事被告人的陈述。(2)被害人陈述、证人的证言。(3)鉴定人的结论和陈述。(3-1)专家的结论和陈述。(4)物证。(5)侦查行为的笔录和审判行为的笔录。(6)其他文件”。参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,黄道秀译,中国人民公安大学出版社2006版,第74页。爱沙尼亚《民事诉讼法典》第90条第2款规定,“证据采纳如下形式:证人证言、当事人或第三人陈述、书证、物证、现场勘验或专家意见”。参见何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》,人民法院出版社2002年版,第425页。

②⑬ 例如,美国《联邦证据规则》第六章“证人”、第七章“意见与专家证言”和第八章“传闻”主要是关于言词证据可采性的规定,第九章“鉴真和辨认”以及第十章“书写品、录制品和影像”的内容主要是关于文书证据和实物证据可采性的规定。

②⑭ 参见郑飞:《证据属性层次论——基于证据规则结构体系的理论反思》,载《法学研究》2021年第2期,第132-133页。

②⑮ 杨蕾、刘万奇:《刑事证据法定形式的中国模式》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2011年第2期,第43页。

证据形式时便有了极大的自由裁量权。

由此可见,两大法系都殊途同归地从神示证据制度发展到了相对的自由心证制度,不对证据种类进行法律限制,仅对取证合法性进行限制。只不过,欧洲大陆法系经历了以证据种类法定主义为逻辑起点的法定证据制度,而英美法系则是从神示证据制度渐进地发展到相对的自由心证制度,并没有经历过法定证据制度阶段。随着证据立法的进步,中国已经废除了法定证据制度的证明力法定规则和刑讯,但至今仍然保留着证据种类法定主义,这并不符合当今证据法的发展趋势。

二、证据种类法定主义的中国实践

(一) 证据种类法定主义的立法表达及其制度动因

1. 立法表达:封闭式的法定证据种类制度

中国证据立法对法定证据种类的规定具有封闭性,这在各层级的法律规范中均有体现:

首先,在法律层面,从1979年《刑事诉讼法》第31条开始,中国《刑事诉讼法》就一直沿袭“证据只有符合法定的表现形式,才能被采纳为定案的根据”的立法思路,“使得那些在这些法定证据种类之外的材料,被排除了转化为定案根据的可能”^{②6}。例如2018年《刑事诉讼法》第50条在第1款规定了证据的概念之后,第2款随即规定了物证、书证等八种证据种类,且在列举的最后并未用“等”字,呈现出一种封闭式列举的法定证据种类规定模式。《民事诉讼法》第66条和《行政诉讼法》第33条也作了类似规定。

其次,在司法解释方面,最为典型的是《测谎鉴定批复》规定,测谎鉴定结论不属于刑事诉讼法规定的证据种类,不能作为证据使用。除此之外,2022年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“2022年《民事诉讼法解释》”)第104条第2款,以及2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称“2018年《行政诉讼法解释》”)第42条均规定,“形式符合法律规定的证据,应当作为认定案件事实的根据”。还有最高人民检察院发布的《检察机关办理电信网络诈骗案件指引》也规定,“对于不符合我国证据种类和收集程序要求的境外证据,侦查机关要重新进行转换和固定,才能作为证据使用”。这些规定实际上都暗含了“不符合法律规定的证据种类(形式),不应当作为认定案件事实的根据”的意蕴。

最后,其他规范性文件,例如2014年江苏省律师协会印发的《辩护律师办理刑事案件非法证据排除指引(试行)》第58条第2项规定:“对于控方提交的证明侦查行为合法性的说明材料,没有侦查员个人签名的,辩护律师应向法庭提出该证据不属于任何一种法定的证据形式,并建议法庭通知侦查人员出庭作证。侦查人员拒不出庭作证的,应建议法庭对相关证据予以排除。”这里暗含了由侦查机关出具的证明侦查行为合法性的

^{②6} 前注⑥,陈瑞华文,第24页。

说明材料,没有侦查人员个人签名,不属于法律所规定的证人证言等法定证据种类,不应该作为定案的根据。

为了缓解法定证据种类规定的封闭性,我国法律规范也随着社会的发展而不断调和软化与新增证据种类,但仍然没有改变法定证据种类封闭性的本质特征:

首先,随着社会和科技的不断发展,法律规定的证据种类不断增加。以刑事诉讼法为例,1996年《刑事诉讼法》修改时增加了视听资料,2012年《刑事诉讼法》修改时增加了辨认笔录、侦查实验笔录和电子数据。

其次,为了调和软化证据种类法定主义,相关司法解释还规定,部分非法定证据种类的材料也可以作为定罪量刑或办案的参考。例如2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“2012年《刑事诉讼法解释》”)第87条规定,检验报告可以作为定罪量刑的参考;再如2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“2021年《刑事诉讼法解释》”)第569、575条规定,心理测评报告和未成年被告人情况调查报告等,可以作为办理案件的参考。

最后,近年来最高人民法院通过司法解释的方式,在法律规定的八种法定证据之外增加规定了新的证据种类。例如2010年“两高三部”《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“2010年《死刑案件证据规定》”)将“电子证据”新增为法定证据种类。^{②7}又如2012年《刑事诉讼法解释》第73条在2012年《刑事诉讼法》第48条规定的“勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录”之外,新增了搜查笔录、提取笔录和扣押清单三种证据形式。再如2021年《刑事诉讼法解释》第100条新增了专门性问题报告,第101条新增了事故调查报告可以作为证据使用,而不再是作为定罪量刑或办案的参考,但其他类似报告(如心理测评报告和未成年被告人情况调查报告)仍然没有被纳入法定证据种类。

2. 制度动因:便利与规范证据的分类审查判断

在历史上,我国证据种类制度经历了两次历史性转变^{②8}:第一次是经由清末民初的修法改革,从古代传统的证据种类制度转变为师法日本的近代证据种类制度。第二次是新中国成立后,效仿苏联的证据理论和立法,从1979年《刑事诉讼法》开始,就采取了封闭式列举的法定证据种类规定模式。^{②9}这种模式被历次修订的《刑事诉讼法》沿袭至今,

^{②7} 2012年《刑事诉讼法》用法律的形式进一步确认了“电子数据”的法定证据种类地位,但称谓与2010年《死刑案件证据规定》中的“电子证据”有所不同。

^{②8} 参见张嘉军:《历史流变中的民事诉讼证据种类》,载《现代法学》2005年第2期,第72-77页。

^{②9} 苏联采取证据种类法定主义,认为“这个证据来源种类的清单是详尽无遗的,不能根据侦查机关、检察长和法院的裁夺加以扩大。对案件有意义的事实材料,如果不是从法定证据来源中取得的,它就不符合证据相关性的要求,从而也就不能取得证据上的意义。从每一种证据来源中取得事实材料,都要遵守法律规定的发现它的形式,这有助于收集到确实的证据,并有助于在案卷中对它加以保存。在许多情况下,法律都指明为了取得对案件有意义的材料,必须利用哪一种证据来源”。参见[苏]蒂里切夫等编著:《苏维埃刑事诉讼》,张种麟等译,曹妙慧校,法律出版社1984年版,第157页。

将证据材料是否属于法定的证据种类作为判断其是否可被采纳为定案根据的门槛之一。然而需要注意的是,2010年之前,我国在证据规则上基本处于无法可依的局面,可用的证据规则几乎没有,证据种类划分对法官的证据审查判断也只具有指导意义。但这一局面从2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布《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《死刑案件证据规定》)开始得到改观,从而以封闭式法定证据种类为基础建立起了一种证据分类审查判断的制度体系:细化了每一证据种类的审查和采纳标准,并以能否“作为定案根据”为话语标志,从规范层面建构了一个完整的证据可采性话语体系。该规定的第二部分“证据的分类审查与认定”,就是按照法定证据种类展开的,“主要包括两大类规则:第一类是对证据审查重点的提示性规定,这一类重在提醒法官在对某一具体种类的证据进行审查时应该注意审查的重点;第二类同时也是占据主要篇幅的则是由‘定案的根据’架构起来的证据排除与准入规则,主要规定各个证据种类在何种情况下‘不能作为定案的根据’或者‘可以作为定案的根据’”^⑩。随后这种证据分类审查判断的制度体系被2012年《刑事诉讼法解释》所吸收,并为2021年《刑事诉讼法解释》所沿袭。

显然,这种以封闭式法定证据种类为基础的证据分类审查制度主要是为了便利和规范法官对各类证据进行审查判断:“一方面是为了便利公安司法人员从纷繁复杂的各种与案件有关联的材料中抽离出最有价值的,对案件证明效果最强的‘关键材料’,分门别类,列明标签,取舍方便,避免陷入‘材料信息’庞杂繁乱下的手足无措,降低办案效率;另一方面,也是为了在以法定明确的证据种类下,规范取得各种证据的手段、程序,以及后续的举证、质证和认证的庭审规范”^⑪。总之,这种对证据的“细致化分类有利于把握不同证据形式的特点,从而更妥当地使用与判断证据”^⑫。有学者进一步认为,与欧美“不限定证据的形式,注重定案的实质性”的开放式立法体例相比,我们这种封闭式列举的立法体例,更加符合国人的思维方式与我国的实际情况。^⑬然而,这种以封闭式法定证据种类为基础的证据分类审查判断的制度体系却进一步强化了已有的证据种类法定主义,因为它没有为新证据形式的审查判断留下必要的制度空间,致使我国证据制度缺乏相应的灵活性与包容性,不利于涉及新证据类型的相关案件事实的准确认定。

(二) 证据种类法定主义的两种实践样态

为最大程度地解释证据种类法定主义的内在冲突与逻辑缺陷,除考察立法中证据种类法定主义的表现之外,还需要深入考察司法实践中证据种类法定主义的样态。在司法实践中,对于非法定证据形式能否作为定案的根据,很多情况下证据种类法定主义成了法官“召之即来,挥之即去”的工具,主要呈现出以下两种样态:

^⑩ 吴洪淇:《刑事证据审查的基本制度结构》,载《中国法学》2017年第6期,第178页。

^⑪ 董坤:《证据、定案的根据:论刑事证据的概念——对〈刑事诉讼法〉第48条的解释》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2015年第12期,第106页。

^⑫ 龙宗智:《证据法的理念、制度与方法》,法律出版社2008年版,第55页。

^⑬ 参见陈卫东:《刑法修改有关证据制度中的几个问题》,载《人民法院报》2011年10月12日,第6版。

1. 将“取证合法性限制”当成“法定证据种类限制”

以立案前对“犯罪嫌疑人”^{③④}的调查询问笔录为例。在上文提及的“王平受贿案”中,法院没有彻底批判证据种类法定主义,导致其最终认为立案前对“犯罪嫌疑人”的调查询问笔录不属于法定的证据种类,不得作为定案的根据。实际上,相对的自由心证已不再限制证据种类,而是限制取证程序的合法性。从证据属性的角度讲,证据的合法性应重点关注证据取证程序的合法性。

笔者认为,该案应按照“正当程序”来裁判。在该案中,对于立案前“犯罪嫌疑人”的调查询问笔录是否具有证据能力,应当区分两种情况:第一种情况,如果“犯罪嫌疑人”询问笔录是检察院在已经启动初查程序并经相应的批准程序后制作的,应该具有证据能力。因为根据2012年修订的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第173、181条规定,在初查过程中,可以进行调查取证。当然,初查的启动是有条件的:一是根据该规则第168条规定,认为有犯罪事实需要初查的,应当报检察长或者检察委员会决定,才能启动初查程序;二是根据该规则第172条规定,初查中接触初查对象的,应当经检察长批准。由此可见,如果不满足这两个条件,对初查对象的调查询问笔录就不符合正当法律程序,因而不具有证据能力。第二种情况是根本没有进入侦查程序,甚至连初查程序也没有启动。此时检察机关对“犯罪嫌疑人”的调查询问笔录,因为没有法律和司法解释的授权,不符合正当法律程序,当然就更不具有证据能力了。

进一步检索案例发现,“王平受贿案”之前的第1040号指导案例“尹某受贿案”就按照此种思路(正当程序)进行了判决。法院认为,“侦查机关在……初查阶段取得的被调查人言词证据材料,符合取证主体和办案程序的相关规定,具有合法性,调查当中无刑讯逼供等非法情形的,可以作为诉讼证据使用。侦查机关在初查阶段非法取得的证据应当予以排除”。法院最终裁判认为,“无法确认侦查机关在初查阶段的取证行为具有合法性,故将此阶段取得的被告人尹某的言词材料作为非法证据予以排除”。^{③⑤}

由此可见,“尹某受贿案”基于“取证合法性限制”而非“法定证据种类限制”将立案前“犯罪嫌疑人”的调查询问笔录排除,是符合现代证据法基本原理的。而“王平受贿案”则将“取证合法性限制”当成了“法定证据种类限制”,这与当今证据法从“法定证据种类限制”到“取证合法性限制”的发展趋势相悖。

2. 将“真实可靠性限制”当成“法定证据种类限制”

以测谎结论为例,最高人民法院在民事诉讼相关判例中采取了与最高人民检察院《测谎鉴定批复》相同的立场,认为“因测谎的形式及内容并不属于2012年《民事诉讼法》第63条规定的民事诉讼中合法的证据形式,故原审法院未采取该形式调查案件事实并无不当”^{③⑥}。最高人民法院相关负责人也曾表示:“明确测谎结果不属于民诉法规定的

^{③④} 因为没有正式立案,此时其还不是真正法律意义上的犯罪嫌疑人。

^{③⑤} 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第101集),法律出版社2015年版,第16-22页。

^{③⑥} 最高人民法院(2016)最高法民申3600号再审审查与审判监督民事裁定书。

合法的证据形式,只能起参考作用,人民法院不予委托鉴定,以避免将测谎结果当作鉴定意见,影响对案件事实的认定和司法公正。”^{③⑦}但是民事司法实务中却有不同的观点,例如《浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于在商事审判中贯彻民事诉讼诚实信用原则若干问题的讨论纪要》基于对诉讼契约的尊重,认为“当事人自愿达成进行测谎试验的诉讼契约,人民法院可予准许,测试结论可以作为认定事实的依据”。具体到司法判例而言,民事司法对测谎结论大致有以下三种观点:第一,测谎结论不属于法定证据,当事人提出测谎申请没有法律依据,不能作为定案的根据。^{③⑧}第二,测谎属于一种鉴定方法,可作为民事证据使用。^{③⑨}第三,测谎鉴定经当事人各方同意可以作为认定案件事实的参考。^{④①}

对于第一种观点,其实测谎结论之所以不被承认具有证据资格,不是因为它不符合法定的证据形式,而是因为其结论不可靠。因为“至今为止,测谎的原理尚未在业界达成共识,相关的测谎方法,也就难以得到业内普遍认可……当方法的可靠性本身便令人质疑时,由此得出的测谎图谱更难以保证客观;再基于此测谎图谱去形成测谎结论,那么其……可靠性无疑更会存在问题。恰恰是担心测谎结论的可靠性……我国才不得不如同美国弗莱伊案一样,从测谎结论之证据资格层面便干预其使用——测谎原理未达成共识的当下,测谎结果便难以客观”^{④②}。这符合证据法的基本原理,因为证据的真实可靠性是影响证据能力的三个主要因素之一。从这个角度来看,“赵红选、李冠伟民间借贷纠纷案”的裁判是符合证据法基本原理的,“因法律和司法解释对于CPS多道心理测试技术能否在民事诉讼中使用、其结论是否构成民事诉讼证据没有规定,且该技术是否成熟,结论的客观性、科学性和准确性缺乏普遍的社会认同,故本院对赵红选使用CPS多道心理测试技术对李冠伟进行测谎的申请不予支持”^{④③}。由此可见,不管是最高人民检察院的《测谎鉴定批复》,还是最高人民法院的相关判例,抑或是相关负责人的答记者问,都将影响证据能力的“真实可靠性限制”当成了“法定证据种类限制”,这并不符合现代证据法的基本原理。至于第二种观点,因为测谎鉴定并非法律规定的四种鉴定之一,因此不宜作为鉴定意见。而第三种观点则是民事诉讼特有的现象,将双方同意进行测谎视为诉讼契约,其测谎结果可以作为裁判的参考。但在刑事诉讼中,测谎仍然因其结论不可靠而不能作为定案的根据。

③⑦ 《最高人民法院司法行政装备管理局局长黄文俊就〈最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定〉答记者问》,载最高人民法院官网, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-247701.html>, 2023年11月24日访问。

③⑧ 参见最高人民法院(2015)民申3231号申诉、申请民事裁定书;江苏省高级人民法院(2015)苏审二民申01844号再审复查与审判监督民事裁定书。

③⑨ 参见最高人民法院(2019)最高法民申2221号再审审查与审判监督民事裁定书;上海市高级人民法院(2018)沪民申272号审判监督民事裁定书。

④① 参见江苏省高级人民法院(2018)苏民申4821号申诉、申请民事裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤民申7209号再审审查与审判监督民事裁定书。

④② 李学军:《诉讼中专门性问题的解决之道——兼论我国鉴定制度和法定证据形式的完善》,载《政法论坛》2020年第6期,第50页。

④③ 河南省新乡市中级人民法院(2019)豫07民终1903号二审民事判决书。

从上述关于“犯罪嫌疑人”的调查询问笔录、测谎结论等材料的司法判例可以看出,证据种类法定主义的立法观点并未在实践中得以彻底贯彻,而是成了法官“召之即来,挥之即去”的工具。除此之外,在司法实践中,公诉方的大量非法定证据形式(如情况说明、破案经过、抓捕经过等)被广泛使用,导致控辩双方在使用非法定证据形式上的不平等,不仅违背了现代刑事诉讼法和证据法上的控辩平等对抗原则,也一定程度上表明证据种类法定主义在实践中并未得到彻底贯彻。

三、证据种类法定主义的主要问题

(一) 封闭的法定证据种类不能涵盖全部证据形式

通过修法律和法律解释的方式,确实可以逐渐扩大法定证据种类的范围,不断将新的证据形式纳入法律规范中。但立法上封闭式列举的法定证据种类规定模式在一定时期能涵盖全部证据形式吗?答案显然是否定的。世界上的事物是无限的,但某个时期某些确定的人们的认识能力却是有限的,显然不能用当时立法者的认识程度来限制无限的证据形态。^{④③}由此可见,这种封闭式列举的立法体例难以为继,因为“立法者在成文法中要想穷尽证据的所有表现形式,这几乎是不可能实现的目标”^{④④}。而且随着社会和科技的发展,新的证据形式比如区块链证据、大数据证据、人工智能证据等还会不断涌现,这将进一步加剧封闭式列举立法体例的窘境。因为“新的事实确认方式已经开始在社会各个领域(包括司法领域)挑战传统的事实认定方法。越来越多对诉讼程序非常重要的事实在只能通过高科技手段予以查明。随着人类感官察觉的事实与用来发掘感官所不能及的世界的辅助工具所揭示的真相之间鸿沟的扩大,人类感官在事实认定中的重要性已经开始下降”^{④⑤}。因此,“在司法实践中应当只关注一项证据是否具有可采性,比如是否是传闻、是否是原件、是否是以侵犯公民基本权利的手段取得,而不是关注证据属于哪一个证据种类。只要是具备可采性的材料,无论属于何种形式,都可以作为证据提出”^{④⑥}。证据种类的区分仅是为了审查判断的方便,不能将其作为证据资格或证据能力的一个判断因素。

此外,上文提及的“不作为定案根据,仅作为办案和定罪量刑参考”的模式也存在逻辑自洽性问题:既然定罪量刑和办案已经参考了,那为何不是证据呢?封闭式列举的法定证据种类规定模式必须走向开放,因为“如果我们随时注意世界上业已发生的变化,那么我们从证据中得来的各种论点必须随之变化……当然还涉及我们取得的证据数量

④③ 参见杨宇冠:《证据、证据法与非法证据排除——兼评〈中国证据法草案建议稿及论证〉》,载樊崇义主编:《诉讼法学研究》(第7卷),中国检察出版社2004年版,第319页。

④④ 前注⑥,陈瑞华文,第29页。

④⑤ [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,何家弘审校,中国政法大学出版社2003版,第200页。

④⑥ 前注⑧,毕玉谦等书,第63页。

和种类的变化”^{④7}。

（二）证据种类法定主义不符合现代证据法的基本原理

从证据法的基本原理看,证据种类法定主义至少有四个问题:第一,证据种类法定主义容易成为法官“召之即来,挥之即去”的工具,导致法官将“取证合法性限制”和“真实可靠性限制”当成“法定证据种类限制”,不符合当今证据法的发展趋势。第二,控辩双方在使用非法定证据形式上的不平等,不符合现代刑事诉讼法和证据法的控辩平等对抗原则。在刑事诉讼中,控辩双方本就存在“证据偏在”问题,对此问题的典型解决方式是证据开示。但证据种类法定主义可能导致控方只收集对自己有利的非法定种类证据,不收集或不开示对自己不利的非法定种类证据,这便会引发新的控辩不平等的问题。第三,证据种类法定主义的封闭性导致许多新兴的证据形式被排除出证据审查的范围,不符合证据法鼓励采纳证据的基本原理。因为证据相关性的最低检验标准倾向于采纳所有有用的信息,通过向陪审团提供尽可能多的相关信息,促进理性决策。^{④8}这些新兴证据形式往往与案件具有一定的相关性,对案件事实具有一定的证明作用。如果仅仅因为它们不合法定的证据形式就排除出去,不利于准确的事实认定和公平正义的实现。第四,证据种类法定主义限制了法官的自由裁量空间,与以相关性为原则的证据法基本理念相冲突,不利于提升事实认定的质效。“不相关,则无证据”,相关性是证据的根本属性,^{④9}与其相适应的是尊重法官理性的自由证明理论。对于不同案件而言,一项证据是否可以被采纳势必存在着不同的情形,这便需要法官根据证据是否具有相关性进行判断。而证据种类法定主义本质上是立法者将经验上升为规则,限制了法官对非法定种类证据的使用,其在很多时候可能会与案件的实际情况发生冲突,尤其是在科技飞速发展、新兴证据形式不断涌现的时代更是如此。此时,法官可能会陷入两难境地——若遵守法律则意味着有效的非法定种类证据将被排除,这便会影响事实认定的准确性;若不遵守法律则会损害法律的权威,可能会影响事实认定结果的可接受性。

实际上,具体的司法实践并没有因此而僵化。首先,在新的法定证据种类未被增加进法律规定之前,司法实践中已经在大量运用了。以视听资料为例,在其未被确定为法定证据种类时,司法机关也并未否认其证据效力。^{⑤0}同样地,在2012年《刑事诉讼法》将“电子数据”新增为法定证据种类之前,实践中大多数法院也并没有因为其不属于法定的证据形式而不采用。其次,上文提及的许多目前没有被新增为法定证据种类的传统证据形式,也在实践中被大量运用,如各种情况说明等。最后,一些不同于法定证据种类

④7 宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社1998年版,第338页。

④8 参见[美]罗纳德·J.艾伦等:《证据法的分析进路:文本、问题和案例》,张保生、王进喜、汪诸豪译,满运龙校,中国人民大学出版社2023年版,第160页。

④9 参见周洪波:《证据属性的中国法律之道》,载《中国法学》2022年第6期,第287页;张保生、阳平:《证据客观性批判》,载《清华法学》2019年第6期,第27-28页;阳平:《从客观性到相关性:中国证据法学四十年回顾与展望》,载《浙江工商大学学报》2018年第6期,第127-129页。

⑤0 参见项谷、张震:《刑事证据资格的合法性研究——兼论我国刑事证据规则的完善》,载《政治与法律》2010年第3期,第151页。

的新兴证据形式如人工智能证据等机器证据,也在实践中不断被应用。^{⑤①}

此外,如上文所述,我国立法上经常将一些非法定证据种类的证据形式,如心理测评报告和未成年被告人情况调查报告等,作为办案和定罪量刑的参考。由此可见,证据种类法定主义成了一个“召之即来,挥之即去”的工具,不仅导致上文所述的同案不同判,而且还在一定程度上影响了立法的规范性和权威性,因此必须对证据种类法定主义进行扬弃。

(三) 证据种类法定主义阻碍了法庭认识论功能的实现

裁判是一种“求真认识论”(veritistic epistemology)社会实践;目的是产出在弱真实信念意义上的知识(knowledge in the weak sense of true belief),“一场刑事审判首先且最重要的是一个认识引擎,一种从最初常常是(相互冲突证据的)混乱集合中寻求事实真相的工具”^{⑤②}。基于此,法庭认识论的核心功能就是基于证据挖掘真相,但是证据种类法定主义却可能阻碍这种功能的实现。

首先,以证据种类法定主义为逻辑起点的法定证据制度对于“认定事实所需的证据种类和数量都已事先规定,法官不能违背这种僵硬规定来认定事实……而事实的表现形式千姿百态,无法精确预测,不可能用削足适履的方法来认定,只有通过法官的创造性劳动,才能准确认定事实。法定证据制度无异于作茧自缚,事实认定的功能被异化,难以达到系统目的”^{⑤③}。相反,以证据自由为基础的自由心证制度并没有对证据种类和数量进行限制,作为法庭认识论主体的法官能够充分地运用各种证据信息来认定案件事实,从而最大程度地促进法庭认识论的功能发挥,即准确的事实认定。此外,证据种类法定主义限制了众多非法定证据种类的证据信息进入司法事实认定,不利于系统功能的实现。因为根据“证据之镜原理”,证据信息越多,越有利于事实的准确认定,这主要是由相关性原则衍生的鼓励采纳证据的政策和证据之镜原理强调的“水中月、镜中花”(即证据推理或事实认定的盖然性)决定的。^{⑤④}

其次,以证据种类法定主义为逻辑起点的法定证据制度预先设定了可以作为定案根据的证据种类和数量,抹杀了事实认定者的主观能动性,将司法事实认定设计成了一套数理相加的固定认知模式结构。这种固定的认知模式结构不仅违背了事实认定的基本规律,在面对纷繁复杂的各种证据信息时,也不能很好地应对规则与实践的固有张力。

最后,以证据种类法定主义为逻辑起点的法定证据制度预先规定了可以作为定案根据的证据种类和数量,使得司法事实认定在证据种类方面成为了封闭系统。尤其是新技术的发展带来的信息大爆炸,导致案件中出现的证据形式越来越多,封闭的证据种类体系显然无法有效应对这种充满复杂性的证据情形。而正如前文所述,证据法的基本精神是鼓励采纳证据。可以预见,随着时间的推移,证据种类法定主义与新技术发展之间的矛盾将愈发激烈。

^{⑤①} 参见马国洋:《论刑事诉讼中人工智能证据的审查》,载《中国刑事法杂志》2021年第5期,第158-176页。

^{⑤②} Ho Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, 2008, p.47.

^{⑤③} 胡宇清:《自由心证正当性的系统论解读》,载《青海社会科学》2013年第2期,第82页。

^{⑤④} 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,载《中国社会科学》2017年第8期,第116-119页。

当然,我们不能为了批判而批判,而要通过批判发现问题,进而通过分析问题来最终解决问题。因此,在批判和解构证据种类法定主义之后,还需要对法定证据种类制度进行重构。

四、证据种类法定主义的改革方向

(一) 强化法定证据种类规范功能的转向

上文已经从历史演变、实践样态、证据法基本原理和法庭认识论等多角度分析得出结论:应该彻底否定证据种类法定主义。但这是否意味着要彻底否定证据种类法定主义的基础——法定证据种类?对此,有学者认为,应该抛弃法定证据种类的概念,因为“英美证据法尽管亦对证据进行分类,但其分类标准明显是一种规范性标准,与其说是对证据的分类,毋宁说是对规则的分类。这与我国依据证据的‘性质、特征’为标准的事实分类法完全是两码事”^⑤。

应当说,在2010年之前该种主张是可以成立的,因为2010年之前,我国的证据规则包括刑事证据规则十分之少。在1979年那个证据规则的“荒漠时代”,我国的法定证据种类最初的确是按照所谓“性质”和“特点”等事实标准来划分的,基本不具有法律上的规范功能。如果说有的话,也仅是表现为证据种类法定主义,即基于证据种类封闭式列举的“法定证据种类限制”——“不符合法定的证据种类(形式),不得作为定案的根据”。而且,彼时我国的证据法教材也主要讲授各种证据的性质、特点和审查判断方法,而不太重视对证据规则的分析介绍。

然而,从2010年《死刑案件证据规定》开始,至今我国已建立起较为详细的证据审查制度,包括证据分类审查判断和综合审查判断。其中,证据分类审查制度又主要包括各类证据的审查提示性规则和证据准入与排除规则。尤其是以“定案根据”为核心话语体系的证据准入与排除规则,实际上已经引入了一系列证据规则:除了共通性的一般证据能力规则之外,不同证据种类都有其独特的证据能力规则,例如物证有鉴真规则、书证有最佳证据规则、证人证言有意见证据规则和特免权规则、犯罪嫌疑人和被告人供述有自白任意性规则等。由此,直接否定证据种类可能会导致我国既有证据规则体系的崩塌。因为,证据种类的区分“为证据规则的特定化、系统化提供逻辑支持,使法律能够根据不同证据种类的认识特点设置更加合理、实用并具有针对性的证据能力规则”^⑥。由此可见,目前以法定证据种类为基础的证据分类审查制度已经在原来按照“性质”和“特点”等事实标准进行划分的基础上,引入了针对各类证据与待证事实的相关性、本身的真实可靠性以及收集主体、程序和手段的合法性等要素的全面审查判断规则,完全具备

^⑤ 前注⑤,孙远文,第104页。

^⑥ 林劲松:《我国证据分类制度的功能反思——以刑事诉讼为中心的分析》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2015年第3期,第41页。

了对证据以及相关证据行为的规范功能。这与英美、大陆两大法系国家的证据种类制度功能定位异曲同工,“法律上对证据进行分类都是为了使证据的运用规则清晰化、系统化,进而依据不同的证据种类设置相应的证据运用规则”^{⑤7}。因此,我们不应该完全否定法定证据种类,它在我国证据立法中的规范功能已从基于证据种类封闭式列举的“法定证据种类限制”逐渐转变为“规范证据的分类审查判断”。但认可证据种类划分具有合理性,并不意味着证据种类法定主义是正确的,我们仍应否定证据种类法定主义,进而保持法定证据种类的开放性。

至于目前的法定证据种类区分标准是否合理、是否需要进一步改革,则是另外的重要问题。根据目前学界的研究,需要综合考虑诉讼场域^{⑤8}、分类标准^{⑤9}、区分逻辑^{⑥0}、证明机理^{⑥1}等多种因素,但更重要的还需要考虑法定证据种类的规范功能和传统习惯。法定证据种类的规范功能在于根据不同证据种类的特点,设置不同的证据规则;而传统习惯则需要考虑立法和司法实践中已经形成的证据种类区分和审查判断习惯。囿于篇幅,笔者不再细化讨论如何完善证据种类的区分问题。只是在此强调,对证据种类进行区分的首要标准是法定证据种类的规范功能即“规范证据的分类审查判断”,而非传统的证据自身的“性质”和“特征”,后者只是其中需要考虑的一个因素而已。

(二) 保持证据分类审查判断的制度优势

实际上,以法定证据种类为基础的证据分类审查制度本身有其固有的优势。首先,证据分类审查制度可以使司法审判中的证据采纳与采信更具可操作性,也有利于律师的证据辩护。多年的司法实践也证明了这一点:面对司法实践中与案件有关的大量信息,司法人员“若没有明确的证据法定形式,证据的认定将会陷入混乱,法庭调查也无从谈起。设定明确而规范的证据法定形式还有利于当事人举证。证据法定形式是对各种证据材料的科学分类,这种归纳使不同种类的证据材料的各自特征和属性更加明晰,有利于当事人全面而系统地提出证据,节约诉讼成本”^{⑥2}。而法律和司法解释在法定证据种类的基础上,针对不同证据种类的特点规定相应的审查判断规范,对司法事实认定更具指导和规范意义。

其次,证据分类审查制度是对传统非精细化“印证”证明模式的补充和纠偏。“立法者作出这种以几近繁琐的法律规则来约束司法者的决断,尤其重视对单个证据的审查判断,无疑与过去系列冤假错案的沉痛经验教训息息相关,是对既往非精细化的‘印证’

^{⑤7} 前注^{⑤6},林劲松文,第44页。

^{⑤8} 参见林劲松:《法定证据种类的解释视角反思——以刑事诉讼为中心的分析》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2016年第4期,第174-183页。

^{⑤9} 参见裴苍龄:《再论证据的种类》,载《中国刑事法杂志》2009年第11期,第49-59页;韩旭:《证据概念、分类之反思与重构》,载《兰州学刊》2015年第6期,第144-152页。

^{⑥0} 参见周洪波:《诉讼证据种类的区分逻辑》,载《中国法学》2010年第6期,第138-151页。

^{⑥1} 参见刘万奇、杨蕾:《论证据种类的划分标准——以视听资料的概念界定为讨论范例》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2010年第2期,第36-41页。

^{⑥2} 前注^{⑤5},杨蕾、刘万奇文,第43页。

证明模式之纠正。”^{⑥3}“印证”证明模式强调不同证据内含信息的同一,不仅缺乏从整体视角对证据的分析,也缺乏对单个证据的独立分析^{⑥4}:其一,印证方法并非绝对可靠,虚假印证经常发生并导致了一系列冤假错案,其原因在于相互印证的证据本身存在真实可靠性问题,这就需要进行进一步规范对单个证据的审查判断;其二,影响证据真实可靠性的因素多种多样,例如对言词证据的可信性审查,仅靠印证未必有效,需要动态关注陈述人本身的感知能力、记忆力、诚实性等多种因素;其三,“印证方法仅关注证据的信息同一,不关注证据信息的内在合理性,也不关注证据推理的重要性,这会导致忽视对单个证据信息合理性的检验,也会导致忽视通过对单个证据进行推理而对证据生成过程、关联性、真实性等进行检验,所以也容易导致错误判断。正是意识到印证方法缺乏对单个证据的独立分析,龙宗智教授提出应当注重追证作用,实际上就是指出要将印证建立在单个证据真实可靠的基础上,所以要加强对证据的独立审查。”^{⑥5}而证据分类审查制度的建立,是对单个证据进行精密推理的原子主义论证方法的规范化,有利于对单个证据进行审查判断,是对非精细化“印证”证明模式的补充和纠偏。

综上所述,不管是从证据分类审查制度的规范意义和固有功能,还是从对传统非精细化“印证”证明模式的补充和纠偏来看,对法定证据种类进行分类审查判断都具有巨大的制度优势,应该予以保留。

（三）重构一种半开放式列举的证据实质审查制度

法定证据种类的规范功能,从基于证据种类封闭式列举的“法定证据种类限制”逐渐转向基于证据种类半开放式列举的“规范证据的分类审查判断”,要求既要彻底否定“不符合法定的证据种类(形式),不得作为定案依据”的证据种类法定主义,又要保持以法定证据种类为基础的分类审查判断的制度优势。因此,必须重构一种半开放式列举的证据实质审查制度。

首先,在法定证据种类的规定方面,应该保持开放性,形成一种开放式列举的立法体例。对此,依据开放性程度不同,目前大致有以下几种处理方式:第一种是完全开放式列举的证据种类规定模式。例如,对于2018年《刑事诉讼法》第50条第1款关于证据种类的规定,可以在列举完法定证据种类之后增加一个“等”字,或增加一项“(九)其他证据形式”。也可以借鉴《中国证据法草案建设稿及论证》,“对证据种类的规定是证据‘包括但不限于下列几种形式’,这样在诉讼实践中,只要符合证据可采性规则的证据都可以进入法庭”^{⑥6},如此就不会出现“不属于法定的证据种类,就不得作为定案的根据”的情况,从而让更多具有相关性的证据材料能够进入司法审判中,有利于准确的事实认定。第二种是设置兜底条款,并增加相应的限制性规定。例如,可以借鉴欧洲大陆法系

^{⑥3} 前注⑩,左卫民文,第114页。

^{⑥4} 参见纵博:《印证方法的不足及其弥补:以多元证据分析方法体系为方向》,载《法学家》2020年第6期,第164-165页。

^{⑥5} 前注⑥4,纵博文,第164页。

^{⑥6} 前注⑧,毕玉谦等书,第62页。

特别是《意大利刑事诉讼法典》的立法方式“采用兜底条款+目的、手段限制的方式加以规定”^{⑥7}。该法在证据的一般规定之下的第189条中特别规定了“法律未规定的证据”的采纳方法,即“如果需要获取法律未规定的证据,当该证据有助于确保对事实的核查并且不影响关系人的精神自由时,法官可以调取该证据。法官在就调取证据的方式问题听取当事人意见后决定采纳该证据”^{⑥8}。第三种是设置立法解释兜底条款。例如有学者提出,“鉴于全国人大常委会是我国最高权力机关的常设机构,其有权对基本法律进行解释,……对于新出现的证据形式,可以通过全国人大常委会的立法解释予以具体确认”^{⑥9}。也就是在2018年《刑事诉讼法》第50条第2款中增加一个兜底条款:“(九)经全国人大常委会认可的其他形式”。第四种方式是由最高人民法院通过司法解释的方式渐进式地增加新的法定证据种类。

第一种处理方式是一种完全开放式列举的模式,法律不再对证据形式作任何的限制。这种处理方式固然可以将具有相关性的所有证据形式都纳入证据的范围,但是“就司法效率而言,开放型模式容许具有相关性的所有证据都进入诉讼,法庭就自然要花更多的时间审查判断证据,司法效率必然会受到一定的影响”^{⑦0}。第二种处理方式实际上是在对目的和手段加以限制的基础上,赋予法官一定的自由裁量权,既保持了开放性,也不至于影响司法效率,但这依赖于高素质的法官和相应的司法配套制度,例如对法官排除相关证据的异议权和上诉权等。这种处理方式可以被称作限制法官自由裁量权的半开放式列举模式。第三种则是一种半开放式列举的立法解释兜底条款模式,由全国人大常委会通过立法解释的方式来新增法定的证据形式。但立法解释与立法一样,其制定程序也相对复杂,耗时较长。相对而言,上述第四种方式更有效率,法官无需审查立法和司法解释之外的非法定证据形式,可以称之为半开放式列举的司法解释兜底条款模式。同时,这样也更稳妥,因为完全开放式列举的模式可能会带来证据审查判断的混乱。

尽管从技术角度讲,笔者赞同在立法上先采用第四种方式——半开放式列举的司法解释兜底条款模式,等相关条件具备之后,再过渡到第二种方式——限制法官自由裁量权的半开放式列举模式。但是,从具体操作上看,第四种半开放式列举的司法解释兜底条款模式基本也等于“黄花菜都凉了”,因为这会带来谁作为适格主体以何种方式提请最高人民法院解释,新的证据形式需要发展到何种程度最高人民法院才需要以司法解释的方式新增法定证据形式等一系列问题。最终结果可能仍然会是现在的境地,无法有效及时地回应因社会发展和科技创新所产生的新证据形式。因此,建议直接采用第二种方式,即限制法官自由裁量权的半开放式列举模式。

但这里又产生了一个问题:如何限制和规范法官审查判断作为“非法定证据形式”

⑥7 高原:《论刑事证据种类的完善——基于对〈刑事诉讼法修正案(草案)〉第十二条的评析》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期,第24页。

⑥8 前注①9,《意大利刑事诉讼法典》,第67页。

⑥9 前注③0,项谷、张震文,第152页。

⑦0 前注②5,杨蕾、刘万奇文,第44页。

之新证据材料的自由裁量权? 换句话讲, 如何建构“非法定证据种类”的实质审查制度? 这里主要有三个方面需要考虑:

第一, 采纳的必要性审查。在借鉴《意大利刑事诉讼法典》第189条规定的基础上,^①至少应包括以下几点: 首先, 审查“非法定证据种类”是否实质上有助于准确的事实认定; 其次, 审查“非法定证据种类”是否不可替代, 即在无法通过法定证据种类达到证明目的的情况下, 方可使用非法定证据种类, 以避免当事人有意或无意地规避法律对法定证据种类的规定; 再次, 审查“非法定证据种类”是否影响关系人的精神自由, 例如通过麻醉分析、催眠或测谎仪等取得的证据不得在刑事诉讼中使用; 复次, 审查其是否会影响审判效率和其他重要价值; 最后, 还应征求控辩双方的意见, 才能最终决定是否有必要采纳该证据。

第二, 采纳的实质性审查。在通过必要性审查的基础上, 还需要根据证据法的基本原理全面审查“非法定证据种类”的相关性、真实性和合法性, 尤其需要根据“非法定证据种类”的独特特征, 审查判断影响证据三性的各种具体因素。以大数据证据为例, 不仅需要审查大数据本体与待证事实的相关性、大数据本体来源的真实可靠性和大数据本体收集程序的合法性等, 还需要审查大数据分析报告结果与待证事实的相关性, 大数据分析报告结果的真实可靠性和大数据分析报告制作过程的合法性。更重要的是, 大数据分析报告结果应当具有可解释性, 需要将统计学上的相关性转换成证据法上可以解释的相关性。总之, 如果“非法定证据种类”具有相关性、真实性和合法性, 符合一般证据能力规则的要求, 就可以成为定案的根据。但需要注意的是, 由于这些证据并非法定证据种类, 法官在审查判断时可能因为规范指引的缺失和经验的缺乏而出现错误, 因此在分析时应更加审慎。尤其应避免不对相关证据进行审查就允许其进入法庭的情况, 因为只有经过严格的审查判断, 才能确保非法定证据种类真正发挥促进准确事实认定的功能, 从而为案件的公正审理提供有力支持。

第三, 新增各种应用成熟的新证据种类实质审查判断规则。像视听资料和电子数据一样, 可以通过法律或司法解释的形式渐进地新增各种应用成熟的新证据种类的实质审查判断规则, 以丰富立法中的证据分类审查制度, 便于法官的审查判断。当然, 考虑到未来证据种类有可能会越来越多, 列举越细交叉越多, 分类的逻辑性也就越差。因此, 对证据种类的分类立法宜粗不宜细, 对新增证据种类也要慎重, 能通过对传统证据种类进行解释、改造来容纳新证据形式的, 就不宜新增证据种类。例如, 随着新技术的不断发展, 现有电子数据的概念和审查判断规则显然已经不能涵盖诸如区块链证据、大数据证据、人工智能证据等新证据形式, 可以考虑采用更宽泛更具包容性的数字证据概念, 建构一种以现有电子数据审查判断规则为基础的阶梯式分类审查机制。此外, 对证据种类的划分也应该更加科学, 要综合考虑诉讼场域、分类标准、区分逻辑、证明机理、规范功能和传统习惯等多种因素, 并在充分认识相关性是现代证据制度基本原则的基础上, 重点围绕

^① 参见施鹏鹏:《意大利刑事诉讼与证据制度专论》, 中国政法大学出版社2020年版, 第215页。

证据基本属性对各种证据进行实质性审查。

总之,本文的主要目的在于批判证据种类法定主义即“不符合法定的证据种类(形式),不得作为定案的根据”,强调法定证据种类的规范功能应从基于证据种类封闭式列举的“法定证据种类限制”逐渐转向基于证据种类半开放式列举的“规范证据的分类审查判断”,并附带性地提出应在此基础上重构一种半开放式列举的证据实质审查制度的主张。当然,相关的一些问题仍需要进一步详细探究。例如,如何具体完善法定证据种类的区分、如何细化“非法定证据形式”的实质审查制度等。

Abstract: The legalism of evidence types is the logical starting point of the system of legal proofs in the civil law system. However, due to the historical and political logic changes of the times, the structural changes of the procedure operating environment, and the deepening development of the basic principles of evidence law, the legalism of evidence types has been abandoned in the civil law system and gradually evolved from the legal restriction of evidence types to the restriction of the legality of obtaining evidence. The legislative expression of the Chinese legalism of evidence types is a system of statutory evidence types with closure, and its institutional motivation is to facilitate and standardize the classification review and judgment of evidence. In practice, we mistake ‘the restriction of the legality of obtaining evidence’ and ‘real reliability restriction’ as ‘the legal restriction of evidence types’, which have some core dilemmas, such as not covering all types of evidence, not conforming to the basic principle of modern evidence law, and obstructing the realization of the function of the court epistemology. In the future, on the basis of negating the legalism of evidence types, it is necessary to strengthen the normalization function of statutory evidence types and maintain the system advantage of evidence classification review judgment, so as to reconstruct a substance review and judgment system of semi-open enumeration of evidence types in accordance with the basic principle of evidence law and the basic law of fact-finding.

(责任编辑:王 楷)