



证据种类法定主义的反思与重构

前沿聚焦

□ 郑飞

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

神示证据制度在欧洲逐渐衰落，欧洲大陆法系国家逐渐形成法定证据制度。包括法定的证据形式(种类)、法定的证明力规则和刑讯的应用。法定的证据种类制度形成了证据种类法定主义，从而构成了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18世纪，由于法定证据制度固有的弊端，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，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)，同时也允许采纳法定证据种类之外的其他证据形式。

(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。然而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，于是便产生了基于正当程序对证据调查方法而非证据种类的合法性限制，由此早期的绝对自由心证制度也就逐渐演变成现代的相对自由心证制度。而英美法系采用陪审团审判模式，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，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。

由此可见，现在两大法系都不对证据种类进行法律限制，仅对取证合法性进行限制。随着证据立法的进步，中国已废除了法定证据制度的证明力法定规则和刑讯，但至今仍保留着

证据种类法定主义，这并不符合当今证据法的发展趋势。

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

中国证据立法对法定证据种类的规定具有封闭性。以封闭式法定证据种类为基础的法定证据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，对证据的细致化分类有利于把握不同证据形式的特点，从而更适当地使用与判断证据。然而，该制度并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

在司法实践中，对于非法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：第一，将“取证合法性限制”当成“法定证据种类限制”；第二，将“真实可靠性限制”当成“法定证据种类限制”。

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

通过修正法律和修改司法解释的方式，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。然而世界上的事物是无限的，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。而且随着社会和科技的发展，新的证据形式还会不断涌现，这将进一步加剧封闭式列举立法体例的窘境。

(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存在四个问题：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；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；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。

(三)证据种类法定主义阻碍了法庭认识论功能的实现

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“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”。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。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封闭系统，与新技术发展之间的矛盾也将愈发激烈。

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

我们不应该完全否定法定证据种类，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，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。

(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法定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。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，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。综上所述，不管是证据分类审查制度的规范意义和

固有功能，还是从传统非精细化“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，要求既要彻底否定“不符合法定的证据种类(形式)，不得作为定案的根据”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。可以借鉴欧洲大陆法系的立法方式，“采用兜底条款+目的、手段限制的方式加以规定”。但这里又产生了一个问题：如何建构“非法定证据种类”的实质审查制度?这里有三个方面需要考虑：

第一，采纳的必要性审查，包括是否实质上有助于准确的事实认定；是否不可替代；是否影响关系人的精神自由；是否会严重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。

第三，新增各种应用成熟的新证据种类实质审查判断规则。这样可以丰富立法中的证据分类审查制度，便于法官的审查判断。对证据种类的分类立法宜粗不宜细，对新证据种类也要慎重。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。

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。

(原文刊载于《中国法学》2024年第1期)

法界动态

“中华法治文明研究大系”出版座谈会举行



本报讯 记者黄洁 日前，“中华法治文明研究大系”出版座谈会在中国人民大学举行。

中国人民大学法学院院长、中华法治文明高等研究院院长黄文艺介绍了中华法治文明高等研究院作为学术创新高地的定位及其主旨，提出了“中华法治文明研究大系”丛书的规划。

中国人民大学法学院副院长、中华法治文明高等研究院执行院长王旭对“中华法治文明研究大系”丛书的谋划历程、出版定位和选题方案进行了说明。他表示，“中华法治文明研究大系”丛书应当凸显学术厚重感，融合古今中西的视角，将法律与历史、法律与现代社会两个系列打造成以法学为底色的跨学科学术精品。

第十九届中国经济法论坛举行



本报讯 记者章宁旦 近日，由中国人民大学经济法学研究中心、广东外语外贸大学法学院主办的“第十九届中国经济法论坛·新发展理念、新发展格局与经济法法治建设”研讨会在广州举行。本次研讨会探讨新发展理念、新发展格局下中国经济法治发展，为实现现代化中国的经济法治建设建言献策。

广东外语外贸大学副校长申明浩表示，本次研讨会围绕“新发展理念、新发展格局与经济法法治建设”进行主题研讨，设立了一系列分论坛，把握时代脉搏，回应时代需求和社会关切，体现了经济法学界的情怀和担当。

“中国经济法论坛”是由中国人民大学经济法学研究中心牵头，联合多家科研机构合作主办的一次全国性经济法学年度学术论坛，作为面向经济法学界专家学者的高水平交流交流平台，该论坛的举办也将为推动我国经济法理论和实践作出积极贡献。

《外国刑事法译评》新书发布仪式在西南政法大学举行



本报讯 记者战海峰 日前，北京大学出版社赠书仪式暨《外国刑事法译评》(第一卷)新书发布仪式在西南政法大学举行。西南政法大学校长林维，北京大学出版社副总编辑蒋浩共同为新书发布揭幕。

《外国刑事法译评》(第一卷)主题是当下国内外最为关注的网络犯罪问题，内容主要遴选近年来国外关于网络刑法的前沿论文、立法、判例，目的在于通过引介德国、英美、日本的先进研究成果，为我国网络刑法的研究提供借鉴，并打开一扇新的窗口，扩大研究者的视野范围。

林维表示，《外国刑事法译评》(第一卷)的出版是西南政法大学与北大出版社的又一友好见证，西政各个学科都有强烈的高质量图书出版意愿，希望双方继续保持密切联系，在图书出版、学科建设和学术交流方面深化沟通与合作，共同推动法学知识传播与学术交流繁荣，为法学界贡献更多西政法学的智力成果。

林维介绍了《外国刑事法译评》(第一卷)的缘起、序言和主题。他强调，本书试图在对话的过程中，立足中国当下的刑事法实践，建构更为独立自主的中国刑事法知识体系和话语体系，并在这样的基础之上，以一种更平等的姿态和更饱满的法治自信，促进不同法域的刑事法的对话、传播和融通。

法治政府前沿发展论坛在清华大学举行



本报讯 记者黄洁 近日，清华大学公共管理学院政府法制研究中心第2期法治政府前沿发展论坛在清华大学举行。本次活动是清华大学公共管理学院政府管理与创新研究所的系列学术讲座。北京大学政府管理学院副院长黄璜以“大模型”在数字政府建设中的应用与挑战”为题展开深入论述。

清华大学公共管理学院教授于安表示，信息技术不仅提升了行政效率和效能，还具备创造公共行政新价值的潜力。这种技术将公共行政推向一个整体性、以受益人中心的新境界，促使政府服务由单向供给向受益者中心的转变。因此，新型信息技术在公共行政领域的应用至关重要。他在总结时强调了法律在国家治理中的地位，特别是在数字化时代的重要性。当前数字化智能化发展不仅带来了行政效率和效能的提高，更创造了新的公共价值和公共规则。未来的数字政府研究可以从技术应用的善治问题、信息技术在公共管理中的科学主义定位以及人工智能发展与公共行政决策的并轨等方面展开讨论。



《周礼》中的刑罚世轻世重原则

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

刑罚世轻世重原则，指的是根据社会治安状况和犯罪形式决定实施刑罚的轻重。最早见于《尚书·吕刑》：“轻重诸罚有权。刑罚世轻世重，惟齐非齐，有伦有要。”意思是说，对于刑罚的适用，在各个不同的历史时期，其轻重程度是各不相同的。这一原则强调根据不同时期犯罪的不同情况，依照客观形势的需要，制定出不同轻重的刑罚，使其符合各个不同时期犯罪作斗争的实际需要；正确执行轻重不同的刑罚，有区别有分析地去适当用刑，是求得安定社会秩序的一致需要。《周礼·秋官司寇》记载大司寇的职责之一，就是“掌建邦之三典，以佐王刑邦国，诘四方。一曰，刑新国用轻典；二曰，刑平国用中典；三曰，刑乱国用重典。”意思是：大司寇的职责，负责建立和颁行治理天下的三法，以辅佐王德(违法)的诸侯国，禁止四方各国(的叛逆)。一是，惩罚(违法)的新建立之国用轻刑；二是，惩罚违法的旧国用中等刑罚；三是，惩罚乱国用重刑。这种思想和制度，既是对刑制适用的历史总结，又反映出适用刑制的客观规律性。

刑罚世轻世重是中国古代历朝历代奉行的刑事政策，人们多持肯定态度。《左传》引孔子的话：“善哉！政宽则民慢，慢则纠之以猛，猛则民

残，残则施之以宽。宽以济猛，猛以济宽，政是以和。”这里所说的“政”，虽然指的是“政事”实际也包含用刑。《晋书·刑法志》载尚书周颂说：“窃以为刑轻重，随时而作。时人少罪而易威，则从轻而宽之；时人多罪而难威，则宜化刑而济之。”意思是：我们认为刑罚是轻还是重，应当依照不同社会情况适用，如果当时犯罪的人很少，且容易被威慑制止，就可以运用轻刑宽大处理；如果当时犯罪的人很多，且难以被威慑制止，就适宜用死刑来济助。《明史·刑法志》在评述朱元璋的刑事政策时说：“盖太祖用重典以惩一时，而酌中制以垂后世。故猛烈之治，宽仁之诏，相辅而行，未尝偏废也。”意思是：总括而论，明太祖用重典惩治犯罪乃一时权宜之计，而酌取适中的法制是为了给后代垂留典范，因此既用猛烈法制，又下宽仁诏书，相互辅助而行，未曾有所偏废。清代雍正帝曾谕说：“然宽严之用，又必因乎其时。”

学术界过去有人质疑刑罚世轻世重有违罪刑法定原则。其实这是不存在的，因为中国古代统治者在决定实行重刑的时候，一般都先立法，为重刑提供法律依据。例如，朱元璋在明初决定重典治吏，就先制定了《大诰》，整理了过去一年审判贪腐方面的重大案件，以诰文的形式向全国发布，告诫官吏们，不要重蹈覆辙。《大诰》所列罪案无所不包：诽谤皇帝，结交乱政，囊中士夫不为君用，抗粮、抗差、抗租，玩忽职守、滥设吏卒，贪赃受贿，科敛害民侵吞钱

粮、逃避粮差。酷敛百姓，贪污粮税；放卖官差，私役丁夫；妄取扰民，私吞商税；谎报灾情，侵没赈灾粮。起解官物，贪赃纳贿，说事过钱，盗卖仓粮。结交官吏，团局造册，虚出实收，就仓盗卖，巧立名色，妄起科征，飞洒粮差，接受赃私，包揽词讼，吊打细民，豪强劣绅买嘱官吏，诡寄田粮，洒派包荒，揽纳私吞，脱逃兵役，贪污赈济，起灭词讼。洒派粮差，揽纳粮物，隐匿入己，虚买实收等。明太祖还规定：《大诰》每户一本，家传人诵，家有《大诰》者，犯管、杖、徒、流之罪减一等；无《大诰》者，加一等；拒不接收者，迁居化外，永不令归。学校课士和科举策试也以《大诰》为题。为了扩大四编《大诰》的影响，朱元璋把它们列为全国各级学术的必修课程，科举考试从中出题。因此，朱元璋的《大诰》路人皆知，定罪量刑皆依《大诰》，从形式上来说，不违《大诰》。当然，《大诰》内容是否恰当，那是另外一个问题。

当下宽严相济刑事政策是我国的基本刑事政策。已有不少学者注意到其与古代刑罚世轻世重的渊源关系。抗战时期，毛泽东同志在《论政策》一文中提出了镇压与宽大相结合的思想，指导当时革命根据地对坚决的反共分子、坚决的汉奸分子和反动派中动摇分子、胁从分子的处理。新中国成立初期，根据当时的形势，毛泽东在肃反问题上曾经提出镇压与宽大相结合的政策。他说，在这个问题上，必须实行镇压与宽大相结合的政策，即首恶者必办，胁从者不问，立功者受奖

的政策，不可偏废。随后这一政策也适用于其他犯罪分子。1956年9月，中国共产党第八次全国代表大会的政治报告中指出：“我们对反革命分子和其他犯罪分子一贯地实行惩办与宽大相结合的政策。”从此，惩办与宽大相结合成为我国基本的刑事政策。

宽严相济刑事政策贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程，是惩办与宽大相结合政策在新时期的继承、发展和完善。宽严相济刑事政策中的“严”，主要是指对于罪行十分严重、社会危害性极大，依法应当判处重刑或死刑的，要坚决地判处重刑或死刑；对于社会危害大或者具有法定、酌定从重处罚情节，以及主观恶性深、人身危险性大的被告人，要依法从严惩处。在审判活动中通过体现依法从“严”的政策要求，有效震慑犯罪分子和社会不稳定分子，达到有效遏制犯罪、预防犯罪的目的。宽严相济刑事政策中的“宽”，主要是指对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪，或者罪行虽然严重，但具有法定、酌定从宽处罚情节，以及主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人，可以依法从轻、减轻或者免除处罚；对于具有一定社会危害性，但情节显著轻微危害不大的行为，不作为犯罪处理；对于依法可不监禁的，尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。

因此，可以说宽严相济刑事政策是中国古代刑罚世轻世重原则的创造性转化和创新性发展。