

“特色学科建设工程”立项重点课题资助

辽宁大学法学学术文库

# 中国古代证据制度 及其理据研究

祖伟 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

“特色学科建设

辽宁大学法学学术文库

# 中国古代证据制度 及其理据研究

祖伟 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中国古代证据制度及其理据研究 / 祖伟著. —北京:  
法律出版社, 2012. 8

(辽宁大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3856 - 8

I. ①中… II. ①祖… III. ①证据—司法制度—研究  
—中国—古代 IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 187307 号

辽宁大学  
法学学术文库

中国古代证据制度及其理据研究

祖伟著

责任编辑 刘文科  
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 9 字数 207千

印次 2013年3月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3856 - 8

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《辽宁大学法学学术文库》编委会

佟连发 杨 松 郭 洁 任 际  
郝建设 赵秉贵 郑 莹 刘 扬  
路 军 于 红

## 序

祖伟博士的《中国古代证据制度及其理据研究》一书,是在其博士论文的基础上加工修改而成。

对中国古代证据制度进行研究,首先会触碰到这样两个问题:当时的刑事诉讼与民事诉讼是否有区分?以及是否实行不同的证据标准?

对前一个问题,学界大抵已经有结论,那就是户婚、田土、债负案件属于“自理案件”,略相当于今天的民事诉讼;人命、盗贼之类的重要案件属于刑案,略相当于今天的刑事诉讼。对于第二个问题,学者也多涉及,但认真的梳理不够,探讨也并不深入。

祖伟博士采取各别探讨的方式,分别就中国古代刑事证据与民事证据的种类、内容进行了归纳和分析,比较客观、准确地反映了刑事诉讼与民事诉讼的不同证据标准、不同的取证与判断方式;在此基础上,作者进一步分析了刑事、民事两大类证据的地位、特征,据此提出了刑事诉讼与民事诉讼的不同证据规则。作者更进一步地追问,是探讨作为刑事证据首要规则的“口供至上”、民事证据首要规

则的“券证主义”背后的理据,力图从刑事诉讼的“国家干涉主义”、民事诉讼的“当事人主义和职权主义”角度,去解释这一现象,从而将事情提到一定的理论高度去认识;作者更引入合理性范畴,对古代证据规则所反映的形式合理性和实质合理性、客观真实与法律真实等问题,作出自己的判断和结论,并将之统合在“历史合理性”这一范畴之下。最后,作者努力对古代“供”、“证”证据制度的法文化意蕴进行发掘,给予文化意义上的解读。这种由具体而抽象、从个别到一般的方法,使问题的展示和分析层层递进,渐次深入,符合认识规律,符合写作规律。

作者也尝试将古代中国证据制度与西方进行比较,力图在比较法的视野中,对中国的有关实践与理论给予适当的历史定位,这样的比较也是有意义的、给人以启发的。

该书尽管对某些应当探讨的问题还缺乏相应的关注,如“口供”与刑讯的关系、“券证”与中国人的“口说无凭”的文化心理的关系,对某些“供”、“证”现象还缺少辨别和归类,但作者对中国古代刑事、民事诉讼证据现象及其意义的一系列探讨,是在资料上的广泛收集和认真梳理的基础上进行的,在分析上也比较注意结论的中肯和独到,比较全面地反映了中国古代证据制度的基本状貌,值得充分肯定。

是为序。

霍存福

二〇一二年十二月二十五日

## 自序

治史岂能不依据,依据乃依材料是也。史料是历史研究的根,根之不存,何谈治史。世间岂能无讼,有讼岂能不依据,依据乃依证据是也。证据乃诉讼之王。明人汪天锡有言:“如诉产业,则诘其契券先后何。如诉婚姻,则诘其媒妁财礼何。如诉斗殴,则诘其缘由伤损何。如诉盗贼,则诘其出入踪迹何。如诉诈扰,则诘其彼此强弱何。如诉赌博,则诘其摊场钱物何。如诉奸私,则诘其奸所捕获何。如诉私铸,则诘其炉冶器具何。如诉私宰,则诘其刀仗皮肉何如。”<sup>①</sup>契券、媒妁财礼、伤损、踪迹、摊场钱物、炉冶器具、刀仗皮肉此类,皆证据是也。吾国古时之鞠讞官苟能“以意推详”、“据证剖断”兼及“察情推理”,则为清明之官也。

其实,谈及我国古代的鞠狱断案,其诉讼程序的设置、回避制度的设计、刑讯制度合法性的确认,都是围绕证据制度而展开的,并服务于司法官对证

---

<sup>①</sup> 《理讼指南》。

据的取得、判断与采信。研究我国古代司法官的司法审判,证据制度是绕不开的题域。立法层面的规定,粗简详尽因朝代不同而有所损益,只有将其视为整体才可见一斑。鞠狱官司法审判中证据的取得、判断、采信,以及适用的证据规则,只有进入历代判例判牍才可窥知。因此,本书既关注静态层面的证据制度,又进入司法审判的案例场域,并对业已形成的具有我国特色的传统证据法制度的背后理据予以探究,试图有“据”有“理”的完成“史”、“论”结合。

大凡诉讼,听审程序则为证据之审也,古今皆同。

治史需静,而静之何难。在繁杂纷扰之中,寻一席净土,又是何等惬意。许多年前,蒲坚先生曾面授机宜:研究法制史,应该能坐住冷板凳。至今不忘。些许遗憾的是,坐不住这冷板凳。即使坐(做)了,也坐(做)将不够好。谬误、不当在所难免,期待同仁的批评。

祖 伟

2012年6月9日于沈阳



# 目 录

导论 /1

**第一章 贯穿审问与判决的连接点：证据 /19**

一、证据：界于事实与规范之间 /21

二、司法官的责任：审明事实、作出判决 /28

三、证据、证据规则与理据 /36

**第二章 中国古代刑事证据及其规则 /42**

一、中国古代刑事证据种类形式 /42

（一）供辞证据 /42

（二）证人的证词、众证词 /51

（三）赃、状 /56

二、中国古代刑事证据的取得与判断 /73

（一）答掠得情 /73

（二）以情得之 /76

（三）现场勘查与检验 /80

（四）明察暗访 /88

(五)依常识法理推理 /92

(六)用谲钩鉅 /94

(七)借助神灵 /96

### 三、中国古代刑事证据规则 /96

(一)“据供辞定罪”刑事证据首要规则 /96

(二)“据状断之”刑事证据相对独立规则 /102

(三)“据众证定罪”规则 /112

## 第三章 中国古代民事证据及其规则 /123

### 一、中国古代民事证据种类形式 /124

(一)簿籍照证、干照、实物碑石等——裁断所有权纠纷的证据 /125

(二)佃字、墨约等——裁断租赁、租佃纠纷的证据 /130

(三)质剂、券、要、约、契等——裁断买卖纠纷的证据 /132

(四)傅别、自证爰书、契券、借据等——裁断借贷纠纷的凭据 /136

(五)遗嘱、阍书、议约、养膳老约等——裁断继承纠纷的凭据 /140

(六)法定事由、判和婚书、婚约、休书等——裁断婚姻纠纷的凭据 /145

(七)四邻、中保、知见人、代笔人等的证词 /147

### 二、中国古代民事证据的获得方法与判断 /149

(一)当事人“供称” /149

(二)讯供 /150

(三)现场打量、定验、地头众证 /152

(四)司法官对证据的判断方式 /153

### 三、中国古代民事证据规则 /157

(一)“交易有争,止凭契约”的民事证据基本规则 /158

(二)“出簿籍相质证”民事证据规则 /162

(三)“众辞相质证”民事证据规则 /167

## 第四章 历史合理性证据规则之理据 /171

### 一、中国古代鞠狱断刑证据规则提炼的可能性 /171

(一)制度上的可能:追究司法官“不据供证定罪”的法律责任 /172

(二) 司法实践中的可能:判例判牍所载案例 /177	
二、中国古代刑事证据规则“口供主义”的理据 /181	
(一) 国家“干涉主义”立场 /181	
(二) “口服”标志着“伏(服)判”、“认罪”、“伏法” /183	
(三) “若赃状露验,理不可疑,虽不承引”:状服 /185	
(四) “反拷告人”:抑制滥告、验明首伏 /187	
(五) “特权”、“恤刑”关照:“据众证定罪” /188	
三、中国古代民事证据规则“券证主义”的理据 /189	
(一) “告乃坐”的当事人主义与职权主义相结合 /190	
(二) “券证”绝对观念 /192	
(三) 当事人的券证意识 /194	
(四) 簿籍、勘验结论的公证效力 /195	
四、中国古代证据适用规则的合理性分析 /196	
(一) 形式合理性与实质合理性的兼容性 /196	
(二) 形式证明标准下主观真实的追求 /204	
(三) 司法官所处的社会情境等制约因素与证据规则的运用 /207	
五、中国古代证据制度引发的思考 /220	
<b>第五章 比较证据制度 /223</b>	
一、比较神誓证据制度 /224	
二、比较刑民证据混合立法 /230	
三、比较证据调查程序:讯问(询问)——审查——疑难求助——拷讯 /233	
四、比较证人的资格:依身份确定 /238	
五、比较司法官的证据采信规则:优势证据 /241	
六、比较作假证的后果:惩罚与“不名誉者” /244	
结语:语词“供”、“证”的法文化解读 /250	
参考文献 /258	
后记 /271	

## 导 论

证据制度是司法官审理案件时必须遵循的制度,无论是古代的司法实践还是现代的司法实践乃至诉讼理论,无论是大陆法系还是英美法系的诉讼制度,其核心都在证据。只要有人类生存的地方,就不可避免地会发生纠纷,这种纠纷可能发生在个人与个人之间、团体与团体之间,或个人与团体、个人与国家之间;发生了纠纷就要寻求解决纠纷的办法,无论是“在尚无文字的人类文化中,我们就称之为原始法律”阶段,还是“在刚跨进文明门槛的古代社会中被人们发现,就称之为古代法律”阶段,抑或“当我们从经过文明发展的社会结构中找到他,就称之为现代法律”<sup>①</sup>阶段,可能要采取诸如血亲复仇、暴力、审判、裁决、调停等办法解决纠纷,但纠纷的解决必须是特定时空下人们已达成共识的“有理有据”,否则,纠纷永无休止,小则引起流血冲突,大

---

<sup>①</sup> 转引自[美]霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生译,法律出版社2006年版,第5页。

则引发战争。人类学家霍贝尔的研究表明：“不论各种法律制度的内容和其独特的原动力如何，它们必定有某些相同的因素。”<sup>①</sup>他是在研究了爱斯基摩人、伊富高人、印第安部落等原始法时，对何为法律以及法律如何运转完整认识而得出的结论。一个可以肯定的共识则是：人类在解决自身存在的各种矛盾和纠纷过程中，首先必须认定事实，而要认定事实，又必须搜集和运用证据，并遵行一定的证据规则，由此探索出一套解决各种矛盾、纠纷的制度和办法，如神灵裁判制度、法定证据制度、自由心证制度等。人类在解决各种矛盾和纠纷的过程中，探求事实真相，力图再现纠纷发生时的相对历史真相，是各个社会在处理自身矛盾和纠纷时追求的共同目的。

无论是隐而不彰的证据适用规则，如中国古代的司法实践；还是彰显并有规则可循的证据规则理论，如现代司法实践及诉讼理论，都是值得深入研究的题域，甚至是有较大难度的研究课题。陈光中在《诉讼证据规则研究》一书序中写道：“证据规则问题博大精深，是个难度很大的课题。现代学者基于三大诉讼法及司法解释的有关规定，并立基于活生生的现代司法实践，知难而进探讨具有司法实践意义的证据规则问题。”<sup>②</sup>对于证据规则问题，现代人尚觉是个难度较大的课题，面对浩瀚的中国古代司法官以随笔或以记录方式记载和保存下来的案例、判例、判牍，从中提炼出断案的一些证据规则，更觉得是个难度系数较大的课题。

笔者认为，在中国古代的司法实践中，司法官鞠狱断刑、解决纠纷，与现代法官审理案件、解决纠纷本质上并无二致，亦即必须有理有据，依证据断案，甚至要遵行一定的证据规则。中国历朝律典都在不同程度上，规定了一般情况下“断罪必取输服供词”、特殊情况下“皆据众证定罪”，“众证明白，即同狱成，不须对问”，“若赃状露验，据状断之”以及有

---

<sup>①</sup> [美]霍贝尔：《原始人的法——法律的动态比较研究》，严存生译，法律出版社2006年版，第5页。

<sup>②</sup> 李善春等：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社2000年版，序。

限的刑讯,司法官的责任等证据搜集、采用、规则运用等制度。从保存下来的历代判例判牍来看,审视中国古代司法官对案件的审理会得出以下整体认识:第一,对“生死攸关”的命案,一般都采取“慎而又慎”的态度,“大抵人命坐抵,为凭伤证”。第二,凡“证据之未确”、“有大可疑的”或“且证无的据,刀无下落,情景已未必真”的,大都得出“因证据不足,免追究”的结论,“审无确据者不具论”,“窝盗重辟,非赃迹可凭,证左可据,不得悬坐”,可以说,这是司法官审案的基本准则。第三,从案件的审理过程来看,一般是先取得原告的“供述”,诘问被告取得被告的“初词”,再诘问,调查,取得其他证据。司法官一般是在掌握或已经掌握了确切的能够验证口供真伪的佐证,或对经诘问取得的初词有了合理的怀疑之后,才采用“拷掠”的方法,取得真实的“供辞”。从历代司法官所撰写的判词观之,几乎是围绕着“供辞”在审案,最终以所取得的并认为是真实可靠的“供辞”来定罪量刑,其他证据则是口供的佐证而已。第四,对于民事性质的纠纷,不仅要“质其言”,取其物证如议单、诸文券、原契、账簿等,还要找来中人、保人等来作证。

大抵观之,初审司法官和“鞫狱”官审理案件的基本程序是:以初词查之,以案情观之,以漏洞所疑,以情证推理,适用律例,依证据定论。

### 一、中国古代证据制度研究现状

在中国法制史上,证据制度的研究属于支流,包含在司法制度的研究当中,其研究内容仅限于证据的种类、证据的取得(大都认为是刑讯逼供方式取得)等方面。对其做纵深式的研究似乎较少,更难谈及从文化的角度予以分析。

法律史学界尤其诉讼法学界普遍认为,中国古代法官断案的主要依据是通过合法与非合法的刑讯逼供而取得的口供,口供是主要的证据。事实是否如此呢?是不是刑事性质的案件与民事性质的案件不加区分地一律实行口供至上主义?中国古代的法官在断案时是否遵循一定的证据规则?

简要梳理国内学者对我国古代证据制度的研究,大体是:

一是断代的证据制度研究。对某一朝代的证据制度进行考察,一般包括在司法审判制度中。如胡留元、冯卓慧所著《西周法制史》,在研究西周的刑事审判时指出:“审判,是诉讼程序的中心阶段,不仅要讯问诉讼当事人、证人,搜集、查清证据,弄清案件事实真相,还要在此基础上对案件作出处理决定。”<sup>①</sup>西周和殷商不同,“从当事人出庭,索取、鉴别供辞证据,到读鞠判决均有严格制度。”<sup>②</sup>其中的两造具备、坐地对质、重口供、五听断案、检验采证、刑讯逼供、法外用刑等制度,大体涉及了证据的取得、鉴别、采用及其规则。该书的作者认为西周的誓审制度“完全是为了给司法定罪量刑索取誓词证据”;“宣誓,在民事诉讼中,不仅当事人要进行,甚至连中介人也要履行宣誓。民诉中的宣誓都是为了给审判过程中确定罪与非罪和进而定罪科刑寻找证辞”。<sup>③</sup>栗劲先生在讨论秦代刑事诉讼的基本原则和程序时,以云梦秦简为史料,专门分析了秦代证据的种类和在审判中的作用。<sup>④</sup>反映西汉早期法律适用、实施状况的《张家山汉简·奏谳书》,在一定程度上也涉及证据的调查和采信,如通过“诘某某”、“问某某”,取得供辞、证辞等证据,“诊”取得各种物证,“律”表明适用何种律条,通过“鞠”、“审”对犯罪者定罪量刑。目前国内学者对奏谳书的研究限于奏谳书的题名、结构、材料来源、编订年代、法律的实际应用及其奏谳制度等<sup>⑤</sup>,没有涉及具体的司法审判制度,更鲜及证据制度的讨论。唐宋时期可以说是中华法系证据制度的完备时期,从立法上来看,与同一时期世界其他国家的证据立法相比,具有一定的合理性和进步性。对唐律研究的专著颇多,但遗憾的是,研究唐代证据制度的专门著作却阙如。王云海先生主编的《宋代司法制度》较详细地论述了宋代证据的类型、证据的搜集与辨别。郭东旭先生著的《宋代法制

---

① 胡留元、冯卓慧:《西周法制史》,陕西人民出版社1988年版,第272页。

② 胡留元、冯卓慧:《西周法制史》,陕西人民出版社1988年版,第272页。

③ 胡留元、冯卓慧:《西周法制史》,陕西人民出版社1988年版,第300页。

④ 栗劲:《秦律通论》,山东人民出版社1985年版,第305~308页。

⑤ 蔡万进:《张家山汉简〈奏谳书〉研究》,广西师范大学出版社2006年版。

研究》，就宋代证据制度的发展变化及书证在民事诉讼中的重要作用进行了探讨。薛梅卿、赵晓耕主编的《两宋法制通论》，从言词证据、物证和书证、检验制度三个方面对宋代证据制度加以介绍。这些研究都没有将证据制度作为独立的研究主体。河北大学 2001 级研究生李华的《宋代证据制度研究》，完成了断代的、专门证据制度研究的尝试。蒋铁初对明清时期的民事证据制度做了专门研究。<sup>①</sup>

二是从历朝历代编撰的律典出发，在制定法层面上研究古代法官断案所依的证据。如张晋藩先生主编的《中国法制通史》，对刑事诉讼中的证据审查和民事诉讼中的证据审查进行了分类讨论。

三是在宏观层面上对中国古代证据制度的特点予以归纳。如陈光中、沈国峰著《中国古代司法制度》，归纳了中国古代证据制度的四大特点：神判法消失得比较早；重视被告人口供的口供主义；基本上不实行形式证据制度，判断事实主要靠法官个人决断；“疑罪唯轻”的原则。

四是以案例为第一手资料进行考证和分析。莫家齐先生根据《名公书判清明集》所载案例，对南宋民事证据制度进行了分析与论述，指出中国古代并没有采用法定证据制度。

相关的论著与论文，在研究视角的选定上，或从中国古代诉讼制度角度研究证据问题，或采用描述式向读者展示中国古代有哪些证据种类，并把研究的重点放在了国家的立法或律典的规定层面，鲜有论及法官在司法实践中是如何适用证据规则的，很少关注法官实际审判案件时证据的取得、采信、规则的适用及其影响因素，更很少从法文化的层面分析背后支撑的理念。

## 二、问题的提出与论题的限定

### （一）问题的提出

历史上惊人相似的冤案重复出现。

20 世纪 90 年代到 21 世纪初，引起国人关注的佘祥林案、聂树斌案、

---

<sup>①</sup> 蒋铁初：《明清民事证据制度研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。



杜培武案、李久明案等几大冤案,让人深思。有学者认为,造成冤案的根本问题是证据问题。

公元 10 世纪左右:

从事函首:近有行商回,见其妻为人杀而失其首。妻族执其婿杀女。吏严讯之,乃自诬服。案具,郡守委诸从事。从事疑之,请缓其狱。乃令封内仵作、行人遍供近与人家安厝墓冢,一一诘之。有一人曰:“某近于豪家举事,言死却奶子。五更墙头穿过凶器,轻似无物,见瘥某处。”乃发之,但获一女人首。即将对尸,令其夫认,云非妻也。继收豪家,鞠言乃是杀一奶子,函首葬之,以尸易此良家妇,私蓄之。豪民弃市。<sup>①</sup>

德彝释冤:信都郡赵德彝,雍熙中判沂州,儒生乙恕,郊居疑业。一旦,有横尸在舍侧,逡者见之,捕恕送官,狱具,将伏法。德彝疑其冤,命别司鞠问亦如之,固令缓刑以俟。未几,果获贼,恕乃得释。<sup>②</sup>

唐肃白冤:唐肃待制为秦州司理参军时,有商人夜宿逆旅,而同宿者杀人亡,去旦起视之,血汗其衣,为吏所执,不能辩明,遂自诬服。肃为白其冤,而知州马知节趣令具狱,肃固持不可,后数日得真杀人者。就辟本州观察推官。<sup>③</sup>

时隔 10 个世纪,古今不同的时代,不同的审判制度,不同的查证手段,不同的证据适用规则;但都是杀人冤案,有着同样的刑讯逼供情节,同样被迫诬服,同样都采用了口供证据,同样被判处刑罚,同样都是真凶再现或受害者惊奇生还,同样的结果“真相大白”、“冤情得雪”。不同时代的杀人案却有着惊人相似的案发过程,惊人相似的结果,这难道不引起我们深思吗?我们说现代科技发达,人的认识能力增强,可以采用测谎仪,可以做 DNA 鉴定,可以验指纹,可以取得各种物证来证明事实真

---

① (宋)桂万荣编撰,(明)吴讷删正、续补:《棠阴比事选》,群众出版社 1980 年版,第 1 页。

② (南宋)郑克:《折狱龟鉴》卷一,载杨一凡、徐立志主编,俞鹿年等整理:《历代判例判牍》第一册,中国社会科学出版社 2005 年版,第 454 页。

③ (五代)和凝编纂,(北宋)和嶮附续,(明)张景续编:《疑狱集》卷一,载杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》第一册,中国社会科学出版社 2005 年版,第 284 页。