

【*历史的法学* 文丛】

主编 范忠信 陈景良

宋代 证据制度研究

Songdai
Zhengju Zhidu Yanjiu

魏文超 著



中国政法大学出版社

宋代证据制度研究

魏文超 著

主編 范忠信 陈景良
【歷史法學文丛】



中国政法大学出版社

2013·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

宋代证据制度研究 / 魏文超著. — 北京：中国政法大学出版社，2013. 10
ISBN 978-7-5620-4965-4

I. ①宋… II. ①魏… III. ①证据—司法制度—研究—中国—宋代
IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第203417号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 14.125
字 数 360千字
版 次 2013年10月第1版
印 次 2013年10月第1次印刷
定 价 46.00元



安徽省教育厅人文社科研究重点项目

“论‘中国古代卡迪司法’说之误——以宋代证据制度为理据”

（项目批准号SK2012A091）研究成果之一。

阜阳师范学院博士科研项目“宋代证据制度研究”

（项目批准FSB201301003）研究成果。

阜阳师范学院学术著作出版专项经费资助

总序

General Preface

古代中国社会或传统中国社会，是一个非常不同于欧洲大陆的社会。古代中国社会有着自己的特殊政治机理。具体说来，古代中国社会有着特殊的多侧面多层次的公共组织模式，有着特殊的公共政治事务处理模式，有着特殊的社会控制或治理模式。总而言之，有着特殊的社会秩序架构及其原理。

对于这一点，近代史以来的学者们，在学术研究的理论认识层面上，似乎都比较清楚；但是一到了学术研究的实践操作层面上，大家似乎都模糊了。就是说，抽象地讲这些道理时，似乎谁都清楚；但一到具体分析阐释中国古代的政治和社会时，就不是这么回事了。比如人们惯于用西方学者从西方社会发展史中总结出来的奴隶制、封建制、资本主义、殖民主义、商品经济、市场制度、市民社会、私人空间、公共权力、公共政治、民族国家、公法与私法、私有制等一整套概念体系作为标准或尺度，去分析或阐释古代中国的政治和社会现象，结果就等于戴着有色眼镜看中国，不知不觉歪曲了中国古代的政治和社会的本质。

基于这样一种“以西范中”、“以西解中”的衡量或解读，我们在过去的研究中，惯于觉得中国古代政治和社会的秩序（或体制）一无是处；特别是惯于认为古代中国的法律制度体系远远落后于西方，过于粗糙、野蛮、简陋。所以，近代史以来，

特别是新中国以来，我们的中国法制史著作和教材常常可以写成控诉古代中国法制落后、腐朽、残酷、保守的控诉状。我们的史学界甚至还可以长期争论“中国封建社会为什么长期延续（或长期停滞）”、“中国为什么没有较早出现资本主义萌芽”这样的伪问题，我们的法学界也可以讨论“中国古代为什么没有民法典”、“中国古代法学为什么不发达”之类的伪问题。

从这样的判断出发，近代史以来中国政治法律改革构想，大多必然会走“以西化中”的道路。所以在过去百余年里，我们才会全盘模仿大陆法系的法制和苏联革命法制，搞出一整套与中国传统几乎一刀两断的法制体系。基于这样的考虑或追求，我们的立法才不会认真考虑它在中国社会土壤中有没有根基或营养成分的问题，才不会正式考虑与传统中国的习惯、习俗或民间法的衔接问题，才会得意洋洋地以在“一张白纸上可以画最新最美的图画”的心态来建章立制，才会仅仅以“注重世界最普通之法则”的心态来设计中国的法制。即使有人提出过“求最适于中国民情之法则”的主张，但最后几乎都是虚应故事，大规模的“民商事习惯调查”的结果也没有对近代化中国法制与民族传统根基的续接做出什么实质的贡献。这就是一百六十年来中国法制建设的实际取向——西方化取向的由来。

在这样取向下设计出的法制，实际上是缺乏民族土壤和根基的法制。这一套法制在我们民族大众的心目中，在我们社会生活的实际土壤中，是没有根基的，至少是根基不牢的。这棵移植的大树，缺乏民族的土壤或养分。所以，近代史以来，如何把这套法律“灌输”给普通百姓成了国家最头疼的事情。直到今天，我们仍屡屡要以大规模的“普法”运动或“送法下乡”、“送法进街巷”的运动向人民推销这一套法制，但实际上

收效甚微。事实上，我们今天的政治和社会生活，是不是真的在按照这套人为设计的、从西方移植来的法制体系运作？我们生活中的实际法制是不是我们的法律体系设计或规定的这一套法制？我们大家都心知肚明。其实，谁都不能不承认，在显性的法制背后，我们实实在在有一整套隐性的法制。这一套隐性法制，是大家心知肚明、心照不宣的，常常是不便于说明白。一旦说明白了，就有点像安徒生童话里的小孩儿直呼皇帝没有穿衣服一样。这些隐性的法制，当然正反两个方面的都有，绝对不仅仅是从贬义上讲的“潜规则”。可以说，近代史以来，我们民族的政治和社会生活实际上主要还是按照我们民族习惯的方式和规则在进行，只不过其过程受到了人为设计或移植的显性法制一定程度的“干扰”或“影响”而已。即使仅仅就这些“干扰”或“影响”而言，我们也很难肯定地说都是正面的、进步的“干扰”和“影响”，很难说就一定是西方民主、自由、平等的法制及其精神对中国“封建传统”的挑战。当社会大众看着“依法缺德”的人们得到法律的保护并获得各种“合法”利益而致使人心骇乱、是非模糊之时，我们就很难说这样的法制是中国社会应当有的良善法制。

基于这样的理解，我们近年一直主张用“历史法学”的眼光阐释中国传统法制和建设新的中国法制。

近代德国法学家萨维尼认为，法律是民族精神的体现。“法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展的，不能通过正式理性的立法手段来创建。”“一个民族的法律制度，像艺术和音乐一样，都是他们的文化的自然体现，不能从外部强加给他们”，“在任何地方，法律都是由内部的力量推动的，而不是由立法者的专断意志推动”。法律如同语言一样，没有绝对停息的时候，

它同其他的民族意识一样，总是在运动和发展中。“法律随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大；当这一民族丧失其个性时，法便趋于消逝。”因此，法并不是立法者有意创制的，而是世代相传的“民族精神”的体现；只有“民族精神”或“民族共同意识”，才是实在法的真正创造者。“在所有人中同样地、生气勃勃地活动着的民族精神，是产生实定法的土壤。因此，对个人的意识而言，实定法并不是偶然的，而是必然的，是一种同一的法。”法律的存在与民族的存在以及民族的特征是有机联系在一起的。“在人类历史的早期阶段，法律已经有了一个民族的固有的特征，就如同他们的语言、风俗和建筑有它自己的特征一样。不仅如此，而且这些现象并不是孤立存在的，它们不过是自然地不可分割地联系在一起的、具有个性的个别民族的独特才能与意向。把它们连接为一体的是民族的共同信念和具有内在必然性的共同意识。”这种“共同意识和信念”必然导致一个民族的“同一的法”。立法者不能修改法律，正如他们不能修改语言和文化一样。立法者的任务只是帮助人们揭示“民族精神”，帮助发现“民族意识”中已经存在的东西。法的最好来源不是立法，而是习惯；只有在人们心中活着的法，才是唯一合理的法；习惯法是最有生命力的，其地位远远超过立法；只有习惯法最容易达到法律规范的固定性和明确性。它是体现民族意识最好的法律。^{〔1〕}

萨维尼对“历史法学”要旨和追求的这些出色阐发，这些年一直在震撼着我们的心灵。记得二十世纪八十年代初我们最早接触“历史法学”时，“历史法学”曾作为一个反面的角色被

〔1〕 参见何勤华：“历史法学派述评”，载许章润主编：《萨维尼与历史法学派》，广西师范大学出版社2004年版，第30~40页。

痛骂，被认为是“赞成维护封建秩序”，“对资产阶级革命成果的一种民族主义反动”；其“反动的民族主义观点”甚至还“被德国法西斯所广泛利用”。^{〔1〕}此后二十多年里，因为一直在思考近代中国的法律移植问题，才发现“历史法学”的主张并不是简单地维护腐朽，不是那么简单可以否定的。“历史法学”的基本判断——法律作为“民族精神”和“民族性格”的体现，真正的法律应该是一个民族“同一的法”的整理编纂而不是立法者刻意制定等，实在都可以应用于中国。中国法学界应该以“历史法学”的眼光反省一百六十年中国法制近代化即法制移植或法制西化的历史。这一反省，我们现在尚未有规模有深度地进行过；盲目移植法制和人为创制法制的思路或取向仍然在占上风。

我们法律史学者的历史使命，可能就是主导这样的反省。反省过后，我们必须提出在西来法治主义背景下的法制本土化或中国化方案，使未来中国法制更具有民族个性、民族风格、民族精神，具有人们更加熟悉的民族形式，使其更能解决我们民族面临的特殊问题，并用更具有民族个性的途径、方式解决公共问题。这大概就是法律史学人应该做出的贡献。

本着这样的理解，我们的确要重新审视五千年的中国法律传统。

五千年中国的法律传统，用西方法制、法学的理念和眼光去看，的确是很难理解和阐明的。我非常同意我的导师俞荣根先生的观点，中国古代的法制体系，实际上是由“礼法”和“律法”两个层次构成的；我们不能只看到“律法”的法制史，

〔1〕 参见上海社会科学院法学研究所编译：《法学流派与法学家》，知识出版社1981年版，第52~53页。

而不注意“礼法”的法制史。俞老师的见解非常有启发意义。我认为，中国社会生活的所有层面、所有事宜，亦即国家的公共事务和民间事务的所有方面，都是由很早就形成并代代传承的“礼法”（习惯法，有时有正式编纂）来加以规范的。在“礼法”的统率下，尚有所谓“律法”。“律法”是比“礼法”低一层次的规范体系，它主要是就国家和社会生活中的更加浅表或显著层面的事宜、更加紧迫的事宜、最低限度的治安秩序要求的事宜等作出明白无误的规定，以便制裁违规和解决纠纷。用西方法学的眼光来看，我们就只能看到“律法”有些像法律，殊不知在中国古代社会里更重要的、更为根本的、更起作用的社会生活强制规范是“礼法”。由“律、令、科、比”、“律、令、格、式”或“律例”、则例等构成的“律法”体系，甚至包括唐六典、清会典之类，都只不过是“礼法”的扈从或保镖而已，其使命不过是保障“礼法”的尊严和遵行。

对这一套“礼法”体系的法学阐明，我们过去是做得很不够的。我们过去研究“礼”与“法”关系的人们过多注意考察某些“礼”被违反后的刑事、民事、行政性质的强制后果，以此判断“礼”中哪些是法律、哪些不是法律；似乎在没有看到这种显著的强制性后果时，与之相关的那些“礼”则不足以判定为法律。这其实也是“以西范中”、“以西解中”的结果。其实，“礼”是不是社会生活中的公共强制性行为规范（我们把“法”理解为政治共同体中具有公共强制性的行为规范总和），并不一定要找到符合西方法概念的刑事、民事、行政强制后果作依据才能认定。中华民族有自己的公共强制力形式和强制模式，有时可能是西方的民事、刑事、行政等强制概念所难以比拟或概括的；古代中国的公共政治生活秩序正是在“礼”的强

制下实现的。所以，如果一定要用西方法的理念去理解“礼”（“礼法”），当然只能得出“礼”主要是伦理规范、道德规范、礼仪习俗的结论。同样，用西方法的理念去理解古代中国的“法”（“律法”），也比较容易得出中国古代没有宪法（constitution）、没有民法、没有商法、没有行政法、没有诉讼法的结论。这无疑歪曲了我们民族法律传统的本质。因此，我们实在有必要站在“礼法”、“律法”为一有机整体的视角来看待中国法律传统，来解读中国法律传统的特色和精神，来总结和认识我们不能不面对的历史遗传下来的中华民族“同一的法”。

为此，我们想特别倡导“历史法学”取向的中国法律史研究。

过去的中国法律史研究，就是通常所说的传统的法律史研究，我们大致可以分为三种类型。

第一条路径是法律史实整理复原型研究。这种研究基本上是在整理和描述以往的法律活动及其结晶的历史事实。这些“事实”描述包括三个方面：①对历代法律制度事实的描述，包括对成文规范或惯例的描述等；②对历代法律制度的运作，如立法和执法活动过程的描述；③对历代法律制度、法律思想实际功能和影响的描述。这三类描述，都是所谓“还历史本来面目”的研究。在这一条路径中，又可以分为两大支派。一派是法史考据型。就是对法律史的原始证据、原始信息、原始材料进行发现、发掘、训读、校勘、辨误（伪）、整理、注释的工作。这一工作相当于文物考古专家的工作——从各种隐藏的处所发现历史上各种文明器物或其碎片，对这一物件的性质、作用、由来等作出最基本的考证和判断。另一派是制度整理派。就是通过前者考据的结果，通过无数零散的历史信息，从小到

大逐渐理清（重新描述）历史上的制度和习惯原貌全貌，或大致还原历史上的法律生活过程轮廓。这一工作，类似于依据考古资料和零星历史文献记录来整理重述或勾画历史上的社会结构、生活样式、价值标准等的历史学家的工作。

第二条路径是历史上法律的功能价值评说型研究。这就是所谓的“总结历史的经验教训”、“发掘历史文化遗产”、“取其精华、去其糟粕”的工作。这一方面的研究，就其实质来说，正如同把中国过去数千年的法律文化遗物当做一大堆苹果，然后由我们这些“很懂行”的人去判断哪些是好苹果、哪些是坏苹果，特别是辨识出那些表面又红又亮而内部已经被虫蛀或已经发烂的苹果。然后告诉人们：好苹果还可以吃，还有营养；坏苹果不能吃，吃了有害；我们的社会生活中有的事实表明还有人正在吃坏苹果……这类研究的判断标准，纯粹是今天的社会需要和是非观念。

第三条路径是历史上法制的文化分析或文化解释型的研究。就是对先前法律的遗物遗迹进行“文化解释”。什么是法律的文化解释？顾名思义，文化解释就是从文化学的角度对法律遗物遗迹进行解释，或对法律遗物遗迹的文化涵义进行阐释，或者说是从文化的遗物遗迹去破译一个族群的文化模式或文化构型的密码的工作。这样的研究要做的事情，一是要对一个民族的成员们后天习得并以集体的行为习惯方式传承的与强制性行为规则有关的一切进行研究，是要对一个民族世代代累积下来的一切与法律现象相关的人为创造物（包括无形之“物”）进行研究。二是要研究一个民族的与法律最密切相关的生活或行为的样式或模式。要研究具有持久性的为一个民族的多数成员或一部分特定成员有意识或无意识地共享的法律生活或行动（含

思维行动)特有模式。三是要研究法律文化的核心即传统法律思想和体现在其中的民族法律价值理念。

“历史法学”式的中国法律史研究,当然也必须借助上述三种宗旨或路径的法律史研究,必须以那些研究的结晶为基础。但是,本着“历史法学”的原则,也应该与一般的法律史研究有重大的不同。这些不同体现在哪里呢?我们认为应该体现在以下几个方面:

第一,注重整理阐述中华民族历史上“共同的法”或“同一的法”。不管是成文的还是不成文的,只要是在中国历史上较长时段存在并支配族群社会生活的规范,就要格外留心加以总结整理并试图阐述清楚。

第二,注重考察民族历史传统上的“共同的法”与民族性格、民族文化、地理环境之间的关系。就是说,考察这些“共同的法”所要解决的社会问题以及它所依据的社会基础、资源、条件和背景等。

第三,以上述研究成果为镜鉴,反省近代以来中国法制变革在每一部门法中的利弊得失,说清其失误之缘由,并提出更为符合中华民族的“共同的法”的解决方案(包括具体的立法建议案)。就是说,在追求民主、法治的前提下,使未来中国法制更加合乎中华民族的传统或更具有中华民族的个性,更能准确地针对中国特有问题以“对症下药”。

为此,我们拟聚集一批志同道合的学者投入这一工作。作为这一工作的准备性试探,我们先在我们指导的博士硕士研究生中布置了一些“命题作文”。将来我们准备募集更多的研究资金,设定更加具体的“历史法学”性质的分支专题,招募相关同道承包完成。除出版这一文丛之外,我们还筹备编辑专题年

刊、召集专题研讨会、主办专题网站、设立系列专题讲座、组织专题电视辩论或讲坛、编发立法建议简报、举办专题学术评奖……以有声有色、卓有成效地推进这一有重大历史意义的工程。

为着这一工程，我们特别需要学术研究界同行的参与和支持，也特别需要律师界、工商界有识之士的资助。

感谢中国政法大学出版社独具慧眼看中了这一丛书的选题。感谢她给予我们这一工程的支持。

我们深知，更艰巨的工作在等待着我们。我们毕生精力大概只够提出工程设想和做出一点“试错”的工作而已。但即使如此，我们也不能因为胆怯而放弃，也不能躲避历史赋予的责任。

真正有意义的事业，一定会有支持者，一定会有后继者，我们坚信。这，就是我们的动力所在。

范忠信 陈景良
2009年9月13日

序

Preface

在唐宋转型的时代大背景下，宋代法制发生巨大变革，这一巨变涵盖了宋代君臣的法律思想、立法与司法等诸多方面的革新，这一历史遗产对今天的法制建设具有重要的借鉴意义，值得后人加强研究。

宋代是中国古代司法文明由中古走向近世的转折时期，中国传统司法由此走向文明。宋慈、郑克、郑兴裔等宋代法学家对司法、证据问题的研究，“干照”等宋代特有词汇的出现及其背后所折射出的宋代田宅诉讼对证据的重视，体现了宋代司法从“人伦理性”向“知识理性”的转变。我近些年来一直致力于宋代法制尤其是司法制度的研究，在这一领域取得了一些研究成果，但相关研究仍需学界投入更多的研究力量。本专著关于宋代证据制度的研究，是宋代司法制度研究的重要有机组成部分，也是对我在宋代司法制度方面研究的深化，有利于后人直观了解宋代司法制度的实际运作机理。

本书是在魏文超的同名博士论文的基础上加工而成的，是学界关于宋代证据制度研究的第一部专著，有较高的学术创新意义。对该博士论文的最初选题，我大力支持，该论文在撰写过程中，我一直非常关注，对论文定稿也大体满意。当然，对于文中的一些不足，如背景史料过多、提炼不够、对主题略有冲淡等，我也予以指出。对此，本书将原博士论文中的一些不必要的背景史料予以删减，虽总字数减去约七万字，但论文

行文更显精炼，主题更显突出。

魏文超是我指导的博士生，其本科阶段专业为中文，硕士阶段师从汪汉卿先生，他文笔甚佳，又具备较扎实的法律史学术功底。虽然魏文超在读博时，已工作多年，年龄偏大，又是在职攻读博士学位，读书期间还面临着家庭生计、单位工作与评职称等诸多方面的压力，但他努力克服各种困难，尽量将各种干扰降至最小，在校学习的时间基本等同于全脱产博士生，通过博士阶段的学习，他的学业有了长足进步。在博士论文撰写中，魏文超写作态度非常认真，下苦功夫进行史料与现代文献的搜集与整理，通过撰写博士论文，他的学术水平得到明显提升。作为导师，我由衷地感到欣慰。

希望魏文超在将来的科研中，研究领域不断开拓与深化，取得新的成就。

是为序。

陈景良

2013年6月于武汉晓南湖畔

目 录

Contents

总 序	1
序	11
导 论	1
一、相关问题的研究现状	1
二、选题的缘由与研究价值	13
三、研究方法	19
四、宋代证据制度形成的社会语境	26
第一章 宋代证据制度之立法	39
第一节 物证制度之立法	40
一、物证类别	40
二、物证立法之意义	45
第二节 书证制度之立法	46
一、规定书证的证据效力	46
二、法规中的书证种类	49
第三节 检验制度之立法	54
一、规定检验时限	54