

中国民事证据制度 近代化研究

赵信会
黄利群 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

013048527



山东财经大学法学精品文库

D925.113.4
21

中国民事证据制度 近代化研究

赵信会
黄利群 著



北航

C1656592

法律出版社

D925.113.4

21

图书在版编目(CIP)数据

中国民事证据制度近代化研究 / 赵信会、黄利群著. —北京:
法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4620 - 4

I. ①中… II. ①赵…②黄… III. ①民事诉讼—证据—司法
制度—近代化—研究—中国 IV. ①D925. 113. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 059609 号

中国民事证据制度近代化研究
赵信会 黄利群 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 10.375

字数 245千

版本 2013年5月第1版

印次 2013年5月第1次印刷

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 - 4620 - 4

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

原山东经济学院的法学学科从无到有,不断壮大,已十年有余。法学院的建设者们历经艰辛,凝神聚力,入主流,创特色,抢抓机遇,加快发展,追求卓越,不断探索并逐渐明晰了财经类大学法科建设的定位、方向与路径,为学校学科建设与发展、学校综合竞争力与影响力的提升作出了重要贡献,也为兄弟院校法学教育提供了可资借鉴的经验与做法。

回望十多年来的发展,我们可以看到,在 1983 年建立经济法教研室、1993 年设立经济法专业招收法学专科学生的基础上,2000 年正式成立法学系,开始了真正意义上的法学教育与学科建设。2005 年法学院正式建制,逐渐形成门类齐全的法学专业体系、布局适当的学术梯队和学缘结构比较合理、实力较强的师资队伍。2006 年民商法学二级学科硕士点申报成功,2010 年法学一级学科硕士点申报成功,2011 年民商法学成为山东省省级重点学科。

在学术科研方面,法学院从没有课题立项到国

家级课题的突破、省部级课题的增多和省级以上科研奖励的获得,从少有教师走出校门参加学术访问、会议交流到各类学术活动日益频繁,仅2010年学院教师外访和参加学术会议就达51人次,学界影响力逐渐扩大。走出去还能请进来,学院每年邀请国内外知名学者来学院访问,仅2010年就邀请国内外知名学者12人,举办学术讲座18场,并成功举办了全省法学教育学术年会。在人才培养方面,已经形成了有特色的本科专业教育,与广大教师的教学科研活动紧密结合的实践教育力度不断加大;法学院的教学科研设施也日益完善;学生通过到国内外知名高校访学、暑期到国外大学游学等扩大了视野;学生的创新意识也日益增浓,多人次在全国挑战杯竞赛中获得金奖、铜奖。与公、检、法、司系统以及大型律师集团的合作越来越紧密,社会服务日益深化。

我们深知,在法学学科发展的过程中,有那么多激动人心的时刻和生动感人的故事:信守道义恪守职责极尽本分,专心管理强化服务加班加点;用足心情教书育人专注三尺讲台,潜心学术率领学科专注于学问精进;发展学术、建设学科、培养人才,获得了校内外广泛关心和赞誉。

在学校以经、管学科为主,文、法、理、工多学科协调发展的过程中,法学院明确定位、凝练特色,她的发展历程、发展成果和发展精神已经成为学校高水平财经大学建设历史的重要组成部分。在新的起点、新的征程中,法学学科的发展将为高水平财经大学建设发挥独特而重要的作用。

我们的法学教育既要培养具有深厚财经背景的法科人才,也要促进通法律、懂外语的高层次复合型、应用性财经类人才的培养。我们的法学学科要努力与经济学、管理学构建起学校的支柱性学科群,这既是法学学科发展的需要,也是经济、管理学科发展的需要,要努力在学科交叉中培育学术增长点。要达到这个目标,需要法学院的广大教师更加努力地创造性、开放性地开展学术研究,及时把握学术前沿,逐渐占据学术高地,形成有特色的研究领域,同时要把学术研究成果反哺教学,促进人才

培养。法学院要努力成为全省乃至全国财经立法、司法和教育的思想库和学术平台,成为财经法律复合型高层次人才的重要培养基地。

在山东财经大学筹建之际,法学院决定编纂出版这套《山东财经大学法学精品文库》系列丛书,这是一件值得庆贺的事情,也是十分有意义的事情,这是一份献给新生的山东财经大学的厚重礼物,在一定意义上也能说明学校学术立校的办学思想。文库丛书的出版,既是法学院教师多年来辛勤耕耘与学术研究的总结,体现法学院教师的学术贡献与影响力,也是法学院从教学型向教学研究型转变的标志。

我相信,通过我们的共同努力,山东财经大学的法学学科将会迎来更加美好的未来,为我国法治建设和经济社会发展、为我校高水平财经大学建设作出新的更大的贡献。

是为序。

山东财经大学(筹)党委书记



2011年9月12日

自序

作为中国民事诉讼制度之重要组成部分的民事证据制度一直处于改革的历程中,而且一直以来民事证据制度的改革也常常被作为民事诉讼制度改革的切入点。必须说明的是,后发现代法的中国在可以充分利用、借鉴其他国家成功的现代化经验的同时,也遭遇外国法律制度借鉴过程中的负面因素,并在这样的借鉴过程中常常迷失自我,特立独行的、符合中国实际的现代化道路之探索也难以成为法制建设的实践。曾几何时,法制建设包括证据制度的建设动辄曰美国、英国、日本、德国等,法制建设中的本土资源论始终处于法学研究中的边缘,中国社会自身的法律文化并未进入立法者的视野,也没有引起学者的关注。如此之背景下的法制建设和法学研究,虽具有简单化、快捷性的特点,但却失其针对性,因此可能出现的问题是引进的法律在中国的水土不服。

当然,这并不意味着目前没有学者关注中国法

制的现代化过程,事实上已经有相当多的学者开始对清朝时期的民事诉讼制度包括民事证据制度进行研究,以挖掘其中具有中国特色的、并能够促进中国法制现代化建设的积极因素。移植论主导下的中国法律制度的改革,包括民事证据制度的改革,在遭遇许多障碍的情况下,使中国的学者以及政府越来越清楚地意识到对中国传统法律文化以及中国国情的深入挖掘对中国法制现代化的意义,进一步刺激与促进了学者对中国传统法律文化和中国司法实际运行情况的研究,形成了一定数量的、有较大影响力的科研成果,这些成果以及这样的研究趋势必将对中国法制现代化起到其应有的促进作用,这同时意味着,学者正切实地担当起了或者一定程度地担当起了对中国法制现代化应负的使命。必须看到,挖掘中国法制现代化之传统法律文化因素的学者更多的是研究中国法制史方面的学者,他们研究中国民事证据制度的现代化之课题,或者研究中国传统法律文化中与民事证据制度有关的内容有其自身的优势,其掌握非常翔实的史料,这些史料可能成为支持其研究以及研究观点的有力证据。当然,中国法制史方面的学者在研究中国传统民事证据制度时,特别是研究中国民事证据制度的现代化课题时存在的制约因素,就是缺乏民事证据制度的基本知识。在对民事证据制度的基本法了解不多或者不够准确的情况下,可能出现的结果是确实的、充分的史料,却最终形成了不恰当的结果。这些不恰当的结果,在挖掘中国传统法律文化之闪光点的大趋势下,可能不恰当地美化了中国传统法律文化和法律制度,认为中国传统法律文化中已经包含了可以内生为现代法律制度的内容,甚至认为有些传统民事审判的制度或者做法本身就具有现代化的因素,或者说这些学者实质上赋予了传统证据制度、审判制度以现代色彩。这种对传统法律文化、法律制度、审判制度的美化,或者不适当地夸大传统法律文化之优点的做法,虽能使我们产生关于中国传统法律文化的自信和骄傲,但却有可能出现的是另外一种非理想的状况,即对移植论之法律制度改革与法律制度建构的矫枉过正。贬低中国传统法律文

化、审判制度中的合理因素,导致的结果是盲目地崇洋媚外,这种做法不利于中国法律制度的现代化之实现,不利于中国民事证据制度现代化的实现;而过分地强调中国传统法律文化的自足性,导致的结果可能就是闭关自守及其之上的盲目排外。这两种做法都是非理性的做法,都在根本上不利于中国法制现代化的实现。

如果说中国法律制度现代化的宏观思路的选择可以由法制史方面的学者独立担纲完成的话,则中国民事证据制度的现代化不仅涉及路径选择,还涉及具体制度的建构,因此有必要让更多热心诉讼法学,特别是民事诉讼法学的学者参与进来,唯有如此才能完成中国民事证据制度现代化的目标。这并不是说民事诉讼法方面的学者研究民事证据制度现代化的课题没有任何局限与制约,事实上法制史方面的学者研究该课题的优势,恰恰就是民事诉讼法方面的学者研究该课题的掣肘。历史资料的挖掘、掌握、分析和适用,是从事民事诉讼法学的学者研究民事证据制度的现代化之课题无法回避的、难以克服的障碍。尽管如此,基于以下几个方面的考虑,我们仍然选择了这一课题,作为挑战自我、启迪其他民事诉讼法学学者的“壮举”。其一,以跨学科的方式从事法学研究,已经成为当今法学研究的重要方法了,民事诉讼法学方面的学者研究中国民事证据制度的现代化之课题,是其参与跨学科研究法学问题的重要举措,尽管艰难,但必须要走出这艰难的一步。著者愿意作此方面的探索与尝试,在这样的尝试中,结果可能不尽如人意,但如果能够引起更多的民事诉讼法学者关注这一课题,则目的已经实现。其二,民事诉讼法学方面的学者研究中国民事证据制度的现代化之课题,也有自己的优势,这一优势就是民事诉讼法学者对民事诉讼的基本法理、民事证据制度的基本法理、当今已经初步实现现代化或者正走在现代化途中国家的证据制度有较为具体的了解,这样的了解不仅可以使对中国传统法律文化、法律制度的研究更加理性,而且也会使对中国民事证据制度现代化的研究更加具体,也就是说,既可以考虑到中国民事证据制度现代化的宏观

脉络,也可以考量具体的中国民事证据制度建构的具体内容。其三,信息化的时代所能提供的快捷的信息搜索,能够在一定程度上缓解民事诉讼法学者所掌握的史料不足的困难。事实上,自2007年以来,著者之一赵信会教授曾有一年多的时间泡在山东省图书馆,收集了大量的材料,形成了两大本关于民事证据制度现代化的笔记。在其后的研究过程中,中国期刊网为我们提供了几乎所希望查找的全部材料。这些材料虽然不是直接的材料,但能够在一定程度上缓解课题研究资料匮乏的矛盾。其四,该项课题研究还得到了许多著名民事诉讼法学家和史学家的鼓励和支持。2005年赵信会教授博士论文答辩时,江伟老师作为其答辩委员会主席,因其博士论文中含有中国传统民事推定的内容,即积极鼓励其将这一课题研究下去。他以一个民事诉讼法学专家的睿智,非常敏锐地看到了中国传统法律文化的精髓,并深深地对受移植论影响的民事诉讼法学的研究感到担忧。田平安教授也积极鼓励我们从事这一课题的研究,认为尽管课题研究存在困难,但意义重大,并承诺可以给予我们资料、观点等方面的支持。中国人民大学的汤维建教授、北京航空航天大学的刘宝玉教授等,他们从应当有史学的视野之角度支持我们、鼓励我们。2007年赵信会教授有幸成为山东大学历史文化学院的博士后工作人员,合作导师吕伟俊教授非常支持其从事该课题的研究,并将这一课题作为博士后期间的研究课题。具体的研究过程中吕伟俊教授也给我们提供了许多具体资料,也指正了我们在与史学有关的领域中的一些偏激观点,使我们受益良多,可以说没有以上专家的支持、鼓励,就没有本课题的诞生。课题研究有他们的一半贡献在其中。在后期的研究中,山东博翰源律师事务所的黄利群副主任对该项目表现出极大的兴趣,并积极参与到后期的研究中。

尽管民事诉讼法学者研究中国民事证据制度的现代化可以更加具体,但由于时间所限、能力所限、资料所限,笔者无力勾画中国民事证据制度现代化的总体脉络,也无力具体描述将要建设的、具有现代化色

彩的中国民事证据制度的详细内容。本课题力图完成的任务是对中国传统社会中民事证据制度的内容予以分析,并在这种分析的基础上分析法律变革后民事证据制度的发展。我们的希望是通过这样的梳理能够对关注中国民事证据现代化的诉讼法学者以及法律史学者有一定的启发,这种启发可能促使更多的人研究中国民事证据制度的现代化这一宏大课题,也有更多的人对中国民事证据制度的具体建构献计献策。为此,本书具体分为三大部分:第一部分以清代社会作为中国传统社会的代表,研究传统社会中的民事证据制度。之所以以清代社会作为研究的对象主要有以下两个方面的考量:其一,相对于其他朝代而言,法制史方面关于清代的资料相对比较多,以清代的民事证据制度为研究对象受资料的限制相对较少。同时,目前学术界特别是法制史方面的学者对清代法律制度能否内生性地、自足地走向自己的现代化之路,存在非常多的争议,这些争议的厘定可能在一定程度上促进中国法制的现代化进程。当然,这只是本课题以其作为研究对象的动因,绝不意味着笔者就能够完成这一艰深的课题,厘定中国民事证据制度的发展方向。其二,清代法律制度相对于其他朝代的法律制度更具有意义,原因在于与其他朝代不同,清朝社会并不是在和风细雨的背景下发展的,内外交困中的清廷必然面临重大的改革抉择,这样的抉择也使中国法律制度在极其被动的情况下走上了法制现代化的道路。以清代的法律作为研究对象,既能为法制现代化的研究提供背景,还能为法律变革以后找到最具有可比性的比较对象。第二部分研究的内容是法律制度变革的背景、动因和过程,旨在揭示晚清法律改革的启动是极其被动的,是在有具体明确的目标指引下的改革,或者换句话说,这样的法律改革没有放在系统论证的情况下完成。法律制度改革的目标就是收回领事裁判权,尽管晚清法律改革可以说在一定程度上实现了这样的目标,但缺乏系统设计、系统规划的法制现代化却有可能埋下风险。第三部分研究的内容是法律变革以后中国民事证据制度的内容,旨在揭示尽管晚清开始的法律变革存在这样

或者那样的问题,但仍然取得了一定的成就,所以第三部分主要研究晚清法律变革中及其后中国民事证据制度的发展变化。

中国民事诉讼证据制度现代化的过程和中国法治现代化的过程一样,不是在一个完全封闭、自足的环境下进行的。换句话说,中国民事诉讼证据制度现代化的过程是在非自觉以及外力强力干预下进行的。在这样的过程中,中国民事证据制度现代化不是表现为一个制度建构对该制度建构相对应的文化、政治、经济等的恰切反映,更多的是参照外在的、相对成熟的制度,采用拿来主义的方法。拿来主义方法具有的优势是可以比较快捷的实现法治现代化、民事诉讼证据制度的现代化,可以减少其他国家在法治现代化实现过程中所经历的曲折。拿来主义方法所带来的根本问题是以外在成熟的制度为参照进行的制度建构可能出现水土不服,水土不服的法律制度不仅不能有效地实现法律制度建构所追求的功能,同时也比较难以实现法律制度与法律文化、政治制度等之间的相依相融。

当然,拿来主义及其之下的直接移植带来的最根本的问题是,法律制度建构中忽视了对一国法律文化、法律精神的梳理。法律文化、法律精神的梳理不是法律制度建构的结果,而应当是法律制度建构的前提,甚至可以从某种意义上说法律制度是一国法律文化、法律精神的表现形式之一。正是在这样的意义上,德国在进行系统的法典编撰工作之前,其时的司法部长萨维尼坚持认为必须先进行德意志法律文化、法律精神的整理与梳理,这种梳理为德意志的法典编纂立下了汗马功劳。现代德国的各个法典及其法律制度已经成为大陆法系国家立法和法治建设的典范,德国法律制度取得的如此大的国际影响力与当时历史法学派的艰苦工作是分不开的。

疏于法律文化的梳理,急功近利地采取拿来主义的方法所带来的另一弊端可能就是法律制度建构缺乏系统性。制度建设不是从系统理论建构的角度预测可能出现的社会问题、实践问题,并以精细的理论涵盖

之,采用的基本指导思想是解决问题的指导思想,出现问题—分析问题—解决问题。实用主义的立法和法治建构具有较大程度的灵活性,但常常出现的问题是法律制度之间的矛盾、法律制度与其他制度之间的矛盾。

从19世纪上半叶开始的中国近现代化过程,已经走过了近两个世纪的历程,21世纪的今天也发现拿来主义建构的法律制度很难有针对性地解决中国问题。例如自我责任及其之下的当事人主义在国外行之有效,其不仅具有制度上的正当性,也具有广泛的社会认同。当然,这样的社会认同不仅依赖于其较多依赖诉讼程序的法律发展历史,也依赖于该制度适用之社会中的相对成熟的当事人和比较完善、长足发展的律师制度。^{〔1〕}自我责任及其之下的当事人主义引入我国的制度,不仅未能实现引入该制度所追求的促进司法权威和司法终局解决纠纷的目标,同时在固有的追求实质正义和青天文化的支配下,未能实现其心目中的实质正义的当事人,往往更多地倚重正常诉讼制度之外的信访和上访。案结无法事了,追求司法权威却最终走向了反面。出现此问题的另一原因是我们缺乏与当事人自我责任相适应的成熟的当事人。“当事人的自我责任涉及如何确定当事人与法官在诉讼中的职责,在一定的意义上,这两个诉讼主体之间的职责存在此消彼长的关系。越是强调当事人的自我责任,法官在诉讼中所负的责任就越轻,而当事人的自我责任越轻,法官所负的责任就越重。在当事人的诉讼能力相当弱的情况下,一味强调当

〔1〕 在美国,国家协助当事人诉讼的方法还包括行政机构对私人特别是弱者的援助,其援助方式包括:(1)证据收集,行政机构先起诉,将证据公开,私人以后可以直接利用;(2)政府胜诉判决的初步证据效力(*prima facie evidence*),私人救济的诉讼时效不包括政府行政机构提起诉讼的时间,从政府诉讼结束后1年开始计算;(3)政府机构作为法院之友(*intervenor/amicus curiae*)参与私人诉讼,他们可以提供对解决案件有用的意见和资料,辅助法院对案件的审理;(4)通过行政机构实现私人请求权。参见[日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李微译,法律出版社2006年版,第96页。

事人的自我责任,其结果无异于法院拒绝向当事人提供司法救济。”〔1〕因此有必要对中国民事诉讼证据制度现代化的起因、历程、造成的问题进行反思,当然这样的反思不可能最终解决中国法律文化、法律精神梳理这样的艰深工作,不过此种反思却有可能对我国法律精神、法律文化的梳理提供一定的启示。此即本研究追求的目标。

〔1〕 李浩:“民事诉讼中的当事人自我责任”,载《法学研究》2010年第3期,第129页。

目 录

第一部分 清代民事证据制度的基本内容

第一章 中国清代民事诉讼证据制度的 基本内容/3

第一节 理论研究的前提/3

一、刑民合一及其民事案件处理的独特方法/3

二、民事证据制度的系统性/9

第二节 清代民事诉讼的审理目标/9

一、清代民事司法中的法律适用/10

二、清代民事司法中的诉讼请求/19

三、清代民事司法中的事实引入/27

第二章 清代民事诉讼中的证据/33

第一节 清代民事诉讼中的书证/35

一、书证/35

二、清代民事契约的分类/36

三、清代民事司法中的公文书/37

2 中国民事证据制度近代化研究

第二节 清代民事诉讼中的证人证言/39

一、证人证言的重要性/39

二、民事证人资格的规定与限制/41

三、民事证人的到场义务/42

四、对民事证人人数的限制/42

五、对民事证人伪证的制裁/43

第三节 清代民事诉讼中的当事人陈述/44

一、当事人陈述与事实裁判者之间的关系/44

二、清代民事诉讼中当事人陈述的证据价值/46

第四节 清代民事诉讼中的鉴定/50

一、清代民事诉讼中鉴定的朴素性/50

二、清代民事诉讼中的鉴定人/51

三、清代民事诉讼中鉴定人的责任/52

四、清代民事诉讼中鉴定人与裁判者的关系/53

第五节 清代民事诉讼中的勘验与物证/55

一、关于物证与勘验关系的争论/55

二、清代民事诉讼中对物证的勘验/56

三、清代民事诉讼中对特定标的物的勘验/58

第三章 清代民事诉讼中的证据判断模式/60

第一节 关于中国传统证据评价制度的观点/60

第二节 清代民事诉讼具有一定的法定证据制度性质/62

一、清代刑事案件的办理承认口供为证据之王/62

二、清代民事诉讼中的当事人陈述并不具有优先性/69

三、清代民事诉讼中证人相对其他证据形式的优先性/72

四、清代民事诉讼中证人证言的非等值性/74

第四章 清代民事诉讼中裁判者证据评价的方式/82

第一节 中国清代民事诉讼中的直接言辞审理/83

- 一、清代民事案件的审理方式/83
- 二、清代民事诉讼中的审判分离/85
- 三、清代民事审判中的书面资料及其价值/90
- 第二节 清代民事诉讼中的情理评价方法/93
 - 一、清代民事诉讼中的情理评价综述/93
 - 二、清代民事证据评价中的情理分类/95
 - 三、清代民事诉讼中情理的约束力/100
 - 四、清代民事裁判者运用情理的技巧/105
- 第三节 清代民事诉讼中的公开采证/110
 - 一、清代民事诉讼中的公开审判/111
 - 二、清代民事审判多以突袭当事人作为获得真相的方法/117
 - 三、清代民事诉讼中判决书的公开/120

第二部分 清代民事证据制度的现代转型

第五章 清代民事证据制度难以内生性现代化/127

- 第一节 现代证据制度的基本要求/127
 - 一、法制现代化的基本要求/127
 - 二、民事证据制度现代化的基本内容/145
- 第二节 清代民事证据制度中的现代化因素探讨/167
 - 一、清代民事纠纷解决中的息讼倾向/168
 - 二、清代民事纠纷的解决与权利保护/169
 - 三、清代民事诉讼中案件事实不清时的裁判/177

第六章 清代民事证据制度现代化的契机/185

- 第一节 领事裁判权及收回之努力/186
 - 一、领事裁判权的设立/186
 - 二、领事裁判权的危害/193
 - 三、领事裁判权收回之努力/199