



中国传统证据文化研究

郑牧民 著



非外借



中南大学出版社
www.csupress.com.cn



中国传统证据文化研究

郑牧民 著



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

长沙

图书在版编目 (C I P) 数据

中国传统证据文化研究 / 郑牧民著. --长沙:
中南大学出版社, 2017. 8

ISBN 978 - 7 - 5487 - 2981 - 5

I. ①中… II. ①郑… III. ①证据—文化研究—
中国—古代 IV. ①D925. 113. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 221662 号

中国传统证据文化研究

ZHONGGUO CHUANTONG ZHENGJU WENHUA YANJIU

郑牧民 著

☐责任编辑 郑 伟

☐责任印制 易红卫

☐出版发行 中南大学出版社

社址: 长沙市麓山南路

邮编: 410083

发行科电话: 0731 - 88876770

传真: 0731 - 88710482

☐印 装 湖南众鑫印务有限公司

☐开 本 880 × 1230 1/32 ☐印张 10.5 ☐字数 273 千字

☐版 次 2017 年 8 月第 1 版 ☐2017 年 8 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 978 - 7 - 5487 - 2981 - 5

☐定 价 42.00 元

图书出现印装问题, 请与经销商调换

目 录

绪 论	(1)
第一节 证据文化概念阐述	(1)
第二节 研究现状与研究价值	(5)
一、研究现状	(5)
二、研究价值	(10)
第三节 研究进路、方法、材料与结构安排	(12)
一、研究进路	(12)
二、方法	(13)
三、材料	(15)
四、结构安排	(17)
第一章 传统证据文化的演进历程	(19)
第一节 演进时期的划分	(19)
一、划分的依据	(19)
二、神示证据文化时期	(21)
三、“情理讯验”证据文化时期	(25)
第二节 人证主导时期的证据文化	(31)
一、西周——传统证据文化的第一个飞跃时期 ...	(31)

二、战国、秦证据文化的发展	(37)
三、汉代证据文化的发展	(42)
四、三国两晋南北朝证据文化的发展	(45)
第三节 人证物证并重时期的证据文化	(48)
一、唐代——传统证据文化发展的第二个飞跃时期	(49)
二、宋代——传统证据文化的鼎盛和成熟时期 ...	(53)
三、元明清——传统证据文化的稳定时期	(57)
第二章 传统证据文化的社会基础	(60)
第一节 农耕经济与传统证据文化	(60)
一、对证据观念的影响	(61)
二、对证据制度的影响	(62)
三、对证据实践的影响	(62)
第二节 专制政治与传统证据文化	(64)
一、对证据制度的影响	(66)
二、对证据实践的影响	(67)
第三节 宗法社会结构与传统证据文化	(76)
一、影响传统证据文化的形态	(78)
二、制约证据在案件事实建构中的基础作用	(79)
三、形塑着传统证据文化的伦理性	(82)
第四节 传统哲学与传统证据文化	(82)
一、“天人合一观”的影响	(83)
二、中国传统哲学思维方式的影响	(86)

第三章 传统证据文化的价值取向	(94)
第一节 无讼理想与和谐追求	(94)
一、因证据不符合法律规定的要求而不受理案件 ...	(95)
二、通过对证据的解释、认定和事实推理以实现息讼 或追求和谐	(98)
第二节 追求案件事实真相	(100)
一、律典中的表达	(102)
二、司法实践中的追求	(105)
三、思想上的弘扬	(108)
四、其他制度的保障	(109)
第三节 维护秩序	(115)
一、对国家政治秩序的维护	(116)
二、对社会等级秩序的维护	(117)
第四节 贯彻伦理纲常	(121)
一、律典中的表达	(121)
二、司法实践中的贯彻	(124)
第四章 传统证据文化的思想观念形态	(131)
第一节 不择手段获取证据的思想观念	(132)
一、表现	(132)
二、成因	(135)
第二节 关于刑讯的思想观念	(136)
一、主张刑讯的思想观念	(137)

二、反滥用刑讯的思想观念·····	(141)
第三节 关于勘验检查的思想观念·····	(150)
一、如实勘验检查、不实有罚·····	(150)
二、正印官须躬亲勘验检查·····	(151)
三、勘验检查要及时、尽心、详细·····	(152)
四、勘验检查时不得扰民、违反伦理道德·····	(152)
第四节 被告人口供至上的思想观念·····	(153)
一、内容·····	(153)
二、表现·····	(154)
三、成因·····	(157)
第五节 细故案件中的“书证主义”·····	(160)
一、“书证主义”的表达·····	(160)
二、“书证主义”的运行·····	(163)
三、书证主义的成因·····	(164)
第六节 物证理论·····	(166)
一、重物证以及物证优于人证·····	(167)
二、据证与察情须兼而用之·····	(168)
三、主张用“正”“谪”之术收集物证，反对刑讯逼供 ·····	(169)
第七节 片言折狱的思想观念·····	(169)
一、古人的态度·····	(171)
二、表现·····	(173)
三、成因·····	(177)

第五章 传统证据文化的制度形态	(181)
第一节 刑讯制度	(182)
一、内容	(182)
二、评价	(185)
第二节 勘验检查制度	(188)
一、检验范围	(189)
二、检验程序	(190)
三、检验人员及其责任	(192)
第三节 证人制度	(193)
一、证人资格的限制性规范	(193)
二、证人保护规范	(196)
三、证人作伪证有罪规范	(198)
第四节 据赃状定罪制度	(199)
第六章 传统证据文化的实践形态	(203)
第一节 证据的获取	(203)
一、取证主体	(203)
二、取证方法	(206)
第二节 证据的提供	(221)
一、无证据不受理	(222)
二、伪证有罚	(225)
三、“举证责任”	(227)
第三节 证据种类及其运用	(230)

一、物证·····	(231)
二、书证·····	(240)
三、人证·····	(246)
四、超自然证据·····	(250)
第四节 证据的审查判断·····	(253)
一、审查判断证据的内容·····	(253)
二、审查判断证据的主要方法·····	(261)
第五节 证 明·····	(280)
一、证明模式·····	(281)
二、证明标准·····	(290)
第七章 传统证据文化的意义形态·····	(303)
第一节 合理性·····	(303)
一、司法求真·····	(303)
二、价值合理性·····	(306)
第二节 局限性·····	(307)
一、证据制度相对简略且不成体系·····	(307)
二、证据运用的非专门化和非职业化·····	(308)
三、证据运用的低程序化·····	(310)
四、口供至上主义·····	(311)
五、民间细故案件中证据裁判主义程度不够·····	(312)
六、证据理论的欠发达·····	(313)
参考文献·····	(315)

绪 论

第一节 证据文化概念阐述

作为本书研究对象的“证据文化”，是近些年学界提出的一个尚显生僻的概念。这一概念的提出，显然是受了流行的法律文化研究范式的影响，从“法律文化”“诉讼文化”“司法文化”等词语很容易联想出“证据文化”一词来，它们的一个共同特点就是在文化这个概念之前加上一个附加词。

尽管对于文化能否有附加词这个问题至今仍有一些学者在争议，但大多数学者对此是持认同态度的。当代美国人类学家霍贝尔教授认为：“一个探索者在任何领域中的工作总是从创造该领域中有用的语言和概念开始……新的事实和新的思想总是在召唤着新的词汇……在任何法律的研究中，理想的情况是法理学在尽可能的限度内同时创造词汇和概念。”^①当代法国著名的历史学家费尔南·布罗代尔认为：“所有的词在使用中都有变化，而且必定会发生变化。这既由于科学术语的需要，也由于文化的潜在进步，还因为所有人文科学面临思想和方法的危机。”^②证据文化一

① [美] E. A. 霍贝尔. 原始人的法[M]. 严存生, 等译. 北京: 法律出版社, 2006: 18-19.

② [法] 费尔南·布罗代尔. 资本主义论丛[M]. 顾良, 等译. 北京: 中央编译出版社, 1997: 129-130.

词实际上表达了笔者对学术界在古代证据领域里已有研究的不满以及由此产生的深刻需要。这种需要既表现在研究对象上，又表现在研究方法上。

法律文化概念或者研究范式在我国逐渐被学界接受之后，一些学者，尤其是法律史学者尝试用这一概念或者研究范式构建自己的理论体系，期望克服传统的分道扬镳的法律制度史研究与法律思想史研究各自存在的不足。这样，一些新的概念——可以视之为法律文化的子概念或派生概念随之应运而生，比如，诉讼法律文化、死刑法律文化。对于这些概念，笔者认为不如诉讼文化或死刑文化等概念科学与严谨。诉讼法律文化、死刑法律文化等概念容易导致理解的艰难甚至是误解，作为一种客观存在的、具有独立性的分析对象，死刑法律文化的核心内涵究竟是指死刑与法律文化的关系，抑或是指死刑法律与文化的关系？如果理解为前者，法律文化是一个用来说明死刑的分析工具，在这种意义上，死刑的法律文化分析比死刑法律文化分析更为妥当。此外，还应看到这种理解存在的另一个致命的缺陷——消解了法律文化研究范式在论域层面的意义，将研究论域局限在死刑与法律文化的关系上而不是与文化的关系。如果理解为后者，死刑法律又是一个新词语，是否有意义？在这种意义上，死刑文化概念比死刑法律文化概念更为合理。总之，不论做何种理解，诸如诉讼法律文化、死刑法律文化等概念都缺乏逻辑上的自治。正因为此，笔者使用的是证据文化而非证据法律文化。

概念是科学研究的起点。那么，应该如何理解证据文化的概念呢？这是本书的一个基础性问题，关系本书的体系建构和方法选择。因为证据文化是文化的派生词，这一概念的提出又是明显受法律文化概念的启发并进一步运用的结果。无疑，要分析证据文化的概念，首先要了解文化的概念和法律文化的概念。文化是一个多义性的概念，这种多义性已为中外许多学者所认识，刘作

翔教授在《法律文化理论》一书中对此做了比较详细的介绍和分析。^①他通过对各种文化概念的分析,归纳出内涵不同的三种文化观:广义文化观、中义文化观和狭义文化观。广义文化观认为文化是物质文化和精神文化的总和。中义文化观认为文化是指社会的意识形态以及与之相适应的制度和组织机构。狭义文化观认为文化就是指社会的意识形态或社会的观念形态。在此基础上,刘作翔教授进一步指出,我们应按照中义文化观界定法律文化这一概念。即法律文化是法律意识形态以及和法律意识形态相适应的法律规范、法律制度及法律组织机构和法律设施等的总和。^②

在众多具有歧义性、不确定性的法律文化概念中,武树臣教授的观点对研究证据文化的概念和结构有很好的启示作用。他在《中国传统法律文化》一书中说,“我”想这样界定“法律文化”:首先,“法律文化”是支配人类法律实践活动的价值基础和这个价值基础被社会化的运行状态。它所涉及的主要内容有两个:一是法律实践活动的精神内核,二是这个内核的“外化”过程或方式。其次,“法律文化”作为客观存在物,表现为法律实践活动所取得的成果。它标志着人类实现有利于自身生存发展的特殊社会秩序的能力和对社会生活进行有目的的设计、控制、引导的水平。为了研究的方便,可以将这一文化成果划分为法律思想、法律规范、法律设施和法律艺术(技术)四个主要方面。再次,“法律文化”作为一种主观的观念形态,是与宏观、综合、系统的研究方法紧密联系的。其主要特点是把人类的法律实践活动——立法、司法、思维——视为统一的整体或过程来把握和分析,其目的在于

① 本书之所以没有详细介绍众说纷纭的文化概念和法律文化概念,是基于如下一种理念:在任何一个关于文化概念和法律文化概念的界定都不可能普遍接受,自己不可能也没有能力去寻找“圣杯”的情况下,罗列更多的概念比有选择性地介绍认可的一种概念不会给证据文化概念的界定带来更多的科学性与合理性。

② 刘作翔. 法律文化理论[M]. 北京:商务印书馆,1999:21-28,81.

探讨人类法律实践活动的状态、本质特征和发展规律性。^①

根据对文化概念和法律文化概念的理解,本书在广义上使用证据文化概念。所谓证据文化,是指支配证据实践活动的精神内核以及与之相适应的证据观念、证据制度、证据实践、运用证据的组织机构和设施及证据意义等的总和。为了减少这一定义本身可能存在的风险性,笔者进一步对证据文化的概念做如下的界定:

首先,证据文化是法律文化的重要组成部分之一,二者具有同质性。证据文化是一个由诸多相互作用的物质要素和精神要素所组成的体系,是在证据实践中所形成的物质成果和精神成果的总和。

其次,证据文化的内容主要有两个:一是支配证据实践活动的精神内核,包括演变轨迹、社会基础、主要特征和价值取向等;二是这个内核的“外化”过程或方式,包括观念、制度、实践、器物及意义等。因此,证据文化有五个表现形态,即观念形态、制度形态、实践形态、器物形态和意义形态。

再次,证据文化系统包含着三种式样,一是显性式样——证据文化的制度形态和器物形态;二是隐性式样——证据文化的观念形态和意义形态;三是混合式样——证据文化的实践形态。

本书所论乃是中国传统的证据文化。所谓中国传统证据文化,是指在20世纪初清政府修律前的历史长河中逐渐形成的,在总体精神和表现形态上有别于中国近现代证据文化的一种证据文化类型。

^① 武树臣,等.中国传统法律文化[M].北京:北京大学出版社,1994:32-34.

第二节 研究现状与研究价值

一、研究现状

如前文所述,证据文化是近些年创造的一个尚显生僻的词汇。就笔者所知,学界少有以“传统证据文化”为研究对象的成果。但这并不意味着学界对传统证据文化的研究在事实上没有真正开展,因为证据文化具有观念形态、制度形态、实践形态、器物形态以及意义形态等五个表现形态。因此,所有涉及证据文化形态的成果——证据文化的客观存在——都理所当然地应被纳入研究现状的分析范畴。

据笔者所掌握的资料,涉及证据文化五个表现形态的近现代著作有60余册,论文有150余篇,其中博士论文10余篇,硕士论文20余篇。^①下面,笔者从研究范式^②、研究领域、断代分布等三个方面对研究现状予以简要分析。^③

① 对涉及传统证据制度及其运用的研究成果进行精确统计是不可能的,这是因为一方面我们无法知悉全部的研究成果,另一方面我们很难给出一个可以精准判断“涉及”的标准。本书判断研究成果是否“涉及”的标准是该成果是否将传统证据作为问题予以专论。本书给出的研究成果的数量虽然是不完全的,但已经具有统计分析的意义。

② 梁治平先生认为:“历史知识的形成不但为方法所影响,也受到人类知识旨趣的左右。实际上,旨趣也常常影响方法,它们又共同决定历史的叙述模式、知识样态及其运用。从知识沿革的角度看,在特定时间和地域范围内决定历史知识的这些因素,可以概括地用‘范式’这一概念来说明。”“具体言之,我以范式概念指历史家自觉不自觉引以为据的一套不容置疑的理论或信念,这套理论或信念支配了历史家的工作,决定了他们提问的方式、范围乃至最后的结论。”参见梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》[J],《中国文化》,2002(21)。

③ 尤欣欣撰写的《中国古代证据制度研究综述》(载《法律文献信息与研究》,2008年第1期)一文是迄今为止唯一有关古代证据制度研究的综述,尽管该文在资料统计、分析方法上存在一些不足,但仍然是值得称赞的。

（一）研究范式

有关传统证据的研究范式大致经历了从“史料学派”的研究范式向“史观学派”的研究范式发展的历程，并最终形成两种研究范式并存或融合的局面。“史料学派”研究范式的基本特点是强调“考据”，视野中的史料，基本上限于正史和官方典籍。20世纪90年代以前的关于传统证据的研究成果主要是以朝代或断代为线索对传统证据制度进行描述，其旨趣往往是“证”而不“疏”，忽略或者无意对传统证据制度背后的观念、心理以及证据实践的分析，也没有从政治、经济、社会、哲学、伦理等多个层面对证据文化的各表现形态进行综合性考察。简言之，这种研究范式仅注重描述传统证据的现象世界，而没有追究其根源世界和意义世界。它是一种静态研究。譬如，徐朝阳著的《中国诉讼法溯源》^①，那思陆著的《清代州县衙门审判制度》^②，张晋藩编纂的《中国法制通史》（十卷本）^③，陈光中、沈国峰著的《中国古代司法制度》^④，等等。

20世纪80年代中期，以梁治平先生为代表的一批青年学者提倡一种“用文化去解释法律，用法律去阐明文化”的非主流的法律文化研究范式。这种研究范式的基本特点是强调“解释”，这种研究范式不仅研究制度，而且探究制度安排后面的观念形态、价值体系和生活方式等文化上的“根据”，它是一种以辨异为基本路径的“文化类型性”的研究，也是一种整体性的动态研究。视野中的史料往往不拘一格，受兴起于美国的“法律与文学运动”的影响，文学、剧本等成为时髦的分析材料。这种研究范式对整个法

① 徐朝阳. 中国诉讼法溯源[M]. 北京：商务印书馆，1933.

② 那思陆. 清代州县衙门审判制度[M]. 台北：文史哲出版社，1982.

③ 张晋藩. 中国法制通史（十卷本）[M]. 北京：法律出版社，1999.

④ 陈光中，沈国峰. 中国古代司法制度[M]. 北京：群众出版社，1984.

律史界的学术风格产生了广泛的影响。进入 21 世纪以后,一些知名学者开始站在法律文化的立场上去研究有关传统证据的问题。譬如,胡旭晟教授著的《解释性的法史学——以中国传统法律文化的研究为侧重点》^①、苏力教授的论文《窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题》^②、徐忠明教授著的《案例、故事与明清时期的司法文化》^③、易延友教授的论文《冤狱是怎样炼成的——从〈窦娥冤〉中的举证责任谈起》^④等等。同时,这种解释性的研究范式也被越来越多的青年学子用以架构硕士论文或博士论文。比如,西南政法大学付红梅的硕士论文《“二拍”中的诉讼故事及其分析》(2008 年,徐昕教授指导)、中央民族大学王硕的硕士论文《宋代证据种类与运用研究》(2010 年,邓建鹏教授指导)、吉林大学祖伟的博士论文《中国古代证据制度及其理据分析》(2009 年,霍存福教授指导)等等。

毋庸置疑,时下上述两种研究范式是并存的。基于对解释性的法律文化研究范式的反思^⑤,有的学者坚守传统的描述性的研究范式,例如,李交发教授著的《中国诉讼法史》^⑥、张全民教授的论文《郑克法律思想初探》^⑦。据笔者对 20 世纪 90 年代后发表

① 胡旭晟. 解释性的法史学——以中国传统法律文化的研究为侧重点[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005.

② 苏力. 窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题[J]. 中国社会科学,2005(2).

③ 徐忠明. 案例、故事与明清时期的司法文化[M]. 北京:法律出版社,2006.

④ 易延友. 冤狱是怎样炼成的——从《窦娥冤》中的举证责任谈起[J]. 政法论坛,2006(7).

⑤ 对法律文化研究范式的反思或批判,可参见:邓正来. 中国法学向何处去(续)——对梁治平“法律文化论”的批判[J]. 政法论坛,2005(4);苏力. 法律文化类型学研究的一个评析——《法律的文化解释》读后[M]//批评与自恋. 北京:法律出版社,2004:39-59.

⑥ 李交发. 中国诉讼法史[M]. 北京:中国检察出版社,2002.

⑦ 张全民. 郑克法律思想初探[J]. 法制与社会发展,2004(6).

的涉及传统证据的138篇论文的分析,属于“史料学派”研究范式的论文35篇,约占24%,属于“史观学派”研究范式的论文103篇,约占76%。需要说明的是,这种划分是相对的,事实上,时下纯粹的“史料学派”或“史观学派”并不存在,而史料与史观相结合似乎成为了主要的研究范式。

(二)研究领域

以传统证据文化的表现形态为依据,现有研究主要集中在传统证据文化的制度形态方面,重点是对传统证据规范和证据种类的分析。然而,少数学者在分析古代冤狱和“公案”时会不系统地论及传统证据运用的一些环节。而有关传统证据文化的器物形态、观念形态以及意义形态的研究则基本阙如。

以证据运用的环节为依据,现有研究主要集中在证据的获取和证据的审查判断这两个环节,而关于证据的提出、质证、事实认定等环节的研究很少。此种现象的形成,或许是因为以下两个方面的原因:一是在重结果轻程序的古代诉讼中,证据的提出和质证缺乏制度上的规定,在实践中是不被重视甚至是被忽略了,重视的是与结果息息相关的那些环节——证据的获取与审查判断。二是在古代诉讼中,并不存在明显的取证、举证、质证、认证等司法证明环节,所有的证明活动都是由司法官完成或者是在司法官的主导下完成的,很多情况是,在收集证据的时候,同时对证据进行审查判断,在审查判断证据时,随时可以收集证据。

以诉讼证据的性质为依据,对传统证据的研究有着这样一种发展的趋势:以往的研究往往是刑民不分,综而论之。而时下一些学者致力于研究古代民事诉讼证据制度。据笔者判断,这种研究旨趣肇始于张晋藩教授主编的《中国民事诉讼制度史》^①。而青

^① 张晋藩,主编.中国民事诉讼制度史[M].成都:巴蜀书社,1999.