

中国证据制度的 传统与近代化

郭成伟



中国检察出版社

014005927

D925.04
99

中国证据制度的 传统与近代化

郭成伟



北航

C1692858

中国检察出版社

D925.04
99

图书在版编目 (CIP) 数据

中国证据制度的传统与近代化/郭成伟主编. —北京: 中国检出版社,
2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0990 - 1

I. ①中… II. ①郭… III. ①证据 - 司法制度 - 研究 - 中国

IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 215970 号

中国证据制度的传统与近代化

郭成伟 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68650024(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 40. 25 印张

字 数: 738 千字

版 次: 2013 年 11 月第一版 2013 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0990 - 1

定 价: 62. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

证据制度的研究，特别是传统证据制度及其近代转型的研究，是笔者多年前的想法，一直未有机会完成。今因承担了教育部项目，有条件予以完成，特写序言以下，表达自己粗浅的想法。

一

证据制度的极端重要性，日益被人们所认识。经过认真分析与研究，笔者认为：证据制度是整个司法制度的核心内容，也是全部司法活动的灵魂，它贯穿于诉讼审判的始终。第一，所谓的勘验（侦查、鉴定），实质上是依法收集与确定证据的过程。第二，所说的起诉，实际上是依法审定证据，确立定案的过程。第三，所说的诉讼，是依法指定原、被告人进行当庭质证的过程。第四，所谓的审判，实质上是推事（法官）依法据证，确定判决的过程。第五，所谓的平反冤狱，实质上是法律监督部门重新收集与检验证据，推翻原有判决，确立新的判决，纠正冤、假、错案的过程。在此过程中，法律是标准，证据是根据，推事（法官）依法据证作出审判结论。无论从何种角度看，证据制度都起到审理案件的奠基作用，发挥着无可替代的证明作用。明朝人佚名作者在其《居官必要为政便览》，“人命事情”一节中，讲了一段引人深思的话。他说：“人命事，若无的证，必为疑狱。与其杀不辜，宁失不经。苟以一时之见，罗织成案后，有不胜共悔者矣。昔一富被盗，将家主杀殆，止一婢获免。后法司详细，俱以为婢子同奸夫杀之也。议拟凌迟。决后，而真盗事发，招出前情，问官皆得有罪。夫一身之荣辱不足惜……如此之类，诚为冤狱矣。所以为官之人，欲要昌后，当与此处存一善念可也。”^① 这一段话表明中国古代贤人早已认识到杀人等重案调查取证的重要性，以及办案人员主观臆断所带来的严重后果。可见，在充分发挥证据在诉讼审判中的证明效力上，古今有同感，

^①（明）佚名：《居官必要为政便览》，《官箴书集成》第2册，黄山书社1997年版，第57页。

仿佛感同身受。

二

证据在不同人看来，似乎有不同的属性。但不管认识如何不同，都不可否认，证据属性中，以其客观性为最重要。正如以上明人举例所说，法官在杀人命案的处理中，必须有“的证”，也就是确凿的证据，才能确定真凶，加以法律判决。反之，推事仅凭推断，主观认定婢女与奸夫杀人。结果冤杀了此二人，而放走了真正的杀人凶犯。正是因为对证据的认识上犯了主观主义的错误，法官办错案件，自己也落得身败名裂的下场。这既是深刻的历史教训，也是对后世的警醒与启发。实际上，中国古代贤人比较早地认识到证据客观性原则在诉讼审判中的重要性，而且愈益明确与深刻，并把其法律化制度化，这在中外司法制度史上是仅见的。在先秦的西周时期，就于民事证据上提出：“听政役以比居”；“听闻里以版图”；“以取予以书契”；“听出入以要会”。^①即说征税发徭，以所在户籍为准；田土争讼，以地图为准；借贷钱物，以书契为准；审计库藏，以簿书为准。从而肯定了民事证据客观性原则及其重要的证明效能。在刑事证据方面，西周提出“两造具备，师听五辞；五辞简孚，正于五刑；五刑不简，正于五罚”；如“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其审克之。简孚有众，惟貌有稽，无简不听”。^②即说法官审案应吸取原、被告的供述言词；同时在处罚时若存有疑难未解之处，则采取从赦的方针；在证据不充分时可以暂不处理。这种基于证据客观性原则而采取的慎刑、慎罚措施，就是要避免冤假错案的发生。

在秦朝统一的中央集权的君主专制政体建立后，继续奉行法家的封建法制主义主张，对证据客观性的认识有新的提升，曾规定：“治狱，能以书从迹其言，毋笞掠而得人情为上，笞掠为下，有恐为败。”^③即说能以确凿书证印证犯人口供，证明案情，是高明的审判方法。笞掠犯人是下策，有可能产生误判。这表明秦代把客观性充分的书证置于主导地位，用以保证审判的真实客观。

到封建法制文明、证据文明高度发达的唐朝，则进一步规定：“若赃状露

① 《周礼·天官·小宰》，《十三经注疏》上册，中华书局1979年影印本。

② 《尚书·周书·吕刑》，《十三经注疏》上册，中华书局1979年影印本。

③ 《睡虎地秦墓竹简·封诊式·讯狱》简2—4，文物出版社1978年版。

验，理不可疑，虽不承引，即据状断之。”^① 唐律的这项规定与法律解释，弥补了秦律规定的不足。即认为只要司法机关起获盗罪真赃，查到杀人实证，理论上没有疑点，虽然犯人不认罪、不交代口供，也可以据证定罪。这是唐律第一次以国家大法的形式，确立“零口供断案”的先例，超越于东西方各国，在中外司法制度史上具有开创性的历史地位，也无疑产生了不可估量的历史影响。这既是中国，也是世界法制文明、证据文明发展的新标志，足以引起国人为之自豪。

三

认识证据制度不是为认识而认识，而是要凭着本民族长期以来积累的伟大精神与崇高道德并通过正确运用法律与证据，解决司法中的各项难题，以求得公正与公平，并获得民众的拥护与支持。笔者在查阅大量资料与案例的基础上认识到，中国古代法制文明与证据文明贯穿了中华民族伟大的民族精神。这也是他们能够长盛不衰的基本原因之一。撮其要者，有以下六项：第一，据证执法，应本“天下为公”的大道精神；^② 第二，据证执法，应有“求其中”的精准精神；^③ 第三，据证执法，应有清廉律己的自省精神；^④ 第四，据证执法应有慎重刑狱的“恤刑”精神；^⑤ 第五，据证执法，应具有调处息讼的和谐精神；^⑥ 第六，据证执法，应有融天理、国法、民情为一体的平衡精神。^⑦ 没有这样一种理想与精神，是很难在腐化浑沌的司法环境中，独善其身，秉公执法，为民主持公道的。其理正如明朝余自强《治谱十卷》卷一·《艰苦地方》中所说：“凡选得穷疲刁苦地方，且要安心息怒。人生食有方，固非人图度可得。且丈夫做事必先精神，结聚而后续，乃有成。今若有蓬庐针毡，一刻不能安之想，则访问必不真恳，经理必不周密，意气必不鼓舞。故选得此方，即矢志以室，家视此方，方可他日，渐渍沦洽。极疲者，可使改观。极刁者，可使

① 《唐律疏议·断狱律》，讯囚察辞理条。

② 《礼记·礼运篇》，《十三经注疏》上册，中华书局1979年影印本。

③ 《唐律疏议》，附元朝儒学提举柳斌所写的序。

④ 武则天：《臣轨》，《官箴书集成》第1册，黄山书社1997年版。

⑤ 尹会一：《健余先生抚豫条教》，《官箴书集成》第3册，黄山书社1997年版。

⑥ 《论语·颜渊》，《十三经注疏》下册，中华书局1979年影印本。

⑦ 《元史·周自强传》，另参见《人民法院报》2012年6月8日，法律之声版。

若家人父子。方知此言之不诬也。”^① 在余自强这位古之贤人看来，高尚的精神才能产生源源不断的克服一切困苦的动力。据证司法，又何尝不如此呢。春秋时期晋国与楚国分别产生一位精神高尚，以身殉法的官吏。据《史记·循吏列传》载：晋文公治下（前636—628年）有一位执掌司法的官吏李离，因“过听杀人，自拘当死”。晋文公认为这是过失所致，不应处死。李离说：“理（司法机关的长官）有法，失刑则刑，失死则死，公以臣能听微决疑，故使为理。今过听杀人，罪当死。”于是，李离“遂不受令，伏剑而死”。^② 李离忠于职守，以身护法，其精神令人肃然起敬，其守法执法的高尚品格，也足以感照后人。另外，春秋楚昭王时期（前515—489年），一次宰相后奢听见有人杀人，就带人捉拿凶手，结果凶手是自己父亲，石奢因孝放了父亲，到楚昭王处请死。他对楚昭王说：“以父立政，不孝也；废法纵罪，非忠也，臣罪当死。”王曰：“追而不及，不当伏罪，子治其事矣。”石奢坚定地说：“不私其父，非孝子也；不奉主法，非忠臣也。王赦其罪，上惠也；伏诛而死，臣职也。”“遂不受令，自刎而死”。^③ 此案例又一次说明，司法官，据证执法的前提是忠于法律，严于执法，并从自身严格作起。石奢因不违背孝道，私放杀人的父亲。但私放又违背忠于法律的承诺，于是主动承担责任，自杀殉法。其严于律己、忠于职守、忠于法律的精神，同样是令人钦佩的。正是这样一批正直的司法官们，他们的不断涌现，才支撑起中国司法文明、证明文明的大厦，他们是永远值得后人缅怀的。

四

本书是有关中国传统证据制度及其近代转型的一部学术力作。它在大量收集档案与文献资料的前提下写就，故力争使结论确立在真实可靠的基础上。在这里尤要感谢有关学术同道与专家的支持，特别是北京大学法学院的蒲坚教授的关怀，他赠予我的大作《中国古代法制丛钞》（1—4册）一书，为我们写就本书提供了珍贵的材料，在此，向他们，特别是蒲先生表示感谢。对他们的辛勤付出，表示衷心的感谢。

另外，还要说明，这部学术专著，是郭成伟教授主持完成的2009年度教

^① 明余自强：《治谱十卷》卷1，《官箴书集成》第2册，黄山书社1997年版，第383页。

^② 《史记·循吏列传·李离传》。

^③ 《史记·循吏列传·石奢传》。

教育部人文社会科学研究规划基金项目《中国传统证据制度的嬗变与借鉴》的最终成果，其项目批准文号为：09YJA820087。我们课题组原本将课题设计为传统证据制度的范畴，但随着研究工作的不断深入，资料收集工作的不断扩展，决定扩大选题范围，将最终成果定名为《中国证据制度的传统与近代化》。虽然研究成果的范围有所扩展，但总体说来，并没有偏离课题设计的大方向。

本部学术专著，是带有创新性的专著。是主编组织并亲自撰写五章，同时参与撰写的课题组成员共同努力，经过艰辛的工作，最终完成的。具体分工如下：综论部分由中国政法大学副教授姜登峰与郭成伟教授合作完成。姜登峰独立完成第一部分，郭成伟教授完成第二部分。上篇：第一章由郭成伟撰写；第二章由中国社会科学院法学研究所博士后张琮军撰写；第三章由张琮军撰写；第四章由中国政法大学博士研究生杨晓秋撰写；第五章由中国政法大学副教授李倩撰写。下篇：第六章、第七章都由郭成伟教授撰写；第八章由郭成伟教授和张琮军合作完成，第一、三部分由郭成伟完成，第二部分由张琮军完成；第九章由浙江财经大学副教授蒋铁初撰写；第十章由天津科技大学刘玉华讲师撰写；结语由郭成伟教授撰写。

对于他们的刻苦努力与持续钻研而拿出的科研成果，我表示充分的肯定，同时也表示自己的衷心谢意。预祝他们取得更加优异的成绩。

郭成伟

2013年8月18日

014002927

《中国证据制度的传统与近代化》

编委会

主 编：郭成伟

撰 稿 人：郭成伟 姜登峰 蒋铁初

李 倩 刘玉华 杨晓秋

张琮军



中国法律史学

目 录

序 言	(1)
综 论	(1)
第一节 证据通论	(1)
一、社会环境与生成背景	(1)
二、中国古代证据制度的思想和表现	(5)
三、证据基础理论与基本原则	(18)
四、证据功能与证据价值	(27)
五、证据形式与证据获取	(30)
六、中国古代证据通论与学说	(36)
第二节 证据制度的嬗变	(41)
一、先秦时期证据制度的滥觞	(41)
二、秦汉时期证据制度的确立	(46)
三、唐宋时期证据制度的发展	(49)
四、明清时期证据制度的完善	(55)
五、证据制度的近代化	(62)

上编 中国刑事证据制度的传统与近代化

第一章 先秦时期刑事证据制度	(69)
第一节 证据理论的萌发	(69)
第二节 证据制度的主要内容	(70)
一、取消神证，确立物证与人证的地位	(70)
二、证据效应不及于无辜亲属	(71)

三、依证定罪, 不得推定	(72)
四、实行五听心证的裁量制度	(73)
五、确立判例在事实认定上的效力	(75)

第二章 秦汉时期刑事证据制度

第一节 秦汉刑事证据制度的理论原则	(78)
一、秦汉刑事证据理论的客观性表现	(78)
二、秦汉刑事证据理论的主观性表现	(84)
三、秦汉刑事证据理论的综合性能表现	(90)
第二节 秦汉刑事证据的种类	(95)
一、言词证据	(96)
二、物证	(104)
三、司法函调爱书	(108)
第三节 秦汉刑事证据在司法中的运用	(110)
一、起诉与证据	(110)
二、勘验中的证据采集	(120)
三、庭审中的质证	(124)
四、据证判决	(127)
五、审判监督中的证据运用	(132)
第四节 秦汉刑事证据制度的影响	(137)
一、为后世历代王朝完善与发展刑事证据规则奠定了 重要基础	(137)
二、为后世完善与发展勘验取证制度积累了经验	(140)
三、为后世运用刑事证据进行诉讼审判提供了基本模式	(142)

第三章 唐宋时期刑事证据制度

第一节 唐宋刑事证据的理论原则	(143)
一、刑事证据主观性方面的表现	(143)
二、刑事证据客观性方面的表现	(146)
三、刑事证据理论的综合性能表现	(149)
第二节 唐宋刑事证据的运用制度	(152)

一、起诉中的刑事证据运用制度	(152)
二、勘验中的取证制度与技术规范	(153)
三、质证制度	(166)
四、据证判决	(168)
五、俱证奏谳制度	(172)
六、验证复审制度	(173)

第四章 明清时期刑事证据制度

第一节 明清刑事证据制度理论	(177)
一、明清刑事证据理论的综合性	(177)
二、明清刑事证据理论的客观性	(177)
三、明清刑事证据理论的主观性	(178)
第二节 明清刑事证据的分类	(184)
一、言词证据	(184)
二、实物证据	(191)
三、查验结论	(194)
第三节 明清刑事证据的收集	(195)
一、言词证据的收集	(196)
二、实物证据的收集	(208)
三、查验结论的收集	(210)
第四节 刑事证据在诉讼审判中的应用	(219)
一、准理案件中证据的使用	(219)
二、审判中证据的使用	(221)
第五节 刑事证据在复审复核中的应用	(227)
一、刑事证据在复审复核中的应用	(227)
二、会审中的证据应用	(231)
第六节 小结	(235)

第五章 清末民初刑事证据制度的近代转型

第一节 变化动因	(237)
一、社会经济基础的变化	(237)

二、人权思想的确立与西方法学理论的影响	(239)
三、近代中国的法律改革运动与资产阶级革命理论的 积极推动	(241)
第二节 刑事证据理论的变化	(244)
一、刑事民事证据的分立	(244)
二、从客观真实到法律真实	(245)
三、实体法与程序法并重	(246)
四、维护公权与民权并重	(247)
第三节 有关刑事证据的相关立法	(249)
一、《刑事民事诉讼法草案》的制定	(249)
二、《各级审判厅试办章程》的制定	(250)
三、《法院编制法》的制定	(251)
四、《刑事诉讼律草案》的制定	(252)
五、民国初年有关证据立法	(253)
第四节 刑事证据制度内容的变化	(253)
一、从据供定罪到据证定罪	(253)
二、确立自由心证制度	(256)
三、从亲属之间的拒证义务到拒证权利	(257)
四、刑事证据种类的变化	(258)
第五节 小结	(260)

下编 中国民事证据制度的传统与近代化

第六章 先秦时期民事证据制度	(265)
第一节 民事证据的理论与原则	(265)
一、证据的客观性原则	(265)
二、证据的关联性原则	(266)
三、证据的主观性原则	(267)
第二节 公证及其证明效力	(268)
一、社会管理方面的公证文书及其证明效力	(268)
二、管理订立婚约与解除婚姻方面的公证文书及 其证明效力	(269)

第三节 私证及其证明效力	(270)
一、 证人证言的证明作用	(270)
二、 书证与物证的证明作用	(271)
三、 青铜铭文的证明效力	(271)
第七章 秦汉时期民事证据制度	(273)
第一节 证据的理论与原则	(273)
一、 证据的客观性原则	(273)
二、 证据的关联性原则	(274)
三、 证据的主观性原则	(274)
第二节 公证及其证明效力	(275)
第三节 私证及其证明效力	(277)
一、 物权证据及其证明效力	(277)
二、 债权交易的证据及其证明效力	(278)
三、 婚姻契券及其证明效力	(282)
第四节 证据在司法中的应用	(283)
一、 证据在查封财产中的应用	(283)
二、 证据在遗嘱执行中的应用	(284)
三、 证据在诉讼审判中的应用	(285)
第八章 唐宋时期民事证据制度	(290)
第一节 民事证据的理论与原则	(290)
一、 证据的客观性原则	(290)
二、 证据的关联性原则	(291)
三、 证据的主观性原则	(291)
第二节 唐宋民事证据种类	(292)
一、 公证文书类别	(292)
二、 私证文书及其证明效力	(303)
第三节 唐宋时期民事证据在司法中的应用	(327)
一、 证据在物权争讼中的运用	(328)
二、 证据在债权争讼中的运用	(336)
三、 证据文书在婚姻争讼中的运用	(351)

四、证据文书在继承争讼中的运用	(353)
第九章 明清民事证据制度	(359)
第一节 民事证据制度的形式、原则与特点	(360)
一、民事证据制度的形式	(360)
二、民事证据制度的原则	(364)
三、民事证据制度的特点	(377)
第二节 民事证据方法研究	(386)
一、民事人证制度	(386)
二、民事物证的实践	(399)
三、民事书证制度	(409)
四、民事勘验制度	(431)
五、民事鉴定实践	(444)
六、当事人陈述	(448)
第三节 证据运行	(456)
一、起诉与受理阶段的证据	(456)
二、明清民事诉讼中的刑讯	(466)
三、证据收集的其他方式	(477)
四、证据的审查与判断	(484)
五、民事诉讼的证明标准	(491)
六、事实认定	(495)
七、疑难案件的处理	(505)
八、伪证责任	(516)
九、二审中的证据	(524)
第四节 影响证据法的因素	(529)
一、传统证据制度与实践	(529)
二、诉讼人员	(535)
三、诉讼制度	(540)
四、民事习惯	(544)
五、家族伦理	(554)
第十章 清末民初民事证据制度的近代化转型	(564)
第一节 变化动因	(564)

一、清朝统治危机与政治变革	(565)
二、经济结构的演变与社会阶层多元化	(567)
三、西学东渐与法观念的改变	(568)
四、传统诉讼法制的弊端和司法腐败	(576)
第二节 民事证据理论的变化	(578)
一、民事证据制度的一般理论	(579)
二、举证责任	(580)
三、自由心证主义	(581)
四、证据保全	(581)
第三节 有关民事证据的立法	(582)
一、《刑事民事诉讼法草案》的制定	(582)
二、《各级审判厅试办章程》的制定	(586)
三、《民事诉讼律草案》的制定	(590)
四、《民事诉讼条例》的制定	(594)
第四节 民事证据的分类及其变化	(598)
一、证人	(598)
二、鉴定	(602)
三、书证	(605)
四、勘验	(607)
第五节 民事证据制度在司法活动中的应用	(608)
一、收集固定证据	(608)
二、提出证据	(609)
三、质证	(610)
四、认证	(612)
第六节 小结	(615)
结 语	(617)
一、传统社会的复杂关系对证据认识的影响	(617)
二、传统证据制度的理论与原则	(618)
三、研究中国传统证据制度的重要价值	(621)

综 论

第一节 证据通论

一、社会环境与生成背景

中国是一个有着五千年悠久历史的文明古国，有着辉煌灿烂的历史文化。中国法制文明在漫长的历史进程中也有丰厚的历史积淀，它不仅辉煌着古老的中华帝国，而且也润泽着相邻的国家和地区，在相当长的历史进程中一直居于世界法制文明的前列。

在中国十分丰富的传统法律文化中，饶有特色的传统证据制度也是其重要的内容之一。与其他国家一样，我国传统的证据制度也较为简单、粗疏，体系性不强，特别是在历史朝代的更替过程中，变动较多，使得证据制度的体系性显得不足，在传统法律体系中也不具备应当具有的地位。但是，由于中国古代特殊的政治、经济、文化背景，我国传统的证据制度在其形成和发展过程中还是有许多特别的内容和特色的价值。从历史角度和对传统文化继承的视野来看，独树一帜的传统证据制度对现代中国证据制度的完善也有许多宝贵经验和教训值得我们继承和反思。

中国传统法律文化的形成和发展同中国传统文明的形成和发展一直是相伴而生的，这种文明下形成的政治、经济、文化等社会制度奠定了传统法律文化的独特品行。正如人类社会的发展是自然历史过程一样，任何民族文化的发展，也都是一个自然历史的发展过程，中国的法文化与自己特定生长土壤，有与世界上其他民族的文化迥异其趣的内在特质和精神风貌。

（一）中华法制文明的自然背景

中国是世界上四大文明古国之一，它的形成和发展有自己独特的道路和内在的特征，形成这种独特的文明的原因虽然有很多，但是，主要还是依赖其中的地理、气候、生产方式等主要因素。

中国地处亚洲的东北部，是一块内部物产丰富、外部天堑阻隔的独特区域，自北向南，跨越温带、热带两大气候带，自西向东展延五千二百公里。南