

“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。”^①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,谈及我国古代的鞠讞断案,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

^① 《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结点：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	
第五章 比较证据制度 /223	
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”^①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

^① 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。”^①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。”^②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

^① [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。

^② 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。”^①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。”^②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”。^③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。^④反映西汉早期法律适用、实施状况的《张家山汉简·奏谏书》,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。目前国内学者对奏谏书的研究限于奏谏书的题名、结构、材料来源、编订年代、法律的实际应用及其奏谏制度等^⑤,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〈奏谏书〉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。^①

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、

^① 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。^①

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。^②

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。^③

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。

相,只要形成证据链锁,案件的证据完整、逻辑自治,即使是证据不足,即使犯罪嫌疑人叫冤,家属不服,也定罪无疑,直到真凶出现,案件的“致命”证据出现,才发现是个冤案,这难道是我们所追求的正义?如果真凶永远都不出现,如果“致命”的证据永远都没发现,那么会有多少的冤死鬼?是否又要“六月飞雪”、“地旱三年”?

一个普遍的共识是,中国古代刑侦技术不发达,查证技术手段有限,司法官的认识能力有限,推理能力较弱,尽管也重视物证,但大量采取刑讯逼供,依口供定罪,由此才造成大量的冤案,刑讯逼供被视为造成冤案的根本原因。诚然,中国古代的确是刑讯逼供合法化,也的确采取“据供定罪”原则,也的确造成许多冤案,但侦破查证技术发达的今天,不也同样发生类似的冤案吗?其原因是什么?是技术发不发达的问题,还是司法官的认识能力问题?是证据制度的证明标准问题,还是证据规则的适用问题?

口供仍然是我们现代刑事证据制度中的证据之一。“被告的供述与辩解”与古代“两造的展辞”、“供辞”^①、“口供”,形式上并无差异,只是在范围上和取得方式上有所不同。当下证据制度中,犯罪嫌疑人的供述称为“供”,原告的陈述与证人的证词被排除在“供”之外;而在中国古代,原告的陈述、被告的供述、证人的证词都属于“供辞”之列。我们一直在沿用这个“供”字,只是指称的范围缩小了,“供述”必须以合法的方式取得,刑讯逼供被视为非法。

那么“供”如何取得呢?“证”又是如何判定的呢?“供”与“证”之间又是什么关系呢?从这几起冤案来看,古今的取“供”手段颇有惊人相似之处:刑讯。刑讯逼供在古代是合法的,现在是非法的。“口供”证据在古代是至上的,现在“口供”在制度上,证明力下移,须遵循“重物证,不轻信口供”原则,但并不是不要口供,口供依然是定罪的证据之一,甚至

^① 辞与词在言语这个意义上是同义的,较早时期一般只说“辞”,不说“词”,汉代以后逐渐以“词”代“辞”。本书为了突出中国古代的时间跨度,并突出供与证的不同,将“供”与“辞”连用,“证”与“词”连用。以下皆同。

在这几起冤案中,还是主要的证据之一。从案件的判决结果上来看,仍然没有摆脱中国古代的一条刑事证据规则,即“据供辞定罪”规则。中国古代遵循的是口供至上原则,物证只是验明口供真伪的手段之一,甚至在刑事案件中,如果司法官能“不用刑审判”而是依经验和智慧取得的物证来审判,则成为被赞誉且流芳千古的严明法官;今天的证据制度奉行物证至上原则,口供只是补充物证的证据之一,冤案司法实践所显示的却是,口供仍具有潜在的至上地位。之所以不能彻底取消口供,反而千方百计地取得犯罪嫌疑人的口供,其中的缘由大概是:仍视犯罪嫌疑人作为亲身经历事实经过的人,推定其最了解事实真相,其招供就是实现了所谓的“查明事实真相”的“客观真实”目的。因此,从古至今尽管证明犯罪事实的途径有了变化,但追求以证据查明客观事实真相的目的没有改变。

有人认为中国古代没有什么证据规则,法官断案也不遵循法律的逻辑,“在这里什么都考虑了,惟独没有考虑法律的逻辑,证据的充分,逻辑证据和判决之间有没有什么强烈的关系等等。我们甚至看不到中国古代判词中有关于证据和证据关联、证据的证明力的任何正式文字,没有关于判决理由的正式说明。”^①有人认为,如果有证据规则,那也是不分何种类型的案件一概适用“口供唯一”,此种观点值得商榷。

中国古代不仅有证据规则,如刑事证据方面有“据供定罪”规则、“赃状露验,据状断之”规则、“据众证定罪”规则等;民事证据方面有“交易有争,止凭契约”规则、“出簿籍相质证”规则、“众证”规则等。而且,严明的司法官在司法实践中,还采取综合式的审案及结案方式,不仅重口供,也重物证;不仅有合理怀疑,还有推理判断,这在古代某些司法官的判词中可以得到证明。当然,这些规则也有主次之分。刑事证据方面,“据供辞定罪”是首要规则,“赃状露验,据状断之”规则具有相对独

^① 范忠信:“中国传统司法的伦理属性及其影响”,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期。

立性,“据众证定罪”规则适用对象具有特定性。民事证据方面,“交易有争,止凭契约”是基本证据规则,“出簿籍相质证”规则、“众证”规则是基本规则的必要补充。那么,“据供辞定罪”为什么会成为刑事证据的首要规则呢?古代中国人在立法的时候,司法官在司法的时候,是基于何种理由形成并实施的呢?取得供辞的手段是否以刑讯为唯一的呢?对于婚姻田土债务等民事纠纷,司法官是如何认定证据并审结案件的呢?

“仅仅研究条文是不够的,我们也应该注意法律的实效问题。条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实和法律条文之间,往往存在一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的、功能的研究。”^①瞿同祖看到了法律在社会中的能动运行状态。其实,法律的能动运行大都通过司法官的断狱、鞫狱过程展现的,而这一过程又是司法官搜集和采用证据、运用证据规则依法断案的过程。历代律典都有关于证据的取得、采用的规定。以下仅举例说明律典的相关规定及司法官实际断案时依证据判决的情形。

如《睡虎地秦墓竹简·治狱程式》记载:

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。

凡讯狱,必先尽其言而书之,各展其辞。虽知其訑,毋庸辄诘。其辞已尽书而毋解,乃以诘者诘之。诘之又尽听书其解辞,又视其他毋解者以复诘之。诘之极而数訑,更言不服,其律当笞掠者,乃笞掠。笞掠之必书曰:爰书:以某数更言,毋解辞,笞讯某。^②

我们通常认为秦代是以“口供”定罪的,“口供”的取得采用“笞掠”形式即刑讯逼供,只是将审讯效果分为“上”、“下”、“败”三类。从“讯狱”的程序及所使用的语词来看,秦律是十分讲究的。如不使用“口供”而用“其辞”,不使用“供述”而用“展”(《睡虎地秦墓竹简·治狱程式》

① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,导论第2页。

② 《睡虎地秦墓竹简·治狱程式》,文物出版社1978年版,第144~145页。

的注释解释为“陈述”)。取得“其辞”的程序也是非常严格的。从“尽其言、展其辞”到“知其詖,毋庸诘”,再到“辞尽毋解,以诘者诘之”,“又尽听,其他毋解者复诘”,若“诘之极而数詖,更言不服”,才能“其律当笞掠者,乃笞掠”,“笞掠必爰书:以某数更言,毋解辞,笞讯某”。经过五道程序之后,仍“数詖”(欺骗),更言不服”才可以笞掠。其判断前提是仍有欺骗行为。笞掠具有针对性,即所“诘”而“毋解者”,“笞掠”不具有随意性,必须是“其律当者”。还必须以“爰书”形式说明“笞掠”是在何种情形下使用的。这样看来,至少澄清了以下两方面的误区,一是不加区分地笼统认为,秦代治狱的非程序性,依口供断案。诚然,以口供定罪是事实,依刑讯逼供取得口供也是事实,但是,它是有前提条件的,更是有程序性要求的;二是从《睡虎地秦墓竹简·治狱程式》记载的“有鞠”、“贼死”、“经死”、“出子”等爰书中,我们发现,司法官审理案件大量采用人证、物证等证据,并采用实地勘验、函件调查等取证方式,向我们展示了非单向度的而是综合性的依证据治狱程式。

再如《唐律疏议·断狱》规定:

诸应讯囚者,必先以情,审察辞理,反覆参验,若赃状露验,理不可疑,虽不承引,即据状断之。

拷满不承,取保放之。三人以上明证其事,始告定罪。^①

又如宋仁宗时期,颁布了一项法令:

凡勘盗贼,所通赃物称于人户处典质,即先抽以薄历照证,方得追取。

交易有争,官司定夺,止凭契约。

五代和凝在《疑狱集》中记载的“张举烧猪”的例子:

张举,吴人也,为句章令。有妻杀夫,因放火烧舍,乃诈称火烧夫死。夫家疑之,诣官诉妻,妻拒而不承。举乃取猪二口,一杀之,一活之,乃积

^① (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第550~552页。

薪烧之，察杀者口中无灰，活者口中有灰。因验夫口中，果无灰，以此鞠之，妻乃伏罪。^①

发生了人命案，“夫”是被妻杀死还是被火烧死，是个疑问。从“夫家疑之”和“妻拒而不承”来看，没有其他证据证明“夫”是如何死的，张举便用火烧活猪和死猪的方法来类比，发现死猪口中无灰，活猪口中有灰，“因验夫口中，果无灰”来类推：如果人先被杀死后再被烧死，口中一定无灰，而活活被烧死一定口中有灰。基于这样的推理，张举“验夫口中，果无灰”，揭开“先杀后烧”这一杀人案件的事实真相。这是一项侦查试验，起到让杀人者“伏罪”的效果。这种以试验的方法取得类推证据，是断案者的智慧和一般的生活常识经验的结晶，是能为大多数人所认可的常理。同时也表明，并非所有的刑事案件都可以依口供使当事人双方心服口服。当然有人会质疑这仅仅是特例，不具有普遍意义，能够被记载下来目的，是展现司法官断案的智慧。的确，口供在中国古代一直是鞠狱断案的最主要证据，且在具有刑事性质的案件中成为第一证据。同样不可否认，对于疑案，司法官同时也采用其他证据如物证、证言等，形成一个证据链锁，综合做出判断。

具有民事性质的纠纷，所谓的民间细故，从所记载的案例来看，则是把物证作为审结案件的最主要的证据。如五代和凝在《疑狱集》中记载的“季珪鞭丝”、“破鸡辨食”等例子中，司法官非常机智而又理据充分的解决了纷争。

宋傅季珪为山阴令，有卖糖、卖针老母争丝一团，诉之季珪。季珪令挂丝于柱鞭之，有少铁屑焉，乃罚卖糖者。

有争鸡者，季珪问早何食？一云粟，一云豆。杀鸡破喙有豆焉，遂罚言粟者。^②

①（五代）和凝编纂，（北宋）和凝附续，（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236页。

②“张举烧猪”、“季珪鞭丝”、“破鸡辨食”案例参见（五代）和凝编纂，（北宋）和凝附续，（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236~237页。

表明民事诉讼证据起到决定诉讼成败的作用,与刑事诉讼证据偏重口供形成鲜明对比。至于刑事性质的案件与民事性质的案件在证据采用、适用规则上有怎样的不同,律典中的规定十分笼统。司法官是不是不加区分的严格依据律典的规定,对刑事和民事性质的案件适用相同的证据规则呢?适用哪些相同的证据规则呢?大量的历史文献特别是案例文献向我们展示,司法官对刑事性质案件和民事性质案件的处理,适用不同的证据规则。通过研读大量的司法案例、判例,我们发现,在中国古代的司法实践中,“断罪必取输服供词”是基本的刑事证据规则,司法官往往“状实方可科辜,事疑无容断罪”;“两氓争地,依契券”,“受货无佐证,斥弗理”是基本的民事证据规则,当“被诘毋解”时,须“簿籍证验”。中国古代重视被告人的口供,实行“口供主义”,将“断罪必取输服供词”作为基本的证据规则,其合理性何在?为什么不把人证物证等其他证据作为基本的证据规则呢?它是基于怎样的认识,其背后的制约性因素何在?

现行《刑事诉讼法》第42条规定“犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解”是证据种类之一。第46条规定“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”在语言表述上,这里仍然采用一个“供”字,我们是否可以在这里读出传统文化的蕴意来,我们是否可以彻底抛弃传统的东西,这其中我们该思考些什么,做些什么,怎样做?在证据制度上,证据的主要功能在于实现案件的公正审理,然而“正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”。^①受时代的社会情境、思维理念、文化传统、文明程度、科学技术等诸多因素的影响,司法官必然受制于他所处的那个时代,实现那个时代的正义。伴随着历史的

^① [美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第261页。

文明进程,不仅要实现制度的现代化转型,更要实现法观念的现代化转换。法律制度的现代化过程是可以显见的,但传统法观念的现代化转换则是一个缓慢渐进的过程。

中国古代有证据规则吗? 司法官鞠狱断刑时遵行怎样的证据规则? 司法裁判依据怎样的标准? 为什么是采用这样的规则而非他规则? 适用一定的证据规则是显现的还是隐而不现的? 证据规则理论难道只存在于现代来源于西方吗? 我们能否探寻出一般的规律来,寻出古今源流关系,以传统法文化的“本土资源”完成对当代司法改革的贡献? 为了展示中国古代证据制度的原貌(相对意义上的),进而分析其形成发展变化的轨迹和理据,有必要对上述疑问给出实事求是的、相对客观的而非主观的文化的阐释。

(二) 论题的限定

1. 关于“中国古代”时间段的界定。本书将“中国古代”看作一个整体,既有时间上的长时段性,又有空间上的地域广阔性。为了便于讨论问题,将时间限定在中国法产生之时到清末修律中华法系解体之时,以各个朝代政权更替为时间断层,空间上以各个朝代政权统治的主要区域为限,暂且忽略边疆少数民族政权,采取通论式而不采取断代式研究。笔者认为中国古代证据制度有一个形成、发展、演变的过程,要从中找出规律,挖掘制度背后深刻的文化内涵,必须将其作为整体来看待。

2. 关于历史资料的选取。笔者认为,在中国古代,成文法几乎都没有专门的证据及其证据规则的规定,它是混合在程序法之中,要归纳出具有一般性和特殊性的证据规则,必须依据大量的审判记录。张伟仁先生曾经告诫我们,用审判记录研究法制有一个重要的先决条件,一定要有很大数量才能挑选出确实具有代表性的案例,否则便不免有偏颇之虞。因此,在选用审判记录等案例资料上,为了集中论述所要论述的主题,尽可能地选取具有代表性的资料。

3. 关于“司法官”名称的使用。中国古代最突出的特色是司法行政不分,亦即分官设职但不分权,即使国家层面设有专职的司法官,如西周

的司寇、秦汉的廷尉、唐宋的大理寺卿、明清的刑部尚书等,在地方,特别是州县的州刺史、县令就是司法官,许多行政长官也参与司法审判;另外唐代的三司推事,明清时期的会审制度等,监察官、军官、行政官都参与司法审判。因此,本书将凡是参与司法审判的官员都以“司法官”来称谓。本书中所指的司法官不是现代意义上的专职法官,而是司法与行政职能兼而有之的各级长官。本书所指的司法官,在职能意义上又一身二任,既履行侦查职能又行使审判权。

4. 关于“刑事、民事性质案件”的称谓。虽然西周时期“狱”、“讼”有别,后世的告诉程序中区分民事、刑事案件,如汉代的起诉有告与劾的区分,即区别公诉与自诉;宋代的务限法,在受理案件的时间和审理时限上,民事案件和刑事案件有区分等,但是国家制定的成文法是诸法合体的,无论是民事案件还是刑事案件都适用律、令、格、式等法律形式,因而针对中国古代制定法层面的“诸法合体,民刑不分”与司法实践层面“诸法并用,民刑有分”的特点,将按照案件的性质,本书在论述时使用刑事性质案件与民事性质案件的称谓。

本书不侧重研究司法检验、勘验问题,但涉及通过现场勘验取得证据的方式和司法检验勘验后的结论作为证据采用的问题;不讨论广义上中国古代司法制度问题。

三、研究特色与主要观点

本书试图在法理学、法律史学两大领域通过对证据制度的研究完成学科的交叉,对具有历史合理性的证据规则及其适用标准,从文化学、社会学、解释学意义上进行分析;对现代证据制度理论基础的某些观点进行反思,反对证据规则的西方中心主义,而是立足于中国的本土实践及民情。这一研究对当下正在进行的证据法的制定可能有着间接或直接的理论意义和实践价值。作者试图达致以下认识:

1. 通过文献史料,研究证据的获得、证据种类形式、刑事证据与民事证据的差异,抽绎出一系列一般证据规则与特殊规则,分析古代中国为什么将口供作为刑事案件审理的首要规则,而民事案件审理以契约为基

本规则。从法文化的意义上,分析古代中国司法官在司法实践中,一方面遵循律典规定的“无口供不定案”规则,另一方面又如何谨慎的采用“口供至上”规则,而形成以人证、物证、书证为佐证的综合性的治狱证据规则。

2. 归纳出古代一系列刑事证据规则和民事证据规则。如刑事证据方面的“据供定罪”的首要证据规则,“赃状露验,据状断之”的相对独立规则,“据众证定罪”规则;民事证据方面的“交易有争,止凭契约”基本证据规则,“出簿籍相质证”规则,“众证”规则等。这些规则“在很大程度上,不是将个别性的事实运用于普遍性的规则中,相反,却是在个别性的案件事实及其情理中,发现和其相关的必要规则。”^①同时区别两类不同性质的规则,并关注其不同的发展方向,分析不同的证据规则背后的理据。

3. 中国古代证据制度存在历史合理性。证据的采用受社会历史条件及文化水平制约。司法官的断案智慧是中国证据制度文明的标志。中国古代证据制度是实质合理性与形式合理性交融,是以客观真实为主、法律真实为辅的实体真实主义。

4. 要遵循人类的认识规律,承认人类的“理性不及”。中国古代的司法实行的是职权主义,司法官一身二任,既要履行侦查职能,主动发现证据,又要审判,依证据结案;中国古代的司法实行有罪推定,即一旦被告到法庭,即推定有罪的裁判中心主义;司法官也是“理性不及”之人,相同类型的案件,不同的司法官在采用证据、判断证据的真伪、适用证据规则等方面会呈现出差异,这与司法官个人的气质、性格、经历及受到的训练、律学知识、社会常识的拥有量等因素有关联,更受到当时社会大的文化氛围、主流意识形态的影响。如中国历代统治者都推崇儒家伦理道德,儒家礼教与证据制度,情理法的文化性状与证据制度,立法者与司法

^① 谢晖:《中国古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社2005年版,第137页。

官的证据意识,决定着中国古代司法官的法律思维是“实质性思维”^①。证据的搜集与采用不免受认识论的限制,现代法官也不能摆脱这种限制。

5. 在从传统向现代转型的过程中,制度的转型可以人为设计和架构,而文化的转型必须尊重历史的文化传承力。本书试图从“如实供述”的“供”、“证据确凿”的“证”入手,分析传统法律文化的现代沉淀;分析各种取证方式的利弊及其所造成的直接和间接的社会后果,说明现代的所谓的非法的“陷阱取证”、明察暗访等方法在古代大量采用的根本原因在于专制制度下的司法审判追求以“服罪”为目的。

四、本书的进路与结构安排

本书从历代律典的规定、司法官所记载下来的典型案例、判例、判牍等资料入手,剖析中国古代统治者及司法官如何看待证据问题;统治者基于何种理由设计若干证据制度;司法官是如何搜集证据、采信证据的。归纳中国古代刑事和民事的证据种类形式;抽绎出刑事和民事证据规则,分析刑事和民事证据规则在适用上的差异。对“口供主义”和“券证主义”证据规则的形成理由予以分析。其意义在于剔除糟粕,挖掘传统文化资源。

这一研究思路表明,本书的研究力图避免史料的简单罗列,而是依托史料而达致对中国证据制度在文化意义上的阐释。克利福德·吉尔兹在《地方性知识:事实与法律的比较透视》一文中指出:“任何一种企望可行的法律制度,都必须力图把具有地方想象意义的条件的存在结构与具有地方性认识意义的因果经验过程勾连起来,才可能显示出似乎是对同一事物所作出的深浅不同的描述。”^②吉尔兹提出法律与事实之间的关系问题,通过考察伊斯兰人的法律认识、印度人的法律认识、马来人的习惯法,认为这是三种颇为不同的法律认识,得出“任何地方的‘法

^① 孙笑侠:“中国传统法官的实质性思维”,载《浙江大学学报》2005年第7期。

^② [美]克利福德·吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,邓正来译,载梁治平主编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第83页。

律’都是对真实进行想象的特定方式的一部分”。这种对“地方性知识”的“深度描述”，探求其意义结构，确立了他的文化阐释学。正如他所言：“我欲做的毋宁是一种阐释——把一般的观念作为便利之器而用之，以理解社会制度以及围绕这些制度并赋予这些制度以意义的文化程式。”^①因此，我们对曾经发生过的历史事件和历史人物也应该采取“将自己置于其中的”态度，以内部理解的视角理解其时空上的地方性，阐释其所蕴涵的意义结构，又以外部观察的视角审视其时空上的拓延性。

如前所述，作者试图进入中国古代司法官司法实践的场域，探求证据在司法官断案时究竟是如何取得、采用的，不同类型的案件是否适用相同的证据规则，证据间的锁链是怎样形成的，例外规则有哪些，等等。有鉴于此，作者先“一分为二”，分成两个层次来展现历史事实，亦即具有刑事性质案件的证据及其证据规则与具有民事性质案件的证据及证据规则分别说明，找出二者之间的差异性，进而“合而为一”，探讨历史合理性证据规则之理据及其运用标准，通过对语词“供”、“证”的分析，厘出其法文化蕴意，表明供、证在当下的文化传承性。

具体而言，本书的结构安排如下。除导言与结语外，本文共分五章，第一章主要阐述“证据”一词的古今表述与意义，表明对证据问题的讨论不能切割掉案件事实，法官搜集和采用证据是要查明已发生事实的真相，审清事实，运用证据，做出判决是司法官的责任。第二章和第三章分别对中国古代刑事和民事证据的种类、获得方法、证据规则，依据史料作总结与归纳，其中暗含着二者之间的差异性比较。第四章是本书的重点，对历史合理性证据规则之理据作翔实的分析。历代刑律追究司法官的违法刑讯、检验不实、不据供与证定罪的法律 responsibility，为我们归纳中国古代证据规则提供了制度上的可能；历代判例判牍为我们归纳中国古代证据规则提供了实践上的可能。国家干涉主义立场、“伏（服）判”、“认

^① [美]克利福德·吉尔兹：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，邓正来译，载梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，第97页。

罪”、“伏法”所要求的“口服”、“若赃状露验,理不可疑,虽不承引”之状服、为抑制滥告、验明首伏而“反拷告人”、“特权”、“恤刑”原则的关照等是刑事证据规则“口供主义”的理据。“告乃坐”的当事人主义立场、“券证”的绝对观念、百姓的券证意识、簿籍、勘验结论的公证效力高于私人之间订立的契约等,是中国古代民事证据“券证主义”的理据。作者认为,中国古代证据运用规则具有形式合理性与实质合理性的兼容性,是以客观真实为主、法律真实为辅的实体真实主义,司法官的社会情境、智慧因素制约着证据的判断与取舍。

为了凸显我国证据制度的特色,逐出同一时期具有可比性的不同国家或地区证据制度的差异与暗合,第五章选取了以《西哥特法典》、《萨利克法典》为代表的日耳曼证据制度,以《十二表法》和《学说汇纂》为代表的罗马证据制度,以《汉谟拉比法典》为代表的古巴比伦的证据制度,以《摩奴法典》为代表的古代印度证据制度,在证据取得、证据种类、调查程序、证人的适格、证据规则的形成与适用等方面,与我国古代的证据制度进行了比较。比较指出,我国古代的证据制度呈现出神示证据适用持续时间较短,消逝较早,较早完成由神到人的转换;口供证据出现较早,口供至上,可以单独适用;人证讲求身份,特殊情形下的单独适用;物证在刑事性质的案件中不是独立适用的,是检验口供真伪的有力证据,在民事性质的案件中具有至上的地位,可以独立适用;证据、证据规则的非法典化和审判实践的不可或缺性等特色。

第一章 贯穿审问与判决的 连结点：证据

在古典文献中，“证据”一词很少连着使用。“证”即“証”或“證”，其本意按《说文解字注》解：“證，告也。从言，登声。今人为证验字。”^①“据”即“據”，本义是手靠着，靠着，《说文解字注》解：“据，杖持也。”究竟“证”与“据”何时开始连用，作者未做翔实考证。由于本书的目的并非是要考证二字的词源，而是要知悉证据的意义与功能，因此只考察“证”、“据”、“证据”究竟是在怎样的场合频繁出现，作为语言符号表达着怎样的文化蕴意，一般常识意义上的证据与司法证据有何区别。根据本人所掌握的资料，在《后汉书·繆彤传》中始见证据二字连用，“而彤独证据其事”，此处的证据二字并非完整意义上的连用语词，其基本含义是证明“其事”属实，含有作证的意思。

在中国古代，“证”、“据”、“证据”出现频率最

^①（东汉）许慎撰，（清）段玉裁注：《说文解字注》。

多的是在司法官所做的判决中。如“罪无申证,狱不讯鞫”、“且证无的据,刀无下落,情景已未必真”、“严鞫词证”、“大抵人命坐抵,为凭伤证”、“告似亦有据”、“取众词证,细鞫之”、“窝盗重辟,非赃迹可凭,证左可据,不得悬坐”等等。甚至有的司法官直接以“证据”一词记载所判案件。如《名公书判清明集》中,范西堂就以“无证据”^①记载了一起归宗案。饶操的仆人李三之子李五,是被饶操逐出家门并嫁给李三的妾所生,李五在饶操死后“自陈归宗”,要认饶操为父,其目的是要分得其家产,法官反问“何所据而然也”,根据当时的法律“诸别宅之子,其父死而无证据者,官司不许受理。”反而推知,假使其父在世,法官就会取得“父认不认子”的事实证据,但现在“饶操已死”是事实,“李五生于李三之家”是事实,“饶操未曾以为子”也是事实,此案最关键的证据源“饶操已死”,且饶操在世的时候“父未曾以为子”,所以法官断定“其无证据也决矣”。也就是说,李五想认饶操为父,但饶操已死,无法取得“父认其子”这一事实证据,即使是血缘上父子关系成立,但没有认子事实与行为,也被认为“无证据”。判官范西堂洞见到了李五认父的目的是要分得其产业,其中暗含着对饶操之养子应申的妒嫉,也是其族人借李五之行为,以泄“族人之不平”。此案所认定的证据的性质,既有事实证据又有法律证据的属性。

判词中,“证”、“据”、“词证”是具有证明性质的证据,其功能主要在于认定案件事实,帮助司法官查明事实真相,证明犯罪或公正地解决纠纷。审问的目的是要取得证据,判决要依证据判决。对于一件案件而言,审问是司法过程的开始,判决是司法过程的结束,贯穿始终的是证据的取得、判断、采信、运用。可以说证据问题是司法审判的核心问题,证据是司法官审理案件的“钥匙”,如何准确、适当地使用这个“钥匙”,是

^① 原文见《名公书判清明集》卷之八,载杨一凡、徐立志主编,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校:《历代判例判牍》第二册,中国社会科学出版社2005年版,第253~254页;也可参见《名公书判清明集》卷之八,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局1987年版,第293页。

案件能否公正处理的关键。

一、证据：界于事实与规范之间

某位教授为了证实人们对一个司空见惯的事实与新出现的事实的“发现”是否具有差异性，曾经作了这样一项调查：他上课从来不背包，一天上课背了个包，于是给学生提出问题，问他们注意到了什么。每个人的回答都不一样。有人说，老师今天穿了件T恤；有人说，老师没有带水杯；还有人说老师没有什么变化。假如将学生比作证人，那至少说明不同的证人所见到的事实具有很大的不确定性。某些人发现的事实，可能是生活上的事实，有些人可能从专业的角度发现特定的事实。而事实的发现基于所见之物，并受制于所生存的环境。

人类生活于其间的社会，大体说来，是由事实与规范构成的，既包括活生生的人类生活的事实，又包括国家作为强制力后盾的构成性规范和社会秩序自生自发的选择性规范。

关于人类生活的事实，马克思认为“单是由于后来的每一代人所得到的生产力都是前一代人已经取得而被他们当做原料来为新生产服务这一事实，就形成人们的历史中的联系，就形成人类的历史，这个历史随着人们的生产力以及人们的社会关系的愈益发展而愈益成为人类的历史。”^①马克思所阐述的是人类生活的简单事实。恩格斯在《马克思墓前的讲话》中对马克思所阐述的人类生活的这一简单事实作了阐释：“正像达尔文发现有机界的发展规律一样，马克思发现了人类历史的发展规律，即历来为繁茂芜杂的意识形态所掩盖着的一个简单事实：人们首先必须吃、喝、住、穿，然后才能从事政治、科学、艺术、宗教等等。”^②也就是说，人类生活事实的含义与范围是极其广泛的，必先立基于基础性事实，如吃、喝、住、穿，然后才能从事社会活动，进而形成社会活动的各种事

^① 马克思在1846年12月28日“致巴·瓦·安年柯夫”一文中所阐述关于人类生活的简单事实。参见《马克思恩格斯选集》第四卷（下），人民出版社1972年版，第321页。

^② 《马克思恩格斯选集》第三卷（下），人民出版社1972年版，第574页。

实;同时又在制造着各种各样的事实,如司法领域的犯罪事实、违法事实、违约事实等。

国家作为强制力后盾的构成性规范,指的是国家^①作为立法主体制定的,以维护国家权力为核心,百姓必须遵守并以国家强制力保证实施的规则的总和。这些规则从国家的角度来看是目的性的建构,这些规则百姓是必须遵守的,如有证据证明确实违反了这些规则(当然以证据证明犯罪是司法官的责任,司法官的权力所不及之处当无证据的用武之地),是要“刑兹无赦”的。

社会秩序自生自发的选择性规范,是指由一种自生自发的有序化力量所型构的秩序中,人们赖以生存的规则具有超规则的强力,进而形成一种心理上的强制,人们为了长此以往的合作,选择遵循或者选择不遵循的习俗、惯例等规则的总和。中国古代是个礼俗特征较为显著的时代,如果一个人犯罪了,那是全体家人乃至全体族人的耻辱,会使后代子孙“颜面扫地”、“永世不得翻身”;家族或邻里之间因“细故”相告则被认为是犯了“家丑不可外扬”、“远亲不如近邻”习俗的大忌,事无关大碍时,尽可能选择“和息”,要对长此以往的交往关系尽可能地在“情理”上予以投资,不然就背负了为人们所不齿的“只管自扫门前雪,不管他人瓦上霜”的丑名,无法融入群体的活动之中。无论是选择融入还是选择逃避,都是人类生活的事实,因此,生活意义上的事实就构成了法律意义上事实的前提和基础,缺少了生活意义上的事实的关照,任何其他事实就得变成无源之水、无本之木。

^① 哈耶克认为“国家”是个具有形而上意义的术语,在探讨秩序的时候,哈耶克使用了“社会”与“政府”两个术语,意指自生自发的内部秩序和人为建构的外部秩序。他认为那个实施法律或推行一项政策的机构始终是政府组织,而且在用政府已经足够的地方又把“国家”一语扯进来,并不会有助于问题的澄清,甚至认为就他所讨论的外部秩序与自生自发秩序的时候,使用“国家”一语更具有误导性。作者仍使用“国家”一语,因为在中国古代,国家的统一标志着秩序的形成,由此才可讨论建构的秩序与建构秩序之下的自生自发秩序,中国古代没有像西方那样存在一个市民社会。哈耶克关于内部秩序与外部秩序的讨论,参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》第一卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2001年版,第70页。

作者在此不将事实、规范和证据作扩大式阐释,而是立足于司法过程及其性质来探讨三者之间的关系,尤其要说明证据为何一端连着事实,而另一端又牵着规范。

在司法过程中,尤其是在中国古代司法官的审问与判决过程中,努力探究、发现并竭力要证明的“事实”究竟是怎样的事实?适用的规范是否都是国家制定的刑律?所用的证据究竟是事实本身还是事实之外的其他依据?这些问题,是在归纳研究中国古代司法官所适用的证据规则之前所必须澄清的问题。

在当下国内的诉讼法学界,关于司法过程中司法官所应该认定的案件“事实”的属性、证据的性质及其二者之间的关系颇有争议。一种观点认为,“事实只是对事物实际情况的一种陈述,是关于客观事物的知识,而不是指客观事物自身。事实不是孤立于人的认识、经验之外的,不是没有进入人的认识领域的一种纯粹的‘自在之物’。”在事实与证据的关系上主张“证据必须要以事实为其内容。事实必须以命题的形式作为其确立的标志,所以证据也只能以命题的形式出现”。^①另一种观点则认为,“把人的感觉、知觉、断定、陈述和理论原理、知识看作事实,就把事实主观化、抽象化了,因而是不符合实际的”,进而主张“事实是指客观存在的事物及其运动、发展、变化、变动以及相互关系和相互作用的全部情况和过程”。^②在这里,第一种观点将事实看作是人的主观范畴的产物,而且必须经由“命题”来表达,证据以命题的形式出现,那么事实、命题、证据都是人认识的结果。尽管也承认事实的“存”,但却否认其“在”,承认事实的“真”而没有“假”,仍然表达了事实的一种客观属性,似乎在逻辑上有矛盾之嫌。而后一种观点将事实的属性归结为客观范畴,认为命题只是反映事实的重要形式,命题不可能是证据,证据只能是事实;将命题视为证据是典型的形式证据观,将证据视为事实是实质证据观,认为我

① 张继成:“事实、命题与证据”,载《中国社会科学》2001年第5期。

② 裴苍玲:“也论事实、命题与证据”,载《中国刑事法杂志》2003年第3期。

国的证据观要统一,铲除形式证据观,确立实质证据观。

客观存在的事物不可能自己展示出来,必须经由人的感觉、知觉、陈述、表达、判断,否则便是缺乏意义型构的死的東西;况且,已经发生过的事实尽管是客观的,我们不可能原样再现。尤其是经历或见证事实的人对同一事件会从不同的角度加以描述,无论是亲身经历的还是道听途说的,都是从自己的角度从一个侧面反映事实,所以得到绝对客观的事实是不可能的,我们所能做到的只能是尽可能客观,尽可能地还原一个全面而立体的事实。

还有一种与此相类似的观点,即从实证主义的立场出发,认为证据就是客观存在的自然事实,它存在与否及其真伪与人的主观能动性没有关系,人们只能通过自己的调查和思考,判断证据的有无以及真伪。

第三种观点则认为证据是一种社会事实。主张案件的事实是在审判程序中,经由法官、律师、证人以及原告、被告之间的相互作用和情境界定来确定的。

第四种观点则采取折中主义立场,认为诉讼中的客观真实是绝对事实与相对事实的统一,必须区分刑事诉讼、民事诉讼与行政诉讼。在刑事诉讼中,我们应当追求尽可能实现客观真实,在一定条件下,又必须辅之以法律事实。因为如果在刑事诉讼中普遍适用法律事实而不是客观事实,不仅不符合认识论的客观规律,而且容易导致错案冤案。在民事诉讼中,因为,要追求程序的效率,因此可以追求法律真实。在行政诉讼中,也必须适用客观真实,因为这涉及到行政机关的依法行政和保护公民权益的问题。^①

古今中外的司法审判其实具有共同的特点,亦即裁判某一案件必须经历“一系列事实构成与规范相对应的过程”,^②连结这一过程的纽带便

① 陈光中:“诉讼中的真实与法律真实”,载《检察日报》2000年7月13日第3版。

② [美]克利福德·吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第80页。

是证据。正如吉尔兹所言：“当然，如果完全没有证据甚或假证，审判就肯定无法进行；甚至上诉法院，也必须从那个作出允诺、受到伤害和从事恶行的领域中取得证据，而不论这些证据是真还是假，也不论其说服力大小。对事实加以概括整理以便于法庭记录，一如我早已指出的，本身就是一个不能避免和不可或缺的程序。”吉尔兹在这里洞见到了审判的中心在于证据，更注意到了获取有关案件的事实不仅是实质性的要求，更是程序性的要求。在此，吉尔兹更是深刻的认识到事实与证据的根本属性，“法律事实并不是自然生成的，而是人为造成的，一如人类学家所言，它们是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官的雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事务而构造出来的，总之是社会的产物。”^①

司法审判中的“事实”可以称为案件事实，即法律事实，是指在一定的社会情境中发生的，与案件具有一定关联的，客观存在着的，经由司法官予以裁剪并与其有关联的人的语言、行为展示的相对真实的情形或情况。中国历史上曾经发生过的包括简单的、复杂的、疑难的、具有刑事性质的、民事性质的各种类型的案件，都离不开一定的社会情境，各层级的司法官受理案件所做的首要之事便是“察其情”、“得其实”，“未得犯罪真情难成信谳”，“古人云：‘狱贵初情’，一犯到官，必当详慎推求，必得其实，然后酌情理之中，权轻重之的，则犯自输服”。^② 这里的“情”、“实”、“真情”当指犯人犯罪的真实情况，即案件的事实，取得案件事实的手段尽管古今各有不同，但所要追求的结果与目的却是相同的。古人很早就注意到了案件事实的取得对案件审理的重要作用。晋时的张斐在为《泰始律》作注而撰写的《律表》中，阐述了“理直刑正”的法律观，而要做到“理直刑正”最理想的审判方式则是刑、理、心、情、事综合运用，此

^① [美]克利福德·吉尔兹：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，邓正来译，载梁治平编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，第80页。

^② （清）汪辉祖：《学治臆说》，载（元）叶留等撰：《为政善报事类》，岳麓书社2005年版，第115页。

处的“事”就是指案件事实,这是司法审判不可或缺的要件。明人余自强在《治谱·据事论理按律》中说:“事有的据者,但就事论事。无的据者,以理论事,事真不必论理。合律不必论情。”其意为,审理案件,首先必须弄清案件事实,案件事实清晰的标志是“的据”,证据为第一要素,在证据不足或无时,则以“理”弄清案件事实,此理为“是非曲直”之意;“情”是审理案件需要考虑的最后一个要素,亦即不合律条,才考虑用“情”,此情、此理合并指当时之法理。那么什么是事实、理、情呢?余自强举例说:“如赵甲钱乙,以何事争,以何事打,此事也。得其事,即于所争所打之中,论谁曲谁直,此理也。曲者何罪,直者无罪,此律也。昔有一吏,合伙打劫,阵上拏获。问者曰:‘此吏也,未必遽至是。’此论理之过也。又有兄弟各杀一人,一时俱死,问者曰:‘无兄弟俱死理。’此也。”^①所以,司法官审理案件最忌讳的是不按“的据”“得其事”,“论理之过”,“论情之过”,其责任在于依“的据”弄清案件事实,论理、论情不违背法理、常理。

司法审判过程既是发现案件相对真实事实的过程,又是规范的适用过程。在中国古代,司法官不仅适用国家制定的律、令、格、式、例、有效力的判例等构成性规范,还大量地采用情、理、惯例、习俗等选择性规范。事实是客观存在着的,事实不会主动呈现。案件事实是已经发生过的历史,历史不可能原样重现,法官同样不可能通过“时间隧道”去查看过去发生过的事情,于是证据就成了查明历史以及案件事实的唯一途径。有些事实与案件有关联,有些事实则与案件没有关联,甚至有时是相反的事实,要查清事实并对陈述的事实进行验证,则是证据的功能,只有完成经由证据获得去伪存真的事实之后,才能正确地适用规范。

《名公书判清明集》卷四《户婚门·争业上》所记载的范西堂审理的二十多个争田产的案例中,司法官对所诉案件,既要查明究竟是“绝卖”还是“典卖”田产,审查当事人的“陈状”、“供状”是否是客观事实,还要索取“干照”、“省簿”、“元买契要”等文书证据,“勘会”等勘查证据来证

^① (明)余自强:《治谱·据事论理按律》,载《理讼指南》。

明；同时，又通过“准法”、“乡原体例”等规范，以“情”、“理”推理判断；最后做出判决，“当庭读示，给断由为据”。如“曾沂诉陈增取典田未尽价钱”^①一案，尽管诉讼当时已进入入务阶段，暂“不应施行”，但司法官仍需将其中的事实审查清楚：曾沂将田典给胡元圭是本案事实，胡元圭又将此田转典给陈增，并取得典租也是本案事实；当初曾沂是自愿将田典给胡元圭并订立契约的，推测契约内容肯定有允许转典字样，不然胡元圭也不会擅自将到期的田产转典给陈增，转典行为是符合约定的，因而曾沂“难以反悔”，这些都是与本案有关的事实；其中所引用的规范当然是宋代关于典卖契约的有关规定。值得注意的是，司法官还认为“乡原体例，各有时价”，即当时的乡俗惯例不能违背，而且这本身又是被大多数人所认可并遵循的；其中的证据应是“元（原）立契”、所倒之“租”，以“元（原）立契”证明了典当的有效，以所倒之“租”证明了“租”确为胡元圭所收，曾沂并未收此转典之“租”，亦无收赎之理。当时的田价较低，让陈增以较高之原价收买亦不情愿。所以，曾沂诉陈增取典田未尽价钱一案有关的案件事实比较清晰，从头至尾对案情的叙述始终贯穿着规范的适用与证据的采信，还有法官的推理与判断，因是“入务”未进行判决。

援用国家正式法律规范，又关照当地的风俗作出判决。以“游成讼游洪父抵当田产”^②一案为例。“准法”即宋代法律规定：“应交易田宅，过三年而论有利债负准折，官司并不得受理。”“又准法：应交易田宅，并要离业，虽割零典卖，亦不得自佃赁。”此案的事实即是：游成的父亲在世时，将一亩田和五十九步住宅地出卖给游洪父，时间已超过三年，但游成认为虽是卖契实是抵当，要求司法官予以确认。依照当时的法律，一

^① 《名公书判清明集》卷四，载杨一凡、徐立志主编，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《历代判例判牍》第二册，中国社会科学出版社2005年版，第91页。

^② 《名公书判清明集》卷四，载杨一凡、徐立志主编，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《历代判例判牍》第二册，中国社会科学出版社2005年版，第92页。

是交易已过三年,不应受理;二是游成不该再占有田业,必须离业。而当地的乡民订立典卖契约时,多是不严格遵照法律的规定,而是依照习俗,本意上是田业抵当,而形式上却订立出卖契约。所以,乡人之间订立卖契其本意是抵当,已成为当地的习俗,所以才有了游成状告游洪父。案件事实简单明了,但所适用的规范却发生了冲突,是适用国家法律还是适用习俗惯例呢?哪个规范效力更高呢?从司法官对证据的采信、推理、判决的结果上来看,我们可以得出这样的判断:一是国家法律效力高于习俗惯例,但彼此相观照;二是契约表示出来的意思效力高于契约订立人的原本意思表示;三是“不曾交业”的事实,不能证明拥有此田、此宅基地合法、合理有效,只能证明是违法行为;四是判决结果作了适当的“妥协”:“今岁收禾,且随宜均分”,但“游成退佃,游洪父照契为业”。查明事实,适用法律规范,依证据做出判决,是司法审判的一般规律。

因此,案件事实、规范与证据三位一体,不可分割,它们之间有着内在的联系。事实是审理案件的基础,证据是认定事实的重要依据,规范是做出判决的准绳,缺一不可,法官将无法作出判决。

二、司法官的责任:查明事实、作出判决

汉律之后的律典,都专设有“断狱”篇,其规范的对象是各级具有审判职能的司法官。古代司法官的断狱职能较为宽泛,几乎囊括了现代的逮捕、侦查、审判等各种职能。我们不能割裂历史,人为的将集于一身的各项职能分离开来,事实上也无法分开。因为司法官要经历受理案件、逮捕罪犯、听取两造的供述、了解事件的发生经过、审讯罪犯以取得供辞、调查其他证据以验证供辞的真伪、适用法律规范、得出判决结论、实施惩罚等司法程序;证据不足不能立即结案的疑狱还须上报,还要撰写“详报”、“通详”、“申详”、“叙供”等下级呈报上级待批示的公文;上级司法官要撰写“详批”、“驳议”等上对下的一系列司法文书等。当然,有些程序是不需要司法官身体力行的,如逮捕罪犯有捕快执行;取得其他证据,如验尸、现场勘查等由仵作或县尉执行;撰写判词在清代又由胥吏、幕友来做。但不可否认的是,查清案件事实,对所取得的证据进行判