

何勤华 主编

民事证据论 (上、下册)

【日】松冈义正 著

张知本 译

洪冬英 勘校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

民事证据论

(上、下册)

【目】松冈义正

张知本 译

洪冬英 勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事证据论/(日)松冈义正著;张知本译.-北京:
中国政法大学出版社,2004.5
(中国近代法学译丛)
ISBN 7-5620-2580-0

I.民… II.①松… ②张… III.民事诉讼-证据
-司法制度-研究-日本-近代 IV.D931.351

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 045215 号

* * * * *

书 名 民事证据论
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 北京博诚印刷厂
装 订 北京爱德金文装订有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.625
字 数 275 千字
印 数 0 001-3 000
版 本 2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2580-0/D·2540
定 价 26.00 元(精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国近代法学译丛

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有分量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总 序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、凡参考书籍、论文、判例之类，皆插注于其必要处所，故不另于卷首列举之。

二、凡引用书籍中，日本学者著述，俱未记明版数，概系本书印刷时最近之版。对于外人著述，亦依此例，惟同一人之著述，有引用旧版之必要者，亦记明之。

三、判例、学说，皆参照昭和二年八月版本。

四、凡有外国专名者，皆插注之，惟无适当名辞者，如杜撰之，亦殊无谓，故或缺如。尤以英国法上之名辞为然。

五、凡插注法条，无法典名称者，（例如二一五条）皆系日本民法条文。又民事诉讼法条文，系依修正法。

六、书内省文，无列举之必要，兹示其例如下：

大判……………大审院判决

大联判……………大审院联合部判决

2 凡 例

- 东京控诉判……………东京控诉院判决
东京地方判……………东京地方法院判决
法协……………法学协会杂志
志林……………法学志林
新报……………法学新报
京法……………京都法学会杂志
论丛……………法学论丛
评论……………法律评论
其他法典省文，亦可类推。

勘校导言

任何国家无论是主动或是被动地进行法律维新，都不可避免地面临着学习、借鉴甚至于引进外国法的问题。中国清末法律改革过程中，派员出洋留学考察、创办法律学堂、聘请外国法律专家来华讲学是极其重要的途径，由此，西方法律文化逐渐在中国传播，为法制的改革打下了思想基础。世界近代法律大规模地系统地被引进中国，日本起了中介作用。在此之前，欧洲列强曾进行过许多企图“改造中国”的努力，但由于中西文化的差异及其他原因，西方文化遭到中国的排斥和拒绝，而日本和中国同处东亚北部，是儒家法律文化的两个重要代表，具有相似的封建法律传统，并在大致相似的背景下开始法律改革。在这一时期，日本法律学者应邀来华，中国学生留学日本也成为一种潮流，而本书《民事证据论》正是这一阶段的结晶之一：作者松冈义正是清末

来华参与立法、讲学的日本学者；而译者张知本^{〔1〕}是当时日本法政大学的留学生，学成归国以后，任政府官员。

一、松冈义正

日本学者松冈义正（一八七〇-？），一八九二年毕业于东京帝国大学法科，曾任会计检察院惩戒裁判所裁判官、判事、检事登用试验临时委员、大理院推事等职。一九一六年获法学博士。

松冈义正与中国法律界的渊源，源于清末变法。一九〇二年（光绪二十八年），光绪皇帝下诏：参酌外国法律，改订律例。一九〇七年光绪派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣，主持民刑等法典之制定。沈家本亲赴日本拟邀请著名民法学者梅谦次郎到中国帮助起草民法典，因梅谦要去朝鲜不能应邀，沈家本邀请了日本大审院判事、民法学者松冈义正，同时应邀来华的有帝国大学刑法教授冈田朝太郎、司法省事务官小河滋次郎、帝国大学商法教授志田钾太郎。松冈义正一九〇六年来华，担任京师法律学堂民法学、民事诉讼法和破产法等课程的教学。一九〇八年开始起

〔1〕 张知本（一八八一—一九七六），字怀九，湖北省江陵县人。两湖书院肄业，日本法政大学毕业。历任武昌官立法政学堂，私立法政学堂教职，同盟会湖北支部评议长，鄂都督府司法部长，国会议员，湖北法科大学、上海法政大学及北京朝阳大学校长，湖北省主席，国民党中央党部民众运动指导委员会主任委员，立法院宪法草案委员会副委员长，司法院秘书处秘书长，行政法院院长，国大代表，司法行政部长，总统府国策顾问、资政等职。摘自 <http://www.sinica.edu.tw/imh/book/bk-or/b-2.htm/>

草民法典，至1910年底，民法典起草完成，名为《大清民律草案》，包括总则、债权、物权、亲属、继承五编，共计一千五百六十九条。其中，总则、债权、物权三编由松冈义正担任起草，亲属、继承两编由陈录（法国巴黎大学法学学士）、高种（日本中央大学法学学者）、朱献文（赴日留学生，获法学学士学位）起草。其编制体例及前三编内容，是参考德国民法典和日本民法典。一九一一年进入审议程序，因该年十月发生辛亥革命推翻帝制，这一民法典未正式颁行。通过这一民法典草案，大陆法系特别是德国民法的编制体例和概念体系被引入中国，决定了中国近现代民法和民法学的走向。应该说，这部一九一〇年底完成的《大清民律草案》，是一部二十世纪初的先进民法典，尤其是松冈义正的总则、物权和债权三编，因为他们起草时所参照的蓝本，乃是当时世界上最先进的、一九〇〇年才生效的德国民法典。因此，我们应当把受聘来华帮助起草法律的松冈义正们区别于此后来华的日本侵略者，因为他们给中国带来的，不是血与火，而是知识。〔1〕

二、日本民事诉讼制度

日本民事诉讼法学家三月章曾指出，民事诉讼作为法律文化

〔1〕 本节松冈义正的生平主要参考了梁慧星：《民法总论》，法律出版社一九九六年版，第十五—十七页；王健：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》之附录一，近代来华外国法律人名要录，中国政法大学出版社，二〇〇一年版。

是西方的东西，我们尽管做了很大的努力，还有很多不足的地方。^{〔1〕}日本引进西方诉讼法律文化，在东方土地上建立其诉讼法律体系，经历了一百多年的从模仿到创新的漫长又曲折的道路，这些创新是与他们善于学习和研究外国经验分不开的。值得指出的是，日本的民事诉讼法包含了民事证据法，没有单列的、类似《美国联邦证据规则》的统一证据法。

一八九〇年民事诉讼法，是日本明治维新的产物，主要参考了一八七七年德国民事诉讼法，对传统民事裁判是一次挑战，尤其是当事人主义的引进，很难被接受，造成裁判拖延。一百多年来，该法多次修改。

一九二六年，受一八九五年奥地利民事诉讼法和一九二四年德国修改民事诉讼法加强职权主义的影响，全面修改该法第一编到第五编审判程序，加强了法院指挥诉讼程序方面的权限。这是为避免拖延，引进了职权探知主义，采用了当事人相互询问方式，应该说，德国、日本等国家民事诉讼在诉讼程序设计上，把当事人对诉讼实体内容有权处分的当事人主义与法院对诉讼程序有权指挥的职权进行主义融合在一起，形成德国和日本等大陆法系国家特有的诉讼模式。比较集中体现的是在德国和日本民事诉讼中，当事人收集证据或进行证明必须经过法院。这一点，在本书中可以找到充分的体现。但这种职权主义不仅不否认当事人在

〔1〕“三月章先生回答关于新民事诉讼法制定的提问”，载日本《法学家》杂志第一〇九八期，转引自《日本新民事诉讼法》，白绿铨编译，中国法制出版社二〇〇〇年版，第三十一页。

诉讼中起决定作用的当事人诉讼原则，相反以法院支持和帮助当事人进行诉讼，有利于加快诉讼进程。

一九二六年—一九九八年，日本几乎无民事诉讼改革，因为经济发展的原因，商法、公司法一直在改革，而诉讼改革上人们的呼声，国会却似乎充耳不闻。

一九九六年六月二十六日日本国会正式通过新民事诉讼法，并于一九九八年一月一日起施行。该法的制定工作自一九九〇年正式开始，由日本法务省内成立的以三月章先生为首的学者、法官和律师组成的民事诉讼法审议委员会进行了反复的讨论、论证。该法的变革主要体现在四个方面：第一，改松散审理为集中审理，改革针对庭前争点整理，确定争点后再询问，设有三个争点程序（准备的口头辩论、辩论准备程序及书面准备程序），实行相对失权主义，在审理过程中可任选其一。第二，证据集中，为了集中审理的需要而设立了当事人照会制度及文书提出义务。第三，改革最高法院的上诉制度。第四，新设小额诉讼制度，对于标的额在三十万日元以下的案件，由简易裁判所通过一次开庭一次判决。

二〇〇〇年通过《司法改革审议书——支持二十世纪的日本司法制度》，目的在于缓解纠纷的膨胀，目标是建立国民期待的、更易懂易用的、值得依赖的制度，使制度能更公正、实效地实施。二〇〇三年七月再次修改民事诉讼法。这一次修改主要体现在三个方面：第一，计划审理，法官在听取双方意见后，进行计划审理，即对争点、证据整理进行到何时、相互询问的时间、口头辩论后作出判决的时间作出计划。第二，扩充起诉前证据收集

程序，以便起诉前更有效、完整地收集证据。第三，设立专门诉讼制度，对于医疗事故、劳动管理等案件，成立专门委员会，由专门人才在专门场所操作。

三、一点启示

从十九世纪中期开始，中日两国在相似的背景下开始了相似的法律改革，其中一大特点就是对外国法的引进，但两国的法律改革结果却是大相径庭：日本建立了相对完善的近代资本主义法律体系，从一个贫穷落后的封建岛国成为称雄东亚的经济强国；而中国的法律改革虽然也引入了大批西方式的法律，却未能找到西方法律与传统法律文化的接点，非但没有成功，反而加速了中国沦落成为半封建半殖民地国家。关于这一问题，已有许多学者进行了总结和反思。现在我们重读那一时期的经典著作——松冈义正的《民事证据论》，结合日本一百多年的民事诉讼制度的改革，对于反思我国从上世纪八十年代末开始的审判方式改革及探讨以后的司法改革走向不无裨益。回顾改革的进程，我们可以很清晰地发现，民事司法改革初期主要表现为举证责任制度改革，继而强化以公开审判为中心的庭审功能。景汉朝法官把改革的进程归纳为“强调当事人举证责任——庭审方式改革——审判方式改革——审判制度改革——诉讼制度改革——司法制度改革”；〔1〕

〔1〕 景汉朝、卢子娟：“经济审判方式改革若干问题研究”，载《法学研究》一九九七年第五期，第三页。

而黄松有法官则指出,“审判方式改革现象上反映的是审判操作规程上的变化,但实质蕴涵着审判权的运作体制问题。”〔1〕而迄今为止,针对民事证据问题,我们还未从法律制度上根本解决问题。〔2〕证据是诉讼的核心,证据是正义的基础,证据法是司法公正的基石。在民事证据立法全面展开之时,我们重读七十多年前的《民事证据论》,看到书中所陈述的许多规则,即使在今天看来,在审判方式改革进行了近二十年的中国,也是非常详尽、非常有启发意义的。

最后,需要指出的是,松冈义正的《民事证据论》原分上、下两册,本次勘校重新出版将之合并为一册。

洪冬英

二〇〇四年三月

〔1〕 黄松有:《渐进与过渡:民事审判方式改革的冷思考》,载《现代法学》二〇〇〇年第四期,第二十页。

〔2〕 迄今为止,关于证据的法规只有最高人民法院的《关于民事诉讼证据的若干规定》(二〇〇二年四月一日起实行)及《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(二〇〇二年十月一日实行)两个司法解释。

目 录

(上、下册)

第一章 总论	(1)
第一节 证据之本质	(1)
第二节 证据之主义	(2)
第三节 证据之意义	(5)
第四节 证据之种类	(10)
第五节 证据之目的物	(17)
第二章 举证之责任	(30)
第一节 举证责任之意义	(32)
第二节 举证责任之效用	(34)
第三节 举证责任之前提	(38)
第四节 举证责任之分担	(39)
第五节 举证责任之转换	(60)
第三章 自由心证	(62)
第一节 自由心证主义之意义	(63)
第二节 自由心证基础之形成	(65)
第三节 自由心证之效果	(67)

2 目 录

第四节 自由心证之扩张	(68)
第五节 自由心证之限制	(70)
第四章 证据手续	(73)
第一节 证据之申请	(73)
第二节 证据之陈述	(78)
第三节 证据之决定	(79)
第四节 证据之调查	(87)
第五节 对于调查证据结果之辩论	(122)
第六节 上诉审中之证据手续	(124)
第五章 各个证据方法	(126)
第一节 证据方法之性质	(128)
第二节 证据方法之种类	(130)
第三节 证据方法与证据原因	(131)
第四节 证据方法与证据契约	(132)
第五节 证据方法之利用	(133)
第一目 证人	(136)
第一款 证人之意义	(137)
第二款 证人之能力	(140)
第三款 证人之义务	(143)
第四款 证人之回避	(181)
第五款 人证之舍弃	(183)
第六款 以证人为证据之调查手续	(185)
第七款 请求给付日费及旅费之权利	(202)
第八款 证言之评判	(204)