

2012年度教育部人文社会科学研究青年项目“电子证据认证规则研究——以三大诉讼法修改为背景”(项目编号:12YJC820064)最终研究成果

电子证据认证规则研究

——以三大诉讼法修改为背景

刘显鹏 著



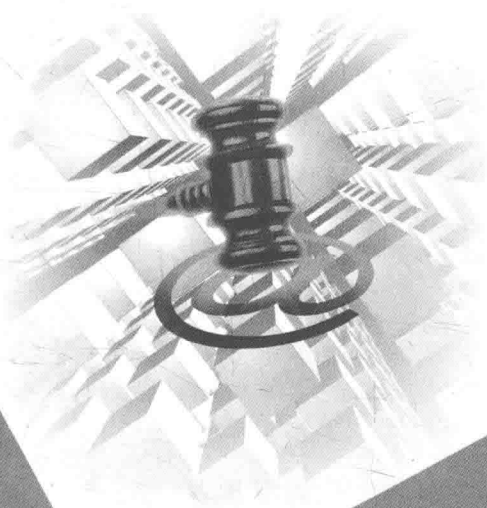
中国社会科学出版社

2012年度教育部人文社会科学研究青年项目“电子证据认证规则研究——以三大诉讼法修改为背景”(项目编号:12YJC820064)最终研究成果

电子证据认证规则研究

——以三大诉讼法修改为背景

刘显鹏 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

电子证据认证规则研究：以三大诉讼法修改为背景 / 刘显鹏著. —北京：
中国社会科学出版社，2016. 5

ISBN 978 - 7 - 5161 - 8043 - 3

I. ①电… II. ①刘… III. ①电子技术 - 应用 - 证据 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 084321 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 季 静
责任印制 何 艳

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2016 年 5 月第 1 版
印 次 2016 年 5 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 18.5
插 页 2
字 数 304 千字
定 价 69.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话：010 - 84083683
版权所有 侵权必究

前 言

电子证据，乃是自电子技术出现及发展以后出现的一种新的证据形态。电子技术，特别是计算机技术，在给人们的生产和生活带来种种便利的同时，与之相关的各类新型法律纠纷也日益增多，而有别于传统证据的诸多特质使得电子证据的认定和采纳自然也产生出种种以往难以预料的困难和变数，这就对证据法学上有关研究的开展和证据立法的相应完善提出了明确的要求。

电子证据虽已引起我国理论和实务界的关注，但截至目前，尚未在制度层面对其认证规则予以具体设置，这就直接影响到司法实践的顺利开展。在三大诉讼法全面改进和完善的大背景之下，证据制度无疑是其中的关键一环，而对电子证据这一新型证据形态认证规则的设置可以直接反映出我国诉讼领域对电子信息技术日新月异发展的回应，同时，也可以对今后相应案件中相关证据的认定和采信提供可行的路径。

本书写作的目的，便是试图明确界定电子证据的各项特质，尝试在我国的诉讼领域建立起具体的认证规则，并把握三大诉讼法修改以及相应司法解释密集出台的历史契机，争取使相关研究成果能够对后续持续进行的规则修改与完善提供一定的可行性建议和参考，从而使电子证据的相关认证规则在制度层面得以确立，进而对今后司法实践的顺利开展发挥积极的促进作用，帮助法律工作人员正确对待实践中可能遇到的纷繁复杂的电子证据相关问题，找出适当的处理及认定方法。

本书的论证拟从以下几个方面具体展开：第一，从理论视角对电子证据的认证规则加以总体阐释。第二，从比较法的角度，分析世界主要国家和地区在电子证据认证规则上的做法，归纳异同，并探究其中原因。由于我国尚缺乏对该问题的系统分析，本书将比较并引进国外既有的研究成果，以图开阔视野和思路。第三，从我国现有之相关规定以及司法实务的

现有状况出发，指出现实中存在的问题，尝试提出一些完善的思路。第四，既要探讨电子证据认证规则在三大诉讼领域的共性内容，同时更要厘清电子证据认证在三大诉讼各自领域中的独特之处。本书涉及信息科学与法学两个学科，可以解决法学学科本身难以应对电子证据中大量技术性问题的不足，同时在规则探讨层面发挥法学学科本身的逻辑力量，最终做到两者的有机统一。

法律文件缩略语

法律文件全称	缩略语
中华人民共和国宪法（1982 年 12 月 4 日通过，根据 1988 年 4 月 12 日《中华人民共和国宪法修正案》第一次修正，根据 1993 年 3 月 29 日《中华人民共和国宪法修正案》第二次修正，根据 1999 年 3 月 15 日《中华人民共和国宪法修正案》第三次修正，根据 2004 年 3 月 14 日《中华人民共和国宪法修正案》第四次修正）	《宪法》
中华人民共和国民事诉讼法（1991 年 4 月 9 日公布，根据 2007 年 10 月 28 日《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第一次修正，根据 2012 年 8 月 31 日《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正）	《民事诉讼法》
中华人民共和国民事诉讼法（试行）（1982 年 3 月 8 日公布，1982 年 10 月 1 日施行。已废止）	《民事诉讼法（试行）》
中华人民共和国刑事诉讼法（1979 年 7 月 1 日公布，根据 1996 年 3 月 17 日《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第一次修正，根据 2012 年 3 月 14 日《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第二次修正）	《刑事诉讼法》
中华人民共和国行政诉讼法（1989 年 4 月 4 日公布，根据 2014 年 11 月 1 日《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》修正）	《行政诉讼法》
中华人民共和国海事诉讼特别程序法（1999 年 12 月 25 日公布，2000 年 7 月 1 日施行）	《海事诉讼法》
中华人民共和国刑法（1979 年 7 月 1 日通过，1997 年 3 月 14 日修订。根据 1999 年 12 月 25 日《中华人民共和国刑法修正案》、2001 年 8 月 31 日《中华人民共和国刑法修正案（二）》、2001 年 12 月 29 日《中华人民共和国刑法修正案（三）》、2002 年 12 月 28 日《中华人民共和国刑法修正案（四）》、2005 年 2 月 28 日《中华人民共和国刑法修正案（五）》、2006 年 6 月 29 日《中华人民共和国刑法修正案（六）》、2009 年 2 月 28 日《中华人民共和国刑法修正案（七）》修正，根据 2009 年 8 月 27 日《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定》修正，根据 2011 年 2 月 25 日《中华人民共和国刑法修正案（八）》修正）	《刑法》
中华人民共和国国家安全法（1993 年 2 月 22 日公布，1993 年 2 月 22 日施行。已废止）	《国家安全法》
中华人民共和国反间谍法（2014 年 11 月 1 日公布，自公布之日起施行）	《反间谍法》

续表

法律文件全称	缩略语
中华人民共和国人民警察法（1995年2月28日公布，1995年2月28日施行）	《人民警察法》
中华人民共和国民法通则（1986年4月12日公布，1987年1月1日施行）	《民法通则》
中华人民共和国合同法（1999年3月15日公布，1999年10月1日施行）	《合同法》
中华人民共和国婚姻法（1980年9月10日公布，2001年4月28日修改，2001年4月28日施行）	《婚姻法》
中华人民共和国继承法（1985年4月10日公布，1985年10月1日施行）	《继承法》
中华人民共和国公司法（1993年12月29日公布，根据1999年12月25日《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第一次修正，根据2004年8月28日《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第二次修正，2005年10月27日修订，根据2013年12月28日《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》修正）	《公司法》
中华人民共和国侵权责任法（2009年12月26日公布，2010年7月1日施行）	《侵权责任法》
中华人民共和国商标法（1982年8月23日公布，根据1993年2月22日《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第一次修正，根据2001年10月27日《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第二次修正，根据2013年8月30日《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》第三次修正）	《商标法》
中华人民共和国专利法（1984年3月12日公布，根据1992年9月4日《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第一次修正，根据2000年8月25日《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第二次修正，根据2008年12月27日《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第三次修正）	《专利法》
中华人民共和国著作权法（1990年9月7日公布，根据2001年10月27日《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第一次修正，根据2010年2月26日《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》第二次修正）	《著作权法》
中华人民共和国道路交通安全法（2003年10月28日公布，根据2007年12月29日《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉的决定》第一次修正，根据2011年4月22日《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉的决定》第二次修正）	《道路交通安全法》
中华人民共和国电子签名法（2004年8月28日公布，2005年4月1日施行）	《电子签名法》
中华人民共和国公证法（2005年8月28日公布，2006年3月1日施行）	《公证法》
中华人民共和国公证暂行条例（1982年4月13日公布，1982年4月13日施行）	《公证暂行条例》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见（1992年7月14日公布，1992年7月14日施行）	《民诉适用意见》

续表

法律文件全称	缩略语
最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定（1998年7月6日公布，1998年7月11日施行）	《民事审判规定》
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2001年12月21日公布，2002年4月1日施行）	《民事证据规定》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2015年1月30日公布，2015年2月4日施行）	《民诉法解释》
最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定（2002年6月4日公布，2002年10月1日施行）	《行政证据规定》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释（2012年12月20日公布，2013年1月1日施行）	《人民法院刑事诉讼解释》
人民检察院刑事诉讼规则（试行）（2012年11月22日公布，2013年1月1日施行）	《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》
公安机关办理刑事案件程序规定（1998年5月14日公布，2007年10月25日第一次修改，2007年12月1日施行；2012年12月3日第二次修改，2013年1月1日施行）	《公安机关办理刑事案件程序规定》
最高人民法院关于执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释（1999年11月24日公布，2000年3月10日施行）	《行诉法解释》
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定（2001年4月4日公布，2001年4月12日施行）	《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释（2006年1月11日公布，2006年1月23日施行）	《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》
最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复（1995年3月6日公布，1995年3月6日施行）	《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》
最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定（2001年6月7日公布，2001年7月1日施行）	《专利诉前禁令》
最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释（2001年12月25日公布，2002年1月22日施行）	《商标诉前禁令》
最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（2002年10月12日公布，2002年10月15日施行）	《著作权解释》
最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释（2006年11月20日公布，2006年12月8日施行）	《计算机网络著作权解释》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》若干问题的解释（2003年1月6日公布，2003年2月1日施行）	《海诉法解释》
最高人民法院关于适用《关于民事诉讼证据的若干规定》中有关举证时限规定的通知（2008年12月11日公布，2008年12月11日施行）	《举证时限通知》
最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（2001年7月17日公布，2001年7月24日施行）	《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

续表

法律文件全称	缩略语
最高人民法院关于庭审活动录音录像的若干规定（2010 年 8 月 16 日公布，2010 年 8 月 16 日施行）	《关于庭审活动录音录像的若干规定》
最高人民检察院关于检察机关侦查工作贯彻刑事诉讼法若干问题的意见（1996 年 12 月 31 日公布，1997 年 1 月 1 日施行）	《关于检察机关侦查工作贯彻刑事诉讼法若干问题的意见》
最高人民检察院关于加强渎职侵权检察工作的决定（2000 年 5 月 29 日公布，2000 年 5 月 29 日施行）	《关于加强渎职侵权检察工作的决定》
最高人民检察院关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知（2001 年 1 月 2 日公布，2001 年 1 月 2 日施行）	《关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见（2010 年 8 月 31 日公布，2010 年 8 月 31 日施行）	《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》
北京市高级人民法院关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）（2010 年 5 月 19 日公布，2010 年 5 月 19 日施行）	《北京高院于审理网络环境下著作权纠纷案件指导意见（一）（试行）》

目 录

第一章 电子证据的基本理论	(1)
第一节 电子证据的内涵	(1)
一 电子证据的概念	(1)
二 电子证据的特点	(15)
三 电子证据的性质	(19)
第二节 电子证据的分类	(26)
一 计算机证据	(27)
二 通信证据	(40)
第二章 域外电子证据认证规则评述	(43)
第一节 美国电子证据认证规则评述	(45)
一 电子证据的传闻规则	(46)
二 电子证据的鉴证规则	(47)
三 电子证据的最佳证据规则	(52)
四 电子证据的开示规则	(54)
五 电子交易中的电子证据	(67)
第二节 加拿大电子证据认证规则评述	(69)
一 电子证据的定义	(69)
二 电子证据的鉴证规则	(70)
三 电子证据的完整性推定规则	(71)
第三节 澳大利亚电子证据认证规则评述	(71)
一 澳大利亚联邦	(72)
二 南澳大利亚州	(74)
三 维多利亚州	(77)

四 昆士兰州	(78)
第三章 电子证据证据能力的认证规则	(80)
第一节 证据能力认证规则概述	(80)
一 证据能力概述	(80)
二 两大法系关于证据能力认证规则的立法例	(81)
三 我国现行关于证据能力的认证规则	(84)
第二节 电子证据证据能力的具体认证规则	(96)
一 证据能力的具体认证规则	(96)
二 国家机关的监控行为	(106)
三 当事人的私录行为	(117)
第四章 电子证据收集中的认证规则	(121)
第一节 证据收集中的认证规则概述	(121)
一 证据收集的主体	(121)
二 证据收集的时间	(125)
三 证据收集的效果	(125)
第二节 电子证据收集中的具体认证规则	(126)
一 电子证据收集概述	(126)
二 计算机证据的收集	(130)
三 通信证据的收集	(142)
四 具体制度的强化	(146)
第五章 电子证据保全中的认证规则	(184)
第一节 证据保全中的认证规则概述	(184)
一 域外诉讼中的证据保全	(184)
二 我国诉讼中的证据保全	(194)
第二节 电子证据保全中的具体认证规则	(199)
一 电子证据保全的主要方法	(199)
二 电子证据公证保全的程序	(202)
三 电子证据公证保全的发展	(210)

第六章 电子证据调查中的认证规则	(213)
第一节 证据调查中的认证规则概述	(213)
一 举证	(214)
二 质证	(218)
三 查证	(226)
第二节 电子证据调查中的具体认证规则	(226)
一 电子证据的证据能力和证据力的关系	(226)
二 电子证据的调查程序	(229)
三 电子证据的调查内容	(232)
四 当事人举证与法院查证的协调	(244)
五 电子证据调查的结果	(245)
关键词索引	(248)
参考文献	(254)
后记	(283)

第一章

电子证据的基本理论

第一节 电子证据的内涵

一 电子证据的概念

随着电子技术^①尤其是计算机技术、存储技术和网络技术的蓬勃发展和普遍运用,电子商务、虚拟办公以及信息通信等呈现出如火如荼开展之势,电子科技对人类的工作、学习和生活的影响日益深入。在电子技术兴起并长足发展的同时,一系列与之相关的纠纷也纷至沓来,电子合同纠纷、网络侵权纠纷以及计算机犯罪等也成为困扰现代社会的突出难题。在处理该类问题时,关键问题便是把准相关领域的技术特点,有效地采认相应证据。该类与电子技术密切相关的证据因包含较高的技术因子而在采集、审查和确认时均须予以特别关注,此便为近十余年来出现频率逐渐增高的电子证据。

电子证据这一术语出现的时间并不久远,20世纪80年代在西方国家的论著和立法中方才显现,20世纪90年代末输入我国。在西方国家的证据理论和实践中,指代电子证据的表述有很多,诸如“electronic evidence”“digital evidence”“computer evidence”“computer - produced evidence”“computer - created evidence”“computer - based evidence”“computer - related evidence”“computer output”“computer - stored evidence”

^① 电子技术,是指根据电子学的原理,运用一定电子器件设计和制造某种特定功能的电路来解决一定实际问题的科学。电子技术包括信息电子技术和电力电子技术两大分支。信息电子技术包括 analog (模拟) 电子技术和 digital (数字) 电子技术。电子技术是对电子信号进行处理的技术,处理的主要方式为信号的发生、放大、滤波和转换。

“evidence from computer record”等。在我国的证据法理论和实践的语境中,电子证据的指称方式亦有多种,譬如“电子数据”“电子证据”“计算机证据”“数据证据”“网络证据”“数据电文证据”“电子数据证据”等。

(一) 证据的内涵

“证据”一词在汉语中的准确起源已很难考证。在古汉语中,“证”和“据”两字往往分开使用。其中,“证”字的含义与现代汉语中“证据”一词的含义接近,但通常指的是人证;“据”字则含有依据或根据的意思,如《唐律》中就有“据众证定罪”的表述。到了清代,刑律中也有“众证明白,即同狱成”等规定。辛亥革命以后,随着白话文的推广,“证”“据”二字才逐渐合并为一个词使用,并多出现在与法律有关的表述中。例如,1912年南京国民政府颁布的《大总统令内务、司法两部通飭所属禁止刑讯文》中规定:“不论行政司法官署,及何种案件,一律不准刑讯。鞫狱当视证据之充实与否,不当偏重口供。其从前不法刑具,悉令焚毁。”

现在,证据一词在日常生活中的使用范围已非常广泛。但不能否认的是,由于其在法律领域中所具有的重要地位和相当高的使用频率,在很大程度上,证据仍然是法律领域的专门术语。《辞海》对证据的解释是“法律用语,据以认定案情的材料”。可见,在非法律领域对证据一词的理解也是以法律领域的概念为基础的,即实质上是在借用该法律术语,两者之间没有也不应该存在差异。在讨论证据法上证据的概念时,不应片面深究在法律意义上和通常意义上使用方法的的不同,亦不应完全抛弃长期约定俗成的对证据内容的一般认识而生造出的一些譬如“法定证据”“司法证据”“法律证据”等概念。

关于证据的概念,理论界认识不一,存在不小的分歧。归纳来看,主要有以下几种:(1)材料说。此学说将证据界定为证明案件事实的材料。如有学者认为,证据是一切用来证明案件事实情况的材料。^①(2)事实说。此学说将证据的内涵界定为证明案情的的事实。如英国法学家边沁认为,从最宽泛层面上来讲,应该将证据设定为一项事实,即可以成为确信另一种事实存在与否的根据的事实。美国法学家威格莫尔也指出,证据是

^① 参见应松年主编《中国行政诉讼法讲义》,中国政法大学出版社1994年版,第136页。

任何一项或一类已知的事实，而非法律或伦理的原理。^① 该学说在我国当代诉讼法学界最具影响，不少诉讼法学者均在该框架内对证据的概念予以界定。如最具代表性的表述即为，证据就是证明案件真实情况的事实。^② (3) 根据说。此学说认为证据乃是可以证明案件真实情况的依据。如我国台湾地区有学者即认为，证据乃是法院认定当事人之主张为真实之凭据。^③ 大陆地区亦有学者持此看法，即将证据界定为用以证明案件真实情况的根据。^④ 该观点亦得到了一些实务部门的认可。如最高人民法院 1984 年 8 月 30 日颁布的《关于贯彻执行〈民事诉讼法（试行）〉若干问题的意见》第四部分“证据问题”开篇即明确：“证据是查明和确定案件真实情况的根据。” (4) 统一说。作为一种综合上述几种观点意见的折中学说，其对证据概念的界定凸显外在和内在的统一。如有学者指出，证据乃是内容与形式的有机统一，是由规则所界定的外在形态表现出来的可以证明相关案情的所有事实。^⑤ 亦有学者提出，从证据所包含的内容来看，证据乃确实存在之事实；从证明关系来看，证据乃可以证明案件事实的依据，是用以认定案情的工具；从表现形式来看，证据须契合规则确定的特定形式，诉讼中的证据乃客观事实内容与法定表现形式的有机统一。^⑥

上述学说从某种程度上来说，都有其合理性，但都存在一定的缺陷，而且都仅停留在一般证据概念的层面，未能触及法律意义上证据的实质。总的来说，证据是指“为使裁判官认识当事人主张事实之真否，以及认识法则并实验规则之内容而存在之制度”^⑦。易言之，证据是指法院确定判决之基础的一切资料的总称。认定事实、明确应适用法规的存在及其内容都是法院对案件作出判决所必需的前提。

① 参见王以真主编《外国刑事诉讼法学》，北京大学出版社 1994 年版，第 215 页。

② 参见江伟主编《证据法学》，法律出版社 1999 年版，第 206 页。

③ 参见陈世雄等《民刑事诉讼法大意》，五南图书出版公司 1986 年版，第 96 页。

④ 参见杨荣新主编《民事诉讼法教程》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 210 页。

⑤ 参见卞建林主编《证据法学》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 70 页。

⑥ 参见樊崇义主编《证据法学》，法律出版社 2001 年版，第 45 页。

⑦ [日] 松岗义正：《民事证据论》，张知本译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 2 页。

对于绝大多数事实,^① 如果法院自身未获得或未予以认定,那么就必须使法院获得或认定这种事实的依据。作为法院判决基础的法官对事实的认定绝不是偶然的,其必须建立在充足的依据之上,这就要求作为事实认定基础依据的证据必须出现在诉讼程序之中,赋予当事人能够对这些证据进行评价的机会,并且赋予法院收集并认知这些证据的手段。此种法院收集、认知相关依据的程序,即所谓“证据调查程序”^②。当事人应该尽可能地寻找并收集可能促使法官作出于己有利之事实认定的证据,并使这种证据进入诉讼,以此说服法官认定该事实的存在,进而获得胜诉的判决。可见,对证据进行规定是任何诉讼规则最重要的任务之一,权利主张的效果很大程度上依赖于其之可证明性。

对证据的内涵应从三方面予以把握:在有形方面,证据是指作为法官认定案件事实基础的调查对象的有形物,称为证据方法;在无形方面,证据是指法官进行调查所得的结果,也即法官依五官感知证据所获知的内容,称为证据资料;在结果方面,证据则是指特定事实能使法官确信的原因,称为证据原因。^③ 证据和事实虽然不能等同,但两者之间却存在着内在的联系。作为用以证明系争案件事实的依据,证据包含有与诉讼的最终处理结果相关的种种信息资料。证据中的这些信息能够揭示特定案件事实,并由此查明这些案件事实。证据实质上就是蕴含案件事实信息的以人的或物的形态存在的事实信息载体。通常来讲,认定案件事实必须审查、判断其所依据的或者说其能得以推断存在的证据,审查、判断证据的诉讼程序和相关制度不同,其所蕴含的价值也就各异。

① 证据法上对事实的界定,主要是从认识论的角度入手,因为诉讼程序中所有的事实都是通过当事人的陈述或描述而呈现的,都是以当事人的认识为立足基点的。证据法上的事实,一般来说是指主体对事物的特定属性或与其他事物的特定关系所作的判断。易言之,其乃是由特定主体对呈现于自己面前的案件相关现象有所觉察,并运用一定的概念对之加以陈述或描述以及在此基础上作出相应判断的结果。当人们对呈现于自己面前的案件相关现象依自己之五官而感知,并且在作出了一个正确判断时,即可认为其发现了案件事实;反之,如果主体基于一定认知所作出的陈述或描述不符合案件发生时的实际情况,也即主体对案件发生的真实状况作出了错误的断定时,则应认为其没有发现案件事实。

② [日] 新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第369页。

③ 在德国法上,证据也常被称为证据手段(Beweismittel)、证据调查(Beweisaufnahme)和证据结果(Beweiserfolg)。参见[德]奥特马·尧厄尼希《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第258页。

1. 证据方法

(1) 证据方法的概念。

所谓证据方法,是指能够被法官基于五官而感知,并能够进行证据调查的有形物(人或物)。^①有形物符合法律的规定,进入诉讼成为法官调查对象的证据方法,即具备了证据能力,或称为证据适格。法官为就待证事实获得心证所进行的查验证据方法的行为,即为证据调查。针对不同的证据方法,民事诉讼法规定了不同的证据调查程序。对证据方法调查的结果,足以影响法官认定事实的效果的,即为证据力,或称为证据价值。

在诉讼中,如果采取辩论主义,则使用何种证据方法应由当事人依自己的意志决定,法院不得置当事人的意思于不顾而依职权增加其可以利用的证据方法;若采取职权探知主义,则不论当事人的意思如何,法院均可以依职权决定使用何种证据方法。

当事人对证据方法的提供和法院对证据的调查既可以在本案审理程序中进行,亦可以依特别手续进行,前者称为即时调查的证据方法,后者称为依特别手续的证据方法。当事人仅利用一个证据方法时,称为单纯的举证;同时利用数种证据方法时,称为综合的举证。当事人对于同一主张,同时提出数种证据方法时,称为内部之综合的举证;对于数种主张,同时提出数种证据方法时,称为外部之综合的举证。^②

(2) 证据方法的分类。

在作为英美法系证据法源头的英国,其证据法将证据方法分为证人证言、文件证据和实物证据三种。其中,证人证言是指作为事件目睹者的证人在法庭上口述的证据,即证人说出他耳闻目睹及身体所感知的事实;^③文件证据是指书信和证书等书面形式的证据,包括视听资料和证人的书面证言;实物证据则是指可以提供给法院查看的物品。^④美国《联邦证据规

① 从另一个角度而言,证据方法是指发现心证原因的手段,如讯问证人、鉴定人、查阅证书、勘验物、讯问当事人。参见王甲乙、杨建华、郑健才《民事诉讼法新论》,三民书局2002年版,第341页。

② 参见[日]松岗义正《民事证据论》,张知本译,中国政法大学出版社2004年版,第8页。

③ 参见[英]P. H. Kollin主编《英汉双解法律词典》,陈庆柏、王景仙译,世界图书出版公司1998年版,第585页。

④ 参见沈达明《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版,第293页。