

◎京师刑事法文库（源）

视听资料研究

杂类 曾燥土 粤东 潮州 隆泰 蔡道云 蔡菊 蔡峰

张 斌 著

中国人民公安大学出版社

· 北摇京 ·

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (954) 第 00000 号

张摇斌摇著

出版发行：中国人民公安大学出版社
地摇摇址：北京市西城区木樨地南里
邮政编码：100054
经摇摇销：新华书店
印摇摇刷：

版摇摇次：圆缘年 员月第 员版
印摇摇次：圆缘年 员月第 员次
印摇摇张：怨圆缘
开摇摇本：愿元毫米 伊 愿元毫米摇员菊
字摇摇数：圆缘千字
印摇摇数：员圆~ 猿圆册

陽昇苑原意定四原野園原西麓·員起
定搖搖價：圓慶陸元

耘原宅藝 糟漉岳 恭遭翟遭麟爰藻爰壯
憎曾曾 采采帶宗曹滂縣司滂曹士

本书受龙宗智教授主持的“全国优秀博士论文项目”基金资助，特此铭谢。

京师刑事法文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。我国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对社会的发展进步至关重要。而现代刑事法治则在现代化法治国家中扮演着非常重要的角色。改革开放后的二十多年来，我国的刑事法治已经取得了长足的进步。但是，在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，无论是刑事法学理论还是刑事法治实践，都仍需要进一步发展与完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

北京师范大学刑事法律科学研究院于 2003 年 10 月建立，系专门从事刑事法学研究的、中国刑事法学领域首家且目前惟一的、独立的实体性综合性学术研究机构。研究院以一批中青年专家、学者为中坚，并聘请了包括老一辈著名刑法学家、中央政法机关专家型领导以及重要国际组织领导人在内的国内外知名刑事法专家、学者担任特聘顾问教授、专家委员会委员、兼职教授（研究员）。研究院的设立，旨在建设全国领先并与国际知名刑事法学机构看齐的新型刑事法学术机构，本着刑事法学一体化的精神，逐步地、全面地发展中外刑法学、国际刑法学、区际刑法学、刑事政策学、犯罪学、刑事执行法学、中外刑事诉讼法学、刑事证据学、刑事司法制度等刑事法的诸多学术领域，培养高级刑事法学专门人才，为中国法学研究和高层次人才培养进行新的探索，力争为中国依法治国、建设社会主义法治国家的伟大事业在刑事法学领域作出更大的贡献。

为达此目标，研究院成立伊始即创办“京师刑事法文库”。研

究院的主要成员在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，亦曾设立“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”，并已颇具规模。为获得更为广阔的学术发展空间与学术交流平台，数位专家、学者首批加入北京师范大学创立了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。学术事业是薪火相传、继承发展的事业，为使刑事法学术事业得到进一步传承和发扬，北京师范大学刑事法律科学研究院遂在我们设立的原“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”的基础上，重新创办系列著作项目，并定名为“京师刑事法文库”。该文库以百年名校北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托，凭借北京师范大学坚实宽广的人文社会科学和自然科学的综合实力，并广泛争取和吸纳中外刑事法学界的支持与帮助。其出版领域既包括国内外刑事法律与刑事法学方面（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法学、刑事侦查、刑事物证技术等领域）的有新意、有深度、有分量的著作与译作，也会涉及国际刑法、比较刑法、外国刑法、台港澳刑法等外向型刑事法领域的科研成果，可以是专题研究、综合研究，也可以是国外、境外法典、著作的介译之作。著译者以研究院专职、兼职研究人员为主，并向国内外专家、学者开放。

我们希望通过此举能逐步积累学术成果，繁荣、深化和开拓刑事法领域的学术研究，促进国内外刑事法学界的交流合作，不断提高我国刑事法理论与实践水平，进而有力地促进国家现代法治之昌盛和社会的文明进步。

北京师范大学刑事法律科学研究院
院长摇赵秉志摇教授
谨识于乙酉年初秋

序

《视听资料研究》一书，是张斌博士在学位论文《论视听资料的法律地位和可采性》的基础上修改完成的。

我国 1981 年《民事诉讼法（试行）》首次以法律的形式肯定了视听资料的名称和证据地位，随后，1989 年颁行的《行政诉讼法》、1991 年颁行的《民事诉讼法》和 1997 年修改后的《刑事诉讼法》，相继在行政诉讼、民事诉讼和刑事诉讼中正式将视听资料确立为法定证据形式，使得录音、录像证据以及计算机证据能够依法运用于诉讼实务。这是我国诉讼法适应现代科技发展所作的一种选择。

将视听资料确立为一种独立的证据类型，通过明确其法律地位来确认其证据能力的做法，可以说是一种立法特例。这种做法与国外将录音、录像、计算机证据和其他一些科技含量高的证据（即所谓“科技证据”）归入传统的证据形式，适用相关证据规则的立法明显不同。例如，英国、美国、日本和我国台湾地区将录音带看做是类文书，适用有关书证的规则；录像带与实物证据类似，适用有关实物证据的证据规则。而计算机证据则是现代计算机及网络技术迅速发展对证据法提出的问题，对计算机证据如何适用传统证据规则（如最佳证据规则、传闻证据规则）是这些国家和地区的理论界与实务界重点关注的问题。应当说，这些国家和地区有关录音、录像、计算机证据和其他科技证据的立法规定，注重其证据适用规则而非证据形式及其法律地位，这与我国诉讼法将这类证据笼而统之地装入一只口袋（视听资料），十分简略却不知如何适用证据规则的做法相比，似乎更具有合理性、可操作性和实用价值。

达马斯卡教授在其专著《漂移的证据法》中，将现代高科技

发展条件下科技证据的使用，作为证据法发展的一个重要方向。在科技证据的诉讼运用越来越广泛而深入的情况下，可以说有关视听资料的运用规则是我国证据法学领域最缺乏研究也最需要研究的理论和实务问题。张斌博士的选题适应了证据法发展的现代需要以及我国司法实践的迫切要求，具有理论意义和现实价值。作者着重围绕视听资料的可采性规则展开研究，同时注意到在我国特定的制度条件下视听资料的可采性规则与其法律地位有紧密关系，运用语言分析、比较研究、历史考证、案例分析等研究方法，在仔细分析视听资料概念和划定视听资料范围的基础上，系统、深入地研究了录音、录像、计算机证据和其他科技证据可采的基本法理和相关运用规则。作者具有较强的问题意识，在前言中提出视听资料法律地位和可采性研究存在五大难题，继而针对这些难题提出自己的观点，如对视听资料语义的分析，对视听资料范围的确定，对视听资料法律地位创举说的评价，对录音、录像和计算机证据可采性基本法理的思考，等等。尤其是对计算机证据运用规则的研究，在我国证据学理论上具有探索创新的作用。

当然本书也存在一些不够成熟、尚需进一步研究之处，有些观点的论证使人感到难以信服。例如，我国诉讼法将视听资料规定为一种独立的证据形式，其分类标准与书证、物证和人证不一致，因而视听资料可能与书证、物证、人证的范围存在交叉，对此作者虽然阐述了采用这种规定方式的一些理由，但仍感说理不够充分，有关视听资料与书证的区分也显得较为勉强。不过出现这一问题的根本原因可能在于我国诉讼法有关证据形式的规定不合理，在难以建立特定的适用于视听资料的证据规则的情况下，将视听资料单列出来作为独立的证据形式，其逻辑合理性总是使人怀疑。

张斌的本科专业是分析化学，具有理学知识背景，因而在博士论文选题时我希望他能关注具有科技含量的证据问题。科技使世界日新月异，证据法因此而获得机遇，同时也面临着挑战，迎接这种挑战，理性地探索证据法发展新的路径，是诉讼法与证据法学者的

任务。张斌选择了视听资料这一论题，最终比较成功地完成了这项研究，本人作为他博士论文的指导老师由衷地感到高兴，也希望他今后更加努力，弥补不足，创造出更多有新意有价值的成果。

是为序。

龙宗智

圆缘年 缘月 员日于西南政法大学

目 录

前 言	(员)
-----------	-------

第一编 总 论

第一章 视听资料的概念	(员)
-------------------	-------

摇一、学界对视听资料概念的四种观点	(员)
-------------------------	-------

摇二、语言分析视野下的视听资料	(员)
-----------------------	-------

摇三、相关证据形式的类型学研究	(员)
-----------------------	-------

摇四、视听资料的属性	(员)
------------------	-------

第二章 视听资料的法律地位	(员)
---------------------	-------

摇一、“独立论”与“非独立论”	(员)
-----------------------	-------

摇二、我国应采行“独立论”	(员)
---------------------	-------

摇三、计算机证据的法律定位	(员)
---------------------	-------

摇四、评视听资料法律规定的“创举说”	(员)
--------------------------	-------

第三章 视听资料的源起	(员)
-------------------	-------

摇一、技术源起	(员)
---------------	-------

摇二、法律源起	(员)
---------------	-------

摇三、形上思考	(员)
---------------	-------

第二编摇音像证据论

第四章摇录音证据	(员苑)
摇一、两大法系国家的相关规定	(员苑)
摇二、录音证据在我国法律规定及运用	(员苑)
摇三、录音证据具体问题的研究	(员苑)
第五章摇录像证据	(员苑)
摇一、两大法系国家的相关规定	(员苑)
摇二、录像证据在我国法律规定	(员苑)
摇三、录像证据具体问题的研究	(员苑)

第三编摇计算机证据论

第六章摇计算机证据	(员苑)
摇一、计算机证据的概念	(员苑)
摇二、计算机证据的分类	(员苑)
摇三、计算机证据的获取	(员苑)
第七章摇计算机证据规则：来自美国的经验	(圆苑)
摇一、计算机证据的违法排除	(圆苑)
摇二、计算机证据的传闻问题	(圆苑)
摇三、计算机证据的鉴识	(圆苑)
摇四、计算机证据的原件问题	(圆苑)

第八章 我国计算机证据规则的立法与实务	(四)
一、我国计算机证据立法现状	(四)
二、美国有关计算机证据规则立法的启示	(四)
三、我国计算机证据立法应规定的内容及拟制条文	(四)
四、案例研究	(四)
参考文献	(四)
专家对博士论文的评阅意见	(四)
后 记	(四)

悦噪嬖孽

云噪嬖孽 (员)

孕则成I 摇员噪嬖孽

悦噪嬖孽 (员)

摇 I 摇云噪嬖孽 (员)

摇 II 摇云噪嬖孽 (怨)

摇 III 摇云噪嬖孽 (源)

摇 IV 摇云噪嬖孽 (缘)

悦噪嬖孽 (缘)

摇 I 摇云噪嬖孽 (缘)

摇 II 摇云噪嬖孽 (远)

摇 III 摇云噪嬖孽 (苑)

摇 IV 摇云噪嬖孽 (愿)

孕刺戒如 摇粤宝端原肇慈慈增肇漢懋

孕刺血 摇悦晃贵想藻味去蜜藻糟

— 員 —

干燥种子量..... (圆粒)

前摇摇言

本书研究视听资料的可采性和法律地位，力图反映如下命题：在我国诉讼法语境中，视听资料的法律地位与其可采性有着特殊的紧密联系。这个命题有两层意思，一层是视听资料的法律地位与可采性有紧密联系，只有明确了视听资料的法律地位，才谈得上视听资料的可采性问题。这种紧密联系的性质，与我国法律规定的其他法定证据种类没有区别，是一般意义上的。例如，只有明确规定口供、鉴定结论在我国证据制度的法律地位，才能将其作为法定的证据方法，才能来谈其可采性问题。如果我国没有规定口供、鉴定结论属于法定证据方法，相关证据材料的可采性问题就无从谈起。另一层意思是视听资料的法律地位与可采性的紧密联系，有着不同于其他法定证据种类的特殊性。这种特殊性表现在：视听资料不像鉴定结论、口供那样表现为单一种类的证据，它实际上是一个“口袋证据”，自身构成了一个证据体系。这个体系范围有多大，学者众说纷纭，立法模棱两可，实务莫衷一是。因此，面对一些与这个证据体系界限不是很清楚的高科技证据，比如电子计算机记录、中子活化分析结果或者磁卡证据，需要不断地追问它们是不是属于视听资料，是否应当按照视听资料形式来确立其可采性规则。如果不能确定这些高科技类证据的法律地位，可采性问题就无从谈起，这一点与口供和鉴定结论显著不同。

因而，视听资料的法律地位和可采性，既构成了本书研究的全部内容，也是本书力图把握视听资料证据性质这一问题的重要研究视角。对视听资料问题，明确将法律地位和可采性联系在一起进行研究，具有比较显著的方法论意义。学界对视听资料问题的研究，

从 1984 年 源月常怡教授发表的首篇研究成果算起，其间经过何恩涛、李春霖、马一清、唐德华、樊崇义等诸学者，至今超过 10 年。这其中不乏一些重要的研究结论和成果，但是据我对这 10 年来学界研究成果的整理和统计，却发现学界研究视听资料的方法和视角多集中在“实用”的层面，如视听资料的概念、特点、种类、收集制作、审查判断和司法实务中的运用等问题，从“法理”的层面尤其是从证据学基本原理层面对视听资料进行研究，没有受到应有的关注。本书在对视听资料从历史、整体、语境方面理解的基础上，力求较为系统和深入地把握视听资料的法律地位和可采性问题，从而对立法的完善提供理论依据和解决思路。

对视听资料的法律地位和可采性，在实务运用来看，似乎并不存在什么问题。我国三大诉讼法均明确规定视听资料是法定的证据种类，因而所获证据材料只要符合视听资料形式，不违反法律禁止性规定，就应当具有可采性。但是，在证据学理论上，问题远远没有这么简单。目前至少有五大问题存在争议。

第一，“视听资料”应当作何理解？是“视听与资料”还是“视听的资料”？“视听与资料”是“视听（资料）与资料”的简称。^①从立法本意来看，似乎应当理解为“视听（资料）与资料”。但是，如果作这种理解，就会与书证的范围发生交叉，因为所有的书证，都可以看做是“资料”。反过来讲，如果作“视听的资料”理解，电子计算机证据似乎不应当包括在内，由此，有关计算机证据的法律地位，就像当初刑事诉讼法没有规定视听资料一

① “视听与资料”是笔者杜撰的，严格地讲这种说法不成立。“视听”是动词，“资料”是名词，动词与名词不能并列。不过，有学者认为，视听资料是有声音可以听到、有图像可以看到、有资料可以查到的能够证明案件事实真相的材料。这种理解方式，实际上是将“音”、“像”与“资料”并列。还有些学者把视听资料看做现代高科技发展的结果，包括录音、录像、计算机资料以及其他高科技形式证据，其实质也是把视听资料分解成“视”、“听”、“资料”，作为“口袋证据”。这些对视听资料概念的理解，似乎都可看做“视听与资料”式的理解。

样，使用起来总有“名不正言不顺”之感。而且，即使将电子计算机证据包括在视听资料范围之内，数字化技术的高速发展也使得视听资料的外延发生了极大变化。^①在20世纪80年代以前，比特（~~遭~~、~~孕~~、~~悦~~、~~机~~、~~憎~~、~~增~~、~~附~~、~~集~~、~~增~~、~~阅~~、~~造~~、~~耕~~、~~造~~、~~黑~~、~~客~~、~~病~~、~~毒~~、~~悦~~、~~增~~、~~损~~、~~损~~...）都还没有大量出现，基于银盐感光技术和模拟电子技术产生的照片、电影胶片、录像带、计算机贮存的数据之间的界限比较明显，一般能作出明确区分。20世纪80年代以后，现代计算机技术和现代通信技术结合而产生的现代信息技术，实现了对声音的、图像的、文字的、数字的和各种传感信号的信息进行获取、加工处理、存贮、传播和使用的技术综合。这种信息技术的数字化在司法领域引发的革命性变化，一是出现了大量的与视听资料相关的新证据，如电子邮件、电子数据交换、电子签章、电子资金划拨数据、电子聊天记录、电子公告牌记录、网页证据、光盘证据、~~零~~证据、域名证据等；二是使照片、电影胶片、录像带等基于模拟电子技术产生的证据有了数字化的可能。这些基于数字形态表现出来的证据，能不能纳入视听资料的范围？此问题不单是一学理解释，按日本法社会学家川岛武宜的说法，其属于“法律词语技术”问题。对法律词语技术掌握不好，则有可能滥用立法权和审判权。^②

第二，视听资料是否为高精技术证据的同义语？除了计算机证据以外，有学者认为其他高科技设备产生的资料，如卡类支付工具、电报、传真、照片（包括红外、紫外、载射线）、缩微胶卷、中子活化分析结果、雷达扫描资料，都可以纳入视听资料的范围，

① 数字化是指信息（计算机）领域的数字技术向人类生活各个领域全面推进的过程，包括通信领域、大众传媒领域内的传播技术手段以数字制式全面替代传统模拟制式的转变过程。其英文原词是“~~阅~~”，中国内地通常译为“数字”，香港译为“数码”，台湾译为“数位”。本书为保持行文一致，除习惯用语（如数码相机、数码照片等）以外，统一采用“数字”的译法。

② [日]川岛武宜著：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社1998年版，第108~109页。