教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事电子证据规则研究”
（项目批准号：13YJC820109）

THE EVIDENCE RULE OF E-DATA IN CRIMINAL PROCEDURE

刑事电子数据证据规则研究

赵长江　著

法律出版社 | LAW PRESS

教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事电子证据规则研究”
（项目批准号：13YJC820109）

THE EVIDENCE RULE OF E-DATA IN CRIMINAL PROCEDURE

刑事电子数据证据规则研究

赵长江　著

法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事电子数据证据规则研究 / 赵长江著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2844-1

Ⅰ. ①刑… Ⅱ. ①赵… Ⅲ. ①计算机犯罪－刑事诉讼－证据－规则－研究－中国 Ⅳ. ①D925.213.4 ②D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 252035 号

刑事电子数据证据规则研究
XINGSHI DIANZI SHUJU ZHENGJU GUIZE YANJIU

赵长江 著

策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 14.75
字数 273 千
版本 2018 年 11 月第 1 版
印次 2018 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
网址/www.lawpress.com.cn
投稿邮箱/info@lawpress.com.cn　　销售热线/010-83938336
举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn　　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、子公司销售电话:
统一销售客服/400-660-6393
第一法律书店/010-83938334/8335　西安分公司/029-85330678　重庆分公司/023-67453036
上海分公司/021-62071639/1636　深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2844-1　　**定价**:48.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前　言

本书在现行法律与司法解释的基础上，从证据法的角度出发，以可采性规则为核心，重点研究了电子数据这一新型证据对证据理论以及对证据规则产生的影响，并提出了理论上修正和实践中调适的个人见解。

全书从电子数据的基本概念入手，论述了电子数据的内涵、外延及对证据规则有影响的四个特点和六种分类，在此基础上，对电子数据的鉴真规则、可采性规则及证明力评判进行了深入的分析。全书共有六章十八节：

第一章对“电子数据”这一术语在刑事法领域的使用和研究历程进行了回顾，并通过对“电子”和“数据”的深入分析，界定了电子数据的内涵和外延，电子数据是以“数据”形态存在的一个证据种类，从材料说的观点来看，证据内容是“信息”，即案件事实的信息；证据载体是“数据”，案件“信息”依附于“数据”这一载体上。在此基础上指出了《电子数据规定》在理论上与逻辑上的不足，将电子数据定义为“以数据形式生成、存储、处理、传输的，能够证明案件事实的材料”。

电子数据与相关理论概念有何区别？电子数据与电子证据应等同视之、没有区分的必要，一是没有理论价值，二是没有实践意义，出于学术研究的习惯性考虑，可以允许电子证据作为“电子数据证据”的简称。电子数据与计算机证据、数字证据是包含关系，计算机证据、数字证据是电子数据的一个类别，是其种概念，不应存在交叉关系。电子数据与科学证据比较，只有“科学检验型”的电子数据才是科学证据，“科学描述型”的电

子数据不属于科学证据，两者系交叉关系，上述概念从不同的角度提示了电子数据的不同特性。

第二章对电子数据的特点和分类进行了详细的分析。电子数据对于传统证据理论的贡献在于产生了新的证据存在形态，即“数据”形态。证据除了可以存在于现实空间的人和物之上，还可以存在于虚拟空间之中，从依附于人或物的载体之上，变成了依附于虚拟空间的“数据”的载体之上，因此电子数据的首要特性是“虚拟空间的数据形态”。电子数据具有丰富的表现形态，本身具有“多重证据的属性”。因此，在处理电子数据的证据规则时，应首先对该电子数据进行识别，再分别适用物证、书证和人证的规则。电子数据容易被修改、比较脆弱，但由于它同时可以被恢复及记录操作行为，因此系“脆弱性与稳定性并存”矛盾综合体。由于电子数据的脆弱性需要专业判断，因此，脆弱性仍然是电子数据适用时应首要考虑的要素。电子数据与其他类型的证据相比，可实现再生（如复制、传输、存储等）无损耗，通过精确复制技术实现多次复制也无损耗，可以真实记录原始数据所记载的案件事实信息，具有“无损耗再生”的特性。以上四大特点直接导致了电子数据相关证据规则的特殊性。

电子数据依不同的标准可划分为不同类别。根据证明内容的不同，电子数据可划分为事实信息数据和鉴真信息数据，其分类意义在于全面认识和了解电子数据的信息内容。根据电子数据是否处于形成或传输之中的状态，可以把电子数据分为静态电子数据和动态电子数据，该分类有利于深化电子取证对人权保障的冲击。根据电子数据生成时电子设备与人的交互关系，可以把电子数据分为电子生成数据、电子存储数据与电子交互证据。电子生成数据系电子设备自动生成，没有人为的因素，适用物证的规则。电子存储数据如果包含了人的陈述，应同时考虑适用书证和人证的规则。电子交互数据系人机交互形成，应考虑适用物证和人证的规则。按电子数据是否直接来自原始出处，可以将电子数据分为原始电子数据与传来电子数据，对于电子数据而言，原始证据与传来证据之区分可能没有意义，因为传来证据可以与原始证据完全一致。

第三章对电子数据给现行证据分类体系造成的冲击进行了深入的分析。从国际范围上看，电子数据这一证据形态在世界各国的司法实践中均开始大量出现，但从立法上看，大多数国家没有把电子数据作为法定独立的证据形态予以规定，一般通过扩大书证的办法容纳电子数据。我国在立法中明确将电子数据作为一种独立的证据形态，系我国诉讼法特定的证据分类模式下的独创性规定。由于电子数据

与其他数据在分类标准上的不同，造成了同一种材料依不同的标准可划分为不同证据种类的尴尬局面，在逻辑上和实践中均造成一定的混乱。为化解此类尴尬局面，应取消视听资料，划入电子数据；凡是以“数据”形态展现的书证、物证均应划分至电子数据这一门类，同时承认电子数据既有“数据”属性，又具有物证、书证、人证的属性，即电子数据系多重证据属性的证据，要考虑适用不同的证据规则。

第四章研究了电子数据鉴真规则的构建。具备关联性的证据，应通过鉴真判断其真实性，以此证明证据提出者所提出之证据就是其所主张之证据。鉴真不同于我国证据三性中的“真实性”判断，前者是可采性的前提，后者更多的是证明力的问题。

电子数据的鉴真，是指证据提出者证明其举示的电子数据为所主张电子数据的诉讼行为和义务，实现的方法主要是提出证据形式相关性及过程合法性的证据材料，其目的是确认电子数据真实性，同时确保依据真实的证据而做出裁判。鉴于电子数据的脆弱性以及电子数据中均包括生成、存储、传输等实物证据性质的信息，鉴真应当成为一切电子数据可采的首要规则。电子数据鉴真的证明责任不是由控方承担而应由证据举示方承担，辩方在举示电子数据抗辩时也应承担鉴真的责任。鉴真的证明标准达到优势证据即可，无须实现排除合理怀疑。电子数据的鉴真，可以采用实物证据鉴真的通用方法，通过举示合法来源证明、证据保管链证明以及旁证证明实现鉴真，还可以通过特殊方法进行鉴真。这些方法包括对鉴真信息的使用、特征值的识别与比对以及电子数据专用软件的使用。除此之外，特定类型的电子数据还可以自我鉴真，主要包括电子公文、经公证的电子数据的鉴真。控辩双方通过合意的方式，也可以对电子数据进行鉴真。

第五章探讨了电子数据的可采性规则。在完成鉴真后，对于具备言词证据属性的电子数据，应判断其是否构成传闻，如构成传闻则应当排除，除非构成电子数据传闻的例外。对于具有实物证据属性的电子数据，证据提出者还应解决最佳证据规则的适用问题。

在判断电子数据是否适用传闻规则时，应考虑电子数据中是否有传闻的要素，即是否有“陈述”及该“陈述”系用来证明陈述的内容为真。对于电子存储数据和电子交互数据，其生成过程包含了人的言词内容，如陈述之表达、权利之主张、事实之描述、默示之行为等，因而应适用传闻证据规则。电子生成数据是完全由电子设备依赖信息技术自动生成的数据，传闻规则的适用基础并不存在。基于诉讼经济的考虑以及特定电子文书的可靠性高，电子数据传闻应设置例外情形。主要包括在

日常业务活动中产生的电子业务记录和公共行政管理部门在日常管理过程中产生的电子公共记录，其共同特点在于常规性、原本性以及非特别为个案准备。

从最佳证据规则的产生来看，其目的是为司法提供“最好的证据”，最佳证据规则的实质是通过证据的原始性保障了证据的真实性，从而提供了最好的证据。但是对于电子数据这一证据而言，最佳证据规则对原件的要求就面临着尴尬。基于现实空间证据的“复制受损”、依赖“原始载体”的最佳证据规则在电子数据“可复制性”“无损再生性”面前，明显已经失去了适用的必要性。此外，电子数据的“原件”与“复制件”界限模糊，并且随着云计算技术的发展和应用，原件甚至都不复存在了。各国近十几年来均采取了一些变通的措施来解决这一问题，基本上都放弃了对原件的严格要求。电子数据应树立新型的“原本性”标准，不应考虑其是原件还是复制件，只要具备原本性的电子数据，均为原件。并且该标准应适用于一切电子数据，包括具有实物证据特性的电子数据。电子数据的原本性，是指电子数据生成时所含有的全部案件信息的确定状态，包括事实信息与鉴真信息在形成后的完整状态，可以从时间、主体、再生、校验几个方面来判断电子数据的原本性。

非法电子数据是否应当排除？电子数据本身具有多重证据属性，既有言词证据的属性，也有实物证据的属性，无论是哪一属性，从国际社会的趋势来看，都属于非法证据排除规则的适用范围。从我国《刑事诉讼法》的司法解释来看，电子数据不适用非法证据排除规则，在“不符合法定程序，可能严重影响司法公正”时也不能排除。但从理论上看，此种做法一是与立法宗旨相冲突，二是与国际惯例相冲突，三是会造成实践障碍。《刑事诉讼法》相关司法解释中只规定了瑕疵证据的裁量排除，即在电子数据的获取存在程序瑕疵和技术瑕疵时，若无法提供证明或合理解释，不能作为定案的依据。

电子数据不应当成为非法证据排除规则的例外。对电子数据的排除，应当区分言词证据与实物证据。对于采用“刑讯、暴力及非法限制人身自由等方法”获取的包含言词内容的电子数据，应当绝对排除。对于采用“威胁、引诱、欺骗”方法所获取的包含言词内容的电子数据，应当裁量排除。对于严重违反程序、侵犯宪法权利和公民基本人权的手段所获取的具有实物属性的电子数据，应当绝对排除。利用技术侦查措施获取的电子数据，不能成为非法证据排除规则的例外，在严重违反程序、侵犯宪法权利和公民基本人权时，应当进行绝对排除。对于违反程序性规范和技术规范所获取的电子数据，应当裁量排除。

第六章分析了电子数据证明力评判的特殊性。电子数据的科学证据属性以及

虚拟证据属性，使裁判者在衡量其证明力时，经验与逻辑受到严重的挑战，一是无法解读电子数据中的技术信息，二是无法实现虚拟空间数据与现实空间行为的关联。

电子数据证明力的评判，从大的原则来看，仍然由法官进行自由心证。在我国的司法实践中，可以采用印证的方式，通过电子数据与其他证据之间相互印证来证明案件事实。法官在进行心证时需要强化其解读信息技术的能力，应同时允许法官聘请电子数据专家辅助人员，其工作职责不仅是解读司法鉴定意见书，而且还包括对案件中的专业性问题进行分析答疑。鉴于电子数据本身具有虚拟性与脆弱性，电子数据应同时提供辅助证据，其目的不是证明待证事实，而是通过对辅助事实的证明，来增强电子数据的关联性与可靠性，增强其对待证事实的证明度。

目录

导论:研究的缘起

随着互联网、智能手机的普及,云计算、大数据战略的实施,信息网络社会已经逐渐到来,其重要的特征就是电子数据在人们生活及各行业领域中大量涌现。根据CNNIC(中国网络信息管理中心)发布的第34次《中国网络发展状况统计报告》,我国目前(截至2017年12月底)网民总规模达到7.72亿,网络普及率为55.8%,手机网民规模达7.53亿,网民中使用手机上网的人群占比提升至97.50%。这表明,基于网络、一个相对于现实社会的虚拟社会正在逐渐形成,"数据化"生存已经成了社会发展的必然,刑事司法领域也不可避免地迎来了大量的电子数据。

电子邮件、手机短信、数码相片、数字视频、电子文档等电子数据的普及表明了人们生活数据化已经不可避免,电子病历、数字版权、电子公文、电子商务等行业应用的发展也表明产业数据化业已成为一个必然的趋势。在传统刑事犯罪中,犯罪嫌疑人借助于电脑、手机、网络所形成了大量的电子数据;在新型犯罪中,如危害计算机系统犯罪、网络赌博、网络诈骗等犯罪,其主要证据几乎全部是电子数据。因此,目前无论是查处传统犯罪,还是打击新型犯罪,都要面对电子数据这一新型的证据形态。经最高人民法院统计,全国范围内,涉及电子数据案件已经接近1/5,个别经济发达地区1/3以上案件涉及电子数据问题。[①] 需要特别说明的是,我国网络犯罪占犯罪总数近

---

① 陈瑞华:《刑事审判实务中的若干问题》,载《山东法官培训学院学报》2018年第3期。

1/3，并且每年以近30%左右幅度上升，已经成为第一大犯罪类型，[①]绝大多数犯罪都可以借助于网络实施，电子数据无疑是查处这类案件最重要的工具。

在2012年前的理论研究中，许多学者将电子数据归入视听资料，还有一些学者将其视同物证、书证或者纳入各种其他证据形态。在司法实践中，实务人员一般也通过转化的方式规避对电子数据的直接使用。例如，通过司法鉴定把电子数据转化为鉴定意见书，这是最为常见的转化方式；还有诸如通过勘验、检查把电子数据转化为勘验检查笔录；通过知情证人把电子邮件、手机短信等转化为证人证言；通过公证的方式把电子数据转化为公证书等方式进行使用。由于电子数据能否成为证据没有定论，理论研究多集中在电子数据的独立性问题上，对电子数据与现行的证据规则的关系如何、如何评判电子数据是否可采、证明力大小等问题，限于法律的缺失而没有深入的研究。2010年，最高人民法院等部门在印发的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中，首次对电子数据的种类、审查认定进行了规范；2012年修订的《刑事诉讼法》增列“电子数据”作为新的证据种类之一，至此电子数据在法律上终获得肯定。

2016年，两高一部颁布了《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》（以下简称《电子数据规定》），对电子数据的运用进行了进一步的规范，这标志着实践层面基本建立起了电子数据的运用制度。

在2012年《刑事诉讼法》修订以前，“电子数据”并不是法定的证据种类，因而学者们对电子数据的研究多是基于纯粹的理论研究而展开。何家弘教授、刘品新教授在《电子证据法研究》（2002年出版）一书中，从立法的角度对各国关于电子证据的基本法律制度和原则（2000年以前）进行了介绍，并对电子证据的特点、种类进行了分析，该书系国内第一本系统分析电子证据的专著。刘品新教授在《美国电子证据规则》（2004年出版）一书中，通过案例翻译与点评的方式，详细介绍了美国关于电子证据在判例法中的实践。在《中国电子证据立法研究》（2005年出版）一书中，刘品新教授进一步更新了《电子证据法研究》的研究范围，但仍从立法者的角度，比较了英美法系与大陆法系立法的异同，提出了适合中国的电子证据立法方案。在其方案中，他提出电子证据立法应当刑事、民事、行政规范合一，以可采性规则为主线，此外还对电子证据的排除规则、认证规则进行论证。皮勇教授的《刑事诉讼中的电子证据规则研究》是国内首部从刑事司法角度研究电子证据的著作，该

① 参见《网络犯罪已成为我国第一大犯罪类型》，载搜狐网：https://www.sohu.com/a/194070051_468696，2017年9月23日访问。

书从刑事实体法的角度,对计算机犯罪中的电子证据及其认证规则进行了论证,并分析了电子证据的专有取证措施以及在计算机犯罪中的运用。2012 年《刑事诉讼法》修订后,关于电子数据的代表性著作有两本:一本是戴莹博士的《刑事侦查电子取证研究》,该书系从侦查取证的角度,系统论述在计算机及网络环境下电子取证的各类措施,侧重于从比较法的角度对电子取证的技术措施进行分析。还有一本是庄乾龙博士的《刑事电子邮件证据论》,该书仅探讨电子邮件这一形态的电子数据,深入分析了电子邮件的各种形态及对证据制度和规则的影响。

我国法学界早期对电子数据的研究,特别是何家弘教授、皮勇教授、刘品新教授的卓越贡献,为电子数据的进一步研究奠定了坚实的基础。但代表性的三本专著形成时间较早,未能反映出电子数据的最新发展,且其研究视角着眼于立法,目的是更多地向理论界和实务界介绍和引入电子证据这一新型的证据形态,在当时的情况下没有、也不会对电子数据证据规则的理论与实践进行深入的分析。2012 年后的研究着眼于更具体的电子数据形态,由于研究重点的不同,并没有从整体上对电子数据的规则体系进行系统而深入的论证,未能从证据法的角度拓宽电子数据的研究领域。

现代证据法的核心内容,是发源并壮大于英美法系的可采性规则,其内容主要包括关联性规则、品格证据规则、证人作证规则、特免权规则、意见证据规则、传闻法则、验真规则、最佳证据规则等。[①] 电子数据这一新型的证据种类产生后,这些规则有无变化或产生特殊之处,这应当是证据法关注的重要问题。

本书是基于"电子数据"已经成为法定证据种类后,从刑事法律的视角,以证据法学为基础,对刑事司法中电子数据的证据规则进行体系化的研究。本书借助计算机学科的知识,研究"数据"特性给证据法规则所带来的改变,同时关注电子数据给证据法、证据规则所带来的冲击与问题,从证据法的发展趋势上考察电子数据,并从整体上研究和设计电子数据的特殊证据规则体系。本书重点研究了电子数据在刑事司法中涉及证据规则的特殊性,包括鉴真规则、可采性规则(传闻规则、最佳证据规则、非法证据排除规则)以及证明力评判,并提出了适合中国国情的证据规则的设计,以期为我国电子数据的理论研究和司法实践提供借鉴与参考。

---

① 易延友:《证据法学:原则、规则与案例》,法律出版社 2017 年版,第 19 页。

第一章

电子数据概述

2012年3月14日修正、2013年1月1日起施行的《刑事诉讼法》对我国的证据制度进行了重要的修改。在证据概念的界定上,《刑事诉讼法》将证据由原1996年刑事诉讼法规定的"证明案件真实情况的一切事实"修改为"可以用于证明案件事实的材料",即从证据"事实说"转向证据"材料说",这反映了理论界对证据认识的改变与深化。

此外,新刑事诉讼法还对法定的证据种类也进行了扩张,在保留原七个证据种类的前提下,根据刑事司法的发展情况,将书证作为独立的证据种类予以规定,增加了辨认、侦查等笔录证据,将"鉴定结论"修改为"鉴定意见",并增加了"电子数据"这一全新形态的证据。由此,长期被归入视听资料,或依赖鉴定意见书、公证书、笔录类证据方才得以进入司法领域的"电子数据",在经历了多年遮遮掩掩的尴尬身份后,终于获得了合法的地位,正式进入了刑事司法领域。2016年,两高一部颁布了《电子数据规定》,对电子数据的运用进行了进一步的规范,但该规定的诸多内容也引起了许多争议。

虽然刑事诉讼法明确规定了"电子数据"这一证据种类,但是如何准确理解"电子数据"这一信息时代的新型证据形态,它与现行诸多理论概念(如计算机证据、数字证据、科学证据等)如何区分,电子数据对现行的证据体系有何影响,对这些问题的回答,我们首先有必要对电子数据的发展历史进行追溯,以便准确地把握其内涵与外延。

第一节　电子数据概念的引入及发展

一、“电子数据”术语的发展历程——从混用到统一

（一）“电子数据”术语的引入

在2012年《刑事诉讼法》修订以前，“电子数据”这一法律术语并没有法律明确规定，学者对电子数据的研究多是基于理论研究而展开，因而在司法实践和理论研究中，出现了大量的相关或类似的概念，理论界有影响的如“电子证据”“计算机证据”“数字证据”等。在2012年《刑事诉讼法》修订以后，学术界基于成文法的规定，开始使用“电子数据”作为通用概念进行交流。但是，法律和相关司法解释并没有对电子数据的内涵和外延进行进一步的界定，这对理论研究和司法实践均造成了一定的困扰。在探讨如何准确界定“电子数据”这一概念之前，有必要对“电子数据”这一术语在学术界的引入作一番简介。

“电子数据”一词，最早是在计算机科学领域率先进行使用的，是伴随着计算机技术的使用而逐渐进入我国的学术视野的。以“电子数据”为关键词在中国期刊网（www.cnki.net，以下简称cnki）进行检索，可以发现电子数据最早使用在计算机数据系统内，是用于描述数据库系统内的数据。[①] 此后，随着计算机技术的发展，该术语与“计算机数据”一起在学界被混用，广泛被使用在计算机应用领域对计算机信息的分析、采集。

电子数据在法学界最早出现在民商法领域，国内民商法学者在研究国际贸易中的电子数据交换（Electronic Data Interchange，EDI）问题时，开始涉足并使用这一概念。[②] EDI是利用计算机网络传递规范化、格式化的数据和信息，在国际贸易中将纸质交易凭证等数据进行电子化，并在贸易双方之间利用计算机和网络进行传输，最终实现数据交换和贸易的自动处理，采用EDI方式的贸易又被称为“无纸贸易”。EDI第一次将电子数据带入了证据法的视野，在20世纪90年代初，有学者对EDI是否构成我国诉讼法中的证据提出了自己的疑虑。其主要关注点集中于我国法律并未明确规定电子数据这一形态，并且对EDI这类电子数据的真实性如何判

---

① Young W. M.、白经天：《一台车载电子数据处理系统的机械结构设计》，载《电子计算机动态》1964年第3期。

② 谢鲁涛、战复东：《〈1990年国际贸易术语解释通则〉和电子数据交换》，载《国际贸易问题》1991年第7期。