



毕玉谦◎等著

民事诉讼

RESEARCH ON RULES OF ELECTRONIC
EVIDENCE IN CIVIL LITIGATION

电子数据证据规则研究



中国政法大学出版社

民事訴訟

RESEARCH ON RULES OF ELECTRONIC
EVIDENCE IN CIVIL LITIGATION

电子数据证据规则研究

毕玉谦 刘金华 杜闻
陶志蓉 刘鹏飞 李小恺
赵风暴 著

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民事诉讼电子数据证据规则研究/毕玉谦等著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 7

ISBN 978-7-5620-6928-7

I. ①民… II. ①毕… III. ①民事诉讼—证据—电子数据处理系统—研究—中国 IV. ①D925. 113. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第181113号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 12.875 |
| 字 数 | 310 千字 |
| 版 次 | 2016 年 8 月第 1 版 |
| 印 次 | 2016 年 8 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 39.00 元 |

序 言

PREFACE

在当今社会的不断进步以及科学技术的不断发展的大背景下，随着信息技术产业的兴起和互联网技术的飞速发展，人与人之间的交流、联系正逐步打破传统的面对面或纸书信函方式，取而代之的是采用远程网络信息系统以电子数据作为传播媒介。电子数据仅是一种概括性的统称，在此概念之下，其表现形式纷繁复杂，极具衍生性与扩展性，除了常见的电子文件、数据库、手机短信、电子邮件（E-mail）、电子聊天记录（E-chat）外，还包括表现为电子数据交换（EDI）、电子资金划拨（EFT）、电子公告牌记录（BBS）和电子签章（E-signature）等形式外，即使在广义上，以电报（Telegram）、电话（Telephone）、传真（FAX）等信息传播方式也以媒介的形态作为载体具备了电子数据的一些必要特征。人们可以通过文字对话、语音视频对话、电子邮件等方式在网上进行沟通交流、商谈业务、买卖商品，这些新型的生活方式与交易模式均预示着：我们已经步入了一个能够足以给人类社会带来天翻地覆变化的网络化时代。

然而，在电子科学技术日渐发达和不断扩张的背景条件下，

证据信息化的趋势深入社会生活的各个层面，给诉讼中当事人的举证以及法庭对证据的庭审调查创设了一种新的议题，并且提出了一种前所未有的挑战。这主要是因为，在信息社会和大数据时代，电子数据与整个社会生活、工作和各种交易、交流活动密不可分，并每时每刻记录下这一过程的每一瞬间和每一细节。社会生活的密切交往与经济生活的频繁交易均以法律关系为纽带。随着各类数字设备、智能设备的普及化，加之互联网应用的日益广泛，电子数据在越来越多的民商事活动中扮演起重要的信息载体的角色。各种民商事往来与交易的日趋活跃，使得人们在此过程中产生利益冲突与纠纷的机会愈发频繁。为了防范纠纷危及与应对诉讼风险，人们会习惯性地保存、收集、提取交易过程中产生的数据化的文字资料、图像资料、（音）视频资料等来证明自己主张的事实与权益。作为一种证据类型，电子数据与计算机技术的发展及互联网络系统的普及和广泛运用如影相随，它是在计算机或计算机系统运行过程中因电子化数据交换等产生的能够有助于证明案件事实的具有特定类型化的信息资料，其数量之巨、范围之广、样态之多、跨越时空之能势，完全颠覆了人们对于证据资料的传统理解与认知的经纬觉度。

在传统意义上，有关证据类型的属性均具有与之相应的收集、固定、保存、呈堂、质证以及庭审调查的手段与方式，但自当电子数据被引入诉讼程序的那一时刻起，就预示着这一已被沿循恒久的既有惯例从此被打破。综观各个国家或地区的相关立法，虽然电子数据的名称和定义不尽相同，但是共性之下却悉数包含有以下四种要素：即电子数据的技术特征、电子数据所依赖的载体、电子数据及其派生物、具备法律属性。这四种要素将自然科学当中的信息技术科学与法律科学有机地形成

一种关联体系。除了其中的自然科学属性外，其法律属性是电子数据及其应用范畴之内不可或缺的性格体征。在诉讼证据意义上，这种法律属性体现在被特定化的电子数据与个案中的某一待证事实之间关系中所展现的真实性、关联性和合法性。与一般民事案件中的物理性证据相比较，电子数据不仅不具有一般物理性证据那样有形及具体的外貌体相，且其收集、存取、提交、开示等方式亦相当独特，在客观上极易被修改、湮灭或损毁。这些独到之处，皆使得对电子数据的收集、保全、固定、提交、开示等在程序和方式上，较之传统的民事证据显得其复杂性倍增，且极具专业性要求。在技术层面，这种情形表明，传统的证据规则对电子数据证据的调整与应策，已显得无济于事、力所不逮。在全球信息数据化的时代背景下，电子数据作为诉讼证据当中的一大族群性的类型，俨然已经具备冠为民事诉讼“证据之王”的潜能。我国关于电子数据这种证据类型的立法可以追溯至2005年颁布的《电子签名法》。该部立法第一次提出了“数据电文”的概念，并将其界定为“以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息”。随后，2012年我国新修订的《民事诉讼法》对电子数据作为证据作出了明确的规定，以立法的形式确立了电子数据在证据类型上的法律地位。但是，新修订的《民事诉讼法》只是对电子数据的证据种类作出了原则性的规定，对于电子数据的收集、存取、固定、保全、提交、开示、质证、庭审调查等均未作出具体的规定。面对在审判实践中日益激增的电子数据，立法上的滞后使得法官在处理这些证据时，往往显得无所适从，以至于采用消极被动的应对模式成为一种现实版的司法新常态。

我们认为，这种窘境的成因虽然具有多元性，即除了审判实践中有关法官、律师、当事人对于电子数据的应用缺乏必要

的专业性条件以外，我国法学界对电子数据证据及其规则性（包括比较法意义上的探索）研究的滞后是其中的一大主因，因其无法为立法提供必要的法理支撑与理论储备。并且，这种现象也在相当程度上制约了司法者、律师等能动性地积累符合本土化要求的实证经验，以便为立法提供必要的数据参考与实务脚本。有鉴于此，本书开展研究的主要目的，就是从理论层面对民事诉讼所涉及的电子数据及其证据规则进行理论性、内在规律性、体系性的探讨与研究，旨在为推动对现行立法的进一步完善提供理论支持与动力资源，并且为审判实践中对电子数据的应用提供理论指导与程式规划。愿本书的出版能为我国学术界对民事诉讼电子数据证据规则的后续研究发挥抛砖引玉的作用，并且，为当今的审判实践中对电子数据的应用提供一些新的视野与思考空间。是为序。

毕玉谦

2016年3月

目 录

CONTENTS

序 言	1
第一章 关于电子数据的基础理论	1
一、我国关于电子数据概念的现有讨论	2
二、电子数据与类似概念的比较	4
三、电子数据的基本特征探析	6
四、电子数据概念的具体化	10
五、电子数据的证据能力和证明力	16
六、电子数据与传统证据种类体系的协调	22
七、从电子数据反思我国证据种类	31
第二章 民事诉讼电子数据中的比较法视野	36
一、引论	36
二、英美法系的电子数据可采性问题到底是一项“事实 争点 (the factual issue)”，还是一项“法律争点 (the legal issue)”？	38
三、电子数据之“关联性 (relevancy)”判断问题	40

四、电子数据真实性鉴证之相关概念辨析	42
五、英美法系典型国家检验电子数据“形式真实性”之 方法研析	46
六、电子数据之最佳证据规则及其理论研析	64
七、电子数据适用最佳证据规则之相关问题解析	82
八、电子数据之传闻规则适用问题	92
九、“不公正的偏见”对电子数据之适用	108
十、大陆法系的电子数据之可采性规则研析	110
十一、两大法系电子数据证据可采性规则的比较分析	116
十二、两大法系对电子数据进行司法处理的规定及实践 对我国的借鉴启示	143
十三、结论	145
第三章 民事诉讼电子数据证据的类型化	147
一、民事诉讼电子数据证据类型化概述	147
二、现有电子数据的分类方式	150
三、民事诉讼电子数据证据类型化的再思考	169
第四章 民事诉讼电子数据的收集	177
一、确立电子数据收集制度的价值	177
二、电子数据收集的主体	184
三、电子数据的收集对象和流程	201
四、电子数据的收集方法	212
五、电子数据收集的具体运用	220
第五章 民事诉讼电子数据的证据存取	227
一、民事诉讼电子数据的证据存取概述	228

二、电子数据的证据存取方法涉及的主要问题	233
三、电子数据的证据存取之标准化	245
四、我国司法实践中电子数据的证据存取之现状及对策 ...	257
第六章 民事诉讼中电子数据的证据保全	267
一、电子数据证据保全制度的比较法研究	268
二、电子数据证据保全的特点	275
三、电子数据证据保全的原则	278
四、电子数据证据保全的类型	280
五、电子数据证据保全的保全主体与义务主体	283
六、电子数据证据保全的方法	289
七、电子数据证据保全的条件	296
第七章 电子数据的庭审证据调查	298
一、电子数据的庭审证据调查概述	298
二、电子数据的属性与庭审证据调查的方式选择	302
三、电子数据的庭审证据调查准备	323
四、电子数据庭审证据调查的事项	337
五、电子数据庭审证据调查的开展	357
第八章 民事诉讼电子数据的审查与认定	380
一、引言	380
二、现实困境考察	381
三、妨碍因素梳理	382
四、判断规则的构建	384
五、结语	400
后 记	401

关于电子数据的基础理论

随着计算机技术和网络技术的快速发展，电子数据广泛而深远地影响着包括诉讼程序在内的社会各方面的生活。为了因应这种发展趋势，我国立法逐渐将电子数据作为一种新的证据形式纳入法律规范的范畴。我国关于电子数据这种证据方法的立法可以追溯至 2005 年颁布的《电子签名法》。该立法第一次提到了“数据电文”的概念，并将其界定为“以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息”。2010 年最高人民法院等机关发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中进一步使用了“电子证据”的术语，但是未对其进行界定，只是采用了列举式立法。^{〔1〕}正式使用电子数据者以概念的立法当属新修订的《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》。^{〔2〕}但是两部立法对究竟什么属于电子数据都未作详细界

〔1〕《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 29 条第 1 款列举了电子证据的类型：包括电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等。

〔2〕我国《民事诉讼法》第 63 条第 1 款第 5 项和《刑事诉讼法》第 48 条第 2 款第 8 项都将电子数据规定为一种法定证据形式。

定,在其后颁布的《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》(以下简称《适用刑诉法解释》)和《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》(以下简称《适用民诉法解释》)中更详细地列举了电子数据的类型。^[1]这不禁令人产生疑窦:究竟该如何界定电子数据的概念?电子数据的概念作为电子数据基本特征的集合,直接影响着司法实务中法官和诉讼参与人对此类证据的运用和采信。

一、我国关于电子数据概念的现有讨论

对于电子数据的界定,存在狭义概念和广义概念。狭义概念将电子数据界定为计算机或计算机系统运行时产生的以其记录的内容证明案件事实的信息证据,包括计算机程序和程序运行过程中所处理的信息资料。持此概念的学者认为电子数据与计算机密不可分,电子数据是以物理方式存储于计算机系统内部及其存储器中的指令和资料,将电子数据与计算机证据等同起来。^[2]但在其后的研究中,学者们注意到,计算机并不是产生、传输、接收以及存储电子数据的唯一载体,也不是数字化运算的唯一设备,计算机证据并不能涵盖电子数据,电子数据的范畴远远大于计算机证据。^[3]因此,电子数据的范围应该划得大一点,不限于计算机证据,也不限于数字证据,因而从信

[1] 《适用刑诉法解释》第93条第1款又一次列举了电子数据的类型,包括电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等电子数据,这之前立法列举的内容基本相同。而《适用民诉法解释》基本因袭了这一条文。

[2] 持此观点的代表学者是徐静村教授和李学军教授。参见徐静村:“电子证据——证据学的一个新领域”,载《重庆邮电学院学报》2003年第1期;李学军:“电子数据与证据”,载《证据学论坛》2001年第1期。

[3] 王继福等:《民事科技证据研究》,知识产权出版社2012年版,第211~212页。

息技术（包括电子技术、电磁技术及类似技术）的角度全面考虑司法实践中的各种电子数据，一揽子提出解决方案。^{〔1〕}在此基础上，广义的电子数据概念应运而生。

该学说强调电子数据的电子技术和设备要素，认为电子数据属于以电子形式存在、借助电子数据和电子设备形成的一切证据，具体说，形成过程包括经过电子技术和设备存储、处理、传输和输出。^{〔2〕}此概念强调了电子数据构成的两个基本要素：首先是以电子信息的形式存在。这种电子信息至少包括数据电文本身和附属信息两部分。数据电文本身就是作为证据法上电子数据的主要内容，而附属信息则可以理解为数据电文传输、存储、变动等行为衍生出来的电子记录。第二个要素是必须借助电子设备才能被感知，即通过适当的载体表现出来。电子数据无法被人直接感知，必须借助相应的电子设备才能视听。这种电子设备是作为证据法上的电子数据所处的硬件或者软件环境。科技的进步，推动其存在载体呈现不断扩大化的态势。正因如此，随着科学技术的发展和理论研究的深入，电子数据内容的载体空前丰富，数据传输手段不断演进，所以目前广义的电子数据学说与司法实践更加贴合，显示出了蓬勃的生命力。^{〔3〕}广义的电子数据学说为电子数据的收集、保全和鉴定理论都提供了更加广阔的发展空间。

〔1〕 戴士剑等主编：《电子证据调查指南》，中国检察出版社2014年版，第6页。

〔2〕 持此观点的代表学者为何家弘教授和皮勇教授。参见何家弘主编：《电子证据法研究》，法律出版社2002年版，第5页；皮勇：《刑事诉讼中的电子证据研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第4页。

〔3〕 See *Skeete v. McKinsey & Co.*, No. 91 Civ. 8093 (PKL), 1993 WL 256659 at *4 (S. D. N. Y. July 7, 1993).

二、电子数据与类似概念的比较

从国外的立法例看,与电子数据具有相关性的概念就有不下十种。例如,加拿大《统一电子数据法》称其为“电子数据”;美国《统一证据规则》称其为“电子记录”;联合国国际贸易法律委员会制定的《电子商务示范法》称其为“数据电文”等。^[1]而对于电子数据的概念界定,各国立法更是不一而足。联合国《电子商务示范法》第2条规定:“电子数据是指由电子手段、光学手段或类似手段生成传送、接收或储存的信息。”^[2]美国《统一电子交易法案》第2条规定:“电子记录系指通过电子手段创制、生成、发送、传播、接收或存储的记录。其中‘电子方式’系指采用电学、数字、磁、无线、光学、电磁或相关手段的技术。”^[3]澳大利亚南澳大利亚地区《1929年证据法》规定:“计算机输出文件或者输出文件是指关于有计算机生成的文字、图片、图标或者其他形式的信息或者从这些信息的复印件。”^[4]加拿大1998年《统一电子数据法》第1条第2款规定:“电子记录是指以任何媒介形式在计算机系统或其他类似设备中或者借助计算机系统或通过其他类型设备记录或存储的,且能够为某人、某计算机系统或者其他类似设备读取或感知的数据。”^[5]我国台湾地区“立法”中,同样未明确规定

[1] 熊志海、孔言:“电子数据证据及相关概念之比较研究”,载《湖北社会科学》2013年第12期。

[2] 张楚:《电子商务法初论》,中国政法大学出版社2000年版,第163页。

[3] Electronic Commerce & Electronic Administration Uniform Electronic Transactions Act Of the United States. 1999. 8. 4.

[4] South Australia Evidence Act 1929, An Act to Consolidate Certain Acts Relating to Evidence. Part 6A—Computer Evidence, 59A—Interpretation.

[5] 韩波:“论加拿大统一电子证据法的立法价值”,载《政治与法律》2001年第5期。

电子数据作为独立的证据方法。在学术研究中所使用的与电子数据相关的概念主要有电磁记录或者数位证据。其中,电磁记录是指“以电脑等用磁气带、碟等保存之电磁记录”^{〔1〕},数位证据是指“以数位形态储存或传输,并可作呈堂证据用的数位电子资讯”。

综观各国家和地区立法,虽然电子数据的名称和定义都不尽相同,但是都有一个共性,即包含了以下四个方面的内容:电子数据的技术特征、电子数据所依赖的载体、电子数据及其派生物、具备法律属性。^{〔2〕}以上四方面的属性将自然科学,即信息技术科学与法学有机联系,除了自然科学属性外,其法律属性是电子数据概念中不可或缺的一环,电子数据同样应具备真实性、关联性和合法性的基本证据属性。这种特殊属性必然造成电子数据的取证、认定等方面革命性的变化。与一般民事案件中之物理证据相比,电子数据不仅不如一般物理证据那样有形及具体,更有其独特之储存方式,且极易被修改、湮灭或损毁。这些独特之特性,皆使得电子数据之保全扣押及相关之保存、运送、处理等工作,较传统民事案件复杂困难许多。电子数据不如一般物理证据具体,不易被理解、被感知;易于复制虽可使其复本代替原本受调查,然如何证明该复本系完全与原本相同而具有同等的证据能力,却也增加了电子数据可靠性及来源性之问题;易于修改的特性,虽然可经由专业的技术或工具分辨,但也增加了许多技术上的问题;除此之外,借由网络的发达,数字证据因此可轻易地透过网络被他人操控或传送,

〔1〕 参见曹鸿兰等:“电磁记录在民事诉讼法上之证据调查方法”,载民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨》(八),三民书局1999年版,第252页。

〔2〕 黄发华:“民事诉讼法中电子数据的运用研究”,南昌大学2014年硕士学位论文。

亦是民事诉讼中的一大问题。如此种种,皆使得电子数据在诉讼实务上,无可避免地面临着许多一般物理证据所没有的难题。

为了研究上的方便,我们在此不再使用长期以来学者们使用的或从其他国家立法中译得的概念“电子证据”“数位证据”^[1]“数据电文”“电子记录”“电磁记录”等概念,^[2]而统一使用“电子数据”的概念,以便与我国现行立法保持一致,以此来避免理论研究和司法实践在理解上的混乱。

三、电子数据的基本特征探析

电子数据作为新兴的证据类型,除了具备证据方法共同的属性之外,还因其存在状态、表现方式和传播形式的特殊性而具备了迥异于传统证据方法的特征,具体包括:

(一) 脆弱性与稳定性并存

一般认为,电子数据具有脆弱性特点。虽然与传统证据相比,电子数据更易长久地保存,但是由于其存在形式,使其具有相当的脆弱性,具体表现为电子数据容易被篡改、伪造。因此,随着电子数据在司法程序中的广泛应用,又引发了电子数据的保存问题。^[3]电子数据的这种特点直接取决于其存在形式。电子数据表现为二进制代码并存储在电子介质之上,随着光学材料中光信号和磁性材料中磁向的变化而变化。而光信号和磁向很容易被改变,在较短时间内,采用较简单的手段就可以让电子数据被删改和转移。此外,供电系统和网络通信环境也极

[1] Wm. T. Thompson Co. v. Gen. Nutrition Corp., 593 F. Supp. 1443, 1455 (C. D. Cal. 1984).

[2] 国外对应的概念包括 computer forensics, computer evidence, digital evidence, electronic evidence 等术语。

[3] See Lino Lipinsky, Erin McAlpin Eiselein, Kirke Snyder: “Duty to Preserve Electronic Evidence After Enron and Andersen”, *Colorado Lawyer*, 2004, p. 1.

大地影响着电子数据的稳定性。强磁、高温、高湿度等环境都可能导致电子数据的变化。^{〔1〕}不同于传统证据以实体的形式存在的特点，一经修改很容易留下痕迹，例如，书证的修改一定会留下痕迹，经过专业人员的检查便可确定其是否具有证明力。由于电子数据本身具有不稳定性，容易被修改删除还不容易被发现，所以也导致了电子数据具有易破坏性的特点。这一特性也给电子数据真伪的鉴别带来了极大的难度，通过一定的技术手段，黑客们可以消除对数据的篡改纪录，使电子数据真假难辨。

与此同时，学者们也开始意识到，电子数据本身同时又具有极强的稳定性和安全性，即如果电子数据是孤立存在的，那么被篡改的可能性就比较大；但是如果电子数据是以系统数据的形式存在，那么对它造假的可能是微乎其微的。^{〔2〕}更为重要的是，针对易于被篡改的电子数据大都有相应数据恢复技术和电子痕迹捕捉、鉴定技术来恢复其原貌。^{〔3〕}所以在这个意义上，电子数据呈现出脆弱性和稳定性并存的特点。

（二）科技依赖性

传统类型证据的表现形式依赖一定的自然的或者人工材料才能够得以存在，并且可以在不借助其它设备的情况下而直接读取之中所包含的信息内容。^{〔4〕}这一方面增加社会生活的交易成本，但另一方面，也使得法庭的证据收集和认定活动仅仅依

〔1〕 Computer Assocs. , supra, note 4 at 168 ~ 170.

〔2〕 何家弘、刘品新：《证据法学》（第41版），法律出版社2011年版，第188页。

〔3〕 何文燕、张庆霖：“电子数据类型化及其真实性判断”，载《湘潭大学学报》2013年第2期。

〔4〕 参见黄晓芳：“浅谈统计执法中的电子证据取证”，载《中国信息报》2014年1月21日。