

教育部「十五」规划科研项目成果

电子证据法研究

主编 / 何家弘
副主编 / 刘品新

法律出版社

教育部「十五」规划科研项目成果

电子证据法 研究

主 编 / 何家弘

副主编 / 刘品新

撰稿人 / 「以姓名笔划为序」：

王洪岩、刘燕、刘品新、刘昊阳、

李伟、李学军、江澜、宋飞、何家弘、

张方、张承方、陈霞、韩波、谢鲁宁、

廖明、樊钉

学术秘书：江澜、谢鲁宁

图书在版编目(CIP)数据

电子证据法研究:教育部“十五”规划科研项目成果/
何家弘主编. —北京:法律出版社,2002.8
ISBN 7-5036-3797-8

I. 电… II. 何… III. 证据—电子文件—研究
IV. D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 032481 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/李跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杨昆玲

开本/A5
版本/2002年7月第1版

印张/19.625 字数/501千
2002年7月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)68710328(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)88960092(八大处营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3797-8/D·3432
定价:37.00元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

“电子证据”作为一个专业词汇在汉语中出现,大概就是近几年的事情。记得1998年我随恩师徐立根教授编写《物证技术学》(第二版)时,因参与第六编“音像物证技术和电子证据”的审稿工作,才开始对电子证据问题有了一些朦胧的认识。当时我曾经和负责该部分写作的江一山先生探讨过,究竟是使用“电子证据”的概念好,还是使用“计算机证据”的概念好。后来我们还是选用了“电子证据”。不过,直到2000年9月我访问日内瓦的时候,认真研究电子证据问题的念头才落实在我的心中。

日内瓦位于欧洲的中心。城市依山傍水,气候宜人。形形色色的建筑,高大葱郁的林木,宽阔平坦的草地,五彩缤纷的花坛,把整个城市装点成一个精美的大花园。站在日内瓦湖边的山坡上,极目远眺,白雪皑皑的博朗峰镶嵌在绿色山峦和蓝色天空之间,更能引发游人无限美妙的遐想。天时、地利、人和使日内瓦成为天下第一号国际城市。虽然瑞士并非联合国的成员,但是包括联合国在内的150多个国际组织落户该市,那一座座由世界人民出资兴

建的美轮美奂的高楼大厦又为绮丽的日内瓦增添了许多丰韵和气派。

在那两周的时间内,我们这个中国大学教授代表团走访了联合国贸发会、世界贸易组织、国际劳工组织、世界知识产权组织、国际电信联盟、日内瓦大学等机构,与那里的官员和专家就中国“入世”等问题进行了广泛深入的交流,收获颇丰。其中,给我留下格外深刻之印象的是国际电信联盟。

那确实是一栋与名称相符的“电子化”大厦。虽然我们这个代表团的成员都是颇见过些世面的教授,但是那大楼里的设备,特别是演讲厅里那完全“数字化”的声光控制模式,仍然令我们不时从心底发出惊叹。国际电信联盟的专家向我们介绍了电子时代和网络时代的“电信”方式,还特别谈到了电子签名法等与电子证据有关的法律问题。

离开国际电信联盟的大厦,一种落后于时代的感觉从我的心底油然而升起。这世界确实发展得太快了!一些在昨天还被视为科学幻想的东西,今天竟然就变成了现实。面对日新月异的电子技术、计算机技术、网络技术,我不得不承认自己的知识有限,能力更有限。然而,我也清楚地认识到,电子证据是我们这些从事证据学研究的人和从事司法实践工作的人都不应回避也不能回避的一个重要课题。无论我们是积极欢迎还是消极接受,电子证据都会大踏步地走进我们的生活。我想,与其被动地跟着走,不如主动地追着跑。常言道,活到老,学到老。何况我还不老。

二

电子证据是人类社会的科学技术发展到一定水平的产物,是以电子计算机技术的发展为前提条件的。19世纪90年代,第一台机械穿孔打字机问世;20世纪30年代,第一台机械计算机诞生;1945年,计算机又第一次被赋予了电子的生命。从那以后,电

子计算机技术飞速发展,各项技术指标或“记录”被不断刷新。20世纪后期,电子计算机又被连成了“网络”……于是,电子计算机逐渐渗透到我们生活的各个领域,而电子证据也就走上了司法的殿堂。

没有电子技术,没有计算机技术,就不会有电子证据。其实,在人类社会的历史长河中,科学技术的进步对司法证明方法的发展一直在发挥着极其重要的影响和推动作用,特别是在各种物证技术的开发过程中。众所周知,物证在司法活动中的应用和推广总要伴随着一定科学技术的产生和发展。虽然物证是客观存在的,但是物证并不能自己到法庭上去直接证明案件事实,必须借助于人的力量,必须由人来解释物证所记载或反映的案件事实情况。换言之,物证需要人的解读。而解读物证往往需要一定的科学技术,所以物证与科学技术之间的关系是密不可分的。在大多数情况下,物证离开了科学技术便无法发挥其证明作用。因此,我们又把物证称为“科学证据”。

在人类社会的历史进程中,各种物证在司法活动中的运用曾经长期处于随机变化和分散发展的状态。直到18世纪以后,与物证有关的科学技术才逐渐形成体系和规模,物证在司法活动中的作用也才越来越显得重要起来。毫无疑问,19世纪是科学证明方法得到长足发展的时期。这主要表现在两个方面:首先,法医学的兴起为科学证明案件事实提供了有效的方法;其次,各种人身识别技术的问世为准确地认定案件事实提供了科学的手段。

19世纪初,英国的爱丁堡大学首次由安德鲁·登肯教授开设了法医学课程。同时,德国和奥地利等国也出现了一门新的学科——“国家医学”,其研究对象既包括法医学问题,也包括国民卫生保健问题。1835年,法国人马里·德维热的《法医学·理论与实践》一书问世;1850年和1856年,德国人约翰·路德维希·卡斯佩的《司法验尸》和《法医学实用手册》相继出版;1878年,法国人亚历山大·拉卡圣的《法医学论文集》出版。这些著作作为司

法活动中科学地认定案件事实奠定了基础。1880年,法国里昂大学建立了法医学研究所,拉卡圣便成为主持该研究所的第一位教授,并且在1889年的古费被杀案中成功地运用法医学知识帮助司法机关查明了扑朔迷离的案情,有效地扭转了社会公众对法医学的传统偏见。

19世纪,欧洲科学技术的进步也极大地促进了司法证明中人身识别方法的发展。1879年,巴黎警察局一个名叫阿方斯·贝蒂隆的年轻职员发明了使他名垂青史的人体测量法。他根据当时医学、人类学和统计学的研究成果,提出了根据人体骨骼长度来对罪犯进行人身识别的设想,并且成功地运用于司法实践之中。这是人类历史上第一次系统地运用科学方法进行人身识别,为证明案件事实提供科学依据。与此同时,欧美的一些犯罪学家和科学家也对人体的指纹进行了系统的研究,并终于使指纹成为最有效地识别和证明罪犯身份的证据。指纹技术的问世标志着司法证明方法的一次革命。

20世纪以来,为司法活动服务的科学技术的发展更是日新月异。继人体测量法和指纹鉴别法之后,足迹鉴定、牙痕鉴定、声纹鉴定、唇纹鉴定等技术不断地扩充着司法证明的“武器库”。特别是20世纪80年代出现的DNA遗传基因鉴定技术,更带来了司法证明方法的又一次革命。不过,这些科学技术手段对司法证明的影响,无论在广度上还是在深度上,大概都不如刚刚崭露头角的电子证据。如果我们把传统意义上的物证称为“科学证据”的话,那么电子证据大概就属于“高科技证据”了,因为其本身就是“高科技”的产物,其科学技术含量大大超过了一般物证的水平。“高科技”的大规模介入,将为司法证明方法和手段的进步提供更为广阔的空间。

就司法证明方法的历史而言,人类曾经从“神证”时代走入“人证”时代;又从“人证”时代走入“物证”时代。也许,我们即将走入另一个新的司法证明时代,即电子证据时代。诚然,笔者并不

是说电子证据将在司法活动中取代一切其他证据,而是说,电子证据的证明方法和逻辑模式将广泛地渗透到我们的司法证明活动中。它将以潜移默化的方式改变人们的司法证明观念,并在一定程度上推动司法证明制度的变革。

譬如说,电子证据是一种数字化证据,因而似乎都是可以量化的证据。那么,我们在司法活动中证明案件事实的时候,是否可以借助电子证据的逻辑模式,再运用概率论和模糊数学等科学原理,把各种证据量化,实现“数字化证明”呢?这无疑是一个极有魅力的设想。其实,司法证明从“定性分析”向“定量分析”发展和转化,是证据学家探索了数百年,司法人员尝试了诸多次,而至今仍然没有找到切实可行之解决方案的一个问题,其难度绝不亚于数学领域的“歌德巴赫猜想”。也许,在电子证据的冲击下,定量分析的司法证明模式终将被人类发现?诚然,笔者的心中对此并无把握,但是我很愿意把它设定为证据学的“歌德巴赫猜想”,并希望电子证据能够为人们求证这一猜想提供新的方法和手段,或者套用时髦的“电子语言”,提供新的“链接”和“路径”。

三

电子证据带着一副崭新的面孔来到我们的身边,但是其发出的“声音”却是我们耳熟能详的,因为其纵有千变万化,终不能脱离证据的范畴。换言之,无论是人证、物证,还是电子证据,其基本功能都是证明案件事实。在这个问题上,古往今来的证据都要遵循司法证明的客观规律。

作为证明案件事实的根据,电子证据必须与案件事实具有关联性,这是毋庸置疑的。另外,要想保证司法证明结论的正确性,电子证据还必须具有真实性和充分性。由于充分性往往是就证明某一事实的证据组合而言的,所以就单个证据来说,真实性是最主要的问题。而恰恰在这个问题上,电子证据具有很强的特殊性和

复杂性,需要我们加以认真的研究。

电子证据对计算机系统有很强的依赖性。电子证据的生成、存储、传递、阅读和输出,都必须借助计算机系统才能完成。因此,计算机系统的运转过程及其状态必然会对电子证据的真实性产生影响。一般来说,在电子计算机系统正常运转程序下生成和存储的电子证据应该具有真实性。根据这一点,电子证据规则就应该要求提供电子证据的人同时提供有关系统的程序及其运转情况的证明。这似乎已经成为学界的共识。于是,我就联想到英国历史上曾经流行一时的“文书审”(Trial by Charters)。

所谓“文书审”,就是在与某文书所确立的权利义务关系有关的诉讼中,法官必须而且只能依据该文书进行裁决。在当时的英国社会中,制作文书是有知识的贵族或富人特有的技能,因此“文书审”主要适用于贵族或富人之间的诉讼纠纷,如遗产纠纷、土地转让纠纷等。在“文书审”中,诉讼当事人把有关的文书提交给法官,以便后者裁定当事人的主张是否在该文书中有足够的依据。法官在这种审判中的核心任务就是审查该文书的真实性,而且主要是文书制作形式上的真实性,例如,该文书是否本案当事人制作的;上面有没有当事人的印章,而且一般都要把印章的比对结论作为判决的主要依据。

英国早期的“文书审”是严格的形式主义的产物。法官在这种审判中只能视文书若神明,机械地的遵从,不能有任何自由裁量权。但是,随着社会的发展,随着司法实践经验的丰富,也随着司法理念的变化,“文书审”逐渐演变为现代的“契约之诉”,“文书审”的原则也逐渐进化为适用范围更加广泛的文书证据规则。此为后话。

在“文书审”盛行之时,制作文书被视为人们事前通过特定的正式程序来处理自己权利的行为,所以要证明文书的效力,就必须首先证明该程序的存在及其恰当性。而这种证明一般都要通过传唤那些亲眼目睹该文书制作过程的证人来完成,如遗嘱的见证人

等。这些证人是文书的“佐证”。当时,提供文书佐证是一个非常严格的规则,就像必须提交文书本身的规定一样严格。在这种审判中,文书制作过程的目击证人必须出庭,必须宣誓证明该程序的存在及其恰当性,因为这是采用“文书审”的前提条件。换言之,只要当事人提交了文书,就必须传唤制作该文书的目击证人来证明其真实性。无论该文书本身看上去多么可靠,也不管作为文书制作者的当事人是否认可,只要目击证人没有到庭,该文书就没有法律效力。

在这个文书“佐证”的问题上,英国文书证据规则的发展似乎沿循了一条“否定之否定”的轨迹。在古老的“文书审”中,佐证是必不可少的,因为这些证人是文书记载之内容和形式的必要组成部分。换言之,“文书审”必须包括目击证人的证言。后来,随着文书证据在审判中的使用越来越多,这一规则的适用范围也扩展到所有涉及文书证据的案件之中,但是它已不再具有绝对的约束力。虽然法庭仍经常传唤文书制作的目击证人,但那只是为了进一步证明文书的可靠性,并不是法律所要求的必备证据。换言之,法律允许提出文书证据的当事人在某些情况下可以不提供佐证。而且随着司法理念的变化,该规则越来越宽松。在17世纪英国的司法实践中,只要提交文书的当事人给出目击证人不能出庭的正当理由,法庭就不再要求其提供佐证,而根据案件中证据的具体情况来审查文书的真实性。这种变化在一定程度上反映了那一时期欧洲大陆的“自由心证”思潮对英国司法理念的影响。按照“自由心证”的司法理念,机械地要求所有文书证据都必须佐以见证人的作法当然是不能接受的。

但是在19世纪后期的英国司法实践中,文书辅助证人的规则又表现出回归的趋势。虽然法律不再要求所有涉及文书的案件都必须传唤目击证人出庭,但是明确规定在某些种类的案件中使用文书证据必须提供佐证。例如,在涉及遗嘱、抵押证券、不动产转让契约等类案件中,法律要求当事人必须用佐证来证明有关文书

的真实性。这就是现代英美证据法中关于文书证据的“证言佐证”规则。总之,法律并没有完全否定保证文书制作过程真实的必要性,只是认为机械地坚持这一规则会阻碍对案件事实的查证。按照现在的规则,提供佐证来证明文书真实性的作法只是协助法庭查明案件事实的一种方法,而且只局限在某些种类的诉讼纠纷之中。

从古代的“文书审”到现代的文书证据规则,历史在记录司法证明的发展轨迹的同时,也在预示着未来。诚然,电子证据并不能等同于文书证据,但是文书证据规则的变迁或许可以为我们研究电子证据规则提供一些有益的启迪。二者之间毕竟有不少相通之处,而且二者都要遵循司法证明活动的客观规律。明确这一点,对于我们的电子证据法研究,甚有裨益。

何家弘

2002 年元旦于北京痴醒斋

目 录

前言	(1)
----------	-------

上 篇

第一章 导论	(3)
第一节 电子证据的概念和特点	(3)
第二节 电子证据的法律定位	(16)
第三节 电子证据的学理分类	(30)
第四节 电子证据法及其研究意义	(48)
第二章 电子证据的收集	(51)
第一节 取证主体	(51)
第二节 现场勘查	(57)
第三节 搜查与扣押	(66)
第四节 技术鉴定	(72)
第三章 电子证据的保全	(90)
第一节 常规保全	(90)
第二节 公证保全	(93)
第三节 档案化管理	(99)
第四章 电子证据的认定	(114)
第一节 可采性的认定	(114)
第二节 证明力的认定	(133)

中 篇

第五章 封闭系统中的电子证据	(167)
第一节 数码照相证据	(167)
第二节 航空“黑匣子”记录	(180)
第三节 城市交通智能卡记录	(189)
第四节 城市交通违章监控信息	(192)
第六章 开放系统中的电子证据	(198)
第一节 电子邮件	(198)
第二节 电子公告	(229)
第三节 电子聊天	(238)
第七章 双系统中的电子证据	(244)
第一节 电子数据交换	(244)
第二节 电子签名	(267)

下 篇

第八章 外国电子证据立法的背景与现状	(285)
第一节 美国电子证据法律制度	(285)
第二节 英国电子证据法律制度	(309)
第三节 澳大利亚电子证据法律制度	(316)
第四节 印度电子证据法律制度	(323)
第五节 南非《1983 年计算机证据法》	(332)
第六节 加拿大《1998 年统一电子证据法》	(337)
第七节 菲律宾《电子证据规则》	(345)
第九章 外国电子证据规则	(351)
第一节 电子证据规则的意义	(351)
第二节 电子证据与传闻规则	(353)

第三节 电子证据与最佳证据规则	(369)
第四节 电子证据与鉴证规则	(379)
第十章 中国电子证据立法的展望	(391)
第一节 外国电子证据法的比较与启示	(391)
第二节 中国电子证据立法的建议	(409)

附 篇

附录 1: 外国(地区)“电子证据法”法令汇编	(423)
-------------------------------	-------

亚 洲 部 分

一、菲律宾《电子证据规则》	(423)
二、印度《1872 年证据法》之电子证据部分	(432)
三、印度《1999 年信息技术法》之电子证据部分	(435)
四、新加坡《1998 年电子交易法》之电子证据部分	(447)

欧 洲 部 分

五、英国《1968 年民事证据法》之电子证据部分	(449)
六、英国《1984 年警察与刑事证据法》之电子证据部 分	(451)
七、英国《1995 年民事证据法》之电子证据部分	(456)
八、英国《1999 年青少年审判与刑事证据法》之电子 证据部分	(457)
九、英国北爱尔兰地区《1971 年民事证据法》之电子 证据部分	(457)
十、爱尔兰《1992 年刑事证据法》之电子证据部分	(459)
十一、法国《刑事诉讼法》之电子证据部分	(465)
十二、德国《刑事诉讼法》之电子证据部分	(466)
十三、阿尔巴尼亚《刑事诉讼法》之电子证据部分	(473)

大洋洲部分

- 十四、澳大利亚联邦《1995 年证据法》之电子证据部分 (476)
- 十五、澳大利亚南澳大利亚地区《1929 年证据法》之电子证据部分 (479)
- 十六、澳大利亚维多利亚地区《1958 年证据法》之电子证据部分 (485)
- 十七、澳大利亚昆士兰地区《1977 年证据法》之电子证据部分 (488)
- 十八、新西兰《1952 年证据修正法》之电子证据部分 ... (492)

北美洲部分

- 十九、加拿大《1998 年统一电子证据法》 (494)
- 二十、加拿大《电子商务与信息、消费者保护修正案以及马尼托巴省证据修正法》之电子证据部分 ... (503)
- 二十一、加拿大魁北克《民法典》之电子证据部分 (506)
- 二十二、美国《1999 年统一证据规则》之电子证据部分 (506)
- 二十三、美国《业务记录与公共记录的摄影复本用作证据的统一法》 (517)
- 二十四、美国加利福尼亚州《证据法典》之电子证据部分 (518)
- 二十五、美国《统一电子交易法》之电子证据部分 (522)
- 二十六、美国《统一计算机信息交易法》之电子证据部分 (524)
- 二十七、美国《联邦证据规则》之电子证据部分 (526)

拉丁美洲部分

- 二十八、伯利兹《证据法》之电子证据部分 (537)

非 洲 部 分

二十九、南非《1983 年计算机证据法》	(539)
附录 2: 国际组织“电子证据法”法令汇编	(545)
一、联合国《电子商务示范法》之电子证据部分	(545)
二、联合国《电子签字示范法》	(547)
附录 3: 中国“电子证据法”法规汇编	(553)
一、《中华人民共和国合同法》之电子证据部分	(553)
二、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》 之电子证据部分	(553)
三、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》之 电子证据部分	(554)
四、最高人民检察院《关于检察机关侦查工作贯彻刑 诉法若干问题的意见》之电子证据部分	(554)
五、公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》之电 子证据部分	(557)
六、上海市《国际经贸电子数据交换管理规定》	(558)
七、上海市《电子商务价格管理暂行办法(数字证书 部分)》	(566)
八、海南省《数字证书认证管理试行办法》	(569)
九、北京市高级人民法院《关于办理各类案件有关证 据问题的规定(试行)》	(574)
十、香港地区《电子交易条例》之电子证据部分	(575)
十一、香港地区《诉讼证据条例》之电子证据部分	(577)
十二、台湾地区《电子签章法》	(588)
主要外国参考法律名称索引	(594)
主要外文参考书目	(606)
后记	(608)

上 篇