



公安学文库·专题研究

总主编 何勤华 杜志淳 杨正鸣

13

电子证据法律问题研究

王学光 著

非
外
借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



公安学文库·专题研究

总主编：何勤华 杜志淳 杨正鸣

13

电子证据法律问题研究

王学光 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

电子证据法律问题研究 / 王学光著. -- 北京 : 法律出版社, 2019
(公安学文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1917 - 3

I. ①电… II. ①王… III. ①电子—证据—研究
IV. ①D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 013472 号

电子证据法律问题研究
DIANZI ZHENGJU FALU WENTI YANJIU

王学光 著

策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 刘晓萌
装帧设计 李 瞻

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
责任校对 杨锦华
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 14.5
字数 211 千
版本 2019 年 3 月第 1 版
印次 2019 年 3 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

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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 978-7-5197-1917-3

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

公共安全,是一个社会傍依的柱石。维护公共安全,是社会管理最为重要的目标之一,既需要相关国家机关的专门性工作,也需要民众积极参与。周恩来总理曾经指出“国家安危,公安系于一半”。切实发挥公共安全机关的职能作用,加强公安学的理论研究,丰富公安学的学术成果,打造法治公安,是推进依法治国战略、建设法治中国的重要一环。公安学是一门研究社会科学与自然科学之相关内容的交叉学科和综合学科。就社会科学而言,主要是指研究调整有关国家安全与社会治安秩序的社会关系之行为规律;就自然科学而言,主要涉及各种侦查、检验等技术手段。应当说,公安学近年才成为一门独立的学科。2011年,为适应我国高等教育、公安工作快速发展和社会形势不断变化的需要,根据《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010~2020年)》精神,国务院学位委员会、教育部增列公安学为一级学科(学科代码:0306),公安学的学科建设迎来了重大发展机遇。虽然,作为一级学科的公安学包含的二级学科内容并没有最终确定,但学界普遍认同它应当包括犯罪学、治安学、侦查学、边防管理、禁毒学等二级学科内容。当前,我国各政

法院校和公安院校正如火如荼地展开公安学学科建设。中国人民公安大学、中国刑事警察学院已建立起较为完整且成体系的公安学一级学科,二级学科体系也基本建立起来。中国政法大学、华东政法大学、西南政法大学、西北政法大学以及中南财经政法大学等院校,也已在现有公安类专业的基础上,积极筹建公安学一级学科。各省所属的公安院校也都积极开展本科层面的公安学教育,同时开始培育公安学学科建设。这是公安类专业高等教育建立动态调整机制、优化学科结构的一项重要举措,为公安学各专业学士、硕士、博士的学位授予、招生和培养提供了良好的发展平台。

华东政法大学刑事司法学院是全国高等院校中公安类专业办学历史最悠久的单位之一,也是华东地区公安类专业办学层次和水平最高的单位。自1984年起,华东政法大学已开展犯罪学专业研究生的培养工作,是国内较早开展公安类研究生教育的政法院校。其后,在刑法学专业中,设置犯罪学、青少年犯罪方向,进一步推进公安学专业理论研究。1996年,诉讼法专业中增设刑事侦查专业方向获得批准,2002年在诉讼法专业中设司法鉴定方向。随即开始招收犯罪学专业博士研究生,2008年开始招收司法鉴定专业博士研究生。由此,华东政法大学刑事司法学院在公安学建设中发挥长期积累的学科优势,整合侦查学、治安学、边防管理等专业力量,并依托司法鉴定与计算机科学与技术(网络安全)等学科作为公安学的重要支撑,形成了较为丰富的理论与实践成果。

为了促进公安学确立为一级学科后的发展,充分利用现有优势和资源,进一步夯实、建设、发展公安学学科,我们计划出版一套“公安学文库”,第一批书目有《侦查理论前沿问题研究》《侦查实务前沿问题研究》《经济犯罪侦查》《刑事专案侦查》《传统侦查制度现代转型》《证据调查学》《刑事案件现场勘查体制研究》《侦查学案解》《特大城市地铁运行安全风险及防范》《网络犯罪侦查技术》等数十部专著、教材,力争使公安学成为我校学科建设的优势领域,成为在全国同类高校中具有鲜明的国际化、开放性特色并处于领先水平的公安学学科。

法律出版社沈小英分社长以及责任编辑为本文库的策划、出版付出了辛勤劳动。华东政法大学科研处和发展规划处为本文库的推出进行了指导,司法鉴定中

心为本文库的出版提供了经费支持。在此,我们表示诚挚的谢意。当然,对作品中可能存在的缺陷,将全部由我们负责。敬请各位读者给予批评、指正,以便我们在再版时予以改正。

何勤华 杜志淳 杨正鸣

于华东政法大学

2016年5月16日

前 言

现今,随着网络和信息技术的蓬勃发展,无论在我国还是在世界上其他国家,计算机和电子通信技术都在各领域中被广泛使用并发挥着巨大的作用,但随之而来的计算机犯罪势头也急速攀升。电子数据证据作为一种新兴的证据种类在遏制网络恶意入侵、互联网金融犯罪、计算机信息破坏等方面起到了至关重要的作用。因为对于此种犯罪行为的起诉,只有在取得合法有效的电子证据之后,犯罪分子才能得到法律的惩治。

在此种信息安全、互联网安全背景下,笔者依托于近几年对电子证据、司法鉴定等相关内容的研究,并结合这些年在此方面所主持的国家社科基金项目的相关研究成果,撰写了本书。

本书主要是围绕电子证据及其相关法律问题进行了研究。所做的工作大致包括以下几个方面:(1)对国内外电子证据发展情况进行比较、分析,并对我国电子证据实体性质进行了研究;(2)对电子证据取证的发展状况,电子证据取证(静态取证、动态取证)的技术、工具等几方面进行了研究,并对电子证据取证规范进行了探讨;(3)围绕如何体系化电子证据立法所表现的多层次性法律规范

问题进行了研究;(4)对电子证据与其相关联主体的责任关系进行了研究,定义了电子证据相关联主体的分类,并提出了电子证据相关联主体责任体系这一框架概念,明确相关联主体在提供信息服务的同时所应具有的义务和要承担的法律责任;(5)对电子数据鉴定问题进行了研究,分析了我国当前电子数据鉴定方面的状况,并给出电子数据鉴定在立法、规范上的相应建议。

本书是关于电子证据及其相关法律问题研究的一些见解,力求为我国相关司法实践提供一些帮助。在研究过程中,难免会存在一些不足,恳请各位专家、学者不吝指正。

目 录

第一章 国内外电子证据发展情况概述	1
第一节 电子证据相关法律概况	1
一、国外情况	1
二、国内情况	9
第二节 电子证据相关法律问题	13
一、电子证据定位	14
二、电子证据认定	17
三、电子证据收集	19
四、电子证据保全	20
五、电子证据出示	21
第三节 我国电子证据所存在的问题	22
一、电子证据立法表现的多层次性	22
二、电子证据与其关联主体的责任认定不明确	23
三、电子证据的取证及鉴定规范有待加强	23
四、电子证据立法不足	24

第二章 电子证据取证及规范研究	27
第一节 电子证据取证概况	27
一、电子证据取证相关概念	27
二、电子证据取证发展状况	29
第二节 电子证据取证技术及工具	35
一、静态取证	36
二、动态取证	61
第三节 电子证据取证原则、步骤及规范	66
一、电子证据取证原则	66
二、电子证据取证步骤	70
三、电子证据取证规范	74
第四节 电子证据取证中存在的问题	79
一、法律与程序方面	79
二、技术方面	81
第五节 电子证据取证规范性建议	82
第三章 电子证据立法多层次性法律规范研究	86
第一节 电子证据立法多层次性问题	87
一、电子证据立法各层次间关联度较差	87
二、不同部门使用的与电子证据相关的法律规则具有多层次性	89
三、电子证据立法在取证工具和技术标准上缺乏统一的规定	90
第二节 体系化电子证据立法多层次性建议	91
一、完善电子证据立法体系结构	91
二、完善电子证据相关规则	93
第四章 电子证据与其相关联主体的责任认定	102
第一节 国外电子证据相关联主体研究情况	103

一、普通法系	103
二、大陆法系	107
三、其他情况	110
第二节 国内电子证据相关联主体研究情况	111
一、立法情况	111
二、学术研究情况	121
第三节 电子证据相关联主体的责任认定	125
一、电子证据相关联主体责任体系	125
二、责任认定体系中的法律原则与法律规则	127
三、电子证据相关联主体责任认定	131
 第五章 电子证据的鉴定研究	159
第一节 电子证据司法鉴定概述	160
一、电子证据司法鉴定基本定义	160
二、电子证据司法鉴定特点	161
三、电子证据司法鉴定主要内容	162
四、电子证据司法鉴定相关法规情况	168
第二节 电子证据司法鉴定主要类型及常用技术	173
一、电子证据司法鉴定主要类型	173
二、电子证据司法鉴定常用技术	176
第三节 电子证据的司法鉴定管理制度	180
一、司法鉴定管理制度背景	180
二、电子证据的司法鉴定管理制度	181
三、电子证据司法鉴定人管理体制	182
四、电子证据司法鉴定的诉讼制度	183
五、电子证据司法鉴定的质证程序	184
六、电子证据司法鉴定的救济程序	184

第四节 当前我国电子证据司法鉴定存在的问题及建议	185
一、法律与制度方面	186
二、技术与表述方面	192
第六章 总结及展望	194
第一节 总结	194
一、四个重点解决的问题	195
二、六个主要研究的方面	196
第二节 展望	198
附录1 中国互联网法律法规汇编	200
附录2 电子物证法律法规汇编	207
参考文献	210
后记	220

第一章 国内外电子证据发展情况概述

计算机、互联网的发展给人类带来了前所未有的便捷,但同时也滋生出新型的与计算机、互联网有关的违法犯罪活动,并日益成为困扰世界各国的一个全球性难题。据统计,在全球范围内,由于计算机和网络犯罪而导致的经济损失,每年高达数十亿美元,并且呈逐年上升的趋势。为了应对基于计算机、网络等的违法犯罪活动,世界各国从20世纪八九十年代就已开始了对于相关犯罪活动的立法探索和研究。经过30多年的立法尝试和实践应用,初步历经了对电子证据(又被称为电子数据证据)相关立法从无到有并逐步进行修改完善的过程。

第一节 电子证据相关法律概况

一、国外情况

国际上,国际法律界已赋予电子数据的证据地位并努力完善电子证据的立法结构。例如,早期在大陆法系国家中,由于其规定凡是能够证明案件真实情况的事实都可以被法庭采纳,对证据种类限制较少。因而,电子证据虽然缺乏立法上明确的规定,但仍可被使用。而对于

英美法系国家,由于其奉行“最佳证据规制”,原件才是最可信、最可靠的证据形式。由于电子证据不存在传统意义上的“原件”,其原件只是一堆人们无法肉眼识别的电、磁、光信号,人们看到的是电子证据的外在表现形式,这就使电子证据在诉讼或仲裁中的应用受到限制。

(一) 大陆法系

1. 德国

德国对于电子证据方面的立法进入得较早,自20世纪八九十年代开始,德国就开始对在使用信息及网络技术实施的新型犯罪上,国内刑法能否对其提供充分的惩戒方面进行了审查、修改和补充。《德国刑法典》^①第202a条(1986年设立,2007年修改)、第202b条(2007年设立)、第202c条(2007年设立)、第303a条分别规定了刺探数据、截留数据、预备刺探或者截留数据、数据篡改的刑责,并且对“数据”进行了解释(数据是指仅通过电子、磁性或者其他不可直接感知的方式存储或者传输的数据);第263a条(1986年设立,1998年轻微修改)对计算机诈骗进行规定,且其刑罚较一般性犯罪行为起点更高,为5年。此外,《德国刑法典》还对网络色情犯罪、通过互联网宣扬暴力的犯罪以及利用互联网煽动民众的犯罪进行规定。

《德国民事诉讼法典》(Zivilprozessordnung)^②并没将电子证据纳入严格证据体系,但在其第298a条和第371a条都明确了电子文件的证明价值和方式。《德国民事诉讼法》中电子证据的地位没有与严格证据相对等,仅以其他方式表达出证据可采性。《德国刑事诉讼法典》(Strafprozeßordnung)^③中也没有直接和具体的说明电子证据,而是规定了电子证据的取证规则。其中,第99条说明了电子证据的可扣押情形;第99b条主要规定了电子文件(电子证据)的保全规则、传输方

^① 《德国刑法典》[Strafgesetzbuch(StGB)],载 <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>,最后访问日期:2016年2月10日。

^② 《德国民事诉讼法典》(Zivilprozessordnung),载 <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>,最后访问日期:2016年2月10日。

^③ 《德国刑事诉讼法典》(Strafprozeßordnung),载 <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>,最后访问日期:2016年2月10日。

式,以防数据丢失及保证电子证据的完整性和合法性;第 100 条是对电子证据进行扣押后的合法处置要求以及方式;第 100g 条则规定了可合法收集相关电子证据(涉及生活、交通等隐私数据)的犯罪类型以及收集内容和要求。

此外,在有关电子证据的综合性立法上,德国有 1996 年的《信息 2000 年——德国进入信息社会之路》,其为信息社会制定了初步的法律框架。1997 年,世界上第一部规范互联网的法律实行——《信息和通信服务规范法》,此法由《电信服务法》《数据保护法》《数字签名法》3 部法律组成,涉及互联网的方方面面,涵盖网络服务提供者的责任、个人数据保护、网络犯罪、未成年人保护、版权保护等各方面。在计算机犯罪方面,除了基本的《德国刑法典》的规定,还有 2004 年《电信法》、2007 年的《网络犯罪公约》和《关于打击计算机犯罪的框架决议》。在个人数据保护方面,有 1977 年德国联邦制定的《联邦数据保护法》,21 世纪之后,为适应网络和技术的发展,其先后进行了 4 次修订。德国的其他电子证据相关法律还有《关于电子签名框架的立法》(Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen),^①它是在欧盟《电子签名指令》的指导下出台的,以保障电子商务交易安全。

2. 法国

法国没有专门的证据法典,对于电子证据的直接相关规定,大多来自本国的民事和刑事相关法律法规。

在民法领域中,《法国民法典》(Code civil)^②第 1316 条规定:“由一系列文字、字母、数字,或其他任何具有可理解的符号或标志组成的内容,无论其载体和传输方式,均为书证。”第 1316-1 条规定:“以电子形式形成的文书与书面形式的书证均视为证据,前提是完成或做出该文书的人能够正式地得以识别,该文书的制作与保管的条件应能保持其完整性,签字应与签名人相一致,并代表当事人

^① 《关于电子签名框架的立法》(Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen),载北大法律信息网文库:http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_35805.shtml,最后访问日期:2016 年 2 月 10 日。

^② 《法国民法典》(Code civil),载 <http://codes.droit.org/cod/civil.pdf>,最后访问日期:2016 年 2 月 11 日。

对该行为所产生义务的同意。”可见,电子证据在此处虽然是电子数据形式,但只要向书证一样能够表达出类似书证的含义也是证据,电子签名的效力得以法律确认。《法国民事诉讼法》^①没有直接对电子数据进行解释和说明,更没有将电子数据明确为法定证据。仅在第 287 条规定了电子签名的有效完整可以对案件真实情况加以佐证,其完整性要求应同于《法国民法典》第 1316-4 条。

《法国刑法典》^②主要在侵犯人身以及侵犯财产的犯罪中提及计算机数据。在第 226-16 条(2004 年修订)规定未经法定程序,擅自处置人身性电子数据应当受到刑罚,本罪包含过失犯罪。其中,第 226-17 条、第 226-18 条、第 226-19 条、第 226-20 条都是针对泄漏不同类型数据的不同处罚规定;第 226-22 条(2002 年生效)规定了对个人隐私数据的刑法保护。在侵犯财产罪方面,主要是处理未经授权访问数据的行为。具体法条有第 323-1 条至第 323-7 条共 7 个条文。《法国刑法典》没有对电子数据进行详细的说明和应用。而在法国的刑事法律范畴中,有关于证据确立的是证据自由原则。在证据能力方面,法国刑事法能够采纳一切的证据形式,对证据方法也没有法律限制,只要是符合特定的证据搜查、提交规则,并经过法庭辩论和质证,都可以采用来证明案件事实,但有一项排除证据能力的原则性规定:不符合合法程序并损害了抗辩方权利的证据不可采。^③由此可见,法国诉讼法中对于证据采用的是审查判断制,只要能够合法、有效证明案件事实,都可能被法庭采纳,不存在电子证据在运用中的实质障碍。在《法国刑事诉讼法典》(Code de procédure pénale)^④中,对电子证据的收集如截听电讯记录作了专门的规定。该法第 100 条规定了截留、录制、抄录电讯记录的程序。

此外,基于联合国国际贸易法委员会通过的《电子商务示范法》,法国于 1996

① 《法国民事诉讼法》(Code de procédure civile),载 http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAipduvSmib_codeprocedurecivile2016.pdf,最后访问日期:2016 年 2 月 11 日。

② 《法国刑法典》(Code pénal),载 http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhnlM1xInM_codepenal2016.pdf,最后访问日期:2016 年 2 月 11 日。

③ 余听刚:《法国刑事证据法评介》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第 1 卷),中国检察出版社 2000 年版,第 461 页。

④ 《法国刑事诉讼法典》(Code de procédure pénale),载 http://www.cjoint.com/doc/16_01/FAhu4ma6VOM_cpp2016.pdf,最后访问日期:2016 年 2 月 11 日。

年通过了《欧盟指令 1999/93/ECC》,认可并使用电子签名,此举后被纳入《法国民法典》,可以理解为“变异的书证”。虽然此项法律没有将电子数据纳入法定证据种类,但是修改了“书证”的含义,变相扩大了书证的范围,某些符合要求的电子文件等同于书证。^① 这项法律将电子签名的概念纳入法国的法律框架,并确定了这一技术的最低要求,以保证电子记录的真实性。另外,法国电子数据证据出现在了信息系统安全领域中,其是由法国国家信息系统安全局(www.ssi.gouv.fr)制定信息系统安全框架。此处的电子数据是指维护信息系统安全、完整、隐私的交换数据,这些数据用于访问控制系统、用户身份信息验证、访问记录、电子签名、时间戳、事件日志记录以及认证体系等。此外,电子数据证据还被应用于电子信息归档,这里主要是为了保护公民(用户)的个人隐私数据,使侵犯人身性或财产性的个人隐私数据均会受到法律的惩治。

(二) 英美法系

1. 美国

美国的法律浩如烟海,其既是计算机的发源地,也是最早对计算机违法犯罪进行法律规制的国家之一。然而,目前美国并没有出台单行电子证据法,除了《联邦证据法》对电子证据有所涉及外,其他更多是分散在如《与计算机相关的欺诈及其他犯罪行为法》《非法进入信息存储的通信系统法》《笔录和陷阱法》《信息披露法》《电子通信隐私保护法》等法律规定之中。此外,美国是典型的判例法国家,在联邦法庭以及各州司法案件都存在对电子证据的司法应用案例,这对于如何界定电子证据,分析其法律应用都有着不可或缺的作用。美国关于电子证据的立法是建立在证据规则体系之下的,而美国证据框架主要是以 1974 年生效的《联邦证据法》为基础,之后补充了成文法,如《1999 年统一证据规制》《联邦民事诉讼规则》《联邦刑事诉讼规则》等法案,并遵循最佳证据规则和补正规则,逐步完善了电子证据认证规则。此外,法官和陪审团在证据采信或价值判断问题上也拥有极大的自由裁量权。

^① Antoine Meissonnier and Françoise Banat-Berger, “French legal framework of digital evidence”, *Records Management Journal*, Vol. 25 No. 1, 2015, p. 96.