

● 刑 法

# 论电子证据的法律地位\*

黎 桦, 王天民

(中国兵器集团第 525 宣传处, 湖北 襄樊 441400)

[作者简介] 黎 桦(1968-), 男, 湖北监利人, 中国兵器集团 525 宣传处处长, 中南财经政法大学法学院硕士生, 主要从事法理学研究; 王天民(1977-), 男, 湖北潜江人, 中南财经政法大学法学院硕士生, 主要从事诉讼法学研究。

[摘 要] 随着科学技术的进步和计算机的广泛运用, 电子证据在刑事诉讼活动和证明过程中占有日益显著的地位。作为对新生事物的关注, 我国法学理论界对电子证据的法律地位、种类归属及证据力等问题的研究在近年内也缓慢起步。因此, 当前有必要从电子证据的收集与提取、资格与归属、认证与证明力各环节出发, 对电子证据进行更加深入的理论分析和探讨, 从而作出新的立法构想与安排, 以弥补旧有制度的缺陷, 并适应社会进步和国际发展趋势。

[关键词] 电子证据; 证明力; 间接证据; 直接证据

[中图分类号] DF01 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)03-0364-05

电子证据又称计算机证据, 是指以其储存的文字、数据、图像、声音、程序等电子化信息资料来证明案件真实情况的电子物品或电子记录<sup>[1]</sup>(第 200 页)。电子证据存在于网络环境中, 其种类主要有: 一般网络信息、电子邮件以及商务环境中的电子单证、电子记录等。与传统证据相比, 除具有信息量大、内容丰富和便利高效性以外, 电子证据还拥有两个显著特征, 即内在实质上的无形性、数字化与外在表现上的多样性、多媒体化, 以及信息的客观性与易破坏性。

## 一、电子证据的收集与提取

在刑事诉讼中, 电子证据作为计算机犯罪的产物, 侦查人员对其加以收集和提取必须面对其与生俱来的困难和现实条件的重重障碍。这主要表现在三个方面: 其一, 计算机犯罪的智能性、复杂性与国际性。犯罪分子利用计算机在互联网中把一条信息从一地传到另一地, 其中间经过成千上万台计算机和许多不同的环节, 以增加犯罪的智能度和复杂度, 这使得本已十分滞后的侦查人员寻找确切证据的行为犹如大海捞针。面对如此处心积虑的犯罪分子, 侦查人员恐怕只能望“机”兴叹了。其二, 电子证据的隐匿性和易灭失性。电子证据的数据和信息是以电信号代码(如 0 或 1 的组合)形式存贮在计算机各级存贮介质中(如 RAM、ROM、磁盘、磁带、光盘), 一方面其本身不可直接读取, 另一方面通过加密的形式贮存起来或者隐匿在其他文件中。这都使得取证过程中, 犯罪分子以猝不及防的速度传输并毁灭这些数据和信息, 以及侦查人员稍失慎重便丧失有效证据的情况屡见不鲜。其三, 侦查人员缺乏计算机知识和技能。与日俱增的高计算机犯罪率不仅要求侦查人员熟练掌握计算机的理论知识, 更要求他们具备解密、恢复数据等各种操作技能。但在司法实务中, 能够独立胜任者可谓凤毛麟角, 更别说应付犯罪分子的各种诡计了。面对阴险狡诈的计算机犯罪分子, 我们是否就真的束手无策呢? 我们一方面在力争提高侦查人员素质并制定有效控制计算机犯罪的相关法律、法规的同时, 另一方面应该采取正确、合理的方式来收集、提取电子证据。首先, 可以直接从犯罪嫌疑人实施犯罪行为的计算机数据处理系统中调取数据和信息。这是在计算机化环境中获得电子证据的最重要的手段, 侦查人员所面临的技术难关也尤为艰巨。

对于存贮在可移动载体中(如磁盘、磁带、卡带或纸带等)的数据,通过拷贝、导出等环节即可调取并保全证据;而对于永久存放在硬盘设备或集成电路里的数据,以及被设置成隐藏文件或被存放在隐藏的分区中或被进行了复杂加密的数据,往往需要将整个存储器从机器中拆卸出来并聘请专门人员对数据进行还原处理方可获得证据。另外,为防止犯罪嫌疑人“捷足先登”删除、毁灭证据行为的发生,侦查人员还应带上 RECOVER98、RECOVERNT EXPD 等软件以便及时恢复被删除的数据和信息。其次,在流动性较高的网络环境中,亦即电子数据只传送而不永久贮存的情形下,不妨采取窃取电信系统的情报和窃听通讯记录的方法来获得有效证据。基于电子数据和信息的短时性和易失性,侦查人员应该做好充分准备以便“守株待兔”。

当然,任何侦查措施的运用都难免会对被追诉人的各种权利造成限制、损害甚至剥夺的负面效应。在调取电子证据时,侦查权究竟赋予多大以及对公民个人的隐私权的保障程度到底有多高,这种公权与私权的价值选择不仅关系到公众的安全感及个人人格和尊严,更危及到司法机关、国家以及法律在公民心目中的地位和威信。近年来,欧洲人权法院多次呼吁制定有关合法收集和储存个人资料的规定,可见一斑。《德国联邦个人资料保护法》第7条明确规定:“公务单位(包括司法机关)违反本法或其他资料保护规定而为不合法或不正确之个人资料自动化处理,致当事人遭受损害者,不论有无过错,应当对当事人损害负赔偿义务”,《欧洲人权公约》第一章第8条也针对司法机关不得滥用秘密窃听通讯记录权作了相关规定。在英美法系国家和现代的大陆法系国家,执行侦查职能的警察(或其他侦查人员)只有获得了法官签发的令状(Warrant,指逮捕状、搜查状、扣押状)的许可,才有权力执行逮捕、搜查和扣押。我国虽然没有实行严格意义上的令状主义,但侦查人员在搜查、收集或扣押电子数据证据时,应注意以下几点:(1)申领有效的搜查证,即搜查证上必须具体指明搜查对象、内容及范围。(2)聘请两名以上见证人。(3)先行出示有效搜查证。(4)耐心启发、说服当事人交出相关技术资料。(5)严格在法律的授权范围内进行搜查。(6)详细记录搜查全过程。(7)妥善处理调取的电子证据。(8)对档案材料、计算机储存的个人资料,不得非法公开或扩大知晓范围。

## 二、电子证据的资格与归属

有关电子证据能否作为刑事诉讼证据及其归属问题,亦即电子证据的证据能力(证据资格)和证据种类问题,理论界可谓众说纷纭,莫衷一是。笔者要指出的是,首先,大多数学者在讨论电子证据是否具有法律资格时,将该证据是否属于法定证据种类作为前提条件,这显然是违反逻辑的。这种以事物种类决定事物属性的作法无异于“男人是人,女人是人,而两性人则不是人”的认识谬误。从哲学的角度来看,“证据”是案件形成过程中留下的诸多形式的已知的事实和对事实准确的反映及其一切形式。而“证据种类”则是对各种客观存在的事实及其反映形式按一定的属性作出的不同分类。可见,“证据”先于“证据种类”而出现,只有先解决“证据”的法律地位,才能谈“证据种类”问题;评判是否属于证据也只能以是否属于犯罪遗留的线索为标准,而绝不能由是否归属某一证据种类来界定。否则,便会落入“主观决定客观”的窠臼。

其次,也有学者谈电子证据的证据资格必言及普通法系国家的传闻证据规则(Hearsay Evidence Rule)和最佳证据规则(Best Evidence Rule),并以电子证据符合此二规则的例外规定为理由来论证其作为证据的适格性。笔者对英美国家的法律传统不敢妄自非议,但就哲学的角度来看,以证据的“可采性”来界定证据的“资格”显然同样违背了辩证唯物主义“先有物质,后有意识”的理论基石。再者,从诉讼程序来看,查明证据“资格”属于侦查人员的业务范围,而决定证据的“可采性”则是法官的工作。若以法官位于庭审阶段的后一行为来先决侦查人员位于侦查阶段的前一行为,则要求侦查人员拥有相当精确的预见能力和极具魄力的胆识以“眺望”法官的判断来取舍证据。如此,侦查人员的主动性何在?程序的独立性、公正性何在?一经取舍,虽非属原件但却极具证明力的证据被排斥在法庭之外,实体的真实性又何在?也许正是出于以上诸多考虑,联合国贸易法委员会1996年6月制定的《电子商务示范法》第9条明确地规定“在任何法律程序中,在应用有关证据规则时,不应否认一条数据信息作为证据的可接受性”这就赋予了电子证据不受证据种类及证据规则限制而本身具有的独立的证据能力或资格。事实上,电子证据可以作为证据加以使用,已为各国司法机关及法律所承认。例如,1984年英国颁布的《警察刑事证据法》第19条第四款规定:“警察可根据计算机中的情报作为证据”,其适用条件是:(1)该证据是与警察在搜查中的犯罪或其他犯罪有关的证据;(2)该证据是犯罪行为造成的结果;(3)在有正当理由的情况下,为了防止该证据的隐藏、遗失、改变或消灭,可以命令在保证能阅读的前提下提取证据<sup>[2]</sup>(第548页)。

我国没有关于证据可采性的相关规则,而是将可采性能动地引入庭审过程之中,亦即证据能否作为定案的根据还要依控辩双方及法官的庭审活动而定。这也就决定了证据能力不能且不必依证据的可采性来界定,而只能依照《刑事诉讼法》第42条第一款“证明案件真实情况的一切事实,都是证据”来判断。换言之,只要能够证明案件事实的都具有证据资格。至于收集的证据能否作为定案依据则还要考虑该证据是否是客观存在,是否通过合法收集以及是否与案件事实有

关联等多重因素。但这并不影响其本身作为证据的法律地位。因此只要电子数据和信息能够证明案件事实(当然这要由侦查人员从客观实际出发做出主观的判断)就具有证据的法律地位。

电子证据不能纳入视听资料、书证,与其他证据种类则更无包容关系。随着计算机技术的发展,电子证据的外在形式必将日益丰富以致涵盖所有传统证据类型,并冲破传统证据法的框架而“自立门户”,赋予电子证据以独立的种类归属已势在必行:第一,基于学术界对于电子证据归属问题的理论争端及其引发的先导作用,我国民事法律和刑事法律各自作出了相异的规定。其中 1999 年制定的《合同法》第 11 条规定:“书面形式是指合同书,信件及数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”显然通过上述的功能归入法,电子证据在民事诉讼中已被视为书证。然而根据我国《最高人民法院关于检察机关侦查工作贯彻刑事诉讼法若干问题的意见》将视听资料定义为“以图像和声音形式证明案件真实情况的证据,包括与案件事实、犯罪嫌疑人及犯罪嫌疑人实施反侦查行为有关的声音、录像、照片、胶片、声卡、视盘、电子计算机内存信息资料等”,可知有关刑事诉讼法的司法解释又将电子证据界定为视听资料的一种了。刑事、民事两大诉讼对同一证据作出两种子然相反的种类归属,着实令人不解其惑。再者,自从 1986 年我国出现首例计算机犯罪以来,无论是在民事、商事法律关系中,还是在刑事犯罪中,计算机已占居十分重要的地位,这就决定了电子证据以新的证据形式应运而生既是当务之急,又是长远之计。第二,从法理的视角来看,任何法律都应具有忠于法律本身的稳定性和适应社会变化的开放性;这两性之间不可否认地存在某种紧张关系,而正是这种紧张关系构成了法律发展的一个主要问题。亦即,当法律不能调节、规范及适应变迁了的社会关系时,冲破旧有的法律桎梏,谋求新的发展便成了惟一存活之路。当然,法律的“盘活”可以通过两条道路来完成:即出台法律解释和制订、认可新法律。在选择前者时,我们必须保证“法律中内含的概念、原则与规则之间以及法律文本与立法原意和法律解释之间应合乎逻辑结构、逻辑规则和逻辑规律,即具有逻辑性。”<sup>[3]</sup>(第 206 页)当法律解释已不能满足逻辑性的要求时,我们就只能选择后者即制订、认可新法律。显然,从以上论述可知,对电子证据作出相应的法律解释以图将其强硬地扯入旧有的法律规范已经违背了该逻辑性。因此,制订或认可新法律以规范电子证据实属惟一选择。第三,国际上大多数国家不仅从理论上而且在实践上承认了电子证据的独立证据地位,即使是证据规则十分严谨的英美国家也做出了让步。这从英国 1968 年制定的《民事证据法》及美国 1965 年公布的《统一证据法规则》(Uniform Rules of Evidence)和 1975 年颁布的《联邦证据规则》(Federal Rules for Evidence)不难看出。我国现已“入世”,不赋予电子证据的独立地位显然有违历史潮流。第四,从 2000 年 3 月全国人大九届二次会议责成外经贸部制订电子商务法的作法来看,电子证据理应在不久后“浮出水面”。

### 三、电子证据的认证与证明力

证据的客观性一般通过证据的存在形式和内容两个方面表现出来。而电子证据主要是贮存在磁盘、磁带、卡带或纸带等可移动载体及硬盘设备或集成电路里,因此,形式上具备客观性毋庸置疑。至于其内容的客观性则要求从电子证据的生成、存储、传送、收集等各个环节考虑其是否被变更、删改、伪造过,并结合其他证据相互论证、推理从而作出正确的判断,亦即除了从自身角度审查电子证据内容的客观性以外,还应从该单个证据与案件事实之间的联系,与其他证据之间的联系,及其与整个案件过程的完整性之间的联系出发,多视角、多层面地考察其客观性。电子证据内容客观性的审查工作是认证过程中的重中之重。

合法性,又称法律性,是从证据形式、收集程序及办法都必须符合法律要求方面对证据成为定案依据作出的限制。具体到电子证据,则关键在于审查侦查人员的收集、提取行为是否严格依照法律程序和办法行事。如,是否申领搜查证;搜查证对搜查对象、内容、范围的指定是否明确;是否先行出示有效搜查证;是否聘请两名以上见证人;是否严格依法授权范围进行搜查;是否妥善处理了调取的电子证据并合理保护了当事人的正当权益。

关联性,是指证据与案件的待证事实具有一定联系并且对证明该事实有实际意义的特性。与案件没有联系,即使具有客观性和合法性,也不是证据。因为只有与案件之间有某种联系,才能与案件的发生和过程产生某种关系,也因此才可以证明案件的某一情况。与案件没有联系的事实,不能成为案件的证据,当然也就不具有证明作用,所以关联性是证据的本质属性。法官判断电子证据是否具有关联性,应从三个认识阶段着手,即电子证据是否能够证明案件的某方面问题、该问题是否为案件事实争议的问题、该电子证据对争议问题的解决是否有实际或实质性的意义。如果以上三个答案皆为肯定,则该电子证据具有关联性,而只要有其中一项为否定答案,则不具关联性。

舍弃不符合三性的证据,采纳同时符合三性、具有可采性和证明力的证据之后,紧接着法官必须审查这些作为定案依据的证据的证明效用或证明力到底有多大。这就涉及到直接证据和间接证据问题。“直接证据,是指能够直接证明案

件主要事实的证据。间接证据则是指那些本身不能直接证明案件的主要事实,而必须同其他证据联系起来,互相印证,才能推断出主要案情的证据。”<sup>[4]</sup>(第127页)直接证据基于其拥有比间接证据颇强的说明力而受到公安司法机关的青睐,但在司法实践中间接证据的存在则更为普遍。一方面在没有或无法取得直接证据的条件下,可以凭借间接证据链查明案件事实;另一方面,其也是发现直接证据的手段及鉴别直接证据的试金石。

那么,电子证据究竟属于直接证据还是间接证据呢?不少人认为,由于电子证据容易被伪造、篡改,而且被伪造、篡改后不留痕迹,再加上电子证据由于人为的原因或环境和技术条件的影响容易出错,故应将电子证据归入间接证据。对此,笔者提出三点看法:其一,“易伪造、篡改”属于电子证据的真实性、客观性问题,也即可采性问题,因此属于“证明力有无”的问题;而电子证据的“间接性”则显然属于“证明力程度”的问题,此二者既非同一事实,又怎能相互混淆呢?“易伪造、篡改”的结果不外乎两种,即“已伪造、篡改”和“未伪造、篡改”。当电子证据属于“已伪造、篡改”时,则基于其不具有客观性,而无证明力,当然就谈不上有多大证明力了。而当其属于“未伪造、篡改”时,也只能说明其可能因具有客观性而拥有证明力。至于拥有多大证明力仍未得出明确答案。所以绝不可将“证明力有无”与“证明力程度”同日而语。其二,“易伪造、篡改”绝非“已伪造、篡改”,故而是否被伪造或篡改还是一个未知数,以这种待证事实为逻辑起点和推论前提,理所当然有违思辨和推理原则。其三,因此,直接证据和间接证据的划分同证据的真假及来源没有关系<sup>[1]</sup>(第245页)。将电子证据法定为间接依据或直接依据都是静止看问题的方法,是机械唯物主义的表现。电子证据属于间接证据还是属于直接证据,都只能在具体的客观情况下考察、分析其与待证案件事实的关联性大小,从而决定其证明力的程度。

当电子证据表现为直接证据时,只需将其与另外一个可靠证据结合起来即可对案件某方面事实作出结论;但当电子证据表现为间接证据时,则应从间接证据的条件性、倾向性和中立性出发,与其他间接证据形成具有过程连续性、倾向一致性和结果排他性的结论方可定案。

#### 四、对电子证据的立法构想

目前,在我国尚未制订一部完整而系统的证据法典的背景下,将电子证据引入现有的法律规范加以吸收和消化便成为合理且可行的惟一举措。笔者仅就以下三个方面拟提出对立法的构想。

第一,关于电子证据的种类归属问题。出于电子证据不能且不必归入旧有的种类框架的考虑,笔者主张将我国《刑事诉讼法》第42条“证据有下列七种”的提法改为“证据有下列八种”;并将电子证据界定为第八种证据。

第二,关于收集、提取电子证据的“窃听”措施的问题。我们知道,窃听是公安司法机关能否有效获取电子证据的一种十分重要的手段。但是,正是这种极具强制性的侦查措施,犹如一柄“双刃剑”深深地刺伤了涉讼人的人身、财产、隐私、意志乃至人格和尊严。因此许多国家都对窃听措施的适用条件作了严格的限制。例如,德国刑事诉讼法典第100条a规定,只有在以其他方式不能或难以查明案情、侦查被指控的住所的条件下,才允许命令监视、录制电讯往来<sup>[5]</sup>(第31页)。日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第3条也规定只有“使用其他方法查明特定犯人或者查明犯罪状况或内容显著困难时”才可采用监听通讯的手段<sup>[6]</sup>(第212页)。美国从具体的罪名出发,在1968年《综合犯罪控制与街道安全法》中将秘密监听的适用局限于十二种犯罪的侦查活动。而法国刑事诉讼法典第100条则从量刑的角度规定,只有可能判处二年或二年以上监禁的重罪或轻罪案件才能适用通讯截留手段。

我国在对监听措施进行立法时,可依如下方式进行,首先,在我国《刑事诉讼法》第二编第二章(侦查)中加入第八节“监听”,并将原第八节、第九节依次改为第九节、第十节。其次,规定“人民检察院、公安机关适用监听措施必须符合下列条件:(一)对犯罪嫌疑人、被告人可能判处徒刑以上刑罚的案件;(二)采取其他措施不能或难以查明案件事实的”。再次,将监听措施的批准权授予人民检察院,其申请及批准程序可参照逮捕措施相应立法(其中的审批期限应缩减至合理范围)。

第三,关于电子证据的“原件”问题。美国《联邦证据规则》第1001条第3项曾以扩大“原件”解释的方式将计算机打印输出材料视为“原件”。即如果数据存储在电脑或类似设备中,任何从电脑中打印或输出的能准确反映有关数据的可读物,均为“原件”。我国《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第53条也分别规定了“书证应提交原件。物证应提交原物”。虽然我们没有必要将电子证据解释为“原件”以符合作为书证或物证的形式要求,但基于电子证据的“易伪造、篡改”性,也应作出类似之规定来作为侦查人员收集电子证据活动的导向,并提高诉讼效率。具体作法是,在我国《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第53条中加入第五款:“收集、调取的电子证据应当是从电脑中直接打印或输出的原件。只有在取得原件确有困难时,才可以是复制件。”

## [参 考 文 献]

- [1] 汪建成,刘广三. 刑事证据学[M]. 北京:群众出版社,2000.
- [2] 冯树梁. 中国预防犯罪方略[M]. 北京:法律出版社,1994.
- [3] 李道军. 法的应然与实然[M]. 济南:山东人民出版社,2001.
- [4] 崔 敏,张文清. 刑事证据理论与实践[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1992.
- [5] 李昌珂. 德国刑事诉讼法典[M]. 北京:中国政法大学出版社,1995.
- [6] 宋英辉. 日本刑事诉讼法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.

(责任编辑 车 英 于华东)

## On Legal Status of Electronic Evidence

LI Hua, WANG Tian-min

(Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

**Biographies :** LI Hua (1968-), male, Graduate, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in jurisprudence; WANG Tian-min (1977-), male, Graduate, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in procedural law.

**Abstract:** In pace with the vigorous development of science and technology and with the broad application of computer, electronic evidence has played a very important role in criminal procedure and proof. The study on electronic evidence has recently began with this newly emerging thing, but it is very slow and superficial. So it is the time to solve such question as the collection, confirmation, adoption of electronic evidence, etc. In the end, we must design a series of measures to remedy the law's weaknesses and to keep up with the step of social development.

**Key words:** electronic evidence; validity of proof; direct evidence; indirect evidence