

电子证据若干问题探讨

李 哲

(最高人民检察院 检察理论研究所,北京,100040)

摘要:在我国,随着计算机和互联网的迅速普及和相关技术的发展,与之相关的电子证据问题逐渐成为困扰我国立法和司法实践的难题。我国《刑事诉讼法》应当取消视听资料的相关规定,确立电子证据作为一种独立证据的法律地位。在电子证据的运用方面,应当从电子证据原件的认定、电子证据与最佳证据规则的关系、电子证据复制件的运用等方面加以完善。同时,应当结合我国国情,探讨我国解决电子证据相关问题的现实路径。

关键词: 电子证据;原件;最佳证据规则;复制件;现实路径

中图分类号:DF 713 **文献标识码:**A

随着计算机及互联网的普及,当代社会出现了一些新型的犯罪,如盗窃网络虚拟财产、非法侵入计算机系统、非法拦截计算机数据等,同时,很多传统的犯罪也会通过高科技手段实施,如利用网络盗取银行账户信息进行盗窃,利用网络群发信息进行诈骗等。与计算机和网络相关的电子证据问题日益增多,成为刑事立法和司法实践中的难题。为此,我国应当对电子证据的相关问题进行立法层面和技术层面的探讨,法学界应当与电子技术方面的专家结合起来,共同探讨应对这一新问题的对策和解决方法。本文将对刑事诉讼中电子证据的法律地位、电子证据的运用以及我国在新形势下解决电子证据这一法律和技术难题的现实路径进行探讨,以就教于同仁。

一、电子证据的内涵及法律地位

电子证据,是指以电子形式、电磁形式、光学形式

或类似形式储存在计算机存储器中的信息,包括计算机程序及程序所处理的信息,如各种系统软件、应用软件、文本、图形等。

从电子证据的存在状态来看,可以分为静态电子证据和动态电子证据。静态电子证据是指计算机处理、存储、输出设备中存储、处理、输出的证据,例如计算机信息系统中存储的计算机文档、计算机音频、视频文件等。动态电子证据是指计算机网络中传输的电子证据,例如网络中的电子邮件、网络视频、音频文件、正在浏览的网页、正在下载的文件等。

从电子证据的内容看,可以分为内容信息电子证据和附属信息电子证据。内容信息电子证据是记载一定社会活动内容的电子证据,例如电子邮件的正文、网上聊天记录等。附属信息电子证据是指记录内容信息电子证据的形成、处理、存储、传输、输出等与内容信息电子证据相关的环境和适用条件等附属信息的证据,例如 Word 文档的文件大小、文件位置、修改时间,电子邮件的发送、传输路径、邮件的 ID 号、电子邮件的发送者、日期等电子邮件的信息等^[1]。

从世界范围看,随着科学技术的发展和计算机犯罪问题的普遍化,世界各国越来越重视电子证据这一

收稿日期:2007 - 08 - 30

作者简介:李哲(1976 -),女,黑龙江伊春人,最高人民检察院检察理论研究所助理研究员,法学博士。

新兴的证据种类。各国普遍制定了关于电子证据的法律或者规则,如英国《电子通信法案》、美国《统一电子交易法》、德国《多媒体法》、加拿大《统一电子证据法》、新加坡《1998 电子交易法》、菲律宾《电子证据规则》、澳大利亚《计算机和证据法》等。联合国也通过了一系列文件来规范电子证据问题,如联合国《电子商务示范法》。

英国《1984 年警察与刑事证据法》第 19 条第 4 款规定:警察可以把存贮在计算机中的信息作为证据。英国《1968 年民事证据法》第 32.3 条规定,证人可以通过音像媒体或者其他形式向法院提供证据。

美国《联邦证据规则》第 1001 条规定,“文字”和“录音”包括文字、字母、单词、数字或其他替代物,通过书写、打字、印刷、影印、照相、磁脉冲、机械或电子录音或其他形式的数据汇编记载下来。“照相”包括普通摄影、X 射线胶片、录像带和电子胶卷。日本《刑法》新增第 7 条规定:本法所称电磁记录者,是指以电子方式、磁气方式或其它无法以人之知觉加以认识之方式所制造之记录,而供电子计算机处理资料之用者。日本新《民事诉讼法(1996 年)》第 231 条规定,本节的规定(即关于书证的规定),准用于有关视图、照片、录音带、录像带等其他记载信息的非文书物件。

联合国《电子商务示范法》第 2 条规定,数据电文是指经由电子手段、光学手段或类似手段生成、储存和传递的信息。第 5 条也规定:不得仅仅以某项信息采用数据电文形式为理由而否定其法律效力、有效性和可执行性。

可以看出,通过立法规范电子证据这一通过新的技术手段所产生的证据,赋予其证据资格,已经成为国际社会的共识。我国《刑事诉讼法》第 42 条规定,证据有下列 7 种:物证、书证,证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,鉴定结论,勘验、检查笔录,视听资料。可见,我国《刑事诉讼法》中没有将电子证据作为一种独立的证据种类,最为近似的是关于视听资料的规定。

因此,我国迫切需要对《刑事诉讼法》进行相应的修改,将视听资料的规定修改为关于电子证据的相关规定,在刑事诉讼立法中确定电子证据作为一种独立证据的法律地位,以解决立法和司法实践中的诸多问题。理由如下:

首先,视听资料不能囊括所有的电子证据。从视听资料的本质上,某些计算机生成的程序显然不属

于“视听”的范围。其次,视听资料的提法没有体现作为一种证据种类区别于其他证据种类的分类功能。电子证据与传统证据的不同是在于运用了高科技的手段,而非可“视”或者可“听”。就可“视”而言,物证、书证亦属可“视”;就可“听”而论,证人证言、被害人陈述等也为可“听”。再次,对于立法中没有科学称谓的这一部分证据没有系统的规范,导致实践中的混乱。我国《刑事诉讼法》中关于视听资料的规定非常有限,只有两个条款涉及到视听资料这一内容繁多又在实践中存在诸多问题的证据种类。最后,目前我国关于电子证据的立法状况远远落后于世界各国。随着经济全球化和电子商务的迅速发展,利用计算机实施的犯罪也日益增多,因此,各国都纷纷制定法律对这一领域进行规范或调整原来的立法,以适应实践的发展。我国的立法在这一方面明显落后于其他国家。由于我国《刑事诉讼法》中没有计算机证据或电子证据的明确规定,使得实践中没有统一的规范,实务部门各行其是。

我国立法、司法实践中的问题以及世界各国的相关经验都表明,我国应当完善电子证据的相关立法,确定电子证据作为一个独立证据种类的法律地位,采用“电子证据”这一既能够与其他证据种类相区别,又能涵盖这一类别的所有证据的科学称谓,取代我国现行刑事诉讼法中的“视听资料”。

二、电子证据的运用

与立法上确定电子证据的法律地位相呼应,我国应当研究电子证据与其他传统证据的共性和区别,尤其是电子证据在运用中的一些特殊问题,如电子证据原件的认定、电子证据与最佳证据规则的关系、电子证据复制件的运用等,以使电子证据真正纳入诉讼的轨道,为刑事诉讼服务。

(一) 电子证据的原件与最佳证据规则

在传统诉讼理论中,所谓原件,是指直接来源于案件事实的证据,而复制件,则是通过一定手段对原件的全部或部分反映或再现。最佳证据规则(the best evidence rule),又称原始书证规则(the original writing evidence),是指提出最原始的书证、记录或者照片来证明一项内容的规则。该规则被限制在书证、记录及照片的范围内。该项规则是在普通法的基础上发展起来的,通过要求在审判中提供原始文件的方式来避

免不准确或错误的发生^[2]。这一规则是保障证据证明力的重要规则,对刑事诉讼的顺利进行起到了基本的保障作用。

然而,在电子证据领域,传统的原件、复制件之分,以及与之相关的传闻证据法则或最佳证据规则都无法严格适用。这是由电子证据的特殊性决定的。例如,某一电子邮件存储在犯罪嫌疑人的电脑中,如果按照严格的原件与复制件的划分,只有当时保存在该特定电脑中的才是原件,该邮件的打印件则属于复制件。这就给各国的司法带来了新的问题。如果立法只承认原始的存储在计算机中的信息为原件,具有证明力,则该计算机中信息的输出形式,如文件的打印件,或者底片冲印的照片等,都无法在诉讼中直接使用。这种严格的划分显然将给诉讼带来极大的并且是不必要的麻烦,不利用诉讼的顺利进行。因此,国际社会纷纷出台相关的立法文件,对电子证据的原件问题重新作出界定。总结而言,在电子证据原件的认定方面,大概有以下几种立法规定:

其一,扩大最佳证据的范围,规定某些即使不是原件的电子证据也可以作为最佳证据使用。例如,联合国《电子商务示范法》第8条对原件作了规定,如法律要求信息须以其原始形式展现或留存,倘若情况如下,则一项数据电文即满足了该项要求:(1)有办法可靠地保证自信息首次以其最终形式生成,作为一项数据电文或充当其他用途之时起,该信息保持了完整性;如要求信息展现,可将该信息展示给观看信息的人。(2)无论本条第(1)款所述要求是否采取一项义务形式,也无论法律是不是仅仅规定了不以原始形式展现或留存信息的后果,该款均将适用。为本条(1)款(b)项的目的:(a)评定完整性的标准应当是,除加上背书及在通常传递、存储和显示中所发生的任何变动之外,有关信息是否保持完整,未经改变;(b)应根据生成信息的目的并参照所有相关情况来评定所要求的可靠性标准。该法在第9条中又规定,如果数据电文是举证人按合理预期所能得到的最佳证据,不得以其不是原件而否定其作为证据的可接受性。

其二,扩大原件范围,增加“拟制”原件。在美国,《联邦证据规则》第1001条规定了原件与复制品的范围,文字或录音的“原件”即该文字或录音材料本身,或者由制作人或签发人使用具有与原件同样效力的副本、复本。照相的“原件”包括底片或任何由底片冲印的胶片。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”。“复制品”指通过与原件同样印刷,或者以同一字模或通过照相手段制作的副本,包括放大或缩小制品,或者通过机械或电子的再录,或通过化学的重制,或通过其他相应手段准确复制原件的副本。同时,第1002条规定了调取原件的原则,为证明文字、录音或照相的内容,要求提供该文字、录音或照相的原件,除非本证据规则或国会立法另有规定。

其三,计算机的输出文件被视为抄本,在一定条件下具有与原本相同的证据效力。在法国,《法国民法典》所规定的原有的几种证据方式中不可能包括录音资料等这些现代科技发展的产物。按照《法国证据法》的要求,直接录入反映有关事实情况的录音资料可与原本相类似,但是,一旦在诉讼时向法院提出这类信息,则必须以文字形式从计算机上作为输出文件,这些文件可视为抄本。按照《法国民法典》第1334条的规定,原本存在时,抄本为原本所含内容的证明,但得随时要求提出原本^[3]。

正如日本学者石井一正所指出的,电脑可以透过各种操作而简单地加以改变(除作为的改变外,误操作也可能改变),并且不留任何痕迹。所以,电脑证据的真实性和未经改变的特性这一形式性证据力就显得特别重要^[4]。随着科学技术的发展而在刑事诉讼领域大量使用的电子证据受到世界各国和国际社会的普遍关注,高科技手段所带来的问题,如易于复制,真假难辨以及电子资料证据原件的认定与识别等,都需要通过立法来解决。我国也应当在电子证据的调取上加以规定,以保证音像、电子资料运用的正确性和准确性,并进而保障诉讼的公正。在我国立法中也应当对电子证据的原件作出特别的规定,除了传统的原件之外,还应当承认拟制的原件,即对于从计算机中打印或输出的能准确反映有关数据的可读物,都应当视为原件。

(二)电子证据的复制件及其适用

从各国的立法经验看,也都通过立法承认电子证据复制件的证据效力。1968年英国制定的《民事证据法》还要求与业务活动和使用计算机有关的人向法院提出认定第一手传闻书面材料的证明书,说明制成方式与软件。具有上述条件,由法院宣布可采纳的电子证据,将由法院评定其证明力。

美国《联邦证据规则》第1003条规定了复制品的可采性,即复制品可与原件在同等程度上采纳,但下

列情况下除外:对复制品是否忠实于原件产生疑问,或以复制品替代原件采纳将导致不公正;并且,第1004条进一步规定了采用复制品的条件:在下列情况下,不要求原件,关于文字、录音或照相内容的其他证据可以采纳:(1)原件遗失或毁坏。所有原件均已遗失或毁坏,但提供者出于不良动机遗失或毁坏的除外;(2)原件无法获得。不能通过适当的司法程序或行为获得原件;(3)原件在对方掌握中。原件处于该材料的出示对其不利的一方当事人的控制中,已通过送达原告起诉状或其他方式告知该当事人在听证时该材料的内容属于证明对象,但该当事人在听证时不提供有关原件;(4)有关文字、录音或照相与主要争议无紧密联系。第1005条还规定,官方记录的内容,或者经授权记录、保存并已确实记录、保存的文件(包括各种数据汇编)的内容,如果其他方面允许采纳,可以通过提供按照第902条规则证实无误的副本加以证明,或者由曾与原件作过比较的证人证明无误。如果此类副本经合理努力仍不能获得时,也可以提供能证明该材料内容的其他证据。可以看出,关于复制品的适用条件可以总结为原件“不能”与“不便”两种情况。

在我国,应当从以下三个方面解决电子证据复制件的相关问题。首先,从复制电子证据的程序上加以规范,通过严格的、科学的程序设计保证电子证据的复制过程客观、真实、与原件相符。例如,严格限制能够接触计算机原件的人员,规定复制时见证人在场的制度,对整个复制件的复制过程制作严格的日志等。其次,提高复制电子证据的技术手段,加强复制过程中的监督制约。这一点,需要相关的科学技术手段予以配合,如使用类似西方国家的电子证据信息锁,保证在复制时无法改变数据,或者使用特定的软件,监测在复制过程中的任何信息更改等。再次,在证据规则方面,规定电子证据应当尽量调取原件。取得原件确有困难或者有其他原因不能或不便调取原件的,可以调取复制件。如果调取电子证据复制件的,应当附有不能或不便调取原件的原因、制作过程和原件存放地点的说明,并由制作人和原电子证据持有人签名或者盖章。

三、我国应对电子证据问题的现实路径

根据中国互联网络信息中心2007年1月发布的第19次中国互联网发展状况统计调查报告,截止到

2006年12月31日,中国的网民总人数为13700万人,与去年同期相比,中国网民总人数一年增加了2600万人,增长率为23.4%^[5]。可以预见,随着互联网在中国的普及,与计算机和互联网有关的犯罪将日益增多,而相应的电子证据问题也将日益成为公安司法机关面临的一个非常困难但又必须解决的问题。电子证据问题在我国的解决,应当是一个社会系统工程,需要各方面的共同努力和相互合作。在立法上,我们应当确立电子证据作为一种独立的证据种类,具有证明力和证据能力;应当确立电子证据的运用规则,如电子证据原件的认定规则,电子证据复制件的复制程序和认定程序,电子证据的删除、保管、销毁,电子证据的审查判断等。与此同时,我国应当从我国的实际国情出发,研究解决我国电子证据相关问题的现实路径。

其一,我国应当改变目前电子证据的研究现状,摆脱目前法律与技术的“两张皮”现象,加强法律专家与电子专家的合作,共同研究解决电子证据相关问题的对策。我国法学界已经有相当数量的法学家认识到电子证据问题对中国法制建设发展的迫切性,也有不少专家撰写学术论文、出版专著呼吁中国重视电子证据立法问题,关于电子证据的研讨会也时有召开。但是,目前困扰我国的一个困境是法律界的人士对于专门的电子技术知识不太了解,而那些精通电子技术的人又很少从法律的角度思考问题。因此,我们进一步研究电子证据问题,尤其是比较细微的电子证据运用问题,应当吸收具有技术背景的专业人士参加,组成一些能够良好运行的课题组或工作组,做到法律与技术两个领域的充分交流和合作。

其二,加强对公安司法机关相关人员计算机和互联网基础知识的培训,消除对电子证据的恐惧感和神秘感。我国目前公安司法机关的办案人员所承办的案件多以传统案件为主,与计算机或网络犯罪关系不大。但是,随着网络的普及,越来越多的犯罪,甚至是普通犯罪,也与电子证据有着或多或少的联系。因此,公安司法人员了解计算机和互联网的相关基础知识,是他们在未来执法过程中必须具有的知识储备。我们可以通过一定的培训课程,培训一些计算机和网络的基本知识,例如中央处理器、操作系统、计算机病毒、网络与Internet、IP地址、数字签名等术语,了解计算机运行和网络传输的基本原理,消除对电子证据的恐惧感,并且能够具有一定的分析、判断电子证据的

能力。只有我国的公安司法人员对电子证据及其相关知识具有一定程度的了解,才能在工作中积极收集和运用电子证据,才能真正做到电子证据在司法实践中的普及。

其三,鼓励电子证据领域专业公司的介入,参与电子证据的搜集和鉴定工作。电子证据的搜集,很多都涉及到非常专业、非常尖端的专业知识。例如,从几乎烧毁的磁盘中寻找相应的数据残片,进而恢复信息;破获一些数据库的密码等。我国的公安司法机关可能并不具备特别强大的研发能力,可能对于某些涉及尖端科技的电子证据力不从心。因此,应当在我国扶持和发展一些信用良好的相关公司,协助公安司法机关解决电子证据技术方面的难题,参与电子证据的搜集和鉴定工作。

其四,参照国际公约的相关内容,加强电子证据方面的国际合作,做到技术与信息共享。目前在电子证据和计算机网络犯罪方面还没有具有约束性的国际公约。欧洲理事会于2001年发布了《关于网络犯罪的公约》,从实体法和程序法两方面对国家层面所能采取的措施做了详细规定,同时,也对网络犯罪的国际合作作出了约定。虽然该公约是欧洲理事会组织签订的条约,但由于电子证据问题的严重性和全球化,很多世界其他国家也纷纷签署或加入了该公约,如美国、加拿大、日本等发达国家以及部分发展中国家^[6]。我国虽然并不必要马上将是否签署或加入该

公约列入法治议程,但可以参照该公约的相关条款,完善我国电子证据的相关立法和司法实践。同时,由于计算机犯罪的全球性,加强电子证据方面的国际合作,与其他国家共同携手打击电子证据,也是我们下一步解决电子证据相关问题的重要内容。例如,我国可以与国际高科技犯罪监管协会(POLCYB)^[7]等国际组织加强合作,交流电子证据方面的相关技术,加强电子证据方面的学术交流。我国还可以通过司法协助和司法互助等方式,积极促成中国在打击计算机犯罪方面的国际合作。

参考文献:

- [1]皮勇. 刑事诉讼中的电子证据规则研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2005:8-13.
- [2]迈克尔·H·格莱姆. 联邦证据法[M]. 北京:法律出版社,1999:458-459.
- [3]毕玉谦. 民事证据法判例实务研究[M]. 北京:法律出版社,1999:206.
- [4]石井一正. 日本实用刑事证据法[M]. 陈浩然,译. 台北:五南图书出版公司,2000:26.
- [5]http://tech.tom.com/zhuanti/CNNIC_Report19.html.
- [6]<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/HT-ML/185.htm>.
- [7]<http://www.polcyb.org/>.

On Digital Evidence

LI Zhe

(Institute of Procuratorial Theories, the Supreme People's Procuratorate, Beijing 100040, China)

Abstract: In China, with the development of computer and internet, as well as related techniques, digital evidence has become a difficult problem for both Chinese legislation and judicial practice. In the Criminal Procedure Law of the PRC, regulations about audio-visual materials should be amended, and the individual legal status of digital evidence shall be recognized. As to the employment of digital evidence, we should form the new concept of original digital evidence, reconsider the relation between the best evidence rule and digital evidence, regulate the usage of duplicated digital evidence, etc. Meanwhile, we should probe into feasible approaches to solve digital evidence problems according to the current situation in China.

Key words: digital evidence; original evidence; best evidence rule; duplicated evidence; feasible approach

本文责任编辑:唐力