

电子证据的证据能力与证明力问题研究

耿直 郑薇薇

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

摘要: 文章立足于我国的法律环境, 参照外国的成熟经验, 对电子证据的证据能力和证明力进行了阐述, 并对影响电子证据证明力的因素、传闻证据规则与最佳证据规则对电子证据的适用作了探讨。

关键词: 电子证据; 证据形式; 证据能力; 证明力

中图分类号: D920.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7346(2005)04-0019-03

电子证据在我国证据法上的问题与我国民事诉讼法明文规定的几种证据相同, 即证据的可采纳性和证据的可信性这两个相关联的问题。前者是指数据电文是否具备证据的资格, 能否准予进入诉讼, 即在诉讼中能否作为证据的问题; 而后者则是证据对案件事实实质上的证明力, 主要是指数据电文与其他形式的证据相比较时所体现的证明力的大小问题, 有时则指证据本身的说明力, 证据能否足以证明案件事实。在实践中, 这两方面的大问题主要包括了其作为证据的可接受性、证据的形式以及如何审查和判断等一系列问题。由于电子证据的证据效力问题在法律上没有明确规定, 虽有不少专家、学者就此类问题提出了一些建设性的解决观点和方法, 为人民法院审理该类案件时提供了有力的帮助, 但众说纷纭, 有的提法甚至在实践中不具备可操作性。

一、电子证据的证据形式

电子证据属于哪种证据形式关系到现行法律对其的适用, 也涉及到对其证明力的判断标准问题。电子证据究竟有无必要作为一种单独的证据种类而存在, 若没有这个必要, 那么电子证据到底应归于现有证据种类中的哪一类。目前对此问题的回答可以说是众说纷纭, 莫衷一是。笔者认为定位问题是电子证据研究中最重要、最核心的问题之一, 不容回避^{[1] (P32)}。当前学者对电子证据形式争议的观点有很多种, 主要的有以下三种:

(一) 视听资料说

认为电子证据是视听资料, 理由是: 电子证据和视听资料储存都需要借助一定的设备来反映; 都是运用一定的科技手段制作、传播、识别和感知; 易删改; 易复制。另外, 1982年的《民事诉讼法(试行)》中将录音、录像、计算机存储资料等划归视听资料这一新的证据种

类, 这也就是为什么目前仍有许多学者支持将电子证据视为视听资料之一的主要原因。另外, 有学者还总结了以下几点理由予以支持: 如电子证据与视听资料一样可显示为“可读形式”, 因而也是“可视”的; 视听资料与电子证据在存在形式上有相似之处存储的视听资料及电子证据均需借助一定的工具或以一定的手段转化为其他形式后才能被人们直接感知; 两者的正本与副本均没有区别; 把电子证据归于视听资料最能反映他的证据价值; 等等^{[2] (P444)}。

(二) 书证说

主张电子证据属于书证, 根据是: 电子证据和书证均能记录完全的内容, 一样都是通过内容表达中心思想或说明案件中的某一问题。电子证据必须输出、打印到纸上(当然也可以在屏幕上显示), 形成计算机打印材料之类的书面材料后, 才能被人们看见、利用, 因而具有书证的特点。我国证据理论和立法上都已经将书证扩大到数据电文形式; 国外理论和立法上尝试的功能等价法亦在填平传统书面形式与电子证据之间的鸿沟^{[3] (P445)}。

(三) 物证说

在我国, 主张电子证据属于物证的学者不多。有学者指出, 物证有狭义物证与广义物证之分。狭义物证是以其存放的地点、外部特征及物证特性等起证明作用的物品和物质痕迹; 广义的物证是指一切实物证据。电子证据属于广义物证的范围^{[4] (P196)}。也有人指出, 电子证据在不需要鉴定的情况下属于书证, “但有时也可能需要鉴别其真伪, 故也可能成为物证”^{[5] (P759)}。

毫无疑问, 数据电文可以成为证据是学者们一致的观点, 但对电子证据的归属存在不同看法。当前, 许多人都建议将电子证据作为一种新的独立的证据, 笔

收稿日期: 2005-05-28

作者简介: 耿直(1981-), 男, 山东沾化人, 厦门大学法学院; 郑薇薇(1980-), 女, 广东广州人, 厦门大学法学院。

者赞同这种观点。笔者认为,我国现行《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》及司法解释对各种证据形式均没有做出确切的界定,导致理论界和实务界在对证据形式的认识上界限模糊,认识不一,不妨大胆突破现有证据的表现形式,承认电子证据为独立的证据种类,从而消除电子证据处在书证和视听资料之间的尴尬地位。然而反对这种意见的学者认为,电子证据同七种传统的证据形式相比,并未创造一种全新的证明机制,如果说有所不同则仅是外在形式的不同,而且会给我现行的本来就不严密的证据“七分法”乱上添乱^{[6](P59)}。但是笔者认为,电子证据在证据保全、采集、审查和开示上不同于一般的传统证据,需要有独特的方法以及专业人员的支持,说其只是外在形式有一定的片面性的,正是以上这些特点让采信电子证据成为一种新的证明机制有积极的合理意义,也是完善我国证据制度的途径之一。

2005年4月1日生效的《中华人民共和国电子签名法》(以下简称《电子签名法》)承认了数据电文中的电子签名的法律效力。该法第2条第二款规定:“数据电文,是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”第7条规定:“数据电文不得仅因其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。”虽然《电子签名法》不是对电子数据文件的专门立法,但是它至少说明了数据电文是有别于书证和视听资料的证据形式,具有单独成为证据形式的可行性。

二、电子证据的证据能力

诉讼证据的证据能力,也称证据力或证据资格,是指证据材料能够作为证据使用而在法律上享有正当性。一种事实材料具有证据资格必须满足两个条件:一是该事实材料的调查收集的方法及程序符合法律的要求。二是当法律对证据形式有特定要求时,该事实材料符合这种特定形式要求。

研究电子证据的证据资格应从上述两个方面分别进行考查。第一个条件是说,无论是当事人还是法院,收集证据的手段、方式及程序不应违反法律的强制性规定,否则该证据不能作为诉讼证据使用。由于我国网络数据保护及电子商务方面的相关法律尚未出台,程序法及相关司法解释中也未对电子数据的获取方式、程序作出规定,如通过截获网络数据、破译个人信息密码、窃取或盗用他人密码等方式收集到的电子数据(或数据电文,下同),可否作为诉讼证据使用。但从证据收集的一般规则看,我们自然应当拒绝“毒树之果”的证据效力。其实,这里存在两种价值冲突,即维护电子交易安全和及时解决纠纷。现代社会中,绝大多数国家的立法是注重强调收集证据的程式合法性。这一解决方式经实践检验是合理的,因为牺牲交易安全为代价将换来的及时解决纠纷只是暂时的,随之而来的则是更多纠纷的出现,反而不利于维护市场秩序。因此,为促进电子交易环境中的良好的行业规范的形成,维护交易安全和交易公平,我们应当严格规范电子数据的获取手段,特别是在目前这种能够适用和规范电子交易的法律制度十分匮乏,网络中侵犯他人知识产权,窃取他人信息资料或故意破坏他人数据信息现象十分普

遍的情况下,更应当坚决杜绝非法使用他人网络信息。对数据电文的收集方法、程序应当有更为严格的规定,而对于通过非法手段获取的电子数据,除极个别特殊情况均应不予采信。对第二个条件的审查在理论上要复杂得多,因为它涉及到电子证据的形式合法性问题。

近代的证据制度关于证据能力有一个重要的价值要求,即必须是具有合理的立证价值的事实,即任何证据制度必须追求合乎理性的目的。要提出某种事实作为证据必须基于合理性的标准,以求得合理的确信,并应防止事实审判者受情感激动或偏见的影响而影响裁判的结果。大陆法系国家也没有对电子证据作出明确的规定,且大多是通过证据的立证价值来参照适用的。表现形式为通过传闻证据和最佳证据规则规定例外来承认计算机证据的可采性。

传闻证据规则是普通法系上的一项重要的证据规则。《美国联邦证据规则》对传闻证据的表述是:传闻证据是用来作为证据证明待证事项的真实性的陈述,但它不是陈述者在审判中或听证中作证时所作的陈述。也就是说,它是在法庭审理之外作出的,但在法庭上用以证明结论事项的证据,具体包括口头和书面陈述以及表意行为,除非是例外,传闻证据往往不能被采纳。其主要原因,通常认为传闻陈述者不是凭宣誓或接受反询问作出的,作出陈述的人是否缺乏真实性、正确性,他的知觉、记忆和叙述能力有无缺陷,不能使用反询问向他提出问题详加考查^{[7](P101)}。因此,传闻陈述不可靠。而对于电子证据来说,由于人们无法直接感知电子数据和信息,所以只有从计算机中输出,附着在一定的可视的载体上,才可能让人们了解其内容。如果将电子数据信息视为第一来源的话,依据严格的传闻规则,附着于一定载体上的证据就必定属于“传闻证据”,因为输出的内容同样无法受到相关程序的检验。

为了解决传闻规则与电子证据可采性之间的矛盾,英美法系国家都承认了一定的例外。对于传闻规则的例外,综合世界上有些国家的司法实践,对计算机证据只要符合三个条件,即可以采纳。第一,只要记录是在正常业务过程中产生的,或在事件发生的同时或随后记录,或业务活动有规律地产生这些记录,只要产生记录的计算机系统软件、硬件功能正常,合理即可采纳。第二,记录并非必然由作者提出,也可以由对产生证据的计算机系统负责人提出。第三,对证据的方式、检索的方式、保障数据的真实性的安全措施的证明,由计算机数据的提供者承担。必须注意的是,虽然符合上述条件,但如果计算机证据的提供者不能进行法律要求的适当的证明或有证据表明计算机数据的不可信赖性,则诉讼主张方要履行其举证责任,若不履行,其诉讼主张就不会得到法院的支持。

最佳证据规则又称为原始文件规则,它要求当事人必须提出文书的原件(或正本),对于复本,除非能解释清楚为什么未能提出原本,否则不予采纳。最佳证据规则的制度基础在于,除非文书本身,否则就存在证据欺诈和误解的可能。对于电子证据而言,几乎很难辨认何谓“正本”,储存于磁盘、光盘、CD-ROM等介质上的

数据和信息的不可捉摸、识别性,决定了在法庭上提出的证据只能是将其附着于另一可视的载体(如纸张、显示屏幕)上,然而这种输出后的数据信息已很难说它是传统意义上的“原件”,所以,要用最佳证据规则来检验电子证据,它必然会被排除在案件之外。为了整合电子证据与最佳证据规则的冲突,美国法采用了扩大“原件”内涵解释的方法,美国《联邦证据规则》第1001条第3款的规定,文字或录音的原件即该文字或录音材料本身,或者由制作者或签发人使其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。如果数据存储于电脑或类似设备中,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”^{[8] P 130}。对最佳证据规则而言,如果数据储存在计算机或相似的设备中,任何打印输出或以其他可视方式的输出,只要是准确地反映了数据的本身,则视为原件。因为计算机数据的处理过程远比单纯的复印类的文献资料复杂,一般情况下,数据在计算机中可以随时存储并按命令检索,因此,计算机打印输出并不绝对是原始存在于机器中的记录的光学对应物。至于其是否忠实于存储信息本身,则取决于检索方式的科学性 & 硬件、软件的可靠性。

三、电子证据的证明力和认证

(1) 电子证据的证明力

所谓证据的证明力,是指证据作为证明待证事实的价值大小与强弱状态或程度,即依证据事实对于待证事实所置信其真假存否的力量和程度。不同的诉讼证据制度,对证据证明力的确定方式也不同。但综观世界证据立法,证据的证明力,基本上均取决于该证据是属于原始证据还是传来证据,是直接证据还是间接证据两大因素。电子证据也不例外。因此,要确定电子证据的证明力的大小,关键就在于在法律上应当将定电子证据是属于原始证据还是传来证据,作为直接证据还是间接证据对待的问题。笔者认为,应当在法律上将电子证据作为原始证据和直接证据处理,赋予电子证据相当于书证的证明力。理由如下:

首先,主张将电子证据作为间接证据对待的学者的主要理由认为是电子证据具有“脆弱性”,即认为电子证据容易被伪造、篡改,而且被伪造、篡改后不留痕迹,再加上因误操作、病毒、软硬件故障、系统崩溃、突然断电等意志以外的因素也可导致数据失真,因此不能单独、直接地证明待证事实,应将电子证据列入间接证据的范畴。但是我认为不能因为是电子证据就将它视为“间接证据”,因为证据的证明力决定于证据同案件事实的客观内在联系及其联系的紧密程度,同案件事实存在着直接的内在联系的证据,其证明力较大;反之,其证明力就较小。基于此,如果该证据与案件事实有着内在的、密切的联系,则该项电子证据属于直接证据;反之,若该证据不足以单独证明待证事实,则属于间接证据。例如,1997年11月德克萨斯州的Travis郡审理的flowers.com E-mail侵权案中,E-mail即作为直接证据被法庭确认,并据此判决赔偿。更有甚者,在1998年华盛顿州检察长亦以同样的事由和证据,对E-mail侵权者提起了刑事起诉。电子证据的本质属性

之一并不是“脆弱性”,“客观真实性”才是其真正特点,至此,将电子证据列入间接证据的主张已失去了其逻辑基础。

其次,主张将电子证据作为间接证据对待的学者的主要理由认为是电子证据的原件只是一堆以二进制编码方式存在于计算机储存设备中的磁信号,无法被人识读,只有通过屏幕显示或输出文件才能被人识读,人们看到的只是电子证据的外在表现形式,但后者只能是原件的复制件,因而必须将电子证据列入传来证据范畴,如果要追根求源强求原件,那么原件是在制作电子邮件时的电子计算机的内存中,断电即失,你永远无法拿来作为电子证据使用。基于这种困境,1996年联合国国际贸易法委员会通过了《电子商务示范法》,该法第八条对原件作了规定,符合一定条件的数据电文被视为原件。1999年9月联合国国际贸易法委员会电子商务工作组会议讨论的《电子签字统一规则草案》中首次提出,如对于一数据电文使用了一种电子签字,它能提供当事方或权威机构认可的可靠手段确保自最初生成信息的最后形式,作为一项数据电文或其他用途之时起始终保持该信息的完整无损,则推定该数据电文为原件。因此,我们应该用功能等同法看待电子证据,只要能确保其所记录的原始数据充分完整并从未被改动,就应视该电子证据为原始证据,作为定案依据。如果我们仍用传统观念来分析电子证据的话,电子证据确实应属于传来证据。但一旦我们在法律上将电子证据作为传来证据对待的话,则会导致诉讼当事人举证不能的状态。因为我们知道,传来证据是不能单独作为认定事实的依据的。如前所述,电子商务的一个主要特点就是“无纸化”,当事人在发生争议时除能够提供电子证据来证明自己的主张之外,几乎无法提供其它证据来证明自己的主张,而电子证据又仅是传来证据,不能单独作为认定事实的依据。如果这样,则电子证据已失去了其存意义。

再次,将电子证据作为原始证据和直接证据处理,赋予电子证据相当于书证的证明力符合《电子商务示范法》的精神及各国的立法趋向。《电子商务示范法》第8条规定:“在法律要求信息以原始形式呈现或保持的场合,一条数据信息是确认了电子证据的原始性及直接证据效力。”《电子商务示范法》第5条则规定:“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。如法律要求信息须以其原始形式展现或留存,倘若符合如下情况,则一项数据电文即满足了该项要求。这些情况有:(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它用途之时起,该信息保持了完整性;(2)如果要求将信息展现,可将该信息出示给观看信息的人。可见,根据《电子商务示范法》具有完整性和可现性的数据应作为直接证据和原始证据对待。1999年9月联合国国际贸易法委员会电子商务工作组会议讨论的《电子签字统一规则草案》中亦提出:“如果对于一数据电文使用了一种电子签字,它能提供当事方或权威机构认可的可靠的手段确保自最初生成信息的最后形式,作为一项数据电文或其它用途之时”(下转第25页)

代心理分析揭示出两代人不同的爱 and 情。

3 推陈出新的语言

张爱玲小说在现代文学史上的特异地位, 不仅在于她与 20 世纪 40 年代前期上海沦陷区的环境相适应, 热衷于表现自己对人生的切身体验和独特感悟, 在表现当时上海市民生活和心理方面堪称独步, 而且还在于她有着深厚的、融合中西两方面的文化素养, 和艺术地运用汉语语言的纯熟手法。

与张爱玲同时期的女作家苏青曾感慨道: “我读张爱玲的作品, 觉得自有一种魅力, 非急切地吞读下去不可。读下去像听凄幽的音乐, 即使是片段也会感动起来。”张爱玲的语言之所以有特别的魅力, 是因为她能和珍奥斯汀一样地涉笔成趣, 一样地笔中带刺, 但是刮破她滑稽的表面, 我们可以看出她的“大悲”——对于人生热情的荒谬与无聊的一种非个人的深刻悲哀。由于作者对世界具有的“荒原”意识和负罪意识体验, 使得她的作品总是透着苍凉、荒远、淡漠的风格基调。象: “窗格子里, 月亮从云里出来了。墨灰的天, 几点疏星, 模糊的缺月……” “三十年前的月亮该是铜钱大的一个红黄的湿晕, 像朵云轩信笺上落了一滴泪珠, 陈旧而模糊……再好的月色也不免带着凄凉。” “房那边昏昏的紫楠大床上, 寂寂吊着珠罗纱帐子。”苍凉的气氛环绕着我们的眼睛。

比喻是传统文学创作中最常见的一种语言修辞手法, 也是语言运用中的最高艺术。张爱玲的比喻, 充满了作者丰富的想象。而这些奇特的想象里, 又加上了作者讽刺的意象, 便使这些比喻, 非但触目跋扈, 还有着非此即彼的准确。简直是生就的特征, 经张爱玲比喻过, 想换其他任何一种, 也觉不像、不妥、不准确。

《留情》中对米尧晶的外貌描写: “除了戴眼镜这一项, 整个地像一个婴儿, 小鼻子小眼睛的, 仿佛不大能

决定它是不是应当要哭。身上穿上西装, 倒是腰杆笔直, 就像打了包的婴儿, 也是直挺挺的……他连头带脸尖尖的, 很整齐, 像个三号配给面粉制的高桩馒头, 郑重地托在衬衫领上……”对米尧晶外形的嘲讽, 便衬出淳凤对丈夫的心有不满又勉强随嫁的无奈。

似这种融讽刺、夸张、想象、幽默、比喻于一体的例子, 在张爱玲的作品中简直信手拈来, 比比皆是, 如珠玉满盘, 美不胜收。

张爱玲立足于传统, 使西方现代主义本土化, 把心理分析手法运用得得心应手, 最终创作出具有深广的社会文化内涵和恢宏气度的心理分析小说。小说中似曾相识的题材、人物, 有头有尾的故事情节, 全知全能的叙事方式, 繁复的意象全都经由与现代主义的结合而异彩纷呈。现代主义成就了张爱玲, 她也以个人化的创作方式回应了西方现代主义对中国的影响, 并使中国现代主义文学艺术日趋走向成熟。

参考文献:

- [1] 钱理群, 温儒敏, 吴福祥. 中国现代文学三十年[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998.
- [2] 李欧梵. 中国现代文学与现代性十讲[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2002.
- [3] 李今. 日常生活意识和都市市民的哲学——试论海派小说的精神特征[J]. 文学评论, 1999, (6).
- [4] 陶东风. 从现代性的视角谈艺术的精神价值取向[J]. 文艺报, 1999, 10.
- [5] 张爱玲. 张爱玲文集[M]. 合肥: 安徽文艺出版社, 1991.
- [6] 张新颖. 20世纪上半期中国文学的现代意识[M]. 上海: 三联出版社, 2001.
- [7] 于青. 天才奇女—张爱玲[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2000.

(上接第 21 页)

起始始终保持该信息的完整无损, 则推定该数据电文为原件。早在 1982 年的欧洲理事会的《电子处理资金划拨》秘书长报告中, 就已经提出了计算机记录相当于书面文件作为证据的看法, 而众所周知, 书面文件在证据法中是作为直接证据和原始证据使用的。世界范围内已有许多国家采取了相同或相似的规定。

(二) 电子证据的认证

从电子证据所包含的数据信息内容本身及其制作、运输、传输过程的情境入手, 来分析电子证据的证明力, 对于正确把握电子证据在案件事实中的地位有着重大的作用。因此, 在审查和判断电子证据时, 应当注重其生成、储存或传递过程的可靠性、保护信息的完整性和办法的可靠性, 以及其他相关性因素。具体而言, 包括: (1) 审查电子证据的来源。电子证据生成的时间、地点、以及所使用的程序系统和录入方法都有助于判明其可靠性; (2) 审查电子证据的收集。一方面要审查司法机关在收集、提取电子证据的过程中是否遵守了法定的程序; 另一方面审查电子证据是以秘密方式获取, 还是以公开方式收集、提取, 其中以秘密方式获取的是否经授权和相关的秘密取证程序; (3) 审查电子证据的内容。电子证据自身的易破坏性主要会带来其内容的变化, 或被删除、或被修改、或被编辑, 这样, 会

使得电子证据所包含的内容与事前大相径庭, 因此, 对电子证据的原件和拷贝件的比较鉴别就显得尤为重要。除此之外, 在电子证据的认证过程中不仅要发挥法官的主观能动性, 而且需要具备专业知识的陪审员来尽量弥补电子证据认证过程中裁判主体的知识结构的缺陷。当然, 更为重要的是, 充分利用中立于当事人双方的网络认证机构和专业鉴定机构, 来辅助法官发现案件的事实真相。

参考文献:

- [1] 常怡, 王健. 论电子证据的独立性[J]. 法学, 2004 (3).
- [2] [3] 李学军. 电子数据与证据. 证据学论坛第 2 卷[M]. 北京: 中国检察出版社, 2001.
- [4] 刘广三. 计算机犯罪论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999.
- [5] 徐立根. 物证技术学(第二版)[M], 北京: 中国人民大学出版社, 1999.
- [6] 刘品新. 论电子证据的定位——基于中国现行证据法律的思辨[J]. 法商研究, 2002(4).
- [7] 沈达明. 英美证据法[M]. 中信出版社, 1996.
- [8] 卞建林. 美国联邦刑事诉讼规则和证据规则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.