

电子证据在民事诉讼中的运用

聂 铄

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

[作者简介] 聂 铄 (1976-), 女, 湖南娄底人, 中国人民大学法学院博士生, 汕头大学法学院讲师, 主要从事法学理论研究。

[摘 要] 网络时代的来临, 给民事诉讼法和证据法带来了前所未有的挑战。电子证据以完全不同于传统证据的独特表现方式, 成为了一种新型证据。由于我国现行法律对电子证据的规定尚不完善, 导致在法学理论上和司法实践中对其收集原则、可采性和证明力等问题没有统一的标准, 需进一步研究完善。

[关键词] 电子证据; 证据的可采性; 证明力

[中图分类号] D922 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)04-0523-06

一、民事诉讼中电子证据的收集和制作

(一) 电子证据的收集原则

1. 合法性原则

民事诉讼中对电子证据的收集应当符合我国民事诉讼法以及实体法的相关规定, 只有以合法的方式收集的证据才具有证明效力。其合法性主要体现在以下几方面:

第一, 收集的电子证据必须具有真实性, 不得提供虚假、伪造的证据; 第二, 电子证据的收集方式必须合法, 不得采取威胁、引诱他人提供虚假证据, 隐瞒重要事实, 也不得采取非法的方式收集电子证据。第三, 电子证据收集形式要合法。

2. 客观性原则

在民事诉讼中, 收集的电子证据的事实材料必须全面、客观地反映证据的本来面目。证据是客观存在的事实, 收集证据的过程就是发现、认识客观事实的过程, 是主观与客观相统一的过程。我国《民事诉讼法》第 33 条规定, 证据只有查证属实, 才能作为认定事实的根据。这就要求当事人及代理人在证据收集过程中切忌先入为主、主观臆想代替客观事实或者随意取舍, 更不能弄虚作假, 制造假证据。

3. 科学性原则

首先对电子证据的收集既要全面又要集中, 只有全面收集能够反映案件情况的一切证据, 才能掌握案件的真实情况, 才能使证据所反映的法律事实更接近于客观事实。第二, 收集证据要讲究方式、方法, 防止泄露国家机密和商业秘密。第三, 电子证据的收集要充分运用科学技术手段。在电子证据的收集时经常会遇到各种各样的复杂问题, 在该证据的收集上要充分运用科学技术手段来获得、提取和固定。现代科学的飞速发展也为当事人提供了各种先进的手段^[1] (第 178-180 页)。

4. 迅速及时原则

由于电子证据极易被篡改,且会以光速通过网络传输,从而泄露国家机密或商业秘密。为避免造成更大的损失,在提取电子证据时应迅速、及时。另外,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》规定了当事人举证的时限,在举证期内不提交相关证据,则视为放弃举证权利。收集证据是一项时间性较强的工作,若因拖延不及时收集固定证据,则可能因证据的灭失而承担举证不能的败诉风险。

(二) 电子证据的收集方法

电子证据不同于传统证据的形式,那么它在取证的程序及思路上也与传统的取证方法不同。

第一,通过一定的技术手段,将电子数据以法定的证据形态或是法庭可以采纳的证据形式固定。法定的证据形态一般是可见、可感知的物质形态,而电子证据原本只是一种磁或者电的脉冲,只有通过一定的技术手段转换为可感知的形态,才能具有证据的形式,也才能在法庭上作为证据展示。有关输出文件必须在以下前提下才具证据形式:(1)输出该数据的计算机必须是该证据的原始存储处。(2)该数据在输入和输出时计算机的运作状态良好。具备了这两个前提,电子数据才被固定为具有证据形式的证据材料^[2](第 28 页)。

对于某些非文档(如多媒体视听资料)的电子数据的原件,须借助一种更为可能的高容量载体,如电脑光盘,除了按照严格的取证过程,这种载体介质宜适用一次性只读光盘(CD-ROM)来刻制为佳,以最大程度减少采用多次可写光盘(CD-RW)的可被擦写修改的风险,保证这种取证的绝对固化的效果,再回归到法庭的相关设备的还原举证,系统达到完善的证明信息的司法传递^[3](第 514 页)。

第二,对于电子商务的贸易双方而言,可以收集并提取网络服务商储存的资料。由于网络服务商具有资料保密和存储的义务,对于用户和数据采用密码方法或其他方法给予特殊保护,所以当贸易双方发生纠纷时,可以将存放在网络服务商那里的电子档案作为有效的诉讼证据。

第三,电子证据的诉讼保全。我国《民事诉讼法》第 74 条规定:“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,诉讼参与人可以向人民法院申请证据保全,人民法院也可以主动采取保全措施。”在网络环境下维护权利人的利益,规范网络环境秩序,除当事人申请外,法院也可以适当地主动采取保全措施。对于电子证据的诉讼保全分为诉前证据保全和诉讼证据保全。

电子证据的诉前保全问题,最高人民法院参照《民事诉讼法》第 74 条,同时参照 TRIPS 协议的相关规定精神制定了《关于诉前停止商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》(以下简称《诉前保全解释》),其中明确了诉前证据保全的规定,依该规定当事人申请电子证据保全应当具备的条件是:申请保全电子证据的具体内容、范围、所在地点;请求保全的证据能够证明的对象;申请的理由,包括证据可能灭失或者难以取得,且因为客观原因不能收集的具体说明。该解释第 11 条规定,法院对保全申请应审查:被申请人正在实施或者即将实施侵权行为;不采取保全措施会给申请人的合法权益造成难以弥补的损失;提供担保的情况;采取保全措施是否损害社会公共利益。诉前证据保全的开展,目前处于初始阶段,有许多问题有待进一步研究与完善,因此,最高人民法院对于诉前证据保全的态度是“稳妥、慎重”,但并不限制对诉前证据保全的适用。

电子证据诉讼保全,对于法院来说,是面临一个全新课题。法院除了要选择相关的备份程序、收集磁盘等物质载体为目标,并且对相关的使用人制作者进行必要的询问外,还应在专家的指导下开展相应的保全工作。在保全过程中不可避免地要碰到各种各样的技术问题,而专业人员能够帮助法院最大限度地获取相关资料,并能进行司法分析,帮助恢复残留数据和其他隐藏或丢失的数据,通过制作镜像拷贝来将被删除的文件或其他残留数据在硬盘驱动器和软盘上得到恢复。

第四,电子证据的公证保全。公证证据的证明力高于一般证据。我国《民事诉讼法》第 67 条规定:“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据。”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条规定了公证文书的证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。在涉及网络电子证据的纠纷案件中,由于电子证据本身具有易复制、易改动、易销毁的特

点,当事人收集证据非常困难,对所取得的电子证据的真实性以及收集证据方式的合法性证明更加困难,因此,越来越多的当事人采取申请国家公证机关公证保全的方式取得电子证据。

二、电子证据的可采性

电子证据的可采性即该证据的证据资格,它涉及何种证据能够进入诉讼程序或其他证明活动的问题,或者说,何种证据应被排除在诉讼程序或其他证明活动之外的问题。一种事实材料具有证据资格,必须满足两个条件:一是当法律对该证据形式有特定要求时,该事实材料符合这种特定的形式要求;二是该事实材料的调查收集及程序符合法律的要求。对证据资格的考查,也应从这两方面进行^[4](第 32 页)。

(一) 民事诉讼中电子证据的形式合法性考查

电子证据的形式合法性是指电子证据必须符合法定形式。电子证据是以无纸化形式生成、存储、或通讯的信息,它可利用多种技术,复合声音、图像、文字等多种形式,完整、准确、连续地反映案件事实。目前我国对电子证据的归类尚有争议,而诉讼理论界大部分将其归入视听资料,以作为我国法律认可的证据之一。我国《合同法》规定了签订合同可以采用书面形式,而数据电文是书面形式的一种;《电子签名法》第 7 条规定:“数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者存储的而被拒绝作为证据使用。”因此数据电文是符合法律规定的合法形式。

(二) 民事诉讼中电子证据的收集方法及程序的合法性考查

电子证据的取证主体、形式及收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。电子证据的合法性特别体现于其生成、传递、存储、显现等方面,它在运行各环节容易出现对言论自由权、隐私权等公民基本权利的侵犯,因此,合法性是电子证据可采性的一个重要标准。世界上绝大多数国家对于非法证据并不一律排除,我国也规定了有限的非法证据排除规则,对于电子证据而言,凡是其生成、取得等环节不合法,且其不合法程度足以影响证据真实性的,或者足以影响某一重大权益的,则可考虑对其加以排除^[5](第 120 页)。无论是当事人还是法院,收集证据的方式、手段、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。

因信息系统的复杂性和多样性,法律还无法对信息系统环境下的取证程序和方法作出正面的规定,一般只要不违反取证所列明的非法情形就推定取证合法。在取证时需要注意相关的问题:

1. 通过非法软件生成的电子文件不具合法性

非法软件包括非法制售和非法录制的软件。我国《国家版权局关于不得使用非法复制计算机软件的通知》、《计算机软件保护条例》、《关于计算机软件著作权管理的通知》等一系列的行政法规都要求企业不得使用非法软件。软件的合法与否直接关系到电子证据是否符合合法性标准。在民商事活动中诚信原则是一项基本的原则,因此,对于非法软件所生成的电子文件在民事诉讼中,一般不得采纳。

2. 通过非核证程序生成的电子文件不具合法性

这里的核证程序是指由法定机关对有关应用软件按一定的标准和步骤进行审核,审核合规就签发相应证书的程序。如根据信息产业部《软件产品管理办法》第 7 条规定,软件产品实行登记和备案制度。未经软件产品登记和备案或被撤销登记的软件产品,不得在我国境内经营或者销售。软件产品获得软件产品登记证书并经信息产业部通告,则软件产品通过了核证程序。通常情况下,由通过核证程序应用软件生成的电子文件推定其具有合法性^[6](第 80 页)。在我国国家主管部门未全面对计算机程序在电子商务活动中的使用作出规定,仅有一些电子商务辅助活动使用计算机程序或软件作出了核证的规定。从电子商务发展的角度来看,对于计算机程序提高审核许可力度只是迟早的事情。

3. 通过窃录方式获得的电子证据不具合法性

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 68 条规定:“以侵害他人合法权益或者违反法律

禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。”我国的司法审判历来存在“重实体,轻程序”的传统,对实质正义的追求往往蜕变为追求功利性质的结果正义,违反程序正义侵犯公民权利的事件时有发生,从根本上危害了法律正义。在民事诉讼中,通过安装窃听装置等方式窃录获得的证据,采用了法律所禁止的方法,另外,有些则是秘密侵入他人计算机系统而取得他人计算机内的资料,这些方法均违反了法律的规定,往往也侵犯了他人的合法权益,如果这些证据没有排除的话,就会造成整个社会的信任危机,也很难保证这些证据的取得时没有经过人为的删减。

1995年3月6日最高人民法院《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》中指出:“证据的取得必须合法,只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不能作为证据使用。”该批复将录音取得证据的合法性限定于经对方同意,未经对方同意而私录的就不具有合法性。但在现实生活中,民事诉讼当事人虽然明知道证据的所在,但却不能通过正当的途径来获取,迫不得已只能采用私下录音的手段来取证,以其保护自己的利益,当事人双方采用私自录音的方式将与他人间相互谈话的内容固定,与有关立法也没有抵触,因此不属于违法行为,也不属于任何法律追究的对象(涉及公民个人隐私或商业机密除外),如果对这种取证方式采取一棍子打死的态度,显然有失公平,特别是我国的证据制度尚不完善,当事人取证环境还不理想,故对民事诉讼当事人取证的方式不宜苛求。

在民事诉讼中,通过窃录的方式与私录的方式取得的证据应不同对待。通过窃录的方式取得的电子证据,违反了法律的禁止性规定,不能作为认定案件事实的依据。通过私录的方式取得的电子证据,是指没有经过对方同意私自录制谈话资料。一般来说,在婚姻、合同等民商事案件中,当事人未经对方许可私录谈话内容,仅仅侵犯的是对方的同意权,并不侵犯其他权益。只要该行为不违反法律的一般禁止性规定,没有侵犯他人的合法权利,也没有采用法律所禁止的方法,则该证据应作为认定案件事实的依据。若该行为侵犯了他人的隐私权等,或者采用了法律禁止的方法,具体来说采用了胁迫的手段、擅自在他人住宅内安装录音、摄像设备,或者录制过程侵害了社会公共利益或者社会公德等,则该证据不具合法性,不能作为认定案件事实的依据。这样规定扩大了公民自我取证的渠道,增强个人的法律救济能力,从而最大限度地保障公民自身的合法权益,而这也正是法律正义所追求的目标。

三、电子证据的证明力

(一) 电子证据证明力的内容

证明力也就是证据力,是指证据在证明待证事实上体现其价值大小与强弱的状态或程序。不同的诉讼证据制度,对于证据证明力的确定方式也不一样。在我国,证据的证据力取决于证据同案件事实的客观内在联系及其联系的紧密程度。一般地说,同案件事实存在着直接的内在联系的证据,其证据力较大;反之则证据力较小。也就是说,根据我国的证据理论,证据的证明力取决于该证据是直接证据还是间接证据。直接证据是指同案件主要事实是直接的证明关系,它的证明过程比较简单,只要查明直接证据本身真实可靠,就可弄清楚案件的事实真相;而间接证据是指与案件主要事实有间接联系的材料,它只能佐证与案件有关的个别情节或片段,而不能直接证明案件的主要事实。但把若干间接证据连接起来,经过综合分析和推理,对于查明案件主要事实也具有十分重要的作用。因此,如果查明一项电子证据自生成以后始终以原始形式显示或留存,同时如果该证据与案件事实有着内在的、密切的联系,则其为直接证据;反之,若该电子证据不足以单独证明待证事实,则属于间接证据。

(二) 电子证据证明力的审查

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”因此,法律上证据的证明力是源自法官内

心和一种主观判断,这种判断并没有一个明确的评价或衡量标准。电子证据的证明力,可根据电子证据与待证事项关联程度大小、可靠性和完整性三方面来考查。

1. 电子证据关联性程度

关联性是指证据与其所涉事实具有一定的联系并对证明事实有实际意义。电子证据要证明待证事实,需要查清电子证据与待证事实之间存在着内在的联系。在实践中判断电子证据与待证事实的关联程度,须从以下方面入手:(1)所提出的电子证据欲证明什么样的待证事实;(2)该事实是否是案件中的实质性问题;(3)所提出的电子证据对解决案件中的争议问题有多大的实质性意义。

2. 电子证据可靠性

可靠性是指电子证据内容上的真实性,它是电子证据的内在质量特征,它向电子证据使用者保证,电子证据与所要反映的事实是一致的。某一证据要保证其可靠性,必须在其运行的各个环节都有辅助证据加以证明。一般需从以下几方面进行正面的认定:首先须从电子证据的生成方面来考查其是否可靠。需考虑电子证据是否按常规程序自动生成或人工录入、生成或录入电子证据的系统是否处于正常控制下、自动生成电子证据的程序是否可靠、录入者是否按照操作规程并按可靠的操作方法合法录入等等。其次,须从电子证据的存储方面来考查其是否可靠。需考虑电子证据是否按科学的方法存储、存储的介质是否可靠、存储电子证据的人员是否公正、独立,存储电子证据是否加密、所存储的电子证据是否遭受未经授权的接触等。第三,须从电子证据的传送来考查其是否可靠。需考虑电子证据在传递、接收时所用的技术手段或方法是否科学、可靠,传递电子证据的网络运营商等中间人是否公正、独立,电子证据在传递过程中是否加密,有无可能被非法截获等。第四,须从电子证据的收集来考查其是否可靠。不同来源的电子证据其真实可靠性往往不同,即使是同种来源的电子证据,也可能因各种原因而具有不同的证明力。因此,考查电子证据的可靠性须考虑电子证据的收集者是否与案件有利害关系、收集提取电子证据的方法是否科学可靠。面对网络中浩如烟海的电子证据,收集者在决定取舍时所采用的方法是否科学可靠,所经历的过程是否客观合法等等。第五,须从电子证据在上述环节是否被删改过来考查其是否可靠。需考虑电子证据是否被伪造、是否被变造。对于电子证据有无删改的认定,应依法指派或聘请具有专门技术知识的人对其鉴定,然后依据鉴定结论来判断。

从侧面来讲,对电子证据可靠性的认定可转移为对其他因素可靠性的认定,通过对其他因素可靠性的认定来推定某一电子证据具有可靠性。常见的情况有三种:第一,通过认定某一电子证据所依赖的计算机系统具有可靠性,而推定该电子证据具有可靠性;第二,通过认定某一电子证据系由对其不利的一方当事人保存或提供的,而推定该电子证据具有可靠性;第三,通过某一电子证据系在正常的业务活动中生成并保管的,而推定该电子证据具有可靠性。

我国《电子签名法》第8条规定了审查数据电文作为证据的真实性应当考虑以下因素:“(1)生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性;(2)保持内容完整性方法的可靠性;(3)用于鉴别发件人方法的可靠性;(4)其他相关因素。”

3. 电子证据完整性

完整性是考查电子证据证明力的一个特殊指标,传统证据是没有这一标准的。完整性包括电子证据本身的完整性和电子证据所依赖的电子系统的完整性。电子证据本身的完整性涉及形式上的完整性和内容上的完整性。形式上的完整性是指电子证据必须保持生成之时的原状,包括格式调整在内的任何更改都将视为完整性受到损害。而电子证据内容上的完整性是指电子证据自形成之时起,其内容保持完整、未遭到非必要的添加或删除。非必要的添加或删除是指对电子证据进行了关键性的更改,但对在电子文件进行格式调整、加入页眉、页脚、注明来源、形成过程和取得日期等非关键性的更改,并不影响电子证据的完整性。

电子系统的完整性有三层含义:一是记录电子数据的系统必须处于正常的运行状态,如果系统曾处于不正常状态,则对数据的完整性构成了影响;二是数据记录必须在业务活动的当时或即后制作,而专

为某项目的如诉讼而制作的电子记录无法确保其完整性;三是在正常运行状态下,系统对业务活动必须有完整的记录,完整的记录是指数据电文信息、附属信息和系统环境信息要统一。

(三) 电子证据证明力规则

依据我国《电子签名法》第 7 条的规定,电子证据与其他传统证据相比,其证明力是等同的。而对于多份电子证据的证明力界定问题,一般遵守如下规则来判断证明力:

第一,经公证获得的电子证据,其证明力大于非经公证获得的电子证据。公证取证是指各方当事人为了以后诉讼的需要,请求公证机关通过公证的方式,预先将某项证据确定下来的方法。作为一种新型的法律服务,公证保全为收集保全因特网上的电子证据提供了一条有效的途径。基于公证机关的特殊性质和中立地位,我国法律对公证的证据承认其预决的真实性,除非有相反的证据外不得推翻。

第二,在正常业务活动中制作的电子证据,其证明力大于为诉讼目的而制作的电子证据。电子证据在正常业务活动中制作和为诉讼制作,其制作的目不同,证明力也不同。在正常业务活动中制作的电子证据,往往拥有可靠的信息来源、电子存储设备和完善的规章制度来保障。它的形成通过系统的核对,且为人们在实际业务活动中所信赖,因而一般可推定其属实。为诉讼目的制作的证据,难以杜绝制作者为胜诉而进行人为选择甚至造假的可能性,二者相比较而言,前者的证明力应当大于后者。

第三,一般情况下,由中立的第三方保存的电子证据,其证明力大于当事人保存的电子证据。在诉讼前电子证据既可能由当事人自己保存,也可能由第三方来保存。当事人在诉讼时往往会隐匿对自己不利的证据,而中立的第三方则可能较为客观的保管证据。由中立的第三方保管的电子证据,因为较为客观,所以证明力较强。

[参 考 文 献]

- [1] 秦 甫,陈显明,朱顺德,倪为明. 律师证据实务 [M]. 北京:法律出版社, 2000.
- [2] 周 菁. 从数据到证据——浅议电子证据的收集和审查 [J]. 广西政法管理干部学院学报, 2001, (12).
- [3] 程春华. 民事证据法专论 [M]. 厦门:厦门大学出版社, 2002.
- [4] 张其鸾. 浅析电子证据在民事诉讼中的应用 [J]. 天府新论, 2004, (12).
- [5] 何家弘. 电子证据法研究 [M]. 北京:法律出版社, 2002.
- [6] 姚太明. 关于电子证据可采性与证明力的若干问题探讨 [J]. 审计研究, 2005, (1).

(责任编辑 车 英)

Application of Electronic Evidence in China's Civil Litigation

NIE Shuo

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Biography: NIE Shuo (1970-), female, Doctoral candidate, Law School, Renmin University of China, majoring in law theory.

Abstract: Along with the arrival of the network age, related electronic issues bring challenges to our law of procedure and law of evidence. Not the same as conventional evidence, which has its unique expressing way, electronic evidence become a new evidence. The stipulations of existing laws in China are not sufficient to electronic evidence, which results in no unified standard as to evidential effect, admissibility and probative force of electronic evidence in juridical practice and juridical study.

Key words: electronic evidence; admissibility; probative force