

论民事电子证据 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_AE_BA_E6_B0_91_E4_BA_8B_E7_c122_483142.htm

一、电子证据的特点与传统的证据相比，电子证据有以下突出的特点：（一）精密性和脆弱性 即电子证据同时具有较高的精密性和脆弱性。电子证据以技术为依托，很少受主观因素的影响，能够避免其他证据的一些弊端，具有较大的科学性、真实性、可靠性和准确性。其所反映的民事法律关系的一定法律行为和事实更加直接和真实。另一方面，由于计算机信息是用二进制数据表示的，以数字信号的方式存在，而数字信号是非连续性的，如果有人故意或因为差错对计算机证据进行截收、监听、窃听、删节、剪接，从技术上讲难以查清。而且计算机操作人员的差错或供电系统、通信网络的故障等环境和技术方面的原因都会使计算机证据无法反映真实的情况。此外，电子证据均以电磁浓缩的形式储存，使得变更、毁灭电子证据极为方便，且不易察觉。在日益普及的网络环境下，数据的通信传输又为远程操纵计算机，破坏、修改电子证据提供了更便利的条件。（二）多媒性和复合性 电子证据作为计算机储存的信息表现形式是多样的，尤其是多媒体技术的出现，更使电子证据综合了文本、图形、图像、动画、音频及视频等多种媒体信息，这种以多媒体形式存在的计算机证据几乎涵盖了所有传统证据类型。（三）人机交互性和隐蔽性 电子证据的形成，在不同的环节上由不同的计算机操作人员参与，由于电子证据在人机交互方式下形成，所以，可能出现的问题就存在人、机两方面。电子证据在存储、处理的

过程中，必须用特定的二进制编码表示，一切信息都由这些不可见的无形的编码来传递。因此电子证据既受人、机双方的影响，又具有较强的隐蔽性，电子证据与特定主体之间的关系按照常规手段难以确定。此外，电子证据还具有便利、高效性、易于保存、占用空间少、容量大、传送和运输方便、可以反复重现、易于使用、便于操作等特点。

二、电子证据的可采纳性和采纳的必要性

电子证据的脆弱性使得其真实性和安全性受到威胁，在诉讼或仲裁中能否被采纳就成为证据法的难题。在电子商务中，传统的合同、提单、保险单、发票等书面文件被储存于计算机存储设备中的相应的电子文件所代替，这些电子文件就是证据法中的电子证据。书面文件可以长久保存，如有改动或添加，都留有痕迹，通常不难察觉，如有疑问可由专家通过司法鉴定加以鉴别。而电子文件则不同，它使用的主要是磁性介质，其录存的数据内容可能被改动，且一旦被改动又不易留下痕迹。另外，电子文件容易出差错，这些差错有些是人为原因，如计算机操作人员的过失，也有环境和技术方面的原因，如供电不均衡、计算机通信网络出现故障等。另外，电子文件一旦泄露给未经授权的人，将给用户造成很大的损失。从各国的立法看，各国证据法对证据的可采纳性的要求不完全相同，因此，电子文件在各国所遇到的难题也不尽相同。例如，许多国家在证据法中都要求提交原件，而电子文件是在计算机内传递，并以电子数据形式记录在计算机内，很难说这就是“原件”，至少不是传统意义上的有形“原件”。如果证据法只承认原件才能作为证据，副本或其他形式的文件不能作为证据，也将对电子证据的可采纳性造成困难。英美证据法是由大量而精

确的专门性规则构成的。其中的传闻规则和最佳证据规则就成为电子证据作为证据的阻碍。依传闻规则，证人以外的人明示或默示的事实主张及在没有证人作证情况下，向法院提出的书面材料上的事实主张，都属传闻证据，不能被采纳为证明其所主张的事实的真实性的证据。就书面文件而言，须由书写者作证。但电子文件系统由计算机自动处理存储，计算机不可能作证，故计算机输出的书面材料只能被视为传闻证据。依最佳证据规则，只有文件的原件才能作为书证被法院采纳。对电子证据而言，最原始的形式是储存在计算机内的磁性介质中的电子数据，无法被人识读。只有通过屏幕显示或输出文件才能为人识读，但后者只是一种抄录，不是原件。为了解决这些冲突，一些国家和国际组织已经提出计算机记录相当于书面文件作为证据的看法。英美两国也规定了若干例外。美国的判例法承认符合“商业记录”要求的计算机文件可被采纳为传闻证据，承认符合“商业记录”要求的计算机文件可被采纳为最佳证据，并允许当事人在证明其无从取得原件的情况下，可以使用抄本证明原件内容。国际组织为此也进行了大量的调查研究，对有关的问题提出了解决办法和建议。如联合国贸易法委员会建议：各国政府重新审查涉及使用计算机记录作为诉讼证据的法律规则，以便消除对其使用所造成的不必要障碍，确保这些规则符合技术的发展，并为法院提供适当的办法来评价这些记录中的资料的可靠性。《电子商务示范法》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。第8条规定：只要（a）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；（b）如要求信息展现，可将该信息展示给观看信息的人，就符合原件的规定。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。在绝大多数大陆法系国家，不存在传闻证据规则，任何证据都可被采纳，只不过立法中对电子证据未予规定而已。我国《民事诉讼法》第63条规定了7种法定的可采纳的证据，电子证据可归入其中的“视听资料”类，因为电子证据可显示为可读形式。另外，我国《民事诉讼法》也规定在提交原件确有困难时，可以提交复制品或副本。可见，我国法律在证据采纳方面的规定不构成将电子证据采纳为证据的障碍，只需在今后的立法或司法解释中加以明确规定。

三、电子证据的证明力

（一）电子证据一般情况下应作为间接证据使用

证明力是指证据对查明案件事实所具有的效力。按照证据于证明对象的联系来划分，可将证据分为直接证据和间接证据。直接证据，是指能够直接用以证明案件事实的证据。间接证据，是指不能单独或直接证明案件事实的证据，而是必须与其他证据结合起来，共同证明案件事实的证据。按照证据的来源为标准，可以把证据分为原始证据和传来证据。原始证据是指来源于原始出处的证据，即证据本身直接来源于案件的事实；传来证据是指从原始证据中衍生出来的证据。按照证据理论，直接证据的效力高于间接证据；原始证据的效力高于传来证据。但是直接证据和间接证据也是相对的，并且是以同一证明对象为标准的，因为不同的证明对象就有不同的直接证据和间接证据，不能把这一证明对象的直接证据与另一证明对象的间接证据混为一谈。那么，电子证据属于直

接证据还是间接证据呢？一些国家已通过法律法规对电子证据的证明力作出规定。如澳大利亚制定了《计算机和证据法》，在马来西亚，计算机信息可以作为初级证据，意大利制定了《通过公共服务部门以电子手段传递的单证可具有一定的法律价值》，挪威已修改了《会计法》及其他一些法规以认可计算机可读记录和凭证来代替传统记录和凭证的法律效力。还有一些国家制定了《贸易伙伴协议范本》等示范性的贸易伙伴协议，供当事人选用，这些范本中规定在当事人发生争议时，电子证据可作为证据来认定事实，处理争议。

可见，各国的做法并不相同。计算机存储信息在西方证据理论中通常根据其输出被人所感知的图像、声音、打印等形式而被收入文书证据。也有学者将其收为物证。但无论是收入书证还是物证，都是以形式的相似性为出发点的，都不能准确反映电子证据的特点。一般情况下，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“视听资料”类证据。视听资料按其来源也可分为原始的和复制的视听资料；按其所反映的内容与案件事实的关联为标准也可分为直接的和间接的视听资料。我国《民事诉讼法》第69条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”据此规定，视听资料一般来说不能单独、直接地证明待证事实，属间接证据的范畴。（二）电子证据可有条件的作为直接证据使用 电子证据与一般的“视听资料”相比又有着很大的不同。首先，电子证据与视听资料中的录音录像均需借助于一定的技术设备才能显示出来。但是，实

际上录音、录像等视听资料与电子证据在技术上有着本质的区别。前者是对声音、图像的记载，记录的是模拟信号；后者是用二进位数据表示的数字信号，可以记录包括录音、录像在内的多种内容。模拟信号之间的任何变化，在理论上说都是可以再现的，但数字信号根本不具有这种特性。其次，随着多媒体技术的发展，电子证据的外在形式越来越丰富，基本上可以涵盖所有传统证据类型，需要统一的收集、审查、判断的标准。第三，在电子商务中，传统的合同、票据等均保存在计算机存储系统中，如因此而发生纠纷，所有的证据均为电子证据即间接证据，则常常可能导致当事人因证据不足而得到不利后果的情况，不利于促进新技术、新经济的发展。基于以上考虑，笔者认为将那些依据法定形式准确、清晰打印出来的电子证据的证明力等同于书证或许更符合电子证据的特点和国际规范。首先，书证是指以文字、符号、图画等内容证明案件事实的证据，其特征不在于以其内容证明案件事实。电子证据虽然有多种外在表现形式，但都无一例外地以其内容证明案件事实，符合书证的特征。其次，我国合同法已经将传统的书面合同形式扩大到数据电文形式，不管合同采用什么载体，只要可以有形地表现所载内容，即视为符合法律对“书面”的要求。第三，1982年的欧洲理事会的《电子处理资金划拨》秘书长报告和1982年英国A.Kelman和R.Sizer的《计算机在法庭上的地位》中，就已经提出计算机记录相当于书面文件作为证据的看法。这些规定，符合国际贸易委员会建议采用的“同等功能法(functional - equivalent)”。因此，应将那些那些依据法定形式准确、清晰打印出来的电子证据的证明力等同于书证并作为原始证据

和直接证据使用，认可其具有独立证明案件事实的证据效力。北京市高级人民法院将包括录音录像资料和电子数据交换、电子邮件、电子数据等电脑贮存资料等都一概规定为视听资料；并规定用有形载体固定或者表现的电子数据交换、电子邮件、电子数据等电脑贮存资料的复制件，其制作应经公证或者经对方当事人确认后，才具有与原件同等的证明力。¹该规定即体现了上述精神。

四、电子证据的收集

（一）公证机关进行证据保全

《民事诉讼法》第67条规定：“经过法定程序证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外”。由于电子文件的不稳定性、易删改性等特点，纠纷双方为保证己方证据的真实性、可靠性，在向法庭提交证据时大都采用了公证方式。网络侵权纠纷中，原告方的重要证据毫无疑问就是侵权方网页上的内容。被告方反驳对方诉讼请求的证据也多来自于网页。而电子商务纠纷中电子证据则是纠纷双方可能提供的唯一重要的依据。由于电子文件的不稳定性、易删改性等特点，纠纷双方为保证己方证据的真实性、可靠性，在向法庭提交证据时都不约而同地采用了公证方式。证据经过公证途径取得已经成为电子证据的主要取证方式。公证机关保全证据具有方便易行的特点。对于公证取证的费用，一般都是判归败诉方承担。其弊端在于诉讼成本过高，公证取证的客观性、合法性常常会受到质疑。

（二）人民法院调取和保全

《民事诉讼法》第六十四条第二款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”第六十五条规定：“人民法院有权向有关单位和个人

调查取证。”第七十四条规定：“在证据可能灭失或者难以取得的情况下，诉讼参加人可以向法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。”此规定除赋予人民法院自行收集证据的权利之外，还规定了法院依当事人申请或依职权主动进行证据保全的条件。在一般民事诉讼中，只要符合法定条件，当事人一方就有权申请证据保全。法院经过审查批准后，无需通知对方到场，就可由法院直接取得证据并发生法律效力。法院行使审判权与当事人行使诉权，是民事诉讼法律关系发生的基础。国家通过法律授权法院以国家名义干预民事诉讼活动，是法院获得民事案件裁判权的根据。法院正确行使审判权的标准，就是依照诉讼法规定办事。《民事诉讼法》中关于法院有权直接调查收集证据、批准当事人关于证据保全的申请及法院有权“主动采取保全措施”的规定，同样应该适用于网络纠纷案件的取证。证据保全的法定条件，就是民事诉讼法所规定的“证据可能灭失或者难以取得的情况”。而网上的文件证据，由于其电子文本之特性如上网密码由单方掌握，随时可以上载、下载或删除等等，完全符合“可能灭失”的条件；网络文件的另一特性，一方取得后难以证明其法律效力，则又符合了“当事人因客观原因不能自行收集”或“难以取得”的条件。法律规定的“诉讼参加人可以向法院申请证据保全”，应理解为诉讼参加人单方的法定处分权利，即不管对方是否事先知道、同意或事后是否承认，另一方当事人都有权提出保全申请；该申请得到法院批准并取得的证据，不管对方是否到场参加取证过程，法律当然承认该证据的效力。该条同时规定：“人民法院也可以主动采取证据保全措施。”以上规定给法院依职权取得

证据提供了充分的法律依据。五、电子证据的审查判断（一）电子证据的采信规则 间接证据虽不能单独、直接地证明待证事实，但在电子商务、网络侵权争端的仲裁或诉讼中却具有很重要的意义。《电子商务示范法》1第9条第(2)款规定：“对于以数据电文为形式的信息，应给予应有的证据力。在评估一项数据电文的证据时，应考虑到生成、储存或传递该数据电文的办法的可靠性，保护信息完整性的办法的可靠性，用以鉴别发端人的办法，以及任何其他相关因素。”而间接证据必须符合以下条件：（1）、必须有足够数量的间接证据形成一概完整的证据链条，次链条是合乎道理、无懈可击的；（2）、间接证据所证明的事实案件事实本身有关联；（3）、间接证据应协调一致，排除合理的怀疑。因此，如何审查判断电子证据的真实可靠和如何与其他证据结合起来认定案件事实将是最主要的。电子证据双重性使得运用其定案时更应加强审查判断，才能保证及时准确地查明案件的真实情况。对作为证据的电子文件，其内容是否被计算机网络入侵者或由用户自己篡改、伪造过的审查，将是对电子证据进行审核的最主要工作。主要包括以下几点：1、电子证据的出示方式 电子证据必须以某种形式提交法庭并听取双方当事人的意见，才能作为定案的依据。电子证据的多媒性使得其可以多种形式在法庭上展示。举证时应注意：（1）、电子证据不一定必须打印输出，可以多种形式输出并用，以加深法官的理解；（2）、举证方应书面说明电子证据的取证方法、过程和来源；（3）、应保证电子证据的完整性，对完整的电子证据中不必要的部分也不应删去，以避免对证据的可靠性产生怀疑，涉嫌篡改证据。2、审查电子证据的真实性 对电子

证据的审查判断，依照《电子商务示范法》第9条的规定，应考虑到生成、存储或传递该数据电文的办法的可靠性，保护信息完整性的办法的可靠性，用于鉴别发端人的办法，以及任何其他相关因素。这些有赖于计算机的数据分析报告和专家的鉴定结论，还须结合有关当事人，主要是录入、发送该信息及负责发送该信息的人员的陈述进行审查，以辨明真伪。如电子证据能够与其他证据相一致，或电子证据间能够相互印证且并无相反的其他证据，共同指向同一事实，那么，就可以认定其效力。应注意查明电子证据的来源、形成的时间、地点、制作过程及设备情况，有无伪造和删改的可能等。

(1)、一般来说，由第三方(如中间商或网络服务商)来储存记录或转存的计算机证据具有中立性，在诉讼中的证据效力高于来源于当事人双方的举证；(2)、有关事实和行为发生时留下电子证据的效力较以后专为诉讼的目的而形成的电子证据更为真实；(3)、依赖于官方的计算机系统制作，以合乎情理的形式产生的证据或是有权机构依据法定程序提供的证据，证明力较强；(4)、对电子证据所基于的平台、应用软件、传输技术等特征要给予特别关注，这些特征将对电子证据的认定产生直接的决定性作用。系统安全性高、操作过程可靠的计算机产生的证据可靠性较强。

3、审查电子证据的合法性 包括审查收集手段是否合法和形式要件是否合法两部分。违反法定程序收集的证据，其虚假的可能性比合法收集的证据要大得多。因此，在审查判断电子证据时，要了解证据是以什么方法、在什么情况下取得的，是否违背了法定的程序和要求，是否符合法律规定的形式要件，这样有利于判明证据的真伪程度和效力。

4、审查电子证据的关联性查

明电子证据反映的事件和行为同案件事实有无关系，只有与案件相关的事实或逻辑上是相关的事实才能被认为是证据。电子证据要证明待证事实，还需要审查认定电子证据与待证事实之间存在内在的联系，即有着相关性。例如，只有确定电子化合同上的签字系当事人所为，该合同才能被采纳为证据。对合同签字的确认，除根据密码进行识别外，还应结合其他相关证据，如有关的交易记录加以判断。确认签字的目的在于确认该合同与本案待证事实有相关性，从而可根据该合同的有关内容证明待证事实。

5、结合其他证据综合审查判断

对于电子证据的综合审查判断，除遵守一般的审查判断规则外，应当充分围绕计算机系统就同一事件或行为的各种电子数据形式的证据之间进行印证、比较，以判明其真伪。还应结合其它证据形式进行审查。如审查电子证据中有无数据、图表等反映的事实，同有关书证、物证、证人证言进行分析，综合考察，明确是否互相吻合，是否有矛盾。如果与其他证据相一致，共同指向同一事实，就可以认定其效力，可以作为定案根据，反之则不能作为定案根据。这要求具备基本的计算机专业知识，并且鉴于专业性限制，注意专家意见，加大使用技术鉴定的力度。

（二）对公证电子证据的审查判断

公证在电子证据的使用中发挥了重要的作用，重视公证的证据作用，可以保证证据的客观真实性，有利于案件审理的顺利进行。但是公证证据存在的问题，也不容忽视。

1、公证中的引诱行为应慎重对待

公证是公证机关对某一行为或事实作出的客观真实的法律行为。公证证据产生的法律后果是重大的。因此，要求公证行为必须符合法律、法规和规章的要求，公开、公正、客观、真实和全面地证明某一法律行为

、法律事实和文书的真实情况。但有的公证机关的公证人员在履行公证行为时，常常与申请公证的一方当事人或当事人委托的律师一起，采取引诱的手段来获取公证证据。如某公证证明甲公司在销售电脑过程中，未经著作权人乙公司的授权，为向其购买电脑的客户非法预装或拷贝了乙公司享有版权的计算机程序。乙公司通过公证取得甲公司在销售电脑过程中为购买电脑的客户非法预装或拷贝了乙公司的计算机程序的公证证明后，向法院起诉甲公司侵害了其计算机程序的著作权。法院在对该公证证据进行审查过程中发现，乙公司的委托代理人和公证机关的公证员第一次去甲公司购买电脑时，要求甲公司预装或拷贝乙公司的计算机程序被拒绝后，第二次去时又提出与第一次相同的要求和作出相应的承诺后被告才为其预装了其要求的计算机程序。根据《办理公证程序细则》第三十条规定：在办理公证中公证机关“发现当事人或其他单位、个人有违法行为时，应教育制止。”而在本公证中，公证员对原告的引诱行为不仅不制止，反而两次参加购买活动。根据《民事诉讼法》的有关规定，收集证据必须采取合法方式。这种采取引诱的方式完成的公证证据，既不符合民诉法的规定，也违背了《办理公证程序细则》的要求。《民事诉讼法》第67条规定：“经过法定程序证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”因此，只要有证据证明公证行为违反民诉法和公证程序规定的法定程序得出的公证，应当认定为无效公证。尤如因引诱或欺骗行为录制的录音证据一样属于无效证据。

2、公证行为应具有公开性

公证行为的公开性是保证公证行为合法、客观和真实的前

提。如果公证行为缺乏公开性，必然导致人们对公证证据所证明的法律行为、法律事实和文件真实性的怀疑。如上述案例中，公证员在购买电脑的公证行为过程中，自始至终没有暴露其公证员的身份，对所购买的电脑亦未进行现场封存。在法庭对该公证证据进行质证时，甲公司就提出公证机关在公证行为完成后未公开其身份，公证书所附的发票仅载明购买电脑一台，没有任何证据能够证明在被告处购买的电脑与在公证处封存的电脑是同一台电脑，亦无法证明公证行为所购买的电脑中预装了原告公司享有著作权的计算机程序。众所周知，侵害计算机程序著作权的侵权行为隐蔽，行为手段狡猾，当事人举证和法院取证困难，要求公证员在进行公证行为时必须公开其身份是不现实的，法院在确认公证证据的效力时，对此不应苛求。在审查公证证据时主要是对公证员在完成公证行公证员身份，是否对公证物品进行了现场封存进行认真审查。如果公证行为完成时公证员仍未向相关方当事人公开其身份，则必然会引起对公证员是否对公证证明的法律行为和法律事实亲自进行了调查核实的疑问；对公证物品未进行现场封存，就不能排除一方当事人将其购买的物品交到公证处进行公证，而公证员并未到现场对其所公证的法律行为或法律事实进行调查核实，同时也不能排除申请公证的当事人对提交公证的物品做手脚的可能性。对公证中存在公证员在公证行为中未公开其身份，对公证物品没有进行现场查封，发票记载内容不全等问题较多的公证，法院不能在诉讼中直接确认这类公证的直接证据效力，而应当要求作出公证的机关进行说明、复查和补证或建议公证部门撤销其公证。

3、对事项不清、内容不明的公证的处理

公证机关在办

理电子证据保全公证时，应当注意把握其特殊性，采用购买或索取实物，现场拍照、摄像询问证人、记录或录制证人证言等方式，全面客观地反映真实情况。公证书应当记明申请保全的时间、地点及方式等内容。保全证据时所拍摄的照片、录像带、实物及发票，应在清单中列明。如某公证处按原告的要求，到被告处对侵权计算机程序进行公证证明时，被告给其购买计算机软件开具的发票内容为资料款，这与公证书证明该发票系原告从被告处购买侵权软件的事实明显不符。被告有经销计算机类图书的营业范围，被告认为原告从其购买的是图书而非软件。在诉讼中公证机关无法对该公证进行补证，法院通过对公证的软件进行演示检查，程序中又没有发现能够证明被告侵权的任何其他证据，对这样的公证，要将其作为证据直接予以认定不妥当的。还有一些证明计算机程序侵权软件的公证，公证机关在购买计算机软件时，未要求销售方在发票中明确其所购买软件的具体名称，而仅注明软件二字，公证内容不准确，公证证据达不到要证明某一法律行为、法律事实和文书的目的，同时也引起当事人对公证的证明力产生疑异。以上对民事电子证据进行了分析和论证，对于刑事、行政诉讼中的电子证据也应归入视听资料证据，并应附有关于制作过程的文字说明，由制作人签名或盖章。科学的进步和技术的发展，要求我们必须调整现有的证据规则，建立适合我国国情并符合国际惯例的证据制度。

王亚林，男，法学硕士，证券律师，高级律师。1986年起从事专职律师工作，安徽亚太君安律师事务所主任，安徽大学法学院兼职副教授，中国法学会、中国版权研究会会员。从业以来，在国内公开学术刊物发表5000字以上论文30多篇；发

表其他仲裁文章40余篇；主要著作有《行政复议的理论与实践》（18万字安徽人民出版社出版）。范胜兵，男，法律硕士，安徽亚太君安律师事务所律师，主任助理。1999年从事律师工作。办公地址：合肥市沿河路113号司法大厦601TEL：0551-5522599、5527229FAX：0551-5524111E-MAIL：YTWYL@163.NETPC.230022

。----- 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com