

电子商务秩序中电子证据的分析电子商务师考试 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/645/2021_2022__E7_94_B5_E5_AD_90_E5_95_86_E5_c40_645527.htm

电子证据是维护电子商务当事人合法权益、“定纷止争”的凭据。对于电子证据的归属，学理上先后出现了“视听资料说”、“书证说”、“物证说”、“独立证据说”、“四分法说”、“七分法说”等。在目前的司法实践中，基本上是按照书证或视听资料来对待电子证据的，证据力偏低。电子证据具有与已有的七类证据所不同的特点，应当尽早明确其可采性和证明力，根据不同电子文件的载体、证明方式、对介质的依赖程度特别是其安全强度等进行具体分析，确定不同的认定标准，以维护电子商务秩序。电子证据是维护电子商务当事人合法权益、“定纷止争”的凭据。证据的存在本身是一个事实问题，依靠调查、质证即可查明究竟，但证据的可采性和证明力却是一个法律问题。“由于在电子商务中确定交易各方权利和义务的各种合同单证都采用电子形式，电子证据的可采纳性、电子证据的证明力及其审查判断规则就成为亟待解决的法律问题。”

一、电子证据的概念和特征

对于电子证据，目前尚无较统一的定义，既无明确的法律文件中的定义，也无统一的司法实践中的和较统一的学术界的定义。在这种情况下，在赋予“电子证据”这一“能指符号”以含义时，就应当根据该“能指符号”所使用的词句，按“通常理解原则”予以处理，以尽可能地使其符合通常的语言规律和思维习惯。顾名思义，电子证据是以电子形式表现出来的证明材料，即以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存

的数据电文证据及其派生物(教学案例, 试卷, 课件, 教案)。这个概念是广义的。在广义上, 电子证据的表现形式为电子数据交换、电子签名、电子认证、电报、电传、传真、电子邮件、电子留言、电子聊天记录、电子公告、手机短信、电话通讯单、电子资金划拨、电子账目、数据库等一切以电子形式表现出来的证明材料。以武汉大学黄进教授为代表的一批有志于研究电子商务问题的学者, 先后从2001年年初开始, 在广州、武汉等地举行了《中国电子商务示范法》研讨会, 并起草了学术研究性质的《中国电子商务法(示范法)》草稿和正式稿。²采用的也是广义的电子证据概念。《中国电子商务法(示范法)》第一次正式稿第六章“电子证据”部分第一条第(一)项对电子证据的界定是, “‘电子证据’指以电子形式表现出来的、用以证明案件事实的一切材料。”³在狭义上, 电子证据是指计算机证据, “电子证据即网上证据, 也被称为计算机证据, 是指在计算机或计算机系统运行过程中产生的以其记录的内容来证明案件事实的电磁记录物。”电子证据的“元特征”是“以电子形式表现出来”。有学者指出, “无纸、快速、量大、易复制、易流失是信息技术的特点, 也是电子证据的特点”。⁵但是, 实际上, 电子证据中的电文证据(电报、传真等)并非严格意义上的“无纸”化证据。除了电报、传真等电文证据之外的电子证据, 具有以下特征: 第一, 以电子形式表现出来, 即以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存。第二, 取证和认定存在一定的困难, 难以区分原件和复制件。第三, 有一定的证明能力, 但是证明力具有一定的不确定性。

二、电子证据的可采性和证明力

电子证据之所以能够作为证据使用, 是

因为其具有可采性和一定的证明力。证据的可采性是指证据的“证明能力”，即“可接受性”，也就是证据的客观性、关联性和合法性问题。电子证据以电磁或其他形式储存在一定的介质上，可以通过一定的手段将其表现为文字、图片、视频、数据等能够为人们所感知的信息，其形成、保存和传输、再现都具有一定的客观性。其内容也会与电子商务往来事实之间存在一定的关联性。只要在收集电子证据时再符合合法性要求，就完全具备客观性、关联性、合法性，因而具有可采性。电子证据的可采性目前已经得到了公认。1996年联合国国际贸易法委员会《电子商业示范法》第9条“数据电文的可接受性和证据力”⁽¹⁾明确了电子信息的证据效力和评价标准，指出：“在任何法律诉讼中，证据规则的适用在任何方面均不得以下述任何理由否定一项数据电文作为证据的可接受性：(a)仅仅以它是一项数据电文为由，或(b)如果它是举证人按合理预期所能得到的最佳证据，以它并不是原样为由。”⁶美国《统一电子交易法》(1999)第13条规定了电子证据的可采性，“在诉讼程序中，记录或签名的证据不得仅仅因为其电子形式就被排除。”⁷我国的法律也是承认电子证据的可采性的。例如，我国《合同法》(1999)第十一条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文(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。”根据《电子签名法》(2004)第四条的规定，“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。”证据的证明力，简称“证据力”，是指证据的证明价值、证明效力或作为证据使用时的分量。我国《民事诉讼法》对于电子证据没有明确规定。

根据《民事诉讼法》第六十三条的规定，证据有下列几种：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录。有不少研究者认为电子证据应属于视听资料，认为，“电子证据应当是视听资料的一种”，⁸但也有观点认为将其归入“书证”似更合理。⁹还有的学者，根据电子证据通过以电磁或其他形式储存的资料以证明案件事实的特点，认为电子证据“是一种介于物证与书证之间的独立的证据。”相关立法和司法实践也各不相同。根据《合同法》第十一条的规定，以及《电子签名法》第四条的规定，数据电文被视为书面形式。《电子签名法》(2004)第四条关于将能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式的规定，基本上是《合同法》第十一条关于“书面形式是指合同书、信件和数据电文(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”的规定的一次重申。北京市高级人民法院《关于办理各类案件有关证据问题的规定(试行)》(2001年9月17日印发，自2001年10月1日起试行)和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2001年12月21日公布)将EDI、E-mail、电子数据、计算机数据归入视听资料。北京市高级人民法院《关于办理各类案件有关证据问题的规定(试行)》将EDI、E-mail和电子数据归入视听资料。其第3条规定，“证据的种类有：……(7)视听资料(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)。”¹¹最高人民法院也是把计算机数据作为视听资料来对待的，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(2001年12月21日公布)第二十二条将计算机数据证据归入视听资料，规定：“调查人员调

查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。”这样就出现了法律(合同法和电子签名法)将数据电文视为书面形式，而司法实践、司法解释将计算机数据等归入视听资料，学者聚讼盈庭的现状。那么，电子证据究竟应当属于书证还是视听资料，抑或是物证或者其他证据形式?虽然所有的证据都必须查证属实，才能作为认定事实的根据，但是根据《民事诉讼法》第六十九条的规定，“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。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(2001年)第七十条规定，一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：“(一)书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本。(二)物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等。(三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件”。可见，视听资料的证据效力比起书证、物证来，限制条件更加苛刻，具有更强的不确定性，更加模棱两可。书证、物证可以单独作为认定案件事实的证据，而视听资料如果没有其他证据佐证则不能单独作为认定案件事实的根据。在审判实践中，电子证据不仅证明力偏弱，而且举证相对艰难。“一家审理过多起网络著作权纠纷案件的法院在一份调研报告中说，“拥有著作权的关键是要拿出‘原件’，但在网络环境中，‘原件’概念的内涵和外延都已经发生了变化，在一些数字化作品中，甚至存不存在原件都成了问题。电子文档可直接在电脑上输入完成，数码照片也一般都是通过光

盘等来保存，复制件和原件是由同样的数字表达，几乎是没有任何差别，这些作品究竟有没有原件？原件是什么？这些问题都需要进一步探究。面对网络世界，传统证据形式的证明力似乎有些苍白无力了。”¹²该文所述虽是网络环境下著作权案件审理中的尴尬，但实际上揭示了所有电子文件在证明力方面所遇到的问题。

三、对电子证据法律定位的思考

证据的法律定位具有重要的理论和实践意义，因为这牵扯到证据的可采性和证明力。学理上先后出现了“视听资料说”、“书证说”、“物证说”、“独立证据说”、“四分法说”（将电子证据分为书证、视听资料、勘验检查笔录、鉴定结论）、“七分法说”（认为电子证据不是独立的证据种类，应分别纳入传统的七种证据种类之中，例如电子书证、电子物证、电子视听资料等）等。¹³我国现在的民事诉讼，特别是合同纠纷案件司法实践，基本上是按照书证或视听资料来对待电子证据的。也就是将电报、电传、传真等以纸张为载体，以记载的思想内容来证明案件事实的电文证据，作为一种类似于副本、复印件的书证对待，效力低于原件书证。而将计算机数据等电子数据证据作为视听资料来对待。应当说，将电报、电传、传真等电文证据作为书证来对待是有一定道理的，只是目前所赋予其的证据力偏低。而将计算机数据证据按照视听资料来对待则有失偏颇，有削足适履之嫌。视听资料是以活动的音响、图像动态地连续地反映案件真实情况的，而除了电子视频之外，电子数据交换、电子邮件、电子留言、电子聊天记录、电子公告、数据库和电子签名、电子认证等计算机数据证据却并非以活动的音响、图像动态地连续地反映案件真实情况。认为电子证据是普通七类证据电子化的主张

，清醒地看到了电子证据与已有七类证据的交叉关系。但是，仅仅注意到电子证据的多样复合性是不够的，既然承认电子证据是七类证据“电子化”的结果，就要承认“电子化”本身就是电子证据一切特点的“源泉”。已有七类证据都有可能以电子化的形式出现，这是一个客观事实。但是，电子证据具有与已有的七类证据所不同的特点。电子证据应当是一种独立的证据种类。原因在于：电子证据具有独立的表现形式。电子证据具有自成体系的证据规则。电子证据不可能纳入任何一种证据种类之中。内容、形式、规则等是现行实在法区分证据种类的根据。其中，内容是次要的，因为不同的证据可能具有相同的事实内容，可以用以证明相同的案件事实。形式差异是实在法区分证据种类的主要根据，规则的差别是形式差异在证据法上的反映。从证据法有关证据种类的规定来看，形式规则占绝大多数，这也是证据合法性的要点所在。电子证据内在的电子介质和外在的信息技术设备是其他任何证据种类没有的表现形式，而正是这种特殊的表现形式构成了电子证据特殊规则的主要根据。鉴于其具有虚拟、快速、便捷、易消逝或者篡改等特点，电子证据的收集、调取、提供、举证和质证具有不同于其他证据种类的规则，只有将其确立为独立的证据种类，才能形成系统的电子证据规则，发挥电子证据作为一种特殊证明手段的作用。不少国家制定了单独的《电子证据法》，例如《南非1983年计算机证据法》、《菲律宾电子证据规则》、《加拿大1998年统一电子证据法》等。如同我们不能因子女像父母而否认其独立的法律地位那样，我们也不能因电子证据类似传统证据种类的某个特征，而将其纳入某个证据种类或者将其肢解而后分别纳

入传统的证据种类之中。只有将电子证据确立为独立的证据种类，才能一揽子解决有关的证据法问题。14认为电子证据仅仅是普通七类证据电子化的主张，也已被我国的司法实践所否定，我国的司法解释已经开始逐渐对“计算机证据”、“电子邮件”加以明确规范。2002年6月4日最高人民法院审判委员会第1224次会议通过、自2002年10月1日起施行的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》，第一次规定了电子邮件等新类型证据的证明力。其第六十四条规定，“以有形载体固定或者显示的电子数据交换、电子邮件以及其他数据资料，其制作情况和真实性经对方当事人确认，或者以公证等其他有效方式予以证明的，与原件具有同等的证明效力。”我国诉讼法中对电子证据的长期立法缺位，不利于保护电子商务合同当事人的合法权益，不利于促进和保障电子商务的发展，不利于保护从事涉外电子商务交易活动的中国当事人。“无论从哪个角度上讲，电子证据都已经成长为一个十分丰富庞大的体系，尽管它还未得到中国法律的明确确认。”15将所有形式的电子证据一概而论地归入已有证据类型中的某一类，是不够科学(教学案例，试卷，课件，教案)严谨的。将电子证据看作已有证据类型的电子化，也失于简单化。解决我国诉讼法与电子证据的矛盾，就必须修改法律或者另行制定新的特别法，通过完善立法对电子证据的类型和效力问题做出明确的规定。建议在将电子证据作为单独的一类证据的同时，将“电子证据”划分为“电文证据”和“电子数据证据”两种，根据不同电子文件的载体、证明方式、对介质的依赖程度特别是其安全强度等进行具体分析，确定不同的认定标准。二者的共同点在于都是数据电文证据

，即都是电子证据。二者的不同点在于“电文证据”是指以纸张为载体，以纸张中记载的内容来证明待证事实的电子证据，包括电报、电传、传真等形式。而“电子数据证据”是指以电子、光学、磁或者类似性质介质为载体的，能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的电子证据。包括电子数据交换、电子邮件、电子留言、电子聊天记录、电子视频、电子音频、电子公告、手机短信、数据库、电子资金划拨、电子账目和电子签名、电子认证等形式。“电文证据”细类的提出，有利于弥补我国法律中尚未对电报、电传、传真等以纸张为载体，以纸张中记载的内容来证明待证事实的电子证据进行规制的缺憾。对于电子商务秩序中的电子证据，只要其具备信息的完整性、生成、传递和保持办法的可靠性等条件，应给予其应有的证据力。对于“电文证据”，只要符合一定的条件，应当赋予其与书证原件相同的证明力，而对于“电子数据证据”，应结合其生成、传输和保存系统的安全性、保密性和设备完好性进行确定，只要符合一定的条件，也应当赋予其与原始证据(原件)相同的证据力。

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