

论电子证据的理性真实观

刘 品 新*

摘要:在司法实践中,电子证据面临来自真实性方面的巨大挑战。法律界长期存在“易失真论”与“极可靠论”的争执。案例统计分析和座谈调研发现,传统观念分歧的背后隐藏着重大的偏见与偏差,亟待正本清源。基于法律与技术的交叉研究表明,认识电子证据的真实性应当从原件、具象、整体和空间的理性立场出发,遵循系统性原理、电子痕迹理论与虚拟场理论。同传统证据相比,电子证据具有更良好的真实性保障。这构成电子证据的理性真实观。树立这一新观念,有助于推动配套制度的创新。我国应当构建关于电子证据真实性的具有可操作性的判断标准,改造“谁主张,谁举证”的证明规则;在鉴定制度方面,应当开发超越纯技术领域的溯源性鉴定等新型鉴定方法。

关键词:电子证据 电子数据 真实性 证据规则 司法鉴定

一、问题的提出

伴随我国三大诉讼法的修正,电子证据入法成为程序法领域的重大突破。^①这是信息时代我国证据制度改革的大事件,是司法适应信息化社会的必然选择。然而,电子证据要想在司法舞台上真正发挥作用,还有赖于可行的配套制度的构建。而制度建设的前提是确立符合理性的电子证据真实观等基本观念。

作为一种高科技产物,电子证据仿佛带有与生俱来的真实性疑问。在司法实践中,控辩双方对电子证据是否存在伪造、变造情形容易习惯性地产生争议。对此应当如何处理?我国有关部门曾经作过零散的规定,但实际效果并不好。具体来说,最高人民法院2012年发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)第93条第2款规定:“对电子数据有疑问的,应当进行鉴定或者检验”。这一规定是对2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑证据规定》)第29条第2款的升级。^②司法解释的制定者解释说:“由于电子证据具有很高的科学技术含量,很难通过常规审查手段审查其内容的真实性,因此,如果对电子证据的真实性存在疑问,就应当进行鉴定。”^③然而,由于我国司法鉴定行业对如何开展电子证据真实性鉴定等问题还存在普遍性的疑问,因此上述解决方案似有“一厢情愿”之嫌。

在我国实务中电子证据真实性障碍难以得到解决,从表面看是由制度建设滞后造成的,但从深层次看,则应当归因于观念的冲突。放眼世界,先进的电子证据制度蔚然大观,代表性的立法例有加拿大的《1998年统一电子证据法》等10多部专门的法律和美国《联邦证据规则》等法典中电子证据的专款,它们均体现了相关规则与理性观念的有机统一。我国应当直面问题,从改变基础观念开始。

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员、中国人民大学法学教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX033)

① “电子证据”系法学术语,其意思等同于法条用语“电子数据”。本文在论述时统一使用“电子证据”,但在引用时却使用原文。

② 《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第29条第2款规定:“对电子证据有疑问的,应当进行鉴定。”相比较而言,《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的相关条款实际上是将前者相关条款中解决电子证据真实性的方法,由“鉴定”扩充为“鉴定+检验”,将非鉴定范围的技术检验纳入其中。

③ 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第232页。

二、电子证据的传统真实观检讨

(一) 学理争议

自从电子证据诞生以来,一直存在着关于其真实性问题的学术争论:一种观点是,电子证据是最容易失真的证据。“电子数据是电子信息技术发展的产物,属于科技类证据的一种,其本身具有易被修改且不易被察觉的特性。”^①“传统证据的原件、复制件较容易识别,通过物理方法、化学方法对原件进行识别就可以发现两者的差异;而电子证据的原件与复制件、真实件与伪造件则真伪难辨。”^②这种观点断言电子证据“眼见也不为实”,是欺骗性极高的证据,即“易失真论”。

另一种观点是“极可靠论”。有人将电子证据同书证进行比较,认为其更具有稳定性和安全性。^③具体来说,“对于一份传统书证,一旦原件遭到毁损,则再无法复原证据;而计算机硬盘上的每一次擦写记录都可以被轻松地捕捉到”。^④司法鉴定实践也表明,电子证据的任何删除、复制、修改痕迹,都有可能通过技术手段分析判断。从这种意义上说,电子证据远比传统证据更为真实,堪称新一代的“证据之王”。

新近出现了一种貌似折中的观点:一方面强调“电子数据比传统数据更容易发生变化”,另一方面又强调电子证据具有“变动的可察觉性”。^⑤代表性的说法如,“传统证据,如物品、文件、痕迹等一旦发生变动,尤其是被毁弃后很难查清其原始状况,而电子数据与此不同。电子数据发生变动,甚至被毁弃后,仍然能够,甚至很容易查清其原始状况”。^⑥这实际上是区分电子证据是否容易被改变与是否容易识别被改变两层含义,但重点落脚于电子证据改变后的易识别性,因而依然可归属于“极可靠论”之列。

学术观点是需要论据支撑的,典型案件就是很好的素材。持“易失真论”者经常拿2007年“华南虎照片事件”为例。始作俑者周正龙并没有多高的文化水平,他以年画为基础制作假虎照,欺骗了广大民众。该造假行为差点得逞,就是因为电子证据容易造假。与之相对,持“极可靠论”者喜欢援引“北京东方微点公司被诬陷案”。^⑦在该案中,北京市公安局网监处前处长于某指挥干警向东方微点公司的电脑中故意“植入”病毒程序。这一造假行为被鉴定出来,于某等人受到了法律的严惩。于某是拥有“不受限制”办案权力的官员,且其本人和手下均为技术高手,可他们对电子证据造假竟也露出马脚。这足以说明电子证据是多么“真实”。

两起完全不同的案件能否用于证实两种对立的看法?经验告诉我们,用个案支撑观点要谨防陷入以点带面的误区。每一起案件都有偶然性,每一个当事人都有个体性,个案现象并不能当然地反映司法规律。因此,要想深刻认识电子证据的真实性规律,就有必要启动大规模样本的案例统计与分析。

(二) 实务分歧

1. 相关案例的统计分析

笔者以“北大法宝”司法案例数据库为研究资源,以“电子证据”“电子数据”为关键词进行案例检索,再通过人工筛查,排除命中结果中重复或无关的裁判文书;与此同时,亦收集来自线下渠道的一些裁判文书作为补充,最后共汇总2003年以来的民事案件2067例(涉及真实性问题的有1295例),刑事案件1092例(涉及真实性问题的有475例)。^⑧这些案例时间跨度较大,地域涉及上海等26个省、市,性质涵盖合同纠纷、知识产权与竞争纠纷、劳动争议、人事争议等民事案由和诈骗罪、传播淫秽物品牟利罪、非法经营罪、

① 王敏远、祁建建:《电子数据的收集、固定和运用的程序规范问题研究》,《法律适用》2014年第3期。

② 何家弘主编:《电子证据法研究》,法律出版社2002年版,第16页。

③ 参见何家弘主编:《电子证据法研究》,法律出版社2002年版,第16页。

④ Alan M. Gahtan, *Electronic Evidence*, the Thomson Professional Publishing, 1999, p. 7.

⑤ 参见陈永生:《电子数据搜查、扣押的法律规制》,《现代法学》2014年第5期。

⑥ 陈永生:《电子数据搜查、扣押的法律规制》,《现代法学》2014年第5期。

⑦ 参见王学武:《一项重大原始创新何以大难不死——北京东方微点公司起死回生始末》,《科技日报》2009年2月17日。

⑧ 在该数据库中关于电子证据的案例最早可追溯至2003年。另外,考虑到其中有关电子证据的行政案例数量很小,不具有代表性,因而不将其纳入分析范围。

盗窃罪、走私、贩卖、运输、制造毒品罪、组织、领导传销活动罪、走私普通货物、物品罪、开设赌场罪、组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪、侵犯著作权罪等罪名,具有广泛的代表性。

研读这些裁判文书,同样可以发现存在两种对立的观点:一些人倾向于认为电子证据“易失真”,另一些人则倾向于认为电子证据“极可靠”。前者的代表性说法为“计算机存储的材料或者资料的可修改性非常大,内容可以随意变更”。^①类似的表述还有电子证据“存在易创建、易修改的特点”^②“具有极易修改性”^③“任何人都可以进行任意修改”^④,等等。持这种观点的有居中裁判的法官,也有处于质证地位的律师。他们通常是基于抽象的立场发表意见。后者的情况要复杂一些,通常是针对具体情形下的电子证据。有的针对的是第三方提交的电子证据。例如,在一起劳动争议案件中,原告提交了以第三方名义出具的电子文档打印件,人民法院认定“三原告提供的电子数据来源于×××汽车公司内部网络的专门平台……应认为是真实可信的”。^⑤有的针对的是来源可信的电子证据。例如,在一起专利纠纷案件中,申请人提交的网页证据源自信誉度较高的网站,专利复审委员会认定“信誉度较高的网站……以自己名义发布的信息……一般可以确认其真实性”。^⑥还有的针对的是数量众多的电子证据。例如,在一起不正当竞争案件中,人民法院认定“本案所涉及电子证据繁多,原告要伪造数量如此多、相互间能印证的电子证据……缺乏合理性和可操作性,故对本案所涉电子证据的真实性……予以确认”。^⑦从这些裁判说理中不难发现,这部分法官的观念可以归入“极可靠论”之列。由此可见,在实务中亦存在着两论并存的局面。当然,从整体上看,“易失真论”已成为绝对主流的理论。

统计分析表明,对电子证据的最终裁判存在3种结果:肯定真实性(占48.53%)、否定真实性(占36.03%)以及未表态(占15.44%)。^⑧不同的裁判结果不能简单理解为是由案情不同、证据各异导致的,因为即使案情类似的案件也会出现对电子证据真实性作相反裁判的情形,即“同案不同判”。因此,一个合理的推断是:裁判者对电子证据的认定受到前述不同观念的潜在影响。

2. 实务偏差与偏见

案例分析还表明,在司法实务中存在着关于电子证据真实性的运用偏差。其突出表现为电子证据运用的复制件化与空洞化。具体来说,个案中的裁判对象多是电子证据复制件的真实性,而非原件的真实性;裁判逻辑多是笼统的讨论,而非具体的评断。需补充说明的是,笔者同公、检、法、律等单位的一线工作人员进行了多次座谈,^⑨交流的结果也证实了统计分析中的这一发现。实务偏差是否影响观念偏见的放大,也是深刻认识电子证据真实性必须考虑的问题。

(1) 电子证据运用的复制件化

证据原件与复制件在真实性及其审查方面具有差异应该是常识。在各国普遍实行原件规则或最佳证据规则的今天,向法庭举证时原则上要提交原件;只有基于特定原因不能提交原件的,才可以提交复制件,并且提交复制件还需要满足额外的要求——“当事人以复制件代替原件提交的,必须提交基础证据证明复制件的可靠性”。^⑩实践表明,由于在存在形态、信息量等方面同原件有着巨大的差别,复制件如何兼顾上述要求是一个相当大的挑战。有实务专家曾著书指出,审查证据真实性的原则是“要求有原件,如果不是

① 河南省平顶山市叶县人民法院(2013)叶民劳初字第1、2、3、5、6、7号民事判决书。

② 上海市浦东新区人民法院(2012)浦民三(知)初字第331号民事判决书。

③ 山东省高级人民法院(2009)鲁民三终字第190号民事判决书。

④ 湖南省高级人民法院(2008)湘高法民三终字第8号民事判决书。

⑤ 河南省平顶山市叶县人民法院(2013)叶民劳初字第1、2、3、5、6、7号民事判决书。

⑥ 北京市第一中级人民法院(2010)一中知行初字第1320号行政判决书。

⑦ 四川省成都市中级人民法院(2009)成民初字第460号民事判决书。

⑧ 这一结果是不区分两种诉讼的统计。当然,刑事诉讼与民事诉讼的认证结果有所区别,前者对电子证据真实性做出肯定认证的超过90%。基于论证便利的考虑,本文不作此类区分统计。

⑨ 访谈的对象主要包括参加全国检察技术信息部门培训的检察技术人员、参见全国刑事技术人才培训的警官、参加全国高级法官培训的刑事法官、某省主管知识产权审判的民事法官、参加电子证据与电子取证学术研讨会的检察官、某省主管网络犯罪检察工作的检察官以及中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会的专业律师等。

⑩ Alan M. Gahtan, *Electronic Evidence*, the Thomson Professional Publishing, 1999, p. 157.

原件,复制件要在特定条件下按照特定标准提供,否则没有证据效力”。^① 这一道理也同样适用于电子证据真实性的审查。

那么,什么是电子证据的原件、复制件?当前国内外学术界关于其区分标准尚未达成一致。依照主流观点,区分原件与复制件的标准为是否直接产生于案件事实或者来源于原始出处,由此将电子证据的原件理解为“最初生成的电子数据及其首次固定所在的存储介质”就成为一种自然而然的解释。^② 而统计分析和座谈交流表明,现阶段绝大多数电子证据是以打印件、复印件、网页截屏、拍屏照片、拷贝、抄写件、笔录、公证书、刻盘、网页快照等方式提交的,质证和认证也是针对这些形式的材料。而这些材料基本上可以纳入自然意义上的复制件范围。

进一步分析电子证据真实性的认定结果不难发现,裁判者对于电子证据原件与复制件之真实性的裁决迥异:对前者裁定为真的比例占压倒性优势,达到 88.46%;对后者则更多地裁定为假或未表态,比例分别为 42.73%、18.18%。^③ 这说明,在我国司法实践中电子证据复制件举证偏多的现象导致较多地出现否定其真实性的裁判结果。例如,在一起货运代理纠纷中,原告自行打印了几份商业往来的电子邮件、MSN 聊天记录,并将这些复制件提交给法庭,但被告对其真实性不予认可。经法庭提示后,原告亦未“提交上述电子证据最初生成的电子数据及其首次固定所在的存储介质”,未提交“真实有效、完整的电子复本或经公证的电子复本”。^④ 最终,法庭对上述电子证据的真实性均不予认可。

类似的司法处理带有很大的普遍性,也呈现出同样的规律。举例如下:

| 案由 | 举证形式 | 法庭裁决 |
|----------------------------|-----------------|---|
| 网络营销服务合同纠纷上诉案 ^⑤ | QQ 聊天记录、电子邮件打印件 | 不符合电子证据的形式要件,且对方不予认可,故难以确认其真实性,不予认可 |
| 劳动合同纠纷案 ^⑥ | 电子邮件的打印稿 | 不符合电子证据的形式要件,且对方不予认可,故难以确认其真实性,不予认可 |
| 专利权纠纷上诉案 ^⑦ | 美国外观设计专利的英文打印件 | 不能证明互联网的电子证据究竟来源于什么网站,是否曾经被人为修改……不予采纳 |
| 劳动合同纠纷案 ^⑧ | 考勤记录打印件 | 未提供证据证明该记录与储存于数据库的电子考勤数据相一致,且电子数据未被修改…… |
| 不正当竞争纠纷案 ^⑨ | 《销售记录》打印件、网页打印件 | 因该证据由被告自行制作,且系电子证据的书面文本,存在易创建、易修改的特点……难以采信为定案证据 |
| 著作权侵权纠纷上诉案 ^⑩ | 网页打印件 | 网页复印件作为单一证据,其证明力明显不足 |
| 建设工程合同纠纷上诉案 ^⑪ | 会议纪要打印件 | 该纪要是以电子数据方式保存,没有会议参与人的签名,且无法查看电脑 OA 系统的内容,不予采信 |

① 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社 2010 年版,《绪论》第 9 页。

② 电子证据的原件标准还应当包括拟制意义的标准等。参见刘品新:《论电子证据的原件理论》,《法律科学》2009 年第 5 期。

③ 这里的“比例”反映的是法官在裁判文书中对电子证据真实性问题有过明确表述的概要情况,并不反映案件中存在电子证据真实性问题但法官未在裁判文书中表述的情况。尽管如此,有关“比例”仍然足以揭示文中所说的法官对电子证据原件与复制件之真实性的裁判明显不一样的规律。

④ 广州海事法院(2011)广海法初字第 405 号民事判决书。法庭在判决书中的表述为“对上述电子证据的证明力均不予确认”,应属表述错误。

⑤ 参见广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民二终字第 999 号民事判决书。

⑥ 参见上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民三(民)终字第 1793 号民事判决书。

⑦ 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第 486 号民事判决书。

⑧ 参见上海市青浦区人民法院(2013)青民四(民)初字第 273 号民事判决书。

⑨ 参见上海市浦东新区人民法院(2012)浦民三(知)初字第 330 号民事判决书。

⑩ 参见浙江省宁波市中级人民法院(2013)浙甬知终字第 9 号民事判决书。

⑪ 参见广东省东莞市中级人民法院(2013)东中法民二终字第 175 号民事判决书。

显然,电子证据复制件的真实性标准不能简单地等同于原件的真实性标准,其复制件的真实性审查结果不能简单地当成原件的真实性审查结果。不难发现,在实务中“易失真论”占据主导地位与复制件远远多于原件的现象有着密切的关系。同样,关于电子证据真实性的争论也不可避免地受到复制件举证偏多的影响。许多参与论争者表达的不是对电子证据(原件)真实性的看法,而是对其复制件真实性的看法。如果基于电子证据的原件展开讨论,那么持“易失真论”者的比例定会大幅下降。

(2) 电子证据运用的空洞化

在司法实践中,任何证据的运用都离不开特定的案件事实,电子证据也不例外。统计分析表明,在大量案例中充斥着脱离案件事实的对电子证据的空洞化评判。例如,许多质疑者的习惯性表达是“系电子证据,不予质证”^①“属电子证据,对其真实性不予认可”^②“不符合证据形式要件”^③“不符合法定要求”^④“单方制作的证据”^⑤“电子证据能够证明事实可靠性很低”^⑥,等等。法庭审查的重点亦围绕这些空洞的说辞,而这样处理电子证据无疑极易陷入方法论上的陷阱。

要深刻理解蕴含在这背后的道理,人们需要牢牢把握司法领域中真实的特质。在传统理论中,司法真实观可分为“客观真实论”与“法律真实论”两派。前者是在司法活动中人们对案件事实的认识完全符合客观的实际情况,即符合客观事实的真实;后者是在司法活动中人们对案件事实的认识符合法律所规定或认可的真实,即在具体案件中达到法律标准的真实。^⑦如果用概率来表示,那么前者是客观上“100%属实”意义上的真实性,是可以脱离案件事实而论的;后者是“N%属实(0 < N < 100)”意义上的真实性,是基于具体案情而言的。新近又冒出“技术真实论”的观点,指的是在具体案件中对科学证据要排除从技术上造假的可能性,表示的是技术上“100%属实”意义上的真实性。这种观点基本上为少数技术专家所主张。

美国证据法大师摩根曾指出:“法律工作者认识到,诉讼不是也不可能是发现真情的科学调查研究。诉讼中应调查的事项是诉讼当事人决定的……法院没有发现当事人不知道的或未经他们披露的信息渊源的手段。……事实审理者只能取得双方当事人有能力并愿意提出的信息。”^⑧因此,对证据属实的内涵要求不可能是难以达到的“客观真实”或“技术真实”,只能是在具体案件中有法律意义的“真实”。换言之,“客观真实论”“技术真实论”只有抽象的、宏观的指导意义,落到实处的真实性审查还得以案件的微观场景为据。

司法人员对证据真假的判断总是具象的判断。类比传统证据更能理解这一点。鉴定专家介入一些传统证据的真实性鉴定领域,所要解决的也是证据在个案中是否真实的实务问题,而不是一些无边界的认识问题。例如,文检专家开展文书真实性鉴定,通常表现为签名同一性鉴定、印章印文同一性鉴定、朱墨时序鉴定、纸张年代鉴定、书写相对时间鉴定等。司法人员通常不会要求文检专家泛泛地开展工作,如就朱墨时序能否鉴定或其正确率有多高进行分析,须细化为具体的鉴定请求,如就个案中某份文件究竟是“先印后字”还是“先字后印”做出判断。令人遗憾的是,当前在实务中对电子证据真伪判断充斥着空对空的争议。这属于要求畸高的怪现象。司法面对电子证据的真实性问题,应当转入视同传统证据平等对待的基调。^⑨

动辄对电子证据提出空泛的真实性要求,其实有违司法人员的定位。司法人员拥有法律适用的大权,其优势在于掌握法律方面的知识,职责在于秉持职业操守裁断具体纷争,他们对游离于个案之外的认识问

① 上海市闵行区人民法院(2013)闵民二(商)初字第 504 号民事判决书。

② 广东省广州市天河区人民法院(2007)天法知民初字第 14 号民事判决书。

③ 上海市奉贤区人民法院(2013)奉民三(民)初字第 395 号民事判决书。

④ 上海市青浦区人民法院(2013)青民一(民)初字第 1836 号民事判决书。

⑤ 上海市闵行区人民法院(2011)闵民二(商)初字第 1827 号民事判决书。

⑥ 浙江省金华市婺城区人民法院(2013)金婺刑初字第 00129 号刑事判决书。

⑦ 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社 2013 年第 5 版,第 313 页。

⑧ 转引自沈达明编著:《英美证据法》,中信出版社 1996 年版,第 1 页。

⑨ 平等对待原则符合法律中立的价值取向,也是国际法律的普遍要求。例如,联合国《电子商业示范法》第 9 条、《中华人民共和国电子签名法》第 3 条第 2 款、第 7 条均规定,电子证据不受差别待遇,即适用与传统证据完全一致的裁判标准。

题(尤其是科学认识问题)并无“发言权”,也难以借助专业力量的帮助获得“发言权”。离开具体案件的背景去评判抽象的真伪,司法工作就是“越界”。要有效甄别电子证据真伪,司法人员必须谨守权力边界,面对具体争议,绝不能介入或试图介入宏大的、抽象的领域,陷入穷尽识别一切造假可能性的空想。若如此,则持“易失真论”者的人数将会再次出现缩减。

三、理性看待电子证据的真实性

(一)认识电子证据真实性的立场调整

“面对新生事物,人们在抱有巨大的好奇心的同时总会有种种戒备或顾虑,这是因为,与已知事物相比较,人们对新生事物的认识尚处于未知状态。目前人们对电子数据的认识就处于这样一个从无知到已知的阶段。”^①那么,在人类社会深化认识电子证据的进程中,应该如何从经验感觉走向理性看待电子证据的真实性?

笔者认为,首先必须严格把握两个理论前提:(1)这是一个同传统证据相比较的问题。离开人们熟悉的物证、书证、证人证言、当事人陈述、笔录等各种传统证据作为参照物,电子证据根本无所谓“更”容易或“更”不容易造假。(2)就电子证据本身而言,这个问题不仅指电子证据是否可以被伪造或变造,而且是指被伪造或变造的电子证据是否容易被发现。人类的司法经验表明,任何证据其实都存在被伪造或变造的可能性,关键在于其被伪造或变造后被发现的可能性及难度大小。这两个理论前提是正确认识电子证据真实性的基点,并且后一基点具有更为重要的价值。前述争论虽然在大体上维护了第一基点,但是严重背离了后一基点,因此人们必须回到“被伪造或变造的电子证据是否容易被发现”这一核心问题的讨论上来。

其次,人们对电子证据的真实性判断,还必须克服司法实务中存在的种种偏见与偏差。具体来说,对电子证据的真伪判断应当是基于电子证据原件的,而非基于复制件的真实观;应当是基于案件事实的,而非脱离案件事实的、空洞的真实观。此外,还应当同传统证据同等对待,而非提出畸高要求或无理由“歧视”的真实观。这样的立场调整是为了正本清源,确立符合理性的观念。

当下,传统证据是一个集合概念,在实践中的表现形式非常庞杂。一般认为,传统证据大体包括主观性证据与客观性证据两类。前者是容易受人为因素左右的言词证据,如证人、被害人、被告人等关于案件事实的说法;后者是有确定的表现形式、不受人的意志影响的证据,包括物证、书证等。按照这样的分类,电子证据属于客观性证据。当然,仅凭这一点还不足以说明电子证据在真实性方面的特点。那么,基于前述调整后的三点立场,电子证据相比传统证据而言在真实性方面究竟如何呢?尤其是出现被伪造或变造的情况是否更容易或更不容易被发现?要回答这些问题,需要掌握将电子证据与传统证据进行区隔的理论基础,主要是一些用于指导认识的证据科学与信息科学原理。

(二)电子证据真实性的理论基础

1. 系统性原理

系统论是研究共同规律的理论,很早就被引入证据法学领域。在信息科学领域,系统是一个很重要的概念,如人们常说 Windows、Linux 操作系统、Office、WPS 应用软件系统以及网络系统、文件存储系统等。这就表明,任何电子证据的产生均不是孤立的事件,而是由一系列命令或程序遵循一定的技术规则所得到的系统性产物。具体来说,电子证据的载体或设备不仅会记录涉案的内容数据,而且还会记录有关附属信息和关联痕迹。内容数据是电子证据的正文;附属信息是在内容数据生成、存储、传递、修改、增删时发生的记录,如电子系统的日志记录、电子文件的属性信息等;关联痕迹是因生成、存储、传递、修改、增删内容数据而导致新产生的相关痕迹,常见的包括电子系统中的快捷方式文件(*.lnk)、数据文件(*.dat)、临时文件(*.tmp)等,也包括内容数据在数据磁盘层的存储规律等。^②它们之间既有相对稳定的层次结构,

① 何文燕、张庆霖:《电子数据类型化及其真实性判断》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2013年第2期。

② 参见何家弘主编:《刑事诉讼中科学证据的审查规则与采信标准》,中国人民公安大学出版社2014年版,第162页。

又有极强的规律性、协同性。总之,电子证据不是一个孤立的文件或数据,而是内容数据、附属信息和关联痕迹的总和。^①

系统性原理为认识电子证据的真实性提供了第一个理论工具。这一原理告诉人们,要以普遍联系的眼光看待电子证据,不能仅仅拘泥于某一份电子证据,也不能仅仅拘泥于电子证据的一部分。按照这一原理,制造一份假的电子证据,既要伪造或变造出假的内容数据,又要遵循系统性规律去伪造或变造出假的附属信息、关联痕迹,甚至要伪造或变造出假的系统环境。后三者的数量更大,并且造假的技术难度也大,即使造假得逞也很容易被发现,因为它们很多是由系统自动生成的而非人为编制的。以伪造一份电子邮件为例,既要在发件人或收件人电脑中进行邮件内容、附属信息、关联痕迹的伪造,又要在本方邮箱服务商的服务器、对方邮箱服务商的服务器、对方电脑中进行相应的伪造。在电子邮件涉及的网络空间不同节点或设备中均造假,本身就极难做到,要想假得天衣无缝更是难上加难。

2. 电子痕迹理论

任何行为在客观世界都会留下反映形象,即痕迹。在证据科学领域,痕迹是个内涵极为广泛的概念,指由客体的活动在周围环境中形成的各种物质性变化。电子证据留存进任何存储介质的过程,通常表现为一个信息转移的过程。如果说传统痕迹是触物留痕的话,那么电子痕迹则是非触物留痕。早期的研究成果表明,电子证据的信息转移过程遵循不守恒性、不一定对称性的规律;^②近年的研究成果又表明,电子证据的信息转移过程还遵循非直接接触性的规律。^③这三大规律夯实了电子痕迹产生的必然性。简言之,凡产生电子证据,必留电子痕迹。^④

电子痕迹既有信息科学所讲的痕迹文件,又有证据科学所指的痕迹特征。当前关于电子痕迹的学术研究尚不够深入,但大体揭示了其主要类型。概要而言,电子痕迹既包括电子证据的各种关联文件(包括但不限于前述的关联痕迹),如计算机日志、缓存文件、休眠文件、分页文件等,也包括电子证据与相关数据之间的各种关联关系,如存储位置、存储规律、碎片特征等;既包括一些特殊的电子文件,如日志文件等,也包括非文件性痕迹,如同一批电子文件的存储格式、位置和相互关系等规律,还包括两个空间交互作用形成的特征反映体,如键盘、语音输入法特征;既包括可见的电子痕迹,如正常产生的计算机日志等,也包括不可见的电子痕迹,如擦除数据后留下的磁道痕迹等。

这些痕迹通常表现为在电子证据产生之际因运算行为所产生的正常痕迹。但如果行为人基于特殊目的进行其他处理、试图掩盖这些正常痕迹,那么又会产生新的反常痕迹。这是不以人的意志为转移的客观规律,就像“说一个谎言必须用一百个谎言来圆谎”一样。电子痕迹理论为认识电子证据的真实性提供了第二个理论工具。按照这一理论,电子证据的形成过程就是海量电子痕迹的产生过程;电子痕迹是人们判断电子证据真伪的锐利武器。

3. 虚拟场理论

电子证据离不开由电子设备和软件营造的特殊环境——主要是以数字信号量的方式存储信息的无形空间。它通常表现为固定/移动硬盘、光盘、优盘、内存条、闪存、CF卡、SD卡、MMC卡、SM卡、记忆棒、XD卡等信息载体。晚近出现的网盘、云盘等也未改变数码产品的存储机理。无论是上述哪一种情况,都出现了人类所不能直接进入的空间,呈现为一个独特的人造场所,简称虚拟空间场所或虚拟场。这一特

① 我国有学者以提供主体为标准,将电子证据划分为“孤立数据与系统数据”。“如果电子数据仅由一方主体自行制作或在其自己的设备中生成,并由其控制、储存、传递,则属于孤立数据,典型的例子如当事人在本地计算机抓取的截图或自行录制的遗嘱音频、制作的遗嘱电子文档等;相反,如果电子数据由纠纷的双方或多方当事人及其设备制造、生成、控制、储存、传递,或者除了当事人之外,尚有第三方主体或保障机制参与该证据的制作、生成、控制、储存和传递,不同主体控制的数据组合在一起便形成一个彼此印证的数据系统,那么这种电子数据就属于系统数据,典型的例子就是储存在电子邮件系统中的邮件正文及其附件。”何文燕、张庆霖:《电子数据类型化及其真实性判断》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2013年第2期。笔者认为,这一观点并不准确。技术分析表明,即便是一方当事人独立制作或掌握的单机数据,也是系统性的。只要不是复制件的形式,电子证据就不可能孤立地存在。

② 参见刘品新:《论犯罪过程中的信息转移原理》,《福建公安高等专科学校学报》2003年第1期。

③ 参见刘品新:《论网络时代侦查制度的创新》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第11期。

④ 严格地讲,电子痕迹也是广义的电子证据的组成部分,即一类特殊的电子证据。

点强化了电子证据同传统证据的可比性。因为它们是分属两个空间的证据,两者的比较在实质上是两个空间证据的比较。

在虚拟场中,用于定案的电子证据不是单独存在的,而是与有关或无关的海量信息混合在一起的。以计算机信息系统为例,用户或应用程序执行一个简单的操作命令,就会触发操作系统、应用系统产生一系列的事件,会导致场域发生连锁反应。例如,用户执行一个简单的显示当前日期和时间的 date 命令,该命令就会触发操作系统执行 100 多个系统调用,而它们共处于一个或多个信息载体之中。

“虚拟场”观念源于司法实践,已逐渐得到推广。当前在实务中流行的电子勘查(包括远程勘查)手段,实际上是将电子证据视为一种“证据集中的场所”——“虚拟场”进行取证的。在实践中,司法人员在获取诸如电子邮件、Word 文档、QQ 聊天记录等电子证据后,还会继续挖掘和提取相关文件的形成痕迹等关联信息,这同在物理空间进行现场勘验非常类似。从单纯证据到“虚拟场”,反映了人们对电子证据的认识渐趋深化。在新形势下,电子证据虚拟场理论得到进一步的丰富和发展,突出表现为更加细化的虚拟空间案件事实重建理论的推陈出新。^①其主要内容是将电子证据(或其载体)当作“虚拟场”,研究通过电子勘验等措施重建虚拟空间大事表的新思维、新方法。

虚拟场理论为认识电子证据的真实性提供了第三个理论工具。虚拟场是人迹“难”至的地方,任何人都不能亲临其“境”。经验告诉人们,凡是有人的地方就有造假的可能。美国著名法科学家赫伯特·麦克唐奈有一段经典语录:“在审判过程中,被告人会说谎,证人会说谎,辩护律师和检察官会说谎,甚至法官也会说谎……”^②这说明,人的介入因素越多,证据失真的可能性越大。就电子证据而言,它所在的空间是一个数字式的虚拟场,排除了人直接介入的干扰;它形成的空间也类似于信息的集合,累积了各种信息的生成、留存、传递、转移和其他处理痕迹。这种集合的信息为人们识别电子证据的真实性奠定了坚实的基础。在这样的场所制造假证据,其难度不仅在于造出假证据本身,更在于根本不可能毫无破绽。

(三)电子证据理性真实观的含义

认识电子证据的真实性,一要坚持两个前提,调整不合适的立场;二要遵循三大理论,努力跳出狭隘的经验层面。不难发现,同物证、书证、证人证言、当事人陈述、笔录等各种传统证据相比,电子证据具有更为良好的真实性保障。诚然,这里强调的是电子证据具有“附条件的”“更为良好的”真实性。这是一种跃升至理性层面的新观念。这一观念完全颠覆了电子证据的“易失真论”,同时也对“极可靠论”做了极为重要的修正。在此不妨将其简称为“理性真实观”。

理性真实观可以分解为如下四个维度:(1)“原件真实观”,即应当立足于电子证据的原件讨论真实性。那些由打印等方式复制形成的电子证据,其真实性已经具有复制件的特点,不再具有当然的代表性。(2)“具象真实观”,即应当结合具体案件的争议点讨论电子证据的真实性。在任何案件中,司法只需要解决控辩双方对涉案电子证据的哪一种说法更可信的问题,而不需要陷入泛泛的技术对抗、哲学思辨。(3)“整体真实观”,即从体系化而非孤立思维去讨论电子证据的真实性。电子证据自成为一个含有内容、属性、痕迹的综合体,任何造假都必须进行三位一体的“制作”,而这几乎不可能不被识别;电子证据的正常生成会留下海量的正常痕迹,造假也会留下海量的反常痕迹,各种痕迹是识别真假的“钥匙”。(4)“空间真实观”,即从虚拟场方面讨论电子证据的真实性。电子证据寓存于形形色色的信息载体中,寓存于人类可以利用却不能进入的特殊空间。这也增加了造假的难度,提高了识假的可能性。

下面以笔者办理的一起案件为例进行阐释。在一起涉嫌渎职犯罪案件中,争议事实是涉案企业在案发日期是否开过工。对此,企业拿出基于员工考勤做出的月度工资单(系 Excel 表格文件),证明案发日期确实有员工在上班、企业也支付了员工上班的工资。在办案初期,司法人员将该 Excel 表格文件送交司法

^① See Carrier BD, Spafford EH, Defining Event Reconstruction of Digital Crime Scenes, 49(6) Journal of Forensic Sciences, 1291-1298(2004).

^② 转引自[美]阿尔弗雷德·刘易斯:《血痕弹道指纹探奇》,何家弘译,群众出版社 1991 年版,第 133 页。

鉴定机构,委托鉴定电子证据的真伪。这起案件就可以对照前述 4 个维度进行处理。第一点,基于“原件真实观”,本案送鉴的只能是存储有该 Excel 表格文件的电脑(含硬盘),而不能是随便刻制的光盘或拷贝的优盘等,因为只有该电脑硬盘中的那一份 Excel 表格文件才是原件。第二点,基于“整体真实观”,本案鉴定的范围既包括该文件的内容,也包括该文件产生的属性信息、痕迹文件及其他关联文件。在实际工作中,鉴定人员通过对该文件的时间属性进行检验,很快发现该文件的创建时间晚于案发日期。这看似一个重大的“疑点”,但据此能否得出该文件属于伪造的结论呢?这需要结合案件事实、特别是争议点进行核实,即涉及“具象真实观”。这是第三点。在本案中经过向涉案企业了解,其在客观上确实存在有些月份是事后补制工资单的情况。这就说明前述“疑点”并不能表明该 Excel 表格文件是伪造的,相反可以初步佐证其是真实的。在这种情况下,怎么去查清真相呢?鉴定人员决定核查员工对电脑的操作痕迹,重点了解案发日期电脑的使用情况。这就涉及“空间真实观”,也就是将该电脑作为一个办公场所进行“事件重建”。这是第四点。经“事件重建”发现,在电脑中存有案发日期产生的多份电子文件,包括关于当日交流工作的许多条网聊记录,还包括创建、修改的多份办公文档;同时,核查电脑的开关机日志、使用日志等,能够验证电脑中各种操作痕迹符合正常规律。^①这样一来,最终出具的鉴定意见书揭示的事实是“电脑中存在着关于案发日期的大量办公文档、网聊记录以及其他必要正常痕迹文件”。准确地说,它不是对最初提起的 Excel 表格文件进行的真实性鉴定,而是结合案件事实调整的鉴定方案——对大量其他涉案电子文件的专门性鉴定,以及对大量涉案电子文件在整体上所做的真实性判断。这一调整促成了案件真相的水落石出,展示了践行电子证据理性真实观的奥妙与魅力。

四、基于电子证据理性真实观的制度创新

建立健全电子证据的真实性制度,是解决电子证据真实性问题的有效手段。2010 年的《死刑证据规定》第 29 条第 2 款明确规定了依靠司法鉴定判断电子证据真伪的第一项规则。2016 年,我国主管部门制定电子证据规范的工作提速,最高人民法院、最高人民检察院、公安部出台的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》第 22 条,也列举了审查电子证据真实性的抽象内容。但是,如此粗疏或虚化的条文并不能满足电子证据真实性判断的司法需求,我国必须大力完善相关制度。在准确把握电子证据理性真实观的基础上,我国法律应当着力在电子证据真实性的判断标准规则、证明行为责任规则和司法鉴定制度 3 个方面进行变革。

(一) 构建具有可操作性的真伪判断标准

电子证据的真实性应该证明到何种程度?如前所述,这里所说的真实性绝非客观上或技术上“100%属实”的真实性。证据“100%属实”是司法机关不能承受之重,人们需要证明的只是在具体案件中具有法律意义的真实性。换言之,法庭只需要评断,一方当事人所举电子证据中蕴含的信息与其主张的收集、保全证据情形是否相一致,以及对方当事人关于电子证据造假的质疑是否得到有效信息的支持。简言之,法庭的任务是揭示电子证据所反映的案件事实与控辩中的哪一方的说法相吻合。因此,我国法律需要构建具有可操作性的真伪判断标准。

构建这样的判断标准,需要设置判断个案中控辩中的哪一方围绕电子证据真实性的证明更可信赖的规则。我国有一些地方性规范涉及电子证据真实性的认定方法。例如,2007 年,北京市高级人民法院《关于知识产权民事诉讼证据适用若干问题的解答》针对“如何认定电子证据的真实性”问题指出,“根据案件的具体情况,对电子证据的真实性可以从电子证据是如何形成、如何存储、如何传送、如何收集以及电子证据是否完整等方面认定”。这一表述的中心词包括“根据案件的具体情况”“从……形成……存储……传送……收集……是否完整等方面”。类似这样的规则较为具体,若再细化则更具有可用性。

构建这样的判断标准,还需要进一步确立相关的推定规则。推定能够用于裁判电子证据是否满足真

^① 参见中国人民大学物证技术鉴定中心司法鉴定意见书[2014]技鉴字第 37 号。

实性要求其实是一种国际惯例。在证据法发达的国家类似这样的推定规则很多,并且它们的规则内容也高度相似。例如,加拿大《1998年统一电子证据法》第5条规定:“在任何法律程序中,如果没有相反证据,则可以通过下述证据或者在下述条件下,推定记录或存储电子记录的那一电子记录系统具有完整性^①:(1)通过那些支持如下裁定的证据——裁定该计算机系统或其他类似设备在所有关键时刻均处于正常运作状态,或者,即便不处于正常运作状态,但其不正常运作的事实并不影响电子记录的完整性,并且没有其他合理理由对该电子记录系统的完整性产生怀疑。(2)如果有证据证明,该电子记录系由如下当事人记录或存储的——与诉讼中意图引入该记录的那一当事人在利益上相反的其他当事人;或者(3)如果有证据证明,该电子记录系由除诉讼当事人以外的某人,在惯常而普通的业务活动中记录或存储的,而且其所进行的记录或存储并非根据意图引入该记录的当事人的指令”。^②该条规定的实质是“系统正常的推定”“内容不利的推定”与“业务惯例的推定”,具有深厚的实践基础。它为英联邦《2002年电子证据示范法(草案)》与加拿大爱德华王子岛省《2001年电子证据法》、加拿大育空省《2002年电子证据法》所援引。

虽然这类推定规则在我国还没有现实的司法判例作支撑,但是其精髓已经广泛体现于司法人员作出的生效裁判中。因此,吸收其合理内核以推行前述的电子证据真实性判断标准是可行的。在参考国际立法例和剖析海量案例的基础上,笔者认为我国至少可以推行如下规则:(1)内容不利的推定规则,即“对于由不利方当事人提交和保管的电子证据,司法人员通常可以初步确认其真实性”;(2)系统运行正常的推定规则,即“对于有证据证明在电子证据产生的关键时刻,电子设备等系统处于正常状态的,司法人员通常可以初步确认电子证据的真实性”;(3)符合业务惯例的推定规则,即“对于在正常业务活动中形成的电子证据,司法人员通常可以初步确认其真实性”。以上3项规则是借鉴外国经验拟定的。除此之外,我国还可以从基本国情出发,推行“具有安全保障的推定规则”,即“对于附加防伪保障措施的电子证据,司法人员通常可以初步确认其真实性”。这里所说的防伪保障措施,是指对电子证据采取了电子签名、数据固化、可信时间戳、档案化管理等防篡改的保真方法。当然,在上述情况下,均应当给予对方当事人提出反驳证据的机会。这些建议实际上列出了满足电子证据真实性判断标准的4条推定规则。未来还需要不断总结实践经验,充实这样的规则。

(二)改造“谁主张,谁举证”的证明机制

在具体案件中,究竟应由控辩中的哪一方具体负责对电子证据真伪的证明涉及证明机制问题,即由诉讼中控辩的哪一方率先启动对电子证据真伪的证明,以及在真伪不明的情况下由控辩中的哪一方承担不利的后果。例如,在一起定作合同纠纷案中,原告提交刻录的数码照片光盘证明其履行了制作安装义务,被告质证说“对数码照片的真实性无法确认,数码照片的拍摄时间是根据相机的系统设置时间确定的,且数码照片的日期是可以修改的,该照片说明不了任何情况”,法庭裁决“虽然××商贸公司不认可照片的真实性,但并未申请对照片的真实性进行鉴定,本院认可××图文公司举示照片的真实性”。^③这一裁决便是基于特定的证明机制作出的。

这样的机制很容易被简单地理解为适用了“谁主张,谁举证”规则。该规则在我国源远流长,深入人心。《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第1款将之表述为:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”。实行“谁主张,谁举证”规则,有利于查明案件中关于电子证据真实性的具体争议。然而,这里的问题是,对“主张”一词的含义通常会有不同的认识,进而会引发实务的混乱。就电子证据的真实性而言,一种理解就是“谁举证,谁证明”,即由举证方承担证明电子证据为真的责任;另一种理解则是“谁反驳,谁证明”,即由反驳方承担证明电子证据为假的责任。这两者究竟哪个正确呢?

在实务中,司法人员往往倾向于选择“谁举证,谁证明”的规则。在调研过程中,一些法官声称这样的

^① 这里所说的电子证据完整性属于直译,基本上等同于电子证据的真实性。

^② 本法由加拿大统一法律委员会于20世纪90年代中期制定,1998年核准后推荐给加拿大各省、地区和联邦使用。

^③ 重庆市江北区人民法院(2012)江法民初字第7495号民事判决书。

分配机制符合司法遵循的公正效率原则,有的还更赞同以“谁提交,谁证明”的表述。其实,在电子证据立法先进的国家确有十分相似的立法例。例如,加拿大《1998 年统一电子证据法》第 3 条规定:“在任何法律程序中,拟介绍电子记录的那一方当事人附有如下责任,即通过那些足以支持作出‘该电子记录即此人所说的东西’的裁定的证据,证明其真实性的责任”。^①加拿大爱德华王子岛省《2001 年电子证据法》第 3 条、加拿大育空省《2002 年电子证据法》第 3 条、英联邦《2002 年电子证据示范法(草案)》第 5 条作了几乎完全相同的规定。虽然菲律宾《2000 年电子证据规则》规则 5 之第 1 条^②、多米尼加联邦《2005 年电子证据法》第 5 条^③与加拿大《1998 年统一电子证据法》没有承继的渊源,但是也作了相似的规定。必须指出的是,外国立法中的这些规定所指的“真实性”同中国法中的真实性是不同义的,不能简单借镜。

上述法案的英文版本中使用的条文标题均是“Authentication”,我国一般译为“鉴证”,也有人译为“鉴识”“辨真”“确证”“鉴真”或“证真”等。它是指证据与案件事实的联系必须真实,不能是举证方的主观臆造。如果证据是虚构、伪造的,那么它与案件事实就没有关联,也就不能证明案件事实。美国证据法大师威格摩尔把对证据的鉴证需要视为“固有的、逻辑上的必要性”。^④当代美国学者米歇尔·汉农说:“未经鉴证的证据等于不具有关联性,必须予以排除。”^⑤美国学者米歇尔·芬纳进一步指出:“对证据进行鉴证的,举证方无需证明其是……准确的,只需证明其是拟提交的。”^⑥由此可见,它实际上是从属于证据关联性的一个要素,核心内容即判断是否“真正的关联”。如果不注意中外相关法律中“真实性”认定的语义差别,照搬照抄“谁举证,谁证明”规则,那么就很有可能犯简单粗疏的错误。

为电子证据设计关于真实性的证明机制,必须考虑实务中电子证据的复杂表现。实践表明,有的电子证据具有可信的来源,如具有公文书性质的电子证据、来自可信档案网站的电子证据等;有的是由反驳方当事人或其接近的人负责保管的证据,如电子商务平台保管的电子交易记录等。凡此种种,规定一律由举证方进行证明,显然并不合理。对此,我国部分法院早有认识。2008 年 12 月,浙江省高级人民法院指出:“一般而言,证明电子证据完整性的举证责任应当由该证据的提交人承担,但由于电子证据的生成、存储、传输以及提取等环节可能出现的不公正、不正当、不规范、不完整性的事实大多为否定性事实,要求电子证据的提交人证明上述事实不存在则不具有操作上的可能性,因此证明这些否定性事实的举证责任可以适当分配给对电子证据完整性持有异议的当事人”。^⑦该论述中提及的“适当分配”,反映了司法机关对于机械适用“谁主张,谁举证”规则或“谁提交,谁举证”规则的忧虑。

针对电子证据的具体情形不一,我国有必要对“谁主张,谁举证”规则进行改造,实行区分对象的不同规则:(1)对于具有可信来源的电子证据,由反驳方承担证明其不属实责任。此即实行有条件的“谁反驳,谁证明”规则。这跟前述电子证据真伪判断标准是一脉相承的。(2)对于依法或依约定由一方当事人保管的电子证据,由该方当事人承担证明其属实的责任。(3)对于由第三方保管的电子证据,当事人可以请求第三方协助当事人举证。上述第二、三种规则可概括为有条件的“谁持有,谁举证”规则。在实践中,电子证据“持有者”负责举证的,值得肯定的做法是提交原件或同原件一致的复制件,并将内容数据、属性信息、关联痕迹等或其他证据等组合起来提交。北京市高级人民法院《关于知识产权民事诉讼证据适用若干问题的解答》就体现了这样的观念,其中明确规定“当事人对接收或者发出电子邮件的事实予以否认的,可以要求主张接收或者发出电子邮件事实的一方继续提出其他证据予以证明,若主张接收或者发出电子邮件事实的一方确实无法提出其他证据,但是能够提出调查线索,并提出调查申请的,可以就此进行调

① 刘品新主编:《国外网络犯罪法律制度选译》,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 147 页。

② 参见刘品新主编:《国外网络犯罪法律制度选译》,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 165 页。

③ 参见刘品新主编:《国外网络犯罪法律制度选译》,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 171 页。

④ 转引自刘品新主编:《美国电子证据规则》,中国检察出版社 2004 年版,第 31 页。

⑤ Michael J. Hannon, An Increasingly Important Requirement: Authentication of Digital Evidence, 70(6) Journal of the Missouri Bar, 314 (2014); Saunders v. Bowersox, 179 S. W. 3d 288, 292 (Mo. App. S. D. 2005).

⑥ G. Michael Fenner, The Admissibility of Web-Based Evidence, 47(1) Creighton Law Review, 90 (2013).

⑦ 浙江省高级人民法院编:《知识产权审判疑难问题与解答——程序篇》,2008 年内部印刷文件,第 22 页。

查”。这些宝贵的司法经验应当提升为法律规则。

(三)开发跨越纯技术领域的电子证据真实性鉴定方法

同法律界的乐观信任相比,鉴定行业对于能否以及如何通过司法鉴定解决电子证据真实性问题依然充满疑虑。笔者通过调研发现,国内绝大多数鉴定机构尚未开展电子证据真实性鉴定方面的业务,许多鉴定人甚至认为电子证据真实性鉴定不是也不应该纳入鉴定业务的范围。司法鉴定领域的现行规章制度和技术规范也明显缺乏相关的内容。^①如何构建电子证据的真实性鉴定制度,需要在鉴定方法方面率先实现突破。

如前所述,判断电子证据的真实性需要在具体案件的语境中进行。这就决定了电子证据的真实性鉴定不是一个单纯的技术问题,而是基于法律要求的技术判断。鉴定专家不是对电子证据真伪问题作出纯专业性的判断,而是基于案件事实的专业性判断。这也是我国法律赋予鉴定人的一项权利。我国《司法鉴定人登记管理办法》第21条规定:“司法鉴定人享有下列权利……了解、查阅与鉴定事项有关的情况和资料,询问与鉴定事项有关的当事人、证人等。”这一权利对于鉴定人判断电子证据的真伪是至关重要的,它能将判断的语境限定在个案中,而不至于变成虚幻的技术对抗。

当前,我国涉及电子证据真实性鉴定技术规范的只有《电子邮件鉴定实施规范》和《数据库数据真实性鉴定规范》,主要是对电子邮件、数据库数据的真实性鉴定作了非常原则的规定。而极少数开展电子证据真实性鉴定业务机构的鉴定人员,基本上赞同通过技术手段寻找电子证据的异常现象或疑点,进而分析真伪。例如,《电子邮件鉴定实施规范》要求对邮件基本信息、邮件结构和格式、邮件头、邮件正文、邮件附件、往来邮件、其他相关信息以及邮件服务器进行分析,分析的重点则限定为“是否存在异常”“是否存在矛盾”“是否存疑”等内容。^②这种思维属于“技术范”,是根据一般的技术特点来进行审查的方法,但其有效性值得怀疑。其中意见表述部分包括“确定经过伪造篡改”“排除经过伪造篡改”“未发现经过伪造篡改”“无法判断是否经过伪造篡改”4种。引发较大争议的是第二种和第三种。第二种是“排除经过伪造篡改”,其判断前提包括“分析不存在通过现有技术手段无法发现的伪造篡改可能性”,这在鉴定实践中是无法实现的;第三种是“未发现经过伪造篡改”,这种意见符合鉴定技术能力,然而用词“未发现”却相当模糊,并不能满足司法需求。^③此外,有的学者从计算机系统、文件系统、文件结构与编码等方面,分析不同计算机行为的运行规律;^④有的学者通过研究特定类型电子证据(如Office文档、电子邮件等)的运行规律,提出鉴定真伪的技术策略。^⑤这些研究同样存在纯粹局限于技术领域的缺陷。

电子证据真实性鉴定要突破纯技术的领域,走向跨越法律和信息技术领域的“基于法律要求的技术判断”。这主要是基于不同的案情,考虑控辩双方争论的焦点,选择合适的鉴定方法。实践探索表明,电子证据真实性的鉴定可以使用溯源性鉴定、时间鉴定、痕迹鉴定与碎片鉴定等方法。具体来说,溯源性鉴定是根据现有的电子证据及相关痕迹,追查其来源及形成过程,进一步分析电子证据是否符合信息系统的形成规律以及具体案情的发展进程;时间鉴定主要是基于信息系统的时间规律,解决电子证据记录的时间信息是否真实的问题;痕迹鉴定是通过分析电子文件相关的痕迹,反查产生该痕迹的二进制运算事件,在此基础上从时间、内容、功能、存储特征等方面进行分析,判断二进制运算事件产生的相关痕迹是否与现存涉案文件的形态特征相吻合、是否符合信息系统运行的规律;碎片鉴定是指对文件系统中数据片段进行内容提

^① 我国主管部门颁布了一些电子证据鉴定规章,包括公安部制定的《公安机关电子数据鉴定规则》、最高人民检察院制定的《人民检察院电子证据鉴定程序规则(试行)》等,但它们基本上都没有明示电子证据真实性鉴定的问题。

^② 参见《电子邮件鉴定实施规范》(SF/Z JD0402001—2014)第3.4部分。

^③ 譬如,在快播公司涉嫌传播淫秽物品牟利罪一案开庭时,控辩双方就围绕涉案服务器硬盘是否被掉包、涉案视频文件是否造假等真实性问题开展了激烈的攻防战。为此,法庭委托国家信息中心电子数据司法鉴定中心进行检验,以审查鉴定检材的真实性。国信司法鉴定中心最终的鉴定意见是“未发现在2013年11月18日后有从外部拷入或修改的痕迹”。这一鉴定意见在法庭上受到质疑,因为“未发现”的鉴定意见表述不清,不足以释疑解惑。参见刘品新:《电子证据的鉴真问题:基于快播案的反思》,《中外法学》2017年第1期。

^④ 参见林九川、孙永清、钱伟等:《字符编码在电子数据司法鉴定中的应用》,《中国司法鉴定》2008年第6期。

^⑤ 参见陈晓红、杨旭、施少培等:《篡改Microsoft Office办公文件的实验研究》,《证据科学》2009年第3期;廖根为:《电子邮件真伪鉴定初探》,《犯罪研究》2009年第3期。

取、形态分析、溯源分析。这些方法的共同点是要在具体案件背景下判断控辩中的哪一方提交的电子证据更为可信,或者判断控辩中的哪一方关于电子证据的证明更为可信,而非无条件的真实性;都是在判断某种法律意义上的真实性,而非科学领域的真实性。

以上提出的新技术方案,也经历过多起案件鉴定实践的检验。例如,在一起行贿案件中,我们对 10 条涉案的手机短信进行检验分析,发现涉案短信在时间、内容、存储位置方面均符合正常通信形成的特征,^①遂得出肯定真实的结论。这一鉴定过程就综合使用了时间鉴定方法、痕迹鉴定方法与碎片鉴定方法。当然,上述技术方案还将随着实践的发展而不断完善,全新的方法也会进一步涌现。

不同的真实性鉴定方法应该有不同意见表述方式。如果当事人对电子证据的形成过程有疑问,那么既可以采取溯源性鉴定方法,意见表述为“电子证据的形成过程如下……”,也可以采取痕迹鉴定方法或碎片鉴定方法,意见表述为“检验发现存在或者不存在……的痕迹或碎片”。如果当事人对电子证据的时间信息有争议的,那么可以采取时间鉴定方法,意见表述为“电子证据的创建时间/修改时间/访问时间是……”,并注明该时间同物理时间的对应关系。

五、结论

电子证据迈向司法舞台必须克服源自真实性的挑战。然而,迄今为止这一问题并没有解决,并且严重制约了电子证据制度的建设。其实,解决问题的前提在于全面检讨电子证据真实观,有必要从学术争议与实务分歧切入,明确立场调整的必要性,并立足于系统性原理、电子痕迹理论与虚拟场理论三大理论基础,切实树立“电子证据比传统证据具有更为良好的真实性保障”的核心理念。

树立这一理念,有利于推进电子证据真实性的相关制度建设。为规范司法人员作出裁判,我国应当遵循具有可操作性的真伪判断标准,将个案中电子证据的真实性同案件事实结合起来。在电子证据真实性的证明机制方面,我国应当考虑电子证据的特殊性,适当改造传统的“谁主张,谁举证”规则,引入有条件的“谁反驳,谁举证”“谁持有,谁举证”规则。在电子证据真实性的鉴定制度方面,我国应当开发出超越纯技术领域的溯源性鉴定等新技术方法。

责任编辑 田国宝

^① 参见中国人民大学物证技术鉴定中心司法鉴定意见书[2013]技鉴字第 7 号。