

【电子文件】

# 单轨制视角下 国内外电子文件证据立法研究

李海涛 郭静

**【摘要】**研究通过梳理国内外电子文件证据立法的类型、内容、程序及司法实践,分析了国内外电子文件证据立法的内容特点及其启示,探讨了电子文件单轨制管理模式下我国电子文件证据立法现状及问题,并从电子文件证据的概念界定、法律定位、证明力和司法程序、立法规则等方面对单轨制模式下我国电子文件证据立法提出了对策建议。

**【关键词】**单轨制;电子文件;电子证据;证据效力;证据立法

**【作者简介】**李海涛,郭静,中山大学信息管理学院(广州 510006)。

**【原文出处】**《档案学研究》(京),2021.1.70~77

**【基金项目】**本文系中山大学青年教师重点培育项目“粤港澳大湾区建设背景下广州市电子文件单轨制改革策略研究”,国家档案局科技项目“我国档案社会存管服务供给侧改革研究——以珠三角地区为例”(2019-R-12)成果之一。

## 0 引言

开展电子文件单轨制管理是实现电子文件管理的内在要求,也是提升政府企事业单位、社会组织信息化效能,降低管理成本的有效举措。自2012年国家电子文件联合办公室开展我国部分政府机构电子公文、电子税单、电子证照、电子订单等电子文件全流程单轨制管理探索以来,上海、珠海等地纷纷开展了电子文件单轨制管理模式探索。由各地实践可知,驱动电子文件单轨制管理模式的基础支点是从法律上解决电子文件的证据效力。保证电子文件的凭证效用是单轨制管理模式下电子文件法律效力的立法宗旨。近年来,国内外在电子文件证据立法上均开展了积极探索。以英美为代表的英美法系在电子文件证据认定上突破了传统的传闻规则及最佳证据规则,采用扩大“原件”含义、功能等同法等立法方式,使传统法律适用于电子文件证据地位及效力认定;在电子文件证据采集与证明力上,除修订传统法律外,通过制定专门电子证据法律赋予电子文件证据采集的原则、程序及证明效力,解决电子文件取证

及证明力问题。随着全球电子贸易开展,联合国国际贸易法委员会、欧盟等国际组织为处理贸易参与方在电子文件证据的取证、质证、证据保全等问题,从联盟层面规范了电子文件立法,如联合国《电子商业示范法》,通过统一基础立法增强了电子文件立法国际应用的兼容性。

我国电子文件证据立法研究始于20世纪末的金融领域。①从国家层面看,由于金融贸易等司法实践中,大量电子票据合同的证据效力、取证质证存有争议,我国《合同法》(1999)将数据电文归入书面形式,赋予电子文件证据可采性。随后民事刑事行政诉讼法及其司法解释、《电子公文传输管理办法》(2003)、《电子签名法》(2004)、《机关档案管理规定》(2018)、《电子公文暂行管理办法》(2018)等均以专条形式确认了电子文件证据效力,逐步消除电子文件证据法律层面可采性障碍。②从地方层面看,地方电子文件立法近10年来发展迅速,主要涉及电子商务政务领域。如电子商务领域,2012年以来厦门、广东省先后发布商事登记条例,规定电子档案与纸质

档案具有同等法律效力。电子政务领域,2017年以来浙江、福建、河南、广东、上海、芜湖、深圳、福州等省市先后发布电子证照管理暂行办法,规定电子证照与纸质证照具有同等法律效力。总体来看:①国家层面上,当前我国电子文件证据立法基本满足了电子文件证据效力认定,但目前仍缺乏一部高位阶综合性基本法,全面认定电子文件的法律效力,引导政府、企业事业及社会组织立法立规。②地方层面上,电子文件证据从立法内容到司法程序,从立法数量到司法实践,东南沿海沿江地域领先内地。以广东省为例,为解决电子商务电子文件证据立法不足,广东省在电子文件证据效力、证据归类、证据可采性与证明力、司法证明环节及数字认证、电子证据保全等方面开展了立法与司法探索,形成了较为成熟的地方电子文件证据法规体系。③在电子文件证据法律条款上,仍存有术语概念不清、条款内容或解释零散,自相矛盾,可操作不强等问题。为此研究首先梳理了国内外电子文件证据立法的类型、内容、程序及司法实践,分析了国内外电子文件证据立法的特点及其启示,探讨了单轨制管理模式下我国电子文件的证据效力、证据采集、认证、质证等问题及单轨制视角下我国电子文件立法对策。

## 1 国内外电子文件证据立法研究

### 1.1 国外电子文件证据立法

国外在电子文件证据立法上展开了多元探索,具体如下:

#### (1)英国

英国证据法奉行传闻规则<sup>[1]</sup>将电子文件排除有效证据之外,构成了电子文件证据可采性障碍。为此英国首先规定电子文件存储载体要求,确保电子文件真实有效性,并在推行政府无纸化改革中废除了电子文件证据可采性限制,在《民事证据法》(1968)中规定“凡是输入数据者对数据知悉或在执行职务时从知悉者获得数据的,计算机输出文件可作为证据”,并规定了可采性电子文件的四项条件。为强化电子文件的证据地位及可采性,英国《民事证据法》(1995)取消了民事诉讼法中的传闻规则,确立电子文件证据的可采性。刑事诉讼领域,扩大了书面传闻证据的范围。《警察与刑事证据法》(1984)将计算机数

据纳入可采的证据范畴。

#### (2)美国

在电子文件可采性及证据效力上,美国提出“拟制原件说”<sup>[2]</sup>。通过扩大解释“原件”内涵,设立了“例外原则”以打破“最佳证据规则”的局限,解决电子证据可采性问题。如美国《联邦证据规则》将电子文件“原件”的内涵扩大至准确反映数据内容且有可读性数据,减少因易复制导致电子文件原件难确认的障碍。此外还采用“例外原则”接纳电子文件证据,如电子商务领域《联邦证据规则》指出“诉讼中无须特定商事文书作者,当事人可将电子文件记录作为法庭证据”。总体上看美国电子文件证据条款的如《统一计算机信息法》《统一电子交易法》、犹他州的《数字签名法》等主要应用于促进电子商务发展和维护信息安全。电子商务领域相关法律条款原则性规定了电子文件证据的原件、可采性标准,而《信息披露法》等则从维护信息安全、打击信息犯罪等维度明确了电子文件证据的存取、使用、维护等要件。

#### (3)国际联盟组织

为解决电子汇单票据等的证据效力、证明力问题,联合国、欧盟、国际商会等国际组织出台了相关电子文件证据效力法律。总体来看,国际联盟组织系列相关法律以原则性条例为主,为成员国电子文件证据立法提供指南。如联合国国际贸易法委员先后颁布了《电子商务示范法》《电子签字示范法》等法律及解释,采用“功能等同法”<sup>[3]</sup>思想明确了电子文件同纸质文件具有同等证据效力。《电子商务示范法》则打破传统证据法中“传闻证据规则”与“最佳证据规则”限制,确立了电子文件证据的法律效力。此外部分国家采取电子文件作为最佳证据的原则,如加拿大《统一电子证据法》规定“已发挥作用且被存储的输出电子记录可视为最佳证据规则的记录”<sup>[4]</sup>。

### 1.2 国外电子文件证据立法特点

#### (1)根据实际应用调整证据认定原则

英美法系国家传统的“最佳证据”“传闻规则”原则将电子文件排除证据之外,不利于电子文件证据采集。在“规范调节及促进社会关系和谐”立法精神指导下,为消除诉讼中电子文件证据的不确定性,英国通过突破“传闻规则”赋予了电子文件证据可采

性。美国则通过扩大电子文件“原件”内涵,建立了例外原则并在司法实践中调整了电子文件证据的认定原则,提升电子文件证据效力,降低诉讼成本。

### (2)兼容性和普适性

为避免区域性立法冲突,对接国际金融贸易等需求,以国际联盟为主体,各参与国合作共建了包含电子文件证据效力在内的电子文件管理相关的行业法规及技术标准。如为保障网上购物、在线支付活动中电子票据、汇单、合同等的证据效力,联合国贸易法委员会先后颁布了《电子商务示范法》《电子签字示范法》及其解释,为参与国立法提供参考。区域性联盟组织也通过上述模式,确立区域内电子政务、商务业务中电子文件的证据效力。如全美通用州立法委员会(NCCUSL)通过《计算机及信息交易统一法》,确立各州间电子文件证据的可采性及通用性,避免各州电子商务立法中相关条款冲突。

(3)以单行法或系列法等形式保障电子文件证据效力

有别于大陆法系综合法的立法形式,英美法系国家以单行法形式,规范电子文件证据效力。如加拿大《1998年统一电子证据法》《统一电子商务法》,南非《1983年计算机证据法》,马来西亚《电子签名法》等。美国电子文件证据立法呈现出系列法案的形式特点,如国家层面的《高性能计算机法规网络案》《1999年统一证据规则》《统一计算机信息法》《统一电子交易法》《电子签名法》,地方层面的犹他州《数字签名法》加利福尼亚州《证据法典》、伊利诺伊州《电子商务安全法》等。

## 2 国内电子文件证据立法研究

我国法律层面一般有四个等级,按照效力等级由高及低划分包括法律(含宪法)、法规、行政规章(含司法解释)、地方性法规及规章。总体来看,目前我国无专门电子文件证据单行法,相关内容分布于电子政务、电子商务及档案管理等行业领域的法律条款中。①从法律层面来看,分布于《合同法》《电子签名法》《档案法》等实体法条款中,赋予电子文件在司法诉讼中的可采性和证明力,指出了可靠的电子签名与手写签名或者签章具有同等法律效力。又存在于程序法中,强调了司法认证和数据保全中电子文

件证据的采证、质证程序。②从法规层面来看,主要存在于《国务院关于在线政务服务的若干规定》《进一步深化“互联网+政务服务”推进政务服务“一网、一门、一次”改革实施方案》等相关行政法规中。该类法规以简政放权提高电子政务效率为目标,赋予电子文件与纸质文件等同证据效力。③从部门规章层面来看,重点基于行业部门实践规定了电子文件证据采集保全举措,如国家档案局《机关档案管理规定》《电子公文归档管理暂行办法》等,从档案管理实践出发指出符合国家要求的电子公文可以仅以电子形式归档,电子档案与传统档案效力等同,并规定了单轨制模式下保证电子文件证据效力的“四性”验证及立卷归档方法。

### 2.1 我国电子文件证据法律效力内容分析

#### 2.1.1 法律层面

从法律效力来看,我国电子文件证据法律条款分散于各实体或程序法。

#### (1)实体法

为保护电子商务参与各方权益,《合同法》赋予数字文件、电子数据等证据效力,将数据电文类归入书面形式,但未界定数据电文概念及归入书面形式理由。《电子签名法》(2019)规定了数据电文、电子签名的证据效力。如第三、七条明确了电子文件证据的可采性。第四条对视为符合法律法规要求书面形式的数字电文进行了界定;第五、六条解释了电子文件“原件”的内涵要件,明晰了电子文件证据效力在司法实践中判断的形式要件。在对电子文件证据真实性鉴定上,第八条规定“生成、储存或者传递数据电文方法可靠”“保持内容完整性方法可靠”,“用以鉴别发件人方法可靠”及其他相关因素,提供了电子文件证据真实性鉴定维度。作为单轨制管理模式开展中电子文件真实、完整、可信、可用、可证性保障的技术要件,电子签名可靠性影响电子文件可证性。该法第十三条提出具有可证性的电子文件签名要件,即“属于电子签名人专有;签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制;签署后对电子签名及数据电文内容和形式的任何改动可被发现”。对于单轨制管理模式电子文件传输中的证据效力保全,该法第十七条、十九条对时间戳授时机构、CA认证

等第三方电子认证服务机构的资质条件和电子认证业务规则范围做出规定。

从行业立法导向来看,随着电子文件单轨制管理模式推进,国家加大了电子文件管理协调统筹,在国家电子文件管理“十二五”“十三五”工作规划及电子文件管理试点工程推动下,国家部委和地方政府积极探索文件档案数字转型之路,电子文件证据效力问题逐步体现在行业法律中。如《中华人民共和国档案法》(2020)赋予了电子档案证据效力,对电子档案提出了来源可靠、程序规范、要素合规三方面的要求,但未阐明电子档案证据的形式要件,存在司法实践中电子档案证据采集、质证上可操作性不强等问题。

## (2)程序法

为使电子文件证据效力获得程序支持,民事、刑事、行政诉讼法等程序法从司法认证和证据保全维度设定了电子文件证据采集、质证程序。①《刑事诉讼法》(2018)第五十条将视听资料、电子数据纳入可采证据的第八类,相较于此前归入书面形式的做法,该调整可提升电子文件的证据地位。但因视听资料有别于电子文件证据,《刑事诉讼法》所指电子文件证据类型、效力,仍需结合具体应用场景调整电子文件证据组成及类型,设定取证、质证流程,以适应司法实践。②《民事诉讼法》(2012)第六十三条将电子文件作为新的证据形式列入,赋予其独立证据地位。《民事诉讼法解释》(2015)对电子文件范畴做了原则性界定,即电子邮件、手机短信、博客、微博、网页、电子交易记录、数字证书、计算机程序等均属电子文件范围。随着大数据、云计算、区块链技术发展,民事诉讼中电子文件证据形式将逐渐增多,进一步挑战民事诉讼中电子文件证据的适用性<sup>[9]</sup>。为解决民事诉讼电子文件证据的取证问题,《最高人民法院关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》(2019)(以下简称《修改决定》)将视听资料与电子数据纳入了“书证提出命令”的范围。为解决电子文件证据真实性判断的难点,《修改决定》设定了电子文件证据真实性的形式要件,即电子文件“生成、存储和传输的计算机系统的硬软件环境、监测手段完整、可靠;保存、传输、提取主体和方法可靠”。如在商业活

动中,电子文件产生于业务活动,由第三方平台记录、保存与提供,所处信息系统软硬件环境完整可靠,其真实性较强,证据效力就高。上述电子文件内容公证后其真实性由司法机关确认,形成完整的证据效力。电子文件作为独立证据类型,从其内涵界定到取证、质证过程完善,民事诉讼法及其解释,民事诉讼证据修改决定等的出台,表明司法界关注信息技术对于民事审判影响,加强电子文件证据规则适用性研究,引导公众运用电子文件证据形式,降低诉讼成本,合理使用审判资源。<sup>[9]</sup>③《行政诉讼法》将电子数据列为一项独立的证据类型,位于证据类中的第四位,证据地位仅次于书证、物证和视听资料,增强了电子文件证据的重要性,提升了电子文件证据的地位。

### 2.1.2 司法解释层面

电子文件证据效力在刑法民法行政法中均有司法解释,对于审判与检察机关具有普遍约束力。如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2001)放宽了对电子文件证据原件的限制,复制件被纳入取证范畴。但在证据效力与采信次序上,电子文件证据属特定采信程序,包括复制件来源及制作调查记录。

《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干问题的规定》(2002)第十二条规定计算机数据应提供有关资料的原始载体,当提供原始载体困难时可提供复制件,并要注明制作方法、制作时间、制作人和证明对象等。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。这一规定扩充了“原件”的范围,使得电子文件证据更好地适用于最佳证据规则<sup>[7]</sup>。

刑法相关司法解释《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》规范了电子文件证据的取证、举证、质证、认证、数据保全环节,是目前我国电子文件证据收集、移送、展示、审查、判断等较详尽的法律,其将电子文件证据界定为“案发中形成的以数字化形式存储、处理、传输的,能够证明案件事实的数据,包括网络平台发布、网络应

用服务通信及用户注册、身份认证、电子交易记录等信息”,并提出了“扣押、封存电子文件原始存储介质;计算电子数据完整性校验值;制作封存电子文件证据备份;冻结电子文件”等电子文件证据完整性保全方法,可操作性强。

### 2.1.3 行政法规层面

在推行电子文件归档管理模式变革中,为提升电子文件证据效力,国务院出台了系列行政法规。如《国务院关于在线政务服务的若干规定》(2019)以政府简政放权推进政府“线上”业务单套单轨处理为目的,规定了电子文件证据效力。第八条指出了可靠的电子与手写签名具有同等法律效力。对于电子印章电子证照等,第九、十条赋予了其与实物印章及纸质证照同等法律效力。第十二条规定了电子文件归档时间方式,提出了电子文件单轨制归档管理模式,即“除法律、行政法规另有规定外,电子文件不再以纸质形式归档和移交,符合档案管理要求的电子档案与纸质档案具有同等法律效力”。随后国务院办公厅印发《进一步深化“互联网+政务服务”推进政务服务“一网、一门、一次”改革实施方案》通知,提出了制订政务服务事项与电子文件归档规范并推动相关试点,逐步消除电子文件归档法规制度障碍。上述法规及实施方案在政府在线服务中,明确了电子文件类型及法律效力,提升了电子文件证据的法律地位,一定程度上消除了电子文件证据可采性障碍,为政府电子文件单轨制管理提供了法规制度保障。

### 2.1.4 部门规章层面

基于国务院行政法规,各部门、委员会、审计署在调整内部电子文件管理时也出台了相应的部门规章。如国家档案局第13号令颁布的《机关档案管理规定》(2018)(以下简称《规定》)赋予了电子档案与纸质档案具有同等效力。为保证机关电子文件归档的真实性及证据效力,第三十五条指出电子文件证据归档不仅归档其内容,还要归档其元数据。为保障机关电子文件单轨制管理中电子文件真实性及证据效力提供了操作依据。但《规定》也反映了发文机构的保守态度,如一方面推动电子文件单轨制管理模式及实施方法,如“电子文件需要转换为纸质文件归档的,若电子文件已经具备电子签名、电子印章,且

电子印章按照规定转换为印章图形的,纸质文件不需再行实体签名、实体盖章”,另一方面却限定了以电子形式归档的文件范畴,如“满足本规定第五章规定且不具有永久保存价值或其他重要价值的电子文件,以及无法转换为纸质或缩微胶片的电子文件可以仅以电子形式进行归档”。与该规定第二十三、三十五条的保障归档电子文件真实性及其证据效力,推行电子文件单轨制管理的立法精神不一致。

为贯彻落实全国深化“放管服”改革,转变政府职能,根据《国务院办公厅关于加快推进与政务服务“一网通办”不相适应的法规规章修订等工作的通知》要求,国家档案局第6号令修改了《电子公文归档管理暂行办法》(国家档案局令第6号),并在第14号令《国家档案局关于修改〈电子公文归档管理暂行办法〉的决定》<sup>[8]</sup>中明确了单轨制管理模式。如第七条修改为“符合国家有关规定要求的电子公文可以仅以电子形式归档。电子公文归档应当符合电子文件归档和电子档案管理的要求”;第十三条修改为“电子公文形成单位应在电子公文归档时按照国家要求检查其真实、完整、可用和安全性”,从部门规章上消除了与政务服务“一网通办”不相适应的法规规章,推进了全国一体化在线政务服务平台建设,确立了电子文件的证据效力与证明力。

## 2.2 我国电子文件证据立法现状述评

我国虽未颁布专门的电子文件证据法,但与电子文件证据的相关条款分布在我国各级法律法规规章中。目前我国电子文件证据的可采性和证明力问题基本有相应的法律依据并在司法实践中发生效力。具体表现为:

### 2.2.1 立法特点

(1)我国电子文件证据可采性已得到法律认可。无论实体法或程序法,包括部门规章在内的相关条款中均承认其证据的可采性并赋予其证据效力。

(2)从证据效力来看,由需结合其他证据证明案件事实的间接证据,提升为直接证明案件事实的独立证据,电子文件证据效力逐步提升。以行政法规及其司法解释为例,对于电子文件证据效力《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》设定了原件优于传来件原则。行政诉讼中电子文件类证据效力

设定为仅在无法获取原件时,电子文件及其复制件在证明与原件完整一致并含持有人签章的前提下才可采信。此处电子文件证据表现为间接证据效力。随着技术进步与政府体制改革深入,《国务院关于在线政务服务的若干规定》(2019)明确了电子文件与实物印章、纸质证照具有同等法律效力,这为解决单轨制管理模式中电子文件证据的可采、可信、可用、保全等提供了法律支点。

(3)立法特点及趋势上看。系列立法中,从电子文件证据的界定到其采集、提取、保全、质证等形式要件规定,法律规定细化、实操性增强。如《民事诉讼法》(2012)仅将电子文件作为新的证据形式列入,并在《民事诉讼法解释》(2015)中界定了电子文件内涵。随着民事诉讼中电子文件证据类型增多,为解决电子文件证据真实性判断问题,《修改决定》做出了原则性规定。电子文件作为独立证据类型,从其内涵界定到诉讼中采信、质证程序设计及形式要件完善,民事诉讼法及其司法解释等系列法案出台体现了该立法趋势。随着电子文件证据效力的提升及相关证据规则、提出手段及证明力发挥方式的完善,为我国电子文件单轨制管理模式开展提供了法律基础,但电子文件证据相关立法仍存在概念混淆、语义不清、各级法律效力条款规定内容冲突、可操作性不强等问题。

### 2.2.2 我国电子文件证据立法存在的几个问题

总体上看我国电子文件证据立法缺少一部高位阶综合法,全面认定电子文件法律的证据力和行政有效性。<sup>[9]</sup>具体立法、司法实践及学术研究中存在以下问题:

(1)概念界定混淆,涉及概念本质不多。当前法学、档案学交叉研究已初步完成电子文件证据与电子数据证据的概念比较及对接,形成法律层面的电子文件证据概念术语体系。但电子文件证据概念在各成文法、司法解释、法规条款中有“数据电文”“电子文件”“电子数据”“电子证据”“计算机数据”等多种表述待重新界定。目前电子文件证据概念界定,司法界仍沿用传统“概念”加“概念解释”的方式,忽略结合电子文件证据的内在属性,探讨业务、技术环境下电子文件证据的表现形式<sup>[10]</sup>。

(2)电子文件证据的法律定位不明。电子文件证据的法律定位即是电子文件证明能力,是其成为司法证据的前提。司法实践中各类型证据都有其固有的收集、审查、判断重点与程序,明确的电子文件证据定位有利于规范其存在的法律形式以及诉讼程序。从上述国内外电子文件证据立法及司法实践来看,在不同证据的分类模式下,电子文件证据定位各异。大陆法系遵循传统的证据运用规则,未将其作为独立证据种类。英美法系则采用证据规则过滤方式将其作为独立证据类型。目前我国法律尚未明确定位电子文件证据种类,将其纳入其他证据类型中,仅部分法律法规对电子文件证据类型做了分散性规定。

(3)电子文件证据证明力应用处于初级阶段。电子文件是记录业务活动的有价值的记录凭证,其证据价值源于其凭证可读及集成性。为在司法诉讼中发挥电子文件证据的证明力,需明确电子文件证据证明力的认证条件、证明能力审查及认证标准。目前我国对于电子文件证据证明力应用还处于初级阶段。证据需要条件、认定范围、认定手段及标准设定还比较粗放<sup>[11]</sup>。

(4)电子文件证据取得原则及规则缺失。电子文件证据的取得如不加限制易对公民或法人的基本权利造成损害。而过分限制取证规则则易增加司法部门的取证难度<sup>[12]</sup>。因此确立既可保证取证程序合法,又尊重被取证人或机构权利的电子文件证据非法证据排除规则是关键。目前现有实体、程序法,缺失电子文件证据取得的非法证据排除规则。既缺乏结合外部环境的电子文件非法证据排除规则的一般性原则,又缺乏电子文件取证是否非法的判定标准及运用非法证据排除规则排除电子文件证据的实施标准。

(5)电子文件证据司法效力发挥存在障碍。单轨制电子文件管理实践中为充分发挥电子文件证据的司法效力,需要构建电子文件证据的最佳证据规则,即电子文件证据在证明书面文件、录音录像或照片等文书内容时,应当提供文件内容的原始证据的诉讼证明规则。最佳证据规则适用于传统的书证,在单轨制模式下电子文件如达到书证要件并适用该规

则,则应在法律层面调整传统“原件”概念,并提供电子文件证据可采性技术支持<sup>[13]</sup>。首先法律上重新调整电子文件证据原件概念,由于电子文件证据内容对载体依赖性降低,原件概念调整既是难点也是基础。目前《中华人民共和国电子签名法》《最高人民法院关于执行中华人民共和国民事诉讼法若干问题的解释》等已初步采用“原件”作为最佳证据规则,但对电子文件证据部分的“原件”规定偏少,缺乏以“原件”为核心的电子文件证据最佳规则的司法操作标准。

此外我国现有实体法与程序法也未将电子文件证据与传闻证据规则有效衔接。随着电子文件证据频繁应用于司法实践,需要迫切解决电子文件证据构成的传闻条件,以传闻证据规则调整完善电子文件证据及我国相关规则。在电子文件证据相关诉讼案件举证责任的原则、模式及规定上,相关法律比较模糊。上述问题构成了当前电子文件证据司法效力发挥障碍。

### 3 单轨制模式下我国电子文件证据立法对策研究

#### 3.1 明晰电子文件证据概念

针对当前电子文件概念界定忽略司法实践中电子文件证据表现形式且未涉及概念本质等问题,需要结合电子文件管理与法律产生的新型证据类型,从技术和法律维度重新界定电子文件证据。实施中:①首先结合电子文件管理实践,从携带方式、载体、系统环境等角度分析电子文件证据类型,探讨业务系统中电子邮件、电子签名等代表性电子文件证据的表现形式。②其次由于电子文件证据与信息技术密切相关且具有多媒体、易失真、再现依赖性、证明效力定性及定量表现等特点,可基于证据制度视域下开展电子文件证据属性研究,分析单轨制管理中电子文件证据属性<sup>[14]</sup>。③基于电子文件证据的表现形式及属性剖析电子文件证据与视听资料、电子数据等概念关系,结合法学及档案学界电子文件证据代表性学者观点,界定档案学研究视角下电子文件证据概念。

#### 3.2 明确电子文件证据法律定位

电子文件证据的法律定位是判断电子文件证据归属的立法基础,明确电子文件证据法律定位,有助

于规范其法律形式及诉讼程序。针对现实中电子文件证据法律定位不明等问题:

(1)首先应明确电子文件证据归类问题,解决不同法律在电子文件证据归类上的冲突。在证据种类划分上,英美法系多采用判例或单行法划分模式,而大陆法系则基于法典规定证据种类。因此在不同证据种类划分模式下,大陆法系未将其作为独立证据种类,而英美法系则通过证据规则过滤方式将其作为独立证据类型。由于我国目前法律法规及司法解释未对电子文件证据的定位进行清晰的界定,所以在电子文件证据法律定位上,应首先基于国内外电子文件证据相关规定剖析我国电子文件证据种类的划分特点。

(2)其次目前学界关于电子文件证据定位分为分别归类说、融合说、独立说<sup>[15]</sup>。其中分别归类说是将电子文件证据分别归入现行证据种类的具体形态,代表观点包括物证、书证、鉴定结论说、视听资料说。而融合说则认为电子文件证据实质上是不同种类证据的表现形式,在实践中将其融入或拆分为若干证据形态,形成了两分、四分、七分法融合说;独立说则将电子文件证据作为独立证据种类。结合电子文件及其管理、质证特点,通过梳理目前国内外电子文件证据定位的代表性观点辅助开展我国电子文件证据法律定位。

(3)结合国内外电子文件证据归类及学界关于电子文件证据定位观点梳理,司法实践中还应明确电子文件证据的分类标准,探讨电子文件证据的理论支撑,解析纸质档案、视听资料与电子文件证据间的区别,明确电子文件证据界限。<sup>[16]</sup>根据法律规定及司法实践中电子文件证据实操需要,对不同发展阶段的电子文件证据适当定位。

#### 3.3 开展电子文件证据证明力立法研究

针对我国电子文件证据证明力应用还处于初级阶段,在证据需要条件,认定范围、认定手段标准粗放等问题,规范的电子文件归档行为可有效保证电子文件证据的真实、完整、可靠性,以保证电子文件证据的证明力。在立法实践中可从规范立卷归档入手:①剖析电子文件证明力及其认定的内涵。结合上述研究分析可知《档案法》《国务院关于在线政务

服务的若干规定》等关于电子文件证据证明力等同于纸质或实物证据效力的规定,有助于提升电子文件证据效力。司法实践中可吸收国外“安全电子文件”<sup>[17]</sup>的立法司法理念,对于电子文件证据效力不做统一规定,视司法实践分级设定电子文件证据效力。②由于电子文件属于法律规定的电子数据证据,兼有证据身份与技术特性,因此要通过管理和技术相结合的方式对电子文件“四性”进行检验<sup>[18]</sup>来确保电子文件证据证明力,在立法司法实践中应遵循历史沿革、法律法规等相关社会、法律基础及认证原则,理清电子文件证明力认证条件、证明能力审查及认证方法。基于证据能力、原始、可靠及完整性,分析电子文件证据证明力认证的充分必要条件;从客观、合法及关联性维度探讨电子文件证据证明能力的审查重点:其中客观性维度着眼于电子文件的内容及实体;合法性维度着眼于电子文件证据的形式、收集主体、取得程序;关联性维度则应着眼于电子文件反映事项、内容及与案件的相关性大小。<sup>[19]</sup>再通过认定其真实、可靠、完整、关联性,开展电子文件证据证明力认证研究,其中关联性分析着眼于电子文件证据反映事项、内容及其与案件的相关性大小。真实性着眼于强调物理鉴定和推定分析,可靠性着眼于证据直接认定和推定的方式,完整性着眼于证据内容及系统完整的分析。③为了比较电子文件证明力大小,可通过对比电子文件与纸质档案、电子文件转化的纸质档案、电子文件复制件的证明力以及不同保管主体的电子文件证明力,形成辅助司法人员完成电子文件证明力认定的参照条件,同时还应从安全、法律、取证、鉴定、展示、认知等维度探讨影响电子文件证据证明力相关因素,并从法律、组织、管理等维度形成电子文件证据证明力认证的保障措施。<sup>[20]</sup>

### 3.4 开展电子文件证据司法程序效力发挥立法规则研究

结合上述立法司法实践中的问题分析,主要可通过完善非法证据排除、最佳证据及传闻证据规则,突破电子文件证据在司法程序效力发挥中的障碍。其中非法证据排除规则研究重点解决电子文件证据的取证障碍。而最佳证据规则则着眼于探讨电子文

件证据的真实性判断规则,解决电子文件证据的“原件”问题。传闻证据规则则解决电子文件证据构成传闻的条件。

(1)非法证据排除规则纳入取证规则体系。可将非法证据排除规则纳入电子文件证据取证规则体系,重点分析适用于电子文件证据取证及实施后相关规则。首先梳理我国电子文件证据的刑事诉讼模式及法律文化传统,客观确定电子文件证据非法证据排除规则的外部环境,科学划分完善阶段,分析该规则在调整电子文件证据时存在的主要问题,确定电子文件非法证据排除规则原则及电子文件证据取证实施规则<sup>[21]</sup>。在确定一般性原则时,需要关注该规则因电子文件证据种类归属问题不明而导致的规则适用问题,有限度地将与网络及信息系统、计算机技术相关的电子文件证据纳入调整范围,确定取证是否非法的判定标准,运用非法证据排除规则排除非法电子文件证据的界限。

(2)最佳证据规则。电子文件证据的可采性首先取决于其自身的真实性。而对电子文件证据真实性判断,是否仍然适用“原件”的观念以及如何借鉴“原件”等最佳证据规则判断电子文件证据价值,并在实践中完善“原件”最佳证据规则等是电子文件最佳证据规则设定中需要解决的关键。相关立法司法实践可从最佳证据规则价值借鉴,电子文件证据相关最佳证据规则构建维度入手加以完善。

一方面,借鉴当前英美与大陆法系以“原件”为核心的最佳证据规则,采用原始档案的方式避免诉讼中错误发生。电子文件证据因其易于改动且不留痕迹,真实性判断尤为重要,与之相关的电子文件证据的原件观念需要重新调整。调整可参考联合国、美国、加拿大、法国、南非等国相关证据法拟制原件的观点,梳理其调整方式,为构建以“原件”为基础的电子文件证据最佳证据规则打好基础。<sup>[22]</sup>

另一方面,构建以“原件”为核心的电子文件证据最佳证据规则。构建可从标准与操作层面入手。标准层面重点确立电子文件证据原件的标准尺度。首先从原件与复制件的区分标准、原件灭失毁损情况下复制件的适用条件入手,构建以“原件”为核心的电子文件证据最佳证据规则原则。其次以此为基

础从电子文件证据形式与实质改变、网络态与通讯态、加密态与非加密态、系统自动备份与人工备份、不同证据提供主体等维度,形成电子文件证据原件区分标准。<sup>[23]</sup>操作层面,主要确立电子文件真实性规范的鉴定流程,即电子文件形成时的各项操作跟踪记录鉴定,明确电子文件形成中交接责任者签名、操作处理权限核对、交接程序审核等检验要素,明确电子文件真实性鉴定的执行机构及技术。由于目前电子签字技术可以确认主体身份及内容完整准确目收发验证过程公开,为电子文件证据真实性提供了安全保障,但在实际操作中外部环境对于电子文件证据真实性仍有显著影响,因此可围绕电子文件证据的硬件设备来源、IP地址来源、电子文件证据软件及操作来源、内容分析,开展电子文件证据收集过程、提取方式、存储介质稳定性等研究,构建电子签名审查收集途径、保存环境、审查技术方案等电子文件作为证据的真实性判断规则。<sup>[24]</sup>此外在电子文件证据审查判断中可适度使用推定规则对电子文件证据真实性进行鉴定。

(3) 传闻证据规则。传闻证据规则是指证人以外的人在审判或听证中所做的陈述,提供以证明主张事项的证据。基于传闻证据规则视角思考电子文件证据的内涵及法律定位,可完善传统证据规则,使其适用电子文件证据形态,增强电子文件证据的独立地位。随着电子文件证据在司法实践中频繁出现,立法中需要解决的主要问题是电子文件证据构成传闻的条件,为此可将电子文件证据纳入传闻证据规则规制范围作为突破点。<sup>[25]</sup>通过梳理英美法系处理电子文件证据在传闻规则体系内定位上的相关判例获取启示,参照我国司法实践,确定符合传闻条件的电子文件应被当作传闻排除或被当作传闻例外被采纳的条件,完善我国电子文件证据立法司法实践中的传闻证据规则。

(注:本文所指电子文件是由内容、背景及结构信息组成的数字文件,在不同法律体系、等级、行业

法中,包括电子证据、数字证据、数据电文等。)

#### 参考文献:

- [1][3]刘品新.中国电子证据立法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2005:72,47.
- [2]杨青.论电子证据最佳证据规则[D].重庆:重庆邮电大学,2017.
- [4]滕友娟.电子数据的证据效力问题研究[D].南京:南京师范大学,2011.
- [5]江必新.关于理解和适用新民事证据规定的几个问题[N].人民法院报,2020-01-09(5).
- [6]金辉.信息技术在民事诉讼程序和审判管理中的运用和研究[D].上海:华东政法大学,2008.
- [7]肖秋会,段斌斌.我国电子文件证据地位及效力立法研究[J].图书情报知识,2018(1):58-65.
- [8]国家档案局第14号令《国家档案局关于修改〈电子公文归档管理暂行办法〉的决定》发布[EB/OL].[2019-01-11].<http://www.saac.gov.cn/daj/tzgg/201901/6e8c79c08ff449bcb24fc285c6442d70.shtml>.
- [9]冯惠玲.走向单轨制电子文件管理[J].档案学研究,2019(01):88-94.
- [10]李亚峰.刑事电子数据的认证问题研究[D].杭州:浙江理工大学,2017.
- [11][19][20]陈柳青.电子档案证明力研究[D].福建:福建师范大学,2015.
- [12]解希良.我国电子证据收集问题研究[D].济南:山东大学,2015.
- [13][14][15][17][21][23][25]张凯.电子证据研究[D].北京:中国政法大学,2006.
- [16]郭鹏,覃淮宇.电子证据的可采性及归类[J].兰州学刊,2007(4):106-108.
- [18]李海涛,王小兰,陈华宇.国有企业业务与档案管理系统集成调查研究——以韶关钢铁集团企业档案馆为例[J].档案学研究,2019(05):45-51.
- [22]赵长江.刑事电子数据认证规则研究[D].重庆:西南政法大学,2014.
- [24]刘欣,段云所,刘鹏.电子证据鉴定技术框架研究[J].小型微型计算机系统,2004(10):1880-1884.