



V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

互联网审理中电子数据准用书证规则之 分析

学校： 中国政法大学 2016 级

专业： 法学本科

作者： 林婉婷

日期： 2020 年 5 月 8 日



摘要

以互联网方式对案件进行审理时存在大量电子数据形式的证据，为了解决电子数据适用之证据规则的问题，新《民事证据规定》第 99 条规定了“关于书证的规定适用于视听资料、电子数据”。此条规则的性质应认定为准用条款，也即实践中对电子数据相关问题应参照适用书证规则，而不能直接适用。法律规定电子数据准用书证规则之正当性在于，首先电子数据本身是区别于书证而具有独立性的证据种类，因此不能够直接适用书证条款；其次电子数据在证明作用上与书证之性质相似，因此具有参照适用书证之基础。在具体准用过程中，应当注意到特别规范优先于一般规范，因此只有在法律没有对电子数据进行特别规定的情形下，才能够准用书证规则。本文对能够准用于电子数据之书证规则进行了列举，并详细分析其在准用过程中所需要进行的调整，以期完成本文建构电子数据证据规则体系的目标。

关键词：互联网审理 电子数据 准用 书证规则



目录

引言	1
一、 电子数据准用书证规则之学理层面正当性	3
(一) 电子数据之独立性	3
(二) 电子数据与书证之相似性	5
二、 电子数据准用书证规则之实体法规范解释	6
(一) 该款系准用规范	6
(二) 准用书证规则之限制	7
(三) 准用书证规则之列举	9
三、 电子数据准用私文书证举证责任规则之分析	10
(一) 电子数据举证责任倒置观点	10
(二) 举证责任倒置观点之驳斥	10
(三) 私文书证举证规则参照适用时之调整	12
四、 电子数据对“书证提出命令”规则之参照适用	12
(一) 准用“书证提出命令”规则之基础	13
(二) 书证提出命令规则参照适用时之调整	13
结论	17
参考文献	22



引言

自 2017 年 8 月 18 日杭州互联网法院正式揭牌至今，我国已有三家互联网法院，以互联网方式审理案件成为了国内案件纠纷审理的重大发展趋势。随着新兴审理方式的发展，电子数据从过去证据形态中的小小一隅，发展成为了互联网审理中最重要的证据种类。2019 年 12 月 25 日发布的《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》（以下简称新《民事证据规定》）纳入了许多电子数据相关法律问题，其中第 99 条确定了电子数据准用书证的规定。

此条规定对于解决互联网审理中电子数据的偏在问题具有极其重要的实践意义。盖互联网审理中电子数据通常由网络服务平台掌握，承担举证责任的当事人却往往无法取得所需要之电子数据，通过规定电子数据准用书证规则，当事人便能够借助“书证提出命令”使得持有电子数据之当事人向法院提交案件所需证据。

但是该条在理论上却存在一定的逻辑难题：我国法律将电子数据作为区别于书证等其他证据的单独类别，但是在电子数据的证据规则适用上又返回到书证规则，由是观之似乎并没有必要将电子数据单列为一项证据类别。因此有必要在理论上解决电子数据是否为独立于书证的一项证据种类这一问题。在此之后，还需要论证其与书证之间存在的相似性。由此方能够解决该准用法条在逻辑上的难题，完成该条正当性的证成。在解决正当性之后，需要从规范层面对该条予以解释，并解决其在实践中所面临的问题，也就是电子数据具体应如何准用书证规则？以上问题对于互联网审理中电子数据的运用具有极其重要的理论与实践意义。

为了回答以上问题，笔者通过本文对电子数据准用书证规则的规范进行分析与构建。文章第一部分主要是从学理层面探究电子数据能够参照适用书证之正当性基础，主要在于电子数据之独立性以及其与书证之间在证明功能上的重合性两点。在论证学理上之正当性以后，文章第二部分是从实体法本身出发对新《民事证



据规定》第 99 条第 2 款第 2 句进行分析，论证实体法上参照适用型引用性法条之存在，具体对该法条进行解释并列举了我国民事诉讼规定中能够被电子数据加以准用的书证规则。第三部分则是对第二部分所列举的书证规则进行具体分析，解决电子数据在参照适用此类规则时应当如何对具体法律效果进行调整的问题。

通过这三部分的论证说理，笔者希望能够大致形成互联网审理中电子数据准用书证规则的具体进程图，以期对互联网审理之实践发展做一微小推动。



一、 电子数据准用书证规则之学理层面正当性

民事准用制度的适用需要满足两个层面的要件。首先，拟调整的法律事实或行为与引用性条款所规定的法律事实或行为必须分属两独立事项，否则直接适用即可，无需所谓参照适用。但是完全不同的事项也无法进行准用，因此需要两者之间具有调整对象上一定的相似性，其相似性的程度决定了准用时具体如何参照。¹对于相似性的考量，具体需要从法律事实特征、法律后果以及立法目的三个方面进行。笔者接下来就将从这些角度出发论证电子数据准用书证规则的正当性。

（一） 电子数据之独立性

1. 电子数据形式上之特性

电子数据的存在形式不同于书证、物证，其二者均需要一定之物作为载体，且均能够通过人之感官被直接感知到。然而电子数据存在于虚拟空间之中，其本身并不占据任何实体上之空间。²人们也无法直接通过感官对电子数据进行感知，而必须借助电子设备等手段进行感知。这一点构成了电子数据与书证、物证的最大不同，正因如此，新《民事证据规定》第14条将数字化形式存储、成立、传输作为电子数据的特性之一。

数字空间与实体空间的差异导致电子数据和书证物证在各个方面都会有所不同，因此可以将其认定为电子数据与其他证据种类最重要之差别，同时也是电子数据单独作为证据种类的独立性基础。

除却数字空间化之特征外，书证物证等在销毁之后基本无法再恢复原状，电子数据与此不同，它在销毁之后还有可能通过技术手段进行恢复。正是由于电子数据的此种特性，使得其与传统书证在原件认定、收集以及展示方式上均会有不同之处。

当然，除去数字空间性以及可恢复特性之外，电子数据还存在许多不同的特性，但这些特性或者只是程度上的差异，比如易篡改性：实际上书证物证也存在着篡改



可能性，且仔细对电子数据进行鉴定分析则会发现电子数据之篡改过程也会留下数字痕迹；再比如可复制性，书证也能够复制也会存在原件与复制件的差异。因此其他性质均不能作为电子数据独立性之基础。

1. 电子数据在证据分类上之独立性

上文两点证明电子数据与书证、物证等之区别在于形式上之数字空间化；而其证明功能则与书证、物证别无二致。种类独立性并不要求在任何方面都与其他种类完全不同，毋宁说在分类时总是按照一个标准进行的，正是因为电子数据与书证、物证的相同点与不同点处在不同标准之上，因此出现了分类上的混乱。为此只需要将我国证据分类视为两层进行即可。³

(1) 第一层分类：电子数据与非电子数据

首先，应当根据证据的存在形式是否为数字化确定其是否属于电子数据，易言之，不论其证明作用是像书证那样通过思想内容行使，还是像物证那样通过物理性质进行证明，只要其存在形式属于数字化，则首先归类为电子数据。

(2) 第二层分类：对电子数据与非电子数据分别采用七分法⁴

物证、书证等证据种类是在非电子数据型的证据中进行的二次分类。也就是说，凡非以数字形式存在的证据，均属于非电子数据证据，并在此项下再细分为物证、书证、证人证言、视听资料等等类别。

电子数据同样在第二层进行细分。如果电子数据发挥证明功能的方式是像书证那样通过承载之思想内容进行，则其属于电子数据项下之电子书证。实际上，在许多国家的立法中，书证之外延十分广泛，只要是以记载之内容对案件事实加以证明的，都属于书证之范围。比如美国的书证，其包含了书写品（包括以任何形式记下的文字、数字等）、录制品（包括以任何方式录制的文字、数字等）以及影像（包括以任何形式存储的摄影图像等）。⁵之所以如此，是因为美国的证据分类体系与我国不同，他们采取四分法，将证据划分为物证、书证、证人证言以及演示证据。⁶我



国将电子数据作为第一层分类下之一个大类，由此更需要注意到电子数据除却形式特性之外的其他性质。

除了电子书证之外，电子数据还包括了电子物证：当电子数据像物证那样通过其物理性质或者是客观存在证明案件事实，则属于电子数据项下之电子物证。典型如访问网站的过程会被相应的服务器防火墙日志所记载，此种由网站自动生成的访问记录就像是客观存在之物上所留下的痕迹，能否借其存在反映有人入侵或者攻击网站的事实。此时服务器防火墙日志这一电子数据即通过其客观存在来发挥证据功能，是为电子物证。⁷当然电子数据项下还有其他具体分类，但由于在现实中情形较少，此处暂时按下不表。

故此，对电子数据独立性的证成已完毕，且其类别还作为第一层种类划分之标准。为了更明晰地表现证据分类之间的层次关系，笔者作表如下：

电子数据	电子书证	电子物证	电子当事人陈述	电子证人证言	电子鉴定意见	电子勘验笔录	电子视听资料
非电子数据	书证	物证	当事人陈述	证人证言	鉴定意见	勘验笔录	视听资料

（二） 电子数据与书证之相似性

1. 发挥证明功能之方式相似

对于这一点其实从前文能够自然地得出，大量的电子数据都是通过其记录之内容发挥证明案件事实之作用的，这一点与传统书证的证明方式别无二致。唯一的差别可能在于记录所用的符号不同，传统书证是通过文字、数字等等，而电子数据的记录符号本质上均为 0 与 1 这两个数字。并且，电子数据经过人们的解读



之后，也能够像书证一样用于证明相关案件事实。如果将电子数据的内容打印为纸质文档，那将与书证之复件并无不同。

2. 立法价值取向相似

不论是书证还是电子数据，其立法目的都是为了探寻案件事实真相，从而保障当事人的诉讼权利与实体权利，两者在立法价值取向上均是为追求公平正义。同时二者都存在证据偏在之问题，在解决证据偏在、提高证据提供可能性上两者的价值目标也是一致的。

从上文的论证可以得出电子数据是独立证据，同时与书证存在极大相似性的特点，正是由于这些性质，使得电子数据具有参照适用书证规则的正当性基础。

二、 电子数据准用书证规则之实体法规范解释

解决学理层面的正当性问题之后，应当将目光转向实体法层面。新《民事证据规定》第99条对于电子数据适用的规则进行了规定，即“关于书证的规定适用于视听资料、电子数据”，此条规范应当进行进一步的解释：该条是否为准用规范？如果是准用规范的话，应当在参照适用过程中根据电子数据之特别性质作出哪些调整？比如是否所有的电子数据均能够准用书证规则？是否能够准用书证的所有规则？有鉴于此，笔者将在本部分对该条进行规范解释。

（一） 该款系准用规范

1. 转致规范与准用规范之区别

法律规范中存在某些法条的内容是通过引用其它法条予以规范，称为引用性法条。此种法条具有授权作用，使得法院或其他有关机关有权对法律规范进行填补或者是指示，具体分为转致法条与准用法条。转致法条也被称为适用型引用性法条，用于拟规范的内容与被引用法条所规范的内容在事实要件、法律效果等方面具有



实质上之同一性，可以完全依据被引用的法条处理，通常无需进行变通；而准用法条也即参照适用型引用性法条，用于拟规范的内容与被引用法条所规范的内容在法律事实上虽然不同，但性质类似，可以将两者作同一处理，但在处理时需要考量拟规范内容之特性进行价值判断和裁量选择。⁸准用方法一般用于没有直接纳入法律之调整范围，但是又属于其在逻辑上又是该范围自然延伸能够到达之领域。⁹易言之，在法律准用中，只有性质相似时才能够适用被准用的法条，而不是直接、完全适用。¹⁰

通常辨别转致法条与准用法条的方式是通过规定中使用的语词是“适用”还是“参照适用”进行判定，前者往往是转致法条（适用型引用性法条），而后者则是准用法条（参照适用型引用性法条）。

2. 认定为准用书证规则

就新《民事证据规定》第 99 条“关于书证的规定适用于视听资料、电子数据”规定而言，既非采用“适用”表述也非采用“参照适用”表述，而是通过相反的“适用于”进行表达。因此对于该条之性质无法再单纯依靠语词进行判断，需要借助有权机关解释以及目的解释加以确定。

《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》第九十九条部分对视听资料、电子数据的法律适用规则作如下解释：“本次修改《证据规定》采用的是将该类证据的特殊规则予以明确，对于可以参照适用的一般性规则，则确定参照书证的相关证据规则执行。”¹¹可见，最高人民法院对于该条也是作准用法条之认定。更何况，电子数据与书证本属两种证据种类，两者之间必然会存在法律事实上之不同，电子数据无法直接适用书证规则，而需要参照适用。

（二）准用书证规则之限制

既然已经确定该款条文准用规范之属性，则在法律准用中必须注意到电子数据与书证之间的性质差异，从而判断是否需要拟准用的规范进行必要的限



制和修正。

1. 准用书证规则之电子数据应限缩为电子书证

电子书证是对传统书证的数字化革新，两者的相同点在于他们都具有书证的特征——它们的证明方式都是通过自身承载之思想内容来证明案件事实。而两者的区别则在于，首先形成过程不同。传统书证的形成不需要很高的科技含量，通常是由手写或者是打印完成，而电子书证的形成过程则是由计算机记录形成，同时还要通过计算机对其附上信用证书从而起到证明和归属的作用。其次，收集方式存储方式也不同。电子书证通常存储于计算机网络系统这一虚拟空间中，而传统书证都具有实物载体。再次，感知过程不同。传统书证通常直接由人之感官进行感知，但是电子书证需要通过电子设备等辅助设备加以感知，也就是需要进行解码过程方能理解。¹²

由上可见，电子书证与传统书证之间的差别仅仅在于存在形式和物质载体等形式上之差别，但其对案件事实的证明方式与传统书证并无不同，都是通过记载内容来证明案件事实。而这一点却是电子书证与其他电子数据之间的区别所在。¹³由此，电子数据中只有电子书证与传统书证存在相同之处，至于其他电子数据，与传统书证在存在形式和证明方式上都不相同，如果允许这些与书证毫不相关的电子数据也准用书证规则，相当于使得书证规则的适用范围扩张到了所有证据种类。

立法者在增加该条规范时，应当是为了使得电子数据中能够以其自身所载内容证明案件事实的部分能够适用书证规则，防止电子书证因为其数字特性所产生的证据偏在等问题无法达致证明目的。因此通过考察立法者目的，应当将电子数据限缩解释为电子书证。

2. 准用书证规则前对电子数据特别规定之适用

当电子数据进行举证、质证和认证的过程中，应当坚持特别规定优先于一般规定之基础法理：如果法律、司法解释对电子数据存在特别规定的，应当直接适用该



特别规定，只有查询相关法律、司法解释后并无特别规定的，才能够准用书证规则这一更为一般的规范。

在《民事诉讼法》、新《民事证据规定》中，对于电子数据原件规则¹⁴、调查收集电子数据的要求¹⁵、电子数据真实性判断标准和推定¹⁶、瑕疵电子数据补强规则¹⁷均有特殊规定，因此对于这些问题应当直接适用相应的电子数据规则，而非参照适用书证规则。

（三） 准用书证规则之列举

由于电子数据特别规定适用在前，因此并非所有的书证规则均会被参照适用。因此笔者在本部分将互联网审理中电子数据实际需要准用的书证规则进行列举，以此明晰电子数据证据规则体系。

1. 私文书证举证责任规则

新《民事证据规定》第 92 条¹⁸规定了私文书证审核认定规则，分别从私文书证的举证责任、私文书证的真实性推定和私文书证的瑕疵三个方面进行规定。电子数据的真实性推定问题以及瑕疵问题已经由特殊规定囊括，但其仍然存在举证责任问题，需要参照适用该条私文书证举证责任规则。

学界对于电子数据举证责任存在倒置的观点，与该条款恰好相反。因此问题就在于电子数据的举证责任与私文书证的举证责任是否具有相似性质，从而能够适用私文书证举证责任规则？对此问题笔者将在下文另辟一栏进行探讨。

2. “书证提出命令”规则

新《民事证据规定》第 45-48 条详细规定了“书证提出命令”，构成对《民事诉讼法解释》第 112 条规定的完善和补充。这一系列规定主要是为了解决书证之证据偏在问题，而电子数据由于其数字空间化之特性，导致其存在比书证更为严重的证据偏在问题，因此在新《民事证据规定》出台之前，便已经有许多学者主张



电子数据准用书证规则中的“书证提出命令”规则解决此问题。在新《民事证据规定》第 99 条作出电子数据准用书证规则规定之后，此种学说观点便有了实证法上之依据。但是另一个问题又浮出水面，那就是：电子数据准用“书证提出命令”规则时具体应如何参照适用？需要在哪些方面做出调整？同样，笔者将在下文细致解决这一问题。

三、 电子数据准用私文书证举证责任规则之分析

（一） 电子数据举证责任倒置观点

新《民事证据规定》第 92 条规定了私文书证之真实性由主张以私文书证证明案件事实之当事人承担举证责任。该条符合我国证明责任分配的基本原则：主张权利存在的人必须对权利形成规范的要件事实加以证明。¹⁹

有学者认为互联网金融支付纠纷审理中存在大量的电子数据证据偏在问题，想通过电子数据来证明案件事实之当事人通常不掌握其他电子数据来证明所提供证据之真实性，因此认为应当区别于书证规则，将电子数据举证责任倒置。²⁰笔者认为有待商榷。

（二） 举证责任倒置观点之驳斥

举证责任一方面指称当事人在诉讼过程中所负有的列举证据之义务，但另一方面它也是作为处理案件事实无法明确时法官如何进行裁判、如何分配不利后果的一种机制：²¹承担举证责任一方需要在事实真伪不明时负担不利于其主张之认定结果。这一点能够通过《民事诉讼法解释》第 90 条加以体现，²²对该条进行体系解释，可以发现紧接其后的第 91 条采用了法律要件分类说，对证明责任分配的一般规则作了规定；在第 108 条提出了真伪不明情形的处理问题；因此能够得出证明责任包含了主观证明责任和客观证明责任双重含义的结论。²³就提供证据加以证明



之义务而言，确实是法院通过举证责任加诸当事人之任务，但此种任务未必实际上一定会由当事人完成。在民事诉讼中存在许多证据不由提出事实主张之当事人掌握的情况，对于此种情形可以通过申请法院调查或者是作出“书证提出命令”予以解决，由公权力对证据加以收集。但当收集到的证据仍然不足以证明案件事实时，此时举证责任会发挥其在审判中的最重要作用，那就是使得法官能够在无法确定当事人主张之事实究竟是否存在的情形下，也能够通过让该当事人承担事实真伪不明之不利后果作出裁判从而终结诉讼。²⁴

而举证责任倒置这一概念只是反映出某一法律规范所分配的举证责任与通常情形下举证责任承担的主体不一致，但其仍然是按照主张权利者承担证明规范要件事实之原则所分配的举证责任。比如所谓的八种举证责任倒置的侵权案件，均在《侵权责任法》中有相应的实体法条，此种法条的存在就是对当事人之间的利益重新进行了安排，此种安排不同于一般侵权中的利益分配。也就是说，举证责任倒置之本质仍然是根据实体法规范对举证责任进行分配，仍然遵循对自身有利的实体法规范的要件由该当事人承担举证责任。

易言之，造成举证责任倒置的原因，在于实体法规范上产生了对双方当事人之间利弊分配的变化。证据的存在形式，当然不可能对作为举证责任分配基础的实体法规范产生影响，自然也不会产生举证责任倒置，使得案件事实真伪不明时的败诉风险在当事人之间转移。按照罗森贝克的学说，当事人对于法律事实之举证责任看似是诉讼法上之问题，但同时也是实体法上——对实体法上的权利产生基础规范事实与权利抗辩基础规范事实进行甄别——的问题，对于哪一规范事实所生之法律后果有利益关系，则必须证明其存在。²⁵证据的形式为电子数据并不影响法律规范对于当事人而言属于有利还是不利，因此没有任何对举证责任进行倒置的正当性基础。

以上是通过最根本的举证责任分配理论对于此种观点予以驳斥，而另一种显层的理由则更为的简单与直接，那就是举证责任倒置只能在实体法有明文规定时运用。²⁶



（三） 私文书证举证规则参照适用时之调整

电子数据与传统书证形式上的不同之处不足以影响到举证责任分配理论，故而只要该电子数据能够证明对当事人有利之规范要件，则应当由该能够获利之当事人承担举证责任。但电子数据与传统书证的不同之处并非不产生任何的效果，而是会使得电子数据参照适用举证责任规则时产生一定的调整。

1. 电子数据所在网络服务平台协助提供证据义务

在互联网审理案件中如果存在网络服务提供平台作为第三方，应当注意到其所负担的对电子数据进行一定时间的保管和提供的义务。由于互联网审理的纠纷中，涉案双方当事人之间的信息交换都是在网络服务平台中进行，因此大量的数据信息留存在了网络平台之上，由网络平台保管和拥有，双方当事人反而无法直接接触和掌握。因此原被告双方当事人所能提供的证据材料有限，需要由法院向网络服务平台调取相应的证据材料。²⁷当然也存在更为特殊的情形，那就是由双方当事人与网络服务平台签订证据契约，从而解决证据提供之问题。

2. 经公证电子数据推定真实性

在传统书证规则中，如果经过公证则被推定为真实，除非有证据推翻真实性。电子数据同样能够经过公证推定为真实，但是此处“公证”的范围应当进行调整：不仅包括传统的公证处公证，还应当包括现行十分有效的通过区块链技术加持的信任时间戳、哈希值校验等认证技术。以信任时间戳为例，相应的服务中心能够对网页、电子邮件等通过规范的操作程序，对各类涉案的电子数据进行取证并申请可信时间戳认证，经过可信时间戳认证的电子数据能够证明其未经篡改和伪造等。

四、 电子数据对“书证提出命令”规则之参照适用



（一） 准用“书证提出命令”规则之基础

过去立法上对当事人调查收集证据的权利保障不够充分，当事人调查收集证据的手段十分有限，举证能力也无法应对案件审理，这些问题在证据偏在之情形下更加严重，导致诉讼目的难以实现，因此在《民事诉讼法解释》第 112 条规定了“书证提出命令”。而新《民事证据规定》对于这一点进行了更为细致的完善和补充，以期促进民事诉讼中查明真实案件事实，保障诉讼当事人诉讼权利和实体权利的实现。²⁸

根据以上立法背景可知，书证提出命令规则是为了解决书证的证据偏在问题从而保障当事人诉讼权利。互联网审理中电子数据所存在的问题与此并无本质区别，甚至还变得更加严重。由于大数据时代对于电子数据的证据分析都需要数据源以及各类设备与技术的加持，因此普通人作为当事人时很难取得此类电子数据。不承担举证责任的另一方当事人可能是具有相应设备的大公司，它们通过搜索引擎、访问记录等技术手段获得大量的数据信息，但这些数据很少会向大众公开。²⁹因此，电子数据在证明作用方面以及存在的问题上均与书证具有相似性质，规定其能够参照适用书证提出命令规则存在其正当基础。

（二） 书证提出命令规则参照适用时之调整

1. 电子数据需要满足之特征

书证还具有能够直接被人之感官进行感知的特点，也就是说书证上所承载之思想内容是人类能够直接理解的信息内容，也正是因为此种特点，所以法官能够要求持有证据之当事人直接提供相关文书并通过对其上内容的理解与认定进行裁判。

因此在电子数据参照适用“书证提出命令”规则时，也应当考虑到其上所表达之内容需要能够被法官所理解。当然此要求并非是指电子数据本身需要能够直接被法官所理解，盖电子数据的本质形式都是 0 与 1，但是至少其应当能够借助输出



设备达到被直接感知与理解之效果。典型如网页、博客等网络平台上之信息，或者是手机短信、电子邮件等通信信息。但是类似于计算机程序、区块链上之数据等只有计算机程序专业人士能够直接理解的电子数据，则不应当包含在此处能够准用书证提出命令之电子数据的范围之内。

故此，能够准用“书证提出命令”之电子数据应当限制为通过输出设备可以直接感知其内容的电子数据。³⁰

2. 电子数据申请提出命令之条件

新《民事证据规定》第45条对当事人申请“书证提出命令”之条件进行了规定，要求明确申请提出的书证之名称或者内容³¹、明确要证事实以及事实的重要性³²、明确对方当事人控制书证的根据³³、明确对方当事人应当提交书证的理由³⁴这四个要件。

就以上四个要件而言，首先需要对第二项要件“明确要证事实以及事实的重要性”进行调整，该项要件主要要求书证对于要证事实具有积极作用，且要证事实对于法官裁判有重要影响。但是就电子数据而言，还需要满足其对于要证事实而言不具有替代可能性。由于电子数据的来源相比于书证更为广泛，同时其载体能够轻松复制（比如区块链技术使得电子数据能够去中心化），因此在申请提供电子数据之时，需要考虑到是否具有其他更为容易取得的来源，还是必须要从被申请人处获得。

³⁵

其次，对第三项要件“明确对方当事人控制书证的根据”也需要做一定变通。盖电子数据通常不像书证那样只有一份原件并且该份原件通常只掌握在一方当事人手中，相反可能存在着双方当事人均持有，或者是申请人自身能够自行收集的情形，在此类情形下，如果根据申请就作出“书证提出命令”，对于被申请人而言将是本不应承受的负担。因此，对于该项要件应当调整为：对方当事人控制电子数据，申请人不持有所申请电子数据且无法自行收集。³⁶



3. 电子数据之“正当理由”下拒绝提交权

对《民事诉讼法解释》第 112 条第 2 款³⁷进行反面解释可以得出书证持有人有权基于“正当理由”拒绝提交的结论，至于“正当理由”究竟为何，没有在法律规范中进行具体化，需要法官借助自由裁量权加以判定。

此拒绝提交权在电子数据中应当进行一定的变通适用。笔者认为可以借鉴欧盟《一般数据保护条例》³⁸第 6 条关于数据处理合法性的规定来对拒绝“正当理由”进行解释，包括一经当事人同意、与当事人签订证据契约、法律规定职责之要求、为保护数据主体或另一自然人核心利益所必要、基于公共利益等。

4. 电子数据无正当理由拒绝提出之后果

(1) 第 48 条之法理基础——证明妨碍理论

新《民事证据规定》第 48 条规定了当事人不遵守“书证提出命令”的后果，该条运用了证明妨害法理，是指因不负有举证责任的当事人一方的作为或者不作为致使其持有的对证明待证事实具有相当作用的证据未能在诉讼中提供或者虽提供却丧失证明价值，使得原本能够明了之要证事实陷入不明状态时，法官在事实认定中对负有举证责任当事人的事实主张作出有利之调整。³⁹

对于证明妨碍理论，有学者通过“协力解明义务”加以论证，认为当事人负有在另一方当事人为自己之主张承担举证责任时的协助义务，在诉讼发生之前，无证明责任的当事人也应当保存预计可能会在诉讼中有价值的证据。⁴⁰还有学者通过诉讼诚信原则加以论证，认为民事诉讼中的证明妨碍行为与诚实信用原则相背离，当事人应当诚实地对待民事诉讼和证据提交。⁴¹实际上，证明妨碍制度是为了诉讼事实真相的查明，实现诉讼的公平和正义，诚实信用原则之遵守、协同义务均被引入为证明妨碍制度的法理基础。⁴²

(2) 恶意毁损书证情形“恶意”之解释

就第 48 条具体内容而言，区分了当事人妨碍证明的两种情形：第一种是无正



当理由不提交书证时推定对方当事人主张之书证内容为真实，第二种情形是恶意毁损书证时推定对方当事人主张之要证事实为真实。“恶意”并不单单指毁损书证之主观故意，而是包含了过失情形。⁴³过失实际上意味着对于法定或者约定的对有关证据的保管义务之违反，具体可分为三种类型：“①虽有意图使证据方法不能被使用，但对该证据方法被除去之于将来诉讼之意义却疏未认识。②虽明知该证据方法于将来诉讼之意义，却过失将其毁弃或损坏。③过失毁弃或损坏某证据方法，且对该证据方法于将来诉讼之意义亦疏未认识。”⁴⁴

(3) 电子数据情形下之恶意应当排除过失毁损但仍可能对数据进行恢复之情形

在对电子数据作出提出命令时，若此前持有电子数据之当事人基于过失行为使得电子数据毁弃或者损坏，不应当径直参照适用推定要证事实为真实之规则，盖首先电子数据存在恢复可能性，不像书证那样一旦毁损就再也无法复原，因此在能够恢复的情形下不宜适用该条款。其次，因过失毁损电子数据后，即便无法恢复，也不宜直接推定要证事实为真实，盖电子数据来源具有多元化，且电子数据之存在范围极其广泛，因此过失毁损电子数据不应当承担如此严重之法律后果，而宜推定申请人主张之电子数据内容为真实。



结论

新《民事证据规定》第 99 条中的“关于书证的规定适用于视听资料、电子数据”是准用条款，电子数据具有参照适用书证规则之正当性，因此该条规定值得肯定。但是在具体进行准用时应当注意到关于电子数据的特殊规定优先于对书证规则的参照适用，易言之，对于……等问题，法律均有特殊规定，此时没有准用书证规则之空间。能够准用的书证规则局限在私文书证举证责任规则和书证提出命令规则。

但是参照适用这些规则时需要进行适当调整，首先能够准用此类规则之电子数据应当限制为可以通过输出设备直接理解其内容的电子数据，而不宜包括计算机程序代码等难以被通常人理解的电子数据。

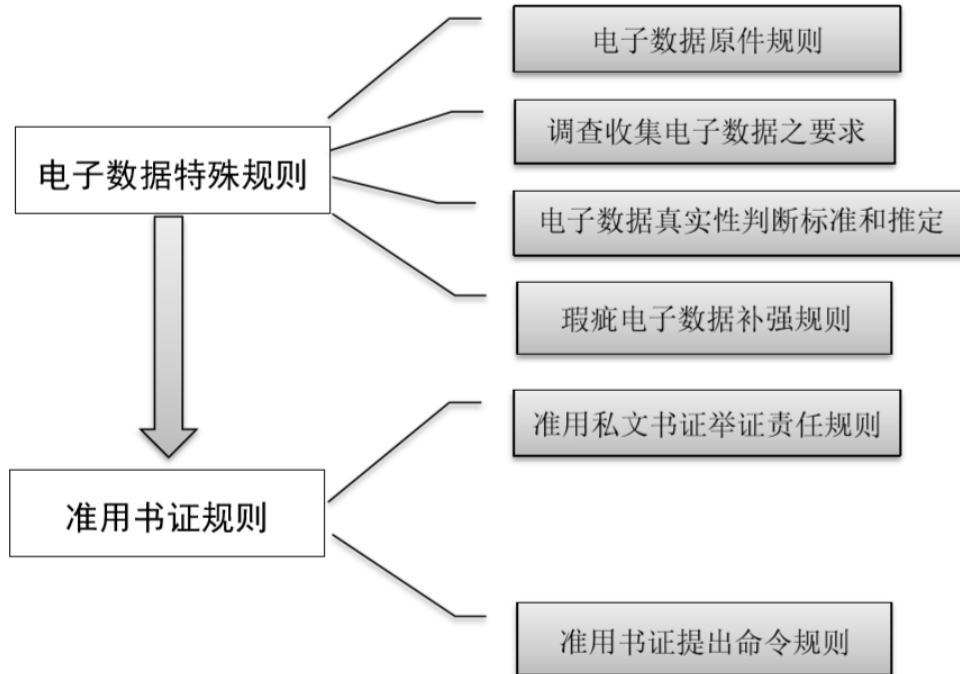
其次，在参照适用私文书证举证责任规则时，仍应遵循提出书证之人承担证明书证真实性之责任，亦即提出电子数据之人应当承担证明电子证据真实性，但是需要对该原则进行些许调整：一则网络服务平台负有提供证据之义务；二则电子数据真实性之证明能够通过公证推定，且此处公证包括新兴的信任时间戳、哈希校验值等方法。

再次，参照适用书证提出命令时，需要将能够参照适用之电子数据限制为能够通过输出设备直接理解其内容的电子数据。电子数据申请提出命令时还需要增加两个申请条件：电子数据不具有替代可能性，申请人不持有电子数据且无法自行收集。对电子数据能够拒绝提交之“正当理由”进行具体化，同时对被申请人证明妨碍行为之法律效果进行调整：若电子数据被申请人因过失致使电子数据毁损，不应直接推定要证事实真是，而应推定申请人主张之电子数据内容为真实。

为了更加清晰地体现电子数据准用书证规则之具体体系，笔者绘图如下以供参考，具体适用时所作的调整与修正则仍需回到本文中阅读，此图只是作为一个大致的运用流程图。行文至此，若有所感，却难抒怀。互联网审理相关问题包括本文



所论述的互联网审理中电子数据的证据规则问题，还有待学界的进一步探索，本文抛砖引玉期待相关问题的进一步发展。



¹ 刘钰：《民事准用制度探析》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期，第87-88页。

² 参见刘品新：《电子证据的基础理论》，载《国家检察官学院学报》2017年第1期，第152页。

³ 类似观点参见张宇：《民事电子数据审查判断的二元模式构建》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2017年第2期，第130页。

⁴ 同样采取此种七分法的还有，赵泽君：《电子证据有何特征，如何界定》，载《人民论坛》2016年第A1期，第91页。

⁵ 参见王进喜：《美国〈联邦证据规则〉（2011年重塑版）条解》，北京：中国法制出版社，2012年版，第332页。

⁶ 参见宋英辉，孙长永，朴宗根等：《外国刑事诉讼法》，北京：北京大学出版社，2011年版，第104页。

⁷ 参见赵长江，王鸣远：《电子数据独立性对证据分类体系的冲击与应对》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2018年第6期，第37页。

⁸ 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020年版，第862-863页。

⁹ 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会办公室编：《立法工作规范手册（试行）》，中国民主法制出版社，2012年版，第22页。



- ¹⁰ 参见刘钰：《民事准用制度探析》，载《苏州大学学报》2016年第4期，第82页。
- ¹¹ 最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020年版，第865页。
- ¹² 参见金钟：《电子书证运用探析》，载《社会科学研究》2008年第2期，第110页。
- ¹³ 参见金钟：《电子书证运用探析》，载《社会科学研究》2008年第2期，第110页。
- ¹⁴ 新《民事证据规定》第15条第2款规定：“当事人以电子数据作为证据的，应当提供原件。电子数据的制作人制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质，视为电子数据的原件。”
- ¹⁵ 新《民事证据规定》第23条规定：“人民法院调查收集视听资料、电子数据，应当要求被调查人提供原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，人民法院应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。人民法院对视听资料、电子数据采取证据保全措施的，适用前款规定。”
- ¹⁶ 新《民事证据规定》第93条规定：“人民法院对于电子数据的真实性，应当结合下列因素综合判断：（一）电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否完整、可靠；（二）电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否处于正常运行状态，或者不处于正常运行状态时对电子数据的生成、存储、传输是否有影响；（三）电子数据的生成、存储、传输所依赖的计算机系统的硬件、软件环境是否具备有效的防止出错的监测、核查手段；（四）电子数据是否被完整地保存、传输、提取，保存、传输、提取的方法是否可靠；（五）电子数据是否在正常的往来活动中形成和存储；（六）保存、传输、提取电子数据的主体是否适当；（七）影响电子数据完整性和可靠性的其他因素。人民法院认为有必要的，可以通过鉴定或者勘验等方法，审查判断电子数据的真实性。”第94条规定：“电子数据存在下列情形的，人民法院可以确认其真实性，但有足以反驳的相反证据的除外：（一）由当事人提交或者保管的于己不利的电子数据；（二）由记录和保存电子数据的中立第三方平台提供或者确认的；（三）在正常业务活动中形成的；（四）以档案管理方式保管的；（五）以当事人约定的方式保存、传输、提取的。电子数据的内容经公证机关公证的，人民法院应当确认其真实性，但有相反证据足以推翻的除外。”
- ¹⁷ 新《民事证据规定》第90条规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的根据：……（四）存有疑点的视听资料、电子数据；……”
- ¹⁸ 新《民事证据规定》第92条规定：“私文书证的真实性，由主张以私文书证证明案件事实的当事人承担举证责任。私文书证由制作者或者其代理人签名、盖章或捺印的，推定为真实。私文书证上有删除、涂改、增添或者其他形式瑕疵的，人民法院应当综合案件的具体情况判断其证明力。”
- ¹⁹ 韩艳：《我国民事证明责任分配规则之正本清源——以规范说为理论基础》，载《政治与法律》2014年第1期，第103页。此种原则来自于罗森贝克的“规范论”，“不适用特定的法律规范其诉讼请求就不可能实现的当事人，必须对法律规范的特征在真实的事件中得以实现承担主张责任和证明责任。……也就是说，每一方当事人均必须主张和证明对自己有利的规范（=法律效果对自己有利的规范）的条件。”[德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，北京：中国法制出版社，2018年版，第121页。
- ²⁰ “在互联网金融中，银行和其他网络服务提供者控制着大量与交易有关的数据信息，这类信息费一般人员能获取。基于电子银行业务数据由银行保存和解决金融消费者维权成本高的考量，有必要对线上支付安全性的证明问题采取举证责任倒置规则，以缓解金融消费者的举证证明难题。由提供网络金融服务一方即银行，对其支付行为无过错的事实承担举证责任，可较为彻底地解决持卡人在专业性、技术性较强的案件中的举证困难。……对于线上支付是否本人或授权交易的证明适用举证责任倒置规则，由银行承担支付是本人或者是授权交易的证明责任。”潘锋，杨思淼：《线上支付案件/多证



次证明规则的司法运用》，载《中山大学法律评论》第 16 卷第 2 辑，第 67 页。

- ²¹ 这实际上是从客观证明责任角度去认识举证责任，客观证明责任理论认为证明责任是诉讼中用于处置事实真伪不明的一种机制，解决的是事实真伪不明时法官如何裁判的问题。参见李浩：《民事证明责任本质的再认识——以〈民事诉讼法〉第 112 条为分析对象》，载《法律科学》2018 年第 4 期，第 96 页。
- ²² 这一点通过《民事诉讼法解释》第 90 条第 2 款之规定可以体现：“在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利后果。”
- ²³ 参见翁晓斌，郑云波：《证明责任裁判的中国境遇：理论、规范与适用》，载《社会科学家》2019 年第 3 期，第 146 页。
- ²⁴ 参见李浩：《民事证明责任本质的再认识——以〈民事诉讼法〉第 112 条为分析对象》，载《法律科学》2018 年第 4 期，第 97 页。
- ²⁵ 于四伟：《民事举证责任规则适用难题及其规制》，载《法律适用》2017 年第 15 期，第 33 页。
- ²⁶ 相同观点如程春华，其同样认为举证责任倒置只能在实体法有明文规定时适用。参见程春华：《举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围》，载现代法学 2008 年第 2 期，第 103 页。
- ²⁷ 学界对于此观点的论述主要集中在网络金融服务领域，“在网络金融信息的交互过程中，绝大多数的能够证明金融活动过程控制要素的数据电文是归网络金融服务提供者所有和保存的，原告只拥有证明其作为金融服务契约主体身份的证明，而无法独立提供证明侵权行为和被损害程度的有效证明。这种情况下，原告只能根据与网络金融服务提供者的服务约定，向网络金融服务提供者索取；契约没有约定的，原告需要通过向法院申请，由网络金融服务提供者提供。”邹龙妹：《网络金融电子证据问题研究》，载《金融论坛》2008 年第 4 期，第 62 页。
- ²⁸ 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020 年版，第 434 页。
- ²⁹ 参见王天一：《人工智能革命：历史、当下与未来》，北京：北京时代华文书局，2017 年版，第 111 页。
- ³⁰ 相同观点参见高波：《电子数据偏在问题之解决——基于书证提出义务规则的思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 2 期，第 73 页。
- ³¹ 此要件是为了完成书证的特定化，如果不对申请书证加以明确，则对方当事人作为义务主体势必因对象书证指向不明而增加不必要的负担，包括承担遭受制裁的风险。参见最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020 年版，第 436 页。
- ³² 此要件是基于审慎对待公权力之行使的价值，盖人民法院作出“书证提出命令”意味着公权力对另一当事人施加义务和负担，因此有必要慎重考虑发出“书证提出命令”之必要性。易言之，在对象书证对要证事实的证明有积极作用，且要证事实本身对于裁判有重要意义的情况下，人民法院才有提出“书证提出命令”之必要。参见最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020 年版，第 437-438 页。
- ³³ 此要件是因为人民法院作出“书证提出命令”之前提为书证存在并且在对方当事人控制之下，因此申请人应当提供证据证明书证存在且对方当事人控制对象书证的事实。参见最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020 年版，第 438 条。
- ³⁴ 理由包括实体法上理由与诉讼法上理由，实体法理由通常是要求被申请人交付书证之请求权或者是查阅请求权，诉讼法上理由则是控制书证的当事人在诉讼法上的书证提出义务，具体规定在新《民事证据规定》第 47 条。



-
- ³⁵ 参见高波：《电子数据偏在问题之解决——基于书证提出义务规则的思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第2期，第74页。
- ³⁶ 参见高波：《电子数据偏在问题之解决——基于书证提出义务规则的思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第2期，第74页。
- ³⁷ 《民事诉讼法解释》第112条第2款规定：“……申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。”
- ³⁸ http://www.360doc.com/content/19/1230/15/32872179_883131698.shtml，最后访问时间：2020年4月1日。
- ³⁹ 最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020年版，第459页。
- ⁴⁰ [德]罗尔夫·施蒂尔纳，康斯坦茨：《民事诉讼中案件事实阐明时的当事人义务——兼论证明妨碍理论》，米夏埃尔·施蒂尔纳：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，北京：中国政法大学出版社，2005年版，第345页。
- ⁴¹ 李伯安：《证明妨碍制裁的正当性与制度建构》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2011年第1期，第137-138页。
- ⁴² 持相同观点的还有赵信会，韩清：《民事诉讼证明妨碍制度的构建——以协同主义理论为视角》，载《河北法学》2012年第9期，第64-65页。
- ⁴³ 证明妨碍行为的主观构成要件为实施妨害行为的当事人的主观故意或者过失。
- ⁴⁴ 姜世明：《民事诉讼法》（下册），台湾：新学林出版股份有限公司2013年版，第106-107页。



参考文献

- [1] 刘甦：《民事准用制度探析》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期，第81-92页。
- [2] 刘品新：《电子证据的基础理论》，载《国家检察官学院学报》2017年第1期，第151-159页。
- [3] 张宇：《民事电子数据审查判断的二元模式构建》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2017年第2期，第129-133页。
- [4] 赵泽君：《电子证据有何特征，如何界定》，载《人民论坛》2016年第A1期，第91页。
- [5] 王进喜：《美国〈联邦证据规则〉（2011年重塑版）条解》，北京：中国法制出版社，2012年版，第332页。
- [6] 宋英辉，孙长永，朴宗根等：《外国刑事诉讼法》，北京：北京大学出版社，2011年版，第104页。
- [7] 赵长江，王鸣远：《电子数据独立性对证据分类体系的冲击与应对》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2018年第6期，第31-38页。
- [8] 最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，北京：人民法院出版社，2020年版，第443-870页。
- [9] 金钟：《电子书证运用探析》，载《社会科学研究》2008年第2期，第109-111页。
- [10] 韩艳：《我国民事证明责任分配规则之正本清源——以规范说为理论基础》，载《政治与法律》2014年第1期，第101-107页。



[11][德]莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，北京：中国法制出版社，2018年版，第121页。

[12]潘锋，杨思淼：《线上支付案件多层次证明规则的司法运用》，载《中山大学法律评论》第16卷第2辑，第58-70页。

[13]李浩：《民事证明责任本质的再认识——以〈民事诉讼法〉第112条为分析对象》，载《法律科学》2018年第4期，第94-101页。

[14]翁晓斌，郑云波：《证明责任裁判的中国境遇：理论、规范与适用》，载《社会科学家》2019年第3期，第142-151页。

[15]于四伟：《民事举证责任规则适用难题及其规制》，载《法律适用》2017年第15期，第29-36页。

[16]程春华：《举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围》，载现代法学2008年第2期，第99-107页。

[17]邹龙妹：《网络金融电子证据问题研究》，载《金融论坛》2008年第4期，第58-63页。

[18]王天一：《人工智能革命：历史、当下与未来》，北京：北京时代华文书局，2017年版，第111页。

[19]高波：《电子数据偏在问题之解决——基于书证提出义务规则的思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第2期，第69-76页。

[20][德]米夏埃尔·施蒂尔纳：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，北京：中国政法大学出版社，2005年版，第345页。

[21]李伯安：《证明妨碍制裁的正当性与制度建构》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2011年第1期，第137-141页。



[22]赵信会，韩清：《民事诉讼证明妨碍制度的构建——以协同主义理论为视角》，载《河北法学》2012年第9期，第62-67页。

[23]姜世明：《民事诉讼法》（下册），台湾：新学林出版股份有限公司2013年版，第106-107页。